

ハ代理權ノ範圍ヲ明示スルコトヲ必要トス(第六條)

(二) 特別委任 訴訟代理人ハ特別ノ委任ヲ受ケタルニ非サレハ控訴若クハ上告ヲ爲シ、再審ヲ求メ、代人ヲ任シ、和解ヲ爲シ、訴訟物ヲ拋棄シ又ハ相手方ヨリ主張スル請求ヲ認諾スルノ權ヲ有セス(第六條第五項)控訴若クハ上告ヲ爲ストハ控訴上告ニ於ケル總テノ訴訟行爲ヲ包含スルモノナレハ上訴ノ取下ヲ包含スルハ當然ナリ而シテ特別委任モ書面ニ依テ證明セラレサル可ラス而シテ之ヲ委任スルニハ一ノ事項ノミヲ委任スルモ、數箇ノ事項ヲ委任スルモ當事者ノ隨意ナリト雖モ委任ヲ證スヘキ書面ニハ如何ナル事項ヲ委任セラレタルヤヲ各事項ニ付キ明記スルヲ要ス特別委任ハ普通委任ヲ爲スト同時若クハ時ヲ異ニシテ之ヲ爲スヲ妨ケス特別委任ヲ普通委任ノ中ニ包含セシメザリシハ此等ノ事項ハ當事者ノ權利ニ重大ナル利害關係ヲ有スルヲ以テ特別ノ委任アリタル場合ニ限り代理人カ之ヲ爲スコトヲ得ト定メタル所以ナリ獨逸新舊民事訴訟法ニ於テハ特ニ普通委任及ヒ特別委任ノ區別ヲ設ケス訴訟委任ヲ爲ストキハ其委任ハ當然我民事訴訟法

ノ普通委任ト特別委任トヲ包含スルヲ原則トシ唯代理權ノ範圍ニ有效ニ制限ヲ加フルコトヲ得ルモノハ和解、訴訟物ノ拋棄及ヒ請求ノ認諾ノ場合ニ限レリ故ニ右等ノ事項ハ本人ノ意思ニ因リテ有效ニ制限スルコトヲ得ルモ其他ノ事項ハ本人カ特別ニ委任スルコトヲ必要トセス又代理權ヲ制限スルモ相手方ニ對シテハ無効ナリトセリ

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

第三 訴訟委任ノ效力

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

- (一) 訴訟代理人數人アルトキハ共同若クハ各別ニテ代理スルコトヲ得(第六條) 同時若クハ時ヲ異ニシテ委任シタル數人ノ代理人ハ共同ニテ代理スルコトヲ得ルハ勿論一人ニテ完全ニ當事者ヲ代表シテ訴訟行為ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ故ニ數人ノ訴訟代理人中一人カ口頭辯論斯日ニ闕席スルモ

他ノ代理人カ闕席セサルトキハ當事者ハ訴訟行為ノ懈怠ナキモノト看做サル要スルニ數人ノ訴訟代理人ハ共同シテ當事者ヲ代理スルノ權ヲ有スルト同時ニ獨立シテ代理スルノ權ヲ有ス而シテ此數人ノ代理人ヲ任設シタル場合ニ當事者カ其代理人ニ對シテ共同ニテ代理スヘカラストノ制限ヲ加ヘタリトスルモ當事者ト代理人トノ關係ニ付テノミ其效力ヲ有スルニ止マリ裁判所又ハ相手方ニ對シテ其制限ノ效力ナキモノトス(第六條但書)又數人ノ代理人ヲ任設シタル場合ニ其數人ノ代理人ノ行為カ相抵觸シタル場合アルトキハ何レノ行為ヲ以テ本人ヲ代表シタルモノト認ムヘキヤ否ヤ即チ數人ノ陳述カ相抵觸シタルトキハ何レノ陳述ヲ以テ本人ノ行為ト看做スヘキヤ否ヤニ付テハ恰モ本人ノ陳述若クハ一人ノ代理人ノ陳述カ前後相矛盾シタル場合ト同一ナレハ裁判所ハ自由ナル判斷ヲ以テ取捨スルノ外ナシトス

- (二) 訴訟代理人カ委任ノ範圍内ニ於テ爲シタル訴訟上ノ行為若クハ不行爲ハ當事者ニ對シテ其本人ノ爲シタル行為不行爲ト同一ナリトス(第六條一項)故

ニ代理人カ口頭辯論期日ニ出頭セサレハ當事者本人ノ出頭セサルト同一ニシテ本人ノ懈怠ト看做スモノトス其結果トシテ判決ハ必ス當事者ノ名義ヲ以テ言渡シ代理人ニ對シテ言渡スヘキモノニ非ス且當事者ニ對シテノミ判決確定ノ效力ヲ生スヘシ然レトモ代理人ノ事實上ノ陳述ハ其代理人ト共ニ裁判所ニ出頭シタル原告若クハ被告ヨリ即時ニ之ヲ取消シ又ハ更正シタルトキニ限り其效力ヲ失フ(第六八項)代理人ノ行爲カ當事者本人ノ更正若クハ取消ニ因リ效力ヲ失フモノハ單ニ事實上ノ陳述ノミニ限ル故ニ判決ヲ受クヘキ事項ノ申立證據方法ノ申出等法律上ノ點ニ關スル代理人ノ陳述ハ縱令當事者本人カ之ヲ更正又ハ取消スモ其效力ナシ又事實上ノ陳述ノ更正取消ニ付テモ本人之ヲ即時ニ爲サ、レハ其效力ナシ故ニ代理人カ第一口頭辯論期日ニ於テ陳述セル事實ヲ本人カ其後ノ辯論續行期日ニ出頭シテ更正若クハ取消ヲ爲スモ其效力ヲ生セス

(三) 訴訟代理ハ委任者ノ死亡訴訟能力若クハ法律上代理ノ變更委任ノ廢罷代理ノ謝絶等ニ因リテ消滅スルトキハ相手方ニ對シテ其消滅ヲ通知スル

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

(四) 委任ノ欠缺 委任ノ欠缺ハ原告若クハ被告ノ爲メ其代理人ナキモノト看做ス(第七〇條一項)委任ノ欠缺トハ訴訟法上ニ於ケル欠缺ヲ謂フモノニシテ即

テ訴訟委任カ書面ニテ證明セラレス或ハ當事者本人カ裁判所ニ出頭シテ口頭委任ヲ爲ササルニモ拘ハラズ或一人カ原告若クハ被告ノ代理人トシテ訴訟ニ參與シタル場合ノ如キヲ謂フ故ニ縱令委任契約カ成立セル場合ト雖モ右二箇ノ方法ヲ以テ證明セラレサルトキハ委任ノ欠缺アルモノト爲ササル可ラス此等ノ證明ヲ盡ササル場合ニ代理人ト稱シテ口頭辯論ニ出頭シタル者アルトキハ之ヲ退廷セシムヘキモノトス又書面委任若クハ口頭委任ナキ者カ代理人ト稱シテ爲シタル行爲不行爲ハ當事者ノ行爲ト看做サス隨テ其自稱代理人ノ爲シタル行爲不行爲ノ效力ハ當事者ニ對シテ及フモノニ非ス故ニ口頭辯論ノ期日ニ適式ノ委任ナキ者カ出頭シタルトキハ第七十條第二項ノ場合ヲ除キ相手方ノ申立ニ因リテ闕席判決ヲ言渡スコトヲ得ヘシ然レトモ闕席判決ノ言渡ヲ爲スハ訴ヲ提起カ適法ナル場合ナルコトヲ要ス故ニ適式ノ委任ナキ訴訟代理人ヨリ訴ヲ提起シタル場合ノ如キハ適法ノ起訴ナキモノナレハ本案ノ裁判ヲ爲スコトヲ得ス訴ヲ不適法トシテ却下セサルヘカラス

委任ノ欠缺ハ裁判所カ職權ヲ以テ調査スヘキ事項ニ屬ス即チ第一審タルト第二審タルトヲ問ハス又受命判事ト受託判事トヲ問ハス又強制執行ヲ爲ス場合ニ於テモ之ヲ調査セサルヘカラス此委任ノ欠缺ハ第二百六條ノ妨訴抗辯ニ屬セス然レトモ訴訟行爲ヲ無効ニ歸スルモノナレハ當事者ハ之ヲ責問スルコトヲ得ヘク即チ訴訟委任カ私署證書ナルトキハ認證ヲ求ムルコトヲ得ルカ如キモ此趣旨ニ基クモノナリ而シテ委任ノ欠缺アルニ拘ハラズ訴訟ヲ進行シ其判決確定スルニ至リタルトキハ委任ノ欠缺ヲ理由トシテ再審ノ訴ヲ以テ其判決ヲ取消スコトヲ得ヘシ(第四六八條)

裁判所カ委任ノ欠缺ノ有無ヲ調査シテ訴訟代理人トシテ出頭シタル者カ全ク委任ナキカ或ハ適式ノ委任ナキ場合ニ於テハ事情ニ因リ費用及ヒ損害ノ保證ヲ立テシメ又ハ之ヲ立テシメスシテ假ニ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ許スコトヲ得(第七〇條)假ニ訴訟行爲ヲ爲スヲ許スト否トハ裁判所ノ意見ニ因ル裁判所ハ假ニ許シタルモノナレハ何時ニテモ其許可ヲ取消スコトヲ得ヘシ而シテ假ニ訴訟行爲ヲ爲ス許可ヲ與フルニ付テ相手方カ異議ヲ述

ヘサルトキハ別ニ裁判ヲ必要トセサルモ若シ異議ヲ述ヘタルトキハ中間判決ヲ以テ其異議ノ如何ヲ裁判スルカ或ハ終局判決ノ理由中ニ於テ其當否ヲ判定スヘキモノナリ此等ノ場合ニ許可ヲ與フルハ裁判所ノ意見ニ一任スト雖モ其條件トシテ後日委任ノ欠缺カ補正セララル見込アル場合ナルコトヲ要ス若シ其見込ナキニ假ニ其訴訟行為ヲ爲スコトヲ許スモ當事者ニ對シ何等ノ利益ナキモノナレハナリ

前述ノ如ク委任ノ欠缺ハ審級ノ如何ヲ問ハス調査スヘキモノナレハ其結果第二審ニ於テ第一審裁判所カ委任ノ欠缺ヲ看過シタルコトヲ發見スルトキハ原判決ヲ廢棄シテ訴ノ却下ヲ言渡スカ或ハ訴ノ提起カ適法ニシテ口頭辯論ニ於テ欠缺アル代理人カ出頭シテ辯論シタルコト明カナルトキハ其以後ノ訴訟手續ヲ廢棄シテ更ニ辯論ヲ爲サシムルカ爲メ事件ヲ第一審ニ差戻スノ判決ヲ爲スヘシ裁判所カ假ニ訴訟行為ヲ爲スコトノ許可ヲ與ヘタルトキハ其委任欠缺ノ補正ヲ爲ス期間ヲ定メサルヘカラス其期間ノ經過シタルトキト雖モ判決ニ接著スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテハ當

事者ハ訴訟行為ヲ追完スルコトヲ得ヘシ期間内ニ委任ノ欠缺カ補正セラレ又ハ口頭辯論ノ終結迄ニ追完セラレタルトキ訴訟代理人カ假ニ爲シタル行為ハ初ヨリ有效ト爲ルヘシト雖モ若シ委任ノ欠缺カ補正セラレサレカ或ハ追完セラレサレハ其行為ハ盡ク無効タリ此ノ如キ關係アルヲ以テ判決ハ委任カ補正セラレタルカ若クハ之ヲ補正スル爲メ裁判所ノ定メタル期間ノ滿了後ニ限り言渡スヘキモノトス(第七三項)

第二款 輔佐人

輔佐人トハ權利ノ伸張若クハ防禦ヲ爲スカ爲メ當事者若クハ其法定代理人ト共ニ口頭辯論ニ出頭スル者ヲ謂フ故ニ輔佐人ハ原告若クハ被告ノ代理人ニ非ス當事者ノ辯論ヲ補助スル者ナレハ其結果本人ト共ニ裁判所ニ出頭スルコトヲ要ス輔佐人ニ二種アリ辯護士及ヒ然ラサル訴訟能力者是ナリ辯護士ヲ輔佐人トシテ裁判所ニ出頭セントスルニハ裁判所ノ許可ヲ要セス當事者隨意ニ之ヲ選定スルコトヲ得唯原告若クハ被告ハ準備書面又ハ口頭ヲ以テ裁判所ニ對シ輔佐人ヲ選任シタル旨ヲ陳述スルヲ以テ足レリトス辯護士ニ非サル訴訟能

力者ヲ以テ輔佐人トスルニハ裁判所ノ許可ヲ要ス其許可ハ何時ニテモ之ヲ取消シ得ヘキモノナリ蓋シ辯護士ニ非サル訴訟能力者中ニハ訴訟上ノ智能不充分ナル者ナシトセス而シテ演述ヲ爲シタル上ニ非サレハ裁判所ハ其如何ヲ知ルコトヲ得ス此ノ如キ場合ニ於テハ寧ロ本人ヲシテ陳述セシムルカ又辯護士ノ選任ヲ命スルハ事件ノ進行ヲ速ナラシムル便宜アルノミナラス輔佐人ヲ附シタル目的ヲ達スルコト能ハサルモノナレハ一旦許可シタルトキト雖モ之ヲ取消スノ必要アルヘク又第二百二十七條ノ規定ニ依リ許可ヲ取消スコトアルヘシ

前述ノ如ク輔佐人ハ訴訟代理人ニ非ス當事者ノ演述ヲ補助スル者ナレハ輔佐人ハ當事者ノ爲メニ判決ヲ受クヘキ事項ノ申立其他攻撃防禦ノ方法證據方法ノ申出ヲ爲スコトヲ得ヘク自白モ亦有效ナリトス而シテ輔佐人ノ演述ニ付テハ原告若クハ被告カ即時ニ之ヲ取消シ又ハ更正セサル限ハ原告若クハ被告ノ演述シタルモノト看做サレ若シ更正又ハ取消ヲ爲シタルトキハ本人ノ行爲ヲ以テ標準ト爲ス是レ唯リ事實上ノ點ノミニ限ラス法律上ノ點ニ付テモ同一ニ

シテ即チ判決ヲ受クヘキ事項ノ申立其他證據方法ノ申出ノ如キ總テ當事者本人ノ陳述ヲ主眼トスルモノナリ(第七條)輔佐人カ請求ノ拋棄又ハ認諾ヲ爲シタルトキモ本人カ之ヲ取消ササル限りハ有效ナリトス

第五節 法律上代理權及ヒ訴訟代理權ノ

欠缺

法律上代理權ナキ者若クハ法律上代理權行使ノ條件ニ欠缺アル者ノ訴訟行爲及ヒ訴訟代理權ヲ有セサル者ノ訴訟行爲ハ全然無効ナルヲ以テ此等ノ者ノ提起シタル訴其他ノ申請申立等ハ欠缺ノ補正ヲ許ササル限りハ不適法トシテ却下スヘキモノトス之ヲ却下スル方式ハ口頭辯論ヲ必要トスル手續ニ於テハ口頭辯論ヲ經テ判決ヲ以テ裁判スヘク書面審理手續ナルトキハ各場合ニ因リ決定若クハ命令ヲ以テ裁判スヘキモノトス其裁判ハ當事者ノ名義ニ於テ爲シ且訴訟費用ニ付キ裁判ヲ爲スヘキトキハ亦當事者ノ名義ニ於テ爲スヘキモノトス或ハ曰ハン自稱代理人ノ爲シタル訴訟行爲ハ本人ニ對シテ效力ヲ生スヘキ

ニ非サレハ代理人ノ名義ニ於テ裁判スヘキモノナリト然レトモ自稱代理人ハ本人ノ名ヲ以テ訴訟行爲ヲ爲シタルモノナレハ本人ノ名ヲ以テスル訴若クハ申請又ハ申立ノ存在スル以上ハ裁判所モ亦其名ニ於テ裁判スヘキモノナリ本人カ之カ爲メニ損害ヲ被リタルトキハ自稱代理人ニ對シ賠償ノ請求ヲ爲スヲ得ヘシ

相手方ノ法律上代理人若クハ訴訟代理人ノ代理權ニ欠缺アル者若クハ自稱代理人カ訴訟行爲ヲ爲サントシタルトキモ亦相手方ノ名ニ於テ訴訟行爲ヲ無効トスヘキモノトス例ヘハ判決手續ニ於テ被告ノ自稱代理人カ口頭辯論期日ニ出頭シタルトキハ欠缺補正ノ許サレサル限リハ原告ノ申立ニ因リ被告ニ對シ闕席判決ヲ爲スコトヲ得ヘシ

強制執行其他特別訴訟手續ニ於テモ亦右ニ準シテ處理スヘキモノトス

第六節 從參加

從參加人トハ他人ノ間ニ權利拘束ト爲リタル訴訟ニ於テ自己ノ利益ノ爲メ其

當事者ノ一方ヲ補助スル目的ヲ以テ其訴訟ニ干與スル者ヲ謂フ(第五條)即チ從參加ハ他人ノ間ニ權利拘束ト爲リタル訴訟ニ於テ其一方ノ勝訴ニ因リ權利上利害ノ關係ヲ有スル者カ其當事者ヲ補助スル目的ヲ以テ訴訟ニ干與スルコトヲ謂フモノニシテ從參加人ハ當事者ノ地位ニ立ツモノニ非ス主參加ノ如ク獨立シテ訴ヲ爲スニモ非ス且當事者ノ代人ニモ非ス共同訴訟人ニモ非サルナリ自己ノ目的即チ訴訟上ノ利害關係アルヨリシテ訴訟ニ參與スル者ナリ故ニ從參加人ヲ稱シテ附隨ノ當事者ト謂フ

第一 從參加ニ付テノ要件ハ左ノ如シ

(一) 他人ノ間ニ權利拘束ヲ生シ訴訟ノ存在スルコトヲ要ス

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

假差押假處分ニ於テハ本案訴訟ナキカ故ニ從參加ハ許スヘキモノニ非ス
 督促手續ニ於テハ支拂命令ニ對シ債務者カ異議ヲ申立テサレハ從參加ヲ
 許サス如何トナレハ債權者カ債務者ニ對シ一定ノ給付ヲ請求スルニ當リ
 債務者ノ異議申立ナケレハ從參加ヲ爲スノ必要ナケレハナリ執行命令ニ
 對シ故障ノ申立アリタル後モ從參加ヲ爲シ得ヘキヤ勿論ナリ又債務者ノ
 支拂命令ニ對スル異議申立及ヒ執行命令ニ對スル故障申立ト共ニ從參加
 ヲ爲スコトヲ得ヘシ又強制執行手續ニ於テハ從參加ヲ許ササルモノトス」
 (二) 從參加人カ當事者一方ノ勝訴ニ因リ法律上ノ利害關係アルコトヲ要ス
 法律上ノ利害關係トハ當事者一方ノ勝訴ニ因リ從參加人ノ私權ニ付キ直
 接若クハ間接ニ利害關係ヲ生スルコトヲ謂フ德義上若クハ名譽上ノ利害
 ハ從參加ノ原因ト爲ラス又私權ニ關スルモ當事者一方ノ勝訴ニ因リ利益
 ノ結果ヲ生スヘキ希望若クハ損害ヲ被ムルヘキ恐レアルコトモ從參加ヲ
 爲スノ原因ト爲スヲ得サルモノトス從參加ヲ爲スニハ從參加人ノ私權ニ
 付キ利害關係ナカルヘカラス例ヘハ主タル債務者カ訴ヘラレタル場合ニ

其保證人ノ如キ、約束手形ノ振出人カ訴ヘラレタル場合ニ其裏書人ノ如キ
 ハ利害關係アリト爲スヘキナリ要スルニ利害關係ノ有無ハ實體法ニ從ヒ
 決スヘキ事項ナリトス

第二 從參加ノ手續

從參加ヲ爲ス手續ニ付テハ本訴訟ノ繫屬セル裁判所ニ書面ニ依リ申請ヲ爲
 スヘキモノトス其申請ニ付テハ本訴訟ノ當事者及ヒ其當事者間ニ於ケル訴
 訟ハ如何ナル訴訟ナルヤヲ表示シ又自己カ本訴訟ニ對シテ如何ナル利害關
 係アルコトヲ開示シ且孰レノ當事者ニ附隨スルカノ陳述ヲ掲ケサルヘカラ
 ス書面ノ提出アリタルトキハ裁判所ハ其書面ヲ各當事者ニ送達セサルヘカ
 ラス而シテ從參加ハ訴訟カ裁判所ニ繫屬スル間ハ何時ニテモ申請スルコト
 ヲ得ヘク特ニ故障ノ申立、異議ノ申立若クハ上訴ト併合シテ之ヲ爲スコトヲ
 得ルモノトス(第六條五)

從參加ヲ許否スルハ裁判所カ職權ヲ以テ審査スルモノニ非ス申請書面ヲ差
 出ストキハ從參加ヲ許スヘキモノトシテ訴訟ヲ進行スヘキモノナリ然レト

モ各當事者ハ從參加ニ付キ異議ヲ申立ツルコトヲ得(第七條)若シ原告若クハ被告カ從參加ニ付キ異議ヲ述ヘタルトキハ當事者及ヒ從參加人ニ對シテ審訊ヲ爲シタル後裁判所ハ決定ヲ以テ許否ノ裁判ヲ爲ス審訊トハ口頭辯論ノ意ニ非ス裁判官カ必要ト認ムヘキ事項ヲ訊問スルヲ謂フ但之ヲ審訊スルニハ口頭辯論ヲ經ルコトヲ得又ハ經サルコトヲ得ヘシ從參加人ノ利害關係ノ存否ニ付テ若シ當事者間ニ爭アルトキハ其利害關係アルコトヲ特ニ疏明スルコトヲ要ス

從參加ヲ許ス決定或ハ許スヘカラサル決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得而シテ參加ヲ許ササル裁判確定セサル間ハ從參加人ヲ本訴訟ニ立會ハシメ殊ニ總テノ期日ニ之ヲ呼出シ又本訴訟ニ關係アル裁判ヲ爲シタルトキハ從參加人ニ其裁判ヲ送達スルコトヲ要ス(第五七條 第三項、四項)

第三 從參加ノ效力

(一) 從參加人ハ其附隨スル時ニ於ケル訴訟ノ程度ヲ妨ケサル限ハ主タル原告若クハ被告ノ爲メニ總テノ訴訟行爲ヲ有效ニ爲スコトヲ得(第五四條 第一項)訴訟

ノ程度ヲ妨クルトハ從參加人カ附隨ノ時ニ於テ既ニ完結セシ以前ノ争點ニ遡リ論争ヲ爲シ或ハ攻撃防禦ノ方法ヲ提出スル等訴訟ノ程度ヲ附隨以前ニ遡ラシムルヲ謂フ故ニ例ヘハ一分判決又ハ中間判決ヲ爲シタル後ニ於テ從參加ヲ爲ストキハ從參加人ハ其判決ヲ同審級ニ於テ攻撃スルヲ得又原告ニ附隨スルニ當テ原告カ既ニ訴訟物ノ一部ヲ拋棄シタル場合ニハ從參加人ハ之ヲ争フヲ得又被告ニ附隨スルニ當リ被告カ既ニ原告ノ請求ノ一部ヲ認諾シタル場合ニハ從參加人ハ之ヲ争フヲ得又其他各當事者カ是認シタル事實ニ付テ從參加人ハ之ヲ論争スルヲ得サルカ如キ要スルニ其完結セシ訴訟手續ヲ覆スコトヲ得サルナリ所謂從參加人ハ訴訟ノ程度ヲ妨ケサル限ハ主タル原告又ハ被告ノ爲メニ總テノ攻撃防禦ノ方法ヲ施用シ證據方法證據抗辯ヲ提出スル等且總テノ訴訟行爲ヲ有效ニ行フコトヲ得ルモノナリ殊ニ主タル原告若クハ被告カ闕席判決ヲ受ケタルトキニ自ラ故障ヲ申立テサルニ拘ハラズ從參加人ハ適法ノ期間内ニ故障ノ申立ヲ爲スコトヲ得又督促手續ニ於ケル支拂命令ニ對シ債務者ニ代リテ

異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得又第一審ノ判決後其確定以前ニ控訴ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論其控訴審ノ判決ニ對シテハ上告ヲ爲スコトヲ得ヘク又第四百五十五條以下ノ規定ニ從ヒ抗告ヲ爲スノ權利ヲ有ス然レトモ此從參加人タルヤ當事者ヲ補助スル爲メ訴訟ニ加ハルモノニシテ所謂從タル當事者ナレハ主タル當事者ノ代理人トシテ爲スニ非ス從參加人自ラ補助スル目的ヲ以テ訴訟行爲ヲ爲スモノナレハ若シ主タル當事者ノ陳述及ヒ行爲ト從參加人ノ陳述及ヒ行爲トカ互ニ牴觸スルトキハ主タル原告若クハ被告ノ陳述及ヒ行爲ヲ以テ標準ト爲スヘキモノトス(第五四條第二項)故ニ此場合ニ於テハ主タル原告若クハ被告ノ陳述及ヒ行爲カ有效ニシテ從參加人ノ陳述及ヒ行爲ハ效力ヲ有セサルノ結果ヲ生ス例ヘハ主タル當事者カ原告ナレハ口頭辯論ニ於テ請求ヲ拋棄シ或ハ被告ヨリ提出セシ書證ヲ認ムルニ拘ハラズ從參加人カ爭ヒ若クハ否認スル場合ハ主タル原告ノ行爲ヲ以テ有效ト看做シ裁判所ハ從參加人ノ行爲ヲ採用スルコトヲ得ス又從參加人カ關席判決ニ對シ故障ヲ申立テタルニ拘ハラズ主タル當事者カ之ヲ取下

ケタルトキハ其取下ハ有效ニシテ故障ノ申立ハ無効ニ歸スヘシ上訴ニ付テモ亦同一ニシテ從參加人カ上訴ノ申立ヲ爲シタルニ拘ハラズ主タル當事者カ之ヲ取下ケタルトキハ上訴權喪失ノ結果ヲ生シ其判決ハ確定スヘシ要スルニ口頭辯論ニ於ケル訴訟行爲タルト口頭辯論以外ニ於ケル訴訟行爲タルトヲ問ハズ主タル當事者ノ行爲ヲ以テ標準トス然レトモ口頭辯論期日ニ從參加人ノミ出頭シ主タル當事者カ關席シタルトキハ相手方ノ申立アルモ關席判決ヲ爲スヘキニ非ス從參加人ハ當事者ノ代理人ニ非サルモ當事者ノ爲メニ攻撃防禦ノ方法ヲ提出スルコトヲ得ルモノナレハ主タル當事者カ期日ヲ懈怠シタリト爲スヲ得サレハナリ

從參加人ハ總テ訴訟行爲ヲ有效ニ行フコトヲ得ルモ當事者ノ代理人ニ非サレハ或一定ノ行爲ハ之ヲ爲スコトヲ得ス即チ原告ノ權利自體ヲ處分スルコトヲ得ス若クハ被告ノ債務ヲ處分スルカ如キ結果ヲ生スル行爲ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ此ノ如キ行爲ハ主タル當事者ヲ補助スル所謂從參加ノ目的ニ反スレハナリ又申立ヲ擴張若クハ減縮シ訴ヲ取下ケ或ハ反

訴ヲ提起シ和解ヲ爲ス如キハ當事者ノ處分權ニ屬スル行爲ナレハ從參加人ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ス

(二) 從參加ニ付キ原告若クハ被告カ異議ヲ述ヘタルト否トヲ問ハス從參加ノ申請カ許容セラレタルトキハ其後從參加人カ訴訟ヨリ脱退シタルト否トニ拘ハラス次ノ效力ヲ生スルモノナリ

(4) 從參加人ハ其訴訟ニ付テノ確定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得ス即チ從參加人カ原告若クハ被告ヲ補助スル目的ヲ以テ附隨ノ當事者ト爲リタル以上ハ訴訟ノ如何ナル程度ニ於テ附隨シタルヲ問ハス原告及ヒ被告ノ間ニ於ケル其訴訟ノ確定裁判ヲ不當ナリト論争スルコトヲ得サルモノトス(第五條)元來判決ハ訴訟ノ主タル當事者ニ對シテ言渡スヘキモノニシテ隨テ其效力ハ主タル當事者ノミニ對シテ效力ヲ及ホスヘキモノナリト雖モ從參加人カ主タル原告若クハ被告ヲ補助シタル結果或一定ノ範圍内ニ於テ從參加人ニ對シテモ其效力ヲ及ホスヘキモノトセリ是レ從參加ヲ認メタル立法ノ旨趣ヨリスルモ當然ノコトトス此確

定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得スト云フハ後日從參加人ニ於テ利害關係ヲ有スルカ爲メ附隨シタル訴訟事件ノ落著ニ因リ其當事者ノ一方ヨリ賠償ノ請求ヲ受ケ或ハ擔保ノ履行ヲ請求セラルルニ當リ從參加人ト主タル原告若クハ被告トノ間ニ訴訟カ起リタルトキハ從參加人ハ前ノ確定判決カ主タル當事者間ノ關係ニ於テ不當ナリトノ理由ニ基キ之ヲ抗爭スルコトヲ得サルヲ謂フナリ而シテ從參加人ハ訴訟ノ如何ナル程度ニ於テ參加ヲ爲シタルニ拘ハラス其確定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得サルモノニシテ例ヘハ從參加人カ當事者ノ一方ヲ補助スル目的ヲ以テ其訴訟事件ニ參與スルモ最早何等ノ影響ヲ及ホササル程度ニ訴訟カ達シ居リタルト又從參加人ノ陳述及ヒ行爲カ主タル原告若クハ被告ノ陳述及ヒ行爲ト抵觸シタルカ爲メ從參加人自己ノ主張ヲ貫徹スルコトヲ得サル結果不利益ト爲リタルトヲ問ハス不當ヲ鳴ラスコトヲ得ス從參加人ハ上訴故障又ハ異議申立ノ如キ總テノ訴訟行爲ヲ有效ニ爲スノ權利アルモ主タル當事者ノ行爲ト抵觸スルトキハ主タル

當事者ノ行爲ヲ標準トスル結果自己ノ行爲ヲ十分ニ爲サシメスシテ爲シタル裁判ノ效力ヲ從參加人ニ及ホスハ條理ニ反スルカ如シ然レトモ從參加人ニシテ主タル當事者間ノ確定裁判ヲ不當ナリト主張スルヲ得ヘキモノトセハ從參加ヲ許シタル立法ノ目的ヲ達スル能ハサレハナリ右ノ效力ハ裁判ノ確定セシモノニ限ルカ故ニ未確定ノ裁判ハ勿論其訴訟事件ニ付テ主タル當事者ノ爲シタル和解ノ如キハ從參加人ハ當然其不當ヲ主張スルコトヲ得ヘキナリ

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

(1) 從參加人カ其訴訟ニ附隨シタル時ニ當リ既ニ完結セシ行爲ナルカ爲メ其完結セシ行爲ニ付テ從參加人カ攻撃防禦ノ方法ヲ行使スルコト能ハサルトキハ其補助シタル原告若クハ被告カ訴訟ヲ不十分ニ爲シタリト主張スルコトヲ得例ヘハ從參加人カ口頭辯論續行期日ニ於

テ始メテ其訴訟ニ附隨シタリトセンニ其以前ニ主タル當事者カ自白シタル事實アルトキハ之ニ對シテ攻撃若クハ防禦方法ヲ提出スルコトヲ得ス此ノ如ク訴訟ノ程度ヲ妨クルカ爲メ攻撃若クハ防禦ノ方法ヲ提出スルコトヲ得サルモ若シ從參加人カ其行ハントスル攻撃若クハ防禦ノ方法ヲ提出シタリトセハ勝訴ノ判決ヲ受クルコトヲ得ヘカリシト主張スルカ如シ

(2) 從參加人カ主タル當事者ノ行爲ニ因リテ攻撃防禦ノ方法ノ使用ヲ妨ケラレタルトキ即チ從參加人ノ陳述及ヒ行爲ト主タル原告若クハ被告ノ陳述及ヒ行爲ト相牴觸スル場合ニ於テハ主タル原告若クハ被告ノ陳述及ヒ行爲ヲ以テ標準ト爲スモノナレハ從參加人カ上訴又ハ故障ヲ爲サントスルニ拘ハラヌ主タル當事者カ之ヲ取下ケタルカ如キ主タル當事者ノ行爲ニ因リテ妨ケラレタル場合ニ於テモ同シク其補助シタル原告若クハ被告カ訴訟ヲ不十分ニ爲シタリト主張スルコトヲ得

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

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

(三) 從參加人ハ自ラ當事者ト爲ルコトヲ得(第五條)
從參加人ハ當事者雙方ノ承諾ヲ得テ原告若クハ被告ニ代リ其訴訟ヲ擔任スルコトヲ得此場合ニハ從參加人ハ既ニ從タル當事者ノ性質ヲ失ヒ主タル當事者ト爲ルモノニシテ其原告若クハ被告ノ申立ニ因リ判決ヲ以テ訴

認ヨリ其原告若クハ被告ヲ脱退セシムルモノナリ茲ニ所謂脱退トハ原告若クハ被告カ訴訟當事者タル位置ヲ去ルヲ謂フ此場合ニハ原告若クハ被告カ主タル當事者タル地位ヲ失ヒ從參加人ト相手方トノ間ニ於ケル判決ハ以前ノ原告若クハ被告ニ對シテ其效力ヲ及ホスモノニ非ス脱退ノ判決ハ前當事者ニ對スル訴訟ヲ終了スルモノナレハ終局判決ナリトス

第七節 告知參加及ヒ指名參加

第一款 告知參加

訴訟ノ告知トハ訴訟當事者ノ一方カ第三者ニ對シ訴訟ノ繫屬セルコトヲ通知スル訴訟行爲ヲ謂ヒ其告知ニ因テ他人間ノ訴訟ニ干與スルコトヲ告知參加ト謂フ而シテ當事者カ訴訟ヲ告知スルコトハ訴訟法上ノ權利ニシテ義務ニ非ストス

第一 訴訟告知ノ條件ハ左ノ如シ

(一) 本訴訟ノ權利拘束カ發生スルコトヲ要ス 即チ本訴訟ノ權利拘束カ發

生シ未タ終了セサル間ハ何時ニテモ之ヲ爲スコトヲ得

(二) 本訴訟ノ原告若クハ被告カ若シ敗訴シタルトキハ第三者ニ對シ擔保ノ請求ヲ爲シ或ハ賠償ノ請求ヲ爲シ得ヘシト信シタルトキ若クハ第三者ヨリ此等ノモノヲ請求セラルルノ恐アルニトヲ要ス 例ヘハ爲替手形ノ引受人カ手形ノ所持人ヨリ請求ヲ受ケタルトキハ引受人ヨリ更ニ振出人又ハ裏書人ニ對シテ償還ノ請求ヲ爲シ得ル場合ノ如シ其他如何ナル場合ニ擔保又ハ賠償ノ請求ヲ爲シ或ハ請求セラルヘキヤハ實體法ニ依リテ決スヘキモノトス

第二 告知ノ方式

告知ハ一定ノ方式ヲ以テスルコトヲ要ス即チ其訴訟ノ權利拘束カ發生シタル裁判所ニ如何ナル理由ニ因リ告知ノ必要アリヤ又如何ナル程度ニ迄訴訟カ進行シタルヤヲ記載シタル書面ヲ提出セサルヘカラス例ヘハ第三者ニ對シ擔保又ハ賠償ノ請求ヲ爲シ得ヘシトノ理由ヲ記載シ又訴訟ノ程度トシテハ既ニ證據決定ヲ爲シ或ハ中間判決ヲ爲シタリト言フカ如シ(第一六項)

受訴裁判所ハ其書面ノ提出アリタルトキハ之ヲ第三者ニ送達スルコトヲ要ス且訴訟ヲ告知スル原告若クハ被告ノ相手方ニ對シテハ其告知書ノ謄本ヲ送付スヘキモノトス(第六項)

訴訟ノ告知ヲ受ケタル第三者ハ訴訟ニ參加スル義務ヲ負フニ至ルモノニ非ス如何トナレハ訴訟告知ハ呼出ニモ非ス又訴訟法上參加ヲ強制スヘキ規定アルニモ非サレハナリ而シテ告知ヲ受ケタル者ハ更ニ自己カ告知ノ要件ヲ備ヘタルトキ即チ第三者ニ對シ擔保又ハ賠償ノ請求ヲ爲シ得ヘシト信シ又ハ第三者ヨリ請求ヲ受クヘキコトノ恐アル場合ニ於テハ再ヒ第三者ニ對シ訴訟ノ告知ヲ爲スコトヲ得(第五項) 第三者ニ對シ更ニ訴訟ヲ告知スルハ訴訟參加ヲ爲シタル後ナルコトヲ要スルヤ否ヤニ付テハ積極消極ノ二説アリ法文ノ解釋トシテハ積極說即チ第一ノ告知ヲ受ケタル第三者カ訴訟ニ參加スルト否トヲ問ハス告知スルコトヲ得ト論定スルヲ正當トス如何トナレハ法律ニハ特ニ何等ノ制限ヲ設ケサレハナリ

第三 訴訟告知ト本訴訟トノ關係

本訴訟ハ訴訟ノ告知アリタルニ拘ハラス之ヲ續行スヘキモノナリ而シテ第三者カ参加スヘキ旨ヲ陳述シタルトキハ從參加ニ關スル規定カ適用セラレ然レトモ其訴訟ヲ告知シタルトキハ第三者カ参加スルト否トニ關セス一ノ效力ナカルヘカラス然ラサレハ告知参加ヲ設ケタル立法ノ趣旨ヲ貫徹スルコトヲ得ス理論上ノ解釋トシテ告知ヲ受ケタル第三者カ参加シタルト否トヲ問ハス第五十五條ノ效力ヲ發生セシムヘキモノトス即チ告知ヲ受ケタル第三者カ参加シタルト否トヲ問ハス其訴訟ノ確定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得ス又第三者カ訴訟告知ニ從ヒテ附隨スルコトヲ得ヘカリシ時ノ訴訟ノ程度ニ因リ主タル原告若クハ被告ノ所爲ニ因リ攻撃及ヒ防禦ノ方法ヲ施用スルコトヲ妨ケラルルトキ又ハ主タル原告若クハ被告カ告知参加人ノ當時知ラサリシ攻撃及ヒ防禦ノ方法ヲ故意又ハ重過失ニ因リ施用セザリシトキニ限り主タル原告若クハ被告カ訴訟ヲ不十分ニ爲シタリト主張シ得ヘキモノトス獨逸民事訴訟法ハ明文ヲ以テ之ヲ規定ス

第二款 指名参加

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

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

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

右ノ要件ヲ具備スルトキハ被告ハ第三者ニ其訴訟ヲ告知シ而シテ第三者カ其訴訟ヲ引受クルヤ否ヤノ陳述ヲ爲スヘキ期日迄本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得此抗辯ハ第二百六條ノ延期ノ抗辯ニ非ス告知ノ方式ハ告知参加ト等シク受訴裁判所ニ對シ本案ノ辯論前書面ヲ以テ爲スコトヲ要ス

第三者カ其告知ヲ受ケタルニ拘ハラズ其被告ノ主張スル所ヲ争ヒ即チ第三者ノ爲メニ占有スルコトヲ争ヒ又ハ告知ヲ受ケタルニ拘ハラズ何等ノ陳述ヲ爲

ササルトキハ被告ハ原告ノ申立ニ應シテ占有物ヲ引渡シ或ハ原告ノ請求ニ應
 スルコトヲ得被告ハ第三者ニ對シテ其責ヲ負フコトナク第三者ハ被告ニ對シ
 テ不服ヲ唱フルコトヲ得ス告知ヲ受ケタル第三者カ被告ノ主張ヲ正當ト認ム
 ルトキハ其被告ニ代リ訴訟ヲ引受クルコトヲ得此場合ニハ從參加ニ關スル場
 合ノ如ク當事者雙方ノ承諾ヲ必要トセス單ニ被告ノ承諾ノミニテ足レリ第三
 者カ訴訟ヲ引受ケタルトキハ裁判所ハ被告ノ申立ニ因リ其被告ヲ訴訟ヨリ脱
 退セシムルモノトス此申立ハ口頭辯論ニ於テ爲スヘキモノニシテ脱退ノ申立
 ニ對シ原告カ異議ノ申立ヲ爲シタルトキハ被告ノ指名カ適法ナルヤ否ヤ又第
 三者カ適法ニ訴訟ヲ引受ケタルヤ否ヤヲ審査シ若シ此等ノ點ニ欠缺アリタル
 トキハ中間判決ヲ以テ脱退ノ申立ヲ却下シ最初ノ被告ニ對シテ訴訟ヲ續行ス
 ヘキモノトス右等ノ諸點ニ欠缺ナキトキハ終局判決ヲ以テ脱退ノ申立ヲ許容
 スヘキモノナリ

第三者カ訴訟ヲ引受ケタルトキハ權利拘束ノ效力ハ第三者即チ新ナル被告ニ
 移轉シ訴訟ヲ進行スヘキナリ而シテ新ナル被告ハ舊被告ノ代理人ニ非スト雖
 モ舊被告脱退ノ後其訴訟ニ於テ爲サレタル裁判ノ效力ハ當然舊被告ニ對シテ
 及フモノナリ故ニ其裁判確定スルトキハ舊被告ニ對シ一事不再理ノ抗辯ノ基
 礎ト爲リ又舊被告ニ對シテ其判決ノ執行ヲ爲スコトヲ得然レトモ其判決ハ舊
 被告ノ名義ニ於テセス新被告ノ名義ニテ爲サルモノニシテ強制執行ハ第五
 百二十八條ノ規定ニ依レハ判決又ハ執行文ニ表示シタル人ニ對シテノミ爲ス
 コトヲ得ルモノナルヲ以テ舊被告ニ對シテ右判決ノ執行ヲ爲サントスルニハ
 舊被告ノ名義ヲ表示セル執行文アルコトヲ要ス其執行文ハ第五百十九條第五
 百二十條ノ規定ヲ準用シテ裁判長ノ命令ヲ以テ付與スヘキモノナリ

第二編 權利保護ノ條件及ヒ

訴訟成立條件

第一章 權利保護ノ條件

第一節 私權保護ノ請求權

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

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

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

シ

民事訴訟ニ因ル私權保護ノ手段ハ緒論ニ述ヘタルカ如ク判定及ヒ強制執行ナルヲ以テ私權保護ノ請求權モ亦此二種ニ區別スルコトヲ得ヘシ判定ニ因ル私權保護ヲ求ムルニ付キ利益アルトキハ判定ニ因ル私權保護ノ請求權ヲ生ス實體的訴權是ナリ強制執行ニ因ル私權保護ヲ求ムルニ付キ利益アルトキハ執行ニ因ル私權保護ノ請求權ヲ生ス實體的強制執行權若クハ執行權是ナリ

私權保護ノ請求權ハ民事訴訟ノ制度ニ基キ發生シタルモノナレハ民事訴訟法ハ其發生條件ヲ規定スルヲ適當トス然レトモ民事訴訟ノ制度カ發達シタル原因ヨリシテ特ニ明示スル必要ナキモノ即チ判決手續ニ於テハ原則トシテ之ヲ規定セス唯例外トシテ規定スル場合アリ獨逸民事訴訟法第二百五十六條ニ法律關係ノ成立若クハ不成立ノ確定ヲ求ムル訴ニ付テノ條件ヲ規定シ我民法第四百九十七條以下ニ占有訴權ノ發生條件ヲ規定スル如キ又我民法第四百二十四條ニ詐害行爲廢罷訴權ヲ規定シタル如キ再審ノ訴督促手續證書訴訟爲替訴訟假押及ヒ假處分手續ニ付キ各其條件ヲ規定シタルカ如キ(第四六八條第四六九條)

四條第七五條、第七六條、第七七條、第七八條)是ナリ故ニ法律ニ規定ナキトキト雖モ私權保護ノ利益アルトキハ私權保護ノ請求權ヲ生スルモノトス但強制執行ニ付テハ執行權ノ存在ヲ明確ニスル必要ヨリ其條件ヲ規定セリ債務名義即チ是ナリ私權保護ノ請求權ハ訴訟當事者ノ一方ニノミ存スルモノナリ然レトモ訴訟手續ノ開始ヲ要求スル當事者ノミカ私權保護ノ請求權ヲ有スルモノト解スヘカラス其相手方モ之ヲ有スルコトアルモノトス唯相手方ハ訴訟手續ノ開始後ニ於テ私權保護ノ請求權ヲ生スルコトアルモノナリ例ヘハ原告カ不法ニ被告ニ對スル權利アリト主張シ判決手續ノ開始ヲ求メタルトキハ被告ハ原告ノ主張スル權利ノ不存在ナルコトノ判決ヲ求ムルニ付キ私權保護ノ利益即チ私權保護ノ請求權アリ強制執行ニ於テ不法ニ執行ヲ實施セラレタルトキ債務者ニ執行ノ異議ヲ許シタル如キ督促手續假差押命令、假處分命令ニ對スル異議ノ如キ何レモ訴訟手續ヲ開始シタル者ノ相手方ニ對シ私權保護ノ請求權ヲ認メタルモノトス右ノ如ク私權保護ノ請求權ハ訴訟ノ相手方ニ存スルコトアリト雖モ當事者雙方ニ存スルモノニ非スシテ當事者一方ニノミ存スルモノナリ判決手

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

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

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

私權保護ノ請求權ヲ行使シ判決ヲ求ムルコトヲ狹義ノ訴ト謂フ訴ナル文字ハ通常狹義ニ用ヒラルルモノトス訴トハ裁判所ニ對シ判決手續ノ開始ヲ求ムル當事者ノ行爲ナリ略言スレハ訴權ノ行使ナリ國家制度ノ上ヨリ觀察スルトキハ判決ニ因ル私權保護ノ方法ナリトス本章ニ於テ説述スル處ハ訴ノ方式ナリトス

訴ニハ給付ノ訴確定ノ訴及ヒ創設ノ訴ノ三種アリ此區別ハ原告カ判決ヲ求ムル申立ニ因リ區別セラルルモノトス以下此等ノ訴ニ因ル權利保護ノ條件即チ私權保護ノ請求權ノ發生條件ニ付キ説述スヘシ

第二節 給付ノ訴

給付ノ訴トハ給付判決ヲ求ムル訴ヲ謂フ給付判決トハ原告ノ私法的請求權即チ被告ニ對シテ行爲若クハ不行爲又ハ耐忍ヲ求ムルコトヲ得ル權利ノ存在ヲ確定シ且被告ニ對シテ其義務ノ履行ヲ命令スル判決ヲ謂フ故ニ給付ノ訴トハ原告カ被告ニ對シテ私法的請求權ノ存在スルコトヲ確定シ被告ニ行爲若クハ不行爲又ハ耐忍ノ履行ヲ命令スル判決ヲ求ムル訴ヲ謂フモノナリ給付判決ハ私法的請求權ノ存在ノ確定及ヒ給付命令ノ二者ヲ包含スルヲ以テ強制執行ノ條件タル債務名義タルコトヲ得ルモノトス給付ノ訴ノ本案ノ判決ニ於テ被告カ勝訴スルトキハ原告ノ請求權ヲキコトカ確定スルモノニシテ被告ノ私權カ保護セラルルモノナリ

給付訴權ノ發生條件ニ付テハ法律ニ特別ノ規定ナシ然レトモ私權カ他人ノ行爲若クハ不行爲ニ因リ不満足ノ状態ニ陥リタルトキハ私權保護ノ利益ヲ發生ス可キヲ以テ私權保護ノ設備タル民事訴訟ニ依リ之カ満足ヲ求ムルコトヲ得

ヘシ故ニ給付ノ訴ニ依ル私權保護ノ條件ハ他人ノ爲メニ私權狀態カ不満足ヲ受ケタルコト是ナリ將來ニ於テ私權ノ侵害ヲ受ク可キ虞アルトキト雖モ法律ノ明文ヲ以テ給付訴權ノ發生ヲ認メサルトキハ苟クモ現ニ私權不満足ノ狀態カ發生セサル以上ハ給付訴權ハ發生スルモノニ非ス我民事訴訟法改正案ニハ期限ヲ附シタル債權ニ付キ將來ノ辨濟ヲ求ムル訴ハ被告カ期限ニ到リテ辨濟ヲ爲ササル虞アルトキニ限り之ヲ提起スルヲ得ト規定ス(改正案第(二)條)獨逸新民事訴訟法ニ於テハ將來ニ於テ發生スヘキ私權不満足ノ狀態ニ付キ特ニ明文ヲ以テ給付ノ訴ヲ許セリ即チ期限ノ到來ニ因リ金錢支拂ノ請求、土地若クハ建物ノ明渡ヲ請求シ得ヘキ場合ニ於テハ其請求ニ付キ期日ノ到來前豫メ給付ノ判決ヲ求メ置ク爲メ給付ノ訴ヲ提起スルコトヲ許シ(獨新民事訴訟法第(二)五七條)定期金ノ如キ定期ニ給付ヲ請求シ得ヘキ請求ニ付テハ判決後ニ到來スヘキ時期ニ於ケル給付ニ付キ豫メ給付ノ判決ヲ求ムル訴ヲ許シ(獨新民事訴訟法第(二)五八條)又前二者ノ場合ヲ除キ債務者カ正當ノ時期ニ給付ヲ爲ササル虞アルトキハ如何ナル請求ト雖モ債權者ハ時期ノ到來前ニ給付ノ判決ヲ求ムル訴ヲ提起スルコトヲ許セリ(獨新民事訴訟法第(二)五九條)我

改正案及ヒ獨逸民事訴訟法ニ於テ權利不満足ノ狀態發生セサル以前ニ給付訴權ヲ認メタル理由ハ給付ノ時期到達シ權利不満足ノ狀態發生シタルトキハ直ニ給付判決ニ基キ強制執行ヲ爲シ得ルノ便宜アルニ他ナラス
我現行法ニ於テハ將來ノ給付ヲ求ムル訴權ハ之ヲ認メス強制執行ニ關シ養料ヲ支拂フ義務ヲ言渡ス判決ハ訴ノ提起後ノ時期ニ支拂フモノニ付テハ假執行ノ宣言ヲ爲シ得ルコトヲ規定シ(第五〇條)又請求ノ主張カ日時ノ到來ニ繫ルトキハ其日時ノ滿了後ニ限り強制執行ヲ始ムルコトヲ得ト規定(第五二條)セルヨリシテ將來ノ給付ヲ求ムル訴ヲ廣ク許シタルモノトスル說アリト雖モ此等ノ規定ハ強制執行ニ關スル規定ナルヲ以テ該規定ニ基キ給付ノ時期ノ到來セサル請求ニ付キ一般ニ給付ノ訴ヲ提起スルヲ許シタルモノト爲スヲ得サルノミナラス給付ノ訴ニ依ル私權保護ノ請求權ハ私權ノ不満足ナクシテ發生スルモノニ非ス民事訴訟法第五百二十九條ノ規定ハ獨逸舊民事訴訟法第六百七十二條ノ規定ト同一ナリ獨逸法ハ聯邦法律ニ於テ將來ノ給付ニ付キ判決ヲ爲スヘキ規定アリタルヲ以テ其執行條件トシテ右ノ規定ヲ設ケタルモノナリ我民事訴訟

訟法ハ獨法ニ倣ヒ右規定ヲ設ケタルモノニシテ該規定ニ依リ將來ノ給付ヲ求ムル訴ヲ許シタルモノト爲スヲ得ス但扶養義務ノ履行ニ付テハ民法第九百六十二條ニヨリ將來ノ給付ニ付キ訴權ヲ認ムルモノト解スルヲ得ヘク又民法第九百九十九條ニ於テ占有ヲ妨害セラレントスル虞アル場合ニ於テ妨害ノ豫防若クハ損害ノ擔保ヲ請求シ得ル場合モ亦同シ

第三節 確定ノ訴

確定ノ訴トハ法律關係ノ成立若クハ不成立ヲ確定スル判決ヲ求ムル訴ヲ謂フ通常確認ノ訴ト云フ確定ノ判決ハ原告カ主張スル私法上ノ法律關係ノ成立若クハ不成立ヲ確定スル判決ナリ確定ノ訴ハ原告カ被告ニ對シテ法律關係ノ成立セルコト又ハ不成立ナルコトノ承認ヲ求ムル訴ニ非ス法律關係ノ成立若クハ不成立ノ承認ヲ求ムルハ被告ノ意思表示ヲ求ムル訴ナレハ給付ノ訴ニシテ確定ノ訴ニ非ス確定ノ訴ハ裁判所ノ判決ヲ以テ法律關係ノ成立セルヤ否ヤヲ確定スルモノナリ前述セル如ク判決ニ因ル私權保護ハ私權ニ不満足ノ狀態カ

發生シタル場合ニ其不満足ヲ排除シ若クハ權利狀態カ危害ヲ受クル虞アルトキ其狀態ヲ明確ナラシムルコトヲ目的トスルモノニシテ權利ノ不満足ニ對スルモノハ給付ノ訴ナリ權利狀態カ危害ヲ受クル虞アル場合ノ保護手段トシテ確定ノ訴ヲ認メタルモノトス

確定ノ訴ハ現在ニ於ケル權利ノ危險狀態ヲ排斥スルコトヲ目的トスルモノナリ而シテ確定ノ訴ニ於ケル判決ハ法律關係ノ成立若クハ不成立ヲ宣言スルモノニシテ被告ニ對シテ行爲若クハ不行爲又ハ耐忍ヲ命スルニ非サレハ強制執行ノ要件タル債務名義タルコトヲ得サルモノトス民事訴訟法第七百三十六條ニ債務者カ權利關係ノ成立ヲ認諾スヘキコトノ判決ヲ受ケタルトキハ其判決ノ確定ヲ以テ認諾シタルモノト看做ストノ規定アレトモ該規定ハ法律關係ノ成立ヲ被告ニ承認スヘキ旨ヲ言渡シタル判決ノ效力ヲ規定シタルモノニシテ確定ノ訴ノ判決ノ效力ヲ規定シタルニ非ス

確定ノ訴ニハ獨立の確定ノ訴ト先決的確定ノ訴トノ二種アリ前者ハ獨立シテ確定ノ判決ヲ求ムル爲メニ提起スル訴ヲ謂ヒ後者ハ一ノ訴ニ附隨シテ其訴ノ

進行中ニ提起スル訴ヲ謂フモノナリ本節ニ述フル處ハ獨立の確定ノ訴ナリトス

獨立の確定ノ訴ハ羅馬法以來一般ニ認メラレタル制度ニシテ獨逸舊普通法ノ下ニ於テモ特別ノ明文ナカリシモ實際ハ廣キ範圍ニ於テ認メラレ原告カ法律關係ノ成立若クハ不成立ヲ確定スル判決ヲ求ムルニ付キ何等法律上ノ利益ヲ有セサルトキト雖モ確定ノ訴ヲ許ス判決例ヲ生シ其後獨逸舊民事訴訟法ハ確定ノ訴ニ付テノ條件ヲ規定セリ即チ法律關係ノ成立若クハ不成立ノ確定又ハ證書ノ眞否ヲ確定スルニ付テノ訴ハ原告カ其法律關係又ハ證書ノ眞否ヲ速ニ確定スルニ付テ權利上ノ利害關係ヲ有スルトキニ限り之ヲ提起スルコトヲ得トセリ(獨逸民事訴訟法第百五十六條ニ同一ノ規定ヲ設ケ我改正草案第二百一十一條ニ於テモ同一ノ規定ヲ設ケタリ)

給付ノ訴ニ付テハ特ニ明文ナシト雖モ私權ニ不満足ノ狀態發生シタルトキハ之ヲ提起スルコトヲ許スハ當然ナリ然レトモ確定ノ訴ニ付テハ法律ノ明文ナキトキモ之ヲ許スヤ否ヤハ訴訟法上ノ問題ナリ獨逸民事訴訟法ニ明文ヲ設ケ

タルハ確定ノ訴ノ範圍ヲ不當ニ擴張シタル判決例ヲ生シタルヨリ之ヲ制限スル目的ニ出テタルモノナレハ我現行法ニ明文ナキヲ以テ之ヲ許ササルモノト爲スヘカラズ私權保護ノ制度ヲ設ケタル趣旨ヨリスレハ苟クモ私權狀態カ危害ニ瀕スルトキハ私權保護ノ利益即チ私權保護ノ請求權ヲ生スルモノナレハ我現行法ニ明文ナキモ私權保護ノ利益アルトキハ之ヲ許スモノト爲スヘキナリ殊ニ第十八條ニ契約ノ成立若クハ不成立ニ關スル訴ノ裁判籍ヲ認メタル立法ノ精神ヨリ推スモ之ヲ許シタルコト明カナリ

獨立の確定ノ訴ハ之ヲ分テ積極的の確定ノ訴及ヒ消極的の確定ノ二トス積極的の確定ノ訴トハ法律關係ノ成立ノ確定ヲ求ムル訴ヲ謂フ消極的の確定ノ訴トハ法律關係ノ不成立ノ確定ヲ求ムル訴ヲ謂フ積極的の確定ノ訴ニ於テ被告カ勝訴スルトキハ法律關係ノ不成立ナルコト確定シ被告カ私權保護ヲ受ケタルモノナリ消極的の確定ノ訴ニ於テモ同一理論ナリトス

第一 積極的の確定ノ訴

積極的の確定ノ訴ハ法律關係ノ成立ヲ確定スル判決ヲ求ムル訴ニシテ私權保

護ノ請求權ノ發生ニハ左ノ條件ヲ必要トス

(一) 私法的法律關係ノ存在ヲ必要トス

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

(二) 確定ノ訴ノ原告ハ法律關係ノ存在ヲ即時ニ確定スルニ付キ法律上ノ利益ヲ有スルコトヲ要ス

法律上ノ利益トハ私權保護ノ利益ナリ私權保護ノ利益ハ被告ノ行爲若クハ不行爲ニ因リ原告ノ權利ノ安全ヲ害セラレ原告ハ之カ安全ヲ保タンカ

爲メニ裁判上ノ保護ヲ求ムルノ必要アル場合ニ限り確定ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ換言スレハ原告カ其權利ヲ判決ヲ以テ確定セサルトキハ其權利ノ存在又ハ其實行ニ付テ危害ヲ受クルノ虞アル場合ニ於テ原告ハ其法律關係ヲ即時ニ確定スルニ付キ法律上ノ利益ヲ有スルモノナリ果シテ法律上ノ利益アルヤ否ヤハ事實問題トシテ裁判官ノ認定ニ屬ス例ヘハ被告カ原告ノ權利ノ存在ヲ認メス若クハ其權利ノ行使ヲ妨ケタル場合ノ如キハ法律關係ノ存在ヲ即時ニ確定スルニ付テ法律上ノ利益アルモノトス而シテ原告ノ權利カ既ニ實行ヲ爲シ得ル時期ニ到達シテ給付ノ訴ヲ爲スコトヲ許サルヘキ狀態ニ至リタル場合ニ於テモ尙ホ原告ハ法律關係ノ存在ヲ確定スルニ付キ法律上ノ利益アルトキニハ確定ノ訴ヲ以テ存在ノ確定ヲ求ムルコトヲ得ヘキモノトス

第二

消極的確定ノ訴ノ目的トスル所ハ原告及ヒ被告ニ對シ原告ノ主張スル如ク私法的法律關係ハ不成立ナルコトヲ確定スルニ在リ故ニ此訴ノ條件ハ被告カ成立セリト主張スル法律關係ハ不成立ナルコト及ヒ原告カ法律關係

ノ不成立ヲ確定スルニ因リ法律上ノ利益ノ存スル場合ナルコトヲ要ス即チ被告カ法律關係ノ成立ヲ主張スル爲メ原告ノ私權狀態ニ危害ヲ及ホサントスル場合ニ於テ其危害ヲ排除スルヲ目的トスルモノナリ故ニ此確定ノ訴ニハ左ノ條件ヲ必要トス

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

右ノ二個ノ確定訴訟ニ付テノ條件ハ獨逸ノ新舊民事訴訟法及ヒ我民事訴訟法ノ改正草案ニ規定スル所ニシテ現行民事訴訟法ニ於テハ特別ノ規定ヲ設ケスト雖モ理論上前述ノ條件ハ必要ナルモノト言ハサルヘカラス
右ニ述ヘタル獨立の確定ノ訴ノ外ニ獨逸民事訴訟法及ヒ埃太利民事訴訟法並ニ我民事訴訟法改正草案ニ於テハ證書ノ眞否ニ付キ確認ノ訴ヲ爲スコトヲ許セリ然レトモ此書面ノ眞否ヲ確定スルコトハ法律關係ノ確定ニアラスシテ事實ノ確定ナリ故ニ特別ノ規定ナキ限リハ事實ノ確定ニ付テノ訴ハ之ヲ許スヘ

キモノニアラス我現行民事訴訟法ニ於テハ事實ノ確定ニ關スル訴訟ヲ許サス是レ蓋シ裁判所ハ法律ヲ適用スルモノナレハ事實ノ確定ニ關スル法律ノ規定ナキ以上ハ事實ノ確定ニ付テハ裁判ヲ爲スコト能ハサルモノナレハナリ唯我現行民事訴訟法ニハ公正證書又ハ檢眞ヲ經タル私署證書ヲ偽造又ハ變造ナリト主張スル者ハ其證書ノ眞否確定ヲ求ムルコトヲ得ル旨ノ規定アリト雖モ此規定ハ證據調ニ關スル規定ニシテ證書ノ眞否確定ニ付テノ獨立の確認ノ訴ヲ許シタルモノニアラス(第三五條)

第四節 創設ノ訴

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

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

第一說 創設ノ訴ハ其性質非訟事件ナリ凡ソ裁判所カ各個人ノ私權ノ範圍ニ干涉シテ權利ヲ創設シ若クハ消滅スルコトハ私權ヲ形成スルモノニシテ斯カル裁判事務ハ非訟事件ニ屬ス創設ノ訴ハ私權ヲ形成スル裁判事務ニシテ唯便宜上訴訟手續ニ依ラシメ判決ヲ以テ宣言スヘキコトヲ定メタルモノナレハ其性質ハ純然タル訴訟ニ非スシテ非訟事件ナリト謂フニ在リ

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

第三說 創設ノ訴ハ給付ノ訴ナリ被告ニ對シテ耐忍ノ給付ヲ要求スルモノニシテ普通ノ給付ノ訴ノ如ク行爲若クハ不行爲ヲ要求スルニ非スト雖モ法律關係ヲ成立セシメ若クハ消滅セシムルニ付キ被告ニ耐忍ノ給付ヲ要求スルモノナリ即チ耐忍ノ給付請求權カ其訴訟物ナリトス而シテ創設訴訟ノ特質ハ判決手續ト強制執行手續トヲ併合シタルモノナリ普通ノ私權保護ノ手續

ノ如ク判決手續ト執行手續トヲ分離セシテ判決確定ノ効果トシテ強制執行ノ結果ヲ發生セシムルモノナリ故ニ給付判決ニ強制執行ノ結果ヲ併合シタルモノニシテ給付ノ訴ノ一種ナリト謂フニ在リ

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

創設ノ訴ノ權利保護ノ條件ハ各法文ノ規定ニ付テ定ムヘク抽象的ニ述フレハ

私權カ他人ノ行爲若クハ不行爲ニ因リ侵害若クハ不満足ヲ受クルコト是ナリ例ヘハ婚姻ノ取消、離婚、養子縁組ノ取消、離縁、親權喪失、財産管理權ノ喪失、此等失權ノ宣言取消、家督相續人ノ廢除若クハ廢除ノ取消、親族會ノ決議ノ取消、詐害行爲ノ廢罷、株主總會ノ決議取消ノ宣言、再審ノ訴、執行文ノ付與又ハ執行判決ヲ求ムル訴ノ如キ之ニ屬ス婚姻ノ無效、養子縁組ノ無效、隱居無效ノ訴ハ或ハ創設ノ訴ナルコトアリ確定ノ訴ナルコトアルモノトス其他各法條ニ付キ研究スヘシ

第二章 訴訟成立條件

第一節 訴訟成立條件ノ意義

訴訟ノ成立條件トハ訴訟關係ノ成立ニ必要ナル事項ノ全體ヲ謂フ訴訟關係ハ本案ノ訴訟物ニ付キ訴訟主體カ訴訟ヲ進行スル權利義務ノ包括ヲ謂フモノナレハ受訴裁判所ハ口頭辯論ニ於テ本案ノ審理ヲ爲スニ先チ訴訟ノ成立條件ニ欠缺ナキヤ否ヤヲ調査セサル可ラス而シテ訴訟ノ成立條件ニハ其欠缺ニ因リ當然訴訟ノ不成立ヲ來スモノト其欠缺ヲ當事者カ主張スルニ因リ

始メテ訴訟ノ不成立ヲ來スモノトアリ即チ絶對的條件ト關係的條件トアリトス其條件ノ區別ニ付テハ法律ニ特別ノ規定ナキヲ以テ理論ニ因テ之ヲ定メサル可ラス略言スレハ公益ニ關スル事項ハ絶對的ニシテ各當事者ノ利益保護ヲノミ目的トスル事項ハ之ヲ關係的ノモノトス絶對的條件ハ訴訟カ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス裁判所ハ職權ヲ以テ調査セサル可ラス第一審タルト第二審タルトヲ問ハス各審級ノ口頭辯論ニ於テ裁判所ハ職權ヲ以テ其條件ノ存否ヲ調査スヘキモノナリ此種ノ條件ヲ職權調査ノ事項ト謂フ民事訴訟ニ於ケル職權調査ハ刑事訴訟法其他ノ法律ニ於テ所謂職權調査ト其意義ヲ異ニシ裁判所カ疑アル事實ニ付キ當事者ニ對シテ證明ヲ要求スル權能ヲ意味ス當事者間ニ爭ナキ事實ト雖モ裁判所ニ疑アルトキハ舉證ノ責任アル當事者ニ對シテ證明ヲ要求スルコトヲ職權調査ト稱ス而シテ訴訟關係ノ成立ニ付キ利益ヲ受クル者ハ常ニ原告ナルヲ以テ訴訟ノ成立條件ノ具備スルコトヲ證明スル責任ハ常ニ原告ニ存スルモノナリ關係的訴訟條件ハ當事者保護ノ目的ヲ以テ認メラレタルモノナレハ裁判所ハ

職權ヲ以テ之ヲ調査スヘキモノニアラス裁判所ハ當事者ノ主張ニ因リテ始メテ其條件ノ存否ヲ調査スル職責アルモノトス而シテ斯カル條件ノ欠缺ヲ主張スル當事者ハ其條件ノ欠缺ヲ證明スヘキ責任ヲ負擔ス訴訟ノ成立條件ニ欠缺アルコトヲ主張スル當事者ハ常ニ被告ナルヲ以テ證明ノ責任モ亦被告ニアリトス

第二節 訴訟成立條件ノ種別

訴訟ノ成立條件ハ通常訴訟ト特別訴訟トノ區別アルニ從ヒ亦其區別アリト雖モ本節ニ述フル處ハ通常訴訟ニ關スルモノノミトス通常訴訟ニ於ケル訴訟成立ノ條件ハ特別訴訟手續ニモ共通ノモノニシテ左ノ如ク區別スルコトヲ得

第一 裁判所ニ關スル條件ハ受訴裁判所ノ管轄カ適法ナルコト是ナリ即チ訴ヲ受ケタル裁判所ハ其訴ニ付テ事物并ニ土地ノ管轄權ヲ有スルコトヲ必要トス裁判所ノ管轄ハ職權調査ノ事項ニ屬ス

第二 當事者ニ關スル條件ハ左ノ二トス

- (一) 當事者能力及ヒ訴訟能力ニ欠缺ナキコト
 - (二) 法律上代理及ヒ訴訟代理ニ欠缺ナキコト
- 右ノ條件ハ裁判所ノ職權調査ノ事項ニ屬スルモノトス
- 第三 訴訟物ニ關スル條件

(一) 訴訟物カ通常裁判所ノ權限ニ屬スルコト

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

ヤ否ヤハ職權調査ノ事項ニ屬シ被告ハ此場合ニ民事訴訟法第二百六條第一號ニ規定スル無訴權ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得ヘシ
 民事即チ私法關係ヲ目的トスル以外ノ事項ニシテ行政裁判所又ハ行政官廳ノ權限ニ屬セサル爭訟事項アルモ其事項ニ付テノ爭議ハ救濟ヲ求ムルノ途ナキモノトス又私法關係ヲ訴訟物トシテ訴ヲ提起シタル場合ニ其私法關係ニ付キ仲裁契約ノ存在スルトキハ之ヲ無訴權トシテ被告ハ無訴權ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得トノ說アリト雖モ訴ノ目的物即チ訴訟物カ私法關係ナル以上ハ假令仲裁契約存スト雖モ其私法關係ニ付キ通常裁判所ハ審理裁判ヲ爲スノ權限ナシト謂フヲ得ス故ニ之ヲ無訴權トシテ被告ハ無訴權ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得ス唯被告ハ本案ノ答辯トシテ仲裁契約ノ存在ヲ證明シテ原告ノ私權保護ノ請求權存立セス即チ權利保護ノ條件カ具備セサルコトヲ理由トシ原告ノ請求自體ノ排斥ヲ求ムルコトヲ得ルニ過キス

(二) 同一ナル訴訟物ニ付キ他ニ權利拘束ノ存在セサルコト

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

(三) 原告カ訴訟費用ニ付キ保證ヲ立ツル義務アル場合ニハ之ヲ立テタルコト

外國人カ原告トシテ日本人ニ對シ訴ヲ起ス場合若クハ外國人カ原告ノ從參加人トシテ訴訟ニ附隨スル場合ニハ民事訴訟法第八十八條以下ノ規定ニ從ヒ訴訟費用ニ付キ保證ヲ立テサル可ラス若シ之ヲ立テサルトキハ被告ハ訴訟費用保證欠缺ノ抗辯ヲ提出シテ原告ノ訴ノ却下即チ訴訟關係ノ不成立ヲ主張スルコトヲ得ヘシ訴訟費用保證ノ欠缺ノ有無ハ專ラ被告ノ

利益ノ爲メニ認めラルルモノナレハ關係的訴訟條件ニ屬スルモノトス

(四) 原告カ前訴訟費用ノ辨濟ヲ爲シタルコト

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

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

第三節 權利拘束

第一款 權利拘束ノ意義

訴訟物ノ權利拘束トハ裁判所ト當事者トノ間ニ發生シタル訴訟關係ヲ謂フ即

チ適法ナル訴ノ提起若クハ訴狀ノ送達ニ因テ生スル訴訟法上ノ效果ヲ包括シタルモノヲ謂フモノニシテ略言スレハ訴訟關係自體ヲ謂フモノトス
權利拘束ハ左ノ場合ニ於テ發生ス

第一 訴狀ノ差出ニ依ル訴提認ノ場合ニハ適法ナル訴狀カ被告ニ送達セラレタルトキ(第一九五條)

第二 區裁判所ニ於テ口頭ヲ以テ訴ヲ提起スル場合ニハ裁判所書記ノ作成シタル調書ノ謄本カ被告ニ送達セラレタルトキ(第一三三、一三四、一三五條)

第三 區裁判所ニ於テ原告カ被告及ヒ裁判官ノ面前ニ於テ口頭ヲ以テ訴ヲ提起シタルトキ(第三七八、一八一條)

第四 被告カ反訴ヲ提起シタル場合ニハ其反訴ノ條件ヲ記載シタル答辯書又ハ特別ノ書面カ相手方ニ送達セラレタルトキ(第一二〇條)

第五 訴訟ノ進行中ニ口頭辯論ニ於テ申立ノ擴張ヲ爲シ若クハ許サルヘキ訴ノ變更ヲ爲シ又ハ附隨的確認ノ訴ヲ提起シ又ハ被告カ反訴ヲ提起シタルトキ(第一二一條)
キハ此等ノ事項ヲ口頭辯論ニ於テ陳述シタルトキ(第一二一條)

第六 督促手續ニ於テハ支拂命令ヲ送達シタルトキ(第七條)

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

理判決ヲ爲ス可キ權利義務ヲ發生シ當事者ハ裁判所ニ於テ本案ノ請求ニ付キ
口頭辯論ヲ爲シ訴訟手續ヲ進行スヘキ權利義務ノ關係ヲ發生スルモノナリ或
ハ權利拘束トハ唯訴訟カ裁判所ニ繫屬シタル狀態ヲ稱スルモノニシテ訴訟ノ
結果裁判所ハ本案ノ訴訟物ニ付キ審理裁判ヲ爲シ當事者ハ其審理裁判ヲ求ム
ル所ノ權利義務成立セルヤ否ヤノコトハ權利拘束ノ意義ニ關係ナキモノトノ
說アレトモ賛成スル能ハス

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

第一說

訴ノ提起カ不合法ナルトキ其他訴訟ノ成立條件カ欠缺セル場合ニ於
テハ訴訟法上ノ法律關係ヲ發生セス即チ原告カ裁判所ニ對シテ本案ノ審理
ヲ求メ被告カ本案ノ訴訟物ニ付キ答辯ヲ爲スノ責任ヲ負ヒ又裁判所カ判決
ヲ爲スヘキ權利義務ヲ發生スルコト能ハサルヲ以テ隨テ此場合ニ於テハ訴

訟物ノ權利拘束ヲ發生スルモノニアラス此説ハ權利拘束ヲ以テ訴訟法上ノ法律關係ナリトスルモノナリ

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

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

テ訴訟成立條件ノ欠缺ハ權利拘束ヲ發生スト云フニ在リ

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

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

テハ第一説ヲ正當ト爲ササル可ラス

第二款 權利拘束ノ效力

權利拘束ノ效力ハ裁判所ハ本案ノ訴訟物ニ付テ審理裁判ヲ爲ス權利義務ヲ生シ當事者ハ訴訟ヲ進行シ裁判ヲ受クルノ權利義務ヲ生スルモノナリ尙ホ民法上ノ效力トシテハ時効ノ中斷債務者ノ遲滯責任ヲ生スルカ如キ是ナリ其他民事訴訟法ニ於テ特ニ權利拘束ノ效力トシテ規定スルモノアリ即チ左ノ如シ(第一九五)

第一 權利拘束ノ抗辯

一ノ訴訟ノ權利拘束ノ存續中原告又ハ被告ヨリ同一ノ訴訟物ニ付キ同一裁判所又ハ他ノ裁判所ニ本訴又ハ反訴ヲ以テ訴ヲ起シタル場合ニハ其訴訟ノ被告ハ同一訴訟物ニ付キ再ヒ審理判決ヲ受クルコトヲ拒絕スルコトヲ得此抗辯ヲ稱シテ權利拘束ノ抗辯ト謂フ同時ニ同一訴訟物ニ付キ二個ノ訴訟ニ強制セラレサル權利ヲ主張スルヲ權利拘束ノ抗辯ト謂フ權利拘束ノ抗辯ヲ認メタル理由ハ同一ノ私權保護ノ請求權ニ付キ國家ハ二重ノ保護ヲ與フル

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

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

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

(一) 新舊ノ訴訟當事者カ同一ナルコトヲ要ス

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

(二) 舊訴ノ原因ト新訴ノ原因ト同一ナルコトヲ要ス

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

(三) 新訴ノ訴訟物カ舊訴ノ訴訟物ト同一ナルコトヲ要ス

舊訴ノ判決ヲ求ムル事項ノ申立カ新訴ノ申立ト異ナルトキハ二重ノ訴ニアラサルヲ以テ權利拘束ノ抗辯ヲ爲スヲ得ス舊訴ニ於テ判決ヲ求ムル請求權若クハ法律關係カ新訴ト其種類範圍ヲ全然同一ニスルニアラサレハ此抗辯ヲ許サス

以上三條件ヲ備ヘタルトキニ限り受訴裁判所ノ同一ナルト否トヲ問ハス後ノ訴訟ノ被告トナリタル者ハ權利拘束ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得ヘシ其抗辯ニシテ理由アルトキハ即チ訴訟ノ成立條件ヲ欠クモノナレハ原告ノ訴ハ不適法トナリ新訴ノ訴訟物ニ付テ權利拘束ヲ生セサルモノトス
權利拘束ノ抗辯ヲ提出シ得ヘキ場合ヲ訴ノ各種類ニ因リ區別シテ説明スレハ左ノ如シ

(一) 給付ノ訴ノ訴訟物ト積極的確定ノ訴ノ訴訟物トハ常ニ同一ニアラサル

ヲ以テ此二個ノ訴ハ互ニ權利拘束ノ抗辯ノ基本ト爲ルモノニアラス給付ノ訴ノ訴訟物ハ請求權ニシテ確定ノ訴ノ訴訟物ハ法律關係ナリ故ニ給付ノ訴ニ於テ原告ノ請求カ正當ト認メラレタル判決アリタルトキハ當事者間ニ給付請求權ノ存在ニ付テハ確定力ヲ生スト雖モ其給付請求權ノ基本タル法律關係ノ存在ニ付テハ確定力ヲ生スルモノニ非ス加之給付ノ判決ニヨリ原告ノ主張スル給付請求權ヲ至當ト認メタル場合ト雖モ必スシモ其基本タル法律關係ノ成立ヲ確定スルモノニ非ス故ニ此等ノ訴ノ訴訟物

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

(二) 積極的確定ノ訴ト消極的確定ノ訴トハ同一法律關係ニ基ク訴ナルトキニ限り訴訟物ハ同一ナリトス故ニ權利拘束ノ抗辯ノ基本ト爲ル積極的確

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

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

(四) 證書訴訟爲替訴訟ハ給付ノ訴ナルヲ以テ此等ノ訴ノ提起ハ其後ニ於ケ

ル通常訴訟手續ニ於テ同一請求ノ給付ノ訴ニ付キ權利拘束ノ抗辯ノ基本ト爲ル又前ニ通常訴訟手續ニ於テ提起セラレタル請求ヲ後ニ證書訴訟若クハ爲替訴訟ニ於テ主張スルトキモ亦同シ而シテ此等ノ訴ト確定訴訟トノ關係ニ付テハ給付訴訟ト確定訴訟トノ關係ト同一ナリ

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

(六) 假差押若クハ假處分ノ手續ニ付テハ本案ノ訴訟物ニ付テ權利拘束ノ效力ヲ生セサルモノナレハ權利拘束ノ抗辯ノ基本ト爲ルモノニアラス
右ニ述ヘタル各種ノ場合ノ外ニ外國裁判所ニ於テ發生シタル訴訟物ノ權利拘束ハ若シ其外國裁判所ノ判決カ民事訴訟法第五百十四條ニ從ヒ執行力ヲ生シ得ヘキトキニ限り日本裁判所ニ於テ權利拘束ノ抗辯ヲ主張スルコトヲ得ルモノトス

以上説明シタル權利拘束ノ抗辯ハ裁判所ノ職權調査ニ屬セスシテ被告ノ拋棄スルコトヲ得ル妨訴抗辯ノ一種ニ屬ス故ニ被告カ此抗辯ヲ提出シタルト

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

第二 受訴裁判所ノ管轄ヲ確定ス(條第一九五項)

受訴裁判所ノ事物及ヒ土地ノ管轄ハ訴訟物ノ權利拘束ノ發生シタル當時ノ狀態ニ因リ定マルモノトス故ニ原告カ訴狀ヲ裁判所ニ差出シ訴ヲ提起シタ

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

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

第三 原告ハ訴ヲ變更スルコトヲ得ス

權利拘束ノ效力トシテ原告ハ訴ヲ變更スルコトヲ得サルヲ原則トス訴ノ變更トハ訴ノ成立要素ヲ變更スルコトヲ謂フ訴ハ一定ノ當事者一定ノ請求ノ目的物一定ノ請求ノ原因及ヒ一定ノ申立ヨリ成立スルモノナレハ其一ヲ變更スルトキハ訴ノ變更ヲ來スモノトス而シテ訴ノ變更ハ訴訟物タル請求若

クハ法律關係ノ變更ヲ來スコトアリ故ニ訴ノ變更ハ請求ノ交換ナリト言フ者アリ請求ノ交換ハ訴ノ原因ト請求ノ目的物トニ變更アル場合ニ生スルモノナリトノ說アリト雖モ獨リ此二者ノミナラス申立ヲ變更スルモ訴ノ變更ヲ生スヘシ故ニ訴ノ變更ハ請求ノ交換ヲ來スコトアルモ訴ノ變更ハ常ニ請求ノ交換ナリト言フ能ハス然レトモ請求ノ目的物及ヒ當事者ヲ變更スル場合ニハ常ニ請求ノ原因即チ訴ノ原因ニ變更ヲ生ス訴ノ申立ノ變更ハ必スシモ其他ノ成立要素ノ變更ヲ來スモノニアラサルヲ以テ訴ノ變更ハ訴ノ原因ノ變更及ヒ申立ノ變更ノ二者ニ歸スルモノト謂フヲ得ヘシ第百九十五條第三號ニハ訴ノ原因ヲ變更スルコトヲ得スト規定セルモ申立ヲ變更スルコトハ第百九十六條ニ該當スル場合ノ外絕對ニ之ヲ許ササルモノナルヲ以テ唯訴ノ原因ヲ變更スルコトヲ得スト規定シタル所以ナリ故ニ權利拘束ノ效力トシテハ單ニ訴ノ原因ノミヲ原告カ變更スルコトヲ得サル效力ヲ生スルモノト解スヘカラス訴ノ目的原因當事者申立ハ總テ之ヲ法律ニ許サレタル場合ノ外變更スルヲ得サルモノト解スヘキナリ今訴ノ原因ノ變更ト訴ノ申立

ノ變更トニ付キ區別シテ説明スヘシ

(一) 訴ノ原因ノ變更

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

(イ) 主觀的訴ノ原因ノ變更

訴ノ原因ニ因テ特定セラレタル私法上ノ法律關係ノ主體ヲ變更シタル

トキハ即チ主觀的訴ノ原因ノ變更ナリ例ヘハ原告カ訴狀ニ於テ原告ト被告トノ間ニ於ケル契約ニ因リ債務ノ履行ヲ求ムト主張シタルニ拘ラズ口頭辯論ニ於テ原告ハ他人ノ法定代理人トシテ其契約ヲ爲シタリト主張シタルトキハ契約ノ内容カ變更セラレタルト否トヲ問ハス訴ノ原因ハ變更セラレタルモノナリ如何トナレハ原告被告間ノ法律關係ト原告カ代表シタル他人ト被告トノ間ノ法律關係ハ之ヲ異ニスルノミナラス法律關係ヲ構成スル事實ヲ異ニスルヲ以テ訴ノ原因ノ變更アリト言フコトヲ得唯民事訴訟法第七十八條乃至第一百八十條ノ規定ニ依リ訴訟中斷ニ因リ承繼アリタル場合ニ訴訟當事者ノ變更ヲ來スト雖モ其承繼人ハ訴訟關係ヲ繼承スルモノナレハ訴ノ原因ニ變更ヲ生セサルノミナラス訴ノ變更ヲ爲スモノト言フヲ得ス從參加人又ハ指名參加人カ訴訟ヲ引受ケタル場合モ亦同一ナリ

(ロ) 客觀的訴ノ原因ノ變更

客觀的訴ノ原因ノ變更トハ訴ノ原因タル法律關係ノ主體ヲ變更セスシ

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

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

(二) 訴ノ申立ノ變更

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

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

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

スノ結果ヲ生シ審級ノ秩序ヲ紊ルニ至レハナリ(第四一)唯人事訴訟手續法ニ於テハ人ノ身分ニ關スル訴訟ナルヲ以テ身分上ノ爭議ヲ成ルヘク迅速ニ完結セントスルノ目的ヨリシテ第一審ト第二審トヲ問ハス又被告ノ承諾ノ有無ヲ論セス訴ノ原因ノ變更ヲ許スモノト爲セリ(二六)訴訟法第八條(第三九條)第(一)項ノ原因ノ變更ニ對スル被告ノ承諾ハ明示又ハ默示ニテ表示スルコトヲ得ヘシ變更セラレタル原因ノ訴ニ對シ被告カ異議ヲ述ヘスシテ本案ノ辯論ヲ爲シタルトキハ縱令明示ノ承諾ナキトモ雖モ變更ニ同意シタルモノト看做サル本案ノ辯論トハ原告カ訴ノ原因トシテ主張シタル實體法上ノ權利ニ關シ之カ認否ニ付テノ陳述ヲ爲スコトヲ謂フ其陳述ヲ爲シタルトキハ被告ハ訴ノ原因ニ變更アリトノ異議ヲ主張スルコトヲ得ス但訴訟ノ成立條件ニ關シテ陳述ヲ爲シタルトキハ未タ異議ヲ述フルノ權ヲ失ハス又本案ノ辯論ヲ爲スモ訴ノ原因ニ變更アリトノ異議ヲ留保シテ辯論ヲ爲ス場合ニハ原因ノ變更ニ對シ承諾シタルモノト看做スコトヲ得サルモノトス原告カ訴ノ原因ヲ變更セントスルトキハ被告ハ之ニ對シ異議ヲ主張シ若ク

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

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

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

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

第二說 原告カ訴ノ原因ヲ變更スル意思表示ハ被告ノ承諾ヲ待テ前原因ノ訴ヲ消滅セシメ新原因ノ訴ヲ繫屬セシメントスル二個ノ意思表示ヲ含ム故ニ被告カ原告ノ變更ノ意思表示ニ對シ異議ヲ述ヘタルトキハ之ヲ二個ニ區別シテ其效果ヲ觀察セサルヘカラス即チ舊原因ノ訴ニ付テ被告カ本案ノ口頭辯論ヲ爲ササル以前ニ異議ヲ述ヘタルトキハ舊原因ノ訴ハ取下ニ因リテ消滅ス如何トナレハ民事訴訟法第九十八條ニヨレハ原告ハ被告ノ本案ニ付テノ口頭辯論ノ始マルマテハ被告ノ承諾ナクシテ訴ヲ取下ルコトヲ得ヘキカ故ニ原告カ舊原因ノ訴ヲ消滅セシメ即チ取下ケントノ意思表示ヲ爲シ新原因ノ訴ヲ提起セントスルノ意思表示ヲ爲シタルトキ舊原因ノ訴ニ付キ被告カ本案ノ口頭辯論ヲ始メサル以前ナルトキハ原告ハ自己ノ意思ノミニ因リ舊原因ノ訴ヲ取下クルコトヲ得レハナリ而シテ新原因ノ訴ハ被告ノ異議ノ爲メニ適法ニ裁判所ニ繫屬セサルモ不適法ニ繫屬スルヲ以テ裁判所ハ訴訟ヲ不適法トシテ判決ヲ以テ却下シ訴訟ノ全部ハ終了スルモノトス

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

右二說中第二說ヲ以テ正當ト信ス

原告カ訴ノ原因ヲ變更セサルニ被告カ訴ノ原因ニ變更アリト主張シ即チ訴訟ノ進行中ニ訴ノ原因ノ變更ノ有無ニ爭ヲ生シタル場合ニハ之ヲ決スルニアラサレハ訴訟ヲ進行スルコトヲ得サルモノニシテ其爭ハ民事訴訟法第二

百二十七條ニ所謂中間ノ爭ナリトス故ニ其爭ヲ完結スルニハ裁判所ハ中間判決ヲ以テ訴ノ原因ニ變更ナキコトヲ宣言セサル可ラス其中間判決ニ對シテハ絶對ニ不服申立ヲ許サス(第一九條)訴ノ原因ノ變更ノ有無ニ爭アリタルトキ裁判所ハ常ニ必スシモ中間判決ヲ爲スコトヲ必要トスルモノニ非ス裁判所カ便宜ト認ムルトキハ訴ノ原因ノ變更ナキ場合ニ限り本案ノ終局判決ノ理由中ニ於テ宣言ヲ爲スコトヲ得ヘシ其宣言ニ對シテモ亦不服ノ申立ヲ許サス

以上述ヘタル訴ノ原因ノ變更カ許サレ舊原因ノ訴カ消滅シテ新原因ノ訴カ繫屬スル場合ニハ時トシテ裁判所ハ事物ノ管轄ニ變更ヲ及ホスコトアリ被告カ訴ノ原因ノ變更ニ同意シタルトキハ管轄ニ付テハ合意アリタルモノト看做サレ訴訟ハ其裁判所ニ適法ノ管轄權ヲ發生セシム然レトモ合意管轄ヲ許ス訴訟物ニアラサルトキハ變更シタル訴ニ付キ被告ハ裁判所ノ管轄違ノ妨訴抗辯ヲ主張スルコトヲ得ヘシ且被告カ訴ノ原因ノ變更ニ同意シタルトキト雖モ管轄ニ付テ合意ヲ爲ササルコトヲ留保シテ變更ニ同意シタル場合

ニハ被告ハ管轄違ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得ヘシ
 訴ノ申立ノ變更ハ民事訴訟法第九十六條ニ規定セル以外ノ者ハ之ヲ許サ
 ス若シ申立ノ變更ニ付テ當事者間ニ争ノ生シタルトキハ亦中間争ナルヲ以
 テ中間判決ヲ以テ之ヲ裁判スヘキモノトス申立ノ變更ハ民事訴訟法第九
 十六條以外ノ場合ハ被告ノ承諾アルモ之ヲ許スヘキモノニ非ス若シ原告カ
 法律ノ規定ニ違背シテ申立ヲ變更セントスルトキハ其申立ハ之ヲ許ササル
 モノトシテ原告ノ訴ヲ却下スル終局判決ヲ爲スヘキモノトス民事訴訟法第
 百九十六條ノ場合ヲ説明スレハ左ノ如シ

(一) 被告カ事實上又ハ法律上ノ申述ヲ補充シ又ハ更正スルコト
 事實上ノ申述ヲ補充スルトハ訴ノ原因以外ノ事實ニ付テノ陳述ヲ補充ス
 ルコトヲ謂ヒ更正スルトハ訴ノ原因以外ノ事實ニ付テ前ニ爲シタル陳述
 ヲ變更スルコトヲ謂フ法律上ノ申述及ヒ更正ニ付テモ亦同一意義ナリト
 ス此等ノ補充若クハ更正ハ訴ノ原因ヲ變更セサル場合ニ限り許サルルモ
 ノトス訴ノ原因タル事實若クハ法律關係ニ變更ヲ及ホサスシテ原告ノ爲

ス補充及ヒ更正ニ付キテハ被告ハ之ニ對シ異議ヲ主張スルコトヲ許ササル
 ルモノトス

(二) 本案又ハ附帶ノ請求ニ付キ訴ノ申立ヲ擴張シ又ハ減縮スルコト

申立ノ擴張トハ前ニ爲シタル判決ヲ受クル事項ノ申立ノ範圍ヲ増加スル
 コトヲ謂ヒ申立ノ減縮トハ其範圍ヲ縮小スルコトヲ謂フ此等ノ擴張又ハ
 減縮ハ訴ノ原因ニ變更ヲ及ホササル場合ニ限り之ヲ許サルヘキモノニシ
 テ被告ハ之ニ對シテ異議ヲ述フルコトヲ得サルモノトス申立ノ擴張ノ效
 果ハ擴張シタル部分ノ申立ハ其申立ヲ口頭辯論ニ於テ原告カ爲シタル時
 其部分ニ付キ權利拘束ノ效力ヲ生ス(第二條一)申立ノ擴張ハ口頭辯論ニ於テ
 新ナル申立ヲ主張スルモノナレハ前ノ訴ノ一部トシテ其部分ニ付キ新ニ
 權利拘束ヲ生スルモノトス訴ノ申立ノ減縮トハ請求權ノ一部ノ拋棄又ハ
 訴ノ一部ノ取下ナリ申立ノ減縮カ拋棄ト爲ルヤ取下ト爲ルヤハ原告ノ意
 思表示ニ因リ定マル若シ拋棄ト爲ルトキハ其部分ニ付キ被告ハ民事訴訟
 法第二百二十九條ニ依リ拋棄ニ基キ原告ノ請求ヲ却下スル判決ヲ求ムル

コトヲ得ヘク一部ノ取下ト爲ル場合ニハ民事訴訟法第九十八條ニ依テ申立ノ減縮カ許サルヘキヤ否ヤヲ定メサルヘカラス第九十六條ニ被告カ異議ヲ述フルヲ得ストアルカ爲メ他ノ法條ニ基ク被告ノ權利ヲ剝奪シタルモノト爲スヲ得ス

(三) 最初求メタル物ノ滅盡又ハ變更ニ因リ賠償ヲ求ムルコト

此場合モ亦訴ノ原因ニ變更ナキ場合ニ限り許サルモノニシテ最初求メタルトハ訴提起ノ際ニ請求シタルモノヲ謂フ其目的物カ訴訟ノ進行中ニ滅盡若クハ變更シタルトキニ限り賠償ヲ求ムルコトヲ得、訴訟提起ノ當時ヨリ存在セサルモノヲ訴訟ノ中間ニ於テ賠償請求ニ變スルヲ許サス故ニ申立ノ變更ハ原告カ訴ヲ以テ主張シタル目的物カ權利拘束發生ノ當時存在スルコト及ヒ其訴訟ノ進行中ニ於テ滅盡又ハ變更シタルコトノ二個ノ條件ノ下ニ許サルヘキ申立ノ變更ナリ賠償ヲ求ムルトハ損害賠償ノ意義ナリ滅盡若クハ變更トハ被告ノ行爲若クハ不可抗力等ニ因リ目的物カ消滅スルカ若クハ其體様ヲ變更シタル場合ヲ謂フ而シテ物ノ滅盡又ハ變更

ニ因リ當事者間ノ實體上ノ法律關係ニ消滅ヲ來スカ若クハ原告カ損害賠償ヲ求ムル權アリヤ否ヤハ一ニ私法ノ規定ニ因リ定マル唯茲ニハ賠償請求權ノ有無ヲ問題外トシテ申立ノ變更ヲ許スヘキモノナリトノ趣旨ヲ規定シタルモノニ外ナラス

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

以上述ヘタル三個ノ事項ハ權利拘束ノ效力ノ主ナルモノナリ其他訴訟法上ニ於ケル權利拘束ノ效力トシテハ原告ノ訴カ不當ノ請求ナルトキハ被告ニ私權保護ノ請求權ヲ發生セシムルコト、反訴ノ裁判籍カ構成セラルルコト及ヒ第三者カ訴訟ノ參加ヲ爲シ得ルコト是ナリ(第二〇條、第二三條、第五〇條、第五三條、第五五條參照)其他獨逸民事訴訟法及ヒ我改正案ニ於テハ權利拘束カ發生シタル後其訴訟ノ目的ト爲リタル物若クハ權利ヲ原告及ヒ被告カ他人ニ讓渡シタル後ト雖モ其訴訟ノ判決ノ效力ハ讓受人ニ對シテ確定ノ效力アルモノトスルノ規定ヲ設ケタリ此規定ノ趣旨ハ判決ノ效力ハ訴訟當事者ニ限り及ホスヘキモノナルコトヲ原則トセルヲ以テ

若シ斯カル規定ナキトキハ權利拘束ノ發生後其消滅前ニ當事者ノ一方カ其訴訟ノ目的物ヲ他人ニ讓渡シタルトキハ其訴訟ニ於テ勝訴ノ判決ヲ受ケタル當事者ト雖モ其判決ヲ執行スルヲ得サルニ至ルモノナリ故ニ訴訟物ノ權利拘束ヲ生シタル後ハ訴訟物ノ特定承繼人ニ對シテモ縱令其特定承繼人カ訴訟當事者ト爲ラサルトキト雖モ尙ホ判決ノ效力ヲ及ホスモノト爲ササレハ二重ニ訴訟ヲ爲スノ必要ヲ生スルノミナラス訴訟ノ被告カ惡意ヲ以テ目的物ヲ他人ニ讓渡スルトキハ原告ノ權利救済ニ困難ヲ生スル場合アルヘシ是ヲ以テ獨逸法竝ニ改正案ハ此規定ヲ設ケタリト雖モ現行法ニハ斯カル規定ナキヲ以テ訴訟物ノ特定承繼人ニ對シテハ別訴訟ヲ以テ訴ヲ起シ判決ヲ受クルニアラサレハ其目的物ニ付テ權利ノ保護ヲ全フスル能ハサルモノトス

第三款 權利拘束ノ消滅

權利拘束ノ消滅スル場合左ノ如シ

第一 判決ノ確定

判決ノ確定力ニハ實體的ト形式的トアリ判決カ上訴ニ因リテ不服ヲ申立ツ

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

(一) 第一審裁判所カ事物ノ管轄違ナリトシテ訴ノ却下ヲ言渡ス場合ニ於テ原告ノ申立ニ因テ爲ス移送判決(第九條)此判決ハ其審級ニ於テ訴訟ヲ完結スルモノナレハ終局判決ナリト雖モ其判決ノ確定ニ因リテ訴訟ハ他ノ第

一審裁判所ニ繫屬スルノ效果ヲ生スルモノナレハ訴訟物ノ權利拘束ハ移送ヲ受ケタル裁判所ニ移轉シテ存在ス故ニ移送判決ハ權利拘束ノ消滅原因ト爲ラス

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

(三) 上告審ニ於テ言渡ス差戻又ハ移送判決 上告裁判所ノ判決ハ不服申立ノ途ナキヲ以テ言渡ニ因リテ確定スルモノナリ而シテ上告裁判所カ差戻又ハ移送ノ判決ヲ爲スモ其判決ハ上告審ニ於ケル訴訟ノ終了ヲ目的トシテ宣言スルモノナレハ終局判決ナルコト明ナルモ差戻若クハ移送ノ判決アルトキハ其訴訟ハ差戻ヲ受ケル裁判所若クハ移送ヲ受ケタル裁判所ニ繫屬スルモノナレハ訴訟物ノ權利拘束ハ其判決ニ因テ消滅セス
以上述ヘタル三個ノ判決ハ共ニ終局判決ナリト雖モ訴訟ノ終了ヲ目的トス

ルモノニアラサレハ其判決ノ確定ニ因リテ權利拘束モ消滅セス其他ノ終局判決ハ確定スルトキハ總テ權利拘束ヲ消滅スルモノトス中間判決中妨訴抗辯棄却ノ判決(七條二) 請求ノ原因ヲ正當ナリトスル判決(八條二) 控訴裁判所カ權利ノ行使ヲ留保スル判決(第四六條二) 證書訴訟爲替訴訟手續ニ於テ被告ニ權利行使ヲ留保スル判決(第四九條) ノ四個ハ上訴若クハ強制執行ニ關シテ終局判決ト看做サルト雖モ是レ唯上訴ト強制執行トノミニ關スルモノナレハ此等ノ判決カ確定スルモ權利拘束ヲ消滅スルモノニ非ス

第二 請求ノ拋棄及ヒ認諾

請求ノ拋棄及ヒ認諾アリタルトキハ權利拘束ハ消滅スルヤ否ヤハ之ヲ關係的ニ論決セサル可ラス(第九條二) 原告カ請求ヲ拋棄シ又ハ被告カ原告ノ請求ヲ認諾シタルトキ其相手方カ直チニ拋棄若クハ認諾ニ基ク判決ヲ求ムル旨ノ申立ヲ爲ササルトキハ拋棄若クハ認諾ニ因テ訴訟物ノ權利拘束ヲ消滅ス若シ拋棄若クハ認諾ニ基ク判決ヲ求ムル申立アリタルトキハ裁判所ハ判決ヲ爲スヘキヲ以テ其判決ノ確定ニ因テ權利拘束ノ效力ヲ消滅ス故ニ拋棄若ク

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

第三 期間ノ懈怠

期間ノ懈怠トハ當事者カ法定ノ期間内ニ爲スヘキ行爲ヲ爲ササリシコトヲ謂フ其懈怠ニ因リテ訴訟物ノ權利拘束ヲ消滅スル場合アリ即チ判決ヲ爲スニ當リ主タル請求若クハ附帶請求又ハ訴訟費用ノ裁判ヲ脱漏シタル場合ニ於テ當事者カ一定ノ期間内即チ判決ノ言渡後直チニ追加裁判ノ申立ヲ爲ス

カ若クハ判決正本ノ送達ヨリ起算シテ七日ノ期間内ニ追加裁判ヲ求ムル申立ヲ爲ササルトキハ其裁判ヲ脱漏シタル部分ノ訴訟物ニ付テハ權利拘束ハ消滅ス(第二條四)又督促手續ニ於テ法定ノ期間内ニ故障ノ申立ヲ爲サス若クハ支拂命令ニ對シ債務者カ異議ノ申立ヲ爲シ其支拂命令ノ訴訟物カ地方裁判所ノ管轄ニ屬スル場合ニ於テハ債務者カ一ヶ月ノ期間内ニ管轄地方裁判所ニ訴ヲ起ササリシトキハ支拂命令ノ送達ニ因リテ生シタル訴訟物ノ權利拘束ヲ消滅ス(第三條九四一條)

第四 訴ノ取下(第一條九)

第五 和解(第三條八一一條)

第四節 訴訟成立條件ノ欠缺

訴訟ノ成立條件ニ欠クル所アレハ訴ハ外觀上裁判所ニ繫屬シ訴訟關係ヲ發生シタルカ如クナリト雖モ是レ單ニ形式上訴カ繫屬スルニ止マリ適法ニ訴訟關係ヲ發生スルモノニ非ス故ニ裁判所ハ訴訟ノ本案ニ付テ審理裁判ヲ爲スヲ得

ス裁判所ハ訴訟關係ヲ發生セサルモノトシ原告ノ訴ヲ不適法トシテ判決ヲ以テ却下スヘキモノトス訴訟ノ成立條件ニハ前ニ述ヘタル如ク絶對的ノモノト關係的ノモノトアリ絶對的ノモノハ裁判所カ職權ヲ以テ之ヲ調査シ欠缺アルトキハ本案ニ付テノ審理裁判ヲ爲サスシテ不適法トシテ之ヲ却下シ關係的ノモノハ相手方ヨリ其欠缺ヲ主張シタル場合ニ始メテ裁判所カ之ヲ審理シ若シ欠クル所アレハ其訴訟關係モ亦不成立トシテ原告ノ訴ヲ却下スヘキモノナリ被告ノ提出スルコトヲ得ル妨訴抗辯ニ屬スル訴訟條件ノ欠缺アルトキハ被告ハ其條件ノ欠缺ヲ主張シテ本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得ルモノナリ本案ノ辯論ヲ拒ミタルトキハ裁判所ハ其抗辯ニ付テ特ニ判決ヲ爲スヘク妨訴抗辯棄却ノ判決ヲ爲ス迄ハ裁判所ハ本案ノ審理ヲ爲スコトヲ得サルモノトス要スルニ訴訟條件ノ欠缺ハ判決ニ及ホス效力ト辯論ニ及ホス效力トノ二個ニ區別スルコトヲ得ヘシ判決ニ及ホス效力トハ訴訟條件ノ欠缺ノ結果裁判所カ本案ノ判決ヲ爲スヲ得サルノ效果ヲ謂ヒ辯論ニ及ホス效力トハ妨訴抗辯ニ關スル規定ニ依リ被告カ本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得ルコト是ナリ妨訴抗辯以外ノ訴訟成立

條件ノ欠缺ハ被告ハ本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得ス裁判所カ民事訴訟法第一百八條ノ規定ニ依リテ特ニ訴訟條件ニ付キ辯論ノ分離ヲ命シタル場合ニ限り本案ノ辯論ヲ進行セサルノ結果ヲ生スルモノニシテ然ラサル場合ニハ當事者ハ訴訟條件ノ欠缺ヲ主張シテ本案ノ辯論ヲ爲スコトヲ拒ムヲ得サルモノトス

第三章 訴ノ併合

訴ノ併合トハ數個ノ訴ヲ一ノ訴訟手續ニ併合スルコトヲ謂フ即チ訴ノ提起ノ際ニ爲ス併合ト訴訟ノ進行中ニ爲ス併合トノ區別アリ又當事者ノ爲ス訴ノ併合ト裁判所ノ爲ス訴ノ併合トアリ訴提起ノ際ニ爲ス訴ノ併合ハ原告ノ爲ス訴ノ併合ニシテ訴訟ノ進行中ニ爲ス訴ノ併合ハ被告ノ爲スモノト原告ノ爲スモノト裁判所ノ爲スモノトアリ訴提起ノ際ニ爲ス併合ハ共同訴訟及ヒ民事訴訟法第九十一條ノ訴ノ併合及ヒ主參加ナリ訴訟ノ進行中ニ爲ス訴ノ併合ハ反訴先決的確定ノ訴原告ノ爲ス申立ノ擴張裁判所カ民事訴訟法第二十條ニ依リテ辯論ノ併合ヲ爲ス場合はナリ訴ノ變更モ新訴ト舊訴ト併立スル場合ニハ一

種ノ訴ノ併合ナリトス右ノ如ク訴ノ併合ニ數種アリト雖モ訴ノ變更申立ノ擴張ニ付キテハ已ニ説述セシ處ニシテ第二百二十條ノ併合ハ口頭辯論ノ章ニ説述スヘク本章ニ述フルハ右以外ノ訴ノ併合ナリトス

民事訴訟法カ訴ノ併合ヲ認メタル理由ハ訴訟手續ノ省略及ヒ時間費用ヲ節減シ且裁判ノ抵觸ヲ避クルニ在リ蓋シ同種類ノ私法關係ニ付キ各別ニ訴訟ヲ爲ストキハ訴訟手續ヲ繁雜ニシ爲メニ費用及ヒ時間ヲ要シ或ハ同一事項ニ付キ法律ノ解釋適用ヲ異ニスル不利益アルノミナラス國家經濟上ヨリ觀察スルモ利益ナク却テ一國ノ法律ノ解釋適用ヲ區々ニスルノ弊害アリ如何トナレハ常ニ各別ノ訴訟ヲ爲スヘキモノトセハ各別ニ辯論證據調等ヲ爲ササルヘカラサルモ訴ノ併合ヲ許ストキハ同一訴訟手續ニ於テ同時ニ此等ノ訴訟行爲ヲ爲スヲ得ルノ便宜アリ且各別ニ訴訟ヲ爲ストキハ當事者カ一ノ訴訟手續ニ於テ提出セル訴訟資料ヲ他ノ手續ニ於テ提出セサルコトアリ裁判所ノ判斷モ區々ニ巨ルコトナキニ非サルヲ以テ訴ノ併合ヲ許ストキハ訴訟資料カ一致スルノミナラス裁判所ノ判斷モ亦一途ニ出ツヘキヲ以テナリ加之私法關係中ニハ多數

當事者ノ債權關係ノ如キ或ハ共有ノ如キ或ハ人事ニ關スル訴訟ノ如キ多數ノ當事者ヲ以テ民事訴訟ノ當事者ト爲スニ非サレハ私權保護ノ目的ヲ達スルコト能ハサルモノアリ故ニ獨逸民事訴訟法并ニ我現行法モ訴ノ併合ヲ認メタルモノトス

第一節 主觀的訴ノ併合

主觀的訴ノ併合ハ共同訴訟ナリ共同訴訟トハ二人以上ノ當事者カ原告若クハ被告トシテ爲ス訴訟ヲ謂フ一人若クハ數人ノ原告カ數人若クハ一人ヲ被告トシテ訴フル訴訟ヲ謂フ訴提起ノ際ニ原告ノ爲ス訴訟當事者ノ併合ニシテ訴訟進行中ニ於テハ之ヲ許サス蓋シ訴訟手續ノ煩雜ヲ來タスヲ以テナリ

共同訴訟ヲ爲スヤ否ヤハ當事者カ訴ヲ提起スル際ニ定ムヘキモノナレハ原告ノ意思ニ因テ定マルモノトス而シテ共同訴訟ヲ爲スニ付テハ一定ノ條件ヲ必要トス其條件ニハ形式的ノモノト實體的ノモノトアリ即チ左ノ如シ

第一 形式的條件

(一) 受訴裁判所カ其訴訟事件ニ付キ事物及ヒ土地ノ管轄權ヲ有スルコトヲ要ス 共同訴訟ノ被告カ數人アルトキハ受訴裁判所ハ其數人ノ被告ニ對シ事物及ヒ土地ノ管轄權ヲ有セサル可ラス若シ被告ノ一人ニ付キ土地管轄權アリテ他ノ者ニ對シテハ管轄權ナキトキハ共同訴訟ヲ許サス獨逸法ニハ數人ヲ共同被告トシテ訴ヲ提起スルニ當リ各被告ニ對シ共通ナル裁判籍ナキトキハ直近上級裁判所ニ管轄指定ヲ申請スヘキモノトセリ我現行法ニハ斯ル規定ナキヲ以テ或說ハ被告ノ一人ノ裁判籍アル裁判所ニ對シ共同訴訟ヲ提起スルコトヲ得ヘク裁判所ノ管轄ハ第二十五條ニ因リ原告ノ選擇ニ屬スルヲ以テ數個ノ裁判所中ニ付キ之ヲ選擇スルヲ得ヘシト云フト雖モ第二十五條ニ所謂選擇トハ管轄權アル裁判所ノ中ニ付キ之ヲ許シタルモノト解スヘク管轄權アルモノト無キモノトノ間ニ選擇ヲ許スヘキ理由ナシ故ニ管轄ノ規定ヲ嚴格ニ解スルトキハ共同訴訟ヲ許ス場合ハ極メテ狹キモ法律ノ不備ヨリ生スル結果ナレハ之ヲ補ハンカ爲メニ曲解スルヲ許サス或說ニハ數人ノ共同被告ニ對シ一人ニ管轄權ナキトキト

雖モ訴答文例實施以來共同被告ト爲スコトヲ認メラレタル慣習法ニ因リ管轄權存在スト爲ス者アリト雖モ慣習法ハ法律ノ明文ナキ場合ニ認メラルルモノニシテ管轄ニ關スル法律ノ規定存スル以上ハ慣習法ハ效力ヲ失フモノト爲ササルヘカラス民事訴訟法ニ因リ訴答文例實施當時ノ慣習法ハ消滅シタルモノナレハ前說ニ贊スル能ハス但現今大審院ノ判決例ハ共同被告トシテ訴ヲ許セリ

管轄權アル訴ト管轄權ナキ訴トヲ併合シテ提起シタルトキハ裁判所ハ各訴ノ辯論ヲ分離シ(第一八條)管轄權アル訴ノミヲ繼續進行シ管轄權ナキ訴ハ判決ヲ以テ不適法トシテ却下スヘキモノトス

(二) 併合スヘキ訴ハ同一種類ノ訴訟手續ニ依ルコトヲ要ス 一人若クハ數人ノ原告カ數人若クハ一人ノ被告ニ對シテ訴ヲ起ス場合ニ於テ或者ニ對シテハ證書訴訟手續ニ依リ他ノ者ニ對シテハ通常訴訟手續ニ依ルコトヲ許サス必ス各當事者ニ對シテ證書訴訟手續ニ依リ又ハ通常訴訟手續ニ依リテ訴ヲ提起セサル可カラス若シ一人ニ對シテハ證書訴訟手續ニ依リ他

ノ者ニ對シテハ通常訴訟手續ニ依リテ訴ヲ提起シタル場合ニハ裁判所ハ其訴訟ノ辯論ヲ分離シ別個ノ訴トシテ處理スヘキモノナリ然レトモ其各訴ニ付キ特別訴訟手續ヲ許ササルトキハ其訴ハ總テ之ヲ却下スルコトヲ得ルモノトス

第二 實體的條件

共同訴訟ハ各共同訴訟人ニ對シ時間勞力費用ヲ節減シ且裁判ノ牴觸ヲ避クルコトヲ目的トスルモノナレハ各共同訴訟人間ニ存スル各訴訟物カ法律上互ニ或關係ヲ有スルコトヲ必要トス然ラサレハ同一訴訟手續ヲ以テ訴訟ヲ爲スノ便宜ナキノミナラス裁判ノ牴觸ヲ生スル虞ナキヲ以テナリ故ニ法律ハ共同訴訟ニ付キ實體的條件ヲ規定ス實體的條件トシテハ左ノ場合ノ一ニ該當スルコトヲ要ス(第四條)

- (一) 訴訟物カ數人ニ共通ナルトキ即チ數人カ訴訟物ニ付キ共同權利者若クハ共同義務者ノ地位ニ立ツトキ
訴訟物カ數人ニ共通ナル場合ノ如何ハ實體法ニ因テ定マル例ヘハ數人ノ

共有者カ共同原告トシテ第三者ニ對シテ共有權ノ侵害ヲ排斥スル訴ヲ起ス場合ノ如キ又ハ數人ノ被告カ不可分債務者連帶債務者トシテ訴ヲ受クル場合ノ如キ是ナリ

- (二) 訴訟物カ事實上及ヒ法律上同一ノ原因ニ基クトキ

例ヘハ一人ノ原告ヨリ數人ノ被告ニ對シ不法行爲ニ基ク損害賠償ヲ請求スル場合ノ如キ又ハ數人ノ共同請負人ヨリ注文者ニ對シ代金ノ支拂ヲ請求スル場合ノ如キ訴訟物ノ共同權利者若クハ共同義務者タルコトヲ必要トスルニ非スシテ請求權ノ發生カ同一事實ニ基キ且同一法律ノ規定ニ基クコトヲ必要トスルモノナリ

- (三) 性質ニ於テ同種類ナル事實上及ヒ法律上ノ原因ニ基ク同種類ノ請求又ハ義務カ訴訟物ナルトキ

訴訟物ニ付キ共同權利者若クハ共同義務者タルコトヲ要セス又請求權ノ發生カ事實上及ヒ法律上同一ナル原因ニ基クコトヲ要セス唯訴訟物カ事實上及ヒ法律上同種類ノ原因ニ基キ且其目的物カ同種類ノモノタルコト

ヲ以テ足レリトス例ヘハ保險會社カ別個ノ契約ヲ以テ取結ヒタル多數ノ被保險者ヲ相手方トシテ同種類ノ保險契約ニ基キ訴ヲ起ス場合ノ如キ又ハ別個ニ取結ヒタル同種類ノ物ノ貸借契約ニ基キ貸借人カ多數ノ賃借人ヲ被告トシテ賃貸料ノ支拂ヲ求ムル場合ノ如キ是ナリ

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

第三 共同訴訟ノ效力

共同訴訟カ許スヘキモノナルトキハ訴訟手續ハ單一ニ進行シ訴訟ノ辯論裁判ハ同一手續ニ依テ爲サルルヲ原則トス然レトモ共同訴訟ハ數個ノ訴カ合シテ一ノ訴ト爲ルニ非ス數個ノ訴カ一訴訟ニ併合セララルルニ過キス訴ハ數個ニシテ各當事者間ニ各別ニ訴訟關係ヲ發生スルモノナリ故ニ前ノ條件ニ

付テ説述セル如ク條件ヲ缺キタル共同訴訟ハ總テノ訴ヲ不適法トシテ却下スヘキニ非ス辯論ヲ分離シ一ハ却下シ一ハ進行スヘキモノト爲ル所以ナリ而シテ裁判所ハ適法ナル共同訴訟ト雖モ辯論進行ノ如何ニ因リ何時ニテモ各當事者ニ對スル辯論ノ分離ヲ命シ各別ニ裁判ヲ爲スコトヲ得ルモノトス而シテ辯論ヲ分離セス同一手續ニ依リテ辯論裁判ヲ爲ス場合ニ於テモ共同訴訟人間ノ訴訟上ノ關係ハ變更スルモノニ非ス即チ共同訴訟ハ數個ノ訴ヲ一ノ訴訟手續ニ併合シタルニ過キササルヲ以テ併合ノ結果共同訴訟人ノ一人ノ訴訟行為カ他ノ共同訴訟人ニ關係ヲ及ホスヘキモノニ非ス故ニ各共同訴訟人ハ其資格ニ於テハ各自獨立シテ相手方ニ對立シ其一人ノ訴訟行為及ヒ懈怠又ハ相手方ヨリ其一人ニ對スル訴訟行為及ヒ懈怠ハ他ノ共同訴訟人ニ利害ノ關係ヲ及ホスモノニ非ス(第九條)即チ數人カ共同シテ原告若クハ被告ト爲ルモ恰モ獨立シテ訴訟ヲ爲ストキト同シク各共同訴訟人ノ行為若クハ不行爲ハ他ノ者ニ其效力ヲ及ホスモノニ非ス隨テ判決モ亦各共同訴訟人ニ付キ差異ヲ生スルコトアリ即チ共同訴訟人ノ一人ニ對シテハ敗訴ヲ言渡シ他

ノ者ニ對シテハ勝訴ヲ言渡スコトアルモノトス

以上ハ普通ノ共同訴訟ニ付テノ説明ナリ然レトモ訴訟ノ目的タル法律關係ノ性質ニ因リテ各當事者ニ對シ同一趣旨ノ判決ヲ爲スニ非サレハ訴訟ノ目的ヲ達スルコトヲ得サル場合アリ於是乎民事訴訟法ハ第五十條ニ於テ斯ル共同訴訟ニ付キ適用スヘキ規定ヲ設ク即チ訴訟ニ係ル法律關係カ各共同訴訟人ニ對シ合一ニノミ確定スヘキ場合ノ共同訴訟是ナリ合一ニノミ確定スルトハ訴訟物タル法律關係カ法律上同一ニ歸スルコトヲ謂フ學者之ヲ必要的共同訴訟若クハ不可分の共同訴訟ト稱ス斯カル共同訴訟ヲ認メタル立法上ノ理由ハ私法上ノ法律關係カ多數ノ當事者ニ對シテ常ニ同一狀態ヲ保タシムル必要アル場合アリ例ヘハ共有者ノ各人ニ對シ共有權ノ存否ヲ定ムル訴ノ如キ或ハ多數ノ當事者ニ對シテ不可分債務ノ履行ヲ求ムル訴ノ如キ是ナリ斯ル私法關係ニ付キ訴訟法上各當事者ニ對シ別個ノ關係ヲ來タスヘキ判決ヲ爲ストキハ私法ニ於テ法律關係ノ一途ニ歸スルコトヲ認メタル立法ノ趣旨ニ反スルヲ以テ常ニ各當事者ニ對シ同一趣旨ノ判決ヲ爲スコトヲ得セシメサル可ラス故ニ訴訟法

ハ斯カル訴訟ニ付テハ各當事者ヲ共同原告若クハ共同被告タラシムルコトヲ必要トシ訴訟ニ付キ同時ニ辯論裁判ヲ爲スコトヲ強制シ訴訟ノ結果ヲ同一ニ歸セシムル必要アリトス而シテ訴訟ノ結果ヲ同一ニ歸セシムルニハ訴訟行為ノ效果モ亦共同訴訟人ニ對シ同一ニ歸セシメサルヘカラス如何トナレハ多數當事者ニ對シ常ニ訴訟ノ同一狀態ヲ保タシムルニ非サレハ訴訟ノ結果モ差異ヲ生スヘキモノナレハナリ訴訟行為ノ效果ヲ各共同訴訟人ニ對シ同一ニ歸セシムルニハ即チ一人ノ訴訟行為ノ效果ヲ當事者全員ニ對シテ及ホサシムルニ在リ換言スレハ或訴訟行為ヲ全員ニ對シテ有效ト爲スカ若クハ無効ト爲スカ二者其一ニ出テサル可カラス此趣旨ニ基キ第五十條ノ規定ヲ設ケタルモノトス即チ共同訴訟人ニ對シ訴訟ニ係ル法律關係カ合一ニノミ確定スヘキ場合ニ限り其一人ノ爲シタル訴訟行為ノ效果ハ或程度ニ於テ他ノ共同訴訟人ニ對シ效力ヲ及ホスヘキモノトセリ如何ナル訴訟カ各共同訴訟人ニ對シ合一ニ確定スヘキモノナルヤハ訴訟物タル法律關係ニ因リテ定マル故ニ民事訴訟法若クハ其他ノ法律ニ於テ共同訴訟ヲ必要トシタル場合ハ常ニ訴訟ニ係ル法律關

係カ合一ニノミ確定スヘキ必要的共同訴訟ナリト解ス可ラス法律カ共同訴訟ヲ必要トスル場合ニシテ合一ニ確定セサルモノアリトス

民事訴訟法第五十條ニ依レハ必要的共同訴訟ニ付キ共同訴訟人中ノ或者ノ攻撃若クハ防禦ノ方法ハ他ノ共同訴訟人ニ對シ利益ニ於テ效力ヲ生セシメ共同訴訟人中ノ或者カ争ヒ又ハ認諾セサル場合ニモ總テノ共同訴訟人カ争ヒ又ハ認諾セサルモノト看做シ日期間ノ懈怠ニ付テモ懈怠シタル者ハ懈怠セサリシ者ニ代理ヲ任シタルモノト看做ス共同訴訟人中ノ一人ノ訴訟行為ニ斯ル效果ヲ生セシムルハ法律ノ擬制ナリヤ將タ反射效力ナリヤニ付テハ學說岐ル擬制說ニ依レハ一人ノ行為カ他人ニ對シテ效力ヲ及ホスハ即チ假定的ニ行為ヲ爲ササリシ者若クハ懈怠シタル者ニ對シテ法律カ或行為ヲ爲シ若クハ懈怠セサリシ者ト看做シタルニ外ナラスト言フニ在リ又反射說ニ依レハ一人ノ行為若クハ不行爲ハ共同訴訟人全員ニ對シテ效力ヲ生セシムルモノナリ法ノ擬制ニ因テ效力ヲ認メラルルニ非ス法律ノ規定ヨリ當然一人ノ行為不行爲ヲ全員ニ及ホスニ在リト言ヘリ然レトモ民事訴訟法第五十條ノ各場合ニ付キ一様ニ

論スルコト能ハス即チ懈怠ノ場合ニ於ケル代理ヲ法律カ認メタルハ反射效力ニアラスシテ法律ノ規定ニ依リ代理關係ヲ生セシメタルモノナリ各共同訴訟人ノ懈怠ナカリシ場合ニ於ケル行為若クハ不行爲ノ效果ヲ全員ニ及ホスハ法律ノ擬制ニ非スシテ反射效力ナリ故ニ第五十條ノ各場合ヲ總テ反射效力ナリ若クハ法ノ擬制ナリトスルハ正當ナラス左ニ各場合ヲ區別シテ説明スヘシ

第一 共同訴訟人中ノ一人ノ攻撃若クハ防禦ノ方法并ニ證據方法ハ總テノ共同訴訟人ノ利益ニ於テ效力ヲ生ス(第五〇條ニ項)

共同訴訟人中ノ一人カ提出シタル攻撃若クハ防禦ノ方法ニシテ共同訴訟人ノ全員ニ對シ利益ト爲ル場合ニハ共同訴訟人ノ全員ヨリ之ヲ提出シタルモノト看做サレ不利益ト爲ル場合ニハ其一人ニ對シテノミ提出ノ效力ヲ生シ他ノ者ニ其效力ヲ及ホスコトナシ又共同訴訟人中ノ一人カ利益ナル攻撃若クハ防禦ノ方法ヲ提出シ他ノ一人カ不利益ナル攻撃若クハ防禦ノ方法ヲ提出シタル場合ニハ其不利益ナルモノハ提出セサリシモノト看做サレ其利益ナルモノヲ全員カ提出シタルモノト看做スニ在リ茲ニ利益若クハ不利益ト

言フハ訴訟進行ノ程度ニ因リ之ヲ定ムヘキモノナリ即チ獨リ口頭辯論終結ノ状態ニ於テ利益ナリヤ不利益ナリヤヲ判斷スルニ止マラス口頭辯論ノ進行中若クハ上訴審ニ於テモ訴訟進行ノ程度ニ於テ利益不利益ヲ定メ判決ヲ爲ス際ニハ其判決ヲ爲ス状態ニ於テ利益不利益ノ如何ヲ定ムヘキモノトス

第二 共同訴訟人中ノ一人カ争ヒ又ハ認諾セサルトキハ他ノ共同訴訟人モ亦争ヒ若クハ認諾セサルモノト看做ス(第五〇條第三項)

共同訴訟人ノ一人カ相手方ノ主張ヲ争ヒタルトキハ他ノ共同訴訟人カ争ハサルモ總テノ共同訴訟人カ争ヒタルモノト看做ス例ヘハ民事訴訟法第一百一條ニ明カニ争ハサル事實ハ原告若クハ被告ノ他ノ陳述ヨリ争ハントスル意思カ顯レサルトキハ自白シタルモノト看做ストアリ故ニ相手方カ或事實ヲ陳述シ之ニ對シテ共同訴訟人中ノ一人カ何等ノ陳述ヲ爲ササルモ他ノ一人カ争ヒタルトキハ總テノ共同訴訟人カ争ヒタルモノト看做サル明示ノ自白書證ノ認否等總テ然リトス又共同訴訟人中ノ一人カ義務ノ認諾ヲ爲ササルトキハ他ノ總テノ共同訴訟人カ認諾スルモ認諾ノ效力ヲ生セス

第三

共同訴訟人中ノ或人ノミカ期日又ハ期間ヲ懈怠シタルトキハ其懈怠者ハ懈怠セサル者ニ代理ヲ任シタルモノト看做ス(第五四條第四項)

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

(一) 期日ヲ懈怠スルトハ期日ニ爲スヘキ行為ヲ爲ササリシコトヲ謂フ故ニ

口頭辯論期日ニ一人ノ共同訴訟人出頭シ他ノ共同訴訟人出頭セサルトキハ出頭者ハ出頭セサル者ヲ代理シタリト看做シ辯論及ヒ裁判ヲ爲スヘキモノナリ隨テ闕席者ニ對シ闕席判決ヲ爲スコトヲ得ス出頭シタル共同訴訟人ト相手方トノ間ニ辯論ヲ爲サシメ其辯論ヲ基礎トシテ判決ヲ爲スカ故ニ其判決ハ闕席セル共同訴訟人ニ對シテモ效力ヲ及ホス又訴訟費用ノ負擔ニ付テモ出頭者ノミナラス闕席者ニ對シテモ其效力ヲ及ホス而シテ其判決ハ闕席者ニ對シテモ闕席判決ニ非スシテ對審判決ナルヲ以テ出頭セサル者ハ故障ノ申立ヲ爲スコトヲ得ス

右ニ述ヘタル如ク口頭辯論期日ニ闕席セル共同訴訟人ハ出頭シタル共同

訴訟人ニ代理セララルノ結果トシテ出頭シタル一人ノ訴訟行為ハ其利益ナルト不利益ナルトヲ問ハス總テ闕席者ニ對シテ效力ヲ生ス故ニ出頭シタル者カ訴ノ取下請求ノ拋棄認諾自白若クハ和解ヲ爲シタルトキハ闕席者ニ對シテモ其效力ヲ及ホスモノトス反對説ヲ主張スル者ニ派ニ岐ル第一説ハ訴訟代理ハ第六十五條第一項ニ因ルモ特別委任ナキトキハ拋棄認諾和解ヲ包含セサルヲ以テ斯ル行為ハ闕席者ニ對シテ效力ナシト第二説ハ第五十條第二項ニ因レハ各共同訴訟人ノ行為ハ利益ニ於テ效力ヲ生ス可キモノナレハ拋棄認諾自白和解ノ如キ不利益ナル行為ハ效力ヲ生セスト言フニ在リ第一説ハ第五十條第四項ノ代理ヲ訴訟代理ナリトスルモノナリ然レトモ本項ノ代理ハ訴訟行為ノ效果ヲ各當事者ニ對シ一ニ歸セシメ隨テ裁判ノ效果モ一途ニ歸セシムルヲ目的トシ法律ノ擬制ニ因リ訴訟代理ニモ非ス法律上ノ代理ニモ非サル特別ノ代理ヲ認メタルモノナレハ訴訟代理ノ法則ニ基キ之ヲ解決セントスルハ不當ナリ第二説ニ因ルトキハ法律ノ目的トスル訴訟行為及ヒ裁判ノ效果ヲ一途ニ歸セシムルコトヲ得

ス出頭シタル共同訴訟人カ請求ヲ拋棄シ若クハ認諾シタルトキ闕席者ハ請求ヲ主張シ若クハ認諾セサルモノトスルトキハ(一)出頭者ニ對シテハ相手方ノ申立ニ因リ拋棄若クハ認諾ニ基ク判決ヲ爲シ闕席者ニ對シテハ一般ノ規定ニ依リ闕席判決ヲ爲スヘキカ(二)出頭者ノ拋棄若クハ認諾ノ效力ヲ無視シ相手方ノ申立ニ因リ各共同訴訟人ニ對シ闕席判決ヲ爲スヘキカ(三)各共同訴訟人カ相手方ノ主張ヲ争ヒタルモノト爲スヘキカ(四)各共同訴訟人ノ辯論ナキモノトシテ訴訟ヲ休止ト爲スヘキカ若シ(一)ノ如クナリトセハ法律カ必要的共同訴訟ヲ認メタル立法ノ精神ヲ沒却スルモノナリ(二)ノ如クスレハ懈怠ナキ當事者ニ對シ懈怠ノ結果ヲ歸セシムル不條理ヲ來タス(三)ノ如クスレハ申立テサル事物ヲ當事者ニ歸セシムル不法アリ(四)ノ如クスレハ當事者ノ辯論ヲ無視スルノ不法ヲ生シ共同訴訟人ノ一人カ出頭スル迄ハ訴訟ヲ終局スルヲ得ス相手方ノ私權ヲ保護スルヲ得サルニ至ルヘキナリ故ニ第二説ニモ賛成スル能ハス

(二)

右ノ代理ハ單ニ期日ニ關スル場合ノミナラス期間ニ付テモ亦同シ期間

ヲ懈怠スルトハ當事者カ期間内ニ爲スヘキ行爲ヲ爲ササリシコトヲ謂フ
 而シテ一定ノ期間内ニ總テノ共同訴訟人カ爲スヘキ行爲ヲ一人ノ共同訴
 訟人カ爲シ其他ノ者カ爲ササリシ場合ト雖モ爲シタル共同訴訟人ニ因リ
 テ代理セラレタルモノト看做ス即チ不變期間内ニ一人カ故障ノ申立ヲ爲
 ストキハ他ノモノカ故障申立ヲ爲スト否トニ關セス各共同訴訟人カ適法
 ノ期間内ニ爲シタルモノト看做サルナリ茲ニ問題ト爲ルハ共同訴訟人
 ノ一人カ上訴ヲ爲シタルトキハ其上訴ノ提起カ他ノ共同訴訟人ニ對シテ
 效力ヲ及ホスヘキヤ否ヤ是ナリ是レ亦學說ニ派ニ岐レ一説ニハ一人ノ爲
 シタル上訴ハ他ノ共同訴訟人ニ對シテ効力ヲ及ホスヘキモノニ非ストシ
 又一説ニハ一人ノ爲シタル上訴ハ總テノ共同訴訟人カ上訴ヲ爲シタルト
 同一ノ効力ヲ有ストセリ法文ニハ期間ヲ懈怠シタル者ハ懈怠セサル者ニ
 代理セラレタルモノト看做ストアルヲ以テ上訴申立ニ關シテモ代理ヲ認
 メタルモノトスルヲ正當トス故ニ一人ノ爲シタル上訴ハ他ノ共同訴訟人
 カ上訴ヲ爲ササルモ上訴申立ノ効力アリト爲スヘキナリ又一人カ上訴若

クハ故障ヲ申立テ他ノ一人カ上訴若クハ故障ノ申立ヲ取下ケタルトキハ
 取下ハ効力ナキモノト爲スヘキナリ如何トナレハ上訴若クハ故障ハ當事
 者ニ訴訟上利益アリト推定スベケレハナリ

(三) 期日又ハ期間ヲ懈怠シタル共同訴訟人ニハ懈怠セサル場合ニ於テ爲ス
 ヘキ總テノ送達及ヒ呼出ヲ爲スコトヲ要ス(第五〇)送達及ヒ呼出ニ付テハ
 代理ヲ認メサレハナリ而シテ懈怠シタル共同訴訟人ハ何時ニテモ其後ノ
 訴訟手續ニ加ハルコトヲ得ヘシ

第四 以上第一乃至第三ハ必要的共同訴訟ニ適用スヘキ法則ナリ必要的共同
 訴訟ト法律カ共同訴訟ヲ必要トスル訴訟トヲ混同スヘカラス必要的共同訴
 訟トハ訴訟物カ各共同訴訟人ニ對シ合一ニノミ確定スヘキモノヲ謂ヒ法律
 カ共同訴訟ヲ必要トスルモノトハ法律ノ規定若クハ實體法上ノ法律關係ヨ
 リ共同訴訟ヲ強制シタルモノヲ謂フ法律カ共同訴訟ヲ必要トスル訴訟ニシ
 テ訴訟物カ各共同訴訟人ニ對シ合一ニノミ確定セサルモノアリトス法律カ
 共同訴訟ヲ必要トスル場合ハ左ノ如シ

- (一) 主參加訴訟(第五條) 本訴訟ノ當事者雙方ヲ被告トスルコトヲ要ス然レトモ訴訟物ノ如何ニ因リ常ニ合一ニノミ確定スヘキ必要的共同訴訟ニ非サルトキ(第五四項九)
- (二) 第三者カ提起スル執行異議ノ訴但債務者カ第三者ノ異議ヲ正當ト爲ササルトキ(第五四項九)
- (三) 準再審ノ訴(第四八條)
- (四) 第三者若クハ子又ハ檢事ノ提起スル人事訴訟(入訴法第二條第三〇條第三〇條第六條) 右ノ外民法第四百二十四條ノ詐害行爲廢罷ノ訴ハ債務者及ヒ其相手方ヲ被告トシ又同法第九百五十一條ノ親族會ノ決議ニ對スル不服ノ訴ハ親族會員全體ヲ被告トスルコトヲ必要トス其他各法條ニ付キ研究スヘシ如此法律カ共同訴訟ヲ必要トスル場合ニ於テ一人ヲ被告トシテ訴ヲ提起シタルトキハ被告ハ共同訴訟必要ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得ヘク裁判所ハ訴ヲ不適法トシテ判決ヲ以テ却下スヘキモノトス是レ共同訴訟ニ關スル特別訴訟條件ナレハナリ

第二節 主參加

主參加トハ第三者カ他人ノ間ニ權利拘束ヲ生シタル訴訟物ノ全部若クハ一部ヲ自己ノ爲メニ請求スル訴ヲ謂フ他人間ノ訴訟ニ參與スルモノニ非スシテ本訴訟ノ當事者雙方ヲ共同被告トスル獨立ノ訴訟ナリ本訴訟ノ原告ニ對スル訴ト被告ニ對スル訴トヲ併合セル訴訟ニシテ訴訟關係ハ各別ニ發生スルモノトス主參加訴訟ヲ認メタル立法上ノ理由ハ共同訴訟ヲ認メタルト同シク便宜ト裁判ノ抵觸ヲ避ケントスルニ外ナラス本訴訟ノ原告及ヒ被告ニ對シ各別ニ訴ヲ提起スルモノトセハ時間勞力費用ヲ要スルノミナラス各當事者ニ對シ對抗シ得ヘキ判決ヲ同時ニ得ル能ハス時トシテハ判決ノ抵觸ヲ來タスコトアルヘケレハナリ然レトモ第三者カ他人間ノ訴訟物ヲ請求スル爲メ主參加ノ方式ニ依ラス本訴訟ノ各當事者ニ對シ各別ニ獨立ノ訴ヲ爲スコトハ自由ナリトス

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

- (一) 他人ノ間ニ權利拘束ノ生シタル訴訟ノ存スルコトヲ要ス

ヲ問ハス權利拘束ヲ生シタル後ハ其終了ニ至ルマテ主參加ヲ爲スコトヲ得ヘシ督促手續ニ於テハ債務者ノ異議申立後ニ非サレハ許スヘキニ非ス假差押假處分手續ニ於テハ主參加ヲ許サス

他人間ノ訴訟カ繫屬シタルノミニテ權利拘束ヲ生セサルトキハ主參加ノ訴ヲ爲スコトヲ得ス然レトモ主參加ノ訴カ通常ノ訴訟成立條件ヲ具備スルモノナルトキハ本訴訟カ權利拘束ヲ生セサルトキト雖モ通常ノ訴トシテ成立ス即チ主參加ニ非サル普通ノ共同訴訟ノ成立ヲ見ルモノトス

(二) 主參加原告ハ本訴訟ノ訴訟物タル權利若クハ物ヲ自己ノ爲メニ請求スルコトヲ要ス

自己ノ爲メニ請求スルトハ給付ヲ請求スル場合ノミヲ言フニ非ス本訴訟ノ原告カ被告ニ對シテ成立若クハ不成立ヲ主張スル法律關係ニ付キ主參加原告カ本訴訟ノ當事者雙方ニ對シ其法律關係ノ成立若クハ不成立ノ確定ヲ求ムルカ如キ又本訴訟ノ原告カ被告ニ對シテ物ノ引渡ヲ請求セル場合ニ於テ主參加原告カ本訴訟ノ原告ニ對シテハ其物ニ付キ所有權ノ成立

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

右二個ノ條件ヲ具備スルニ非サレハ主參加ノ訴ハ不合法ナリ故ニ主參加訴訟ハ本訴訟ノ當事者各自ニ對シ申立ヲ異ニスルコトアルヲ以テ常ニ合一ニノミ確定スヘキ必要的共同訴訟ニ非ス訴訟物ノ如何ニ因リ必要的共同訴訟ナルヤ否ヤノ區別アルモノトス法律ノ規定ニ因リ共同訴訟ヲ必要トスルモノナリ而シテ法律カ共同訴訟ヲ強制シタルモノナレハ裁判所ハ辯論ノ分離

(第一條) ヲ爲スヲ得サルモノトス

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

第二 主參加ノ訴ハ一般ノ手續ニ依リ提起スルモノナレトモ尙左ノ法則アリ

(一) 主參加ニ對シテ主參加ヲ爲スコトヲ得即チ第一ノ訴訟ニ於テ原告及ヒ被告ト爲リタル者ヲ被告トシテ主參加ノ訴ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論主參加訴訟ニ於テ原告及ヒ被告ト爲リタル當事者雙方ニ對シテ更ニ主參加ノ訴ヲ爲スコトヲ得

(二) 主參加ノ訴ハ本訴訟カ第一審トシテ繫屬シタル裁判所ニ提起スルコトヲ要ス(第五一)前述シタル如ク主參加ノ訴ハ本訴訟ノ權利拘束カ繼續スル間ハ之ヲ爲シ得ルモノナレハ本訴訟カ第一審ニ繫屬スルトキハ勿論上級審ニ繫屬スルトキト雖モ其訴訟ノ當事者雙方ヲ被告トシテ本訴訟ノ第一審トシテ繫屬シタル裁判所ニ主參加ノ訴ヲ起スコトヲ得ヘシ是レ裁判管轄ニ關スル説明ノ下ニ述ヘタル所謂特別管轄ナリ故ニ其裁判所ハ其目的物ニ付テ事物並ニ土地ノ管轄權ナキ場合ト雖モ主參加ノ訴ニ付テハ特ニ管

轄權アルモノトス

第三 本訴訟ト主參加訴訟トノ關係

(一) 本訴訟ト主參加トハ各自獨立シテ進行スルヲ原則トス然レトモ本訴訟ノ原告若クハ被告或ハ主參加人ノ申立ニ因リ或ハ裁判所ノ職權ヲ以テ主參加ニ付テノ權利拘束ノ終ニ至ルマテ本訴訟ノ進行ヲ中止スルコトヲ得(第五二)

當事者カ中止ノ申請ヲ爲スニハ書面若クハ口頭ヲ以テ本訴訟ノ繫屬セル裁判所ニ爲スコトヲ得(第五二)中止ノ申請アリタルトキハ裁判所ハ本訴訟ヲ中止スヘキ義務ナシ其必要ト認メタルトキハ中止ノ決定ヲ爲シ若シ中止スヘカラスト認メタルトキハ決定ヲ以テ中止ノ申請ヲ却下スヘキモノナリ其決定ハ口頭辯論ヲ經又ハ口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得其辯論ヲ經タルト否トヲ問ハス常ニ決定ヲ以テ爲スヘキモノナリ中止ヲ命シタル決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得(第五二)此中止ノ決定ニ對スル即時抗告ハ七日ノ不變期間内ニ爲スヘキモノナリ之ニ反シテ中止ヲ命セ

サル決定即チ其申請ヲ却下シタル裁判ニ對シテハ普通抗告ニヨリ不服ヲ許ス(第一八條)而シテ主參加訴訟ノ裁判確定スル迄本訴訟ノ手續ヲ中止スルモノナレハ主參加訴訟ニ付テノ權利拘束カ消滅スルトキハ當然中止ノ效力ヲ終了スヘシ隨テ本訴訟ハ進行スヘキモノトス

(二) 主參加訴訟ノ裁判ヲ爲ス前ニ本訴訟ニ付キ判決ヲ爲シタルトキハ本訴訟ノ判決ハ一般ノ規定ニ從ヒ形式上及ヒ實質上ノ確定力ヲ發生シ其判決ハ執行力ヲ有スルニ至ルヘシ又本訴訟ノ判決以前ニ於テ主參加訴訟ニ付キ判決アリタルトキハ其判決カ確定力ヲ發生シ又執行力ヲ有スルニ至ルヘシ而シテ主參加訴訟ノ判決カ確定シタルトキハ本訴訟ノ當事者ハ其判決ヲ本訴訟ニ利用スルコトヲ得ヘシ

第三節 客觀的訴ノ併合

客觀的訴ノ併合トハ原告カ訴提起ノ際ニ爲ス訴訟物ノ併合ヲ謂フ訴訟當事者ノ多數ナルト否トニ關セス判決ヲ求ムル訴訟物カ多數ナルトキハ之ヲ稱シテ

客觀的訴ノ併合ト謂フ客觀的訴ノ併合ヲ認メタルハ訴訟手續ノ省略ト時間及ヒ費用ヲ節減スルノ目的ニ外ナラス

第一 客觀的訴ノ併合ノ條件ハ左ノ如シ

(一) 同一ノ原告ヨリ同一ノ被告ニ對スルコトヲ要ス 例ヘハ甲カ乙ヲ被告トシテ數個ノ賣買代金ノ支拂ヲ求ムルカ如キ又ハ甲カ乙丙丁ヲ被告トシテ各被告ニ對シ二個以上ノ私法上ノ請求權ヲ主張スル場合ノ如キハ何レモ客觀的訴ノ併合ナリ然レトモ甲カ乙丙丁ノ各自ニ對シ各一個ノ請求權ヲ主張スル場合ハ共同訴訟ナルモ客觀的訴ノ併合ニ非ス

(二) 併合セラレタル各訴訟物ニ付テ受訴裁判所カ管轄權ヲ有スルコトヲ要ス 受訴裁判所ハ各訴訟物ニ付テ土地ノ管轄權ヲ有スルコトヲ要シ又其事件ノ種類及ヒ價額ニ從テ事物ノ管轄權ヲ有セサル可ラス民事訴訟法第四條ニ依レハ一ノ訴ヲ以テ數個ノ請求ヲ爲ストキハ其訴訟物ノ價額ハ之ヲ合算シテ管轄ヲ定ムヘキモノナレハ訴訟物ノ價額ニ因テ管轄ヲ定ムル場合ニハ各訴訟物ノ合算額ニ付テ受訴裁判所カ管轄權ヲ有スルヲ以テ足

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

(三) 各訴訟物ニ付テ同一ノ訴訟手續ヲ以テ訴ヲ提起スルコトヲ要ス 併合ノ基本ト爲リタル一個ノ訴訟物ニ付テハ證書訴訟手續ニ依リ他ノ一個ノ

訴訟物ニ付テハ通常訴訟手續ニ依リ訴ヲ提起スルコトヲ許サス必ス各訴訟物ニ付キ或ハ通常訴訟手續或ハ證書訴訟手續ト爲スカ如ク同一ノ訴訟手續ヲ以テ主張スルコトヲ要ス

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

第二 客觀的訴ノ併合カ不適法ナル場合 前ニ述ヘタル條件ニ適合セサルトキハ裁判所ハ左ノ如ク訴訟ヲ處理スルモノトス

(一) 併合セラレタル訴訟物ノ一個若クハ數個ニ付テ受訴裁判所カ管轄權ヲ有セサル場合ニ於テ其管轄權ナキ訴訟物ニ付テハ合意管轄カ許サルモノナルトキハ合意管轄ヲ生シタルヤ否ヤニ注意シ若シ被告カ管轄違ノ申立ヲ爲ササルトキハ各訴訟物ニ付テ管轄權アリトシテ訴訟ヲ進行スヘク被告カ管轄違ノ申立ヲ爲シタルトキ又ハ其訴訟物カ合意管轄ヲ許ササル

モノナルトキハ受訴裁判所ハ管轄權アル訴訟物ト管轄權ナキ訴訟物トニ付テ辯論ヲ分離シ管轄權ナキ訴訟物ノ訴ハ之ヲ不適法トシテ判決ヲ以テ却下シ管轄權アル請求ノミニ付テ本案ノ手續ヲ進行スヘキモノトス

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

第三 客觀的訴ノ併合カ適法ナルトキハ訴訟關係ハ各訴訟物ニ付キ各個ニ發生スルモノナリト雖モ訴訟ハ一個トナルモノナレハ裁判所カ民事訴訟法第一百八條ノ規定ニ依テ辯論ノ分離ヲ爲ササル以上ハ訴訟手續ハ單一ニ進行スヘク口頭辯論及ヒ判決モ單一ノ手續ニ於テ爲スヲ原則トス然レトモ裁判所カ各訴訟物ニ付テノ辯論ヲ分離スルコトヲ適當ト認メ分離ノ決定ヲ爲シタルトキハ各訴訟物ニ付テ各別ニ辯論裁判ヲ爲スヘキモノトス辯論カ分離セラレサルトキハ訴訟ハ第一審タルト第二審タルトヲ問ハス訴訟手續ハ單一ニ進行スルモノナリ

第四節 反訴

反訴トハ一ノ訴ノ權利拘束中其訴訟ノ被告ヨリ原告ニ對シテ同一ノ訴訟手續ニ於テ提起スル訴ヲ謂フ反訴ハ一ノ訴訟カ權利拘束ヲ發生シタル後ニ其訴ノ被告ト爲リタル者カ其訴ノ原告ニ對シテ本訴ノ訴訟手續ト共ニ併合シテ進行スヘキ訴ヲ提起スルコトヲ謂フモノナリ反訴ハ獨立ノ訴ナリ原告ノ主張スル

請求ニ對シテ之ヲ防禦スルカ爲メニ提出スル方法ニ非ス故ニ反訴ハ防禦方法ナリト謂フヲ得ス第二百九條ノ規定ニ依レハ反訴ヲ以テ防禦方法ト爲シタルモノノ如キモ同條ニ反訴トアルハ攻撃ノ意味ニ於テ之ヲ例示シタルモノナレハ此規定ニ因テ反訴ノ性質ヲ定ムルヲ得ス反訴ヲ以テ主張シタル訴訟物ニ付テハ當事者間ニ特別ノ確定判決ヲ生スヘキモノナレハ其性質ヨリスルモ反訴ハ獨立ノ訴ナルコトヲ知ルヲ得ヘシ唯反訴ノ提起ニハ本訴ノ權利拘束ヲ前提條件トスルモノナレハ一ノ訴訟ノ進行中ニ被告ヨリ提起スル點ニ於テ單純ノ訴ト異ナルモノナリ反訴ヲ提起スルトキハ本訴ト反訴トハ二個ノ訴ニシテ訴訟手續カ併合セラルルモノナリ故ニ反訴ハ訴ノ併合ノ一種ナリトス法律カ反訴ヲ認メタル理由ハ被告カ主張スル反訴ノ訴訟物ニ付テ特ニ確定力アル判決ヲ生セシムルニ時間ト費用及ヒ手續ヲ省略スルノ目的ニ出ツ本訴ノ訴訟手續ヲ反訴ノ訴訟手續ニ利用セシメ被告カ主張スル訴訟物ニ付テ確定判決ヲ得セシムルニ獨立ノ訴ヲ提起シ獨立ノ訴訟手續ヲ進行スル手數ヲ省略スルノ目的ニ出テタルモノナリ反訴ハ性質上獨立ノ訴ナルヲ以テ特ニ法律ノ規定アル場

合ノ外ハ反訴ニ付テモ亦總テ通常ノ訴ノ手續カ適用セラルルモノトス(第二〇〇)反訴ハ獨立ノ訴ナリト雖モ本訴ノ訴訟手續ヲ利用セシムル目的ニ外ナラサレハ反訴ノ訴訟成立條件ハ特ニ之ヲ規定セサルヘカラス(第二〇〇條)

第一 反訴提起ノ條件

(一) 本訴カ權利拘束ヲ生シタルコト

本訴ノ權利拘束カ適法ニ生シタルトキハ反訴ヲ提起スルヲ得ヘシ反訴ハ本訴ノ訴訟手續ヲ利用スルコトヲ目的トスルモノナレハ本訴ノ權利拘束カ發生セサルトキハ反訴ヲ許スヘカラサルハ當然ナリ如何トナレハ本訴カ本案ノ辯論ヲ爲サスシテ終了スルニ拘ラス獨リ反訴ノミニ付テ本案ノ辯論ヲ進行シテ訴訟ノ審理ヲ爲スヘキ理由ナケレハナリ故ニ本訴カ外觀上權利拘束ヲ發生スト雖モ既ニ述ヘタル訴訟ノ成立條件ニ欠缺アリテ本訴カ不適法トシテ却下セラルル場合ニハ反訴モ亦判決ヲ以テ不適法トシテ之ヲ却下セサルヘカラス反訴ノ運命ハ本訴ノ權利拘束ノ發生カ適法ナルヤ否ヤニ係ルモノナリ

(二) 本訴ノ權利拘束カ反訴提起ノ際ニ存續スルコト

本訴カ權利拘束ヲ發生シタル後其權利拘束カ消滅スルニ至ル迄ハ反訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ本訴ノ權利拘束カ消滅シタル後ハ本訴ノ訴訟手續ヲ反訴ニ利用スルコトヲ得サレハ反訴ノ提起ヲ許スヘキニ非ス然レトモ權利拘束ノ存續中ハ何時ニテモ反訴ヲ提起スルヲ得ルモノト解ス可ラス法律ハ其制限ヲ設ケ本訴ノ辯論カ第一審ニ於テ終結セサル以前ニ限り之ヲ提起スルコトヲ得ルモノトセリ若シ第一審ノ口頭辯論終結後ニ於テ反訴ヲ許スモノトセハ第一審ノ訴訟手續ヲ反訴ニ利用スルコト能ハス又第二審ニ於テ反訴ヲ許ストキハ第一審ノ審理ヲ經サル訴訟ニ付テ直チニ第二審裁判所カ審理ヲ爲スノ結果ヲ生シ法律カ認メタル裁判所ノ審級ノ秩序ヲ破ルヲ以テ反訴ハ本訴ノ第一審ノ口頭辯論終結前ニ限り提起スルコトヲ許シタル所以トス或說ニハ第四百十六條ノ規定ニ依リ控訴審ニ於テモ反訴ヲ許スト説ク者アリト雖モ同條ノ「又ハ以下ノ規定ハ後ニ述フル如ク舊民法ニ於テ裁判上ノ相殺ヲ認メタル結果獨逸民事訴訟法ニ倣ヒ其規

定ヲ設ケタルモノナレトモ現行民法ニ於テハ相殺ハ當事者ノ意思表示ニ因テ之ヲ爲スヘク裁判所ノ判決ニ因テ之ヲ爲スコトヲ認メサルヲ以テ現行法ノ下ニ於テハ第四百十六條ノ「又ハ以下ノ規定ハ其適用ナキモノトス隨テ反訴ヲ控訴審ニ於テ提起スルヲ許シタリト爲スコトヲ得ス

(三) 本訴ノ訴訟手續カ通常訴訟手續ナルコト

證書訴訟爲替訴訟ニ於テハ反訴ヲ許サス(第四七條)蓋シ此等ノ訴訟ハ急速ニ終了スルコトヲ目的トスルモノナレハ反訴ヲ禁シタル所以トス督促手續假差押及ヒ假處分ノ手續ハ書面審理ニ因リテ假定的ノ裁判ヲ爲スコトヲ目的トスルモノナレハ反訴ヲ許サス人事訴訟ニ於テハ訴訟ノ目的物ハ身分關係ナルヲ以テ之ニ關聯シタル訴訟物ニ付テノミ反訴ヲ提起スルコトヲ許スニ止マリ通常訴訟ノ如ク廣ク反訴ノ提起ヲ許サス(二六條第七五條第五八條等參照)

(四) 反訴ハ本訴ノ被告ヨリ提起スルコト

本訴ノ原告ハ被告ノ反訴ニ對シテ更ニ反訴ヲ提起スルコトヲ許サス若シ

之ヲ許ストキハ反訴ニ對スルニ反訴ヲ生シ終局スル所ヲ知ラサレハナリ
 獨逸法ニハ我第二百條第三項ノ如キ規定ナキヲ以テ或ハ反訴ニ對シテ更
 ニ反訴ヲ許ストノ說ヲ爲ス者アリト雖モ反訴ヲ許シタルハ本訴ノ被告ノ
 便宜ヲ主トシタルモノナレハ特ニ明文ナキトキト雖モ理論上之ヲ許ササ
 ルモノト解セサルヘカラス從參加人ハ本訴ノ被告ヲ補助スルモノナレハ
 被告ニ代リテ反訴ヲ提起スルコトヲ得ス若シ反訴ヲ以テ單純ノ防禦方法
 ナリトセハ民事訴訟法第五十四條ノ規定ニ從ヒ從參加人モ亦被告ノ爲メ
 ニ反訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシト論結セサルヘカラス然ルニ反訴ハ獨立
 ノ訴ナルヲ以テ被告ノ爲メニ獨立ノ訴ヲ提起スルコトハ從參加人ト雖モ
 之ヲ許ササルモノト解セサルヘカラス

(五) 非財産權上ノ請求又ハ專屬管轄ノ規定アル請求ニ付テハ本訴ノ裁判所
 カ當然管轄權アル場合ニ限り反訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得
 財産權上ノ請求ニアラサル請求又ハ專屬管轄ノ定メアル請求ニ付テ反訴
 ヲ提起セントスルトキハ本訴ノ裁判所カ當然其訴訟物ニ付キ管轄權アル

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

(六) 本訴ノ訴訟物ト反訴ノ訴訟物トカ牽連ノ關係アルコトヲ要ス
 牽連ノ關係トハ本訴ノ請求ト反訴ノ請求トカ同一ノ法律關係ヨリ生シタ
 ルモノナルトキ若クハ同一ノ法律行為ニ基クトキ又ハ反訴ノ請求カ本訴
 ノ請求ノ先決問題トナルヘキ關係ヲ有スルトキヲ謂フ如斯本訴ノ訴訟物
 ニ付テ反訴ノ訴訟物カ關係ヲ有スルトキニ限り被告ハ反訴ヲ提起スルヲ
 得ルモノトス此條件ハ獨逸法并ニ我民事訴訟法改正案ニ於テハ規定セリ
 ト雖モ現行法ニハ如斯規定ナキヨリシテ何等ノ關係ナキ訴訟物ト雖モ前

ニ述ヘタル五條件ヲ備フルトキハ反訴ハ適法ニ成立ストノ説アリ然レトモ此説ハ反訴ヲ許シタル立法ノ趣旨ニ反スルモノナリ現行法ノ母法タル獨逸訴訟法ニハ其明文アルノミナラス法律カ反訴ヲ許シタルハ前ニモ述ヘタル如ク本訴ノ訴訟手續ヲ反訴ノ訴訟手續ニ利用シ二重ノ訴訟ヲ省略セントスル目的ニ出テタルモノナレハ本訴ノ訴訟物ト何等ノ關係ナキ訴訟物ヲ反訴トシテ提起スルモ爲メニ訴訟手續ノ利用ノ目的ヲ達スルコトヲ得ス却テ訴訟手續ヲ複雑ナラシムルノ結果ヲ生スヘシ然ルニ反對説ヲ主張スル者ハ曰ク被告ニ反訴ヲ許ストキハ縱令訴訟物ニ付テ何等ノ關係ナキトキト雖モ原告ノ裁判籍アル裁判所ニ被告ハ訴ヲ提起セスシテ本訴ノ繫屬シタル裁判所ニ訴ヲ提起スルヲ得ルノ便宜アルモノナレハ此條件ヲ欠クモ反訴ヲ許シタル立法ノ趣旨ニ反スルモノニ非スト然レトモ法律カ反訴ヲ認メタルハ裁判管轄ノ便宜ヲ被告ニ得セシムルカ爲メニ非ス本訴ノ口頭辯論其他證據調等訴訟手續ヲ本訴及ヒ反訴ノ訴訟手續ニ利用セシメ訴訟資料ヲ共通セシメ手續ヲ省略シ同時ニ判決ヲ爲サントスルコト

ヲ主タル目的トスルモノナレハ現行法ニ斯ル條件ノ規定ナシト雖モ獨逸法ノ如ク之ヲ必要ノモノト爲ササルヘカラス

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

第二 反訴提起ノ方式

反訴ヲ提起スル方式ハ答辯書若クハ特別ノ書面ヲ以テ本訴ノ裁判所ニ提起スヘキモノトス反訴ヲ許シタル立法ノ理由ハ前ニ述ヘタル如ク本訴ノ訴訟手續ヲ利用スルコトヲ目的トスルモノナレハ反訴ノ提起カ時期ニ後レ本訴ノ訴訟手續ノ進行ヲ遲滯スル如キ場合ニ於テ反訴ヲ許ストキハ立法ノ趣旨ニ反スルモノナリ是ヲ以テ反訴ハ被告カ本訴ニ付テノ答辯書ヲ差出スヘキ期間内ニ本訴ノ答辯書ニ反訴ヲ提起スル趣旨ヲ記載シ若クハ特別ノ書面ニ反訴ノ條件ヲ記載シテ之ヲ提起セサルヘカラス答辯書差出ノ期間ハ訴狀ノ送達ヨリ起算シテ十四日ヲ通則トス裁判長カ命令ヲ以テ之ヲ短縮シ若クハ伸長シタルトキハ亦其期間内ニ提起セサルヘカラス(第一九九條第二〇三條)

ニ問題ト爲ルハ證書訴訟若クハ爲替訴訟ニ於テハ反訴ヲ許ササルヲ原則トス然レトモ此等ノ訴訟ハ原告ハ何時ニテモ口頭辯論ノ終結ニ至ルマテハ被告ノ承諾ヲ要セスシテ通常訴訟ニ變更スルコトヲ得ヘキモノナレハ若シ原告カ通常訴訟ニ變更シタルトキハ被告モ亦反訴ヲ其訴訟ニ於テ提起スルコトヲ得ト解釋セサルヘカラス(第四八條)此場合ニ被告カ反訴ヲ提起スルコトヲ得ル期間ハ如何ニ計算スヘキヤ是レ一般ノ法則ニ從ヒ答辯書差出ノ期間ハ既ニ經過シタル後ニ於テ原告カ通常訴訟ニ變更シタルトキハ理論上ヨリ推論シテ原告カ通常訴訟ニ變更シタル時ヨリ一般ノ原則タル十四日ノ期間内ニ被告ハ反訴ヲ提起スルヲ得ルモノト解セサルヘカラス其他區裁判所訴訟手續人事訴訟手續ニ於テモ亦法定ノ制限ノ下ニ答辯書差出ノ期間内ニ反訴ヲ提起スルコトヲ得反訴ヲ答辯書若クハ特別ノ書面ヲ以テ提起スルトキハ本訴ノ訴狀ト同シク訴狀ノ要件ヲ記載スルコトヲ必要トシ尙其書面ニハ訴訟物ノ價額ニ應シ訴訟用印紙法ニ從ヒ相當ノ印紙ヲ貼用スルコトヲ要ス而シテ反訴ノ訴訟物ノ權利拘束ハ其書面カ原告ニ送達セラレタル時ニ於テ發

生スルモノトス

以上ハ反訴提起ニ關スル原則ナリト雖モ例外トシテ反訴ハ口頭辯論ニ於テ被告カ口頭ヲ以テ提起スルコトヲ許ス民事訴訟法第二百一十一條ノ規定是ナリ此場合ニハ被告ノ反訴ヲ提起スル旨ノ陳述ニ因テ反訴ノ訴訟物ノ權利拘束ヲ生スルモノトス(第二條)民事訴訟法第二百一十一條第二項ノ規定ニヨレハ答辯書差出ノ期間内ニ差出シタル書面ヲ以テ提起セル反訴ハ原告ノ請求ト被告ノ請求トカ全部若クハ一部ニ付キ相殺ヲ爲シ得ヘキトキニ限り且被告カ前ニ反訴ヲ提起セサリシコトカ自己ノ過失ニ非サリシコトヲ疏明シタルトキニ限り反訴ヲ許スト規定セリ此規定ハ現行法ノ下ニ於テハ全ク適用ナキモノトス屢述ヘシ如ク現行法ハ舊民法ト相俟テ施行スヘキ趣旨ヲ以テ規定ヲ設ケタルモノアリ民事訴訟法第二百一十一條第二項ノ規定ハ舊民法ニ於テ裁判上ノ相殺ヲ認メ其相殺ヲ主張スルニハ反訴ノ方法ニ依ルヘキ旨ヲ規定セルヨリシテ舊民法ノ規定ノ適用ヲ完カラシメンカ爲メニ此規定ヲ設ケタルモノトス然ルニ舊民法ハ實施セラレス又現行民法ニ於テハ債務ノ消滅原因タル相殺ハ當事者ノ意思表示

ノミニ因テ効力ヲ生スルモノトシ裁判上ノ相殺ハ全然之ヲ認メス故ニ裁判上ノ相殺ヲ爲スヘキ民事訴訟法第二百一條第二項ノ規定ハ全ク其適用ナキモノト解セサルヘカラス舊民法ノ下ニ於テハ獨逸ノ現行民法ノ如ク裁判上ノ相殺ヲ認メタルヲ以テ被告カ原告ノ主張スル債權ト自己ノ主張スル債權ト相殺セントスルトキハ被告ハ口頭辯論ニ於テ相殺ノ陳述ヲ爲シ之ニ因テ原告ノ債權ハ消滅ニ歸シ原告ノ請求ヲ排斥スル判決ヲ得ルコトアリ斯ル裁判上ノ相殺ハ我現行法ノ下ニ於テハ之ヲ許ササルノミナラス反訴ヲ以テ主張スヘキコトハ其必要ナキニ至リタリ故ニ此規定并ニ民事訴訟法第四百十六條ノ末段ノ規定ハ現行法ニ於テ其適用ナシトス又第二百九條ニヨレハ口頭辯論ノ終結ニ至ル迄ハ反訴ノ提起ヲ許スカ如シト雖モ第二百一條ノ制限ヲ受クルコトハ明カナレハ第二百一條以外ニハ口頭辯論ニ於テハ反訴ノ提起ヲ許ササルモノト解セサルヘカラス

反訴ト區別スヘキハ相殺ノ抗辯ナリ相殺ノ抗辯ハ即チ獨逸法ニ所謂裁判上ノ相殺ヲ主張スルコト是ナリ我現行法ニ於テ反訴ニ依ラスシテ相殺ヲ主張スル

コトヲ許ストノ判決例アリ然レトモ法律カ訴訟行爲トシテ相殺ノ主張ヲ許ス規定ナキトキハ相殺ノ意思表示ハ私法上ノ法律行爲ナレハ裁判所ノ口頭辯論ニ於テ其意思表示ヲ爲スモ之ヲ以テ相殺ノ効力ヲ生スルモノト爲スヲ得ス故ニ相殺ノ抗辯ハ現行法ハ絶對ニ之ヲ認メサルモノト解釋セサルヘカラス
反訴ハ獨立ノ訴ナルヲ以テ本訴ト獨立シテ權利拘束ヲ發生シ其消滅原因モ亦本訴ト各別ノ原因ニ因ルモノトス故ニ反訴ニ付テ權利拘束ノ消滅原因カ發生スルトキハ本訴ハ存在スルモ反訴ノミ消滅スルコトアリ反訴ノ訴訟物ニ付テ一部判決アリタルトキハ其判決ノ確定ニ因リテ消滅シ反訴ノ訴訟物ニ付テ請求ノ拋棄若クハ認諾アリタルトキハ亦關係的ニ消滅原因ト爲ル反訴ノ訴訟物ニ付テ裁判ノ脱漏アリタルトキハ期間ノ懈怠ニ因リ消滅シ和解ニ付テモ亦同シ反訴ノ取下モ本訴ノ取下ト同一條件ノ下ニ効力ヲ生ス唯本訴ノ取下ニ因テ反訴カ消滅スルヤ否ヤニ付テハ從來學說ノ分ルル所ナリ其說ハ三個ニ區別スルコトヲ得ヘシ其大要ハ左ノ如シ

(一) 訴ノ取下ノ効力ハ權利拘束ノ總テノ効力ヲ消滅セシムルノ結果ヲ生スル

モノニシテ(第一九八項)恰モ訴ノ提起ナカリシト同一状態ニ復スルモノナリ本訴ノ原告カ訴提起後ニ爲シタル總テノ行爲及ヒ裁判所并ニ被告ノ爲シタル訴訟行爲モ全ク其行爲ナカリシト同一状態ニ復スルモノナレハ反訴モ亦本訴ノ取下ニ因テ當然消滅スルモノナリ

(二) 反訴ノ裁判籍ハ本訴ノ權利拘束ヲ發生シタルニ因テ生スルモノナリ故ニ本訴ノ取下ニ因テ本訴ノ權利拘束カ既往ニ遡リテ消滅スルトキハ反訴ノ裁判籍ハ恰モ存在セサルト同一ニ歸スルモノナリ故ニ此場合ニハ反訴モ亦本訴ノ取下ニ因リテ消滅ス然レトモ本訴ノ裁判所カ反訴ノ訴訟物ニ付テ當然管轄權ヲ有スルトキ即チ本訴カ存在セサルモ本訴ノ裁判所カ反訴ノ訴訟物ニ付テ法律上ノ管轄權アルトキハ本訴ノ取下ニ因テ反訴ノ裁判籍ハ消滅セサルヲ以テ反訴ハ消滅セス換言スレハ反訴ノ裁判所ハ本訴ノ權利拘束ノ如何ニ拘ラス裁判籍アルモノナレハ本訴ノ取下ハ反訴ニ影響ヲ及ホスヘキニ非ス故ニ此場合ニハ反訴ハ消滅セス而シテ反訴ニ付テ本訴ノ裁判所カ當然管轄權ヲ有セサルトキ即チ本訴ノ緊屬スルカ爲メ民事訴訟法第二百條ノ規

定ニ依テ反訴ノ消滅セサルコトヲ留保シテ原告ノ訴ノ取下ニ同意ヲ爲シ原告カ其留保ヲ承諾シタル場合ハ反訴ニ付テハ合意管轄カ發生スルヲ以テ本訴ノ取下ノ爲メニ反訴ハ消滅セス若シ原告カ反訴ノ消滅セサルコトノ留保ヲ承諾セサルトキハ被告ハ訴ノ取下ヲ承諾セサルモノナルカ故ニ本訴ノ取下ノ效力ヲ生セス隨テ反訴モ消滅セサルモノナリ

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

テ裁判所ノ管轄ハ權利拘束發生當時ノ狀態ニ因テ確定スルモノナリ權利拘束カ發生スル當時ニ適法ナル管轄裁判所ハ後日事情ノ變更ニ因テ管轄カ不適法ト爲ルモノニ非ス故ニ反訴ノ訴訟物ニ付キ權利拘束ヲ發生シタル當時ニ於テ適法ナル管轄裁判所カ其後管轄ヲ定ムル事情即チ本訴ノ權利拘束カ取下ニ因テ消滅シタリトスルモ反訴ノ裁判管轄ニ影響ヲ及ホスヘキモノニ非ス故ニ管轄ノ點ヨリ觀察シテ反訴ノ消滅スルヤ否ヤヲ決セントスルハ不當ナリトス余ハ此說ニ贊ス

第五節 先決的確定ノ訴

先決的確定ノ訴ハ一ノ訴訟ノ進行中ニ争ト爲リタル法律關係ノ成立若クハ不成立カ本訴訟ノ裁判ニ影響ヲ及ホスヘキ場合ニ於テ其法律關係ノ確定ヲ求ムル訴ヲ謂フ(第二條一)

判決ノ確定力ハ其主文ニ包含スルモノニ限ル故ニ本訴又ハ反訴ヲ以テ主張シタル私權ニ付テハ其判決ノ實體的確定力ヲ生スト雖モ其權利ノ前提ト爲リタル

ル法律關係ノ成立若クハ不成立ニ付テハ或場合ニハ裁判所ハ其判斷ヲ爲シ之ヲ判決理由中ニ説明スト雖モ其法律關係ノ存否ニ付テハ實體的確定力ヲ生スヘキ判決ヲ生スルモノニ非ス故ニ一ノ訴訟ノ進行中其訴訟ノ裁判ノ前提ト爲ルヘキ法律關係ノ成立若クハ不成立ニ付テ當事者間ニ争アリタルトキハ別訴訟ニ依ラサレハ確定力アル判決ヲ得ルヲ得ス斯ル場合ニ常ニ別訴訟ニ依ラシムルモノトスルトキハ訴訟手續ノ重複ヲ來タスノミナラス時トシテハ裁判ノ牴觸ヲ來タスコトナシトセス故ニ一ノ訴訟物ノ先決問題タル法律關係ノ成立若クハ不成立ニ付キ争アルトキ當事者ノ申立ニ因リ其法律關係ニ付キ實體的確定力ヲ生シ得ヘキ裁判ヲ與フル方法トシテ先決的確定訴訟ヲ許シタルモノトス

先決的確定ノ訴ニ付テノ私權保護ノ請求權發生條件ハ左ノ如シ

(一) 訴訟ノ進行中ニ争ト爲リタル法律關係ナルコトヲ要ス

先決的確定ノ訴ハ獨立ノ確定ノ訴ト同シク法律關係ノ成立若クハ不成立ヲ判決ヲ以テ確定センコトヲ求ムルモノニシテ其確定ヲ求ムル法律關係ハ本

訴訟ノ進行中ニ成立若クハ不成立ニ付キ當事者間ニ争ヲ生シタルモノナルコトヲ要ス

(二) 先決的確定ノ訴ノ目的物ト爲ル法律關係ハ其成立若クハ不成立カ本訴訟ノ裁判ノ全部又ハ一分ニ影響ヲ及ホスヘキモノナルコトヲ必要トス即チ主タル訴訟ノ裁判ヲ爲スニ付キ確定ノ訴ノ目的タル法律關係ノ成立若クハ不成立カ先決問題タルノ性質ヲ有スルコトヲ必要トス例ヘハ利息金ヲ請求スル訴ニ於テ元本貸借ノ關係カ先決的性質ヲ有スルカ如シ

先決的確定ノ訴ニ付テハ一般ノ訴訟條件ノ外他ノ訴訟條件ヲ具備セサルヘカラス

(一) 訴訟ノ主タル當事者ニ限り之ヲ提起スルコトヲ得 共同訴訟ナルト單獨訴訟ナルトヲ問ハス原告若クハ被告ニ限り提起スルコトヲ許ス從參加人ハ主タル當事者ノ一方ヲ補助スル爲メニ訴訟ニ加ハルモノニシテ訴訟物ノ範圍ハ當事者ノ主張ニ因リテ限定セラレ從參加人ハ其範圍ヲ擴張スルコトヲ得サレハ此訴ヲ提起スルコトヲ得ス而シテ原告カ提起スルニハ申立ノ擴張

ニ因ル申立ノ擴張トハ判決ヲ受クヘキ事項ノ範圍ヲ擴張スルコトヲ謂フ又被告カ提起スルニハ反訴ノ提起方法ニ依ル茲ニ所謂申立ノ擴張ハ新原因ヲ有スル新訴ヲ舊訴ニ併合スルモノニシテ其訴訟物ノ權利拘束ハ第二百十二條ノ規定ニ依リ口頭辯論ニ於テ原告カ申立ノ擴張ヲ爲シ若クハ被告カ反訴ヲ口頭ヲ以テ提起シタル時ニ發生ス

(二) 本訴訟ノ第一審ノ口頭辯論ニテ提起スルコトヲ要ス 先決的確定ノ訴ヲ提起スル方法ハ口頭辯論ニ於ケル陳述ヲ以テスヘキモノナリ第一審ノ口頭辯論ノ終結後若クハ上訴審ニ於テハ此訴ノ提起ヲ許サス蓋シ上訴審ニ於テハ第一審判決ノ當否ヲ審査スルモノナレハ若シ上訴審ニ於テ提起ヲ許ストキハ上訴裁判所ハ第一審裁判所ト爲リ審級ノ秩序ヲ害スルヲ以テナリ

(三) 先決的確定ノ訴ノ目的物ニ付テ主タル訴訟ノ裁判所カ事物土地ノ管轄權ヲ有スルコトヲ要ス 現行法ハ特ニ規定セスト雖モ一般管轄ノ規定ノ當然ノ結果トシテ管轄權ナキ請求ハ之ヲ許サス改正案ニハ裁判所カ當事者ノ合意ニ因ルモ管轄權ヲ有スルコトヲ得サル場合ニハ確定訴訟ヲ許ササル旨ヲ

規定セルヲ以テ(改正案第(四三條)合意管轄ヲ許サルヘキ訴訟物ハ先決的確定ノ訴ノ目的物ト爲スコトヲ得ヘキナリ

第三編 訴訟行爲

第一章 訴訟行爲ノ意義及ヒ種別

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

訴訟行爲ニハ訴訟主體ノ行爲ト訴訟ニ關係セル第三者ノ行爲トアリ裁判所ノ裁判證據調執達吏ノ爲ス送達差押ノ如キ當事者又ハ其代理人カ爲ス訴ノ提起、攻撃若クハ防禦方法ノ提出ノ如キハ訴訟主體ノ訴訟行爲ニシテ罰金ノ決定アリタル證人又ハ鑑定人カ抗告ヲ爲シ訴訟ノ告知ヲ受ケタル者カ參加セスシテ

更ニ訴訟ヲ告知スル如キハ訴訟主體ニ非サル者ノ訴訟行爲ナリトス然レトモ訴訟ニ關係セル第三者ノ行爲ハ常ニ訴訟行爲ニ非ス例ヘハ證人ノ證言鑑定人ノ陳述ノ如キハ訴訟行爲ニ非スシテ證據調ナル訴訟行爲ノ目的物タルカ如キ是ナリ

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

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

私權保護ノ方法カ判定ト強制執行トノ別アルニ從ヒ訴訟行爲モ形式上ヨリ此二者ニ大別スルコトヲ得ヘク判定ニ因ル私權保護ニ關スルモノハ狹義ノ訴訟行爲ニシテ執行ニ因ル私權保護ニ關スルモノハ執行行爲ナリトス

第二章 訴訟行爲ノ原則

第一節 雙方審理主義及ヒ一方審理主義

民事訴訟トシテ公正ニ私權保護ノ目的ヲ達セントスルニハ當事者雙方ヲ審問シテ其訴訟ヲ斷定セサルヘカラス當事者雙方審理主義ハ即チ是ナリ雙方審理主義ハ當事者雙方ヨリ訴訟資料ヲ提供セシメ訴訟ノ判斷ヲ爲スコトヲ謂フ蓋シ當事者ハ訴訟ニ於テ自己ニ利益ナル資料ノミヲ提出スヘキヲ以テ當事者一方ノミノ陳述ヲ聽キ相手方ニ不利益ヲ及ホスヘキ裁判ヲ爲サスシテ必ス一方ノ陳述ニ對シ相手方ニ防禦ヲ爲スノ機會ヲ與フル必要アルモノトス之ニ反シ當事者一方ノ陳述ノミニ基キ裁判ヲ爲スヲ一方審理主義ト謂フ而シテ雙方審理主義ハ私權保護ヲ目的トスル民事訴訟ニ適スルヲ以テ我民事訴訟法ハ獨逸民事訴訟法其他各國ノ立法例ニ倣ヒ此原則ヲ採用セリ即チ裁判ノ形式タル判決ヲ爲ス手續ニハ雙方審理主義ヲ採用シ其結果トシテ此法則ニ違反シタル判決ニ對シテハ故障又ハ原狀回復或ハ控訴上告ヲ爲スコトヲ許セリ例外トシテ

判決ノ形式ヲ以テセサル裁判即チ決定命令ヲ以テ爲スモノハ當事者雙方審理主義ヲ原則トセス一方審理主義ヲ採用シ其相手方ヲ審問セスシテ裁判ス蓋シ決定命令ヲ以テ裁判スヘキ事項ハ主トシテ當事者ノ實體上ノ權利及ヒ義務ニ關セス訴訟手續等ニ關シ或ハ強制執行ノ保全ニ關スル事項ナルノミナラス迅速ニ終了スルコトヲ必要トスルモノナレハナリ然レトモ元來民事訴訟法ハ原則トシテ雙方審理主義ヲ採用シ一方審理主義ヲ採用セシハ例外ニ屬スルヲ以テ其決定ニ對シテハ抗告ヲ許シ或ハ命令ニ對シテハ異議ヲ申立ツルコトヲ許セリ例ヘハ督促手續ニ於テ支拂命令ニ對スル異議ノ申立其他假差押假處分ノ命令ニ對スル異議ノ如キ是ナリ唯第八十三條ニ規定セル決定ニ付テ決定ノ形式ニ依ル裁判ナルモ雙方審理主義ヲ採用シアルノミ即チ裁判所書記法律上代理人辯護士其他ノ代理人及ヒ執達吏ノ過失又ハ懈怠ニ因リ費用ノ生シタルトキハ受訴裁判所ハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ其費用ノ辨濟ヲ負擔セシムル決定ヲ爲スコトヲ得但其決定前關係人ニ口頭又ハ書面ニテ陳辯ヲ爲ス機會ヲ與フ可シト規定セリ

第二節 自由心證主義及ヒ法定證據主義

眞實ナル事實ノ發見ノ方法トシテ訴訟上採用スヘキ主義ニ自由心證主義及ヒ法定證據主義ノ二アリ自由心證主義トハ原告若クハ被告ノ事實上ノ主張ヲ眞實ナリト認ムルヤ否ヤニ付テハ裁判官ヲシテ其證據方法ニ拘泥スルコトナク自由ナル確信ニ基キ裁判ヲ爲シ得ル主義ヲ謂ヒ一ニ之ヲ實體證據法ト謂フ法定證據主義トハ法律上規定シタル所ノ方式ニ從ヒ立證シタル以上ハ裁判所ハ其證據ニ拘束セラレ事實ヲ確認セサルヘカラサル主義ヲ謂ヒ一ニ之ヲ形式的證據法ト謂フ法定證據主義ハ其證據方法ニ拘束セラルルヲ以テ假令裁判官ハ眞實ヲ發見スルモ自己ノ確信ニ因リ裁判ヲ爲スコトヲ得ス當事者ノ提出シタル證據ノ結果ニ拘束セラル我民事訴訟法ハ獨逸法ト同シク自由心證主義ヲ採用セリ即チ第二百十七條ニ於テハ裁判所ハ民法又ハ此法律ニ反セサル限りハ辯論ノ全旨趣及ヒ或證據調ノ結果ヲ斟酌シ事實上ノ主張ヲ眞實ナリ認ムト可キヤ否ヤヲ自由ナル心證ヲ以テ判斷ス可シト規定セリ故ニ我訴訟法ニ於テハ

裁判官ハ當事者ノ立證ノ結果ニ從フノ義務ナク法律ノ規定ニ反セサル限りハ自由ニ自己ノ確信ニ基キ訴訟事件ノ判斷ヲ爲スヲ得ルモノトス此主義ヲ認メタル結果裁判所ヲシテ事件ノ状態ヲ明カニシ適當ノ裁判ヲ爲サシムル必要上裁判所ニ發問權ヲ認メ又ハ當事者本人ノ出頭ヲ命シ或ハ檢證及ヒ鑑定ヲ命シ其他證據ノ指揮ヲ爲スノ權ヲ與ヘタリ

第三節 干涉審理主義及ヒ不干涉審理主義

裁判所カ訴訟ノ裁判ヲ爲スニハ裁判官ヲシテ其訴訟事件ノ關係ヲ熟知セシムルコトヲ要ス即チ訴訟關係ニ付テノ事實ヲ知ラサレハ其訴訟ニ付キ適當ナル裁判ヲ爲スコトヲ得ス而シテ訴訟ノ關係ヲ熟知スル方法ニアリ即チ一ハ其訴訟關係ヲ明カニスルコトノ必要ナル事項ハ當事者ノ申立若クハ陳述ニ羈束セラレヌ裁判所ノ職權ヲ以テ審理ヲ爲ス方法ヲ謂フ是レ所謂干涉主義ナリ一ニ糾問主義ト謂フ他ノ一ハ裁判所カ其訴訟事件ヲ審理スルニ當リ當事者ノ申立テタル事項及ヒ當事者ノ陳述ニ拘束セラレ其以外ニ立入りテ訴訟事件ノ關係

ヲ探知スルコトヲ得サル方法ヲ謂フ換言スレハ當事者カ提出セシ訴訟材料ノミニ付キ判斷スル方法ナリ是レ所謂干涉主義ニ反對スル不干涉主義ナリ一ニ辯論主義ト謂フ干涉主義及ヒ不干涉主義ハ共ニ一利一害アルヲ免レス近世ノ民事訴訟法ニ於テハ干涉主義及ヒ不干涉主義ヲ折衷シテ採用スルコトハ立法上多ク行ハルル所ナリ干涉主義ハ本來ノ性質ヨリ言ヘハ公益ニ關スル刑事訴訟ニ付テハ極メテ適當ナル主義ナリト雖モ民事訴訟ニ於テハ不干涉主義ヲ原則トセサル可ラス如何トナレハ刑事訴訟ハ國家生存ノ必要上犯罪人ニ對シ刑罰權ヲ實行スルコトヲ目的トスルモノナレハ當事者ノ申立ニ拘束ヲ受クルコトナクシテ審理スル方法即チ干涉主義ヲ探ルコト國家ノ秩序ヲ維持スル上ニ於テ必要ナリ然レトモ刑事訴訟ト其性質ヲ異ニスル民事訴訟ニ在リテハ其訴訟ノ目的タルヤ一私人カ自由ニ處分スルヲ得ヘキ私權ニ關スルヲ以テ不干涉主義ヲ以テ原則トスルコト適當ナリト謂ハサルヘカラス私權ハ當事者カ隨意ニ之ヲ處分シ得ヘキモノナレハ訴訟ニ因リ其私權ノ確定若クハ實行ヲ求ムルハ當事者ノ意思ニ基カサルヘカラス又其反對ノ當事者タル被告ノ地位ニ立ツ

者ニ於テモ原告ノ權利ニ對シ自己ノ義務アルコトヲ認メ或ハ防禦スルカ如キハ是レ亦私人ノ隨意ニ處分スルコトヲ得ルモノナリ故ニ訴訟ノ勝敗或ハ攻撃防禦ノ方法ニ付テノ利害得失等ハ總テ訴訟當事者ノ行爲ニ一任スヘキモノニシテ國家ノ機關タル裁判所カ之ニ干渉シテ當事者ノ申立若クハ陳述ヲ取捨スル必要ナシ隨テ當事者カ防禦ヲ爲サントスルノ意思ナキニ拘ハラズ裁判所カ進テ防禦ヲ爲サシメ或ハ當事者カ提出セサル證據ヲ提出セシムルカ如キ當事者ノ行爲ニ干渉シ職權ヲ以テ事件ノ眞實ヲ探知スルノ必要ナシ故ニ我民事訴訟法ハ獨逸、奧、太利等ノ民事訴訟法ト等シク原則トシテ不干渉主義ヲ採用セリ。我民事訴訟法ハ不干渉主義ヲ採用シタル結果トシテ裁判所ノ爲スヘキ行爲ニ付テハ次ニ述フル三箇ノ法則アリ

(一) 凡テ訴訟手續ハ當事者ノ要求ニ因リ開始若クハ進行スヘキモノトス訴訟ノ裁判所ニ緊屬スルハ原告カ訴ノ提起ヲ爲スニ因リテ始マル裁判所ハ進テ訴ヲ提起セシムルコトヲ得ス訴ノ提起ノミナラス訴訟ノ進行中ニ於テ裁判官ノ爲スヘキ行爲ニ付テモ原則トシテハ原告若クハ被告タル訴訟當事者ノ

申立ニ因ラサルヘカラス例ヘハ當事者カ訴訟手續ヲ休止スルノ合意ヲ爲シタル如キ或ハ原告カ一タヒ訴ノ提起ヲ爲シタルニ拘ハラズ其原告及ヒ被告カ口頭辯論ノ期日ニ出頭セサル爲メ當然訴訟手續ノ休止スルカ如キ(第一八條)ハ不干渉主義ヲ採用シタル結果ニ外ナラス然レトモ一旦訴訟カ開始シタルトキハ訴訟ヲ進行スル職責ハ裁判所モ亦負擔スルモノトス蓋シ一旦開始シタル訴訟ハ秩序的ニ進行シ且速ニ完結セシムルハ國家ノ利益ナルヲ以テナリ訴訟ノ進行ヲ當事者ノ意思ニ一任スルヲ當事者追行主義ト謂ヒ裁判所ノ意思ニ一任スルヲ職權追行主義ト謂フ現行法ハ訴訟ノ進行ニ付キ右ニ主義ヲ折衷セリ期日ノ指定、當事者ノ呼出、書類ノ送達ノ如キハ職權主義ナリ然レトモ特別ノ規定ナキ限りハ當事者追行主義ヲ適用スヘキモノトス

(二) 當事者ノ申立テサル事項ハ裁判ノ資料ト爲スヲ得ス即チ當事者カ事實上ノ申立ヲ爲シ或ハ證據方法ノ申出ヲ爲スカ如キハ當事者自ラ自己ノ權利ヲ保護スルニ必要ナリ故ニ當事者ノ事實ノ主張竝ニ證據方法ノ申出ニ付テモ當事者ノ意思ニ一任シ裁判所ハ職權ヲ以テ事實ノ真相ヲ探知スルコトヲ得

サルノミナラス裁判所ニ顯著ナル事實又ハ裁判官カ一個人トシテ知り得タル事實アルモ當事者カ提出セサル限りハ訴訟ノ資料ト爲スヲ得サルモノトス但職權調査ノ事項ハ例外トス

(三) 裁判所ハ申立テサル事物ヲ原告若クハ被告ニ歸セシムルノ權ナシ(第二三條) 是レ裁判所ハ前述ノ如ク私權ノ保護ヲ目的トスルモノナレハ申立以外ノモノヲ當事者ノ責ニ歸セシムルコトヲ得ス故ニ事件審理ノ結果當事者ノ提出セシ證據方法ニ因リテ當事者ノ申立以外ニ尙ホ多クノ權利ヲ有スルコトヲ發見スルモ裁判ヲ爲スコトヲ得ス例ヘハ原告ハ百圓ノ請求ヲ爲シタルモ其提出セル證據書類ニ因レハ二百圓ヲ請求シ得ルニ拘ハラズ現ニ其申立ヲ爲ササルトキハ單ニ其請求セル百圓ニ付テノミ裁判ヲ爲シ得ルニ過キサレカ如シ或ハ又原告カ元本ノミヲ請求シタルニ裁判所カ其利息ノ支拂ヲ被告ニ對シテ命スル裁判ヲ爲スカ如キモ當事者ノ申立テサル事物ヲ歸セシムルモノナリ要スルニ申立ノ内容ニ因リテ裁判スヘキモノトス此原則ノ例外ハ訴訟費用負擔ノ裁判ナリ即チ訴訟費用ニ付テハ當事者ノ申立アラサルモ裁判

ヲ爲スコトヲ得(第二三條)蓋シ訴訟費用ノ負擔ハ私法上ノ權利トシテ當事者ノ隨意ニ處分シ得ヘキモノニ非サレハナリ

右三箇ノ法則ハ不干涉主義ヲ採用シタル結果ニ外ナラス然レトモ此主義ハ當事者ノ隨意ニ處分シ得ヘキ私權ニ限ルモノトス尙ホ民事訴訟法ニ於テハ國家ノ公益上必要ト認メタルモノニ付テハ干涉主義ヲ採用セリ即チ人事訴訟是ナリ人事訴訟ニ於テハ裁判所ハ事實ノ眞實ヲ知ルニ付テハ職權ヲ以テ取調ヲ爲スコトヲ得蓋シ人事訴訟ハ人ノ身分ニ關係ヲ有シ當事者ノ任意ニ處分シ得ヘキモノニ非サレハナリ

第四節 口頭審理主義及ヒ書面審理主義

訴訟審理ノ方式ニ付テハ口頭審理主義ト書面審理主義トノ二箇ニ區別スルコトヲ得書面審理主義トハ當事者カ主張スル事實並ニ證據方法等ハ悉ク書面ニ因リ裁判所ニ提出シ裁判所ハ當事者ノ口頭ノ陳述如何ニ關セス單ニ書面ノミニ因リ訴訟ノ審判ヲ爲ス方法ナリ之ニ反シテ口頭審理主義トハ裁判所カ直接

ニ當事者ノ陳述ヲ聽キ而モ證人鑑定人等ニ對シテモ裁判官カ直接ニ訊問ヲ爲シテ其陳述ヲ資料トシテ裁判ヲ爲ス方法ナリ口頭審理主義ト書面審理主義トハ前述セシ自由心證主義ト法定證據主義トニ關係ヲ有ス即チ法定證據主義ニ因リテ裁判ヲ爲サントスルニハ或ハ書面審理主義ニ因ルコトヲ得ルモ自由心證主義ニ因リテ裁判ヲ爲サントスルニハ口頭審理主義ヲ採用セサルヘカラス法定證據主義ニ因ルトキハ事實ノ眞否ニ付キ判斷ヲ爲スニ自由ナル心證ニ因ルコトヲ要セサルカ故ニ書面ニ因リ訴訟資料ヲ蒐集スルコトヲ得之ニ反シテ自由心證主義ヲ採用スルトキハ當事者及ヒ證人ノ陳述等ハ裁判官ノ心證ニ影響ヲ與フルモノナレハ訴訟ノ審理ヲ爲スニ當リ直接ニ陳述ヲ聽クニ非サレハ其目的ヲ達スルコトヲ得サルナリ口頭審理主義ハ一ニ直接審理主義ト謂ヒ書面審理主義ハ一ニ之ヲ間接審理主義ト謂フ

我民事訴訟法カ判決裁判所ニ於ケル訴訟ニ付テノ當事者ノ辯論ハ口頭ナリトス(第一〇條)ト規定シ又判決ハ其基本タル口頭辯論ニ臨席シタル判事ニ限り之ヲ爲ス(第二三條)ト規定シタルハ口頭審理主義ノ原則ヲ示シタルニ外ナラス然レト

モ口頭審理主義ヲ採用スルモ絶對ニ書面ヲ用ヒサルニ非ス即チ訴ノ提起ニ付テハ原則トシテ訴狀ヲ裁判所ニ差出ササレハ其效力ヲ生セス(第一九條)當事者ハ口頭辯論前書面ヲ交換シテ訴訟ノ準備ヲ爲シ(第一〇條)裁判所ヲシテ訴訟ノ如何ヲ知ラシムル爲メ準備書面ト同一書面ヲ裁判所ニ差出ス(第一八條)如キ訴ノ基礎ヲ確定シ又ハ訴訟ノ準備ヲ爲スニ書面ヲ使用スルコトアリ然レトモ此等ノ書面ハ訴訟ノ準備ニ過キサレハ書面ニ記載シタル事項如何ニ關セス訴訟ノ材料ト爲ルハ當事者カ口頭辯論ニ於テ提出シタル事項ノミトス故ニ當事者ハ口頭辯論ニ於テ書面ニ記載シ在ラサル事項ハ勿論其記載事項ト異ナリタル事項ヲ陳述スルモ其陳述シタル事項ノミカ裁判ノ資料ト爲ルモノトス

口頭審理ノ原則ハ判決ヲ以テ裁判スヘキ手續ニ付テハ絶對ニ適用セラルト雖モ判決以外ノ形式ヲ以テスル裁判ハ書面ニ基キテ爲スコトアリ例ヘハ督促手續ニ於ケル支拂命令、執行命令或ハ假差押、假處分ノ命令ノ如キハ口頭辯論ニ因ラスシテ爲スコトヲ得ルモノナリ

第五節 公開審理主義及ヒ秘密審理主義

訴訟ヲ公開シテ審理スルハ裁判ノ公正ヲ得セシムルト裁判所ノ信用ヲ維持スル點ニ於テ極メテ必要ナリ裁判所カ公正ニ職務ヲ行フノミナラス當事者證人等カ不實ノ陳述ヲ爲スコトヲ避クルノ利益アリトス然レトモ若シ之ヲ公開スル爲メ國家ノ安寧秩序ヲ妨害スルノ虞アルトキハ秘密ニ審理ヲ爲スコト亦必要ナリトス所謂公開審理主義トハ訴訟ニ付テノ辯論ヲ其訴訟ニ關係ナキ者ニ對シ傍聽セシムルコトヲ許ス主義ヲ稱シ秘密審理主義トハ訴訟關係者以外ノ者ニ對シ辯論ヲ知ラシメサル主義ヲ稱ス此公開審理主義ハ口頭審理主義ト相牽連セリ若シ書面審理主義ヲ採用スルトキハ縱令公開審理主義ヲ採用スルモ何等ノ效力ナシ蓋訴訟ノ審理ヲ爲スニ當リ書面ヲ基礎トスルトキハ訴訟進行ノ程度ヲ知ルコトヲ得サレハナリ我憲法ハ公開審理主義ヲ認メ其第五十九條ニ於テ裁判ノ對審判決ハ之ヲ公開ス但安寧秩序又ハ風俗ヲ害スルノ虞アルトキハ法律ニ因リ又ハ裁判所ノ決議ヲ以テ對審ノ公開ヲ停ムルコトヲ得ト規定

セリ而シテ裁判所構成法ニ因レハ判決ノ言渡ハ如何ナル場合ニ於テモ公開シタル法廷ニ於テ言渡ササルヘカラス唯其必要ニ因リ對審ヲ秘密ニスルコトヲ得ルニ過キス又裁判所カ對審ノ公開ヲ停ムルノ決議ヲ爲シタルトキハ其決議ハ如何ナル理由ニ基クカヲ公衆ヲ退カシムル前言渡ササルヘカラス(裁判法第一〇五條)故ニ公開セサル法廷ニ於テ言渡シタル判決ハ不合法ノ判決ナリ又裁判所カ對審ノ公開ヲ停止スルノ決議ヲ爲スニ當リ公衆ヲ退廷セシムル以前ニ於テ其決議ノ理由ヲ言渡ササレハ訴訟手續ニ違背スルノ結果ヲ生スヘシ又裁判長ハ公開ヲ停止シタルトキト雖モ入廷ノ許可ヲ與フルコトヲ至當ト認ムル者ニ限り特ニ入廷セシムルコトヲ妨ケス(同法第一〇六條第一)又裁判所ノ評議及ヒ議決等ハ秘密ニ之ヲ爲スヘキモノトス(同法第一一一條)尙ホ人事訴訟ニ於テハ公開ヲ禁シタル規定アリトス(人訴法第四條)

第六節 法定順序主義及ヒ辯論一貫主義

法定順序主義トハ當事者カ辯論ニ於テ爲スヘキ訴訟行爲ニ付キ一定ノ順序ヲ設ケ之ニ違背シタル訴訟行爲ヲ無効トスル主義ヲ謂ヒ辯論一貫主義トハ當事者カ辯論ニ於テ爲スヘキ訴訟行爲ニ付キ其順序ヲ定メサル主義ヲ謂フ法定順序主義ハ表面審理主義ト共ニ發達シタルモノナリ蓋シ訴訟手續ハ數多ノ訴訟行爲ヨリ成立スルモノナレハ書面審理ニ依リ迅速ニ且秩序的ニ訴訟ヲ進行セントスルニハ同時ニ同種類ノ訴訟行爲ヲ爲サシムル必要アリ例ヘハ原告カ訴狀ヲ差出シタルトキハ被告ニ答辯書ヲ差出サシメ之ニ對シテ原告ハ再攻撃狀ヲ提出シ然ル後被告ハ再抗辯書ヲ差出ス如ク順序ヲ追ヒ各當事者ニ訴訟行爲ヲ爲サシメサレハ書面審理ニ於テハ訴訟資料ノ錯雜ヲ來タシ訴訟ヲ終局スル能ハサルニ至ルモノナリ獨逸舊普通法ニ於テハ書面審理主義ナリシヲ以テ法定順序主義ヲ採用セリ即チ訴訟條件ニ關スル辯論ヲ終リタル後ニ非サレハ本案ノ辯論ヲ爲スコトヲ得サルモノトシ且事實上ノ陳述ニ關シテモ一定ノ順序ヲ設ケ之ニ違背シタル陳述ハ無効トセリ而シテ同法ニ於テハ證據判決ノ制度ヲ認メ當事者カ事實上ノ陳述ヲ爲シタル後裁判所ハ證據判決ヲ以テ何レノ當

事者ニ舉證ノ責任アルヤヲ言渡シ證據判決アリタル後ハ當事者ハ證據方法ノミヲ提出スルコトヲ得ヘク事實上ノ主張ハ之ヲ許ササルモノトセリ此ノ如ク訴訟行爲ヲ爲スニ付キ順序ヲ定ムルトキハ訴訟ノ進行ヲ秩序的ナラシムル利益アリト雖モ當事者カ訴訟行爲ヲ爲スノ時機ヲ失スルトキハ再ヒ之ヲ提出スルヲ得サルニ至リ爲メニ事實ノ真相ニ適シタル裁判ヲ爲スヲ得サルニ至ル弊害アリトス

佛國民事訴訟法ニ於テハ口頭辯論主義及ヒ辯論一貫主義ヲ採用セリ即チ當事者ハ口頭辯論ニ於テハ其開始ヨリ終結ニ至ル迄ハ一定ノ順序ニ拘束セラレヌ如何ナル時期ニ於テモ攻撃若クハ防禦ノ方法、證據方法、證據抗辯等ヲ提出スルヲ得ヘキモノトス獨逸民事訴訟法ハ佛法ニ倣ヒ口頭辯論主義及ヒ辯論一貫主義ヲ採用シ我民事訴訟法モ亦獨法ニ倣ヒ第二百九條、第二百十四條ニ於テ辯論一貫主義ヲ採用シタルコトヲ明カニセリ辯論一貫主義ハ當事者ノ訴訟行爲ノ順序ニ付キ何等ノ拘束ナキヲ以テ當事者ハ完全ニ訴訟資料ヲ提出スルヲ得ヘク隨テ訴訟ノ裁判モ事實ノ真相ニ適スル利益アリト雖モ訴訟手續ノ錯雜遲滯

ヲ來タス弊害ヲ生セサルニ非スル弊害ヲ救済スル爲メ現行法ハ第一百十八條、第一百十九條、第二百六條、第二百七條、第二百十條、第二百十四條、第二項、第二百二十六條、第二百二十七條、第四百二十六條ノ規定ヲ設ケタル所以トス。獨逸普通法ニ於ケル證據判決ヲ爲ス主義ヲ證據分離主義ト謂ヒ之ニ對シテ辯論一貫主義ヲ證據併合主義ト謂フ。

第三章 訴訟行爲ノ用語場所及ヒ時期

第一節 用語

裁判所ニ於テハ日本語ヲ用ユヘキモノトス。即チ當事者、證人、鑑定人等ノ口頭陳述ナルト書面上ノ陳述ナルト裁判所ノ宣言ナルトヲ問ハス總テ日本語ヲ以テ爲スヘキモノトス。日本語ニ通セサル者カ辯論ニ與カルトキハ裁判所ハ通事ヲ立會ハシメサルヘカラス。(裁判法第一二五條)然レトモ外國人カ當事者タル訴訟ニ於テ其訴訟ニ與カル者及ヒ訴訟ノ審問ニ參與スル裁判官カ外國語ニ通スル場合ニ於テ裁判長カ便宜ト認メタルトキハ外國語ヲ以テ口頭審問ヲ爲スコト

ヲ得此場合ト雖モ審問ノ調書ハ日本語ヲ以テ作成スヘキモノトス。(裁判法第一八條)又辯論ニ與カル者カ聲者若クハ啞者ナルトキハ筆記ヲ以テ審問スルコトヲ得ヘク若シ文字ヲ理解セサル者ナルトキハ通事ヲ立會ハシムルコトヲ得ルモノトス。(第一二六條)而シテ通事ノ任命及ヒ使用並ニ訴訟手續上其行フヘキ職務ニ關スル規則ハ司法大臣之ヲ定ムヘキモノナリ若シ裁判所ニ於テ通事ヲ必要トスル場合ニ裁判所書記其言語ニ通スルトキハ裁判長ノ承諾ヲ得テ通事ニ用ヒラルコトヲ得ヘシ。(裁判法第一一七條)

第二節 場所

開廷ハ司法行政上裁判所ノ法廷ト定メラレタル場所ニ於テ爲スヲ原則トシ司法大臣ニ於テ事情ニ因リ必要ナリト認メタルトキハ區裁判所ヲシテ其管轄區域内ノ一定ノ場所ニ於テ職務ヲ取扱ハシムルコトヲ得ヘシ。(裁判法第一〇三條)然レトモ法廷ニ於テ爲ス能ハサル行爲即チ裁判所ニ提出スル能ハサル物ヲ裁判所自ラ實驗スル必要アルトキ若クハ裁判所ニ出頭スル能ハサル者ヲ審問シ其他裁判

所内ニ於テ爲スコトヲ得サル行爲ヲ要スルトキハ裁判所以外ノ場所ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(第一六條)皇族カ證人タル場合ニ於テハ其訊問ハ御所在ニ就キ爲スヘキモノトス(第二九條)

第三節 休暇

司法年度ハ一月一日ニ始マリ十二月三十一日ニ終ル(裁構法第一二六條)裁判所ハ已ムヲ得サル場合ノ外ハ日曜日及ヒ一般ノ祝祭日ニ於テ事務ヲ取扱サルヲ原則トス

(第一六條)

裁判所ノ休暇ハ七月十一日ニ始マリ九月十日ニ終ル休暇中ハ左ノ事件ノ外既ニ着手シタル訴訟ヲ中止シ且新ナル訴訟ニ着手セサルヲ原則トス故ニ左記以外ノ事件ニ付テハ休暇ノ開始前ニ終結シタルモノト雖モ休暇中ニ於テ裁判ノ言渡ヲ爲スヲ得ス但裁判所内部ノ事務例ヘハ裁判長カ口頭辯論ノ期日ヲ定ムル如キハ此限ニ在ラス(裁構法第一二七條)

一 爲替手形、約束手形其他ノ流通證書ニ關ル請求

二 船舶、運送貨又ハ積荷ニ對スル請求

三 財産差押事件 強制執行事件ヲ謂フ

四 住家其他ノ建物又ハ其或部分ノ受取明渡使用占據若クハ修繕ニ係リ又ハ賃借人ノ家具若クハ所持品ヲ賃借人ノ差押ヘタルコトニ係リ賃借人ト賃借人トノ間ニ起リタル訴訟

五 扶養料ノ請求

六 保證ヲ出サシムルノ請求

七 取掛リタル建築ノ繼續ニ關スル事件

右ノ外破産事件及ヒ略式訴訟即チ證書訴訟、督促手續、假差押、假處分手續並ニ區裁判所判事若クハ休暇部又ハ休暇部長ニ於テ緊急ノモノト認メタルモノハ休暇中ニ於テモ處理スヘキモノトス(裁構法第一二九條)當事者モ通常ノ事件ヲ休暇事件トシテ進行スヘキコトヲ申請スルヲ得ヘシト雖モ其許否ハ裁判所ノ意見ニ因ルモノトス

合議裁判所ニ於テハ休暇中事務取扱ノ爲メ休暇部ト稱スル一若クハ二以上ノ

部ヲ設ケ區裁判所ニ於テハ監督判事事務取扱方法ヲ定ムルモノトス(裁構法第一三〇條)

第四節 期日及ヒ期間

民事訴訟ニ於テハ當事者カ訴訟行為ヲ爲スト否トハ當事者ノ自由ニ放任セルヲ以テ訴訟ヲ秩序的ニ進行シ且訴訟ノ完結ヲ速ナラシムルニハ訴訟行為實行ノ時期ヲ定メ其時間ノ經過後ニ於テハ訴訟行為ヲ爲ス能ハサラシムル必要アリ期日、期間ノ規定ハ此目的ノ爲メニ設ケラレタルモノトス

期日トハ訴訟關係者カ會合シテ訴訟行為ヲ爲スヘキ時間ヲ謂フ即チ當事者其他ノ訴訟關係者カ裁判所又ハ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ於テ訴訟行為ヲ爲スカ爲メ又ハ裁判所若クハ受託判事、受命判事カ當事者其他ノ訴訟關係者ノ面前ニ於テ訴訟行為ヲ爲スヘキ時間ヲ謂フ口頭辯論、判決ノ言渡、證據調、準備手續ノ施行、不動産競賣競落等ノ期日はナリ

期間トハ訴訟關係者カ單獨ニテ訴訟行為ヲ爲シ得ヘキ時間ヲ謂フ故ニ裁判官カ判決原本ヲ作成スル期間、抗告裁判所ニ抗告ヲ送付スル期間ノ如キ亦期間ナ

リト雖モ是レ裁判所内部ノ事務上ノ規定ニ過キスシテ職務上ノ期間若クハ訓示的期間トモ稱ス此種ニ屬スルモノハ第二百三十三條、第二百三十七條、第四百三十一條、第四百五十四條ノ期間是ナリ之ニ反シテ當事者若クハ第三者カ單獨ニテ訴訟行為ヲ爲シ得ヘキ時間ヲ訴訟上ノ期間ト稱ス第六十四條以下ノ規定ハ訴訟上ノ期間ニ適用アルモノトス

第一款 期日

第一 期日ノ指定

期日ハ受訴裁判所ノ裁判長之ヲ指定スヘキモノトス然レトモ受命判事受託判事モ法律ニ特定セル場合ニ限り其指定ヲ爲スコトヲ得ヘシ例ヘハ第二、六十九條、第二百七十八條等ノ如キ是ナリ又執行裁判所モ之ヲ定ムルコトヲ得ヘシ例ヘハ第五百六十七條、第六百九十三條等ノ如キ是ナリ

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

日ハ行爲ノ終了ヲ以テ終了スヘキモノナレハナリ

第二 期日ノ呼出

期日ノ呼出ハ獨逸民事訴訟法ニ於テハ當事者ノ行爲ナリト雖モ我民事訴訟法ニ於テハ裁判所ノ職權行爲ニ屬スルモノトス故ニ移送若クハ差戻ノ判決ニ因リ事件ノ繫屬シタル裁判所ハ其繫屬ヲ知リタルトキハ期日ヲ定メテ當事者ヲ辯論ノ爲メニ呼出ササルヘカラス而シテ期日ノ呼出ハ期日ノ指定アリタル後裁判所書記呼出狀ヲ作成シ其正本ヲ當事者若クハ訴訟關係人ニ送達ノ手續ヲ爲シ以テ當事者又ハ訴訟關係人ヲ呼出スヘキモノトス但在廷シタル者ニ期日ヲ定メ出頭ヲ命シタルトキハ呼出狀ノ送達ヲ要セス(第一六)シテ呼出ノ效力ヲ生ス

第三 期日開始ノ場所

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

第四 期日ノ開始及ヒ終了

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

第五 期日ノ變更

期日ノ變更トハ期日開始以前ニ於テ之ニ代ルヘキ期日ヲ定ムルコトヲ謂フ而シテ期日ノ變更ハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得(第一六)條

申立ニ因ル期日ノ變更ハ當事者ノ合意ノ申出アルトキハ常ニ之ヲ許スヘク

合意ナキ場合ニハ顯著ナル理由アルトキニ限り之ヲ許スコトヲ得(第一六條)
 同一期日ノ再度ノ變更ハ合意ナキ場合ニ於テハ相手方ヲ審訊シタル後ニ限
 リ之ヲ許スコトヲ得ヘク若シ相手方カ異議ヲ述フルトキハ顯著ナル差支ノ
 理由及ヒ其差支ヲ除去スルコトノ特別ナル困難ヲ生シタルコトヲ證明スル
 トキニ限り之ヲ許スコトヲ得訴訟代理人ノ差支ニ因ル期日ノ再度ノ變更ハ
 相手方ノ同意ナキトキハ如何ナル場合ト雖モ之ヲ許スコトヲ得(第一七條)
 期日ノ變更ハ申立ニ因ル場合ト職權ニ因ル場合トヲ問ハス常ニ裁判所ノ裁
 判ヲ以テ之ヲ爲ス而シテ當事者ヨリ期日ノ變更ヲ求ムルハ書面若クハ口頭
 ヲ以テ申請ヲ爲シ其申請ノ理由ハ之ヲ疏明セサルヘカラス申請ニ付テノ裁
 判ハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ爲スコトヲ得ヘク申請ヲ却下シタル裁判ニ對
 シテハ不服ヲ述フルコトヲ得(第一七條一)
 期日ノ變更ニ附加シテ説明スヘキハ辯論ノ延期及ヒ續行是ナリ辯論ノ延期
 トハ既ニ期日ヲ開始シタル後辯論ノ開始以前ニ於テ辯論ヲ新期日ニ延期ス
 ルヲ謂ヒ辯論ノ續行トハ辯論ヲ開始シタルモ其辯論ヲ完結セスシテ新期日

ニ辯論ヲ繼續スルヲ謂フ辯論ノ延期辯論續行ノ期日ノ指定ハ當事者ノ申立
 若クハ裁判所ノ職權ヲ以テ爲スコトヲ得ヘク當事者合意ノ申立アルトキハ
 之ヲ許スヘク合意ノ場合ヲ除ク外顯著ナル理由アルトキニ限り之ヲ許スヘ
 キモノトス(第一六條)

第二款 期間

第一 期間ノ種別

期間ニ法定期間ト裁定期間ノ二種アリ法定期間トハ法律ヲ以テ定メタル期
 間ヲ謂ヒ裁定期間トハ裁判所若クハ裁判長ノ定ムル期間ヲ謂フ

(一) 法定期間ハ更ニ之ヲ分テテ不變期間ト然ラサルモノトノ二種トス

(イ) 不變期間トハ法律ニ於テ不變期間ト明定シタルモノヲ謂ヒ(第一六八條)
 即チ故障期間、控訴期間、上告期間、即時抗告期間、再審ノ提起ノ期間、除權
 判決不服申立ノ期間、仲裁判斷取消ノ期間(第二五條、第四〇條、第四三
 七、四五條、第八〇條、第四七、四四條、第
 八〇、四四條、是ナリ)

(ロ) 不變期間ニ非サル法定期間ハ第七十五條、第九十四條、第九十九

條、第二百四十三條、第二百八十六條、第三百九十一條、第四百三條、第四百四十條、第五百八條、第六百九條、第六百三十三條、第六百五十六條、第七百十五條、第七百四十九條、第七百七十一條、第七百八十九條等ノ期間是ナリ

(二) 裁定期間ハ第四十五條、第七十條、第八十五條、第八十六條、第九十條、第九十二條、第二百三條、第二百四條、第二百五十五條、第二百七十五條、第二百八十八條、第三百四十條、第三百四十一條、第三百四十五條、第三百五十二條、第五百四十七條等是ナリ

第二 期間ノ始期及ヒ進行ノ停止

法定期間ハ法律ニ於テ其始期ヲ定ムルモ裁判所又ハ裁判長ノ定ムル期間ノ進行ハ期間ヲ定メタル書類ノ送達ヲ以テ始マル又其送達ヲ要セサル場合ニ於テハ期間ノ言渡ヲ以テ始マル但期間指定ノ際之ヨリ遅キ始期ヲ定メタルトキハ其時ヨリ始マルモノトス(第一六條)
法定期間タルト裁定期間タルト問ハス訴訟手續ノ中斷中止アルトキハ總テ期間ハ進行ヲ停ムルモノトス(第一八條)

第三 期間ノ計算

不變期間及ヒ休暇事件ノ期間ヲ除キ其他ノ期間ハ裁判所ノ休暇ニ因リテ進行ヲ停止ス而シテ其期間ノ殘餘ノ部分ハ休暇ノ終ヲ以テ其進行ヲ始メ期間ノ始期カ休暇ニ當ルトキハ其期間ノ進行ハ休暇ノ終ヲ以テ始マル(第一六條)
第三 期間ノ計算
期間ヲ計算スルニ時ヲ以テスルモノハ即時ヨリ起算シ日ヲ以テスルモノハ初日ヲ算入セス一日ノ期間ハ二十四時トシ一箇月ノ期間ハ三十日トシ一箇年ノ期間ハ曆ニ從フ期間ヲ終カ日曜日又ハ一般ノ祝祭日ニ當ルトキハ其日ヲ期間ニ算入セス(第一六五條)

第四 期間ノ伸縮

法定期間ハ不變期間ナルト其他ノ期間ナルトヲ問ハス裁判所ノ所在地ニ住居ヲ有セサル原告若クハ被告ノ爲メ其住居地ト裁判所所在地トノ距離ノ割合ニ應シ海陸路八里毎ニ一日ヲ伸長シ八里以外ノ端數三里ヲ超ユルトキハ亦一日ヲ伸長ス蓋シ裁定期間ニ在リテハ其距離ノ遠近ニ從ヒ期間ヲ適當ニ定ムルコトヲ得ルモ法定期間ニ在リテハ法律上一定セルモノナレハ其伸長

ヲ爲スノ必要アリトス尙ホ外國又ハ島嶼ニ住所ヲ有スル原告若クハ被告ニ對シテハ便船等ノ都合アルヲ以テ裁判所ハ法定期間ニ關シ特ニ附加期間ヲ定ムルコトヲ得ルモノトス(第七條一六)

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

(一) 當事者合意ノ申立アリタルトキ(第一項七〇)

(二) 當事者一方ノ申立アリテ顯著ナル理由アルトキ 然レトモ法定期間ノ短縮伸長ハ此法律ニ特定シタル場合ニ限ル(第二項七〇)

(三) 同一期間ノ再度ノ伸長ハ合意アル場合ニ於テハ之ヲ許スコトヲ得ヘキ

モ若シ合意ナキ場合ニハ相手方ヲ審訊シタル後之ヲ許スコトヲ得ヘク又相手方カ異議ヲ述ヘタルトキハ顯著ナル差支ノ理由及ヒ其差支ヲ除去スルニ特別ノ困難アルコトヲ證明シタルトキニ限り之ヲ許スコトヲ得ヘシ

訴訟代理人ノ差支ニ原因スル再度ノ伸長ハ合意アル場合ノ外之ヲ許サス(第一項七一)
(第三項七一)

右期間伸縮ノ申請ヲ當事者ヨリ爲スニ當リテハ申請ノ理由ハ之ヲ説明スヘク又其申請ハ書面若クハ口頭ヲ以テ爲スコトヲ得ヘク申請ノ裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ爲スコトヲ得(第一項七一) 期間伸長ニ付テノ申請ヲ却下スル裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス(第五項七一) 而シテ期間カ伸長セラレタルトキハ新期間ハ前期間ノ滿了ヨリ之ヲ起算スヘキモノトス(第三項七〇)

第五節 懈怠ノ結果及ヒ原狀回復

訴訟行爲懈怠ノ規定ハ訴訟當事者ニ對シテ適用アルモノトス裁判官ノ訴訟行爲爲懈怠ハ職務曠廢ノ責アルモ訴訟法上ノ效果ヲ生スルモノニ非ス故ニ懈怠トハ訴訟當事者カ法定ノ時期ニ爲スヘキ訴訟行爲ヲ爲ササルコトヲ謂フモノナリ例ヘハ口頭辯論期日ニ適式ノ呼出ヲ受ケナカラ出頭セサルカ如キ又ハ不變

期間内ニ故障ノ申立、控訴ノ申立ヲ爲ササルカ如キ是ナリ訴訟行爲ノ懈怠ニ二種アリ全部ノ懈怠及ヒ一部ノ懈怠是ナリ全部ノ懈怠トハ期日ニ於テ爲スヘキ一切ノ訴訟行爲ヲ爲ササルコトヲ謂フ口頭辯論期日ニ辯論ヲ爲ササル如キ是ナリ一部ノ懈怠トハ期日若クハ期間内ニ爲スヘキ行爲ヲ爲サス其他各箇ノ訴訟行爲ヲ爲ササルコトヲ謂フ控訴上告ノ申立ヲ爲サス口頭辯論ニ於テ相手方ノ陳述ニ對シ陳述ヲ爲ササルカ如キ是ナリ而シテ訴訟行爲ヲ懈怠シタル當事者ハ法律ニ於テ其追完ヲ許ス場合ノ外ハ其訴訟行爲ヲ爲スノ權利ヲ喪失スルモノトス(第一七三)法律上追完ヲ許ス場合ハ第四十五條第三項、第七百條第三項、第七十四條、第二百六十條第三項、第二百八十四條、第二百八十八條是ナリ懈怠ノ結果即チ訴訟行爲ヲ爲スノ失權ハ相手方ノ申立ヲ要セス當然生スルヲ本則トス然レトモ法律ニ於テ失權ヲ爲サシムルコトニ付キ相手方ノ申立ヲ要スル旨ヲ規定シタル場合ハ相手方ノ申立ニ因リテ始メテ失權ノ效果ヲ生スルモノトス(第一七三)相手方ノ申立ヲ要スル場合ハ第九十條、第二百二十八條、第七百七十八條、第八十三條、第二百四十六條、第二百四十八條、第二百六十三條、第二百六

十五條、第三百九十三條、第四百二十九條、第四百四十四條等はナリ而シテ懈怠ノ結果ヲ除却シ且訴訟行爲ノ追完ヲ許スコトアリ是レ例外ニ屬スルヲ以テ法律ノ規定アル場合ニ限ルモノニシテ即チ第二百六條第二項、第二百五十五條、第二百六十條、第三百九十三條、第四百十四條、第四百十五條、第四百十七條及ヒ後述スル原狀回復ノ申立ノ如キ是ナリトス

原狀回復トハ不變期間懈怠ノ結果ヲ除却スルコトヲ謂フ不變期間以外ノ期間ハ當事者ノ申立若クハ職權ヲ以テ事情ニ因リ之ヲ伸縮スルコトヲ許スト雖モ不變期間ハ絕對ニ其伸縮ヲ許サス隨テ當事者ノ過失ナクシテ期間ヲ遵守スル能ハサル場合ニ於テ懈怠ノ結果ヲ被ムラシムルハ過酷ニ失スルヲ以テ之ヲ救濟方法トシテ原狀回復ノ手續ヲ設ケタリ即チ左ノ如シ

第一 原狀回復ノ要件

原狀回復ノ申立ニハ次ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス(第一七四條)

- 一 天災其他避クヘカラサル事變ノ爲メニ原告若クハ被告カ不變期間ヲ遵守スルヲ得サリシコト

二 原告若クハ被告カ故障期間ヲ懈怠シタルトキハ其過失ニ非スシテ
席判決ノ送達ヲ知ラザリシコト例ヘハ公示送達等ニ因リテ知ラサル場
合ノ如シ

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

第二 原狀回復申立ノ期間(第一七)

原狀回復ハ十四日ノ期間内ニ之ヲ申立ツルコトヲ要ス此期間ハ障碍ノ止ミ
タル日ヲ以テ始マル又此期間ハ當事者ノ合意ニ因リ之ヲ伸長スルコトヲ得
ス而シテ右原狀回復ニ付テノ條件ヲ具備スルモ懈怠シタル不變期間ノ終ヨ
リ起算シテ一箇年ノ満了後ハ原狀回復ヲ申立ツルコトヲ許サス蓋シ其時期
ニ付キ何等ノ制限ヲ設ケサルトキハ訴訟關係ヲシテ永遠ニ不確定ナラシム
ルノ弊害アレハナリ而シテ原狀回復申立ノ期間ハ伸長スルヲ得サルモ不變
期間ニ非ス故ニ裁判所ノ休暇ニ因リテ其進行ヲ停止スルモノトス

第三 原狀回復申立ノ方式(第一七)

原狀回復ハ追完スル訴訟行為ニ付キ裁判ヲ爲ス權アル裁判所ニ書面ヲ差出
シテ之ヲ申立ツヘシ

此書面ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス

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

二 原狀回復ノ疏明方法

- 三 懈怠シタル訴訟行為ノ追完 追完トハ懈怠セザリシトキハ當事者ノ
爲シ得ヘカリシ行為ヲ謂フ例ヘハ故障申立ノ行為ノ如シ

即時抗告ノ申立ヲ懈怠シタルトキハ原狀回復ノ申立ハ不服ヲ申立テラレタ
ル裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ抗告裁判所ニ之ヲ爲スコトヲ得(第一七)

第四 原狀回復ノ申立ニ付テノ訴訟手續

原狀回復ノ申立ニ付テノ訴訟手續ハ追完スル訴訟行為ニ付テノ訴訟手續ト
之ヲ併合ス然レトモ裁判所ハ先ツ申立ニ付テノ辯論及ヒ裁判ノミニ其訴訟

第三編 訴訟行為 第三章 訴訟行為ノ用語場所及ヒ時期 第五節 懈怠ノ結果 三六一

手續ヲ制限スルコトヲ得ヘク而シテ申立ノ許否ニ關スル裁判及ヒ其裁判ニ對スル不服申立ニ付テハ追完スル訴訟行爲ニ於テ行ハルヘキ規定ヲ適用ス抗告期間ノ原狀回復ノ申立ニ付テハ書面審理若クハ任意的口頭辯論ニ因リ審理スヘク判決手續ニ於テハ必要的口頭辯論ニ基カサルヘカラス判決ヲ以テ原狀回復ノ申立ヲ却下スルトキハ終局判決ニシテ之ヲ許ス判決ハ中間判決ナルヲ以テ原狀回復ノ申立ヲ却下スル判決ニ對シテハ獨立シテ上訴ヲ爲スコトヲ得ヘク之ヲ許ス判決ニ對シテハ獨立シテ上訴ヲ爲スコトヲ得ス
トス(第一七七條一項二項)
 ニ原狀回復ノ申立ヲ爲シタル原告若クハ被告ハ其口頭辯論ニ出頭セサル爲メ闕席裁判ヲ受ケタルトキハ之ニ對シテ故障ヲ申立ツルコトヲ得サルモノ
 原狀回復ノ費用ハ申立人之ヲ負擔ス但相手方ノ不當ナル異議ニ因リ生シタルモノハ此限ニ在ラス(第一七七條第三項)

第四章 當事者ノ訴訟行爲

第一節 訴訟ノ追行

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

第二節 訴訟資料ノ提供

訴訟資料トハ當事者ノ申立事實、證據方法、法律及ヒ常則ナリトス

第一 當事者ノ申立 民事訴訟ニ因ル私權保護ハ當事者ノ申立ニ基クモノナレハ當事者ハ如何ナル手段ニ依リ且如何ナル範圍ニ於テ私權保護ヲ求ムルヤノ申立ヲ爲ササルヘカラス裁判所ハ其申立ニ基キ私權保護ノ手段ヲ盡クスモノナリ故ニ當事者ノ爲ス判決ヲ求ムル申立例ヘハ本案ニ付キ判決ヲ求ムル事項ノ申立、假執行宣言若クハ假執行ノ防禦的申立(第五條五〇)ノ如キハ當事者ノ提供ニヨリ訴訟ノ資料タルモノトス

第二 事實 事實トハ物界ニ於ケル現象ナリ裁判ノ基本ト爲ルヘキ事實ハ當事者以外ノ者ハ之ヲ知ラサルヲ通常トス隨テ裁判所カ之ヲ探知スルハ甚タ困難ナルヲ以テ當事者ヲシテ之ヲ裁判所ニ提供セシメサル可ラス是レ不干渉主義ノ原則ニ基クモノニシテ隨テ偶マ裁判官カ訴訟外ニ於テ知り得タル事實アリトスルモ右原則ニ因リ當事者カ提出セサル以上ハ訴訟資料ト爲ス

ヲ得サルモノトス裁判所ニ於テ顯著ナル事實ト雖モ亦然リトス但裁判所ノ職權調査ヲ爲スヘキ場合ニ於テハ當事者ノ主張セサル事實ヲ以テ訴訟資料ト爲スコトヲ得ルモノトス

第三 證據方法 裁判ノ基本タル事實ニ付キ爭アリテ裁判所ニ顯著ナラサルトキハ證據方法ヲ以テ之ヲ明カニセサルヘカラス證據方法ノ存否モ亦當事者以外ノ者ハ之ヲ知ラサルヲ通常トスルヲ以テ當事者ニ於テ證據方法ヲ提供シ以テ訴訟ノ資料ト爲ササルヘカラス然レトモ證據方法ノ存在カ裁判所ニ明カナルトキハ職權ヲ以テ證據調ヲ爲スコトヲ得ヘシ裁判所ニ職權ヲ以テ檢證若クハ鑑定ヲ命スルコトヲ得セシメタルハ證據方法ノ存在カ裁判所ニ明カナルニ因ルモノトス(第七條一)又訴訟物カ公益上ノ關係ヲ有スルトキハ證據方法ノ申出ヲ當事者ノ意思ニ一任スル能ハサルヲ以テ職權ヲ以テ證據調ヲ爲スコトヲ許ス(第八條第一四條)右例外ノ場合ヲ除キ當事者ノ提出シタル證據方法ニ非サレハ訴訟資料ト爲スヲ得サルモノトス

第四 法律 法律ノ規定及ヒ其解釋ハ裁判官カ職務上ニ於テ知ルヘキ義務ア

ルモノナレハ之ヲ訴訟資料ト爲スニ當事者ノ提供ヲ必要トスルモノニ非ス
然レトモ地方慣習法、商慣習法、規約、外國ノ現行法等ハ裁判官カ之ヲ知ルニ困
難ナル場合アルヲ以テ當事者ニ對シ舉證ノ責任ヲ負擔セシメ裁判所モ亦職
權ヲ以テ調査スルコトヲ得セシメタリ(第九條第二)

第五 常則 常則トハ普通ノ知識ヲ有スル者カ知ルヘキ實驗上ノ法則ヲ謂フ
常則ハ裁判官モ亦職務上之ヲ知ルヘキ義務アルモノナレハ當事者カ之ヲ提
供セサルトキト雖モ訴訟ノ資料ト爲スコトヲ得ヘク裁判官カ之ヲ知ラサル
トキハ訴訟外ニ於テ之ヲ明カニセサルヘカラス然レトモ特別ノ知識技能ヲ
有スルモノニ非サレハ知ルコトヲ得サル實驗上ノ法則ニ付テハ裁判所ハ職
權ヲ以テ證據方法ニ因リ之ヲ明カニシ(第七條第一)若クハ當事者カ證據ヲ提供ス
ルニ非サレハ訴訟資料ト爲スヲ得サルモノトス

第三節 當事者ノ對等權

民事訴訟上ニ於テハ當事者ノ地位ハ相互ニ對等ニシテ原告タルト被告タルト

ヲ問ハス同等ノ權利ヲ有スルモノトス即チ當事者能力、訴訟能力、法律上代理、訴
認代理ノ規定ハ當事者雙方ニ適用セラレ各當事者ハ攻撃若クハ防禦ノ方法、證
據方法、證據抗辯ヲ口頭辯論ノ終結ニ至ル迄提出スルコトヲ得ヘク(第二〇九條)
各當事者ハ相手方ノ主張シタル事實、相手方ノ提出シタル證據方法ニ付キ陳述
ヲ爲スヘキカ如キ(第二一〇條)其他中間判決ヲ求ムル申立、上訴ノ申立ノ如キ各
當事者同等ノ權利ヲ有スルモノトス然レトモ此原則ニハ次ニ述フル例外アリ
トス

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

サルヘカラス訴訟中ニ原告カ日本人タルノ分限ヲ失ヒタルトキ亦同シ(第八條第六條)

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

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

九 故障期間ヲ定ムル裁判(第二五項)

十 證據保全ノ申請ニ關スル裁判(第三六條)

十一 假差押及ヒ假處分ノ裁判(第七五七四條)

十二 督促手續ノ裁判(第三九八六條)

十四 強制執行ノ停止若クハ取消ノ裁判(第五四〇七條)

十五 抗告ニ付テノ裁判(第二四六條)

第六 原告ハ訴訟手續ヲ選擇スル權利アルヲ以テ被告ハ之ニ從ハサルヘカラス通常訴訟手續督促手續證書訴訟爲替訴訟ノ何レニ依リテ訴ヲ爲スヤハ原告ノ意思ニ因リ定マルモノニシテ被告ハ其手續ノ變更ヲ求ムルヲ得ス而シテ原告ハ證書訴訟爲替訴訟ニ於テ訴ヘタルトキト雖モ之ヲ通常訴訟ニ變更スルコトヲ得ルモノトス(第四八條)

第七 被控訴人及ヒ被上告人カ上訴權ヲ喪失シタルニ拘ハラズ附帶上訴ヲ爲スヲ得ルハ一ノ特權ナリトス(第四〇五條、第四四二條)

右ノ外訴訟費用ヲ負擔スヘキコトヲ當事者對等權ノ例外ト爲スモノアリト雖

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

第四節 攻撃及ヒ防禦

攻撃トハ當事者カ訴訟上利益ナル裁判ヲ求ムル行爲ヲ謂ヒ防禦トハ訴訟上利益ナル裁判ヲ受クルコトヲ避クル行爲ヲ謂フ訴反訴ノ提起ノ如キハ攻撃行爲ニシテ其排斥ヲ求ムルハ防禦行爲ナリトス訴又ハ反訴ニ因ル判決ヲ求ムル事項ノ申立ハ攻撃ニシテ之カ排斥ヲ求ムルハ防禦ナリトス
 攻撃防禦ノ方法ナル文字ハ訴訟法上二様ノ意義ヲ有ス廣義ニ攻撃方法トハ訴又ハ反訴ヲ以テ主張シタル申立ヲ維持スル爲メ原告ノ提出スル總テノ事項ヲ謂フモノニシテ訴ノ原因其他原告ノ主張事實之ニ屬ス又廣義ニ於ケル防禦方法トハ訴又ハ反訴ヲ以テ主張スル申立ヲ排斥スル爲メ被告ノ提出スル總テノ事項ヲ謂フモノニシテ抗辯再抗辯等之ニ屬ス故ニ事實上ノ點ニ關スルト法律

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

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

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

第五節 攻撃及ヒ防禦ノ拋棄

第一款 請求ノ拋棄及ヒ認諾

請求ノ拋棄及ヒ認諾ニハ裁判上ノモノト裁判外ノモノトノ二種アリ裁判外ノモノハ私法的效果ヲ生スルニ止マリ訴訟上ニ於ケル攻撃若クハ防禦ノ拋棄ニ非ス茲ニ説明スルハ裁判上ノモノナリトス

第一 請求ノ拋棄

(一) 請求ノ拋棄ノ意義 請求ノ拋棄トハ原告若クハ反訴原告カ訴若クハ反訴ヲ以テ主張シタル訴訟物ヲ拋棄スル旨ノ裁判所ニ對スル意思表示ナリ

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

(二) 請求ノ拋棄ノ條件

(イ) 請求ノ拋棄ハ訴訟行為ナルヲ以テ拋棄ヲ爲スノ能力及ヒ代理權ノ有無ハ訴訟法ニ因リ定メサルヘカラス即チ當事者本人カ拋棄ヲ爲スニハ訴訟能力アルコトヲ要シ法律上代理人訴訟代理人カ爲スニハ其代理權アルコトヲ要ス(第六條五)

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

(ハ) 請求ノ拋棄ハ受訴裁判所ノ口頭辯論若クハ受命判事ノ準備手續ニ於
テ口頭ヲ以テ陳述セサルヘカラス準備書面ヲ以テ請求ヲ拋棄スル旨ヲ
通知スルモ其效力ヲ生セス如何トナレハ請求ノ拋棄ナル事實ヲ訴訟ノ
資料ト爲サントスルニハ口頭辯論ニ於テ提供スルコトヲ必要トスルモ
ノナレハナリ而シテ請求ノ拋棄アリタルトキハ口頭辯論調書ニ明確ニ
スヘキ(第一三〇條)モノナリト雖モ拋棄ノ效力ハ原告ノ陳述ニ因リテ發生シ
調書ニ記載スルコトハ效力ヲ發生スル必要條件ニ非ス

(三) 請求ノ拋棄ノ效力

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

請求ノ拋棄ハ訴訟行為ナルト同時ニ私法上ノ法律行為ナリトスル説アリ
然レトモ是レ場合ヲ區別シテ觀察セサルヘカラス原告カ眞實ニ被告ニ對

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

請求ノ拋棄ハ訴訟上之ヲ取消スヲ得ヤ否ヤハ私法ノ規定ニ從テ解決スヘキ問題ニ非ス如何トナレハ訴訟行爲タル請求ノ拋棄ハ相手方ニ對スル意思表示ニ非スシテ裁判所ニ對スル意思表示ナレハナリ原告カ請求ヲ拋棄シ判決ナクシテ訴訟ノ終了ヲ來タシタルトキハ原告ハ絶對ニ其陳述ヲ取消スヲ得サルニ至ルヘシ被告ノ申立ニ因リ拋棄ニ基ク判決アリタルトキ

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

第二 請求ノ認諾

請求ノ認諾トハ原告若クハ反訴原告カ訴若クハ反訴ヲ以テ主張シタル訴訟物ヲ承認スル意思表示ナリ相手方ニ對スル意思表示ニ非スシテ裁判所ニ對スル意思表示ナルコト其他認諾ノ條件效力ニ付テハ請求ノ拋棄ニ付テ説明シタル所ト同一ナリトス

請求ノ認諾ハ防禦ノ拋棄ナリ防禦方法ノ拋棄ニ非ス原告カ不法ニ訴ヲ以テ主張シタル請求ニ付キ認諾シタルトキハ被告ハ私權保護ノ請求權ヲ拋棄スル效力ヲ生シ同時ニ原告ニ本來存在セサル私權ヲ創設スルコトアルニ至ルモノトス