法學名著

日本民事訴訟法論綱

日本高木豐三原著
閩縣陳與年譯述

上海商務印書館印行

3 0646 8105 3

民事訴訟法論綱目次

緒論
第一章 民事訴訟法之大意
第二章 民事訴訟法所定之事物(訴訟手續)
第三章 民事訴訟法之權利關係
第四章 民事訴訟與刑事及行政訴訟之差別
第五章 訴訟手續之種別
第一編 總則
第一章 訴訟主體
第一節 裁判所
第一款 裁判權及其實體
第二款 皇室與裁判所之關係
第三款 狹義裁判權
第四款 裁判所之管轄及裁判籍

12505

目次

第一項　事物之管轄
第二項　職務之管轄
第三項　土地之管轄（裁判籍）
第四項　普通裁判籍
第五項　就於財產權上之訴之特別裁判籍
第六項　相續裁判籍
第七項　不動產之裁判籍
第八項　義務之特別裁判籍
第九項　強制執行豫備之裁判籍
第十項　反訴之裁判籍
第十一項　附帶或牽連事件之裁判籍
第十二項　人事訴訟事件之裁判籍
第十三項　限定裁判籍
第十四項　裁判籍相互之關係

第十五項　事物上及土地裁判籍之變動
第五款　法律上之共助
第六款　裁判所內部之構成
第七款　裁判所職員之除斥及忌避
第二節　當事者訴訟代理人及補佐人
第一款　當事者之能力及訴訟能力
第二款　訴訟代理人及補佐人
第三節　第三者之訴訟參加
第一款　從參加
第二款　告知參加及指名參加
第三款　主參加
第二章　訴訟上之權利關係
第一節　訴訟上權利關係之成立
第二節　訴訟之必要條件

目次

第三節　起訴之效力、權利拘束
第四節　權利保護之請求
第五節　裁判官對於當事者之關係
第六節　當事者相互之關係
第七節　訴訟上權利關係之終局
第八節　訴訟手續之中斷、中止、及休止
第九節　中斷、中止、及休止訴訟手續之回復
第十節　訴之併合
第一款　總論
第二款　主觀的訴之併合（共同訴訟）
第三款　客觀的訴之併合
第三章　訴訟行爲之方式、種類、及時期之一般原則
第一節　方式
第二節　訴訟手續之公行主義及密行主義

第三節　裁判官之行爲
第四節　當事者之行爲
第五節　訴訟行爲之實行言渡送達呼出
第六節　關於訴訟行爲之時期（期日期間）
第七節　懈怠之結果
第八節　懈怠結果之除却
第四章　訴訟費用、保證、訴訟之救助
第一節　訴訟費用
第二節　保證
第三節　訴訟上之救助
第二編　第一審之訴訟手續
第一章　訴之提起、準備書面之交換及口頭辯論
第一節　訴之提起
第二節　準備書面之交換

目次

第三節 口頭辯論
第一款 總論
第二款 本案前之口頭辯論
第三款 本案之口頭辯論
第一項 事實之否認
第二項 基於法律之反對陳辯
第三項 實體的失權之抗辯
第四項 反訴之提起
第四款 訴訟之準備手續
第五款 口頭辯論中之裁判長及裁判所之行爲
第二章 證據調
第一節 舉證手續之總論
第二節 證據、舉證責任、證據主義
第三節 證據之種別

第四節　推測及顯著之事實
第五節　證據調總則
第六節　人證
第七節　鑑定
第八節　書證
第九節　檢證
第十節　當事者本人之訊問
第十一節　證據共通及證據抗辯
第十二節　證據保全
第三章　區裁判所之訴訟手續
第一節　通常訴訟手續
第二節　督促手續
第三編　上訴
第一章　上訴之總論

目次
第二章 控訴
第三章 上告
第四章 抗告
第四編 再審(取消之訴及原狀回復之訴)
第五編 證書訴訟及爲替訴訟
第一章 證書訴訟
第二章 爲替訴訟
第六編 强制執行
第一章 强制執行之通則
第一節 强制執行之必要條件
第一款 實體的必要條件(債務名義)
第一項 判決
第二項 判決以外之執行名義
第二款 形式的必要條件

第一項 執行文
第二項 須有裁判官命令執行文之付與及關於執行文付與之訴
第三項 執行文以外之必要條件
第二節 強制執行之機關
第一款 執達吏
第二款 執行裁判所
第三節 強制執行之管轄（執行審之裁判籍及裁判）
第四節 對於強制執行手續之異議
第一款 對於執行文付與之異議
第二款 關於執行方法之異議及關於執達吏之抗告
第三款 關於因判決而確定之請求之異議（實體上之異議）
第五節 關於執行目的物第三者之異議
第一款 讓渡妨止之異議（執行參加）
第二款 差押物代價先給之請求

目次

第六節　强制執行之停止及制限
第一款　緒言
第二款　不取消既爲執行處分之停止
第三款　同時取消執行之執行之停止
第七節　債務者之變動
第八節　保證、救助、休暇、費用
第一款　保證
第二款　救助、休暇
第三款　執行費用
第二章　就於金錢債權之强制執行
第一節　對於動產之强制執行
第一款　通則
第二款　對於有體動產之强制執行
第一項　差押之實施

目次

第二項　不可差押之物件
第三項　差押之手續
第四項　對於未收穫之果實及蠶之强制執行
第五項　對於有價證券及以爲替其他裏書可以移動之債權之强制執行
第六項　照查手續及配當要求
第三款　對於債權及其他財產權之强制執行
第一項　執行機關
第二項　可差押之權利
第三項　關於差押法律上之制限
第四項　差押之申立及差押
第五項　由差押所生之債權者債務者及第三債務者之權利及義務
第六項　差押後之手續
第四款　配當手續

目次

第一項　必要條件、配當裁判所
第二項　配當手續
第三項　異議之訴
第四項　異議完結後之手續
第二節　對於不動產之强制執行
第一款　通則
第二款　强制競賣
第一項　不動產差押之手續
第二項　差押後之手續
第三項　對於競落決定之上訴
第四項　新競賣及再競賣
第五項　賣却代金之支拂及配當
第六項　入札拂
第三款　强制管理

第三節　對於船舶及其股分之強制執行
第一款　對於船舶之強制執行
第二款　對於船舶股分之強制執行
第三章　不以支給金錢爲目的之債權之強制執行
第一節　物件引渡之債務
第二節　行爲或不行爲義務之實行
第三節　就於債務者之意思表示之強制執行
第四章　強制執行之保全
第一節　假差押
第二節　假處分
第七編　公示催告
第一章　公示催告手續
第二章　對於除權判決申立不服之訴
第八編　仲裁手續

目次

第一章 仲裁判斷
第二章 仲裁判斷取消之訴

民事訴訟法論綱

緒論

法律者。以表示國家之意思者也。(1)民事訴訟法。亦不外表示國家之意思。故爲一種法律也。而此法律。規定人類社會難免之權利競爭。裁斷其曲直之方法。卽訴訟手續也。由此觀察之。民事訴訟法者。乃規定人類生活上之事卽一種事物(訴訟手續)也。依此法律。與其所規定事物。(訴訟手續)遂生法律上之效果。卽一種權利關係也。(2)茲先以民事訴訟法爲一種法律。一種事物。一種權利關係。而研究之。

(1)國家者。法人也。爲公權及私權之主體。據近世學說。凡有共同目的。多數人類之集合體。有爲權利主體者。有非權利主體者。而其爲權利主體者。法學上稱爲法人。非權利主體者。稱爲社會。蓋社會僅於各個人相互間。生一種之關係。非獨立爲權利主體也。國家者。法人也。故因表示國家之意思。及其行爲。不能不設各種機關。各國之立法權。卽定國家之意思。且爲表示意思之機關也。依此機關。正式發表國家之意思。是爲法律。

(2)權利關係之語。乃近來之法律語。最屬新奇。蓋從德語之『尼比德斯、倫爾利斯』

譯出。德語所謂『尼比德』有法律及權利之二義。而所謂『尼比德斯倫爾利斯』者。法律關係之義也。譯爲權利關係。不免誤解之譏。法典調查會。遂代以法律行爲之語。所謂法律行爲者。包含合意契約、及權利行爲等之義。是亦過於廣漠。揣民事訴訟法之立法者。以稱爲法律關係。其義過汎。故稱爲權利關係。不知權利俟法律而始生。則稱爲權利關係。與稱爲法律關係。僅有因與果之異耳。

第一章 民事訴訟法之大意

以民事訴訟法。爲一種法律而觀察之。當先研究此法律。應屬於如何之種類。(1)

(第一) 民事訴訟法者。一種形式法也。德國學者。分法律爲實體法及形式法二種。實體法者。如民法、商法、及刑法等爲判決標準所適用之法律。形式法者。因適用實體法。規定方式之法律。卽民刑訴訟法之類。是二種之法律關係。乃體與用之別也。

(1) 講學上分別法律種類甚多。如自然法、及法理。成文法、不文法、習慣法等。茲均置不論。此外尙有公法、私法、內國公法、國際公法外國公法、普通法、特別法基本法、助法等之種別亦畧焉。唯就英法學者所不言之實體法、及形式法之分別。而一言之。

(第二) 民事訴訟法者。一種公法也。法律有公法私法之別。夫人而知之矣。然法律中

如民事訴訟法。將屬諸公法耶。抑屬諸私法耶。古來學者間。議論甚繁。或謂民事訴訟法。爲一種私法。其理由、以民事訴訟法。本爲適用私法之手續法。（又助法）卽保護私權之法律也。主張此說者。德國今日尙間有之。法國學者。概從此說。（2）或謂民事訴訟法。爲公私混合之法律。此說以強制的法律爲公法。非強制的法律爲私法。民事訴訟法。一部係強制的規定。（強制執行）一部係當事者處分權之規定。故爲公私混合之法律。以上二說。均不足採。

或謂民事訴訟法。爲一種公法。若約言其理由。第一、民事訴訟法。以保護私法（卽法律一種）爲主目的。保護法律之事。純然公事。而非私事。第二、欲達此目的之行爲。乃裁判權之實行。應屬於國權。第三、基於私權之強制執行。亦屬於國權。（3）故民事訴訟法公法也。近德國學者之意見。漸歸一致。蓋以斯說適合國家學之理也。余亦從此說。以民事訴訟法爲一種公法焉。

（2）羅馬法、唯以國法爲公法。故如刑法雖屬公法。而刑事訴訟法。則爲一種私法。其理由、謂刑事訴訟法。包含被害者對於犯人。請求賠償之手續也。以民事訴訟法爲私法之學說。蓋亦與羅馬法同其旨趣。

(3)國家爲統治權之主體。故有強制一般人民之權。至于他法人之團體。爲一種權利主體。無統治權。故亦無強制權。如地方團體、及因殖民所特許之自治團體。得行強制權者。是僅因國權之委任而然。并非團體固有之權力。故對于人之身體及財產之強制權。屬于國家之專有。

(第二) 民事訴訟法者。以法律而規定國家的之私法上裁判方式者也。(1)裁判之方式。乃因保護私法。欲達其目的之方法也。蓋裁判之目的。不問惡意之有無。凡有違背法律之意思、及行爲。皆當實行私法。故民事訴訟法。以保護私法爲直接目的。而保護私法。卽所以保護私權。是間接亦保護權利之法律也。(2)而欲完其權利保護之實效。必有強制之力。故民事訴訟法。爲強制之法律也。

(1)民事訴訟法。定國家司法機關之裁判所。施行裁判之方式。然日本民事訴訟法第八編。并規定仲裁判斷。是僅例外而已。仲裁判斷者。一私人之裁判。非國家之裁判。所以規定於訴訟法中者。乃因對其判斷。有申請不服。(五八〇)又因強制執行。有執行判決(二八〇)等。每須裁判所之干涉也。此外皇室典範第四十九條。規定皇族相互間民事訴訟之裁判。亦不得謂爲國家裁判。(參照第七節)

(2)訴訟法之目的。在於保護私法。訴訟之目的。在於保護權利之請求。故法律之目的。爲國家之目的。訴訟之目的。爲當事者之請求。二者固屬不同。然欲達法律之目的。(即私法的目的)自當保護當事者權利。故謂間接爲保護權利之法律也。蓋此區別。其界至微。學者多謂訴訟法之目的。與訴訟之目的同一。然詳爲考究之。固自有別也。

(第四)民事訴訟之主體。凡對於自由之人民及其財產。有强制之權力者。國家而已。强制權既屬國家所專有。而國家者。法人也。故必設機關。執行此權利。所謂機關者。卽各種裁判所是。裁判所、依所謂裁判權及管轄權。而執行强制權。是卽國家因有私法上利害之關係者。(卽爲由一個人對於一個人之私權保護)實行此權利也。故民事訴訟。裁判所、與當事者。(卽原告及被告)皆爲其主體。

(第五)依民事訴訟法保護權利之方法。保護權利之方法有二。

(甲)判決。保護權利之第一方法。判決是也。裁判所以此判決。決定原告對於被告所請求之保護果有理由與否。判決者。有命令物之供給及某行爲之實行。與僅確定權利關係之存在與否之別。日本民事訴訟法。稱後之訴。爲確定契約之成立或不成立之訴。(一八條)或確定權利關係之成立及不成立之申立。(二一條)

判決者。宣言國家之意思也。然裁判所非立法機關。故其所宣言之判決。既非法律。亦非契約。又非僅事件之鑑定。乃對於現實事件。裁判所以其威力而適用法律也。(1)要之、判決非如法律創定權利。不過適用法律定權利之存否而已。如古來法律之格言。謂判決乃別種之法律。其爲謬說可知也。

(1)判決基於法律。表示國家之意思。國家之意思如斯。而宣言當如其意思。見之實行也。於此宣言。有强制執行之力。故謂判決爲適用有威力之法律也。

(乙) 强制執行 强制執行者。藉國家之公力。以有形的、或心理的强迫。而實行判決。此方法。多對於確定之敗訴者而實行之。是爲本則。然有時以他之名義。對於未確定之敗訴者。亦可實行。如假執行是。(參觀五〇一以下)

(第六) 民事訴訟法之目的及訴訟之目的。 民事訴訟法。以保護私法爲直接目的。而訴訟之目的。則在於保護權利之請求。蓋訴訟原告。從判決及强制執行之方法。請求保護私權也。是保護權利之請求。卽民事訴訟直接之目的。若私法上權利關係。所謂訴之原因及請求之目的物者。乃訟間接之目的也(1)。

(1)民事訴訟之目的。與訴訟之目的物。不可混同。訴訟之目的物。因私法上之權利關

係。而可請求之債權及物件。（即請求之目的物）應對於當事者而請求之也。至于訴訟之目的。乃向裁判所而請求之也。依所謂私法上關係。卽如契約及其他之理由。請求保護已得權利也。唯就於訴訟之目的如何。有種種之說。或曰求所爭事件之判決。或曰。在於眞實之發見。茲不一一辯駁之。

（甲）權利保護之請求。欲使相手方滿足原告之希望。向國家而請願也。

權利保護之請求。依保護之方法、卽如原告有理由之判決、且特如强制執行之方法者。而使之滿足也。

權利保護之請求。因實體上之權利保護。求命被告履行某事之判決也。或有不須履行。（卽實行）僅請求積極的（成立）或消極的（不成立）確定之判決者。又有僅請求權利之保證及擔保（卽假差押）之命令者。但假差押之請求。雖可謂爲權利保護之請求。而非訴之目的。

消極的（不成立）確定之請求。非確認原告之權利。乃排斥（非認）相手方主張之權利。由此觀之。保護之請求。不以原告私權之存在。爲必要條件。蓋排斥他人不當之權利。所以防自己權利之損害。故消極的確定之訴。亦屬權利保護之請求也。

（乙）私法上權利關係。（訴之原因）常爲訴訟間接目的。而因其主働者之主體（卽原告）主張自己

權利。與非認被告權利而異。又此權利關係。不必有所爭者。卽屬無所爭者。若未與滿足之權利。亦有保護之必要也。例如被告認諾義務之全部。而或請延期。或不履行時。則欲因判決得强制執行之力。勢不得不請裁判所之保護。又被告直認諾請求。且非因其所爲。使至于起訴時。原告雖受勝訴之判決。而對於被告。應負擔訴訟費用之全部。三七

(第七) 不拘在民事訴訟法中有規定與否。應與所謂民事訴訟分別者。如左。

(甲) 權利者之自助。卽權利者自行直接請求。或以暴力自行報復是。

(乙) 依民事上契約而熄爭端。卽和解、認諾、拋棄、仲裁、等是。

仲裁契約民事上之契約也。蓋拋棄訴訟法上之保護以所爭事件。一任仲裁人之判斷。此非訴訟固無論已。而基此契約之原因。得爲履行之訴焉。又仲裁人之職務。非仲裁人能生國家裁判權。究因於當事者之意思者。故仲裁人之宣言。非適用法律。乃好意之仲裁判斷也。七八六 仲裁之宣言。在當事者間。固與已確定之裁判所判決。有同一之效力。八〇 唯欲强制執行其仲裁判斷。則必藉夫訴訟。而得裁判所之執行判決。八〇二五

(丙) 非訟事件。非訟事件。如其名稱所示。非民事之訴訟。然古來沿革上。尚用裁判權之名稱。以此爲非訴訟裁判權。(卽任意裁判權)非訟裁判權者。對於訴訟裁判權而言。有國權之一部者。如裁判所執達吏。登記官吏、公證人、身分取扱吏、等之行爲。依法律上之方式。而保護權利者也。又非僅保護權利。且有依此行爲。以使發生權利爲目的者。此職務行爲之大略。如保證民間取引。國家的取締行爲。保護無能力者之行爲、卽後見人或補佐人之任命取締。是也。其詳可參照民法、及公證人規則、登記法、戶籍法、三十一年法律第十四號三十二年法律第五十一號非訟事件手續法。

第二章 民事訴訟法所定之事物 (卽訴訟手續)

(第一) 以民事訴訟法。爲人類生活上之事 (卽事物一種) 而觀察時。因行爲。與其他事實而成立行爲者。謂裁判所、(裁判官、裁判所書記、執達吏、) 及當事者、又其代理人、及補佐人等。一切之訴訟行爲也。事實者。如訴訟能力當事者、及代理人、死亡之事實也。茲總稱爲訴訟手續。

(第二) 訴訟手續。分別左之三種。

(一) 斷定起訴權能之有無。(豫審手續)

(二) 權利保護之請求。(本案之審理手續)

(三)強制執行。

(一)決定起訴權能之有無。就其斷訟程度言之。亦可謂爲豫審也。蓋現所繫屬之權利請求。得在此裁判所。對此被告。而起訴與否。又被告有應此訴訟。而爲答辯之義務與否。又裁判官就於此訴。有判決之義務與否。而與以決定也。

(二)本案之辯論　請求權利保護之辯論。卽本案之辯論。及本案之判決。就於事件、及物件。訴訟材料之全部。而爲之。且從當事者所主張及證據。與以事件之終局判決也。訴訟手續。得分爲主張與證據調二種。又得不分主張與證據調。而同時辯論。羅馬訴訟法。不分主的訴訟手續。與證據調。德意志在普通法時代。則分本案之辯論。與證據調之辯論。先就於證據。(例如舉證責任之何在。須舉證之事項如何。及證據力之有無等。)爲確定獨立之裁判。且此裁判爲終局判決。故對之得爲普通之上訴。而當判決未確定時。不能爲本案之判決。因此訴訟有延滯之弊。今日訴訟法。採證據連合之主義。使二種辯論合一。日本訴訟法。亦與羅馬法及德意志訴訟法同。以主的訴訟手續(包含證據調)稱爲本案之辯論。本案之辯論者。依被告爲本案之辯論時。而始生也。(1)

(1)日本訴訟法。有特別規定時。雖可使受命判事爲證據調。是所謂本案辯論之準

備。或辯論之一部。不得謂法律之主義上分離其手續也。二七 然如第三百五十三條規定檢眞之裁判。及同第三百五十一條之規定。公正證書、又已經檢書之私署證書。有主張爲僞造變造時。因確定其證書之眞否。得以一種中間判決。而爲裁判。是與全體主義不相容之一變例也。但此等裁判。不許獨立上訴。故非破壞證據調併合之主義。俟說明證據調時。當詳論之。

(三)强制執行　强制執行者。依確定判決之旨趣。從命令。藉公力。而强制執行之一切手續也。强制執行。原屬訴訟之一部分。特以之比較他部分。則大不相同耳。蓋執行多有經本案辯論之判決、而至其判決確定後。始爲之。然有時有與本案之辯論同時并行者。(1)又有稱執行判決。爲獨立之訴訟者。(2)且其管轄。常屬於執行裁判所。卽區裁判所五四三 是也。

(1)因判決之種類。及訴訟之性質。由裁判所之職權。及當事者之申立。有宣言所謂假執行者。對此判決。雖可上訴。然其執行。不因本案之辯論而停止。仍可并行者也。五〇一以下

(2)因外國裁判所之判決。或仲裁判斷。欲爲强制執行時。須以獨立之訴。請求執行

判決。（五〇四、八〇二）

以上就民事訴訟法中。分爲三段。由通常起訴始。至訴訟結局。應經過之順序也。然亦非謂每件皆須若此。例如却下第一段（即裁判權之有無）之訴時。可不經過第二及第三段。（即本案之判決與執行手續）又第二段本案辯論後。棄却訴訟時。不必受第三段之執行是也。

第三章　民事訴訟法之權利關係

（第一）　從民事訴訟法。由訴訟手續訴訟關係人間。生訴訟上（即形式上）權利及義務之關係。茲稱爲訴訟上之權利關係。此與訴之原因之實體法上權利關係。須有區別。（1）實體的權利關係者。於一訴中。雖有包含數種者。而訴訟上權利關係者。則不問實體的關係之多少。常爲合一之權利關係。（2）又實體的權利關係。雖依契約及他原因而發生。至於訴訟上權利關係。則因訴之提起而發生也。故此關係常與訴訟同時發生。又與訴訟同時進行同時終了。

（1）訴訟上權利關係。因訴之提起。裁判所與原被告間。生權利義務之關係。詳言之。即被告有答辯之義務。當事者有向裁判所請求證據調。及其他行爲之權利。且因裁判所有指揮訴訟、及懲罰之權利。遂同時有應當事者之請求。而爲判決之義務。要之、原

告、被告、裁判所、間。生一切權利義務之關係也。至於訴之原因實體的權利關係。乃由貸借、賣買、或犯罪等。所生權利義務之關係。是二者所以不同也。

(2)訴訟上之權利關係。常屬合一之說。學者或唱異論。謂一訴中有數種請求時。若其各請求。每有一訴訟上關係者。則訴訟上權利關係。亦爲數種也。不知既以一訴而請求。假令其中有複雜之關係。而在訴訟手續上爲唯一之關係。固亦無妨也。

(第二) 訴訟上權利關係。爲屬於形式者。與訴訟目的物之私法上權利關係。(即實體的權利關係)須有區別。前已略述矣。故訴訟上權利關係。雖無實體的權利關係。亦可成立。蓋實體上權利關係之存在與否。依其訴訟判決後而始決定之問題也。且訴訟上權利關係。從訴訟之標準而消長。實體法上權利關係。從民法之標準而消長。故訴訟上權利關係。對於實體的權利關係。乃獨立存在也。唯此二種關係相聯屬者。即訴訟本因私法上權利關係而起。可以此爲間接之目的物。若無目的物。則訴訟上關係。亦歸消滅。

(第三) 訴訟上權利關係。有三個之主體。即裁判機關、(裁判所)與原告、及被告、是也。原告用攻擊方法。請求保護權利。被告用防禦方法。對抗之。而裁判所則在兩者之上位。而裁判其曲直。惟被告有同時立於原告之地位者。即提起反訴是也。此係形式上聯合二種之

訴訟。至於本訴及反訴。仍不失爲三個之主體。（1）凡由民法上契約及他原因。發生實體的權利關係。僅當事者間（卽權利者與義務者）之關係。雖有數多之權利者及義務者。而訴訟時。亦僅視爲共同原告。或共同被告耳。以上所述。訴訟上之權利關係。常有三種。詳言之。卽裁判官、與原告。及裁判官、與被告。幷原告、與被告。三者之關係也。且此三個主體之權利關係。互相牽連。而不可相離者也。（2）

（2）訴訟上權利關係。將兩面耶抑三面耶。德國近來學者間。議論甚繁。拉密普比大學教授弼幼羅氏。始倡三面關係之說。爾後非僅雜誌及講義中。學者多所辯論。且每因此問題。有特著一書者。要之所謂三面的關係。講學上實多便利。而在實際上。則此問題不問歸屬何說。俱無影響。茲不評論焉。

第四章 民事訴訟與刑事及行政訴訟之差別

（第一） 民事訴訟與刑事訴訟之差別 民事訴訟法。以保護私法爲目的。刑事訴訟法。以保護國法（刑法）爲目的。民事訴訟。屬於私益。刑事訴訟。關於公益。故民事訴訟。以訴訟當事者爲主。刑事訴訟。以國權爲主。民事訴訟。雖採最發達之主義。（卽當事者之處分權主義）而刑事訴

訟。則國家有權利。同時又有義務。故不能用當事者主義。而用官權主義。又民事訴訟。其所爭物體。與國家之利益無關。故爲三個之主體。刑事訴訟。則國家爲保護請求之權利者。又可爲判決之主體。故其主體。不過國家與被告人而已。

(第二) 民事訴訟與行政訴訟之差別 民事及刑事之訴訟。皆屬司法之裁判事務。換言之。有憲法及裁判所構成法之擔保。由不羈獨立之裁判官。而施行裁判事務也。若行政訴訟。則屬於行政官廳、及行政裁判所之裁判事務。

司法裁判。與行政裁判。所以相異者。非謂裁判標準之法律不同也。換言之。非指司法裁判。從夫私法。行政裁判。從夫公法。亦非指彼從法律。此從公益之便宜而裁判也。又非謂訴訟之主體不同也。詳言之。非指民事訴訟。爲一私人互相爭訟。行政訴訟。爲以國家及公之組織團體爲當事者也。要之、民事與行政之所分者。在於訴訟事件之性質。卽民事訴訟所爭事件。爲一切私法上之關係。而行政訴訟。爲公法上權利關係也。

故民事訴訟與行政訴訟分別之標準。其問題之主旨如何。卽權利關係。爲一私人與一私人間之權利及義務(私權關係之)時。則其訴訟事件。可在民事裁判所而審理并裁判之也。若權利關係爲公之團體與團體之一個人(卽行政官與一私人)間。有公法上關係時。則其訴訟事

件。屬於行政裁判權之管轄也。(1)

(1)國家爲公權之主體。同時又爲私權之主體。故雖一個人對於國家機關之訴訟。而從其裁判欲決之問題。僅屬私法上關係時。(例如一私人對於行政官廳求賣掛代金及損害賠償之訴。)則國家亦一私人。爲訴訟當事者。是卽純然之民事訴訟也。若以公權之發動(卽適用行政權之處分及命令)爲不當。要求取消之訴時。乃判定公法上關係之當否。應屬於行政裁判所也。但因不當之處分及命令。所生損害賠償之請求。仍屬於民事裁判。固無論已。(行裁一六)

以上區別民事訴訟。與行政訴訟。若頗易者。雖然此爲法學上極大問題。歐洲各國學說。尙未一致。日本學者。議論尤繁。今舉其主要者如左。

第一說。凡在行政裁判所。不可裁判之訴訟事件。悉屬於民事裁判所之管轄。

第二說。民事裁判所。與行政裁判所。各異其管轄。故學理上有民事性質之事件。又有行政性質之爭者。雖不得訴於行政裁判所。然亦不在民事裁判所裁判之限。

第一說之論據。專從憲法第六十一條之規定。同條云。

由行政官廳之違法處分。傷害權利之訴訟。屬於別以法律所定之行政裁判所之裁判者。不在司法裁判所受理之限。

第一論者。解釋此法文曰。屬於別以法律所定之行政裁判所之裁判者。不在司法裁判所受理之限。是不屬於行政裁判所之裁判者。卽應屬於司法裁判所之管轄。據此解釋。凡不屬於行政裁判之管轄者。悉歸諸民事訴訟。此解釋果得當乎。試細讀法文。若從其文字解釋之。不過謂屬於行政裁判所之裁判者。則在司法裁判所。不得受理之。非如論者謂不屬於行政裁判者。在司法裁判所。可受理之。故如此解釋。實未能使反對論者屈服也。

又曰、裁判所構成法第二條。所謂民事者。對於刑事而言。非對行政之稱也。此說之不足採。觀以下所述。自可明瞭。

第二說之論據。基於憲法第五十七條第二項之規定。民事裁判所之權限。以裁判所構成法定之。且第二條。有在通常裁判所裁判民事刑事。而不揭民事之定義。則其所可管轄者。限於學理上所稱爲民事或刑事之事件而已。蓋不揭民事之定義者。實因無一定之說。故難爲一定之規定也。

若是不屬於行政裁判所之管轄。亦不屬於司法裁判所之管轄者。其訴訟事件。將何從出訴耶。換言之。出訴於兩裁判所。而皆非其管轄。不受理之。遂至於無從出訴也。蓋

據行政裁判法。（廿三年法律第四十八號）行政訴訟。除法律勅令。有特別之規程外。訴願於地方上級行政廳。若非經其裁決後。不得提起。又訴願法。（廿三年法律第百五號）第一條。據此法律。限定可以訴願之事項。列舉其事項如左。

一 關於租稅及手數料之賦課之事件。

二 關於租稅滯納處分之事件。

三 關於營業免許之拒否、或取消之事件。

四 關於水利及土木之事件。

五 關於土地官有民有區分之事件。

六 關於地方警察之事件。

其他法律勅令所特許之事件。但嗣後以法律第百六號、（二十三年十月）公布許出訴于行政裁判所之事項。亦與前揭一項至五項相同。至於他之法律或勅令有別段之規定者。雖爲例外。然亦不過礦業條例、（二十三年法律第八十七號）第十九條而已。

夫然除前揭之事項。及有別段之規定外。皆不得出訴於行政裁判所。故屬此事件以外。對於行政官廳及官吏之處分。若從第一說。非訴於民事裁判所。別無救濟之途。於

是以此種事件。訴於民事裁判所者。不止一次。茲述一二裁判例。如某裁判所。從第一說之主旨。受理而裁判之。然控訴院。則裁判爲不屬民事裁判所之管轄。至大審院。復以控訴院之裁判爲不當。判決民事裁判所。可以裁判。蓋其判決之主旨。以裁判所構成法。所謂民事者。僅對於刑事而言。凡非刑事。以權利被毀損起訴者。則不問其事件性質之如何。民事裁判所。不可不受理之。爾後又有反對此判例之說者。曰、構成法所謂民事者。非僅對於刑事而言。抑對於行政事件之稱也。則所謂民事者。應解釋爲學理上有民事之性質者無疑矣。且夫本應屬於行政裁判。而特不許起訴者。乃因政略上、或保公權之秩序。則人民無從起訴。固當然之理也。若在行政訴訟法律所不許之事件。其性質又屬於行政事件。不屬於民事。又既明瞭。豈在通常裁判所。獨可受理耶。此說遂得制勝。故今日又有基此理由。生一二新之判例。

右之問題。由前述之判決例。尚未一定。果能維持此判例。使永不變改與否。未可知也。

（1）

（1）余對此新判例。亦表同意。然今日得訴於行政裁判所之事項。既不充分。則謀法律之改正。或以他之法律勅令。擴張行政裁判之範圍。或特使之屬於民事裁判所

之管轄。是所厚望也已。

第五章 訴訟手續之種別

訴訟有因外形之行爲及順序。而異其形式者。或因訴訟主體。權利義務之性質。而實體不相同者。遂生種種之區別。

茲先分訴訟。爲通常訴訟、及特別訴訟二種。

(一) 通常訴訟 通常訴訟者。總稱民事訴訟。以得確定之判決、與執行力爲目的也。列舉屬此部類者如左。

(甲) 地方裁判所之訴訟手續。(一九〇以下)

地方裁判所之訴訟手續。爲正式手續之中心。概用於重大事件。故關於訴訟重要之原則。悉存於此手續中。學者須致力而研究焉。

(乙) 區裁判所之訴訟手續。(三七三以下)

此手續爲簡便之方法。輕微事件之所用也。

(丙) 領事裁判之訴訟手續。卽以明治二十一年十月勅令第七十一號、所定淸國幷朝鮮國駐在領事裁判規則是也。此規則極爲簡單。僅以九條。定民事刑事之訴訟取

扱方法。

(二) 特別訴訟。

(甲) 婚姻事件、養子緣組事件、親子關係事件、相續人廢除事件、隱居事件、禁治產準禁治產事件及關於失蹤之訴訟手續。

此等事件、所以須特別訴訟手續者。專關係於公益故也。非如他之特別訴訟手續。以簡易爲主旨。蓋此手續爲檢事之職權。殆與刑事訴訟相同。

德國以此規定於訴訟法中。第六編 日本則以特別之法律定之。三十一年法律第十三號 人訴第十三號 同年司令第八號 第九號

(乙) 簡易訴訟手續。

此名稱非法律上之用語。乃爲講學上便宜所用也。如證書訴訟、及爲替訴訟、四八一以下假差押、及假處分手續、七三七以下是。

(丙) 督促手續。三八二以下

(丁) 破產手續。商法破九七八以下二十三年法律第五十九號 三十二年法律第四十九號 商施第百三十八條至第百四十七條

第一編 總則

第一章 訴訟主體

訴訟之主體。爲國家與當事者。已詳於緒論第一節。本編所欲述者。卽國家機關之裁判所。及當事者是也。

第一節 裁判所

第一款 裁判權及其實行

(第一) 茲所謂裁判權。有廣狹二義。廣義在講學上。所謂司法高權。日本憲法所謂司法權是。司法權以維持法律爲目的。屬於國權之一部。故司法權包含純然之裁判權。(狹義之裁判權與司法行政權。憲法第十五七條。裁判構第十一條末項。第二十條。第三十五條。第四十四條)

(甲) 於狹義所謂裁判權者。爲裁判之權也。卽緒論第一章中所謂適用有威力法律之權是。

(乙) 司法行政權。以得實行裁判事務爲目的。得行凡裁判事務必要之行爲。例如由裁判官之補職、以至職員之配置、執務時期之指定、書式之規定、會計事務、及諸般事務之檢閱、其他對於各官吏之懲戒處分。(1)皆屬之。然本書所欲講究者。專在裁判事務。故司法行政。不詳述焉。

（1）司法行政監督權。從裁構第百三十五條。及第百三十六條之規定。僅有注意、訓令、諭告而已。至於判事之懲戒。依判事懲戒法。（二十三年法律第六十八號）專屬懲戒裁判所之裁判權。不在司法行政權處分之限。

（第二）民事裁判權。國家之裁判權也。凡國權之掌握者。同時掌握司法權。故某國或有數多掌握司法權者。例如德國是。蓋德意志帝國之皇帝。掌握全帝國司法權。而各聯邦之君主。亦各掌握聯邦司法權也。惟日本爲純然統一國。則國權之掌握者。卽爲司法權之掌握者。惟天皇而已。（憲法第一條）

（第三）從國法學之原則。君主不自行司法權。並不由受其委任、應從其命令之機關（行政官）行之。當使惟服從法律、在法律而外不羈獨立之裁判所行之。故日本從普通國法學之原則。憲法第五十七條規定云。司法權。以天皇之名。依於法律。裁判所行之。是司法權雖以天皇之名。裁判所實行之。然非依天皇之意思。所得左右。夫天皇之意思命令。既可不從。況其他耶。是謂司法權之獨立。憲法義解者。特說明之曰。君主任命裁判官。裁判所以君主之名義。而宣告裁判。固已。然君主不自施行裁判。使不羈之裁判所。專依據法律。在行政權外。施行裁判。所謂司法權之獨立是也。（1）

(1)如右所述。裁判所爲裁判時。僅有服從法律之義務。而立於不羈之地位。故在司法行政之事項外。不必如從前須從司法長官等訓示訓令。況司法行政官。欲訓示法律之解釋。及論評判例之當否。而誘導裁判官之思想、或牽制之耶。苟如此干涉裁判權。則不免違法。非僅無益於事。且有時生反動之感情。至害裁判之自由。當局者不可不鑑也。

(第四) 由以上之原則。生左之結果。

(一) 凡裁判事務。須依法律而制定。卽謂裁判所之構成。須以法律也。此種法律。定裁判官之資格。裁判之組織。裁判官職務之範圍。及可行其職務之區域。卽裁判所構成法也。

(二) 凡應屬特別裁判所之管轄者。須別以法律定之。(憲法第六十條 裁構第二條)日本以法律所定之特別裁判所。僅行政裁判所、軍事裁判所、(軍法會議)而已。(1)故在此特別法律以外。如日本憲法第二十四條所規定。不問何人。有受法律所定之裁判官裁判之權。不能奪之。唯有權限之裁判所。因法律之理由、或特別之事情。不得行其裁判權。且依裁判所構成法第十三條。所豫定之代理裁判所。亦不能行時。則受上級裁

判所所指定之裁判所。（非無普通權限之裁判所之裁判耳。）是裁判所構成法第十條所規定也。同條第二號、至第四號。乃判定正當管轄裁判所之何屬者。與前所述不同。

（1）據裁判所構成法第三十一條。司法大臣所設置之支部。僅爲地方裁判所之一部。非有法律上獨立之管轄權。蓋于德國及日本。有倡反對之意見者。日本大審院、判決二十八年五月總部聯合裁判。爲無獨立管轄焉。

（二）裁判權與行政權。構成上須加分別。然有左之制限。

（甲）所謂非訟事件。雖性質上應屬司法行政之事務。然可委任裁判所。（裁判所構成法第十五條二十三年法律第九十五號所規定是）

（乙）在國境外。有使行政官吏。行特別之裁判權者。如領事裁判是。（參照第五章）

（四）爲裁判官者。因保其獨立。須有法律之擔保。

（甲）裁判官之職務。爲終身官。（憲法第五十八條。裁構第七十三條及第七十四條）歐洲各國或稱陪審官。或稱參審官。又如商事裁判官者。多無所謂終身官之裁判官。惟日本無此等裁判官。

（乙）裁判官受一定之俸給。（裁構第七十六條。及二十七年勅令十七號改正俸給令）（1）

（1）判事檢事之官等及俸給。以二十三年勅令第百五十八號定之。翌二十四年以

勅令第三十四號改正之。二十七年二月勅令第十七號又改定焉。幾至司法長官、有所更迭。每見法官俸給令之改定。而其改正之方針。常趨於減縮。日本法官之俸給令。既常若此。豈得謂以一定之俸給。擔保法官之不羈耶。

(丙) 裁判官依法律之規定。若非基於裁判之宣告。不得反其意。有免官、及轉官、轉所、停職、免職、減俸、之事。(裁構第七十三條。刑法第三十一條至第三十三條)

以上擔保司法權之獨立與法官之不羈。其制度既可謂爲完全矣。然考制度施行以來之實況。似未足以保司法權之獨立。與法官之不羈。然則更須嚴密之法令乎。據余之所信。法令之擔保。在於今日。已極嚴密。所以有不充分之感者。究因實行其法令者。與受法令保護者。其品位及處置。不能正當也。余雖欲向司法行政之當局者。及司法官諸氏。告以將來猛省之方針。然非本書論述之範圍。故省略焉。惟關於法國裁判所構成法。姆爾倫氏及拉克氏之著書中。有論及余所欲言之一部分者。特譯其一節。以供讀者參考之助。

終身官制。理論上之價值。主倡終身官制之理由。以此制度。對於有政權、或有政權關係者之司法官。足保其不羈也。此理由果正當乎。余不能無疑焉。蓋所謂不羈者。全視夫人之性質。且司法官各有階級。每有進級之望。是亦足使司法官。行爲不能自由也。夫免

官之脅迫。或爲有權勢者之敵。其危險常足以擾裁判官之精神。若終身官制度。果能除此弊害。固余所極贊同者。然司法官非經遷轉。則不能達其生活之目的。而占所希望之地位。司法官既常望進級。故終身官制。所謂不羈之力。實爲薄弱也。羅昔密嘗云。終身官制度。若非與不動職制調和。則無實效。又著者嘗採用普尼阿斯拉特之一節。其言曰。世人每以終身官制。足擔保不羈。是實不合於論理。及自然之情態。蓋司法官以外之政府官吏。非如司法官爲終身官。然是等官吏。亦與司法官同得受進級之利益也。特是等官吏。有不能進級之慮。同時又有免黜之懼耳。此二種畏懼之念中。孰最足感動官吏之精神耶。如世人所謂降級及免職之懼乎。然免黜之事。實爲罕覯。故畏怖之念。亦幾絕無。此法國官吏。常熱心執務之奬勵者。乃全在不昇進之畏懼也。

法國裁判所構成法。於此二種感情中。免黜之懼。雖可除却。而不昇進之懼。則仍存在。世人以終身官之制度。爲足保法官之不羈。豈不謬哉。（中略）又曰終身官制。更有現實之弊害。蓋此制度。所謂與裁判官以職務之所有權者也。雖無學問者。遂亦得安其位。是此制度之功績。徒使無學無識之司法官。保有其官職。而受裁判者。則大蒙損害矣。

右之論旨。以終身官制。不能保司法官之不羈。極言普通人情之弱點。議論雖不免深刻。然多有切中時弊之肯綮者。余謂有進退司法官之權者。苟以增俸進級之制度。爲牽制檢束之機械。而爲法官者。顧戀祿位。忘其職分。或恃終身之制。安於無學無識。則亦惟有弊害也已。

(第五) 裁判所之裁判權。屬特別官職、且特有其官職者之一身。不得使他人代理其職務也。然使有同一官職之同僚。代理某行爲。固非不可。例如從裁判所構成法第百三十一條以下。所定法律上之共助。及民事訴訟法、命受命判事、或受託判事是。此非基於普通代理之原則。乃依法律所許可之事務分配之行爲。而委任之也。

第二款 皇室與裁判所之關係

皇室與裁判所之關係。關於刑事者。與關於民事者。不可不加區別。今先就刑事之關係言之。

(一) 凡一國之君主。刑法上及憲法上。均無責任。蓋君主神聖不可侵犯。爲國法學一般之大原則。故近世憲法上政事上之關係。有代君主負其責任之官吏。而使副署者。是通例也。

日本天皇神聖不可侵犯。憲法第三條所明定也。故對於天皇。就刑事言。與裁判所不生關係。至於其他之皇族。刑事上犯罪。則與常人同。應任其責。故生裁判所之關係。惟皇族所犯之罪。應處禁錮或更重之刑時。豫審及裁判。在大審院行之。大審院于此爲第一審。而以終審而裁判焉。此刑事上對於皇室。裁判所之關係不同也。（裁構第五十條第二號）

所謂皇族者。即皇室典範第三十條所規定也。裁判所拘引、召喚、此等皇族。須豫得敕許。（皇範第五十一條）

（二）關於民事者。皇室與裁判所之關係。皇室典範及裁判所構成法規定之。然其所規定者。僅皇族相互間。及皇族與人民間。民事訴訟之管轄。并裁判法而已。非帝室對於人民。或人民對於帝室。民事上權利關係之裁判法也。故從現行法律言之。帝室與人民間。民事上之衝突。尚未開訴訟之途。若從法理言之。帝室既特有財產。則帝室與人民間。勢必生民法上之權利關係。既生權利關係。則彼此間。必有利害衝突之虞。是亦猶皇族與人民間。難保無爭訟之事也。外國之例。有設特別管轄及特別手續。開民事訴訟之途者。似亦無關於皇室之尊嚴。然由日本國體。以歷史上及感情上言之。帝室對於人民。或人民對於帝室。有以訴訟爭權利者。實爲不可。特在皇室典範第四十五條及第四十六條。

既定世傳御料。爲帝室特有之財產。使御料局職員管理之。（宮內省官制第三十四條）則因財產自然之情況。或管理者行爲。及天災地變之結果。每生隣地所有者間利害之關係。此際若由人民向帝室而請求。將如何處理耶。或曰、人民具申其被害之事情。請願相當賠償。由帝室容其請願。下給充分賠償。不必以訴訟要求之也。然若有貪得無厭者。窺帝室優渥之恩。爲過分之請願。則帝室之恩雖極寬大。亦所不能忍。且人民對於御料之財產。苟加以損害時。帝室若不命賠償。則御料財產。有不安固之慮。余謂於此不定損害之額。命之賠償。及不定强制執行、命令之法則。他日必有意外之弊害。近聞在某地方。有御料財產。與人民間之爭訟。起訴於地方裁判所者。裁判所竟受理之。此在今日。固屬不法之事。然對於此等爭論。不定結局之方法。或遂視爲普通之民事訴訟。而生受理及裁判之慣例。夫由皇族對於人民之民事訴訟。惟東京控訴院。得管轄之。（次項參照）而對於帝室之訴。轉屬於地方裁判所管轄。而可裁判之。豈正當耶。故帝室與人民間。可否開訴訟之途。對此問題。不如捨感情而決然行之。唯就於訴訟方法。宜熟籌耳。或以御料財產。視爲一種之財團法人。使管理者爲代表人。且其管轄準用皇族人民間之訴訟。是最爲簡便之一方法也。據以上所述。則在今日帝室人民間權利之衝突。其訴訟之方法。爲訴願與爲請願。尙屬

未定。可知也。

(甲) 皇族相互之民事訴訟。非民事裁判所管轄。乃依敕旨在宮內省命裁判員裁判之。經敕裁而後執行。故皇族相互之爭訟。與裁判所不生關係。(同上第四十九條)

(乙) 由皇族對於人民。民事上之訴訟。與人民相互之訴訟無異。

(丙) 由人民對於皇族民事之訴訟。在東京控訴院裁判之。此裁判所爲其第一審及第二審之裁判。而第一審裁判。從地方裁判所之第一審手續。以五人之判事。於組立之部。審問裁判。第二審裁判。特以七人之判事。於組立之部。裁判之。惟對此第二審判決之上告。則大審院裁判之。(皇室範第五十條第五十一條・裁判所構成法第三十八條・第四十一條・第五十條)

皇族常以代理人而行訴訟。不要自己出廷。(皇室範第五十條)

第三款 狹義裁判權

裁判權者。裁判所就於裁判而有職權之全部也。所謂裁判權。包含純粹之裁判權、訴訟指揮權、懲罰權、及公證權。而純粹之裁判權。又別爲發令權、及執行權二種。故所謂狹義裁判權中。包含左之四種。

(第一) 發令權 發令權者。決定、判決、及命令、之權也。若更爲類別時。可分爲判決之權。

與指揮訴訟之權二種。爲判決之權者。詳言之。就於現在事件。整理斷定實體的及訴訟上之事物之權是也。蓋據此權。適用實體法及訴訟法。以威力命其所定之實行。更約言之。卽如緒論所述。有威力適用法律。且命令執行也。訴訟指揮權者。因明訴訟之主意。又因訴訟之進行。及執行。命爲必要之行爲等之權力也。例如定期日、期限、或指定訴訟行爲之場所、或定訴訟行爲之順序。及爲據證調之決定。幷指揮口頭辯論、是也。

(第二) 執行權 執行權者。訴訟上強制(卽強制執行)之權利也。以法律所命爲基本。裁判所付以宣言。(執行命令)而強制的執行之之裁判所權力也。詳言之。由直接或間接之強制。實行裁判所命令、及判決之權利也。直接、卽有形之強制方法。如奪取某物品。或使引渡之。又使爲某行爲。或使停止某行爲是。間接、卽無形之強制方法。如壓抑其意思、而使服從判決是。

(第三) 取締權(懲罰權) 取締權。卽懲罰權。非如前二種權力。以裁判事務爲直接之目的。乃因於訴訟取締上之目的也。蓋懲罰權。非判決訴訟之事件。僅行使訴訟廷之取締。以保法廷之威權秩序。而避審理之妨害者。例如裁判所構成法第百七條以下所定。對於違反訟廷取締之命令者。得命退廷。或至閉廷前拘留之。仍處五圓以下之罰金。或處五日

以內之拘留是。（參照裁構第百十一條・第百七條）

此外、尙有應注意者。日本民事訴訟法第二百九十四條、對於不出廷之證人。有命賠償費用。及罰金、或拘引之權。又第三百二條、對於不開示原因而拒證言。又開示原因、已經棄却確定後。而拒證言之證人。除賠償因其拒絕所生之費用外。尙有言渡四十圓以下罰金之權。及同第三百五十五條證書之僞造、變造。反於眞實而主張之原告及被告。有惡意或重過失之責時。若屬公正證書。則言渡五十圓以下之科料。若屬私署證書。則言渡二十圓以下之科料。蓋處罰證人。與僅取締訟廷。雖有稍異。惟處罰不從裁判所之命令者。亦爲維持裁判所之威嚴可知也。又證書之有無。與訴訟有直接之關係。影響於其裁判。是可謂間接爲裁判也。至於反眞實而主張僞造之當事者。所以處罰者。則性質全異。然是亦不外民事裁判所之處罰權。特附言於此。

（第四）公證權　公證權者。以書面確定某事實之權利也。卽由裁判所所發一切之正本、謄本、抄本、及證明書。不可不有信憑也。若裁判所無此權利。則凡屬事實行爲。皆不確定。是使裁判事務。毫不能進行也。

第四款　裁判所之管轄及裁判籍

(第一) 裁判所之構成。有內外之別。內部之構成者。謂裁判所職員之組織也。外部之構成者。謂各裁判所之階級、及其權限也。故裁判所外部之構成。就於一裁判廳、與他裁判廳間之關係。定其原則。卽包含權限之範圍、及裁判權之方向、之規定也。但由此原則。生左之事項。

(第二) 裁判所之管轄。裁判所之管轄者。謂裁判所在其範圍內。許行使裁判權之區域也。故某事件。在裁判所之權限內。裁判所得行事件之管轄。(卽其管轄範圍內之事件)或在其區域內。有裁判籍之當事者。得受裁判所之裁判也。

(第三) 裁判管轄。大別爲左之三種。

(甲) 事物。(卽訴訟物)因性質多寡而定。法律稱爲事物之管轄。

(乙) 職務。從行使裁判權之方向而定。講學上稱爲職務之管轄。

職務管轄。得分別訴訟裁判所。與執行裁判所。卽司事件之辯論及裁判者。與僅司執行者。又可分別爲最初裁判者。與審查其裁判者。(卽第一審與上訴裁判之管轄)此第二之分別。應從審級之別。與職務管轄分離。更稱爲階級管轄。

(丙) 從土地之區域而定者。卽一定之所轄區域。法律稱爲土地之管轄。而從此管轄。可

受裁判者。稱爲裁判籍。○一

第一項　事物之管轄

（第一）　法律區別通常裁判所。與特別裁判所。而通常裁判所。有一切民事刑事之裁判權。特別裁判所。特附於其裁判所管轄之事件。而有管轄權。但特別裁判所。就於一切之民刑事。有裁判權者。如領事裁判廳是。

（第二）　通常裁判所。就於事物。而制限其管轄權如左。

（甲）　區裁判所。在民事訴訟。特就於左之事項。有裁判權。

第一　不超過百圓之金額。又價額不超過百圓之物之請求。

第二　不拘價額。左之訴訟。

（子）　關於住家及其他建物。又其某部分之受取、引渡、使用、占據、及修繕。又關於賃借人之家具、及所持品。爲賃貸人所差押。賃貸人、與賃借人間所起之訴訟。

（丑）　關於不動產經界之訴訟。

（寅）　關於占有之訴訟。

（卯）　關於雇主與雇人間。雇期一年以上之契約。所起之訴訟。

(辰) 左所揭之事項。旅人與旅店或飲食店之主人間。又旅人與水陸運送人間。所起之訴訟。

(一) 食費或宿費。又旅人運送費及手攜物之運送費。

(二) 旅店或飲食店之主人。又運送人。因保護旅人所墊手攜物金錢及有價物。裁判所構成法第十四條

又非訟事件。從法律所定之範圍及方法有處理左之事務之權。同上第十五條。三十一年手續法。三十二年法律第五十一號。

第一 爲監督未成年者、瘋癲者、白癡者、失蹤者、及其他法律或因判決受治產之禁者。置後見人。或管財人之事。

第二 以關於不動產及船舶之權利關係。爲登記之事。

第三 商業登記。又在特許局所特錄之特許、意匠、及商標、登記之事。

(乙) 地方裁判所。在民事訴訟。就於左之事項。有裁判權。

第一、第一審。

除屬於區裁判所之權限。又裁判所構成法第三十八條。所定控訴院之權限外。其

他之請求。

第二、第二審、

(子) 對於區裁判所判決之控訴。

(丑) 對於區裁判所之判決。及命令。在法律上所定之抗告。同上第二十六條

地方裁判所。就於破產事件。有一般之裁判權。同上第二十八條

地方裁判所。關於非訟事件。於對區裁判所之決定及命令。法律所定之抗告。有爲裁判之權。同上第二十九條

控訴院之權限。僅對於地方裁判所一切之裁判。有控訴之裁判權。與對於地方裁判所爲第二審時、所宣言之判決。有上告之裁判權。故別無事物之管轄。茲略焉。(1)

(1)以上事物之管轄。裁判所構成法所規定也。世之註解者。以證據保全、支拂命令、及執行行爲、假處分等。爲民事訴訟法中所規定之事物管轄。雖屬通例。惟此等權限。本非裁判之事物管轄。與因裁判而爲之者。其職務之性質。實不相同也。故基於裁判所構成法第十七條及第三十條之規定。可稱爲別種之權限事項。若以此直謂爲事物之管轄。究屬不當。此本書在事物與土地之管轄外。所以另列職務管轄。

而於次節研究之也。

事物管轄。依金額之多寡而定。故有價額算定法之必要。茲述之如左。

(第三)　算定訴訟物價額之方法。凡法律上算定訴訟物之價額。其要需在左之事件。

第一、裁判所事物之管轄。繫於訴訟物之價額。而定其管轄。

第二、訴訟時貼用印紙。

第三、可因申立。定假執行宣言之標準。

第一之要需。因裁判所構成法第十四條第一號。規定以不超過百圓之金額。又不超過價額百圓之物之請求。爲區裁判所之管轄。(參觀一九末項)

第二之要需。因二十三年法律第六十五號民事訴訟用印紙法第二條。規定係財產權上之請求。第一審之訴狀。須應訴訟物之價額。貼用印紙。

第三之要需。因民訴第五百二條。列記因申立可爲假執行宣言者。其第五號云。此外財產權上之請求金額或價額。不超過二十圓之訴訟。

訴訟物之價額。何人可算定之耶。訴訟法第百九十條末項云。(前畧)裁判所之管轄。依訴訟物之價額而定。訴訟物非一定之金額時。應揭其價額。然則凡起訴之始。可先定訴訟物

之價額者。必屬於訴訟之原告。蓋價額常以原告之利益爲標準。而被告及其他之利益。則不相關也。惟裁判所因判定貼用印紙之當否。有調查之必要。又被告若欲申請管轄違時。亦有爭算定價額當否之必要。卽民訴第六條云。訴訟物之價額。有必要時。(中略)以裁判所之意見定之。又因申立。得命證據調。又以職權得命檢證及鑑定。

價額算定。因於訴訟目的物之性質。實際甚多困難。故法律就於大體。採裁判所以自由意見定之主義。然其特有困難。或可生疑義者。亦難一任裁判所之意見。須規定計算之準。卽民訴第三條至第五條之規定是也。若有此規定者。則不得以裁判所之意見定之。亦一種制限也。(1)

(1)第六條規定訴訟物之價額。於必要之際。從第三條至第五條之規定。以裁判所之意見定之。此法文中。包含第五條之規定。乃由於立法者之失誤。蓋第三條第四條及第五條之規定。既屬一種制限法。裁判所不可不遵由之。故從此規定者。則裁判所無可用其意見也。中如第三條及第四條之規定者。以裁判所之意見。可算定價額時。雖仍有可從之之理。至於第五條之規定。實彼此不相容者。故余謂本條第五條云云。全屬誤謬也。

關於算定訴訟物價額。(1)茲摘示規則之要領如左。

(甲) 訴訟物價額。從起訴日時之價額。(三之一)

起訴之日時。原則上從民訴第百九十條之規定。訴狀呈遞裁判所之日是也。然第二百十二條、第三百七十四條、第三百七十八條、及第三百八十一條末項、就於所謂起訴之日。稍異其趣。卽以口頭主張請求時。爲起訴之日時。但此與訴之提起。(卽口頭之申立)同時生權利拘束之效力。

(1)訴訟物者。請求之目的物之義也。不可與訴之原因(卽請求之原因)混同。請求之原因者。爲訴之原因之權利關係也。請求之目的者。因此權利關係。所生之權利。而請求物件也。故爲訴之原因之契約金額。雖有數千圓之多。而其餘額、或一部履行。現所請求之金額。僅數百圓及數十圓時。則不依契約之額。而依現所請求之價額。定其管轄可也。

(乙) 果實、(1)損害賠償及訴訟費用。(2)附帶於主的訴訟而請求時。不算入之。

又如請求某物二種。及係二者擇一之權利關係時。亦不合算之。

(1)果實者。包含天然果實。(民財第五十條至第五十三條)及法定果實二種。天然果實者。謂從物之

用法。收取之產出物也。法定果實者。謂爲物之使用代價。所變之金錢及其他之物也。（民總第八十八條）蓋此等之果實、損害賠償、（民債第四百十五條以下。并同第七百九條以下。其他散見於民法商法。）及訴訟費用（督促手續和解之費用。皆包含之。）不算入者。以附帶於主之請求爲限。若以此獨立請求。或則爲無關主之請求之別種利子。又請求元金餘額及已償元金之利子等。是則固可算入者也。

（2）德國訴訟法第四條第二項、僅規定損害及費用。故可解釋爲包含一切之費用。而日本訴訟法。則曰限於訴訟費用。故不包含他之費用。然則如爲替手形之手數料、拒絕證書、并通信費用。可包含於所謂損害賠償之中耶。此等費用。性質上、固亦屬附帶之請求也。

反之、如須飼養之動物。當賣買完結後。以隱有瑕疵爲原因。而求解除其契約。同時買主請求消費飼養之費。則其費用不得謂爲附帶之請求。蓋此費用。非因解除契約所生也。由買主言之。爲事務管理而消費金額。由賣主言之。因解除契約。使回復原狀應償之金額。對於解除請求之價額。全爲獨立之性質也。

（丙）以一訴而有數箇之請求。則合算之。（一四之）數箇之請求者。謂其基本各異數多之

請求。或由原告數人而提起者。或對於被告數人而請求也。四九一八一

(丁) 本訴、訴訟物之價額。與反訴之價額。不相合算。四二之 雖屬反訴。以一之反訴。爲數個之反求時。則亦與本訴同。可合算之。且除訴訟用印紙法第四條外。須從其合算價額。而貼用印紙。若由數人之被告。各別提起反訴。則不合算。應獨立算定。不待言也。(1)

(1)反訴由被告提起。爲獨立之訴。不可與本訴之請求物合算。自不待言。然註解或謂不合算之理由。因其提起之日時不同。則誤矣。但德國之註解。亦有揭此說者。

(戊) 債權之擔保。又擔保債權之從物權。爲訴訟物時。依其債權之額。然其物權之價額。較債權之額更少時。則依物權之價額。五一之

債權之擔保有二種。卽對人擔保、物上擔保是。對人擔保者。以人謀債權之鞏固、如民法債權所謂使立保證也。物上擔保者。在物上直可行使權利而圖權利之安全、民法物權所謂留置權、動產質、不動產質、及抵當權也。故本項所謂債權之擔保。卽指對人擔保。擔保債權之從物權。卽指物上擔保。以債權之擔保。爲訴訟之目的者。非以擔保契約之履行。卽主的債權之辨濟爲目的也。例如使某人爲保證人。又物上擔保之成立、及不成

立。或由物權所有者。以除却擔保義務爲目的、是也。夫以確定保證人之有無。及可爲證人與否爲訴之目的。則定其價值。固屬甚難。故此際應依其債權之額也。若訴訟之目的物。係物上擔保時。則固有物件之存在。不難定其價額。然亦定爲依其債權之額者。因擔保物之價額。通常較債權額爲多也。蓋提起物上擔保之訴。在於擔保債權額之辨濟。非以得擔保物之全價額爲目的。則在債權額以上者。無須請求也。然擔保物之價額。有較少於債權之額。例如可爲擔保他種之物件、已不存在時。或因物價下落。減少其價是也。此際可不從債權之額。故第五條第一項但書。定爲依目的物之價額焉。

以右理由推之。就於同一之擔保物。既有他之債權者。例如第二債權者。以同一之擔保物爲目的而起訴。則除第一之擔保額。而定其價額。

(己) 地役爲訴訟物時。依要役地之地役所得之價額。然爲地役。而承役地所減之價額。較要役地之地役。所得之價額更多時。則依其減額。第五之二

地役爲訴訟目的物。以關於地役之土地全部之價額爲標準。固甚不當。故不依此價額。而以地役所生之利益及損害爲標準。而定計算之法。卽要役地之利得、較多時。則

依其價額。承役地之減價較多時。則依其減額。此爲前項之反對。皆依其價額之較多者也。

(庚) 以賃貸借、或永貸借(1)契約之有無、又其時期、爲訴訟物。則依爭訟時借賃之額。然一個年借賃二十倍之額。較右之價少時。依其二十倍之額。第五三之

依爭之時期借賃之額者。例如其借賃、爲十個年百圓之契約時。則以百圓爲標準。一個年十圓。爲十五個年之契約時。則以百五十圓爲標準。然契約在二十年以上、或無期限。依此爲標準。則達於非常之多額。故以一個年借賃二十倍之額爲限度。而定標準焉。

以二十倍之額爲限度之理由。因各國利率爲百分之五。是通例也。以五乘二十。則與元金同額。故以此爲標準也。

右第五條第三之規定。將僅民訴第十八條、及第二百十一條、所謂契約之成立不成立、或貸借期間確定之訴。可以適用耶。抑單純之引渡、及明渡之請求之訴。亦可適用耶。德國學者間有種種議論。然法文上既以限於契約之有無及時期有所爭時爲限。故本條僅確定之訴。可以適用。若於時期無所爭之明渡。自不得適用。而明渡之訴。因相手方之

反訴、或中間之爭。有爲第二百十一條之申立者。亦可適用本條。然則明渡之價額。須以裁判所之意見算定之可知也。(2)

(1)永貸借之文字。由於舊民法認永貸借之物權之結果。新民法則不認之。然新民法所謂永小作權。(民物第二百七十條以下)實屬舊民法永貸借之一種。

(2)明渡之請求。既爲財產上之請求矣。故雖裁判所未得算定之標準時。亦不能適用印紙法第三條。但以其意見。定同一之價額。固屬自由也。

(辛) 其就於定時之供給、或收益之權利、爲訴訟物時。依一年收入二十倍之額。然若定有收入權之期限者。則將來收入之總額。少於二十倍之額時。當依其少額。(同條第四)定時之供給者。在契約上、或法律上、每年每月引渡定額、及物件也。例如終身定期金、(民債第六百八十九條)又養料金。(即扶養義務民親第九五四條以下)是。收益者。所謂天然果實、及民法上果實之收入、并其他定時之伐木權。又牧場使用權等、之物上權也。此與前項所述同。故略之。

(寅) 價額非依好事者及嗜好的價額。乃以一般之市價爲標準。蓋如好事家又嗜癖家之價。因人之所好而異。不可爲一定之標準也。

以上所述。從民事訴訟法第二條至第六條之規定也。訴訟物之價額。既經算定。則裁判

所事物之管轄。亦因此價額而確定。遂不可復動耶。詳言之。提出訴狀、與送達訴狀（發生權利拘束之效力）之間。如價額生有變動。則如何耶。據民訴第二條之規定。有依訴訟物之價額而定管轄時。則從以下數條之規定。案此法文。似從第三條及第六條之規定。已定其價額時。則裁判所之管轄。亦遂確定。不可復動者。然第百九十五條第二項、有受訴裁判所之管轄。不因訴訟物價額之增減（申畧）而變換云云。但此效力發生之時期。同條第一項、則謂權利拘束。因訴狀之送達而生。由此觀之。受訴裁判所之管轄。不依價額之增減而變動。當在於送達訴狀以後。（即生權利拘束之效力）然則起訴之日。與送達之日。其中價額有增減時。其管轄亦不可不變動。是實滋疑義也。今察前後之所以牴觸者。在於日本民事訴訟法。訴之提起。發生起訴之效力。與發生權利拘束之效力。其時期不同也。若德國訴訟法。訴之提起。因訴狀之送達而生效力。權利拘束。因訴之提起而生效力。故訴狀之提出與送達間。價額雖有變動。亦不影響其管轄。日本立法者。價額算定之規定。及權利拘束之效力之規定。與德國訴訟法相同。而獨以訴之提起。爲訴狀提出之時。○一九遂有如斯疑義。是實立法者之不注意也。然則今將如何解釋耶。學者不基於法文之解釋。謂以起訴日時之價額而確定其管轄。蓋盲從德國訴訟法之註解者也。余信爲如左之解釋曰。起訴日時

之價額。爲貼用印紙之標準。但僅使裁判所受付之。有送達被告之效力而已。非生管轄確定之效力也。故於起訴與送達間。價額有變動時。管轄亦可變換。而其管轄之確定。限於由第百九十五條之明文、生權利拘束之效力以後也。但實際因當事者之明示、或默示之合意。得不生管轄之變動。固勿論已。

(第四) 就於事物之管轄。地方裁判所、與區裁判所之關係。

(一)第一審裁判所事物之管轄。許當事者之同意。依第二十九條、及第三十條之法文、而明。(參觀第二十三條)若無其合意者。亦得爲管轄違之抗辯。(二〇六號)民事訴訟法。於此又設一制限。卽第七條規定。對於地方裁判所之判決。不得以其事件。爲應屬區裁判所事物管轄之理由。(1)申立不服是也。(2)故此際對於棄却妨訴抗辯之判決。不得從第二百七條第二項之規定。而爲上訴。

抑有此制限者。立法上之理由。究因合議裁判所之判決。優於單獨判事之判決也。蓋法律欲保護地方裁判所。屬於其事物管轄者所爲之判決。然法文實未明瞭。故地方裁判所。雖自知屬於區裁判所之管轄而爲判決。亦當受此保護也。法文又不分別如何形式。爲屬於其裁判所之管轄者。故棄却妨訴抗辯之判決。與依職權調查而認之。

或默認之。而爲本案之判決。均無區別。對其判決。皆不得申立不服。

（1）事物之管轄。非謂僅關於價額者。乃指一切事物之管轄也。

（2）所謂申立不服者。有主張非僅指上訴。幷對於闕席判決之故障。亦可包含之說者。余不信此說。欲左袒限於上訴之說。

（二）如右所述。地方裁判所。以屬於區裁判所之管轄者。認爲屬於自己之管轄。自無所謂積極的權限之爭。然若區裁判所、或地方裁判所、宣言管轄違時。則或至有消極的權限之爭。（參照第十三節）故法律特預防之。就於事物之管轄。區裁判所、或地方裁判所、宣言管轄違之判決。已經確定時。（1）則此裁判。羈束後可繫屬其事件之裁判所。故其結果。至以區裁判所之判決。羈束地方裁判所。是審級主義之一大變例。蓋法律就於第一審裁判所之事物管轄。過於置重。欲訴訟速能終結也。

（1）對於宣言管轄違之判決。固可爲通常之上訴。故此判決之確定者。於因不爲上訴而確定。與已經歷盡控訴上告而確定。均無區別。

（二）因事物之管轄違。棄却訴訟之際。有原告之申立時。若係地方裁判所當與判決同時。以其事件移送於原告所指定之區裁判所。若係區裁判所。則移送於所屬之地

方裁判所。但原告不申立移送時。則僅爲棄却之判決。故原告欲免新行起訴、手續之煩。必在口頭辯論終結前。爲移送之申立也。（二九三）

受移送之判決。非僅可免新行起訴之煩。且其判決一經確定。則法律上事件。視爲繫屬於受其移送之裁判所。（九之四）故凡屬訴之提起。法律上之效力。（即權利拘束及時效中斷之效力）皆溯於前訴提起之日、而存續也。惟就於訴訟費用。以其可爲管轄違之理由。（1）又因後訴之勝敗。而異負擔者。是最宜注意也。

（1）謂以訴之擴張、或中間之爭。爲確定其契約之成立及不成立之申立時。因之出於區裁判所之權限外。而宣言管轄違者。

第二項　職務之管轄

（第一）職務之管轄。已詳於前第四款。日本民事訴訟法。特以某職務。歸於區裁判所之管轄。又特使屬於地方裁判所之管轄。如督促手續、（三八二以下）執行行爲之處分及行爲之共力、（五四三）并禁治產準禁治產之手續。失蹤之手續。（三十一年法律第十三號人訴第四十條・第六十三條・第六十七條・第一項・第七十一條）爲區裁判所特有之管轄。又破產事件。（裁構第二十八條）及婚姻事件、養子緣組事件、親子關係事件。相續人廢除事件。隱居事件。禁治產事件。準禁治產事件。（禁治產及準禁治產之手續。）

限於以訴申立不服者。則專屬於地方裁判所之管轄是也。三十一年法律第十三號人訴第一條。第三十三條。第三十五條。第五十六條。第六十七條。第一項。第二十四條。第二十七條。第三十

(1)管轄有專屬者。有以合意而定者。又有因裁判所之指定而定者。此等區別。俟後說明各裁判籍相互之關係時。詳之。

(第二) 第二之職務管轄。前第四款所謂階級管轄也。如第一審裁判所、與上訴裁判所、之裁判管轄是。上訴裁判所者。審查下級裁判所之裁判。指控訴裁判所。上告裁判所。及抗告裁判所等而言。日本民事訴訟法。取講學上所謂「特威里幼遜」之主義。移進於上級裁判所之義 凡不服之裁判。不再使同裁判所審查之。而使上級裁判所審查。是爲原則。而上級裁判所。更正下級裁判所之裁判。得以其裁判。覊束下級裁判所。

近世裁判所構成法之特色。在於第一審裁判所、同時使爲上訴裁判所之制也。但併有此二種之職務。同時從事職務。有從屬之義務。日本裁判所構成法。亦於區裁判所、與地方裁判所、採此主義如左。

(甲) 民事之第一審裁判所。爲區裁判所。及地方裁判所。裁構第十四條。及第二十六條。

(乙) 區裁判所之控訴及抗告裁判所。即第二審上訴裁判所是爲地方裁判所。又地方裁判所

之控訴及抗告裁判所。是爲控訴院。（裁構第二十六條第二・第三十七條第一・及第三・）但裁構第三十八條。乃屬諸例外也。對於皇族之民事訴訟。第一審及第二審之裁判權。屬於東京控訴院。

（丙）區裁判所之第三審上訴裁判所。爲大審院。（裁構第三・第三十七條第一・第五十條）但裁構第五十條第二。乃屬諸例外也。（2）

（2）刑法第二編第一章。及第二章。所揭重罪幷皇族所犯之罪之豫審。及裁判。大審院爲其第一審。且爲終審裁判所。

第三項　土地之管轄（裁判籍）

土地之管轄者。謂自前二項所述之事物、及職務管轄、各裁判所、所行之裁判權範圍。依土地區域而加以制限也。簡言之。卽各裁判所。可以實行裁判權之土地區域也。蓋僅定事物或職務之管轄。則全國中不知應在何之區裁判所。應在何之地方裁判所。及控訴院。爲之裁判。此土地管轄。所以不可不定也。

土地之管轄。就裁判所言之。爲一種之權限。但由可以從屬其管轄之人及事件言之。卽其屬籍也。茲稱爲裁判籍。

裁判籍分爲普通裁判籍、及特別裁判籍二種。普通裁判籍。據法律上之定義。依人之住

所而定者。○一故人之住所所在地之裁判所。限於無別之專屬裁判籍者。對於其人一切之訴。均有管轄權。然普通裁判籍。非對於專屬裁判籍而言。何則、普通裁判籍。因某種關係。有爲專屬裁判籍者。例如婚姻事件、養子緣組事件、親子關係事件、相續人廢除事件、及隱居事件、等人事訴訟（三十一年法律第十三號人訴第一條・第二十四條・第二十七條・第三十一條・第三十三條・第三十四條・第三十五條・）等是也。故對於普通裁判籍而言者。卽所謂特別裁判籍也。特別裁判籍。在普通裁判籍以外。僅爲某種類之訴訟事件而定。例如因財產上之請求之裁判籍。關於物件、又某種義務之事件、（不動產又關於不動產之訴之裁判籍）又由特別契約、或犯罪、所生之訴訟事件、（犯罪又某種義務之裁判籍）而定者。又在訴訟上關係。偶然所從屬之訴者。例如反訴之裁判籍。附帶之訴之裁判籍。及執行保全之裁判籍。又或依契約而設定者。（卽合意之裁判籍）是也。

依以上所述。觀察二者之差別。普通裁判籍之基礎。（1）在於被告之住所。卽屬於人之所在也。特別裁判籍之基礎。在於物件之所在地方。或義務之發生地。或其履行地及合意。卽屬於事物之所在也。

（1）茲所謂裁判籍之基礎。又稱爲管轄之原因。其義一也。蓋管轄有各別之原因。（卽基礎）觀以下各節所述。可以知之。且此原因。常爲斷定管轄有無之標準。學者及實務家。最

宜注意焉。

裁判權有二種併立者。又有限定一種者。限定裁判權。卽專屬裁判籍也。又裁判籍相互之關係。有二種併立者。（第二十二節參觀）及定爲臨時補助之裁判籍者。但臨時補助。則他裁判籍之原因消滅時。僅有一種裁判籍耳。

以上特別之裁判籍。又可分類如左。

（一）依訴訟事件之種類。（卽實體上之權利關係）得分別裁判籍如左。

（甲）就於財產之訴之裁判籍。

（乙）相續之裁判籍。

（丙）某物件之裁判籍。（卽不動產之裁判籍）

（丁）因某請求特定之裁判籍。（如契約履行之裁判籍爲換訴訟之裁判籍犯罪及契約之裁判籍是）

（戊）婚姻事件之裁判籍。

（二）依訴訟上關係所生之裁判籍如左。

（甲）反訴之裁判籍。

（乙）附帶之訴之裁判籍。

(丙) 執行保全之裁判籍。

(丁) 處分權裁判籍。卽合意裁判籍是。係於訴訟中

第四項 普通裁判籍

(第一) 普通裁判籍。依人之住所而定。○一故屬於人者也。蓋就於被告之事件。苟未定專屬裁判籍者。以管轄其住所地之裁判所之所在地。爲裁判籍也。此裁判籍。因人與裁判所之所轄地二者之聯合而生。但此聯合。人於某地在住之事實。與其人之意思。須相一致。卽以永住其地之意思而居住時。稱爲人之住所。若講學上所謂政事之住所。卽因選舉所設

或選定住所。卽因訴訟一時選定假住所之住所 不得爲裁判籍本據之住所。

普通裁判籍。依人之住所而定。是爲原則。然有時依其居所而定。居所者。現在之居住地與世人所稱爲寄留地、及寄留籍相同。又有時則以前之住所。而代現住所之用。此俟後詳述之。

(第二) 住所之裁判籍 普通裁判籍。依人之住所而定。由前所述。可以明矣。然民事訴訟法。不揭住所之定義。因住所係實體法卽民法所規定也。故觀日本法典。民總第二十一條。以各人生活之本據爲其住所。故所謂人之住所者。卽指生活本據之地。而管轄此住

所之裁判所。卽對於吾人一切之訴均有管轄權。惟考舊來之慣習。及舊民法人事編第二百六十二條。有民法上之住所。在於本籍地。又第二百六十六條。有本籍地與生計之主要地相異時。以主要地爲住所。故據舊民法。住所者。各人本籍之所在地也。但本籍地。僅屬戶籍上之本籍地。而不住居此地。又非生計主要地。則以其生計之主要地爲住所。此法律雖舊民法尙未實行。然試考舊來習慣。則當新民法施行前。殆與舊民法採同一之主義。以本籍所在地爲住所。是爲本則。若其本籍有名無實。有他種生計主要地之寄留人。則以其寄留籍所在之地爲住所。今日民法旣經改正。捨以本籍地爲住所之主義。而採實際生活之本據居所爲住所之主義。所謂排保守主義。而採改進主義者也。(1)日本新民法。從法典調查會決議。變舊民法所採之主義。以各人生活之本據。爲其住所。但不知其住所時。以居所代爲住所。民總第二十一條至第二十四條故民事訴訟法亦不區別本籍與寄留籍。實大簡便也。

日本民事訴訟法。定爲普通裁判籍者如左。

(一) 被告人之住所。茲所謂住所、依民法而定、但訴訟法、因有裁判之必要。別於裁判籍上定左之住所。稱爲法定住所。是爲普通裁判籍之變例。而非特別裁判籍也。

(甲) 軍人軍屬之住所。軍人軍屬者。謂陸海軍之將官、及同等官、上長官、士官、下士、諸卒、也。(陸刑第三條海刑第五十條)軍屬者。謂陸海軍出仕之文官、其他一切宣誓、及由讀法之式、從事陸海軍也。此等軍人軍屬。以兵營地或軍艦定繫所爲住所。兵營地。指師團、旅團、及其分營所在地。軍艦定繫所。指各軍港所在地。但在預備後備之軍籍者。及徵兵。僅因履行兵役義務而服役之軍人軍屬。(卽一時之軍人非常職者)則不適用此特例。一故依徵兵又陸軍召集條例。一時所召集預備後備之軍人軍屬。則不依此特定裁判籍。乃依普通之本住所也。又對於僅爲履行兵役義務。服役之軍人軍屬。財產上之請求。依民訴第十五條第二項定便宜上特別裁判籍。

(乙) 在於外國。有治外法權者之住所。駐在外國之外交官。及其家族從者。以在本邦本人最後之住所。爲裁判籍上之住所。若無此住所時。以司法大臣之命令。預於東京內某區。定其住所。二一

此外各國。講學上有稱爲分派住所者。如德國訴訟法第十七條。所定別居之婦之住居是。日本舊民法人事編第八十四條。由裁判所指定婦之住居。亦稍類此。據二十三年法律第百四號之規定。有一個年間中止離婚之訴。則在此時間。似可視爲

分派住所。然以訴訟法未有規定。故在法律上。仍以夫住所。爲婦住所。茲附記於此。

(二) 本人之現在地。(2) 在內國及在外國。均無住所者。以本人之現在地爲裁判籍。之一三 又在外國有住所者。限於在內國所生之權利關係。得以現在地爲住所而起訴。在三 例如內國無住所。外國有住所。者不問內外。人至日本國。內有取引之事件則在內國之現在地。可以對之起訴是也。之一三二

(2) 茲所謂現在地。非第十五條所謂寓在之義。乃一時偶然滯在之義也。但其滯在。祇須得送達其訴訟可矣。

(三) 最後住所。無現時住所。而不知現在地者。又在外國者。以有最後內國之住所爲裁判籍。之一三 又於外國有住所。而曾在內國有住所者。則在內國所生之權利關係。得於最後之住所而起訴。之一三二

(四) 所在地。法人及其他團體之所在地。國家之行政機關。即代表國家之官廳及其他公私法人。或依其資格得受訴之會社、社團、財團等。以所在地爲裁判籍。四一

民事訴訟法第十四條。僅定國家及其他公私法人之裁判籍。蓋規定所謂法人。固屬諸民法之範圍也。

國家非僅爲公權之主體。亦爲私權之主體。若民事上之關係。不外爲私權之主體而已。故民事訴訟法。所謂國家。卽專就私法上之關係（私權之主體）而言。民訴第十四條。所謂國者。可解爲國庫之義。然國家之機關不一。而各異其所司之職務。與預算定額。故萬般之民事訴訟。非一國庫之代表官廳。悉能承當。故由其機關以代表國之官廳所在地。定爲國家民事訴訟之裁判籍。

茲有須注意者。卽國家就於民事上關係。不外一私人。而爲國之機關之各官廳。亦不外一私人者。然不得以此理由。謂對於此之權利與義務。均可彼此相殺也。（1）例如有一商賈。對甲之官廳。因負擔一萬圓之債務。而受訴訟。此際商賈。不得以對於乙之官廳。有一萬圓之債權。而主張相殺。蓋各官廳各有預算定額。不許彼此通用。就於此點。各官廳與各個人無異。

就於代表國之規定。民訴第十四條。有以勅令定之。此勅令明治二十四年一月六日附以勅令第三號而發布者。第一條、各省大臣。係其所管事務之民事訴訟。代表國家。第二條、北海道廳長官、及府縣知事、爲國之代表者。又第三條、特別有地方機關之各省大臣。以省令、就於民事訴訟。得委任代表國之權利。（1）

(1)基此勅令之規定。爾後各官省。皆以其省令而定代表者。惟司法省之省令。二十年第十四號所定者。僅定由司法官廳代表提起民事之訴。而不及於受訴者。蓋司法官廳被告時之代表。於裁判所構成法第百四十二條。有對於司法官廳所起民事之訴訟。則受此訴訟裁判所之檢事局。代表司法官廳之規定故也。

茲就公法人、私法人而一言之。據民總第三十三條法人若非依本法及其他法律之規定不得成立。故二者皆依法律之認許而始成立也。詳言之、法人者。法律對於自然人之團體或財產之團體。與以人格。在一定之範圍內。認許爲權利義務之主體也。法人分二種。(一)公之法人。如府郡市町村以至水利組合商業會議所等是也。其詳讓諸行政法。茲欲明公法人。亦可爲私權之主體也。(二)私之法人。如以公益或營利之目的。因營無關係於國家之職務之私的營業而存之社團法人。民總第三十四條公益的社團法人民事會社商法會社第四項及財團法人。民總第三十四條民相第千五十一條又相續曠缺之相續財產是也。(1)又依其資格得受訴之會社。及其他之社團或財團。所謂無法律上法人之資格者。而依會社、社團、財團等之資格。亦以爲原告及被告。(2)

(1)從商法之規定所設立之商事會社。皆稱爲法人。商法會社第四項故此種之商事會

社。及依他之特別條例。有法人之資格者。當然從此規定。

(2)會社者。法人也。故無法人資格。卽無所謂會社。民訴第十四條所謂無法人之資格。得依其資格而受訴之文字。因實體法之改正。殆屬空文。然無法人資格之社團及財團。得依其資格而受訴者。須有法律之明文、與否。又依日本慣習從來認爲與法人相同之名義而來訴者。亦得許可與否。究屬未決之疑問也。

社團不問其目的在於營利與否。凡學問、技藝、慈善、宗教、祭祀、及其他關於公益之事業。以同一之趣意。二人以上之聚合團體也。且其名稱。或會、或社、或組合、或協會。均無區別。財團亦與社團同。因一定之目的。一人或數人之寄附義捐、遺贈、及醵出之動產、幷不動產之團體也。若無主財團、破產財團。亦入此類。

以上所述。以所在地爲普通裁判籍也。所在地者。卽法律及會社社團等之規則。幷規約。無別種規定時。其事務所之所在地也。又無一定事務所時。則以其首長或事務擔當人之住所、爲裁判籍。若擔當人有數人時。則依第二十五條、原告得選擇其中之一而起訴。

一四 以上民事訴訟法第十一條至第十六條之規定。所謂住所。由種種事情而定者也。茲從講學上分別如左。

(甲) 任意住所。任意住所者。由各人之意思（即自己預定其住所）而選定是也。住所之選定。以有民法上能力爲必要。然非如民法上行爲中之僅以意思表示而可生法律上效力者。換言之。僅發表於某地定其住所之意思。則無住所之效力。必其有任意行爲。即以住居之事實爲必要。

(乙) 法定住所。法定住所者。依法律之規定而定。即如軍人、軍屬、（一一條）外交官之住所。（一二條）法人之住所（民總第五十條、商會第四十四條第二項）等是也。又三十一年法律第十三號人訴第一條第二項第三項、三十一年司令第八號人訴第二十四條、第二十六條、第二十七條、第三十一條、第三十三條、第三十五條、第三十九條、第四十條、第六十七條、第七十一條、所定之住所。亦屬此類。

(1) 右各種住所。從定其住所之原因消滅時。亦當然消滅者也。即任意住所。因死亡、及廢止其住所之意思。與捨去其住所。已不住其地之事實而消滅。非僅因欲移其住所之意思表示。及一時不在之事實、而消滅也。至於法定住所。則依其原因之事實消滅時。亦歸消滅。如官吏及由他之身分而定住所者。則因其身分資格之喪失。如法人團體、則因行政區劃之改正。及法人解散之事實。而消滅也。

第五項　就於財產權上之訴特別裁判籍

此種特別裁判籍。除定有特別裁判所外。凡財產權上之訴。及因理財之目的、編入此種財產權上之訴。悉包含之。此裁判籍。分爲左之三種。

(第一)　永寓者之裁判籍。　亦屬於人之裁判籍。卽爲被告之人。因寓在裁判所管轄地內。而從此裁判所也。(一五)故限於管轄權之原因(卽永寓之事實)存在時。及未定專屬管轄時。一切財產權上之訴。皆得提起於此裁判所。且訴之原因之權利關係。不問爲生於寓在之時間中、及生於其寓在地與否也。是此裁判管轄權之原因。非依訴訟事件、與土地之連合而生者。可以明矣。

此裁判籍、非對於一切永寓者。均可發生也。如民訴第十五條、就於永寓之原因。特加制限曰。生徒、雇人、營業使用人、職工、習業者、其他性質上當永寓於一定之地者、是也。又同條第二項。對於民訴第十一條、所取除之軍人軍屬。(卽豫備後備或徵兵等)而定此裁判籍。蓋因寓在之點。與第一項無異也。

永寓者之裁判籍。與普通裁判籍併立者也。故在其本住所。(卽普通裁判籍)亦得起訴。蓋其永寓之事實消滅時。則此特別裁判籍。亦當消滅。

(第二) 內國無住所者之裁判籍。內國無住所者之裁判籍。依財產之占有、或訴訟目的物之存在而定。屬於財產之裁判籍。規定於民訴第十七條。卽在內國無住所之人及法人。占有財產、或訴訟目的物之物件所在地是也。法律所以設此裁判籍者。蓋擴充民訴第十三條之制限。據第十七條之規定。凡在內國無住所者(不問在外國有住所與否。又曾在內國有住所與否。)而在內國有財產時。則依左之地。得提起訴訟。(一)

(甲) 財產之占有、或爲訴而請求之物之所在地。

(乙) 就於債權。則債權所在地。卽被告之債務者、(第三債務者)住所地也。例如無住所者。在東京預金於某銀行時。則於銀行所在地(卽東京)之裁判所。可以起訴是也。

(丙) 就於債權之物。負擔保之義務時。則其物之所在地。(差押裁判籍)如無住所者。因貸金有質物及抵當。而其物件在於大阪。卽起訴於大阪裁判所可也。

此裁判籍。非執行準備之裁判籍。乃因財產之占有。生此管轄者也。惟其非執行之故。斯不問爲確定之訴、及其目的物適合於執行與否。皆可在此裁判籍起訴焉。(1)

(1)第十三條、定內國無住所者、之普通裁判籍。第十七條、則定對於此之特別裁判籍。此裁判籍之原因。以在內國無住所、而有財產。又其財產不須爲請求之目的物、及訴

之結果。可以強制執行者。惟起訴之時。須被告財產之存在耳。例如不可差押之財產。或世襲財產。雖不可爲請求并執行之目的。而可爲裁判籍原因之財產。卽可起訴也。

(第三) 店鋪所在地之裁判籍。此裁判籍、民訴第十六條所規定也。非僅于財產權上有所制限。且爲非及於一切之財產權者。卽據同條之規定。乃爲製造、商業、及其他之營業、爲直接取引之店鋪。且限於其營業財產權上之訴也。六一

又同條第二項規定。利用住家、及農業用建家之地場。對其所有者、用益者、或賃借人、起訴時。亦可適用。於右裁判籍。其得爲起訴原因之權利關係。有左之制限。

(甲) 係在其店鋪所爲直接取引。且屬營業上之權利關係時。(1)

(乙) 關於土地者。其訴爲利用地所之權利關係時。(2)

(1) 如鐵道、駐車場、可視爲店鋪與否。則有疑問。惟德國學者。多謂爲非獨立之取引。此裁判籍。因圖遠隔之地。與店鋪爲取引者之便益。而特設者也。如東京住民、在北海道有店鋪時。而其店鋪固可爲直接取引。若對之起訴。必在於東京。則極不便。故設此裁判籍。在店鋪所在地。許其起訴。然若無在其本店或住所、爲取引之權利關係。或營業關係者。仍使在此裁判籍起訴。則非僅被告之不便。且有變例、淩於本則之嫌。所以

不能無此制限也。

又在店鋪雖許起訴。惟被告之名義。常屬店主。而支店支配人及手代等。僅以其爲僱人之資格。在第六十三條之制限內。得爲訴訟代理而已。但依法律之規定。有法律上代理人之資格者。得自爲被告。自爲訴訟。固無論已。

(2)此亦全同於前項。故爲訴之目的之權利關係。不關於其土地之利用者。悉可訴於普通裁判籍。

第六項　相續裁判籍

(第一)　相續裁判籍。包含財產權上之訴。如相續權、遺贈、其他相續財產之分配處分等、一切之訴也。又此裁判籍。就於遺產債權者之訴亦同。據民訴第二十四條之規定。分別可從此裁判籍者。有左之三種。二四

(甲)請求相續權、遺贈、及因其他死亡、而生效果之處分等、之裁判籍。(一)基於相續權請求之訴。規定於民法第五編。關於相續之物權及財產權之訴也。(二)基於遺贈、請求之訴。規定於民相第千八十八條以下。因遺言而得之財產上之訴也。(三)因其他死亡、而生效果之處分等請求之訴。規定於民債第五百五十四條。凡屬贈與者死後

可執行者。悉與遺贈同其效力也。

(乙) 由遺產債權者。對於遺產者之訴。卽關於遺產者生前已存在之請求。

(丙) 由遺產債權者。對於相續人之訴。卽在遺產者死後。而相續人自就其遺產所爲之契約。

(第二) 此裁判籍。乃遺產者在死亡時。所有普通裁判籍之所在地也。而此裁判籍。就於前項之訴。須注意左之事項。

(一) 由相續權、遺贈、及因其他死亡而生效果之處分之訴。不問在其管轄區內遺物之存在與否。亦不問其爲若何之相續債權者、與對於若何之相續權利者。

(二) 由遺產債權者。對於遺產者之訴。及由遺產債權者。對於遺產相續人之訴。須具左之條件。

(甲) 遺產之全部或一部。存在於裁判所之管轄區內。卽在有惟一相續人時。不論多少。仍限於遺產存在之時間也。

(乙) 有數人之相續時。限於其遺產尙未分割而存在之時間。蓋遺產一經分割。遂失遺產之性質也。(1)

就右之區別觀之。(一)者屬於人之裁判籍。(二)者屬於物之裁判籍也。

(1)遺產有數人相續。而未分割之間。所謂不分之共有物也。不分之共有權。就土地言之。各共有者於其土地之各分子。有共有權。不能各分割所有部分。爲一種特別之所有權也。故若一經分割。各相續人。各得其一部之所有權。則既變權利之性質。故非同一物。遂失遺產之性質也。

第七項　不動產之裁判籍

(第一)　不動產之裁判籍者。羅馬法所謂物之所在地裁判籍是也。羅馬法始時。認此裁判籍。後又認物上之訴權。遂不分動產與不動產。凡屬物件回收之訴。均在此裁判籍爲之。德國普通法。始時就於各種物權上之訴。用此裁判籍。後則僅限於不動產之訴。至於今日。各國之法律亦然。

(第二)　日本民事訴訟法。亦以物件所在地爲裁判籍者。特限於不動產之訴。卽據同法第二十二條、及第二十三條之規定。所謂不動產上裁判籍如左。

(一)　關於不動產之所有權、占有權、地役、分割、經界之訴、之裁判籍。二

不動產之裁判籍。所謂專屬裁判籍。非與普通裁判籍併立之特別裁判籍也。

何謂不動產。從實體法之所定。可參照民總第八十六條、第一項。又何謂本權并占有之訴。可參照民物第二百二條及第百九十七條以下。又分割之訴者。請求分割共有物之訴也。可參照民物第二百五十六條以下。又經界之訴。可參照民物第二百三十三條以下。

就於地役之訴。民物第二百八十條以下不論屬於要請訴權。與屬於拒却訴權。皆專屬承役地所在之裁判所。

一個不動產。散在二個裁判之管轄時。依第二十六條之規定。以上級裁判所。指定其管轄。

(二) 附帶於基於爲債權擔保從物權之不動產上之訴、而爲對於同一被告之債權之訴之裁判籍。二三之一

在此裁判籍。提起附帶之訴者。須具備三要件。第一、附帶於不動產之訴、而提起之。第二、其不動產之訴。爲基於擔保債權之從物權者。第三、對同一被告。卽不動產之訴、與附帶於不動產債權之訴。對共爲同一被告者。例如對同一人。附帶於質權取消之訴。而起債務解除之訴。或附帶於抵當品增加之約定履行之訴。而請求延滯利子是也。

(三) 對於不動產所有者、及占有者、人權之訴。或不動產損害之訴、之裁判籍。二三之二

對於不動產所有者、及占有者、人權之訴。卽民法財產編第十條第二、所謂取得不動產上所存之物權。又欲取回之人權等是。至於不動產登記取消之訴。亦可屬此裁判籍。

以上三者。第一、爲專屬裁判籍。第二、第三、皆屬於權能的裁判籍。故僅附帶之訴。得提起於此裁判籍。若非附帶之訴。而爲獨立之訴。則起訴於普通裁判籍。

定右之專屬裁判籍。結果如左。

(甲) 第二十二條、所指定之訴。不得據第二十九條規定。以當事者合意約定他裁判所之管轄。

(乙) 同條所指定之訴。縱以反訴而提起時。非在不動產所在地之裁判所。不得爲之。

(丙) 同條所指定權利確定有無之訴。亦不得爲之於本條以外之裁判籍。

(丁) 以同條之訴。提起於他裁判所時。則他裁判所。可以職權棄却之。

(戊) 基於本條爲管轄違之妨訴抗辯。當事者不得棄却之。三六〇

第八項 義務之特別裁判籍

據民事訴訟法之規定。義務之裁判籍。有種種之別。如契約義務之裁判籍。八一由會社及其他社團。對於社員、又由社員對於社員之義務裁判籍。九一由犯罪所生之義務裁判籍。〇二爲換義務之裁判籍、四五九是也。

(第一) 契約義務之裁判籍。據民事訴訟法第十八條之規定。如契約之成立及不成立之確定。或其履行、及消除、廢罷、解除、或其不履行、及不充分履行等、賠償之訴。以屬其訴訟之義務履行地爲裁判籍。

契約之銷除、廢罷、解除之訴。從民法之規定。但民法以銷除之文字。改爲取消。以詐害行爲廢罷之文字。改爲詐害行爲之取消民債第四百二十四條故銷除與廢罷云者。皆可謂爲取消之意義也。又就於契約之解除民法規定。因對於相手方之意思表示爲之。故單純契約之解除。無提起訴訟者。民債第五百四十條其他關於契約之不履行、及不充分履行賠償之訴。可參照民債第四百十五條、至第四百二十四條、商行第二百七十五條、第二百七十六條、第三百七十六條、

義務履行地。亦從實體法之所定。卽民債第四百八十四條、商行第二百七十八條之規定、是也。

(第二)　會社及社員之裁判籍。此爲會社及其他之社團與社員間、又社員與社員間之訴之裁判籍。非所謂義務履行地之裁判籍也。此管轄原因。究在於會社及社員之資格。而與會社、及社團之普通裁判籍併立者也。

就於株式會社之役員。有須區別者。卽役員以社員之資格。對於會社而起訴時。雖可從第十九條之裁判籍。若因役員懈怠義務。由會社對於役員而起訴時。不必從本條之規定。應起訴於普通裁判籍是也。但此區別。非一切之會社皆然。例如合名會社之業務擔當人。與他社員間之訴。悉可從第十九條之裁判籍也。

(第三)　犯罪之裁判籍。犯罪之裁判籍者。民事訴訟法第二十條所謂賠償不正損害之義務之裁判籍也。而就此義務以發生其義務之行爲地。(卽義務發生地)爲裁判籍也。犯罪及准犯罪所生一切之義務。皆可在此裁判籍而起訴。(1)至於由違反契約之行爲所生之義務。固不包含於此。

行爲地(卽犯罪地)之如何。屬於刑法上之問題。(2)

(1)此裁判籍。亦以簡便舉證、及減省費用之目的。而定權能的裁判籍也。故原告於被告之普通裁判籍。及刑事犯罪之地。得附帶於公訴而起訴於刑事裁判所。固無論也。

(2)或謂因甲管轄地內之行爲。至乙管轄地內。發生結果時。卽以其結果(卽被害)之地。爲犯罪之地。此說誤也。蓋法文明有『行爲之地』也。惟稍有疑問者。如繼續犯、及汽車電車中之犯罪。一行爲連及數管轄地時。以何地爲行爲地耶。此際倘須訴於行爲地之裁判所時。從裁判所構成法第十條所規定。可依上級裁判所之指定者也。

(第四) 爲換訴訟之裁判籍 爲換之訴。以爲換仕拂(支給也)地裁判所。及被告普通裁判籍所在地、爲裁判籍。又數人之爲換義務者。爲共同被告時。以仕拂地裁判所、及被告各人之普通裁判籍所在地爲裁判籍。四九五

第九項 强制執行豫備之裁判籍

(第一) 强制執行豫備之裁判籍者。謂將來可受强制執行之物件及人所從屬之裁判所所在地也。

(第二) 從民事訴訟法所謂執行豫備之裁判籍。如左。

(甲) 可假差押物之所在地。及本案之管轄裁判所之所在地。七三九

(乙) 通常之際。本案之管轄裁判所。又急迫之際之假處分裁判籍。則以所爭物所在地之區裁判所爲裁判籍。七五七・七六二・

(丙) 强制執行之裁判籍。五四九·五五六·六四一·六

第十項 反訴之裁判籍

(第一) 反訴之裁判籍者。指原告起訴所繫屬之裁判所是也。蓋被告對於原告。可以反求財產權上之訴。不問其價額多寡。均可對於原告提起反訴也。但非財產權上請求之反訴。又有專屬管轄之規定。若以其反訴爲本訴時。非屬於其裁判之管轄者。不得提起之。二〇

(第二) 反訴管轄權之原因。在於本訴之權利拘束。故本訴之權利拘束中。雖可提起反訴。而利用此爲防禦方法。必在第一審口辯論終結以前。是本則也。但在呈遞答辯書期間內。不用書面之反訴。限於得行相殺者。且被告須疏明非因自己之過失。在其以前不能提起者。又第四百十六條所規定。第二審反對請求之際。則爲一例外。二一〇·四一六·

(第三) 反訴目的物、與本訴目的物。須法律上性質相同者。如彼此均可相殺是也。又其目的物不同時。須彼此間有權利上關係者。例如就於本訴之請求。原告先時或同時對於被告。有履行反對給付之義務。故以反訴而請求之是也。

反訴與本訴。須以同一之訴訟手續而審理之。故左之事情。不許反訴。

(甲) 證書訴訟、及爲替訴訟。四八

(乙) 婚姻、緣組、及養子緣組事件親子關係事件相續人廢除事件及隱居事件。三十一年法律第十三號、人訴第七條第二項第二十六條第三十九條第一項

關於反訴之事。俟後說明第一審訴訟手續時。詳述之。此僅說明管轄事項之大要而已。

第十一項 附帶或牽連事件之裁判籍

附帶、或牽連事件之裁判籍。謂本非其事件之裁判籍。而有附從本訴之關係。及與前訴訟互相牽連。因審查之便益。所定之裁判籍也。

據日本民事訴訟法所定者如左。

(第一) 附帶基於擔保債權之從物權。不動產上之訴。而提起債權之訴之裁判籍。二三・參照本款

(第二) 辯護士或執達吏。就於手數料、及立替金。對於其委任者。請求之裁判籍。二蓋此請求之原因。究由辯護士及執達吏。處理訴訟所發生者。故牽連於此。不問其金額之多寡。常以本訴訟第一審裁判所。爲裁判籍也。

第七項 第二

（第三）主參加之裁判籍。五一執行手續、牽連之訴。五四九・五六一・五六五・

（第四）數多之爲替義務者之裁判籍。四九五之二

第十二項　人事訴訟事件之裁判籍

婚姻事件、養子緣組事件、親子關係事件、相續人廢除事件、隱居事件、禁治產幷準禁治產事件、及關於失蹤之訴訟手續之裁判籍。以明治三十一年法律第十三號定之如左。

（一）以婚姻之無效、及取消、或夫婦同居爲目的之訴訟。專屬於夫所有普通裁判籍之地。或夫已死亡時。則屬於死亡時所有之地之地方裁判所之管轄。但附帶於緣組事件。而請求婚姻之取消及離婚者。不在此限。

（二）以養子緣組之無效、及取消、或離緣爲目的之訴。專屬於養親所有普通裁判籍之地。或養親已死亡時。則專屬於死亡時所有之地、之地方裁判所之管轄。但附帶於婚姻事件而請求緣組之取消及離緣者。不在此限。

（三）以子之否認、認知、其認知之無效、及取消。或依民法第八百二十一條之規定。以定其父爲目的之訴。專屬於子所有普通裁判籍之地。或其死亡時。則專屬於死亡時所有之地之地方裁判所之管轄。

(四)以喪失親權、及管理財產權。又以取消失權、爲目的之訴。專屬於行親權者、所有普通裁判籍之地方裁判所。

(五)以推定家督相續人、及推定遺產相續人之廢除。或廢除之取消、爲目的之訴。專屬被相續人所有普通裁判籍之地。或其死亡時。則專屬於死亡時、所有之地之地方裁判所管轄。

(六)以隱居之無效或取消爲目的之訴。專屬於隱居者所有普通裁判籍之地。或其死亡時。則專屬於死亡時、所有之地之地方裁判所管轄。

(七)禁治產、及準禁治產之申請。專屬於受其宣告者所有普通裁判籍之地、區裁判所之管轄。

(八)以禁治產、及準禁治產之原因已止爲理由。而求取消宣告之申請。專屬於禁治產者準禁治產者所有普通裁判籍之地。區裁判所之管轄。

(九)對於禁治產及準禁治產、不服之訴。專屬於管轄其宣告之區裁判所所在地。地方裁判所之管轄。

(十)失蹤之宣告、或取消宣告之申請。專屬於不在者住所地之區裁判所之管轄。

右之裁判籍。皆爲事物上之管轄。且爲專屬管轄。而此管轄之特色。可訴於被告人之住所、及物件之所在地。與普通之例不同也。卽不問原告屬於何人。在夫或養親子。行親權者或被相續人、隱居者所有普通裁判籍之地之裁判所。均可起訴。故或時在原告人之裁判籍。原告亦可自行起訴也。(1)

(1)此等裁判籍。以順序言當與相續裁判籍。接連講述。今以其規定於民事訴訟法典外。故後之。無他理由也。

第十三項　限定裁判籍

第一項以下分管轄。爲事物、職務、土地三種。而說明之。且以裁判籍、分爲普通裁判籍。第四項與特別裁判籍。第五項以下二種。蓋普通之例也。然普通特別之區別外。因訴訟之種類、及訴訟行爲之特別裁判籍。曾有一種分類。稱爲限定裁判籍。其類別如左。

(一)　就普通言之。財產上之裁判籍。

(甲)　爲外國裁判所之判決。求執行判決時。民事訴訟法第五百十四條所規定之裁判籍。

(乙)　關於附與執行文時。民事訴訟法第五百六十二條所規定之裁判籍。

(丙) 對於債權、及他財產權之強制執行時。民事訴訟法第五百九十五條所規定之裁判籍。

(二) 就於爲替之訴。民事訴訟法第四百九十五條之裁判籍。

(三) 住所之普通裁判籍。

(甲) 就於婚姻事件之訴。則屬於夫之住所。三十一年法律第三號人訴第一條第一項

(乙) 就於緣組事件之訴。則屬於養子之住所。第二十四條

(丙) 就於親子關係事件之訴。則屬於子或行親權者之住所。

(丁) 相續人廢除之訴。則屬於被相續人之住所。同上第三十三條

(戊) 就於隱居事件之訴。則屬於隱居者之住所。同上第四十六十七條第一項

(己) 就於禁治產事件之訴。則屬於禁治產者之住所。同上第二十條

(庚) 就於失蹤事件之訴。則屬於不在者之住所。

(四) 第一審之受訴裁判所。

(甲) 關於行爲之強制時。七三三・七三四・

(乙) 主參加時。一五

(五) 就於督促手續。則屬於普通、裁判籍、及不動產之裁判籍。三八

第十四項 裁判籍相互之關係

(第一) 裁判籍相互之關係者。謂專屬的裁判籍。與權能的(即當事者有選擇之權)裁判籍。又裁判所指定裁判籍。及合意裁判籍之種別。幷其相互之關係也。蓋裁判籍有二個以上同時幷立者。又有專屬者。據日本民事訴訟法所規定。似以裁判籍併立爲本則。以專屬爲例外。今先舉示專屬裁判籍。

(甲) 不動產之裁判籍。(第十六節)

(乙) 關於人事訴訟事件之裁判籍。(第二十一節)

(丙) 督促手續之裁判籍。三八

(丁) 强制執行之裁判籍。五六 三·五一 四·五二 一·五四 三·五四 五·五六 一·五六 二·六四 一·七一 八·

(戊) 再審之裁判籍。四七

(己) 破產事件之裁判籍。(裁構第二十八條第九百七十九條)

(庚) 對於公示催告之除權判決之訴之裁判籍。四七

(辛) 以合意特定之裁判籍。但限於定爲專屬時。

除以上專屬裁判籍外。皆屬選擇裁判籍者也。合意裁判籍。俟次項詳述之。

(第二) 數個裁判籍併立時。原告有選擇之權。二五但既起訴時。則除斥其他之裁判籍。雖管轄專屬於受訴裁判所。若其訴至於消滅時。則當事者再有選擇之自由。而其裁判籍併存如故也。

(1)第二十五條、所謂數個管轄裁判所者。謂法律所定普通裁判籍、特別裁判籍、及合意裁判籍等、皆基於法律之規定。管轄裁判所之併立也。故有數人之共同被告時。以各被告、有普通裁判籍。謂與本條相當者。是謬說也。

(第三) 裁判所構成法第十條、及民訴第二十六條、所規定者。即併立之裁判籍。有權限之爭。及其管轄裁判所。不能判別時。則併各裁判所。以直近上級裁判所之裁判。而指定其管轄。此俟次項詳述之。

第十五項 事物及土地裁判籍之變動

(第一) 凡定裁判籍有二種方法。即管轄權限。以法律定之。不許以訴訟主體之意思而變動者。與許以訴訟主體之意思。而選定管轄之權是也。蓋以裁判管轄。爲關於公益者。則從第一之方法。又以當事者之利益爲主者。則從第二之方法。日本民事訴訟法。除專

屬管轄、及審級管轄外。不問爲事物管轄。與土地管轄。均以當事者之利益爲主。許因合意而變動裁判管轄。(1)

(1)本節所謂裁判籍之變動。指變更法律已定裁判籍之義。非謂移動既因起訴而定之裁判籍之義。故若因訴之擴張。一·三九六·三一一超過受訴裁判所之權限。及妨訴抗辯之結果。移於他之裁判所時。非茲所謂變動。乃歸屬於法律所定正當之裁判籍也。

(第二) 許裁判管轄之變動。約有二種理由。第一、在於尊重當事者、各人之利益。第二、在於補法律之不備、及避權限之爭。蓋依裁判籍之指定、或由當事者合意而定之也。

(第三) 指定裁判籍之原因。在於上級裁判所之任意行爲。而依此行爲。定裁判籍者如左。

(一) 因法律之理由。及特別之事情。在管轄裁判所。及其代理裁判所。不得行裁判權時。裁判構成法第十條第一

(二) 管轄區域。不明確時。同上第二

(三) 從法律、又因確定判決。二以上裁判所。互有裁判權時。同上第三 卽講學上所謂積極的權限之爭也。

(四) 爲二以上裁判所無裁判權之確定判決。又受無權限之確定判決。而其裁判所之一。實應行裁判權時。(同上第四。)卽所謂消極的權限之爭也。(1)

(1)在其裁判所之一。可行裁判權時。此一句、係全文者。故二以上之裁判所。自判決無權限時。若此外有相當之管轄裁判所。(卽有權限之裁判所)僅却下其指定之申請。不爲指定之裁判。

(五) 不動產散在(2)數個裁判所之管轄內時。(二六)

(2)散在二字。似未穩當。蓋散在云者。似解釋數個不動產。在數個裁判所管轄。是全反於法律之趣意者。何則法律乃指一個之不動產。關於管轄想像的經界線。而分在數個之管轄區內者也。草案用不動產跨數個之裁判區時。似爲較優。

以上五者。有適當之申請時。則併有關係之裁判所。而管轄之之直近上級之裁判所。指定其管轄裁判所。此依裁判所構成法第十條第一項所規定也。故數個之區裁判所。非在同一地方裁判所管內時。則控訴院定之。數個之區裁判所。及地方裁判所。非在同一控訴院管內時。又數個控訴院之管轄相觸時。則大審院定之。(民訴草案第二十七條)

右(四)所定消極的權限之爭。約有二種。卽二以上之裁判所自判決無權限者。(謂自動的)與

由他裁判所、判決某裁判所無權限時。(卽他働的)是也。第一、德國訴訟法第三十六條。及日本訴訟法草案第二十六條。皆有規定。第二、則皆未規定。至日本裁判所構成法。始規定之也。(1)而此規定。所以必要者。例如甲地方裁判所。棄却管轄違妨訴之抗辯。而對此判決。爲控訴時。(二七)控訴裁判所。爲甲裁判所無管轄之判決。故更起訴於乙地方裁判所。乙裁判所受理判決之。而對此判決。復爲控訴。控訴院更爲乙裁判所無權限之判決。而其判決。已經確定。若其事件。在甲乙裁判所之一。可行裁判時。爲無其權限之判決者。前後皆屬同一之控訴院。非二個之裁判所。故若從德國訴訟法、幷民草之規定。僅在二以上之裁判所。自爲無權限之判決。則不包含前例。此際至不能定管轄裁判所。立法之主旨。果如是乎。於此有一疑問。卽指定管轄。所謂上級裁判所者。如前例。前後爲無權限二次之判決。果屬於控訴院耶。或應曰然。蓋以前次之判決爲上訴裁判所而判決者。至於指定管轄。則非上訴。故在同一之控訴院指定之。實無不可也。然此與指定通常之管轄。在起訴以前。及在二以上裁判所。爲互有權限或皆無權限之判決者。不同。乃同一控訴院。自爲甲乙二地方裁判所。皆無權限之判決。苟至後日。再裁判爲一之裁判所有其管轄權時。是直自取消前判決。反於日本民事訴訟法所採之主義。(參觀第十一節之主義)在理不可

許也。余謂此際可指定管轄裁判所。應在大審院。蓋控訴院與甲乙二地方裁判所。皆裁構第十條第一項所謂有關係之裁判所。而合併此各裁判所。所謂直近上級裁判所者。不外大審院而已。

(1)此規定係德國慕塞氏所提出者。因民事訴訟法草案。及德國訴訟法無此規定。甚爲闕典。欲提其改正之意見也。至於理由若何。無知之者。故其提案之主旨如何。余亦不能明言。唯就現行法文之解釋。而爲此說耳。

(第四) 合意之裁判籍。全由於當事者意思之一致。而其合意。非僅在訴訟以前爲有效力。且訴訟中亦有完全之效力。(1)故其訴訟雖提起於管轄違之裁判所。而裁判所受之。被告不問知爲管轄違與否。亦應其訴。卽生合意之裁判籍也。蓋合意之裁判籍。除第一審裁判所外。別無分限。不分事物管轄、與土地管轄。皆得以當事者之合意。而設定裁判籍。而裁判所亦無反對之權利。

(1)法律既規定管轄裁判所。又許以當事者之合意。而定管轄。其理由不一。蓋民事訴訟法。如前所述。以當事者之主理專行爲主義。由裁判所言之。所謂不干涉主義也。若既重當事者之利益。則由當事者雙方合意。就其所利益。而爲訴訟。苟不害法理與公

益者。固不必拘法定之管轄也。曩者德國設此法條。非難者不少。謂若許當事者隨意定管轄裁判所。則某裁判所事件。非常輻輳。他裁判所。日無所事。其弊頗大。然拉因州及巴羅格爾等。則論證當時。既實驗此主義。曾無斯弊。故遂採用此主義焉。但以合意而定管轄。當事者、果有如何之利益耶。蓋在事件本屬輕微者。可訴於區裁判所。而因其關係稍爲重大。以受鄭重之審理裁判爲利益時。則可以此訴於地方合議裁判所。反之、本應屬地方裁判所管轄之事件。以其簡易。不須合議裁判所裁判時。亦可以此起訴於區裁判所。而前者本屬區裁判所管轄之事件。而得直控訴於控訴院。上告於大審院之益。後者有減省費用。又以親族及雇人爲訴訟代理人之便也。且此主義。非僅訴訟當事者間之利也。卽裁判所亦有稍避煩雜之益。何則、若裁判所管轄。一限於法定者。是裁判所每件、必以職權調查果屬其管轄與否。因此每生無數管轄違之訴訟。是必然之結果也。

以當事者合意而得變更管轄。限於第一審裁判所。據第二十九條之明文。可以明矣。第一審裁判所。指區裁判所、及地方裁判所。故當事者合意以屬於普通裁判籍甲區裁判所。轉而出訴於乙區裁判所可也。又以甲地方裁判所。轉而出訴於乙地方裁判

所亦可也。且以屬於區裁判所管轄之事件。出訴於地方裁判所。又以地方裁判所之事件。起訴於區裁判所。亦無不可。此裁判所雖在法律無當然管轄權。而因當事者之合意。遂有管轄權者也。

又就於裁判所管轄合意之範圍。限於第一審裁判所。不及於第二審以上者。蓋若幷許之。則區裁判所。得判決地方裁判所之當否。地方裁判所得判決控訴院之裁判。亂審級之順序。反於所謂上訴之審理也。

設定此裁判籍。依左之方法而施行。

(甲) 當事者明示之合意。卽就於一定財產上之權利關係。不定專屬管轄之訴。明約服從無當然管轄權之第一審裁判所之管轄也。(二一九)

據日本訴訟法。明示之合意。須用書面。然不特設方式。故凡可以發表意思之書面。不問何式。均有效力。而無所輕重。卽第二十九條所謂以書面者。不必別有契約書。卽在準備書面中。明言雙方合意時。亦生合意之效力。然原告訴狀中。雖記載合意。而被告答辯書。無所爭者。不得卽視爲默諾。及自白。蓋默諾之合意。必具第三十條之條件也。茲宜研究者。在如何之範圍。許爲合意之點是也。例如住於同一區裁判所之管轄內

二人互約。凡屬於地方裁判所管轄之訴訟事件。悉提起其住所地之區裁判所。若此爲絕對的合意時。實背民訴第三十一條、及第二十九條但書之規定。非法理上所可許者。故其合意。應屬無效。然若不背前述之規定。而屬於一定之權利關係。則雖汎爲合意。亦生效力。例如保險會社、與被保險人之關係。及某會社與社員間之關係。又某人間之賣買關係。以某裁判所爲管轄裁判所是也。法律上許明示之合意者。如左。

（一）既爲訴訟。未生權利拘束之效力時。或既生權利拘束。而以他裁判所管轄合意之目的。而取下時。

（二）未生訴訟。而豫就於一定之權利關係。（例如將來某會社與社員及某人間某種權利關係）以某裁判所爲管轄裁判所是也。

以上管轄之合意。約有二種。卽限於一定之裁判所。而除斥他之裁判所。與法律上管轄裁判所外。更定一管轄裁判所是也。第一種、若在合意以外之裁判所。出訴時。得爲第二百六條第二項所謂管轄違妨訴之抗辯。但此抗辯、得拋棄之耳。第二種、限於第百九十五條第一之規定。得爲第二百六條第三項所謂權利拘束之抗辯。

（乙）默諾之合意。卽依合意相等之行爲而定者。據民訴第三十條。被告不申立管轄

違。而爲本案之口頭辯論時。則在第一審裁判所。視爲默諾合意。默諾合意。不豫以書面所爲之合意者也。然則若在本案口頭辯論前。雙方皆以口頭明言合意時。在法律解釋上。是亦可屬第三十條之規定也。蓋前條特有以書面云云。則無書面以口頭明約者。雖爲無效。然被告不申立管轄違。承認明約。且爲口頭辯論。則法律上可謂默諾之合意也。又既有默諾之合意。而定裁判所管轄之後。復申請會有明約。以他裁判所定爲管轄裁判所之旨。固亦有效。蓋合意者。得以當事者之意思而變更之也。

以上係原被雙方均出席時。然遇左之事情。則如何耶。

(一) 被告在口頭辯論之期日。不出頭時。

(二) 僅就妨訴之抗辯。而爲辯論時。

(一)號、據德意志帝國裁判所之判決例。被告闕席。未成立默諾之合意。學者雖有反對之意見。茲不詳論。僅就此問題。從左之區別。而論決之。

(甲) 訴狀中。就於管轄之合意。爲一種事實而記載之。且有申立時。

此於被告答辯書中。既無所爭。而至口頭辯論之期日。又不出席時。從民訴第二百四

十八條之規定。得視爲被告自白原告事實上之口頭供述。

(乙) 就於管轄之合意。不視爲一之事實。而揭載時。此不成爲闕席判決之要件。又不備默諾合意之條件。故裁判所以職權調查。屬於其管轄與否。若屬管轄違。則可却下其訴。

(二)號、卽僅就妨訴抗辯而爲辯論時。固非本案之口頭辯論。則不得謂爲默諾之合意也。

第五款 法律上之共助

(第一) 凡裁判所、就於一訴訟事件。有管轄權者。則關於其事件。一切之訴訟行爲。均有管轄權。然所謂管轄權。僅於裁判所之管轄區域內。得行使者也。(1)故因屬其管轄之訴訟事件。在管轄區域外。有某行爲之必要時。若非依他裁判之補助。勢將不能行此行爲。此所以有法律上共助之制度也。卽裁判所構成法第百三十一條、至第百三十三條所規定者是。

(1)曩時甲裁判所至乙裁判所之管轄內。爲臨檢及其他之證據調。法律上所不許者。縱令有此行爲。亦屬無效。

據裁判所構成法第百三十一條。全國各裁判所檢事局、書記課。從訴訟法及特別法之所定。有互爲法律上補助之義務。除法律有特別規定外。則在可處理事務之地之區裁判所行之。是爲本則。

(第二) 法律上之共助。所可處理之事項。法律固無限定。惟得囑託他裁判所之行爲。大略如左。

(一) 證據調。(即證人之訊問、鑑定、檢證等。二七三、三五八、)

(二) 試勸和解。(一二二)

(三) 訊問本人。(三六〇以下)

(四) 送達。(一三六、一五二、一五三、裁構第百三十三條、)

(第三) 關於法律上共助之原則。

(甲) 可爲法律上共助之義務者。乃在管轄裁判所。現審理中事件之行爲。且限於受其要求裁判所(區裁判所)之權限內。得行之行爲也。又法律上之共助。除法律有特別規定外。依上級裁判所、或同級裁判所之囑託。可以行之者。故限於無法律之規定。苟欲由下級裁判所。向上級裁判所而爲囑託。及其受託裁判所。無土地管轄權時。則受託裁

判所。自可拒絕共助也。

(乙) 要求共助之方式。法律不設規定。

(丙) 違背法律。拒絕法律上之共助時。要求者對於拒絕者。得爲抗告。而此抗告。依裁判所構成法第百四十條、行之。卽同法第六編所揭有司法行政之職務、及監督權者。得判斷處分之也。例如對於地方裁判所之支部、與區裁判所。或區裁判所、與區裁判所。拒絕共助之抗告。則提出於控訴院長。由所長院長。判斷拒絕爲不當時。則從其情狀。訓令適當處理其事務。又有不相應之行狀時。則可諭告之。若其情最重者。則從懲戒法而爲訴追是也。裁構第百三十七條

第六款 裁判所內部之構成

裁判所之構成。有外部構成、與內部構成之別。已於第四款述之。而其外部構成。就裁判所之管轄。職務管轄上 第四款第二項已言其大要。故本款僅就內部構成。說明裁判所職員之除斥、及忌避。幷檢事之立會。

(第一) 欲明裁判所內部構成之爲何。當先說明裁判所之職務。職務者。爲其本職應行事務之本領也。故裁判所之職務。爲裁判所之本分。在權限內。應行一切裁判事務也。惟

所謂職務與官廳。須有區別。官廳（即裁判廳）者。由制度而設定。乃包含職務中之權利與義務。常屬無形之主體也。例如區裁判所、地方裁判所、控訴院是。又各裁判所職員。所謂實行職務者。即官廳之機關也。常屬有形之人也。而官廳以多數機關（即多數之職員）組成之者。謂之合議裁判所。非然者。謂之單獨裁判所。

（第二）裁判所職員。歐洲古時。僅有裁判官與書記二種。至法國及模仿法國法度諸國。則設四種之裁判職員。曰裁判官。曰書記。曰檢事。曰執達吏。日本在構成法實施以前。先有裁判官及書記。次有檢事之設。但未設執達吏。後從構成法。遂創設之。故今日可謂全備前述四種之職員。

（第三）從日本現行法。裁判所之職員如左。

（甲）判事之職務。行一切之裁判事務。

（乙）裁判所書記。書記施行民事訴訟法所定法廷之筆記調書、送達、呼出、等事務。及往復會計記錄等。并民事訴訟法、或他法律（例如登記法）所特定之事務也。故書記爲補助裁判官之職員。然有時書記。有獨立之職權者。如左。

（一）付與執行文。

(二) 付與判決確定之證明書。(四九・書記執務之細則・可參照二十三年司法省訓令第一二六號・書記規則草案・)

(丙) 檢事　檢事就於刑事。提起公訴。其處理上必要之手續。以請求法律之適用。及監視裁判之執行爲本職。(裁判所構成法第六條)然就於民事。亦有應行其職務者。蓋檢事之制。始於法國。而法國民事上檢事之職務。約有二種。卽爲主的當事者。(國家之代表者)及爲附加之當事者。是也。日本檢事之制。略倣法國。故在於刑事。常爲主的當事者。而在於民事。亦因公益之必要。以同一資格。而參與訴訟。又非僅有參與訴訟之權而已。據人事訴訟手續法、及民訴第四十二條、就於特定之事件。因保護公益。有使檢事立會於口頭辯論。負陳述意見之義務者。且在人事訴訟。有以檢事爲當事者而行訴訟。此民法所以付與民事上請求權於檢事也。

(子)檢事立會訴訟時。

(一) 民訴第四十二條所列記者。檢事立會於民事之裁判。陳述其意見時。

第一　關於公法人之訴訟。公法人者。總稱國家之行政機關、(卽官廳)及市、町、村、之法人也。何謂法人。可參照本節第四項普通裁判籍。

第二　關於婚姻之訴訟　關於婚姻之訴訟中。以婚姻之無效、取消、離婚、又以夫婦

同居爲目的之訴。至三十一年法律第十三號實施後。此等訴訟。要不包含於所謂婚姻訴訟中。然則不屬於人事訴訟者。而其事若關於婚姻時。卽民事訴訟法所謂須檢事之立會也。但除屬於人事訴訟外。有如何訴訟。其例亦甚少耳。

第三　關於夫婦間財產之訴訟　夫婦間財產之訴訟。專由夫婦財產契約之事項。所生之訴訟也。契約之事。規定於民法親族第七百九十三條。至八百七條。

第四　關於親子、及養親子之分限。幷其他一切人之分限之訴訟。　本號、以子之否認、認知、其認知之無效、或取消。又依民法第八百二十一條之規定。以定父爲目的之訴訟。幷以養子緣組之無效、或離緣、爲目的之訴訟。以推定家督相續人、或推定遺產相續人之廢除。及其廢除之取消、爲目的之訴訟等。已規定於人事訴訟手續法。故應屬諸同法。若不屬於人事訴訟。而關於本號之分限者。當依本號之規定。如第二號所述是也。

第五　關於無能力者之訴訟。　民事上所謂無能力者。有絕對無能力者。與限定無能力者二種。絕對無能力者。卽全無意思表示之能力。絕對不能行使權力者也。如法人、及喪失心神之白癡瘋癲者是。限定無能力者。雖有意思表示之能力。因缺能

力之完全。就於某事件。不能行使權利。或雖可行使權利。而須具某條件者也。如未成年者、（民總第四條）禁治產者、（民總第七條）準禁治產者、（民總第十三條）妻、（民總第十四條）是。此皆出於保護無能力者權利之目的也。然其中如禁治產者及準治產者。申請禁治產及準禁治產。或對於其宣告。申立不服之訴。又求取消宣告之申立。其訴訟手續。以前述三十一年第十三號之法律。特定爲檢事之職務。故悉可包含於本號也。

第六　關於養料之訴訟　關於養料之訴訟者。如民法所謂扶養料請求之訴訟也。扶養之事。可參照民法第九百五十四條、至第九百六十三條。

第七　失蹤者及相續人之曠缺關於遺產之訴訟。　失蹤之事。可參照民總第二十五條、至三十一條。相續人曠缺之財產。可參照民相第千五十一條。至五十九條。

第八　僞造及變造證書之訴訟。　在民事裁判所。爲僞造變造證書之訴者。謂以公正證書、或已經檢眞之私署證書。主張爲僞造及變造。因有申請確定其證書之眞否。就其眞否。以中間判決而爲裁判也。（三五一・三五四・三五五・）

第九　再審。　再審之事。謂民訴第四百六十七條以下所規定原狀回復之訴。及取消之訴、是也。

(二) 規定於人事訴訟手續法。檢事立會人事之裁判。陳述其意見時。

(一) 婚姻事件。人訴第五條

(二) 養子緣組事件。人訴第十六條

(三) 親子關係事件、相續人廢除事件、及隱居事件。人訴第三十九條

(四) 禁治產、及準禁治產事件。人訴第四十五條・第六十三條第十一項・第六十七條・第一項

(五) 失蹤事件。人訴第十四條

以上所述。檢事因述其意見。視爲職務上之義務。而須立會者也。此非構成裁判所所必要者。故雖無檢事之立會。亦不得爲上告及再審之理由。(1)又檢事之意見。僅供裁判所參攷之用。非爲對抗當事者之辯論。故當事者對於檢事之意見。亦不許辯駁。惟其事實有誤謬時。得爲更正之陳述而已。(2)但人事訴訟。則檢事非僅陳述意見。有可自行提出證據者。人訴第六條・第三十六條・第二十七條・第三十九條・又如刑事訴訟。亦可自行上訴。人訴第十二條・第

此外就於某種申請。裁判所、有須聽檢事之意見者。又檢事、有不得不述意見者。如付與訴訟上救助之決定。辯護士附添之決定。訴訟上救助之決定。及數額追給之決定。

皆在於決定前。須聽檢事之意見是也。

(1)檢事於民事訴訟。非裁判構成員。雖無檢事立會而爲裁判。亦不影響於裁判之效力。惟關於人事訴訟。據其手續法。與民事訴訟法法文。文義稍異。不能無疑義耳。

(2)檢事之立會。係日本訴訟法之特例。(對於德國訴訟法而言)日本編纂裁判所構成法、及民事訴訟法時。倡擴張檢察權之論者。頗有勢力。於是草案中。遂定一切民事訴訟。須檢事之立會。然若此既須多數之檢事。而實際又無格別之利益。故今日所存者。僅有裁判所構成法第六條。(卽民事上認爲必要時。得求通知。述其意見。)及民訴第四十二條并人事訴訟手續法所規定而已。

抑使檢事立會民事裁判。有必要與否。及其得失。古來歐洲。頗有議論。如法國者檢事權力最强大之國也。故檢事監督一切法律之執行。以此名義。常在民事裁判所各部。置專任之檢事。日本希圖檢察權之擴張者。蓋欲倣法國之例也。但余遊歷法國時。約半年間。幾至每日出入裁判所。親據所實驗。除裁判關於人事訴訟之部外。他部之立會檢事。曾不一述意見。質之裁判所中人。均謂常如此也。日本實際雖不必然。而余不憚斷言其無益焉。日本訴訟法實施後。爲日尙淺。檢事立會之利益。果

如何耶。立會檢事果述有益之意見耶。又其意見。在於裁判所果有何種之利益耶。此立會檢事。固自知之也。但以明治二十三年法律第百四號所定之婚姻事件、及禁治產事件、基於公益之理由。且以與刑事同一之資格。及職權。而立會之檢事。固不囿於以上所論述也。

(丑) 檢事爲訴訟當事者時　基於公益上理由。據民法規定。特與檢事以人事上訴訟之權。此際依人事訴訟手續法檢事爲當事者時。與一般當事者同。就其訴訟。得提出證據、及爲辯論。惟檢事爲訴訟當事者。(1)有三種之別。(一)視爲原告及申立人。而起訴及爲申立時。(二)視爲被告而受訴時。(三)追行他人所提起訴或申立是也。(1)檢事爲人事訴訟當事者時。則訴訟上一切視爲當事者而處理之也。然檢事所以爲訴訟當事者。乃因檢事之公職。非視同一私人而爲當事者也。故關於當事者一般之規定。其性質上不得適用於檢事也。

(一) 檢事爲原告或申立人時。

(一)對於却下禁治產、或準禁產之申立之決定。爲卽時抗告。(人訴第五十四條。第六十七條。第一項。)

(二)對於禁治產或準禁產之宣告。爲不服之訴。(人訴第五條)於此以禁治產之法定代

理人爲被告。（人訴第五十七條第二項第六十七條）

（三）申請禁治產、或準禁治產、宣告之取消。（民總第十條第十三條人訴第六十三條第六十七條第一項）

（四）對於取消禁治產、或準禁治產、宣告之決定。爲卽時抗告。（人訴第六十五條第三項第六十七條）

（五）對於却下禁治產、或準禁治產、宣告取下之申立。爲不服之訴。（人訴第六十六條第六十七條第一項）於此以禁治產者之法定代理人。爲相手方。（人訴第五十七條第二項第六十七條第一項）

（六）婚姻取消之訴。（民親第七百八十條人訴第一條）此際以夫婦爲共同被告。若夫婦之一方已死亡後。則以其生存者爲相手方。（人訴第二十條第二項）又檢事爲當事者後。相手方已死亡時。因受繼本案之訴訟。裁判所須選定辯護士爲承繼人。（人訴第二條第四項）

（七）隱居取消之訴（民親第七百五十八條人訴第三十五條）此際以隱居者、及家督相續人。爲共同被告。若其一人死亡後。則以生存者爲被告。（人訴第三十六條第三項）

（八）喪失親權、及喪失財產管理權、宣言之訴。（民親第八百九十六條第八百九十七條人訴第三十一條）

（二）檢事爲被告時。

（一）就於姻婚事件。夫婦之一方。已死亡時。（人訴第二條第三項）

（二）就於養子緣組事件。親子中之一方。已死亡時。（人訴第二十六條第二項第三項）

(三)對於禁治產、或準禁治產之宣告、不服之訴。其禁治產、或準禁治產之申立人。已死亡時。(人訴第五十七條第二項前段第六十七條第一項)

(四)對於却下禁治產、或準禁治產、取消之申立。不服之訴。其禁治產、或準禁治產之申立人。已死亡時。(人訴第六十六條第五十七條第二項)

(五)對於失蹤宣言、不服之訴。失蹤之申立者。已死亡時。(人訴第七十八條第二項)

就於以上之訴、被告者在訴之提起前已死亡時。則自始以檢事爲被告。若訴訟中死亡時。則檢事爲被告。而承繼其訴訟。

(二)追行他人所提起訴、或申立時。

檢事可自爲原告、及申立人之事件。雖在他人已經起訴。或已經申立時。亦可追行之。并提起上訴。從而提起訴訟或申立者。欲行取下時。而檢事亦可追行之也。(人訴第十九條第二十三條第三十九條第三項第四十五條第一項第六十三條第二項第六十七條第一項)

(丁)執達吏　執達吏。專任送達及裁判之執行。此外依法律所定。行特別之職務。(裁構第九條)

(第四)裁判廳之職制

(甲) 裁判廳之職制。別爲二種。卽單獨制、合議制是也。單獨制者。以一人之判事而成。合議制者。以數名之合議體而成。所謂合議裁判所也。以一人判事而成之裁判廳。僅區裁判所而已。地方裁判所。以三名判事。控訴院以五名判事。大審院以七名判事。而組成合議裁判所也。(裁構第三十二條。第四十條。第五十三條。)但控訴院對於皇族之民事訴訟爲第二審裁判時。則用七名判事。(裁構第三十八條。)大審院因變更前判例。爲民事總部、或刑事總部、或聯合民事刑事之總部。再加審問及裁判時。則爲例外。(裁構第四十九條。)又合議裁判所。有命其部員單獨爲某種訴訟行爲者。法律稱之曰受命判事。可任受命判事者如左。

(一) 訴訟及某爭點。試勸和解時。(一一二)

(二) 以計算之當否、財產之分別、類此之關係爲目的之訴訟。對於計算書、及財產目錄。生有許多之爭之請求。又生許多之異議時。(二〇八、二六六、二七二、)

(三) 基於民事訴訟法第二百七十三條之規定。爲證據調時。

(子) 因任命檢證、及鑑定人。(三五一)

(丑) 據民訴第三百十八條之規定。訊問證人。

(寅) 據民訴第三百三十一條。任定鑑定人。

(卯) 於同上第三百四十八條之際。提出證書。

(四) 基於人事訴訟任受命判事者。

(子) 就於婚姻事件。命當事者自己出頭。而當事者不能出頭時。人訴第十二條第二項

(丑) 就於養子緣組事件。命當事者自己出頭。而當事者不能出頭時。人訴第三十條第一項

(寅) 就於親子關係事件相續人廢除事件及隱居事件。命當事者自己出頭。而當事者不能出頭時。人訴第三十九條第一項第十二條第二項

以上皆受命判事。得獨立完結受命之事務者。而左之事情。須請裁判所之裁判。

(子) 在受命判事。爲證據調時。生有爭議。若非其爭議之完結。不得續行證據調。且受命判事。無裁判之權。須受訴裁判所之裁判時 二八

(丑) 證人拒絕證言。就其拒絕之當否。須受訴裁判所之裁判時。一三〇

(乙) 裁判所書記。常爲單獨制。除前第三所揭之職務外。凡書記職務、及處理其事務之方法。從司法大臣所定書記規則、而行之。二十三年司總二十六號附屬

(丙) 執達吏亦常爲單獨制。依司法大臣及其委任。控訴院長任補之。各區裁判所配

置相應之員數。（裁構第十四條）但其職務細則。司法大臣定之。（裁構第十九條）

裁判所構成法第百一條以下。雖規定廷丁。以非裁判所之職員。故悉略之。

（第五）各裁判所職員。（即判事、檢事、書記、執達吏）被任之必要準備。及資格、任命、補職等。均詳定於裁判所構成法第二編第一章至第五章。茲悉略焉。

第七款　裁判所職員之除斥及忌避

（第一）法律就於某訴訟事件。奪裁判官施行職務之權利。其理由分爲二種。一、即使判事不行其職務。法律上稱爲除斥之理由。一、即與當事者拒避裁判官之權利。法律上爲忌避之理由。第一、依法律之力。而除斥裁判官。故不問當事者須忌避與否。又基於除斥理由之忌避。亦不問訴訟在如何之程度。隨時得爲之。（三四之一）且有除斥理由之裁判官。參與判決。非僅可依上訴（即上告）而破毀之。（四三六）且可爲取消之訴之理由也。（四六八）第二、裁判官有偏頗裁判之慮。則僅與當事者以忌避之權。而當事者得拋棄之。既可拋棄。故主張忌避之時期。必加以制限。（三四之二）若以此理由攻擊判決。亦限於第四百三十六條第三、及第四百六十八條第三之規定。即判事既被忌避。認忌避之申請爲有理由。而竟參與裁判時也。

除斥及忌避之規定。基於第四十一條明文。裁判所書記亦可準用。故本節單稱判事。而書記亦在其中可知也。

(第二) 判事及裁判所書記。依於法律其職務之執行。被除斥者如左。

(甲) 判事、或其婦、爲原告及被告時。又與訴訟當事者之一方。或雙方。有共同權利。或共同義務。及償還義務者之關係時。

(乙) 判事或其婦、與當事者之一方。或雙方。或其配偶者。爲親族時。但就於姻族。雖婚姻之解除時亦同。

(丙) 判事就於同一事件。爲證人或鑑定人。而受訊問時。又受訴訟代理人之任。或曾受任時。又有訴訟上代理人之權利。或前有此權利時。

(丁) 判事在前審、有申請不服之裁判。又在於仲裁。判事、親爲仲裁人而干與時。但此際若屬受命判事。則職務之執行。不被除斥。

(第三) 因有偏頗之慮。爲忌避者。須具備左之條件。

(甲) 對於判事而爲申立前(爲原告時)或對於相手方之申立。而爲陳述前。(爲被告時)得爲忌避。(三四之二)但疏明忌避之原因。後始發生者。或後始覺知時。不在此限。(三五之二)

(乙) 忌避之申請。在於判事及書記所屬之裁判所。三五之一

(丙) 忌避之原因。須疏明之。三五之二又忌避之原因。發生於申立或陳述之後。或後始覺知者。而欲爲忌避申請時。則須疏明其原因。後始發生、或後始覺知之旨。三五之三

(丁) 忌避之裁判。不問對於當事者之申請。三五與判事自行申出。○四

(子) 裁判所書記。在其所屬裁判所爲之。

(丑) 就於判事。

(一) 判事所屬之合議裁判所。但被忌避之判事。不得參與其裁判。三六之一

(二) 區裁判所判事。被忌避時。上級地方裁判所。裁判其申請。三六之三

以上凡有法律上除斥之理由。或認忌避之申請爲有理由時。則判事及書記職務上之行爲。悉歸無效。故有除斥之理由者。無論已。雖屬被忌避之判事。至其申請完結前。亦應避一切之行爲。惟公務上、及因當事者不可猶豫之行爲。限於忌避之際。得許爲之也。三九然受忌避之申請。非僅不必自行忌避。且如第三十七條所定。就於申請之理由。述職務上意見。自信無偏頗之嫌疑者。得詳爲辨解及疏明其意見。三九(1)

(1)以如何事情。爲有偏頗之慮耶。又陳述職務上之意見。及對於陳述之決定。其手續

及實例。可參照民事訴訟法實習第三十五節及第三十六節。

第二節 當事者、訴訟代理人、及補佐人

第一款 當事者能力、及訴訟能力

(第一) 當事者。爲訴訟之主體。緒論第一章第四。既詳述矣。蓋當事者。卽訴訟之主人。而爲請求原因之實體的權利關係之主體也。茲稱爲實體的當事者。若爲訴訟之原告及被告。則稱爲訴訟當事者。

據右之定義。所謂當事者能力。卽私法上爲權利義務之主體能力也。何人爲有權利義務之主體能力。依實體法而定。(1)蓋當事者能力。爲有訴訟能力者。所不可缺之能力。故有當事者能力。未必皆有訴訟能力。而有訴訟能力者。未有無當事者能力也。

(1)當事者能力。簡言之。卽民法上權利義務之主體能力也。蓋民法上雖定爲無能力者。卽無自行使權利之能力者。仍有享有權利之能力。是爲通例。故茲所謂實體的當事者。有民法上權利之主體能力之義。而與行使權利之能力。實不相關也。

民法上無能力者。無權利行爲之能力。故不能自爲訴訟行爲。而其訴則以無能力者名義。(卽權利主體之名義)而爲之。故亦可爲訴訟當事者。

(第二)實體的當事者之外。更有所謂形式的當事者。(2)須分別言之。形式的當事者。本無實體的當事者能力。乃亦以人之資格。(即團體或財團之資格)而起訴或受訴者也。換言之。即以一人之名義。或他之名義。得爲訴訟當事者也。日本民事訴訟法第十四條第二項及第百三十八條。所謂於其資格。得爲訴或受訴之會社、社團、及財團是。即純然有形式上之性質也。而如同條所謂公私法人、則爲實體法上權利義務之主體。故可入實體的當事者中。

以上實體的當事者。與形式的當事者間。訴訟之差別。前者範圍頗屬廣汎。屬於當事者一切之能力。後者僅因定其裁判籍及送達。而與法人(2)同視耳。

形式的當事者。如以非法人團體之名義而起訴或受訴時。形式上爲代表者。須受各社員之委任。或其機關之委任與否。又以其團體之名義而言渡判決之執行力。將僅及社團之財產耶。抑及於全社員之財產耶。是一大疑問也。現今德國學者有種種議論。於日本亦屬未決問題。若由理論上論斷之。既須因各社員之委任、或規約、或定款。而爲代表者。故其判決非僅對團體財產。幷對於各社員財產。亦可執行也。烏亞巴氏雖謂僅執行社團財產。然其實體既非法人。乃形式上團體之代表者。卽不得不謂爲各社員之代表

者。由理論觀之。烏氏之說。未可遽信也。

日本商法實施前之會社。如國立銀行、及其他二三之會社。除特以條例所定外。法律上概不視爲法人。故會社訴訟。必以形式的當事者、即社長名之名義。而取扱焉。但其判決。從烏亞巴氏之說。先向團體財產而執行。後向各社員起訴。依其判決而及於各社員財產。是爲通例。商法實施後之會社。一切視同法人。故關於會社之訴訟。常以會社代表者行之。（商會第四十四條第一項第六十二條第百五十七條第二百四十三條第二百五十五條第三項）而其執行則僅對會社之財產。但對於商會第二章合名會社社員、幷第三章合資會社之無限責任社員、第五章株式合資會社之無限責任社員。則以會社之財產。不能清償債務時。得對抗其社員之財產。（商會第六十三條第百五條第二百三十六條第二號）

民事訴訟法之當事者。卽訴訟當事者（2）義。不區別實體的當事者。與形式的當事者。（2）形式的當事者。非僅法律上無此名稱。而德國學者。亦鮮爲此區別者。惟近時德國有名之烏亞巴氏。始倡此說耳。然既有第十四條及第百三十八條之規定。如前第四款第四項所述。爲實際問題之必要。（3）則講學上設此區別。固非無益之業也。

（3）民事訴訟法。所謂當事者。謂一之訴訟。有互相反對之利益。而對立之訴訟之主體

也。故區別當事者。卽原告及被告是也。而此原告及被告。依訴之程度、審級、及情況。異其名稱及位地。卽控訴之原告被告。稱爲控訴人。及被控訴人。上告之原被告。稱爲上告人及被上告人。又訴訟中爲反對請求。稱爲反訴之原告及被告。共同訴訟（第四十八條）之當事者。稱爲共同原告。及共同被告是也。

以上當事者。皆稱主當事者。惟於他人間既爲權利拘束訴訟之目的物、對其訴訟當事者雙方、而請求之訴訟人。法律上稱主參加人。是亦可爲當事者。或有以主參加人、與從參加人。同入附從當事者之類者。然主參加人。乃獨立爲一方當事者。卽以原告地位。對於本案當事者雙方而起訴。故余欲稱爲主當事者也。

反之、於他人間。爲權利拘束之訴訟。有權利上利害關係。故因攻擊者、又防禦者、而參加其訴訟。講學上所謂補助參加人、告知參加人、及依被告指名告知、以代之或爲共同被告之目的而參加者。皆稱附從當事者。卽法律上所謂從參加人是也。當事者之稱。專用於本案訴訟。故如强制執行之督促手續。及假差押。非屬本案之訴訟行爲。則用債權者、或債務者之稱。然例外亦有以當事者之稱。指債權者及債務者者。如民訴第三百八十四條第一是。雖然、此用於最汎博之義耶。將誤用耶。

第三　訴訟能力者。謂自爲一切訴訟行爲。又有由自己任意。選定訴訟代理人。或使其他之人（補佐人）爲訴訟之能力也。（四三）

當事者能力。與訴訟能力之差別。當事者僅有訴訟主體之能力。無自爲有效訴訟行爲之能力也。訴訟能力。在當事者能力外。尙有自爲訴訟行爲之能力也。自爲訴訟者。非僅自己出廷而爲辯論。及其他之行爲而已。且包含選任訴訟代理人、及於某行爲委任代理人、使之爲自己而行訴訟之事。

又訴訟能力。非僅於以自己名義爲訴訟時有必要。且訴訟參加人。又爲他人之代理人及補佐人。爲訴訟行爲時。亦同。

訴訟能力。應從民法之規定。（四三）然則關於訴訟能力。不可不依民法而決定之。據民法之規定。僅列舉行爲之無能力者。其非無能力者。皆有行爲能力。無直接關於訴訟能力之規定。然訴訟行爲者。固亦行使私權也。故民法上無行爲能力者。則訴訟能力。亦屬欠缺。惟訴訟能力之欠缺者。所謂行爲無能力者有二種之別。如前節第六款（第三）所述。因全無意思表示之能力。而爲無能力者。（全部欠缺）與有意思表示之能力而因無完全能力。爲無能力者。或非具備某條件。不能爲訴訟行爲。制限行爲之能力者。（一部欠缺）皆屬訴訟無能力者

也。故無能力者之訴訟。(一)法人。(甲)就於私法人。則依法定代理人。(乙)就於公法人。則依各代表者、及國庫代表者。此代表者、以勅令定之。卽二十四年勅令第三號、同年內務省令第九號、二十五年勅令第六號、同年遞信省令第三號、同年內務省令第四號、同年司法省令第五號、三十年文部省令第二十八號、三十一年農商務省令第一號。(二)未成年者。民總第四條(三)禁治產者。民總第七條、第九條。皆依行親權者、或後見人之法定代理人。(四)準禁治產者。民總第十二條則受補佐人之同意。(五)妻。則受夫之許可。此等之人。若非依法定代理人。或未得必要之同意。爲訴訟行爲時。不生訴訟法上完全之效果。但有例外如左。

(甲) 妻對於夫之訴訟。不須受其許可。民總第十七條第六號

(乙) 限於法律上某種營業。已許未成年者、或妻。關於其營業。與成年者有同一之能力。故就於營業上之關係。有完全之訴訟能力。民總第六條第一項、商總第六條。

(丙) 至於人事訴訟。雖屬無能力者。亦得獨立自爲訴訟行爲。人訴第三條第二十一項、第三十九條第二十六條

訴訟無能力者。其爲訴訟行爲之形式。旣如以上所述。但其依法律上代理人時。則爲法律上代理人者。限於法律無別段之規定者。有當事者權利及義務之全部。民事訴訟法。關於法律上代理人。特別之規定。僅如關於委任消滅、第六十九條之規定。關於中斷、第百八十條、及第百八十三條之規定。關於送達、第百三十八條之規定而已。

民事訴訟法以第四十四條、規定外國人之訴訟能力如左。曰、外國人從自國之法律。雖無訴訟能力。而從日本之法律。有訴訟能力時。亦視爲有訴訟能力者。

故外國人。

(甲) 從外國之法律有訴訟能力者。從日本之法律。雖爲無能力者。仍有訴訟能力。

(乙) 從外國之法律。無訴訟能力。而從日本之法律。有訴訟能力者。則視爲有日本之訴訟能力。

約言之。外國人從自國法律。或日本法律中之一。有訴訟能力時。卽以之爲訴訟能力者之旨意也。蓋一國之人民。從其自國法律。爲訴訟能力者。則在他國。亦得自爲訴訟。固各國普通之法理也。惟從自國之法律。爲無能力。而從所在國之法律。有訴訟能力時。此問題、以法律明文規定者甚少。現今普魯士普通法。規定外國人之訴訟能力。悉從自國之法律。故裁判所及訴訟相手方。須知外國人能力之有無。因此就於外國法律。常有枘鑿之不便。故德國訴訟法以明文規定。從自國及所在國中之法律有能力者均可爲訴訟之主義。日本訴訟法。亦從此例者也。

關於訴訟能力。裁判所應施行之事項如左。

(二) 訴訟能力。爲訴訟之要件。故裁判所常以其職權調查訴訟能力、法律上代理人之資格、及必要之授權、無所欠缺與否。四五蓋能力、資格、授權、之有無。關係於訴訟行爲之效力。無能力、無資格、無授權者。所爲之行爲。悉屬無效。又非僅當事者行爲之無效。卽裁判所之行爲。亦屬無效。因裁判所之行爲。本基於當事者之行爲。若其基本之行爲。既歸無效。則裁判所之行爲。固不能獨全也。訴訟之能力、資格、授權。影響如斯重大。故不問訴訟在如何程度。詳言之、卽不問在口頭辯論之前後。亦不問在某審級。又不拘當事者申立之有無。常須以裁判所職權而爲調查也。四五之一・二〇六之第四・二五之第一・四三六之第五・四六之第八四之(1)

(1)法律上代理人之資格及授權。若有欠缺。則所爲之行爲。應屬無效。前已論述矣。然若有正當資格之法律上代理人、及已達成年之本人。承認其訴訟行爲時。可以有效耶。德國訴訟法。認爲有效。按其論據。在於同法第五百十三條之第五號、第四百三十六條第五號。及第五百四十二條第五號、日本第四百六十八條第四號。有但書之明文也。其文曰。「限於當事者、明諾及默諾、爲訴訟時。」蓋當事者之一方。不從法律之規定。而置代

理。雖可爲上告及再審之理由。而被代理之當事者。已經承認。則不在此限。日本訴訟法。無此明文。故當事者雖承認之。而行爲之當時。無正當資格者。所爲之行爲。亦不能有效也。此立法之趣旨、如何。今日固無從知。殆慮許其承認。當自己有利益。則承認之。否則爲上告及再審理由耶。立法之旨趣。若果如斯。恐不免有異論者也。

調查訴訟能力。屬於裁判所之職權。然裁判長、若於訴訟能力、及代理資格、有可疑時。得從民訴第百十二條。而加注意。固無論已。

訴訟能力、及其他之欠缺。在相手方。雖已認許。裁判所非僅不受拘束。且得自行調查而否認之。

可以斷定訴訟能力、及其他事實。在於法廷之自白。不能拘束裁判所。得依別種證據。自由判斷之。故就此事實。不得適用第百十一條推定自白之法則。

又就此事實。不必自有舉證之責任。裁判所有命諸相手方者。例如甲對於乙送達訴狀。至其期日。乙竟闕席。而裁判所就於乙之能力。有可疑者是也。

此外訴訟能力之問題。與闕席裁判。大有關係。以所謂有欠缺之代理人。而使代理之當事者闕席時。對其當事者。從普通規定。得爲闕席判決。然因此起訴。必須適法。故訴訟由

無能力者提起。或送達於無能力者。則不得爲闕席判決。述之如左。

(甲) 起訴雖已適法。而至其期日。原告、及被告、爲無能力者出席時。例如訴狀送達於後見人。而至其期日。幼者或其他無能力者出席時。此際非當第四十五條第二項之規定者。得爲闕席裁判。

(乙) 若其訴訟。由無能力者提起。而當命補正、且須裁判時。不問雙方出席、與一方出席。常可爲却下之言渡。

(丙) 訴狀送達於無能力者。及無資格代理者。則非合式之送達。亦與前項同。常可爲却下之言渡。且費用應歸原告負擔。

(丁) 訴訟能力。雖有欠缺。而因遲滯之故。有危害時。則定期間以補正欠缺之條件。使當事者或代理人。一時充爲訴訟。(四五之二)

欠缺之補正。限於因訴訟遲滯。當事者有危害時。與預料得爲補正時。又補正之期間。本屬裁判官所定。故因申立。裁判所有伸縮之權。雖在期間後。而當口頭辯論終結前。許補成之。(同上)

以法律上代理之欠缺。爲妨訴抗辯之理由。(二〇六之第四)而提出之際。因有第二百七條之

規定。自無異論。然依裁判所之調查。認爲代理欠缺。以此理由。却下訴訟時。則法律上未有規定。德國學說判例。遂不一定。或謂以代理欠缺爲理由。却下訴訟。一切可用決定。或謂在口頭辯論前。從第百四十三條。（日本第百二十七條）則用決定。在辯論以後。則用判決。或謂却下時。可用判決。而此判決。非對於當事者言渡。乃對於代理人言渡。訴訟費用。亦使代理人負擔。或謂此種判決。爲中間判決。不許上訴。或謂爲終局判決。可以上訴。如此議論紛歧。茲欲一一詳說。不免繁雜。故僅就所自信之要領述之。蓋原告代理人資格有欠缺時。起訴當屬無效。而其訴自可却下。訴之却下。常用判決。無可疑也。如第百二十七條。不包含資格授權之欠缺。僅規定缺演述能力者。自不得適用於此。又訴既却下。而其訴實以當事者名義而提起。且爲當事者而裁判者。則當對於當事者言渡。非可以代理人名義（以代理人爲獨立當事者）言渡也。既爲對當事者却下訴訟。則其判決爲終局判決。不待言。故對此判決。有不服之理由時。得爲上訴。亦無容疑。若夫所謂代理人者。與本人全無關係。恣冒其名義而起訴。則由正當之代理人新提起同一之訴。自無所妨。惟訴訟費用。無歸本人負擔之理。此論者中所以有謂此判決應對於不法代理人而言渡也。然如斯至使法律上裁判所、因定費用負擔。對於非獨立之當事者。爲其

判決。是不免不法矣。故余謂應從第八十五條之規定。否則對於假稱代理人者。從民法之原則。爲別種權利關係而請求之也。

被告之法律上代理。有欠缺時。可爲普通之中間判決。而決定其有欠缺時。與前段所述(甲)(丙)二項無異。

此外關於訴訟能力應注意者。卽第四十五條之規定。不以口頭辯論爲必要之訴訟手續。卽督促手續、假差押、又假處分、亦可適用是也。

又訴訟能力之滅失。及代理權之消滅。當參照第百八十條。訴訟能力之欠缺。雖經過第一審後。而至第二審、或上告審更可主張之。(四三六之第五)又判決確定後。得因取消之訴。而求再審。(四六八之第四)

(三) 無能力者之訴訟。有選定特別代理人者。如左。

(甲)對於訴訟無能力者。或相續人未定之遺產。或不分明之相續人。應行起訴。而無法律上代理人者。則因申立爲遲滯有生危害之虞者。裁判長得任特別代理人。(四六)

(乙)生徒、雇人、營業使用人、職工、習業者、及其他性質上當永寓於一定之地者。受訴於特別裁判籍時。(其現在地或兵營地或軍艦定繫所之裁判所)而法律上代理人。不住居其地。雖無因遲滯生

危害之虞者。亦得任特別代理人。其被任之代理人。在眞正法定代理人。受繼訴訟前。視爲被告之代理人。四七一五

(丙)在人事訴訟。無能力者。爲訴訟當事者時。得選定特別代理人。人訴第三條第二項第三項第二十六條第三十九條第一項

(丁)行親權之父或母。與未成年之子、利益相反之行爲。又親權者、對於數人之子、行親權時。其一人與他之子。利益相反之行爲。提起訴訟時。則爲其子選任特別代理人。但此選任。須請求於親族會。民親第八百八十八條

(戊)後見人、或其代表者。與被後見人、利益相反之行爲。提起訴訟時。則因其被後見人。須特別代理人者。此際以後見監督人定爲特別代理人。民親第九百十五條

右任命特別代理人之申請。裁判之送達。及代理人之權限等。第四十六條所規定者。(甲)(乙)兩項。均可適用。惟對於却下申請之裁判。僅(甲)項可爲抗告。而乙項不得適用。法律所以設此差別者。因乙項任命特別代理人之申請。雖已却下。更有正當法律上代理人。故可依相當之手續而起訴也。四六四七

除以上當事者能力、與訴訟能力外。講學上更有一種之能力。卽所稱爲辯護人能力是也。

歐洲諸國。凡有民法上自爲契約義務之能力者。亦有訴訟能力。是爲通例。然在訴訟法。如法國、德國。不採本人訴訟主義。凡在合議裁判所以上。若非依代理人。(法國)及辯護士。(德國)不能爲訴訟。故雖有訴訟能力者。而無自至法廷、實行訴訟行爲之權。有此權利者。限於代理人及辯護士而已。此特別之權利。以他人名義。因他人利益。與本人有同一之效力。出頭於法廷。而從法式。自行訴訟。稱此能力。爲辯護人之能力。日本民事訴訟法。在各審級。既許本人自爲訴訟。則有訴訟能力者。同時幷有所謂辯護人之能力。(1)故無分別之必要。至於合議裁判所。爲訴訟代理人者。須用辯護士。不過制限得爲代理人之資格而已。

(1)法國及德國。所謂訴訟能力者。在於合議裁判所。雖不包含所謂辯護人能力。然在須知日本所謂訴訟能力。當包含此能力。

第二款　訴訟代理人及補佐人

(第一)　訴訟代理人。非當事者。亦非傳達當事者之意思。又非當事者之補助。故非羅馬法講學上所謂間接代理人也。(即因他人利益、以自己名義、而行爲者。)乃當事者之代表者。以其意思、爲(去聲)被代理者。或對於被代理者。直接可生效力之行爲也。蓋訴訟代理人。以他人名義。依他人之責任。而行爲者。講學上所謂直接代理是也。日本民事訴訟法第六十八條云。訴訟

代理人。在委任範圍內。訴訟上之行爲及不行爲。對於原告或被告。與本人之行爲或不行爲。有同一效力。卽明示此意也。六八

凡訴訟代理人。在普通委任。六一五之特別委任。六二五及部理委任六二六之範圍內。所爲之行爲。（包含不行爲）與其委任者本人之行爲。有同一效力。且此效力。雖出於代理人之過失懈怠者。亦同。所謂過失懈怠。依於法律所規定。如怠提出妨訴抗辯之時期、二〇六失提出防禦方法之時機。二一〇在受命判事前。不爲陳述。或拒陳述。二二七怠於書證之申出。二三四就於第二審之妨訴抗辯。四一四又新之請求。不爲疏明。四一六及遲延提出防禦方法。四二六等是也。但因代理人過失及懈怠所生之費用。受訴裁判所。因申立、或以職權。爲負擔其費用之決定時。則其負擔之責。不歸本人。而在代理人之一身。此例外也。八三

對於右之原則。法律特有例外規定。卽代理人事實上之陳述。（包含自白）限於與代理人共出廷之原告及被告。卽時取消或更正者。失其效力是也。六八

此例外之規定。就於認諾及拋棄。不包含受特別委任之代理人。爲認諾請求。幷拋棄訴訟物者。蓋此等行爲。本屬於事實之範圍外也。（參照七一之二）

（第二）訴訟代理之委任。別爲二種。卽任意委任。與法律委任是也。

(甲) 任意代理。其委任與否。全由當事者之意思。法律代理。卽仵於法律上之狀況。所不可缺者。又法律上代理。爲代表無能力者。卽第四十三條、第四十五條、第四十六條。所謂法律上代理人。依於法律。因某狀況爲訴訟能力者。有必要時。得命之也。例如破產債權者之破產管財人是也。又雖無必要者。法律上有當然視爲代理人。例如會社之代表者是也。

此種之代理。一般稱爲法律上代理人。(1)

(1)皇室典範第五十條曰。由人民對於皇族之民事訴訟。在東京控訴院裁判之。但皇族可用代人。使當訴訟。不必自出於訟廷。所謂代人者。將法定代理人之義耶。抑訴訟代理人之義耶。文詞上未能明確。然按設此特例之理由。在於保持皇族尊嚴之趣旨。無疑。且訴訟代理人。苟有訴訟能力者。不問何人。既可委任。則關於皇族。無特設此規定之理。故所謂皇族之訴訟代人。乃法定代理人之義。非任意訴訟代理人之義也。

(乙) 又無前項所謂法律上代理人時。或雖有此代理人。而限於必要一定之事件。依法律之規定。有由裁判長任令法律上代理人者。卽民事訴訟法第四十六條、及第四

十七條、所謂特別代理人是也。

(第三) 代理委任由意思表示爲訴訟代理權之原因而此委任由授權者(即被代理人)向於他人授以代理人之權利一方之意思表示也換言之非代理契約故不須受任者承諾。

(二) 一方之意思表示故僅由其委任者之意思表示對於受任者及第三者生訴訟代理之效力(1)

(1)法律上之行爲有因當事者雙方意思之一致(即合意)始生法律上之效力者又有僅由一方之意思表示而生效力者凡稱爲契約皆屬於前者因自白、認諾、拋棄及通知、公告、生法律上之效力者概屬於後者茲所謂訴訟代理之委任亦屬於後者委任者僅一方之意思表示生其效力不須受任者之承諾故委任者以某告知幷事件之訴訟代理委任於某人有意思表示時則其受任者可用委任者之名義發生第六十五條第一項訴訟行爲之權利但未發生受任者行爲之義務耳然既生委任之效力非謝絕委任則不得消滅其效力日本辯護士之報酬非爲外國法律上有一定之標準故實際上訴訟之委任與報酬之合意相伴多須受任者之合意是惟事實而已至於法理則單依意思表示而有效力故既有委任時雖其報酬尙

未得合意。（即未表示承諾意思時）自得爲其行爲。又由裁判所及相手方。對之爲訴訟行爲。亦屬有效也。

（二）訴訟代理。由被代理者自己、或有任代理之權利者、行之。例如裁判所、後見人、總代理人等。皆得爲任命也。

（三）付與訴訟代理權。不須法律上別種種之方式。然在訴訟上須證明之。故以用書面爲必要。代理委任之證明。更須注意左之事項。

（甲）無論何時。得提出委任書面。爲證明之方法。但裁判所以委任之陳述。記載於調書。則與書面委任相同。（六四之三）

（乙）其委任書面。爲私署證書。有相手方請求時。須使公證人、及相當官吏爲認證。（同之二條）求認證之權。屬相手方。非由裁判所可求之者。但其認證之費用。委任者應負擔之。

（丙）委任之書面。應編入裁判所之記錄。蓋以豫防虛僞之代理人。行訴訟之抗辯爲目的也。故其書面、爲私署證書時。應提出其原本。若爲公正證書。則僅用正本、或受認證之謄本可矣。（三四九參觀）此等事項。有欠缺時。裁判所得依第七十條。命其補正。

（四）訴訟代理委任之範圍。法律上分爲數種。蓋普通委任之範圍。（即權限）雖從委任者

之意思而定。而訴訟代理之委任。則由法律限定其範圍。換言之。卽定委任之種類。從各種類。限其範圍如左。

(甲) 關於訴訟普通之委任。民事訴訟法以第六十五條第一項定其權限。卽關於本訴一切之訴訟行爲。(除同條第二項之行爲外。)如因反訴、主參加、故障、假差押、假處分、强制執行、所生之訴訟行爲。及領收相手方辨濟之費用。均有此權限者也。茲稱爲普通委任。

普通委任範圍內之行爲。委任者雖制限之。而其制限。對於相手方。及對於裁判所。均無效力。六六之一

(乙) 普通委任之外。卽同條第二項所明示之行爲。如爲控訴、或上告、求再審、任代人、(卽復代理人)和解、拋棄訴訟物、又認諾由相手方所主張之請求等。若非特有明示其權限事項。而委任之者。則無行爲之權限。茲稱爲特別委任。蓋特別委任之限度。一依委任者之明示而定也。故第六十五條第二項所列記之行爲中。得加以制限。例如委任爲控訴及上告。而制限屬於和解、拋棄、認諾、等處分權之行爲是也。(1)

(丙) 除辯護士爲代理外。就於各個之訴訟行爲。得爲委任。茲稱爲部理委任。部理委任。法律上無所制限。但以辯護士爲代理時。不得爲部理委任。

除右二者之外。普通委任範圍內之制限。縱令相手方知其制限。而對於相手方。仍無法律上之效力。

(1)德國訴訟法。代理委任。包含普通委任之全部。是爲原則。故無別段制限時。一切處分行爲之權限。亦當包含之。但加制限於其委任。法律上可以有效者。限於和解、認諾、拋棄訴訟解除之制限而已。(民訴第七十七條第七十九條)故關於此點。日本訴訟法之主義。乃與德國相表裏者也。

(五)訴訟代理之委任。因委任者之死亡。或當事者訴訟能力之變更。(即受禁治產或破產之宣告又因成年期之延長及法律上代理人之變更等)委任之廢罷。及代理之謝絕。而歸於消滅。故委任者、與受任者之關係。依以上事實。法律上亦當消滅。(參照民法第二百五十一條)惟對於相手方。因死亡、能力之變更、委任之廢罷、及代理之謝絕。而通知委任消滅時。生委任消滅之效力。

(第四)自爲訴訟時。法律上代理人。因代表原因之消滅。失其代表權。代表之原因消滅者。例如公法人代表者。因官職之轉免。私法人之社長、或取締役等、解任時。及付於後見人之幼者、達於成年時是也。

(第五)法律許以數人、代理一人當事者。而其委任。可同時或異時(即次漸)爲之。惟其數人

之代理人。得共同而行代理之事。又得各別而行代理之事。換言之。即數人共同爲訴訟行爲。與專任其中一人。他代理人。緘默無事。（又缺席）其效力毫無所異也。故若委任者。約定其中之一人。委任陳述事實。他之一人。委任辯論。或非數人之代理人。悉行出席辯論。則無代理權等。而對於相手方。亦無效力也。

然則對於一人。與以普通代理權。而對於他人。更得爲特別委任與否。例如對於甲。與以普通代理權。而對於乙。併普通代理權。而爲特別委任。則不妨謂法律可許之者。然如其中之一人。僅授以特別委任。則推究法律之精神。并考訴訟委任之性質。皆可謂爲不許之也。

若數人代理人之行爲。互相牴觸時。此固可以協議行之。然辯論亘於數次。宛如一人之本人。或代理人。前後爲矛盾之陳述。則其結果。亦不外一任裁判所之判斷而已。但如左法律之所許者。則後之行爲。可以有效也。

甲、一人之代理人。已有自白之事實。而他之代理人。後能證明事實錯誤之理由。而取消時。則以其取消爲有效。前代理人之自白爲無效。

乙、一人之代理人。既經起訴。及既經辯論之訴訟。而他之代理人。從第百九十八條或

第三百九十九條之規定。取下訴訟時。則以其取下爲有效。

此外應注意者。對於數人之代理人。送達書類。僅交付謄本或正本一通足矣。（第百三十七條第二項）

（第六）訴訟之代理委任。雖非如法律上代理。爲妨訴抗辯之理由。但其委任之存否。實爲訴訟上之必要條件。故訴訟法第七十條規定委任欠缺之效果。并職權調查之必要。及欠缺之補正追完。述之如左。

（一）委任之欠缺。不問屬於實體的、與形式的。法律上視爲無代理人者。

（二）關於委任。裁判所有調查之義務。并有詰問當事者之權。

（甲）裁判所有隨時以職權調查委任有無欠缺之義務。故當事者闕席時。亦不可不調查之。此在各審級有同一之義務。又在口頭辯論外。如受命判事、及受託判事。强制執行時。（六五之一參觀）亦有調查之義務也。（1）

（1）德國訴訟法。用辯護士訴訟時。調查委任。僅以辯護士相互之調查可矣。而須裁判所之職權調查者。特限於不用辯護士爲代理。是彼此之所異也。因此結果。日本裁判所在當事者間。就於委任之事。雖無可疑。又相手方雖自白一方代理委任之

完全亦不可不調查之。蓋豫防無益之訴訟手續。而爲公益之規定也。

(乙) 詰問當事者之權。法律中未有明文。惟法律既以委任有欠缺時。視爲無代理人。則以後由裁判所之調查。發見其委任有欠缺者。或因相手方之申立。至使訴訟行爲。歸於無效。則當事者受委任不利益。不待言矣。故委任之事。爲訴訟之必要條件。有監查及詰問之權也。且與前項所述相同。非僅得隨時行之。且可以此爲理由。而求再審者也。四六八之第四

(三) 因調查委任之結果。雖認爲無委任。又無合式之委任時。而裁判所苟調查訴訟能力、及法律上代理人資格之際。預料可以補正者。則使立費用及損害之保證。又不立保證。有許假爲訴訟之權。故代理人。後日已補正時。委任欠缺中、所爲之行爲。皆屬有效。茲稱爲效力之反及。

(第七) 訴訟代理人。須辯護士爲之。既如前所述。然從第六三條之規定。得以親族、雇人、及他之訴訟能力者。爲訴訟代理人。

(一) 在地方裁判所以上之裁判所。其所屬之辯護士不在時。或已爲相手方之代理人時。或謝絕代理時。得以親族、及雇人、爲代理人。又親族及雇人不在時。得以他人爲

代理人。

(二) 在區裁判所。不拘辯護士之有無。得以親族及雇人。爲代理人。又親族及雇人不在時。得以他人爲代理人。三六

(第八) 補佐人 補佐人。當口頭辯論時。爲必要之伸張權利、或防禦權利。補助原告及被告(本人或法定代理人)之陳述也。一七補佐人非當事者之代人。須與當事者同時出廷。蓋補佐人乃補助原告及被告。若其所補助之當事者不存在時。則補佐人亦不得獨存在也。可爲補佐人者。辯護士、及他之訴訟能力者、是也。補佐人與代理人異。不必證明其爲補佐人。惟當事者用補佐人時。須得裁判所之許可。而此許可不必先時爲之。當出廷之際。能得許可、足矣。

辯護士爲補佐人時。裁判所雖不得隨意取消其許可。而對於他之補佐人。裁判所則得隨時取消其許可也。一之

補佐人之職務。非代理訴訟。不過代當事者爲演述而已。而演述之範圍。有種種之說。或謂補佐人基於當事者所陳述之事實。僅爲法律上之辯論者也。或謂補佐人可爲一切之陳述及辯論者也。或謂補佐人雖可爲一切之演述。而如認諾、拋棄。則當事者已在法

廷。非補佐人所得爲也。凡此者。均無論定之必要。蓋既屬補佐人。則當當事者自行陳述及辯論時。雖僅補助其所未盡者。若當事者不自行陳述、及辯論。則因事實上之陳述。固可爲自白、認諾、拋棄之演述也。但其演述。苟與當事者之意思相反。當事者自可取消或更正之。若不取消、或不更正。法律視爲當事者自行演述焉。之七二

前述訴訟代理人。限於代理人事實上之陳述。由出廷當事者。卽時取消或更正之者。失其效力。之六二八至於補佐人。則無此制限。德國訴訟法亦然。故德國關於代理人所謂事實上之陳述一語。或由沿革、或因理由書之說明。有爲種種解釋者。惟事實上陳述。僅限於事實。如認諾、拋棄。則不包含之。此說最占勢力。余亦欲從此說。蓋訴訟代理人。所謂第三之我。就於訴訟行爲。法律以代理人爲主也。但熟知事實者。無如本人。故特許其取消及更正。日本訴訟法。認諾、拋棄等行爲。須受特別之委任。若無此委任。自屬無效。既有此委任。要以從代理人之言。爲適合於法律之精神。何則、法律規定可爲訴訟代理人。必須辯護士者。乃因其有法律上之智識與經驗也。且其訴訟之全部或一部之拋棄及認諾。亦不能斷言爲當事者之不利也。

反之、在於補佐人。以本人爲主。故法律限於不取消、或不更正時。視爲當事者自行演述。

而在於代理人則限於當事者之取消、及更正時。代理人事實上之陳述。失其效力。是二者主從之異也。

第三節　第三者之訴訟參加

在民事訴訟法第一編第二章第三節。規定第三者之訴訟參加。而講學上參加之種類。分爲四種。曰主參加、曰從參加、曰告知參加、曰指名參加、

第一款　從參加

第一　從參加者。於他人間。已爲權利拘束之訴訟。第三者基於自己之權利。爲自己之利益。補助訴訟當事者之一方。而參與之也。三五以此目的參與他人訴訟之第三者。稱爲從參加人。或補助參加人。

從參加人。爲一種之補助。非當事者之代人。故不用他人名義。常用自己之名。但非訴訟當事者。亦非共同訴訟人。故其訴訟之目的物。非從參加人固有之權利關係也。(1)

(1)法律於參加之際。稱訴訟當事者爲主的原告。及主的被告。故從參加人。亦一當事者。卽可謂附從當事者也。蓋訴訟法中、汎稱當事者。非無包含參加人。特就學理上。判斷其性質。其非眞正當事者、固已。

從參加須具左之條件。

(一) 先有爲權利拘束之訴訟者。凡在已生權利拘束之效力時。得爲參加。如證書訴訟、爲換訴訟、婚姻、緣組事件、等特別之訴訟。亦同。

又在督促手續。亦許從參加。然對於支拂命令。有異議之申立。[三八]或對於執行命令。有故障之申立[三九]以前。則無爲債權者之利益。而使參加之必要。但因債務者之利益。得與異議及故障之申立同時爲從參加。

執行手續。不許從參加。蓋在執行中權利拘束之效力。雖仍存續。而已無繫屬之訴訟也。若執行中更發生訴訟時。例如第三者異議之訴。[五四]就於賣得金請求優先辨濟之訴。[五五][五六]關於配當之異議、或優先權請求之訴。[六三][六四]均得爲從參加也。

假差押、及假處分。當開始口頭辯論時。亦不妨許從參加。此學者所唱道也。然此際未判決實體權利之有無。故許爲爲從參加。實稀有之事也。

公示催告手續。對於除權判決。有不服之申立以前。不許從參加。[七四][七七]蓋在申立不服以前。無所謂當事者也。

(二) 須爲他人間之訴訟。此要件似無須法律明言。惟爲避實際之疑義。則明言之。

亦爲有益。例如會社與社員。爲同一之權利主體時。（非法人之會社與社員。）各社員無以其會社名義。參加繫屬訴訟之權。何則、各社員既以會社名義而行訴訟之社員、爲代表自己也。反之、會社與社員。爲各別之權利主體時。（卽法人之會社與社員。）則其社員得參加訴訟。蓋此由行其訴訟之社員。而爲代表者。僅及於會社。（卽法人）而各社員不與也。破產之際。各破產債權者。得參加破產管財人、所行之訴訟與否。此因破產管財人、爲債權者之代理人。與爲共同債務者之代理人而異。若爲債權者之代理人時。債權者雖不得參加。而以債務者之代理資格爲訴訟時。則可參加之也。

（三）從參加人。因其所補助當事者之勝訴。須有有權利上利害之關係。凡有權利上利害之關係者。皆有爲從參加之權利。惟所謂權利上之利害。果指如何之利害乎。如此問題。究依實體法之規定而判斷之。茲不及詳述。特宜一言者。卽權利上之利害者。非僅財產權上之利害而已。幷包含親族法上之利害。又權利上之利害。僅就私法而言。至於刑事上責任之有無。及其他公法上之權利之利害。或德義上名譽上之利害。則不包含之也。

（第二）從參加之訴訟手續。從參加人。非當事者。故有特別之訴訟手續、及其行爲之

效力、或權限之規定。其要領如左。

(甲) 從參加。須以書面而申請之。申請書中。須開示當事者、及表示訴訟、又一定之利害關係、及所欲附隨之旨之陳述。且當送達於當事者。五六

(乙) 從參加。因訴狀之送達。生權利拘束之效力後。至本案判決之確定前。不問訴訟在如何程度。得隨時獨立而申請之。三五 且可與故障、異議、或上訴、併合而爲之。五六之四

(丙) 許否從參加。非裁判所職權可以調查之事實。故在當事者無異議時。不須審訊參加人、而許其參加也。然當事者就於從參加述異議時。則審訊當事者、及參加人後。可以決定而裁判其許否。但此僅審訊而已。不必開口頭辯論。五七之一 又就於利害關係之存否。雖有爭議。亦不須用證據調、證明其存在。惟疏明其關係可矣。同上之二

對於從參加許否之決定。得爲卽時抗告、故於因其抗告、不許參加之裁判未定間。得假立會其訴訟。一切期日。皆當呼出。又有關係於其訴訟之裁判時。則送達之。同上之三及四

(丁) 從參加、雖可隨時申請。惟不得因此妨訴訟之程度。妨訴訟之程度云者。如在參加以前。已經完結之訴訟行爲。或依決定、中間判決、及一分判決。已經確定之事項。有

所論爭。欲以訴訟之程度。回復參加以前之程度也。故不妨訴訟之程度者。從參加人。有爲第五十四條第一項所揭一切訴訟行爲之權。卽因原告或被告、所存之期間內。有行故障之權利。及對於支拂命令之異議。或上訴之權利也。更詳言之。卽當事者自不爲故障、異議、或上訴。而從參加人得爲之。蓋參加人非代理人。乃代表其附從當事者之利益。卽爲當事者及自己之利益也。故主當事者。有反對之行爲。例如取下參加人所爲之控訴。明言不控訴時。失其效力。不得僅以參加人之意思。爲其利益而續行之也。參照五四之一。民事訴訟法實習第六十三節以下。

從參加人之陳述行爲。與當事者之陳述行爲。有相牴觸時。如民法財產編第三百三十九條、因債權者行使債務者之權利。參加訴訟時。特設例外之規定外。皆以當事者之陳述及行爲爲標準。五四

(戊) 從參加人。僅屬補助。而非當事者。故關於訴訟目的物處分權之行爲。及訴訟上當事者固有之行爲。皆無此權利。例如拋棄請求、或認諾之。又變更訴訟、取下訴訟、及和解等、是也。

(第三) 從參加人僅屬補助。故言渡於當事者之判決。僅判決當事者間之權利關係而

已。對於從參加人無直接之效力。然間接亦可及判決之效力。此際從參加人。對於自己所參加之判決。不得主張爲不當。且脫退其訴訟時。亦不得主張不當。(1)但具第五十五條第二項所定之條件。(2)則得主張當事者之訴訟尚未充分也。[五五]

(1)從參加人。對於訴訟之確定裁判。不拘參加時期之遲速。亦不問自進而爲參加。與因告知而爲參加。更不分事實之確定。與法律之適用。皆不得爲裁判不當之抗辯。蓋從判決之效力。僅及於當事者間之原則。而不及於第三者也。又因當事者訴訟之拙劣至受敗訴判決。從參加人亦不得爲抗辯。但具下舉之條件者。則爲例外。

(2)從參加人不得爲以上二種抗辯。然參加之際。既完結之行爲。參加人不得救濟。或追完時。及因當事者之行爲。例如反對於自白、認諾、拋棄取下、故障、上訴、等積極的行爲。妨依第五十四條所許施用攻擊防禦之方法時。其補助之當事者。得主張爲訴訟未充分尙也。又其行爲爲參加人所不知者。或不得施用者。僅當事者可以施用。而不施用時。(即消極的行爲)則特限於有故意或重過失之理由。亦得爲訴訟不充分之抗辯也。

(第四) 從參加人、得當事者雙方之承諾。得代擔任其訴訟。此際從參加人。應受判決之效力。固無論也。且所代之原告及被告。轉可脫退訴訟。而免其判決之效力。但須申請脫

退。而受脫退判決之言渡。八五

第二款　告知參加及指名參加

(第一)　告知參加者。因訴訟之告知。而參加他人間之訴訟也。訴訟之告知。爲訴訟形式上之行爲。故訴訟告知。非呼出也。亦非訴訟法上、有强制之效力之行爲也。蓋告知者。以受告知之第三者。參加其訴訟。一方之意思表示也。

告知訴訟。非訴訟法上之義務。但遇第六百十條之事情。則有告知之義務。蓋告知訴訟義務之有無。因其有無告知。生權利上之利害。從實體法之所定也。故第六百十條雖示有告知之義務。而不及於因其告知與否、所生之效果也。

(第二)　訴訟之告知。以種種之目的行之。

甲、訴訟之原告或被告、若敗訴時。對於第三者可請求擔保、及賠償。或由第三者可請求之。因欲避此。而告知參加也。

告知之目的。以第三者爲從參加人。而使參加訴訟。又或時使代自己、擔任訴訟。八五

乙、以第三者之名。主張占有物者。而其物之占有者爲被告時。指名第三者。作爲陳述。二六所謂指名參加也。

告知之目的。專在使第三者得引受其訴訟之機會也。

(第三) 關於訴訟告知之必要條件。及其效力。

(甲) 須有利害之關係。與從參加同。蓋告知參加之利益者。有預防後日第三者攻擊之利益。及基於現所繫屬中訴訟之判決。得起訴之利益也。要之他日對於第三者。保有要償之權利。及欲免自己之責任也。

(乙) 訴訟告知。須在權利拘束中爲之。九五

(丙) 訴訟告知之方式。在訴訟所繫屬之裁判所。提出其告知理由。及訴訟程度、所記載之書面而爲之。而其書面須送達於第三者。又在告知者之相手方、須送達其謄本。六〇

受訴之告知者。對於他人有同前之關係時。更得對於其人而爲告知。然爲其告知。不須自己先參加其訴訟。之五九二

(丁) 訴訟告知之效力。非僅及於訴訟上。(即形式上)并及於實體上者也。蓋爲訴訟之告知時。不拘被告知者爲從參加人。而參加其訴訟與否。對其判決。與最初爲從參加者。有同一之效力是也。被告知者。參加訴訟時。即從參加人也。不參加訴訟時。則不拘束於

被告知者。亦得續行其訴訟。一六

(第四) 指名參加者。被告以脫退之目的。爲一種之訴訟告知也。以他人名義占有物者。占有者爲被告時。告知訴訟。於其物之本主之第三者。第三者因此自爲當事者而行訴訟也。

指名參加之必要條件如左。

(甲) 被告以他人名義占有物件。以占有者而受訴時。

(乙) 指名參加之告知。被告在本案之辯論前爲之。

(丙) 指名參加之告知。對於原告及第三者。表示其意思。卽因有指名之第三者。得對於原告拒爲本案辯論也。二六是爲一種妨訴抗辯。而屬於所謂延期之抗辯者。故依第二百七條之規定。別命辯論時。須以他之判決。裁判其當否。

若原告對於被告。因占有者之資格。別有所請求時。則就於本主之訴訟引受。須得原告之承諾。

既定指名參加之期日。則其告知書、呼出狀、須送達於原告及第三者。若此行爲不完全時。則僅生告知參加之效力。

指名參加之告知及第三者之呼出。非絕對的必要條件。故若事實上第三者知其訴訟之提起。自求參加。由被告承諾時。與行告知呼出之手續。有同一之效力。蓋法律定此手續者。乃因第三者不知時。而使知之之方法也。

(丁) 指名參加之效力。

(一) 求呼出指名第三者時。則至第三者自爲陳述。又可爲陳述之期日。被告免答辯之義務。(六一之一)

(二) 第三者爭被告之主張。又不爲陳述。則被告對於第三者。不負責任。有應原告請求之權利。(六一之二)

(戊) 第三者認被告之主張爲正當。由被告承諾第三者之引受時。生當事者之變更。且被告因其申立。得脫退訴訟。(六一之三)然此脫退。惟全免答辯之義務。對於第三者所言渡之判決。與對於被告。亦有同一之效力。且得執行之。(六一之四)

(第五) 原告與引受訴訟第三者間之訴訟。

甲、訴訟之引受者。訴訟之相續也。故不須新提起訴訟。蓋其所指名之第三者。非前被告之代人。而前被告、亦非第三者之代人。

(乙) 就於訴訟物之裁判。對於前被告亦有效力。

(丙) 此判決對於前被告得執行之。(1)

(1)據第五百二十八條之明文。强制執行判決。求之者、及受之者之氏名。須表示於所附記之執行文。然此判決。乃對於指名第三者而言渡者也。又對於前被告付與執行文。法律未有規定。然既有第六十二條之明文。則依此明文表示前被告之氏名。附與執行文。而亦得執行之也。

約言以上之異同如左。

(一)訴訟上之要件。

(甲) 第五十三條之參加。所謂自由的參加。自進而爲參加者也。

(乙) 第五十九條、及第六十二條之訴訟參加。通常因當事者一方之告知而參加者也。

(二) 又其結果。

(甲) 第五十三條、及第五十九條。第三者附隨於當事者。當事者不能脫退。而第三者欲代當事者擔任訴訟時。須得當事者雙方之承諾。

(乙) 指名參加人引受訴訟。僅須被告之承諾。而被告自得脫退訴訟。二六

第三款 主參加

(第一) 主參加與前二節所述從參加異。非第三者參加他人間之訴訟。乃由第三者。對於既繫屬訴訟之當事者雙方、更新提起獨立之訴也。而此訴訟。在本訴訟之原告及被告。與主參加人間。爲必要的共同訴訟。

主參加之制度。本由於意大利及德國之習慣而發達者。法國參加僅有爲自己利益與爲當事者一方利益之別。日本訴訟法、所以設此規定。亦如意德兩國。不外欲省訴訟重複之煩。及避判決之牴觸也。據民事訴訟法第五十一條之規定。主參加者。爲自己。以在他人間已受權利拘束之訴訟、目的物之全部或一分。對於當事者雙方。而請求者也。(1)是爲主參加普通之定義。然日本訴訟法。更有一種之主參加。即第五十一條第二項所規定是也。其文曰、

(1)茲所謂目的物者。與指名參加、即第六十二條所謂物之義不同。非僅指有體物而言。并無形之權利。亦包含之。然其權利。須適當於爲主參加者。詳言之。由與在本訴訟原被告所爭之權利同一之事實原因所發生一定之權利也。例如特許權、專賣權、及版權是。第三者主張因原告及被告之共謀。至損害自己之債權時。亦同。

據右之規定。主參加者。不限於直接請求訴訟目的物之全部或一分。卽僅主張自己之債權生損害者。亦可爲主參加也。然第二項既想像爲詐害他之債權者。原被兩造共謀。假爲訴訟。則雖非直接請求其目的物。而間接亦使其目的物歸於自己之利益也。據右之定義。主參加須先有本訴訟之繫屬。（卽既爲權利拘束時。與從參加同。）主參加、須本訴訟之權利拘束。故因本訴訟有所欠缺。至於却下時。主參加之訴。亦當棄却。

主參加之訴。不必與本訴訟爲同種類者。例如本訴訟雖以證書訴訟而提起者。而主參加之訴。可以通常訴訟而提起之也。

此外區裁判所之訴訟手續。如督促手續、假差押、及假處分等。不得爲主參加。然若進於訴訟開口頭辯論時。得因其所爭之目的。而爲主參加。固無論已。

（第二）關於主參加訴訟上之要件。

（一）主參加之訴。應以獨立之訴而提起之。故主參加之訴。雖在本訴已繫屬上級審時。不問管轄之如何。更可提起於本訴第一審所繫屬之裁判所。

（二）主參加之訴、須在本訴訟之權利拘束間提起之。換言之、卽在權利拘束終結前。

隨時得提起之也。(1)

(1)權利拘束。第一、因判決確定而終結。八四 九 而其判決。包含第二百二十六條所謂一分判決。第二、因訴之取下、八一 九 及和解、而終結。又第九條。有移送之規定。移送判決確定時。則其訴訟。應繫屬於受移送之裁判所。即可視爲權利拘束。故此移送之判決確定後。亦得爲主參加。又判決雖已確定。而以再審繫屬於裁判所時。更得爲主參加。惟再審之訴。被棄却時。則主參加。亦失其効力耳。至於請求之拋棄及認諾。非終結權利拘束。故因拋棄及認諾判決之言渡。尙未確定前。亦可爲主參加也。然對於此種判決上訴之事甚稀。故於此之主參加亦稀。

本訴訟權利拘束終結後。限於前第二十九節第一所述者。不過爲本節第四所謂執行參加而已。

(三) 主參加之訴。須提起於本訴訟第一審所繫屬之裁判所。故雖從一般規定。裁判所無正當之管轄權。或主參加人與本訴之原告間。有合意之管轄。均不受拘束也。

(四) 主參加須以本訴之原被告。爲訴訟上必要之共同被告。主參加若非以本訴訟原被告雙方爲被告。僅以本訴之原告或被告之一方爲相手方。則別爲一種訴訟。

非所謂主參加之訴也。故爲主參加之訴者。必合原被告而爲共同訴訟人。又假定漸次有數人之主參加。則第三主參加人。亦合本訴之原被告、與第一第二主參加人而爲共同被告也。

第五十一條特揭對於當事者雙方之訴。爲主參加之必要條件。故主參加之訴。不以本訴當事者雙方爲被告。則相手方得爲共同必要之抗辯。裁判所亦可以違背方式。却下其訴。所謂共同必要之抗辯。及何時得爲此抗辯。俟述共同訴訟時詳之。

主參加訴訟之送達。及其他之訴訟行爲。不必對本訴訟原被告本人爲之。若有代理人時。直對其代理人送達可也。蓋因第六十五條之明文。併主參加所生之訴訟行爲。包括於法定之委任權限內也。

(第三) 本訴訟、與主參加之關係。

(一) 在主參加之訴確定前。得中止本訴訟。中止者。有據當事者及主參加人之申立。與以職權施行之別。(二五)惟言渡中止之許否。須先就本訴訟與主參加之訴。判斷孰應先決者。而此判斷。常屬裁判官之職權。故主參加之訴。如合於第百二十一條之規定者。則裁判所不可不決定本訴訟之中止。若裁判所認爲不必中止時。則本訴訟仍可

進行也。

申請中止之方法及其決定。規定於第五十二條第二項、第三項。不須辯明。

(二) 若本訴訟未經中止。在主參加判決前。有本訴之判決時。則此判決。得從一般規則而執行之也。

此際主參加人。不能以參加之故。妨止其執行。惟據第五百四十九條。可向執行裁判所。提起異議之訴。而主張其權利而已。

(三) 若中止本訴訟。或雖未中止。而在本訴訟判決前。先判決主參加之訴。則此判決。亦不必顧本訴訟之結局如何。可從一般規則而執行之也。所判決已經確定。雖非爲本訴訟之終局。而當事者可主張主參加判決之效力。又主參加人勝訴時。則基此判決。本訴之被告。可請求本訴之棄却。

(四) 本訴訟與主參加之訴。繫屬於同審級。據第百二十條得命訴之併合。但不因此變更當事者之地位。

(第四) 主參加與執行參加之別。所謂執行參加人者。謂民訴第五百四十九條之第三者。就於强制執行之目的物。主張異議是也。(法律不稱爲參加)主參加與執行參加之差別。非

謂一在判決確定以前行之。一在判決確定之後行之。（假執行之判決。則在判決確定前。亦有爲執行參加者。）乃指其基因與目的不同也。蓋主參加基於訴訟之權利拘束。執行參加基於執行行爲。又主參加就於一物。以對於三個當事者。得合一裁判爲目的。而執行參加。則以執行之妨止及廢止爲目的也。

然其執行之目的物。爲訴訟所爭之物時。殆無前述之區別。例如請求特定物引渡之訴。被告言渡敗訴。而判決尚未確定者。亦可假執行。則爲主參加之訴。與爲執行參加之訴。可隨意選擇也。

第二章　訴訟上之權利關係

關於訴訟主體（即裁判所及當事者。代理人非補佐人。）之事項。第一章已說明矣。故本編論述訴訟各主體間所生之權利關係。

第一節　訴訟上權利關係之成立

（第一）　凡起一種訴訟。即有一種之權利關係。訴訟者。以訴訟全體、爲惟一之權利關係也。蓋訴訟上之權利關係者。如第一編所述。訴訟主體間、權利及義務之關係是也。而此權利關係。依訴訟手續、及訴訟事實。皆與訴訟同時發生。同時發達。同時終結。緒論第三

章『第一』亦已詳述。又所謂訴訟上之權利關係。經豫審本案、强制執行之順序、而進行。亦如緒論第二章所述者也。

(第二) 訴訟所生之權利關係。因訴之提起而成立者也。訴之提起。對於被告。向裁判所請求所主張之一定之權利保護。乃原告一方(片面的)之任意行爲也。但因此行爲。裁判所生裁判之義務。被告生防禦之義務。(即應訴之義務)且訴之提起。原告有得判決之權。然能得本案之判決者。限於提起訴訟。而裁判所及被告。有前述之義務時。又得被告敗訴之判決者。限於請求有理由之時也。

訴訟經前述之順序而進行。必在可爲本案判決之時也。若起訴權能、及訴訟必要條件、有所爭時。則其結局。或至不須本案判決。或在爭點決定前。拒止本案之辯論。故必要條件具備時。始得受本案之裁判。卽因有應訴者。始謂爲本案之訴訟也。

(第三) 本案之辯論。由具備訴之要件。而有應訴者始。若於訴之要件有所爭者。雖爲本案之辯論。而其辯論。亦僅屬解除條件之應訴而已。(1)

(1) 於訴之必要條件有所爭者。不先完結中間之爭。而同時進於本案之辯論者。此際非以有本案辯論之故。必爲本案之判決。蓋若從關於其條件之中間之爭結局。而至

不須爲本案判決者。則所謂本案辯論。殆與未經辯論同。故此本案辯論。究因中間之爭無理時。或基此辯論。而受本案判決而已。所以謂爲繫於解除條件之應訴也。

應訴者。不過陳述對於本案、欲爲辯論之意思也。故訴訟法所謂應訴者。(2)卽指就於本案而辯論也。但本案辯論。或在訴訟上有履行防禦之義務者。或無此義務而爲之者。如具備訴訟要件時。是卽有防禦義務而爲辯論者也。若當事者得拋棄之要件。例如裁判所之管轄違。因合意而生管轄權時。則非必有防禦之義務者也。

(2)應訴之語。法律幷學者間。用例甚少。僅民事訴訟法第百九十八條末項、有以取下之訴。再提起時。被告受前訴訟費用之辨濟前。得拒應訴。而第二百六條第六號。所謂前訴訟費用未濟之抗辯。卽因妨訴之抗辯。而拒本案辯論之義也。則本書所謂應訴。亦解爲本案辯論之義可也。

防禦義務。非僅就請求之全部或一部。爭之而已。卽因認諾、而入本案之辯論。亦包含之。何則、無本案辯論。亦無本案判決也。故防禦之義務。卽爲應訴之義務。對於訴之主旨而辯論也。若夫被告闕席。不爲辯論時。則此義務由闕席之結果。從第二百四十八條所規定。視爲已爭之者。或自白原告事實上之陳述者。而處分之也。

(第四) 應訴之效果。有適法之應訴時。法律上生左之效果。

(甲) 應訴、卽就於本案辯論之後。被告至不能提出可以拋棄之妨訴抗辯(1)之理由。但疏明以前不能提出之事情者。則爲例外。二〇六

被告可以拋棄之妨訴抗辯者。屬於被告處分權內之抗辯也。如第一審裁判所管轄違之抗辯。權利拘束之抗辯。保證欠缺之抗辯。前訴訟費用未淸之抗辯。延期之抗辯等。不問在訴訟如何程度。而不能提出者。當事者得任意拋棄之是也。

(乙) 被告不申立管轄違。而應訴時。與依合意定管轄違者。有同一之效力。二〇三

(丙) 被告有受本案判決之權。故被告應訴後。無被告之承諾。原告不得取下其訴。八一九

(丁) 確定起訴之效力。但未爲本案之辯論。或因訴訟要件之欠缺。後當取消其辯論時。(參照本節第三) 因所謂反及之效力。而起訴之效力。亦歸消滅。又被告闕席之際。若非不能依故障而再爭時。則未確定焉。

(第五) 訴訟上之權利關係。除有判決外。仍從訴之取下或和解而當然解除。

第二節 訴訟之必要條件

(第一) 訴訟必要條件者。謂於成立訴之提起、或爲本案基礎之爭訟事實之行爲。生法

使生法律上效力之必要事項之全體也。蓋民訴、雖未示訴訟上必要條件之定義。惟觀次項所示之要件。自可明瞭。苟此條件不完備時。雖有訴之提起。而裁判官無判決本案之義務。被告亦無應訴之義務也。

(第二) 訴訟之必要條件。有種種之別。

(一) 訴訟之主體。

(甲) 裁判所就於所爭事件、須有管轄權者。卽就其事件、可以實行裁判權者。六二〇

(乙) 當事者之訴訟能力。法律上代理人之授權。又訴訟代理人之委任。須無欠缺者。二〇〇六七

(二) 有左之事情。被告無應訴之義務。卽訴訟之成立。須無左之事情也。

(甲) 同一之當事者間、就同一之事件。既在他裁判所爲訴訟時。有權利拘束之抗辯之理由者。二〇六

(乙) 有訴訟費用保證之欠缺、或再訴之際前訴訟費用未清之抗辯之理由時。六二〇四第六及第一九八

(丙) 被告申立指名參加。得拒本案之辯論。有延期抗辯之理由者。六二

(三) 以上訴訟之必要條件。最屬重要者。此外關於起訴之方式。亦有可謂必要條件者。如左。

(甲) 具備訴狀之條件。二九〇之一・四八五

(乙) 在訴之併合時。而其併合不違法者。四八・二

(丙) 臨辯論而無訴之變更者。一九五・一九六・

裁判所就於訴訟上必要條件。則依於第百十九條、第二百二十七條之規定。就於妨訴抗辯、則基於第二百七條之規定。有判決其條件如何之權。但因判決之結果。有不經本案之辯論而終結者。此種手續。是爲訴訟之第一段落。

(第三) 必要之條件。有絕對的要件。與當事者處分權的要件(即權能的要件)之別。前者必不可缺。常以裁判所職權調查之也。後者爲訴訟主體之處分權所得左右。或可拋棄。不許裁判所之干涉也。惟若何事項。應屬若何種類。訴訟法中。并未明言。蓋就其性質觀之。自可明瞭也。如無第二百六條第一(無訴柠)、第四(訴訟能力又法律上代理之欠缺)之理由者。則爲絕對的要件也。第二(管轄違)、第三(權利拘束)、第五(訴訟費用保證人之欠缺)、第六(前訴訟費用之未清)、第七(延期抗辯)之理由者。則爲當事者處分權之條件也。

(第四) 民事訴訟法。於被告防禦之理由中。特稱一種抗辯。爲妨訴之抗辯者。主張法律所特定之訴訟條件之欠缺。形式上之抗辯。而爲被告對於原告所主張之請求。拒辯論及裁判之防禦方法也。惟提出此抗辯者。民事訴訟法以一定條件爲必要。且認特種之效力。依民訴第二百六條之規定。所稱爲妨訴抗辯者。如左。

(一) 無訴權之抗辯。(1)無訴權之抗辯。意義頗汎。易招世人之疑議。蓋特別訴訟。應屬特別裁判所之管轄。而不屬通常裁判所之管轄。故可在通常裁判所。抗辯無提起特別訴訟之權也。如基於仲裁契約。被告拒應訴時。則非本號所謂無訴權之抗辯。且非妨訴抗辯。蓋此因原被兩造之契約。所發生義務之結果。主張原告無出訴之權者。應屬諸實體上之抗辯。而非基於公益。規定訴訟條件之妨訴抗辯也。(2)

(1)所謂無訴權之抗辯者。以專屬行政權管轄之事件。而出訴於司法裁判所時。則可提出此抗辯也。然如緒論所述。日本屬於行政裁判所管轄之事件。有所制限。故法律上雖不屬此管轄。而學理上可入行政之範圍。不屬民事裁判所之管轄者。皆可爲此抗辯也。但有反對之論者。緒論第四章已詳之。

(2)德國新訴訟法。以仲裁契約之抗辯。認爲一種特別之妨訴抗辯。惟日本訴訟法。

無此規定。固無由認之。然判決例有云。基於仲裁契約之抗辯。本法第二百六條二號所謂無訴權之抗辯也。是殆採德國訴訟法所謂特別之妨訴抗辯之法理耶。

(二) 裁判所管轄違之抗辯。管轄違之抗辯者。謂在通常司法裁判所之管轄範圍內。違反事物、或土地之管轄權限之抗辯也。換言之。卽原告起訴之事件。雖屬通常司法裁判所之管轄。而此裁判所。無事物或土地之管轄權。以此理由。主張原告應在他裁判所起訴。無在此裁判所。受判決之權之抗辯也。

(三) 權利拘束之抗辯。權利拘束之抗辯者。謂以本訴、或反訴、所請求者。既於他裁判所而爲訴訟。現在權利拘束中。被告無更在此裁判所爲答辯之義務之抗辯也。九一五

(四) 訴訟能力之欠缺、(1)或法律上代理之欠缺、之抗辯。(2)此卽第四十三條、至第四十五條、所謂訴訟能力、或法律上代理、有欠缺之抗辯也。如委任訴訟代理之欠缺、乃屬前第二所謂訴訟上必要條件。而非所謂妨訴之抗辯也。

(1)訴訟能力欠缺之抗辯。學者及實務家、皆須注意者。卽當事者能力、與訴訟能力。不可混同是也。此區別、已詳於第一編第二十七節。當事者能力。僅有爲權利主體

能力。訴訟能力。則非僅權利主體之能力。幷有行使民法上權利之能力是也。故所謂妨訴抗辯者。限於訴訟能力有欠缺時。至若當事者能力之欠缺。則不得爲妨訴之抗辯也。當事者能力有欠缺者。本編第一條第二節。所謂以形式的當事者之名義。而提起訴訟是也。所謂形式的。謂當事者非法人。本無權利主體之能力者也。此際雖可以當事者能力之欠缺爲理由。行一種之抗辯。但其提出及裁判之手續不同。判決之效力亦異。不得爲妨訴之抗辯也。學者每有爲無益之論辯者。此當事者能力、與訴訟能力之區別。及實體的當事者、與形式的當事者之區別。所以必要也。

(2)妨訴之抗辯。若由被告提出。則因法律上代理之欠缺。爲妨訴抗辯之理由。法律既有以處之。然實際多由原告對於被告之法律上代理資格、申請異議。例如原告對於幼者、又成年者、送達訴狀。至辯論期日。突有以被告爲幼者、精神病者、及浪費者。而自稱爲其後見人者出廷是也。此際原告及裁判所。就其資格有疑點爭議時。勢不得不爲裁判。若認爲有資格。而用中間判決。則其送達乃對於無能力者爲之。故屬諸無效。當如本編第一章第二節第二款所述却下其訴。反之、認爲無資格者。應歸諸闕席判決。苟此判決錯誤時。代理人實有正當之資格。而本人爲眞無能力

者。則對於闕席判決。無得爲故障之人。於此使以無資格之裁判。論定爲終局判決。則對其判決。一面固爲控訴。一面亦得申立故障。若採反對之說。以此爲中間判決者。則不得爲上訴。而本人亦不得爲故障。是就於法律上闕席判決。不能行救濟之方法也。

(五) 訴訟費用保證欠缺之抗辯。 此抗辯專因外國人爲原告。對日本人。提起訴訟。或外國人爲原告從參加人。(八八)不從民訴第八十七條規定立保證時。所爲抗辯也。(八九〇)

(六) 就於再訴。前訴費用未濟之抗辯。 此抗辯、民訴第百九十八條末項、所謂既取下之訴。再提起時。被告受前訴訟費用之辨濟前。得拒應訴是也。

(七) 延期之抗辯。 延期之抗辯。在民事訴訟法第六十二條所定之指名參加時。因第三者之陳述、或至可爲陳述之期日。而拒本案之辯論是也。又在舊民法債權擔保第二十四條。保證人、不問用檢索之利益與否。及享分別之利益與否。受訴追時。以明示於第二十九條之目的。因使債務者參加訴訟。在基本之答辯前。得從民事訴訟法所定之方式、及條件。以延期抗辯。對抗債權者。是舊民法。此節亦包含於本抗辯中。然新民法刪除該條之規定。故民事訴訟法。所謂延期之抗辯。限於指名參加之時也。

雖然。延期之抗辯。由性質上論之。非包含於妨訴抗辯中。何則、妨訴抗辯者。被告對於原告之請求。拒其辯論及裁判之防禦方法也。故妨訴抗辯。須依其當否。對於原告所提起之訴。而決定被告應訴義務。然至於延期抗辯。則僅爲被告、求本案辯論之延期而已。如德國訴訟法。不以延期之抗辯。認爲妨訴之抗辯。觀德訴第二百四十七條。可以明矣。

以上妨訴抗辯手續上有種種特例。如左。

(甲) 地方裁判所之訴訟手續。被告得基於妨訴抗辯。拒本案之辯論。然被告不拒本案之辯論。而裁判所亦可以其職權。就於妨訴抗辯。不別命辯論。而爲本案之辯論。(七之一三、七九之二)

(乙) 就於妨訴抗辯。別爲辯論時。則須以別種判決、爲之裁判。但其判決、棄却妨訴之抗辯時。其判決關於上訴。視爲終局判決。(二〇七之二)

(丙) 於地方裁判所之訴訟手續。被告可以拋棄之妨訴抗辯。本法採限期之主義。詳言之、被告得拋棄妨訴抗辯之理由、有數種時。在本案之辯論前。須同時提起之。卽限定時期。使不得漸次提出以別求辯論也。故不同時提出。則爾後失提出抗辯之權利。

但疏明在本案之辯論前。不能主張其抗辯時。則亦可主張之也。二〇六之一・三・

妨訴之抗辯。須同時提出者。謂有數種可以拋棄之妨訴抗辯。須使有就一切抗辯。以一之判決而得裁判之便宜而提出之也。蓋法律上定提出妨訴抗辯。在本案之辯論前。與同時之二條件。所以避訴訟手續之繁雜也。若僅以本案之辯論前爲條件。則未入本案辯論之間。得漸次提出妨訴抗辯。至於每一抗辯。每須爲辯論及判決。按法律之精神。可以決其不然也。而同時云者。雖可解釋爲在妨訴抗辯辯論終結以前。然此究屬法文之解釋。則釋爲提出之始。須一切同時。亦未始不可。

區裁判所之訴訟手續。依第三百七十九條之規定。限於裁判所管轄違之抗辯。須在本案辯論前提出之。此外抗辯。雖入本案辯論後。仍可提出。又數個抗辯。亦不須同時提出。卽漸次提出之可也。(1)

(1)在控訴審、及上告審。非當事者得爲拋棄者。且疏明非其過失。在第一審不能提出者。則不許提出妨訴抗辯。而疏明之後。亦不得基於妨訴抗辯。拒本案之辯論者也。四一四・四五 四之第六・

又就於反訴。除訴訟費用保證欠缺之抗辯外。參觀本編第四章第一節得適用前述之規定。

又依妨訴抗辯之效力而觀察時。

(一) 免除被告本案辯論之義務。故被告於相當時機。提出妨訴抗辯。申請別開辯論時。則裁判所就其抗辯。得別命爲辯論。且須別爲判決。否則生上訴之理由。然裁判所既別命辯論後。更依第百二十三條之規定。亦得取消其命令。故亦非無就於抗辯。不爲判決。而命行本案之辯論者。

(二) 提出一之抗辯。歸於無效。且失他種提出抗辯之時機時。則失提出抗辯之權利。因此亦失拒應訴之權利。

(三) 妨訴抗辯有理由時。不爲本案之裁判。而可棄却其訴。

(四) 棄却妨訴抗辯之判決。雖屬中間判決。而關於上訴。則視爲一種終局判決。故依通常上訴之方法。對此判決。開上訴之途。然裁判所不拘被告之上訴。因原告有申立時。有命爲本案辯論之權。(二七〇)蓋就通常言之。棄却抗辯之判決確定後。因當事者之申立。更定本案辯論期日、而呼出當事者也。卽裁判所以職權指定期日、而呼出之也。

(1)

(1)言渡棄却妨訴抗辯之判決後。或在上訴中。(卽判決確定前)由當事者有本案辯論之申

立時。裁判所審查其上訴。出於遲延訴訟之目的與否。或其上訴。有正當理由與否。若其目的。在於遲延訴訟。或全無理由。則不拘上訴。得命爲本案之辯論。此際妨訴抗辯之上訴。繫屬於上級裁判所。本案之訴。繫屬於下級裁判所。而第二百七條第二項之明文。僅有就於本案得命爲辯論。不及於可爲判決與否。故第一裁判所。命本案辯論時。可爲判決與否。實滋疑問。然依第二百三十三條之規定。在辯論終結之期日、或七日內、須言渡判決。故可斷定極遲在此期間內。當爲判決也。惟既爲本案判決。而至後日棄却妨訴抗辯之判決、被廢棄時。遂生第二之疑問。此固不得從法律之明文而決者。然第二百七條第二項之規定。乃以防訴訟之遲延。故與第二百二十八條同。屬暗默的消滅條件也。卽令本案判決形式上有確定力。要可論定其與棄却妨訴抗辯判決廢棄之判決。同時消滅也。（本案判決之執行、依第五百二訴訟事件之說。）在此德國學者間。非無反對之說。謂在妨訴抗辯之判決確定前。不得爲本案判決。試比若氏日本訴訟法之草案。採此主義。揭其明文。惟法文則削除之。

（五）因妨訴抗辯、以事物之管轄違。（卽屬於區裁判所之管轄）而却下訴訟時。由原告之申立。同時以判決移送其訴於所指定之區裁判所。但所判決確定時。則其訴亦繫屬於所指定

之區裁判所。(九)(2)

(2)在地方裁判所。以屬於區裁判所之事物管轄爲理由。提出妨訴抗辯。則棄却之。或與其裁判同爲本案之判決。對此判決。不得申立不服。(參照本編第一節第一項)

(第五) 妨訴抗辯。有永免應訴之義務。與一時免除之別。如無訴權之抗辯。則屬於前者。關於訴訟費用之抗辯、及延期之抗辯。則屬於後者。

(第六) 妨訴之抗辯。僅限於第二百六條所列舉耶。抑并及此外妨訴之抗辯耶。此在德國學者間。頗有異論。或謂妨訴之抗辯。非僅本條所列舉者。如不可起訴。而有棄却之理由。及證書訴訟要件之欠缺、訴訟代理委任之欠缺。凡在本案辯論前。均可爲一種抗辯而提出之。推其結果。是凡訴可棄却者。皆可爲妨訴之抗辯也。日本雖有從此說者。余不贊同焉。蓋前揭之抗辯。論其性質。雖類似於妨訴抗辯。而訴訟法所謂妨訴之抗辯。乃限於第二百六條所列舉者。卽依法律以在本案之辯論前、同時提出爲必要也。又別可爲辯論判決之抗辯。亦限於第二百六條所揭者。其他之抗辯。則不得適用此規定。卽非法律所謂妨訴之抗辯也。但從他之法律。有別段規定者。則爲例外。

第三節 起訴之效力權利拘束

(第一) 訴之提起。創立訴訟上之權利關係者也。就於實體的一定之權利關係、對於被告、向裁判所、請求保護權利之任意行爲也。訴之提起。有爲訴訟手續最初之行爲者。又有爲訴訟手續中之行爲者。訴訟中訴之提起。在訴之變更、或反訴時行之。二一二。故起訴之方式。亦有不同。如左。

(一) 訴狀之提出。在地方裁判所。訴之提起。以訴狀呈裁判所而爲之。○一九在區裁判所得以訴狀或口頭爲之。三四七凡通常之訴訟。皆從此行爲始。惟未生權利拘束之效力。蓋權利拘束之效力。因訴狀之送達而發生者也。一九(1)

(1)德國訴訟法、訴之提起。因訴狀之送達爲之。故權利拘束之效力。亦同時發生。日本訴訟法。訴之提起。與權利拘束之發生。時期不同。故有此別。

(二) 口頭之申立。以口頭提起訴訟。同時生權利拘束之效力者。如左。

(甲) 辯論中口頭之申立。口頭辯論中以口頭得提起訴訟者。如左。

(子) 提起反訴者。依第二百一條第一項反訴以答辯書、或特別書面、或口頭辯論中。在相手方之面前。以口頭爲之。

(丑) 訴狀、及其他準備書面。所未主張之請求。在口頭辯論、而始行主張者。二一

(乙) 依當事者雙方之申立。開始訴訟爲辯論者。如左。

(子) 區裁判所。因和解不諧。有當事者之申立。爲辯論者。以口頭之演述爲之。一三八

(丑) 在區裁判所之普通裁判期日。無先指定期日。當事者雙方。得任意出頭於裁判所。三七八

如右以口頭所提起訴訟。則訴訟用印紙。貼用於筆記其申立之調書。印紙法第一條

以上(一)之方式及(二)之(甲)。地方裁判所及區裁判所。均可通用。(二)之(乙)則僅區裁判所之訴訟可適用之也。

(第二) 訴之提起之效力　起訴效力。分實體上之效力。與形式上之效力二種。

(一)實體上之效力。因通常起訴。與口頭起訴而異。

(甲)通常起訴。不生實體上之效力。舊民法。因訴之提起。對於相手方。生如時效中斷并使債務者負遲滯責任等實體上之效力。舊民證第百九條。第百十三條。同財第三百三十六條。第三百九十六條。然新民法。認請求爲時效中斷之一事由。且此請求。包含裁判上及裁判外之請求。非如舊民法用爲請求於裁判所之文字。故此請求。須能解釋於裁判上相手方。所爲之請求。即訴狀之送達又新民法就於意思表示。僅認對於相手方而爲之者。故通常起訴

之行爲。對於相手方。不生直接之效力。

(乙)口頭之起訴者。生實體上之效力。但其效力如何。當就實體法研究之。(1)

(二)形式上之效力　形式上之效力。亦可區別通常起訴。與口頭起訴二種。

(甲)通常起訴。直接之效果。卽裁判官定口頭辯論之期日。以訴狀(第三百七十四條以口頭起訴時。則裁判所書記作之調書)送達於被告。且生催告被告呈遞答辯書之義務。但在區裁判所。不須此催告。(一九三之一・三七五之二)此外對於訴訟相手方。毫不生效力。若夫訴狀送達之效果。卽爲起訴間接之效果。乃生權利拘束者也。

(乙)口頭起訴。專生權利拘束之效力。而效力如何。俟次項詳之。

(1)德國訴訟法第二百三十五條。(新法第二百六十三條)訴之提起。因訴狀之送達。同時生權利拘束之效力。故對於相手方直接生實體上及形式上之效力。惟據日本民訴第百九十條訴之提起。以訴狀呈遞於裁判所而爲之。是原告呈遞訴狀於裁判所。而被告有未知起訴者。故對於不知起訴之相手方。所以不生實體上及形式上之效力者。固解釋現行法文不得不然者也。

權利拘束者。因訴狀(第三百七十四條口頭起訴時。則裁判書記所作之調書　三七四・一三五・三七五之一)之送達。而生一種效力。

之法律上狀態也。據民訴第百九十五條之規定。生左之效力。

(一) 得爲權利拘束之抗辯。卽同一訴。對於同一被告。既繫屬於他之裁判所。故抗辯無再答辨之義務也。(一九五之一)

權利拘束之抗辯。與既判決之抗辯同。得對其訴訟當事者、及相續人而爲之。不及於他人。惟得爲此抗辯。須訴訟物之同一。蓋訴訟物之同一與否。從其訴訟之本據實體法之規定、而爲判斷也。然實體法上權利。因種種之訴訟行爲。(卽履行請求之訴・確定之訴・證書訴訟・支拂命令之送達・假差押之申立等・)得請求訴訟目的物。故權利拘束之抗辯。果在於非以同種類訴訟手續時。不得爲之耶。抑其訴訟手續相異時。亦可以爲之耶。此一問題也。

(甲) 先因履行請求之訴。而繫屬一之訴訟。依此裁判。就於成立、或不成立、所確定之權利關係。別起積極、或消極確定之訴時。卽生權利拘束抗辯之理由。但權利關係之存否。較履行請求之訴。爲先決問題。應行判決之事項。故其訴爲從第二百十一條之規定、所申立確定之訴。固不生權利拘束抗辯之理由。

(乙) 因權利關係、成立確定之訴。而繫屬一之訴訟。在他裁判所。復爲同一關係不成立確定之訴時。則可爲權利拘束抗辯之理由。然對於由同一之權利關係、所生

履行請求之訴。則不得爲權利抗辯之理由。且履行之訴。在確定之訴訟中。由訴之擴張。（一九六之二）可以提起。而又不禁以別種訴訟而提起者也。惟提起別種之訴。應從第百二十一條。裁判所至他之訴訟完結前。得中止辯論而已。

（丙）權利關係不成立確定之訴。已繫屬時。則對於權利關係成立確定之訴。有抗辯之理由。然對於被告請求履行之訴。則不得爲權利拘束之抗辯。被告因確定之訴。得爲履行請求之反訴。然不須盡以反訴爲之。於確定之訴。僅主張權利關係之存在。其履行之請求。則固得留保別種訴訟之權也。但在成立確定之訴終結前。欲起別種訴訟。裁判所依第百二十一條。應命辯論之中止。

（丁）提起證書訴訟。關於權利拘束之抗辯。與提起通常訴訟同。故先起通常訴訟後起證書訴訟時。或爲此反對時。則皆得爲權利拘束之抗辯。

（戊）送達支拂命令。關於權利拘束之抗辯。同於依通常訴訟手續所提起之履行之訴。其特異於督促手續者。卽由第三百九十一條第三百九十四條規定。其訴應屬地方裁判所之管轄時。不得依督促手續所生權利拘束之抗辯。以爲對抗是也。

（己）就於假差押及假處分。則權利拘束。不生抗辯之效力。

(二) 確定管轄裁判所。卽受訴裁判所之管轄。因訴訟物價額之增減、住所之變更。及其他所定管轄情況之變更。而無所變動。（參照本編第一章第一節第四款）因請求一部之拋棄、或起訴後之一部辨濟、減少請求額時。亦同。

(三) 原告無變更訴之原因之權利。但被告無異議時。則爲例外。卽無被告之承諾。不許有變更訴訟目的物之權利。蓋此制限。無關於權利保護之請求。而關於應受其保護之權利關係也。故由確定之訴。變爲求履行判決之訴。或就於履行請求之訴。爲確定之訴。及其他不須被告之承諾。而得爲之事項。如補充事實上或法律上之申述、及更正本案、附帶請求、訴之申立之擴張、幷減縮。及因目的物之滅盡、或變更。變爲賠償之請求。皆不須被告之承諾。當然得爲之也。（一九六）

如右所述。爲訴之原因之權利關係。不可變更。乃一必要條件。然若有變更時。而被告就其變更不述異議。對其所變更之訴。而爲辯論。卽視爲已承諾者也。（一九五之第三）

訴之原因有變更與否。最屬困難之問題。故分爲有變更者與無變更者說明如左。

(甲) 訴之原因有變更者。 訴之原因。與第百九十條第二所謂請求之原因同。而請求之原因。不得變更者。謂除訴狀中、請求一定之原因、所揭之權利關係、或確定

之訴、之目的物外。不得爲請求之基礎也、故變更權利關係、及目的物者。是皆變更訴之原因也。

又不問如何之權利關係。因法律上爲別異之訴。有變更訴之原因者。卽在再審之訴。變取消之訴、而爲原狀回復之訴。是亦變更訴之原因者也。(四七之第二五)又夫婦同居之訴、離婚之訴、不成立之訴、無效之訴。亦不得由其中之一。自爲變更也。

反之、在物權之訴。變更其物權取得之原因。則非變更訴之原因。但此於德國學者間。頗有異論耳。又變積極的確定之訴、而爲履行之訴。亦非變更訴之原因也。

變更訴之原因。非絕對的禁止也。苟被告在一定之時期。不述異議。則可變更之。此法文所明記也。(一九五之第三)蓋無異議而爲口頭辯論時。視爲被告承諾其變更者也。

原告變更訴之原因。雖無此權利。而被告在第一審。對於變更訴之原因。則有承認之權利。又有述異議之權利。然此權利。若非在口頭辯論前而行使者。則無效力。故其所變更之原因。既開始辯論。則就於最初之原因。不得爲爭論也。

被告闕席時。不得變更訴之原因。自不待言。

(乙) 訴之原因不變更者。第百九十六條規定事情之變更。非原因之變更。故雖

有變更。被告亦不得述異議。

(一) 補充或更正事實之申述。(一九六之一第)

事實上之補充者。謂就書面所揭事實之關係。而增補詳述之也。例如物權之訴。申述開示於訴狀外、取得之原因。而主張之者。又如貸金之訴、主張債務之認諾。又私生子養料請求之訴、申述私通之時期。又主張其父已認知者。或主張已認諾養料義務者是也。更正者。非僅就書類計算、及其他類此之誤謬、而爲訂正也。幷包含變更事實上之陳述。未至變更訴之原因者也。例如物權之訴。變更取得之原因。又契約之訴。變更結約之日期(非變更契約之關係者)是也。此外如起貸金之訴。至辯論時。非純然之貸金。幷主張被告不當之利得。又以貸金證書爲訴之原因者。而說明因他之原由。以損害之賠償金爲貸金證書者。皆非所謂變更訴之原因也。(德國有判例)

(二) 補充或更正法律上之申述。(同上)

法律上之申述者。謂就訴訟論據之法則、及其論旨。而補充、或變更、訂正之也。

(三) 就於本案、或附帶請求。擴張訴之申立。(一九六之二第)

是亦非變更訴之原因。僅擴張其請求之申立而已。而申立之擴張。例如基於同一義務

之原因起訴後。期限已到之金額。或由同一原因所生新之賠償。及其他利子、果實、附加物等。爲增加之申立是也。蓋申立之擴張。非僅追加所新生之物。幷得增加最初之請求也。例如訴狀中請求千圓。而訴訟中增加其請求額、爲二千圓是也。

(四) 就於本案、或附帶請求、減縮訴之申立。(同上)因拋棄本案、或附帶請求之一部。及取下其一部而生者也。而拋棄之效力。從第二百二十九條之規定。又取下之時期及其效力、從第百九十八條之規定。故第百九十六條第一項、雖有被告不得述異議之規定。而在被告開始口頭辯論後。若無被告之承諾。亦不得取下訴之一部也。故若在被告辯論後。原告因一部之取下。減縮訴之申立時。被告不肯諾之。得請求判決其所取下之一部焉。又因於訴之減縮。不變動既有之管轄權。

(五) 因最初所求之物滅盡、或變更時。得求賠償。(一九六之第三)因被告過失。而請求之物。滅盡或變動時。則變更請求之目的物。而爲賠償金額也。至於如何之事情。得求賠償。應從實體法之規定。茲不詳述。

依右法文、似僅限於請求賠償者。惟或時有因最初目的物之滅盡、或變更。而請求他之目的物者。例如二者擇一之義務時。因前此請求目的物之滅盡。而請求他之一物。亦不

得謂變動訴之原因之權利、關係也。

以上訴之原因有變動與否。若有爭議。裁判所須從第二百二十七條爲之裁判。而對於不變更原因之裁判。則不許申立不服。一九七 在控訴審。不許承諾訴之變更。四四一六 若許之。是控訴審可裁判未經第一審之事件也。三九六

(第二) 權利拘束之始期及終期。有不同者如左。

(一) 權利拘束之始期。訴訟物之權利拘束。由訴狀之送達始。是爲本則。一九五 然在區裁判所。當事者任意出廷而爲辯論時。三七八 及因和解不調。直爲訴訟而辯論時。三八一 則由訴之提起。爲口頭演述之時始。又訴訟進行中。始生請求之權利拘束。則由口頭辯論其請求、而主張之時始。二一二 又督促手續。權利拘束之效力。由支拂命令送達於債務者始。三八七 其他除獨立之訴之反訴外。以通常抗辯方法、利用請求。則就其請求。不生權利拘束之效力。如相殺之抗辯、是也。

(二) 權利拘束之終期。權利拘束。由確定判決、訴之取下、及和解終結。若訴未取下、僅有熄訴之合意。則未終結其訴訟。卽非取下其訴。權利拘束之效力。尙不消滅也。此

外因訴訟手續之中斷、中止、及休止。不消滅權利拘束之效力。固勿論已。權利拘束之效力。因確定判決而終了者也。然因判決之確定。既歸消滅之效力。若依再審之訴。則自可再生。又由送達支拂命令所生之權利拘束。不因債務者申立異議而消滅。(三八九之一)其因異議、爲區裁判所之訴訟時。則依和解、取下、判決、而消滅。若其訴屬於地方裁判所之管轄。債權者於異議通知書送達後。二個月之期間內。不爲起訴之手續時。則因期間之滿了而消滅。(三九一之二)又判決中。脫漏請求之權利拘束之效力。由經過申立追加裁判之期日。或却下其申立時。而歸於消滅。(二四)

第四節 權利保護之請求

(第一) 凡訴訟者。爲私法上權利、請求國家之保護。緒論第一章『第六』已詳述矣。而其保護之請求。有由自己主張實體的權利者。又有反對他人主張實體的權利者。前者卽積極的權利保護之請求。後者卽消極的保護之請求。

(二) 積極的保護之請求。有二要素。卽應保護之權利。與有應受保護利益之權利是也。

消極的保護之請求。僅有應受保護之利益者。而無保護之權利。何則、原告（即請求者）非請求其固有之權利。僅欲取消他人之主張也。如所謂消極的確定之訴是。

（二）保護之請求。從保護之目的、及目的物之關係。又從保護標準之規則。有數種之別如左。

（甲）履行之請求、或執行之請求。即請求須相手方履行之權利保護也。

（乙）積極的、或消極的確定之請求。即僅以確定必要之權利。及定原告之地位爲目的。不須履行者也。

日本民事訴訟法第二百十一條。僅規定訴訟進行中。所爭權利關係之成立、或不成立、確定之訴。無如德國訴訟法第二百三十一條。關於獨立的確定之訴之規定。但非出於不起訴之趣意。觀第十八條、有契約之成立或不成立確定（中署）之訴。則提起於應履行義務之地之裁判所。可以明矣。

（丙）假差押及假處分之請求。不過有被損害之慮。保全權利之處分也。

（第二）履行或執行之請求。須以相手方履行權利爲目的物。即可以請求者。須實體權利之存在也。

(二) 履行之訴。有未得辨濟之權利。而因此須裁判時。得提起之。但其訴訟之方法不一。曰通常訴訟。曰簡易訴訟。(即證書訴訟及爲替訴訟)曰婚姻緣組訴訟、是也。

(三) 執行之請求。即請求直接關於執行之權利。又以訴、而請求執行文、是也。

(甲) 執行判決之請求、他國主權之效力。無實行於日本主權之下之力。故外國裁判所之判決。若在本國裁判所。非以執行判決。言渡適法者。則不得執行之。此所以用訴而求執行判決也。(四五一)

仲裁判斷。非國權之裁判。故仲裁判斷之强制執行。亦與前項同。而求執行判決。(三八〇)

(乙) 執行文之請求。即請求判決確定、或假執行所宣言之判決之執行文。(八五一)又就於第五百五十九條諸件、請求執行文是也。(〇五六)

(第三) 確定之訴。即非求履行。而僅求確定契約之成立(積極的)及不成立(消極的)也。

獨立的確定之訴。如本節第一所述。依第十八條之明文。既可爲獨立的確定之訴。則就於此訴無所制限耶。又其起訴。亦不須具備條件耶。

據德國訴訟法、第二百三十一條。因起同條確定之訴。則以原告速確定之。而有權利上之利益時。爲一條件。又索遜國民法、(第百四十七條)則增『有現在之權利上利益而不得以他

之方法確定時」爲條件。如此條件。待法律之明文而始生耶。抑不然耶。是宜研究之問題也。

今先就確定之訴。研究有無限制。若既許此種之訴時。常無他法律之明文矣。似毫無制限也。故關於契約之成立或不成立。就於一切法律上之關係。（卽人與人之關係。物與物之關係。私法上一切之關係。）得行起訴也。

次就於條件。雖無法律之明文。而法理上具備左之條件。自屬必要也。

（一）其權利關係。存於原告及被告間。

（二）原告確定其關係。有權利上之利益。

第一之條件。不須說明。

第二之條件。法理上不得不然者。蓋古來法律格言。所謂無利益。亦無訴權也。然則既有權利上利益。則依他之訴訟。可以確定時。更可提起確定之訴乎。例如權利關係。既可請求履行時。可僅提起確定之訴與否。就此疑問。余之意見。與德國之判例同。謂不得起確定之訴也。蓋以一之訴可以結局之事件。若起二個之訴。非訴訟法之本旨也。如上所述確定之訴。有權利上之利益者。未爲履行請求之訴時。而可提起之也。然無必

要時。例如債務者雖無所爭。而以後日有紛繁之慮。欲以未至期限之貸借關係。由裁判而確定者。固不可許。然則卽債務者無所爭時。絕對不得起確定之訴耶。是未必然也。例如債權之讓渡、或爲代位辨濟。因保後日不生爭議。若非由裁判先確定債權之成立。則有不讓受之。及不爲代位辨濟者。而債權者。則有具此條件。爲讓與、及爲代位辨濟之必要時是也。

(甲) 大審院判決要旨曰、雖可爲直接履行、或損害賠償之訴者、苟提起確定之訴有利益時。則可許之。(三十三年二月二十二日判決)

(乙) 『同上』如親子關係。請求身分確定之訴。爲法律關係之確定訴訟。非單純事實之確定訴訟。故無特別之規定。亦可許之。(同年四月十七日判決)

(丙) 『同上』確認之訴。雖起訴者得爲給付請求。而僅以當事者間之權利關係、卽時確定。有法律上之利益。且因此不須更爲給付請求時。則許提起之。(三十三年十月二十六日判決)

(丁) 『同上』確認之訴。僅於以卽時確定權利關係。而得達訴訟目的時。雖可提起。而苟不過爲準備給付之訴者。則不可許之。(三十三年十一月七日判決)

(第四) 關於證據確定之訴。 民訴第十八條之明文。僅有契約之成立、不成立之確定。

非如德國訴訟法第二百三十一條、并及證書之承認。與眞否確定之事。故日本訴訟法。遇此等事件。不許爲獨立之訴也。蓋所以論爭證書之認否、及眞否者。乃欲證明契約之成立、及不成立也。故契約之成否。既許確定之訴。則爲證據之證書。其認否與眞否。依此訴權。自可確定也。日本訴訟法。限於證書爲公正證書。或已經檢眞之私署證書。由相手方主張爲僞造及變造。有確定眞否之必要時。許從第三百五十條。以中間判決。申請確定證書之眞否也。(1)

(1)日本訴訟法。承認證書、或確定眞否。不許爲獨立訴訟者。蓋因第三百五十二條、已定所謂檢眞之手續也。

德國訴訟法。無檢眞之規定。而日本所以有此規定者。因民法證據編第二十條云。檢眞手續。依民事訴訟法定之。斯時立法者。誤信必須有此規定。因倣法國所謂檢眞之例。而編入日本證書之規定中也。夫法國檢眞之規定。爲特別訴訟手續。非僅中間判決之手續而已。在未起本訴時。亦可獨立爲此申請者。日本訴訟法。僅視爲證據調方法。而採用之。則設此規定。實未適宜。既破訴訟法本體之主義。而實際復生種種疑問。學者及實務家。均感困難。此俟述證據調時詳論之。

第五節 裁判官對於當事者之關係

(第一) 裁判官對於當事者之關係。民事訴訟法中。有二種主義。各異其性質。一、以保護私法的權利關係之利益爲主。一、以關於因保護此權利所制定裁判事務之國家利益、卽公法的關係之利益爲主。是也。第一之主義。稱爲處分權主義。或口頭辯論主義。第二之主義。稱爲職權主義。

第一主義。專行於民事訴訟法。第二主義。用於刑事訴訟法。是卽民刑二法。異其主義也。而其主義所以相異者。如左。

刑事訴訟。訴追之目的。無關於私人之意思。蓋訴追之目的。專在國家之利益。卽公益也。然民事訴訟。亦有稍類似於刑事訴訟者。如婚姻事件、及禁治產事件之訴訟是也。此等事件。從訴訟目的之婚姻、及人之自由、能維持與否。國家有直接之關係。則以訴追之爲有利益者也。

然國家無直接之利益時。換言之、卽以私法上之利益、爲訴訟之目的者。則國家以其利益之訴追。放任當事者一人之意思。僅因達其目的。規定可爲標準之手續。而此規定。或屬强制的。或屬任意的。

民事訴訟法。法律上之性質。規定當事者相互之關係。及當事者與裁判官之關係也。民事訴訟。僅屬私法上之關係。故判事及當事者之動作。與刑事訴訟、用干涉主義不同。故在民事訴訟。提起訴訟而續行之。屬於法律上當事者之處分權內。選擇如何之方法。及提起如何之材料。而受裁判。悉屬當事者之自由。

故民事訴訟。非如刑事、有法律上必須起訴之義務。

以上當事者。依處分權主義、卽國權不干涉之主義。凡裁判官之行爲。審查當事者所選用之方法。法律上許可與否。及證據之輕重如何。幷訴訟材料法律上之理由如何等。其範圍有制限焉。

(第二) 處分權主義者。就於訴訟物、認許當事者有主宰權之主義也。日本民事訴訟法。當事者就於左之事項。有主宰之權。

(天) 提起訴訟。及續行其訴訟與否。有處分權。卽裁判官不依職權。而行訴訟之原則是也。

日本民事訴訟法。以第百九十條訴之提起。第百八十五條、訴訟手續之中止。第百九十八條、訴之取下。第二百二十九條、拋棄認諾。作第百七十條、及第百七十一條、期間

之伸縮。期日之變更等。規定許當事者與訴訟相終始。進退之。續行之。中止之。或廢止期日、伸縮期間等、主宰權。以此在形式上、停止裁判官之訴訟指揮權。（即停止訴訟之進行的職權）是卽以當事者處分權爲主也。職權的進行。依民訴第九條以下第百十八條至百二十四條（訴訟指揮職權）就於裁判所應有之行爲。俟及後數節講述之。

基於當事者處分權主義。所謂主宰權。有行於訴訟行爲者。有行於實體上權利義務者。今分拆之如左。

當事者之處分權。有廣狹之別。卽在民事訴訟法。當事者之意思。以拘束裁判官爲主義之原則也。換言之、對於相手方、幷裁判官、發生法律上之效力之當事者行爲、不行爲之權利。所謂廣義處分權也。而關於其有爭請求之當事者處分權。所謂狹義處分權也。

此自由處分權。與訴訟主體之裁判官、及其認定、全不相關。而此權利所及之效力。如左。

一、訴訟行爲。

二、爲請求基因必要之事實。

三、請求。

此當事者之意向。可由法律上成語分別之。

(甲) 拋棄。卽訴訟上之行爲。或關於請求之權利。暗默及明示之自棄。或依各種訴訟之程度。或關於請求。不使履行他之當行之義務者。

(乙) 認諾。卽相手方之請求。法律上及事實上存在之陳述。

(丙) 自白。卽請求之原因。本屬必要須證明之事實。不待證明。而默認或明示爲眞實之陳述。

右之處分權。於裁判官一切執行訴訟上之行爲。及調查訴訟上必要條件之職權。無影響。蓋此等事項。當事者無拋棄、自白、認諾之權也。如此制限。乃例外之規則。例如不變期間。專屬裁判管轄行爲之時期。關於呼出之强制等。均可適用。故得法律上效力所不缺之訴訟行爲。不得拋棄之。又當事者重要的訴訟行爲之不執行。例如不變期間之懈怠、不得宥恕者。又裁判所有專屬時、選擇管轄違之裁判。亦不得宥恕者。則不可以裁判官職權。許容不適法之訴訟行爲也。特如人事訴訟事件卽婚姻事件、養子緣組事件、親子關係事件、相續人廢除事件、及隱居事件。其訴訟行爲幷自白。皆以例外規則爲本則。蓋

依此等訴訟手續爲請求與否。關係國家之利害甚大。故裁判官職權上。不可不注意焉。（人訴第十條第十一條第二項第二十六條第三十九條第二項）

右人事訴訟手續法。不制限當事者之處分權。換言之。卽不因此制限訴訟行爲也。又通常訴訟。不須以裁判官之職權正當保持者。則可以處分權主義。而支配訴訟。茲舉其重要者如左。

甲 拋棄、

拋棄者。有請求之拋棄。訴訟行爲之拋棄二種。但訴訟行爲之拋棄。又有爲請求之拋棄者。卽其訴訟行爲。直接爲請求之追行是也。關於拋棄特別之規定。有六。

（一） 人證、及證書之拋棄。（三二〇、三二五、）但人證之拋棄。在證人訊問開始後。若非得相手方之承諾。則無效力。又證書若非得相手方之承諾。則不得拋棄。

（二） 控訴、或上告、之拋棄。日本訴訟法。雖非如德國訴訟法第四百七十五條、及第五百二十九條。有明文規定。惟旣認處分權主義。則爲有效。固不待論。且其趣意之一端。依次項之反對推及。可以明矣。

（三） 控訴、上告、之拋棄。據第四百五條、及第四百四十二條之規定。爲附帶上訴

時。失其效力。

(四) 債權取立權之拋棄。但此拋棄、不生拋棄債權之效力。(二六一)

(五) 據第二百二十九條。關於請求明示之拋棄。限於口頭辯論之際。所爲之陳述。由被告申立、對於原告。以判決而言渡却下也。

(六) 關於請求暗默之拋棄。因不爲訴訟行爲。至却下之判決確定時。例如口頭辯論期日。原告不出廷。又對於闕席判決。不爲故障。是卽暗默拋棄請求也。

第二百二十九條。非僅受訴裁判官(例如合議裁判所)可以適用。卽爲計算事件之準備手續。其受命判事。亦可適用。惟受託判事。不包含之。何則、受託判事。僅爲各個訴訟行爲證據調。而受命判事。則幷委任確定訴訟。卽請求之確定也。但受命判事。不能爲之判決。以判決常屬於受訴裁判所也。

乙 認諾、

民事訴訟法第二百二十九條云。口頭辯論之際。原告拋棄其訴之請求。或被告認諾時。裁判所因申立。基於拋棄及認諾。當以判決、而爲却下及敗訴之言渡。據右之規定。以拋棄與認諾。屬於同一。是決不然也。就於認諾。有特須注意者。

(二) 認諾者。對於相手方(本人或代理人)訴訟中。在裁判官前。陳述相手方所請求。(不必眞實存在者)事實上及法律上爲成立也。故認諾必具左之條項。

(甲) 對於以訴及反訴所主張之請求者。

(乙) 屬於其請求之全部或一部者。

(丙) 認諾由口頭辯論爲之。故如準備書面之認諾。後在法廷仍不妨爭論。

(丁) 認諾不須明示。

(戊) 認諾判決時。則可由相手方申立敗訴之言渡。(九二)

(三) 認諾、法律上之效果。須注意者如左。

右(甲)(乙)二號。若其請求。雖牴觸法律所禁止者。而其認諾。對於裁判官。仍爲有效耶。第二百二十九條之意義。所謂裁判上之認諾。雖爲訴訟法上之處理。然與民法上之效力。決無差異之理。蓋裁判官對於請求爲眞實與否。或法律上能成立與否。悉依訴訟相手方事實上之演述。除知其請求、基於不法又不正之原因外。不得審糾之也。然法律上本屬無效力之事實。亦不能以當事者之訴訟行爲。認爲有效力焉。故關於此。得區別如左。

(甲) 請求之外部現象詳言之即提出於裁判所之事實狀態關於不法或不正之原因依法律之規定應行處分無可疑者則裁判官對其申立須以敗訴之言渡而却下之

(乙) 此外不問民法上有可攻擊之瑕疵否裁判官從第二百二十九條之規定應受拘束

(丙) 在準備(受命)判事前所爲之認諾與在受訴判事前之認諾有同一之結果

(丁) 認諾判決之申立不問相手方在口頭辯論時爲之與在續行辯論時爲之若既有申立者則從口頭辯論惟一之原則均無所異又雖無申立(1)而認諾其請求亦可爲判斷之標準(2)

(1)大審院判決要旨曰被告雖認諾原告之請求而不基其認諾求敗訴之言渡者則無判決之必要(二十八年十月八日判決)

(2)據民事訴訟法第二百二十九條請求之拋棄或認諾時裁判所因申立基於其拋棄或認諾須以判決爲却下及敗訴之言渡(德國訴訟法第二百七十七條第二百七十八條之規定亦同)故或謂若無當事者之申立則裁判所可不爲判決此在德國學者均屬一致而日本法解者亦多從此說雖然余不能無疑者此際實體上之權利關係固無所爭而因提

起訴訟、繫屬訴訟上之權利關係。當如何終結耶。夫普通訴訟終結之原因。爲確定判決、訴之取下、及和解、三者。而拋棄認諾時。因當事者無所申立。不爲終局判決。則當事者間之爭。雖已解散。而訴訟依然繫屬裁判所。觀德國訴訟法第七十七條。日本六十六條示訴訟委任之權限。前署爲和解。拋棄訴訟物。或由相手方認諾所主張之請求。而解除爭訟。解之者曰。拋棄、認諾。形式上訴訟尚未終局。故更用此語。案德國訴訟法理由書。彼國之立法者。以如斯規定。爲不必要。拋棄、認諾。僅記載於調書可矣。此固聯邦中所行慣例。且以使實際結局歸於簡易之趣意而設此規定者。若此、則其趣旨。乃基於拋棄、認諾。欲受終局之判決也。但因其申立之一句。却生疑問耳。余謂日本民訴第二百二十九條之歷史如斯。與前揭多數學說。惟參照日本訴訟法全體之主旨。及他之規定。雖當事者無所申立時。限於訴不取下、或不爲和解者。裁判所在拋棄之際。則爲訴之却下之判決。在認諾之際。則爲被告敗訴之普通判決。（即因申立之認諾判決。非由第五百一條之規定。宣言假執行者。）如此解釋。似較穩愜也。茲述其理由、如左。

第一、起訴而請求判決。不必有所爭者。緒論第一章。（第六）已詳述矣。

第二、起訴後。則求判決之申立。亦包含其中。（德國學者。亦認此理。故申立拋棄認諾之判決。不須以書面。）然則

限於訴不取下。或未和解了結。（和解之調書有執行名義之效力五五九）則判決之申立。無可消滅之理。而裁判所有爲判決之義務。當事者有得强制執行之力之權。

第三、外國學者之注解。及立法之理由。雖非不顧法律之沿革。但立法之主旨及學說。皆有缺點。而理論不能貫徹。

因以上理由。余謂有拋棄認諾時。雖當事者不申立判決。而裁判所認爲拋棄認諾裁判已熟時。（二二五）得不付以假執行之宣言。爲普通之終局判決。（參照本編第四章第一節第三）

（戊）認諾不須承諾者。則從實體法之原則。卽因當事者一方之意思表示。而生效力。

（三）以訴或反訴之請求。就於認諾。有左之區別。

（甲）在受命或受訴判事前。口頭辯論外之認諾。從民法上認諾契約之原則。

（乙）相殺請求之認諾。

此認諾之效果。乃認諾請求之金額。適可却下其訴也。但此認諾。就於口頭辯論。從規定一般之原則。且從關於當事者口頭陳述之效果之規定。而可判決之。

拋棄、認諾。可以取消與否。及其要件之如何。悉從實體法之規定。茲不詳述。

丙　裁判上之自白。

(一) 自白者。爲請求之基因。訴訟相手方事實上之陳述。由原告或被告。認爲眞實也。卽如所爭事實。對於相手方之陳述。認爲確定之意思表示也。故自白非證據也。俟後詳論之。

(二) 自白依左之形式而爲之。

(甲) 默示。

(乙) 明示、

(丙) 在受訴判事或受命判事、及受託判事前、而爲之。受託判事。可依證據調而確定事實也。

(甲)之所謂默示者、因左之事情而生。

(子) 原告或被告。雖應呼出。又雖從裁判官所明言之要求。有陳述之義務。而不爲陳述時。

(丑) 事實已明。無所致爭。或不依其他之舉動。明其所爭之意思時。一一

(寅) 就於自己之行爲、及自己實驗之事實。爲不知之陳述。亦從民事訴訟法第百十一條。視爲已自白此事實者。

在(乙)(丙)之際則其陳述從口頭且直接之原則蓋明示自白僅以口頭但在(丙)所示判事前皆可爲之又已承認亦有可取消者卽訴訟代理人爲自白時由同時出頭之當事者直取消或更正其陳述是也六八之二按自白亦不須認諾以一方意思表示爲足

(三) 關於自白法律上之要件及其效力

(甲) 事實爲不能由於客觀觀察者

(乙) 訴訟當事者須有欲自白之意思詳言之卽須有民法上完全之意思也

(丙) 取消自白須證明基於事實之錯誤

(丁) 自白可拘束裁判所且第一審之自白在第二審亦有效力四一八

(戊) 依民訴第四百六十九條第一及第二所揭之判事及當事者之行爲而成立之判決雖已確定後得申立不服故若其判決基於自白時則對其自白亦得申立不服

(己) 自白不過拘束其當事者而不能拘束共同訴訟人但於必要的共同訴訟人則不出廷之當事者亦受拘束第十六節

此外訴之取下亦屬處分權之一行爲然取下者生訴訟終局之效力故俟第六節述之

(地) 請求權利保護之範圍。裁判所對於其不受請求者。毫不得認許之也。民訴第二百三十一條第一項云。裁判所無以不申立之事物。使歸於原告及被告之權。不申立之事物者。謂不以訴或反訴請求之者。事物者。非僅請求物之數額。幷包含品質及契約形狀。例如時期、條件、反對供給、保證、執行力等是。此外第四百十一條四百二十條、規定控訴裁判審查之範圍。因當事者之申立而定。及第四百二十條、可以變更之部分。又第四百四十五條、第四百五十四條關於上告與上相同之規定等。亦明示此主義者。且此原則。主的請求。幷附帶請求。均可適用。但有一例外。即限於訴訟費用。當事者雖無申立。亦可爲判決是也。二三一之二

又此原則。非僅原告可以適用而已。即對於被告、亦可適用也。故被告所不利用之抗辯。不問被告利害得失之如何。不許由裁判所補充之。

(人) 訴訟之材料者。一從當事者之主張與證據而結構之。是爲原則。然裁判官就於當事者之訴訟材料。欲使之完全。亦可自行設備判斷之方法。述之如左。二三〇之一

(一) 裁判長之發問權。如使釋明不明瞭之申立。或使補充所主張之事實。或使申立證據方法。及因定事件關係。使爲必要之陳述等是。二三一 又爲訊問本人。有命自

身出見之權。四一一

(二) 裁判所雖無當事者之申請。就於當事者所主張之事實。認爲必要時。限於檢證與鑑定。得以職權而命之。五一一 又當事者所援用之證書。存於其手中者。無相手方之申請亦得命其提出。六一一 又當事者所持之訴訟記錄。關於事件之辯論及裁判者。有命其提出之權。同上 又就於數個之請求、或數個之防禦方法。有使分離辯論、或制限辯論之權。八一一九。

(三) 裁判所就於顯著之事實。則不須證明。有採用之權利及義務。八一一

(第三) 職權主義。日本民事訴訟法中。亦保存幾分。卽就於某事項、而適用之。如左。

(甲) 調查故障、上訴、再審、可許與否。又調查裁判所審級之管轄。二五七・二五九・四〇二・四一九・四三九・四七〇・四八七

(乙) 調查法律上之方式、及不變期間。果能遵守與否。同上

由以上職權。應行調查時。有屬於裁判長之職權者。有屬於裁判所之職權者。又在上告審、須呼出上告人。聽其陳述。

(丙) 調查爲無訴權之訴與否。

(丁) 調查裁判所之事物、土地、及職務上之管轄。有專屬與否。

(戊) 調查判事、裁判所書記、及執達吏、有無除斥之原因。

(己) 調查裁判所之組織。

(庚) 原則上、裁判所無以當事者申立以外之事物。使歸於當事者之權。惟例外則當事者所不申立者。亦可由裁判所、定訴訟費用之判決。(二三)

(辛) 雖無申立。而依第五百一條之規定。得以職權調查。應爲假執行之宣言與否。由以上職權。應行調查之事項觀之。所謂職權主義。專在訴訟提起後。裁判官之行爲。(即手續)而已。(訴訟費用則例外也)非關於其請求者。可知也。

第六節 當事者相互之關係

(第一) 訴訟上之權利關係。非僅裁判官對於當事者所生之關係也。且當事者相互間。亦生關係焉。蓋訴訟當事者。本因其權利相爭。有不可分離之獨立關係也。

(第二) 當事者之地位。形式上爲相互同等者。蓋一方爲權利者。則他之一方。亦同此權利。是爲原被同權之原則。蓋以原告與被告資格。應行之權利及義務。固有差異。是僅其資格不同而已。若一變其地位。例如起反訴時。則被告亦立於原告之地位。實互相同。故

謂當事者所有之權利。本無差等也。(1)

(1)如原告須從被告裁判籍之原則。決非與同權之原則矛盾。爲原告之義務也。蓋因原告自先提起訴訟者也。惟反訴之被告。所以不從此原則者。乃原告因其自行起訴。既認對於自己之反訴裁判籍。卽依自己之起訴。而既定反訴之裁判籍者也。又如訴訟者。任舉證之責之原則。亦非關於訴訟上之行爲、當事者同權之例外也。蓋此原則當立證可爲狹義抗辯理由之事實時。被告亦可適用。故訴訟者、又主張者之語。乃原被告通用之語。非但指示原告。實有申立者之意義也。

故當知此原則。有左之意義。卽謂在於訴訟各當事者。爲一定申立。確定適法之基本。則須立證爲對於相手方之申立之原因所必要之事實。是也。故此原則。原被告均爲同一。雖屬被告。若非證明事實上之原因。則不採用其狹義之抗辯焉。

已敗訴原告及被告。則對於勝訴者。從其勝訴之程度。須辨償一部及全部之費用。惟勝訴者所生之費用。非必要時。則有辨償費用之責。或有以此爲例外之規定者。然從前段所論之結果。決非本則之除外例也。何則、不拘此規定過失之有無。是固原於不在正當時期。爲訴訟行爲。或全不爲者。是以縱在偶然之結果。而致以是爲基因之當

事者。固不可不負其責也。

除以上之原則外。不問當事者地位如何。原被之權利義務。有差等者如左。

(一) 原告爲外國人時。(於上級審及第一審皆限於外國人爲原告時)由被告之要求。且在正當時期。基此要求。爲妨訴之抗辯者。則須供其訴訟費用之保證。原告於訴訟中爲外國人時亦同。(八八、八二。)

(二) 聽一方之陳述而爲裁判時。

判斷爭訟。不可不審訊雙方。此在開明之國。所同認之原則也。日本民事訴訟法。亦從此原則。故裁判官不得基於原告及被告之片言。對於相手方而下裁判。或裁判機關。不得於依訴訟法所定方法與相手方以可行訴訟上防禦行爲之機會前。爲(去聲)原告及被告而有行爲也。但對此原則。有例外之規定如左。

(甲) 督促手續。

(乙) 假差押。

(丙) 假處分。

(丁) 民事訴訟法第二十八條。規定申請管轄裁判所、指定之裁判。對此決定。不得

申立不服。

(戊) 關於裁判官忌避之裁判。三七、三八

(己) 對於任命特別代理人之申請之裁判。一四、一六

(庚) 有主參加之際。本訴訟中止之裁判。二五

(辛) 費用額確定之裁判。五八

(壬) 付與訴訟上救助之裁判。一〇

(癸) 關於期日之變更、或期間之短縮、及伸張之裁判。一七

(子) 訴訟手續中止之裁判。一八、五一

(丑) 應送達於外國時。第二百五十五條末項所定故障期間。

(寅) 關於證據保全之申立。三六、八三

此外係日本民事訴訟法之特例如第二百五十七條、第四百二條、第四百十九條、第四百三十九條、第四百七十六條等。有却下及棄却之裁判時。則未爲訴訟而止。若不然則固當審訊雙方。而非前述之例外也。

除對於裁判、不許上訴者外。對於對席、及未經審訊、所爲之裁判。可用異議之申立、異

議之訴又抗告之手段。而取消其裁判。此俟上訴編詳述之。

(三) 狹義之被告。第一審之被告對於以證書訴訟、或爲替訴訟、而起訴者。不得拒絕。且不問訴訟如何之程度。有爲通常訴訟之權者。僅原告而已。四八 然受敗訴之言渡時。從民事訴訟法第四百九十一條之規定。以行使其權利。得爲留保判決之請求者。則僅敗訴之被告而已。原告不得請求之。故彼此對照。自屬公平也。

(四) 廣義之被告。詳言之、卽非第一審之被告、乃上級審之被告。被控訴人、被上告人、又於在上級審原告。已不能以其資格行他之上訴手段時。尙可以廣義被告之資格行之。實視彼爲多一特權也。例如在正當之時期。上級審之被告。附帶於控訴或上告者是也。蓋附帶上訴。與原告之上訴。全無關係。而爲獨立之上訴。且原告之上訴。雖不適法。而附帶上訴。亦不受影響也。四〇六之二 四四四

又被控訴人、及被上告人之附帶上訴。不拘束於不變期間。且於上訴之拋棄。亦無所關係。四〇五 四四二

(第二) 訴訟者。由當事者之攻擊與防禦而成。然其攻擊或防禦。無必行之義務。故不問何人。不得强制他人、使之起訴。又對於訴訟。亦不得强制他人、使爲防禦也。夫訴訟必以

善意、及誠實。爲古來訴訟上大原則。往昔羅馬、原告及被告。不知事實及請求之眞實。而妄言之者。（卽惡意）處訴訟物價額二倍之罰金。或時科以加辱之刑。蓋罰當事者違反善意義務之行爲也。近世法律。民事訴訟。用此種刑罰甚少。惟日本訴訟法。有稍類此之規定者。第三百五十五條、反於公私證書之眞實。以惡意及重過失。而主張僞造及變造者。處以罰則是也。蓋今日當事者。有妄欲取消相手方之請求。或故遲延訴訟者。故此原則尙存在也。除被告及反訴被告。（卽原告）應遵守之應訴義務外。當事者雙方。尙有左之義務。

（甲）相互陳述之義務。卽對於相手方事實上之主張、而有陳述之義務也。詳言之、卽不以緘默致使相手方有舉證之勞之義務也。（一一一之一）但此陳述。就於自己之行爲、或自己之實驗者。須明言其已知者。若非自己之行爲。及非自己所實驗之事實。則許爲不知之陳述。而其以不知之陳述所答之事實。卽視爲有爭者。（一一三之一）若拒此陳述。或默示無所爭時。則其事實限於不依他之陳述、顯有所爭之意思時。視爲自白。（一一二之一）

（乙）通知之義務。通知或報知之義務者。謂當事者在口頭辯論前。以使相手方準備之目的。自明示其所欲爭之意思。及爭訟之材料。相互之義務也。關於準備書面。第

百四條至第百八條之規定。及關於送達第百九十九條第二百四條之規定。皆定此義務者也。

(丙) 立保證之義務。保證義務。規定於第八十八條、第五百二十二條、第五百四十七條等。是亦表證當事者之善意及誠實也。

第七節 訴訟上權利關係之終局

(第一) 凡訴訟者。依爭訟事件之終結而結局也。而其終局有二種之別。卽依本案之終結、而結局者。與本案未至終結而結局者。今先述與本案同時終局者。如左。

(甲) 基於當事者處分權。義務之履行。例如訴訟中、被告償清原告請求之金額。則實體上之權利義務。已歸消滅。故不須執行。亦無判決之必要也。此與和解之際同。記載其旨於調書。而終其局。蓋如第七十四條、訴訟費用、雖爲原告之負擔。而裁判所當不得爲裁判也。何則、第七十四條。有「不拘原告之勝訴云云。」乃想像本案有判決之時也。而無本案之判決時。無應爲費用裁判之明文。又以職權爲費用之裁判者。亦祇限於終局判決之際。(二一三) 惟費用額確定之裁判。則屬於例外而已。

然依認諾或拋棄。則訴訟上權利關係。尙未爲終局。何則、此際因當事者申立。基於原

告之拋棄、及被告之認諾。爲却下及敗訴之判決而終局者也。此判決亦與他之終局判決同。得爲上訴。九二無判決之申立時。參照本章第五節第二便明。此與前項異。以可稱終局判決。斯就於訴訟費用。得依裁判所之職權。而裁判之也。

(乙) 和解者。限於訴訟事件、及訴訟費用、皆已完結時。則爲訴訟關係之終局。九七依本案之請求。而爲和解。惟就其訴訟費用。不得受判決也。參照本編第四章第一節第三

(丙) 依訴訟事件、判決而終局。

(丁) 依期間之經過而終局。卽在訴訟手續休止後之期日、當事者雙方。尙不出廷。且此期日後一個年內。更不申請指定辯論期日時。則視爲取下本訴及反訴者是也。九八

(第二) 本案尙未終結。而訴訟上之權利關係。爲終局者。如左。

(甲) 基於當事者處分權。由訴之取下而終局。

訴之取下者。謂申述拋棄起訴之訴訟行爲也。故取下、與第二百二十九條所規定之拋棄。不可混同。蓋請求之拋棄。在於拋棄因訴訟所欲得實體法之權利。非僅拋棄形式法上之訴訟行爲也。

訴之取下。因取下之時期。有須具備條件與否之別。

(一) 起訴之後。在被告第一口頭辯論前。無被告之承諾。得取下訴之全部或一分。故不問訴狀送達之前後。原告得以一己之意思而取下之也。(之一九八)

法文明定被告第一口頭辯論開始前。故原告之辯論。不妨爲無承諾取下。又口頭辯論。僅指本案辯論而言。故被告在本案辯論前。就於妨訴之抗辯。雖有辯論。亦不妨爲無承諾取下也。

(二) 被告辯論開始後。至口頭辯論之終結前。若非得被告之承諾。不得取下其訴。(上同)被告開始本案辯論後。原告陳述訴之取下時。而被告不承諾時。則被告述其不承諾之旨。且可請求辯論之繼續。若原告再不爲辯論。是卽與請求之拋棄同。故被告因此可請求判決。而裁判所付以理由。從第二百二十九條言渡訴之却下焉。德國學者中。多謂於此可爲闕席判決者。惟就日本訴訟法言之。有謂第二百五十條所謂出頭而不爲辯論者。則視爲不出頭。可依第二百四十七條。言渡訴之却下者。然若以此爲闕席判決。則可爲故障。實多不便。且第二百五十條乃規定當事者出頭、而不爲辯論者。非如前述之既爲辯論之例也。是以余不採此說。

取下時期。有爭議時。例如原告主張不須被告之承諾。可以取下。而被告主張原告不能以一己之意思而取下。請求本案之判決。則裁判所就於取下。須用中間判決。若裁判爲僅原告一方可以取下時。對於被告。與拒絕本案之判決相同。而此裁判。卽爲終局判決。故可爲控訴及上告。反之、裁判爲不許取下時。則爲中間判決。若非本案判決。不得爲上訴也。

(三) 取下之手續。取下之手續。因其時期而不同。

(甲) 在訴狀送達前。僅呈取下之書面可矣。之一二九八

(乙) 在訴狀送達後。則更須以取下書面。送達於被告。同上之三

(丙) 在口頭辯論。爲取下時。得以口頭之陳述爲之。不須被告承諾時。則以原告之陳述。記載於調書。又須被告承諾時。則幷其承諾記載於調書。又以他之書面爲附錄。而添付於調書。

(丁) 在口頭辯論外。例如第一回辯論後。須得被告之承諾而取下時。則明記被告之承諾。以連署之書面、或別種書面、而爲之。此際與在口頭辯論已得承諾相同。不須送達之手續。但僅有取下之合意者。則對於裁判所。未生取下之效力。固勿論已。

(四) 取下之效力。訴之取下者。復於未提起訴訟前之原狀也。而主的效力。在於消滅權利拘束一切之效力也。(一九八之四)然訴訟費用。不得因取下。而免負擔之責。故原告再起既取下之訴時。被告受前訴訟費用之辨濟前。得拒應訴。(同上之五)且未辨濟費用時。從第二百六條第六所定之抗辯。得請求訴之却下。

訴之取下。有一大疑問。卽有被告之承諾時。不問訴訟在如何程度。均可取下其訴否。換言之。卽受第一審之判決後。在控訴審或上告審。非僅取下控訴上告。併第一審之訴。亦可取下與否。更詳言之。卽權利拘束之繼續時間。無論何時。得爲訴訟全體之取下與否。

就此疑問。德國學者。議論甚繁。惟多謂無論何時可以取下訴訟之全體。於是日本亦有盲從此說者。不知德國反對之說。亦屬不少。且實際之判決例。每反多數學者之說。其當否茲置不論。而日本民事訴訟法。法文上既明與德國異。縱令其學說爲至當。亦不得卽適用於日本法律。茲先就日本德國之法律差異之點述之。

德國訴訟法第二百四十二條、有云。訴者、就於本案。被告開始口頭辯論前。無被告之承諾。得取下之。故有被告之承諾時。不論何時。可以取下。如此解釋。余亦無異論。然日

本民事訴訟法之明文則異是。第百九十八條云。訴之全部或一部。就於本案。被告第一口頭辯論開始前。無被告之承諾。得取下之。以上與德國訴訟法同。又其後至口頭辯論終結前。則得被告之承諾。可以取下之。故余讀此法文。至口頭辯論之終結前。若有被告之承諾。雖可取下。而至辯論終結後。即有被告之承諾。亦不得取下也。又第三百九十九條控訴在口頭辯論前。無被控訴人之承諾。得取下之。又第四百五十四條。有控訴之規定。上告得準用之。而第二號僅定控訴之取下。是皆不過爲許上訴之取下者也。

反對論者。不拘如斯明白之法文。而爲之說曰。訴訟法採當事者處分權主義。故雙方取下之。使歸於無訴訟時之原狀。固屬其權利。裁判所豈有強其訴訟之理耶。又至辯論之終結前一句。不過規定辯論中之取下。而不及其他。故法律欲不許終結後一切取下。則須有其後不得取下之明文也。

訴訟法主義。及裁判所無強爲訴訟之理、之論旨。亦余所同意也。然依所謂處分權。雖可使既受判決效力。不見於執行。或以合意爲與其判決結局相異之處分。惟無因當事者處分權。而可取消判決之理。又取下有復於起訴前原狀之效力。故後可再起同

一之訴。若經第一審或前二審判決後。在上告審。得取下訴之全部。按謂並前二審訴取下之是前二審判決。歸於消滅。再提起同一之訴。亦無抗辯之途。裁判所亦應受理而判決之。如斯可謂蔑視判決。有害公益者。且可謂侮弄裁判所者。實非一國法律所可許也。

又有謂須有辯論結局後。不許取下之明文者。亦不足採。凡法律附以某條件。制限可爲何者者。其制限外。不許爲同一之行爲。乃自然之解釋。各國普通之文例也。若如反對論者之說。凡屬可許之法文。必與反對之禁止法文相件。此固法理上不可通者也。

(乙) 本案未經裁判。訴之却下或棄却。

訴訟上必要條件。有欠缺時。又判然不可許者。或判然不適法律上之方式者。或經過不變期間後。所起之故障上訴再審之訴。依民訴第二百五十七條、第四百二條、第四百七十六條、以裁判長之命令。却下其訴。(1)

又口頭辯論開始後。發見有以上之理由時。依第二百五十九條、故障第四百十九條、控訴第四百三十一條、上告(2)第四百七十八條。再審之訴裁判所以判決棄却其訴。(2)

就於證書訴訟。依第四百八十九條之規定。却下其訴。

(1)第一審裁判所之手續。無却下之規定。然第百九十二條規定訴狀之要件。不適

第百九十條第一號至第三號之規定時。則定相當期限。以裁判長之命令。命爲欠缺之補正。若不從命令時。其期間滿了後。以裁判長之命令。駁回訴狀。是可謂與上訴之却下。同其性質也。惟駁回訴狀時。補正其欠缺。新爲起訴之手續。雖更可提起同一之訴。而訴之却下時。僅法律上之方式。有欠缺者。若非在故障及上訴之期間內。則不得再爲同一之訴。是其相異者也。

屬於裁判長之職權。有駁回訴狀、及訴之却下之規定。德國訴訟法所無者也。蓋日本訴訟法。採本人訴訟主義。爲避無益之開廷辯論。故特設此規定。

(2)上告審第四百三十九條規定。亦屬日本訴訟法之特例。惟此際呼出上告人、而聽其陳述。且其所審查者。非僅在於方式、期間、可許上告與否。幷可審查有理由與否。若發見上告無理由時。則以判決而棄却之。是可謂未爲本案之判決也。此處分之當否。蓋依第四百三十九條之解釋如何而定。其解釋如何。俟後上告編詳論之。

第八節　訴訟手續之中斷中止及休止

訴訟手續之中斷及中止者。以既爲權利拘束之訴訟手續。在一定時間不續行之也。所謂一時停止是也。據民事訴訟法。有依法律規定之力。當然發生中斷者。有就於各種事情。從

裁判所之決定者。又有依當事者之合意。發生中止及休止者。此三者不可不區別也。

(第二) 訴訟手續之中斷。因左之事情而生。

(一) 原告或被告之死亡。此在承繼人受其訴訟手續前而中斷也。之一七八(1)

(1)共同訴訟人中之一人、有死亡時。則僅對於死亡之當事者。生中斷之效力。而不及於他人。此從第四十九條之規定也。又如第五十條之特例。亦僅生存之當事者。可以適用。不適用於死亡之當事者也。

又所謂原告被告。不包含法律上代理人。蓋法律上代理人之死亡。據第百八十條。別有規定。又法人之解散。與自然人之死亡同視。可從此規定與否。是一疑問。但假想有承繼者惟據第百七十八條之規定。乃以自然人爲目的。而無關於法人。僅法人解散。已有其承繼者。則從實體法之規定而已。例如商事會社。從商法之規定。又非法人之解散。僅屬法律上代理之變更者。則從第百八十條之規定。

因於死亡中斷之效力。乃依法律規定之力也。故與死亡同時、當然發生。且不拘其相手方及裁判所。已知與否。但有代理人時。則從第百八十三條之規定。

(二) 就於原告及被告之財產。開始破產手續時。從破產法規定。在受繼手續、或終

結破產手續前、而中斷。一七九。商。破。第九百七十八條。第九百七十五條。第三項。第千四十三條。

(2)因於破產中斷之效力。不分對於生存者、及關於遺產者。一八須具備破產之開始、商第九百七十八條以下。與其訴訟、關於破產財團之二條件。故關於身分之訴。或如婚姻事件者。卽令有破產之宣告。亦不因此中斷其訴訟手續。

(三) 原告或被告失訴訟能力時。(3)原告及被告。法律上代理人死亡時。又原告及被告。得訴訟能力前。法律上代理權已消滅時。此際以任命法律上代理人。通知於相手方。或從相手方通知續行訴訟前而中斷。一八〇

(3)失訴訟能力者。卽成年限之法律有改正時。例如改正以二十歲定爲成年之法律。而以二十五歲爲成年期。則既屬成年者。因未滿二十五歲。皆爲無能力者是也。又如因犯罪或疾病或浪費之故。而受禁治產之宣告是也。

(四) 因原告或被告之死亡。中斷訴訟手續。關於訴訟手續之受繼。就於遺產。任設管理人時。此際以任設管理人。通知於相手方。或以相手方續行訴訟手續。通知於管理人前而中斷。一八一。

(五) 戰爭及其他之事變。例如洪水大雪等天災及事變。中止裁判所之行務時。(1)

二一八

(六) 以訴訟代理人爲訴訟者。而其代理權消滅時。此際因委任消滅之通知而中斷。

(2) 僅因事變之情況而定者。

(1) 此中斷之始期及終期。因裁判所之告示而定。但實際欲爲有效之公示甚難。有

(2) 就於法律上代理之消滅。(參照本編第一章第二節第二款第四)又就於訴訟代理之消滅。(參照同款第三)

(第二) 訴訟手續之中止。由裁判所命之。而此決定有因當事者之申立。或有以裁判所之職權行之者。

(一) 因於原告及被告之申立時。此際當事者對於受訴裁判所爲訴訟手續中止之申請。而下決定。其申請得以口頭爲之。而其裁判可不經口頭辯論行之。

(甲) 原告及被告。服戰事兵役時(一八四)

(乙) 因官廳之布令戰事。或因其他之事變。與受訴裁判所。在交通隔絕之地時。(八一)

(丙) 有主參加時。(五二之一參照本編第一章第三節第三款)

(二) 得以職權中止訴訟手續者。

(甲) 前(一)之(甲)及(丙)

(乙) 事件之裁判。有必要關係之行政訴訟。及其他民事訴訟、或刑事訴訟。尚未完結時。一二二。

(丙) 由當事者之一方或雙方提起取消之訴。或原狀回復之訴時。四六七之一

(丁) 裁判所預料和解得諧時。得以職權使離婚或離緣之訴。一個年間中止之。人訴第十三條第二十六條

(三) 行政官廳、與司法裁判所間。有權限爭議。而權限裁判所。爲其爭議之裁判前。須以職權命之中止。(1)

(1)據二十三年法律第四十八號。行政裁判法第二十條規定。行政裁判所。與通常裁判所、又特別裁所間所起之權限爭議。在權限裁判所裁判之。然未設所謂權限裁判所。故今日依同法第四十五條附則。在權限裁判所未設前於樞密院判定之。

(第三) 因當事者之合意、而生之中止。法律特稱爲訴訟手續之休止。蓋亦一種之中止也。

(一) 當事者以明示之合意而休止者。(一八八之一)

(二) 在口頭辯論期日。因當事者雙方不出頭。所生之休止。卽因默示之合意而生者。(同上之二)

右二者、皆可以合意定休止之期間。則由當事者一方。更申請指定期日前。當中止一切之訴訟手續。蓋辯論之期日。須以裁判長之職權而定之。(一九五)除第三百七十八條之規定外。非可以當事者之意思而定也。然明已約定休止期間。則在當事者間。有互相遵守之義務。若在休止期間內。由一方申請指定期日。則他之一方。得基於休止期間之合意。爲延期之抗辯。故苟居被告地位。在本案辯論前。提出此抗辯時。所謂延期之妨訴抗辯是也。

又訴訟手續之休止。民事訴訟法。以第百八十八條第三項。設特別之規定。其文曰。

一個年內。不爲前項之申立時。(卽不申請指定期日)視爲取下本訴及反訴。

德國訴訟法。無此規定。係日本訴訟法之特例。故就本條之解釋。與立法之趣旨。議論紛歧。遂爲法曹會之問題。而至對此爲決議。余對於同會之決議。不能贊同。在同會記事第十四號及第十五號詳爲辯論。其文雖稍涉冗長。因有必要。特揭其全文如左。

第一之疑問。法曹會記事第五號所揭載者如左。

中止中斷之理由。既消滅後。經過數年。不盡民事訴訟法第百八十七條之手續。得視爲取下本訴及反訴與否。對此問題。法曹委員會決議之大要云。中斷中止之理由。雖已消滅。而當事者不更爲辯論續行之申立時。視爲訴訟手續之休止。故由右理由之消滅。經過一個年。從第百八十八條第三項之規定。視爲取下其訴。

第二之疑問。

事件已經駁回或移送時。當事者雖無申立。而裁判所得呼出當事者否。抑在一個年內。不由當事者申立續開口頭辯論時。則其事件據第百八十八條第三項。視爲取下與否。

於此委員會之決議。幾與前問題之決議相同。卽在不申立再開口頭辯論間。視爲訴訟手續之休止。故駁回或移送後。經過一個年。據第百八十八條之規定。視爲取下其訴。

余因辯駁法曹會決議、及普通註解者之說。分爲左之數項。

第一　訴訟手續休止之性質如何。

凡既繫屬裁判所之訴訟手續。有形的、及無形的、常繼續進行。而至於終局也。然時因某事情。有一時須停止手續之進行者。日本訴訟法。分訴訟手續一時停止爲三。曰中斷、曰中止、曰休止、是也。中斷者。民訴第百七十八條、至第百八十三條、所定、以因於不期之事變。實際不能續行訴訟手續之故。不拘裁判所及當事者之意思、與行爲。當然發生也。中止有第百八十四條所記載之事情時。得因當事者之申立。或以裁判所之職權而命之。是究因裁判所之命令而生其效力也。故中斷與中止間。其性質雖有所異。而其原因則皆在有不得不停止之事情。而防止法律上期間之進行也。又中斷中止終了後。有更開始期間進行之效力。二者亦相同也。（民訴第百八十六條）

至於本論題所謂休止者。較前二者性質全異。蓋休止因於當事者之合意。其理由究在法律採用當事者專行主義、及不干涉主義也。故訴訟之行否。一任當事者之意思。裁判所對於當事者不提訴者。無爲之裁判之職務。亦無此職權也。惟既經繫屬之訴訟。若非由當事者取下及和解。不能顯終結之意思。而又不續行其手續。是所以稱爲休止也。

在辯論之期日。雙方皆不出頭。不得視爲訴訟之取下、及和解、而終結者。蓋從當事者

雙方之意思。視爲一時休止進行者。第百八十八條第二項。究屬合意之推定。而無一定之期間。至一方更申請指定期日時始續行之也。故休止者。不問遠因之如何。悉由當事者之合意而生。亦由當事者之合意而止。裁判所不必干與焉。若既因當事者之合意。故其效力。不影響關於法律之公益規定。是不變期間內。亦不受影響也。此外休止在合意期間內。得申請指定期日。呼出他之一方。若不應合式之呼出時。裁判所對之。得下闕席判決。是亦基於合意者也。

第二、第百八十八條第三項、立法之主旨如何。

日本民事訴訟法。第百八十八條第三項。規定一個年內不爲前項申立。視爲取下本訴及反訴。至其立法趣旨。不詳理由書中。無取調委員註解。遂生種種臆說。茲略述之。或謂此規定。對於民訴第百七十五條第三項。由懈怠之不變期間之終了起算。滿一個年後。不得申立原狀回復。欲保其權衡也。此說之不當。無須深辯。蓋第百七十五條之規定。係原狀回復之際。懈怠所謂不變期間者也。乃對於懈怠法律所定之期間者。更與以此期間也。若所謂休止者。非當事者懈怠法律上之期間。而爲當事者得行休止之權利。豈有所保持權衡耶。

或謂休止規定。爲倣法國訴訟法第三百九十七條、所謂訴訟手續之取消者。斯說亦非。何則、法國所謂訴訟手續之取消。雖經過法定三年期間。非當然生取下效力。在當事者有默許或明許時。仍可繼續訴訟。若以休止規定。爲倣訴訟手續取消主義。則凡屬停止者。皆可包含。何以獨限於休止耶。謂第百八十八條明文。限於休止者何說也。或謂此規定。本非仿外國之例。亦非與他之規定保其權衡。乃基於日本從前之實驗。爲圖實務上之便益而設者也。所謂實務上之便益者。因休止若無限定。則事件不能終結。非僅事務有延滯之虞。幷有煩雜之弊。設此規定。卽以矯正此弊也。斯說頗中肯綮。余亦欲以此斷定第百八十八條第三項立法之理由也。

或謂據法律取調委員所言。第三項之規定。不限於休止者。中斷、中止可以適用。移送駁回亦可適用。是卽立法者之意思。在於是等之事。均可適用。爲立法之主旨也。余不能贊同此說。何則、若從此說。既與法律之明文相背。且駁回及移送之事件。無實務之利益。亦無當避之弊害也。日本訴訟法。裁判所爲駁回及移送之言渡時。僅對於當事者爲之。非通知應受駁回或移送之裁判所者。又其記錄常送付於第一審裁判所。余近著民事訴訟法實習會詳論之是無形上雖其事件繫屬受送裁判所。而有形上。則且未知其有言渡

也。豈得謂以未決事件。而記載於裁判所帳簿。而遂致煩雜之因乎。若謂立法者出於不自覺者。是不知自己所採法律之主義。更無是理。故余斷余所既贊同之前段立法主旨。爲不得適用於他之情事也。

第三、同條正當之解釋如何。

前二段所論定者。若屬正當。則同條第三項正當之解釋。亦屬易易。蓋法律明文有一個年內不爲前項之申立時等語。卽同條第二項所謂在已定之期日。當事者雙方不出頭。而由其期日起算。一個年內更不申立指定期日者。視爲取下其訴也。如此解釋。則駁回（差戻）移送、及中斷、中止、等。自不包含之。且在最初之期日未定前。爲有期或無期之合意者。亦不包含之也。（實際稀有之例）蓋同條第三項之規定。對於日本訴訟法全體之主義。爲例外之規定。而例外規定。從解釋法理。不許推及於明文以外也。抑其第一項雖以之爲有明示之期間。然尙不得於終期之日。卽謂爲口頭辯論之期日。況中斷、中止、及駁回、移送、者耶。

（第四）正當之適用如何、

據前段解釋。其正當適用之範圍。極爲狹少。卽在惟一已定口頭辯論之期日。因雙方

共行闕席而休止也。而由此期日起算。限於經過一個年時。

論者或謂既贊同前第二段所論定立法之主旨。則期日雖未定。苟有合意者。卽可適用。又中斷中止之際。亦不得不適用也。苟如前述、限於第二項。非僅不能貫徹立法之主義。且所以限於第二項之理由。亦不可解也。余亦謂此論旨爲然。但以如是實明反於法律之正文。夫立法者之主意。果如論者所述。則亦可斷言之曰。立法者因不知不覺、及杜撰疎漏之結果。欲强行補正者。然要不得以不當之解釋。而枉法律之明文也。

(第五) 結論

以上所論定者。究因同條第三項文詞、與立法者意思。不能相副之結果。然此不足慮也。訴訟法全體之主義。以當事者之意思爲主。常不能侵害之。則例外制限適用之區域。稍爲狹少。要可爲此主義慶也。

又辯論期日未指定時。不可適用此規則。經過一年者、無論已。卽經過三年、五年、至於無際限。法律之主旨。亦如此也。然實際當事者中一方有速於結局之利者。故限於和解協議不諧。而有結局之利者。必申立指定期日。是亦不足深怪也。

(第四) 訴訟手續之中斷、及中止。生左之效力。

(一) 中斷及中止之效力。

(甲) 有防止各期間之進行。及中斷中止終了後。更開始全期間進行之效力。之一八六 防止期間之進行。至後日更始全期間進行之效力者。中斷與中止。均屬同一。又非僅第百七十八條至第百八十八條所規定之中斷中止。發生此效力也。卽第五十二條、第百二十一條、第百二十二條、及人訴第十三條之中止等。亦生同一之效力。

又其期間。不問當事者相互間之行爲。與對於裁判所之行爲。及關於懈怠之結果。如故障 苟係於事件之期間者。則不變期間。與裁定期間。及合意期間。參照本編第三章第六節第二 皆可防止其進行也。但休止本因於當事者之合意。故不生防止公益上不變期間進行之效力。之一八八

不僅中止期間之進行。至中斷中止終了後。更起算全期間。而開始進行者。究因避紛雜計算之煩。非有必然之理由也。

(乙) 中斷中止之間。就於本案。原告及被告所爲之訴訟行爲。對於相手方。均屬無效。此效力僅當事者得主張之者。非必以裁判所之職權。認爲無效也。

第百八十六條第二項之明文。限於原告及被告之行爲。不及裁判所之行爲。蓋中斷

之效力。因於法律之力。當然發生者。故裁判所若不知之。亦得爲其行爲。且據同條第三項之規定。裁判所之行爲。亦無效力。自可推知。裁判所得有效行之之行爲。限於辯論終局後之中斷之裁判言渡也。

又此無效之效力。所以制限關於本案之行爲者。因據第百八十九條之規定。對於中止之裁判。得爲抗告。及依第百八十七條、不妨爲受繼行爲也。

以上之效力。在口頭辯論終結後。所生之中斷。而基於其辯論。所爲裁判之言渡。則無影響。之一八六 蓋至辯論終結後。雖有中斷之事由。亦無影響於裁判之理也。

(二) 休止之效力　休止者。以當事者之合意。包含默示合意之休止與推定 僅一時停止訴訟手續也。故關於公益之不變期間等。則不得以當事者之合意而停止之。又休止非如中斷中止。在防止其期間進行中所爲之手續悉屬無效者。故訴訟手續已開始時。乃受繼既爲之手續。而進行其訴訟也。

第九節　中斷或中止訴訟手續之回復

中斷及中止之訴訟手續。因左之行爲而回復。

(一) 權利承繼之際。承繼人受繼裁判手續。之一一七八 卽承繼人自爲受繼之申立也。

(二) 承繼人。由裁判所爲去聲受繼及本案辯論。而受呼出時。則因其呼出而回復。(八一七)故對此呼出而不出頭者。應受闕席裁判。

訴訟之受繼。由原告及被告。以其書面呈於受訴裁判所。裁判所與期日之呼出同時。送達於相手方。(七一八)但至其期日。承繼人不出頭時。則因申立。視爲自白相手方所主張之承繼。以闕席判決。言渡承繼人受繼訴訟手續。然此闕席判決。僅裁判如何受繼而已。非本案之判決。故本案之辯論。對此闕席判決之故障期間滿了後。及故障完結後而爲之也。

承繼人已出頭時。而相手方對於承繼人。有爭議者。則承繼人不可不舉證。若不能證明。則訴訟之受繼。屬諸無效。而中斷仍爲繼續也。就於受繼如何、有所爭者。爲正當承繼人受繼之判決。得以中間判決。或與本案判決同時行之。反之却下受繼之申立之判決。常屬終局判決。得爲通常上訴。

(三) 當破產開始。從破產法之規定。管財人及共同義務者之受繼。(一七九・一八一・商・第九百八十五條)至終了破產手續時。當然回復原狀。不須受繼。

(四) 通知法律上代理人之任命。或訴訟代理人之任命。或由相手方通知訴訟續行。此

通知由原告及被告。以其書面呈於裁判所。裁判所送達於相手方而爲之。七一八

(五) 裁判所行務停止之解除。但是爲依裁判所之呼出而續行者。

(六) 主參加之際。則因主參加之裁判。卽爲續行訴訟之手續

(七) 須先決之事件之完結。一二二

(八) 裁判決定之取消。

被休止之訴訟手續。因當事者開始口頭辯論之申立而回復。但默示合意之休止。八一八之二則由休止之日。在一個年內。若不爲其申立。不得回復。

第十節 訴之併合

第一款 總論

(第一) 民事訴訟法。於一種訴訟手續。許連合數多訴訟之權利關係。講學上稱爲訴之併合。訴之併合者。僅有形式上之效力。而其目的則在節省訴訟之時日與費用也。至於實體的權利關係數多之請求。仍各獨立存在也。

(第二) 訴之併合。先別爲三種。曰、主觀的訴之併合。曰、客觀的訴之併合是也。

客觀的之併合者。併合訴之客體(卽目的物)之義也。謂併合一人之原告及被告間。所存數多

權利保護之請求也。（即目的之併合）主觀的併合者。併合訴之主體（主格之義）也。即併合多數原告及被告。或以多數之原告及被告。併合於同一之訴訟也。（即當事者之併合）故此際有多數之訴訟主體。同時又有多數之保護請求。換言之。即主觀的之併合。同時又有客觀的併合者也。日本訴訟法。稱此爲共同訴訟。俗語所謂訴訟仲間之義。立於同一當事者之地位。共同而行訴訟也。

日本訴訟法第四十八條、至第五十條。規定所謂主觀的訴之併合。第百九十一條、規定所謂客觀的訴之併合。而此二種之併合。皆屬當事者之任意行爲。故併合與否。悉因於當事者之意思如何者也。然亦有不拘當事者之意思如何。因受訴裁判所之命令。而爲訴之併合者。即依第百二十條之規定。命同一之人。或別異之人。併合數個訴訟之辯論、及裁判是也。此際併合與否。在從受訴裁判所之意見。無關於當事者之意思。故德國學者中。因當事者無併合之自由。有以此稱爲必要的共同訴訟者。是蓋形式上必要的共同訴訟。即訴訟手續上。雖須共同。而以之爲實體上必要的共同訴訟。即以之爲其目的之權利關係。惟合一乃可確定者。則尚未至也。何則、日本訴訟法。此種之共同訴訟。當從第五十條特別之規定也。

以上爲日本訴訟法一般之規定。此外各法條之特別規定。尙有種種之共同訴訟。如主參加之際。一五數人之爲替義務者。爲共同被告時。四之二九五又對於債權者及債務者。爲執行異議之訴時。五四一及二九之又對於第三債務者之差押債權者之訴。有執行力之正本。加入各債權者時。六二三之二又原告及被告死亡。數人之相續人。受繼其訴時。一七八及依人訴第二條第二項、第二十條第二十三條第二十六條第三十條第三十六條第三項之規定。由檢事或第三者爲婚姻之無效或取消。又養子之無效或取消之訴時。又檢事以當事者之一方爲相手方。爲當事者上訴時、是也。此各種訴之併合。當於次節詳述之。

第二款 主觀的訴之併合 共同訴訟

(第一) 主觀的訴之併合。有必要之條件。而其條件、有形式的條件、與實體的條件二種。

(甲) 形式的條件者。其所欲併合數多之訴。須具相同之訴訟上必要條件。參觀本章第二節一九 卽在法律上、許用同一種類之訴訟手續者也。

(乙) 實體的條件者。謂適應訴訟法之目的也。適應訴訟法之目的者。非謂其訴訟、在事實上或權利上。必須相牽連者。例如爲權利原因之事實相同或權利之共通惟其事實及權利之原因爲

同種類。故特併合之。有避訴訟繁雜之利益也。

裁判所得命已併合之訴分離。或取消分離之命令。固勿論已。一二三。

(第二)　共同訴訟　共同訴訟者。欲結合數個之訴訟。於一之訴訟手續。使同時終局也。而許此訴訟之趣意。(即共同訴訟立法之理由)德國訴訟法理由書有言。除節約訴訟之時日。使手續簡易。減省費用外。在於以一致之裁判。於其所結合之訴訟。共同論爭。或以同種之爭點。共同擔保也。共同訴訟。分爲三種。如左。

(甲)　因當事者之行爲而生者。即共同訴訟人。數人共提起一個之訴、或受訴時。

(一)　權利或義務共通時。(四八之一)　權利義務之共通者。謂就於訴訟目的物。共同訴訟人間。權利義務之共同也。例如、因共同所有者、及其他相續。或會社契約、并組合契約。有共同之權利者。又負擔共通之義務者。爲共同義務者之訴。或受訴也。故第四十八條第一號之解釋。不問爲權利義務之不可分。與爲連帶。苟其權利有共通之關係者。皆可包含之。且本節第三所謂必要的共同訴訟。除關於形式上外。概屬此類。今按日本民法之用語。如共有、互有、不可分、及連帶、之權利及義務。因於其性質者。與因法律之規定者。及因於合意者。均無區別。

(二) 請求或義務。基於同一事實上、及法律上之原因者。第四八之二 此其請求。或義務之基本事實上原因。及法律上原因。須同一者。故異其原因時。例如所有權、與收益權。又如相續權、與遺贈收受權。雖歸於同一之物。而其事實、與法律之原因不同。則不屬此類。此外出於同一事實、及法律上之原因。而爲無共通性質之債權或債務關係者。亦皆包含之。例如以同一契約。賣同一物於數人之買主、而買主對於賣主負擔民法所謂連合義務時。或以同一證書分擔均一或差等之貸借時是也。

茲有疑問者。卽對於主的債務者、及保證人之訴是也。德國有基於事實上及法律上同一原因之判例。其理由之大要。謂「保證人爲主的債務者之副。對於債權者、負擔保之義務者也。故保證人一切之關係。爲純然附從之義務。而其目的物及義務之範圍。亦與主的債務。常屬同一。又保證人通常得爲主的債務者所得主張之抗辯。故對於保證人之請求。主的債務關係。與保證人當加此關係之事實。得以之爲訴之原因。卽對於主的債務者之請求。與對於保證人之請求。屬諸同一。其性質蓋基於同一之事實上、及法律上之原因者也。」今特載之於是。以備參考。

(三) 請求或義務之性質。基於同種類之事實上、及法律上之原因時。第四八之三 此出

於擴張共同訴訟之趣意也。非如前二者、權利義務之共通。又非事實與法律之原因屬諸同一者。惟其事實上與法律上之原因。於性質爲同種類。得爲共同訴訟而已。此由對於會社或組合之社員、及組合員之訴。多可適用。例如保險會社。以對於同種條件、爲保險契約之被保人、而起訴是也。

又如因對基於同文借家契約之借家人之訴。及因詐害債權者所締結之契約。數人債權者。請求取消之訴。又以同一條件出賣。商人對於其數多顧客之訴是也。

依民事訴訟法第六百二十三條之規定。第三債務者。對於取立手續。不履行義務。差押債權者。以訴請求其履行。有執行力正本之各債權者。視爲共同訴訟人。加入原告。亦屬此類。（四三八之）

以上三者。具備前節之要件時。以當事者自由之意思。得併合其訴。

(乙) 因裁判官之行爲而生者。卽同一之人、或別異之人。數個之訴訟。繫屬於同一裁判所。而請求之目的物。本來在一個之訴。可以主張者。裁判所以其職權。（又因申立）命訴之併合時。（一一二）

此與前述之共同訴訟異。不問當事者之意向如何。而由裁判所之命令。所生訴之併

合也。但此併合。亦須具備二條件。

(一) 繫屬於同一裁判所。同一之裁判所。乃全裁判所之義。非各部合議裁判所之義。故分配於他部者。亦可併合之。然命此併合。就於併合之各事件。須在開始辯論之後與否。則有異論。據德國學說。在未開辯論以前。不知是否屬其管轄。又不知具備併合之條件。故應在辯論開始後而爲之也。然法文明言繫屬。而不及其他。故余謂不拘辯論之前後。得爲併合之命令。如次項之要件。(即第二百二十條但書要件)若非辯論開始後。雖不能明確。而本條之法文。不能謂特定條件確定後。始可命併合之旨也。若其條件有所缺。則其命令、尙可從第百二十三條之規定。隨時取消之。是亦無須嚴格調查之理。

(二) 本來在一個之訴可以主張者。此條件包括訴之併合、一切之要件也。屬於裁判所之管轄者。勿論已。且須具前所述之性質、及訴訟手續之同種類。皆包含於此句中。

具備以上條件者。而命訴之併合。其命令對於將來。能生效力。而不遡既往。故權利拘束效力。由各訴提起時既發生者。仍然存續。僅對於將來生效力而已。故其已併合之訴。爾後爲純然之一事件。由辯論判決、以至上訴。皆可視爲一訴而處理之。

訴之併合。在第一審及在第二審。均可命之。然上告審不得基此規定。而命訴之併合。抑亦無其必要也。

以上所謂共同訴訟。就於數人共爲訴或共受訴中。更須特區出一種之共同訴訟。卽民訴第五十條。所謂對於一切共同訴訟人。屬於訴訟之權利關係。惟合一乃可確定者是也。

權利關係、惟合一可確定者。意義甚不明確。然考究法律沿革上。爲德國訴訟法、或德國學者、所謂必要的共同訴訟。及不可分離之共同訴訟。無疑。故因講述之便。單稱爲必要的共同訴訟。蓋卽日本法文所謂權利關係。惟合一可確定者可知也。

(第三) 所謂必要的共同訴訟。有二種之別。卽實體上共同之必要。與形式上共同之必要是也。

(一) 實體上共同之必要者。卽訴訟目的物之權利關係。惟合一乃可確定時。(1) 〇五之一

權利關係惟合一乃可確定者。卽民法上數人共通之目的物。不可分時。例如關於不可分共有、及共同相續。由二人以上之共同者。或對於二人以上之共同者。爲履行之

訴。及不可分權利確定之訴時。卽關於地役權利義務之存否。或欲確定其範圍。又確定不可分債務之存否等是也。約言之、卽性質上及法律上、或合意上所謂不可分之關係者是也。

(1)解釋所謂惟合一乃可確定者。學說不同。實際之裁判例。亦未一定。惟多數概謂包含一切之共通者。余謂從前揭之例。適用之範圍亦極狹少。考法律精神亦然。從第五十條所規定之特例可以明也。其詳俟後說明之。

(二) 形式上共同之必要者。不問權利關係之如何。訴訟手續上、有爲共同訴訟之必要是也。此常基法律之明文而定者。如左。

(甲) 主參加之際、(1)及詐害行爲廢罷之訴。並對於以同上目的。而受之判決。爲原狀回復之訴。(五一、八三、四)

(1)據第五十一條之法文。「得爲主參加而主張其請求。」遂謂非必要的共同訴訟。此誤也。據此法文。乃許以從主參加之方法。爲訴訟與否之自由而已。既屬主參加之訴。則必爲共同訴訟。觀對於當事者雙方之訴之明文。可以知矣。(參照本編第一章第一節第三款第二)

(乙) 第三者、就强制執行之目的物。對於債權者及債務者。而起訴時。（五四九之二）

(丙) 由差押債權之債權者。對於第三債務者。以訴請求履行。有執行力正本之各債權者。加入其訴時。（六二）

(丁) 就於婚姻事件。由檢事、或第三者對於夫婦婚姻之無效或取消之訴。（民親第七百八十三條第七百八十五條第七百八十六條人訴第二條第二項第二十條）

(戊) 就於養子緣組事件、由第三者提起緣組之無效或取消之訴。（民親第八百五十三條至第八百五十九條人訴第三十條第三項）

(己) 子或母以定父爲目的之訴。（人訴第三十條第三項）

(庚) 非隱居者及家督相續人者。提起隱居之無效或取消之訴。（民親第七百五十八條第七百五十九條人訴第三十條第三項）

(辛) 就於人事訴訟。檢事爲上訴時。或當事者以檢事與他當事者之一方爲相手方、而上訴時。（人訴第二十三條）

以上共同訴訟。稱爲必要的、或不可分離之共同訴訟。惟按其意義。蓋謂若非共同起訴。或共同受訴。則不得爲訴訟。非謂無共同訴訟。不得與以裁判也。故當事者有强求

訴之併合之權。或共同權利者之總員。共行起訴前。及共同義務者之總員。共受訴前。有拒絕辯論之權。卽共同訴訟必要之抗辯。限於法律上無命共同必要之規定者。不得提出之。日本現行法律上。得爲此抗辯者。僅違背前段(甲)(丁)(辛)之規定。而提起訴訟者。此外必要的共同訴訟。究因其權利關係。性質上須爲合一之裁判也。以此爲共同訴訟時。僅適用民訴第五十條之特例而已。

(第四) 關於共同訴訟管轄之要件。

(甲) 事物之管轄。與爲去聲一人、或對於一人之訴。須在同一之裁判所。故若其事物管轄之原因。繫於訴訟物之價格時。應從第四條第一項之規定。而從裁判所構成法第十四條之規定。結合應屬區裁判所管轄百圓以下之數多之訴、爲共同訴訟時。依其結合。超過價額百圓以上者。則其管轄屬諸地方裁判所。若其非此例。卽結合從裁判所構成法、不問其價額、應屬於區裁判所管轄之訴。與應屬地方裁判所之管轄之訴、時。則就於第一之訴。依此結合。猶未至屬於地方裁判所之管轄。又應屬於裁構第十四條。第一之訴。與屬於其第二之訴結合。而價額超過百圓以上者。亦非屬地方裁判所之管轄也。參照本編第一節第四款第一項第二

(乙) 就於土地之管轄。亦與爲去聲共同訴訟人之一人、又對於一人之訴時。須在同一之裁判所。就於爲替訴訟。從民訴第四百九十五條之規定。此外從民訴第二十九條、及第三十條。得定合意上共同之管轄。

茲有疑問者。卽數人之共同訴訟人。散在數多裁判所之管轄區內。將如何定其管轄耶。

對此疑問者之論決。俟後詳之。

(丙) 訴訟手續。須同種類者。如通常訴訟。與證書訴訟。則不得併合也。

不具備以上第二所述、及關於管轄之要件。而視爲共同訴訟人而起訴、或受訴時。

(甲) 無事物及土地之管轄權者。裁判所得以職權却下其訴。但從第三十條之規定。生管轄合意之效力時。則爲例外。

(乙) 訴訟手續之種類不同時。例如不許爲證書訴訟之訴。而與證書訴訟併合而提起者。則可以職權却下其訴。

(丙) 不合於第四十八條之要件時。此非須以職權却下之。何則、裁判所依第百十八條。得命分離也。但其分離各個之訴。皆限於應屬其裁判所之管轄者。

(第五) 普通共同訴訟人。(與必要的共同訴訟異)相互之關係。

普通共同訴訟人中一人之行爲。(包含不行爲)不及於他共同訴訟人之利害。是爲原則。(九四)按德國訴訟法理由書。共同訴訟人。非以爲共同訴訟之故。而相互之間。生別段之關係。蓋共同起訴、或共同受訴。不過一種事實而已。而此事實。共同訴訟人間。不生權利之效力。蓋實體的彼等之利害不相關係也。故各共同訴訟人。猶之各個獨立爲訴訟時。而可受裁判者也。(中略)各共同訴訟人之行爲懈怠。不及於他人之利害。故各共同訴訟人。得各自用其攻擊及防禦之方法也。是亦可爲日本民訴第四十九條之理由。由右之原則。實際所生之效果如左。

(甲) 共同訴訟人。在口頭辯論期日闕席時。雖他之共同訴訟人。不出席者。而對於闕席者。從一般之條件。得爲闕席裁判。

(乙) 民訴第百七十三條、所定訴訟行爲懈怠之結果。僅對於懈怠各個人而生者。不及於他人。

(丙) 同第二百二十九條、所定之拋棄、與認諾、之效力。不及於他人。

(丁) 一人事實上之自白。他共同訴訟人。不妨爭議。

(戊) 各共同訴訟人、所定之期間。其始期、終期、中斷、伸長。皆各別計算之。

(己) 爲去聲一人之共同訴訟人。或對於一人之共同訴訟人之裁判。爲一分判決。六二故共同訴訟。雖謀裁判之一致。而訴訟上對於各共同訴訟人。可爲不同、及反對之裁判。又判決及其確定之期不同亦可也。

(庚) 就於訴訟費用。從法律之規定。除連帶義務外。依第八十一條之規定。可各別而爲裁判。

(辛) 無任命共同訴訟代理人之義務。卽各共同訴訟人。得各自任代理人也。

以上關於普通共同訴訟之原則。而其所謂必要的共同訴訟者。有特別之性質。故有非常之特例。卽民事訴訟法第五十條所規定是也。而其必要的共同訴訟人相互之關係、如次項。

(第六) 必要的共同訴訟人相互之關係。

(一) 必要的共同訴訟。權利關係。須合一確定。異於普通共同訴訟。其攻擊及防禦方法(包含證據方法)之利益。幷及於他之共同訴訟人也。五二〇之本項以下之法則。爲前述第五之例外。僅必要的共同訴訟。始可適用者也。蓋必要的共同訴訟。其權利關係。對於一切

共同訴訟人。惟合一乃可確定者。從而攻擊防禦。亦須歸於一。故共同訴訟人中之一人。或一部分之攻擊防禦。及證據方法。有爲他之共同訴訟人之利益時。則限於其有利益者。幷及於他人也。是共同訴訟人。於利益之點。可謂互相代理者。但攻擊及防禦方法之結果。若有損害者。則他之共同訴訟人。有影響與否。俟後述之。

(二) 同上之訴訟。共同訴訟人中之一部。有所爭者。或不認諾者。視爲一切共同訴訟人之爭。或不認諾也。之五三〇

此特例、亦不外所謂利益之點。互相代理之主義。蓋爭相手方所主張之事實。又不認諾其義務者、卽在於自己利益。避有損害之效果也。故此利益。亦及於他人之共同訴訟人。

(三) 同上權利關係。須合一方確定者。若共同訴訟人之一部。懈怠辯論之期日、及期間。則其懈怠者。視爲由不懈怠者代理之。之五四〇

是亦權利關係。須合一確定之特例也。而此規定之結果如左。

(甲) 出席共同訴訟人之行爲、及不行爲之效果。皆能及於闕席者。非僅與訴訟代理人之行爲效果。及於本人者相同。且出席者所爲之拋棄、認諾、自白之效力。亦幷及於

闕席者。其理由及反對說。俟後詳之。

(乙) 出席者之代理權。僅共同訴訟中。懈怠期日及期間者。始存在也。故更爲上訴時。就於上訴。非當然有代理權。但既共同提起上訴。則有本項之代理權勿論已。而因其一部員上訴、所得之判決。幷及他不上訴者與否。俟後詳之。

(丙) 基於出席者之辯論、所爲之判決。對於闕席者。亦非闕席判決。故闕席者。對此判決。不得爲故障。

(丁) 判決者。闕席者之氏名。與出席者、同須記載之。又訴訟費用之權利義務。與他之共同訴訟人。亦屬同一。

(四) 對於懈怠之共同訴訟人。須爲一切之送達。及呼出。之五〇

(第七) 共同訴訟。因左之行爲而廢止。

(甲) 因於當事者之行爲。卽當事者一方、與一人之共同訴訟人間。爲分離、和解時。

(乙) 因於裁判官之行爲者。卽據第百十八條命訴之分離時。又基於第二百七十三條之規定。因一人之共同訴訟人。爲一分判決時。

著者曰。民事訴訟法實施以來。學者幷實務家間。每唱異說。而關於共同訴訟之規定、

尤甚。蓋世之註解者。其說不同。且判例亦不一也。著者於此。嘗提共同訴訟有五大疑問。揭於法曹記事。第十六號以徵會員之意見。應募答案三人揭載法曹記事。第二十二號後又自作答論揭載於法曹記事。第二十七號此答論中。論述各規定之旨趣。并及異說之駁論。茲揭其要領。以供讀者之參考。

關於共同訴訟之疑問、并答論、

(第一) 共同訴訟之管轄。不問屬於事物管轄、及土地管轄。與爲(去聲)一人、或對於一人之訴。須在於同一裁判所。已如前所述。然則數人之共同訴訟人。散在數多裁判所之管轄區內。其管轄裁判所。當如何定之。是一問題也。

裁判所之管轄。苟在已發布裁判所構成法、或訴訟法之國。從法律之規定明文。是爲通例。德國訴訟法第三十六條。定直近上級裁判所。指定其管轄裁判所。其第三、則規定本問題。其文曰。

於數個之裁判所、有普通裁判籍之數人。爲共同訴訟人。被訴於普通裁判籍之際。就其訴訟。不定共通之特別裁判籍時。

日本民事訴訟法。僅於第二十六條、特規定德國訴訟法第三十六條之第四。至於第

一、及第二。則在裁判所構成法、第十條第一、及第二規定之。但本問題。則未有規定。是本問題所以發生也。

今先觀法律取調委員之註解。第四十八條之註解中。土地之管轄相異時。除爲替訴訟外。就於其他之訴訟。裁判所構成法、及本法中、未有規定。故依第二十五條之規定。原告應選擇管轄裁判所。例如共同被告人。散在甲乙丙裁判所之管轄區內。則須選擇其中之一管轄裁判所也。（參觀本多今村註解第一册）而第二十五條之註解中（前署）亦謂第十條之普通裁判籍。苟共同被告。（第四十八條）住所相異時。則從原告之便宜。得起訴於其中之一裁判所。

註解之趣意。專因第二十五條之規定。有管轄裁判所之選擇權。註解者。其以第二十五條所謂原告就數個之管轄裁判所中。得爲選擇者。除第二十二條外。原告自得隨意定其管轄裁判所乎。

據余所解釋。第二十五條所謂原告得爲選擇者。限於所謂權能的管轄而已。故在普通裁判籍、及在特別裁判籍。均可起訴者。又在合意裁判所。亦可起訴者。始有選擇之權也。（講學上稱爲權能的管轄）且法律明文既有就於數個管轄裁判所云云。乃因法律之規定而

定者。或在法律允許之範圍內者。始得依合意而定。固不待辯也。

註解者。若知此理。將何所據。而謂共同訴訟。原告有選擇之權耶。或謂共同訴訟之各人。皆在其住所有普通裁判籍。故有數個之管轄裁判所。余謂不然。所謂各人之裁判籍者。僅指各個人之裁判籍。而非共同訴訟之管轄裁判所也。蓋因此所定各個人之管轄裁判所。無爲共同訴訟人全體之管轄裁判所。猶之散在數個裁判所之管轄區內。不動產各部之專屬管轄裁判所。無不動產全部之管轄裁判所也。（參照第十六條）且法律固未定共同訴訟之管轄裁判籍也。

又據法曹會決議。（記事第三號）以數個管轄地之住民。一時爲被告時。雖住所不同。而得以所謂共同訴訟人。訴於同一之裁判所。蓋其理由。不外基於便利者必要之源。必要卽爲道理之格言也。

此說亦不可信。何則、以此論法。雖有時應用而得其當。而如本問題。對於被告之數人。在法律既經明許之普通裁判籍。而奪其受訴之權利。則大背於憲法第二十四條之規定者也。（卽日本臣民有受法律所定裁判官之裁判之權無被奪者）

法律既無明文。則本問題。須在法文以外。限於不背他之法文者。而論定之也。然如註

解者。牽强他法文而立說。而法曹會之決議。又冒他法文之禁令。故皆不足取也。

試徵他國之先例。如法國因訴訟法中。不規定共同被告之共同裁判籍。每生種種反對之判例。而因判決例之效力。至於今日。遂得訴於共同被告裁判籍中之一裁判所焉。然是僅判決例之效力而已。故學者於說明此判例。足奪普通裁判籍之理由。其爲困難。至今猶昔也。日本無法律之明文。亦無足補法律不備之判例。而相牴觸之法文。依然存在。（指憲法第二十四條之明文）則法理上、及解釋上、關於所謂共同訴訟之管轄。除前所述具備必要條件外。皆不得擴充之也。是可斷言俟法律之改定、及解釋法律之發布後。而始能確定也。

然若法律未及改正。欲强求論據。則日本既有習慣矣。習慣者。法律也。故法律之解釋。可從習慣。蓋無法律之成文。而明屬脫漏者。以習慣爲一個之法律。而適用之。固普通一般之法理也。所謂日本之習慣者。依訴答文例（第二十四條第二十七條之規定）從來所行者是也。訴答文例之廢止。既無可疑。然此非廢止共同裁判籍之先例。乃欲在新法中更定之。而終至脫漏也。

故依此理由。定共同裁判籍。卽可謂受法律上所定裁判官之裁判。不得謂奪憲法上

特定臣民之權利也。

(第二) 必要的共同訴訟。攻擊防禦之利益。幷及於他之共同訴訟人。第五十條第二項所明定也。然則共同訴訟人之一部。用有益之方法。他之一部。用有害之方法時。或一部有所爭議及不認諾。而他之一部則無所爭、及認諾時。約言之。共同訴訟人中之行爲。利害互相牴觸時。則如何耶。

觀取調委員之註解。謂裁判所從第二百十七條之規定。可以自由心證而判斷之。此註解用於普通共同訴訟、及德國訴訟法第五十九條。或得其當。至於註解日本民訴第五十條。則誤矣。蓋同條第二項。定利益及於他人。同條第三項。又有一人之爭或不認諾時。視爲一切共同訴訟人之爭、或不認諾。是皆制限裁判官自由心證判斷之範圍者也。故裁判所受此規定所羈束。縱令心證判斷。其有害之方法。或所不爭者。及認諾者。以爲眞實。而有用他有利益之方法。或有所爭者、及不認諾者之時。則不拘員數之多少。不得不從此規定。是豈得謂可以自由心證而判斷之耶。蓋爲斯說者。僅知利益之效力。及於他人。而不知不利益、不及於他人。以有益之方法。抹却有害之效力也。從以上駁論。對於本問之解釋。自可明瞭。卽有用利益之方法者。與用不利益之方法

者。不拘員數如何。一從其有利益者而判決。不顧其他。又有所爭者。及無所爭者時。一切視爲有所爭者也。又有認諾者與不認諾者時。一切視爲不認諾者是也。

如右變例之規定。所謂權利關係。須合一確定者。不能離於合一之裁判也。

(第三) 據第五十條第四項之規定。共同訴訟人。懈怠期日期間。則懈怠者。視爲不懈怠者任爲代理。然若據第六十五條第二項之規定。須特別委任之和解、拋棄、認諾等。則如何耶。換言之。卽出席者爲前述之行爲時。雖無特別之委任。而其效力當幷及於闕席者耶。

註解者曰。和解、拋棄、認諾。不得代理不出席者。蓋代理人若非有特別之委任。則無此等之權也。

此說亦誤。而其誤解之原因。在於以本條特定之代理權。與第六十五條之訴訟代理委任混同也。蓋訴訟代理。普通用辯護士、以書面委任爲必要。又關於處分權、及其他重大之行爲。須第六十五條第二項之特別委任。然此規定。僅通常訴訟代理人之委任所必要者也。而如本問題。以爲共同訴訟人之故。非可依此法律。適用特別之法律

上代理也。若明此理。則本問之解答。亦屬不難。述之如左。

必要的共同訴訟。據第五十條第四項之規定。闕席。由出席者代理之。故自裁判所觀之。無法律上闕席者也。從而出席者所爲之自白、認諾、拋棄、和解。視爲一切共同訴訟人自爲之。則其效力。自及於一切共同訴訟人也。

(第四) 必要的共同訴訟人中之一部服從第一審及第二審之判決。而他之一部有不服時。其不服之一人、或一部。得爲上訴與否。

若得爲上訴。則就於上訴。不可謂有相互代理權者。然若在上訴審。翻前審之判決。而爲前後反對之判決。則上訴審判之效力。可并及於不上訴者否。

對於第一問。欲斷言僅共同訴訟人中之一部。得爲上訴者。蓋如前所述。講學上所謂必要的共同訴訟。非法律上必不可爲別個之訴。或不可裁判也。故除前款第三所述之例外。在相手方無共同必要之抗辯之權。裁判所亦無強行之權也。

就第二問、分左之數項而斷言。

(甲) 必要的共同訴訟人。就於上訴。雖無相互代理之權。而就於期間。則有法文上互相代理之權。(五四〇之) 故若有上訴者。他之共同訴訟人。雖經過上訴期間後。得加入上訴。

但限於一切共同訴訟人。不加入上訴者。則其上訴。僅上訴者之上訴。而他人不與焉。

(乙) 其一部上訴之效力。應并及於他之共同訴訟人也。

今假定爲一部分之上訴、被棄却時。則前審判決。仍屬確定其效力。可併及他人與否。無所差異。自不須說明。若其一人或一部之上訴。爲有理由。在上訴審。更爲正反對之判決。則判決之效力。不得不併及他之上訴者。蓋與他之訴之併合異。其訴之目的物之權利關係。須合一確定。卽不可分關係故也。詳言之、前審之判決。共同訴訟人中。不可分性質之權利關係。確定爲存在者。若在上訴審。覆審此關係不存在時。則非僅對於某人。謂無此關係。乃判決關係全部之有無也。但此際上訴判決之效力所併及者。乃併及其利益。於他之訴訟人。無可異議也。

論者或謂若上訴審之判決。生不利益之結果時。則如何耶。余斷言無此結果也。凡上訴者、不服前判決也。而主張不服者。因不利益故。感不利益而上訴者。卽須主張利益也。須有利益。爲上訴實質上之條件。且日本民事訴訟法。不許爲上訴者不利益之裁判。觀民訴第二百三十條、第四百十一條、第四百二十條、第四百二十五條、第四百四十五條、第四百五十四條等之法文。自可明瞭。

論者又謂日本民事訴訟法第四百二十五條。有特別之規定。卽由相手方以控訴或附帶控訴之方法。就於判決申立不服時。限於其部分。縱爲控訴人之不利益。亦得變更之。此豈得謂不許爲上訴者不利益之裁判耶。不知相手方之控訴。或附帶控訴。須從通常起訴之手續。故一切共同訴訟人。皆爲被告。（卽被控訴人）而與通常之訴同。僅自己受判決之效力者也。

（第五） 由共同訴訟中人之一人。得申請指定期日。而呼出相手方與否。若得爲之。須同時呼出他之共同訴訟人與否。

由訴訟當事者之一方。得申請指定期日。呼出相手方。固不待言。又既呼出相手方。開口頭辯論之際。呼出一切訴訟關係人。日本訴訟法。屬於書記之職務。故他之共同訴訟人。亦須呼出者也。

然由一人或一部之人上訴之際。則不須呼出其不上訴者。其理由觀前述第二問自明。

（第六） 通常連帶義務。爲必要的共同訴訟耶。

連帶義務之特質。在於各自連帶負擔全部之義務。連帶者之一人。亦得負擔全部者

也。又對於其中之一人或一部。得解除連帶之責任。故對於各個人。其裁判可不相同。蓋非權利關係惟合一乃能確定者也。惟今日實例上。每以此爲必要的共同訴訟。而多適用第五十條第四項之規定。是誤解也。

第三款　客觀的訴之併合

（第一）客觀的訴之併合。卽訴訟目的物之併合也。

（甲）由一人之原告。對於一人之被告。在一種之訴。併合數個獨立之保護請求時。九一

（乙）訴訟之進行中。由原告擴張訴之申立。欲確定權利關係時。一一一　此爲法律所謂擴張訴之申立。雖不視爲獨立之訴。然本訴訟之請求外。更請求確定權利關係。故講學上亦稱爲訴之併合之一種也。

（丙）由被告提起反訴時。二〇〇

（第二）客觀的之併合。與主觀的併合。須具備同一之條件。法文上已明示矣。卽訴訟上。裁判所就其一切訴訟須有事物及土地之管轄。及許爲同種類之訴訟手續也。一一九

又在實體上有三要件。

在(甲)須適應併合之目的。卽合一辯論及裁判。得省減時日、費用者。

在(乙)訴狀中所記載之請求。與確定之請求間。須有中間之爭之關係者。二一一

在(丙)須事件之牽連或得相殺者。二一〇。

(第三) 第百九十一條但書有云。反於民法之規定時。不在此限。據舊民法。占有之訴。雖與本權之訴。許用同一之訴訟手續。惟不得併行之。而新民法則許併行焉。(民物第二十條)至於人事訴訟事件。則由人事訴訟手續法。特明示可以併合者。茲述其可許併合者。以爲推知不許併合之標準。

(甲) 婚姻無效之訴。取消之訴。離婚之訴。及同居之訴之併合。(人訴第七條第一項)

(乙) 養子緣組無效之訴。取消之訴。及以離緣爲目的之訴之併合。(同上第二十四條第二十六條)

(丙) 子之否認、認知、其認知之無效或取消。又依民法親族編第八百二十一條之規定。以定父爲目的之訴之併合。(同上第二十七條第三十九條第二項)

(丁) 以親權、或財產管理之喪失、及取消失權爲目的之訴之併合。(同上第三十條第三十九條第二項)

(戊) 推定家督相續人、及推定遺產相續人廢除之訴。又以取消廢除爲目的之訴之併合。(同上第三十三條第三十九條第二項)

(己) 以隱居之無效或取消爲目的之訴之併合。同上第三十三條第三十九條第二項

(庚) 由以上訴之原因之事實。所生損害賠償之請求。扶養之請求。據民法之規定。得以附帶於其事件、而爲之請求之併合。同上第七條第二項・第二十六條・第三十九條第一項

(辛) 對於失蹤宣告之判決。申立不服之數個訴之併合。同第十九條

以上客觀的之併合。由原告自爲之者。而許其併合之際。裁判所從第百十八條之規定。有命分離之權利。然若不命分離。則須視爲純然一個之訴而取扱之。德國有判決例故在左之事情。可却下各請求之總體。即併合之訴之全部

甲、數多之請求中之一。有不屬裁判所之管轄者。且據第三十條之規定。未能歸於其管轄之併合之訴。可參照前第二款第四。

乙、併合訴訟手續相異之請求之訴。

丙、反於第百九十一條但書之規定。而併合之訴。

以上依第百十八條而分離之。但不得僅却下其不許併合者。蓋以原告所起之訴。至少有一部違法。而自其訴之全體而言。則固爲不可許之訴即不適法之訴也。但從第百九十八條之規定。適法而取下其違法之部分時。則不在此論耳。

第三章　關於訴訟行爲之方式種類及時期一般之原則

訴訟主體、及主體間之訴訟。交互之關係。幷訴之併合。前二章已詳述矣。故本章論述組織權利關係各訴訟行爲之方式。裁判所及當事者之行爲。其實行順序、時期、及行爲之懈怠。並其結果之除却方法等。

第一節　方式

（第一）　凡訴訟上行爲之方式。有從法律之規定而一定者。有從訴訟主體之選擇者。法律上所定訴訟行爲之方式中。最屬重要者。若不遵守之。則其行爲之全部。常歸於無效。而其方式最大者。在於訴訟法之主義。古來分訴訟主義爲二種。曰口頭辯論主義。曰書面審理主義是也。

書面審理主義者。謂訴訟行爲之形式。以書面爲必要也。故此主義。訴訟之全體。在於書面。得謂書面之所載卽訴訟也。

口頭辯論主義。或稱直接審理主義。謂當事者之主張、裁判所之證據調等。皆以感官直接作用爲必要也。換言之、卽凡可爲判決之材料者。皆以人與人直接之通知。（卽口頭辯論及直接之證據調）爲必要形式。在此主義。固不得謂書面所載。卽屬訴訟之全體。然口頭辯論主義。亦

必非與書面審理主義。不能調和併行。且有以書面爲必要者。必要之書面。後當詳述。

(第二) 日本民事訴訟法第百三條。確認此主義曰。判決裁判所。就於訴訟當事者之辯論。爲口頭。(1)此外第百十條規定。不許變口頭演述。而援用書類。及第二百七十三條規定。證據調以在受訴裁判所行之爲本則。是皆欲完成此主義者也。

(1)訴訟法第百三條之規定。專係訴訟當事者間之判決。若對於參加人或證人之裁判。及不經辯論而得爲之裁判決定。皆不包含之。故須審訊第三者、或當事者時。則有別段之規定。如關於從參加、(第五十七條)關於證人、鑑定人、(第三百一條及第二百二十二條)之規定是也。

由口頭辯論主義。所生之結果如左。

(甲) 判決之材料。卽當事者之申立及陳述。以當事者之口頭。所爲之證據方法者。不可不經裁判所之實驗。但此原則。特限於以口頭辯論爲必要時。若用口頭辯論與否。可以隨意者。則不適用。如管轄裁判所指定之裁判。(二八)忌避之裁判。(三七)對於書記、代理人、執達吏、費用負擔之裁判。(三八)費用額確定之裁判。(五八)救助許否之裁判。一一〇期日期間之變更、伸縮之裁判。一一七訴訟手續中止之裁判。一一八此非强制執行、假差押、又假處分等。凡不經口頭辯論而可行者。皆屬例外。

口頭辯論主義。爲申立之原因。或供反駁之用之事實。雖有記載於書面。又以受訊問證人、或鑑定人之陳述、及檢證之結果、所記載之書面。雖有添附於記錄。又視爲調書之一部、雖有當事者之書面。又證書之原本、及謄本。雖有添附於書面。然欲受裁判上注意採用者。則須以當事者口頭在裁判所演述之也。若夫昔時歐洲德國一般所行之格言。謂無書面。亦無口頭之主義。是與口頭辯論主義爲反對者。蓋昔時除顯著之事實。(二一八)皆基於書面而判斷也。

從日本民事訴訟法之原則。書面僅有附從之效力。不過用以證明訴訟手續適法之進行。或欲明確某事實耳。然例外之規定。亦有可爲訴訟之必要原素一二之書類。如以下第三所述者。是也。

(乙) 口頭辯論主義。須求可短縮其辯論者。換言之。卽須不因其辯論。費數多之期日也。蓋欲使裁判所基於口頭辯論之感動而裁判也。

訴訟法雖許當事者訴訟手續之休止、及延期、或期日之變更。但裁判官應斟酌辯論之旨趣而判斷之。(二一七)又判決、須包括已經辯論一切攻擊及防禦之方法。(之二三〇)不可僅依最終之辯論。故有前述之必要也。(合議裁判所部員變更事由陳述判決編詳之。)

以短縮辯論之目的、所設之規定如左。

(一) 準備書面之交換。卽第百四條、至第百八條、第二百四條、第四百四條、第四百七條、第四百四十條。第四百四十一條之規定。

(二) 許以裁判所之職權。分離辯論。或制限辯論之規定。一一九・及一一八・二一三・許訴之併合之規定。一〇一二 許爲一分判決之規定。二二五・二二六・及二二八・及許中間判決之規定。二二七

(三) 懈怠期日期間者。又因延期、延長、及其他遲滯所生者。應使負擔費用之規定。五七

(四) 裁判所主宰權之規定。如時機已過之防禦方法、却下之規定。二一 同上證據方法、及證據抗辯却下之規定。二一四 書證申出却下之規定。三四七 控訴審防禦方法却下之規定。四二六 是也。

(第三) 口頭辯論主義。有以書面爲必要、或有用者如左。

(一) 在合議裁判所之訴訟準備書面。一〇〇四至八 蓋準備書面。雖非絕對的所必要者。然由當事者一方。對於相手方。訴訟之事實、攻擊方法、證據方法等。不用準備書面而通知者。又不提出證書之原本、或不以謄本通知者。則原告及被告。得拒辯論之續行。請其延期。又得請求期日之變更。

(二) 訴狀。(一九〇·三·四·四七五·七) 以訴狀爲必要規定之結果。當然生左之效力。

(甲) 爲訴之一定原因。所揭載之事實。於應送達於被告之訴狀謄本。與存於裁判所及原告之手之訴狀原本。須爲同一之記載。

故謄本除有反對之證者外。則以與由原告提出於裁判所之原本、或添附訴訟記錄之謄本。推測同一爲法則。

蓋此原則。在闕席判決時。極屬必要也。若對席判決。原被兩造。共行出廷。而爲訴訟。則此等欠缺。當事者自得補正之也。

此法則之適用。專在左之數點。

(乙) 訴狀形式上之要件。卽第百九十條第一號、至第三號之事項。又以證書訴訟、爲替訴訟、而起訴之陳述。有欠缺時。

但就於證書訴訟。由此訴訟所送達之訴狀。不具備證書訴訟必要之條件。亦僅證書訴訟無效而已。不失通常訴訟提起之效力。

(丙) 有失誤期日時。

例如不出廷之被告。提出對於受闕席判決。且如不能爲故障、而得以控訴攻擊之第

二闕席判決。所受送達之訴狀謄本。以證明送達於已之訴狀謄本、不具前所記載之要件時。則闕席判決。應被廢棄。而其事件。須駁回於第一審。（二六三）何、則送達之缺點。若非相手方出廷承認之。則須更爲正式之送達。始有效力也。

有不揭於訴狀之申立。在口頭辯論時。始申立之者。則在合議裁判所。提出書面。但須基於此而爲之。（二三）

（三）爲口頭辯論必要基礎之申立。如第二百二十二條。應受判決事項之申立。第四百一條、控訴狀第四百三十八條、上告狀第四百五十七條、抗告狀之書面。是也。此外督促手續、假差押、破產屆出等之申立。假處分、或公示催告手續之申立。亦同。

區裁判所之訴訟手續。一切當事者之陳述。裁判所書記。得以口頭而爲之。（三七四）

（四）一切之呼出狀。

（五）裁判書。判決之言渡。因主文之朗讀爲之故必須書面。此外闕席判決。或決定。雖先以口頭言渡。然更須製成書面、或與口頭辯論之調書併　或須別添附於訴訟記錄。

（六）送達證書。送達證書者。關於書類合式之送達。而送達機關。所作一定方式之

書面也。

(七) 調書 調書有種種區別如左。

(甲) 就於計算事件之準備。在受命判事前。而作調書。及在受託判事前。而作調書。二六八

此調書、與準備書面同。須揭一切之事實、證據方法、當事者之陳述、申立、等。何則、此可代用爲準備書面也。又受託判事之調書。則記載證據調之結果。

(乙) 在受訴裁判官之前。所作之口頭辯論調書。一二三 九・一三 八〇・

調書由裁判所書記作成之。讀聞於當事者或證人。又使之閱覽一三區裁判所之訴訟手續。則與此異。限於當事者之申立。或其他之陳述。至口頭辯論終結時。且依裁判所之意見。特認爲必要者。記載於調書。三八〇

當事者所申立之事實。不記載於調書。而揭載於判決。二三六之第二

(1) 調書中。如口頭辯論調書、爲訴訟所必要。最宜明確。當局者所熟知也。而日本法廷。口頭辯論調書。要有不整不備之感。亦當局者所實驗也。余曩者、發行民事訴訟法實習、第七節之補註。揭目下之通弊。欲使當局者之注意。然徵爾來實驗。所謂須

明確之事項。仍屬蕪雜。徒見無益之陳述辯論。因此爲上訴之原因。爲移送駁回之煩累。不勝枚舉。蓋此流弊。基於調書之不整不備尤多。是當局者之責任。實爲重大矣。夫調書之正確。豈眞不可期乎。若裁判所及辯護士、略加注意。不憚朗讀、或閱覽之勞。固不難盡絕此弊。是余所切望也。就此調書特詳述如左。

第一調書之所載。（一二九之二、一三〇、一至一三二、）

據民事訴訟法第百二十九條第一項之規定。在受訴裁判所。須作所謂口頭辯論調書。而據第百三十條第三號、至第六號之規定。所謂口頭辯論中。非僅關於當事者之行爲。（一一一、第三及第二、）并裁判所之行爲。（證據調、裁判、一一二、一一五、二〇九、二二七、）亦包含之也。

（甲）第百二十九條第二項。不拘當事者之闕席、或不辯論。而規定調書所應揭載一般之事項。其就於第二號。則從民訴第四十二條、裁構第六條、及人事訴訟手續法之規定。須檢事立會者。就於第五號則裁構第百五條第百七條之規定。當一一注意。記其要項。

（乙）第百三十條、第百三十一條。規定辯論進行之要領。及辯論之結果。并申立（第一號第二號）證據調。（第三號第四號）及裁判。（第五號第六號）茲更詳說之如左。

(子) 第一項所謂要領者。僅辯論進行之大綱之義。非併及各個之行爲、及陳述之義也。例如原告代理人。基於訴狀爲一定之申立。被告代理人。基於答辯書。而申立訴之却下。或棄却。又提出妨訴之抗辯。爲妨訴抗辯棄却之判決。或被告爲反訴申立。原告認諾其請求。爲相殺之申立。原告申立某證據調。爲證據確定。及證據調之結果等。次項所謂揭載須明確之事項是也。要之調書之記載。期於簡當。不遺其要領而已。

(丑) 第二項、第一號。除以第二號所定之職權。而可明確外。基於當事者之處分權。依本訴或反訴請求之決定時。卽關於事實之自白外。如認諾。七四・二二九・五〇一・拋棄。二二九及和解。七九・三八一是也。但第二號。據第二百二十二條、第三百八十條、及人訴第五條第三項第二十六條第三十九條第一項。所謂申立。及民訴、第二百二十三條、第三百八十條之標準。記載於第百五條、第三號、第四號、第五號。重要之點。爲關於差異事項之陳述。蓋自白者。其性質可屬此項也。然與請求之認諾、拋棄、及和解。記載於同一號之中。則可謂立法上不得其當也。

又第三號及第四號。皆屬於證據調。記載證人鑑定人之供述。及檢證之結果也。然

既經訊問後。而因判事之變更、及因他之理由。再爲訊問時。則不須新作全部之調書。特就以前未訊問者。及與以前之供述不同者。新記載之可矣。第五號、及第六號、乃明確裁判及其言渡者也。所謂裁判者。意義最屬廣汎。從同號括弧中所記。可以知之也。

(寅) 第三項之規定。添附於調書。且附錄於調書所表示之書類之記載。與調書同。蓋此規定乃關於第二號、卽第二百二十二條及第二百二十三條。全般事項。均可適用也。

第二調書之方式。一三二

調書者。在裁判長、或陪席判事、指揮監督之下。裁判所書記。所當作成。從第百三十二條及第百三十三條之規定。自可明瞭。所謂指揮及監督者。乃參與調書之作成。如應屬明確之事項。證據調之結果。各種之裁判、及和解之條項等。則指示之。有時以一一口授而使之筆記。此在今日最屬必要也。但指揮監督。屬於裁判長之義務。不得謂作成調書。全屬書記之職務。一切可以放任之也。

口頭辯論之調書。須在法廷作成之者。此據第百三十一條之規定也。故爾後描改、記入。固

不可許焉。德國之註解者以是爲訓示的規定其誤甚矣。第百三十一條之規定。卽第百三十條第二項第一號、至第四號所揭調書之部分。在於法廷。須讀聞於關係人。又因閱覽。以示其關係人。但踐其手續、及爲承諾、又爲異議者。皆當記入。(1)

(1)抑此規定。爲裁判方式之一。須嚴格遵守。固不待言。且此方式。現書式中以有印書。自無脫漏之虞。然在事實上堂堂之辯護士。往往至上級審爲左之言者曰。實際調書者。後日所記也。或曰某某之記入者。於後日所書者也。此固未足徵信。然萬一所爲實有類似於此者。至使日本帝國裁判所之信用掃地。是可謂國家之大罪人也。

調書之朗讀者。謂讀須明確之事項也。但以此爲明確事實之方式。非必朗讀全文。

調書者。據第百三十二條之規定。須裁判長及裁判所書記之署名捺印。區裁判所判事、受命判事、受託判事之審問調書。不分在法廷內與在法廷外。悉準用前述之規定。一三 惟區裁判所判事、有事故時。及因訴訟法之規定。用口頭之訴、抗告、申立、申請、及陳述等。又如拒證言者。則僅裁判所書記之署名捺印可矣。一三二・一三五之。

第三調書之證據力。一三四

據第百三十四條之規定。凡因口頭辯論、遵守所規定之方式。可僅以調書證之。而其證據

力。至證明調書爲變造前。皆有完全效力也。所謂口頭辯論之方式者。指一切辯論不可缺之方式也。詳言之、卽因口頭辯論之證據。調及件於辯論之裁判。幷其他裁判所之構成。（四三之六第一）辯論之爲口頭。（三一〇）又法廷之公開。（憲十九第五條）等是也。卽民訴第百二十九條第二號、及第五號。證明裁判所之構成、及法廷之公開、第百三十條第一項、及第二項、第二號、至第四號、及第六號。證明申立及重要之陳述、證據、及裁判之言渡。右證據力。得排斥他之一切證據。故雖有何等之證據。亦不許爲證明反對。是實定反於自由心證大原則之採證法也。蓋此絕對證據之力。乃遵守調書所記載者。而未記載之事項。雖不得爲不遵守之確證。而若不以他之證據爲積極的證明時。則其結果自歸於同一也。調書可爲公證書。固無容疑。然不得謂記載於調書者。悉生公證之力也。例如日本現今之調書。記載種種事實上之陳述。故有公證之力。以此援用於他之訴訟事件是也。（按以上皆註脚）

以上之書面。幷其他書面。從所謂口頭辯論之主義。影響於判決者。其效果不同。如左。

（一）凡當事者之書面。所揭之陳述。僅由演述時。可爲判決之基礎。然爲請求原因所援用之事實。例如「請求原因之貸借。本合賣掛、代金而成立契約」之陳述。雖未記載於準備書面。而由當事者演述之。則裁判上亦須注意採用也。（二二三・二一三六之第）

(二) 證書者。與當事者之演述。不得違反。何則、證書與當事者之演述符合時。始生效力也。故證書之所載、與陳述、有齟齬時。證書、陳述。皆爲無效。

(三) 證人及鑑定人之陳述、及檢證之結果。就於調書從左之法則。

陳述及檢證之結果。調書雖有揭載。而當事者不演述時。不得爲判決之材料。

由當事者、視爲證據調之結果而演述之、而不記載於調書、又非由受訴裁判官、直接見聞之事實。是亦不存於裁判官之目中者也。反之、裁判官於不揭載於調書而有演述者、且親之見聞證據調結果。則有注意之(採用)且確定其存在於判決事實中之權。據民事訴訟法第百三條規定。口頭辯論之原則。凡爲判決時。一切參與之裁判官。須自知訴訟行爲演述等。故在合議裁判所。若其判事中有變更時。雖辯論終結。有不可不再演辯論之原則。惟揭於調書之證人、及鑑定人之訊問。則爲例外。不必再訊問之。但於當事者要援用之結果。須爲演述而已。

(第四) 判決前所爲之裁判。爲裁判所判決、及上級審判決之基礎。故判決常須以書面、添附於記錄。何則、其所判決。專爲上級裁判所裁斷之基礎也。詳言之。卽凡下級裁判官實體的、及形式的、實際所行之事。爲上級裁判所判決必要之基本者。則記載於書面也。

故確定事實、及付理由於裁判。所以爲判決之必要條件也。

(第五) 當事者、以書面所申立之主張、證據方法、及防禦方法。僅在演述或提出時。可爲判決之材料。是爲原則。其例外如左。

(甲) 關於人事訴訟事件之規定。因維持婚姻、及緣組。得斟酌當事者所未提出之事實。且可以職權爲證據調是也。(人訴第十四條・第二十六條・第三十七條第二項・第四十六條・第六十七條第一項)

(乙) 雖非共通之證書。而因舉證、引用於辯論及準備書面時。則與共通證書。生同一之效果。(三三七)

第二節 訴訟手續之公行主義及密行主義

(第一) 訴訟手續之公行主義者。謂口頭辯論之公開主義也。口頭辯論之公開者。謂許訴訟無關係之公衆。入於法廷而傍聽也。祕密開廷者。謂禁他人之傍聽。僅審理訴訟關係人也。在於公行主義。則其性質應依口頭辯論。在於祕密主義。則其性質應依書面審理。

裁判公行之主義。凡開明之國。皆已實行。除有特別之理由。視爲例外者。須公開之。故在今日可謂爲萬國普通之法式焉。而其理由。蓋有二種之利益。

第一、公行裁判時。使裁判官固守公平之範圍。且使訴訟者、辯護士、代訟人、補佐人、勤於職務。注全力以從其事。

第二、使天下之公衆。知裁判之至公至正。而公聽之。毫無所忌疾。

裁判公行之主義。有前揭之利益。約言之、卽有公正裁判之利益也。然因事件之性質。若非暴露醜事、詳悉有大弊害之事實。不能爲辯論及裁判者。則不如停止公開。以避風俗之害、防人心之動搖於未然。較優於墨守公開之主義也。故各國之法制。概與裁判所以停止公開之權。惟豫防濫用此權利之方法。各有不同耳。茲舉其一例。如法國在控訴院爲停止公開之決議時。則須具申於司法大臣。而日本則僅使公衆退席前。以決議之理由。與其決議同言渡而已。

(第二) 日本採裁判公行之主義。憲法第五十九條云。裁判之對審裁決。公開之。但有害安寧秩序。及風俗之虞時。則從法律、或以裁判所之決議。得停對審之公開。但爲此決議時。其決議在使公衆退廷前。須以理由同時言渡於公衆。又停止公開時。而裁判之言渡。常在公開之法廷爲之。(裁構第百五條)但裁判長雖停止公開。而認其人爲至當者。有特許入廷之權。(同上第百六條)

如右辯論公開。爲訴訟上最重大之方式。故禁公爲辯論。及公開者。常須記載於口頭辯論調書。而遵守此方式。可僅以調書證明之。前節第三已詳述矣。

裁判公行之方式。如斯重大。故若在第一審裁判所。不公開辯論而爲判決。則裁判全屬無效。控訴裁判所。據第四百二十三條之規定。得廢棄其裁判。因更使爲辯論裁判。得以其事件駁回第一審裁判所。

又在第二審裁判所。違背此方式。而爲裁判時。則其裁判。視爲違背法律。而可上告。但必有破毀之理由。（四三六之第六（1））

（1）裁判言渡之公行與否。有不須記載於調書之判決例。（二十七年三月蓋就於言渡。訴訟法中、無別須記載調書之明文。且據裁判所構成法第百五條之規定。有言渡常在公開法廷爲之。故不記載於調書時。亦可推爲屬於公開者也。一三四之第五）

第三節　裁判官之行爲

（第一）　裁判官之行爲者。謂其職務上所行一切行爲之義也。茲分爲判決材料之實驗、文書之調製、及宣令三種。詳言之。卽裁判官實驗當事者之申立、主張、及證據等。署名於調書。認證爲眞實。而發有威力之命令。宣告裁判也。

裁判官之宣令。因其性質、及其效力而不同。卽其宣令有可變更者。與不得變更者之別。又有得從上訴方法、而申立不服者。與不得申立不服者之別。又其宣令有得確定力與否之別。

裁判不可變更者。及許上訴與否之區別。并得確定力與否之區別。俟第二編及第三編詳述之。

(第二) 日本民事訴訟法、所謂裁判官之宣令。以種種名稱分類之。曰裁判、曰命令、曰處決、曰判定、曰判決、是也。

然一般所用者。裁判是也。而所謂裁判。包含判決、決定、命令、三種。(一三〇之一第五) 命令者。指關於訴訟上之指揮。裁判長、及受命判事、并受託判事之宣令也。決定者。指合議裁判所、又單獨判事、所爲判決以外一切之宣令也。判決者。指緒論第一章第五所述特別之宣令也。

(1)

(1) 凡裁判官之命令。不問出於合議者。與出於單獨判事者。及發自裁判長者。皆一以決定爲必要。然從民事訴訟法之用例。所謂決定者。用於狹隘之意義。專指合議裁判所、及單獨判事(區裁判所)之所爲也。如處分命令、多由裁判長發之。但强制執行中。所謂命

令及處分。不在此限。

又裁判。依左之標準。得分類如左。

(一) 以口頭辯論爲必要者。卽如本案之裁判。關於證據提出一切之決定、及證據調中之決定、命令、幷其他訴訟指揮、之裁判、是也。

(二) 得不經口頭辯論而爲之者。例如申請裁判官忌避之裁判。三七 訴訟費用額確定之裁判。八五 申請訴訟上救助之裁判。一〇 假處分假差押之裁判。七四二七五七 申立公示催告之裁判。七六五 等是也。

(三) 當不經口頭辯論而爲之者。卽在訴訟開始前、應行之決定。例如訴訟上救助之裁判。訴訟費用保證之裁判。期日指定、期間延長、等是也。

以上各種裁判中。在口頭辯論所爲之決定。僅須言渡之。而不須送達。反之、不經口頭辯論所爲之決定。一切皆須送達。二四五

(第三) 前段所謂裁判之中。最屬主要者。判決是也。判決者。須具備特別種種之方式。裁判所(合議裁判所及單獨判事)爲受訴裁判所時。就於實體上及形式上、請求保護。經口頭辯論後。以其請求之全部及一部分之終結。爲目的之裁判也。判決亦有種種之別如左。

(甲) 終局判決 終局判決者。據第二百二十五條以下之規定。訴訟之全部及一部。裁判已熟時。所爲之宣令也。而其所爭事項。既在審級。告爭訟之終局。則其爭點。(即判決事項)不問爲本案之請求。與僅屬形式上。所謂形式上之終局判決者。前章第二節第二之一、及三。所謂訴之必要條件。因有欠缺。而却下其訴之裁判。(1)(二〇六)及駁回原裁判所。及移送他裁判所之裁判。(四二二・四二三・四四八・)或申立原狀回復之裁判。(一七七)是也。

(1)終局判決。與中間判決、之區別如何。最屬重大之問題。蓋對於終局判決。得爲通常上訴。對於中間判決。則除法律有明文者。視爲終局判決(二〇六・二二八・四二六・)外。一切不許上訴也。然德國一二之註解書中。以所謂形式上之裁判。爲中間判決。而非終局判決。故日本亦有固信此說者。如近時大審院判例。略近於德國。蓋以所謂終局判決者。爲僅屬於本案之請求也。然余以法文。無此制限。且亦非法理所必然。故終局判決。雖多屬本案請求之全部又一部之終局。而因所謂訴訟上必要條件之欠缺。至於訴之却下時。非僅判定手續之當否。乃併其訴(即本案請求)而棄却之也。如此豈可仍謂爲中間判決乎。反對論者曰。訴訟上必要條件中。最主要者。在於妨訴抗辯之理由。而對於妨訴抗辯之裁判。所以得上訴者。特因第二百七條第二項有棄却妨

訴抗辯之判決。關於上訴。視爲終局判決、之明文也。是知因此理由之判決。性質上本屬中間判決。然是僅就被告提出妨訴抗辯之理由。而分離辯論。爲所謂中間判決時。而立論者也。於此之判決。余亦謂爲中間判決。然妨訴抗辯之事由。非僅被告提出。若無訴權抗辯、關於訴訟能力抗辯、以裁判所之職權而行調查之事項者。雖被告不提出。而裁判所自以此理由。却下其訴時。則就其本案。縱在辯論終結後。亦不得爲其本案之裁判。是其判決。爲終局判決無疑。此在反對論者。亦當不謂爲中間判決也。此外反對論旨之缺點。俟後第四百二十二條、及第四百二十三條之規定。卽由控訴審以事件駮回第一審裁判所之裁判、詳述之。

終局判決及其裁判。因訴之全部、與僅一部。有全部判決、一部判決之別。

一部判決者。就於併合數個之訴中之一種。又以一訴而起數個請求中之一種。又一個請求中之一部。一一八・一二 一〇・一九一・ 又有反訴時。就其本訴或反訴。裁判已熟時。而爲判決也。一二五・二二六・ 然以上事件。非必可爲一部判決。若從事件之狀況。不合於一部判決時。固不得爲之也。二二六之二 如據第百十九條之規定。就於獨立之攻擊防禦方法。分離辯論。是爲一部判決。反之、從第百十八條之規定。於一個之訴、有二個之請求。或於本訴及

反訴分離辯論者。爲棄却其一之判決。又如第二百二十五條第二項之裁判。則非所謂一部判決。乃全部之判決也。但基於請求一部之認諾、及拋棄判決。常屬一部判決。

(乙) 中間判決。 中間判決者。非如終局判決。判決訴訟請求之全部及一部者。乃欲達此終局判決。爲必要之準備。就於各爭點所爲之裁判也。

民事訴訟法。所謂中間判決。別爲左之三種。

(一) 當事者、與第三者間之中間判決。 據第五十八條之規定。得當事者雙方之承諾。而由從參加人。擔任訴訟。原告或被告。脫退其訴之判決。

(二) 關於本案之實體當事者間之中間判決。 關於本案實體之中間判決者。因本案判決。須豫判定中間之爭也。例如第二百二十七條、第二百二十八條、關於請求原因之裁判。及第三百五十一條、確定證書眞否之裁判之中間判決是也。但最主要者。卽第二百二十七條、所謂各個獨立之攻擊及防禦方法是也。獨立攻擊及防禦方法者。與第百十九條許辯論之制限相同。例如所有權之訴。原告以時效、賣買、遺贈、等數種之所得方法、爲理由。又債權之訴。被告以辨濟、拋棄、和解、時效、相殺、混同、等方法。爲防禦是也。要之獨立之方法者。因其方法之一。足爲裁決本案所爭之問題也。

(三) 關於形式當事者間之中間判決。關於形式之中間判決。第二百十七條、所謂關於中間之爭者。卽妨訴抗辯、及其他訴訟上必要條件中間之爭。(參觀前章第二節)而本案未至終局者。是也。

以上中間判決。卽本案尙未終局、因本案判決之準備、所爲之判決。非得所謂確定力者也。然在其審級。可謂爲確定者。蓋據第二百四十條之規定。裁判所於其所言渡之中間判決中包含之裁判。受羈束也。以僅在其審級。有羈束之力。至後受本案之判決時。得爲上訴。而同時對於中間判決。亦可申立不服。更受上級裁判所之判斷。(三九七)要之對於中間判決。若非與本案判決之上訴。同時行之。不得申立不服也。

然一種之中間判決。如妨訴抗辯之裁判。(二〇七)請求之原因、及數額有所爭時。就其原因所爲之裁判。(二二八)幷留保權利。却下防禦方法之裁判。(四二六)又證書訴訟。對於被告異議之裁判。(四四九、四五〇)則與他之中間判決異。當上訴及强制執行時。視爲終局判決。故各可獨立而爲上訴焉。但就於妨訴抗辯。則特限於棄却妨訴之抗辯者。

除右各種判決之區別外。尙有對審判決、闕席判決之別。俟述闕席裁判手續時詳之。

(第四) 前第二、及第三、所述裁判之區別。形式上及實體上之差異如左。

(甲) 形式上決定、及命令。雖不須特別之方式。而判決則須具第二百三十六條、所規定之諸件。又參與裁判之判事。須自署名。二二三二七。判決之言渡。除關席判決外。依判決主文之朗讀而爲之。二三四

關於判決、形式之規定不少。惟判決、應揭事項二三六之細目。從凡例。悉從省略。關於其言渡者。俟次節詳之。茲惟就實際問題、第二百三十二條之規定。而一言之。

第二百三十二條曰。判決、限臨席於基本口頭辯論之判事、爲之。

此規定從所謂口頭辯論之主義。所生之必然結果。與裁判所構成法、各裁判所判事之定數。及其評議。幷關於言渡之規定。相俟而期主義之完成也。惟所謂判決基本之口頭辯論者。有如何之意義耶。此在審理中判事有變更時。常發生之問題也。蓋基本之辯論。指可爲判決根據之材料之辯論也。詳言之、卽主要事實之爭點之辯論。及證據調之結果之辯論、是也。故當此等必要辯論之半途。判事有變更時。則須更新本案辯論之全部。然部員變更以前。裁判所之行爲。僅屬中間判決。或一部判決。且既完結者。此中途有變更時亦與本案之辯論同。或僅證據調之行爲。已完結時。則不須辯論之更新。或曰、凡口頭辯論之始。應爲一定之申立。爲最要之基本。故爾後判事有變更時。常必更新辯論。

不知一定之申立。須以書面。而基此書面爲之。二一二 不須判事之心證判斷。且口頭辯論主義。所以須直接審理者。乃欲完心證也。果爾、則確定事實必要之辯論。及證據調之結果之辯論。苟無關於心證之基本。皆不須辯論之更新。故證據中、例如證人或鑑定人之供述。既明記於調書者。除因其不備、及別段之理由。須變更其證據決定外。皆不必更新也。(1)

(1)判事交迭之際。每厭辯論更新之煩。有直續行之者。甚至調書中當事者無所異議。故明記續行。而無所憚。是不明裁判方式之規定之本旨。誤解以當事者意思。可以左右之也。

以遵守法式爲煩雜。或視爲迂拙。因避瞬間之勞。遂至生上訴之原因。而煩擾上級審。損害當事者。是公私皆有弊害。豈可以不愼耶。

(乙) 關於實體的效力。

(一) 判決。除第二百四十一條之規定。可爲更正外 裁判官不得變更之。二一四 然他之決定及命令。多關於訴訟之指揮者。而其基本一從裁判官之意見。故得據意見而變更或取消之也。二一四

二三。

(二) 有得以上訴或故障申立不服與否之別。

(三) 有得確定力與否之別。

以上關於各裁判所之名稱、事項、效力、形式、之差異也。此外特限於判決。而爲裁判所得爲之行爲者。卽判決之更正、判決之追加是也。但此行爲。須用別段之手續。茲說明其大要。

(第五) 判決之更正 凡判決中。有書損、違算、及類此之誤謬時。得更正之。二四三 而其更正。雖判決送達後。仍隨時由當事者之申立。又以職權而爲之。然申立之際。却下申立時。對此決定。不得以上訴申立不服。惟對於宣言更正之決定。得爲卽時抗告。更正之裁判。得不經口頭辯論而爲之。惟其更正。須加入判決之原本及正本。若不得追加於正本時。則應更作裁判之正本、就於申立更正。無當遵守之期間。二四一、二四三 裁判之更正。不用證據調。由參與前判決裁判官可以爲之。若此裁判官中。因死亡、及其他之原因。不能參與追加裁判時。則如何耶。此問題法文未有規定。俟後詳之。

以上判決之更正。有二疑問。

第一、 如遺脫、不明。及牴觸者。屬於第二百四十一條所謂顯著誤謬耶。

第二、爲更正裁判之際。前裁判官中。有不能參與者。當如何決定耶。

右之疑問。蓋以無如德國訴訟法第二百九十一條、特設規定故也。茲因參考。譯全文如左。

第二百九十一條云。判決之事實。不屬於前條（指與日本第二百四十一條同一之法條）之規定。有誤謬、遺脫、不明。及牴觸、時。在一週之期間內。得送達書面。而申立其更正。

其期間。以揭示登記判決之日錄之日始。

其書面。須揭更正之申立。及因口頭辯論。呼出相手方。

裁判所不預爲證據調。而裁判。則限於參與判決之判事。得參與之。判事有事故。而可否同數時。則裁判長決之。裁判長有事故時。則年長之判事決之。對此決定。不得申立不服。言渡更正之決定。須附記於判決及正本。

事實之更正。不生判決、及其他部分之變更。

日本民事訴訟法。所以不設此規定者。至今尙屬疑問。然如遺脫、不明、及牴觸者。究屬事實問題。不能以法文、明爲分劃也。蓋僅稱遺脫、有屬於第二百四十一條、所謂顯著誤謬者。又有屬諸追加裁判者。又其遺脫、違背法律。有爲上告之理由者。至於不明及牴觸。則

各人見解不同。或以判決之理由。全不明瞭。或以前後牴觸。無判決之根據。是卽爲無判決之理由。一般可以之爲上告之理由者也。然則德國訴訟法第二百九十一條第一項。特設規定。却生疑惑。無裨於實際。故日本删除之也。

至於第二疑點。所以不設此規定之理由。不能推知。蓋據日本第二百四十一條之規定。裁判之更正。限於書損、違算、及類此之誤謬。殆無須別段之判斷、故可不用口頭辯論。若參與前判決之裁判官中。有死亡、及轉任、轉職者。他之裁判官。加入判斷。則從日本訴訟法主義。須更新全部之辯論。更爲判決辯論。更新之煩。其弊尤小。而前判決因何而消滅。并依如何之手續、及法文。而廢棄之耶。是更正之際。所以不得無決議之變例也。今缺此規定。非僅不能發見其理由。且不知其處此之良法。闕疑而已。

(第六) 判決之追加。凡判決之際。或因更正判決。而主的請求、及附帶請求、又費用之全部、并一部之裁判。至於脫漏時。則因當事者之申立。須以追加裁判。補完前判決。此規定。據第五百八條。於得以職權宣言判決之假執行時。不爲假執行之裁判。又不顧可宣言判決假執行之債權者申立時。可適用之。且據第四百二十六條。判決中不揭留保防禦方法時。及第四百九十一條證書訴訟。不爲敗訴之被告。留保此權利行使時。亦

可適用之也。

(二) 追加裁判之要件。

追加裁判。須有當事者之申立。而此申立。自判決送達之日起算。須於七日之期間內行之。(二四二之二)

(三) 追加裁判之手續。

(甲) 追加裁判。須經口頭辯論。而其辯論脫漏之事項。與以獨立之訴。而提起時。雖屬同一。但其範圍。限於遺脫之部分。不及其他之事。(同上之三)若此期間內。不申立追加時。則當事者失其請求權與否。此雖無法律之明文。而法理上不能以獨立之訴。而失請求之權。何則、縱既以訴爲請求而對此請求。未受裁判時。無所謂確定之判決。故非一事再理之事由也。但由民法之規定。不得以獨立之訴請求之附帶請求。則屬例外。不爲假執行之宣言時。其追加裁判之申立。不得適用前項之論理。然此得以假差押之請求補充之。

(乙) 追加裁判。不必參與前判決之裁判官。蓋此係獨立之訴。卽裁判未經裁判之事也。

(丙) 有追加裁判時。就於控訴期間。其起算點不同。蓋於第四百條第三項、從第二百四十二條之規定。控訴期間內。以追加裁判。確定判決時。則控訴期間之進行。縱對於最初判決之控訴。亦以追加裁判之送達爲始。是特別規定也。

第四節 當事者之行爲

(第一) 當事者之行爲者。謂主張、陳述、證據之申出、證據之辯論、證據抗辯、權利之增減、及其處分行爲、是也。

主張者。總稱事實之主張、及權利義務有無之主張。卽申立及辯論也。陳述者、謂演述請求原因之事實、及其他之事實也。權利之增減者。因訴之擴張、及減縮、或取下、而爲請求之增減也。處分行爲者。謂認諾及拋棄之類也。

(第二) 當事者之行爲。有積極的行爲、與消極的行爲之別。消極的行爲。稱爲懈怠。蓋應行之行爲。而不行也。又其懈怠、有屬於權利行爲。與屬於義務行爲之別。俟第七節詳之。

(第三) 當事者之行爲。又有屬於自知之陳述者。(卽表示自知之事者)有屬於意思之表示(卽法律行爲)者。又屬於過失行爲者。

自知之陳述。謂事實上之主張也。故限於不具備條件者。非契約也。例如拋棄事實之主

張。不因此拋棄。使權利之狀態。生有變動。究屬訴訟上權利之行使而已。就於證據之申出亦同。例如拋棄某種之證據方法。亦不因此生羈束之權利關係。然此有加以制限者。即證人之申出。則申出之原告及被告。在訊問開始前。雖得拋棄此證據方法。而至訊問開始後。若非得相手方之承諾。則不得拋棄之。〇三二 又證書舉證者提出證書後。若非得相手方之承諾。則不得拋棄此證據方法是也。〇三五

自知之陳述。若非發表述眞實之意思。則非訴訟上之自白。蓋有錯誤時。得取消之也。

訴訟上之意思表示者。法律行爲也。謂關於權利消長之意思表示也。意思之表示。有影響於訴訟上實體之法律行爲者。與僅屬形式之法律行爲者。

實體上法律行爲之意思表示者。例如口頭辯論之際。原告拋棄其訴之請求。又被告認諾請求時。是也。

形式上法律行爲之意思表示者。僅訴訟上之權利關係。有所變動而已。例如、裁判所管轄之合意。二九 上訴權之拋棄。四五 〇 訴訟上之自白。訴訟手續休止之合意。一八 一八 是也。

訴訟上之法律行爲。有一方行爲。與雙方行爲之別。一方行爲。僅以一方之意思表示。而生其效力。雙方行爲。則以雙方之合意。而生其效力。如前述之拋棄、自白、口頭辯論前、訴

之取下。所謂一方的意思表示也。如管轄之合意。變更訴之原因之承諾。一九五之第三取下口頭辯論開始後之訴之承諾。八一九訴訟手續休止之合意。八一八保證之合意。七八皆屬於雙方的意思表示也。

(第四) 訴訟上過失的行爲者。就於各個之行爲言之。法律上無所限定。一任裁判所之意見。當事者一人之虛言。非過失的行爲也。雖如前編所述當事者有誠實之義務。卽有述眞實之義務。然除第三百五十五條規定、背於眞實。而主張證書之僞造變造之特例外。就於當事者之主張。不生法律上制裁之過失。惟不可因其過失而遲延訴訟進行之義務。則當事者所當恪守也。故違此義務。卽所謂過失行爲。(卽懈怠)不得免制裁。卽如訴訟費用負擔之責任。七五・七六・七七或防禦方法之却下。二一證據方法、及證據抗辯之却下。二一四書證申出之却下。三四及因裁判所書記、法律上代理人、辯護士、其他代理人、執達吏之過失及懈怠。負擔責任三八是也。(1)

(1)本節所謂當事者之訴訟行爲。非說明各行爲者。不過說明行爲之學理上性質而已。故本節當參照前章第五節所述。裁判官對於當事者之關係。及第六節所述。當事者相互之關係。

第五節　訴訟行爲之實行言渡送達呼出

（第一）凡訴訟行爲。以顯著形式、由他之訴訟主體對立。卽由出席各主體間。爲口頭之陳述。又以言渡行之。不現在法廷者。則以書面之陳述。又以言渡爲之。而書面之陳述。以書面之送達。而實行者也。

（第二）言渡者。謂在法廷、公然告知裁判所之宣令也。凡基於口頭辯論之判決。或裁判所之決定。必須言渡。二三四五而言渡雖向出廷之當事者爲之。惟法律不問當事者雙方、及其一方出廷與否、均有其效力。二三五

判決之言渡。因朗讀判決主文而爲之。故言渡必先作主文之書面。惟例外闕席判決之言渡。則在未作主文前。亦可爲之也。二四三　判決者。在言渡後。尙須送達。蓋定故障、抗告、控訴、上告等。不變期間之起算點。二五四〇六六或開始强制執行所必要故也。二五八　然則送達者。非成立判決必要之條件。乃定其效力之必要條件也。除不爲言渡之決定、裁判長、受命判事及受託判事之命令外。二四五之二三　非以裁判所之職權而送達者。惟因當事者有申立時。始行送達也。二二三八

關於裁判之言渡。訴訟法實施以來。有二大疑問。

曰、判決之言渡。必爲其判決之判事、而言渡之耶。

曰、判決之言渡。必在民事訴訟法第二百三十三條之期間內、而言渡之耶。又期間後之言渡判決。應歸於無效耶。

（二） 右第一問題。日本大審院民事部、與刑事部。判例各異。民事部、以判決之言渡。不必判決之判事行之。刑事部、以與爲判決之判事同一之判事。不爲其言渡時。則其判決。應屬無效。

余就此問題。不分民事與刑事。凡判決之言渡。不必同一之判事爲之。故判決以外之判事。參加其言渡。判決之效力。亦不受影響。今案裁判所構成法第百十九條云。

合議裁判所之裁判。從此法律定數之判事評議、及言渡之。

法文所表示之主旨。以從此法律。（卽裁判所構成法）之規定。定數之判事爲必要。而不及其他。故所謂定數之判事。評議與言渡。須同一與否。應據他之法文、及法理、立法之主旨、或行爲之性質。而論定之也。茲案民事訴訟法第二百三十二條。有判決限於其基本之口頭辯論、臨席之判事爲之。又第二百三十七條。有判決之原本。爲裁判之判事署名捺印。故判決須臨席於其基本之口頭辯論、同一之判事。固不俟言。然其判決。既經完

成。（包含原本之作成）爲不可復動者。則不過就於公示方法之言渡。從構成法所定。以定數判事爲之可矣。故不參與辯論判決之判事。而加於言渡之數。亦不得謂爲違法。卽判決有完全之效力也。

在於刑事。說者曰。刑事訴訟法中。無民事訴訟法之法條。故不能與民事同。或曰德國於此問題。與日本同。民刑之例各異。而其理由。亦與日本同。余謂德國民刑之例雖異。而斯說之論據。則不免誤謬。他國之例。姑置不論。若僅由法文解釋之。向反對論者問曰。刑訴無民訴第二百三十二條之明文。（卽判決限於基本之口頭辯論臨席之判事爲之）因無此法文。而謂不臨席於辯論之判事。亦可爲判決。雖論者亦知其不然矣。

蓋此法文之有無。不足爲本問題論結各異之理由。論理上自可明瞭。且案刑訴第二百五條之法文云。判決之原本。須記載爲其裁判之裁判所、年月日、幷干與其事件檢事之官氏名。判事、裁判所書記、同署名捺印。以此與民訴第二百三十七條對照。則文詞雖有不同。而法律之主旨。實無所異。此固反對論者所認也。然則所謂民刑各異法文。故判例亦異之說。除從德國註解、及判例外。實毫無論據也。夫民刑之判例所以異者。非在民訴刑訴之法文如何。乃在日本裁判所構成法第十九條解釋不同。故余更

論及法文之解釋。

裁構第百十九條。所謂定數之判事、評議及言渡之。如前所述。其主旨在於須定數之判事。而疑問卽在定數之判事。須同一之判事與否。夫就於評議、限於臨席辯論之判事。不拘法文有無規定。必須同一判事。既無異論、則言渡亦然。是爲普通之解釋。不可謂爲無理也。苟以就於評議。不須同一判事之解釋。爲非依據法文。乃行爲之性質。然則就於言渡之解釋。亦應基於行爲之性質。而行爲之性質。則固認是爲無關係於判決行爲之公示方法者。由是而觀因其性質而論定。言渡不須同一之判事。非僅於法理上無礙。且論理上亦以如斯解釋爲正當也。

反對論者曰。凡辯論終結。自閉廷至判決言渡。裁判所之行爲。皆屬祕密。故言渡之時。有他判事出席。則其判事果列席評議耶。不能無疑。故判事以始終同一爲必要。卽因擔保判決之公正。不得不然也。此說亦非無理。然以裁判所行爲之祕密。遂謂爲無擔保。則亦不須言渡之裁判。將悉屬無擔保耶。況列席言渡。非以證列席評議也。判決適法之確證。却在於論者所謂祕密行爲判決之署名捺印也。而其所以然者、以列席言渡者。與列席辯論者。雖屬同一。而判決評議之署名。若加入他之判事。則其判決當然

無效也。要之、此論旨亦可謂不足以明是爲關於判決效力之法律上必要條件者矣。據上所論。余謂判決及原本。既爲適法。而無瑕疵。僅變更公示之列席者。不能據法律明文以外之理由。謂神聖之判決。應屬無效也。而因判事之疾病、死亡、及免官、轉職等。惟列席言渡。與再行開廷。更新辯論。及因列席言渡者。不同。而至於破毀判決。使更爲辯論、判決。特如日本惟一之大審院者。雖民刑各殊。而因法文解釋上之意見不同。遂彼以判決爲無效。此以判決爲有效者。法理上、及事實上、均不可解說者也。余甚望學說及高等法院判例。速歸一致焉。

(二) 第二之問題。余於法曹會記事詳論之。其文稍涉冗長。然論及種種事項。初學實多便利。用揭其全文。以示未讀同會記事者。

日本民事訴訟法第二百三十三條云。判決在口頭辯論終結之期日。或直在指定之期日、言渡之。但其期日。不得過七日。由是法學社會。遂有問題。謂若過此期間。爲判決之言渡。可爲上告理由與否。又可爲破毀理由與否。而主可爲上告破毀之理由之說、最多。然大審院二十五年二月四日民事第九十一號。就於貸金請求事件。則判決本問題、不得爲上告之理由。

雖然、判文本極簡單。不詳其理由。故未能使反對論者心服。且有激動之勢。其反對論旨不一。今舉其主要者如左。

一、曰、民事訴訟法第二百三十三條。明有不得過七日禁止的法文。凡反於法律命令禁止之行爲。應受無效之制裁。通例也。日本訴訟法。欲使此制裁判然明瞭。頗愼於用語。凡命令的法文。生無效之制裁者必記『須』字。禁止的法文。生同一之制裁者。悉記『不得』二字。本條明文。有不得過七日。則反於明文。其言渡之無效。自不待言。

二、曰、日本民事訴訟法。與其母法之德國訴訟法同。採口頭辯論之主義者也。而因此主義之結果。若不記憶口頭辯論時。則不得不新開始辯論。訴訟法第二百三十三條之精神。在於辯論終結之期日。直爲言渡。惟實際不得已者。則別定期日。而其期日。若過七日時。裁判官不能記臆。既不記臆。則所爲之判決。乃反於口頭辯論之主義。判決應屬無效者也。

三、曰、過七日而言渡之判決。民事訴訟法第四百三十四條、所謂違背法律之裁判。正可爲上告之理由。

四、曰、不拘學理及法文之如何。若可過一日。則過十日也可。過一月也可。過一個年

亦不得不爲有效。是法律上毫無制裁。而本條法文有不得過七日之禁止。全無效用。立法者豈設此無用之法條耶。故經過此期間。其判決應屬無效也。

以上謂經過七日、而言渡判決。應歸無效。論旨之大概也。

余反對以上數說。而贊同大審院之判決者也。故先論駁前數說。次述同判決之正當。以乞諸子之教正。

第一說之主旨。謂反於法律不得過七日之禁止明文。是最淺薄之論也。夫本條之明文。爲禁止的無疑。然非如論者所述。反於命令及禁止法文之行爲。悉生無效之制裁。會員諸君。特宜辯明。論者曰、訴訟法特注意用語固已。然訴訟法中。凡用可字之例。概與無效之制裁不相伴者。蓋用『可』字、乃命令的文詞。不必稽諸文法。祇徵諸他之法文。自可明瞭。而在日本訴訟法。則却與用『得』字之文詞。幾屬同義。是殆亦反對論者所認乎。又『不得』二字之文例。訴訟法中大抵用於無效之制裁。然謂文例皆然。則誤矣。茲舉一例以證之。如民事訴訟法第百六條第二項。有此外事實上關係之說明。並法律上之討論。不得揭於書面。所謂同一禁止的文例也。論者將謂違此禁令。而揭說明討論時。則準備書面之全部。皆屬無效乎。而訴訟法僅於第百九十二條規

定訴狀不適第百九十條第一號、至第三號之規定時。駁回其訴狀而已。若他之事項、及他之準備書面。雖有違反法文之禁止者。亦無如何也。（但裁判官不採用反於禁止之說明討論。則爲例外。）若然、僅以反於禁止文之故。謂必不免無效之制裁。自失其論據矣。

第二說之意旨。在於違反口頭辯論之主義也。夫法律之明文。過七日者。視爲裁判官失其記憶。故須再開辯論。此說不能證明。亦論者所自知也。茲僅就反於口頭辯論主義與否而論之。夫口頭辯論主義之本旨。據余之所信。在於當事者事實上之陳述、請求之申立、答辯駁論、及對於裁判官發問之答辯。皆以口頭而陳述之。各裁判官親審聽之。所謂直接審理是也。直接審理。對於間接審理而言。間接審理者。專以書面爲裁判之根據。若其書面。各裁判官不爲熟閱。僅從主任裁判官之報告。所謂藉主任裁判官之明鏡。而觀察事實也。至於直接審理主義。則各裁判官悉直接聽其辯論。是爲本則。故當續行辯論。或再開辯論時。部員有變更。及遺忘前辯論。或不記憶者。始須新爲辯論也。是據德國訴訟法之理由書、及學理上之推及論理而定之也。且德國亦嘗有唱導第二說者。謂凡判決必要之事項。悉須演述於各辯論期日。是爲民事訴訟法之一大原則。然此說已爲輿論所排斥。而實際亦無從此說者。惟經數日再開辯論者。是

乃愼重判決良慣習而已。故德國訴訟法第二百八十一條之期間（日本訴訟法第二百三十三條所定亦同）後。不再開辯論。而言渡判決。非無效也。且不得爲上告之理由焉。夫然、德國訴訟法。如論者所述。與日本民事訴訟法同採口頭辯論主義也。而於本問題則固以爲不足爲上告之理由、破毀之理由矣。況日德兩國訴訟法。皆許續行辯論。不設期間之制限。則如第二論者。以既過七日。恐失記憶。其判決歸諸無效。豈得謂口頭辯論主義必然之結果耶。

第三說以民事訴訟法、第四百三十四條、所謂違背法律者。卽爲上告之理由。實則以裁判違背法律、爲上告之理由也。然違背法律之裁判者。謂不適用第四百三十五條所明言之法則。或不當適用、是也。而適用法律者。謂判決之當時、適用可爲標準之法律也。如既屬完成之判決、言渡之期日之法條、則不包含之。假令第四百三十四條、及四百三十五條、所謂違背法律。亦不得爲判決破毀之理由。何則、上告雖須以違背法律爲理由。而非謂違背法律。悉爲破毀之理由。日本訴訟法第四百五十三條。有裁判之理由。雖違背法律。而因他之理由。裁判爲正當時。當棄却上告。是現判決之理由中。有不法時。尙不足爲判決破毀之理由。況屬判決理由外之不法耶。（但係第四百三十六條所列記者則

常爲破毀之理由

第四說之意旨。謂若背違法文。而無制裁。則誘裁判官之怠慢。實有弊害也。余謂違背此法文。亦無使已言渡之判決。歸於無效之制裁。然非謂違法律上之禁令。怠其職務者。毫無制裁。蓋裁判所若屢違法律規定。或經過長日月。不再開辯論。而言渡判決。則當依懲戒法嚴重處分之。且爲其監督官者。必處以嚴罰。毫不假借。以保法文之威力。是所切望也已。

以上爲反對說之駁論。茲更說明本問題所以不爲上告之理由。蓋本問題之主旨。在於日本民事訴訟法第二百三十三條、所規定期間之效力如何。則對於本問題。立正當之斷按。必先研究民事訴訟法所謂期間之性質。有異同與否。且須論定其效力如何。

訴訟法中期間之規定。法條頗繁。今由學理上及性質上觀察之。有數種之別。

一、法律所定之期間、與裁判官所定之期間。但此區別。非僅如名稱所指示。有爲法律所限定者。與爲裁判官所定者之別。又就其期間。有可伸縮與否之別。即法定期間。限於非法律所特定者。不許伸縮。而裁判官所定之期間。概由當事者之申立。而可伸

而可伸縮是也。

本問所謂七日之期間。卽屬於法定期間。且無許其伸縮之明文。然則此期間經過後之行爲。可論斷爲無效乎。曰未也。

二、訴訟上之期間。與職務上之期間。有別。何謂訴訟上期間。卽因當事者、或第三者之訴訟行爲、所定者、是也。何謂職務上期間。卽裁判所、裁判長、書記、執達吏、因裁判所職員之行爲、所定者是也。但因職員所定者。從其性質言之。學問上稱爲訓示的法條。且以職員行務之期間。稱爲訓示的期間。日本訴訟法中。如判決原本、交付期間。（三三七二項）訴訟記錄送付請求期間。（四三一四五四）抗告送付期間。（四五九）此外强制執行期間。均屬此類。本問題之期間。卽言渡判決之期間。性質上在此分類中。固不待辯明也。德國訴訟法亦然。惟此與他之行務期間。文詞上有『可』字與『不得』字句之異而已。且其不能以爲禁止的文詞之故。常爲無效之制裁之理由。固已於第一說之駁論述之矣。論者或云。訓示與禁止。二者豈相牴觸耶。實則訓示的文例。不用禁止的文例甚多。余亦謂然。然所謂訓示、非如聽任法、及認許法。（卽用得字之文例）對於命令法禁止法之稱。乃國家（卽法律）自對其機關。或由機關之首長。對其僚屬。（卽職員）而稱爲訓令耳。故不得僅以禁

止的文詞之故。抹却事物本然之性質也。

以上蓋余反對第二百三十三條、經過期間、而言渡之判決。歸於無效之論者。而同意於大審院判決之故也。

茲須注意者。如以上所述。本問題因期間之經過。雖無判決無效之制裁。惟懈怠期間之職員。亦非無制裁也。蓋日本立法者。限於第二百三十三條。用此文例。則法律之解釋上。可謂較諸他之規定。更有嚴格之訓示者。是裁判所之職員。失他之訓示期間。尙未過於怠慢。故其制裁。亦僅受裁判所構成法第百三十六條之注意、訓示、而已。而立法官。特以嚴令戒懈怠法律上義務者。卽如判事懲戒法第一條第一、違背職務上之義務。或懈怠職務者。應受同法第二條所列記之制裁。當局者豈可不戒愼哉。

(第二) 送達 送達之主義、有二種。卽由訴訟當事者。送達於當事者。與由裁判所、送達於當事者是也。德國在普通法時代。送達全屬裁判所之行爲。現今訴訟法。則與法國同。送達爲當事者之行爲。蓋採當事者專行之主義也。惟例外有須職權送達之規定而已。日本民事訴訟法。第百三十六條規定、送達以裁判所書記職權爲之。故由法文觀之。似送達不待當事者之申立。得以書記之職權行之。然第二百四十五條、及他之規定。特定

得以職權而送達者。又如有判決之送達、俟當事者申立、而始行之規定。則所謂以書記之職權者。不過送達必經書記而行之義也。然則裁判所書記、與執達吏之性質相同。爲送達機關之一種耳。

由此觀之。日本民事訴訟法。亦有基於裁判所之職權者。（職權送達）與基於當事者之意思者。（當事者申立之送達）茲分別之如左。

（一）職權送達。本屬送達之變例。凡不爲言渡之決定、及命令。（二四五）準備手續終結後、辯論期日之通知。（二七）受命判事或受託判事。定證據調期日。其期日及場所之通知。（二八）又命再開辯論之呼出狀。（一二四）此外關於人事訴訟卽婚姻事件、養子緣組事件、親子關係事件、相續人廢除事件、隱居事件、禁治產及準禁治產事件、（人訴第十五條・第二十六條・第三十八條・第五十一條・第六十二條・第一項・第六十七條・第一項）等。均可適用。

（二）當事者送達。卽基於當事者之意思。經裁判所書記所爲之送達。是送達之常則也。凡當事者之書類、或言渡一切裁判之送達。均可適用。蓋訴訟及準備書面等之送達。雖未申請、或未申立。而旣向裁判所呈遞書面之正副二通。究因欲送達於相手方。送達之申請。自可包含於此行爲之中也。

不論如何送達。法律上因使生送達之效力。必遵守左之諸件之規定。

(甲) 送達受取人。送達受取人。須訴訟能力者。或行訴訟者。(即當事者本人。法律上代理人。總代理人。及代務人)一三八。一四一。更詳言之。對於法人。則送達於法律上代理人。又依其資格得起訴、或受訴之會社。對於社團。雖無法律上代理人。則送達於其首長、或事務擔當者。皆爲有效也。一三八之二 又有數人之首長、及事務擔當者。則送達於一人可矣。一三八之三 對於軍人。則送達於所屬長官、或隊長。對於囚人、則送達於監獄署長。一三九。一四〇。

訴訟當事者。任命適法之訴訟代理人時。又據第七十條第六項之規定。許假爲訴訟者。則送達於其代理人。代理人有數人時。可送達於其一人。雖有代理人者。而對於本人所爲之送達。亦有效力。一二七之二。二一四二

以上送達受取人、不在之際。得有效受取送達物者如左。

(子) 成長之同居、親族、或雇人。一四五 德國有以十五歲以上爲成長之判例

(丑) 法人、或會社社團事務所之役員、及雇人。一四七

(寅) 住居以外有事務所之人。在於事務所之營業使用人、或辯護士事務所之筆生。一四六

(乙) 送達機關。送達機關者。謂實行送達之人也。

(一) 執達吏　執達吏不問職權送達。與當事者送達。受裁判所書記之委任。而施行送達者也。德國訴訟法、所謂當事者送達。由當事者直接之委任。而施行。故此送達與職權送達。雖有差異。而日本訴訟法僅有基於當事者之申立。(即基於當事者意思)與否之異耳。

(二) 裁判所書記、裁判所書記。非僅就公示送達。爲送達直接之機關也。日本訴訟法。一切之送達。皆可謂爲媒介機關。(一七五)

(三) 郵便　此有二種。

(子) 裁判所書記。亦得依於郵便爲送達。此際以郵便配達人爲送達吏。(之一三六、四)

(丑) 當事者不爲假住所選定之屆出時。則裁判所書記、或受其委任之吏員。得以應交付之書類。書原告及被告之名。付於郵便。使爲送達。此送達。不問其書類到達於原告或被告與否。又不問何時送達。以付於郵便之時。視如已送達者。(一四三之二三)

(四) 外國之官廳。或駐在外國、本國之公使及領事。　此機關、須參照第百五十三條、及二十四年司法省訓令第七號。

(丙) 送達之時日。日曜日、又一般祝祭日、及平日之夜間。(自日出至日沒後)除以郵便送達

外。若非有裁判所之許可。不得施行之。裁判所之許可。裁判長又或送達地之區裁判所判事、受命及受託判事。皆有與之之權。既得特許者。雖在前記之時期。而爲送達。受取人不拒絕時。則送達亦有效力。○一五

(丁) 送達之場所　送達適法之場所。如左。

(一) 出會(相値之義)之場所　送達不問何地。在受送達人出會之地。皆可爲之。然受取人住居其地、或有事務所時。則在其住居、或事務所外所爲之送達。限於不拒受取者。有送達之效力。一四四

(二) 當事者之住所或假住所。一四三

(三) 市、町、廳、或町村長役場　在於住所有應受送達之人。而不出會。又其住所無適法之受取人時。則從第百四十五條第二項之規定。而送達之。

(四) 對於公私之法人、及會社社團、或辯護士。則送達於事務所。一四四

除以上場所外。不知受送達者、之現在地。又不能送達於外國時。及預知其無效時。則從第百五十六條及第百五十七條規定。以公之告示而爲之。法律稱爲公示送達。

(戊) 應送達之物　送達之目的物。在有交付正本、認證謄本之規定時。則送達其正

本及其謄本。此外則送達通常之謄本。一三七。一四六。

(己) 送達之完結　送達以送達物之交付爲之。七一三 若受取人無法律上之理由。妄拒送達之受取時。則以應交付之書類。差置於送達之場所。而完結。九一四 又郵便送達之際。不問其到達與否。及其到達之遲速。以其書類付於郵便時。視爲已送達者。三一四之三 又受取人及代受人。皆不在時。從第百四十五條第二項之手續而完結。又公示送達。初次由書類之貼付。經過十四日而完結。其後之公示送達。僅由貼付之日。視爲已完結者。八一五

(庚) 送達證書　完結送達時。須作送達之年月日時、方法、及受取人之受取證書。幷執達吏署名捺印之證書。若受取人拒受取、或拒出受取證。又不能作證書時。則記載其旨。郵便送達。則以付郵便者之報告。爲送達之證。公示送達。則不須證書。一一五 又囑託他之官廳而送達時。則以受託官廳及官吏施行送達完竣之證書。而證明之。一一五

(第四) 呼出　呼出、以呼出狀之送達行之。

呼出狀者。在某時間(期日)以一定之目的。裁判所對於某人。(當事者、證人)强制的命其出頭之書面也。而記載於呼出狀之期日。由判事及合議裁判所、裁判長定之。

故呼出者、傳强制的出頭之命令也。與他之送達。僅以通知爲主者不同。

呼出者專因口頭辯論。使訴訟當事者出頭也。惟此外亦有須呼出者。如左。

(甲) 證人之訊問。或須鑑定人之鑑定時。或因檢證、須鑑定人之立會時。三五、三八

(乙) 就於事實之眞否。裁判所不能心證。須訊問原告、或被告本人時。三六、〇

(丙) 施行準備手續時。二六七、二六九。

(丁) 關於配當表陳述。及爲實施配當。呼出各債權者、及債務者。六二、九六

分別以上呼出施行之種類。如左。

(一) 從裁判長之命而呼出者。卽因口頭辯論期日。呼出當事者。

(二) 因口頭辯論之決定而呼出者。例如呼出證人、鑑定人、及本人是也。

(三) 不爲言渡之裁判者。例如準備手續是也。

(四) 依公示之方法者。一五七、一六五。

(五) 在口頭辯論時。判事以口頭指定期日。而命出頭者。一一六

凡當事者之呼出狀。常不揭懈怠時法律上之制裁。卽如有前述之懈怠時。不記載爲闕席判決之文詞也。配當期之呼出狀。亦同。然左之呼出狀。則明揭法律之制裁。是爲

常例。

(甲) 證人及鑑定人之呼出狀。

此呼出狀。記載無正當之理由而不出頭時。賠償民事訴訟法第二百九十四條、又第三百二十二條、及第三百二十八條、所生之費用。及言渡二十圓以下之罰金。參照地方裁判所用書式第二十二號及第二十三號。

(乙) 公示催告手續之呼出狀。

公示催告書。揭載第七百六十五條第三所謂因不爲屆出、而生失權之表示。

第六節 關於訴訟行爲之時期

(第一) 凡定訴訟行爲之時期、有二種。期日及期間是也。期日及期間者。至其最終之時間。雖可隨時行其行爲。而在期日。則須在指定之日、或時刻。而行其行爲。故期間者。專爲一人獨立得行之行爲用之。期日者。概因須他之訴訟主體之立會。或須共行行爲者用之。例如書類之呈出、準備書面之交換、與他之訴訟主體分離。得行之行爲。則用期間。如口頭辯論、或證據調、須他之主體現在立會之行爲。則用期日。

(第二) 關於期日須知之事項如左。

(甲) 期日者。判事、或裁判長、以日及時而定之。一九五

(乙) 期日者。以事件之呼上始。一三六

(丙) 期日因行爲之完結。或因裁判官之職權。及當事者之申立之取消而終了。

(丁) 期日終了。當事者仍不出頭。或不爲辯論時。視爲懈怠期日者。一三六

(戊) 不得已之際。在日曜日、一般祝祭日、得定期日。一六〇

(第三) 期間

(甲) 期間。有法律所定者。有裁判官所定者。有當事者合意所定者。故分爲法定期間、裁定期間、合意期間、三種。一七六四。

分別法定期間、與裁定期間之標準。非在期間之最短期、或最長期之限定。乃在其繼續時間。依法律所定與否。故在法律僅定期間之始期者。例如第五百五十八條、由十四日之長。定公示送達之期間。或第二百五十五條第二項、定十四日以上之故障期間。非所謂法定之期間。乃裁判官所定之期間。又其期間。始爲裁判官所定。故後當事者之合意而伸長之。或短縮之者。是裁定期間。變爲合意期間也。一七〇

(一) 法定期間。第八十六條、第百五十八條、第百七十五條、第二百四十二條、第三百

八十六條、第三百九十一條、第六百二十七條、第六百三十三條、第七百四十九條、第七百七十一條等所定也。若更細別之。尙有二種。曰就審期間。卽第百九十四條、第三百七十七條、第四百四十條、第四百九十六條、等之期間。曰不變期間。卽第百六十八條、第三項、第二百五十五條、第四百條、第四百三十七條、第四百六十六條、第四百七十四條、第三百九十四條、第七百七十五條、第八百四條、等之期間是也。

(二) 裁定期間。第四十五條、第二項、第八十五條、第九十條、第百九十四條第二項、第二百四條第二項、第二百五十五條第四項、第二百七十五條、第二百八十八條、第三百四十二條、第三百四十五條、第三百七十七條、第二項、第五百四十七條第二項、第七百四十六條、及第七百六十一條等、所定也。

(三) 合意期間。合意期間。因當事者合意之申立。僅伸長或短縮法律上又裁判所所定之期間時行之。○一七故第百七十條第二項、卽無合意者。雖由當事者之申立。亦稱爲裁定期間也。

(乙) 期間之計算。法定之期間。由法律所定之起期始。裁定期間。由裁判官決定之送達、或通知之時始。不須送達者。由期間之言渡始。但期間指定之特別有所定者。不

在此限。四一六

計算期間。以時者。由卽時始。以日者。不算入初日。又一日之期間。爲二十四時。一個月爲三十日。一個年之期間。從歷。期間之終。當日曜日、一般祝祭日。不算入其日。一六六五

期間不拘如何種類。自其起期。無間斷而進行也。卽其期間中、有日曜日、又祝祭日、固可算入之也。惟裁判所之休暇、卽裁判所構成法第百二十七條、所定每年由七月十一日、至九月十日之時間。除不變期間。幷休暇事件之期間外。悉停止期間之進行。而其殘餘期間。以休暇之終。繼續其進行。八一六

又訴訟手續之中斷、中止、防止期間之進行。此在中斷、又中止終了後。更開始全期間之進行。六一八

(丙) 期間之伸長、及短縮。 期間之伸縮。有屬於裁判所之所爲者。有屬於當事者之行爲者。不可不區別也。

(一) 當事者、因其合意之申立。除不變期間、及第百七十五條所定原狀回復期間外。得伸縮期間。〇一七

(二) 裁判官由當事者疏明理由。而申立時。就於裁定期間。無所制限、得伸縮之。就於

法定之期間。限於訴訟法所特定者。得伸縮之。一七二〇

就於申請期日期間之變更、伸縮、之裁判。不須口頭辯論。然相手方不提出承諾書。再申請變更伸縮時。若非先審訊其相手方。則不得許之。

又相手方有異議時。若非有顯著障礙之理由。且非證明除去其障礙。特別困難者。則不得許之。

又因訴訟代理人之障礙。而再申請變更伸縮。若非有相手方之承諾。則不許之。一七

以上期間之種類中。特就於法定期間、尙有須區別者。卽訴訟上期間、與職務上期間是也。訴訴上期間者。因當事者或第三者之訴訟行爲而定也。職務上期間者。因裁判所職員之行務而定也。故講學上稱此期間、爲訓令的期間。例如判決原本之交付期間。二三七之二 訴訟記錄、送付請求期間。四三一、四五四、抗告送付期間。四五九 判決言渡期間。二三 以判決原本交付書記之期間。二三七 是也。

懈怠訴訟期間時。當事者生失權之結果。卽法律之制裁 而懈怠職務期間。僅屬職員之過失。其行爲不生無效制裁。是通例也。

右期間中、特就於言渡之期間、第二百三十二條但書。有不得過七日。前節已詳論矣。

第七節 懈怠之結果

(第一) 當事者行爲之懈怠。有權利之懈怠者。又有義務之懈怠者。權利之懈怠者生失權之結果。義務之懈怠者。則因實行義務。有受强制之結果。而强制之方法。有直接、又有間接者。直接之强制者。例如因實行出頭之義務。則用勾引或勾留是。因實行引渡之義務。則奪取物件是。間接之强制者。因强制義務之實行。用勾留、或處罰金是也。例如勾引履行出頭義務者。則依直接之執行。卽依勾引行爲。而使盡出頭之義務。然因强制某行爲。勾留義務者。乃以强制方法。自使執行。所謂間接之强制也。日本民事訴訟法。對於人身許用直接之强制方法者。僅限於應履行出頭義務之證人。而再度不出頭者。

(1)可命勾引。(二九四之二) 惟人事訴訟。命原告及被告自己出頭。而不出頭者。可適用不出頭證人之規定。是當事者亦可命勾引也。(人訴第十二條第二十六條第三十九條第一項) 此外因裁判所構成法第百九條之規定。對於妨害審問者。又有不當之行狀者。得命勾引、或勾留。然此乃對於無關係於訴訟之違犯者行之。要之、日本民事訴訟法之主義。對於請求訴訟、履行義務之人身。無用直接及間接之强制方法者也。(2)

(1)證人之規定。槪可適用於鑑定人。獨此勾引之事。以第三百二十八條但書。爲除外

之例。故對於鑑定人。僅可言渡罰金。而對於身體。不得施強制方法。

(2)德國訴訟法。就於實體上之義務履行。對於人身有行間接之強制者。如怠於行爲、或不行爲之義務。對於債務者言渡六個月以下之勾留。(德國訴訟法第七百七十五條)又在宣誓期日而不出頭。或拒宣誓者。及因免債務執行。而欲逃走者。得命爲人身之假差押。(卽勾留)是也。日本無宣誓幷人身之假差押。關於行爲之執行。限於僅因債務者之意思。得爲之行爲。第三者不得爲之者。從民法之規定。得命償金。(七四三)

(第二)民事訴訟法上。所謂懈怠。有單一訴訟行爲之懈怠。(卽一部之懈怠)與口頭辯論之懈怠。(卽全部之懈怠)之別。

一部之懈怠者。若爲權利之懈怠。則生失權之結果。若爲義務之懈怠。則因實行其義務。生權利上之損害。

(甲)怠於訴訟行爲之原告或被告。在於失爲其行爲之權。當然發生。是爲本則。(三一七)但訴訟法特許追完時。又失權須相手方之申立時。若基於裁判所主宰權之失權。則爲例外。基於主宰權之失權者。如第二百十條、第二百十四條、第三百四十七條、第四百二十六條、失提出防禦方法、及證據方法之權利是也。(參照次章第三節第三)

又失權。有僅及其審級。與亘於全訴訟中之別。例如因第二百十四條之規定。由防禦方法。或證據方法。所生之失權。則僅及於一審級。至上審級。可更行此權利。（四一五）而懈怠上訴期間時。則依此懈怠。絕對失上訴權是也。

失權者。因其情況。得回復其權利。如期間之懈怠。有原狀回復（四一七）之理由。又在第二百一條第二百六條及第四百十四條。疏明無過失時。是也。

（乙）懈怠義務之結果。所生之損害。須積常極的行爲。卽因相手方之申立。使生此結果。是本則也。如第九十條、第百二十八條、第三項、第百八十三條末項、第二百四十六條、至第二百四十八條、第二百六十五條、第二百七十一條、第四百二十八條、第四百九十二條末項、之規定是也。

又例外在第二百六條末項、第三百四十一條第三百五十三條末項、等規定。不須別段之行爲。（卽如相手方之申立）而生權利上之損害。

（第三）全部之懈怠者。口頭辯論之懈怠也。非僅懈怠期日。亦非懈怠辯論中之權利及義務之行爲也。

（甲）全部之懈怠。在於不爲辯論。故出頭而不辯論時。或不辯論而任意退廷時。及不

出頭時。是皆全部之懈怠也。二五○辯論者。謂爲訴訟之必要條件。就於本案、及一部、或中間之爭、表示爭之之意思也。但口頭辯論之目的爲辯論最主要耳。

(乙) 口頭辯論期日者。謂爲判決基本之事項、辯論之期日也。故如左之期日。非口頭辯論之期日。

(一) 權能的口頭辯論之期日。卽第二十八條、第三十三條、第八十三條、及其他訴訟法中不經口頭辯論。得爲裁判者。因欲開口頭辯論、所定之期日是也。但就於假差押之申請。而爲口頭辯論。以終局判決爲裁判者。是例外也。二七四

(二) 證據調之期日。卽第二百八十四條、第二百八十六條、第二百八十七條、之期日是也。

(三) 判決言渡之期日。二三五

(四) 受命判事、或受託判事、所定之期日。

(丙) 口頭辯論期日者。非僅謂第一期日。卽延期之期日、或辯論續行之期日、亦同。故懈怠延期之期日。續行之期日。亦全部懈怠者也。二四九

(丁) 懈怠期日。有非全部懈怠者。卽出頭之原告或被告。就於職權調查之事項。不能

爲必要之證明時。或出席者之陳述。及申立之事項。不以書面預行通知也。二二五

(戊) 全部之懈怠。卽闕席之結果。因其闕席者。爲原告、與爲被告而不同。

(一) 原告闕席時。却下其訴。二二四七。二六五。

(二) 被告闕席時。則以原告事實上之口頭供述。既通知於被告。視爲被告之自白。原告之請求正當時。以闕席判決。言渡被告之敗訴。又其請求不正當時。言渡其訴之却下。二二四八

闕席之結果。判決反訴、及原因確定之請求數額時。亦準用之。二二六五 須計算事件、及其他準備手續。本案口頭辯論期日之闕席。則其準備手續、所不爭之請求。以一分判決。而完結之。其有所爭者。則因申立爲闕席判決。二二七

(己) 闕席之結果。因闕席判決而完結。闕席判決。規定於第二百四十六條、第二百四十七條、第二百四十八條。闕席判決者。常有當事者之申立。但因前述所揭之要件、不具備時。則不得爲之。

又有第二百五十四條所規定之情況時。裁判所就於闕席判決之申立。得延期辯論。闕席判決。有爲終局判決者。又有爲中間判決者。如第二百四十七條、第二百四十八

條之判決。終局判決也。第二百六十五條、第二百六十條、第二百七十八條第三項、之判決。中間判決也。又終局判決。因其判決之範圍。有爲一分判決者、又有爲全部判決者。

第八節　懈怠結果之除却

(第一)　德國普通法時代。懈怠之結果。若非以原狀回復之手續。不得除却之。而此手續。所謂中間之手續。常防止訴訟之進行。就於中間判決。得爲普通之上訴。法蘭西法律。不用原狀回復之手續。除却懈怠結果之闕席判決者。僅許爲故障之手續而已。

(第二)　日本民事訴訟法。除却懈怠結果之方法。因一部懈怠、與全部懈怠而異。卽除却一部懈怠之結果。用原狀回復之方法。及疏明無過失之方法。(參照前節第二)除却全部之懈怠。(卽闕席判決之結果)用故障之手續。蓋倣德國之例也。

(第三)　故障　故障者對於視爲闕席者而被言渡之闕席判決而爲之也。不須實體的條件之不服申立。不須實體的條件者。謂不須闕席正當之理由也。申立故障之權。僅屬於受闕席判決者。(卽懈怠者)故他之當事者出席。而申立闕席判決時。乃受對審判決。若非以上訴之方法。則對其判決。不得申立不服。(三九八・四三、四四二・)

故障非上訴之方法。蓋故障、非以審查闕席判決之當否爲目的也。故不須在上級審。申立故障。而其目的。究在於撲滅闕席判決之材料根據。當向爲闕席判決之裁判所而行之。

(二) 故障之必要條件。故障僅有形式上之性質。非以裁判實體的之當否。卽以闕席者之無過失爲必要條件。故對於闕席者。有闕席判決之事實時。卽生故障之權利。

(甲) 闕席判決。不問爲故障申立人之利益。與不利益。蓋法律就於闕席者之利害。不加區別。故不許因此區別。而異其權利義務也。對於闕席者。有一部分利益之闕席判決。雖可爲故障。惟其故障。非僅就不利益可有效力。其除却判決全部。於理宜爾。又理論上故障對於却下闕席者利益之訴之判決。亦可爲之也。

(乙) 闕席之理由。不問在於闕席者之過失與否。

(丙) 故障得對於各闕席判決而爲之。卽對於第二回、或第三回以上之闕席判決。亦可爲故障。然民事訴訟法。第百七十七條。特設制限。若二回以上之闕席。非復於本案之口頭辯論後。卽如繼前之闕席而闕席者。不得爲二回以上之故障。

更詳言之。因故障申立所指定之期日。開始新辯論。因尙未終結。更定續行期日。至此

期日前。闕席者再行闕席時。須再爲闕席判決。所謂第二回之闕席判決也。而對此闕席判決。亦得爲故障。故如同上之故障後。出頭於第一期日。至其續行期日。更闕席時。更爲闕席判決。如斯雖受二回以上卽不問爲幾回之闕席判決。亦可爲故障之申立。然若在故障後之第一期日。申立故障者。再闕席時。卽爲引續闕席者。當據第二百六十三條之規定。爲棄却故障之新闕席判決。故因同條第三項之規定。對此判決。不得申立故障。

右之解釋。德國學者有異論。日本亦有懷疑者。蓋其主旨。以爲闕席至於二次。則對於第二回之闕席判決。皆不許故障也。然如此解釋。則第五百一條第三號、所謂在同一審對於同一之原告及被告。就於本案所言渡第二及其後之闕席判決。果屬何時耶。是固不能以此爲例外也。

(二) 故障期間　故障、雖非上訴之方法。而要屬一種之不變期間。此不變期間。爲十四日。且其期間。以闕席判決之送達始。然又有不須送達者。卽在判決送達前。知有此判決者。對之亦得爲故障。(二五五之二·及三·)

右闕席判決。應送達於外國時。又可以公示送達時。則其期間、由裁判所定之。而非法

定之期間。故裁判所爲闕席判決時、又其後之日。得以不經口頭辯論之決定。而定故障期間。二五之四・五

(三) 故障方式 故障者。以闕席判決之表示。及對其判決故障之申立。記載於書面。呈遞於爲闕席判決之裁判所。而行之。二五之一・及二六之二

而此書面。就於本案之口頭辯論。有必須準備之事項時。當詳爲揭載。但非故障申立書之必要方式耳。同上之三

故障之申立。在判決送達前。亦得爲之。惟判決言渡後。直以口頭申立故障。則無申立之效力。

(四) 故障之效力 以故障適法而許可時。不須審查闕席判決。卽依其故障。除却懈怠之結果與闕席判決之條件。故故障。實體的、乃消滅闕席判決。形式的、乃停止闕席判決也。二六 ○故障效力。亦如原狀回復時。使其訴訟復於闕席前之程度。換言之、卽其訴訟歸於未闕席以前之情況也。故既提出於闕席前訴訟之材料。悉爲蘇生者也。

被申立故障之判決。實體上歸於消滅。而形式上則仍存在也。(1)故基於新辯論卽爲故障而開始之本案口頭辯論之判決。與前闕席判決之趣旨符合時。言渡維持闕

席判決。若不符合時。則棄却關席判決。更新爲判決。一二六

(1)因申立故障。消滅實體上關席判決之效力者。以有故障之申立。使關席判決所確定之事實。及基於此權利義務之判決。悉歸消滅也。若使判決之效力。依然存續。則無在同一裁判所爲同一辯論之理。故法理上、因故障而消滅關席判決也。然辯論之末、所爲之判決。與關席判決旨趣相同。則更爲同一之判決。作同一之原本。可謂無益之業。故此際僅言渡維持關席判決而已。而所謂維持者。卽形式上仍認爲存在也。形式上既屬存在。則當前後之判決不符合時。此形式上之效力。亦有歸於消滅之必要。此在新判決。所以有棄却關席判決之規定也。一二六 新判決有對審判決。又有再度之關席判決。惟其判決。均屬獨立者。須具備第二百二十六條之條件。

(五) 故障之手續。凡有故障之申立時。其故障判然不可許者。或不適法律上之方式。及期間經過後、始提起者。須以裁判長之命令。却下之。但對於却下之命令。得爲卽時抗告。一二七 此手續爲日本訴訟法之特例。屬於裁判所開廷以前之行爲。在裁判所開廷後。則裁判所(非僅裁判長)更調查無同前之缺點與否。而此調查。所謂以職權行之。不得以當事者之處分權。及因合意塡補、或宥恕其缺點。故裁判所、雖在故障

申立人不出頭時。仍可調查。若缺要件之一者。則判決故障爲不適法而棄却之。惟棄却之判決。非訴訟法上所謂闕席判決。故與通常對審判決同。若非以控訴。不許申立不服。四二二之第二二蓋闕席判決者。視爲自白原告事實上之陳述。而棄却之判決。則異是也。裁判所、若非調查可許故障與否之後。則不參入本案之口頭辯論。然就於其故障之適法與否。非可爲別段之口頭辯論。又不須以中間判決、或決定而裁判之。若許可其故障。則在終局判決中判定之可矣。

以上所述故障之許否。不須爲別段之辯論及裁判。對此解釋。受非常之反對攻擊。今尙在重圍之中。然余確信法理上所應爾而不可動也。反對論旨。謂第二百六十條。有適法故障時。訴訟復於闕席前之程度。故先須判定其故障爲適法與否。既定爲適法後。始失闕席判決之效力。復於闕席以前之程度也。若以有故障申立者。卽消滅判決之效力。就於故障之許否。不須口頭辯論。則大謬矣。且日本民事訴訟法第二百五十八條。有前以故障申立之書面。送達於相手方。且就於故障。定口頭辯論之新期日。應呼出當事者雙方之明文。故不拘學理及法理、幷外國實例之如何。在於日本。故障之許否。須爲口頭辯論。更須爲適法與否之裁判。此反對論旨之要領也。註解書中亦不外基此趣意焉。（1）

(1)世之註解者、并著書。苟論及此。概從以上之趣意。其中有謂「本條雖規定就於故障定口頭辯論之新期日。而第二百五十六條、二百六十條、及第二百六十一條等之規定。由精神上推究之。則故障之許否。非僅須爲辯論。并包含可爲本案辯論之新期日。」是仍以故障之辯論爲主者也。又其最著之例。卽知所謂「故障」之語。或不適切。更易爲於「故障之口頭辯論」而說明之是也。

德國訴訟法之解釋。及實際手續。明示於民事訴訟法實習第七十二節及第七十三節。(前署)但該書就於故障之許否。得以中間判決。而下裁判。而通常不得裁判之例。故障之效力如何。無勞辯難。何則、所謂故障之制度。倣自法國。而其法理。人所盡知也。至於謂故障之許否。須經口頭辯論。則其理有不可解者。日本民事訴訟法。以當事者之辯論爲必要、或有用之時。必限於當基當事者辯論之裁判時。然此故障。除第二百五十六條所規定二條件外。更不須實體的條件。詳言之、卽原狀回復時。須判定有不可抗力之事由與否。而闕席原由。則不問闕席者之過失與否。如謂應使當事者爲辯論。果有何根據耶。論者曰、就於第二百五十九條、所揭之必要條件。而使爲辯論。是不顧其條件之性質如何之論也。夫同條所謂許可故障與否。又從法律上方式。及在其期間。而申立與

否。本屬裁判所之職權調查。法文不過命裁判所行其調查。固非須俟當事者之辯論而定其適法與否也。當事者既無須辯論。則不得以拋棄、認諾、及合意、而左右之。可知也。實際有偶由當事者申出此等事由。亦僅促裁判所之注意而已。故其判決、非基於當事者之申立。乃職權調查之結果而棄却故障也。裁判所因知故障之適法與否。不須當事者之辯論。故其要件認爲無欠缺時。則以故障爲適法。不須別段之裁判。直開本案辯論可也。

論者或曰。第二百五十八條。所謂口頭辯論。若爲本案之口頭辯論。何以冠以就於故障之語耶。據余之意見。此一語、可謂爲贅文。不得爲反對之論據。何則、所謂就於故障。非如論者所謂就於故障之口頭辯論之義。乃因有故障。或就於故障之申立。定口頭辯論本案之新期日。此固法文正當之解釋也。

(第四) 原狀回復 原狀回復。非民事訴訟法所謂上訴之方法。蓋非以判決之取消、或審查其當否爲目的者。而其目的。在於除却一部懈怠之結果。所生權利上之損害也。然此方法、非可適用一切之懈怠。蓋制限於最狹之範圍內也。述之如左。

(一) 原狀回復。限於不變期間之懈怠者也。故原狀回復。以除却上訴期間之懈怠。

○四三七。四六六。故障期間、二五五。三九四。再審期間、四七。公示催告、申立不服之期間、取消仲裁判斷之期間、八四。等、懈怠之結果爲目的也。對於原狀回復期間之懈怠。不許原狀回復。蓋第百七十五條第一項之期間。非不變期間故也。立法上之理由。因懈怠原狀回復期間。更許原狀回復時。則有至於無際限之弊也。

(二) 原狀回復之理由　原狀回復之理由。在於懈怠者。遭遇不可避之事變。四一七。如天變地異是也。法律所謂不可避之事變。非謂一切之事變。換言之、卽凡懈怠者無過失遇意外之事。不得謂皆屬不可避之事變也。此據第百七十四條之法文。可以明矣。蓋所謂天災或不可避之事變。雖不明示。而以天災爲例示。則須外形上之事、幷須爲不可避者。通常講學上所謂不可抗力之義。卽不得以人力抗拒者也。

如右之解釋。無過失之錯誤、卽難免之錯誤。不包含在內。而僅指不得以人力排除之事變可知也。

又其事變。不問得預知、或可推知與否。僅不得以安全之方法。而避其害可矣。

以上所述。因疾病或他人暴力之懈怠。適當前述之條件者。可爲原狀回復之理由。又依裁判所之權力。及送達之怠慢。至於期間之懈怠者。苟當事者無可避之途。亦爲原

狀回復之理由。訴訟代理人。遭遇之事變。則如何耶。據德國之判決例。限於當事者本人。亦有同一不可避之事變時。卽委任他之代理人。亦不能避其懈怠時。許其原狀回復。除以上不可抗力外。非原告被告過失。而不知闕席裁判之送達者。許爲原狀回復。此依第百七十四條第二項之明文也。

(三) 原狀回復之期間　原狀回復之申立。須在十四日之期間內爲之。而其期間。由障礙已止之日起算。此期間爲法定期間。不許以當事者之合意伸張之。又由懈怠不變期間之終。一個年滿了後。不得申立原狀回復。(一七五講學上稱爲訴訟行爲之時效期間。)

(四) 原狀回復之申立。此申立以原狀回復之原因事實。及必要之疏明證據方法、幷追完其懈怠之訴訟行爲。所記載之書面。呈遞於有補行裁判訴訟行爲之權之裁判所。而爲之。(一七六及二六之)但在他之裁判所得爲之者。僅就於卽時抗告提出之懈怠、以原狀回復之申立、既裁判其申立不服之裁判所。及抗告裁判所而已。(同條第三項)

(五) 申立原狀回復之訴訟手續。(卽許回復與否之裁判手續)與追完訴訟行爲(謂上訴或故障)之訴訟手續。(許回復時爲懈怠之訴訟行爲之手續)幷合而行之。然裁判所得制限其手續。先行其申立之辯論及

裁判。又調查申立可許可與否。（即其方式或期間之正當與否）以裁判所之職權行之。又其申立之理由與故障異。必須主張及證明其事變。故須辯論。并須別段之判決。而此判決。爲一種之終局判決。故得爲獨立之上訴。但對於申立原狀回復之裁判。申立不服。則適用追完訴訟行爲之手續。（即本案之手續）例如控訴狀之提出、送達、口頭辯論等是也。然其許否之裁判。爲闕席判決時。原狀回復申立人。不得申請故障。（一七七之二）蓋於除却懈怠結果之方法。不更許他之得除却懈怠之方法也。

原狀回復之費用。除因相手方不當之異議所生者外。悉由回復申立人負擔之。（同上第三項）

（第五）非原狀回復。而類似於此者。卽疏明無過失懈怠者。而回復失權時。從第二百六條第三項、第四百十四條、第四百十六條、第三百十九條末項之規定。

第四章　訴訟費用保證訴訟之救助

第一節　訴訟費用

（第一）訴訟費用者。謂因訴訟當然所生之費用也。就於費用之關係。有種種之別。第一、因當事者與國庫之關係而生者。第二、因當事者與執達吏之關係而生者。第三、因當事

者、與辯護士、或補佐人之關係而生者。第四、因當事者、與當事者（包含參加人）之關係而生者。茲就現行之法律規則有規定者。與未有規定者。分別述之。

第一之費用。爲對於國庫者。卽對於裁判所之行爲應納國庫之費用。如訴訟用印紙費明治二十三年法律第六十五號民事訴訟用印紙法及二十四年勅令第五十四號訴訟書類郵便送達手數料之規定。（卽依民訴第百三十六條以郵便爲訴訟書類之送達者、除郵便稅掛號金外、其送達手數料、約每一份五仙、但其手數料、以郵便前納之、切手是也。）

第二之費用。卽對於執達吏之費用。以明治二十三年法律第五十二號、執達吏手數料規則定之。是亦可算入訴訟費用中也。

第三之費用。卽因當事者、與辯護士、或補佐人之關係、而生之費用。在於今日。未有法律規定。一任關係者之合意。故辯護金、及報酬。非可算入訴訟費用中。惟依例外之規定。限於使之用辯護士時。算入其費用。（一二七、九七、訴費、第八條、人訴、第三條、第五項）惟因訴訟費用法。可算入費用之日當幷滯在費者。乃由當事者之名義而得之者。非基於代理之關係也。

第四之費用。卽因當事者與當事者之關係、而生之費用。以明治二十三年法律第六十四號定之。民事訴訟法、所謂訴訟費用者。卽指此。以上三種費用中、除第三外、皆可包括

於此。今就此法律所規定。概言所謂訴訟費用之項目。如訴狀、及其他一切書記料。圖面測量費。翻譯費。貼用訴狀、準備書面、及一切之申立、申請書之印紙價額。執達吏之手數料。立替金。郵便電信運送料。公告料。當事者、證人、鑑定人、旅費。滯在費。日當。裁判所之檢證費用。及强制執行一切之費用。并關於非訟事件之保管人、及管理等之費用是也。算定此等費用金額。亦依法律之規定也。關於執達吏之職務者。卽送達、及强制執行之費用。并立替金。則從明治二十三年法律第五十二號、執達吏手數料規則。(1)

(1)就於訴訟費用之額。有由法律一定之者。有依於實價及實費者。有以裁判所之意見而定之者。(二)由法律一定者。如書類圖面之書記料。(訴訟費第二條)翻譯料。(同第三條)當事者及證人之日用、滯在費。鑑定人及通事之滯在費、旅費。(同第九條、第十條、第十二條、第十三條)及實地臨檢之旅費、滯在費、等是。此等費用。常從法律上一定之額。不問實際支給之多少也。(二)依於實價實費者。如印紙料、(同第四條)通信運送料(同第六條)公告料。(同第七條)鑑定費。(同第十一條)其他必要之費用。(同第十三條)等是。此等實費。不問已支給與否。惟以有負擔義務而得請求相手方之權利也。至所謂必要費。判斷果有必要與否。則依裁判所之意見而定也。(三)從裁判所之意見而定其額者。如測量費、(同第二條)附添辯護士之報酬。(同第八條)鑑定人

及通事之日用。同第十一條在外國當事之旅費。同第十三條第二項其他之必要費。保管人及管理人之費用同第十六條第十五條及第二項等是關於辯護士之費用。定於訴訟費用法第八條。除民訴第九十七條。命附添之外。一切不算入訴訟費用中。

(第二) 訴訟費用。應由敗訴者辨濟。依裁判所之意見。限於相當之權利伸張、或權利防禦必要之費用也。七二之一故不必要之費用。雖屬勝訴者。亦當負擔。至判定爲必要與否。亦從裁判所之意見也。

(一) 敗訴之當事者。負擔訴訟費用。但在訴訟中。取下訴訟。及拋棄請求之原告。又認諾相手方請求之被告。同於敗訴當事者。第七十四條之規定。則爲例外。

訴訟費用。敗訴之當事者負擔之。此爲本訴、及反訴、費用負擔法之大原則。而以下數項所述者。則皆原則之例外。且此原則。在各審級皆可適用。故上審級有反對之判決時。更從此原則。而變更負擔。所謂敗訴者。雖指各審級之敗訴者。而實則結局確定之之敗訴者。始負擔全訴訟之費用。七八之一

(二) 當事者雙方。互有勝敗時。則相消其費用。或以割合使之分擔。相消費用者。卽各

自辦費用之義。各當事者自負擔支出費用。對於他之一方。不請求辨濟也。以割合分擔者。卽應歸於敗訴之部分之割合而負擔之也。例如訴訟費用三之二。由被告分擔。三之一。由原告負擔是。（七三之一）凡當事者一方不認可請求之全部。而排斥一部之請求時。所謂互有勝敗者也。（2）故此際從第七十六條第一項所規定、各自辦費用。或分擔之可也。然有左之事情。裁判所不拘雙方互有勝敗。得使一方負擔全部之費用。

（2）互有勝敗者。謂因有過分之請求而被斥也。所謂過分之請求。不問本訴、與反訴。亦不分爲主請求、與爲附帶之請求。又所謂以割合云者。非僅爲差分的分割法。苟可以知其費用額者。則從定數的分割法。指定一定之數額。而使之負擔可也。

（甲）過分之請求。卽與其請求對立。而被却下之部分。對於有請求理由歸於被告敗訴之部分。比較的非過量時。且其過量之部分。不生別種之費用時。則可以不負擔。例如千圓之請求。實僅有九百圓請求權。就於百圓。雖歸於原告之敗訴。而不因審查百圓之請求權如何。而生特別費用者是也。若其要求雖非甚過分。而就其所要求生特別費用者。則原告亦當負擔之也。

（乙）請求之金額。雖由原告算定。而從請求原因之性質。有由判事意見、或鑑定人之

鑑定、或因相互之計算、確定要求之額者。此際當事者一方。因不能確定不動之金額。至於過分請求。固勢所不免。故雖雙方各歸敗訴。亦可使一方負擔全部之費用也。

(三) 原告雖屬勝訴。因左之事情。以訴訟費用。歸於原告之負擔。

(甲) 被告直認諸請求。(1)且非因其作爲。使至於起訴時。例如原告未經督促而起訴。被告直認諸其義務之全部、是也。[四七] 此規定、雖被告在答辯書中。不表示認諸之意。仍可適用。蓋答辯書不過準備書面。而裁判所之行爲。一以口頭辯論爲基礎也。

(1)直認諸請求者。在本案口頭辯論之義也。故如未開辯論。提出妨訴之抗辯。或就於起訴之形式、及訴訟能力。有所詰問。其他被告之受働的行爲。與直認諸請求之事無所妨也。

(乙) 因原告之懈怠或過失。而生費用時。卽第七十五條、第二百六十二條、所定之費用是也。

(四) 當事者主張無益之攻擊、或防禦方法。(包含證據方法)不問勝敗如何。應使負擔其方法之費用。[六七] 又無益上訴、及取下上訴、之費用。當使提起訴者負擔之。[七七](2)

(2)爲無益之主張。或請求無益之證據調。公私均有損害。故對於此之裁判方法。使

負擔其費用也。然此規定。實際適用甚少。蓋裁判所就於各個之方法。調查負擔費用之責任如何。雖不勝其煩。然因當事者、及因保此制裁之效力。無不倍加注意也。

(五) 共同訴訟。

(甲) 共同訴訟人。爲連帶義務者時。訴訟費用。亦連帶負擔。(1)

(乙) 非連帶義務者時。則各共同訴訟人。各自平等負擔其費用。但其利害關係。顯有差等者。裁判所得從利害之割合。命之負擔。(2)

(丙) 共同訴訟人中之一人。主張特別之攻擊及防禦方法。而特生費用時。歸於主張其方法者之負擔。八二〇之

(1) 據第八十條之法文。有「限於從法律、就其費用。共同訴訟人。不生連帶義務時。」似在他種法律。既特就訴訟費用。豫計使負擔連帶義務者。不知凡訴訟費用之責任。皆規定於訴訟法。非規定於實體法。故法文之眞意。乃謂縱徑實體法規定之性質。就其訴訟費用。亦不生連帶責任時也。蓋因實體法之規定。例如不可分、及有連帶之義務之權利關係。而爲訴訟時。其主的請求、既屬連帶義務。則無僅就附帶請求。使共同訴訟人。平等分擔之理也。德國訴訟法。亦有類似之文詞。德訴第九十五條末項

遂生異論。日本立法者。不知注意。遂生同一之疑義焉。

(2)平等分擔。爲普通共同訴訟、負擔費用之本則。故限於其關係顯有差等者。則從此規定而命負擔也。又甲、乙、丙、之規定。皆屬命令法。故裁判所不定負擔定數及割合。僅宣告費用。應歸原告及被告負擔之。惟此規定。各從事情、而可執行也。又其敗訴之共同訴訟人之一部。受對席判決。他之一部。受闕席判決時。則費用之負擔。亦無所異。

所謂共同訴訟人。得限於第四十八條之訴訟人耶。抑從第百二十條之規定。包含裁判所所命訴之併合者耶。換言之。後之併合。亦可視爲共同訴訟耶。此在德國、議論頗繁。人今日既以併合之訴。包含於共同訴訟中。則訴訟費用之規定。亦可適用之說。最占多數。

(六) 有從參加人之際。

(甲) 對於從參加人。由當事者一方。申述異議。因決定異議。參加人與異議者間。所生中間訴訟之費用。亦從原告被告間同一之規定。而使之負擔。(八一之一)

(乙) 許參加、或不受異議之參加人。與相手方間所生之費用。亦同。(八一之二)

(七) 因和解、至訴訟結局。則限於當事者。不爲別種合意者。其訴訟費用、和解費用。視爲各行自辦之合意。[九七]起訴前因和解所生之費用。在和解協調時。亦如前項所述。若和解不調時。則視爲後日提起訴訟費用之一分。[三八之四一]和解不調之後。不起訴時。就於費用。訴訟法中未有規定。蓋不外從普通之法則而請求之也。

(第三) 訴訟費用之裁判。爲終局判決時。雖無當事者之申立。可以裁判所之職權爲之。蓋裁判所無以不申立之事物。使歸於當事者之權。此則對於原則之一例外也。[一二三]訴訟費用之裁判。在終局判決爲之。[一二四]若爲一分判決時。則費用裁判。得俟後之判決爲之。[一二三]

當事者間之中間判決。可不裁判費用。然對於第三者之中間裁判。則須裁判費用。例如第二百九十四條、第一項、第三百二條第一項、第三百二十八條、之規定是。

對於訴訟費用之裁判。申立不服。(1)若非與本案之上訴併合。或附帶於相手方之上訴者。不得獨立爲之。[二八]

(1)第八十二條之法文。稱對於限費用之點所爲之裁判。不得申立不服。此句明指無本案裁判之時也。從普通解釋。如因訴之取下、及拋棄、認諾。無第二百二十九條之請

求判決之申立時。及爲和解時。則因申立。僅爲費用之裁判是也。余於此點。雖有疑義。若詳論之。必先論定取下及和解之性質。且在認諾及拋棄時。不爲訴之取下。其訴訟亦歸消滅與否也。故茲僅揭普通之解釋。俟他日論定此等問題後。再詳論之。

以上訴訟費用之裁判。因於上訴。至廢棄或破毀裁判之全部、及一分時。就於全訴訟之總費用。與本案之終局裁判。可併合而裁判之。七八之一故訴訟費用。以結局之敗訴者負擔之。是爲原則。然若以前審所可主張之事實、及攻擊并防禦方法。新提出於第二審。則勝訴當事者。應負擔上訴費用之全部、或一分。八七

(第四) 確定訴訟費用額。因申請。由訴訟所繫屬第一審之裁判所決定之。八四之一蓋訴訟之記錄。常在第一審裁判所保存之也。

確定費用額之申請。須基於執行之裁判而爲之。然第七十二條第二項。云在訴訟中。訴之取下。或拋棄請求。又認諾相手方之請求。及取下上訴時。若無本案之裁判。則限於未有申立者。無費用之裁判。蓋訴訟費用。可以裁判所職權裁判之者。僅限於終局判決。而此不能得所謂執行之裁判。第一審或上訴之裁判故屬例外。得不依此裁判。而申請確定費用之額焉。八四之二

確定費用額之申請。不必以書面。雖用口頭亦可。然當添附費用計算書之謄本。及其疏明所需之證書。（八四）

確定費用額之裁判。（決定）可不經口頭辯論而爲之。日本訴訟法。就於此點。設一特別。卽許裁判所書記。爲費用計算書計算上之檢查。又在決定前、附與計算書。於相手方。催告在某期間內。可爲陳述之旨是也。（八一・二・三・五之二）

對於確定費用額之裁判。得爲卽時抗告。（同上之四）

從割合而分擔費用者。則對照雙方費用計算書。而爲確定之裁判。故裁判所在決定前。預定期間。催告相手方呈出計算書之旨。若不應其催告時。依申請者之計算書、而決定可也。然相手方非因經過催告期間。遂失自己之申請權。卽在期間後。得以自己費用。爲確定費用額之申請也。（八六）

對於當事者外之人。費用之裁判。（三八）不須說明。

第二節　保證

（第一）保證者。訴訟上之法律行爲也。卽依相手方之利益。而設定擔保也。但法律認許擔保。有種種之別。故保證亦有種種之別。至於立保證之方法。則由裁判所之意見。據二

十三年敕令第百四十五號之規定。以使供託擔保十分之現金、或有價證券。（1）是爲本則。然當事者以他之方法。爲合意之約。又有特別之事情。例如第七百四十一條、第七百四十五條、第七百四十七條、特依法律、許以裁判所自由之意見而定保證時。則得用一切擔保之方法。故除前述供託外。如以證人、或設定抵當、質權、而立保證。均無不可。若以質權爲保證者。則必移轉其擔保物之占有。但使相手方占有之。難保無危險及弊害。故此際相手方。可使代表質權者。爲立保證者。以所有者之代表者。爲擔保物之占有者也。卽使裁判所、又他之有信用者、爲受託者（卽保管者）是也。此保管者。不得僅爲一方之利益。又無他之承諾。而交付擔保物。或返還擔保物。是與差押物之保管者。立於同一之地位也。

（1）金錢及有價證券。訴訟法、及供託規則。皆不示其定義。不外以普通經濟上、及取引上之意義。而解釋之也。金錢者。非僅貨幣條例、所定金銀銅貨之義。卽紙幣、銀行券。亦包含之。至於外國貨幣、及紙幣。流通於內國者亦然。有價證券者。例如公債證書、大藏省證券、及一切流通證券。苟爲市場所通用。而取引不須手數者。各種之株券。皆包含之。若夫一個人之債權證書。及其他市場不能通用之證券。除以當事者之合意。及由

裁判所之意見所定者之外。不得爲供託之用。

(第二) 保證義務。有在於原告者。又有在於被告者。蓋從保證必要之種類而定也。今分別之如左。

(一) 訴訟費用之保證。爲因訴訟所生之費用賠償。而供託者。僅爲賠償當事者費用之擔保。故如裁判所之費用。(即屬於國庫負擔之裁判費)則不包含之。

訴訟費用之保證義務。僅在於原告。且限於外國人爲原告者。(所謂原告。并包人原告之從參加人。八八之一。)然外國人雖爲原告。而被告不請求時。則不必立保證。(八八之一)又法律上有免除此義務者。民事訴訟法第八十八條、第二項、規定免此義務者。如左、(1)

(甲) 因國際條約、及原告所屬之國之法律。與本邦人同一時。無立保證之義務。

(乙) 反訴、

此既視爲被告而起訴者。故非如自進而爲原告。負立保證之義務也。

(丙) 證書訴訟、及爲替訴訟。

證書訴訟及爲替訴訟。乃簡易之訴訟。以迅速爲主。且不生巨額之費用。故免費用保證之義務。然此等訴訟。從第四百八十八條、及第四百九十二條之規定。視爲通常訴

訟。更開辯論時。則從本則。有立保證之義務。

(丁) 基於公示催告所起之訴。

此因請求、或爲權利之屆出。由裁判所之催告而出訴者。故爲保證之義務。(七六四以下)

(1)須立訴訟費用之保證者。限於外國人自進而爲訴訟原告也。此外如爲反訴之原告。及證據保全之申立。(三六五以下)禁治產之申立。(二十三年法律第百四號第二十條以下)假差押及假處分。(七三七·七五五)并督促手續(三八二)之申請。雖屬外國人。亦免立保證之義務。但行督促手續之際。至依第三百九十條及第三百九十一條起訴時。則有保證之義務。固勿論已。

訴訟費用保證之義務。固在訴訟之始。本案辯論前。卽應實行者。(二〇六之第五)然訴訟中生保證不足。且須增加保證時。(八九之三)或訴訟中原告失日本人之資格。及外國人免除保證之原由。已歸消滅時。則由事實發生時。(二〇六之第五)有立保證之義務。但在第一審爲被告之外國人。而至上訴爲控訴人上告人。雖立於上訴原告之地位。亦可免此義務也。保證、有適法之請求時。裁判所應定設立保證之期間。而經過此期間後。至裁判時。若原告仍不立保證。則因被告之申請。以判決宣言訴之取下。又由原告上訴時。則宣言

取下其上訴。九○

保證之數額。由裁判所確定之。但數額以被告在各審級應支出之訴訟費用額爲標準。八九之二若訴訟中保證數額不足時。依被告之請求。得命增加保證。同上之三

(二) 賠償之保證　賠償之保證者。爲未完結防禦方法、或因有反對結局之强制執行。預供他日必須賠償之保證也。例如第五百條、第五百五條、第五百四十七條、第五百四十九條、所命者是也。

(三) 假差押保證　此保證、以供因無權利而行假差押。所生之損害賠償也。卽第七百四十一條、第七百四十五條、第七百四十七條、所命之保證是也。

(四) 因執行之免除停止。又假差押及假處分之取消。應由被告立保證者。如因第五百五條、免除第五百二十二條、第五百四十七條、第五百四十九條、停止第七百四十三條、第七百四十六條、第七百五十四條、第七百五十九條之規定。執行之免除或停止、假差押之變更或取消、及假處分之取消等、所命之保證是也。

第三節　訴訟上之救助

(第二) 訴訟上之救助者。爲無資力者。特設訴訟費用猶豫之假免除之方法也。故與此

救助。須具備左之必要條件。

（一）若非害自己及家族之生活。則不能辦訴訟費用之無資力者。

（二）爲其目的之權利伸張、或防禦。並非輕忽者。又非無望者。一九

（三）外國人依國際條約、又所屬之國之法律。與本邦人同一者。得求訴訟上之救助。所謂限於有相互權者也。二九

（1）訴訟上救助之規定。僅屬自然人。可從法文全體之趣旨而知之也。若公私之法人、會社、社團、財團、則不許適用。又從法文。限於起訴與否。雖不分明。惟由立法之主旨及救助之性質而考察之。非僅限於起訴時。卽訴訟法上他種之行爲。似亦可適用也。

（第二）救助之效力。訴訟上之救助。在已受救助之當事者。生左之效力。七九

（一）償清裁判費用。（包含國庫立替金之假免除。）裁判費用。爲訴訟費用之一部分。指訴訟用印紙、及其他公示送達、郵便電信、幷證據之費用等、國庫立替金也。

（二）保證之假免除。

（三）以一時的報酬、求執達吏附添之權利。

(四) 必要之際。裁判所以其職權。一時無報酬命辯護士之附添。

訴訟上之救助。僅由國家對於無資力者。所與之一種恩典也。故對於相手方。應辦法費用之義務。則無影響焉。八九(1)

(1) 德國訴訟法。對於原告控訴人、或上告人。附與訴訟上之救助。同時對其相手方。亦生裁判費假免除之效力。德國訴訟法第百四十一條 日本訴訟法不採此主義。故附與救助。非僅不影響相手方之權利。指前項之規定 且就其義務。亦無所變動。卽其相手方。須如通常實行裁判費、及其他之義務也。

受救助者。得勝訴之確定裁判、又因相手方之訴或上訴之取下、拋棄、認諾、及和解、應負擔訴訟費用時。則對其相手方。得請求費用。固勿論也。九一九 又非僅受救助者本人。有此權利。且法律對於附添之執達吏及辯護士。亦與以此權利焉。九一九之二 此際執達吏及辯護士。非以代理之資格。乃以自己之名義而申請。得以之爲自己之權利。從所得費用額確定之裁判。而催取其手數料。及立替金 按卽墊款 是也。

(第三) 申請救助之手續。救助之申請。在可求救助各審級之裁判所提出而爲之。且申請雖可用書面、或口頭。卽依調書。而因判斷「第一」所述必要條件。果存在與否。則須提

出表明訴訟關係、及其證據方法、并市町村長所發無資力之證明書。九三在第一審。就於強制執行。亦可附與救助。九四若在下級審既受救助時。則在上訴審。不須爲無資力之證明。又裁判所。就於前「第一」之(二)之條件。不須調查。九四關於救助之裁判。得不經口頭辯論而爲之。然決定前。須豫聽檢事之意見。一〇蓋受救助者。結局至於敗訴時。則裁判費及立替金。歸於國庫之負擔故也。

對於救助之裁判。從左之區別。許爲抗告。

(一)對於附與救助、或拒其取消、或拒追還費用之決定。限於檢事。得爲抗告。之一〇二

蓋以救助金由國庫之負擔故也。

(二)對於拒救助、或取消、又拒辯護士之附添、又命追繳費用之決定。與國庫無所關係。故僅有利害關係者。得爲抗告。同上之三

命辯護士附添之決定。國庫及當事者。皆無利害關係。故對此決定。無論何人。均不許上訴。同上之二

(第四)救助之消滅。既附與訴訟上之救助。因左之原因而消滅。

(一)受救助者之死亡。六九

(二) 因受救助之條件不存又消滅而爲救助之取消。九五受救助者。至不害生活。得辦濟費用時。卽生繳還裁判費。第九七之一之義務。一〇〇一〇。對於命繳還之決定。許爲抗告。(1)

(1)就於申請救助之規定。不須學理上之說明。至於處理實務。德國議論不同。非無足述者。惟此等詳細手續。在民事訴訟法實習已詳說明。故本書悉從省略。參觀實習第一編第一章第一節

商務印書館發行

法美憲法正文

定價大洋四角

世界共和首推法美吾國共和之治基礎已定將來設施必以法美爲標準是[illegible]法美二國憲法[illegible]及規條法制羅列無[illegible]共和國民必讀之[illegible]

世界共和國政要

[illegible]價大洋七[illegible]

是書集合歐美非三[illegible]國[illegible]十有五歷敘各國政體之沿革憲法之改正政權之[illegible]本本粲然大備足爲吾國今日之先導

美國[illegible]

[illegible]價五角

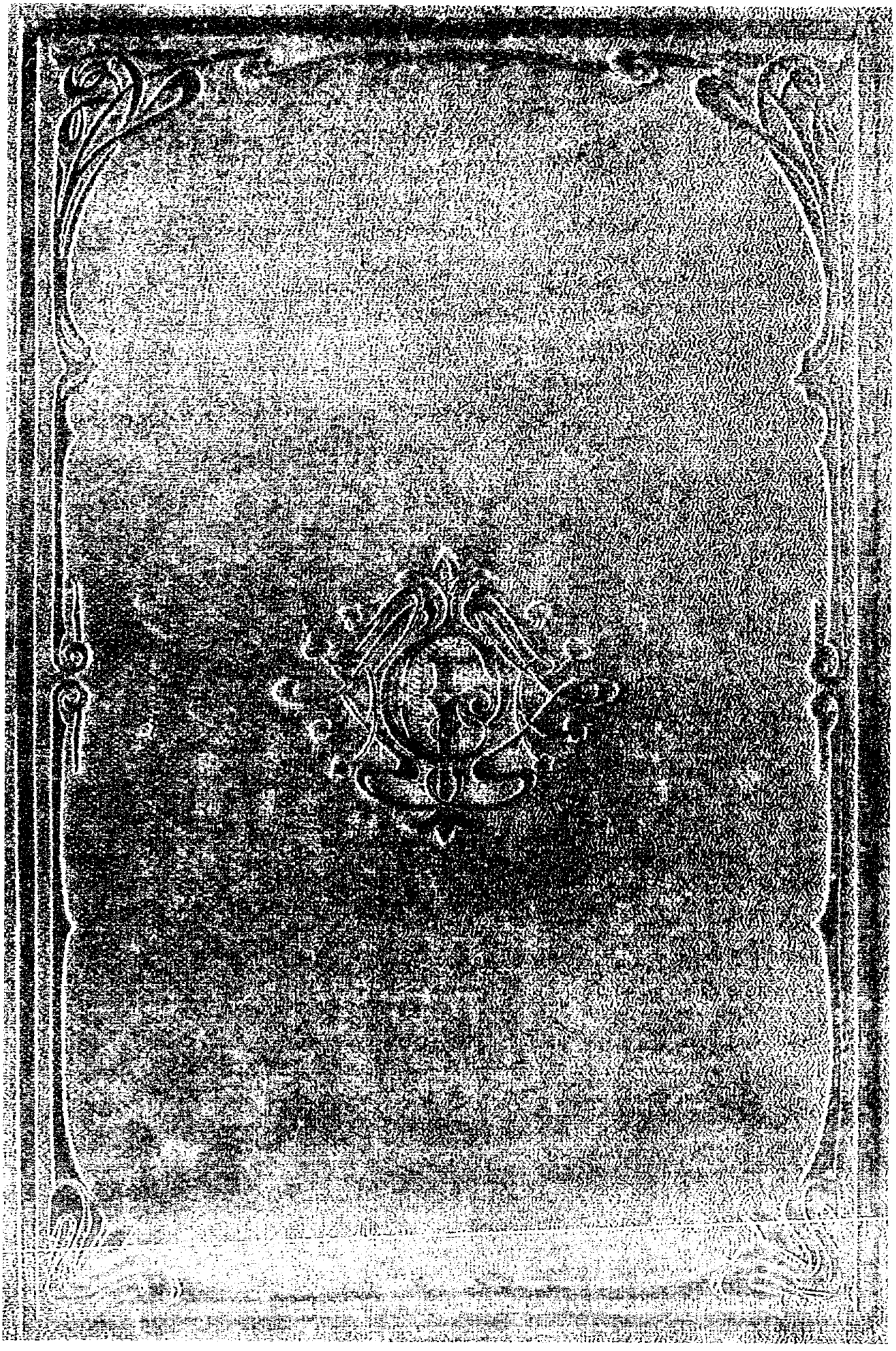
全[illegible]方議院[illegible]之職務人民之權利及合衆[illegible]言之極詳譯[illegible]意共和國民不可不人手[illegible]

美[illegible]政要

十册定[illegible]元

世[illegible]之共和國一切制度不稍留君主[illegible]美洲合衆國是編[illegible]現行各項制度調查最詳計分爲政府議會聯邦制度地方行政教育行政財政商政司法陸軍海軍共三十八卷實爲革新時代必讀之書

壬三六九號



3 0646 8109 5

民事訴訟法論綱

第二編 第一審之訴訟手續

關於民事訴訟之主體。訴訟上之權利關係。及訴訟行爲一般之原則。前編已詳述矣。本編特述關於第一審訴訟手續之事項。所謂第一審之訴訟手續者。指地方裁判所、及區裁判所之手續也。而其手續。有通常手續。與特別手續之別。在地方裁判所之特別訴訟手續。謂證書訴訟、爲替訴訟、人事訴訟手續、及破產手續等。在區裁判所之特別手續。謂督促手續也。本編所述。本以第一審之通常訴訟手續爲主。惟日本訴訟法前揭特別手續中。督促手續。非如德國別設一編。而揭於第一審之手續中。故本書亦從其便。於本編中併說明之。此外訴訟法別置一編者。本書亦讓諸後編。以他之法律而規定者。則在本書論述之外。

第一章 訴之提起準備書面之交換及口頭辯論

日本民事訴訟法。分第一審訴訟手續。爲左之三段。

(甲) 訴之提起。第一節 卽因當事者一方之任意行爲而行者。

(乙) 準備書面之交換。第二節 卽因當事者雙方、與送達機關而行者。

(丙) 口頭辯論。第三節 卽因三個之訴訟主體之共同行爲而行者。

12506

又規定於民事訴訟法第二編、第一審之手續中。由其手續之目的觀察之。得區別爲純然之訴訟手續。與證據保全之手續。證據保全之手續者。據民訴第三百六十五條、至第三百七十二條所規定。有紛失證據之慮。又有難於使用之慮時。因保全其證據。使訊問證人、及鑑定人、又爲檢證之特別手續也。不問本案訴訟。現已繫屬與否。皆可行之。蓋非本案辯論中之證據方法。（即證據調查手續）究因保全證據。所爲之別種手續也。

第一節 訴之提起

（第一）訴之提起。有須用書面。與可用口頭之別。

（甲）以書面提起訴訟。爲地方裁判所之訴訟手續所必要者。以訴狀呈遞裁判所而爲之。（參觀第一編第二章第三節第一）區裁判所訴之提起。則以書面。與以口頭演述。使裁判所書記筆記於調書而爲之。乃出於當事者之隨意。不必皆用書面也。（一九〇、三七四）

（乙）區裁判所、及地方裁判所。皆得以口頭演述。提起訴訟者。（當參第一編第一章第三節第一）

（第二）民事訴訟法、第百九十條。規定在地方裁判所提起訴訟之必要條件。與有準備性質之事項。茲先述屬其要件之事項如何。訴狀以具備左之諸件爲必要。

第一、當事者及裁判所之表示。

第二、提起請求一定之目的物、及其請求一定之原因。

第三　一定之申立。

（一）第一之要件。訴訟主體之表示者。以期當事者無誤認也。雖非如第百五條第一號之規定。有準備性質必要之事項。而其身分、職業、住所。又有法律上代理人時。則其氏名、身分、職業、住所之表示。非無必要。例如同名異人是也。

（二）第二之要件。包含左之二項。

（甲）須開示請求一定之目的物。請求之目的者。有在於有體物之給付。有在於行爲之實行。或有僅確定權利。故所謂目的物者。非僅有體物之義。并無形之權利。亦包含之。而有體物中。亦有特定物、與不特定物之別。請求之目的。若爲特定物。須於其物無所疑者。例如請求一之不動產時。則明示其圖面、土地臺帳、或登記謄本、或家屋所在之地名、番號、等。若在不特定物。則須明示其品質、等級、及其數量。

（乙）須開示所請求一定之原因。請求之原因者。與第百九十六條所謂訴之原因同義。然請求之原因云者。或訴之原因云者。果指何物耶。此在學者間頗有議論。若詳述之。有議論繁雜之嫌。故僅就余之所信者。說明之。

所謂請求原因者。由原告對於被告可發生實體法上請求權之權利關係也。而所開示權利關係。須依此可確定權利關係者也。然不必從實體法。開示權利關係之發生、及請求緣由、一切之事實。夫權利關係。爲事實之結果。而請求爲權利關係之結果。故權利關係之爲何。雖可依事實之開示而知之。而指定權利關係之爲何。則不必此事實之開示。茲所定爲要件者。不過原告須開示依事實所得之結果（即權利關係）而已。至於得此結果歷史的事實之表示。依第百五條第三號。屬於訓示的條項。故雖可開示。而實非必要也。

所謂開示請求一定原因。與其他之事實。若例示之。例如開示關於所有權之訴、（所有權回復之訴）之原因。則僅表示所有權之主張。與不法之占有。或因他之行爲。而受妨害之事實。至於得其所有權之事實。則不須開示。又關於地役、訴之原因。則僅主張特別之地役權。關於質權、訴之原因。則僅表示目的物、與權利範圍之質權。不必開示得其地役權、或質權之事實。關於賣買、訴之原因。則原告僅開示因賣買契約而起訴。不必開示契約遠因之事實。又因受物之損害之訴。則僅開示被告有過失之責。與加損害於原告之物件。不必開示過失之事實。及加害之所爲。此外關於人事或相續之訴。亦可由

前例類推之。自知其區別也。

以上有唱反對之說者。謂須開示歷史的事實也。德國學者、及德國之判例。多從此說。因此日本亦有反對說。不知德國之反對說。幷其判例。究基於民事訴訟法理由書之說明而已。日本學說及解釋之理由。非僅毫無價值。且推究日本第百六條法文之精神。卽事實上關係之說明、幷法律上之討論、禁止揭示書面之主義。而知此反對說之不足據矣。

(三) 第三要件。卽一定之申立也。一定之申立者。謂判決之請願也。故此申立、在於明示求如何之判決。詳言之、卽求被告若何給付於原告。或實行若何之行爲。(履行之訴)或應確認若何義務之判決(確定之訴)也。然在一定原因。及一定目的物之項目。僅表示其原因及物件。而不須表示由其原因所生權利之全部或一部。幷目的物之員數、及附帶之請求額。而於此一定之申立。則必明示之。且須開示求如何之判決也。

因請求原因之性質。難預定一定之數額者。不必明示之。但須畧示可爲裁判所之根據。而得確定之標準者。例如養料請求之訴。僅求欲得相應身分之養料請求。賠償之訴。僅云欲得相當賠償。或原被計算上。欲得歸於被告義務之金額。則不能爲一定之

申立。故此際須就於一日一月之率、或物、或一日、幾多之賠償。又基於原被之預算。凡得若干。略示一定之標準也。(1)

(1)德國一派學說。有謂此際須先提起確定賠償扶助料、及精算金額之訴。後更爲請求支拂之訴。然如前第一編第二章第三節第三所論定提起確定之訴。未求其履行。須原告因現在確定之有權利上之利益者。自不得從前說也。

又德國有類此之疑問曰。在原告及被告。有二者擇一之權利及義務時。若非確定其一。而請求之。則不得謂一定之申立是也。有名學者因託密、烏比忒爾、等。則謂起訴之時。不必行選擇之權利。得留保於起訴之後。余亦從此說。

以上爲提起訴訟必要之條件。故若訴狀不具備要件時。則裁判長依第百九十二條之規定。以命令使補正之。若不從命令。則可爲駁回訴狀之命令。但當事者對此命令。得爲卽時抗告。

屬於訴訟準備之事項。由第百九十條末項定之如左。

甲、除以上要件外。更從第百五條、所揭準備書面之規定。

乙、裁判所之管轄。依訴訟物之價額而定者。而訴訟物非一定之金額時。則揭其價額是

也。（參觀裁構第十四條第一號第二十六條第一號）

右二事項。雖不全備。而以本屬於準備行爲者。亦不至因此訴狀。至於無效。然如（乙）之事項。非僅定管轄必要而已。且貼用訴訟印紙。亦爲必要。（2）故結局、若非補正。則不能受判決也。

（2）若裁判所之管轄。依訴訟物之價值額而定者。不揭其價額。或不貼用制規之印紙。提出訴狀時。裁判所仍須指定期日。而開始口頭辯論耶。

第一、因不揭價額。不知管轄權之有無者。須定期日而開辯論。何則、此非事項之要件也。且地方裁判所。關於事物之管轄。雖屬於區裁判所之管轄者。亦得裁判之。（七）又可因管轄違而却下其訴也。（九）

不貼用印紙時。則雖有第百九十三條明文。裁判所未必須指定期日。蓋訴訟用印紙。以特別法（即二十三年法律第六十五號）定之。其第十一條。稱不從此法律貼用印紙之民事訴訟書類。無其效力。無印紙之訴狀。既屬無效。自無受理無效之訴。而開辯論之理也。惟同條但書有由補貼印紙。而使爲有效之規定。則裁判所從此但書。可先使之貼用。視爲有效後指定期日也。然印紙法本出於徵稅之趣意。則在貼用後。通常之效力。得遡及於

其始。是爲通例。故先指定期日。後使貼用印紙。固不可謂爲違法之所爲。惟既有不許訴訟上救助之決定。仍提出無印紙之訴狀時。則不能以後日貼用之推測。而定期日。然裁判所復非可依第百九十二條規定。駁回訴狀。又非如故障、及控訴、抗告、有不適法律上方式可以却下之明文。將如何而可耶。

據余所見。裁判所先命貼用印紙。而仍不從時。固屬無效之訴狀。故視爲無此訴狀。置之可也。又欲强付以終局。則雖無法條之明文。而以明明爲不適法律上之方式者。故裁判長得以命令却下之。無可疑也。但對此命令。屬諸構成法第百四十條所謂抗告與否。乃未決之疑問耳。

全備訴訟之要件時。則定期日。送達於被告。（一九）及就審期間。（一九）亦不須說明。惟此就審期間。卽由訴狀之送達。與口頭辯論期日間、所存之期間。第三百七十七條、第四百九十六條、及第三百三條、有特別規定。是宜注意也。

以上因訴之提起。成立訴訟上權利關係。第一編第二章第二節已詳之。又因起訴之行爲。而生之效力。第一編第二章第一節第二亦已詳論。茲不贅述。讀者參照右二節而考究之。庶可明關於起訴全般之學理。與應用之正確者歟。

第二節　準備書面之交換

日本民事訴訟法。採口頭辯論之主義。依第百三條之法文明矣。雖然。非謂以口頭辯論爲主義。不用一切書面之交換也。在會議裁判所（地方裁判所以上）之口頭辯論。可以書面而準備之。一四一。故當事者從此規定。在訴之提起、與口頭辯論期日間。有交換之義務。一九四。一九九。惟怠此義務。非視爲必然之效果。應受失權之制裁。蓋此等規定。不過爲對於當事者訓示的命令而已。

準備書面交換之目的。在於開示當事者雙方、所欲主張者。及欲爲證據者。使相手方預知訴訟之材料也。蓋欲以此預爲必要之研究。當辯論期日。不至因準備。更請延期也。要之、此書面、僅屬於準備者。非以書面爲判決之基本。從而書面所載之自白。不過法廷外之自白。又準備之懈怠。不過訴訟外之懈怠而已。

準備手續。非僅在訴狀及答辯書中。可以爲之。卽在訴狀及答辯書交換之後。亦然。一四二。一八〇。又各準備書面。幷附屬書之謄本、抄本。除應送達於相手方外。須另備一本。以提出於裁判所。

準備書面交換之目的。各當事者。在就審期間內。互爲書面之交換也。就審期間者。第百九

十四條規定二十日之期限是也。而此期間。幷呈遞答辯書期間。皆屬法定期間。但非所謂不變期間。（參觀第一編第三章第六節第二）因當事者之申立。裁判長以命令得伸縮之。又如答辯書呈遞期間。得短縮至二十四時間。（二〇）計算事件、財產分割、及類此之訴訟。口頭辯論開始後。在受命判事之面前。從準備手續。而搜輯訴訟材料。俟次節詳之。

準備書面之交換。非訴訟上之必要行爲。然在延期口頭辯論時。裁判所得定爾後呈遞必要準備書面之期間。（二〇四之二）以上相當期間內。怠於準備書面之交換。至於訴訟遲滯。或費用增加時。則有怠慢之責者。不拘其訴訟之勝敗如何。應受費用負擔之言渡。（七五）是對於準備懈怠。法律上唯一之制裁也。

第三節 口頭辯論

第一款 總論

口頭辯論之主義及原則。爲日本民事訴訟法最重要之方式。第一編第三章第一節。已論述矣。其爲裁判所、及當事者之行爲之大原則。於第一編第二章第五節。已以所謂處分權主義之名稱。而爲詳述。故不必再論述之。本節僅就訴訟手續之程度、及順序。說明所謂口

頭辯論。

口頭辯論最初之行爲。在於提出適法訴狀。裁判長定口頭辯論之期日。（一九五九三）而訴狀送達後。就審期間滿了。遂達於口頭辯論之期日。期日者。以事件之呼上始。由裁判長自開口頭辯論。而口頭辯論。於是開焉。（一〇六三九）所謂開口頭辯論者。謂裁判長自呼當事者之氏名。指示訴訟事件之目的。且告知可爲其辯論之旨也。法律所謂辯論之開始。既如前所述。則口頭辯論之名稱。亦有廣狹兩義。卽廣義所謂口頭辯論者。指由開始辯論。至其終結一切之辯論也。狹義所謂口頭辯論者。特關於本案之辯論也。故茲分爲不關於本案之口頭辯論。與本案之口頭辯論。說明如左。

第二款　本案前之口頭辯論

本案前之口頭辯論者。因其辯論事項之性質。須在本案辯論以前。而爲之也。原告基於訴訟。爲一定之申立。且其請求之原因。事實上陳述。雖已終了。不得以此爲本案之辯論。蓋法律上所謂本案之辯論者。指被告應訴。對於本案之請求。而發表辯論之意思之後也。（參照第一編第二章第一節第三及第四）故被告有拒入本案辯論之理由時。必在入本案辯論前提出之。惟須先就其事項開辯論者。如左。

(二) 妨訴抗辯 妨訴之抗辯。須在本案被告之辯論前。同時提出之。(二一六之一)但屬於絕對的必要條件者。如無訴權抗辯。訴訟能力。或法律上代理欠缺之抗辯。及專屬管轄違之抗辯。不問訴訟如何之程度。得隨時提出。不必在本案之辯論前。蓋裁判所亦可隨時以職權調查之也。又屬當事者之處分權者。如被告得拋棄之妨訴抗辯。限於疏明非被告之過失。在本案辯論前。不能主張者。雖在本案辯論之後。亦可主張之也。然是爲唯一之例外。其他關於妨訴抗辯。於第一編第二章第二節。已以之爲訴訟上之必要條件而論述之。茲從省略。

(三) 妨訴抗辯以外之必要條件 屬此事項者如左。

(甲) 訴狀要件之欠缺。(一九二之一〇)

(乙) 訴之併合。有違法時。卽不適於第四十八條、第五十條、及第百九十一條之規定者。或法律上以共同訴訟爲必要。而不併合其訴是也。訴之併合。在第一編第二章第十節第二款及第四款已經詳述。茲亦從省略。當局者最宜注意也。

(丙) 主張中斷、及中止之理由。(參觀第一編第二章第八節)

(丁) 對於變更訴之原因。陳述異議。(一九五之一)此異議。不在本案口頭辯論前。則由被告承

諾之。（參照第一編第二章第三節第二）

（戊）以有偏頗之慮爲理由。申立判事之忌避。（三四之二）但職務除斥之理由。不拘訴訟之程度。可以提出。是例外也。（三四之一）

（己）訴訟代理、委任欠缺之主張。（七）此際裁判所。得命補正。或許至口頭辯論終結前。追完之。且以屬於裁判所之職權。得行調查。故不須在本案辯論前主張之也。唯有可疑時。則須在本案辯論以前申出之而已。

以上事項。雖須口頭辯論。然所謂不關於本案之辯論也。而其辯論之結果。或有僅須決定者。有以中間判決終結者。或關於上訴。有特視爲終局判決之中間判決者。或結局歸於訴之却下。爲純然之終局判決者。要皆非所謂本案之辯論也。

第三款　本案之口頭辯論

本案之口頭辯論。因原告爲一定之申立。或併陳述請求原因之事實。被告對之申立訴之全部或一部之却下。而成立者也。（一）

（一）原告一定之申立、及被告訴之却下之申立。皆應受判決事項之申立也。故據第二百二十二條第一項之規定。須基於訴狀、及答辯書爲之。日本訴訟法。非如德國訴訟

法特命朗讀書面。而別須基於書面而爲申立。則其事項之申立。究與朗讀相同。然使以守此方式爲迂。倉卒而爲口頭申立。致訴狀申立。與調書所記載。輒生差異。而因起紛爭者。當事者所宜注意也。

被告之答辯。(卽防禦方法)有種種之別。曰事實之否認。曰基於法律之反對陳辯。曰義務消滅之抗辯。曰反訴之提起是也。

第一項 事實之否認

各當事者。對於相手方所主張之事實。有陳述之義務。此依第百十一條第一項所規定也。所謂事實上之陳述者。有不承相手方之陳述。與自認之別。前者稱爲事實之否認。後者稱爲自白。而否認事實之陳述。又有以不知事實、與反對相手方所主張之事實。事實上之主張之別。前者爲消極的陳述。後者爲積極的陳述。至於否認相手方之主張。則同。事實上之陳述。概須立證。惟自白則爲例外。故茲就民事上自白之性質略述之。

自白、第一編第二章第五節所謂確定事實之意思表示也。換言之。卽非反對之主張。與反對證據之拋棄。對相手方所主張事實。表明同意。而以之確定其事實也。但自白與認諾不同。認諾者。認義務之存在。自白者。單認事實之存在。事實之自認。非卽認義務之存在。蓋認

事實之存在。更得主張其義務之消滅也。

自白者。屬於一方之處分行爲。故不須相手方之承諾。又自白者。非如日本舊民法所謂證據方法。（民證第二十條）故不能以心證判斷而取捨之。且自白雖有不實者。仍可羈束裁判所。（1）

（1）就此說明。似有拘泥德國學理、及法律。蔑視法文之疑。然余雖不敏。亦不至拘泥他國之法例。而蔑視本國之法律者。夫舊民法因明治二十九年法律第八十九號已經廢止。民事訴訟法。現行之法律也。民訴不以自白爲一之直接證據。直可拘束裁判所。不許心證判斷。亦不許反對之證據。且在第二審。尙有羈束力。固無容疑。是余乃重視現行法律之結果也。

德國訴訟法第二百六十三條。雖舉反證。證明自白之不實。若非證明出於錯誤。則不失其效力。日本舊民證第三十六條第二項亦云。事實有錯誤時。得取消之。今日實際所行者亦然。蓋因錯誤之理由而取消者。本非眞正之自白也。而與自白之事實、非眞實者不同。故自白雖證明其不實。自白之效力。亦無影響。是基於當事者之處分權。既爲事實確定之意思表示。則自白之實否。固非裁判所所問也。且縱實無義務者。而爲

認諾義務之申立。則亦爲認諾判決。究皆出於尊重當事者權利之旨也。

自白者。追認自己不利之事實也。故爲自己利益之事實。雖牽連陳述。不外別一事實之主張而已。從而限於相手方。自認其事實外。必須證明之。以上之學說與法國幷日本學說、及判例、所常稱之自白不可分原則異。(1)然所謂自白不可分者。若僅限於左之事情。則余亦因他之理由而表同意。如由原告主張賣買契約。請求物件之代價時。被告陳述認賣買契約之事實。但其契約。附有一定期日。當行引渡之旨。原告怠於引渡。故可不應其請求是也。更詳言之。原告主張單純賣買之事實。被告自認有附約賣買之事實。則非僅不自白單純之賣買。且對於原告主張之事實。却有所爭者也。蓋契約本以主的約旨與附從約旨二者而成立。皆屬不可分之要素。故賣買契約之事實。雖已存在。而缺其要素之一時。不生法律上效力之事實也。卽(法律上之事實)如斯非所謂眞正之自白。惟講學上或稱爲形容付之自白而已。故不得適用自白之法理也。

(1)日本舊民法證據編第三十六條。欲援用複雜之自白者。關於所陳述數個之事實。不得分其自白。解之者曰。權利無證之際。自認義務原因之事實。且主張其義務之辨濟時。僅援用有利部分。而捨不利益之部分。得乎。余於此不論其理由當否。唯其義務

發生之事實。與義務消滅之事實。（即辨濟之事實）在法律上效力。既爲消長之二種事實。固以不得基於自白之法理而論之也。

以上主張自白以外之事實。就原被兩造而說明之。而證據之事。則在本編第二章第一節下詳之。

第二項　基於法律之反對陳辯

基於法律之反對陳辯者。非取消原告主張之事實。亦非主張其義務消滅之原因。乃主張認其事實。而有拒履行法律上義務之理由。反對原告請求之一種抗辯也。更詳言之。即原告主張之事實。爲不法或違法之事實。故非可視爲法律之事實。主張其權利。以訴請求於法廷。而成立其適法之權利關係者也。例如說明不法原因之債務。或指摘法律上必要之方式。及條件之欠缺。而主張其債務之無效是也。要之、其反對陳辯之憑據。不分權利關係之原因之行爲。與屬於成立之條件。及屬於有效之條件。苟以法律爲理由。反對原告之請求者。皆屬此抗辯也。

第三項　實體的失權之抗辯

失權抗辯有二種。即絕對的抗辯、及假定的（一時）失權抗辯是也。

(二) 絕止的失權抗辯者。主張義務消滅之原因之抗辯也。義務消滅之抗辯者。由被告認訴之原因之權利關係。事實上、法律上、皆已成立。且其權利關係。存在於原被之間也。故此抗辯。與前二種之抗辯異。非主張取消事實。及法律上之無效。乃是認原告主張之全部。惟已成立之權利關係。因後之事實。有可消滅其關係之原因。而主張既歸消滅。故此事由。被告須證明之也。所謂義務消滅之事由。例如主張時效之成就。義務之辨濟。因不可抗力目的物之滅盡。義務之更改。相殺。權利之拋棄。又或依確定判決。及解除條件之到來。而消滅其義務是也。此種抗辯。講學上稱爲絕止的失權抗辯。

(三) 假止的失權抗辯者。如實體上之延期抗辯是也。實體上之延期抗辯者。非僅如妨訴抗辯。爲形式上(即訴訟手續上)之抗辯。乃主張實體上、原告不能行使其權利之事由也。例如原告承諾履行期之延長。則在其期限內。不得起訴。以請求履行也。此際非僅認義務之存在。并認後日應履行之義務。惟主張在於今日。無請求之權利而已。故講學上稱爲假止的抗辯。

以上三種之防禦方法各異。或曰陳述。或曰陳辯。或曰抗辯。要皆關於本案之防禦方法。即對於本案之抗辯。惟講學上稱爲抗辯者。(1)僅指第三所謂失權抗辯。是通例也。故暫從

其例。而茲不必泥其例而爲說明。惟至第四所謂反訴。則雖爲一種之防禦方法。九二〇而實非抗辯者也。

(1)民事訴訟法中。所謂抗辯。有廣狹二義。廣義抗辯。包含妨訴之抗辯。本案之抗辯。證據抗辯三者。狹義抗辯。僅對於本案之抗辯。指第三所謂失權之抗辯而言。

第四項　反訴之提起

關於反訴、形式上、及實體上、之必要條件。在第一編第一章第一節說明反訴之裁判籍時。已揭其要領。故茲省略焉。

反訴者。既屬權利拘束訴訟之被告。對於原告。主張一個之請求也。蓋以獨立反對之方法。爲對於本訴之防禦方法。故如從參加人。本非被告者。不得起反訴。

反訴者。如相殺之抗辯。常包含一種之攻擊方法。惟較之相殺抗辯。更屬有力之防禦方法也。反訴之必要條件。雖有差異。而亦適合於訴之定義。即反訴者。須先有繫屬之訴之存在。且因於既有本訴之理由。雖屬於防禦方法之性質。而要與通常之訴。同爲一個獨立之攻擊方法者也。

(一)　今舉通常之訴。及其必要條件。與反訴相異者。如左。

(甲) 反訴者。限於本訴所繫屬之裁判所。得提起之。卽不拘於通常之訴之裁判籍也。

(乙) 反訴者。非僅得以書面提起之。又以口頭亦可提起。卽訴訟提起之方法不同。

(丙) 反訴之目的物。除與本訴之目的物。可以相殺外。限於本訴之請求。與反訴之請求。互相牽連者也。(1)相牽連者。謂本訴之請求。與反訴之請求。依同一之權利關係。或同一之契約而生者。又反訴之請求。對於本訴之請求。須有先決之關係者。二者是也。故具有牽連、及附帶之性質。且在第二百條第二項之制限外。不拘其請求種類之異同。得視爲一種防禦方法。而提起反訴。

(1)就此要件。無法律之明文。故每生異論。然既認反訴爲一種防禦方法。則其方法之性質。必有牽連之關係。試在可爲相殺者外。而一虛擬以全無關係行爲或不行爲之請求爲反訴之例。則固不俟法文。而此條件之爲必要者。可知也。

(丁) 反訴者。以第二百一條規定之制限。故在接著判決之口頭辯論終結前。得提起之。九二〇

(戊) 反訴之權利拘束。不依本訴之終局。而消滅其效力。如缺本訴之必要條件。未入本案之審理。而却下其訴時。或訴已取下時。則表面上既發生之權利拘束效力。溯於起

訴之始而消滅。卽爲未生權利拘束者。此際反訴。亦不得獨存。蓋反訴之提起。以本訴之權利拘束。爲基礎之必要條件也。

(己) 不拘金額多少、管轄之制限。(裁構第十四條一項及二〇〇之二)

(庚) 先於本訴。而反訴爲判決之機已熟時。得以一分判決、而裁判。(二二六之一)

(二) 又反訴與相殺抗辯相異者。如左。

(甲) 據第二百十二條之規定。在口頭辯論所主張相殺之抗辯。由其主張之時。雖生權利拘束之效力。但其效力(異於反訴之權利拘束)亦與本訴之權利拘束。同時消滅。

(乙) 相殺之抗辯。於超過原告請求之額。無其效力。故若原告訴被却下時。對於相殺之抗辯。不得受判決。

(丙) 相殺之抗辯。僅限於同種類之請求。

反訴者。一種之訴也。故反訴之被告。(卽本訴之原告)亦與本訴之被告同。得用一切防禦方法。然法律上有左之二例外。是宜注意也。

(一) 反訴之被告。除第二百六條之第一、(無訴權之抗辯)第三、(債利拘束之抗辯)第六、(費用未濟之抗辯)第七、(延期抗辯)外。對於反訴。不得提出妨訴之抗辯。蓋第五、之抗辯。爲訴訟費用保證欠缺之抗辯。因

第八十八條之明文。無立保證義務。（八之二）故不得提出也。又第四、之抗辯。爲訴訟能力之欠缺、或法律上代理之欠缺之抗辯。既因提起本訴而認之者。故裁判所雖可以職權調查之。而不得由反訴之被告。（卽本訴之原告）提出之也。

（二）反訴之被告。對於反訴。不得更爲反訴。（二三〇之一）

（1）德國訴訟法。因無此明文。有謂得更爲反訴者。有謂不得更起反訴者。日本訴訟法特揭明文而禁止之。雖非學理上之理由。然反訴本謀簡便而許之者。若對於反訴。更許爲反訴。則審理上非常紛雜。却有不便之處也。

就於反訴。或曰日本訴訟法所謂反訴。必限於可以相殺者。或曰日本訴訟法。不許單純之相殺抗辯。故所謂相殺之抗辯。必用反訴。是立法之主旨也。然反訴限於可以相殺者。非僅無此法文。若就第二百條第二項考之。却足明反對之趣旨。又如相殺之抗辯。須用反訴之說。案諸法文。亦無根據。且學理上相殺之抗辯。固可以反訴之形式而提出。然非以反訴。不得主張相殺。則無是理也。蓋爲此說者。以第二百一條第二項、及第四百十六條、有可爲相殺之事情云云。得相殺者云云之語。而推論之。然此等法文。僅對於已過提出時期之反訴。示一制限耳。若因此謂相殺之抗辯。必用反訴。則無理由也。此說固無辯駁之價值。特因有

信之而實行之者。故附一言於此。(1)

(1)相殺之意思表示。及相殺之抗辯。大審院判決要旨曰。(一)被上告人之相殺抗辯。因記載於第一審之答辯書。而送達於其上告人之事實。非僅依訴訟記錄而無疑。且在第一審廷。上告人本人自行出廷。被上告人基於答辯書爲事實之陳述。載於口頭辯論調書。亦明也。但依民法第五百六條之規定。相殺。僅對於相手方之意思表示斯可。且關於意思表示之方法。別無制限。故前記之事實。視爲相殺之意思表示。可以有效。自不待言。(二)民事訴訟法。相殺必須以反訴與否。假令須以反訴。而在民事訴訟法後。所公布之民法。規定僅以意思表示。得行相殺之旨。既如前所述。則當依民法之規定。更勿論也。惟被上告人。僅爲相殺之抗辯。不爲反訴者。徵諸訴訟記錄。若既明白。則在接著判決之口頭辯論前。不妨隨時主張之也。(三十四年十月二十六日判決)

第四款　訴訟之準備手續

訴之準備手續者。以計算之當否、財產之分別、或類此之關係、爲目的之訴訟。對於計算書、或財產目錄、生許多之爭之請求。又生許多之爭之異議時。受訴裁判所。特命之手續也。此手續。稱爲準備手續。但非如準備書面之交換。須在口頭辯論期日前行之。乃入口頭辯論。

或提出妨訴抗辯時。至辯論完結後。有前揭事情之際而行之也。二六

準備手續。從第二百六十七條之規定。在指定受命判事之面前。據第二百六十八條、所列記之事項。如請求、攻擊、及防禦方法、證據方法、及證據抗辯等。以調書而明確之也。而此調書。可爲本案判決材料。故當其辯論時。當事者不可不基此調書。演述準備手續之結果。二七

一若在準備手續。不陳述應明確之事實。及論據。又拒陳述時。不許在口頭辯論補完之。然至準備手續完結後。始知之事項。限於特疏明其事情者。許在口頭辯論主張之也。二七

準備手續。受訴裁判所。不自行之。而使受命判事行之。是口頭辯論主義之變例也。惟其手續。不外口頭辯論之一部。故須原被雙方之出頭。猶之本案之辯論。特受命判事。無獨立裁判之權。故一方闕席。非可爲本案之闕席判決。乃在其期日。有不出頭者。則僅明確出頭者之提供。而作成調書之謄本。送付於闕席者。更指定新期日。呼出之。若在新期日。再不出頭時。始視爲自白相手方事實上之主張。（即前送達之調書中所揭載者）準備手續。因以完結。二六九

因準備手續之結果。至本案口頭辯論之期日。原告及被告不出頭時。則就於準備手續。無所爭之事實。以一分判決而完結之。其有所爭之事項。則因申立。爲闕席判決。二七一故此際、一部爲以上訴申立不服之一分判決。他之一部。爲以故障更請新判決之闕席判決。蓋在

本案口頭辯論。現出準備手續之結果。準備手續中。未有規定也。

第五款　辯論中裁判長及裁判所之行爲

口頭辯論中裁判長或裁判所之行爲。於第一編第三章第五節第二。業已論及其一部。然不過說明裁判官對於當事者之行爲而已。故於茲更概括口頭辯論中之行爲。以示其要領。

(一)裁判長依本節第一所述開始辯論之職務事項外。常指揮辯論。若當事者之陳述。有不分明者。更使爲十分之說明。且無間斷注意辯論之終了。辯論未盡。有續行之必要時。則定其期日。又因事件之裁判。爲十分之說明。認爲裁判已熟時。有閉辯論等之任務。一〇在區裁判所。此等之任務。悉屬於開廷之判事。(裁構第百四條)

又由學理上觀察時。凡裁判長在於公廷。應行之職務。有二種之別。卽開廷中維持秩序。與指揮事件是也。而關於維持秩序者。裁判所構成法第百八條以下定之。關於指揮事件者。民事訴訟法中規定之。蓋此分別之必要。據民事訴訟法第百十三條之規定。對於裁判長之命。或裁判長、及陪席判事之發問。與於辯論者。其得以爲不適當。而述異議。僅限於指揮事件。至於秩序之維持。則不及也。

右異議之理由。在於命令或發問之不適法。而可爲此申立者。所謂與於辯論之人。如當事者、參加人、法律上代理人、訴訟代理人、補佐人、證人、鑑定人、等是也。惟此申立。不必限於受命令、或受問者。卽與於他之辯論者。亦得爲之。又申立異議之裁判。裁判所自爲之。且其命令或發問者。亦可加入評議。以法文別無規定也。

又裁判長對於不從其命者。得禁發言。(一〇九之二)而此效果。若當事者之一方。在辯論前。卽被禁發言時。限於裁判所、不以職權命期日之變更。或辯論之延期者。對於被禁發言者。得爲闕席裁判。(一一六)非如缺相當演述之能力之原告或被告。及對於訴訟代理人或補佐人。而禁演述時。須別指定新期日使之辯論也。(一二七・二六五・二四〇)若辯論中。被禁發言。則由受禁止之時刻。可同於任意、默止、或退廷者。而處分之也。(一二五)

閉辯論者。雖屬裁判長之行爲。惟閉辯論者。就於事件。須認其既爲十分之說明也。而認其既爲十分之說明者。非屬裁判長。而屬於裁判所。惟其辯論爲十分與否。非須裁判所之決定。乃限於部員中不要求辯論之繼續者。卽可謂裁判所爲認爲十分而已。(一〇九之三)

(二) 裁判長。職權上可以調查者。由相手方有懷疑時。就其疑點。須加注意。又申立或事實之證明。有不明或不完全時。則可發問。使爲必要之陳述。講學上稱爲裁判官之發問

權。但由法文上觀之。究屬裁判官之義務也。

陪席判事。告於裁判長。有發問之權。當事者僅可請裁判長發問。無自行發問之權。

受問者。有答述之義務。故不答述。又雖答述。與不答述相同時。則其制裁。視爲既爲利益於相手方之答述者。二一

以上專屬裁判長之行爲。以下屬於裁判所之行爲。

(二) 裁判所於左之事情。得命辯論之分離。

(甲) 因訴之併合、或抗辯、及反訴。有數個之請求時。二一八

此際命辯論之分離時。依第百二十三條之規定。限於不取消分離之命者。分一之訴訟爲數個之訴。從而爲各別之終局判決。

命此種之分離者。須有數多之請求。有數多之請求者。例如共同訴訟。主觀的訴之併合是也。共同訴訟。其請求之目的之權利關係。雖關於連帶義務。或連合義務時。仍有爲數個之請求者也。又如據第百九十一條之規定。原告自併合其訴(客觀的訴之併合)者是也。

又所謂數個之請求。須互相獨立者。故由主的請求。分離附帶之請求。或須先決之牽連事件。不在分離之限。又如第五十條所謂共同訴訟。亦缺訴訟相互獨立之性質。故不得

命分離也。蓋此要項之法律。雖無明文。然若分離。非各獨立之訴訟。則其結果不能使訴訟手續。歸於簡易。却有煩雜之慮。反於許分離之法理。故可推知爲法律所不許也。就於反訴。參照第二編第三節第四項第三。

(乙) 關於同一之請求。提出數個獨立之攻擊、或防禦方法時。九一

據第百十九條。在右之事情。裁判所制限其一二。先命辯論。同條所謂攻擊及防禦之方法者。總稱由當事者請求之原由。或抗爭之理由。所提出一切事實上之陳述。及一切之訴訟抗辯也。惟茲宜注意者。特限於獨立者是也。所謂獨立之攻擊或防禦方法者。對於他之訴訟材料。比較的有不羈之性質。事實上之陳述也。其種種事實。法律上附以效力。故裁判上得爲別個之判決。更詳言之。即對於種種之事實。附以獲得所有權之效力。故茲主張法律上獲得所有權之效力。所附之數個之事實。而有所爭者。裁判所以當事者相互之辯論。限於一種。卽一事實是也。其例、可參照第一編第三章第三節第三。

又對於本訴。須先決之獨立攻擊或防禦方法。得爲制限。就於證據調。特規定於第二百七十四條第一項。

此制限之口頭辯論開始後。不問訴訟如何之程度。皆得命之。而此命令。以裁判所之決定爲之。且須言渡。二四五但對此決定。不許上訴。

以上所述分離辯論之結局。或有歸於終局判決。或有歸於一分判決。又有歸於中間判決。二七或僅爲證據決定者。

然不爲以上裁判。而移於他之爭點辯論。則不俟取消分離之命。自復於全訴訟之辯論。

(四) 裁判所就於請求之原因。及數額之爭。得先就其原因爲辯論及裁判。二一八之一此規定。第二百二十八條第一項所揭者。不過補充前段辯論分離之規定而已。而因第二項規定之故。以此揭於判決之節。

就於請求之原因。爲裁判者。以原因并數額之爭爲要件。故原因無所爭時。固勿論已。原因有所爭。而數額無所爭時。亦可爲全部之終局判決。

就於請求原因。先爲裁判者。若判決爲無其原因時。固屬全部之終局判決。反之、以請求之原因爲正當。而判決時。應更進爲數額之裁判。但其結局。歸於無原因者。則數額之辯論。究屬徒勞。故法律準用妨訴抗辯棄却之判決。二〇七之二以請求之原因爲正當之判決。關於上訴。視爲終局判決。且在判決確定前。法律上當中止爾後之手續。二一八之二然若當

事者有申立時。不俟原因判決之確定。就其數額。得命辯論。又此際可不僅爲辯論。而幷爲裁判乎。若可爲裁判。則與關於原因上級審之判決。每生牴觸。此種疑問。與妨訴抗辯棄却之判決相同。第一編第二章第二節第四。已詳之。茲略焉。

(五) 裁判所得併合同一之人。或別異之人。數個訴訟之辯論、及裁判。但限於其訴訟目的物之請求。本來在一個之訴。可以主張時。○一二

對於同一之被告原告。有數個請求時。訴之併合。第百九十一條。有別段之規定。而其併合。究合併數個之請求者。故講學上稱爲客觀的訴之併合。卽併合訴之目的物也。而茲所謂訴之併合者。多在併合訴訟主體。故屬於主觀的併合。而有時兼併主體與目的物二者。

裁判所併合此訴訟。其必要條件。第一編第二章第十節第二。已經詳述。茲亦從省略。此外併合之命。則用決定。而決定須言渡之。對此決定。不許上訴。皆與前三之所述同。

(六) 裁判所於訴訟全部或一部之裁判。繫於他所繫屬之訴訟。可定爲成立及不成立時。則在他之訴訟完結前。應中止辯論。一二 又刑事裁判。影響及於民事裁判者。在刑事訴訟手續完結前。應中止民事訴訟手續。一二

右辯論中止之命。決定於口頭辯論之後。且須言渡之。但對於基此規定中止訴訟手續之裁判。許爲抗告。對於拒其中止之裁判。則許卽時抗告。一九八

中止之效果。從第百八十六條之規定。關於中止手續之續行。從第百八十七條之規定。

(七) 裁判所得命再開已閉之辯論。一四二

辯論之再開。悉屬裁判所之職權。當事者僅可請願而已。再開之決定。指定期日。而送達之。再開者。更新全辯論也。故當事者雙方闕席時。則其訴訟爲休止。一方闕席時。則從闕席裁判之規定。而裁判之。雙方出席時。則使更爲辯論。故得提出新之事實及證據。

(八) 裁判所欲明瞭事件之關係。又因試勸和解。得命原告及被告自己出頭。二一二一四。

爲(去聲)訊問。得命原告及被告出頭。若不出頭。不得爲闕席裁判。又對之不得用强制之方法。婚姻事件、養子緣組事件、親子關係事件、相續人廢除事件及隱居事件、則不在此論。(人訴第十二條第二十六條第三十九條第一項)然亦無別段之制裁。僅從裁判所之心證判斷。或受不利益之結果而已。

(九) 裁判所得命提出當事者援用所持之證書。又外國文書。得命添附譯書。又可命提出所持之訴訟記錄、檢證、及鑑定。一一五・一一六・二一七

右各行爲。皆以裁判所之職權行之。

(十) 裁判所得取消分離、或併合所發之命。三一二

此規定。補充第百十八條至第百二十條之規定。蓋令辯論之分離。或訴之併合後。從狀況之變動。及當事者之希望。有可以取消之事情也。然此權能。僅附與於發分離及併合之命之裁判所。故上級裁判所。取消下級裁判所所命之併合。則法律所不許也。三一二

取消之命。亦以決定。且須言渡之。

(十一) 裁判所於參與辯論者。不通曉日本語、又爲聾者、啞者、不解文字者時。得使通事立會。一一二五、一一二六

此外如第百二十八條之規定者。不過因當事之申立。而始異其處置退斥者之方法。以之爲於口頭辯論、以裁判所意見、可行之行爲。似未愜當也。

第二章 證據調

第一節 舉證手續之總論

(第一) 凡在訴訟當事者。欲證明主張事實。必先申出證據。

證據之申出者。證明事實上之主張。或因辯駁指定所欲用之證據方法。而申出之也。一二

三 故證據申出。乃當事者之行爲。爲口頭辯論之一部。非證據調。證據之申出。因各證據之性質。而異其趣。卽如第二百九十一條、第三百二十三條、第三百三十四條、第三百五十七條、第三百四十二條、第三百四十六條、所定是也。關於證據之陳述辯論。及證據抗辯。亦與證據申出同。屬於口頭辯論。不屬證據調之範圍。

(第二) 證據手續。卽證據調。或證據方法之提出。非所謂口頭辯論之部分。却爲中斷辯論之中間行爲也。蓋惟屬以別段之證據決定。而命令之證據調而已。若關於書證之證據調。不須別段之決定。直可在口頭辯論調查之者。則不在此論。

證據決定者。提出證據之命令也。命證據之提出者。以如何之事實。用如何之證據方法。隨時爲一定之取調也。惟此行爲。爲裁判官之權利。又屬其義務者。此命令。以決定爲之。稱爲證據決定。對之不得申立不服。是爲本則。(二七)

證據決定。毫不足羈束裁判官。

(一) 形式上不受羈束。

(甲) 裁判所隨時得變更決定。但當事者在其決定之施行完結前。若非基於新之

辯論。不得申立決定之變更。二七

(乙) 以舉證之一部分。既達目的時。不必至其證據調決定者所之完結。

(丙) 證據決定。得因申立、又以職權補充之。一一二、二五

(二) 實體上亦不受羈束。

裁判官無以視爲證據。記載決定之事實。爲判決標準之義務。又裁判官在證據決定中所記載事實之確定、及採證。證據調不須拘各當事者之地位。當然舉證責任之順序。例如就原告之訴。爲證據調前、得先使被告證明絕對的失權抗辯。前章第三節第三款參觀是也。又裁判官因誘導事件速能終結之原則。苟認爲達此目的相當之證據調。非僅有命之之權。又爲其義務也。一〇九

此外證據決定。應記載事項決定之變更、及施行。可參照第二百七十六條、及第二百七十七條。

(第三) 證據調者。裁判官之行爲。而非當事者之行爲。故法律使當事者。在其期日。出頭於裁判所。但不須立會。卽當事者之一方或雙方不出頭時。因事件之程度。亦可爲證據調也。二八四

第二節　證據、舉證責任、證據主義

（第一）　證據者。定事實眞否之心證之原因也。（1）證明或立證者。謂得自己或他人之心證也。證據調方法者。謂認知證據原因之手段也。而以此手段方法。可證明之事實。稱爲要證事項。

證據基於論理之定則。有屬於必然之結果者。有基既往之經驗。屬於當然之結果者。前者講學上稱爲數理的、或論理的證據。後者稱爲經驗的、及歷史的證據。民事訴訟之證據。概屬於後者。蓋其目的在於確定訴訟重要之事實也。

（1）證據之定義。古今內外。均不揭於法律。故古來各國學者之說。紛紛未定。今欲詳說。勢須駁擊異說。而論定優劣。因此須許多之引證。與詳密之議論。若僅示其一端。却足招初學之疑惑。究無所益。夫證據之學理。證據之法理。與訴訟學互加牽連。最屬緊要。而在於日本。此法理、學理。極屬幼穉。殆出乎意思之外。余雖淺學不敏。從事斯學。略有所得。他日當公於世。故此書僅論述證據調之手續。關於證據之沿革學說。及主義。不論及焉。

（第二）　民事訴訟法。所謂立證及舉證者。由訴訟當事者。證明於裁判所之義也。故除以

法律之明文。裁判所有自爲證明之行爲之職權外。所謂舉證之責任。常爲當事者之負擔。日本民事訴訟法。裁判所自有證明之職權者。僅據第二百十九條之規定。可證明地方慣習法、商慣習、及規約、或外國現行法、存在之時也。若第百十七條之規定。所命之檢證、及鑑定。非所謂舉證。換言之、卽非視爲證據方法而命之。不過爲裁判所之補助而命之耳。

(第二) 舉證責任分擔之原則。猶之就於當事者主張分擔之原則。蓋民事訴訟之性質。爲原被對審之結果。不得不如此也。舉證責任之分擔者。謂舉證之責任。非僅屬原告之負擔。被告亦有舉證之責任。詳言之、卽原告僅有證明其請求原因之主要事實之責任。其他一切事實之證明。或無反證等。皆無證明之責任也。原告既就其主要事實。盡舉證之責任。若被告主張其事實之不實。而有所爭時。則被告有舉反證之責任也。

右之原則。日本舊民法證據編第一條所規定也。

曰、因有的、又無的之事實。欲得利益。在裁判上主張之者。有證其事實之責。

相手方亦對於自己。於其主張可證其所證事實之反對或滅却其事實效力之事實。負證明之責。

此規定、非僅定舉證責任之原則。且一掃舉證之責任。非在爲消極主張者。乃在爲積極主張者之格言也。蓋消極的主張。依他之積極的事實、及論理的證據。可以證明者。在於今日。特不須說明。日本民事訴訟法之法文上。立於原告之地位。而須爲消極之舉證者。所謂權利關係之不成立確定之訴是也。一一八一。

以上所謂舉證責任之所在。非因原告或被告之地位。又非因主張爲積極與消極而定。要在於先爲事實之主張者也。

(第四) 證據之主義者。謂關於證據方法。及證據力如何之法則之綱領。而此法則。以法律定之者。稱爲法定證據主義。若法律不設規定。一任學理或經驗者。稱爲學理的、及自由的證據主義。採用法定證據主義者。其必然之結果。須欲得形式的眞實者。形式的眞實者。於法律定爲眞實者。或從法律可認爲眞實之義。對於實質的眞實而言。故此主義。裁判所之心証。雖認爲虛妄不實。而法律上不得不謂爲眞實也。採用自由證據主義者。裁判所不牽制於法律。以自由之心證。判斷有探求實質的眞實之力也。蓋前者束縛心證之自由。故每利於奸黠者。而害純樸之良民。後者因心證之自由。法官有恣擅及錯誤之弊。皆不免一利一害也。世所謂眞實惟一者。人皆知之。而知眞正之眞實之難。亦與知

眞實之惟一無異。或以法定主義爲較當而安之。或採自由主義。而忍其危險。要之皆人力人智所不及。而無可如何也。

所謂法定之證據主義。多行於民事。自由證據之主義。多行於刑事。而近世歐洲學者之意向。不分民刑。欲得所謂實質的眞實。一依自由心證主義。是可謂法學之進步也。

日本所採之主義如何耶。對此問題。不能確答。若寬而論之。則可姑謂爲採法定自由之折衷主義。若徵諸今日之實際。則苟非謂爲混淆主義。卽宜謂爲無一定之主義。蓋從各法官之所學、及智識程度而不同也。以上專就民事而言。

第三節 證據之種別

(第一) 證據、有主的證據。及反證之別。主的證據者。謂要證事項之證據也。反證者。謂證明主的證據反對之證據也。故主的證據。由主張最初事實者。卽就於要證事項。有舉證之責任者。提出之也。而反證、由相手方。對於主張者。立證主的證據之反對事實而提出也。反證、非證據抗辯。蓋證據抗辯。乃論辯相手方所提出論據之信憑力、及其違法。與別提出一證。立證反對之事實不同。反證有直接之反證。又有間接之反證。例如對於提出證書。主張締結所載之契約者。別提出一證。證明其契約。後已解除。卽直接之反證也。反

之、有主張某日某地爲某行爲、及契約者。立證某日不在某地、而在與某地違隔之地之事實。卽以他之積極的主張。證明消極之事實。所謂間接之反證也。

有謂對於反證。不得爲反證。蓋以反證之反證。乃欲堅主的證據。非反對之證明也。然說者所謂欲堅證據之證據。非事實反證之反證。是惟補充主的證據而已。苟爲反證。而別證明反對之一事實者。則對於此之反證。可以與主的證據。無關係之獨立之別事實。而爲證明。不如謂徑爲眞正反證之反證也。故反證之反證。實有之。因而得相累。順次爲反證。猶之抗辯之可以反覆無已也。

(第二)　證據又可分爲直接證據、及間接證據二種。直接之證據。或稱自然證。間接之證據。或稱人爲證。直接之證據者。直接證明要證事項之眞否者。例如記載其事實眞否證書。又實見有其事實之證言是也。間接之證據者。無直接之證據。由他種所知之事實。推理斷定不知之事實者。卽如法律之推定、及事實之推定是也。(參觀舊民證第十二條、及第七十四條、)

(第三)　證據、有完全證據、及不完全證據之別。完全之證據者。依證據調。得確定心證之原因也。不完全之證據者。不得完全之心證。而使裁判官得多分眞實之信憑也。民事訴訟法。所謂疏明方法是也。同法第二百二十條曰。依此法律之規定。疏明事實上之主張

時。祇須申出可使裁判官認其主張爲眞實之證據方法。據此規定。疏明者。所謂不完全之證據。非如完全之證據。須申出證據。而提出之。且須爲證據調。就於結果。而行辯論等之手續。僅申出裁判官可信其主張之證據方法而已。法律許僅用此疏明方法者。卽民事訴訟法第三十五條、第五十七條、第八十四條、第百七十一條、第百七十六條、第二百六條、第二百二十四條、第二百八十四條、第三百條、第三百四十四條、第四百十六條、第四百七十七條、第五百六十五條、第七百四十條、及第七百八十條等之規定也。此就於事實。不必有所爭者。從而不須相手方之立會。是乃裁判所祇在於一時假進行某手續。謀訴訟手續之簡便。幷以預防損害爲目的。故祇以不完全之證據爲足也。

就於疏明而申出之證據方法。有一制限。卽若欲爲證據調時。須限於卽時爲其取調之方法是也。○二二

第四節　推測及顯著之事實

（第一）　凡須證據者。因事實有所爭也。故如前章第三節所述。當事者之自白。乃就於事實無所爭者。固不須證明。卽無要證事項也。但不須證據者。非僅自白而已。所謂要證事

項存在之際。仍有不須證據者。如有法律之推測及顯著之事實時是也。

(第二) 法律之推測者。謂於事實之推測而言。事實之推測者。謂某種事實。適用論理的定則。據以心證事實之存在也。而法律之推測。本非顯著。故就其存在。須立證之事實。而亦從法律之規定。以其事實之眞實。不須舉證。卽依法律推定其事實爲眞實也。

法律之推測。分爲左之二種。

(一) 對於推測事實。許反證者。日本民法所謂輕易上聲法律上之推定是也。舊民證第八十七條

(二) 縱得舉反對之證據者。亦不許之。卽日本舊民法所謂完全法律上之推定是也。同上第七十六條。及第八十六條。

(第三) 凡在裁判所顯著之事實。不須證明。(二一) 所謂顯著之事實者。非裁判官已知之事實之義。又非裁判官知某事實之義。又非僅依裁判官之資格、所知之事實之義。要之依裁判官之資格。不可不知之事實之義也。而裁判官不可不知者。如左。

(甲) 訴訟之全體。

(乙) 內國法律之全部。 日本訴訟法。就於外國現行法之存在。爲須證明者。而其有與地方慣習法、或商慣習、及規約相同之證與否。則可不問。得以裁判所之職權。爲必

要之取調。二一九

(丙) 全國或世界普通之事實。據第二百十九條之規定。須證明者。地方慣習法、與商慣習、或規約也。至於全國普通之慣習。則爲顯著之事實。世界普通之事實。(即如萬國普通歷史上之事實)亦然。蓋顯著之事實者。公知之義也。即裁判所公然所知之事實也。但全國普通之慣習、幷世界普通之事實。(即歷史上事實或學術上事實)不可謂裁判所全員。常能知之。故或因智識不足。須取調者。或須鑑定人之鑑定者。(三二五參觀)不得謂此非顯著之事實。蓋內國法律。時有須取調者。甚至多數部員。不知法律規則之存在。依取調之結果而知之者。惟本屬顯著之事實。所謂裁判官不可不知者也。又以職權而命鑑定之結果。爲全員所知之事實者。此亦非爲證據方法。而命鑑定。究屬補助裁判所之智識而命之也。故其斷定亦同。

第五節 證據調總則

(第一) 證據調。在裁判所爲之。是爲本則。(二一七)故裁判官有指定期日。而呼出證人。及鑑定人。又有定檢證之期日。及命書類之提出。幷關於此一切之行爲。訊問證人。及鑑定人。其他確定證據調之結果。命爲必要一切之行爲等之權利及義務者也。以上之行爲。

裁判官可專行之。似與當事者專行之主義相背者。然實非相牴觸也。蓋證據之申立。必須當事者自爲之。裁判官惟在當事者所申立之範圍內。爲其取調。及判定其結果。有獨立之全權而已。故裁判所就於證據調。仍羈束於當事者之申立、可知也。鑑定與檢證。當事者雖不申立。亦得命之。七一 惟以此方法、應行證明之事實。必出於當事者之陳述而已。

(第二) 日本民事訴訟法。關於證據調。特與裁判所一種之權利。卽第二百七十四條第一項云。當事者申立數多之證據中。其可調之限度。裁判所定之。是也。據此規定。裁判所有定證據調限度(卽限制)之權。但行使此權利之範圍。則不能無疑義。蓋所謂數多之證據者。將數多異種之證據方法之義耶。抑同種數多之證據之義耶。以數多之證據。解爲數多證據方法之義。則由當事者申出同一事實之證據。例如申立書證、人證、檢證時、裁判所不須同時爲書證之檢眞、及取寄、按係(蒐集之義)訊問證人、命爲檢證等。得先就其書證、或人證。決定取調。但就於同種數多之證據。得制限與否。仍屬疑問。苟以數多之證據。解爲同種數多證據之義。裁判所因訊問數多證人、或數多之官廳、及公吏。請求同一書類之取寄時。有制限其數之權。惟其證據方法相異者。則當悉爲取調

矣。

今先由文字上解釋之。所謂數多之證據者。似解爲數多證據方法之義。較爲穩當。故由當事者申立數多異種之證據方法時。裁判所就其中一二之方法。以心證決之。得加制限焉。然以此限於異種之證據方法。而謂同種數多之證據。悉不包含之。則誤矣。蓋證據雖屬同一種類。欲證明同一事實時。而其方向或事情有不同者。例如因證明貸借之事實。由貸主交付金額於借主之使用人時。有目擊之證人、與借主。由其使用人受取金額。又有見聞之證人。而申出訊問證人是也。此就同一事實。有數多之人證。故可適用本條。蓋法文僅有多數之證據云云。非如前二種之解釋。包含異種或同種之意味也。

法文既不問證據種類之異同。又就同一事實。得適用同種多數之證據提出。則同種之證據。雖舉證之方法。或有不同。亦得適用本條之規定。蓋論理上及法文上。皆當從前解釋也。且揣立法者之意。似專在因同一事實。請求訊問多數之證人。此當時編纂訴訟法委員。其註解書中。專示此例。故可推知之也。然則民事訴訟法第二百七十四條第一項。所謂數多之證據者。苟因證據調。裁判所須有別種之訴訟行爲。決定、呼出、訊問等。是最合法律之主旨。而實際之效用。亦得完全也。

裁判所既定之限度。爲不可動耶。法文僅有取調之限度。裁判所定之。按其文義。似爲不可動者。然凡證據方法及證據抗辯。在接著判決之口頭辯論終結前。得主張之。是爲原則。(二一四)故依裁判所所定取調限度。不得證明目的之事實時。更就以前申立之證據中。未受取調者。得申請新證據之之取調。裁判所亦不得以不必要及無益等理由。一概却下之也。惟既一再取調。若更許再三之申請。有遲延訴訟之弊者。且心證被告以遲延訴訟之故意或怠慢者。裁判所始可據第二百十四條之規定。準用第二百十條而却下之。

(第二)證據調由裁判官。在受訴裁判所行之。是爲本則。然限於民事訴訟法中。有例外之規定者。得使受訴裁判所之部員一名。(即判事受命)又區裁判所判事(即判事受託)行之。受命及受託判事之權限。及手續。以下在各證據調中述之。

證據調者。以裁判所之決定而命之也。而對此決定。不許申立不服。(二一七三)

此外關於證據特別之規定如左。

(一)就於證據調。有不定時間之障礙時。例如證人不在。或欲用之證書。存於第三者之手。則因申立。定相當之期間。但在期間經過後。限於不因證據調而遲滯訴訟手續者。得用其證據方法。(二一七五)

(二) 應在於外國爲之之證據調。囑託於外國之管轄官廳。或駐在各國之本國公使及領事、而行之。二一八

(三) 於證據調之期日。當事者之一方或雙方不出頭時。限於因事件程度得爲者。爲證據調。二一八之四

(四) 因當事者闕席。不得爲證據之全部、或一部者。有追完或補充之申立時。則限於不因此遲滯訴訟手續。或疏明非舉證者之過失。而不能出頭。在接著判決之口頭辯論終結前。得爲證據調。二一八之四

(五) 裁判所認事件。未達判決程度時。不須當事者申立。得決定證據調補充。二一八五

(六) 證據調有定新期日之必要時。得以職權定之。二一八六

(七) 舉證者。不預納證據調之費用時。可不爲證據調。二一八八

此外關於證據決定者本章第一節已詳述矣。

(第四) 所施行以上證據調手續之事物。卽舉證之方法。日本民事訴訟法所定者如左。

(一) 人證。二一八九至二一三二

(二) 鑑定。二一三三至二一三五

(三) 書證。三三四至三五六。

(四) 檢證。三三五七至三五九。

(五) 當事者本人之訊問。三六〇至三六四。

以上五種證據方法。民事訴訟法所規定也。此外民法特有規定者。皆從省略。

第六節 人證

(第一) 以證人爲證據方法。謂之人證。證人者。供述自己所實驗事實之人也。故證人、爲當事者之證據方法。常屬於第三者。當事者不得爲證人。故當事者雖爲他之當事者。而既爲共同訴訟人。且必要的共同訴訟人時。則對其訴訟。亦不得爲證人。然如從參加人、非純然之當事者。亦非代理人。(第一編第一章第三節第一款第一)然爲當事者之補助人。而代表其利益者。是亦不得謂爲可爲證人之第三者也。證人常就自己之實驗。而供述之也。若供述因自己之理會力。(特種智識之)之實驗者。則稱爲鑑定證人。(三三)

(第二) 就於證人之能力。古今內外法律所規定各有不同。然據普通之例。所謂無證人之能力者。卽無受訊問之能力者。有左之三種。

(甲) 因精神喪失、或感官不具。無實驗及識別之能力者。卽當實驗之時、或證言之時。爲瘋癲者、白癡者、及幼兒。又實驗證所必要之感官不具者。

(乙) 據法律之規定。無述眞實之意思者。例如與當事者有親屬之關係者。直接有利害之關係者。當事者之代人、及辯護士之類。

(丙) 據法律定有職務上祕密之義務者。例如官吏、醫師、僧侶、穩婆之類。法律上定此種無能力時。不得視爲證人而訊問之。故其供述非法律上之證言。若基此判決。乃違背法則者。可以破毀也。

日本訴訟法。就於證人能力。採如何之主義耶。是爲今日一大問題。但余謂日本民事訴訟法所採之主義。實無可存疑者也。

(一) 日本民事訴訟法。原則上不認證人之無能力。卽據同法第二百八十九條規定。不問何人。限於法律、無別段之規定者。關於民事訴訟。在裁判所。有證言之義務。而不得爲證人者。則無規定焉。但依刑法第三十一條之規定。因剝奪公權之結果。在裁判所有不得爲證人者。所謂法律有別段之規定者。則無爲證人之能力。固勿論已。

(二) 原則上不認證人之無能力。但法律對於因親屬關係、或利害關係等、失意思之

自由者。雖非法律上無能力者。或無資格者。而特設不强使證言、及得避不實證言之規定。卽與以不向裁判所宣誓、因參考而訊問之權利。(三一)與證人以得拒證言之權利。(二九七)(二九八)幷與以相手方忌避證人之權利。(三〇)是也。蓋有權利者。其行使權利與否。全屬自由也。故相手方不行使忌避之權利。證人受裁判長告知得有拒證言之權利之旨。(二九七之二)仍不行其權利。且裁判所亦不行其權利。命之宣誓。而訊問者。則其證言、與他之證人證言。毫無所異。蓋證言本無羈束裁判所之力。悉任裁判所之自由心證。而取捨之。惟宣誓之有無。關係於證人之責任。故爲幾分之擔保。得就裁判所之心證參考之而已。(1)

(三) 日本民事訴訟法。不認前例(乙)(丙)之無能力者。然屬於(甲)之類者。卽因精神喪失、或感官不具。無識別之能力者。則事實上不能爲證人。述有效之證言。例如命見證於盲人。求聽證於聾者之類是也。蓋此本可爲證人。特訊問之。亦不能爲有效之證言。故認爲事實上無能力也。

(1)證人能力如何之問題。曾與或人問答。揭載於法曹記事第三十一號。錄之如左。

問　法律上、制限證人之能力與否。

答 有之。如在刑事。第一依刑法之處分。被剝奪公權、及停止公權者。在裁判所不得爲證人。（刑法第三十一條、第三十六號）第二、刑事訴訟法第百二十三條、第百二十四條所列記者。皆不許爲證人。故皆爲無其資格。

問 刑事上不得爲證人者。固不待言。茲所問者。專在民事訴訟。有制限證人之能力與否。

答 民事訴訟法。其第二百八十九條云。不問何人。限於法律無別段之規定者。在裁判所有證言之義務。而依別段之規定。得免除證言之義務者有之。然不問身分、職業、年齡、之如何。法律上在民事訴訟。許爲證人。

至於訴訟當事者、及法律上代理人。縱令無法律之規定及明文。而於其訴訟。不得爲證人。故如非法人之會社、社團、之社員。株式會社之社長。與訴訟當事者爲一體者。或有法律上代理人之資格者。於其訴訟。自不得爲證人也。

問 然則民事訴訟法、第二百九十七條、及二百九十八條、所列記者。亦有法律上證人之資格耶。

答 然、固有證人之資格也。故在裁判所。依當事者之申請。得從方式、使之宣誓。採其證

言。爲裁判之材料。惟法律於此兩條所列記者。與以拒爲證言之權利。且裁判長在訊問前。告以有拒爲證言之權利之旨。是爲裁判長之義務而已。故裁判長告知此權利。而受訊問者。仍不拒證言。則從第三百七條之規定。在訊問前。或訊問後。得使之宣誓。而命爲證言。勿論已。

問　果從子說。則第三百十條。當如何解釋耶。同條第一項。所謂左之人。得不爲宣誓。爲參考而訊問之。卽雖可以之爲參考訊問。而不得視爲證人而訊問之義。非恰如刑事訴訟法第百二十三條第一項但書。所謂不爲宣誓。爲事實參考。得聽其供述者歟。

答　刑事訴訟法第百二十三條第一項。有左所記載者。不許爲證人。是有禁止視爲證人而訊問之明文也。然民事訴訟法第三百十條。無此禁止之文義。僅有不爲宣誓而爲參考云云。故彼此文義。不得謂爲相同也。

問　果如子之說。則同條第四號。依二百九十七條、及第二百九十八條第三號幷第四號之規定。不得謂有拒絕證言之權利。而不行使之者。據第二百九十七條。有拒證言之權利者。與原告、及被告或配偶者之親族、又有姻族之關係者。受原告及被告之後見者。原告及被告之同居人。又有雇人之關係者。又據第二百九十八條第三號幷第

四號。有拒絕證書之權利者。其答辯歸於證人、或前記之人之恥辱者。又有招刑事上訴追之慮時。及同上之人。恐直接生財產權上之損害是也。若如子之所答。是等之人。有拒證言之權利。而不行使之者。仍得視爲證人而訊問之。然則有何必要而揭不爲宣誓。爲參考而得訊問之條文。敢問其理由。

答　第三百十條第四號所記者。固得視爲證人而訊問之也。然此等之人。皆與自己或有親密之關係者。就於直接利害之事項。當爲證言也。但欲避自己之損害、或避有親密關係者之害。人之常情也。法律不深咎之。而在德義上且當奬勵之也。苟必強使宣誓而爲證言。則非爲法律之罪人。亦必爲違背德義之人矣。背義、犯罪。二者必居其一。則不如重德義。不顧自己爲罪人。對於父母及其他有親密之關係者。爲利益之證言。於此加以僞證之刑罰。豈不可哀哉。故立法者。使此等之人。不至陷此苦境。於裁判所非常視爲證人而訊問之。從其意見。或不爲宣誓。僅爲參考而訊問之可也。是卽設本條之理由也。要之民事訴訟法第三百十條之規定。非如刑事訴訟法第二百三十三條。基於受此訊問者。陳述難信之理由。却出於重德義。使勿爲僞證罪人之趣意也。

問　如右解釋。似亦有理。是殆因於日本民事訴訟法之母法之德國訴訟法。故爲此解

釋之說耶。而日本立法者。（即解釋之趣意者）果如子之解釋。設人證之規定耶。抑與刑事訴訟法。出於同一之趣意耶。其文字固無所異。敢問有可確知立法趣意之法文、得指示之耶。

答　德國訴訟法。十六歲未滿之幼者、及從刑法之規定、無爲證人之能力者。雖決可認知爲不使宣誓。（參觀德訴第三百五十八條）而如前段所解釋。爲立法之趣旨與否。依同法之明文。不得知之。至於日本立法者意思。却可依明文而知此意者。即民事訴訟法第三百三條、至第三百五條之規定是也。第三百三條云。原告及被告。在相手方與相手方之證人間。有第二百九十七條第一號至第三號之關係時。得忌避其證人。若以有第二百九十七條關係者。爲不得爲證人。則單視爲事實參考人。而訊問之者。即亦不可爲證人。殊無忌避之必要。然乃設此德國訴訟法所無之條。立法者之意思。非可得而知耶。

又問　本條爲第二百九十九條之例外。非因不得拒證言而設者耶。

答　否、第二百九十九條第一項、有證人從第二百九十七條第一號、及第二百九十八條第四號之規定云云。則與第三百三條無所關係者。自可以知也。

問　從第三百十條之規定。不爲宣誓。爲參考而訊問者。得稱爲證人乎。

答 法律上所謂證人者。專從法律之規定。以宣誓爲證言者。卽狹義之證人無疑。然講學上從廣義。爲參考而訊問者。亦不妨稱爲證人。

問 然則第三百三條所謂證人之語。乃廣義證人之義。非謂法律上以宣誓而爲證言者耶。茲舉一例。如有除斥職務之理由之判事。固有判事之資格。特就其事件。法律上視爲判事所行之行爲。則無效也。茲之問題。卽有第三百三條之關係者。雖可謂爲廣義證人。然因有特別之關係。不爲宣誓。於法律上所視爲證人之行爲。(卽其供述者)非所謂無證言之效者耶。故據其證言。爲判決之本據。則此判決。非違法之裁判耶。

答 關於證人。非如判事除斥之理由。其行爲全屬無效者。蓋第二百九十七條、及第二百九十八條之關係。比於判事之例。不過有偏頗忌避之理由。(第三十三條第二項)惟然於有除斥理由之時。判事之忌避。不問訴訟在如何之程度。皆得爲之。(第三十四條第一項)故可爲上告之理由、與再審之理由。至於證人之忌避。若非在爲訊問前爲之。則必疏明在於以前不得主張忌避之原因。否則無效。(參照第三百四條、第三十四條第二項、第三十五條第三項)是使第三百十條第四號所揭者。爲宣誓而訊問之際。相手方不爲忌避之申立。失其時機而申立時。則證言全有效力。故據之而判決。非違法可知也。

(第三) 日本民事訴訟法。除證書訴訟、爲替訴訟外。用人證之方法。毫無制限。故在今日。非如法國及日本舊民法證據編第六十條所規定。得依金額之多少。而許否之也。(1)

(1) 法國所爭事件之價額。在百五十佛郎以上。不許以證人證之。日本民法證據編之規定。金額五十圓以上。不許用證人之證據方法。舊民證六〇

(第四) 證人之義務。限於法律無別段之規定者。爲國民之公務。不問何人。皆應負擔。二八九

證人義務。分爲左之二種。

(一) 出頭之義務、卽應呼出、在指定之時日。出席於指定之裁判所也。

(二) 陳述之義務。證言義務

(第五) 證人義務之免除。此免除亦分左之二種。

(一) 出頭義務之免除。

(二) 出頭及證言義務之免除。就此免除。又有左之分別。

(甲) 由於證言事項之性質者。

(乙) 由於證人與當事者之關係者。

(丙) 由於有默祕之義務者。卽默祕之義務免除後。始得强制之也。

右免除出頭義務之人。

(甲) 皇族。皇族應爲證人時。受命判事、或受託判事。就其所在而爲訊問。二九六

(乙) 各大臣。各大臣於其官廳之所在地。訊問之。若在所在地外。則於其現在地訊問之。同上

(丙) 帝國議會之議員。議員限於在議會之開會期間中。且滯在議會所在地中。則於其所在地訊問之。同上

訊問各大臣、及其他官吏、公吏。雖退職後。而因其職務上有應守默祕之義務時。

(一) 訊問大臣。須得勅許。二九〇

(二) 此外之官吏、公吏。須得其所屬官廳或最後所屬官廳之許可。

右勅許或許可。若非證言有害國家安甯之慮者。不得拒之。二九〇

右證言義務之免除者。

(二) 有左之事情者。免除證言義務。卽得拒證言者也。

(甲) 就於所問之答辯。證人自身、或因第二百九十七條第一、至第三所揭者。直接

生財產之損害時。

(乙) 同上應受恥辱時。

(丙) 同上、有招刑事上訴追之慮時。

(丁) 證人有公示自己之技術。又職業之祕密之慮時。

(二) 有親族、或其他之關係。得拒證言者。

(甲) 與當事者或其配偶者、爲親族時。但就於姻族。雖婚姻解除後。亦同。

(乙) 受原告及被告之後見者。

(丙) 原告及被告之同居人及雇人。

對於此等之人。裁判長在訊問前。告知有證言之權利之旨。是爲裁判長之義務。(二七九)蓋裁判長雖不爲此告知。而民事上證言之效力。不生差異。然其證言。涉於虛僞、或刑法第二百二十三條之僞證罪時。若未受有拒證言之權利之告知。則按其情狀。或可爲酌量減輕之理由。

以上之除外例。

雖該當於前。(一)號之(甲)及(二)號之(甲)者。而左之所述。不得拒證言。

(甲) 家族之出產、婚姻、或死亡之事實。所謂家族者。有最汎博之義。不必有血族統之親屬關係。

(乙) 因家族關係所生財產事件之事實。例如就於婚姻之財產契約。相續財產。或關於養料之事實。

(丙) 就於權利行爲之成立。及其旨趣。業已爲證人而立會時。二九之第三

(丁) 原告及被告之前主、又代理人所爭之權利關係。而爲之行爲。原告及被告之前主者。謂爲其權利及義務之主人也。代理人者。包含法律上代理人、總代理人、部代理人、及其他商事一切之代理人等是也。

(二) 基於默祕義務之理由。得拒證言者。

(甲) 官吏、公吏。

官吏公吏。雖退職後。就於職務上。有應默祕之義務之事項。得拒證言。二九之第一。二九〇。九二 然現在所屬之官廳。又最後之所屬官廳。關於其事項。許可訊問時。卽免默祕之義務時。不得拒證言。蓋此許可者。不須證人自求之。由受訴裁判所求之。而通知於證人。二九〇之

(乙) 神職、及僧侶。

神職或僧侶。因其身分而受委託所知之事實。關於應守默祕者。得拒其證言。二九之二第二八

(丙) 醫師、藥商、穩婆、辯護士、公證人、及其他要祕密之技術者、職工。關於應守職業上祕密之事項。得拒證言。二九之一第二八之二第

又免除默祕之義務時。不得拒證言。固勿論已。

以上一至三之所述。從第三百條之規定。在訊問期日前。開示拒絕原因之事實。且已疏明時。則至其期日。無出頭於裁判所之義務。

右受領拒絕之書面。或就其陳述。作成調書之裁判所書記。須通知於當事者。三〇

(第六) 訊問證人之手續。

(一) 人證之申出者。指名證人。及表示證人應受訊問之事實。而爲之。二九 卽依此證據方法。明示應證明之事實。與應受訊問之人、及其住所。使裁判官爲其決定。或命呼出。能詳知訊問事項。及證人之身分也。

證人之申出。在訊問開始前。雖可拋棄此證據方法。而至訊問開始後。若非有相手方之承諾。不得拋棄之。

(二) 證人之呼出。以裁判所之職權而爲之。蓋證人之申出。雖由於當事者。而其證據決定之後。呼出證人。則屬諸裁判所之職權。故呼出狀須記載法律之裁判。且不出頭時。應受處罰之旨。二九二之第四

證人之呼出。須注意者。卽呼出海陸軍現役之軍人、軍屬。須囑託其所屬長官、或隊長而爲之。二九三

又在呼出前。裁判所於一定期間內。對於人證申出人。命預納證人費用。若於其期間內。不預納時。則有不呼出之權。又右期間滿了後。預納費用。更請求呼出時。限於訴訟手續。不至遲滯時。當許可之。二八

(三) 訊問之場所。證人之訊問。以受訴裁判所行之爲本則。二七三 故從第二百七十八條、至第二百八十三條之規定。使受命判事受託判事、訊問證人者。是變例也。且由受託判事更囑託他之裁判所。而爲訊問。則尤異例之大者也。故此變例。受託受命之後。於他之裁判所。限於可爲證據調。生有正當之原因二八者。可使受命判事。或受託判事。訊問證人者。如左。

(甲) 因探知眞實。有就於現場、訊問證人之必要時。

(乙) 證人因疾病。及其他事由。不能出頭受訴裁判所時。

(丙) 證人與受訴裁判所之所在地。爲遠隔之地。出頭其裁判所。須極多之時日及費用時。

(四) 訊問之方式。

(甲) 訊問數人之證人時。須於他之證人不在之場所。各別訊問之。蓋彼此之供述相齟齬時。可使對質。以明其眞僞也。三一一

訊問證人。先問其氏名、年齡、身分、職業、住居。又必要時。察信用證言之情況。問其與當事者之關係。三一二 就於訊問事項。則使證人於所知牽連供述之。而後於其供述不能明白、或不完全時。則因欲其明白完全。或窮其得知之原因。可以發必要之問。三一三

右訊問、以裁判長行之爲本則。然陪席判事、告於裁判長。有直接發問之權。獨至訴訟當事者。則無直接發問之權。惟供述欠明白者。因願明白供述。而須發問者。則申請於裁判長。得其許可。始有直接發問之權。又就於發問之許否。得由當事者申立異議。而就其異議。當以裁判所之評議。而裁判之。三一二·三一五·參照前章第三節第五款第五。

對於以上訊問。則證人除算數之事項外。皆以口頭之供述而答之。不得用書面之朗

讀。三一四

又受訴裁判所、有左之事情時。得命再行訊問證人。

(一) 訊問證人。違法律之規定時。

(二) 訊問證人。不完全時。

(三) 證人之供述不明白。又涉兩義時。

(四) 證人申立其供述之補充、或更正時。

(五) 其他裁判所有再訊問之必要時。三一七

(乙) 證人之宣誓。

凡訊問證人。先以呼出狀及其他適當之方法。明確其人非誤。且訊問前。必使爲宣誓。然有特別之原因者。應使宣誓與否。若有可疑時。則得在訊問後。使之宣誓。此際應從第三百七條第二項之宣誓式。三〇〇六。

判事在宣誓前。宣讀刑法、及以其他相當之方法。須諭示若爲僞證。刑法上有僞證之罰。三一八〇

訊問前、或訊問後。使之宣誓。又不宣誓而訊問時。須記載於調書。三一六二

對於右之原則。有例外之規定。如左。

不爲宣誓而可訊問者。

(一) 第二百九十七條第一號、至第三號所載者。

(二) 第二百九十八條第三號、及第四號所載者。

(三) 訊問之時。未滿十六歲者。

(四) 不能了解宣誓。缺必要精神上之發達者。

(五) 因刑事上之判決。公權被剝奪、或停止者。按此節新刑法已無規定。於各特別法中定之而已。

(六) 據第二百九十七條、及第二百九十八條第三號、幷第四號之規定。有拒絕證言之權利。而不行使者。但在第二百九十八條第三號幷第四號。限於有拒絕之權利之事實。申立可爲證言時。

(七) 訴訟之成績。有直接之利害關係者。

(第七) 强制證人之方法。

(甲) 不受合式呼出。或無正當之理由。而不出頭之證人。則不俟當事者之申立。以決定賠償因其所生之費用。及言渡二十圓以下之罰金。

(乙) 兩次不出頭時。除更命前項之賠償及罰金外。尚可命勾引對於右之決定。得爲抗告。而有此抗告時。必停止其決定之執行。對於現役軍人。言渡罰金、勾引、及執行。囑託於軍事裁判所。或所屬長官、及隊長而行之。二九四

然證人後以其不出頭、有正當理由。爲辯解者。則不行前述之處分。二九五

(丙) 證人雖已出頭。而拒供述。或期日前、從第三百條第一項之規定。疏明拒絕之原因後。不出頭時。裁判所就其拒絕之當否。審訊當事者後。以決定而裁判之。然官吏公吏拒絕之當否。一任所屬廳、或最後所屬廳之裁定。裁判所不自裁決之。三〇

對於拒絕當否之決定。有異議時。與前甲乙所述異。對之須爲卽時抗告。而依此抗告。生停止決定執行之效力。則同於前。同上

(丁) 在受命判事、或受託判事之面前。拒絕證言時。該判事作成調書。送致於受訴裁判所。使受訴裁判所。裁判其拒絕之當否。故裁判所呼出證人及當事者。審訊之後。決定其當否。但此際證人。於在受命判事或受託判事之面前。所不申立之事實及證據。不得提出焉。二八三〇一

(戊)證人不開示原因而拒證言又至有證言義務之裁判確定仍行拒絕時則除賠償費用外應言渡四十圓以下之罰金對此言渡抗告之效力及對於軍人與前乙所述同(三〇二)

右(丙)及(丁)之處分拒宣誓之證人可適用之(三〇九)

以上罰金對於民事證人者由民事裁判所宣告之惟背反所謂國民一般之公義務者(二八九)乃純然之刑罰也故若受罰金之言渡之證人不納完時應從刑法第二十七條之規定以一圓折算一日而處輕禁錮之刑

(第八)證人之忌避當事者在人證申出人與證人之間有第二百九十七條第一號至第三號所揭親密之關係時在訊問前得主張其關係而申請忌避惟至訊問開始後則限於疏明以前不能主張忌避之原因者可以申請之(三〇三・三〇四)

此外申請忌避之方式其裁判及抗告與判事之忌避同茲略焉(三〇四・三〇五參照)

第七節 鑑定

(第一)鑑定人非如證人爲證據方法之報告者乃裁判官之補助者也蓋以特種之技能補裁判官所缺之智識而助訴訟材料中證據物件之理會力也(1)

(1)鑑定爲一種證據方法耶。將僅爲裁判官之補助耶。是法學上一大問題也。或以此爲證據方法。或以此爲補助者。或以此爲併有二種之性質者。諸說紛如。各執一理。本書不及詳論。惟依所自信者。從鑑定不過補助。而非證據方法說。前節所以包含於證據方法中者。不過因訴訟法第二編第六節至第十節所規定。姑概視爲證據方法而揭之也。本節則專基於學理上之觀念。定其性質。

(第二) 鑑定者。僅爲裁判官之補助。而非證據方法。因此性質之結果。用鑑定與否。全在裁判所之權力內。蓋當事者雖可爲鑑定之申立。然第三百二十三條。所謂鑑定之申出。非證據之申出也。惟就於鑑定人之鑑定。當事者指定一定之人。而有使爲鑑定人之合意時。裁判有從其合意之義務而已。(三四二(1))

(1)德國訴訟法。就於證人。不用忌避之例。獨對於鑑定人、與對於判事。有同一之原因。則許爲忌避。(德訴第三百七十一條)是可以此爲非證據方法。而屬於裁判官之補助之一證。然日本民事訴訟法。對於證人。既用忌避之例。鑑定亦準用之。故無可區別也。惟忌避之有無。本與爲證據方法與否。無所關係。故以此爲補助論者之論據。固非也。而失此論據。亦不影響鑑定本然之性質焉。

(第三) 鑑定人之意見。非證據方法。故無反對之事。若既命鑑定人。復以他人代之。(三二四)及鑑定之結果。不十分時。可再命鑑定與否。(三三〇之第四)皆從裁判所之意見者。而當事不與焉。

(第四) 鑑定人之義務。非如證人。及於一般之國民。僅限於第三百二十六條所列記者。又鑑定人亦有出頭之義務。供述之義務。及宣誓之義務。與證人同。

以上所述鑑定特別之條項。以下更就法律規定之條項。摘示其要領如左。

日本民事訴訟法。鑑定爲一種證據方法。而就學理上之性質。及用此方法之目的觀察之。則僅爲裁判所之補助而已。蓋鑑定人非純粹之證據方法。乃裁判官之補助。依左之數項規定。可以知之也。

(第一) 裁判所、常得以其職權命鑑定人之鑑定。(七一一)

(第二) 鑑定人之選定、及員數之指定、并制限、或定代替之人。(三一二四)

(第三) 裁判所以鑑定之結果、爲不十分時。將使同一或他之鑑定人。再爲鑑定。(三三〇之第四)

據以上之規定。可以知鑑定人爲裁判官之補助。則其當然之結果。雖由當事者申立鑑

定人之鑑定時。而裁判所自信有鑑定別段之智識者。從其固有之智識。自行鑑定可也。

次關於鑑定別段之規定。

(一) 據第三百三十三條。規定須特別之智識。因過去之事實或情況。訊問其有實驗者。可以確定時。適用人證之規定。卽前所謂鑑定證人是也。

鑑定證人者。非僅如通常鑑定人。以特別之智識。而斷定某事實。幷因自己之官能。實驗其事實或情況者也。例如已診察治療病人、及病馬之醫師、獸醫。卽鑑定證人也。反之、僅聞其容態。及所歷從學理之定則。斷定其事實(卽其輕重或病症)者。卽通常鑑定人也。

鑑定證人。證人也。從而爲一種證據方法。固勿論已。

(二) 此外所揭之條項。其實乃以確認他之證據。規定適用之力。二者相異而已。其項目須注意者如左。

(甲) 從第三百三十三條之規定。適用人證之規定者。限於所謂鑑定證人也。

(乙) 裁判所於選適於爲鑑定人。而受訊問之事。有催告當事者指名之權能。(三二四之二)

(丙) 當事者之合意。以一定之人爲鑑定人。有從之之義務。但此際有制限員數之

權。同之三上

（丁）鑑定人因與證人。拒證言同一之原因。有拒鑑定之權。三二七

（戊）鑑定人爲鑑定前。須以其鑑定人之義務。宣誓公平且誠實履行之旨。三二九

（第五）鑑定之手續　鑑定之手續。概從訊問證人之手續。然強制之方法。有左之區別。

（甲）有鑑定義務之鑑定人。不出頭時。又拒鑑定時。言渡費用之賠償及罰金。與證人同。但鑑定不得勾引。三二八

（乙）有鑑定之義務者。限於第三百二十六條所規定者。

（丙）鑑定人有公任命之者。三二六　卽因必要的種類之鑑定。公任命之也。例如筆跡鑑定者。分析家、裁判醫。爲裁判所之鑑定人。常雇置之也。

（丁）鑑定人從事學術技藝之業者。或從事此等之事項。受公之任命及已授權者。

（戊）據第三百二十五條。受任命之外國人。

（己）既以可於裁判所爲鑑定之旨。在裁判所陳述時。三二六

第八節　書證

（第一）書證者。謂以文書而明言陳述思想及事實也。文書不問私書與印書。又不問以文

字與以數字。及以約束之記號。（例如速記符徵。及暗號之類。）皆可稱爲文書也。文書有由發之者之署名捺印。有署名而無捺印者。又有不署名捺印者。署名者。明記其氏名。或用他之稱號也。捺印者。雖專指實印、及其他印章之押用。然花押亦與捺印有同一之效力。無署名捺印。而有證據力之文書者。卽商業帳簿是也。（舊民證第三十七條。商第三十九條。）

（第二）證書者。從調製者之資格。有公正證書、及私署證書二種。

（甲）公證正書者。謂由官廳、或有公之信任者。（卽官吏公吏）所發之證書也。例如裁判所之調書、裁判所證明書、又身分官吏、登記官吏、公證人、記載證言之書面之類是也。日本舊民法之規定。約言之。如左。

公正證書者。公吏因當事者之依託。就於有其管轄之事項。從法律所定之方式。作成之證書。及官吏視爲官廳代人所調製之證書是也。（舊民證第四十六條）

（乙）私署證書者。謂公正證書以外一切之證書也。從日本舊民法之規定如左。

私署證書者。以此記載被對抗者不利益事實之陳述。或追認。且署名、及印章。必有其一也。

據右之定義。所謂證書。限於有被對抗者之署名及印章也。但凡視爲裁判上證據。而得

受理者。就十一年布告第一號證券印稅規則第二條、及第三號所列記之書面。限於從第五條之規定。貼用相當之證券印紙者。故裁判上所謂證書。形式上大有制限。此外之書面。固亦可爲證書。惟非法律上所謂證書耳。

(第三) 證書之證據力。其必要條件。在於證書之眞正。且非變造也。凡證書必由署名者作成。換言之、卽署名者自記、或自署名、及受其委任之他人調製時。謂之眞正證書。公正證書。其形式完備時。卽爲眞正。故非眞正者。相手方不可不證明之。蓋舊民法證據編第四十七條。及民事訴訟法第三百五十一條。不明言舉證責任。惟主張僞造變造。欲申立確定眞否者。就其主張申立。有舉證之責任。是固一般之原則也。

私署證書。苟有爭其眞正者。則提出者。不可不證明其爲眞正。(三五) 但眞正之證明。得用一切之證據方法。且因手跡及印章之對照。亦可證明之也。(三五)

以上就於書證之性質。幷證據力。尙須論述者。甚多。但此屬於實體法之範圍。故不論及之。以下述證據調之手續。

(第四) 關於書證證據調之手續。

凡欲以書證、證明事實者。必先申出其證據。(二二) 蓋證據之申出。屬於口頭辯論之部分。

不在證據調之範圍。前第一節第二、已述之。惟僅就行爲之性質而言耳。故此因舉證手續之順序。與法律之規定。同就證據調發端之行爲。而說述之也。

書證之申出。因左之事情而不同。

(甲) 證書存於舉證者之掌中時。則當口頭辯論期日。以其證書提出於裁判所。爲證據之申出。(三四三) 然若提出其證書。有毀損或紛失之慮。又有他之顯著障礙時。在受命判事、及受託判事之面前。受應行提出之命令。從之提出於判事。得爲其申立。(三四之一八) 此際受命及受託判事。當作成證書之明細書、及其謄本、又抄本。添附於調書。(同上之二)

(乙) 證書不屬於舉證者之占有時。

(一) 相手方有其證書時。

(二) 第三者之占有時。而第三者之占有。尙有左之區別。

(子) 訴訟當事者外、一私人之占有時。

(丑) 存於官廳或公吏之手時。

右(一)卽證書存於相手方之手中者。其證書之申出。以申請命相手方提出其證書而爲之。(三五三) 蓋其申立。從第三百三十八條之規定。除證書之表示、及足證事實之表示、并

證書所載外。且於所以主張其證書、存於相手方之手之旨、其理由之情況。與提出證書義務之原因。須併詳述而明示之也。三三八

裁判所認定證之事實爲重要。及認其申立爲正當時。爲左之處分。

(甲) 相手方自白證書存於其手中。又對於申立無所陳述時。三三九

(乙) 第三百三十六條之規定。自白證書之占有。主張無提出之義務之旨時。三三六

(丙) 申立無所持證書之旨時。三四〇

右(甲)及(乙)以證據決定。命證書之提出。而依第三百四十條。從第三百六十條以下之規定。訊問本人。

有提出證書之義務者。據第三百三十六條之規定如左。

第一、舉證者。從民法之規定。在訴訟外亦得求證書之引渡、或其提出時。

第二、證書因其旨趣。舉證者及相手方。爲共通時。

故除此之外。相手方主張無提出之義務時。裁判所不得命其提出也。

相手方不從提出證書之命。或受本人訊問。而拒供述。又故意隱匿證書。及令不堪使用。已明確時。則其結果、相手方應受之制裁。如左。

(子) 舉證者已呈遞謄本時。則以其謄本視爲正當者。

(丑) 未呈遞謄本時。則以裁判所之意見。就於證書之性質及旨趣。以舉證者之主張。認爲正當。

證書存於當事者以外一私人之手。書證之申出。以申請取寄其證書。特定期間而爲之。三四二

此際之申立。與對於相手方同。須遵守第三百三十八條之規定。惟同條第四號所謂主張證書存於相手方之手之旨。表示理由之情況。易爲疏明證書存於第三者之手。是其所異耳。

第三者有提出證書義務之理由。與對於相手方同。即舉證者與第三者之間。限於有第三百三十六條第一號及第二號所揭之事情也。然第三者本屬訴訟外之人。故不得強制其提出。若欲強之提出。非另對第三者起訴。使在裁判所強制權下。不得爲之也。三四三以訴強制證書之提出。固需時日。若遷延而無際限。難期本案終結。故舉證者。遲延其行爲時。則相手方雖在提出期間之滿了前。得申請本訴訟手續之繼續。三四五

證書存於官廳或公吏之手時。證書之申出。以申請囑託官廳、又公吏證書之送付。而爲

之。三四六 但無裁判所之助力。當事者自可取寄之證書。則不適用此手續。官廳及公吏。有提出證書之義務時。非如對於一私人。可行本人訊問之手續。故此證書、以載不屬於以官廳之保藏。又不得開示其所在之旨之長官之證明書。而代本人訊問。裁判所因使呈遞此證明書。定相當之期間。在期間內不呈遞者。則以對於相手方之官廳。與對於一私人之相手方。生同一之結果。卽以擧證者之主張。認爲正當也。三四一〇之二

(第五) 證書之提出 從證書之性質。提出之方法不同。如左。

(一) 凡公正證書。提出正本。或僅受認證之謄本可矣。然裁判所有命提出正本之權。三四九

(二) 私署證書。以提出原本爲本則。然當事者就於原本之眞正。無所異議。僅就其效力或解釋有所爭時。則提出謄本可矣。但裁判所有命提出原本之權。與於前項命提出正本之權同。三四九之二

不從易謄本、而以正本及原本爲提出之命者。裁判所以心證。裁判謄本有如何之證據力。三四九之三

不問證書爲公正證書。與爲私署證書。又爲正本與爲謄本。法律上有效提出之後。擧證

者雖感其證書爲不利益。若非得相手方之承諾。不得拋棄證據方法。（三五）蓋因證據共通之原則所應爾也。證據共通之事。詳於第十一節。

（第六）證書之檢眞　證書之檢眞者。就於私署證書之眞否。有所爭時。因當事者之申立。裁判所裁判其眞否之手續也。（三五二）

證書之檢眞。除依一切證據方法而判定之外。仍可從左之手續。對照手跡印章。

（一）對照手跡。以眞正自白、又已證明之書類。或在裁判所。所命手記一定之語辭。與其所手記者對照。裁判所自判定之。或使筆跡鑑定人鑑定之也。

若對照之書類。不在裁判所所定期限內提出。又不爲所命之手記、或更變書樣而手記時。裁判所就於證書眞否之相手方主張。不須其他之證據。而視爲眞正。（三五三）

（二）對照印章。亦與手跡之對照同。與可爲對照之眞正押印。又在裁判所既押捺之印影。對照而爲之。然印章固屬細密。難辨知其眞僞異同。故除一見顯著外。概選特別職業之人。（即印版雕刻爲專業者）使之鑑定焉。即依鑑定之補助者也。

以上裁判所、不論依他之證據方法。與爲鑑定。就於對照之結果。當以自由心證而裁判。以已經檢眞之證書、或公正證書。主張爲僞造或變造者。因申請確定其證書之眞否。得

請求中間判決。（三五）日本訴訟法。因確定證書之眞否。不許爲獨立之訴。故爲證據調中之特例。與第二百十一條同。特以中間判決而爲裁判。

右中間判決。確定證書非僞造及變造。而爲眞正時。其主張者、有惡意及重過失之責。從左之區別。特加以裁判。

（一）反於眞實。主張公正證書之僞造、及變造時。言渡五十圓以下之過料。

（二）同上主張私署證書之眞正時。言渡二十圓以下之過料。（三五）

此處分亦屬裁判所一種之懲罰權。如第一編第一章第一節第三款第三所述。但與對於證人鑑定人或離婚之訴之當事者。言渡之罰金異。非有刑罰之性質。（參照第一編第二章第六節第一不過第一編第二章第六節第三所謂違反誠實義務之制裁。應受民事上之處分而已。故與本章第六節第七異。對於不能完納過料者。不適用刑法之換刑。

以上規定、檢眞及僞造變造之裁判。多有疑問。本節之末。別有大論述。故茲僅揭其太要而已。

（第七）從本節之規定。提出於裁判所之證書。直還付之。又有時以其謄本留於記錄而還付之。然有主張證書之僞造或變造時。若非聽檢事之意見後。不得還付。蓋因有刑事

訴追之必要故也。三五四（1）

（1）第三百五十四條第二項、用嚴格的禁止文詞。故有謂主張僞造變造之證書。不聽檢事之意見而還付。則可爲上告之理由者。茲故不能無論。夫聽檢事之意見。以本文有示之必要而聽其意見與否。則與訴訟實體之判決。實無影響。又此非爲判決之手續。不過對於裁判所之職員。訓示的禁令而已。故違背此種之規定者。不得爲上訴之理由。與於第二百三十三條之規定所詳論者。歸於同一之論旨。參照第一編第三章第五節第二

（第八）關於書證之規定。限於事件之性質所許者。如因事跡之紀念、及權利證徵所作之割符、界標等。亦可準用。三五六

著者曰。日本民事訴訟法。酷似德國訴訟法。吾人所共認也。有冷評日本之民事訴訟法。爲德國訴訟法之忠實鈔本者。余輩遊學彼國中。屢有不堪入耳之言。雖然、日本訴訟法。乃爲日本創定者也。豈有全然相同之理。惟其差異之所在。卽疑點、牴觸不明、及缺點之所在。誠爲遺憾。如檢眞之規定。其尤甚者。學者實務家。解釋及適用。均感困難。蓋非局外者所能想像也。本法實施後。既經過數年。至今日學說判例。皆無足觀。實爲此耳。余亦困苦中之一人也。雖然、有疑問者。不敢讓諸他人。先揭其疑點。乞諸子教正。

是余之本志也。

檢眞規定之疑問 附管見

判定證書眞否之手續及方法。德國訴訟法亦與日本同。然日本訴訟法特設檢眞之名稱。從而第三百五十一條、設有規定者。何耶。一讀檢眞之規定。便生第一疑問。說者曰。是因民法規定之結果有不得不然者。舊民法證據編第二十條云。請求手跡印章、及署名檢眞之方式。（中略）依民事訴訟法定之。又第二項云。就於否認稱署名者之人之明確時其手跡檢眞手續之規則。亦同。日本舊民法。仿法國民法之例。出於法國人之起草。蓋預想日本民事訴訟法。亦如法國訴訟法第百九十三條至第二百十三條。所謂書面之檢眞。有詳密的特別手續之規定。日本訴訟法之立法者。亦承此意。仿法國法律。於已經檢眞證書。付以與公正證書同一之效力。從而欲主張反對者。必須申立僞造變造。此所以設第三百五十一條之規定耶。夫僅以一條之規定。欲包含法國訴訟法第二百十四條至第二百五十一條。所謂在民事中間申立僞造之特別手續。豈眞採用其精神耶。民事訴訟法。反於舊民法起草者之預想。而倣德國訴訟法。且屬於德國人之起草。德國

訴訟法之主義。與法國訴訟法之主義。爲正反對。法國訴訟法。認關於證據許多裁判之手續。而德國訴訟法。則反是。採證據連合之主義。凡關於證據。其證據力之如何。不別爲裁判。是乃法律之進步。學者所誇稱也。(1)(參照緒論第二章第二節)日本民事訴訟法。亦採此主義。至於書證。突然採反對主義。蓋斯時立法者。視爲變例。而採用之乎。抑不知彼此之差別。漫然設此規定乎。今不暇深察。縱令爲一種除外例。而此變例。在於民事。須別爲僞造變造之裁判。而就於證據力。遂生別段裁判之結果。豈非與全體主義大生衝突耶。要之依此變例。乃混淆德法正反對之兩主義。致生牴觸者也。

(1)德國學者中。就於證書之眞否。有謂得爲中間判決者。蓋視爲獨立之防禦方法。而倡此說歟。然余謂此說實背於德國法律之主義者也。

以上爲日本民事訴訟法檢眞、幷僞造變造之中間判決、規定之歷史也。此爲歷史。今暫置之不論可也。僅就日本民事訴訟法之解釋。必然所生之疑問。吾人共感困難者。述之如左。

第一、以私署證書。而被對抗者。有所爭時。舉證者得爲檢眞之申立。法文(三五)雖已明示。惟不用檢眞之申立。無他之證明方法耶。又有他之證明方法。而其方法。足證明證

書之眞正耶。

第二、申立檢眞時。裁判所必須爲檢眞之手續與否。

第三、申立檢眞時。而裁判所不爲其手續時。則裁判所將僅不許其申請耶。抑得斷定爲不眞正耶。爲檢眞手續時。依如何之方法而判定耶。

第四、檢眞之際。須就其結果。定眞否之裁判耶。若有必要時。其裁判可用中間判決耶。將僅決定耶。

第五、若須爲裁判時。當依據何條法文耶。如論者所述。基於第三百五十三條第四項之規定。檢眞不拘一切之證據方法。（三之一五三）僅對照手跡及印章之際。而裁判之。於用其他證據方法之際。裁判之理由。果如何耶。

第六、若用中間判決。非僅無可據之法律。且與第三百五十一條之規定衝突。是以同一裁判所之中間判決。廢棄同一裁判所之中間判決者。此仍得爲不反第二百四十條之規定乎。

第七、據一種論者所言、及今日實際往往實行者。卽以決定而爲裁判也。抑決定者。雖在訴訟手續上之申請、或指揮權無所關係之實體上裁判。（證據調申請許否之裁判雖屬形式、而證據力有無

之裁判則全屬實質亦可適用之方式耶。然則決定之後。更有僞造變造之申立時。不可不爲中間判決。此際中間判決。與決定雖有差異時。亦據第二百四十五條第二項之規定。以第二百四十條之規定。(1)準用於決定。則於此情事。亦與前項同。得無反於第二百四十條之規定耶。

(1)第二百四十五條第二項。有及第二百四十條一句。是全因立法者之不注意而加入也。然既爲法律之明文。苟以他之解釋方法。無脫其羈絆之途者。則執法者亦無如何也。此疑問究從如何解釋而說明之耶。

第八、第一審所爲檢眞之裁判。乃既有公正證書之效力者。則此效力。在第二審亦屬同一耶。

第九、若在第二審有同一之效力。則第二審裁判所。不拘束於本案終局判決。及其他之裁判。獨就檢眞之裁判。其效力如何。得拘束下級裁判所之裁判耶。

第十、第一審確定眞否之中間判決。在第二審更可判斷與否。若得爲之。則更申立檢眞。且申立僞造變造。亦如第一審耶。又若不得爲之。則第一審之中間判決。得羈束第二審裁判所之理由如何耶。

以上關於檢眞規定疑問之大要也。

管見之大略

第一、證明私署證書之眞正。不必依檢眞之方法。以他之方法。亦可證明。他之方法者。如人證、及本人訊問是也。但縱以此方法。受眞正之認定。非與公正證書。有同一之效力。故不足爲第三百五十一條、所謂受中間判決之基礎。

第二、裁判所亦無檢眞之義務。蓋第三百五十二條、有由舉證者之申立。得爲檢眞。是乃一種權利也。權利之行否。一屬裁判所之自由。但無以職權命檢眞之權。

第三、裁判所無檢眞之義務。故雖有申立舉證者。非僅得却下申立。且得自判定其眞否。而其方法。在於自爲檢證。檢證者。與民法所謂臨檢不同。（參觀次節）檢證與鑑定者。可以裁判所之職權而命之。（一一七）既可命檢證。故裁判所認爲適當之書類或印影、存在時。可自命鑑定人。亦無疑也。（三五八）（1）

（1）如法國所謂檢眞規定之淵源。惟無日本檢證之規定。又無可爲處分之根據之法律明文。而其學說與判例、皆有與第二項同一之定論。

又裁判所認爲難以檢證判定證書之眞否者。而由舉證者。有檢眞之申立時。茲始爲

檢眞之手續。此際裁判所不必僅依對照手跡印章。例如目擊其證書之作成或受授者。有數人之證人。而申出證人時。則可從人證之方法。又對照之際。亦不必依鑑定。雖命鑑定人時。亦不必從其意見。又如證言與鑑定人之意見。互相牴觸時。皆可以自由之心證。而定其取捨。此固據第三百五十三條之法文。幷第二百十七條之原則而知之也。

第四、檢眞之際。裁判所須爲定其眞否別種之裁判耶。此疑問最屬繁雜。須加愼密研究。

今案第三百五十三條第四項之法文。有裁判所就於對照手跡及印章之結果。以自由心證。而爲裁判。又在必要之時。使鑑定後而爲之。此文例屬於命令文。且明有就其結果爲裁判一語。則可爲別段之裁判。無疑。然更進而熟考之。前揭第五第六第七之疑問。陸續而起。遂不能發見其眞義。以此徵諸他之文例。凡須別段之裁判者。可用決定時。有以決定云云。又決定某事之明文。或僅可行裁判時。則其前後必有對此決定。許爲抗告。或不許抗告等之明文。其明文可以決定者。固已。雖無此明文。而爲其裁判目的之事物。可以決定者。亦復自明。至於可用中間判決者。除第二百二十七條之規

定外在各本條必明示以中間判決、而裁判。如第三百五十一條是。然茲所述者。非僅無此等文義。且爲裁判目的之事物。係於實質。卽證據力之有無。亦不屬以通常決定而可裁判者。若用中間判決。則直與第三百五十一條衝突。是爲裁判一語。不能無疑矣。

論者曰。此一句旣有明文。且檢眞之規定。乃仿法國之例。故其主義可明別段之裁判也。此說之無稽。誠不足採。惟稍有勢力。故欲一言之。

抑如第三百五十三條第四項之法文。蓋非採自法國法律。却倣自德國訴訟法者也。德國訴訟法第四百七條云。書面對照之結果。裁判所以自由心證而裁判之。在適當之時聽鑑定人之意見後。而裁判之。是與日本法文對照。僅日本加入必要之印章二字而已。而按其原語。Zu entscheiden 則爲應行裁判之義。而該當於日本訴訟法第二百十七條之德國訴訟法第二百五十九條。有（前略）以自由之心證。判斷事實上之主張爲眞實、或不眞實。此所謂判斷 Zu entscheiden 之原語。與第四百七條同。亦爲裁判之義。而非別段之決定或判決之義也。縱令解爲判決之義。亦非別段之裁判之義。乃以心證爲事件之裁判之義也。故苟謂之爲德國訴訟法之譯文。則其語前後固未嘗矛

盾。

是僅解釋德國訴訟法。非日本法文之解釋也。但此對於從法國主義之論旨。爲有力之辯駁耳。

按日本民事訴訟法草案。爲現行法第二百十七條原案（係德文草案）之第二百六十條。與法文全屬同一。且法文所謂『可判斷』一句。仍用Zu entscheiden之語。又爲第三百五十三條原案（係德文草案）之第三百四十四條第四項、除無印章二字外。亦全與法文同。不爲裁判句。亦用Zu entscheiden之語。

更案日本文草案。爲第二百十七條原案之第二百六十條。（與德文同條）有裁判所限於不牴觸民法、及此法律者。斟酌審理之顚末、及立證之結果。而定關於事實之主張之眞否。又爲第三百五十三條原案之第三百四十四條（與德文同條）第四項。有裁判所就於筆跡對照之結果。以其意見而爲判斷。又適當之際。聽鑑定人之供述後。而判斷之。據以上之沿革。日本法文所謂可判斷、可裁判者。在德文同爲Zu entscheiden又日本文草案就於檢眞之結果。特用判斷之語。惟在法文第二百十七條。用判斷之語。至第三百五十三條。始改爲可裁判之語。又草案中德文日本文均無檢眞二字。乃依修正

加入。而其結果。遂改爲可裁判也。此解釋決不得謂爲不當焉。

然若從此說。則檢眞不許用一切之證據方法。僅限於對照手跡印章。其理由如何。卽對於前揭第五問、不能不窮於答辯。此所以特須此項之規定者。非如檢眞之結果。有論旨漠然之嫌。且有他論理的正確之理由焉。

如斯解釋困難之法律。苟拘泥法文一字一句。所謂機械的解釋。必不能得正鵠。從事斯學者。不可不知也。惟疑問在於應行裁判之一語。故欲專就此一句之文字。求法律之眞意。是所謂以疑問而決疑問也。又外國之法律、及日本草案沿革。亦與日本現行法、并修正結果之解釋。無關係者。悉略焉。更進一步。徵日本民事訴訟法之主義。與亘其全體者。而求此理由。是從法律解釋之正則也。

日本民事訴訟法。採證據連合之主義。據本法全體之規定。自可明瞭。又其採證主義。採所謂自由心證之主義者。據第二十七條之原則。亦可知矣。雖然同條所謂採證之主義。因定訴訟事實之眞否。僅就普通證據調之結果而言。故就於普通證據方法之結果之判斷。皆可適用。惟所謂檢眞者。定書證之眞否之手續也。故以用普通證據方法以外之方法。(卽手跡之對照。印章之對照。)爲必要。而此特別之方法。不包含第二百十七條之規

定。從而對照手跡印章之結果。可羈束裁判所與否。遂有疑點。或至不得適用對於普通證據調之結果。是以於明示第三百五十三條第四項、與第二百十七條。應從同一主義。有其必要法。文僅限於對照手跡印章之結果者。因就於他之普通方法。既有第二百十七條之規定故也。蓋德國訴訟法。在第二百五十九條之外。所以有第四百七條之規定。日本案在第二百六十條之外。所以有第三百四十四條第四項之規定。亦不外此理由而已。又日本文草案第三百四十四條第一項。定書類之眞否。除普通立證方法外。尙可以筆跡之對照。而證明之。第四項有就於其結果。以其意見而判斷之。是足知立法之趣旨矣。

立法之趣旨。既屬明確。然則彼以判斷。此以裁判。而其形式自無差異之理由。惟文字不同耳。夫所謂判斷與裁判。法文之系統歷史。既屬同一。而普通之意義。亦無區別。固已。若訴訟法中所謂仲裁人之裁判。亦稱爲仲裁判斷。且第三百九十七條。就於裁判之當否。有用判斷之語。第四百五十條。上告裁判所。本案之終局判決。亦用判斷之語。由是觀之。判斷與裁判。究因如何用處、而解其義耳。

以上論定判斷之語、與裁判之語。其義無異。惟所謂裁判之語。有全用於判斷之義。如

第三百四十九條之用例是也。

同條第二項云。不從更換提出謄本、提出正本、或原本之命者。裁判所以心證。裁判謄本付以如何之證據力。

本條所謂以心證而裁判之一語。可解爲以決定及中間判決、而裁判乎。夫日本訴訟法。以不認證據之中間判決爲主義。雖反對論者。亦不得不認之。既認此主義。故特限於檢眞之際。而謂爲變例也。而本條則如何。與所謂檢眞者固無關係。是論者亦須爲本條別求論據。但恐其難耳。余今既得此最强之論據。毫無疑慮。更爲左之確言曰。日本訴訟法。以裁判所之心證而裁判者。特於第二百十七條所規定大原則不爲正面適用者。有明示從此主義之必要。故明言之耳。其判斷與裁判。實爲同義。非須別段之中間裁判之義也。

凡法文之用語。限於他無牴觸者。則同一之文字。可解爲同一之義。然用處不同。若解爲同義。與他之法文牴觸。或至與全體之法理。不能相容。則其意義。不能用同一之解釋。此學者及執法者。所以必知變則也。然則如本問題解釋爲別段之裁判。是同一事項。在同一裁判所。至再受同一之裁判。且與第二百四十條之明文牴觸。又其裁判用

決定耶。抑用中間判決耶。反對之論。究以爲裁判目的之事物。不適裁判方式之性質。然則余所謂證據力之有無。屬於實質裁判。不適決定之性質。卽非可用決定者。此論旨亦豈足怪哉。

故曰檢眞之際。裁判所就其結果。不須別段之裁判。第三百五十三條第四項、所謂可裁判者。與第二百十七條所謂可判斷。同其義而異其語耳。蓋無裁判之方式。所以無上訴許否之規定也。

如右論斷。第五第六第七之疑問。不必答辯。自可明釋。因此斷定之結果。有一新疑問。若就於檢眞之結果。無別段之裁判時。所謂已經檢眞者。果在何時乎。詳言之。若非得此裁判。不能知求僞造變造之中間判決之時期也。

已經檢眞者。謂終結檢眞之手續也。故證言及鑑定之結果。以證書爲非眞正者。卽得爲僞造變造之申立也。余謂檢證裁判所。自行檢眞時。非如前第二問所答爲檢眞之手續。故檢眞之結果。概依證言及鑑定人之意見而知者。惟命檢眞。由裁判所自對照手跡印章。不命鑑定人時。在本案終局之裁判前。不能知其判斷如何。則至第二審。可爲僞造之申立而已。

(第八) 已經檢眞之證書。至第二審仍有公正證書之效力。蓋第一審之裁判。非有羈束上級裁判所之力。不過保有法律所與公正證書之信憑力。如公證人作成之公正證書。不問在何審級。得謂爲有公正證書之力是也。

(第九) 此疑問。依前項之答論自明。

(第十) 第三百五十一條之中間判決。無不得申立不服之制限。故據第三百九十七條之規定。與他之一切裁判同。應受控訴裁判所之判斷。(即裁判)以上對於疑問鄙見之大要也。

第九節 檢證

(第一) 檢證者。親接舉證之目的物。(即檢證物)裁判官自依其五感之官能。而實驗之也。換言之、即就於裁判上事實之存在。以立證之目的。據自己所實驗。心證所得之證據方法也。民事訴訟法、所謂檢證者。與舊民法證據編。所謂臨檢不同。按民證第十條。云、關於境界、地役、占有財產之損害、及不動產工事之執行之爭。幷其他類似於此之爭。勿論已。卽關於不得移送於裁判所動產之形狀、而判事欲直接驗知所主張之事實。以爲於有益於判明訴訟事件時。則或以職權、或因當事者之申立。得臨檢於所爭之

物、及可決定其爭之元素存在之場所。

據右之文義。臨檢者。因檢證一切不得移送裁判所之物件。裁判官自臨其物件所在之地。而檢閱之也。然如得移送於裁判所之物件。裁判所使之提出。裁判官自行檢查。則當用何種之證據方法乎。蓋非鑑定。亦非臨檢也。

民事訴訟法所謂檢證者。以在受訴裁判所。由裁判所自行實驗爲本則。而所謂臨檢者。乃其變例也。

(第二) 檢證物者。卽可爲證據要素之實驗之目的物件是也。據此意義。就於文書之眞否。有所爭時。裁判官自就其文書。斷定其成立或眞否者。則文書亦檢證物也。

(第三) 檢證手續。檢證之申出。表示檢證物、及開示可證之事實、而爲之。(三七、五)

據第百十七條之規定。受訴裁判所。不須當事者之申立。得命檢證。又當檢證之際。得命鑑定人立會。又其檢證、及鑑定人之任命。得囑託於受命判事、或他之區裁判所。(三八五)

檢證之結果。以調書使明確之、又必要之際。則作圖面。或旣存在之圖面有不當時。則對照檢證物。而更正其誤謬。(三九五)

第十節 當事者本人之訊問

（第一）當事者本人之訊問者。由法律上代理人、及訴訟代理人、爲訴訟時。因證據調之結果。就於事實眞否。裁判所有得其心證必要時。不拘申立之有無。呼出當事者本人而訊問之也。（三六）當事者本人者。非僅指實體的當事者。蓋如法人者。於其權利之主體。卽實體的本人。法人固不得訊問。故此際常以法律上代理人爲本人。然法人有數人法律上代理人。又無能力者有法律上代理人。則以何者爲本人耶。不能無疑。故有左之規定。

（二）爲無能力者法律上代理人。由訴訟代理人而行訴訟時。此際無能力者。及其法律上代理人。皆稱爲訴訟本人。故裁判所以其意見得決定法律上代理人。或無能力者。或併此兩者。而共訊問之。且從其決定而訊問焉。（三六四之一）

（二）法人有數多法律上代理人時。此際訊問其一人。或數人共訊問之。與前項同。以裁判所之意見定之。（同上之二）

（三）非法人、而依其資格得爲訴之會社、及其他之社團。又以財團之名義。而爲訴時。（一四〇）此際法律雖無明文。但爲其社員者。悉爲訴訟之本人。故訊問其一人及數人、或全社員。亦與前項同。

（第二）以上得訊問本人者。限於由當事者。卽法律上代理人、及訴訟代理人、所提出證

據調之結果。應證明事實之眞否。有可疑時。故本人訊問。必經證據調之後。又可以訊問之事項。限於因其證據調之結果。應證明之事實者。○三六若他之事實。例如因證據調而得爲裁判所之心證者。更得訊問本人時。則或與代理人所爲口頭辯論之結果生有齟齬。遂至失法律許以代理人爲訴訟之趣旨也。余謂既有第百十四條之規定。又法律上民事之訴訟。既採形式的眞實之主義。則此規定。悉可刪除。蓋草案以本人視爲證人而審問之。似較設此規定爲優也。

(第三) 訊問手續 本人訊問之手續。非如草案須行宣誓。又不須預示可訊問之事項。單指定期日而呼出之。可矣。又可以訊問之本人。決定言渡之際。現在法廷時。亦不用別段之手續、以直可訊問爲本則。一三六

(第四) 本人訊問之效力。本人出頭。所受訊問之結果之效力。一依裁判所之心證而定。故法律上不能一定。惟本人無十分之理由。而拒供述。又至期日闕席時。裁判所得以其意見。認相手方之主張爲正當。卽拒供述或懈怠者。其結果應受不利益之判斷也。一三六

第十一節 證據方法之共通及證據抗辯

(第一) 就於證據共通。無法律上之明文。然因基此主義規定之趣意。而知有此主義焉。

本節題目之下。應決之問題如左。

曰、證據方法之拋棄。以如何之條件。得爲之乎。

曰、舉證者之相手方。對於舉證。得爲如何之抗辯乎。

(第二) 第一之問題。與鑑定檢證。無所關係。蓋檢證與鑑定。可以裁判所之職權而命之者。與他之證據方法、及口頭辯論、當事者之處分權主義。其法則、相異也。故與第一之問題。有關係之證據方法如左。

(一) 證人 據民訴第三百二十條之規定。申出證人之原告、及被告。在訊問開始前。得拋棄其證據方法。至於訊問開始後。若非得相手方之承諾。不得拋棄之。蓋訴訟之當事者。至口頭辯論之終結前。隨時得爲證據之提出。然則先申出證人者。後或拋棄之。而他之相手方。有必要時。申出同證人。使行訊問可也。然茲在訊問開始後。以得相手方之承諾。爲拋棄必要條件者。究因證據共通之主義存在故也。證據共通之主義者。由當事者之一方所提出之證據。相手方亦得爲去聲自己而利用之也。

(二) 書證 就於書證。有實體的共通、與形式的共通之別。三六三

實體的共通者。

(甲) 爲(去聲)數人之利益所作之證書。例如遺言書、及其他關於遺囑、處分證書之類。

(乙) 證明雙方之權利關係之證書。例如雙務契約書是。

(丙) 對於當事者之雙方問。或其一方。或第三者之證書。例如往復書面是。

又形式的共通者。第三百三十七條所規定也。卽存於相手方之手中之證書。因其訴訟、爲舉證所引用者。及爲準備書面所引用是也。蓋已爲其訴訟所引用。故屬於共通也。

此規定、本與口頭辯論主義不相副者。可謂爲一除外例焉。何則、僅準備書面所引用者。遂生檢束相手方之效力。而不提出之。或就其書證不辯論時。亦可爲訴訟判斷之材料也。三四二〇

(第三) 證據抗辯 證據抗辯者。對於由舉證者。以舉證之目的。所爲之申立。舉證之方式、必要條件、證據方法之效力。或已不可許者。或其提出時期已遲等。相手方之辯論也。

第十二節 證據保全

(第一) 凡民事訴訟法所謂證據調者。訴訟旣經繫屬。且入口頭辯論後。而始行者也。然

日本訴訟法。亦如德國訴訟法。特設變例。凡訴訟未至繫屬。或雖已繫屬。未達證據調之程度前。預許爲證據調。法律稱之曰證據保全。

民事訴訟法第三百六十五條云。有紛失證據之慮。或有難使用之慮時。爲證據保全。得申立證人、或鑑定人之訊問、及檢證。故此申立。以疏明有紛失證據之慮、或有難於使用之慮之理由。爲必要條件。（三六七之第四）有紛失或難使用之慮者。例如可爲證人者。疾病危篤時。或欲移住他國時。又因時日之經過。而檢證目的物。生變更時是也。

證據保全之手續。從左之原則而行之。

（第一）應受申請之管轄裁判所。

（一）訴訟已繫屬時。則其受訴裁判所。

（二）在切迫之危險時。則其證據方法。現在地之區裁判所。

（三）訴訟未繫屬時。同前之區裁判所。（三六六）

以上三種管轄裁判所。皆有專屬管轄權者。然右（一）訴訟既繫屬時。或有危險切迫之條件。則爲例外。得以（二）之管轄裁判所管轄之也。

（第二）爲證據保全之證據調。有相手方之承諾時。雖無紛失、或難使用之慮者。亦得爲

之。三七一

(第四) 證據保全之申請。須具備左之諸件。

(一) 相手方之表示。

相手方之表示。據第三百六十七條之規定。雖爲必要條件。而申請人非自己之過失。不能指定相手方時。例如因損害賠償之請求。須證據保全。未知其加害者爲何人。則疏明其事情。雖無相手方之表示。亦可許其申請。但此際裁判所爲聲去其未知之相手方。防衞權利。得任臨時代理人。三七二

(二) 可爲證據調事實之表示。

可爲證據調之事實者。例如須訊問遺言者之證人時。不須表示其遺言之事實如何。僅表示立會其遺言之事實。又就於損害之檢證。或須鑑定時。則不必表示其損害所生之原因、或過失之事實如何。僅表示因何而生損害之事實等是也。

(三) 證據方法之表示。須表示證人或鑑定人。

(四) 疏明之理由。卽證據方法之紛失。或有難於使用之慮之事實。

(五) 不知相手方時。疏明非自己之過失。而不能指定之理由。

(第五) 就於申請之裁判。以不許申立不服之決定而爲之。此決定、不須用口頭辯論。猶之他種之決定。三八

(第六) 申請人有相手方時。則在其證據調之期日。而行呼出。應送達其決定。然切迫之際。雖不爲此送達。亦不妨爲證據調。三九

(第七) 證據調者。從一般之規定爲之。三〇 惟不知其相手方。不能呼出者。從第三百七十二條之規定。裁判所應選任臨時代理人。使之立會而爲之。

證據調之調書。在命爲證據調之裁判所保存之。但發見其證據調不充分。且可以爲之之時。受訴裁判所。因申立或以職權。得命再度之證據調。或命其補充。三一

(第八) 證據保全之效力 證據保全手續之結果。如通常證據調之結果。各當事者、於其訴訟。有使用之權。三二

第三章 區裁判所之訴訟手續

第一節 通常之訴訟手續

就於區裁判所通常之訴訟手續。依裁判所構成法、或民事訴訟法第一編、及第二編第一節之規定。限於無所異者。一切適用地方裁判所之訴訟手續之規定。三三 故本節僅就地

方裁判所之訴訟手續、與區裁判所訴訟手續之差異者。舉示之。

(一) 就於訴訟代理人。在地方裁判所。須以辯護士爲代理人。無辯護士時。以親族雇人爲代理人。但限於無此等之人。得以他之訴訟能力者。爲代理人。而在區裁判所。則不必以辯護士爲代理人。卽雖有辯護士。亦可以親族雇人爲代理人。然有辯護士而無親族雇人時。則必以辯護士爲代理人。辯護士、親族、雇人、皆不在時。得用他之代理人。亦如地方裁判所。(六三)

(二) 欲起訴者。不拘其請求目的之金額。得爲和解、申立呼出相手方。於有普通裁判籍之區裁判所。(三八一)若相手方不出頭。又和解不諧。至於起訴時。則爲和解所生之費用。視爲其訴訟費用之一部。(三八之四)一又雙方出頭。而和解已諧時。則以調書明確之。但此調書。付以執行文。得直爲其強制執行。(五五九之第四)若和解不諧。而不屬其請求他裁判所之專屬管轄時。因當事者雙方之申立。直視爲訴訟。而行辯論。(三八一之三)

爲和解之呼出。無強制之力。又在其期日。不出頭之相手方。不生權利上之損害。惟因和解不諧。至於起訴時。和解之費用。亦視爲訴訟費用之一分。(三八一之四)故和解不諧。仍不起訴。又起訴而歸於和解申立人之敗訴時。則和解之闕席者。無負擔費用之責。卽

無視爲闕席當然之制裁。而受權利上之損害也。

和解之相手方。直認諾請求。或和解申立人。拋棄請求。則非和解。故不因此作和解調書。從而不得用强制執行之名義。若從第二百二十九條之規定。基於拋棄或認諾。應爲判決者。則限於起訴之後也。

(三) 當事者在通常之裁判日。卽開廷日。預無期日之指定、卽無裁判所之呼出。得自出頭於裁判所。就於其訴。直爲辯論。三八

裁判所。苟當民事之開廷日。且限於得使辯論者。則就於其訴。不得不使爲辯論。又假令在其期日。無使爲辯論之時間。亦不得爲辯論延期之決定。蓋第百六十九條之規定。若非生權利拘束之效力。不得適用也。故不問以其職權、與因申立爲第百六十六條之決定。必在訴之申立之後也。

(四) 前第二及第三、訴之提起。不用書面。以口頭之演述爲之。

(五) 妨訴之抗辯。除管轄違之抗辯外。不須從第二百六條之規定。於本案之辯論前。同時提出之。三九

就於區裁判所之訴。所以設此變例者。非僅以親族雇人許爲訴訟代理人。卽本人自

爲訴訟。或使他之訴訟能力者。爲代理人。亦無不可。此等之人。固乏法律智識者。然法律之規定。既無制限。卽令使辯護士爲代理人時。被告得拋棄之妨訴抗辯。於口頭辯論之終結前。漸次提出、亦不得謂爲違法也。

又限於管轄違之抗辯。仍從第二百六條之規定者。因至辯論開始後。仍許提出。則與第三十條之規定生衝突也。

(六) 被告雖爲妨訴之抗辯。亦無拒本案辯論之權。惟以裁判所之職權。得就其抗辯命之分離辯論。三七九 故被告以其抗辯爲理由。拒本案之辯論。則却下其抗辯。而就於本案。則受闕席判決。

(七) 應受判決事項之申立。亦不須基於書面而爲之。三八〇

(八) 以訴狀及調書起訴時。其訴狀之送達。與口頭辯論期日。應存之時間。僅三日以上。而急迫之際。得短縮至二十四時間。三七七

(九) 關於計算事件、不用準備手續。然從裁判所之意見。有必要時。須以調書明確之。三八〇 卽在區裁判所有爲其判決之基礎必要之事項時。須明確之也。

(十) 不須準備書面之交換。三七五 然非預行通知相手方。不得爲陳述者。在口頭辯論

前。不須他之手段。得直接通知於相手方。三六 三七

(十一) 區裁判所、因事物之管轄違。却下其訴時。應同時以裁判移送其訴訟於所屬之地方裁判所。此外與地方裁判所之關係、及結果。應參照第一編第一章第一節第四款第一項第四。

第二節 督促手續

(第一) 督促手續者。講學上所謂簡易訴訟手續之一種。不從通常訴訟手續。得省費用、及時日之消費。容易辨濟債務。一種簡便之方法也。此方法、以省通常訴訟許多費用、及時日之消費。簡易辨濟債務。固日本現行訴訟法所創定者。世人已知其利便。今依此方法漸多。若債務者能知服從支拂命令之利。不妄爲異議之申立。庶幾使全國訴訟。大有減少之利益歟。

(甲) 督促手續。惟得依此而已。雖如何之時。無必須從此手續者。

(乙) 從督促手續。不拘請求之多寡。或法律上之性質。惟其請求。須屬於財產權。且基於無條件之拘束。以一定數額之支拂及給付爲目的者。三八

(丙) 不審訊債務者。而發條件付之支拂命令。條件付者。謂若由命令送達之日。在十

四日期間內。已爲支拂、或不申立異議時。則此命令。依執行命令。而與確定判決。有同一之力也。三八六

(丁) 債務者。無異議之申立。則支拂命令中。所揭之期間經過後。因債權者之申立。宣言假執行。得爲與宣言闕席判決同一之執行命令。三九三、三九四。

(戊) 在適當之時間。有申立異議時。則支拂命令。失其效力。三九八

雖然支拂命令、數種請求中。對於某種有異議之申立時。對於其他之請求。及相當費用之部分。則仍有其效力。

(第二) 督促手續之要件如左。

(一) 請求須以一定金額之支拂。及其他代替物。幷有價證券、一定數量之給付爲目的。三八二 何謂代替物。應從民法之規定。何謂有價證券。可參照第三十三條第一。第三百八十二條第一項。定許因支拂命令之督促手續之條件。第二項則定不可許者。據第一項之規定。除須以一定之金額、及其他代替物、及有價證券、一定數量之給付爲目的外。其請求。必屬諸無條件者。故苟非備某條件。不能請求者。則雖屬一定金額、及其他之給付。亦不爲督促手續。

(二) 就於請求之實行。須不要爲反對給付者。(三八之二)雙務之契約者。常有反對給付。故行支拂命令時。專在片務契約、及義務者祇在一方者。

(三) 支拂命令。不須送達於外國。及以公示送達而爲之。(上同)又雖無法律之明文。而其請求祇限於未生權利拘束者。勿論已。

外國送達、及公示送達。所以不許者。因與簡易訴訟之目的相背馳也。

此外未達請求期限者。據第三百八十五條。可以却下。

(四) 支拂命令。在區裁判所第一審之事物管轄。無所制限。專屬於通常訴訟手續之訴。被告之通常裁判籍。或不動產上裁判籍區裁判所之管轄。(三八三)督促手續之管轄。爲專屬也。故不許以合意變更管轄。(三一)又事物上之管轄。視爲無制限者。故不拘裁判所構成法所定之權限。惟從民事訴訟法第十條至第十四條之規定。應屬普通裁判籍區裁判所管轄之。然依第二十三條之規定。債權者於普通裁判籍、與不動產裁判籍間。有所選擇時。則從其選擇。得爲督促手續。(八三)

爲(去聲)一債權者。或爲(去聲)一債務者。不得合併各異裁判籍之債權者及債務者。而請求

之。

(五) 支拂命令之申請。須具備第三百八十四條第一號至第三號之諸件。

(六) 申請、從第三百八十五條之規定。許容之或却下之。但對却下申請之決定。不許申立不服。故此際不外依通常手續別行起訴。

據同條之規定。非僅調查前數項之要件、及管轄之當否而已。又須調查有無請求之理由。或現時有理由與否。是與通常之訴相異者也。

(七) 支拂命令。除前(五)之要件外。記載在十四日期間內。辨濟債務之旨之命令。又不能從此命令時。可申立異議之旨之命令。異議之期間。因申立得短縮至三日。又由爲替所生之請求。得短縮至二十四時間。三八六

此期間。非不變期間。故依第百六十八條之規定。因裁判所之休假。而停止之。又懈怠之際。不許原狀回復。但以本屬法定之期間。故非可以債權者之意思、及裁判所之意見。而伸縮之。惟在事實上。得使生期間伸長等之結果。卽在經過右期間後。債權者不直請求執行命令時。則如次項(八)之債務者仍有效爲異議之申立。

在十四日之期間內。生中止中斷之理由時。則如何耶。學者間各異其說。或謂中止中

斷之規定。可無制限適用者。或謂非債務者申立異議後。不得適用。余信後說。蓋中止中斷之規定。訴訟繫屬後之規定也。非督促手續特別適用者也。

(八) 支拂命令中所揭之期間。僅債權者須嚴守之者。蓋在債權者、若非經過此期間後。不得申請執行命令。而在債務者。則不拘右期間。於宣言假執行前。均有效爲異議之申立也。三九三之一

於此有異議者曰。德國訴訟法。雖可從右之解釋。而日本訴訟法。特以第三百九十五條。定後於時期而申立之異議。以命令却下之。故在經過十四日之期間後。須依本條却下之。爲此說者。解釋同條所謂後於時期。爲經過期間後。而於第三百九十三條第一項但書。未及注意也。第三百九十五條。用時期之語。非如他之規定。有期間經過後云云。蓋在假執行之宣言前。爲異議者。仍屬適當之時期也。

(九) 支拂命令之效力。

(甲) 支拂命令之送達、與訴狀之送達。生同一權利拘束之效力。三七八 權利拘束之效力。雖在適當之時期。因有申立異議。失命令之效力時。而仍可存續者也。三九八

支拂命令之申請。得取下與否。此雖無法律之明文。然無禁之之理。故在不申立異議

者。雖宣言假執行後。亦得取下。又有異議時。則在口頭辯論之始。無相手方之承諾。亦可取下。

(乙) 生訴訟上時效中斷之效力。但權利拘束之效力已消滅時。不在此限。(二十七年五月之大審院判例、謂此尙有中斷之效力。)民總第百五十條。

(十) 異議之效力。

(甲) 在適當之時期。有異議之申立時。使消滅支拂命令之效力。然權利拘束之效力。則仍存續。故復生左之效力焉。三八九之一

(乙) 申立異議時。就於請求之訴。應屬區裁判所之管轄時。則支拂命令之送達。與同時起訴於區裁判所。有同一之效力。三九〇

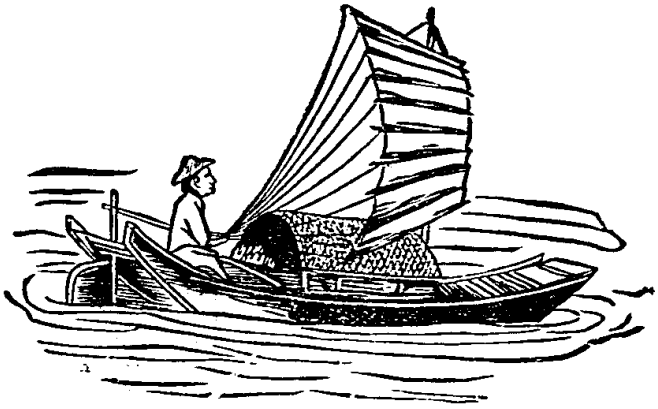
(丙) 同上請求所起之訴。屬於地方裁判所之管轄者。受申立異議之通知之債權者。由其通知之日起算。在一個月內。不起訴時。失權利拘束之效力。三九一之二

(十一) 執行命令。

債權者。於支拂命令所揭之期間經過後。得申請假執行之宣言。但却下其申請。對之得爲卽時抗告。三九二又許容申請。而得爲執行命令時。則與宣言假執行之闕席判決。

爲同一者。故對此命令。依三百九十四條之規定。相手方得行故障之申立。若其請求。不屬區裁判所之管轄時。則區裁判所。僅就其故障。在法律上之方式及期間。已申立之點。爲辯論及裁判。此際在地方裁判所。可行起訴之期間。由許爲故障判決確定之日起算者也。三九四

(十二) 督促手續之費用。有申立異議時。爲訴訟費用之一分。又債權者在前(十)之(丙)之所述。受異議之通知後。在一個月內。不起訴時。則手續之費用。爲債權者之負擔。三九二



民事訴訟法論綱

第三編 上訴

第一章 上訴之總論

(第一) 凡許上訴之法制。有二種目的。卽欲鞏固公正裁判之擔保。及謀裁判之統一是也。此二種目的。皆依裁判構成法之規定。而可保全者也。例如對終局裁判。更許上級裁判所之審查。及設置惟一最高等裁判所。而統轄全國裁判所是也。

上訴之事。民事訴訟法第三編規定之。而關於訴訟手續一般之通則。概準用地方裁判所第一審手續之規定。惟在各上訴。屬於特種之手續者。則特設規定而已。(四零八・四四四・四五四・四四)又因各上訴。特別規定之條項。仍有示適用第一審之規定者。或重爲規定者。例如第四百一條第三項之首段、第四百二十八條、第四百三十八條第三項之首段、是也。上訴分爲控訴、上告、抗告、三種。若夫原狀回復之訴。(再審)取消之訴。及故障等。皆在於爲其申立不服裁判之裁判所。而行再訴。非向上級裁判所。而求審查他裁判所之裁判也。故皆不得謂爲上訴焉。

(第二) 今就上訴。卽控訴、上告、抗告、之性質言之。控訴者。就於第一審判決之事實。及法

律之適用。以使審查爲目的也。蓋口頭辯論之主義。以控訴視爲辯論之繼續。（繼續審。第一詳言之、非僅繼續判決之程度。同時並繼續辯論之程度。故在控訴審。就於第一審訴訟之材料。得補充、或變更之。

控訴者。對於終局判決、第二審之上訴也。故不論區裁判所之裁判。與地方裁判所之裁判。凡對於第一審所爲之終局判決。皆可提起控訴。

上告者。原則上僅審查法律之適用如何。而不及於事實。即上告者。僅承繼判決之程度。而非承繼口頭辯論之程度。從而無就於事實。審查其當否之權。然其事實所定者。既違背法律。今乃基於確定違法之事實而下判決。即就於法律適用。有審查之權者也。是以違背法律確定事實之理由。得上告之理由也。

抗告者。以欲完全上訴之方法。又與他之上訴方法分別。因分別訴訟之爭點。與訴訟手續之爭點。以簡便其手續爲目的也。

第二章 控訴

（第一） 控訴者。不問對於區裁判所之判決。與對於地方裁判所之判決。皆須具備左之條件。

(一) 須可以控訴者。今分解之。凡可爲控訴之裁判。如左。

(甲) 第一審之終局判決。卽區裁判所、及地方裁判所。以第一審裁判所。而爲之判決是也。

(子) 因請求或他之爭點之終結。當離脫其審級之終局判決。

(丑) 一部判決。

(寅) 闕席判決。卽不許故障之闕席判決。且闕席者。無懈怠之責之理由。爲正當時。

三八九(1)

(1)大審院判決要旨。曰民訴。第三百九十八條但書所謂以無懈怠爲理由時。卽指無事件之呼出時。又無呼出狀之送達時。

(乙) 第一審之中間判決。卽僅關於上訴。視爲終局判決者。屬於此類之中間判決。如左。

(子) 棄却妨訴抗辯之判決。二〇七

(丑) 就於請求之原因、及數額有所爭時。僅先裁判其原因。且以其請求之原因。爲正當之判決。二一八

(寅)　留保主張防禦方法之權利。而特揭其旨之判決。四六二

(卯)　證書訴訟。被告以不適法之證據方法。爭原告之請求時。言渡被告之敗訴。而特揭更依通常訴訟手續、留保爭辯權利之旨之判決。四四九一〇。

右(子)(丑)之判決。爲純然之中間判決也。然(寅)(卯)之判決。則非純然之中間判決。亦非本然之終局判決。故法律於此二種判決。特云就於上訴、及强制執行。視爲終局判決。然則此判決爲中間判決耶。抑終局判決耶。就其判決性質觀察之。固爲本案之終局判決。而非中間判決。而仍云視爲終局判決者。乃因留保權利之行使。或有平反之時。故爲假定判決。茲列記於中間判決之分類中。從其便宜耳。

控訴一般之制禁。卽僅就費用之點。不許申立不服是也。然與對於裁判之上訴。同時行之。則不禁焉。又由相手方上訴時。以附帶控訴申立不服。則限於費用之點。亦可許控訴也。二八

(丙)　此外中間判決。限於與終局判決同時。得提起控訴者。又對於決定。得爲抗告者。又不許申立不服之裁判。縱與終局判決之控訴同時控訴。亦不許之。

(二)　須有權利上之利益。　權利上之利益者。謂限於因不服之裁判。主張權利上、顯

有損害也。若僅就訴訟費用不許控訴者。亦因其非有著大之權利上損害也。此條件。雖無法律之明文。惟日本訴訟法之主義。本以當事者之利益爲主。非僅以公益爲主。又基於第四百二十五條規定之趣旨。其爲必要之條件可知也。

(第二) 因提起控訴、所生必然之效力。有二。

(甲) 停止之效力。停止之效力者。因提起控訴。停止中斷不變期間之經過。且停止判決之確定。及强制執行也。然其控訴之判決。付以假執行之宣告者。則非當然停止焉。故據第五百十二條之規定。準用第五百條。得命一時執行之停止。若立保證。得使執行。

(乙) 移審之效力。移審之效力者。因提起控訴。其事件以申立控訴之限度。而移於控訴審也。卽非在申立之範圍內。凡終局判決、并中間判決、及其他之裁判、可受控訴裁判所之判斷。(三九)及相手方之以獨立控訴、或以附帶控訴、申立不服之部分。則不得變更之與控訴人以不利益。(四五)二要之控訴不得裁判控訴人之不利益。及其申立以外。所謂基於移審之效力者。不可不知也。

如右移審之效力。若果在申立控訴之範圍內。則其不服之申立以外者。可謂爲既確

定乎。曰否、雖屬控訴申立以外者。亦未確定附帶之控訴。經過控訴期間後。尙得爲之。且非如反訴之制限。二一〇 故至口頭辯論終結前。隨時得提起也。

移審效力之結果。控訴裁判所。有當然審查之範圍。約言之、控訴者。非如上告。僅審查法律之點。但其可以審查之範圍。限於因控訴申立不服之部分也。四四二一〇 蓋申立控訴人。以欲得有益之裁判爲目的。故如僅屬公益、或自己之不利益。惟望其裁判所之廢棄者。卽缺所謂控訴之要件。因無裁判之必要。然若在相手方。以控訴或附帶控訴。申立不服之部分。卽在其範圍內則縱他之一方之不利益。亦得變更之也。四五二

控訴裁判所。可行辯論及裁判者。不必限於第一審已經辯論及裁判之事。第一審是認及非認之請求。一切之爭點。從控訴申立之旨趣。與因於申立不同。勢須辯論及裁判者。雖在第一審。未就此爭點爲辯論及裁判。控訴裁判所。亦可爲其辯論及裁判也。

一四二

（第二）控訴之提起、及其方式。

控訴之提起。在一個月之不變期間。以控訴狀呈遞於控訴裁判所而爲之。

一個月之期間。由裁判送達之日起算。但若從第二百四十二條之規定。在控訴期間內。

以追加裁判。補充判決時。則控訴期間之進行。卽對於最初判決之控訴。亦以追加裁判之送達爲始。四〇

在此期間內。相手方亦得爲獨立之控訴。四九〇及附帶之控訴。附帶控訴之事。後第六詳之。

判決送達前所提起之控訴無效也。同上之二

控訴狀須具備左之諸件。

第一、受控訴判決之表示。

第二、對此判決。陳述爲控訴之旨。蓋不必與法律用同一之語。僅用可見控訴之趣意。能明確之語而已。

其他從第一審之準備書面。一般之規定外。

(甲) 不服之程度。

(乙) 變更請求之申立。

(丙) 有新之事實。及證據方法時。應揭其事實及證據方法。然此等事項。不過準備之事項。非如前第一及第二之事項。爲必要之條件也。故不揭載時。不生失權之結果。卽在口頭辯論。更申立之可也。一四〇

(第四)　控訴之手續。與第一審之手續所異者。大要如左。

(一)　控訴之適法與否。當提起控訴時。先由裁判長調查之。若其控訴明不可許者。及不適法律上之方式者。或經過不變期間後。始提起者。則以裁判長之命令却下之。對此却下之命令。得爲卽時抗告。四二〇　故因抗告、取消却下之命令時。則當別論。若抗告被棄却者。且控訴之期間。既經過時。雖僅於方式爲不適法。遂至不得改正而再提起焉。

(二)　控訴狀之送達。與口頭辯論之期日。所須之時間。爲二十日。催告呈遞答辯書期間。爲十四日。但此期間。據第二百三條之規定。從裁判長之命令。得伸縮之。四三〇

(三)　被控訴人之答辯書。除從準備書面之規定外。應揭載一定之申立、及所欲主張之新事實、并證據方法。四四〇　但揭新事實、新證據、或爲附帶控訴之旨時。則須送達於控訴人。四七〇

(四)　控訴在口頭辯論前。無被控訴人之承諾。可以取下。與第一審同。然訴訟之取下。生喪失上訴權之結果。四九三　故取下後。雖在控訴期間內。不得再提起控訴。是與第一審訴之取下不同者也。

(五) 控訴裁判所。以職權調查控訴之適法與否。認爲不適法時。以判決而棄却之。四一九

(六) 控訴裁判所。因使明瞭控訴之申立。及申立不服之第一審判決之當否。有必要時。以由當事者、在口頭辯論所申立之證據方法及裁判。爲控訴判決之基礎。四一二

(七) 控訴裁判長。就於當事者所演述在第一審辯論之結果。有不正確、或不完全時。則發問而使之更正、或補完。又在必要之際。可命辯論之再開。四一二

(八) 第一審之判決。無假執行之宣言者。或有條件附假執行之宣言者。則限於不以控訴申立不服之部分。口頭辯論之進行中。因當事者之申立。當付以假執行之宣言於判決。四一五

(九) 當事者、在第一審所未主張攻擊防禦之方法。及新事實。幷證據方法。得提出之。然須從左之制限。四一五

(甲) 新之請求、得相殺者。且限於疏明非原告及被告之過失。在第一審而不能提出者。四一六

(乙) 當事者可以拋棄之妨訴抗辯。限於疏明非其過失。在第一審而不能提出者。又

不得基於妨訴抗辯。拒本案之辯論。四四一

(丙) 訴之變更。雖有相手方之承諾時。亦不得許之。三四一 在第一審本案之辯論前。被告不述異議時。原告得變更訴之原因。一九五之第三 然第二審則異於第一審。若許其變更。是第二審可以裁判未經第一審之事也。

(丁) 不得提起新之反訴。但依反訴之擴張或減縮者。則當別論。

(戊) 違背第一審訴訟手續之規定者。在第一審失法律上求匡正之權利時。則在控訴審。亦不得提出。

(己) 事實或證書。在第一審所未陳述、或拒陳述者。雖在第二審得行之。七四一 然第一審所既爲之裁判上之自白。在第二審亦有其效力。八四一

(庚) 以遲延訴訟之故意。又因於怠慢。不早提出可供心證之防禦方法。雖可却下。然控訴審與第一審異。就於事實、爲最終之裁判所。以主張其防禦方法之權利、揭於判決而留保之、而其爭點卽依然係屬於第二審。者就此爭點得更開辯論。當辯論時。無主張之理由者。則以終局判決。却下主張之防禦方法。反之、其主張爲有理由。而前判決無理由時。則廢棄前判決。而棄却其訴。若既執行前判決時。則因申立。言渡返還所

支拂、或給付之物。並就其費用。而爲裁判。四二六

(十) 控訴之終局判決。無控訴之理由時。則言渡控訴之棄却。四二四 有理由時。非僅廢棄第一審判決之全部、或一部。幷須更爲判決。

摘示判決事實。得引用前審之判決。四三〇

(十一) 控訴審之判決。非悉告訴訟事件之完結。有時以其事件。駁回於第一審裁判所。卽第四百二十二條所列記者。(1)如左。

(一) 所申立不服之判決。爲闕席判決時。 卽據第三百九十八條但書之規定。對於不許故障之闕席判決。爲控訴者。控訴裁判所。認闕席者無懈怠是也。

(二) 所申立不服之判決。以對於闕席判決之故障。爲不適法而棄却時。 卽據第二百五十九條第二項之規定。以故障爲不適法。而棄却者。控訴裁判所認其故障爲適法是也。

(三) 所申立不服之判決。僅就妨訴抗辯爲裁判時。 此條可分二例。七二〇

(甲) 第一審之判決。以妨訴抗辯爲不適法。而棄却者。控訴裁判所亦同認爲不適法以控訴爲無理由時。此際適用本條。而駁回於第一審。反之判定妨訴之抗辯。爲適法

而有理由時。不適用本條。以終局判決完結之。

(乙) 第一審判決。以妨訴抗辯爲適法者。控訴裁判所認爲不適法時適用本條。駁回事件於第一審裁判所。反之判定控訴爲無理由時。不適本條規定。以終局判決完結之。

(四) 申立不服之判決。就其原因及數額。有所爭者。先就其原因而裁判時。八二(2)

(甲) 於第一審裁判所。爲有請求之原因之判決者。控訴裁判所亦同認請求之有原因時。適用本條規定。駁回其事件於第一審裁判所。反之於控訴審認爲無原因時。以終局判決完結之。

(乙) 於第一審裁判所爲無請求之原因之判決者。控訴裁判所認爲請求有原因、控訴有理由時。適用本條規定。駁回事件於第一審裁判所。反之判定控訴爲無理由時。以終局判決完結之。

(五) 所申立不服之判決。於證書訴訟、及爲替訴訟、敗訴之被告。留保其以通常訴訟。爲追行之權時。即對於據第四百九十一條規定。以通常之訴訟手續。留保其追行之權利之判決。而爲控訴者。認無控訴之理由時。則以其通常訴訟。方係屬於第一審。

故使更爲辯論裁判。而駁回之也。四九二

(1)大審院判決要旨曰「不定於民訴第四百二十二條第一號乃至第五號之事件。非可駁回於第一審裁判所者也。」三十四年五月八日判決

(2)同上「民訴第四百二十二條第四號」所謂先於原因爲裁判云云之文詞。宜解釋爲於分離辯論就請求原因爲判決之際。法律之意。固不問其爲是認其原因抑否定之也。三十四年十月一日判決

次據第四百二十三條之規定。有同可爲駁回之裁判者。

(六) 第四百二十三條曰。在第一審違背訴訟手續之規定時。控訴裁判所。得廢棄其判決。及違背訴訟手續之部分。而以其事件駁回於第一審裁判所。本條之規定。應行注意者。乃基此規定駁回之原由。在於違背訴訟手續。及非如第四百二十二條。有駁回之必要。而駁回與否。從裁判所之意見是也。

所謂訴訟手續之規定。指如何之規定乎。法律不明言之。故就於可爲裁判所之標準者。有種種之說。或曰法文雖不示條件。然當如德國訴訟法所明言。限於有重要之缺點者。夫所謂重要之缺點。果違背如何之手續耶。是亦未考諸法文。而無從知也。故德

國學者。亦各異其說、或曰、限於因違背手續之規定。而生裁判之差異結果者。或曰重要之缺點。限於依法律常定爲違背法律者。四六三 其他尙有種種之說。今悉略之。僅揭余之所信者。如左。

(甲) 今先考如何適用本條。第一、法文明言違背訴訟手續之規定。是此規定。於關於事件之裁判。卽關於訴訟材料事實上及法律上之判斷。有不正當時。不得適用固已。惟所謂訴訟手續者。不分屬於當事者之行爲。與屬於裁判所之行爲。當事者之行爲者。例如訴之提起、送達、關於口頭辯論一切之行爲是。裁判所之行爲者。例如訴訟辯論之指揮、證據調、裁判之方式是。卽背第二百三十六條之規定。或裁判不付以理由之類也。更約言之。例如在於上告。常有破毀之理由。若第四百三十六條所列記者。凡以公益爲主之規定。依當事者處分權。不能左右者。皆可爲駁回之理由。又關於其他之規定。控訴裁判所不能更正、或補正、且影響裁判之結果者。亦均可爲駁回之理由也。至如違背證據調之規定。固可影響裁判之結果。但在控訴院得新爲同一之證據調。或得依他之證據調爲事件之裁判。要之可更正第一審之違法或此外得裁判者。皆不須駁回者也。

(乙) 駁回之裁判。限於尙須辯論者。故雖有以上駁回之理由。而因他之理由。可以結局却下其訴時。則廢棄第一審之裁判。且言渡訴之却下而已。例如無訴權。或起訴之必要條件。有違法者。本非可爲裁判是也。

(丙) 以上基於第四百二十二條、及第四百二十三條之規定。爲駁回之判決。乃終局判決。而非中間判決也。故對此判決得爲上告。(1)

(1) 終局判決、與中間判決之差別。關於上訴之許否。爲必要。然判決、與學者之見解。又輒不同。而於駁回裁判。異論特甚。第一編第三章第三節第三已述其大略。茲更須詳論者。第一、日本大審院。從來以駁回之判決。爲終局判決。對此判決之上告。悉可受理。然近時突有反對之判例。(二十八年六月非二十四年四月)以駁回之判決。爲中間判決。而非終局判決。第二、法曹會繙譯法國訴訟法、註解。係佐伊黑爾德之原著。著者主唱中間判決說。讀此書。而不知他說者。則有先入爲主之慮也。

駁回之判決。爲終局判決耶。抑中間判決耶。今先對此問題。揭法國學者之說。而後評論之。

(一) 終局判決說之大要曰。駁回之判決。終局判決也。蓋依此判決。而終結控訴裁判

所之行爲。（即謂無可廢行之行爲）控訴審之訴訟完結。則就於終局控訴裁判所之意見。非第二百七十五條、（日本第二百七十七條）所謂對於中間之爭。爲本案判決之預備裁判。而發表者。裁判雖無關於本案。而就其爭點。因已完結第二審之行爲。且其裁判之爭點。性質上不可不得確定力。蓋此判決之效力。在不服申立之範圍。及手續有違法之範圍內。以形式的廢棄第一審之判決也。但爾後之新辯論、及新裁判。則爲第一審之辯論及裁判。固不待言。卽此辯論及裁判。因控訴裁判所終局判決之力、審級主義之原理。幷准第五百二十八條之准擬。（日本第四百五十條）而爲控訴之意見所羈束焉。此終局說之大要也。帝國裁判所之判例。皆從此說。

（二）中間判決說之大要曰。「駁回之判決。非終局判決。而中間判決也。故若非有駁回後之本案判決。對於駁回判決。不得上告。」此雖未說明其理由。蓋以終局判決。爲限於結本案之局者。此外之判決。悉屬中間判決也。但倡此說者。亦知中間判決。無拘束第一審裁判所之力。則各固執其意見時。至於再三爲同一之控訴、及駁回。其弊甚大。於是認中間判決。有羈束第一審裁判所之力。而其理由曰。駁回後第一審之辯論。繼續控訴之辯論者也。故據第二百八十九條。（日本二百四十條）之規定。應受羈束焉。

以上兩說。僅示其要領。均未明瞭。故於其言外。求基本之觀念。第一說、以終局判決。不必限於本案之判決。苟一爭點已終局者。且其判決非本案判決之準備。直離脫其審級者。皆可爲終局判決。第二說、則反是。苟在本案之判決以外。視爲終局判決得上訴者。限於以法律之明文。視爲上訴者也。

對此兩說。德意志帝國裁判所。有判例焉。余揭之以代答論。案件乃對於控訴裁判所。以第一審缺裁判之事實爲理由。而下駁回之判決之上告。判決乃在千八百八十六年十二月十三日。帝國裁判所。（與日本大審院同）所言渡者也。

右判決理由之要領曰。

先應判定之點。在於被告申立不服之判決。爲民事訴訟法第五百七條、（日本第四百三十二條）所謂終局判決與否。斯多爾克曼學者曰。基於民事訴訟法第五百一條。所言渡之判決。中間判決也。特未說明其理由。若參照第五百一條之法文。幷徵同條有關係諸種之書類。無由確定此見解之正當。據理由書所揭。則此見解。可謂與民事訴訟法第二百七十五條（日本第二百二十七條）相牴觸者。該條云。

各種獨立之攻擊及防禦之方法。或中間之爭。既熟可爲裁判時。得以中間判決。

爲其裁判。

何謂中間判決。就本條之規定、及以下數條。可以知之。此理由書所言者。卽如第二百四十八條、日本第二百七條。妨訴抗辯之判決。第二百七十六條、日本第二百二十八條。就於請求原因之判決。第五百二條、日本第四百二十六條。留保防禦方法之控訴判決。及第五百六十二條、日本第四百九十一條。留保被告權利之證書訴訟之判決。是也。此皆第二百七十五條。所謂攻擊及防禦方法之一部。熟而可爲裁判時之徵標。理由書第二百十七頁曰。

中間判決。限於左之事情。得言渡之。

第一、各種獨立之攻擊及防禦方法。熟而可爲判決時。

第二、中間之爭。熟而可爲判決時。

在此制限內。言渡中間判決者。在於裁判所自由之意見。蓋就各種爭點爲裁判。非必一般適當者。不如從各種事情之狀況。判斷其適當否也。中間判決。不得謂在一定之事情。必須言渡之也。中署

對照終局判決。而示中間判決之性質曰。中間判決者。終局判決之準備也。形成後來終局判決之一部分也。故非與終局判決同時。不得以上訴攻擊之也。中署

次理由書援引以上所摘示民事訴訟法之法條、草案之條目。本件之控訴判決。與以前所述。全不適合也。控訴判決。非就各種攻擊及防禦之方法。而爲裁判。亦非就中間之爭而爲裁判。又該判決。亦非終局裁判之準備。乃就訴訟全部之判決也。其目的在於訴訟所提示於控訴裁判所之限度。而終了全訴訟。而該判決爲使訴訟消極的終了。換言之、卽依本訴當時之狀況不得爲實體裁判、而不爲實體裁判者。因而於該判決之爲終局判決決無所妨也。

次附論羈束力之點。第一說以無可根據之法文。故求諸法理而基於形式的確定力審級之原理。幷准擬者也。不問如何。總可謂有學理上之理由。反之第二說、則求諸法文。欲依第二百八十九條、（日本第二百四十條之明文。）其結果謂第一審裁判所。繼續第二審之辯論。此說不免牽强。一讀第五百條。（日本四百二十二條之法文。）不辯自明。雖然茲更欲一言者。同條第一、所謂對於以故障爲不適法而棄却之判決。爲控訴者。控訴院以故障爲適法時。則控訴院自可爲第一審之裁判耶。（日本第四百二十二條第一號無此但與之相同）第二、對於棄却妨訴抗辯之判決。而爲控訴者。控訴院亦同認可棄却時。控訴院自得爲第一審之裁判耶。（其餘皆同理略之）以控訴院決不得自爲第一審之裁判。因之必須駁回。然得指控訴院自

已不能爲之辯論及裁判。而爲繼續控訴院之辯論及裁判者乎。若此論理而果正當。則基於駁回後辯論之裁判。不可不謂爲控訴院之判決。對此裁判。非可控訴。而直可上告。則其控訴常在控訴院判決之。而不以爲怪者何歟。第二說之不足信也。明矣。謹厚之佐伊黑爾德氏。主唱此說。而日本遂信此說。而突然更改判例。余誠不知其故矣。

(第五) 控訴、有由第一審之原被雙方。同時提起者。又有既爲被控訴人後。仍在控訴之期間。提起獨立之控訴者。四〇九 故在口頭辯論之期日。有被控訴人之申立時。當期間滿了前。應延期其辯論。四一〇 蓋從辯論一致之主義也。

(第六) 附帶控訴 附帶控訴。有在控訴期間內、與在期間經過後之別。

(一) 控訴期間內、所爲之附帶控訴。視爲獨立之控訴。四二〇之六 故相手方雖取下控訴。或以控訴爲不適法。而被棄却時。而附帶控訴。仍不失效力。

附帶控訴。雖拋棄自己之控訴權時。尙得爲之。蓋非自進而控訴。究立於防禦之地位。而爲之也。本無獨立之控訴權者。則不得行附帶控訴。卽懈怠期日、而受闕席判決者。對於闕席判決、不得控訴是也。三八九 故其出席者。爲控訴時。而闕席者不得於附帶控訴。四二〇之五 但出席者、提起控訴。在故障期間內。則不拘控訴。向第一審裁判所。得爲故

障之申立。固勿論已。此際控訴之辯論及裁判。至故障之完結前。以職權而延期之。一四二〇之

對於闕席判決。得爲控訴者。依第二百六十三條之規定。不許故障之際也。但限於闕席者。以無懈怠之責爲理由時。

(二) 經過控訴期間後之附帶控訴。至口頭辯論終結前。隨時得爲之。四五〇雖控訴權之拋棄者。及無控訴權者。與前段所述同。惟期間後之附帶控訴。無獨立之性質。故常與主的控訴。同其運命。從而左之事情。當然失其效力。四六〇

(甲) 以控訴爲不適法。而判決棄却時。所謂以控訴不適法而棄却者。卽不爲控訴之判決也。故附帶控訴。亦不得受判決。然在無控訴之理由而棄却者。則爲控訴之判決。故附帶控訴亦受其裁判。且其控訴與附帶控訴之結果不同。不待言矣。

(乙) 控訴人自取下控訴時。控訴之取下。溯於控訴提起之始。而消滅權利拘束之效力。故以控訴爲基礎之附帶控訴。不得獨存在也。蓋控訴之取下。喪失上訴權。故無再行控訴之虞也。

(第七) 控訴審之闕席判決。

控訴審闕席判決之主義及手續。大體依第一審。而無所異。但因其訴訟程度不同。自有不能相同者。今述其異同之大要。

(一) 控訴人闕席時。此際裁判所先從第四百十九條規定。以職權調查控訴之適法與否。認爲不適法時。則爲控訴棄却之判決。此判決非闕席判決。故對之得行上告。控訴適法時。則因出頭被控訴人之申立。以闕席判決。言渡控訴之棄却。此與第一審原告闕席相同。故對此判決。則從第二百五十五條之規定。得申立故障。而其手續亦同。

(二) 被控訴人闕席時。於此因職權調查之結果。棄却控訴。與前段所述同。且不拘控訴人之出頭與被控訴人之闕席。蓋此判決常屬對席判決。非闕席判決故也。提起控訴適法時。控訴人事實上之供述。視爲被控訴人之自白。與第一審無異。然以第四百二十九條之明文。所謂自白之推定。有一制限。卽控訴人事實上之供述、與既成第一審裁判之憑據不牴觸者。視爲被控訴人自白是也。所謂第一審既成裁判憑據之事實者果如何之事實耶。換言之、由裁判所判斷、已確定之事實之事義耶。抑供確定其事實之判斷。而爲憑據事實耶。不能無疑義。蓋今日實務家大費解釋者。此耳。

余先由法文上解之。所謂第一審裁判之憑據。非依裁判之結果（即判斷）所確定事實之義。乃下其裁斷之憑據。即由當事者主張爭論或證明或自白之事實也。若解是爲依裁判而確定之事實。則以基於闕席自白之推定、僅及事實上。而對於牴觸依第一審裁判而確定之事實、既以之爲不得適用此原則矣。在控訴審。豈尙用規定本條自白之事乎。是知所謂裁判之憑據者。非依裁判而確定之事實之義。余因參酌德國學者之說。爲左解釋焉。（德國訴訟法第五百四條有限於不牴觸已確定事件之關係時。比照日本法文似更有所疑。）

此等事實。視被控訴人既爲自白可也。

既成第一審裁判之憑據（1）即所謂事實者。謂在第一審所主張、且自認者。又有所爭、而已證明者。或有所爭、而不證明者也。蓋於此等事實及證據。第一審之判斷。固不羈束第二審裁判所。故無受拘束之理也。

（1）本文所謂既成裁判之憑據者。若以前之解釋爲適當。則第四百四十六條。所謂爲其裁判憑據之事實。乃同其文而異其義。此俟上告章再說明之。

如右解釋時。主張在第一審所主張而相手方既自白之事實。又主張其所爭、而已證明之事實。及主張其所爭、而不證明之事實。皆可謂與裁判之憑據。不相牴觸者也。即

然對於相手方所主張之事實。無所爭者。不自認者。又不證明者。卽就第百十二條第二項、及證書之眞否。因無所爭。視爲自白時。如在第二審。欲有所爭。與主張之。是當謂爲與裁判之憑據相牴觸者也。如斯之際。主張與第一審相牴觸之事實。或主張第一審之自白、爲錯誤時。須更舉證據而辯論之。而以被控訴人闕席。故法律於此。實際不行證據調。而視爲旣得控訴人主張之結果者。卽第四百二十九條之末段所定。「因補充或辯駁第一審裁判所事實上之確定。控訴人申立適法之證據調。視爲旣爲之。及已得結果者。而下闕席判決。」是也。

(第八) 爲控訴之裁判。必須第一審之記錄。故控訴裁判所之書記。由控訴狀之提出。應在二十四時間內。向第一審裁判所之書記。求送付其記錄。

日本訴訟法之主義。凡訴訟之記錄。其全部常保存於第一審裁判所。故控訴完結後。其記錄與控訴裁判所之記錄。幷有控訴判決認證之謄本。皆當返還於第一審裁判所。(四三一)

第三章 上告

(第一) 上告之性質。如本編第一章所述。限於法律上之判斷之上訴方法也。故上告裁

判所。審查屬於上告之判決有違背法律與否。而其審查。以既確定判決之事實關係爲標準。然若定事實關係之手續。有違背法律時。卽其事實以違法而確定時。則就於事實。亦可審查也。

日本訴訟法施行前之大審院。本仿法國破毀院之制。今日之大審院。則倣德意志帝國裁判所之制。故詳知法國上告。與德國幷日本現今上告之性質間。所有之差異。非僅爲有益之業。且亦解釋法律所必要也。

法國破毀院。因公益取消違背法律之判決。爲國權監督之機關也。德國帝國裁判所、及日本上告裁判所。則爲當事者裁判。以保護私權爲主旨也。故違背法律。且害當事者之利益。及其有害之限度。則廢棄判決。

法國之上告。特以維持立法權、及命令權。爲惟一之目的。幷爲最後之救濟法。故上告無停止執行之效力。而日本上告。則爲通常民事訴訟之上訴方法。故有停止之效力。

法國之上告、爲最上之救濟法。故對此判決。不許再審。日本上告則爲通常上訴之一。故對於上告審之判決。亦許再審。

法國之上告。就其提起。從嚴格之規定。須先受調查局之審查。德國之上告。與控訴無異。

日本今日之上告。却有類於法國之上告者。據第四百三十九條之規定。先呼出上告人。聽其陳述。就於上告之許可與否。在方式及期間內。而提起與否。非僅爲形式上之審查。且須審查其判決實體上違背法律與否。上告有理由時。則受理之。而更開廷審理。若上告無理由時。直以判決而棄却上告。是日本上告之特例也。

法國上告之訴訟手續。與第一審及第二審異。專採書面審理之主義。日、德之上告。則採第一審及第二審同一之主義。卽從口頭辯論之主義也。

法國破毀院。以爲監督機關之故。有上告之理由時。則僅破毀判決。不爲當事者裁判。而常移送於他之控訴裁判所。不駁回於原裁判所。一任其裁判。故受此移送之控訴裁判所。雖原則上不羈束於破毀之判決。而由受移送之裁判所。再與破毀院判決之主旨。爲反對之判決。而再行上告時。則依總會議判決之。總會議判決後。始生羈束之力。日本則異是也。原則上與他之審級同爲（去聲）當事者而爲裁判。但其裁判被破毀時。則以其事件駁回於原裁判所。或移送於他之控訴院。（德國常駁回於原裁判所。不移送於他之裁判所。）而受其駁回或移送之裁判所。就於法律上之判斷。全被羈束者也。又破毀原判決時合於第四百五十一條之條件者。則上告裁判所。自裁判其事件。

以上法國主義之上告。與德國主義之上告間。所存之差異也。

(第二) 關於上告形式上之必要條件。

就於上告。須許可爲上告者。及有權利上之利益者。與控訴所述同。故茲略焉。

上告形式上之條件者。謂凡形式上可許爲上告必要之條件也。今舉其主要者如左。

(一) 上告、須對於第二審所爲之終局判決也。所謂第二審之判決。有二種如左。

(甲) 基於裁判所構成法第二十六條之規定。地方裁判所。所爲對於區裁判所第一審判決控訴之判決。

(乙) 基於同法第三十七條之規定。控訴院、所爲對於地方裁判所之第一審判決控訴之判決。(須參照同法第三十八條及第四十一條。)

以上二種控訴之判決。卽民事訴訟法第四百三十二條、所謂地方裁判所、及控訴院、第二審所爲之終局判決也。上告、卽限於對此判決申立不服者也。

此外民事訴訟法。除不得申立不服者。及以抗告得申立不服者外。凡終局判決前所爲之裁判。卽不許獨立控訴之中間判決。又不許抗告之裁判。則與終局判決共行上告。均應受上告裁判所之監查。

(二) 上告、須以違背法律之裁判爲理由者。四四三 違背法律者。非僅指違背有成文之法律規則。幷包含違背法則。(即慣習法或法理之原則)也。違背者。謂不適用法律、或適用不當者也。四三五 又所謂法律者。非僅指實體法。而形式法亦包含之。但第四百三十六條第一號至第七號所揭。如以違背裁判所構成法、及民事訴訟法之規定者。依法律之推定。常爲破毀之理由。蓋非謂違背此外之手續者。不爲上告之理由也。

(第三) 關於上告、實體上之必要條件。

上告實體之必要條件者。謂關於上告理由之必要之條件也。而可爲適法之理由者。如左。

(一) 有不適用法則、或適用不當之違法者。

即以不適用法則或適用不當爲上告之理由者。要爲因其不適用、或適用不當必然之結果。而須下原判決之斷案。換言之、即若因原判決適用法則。或正當適用。則其判決必生反對之結果。及其結果不同者也。更詳言之。即法律之違背。直接爲判決之基因時。即限於適用法律與判決主文之結果間。有直接親密之關係(如因與果)者也。故若原判決之理由。雖違背法律。而因他之理由。裁判屬於正當者。仍與上告無適法之理由

同。可以棄却也。四五三

(二) 有判決事實、違背法律而被確定之違法者。事實之確定。有積極的確定。與消極的確定之別。蓋應確定之事實不存在時。轉而確定事實存在者。謂之積極的事實之確定。反之應確定事實存在時。轉而確定事實不存在者。謂之消極的事實之確定。視爲遺脫或已提出者。皆不外此也。違背法律而確定事實者。例如誤證據法之適用。又於現行法律。而據不可採用無印紙之證書。視爲證據。確定某事實之存在。或否認當事者自白之事實。而確定不存在。及以有所爭之事實。確定爲自白之類。不遑枚舉。蓋以此爲上告之理由。則就其事實確定。表示其爲違背法律或法則外。仍不可怠其事實表示之揭示也。四三八末項就近來上告之棄却考之。多僅就對於事實之裁判所判斷。(即認定)漫唱不服。不以違背法律及法則爲根據。此種上告。所以概被却下也。

(三) 原判決違背訴訟手續規定者。

此際須區別者如左。

(甲) 原判決基於訴訟手續之違背。且其欠缺與判決有直接之關係者。即因手續之

如何。而判決之結果不同時。

(乙)　訴訟手續之違背。不影響判決之結果。卽判決之結果。雖無所變動。仍當視爲違背法律。而生上告之理由。且爲破毀之理由時。日本民事訴訟法第四百三十六條。所列記者如左。

第一、不從規定。構成判決裁判所時。

例如部員中、無判事之資格者。或依法律及事務章程。無參列其裁判所之權者。又在判決基本之口頭辯論中。未經立會之判事。而列席判決是也。書記未立會時。亦不構成裁判所。然如暫時闕席則異是。

第二、依法律職務之執行。被除斥之判事。參與裁判時。申請忌避、或以上訴主張除斥之理由。已無效力者。則不在此限。

第三、判事被忌避者。且於忌避之申請。既認爲有理由者。而參與裁判時。

第四、裁判所所認管轄或管轄違不當時。

第五、訴訟手續。原告及被告不從法律之規定。而置代理時。

不從法律之規定而置代理者。非僅指訴訟無能力者不置代理人并訴訟能力者之

訴訟代理有欠缺時。亦包含之。

第六、基於違背訴訟手續之公行規定之口頭辯論而爲裁判時。

第七、裁判不付以理由時。

裁判之理由者。指由判決主文。足見條理主要之說明也。而非對於各論旨及各證據。加以說明之義。故其判決主文。所生主要之理由。既明確時。對於攻擊及防禦方法。或各證據。不加說明。亦不得謂無裁判之理由也。(二三之二三〇)然證據者。非僅因裁判所之判斷也。又可以監查雙方主張之關係。及裁判所判斷之當否。在上告裁判所。亦有必要。故當就其取捨而說明焉。德國訴訟法。第二百五十九條第一項。判決者。須開示爲判事心證之標準之理由。是心證判斷之理由。亦有明示之義務。日本訴訟法無此明文。故無明示之義務。蓋心證判斷之根據。往往有難以言語說明者也。特其可以說明者。則因示判事之公平。使明判決之正當。則宜說明之也。

判決中缺主要之事實時。則如何事實及爭點之摘示。雖據第二百三十六條所規定。判決中爲應行摘示者。非必卽生無效之制裁。又爲上告之理由。亦不包含在內。惟缺判決基本之事實。不能見法律適用之當否者。始可謂無判決之理由。從而可爲上告

之理由。又可爲破毀之理由。

上告者。本以審查第二審判決爲目的。故如以上七種之違法。專對控訴裁判所之判決而立言。無疑。然若第二審之判決。基礎於第一審判決者。而第一審判決。明有第四百三十六條第一號、至第六號之違法時。是第二審判決。乃基此違法之判決者。亦不免爲違法判決。故以此理由。得行上告。上告裁判所。不可不審查而判決之。此在德國學說判例。皆屬一致。惟日本大審院。至於近時。有謂上告裁判所。乃審查控訴裁判所之裁判。第一審裁判。有違法與否。可以不關。蓋若果有此違法、則須在第二審主張之、且受其判決之理由。似大審院固採之也。夫此論旨對於通常之上告理由。固可謂爲適當。而對於第四百三十六條法律上判決、應屬無效之原因、則不得應用。論者雖有援引於取消之訴。第四百六十八條第二項所定之趣旨。而爲論據。是可謂誤解者。蓋取消之訴。實以有此明文而然。且不許之者。却以上訴及故障。便補正瑕疵之故。固明定之矣。則因此於上訴之理由較易明矣。試參照第四編第二章當更瞭其理也。

(第四) 上告之效力。

上告亦生停止及移審之效力。與控訴同。惟移審之效力。有當一言者。卽不得裁判上告

人之不利益。及在其申立以外。不得裁判者。亦爲同一。但其事件。乃全然係屬上告裁判所。故法律上之判斷如何。不必拘束於當事者主張之論旨是也。故上告裁判所。在當事者申立之範圍內。認其主張之理由以外。有違法之理由時。則依此理由。亦可判決是也。

(第五) 上告之訴訟手續。

(一) 上告者。於一個月之不變期間內行之。但判決送達前提起之上告無效也。四三七

(二) 除前第二三所述形式上及實體上之必要條件外。上告狀。第一、須表示受上告之判決。第二、須記載對此判決爲上告之旨之陳述。故若上告狀缺此要項時。上告當屬無效。此外上告狀應開示者。概屬準備之性質。故偶有不適其規定者。不受無效之制裁。四三八

(三) 第一審及第二審起訴之後。卽呼出當事者雙方。而開口頭辯論。惟上告裁判所。則僅先呼出上告人。聽其陳述。審案上告形式上適法與否。并實體上有上告之理由與否。若不適法、或無理由時。則以判決棄却上告。四三九

據第四百三十九條之法文。除「上告不可許者。又在法律上之方式、及期間不提起者。」與控訴、故障、再審、爲同一規定之外。更加「不依第四百三十四條者。」之規定。

然則以可許上告者。又不違方式者。且在期間內。而又爲違背法律之裁判者爲理由。而上告時。似不必聽上告人之陳述。亦如控訴、及其他訴訟。由書面審查之。以裁判長之命令。直却下之可也。然特呼出上告人。而聽其陳述者。非獨於上告更加愼重而已。且所謂「不從第四百三十四條之規定時。」其意非僅察其有違法之理由與否。且其上告。果有適法之理由。而可破毀判決與否。亦所宜審。若無理由時。可以棄却也。蓋此特例。既反於口頭辯論之主義。（審訊雙方主義）且苟以其上告爲有理由。而受理之時。徒須二重之辯論。故往往有非詆此制者。近聞某控訴院。當上告時。不從此規定。從始卽呼出當事者雙方。而直爲判決。蓋從德國同一之手續也。雖然此特例。乃仿法國調查局。本屬一種之變例。上告人固不免受二回審訊之煩。而被上告人。則於棄却上告之際。有不須出廷之益。且上告多屬棄却者也。此特例之得失。不特在今日尙難斷定也。而余且將斷言此爲必要之規定焉。

(四) 被上告人。得爲附帶上告。而其手續及效力。皆準用附帶控訴之規定。（四四二、四四三）

茲有一疑問曰。上告提起之後。相手方在上告狀送達前。得爲附帶上告與否。日本大審院有上告狀送達前。不許附帶上告之判例。（二十八年五月）然民事訴訟法。於控訴。定在判

決送達前。所提起者。應屬無效（四二〇之外。）附帶之上訴。必須控訴狀及上告狀之送達。則無此規定。而上訴之提起。裁判所訊問時。亦可以知者。故附帶控訴。法律上自爲有效也。論者曰。日本之特例。在第四百三十九條之手續終結前。上告果可以受理與否。不能明瞭。換言之、卽難謂確然上告之成立也。故非完此手續。受理上告。送達上告狀後。則不許附帶上告。果如斯說。於第四百四十二條第二項。所可準用之第四百六條規定。幾無可用。何則。上告者。特因調查上告適法與否。行第四百三十九條之開廷之例。既由調查後視爲適法。受理上告。而在送達上告狀後。視爲不適法而棄却者。殆無之也。然則以上告爲不適法而棄却之際。附帶上告。失其效力之規定。既以之爲第四百三十九條之手續。則謂爲固已豫想送達上告狀前。可以提起附帶上告。實爲穩當之解釋也。要之、上告狀送達前。不許附帶上告云者。不免杜撰一法律之譏矣。

（五）上告裁判所。爲裁判時。以控訴裁判所、裁判憑據之事實爲標準。（四四六）蓋控訴裁判所。已確定之事實。（1）不可復動。僅審查對其事實如何適用法律。然其事實。違背法律。已確定時。則當旁及事實。審查確定之當否。故第四百四十六條第一項末段云。限於第四百三十八條第二項所揭之事實。得斟酌之也。（此詳於次項）

(1)第四百二十九條。所謂「既成第一審裁判之憑據者。」已詳前章。并論定爲裁判所裁判之材料所提出事實之義。而非基於材料。裁判所既確定之事實之義。雖然上告之際。卽第四百四十六條所謂既成爲裁判憑據之事實者。則反是。不得不解爲判決已確定之事實之義。蓋僅審查法律。上告之性質。不得不然也。而其文詞間。僅有既成憑據。與既爲憑據、之異耳。若以此爲遂生前述意義之差別。則固不須再論。惟余謂無僅以此爲意義相異之理。因論彼此屬於同義。不外因其所用。就控訴與上告之性質而異。故其解釋亦不相同也。

第四百四十六條第二項。以證據調爲必要時。上告裁判所。得命之。此與前項牽連而解讀。似以違背法律而確定事實之理由。上告之際。上告裁判所自爲證據調。而以確定其事實爲必要者。然上告裁判所。決無確定本案事實之必要。且無確定之權利。故本條第二項之規定。專因定本案以外之事實。而豫想其有必要之時者也。今舉一二之例。如由被上告人、以上告人在第二審判決送達前。提起上告爲理由。主張上告之無效時。或以上告人既拋棄上訴權。主張爲無上訴之權時。則其上告。果在判決送達前提起與否。又已拋棄上訴權與否、之事實。上告裁判所。有自定之必要。又如不變期

間、及對於闕席判決之故障期間。不能遵守之當事者。申立原狀回復時。（四一七）亦須種種之證據調。第四百四十六條第三項之規定。卽爲此也。

（六）限於第四百三十八條第三項所揭之事實。上告裁判所。得審查之。上告審關於本案之事實。非更可審查者。已如前項所述。然其例外。則如違背訴訟手續之事實。如違背法律。而確定事實。或遺脫或提出之者。爲上告之理由時。則控訴裁判所。定其既爲憑據之事實。固有違背。須審其果有違法與否。是於違背訴訟手續之事實。固如前第三之（二）所述。應爲事實之審查者也。

（七）上告裁判所。從左之區別。可爲最終之裁判、或駁回、及移送、之判決。

（甲）已確定之事實。適用法律之際。僅適用法律有違法之點。而其事件。既熟而可爲裁判時。則上告裁判所。得改而適用正當之法律。而自爲最終之判決。（四一五）

最終之判決。有更正結局判決而認可者。及變更原判決者之別。

例如對於已確定之事實。當適用甲之法律。而誤適用乙之法律。裁判被告爲有義務時。或從民法及商法。皆既經時效。而其事件明屬商事。應適用商法。誤適用民法之時效。判決爲無請求之權。則上告審之判決。僅改其法律之適用。而結局與控訴之判決。

歸於同一。

又例如對於無訴權或管轄違之抗辯。控訴裁判所判決爲非無訴權。非管轄違。在上告裁判所。則判決有抗辯之理由時。其結果與原判決爲正反對。是卽變更之也。但亦可再駁回或移送其事件。而使審理焉。故此爲破毀之判決。卽終局之判決也。一四五

(乙) 有確定新的事實之必要。從而須新的事實裁判所之判決時。則破毀原判決。而駁回於同裁判所。或移送於他之控訴院。

(子) 有前第三之(二)之違法。而其事實不完全時。

(丑) 違背法律。而確定事實時。四三八之三

(寅) 因違背訴訟手續之規定。至爲不當之判決而破毀時。四四七之二

(丙) 第四百二十二條所規定者。就於本案之全部及一部。必須辯論時。故對於妨訴抗辯之判決。或對於請求原因之判決。因上告之結果。更須在第一審爲口頭辯論者。直可駁回於第一審。蓋從第四百五十一條之規定。而裁判之。乃依第四百二十二條之適用而知其然也。

(八) 以上係上告之手續。特設規定者。此外一切手續。準用第一審及第二審手續之

規定。惟就於第二審之規定。第四百五十四條。特列示可以準用之事項如左。

一　對於闕席判決、不服之申立。　控訴審受闕席判決時。對之爲上告者。準用第三百九十八條、及第四百五條第二項。

二　控訴之取下。　卽準用第三百九十九條、在口頭辯論前。無被上告人之承諾。而得取下上告也。

三　由當事者雙方提起控訴之訴訟手續。及控訴與故障同時。所爲之訴訟手續。卽準用第四百九條、及第四百十條第二項之規定。

四　口頭辯論之延期。　準用第四百十條第一項之規定。

五　口頭辯論之際。當事者之演述。　卽準用第四百十二條之規定。

六　妨訴抗辯之辯論。　卽準用第四百十四條之規定。

七　不可爲起控訴者不利益之裁判。　卽準用第四百二十五條之規定。

八、記錄之送達、并送還。　卽準用第四百三十一條之規定。

九　除以上上告之手續。準用控訴之規定外。皆可準用地方裁判所第一審之訴訟手續之規定。四四

上告可準用地方裁判所第一審之手續最重要者。關席判決是也。蓋關席判決之手續。上告審均無規定也。（準用控訴之規定。限對於關席判決申立不服者。）故在上告審、上告人關席時。從第二百四十七條之規定。言渡棄却上告。被上告人關席時。從第二百四十八條之規定。視爲被上告人、自白上告人事實上之口頭供述。而判決之。然茲特須注意者。視爲法律上關席者之自白者。僅屬事實上之供述。故準用此規定。而爲關席判決者。就於本案。限於以第四百三十八條第三項之理由爲上告時、是也。今舉一例。卽於以違背法律而確定事實爲理由時。其事實之陳述。如證人資格有無。證券印紙有無。自白有無。又如當視爲既遺脫及既提出等。則皆可不須證明。視如被上告人已自白者而判決之是也。

如右所述外。以上告爲不適法而棄却時。或不關於事實之違法時。不拘當事者之出席關席。其判決常爲對席判決。而非關席判決。對之不得爲故障。

本案以外之事項。卽如不變期間、或對於故障期間之原狀回復等。可適用前述關席判決之規定。

（第六）上告裁判所。可以審查之範圍。卽第四百四十五條所規定。僅就當事者之申立。

而調查之也。僅就當事者之申立者。非從當事者所主張之法理及議論。始可判斷之義。換言之、卽在申立不服之範圍內。而審查之義也。故如前第四所述。苟其違法者。在求破毀之範圍內。雖在當事者所述以外之法理。有違法時。上告裁判所。亦可視爲理由。而破毀判決焉。此外不服之程度。移審之效力。亦與控訴從同一之原則。

（第七）　受事件之駁回。或移送之裁判所。以屬於上告裁判所所爲法律上之判斷。爲破毀判決之基本。故有爲新的辯論、及裁判之基本之義務。四五○蓋定上告裁判所之判決。羈束下級裁判所之原則也。此大原則。在裁判所構成法第四十八條。『大審院當爲裁判。就於法律之點。所表之意見。於其訴訟一切之事。羈束下級裁判所。』既有規定。似於訴訟法。無更明言之必要。惟實際有必要者。卽構成法僅言大審院、而不及於控訴裁判所之上告是也。

移送後之辯論。或更爲控訴之辯論。於此得提出之事實、及證據方法。不待言也。四五一第四百四十八條之規定。幾成無用之贅文矣。

第四章　抗告

（第一）　抗告在前數節。已略講說。與控訴上告等。爲通常上訴方法之一。蓋從日本裁判

所構成法第二十六條第二號、第三十七條第三號、第五十條第一號、及民事訴訟法第四百五十五條以下之規定。而創定上訴方法也。

據民事訴訟法。第四百五十五條。得爲此種之上訴（即抗告）者。如左。

(甲)(一)關於訴訟手續之申請(二)不經口頭辯論。(三)而却下之裁判、欲唱不服時。例如民事訴訟第二十八條、第五十二條、第百一條、第百十七條、第五百四十三條、第五百四十七條、第五百四十九條、第五百六十五條、第七百三十五條、第七百四十一條、第七百五十六條、第七百五十七條、第七百六十一條、第七百六十五條等、却下之裁判。有不服時是也。

(乙)此他因民事訴訟法、或他之法律。特揭可爲抗告之旨者。例如第三十八條、第四十一條、第四十六條、第五十二條、第五十七條、第八十三條、第八十五條、第百二條、第百八十九條、第百九十二條、第二百四十一條、第二百五十三條、第二百五十七條、第二百九十四條、第三百一條、第三百二條、第三百五條、第三百二十二條、第三百二十八條、第三百九十三條、第四百二條、第四百七十六條、第五百五十八條、第六百八十條、第七百五十四條、第七百六十九條等之裁判。有不服時是也。

得爲抗告者。既有限定。故凡得爲控訴及上告之裁判。或不許申立不服之裁判。決不得依抗告之方法而上訴也。

(第二)抗告之種類　抗告之種類。分爲左之三種。

(一)普通抗告。

(二)卽時抗告。

(三)再抗告。

右各抗告之相異者。約言之如左。

(一)普通抗告者。無提出之期間。故因本案判決未脫離其審級之間。隨時得行之也。

(二)卽時抗告者。有一定之期間。卽以在七日不變期間內爲必要也。而其期間之起算點。由裁判之送達、及言渡始。四六又卽時抗告。有形式上確定力。但求再審之訴之要件存在時。雖不變更期間滿了後。而因此訴特定之期間內。仍得爲抗告。四六六之三

(三)再抗告。或曰更新抗告者。對於抗告裁判所之裁判所爲之抗告也。此抗告非因其裁判。生新獨立之抗告理由時。不得爲之也。四六五然則抗告裁判所之裁判中。有新獨立之抗告理由。是再抗告之必要條件也。但所謂新獨立之理由。果如何所指乎。是實際一

大問題。故於左分許可再抗告者。與不許可再抗告者。揭二三之例而說明之。

今先就有獨立之新理由。許可再抗告者。例示如左。

(甲) 凡對於以方式上不可許而却下抗告之決定。則許再抗告。何則、抗告之理由。與抗告裁判所裁判決定之理由。全相異也。抗告者、包含(一)認爲可許抗告之事、(二)變更申立不服之裁判、二種之申請也。故不許抗告而却下時。是卽却下右(一)(二)之申請者也。蓋從第四百五十六條第二項之規定。有抗告之理由者也。

(乙) 抗告裁判所。不法構成裁判所時。

(丙) 決定抗告有理由時。相手方生抗告之權。蓋以第一審之決定全變更時。常有新抗告之理由也。雖然、固宜從第四百五十五條之規定。不可不爲得抗告者。故如因却下證人訊問之申請。由申請人提起抗告、抗告裁判所以其抗告爲有理由、卽命證人之訊問時。及對於却下假差押之申請之決定爲抗告、而抗告裁判所命爲假差押時。則相手方不生新抗告之理由。何則、相手方無得在第一審以上之權利之理也。

又如抗告裁判所、變更抗告人應負擔之費用額時。雖生一新理由。惟以有第八十二條之明文。故不得爲再抗告之理由也。

次例示不許再抗告者如左。

(甲) 凡無抗告之理由而被却下者。卽屬於前後合一之裁判。皆不許再抗告。但其二種裁判之理由。不必同一。故僅變更一部分者。亦不爲再抗告之理由。但比諸第一之裁判。對抗告人更有不利益之變更者。則有一新理由。可許再抗告也。

如右對於無抗告之理由、而却下之裁判。以不許再抗告爲通則。然別有新理由時。亦有許再抗告者。例如有申請被告之從參加者。原告對之申述異議。而裁判所認許其參加。原告爲卽時抗告。抗告裁判所。復却下此抗告是也。此際參加人。並被告。對其却下之決定。得爲再抗告。蓋依第五十七條第三項。從參加之許否。爲獨立之抗告理由也。

(乙) 抗告裁判所。僅以違背其手續。或遺脫審查抗告之論點之事實。不足爲再抗告之理由。

再抗告之理由。恰與在第一審須爲得抗告者同。必於再抗告之理由爲得抗告者也。故非僅謂就於第一審裁判得抗告者。例如對於許可第一審既拒之救助申請之抗告裁判所之裁判。則不許再抗告。何則、依第百二條。除檢事外不許抗告也。

再抗告對於不許抗告而却下之裁判者也。但再抗告裁判所。認第一抗告爲可許時。則此裁判非裁判第二審抗告之主旨。惟廢棄前審之決定、就第一抗告訓令應行裁判之旨而已。

對於再抗告中而當爲卽時抗告之裁判。不拘其理由如何。於再抗告。亦視爲有卽時抗告之性質。

(第三) 抗告之效力　抗告亦如控訴及上告。生移審之效力。有時則生停止之效力。如左。

(一) 移審之效力。抗告者。直近之上級裁判所裁判之。(四五六之一)而此上訴。以僅在第二審。不及於第三審爲原則。然對於抗告裁判所之裁判。得爲再抗告者。如前段所說明。再抗告者。非第三審。亦不外第二審。何則再抗告。須有新獨立之理由。而此新理由爲獨立者。當謂爲抗告裁判所之初審裁判也。要之、可以抗告之裁判。在各審得視爲初審而行之者。故對此抗告。不拘裁判所固有之審級如何。常爲以第二審而下抗告之裁判者。

因抗告裁判所之裁判。生新獨立之抗告理由時。得更爲抗告。(四五六之二)順次發生此條

件時。限於其上級裁判所者。有抗告之繼續。例如對於區裁判所判決(一)之抗告裁判所。卽因於地方裁判所之裁判(二)生新理由時。更抗告於控訴院。控訴院之裁判(三)亦生新抗告理由時。更抗告於大審院。而受其裁判(四)是也。此際控訴院及大審院。非視爲第三審及第四審而裁判。乃對於直近下級裁判之第二審裁判也。

茲有一疑問曰。據裁判所構成法。各控訴院就於區裁判所本案之裁判。則居於上告裁判所之地位。若控訴院視以上告裁判所之資格而審理者。於訴訟手續。既爲一之決定時。對之得抗告於大審院與否。於此有左之二說。

第一說曰。抗告者。非如普通本案之裁判。有一定之審級。乃各直近上級裁判所。可爲抗告裁判所也。故控訴院雖有最終審之資格。(卽上告裁判所)施行職務時。惟因法律有所謂直近上級裁判所大審院之存在。此際固可爲抗告者也。

第二說曰。若對於控訴院、自爲抗告裁判所。所爲之裁判。向大審院得爲再抗告。雖如第一說所述。若控訴院爲上告裁判所。審理本案時。則對於控訴院所爲之決定。非可以抗告而起訴也。何則、控訴院於此爲最上級裁判所。對此裁判。雖大審院亦無監查之職權。卽無所謂上級裁判所也。

日本大審院前從第二說。今却從第一說。以爲從第一說。則結果控訴院爲上告審裁判時。亦因抗告而受牽制。不能以不羈獨立。終結本案。(1)(2)此外尙有謂抗告雖有新理由、亦因盡本案之審級而止者。此混同本案審級。與抗告審級。不足採也。

(1)德國依裁判所構成法施行條例。第八條規定聯邦中有最上等地方裁判所之設置時。得以聯邦之法律。附與以屬於帝國裁判所之權限。有民事上上告、及抗告之裁判權。故實際抗告多在此裁判所終局。日本無斯規定。第四百五十六條有直近上級裁判所爲其裁判。且構成法第五十條第一項。有對於控訴院之決定及命令。法律所定之抗告。在文義上。固不知於上告裁判得行與否。然若此、大審院雖法理上無裁判權者。亦可裁判。例如在控訴院上告之際。有申請訴訟上救助者。控訴院因第九十一條規定。預料無上告之理由。却下此申請。若許在大審院爲抗告。則固可以意見、以爲有上告理由預見而許申請矣。卽大審院在自己職權外。羈束控訴院。控訴院當行最上級(卽上告)裁判權時。仍須羈束於他之意見。實非理之正也。故余不泥文字。據審級之法理。及裁判權限之性質。謂爲不可許焉。卽以控訴院上告裁判所資格所爲之決定。不許抗告。實得法理正鵠。故以第二說爲優焉。

(2)大審院判例要旨曰抗告當於直近之上級裁判所爲其裁判者。民訴第四百五十六條之所規定也。而裁判所審級之制分爲三級。於第一審及第二審審判關於事實及法律者。以第三審審判爲上告審。惟審判關於法律者。於上告審之上。更有一之審級者。非裁判所構成法及民事訴訟法之所認。對於控訴院以上告審之資格審理事件所爲之裁判。非可許其抗告於大審院者也。於此大審院對於上告審之控訴院。非上級之裁判所也。(三十三年十月二十六日判決)

(二) 停止之效力。抗告者。除有別段之規定外。以不生停止之效力爲原則。有別段之規定者。如第二百九十四條第三項、第三百二條第二項、及明治二十三年法律第百四號第八條是也。然申立不服爲裁判之裁判所。或裁判長。及抗告裁判所。皆可依自由之心證。因有申立不服。而命裁判執行之中止。(四六)

(第四) 抗告之手續。

(一) 抗告者。在既爲申立不服裁判之裁判所或裁判長所屬之裁判所。呈遞抗告狀而行之。是卽抗告通常之手續也。(四五七之一) 然事情切迫。不遑提出同上裁判所時。卽法律所謂急迫之事情。得徑向抗告裁判所提出抗告狀。蓋爲一種變例可知也。(四六一之一)

右二者常以抗告狀之提出爲必要。惟左之事情。得以口頭爲抗告。

(甲) 訴訟係屬於區裁判所。或曾係屬時。卽區裁判爲第一審時。則在第二審得以口頭爲抗告。

(乙) 由證人或鑑定人爲抗告時。

(丙) 第三者受有提出證書之義務之宣言。爲抗告時。四五之二七

(丁) 對於申請救助之裁判爲抗告時。

抗告者。雖裁判送達前。爲之尙屬有效。

以上不問用抗告狀、與基於口頭之陳述。以調書記載之。提出抗告於被告裁判所時。該裁判所、及裁判長。依再考或新事實之提出。以抗告爲有理由時。則更正不服之點。若認爲無理由時。就其意見。在三日期間內。送付於抗告裁判所。又適當時幷訴訟記錄。亦可送付。蓋此期間所謂法定之期間。然究屬訓示的。故若有懈怠者。亦無訴訟法上之制裁。四五九

又以急迫爲理由。直呈遞抗告狀於抗告裁判所時。抗告裁判所。得求被抗告裁判所、或裁判長之意見。及記錄。又無急迫時。當以其事件送付同上裁判所又裁判長。並通

知於抗告人。一四六

(二) 抗告裁判所之管轄。關於抗告之管轄。裁判所構成法第二十六條末項、第三十七條第三號、及第五十條末項、規定之。但對於司法事務取扱方法之抗告。如對於事務之取扱方法、延滯取扱、及拒絕取扱之抗告。依構成法第四編所定。有司法行政之職務、及監督權者、管轄之。裁構第四十條百

求受命判事、受託判事、及裁判所書記處分之變更。須先求其受訴裁判所之裁判。蓋法律不以爲抗告也。對於受訴裁判所之裁判。有不服者。始可爲抗告。四五六

(三) 辯論及裁判 抗告裁判所。以不用口頭辯論而裁判爲通例。四二六 然與其抗告人。有反對之利害關係者。得使爲書面上之陳述。又其陳述。於得以口頭爲抗告之際。亦得以口頭爲之。四六二之三 四五七之二

抗告裁判所。先以其職權調查可許抗告與否。又從方式、及在期間內(即時抗告)而提出與否。若缺要件之一。則以抗告爲不適法而棄却之。四三六

適法抗告。且有理由時。抗告裁判所、廢棄申立不服之裁判。更自爲裁判。又有委任被抗告裁判所、或裁判長。使爲裁判之權。四四六

於抗告得以新事實及新證據方法。爲抗告之憑據。四八五

抗告裁判所之裁判。皆須以職權通知於被抗告裁判所。或其裁判長。之四六四

民事訴訟法論綱

第四編　再審

（第一）日本民事訴訟法。合取消之訴、與原狀回復之訴。稱爲再審。再審者。以既確定之終局判決、（不問對席與闕席）而終結之訴訟事件。再行審判也。但取消之訴。因求訴訟手續上（即形式上）顯有失誤、或違法之判決之取消。而原狀回復之訴。因求實體上（即爲判決基本之事實）有不法之判決之取消也。故此二種之訴。目的雖同。而理由則異。從而取消之訴。與原狀回復之訴。有由當事者之一方、或雙方。同時幷起者。此際先審理其取消之訴。至裁判確定前。應中止原狀回復之訴。蓋取消之訴。若有理由。取消原判決時。則原狀回復之訴。自無審理之必要也。（四六七）

（第二）取消之訴。

取消之訴。可爲理由之事項。第四百六十八條定之。如左。

第一、不從規定。構成裁判所時。

第二、依法律執行職務。被除斥之判事。參與裁判時。但以忌避之申請。或上訴主張除斥之理由。既無效力時。不在此限。

第三、判事被忌避。且忌避之申請。認爲有理由。參與裁判時。

第四、訴訟手續。原告及被告。不從法律之規定。而置代理時。

以上取消之訴之理由。與敍上告理由之第四百三十六條所規定者相同。此理由與判決之結果間。不拘直控關係之有無。常可爲再審適法之理由。然第一號、及第三號、已可以上告、或故障、而主張。取消者。則不得爲取消之訴。(1)四六八之二

(1)日本第四百六十八條之規定。與德國訴訟法第五百四十二條之規定同。限於第二項第一號、及第三號。已可以上訴而主張取消者。不許取消之訴。此規定乃帝國議會委員追加之也。其理由之要旨。以揭於右三號之事由。在裁判言渡之時。已屬確知之事項。且有訴之期間也。然不行上訴。而經過其期間者。無與以取消之訴之長期間。使取消其判決之必要也。惟第四號不置代理時。至上訴期間經過後。始知之者。則對之許爲取消之訴焉。此理由之當否。暫置不論。而日本訴訟法。似亦不外以此理由設同一之規定。此規定之趣意。就於右三號之不法。謂爲以上訴或故障爲最終之救濟法。不如謂以上訴或故障、爲矯正此違法者也。

所謂「已得主張取消者。」其文義不明。將爲於不許上訴者。則許取消之訴之義耶。

抑當事者無過失而不知有此違法。從而不能主張時。仍不許之耶。德國推究委員決議之趣旨。謂縱令當事者不知之。不能上訴時。亦不許取消之訴焉。日本則未聞有確定之學說及判例。但恐終與德國歸於同一之解釋耳。

本條之規定。與德國訴訟法所異者。德國第四號但限於不明諾、或默諾爲訴訟時。而日本無此但書也。又德國有『以上訴云云』而日本有『以上訴或故障云云』其他則皆屬同一。

(第三) 原狀回復之訴。

因原狀回復之訴。得求再審者。第四百六十九條定之。如左。

第一、犯刑法所揭違背職務上義務而於訴訟有關之罪之判事。參與裁判時。違背職務上義務之罪者。刑法第二百七十三條、至第二百九十一條、所定官吏瀆職之罪也。故如懲戒處分。則不得爲此理由。又關訴訟所犯之罪者。非指一切之訴訟。乃限於再審之訴訟時。對於當事者所犯之罪也。但與相手方之當事者。有無通謀。可不問焉。

第二、原告及被告。法律上代理人、或訴訟代理人。關於訴訟。有應罰之行爲。而行訴訟時。前項之說明。與本項同。但罪之性質則異。

第三、爲判決憑據之證書。僞造或變造時。　僞造或變造。係相手方所爲。與係第三者之行爲。無所區別。又相手方援用證書時。亦不問知其爲僞造或變造與否。

第四、證人及鑑定人。因供述、又通事因爲判決憑據之通譯。犯僞證之罪時。　證人鑑定人及通事。爲當事者之申立及選定。與以裁判所之職權命之。均無差別。

第五、爲判決憑據之刑事上之判決。因他之確定所爲刑事上之判決。被廢棄或破毀時。　刑事判決。原則上非羈束民事裁判所。然請求因犯罪損害賠償之訴時。或依民事訴訟法第百二十二條之規定。至刑事訴訟之完結。而爲判決時。則民事裁判所。多以刑事之判決。爲民事判決之憑據。此後刑事判決。因非常上告及再審。至被廢棄、及破毀時。從而亦可爲求民事裁判之再審之理由。

第六、原告及被告。就於同一事件之判決。發見前已確定者。其判決、與申立不服之判決。有牴觸時。

第七、因相手方及第三者之所爲。以前不得提出之證書。而發見可爲原告或被告之利益之裁判時。此因相手方或第三者之所爲。不能提出證書。與可爲求再審者之利益之裁判。此二條件。均屬必要。故若當事者懈怠、并搜索不適當、及自己無利益者。則

爲缺此條件。不得爲再審之理由。又裁判所不得裁判原告之不利益。猶之控訴及上告。（四八○）

以上第一號、至第四號。皆關於刑法上之犯罪行爲。故其可罰之行爲。若非依確定判決而明確者。不得爲再審之理由。然若證據欠缺外之理由。卽犯罪之證憑。充分明確。而因時效或犯人之死亡。及刑法第七十八條、刑事訴訟法第百八十三條等之理由。不能開始刑事之訴訟手續時。又不能爲其實行時。是未確定判決。卽可以同一之理由。而求再審。蓋爲一種例外可知也。（四六九之二）

又具備原狀回復之理由。惟其理由。在前訴訟可以主張者。且依故障、控訴、附帶控訴。已可主張者。乃因當事者自己之懈怠。而不主張時。則不得爲再審之理由。卽不能謂非自己之過失。而用以上之方法。主張不服之理由也。（四七○）

（第四）關於再審。（併稱取消及原狀回復之訴）之期間。

（一）再審之訴。須在一個月之不變期間內提起之。此期間自原告及被告。知不服之理由之日起算。然若判決確定前。知其理由時。則由判決確定之日起算。（四七四之一及二）

（二）再審之訴權。自判決確定之日起算。滿五個年之時效而消滅。（同上之三）故至此期

間滿了後。雖在期間內。發見不服之理由。亦不得爲再審之訴。

右以判決之確定爲起算點之規定。第四百六十八條第四號。不適用之。蓋因訴訟手續、原告及被告。從法律之規定。不受代理者。則雖此代理人。有判決之送達。而其送達。法律上亦屬無效。從而無判決確定之日也。故此際原告、及被告、或法律上代理人。由於因適法之送達。而已知有判決之日起算。四七

(第五) 再審之訴訟手續。

(一) 訴之提起。及其後之手續。除左之特定手續外。準用受訴裁判所訴訟手續之規定。四七三

(二) 訴狀之要件。并關於準備之事項者。從第四百七十五條之規定。

(三) 以訴爲不適法。從裁判長之命令。而却下時。四七六 又基此同理由。以裁判所之判決而棄却時。四七八 則與故障及控訴所述者相同。

(四) 原告在口頭辯論期日。應疏明再審之理由及期間遵守之事實。四七七

(五) 裁判所在本案辯論前。就於求再審之理由。及許否。得爲辯論及裁判。四七九之二 認爲有再審之理由時。限其理由所存之部分。更爲辯論及裁判。同上之一

爲再審許否之辯論時。却以本案之辯論。爲許否辯論之續行。同上之二

(六) 在同一之判決。取消之理由、與原狀回復之理由、幷存時。則兩訴均可提起。不問由當事者一方。併起兩訴。與由雙方各起一訴。裁判所得以職權。中止原狀回復之訴。先爲取消之訴之辯論。及裁判。四六七之二

(七) 在上告裁判所。於求再審之理由。及許否之辯論完結時。雖所係爭事實。屬於確定。或時斟酌。皆當爲其完結。一四八係爭事實者。例如控訴判決、及上告狀之送達。又關於上訴權之拋棄等。在上告裁判所。已受確定之事實也。

(八) 再審之訴之管轄。專屬於左之裁判所。

(甲) 僅在第一審之終局判決。而確定之事件。爲其裁判之裁判所。

(乙) 申立不服之判決。或數多判決中之一。在控訴裁判所。已爲之者。又以第四百六十九條第三、第四、第五、第七、之理由。對於上告裁判所之裁判。唱不服時。則控訴院管轄之。

(丙) 以第四百六十八條、又第四百六十九條第一號、及第二號之理由。而對於上告裁判所之判決。唱不服者。則上告裁判所管轄之。

(丁) 對於執行命令再審之訴。則發其命令之區裁判所管轄之。二四七

(戊) 以前項之事情而請求者。不屬區裁判所之管轄時。則爲管轄其所請求之訴訟之裁判所。同上

(九) 再審之訴之效力。

再審之訴之效力。有適法之理由時。僅更爲辯論及裁判。非如上訴。有裁判之確定力。及停止執行之效力。是本則也。故裁判所僅因當事者之申立。得命一時執行之停止。五〇

(十) 對於再審之判決。則可爲對於普通之判決。所行之上訴。二四八

以上取消之訴、及原狀回復之訴。均可適用。此外特限於原狀回復之訴。有原告及被告以外之第三者。得提出者也。卽第四百三十八條。主張因原告及被告之共謀。以詐害第三者之債權之目的。而使爲判決。因對其判決。申立不服時。準用再審之規定。是第三者亦可爲原狀回復之訴也。惟此際以原告及被告。爲共同被告焉。四五一三

民事訴訟法論綱

第五編　證書訴訟及爲替訴訟

第一章　證書訴訟

證書訴訟。亦講學上所謂簡易訴訟之一種。而其特質。在於事物上、及證據方法上、之制限也。雖然許此訴訟之目的。非僅在訴訟進行之簡易迅速。而在凡得依於書面而計算之請求。可以速於實行也。故不拘更須依通常手續。受裁判者。可爲假執行焉。今述此訴訟之性質、手續。與普通訴訟差異者。如左。

（一）訴訟之目的物。證書訴訟之目的物。限於如支拂命令、及有執行力之公證人、所作之證書。（三八二五之第五五）一定金額之支拂、及其他代替物、或有價證券、一定數量之給付之請求也。（四八）故就其數量、須計算者。或須反對給付者。不得以證書訴訟而請求之。此事物上之制限。屬於請求之性質之必要條件也。

證書訴訟之目的物。雖如右制限。而權利之性質。非僅債權關係。并物權關係。亦可適用。此明文所規定也。然其請求。常以一定之給付爲必要。故其訴必屬履行之請求。若確定之訴。則不得行證書訴訟。可知也。

(二) 訴訟事實之證據。證書訴訟之證據。一限於書證。(四七八)此卽其名之所由生。訴訟事實。約有三種。第一訴之原因之事實。第四百八十四條、所謂爲其請求之理由。一切必要之事實也。第二第四百八十七條。所謂證書之眞否。及其他辯論進行中。須證明之事實也。第三與本案之權利關係。不相關之事實也。右第一事實。證書訴訟基礎之事實也。故不問爲主的請求。與附帶請求。常須以證書證明之。所謂證書者。雖不問公正證書、與私署證書。而必屬爲(去聲)證據所作成之書面也。

第二事實。不必用證書。然證書之眞否。及其他之事實。(例如辯論中補充之事實)欲證明者。亦須用證書也。故不許如通常之際。如證書之檢眞。(1)或因其他事實。證人之訊問、鑑定、臨檢、等之證據方法。然旣屬書證。則不問公私之證書。不問爲當事者之書面。與第三者之書面。又不論署名及捺印之有無。皆可供立證之用也。惟定其證據力。全依裁判官自由之心證判斷耳。

(1)於法廷現在之書面。裁判所自可檢證時。則不在此例。

第三事實。例如訴訟能力、或法律上代理人之事實。則與本案無關係者。故不須從證

書訴訟之制限也。

以上證書訴訟。證據之性質之必要條件也。

(三) 訴訟上之必要條件、卽揭爲證書訴訟而起訴之旨之陳述。且添附證書之原本謄本。(四八五) 故若不揭其爲證書訴訟而起訴之旨之陳述。祇視爲通常訴訟。有提起之效力。而證書訴訟。則無效也。

又證書之申出。僅以提出證書而爲之。(四八七) 故非如通常訴訟。得以受命提出或取寄、或送付、之申立而行之也。(三三五・三四二・三四六)

(四) 不得基於妨訴抗辯。拒本案之辯論。然裁判所因申立、或以職權。得就此抗辯。命分離辯論。(四八六) 妨訴抗辯。因與本節一(第)所述證書訴訟之目的。有所牴觸。故加左之二制限。

(甲) 以第八十八條之明文。除斥第二百六條第五號、(訴訟費用保證欠缺之抗辯。)之抗辯。

(乙) 其他之妨訴抗辯。不得依第四百八十六條之明文。爲(去聲)拒本案之辯論而提出之。

故第二百七條第一項中。被告基於妨訴抗辯。拒本案之辯論時。可別爲辯論及判決

之規定。證書訴訟。不得適用。又同一之權利關係。例如消極的確定之訴。雖有繫屬之事。仍不得爲權利拘束之抗辯。

然明有妨訴之理由者。裁判所因申立、或以職權。就於妨訴之抗辯。得命辯論。故此際第二百七條第一項之一部。可以適用。從而第二百六條第一項之條件。及第二百七條第二項之規定。亦可適用。

(五) 證書訴訟。不許反訴。四八七

證書訴訟。不許反訴者。因欲簡易手續也。故若有提起之者。則却下之。然如以適法之證據方法相殺之抗辯。固得爲之也。

(六) 中止證書訴訟。用通常之訴訟手續、而繫屬訴訟者。則當口頭辯論終結前。出於原告之隨意。四八八

通常訴訟。依第百九十八條之規定。在口頭辯論前。不須被告之承諾。又其後至終結前。得被告之承諾。始可取下其訴。而此方法。卽以取下爲訴之終局也。然證書訴訟。至辯論之終結前。不須被告之承諾。又別不須取下證書訴訟之手續。僅以口頭之陳述。而中止證書訴訟。且視爲通常訴訟而引續繫屬焉。但其訴爲別種者。若被告闕席。中

止證書訴訟。則因通常訴訟。更須呼出被告。然不必更新起訴。及其他之手續。既進行之手續。一切保其效力焉。惟變更訴之原因。固屬不許。而其他攻擊防禦之方法。得補充之。及變更之。無論已。

此規定之適用。限於第一審。不適用於第二審。亦別不須說明。

(七) 屬於被告義務之證據申出。亦祇得以提出書證而爲之。其他則皆却下。(四九)此從第四百九十一條之規定。應留保權利之行使。固不俟論。

(八) 訴之却下。依左之事情行之。

(甲) 形式上視爲證書訴訟。不可許時。(四八)

形式上視爲證書訴訟不可許者。例如請求之目的。不適令第四百八十四條之規定時。缺視爲證書訴訟。而行訴訟之旨之陳述時。不申出適法之證據方法時。不完全申出證據時。是也。以此等之理由。可却下其訴。其訴訟事件。全屬終局。不得再補正其欠缺。或視爲通常訴訟而起訴。卽其判決爲終局判決。除以通常上訴。不得變更也。

(乙) 因原告之請求。或被告之抗辯。認其請求無理由時。(四八)

(丙) 又原告不舉適法之證據時。則雖被告闕席。或異議及抗辯不適法者。仍可却下

其訴。四九八

(九) 被告爭原告所主張之請求時。已受敗訴之言渡。一切事件。亦於其判決。被告有留保用通常訴訟手續、繼續訴訟之權利。若不揭留保時。從第二百四十二條之規定。得申立判決之補充。四九一之一

此規定。乃原告之訴訟。視爲證書訴訟。而適法且有請求之理由時也。但被告之異議。(即抗辯)被却下時。則適用被告敗訴之規定。被告之敗訴。約有二種。第一、被告無異議。而歸於敗訴者。第二、被告雖有異議。仍歸於敗訴是也。

第一之敗訴。被告爲請求全部之認諾。或至期日。因其闕席。而受認諾判決。或闕席判決時。此際之敗訴。既無留保權利之餘地。其事件歸於終局。則屬此規定之外也。

第二之敗訴。因所制限之證據方法。有所爭者。究屬於在證書訴訟。被告之異議不成立也。故此結果。雖受敗訴之判決。仍須留保以通常訴訟手續。而行防禦之權利也。蓋在原告已如前(第六)所述別有權利矣。

不揭權利之留保時。乃第四百九十二條所謂事件尚未係屬。故全歸終局。而無上訴之途。故由判決送達之日起算。在七日之期間內。須爲追加判決之申立。若懈怠期日。

裁判所不以職權爲追加判決。則無救濟之途。蓋法律視爲認諾。及拋棄留保之權利者也。

揭留保之判決。就於上訴、及强制執行。視爲終局判決。一四九

此際之上訴。卽對於證書訴訟之判決之上訴也。故在上級審仍從此訴訟之特別規定。

留保之判決。從第五百一條、及第五百八條之規定。以裁判所之職權。付以假執行之宣言。故不拘上訴之如何。直可執行之。敗訴者惟依第五百十二條之規定。得申請執行之停止而已。五〇

(十) 被告留保權利行使時。則訴訟因通常訴手續而繫屬。故判決言渡後。得卽以通常訴訟而續行之。四九之二

所以保以通常訴訟而繫屬之效力者。固一基於權利之留保。是以對於揭此留保之判決。爲上訴時。則雖爲第二百七條第二項、及第二百二十八條第二項之上訴。不視爲通常訴訟而行辯論判決。必待上訴之結局。而始可移於後之辯論也。此辯論期日。因當事者之申請。由裁判所定之。故在定此期日前。則訴訟在於休止之狀態。

(十一) 於此通常手續。明無請求之理由者。則却下其訴。使原告負擔訴訟費用之全部或一部。執行其判決時。則言渡辨濟被告已經支拂給付之物。(四九二之二)

(十二) 依通常之手續。原告及被告闕席時。準用關於通常闕席判決之規定。(四九二之三)

準用關於闕席判決之規定者。因從此手續。更須審理其事件。其結果。闕席者在前手續所爲之陳述及判決。全失其效力也。

(十三) 關於第四百二十六條、及第四百二十七條。留保防禦方法之規定。不適用於證書訴訟。(四九三)

不適用控訴審留保防禦權之規定者。因既揭留保之判決。被告之權利。已經留保故也。但對基於後之通常手續之判決。而行控訴時。則可適用防禦權留保之規定。

第二章 爲替訴訟

爲替訴訟者。由民事訴訟法所設定一種之證書訴訟也。(四九四至四九六)但與證書訴訟相異之點。如左。

(一) 爲替訴訟者。限於因商法所規定之手形之請求。(商六九以下)

(二) 訴狀須揭因爲替訴訟而起訴之旨。(四九六)爲替訴訟。次之爲可作休暇事件、而取

扱者。裁判所構第百二十八條第一號

(三) 口頭辯論之期日。與訴訟送達之間。只須存二十四時間以上之時間。四九、六之三

(四) 爲替訴訟。支拂地之裁判所。商法第七百十六條及第七百二十一條。或被告所有普通裁判籍之裁判所。管轄之。故數人之爲替義務者。爲共同被告時。支拂地之裁判所。或被告各人有普通裁判籍之地之裁判所。各以其管轄權。例如東京、橫濱、大阪、神戶、共同之爲替義務者。皆可在普通裁判籍。提起訴訟。五二又於爲替之支拂地。雖不以在其地之義務者。爲共同被告。而對於一切之共同被告。仍得在其支拂地。提起訴訟是也。四五九

民事訴訟法論綱

第六編　强制執行

第一編至第五編。述判決法則。故敗訴者、任意不從其判決時。不可無强使履行之方法。是所以有本編强制執行之規定也。

（第一）　强制執行者。從確定判決、或其他執行名義之旨趣。藉公力。以强制而執行各種之義務、之一切手續也。（參照緒論第一章第五及第二章第二）日本民事訴訟法第六編。第一章至第三章規定之。其第四章規定假差押、及假處分。此二者非本然執行行爲。故從學理的分類。似可編入本編。但假差押、及假處分。皆因非保全執行之便法。論綱中不別設簡易訴訟手續之目者。乃從法典之順序也。（1）

（1）强制執行之規定。由第四百九十七條、至第七百六十三條而成。幾占全編三分之一。卽其所規定之事物。純屬手續之形式。故欲基於學理。設定序次。及分別。極難。徵諸內外之著書。麤則失於泛。密則失於煩。且多失於繁雜者。要皆未得其中。蓋因規定事物之性質使然也。

（第二）　民事訴訟法。所規定之强制執行。僅民事之執行。不及刑之執行。或行政裁判、軍

事裁判之執行。但民事執行之機關。爲執達吏。有取扱行政及軍法會議裁判之執行者。是基於他種法律（二十三年法律第四十八號第二十一條。及同年法律第六十七號）之規定。因囑託而然耳。故無特別之法律規定者。不得從民事訴訟法之規定。爲强制執行。例如會計檢查院之判決、礦山監督署之費用裁判。別不規定其執行。又無囑託之規定。故今日此等之裁判。僅確定其責任。實不能執行也。

又行政上別有一種之强制執行。卽明治二十二年法律第三十二號。國稅滯納處分法是也。此執行。非基於所謂行政裁判。乃依收入官吏、所發之督促令狀。及地方長官之差押命令書。直爲執行者。與他之執行名義、及執行方法。全異其性質焉。抑裁判之執行權。應屬行政權耶。將屬司法權耶。爲古來法學上之一問題。各國以屬於行政權爲通例。近世學說。則概屬於司法權。斯說之至當。夫人而知之矣。而仍未能遽改者。如刑之執行之費用煩多。此費用各國概爲地方稅之負擔。故若使裁判之執行權。全歸於司法權內。必先改良監獄制度。不可無監獄費用財源。而得此財源。甚爲困難。日本亦猶是也。如刑事裁判之執行。今尙一任諸行政權。民事訴訟法。實施以前。民事之執行。亦委任於行政官廳。（1）至明治二十三年實施裁判所構成法。及民事訴訟法。以此法律新設民事之執

行機關。而以其機關之執達吏。爲官吏之故。民事之執行。茲始屬於司法權焉。

(1)民事訴訟法實施以前之執行手續。無法令、告達者。惟判決裁判所、下附執行命令書。附記被告人拒執行時。則受警察官之援助之旨。故如金錢之支拂、物件之引渡等。執行概依警察官之援助。而使實行者。若不應時。則引致於裁判所。裁判所言渡身代限處分。照會區町村役場。於其財產爲調記及公賣。(參照十八年七月內務省第二十六號)

(第三)　强制執行。因一定之債權。對於債務者特定之財產、及一部之財產。而行之也。故對於債務者之總財產。爲總債權者(併稱未至期限所有之債權)欲使受平等之辨濟。不可無別段之法律。所謂別段之法律者。如身代限處分法、及破產法是也。惟身代限處分法。因民事訴訟法實施。遂被廢止。并不設代此之法律。如二十三年法律第六十九號家資分散法之規定。亦僅規定家資分散之宣言。及其結果。喪失公權。并其復權之事而已。而此宣言。於標準及執行之方法。則未之及焉。破產法以二十六年法律第九號實施。但此法律。僅適用於商事。而不適用於通常民事。故民事非如商事之破產法。有爲總債權者。對其債務者總財產之處分法。從而法制上、及實際上。多有窒礙之處。蓋日本民事訴訟法。非如德國訴訟法。因差押。使差押債權者。發生質權也。他之執行名義所有之債權者。得加入差

押財產之配當。與因家資分產之宣言。得加入一般債權者之配當。賴此稍彌縫其缺典耳。不定對於一般債權者之催告期間。而世人尙未深感不便者。徒以此耳。聞日本法典調查會議決。因民法商法之改定。幷改正破產法。可適用於民事及商事。然則欲補正此缺點。期尙未遠。然以所謂破產法。適用民事之故。民事訴訟法。強制執行之規定。固不受影響。何則、如前段所述。彼因總債權者。對於總財產之處分法。此因一定債權者。對於特定財產之執行法也。而對於一部財產之執行。亦須在訴訟中特定手續故也。

第一章 強制執行一般之通例

第一節 強制執行之必要條件

第一款 實體的必要條件（債務名義）

凡強制執行。須先有債務名義。債務名義者。以強制執行爲基本。法律所認之書面。而示債務之種類、範圍、及履行之時期也。債務名義。不限民事訴訟法中所規定者。依他之法律。特定強制執行之名義者。亦均所謂債務名義。

第一項 判決

（第一）債務名義最重要者。判決是也。而判決者。第二百三十六條第四號、所謂判決主文之義。與同條第二號、及第三號、所謂事實及理由不同。判決主文、與事實及理由之關係。有一疑問。民事訴訟法第四百九十七條。所謂確定判決。換言之。卽得判決之確定力者。限於其主文耶。將幷及理由中所揭之裁判耶。然强制執行之範圍。限於判決主文所明言者。實無異論。蓋債務種類、及範圍。僅依此主文而定。無容疑也。若主文遺脫原告請求之一部。縱令其理由中。明有裁判時。而對此一部亦未得爲可執行之判決也。惟主文不分明時。則基於理由而解釋之。可也。然若主文已極明白。理由中與主文有牴觸。或有差違。而執行機關。可不顧理由。且數理上。明屬誤謬者。若非從法律之規定。既更正其判決。或補充其脫漏者。亦必從主文所明示。而執行之也。（二四二）

判決有可執行與否之別。卽有可爲强制執行名義者。與不得爲執行名義者。今揭可爲執行名義之判決。如左。

（第二）終局判決。終局判決者。謂就訴訟之全部或一部之裁判也。故第二百二十六條。所謂一分判決。亦可爲執行名義。至於中間判決。僅屬本案判決之準備。非獨立得執行力者。惟第四百二十六條第三項、所謂留保之判決。與從第四百九十一條之規定。對

於證書訴訟之被告已言渡敗訴之判決。則就判決確定及强制執行之點。可與終局判決同視耳。（參照第一編第三章第三節第三）

爲判決之執行名義。除終局判決外。仍須判決既確定者。及付以假執行之宣言者。（四九）

（第三）確定判決　判決所以付以確定力者。乃對於判決之誤謬。或裁判官不正之行爲。爲保護之方法。向上審級、特設上訴之制度。惟此保護之方法。若無際限。則權利及財產關係。至無確定之期。故因使權利及財產之關係。能保安全。法律特定某種條件。在條件到來後。始對之不得申立不服。卽從民事訴訟法之規定。至無申立不服之途時。（再審不在此限）判決始爲確定。講學上稱爲形式上之確定。判決得形式上確定力。同時以其判決。而判定實體上權利義務之關係。在當事者間。亦爲不可動。講學上稱爲實體上之確定。故所謂形式上確定力。與實體上確定力。不過從形式法上之觀察。與實體法上之觀察。而異其名稱耳。至於時期及效力。則無所異。以下單稱爲判決之確定。或稱爲確定力者。卽專指形式的確定也。

判決之確定。在期間內。因申立及提起上訴。而遮斷也。（四九之二）然如求原狀回復。（一七四）及再審之申立。則不影響判決確定力。惟其結果爲判決之取消、或生變更。有當事者之申

立時。可使立保證。又不使立保證。而命一時停止強制執行。又可使立保證。而命強制執行。及使立保證。而命取消強制處分。但不使立保證。而停止執行者。限於疏明因其執行。後日生不能償之損害時。可以許之。對右執行之停止續行。或取消之裁判。則不得申立不服。（五〇）

判決確定之時期。從學說及判決之性質。而異其說。今說示其大要。

（一）判決之確定力者。謂判決不可復動也。換言之。卽判決在適法申立故障之期間，或提起適法上訴所定之期間內。不申立故障。或不提起上訴時。因其期間之滿了。而確定也。（四九）（八）從而爲最後之審級。卽上告之判決。與其言渡同時。得確定力焉。（1）

（1）判決須確定之效力者。固不待言。然確定力所有之範圍。（卽其確定之效力）將及於全判文耶。抑僅包含於其主文耶。古來有種種之議論。今就確定力僅包含於主文者。與及於全部之差異。舉示一例。如有提起利息請求之訴者。以不明貸金有無之理由。棄却請求利息之訴之判決。若其確定力。僅包含於主文。則貸金之關係。更得起成立不成立確定之訴。又得提起元金請求之訴。反之。其確定判決。及於全部者。非僅無利息請求之權。并元金之請求。亦不得爲之也。民訴第二百四十四條。定判決限

於包含於其主文者。有確定力。故如前例。就於請求原因之權利關係。成立或不成立。欲同時得確定力之判決。則依第二百十一條之規定。而申立確定其成立不成立。蓋此際之判決。本屬中間判決。故不得爲獨立之確定力。惟與結局本案判決。同得確定力耳。

有解釋者曰。第二百四十四條。所謂包含於其主文者。現於主文之文字之義。卽僅主文確定之謂也。余不從此說。蓋若如此解釋。則如判決主文中。僅有被告應返還原告請求金若干圓。而在其事實及理由。明示其請求爲何種貸借契約。或原因於爲換券。原告得再請求同一之貸金、爲換金。而被告不能行既判力之抗辯矣。余謂如前例某種貸借、某種爲換券之說明。雖在理由之說明中。亦包含於所謂主文返還金若干圓之裁判。而此事實及理由。皆得確定力者也。

既以判決確定之時期。爲在於不可動之時。則不得如或說所言。而以上級審判決是認前審級之判決者、爲溯於前審判決言渡之日而確定者。乃由是認其判決之判決言渡時。始能確定者也。

(二) 對於是認之判決。更可上訴時。就於提起上訴所定期間之滿了前。則不確定。換

言之、卽與上訴期間之滿了同時確定也。四九 上訴權之拋棄、及上訴之取下。三九 限於相手方不提起上訴者。與上訴期間之滿了。生同一之效力。

(三) 闕席判決。因故障期間之滿了而確定。然因第百七十七條第二項、及第二百六十三條之規定。不可許故障時。則仍對其判決。有許爲控訴及上告者。三九八・四五 四之第一 有不許爲控訴及上告者。不可不加分別。而許其上訴時。因上訴期間之滿了而確定。不許上訴時。則與闕席判決之言渡。同時確定。

(四) 無上訴之理由。而被棄却時。則因其棄却之判決。所爭之權利關係。於茲始定。故因判決之確定。生確定之力。反之、其上訴爲不適法、而被却下 四〇 或棄却時。四一・九・四三・九 在上訴之期間內。因可更由適法之方式。爲上訴與否。而確定之時亦異。卽在期間內。更可爲上訴者。則判決未爲確定。反之不許上訴者。則依棄却之判決而確定也。

分別以上因不變期間之滿了而確定者。及與言渡判決同時確定者。而先示後者之例。如左。

(甲) 限於費用之判決。且非闕席判決時。二八

(乙) 不許故障之闕席判決。且對之無許爲上訴之理由時。二六三・三九 三五四之第一八・

(丙) 上告審之對審判決。且非駁回或移送之判決時。(四三二・四五一。四五二・四五三。)右之判決。皆因言渡而當然確定者。故此外則不須爲確定。送達判決。惟當執行時。送達之可矣。

又因不變期間之滿了。而確定之判決如左。

(甲) 第一審及第二審之對審終局判決。

(乙) 有不許故障之規定。(二六三)以外。一切之闕席判決。(二五五・四八・四五四・二)

(丙) 有特許上訴之規定之闕席判決。(三九八・四一四之一)

右判決。在不變期間內。許爲故障及上訴。但此期間。以判決之送達始。故欲確定此等判決時。必須先爲送達。(二三八)以開始期間進行。

以上判決確定。有須確定之證明書者。例如因身分之變更、證書之失效、抵當權之登記、或因在外國之強制執行、須證明時是也。然此外從民事訴訟法之規定。所爲之強制執行。則多不用判決確定之證明書。此因附記於判決之執行文。直可執行者也。

有附與判決確定證明書之職權者。卽第一審裁判所之書記是也。但其訴訟。尙在上級裁判所繫屬中。則上級裁判所之書記。僅就其判決已確定之部分。附與以證明書者也。

四九 九

所謂繫屬中者。自某時至某時之謂。就於第四百九十九條之解釋。有一疑問。德國學者間。議論不同。有謂上訴之繫屬。由上訴狀之送達始。至判決之言渡終者。有謂由上訴狀呈遞於裁判所始。至判決之言渡終者。或謂繫屬終期。雖在判決之言渡。而關於判決確定證明書之附與。則其限於記錄在於審級者。猶本條所謂繫屬中也。實際之判例。概從此說。蓋所以使上級裁判所之書記、附與此證明者。究以其記錄之存在故耳。

拒裁判所書記之處分時。則因求其處分之變更。可求受訴裁判所之裁判。而對此裁判。得爲抗告者。據第四百六十五條之明文也。然對此判決之抗告。可用普通抗告耶。將用卽時抗告耶。其說有二。一謂、凡强制執行手續。不預經口頭辯論而行之裁判。則爲卽時抗告。五八五故此抗告。不可不謂卽時抗告也。一謂、判決確定之證明。不必與强制執行相關。故非可從第五百五十八條之規定者。是卽可爲普通抗告也。此二說皆非無理。蓋因行爲之性質。屬於强制執行手續與否。而可判知其說之當否也。然如確定之證明。既有求於强制執行之外。似不得徑從第一說。特於求之之際。非可因之異抗告之性質。而須從其二者之一。余則謂法律上證明。亦視爲强制執行之手續。甯右卽時抗告。蓋不外依

其規定之旨與第五百五十八條之規定而然也。

(第四) 宣言假執行之判決。

(一) 判決以得確定之力。始可執行爲本則。然法律因某事情、及某條件。許未確定判決之假執行。卽第五百一條、至第五百五條之規定是也。假執行之效力。非僅在提起上訴以前。幷在上訴、及故障。廢棄、或破毀、或變更、本案之裁判、及假執行之宣言之判決前。亦可保其效力。故假執行之效力。與本執行無異。換言之、卽假執行、非僅請求執行之保全。且實行現實之辨濟也。(1)

(1) 假執行之事。雖屬於强制執行之規定。而其實在本案之確定前。且在本案之受訴裁判所。與本案同確定其運命者也。故得視爲訴訟之一部也。偏於此說者。以假執行不屬所謂執行行爲。常置於執行之範圍以外。然是僅拘於運命之未確定。而誤認行爲之性質耳。蓋假執行因後日本案判決之廢棄、變更。雖可回復原狀。惟其執行之手續、或行爲之性質。與純然之强制執行。卽法典所定者相同。因於茲論及關於假執行之規定也。

假執行宣言之效力。非僅及主的請求也。幷及從的訴訟費用。故基於宣言假執行之

判決。可確定訴訟費用額。并可執行之也。七二二・三一

(二) 因事物之性質。不可付以假執行之宣言之判決。如左。

(甲) 凡與言渡同時。卽可確定之判決。參照本欵第三

此外因事物之性質。若非判決確定後。不可執行者。如下。

(乙) 基於事物管轄之規定。言渡管轄違之判決。八九

(丙) 以對宣言禁治產決定。所申立之不服爲有理由。言渡決定取消之判決。人訴第六十條

(丁) 言渡婚姻、及緣組之之無效。又言渡離婚或離緣之判決。人訴第十五條第二十六條

(三) 前項以外之判決。得付以假執行之宣言。然法律仍從其判決之種類。區別以裁判所之職權行之。或有申立時。則必付以宣言者。與有申立。而從某條件。付以宣言者。如左。

第一 以裁判所之職權。爲假執行之宣言者。五二〇

(甲) 基於認諾。言渡敗訴之判決。參照二二九・第一編第二章第五節第二

(乙) 證書訴訟、及爲替訴訟。言渡之判決。四八四・至四九六 但不問揭權利行使之留保與否。

(丙) 在同一審。對於同一之原告或被告。就於本案所言渡之第二、或其後之闕席判

決。二六三

所謂第二或其後之關席判決。詳於第一編第三章第八節

(丁) 取消假差押、或假處分之判決。七四五至七四七及七五六

(戊) 言渡支拂養料之義務之判決。但限於訴之提起後之時間。及其提起前最後三個月間。可以支拂者。參照民親第九百五十四條至第九百六十三條

以上五者。雖有以上訴或故障。而申立不服。而因法律推定爲歸著無異。或無須待判決之確定者。故不俟債權者之申立。裁判所可以職權。付以假執行之宣言。

第二 因債權者之申立。爲假執行之宣言者。二五〇

(甲) 以關於一切之住家、及其他之建物、或某部分之受取、引渡、使用、占據、及修繕。又關於賃借人之家具。及所持品。爲賃貸人所差押者。賃借人與賃貸人間。所起之訴訟。

(乙) 僅屬占有之訴訟。

(丙) 雇主與雇人間。關於雇期一個年以下之契約。所起之訴訟。

(丁) 左所揭之事項。旅人與旅店、或飲食店之主人間、又旅人、與水陸運送人間。所起之訴訟。

(子) 食費、宿費、或旅人之運送費。及伴此手荷物之運送費。

(丑) 旅店及飲食店之主人。或運送人。因保護旅人。預給手荷物金錢、及有價物。

(戌) 此外關於財產權上之請求金額、及價額。不超過貳拾圓之訴訟。但其物之價額。適用第三條、至第六條之規定。

以上五者。事件本屬輕微。且須迅速之性質。故有債權者之申立時。可付以假執行之宣言。

第三 因債權者之申立。從法定之條件可爲假執行之宣言者。三五〇

此除關於財產權上請求之判決外。仍須具備左之二條件。

(甲) 債權者。申立在執行前。願立保證、而爲之時。

(乙) 債權者疏明在判決之確定前。中止執行。則當受難償之損害。或難計之損害時。

(四) 以上三事。均屬裁判所職務上之義務。要皆爲債權者之利益也。故法律又爲債務者之利益。附與裁判所一種之權利。卽一切事情。包含以上第一至第三。可由債務者申立。使債權者立保證時。則裁判所可宣言以債權者之保證爲條件。方得假執行之旨是也。五之一〇五 故此際若非債權者於執行前。申出所立之保證。雖以裁判所職權。

付以宣言時。仍不得實施假執行。且若債權者不爲其申出時。債務者却立保證。又申立當爲供託之旨。得許免除假執行。五〇二五之二

(五)　法律又爲債務者之利益。由債務者疏明因假執行。受不可回復之損害時。則不立保證。依前第一之事情。宣言判決之不執行。第二及第三之事情。則須却下債權者之申立。五〇四五

(六)　假執行宣言之手續。

假執行宣言之申立。爲由訴訟請求之一部。故其申立。須在接著判決之口頭辯論終結前爲之。五〇六　又其裁判。必視爲判決主文之一部。而須揭載者。五〇七　故可以裁判所之職權。宣言假執行。或宣言執行之免除時。而不爲之。又有債權者之申立。而脫漏時。則從第二百四十二條、及第二百四十三條之規定。因債權者之申立。應爲追加裁判。參照第一編第三章第三節第六節　若夫經過追加裁判申立之期間。與本案之判決同。或僅關於假執行之宣言。得行控訴。故在控訴審。得追補之。此際第二審裁判所。因申立。先就假執行爲辯論。及裁判。蓋決假執行之行否。須最迅速故也。既須迅速。故不許如普通控訴。在被控訴期間滿了前。而延期口頭辯論。五一一

第二審。僅就假執行所爲之裁判。不許申立不服。（五一之三）蓋與本案之運命無關也。對於本案判決。而上訴時。在第一審或第二審。無假執行之宣言者。或有條件附之宣言者。對於一部分申立不服時。限於無申立不服之部分。因當事者之申立。在上級審更付以假執行之宣言。（九五〇）

（七）假執行之停止及取消。

付以假執行之宣言之判決。有申立故障、或提起上訴時。準用第五百條之規定。與有原狀回復、或再審之訴同。使立保證。又不立保證。而一時停止假執行。或使立保證。而命執行。及命取消既經實行之處分。但不立保證。而命執行之停止。則限於疏明因其執行生不能回復之損害者。（二五一）

（八）假執行取消之結果。

本案之裁判。又假執行之宣言。有被廢棄、破毀（全部取消）之及變更（一部取消）之判決言渡時。則假執行之宣言。在其取消之限度。而失其效力。（五一）其已取消之部分。則不得執行。蓋此判決。法律上當然發生效力者。故在破毀之際。不須俟後之判決確定。又不須執行文。而依其正本。得執行之也。（五五之第一〇）若基於取消之判決。被告既有辨濟者。則被告

得請求辨濟。蓋其申立。非反訴也。究因回復前審判決不當之結果。故可以請求者。限於被告已支拂、及給付之物。如果實雖可包含支拂及給付之中。而因執行所生之損害。則不外別行起訴而請求之也。

返還之判決。在上告審得爲之耶。學者頗有異論。德國多數學者及判例。謂不得爲返還之判決。然少數學說。亦非無理。其說曰。凡請求皆基於事實。被告之請求亦然。故上告審不得就於事實爲裁判也。余以此說。最適論理、何則、被告辨濟之事實。未經事實裁判所之判定故也。多數論者。以在上告審固得爲此申立。而其裁判則使第二審行之。然則其申立僅爲駁回之原因而已。非爲上告裁判之基本。若採此多數說。則於原狀回復、及闕席判決時。可以論定上告裁判所。得自定其事實。且自行裁判。實爲優長之論也。

(第四) 外國裁判所之判決。

判決者。一國主權之宣言也。以實行判決爲目的。如所謂强制執行者。卽國權之實行也。故在日本國內。可爲强制執行名義之判決。限於日本裁判所之判決爲原則。然因輓近國際法上之情義。在某制限內。加以形式。有許執行外國之判決者。日本民事訴訟法。亦

採此主義。卽因外國裁判所之判決。而欲爲强制執行者。先向法定管轄裁判所。提起求執行判決之訴。使本國裁判所。爲所謂執行判決。卽加本國判決之形式。始可爲執行是也。所謂執行判決。不調查外國裁判之當否。(之五一五)僅言渡其適法。(之五一四)卽可謂純然形式上之裁判也。

然不可以不調查當否之故。以爲不問外國如何判決。悉付以執行判決之形式也。第五百十五條。定却下求執行判決之訴者。如左。

(一) 無外國裁判所判決確定之證明時。

判決確定之時期。各國制度不同。故國際私法之問題。頗涉繁雜。然實際有外國官廳之證明。或依第二百十九條之規定。從外國現行法。得證明已確定時。則可爲執行判決。惟無證明時。則裁判所不拘其裁判之如何。可却下其訴耳。

(二) 須執行從本邦法律、不得强制之行爲時。

執行判決。雖以外國之判決。爲其內容。但其判決。日本裁判所之判決也。故外國之判決。比照日本法律。爲命違法行爲之實行時。或從日本法律。無强制執行之方法時。則不命執行。可却下其訴。

(二) 從本國之法律。外國裁判所無管轄時。

判斷外國裁判所。有管轄與否之標準。在國際法及訴訟法。學者間。有種種之說。或曰、外國裁判所有管轄權者。謂從外國之法律、而有管轄也。或曰、否。從爲執行判決之國之法律。而有管轄權之義也。或曰、從爲判決之國之法律。及爲執行判決之國之法律。而有管轄權之義也。

從以上數說。可爲執行判決之國之裁判所。從外國之法律。須調查司法行政之管轄。及司法各裁判所之管轄。而確知之。始爲其判斷也。此固不可能之事。但謂調查而可無誤者。亦法理所不許也。蓋從甲國之法律。爲無訴權或管轄違。雖極明確。而其一國之判決。依然有判決之效力也。換言之、從其國之法律。限於不廢棄及破毀者。自不失判決之力。豈有以乙國。而比照甲國之法律。爲無管轄之判決。而竟有消滅其判決之效力之理耶。是其說。所以不足採也。然則所謂外國裁判所無管轄時。果如何解釋耶。或爲之說曰。所謂管轄者。非指一國內之管轄。乃從國際法之法理。明無管轄者也。詳言之、卽如各國在其國內有住所及居所之外國人。而有管轄權。或因契約之履行地。而有管轄權。或不動產之管轄。於其所在國而有管轄權。是爲國際私法之法理。自有

一定之管轄。故現求執行判決之外國判決。從此等之法理。明無管轄時。則國與國之關係。在國際法上不可認許者。所以却下求此執行判決之訴也。

(四) 敗訴之債務者。爲本國人。而未曾應訴時。但限於開始訴訟之呼出、或命令。在受訴裁判所所屬之國、或依法律上之共助而於本國、未送達於本人時。執行判決。加以本國判決之形式。同時卽欲使本國人不服從外國不當之裁判也。是出於保護爲債務者之本國人之趣旨也。此項之規定。有特明其趣旨者。卽特限於本國人一語也。

此因本國在外國爲被告。而因未受適法之呼出及命令。至於不能應訴。而受闕席裁判也。

(五) 因國際條約。不保相互主義時。

相互主義。卽彼爲我所行者。我亦爲彼行之。彼所不爲者。我亦不爲之之主義。是國際法上之通義也。故對於不認本國判決而執行之國。則本國亦對其國之判決。不與以執行判決。蓋相互之主義。雖有因法令、條約、及習慣、而實行者。而法文明言「依條約不保相互時。」云云。故以相互之慣例。而爲執行判決。於我國未之有也。

第二項 判決以外之執行名義

（第一） 判決以外之執行名義。有民事訴訟法中所規定者。與依他法律所規定者之別。民事訴訟法所規定者。卽第五百五十九條。列記之如左。

（一） 僅以抗告得申立不服之裁判。五五九之第一

茲所謂僅以抗告得申立不服之裁判者。卽從第八十三條、第八十五條之規定。所爲費用額確定之決定。及從第百二條、第二百九十四條第三百二條、第三百二十八條、對於證人、或鑑定人、所言渡之裁判。及從人訴第十二條第三項之規定。對於不出頭之原告及被告。而言渡之裁判是也。

以上之裁判中。對於證人鑑定人之裁判。及對於人事訴訟事件。當事者之裁判。雖可因抗告生執行停止之效力。至於其他之裁判。則不拘抗告。仍可執行。惟依第四百六十條第二項、及第三項、有命之中止耳。參照第三編第四章第三節

（二） 執行命令。五五九之第二

執行命令者。從第三百九十三條之規定。附於支拂命令之假執行命令是也。參照第二編第三章第二節之十一 發此命令後。限於債權者、或債務者。有承繼之事。須附記於執行文。五六

(三)訴之提起後。在受訴裁判所。或在受命判事及受託判事之面前。所爲之和解 五五

第九之三

本項之和解者。謂訴既提起後。爲按此爲字亦去聲。書中有載明去聲者。特就其最易誤解者註之。解除其訴訟。就於訴訟目的物之全部、及一部。在受訴裁判所、或判事之面前。而爲之也。參照二一二

所謂裁判所者。乃通常裁判所之義。非特別裁判所之義。但如領事爲行通常裁判權者。故亦可包含其中。

和解之特質。在於各當事者。放擲眞實所有之權利。及其所主張之權利。互相讓步也。故其權利全部之認諾、及全部之拋棄。非所謂和解。據某國之判例。被告約辦濟請求之全部。及負擔訴訟費用之全部。原告僅諾支拂猶豫之期限。或諾分割辦濟者。亦爲和解。故此際判事雖爲和解。而事實上無和解時。書記得不付與執行文。若在調書表面上。雖爲和解。而事實上和解不成立時。債務者亦得依第五百二十二條之規定。對於執行文之付與。申立異議。

和解、不問在裁判所發生者。與在裁判所外、僅以已成立之契約記載於調書者。和解之目的物。不限於訴訟目的物中。他之事項。亦可使包含之。故限於非由錯誤者。雖訴訟目的物以外之物。仍依執行文之付與。而有執行力。

(四) 從第三百八十一條之規定。區裁判所所爲之和解。（五五九之第四）此和解非如前項。訴訟提起後。專屬裁判所之權利。出於試爲和解之結果者。乃在訴之提起以前。以避爭訟之目的。出於當事者之任意也。但其性質及效力。則毫無所異。（參照第二編第三章第一節二以下）

(五) 公證人、在其權限內。依成規之方式。所作之證書。但限於以一定金額之支拂。或他之代替物。及有價證券。一定數量之給付、爲目的之請求。所作之證書。而記載可受強制執行之旨者。（五五九之第五）

右權限內。依成規之方式。所作之證書者。卽十九年法律第二號。公證人規則。（公證人規則第一條、主第四條、第七條、第二十八條、至第三十七條、及舊民證第四十六條、）所定之事物。及土地之管轄內。遵守同法所定之方式也。而其爲執行名義。除右之外。仍須具備但書所定之二條件。

(甲) 以支給一定金額。或以代替物、及有價證券一定數量之給付爲目的。而作成者。

一定金額、代替物、有價證券。可參照第一編第四章第二節第一之(1)。

(乙) 記載應立受強制執行之旨。

記載應立受強制執行之旨者。謂在其證書中。記載債務者依其證書。而立受強制執

行之旨也。據此明文。至於後日。雖因債務者有受強制執行之契約。不能以此卽謂前證書爲執行名義。

(六) 受執行判決之仲裁判斷。(參照○・八○八二○)

(七) 假差押及假處分之命令。

此命令。本非爲執行名義者。然以此附於執行。準用強制執行之規定。故可爲執行名義也。(七四八・七五六・)

以上民事訴訟法中。所規定之執行名義也。

(第二) 依民事訴訟法以外。法律之規定。爲執行名義者。大略如左。

(一) 依破產手續。已確定之權利名義。(商○四破一九)

破產手續。已確定之權利名義者。謂以債務之承認。或裁判所之判決。而確定者也。又於調查會之管理人、揭於貸借對照表之債權者、均無異議之申立時。則其債權爲已得承認。仍爲權利名義。而得此等之權利名義者。不須更爲訴之手續。基此名義。卽可執行也。(商一○二六・一○四九・)

(二) 刑事裁判所、私訴之判決。

私訴之判決者。以因犯罪所生損害之賠償。贓物之返還。附帶於公訴。而請求者。刑事裁判所。從民法爲其請求之裁判也。（刑訴第二條。）但關於此賠償、及訴訟費用、判決之執行。應從民事訴訟法之規定。（刑訴第三百二十二條。執細第九十八條參照。）

（三）刑事裁判所。言渡賠償及訴訟費用之判決。（刑訴第三百二十條。執細第九十七條參照。）此外刑事訴訟法。第三百二十條。所謂罰金、科料、訴訟費用、及沒收物品、追徵金。亦從民事訴訟法。可以執行者。此無可據之法律。惟執達吏職務細則第九十九條。及第百條。有規定焉。然細則僅屬司法省之訓令。不得爲法律上之論據。要之此等之執行。與刑之執行同。因檢事之命令。執行之。非基於民事訴訟法之規定也。

（四）行政裁判之判決。行政裁判所判決之執行。得囑託於通常裁判所。（行政裁判法第二十二條。）故通常裁判所。基其囑託。命執達吏執行之。（執細第百一條。）

（五）軍法會議私訴之判決。海陸軍法會議私訴之判決、亦因囑託而執行者。（參照二十三年法律第六十七號。軍法會議。私訴裁判。強制執行法。第一條。及第五條。執細第百二條。）

(第三) 得執行之義務。

(一) 事實上於強制執行。雖爲適當者。而非悉當爲得行確定或假執行之債務名義也。是執行名義之債務。須依債務之內容。實可執行者。故必具左之條件。

(甲) 其名義。不可不命現實之給付。或行爲義務之履行。故如僅確定權利關係之成立不成立之判決。確定人之身分、及證書眞否之判決。又如離婚、禁治產、及除權判決。毫不須當事者之履行。而保全其效力者。皆不得爲執行名義。惟類似於此之判決。尙有可執行。卽如養料義務之判決是也。蓋確定養料義務之判決。非僅確定將來之給付義務。而同時命一定義務之履行者也。故此判決。旣達於請求之時期。則以此爲執行名義焉。其得付與以執行判決正本事。詳於次款。

(乙) 履行之目的物。不可不明確定品質、及其數額。故若判決。僅一般判決其權利及義務者。須有更定其數量之判決。例如原因之裁判。與數額之裁判是也。判決而缺明確。其範圍有可疑時。執行機關雖有不明之嫌。亦不得不調查裁判之所欲。與實際宣言之如何。而執行之。若非僅判文不明。而就於目的物之意思。亦不明瞭。則執行機關所無可如何也。某國有謂提起補充之訴。可使受訴裁判所、確定之者。然

日本法律上無可起訴之途。惟從第二百四十一條之規定。著有誤謬。得爲判決更正之申立與否。存一疑問耳。

(丙) 須可以履行者。故命「不能履行」之判決。法律上無效也。

(二) 具備以上要件之義務。有爲法律上一種之例外。而不執行者。如僅因債務者之意思。得爲之行爲。第三者不得爲之時。第一審受訴裁判所。因申立。從民法之規定。爲應給償金之旨之決定是也。七三四

(三) 依執行名義。其強制執行。因一定目的物。(財產)或一定執行方法。而可以爲之之時。其執行必限於一定之財產或一定之方法。而爲之。以他之財產或方法。則不得爲之。

(四) 與以選擇權之執行名義之強制執行。法理上有左之區別。

(甲) 債權者之選擇權。已明確時。從債權者之選擇。否則視爲債務者有選擇之權。而執行之。

(乙) 債務者有選擇之權時。則從其選擇。然債務者不服判決。不爲選擇時。則如何耶。或曰此準於前(二)所述行爲之執行而處分之。或曰此選擇之權利。移轉於債權者。故從債權者之選擇。而可執行焉。余採後說。蓋選擇者非執行之目的也。執行之目的。

在於就兩者之中而實行也。惟有權利者拒選擇時。則同於拋棄耳。

第二款　形式的必要條件

第一項　執行文

執行文。有非裁判官之命令而付與者。與俟裁判官之命令而付與者之別。本項爲執行文之原則。幷論述不俟其命令而可付與之執行文。

（第一）　強制執行。所以由受訴裁判所分離。移任於他之獨立機關（執行官）者。因既有執行之基本之判決正本存在也。夫執行者。非如在受訴裁判所。隨伴訴訟記錄也。故債務名義。必具備裁判官曾依記錄而得知者。與足知其名義可以執行者。此所以附於判決之正本。更用執行文也。右之法制。自法國創始。而仿此之法律。遂付與執達吏以調查執行力有無之權利。德國訴訟法。不從此例。執行力調查之權。不與諸執達吏。而與諸裁判所書記。且有須其所屬裁判長之命令者。日本民事訴訟法。從德國之例。

裁判所書記。付以執行文之判決正本。（即有執行力之正本）爲強制執行之基本。（五一六）以執行文而庇保執行官也。故執行官無調查執行文以外之義務。又無此權利。一從有執行力之正本。而可執行也。故即執行文中之有裁判長之命令與否。又其命令記載於執行文與否。

五二〇・五　二三之四　執行機關。亦不須調查焉。執行機關。惟確知執行文之存在可矣。然其執行文。明屬管轄違之書記所與者。則其執行無可拒之義務。而有可拒之權利也。

執行文以一切債務名義爲必要。惟例外如執行命令。一五六　假差押之命令。九七四　假處分之命令。六七五　則在債權者及債務者。有承繼外。不須附記於執行文。故此外依無執行文之名義。雖爲差押。亦不生法律上之效力也。

（第二）　執行文之方式。第五百十七條。僅揭示其主要之部分。其文式如左。

前記之正本。對於被告某、及原告某。因強制執行。付與於原告某及被告某。

如右法律所以特定文式。而揭示之者。蓋欲統一其方式。使一見有執行力之正本。即無所疑也。故執行文。於同義之他之言語亦不許用焉。

執行文。附記於判決正文之末尾。但付與之書記須署名捺印。且押裁判所之印。五一七

（第三）　執行文付與之管轄。依各債務名義而不同。

（一）　就於判決。則第一審裁判所之書記。付與之。又訴訟繫屬上級裁判所時。則其裁判所之書記付與之。五一六之二

付與有執行力之正本。其必要條件如左。

(甲) 判決有言渡時。於調書記載言渡。及署名捺印。(二三九)

(乙) 判決已確定。或假執行之宣言。(五一一之一八)

(二) 訴訟繫屬中之和解。則受訴裁判所之書記。

(三) 依和解手續(一三八)之和解。則和解裁判所之書記。

(四) 僅以抗告得申立不服之裁判。(五五九之一)及執行命令。(五六一之一)則訴訟裁判所之書記。

(五) 公證人所作之證書。則保存其證書之公證人。(五六二之一)

(六) 第五百十四條之執行判決。則爲執行判決之裁判所書記。但此執行文。非附於外國之判決。乃附記於執行判決者。第八百二條之執行判決亦同。

(第四) 求有執行力之正本之申立。得以口頭爲之。(五一六之三)且不須代理人、辯護士。書記拒執行文之付與。債權者。從第五百五十八條之規定。得爲卽時抗告。猶之拒判決確定之證明書。

(第五) 付與有執行力之正本。記載於判決原本。俟次款第四說明之。

第二項 須裁判官之命令、付與執行文、與關於付與執行文之訴、

(第一) 付與有執行力之正本。本屬裁判所書記。獨立而得行之行爲也。然因某情況。法律上有特須裁判長之命令者。○五二如左。

(一) 判決之執行。除從其旨趣。屬於立保證者之外。而屬於他之條件者。債權者以證明書而證既履行其條件時。五一八之二

此規定因判決執行、屬於債權者應履行之條件時、而應付與執行文者而設也。且除特立保證者。此等事實。容易確知。不妨委於執達吏之調查也。五二九如履行時期之到來亦同。所謂他之條件者。指如何之條件耶。今舉顯著之事例。如求債務者之執行。先由債權者應爲反對給付是也。蓋有反對給付之義務。雙方有應同時履行之性質者。不拘其給付如何。即可付與執行文也。然據一般學說。債權者之給付。在其住所而可履行時。債務者雖未求其給付。得付與執行文於債權者。反之、債權者之義務。當在一定場所。或債務之住所。爲引渡時。若非先行引渡及提供。不得求執行文之付與。要之、屬於實體法上之問題。故茲不詳記焉。(1)

(1)公證人所作之證書。求有執行力之正本時。則稍異其趣。今例示之。如許割賦辨濟於債務者。而怠其月賦或年賦之支拂時。則應全額一時辨濟。有明約者。而怠其

月賦金之支拂時。又怠利子支拂時。則不拘期限。有應辨濟之特約者。而怠其支拂時。或由保證人。而主的債務者不爲支拂。有代爲辨濟之約是也。此於其證書直記載應受强制執行之旨時。則依其證明。可付與執行文。

執行力正本之付與。仍須參照第七百三十六條。

(二) 表示於判決之債權者之承繼人。又對於債務者之一般承繼人。付與有執行力之正本。但限於承繼之事。在裁判所已明白時。或以證明書而證明時。(九五一)

此爲付與有執行力之正本之必要條件者。承繼明白、或有書面之證明是也。

又債權者之承繼人。雖不分一般承繼人。與特別承繼人。而債務之承繼。則限於一般之承繼人。所謂一般承繼人。與特別承繼人之區別。因民法而定。概言之。卽以相續名義。承繼一切之權利義務者。謂之一般承繼人。因讓與、遺贈、及其他特別之法律行爲而承繼者。謂之特別承繼人。凡債權以特別之名義。得使他人承繼。至於債務。除一般承繼人外。非法律上當然承繼者。此所以設此區別也。

凡判決之强制執行。以求之者及受之者之氏名。表示於判決。或附記於判決之執行文。若非送達。不得開始。(五二八之一) 故承繼債權者。或債務者之人。在其執行文。不可不表

示之也。如承繼之有無。及當否。與前段所謂條件之到否同。須最確實。此所以不一任於書記。而特須裁判長之干涉也。

裁判長就於條件之到來、承繼之證明書。有不明或有可疑時。在付與執行文之命令前。以書面或口頭。得審訊相手方之債務者。（五二〇之二）

裁判長之命令。在前二者。爲關於付與執行文。法律上之必要條件也。故其命令。應記載於執行文中。（五二〇之三）

（第三）不能從五百十八條第五百十九條之規定。爲必要之證明時。債權者於基於判決之執行文付與。得起訴於第一審之受訴裁判所。（五二一）

據此法文。有基於判決云云。似得起訴於第一審之受訴裁判所。爲限於求判決之執行文者。然第五百五十九條。則仍指五種之執行名義。且第五百六十條。有前條所揭之債務名義。其强制執行。準用第五百十六條、至第五百五十八條之規定。是第五百五十九條之規定。非僅限於判決者。卽他之債務名義。亦可準用也。然則所謂第一審受訴裁判所之外。別須有受訴之裁判所。今從準用之趣意探究之。不得不從各債務名義。而異其管轄。如左。

(一) 基於僅以抗告得申立不服之裁判、而起訴時。則爲其裁判之裁判所。

(二) 執行命令。卽從第五百六十一條及第五百十九條之規定。因不能得執行文而起訴時。則發其命令之區裁判所。又其請求不屬區裁判所之管轄時。則地方裁判所管轄之。五六一之三

(三) 基於訴之提起後。爲和解時。則行其和解之裁判所。

(四) 基於起訴前之和解時。則爲和解之區裁判所。但此際與執行命令異。不拘其請求金額之多少。常屬於同上區裁判所之管轄。

(五) 基於公證人所作之證書時。則債務者普通裁判籍所在地之裁判所。五六二之二 故應其請求之額。有屬區裁判所者。又有屬地方裁判所者。

(六) 基於執行判決五一時。則爲執行判決之裁判所。

以上之管轄。爲專屬之管轄。五六三

此訴者。獨立之訴也。故先縱既對於付與執行文之拒絕而爲抗告。且其抗告被却下後。仍可更提起此訴也。

(第四) 有執行力之正本者。常一回付與一通。然因於情況。有爲債權者。必須付與數回

或數通者。例如紛失前之正本。或同時依數個之方法。在數個之地。須執行者是。此所以有第五百二十三條之規定也。六五 二 然此事本屬異常。且在債務者不能無危險之虞。故法律亦定須裁判長之命令焉。

裁判長得因此審訊債務者。若不審訊而付與數通或數回之正本時。則以其旨通知於相手方。而正本中。則明記付與數通。或更爲付與。三五 二

支拂命令、及執行命令。常付與其原本。故除提出原本外。不得付與數通之正本。若其原本既已不存。非更依督促手續起訴者。則不能得有執行力之正本。以裁判所所遺留之前書類。不爲作成原本、或作成正本之基礎。

有數人之債務者。受各自分擔之判決時。則因債務者之員數。須有同一之正本。蓋債務者完濟其義務時。則執達吏交付有執行力之正本。及受取之證。爲一分之辨濟時。則附記於其正本。五五 三

付與有執行力之正本時。則從第五百二十四條之規定。於判決原本中。記入爲某人、及某日時、而付與之。若在上級審付與時。則附記編入第一審記錄之正本。五二 四·五 一六之二

有執行力之正本之效力。非僅及於付與正本裁判所之管內。并及於全國。五五 二 又基於

數通之正本。在數個之地。或用數個之方法。得執行之。五六二又在債權者無住所及事務所之地。欲執行時。則在管轄區裁判所管內。選定假住所。而申報於裁判所。五七二

第三項　執行文以外之必要條件

關於強制執行。形式的必要條件。僅在前項所述之執行文。仍有左之數種要件。

(第一)　債務名義之送達。　強制執行。非既以債務名義送達。且同時送達。不得開始執行。五二八之一　蓋一則使債務者知有強制執行之事。一則促執行前。任意之履行。及辨濟之提供也。然裁判所所行之強制執行。則不能分送達、與執行開始之時期。何則、在裁判所之處分　五九三八・六四一・七三四・中。既包含執行之開始也。判決之執行。從其旨趣。繫於債權者應證明之事實之到來時。又判決之執行。對於表示於判決之債權者之承繼人。及表示於判決之債務者之承繼人。可以執行時。則執行判決外。尚須以附記之執行文。於開始執行前、送達之。若依證明書付與執行文時。則其證書之謄本。亦須在開始執行前、或同時送達之。五二八之二・及三

若執行繫於債權者立保證時。則債權者提出已立保證公正之證明書。若非以謄本同時送達。不得開始執行。五九二

懈怠以上之送達時。雖現爲差押。而其差押。對於債務者及他之債權者。亦毫無效力。

(第二) 受强制執行者。及行之者之氏名。須明記於判決及執行文。五二八之一故在權利承繼人、或對於承繼人。欲爲執行時。必有明記之執行文。五二九然其人無異。僅變更氏名者。則不必要。如會社之清算人、及破產管財人亦同。

(第三) 日時保證 請求之主張。繫於某日附之到來時。須其日時之滿了。五二九之一執行文不妨在日附之到來前付與之。然達於時期前。則無效力。故若在日時以前。雖依此名義。而其行爲亦無效也。若債務者不明言拋棄其主張無效之權利。仍視爲法律上之强制執行。則當無效也。

執行繫於債權者立保證之條件時。則立保證。且須以公正之證書。而證明之。五二九之二立保證與否之調查。屬於執行機關之職務。執行文在立保證以前。不妨付與。五三〇之一

(第四) 不在預備、後備軍籍之軍人軍屬。(即在現役者)就於强制執行。則在執行前。通知其上級司令官廳。五三〇之二然此通知之懈怠。非即無效執行也。僅因第五百四十四條第一項之規定。得申立異議而已。蓋此缺點。無直接關係於債務者故也。

第二節 强制執行之機關

強制執行。應屬於司法權。及民事上執行之權。既由司法權管掌之。如本編總論詳之。然執行非使受訴裁判所管轄。凡關於強制執行之行爲。全與受訴裁判所分離。別使獨立之執行機關實行之。此法制爲法國所創定。巴羅黑爾及拍密倫之訴訟法。先倣之。德國訴訟法。亦從之。日本民事訴訟法。故亦採此主義。強制執行之機關。卽執達吏、及裁判所是也。但其所謂裁判所。非訴訟裁判所。乃執行裁判是也。詳言之、其裁判所雖爲訴訟裁判所。而資格則異。故法理上、全視爲別種之官廳。

第一款　執達吏

(第一)　執達吏法律上之地位。　裁判所構成法第九條云。區裁判所置執達吏。執達吏送達由裁判所所發之文書。及執行裁判所之裁判。又二十三年法律第五十一號執達吏規則、第一條云。執達吏屬於區裁判所。從法律送達關於訴訟之書類。及執行裁判。故附屬於執達吏之裁判所。而爲送達機關。且爲裁判之執行機關。無疑也。

裁判之執行。爲行法權之一部。屬於國家。(參照第一章第五、第二章第二)凡國家委任以職務者。謂之官吏。然則執達吏。亦爲官吏之一。依執達吏規則第十九條、第二十一條、及第二十三條之法文。執達吏之身分爲官吏。是亦無容疑也。(1)

(1)執達吏與以一定之俸給。或受法定之手數料。各國制度不同。但俸給之有無。未足以定爲官吏與否之性質。各國無給爲官吏者。固甚多也。

然執達吏行強制執行之手續。對於其委任者之債權者。其權利關係如何耶。換言之、卽執達吏若爲官吏。則其職務上之責任。亦與他之官吏。對於人民同。若基於當事者之委任。則其委任與執達吏之權利關係。不外民法上所謂代理關係。委任者與執達吏間之關係。果何屬耶。是爲德國法律上一大疑問。前說採官吏說。後說採代理說。互相對峙。並有勢力。而判例亦未確定。故德國帝國裁判所。以千八百八十六年六月十日民事總部之聯合判決。遂發表從代理說之意見。嗣是實務社會。漸歸沈默。蓋執達吏爲官吏。但其職務所行之執行行爲。乃基於委任者之委任。故因其過失而生之責任。從代理法之原理。可以負擔也。

我民事訴訟法。採如何主義耶。第五百三十二條云。

執達吏、因債權者之委任。而爲行爲。及違背職務上之義務。對於債權者、及其他關係人生損害時。則第一任其責。

德國訴訟法。無此法文。係日本立法者。因決前揭之疑問。明示從所謂代理說之主義也。

然至法文之主旨。則頗屬難解。

所謂執達吏第一任其責者。如何解釋耶。若以保證人對於主的義務者而言。稱爲第二之義務之義耶。據法律取調委員之註解。執達吏因本條之行爲。債權者、債務者、及其他關係人、被損害時。不問出於故意、與出於過失。雖當事者有損害負擔之義務。亦先任第一負擔之責任。此使執達吏重負責任之理由。蓋(中略)以其得手數料於甚廣之委任範圍內。而無限行財產之處分等。危險亦不尠。故因保護當事者、及關係人。使負一種特別之責任。例如假差押時。基於裁判所之命令。因債權者之委任而行差押之手續。惟結局債權者之請求不當。而假差押亦爲不當時。縱無違背職務上之義務。又無過失時。執達吏仍須第一任其損害之責。反之、執達吏違背職務上之義務。或因重過失而生損害時。以執達吏任其責爲主。無論也。然責任非僅官吏之執達吏有之、即委任者之債權者。仍視爲第二義務者、而任賠償之責耶。此等疑問。基於代理之法理。不得解釋之也。或因所爲選定代理人有責任耶。然執達吏爲官吏。悉由政府任設之者。豈得謂債權者有選擇之自由耶。註解者曰。爲一種特別之責任。固已。余對此法文。以語義、文理而言實不能下適當之解釋。不外謹俟識者之教正而已。

右之法文。雖屬不明。而既採代理主義。亦不難從其原則而論定之。代理法屬於民法之範圍。茲不論究。

（第二）委任之付與。及委任之廢罷、取消　債權者之委任。不須以書面或口頭而委任之。以所謂有執行力正本之交付。生其效力。三五三　又其委任。不須債權者直接之委任。蓋債權者就於委任。得求執行裁判所之區裁判所書記之補助。而書記之委任。法律上亦視爲債權者之委任。五三一之二及三

執達吏以有執行力正本之所持。對於債務者及第三者、行强制執行。及受取支拂、幷其他之給付。而有效交付其受取證。且在債務者完全辨濟時。則以其正本交付於債務者。又爲一分之辨濟時。則於正本附記其旨。且有交付受取證之權利。而此種權限。法律上當然付與之者。故對於債權者或第三者。不得主張委任之欠缺。及委任之制限。五三三、五三四、五三五

執達吏之受取證。雖爲法律上完濟之確證。但債務者日後對於債權者。亦不妨求受取之證。五三五之二

（第三）執達吏之受任、或委任之拒絕。執達吏以因强制執行而設置之故。其委任之

事項。須在土地及事物管轄之範圍內。受其委任。（執規第十條）但可拒絕者如左。

（一）執達吏因法律之規定。被除斥時。（執規第八條）

（二）缺法律上强制執行之必要條件時。

有謂不預納手數料。及立替（墊付）金時。執達吏可拒絕其委任者。然法律上既無與此權利。從而不能謂爲執達吏規則第十條、所謂正當之理由。但在債權者預納前。不著手執行。卽以執行著手繫於預納手數料之條件者。似亦無妨也。

依第五百七十一條之規定。因保存差押物。須特別處分之費用時。執達吏有使預納費用之權。故債權者不爲預納。得拒所謂特別之處分焉。

（第四）關於執達吏之行務。土地及事物之管轄。　關於執達吏之行爲。土地之管轄。裁判所構成法第九十七條定之。

執達吏者。在管轄其所屬區裁判所之地方裁判所、管轄區域內。隨地得行其職務。

依此規定。執達吏在地方裁判所之全管內。有行職務之權利。然執達吏規則第七條。一區裁判所。有數名之執達吏時。可依裁判所、及檢事局所命令之事務。與經裁判所書記而委任之事務。以分配於各執達吏。而其分配。適可從土地之區域者也。故其分配已定。

其範圍亦自至縮小。（執・組・第二條）

在右管轄區域內。不問何地。苟於債務者財產存在之地。得執行其職務。卽不問在其住所、與在住所以外也。然不許有亂暴之行爲。例如在市街奪債務者所持之時計。（錶）或搜索於懷中是也。

就於事物之管轄。凡在法律無別段之規定者。皆執達吏可以實施者也。（五三一）故因法律之規定。不屬於裁判所管轄之執行行爲。皆屬於執達吏之管轄者也。列記之如左。

（一）對於有體動產之強制執行。（五六四以下・及六一五・）

（二）對於以爲替證券、及其他裏書、得移轉之證券之強制執行。（六〇三・六・）

（三）動產或不動產之引渡、及明渡。（七三二・七三一・）

以上事物之管轄以外。不俟裁判所之命令。執達吏獨立而爲執行行爲。則其行爲。悉屬無效。

（第五）強制執行之時期。關於強制執行時期之制限。有左之二種。

（一）債務者之破產處分中。但因不動產之賃貸人。取回其賃貸物。及基於優先權者。不在此限。（商・破九八・六・九八七・）

(二) 夜間、及日曜日、幷一般祝祭日。若非執行裁判所許可者。不得爲强制執行。九五三

夜間者。謂由日沒至日出之時間也。執細第八條又一般之祝祭日者。據普通之說。專指國祭之日也。如元始祭、孝明天皇祭、紀元節、春季皇靈祭、神武天皇祭、秋季皇靈祭、神嘗祭、天長節、新嘗祭、是也。然如一地方全般之祭日者。似亦可謂爲一般之祭日焉。執細第七條

以上制限外。强制執行。在判決確定後。隨時得爲之。然債權之不行使。則因時效而消滅。故當事者援用時效時。强制執行。無其效力。

(第六) 對於債務者、及第三者、之執達吏之關係。 債權者與執達吏之關係。多有疑義。如前段所述。然債務者及第三者。與執達吏之關係。則毫無可疑。卽全然對於官吏之關係也。蓋所謂强制執行及送達。皆純然之職務行爲。而對於其委任者之外。依官吏之資格行之。而此資格。以職權、與基於委任、均無差別。惟日本民事訴訟法。第五百三十二條之規定。有對於其他之關係人云云。則對於此等之人。其職務行爲。仍負第一責任耶。或僅因一己之故意、及重過失、而負責任耶。終未明瞭耳。參照本款第一

(第七) 關於强制執行之實施。執達吏之權利及義務。

(一) 執達吏亦爲官吏。故與他之官吏同。不得使他人行其公務。然日本制度。實際不能僅以執達吏自行百般之執行行爲。故執達吏規則第十一條。定得以自己之責任。臨時執行職務。但其代理者之資格。固有限定也。

(二) 調查判決之執行力如何。執達吏無此權限。(參照前節第二款第一項第一)其強制執行開始時必要之條件。(參照同上第三項)執達吏自可調查之。且其不備者。執達吏得使完備之。例如除送達或通知(第三項之第一及四)外。可拒執行之實施也。

(三) 執達吏爲執行有必要時。有搜索債務者之住居、倉庫、及筐匣。又使開已閉鎖之戶扉、及筐匣之權利。又受抵抗時。則用威力。且求警察援助。須兵力時。可申立於執行裁判所。(五三六執細第五十條)

又受抵抗時。或在債務者之住居、爲執行時。債務者及成長之家族、并雇人。苟不出會。則可以成丁者二人、及市町村并警察之吏員一人。爲證人。使之立會。(五三七執細同上)

(四) 強制執行。有利害之關係者、因其請求。許記錄之閱覽。又有付與書類謄本之義務。(五三八)

(五) 執達吏、就於各執行行爲。有作調書之義務。調書應具備之諸件。卽第五百四十

條所列記第一號至第六號之事項是也。

執達吏之調書。與口頭辯論之調書異。不過證明之書面。非公正之方式。故執行行爲之正本。不必繫於此調書也。

第五百四十條第二項云。此調書具備左之諸件。然因此調書之要件。有所缺時。一切之執行行爲。非悉使無效。惟其調書、失公正證書之效力耳。德國有反對論者。謂一切行爲。悉屬無效。然調書之某事項。雖有缺點。而既爲差押之事實、或爲競賣之事實。非可消滅。若謂爲無效。則既付公賣者。須更爲再買回之正式手續矣。夫以調書既可爲證明之具。則缺要件之制裁。僅使失公正證書之效力而已。而裁判所固仍可保私書效力之事實。爲適當處分焉。（五四〇執細第五十二條）此外各行爲之調書。詳於執達吏執務細則。以下皆同。

（六）屬於執行行爲之催告通知。執達吏以口頭爲之。惟須記載於調書。若不能以口頭爲催告通知時。則送達調書之謄本。又在執行地及執行裁判所之管內。不能送達時。以郵便送達調書之謄本。而皆以其事記載調書。（五四一）債務者之所在不明時。又在外國時。不須送達。（五四二）

(第八) 對於執達吏之抗告。對於執達吏之抗告。共分爲二種。其一、執達吏違背法律、或訓令。而爲事務之取扱、或延滯、或拒絕時。因使之受其處分。向監督長官而爲之者。裁判所構成法第百四十條 其二、以其違反强制執行之方法、或當執行時應遵守之手續。又無正當之理由。拒絕執行之受任或實施。又就於其手數料。而發生異議時。向執行裁判所而爲之者。四五四

此二種抗告、獨立得爲之也。

第二款 執行裁判所

(第一) 執行裁判所之區裁判所。

凡發强制執行之命令。及與其行爲之公力者。以屬於區裁判所之管轄爲本則。且法律不別指定裁判所時。則以可爲執行手續之地。或管轄執行手續之地。卽區裁判所。視爲執行裁判所。三五四

執行裁判所之區裁判所之行爲。頗屬繁多。

(一) 屬於執行行爲之實施者。如左。

(甲) 債務者對於第三債務者之債權也。以金錢、及有體物、或有價證券、爲目的之執

行行爲。（五九四至六二五）及應行引渡之物。存於第三者之手時。債務者有轉付引渡之請求權。（七三二）

（乙）對於不動產之執行。（一六四）

（丙）配當手續。（六二六至六二九）

以上詳細之說明。讓於第二章。

（二）關於強制執行之方法、抗告之裁判。及執達吏應遵守之手續、抗告之裁判。（五四四）

（三）官廳援助之媒介。第五百五十五條一般規定之曰。爲執行。必須官廳之援助時。裁判所可以援助事。求於官廳。民事訴訟中所明示之各種情事如左。

（甲）受牴抗時。須警察之援助。或須兵力者。可以此申請於裁判所。（五六三之二）

（乙）不在豫備後之軍籍之軍人軍屬。在兵營、及軍事用廳舍、或軍艦。應爲強制執行時。因債權者之申立。執行裁判所。囑託於管轄之軍事裁判所。或所屬長官、及隊長、而爲之。但因其囑託已差押之物。則交付於債權者所委任之執達吏。（五五六、執細第四十九條第三）

（四）執行裁判所。就於強制執行。仍有須爲一種之行爲者。卽如第五百三十九條、第二項、第五百六十五條、第二項、第五百八十二條、第五百八十五條、第七百三十一條

之行爲是也。

(第二) 爲執行裁判所之受訴裁判所。

受訴裁判所。應以執行裁判所、而爲之行爲。如左。

(一) 在外國應爲強制執行時。而外國官廳、與本國裁判所。屬於法律上之共助時。因債權者之申立。囑託於外國官廳。五之一五七

在外國之強制執行。須互以條約定之。而無此條約者。則不能實行。故不詳爲說明。

又依駐在外國之本國領事。得爲強制執行時。則囑託其領事。同上之二

(二) 僅因債務者之意思。得爲之行爲。第三者不得爲時。從民法之規定而決定之。二七四

第三節 強制執行之管轄。強制執行審之裁判籍及裁判

(第一) 執行之裁判籍。執行審之裁判籍。爲專屬裁判籍。三五六 故不許以合意而變動之。然其專屬者。僅土地之管轄而已。故因目的之如何。裁判籍有屬區裁判所。又有屬地方裁判所。即第五百十四條第二項、第五百十九條、第一項、第五百六十一條第三項、第五百十五條第二項等。得以合意而定裁判籍者也。

(第二) 裁判之送達及上訴。

(一) 書記之處分、及上訴。既在判決確定之證明書、及執行文中。說明之。故茲所論述者。僅對於裁判所之裁判也。

凡因訴之方法。以判決至於結局者。則以口頭辯論爲必要。五一四・五二一・五四六・五四九・五六五・六三五・七八一・然强制執行審之裁判。則口頭辯論。屬於裁判所之權能。蓋在第五百四十三條、概括規定之。而訴訟之裁判。則反是。就各種之事件。而指定裁判所焉。五〇〇・五一二・五二二・五四七・五六二之三・不命口頭辯論時。則裁判可從書面而行之。然亦與相手方以書面述其意思之機會也。惟第五百九十七條、限於差押命令。不許審訊債務者。又在第七百三十三條。第七百三十四條、則反是。決定前。以審訊債務者爲必要。七三五

(二) 又裁判所命口頭辯論時。就於口頭辯論主義。適用之程度如何。德國學者間有異論。蓋於權能的口頭辯論。不適用闕席裁判之規則。概屬一致。而口頭辯論之方式及進行。一〇四以下又一二九訟廷之取締。及用代理人時。須辯護士等。亦無可疑也。然其議論所不一致者。因口頭辯論。可爲裁判之基礎。裁判不能及於口頭演述之外。則其申立人不出頭時。不能爲何等之裁判耶。抑裁判應以書面記錄爲基礎。而口頭辯論。不過記

錄中材料之說明耶。余信後說。舉其要旨如左。

曰法律不用口頭辯論。命裁判時。則悉基於記錄而裁判也。且卽許裁判所命口頭辯論時。裁判所究當先基於記錄之材料、而裁判。惟若有不充分之點。使之完全。得命口頭辯論而已。民事訴訟法之口頭辯論主義。卽以口頭演述爲基本之原則者。究限於法律上以口頭辯論爲必要之際也。故曰、得基於記錄而裁判。且曰得命口頭辯論云云。則當事者若不出頭、及不從記錄爲完全之演述。裁判所仍可基於記錄而裁判者。要與第百三條所謂口頭辯論之主義。稍異其趣也。

依此說則卽須證據之事件。可不必爲證據調之決定。而得採於記錄之說明。之當事者陳述。又可用一切之證據方法。

(三) 裁判常以決定爲之。雖有口頭辯論者。亦不須判決。從而裁判不付以理由。亦不得謂爲違法。但裁判所應付以理由時。則付之耳。

用口頭辯論時。則其決定須言渡之。(二四五) 然言渡須預作書面。(參照二三四)

不用口頭辯論時。則不須言渡。但其裁判須以職權送達其正本。(二四五之三) 惟差押命令、(五九八・六〇〇・六一四・六二五・) 則以職權送達於第三債務者、及債務者。而債權者僅通知爲其送達

而已。

(四) 在強制執行。對於不豫經口頭辯論所爲之裁判。得爲卽時抗告。(五八五)然則執行手續。除判決外。一切不經口頭辯論而可裁判者。不問何等情事。可以卽時抗告。惟視爲例外。就於執行之方法。有行抗告(參照第一章第四節第二款第一)而已。又全不許申立不服者。則如第五百條第五百十一條、第五百十二條、第五百四十八條、第五百四十九條、第四項等是。

就於抗告。不必揭申立、及示其理由。惟對於一定之決定。表示抗告之意思可矣。

抗告之期間。由送達之日起算。已爲言渡時。則由言渡起算。(四六)爲言渡之裁判。僅送達有認證之謄本而已。何則、此以言渡裁判之文言。通知其趣意也。反之不爲言渡之裁判。則以職權送達其正本爲必要。

抗告、雖裁判送達前。亦可爲之。

若裁判所應以決定爲裁判者。而以判決爲裁判時。則如何耶。余謂其判決亦不過有決定之效力而已。仍可以卽時抗告申立不服。若當事者以控訴申立不服時、則不可許。而應却下也。然在卽時抗告之期間內。以此爲抗告者、則視其抗告爲有效。要之、不

宜拘泥其名稱。當以實質爲主也。

限於費用之裁判。不得申立不服之規定。二八就於抗告之上訴。亦可適用。

第四節 對於強制執行手續之異議

第一款 對於付與執行文之異議

拒執行文之付與時。債權者申立不服之方法。本編第一章第一節第二款第四及第一款於證明書付與之抗告既詳述矣。故本節論述付與執行文時。債務者申立不服之事。

債務者申立不服。亦如債權者之申立。有二種方法。卽一般有抗告之途。及依各種事情、以訴而爲異議之方法、是也。此二種方法。得相併而行。然因債權者之訴。一五二付與執行文。既有確定之裁判時。則不得爲抗告。勿論已。

(第一)一步債務者在付與執行文之書記、所屬裁判所。有爲異議之權利。二五二對於公證人所作之證書。付與執行文時。則向管轄公證人職務上住所之地之區裁判所。申立異議。二五六

對於付與執行文之異議。得爭判決之確定。或主張付與執行文。法律上之形式要件有欠缺者。例如債務者一般之承繼。裁判所尙未明白。又不以證明書證明、是也。

又如債務名義以無相當代理權之代理者而爲和解亦可爲對於付與執行文主張異議之理由

主張異議者法律上無一定之期間惟以强制執行未及完結爲必要

異議之裁判僅判定執行文之付與爲正當與否

(第二) 執行文之付與係於債權者立保證外之條件時(五一、八)或付與於承繼人時(五一、九)債務者於執行文付與之際因既被認爲已證明之事實之到來而爭判決之執行或爭已被認之承繼時則其異議向第一審受訴裁判所得以訴而爲之其訴中債務者有數種之異議時則須一切同時主張之(五四五之三)

以訴爲異議者不妨行第五百二十三條異議之申立(五四六之但書)然須知得爲異議之申立時則不得以訴而主張異議前者雖審級已盡仍得起訴

提起異議之訴不妨强制執行之續行(五四七之一)惟有一時停止者(同上三·五四八之二及)可參照第三款

第二款 關於執行方法之異議及關於執達吏之抗告(即異議)

(第一) 關於强制執行之方法或執行之際於執達吏應遵守之手續爲申立及異議者

執行裁判所裁判之。五四四之一

抑此規定。對於執行裁判所之行爲。亦可適用耶。若可適用。於如何之範圍。可適用耶。德國學者議論甚繁。學說判例。亦屬未定。今略言疑義之大要。即對於執行裁判所之行爲。申立及異議。先從第五百四十四條。向執行裁判所而爲之。而後從第五百五十八條。向上級裁判所。始可爲即時抗告耶。將亦對於執行處分。直可爲即時抗告耶。又其適用之範圍。對於執行裁判所之行爲。即時抗告。與第五百四十四條之異議間。或謂有選擇之權者。各說皆非無理。(理由悉略)然第五百四十四條之法文。執行裁判之行爲。與執達吏之行爲。不稍差別。就於裁判所之行爲。既可適用。則即時抗告、與本條異議間。自無選擇之權利。何則、凡法律既以一定之條件。而定一定申立不服之方法。可謂其他之方法。悉已斥除矣。即對於裁判所之行爲。亦與對於執達吏之行爲同。向同裁判所可爲異議焉。

(第二) 異議之權利。非僅債權者及債務者有之。若因其強制執行。有不當而害其權利時。則第三者亦有異議之權。例如對於第三者占有之物件。以威力強行差押。又如因氏名之變更、及其他之錯誤。而受不當之差押是也。

(第三) 對於強制執行之方法。及執達吏之手續。申立及異議。應依抗告之方式。向執行

裁判所而爲之。是以其裁判。常以決定。以訴而爲異議。則不許之。然其異議。非僅形式上。而同時可爲實體上之異議。例如違第六百十八條之規定。而爲差押者。則有謂可起實體異議、卽異議之訴者。又如第五百四十四條、與第五百四十九條、及第五百六十五條條件。同時存在時。例如第三者占有之物件。反其意强行差押時。第三者非僅從第五百四十四條。以抗告之方式。爲關於執行方法之異議。并從第五百四十九條之規定。亦得爲異議之訴焉。又第五百四十四條、與第五百四十五條之異議。併立時。俟次款詳之。對於異議之裁判。則關係之當事者。得爲卽時抗告。然執達吏無抗告之權。

(第四) 裁判長在異議之裁判前。得爲假處分。且得使立保證、或不立保證。一時停止强制執行。又得使立保證。命之續行。五二二之二

(第五) 第五百四十四條。就於可爲異議之時間。毫無制限。例如以未離土地之果實。在一個月前。而行差押者。八五六爾後之差押債權者。於配當手續之間。仍據第五百四十四條。得爲異議。要之須在强制執行。尙未完結。且在可達異議目的之情況而已。

(第六) 關於强制執行之方法。得爲異議者。第一、以明違背債務名義之所載爲理由之一切抗告。第二、因執行之實施。違反應遵守形式之規定。而行抗告。例如在夜間、或日曜、

祝祭日之差押。五九三 又違反第五百二十八條、至第五百三十條之規定之差押。又違反執行之停止、及制限之規定。五五一〇 必要以外之差押。五四六 不可差押之物件之差押。五〇七 第三者拒提出之物件之差押。五七六 未達時間之果實之差押、五八六 是也。

反之、如拒絕強制執行之申立時。非關於強制執行之方法也者。故在第五百四十四條第二項、特規定執達吏之拒絕。而若裁判所拒執行之申立者。於此非依第五百四十四條之規定。乃從第五百五十八條。可爲卽時抗告也。

(第七) 據第五百四十四條第二項之規定。與關於強制執行者同一。應取扱者。執達吏拒受執行委任。或拒從委任。而實施執行行爲時。又執達吏之計算。就於手數料有異議時。是也。此際亦以抗告之式。得爲異議。五四四之二

執達吏無向執行裁判所爲抗告之權。然若在裁判所、委任執達吏以無執行義務之事項。則從裁判所構成法。向監督官廳而爲抗告。

第三款 關於因判決而確定之請求之異議、實體上之異議

(第一) 因判決已確定之請求。債務者之異議。以訴向第一審受訴裁判所。而主張之。五四五之一 又對於外國裁判所之判決、或仲裁判斷之異議。在爲執行判決之第一審裁判所。

可起訴焉。五一〇二四

(第二) 債務者之異議。雖可以判決之內容及其解釋如何爲爭點。而本則上。常以實體法之理由爲必要。例如已爲履行、或受免除、或已爲和解、或已得延期、或已爲代物辯濟、或已相殺、或已經確定請求之時效。或已有更改等之抗辯、是也。

(第三) 關於異議之訴必要之條件。如左。

(甲) 從民事訴訟法之規定。須在主張其抗辯之理由。口頭辯論之終結後。生其原因。且不得以故障而主張異議者。五四五之二

前第二所例示之抗辯。從第二百九條之規定。至接著判決之口頭辯論終結時。可以提出者。此異議之理由。與可爲抗辯之原因。須生於口頭辯論之終結後。又其判決爲闕席判決時。對之得爲故障。故須並其故障。亦不得爲者也。

判決因大審院之言渡。而已確定時。則所謂口頭辯論。則當以爲控訴判決基本之口頭辯論爲標準也。何則、在上告審固不許提出新事實也。

口頭辯論終結以前。既生其原因。不能提出者。自不爲異議之理由。惟其原因之可爲原狀回復之訴之理由者。得以之爲其訴之理由而已。

判決以外之債務名義。以左之標準、與辯論之終結同視者。

(一) 僅以抗告、得申立不服之裁判。五之第五九一有謂苟既經口頭辯論時。則在其終結或其他時際。無制限許爲異議者。惟余信限於裁判言渡後、所生原因之說。

(二) 就於執行命令。五之第五九二則以送達爲標準。

(三) 和解。五五九第三及第四則和解得諧之時。

(四) 公證人所作有執行力之證書。據第五百六十二條第三項明文。不從第五百四十五條第二項之制限。

(乙) 第二之要件。在闕席判決、或執行命令時。三九四五九第二已經過故障期間。苟當提起異議之訴時。仍可爲故障者。則以異議之訴非在其時所可許者。應却下之也。

(第四) 異議之訴。以強制執行之停止、或執行之廢止爲目的者。非以債務名義之廢滅爲目的也。故在執行手續未完結間。隨時得提起此訴。苟債務者不提起異議之訴。終受強制執行。而既使債權者滿足。則罔不得爲第五百四十五條之異議矣。此際債務者向相當裁判所。以無原因爲理由。取還其辯濟也。苟債權者僅得爲一部分之辯濟。斯異議之訴。惟對其辯濟未終之點。可提起焉。要之、異議之訴。爲執行手續中、且債權者不得全

部之辨濟時。始有提起之權也。又異議之訴。雖於正當之時而提起。而其強制執行。在訴訟中已終局時。則因第百九十六條第三號之規定。得依同一之訴。求返還不當執行之物。或求賠償。

(第五) 對於因判決已確定之請求之異議。得以爲對於執行文付與之訴之一種防禦方法、而提起之。執行判決之訴亦同。但不能以抗告之方法而提異議。然對於請求異議之訴。與對於執達吏強制執行之方法之異議。可以同時提起。

(第六) 債務者有數種異議時。須同時主張之。(五四三之五)訴狀送達之前。既生其原因者。原告欲依其訴。追加主張。則須疏明其訴狀中。不能揭載之事情。此外在訴訟中。新爲異議申立時。則爲變更訴之原因。但其變更得被告之承諾時。則許之。(一九五)是亦僅在第一審而已。若在第二審。則皆不許之也。(二四)

(第七) 異議之訴。不妨強制執行之續行。然裁判所因申立、至爲其判決前。得發左之命令。(七五四)

(甲) 使立保證、或不立保證、而停止強制執行。

(乙) 使立保證、而命強制執行之續行。

(丙) 使立保證、取消執行處分與強制執行之續行。此際以立保證爲必要。

右三種中之一、爲裁判時。後欲變更爲他之二種裁判。若非因抗告之結果。則不得變更。故在受訴或執行裁判所。先停止其執行時。後雖使立保證。亦不能命執行之續行。若夫因所爭之物。現狀之變更。當事者至於不能履行。或以發生困難之慮。則依第七百五十五條之規定。得申請假處分之命令。

右裁判、不經口頭辯論而爲之。又急迫之際、裁判長及執行裁判所。亦得爲之。此際執行裁判所。因使提出受訴裁判所異議之裁判。定相當期間。空過此期間時。則失其命令之效力。債權者有申立時。更續行強制執行。

受訴裁判所、因異議之判決。得發前揭(甲)(乙)(丙)之命令。或取消之。或變更之。及認可之。而限於此事項。應以職權宣言假執行。

對此裁判。申立不服。準用第五百十一條之規定。(五四)又就此裁判。不須當事者之申立。若當事者已經申立。而未爲之裁判。則因第二百四十二條之規定。可爲追加裁判之申立。若無申立。又不以職權而爲裁判。則在第二審。亦得行其申立。而準用第五百十一條第一項。先於其申立、爲辯論及裁判。

對於本案之判決、及執行之命令。申立不服。從一般之原則爲之。然對於控訴裁判所假處分之命令。則亦因準用第五百十一條。而不得申立不服焉。

第五節　關於執行之目的物第三者之異議

第一款　讓渡妨止之異議（執行參加）

（第一）　關於執行之目的物。第三者之請求。亦以訴爲之。茲先述其訴於法理上何以成立。不論何人。不得以自己所有以上之物。而任意讓渡他人。則夫雖爲强制執行之債權者。在於以强制所差押之債務者物件之上。亦不獲得債務者所有之以上之權利也。然則在其差押物件之上。第三者有防止讓渡之適當之權利。假令表面上。無從認知。而差押債權者。遂任意不認之。則不可無以訴而認其權利之途。此本不待民事訴訟法之規定。得從實體法之原則。以普通之訴。在普通之裁判所而提起者。然此訴、實與强制執行有密接之關係。則卽使其執行地之裁判所管轄之。最屬簡便。且使第三者、合債權者與債務者。視爲共同被告。有一舉裁定數人之關係之益。此第五百四十五條。所以特設規定也。

（第二）　妨止讓渡之權利。

(一) 物權。物權最有強力者。所有權是也。第三者主張所有權。對於差押債權者。而爲異議之訴(即參加執行)時。多在第三者不自占有所有權之動產時。蓋爲所有者之第三者。若在占有物件之際。僅拒其物之提出可矣。(五六七)不必更爲異議之訴也。然若不求第三者之提出、或不顧其拒絕、而行差押時。則對之固可爲形式上的異議。且因除却所有權之妨害。(五四九)亦得爲異議之訴。

(二) 共有者、亦得主張其所有權。爲異議之訴。何則、若其物件。至於賣却。則自己之共有權。亦遂喪失也。

(三) 所有權以外之物上權。例如有地役權、永借權、地上權、質權、賃借權之第三者。因强制執行。害其權利。可爲異議之訴。

質權者、以占有質物。固得免執達吏之押收。然若不占有其物件。則雖有質入契約。猶之他之先取特權。有擔保權者。不得拒債權者之差押。(五六)然若非僅差押其物權。因物件引渡之判決而引上之時。此等之權利者。亦得爲異議之訴。

(第三) 異議之訴。於第三者妨執行目的物讓渡之權利。及妨引渡之權利。(即第七百三十條以下)均可適用。法文上所明示也。强制執行之目的。關於行爲、或不行爲之實行者。雖因此影

響於第三者之權利。（例如所有權及發明權等）亦不得爲異議之訴。何則、所謂執行之目的物。常在於行爲。非在於第三者之權利也。

（第四）異議之訴。類於執行參加之訴。與主參加之訴。惟其中顯有差異。既如第一編第二節第三款第四所述。更約言之。執行參加之訴。乃屬諸訴訟法上之訴。究以除斥强制執行爲目的也。至於物件之引渡及賠償之請求。則非可爲執行參加之訴之目的者。換言之、卽在於認原告（卽第三者）之權利。不許於其目的物上爲强制執行。從而求宣言取消之旨也。

（第五）可許執行參加之時期。制限於强制執行之繼續中。故在眞正差押之前。（例如動產假差押）不得行參加之訴。又在執行之後亦同。若夫僅終結執行之一部分時。仍得爲參加之訴焉。

强制執行開始時。就於有體物之執行。則在於差押行爲。又對於債權之執行。則在於差押命令之送達。

又執行之終期。就於債權。對有體物之强制執行。不因其公賣而終了。何則、公賣者。有可代其物件之公賣代價。仍屬存在。故無失參加訴權之理由也。且此論理。雖在執達吏受

領公賣代價時。限於未交付於債權者。亦可適用。蓋由債權所受之委任。執達吏以其賣却代價。現實交付債權者時。始可爲終了者。僅依執達吏受取或借託。尚未盡執行行爲也。

債權者之強制執行。非僅以移付而終了。必以其債務之支拂。或物件之代價。支拂於債權者時。始爲終了也。

又物之引渡之執行。以使債權者引渡其物、或歸其占有時、而終了。

又須配當者。對於各債權者。交付配當金額既畢時。則終了。

(第六) 異議之訴。本對債權者可以提起者也。然債權不以第三者之異議爲正當時。則對於債權者及債務者。不得不主張之。故對債權者及債務者起訴時。則爲共同彼告。而此共同被告。乃所謂必要的共同被告人(參照第一編第二章第十節第二款第三之二(五四九之二))

第三者之訴狀。(即異議之訴狀)不須送達於共同被告人之本人。直送達於其主的訴訟代理人可也。蓋由強制執行所生訴訟行爲之委任。法律上當然包含者也。六五

(第七) 關於異議之訴。土地之管轄。專屬於執行裁判所。對於債權之執行時。則由發債權差押之命令之裁判所管轄之。不屬於送達其命令之土地之裁判所。又從第五百九

十三條、第六百十九條因數多差押之結果。以配當手續之目的。供託差押物件之代價、或已差押之債權時。則在配當裁判所。（即執行裁判所）亦可爲參加之訴。

事物之管轄。以所爭目的物之價額爲標準。故其價額不屬區裁判所之管轄時。以管轄執行裁判所、所在地之地方裁判所。管轄之。（五四九之三）

（第八）提起參加之訴。不妨强制執行之續行。與前節第七所述同。故若停止其執行。又須取消時。準用第五百四十七條及第五百四十八條之規定。此手續前節已述之。惟執行處分之取消。不須立保證耳。蓋於此得財產之自由者。爲第三者。對此第三者。無可主張强制執行之權也。

第二款　就於差押代價先給之請求

（第一）第五百六十五條曰。第三者應受差押之物。雖有物上之擔保權。亦不妨差押。本條之規定。第三者不占有物件。惟就其物有擔保權時。亦可適用也。無占有、而有物上之擔保權時。試就民法舉一例以明之。如建物之賃貸人。在其建物內所備之動產物。有先取特權。（民法第四百十七條）種子及肥料之供給者。就於不動產之果實。有先取特權。（同上第百五十二條）是也。若夫第三者占有物件之際。得拒其物之差押者。乃承第五百六十七條、有體物動

產之差押、執達吏占有其物而爲之之規定。則前條之規定。在債權者、或不拒物件提出之第三者占有中之物之差押。亦可準用。可以推知之也。

以上所述。不占有物件之第三者。雖得妨其物之差押。但在其物上所有之優先權。斷無喪失之理。此同條所以明示從第五百四十九條之規定。以前款所謂執行參加之訴。就於賣得金。有請求優先辨濟之權利也。（五一六五之一）

（第二）第三者之請求。有法律上之理由。且疏明其事實時。受訴裁判所。由差押物所得之代金。得命供託第三者之特權相當之金額。若因情況、有停止強制執行或命取消之必要時。則準用第五百四十七條、及第五百四十八條之規定。（參照第八十五節第七）

第六節 強制執行之停止及制限

第一款 緒言

（第一）強制執行停止。約有二種。卽因裁判所而停止者。與因執行機關、而事實上停止者、是也。後之停止。又有因裁判所命令之結果。及基於他之理由者。本章所述。專依於執行機關者。在於裁判所命令以外之理由也。而此所謂停止。仍有二義。一、保持既爲之執行處分。而停止其續行者。換言之、至後之續行或取消前。休止執行也。二、與執行之停止。

同時取消既爲之處分也。後者終結執行之爲。故更有强制執行之必要時時。亦別爲新之執行行爲也。

第五百五十條、及第五百五十一條。由其規定之旨觀之。非僅適用於執達吏之執行行爲。幷一切之執行。亦可適用也。

若在差押未終結前。有提出第五百五十條所記載之證書者。當如左之所論定。

(一) 從第五百五十一條之規定。應取消執行處分之全部時。不可爲差押。

(二) 從同條之規定。應保持既爲之執行處分時。則可實施差押。蓋此不外命執行之停止也。而其既爲之行爲。(卽差押)仍不妨保持也。

在差押以前。有提出前述書類者。不得爲差押。卽停止執行行爲也。

(第二) 强制執行之制限者。謂僅停止範圍內一部分之義也。

第二款 不取消既爲執行處分之停止

(第一) 不取消既爲之執行處分之停止者。依左之事情而定。

(甲) 提出命執行一時之停止。或各個執行處分之停止之正本時。(五五二・五五〇之一第)此命令。從第五百條、第五百十二條、第五百二十二條、第二項、第五百四十四條、第五

百四十七條、第六百九十一條第三項等而發者。

此裁判。以決定行之。故對之得爲抗告。此等之抗告。無停止執行之效力。從而不妨其裁判之執行。

若其裁判。定時期而命停止時。則時期經過之後。不俟命令。直可續行。

(乙) 提出執行判決之後、債權者已受辨濟或承諾義務履行之猶豫之旨、所記載之公正證書或私署證書時。五五之第四〇私署證書之眞否。有可疑時。不外向債權者而問明之。

若其猶豫已定期間時。期間經過後。直可續行。未定期間時。更俟債權者之委任。而續行之。要之、因債權者之猶豫證書。而停止執行者。與債權者直接委任一時之停止同一。可知也。

(第二) 違背法律而行停止。或不爲停止時。則可爲第五百四十四條之異議。抗告又(乙)之所述。則可爲第五百四十五條異議之訴。

第三款 同時取消執行之執行停止

(第一) 與强制執行之停止同時爲取消之執行停止。如左。

(甲) 由債權者申立執行之取消時。

(乙) 債務者。以費用、與主的債務。辨濟於執達吏時。

(丙) 提出應執行之判決及取消其假執行之旨、或不許强制執行之宣言並命其停止之旨、所記載之有執行力之正本時。五五之第一〇

此其裁判。以有執行力爲必要。卽法律上已確定者。或有假執行之宣言。又基於第五百十條第一項之規定。以言渡而得執行力者是也。然有執行力之正本（換言之卽執行文之正本）則非必要也。執行文者。僅決行强制執行時。始有必要耳。

(丁) 提出命執行之取消或執行處分之取消、之裁判正本時。五五之二・五五〇之一第

(戊) 提出免執行而立保證、或已爲供託之旨、所記載之公正證明書時。五五之三・五五〇之一・第

使債務者立保證。得免執行者。卽第五百條、第五百五條、第五百十二條、第五百二十二條、第五百四十七條、第五百四十九條等、之規定也。

(第二) 除以上外。執行機關。無自取消已經差押之權利。縱在差押後。確定無差押之權時。亦同。此際仍可許債務者、爲第五百四十四條之異議。但欲避後日要償者。則可以告白於債務者焉。

強制執行既終了後。無復有執行停止之事。自不待言。

(第三) 違背法律而取消執行、或不爲取消時。可依第五百四十四條之異議。而匡正之。

第七節 債務者之變動

訴訟當事者已死亡時。爲其承繼人者。受繼訴訟手續前。中斷訴訟之進行。既如第一編第二章第八節所述。但受強制執行之債務者。生有變動。可止其執行之進行與否。將又對於承繼人。更須得有執行力之正本與否。日本訴訟法。設二種例外之規定。而決此問題。

(第一) 強制執行開始後。債務者死亡時。

強制執行開始之時間。既如本章第五節第一款第五所述。而至此時間後。債務者死亡時。更不須特別手續。強制執行。依然對其遺產。而可執行者也。蓋訴訟者。雖須終始當事者之意思。與行爲。然判決既經確定。現爲執行之際。則從判決之所命。由執行機關而實施之。又不須債務者之意思與行爲。其確定之債務。究屬財產上應負擔者。故債務者雖有變動。亦無影響。仍對其遺產。得繼續執行焉。

然如已爲差押之通知、(五六六之三)有配當要求之通知、(五九一之一)債權差押之送達、(五九八之二)命換價方法之決定前之審訊、(六一三之二)爲去登實施配當之呼出、(六二九之一)等、債務者須自知之

事項者。則對於一般承繼人之相續人、而爲之。若無相續人、又所在不分明時。執行裁判所。因債權者之申立爲去聲遺產或相續人、命特別代理人。五五二

(第二) 强制執行開始後。爲戶主之債務者。辭其地位。或失其地位時。日本古來之家族制度。每戶有戶主。以戶主爲一家之權利及義務之主體。而其相續。所謂家督相續也。不限於戶主死亡之時。卽因戶主之隱居、壻養子、或入夫之離緣、及離婚、有生戶主之變動者。而其相續。及其他之權利義務之關係。全與戶主之死亡無異。蓋近來法理之進步。雖有以某條件認家族特有之財產。又戶主中之債務。至隱居及離緣後。依然認爲本人負擔之法令及判例等。亦不過一二例外而已。至於執行開始之後。則殆與戶主死亡。可以同視。卽於生此變更之當時債務者所持之財產。可準用債務者死亡之規定。以繼續執行也。五五三

第八節 保證、救助、休暇、費用、

第一款 保證

(第一) 民事訴訟法、所謂保證之性質、方法、種類。已於第一編第四章第二節。述其大要。本款特述關於强制執行之保證。

法律就於强制執行。定應立保證者頗多。卽因執行之開始、及續行。有債權者應立保證者。又因執行之免除。及取消。債務者應立保證者。或有係於第三者之所爲者是也。

據第八十八條之規定。保證、依裁判所之意見。供託擔保十分之現金、或有價證券。（參照第一編第四章第二節第一）而爲之。而其例外。第五百五條第二項。有使立保證。又使爲供託。許免執行者是也。

（第二） 保證法律上之性質。 保證因左之事情。應區別者。

（一） 由債務者立保證時。卽因執行一時之免除及取消者。（五〇〇・五〇五之二・五一二・五二二之二・五四四之一・五四七・七四三・七五九・）

（二） 由債權者。因執行之著手及其續行者。（五〇〇五〇三之第一・五〇五・五一二・五二二之二・五四四之一・五四七・五四九之四・）

（三） 第三者立保證者。

（甲） 以停止執行之目的而爲者。（五四九之四）

（乙） 第三者爲（去聲）他人爲供託者。此保證、與他人（卽債權者或債務者）自爲之。無異。

（第三） 民事訴訟法。不規定其保證之效力。及以保證所爲之支拂。或取還之事。蓋以裁判所命保證之後。以其保證而爲之辨償、或歸於無用後而爲返還之方法。則不屬於訴

訟或執行行爲。此等事項。惟依二十三年勅令第四十五號第五條。定供託物拂渡於供託者所指定者。又依裁判所之通知。可拂渡者。但供託者證明有可受領之理由。得請求返還焉。

此外關於一般之保證。第三十三節已詳之。

第二款　救助、休暇

（第一）　訴訟上之救助。據第九十四條之規定。訴訟上之救助。在第一審。就於强制執行而付與之也。卽不拘其執行裁判所之管轄如何也。故至於强制執行以前。未受救助。或在上級審。始受救助者。則强制執行之救助。轉向第一審受訴裁判所。可以申請也。若其執行不基於訴訟之結果之債務名義。基於有他之執行力之證書時。或謂可求於執行裁判所者。或謂可求於第一審裁判所。然此諸說究無憑據。在法文上。於此固無特因强制執行。而求救助之途。惟執行起訴時。則從第九十四條之規定。向所謂第一審受訴裁判所。得申請之耳。

（第二）　裁判所之休暇。　裁判所之休暇。由七月十一日始。至九月十日終。不影響於强制執行。（裁構第百二十八條）

裁判所構成法第百二十八條第三號。僅有財產差押事件。然其義與強制執行同。卽非僅指差押財產之行爲。凡執行文之付與。對之爲抗告或起訴、執行文之取消、執行裁判、執行參加之訴、及請求優先辨濟之訴、前。荷屬於差押財產之準備。及其結果所生一切之執行行爲。皆可包含之也。

第三款 執行費用

(第一) 執行費用者。因強制執行。所生之必要費用也。如強制執行中之訴、及其訴訟中之抗告、所生之費用。則不包含之。蓋關於訴及抗告之費用。在第七十二條、至第八十六條、所規定訴訟費用中。從第八十四條以下之規定。可以裁判豫確定其額也。然不可謂執行費用。悉不從訴訟費用之規定者。蓋訴訟費用之規定。爲凡關於費用一般之總則。除以他之法文。有別定之外。皆可準據總則也。

(第二) 強制執行之費用。限於必要之部分。歸於債務者之負擔。(之五五一四)若有數多之債務者。而主的債務者。屬於連帶義務時。則其執行費用。亦連帶負擔。否則各債務者。可分擔之也。

執行費用。有必要與否之審查。先以執行機關之意見爲之。但以執行機關。認爲不必要。

而得拒取立（按即催索）時。從第五百四十四條之規定。可爲異議之申立。

（第三）強制執行之費用。可與受強制執行之請求。同時取立之。五一五四之一

此法文之解釋。德國學者。有種種之說曰。此法文所謂強制執行。乃不用費用額確定之裁判。而可取立者也。或曰否。此法文乃定取立之方法者。費用額之確定。常不可不爲之。或又曰不然。此規定僅因債權者之利益而設者。故不得因此而解爲不許費用額之確定也。且判例亦多未定。余謂解釋日本法文。應從第三說。卽強制執行之費用。從普通強制執行機關之所定。直可取立。但有以裁判確定其額之必要時。則不妨爲之確定也。在債務者有使確定費用額之權。然不得因此謂其爲此確定之費用。常屬債務者負擔也。蓋如確定之申請。與執行機關所定者。歸於同一時。則其費用。債權者當負擔之也。執行費用。與主的請求同時。可取立者。專關於金錢之請求時。而可實行者也。屬於他種類之執行。則無可爲主的請求之取立者。從而不能同時爲費用之取立。此所以有費用額確定之必要也。

（第四）訴訟費用與執行費用之分別。非如世人所想像之困難者。蓋執行費用。由執行文之付與始。故有執行力之正本之送達費。雖同時爲上訴期間之始期。而由其正本爲

強制執行時。卽屬於執行之費用者也。德國學者間。則於此尙有異論。又假處分、或債務者不爲行爲時。因第七百三十三條第二項之規定。以決定所宣言之費用。應屬執行費用也。

(第五) 強制執行之費用。當其執行基本之判決、被廢棄及破毀時。則應償還於債務者。五五四之二 但其必要條件。在於本件判決之被取消。詳言之、卽僅取消假執行之宣言時。猶未足也。反之後之新判決。不須無從申立不服者。若旣廢棄判決之一部分。則其部分相當之費用。應償還也。

執行費用返還之請求。不得用反訴。須以單純之申立行之。故此申立在上告審。亦得爲之。然因此有事實確定之必要時。可駁回於第二審。

費用返還之申立。至口頭辯論終結前。隨時得爲之。或謂判決後亦可爲者 然至於後日。若非以別段之訴。則不得請求焉。

第二章 就於金錢債權之強制執行

(第一) 債權之目的有三。(一)以金錢之支拂爲目的者。(二)不以金錢之支拂爲目的。而以引渡一定之動產、或代替物、一定之數量爲目的者。(三)以行爲或不行爲爲目的

者。是也。所謂以金錢之支拂爲目的者之債權。卽自依貨幣條例所定之金銀銅貨、紙幣、銀行券。以至流通於內國之外國貨幣紙幣。凡屬一定金額。而有請求之權利者。皆包含之。如有價證券、民事訴訟法視爲一種之有體動產。故以引渡一定數量之有價證券爲目的者。則非屬於以支拂金錢爲目的之債權也。

(第二) 因强制執行。差押財產之效力。古來法制上。有二種主義、卽因差押。使差押債權者得質權。與因差押。僅生受配當之權利、而不得特別之擔保權。(卽優先權)是也。第一主義。先爲差押者。則先於他之債權者。而可受全部之辨濟。第二主義。則僅與他之債權者。受平等之配當也。

第一之主義、德國訴訟法採之。第二之主義。法國所行者也。日本亦採用第二之主義。蓋日本法制。多先從法國之法理。是爲慣例。且舊民法亦仿法國之法制。其債權擔保編第一條。定債務者之總財產。爲總債權者之共同擔保物之主義。若以平等分配。而採所謂質權主義。則與此大原則衝突。不能相容也。

以金錢爲目的之債權。其强制執行。在於差押債務者之財產。(卽動產·不動產·或船舶)付於競賣。而完債務、及執行費用也。故其差押之目的物。必可變換金錢者。且得讓渡於他人者。而如

不融通物。卽爲公之秩序、法律上禁處分之物、及公有之財產、或華族之世襲財產。則非差押目的物。其他依訴訟法之規定。不可差押之物。可參照本章第一節第一款第二項第一。

現金之差押。由債務者取上之。而以無賣却之必要。執達吏可徑引渡於債權者。但執達吏已取立金錢。則債務者與債權者之關係。視爲已由債務者支拂之者。四五七其詳參照本章第一節第一款第三項。

(第三) 因差押生差押物之效力。非僅及其物件之全部。幷及由差押物所生天然之產出物。九五六天然之產出物者。如獸畜之子、乳汁、肥料、翦毛、家禽之卵、及其雛之類。民總第八十八條

第一節 對於動產之强制執行

第一款 通則

(第一) 强制執行。本因保護債權者。而亦須使債務者。不至受不當之損害。故法律又以保護之債務者之趣旨。設二種之制限。

差押者。於因償債權者之請求。及執行費用。所必要之物外。則不可及之。五六四之二

於債務者之生存、又或職業所必須之物。則不許差押。五七一六八。是也。

(第二) 第五百六十四條第二項曰。差押者。因辦濟債權者。有執行力正本中。所揭之請求。及因償強制執行之費用。必要之物外。不得及之。此規定非僅有體動產之差押。可以適用。卽債權之差押。亦可適用焉。但或謂債權之差押。若在第三債務者之資力有可疑者。則可差押必要以外之金額。德國日本實際上。多不拘必要如何。而爲差押。是可謂反於法律之明文之行爲也。若夫其債權有不可分之性質者。如不動產及船舶之差押。雖一時可差押其全部。是僅因權利之性質。不得不然者。實乃稀有之事也。故例如同時申請數多債權之差押。而其債權之合計額。超過請求額時。則債權者就其各債權。須指定現可差押之金額。若不指定。裁判所宜却下其申請。何則、裁判所無代債權者爲債權選擇之權利也。

至差押之後。債權者苟既受一部之辦濟。債務者得請求取消相當之差押之一部。又因競賣。足以供辦濟及償費用時。須卽止其競賣。五七八

(第三) 變賣可差押之物件。而預料償強制執行之費用外。無可剩餘者。不得爲強制執行。五六四之三 此法文固不須說明。惟有一疑問者。例如法律上、警察上、因有害公益及風俗。

而禁賣買公示之出版物、雕刻物等。則雖變賣之。可得多少之價額。而準本條之規定。亦不可爲強制執行耶。

變賣物件。除償費用。可有剩餘與否。僅屬諸執達吏之判定。而如前所例示書畫、及雕刻物之類。有價格者。執達吏固可差押之。然不得付於公賣。故此際因五百八十五條之規定。由執行裁判所之命。用他之方法。使賣却之。或不依執達吏。可使他人而爲競賣。如是皆從執行裁判所之意見。定可許別段之變賣方法與否。固無一定之標準也。

(第四) 以上必要以外之差押。或償執行費用。而無剩餘之差押。法律上非屬無效者。惟因第六百八十五條之規定。得申立不服而已。

債權之差押。在必要以外之差押時。則對於此異議之權利。僅屬債務者。第三債務者。無異議之權。蓋以支拂之禁止。不至害第三債務者也。

第二款 對於有體動產之強制執行

第一項 差押之實施

(第一) 法律採用因差押而生質權之主義者。則猶之民法之質權。占有現實物件。固法理上當然之結果也。日本民事訴訟法。不採此主義。惟至於差押之方法。則其例外。有非

僅用封印或保管之方法。且以用現實之方法爲必要者焉。卽第五百六十六條第一項曰。在債務者占有中有體動產之差押。執達吏占有其物、而爲之。是也。

如右凡對於有體動產之差押。執達吏以由債務者離其物之占有、而自占有之爲本則。但不奪其占有。而得任債務者之保管者。僅限於有債權者承諾時。及運搬有重大之困難時。（五六六之二）此際不以足知封印及其他差押物之方法使人一見卽知爲差押者。則不生差押之效力。（參照執細第六十條及六十五條。）

占有之不完全。或不引離債務者之占有。或不明爲差押者。則其差押行爲之全部。應屬無效。不生差押之效力。差押旣屬無效。則後日雖爲賣却引取其物件。亦不能使前之行爲有效。此種疑問。每生於差押後債務者之讓渡時。

差押無效之際。債務者得爲第五百四十四條之異議。又不顧外面上之差押。而爲處分時。亦不能加刑法上之制裁也。

以差押物件。任債務者之保管時。執達吏亦任使保管者擔負不背戾規定之責。執達吏自爲貯藏及保管時。則執達吏任其責。（執細第六十條）故因執達吏之貯藏或保管。而物件生損害時。則債權者不任其責。

(第二) 執達吏得行差押之物。僅債務者占有中之有體動產。(五六之一)而在其占有中之物。可不拘債務者或第三者之請求。惟就於在債務者占有中與否。有時事實上及法律上。生有疑義。如債務者與他人共同占有物件者。此要可謂爲不得差押也。(執細第五十九條・第六十條)然第三者占有中之物。亦非不問何時皆不可差押者。卽第三者。若不拒其物之提出。得差押之。(七五六)特承諾提出或不拒提出。必須第三者本人直接之行爲而已。換言之。卽非以妻子及雇人等之提出。或不拒提出。爲已足也。(執細第六十條)不得第三者之承諾所爲之差押。自屬無效。且就於形式上差押之取消。得爲第五百四十四條之抗告。(1)又以占有妨害之理由。而提起異議之訴可也。

(1)第五百四十四條之申立。及異議。以抗告之方式行之。因避名稱之錯雜。單稱爲抗告。以下仿此。

(第三) 對於共有之有體動產。其強制執行。有種種之說。今舉主要者如左。

(甲) 差押共有物之全部。可競賣之。但以屬於債務者部分之代價。充債務之辨濟。而他之部分。則應分配於共有者。

(乙) 共有權。僅屬無形之持分。卽想像上之部分。非獨立之有體物。故不適用有體動

產之執行規則。而以第六百二十五條所謂一種之財產權之強制執行。爲標準也。

(丙) 債權者。受共有權之轉付後。得對共有者提起分割之訴。於共有者分割外之部分。可實行差押。及其他之手續。

此外尙有一二之說。要之、此問題若非先基於實體法之規定。則不能斷定其說之當否。

據日本民法物權編第二百四十九條至第二百六十二條之規定。共有者之一人。得讓渡其持分。而讓受人。對於他之共有者。代讓渡人有其地位。又常得求共有物之分割。故殆爲當併合前揭乙及丙二說之主義。而爲執行者也。

(第四) 執達吏當通知債務者。爲差押之事。五六六之三 而此通知。從第五百四十一條之規定爲之。然通知之懈怠。不因此使差押無效。又非爲主張差押之取消之原由。

第二項 不可差押之物件

(第一) 凡法律上不可差押之物件。約有二種。一、因民法或其他之法律。爲不融通之物。二、特規定於民事訴訟法者是也。茲僅述屬於後者。

(一) 從第五百七十條。左之物件。不得行差押。

第一、衣服、寢具、家具、及廚具。爲債務者及其家族。所不可缺之物。　徵諸外國之實例及判例。必要之衣服中。非僅職業用之衣服。卽日曜日用之衣服。亦包含之。如學生之父所有之時錶。學生之外套。衣服箪笥。結婚之指環。雖亦包含於必要之衣服中。而日本則不適用焉。

家族者。專於同居之親族。然如一時之不在者。（例如旅行）仍不失爲同居。此外徵兵服役中。及在學校、幷其他教育所之子孫。雖非同居。至於其衣服寢具。時有必要。亦有不可差押者。要之、其爲不可缺與否。全因執達吏之所見。而判別之也。（執細第十八條第五）

第二、債務者及其家族。必要一個月間之食料、及薪炭。　法文單有薪炭。然如點燈用科。亦實際不可差押也。

第三、技術者。職工勞役者。及穩婆。其營業上不可缺之物。　技術者。如建築、彫刻、繪畫、音樂、演劇等之類。皆包含之。其他不須說明。

第四、農業者。其農業上不可缺之農具。家畜、肥料。及至次期收穫前。爲續行農業所不可缺之農產物。　本項之規定。僅可適用於有體動產。故此等之物件中。或爲因用方之不動產、而與不動產共行差押時。則可差押。固不俟論也。

第五、文武之官吏、神職、僧侶、公立私立之教育場教師、辯護士、公證人、及醫師。爲執行其職業不可缺之物件。幷身分相當之衣服。文武之官吏者。專指現在其職者。如退職、休職、及非職官吏。皆不包含其中。

第六、文武之官吏、神職、僧侶、及公立私立之教育場教師、據第六百十八條所規定。職務上之收入、或恩給。而不受差押之金額。但由差押至次期之俸給、或恩給之支拂。依日數而計算之。第六百十八條。定未經收入之俸給。及對於其他差押之制限。本項定既經受領。現所持金額差押之制限。

第七、在於藥鋪。爲調藥所不可缺之器具及藥品。本項所謂藥鋪。與一般之藥種商異。指受內務省之免許。有調劑之權利之藥鋪也。

第八、勳章及名譽之證標。勳章不問其爲內國與外國。又名譽之證標中。如各種之褒賞亦包含在內。然於德國則以凡博覽會之賞牌。及其他之類此之物。爲不包含在內。

第九、實印、及其他職業必要之印。

第十、供神體、佛像、其他禮拜之用之物。此蓋因不傷害神聖之信仰心。而禁其差押

也。

第十一、系譜。系譜者。以其家相傳。不絕祖先之祭祀。所尊重也。故無關於債務者家。名家之系譜。則不包含之。

第十二、關於債務者、或其家族。未公表發明之物。及債務者、或其家族。未公行著述之稿本。本項期於無害著述與發明。

第十三、債務者及其家族。在學校供用之書籍。

(二)　除前段所列記之物。及不融通物。并其他法律上不可讓渡之物外。凡爲人身一部之物。亦不可差押。例如頭髮、鬚髯、補齒之類是也。

(第二)　第五百七十條之規定。既如所述。本因保護債務者而設。然同時亦基於公益之理由也。卽如第三號至第八號。所揭之物。全因國家有保存之必要。或有利益者。此從物件之性質。可以知之也。既關於公益。故債務者無拋棄之權。雖以其合意行之。或差押之際。債務者雖承諾其差押。而亦不可差押者也。

第三項　差押後之手續

(第一)　現金之差押。

(一) 差押金錢。可引渡於債權者。(五七四之一) 所謂金錢者。現金之義。限於內國可以通用者。故如外國貨幣、紙幣。雖在內國亦有相場。而不得與現金同視。執達吏雖受領之。亦不得直爲支拂。視爲代物辨濟可也。代物辨濟者。若非有債權者之承諾。則執達吏不得因支拂而受領之。故債權者不承諾時。執達吏不可不從其市價。引換現金。卽從第五百八十條、及第五百八十一條。而處分之可也。

(二) 執達吏取立金錢時。法律上視爲債務者。已行支拂者。(五七四之二) 故生左之效力。

(甲) 現金既屬於債務者之所有。則辨濟債務。爲已終了者。故執達吏受取後。其金錢危險之責任。移於債權者。(執細第十一條第六)

(乙) 金錢已經取立後。則他之債權者。不得爲差押、或加入配當。

因數多債權。差押金錢時。辨濟充當之順序、方法。應從實體法之法則。(五九三參照) 法律所謂視爲已支拂者。究屬强制執行之結果。與任意之辨濟不同。例如對其債務名義。有申立不服之理由時。則就其辨濟。可申立不服勿論也。

(三) 債務者立保證。或爲供託。已許免除執行時。不生金錢取立卽視爲支拂之效力。(五七四之二)

二 因保證或供託而免執行者。如第五百條、第一項、第五百十二條、第五百二十二條、

第二項、第五百四十四條、第一項、第五百四十七條、第二項、第五百四十九條第四項、等是。此等規定。雖現爲金錢之差押。亦不生所謂支拂之效力。故他之債權者。對其金錢。得加入配當。蓋因保證或供託。而爲免執行者。而其既經差押之金錢。究因執行行爲而得者。似亦須立卽返還者也。然法律於此。就其已差押之金錢。執達吏不引渡於債權者。亦不返還於債務者。而特供託焉。[六〇] 故所謂免執行者。不過以爲停止辨濟之效力之行爲者而已。

(第二) 現金以外之差押物。

(二) 金錢以外之差押物。執達吏可以公之競賣方法。賣却之。[二五七] 關於競賣之規定。如左。

(甲) 競賣、法理上之性質。 法理上競賣之性質如何。及其效力如何。全屬實體法之範圍。故從省略。

(乙) 高價之競賣物。在其競賣之前。使鑑定人而爲評價。[三五七] 所謂高價物者。非僅指其物之原料。爲高價者。例如特種美術品、因施以技術。而得高價。及古物、幷以稀有之故。而得高價者。亦包含之。蓋此等物件。若非有特別之鑑識。或

以不當代價而賣却。則債權者及債務者。有受損害之虞也。故使適當之鑑定人爲之鑑定焉。（執細第六十四條及第六十九條。）

金銀物。苟在於較金銀之實價以下。不許競落。故至其實價無競買者。不依競賣之方法。執達吏得以達於實價之價額。適當而賣却之。（五八）

（二）競賣之日時、及場所。

差押物之競賣。除因差押債權者。爲執行力之正本。要求配當之債權者。及債務者。就於競賣實行之日時。爲合意時。又差押之貯藏。生不相應之費用。或避價格減少之危險。有必要時之外。差押之日。與競賣之日間。至少若非存七日之期間。不得行之。（五七執細第七十一條）

又競賣之場所。除由債權者及債務者之合意。在他地競賣之外。在其差押之市町村行之。（五七六）

且競賣之日時及場所。當與競賣之表示。同時公告。（五七六執細第七十一條）

不遵守以上之規定時。得爲第五百四十四條之抗告。

（三）競買人。競落。代價之支拂。再競賣。

(甲) 何人得爲競買人。從實體法而定。據一般之原則。須有爲契約之能力者是也。故無能力者。雖卽時支拂現金。執達吏不得以之爲競落人。此外特不許爲競買人者。或禁之者。從各國法律之規定而不同。例如有許執達吏爲競買人者。有禁債權者爲競買人者。又有許債務者爲競買人者是也。

(乙) 最高價競買之競落。以其價額。三回呼上後行之。五七七之一

(丙) 競落物之引渡。若非與代金同時。則不得爲之。同上之二故以延期支拂之約。而爲引渡者。法律上爲無效。然因第五百八十五條之規定。有關係人之申立。執行裁判所。用別段之方法。可以賣却之旨。或不依執達吏。而命競賣時。不在此限。

(丁) 依第五百七十七條第三項之規定。最高價競買人。在競落條件可定之支拂期日。或不定期日。競落期日終了前。須支拂代金。而受物之引渡。若其期日不支拂現金。求物之引渡。則新定同前之競賣期日。再行競賣。但此際前之競落人。不許再加競買。而再競賣之代價。較低於最初競落代價。則擔任其不足額。而其額較高時。就其增額。無請求之權。五七七之三

據以上之規定。競落者。非取得競落物之所有權。可知也。

(戊) 無提供競買代價者。預料再爲競賣可得結果時。則執達吏得更試競賣。裁判所得從第五百八十五條之規定。命以可以他之方法得爲競賣之旨。若夫其競賣物全無價者。執達吏準第五百六十四條、第三項。取消其差押。其物件應返還於債務者。

(四) 因差押債權者。配當要求者。或債權者之申立。執行裁判所。用他之方法。或他之場所。得使執達吏以外之人。命爲競賣。五五八 雖然、執達吏以外之人。得委任競賣者。不可謂有第五百七十七條之效力。卽其賣得金之領收。非可視爲由債務者已經支拂之效力者也。

(五) 競賣以賣得金辨濟於債權者。及已足償强制執行之費用時。直行停止。五八七 剩餘之物件。應返還於債務者。

(六) 執達吏領收賣得金時。視爲債務者已經支拂。又爲保證、或供託。而許免除執行。不適用此法則。與本項(第二)之(二)及(三)所說述同。

第四項 對於未收穫之果實及蠶之强制執行

(第一) 據民法之規定。凡果實及收穫物。未離土地者。非僅不得謂爲動產。且其所須培養保存等。亦不許視爲動產而差押之者。然至近於成熟期。則無培養等之必要。而未收

穫之果實。與主的不動產分離。視爲獨立之有體動產。因特許之僅差押其果實。卽第五百六十八條第一項云。果實雖在未離土地之前。得差押之。然其差押若非在通常成熟時期之前。一個月內。不得爲之。蓋果實在距成熟期尙遠以前。若許爲差押。非僅有怠於培養而妨成熟之慮。且毫無價值。故不能爲一種之有體動產。而爲差押之目的物也。所謂果實者。屬於民法上收益權之樹林、及竹林採伐物。則不包含其中。僅指成熟季節之果實而言。又其差押之要件。僅其果實屬於債務者足矣。不問其權限爲所有權、與收益權、與借地權也。

於蠶亦然。故同條第二項云。若非其大部分爲旣能造繭之蠶後。不得差押之。

未離土地之果實。非如他之有體動產。得運搬之。爲現實之占有。故其占有。如執細第七十五條云。差押果實或蠶、爲已占有之標示而明記之、且以記名爲差押之告示之類而爲之。

一個月之期間。自通常成熟之季節起算。不拘現實成熟之時期也。若違此期限之時期。其差押非當然無效。惟得爲第五百四十五條之抗告而已。

（第二）未離土地前已差押果實之競賣。至其成熟後。始可爲之。而執達吏爲競賣、有使

收穫之權利。（五八四之一）蓋茲所謂成熟。爲現實之成熟。非謂成熟之季節也。蠶之競賣。全成繭後。始可爲之。（同上之二）

第五項　對於以有價證券、及爲替、其他裏書、而可移轉之債權之强制執行

（第一）有價證券。本節所謂證券。非僅指債權之證書。而其證券可視爲債權之所持者。詳言之。證券與債權視爲同一體之證券也。且限於有此性質者。不拘其爲記名與否也。屬此種類之證券。例如公債證書、兌換銀券、銀行切手。是也。民事訴訟法。此等之證券。非如他之債權證書。須轉付、及取立之命令。證券之占有者。僅提出其證券。卽可實行權利。故與有體動產同視。其强制執行之方法。規定於對於有體動產之執行中。（執細第七十五條第一項）

（第二）有價證券之差押。從有體動產差押之通則。以執達吏占有其證券而爲之。（五六之一）然至於換價之方法。則不得與他之動產。從同一之手續。而應從特別之規定。

（甲）已經差押之證券。在株式所、或市場。有時價者。則執達吏以賣却日之時價。適宜賣却之。無時價者。則從一般之規定、競賣之。（五八一・執細第七十五條）

(乙) 有價證券。有記名時。則執達吏向執行裁判所。更換氏名。及代債務者。爲必要之陳述、申立權利之付與。且書換買主之氏名。五八二・執細同上

右權利授與之申立。執達吏固可自爲之。而債權者及買主亦同。

(丙) 無記名之證券。換爲記名。或依他之方法。防止其流通時。則使回復流通。又代債務者爲必要之陳述、獲得權利付與而實行之。與前項同。五八三・執細同上 蓋已禁流通之證券。證券卽失債權所持者之性質。不過爲債權之證書、或證明書而已。故使回復其流通。爲必要也。但因差押債權者、配當要求者、或債務者之申立。執行裁判所。得命以別段之方法。固勿論已。三五八

(第三) 對於以爲替、其他裏書可以移轉之債權之强制執行。從左之規定。

(甲) 就於爲替證券、及其他裏書證券、債權之差押。以執達吏占有其證券而爲之。○六三

故與他之有體動產之差押同。得行照查手續。

此際不須對於第三債務者。禁止支拂。又不須對於債務者。有禁止取立之命令。蓋此等之債權。不提出證券時。不得爲有效之支拂。故特無禁止之必要也。

(乙) 換價之方法。應從對於債權之强制執行之原則。故從第五百八十五條之規定。

限於裁判所不以別段之方法命之賣却者。以其權利之轉付而執行之。蓋非因此轉付。變其證書之性質也。詳言之、卽非成爲所持人拂之證券。不過因其轉付爲裏書讓受人而已。

若其債權。非金錢上之請求。而爲引渡物之請求時。應從第六百十五條之規定。

(第四) 以上第一及第二所謂證券以外之債權。不因其證書之占有。生差押之效力。卽從第六百條之規定。因取立或轉付之命令。而始生差押之效力也。要之普通之債權證書。不過爲債權之證據物件。而其證書決非可以爲差押之目的物者也。

第六項 照查手續及配當要求

(第一) 日本民事訴訟法。不採因差押發生質權之主義。僅採發生加入配當之效力之主義。本章第二、已詳述矣。蓋依此主義。雖許附帶之差押。而其差押之效力。僅生配當要求之效力。法理上固亦無妨。且有體動產之差押。因執達吏占有而爲之。故雖許附帶之差押。而實非重生差押之手數。及別段之費用者。不過記入調書。或交付而已。故與所謂照查之手續同。在事實上亦未有差異。惟日本立法者。特以第五百八十六條第一項之明文。規定就於差押之物。不得爲他之債權者。更行差押之手續。故日本民事訴訟法。就

名義上言之。有體動產。固可謂不許附帶之差押耳。

(第二) 既爲第一債權者行差押之後。受第二以下債權者委任之執達吏。則可對於爲第一差押之執達吏。求閱覽差押調書。查照其物。若有未經差押之物。可爲左之手續。使生配當要求之效力。

(一) 占有屬於未差押之物件。且作成差押調書。

(二) 以差押調書。交付於第一差押之執達吏。且可求競賣一切差押物。

爲右之手續時。第二執達吏。所受債權者之委任。法律上當然移轉於第一執達吏。五八之六及三

(第三) 於同上之事情。既無可差押之物時。則作照查調書。卽記載差押調書、與債務者之有體動產對照。作記載無可差押之旨之調書。交付於第一執達吏。

此際第二債權者。委任權限之移轉。及生配當要求之效力。幷因第一差押之取消。而生差押之效力。一切與前段無異。故第一執達吏。因法律之力。由移付之委任。可爲第二債權者。續行爾後之手續。五八六之二及三執細第七十八條第二項至第四項

以上限於基有執行力正本之債權者。執達吏經適當期間仍不競賣時。催告以一定期

間內。當爲競賣。苟不應其催告。則得更申請執行裁判所之命令。

(第四) 照查手續以外之配當要求。日本强制執行手續。有配當加入之權利者。非僅有執行力之正本之債權者。凡從民法得要求配當之債權者。皆可要求賣得金之配當者也。九五八

所謂從民法得要求配當之債權者。凡已到請求期限。有金錢上之債權者。及債務者。因民法之規定、失其期限之利益時。未達請求期限之債權者。亦包含此中。民總三十七條第百二

右配當加入之要求。依第五百九十條之手續。至競賣期日終結前得爲之。五九

以上之配當要求者。爲非基於有執行力之正本之債權者。故必要左之手續。

(一) 非基於有執行力之正本。要求配當時。執達吏應通知於差押債權者。及已爲照查手續之債權者、并債務者。以有配當要求之旨。又債務者申立不認諾其債權之旨時。亦應通知於債權者。

(二) 受右通知之債務者。自通知後三日之期間內。可以認諾其債權與否、申立於執達吏。執細十九第七條

(三) 受債務者不認諾其債權之旨之通知時。則債權者由通知後三日之期間內。對

於債務者。可提起債權確定之訴。五九一

(第五) 配當要求者。非必爲在配當裁判所由於配當手續以下六二六而欲受辨濟之要求也。故自競賣期日、或金錢差押之日。十四日之期間內。在債權者間。配當之協議已諧時。則執達吏可行配當。

若債權者配當之協議不諧時。執達吏供託其賣得金。卽從第六百二十六條以下之規定。因配當手續。而分配於各債權者間。五九一之三

金錢之差押。如本章第二所述。因一定之債權者而爲之者。直生支拂之效力。故後加入配當他之債權者。無可支拂。然若因數多之債權者。同時爲現金之差押者。例如第四十八條第三爲共同原告時。則固不得不分配於各債權者。此際各債權者不滿其債權之額時。則與有數多之配當要求者相同。執達吏供託其金額。而移於配當手續。五九三之二遇以上事情。執達吏可以其情況。申報於執行裁判所。其申報書應添附關於執行手續之書類。執細第八十一條

第三款 對於債權及其他財產權之强制執行

第一項 執行機關

（第一）有體動產之強制執行。如前款所述。除有執行力之正本外。由差押至競賣配當。（債權者之協調已調時）一切之執行行爲。執達吏獨立行之。裁判所對於執達吏之行爲。惟因抗告及執行關係人之申立。得干涉之。（五八三・五八八・參照）而本款所述之債權。及其他財產權之強制執行。則異其執行機關。專歸裁判所之管轄。蓋此種之執行行爲。非僅牽連於第三者。且法律上之關係。亦屬紛雜困難。須有有知識與明確之判斷也。民事訴訟法第五百九十四條云。

對於第三者（第三債務者）之債務者之債權。以金錢之支拂、或其他之有體物、及有價證券之引渡、并給付爲目的者。其強制執行。以執行裁判所之差押命令爲之。

（第二）右視爲執行裁判所之管轄裁判所者。與以可爲普通強制執行之地之裁判所。爲執行裁判所者異。債務者（非第三債務者）有普通裁判籍之地之區裁判所。若無區裁判所時。從第十七條之規定。以管轄對於債務者之訴之區裁判所。爲執行裁判所。（五九）第十七條所定之裁判籍。已詳於第一編第一章第一節第四款第五項第二。執行裁判所。爲差押債權之裁判所。同時有轉付債權之管轄。（六〇）然爭其轉付前後之訴。則屬於訴訟裁判所之管轄。又就於假差押。發其命令之裁判所。則無一定。（七五）但假差押之後。

至有執行力之執行名義時。不須新爲差押之手續。而生差押之效力。故此際之差押。得謂爲執行管轄之例外。然其債權之轉付。當由執行裁判所發付之。管轄違之裁判所。發差押及轉付之命令時。則其行爲應屬無效。然基於命令既爲支拂者。若無既知其管轄違確證者。則可因其支拂而免義務。故如支拂後執達吏已費消時。其損失應歸於債權者之負擔。

第二項 可差押之權利

債權之差押。與轉付同。不外一種之強制讓渡。故可差押目的之債權。限於可以讓渡者。則債權之差押。應從左之原則。

(第一) 須財產上之物。須權利可以讓渡者。法律上未有明文。然因其事物之性質。自不得不然也。(第六百二十五條末項僅有得命讓渡之語)

財產權者。謂足供滿足債權者之用。有直接價格之權利也。故間接之權利。例如分割請求權、僅求取消之權利。起訴之權利。免除債務請求權。認諾請求權等。皆非差押之目的物也。

(第二) 債權須不屬於原債權者之一身。以債權附屬於特定債權者之一身。有因於

合意者。又有因於權利關係之性質者。例如請求目的之品質、及多寡。因權利者之指定而定。而他人不得行使者。及同上之入額取得權、同上之養料是也。其他類此之權利。例如買戾權、相續權之類。依各國實體法之主義。及規定、并解釋、而不同。茲不一一論及焉。

(第三) 債權之差押。除以上二條件外。均無制限。故既屬現存之權利。不問繫於條件、與繫於時期。皆可爲差押之目的。然是僅原則而已。故現存之權利。雖具備前述之條件。而因其法律行爲。并事實情況。有不爲差押之目的物者。或雖差押。而實際不能行其權利者。或雖實行之。而不能達其目的者。要不外因各事情而研究之。茲僅示其大體之標準而已。

第三項 關於差押法律上之制限

(第一) 債權之性質。並可適合差押之目的。但有不能差押者。蓋法律視爲與有體動產同。(一) 則採公平之主義。而圖債權者之利益。(二) 則因公益之趣意。就於多數之債權。有不許差押其全部及一部者。卽第六百十八條所規定。差押之制限是也。其權利如左。

第一、法律上之養料。

因法律上之制限。而禁差押者。特限於法律上之養料。蓋若合意上之養料。有債務者

及第三債務者之承諾時。非僅可差押其全部或一部。且可入於次項所謂繼續之收入中。

所謂法律上之養料者。謂從民法親族編第九百五十四條至第九百六十三條之規定而給付者也。故由製造所、及其他會社、或一個人。與其職工、或其他被害者之養料。雖基於特別之法令。而其實有損害賠償之性質者。則不包含在內。但或有視爲次項之繼續收入而已。

第二、債務者、由義捐建設所。或因第三者之慈惠。受繼續之收入。但限於爲債務者及其家族之生活所必要者。

或謂若爲債務者。始嘗出捐其財產時。則不妨差押者。然其建設所既非出於營利之目的。而出於義捐之目的。縱令由第三者或債務者本人。爲多少之出捐時。其原本實非債務者之處分權。解釋爲包含此中可也。

此非以債務者之身分及地位爲標準。一以必要生活爲標準也。

第三、下士兵卒之給料、并恩給、及遺族之扶助料。

第四、屬於出陣之軍隊、又服役務之軍艦乘組員。軍人、軍屬、職務上之收入。

第五、文武之官吏、神職、僧侶、及公立私立之教育場教師、職務上之收入、恩給、及其遺族之扶助料。

第六、職工勞役者、或雇人。因其勞力或役務所受之報酬。

以上第一號第五號、第六號、職務上之收入、恩給、及其他之收入。一個年間。超過三百圓時。以差押其超過額之半。

所謂職務上之收入者。非俸給定額之義。而指現可收入之金額也。故因恩給、及現今之製艦費。當然由定額中將現未收入者控除之。惟由其殘額中。除三百圓與超過額之半額。而以所剩餘者。爲可差押而已。（參觀本節第二款第二項之第五號）

（第二）違背以上之規定。而行差押時。則債務者可爲第五百四十四條之異議。不得爲即時抗告。（五五八參照前章第四節第二款之第一及第六。）

又第三債務者。無申立異議之權。

第四項　差押之申立及差押

（第一）申請債權差押之命令。應開示差押債權之種類、及數額。申請得以書面、或口頭而爲之。（五六九）若其申請、缺債權之種類、及數額之開示。裁判所以無從調查其債權。果屬

法律上、或因性質可以差押與否。却下其申請可也。若同種類之債權。有數多之際。則不可不明示何種之債權。非然者。則第三債務者。雖支給於債務者。則苟於差押之金額相當尙存者。不問其爲何種債權。對之不得有唱異議之事焉。

(第二) 債權之差押。以執行裁判所之差押命令、而行之。(五九四) 但其差押命令。須明示禁止者如下(五九八之一)

(甲) 對於第三債務者。禁止支拂於債務者(特如取立者尤所嚴禁)

(乙) 對於債務者。禁止其爲債權之處分。(五九七) 發差押命令。依債權者之申請。必預經不第三債務者、及債務者之審訊。(五九七之二) 差押命令。以裁判所之職權。送達於第三債務者。及債務者。對於其債權者。則通知已爲送達之旨。(五九八之二) 債權之差押。以對於第三債務者之送達。視爲已爲之者。(同上之三) 故第五百九十八條所規定。對於債務者之送達。究屬訓示的。而與差押之效力。無所關係也。

然若第三債務者不在時。則以禁處分權利之命令、送達於債務者之日時。視爲已差押者。(六二五之二)

差押命令。從第百四十五條、至第百四十八條之規定。已行送達時。而第三債務者、本人。不知其送達。辨濟於債務者。是爲債權差押之一疑問也。或謂第三債務者。因其支拂而免義務者。（第一說）或謂第三債務者。不免義務。而對於差押債權者。仍有支拂之義務者。（第二說）是二說者。各具一理。第一說之理由。有就不於本人所爲之送達效力立論者。有謂其質權、同於民法上之質權。而質權須於債權者認知者。故本人不知之送達。未生質權之效力。此說在日本訴訟法上。毫無價值。故在日本論定支拂有效與否之範圍。卽僅在送達雖爲本人所不知者。而法律上有視爲與知者生相同之效力與否之問題。是也。於此疑問。似有過酷之感。惟不能因此變送達一般之效力。故余僅明言應從第二說。而不詳其理由也。

差押命令之申請。其全部或一部。被却下時。則其決定。不送達於第三債務者。而送達於債權者。（卽命令申請者）反之、許其申請。而發差押命令時。則先送達於第三債務者。次送達於債務者。而後通知於債權者。

申請差押之全部及一部。被却下時。債權者對其決定。有卽時抗告之權。（五八五）反之、實行差押時。債務者先向執行裁判所。爲第五百四十四條之異議。對此異議之裁判。始得爲

卽時抗告。有謂對於差押命令。卽可爲卽時抗告者。又如德國判例。若其決定明屬管轄違時。實質上有無效之理由。則第三債務者。亦可對其決定。爲卽時抗告。若第三債務者無抗告之權者。亦俟受轉付之債權者之訴。得主張決定之無效焉。

(第三) 差押之債權有抵當時。則債權者不須債務者之承諾。有登記債權差押之權。九五之一九之 登記之申請。在裁判所爲之。且可與差押之申請。同時行之。然裁判所對於第三債務者。卽抵當物之所有者。送達差押命令後。始以其差押應記入登記簿之旨。囑託於登記判事。而使記入焉。五五九之二·六五一

(第四) 差押基於以手形及其他裏書可以移轉之證券之債權。六〇三 與一般之差押方法異。使執達吏占有其證券而爲之。以是爲基於證券之債權。第三債務者。對其證券所持者。常爲辨濟。故僅禁第三債務者爲支拂、及禁止處分。尙未能完全達差押之目的也。

(第五) 俸給、或類此之繼續收入之債權。六一八之一·第五·第六 其差押。以債權額爲限。對於差押後可收入之金額。亦生效力。六〇四 蓋其債權之性質。可繼續者。故達其債權額前、及遵守第六百十八條末項之制限者。向將來之收入。仍生效力也。

又差押官吏職務上收入。因債務者之轉官、兼任、及增俸之收入。亦生同上之效力。六〇五

職工、勞役者、或雇人。在於他之使用人、及雇主、被使役時。則其報酬之義務者。關於差押。生所謂第三債務者之轉替。故差押之效力。不能繼續。反之文武官吏之俸給。雖有轉官兼任等之變動。而就其俸給。爲債務者之人。常屬國庫。則無所謂第三債務者之轉替。此所以限於官吏職務上之收入。使追及差押之效力也。

(第六) 對於有體物之引渡。及給付之請求。其强制執行。除上所述之原則外。仍從左之特別規定。六一四

(甲) 有體動產請求之差押。命以須將其動產。引渡於債權者所委任之執達吏之旨。六一五之一

又基於以爲替證券及其他裏書而得移轉之證券、之債權之差押。須同上裁判所之命令。然此等證券之差押。以執達吏占有而行之。德國學者間。就於證券占有前。可發命令與否。頗滋議論。有可否二說。余從積極說。

所謂債權者所委任之執達吏。不必揭載於決定中。債權者於其命令之後。可選定之。也。惟以占有執行力之書面。足證爲執達吏可矣。五三四 物之占有者之第三者。既從第五百六十七條之規定。已許他之債權者、行差押時。雖在第三者保管其物。亦不須引

渡。惟通常之差押債權者。對之得爲照查之手續。而引渡請求權之差押。此際則全無效力也。

(乙) 不動產請求之差押。則因債權者之申立。命以將其不動產。引渡於由不動產所在地之區裁判所所命之保管人。(六一六之一)

保管人任命之申請。須提出差押之決定。而其送達。在保管任命之後行之。

於保管人所受引渡之不動產。其強制執行。從對於不動產強制執行之規定而爲之。(六一六之二)

(第七) 因數名之債權者。同時所爲債權之差押。準用以上(第一)至(第六)之說明。

(第八) 不以不動產爲目的。又就於前述以外財產權之強制執行。(六二五之一) 其方法。準用民訴第五百九十四條、至六百二十四條之規定。而執行之。若其財產權。無第三債務者時。(例如版權或特許權之強制執行) 則以禁止處分權利之命令。送達於債務者。而差押之。且得爲特別之處分。如命其權利之讓渡或管理等。(六二五之二、三)

第五項 由差押所生債權者債務者及第三債務者之權利義務

由差押所生之一般之效力。既於本章冒頭詳述之矣。茲但論由權利之差押所生特別

之效力。

(一) 債權者之地位。

(甲) 債權者因債權之差押。得收與債務者所有同一之權利。故差押後債務者之處分。如對於第三債務者。免除債務。或受辨濟之行爲。則對於債權者。悉屬無效。非僅處分行爲無效也。且差押後所生抗辯之理由。例如相殺之原由。亦不得對抗債權者也。

(乙) 債權者。由差押命令之送達。在七日之期間內。有使第三債務者。以書面爲左之陳述之權。

第一、認諾債權之有無。及其限度。幷支給意思之有無。及其限度。

第二、就於債權。由他人請求之有無。及其種類。

第三、債權既由他之債權者差押之有無。及其請求之種類。

求右之陳述之催告。記載於送達證書而爲之。第三債務者。怠此陳述。就其所生損害。應負責任。六〇九・執細則第八十四條・

(丙) 差押之時。訴訟已經繫屬者。債權者轉付之前。不依主參加之方法。有視爲共同訴訟人。加入原告之權。六二三之二

(丁) 第三債務者。對於取立手續。不履行義務時。債權者有以訴而使履行之權。三六二之一

(戊) 差押債權者。有求第三債務者之供託。及就其供託所生之訴、求呼出各債權者之權。及拋棄差押之權。

(二) 債務者之地位。

債務者之權利。由如何之限度。幷如何之制限。而受強制耶。此在本節第一款已詳述矣。但其特關於債權之差押者。其義務及權利如左。

(甲) 受債權之差押時。債務者不得向第三債務者。復求支給自己之債權。

(乙) 債務者受差押後。仍可對於第三債務者。行保全債權必要之行爲之權。例如證據保全之手續。及請求擔保之追加是也。

(丙) 債務者。有以關於債權所持之證書。引渡於差押債權者之義務。債權者。基於差押命令。得以強制執行之方法。從債務者取上其證書。六〇 證書之取上。不須別段差押或轉付之手續。基於債權差押之命令而爲之。蓋證書爲債權之附屬物。卽因其差押命令。同時得此執行力也。執細第十五條八

(三) 第三債務者之地位。

第三債務者。受差押後。對於自己之債權者。不得辨濟。若不拘命令之禁止。仍行支給。對於債權者。應屬無效。故須再爲支給。然引渡有體動產時。則受引渡者。可以有效。蓋債權者就於其物。未有物上權也。但第三債務者。應負損害之責耳。

第六項 差押後之手續

(第一) 債權者。依債權差押之手續。僅差押債務者所有金錢之債權。故僅確定第三債務者。不爲支給於債務者。未生使第三債務者支給於自己之權利。第三債務者。對於差押債權者。亦未生辨濟之義務。是債權差押後。無差押債權之實行。但欲得辨濟者。要裁判所使債權移轉於自己之行爲。故以申請爲必要。其申請卽取立債權。及代支拂而以券面額轉付於自己。因此申請。所發之命令。前者謂爲取立命令。後者謂爲轉付命令。○六○

差押債權者。於以上命令中。得選擇其一。而申請之。但從民訴第五百五條第二項規定之條件附假執行宣言卽可使債務者立保證或使爲供託而許免假執行者。當執行之際。就於已差押之金錢債權。僅得求取立之命令。而此命令。僅生使第三債務者。對於差

押債權者所取立之債務額。爲供託之效力而已。六七〇

債權者之申立。須明白申請取立命令。或可換支拂之轉付命令。若其何種申請。不能明瞭時。則裁判所。可不發命令。德國學者間。於此有謂從債權者之利益。可發取立命令者。然何者爲有利益。全因事實之情況而定。裁判所非可推定。

取立或轉付之命令。悉當送達於第三債務者。及債務者又對於差押債權者。須通知送達之旨。且該命令之效力。對於第三債務者。因送達命令而發生。與差押命令同。六〇之二・五〇

九八之二・三

(一) 取立命令者。付與債權者。以對於第三債務者。請求支拂之權利也。然不能由債務者之財產中。生除此債權之效力。債務者依然有其債權。惟因取立命令。視爲債務者之法定代理人。行債權之取立而已。故一面債務者。仍與受差押同時。保有其債權之處分權。一面則債權者行其取立時。有以其旨申報於執行裁判所之義務。六八〇且無向第三債務者。免除其債務。及爲和解之權。若夫有此種之處分行爲。則其行爲。對於債務者。應屬無效。又因同一之理由。第三債務者。雖欲爲代物辨濟。而債權者亦不得受之。而充當辨濟也。

取立命令。并及於債權之全部。故與以債權者之債權額爲限度之原則、或有矛盾之嫌。此殆因能否取立、及多少。不能確定。欲避分割辨濟之煩也。故有債務者之申立時。執行裁判所得審訊債權者。而制限之使止就其要求之額。至其他部分。則許債務之取立。但限於其既制限之部分。他之債權者。不得要求配當耳。又此制限之許可。應通知第三債務者。及債權者。二六〇

又債權者。怠其取立時。應任債務者因此所生損害之責。二六一

因有執行力之正本。要求之各債權者。在一定期間內。催告應行取立。若無效力時。則執行裁判所。應許債權者自行取立。二六二

又債權者。不害自己之請求權。得因命令。拋棄取立所得之權利。且不須債務者之承諾。惟此拋棄。呈遞申明書於裁判所。而爲之。且僅以其謄本。送達於第三債務者、及債務者可矣。二六三

債權者受取立命令後。以他之方法。而受辨濟。則差押之效力。當然歸於消滅。然若第三債務者不知之。而辨濟於債權者。則第三債務者。亦可免自己之義務。但由債務者。對於債權者爲二重辨濟之取戻。則無俟論。

第三債務者於取立命令之關係。第三債務者。爲必有其債務者。非以之爲有支拂之責任者。若債務果屬存在。則由取立命令之結果。僅對於差押債權者。生支拂之義務而已。而其債權。苟爲期限附。或條件附。則不因取立命令。變更債權之形體。故第三債務者。對於差押債權者。當辨濟時期前。不必支給。要之其債務存在。當支給時期既到來時。始從取立命令。對於差押債權者。爲支給耳。此際若第三債務者。任意不支給時。差押債權者。亦不得依取立命令。對於第三債務者。爲强制執行。故第三債務者。爭其債權之存在。且任意不應差押債權者之取立。就其實體上之關係。不可不新行起訴而受判決。此種之訴。前受差押之債務者。對於第三者受所有權利之判定。雖若當由債務者。對於第三債務者。提起訴訟者。然民事訴訟。基於取立命令。特使差押債權者。對於第三債務者。得起訴訟焉。六二三之一

此種訴訟。從一般之規定。向有管轄之裁判所提起之。且知受差押之債務者在於內國有住所時。則告知以起訴之旨。○六一

差押債權者。提起訴訟時。有執行之正本之各債權者。得視爲共同訴訟人。加入原告之列。又第三債務者。因同一之辯論。同一之判決。有對抗各債權者之利。得以不加入

原告之債權者視爲共同訴訟人。而在口頭辯論第一期日前。申立呼出。而受此呼出之債權者。不問加入辯論與否。均及其判決之效力。六二三之二至四

(二) 轉付命令者。由債務者對於差押債權者。因代爲支給。以券面額所受差押之債權。移轉於差押債權者之命令也。然差押債權者非僅爲債務者之代理人。幷爲權利之讓受人。故受轉付之債權者。乃代舊債權者。自爲新債權者。故債權者。與生新債權同時。視爲受自己債務者之辨濟。惟此推定。特限於債權存在時。若其債權既不存在。債權者得更依他之方法。而求辨濟。又苟其債權。既屬現存。而第三債務者無資力時。則其損失。亦全歸債權者之損失。而以超過受轉付債權額、之請求金額。依然成立。故對於債務者。不得請求耳。

如右所述。有轉付之命令時。其債權移於差押債權者之所有。故他之債權者。對其債權。不得要求配當。六二之二〇

差押債權之轉付。不必及於券面額之全部。可轉付其一部。且差押債權之額。較多於差押債權者之要求額時。不得受轉付全額之命令。其差押債權額。制限於要求額。而受轉付命令。故差押債權。在不可分之債權時。得轉付其全額。自當別論。若轉付一部

時。則因其債權之性質上。至不得發轉付命令也。

轉付命令。雖受取立命令後。仍可申請之。然受轉付命令後。則不得申請取立命令。一六〇

今舉取立命令。與轉付命令。區別之主要如左。

(一) 取立命令。付與債權者代債務者。取立第三債務者之債權之權利。且其取立之金額。負算入辨濟自己債權額之義務。反之轉付命令。使債權者。立於債權讓受人之地位。轉付之債權存在時。不問得取立債權與否。使負以記載券面之金額。充辯濟自己債權之義務。一六〇

(二) 因取立命令。就於取立之金額。他之債權者雖得爲配當之要求。而因轉付命令所得之金額。則歸於債權者所有。故他債權者。不得要求配當。但因取立命令由債務者所申立可取立之金額、審訊差押債權者。制限差押額於債權者之要求額內時。則就其金額。債權者僅自己得受辨濟。故他之債權者。亦不得要求配當焉。一六〇之二・一六二

(三) 取立命令之際。債權者怠於取立。須任因此所生損害之責。反之轉付命令之際。債務者直可免除其義務。故怠於債權取立之損害。債權者自負擔之。與債務者不生

關係。六一

(四) 取立命令。所得之權利。得拋棄之。而代之就於債務者他之財產。或他之債權。爲強制執行。反之、因轉付命令所得之權利。不得望如取立命令之結果、而拋棄之。六一二

(五) 取立命令僅與債權者以取立之權利。債權者就於差押之債權。不得爲權利之讓渡。義務之免除。反之、轉付命令。債權者就於債權。有全部權利。故得隨意爲之。

(第二) 就於金錢之債權。債務者之債權。與債權者之對於債務者之債權。屬於同種類。故可從上述之方法。以遂其辨濟。然引渡有體物之請求權。不可不變賣其物。爲金錢。卽應從左之規定也。

(甲) 動產 變賣動產。適用變賣差押物之規定。六一五 蓋於執達吏及保管人。之有體物之引渡。與變金錢之債權爲物體。實無所異。故執達吏。更當以其物件在債務者自己占有時之手續。而遂其執行也。(參照本節第二款第三項第二)

(乙) 不動產 變賣不動產之請求。從對於不動產强制執行之規定而爲之。六一卽須從第六百四十條以下之規定。爲强制執行也。

(第三) 已差押之債權。條件附或有期限時。又繫於反對給付、及其他之理由。而收立替

難時。裁判所得因申立。命以他之變賣方法。而換取立。債務者在於內國。而已知其住所者。則許其申立之決定前。須審訊之。三六一

或謂此申立。雖發取立命令之後。仍可爲之。又得爲此申立者。非僅債權者而已。卽債務者亦然。是固與法文無所牴觸。又在債務者亦有時以現金支給有利益。如是者、似皆不妨申立。特立法之正面。按卽指主要之點固祇專想像債權者而已。

此決定。不須言渡。故從第二百四十五條第三項之規定。應以職權送達於當事者。又對此裁判。先爲第五百四十四條之異議。對於異議之裁判。則可爲第五百五十八條之抗告。有謂可爲卽時抗告者

(第四) 關於以上所述金錢及有體物引渡以外之財產權。就於強制執行。準用以上第一至(第三)之原則。六二五

(第五) 配當要求。轉付命令之際。不問何人。不得要求配當。然取立命令之際。則有執行力之正本之債權者。固可要求配當。且據民法要求有配當之權之債權者。從第五百九十條、及第五百九十一條、第二項、第三項之規定、於差押債權者。爲取立、申報其旨於裁判所前。又執達吏領收賣得金前。亦可要求配當。此配當要求。以職權送達於第三債

務者、債務者、及差押債權者。又既爲之差押已取消時。則有執行力正本之要求者。因要求之順序。生差押之效力。（六二〇）

故金錢之債權。受配當要求之送達、或請求關於不動產時。則第三債務者。有供託債務額。或以其不動產。引渡於裁判所所命保管人之權利。又金錢之債權。有求配當之債權者時。則有供託之義務。但供託時。須具其情況。申報於裁判所。又關於不動產。特因差押債權者之要求。有引渡於保管人之義務。不動產之引渡。須以開示其情況之書面。添付於送達之命令。（六二一及六二二）

若第三債務者。不爲前項所述之供託。或引渡之義務時。則受取立命令之各債權者。若非起訴以確定其裁判。不得强制履行。（六二三之一）

第六百十條、第六百二十三條第二項至第四項之規定。該上訴時亦可適用。

轉付命令。與支拂命令之差別。著者嘗在法曹記事第十九號詳論之。茲不轉載。

第四款　配當手續

第一項　必要條件　配當裁判所

（第一）配當手續者。對於動產之强制執行時。以其動產之公賣代金。不能滿足各債權

者之債額。債權者間。配當協議不諧時。開始其手續也。故以賣得金。足辨濟各債權者之請求金額。或任意配當協議已諧時。則由執達吏完結其手續。無所謂配當手續之開始。配當手續。必具左之二條件。

(一) 債權者之多數。據日本民事訴訟法。有要求配當之權利者。非僅有執行之正本之債權者。卽他之債權者。亦可加入。本節第二款第六項之第四及第三款第六項之第五。已詳述矣。蓋配當手續之必要。不問因照查手續而加入者。與從民法之規定而加入者。悉以要求其配當有多數之債權者爲限也。

(二) 金額之供託。有賣得金之供託時。非謂必須配當手續也。例如第五百條、第五百二十二條、第五百四十七條、第五百七十四條、第七百四十七條、及第七百五十九條、第五百六十五條、賣得金之供託。乃因强制執行之取消。故茲所謂賣得金之供託。卽第五百九十三條、賣得金之供託。及第六百二十一條債務額之供託是也。配當手續。固須有可以配當之金額。惟此配當手續。所謂金額。必限於前述之規定而供託者也。

(三) 以供託金額。不足滿各債權者之債額。此要件不待說明。

(第二) 因以上之條件。可爲配當手續之管轄裁判所。卽第五百九十三條第三項、第六百二十一條、所謂區裁判所是也。而此管轄。亦爲專屬管轄。三五六

第二項 配當手續

(第一) 有執達吏及第三債務者之申報六二一之三。時。裁判所基於申報書之情況。在七日期間內。以職權命呈遞元金、利息、費用、其他附帶債權之計算書之旨。而催告於各債權者。六二七

右期間無失權之制裁。故雖期間滿了後。至配當表完結前。亦許呈遞計算書。然至配當表完結後。則不許之。既呈遞計算書者。不許爲債權之補充。六二八

七日之期間經過後。裁判所作配當表。至配當表完結前。不呈遞計算書之債權者之債權。則依配當要求、幷申報書之旨趣。及其憑據書類。而計算之。六二八

配當表完結前。不申報債權之債權者。固不得加入配當。然其債權者。須已受裁判所之催告者。若未受催告。不爲申報者。或配當表顯有不當者。則從第六百三十條、及第六百三十三條之規定。以異議之申立。或異議之訴。使之更正。

(第二) 配當表完結後。裁判所爲關於配當表之陳述、及實施配當。須定期日。呼出各債

權者、及債務者。但債務者所在不明時。或在外國時。則不須呼出。（六二九之一）配當表極遲在期日之三日前。備置於裁判所之書記課。供各債權者、及債務者之閱覽。（六二九之二）呼出之期日。得因申立而變更之。但有謂須各關係人之同意者。然裁判所既有變更之權。自不必關係人一致之意見也。更言渡新期日時。不須改呼出之手續。對於期日闕席者。亦同。

（第三）至於期日。無異議之申立時。應從配當表、實施配當。（六三〇之一）在期日而不出頭。或期日前無異議之申立。視其債權者。爲就於配當表之實施已表同意者。（六三二之一）配當之實施。或在期日集供託金於裁判所而配當之。或委任於供託所。從配當表直支給於各債權者。然停止條件付債權之配當額。仍可供託。從民法條件已成就時。支拂之。否則、更配當於各債權者。（六三〇之二）不因執行力之正本。請求配當。而因債務者不肯認諾。係於確定之訴訟中者。（五九一之三）或係於假差押者。或有異議之債權之配當額。亦至其確定前。可供託之也。（六三〇之三）異議之申立。在期日爲之。然期日前亦可用書面申立。異議之申立。不須理由。惟求如何

更正。則須明示焉。

異議之訴者。得主張前異議未申立之理由。或與此相異之理由。就於異議。須區別者如左。

(一) 由債權者申立異議時。則他之債權者。對其異議。應爲陳述。(一六三)又有關係於異議之債權者。至期日不出頭時。視爲其債權者。不認異議爲正當。(六三二)出頭而拒陳述之債權者。亦可準此。

(甲) 關係人認異議爲正當時。又由他之方法有合意時。則從更正配當表。而實施配當。(六三一之一)

(乙) 異議未完結時。限於無異議之部分。實施配當。(同上之二)但有異議之部分。應依第六百三十三條。提起訴訟。而受其裁判。故雖在配當裁判所。認爲不當者。亦不得自行更正也。

(二) 由債務者申立異議。而總債權者。認爲正當時。應從異議、而更正配當表。反之、則債權者非僅得爲第六百三十三條之訴。且債務者亦可從第五百四十五條、及第五百四十六條之規定。而提起異議之訴也。然其配當之實施。除從第五百四十七條、及

第五百四十八條。預先停止強制執行外。固無所妨也。

(三) 從第五百四十九條、及第五百六十五條之規定。對於配當額。提起請求之訴之第三者。在配當期日。非可使之參加。蓋第三者之請求。毫與配當手續不相關也。然若許之。而總關係者。認異議爲正當時。則當支給其請求金額。而就其殘額。實施配當。若夫關係者中之一人。有不同意時。則可徑實施配當。故第三者欲妨止配當之實施。必從第五百四十七條、及第五百四十八條之規定。使預行停止也。

就於差押物。有物上擔保權之第三者。欲以訴而受賣得金優先之辨濟時。亦與前項同。五六五參照

第三項 異議之訴

(第一) 申立異議之債權者。須在距期日七日之期間內。對於他之債權者證明爲起訴事於裁判所。若空過此期間。裁判所不拘異議。可命配當之實施。三六三雖在未支給以前。爲同上之證明者。亦無妨止實施之效力。然若異議之訴。有異議之理由。判決已確定時。則限於配當之未實施者。全行停止。且其配當表。應從判決而更正焉。

裁判所之休暇。不停止此期間。裁判所構成法第一百二十八條。民訴一六五

異議之訴。自配當期日始、在七日之期間內。可以提起者也。(1)故此期間經過後。不拘在配當之實施前與否。皆無起訴之權。然無因此失普通訴權之理。故在普通之裁判籍。對於受配當之債權者。以訴主張優先權之權利。固不因實施配當。而爲所妨也。六三四

(1)第六百三十三條。所謂七日之期間。似僅屬起訴之證明期間。然若解釋爲證明之期間。是提起異議之訴。可謂不定期間。究屬法文未明也。故法律之趣意。在於表七日內既起訴事、須用七日內證明耳。苟明定其文曰在七日內。須起訴之證明。則其起訴之須在七日內。斯可得而推知矣。

提起異議之訴者。限於申立異議之債權者。六四三若不申立異議之債權者。乃同意配當表者也。同意配當表者。可謂放棄異議權。

異議之訴。非限於優先權之順位、如主張被告差押之無效、及配當加入之不當者。且主張被告之債權、爲無效不法者。亦可提起也。

(第一一)異議之訴。配當裁判所管轄之。然訴訟物不屬區裁判所之管轄時。則以管轄配當裁判所、所在地之地方裁判所、管轄之。若提起數個之訴者。以一之訴。屬於地方裁判所管轄。則其他之訴。亦可管轄。但各債權者一切異議。有受配當裁判所裁判之合意時。

不在此限。六三五

此管轄爲專屬管轄。五六三參觀 故除前項以但書特許合意外。不得變動之也。

訴訟目的物之計算。非以債權之全額爲標準。蓋當依求其更正之金額、卽係爭部分而定管轄也。

(第三) 異議之訴之判決。定配當額之係爭部分。及應以如何數額。支拂於債權者也。若定之不適當時。則依判決。可命調製配當表、及爲其他之配當手續。六三六

提起異議之訴之債權者。在口頭辯論之期日。不出頭時。視爲取下異議。而爲闕席判決。六三七

被告闕席時。從第二百四十八條之規定。爲闕席判決。

第四項 異議完結後之手續

(第一) 異議之訴。判決確定。或依當事者和解。異議完結。已有證明時。配當裁判所。基於判決及和解。而行支拂。或新爲配當之手續。六三八 至於一切異議。須待判決確定與否。乃從情況而決之問題也。若因一之異議完結。從配當表而受配當時。則不須待判決之確定。

依判決、命他之配當手續時。應新爲同上之手續。然如左所述者。不須更爲呼出。

（一）既因一部之配當實施。而得滿足者。

（二）前之配當。無所異議。不加入異議之訴。仍受前之所定之配當者。卽不加入新之手續之配當者。例對於甲之債權。由丁、戊、己三人提起異議之訴。而歸於勝訴。則甲之配當額。不配當於乙、丙。而僅應爲丁、戊、己之利益。而受配當。故乙、丙、不須加入新手續。

（第二）裁判所因配當表。爲左之手續。而行配當之實施。

（一）債權者應受債權全部之配當。則與交付配當額支拂證同時。呈遞所持之有執行力之正本。或債權之證書。以交付於債務者。（六三九之二）

（二）債權者。僅受債權一分之配當。則止令呈遞正本或證書。記入配當額。而返還之。且與交付配當額支拂證。同時。使右債權者出證記金額受取書。交付於債務者。（同上之三）

（三）在期日不出頭債權者之配當額。仍供託之。（同上之四）

實施配當。不拘無異議與否。皆須作成調書。（六三〇之四。六三九之五。）

第二節　對於不動產之強制執行

關於強制執行之不動產。不一而足。第一、因債權之抵當。負不動產之義務者。第二、僅以不

動產之引渡、或明渡、爲目的者。第三、就於金錢之債權。差押債務者之不動產是也。第一、民訴第五百九十九條所規定者。詳於前節第三款第四項之第五。第二、民訴第七百三十一條所規定者。詳於本編第三章第一節之第二。但本節所述者。卽在於第三、直接對於不動產之强制競賣。及對於收益之强制管理也。

對於不動產之强制執行者。爲有體物（財產）强制執行之一種。有體動產之强制執行。前節第二款。已詳述矣。而關於强制執行一般之通則。（本編第一章第一節至第八節）及有體動產之强制執行。一切法理及原則。既與本節相同。故悉從省略。本節特就不動產强制執行之手續。規定之要領。排列而說明之。讀者當參照前數節。以考究之。

第一款 通則

（第一） 凡强制執行。其目的雖無所異。但因目的物不同。則執行之方法。亦不得不異。本節以下所述執行之目的物。在於不動產。故其執行方法。亦異也。

何謂不動產。從民法之規定而定。（民總第八十六條）

對於不動產之强制執行。非無制限。然法律亦如對於有體動產之執行。不規定於民事訴訟法中。而悉從民法之規定。

不動產雖不得賣却。仍有可爲强制執行之目的物者。如華族世襲財產之不動產是也。此種財產。不許因債權者。付於强制競賣。然得適用他之執行方法。卽因强制管理之執行。蓋其不動產之收益。卽可爲執行之目的物。而不動產得謂非直接之目的物也。然既以强制管理謂爲對於不動產之强制執行。則謂爲目的物。亦非不當也。

(第二) 民事訴訟法。對於不動產之强制執行之方法。分爲二種。曰强制競賣。曰强制管理是也。

(一) 强制競賣。

强制競賣者。爲滿足債權者之請求。競賣屬於債務者所有之不動產。以得其賣得金爲目的也。此方法。對於船舶(七一之七)之强制執行。亦可準用。至其旨趣效力。與有體動產之競賣。(前節第二款第三項第二)毫無所異。惟因目的物之性質不同。競賣之方法。亦有不同遂異其名稱耳。故其性質及效力。不須特別說明。

(二) 强制管理。

强制管理者。非以競賣不動產爲目的者。乃以得不動產之收益。且其利益非金錢時。以變賣之。而得金錢爲目的。以滿足債權者請求之方法也。此方法。本倣普魯士之例。

惟普國始時僅對於世襲財產。不可移轉於他人之財產。爲強制執行之方法。後見此方法。對於一般之不動產之強制執行時。可以適用而有利益。遂視爲一般執行之方法焉。

摘示強制競賣。與強制管理之差異。如左。

(一) 強制競賣。僅對於不動產之強制執行也。強制管理。僅對於不動產之收益之強制執行也。故前者。於不可移轉他人之不動產。(世襲財產)則不能執行之。而後者可執行焉。

(二) 強制競賣。一時賣却其不動產。故容有不能滿足一切之請求者。強制管理。則以善良方法管理之。以其收益而充辨濟時。却得完全之辨濟。又在債務者。僅一時失其收益權。有不失不動產。而完濟(按卽清償)其債務之利益。

(三) 假差押。性質上不能採強制執行之方法。而強制管理。則於假差押之執行。亦可爲之。(一七三・七五二・七五)

(第三) 債權者就於強制強賣、強制管理。二種之方法。有選擇之權。又有併二種方法而使執行者。(六四〇之二)所謂併行二種之方法者。據普國理由書之說明。限於同一之不動產。雖有種種之說。而由日本法文解釋之。所謂併使執行者。不可不解爲同時執行之義。惟

對於同一不動產。併行強制競賣。與強制管理。固屬甚稀。要不可謂爲絕無耳。故通常得併行此二方法者。多因同一之差押。對於數多之不動產。而可執行者。然亦有競賣同一不動產之一部。而對於他之一部。得行強制管理者。例如競賣土地。而就其建物。爲強制管理是也。若先爲強制管理。待賣却之時機。而競賣之。則非併行。不過分前後須各別手續之二種方法而行之耳。六四之二〇

強制管理之方法。亦可因假差押之執行而爲之。六四之三〇蓋假差押本爲保全執行。故不可施行強制執行之方法。雖不待言。然既以強制管理。定爲對於不動產強制執行之一方法。其可以執行保全之目的。併其收益。而假差押其不動產之規定。所以必須也。

(第四) 對於不動產之強制執行。因申請裁判所行之。而其裁判所。卽不動產所在地之區裁判所是。視爲執行裁判所而管轄之也。若其不動產散在數個區裁判所之管轄區內。從第二十六條、及裁判所構成法第十條之規定。由直近上級裁判所而指定之。六四一

對於不動產之強制執行。所以特使裁判所爲其機關者。非僅重視不動產。且與對於債權及其他財產權之強制執行。有同一理由之存在也。此理由已詳於前節第三款第一項之第一

第二款 強制競賣

第一項 不動產差押之手續

(第一) 對於不動產之強制執行。因債權者之申請爲之。六四之一而其申請須具備左之諸件。

(一) 債權者、債務者、及裁判所之表示。

求強制執行者。及受之者之氏名。以明示於債務名義之判決爲必要。五八之二故所謂債務者、與不動產所有者、須爲同一人。若在強制競賣之申請時。表示於判決之債務者。與不動產之現所有者。其人不同。則從第五百二十八條之規定。須以附記執行文。表示其氏名。(參照前章第一節第二款第二項之第一)

(二) 不動產之表示。

(三) 競賣原因之一定債權及得爲執行之一定之債務名義。

競賣原因一定之債權者。因如何權利關係。而生債權之事也。又一定之債務名義者。即前章第一節第一款第一項及第二項所述。執行名義之一也。六四之二

又申請、須添附左之證書。

一、有執行力之判決。

二、就於登記之不動產。則登記判事之認證書。
三、就於未登記之不動產。則證其所有權之證書。
四、就於地所。則國、郡、市、町、村、字、番地、地目、反別、坪數、登錄於土地臺帳之地價、一個年之租稅、及其他公課之證書。
五、就於建物。則同上所在地、字、番地、構造之種數、建坪、一個年公課之證書。
(六)就於地所、建物。有賃貸借時。則其期間、及借賃之證書。
右三、四、五、得向主管公簿之官廳。求其證明書。又五、六、與競賣之申立。同時申請其取調。於執行裁判所。得使執達吏爲之取調。
於因强制管理先差押不動產時。既有以上之證明。則就於强制競賣之申立。不須更爲證明。六四三
(第二)强制競賣之手續。以開始決定始。而其開始決定。應宣言不動產之差押。六四之一四四
開始決定者。無法律上一定之方式。與他之一切決定無異。
與右開始決定同時。裁判所以職權、囑託使記載申請競賣於登記簿之旨於登記判事。而登記判事。雖在既有所有者之轉替時。仍從囑託而記入之。六五蓋登記判事。非判斷

其差押之當否也。然執行裁判所。有自知之必要。故登記判事。爲囑託之記入後。作成登記簿之謄本。而送付於裁判所。又由不動產上權利者所呈之證書。（例如所有權取得之證書）有送付其鈔本之義務。（六二）

右依登記判事之通知。如既有所有者之轉替時。或則於裁判所預知事實而知有可不爲開始決定之事實存在時。則裁判所因其情況。或取消其手續。或定一定之期間。命債權者證明其障礙消滅。而空過期間者。則以職權取消其手續。（六三）

開始決定。并取消之決定。可不經口頭辯論而爲之。惟不問經口頭辯論與否。常應以裁判所之職權。而送達者。蓋對於債務者差押之效力。卽依此送達而發生也。（六四之三）

（第三）共有物持分之强制競賣。因債權者之債權。就於債務者之持分。有强制競賣之申立。記入登記簿而爲之。而他之共有者。則通知其强制競賣之申立。

共有物持分之最低價額。基於共有物全部之評價額。就債務者之持分而定之。（六八）

（第四）不動產之差押。以記入登記簿。是惟爲簡便之法。至於差押之性質。則與他之有體物之差押同。故第六百四十五條。與關於差押有體動產之第五百八十六條、及第五百八十七條無異。對於同一之不動產。不許再爲强制競賣之決定。而其後之申立。因添

附於執行記錄。生配當要求之效力。又前之手續已取消時。與受開始決定。生同一之效力。卽與前節第二款第六項所述之照查手續同。

對於有假差押之命令之不動產。申請强制競賣時。則不拘其命令。可爲開始決定。蓋假差押僅生配當加入之效力。而無因後之强制競賣失此效力也。六四五

(第五) 因不動產之差押。而生之效力如左。

(一) 差押債權者。得就其競賣代價。受辨濟之權利。但不因差押。得優先權。猶他之財產差押。故他之債權者。有加於配當時。差押債權者。亦僅受其應得配當之權利。蓋此效力依開始決定之送達而生也。

(二) 債務者生不得讓渡差押之不動產及不得抵當之之效力。故登記判事。受强制競賣記入之囑託後。不得爲賣買、或抵當之登記。論者或謂此際不得拒登記。而其理由。謂爲此登記。不害債權者也。夫因差押債權者。生抵當權時。雖或如論者所云不害於差押債權者。然據日本法律。則差押僅受配當之權利。故其後之登記。有效力時勢。必增加新配當加入者。是差押債權者。仍不免損害。反之、以後之登記。爲不生如此效力。則其登記全屬無益。論者或謂爲差押之取消時。可以有效。余以爲登記非出於僅

可取消者之偶然之目的而爲者。若以此目的爲登記之申請。而登記判事。不得拒之。則預料前賣買之取消或解除。申請二次三次之賣買登記。亦不得拒之。其說之誤謬可知矣。

登記之效力。專對於第三者。故其發生。不在開始決定之送達。而在登記簿之記入。

不動產之差押。直接僅生以上二種之效力。故債務者不妨利用其不動產、及爲管理行爲。六四之二 即如土地之收穫、又收入。建物之賃貸料。并更爲賃貸借之契約。及修繕改良工事等。在差押之後。亦當然得爲之也。

(三) 爲不動產之差押時。雖僅爲競賣之申立。而有使既知有差押及申請之第三取得者。不得主張善意之效力。六一五〇 蓋差押已爲登記者。不俟此規定。可以明瞭。然單爲競賣之申立。而未經登記者。似第三者可主張其善意。故特設此法文也。法律以此效力。限於已知差押及申立之事實者。故若不知之。則第三者自可主張善意也。

第三者已知事實與否。全屬事實之問題。而已知其事實。舉證之責任。在於差押債權者。

(四) 基於物上之擔保。差押負擔其義務之不動產者。限於差押後移轉所有權時。新

所有者。雖不知有差押之事。（即善意）仍有續行競賣手續之效力。（六三五）

（第六）差押因左之事由而消滅。

（一）競賣申立之取下。（六三五）申立之取下。不生競賣手續取消之結果。蓋因第六百四十五條第二項之規定。更生開始決定之效力也。

（二）手續之取消。例如第六百五十三條、及第六百五十六條第二項之事由。取消競賣之手續是也。

（三）因第三者之異議、（五四九）或對於付與執行文債務者之異議（一五二）之結果。至取消執行處分。及執行文時。

以上不問何種理由。凡競賣申立。未許競落而完結時。裁判所從第六百五十一條之規定。以抹消差押記入。囑託於登記判事。（六九）此規定固適用於最初之競賣。而新競賣及再競賣。（第四項參觀）亦可適用也。

（第七）競賣手續之利害關係人。就於不動產有直接之利害關係者。僅限其所有者。及不動產上有物權者。又有物上之擔保者而已。然就於強制競賣。普通之債權者。亦多有利害之關係。而此手續。因爲利害關係人與否。權利上有所差異。所以特須競賣手續

利害關係人之規定也。據此規定。所謂利害關係人如左。六八四

(一) 差押債權者。及因有執行力之正本、要求配當之債權者。此關係人。雖爲在不動產上。本無權利之普通債權者。而因差押及要求配當。而爲利害關係者也。如從民法加入配當之債權者或假差押債權者。則非所謂利害關係人。蓋以此等債權者。未有得執行之債務名義。於強制執行行爲。非可以容喙者也。

(二) 債務者。債務者。與差押債權者相對。爲執行當事者。故爲利害關係人。

(三) 有記入於登記簿之不動產上之權利者。不動產上之權利者。謂不動產質權者。或抵當權者。物上之權利者是也。但有物上權者。而不記入登記簿。則非所謂利害關係人。且須注意者。雖記入於登記簿之不動產上權利者。而就於競賣手續之續行及停止。亦無妨其行爲之權利也。

(四) 不動產上權利者。證明其債權。而爲可備於執行記錄之申報者。前項所謂有記入登記簿之權利者以外之人。卽未經登記之物上權、或優先權之權利者也。此等之權利者。因債權之證明與申報。爲利害關係人。

本款稱爲利害關係人者。卽指以上四種之關係人。

第二項　差押後之手續

（第一）　於不動產差押後之手續。而舉屬於債權者之行爲。卽配當之要求是也。而屬於此手續者。如第六百四十五條、第六百四十六條、及第六百四十七條之規定是蓋此等規定。與對於有體動產之强制執行。第五百八十六條、至第五百九十二條之規定。全屬相同。而所以有此規定之理由及解說。已詳於前節。悉從省略。以下直述屬裁判所所爲之差押後行爲。六四六・六四七・

（第二）　差押之後。在競賣期日前。裁判所之行爲。大略如左。

（一）　以租稅及其他之公課。通知於主管官署。定期間。催告對其不動產。申報債權之有無、及限度之旨。四六五

（二）　登記判事、及受前項官署之通知後。命鑑定人。爲不動產之評價。以其評價額。定爲競賣之最低價額。六五

（三）　以最低競賣價額。先於差押債權者。應辦濟不動產上一切之負擔。及手續之費用。預料爲無剩餘者。則通知其旨於差押債權者。六五六之一

强制競賣。有對於差押債權者之債權有優先特權之不動產上負擔時。非預料有引

受之競落人。或以賣却代金。足辨濟其負擔者。不得爲之。（六一四之九）所以須有此通知也。

（四）由右通知七日之期間內。差押債權者。辨濟前項之負擔、及費用。定有剩餘之價額。且無應其價額之競賣人。若不自行申請。以其價額買受之旨。立十分之保證時。得取消競賣手續。（六一五之六）

（五）又預料有剩餘者。或差押債權者。爲前項申立。已立十分之保證時。則以職權定競賣期日。及競落期日。公告之。（六一五之七）

（第三）競賣期日之公告。競賣期日之公告。必須左之事項。

（一）公告須具備左之諸件。

第一、不動產之表示。

第二、租稅及其他之公課。

第三、有賃貸借時。則其期限幷借賃。

第四、因强制執行。爲競賣之旨。

第五、競賣期日之場所、日時、及爲競賣執達吏之氏名、幷住所。

第六、最低競賣價額。

第七、競落期日之場所及日時。

第八、閱覽執行記錄之場所。

第九、有不須記入登記簿之不動產上權利者。申報其債權之旨。

第十、利害關係人。競賣期日。應出頭之旨。六八五

(二) 由公告之日起算。在十四日以後。定競賣期日。而此期日。以裁判所之意見。在裁判所內開之。或因事情。在其他之場所。使執達吏開之。蓋從賣却之利便而定也。六九執六五

細則第八十六條第一項。

(三) 期日之公告。於左之地行之。

(甲) 裁判所之揭示板。

(乙) 不動產所在地之市町村揭示板。

(丙) 一種或數種之新聞紙上。但此公告。以裁判所之意見定之。非法律上之必要事項。一六六

右競賣期日公告之後。至競賣期日前。有總利害關係人之合意時。許賣却條件之變更。所謂賣却條件者。賣却差押不動產且以此移轉於競落人之所有條件也。例如第六百

四十九條、所規定賣却之要項、并負擔之免除、或引受。第六百六十四條之保證義務。第六百六十五條競賣價額之拘束。第六百七十八條之取消權。第六百八十六條之所有權取得是也。此等條件。爲競賣條件。雖爲法律上所規定。但有利害關係人一致之合意時。不必拘其條件。卽至競賣期日前。許合意之變更也。六六二

(第四) 競賣期日 從前段(二)之所述。已開競賣期日時。

(一) 執達吏先以其執行記錄。供各人之閱覽。又除前所述外。有特別之賣却條件時。則告知之。且催告競買價額之申出。六六三

(二) 利害關係人。對於競買申出人。不能信用。得申請使競買人預立保證。但此申立。由競買人申出價額後。須卽時爲之。而此申立。於同一競買人之後之競買。謂後再爲之競買。亦并及效力。六六四、執細第八十六條第二項

(三) 受右申立之競買人。當以競買價額十分之一之現金。或有價證券爲保證。預繳於執達吏。若不立保證時。則不許競買。同上

(四) 各競買人。爲競買價額之申立。在更許高價之競買前。就於其申立之價額。應受拘束。六六五 通常之賣買契約。有相手方之受諾前。雖可爲申入之變更及取消。而競賣

若許競買人隨意變更其申出。恐妨競賣之結局。所以應拘束於其申出也。但左之事情。得免拘束。

(甲) 許更爲高價之申出時。 對此申出。若非他之競買人無異議者。則裁判所不得許之。

(乙) 競賣手續。已停止或取消時。六七四・六八五・

(丙) 不許競落決定之確定時。六七四・六八四・

(第五) 競賣 競賣在催告競買價額申出之後。經過時間爲終局。六六五之二 而其方法。以執達吏呼最高價競買人之氏名及其價額。告知競賣之終局。六六六之一

競賣之終局所生之效力如左。

(一) 因競賣終局之告知。他之競買人。免競買之責務。且預有保證時。卽時有求返還之權利。六六六之二

(二) 最高價競買人。在執行裁判所之所在地無住所時。則生在於其所在地。選定假住所。爲申報之義務。若懈怠時。從第百四十三條第三項之規定。一切之送達。不問其到達與否。及何時到達。均以付於郵便之時。視爲已送達者。六六九

(三) 執達吏從第六百六十七條之規定。作競賣之調書。在三日內。有交於裁判所書記之義務。若有保證而不返還時。亦同。六六七。六六八。執細第四十七條。第四項

(第六) 競落期日 競落期日。定爲距競賣期日七日以內者。此期日常在裁判所開之。六六〇

競落期日。出頭之利害關係人。爲競落許可之陳述。卽對於許可競落異議之申立。及對於既申立之異議之陳述。則至此期日終結前。可以爲之也。六七一

許可競落之異議。須基於左之理由。

第一、不可許強制執行者。或不可繼續執行者。

第二、最高價競買人。無取結賣買契約及取得不動產之能力者。

第三、牴觸法律上之賣却條件。而爲競買。又不得一切利害關係人之合意。而變更法律上之賣却條件。

第四、競賣期日之公告。不記載第六百五十八條所揭之要件。

第五、競賣期日之公告。不因法律上所規定之方法而爲之。

第六、不存第六百五十九條、所規定之期間。

第七、違背第六百六十五條第二項、第六百六十六條第一項之規定。

第八、違背第六百六十四條之規定。呼上最高價競買人。二六七有以上理由之一種時。利害關係人。有各爲異議申立之權。然無關異議者自己之利害。而以基於他之關係人權利之理由者。則不許之。三六七蓋關係人乃獨立主張自己之權利者。無可代表他之關係人之利益之法律上理由故也。

以異議之申立爲正當時。固已。而無異議時。裁判所亦可自以職權。爲不許競落之決定。如左。

(一)競買之不動產。不得讓渡時。又因債務者及第三者之異議。爲競賣手續之停止時。

(二)競落人之能力或資格。有欠缺。而不除其欠缺時。

(三)違背賣却條件。或無關係人之合意。而變更賣却條件。而利害關係人。不承認手續之續行時。四六七

(四)以數個之不動產。付於競賣。以某不動產足爲辨濟及足償費用時。就於他之不動產。不許競落。此際債務者。得指定賣却之不動產。六七五・執細第六十三條・第三項參照

此外限於利害關係人無異議者。裁判所不許自進爲競落之決定。蓋一任關係人之意思。裁判所無可干涉之理由也。

競落期日之行爲。結局悉屬裁判所之行爲。故此期日之調書。準用第百二十九條、至第百三十二條、及第百三十四條之規定。六七七之二。參照第一編第三章第一節第三

(第七) 競落決定　許競落之決定。及不許競落之決定。皆稱爲競落決定。

(一) 許競落之決定。　許競落決定。須揭左之諸件。

(甲) 競賣之不動產。

(乙) 競落人。

(丙) 許競落之競買價額。

(丁) 以特別之賣却條件。而競落時。其特別之條件。

此外應別遵守方式者。同於一般之決定。

許競落之決定。除言渡外。應揭示裁判所之揭示板而公告之。六七九

(二) 不許競落之決定。　不許競落之決定。法律上未有規定。然不許競落之原由。不一而足。卽以前第六所述異議之申立爲正當者。或以裁判所之職權。不許競落者。皆

須記載不許競落而揭示之。

對於競落決定。得爲卽時抗告。此俟次節詳之。

(第七) 競落決定之效力　競落決定之效力。如左。

(一) 不許競落之決定。已經確定時。競落人及求競落之競買人。有免競買責務之效力。(六四八)

(二) 許競落之決定。不待確定。而競落人有取得不動產之所有權之效力。(六八)許競落之決定。可謂代賣買合意之成立。故因其決定。而移轉所有權。然對此決定。許卽時抗告。又抗告有停止執行之效力。(六八〇參照)競落人若非支拂代金之金額後。不能求引渡不動產。(參照六之一六八)又代金支拂期日。不履行其義務時。以裁判所之職權。命再競賣。(參照八之一六八)故觀此等規定。謂因許競落之決定。生所有權取得之效力。雖似穩愜。然由法理言之。謂不俟決定之確定。可以引渡。或不俟代金之支拂。而可取得所有權。較爲正當。蓋此決定。比諸賣買契約。以引渡賣買目的物之不動產。與支拂代金。期於他日。惟至其期日。不支給代金時。則其賣買。以當然解除之條件。爲合意者。全屬相同也。此當合意時。既轉移其所有權。是合意主義

當然之結果也。法律不過於競落之際。採此主義。定此條件耳。

右規定之結果。競落決定後。苟不因上訴。變更及廢棄決定者。則不動產危險之責任。與增加之利益。皆歸於競落人之損失及利益也。

此外因申立於引渡不動產前。命其管理。及債務者拒引渡時。使執達吏解債務者之占有。實行引渡兩事。六八俟述不動產引渡時詳之。茲從略焉。參照本編第三章第一節之第二及執細第八十七條第二項。

第三項 對於競落決定之上訴

(第一) 對於競落決定之上訴方法。爲卽時抗告。五五八。六八〇。蓋許競落之決定。爲使競落人生取得所有權之效力。六八故此抗告。特生停止執行之效力。有卽時抗告者。則停止其決定之執行。使競落人。不直爲所有權之實行焉。參照第三編第四章第三節

(第二) 抗告之理由。抗告之理由。因對於許競落之決定。與對於不許之決定。而不同者也。

(一) 對於不許競落決定抗告之理由。限於主張無民事訴訟法、所揭一切不許之原因也。六八一 卽因異議之申立。對於不許競落之決定。主張無異議之理由。及無異議申

立之權利者之異議。又對於以裁判所之職權。不許之決定。主張無不許之原因是也。

（參觀前第六款）

（二）對於許競落之決定抗告之理由。限於主張有民事訴訟法所揭許可競落異議之原因者。又主張競落決定。牴觸競落期日調書之旨趣者。（參觀六八一。及前項）競落期日之調書者。從口頭辯論調書之規定。而作成者。如第六百七十七條、第二項所規定是也。然茲所謂牴觸競落期日調書之旨趣者。果指如何之事實。其義難解。普魯士法有競賣期日之調書云云。故牴觸其旨趣者。例如記載於調書最高價競買人之氏名。（參照六六七之八）與許競落決定所記載競落人之氏名。（六七九）不同一時。又調書所表示之不動產。（六六七之一）與決定所揭不動產（六七九）不符合時。是也。然則所謂競落期日之調書者。殆爲競賣期日之調書之誤。而法文如斯。其義實難索解耳。

（三）以取消之訴、及原狀回復之訴之要件、爲理由之抗告。有對於許競落之決定、及不許之決定而爲之者。（四六八一六之三）此抗告雖在卽時抗告。不變期間滿了後。而由裁判確定後。又知其理由之日。在一個月不變期間內。亦可行之。（參照四六四之三、四七四）

（第三）得爲抗告者。對於競落決定。得爲卽時抗告者如左。

(一) 利害關係人。因競落許否之決定。應被損害時。有抗告之權。之六一八〇

(二) 競落人於主張無許可競落之理由。或須以決定所揭以外之條件爲許可時。有抗告之權。之六二八〇

(三) 競買人主張求競落可以許可時。有抗告之權。同上

右(二)及(三)求競落之競落人。雖爲抗告。而不得免其所申出價額之拘束。之六四八〇。蓋非因免此拘束而爲抗告者也。

(第四) 抗告不經口頭辯論爲之。是通例也。然抗告人通知抗告於有反對之利害關係者。得使爲書面及口頭之陳述。此第四百六十二條之規定也。且對於競落決定之抗告。多有所謂反對之利害關係者。故必要之際。抗告裁判所。可指定抗告人之相手方。使爲反對之陳述。之六一八二

抗告雖有數多。而爲其目的之決定則僅一種之競落決定。故其抗告皆可併合而爲裁判。之六二八二

抗告之結果。變更執行裁判所之決定或廢棄之之裁判。則抗告裁判所言渡之。六七又除送達外。仍須於執行裁判所。揭示於裁判所之揭示板。而公告之。六三八

第四項　新競賣及再競賣

（第一）新競賣。本節第二項第四所述之競賣期日。或某種事情。不能實行競賣時。則新定期日。更行競賣。法律稱爲新競賣。須新競賣之事由如左。

（一）在競賣期日。無可許競買價額之申出時。（六七〇）無可許競買價額之申出。卽無申出一切價額者。固勿論已。如申出之價額。不及最低競買價額。及其價額。雖在最低價額以上。而利害關係人。有立保證之申請。而受其申請者。不立保證時。亦皆包含之也。（六七〇・六六四・執細第八十七條第一項・參照）

不動產之競賣。若其不動產。先於差押債權者之債權。已負擔債務。且引受於競落人。預料其賣却代金。不足辨濟此負擔時。不得爲之。此第六百四十九條第一項所規定也。而此規定。在新競賣之際。亦可適用。然限不背此規定。無可許價額之申出時。得以裁判所之意見。減相當最低價額。而定新競賣之期日。（六七〇之一）

（二）最初之競落。有異議者。而其異議爲正當之理由。因此不許競落。而更爲競賣時。

雖以異議爲正當。而因其理由之性質。有不須新競賣者。例如不許強制執行之理由。或基於不可續行之理由是也。（參照二之第六七一）

（三）最初之競賣期日。與競落期日間。因天災及其他之事變。不動產顯有損害。而以取消其競買之結果。應爲競賣時。（六八七）此際常變動不動產之價額。故須改定其最低額。更爲第六百五十五條、至第六百五十七條所規定之手續。（六八五）以上諸例。裁判所皆可以職權定新競賣期日。而此期日。由最初期日起、至十四日後。（六七〇之二、六之二）

又新競賣期日。仍無可許競買價額之申出時。或因其他之理由。更爲新競賣時。則須更爲同上之手續。（六七之一）

（第二）再競賣　再競賣者。非如前段所述之新競賣。預見競賣之結果。更爲競賣也。乃競賣終局。（即競落完結）而因爾後之理由。解除其競賣。再爲競賣也。

再競賣必要之事由。即競落人至支拂代金期日。不能完全履行其義務是也。（六八）

再競賣時。最初競賣所定之最低競賣價額、及其他賣却條件。皆可適用。又其期日、至少

須在最初期日之十四日後。六八八之二及三。

此外再競賣之特例。如左。

(一) 最初之競落人。在再競賣期日之三日前。支給買入代金、及手續之費用。可取消再競賣手續。六八八之四

(二) 前之競落人。不許加入再競賣之競買。惟其再競賣之結果。有左之特例。

(甲) 再度之競落代價。較低於最初之競落代價時。負擔其不足之額、及手續之費用。

(乙) 反之、後之價額較高時。不得請求剩餘之額是也。六八八之五

右再競賣者。解除最初之競賣。而再開始同一之手續耶。第一說 抑以最初競落人。所取得之不動產。更爲競賣之新手續耶。第二說 此種疑問。德國學者間。頗有議論。而其議論所以歧出者。究因法文不能明晰故也。兩說結果之差異。第一說從解除說。前之競落人。因競落決定。已取得之所有權。與再競賣之開始同時。復於前所有者之債務者。其危險之責。應歸於債務者。若因再競賣。有剩餘之額。亦屬諸債務者。第二說則反是。前之競落人。依然爲所有者。從而負擔危險之責。有剩餘之額。亦歸其所有。然據法律之規定。從右兩說。皆不一貫。例如再競賣開始後。得爲有效支拂之規定。六八八之四 負擔不足額、與費用責任。

則與第一說牴牾。而合於第二說。然以其剩餘額歸於債務者。前之競落人。不得請求。（同上之五）則反於第二說之主義。而合於第一說是也。（同上）

據右之法文。似第二說較爲近理。而余仍從第一說者也。蓋第一、競賣本因債務者之辨濟。以競買人之代償爲之辨償。第二、再競賣之命令。有消滅最初競落決定之效力也。至於因後日之支拂。取消再競賣之規定。究屬便宜特別之規定。非必視爲前競落之繼續。又不足之額。及費用之負擔。乃不履行義務之制裁。得視爲損害之賠償。特不得請求剩餘額耳。若從第二說之主義。則應歸於所有者之競落人矣。

第五項 賣却代金之支拂及配當

（第一） 配當方法 凡因不動產之强制競賣。就於賣却代金。債權者欲受自己債權之辨濟。在不動產差押後。須爲配當要求之手續。（參觀本款第二項第一及前第二款第六項）而應受其配當之各債權者。至競落期日前。當呈遞債權之元金、利息、費用、及其他附帶債權之計算書。若不從此規定之債權者。則準用第六百二十八條第二項之規定。依配當要求之旨趣。及其他之憑據書類。而計算之也。（六九二）

配當者。在許競落之決定。已經確定後。而始實施也。而以其賣却代金。足完濟各債權之

金額時。不論特權之有無及順位。若賣却代金。不能滿足配當之各債權者。則有從其次第順位之必要。此應從民法、商法、及特別法（國稅滯納處分法之類）之規定。而配當之也。一六九

（第二）配當期日　配當期日。許競落之決定。已經確定後。以裁判所之職權。而指定之。且競落代金之支拂及配當。亦於此期日爲之。故此期日。須呼出利害關係人。及不因有執行力之正本。而要求配當之債權者。幷競落人。三六九

配當期日。先定應配當不動產之賣却代金若干。所謂代金者。如左。

（一）競落代金。

（二）不動產之生果實、及其他得以金錢估計之利益者。自競落決定言渡。至支拂代金時之利息。

右以利息算入代金。其故以競落人、因競落決定。而取得不動產之所有權。從而收益。亦歸其所有。代金之支給。仍在後日。是得二重之利益。實未正當也。

右代金之支給。依裁判所爲之。又其最高競買額之保證。預有金額時。則以此算入其代金。四六九

（第三）配當表之確定　裁判所訊問出頭之利害關係人。要求其配當之債權者。而確

定左之事項。且須記載於配當表。

(一) 賣却代金。

(二) 各債權者債權之元金、利息、及費用。

(三) 配當之順位、及配當之割合。

右金額、幷順位、及割合。凡利害關係人。及無執行力正本之配當要求者。有一致之合意時。裁判所基於合意。作成配當表、幷確定之也。六九五・六九六・前節第四款第二項參照

(第四) 對於配當表異議之完結、及異議之實施。準用第六百三十條以下之規定。故除左所揭別種之規定外。皆須參照前節第四款第二項及第三項。六九七

對於配當表之異議。幷關於配當表之實施。別種之規定。如左。

(一) 至期日出頭之債務者。對於各債權者之債權。或對於主張債權之順位。有申立異議之權利。六九八之一

(二) 出頭之各債權者。僅關於自己之利害。對於他之債權者。有與前項同一之權利。同上之二

(三) 對於可以執行之債權、卽有執行力之正本之債權。債務者之異議。特從第五百

四十五條、第五百四十七條、及第八條之規定。得向本案之受訴裁判所。提起訴訟而完結之。九九八之三

關於異議。已詳於前章第四節第三款及第六節第三款。

(四) 競落人之得引受債務者、卽因賣却條件引受不動產之負擔者。則須別論。謂當配當實施之際。以滿買入代金之額爲限。得關係債權者之承諾、易代金之支給。以引受債務也。此際競落人自爲債權者時。其債權之配當額。限滿於代金之額。而以與代金、爲餘額計算。相殺而消滅。然對於應引受之債務、或應計算之競落人之債權。有適當之異議時。則支給相當代金。或立保證。六九

(第五) 配當實施後之手續。配當實施之後。裁判所以配當調書、及競落決定之正本。送付於登記判事。囑託左之諸件。

(一) 競落人所有權之登記。競落人。不因競落之決定。而取得所有權。然爾後仍有對於決定之上訴。又無代金之支給時。有再爲競賣者。故不得謂爲確定。且在日本登記。非所有權移轉之要素。不過對於第三者爲公示之方法。所以仍在配當表實施之後。而行之也。

(二) 競落人所引受之不動產負擔記入之抹消。所謂負擔者。卽第六百四十九條、第二項所規定。須記入登記簿之負擔。例如書入、質入之義務是也。但引受其負擔時。則其記入。固依然存續也。

不須記入登記簿不動產之負擔。卽如租稅及其他之公課。常爲競落人之引受者也。

六四九之二及三

(三) 競賣申立記入之抹消。卽從第六百五十一條之規定。所爲之記入是也。

右登記之抹消。爲保護新所有者之所有權者也。故其費用。一切競落人應負擔之。一七〇

以上本款第一項至第五項所說述之主義。幷手續。就於數多之差押債權者同時可爲之不動產之競賣。亦可準用。一七〇

日本民事訴訟法。所以不許重複之差押者。既如本款第一項第四所述。故由數多之債權者。無對於同一之不動產。爲重疊差押之事。然如第四十八條所規定之共同訴訟。及其他訴之併合。或有因數多之獨立債權者。對於同一不動產。而行強制競賣者。此際準用以上之規定。一舉而結執行之局。卽設此規定之由也。

第六項 入札拂

入札拂者。日本古來所慣行。爲最簡便之方法也。蓋其與競賣所異者。卽競賣由競買者各自以口頭而申出競買價額。入札者。各自定一定之價額。以書面而申出也。其他自入札期日之指定。以至配當之完結。概與强制競賣無異。故除左特別之規定外。皆準用競賣之規定。[二七〇]

關於入札特別之規定如左。

(一) 入札拂在競賣期日公告之前。因利害關係人之申立。或以裁判所之職權、而命之。[二七〇]

(二) 入札當在期日呈於執達吏。[七之一〇三]

(三) 入札者。第一記載入札人之氏名及住所。第二記載入札不動產之表示。第三記載入札價額。[七之二〇三]

(四) 入札之開封。在入札人之面前。執達吏爲之。且須朗讀焉。

若有二人以上。爲同價額之入札者。更使追加入札。以定其最高價入札人。[七・及二・四之一]

入札之價額。常須表示一定之金額。換言之。卽不許以最高價入札、或「視某人入札額、增什一或幾許」卽對於他之入札價額以比例示之云云爲表示價額之方法也。

故若有此種之入札時。則爲無效。七〇四之三

(五) 最高價入札人。受呼上者。從第六百六十四條之規定。應立保證。若不立保證。不許落札。以次位之入札人。爲最高價入札人。此際受最初呼上者。擔負其入札價額、與次位入札價額之差金。七〇五

第三款 強制管理

(第一) 強制管理手續之開始。 強制管理之性質、目的。及與強制競賣之差異。已詳於通則。茲不贅述。

強制管理。凡競賣之申立。六四二 添付申立之書類。六四三 開始決定、及差押之宣言。六四四之一及三 記入之囑託。六五一 登記判事送付謄本及鈔本。六五二 因同上通知之處分。六五三 租稅及其他公課申出之催告。六五四 等規定。皆可準用。七〇六 故就於以上之事項。悉從省略。以下僅就其差異有別段之規定者。而述之。

(一) 應添付於申立之證書中。從第六百四十三條第一號、及第二號。雖須附爲債務者所有之登記判事認證書、及可證明其他所有權之證書。而強制管理。非以所有權爲執行之目的物。僅以收益爲目的。故代此之證書。僅添付疏明債務者占有不動產

之證書。可矣。七二〇之六

(二) 於開始之決定。禁債務者干涉管理事務、及不動產收益之處分。又有爲不動產收益給付之第三者時。則命第三者以後之給付。可給付之於管理人。七二〇之一 七 對於此決定。第三者。因送達而生效力。送達以職權行之。七二〇之三 七 夫強制競賣以所有權爲目的。非以收益爲直接之目的。故差押之後。仍不妨不動產之利用及管理。參照六四之二 皮之、管理以收益爲直接之目的物。所以禁止債務者之管理、及收益之處分權也。所謂收益者。既收穫、或可收穫、又期限之到來、或可到來之果實。皆包含之。七二〇之二 七 強制管理之開始。已決定之不動產。不更爲決定。及以其申立、添付於記錄。生要求配當之效力。七二〇之八 及要求配當之手續。七二〇之九 幷關於其通知之規定。七二〇之一 悉與競賣同。茲略焉。

(第二) 管理人之任命。 管理人由執行裁判所任命之。然債權者得推薦適當之人。七一一

管理人之任命。授與管理人以左之權利。

(一) 爲管理及收益。有自占有不動產之權。 行使此權利受抵抗時。得使執達吏立

會。

(二) 代債務者取立第三者應給付之收益之權。七一一之二及三 裁判所關於管理。爲必要之指揮。又定應與之報酬。且於管理人施行業務。可爲之監督。又因監督權、得使管理人立保證。或言渡二十圓以下之過料。或免其職。二一七

(第三) 管理人之業務 管理人由不動產之收益。除不動產之租稅、及其他之公課後。不須別段之手續。而辨濟管理之費用。以其殘額。配當於債權者。就於配當債權者之協議不諧時。可申報其旨於裁判所。七一四 配當手續、除管理之性質上不適用外。悉與前節第五款所述同。茲略。七一二之四

管理人、每年及施行業務終了後。應送計算書於各債權者、債務者、及裁判所。右之計算之債權者、或債務者。有異議時。由計算書之送達。在七日之期間內。得申立異議於執行裁判所。

有異議之申立時。裁判所審訊管理人。而後爲其裁判。

業務終了後之計算。無異議之申立時。視爲承諾管理人之卸任。七一三之五 有異議之申立。已經完結時。裁判所亦可使管理人卸任。同上之四

(第四) 對於強制管理、第三者之異議。強制管理之際。有就其目的物、主張所有權。及有其他妨目的物之讓渡、或引渡之權利、之第三者。得以訴主張異議。猶之有體動產之強制執行。故可準用第五百四十九條之規定。三七一第三者異議之訴。詳於前章第五節第一款。

因異議之訴。須執行之停止、或取消之處分。亦與第五百四十九條無異。參照九之三五四惟強制管理執行之停止。僅由管理人停止收益之配當。至如第七百七條第一項所規定之命令之執行。則不停止。取消之事。於強制管理有別段之規定。俟次項詳之。

(第五) 強制管理之取消。取消強制管理者。如左。

(一) 從一般之規定。取消強制執行時。參照五五〇・五一・七一三

(二) 依登記判事之通知。知有妨強制管理之開始之事實時。參照七六・六五三〇

(三) 債權者取下管理之申立時。取下強制管理、申立之結果。與訴之取下、及強制競賣申立之取下異。須取消管理人既行之行爲。及現行之執行行爲。

(四) 爲執行管理。須特別之費用時。債權者不預納必要之金額時。七之三一六此際僅係可取消。非必須取消也。

(五)以管理不動產之收益而各債權者受辨濟時。此際之取消。以職權行之。之七二六以上強制管理之取消。由裁判所之決定爲之。之七一六此決定。凡有卽時抗告之權利者。卽債權者。債務者。及其他之利害關係人不可不送達焉。參照五八·五管理人非當事者。又非利害關係人。故無抗告之權。又無送達取消決定之規定。蓋與任命之手續同。僅免其職可矣。

第三節 對於船舶及其股分之強制執行

第一款 對於船舶之強制執行

(第一)船舶之性質 舊商法第八百三十四條曰。商船及其他之海船。視爲動產。蓋船舶本然之性質。本應屬動產。固不俟商法之規定。改正商法所以削除之也。然商船及其他之海船。其構造價額。皆優於陸上之建造物。且保護所有權之方法。及用方、處分法。皆難與通常動產。律以同一之方法。於是各國就於船舶。悉從特別之法規。日本維新後。關於船舶之特別法令。亦屬不尠。概仿各國之例。故強制執行之方法。亦準其例。設特別之規定。幾與不動產用同一之方法。

(第二)船舶之性質 雖屬動產。而法律上與通常動產異其處理。今舉顯著者。如左。

(一)船舶有定繫港。卽其船籍。參照商船法

（二）船舶須爲登記。（商法第五百四十條）

（三）船舶之讓渡或抵當。須爲得登記者。（商法第六百八十二條）

（第三）對於商船、及其他海船之强制執行。從關於不動產之强制競賣之規定。（七一之一七）但端舟、（舢板）及其僅以擄櫂而運轉又以擄櫂爲主而運轉之舟。則從對於動產之强制執行之規定。（七一之七二）

從不動產之强制競賣之規定者。如前所述。限於商船及其他之海船。惟其所謂商船。亦限於海船。固解釋法文不得不然也。如湖上之船舶。雖優於海船。亦不得從此規定。故今日湖沼及河川之船舶。不拘爲汽船與否。又其船積之如何。從有體動產之强制執行之方法。是法律有特別之理由。而爲除外例耶。抑偶然之結果。而生此區別耶。

（第四）管轄裁判所　船舶之强制競賣。以船舶差押之當時碇泊港之區裁判所。爲管轄裁判所。（七一之八）此管轄之爲專屬。卽據第五百六十三條所規定也。

裁判所執行手續中。使碇泊於差押港。然爲商業上之利益。由利益關係人。有一致之申立時。裁判所可許航行。（七一之九）

（第五）强制競賣之申立、及應添付之證書。

申立從第六百四十二條之規定而爲之。而可添付於申立之證書。在有執行力之正本以外者。

(甲) 債務者爲所有者時。則疏明所有者占有船舶。又爲船長時。則疏明船長指揮船舶之證書。參七二〇之第一。舊商第八百七十一條。及第八百七十二條。

(乙) 船舶登記於船舶登記籍。包含於其船舶有效之各種登記事項。登記簿之鈔本。參照同上第二。舊商第八百六十二條第八百五十三條。參照

債權者、與主管公簿之官署。在遠隔之地。得申立於執行裁判所。求以上之鈔本。七二〇之二

(第六) 競賣之開始、及差押。

競賣開始之決定。及因其決定。宣言船舶之差押。又送達。及因送達生差押之效力等。皆同於不動產之强制競賣。惟船舶之差押。有特別之規定。如左。

(一) 因債權者之申立。雖可以通常方法而行差押。然因船舶之監守及保存。有須必要之處分。七二一之一 蓋船舶一經拔錨。則難差押。故裁判所有債權者之申立時。須迅速行假處分。

(二) 行此處分。雖在開始決定送達前。亦生差押之效力。七二一之二 此處分若須續行。則

費用必多。故債權者不預納必要之金額時。不得續行。裁判所得取消其處分。七二一之三

(三) 其對於船長之判決。爲去聲船舶債權者。行船舶之差押時。則對於所有者。亦生差押之效力。但此際所有者。亦爲利害關係人。參照七二二之一。商第八百七十一條及第八百七十二條。

(四) 已行差押後。所有者及船長。雖有變更。而不妨手續之續行。同上之二但差押後爲新船長者。亦屬利害關係人。前之船長。免關係人之責務。而爲無關係之人。同上之三

(五) 除以上特例外。通常差押。以開始決定之送達而行之。故差押時。船舶不在裁判所之管轄內。則不用搜索及追跡。得取消其手續。七二三此外之取消及停止。皆與不動產之强制競賣時同。

(第七) 競賣手續 競賣之手續。亦與一切不動產之競賣同。惟有左之差異。

(一) 競賣期日之公告。第六百五十八條第一號所謂不動產之表示。改爲船舶之表示、及揭其碇泊之場所。七二四

(二) 執行裁判所。無定繫港之區裁判所時。則以競賣期日之公告。送付於定繫港區裁判所。囑託其裁判所。以揭示於揭示板之旨。七二五定繫港爲船籍之所在。於募集競買人爲必要也。

第二款 對於船舶之股分之强制執行

（第一）船舶之股分者。謂船舶所有者。有二人以上。對其所有者各人之理想上之持分也。舊商法。第八百四十一條以下。設關於船舶之股分所有者之規定。而新商法。則改爲船舶共有者。（商法第五百四十六條以下）蓋股分云者。謂數人共有一船舶之狀態也。故二者名異而義同。商法既認船舶之股分。（船舶之共有者）故民事訴訟法。對之亦有設强制執行之規定之必要。

船舶之股分者。猶之動產之共有權。（參照商第八百四十一條）故於其强制執行。非據不動產執行之規則。而應從第六百二十五條之對於有體動產之强制執行規定。就其管轄之非以碇泊港之區裁判所爲執行裁判所。乃以定繫港之區裁判所爲執行裁判所。（七二六）

（第二）對於船舶股分之執行。從債權强制執行之規定。（參照六二五。五九四以下。）故股分差押之方法。須以差押命令而爲之。（參照五九四）惟添付於申請命令之證書。及送達幷效力。略有差異。如左。

（一）差押命令之申請。須證明債務者。於船舶股分。有所有權。添付船舶登記簿之鈔

本。及有信用之證明書。（七二七之一）

（二）差押命令。除債務者外。亦須送達於船舶管理人。（七二七之二）

（三）差押命令。以送達於船舶管理人。與送達於債務者。有同一之效力。（七二七之三）

（第三）配當船舶之競賣代金。準用第六百二十六條以下之規定。此已詳前第一節第四款第二項。（七二八）

其他差押外國之船舶時。或差押未登記於登記簿之船舶時。不適用記入於登記簿之手續之規定。（七二九）

（第四）就於船舶之競賣。及船舶股分之競賣。亦可用入札之方法。（參照執細則第八十九條）

第三章　不以支給金錢爲目的之債權之强制執行

第一節　引渡物件之債務

（第一）屬於執達吏職務之執行。

（甲）特定之動產、或代替物、一定之數量之引渡。

（一）債務者應引渡特定之動產、或代替物、一定之數量時。執達吏由債務者取上而引渡於債權者。（七三〇）若債務者、不自定其數量。則由執達吏定之。若表示於判決。有數

多同種類之物。而執達吏不能自定者。可使債權者立會。然債權者非有就其物、可隨意選擇。及取上其物之全部之權利。若債務者以表示於判決之物。與取上之物。爭爲不同一時。則從第五百四十四條之規定。而爲異議。

(二) 執達吏取上其物。同時債權者得占有其物。債務者於此。遂免除債務。又債權者若欲得所有權。而其物屬於債務者自有時。則因此取得其所有權。此際以判決代債務者引渡占有之意思。以物之取上代債務者之引渡。

若以既取上之物。由他人有正當優等權者。而欲取戾時。債權者對於債務者。猶之既被任意交付者。仍保有請求之權利。不待論已。

(三) 關於物之引渡。強制執行之原則。可適用幼者、及無能力者之身體引渡之請求與否。學者間。議論歧出。德國議會。亦有提起此疑問者。委員答爲可以適用。德國學者并判例之意見。亦然。惟反對此說之論者及判例。有謂可以適用關於行爲之強制執行之規則。「威爾摸斯奇尼比、及因忒曼、又達爾姆斯德、及斯志幼加爾、控訴院之判例、」日本於此。亦有異論。然如以人體與動產同視之說。固不足採。又適用關於行爲之強制執行之規定。其論旨在理論上。雖有足採。但亦不能實行。若從此說。則據民事

訴訟法第七百三十條之規定。須從民法債權編第四百十四條第二項之規定者也。而關於不行爲之義務。同條第三項之規定。雖云得以債務者之費用除却其所爲。而請求將來爲適當之處分。而是亦非想像人身之引渡而定。從而亦不得適用之也。余謂日本民事訴訟法。僅規定財產權上之執行。不規定對於人身之强制執行。故裁判所不過確定幼者、及喪失精神者之屬籍、并歸家而已。假令對於債務者。命爲引渡。亦惟有解爲命任意之引渡。非付執行文於判決。從民事訴訟法之規定。而命執行也。故債權者應依行政官之保護、及援助。以達其目的。行政官亦非執行其判決。乃從判決之趣旨。以職權上保護之方法。爲適當之處分而已。要之。此種判決之執行。悉任之他之法律所規定。及他之行政機關之處分耳。

(四) 依判決所命引渡之物。若不現存。或數量不足時。則無可執行。此際不外估計代價。更行起訴。又不屬於特定物。亦不可視爲代替物者。例如須引渡衣服一領於原告。不能從第七百三十條之規定。又不可從第七百三十三條之規定。此亦與物件不現存同。不外估計代價。及定賠償之額。更行起訴而已。

(乙) 引渡或明渡不動產。及人之住居之船舶。

(一) 引渡債務者之不動產及人之住居之船舶或可明渡時不問其目的之在於所有權與在於占有執達吏可變債務者之占有爲債權者之占有(七三一之一)此規定於屬不動產之一部時亦可適用例如一室之明渡是也

(二) 强制執行限於債權者或代理人爲受取出頭時始可爲之蓋非如動產由執達吏占有之也(七三一之二執細第九十一條)

(三) 非强制執行之目的物之動產執達吏可取除之而引渡於債務者若債務者不在時可引渡於其代理人及其成長之家族或雇人(七三一之三)

債務者及前述之家族幷雇人不在時執達吏以債務者之費用保管其動產(七三一之四)又債務者怠於動產之受取時執達吏得執行裁判所之許可從差押物競賣之規定而賣却之除其費用而供託代金(七三一之五執細第九十一條)

(第二) 屬於執行裁判所之職務之執行 債權者有受存於第三者手中之動產或不動產或船舶之引渡之權利第三者拒其物之引渡時債權者須爲執行之申請且有此申請時執行裁判所限於其性質上可以適用者得適用關於金錢債權之差押第五百九十四條至六百條及第六百六條至六百十四條之規定發轉付其目的物於債權者

之命令。若有此命令而第三者任意不履行物之明渡時。債權者不得直對其第三者。爲强制執行。對於是等之人。不爲强制執行者。從第六百十條之規定。須基於轉付之命令而起訴。受其裁判。得執行力之後也。七三

第二節　行爲或不行爲義務之實行

(第一)　行爲或不行爲之判決。及其强制執行之學說。并立法例。古來各國。異其趣旨。羅馬法無命行爲之判決。故債務者任意不履行其義務時。則債權者不外爲賠償之訴。近世立法例及實例。概認行爲之實行之强制執行。且法國法律。非僅得爲命債務者自己或第三者所得爲行爲之判決。且許直接之强制執行。然至於不行爲之義務。不命實行。而聽債權者爲賠償之訴焉。(法·民·第千百四十三條。及第千百四十四條。)德國民事訴訟法亦同。可命行爲之實行。及許執行。蓋不爲義務應行之行爲。而行不可行之行爲。權利者對之不能求直接執行。僅得求賠償。究使債務者有不爲可爲。而續行不可爲之權利。於理甚不當也。然若因此拘束人身。則弊害亦大。日本民事訴訟法。鑑於以上立法例。又參酌民法。定之如下。

(第二)　由第三者得行之行爲。(代換的行爲之執行手續)

(一)　債務者不爲應爲之行爲。而第三者得爲之時。第一審受訴裁判所。因申立。從民

法之規定而決定之。七三

所謂民法之規定者。指同法第四百十四條第二項及第三項。可依其法文之指示。而明之。今先觀民法第四百十四條第二項云。

債務之性質。不許强制履行時。其債務以作爲爲目的。得請求於裁判所。以債務者之費用。使第三者爲之。但就於以法律行爲爲目的之債務。得以裁判。代債務者之意思表示。

又第三項云。

以不作爲爲目的之債務。則以債務者之費用。除却其所爲。且請求爲謀將來之適宜之處分。

以上所揭者。卽民事訴訟法第七百三十三條之法文中所明示也。茲解釋之如左。

(甲) 其行爲。可由第三者爲之與否。全屬事實上之問題。不能定一定之準則。若例示之。不勝枚舉。且易生疑惑。故悉略焉。

(乙) 若判決因其行爲之實行。已定期間。固應待其期間之滿了。若未定期間。則不須別段之催告。可直命實行。然裁判所須注意果可實行與否。

(丙) 第三者得爲與否。屬於事實問題。故法律亦如某國。不委於執達吏。而直歸裁判所之管轄。且不屬執行裁判所之管轄。而爲受訴裁判所之管轄。然若其本案未繫屬於控訴院而其判決付以假執行之宣言者。則依第七百六十二條之規定。在控訴院須以假處分而爲此決定焉。

(丁) 右決定之申立。及其決定。不揭何人。及如何方法。可實行其行爲。然債權者、如依須過分費用之方法。則債務者無負擔之義務。

法律雖以第三者爲標準。若其行爲。債權者自己得爲之者。則亦許債權者自行之。例如破毀違背義務所爲之物是也。

對於決定申立之却下。得爲卽時抗告。五八五

(戊) 此裁判不以判決。而用決定。故不須開口頭辯論。然其決定前。可審訊債務者。三七五

(己) 可爲行爲之第三者。非債務者之代理人。乃以自己之名。與債權者爲契約。故第三者與債務者間。毫無權利關係。

(庚) 若債務者抵抗行爲之實行時。債權者使執達吏立會。執達吏從第五百三十六

條之規定。得爲必要之處分。（執細第九十二條）

（辛）債務者雖在決定後。及實行著手後。得自實行其行爲。惟不得免前此之費用、及損害之責耳。

（二）債權者。與前段決定之申請。同時得申立預宣言因其行爲所可生之費用使債務者爲支拂之決定。而生其決定以上之費用時。後日仍可以請求之。（七三三之二）

（第三）第三者不能爲之行爲。（不代換的行爲之執行手續）僅因債務者之意思。得爲之行爲。第三者不得爲時。第一審之裁判所。因申立。以決定命以在相當期間內。不履行時。則計其遲延之期間。爲一定之賠償。又須卽爲損害賠償之旨。（七三四・三十二年法律第十號改正本條）

此所謂行爲。非止爲包含不行爲也。而且於不行爲之際。最爲適當之方法。蓋前（第二）所謂違背不行爲之義務者。專留有形之結果。故債權者及第三者。亦可以有形之行爲。而使之履行。例如背約而築牆壁。使毀壞之是也。然所謂不作爲之義務時。有不留有形之結果者。例如因病者、或子弟之教育。與近鄰者約。給以若干金員。禁唱音曲。或行猥褻之言動是也。若近鄰者背約。唱音曲。及行猥褻之言動。則裁判所可命其不行爲。若至於再三。除言渡給幾許之償金外。無可行强制之方法焉。

此外前第二之(甲)至於(庚)所述者。皆與此相同。茲不贅述。

第三節　就於債務者意思表示之强制執行

(第一)　債務者應認諾權利關係之成立。或應陳述其他之意思。已受判決時。以其判決之確定。視爲認諾。或意思之陳述。六七三

右之規定。專限於判決者。不適用於他之債務名義。

又此僅關於純然之意思表示。故與意思之表示同時。須有積極的行爲。例如須署名捺印之書面。或須預受管轄官廳之許可。非可據第七百三十三條。而從第七百三十四條之規定也。

(第二)　有反對之給付後。爲認諾或意思之陳述者。從第五百十八條。及第五百二十條之規定。付與有執行力之正本時。發生其效力。七三六之後半

所謂反對之給付者。不區別在契約上債權者先時可行者。與同時可行者。從第五百十八條及第五百二十條之規定。證明爲反對給付。得裁判長之許可。而付與有執行力之正本時。始視爲已爲判決所命之意思表示焉。

於執行文付與已起訴時。須待其判決之確定。五二二

又意思表示之判決。未確定前。因債權者死亡、或隱居。須對其承繼人、爲意思表示者。則從第五百十九條之規定。若非債權者之承繼人、受適法之執行文後。不生認諾或陳述意思之效力。

第四章 假差押及假處分

第一節 假差押

(第一) 假差押者。就於金錢之債權。或得換金錢之請求。爲保全動產。及不動產之强制執行。而爲之也。七三

假差押、非强制執行。乃保全强制執行。詳言之。卽現時訴訟所請求之債權。恐後日執行之目的物。因物件之隱蔽、或賣却。而有損失者。預爲差押也。

假差押、因預防而行之者。故常在於判決確定以前。不甯惟是。卽在判決以前。未至期限之請求。亦得爲之。七三之二七 且有時於未提起訴訟以前。亦可許之。參照四六七

(第二) 關於假差押之必要條件如左。

(一) 須爲金錢、或得換金錢之請求。惟不問既達請求期限與否。但若繫於停止條件者。及僅屬成立確定之請求者。則不得爲假差押之申請。

(二) 須有可許假差押之理由。此理由者。如苟非假差押。他日不能爲判決之執行。又執行判決。顯有困難之虞。又苟非假差押。須至外國始可執行判決者是也。七三

(三) 須有理由之疏明。七四之二 疏明之事。已詳於第二編第二章第三節第三。

(四) 因假差押債務者所生之損害。債權者須依裁判所之自由意見。而立保證。一七四之二 又裁判所雖疏明其理由。仍須立保證。蓋疏明非證據。故不能確知其請求之當否。而請求當否之確定。乃辯論判決之後。所以須保證也。七四一之二

已立保證。則應以所立之保證及方法。例如現金、有價證券、及某種保證 記載於假差押之命令。同上之三

蓋此關係於債務者之申立異議與否也。

(第三) 假差押之手續。

(一) 假差押申請。從第七百四十條之規定。而爲之。其裁判爲口頭辯論時。則用終局裁判。否則用決定。此決定。稱爲假差押之命令。而命令須以裁判所之職權。送達之。參照二四五之三。但空過由送達起十四日之期間者。當然失其效力。七四一之一、七四二、七四九之二

(二) 假差押之命令。管轄假差押之物所在地之區裁判所。或本案之管轄裁判所。管轄之。七九三 蓋本案既經繫屬。則通常受訴裁判所。在繫屬以前。不拘本案管轄之如何。

皆由前記之區裁判所管轄之。

(三) 假差押之命令。須記載苟欲停止假差押之執行。或取消已執行之假差押。由債務者所應供託之金額。(七四三) 假差押之命令。以不付與執行文爲本則。然發命令後。限於債權者、及債務者。有承繼人者。則須附記於執行文也。(四九之一)

(四) 對於假差押之命令。得申立異議。申立者、須開示假差押之取消。或變更之理由。有申立異議時。裁判所定辯論之期日。而爲終局判決。(七四四・七四五・)

異議之申立。無停止假差押之執行之效力。(七四四之三)

(五) 本案未繫屬時。則假差押裁判所。因債務者之申立。不經口頭辯論。命債權者以在一定期間內。可以起訴之旨。惟空過其期間後。因債務者之申立。以終局判決。取消假差押。(七四六)

又裁判所雖既認可假差押後。而債務者申請理由之消滅。情況之變更。或立裁判所所定之保證時。得命取消。就於此申立。則發假差押命令之裁判所。又其本案既繫屬時。則本案之裁判所。以終局判決。而爲裁判。(七四七)

(第四) 假差押命令之執行。(七五〇)

就於假差押之執行。準用強制執行之規定。惟其規定有差異者如左。

(甲) 除前(第二)之(二)所揭外。不須執行文。

(乙) 動產之假差押。雖無差異。而債權之假差押。則有左之差異。

(一) 有體動產之假差押。不適用照查手續。(參照八六五)

(二) 債權假差押之執行。非在債務者普通裁判籍之區裁判所管轄之。而以發假差押之命令之裁判所。爲執行裁判所。(參照九四五)

(三) 債權之假差押。以禁第三債務者。支給於債務者之命令而爲之。(參照九八五)

(丙) 假差押之金錢。須供託之。若其他物之競賣及換價。則不須供託。然價額有減少之慮時。又貯藏須過分之費用時。則因申立。執行裁判所。命執達吏以競賣之而供託賣得金之旨。(七五之四)○

(丁) 對於不動產假執行之差押。以登記簿記載其命令而爲之。(七五一)

(戊) 因假差押爲强制管理時。則取立可保全相當之債權金額而供託之。(七五二)

對於船舶假差押之執行。當假差押時。在碇泊港使之碇泊而爲之。(七五三)

(第五) 假差押命令之取消。

假差押命令之取消者。除本節第三所述之終局判決而行之外。仍有二種之別。

(甲) 由裁判所假差押命令。而供託所定之金額時。常可取消假差押。

(乙) 假差押之續行。須特別之費用。而債權者不預納必要之金額時。則僅以裁判所之意見。得命取消。

右之裁判。不經口頭辯論。以決定而行之。且須送達。(參照二四五之三)對此決定。得爲卽時抗告。(七五四·執細第九十四條)

第二節 假處分

(第二) 假處分者。就於係爭物。因現狀之變更。當事者一方。不能實行權利。或因此有困難之慮時。所許之處分也。

假處分。與假差押相異者。

(一) 假差押。專關於金錢上之債權。因保全強制執行而行之者。雖及於一般之物。而假處分。則就於金錢債權以外之特定供給。對於其目的物。爲相當之處分。又係爭之權利關係。定以假之地位。爲相當之處分。而以保全權利之實行爲目的也。

(二) 假差押。雖就於財產權上之物。以保全強制執行爲目的。而假處分。不以強制執

行爲爲目的時。亦可爲之。卽就於有所爭之權利關係。因定假之地位。亦得爲之。但限於繼續之權利關係。避顯著之損害。或防急迫之强暴。又因他之理由。有必要之時耳。七六

○例如禁某行爲。或關於婚姻及其他身分上之假處分是也。

(三) 假差押之範圍。雖制限於申請人之申立。而假處分。則以裁判自由之意見。定必要之處分而命之。七五 八

(四) 假差押申請之裁判。依裁判所之意見。均可不經口頭辯論而爲之。而假處分之命令。限於急迫之際。可不須經口頭辯論。七四 五 七一·七二

(第二) 假處分之命令。及其他之手續。準用假差押之命令。及手續之規定。然左之事項。則有特別規定。七五 六

(一) 就於管轄。則假處分之命令。以管轄本案之裁判所管轄之。惟急迫之際。則管轄係爭物所在地之區裁判所。亦可爲之。而於後者。得就因假處分當否、所須爲之口頭辯論。定當申立本案之管轄裁判所、呼出相手方之期間。而命假處分焉。空過此期間時。則因申立而取消其假處分。

又急迫之際。限於不須口頭辯論者。裁判長得爲命假處分或取消之之裁判。七六 三

此裁判。不經口頭辯論而爲之。七五七六一。

(二) 本案之管轄裁判所者。第一審裁判所是也。而其本案繫屬於控訴審時。以控訴裁判所。爲本案之裁判所。蓋上告裁判所。無命假處分之必要也。

(三) 裁判所以自由之意見。因達申立之目的。定必要之處分。即認爲必要時。置保管人。命行爲於相手方。及禁其行爲。又命給付。及禁讓渡不動產。或禁抵當等。皆準用第七百五十一條之規定。使記入於登記簿。七五八。執細則第九十五條

(四) 假處分者。其性質上、不易許可取消者也。故僅限於之有特別情況時。使立保證。而許取消假處分。七五九 蓋假處分多關於人之行爲。以金錢而補償者甚少。但亦時有例外。例如甲爲建築時。乙主張觀望之權利。裁判所飭止其建築。使甲預立他日敗訴時足以破壞其建築物之費用之保證。而取消前之假處分是也。

民事訴訟法論綱

第七編　公示催告

第一章　公示催告手續

（第一）　公示催告者。使爲請求、或申報權利之方法也。不申報時。生失權之效力。限於法律所定者、而行之催告是也。（七六四之一）

今分催告手續爲三種。

（一）　不知一方當事者。裁判所以職權。付以除斥之效力。而發公式之呼出時。　公示催告。限於法律所定者。若無法律之規定。固不得爲之。例如裁判所搜索保管物之權利者。及搜索無相續人遺產之關係者。是也。

（二）　由既知之關係人。申立尙有他之關係人時。　例如限定相續之際。因搜索不知之債權者。又無記名證券、及裏書證券之無效宣言。是也。

（三）　雖知相手方之住所。而不能爲直接之呼出時。　民事訴訟法。可用公示催告之手續。僅有一二之規定。卽右三之所述者。（一五六以下）催告請求、及權利之屆出者。（七六及七七。參照七七八以下）是也。無記名證券、或裏書證券之無效宣言者。

茲更就公示催告手續之規定區別之如左。

(甲) 關於請求及權利之申報。七六 四

(乙) 關於無記名證券及裏書證券之無效宣告。依此區別而示手續之綱領。

(第二) 一般公示催告手續。甲之例

(一) 公示催告手續。區裁判所管轄之。七六 二之四

(二) 公示催告之申立。以書面或口頭爲之。但此申立之裁判。須用決定。七六 一及二五之

(三) 公示催告者。表示須在公示催告期日。卽爲催告所指定之期日前申報申立人之表示及請求或權利。又不爲申報。當至失權之旨。而發之。七六 五

(四) 公示催告之公告。揭示於裁判所之揭示板。及揭載於官報公報而爲之。其他法律不設別段之規定時。從第百五十七條第三項之規定。七六 六

(五) 公示催告之期日。與揭載於官報公報之日。極少須存二個月之時間。但法律別有規定者。則爲例外。七六 七

此期間非不變期間。故雖期日終結後。而在除權判決前。爲申報者。仍有效力。七六 八

(六) 除權判決如左。

(甲) 有除權判決之申立。

(乙) 判決前。命詳盡探知之旨。其探知已終了時。九七六

(丙) 有爭申立人爲申立理由所主張之權利、而爲申報時。

(子) 則從其情況。既申報權利之裁判確定前。中止公示催告手續。

(丑) 或則於除權判決。留保已申報之權利。〇七七

對於却下申請除權判決之決定。及付於除權判決之制限。及留保。得爲卽時抗告。九之三

(七) 申立人至期日不出頭時。

(甲) 由期日起算。過六個月之期間。失新期日申立之權利。

(乙) 在六個月之期間。得申立指定新期日。而定新期日。不須更公告其期日。七七二

(第三) 特別公示催告手續。乙之例

(一) 得申立證書之無效宣言者。

(甲) 無記名證券、或以裏書可移轉者、且付以略式裏書之證書。其最終之所持人。

(乙) 於其他之證書。則因證書主張權利者。七七八

(二) 管轄裁判所。卽表示於證書履行地之裁判所。

(三) 其於提出無履行地之表示之證書之際。

(甲) 發行人有普通裁判籍之地之裁判所。

(乙) 無普通裁判籍者。以發行人發行之當時。所有普通裁判籍之地之裁判所管轄之。七九七

(四) 以發行證書之原因之請求。記入登記簿時。專屬於其物所在地之裁判所之管轄。同上之二

(五) 申立人之申立。視爲憑據。須行左之手續。

(甲) 呈遞證書之謄本、或開示認知證書必要之諸件。

(乙) 疏明盜難、紛失、滅失、及爲公示催告申立理由之事實。七八〇

(六) 應揭示於催告之諸件。

(甲) 催告在公示催告期日前。申報權利於裁判所。且應提出其證書之旨。

(乙) 戒示以當爲證書之無效宣言而被處失權之旨。七八一

(七) 公告之方法。除前(第二)之(四)所揭外。仍三回揭載於普通新聞。而爲公告。及

在公示裁判所之所在地。有取引所時。則於取引所。亦揭示此公告。又催告期日、與公告之日。其間須存六個月。七七八二八三

(第四) 除權判決者。宣言證書爲無效也。

判決以官報、及公報、公告之。又因申立不服。以判決取消無效宣言時。其判決之確定後。應爲同上之公告。七八四

(第五) 判決之效力。

有除權判決時。其申立人對於因證書負擔義務者。得主張證書中之權利。七八五

(第六) 以上公示催告。非訴也。故裁判所雖不備第百二十條之條件。得命數個公示催告之併合。七七六

第二章 對於除權判決申立不服之訴

(第一) 對於除權判決。申立不服。非民事訴訟法所謂上訴也。蓋除權判決。不許上訴。七七一四之 故特許此訴也。除權判決。因言渡而確定。故從次項所示之要件。得以訴向管轄催告裁判所之所在地、地方裁判所。而申立不服。

可爲此訴理由之事項如左。

(一) 法律非可許爲公示催告手續者。

(二) 不爲公示催告之公告。又違背法律之規定而公告時。

(三) 不遵守催告之期間時。

(四) 有除斥判事之理由時。

(五) 不顧適法之申報時。

(六) 依第四百六十九條第一號至第五號。許原狀回復之訴之條件存在時。七七四

(第二) 申立不服之訴。必要之條件如左。

(一) 此訴須提起於一個月之不變期間內。此期間以原告知有除權判決之日始。然基於前(第一)之(四)及(六)之理由。且原告在右之日。不知其理由者。則自知其理由之日始。七七五之一

(二) 自除權判決言渡之日起算。須未滿五個年。故滿五個年之期間。自知其理由之日起算。雖在不變期間內。亦不得提起此訴。七七五之二

(第三) 因申立不服之訴。以判決取消無效宣言時。則對此判決。得爲通常之上訴。故不上訴。或經盡上訴。而其判決已確定後。須於官報或公報公告之。七八四之三

民事訴訟法論綱

第八編　仲裁手續

第一章　仲裁判斷

仲裁判斷之性質、及仲裁契約、幷仲裁人之職務如何。緒論第一章第三、及第七、已詳述矣。茲略之。

仲裁手續。其性質全基於契約者。且基因於左之二重契約也。

第一、私法上之權利關係。有所爭者。有不藉普通裁判所之裁判。而完結之之合意。

第二、使一名或數人之仲裁人。判斷其爭之合意也。七六八

(第一)關於仲裁手續之必要條件。

(一)仲裁判斷之合意。須因現有所爭之權利關係。

(二)前項例外。關於將來有所爭之仲裁契約。特限於一定之權利關係。及由其關係所生之爭也。例如「於當事者之賃貸借、」或「某建築事業」等語明揭之者是也。七七八

(第二)仲裁人之選定。

(一)依仲裁契約。不定仲裁人之指定、及員數時。各當事者。各選定一名之仲裁人。七八七

○此際各仲裁人之意見可否同數。則契約應歸無效。七九三之二

(二) 依仲裁契約已指定仲裁人。而仲裁人拒爲仲裁人。又因死亡、或罹精神病時。則其契約亦歸無效。七九三之一

(第二) 關於選定仲裁人之手續。

(一) 當事者之雙方。有選定仲裁人之權利。則先爲手續之一方。以書面送於相手方。指示其選定之仲裁人。且催告在七日之期限內。爲同一手續之旨。但爲此通知後。對於相手方。則被羈束於其選定。○七九

空過右期間者。因申立由管轄裁判所、選定仲裁人。七九八

(二) 當事者或裁判所所選定之仲裁人。有不能爲仲裁之情況者。不問如何理由。更依同上之手續。而選定之。七九

(三) 當事者有左之事情時。有忌避之權。

(甲) 有與忌避判事之理由相同者。

(乙) 非以契約選定仲裁人。無故遲延其責務之履行時。

(丙) 仲裁人爲無能力者、聾者、啞者、及公權被剝奪或停止時。七九二

(第四) 仲裁人之義務及權利。

(一) 審訊當事者雙方。

(二) 有必要時。探知爲爭之原因之事實關係。七九四

(三) 有訊問任意出頭之證人、及鑑定人之權。但無使證人及鑑定人宣誓之權。七九五・七九六之二

(四) 當事者雖主張不可許仲裁手續。如主張其契約法律上不能有效成立。非以仲裁所可判斷之事。及仲裁人無施行其職務之權等等。然仍有續行仲裁手續。且爲仲裁判斷之權利。七九七

此外仲裁人判斷上必要之行爲。不得親爲之者。因當事者之申立。管轄裁判所行之。七九七之一 又裁判所、於命證人之證言。鑑定人之鑑定。或拒之之時。則亦爲有必要裁判之權。七九九之二

(第五) 仲裁判斷。應依左之條件而爲之。

(一) 仲裁判斷。限於契約無別段所定者。應從過半數之意見。七九九之八

(二) 仲裁判斷。記載年月日、由仲裁人署名捺印。七九九之一

(三) 判斷之正本。送達於當事者。同上之二

(四) 原本中添附送達證書。送置於管轄裁判所之書記課。七九九之二

(第六) 仲裁判斷之效力。

(一) 仲裁判斷。與裁判所之判決同。對於當事者。生確定之效力。八〇

(二) 仲裁判斷。雖如前項得確定之效力。而欲因此爲強制執行。則必以裁判所之執行判決。而言渡之也。八〇二

執行判決。有可申立仲裁判斷之取消之理由時。則不得爲之。參照同上之二及本編第一章第一節第一款第一

(第七) 仲裁契約。亦生特別之效力。卽仲裁人之選定。及忌避。仲裁契約之消滅。手續之不適法。得以求仲裁判斷之取消、或爲執行之判決爲目的。而提起訴訟是也。此訴之管轄裁判所如左。

(甲) 仲裁契約所指定之區裁判所。或地方裁判所。

(乙) 無此指定時。有管轄請求之區裁判所。或地方裁判所。

(丙) 管轄之裁判所。有數個時。則與當事者、或仲裁人。有最初關係之裁判所管轄之。

第二章　仲裁判斷取消之訴

（第一）仲裁判斷之取消時。因第八百一條之規定。遇左之事情。得以訴而申立者也。（八〇一之一）

（一）不可許仲裁手續時。

（二）仲裁判斷。言渡法律上禁止之行爲之旨時。

（三）當事者於仲裁手續。不從法律上之規定。而置代理時。

（四）仲裁手續。不審訊當事者時。

（五）仲裁判斷。不付以理由時。

（六）據第四百六十九條第一號至第五號。許原狀回復之訴之條件存在時。

限於（四）及（五）之理由。當事者約不爲取消之理由者。則不得申立取消。（八〇一）

（第二）得提起仲裁判斷取消之訴之時期。民訴第八百一條。提起仲裁判斷取消之訴。不可不於仲裁判斷後。執行判決前爲之。執行判決前就於時期。雖無制限。而有判決後。以不得主張取消之理由爲原則。獨民訴第四百六十九條第一號至第五號（八〇一之六）所揭之理由存在時。卽限於有犯罪原因時。則視爲例外。以一之條件。許提起取消之訴。

一之條件者。當事者疏明非自己之過失。在執行判決前之手續中。不能主取消之理由也。三八〇

右例外之際。仲裁判斷取消之訴。須在一個月不變期間內提起之。此期間。以當事者知有取消之理由之日始。然執行判決之確定前。已知取消之理由時。則於求執行判決之訴。得以取消之理由。依異議方式而主張之。故無起取消之訴之必要。而一個月之不變期間。因知執行判決之確定。及當事者取消之理由始。之八一〇二四但不問當事者知取消之理由與否。又不論如何之理由。自執行判決確定之日起算。經過五年時。不許起取消之訴。蓋無際限許之。斯既判之效力永久在於薄弱之位地。故設一定之時期。使判決絕對的確定焉。

（第三）　仲裁判斷之取消。其管轄裁判所。如前章（第七）所指示。

（第四）　仲裁判斷取消之訴。至取消仲裁判斷時。則其執行判決。亦自併生取消之效力。

民事訴訟法論綱勘誤表

緒論及第一編

頁	行	字	誤	正
十四	一	三	至	而
		十	仍不失爲三個之主體	仍不失之主體。仍不失爲三個
三十五	四	八	附	就
三十七	九	二十七	理	轄
五十七	四	二	在字衍	
五		內字上	脫在字	
六十九	十三	二十	棄却	拋棄
七十三	八	口字下	脫頭字	
七十七	三	二十一	均	乃
		九	七（第五項以下）	（第五項以下）
		十	十	別
八十二	一	二	爲二以上裁判所	二以上裁判所爲
九十三	八	二十九	民法所以	蓋以民法
九十六	十一	十九	如	同
一〇七	三	一字下	脫個字	
一三六	十一	一	未充分尙	尙未充分
一四八	十一	九	具備訴之條件而有	有具備訴之條件而
一五七		二十四	別命辯論。時	別命辯論時。

一八一	十	不字下	脫可字	
一八六	八	四	基於拋棄認諾欲受	欲使受基於拋棄認諾
一九九	四	九	說字下	脫暫可不論一句
二〇三	三	二十	讀	解
		第二編		
十七	十四	十	對	止
		十六	定	止
十九	一	四	茲	殊
三十六	十三	五	主	於
四十四	六	二十二	有目擊之證人與借主。	有目擊之證人、與借主
五十六	二	右字下	脫（一）之例三字	脫（一）之例三字
	十二	右字下	脫（一）之例三字	脫（一）之例三字
八十七	二	八	不	既
	三	辯字下	此字衍	
		二十五	非如檢眞之結果	以明非僅如檢眞之結果
		第三編		
四	十二	二十二	者	焉
二十三	十四	三十三	卽	惟

三十一	十二	十三	何字旁脫○	
三十七	五	或字下	脫視爲既三字	
四十五	十	二	抗告裁判所	僅以
五十一	七	二十一	暇	僅以抗告裁判所
		第四編		
二	四	九	控	接
五	六	二十四	卽	亦
六	二	第字上	脫於字	
七	六	三	時	待
		第五編		
二	九	十二字	脫因字	
	下			
九	五	十三	以	有
		第六編		
一	七	三十四	似	非
三	十四	十八	他之執行名義所有之債權者	惟有他之執行名義之債權者
四	一	二十八	此	以
九	九	一	在上訴之期間內因可	因可在上訴之期間內
十三	七	九	之字衍	
十六	七	十	由	屬
十七	十四	於字下	脫被字	

二十一	二	二	係在	係卽
三十	二	十一	則其執行無可拒之義務	則於其執行無當拒之義務
三十三	三	七	而	於
六十五	三	七	頒於執行參加之訴與主參加之訴	卽執行參加之訴。與主參加之訴類
六十六	九	三十二	彼	被
六十七	九	押字下	脫物字	
	十	應字上	脫於字	
六十八	三	雖字下	脫不字	
七十一	三	三	提出應執行之判決及取消	提出取消應執行之判決及
七十五	四	十	第三十三節	第一編第四章第三節
八十六	九	一	科	料
一三六	十一	他字上	脫對字	
一四五	三	許字上	脫被字	
一七〇	九	非字上	之字衍	
		第七編		
二	三	頒字下	脫七七至七八四	
		第八編		
四	十二	七	有管轄	可管轄其

商務印書館出版

共和國宣講書

新社會

已出一二兩集　每集一角二分

承數千年專制之後。一旦改建民國。欲使窮鄉僻壤。人人知共和之要義。非宣講不爲功。顧正言莊論。推闡學理。聽者必易厭倦。本書爲小說大家天笑生所撰。以街談巷議之口吻。述共和國民之智識。宣講員得此以爲資料。雖農夫村嫗聞之無不了解。其稍識字義能閱小說者手此一編。亦自能領會。共和思想之發達。當惟此書是賴矣

王七〇七號

商務印書館出版

宣講用書

民國成立各屬地方應設立宣講所延聘專員隨時宣講以增進國民之智識而此數書淺顯明瞭堪爲宣講之用	
克萊武傳	三角
澳洲歷險記	一角半
美洲童子萬里尋親記	三角
魯濱孫飄流記	七角
富國學問答	五分
蒙師箴言	五分
農話	一角

王三三〇號

商務印書館發行

伊利博士

熊崇煦譯

經濟學[illegible]論

一元[illegible]角

是書分[illegible]政一部各編之末[illegible]設問及各參攷[illegible]名[illegible]今民國新立財政[illegible]難岌岌以經濟問題爲[illegible]要務則此書實國民[illegible]之先[illegible]譯筆流利雅[illegible]間簡率之書何啻天壤

壬六三八號

洋裝[illegible]

[illegible]

[illegible]五角

是書爲美國銀行大家[illegible]所著從其實際[illegible]得與空尚理論者[illegible]書分七篇於鈔[illegible]信用券及記賬[illegible]甚詳最要者爲[illegible]中所記美國歷[illegible]慌所採用之聯[illegible]金制詳論得失[illegible]遺中國近今恐[illegible]則此篇尤爲救時之要策末附最近銀行[illegible]之比較亦極切實適用

第一〇一九號

商務印書館發行

孟森編

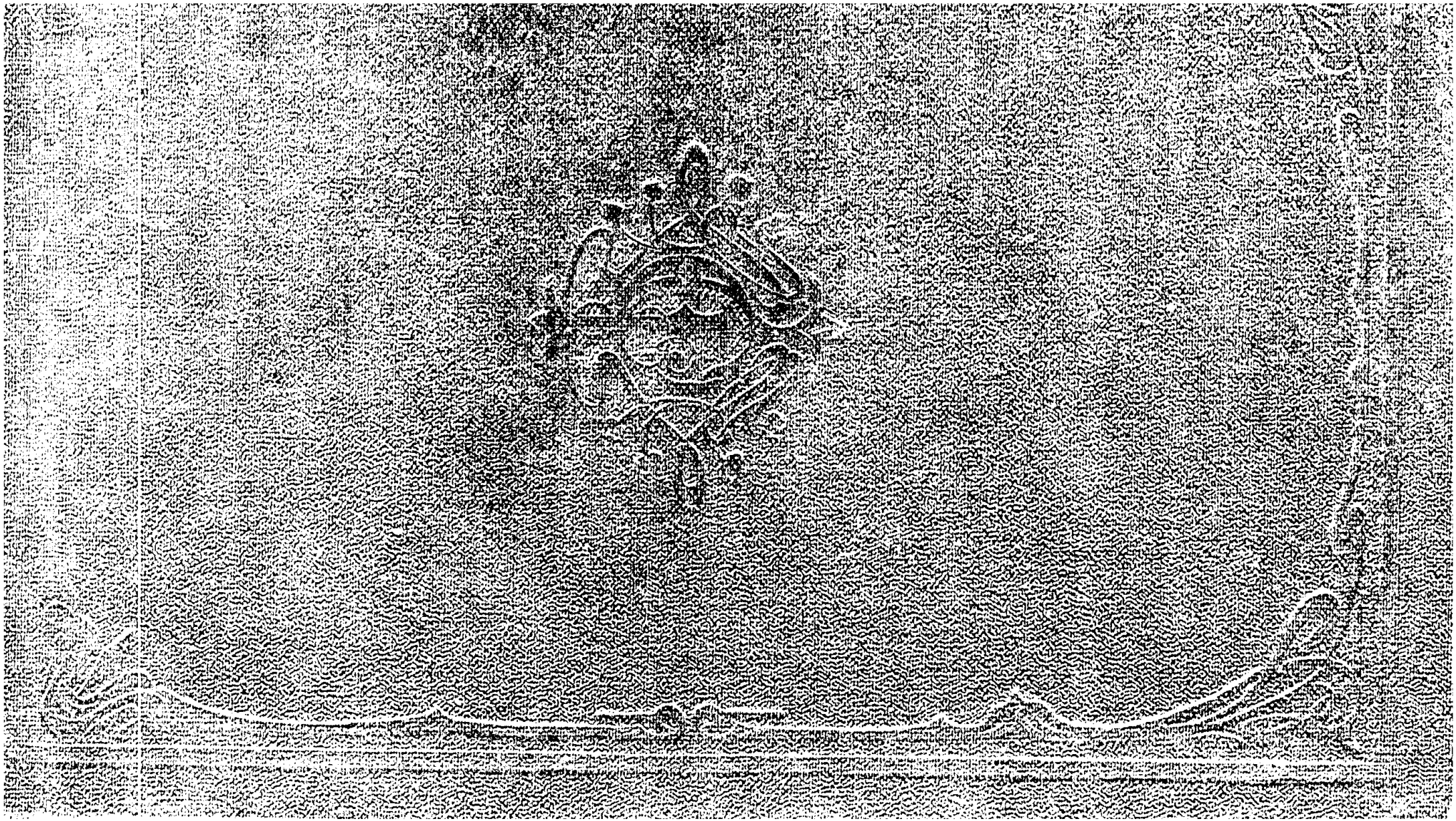
訂正新編法學通論

定價二角五分

凡研究法學者必先讀法學通論吾國國體改定以來法律學尤爲國民不可少之知識本館特新編本國切用之法學通論一書凡十二章主重本國法律之沿革及精神提綱挈領綜貫會通與尋常翻譯之本迥然不同凡學律學校授課及自修者不可不手一編誠研究本國法學者所宜急讀之書也

王六七〇號

庚戌年十二月初版
中華民國二年三月三版
（法學名著十二册）
（全部定價大洋拾肆元）
（民事訴訟法論綱二册）
（每部定價大洋貳元肆角）

原著者 日本高木豐三
譯述者 閩縣陳與年
發行者 商務印書館
印刷所 商務印書館
總發行所 商務印書館
分售處 京師 奉天 龍江 天津 濟南 開封 太原 西安 成都 重慶 安慶 長沙 常德 漢口 南昌 蕪湖 杭州 福州 廣州 潮州

翻印必究