

訴訟ヲ実施スル権利(権能)ナリ。故ニ訴訟実施権ハ當事者ト訴訟物トノ干係ニシテ訴訟能力ノ如ク訴訟法上ノ人的資格(Pendenzvermögenschaft)ニ非ス。訴訟物タル権利ヨリ流出シ原告若クハ被告トシテ其ノ権利ヲ履カスルコトヲ得ヘキ権能ニシテ人格ノ内容中ニ在ル法律上ノ資格ニ非ス。訴訟実施権ヲ有セザレモノ為シタル訴訟行為若クハ之ニ對シテ爲シタル訴訟行為ハ無効ニアラス。只訴訟行為ニシテ之ニ對シテ爲シタル訴訟行為トシテ得サルノミ。之ニ反シテ訴訟能力ヲ有セザル者ノ爲シタル訴訟行為若クハ之ニ對シテ爲シタル訴訟行為ハ追認ナクマ否マラ問ハス無効ナルコト先ニ述ヘタルカ如シ。

訴訟実施権ハ勝訴ノ実体的要件ニシテ訴訟ヲ正当ナラシムル事由ニ屬シ訴訟能力ハ一ノ訴訟要件タルニス。茲テ以テ

1) 訴訟実施権ハ之ヲ久テ自働的訴訟実施権及受働的訴訟実施権トス。前者ハ正当ナル原告タルノ資格ニシテ后者ハ

ハ正当ナル被告タルノ資格ナリ。訴訟ヲ以テ主張シタル権利ヲ有スル者ハ受働的実施権ヲ有シ斯カル権利ニ對スル義務ヲ負フ者ハ受働的訴訟実施権ヲ有スルヲ通例トス。トモ第ニ有カ他人ノ法律干係ニ付スルノ他人ノタメ訴訟実施権ヲ有スルコトアリ。例ヘハ訴訟中其ノ目的物タル債権ヲ他人ニ讓渡シタル原告ノ其ノ右第三者タル讓受人ノタメ訴訟ヲ実施スルコトヲ得ルカ如シ。學者ノ所謂訴訟信託之ナリ。

Prozessstandschaft

2) 訴訟実施権ヲ有セザル者ハ民法其ノ他ノ法令ニ依ヒテ之ヲ失ハス。

法定財産制ニ在リテハ専ハ訴訟無能力者タルト合時ニソノ財産ニ付テ訴訟実施権ヲ有セス。何トナレハ夫ハ専ノ財産ヲ管理スルヲ以テ之ニ干スル訴訟実施権ハ夫ニ屬スト云ハハルヲ得サレハナリ。(民法第801条) 相続財産尙ノ請來アリタル場合ニ於テ裁判所カ財産管理人ヲ選任シタルト

×ハソノ相続財産ニ関スル訴訟ニ付キテハ相続人ハ訴訟実
施権ヲ喪失シ相続財産ノ管理人之ヲ有スルモノトス(民法
第一〇四三条)破産財団ニ付スル訴訟ニ付キテハ破産者ハ訴
訟実施権ヲ喪失シ破産債財人之ヲ有ス

② 訴訟実施権ノ存否ハ裁判所職權ヲ以テ之ヲ調査スヘキマ
否マハ字者問ニ準アル所ナリ 茲ハ訴訟実施権ノ存否ニ干
スル事實ハ訴ノ原因タル事實ノ一部ニシテ訴訟要件ニアラ
ズ 故ニ裁判所職權ヲ以テ之ヲ調査スヘキモノニアラスト
主張シ又或ハ被告カ原告ノ請求ヲ認諾セザル限リハ裁判所
ハ原告ノ主張自体ニヨリ訴末スル権利カ原告ニ屬セザルコ
ト又ハ被告ニ対シテ成立シタル者ニアラザルコト明白ナレ
場合ニ於テ原告ノ請求ヲ認諾スル判決ヲ得ザルヲ以テソノ
程度内容ニ於テ職權調査ヲ為スヘキモノト主張ス
元來訴訟実施権ノ欠缺カ原告ノ主張自体ニヨリテ明白ナル
トモ又ハ裁判上顯著ナルトモハ被告ノ異議ヲ待タズシテ裁

判ヲナスニハ職權ヲ以テスル事實ノ故カノ調査ニシテ事實
ノ有無ノ探究ニアラス故ニ右説ヲ正当ト云ハサルヘカラス
而シテ調査ノ結果訴訟実施権ノ欠缺アリト認メタルトモハ
訴訟ヲ実施スルニ正当ナル当業者ナキヲ以テ原告ノ訴ヲ不
適法トシテ却下スルノ判決ヲナシ本案ノ判決ヲ為スコトヲ
得ス 例ヘハ相続財産ニ付キ遺言執行者ノ為スヘキ訴ヲ相
続人カ提起シ又ハ破産財団ニ付キ破産者ニ対シテ訴ヲ提起
シタルトモノ如シ 之ニ及シテ訴訟実施権ノ欠缺ヲ看過シ
且ソ本案判決ヲナシタルトモハ其ノ判決ハ有效ニシテ当業
者ヲ羈束ス 然レトモ訴訟実施権ヲ有スヘキ当業者ニ対シ
テハ其ノ效ナシ 例ヘハ前例ニ於テ遺言執行者又ハ破産債
財人ニ対シテソノ效ナキカ如シ

四、代理

民事訴訟ニ所謂代理モ亦法律上ノ代理ト訴訟代理(任意代理)

トノ二種アリ
1. 法律上ノ代理

民事訴訟法ニ所謂法律上ノ代理ハ民法上ニ所謂法定代理及法人ノ代理機關ヲ總稱ス
第一ニ法定代理ハ本人ノ法律行為以外ノ原因ニヨリテ發生シタル代理權ヲ有スル代理人ナリ
第二ニ本人ノ法律行為以外ノ原因ハ之ヲ分テ法律ノ規定、國家ノ任命、遺言及親族會ノ決議トス、例ハ親族會ハ法律ノ規定ニ依リ發生スル代理權ヲ有スル法定代理人ニシテ遺言ニヨリテ指定セラレタル右見人ハ死亡者ノ遺言ニヨリテ發生シタル代理權ヲ有スル法定代理人ニシテ又親族會選定ノ右見人ハ親族會ノ選定ニ依リテ發生スル代理權ヲ有スル法定代理人ナルカ如シ

(2) 民事訴訟ニ在リテハ法定代理ノ原因ハ當事者ノ訴訟無能力アルヲ通例トス、然レトモ訴訟能力者ノタメ法定代理人ノ存

在スレ交例少カラス、例ハ居所不分明ニシテ訴訟能力ヲ有スル不在者ノ財産管理人ノ如シ、故ニ民事訴訟法ニ在リテハ法定代理人ヨリテ代理セラル、訴訟能力者ノ訴訟ニシテハ訴訟能力者ヲ訴訟無能力者トシテハ規定ヲ設ケタリ、故ニ民事訴訟法ニ在リテハ訴訟法ニ在リテハカレニ趣旨ノ明文ヲスクトモ全一ノ論決ヲ為スヲ正当トス

(3) 何人カ法定代理人タルマハ民法及公法ノ規定ニ從テ之ヲ定ム、親族會ノ右見人、遺言執行者等ハ民法ノ規定スル法定代理人ニシテ裁判所選定ノ特別代理人(民事訴訟法四二条、四七条)又ハ法定ノ送達代理人(民事訴訟法一三九条、第一四二条)ハ民事訴訟法ノ規定ニ依リ法定代理人ナリ

(4) 裁判所其ノ他ノ官庁ノ選任ニヨリテ法定代理人トナリタルモノノ就職ハ其ノ官庁ニ於テ事物ノ管理權ヲ有スル限リ人ノ有故ナリ、故ニ法定代理人ノ選任力具ノ後之ヲ選任シタル官庁ニ於テ事物ノ處置權ナキヲ理由トシテ取消サレタルトモト雖

モ其ノ取消アルマテニ完成シタル訴訟行為ハ有效ナルヲ失ハ
ス。又受訴裁判所ハ法定代理人ノ選任ヲ為スヘキ場合ナルモ否
マヲ調査スルコトヲ得サルヘシ。

(5) 就性シタル法定代理人ノ行為ハ民法ノ規定ニ從フヘ民法第
四三条ノ民法ノ規定ニ依レハ法律上別個ノ定メナキ限リハ代
理人ハ能力者タルコトヲ要セス(民法第一〇二条、第九〇八
条等)此ノ規定ハ一般ノ代理ニ于スル規定ナリ以テ任意代
理人ニ付キテハ勿論、法定代理人ニツキテモ尚不適用アルモ
ノトス。故ニ意思無能力者ハ代理人タルコトヲ得サルモ行為
無能力者ハ代理人タルコトヲ得。然レトモ行為能力ヲ有セサ
ル者ハ訴訟能力ヲ有セサルヲ以テ行為能力ヲ有セサル法定代
理人ハ自ら當事者ノタメ訴訟行為ヲナスコトヲ得サレモノト
論決セサルヲ得ス。

第二、公私法人ノ代表機關ハ民法上及民事訴訟法上法定代理人ト全
一ノ地位ヲ有スルニ止マリ法定代理人莫ノモノニ非ス。代表機

関ノ行為ハ即チ法人ノ行為ニシテ其ノ行為ノ效力カ本人タル法
人ニ及フニ止マルモノニアラス。故ニ法人ノタメ訴訟ヲナスニ
必要ナル代表機干ヲ欠クトモハソノ法人ハ訴訟能力ヲ有セスト
云フコトヲ得。

(1) 何人カ法人ノ訴訟上ノ代表機干ナルマハ公法及私法ノ規
定ニ從ヒテ之ヲ定ム。國家其ノ他ノ公法人ノ訴訟上ノ代表機
干ハ特別法ヲ以テ之ヲ規定スルヲ通例トス(明治二十四年勅
令第三号、明治三十九年勅令第二八四号、裁判所構成法第一
四二条等)又商會社其他ノ私法人ノ訴訟上ノ代表機干ハ主
トシテ民法、商法等ノ規定ニ從ヒテ之ヲ定ム。例ハ民法法
人ニ在リテハ理事カ代表機干ニシテ、株式会社ニアリテハ取
締役カ代表機干タルカ如ク(民法第五三條、商法第一七〇條
第六二條等)。

(2) 法人ノ代表機干カ為シタル行為ハ其ノ法人ノ設立ヲ無効ト
スル判決アリタルタメ莫ノ效力ヲ失フモノニアラス、法人ノ

許可ノ取消アリタルトモ本然リ(商法第九九条ノ六、第一
三二条)

(3) 法人ノ代表機干ヲ組織スル各人ノ意思無能カハ法人ノ代表
権ニ影響ヲ有ストモ之ノ行為能力ハ法人ノ代表権ニ何等ノ
影響ヲ及ボスモノニアラス(民法第一〇二条)只法人ノ代理
機干ニシテ行為能力ヲ有セザレモノハ自ラ当事者トシテ訴訟
行為ヲ為スコトヲ得ナレドモ、

第三、 法人ニ非スレテ資格ニ於テ訴訟当事者タル社団及財団
ノ代表機干ハ民事訴訟ニ付キ法人ノ代表機干トシテ之ク法定代
理人トシテ地位ヲ有ス

A、法律上代理人ノ訴訟上ノ地位

法律上ノ代理人ハ当事者ニ非サルコト訴訟代理人ト異ラ
ス、故ニ権利拘束ノ效力ハ法律上代理人ニ付キ發生スルコ
トナレド(民事訴訟法一九五条)被告ノ法律上代理人ハ自己ノ
×原告ニ對シ反訴ヲ提起スルコトヲ得ス、又法律上代理人

ハ証人トナルコトヲ得、之ニ及シテ法律上ノ代理人ノ為ス
ルハ又訴訟行為ニテシテハ法律上ノ代理人ハ給付ト当事者本
人ト同視セラル、コト訴訟代理人ト異ナレド、
當事者本人ノ為スコトヲ得ハ又訴訟行為及ヒ為スコトヲ命
セラレタル訴訟行為ハ法律上ノ代理人力恰モ當事者タルカ
如クニ之ヲ為スコトヲ得ヘク又之ヲ為サルルヘカラス(民
事第一三八条、第一一八〇条、第一一四一条)又法律上代理人
ノ為シタル訴訟行為ノ效力ハ其ノ訴訟行為力訴訟法ニ違反
シ之カタメ當事者本人ニ於テ訴訟費用ヲ負擔スヘキ場合ニ
アラサルトモトモ然モ當事者本人ニ及フヘキモノトス
B、法律上代理人ノ代理権ノ範圍
法律上代理人ノ代理権ノ範圍 訴訟行為ヲ為スニ必要ナ
ル授權ハ民事訴訟法ニ別段ノ定メナク限リハ民法其ノ他ノ
法令ニ從フ(民事訴訟法四三条) 茲ヲ以テ
第一ニ如何ナル法律上代理人ノ代理権ヲ有スルヤ否マ又ハ

如何ナル法律上ノ代理人カ訴訟行爲ノ認許ヲ受クルコトヲ
要スルヤ否マハ民法其ノ他ノ法令ニ從テ之ヲ定メサルハ
カラス、例ハ民法ノ規定ニ依レハ親権者、後見人、後見
監督人等ハ法定代理人トシテ代理權ヲ有シ、民法第百八十四條
又民法ノ規定ニ依レハ商事会社ノ代表者ハ法定代理人トシテ代理
權ヲ有シ、例トシテ代理權ヲ有スルカ如ク又後見人カ被後見人ニ代リ
テ訴訟行爲ヲ爲スニハ親族會ノ公意ヲ要スルカ如ク（民法
第百九十九條）監査役カ会社ノ代表者トシテ取締役ニ對シ
起訴スルニハ株主總會ノ決議ヲ要スルカ如ク（商法第百一
八條、第百一八五條）但シ法律上ノ代理人一対シテ爲ス送達
ハ其ノ法律上ノ代理人カ訴ヲ提起スルニ付テ特別ノ授權ヲ要
スヘカリシ一事ニヨリテ之ノ效力ヲ妨ケラル、コトナシ
（民新第百一三八條）
第ニ數人ノ法律上ノ代理人カ共ニテ代理行爲ヲ爲スヘキ
場合ニ於テ各代理人一致セザレトモハ有效ナル代理行爲成

立セス、例ハ甲代理人ハ争ヒ、乙代理人ハ自白スルトキ
ノ如シ、但シ送達ハ此ノ場合ニ在リテモ代理人中ノ一人ニ
爲スヲ以テ足ル（民新第百一三八條）ニ反シテ數人ノ法律
上ノ代理人カ各別ニ代理行爲ヲ爲スヘキ場合ニ於テハ当初ニ
爲シタル行爲ノ效力ハ其後他ノ行爲ニヨリテ有效ニ取消サ
レタルトモハ其ノ效力ヲ失フ（商法第百一七〇條）
第ニ法律上ノ代理人カ法令定款又ハ約定ニヨリテ本人又ハ
第ニ若ノ特別授權ヲ受クルニ非サレハ和解、認諾、放棄、
自白等ノ如キ何々ノ訴訟行爲ヲナスコトヲ得サル場合ニ於
テ其ノ特別ノ授權ヲ得ズシテ訴訟行爲ヲ爲シタルトモ
ハ其ノ行爲ノ效力ヲ生ゼサル、否マハ民事訴訟法上別段ノ
定メテ以テ煩ル弊ハシマ同類ニ屬ス、然レトモ訴訟法
律上代理人ノ爲スヘキ訴訟行爲ニ干スル代理權ノ制限ハ内
部ニ對シテ之ノ效力ヲ有スルニ止マリ外部即チ相手方ニ對
シテハ之ノ效力ヲ生ゼスト解スルヲ受當トス、何トナレハ

法律上代理人ハソノ訴訟ニ于スル一切ノ訴訟行為ヲナス
限ヲ有シ之ニ加ヘタル制限ハ相手方ニ対シテソノ效力ヲ
トスレニ非サレハ法律上代理人ノ爲ス訴訟ニ付テノ安全ヲ
確保スルコトヲ得サレハナリ 例ハ右見人カ相手方ノ請
求ヲ承諾スルニハ親族会ノ同意ニ要スル旨ノ制限ヲ無視シ
テ承諾ヲナシタルトモハソノ承諾ハ相手方ニ対シテ效力ヲ
生スルカ如シ 然レトモ法律上ノ代理人カカハル制限ニ違
反シテ訴訟行為ヲ爲シタルトモハ之ニヨリテ生レタル損害
ヲ本人ニ賠償スルコトヲ要ス

代理権ノ欠缺

法律上代理人ノ代理権ノ存在ハ一ノ訴訟要件ナリ 故ニ
法律上ノ代理権ヲ有セサル者カ爲シタル訴訟行為ハ瑕疵ア
ル行為タルヲ免レス カハル訴訟行為ヲ避規スルハ公益ナ
リ、茲ヲ以テ裁判所ハ訴訟ノ如何ナル程度ニアルヲ問ハス
職権ヲ以テ法律上代理人ノ代理権及ヒ訴訟行為ヲ爲スニ必

要ナル特別授権ノ存否ヲ調査シ又各当事者ハ法律上代理人
ノ代理権欠缺ヲ主張スルコトヲ得 被告カ法律上代理人ノ欠
缺ヲ主張シタルトモハ之ヲ法律上代理欠缺ノ妨訴抗弁ト称
スハ民事訴訟ニハ大抵事項第四項而シテ法律上代理権ノ存在ノ
立証ハ法律上別段ノ実メナシトモモ法律上代理権又ハ訴訟
行為ヲナスニ必要ナル特別授権ヲ証スル書面ヲ裁判所ニ提
出シテ之ヲナスモノトス 例ハ右見人ハソノ身名登記ノ
簿本(ノ第百法第一三、一四條)ヲ提出シ 又会社ノ代表者
トシテノ登記簿本ヲ提出シテ其ノ権限ヲ証スルカ如シ
第一、ニ原告ノ法律上代理人トシテ訴ヲ提起シタル者カ法
律上代理権ヲ有セサルトモハ不合法トシテ訴ヲ却下スル
ノ判決ヲナシ得ツ之ニ訴ノ提起ニヨリテ生シタル訴訟費
用ヲ負担セシムルコトヲ要ス 何トナレハ却下ノ訴ノ提起
ハ其ノ故ナキヲ以テナリ 之ニ及シテ被告ノ法律上ノ代
理人トシテ訴状ヲ送達セラレタル者カ法律上ノ代理権ヲ

有セサルトスハ訴ヲ不適法トシテ却下スル判決ヲ為スコトヲ得ス。何トナレハ表民事訴訟法ニ在リテハ訴ノ提起ハ訴状ヲ裁判所ニ差出シテモラ為スモノナレハナリ。民事第一九(九条)只裁判所ハ原告ニ対シテ代理权アル法律上代理人ヲ指定セシメ之ニ対シテ更ニ訴状ノ送達ヲ為サレムルコトヲ要スルノ旨申請及ヒ上訴ニテモ亦然リ。

第二、ニ適當ナル訴ノ提起アリタル右ニ於テ法律上代理权ヲ有セサル者カ當事者ノタメ口頭承認期日ニ出頭スレモ自ラ訴訟行爲ヲ実施スルコトヲ得サルコト論ヲ俟タス。故ニ法律上代理权ヲ有セサル者カ承認期日ニ出頭シテモ論ヲ為スモンハ無効ナルヲ以テ裁判所ハ相手方ノ申立ニヨリ調停判決ヲナスコトヲ得(民事第一四(四)条)又法律上代理权カ訴訟ノ進行中ニ消滅シタルトスハ訴訟手續中訴ノ原因トナル(民事第一八(八)条)

第三、ニ法律上代理权ノ欠缺ヲ看過シタル裁判ハ上訴若ク

ハ因密ノ訴ヲ以テ之ニ対シ不服ヲ申立ツルコトヲ得(民事第一四(三)条)第五号 第四(四)条(四)号(九)条(九)号此ノ裁判ハ法律上当然無効ナリト云フヘクラス 適法ナル取消ノ裁判アルマテ之ノ效力ヲ有ス

第四、ニ裁判所ハ法律上代理权ノ欠缺アリト認ムルトモハ先ニ述ヘタルカ如キ裁判ヲナシ又法律上代理权ノ欠缺ニ付テ裁アルトスハ其ノ証拠ヲ為スラ当然ナリトス。然レトモ裁判所ハ調停ノタメ原告若クハ被告ニ危害アリ且欠缺ノ補正ヲナシ得ヘクモト認メタルトモハ原告若クハ被告ニ欠缺補正ノ条件ヲ以テ仮リニ訴訟ヲナスコトヲ許スコトヲ得(民事第一四五(五)条)

2. 訴訟代理

訴訟代理ハ他人カ當事者本人又ハソノ法律上代理人ノ委任ニヨリ之ニ代リテ訴訟行爲ヲ為スノ制度ナリ、古代ノ社会ニ在リテハ

訴訟に係屬易ナルヲ以テ訴訟代理ノ必要ナク從テ斯ル制度存在セ
ス、近世ノ社会ニ在リテハ訴訟に係屬メテ複雑ヲ極ムルヲ以テ法
律ノ知識及ヒ特殊ノ技能ヲ有スル人ヲシテ當事者ニ代リ訴訟行為
ヲ爲サシムルニアラサレハ民事訴訟ノ目的ヲ達スルヲ得サルコト
多シ、故ニ近世諸國ハ何レモ訴訟代理ノ制度ヲ采認シ且ソ訴訟代
理ヲ職業トスル弁護士ノ制度ヲ采認スルニ至リタリ、
第一ニ民事訴訟ノ代理ニハ弁護士訴訟主義及本人訴訟主義ノ二ア
リ、弁護士訴訟主義ハ訴訟行為ヲ爲スニハ必ず弁護士ヲ以テ訴訟
代理人トナスコトヲ要スルノ主義ニシテ、又本人訴訟主義ハ訴訟
行為ヲ爲スニ付キ當事者自ら之ヲ爲スコトヲ得ヘク必スシモ弁護
士ヲ以テ訴訟代理人トナスコトヲ要セサルノ主義ナリ、此ノ兩者
ハ各利害得失ヲ有ス、弁護士訴訟主義ニ依レハ弁護士ハ相當ノ知
識及技能ヲ有スルヲ以テ訴訟行為ヲナスニ當リ遺憾ナク又複雑ナル
事件ヲ容易ニ進行スル事ヲ得ルノ利益アレトモ當事者ニハ弁護士
ニ相當ノ報酬ヲ支払ハサルヲ得サルノ不利益アリ、之ニ及シテ本

人訴訟主義ニヨレハ斯カル不利益ヲ被ルコトナシト雖モ相當ノ如
識及技能ヲ欠クテ以テ遺憾ナク訴訟行為ヲナスコト能ハス、又煩雜
ナル事件ニ當ルコトヲ得サルノ不利益アリ、多數ノ立法例ハ此ノ
兩者ヲ採用シ、合議裁判所ニ於テ爲ス訴訟事件ニ關シテハ原則トシ
テ弁護士訴訟主義ヲ採用シ、單独裁判所ニ於テ爲ス訴訟事件ニ關シ
テハ本人訴訟主義ヲ採用シ、然レドモ本人訴訟主義ハ裁判所ノ裁
明權ノ濫用ニヨリテ之ヲ補フコトヲ得、又弁護士ヲ代理人トシテ
訴訟行為ヲナスト否トハ當事者ノ自由ニ一任シ之ヲ裁制セサルヲ
適當ナル立法政策トス、故ニ我民事訴訟法ハ本人訴訟主義ヲ采認
シタリ、
第二ニ民事訴訟法ノ規定ニヨレハ合議裁判所ニ於テナス訴訟行為
ニツキテハ當事者若クハ其ノ法定代理人ガ自ら訴訟ヲ爲サハルト
キハ弁護士ヲ以テ訴訟代理人トシ之ニヨリテ訴訟ヲナスコトヲ要
ス、但シ弁護士アラサル場合ニ於テハ訴訟能力者タル親族若クハ
屬人ヲ以テ訴訟代理人ト爲スコトヲ得、(民事訴訟法三條)ニレ合議
裁判所ニ在リテ爲ス訴訟行為ニ干シテ係コトヲ以テ訴訟代理人ト
ニ。九

シテ其ノ局ニ當ラシメ、當事者ノ權利ノ伸張若クハ防禦ニ遺憾ナキ
ヲ期スルト、同時ニ未論ヲ禁トスル者カ、當事者ノ代理人トシテ訴訟
ニ干渉スルノ弊害ヲ防クノ法意ニ依リ、又、単独裁判所ニ於テナス
訴訟行為ニ付テハ、當事者若クハソノ法律上代理人カ自ラ訴訟行為
ヲ爲サレドモ、トモハ未論士ノアル場合トモモ訴訟能力者タル親族若
クハ他人ヲ以テ訴訟代理人トシテ之ヲ得、若クハ若シテ得、ニレ、單独裁判所
ノ訴訟能力者ヲ以テ訴訟代理人ト爲スコトヲ得、ニレ、單独裁判所
ニ於テ爲ス訴訟行為ハ、通例簡易ナルヲ以テ、未論士ヨラスシテ訴訟
ヲ爲スコトヲ許シ、費用ヲ節スルコトヲ得、ヒシムルト、同時ニ未論士
禁トスル者カ、當事者ノ代理人トシテ訴訟ニ干渉スルノ弊害ヲ防止
スルノ法意ニ外ナラス、(民事訴訟法六三條)

第三ニ、私法ノ規定ニ依ヒ、本人ノタメニ訴訟實施権ヲ包含スル代理
権ヲ有スル任意代理人ハ、本人ノタメニ訴訟行為ヲナスコトヲ得、例
ヘハ、文配人、船長、手取取立ノ被裏書人等ノ如シ、(商法第三〇、
四六三、五六六條)カ、ル代理人ノ代理權ノ成立範圍及ヒ有縁等

ハ主トシテ私法ノ規定ニ依ヒテ之ヲ定メ、民事訴訟ノ規定ニヨルヘ
キモノニアラス、何トナレハ、斯ナル代理人ノ訴訟代理權ハ所謂從
タルモノナレハナリ、然レトモ之カタメ、全然民事訴訟法ノ規定ノ
適用ナシト云フヘカラス、民事訴訟法中如何ナル規定カ、ル代
理人ニ關シテ適用アルマ否ヤ、訴訟代理ノ觀念ニ依テ之ヲ定ム、例
ヘハ、民事訴訟法第六四條ノ規定ハ、ル代理人ニミテ亦適用アルカ
如シ。

II 訴訟代理權ノ確定

訴訟代理權ハ原則トシテ當事者カ未論士又ハ訴訟能力者ニ許
訟委任ヲナスニヨリテ發生シ、例外トシテ裁判所又ハ裁判長カ法
律ノ規定ニヨリ當事者ノタメニ辯護士ニ訴訟代理ヲナスコトヲ命
ズルニヨリテ發生ス

第一ニ、訴訟委任ハ第三者が當事者本人ニ代リ、其ノ名ニ於テ訴訟
行為ヲ爲シ、又ハ自己ニ對シテ訴訟行為ヲ爲サシムルコトヲ得ル權
限ヲ授与スル訴訟行為ナリ

(1) 訴訟委任ハ訴訟行為ノ追認ト同シカラス、前者ハ將來ニ向テ訴訟行為ヲ爲スノ权限ヲ授与シ、右者ハ既ニ爲シタル無効ノ行為ニ付モノノ後放カテ是認スル、ナリ、從テ訴訟委任ハ事前ノ訴訟代理ノ授与ニシテ、訴訟行為ノ追認ハ事後ノ訴訟代理ノ授与ト論スヘカラス、

(2) 訴訟委任ハ當事者ノ一方カ訴訟行為ヲ了スコトヲ相手方ニ委任シ、相手方カ之ヲ承諾スルニヨリテ、効力ヲ生スル契約ナリ、(民法第六四三條)元未旧米ノ字者ハ代理ノ授权行為ト委任契約トヲ混合シテ之ヲ代理ト稱シ、新米ノ字者ハ之ヲ分離シテ全然別個ノ行為トス、委任契約ハ一ノ契約ナルヲ以テ當事者間ニ効力ヲ生スルニ止マリ第三者ニ對スル代理權ヲ發生セシムルニアラス、故ニ訴訟委任ヲ以テ訴訟代理權發生ノ原因トナスハ理論上失当ナルニ似タリ、然レトモ訴訟委任ハソノ目的ヲ達スルノ必要上訴訟代理ノ授权行為ニ付テモノナルヲ以テ此ノ意味ニ於テ訴訟委任カ訴訟代理權發生ノ原因

ナリト解セサルヘカラス

(3) 訴訟委任ハ一ノ訴訟行為ナリ、蓋シ訴訟委任ハ民事訴訟法ノ規定ニ依リテ行ハサレハナリ、故ニ訴訟委任ハ主トシテ民事訴訟法ノ規定ニ從ハサルヘカラス、訴訟行為ハ訴訟能力者ニ非カレハ之ヲ爲スコトヲ得ス、從テ自ラ訴訟委任ヲ爲ス當事者ハ訴訟能力者タルコトヲ要ス、訴訟能力ヲ有セサル當事者ノ訴訟委任ハ其ノ法律上代理人之ヲ爲ス、法律ノ規定ニヨリ當事者本人ノタメニ代リテ訴訟行為ヲ爲ス权限ヲ有スル支配人、社長等ハ自ラ訴訟委任ヲ爲スコトヲ得、又訴訟委任者タルハ弁護士若シハ他ノ訴訟能力者タルコトヲ要ス、(民事訴訟法六三條)然レトモ之カタメ全然民法ノ適用ナシト云フヘカラス、訴訟委任ノ成立、効力等ニシテ民事訴訟法ノ規定セサルモノニ付テハ民法ノ規定ニ從フ、

(4) 訴訟委任ニヨリ訴訟代理ノ授权ハ裁判上ノ委任及ヒ裁判外ノ委任ノ二種アリ、裁判外ノ委任ハ一般ノ法律行為トシテ

ノ不要式行爲ナリトモソノ証明ハ裁判所ニ書面ヲ提出シテ
之ヲナシ且ツ其ノ書面ハ之ヲ記録ニ添付シ以テ訴訟代理権ノ
存在ヲ明確ニスルコトヲ要ス。之ニ及ンテ裁判上ノ委任ハ当
事者カ口頭弁論期日又ハ受命判事若クハ委託判事ノ面前ニ於
テ口頭ノ陳述ヲ以テ之ヲナシ且ツ裁判所書記之ヲ調書ニ記載
スルニヨリテナル。故ニ特ニ訴訟代理権証明ノ書面ヲ提出ス
ルコトヲ要セス（民訴第六四條）

第三ニ裁判所又ハ裁判長ハ當事者ノタメ法律ノ規定ニヨリ命
令ヲ以テ訴訟代理人ヲ世設ス。例ハハ訴訟上ノ救助ヲ受ケタ
ル當事者ノタメ一時無報酬ニテ弁護士ノ附添ヲ命スルカ如ク
（民訴第九七條、人謀第三條等）

第三ニ訴訟委任又ハ裁判ニヨル訴訟代理人ハ之ヲ法律上代理人ト區別スルコ
トヲ要ス訴訟代理人ノ代理権ノ範圍ハ實體法ノ規定スル所ナレドモ法律上代
理権ノ代理権ノ範圍ハ實體法ノ規定ニ從ヒテ之ヲ定ム又訴訟代理権ノ存否
ノ調査ト法律上代理権ノ存否ノ調査トハ其ノ之ニ于テ異ニス。

ロ、訴訟代理権ノ範圍

訴訟代理権ノ範圍ハソノ發生原因タル訴訟委任ノ如何ノ訴訟
行爲ノ委任ナルト又訴訟全体ノ実施ノタメニスル訴訟委任即チ
依頼ノ訴訟委任ナルトニ從テ同シカラス。

第一ニ如何ノ訴訟行爲ノ訴訟委任ニヨル訴訟代理権ノ範圍ハソ
ノ訴訟委任ノ内容ニ從テ之ヲ定ム、相々ノ訴訟行爲ニワキテ
ノ訴訟代理権ノ授与ハ保護士以外ノ之ノ訴訟代理権ヲ授与スル
場合ニ之ヲ爲スコトヲ得レトモ保護士ニ訴訟代理権ヲ授与スル
場合ニアリテハ之ヲ爲スコトヲ得ス（民訴第六六條第二項）之
レ前者ノ場合ニ於テハ當事者ヲシテ自由ニ訴訟代理権ノ範圍ヲ
定ムルコトヲ得セシムルノ法律ニ外ナラス。但シ保護士ニ訴訟
代理権ヲ授与スル場合ニ於テモ送達受領ノ代理及ヒ如何ノ訴訟
行爲ニ關スル復代理ハ法律ノ規定スル所トス。
第二ニ扶養ノ訴訟委任ニヨル訴訟代理権ノ範圍ハ法律ヲ以テ一
定シ其ノ制限ハ相手方ニ對シテ效力ナシ（民訴第六五條、第六

六條第一項ノ元來訴訟代理ノ範圍ハ其ノ發生原因タル訴訟係
 仕ノ内容ニ從ツテ之ヲ定ムルヲ當然トス、然レトモ訴訟進行ヲ
 容易ニシ且ツ相手方又ニ第三者ノ々々訴訟ノ確実ヲ期スレハ法
 律ヲ以テ訴訟代理ノ範圍ヲ一定シテノ制限ハ之ヲ以テ相手方
 又ハ第三者ニ對シ其ノ救ナシト爲サレハカラス
 訴訟代理ノ法定範圍ハ各國ノ立法例一トラス、故ニ、櫻大和
 民事訴訟法ニ在リテハ極メテ広ク又我ク民事訴訟法ニ在リテハ
 極メテ狭シ、訴訟代理ノ範圍ハケレハ訴訟代理人ハ當事者本
 人ニツキ特別ノ委任ヲ受クルヲ要スルコト少キヲ以テ迅速ニ訴
 訟ヲ進行スルノ利益アレトモ訴訟代理人ノ信用厚カラサレハ當
 事者本人ニ對シ頗ル危険アリ、之ニ及シ訴訟代理ノ範圍狭
 レハ訴訟代理人ハ屢々當事者ニ對シ特別委任ヲ受クルヲ要スル
 ヲ以テ訴訟白敷ヲ費シ爲ニ訴訟ヲ延滞スル不利益アレトモ訴訟
 代理人ノ信用厚カラサルカタメ當事者ニ危害ヲ及ヌスノ恐レ少
 シ、我ク民事訴訟法ノ改革ハ訴訟ノ終局ノ迅速ヲランヨリモ寧

口當事者ニ危害ノ少キヲ適當ト認メタリ、之レ民事訴訟法ニ於
 ケル訴訟法規ノ範圍ノ極メテ狭キ所以ナリ

民事訴訟法ノ規定ニ依ル訴訟代理ノ範圍ヲ略述スレハ
 (1) 訴ヲ提起シ若クハ撤回シ(民事第一九六條第一、三項、第
 二一條)及訴並ニ主参加ノ訴ヲ提起シ(民事第六五條)從
 參加人ノ申立並ニ故障ノ申立ヲ爲シ(明文ナシ)仮差押並ニ
 仮処分ヲ申請シ(民事第六五條)訴訟ノ告知ヲナシ(民事第
 六五條)訴訟ニハ此ノ點ニテ別個ノ定メナシ、訴訟上ノ
 扶助ノ申請、廢棄裁判所指定ノ申請若クハ証拠保全ノ申請ヲ
 ナシ(民事第六五條)此ノ點ニテ別個ノ定メナシ、裁判
 ノ補充若クハ更正ヲ申立テ(民事第二四一條、第二四二條)
 (民事訴訟法第六五條)此點ニテ別個ノ規定ナシ、訴
 訟費用額確定手續(民事訴訟法四二六條)並ニ四九四條ヲヨル
 手續(民事訴訟法四八八條)並ニ三九〇條ヨル通帯民
 事訴訟法六五條ニハ此點ニ於テ別個ノ定メナシ、強制執行(民

訴第本五条ニ付テ代理権ヲ有シ且ツ之等ノ事項ニ依リ生スル訴訟行為殊ニ相殺権、解除権等ノ如ク民法上ノ效力ヲ生スル攻撃、防禦ノ方法ヲ主張スルノ权限ヲ有ス、然レトモ私法行為即チ权利ノ伸張若クハ防衛ニ關係ナク却テ法律干係ノ設定若クハ权利廢止ノ用ヲ爲ス行為ヲ爲スノ权限ヲ有セス、只例外トシテ相手方ヨリ弁済スル費用ヲ領收スルノ权限ヲ有スルノミ。

(2) 控訴上告、再審、復代理人ノ選任、和解、放棄、認諾等ハ訴訟代理人カ特別ノ委任ヲ受クルニアラサレハ之ヲ爲スコトヲ得サレモノトス、之レ斷カレ訴訟行為ハ當事者ニ對シ極メテ重大ナル利害干係ヲ及ボスヲ以テナリ、(民訴第六五ノ二)故ニ訴訟代理人カ特別委任ヲ受ケステテ斷カレ訴訟行為ヲナシタルトモハソノ行為ハ無効ナリ、從テ訴訟代理人カ特別ノ委任ヲ受ケステテ認諾ヲナシタルトモハソノ認諾ハ當事者ヲ拘束スレコトヲ得サルノミナラス之ヲ以テ認諾判決ノ基礎ト

爲スコトヲ得ス(民訴第六九条)若シ斷カレ認諾ニヨリテ認諾判決ヲナシタルトモハ之ニ對シ不服ヲ申立ツルコトヲ得

(民訴第四六八条第一項第四號)

(3) 訴訟代理権ニ加ヘタル制限ハ相手方ニ對シテソノ效力ナシ故ニ代理権ニ付テ何等ノ影響ヲ及ボスコトナシ、(民訴第六六条)然レトモ當事者本人トシテ代理人トノ内部干係ニアリテハカ、ル制限ノ效力ヲ存ス、故ニ斷カレ制限ヲ無視シテ爲シタル訴訟行為ニヨリ生シタル損害ハ訴訟代理人カ當事者本人ニ對シ賠償セサルヘカラス。

第三ニ訴訟代理人數名アルトモ、其ノ訴訟代理人ハ共同又ハ各別ニテ當事者ヲ代理スルコトヲ得、蓋シ訴訟代理人數名アル場合ニ於テ其ノ訴訟代理人ハ共同スルニアラサレハ代理ヲナスコトヲ得ストナサハ、當事者ニ當リ被告ヲ欠ク又一人ノ不同意者アルカ、タメ行為ノ無効ヲ来スヲ以テ、場合又ハ各別ニテ當事者ヲ代理スルコトヲ得セシメ以テ訴訟ノ進行ヲ容易ニシ且ツ其ノ安

全ヲ確保スルヲ適当トスレハナリ。
 然レトモ斯ル目的ノ尺之ト異レル訴訟事件ノ 者ヲ相手方ニ対
 シ對抗スルヲ得セシメサレテ以テ之ヲ達スルニ至ル、故ニ共同
 又ハ各別ニテ代理ヲナスコトヲ得ル旨ノ法則ト異レ訴訟事件ノ
 特旨ハ内部干係ニ在リテハ其ノ效力ヲ有スルモ外部干係ニアリ
 テハ其ノ效力ヲ有セス（民法第六七条）但シ例外トシテ教人ノ
 支配人カ共合シテ代理権ヲ行フヘキ場合ニ於テハ（商法第三三
 条第一項）ソノ訴訟代理権モ亦共合ニアラサレハ之ヲ行フコト
 ヲ得ス
 斯ノ如ク教人ノ訴訟代理人ハ共同訴訟代理ノ 旨アルニ拘ラス
 各別ニ代理スルコトヲ得ルヲ以テ教人ノ訴訟代理人カ合時ニ且
 各別ニ為シタル行為カ亦信シタルトモハ其ノ各行為ハ全然無放
 ナリ、之ニ及シテ訴訟代理人カ順次ニ各別ニ行為ヲ為シタル場
 合ニ於テ其ノ行為カ亦信シタルトモハ第一次ノ行為カ效力ヲ有
 スル限リハ第三次以下ノ行為ハ其ノ效力ナシトス。

四

訴訟代理権ノ效力
 訴訟代理権カ為シタル权限内ノ行為又ハ不行爲ハ其ノ代理人
 ノ行為又ハ不行爲ナリトモ其ノ行為又ハ不行爲ノ效力ハ直接
 ニ当事者本人ノため又ハ之ニ対シテ發生ス之レ代理ノ法則ノ適
 用ニ外ナラス（民法第九九条） 茲ヲ以テ
 第一、訴訟代理人カ為シタル权限内ノ行為又ハ不行爲ハ相手方
 ニ対シテ當事者本人カ其ノ法律上代理人ト爲シタル行為又ハ
 不行爲ノ同一ノ效力ヲ有スヘキ（民法第六八条） 判決ハ當事者
 本人ノ名ニ於テ之ヲ爲シ又當事者本人ノ名ニ於テ之ヲ知ラ
 サル過失アリタルコトニヨリテ影響ヲ受クヘキ場合ニ在リテ
 ハ其ノ事実ノ有無ハ訴訟代理人ニ付キ之ヲ定ム（民法第一〇
 一条）然レトモ訴訟代理人カ當事者本人ノ指圖ニ従ヒテ訴訟
 行為ヲナシタルトモハ當事者本人カ其ノ自ら知リタル事情又
 ハ其ノ過失ニヨリテ知ラザリシ事情ニ付キ代理人ノ不知ヲ主
 張スルコトヲ得ス（民法第一〇一条第二項）
 二二一

第二ニ訴訟代理人ノ行為ハ直接ニ当事者本人ノタメ又ハ之ニ
対シ效力ヲ有スルニ止マリ当事者本人ノ訴訟代理人ノ性格ニ
依リ全然訴訟事件ニ対スル支配権ヲ失フモノニアラス、当事
者ハ何時ニテモ訴訟委任ヲ解除シ訴訟代理人ヲ消滅セシムル
コトヲ得、又訴訟代理人ト共ニ訴訟ノ實施ニ干渉スルコトヲ
得、殊ニ口頭弁論ニ干渉シ新ナル申立ヲナシ新ナル事実ヲ主
張シ又訴訟代理人ノ爲シタル訴訟行為ヲ変更スルコトヲ得、
而シテ^{カ変更ヲ爲ス場合ニ於テハ}當事者本人ノ^{訴訟ノ進行ニ}拘束スル^ハ^{民事訴訟法一九五ノ三}其
他ノ訴訟的^カ法律行為ノ^カ當事者本人カ訴訟ニ干渉シテ之ヲ無
效トナスコトヲ得ス、全然懈怠シタル行為ハ當事者本人カ訴
訟ニ干渉シテ之ヲ追究スルコトヲ得ス、例外トシテ代理人ノ
事實上ノ陳述殊ニ^カ明白ハ其ノ代理人ト共ニ裁判所ニ出頭シタ
ル^カ當事者カ遲滞ナク之ヲ取消シ又ハ之ヲ更正スルコトヲ得、
故ニ訴訟代理人ノ事實上ノ陳述ハ其ノ效力ヲ失ヒ^カ當事者カ事
實上ノ陳述カ之ニ代換モ^カトスル^カ民事訴訟法一九五ノ三^カ元來訴訟

ノ目的ハ眞實ナル事實ノ發見ニ在リ、眞實ナル事實ハ當事者
カ其ノ訴訟代理人ヨリモ正確ニ之ヲ熟知スルヲ通例トス、蓋
シ訴訟代理人ハ當事者本人ニ付テ事實ヲ聞ク取リタルニ過キ
サレハナリ、是レ断ル例外ノ存スル所以ナリ、
第三ニ訴訟代理人カ當事者本人ノ主張シタル事實ト矛盾スル事
實上ノ主張ヲ爲スコトヲ得ルヤ否マハ法律上別段ノ定メナキ
所ナリ、此ノ場合ニ於テハ裁判所ノ自由ナル意見ヲ以テ何レ
ノ主張ヲ眞實ト爲スベキヤ否マヲ判定スヘキモノナルマ、或
ハ當事者本人カ其ノ爲シタル事實上ノ陳述ト矛盾スル陳述ヲ
訴訟代理人ニ於テ爲シタルカタメ其ノ右更ニ之ヲ取消スノ必
要アリシムルカ如クハ當事者本人ヲ以テ其ノ訴訟代理人ヨリ
モ正確ニ眞實ナル事實ヲ熟知スルモノトナス、民事訴訟法第
六八條第一項ノ法意ニ反ストシテ消極的ニ認定スヘキマハ學
說ノ歧ル、所ナリ、然レトモ前説ヲ以テ正当ナリトス、

二、訴訟代理人ノ欠缺

一〇三

訴訟代理人ニヨリ訴訟事件ニアリテハ訴訟代理権ノ存在ハ一ノ
訴訟事件ナリ故ニ訴訟代理権ナキ代理人ニヨリテ爲シタル行爲
ハ概然行爲ニシテ之ニ根拠スル裁判モ不取消スコトヲ得ヘキ
裁判ナリカハ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ避ケルハ公益ナリ故ニ
裁判所ハ訴訟ノ如何ナル程度ニアルヲ問ハズ職権ヲ以テ訴訟代理
権ノ欠缺ヲ調査シ一民訴律七〇条ニ項)又各當事者ハ訴訟代理権
ノ欠缺ヲ主張スルコトヲ得被告力訴訟代理権欠缺ヲ主張スルモ
其レハ妨訴抗弁ニ非ス是レ法律上ノ代理欠缺ノ抗弁ト異ル所ナ
リ(民訴律二〇六条參照)

訴訟代理権存在ノ立証方法ハ民事訴訟法第六四條ノ規定ニヨリ
故ニ△△条ニ從ヒ民法ナル訴訟代理権存在ノ立証ヲ爲サハルトハ
無權訴訟代理人トナル尙當事者本人ノタメ訴訟行爲ヲ爲ス者カ
現ニ訴訟代理権ヲ有セサル旨ヲ主張シタルトモ亦然リ斯ノ如
ク訴訟代理人ニ訴訟代理権ノ欠缺アル場合ニ於テハ當事者ノタメ
其ノ代理人ナキモノト看做シ(民訴律七〇条第一項)且ツカハル

代理人ヲシテ當事者ノタメ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ許サズ茲ヲ以
テ

第一ニ原告ノ訴訟代理人トシテ訴ヲ提起シタル者カ其ノ訴訟代
理権ヲ有セサルトモハ不適當トシテ訴ヲ却下スルノ判決ヲナシ
且ツ之ニ對シテ訴ノ提起ニ依リテ生シタル訴訟費用ヲ負擔セシ
ムルコトヲ要ス何トナレハ斯カレ訴ノ提起ハ無効ニシテ又訴
訟費用ハカハル無効ノ行爲ニ基因スルヲ以テナリ。之ニ及シテ
訴訟ヲ送達セラレタル者カ訴訟代理権ヲ有セサルトモハ一
事ニヨリテ訴ヲ不適當トシテ訴ヲ却下スル判決ヲナスコトヲ得
ス何トナレハ訴ノ提起ハ訴訟ヲ裁断所差出シテ之ヲ爲スヘキ
モノナレハナリ(民訴律一九〇条)申請及ヒ上訴ニ干シテモ亦
然リ

第二ニ訴力適法ナル訴訟代理権ヲ有スルモノニ依リテ提起セラ
レ且ツ権利拘束發生シタル後當事者ノ一方カ口頭承認期日ニ於
テ訴訟代理権ナキ代理人ニヨリテ代理セラレタルトモハソノ當
ニシ

事者ハ期日ニ出頭セサルモノトナル。從テ相手方ノ申立ニヨリ
調停判決ヲナスコトヲ得、又カ、ル訴訟代理人カ訴訟行爲ヲ爲
サントシタルトキハ決定ヲ以テ之ニ退席ヲ命スルコトヲ得。
第三、ニ訴訟代理人ニ依リテ代理セラレタル各当事者
ハ何時ニテモ訴訟ニ干渉シ、訴訟代理人トキコトヲ主張スル
コトヲ得。例ハハ斯レ代理人ニ依リテ提起セラレタル訴ヲ不
法トシテ却下スヘキ判決ヲ求ムル申立ヲナスカ如シ、然レトモ
訴訟代理人ノ欠缺ヲ看過シタル裁判ハ適法ニ非ス。故ニ訴訟代
理人ニ依リテ代理セラレタル各当事者ハ上訴又ハ再
審ノ訴ヲ以テ之ニ對シ不服ヲ申立ルコトヲ得ス。(民事訴訟法四三
大条第五号、第四六八条第四号)
第四、ニ裁判所ハ訴訟代理人ノ欠缺アリト認メタルトモハ先ニ述
ヘタルカ如キ裁判ヲナシ、又其ノ欠缺ノ存否ニ付キ疑アルトモハ
再調査ヲナスヘキハ固ヨリ当然ナリ。然レトモ裁判所ハ訴訟代
理人ノ欠缺ヲ補正スルコトヲ得ルモノト認メタルトモハ一時訴

訟ヲ停止シ相当ノ期間ヲ定メ、その期間内ニ訴訟代理人ノ欠缺ヲ
補正スルコトヲ得セシメ、以テ先ニ述ヘタルカ如キ裁判ヲ行ハ
コトヲ得、又裁判所ハ訴訟代理人トシテ出頭シタル者ニ對シ裁
判所ノ自由ナル意見ニ依テ定ムル費用及ヒ損害ノ担保ヲ立テシ
メ若クハ之レヲ立テシメ、以テ依リニ訴訟行爲ヲナスコトヲ得
セシメ、以テ訴訟ノ延滞ヲ防止スルコトヲ得、(民事訴訟法七〇条第
一項)
第五、裁判所カ依リニ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ許シタル場合ニ於テ
ハ訴訟代理人ハ其ノ許可ニ依リテ訴訟ヲ実施スルノ权限ヲ有
シ相手方ハ訴訟代理人ノ欠缺ヲ質問スルコトヲ得ス。從ツテ
訴訟中進行シ且シ裁判所ニ於テ証拠調ヲナスコトヲ得、然
レトモ裁判所ハ訴訟代理人ノ欠缺ノ補正ノ存否未確定ノ状態繼
続スル限リハ終局判決ヲ爲スコトヲ得ス。從テ相手方ニ對シ
テモ調停判決ヲ爲スコトヲ得ス。但シ例外トシテ訴力阻害ト
適法ニ提起セラレタル後依リニ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ許サレ

ニシテ

タル訴訟代理人カ代理権欠缺ノ補正期間中ニ夫メラレタル未
満期日ニ出頭セサルトキハ之レニ依リテ代理セラレタル当事
者ニ対シテ不利判決ヲ爲スコトヲ得、何トナレハ其ノ代理人ノ
訴訟代理権欠缺ノ有無ハ何等ノ影響ヲ与ヘテナリ。

(2) 訴訟代理権欠缺ノ補正期間ヲ経過シ又ハ適法ナル訴訟代理
権存在ノ証拠ヲ提出シタルトキハ訴訟代理権ノ欠缺ノ有無不
確定ノ状態除去セラル、コト明白ナリ、而シテ訴訟代理人カ
訴訟代理権欠缺ノ補正期間ヲ経過シタル場合ニ依リテハソノ
訴訟代理人カ其ノ後訴訟行為ヲナスコトヲ許サス、從ツテ先
ニ述ハタル第一乃至第三ノ法則ニ從ツテ訴訟手続ヲ進行スル
モノトス。

(3) 訴訟代理権ノ欠缺ヲ補正セザリシ訴訟代理人ハ依リニ訴訟
行為ヲナスコトヲ許サレタルニ依リテ生シタル費用及ヒ相手
方ニ被ラシメタル損害ヲ賠償スルコトヲ要ス、元來訴訟代理
権欠缺ノ補正ヲ爲スヘキ訴訟代理人カソノ補正ヲ爲サザリシト

キハソノ訴訟代理人カ裁判所ノ許可ニ依リテ依リニ爲シタル
訴訟行為ハ無効ニシテ又無益トナル、故ニカレ無益ノ訴訟
行為ヲ爲シタル訴訟代理人ニ負担セシムルヲ當然トス、而シ
テ此ノ損害ハ訴訟代理人ノ故意若クハ過失ノ有無ニ拘ハラズ
成立スルモノトシ以テ相手方ノ利益ヲ保護ス、例ハハ依リニ
訴訟行為ヲ爲スコトヲ許シタルニ依リテ生シタル訴訟費用
及ヒ被告ニ対シテ裁判所ノ言渡ヲ受クルコトヲ遅延シタメニ
生シタル損害ノ賠償ノ如シ、而シテ訴訟費用ノ賠償ヲ命スル
裁判ハ裁判所職權ヲ以テ本案ト全一ノ手続ニ於テ之ヲ爲シ以
テ費用労力等ヲ節約スルコトヲ要ス、之レニ及シテ損害ノ賠
償ヲ命スル判決ハ相手方カ特ニ代理人ニ対シテ損起シタル
訴訟ニ基キテ之ヲ爲スコトヲ要ス、蓋シカレ判決ヲ不ムル手
続ト本案ノ手続トハ之ヲ久高スルヲ適當トス、然ラサレハ新
訟類雜ニ失スルヲ以テナリ

第五 訴訟代理権ノ行使ノ人ノナシタル訴訟行為ハ訴訟能力ヲ
ニニ九

有スル当事者又ハ当事者ノタメ訴訟権限ヲ有スレ代理人殊ニ
右見人カ之ヲ追認スルコトヲ得 追認ハ当事者本人カ訴訟代
理人ナキ代理人ノ為シタル訴訟行為ノ效力ヲ追認ニ自己ニ生
セシムルコトニ同意スル一方の意思表示ニシテ趣意的ニ訴訟
代理権ノ欠缺ヲ補正スルノ效力ヲ有ス 故ニ訴訟行為ノ追認
ハ訴訟代理ノ被代理行為ト異ニシテ唯既往ニ干渉ヲ有スルノミ
カ 訴訟行為ノ追認ハ訴訟ニ付キ判決ノ言渡シアルタル右ニ
於テ之ヲ為スコトヲ得 此ノ場合ニ於テハ追認ハ代理権ノ
欠缺ヲ理由トシテ判決ニ對シ不服ヲ申立ツルコトヲ得ナル
ノ效力ヲ生ス 又追認ハ明示の意思表示ニ依リテ之ヲ為シ
或ハ当事者カ判決ヲ執行セシムル力如キ追認ノ意思ノ実行
ニヨリテ黙示的ニ之ヲ為スコトヲ得
追認ハ判決確定後ニ之ヲ為スコトヲ得ルマ否ハ學者間ニ
爭アル所ナリ 然レトモ判決確定後ニ追認ヲ為スコトヲ得
ヤシメハ確定判決ノ效力カ当事者ノ意思ニヨリテ定マルカ

如キ結果ヲ示シ訴訟干渉ノ確定ヲ得スルヲ以テ消極的ニ論
決スルヲ可トス 亦有一

四 訴訟行為ノ追認ハ訴訟ノ進行中ニ於テ之ヲ為スコトヲ得
此ノ場合ニ於テハ当事者若クハ他ノ代理人カ不右ノ訴訟行
為ヲ為ス場合ト従前ノ訴訟代理権ナキ代理人カ不右ノ訴訟
行為ヲ為ス場合ト區別シ、前者ニ依リテハ追認ハ当事者又
ハ代理人カ裁判所並ニ相手方ニ對シ意思表示ヲナシ若クハ
其ノ意思ヲ実行スルニヨリテ之ヲ為シ右去ノ場合ニ依リテ
ハ追認ハ訴訟代理権授与ト同一ノ方法ニヨリテ之ヲ為スコ
トヲ得 蓋シ訴訟代理権ノ授与ハ何時ニ訴訟行為ノ追認ノ
意思ヲ実行シタルモノト云ハサルヲ得サレハナリ。
追認ハ自働的代理人ノ訴訟行為ニ對シテハ勿論訴訟 若
クハ判決ノ送達受領ノ如キ受働的代理人ノ訴訟行為ニ對シ
テモ之ヲ為スコトヲ得 而シテ訴訟代理人カ一定ノ期間
内ニ為スヘキ訴訟行為ヲ為シタル場合ニ於テ之ヲ追認スル
ニ三

ニハ其ノ期間内ニ之ヲ爲スコトヲ要シ又訴訟代理人ニ對シテ
テ爲シタル訴訟行為ヲ追認スルニハ其ノ行為ヲ了スヘキ期
間至過後ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得、例ヘハ被告ハ一定ノ期
間内ニ爲サレタル取消ノ訴ノ送達ニ付テ其ノ訴ノ提起期間
本過後追認ヲ爲スコトヲ得ルカ如シ(民事訴訟法七七五條)

本訴訟代理ノ終了

訴訟代理ハ之ヲ必要トスル目的ノ欠缺ニヨリテ、終了シ又訴
訟事件ノ繼續中訴訟代理ノ消滅ニヨリテ終了ス。
第一ニ訴訟代理ハ之ニ依リテ爲スヘキ事項ヲ完結シタルトキハ之
ニヨリテ終了ス。所謂目的ノ欠缺之レナリ。例ヘハ本案ノ判決確
定シ且ツ其ノ後何等ノ爲スヘキ事項ナキトキ殊ニ判決確定ノ後相
手方ノ任意ニ其ノ義務ヲ履行シタルトキ及ヒ訴力無効相當者能
カノ欠缺等ニヨリテ排斥セラレタルトキノ如シ。之ニ及シテ訴力
適法ニ提起セラレザルトキ殊ニ管轄未ダ有セサル裁判所ニ提起セ

ラレタルカタメ却下セラレタルトキハ訴訟代理人ハ更ニ適法ナル
訴ヲ提起スヘク、殊ニ管轄未定ナル裁判所ニ提起スヘキモノナルヲ
以テ所謂目的物ノ欠缺トナラス、故ニカレ場合ニ於テハ訴訟代
理終了スルコトナシ。但シ訴訟代理人ハ唯現ニ訴ヲ提起シタル裁判
所ニ對シテ訴訟行為ヲ了スコトヲ得ルノミ、其ノ後有スルニ止
マレトキハ此ノ限りニ非ス。
第二ニ訴訟代理ハ之ヲ必要トスル訴訟事件未ダ完結セサルニ拘ハ
ラス訴訟代理ノ消滅ノ發生シタルトキハ之レニヨリテ終了ス。
元來訴訟代理ノ内部干係及ヒ外部干係ハ互ニ關係シ訴訟代理ノ内
部干係存スルトキハ其ノ外部干係モ亦存続スルヲ通例トス、然レ
トモ訴訟代理ノ内部干係消滅シタルニ拘ハラズ其ノ外部干係存
スルコトアリ。民事訴訟法ハ訴訟代理ノ外部干係即チ訴訟代理
ノ消滅原因ヲ規定スルニ止メ、内部干係ノ消滅原因ハ之ヲ民法
ノ規定ニ委ネタリ。但シ私法ノ規定ニ從ヒ本人ノタメニ訴訟實施
ヲ包含スル代理権ヲ有スル地位代理人殊ニ支配人ノ代理権消滅ノ

原因ハ之ヲ私法ノ規定ニ委木民事訴訟法ノ規定セサルトコロナリトス。

二三四

1) 訴訟代理権ハ委任者ノ死亡其ノ訴訟能力ノ喪失若クハ其ノ法定代理人ノ変更ニヨリテ消滅ストモ其ノ消滅ハ之ヲ通知スルマテ相手方ニ対シテ其ノ效力ナシ(民事第六九条)之レ民事訴訟ノ延滞ヲ防ズ且ツ相手方ノ利益ヲ保護スルノ法意ニ依ツ之ニ及シテ訴訟代理人タル受任者ノ死亡若クハ代理能力ノ喪失ハ訴訟代理権消滅ノ原因トナル蓋シ代理権ハ委任者ノ受任者其ノ人ヲ信用シテ之ヲ専任ス、故ニ專任的性質ヲ有シ受任者ノ相續人ニ於テ之ヲ承継スルコトヲ得ス。從テ訴訟代理権ハ受任者ノ死亡ニヨリテ消滅スヘク又受任者ノ禁治産ノ宣告ヲ受ケ訴訟無能力者トナリタルトモ其ノ信用ノ喪失ヲ来スノミナラス代理ノ目的ヲ達スルコト能ハサレハナリ(民法第六五三条、第一一一条)
2) 訴訟代理権ハ受任者又ハ委任者ノ死亡其ノ訴訟ノ委任契約ノ解除ニヨリテ消滅ストモ其ノ消滅ハ之ヲ通知スルマテ裁判所

ニ対シテハ勿論相手方ニ対シテモノ效力ナシ。蓋シ訴訟代理ハ受任者及委任者間ノ信用ニ根拠スルヲ以テ何時ニテモ受任者又ハ委任者ヨリ訴訟ノ委任契約ヲ解除シ之ニ依リテ訴訟代理権ヲ消滅スルコトヲ得セシムルト今時ニ訴訟ノ相手方ノ利益保護ノタメ委任契約ノ解除ヲ相手方ニ通知スルニアラサレハ之ニ対シテ訴訟代理権消滅ノ效力ナシトスルヲ要スレハナリ(民事第六九条第一項第二項)而シテ受任者ノ死亡又ハ委任者ノ死亡ニ於テハ受任者又ハ委任者ノ利益ヲ保護シ且ツ訴訟ノ延滞ヲ防クカタク委任者ノ他ノ方法ヲ以テ其ノ権利ノ防禦ヲ為サハル間ハ之ノタメ訴訟行為ヲ為スコトヲ得セシム、例ハ不当ナル判決ニ對シ其ノ確定ヲ遮断スルタメ上訴ヲ提起スルカ如シ(民事第六九条第三項)之ニ及シテ委任者ノ解除ヲ為シタル場合ニ於テハ受任者又ハ委任者ノタメノ権利防禦ニ必要ナル行為ヲ為スノ権利ナレ。蓋シ此ノ場合ニ在リテハ委任者ハ自ら訴訟行為ヲ為シ又ハ他ノ代理人ヲシテ自己ノタメ訴訟行為ヲ為サシムルコトヲ得

二三五

ハ又テ此ヲナリ。

3. 訴訟ノ輔佐

権利ノ伸張又ハ防禦ノタメ簡易ナル方法ヲ設ケ當事者ノ利益ヲ保護スルハ極メテ適當ナル立法政策ト云フヘシ、之レ各國ノ民事訴訟法ニ於テ訴訟代理ノ外ニ尙ホ訴訟輔佐存スル所以ナリ。

1) 意義

訴訟輔佐ハ他人ノ當事者ノ委任ニ依リ當事者ト共ニ裁判所ニ出頭シ演述ニ依リテ之ヲ輔佐スル制度ナリ。

第一ニ當事者本人又ハ其ノ法定代理人ハ輔佐人ヲ選任スルコトヲ得レトモ訴訟代理人ハ之ヲ選任スルコトヲ得ス。蓋シ民事訴訟法ハ當事者本人又ハ其ノ法定代理人ニ輔佐人ノ選任ヲ許スニ止スレハナリ(民事訴訟法七一条)。

第二ニ輔佐人ハ當事者ノタメ各種ノ演述ヲナスコトヲ得、故ニ事實上ノ演述ハ勿論法律上ノ演述ヲナスコトヲ得、蓋シ輔佐

ニ三六

人ハ當事者ノ権利ノ伸張又ハ防禦ノタメ口頭弁論ニ於テ之ヲ保護スル権利ヲ有スルモノナレハナリ。

第三ニ輔佐人ハ當事者ヲ補助スルニ止マリテ訴訟代理ヲスルノ権利ヲ有セス。之レ訴訟代理人ト異ル要點ナリ。又訴訟ノ結果ニ付テ是等上ノ利害干係ヲ有スルニ止マリ法律上ノ利害干係ヲ有セス、之レ從價加人ト異ル要點ナリ。

(2) 資格

輔佐人タルニハ保護士又ハ他ノ訴訟能力者タルコトヲ要ス、然ラサレハ當事者ト共ニ裁判所ニ出頭シテ當事者ヲ補助スルコトヲ得サレハナリ。

第一ニ保護士ニ非サレ他ノ訴訟能力者ヲ輔佐人トナシタルニハ裁判所ノ許可ヲ受クルコトヲ要ス、之レ裁判所ニ於テ弁論ヲ業ニスルモノヲ排斥スルコトヲ得セシムルノ法意ニ外ナラス(民事訴訟法七一条)又演述能力ヲ有セザルトモハ補助ノ目的ヲ達スルコトヲ得サルヲ以テ裁判所ヲシテ斯カル輔佐人ニ不發演述ヲ禁スルコト

ニ三七

トヲ得セムルヲ適當トス。此ノ場合ニ於テハ新ニ期日ヲ定メ
并護士ヲシテ演述セシムヘキ旨ヲ命ジ且ツ兩府判決ヲ爲スコト
アルコト、演述能力ヲ有セザル当事者ノ演述ヲ禁止シタル場合
ト異ナラス（民訴第一二七条、第一二八条）
第一ニ保護士カ輔佐人トナリタルトモハ之ニ對シ演述ヲ禁止ス
ルコトヲ得ス。之レ保護士ニ對シ演述ヲ禁止スルカ如クハハソノ
品位ヲ撰スルニ至ルヲ以テナリ（民訴第一二九条）

③、效力

輔佐人ハ第一ニ当事者本人又ハ其ノ法定代理人ト共ニ裁判所ニ
出頭シテ之ヲ補助ス。故ニ輔佐人ハ其ノ補助スル当事者又ハソ
ノ法定代理人カ期日ニ於テ爲スコトヲ得ヘキ一切ノ訴訟行為ヲ
爲スコトヲ得、殊ニ当事者ノ爲ニ申立ヲ爲シ証拠ノ申出ヲナシ
把握認諾取下ヲ爲スコトヲ得、然レモ輔佐人ハ当事者又ハソ
ノ法定代理人ト共ニ裁判所ニ出頭シテ之ヲ補助スルニ止マレヲ
以テ当事者又ハソノ法定代理人カ退庭シタル後ハ独リ輔佐人ニ

於テ何等ノ行為ヲ爲スコトヲ得ス、之レ輔佐人ト訴訟代理人
ト異ル要點ナリ。

第二ニ当事者本人又ハソノ法定代理人ノタメ演述ヲナシテ之
ヲ補助ス。故ニ輔佐人カ期日ニ出頭シテ爲シタル演述ハ当事
者本人又ハソノ法定代理人ニ於テ即時ニ之ヲ取消シ又ハ更正
セサル限リハソノ当事者本人又ハ法定代理人ニ於テ自ラ演述
シタルモノト看做ス。從テ輔佐人ノ演述ハ法律上当然当事者
又ハ法定代理人ノ演述トナル（民訴第一二一条末項）之レ訴訟
代理人ト異ル要點ナリ。斯クノ如ク輔佐人ノ演述ハ即テ当事
者本人又ハ法定代理人ノ演述トナルヲ以テ当事者ト共ニ裁判所
ニ出頭シタル訴訟代理人ト補助人トノ陳述力互ニ矛盾シタル
トモハ訴訟代理人ノ陳述力取消ナレ又ハ更正セラレタルモノ
トナル（民訴第六八条）

五、多数當事者ノ訴訟

私法上ノ法律干係ニ付キ多数ノ当事者アルトシテ民事訴訟法
上ノ法律干係ニ付テモ本多数ノ当事者アリ。其訴訟主参加及
彼参加訴訟即チ之ナリ。

7. 共同訴訟

共同訴訟ハ多数ノ原告又ハ被告アル數個ノ訴訟干係ニシテ一
個ノ訴訟手續ニ依リ併合セラレタルモノナリ。故ニ多数原告ノ
全一被告ニ對シテ全一原告ノ多数被告ニ對シテ又多数原告ノ多数
被告ニ對シテ全一ノ訴訟手續ニ依リテ其ノ請求本ヲ主張シタルト
スハ常ニ共同訴訟存ス。
斯クノ如ク共同訴訟ハ多数ノ当事者アル訴訟ナルヲ以テ原告之
テ主觀的共同訴訟ト稱シテ客觀的共同訴訟ト區別ス。右者ハ
全一原告ノ全一被告ニ對シテ一個ノ訴ニ依リ數個ノ請求本ヲ主
張スル訴訟ナリ。(民事訴訟法一九一條)
共同訴訟ハ起訴ノ當時ヨリ成立スルコトアリ。數人ノ共同訴訟ハ
又ハ訴ヲ受クル場合之ナリ。或ハ訴訟ノ進行中ニ成立スルコト

アリ。則ハ訴訟進行中ニ死亡シタル遺棄相続人多数アリタル
場合ノ如シ。又裁判所ノ命令ニ依リテ設立スルキトアリ。(民事
訴訟法一九一條)而シテ起訴ノ當時ヨリ成立スル共同訴訟ハ法律上
無條件ニ之ヲ許スコトヲ得ス。然ラサレハ費用・努力・時間ノ
節約ヲ目的トスル訴訟ニ際シテ原則ニ交スルコトアリ。

共同訴訟ハ之ヲ分テテ通常ノ共同訴訟及合一的共同訴訟トス。

A. 通常的共同訴訟
通常的共同訴訟ハ合一的共同訴訟ニ非ル共同訴訟ナリ。

甲. 要件
通常的共同訴訟ノ成立ニハ

第一ニ一級ノ要件トシテ受訴裁判所カ共同訴訟ニヨル一個ノ
訴ニ付キ土地及事物ノ管轄權ヲ有シ且ツ同種類ノ手續ニヨリ
テ審判ヲスルコトヲ得ヘキコトヲ要ス。然ラサレハ各人ハ共
同訴訟ニヨル訴ヲ提起シ管轄規定ヲ無視スルニ至ルハ殊ニ
甲被告ノ裁判籍アル裁判所ニ對シテ裁判所管內ニ裁判籍ナキ乙

被告コモ共同被告トシテ起訴スルコトヲ得ス。事物ノ管轄カ
 訴訟物ノ價額ニヨリテ定ムル場合ニ於テ其ノ併合シタル訴訟
 物ノ金額カ金五百円ヲ超過スルトキハ共同訴訟ニヨリ訴ヲ匹
 裁判所ニ提起スルコトヲ得サルモノトス。又同種類ノ手続ニ
 依リテ審判スルコトヲ得サレハ訴訟系際ノ原則ニ及ス。故ニ
 通常訴訟手続ニヨリ訴訟ト特別訴訟手続ニヨリ訴訟トヲ併合
 レテ共同訴訟ト爲スコトヲ得ス。
 第二ニ特別ノ事件トシテ訴訟物カ数人共ニ有スル権利又
 ハ負ヒタル義務ナルコト。同一ナル事實上ノ原因ニ基キテ數
 人ノ有スル権利又ハ義務ナルコト。又同種類ノ事實上及ヒ
 法律上ノ原因ニ基キテ數人ノ有スル権利又ハ負擔シタル義務
 ニシテ且ツ権利義務カ其ノ性質上同種類ナルコトヲ要ス。一
 訴者四八条ノ例ハ數人カ共有者。連帶債權者。不可分債權
 者。主タル債權者並ニ保證人トシテ義務ヲ負擔シタル場合ニ
 於テ其ノ數人共ニ訴ヲ提起シ又ハ訴ヲ受ケルカ如ク扱ハレ
 二四二

一 數人カ同一ノ質貸借契約若クハ不法行為ニ基キテ權利
 訴ヲ受ケルコトヲ得ルカ如ク又數人カ同種類ノ
 質貸借契約ニ基キテ權利ヲ有シ義務ヲ負擔シタル場合ニ於テ
 數人カ共ニ訴ヲ提起シ若クハ訴ヲ受ケルコトヲ得ル。保證會
 社カ各種類ノ保證契約ニ基キテ數人ノ被保證者ニ對シテ權利ヲ有
 シ義務ヲ負ヒタル場合ニ於テ此ノ數人カ共ニ訴ヘ又ハ訴ヘラ
 レルカ如ク
 共同訴訟ノ前提要件存セサルニ拘ハラヌ數人カ共同訴訟人
 トシテ共ニ訴ヘ又ハ訴ヘラレタル場合ニ於テハ其ノ欠缺セル
 前提要件カ一般的前提要件ナルト特別的前提要件ナルトヲ區別スルコ
 トヲ要ス。
 第一ニ土地及事物ノ管轄權ヲ又ク場合ニ於テハ裁判所ハ職權
 ヲ以テ共ニ訴訟ニヨリ訴ニ干スル事ニシテ管轄權ヲ又ク之
 ノ下ニ却下スルノ訴訟判決ヲ爲スコトヲ要ス。但シ被告カ管轄
 處ノ裁判ヲ爲スコトナクシテ本案ノ審判ヲ爲シタルトキハ此
 二四三

限リニ非スハ民訴第三〇条又同種ノ訴訟手續ニヨルコト
ヲ許サレル場合ニ於テハ裁判所職權ヲ以テ其合訴訟ニヨル
ニ関スレ部々ニシテ許スヘカラサル訴訟手續ニ依レヘキモ
フ却下スル訴訟判決ヲ爲ス 例ハ八共合訴訟ニ依ル訴ニ付キ
証書訴訟トシテ判決ヲ求メラレタル場合ニ於テ其ノ訴ノ目的
タル請和中ノ一何カ特定物ノ給付ヲ目的トスレタメ証書訴訟
手續ニ依レコトヲ許サレトキハ其ノ請求ニ付スル部々ニ付
キ訴ヲ却下スル訴訟判決ヲ爲スク如シ(民訴第四八四条)
第一ニ共同訴訟ニヨル訴ニ付キ特別ノ事件ヲ又ク場合ニ於テ
ハ裁判所職權ヲ以テ訴ヲ却下スル訴訟判決ヲ爲スコトヲ得ス
然レトモ当事者ハ共同訴訟ノ不適法ナルモノヲ責問スレコト
ヲ得 而シテ当事者ノ未論ク正当ナルトキハ更ニ共同訴訟ノ
不適法ナルクタメニ裁判所ノ全部ニ付キ廢棄権ヲ有セザ
ルニ至リタルトモト訴ノ一部ハ付キ廢棄権ヲ有セザルニ至
リタルトモト及ヒ訴ニ付テノ廢棄権ニ付キ何等ノ影響ナキト

又トテ區別シ裁判所カ訴ノ全部ニ付キ廢棄権ヲ有セザルニ至
リタルトモ 例ハ八區裁判所ノ廢棄ニ否スヘキ價額ニ百円十
ル三四ノ請求額ヲ併合シ共合訴訟ニ依ル訴ヲ地方裁判所ニ提
起シタルトモ八裁判所ハ訴ノ全部ニ付キ之ヲ却下スルノ訴訟
判決ヲ爲スコトヲ得シ裁判所カ訴ノ一部ハ付キ廢棄権ヲ有
セザルニ至リタルトモ 例ハ八區裁判所ノ廢棄ニ否スヘキ請
求ト地方裁判所ノ廢棄ニ否スヘキ請求ト併合シ共同訴訟ニ依
ル訴ヲ地方裁判所ニ提起シタルトモ八裁判所ハ訴ノ全部ニ依
ル訴ノ一部ハ付キ之ヲ却下スルノ訴訟判決ヲ爲スコトヲ得シ
又訴ノ廢棄権ニ付キ何等ノ影響ナキトモ例ハ八地方裁判所ノ
廢棄ニ否スヘキ數個ノ請求ヲ併合シ共合訴訟ニヨル訴ヲ地方
裁判所ニ提起シタルトモ八裁判所ハ民事訴訟法第一一八条ノ
規定ニ依リ其論ノ多數ヲ命シテ審判判決ヲ却下スル訴訟判決
ヲ爲スハ、コトヲ得ス 何トナレハ此ノ場合ニ於テ共合訴訟
ノ不適法ハ訴ノ提起自体ヲ不当ト爲スニ足ラザレハナリ

乙、效力

通常の共同訴訟ノ要件存スルトモ多数ノ債権者ハ共同シテ債
 権者ニ対シテ訴ヲ起シ又債権者ハ多数ノ債務者ニ対シテ共同シテ訴
 フルコトヲ得ル、ノ権利ヲ有スレトモカ、レ義務ヲ負フコトナ
 シ、故レトモ債務者ハ訴訟ノ場合ヲ爲スコトヲ得ス、蓋シ訴訟
 ノ場合ニ離ハ判別所ノ職權ニ屬スレハナリ、(民訴第一一八条)
 債権者ク新カレ権利ヲ行使シテ訴ヲ提起シタルトモ、ハ其ノ訴訟
 ハ單ニ數人ク訴訟ヲ起シ又ハ訴ヲ受クルノ事實ニ依リテ設定セ
 ラル、數人ノ法律上独立セル訴訟ヲ併合シテ一箇ノ訴訟ト爲シ
 タルニ外ナラザレバ以テ各共同訴訟人ハ互ニ独立シ其ノ個別理
 ノ關係成立スルコトナシ、是レ必要的共同訴訟ト異ル要添ナリ
 故ニ訴訟事件ノ存否ハ各共同訴訟人ニ付キ之ヲ判断シ又各訴訟
 人ノ一人ノ訴訟行為並ニソノ懈怠及ヒソノ一人ニ対スル訴訟
 行為並ニ懈怠ハ他ノ訴訟人ニ対シテ利害ヲ及ボサス、(民訴第四九
 条)從テ各共同訴訟人ニ対スル訴訟結果ハ全シカラス、例ハ

保險会社カ甲乙丙丁戊ノ各保険契約者ニ対シテ共同訴訟ニ依リ保
 険料支払ノ訴ヲ起シタル場合ニ於テ丙ハ其訴訟日ニ出頭セサル
 タメ之ニ対シテ明布判決ヲ言渡シ丁ハ請求ヲ認諾シタルヲ以テ之
 ニ対シテ認諾判決ヲ言渡シ、乙ニ対スレ請求ハ不当ナルヲ以テ請
 求棄却ノ判決ヲ言渡シ、甲ハ保險会社ト和解シタルヲ以テ之ニ
 依リ甲ト保險会社トノ訴訟終結ニ帰シ又ニ對スレ訴ハ方或テ
 欠クカタメ不適法トシテ訴訟判決ヲ爲スル知シ、然レトモ通常
 ノ共同訴訟ハ數人ノ独立セル訴訟ヲ一箇ノ訴訟ニ併合トタルモ
 ノナルヲ以テ共同訴訟人ノ一人ノ申請ニ依リテ相手方ヲ期日ニ
 呼ビ出スヘキトモ、他ノ共同訴訟人ヲモ呼ビ出スコトヲ要ス
 之レ一旦共同訴訟トシテ進行ヲ初メタル訴訟ハ之ヲ其ノ後共同
 訴訟トシテ進行セシムルヲ適當トスレハナリ、例ハ各共同訴訟
 人ハ訴訟進行ヲ求ムル権利ヲ有スルヲ以テ訴訟ノ中止後、(民
 訴第一一八条)共同訴訟人中ノ一人ク訴訟進行ノタメ裁判所ニ
 對シテ未論期日ノ指定ヲ申請シタルトモ、ハ裁判所ハ相手方ハ勿論

他ノ共同訴訟人ヲモテ訴訟期日ニ呼出スコトヲ要スレカ如シ又
 共同訴訟人中ノ一人ハ他ノ共同訴訟人ニ專屬スル請求ニ干スル
 訴訟ニ付キ証人トナルコトヲ得ス、但シ裁判所カ民事訴訟法第
 一一八条ノ規定ニ従ヒ一何ノ訴訟ニ於テ爲シタル數何ノ請求ニ付
 キ訴訟ヲ争フテ爲スヘキコトヲ命シタルトモ此ノ限りニ非
 ス、訴訟費用ノ負担ニ関シテハ民事訴訟法第八〇条ノ特ニ規定
 スル所ナリ。

B₀ 必要的共同訴訟

必要的共同訴訟ハ合一的共同訴訟ハ訴訟ノ目的タル法律干
 係ニ付キ互ニ矛盾スル裁判ヲ受クル危険ヲ避クルタメ及ヒ數人
 カ共ニ訴ヘ又ハ訴ヘラル、ニ非サレハ原告若クハ被告トシテ訴
 訟實施取ナキノ事由ニ依リ本案ニ付キ敗訴ノ裁判ヲ受クル危険
 ヲ避クルカタメ必要ナル共同訴訟ナリ、而シテ右者ハ之ヲ何有
 ノ必要的共同訴訟ト称シ前者ハ之ヲ類似ノ必要的共同訴訟ト称
 ス。

甲 要件

必要的共同訴訟タルニハ訴訟ノ目的タル法律干係カ合一ニノ
 確定スルコトヲ要スル場合又ハ法律ノ規定ニ依リ數人カ共
 ニ訴ヘ又ハ訴ヘラル、事ヲ要スル場合ナルコトヲ要ス
 第一ニ訴訟ノ目的タル法律干係カ合一ニノ確定スルコト
 ヲ要スル場合ニ在リテハ各利害干係人カ合一ノ法律干係ニ付
 キ共ニ訴ヘ又ハ訴ヘラル、ユトヲ要セズ各別ニ訴ヘ又ハ訴ヘラ
 ル、コトヲ得ルモ因ヨリ當然ナリトモ各別ニ訴ヘ又ハ訴ヘラル
 トモ合一ノ法律干係ニ付キ互ニ矛盾スル裁判ヲ受クルノ危険ヲ
 避クルニハ即チ合一ノ共同訴訟ヲ受クルニハ各利害干係人カ共
 ニ訴ヘ又ハ訴ヘラル、ユトヲ要ス、依リ共同訴訟ハ合一ノ共同
 訴訟ニ付キ連スルノ手續ナリ、故ニ共同訴訟ノ必要ハ共同訴
 訟自体ニ存セスシテ却テ合一の裁判ヲ受クルカタメニ存ス、
 換言スレハ訴訟ノ目的タル法律干係カ合一ニノ確定スル
 コトヲ要スル場合ヲ要件トスル合一の訴訟行爲ハ數人カ共ニ
 訴ヘ又ハ訴ヘラル、コトヲ要スル共同訴訟ヲ示スニ非スシテ
 却テ數人カ共ニ訴ヘ又ハ訴ヘラルコトカ合一の裁判ノ

ハヲ為スコトヲ得ル共全訴訟ヲ承スニ外ナラス。
 如何ナル場合ニ合一ニシテ確定スルコトヲ要スルヤ否ハ
 原告側ニ争アル所ナリ。或ハ合一的裁判ノ必要ハ凡テノ共全
 訴訟人ニ對シ理論上合一ニシテ確定セラレ、コトヲ必要トス
 ル場合ナリト主張スレトモ理論上合一ニシテ確定スルコトヲ
 必要トスル一事ハ合一的確定ヲ要スル場合ナリト云フコトヲ
 得ス。蓋シ理論上合一ニ確定スルコトヲ要スル合一ノ法律手
 続ニ訴訟上合一ニ確定セサルコトアリ。例ハ八数人ノ連帯債
 務者ニ對スル訴訟ノ如シ。故ニ合一的裁判ノ必要ハ共全訴訟
 トシテ共ニ訴ヘ又ハ訴ヘラレサル場合ニ在リテモ判決ノ效力
 ラ及ホサルヘキ干係ニ在ル共同訴訟ナリト云ハサルヘカラス
 例ハ八商法第一六一条ノ規定ニヨリ多数ノ株主ガ共同原告ト
 シテ提起シタル訴訟ノ決議無効ノ訴ノ如シ。
 然ニ法律ノ規定ニ依リ數人ノ共ニ訴ヘ又ハ訴ヘラル、コト
 ヲ要スル場合ニ在リテハ法律ノ規定ニ從ヒ權利ガ數人ノ權利

者ノタメ又ハ數人ノ義務者ニ對シ共全的ニ成立スルヲ以テ數
 人ノ權利者中ノ一人カ訴ヲ提起シタルトモ又ハ數人ノ義務者
 中ノ一人ニ對シ訴ヲ提起シタルトモハ所謂訴訟實施ノ欠缺
 ヲ來ス。故ニ裁判所職權ヲ以テ訴訟實施権ノ有無ヲ調査シ又
 被告ハ原告ニ對シ共同訴訟人トナルコトヲ得ヘキ一切ノ利害
 干係人ヲ訴訟ニ参加セシムヘキコトヲ強制スル抗弁權ヲ提出
 スルコトヲ得。而シテ其ノ結果訴訟ノ實施権ナキコト明カナ
 ルトモハ理由ナクシテ原告ノ訴ヲ棄却スルノ实体判決ヲ為ス
 例ハ八商法三〇九条ノ訴訟提起スルニハ大場西名ヲ共同
 被告ト為ス事ヲ拘ヘラス共ノ一名ヲ被告トシテ起訴シタル
 トモノ如シハ民事訴訟五〇条第一項ニ

ハ、效力

必要的共同訴訟ハ多數ノ当事者アル單一ノ訴訟ナリ、故ニ
 合一的共全訴訟ニ在リテハ各共全訴訟人ニ對シ合一的裁判ヲ
 為スコトヲ要ス。訴訟ノ目的タル法律干係カ合一ニシテ確定
 ニス。

スルコトヲ要スル必要的共同訴訟ニアリテハ合一的裁判ヲ爲
スヲ要スルコト固ヨリ当然ナリ。且モ法律ノ規定ニ依リテ數
人カ共ニ訴ヘスハ訴ヘラレ、コトヲ要スル必要的共同訴訟ニ
在リテモ尚不合一的裁判ヲ爲スコトヲ要ス。蓋シ此ノ場合ニ
於テモ多數ノ当事者アル一但ノ訴訟存スルニ止マルヲ以テ合
一的裁判ヲ爲ス訴訟上ノ必要存スルコト明白ナレハナリ。
斯カル目的ヲ達スルニハ各共同訴訟人ノ地位ハ各々独立ナ
リトストノ原則ニ制限ヲ加ヘ訴訟材料ノ統一ト訴訟手續ノ統
一トヲ計ルコトヲ要ス。茲ヲ以テ

第一ニ共同訴訟人中ノ一人カ爲シタル攻撃及口防禦ノ方法
今他ノ共同訴訟人ノ利益ニ於テ其ノ效力ヲ生ス、即テ共全
訴訟人ノ全員カ之ヲ爲シタルモノト看做スハ民訴第五〇条
第二項ノ例ヘハ共同訴訟人中ノ一人ノ爲シタル抗辯又ハ
証拠ノ申出ハ共同訴訟人ノ全員カ之ヲ爲シタルモノト看做
スカ知シ。

第二ニ共同訴訟人中ノ一人カ相手方ノ主張事實ヲ争ヒタル
ト又ハ他ノ共同訴訟人ニ於テ之ヲ自白シタルト又ト雖モ共
同訴訟人ノ全員カ之ヲ争ヒタルモノト看做シ共同訴訟人中
ノ一人カ相手方ノ請求ヲ認諾セザルト又ハ他ノ共同訴訟人
ニ於テ之ヲ認諾シタルト又ト雖モ共同訴訟人ノ全員カ之ヲ
認諾セザルモノト看做シ、共同訴訟人中ノ一人カ其ノ請求
ヲ放棄セザルト又ハ他ノ共同訴訟人ニ於テ之ヲ放棄シタル
ト又ト雖モ共同訴訟人ノ全員カ之ヲ放棄セザルモノト看做
スハ民訴第五〇条第三項ノ之レ共同訴訟人ノ一人カ爲シタ
ル訴訟行為ニシテ他ノ共同訴訟人ニ不利益ナルモノハ其ノ
全員カ之ヲ爲サザルモノト看做スヲ以テ共同訴訟人全員ノ
利益ヲ保護スルノ法意ニ依ツ、訴ノ取下及口和解ハ合一的
裁判ヲ爲ス訴訟材料ノ統一ニ係ラズ行爲ナレヲ以テ一般
ノ規定ニ從ヒ其ノ可敷ナルモ否マヲ定ム。固有ノ必要的共同
訴訟ニ在リテハ各当事者ハ之ヲ爲スコトヲ得スト雖モ

似ノ必要的共同訴訟ニ在リテハ各当事者ニ於テ之ヲ為スコ
トヲ得。並シ前者ニ在リテハ共同訴訟人ハ共同シテ訴訟実
施ヲ有スルニ止マルヲ以テ其ノ一人ノ為レタル亦ノ取
及ヒ和解ハ其ノ效力ヲ生ズルニトナレトモ其ノ有ニ在リテ
ハ共同訴訟人ハ各自訴訟実施ヲ有スレハナリ。
第三ニ共同訴訟人中ノ一人カ期日又ハ期間ヲ懈怠シタルト
キハ懈怠セサルモノニ代理ヲ任シタルモノト見做ス(第五
〇条第四項)所謂ノ代理ヲ任シタルモノト看做スレトハ各
共同訴訟人カ期日及期間ヲ懈怠シタルモノヲ代理スルノ意
義ニ非ス(民事訴訟法五條)並シ代理ヲ任シタルモノト看
做スノ效力ハ共同訴訟人ニ代理スルノ意思ナクテ當該
生スレハナリ。又期日若クハ期間ノ懈怠ノ結果ヲ妨クル及
射放ニ非ス。蓋シ新ル見解ニ依ルハ懈怠シタル當事者ハ其
ノ後ノ期日ニ出席シ先ニ出席シタル當事者ノ自由ヲ自由ニ
取消ス事ヲ得ヘク又斯カル當事者ク為サレリシ貴問ヲ自由

ニ為スコトヲ得。訴訟ヲ煩雜ナラシムルニ至レハナリ。故
ニ出席シタル共同訴訟人ノ行為ハ懈怠シタル共同訴訟人ニ
效力ヲ及ボスノ意義ニ外ナラス。換言スレハ出席シタル共
同訴訟人ハ自己ノためニ訴訟行為ヲ為ストモ時ニ法律ノ規
定ニ依リ懈怠シタル共同訴訟人ノためニ訴訟行為ヲ為セシ
ムルモノトス(利益ナルト不利ナルトヲ問ハス效力ヲ及
ボスマ否マハ母者問ニ準テ決ナリ) 従テ共同訴訟人中
ノ一人カ期日ヲ懈怠シ他ノ共同訴訟人カ期日ヲ懈怠セサル
トモハ欠席判決ヲ為スコトヲ得ス(所謂對席判決ヲ為スモ
ノトス)共同訴訟人中ノ一人カ故障期間又ハ上訴期間ヲ懈
怠シタルモ他ノ共同訴訟人カ法定ノ期間内ニ故障及上訴ヲ
提起シタルトモハ故障又ハ上訴ヲ為シタルモノト看做スハ
共同訴訟人中ノ一人ハ故障期間又ハ上訴期間ヲ懈怠シタル
トモトモ他ノ共同訴訟人ノ申立ニヨリテ開始シタル上訴
審ニ於ケル手續ニ参加スルコトヲ得)

主参加訴訟

主参加訴訟トハ原告ニ有ルカ当事者ニ権利拘束トナリタル訴訟物ノ全部若クハ一部ニ付キ自己ノ権利者トシテ請求スル者トシテ原告タル者又ハ原告及ビ被告ノ共謀シテ其ノ一方ニ対シテ有スル債権ヲ侵害スルコトヲ主張スル者トシテ原告及ビ被告ノ双方ニ対シテ訴訟ノ繁屬シタル第一審裁判所ニ提起スル者ニ依リテ成立スル共同訴訟ナリ例ヘハ甲カ乙ニ対シテ其ノ有スル動産ニ付キ所有権ヲ理由トシテ之ヲ返還ヲ請求シタル場合ニ於テ丙カ自己ノ所有権ニ付キ乙ニ対シテ甲及ビ乙ニ対シテ訴訟ヲ提起シタル場合ニ於テ丙カ其ノ債権ニ付キ甲及ビ乙ノ相續人トシテ其ノ有スル動産ニ付キ所有権ヲ理由トシテ乙ノ相續人ヘ自己ノ権利ト主張シ、甲及ビ乙ニ対シテ訴訟ヲ提起シ又甲及ビ乙ノ共謀シテ乙ノ債権者丙ヲ侵害セシメタル場合ニ於テ甲カ乙ニ対シテ債権ノ存在ヲ主張シ之ヲ異議スル判決ヲ受ケルニ対シテ執行ヲナスコトヲ目的トスル訴訟ヲ提起シタル場合ニ於テ丙カ其ノ債権不存

在ノ判決ヲ受ケルカタメ甲及ビ乙ヲ共同被告トシ、債権不存在確認ノ訴訟ヲ提起スルカ如シ。而シテ原告間ニ成立スル訴訟ハ之ヲ本訴訟ト稱シ第三者ノ原告間ニ對シテ提起スル訴訟ヲ主参加訴訟ト稱シ又其ノ第三者ヲ主参加人ト稱ス。元来主参加人及ビ本訴訟ノ原告兩造ニ對シ一箇ノ判決ヲ為シ三面的利害ノ抵觸ヲ消滅セシメ或ハ主参加人及ビ受益者モシクハ轉得者並ニ債務者ニ對シ一民法第四二四條ノ効力ヲ有スル一箇ノ判決ヲ為シ被害行為ノ完済ヲ防キ互ニ利害ヲ異ニスル三人以上ノ當事者ノタメ合一的裁判ヲ爲シ以テ矛盾セザル裁判ヲ爲スルノ弊害ヲ避クルハ公私ノ利益ナリ故ニ主参加人及ビ本訴訟ノ原告並ニ原告間ニ成立スル一箇ノ共同訴訟ニシテ本訴訟ニ第三者ヲ参加スルモノニアラス又本訴訟ノ原告ヲ被告トシ、本訴訟ノ原告ヲ其ノ被参加人トスル訴訟ニ非ス。

甲、要件

主参加訴訟カ適法ナルニハ三四ノ要件ヲ備ヘサルヘカラス、
其第一ハ本訴訟ノ権利拘束中ニアルコト之ナリ、蓋シ斯ル要件
存セザレハ主参加ノ目的ヲ達スルコトヲ得サレハナリ、之レ民
事訴訟法第五十一条ニ於テ本訴訟ノ権利拘束ノ終了ニ至ルマテ
ト規定シタル所以ナリ、故ニ本訴訟ノ権利拘束發生前ハ勿論ハ
民事第一九五条、第一二一条、第一三七条、第一四七条、第一七一条ノ確定
判決、和解取_下等ニヨリテ本訴訟ノ権利拘束消滅シタルトモハ
主参加ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス、之レ民事訴訟法第五四九条
ニ規定セル執行参加ノ訴ト異ル一点ナリ、然レトモ苟クモ本訴
訟ノ権利拘束中ニ在ル限リハ本訴訟ノ第一審ニ繫属スルトモハ
勿論、上級審ニ繫属スルトモトモ主参加ノ訴ヲ提起スルコト
ヲ得、証書訴訟、為替訴訟ニ於テ言渡シタル留保判決ハ民事第
四九一条ノ及ビ控訴審ニ於テ言渡シタル留保判決ハ民事第四二

六条ノカ確定シタル後トモ之モ不在手續ニ於テ言渡サレタ
ル判決カ確定セザル限リハ本訴訟ノ繫属中ニ在ルヲ以テ主参加
ノ訴ヲ提起スルコトヲ妨ケス、但シ督促手續ニ在リテハ支払命令ニ
対スル異議ノ申立又ハ執行命令ニ対スル故障ノ申立後ニアサ
レハ本訴訟ノ権利拘束發生セザルヲ以テ支払命令送達ノ一事ニ
依リ主参加ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス、民事第三八七条、第三
九〇条、第三九四条ノ及ビ差押並ニ仮處分手續ニ在リテハ本訴
訟ノ権利拘束發生セザルヲ以テ主参加ノ訴ヲ提起スルコトヲ得
ス。

裁判所

其ノ第二ハ主参加人カ本訴訟ノ目的物ノ全部又ハ一部ヲ自己ノタ
 メニ請求スルコトヲ要スルコト即チ主参加人ノ請求ト本訴訟ノ原
 告ノ請求ト互ニ衝突スルコトヲ要スルコト(民訴五(条一項))又
 ハ主参加人カ本訴訟ノ当事者ノ天賦ニヨリテ自己ノ権利ヲ管セラ
 ル、昔テ主張スルコトヲ要スルコトナリ(民訴五(条一項))蓋
 シカ、ル要件存セザレハ主参加ノ実益ナキヲ以テナリ、故ニ甲カ
 乙ニ對シ具、右有ニ係ル土地ノ所有者ナリト主張シ其ノ主張ヲ請
 於シタル場合ニ於テ丙ハ其ノ土地ノ地上权者ナルコトヲ主張スル
 カタメ主参加人トシテ甲及乙ニ對シ訴訟ヲ提起スルコトヲ得ス、之
 レ民事訴訟法第五(九)条ニ規定セル執行参加ノ訴ト異ル一矣ナリ
 其ノ第三ハ主参加人カ本訴訟ノ第一審ニ於テ專屬シタル裁判所
 ニ本訴訟ノ当事者双方ヲ被告トスル訴ヲ提起スルコト異ナリ、蓋シ
 訴訟ノ当事者双方ヲ被告トスルハ主参加ノ特異ニシテ本訴訟カ
 第一審ニ於テ專屬シタル裁判所ヲ以テ主参加ノ訴ニ對テノ專屬管
 轄裁判所トスルハ主参加ノ容易ナラシムルノ法意ニ出ツ、民事訴

訴訟第一一八等屬管轄タル旨ノ規定ナシト雖モ本訴訟第一
審ニ於テ繫屬シタル裁判所ニ規定スルノ法實ニヨリテ專屬管轄ナ
ルコト明白ナリトイフコトヲ憚ハシ、之レ民事訴訟法五四九条ニ
規定セル執行参加ノ訴ト異ル一途ナリ。

所ノ專屬管轄ニ屬スルヲ以テ主參加ノ訴訟物ニ付キ專屬管轄ノ規
定アリト且ツソノ管轄カカイル裁判所ニ屬セサルトキハ主參加ノ
訴ヲ提起スルコトヲ得ルヤ否ヤノ同題ヲ生ス、然レトモ本訴訟ハ
第一審ニ於テ繫屬シタル裁判所ヲ以テ主參加ノ訴ニ付キテ管轄
裁判所トナシタル規定ハ主參加ノ容易ナラシムルニアルヲ以テ續
極的ニ論定スルヲ要ナリトス、而シテ主參加ノ訴モ亦一ノ訴ナ
ルヲ以テ訴ニ周スル一級ノ規則ニ從テ、從ツテ主參加ノ訴ハ確定
ノ訴タルコトアリ、又ハ給付ノ訴タルコトアリ、曠野者ニアリテ
ハ本訴訟ノ原告ニ付スル一決ノ申立ハ本訴訟ノ原告ノ主參加人ニ
給付ヲナスコトニ付キ是訴ヲ求ムルニアリ。

乙、效力

主參加ハ、第一ニ主參加人本訴訟ノ原告及本訴訟ノ被告間ニ效
力ヲ有スル一併ノ判決ヲ以テコ、三審間ニ存スル訴訟關係ヲ終結
スルコトヲ目的トス、故ニ主參加ノ判決ハ主參加人及本訴訟ノ當
事者間ニ實體的確定力ヲ有スルハ勿論本訴訟ノ當事者間ニ實體的
確定力ヲ有シ又本訴訟ノ被告ニ付シテハ勿論本訴訟ノ原告ニ付シ
執行力ヲ有ス、然レトモ之カタハ主參加ハ本訴訟ヲ改定シテ之ヲ
消滅セシムルモノト即訴スヘカラス

第一審ニ於テ繫屬シタルトハ主參加ノ進行ス、故ニ本訴訟力
本訴訟ノ繫屬スル裁判所ヲシテ本訴訟ノ當事者ノ一方若クハ主
參加人ノ申立ニヨリ又ハ職取ヲ以テ主參加ノ裁判構成消滅ニ至
ルマテ本訴訟ヲ中止スルコトヲ得シメ又ハ無査ノ費用勞力ヲ
避クルニトヨ要ス、蓋シ主參加人カ勝訴ノ判決ヲ受ケザルトキ
ハ本訴訟ノ被告ハ之ヲ引用シテ本訴訟ノ原告ノ請求棄却ノ判決

ヲ受クルコトヲ得レハナリ(民訴五二 一五五)

(4) 本訴訟ノ判決前ニ言渡サレタル主参加ノ判決ハ一般ノ規定ニ
 依ヒテ之ヲ執行スルコトヲ得、本訴訟ハ主参加ノ判決ニヨリテ
 終了スルモノニ非ス、然レトモ本訴訟ノ審判官ハ主参加ノ確定
 判決ヲ自己ノ利益ニ引用スルコトヲ得、主参加ノ判決力主参加
 人ノ義務ヲ受託シタルトキハ本訴訟ノ被告ハ之ヲ引用シ本訴訟
 ノ原告ノ請求棄却ノ判決ヲ求ムルコトヲ得、之ニ反シ主参加人
 ノ請求ヲ否認シタルトキハ本訴訟ノ被告ハ本訴訟ノ原告ニ對シ
 主参加人ノ義務者タル旨ノ抗弁ヲ提出スルコトヲ得ス

第二ニ本訴訟ノ原告及ヒ被告ヲ共同被告トナス、故ニ主参加ハ
 本訴訟ノ原告、然レトモ之カタメ主参加ハ当然必要の共同訴訟ナ
 リト即断スヘカラス、主参加力必要の共同訴訟ナルヤ否ヤハ主参
 加人ト本訴訟ノ当事者トノ間ニ生スル実体的法律關係ノ性質ニ依
 ツテ之ヲ定ム、主参加ノ訴ハ本訴訟ノ当事者双方ヲ共同被告トナ
 スコトヲ要スル民事訴訟法ノ規定ハ実体的規定ト何事ノ干渉ナ

キヲ以テ主参加力必要の共同訴訟タルノ擬定トナスニ足ラザルハ

3/ 主参加

主参加トハ第三若カ当事者同ニ裁判拘束トナリタル訴訟物ニ付テ
 当事者ノ一方ノ勝訴ニ法律上ノ利害干渉ヲ有スル場合ニ於テ其一ノ
 方ヲ補助スルタメ双利拘束ノ範圍中ニ所屬スル行為ナリ(民訴五
 三) 剛ハハ保證人カ訴ヘラレタル場合ニ於テ主タル債務者カ保
 証人ヲ補助スルカタメ訴訟ニ参加スルカ如シ、而シテ参加スル訴訟
 ハ之ヲ本訴訟ト称シ、参加スル第三若ハ之ヲ從參加人ト称シ又從參
 加ニヨリテ補助セラル、当事者ハ之ヲ主タル當事者ト称ス、茲ニ以
 テ從參加人ハ訴訟代理人モシクハ輔佐人ト云シカラス、從參加人ハ
 自己固有ノ利益ヲ自レノ如ク於テ訴訟行為ヲナシ訴訟代理人モ
 シクハ輔佐人ハ本人ノタメ訴訟行為ヲナス、又從參加人ハ共同訴訟
 人ト云シカラス、從參加人ハ本訴訟ノ当事者ノ補助者即チ從タル當

事者トシテ訴訟行為ヲナシ且訴訟人ハ自レノタメ訴訟行為ヲナシ
他人ヲ補助スルカタメ訴訟行為ヲナスコトナシ、從テ被告加入ハ從
タル當事者トシテ當事者能カ訴訟能力生ニ訴訟代理ニ干スル或則ノ
適用ヲ受ケルト云々夫訴訟人ト異ニシテ証人トシテエラ取調フル
コトヲ得、其他被告加入ヨナスニハ被告加入ハ主参加ト異ニシテ本訴訟
ノ當事者トシテ被告トシテ訴フルノ必要ナク只本訴訟ニ参加スル行
為ヲナスヲ以テ反レリトス、從テ被告加入ニヨリ新ニ訴訟干渉成立ス
ルコトナク又被告加入ハ本訴訟ノ主体トナルコトナシ

二六八

甲、要件

被告加入ヨナスニハ

第一ニ他人間ニ裁判拘束アリタル訴訟現存スルコトヲ要ス、蓋
シ然ラザレハ訴訟ニ参加スルコトヲ得ザレハナリ、故ニ他人間ノ
訴訟力確定判決和解等ニヨリテ終結シタル以テ被告加入ハ被告加入
ヲナスヲ得ス、但シ他人間ノ訴訟力第一審ニ繫属スルトニ假令ニ
繫属スルト否トハ法律ノ何フトコロニアラサルヲ以テ被告加入ハ之

ツ上級審ニ於テモ為スコトヲ得ルモノトス
第二ニ他人間ノ訴訟ニ於テ其ノ當事者ノ一方ノ勝訴ニヨリ法律
上ノ利害干渉ヲ有スルコトヲ要ス、故ニ他人間ノ訴訟ニ付テハ裁判
力被告加入ノ親族ニシテハ財產上ノ關係ニ影響ヲ及ボスヘキ程
度ノ關係力被告加入ト被告加入ニヨリ補助セんとスル當事者トノ間
ニ存スルニ非ザレハ此處ニ新ニ法律上ノ利害干渉存スルコトナシ
從ツテ被告加入ハ被告加入ニヨリ補助セんとスル當事者トノ關係力單
他ノ事案上ノ干渉ニ干テテ得ズ、新ニ法律上ノ利害干渉存ス
ルコトナハ被告加入ヨナスコトヲ得ズ、新ニ法律上ノ利害干渉存ス
ルヤ否ヤハ実法ノ規定ニ從ヒテ之ヲ決ス、又當事者ノ申立ニヨリ
テ之ヲ調整ス(民法五七条) 例ハ、第一審ニ被告加入ノ一方ニ付
シテ受理スル本續義務ノ干渉、該受人ニ付スル該受人ノ干渉、判
決ノ第一審ニ付シテモ被告加入ノ干渉等ノ如シ

乙、手續

被告加入ノ訴訟ノ如何ナル程度ニアルヲ問ハス又裁判拘束ノ継続ス

二六九

本訴の訴訟 審議スル裁判所ニ申請ヲ以テ之ヲナスコトヲ得
 (民訴五三、五六) 蓋シ被告ハ先ニ速ニ之ヲ知ラザルカ如ク当事者
 一方ヲ補助スルカクメ訴訟ニ参加スルニ止マレハナリ
 第一ニ被告ノ申請ニハ要件トシテ参加セシムル本訴訟ノ表
 示、本訴訟ノ当事者ノ氏名身分等ノ表示、被告ノ人ノ補助セシム
 スル当事者一方ノ勝訴力台尺ニ及ホスヘキ利害干渉ノ表示及本訴
 訟ノ当事者一方ヲ補助スルカクメ参加セシムル旨ノ陳述ヲ掲
 ゲ且ツ裁判所之ヲ本訴訟ノ当事者双方ニ送達ス(民訴五六五五)
 而シテ適法ナル被告ノ申請ハ之ニヨリ新ル申請ヲナシタル第三
 者ハ被告ノ人トナルノ效力ヲ生ス、其原告モシクハ被告力被告加
 一付キ異議ヲ送フルトキニ限リ決定ヲ以テ被告ノ拒否ノ裁判ヲ
 ナスコトヲ要スルノミ(民訴五七第一項) 被告ノ被告
 加フ新ルニ裁判確定セタル間ハ被告ノ人ヲ本訴訟ニ立合ハシム
 ルヲ要ス(五七四) 但シ被告ノ新ルニ裁判確定シタルトキハ
 其ノ效力トシテ被告ノ人カ新ルニ裁判確定前ニナシタル訴訟行為ハ

ハ当被告ノ效力ヲ失フ

第二ニ被告ノ人ハ本訴ノ提起ト同時ニ被告ノ申請ヲナスコト
 ヲ得、又ハ故障異議(裁判命令ニ付スル異議)モシクハ本訴ト併
 合シテ之ヲ為スコトヲ得(五七五) 蓋シ被告ノ人ハ他人同ニ本判
 例東トナリタル訴訟ニ参加スルモノナルヲ以テ本訴ノ提起ト同時
 ニ被告ノ申請ヲナスコトヲ得セシムルモ被告ノ不可ナク、又被告ノ
 人ハ本訴訟ノ当事者ノタメ故障異議モシクハ上訴ヲナスコトヲ得
 ルヲ以テ之ト併合シテ参加ノ申請ヲナシタルハ願ル便宜ナリ
 以テナリ

丙、效力

被告ノ效力ハ之ヲ分子ヲ審議スル本訴訟ニ付スル效力又ヒ被告
 参加人並ヒニソノ補助スル当事者トシテ法律上之付キ將來未定ルハ
 本訴訟ニ付スル效力トス
 第一ニ被告ノ人トシテ本訴訟ニ参加スルハ被告ノ人ハ本訴訟ノ
 当事者ノ一方ヲ補助スルカクメ訴訟ニ参加ス、被告ノ人ハ被告ノ

人ハ不訴訟ノ当事者ノ一方ノ補助者ナリ。故ニ被参加人ハ補助ノ
目的ヲ達スルニ必要ナル一切ノ訴訟行為ヲナスコトヲ得、即チ補
助スル当事者ノ一方ニ附随シ又若シ其ノ当事者カ期日ニ出頭セザ
ルトキ若クハ出頭シタルモ何等ノ行為ヲナサハルトキハソノ当事
者ノタメニ之ニ屬スル訴訟上ノ攻撃防禦ノ方法ヲ主張シ
且ツ其ノ訴訟行為ヲ有効ニナスコトヲ得、殊ニ相手方ノ主張ヲ
争ヒ証立ヲ申出白己ノ補助スル当事者並ニ其ノ相手方ノ所出マ
判所ニ申請シテ訴訟ヲ進行シ白己ノ補助スル当事者ノタメニ存ス
ル期間内ニ又席判決ニ対スル攻撃防禦命令ニ対スル異議モシクハ
上訴ノ申立ヲナシ判決ノ送達ヲ申請シテ白己ノ補助スル当事者ノ
タメニ上訴期間ヲ進行セシムルコトヲ得。然レトモ被参加人ハ当
事者ノ補助者タルニシテ、茲ヨリ
① 被参加人ヲナス当時、訴訟ノ程度ヲ控フコトヲ要ス、故ニ被参加
人ハ白己ノタメ訴訟手續ノ全部モシクハ一部ヲ再提スヘキコト
ヲホムルコトヲ得ス、例ハ被参加人ヲナス当時本訴訟カ已ニ上

二七二

被告ニ對屬シタルトキハ被参加人ニ於テ新事實及新証拠ノ申出
ヲナスコトヲ得サルカ如シ、之レ民事訴訟法第五回条第一項ニ
於テ訴訟ノ程度ヲ妨ケサル限リ、^{規定}シタル所々ナリ。
②、被参加人ハ其ノ補助スル当事者ノ陳述及行為ト相抵触スル陳
述及行為ヲナスコトヲ得ス、(民事訴訟法第五回条二項) 即チ被参加
人ハ其ノ補助スル当事者ノタメ異ノ意見ノ有無ニ拘ラス陳述及
行為ヲナスコトヲ得レトモ其ノ意見ニ及シテ陳述ヲナスコトヲ
得ス、故ニ被参加人ハソノ補助スル当事者カ陳述モシクハ行為
ヲナサハルトキ又ハ沈黙スルトキト雖モ其ノ当事者ノタメ陳述
及行為ヲナスコトヲ得、蓋シ当事者ノ行為及沈黙ハ被参加人ノ
陳述及行為ノ抵触トナラサレハナリ、例ハ被参加人ハ其ノ補
助スル当事者カ沈黙スルトキト雖モ其ノ当事者ノ白己ナキ限リ
ハ之カタメ相手方ノ主張ヲ争フコトヲ得、当事者カ上訴スルコ
トヲ得ルニ拘ラス之ヲ爲サハルトキト雖モ苟モ上訴及ノ放棄ヲ
ナサハル限リハ上訴ヲナスコトヲ得ルカ如シ、但シ本訴訟ノ程

二七三

二七四

裁判力は従参加人及其補助人たる者相手方ハ、同一效力
 ヲ生ズルトキハ、従参加人ハ、独立シテ陳述及行為ヲナスコトヲ得
 (民法第五四條ニ項は参照) 元來従参加人ハ本訴訟ノ当事
 者ニ非ス、故ニ本訴訟ノ確定判決力直接ニ従参加人ノメメ又ハ
 之ニ對シ具ノ效力ナシ、只ダ従参加人トシテ補助人トシテ、
 ノ同一效力ヲ民訟第五五條ニ定ムル效力ヲ生ズルニシテ、然レ
 トモ本訴訟ノ確定判決力訴訟物ノ性質ニ依リて従参加人及其補
 助人ル当事者ノ相手方トシテ同一效力ヲ生ズル場合ニ在リテハ、
 参加人ノ本訴訟ニ干スル法律上ノ利益ハ直接ニシテ同一效力ニ非サ
 ルヲ以テ之ヲシテ、補助人ル当事者ノ陳述及行為ト抵触スル
 所為ト、強メ之ヲナシタルヲ當然ナリトス (他民訴訟大凡參
 照)

(3) 従参加人ハ訴訟物ニ付キ變更ヲ求スヘキ行為ヲナスコトヲ得
 不、故ニ従参加人ハ其ノ補助人ル当事者ノナシタル申立ヲ變更
 シ得ズ、若シハ之ヲ撤廃スルコトヲ得ス、従参加人ハ訴訟物ニ

付キ訴訟物と和解等ノ如キ履行行為ヲナスコトヲ得ス、従参加
 人ハ強制執行ヲナシ及其ノ補助人ル当事者ノメメ相手方ヨリ給
 付ヲ受領スルコトヲ得ス

(4) 従参加人ハ自ら独立シテ相手方ニ對シ判決ヲ受クヘキ申願ノ
 申立ヲナシ(民訴二二三條) 又相手方ハ自ら独立シテ従参加
 人ニ對シ判決ヲ受クヘキ申願ノ申立ヲナスコトヲ得ス、蓋シ本
 訴訟ノ目的物ハ其ノ当事者間ノ法律關係ニシテ従参加人ノ法律
 關係ヲアラサレハナリ、又従参加人ハ及訴ヲ提起シモシクハ民
 事訴訟法第二一條ニ所云附帯的擴張ノ申立ヲナスコトヲ得ス
 蓋シカハ申立ヲナスヘキヤ否ヤハ其ノ補助人ル当事者ノ定ム
 ルモノナリ、且、此本訴訟ニ付テハ、判決ハ、當事者ニ對シ
 テ之ヲナシ、従参加人ニ對シテ之ヲナスモノニ非ス、蓋シ従参
 加人ハ本訴訟ノ主体ニシテラサレハナリ、只従参加人ニ關スル訴
 訟費用ニ限リ本訴訟ノ判決ニ於テ其ノ負擔者ヲ定ムルコトアル
 ノミ(民訴八一條一項)

二七五

(5)、従参加人ハ本訴訟ノ当事者ノ一方ノ補助者トシテ実体上又訴訟
上ノ攻撃防禦ノ方法ヲ主張シ又ハ上訴ヲ提起スルコトヲ得ルニ
過キス、故ニ従参加人ハ其ノ補助スル当事者ノ权利ニ基ク攻撃
防禦ノ方法ヲ主張スルコトヲ得レトモ自レノ权利ニ基ク攻撃防
禦ノ方法ヲ主張スルコトヲ得ス、例ハ本訴訟ノ被告ヲ補助ス
ル従参加人ハソノ被害ノ有スル及対債権ニヨル拒絶ノ抗弁ヲ主
張スルコトヲ得レトモ自レノ有スル及対債権ニヨル拒絶ノ抗弁
ヲ主張スルコトヲ得ルカ如シ、但シ実体法ノ規定ニ依リ他人
ノ权利ニヨル拒絶ヲ引用スルコトヲ得ルトキハ此ノ限リニテラ
ズ一民法四三六条四五六条ノ又従参加人ノ提起シタル上訴ハ
本訴訟ノ当事者ノ上訴ニシテ従参加人ノ上訴ニ非ス、然ツテ具
ノ上訴ハ従参加人ノ補助スル当事者ノタメニ存スル上訴期間ヲ
遵守スヘク其ノ当事者ハ従参加人ノ提起シタル上訴ヲ取り下ク
ルコトヲ得ヘク相手方ハ従参加人ノ補助スル当事者ニ対シテ上訴
ヲ提起スヘク従参加人ニ対スル判決ノ異議及上訴期間等ハ上訴

ニ七六

ノ意味ナルヤ否ヤヲ定ムル標準トナラズ

(4)、従参加人ハ本訴訟ノ当事者双方ノ主張ヲ得テ本訴訟ノ主體ト
ナルコトヲ得(民法五八条) 故ニコノ場合ニ於テハ従参加人
ハ何等ノ制限ヲ受クルコトナク当事者ノタメコトヲ得ヘキ一
ノ訴訟行為ヲナスコトヲ得、又従参加人ノ補助スル当事者ノ申
立ニヨリ判決ヲ以テテ本訴訟ヨリ脱退セシムルコトヲ得(民
法五八条) 然レトモ本訴訟ノ判決ハ脱退シタル当事者ニ対シ
テモ其ノ效力ヲ有ス、然ラサレハ従参加ノ目的ヲ達スルコトヲ
得ス

第二ニハ従参加人ハ本訴訟ノ補助スル当事者ト自レト、或ニ是リ
タル訴訟ニ於テ本訴訟ノ確定判決カ不当ナリトシテ抗弁ヲ提出スル
コトヲ得ス、元來従参加人ハ本訴訟ノ当事者ノ共ニ訴訟人トナル
モノニテラス、本訴訟ノ判決ハ本訴訟ノ当事者ニ対シ其名ニ於テ
之ヲナス、故ニ本訴訟ノ確定判決ハ従参加人ノタメ又ハ之ニ対シ
テ何等ノ效力ナシ、然レトモ従参加人ハ其ノ補助スル当事者ノタ

ニ七七

ニニ訴訟材料ヲ提出シ正當ナル裁判ヲ受フルルヲ以テ訴訟ニ参加シタ
ルノ事實アルヨリハ、右然參加人トシテ補助スル當事者トシテ周
ニ訴訟ノ起リタル場合ニマリテハ從參加人ヨリテ具ノ訴訟ニ於テ
本訴訟ノ確定判決力不當ナル旨ノ抗弁ヲ提出スルコトヲ得ルハ
ハカラス、例ハ債權者カ保証人ニ對シテ保証債務履行ノ訴ヲ提起
シタル場合ニ於テ主債務者カ保証人ヲ補助スルタメ從參加人トシ
且ツ保証人カ敗訴ノ確定判決ヲ受ケタル後主債務者、對シテ求償
ニ基ク訴ヲ提起シタルトキハ從參加人トシテ主債務者ハソノ判決
ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得ルカ如シ（民法五五條一項）。
但シ從參加人トシタル當時ノ訴訟ノ程度ニヨリ攻撃防禦ノ方法ヲ
用フルコトヲ妨ケラレタルトキ、殊ニ本訴訟カ從參加ノ當時現ニ上
告審ニ繫屬セルヲ以テ有力ナル証拠ノ申出ヲナスコトヲ得ザリシ
トキ又ハ從參加人カソノ補助當事者ノ行為ニヨリ攻撃防禦ノ方法
ヲ用フルコトヲ妨ケラレタルトキ、殊ニ補助スル當事者ノ不同意
訴訟放棄等ニヨリテ有力ナル攻撃防禦ノ方法ヲ用フルコトヲ得ザ

リントキ具ノ他補助スル當事者カ故意又ハ重過失ニヨリ從參加人
ノ知ラザリシ攻撃防禦ノ方法ヲ用ヒザリシトキハ、ノ補助シタル
原告モシクハ被告カ訴訟ヲ不十分ニシタルトシテ抗弁ヲ主張スル
コトヲ得、蓋シコノ場合ニ於テハ從參加人ハ其ノ補助スル當事者
ノタメナスコトヲ得ハカリシ訴訟行為ヲナスコトヲ得ス、又從參
加人ニハ本訴訟ヲ不十分ニ實施シタルノ責ナク却テ具ノ補助スル
當事者ニ訴訟ヲ不十分ニ實施シタルノ責アルヲ以テ從參加人ニカ
ル抗弁取ヲ附与シテソノ利益ヲ保護スルコトヲ要スレハナリ

4. 告知參加

告知參加ハ當事者ノ一方カ自ラノタメ從參加人トナルコトヲ得、
キ第三者ニ對シテハ不利拘束中ニアル訴訟ノ通知ナリ、例ハ、買
主カ他人ヨリ買受ケタル目的物ノ取換ヲ訴ヘラレタル場合ニ於テ具
ノ訴訟ノ被告ニ通知スルカ如シ。元來從參加人ニヨリテ補助ヲ受

クル当事者ニ有益ナルヲ以テ如ル当事者ノタメ当事者一方ノ勝訴ニヨリテ法律上ノ利害ヲ存スル者ヲ訴訟ニ参加セシムルノ方法ヲ設クルコトヲ要ス、又第三者ハ当事者ノ一方ヲ補助スルカメ毎ラ進シテ参加诉讼トシテ訴訟ニ参加スルコトヲ行ハハ当事者ノ訴訟ノ通知ニヨリテ参加诉讼トシテ訴訟ニ参加スルコトヲ得ヘシ、之レ告知参加ヲ異議シタル所ナリ、故ニ告知参加ハ先参加ノ一種ニシテ又訴訟ノ告知ハ告知人タル当事者ノ参加诉讼トシテ被告告知者タル第二者ニ訴訟ニ参加スル機会ヲ得セシムルコトヲ目的トス

甲、要件

告知参加ハ先参加ノ一種ナリ、故ニ告知参加ヲナスニハ先参加ヲナストシク
 第一ニ他人間ニ双利拘束トナリタル訴訟存在スルコトヲ要シ（民法第廿九条）
 第二ニ告知者タル当事者ノ一方ト被告告知者タル第三者トノ間ニ法

律上ノ利害ヲ保存スルコトヲ要ス、然レトモソ、法律上ノ利害干渉ハ先参加ノ要件タル法律上ノ利害干渉ヨリ決シ、即チ原告モシテ被告モシテ訴訟スルトキハ第三者ニ対シ担保モシクハ賠償ノ請求ヲ為スコトヲ得ヘシトモ、被告モシテ訴訟スルトキハ原告モシテ担保ノ請求ヲナシ得ヘシトモ、第三者ヨリ請求ヲ受クヘキコトヲ認ムル場合（ト信スル場合又ハ第三者ヨリ請求ヲ受クヘキコトヲ認ムル場合）責任ヲ受ク場合）殊ニ旧屋モシクハ運送人カ貨物ニ付キ訴訟ヲナシタル場合モシテ、而シテ訴訟ノ告知ヲ受ケタル第三者ハ以上ノ要件存スルトキハ訴訟ニ参加スルト否トハ又第三者ニ告知スルコトヲ得、例ハ、買主ヨリ、目的物、追奪、訴訟ヲ告知スルコトヲ得、例ハ、買主ヨリ、目的物、追奪、訴訟ニシキ告知ヲ受ケタル売主ハ、買主ノ前ノ売主タル第三者ニ訴訟ノ告知ヲナスコトヲ得ルカ如シ（民法第廿九条）

訴訟告知ハ訴訟ノ如何ナル程度ニアルヲ問ハズ不利拘束ノ繼續
 スル間ハ訴訟ノ繫属スル裁判所具ノ訴訟告知ノ理由及ヒ訴訟ノ程
 度ヲ記載シタル書面ヲ提出シテ之ヲナス、蓋シ訴訟ノ告知ハ第三
 者ヲシテ告知者ノ從參加人トシテ訴訟ニ參加セシムルコトヲ目的
 トスレハナリ

第一ニ訴訟ノ告知者ニハ其ノ目的ヲ達スルニ必要ナル事項即チ
 從參加ノ申請ニ記載スヘキ當事者モシクハ訴訟ノ表示ノ外ニ尚ホ
 訴訟告知ノ理由及ヒ訴訟ノ程度ヲ記載スルコトヲ要ス

第二ニ訴訟ノ告知者ハ之ヲ被告告知者タル第三者ニ送達シ又告知
 者タル當事者ノ相手方ニ具ノ送付ヲ要ス、蓋シ被告告知者タル第
 三者ニハ訴訟ノ告知ヲ正確ニナスコトヲ要シ又相手方ニハ被告告知
 者タル第三者カ訴訟ニ參加スルコトヲ得ヘキヤ否ヤヲ知ラシムル
 コトヲ要スレハナリ(民訴六〇條)

丙、效力

訴訟ノ告知ハ告知者タル當事者カ具ノ書面ヲ裁判所ニ提出スルニ
 ヲリテ其ノ效力ヲ生シ告知者カ第三者ニ付シテ諾取ヲ有スルヤ又ハ
 第三者ニ付シテ責任ヲ負フヤ否ヤハ实体法上ノ關係ニヨリテ之ヲ定メ
 又訴訟ノ告知ハ繫属セル訴訟上ニ一定ノ效力ヲ生シ繫属セル訴訟外
 ニ一定ノ效力ヲ生ス

第一ニ訴訟告知ハ被告告知者タル第三者ヲシテ訴訟ニ參加スル意思
 表示ヲナスノ動機トナル效力ヲ生ス、第三者ハ訴訟ニ參加スル意思
 表示ヲナスコトヲ得之ヲ拒ムコトヲ得又之ヲ爲サシムルコトヲ得、
 而シテ第三者カ訴訟ニ參加スルノ意思表示ハ從參加ノ方法ニ依リテ
 之ヲナシ或ハ口頭弁論期日ニ出頭シ口頭ヲ以テ之ヲナスコトヲ得、
 蓋シ從參加ノ原因ハ當事者双方カ訴訟ノ告知ニヨリテ既ニ之ヲ知レ
 ルヲ以テナリ、又第三者カ訴訟ニ參加シタルトキハ其ノ第三者ハ從
 參加人ニ外ナラサルヲ以テ當事者トノ關係ニアリテハ從參加ノ規定

ノ適用ヲ受ク(民訴一一条二項)

二八四

故ニ告知人ハ民事訴訟法第五十四條ノ規定ニ依ヒテ一切ノ訴訟行為ヲ行ハスニ得ル。然レトモ訴訟ノ告知ハ当然訴訟ヲ中止スルノ故カヲ生スセ、訴訟ハ訴訟ノ告知ヲナシテ進行ス、蓋シ然ラザレハ當事者カ濫リニ訴訟ノ告知ヲナシテ進行ヲ遲延セシムレハナリ、但シカ、ル侵害ナキトキハ第三者カ訴訟ニ参加スルコトヲ得ルニ至ルマテ訴訟ヲ中止シ告知者及第三者ノ利益ヲ保護スルコトヲ要ス、故ニ裁判所ハ事情ニ依ヒ第三者カ訴訟ニ参加スルコトヲ得ルニ至ルマテ訴訟ヲ中止スルコトヲ得(民訴六一条一項)

第二ニ被告知者タル第三者ハ本後自巳ト告知者トノ同ニ起リタル訴訟ニ於テ告知マリタル訴訟ニ参加シタルト参加ヨ拒ミタルト参加ノ意思表示ヲナシタルト否トニ拘ラズ其ノ訴訟ノ確定判決ヲ不當ナリト認スルコトヲ得ス、蓋シ然ラザレハ訴訟ノ告知ハ無益ノ方法タルニ終リハナリカ、ル效力ハ第三者ト告知者ト同ニ於テ告知者主張ノ如ク法律上ノ利害關係ナキトキハ第三者ニ於テカ、ル利益ノ裁

判ヲ受クルコトナキヲ以テ發生セザルヲ當然トス(然レトモ民事訴訟法第五十四條第二項ノ制限内ニ於テ訴訟ヲ不十分ニナシタルトノ抗弁ハ之ヲ提出スルコトヲ得(民訴六一条第二項、五五條)但シ同條ニ所云「附隨ノ時」ハ告知参加ノ場合ニアリテハ第三者カ訴訟ニ参加シタルト否トニ拘ラズ訴訟参加ニヨリテ參加スルコトヲ得ヘカリシ時ト解セザルヘカラス。

5/ 指名参加

指名参加ハ第三者ノ名ヲ以テ物ヲ占有スル者カソノ占有者トシテ被告トナリタル場合ニ於テ被告カ訴訟ヨリ脱退シ且ツ其ノ第三者ヲシテ被告ノ地位ヲ引受ケシムルカタメニ之ニ對シテナシテ訴訟ノ告知ナリ例ハ、借人カ其ノ占有ニ依ル賃借物ニ付キ具ノ占有者トシテ取戻ノ訴ヲ受ケタル場合ニ於テ第三者タル賃借人ヲシテ自巳ニ代リ訴訟ヲナシムルカ如シ。元來訴訟ノ結果ニ付キ被告ヨリ多ク利害關係ヲ有スル第三者タル者ハ之ヲシテ被告ニ代リ訴訟

二八五

ニハキ
ヲ為サシムルコト正当ナリトス、故ニカ、ル場合ニアリテハ被告ヲ
シテ訴訟告知ノ方法ヨリ脱退シタラザル告知者タル第三者ヨシテ台已
ニ代リ訴訟ヲサシムルコトヲ得セシメサルヘカラス、之レ指名
参加ノ制度ヲ是認シタル所以ナリ。

甲、要件

指名参加ハ告知参加ノ一種ナリト云モ第三者ノ名ヲ以テ物ヲ台
有スル者カ其ノ物ノ台有者トシテ被告トナリタル場合ニ於テソノ
第三者ニ訴訟告知シテ之ヲ自己ニ代リ訴訟ヲサシムル自ラ訴訟
告知ヨリ脱退スルコトヲ目的トスル方法ナルヲ以テ當事者ノ一方カ
第三者ニ訴訟告知シ軍ニ之ヲシテ被告加入トシテ訴訟ニ参加ス
ルノ機會ヲ得セシムルノ目的ヲ達スル手段タル告知参加トシカ
ラス、換言スレハ指名参加ハ告知参加ノ拡張ナリ、故ニ指名参加
ト告知参加トハソノ要件ヲ合シウスルコトヲ得ズ、指名参加ニハ
第一ニ物ノ台有者ニ對シテ其ノ物ノ台有者トシテ訴訟ノ提起アリ
タルコトヲ要ス、故ニ所有権、地上権者、債権者等カ台有者ニ對

シテ為シタル物ノ返還ヲ求ムル訴、此類及者カ専ら土地ノ台有者ニ
對シテ被告侵害ノ除去ヲ求ムル及等ハ之ニ屬スレトモ台有者ノ為
スル台有者即チ台有者侵害者ニ對シテノ之ヲナスハキモノナレハ
ナリ

第二ニ被告ノ主張カ第三者ノ名ヲ以テ物ヲ台有スルニアルコト
ヲ要ス、故ニ被告カ債権者債權人受寄者トシテ物ヲ台有スル場合
ハ之ニ屬スレトモ被告カ軍ニ台有ノ補助者トシテ物ヲ台有スル場
合ハ之ニ屬セズ、蓋シ此ノ場合ニ於テハ被告ハ物ノ台有者ニアラ
ザレハナリ、然レテ物ノ台有者トシテ訴訟ノ提起シタル被告カ台有者
ニアラザルトキハ被告ノ訴訟實施及ノ後及ハ被告タル當事者費
格ノ欠缺ヲ理由トシテ請求棄却ノ判決ヲナスハキモノトス

乙、手續

指名参加ハ被告カ本案ノ弁論前第三者ニ訴訟告知シ且ツ被告
ノ主張シタル關係ニ付テ陳述ヲナシムルタメ裁判所ニ對シ其ノ呼
ニハキ

丙、效力

出ヲホメ又原告ニ対シ第三者ヲ指名スルコトヲ要ス、蓋シ本案ノ
余論後ニアリテハ本案ノ弁論ヲ拒ムコトヲ得サルヲ以テカ、ル手
続ハ軍ニ告知参加ノ效力ヲ有スルニ止マレハナリ、例ハ八受託者
甲カ兵ノ寄託物ニ付キ所有者ナリト主張スル乙ヨリ取戻ノ訴ヲ受
ケタル場合ニ於テ兵ノ寄託物ヲ寄託者丙ノ名ニ於テ右有スルトキ
ハ丙ニ兵ノ訴訟ヲ告知シテ陳述ヲナシムルルルル裁判所ニ
呼出ヲホメ又乙ニ対シテハ第三者ノ丙ナルコトヲ稱名スルコトヲ
要スルカ如シ(民訴大ニ条)

指名参加ハ第一ニ被告カ第三者ノ陳述ヲナシ又ハ之ヲナスヘキ
期日マテ本案ノ余論ヲ拒ムコトヲ得ルノ效力ヲ生ス、コノ抗弁ハ
指名参加ノ目的ヲ達スルカタメニ存スル特種ノ訴訟的抗弁ニシテ
妨訴抗弁ニアラズ(民訴大ニ条) 妨訴抗弁ヲ提出シタル被告ハ
本案ノ余論ヲ拒ムコトヲ得レトモ妨訴抗弁ハ畢竟被告カ訴訟要件
ノ欠缺ヲ責問シ却下ノ判決ヲ得ルコトヲ目的トス、之ニ及ン指
名参加ノ申立ヲナシタル被告ハ本案ノ余論ヲ拒ムコトヲ得レトモ
兵ノ抗弁ハ被告カ訴訟ヨリ脱退シテ第三者ヲシテ之ニ対シタル
コトヲ目的トス(民訴大ニ条)

第二ニ第三者カ被告ノ主張ヲ争ヒ又ハ陳述ヲナシタルトキハ被告
ニ於テ原告ノ申立ニ応スルコトヲ得ルノ效力ヲ生ス(民訴大ニ条)

故ニ訴訟ノ告知ニヨリテ弁論期日ニ出頭シタル第三者カ被告ノ主張
ノ如キ事實ナシト主張シタルトキ又ハ何等ノ陳述ヲナシタルトキ
即チ被告ノ主張ヲ争ヒタリト同視スヘキトキハ被告ハ訴訟ヲ進行
セシムルコトナク且ニ原告ノ請求ニ応スルコトヲ得、殊ニ右有物
ノ返還ヲナスコトヲ得、之カタメ將來第三者ニ対シ右有物ノ返還
ニ付キ実質上何等ノ責任ヲ負フコトナシ

第三ニ第三者カ被告ノ主張ヲ正当ナリト認メタルトキハ第三者
ニ於テ被告ノ兼認ヲ得之ニ代リ訴訟ヲ引受クルコトヲ得ルノ效力
ヲ生ス(民訴大ニ条) 故ニ訴訟ノ告知ニヨリ弁論期日ニ出頭シ
タル第三者カ被告ノ主張シタル關係ヲ是認シタルトキハ兵ノ第三

有ハ從參加人トシテ被告ヲ補助スルコトヲ得ルハ勿論被告ノ承諾
 ヲ得テ之ニ依リ訴訟ヲ引受ルルコトヲ得。一 第三者カ訴訟ヲ引受
 ケサルトモハ
 の被告ノ變更ヲ求ス。故ニ第三者カ被告ニシテ判決ハ第三者ニ付
 シテ之ヲナシ又第三者ニ付シテ被告ヲ生ス
 (2) 被告ハ余論期日ニ於テ訴訟ヨリ脱退スハキ旨ノ申立ヲナスコト
 ヲ得。此ノ申立ニ付テハ弁論ヲナスハク又原告ノ異議アルトモキハ
 裁判所ニ於テ指名参加及訴訟ノ引受カ適法ニ行ハレタルヤ否ヤヲ
 調査シ具ノ結果不適法ナリト認メタルトキハ中周判決ヲ以テ申立
 ヲ却下シ且ソ原告ト從來ノ被告トノ間ニ訴訟ヲ進行セシム。之ニ
 及シ適法ナリト認メタルトモハ終局判決ヨリ被告ヲシテ訴訟
 ヲ引脱退セシムハキ旨ノ裁判ヲナス。蓋シコノ場合ニアリテハ原
 告ト被告トノ間ニ於ケル訴訟ハ終局スルヲ以テナリ
 (3) 訴訟ヲ引受ケサル第三者ト原告トノ間ニ云渡シタル判決ハ右有
 物ニ關スル部分ニ限リ即チ訴訟費用ヲ除外シタル部分ニ限リ被告

二対シテモ被告カ有シ且ソ之ヲ執行スルコトヲ得。之原告ヲシテ
 原告ニ起訴スルノ時同努力ヲ爲スルコトヲ得セシムルカタメナリ
 (一 民訴六二五)

又此ノ判決ハ被告ノタメニモ被告カ有シ、ソハ被告ト第三者トノ
 干渉ヨシ生スル当然ノ結果ニシテ判決ノ實體的確定カノ效力ニ付テ
 ス、即チ被告カ同一ノ請求取ルニツキ原告ヨリ訴ヘラレタルトモハ
 被告ハ更ニ第三者ニ付シ指名参加ノ手續ヲナシ又此ノ第三者カ自
 己ニ利益アル判決ヲ援用スルコトナリ
 (4) 原告ハ第三者ノ訴訟引受ニ付キ異議ヲ出フルコトヲ得ス、完全
 ナル訴訟ノ告知及呼出ナカリシトモ且モ然ルハ何トナレハカ
 ハル手續ノ遵守ハ原告ニ付シ何等ノ利益ナキヲ以テナリ、然レト
 モ原告ノ主張シタル請求カ被告ノ第三者ノ名ヲ以テ台有シタルコ
 トニ付テキトモハソノ部分ニ限リ原告ノ承諾アルニ非サレハ原
 三者ニ於テ被告ニ依リ訴訟ノ引受ヲナスコトヲ得ス、例ハハ原告
 カ被告ノ第三者ノ名ヲ以テ台有スルコトニ關スル請求ニ台有物

返還、請求、外ニ尚ホ有物ノ損害賠償ノ請求及果實返還ノ請求
等ノ如キ被告ノ第三者ノ名ニ於テ有スルヲニ謂セサル請求ヲ主
張シタルトキノ如シ、主ノ原告ノ利益ヲ保護スル法意ニ外ナラス
6、辯護士

弁護士ノ制度ハローマ法ノ *Procurator* ニ起源ス、中古ノ後
法ニアリテハ當事者本人カ自ラ訴訟ヲナスコトヲ要シ、輔佐人ニ
於テ補助セラル、コトヲ得ルノミ、其ノ後訴訟代理ヲ長談シ伊太
利ノ學派ノ影響ヲ受ケ代理人ヲ分テ *Advocatus* 及 *Patro-*
calensis トス、近世ノ諸國ハ何レモ弁護士ノ制度ヲ是認シタリ
其ノ制度ニ別シテハ二種ノ法制アリ、英吉利、仏蘭西、伊太利等
ニアリテハ弁護士ノ職務ヲ分テ代辯及代言トス、代辯ハ當事者
ノタメニ之ニ代リテ訴ヲ提起シ、訴訟各案ヲ作製シ及申立是ニ事
實上ノ陳述ノ職分ニシテ之ヲ職業トスル人ヲ代辯人ト稱ス、之ニ
及シテ代言ハ當事者ニ代リ法律上ノ意見ヲ陳述シ且ツ口頭弁論ニ

於テ當事者ノ不利ヲ伸張スル職務ニシテ之ヲ職業トスル人ヲ代言
人ト稱ス、

日本及他乙ノ法制ニ在リテハ弁護士ノ職務ヲ分テ代辯及代言ト
ナスコトナシ、弁護士ノ職務ハ民事ニアリテハ訴訟代理及訴訟輔
佐ニシテ、刑事ニアリテハ被告人ノ弁護ナリトス、而シテ代辯及
代言ヲ區別スルノ制度ハ實際上頗ル不便ニシテ且ツ訴訟手續ニ煩
雜ヲ来スノ虞レアリ、故ニ本邦ノ制度ヲ以テ立法上正当ナリトス
甲、意義

弁護士ニハ二ツノ意義アリ
第一ニ弁護士ハ司法ノ目的ヲ達スルタメ民事ニアリテハ代理人
若クハ佐人トシテ又刑事ニアリテハ弁護士トシテ裁判所トシテ力ス
ル司法機關ナリ、故ニ弁護士ノ職務ハ民事訴訟ノ目的ニ若ク最善
ノ結果ヲ以テカタメニ存シ得ニ當事者一如ノ利益ヲ計ルカタメ
ニ存セス、從ツテ弁護士ノ職務ハ公法上ノ職務ナリ、之弁護士
ルニハ法律上一定ノ資格ヲ必要トスル所ナリ

第二ニ弁護士ハ民事ニアリテハ當事者ノ委任ニヨリ代理人若クハ
 輔佐人トシテ非執行行為ヲナシ以テ當事者ノ利益ヲ保護シ又刑事ニ
 アリテハ弁護人トシテ刑事被告ノ利益ヲ保護スルコトヲ職業ト
 スル爲人ナリ、伏ツテ弁護士ハ官吏ニ非ス、然レトモ弁護士ノ職
 務ハ先ニ述ハタル如ク公法上ノ職務ナルヲ以テ弁護士ハ當事者ト
 ノ關係ニアリテハ受任者タルノ故に義務ヲ有スレトモ國家トノ干
 係ニアリテハ弁護士法ノ定ムルトコロニ從ヒ官吏ト給トシ、任
 務ヲ負ヒ且ソ懲戒処分ニ附セラル、コトアルモノトス
 心、資格

弁護士ノ資格ハ弁護士法第一條ニ定ムルトコロナリ、
 何人トシテモカ、ル資格ヲ有スル者ハ弁護士タルコトヲ得、官吏ノ
 如ク任命セラレタルモノニアラス、又其ノ員數ノ制限ヲ受タルコ
 トナシ、然レトモ現ニ弁護士ノ職務ヲ行フニハ弁護士必茲ニ登録
 シ且ツ弁護士會ニ加入スルコトヲ要ス(弁護士法七一、一、一四
 條)、而シテ弁護士タルニ法定ノ資格ヲ要スルハ畢竟弁護士ノ職

務ハ先ニ述ハタル如ク公法上ノ職務タルカタメナリ、弁護士ハ
 概爾ハ檢事看トシテ目録ノ目的ヲ達スルコトニ力カシ且ソ之ヲ
 確保スル機關ナルカタメナリ
 丙、職務

弁護士ノ職務ハ一、公務ナリ、蓋シ弁護士ハ先ニ述ハタル如ク
 司法ノ目的ヲ達スルカタメニ力カスル制度ナレハナリ(弁護士法
 一條)、論ヲ以テ弁護士ノ職務ニ任スル各人ハ其ノ職務ヲ行フニ
 必要ナル義務ヲ負フコト當然ナリトス、今其ノ大要ヲ擧ケレハ
 第一ニ弁護士ハ其ノ職務ヲ行フ義務ヲ負フ、其ノ義務ハ委
 任者ニ對シテハ勿論國家ニ對シテモ之ヲ負フモノトス、故ニ弁護
 士ハ最善ノ努力ヲ盡シテ委任者ノ利益ヲ保護シ、自己ノ利害ノ事
 ヲ豫言ヲ及ボスルコトナキヲ要シ又ソノ身分ニ應ジタル品位ヲ
 保持シ其ノ職務ヲ行フニ當リカ、ル品位ヲ損スルカ如キ舉動ナキ
 コトヲ要ス(弁護士法一四、一五條)
 第二ニ弁護士ハ所屬地方裁判所又ハソノ管轄區域内ノ裁判所又

在是ニ事務所ヲ定メ之ヲ所屬地方裁判所檢察官ニ届出ツルノ義務
ヲ負フ(弁護士法一七条)
第三ニ弁護士ハ正当ノ理由ヲ証明スルニアラサレハ裁判所ノ命シ
タル職務ヲ行フコトヲ得スルヲ得ス、(民訴九七条三項)然レト
モ弁護士ハ訴訟事件ノ委任ヲ承諾スヘキ義務ヲ負フコトナシ、若
シ訴訟事件ノ委任ヲ承諾セサルトキハ僱請ナク其ノ旨ヲ委任者ニ
通知スルコトヲ要ス、通知ヲ怠リタルトキハ之ヲ以テ生シタル
損害ヲ賠償スルノ責ニ任ス(弁護士法一三、一六条)

第三編 訴訟關係ノ發展

第一章 訴訟要件

訴訟ノ要件ハ訴訟ノ目的即チ訴訟ニテ主張シタル請求權ニ付キテノ
裁判ヲ受クルノ目的ヲ達スルニハ其ノ訴カ民事訴訟法ノ定ムル前條
要件ヲ具フルコトヲ要ス、訴訟ニシテカ、ル要件ヲ備ヘサルトキハ訴
訟上不適法トシテ訴訟ヲ却下スルコトヲ要シ訴訟ニヨリテ主張シタル請
求權自体ニ付テハ裁判ヲナスコトナシ

一、意義

訴訟要件ハ訴訟物即チ本案ニ付キテノ裁判ヲナスコトヲ得ルノ要
件ナリ、故ニ訴訟要件ハ訴訟關係發展ノ要件ニシテ訴訟關係成立ノ
要件ニ非ス、訴訟要件ヲ以テ訴訟關係成立ノ要件ナリト主張スル學
說尙尙未存ハトモ其ノ訴訟要件ノ存否ハ訴訟中ニ於テ之ヲ調査スルノ
ミナラス、其ノ欠缺ハ訴訟ノ目的即チ本案ニ於テハ裁判ヲ受クルノ目

的ヲ置スルコトヲ得サルニスヤズ、訴訟明條ハ訴ノ提起ニヨリテ成
立スト且モ若シ訴ニシテ法定ノ要件ヲ備ヘサルトキハ不_レ成_トシテ
具ノ訴ヲ却下スルニキマリニヨリテ主張シタル請求_ノ裁_ヲ行_キ裁_判
ヲ為スコトヲ得サルヲ以テ訴訟_ノ係_ヲ展_セシムルコトヲ得ス、故
ニ訴訟要件ヲ以テ訴訟_ノ係_止ノ要件ナリト論スル_ハ學_院ハ具ノ當_ヲ
得ス

二、種類

訴訟要件ハ之ヲ分ケテ五種トス

- 具ノ一ハ裁判所ニ關スル要件ニシテ裁判_ノ管_轄及_テ裁判_所ノ_法ナ
ル_備次_トス、
- 具ノ二ハ當事者ニ關スル要件ニシテ當事者_ノ能_力訴訟_能力_及當事者
ノ代理_人ノ代理_權トス
- 具ノ三ハ訴訟物ニ關スル要件ニシテ事件_力民事_{訴訟}事件_{ナル}コト
是ナリ、(論_條ニ_條)
- 具ノ四ハ訴_ノ提起_ニ關スル要件ニシテ訴_ノ提起_ノ適_法ナルコト

具ノ五

具ノ五ハ訴訟ノ進行_ヲ妨_グル_特定_ノ費用_存セ_{サル}コトノ要件ニシ
テ訴訟事件ニ對シテ、_不利_拘束_存セ_{サル}コト訴訟費用ノ担保_ノ欠
缺_ナリコト、_前訴_ノ訴訟費用未_決ニ_非サルコト、又(具_ノ二_ニ六
条)商_法并_一六_三条_及二_七八_条等ノ規定_セル_裁主_裁令_ノ次_裁
無_効ノ_訴又_ハ取_締收_ニ對_スル_訴ニ_於テ_為ス_ヘキ_相當_ノ担保_ノ欠_乏
モ_スカ_、ル_{要件}一_屬ス

三、調査

訴訟要件ノ存否ノ調査ハ法律上一_様ナ_ラズ、_前訴_ノ要件ノ存否ハ
裁判_所職_權ヲ_以テ_之ヲ_調査_シ、_或訴訟要件ノ存否ハ被告ノ申_出ニ
ヨリ_本案_ノ論_前之_ヲ調_査ス、_所云_妨訴_抗弁_之ナ_リ、(具_ノ二_ニ〇
六_条)
第一ニ裁判_所力_{訴訟}要件ノ存否ヲ調査_シタル結果_具ノ_欠缺_ヲ認_メ
タルトキハ被告ノ訴ヲ却下スル_{訴訟}判決_ヲナスコトヲ要ス、蓋シ
訴訟要件_ヲ見_備セ_{サル}訴ニ_ヨリ_テ開始_セラ_レタル_{訴訟}手續_ト並_モ

裁判ニヨリテ之ヲ終結スルコトヲ要スレハナリ、而シテ訴訟要件
 欠缺ノタメ原告ノ訴ヲ却下スル訴訟判決ハ本案ノ弁論及ヒ本案ノ
 裁判ヲ許ササルノ裁判ニシテ本案ノ裁判具ノモノニ非ス、故ニ原
 告ハ更ニ訴訟要件ヲ備フル新訴ヲ提起スルコトヲ妨ケラズ、コト
 ナシ
 身ニニ裁判所カ訴訟要件ノ欠缺ヲ看過シテ裁判ヲ行ハタルトキハ
 其ノ裁判ノ效力ハ訴訟要件ノ種ニ依リテ全シカラス、裁判所ノ
 欠缺及ヒ当事者ノ不存在此ニ之ト全視スヘキ当事者能力ノ欠缺ヲ看
 望シタルトキハ其ノ全訴訟手續ハ当然無効ニシテ又判決モ形式的
 共ニ実体的確定力ヲ有スルコトナシ、之ニ及シテ斯ル訴訟要件ニ
 屬セザル他、訴訟要件ノ欠缺ヲ看過シタルトキハソノ全訴訟手續
 ハ当然無効トナラス又本案ノ裁判ハ又新若クハ再審ノ訴ニヨリテ
 之ヲ攻撃スルコトヲ得ルノミ、故ニ当事者カ上訴若クハ再審ノ訴
 ニヨリテ、限ヲ申立サルトキハ本案ノ裁判ハ其ノ確定若クハ再審
 ノ訴、提起期間ノ経過ニヨリテ訴訟要件ノ欠缺ヲ補充セラレズ

ユ一付シテ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス、而シテ斯ル區別ハ實際上

四、訴訟要件ト権利保護トノ関係

訴訟要件ト権利保護ノ要件トハ全視スヘカラス、訴訟要件ハ訴訟
 手続發展ノ要件ニシテ、権利保護ノ要件ハ権利保護請求カ行為
 ノ目的ニ伴フ效果ヲ生スルニ必要ナル事實ナリ、換言スレハ各事
 實カ自己ニ利益アル判決ヲ受クルニ必要ナル條件ナリ、元來各
 人ハ事實ニ依リテ有スルト、権利ヲ有スト誤信スルト又権利ヲ有
 セサルコトヲ知ルト同ハス司法機關タル裁判所ヲ使用スルコト
 ヲ得、故ニ裁判所ノ正当ナル使用ト其ノ濫用トヲ見ルハ固ヨリ当
 然ナリ、然レトモ権利ノ保護ハ裁判所カ常ニ権利保護ノ必要存在
 スト認メタルトキニ限リテ之ヲナス、故ニ権利保護ノ要件ハ権利
 保護ノ必要トスル事實ノ存在ニシテ斯ル存在セザレハ當事者ハ自
 己ニ利益ナル判決ヲ受クルコトヲ得ス、又自己ノナシタル行為ノ
 目的ニ對シテ效果ヲ生セシムルコトヲ得ス、即シテ権利保護ノ必要

存否ハ裁判所ノミニ調査スルトコロニシテ又裁判所ハ权利保護ノ請求者ニ法律上ノ利益存スルトキニ限リ权利保護ノ必要存在ス
ト認ムルキモノトス、カ、ル法律上ノ利益ハ私法ノ侵害存スル場合
私法侵害ノ危害存スル場合具ノ法律上一定ノ場合ニ存在ス
第一ニ私法ノ侵害アルトキハ具ノ权利狀態ニ適合スル狀態ヲ回復
スルノ必要アリ、故ニ权利保護ヲ必要トスル法律上ノ利益存スルコ
ト固ヨリ論ナシ、例ハ金銀ノ借主カ貸主ニ対シ余増額ニ至ルモ尚
ホ返金ヲナサ、ルトキノ如シ、而シテ权利ノ侵害アリタル場合ニア
リテハ所云給付判決ニヨル权利保護ノ必要存スルモノトス
第二ニ危険侵害ノ危険アルニ過キサルトキハ未タ私法ノ侵害ナキ
ヲ以テ実体法ノ法則ニヨレハ权利保護ノ必要存ストイフコトヲ得ス
然レトモ民事訴訟法ハコノ場合ニアリテモ尚ホ权利保護ノ必要存ス
トシ权利者ヲシテ权利保護ノ請求ヲ為スコトヲ得セシム而シテ此ノ
場合ニ於テハ或ハ積極的確認判決ニヨル权利保護ノ必要存在ス、
例ハハ契約ニヨリテ義務ヲ負担シタル者カ余増額ノ請求前ニ契約ノ

效力ヲ得ヒタルトキハ权利者ヲ於テ契約カ有效ニ成ルニシテ自ノ確
認ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルカ如シ、或ハ積極的確認判決ニヨル权利
保護ノ必要存在ス、例ハハ土地ノ所有者ハ地上权ヲ有スト主張シ
タル他人ニ対シ地上权不存在ノ確認ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルカ如
シ
第三ニ形成判決(即チ既存ノ訴訟上及実体上ノ权利狀態ニ変更ヲ求
メ效力ヲ生スル判決)ニヨル权利保護ノ必要存スル場合ハ実体法及民
事訴訟法ノ規定スルトコロナリ、(例ハハ離婚判決(民法八一三条)
及債權判斷取消判決(民法八一一条)ヲ為ス場合ノ如シ)

第二章 訴訟手續發展ノ方法

訴訟ノ目的ハ权利ヲ有スル当事者ノタメ权利保護ヲナスニアリ、
此ノ目的ヲ達スルニハ形式上訴訟ニ依リテ開始セラレタル訴訟手續ヲ
適当ニ進行セシメ又実体上事件關係ノ確定ヲナスコトヲ要ス、而シ

三〇四
シテ訴訟手続ヲ適當ニ進行セシメ又事件ヲ余リ正當ニ確定スルノ目的ヲ達シテ民事訴訟ノ目的ニ達スルニハ如何ナル方法ニヨルヲ以テ最モ善良ナル方法トスヘキヤ否ヤノ問題ハ也末學者ノ深究スルトコロニシテ又各國ノ立法例ルハトコロナリ

一、訴訟ノ進行

訴訟進行ニツキテハ古來當事者訴訟進行主義及裁判所訴訟進行主義ノニマリシ當事者訴訟進行主義ハ、訴訟ヲ進行スルニハニテ決スル當事者ノ行為ヲ必要トスル主義ナリ、訴訟ノ開始ハ原告ノ意思ニ依ルトムシク、其ノ後ノ訴訟手続ノ進行モ亦當事者ノ意思ニ依ルモノトナシ主義ナリ、之ニ及テ裁判所訴訟進行主義ハ訴訟ヲ進行スルニハ裁判所、職及ラキテ之ヲナシシカタクモ當事者ノ特別ナル行為ヲ必要トセサル主義ナリ、一旦訴訟ニヨリテ開始セラレタル手続ハ裁判所力具ノ管限ニ屬スル限リハ職取ヲ以テ終結スヘキモノトスル主義ナリ

我民事訴訟法ハ折衷主義ヲ採リ裁判所訴訟ノ指揮取ヲ有ス、然レトモ訴訟ノ進行ハ之キ範圍ニ於テ當事者ノ一方ノ意思又ハ當事者双方ノ合意ニ依ルモノトス

元來當事者訴訟進行主義ハ訴訟ノ終局ニ關スル當事者ノ利害ヲ斟酌スルコトヲ至當トスル原理ニ根據シ當事者ノ意思ヲ重視シ公益ニ干渉ナキ民事訴訟ニ適スル長所アリト云モ動モスレハ當事者ノ意思ニヨリテ訴訟ノ進行ヲ遲延セシムル短所アリ、裁判所訴訟進行主義ハ否テ訴訟アリタル以上ハ當事者ノ意思ニ拘ラズ迅速ニ訴訟ヲ終局スルヲ公益トスル意思ニ根據シ公益ニ干渉アルハ民事訴訟ニ適シ且ソ訴訟ノ進行ヲ迅速トシラシムル長所アリト云モ當事者ノ意思ヲ無視スルノ短所アリ、故ニ之ノ両者ハ之ヲ併用シ長所ヲ利用スルヲ適當ナル立法政策トス、之レ我民事訴訟法ニ於テ折衷主義ヲ採リシタル所以ナリ、例ハ判決ノ迅速ハ公益ニ關係ナキ通常ノ民事訴訟ニ在リテハ當事者ノ申立ニヨリテ之ヲナシ公益ニ干渉アル民事訴訟ニアリテハ裁判所職取ヲ以テ之ヲナスカ如シ、民事訴訟ニハ、人訴

二、事件関係の確定

甲、不干渉審理主義及干渉審理主義

不干渉審理主義ハ当事者力提出シタル訴訟材料ノミヲ裁判ノ基礎トナス主義ナリ、当事者ハ訴訟材料ヲ蒐集シ裁判所ハ其ノ材料ヲ基礎トシテ裁判ヲナスコトヲ要スルノ制限ヲ受クル主義ナリ。

之ニ及シテ干渉審理主義ハ裁判所力職及リ以テ訴訟材料ヲ蒐集シ之ヲ裁判ノ基本トナス主義ナリ、裁判所ハ当事者ノ提出シタル材料ハ勿論当事者力提出セサル訴訟材料ヲモ斟酌シ且ツ当事者双方ノ争ハサル事実ト強モ眞実ナラサルモノトシテ排斥スルコトヲ得ル主義ナリ。

我民法訴訟法ハ原則トシテ不干渉審理主義ヲ具観シ例外トシテ干渉審理主義ヲ是認シタリ。
元来事件確定ニハ裁判スヘキ事実ノ確定又之ニ適用スヘキ裁判ノ見

見ヲ必要トス、裁判ノ外見ハ裁判所ノ職務ナリ、只当事者ニ於テ之ヲ補助スルコトヲ得ルニシテ、然レトモ事件干渉ヲ確定スルニ必要ナル事実ノ蒐集ハ当事者ノ為スヘキ所ナルヲ否ケハ不干渉審理主義ヲトルト干渉審理主義ニヨルトニヨリテ異ルヲ得スレ不干渉審理主義ニヨレハ裁判官ハ当事者ノ申立ニ拘束セラレ事実上ノ限度若クハ証拠方法ヲ完全ニスルカタメ其責ヲ与フルノ職及リモ有セズ、且ツ争キ事實ニ付キテハ証明ヲ要セス、故ニ当事者ハ全額事実上ノ陳述及ヒ証拠ノ申出ヲ完全ニスルニ付キテ其責ヲ担フヘキ事実上ノ陳述及ヒ証拠、申出ノ不完全ナルカタメ不当ノ判決ヲ受ケテ自己ノ利益ヲ害セラル、コトアルモ其ハ当事者ノ責ニ歸スヘキモノトス。
カクノ如ク当事者ハ自己ノ不利益ニヨリテ不利益ヲ被ルコトアルキテ当事者ヲシテ相手方ノ虚偽ノ主張ニ非シ異議ヲ主張シ且ツ眞實ナル事實確定ノ用ヲナス或述ヲナスコトヲ努メシメ迅速ニシラ且ツ確実ナル訴訟ノ終結ヲ求スノ長所アリ、從テ訴訟及等ノ関係ハ不干渉審理主義ニヨリテ之ヲ得スルヲ得ナリトスト且モ裁判官ヲシテ

テ当節者ノ提出シタル訴訟材料ノ以外ニ更リテ裁判ヲナスコトヲ得
 サラシタルノ程度アリ
 セニ及シテ干渉審理主義ニコレハ裁判官ハ当節者ノ申立ニ拘束セラ
 ルコトテク職又ヲメテ事案ノ確定ニ必要ナル調査ヲナシ且ツ之ニ近
 当ナル証決調ヲナスコトヲ要シ又其ノ真実ナリト認ムル事案ヲ基礎
 トシテ裁判ヲナス、故ニ裁判所ハ当節者ノ提出シタル訴訟材料以外
 ノ材料ヲモ斟酌シテ材料ヲナスコトヲ得ルノ長所アリト實モ当節者
 フシテ真実ナル事實確定ノ用ヲナス材料ノ提出及ヒ相手方ノ虚偽ノ
 主張ニ対シ異議ヲ主張スルニ努力セシムサルノ短所アリ
 茲ヲ以テ此ノ主義ハ之ヲ併用シ具ノ長所ヲ利用スルヲ適當ノ立法政
 策トス、之レ裁判事訴訟法ニ於テ原則トシテ干渉審理主義ヲトリ
 例外トシテ干渉審理主義ヲ採用シタル所ナリ、故ニ民事訴訟法ニアリ
 テハ干渉審理主義ヲ採用シタル旨ノ明文存セヌト且モ其ハ民事訴訟
 法第一一條ニ四八条ニ二九条ニ三一一条一項等ノ法文ヲ深究スレハ
 之ヲ推知スルニ餘リアルモノトス、又例外トシテ干渉審理主義ヲ採用シ

タルコトハ民事訴訟手続及公衆被告手続ニ於テ之ヲ和ルコトヲ得ハ

乙、形式的真実主義及實質的真実主義

第一派ノ學說ニコレハ形式的真実主義ハ根本的眞實即チ眞實ノ存
 見カ当事者ノ欲シタル訴訟材料ニ制限セラレ且ツ証決判断力法定証
 決ノ法則及法律上ノ推定ニヨリテ嚴密ヲ受クル訴訟手続ノ結果ヲ以
 テ裁判ノ基トトナス主義ニコレ干渉審理主義ト名付、關係ヲ有ス
 之ニ及シテ實質的眞実主義ハ實質的眞實即チ裁判官ヨシテ一切ノ現
 存スル訴訟材料並ヒニ調査シ得ハキ訴訟材料ヲ利用シ且ツ自由ナル
 心証ヲ以テ証決判断スルニ嚴密ヲ受ハシメテ爲シタル訴訟手続ノ結
 果ヲ以テ裁判ノ基トトナス主義ニコレ干渉審理主義ト名付、關係ヲ
 有ス。

民事訴訟ハ干渉審理主義ニコレヲ以テ形式的眞実主義ハル、

刑事訴訟ハ干渉審理主義ニコレヲ以テ實質的眞実主義行ハルト殊ニ
 然レトモ形式的眞実主義及實質的眞実主義ノ區別ハ不当ナル概念トシテ排斥

スルコトヲ要スレ、元来真実ハ一何ニシテニ種ナシ、裁判官カ裁判ヲ
 ナスニハ法則ヲ適用セサルヘカラス、法則ヲ適用スルニハ先ツ裁判
 事実ヲ確定スルニハ真実ニヨル努力ヲ前提トス、真実ハ実在ニ適
 合スル認識ノ内容ニシテ一何ノ客観的觀念ナリ、然レトモ裁判官ハ
 如何ナル場合ニ於テモ最終ニ真実ヲ確定スルモノト云フコトヲ得ス
 真実ト見ル、探究ノ結果ヲメテ満足セサルヘカラス。又裁判官ハ干渉
 審理主義ニヨレハ正確ナル真実ヲ発見シ不干渉審理主義ニヨレハ之
 ヲ発見スルコトヲ得ストイフヘカラス、民事訴訟ニ於テモ真実ナル
 事実ヲ発見シ以テ裁判ヲナシタルコトナント云フヘカラス、刑事訴
 訟ニ在リテモ罪ナキモノヲ罰ニタルコトナントイフヘカラス、故ニ
 不干渉審理主義ニヨリテ発見シタル真実ヲ形式的真実ト称シ、干渉
 審理主義ニヨリテ発見シタル真実ヲ實質的真実ト称スルハ解スヘカ
 ラサルノ觀念ナリ、之レ此ノ區別ヲ不当ナリトスル理由ノ一ナリ
 訴訟ノ目的ハ干渉主義ニヨルト不干渉審理主義ニヨルト又民事訴訟

三一〇

ナルト刑事訴訟ナルトニ拘ラズ真実ナル事実而係ノ確実ヲ目的トス
 訴訟ハカ、目的ヲ達スルノ手段タルニズヤ、民事訴訟ニ於テ不
 干渉審理主義ヲ採リタルハ之ニヨリ多数ノ場合ニ於テ正当ナル裁判
 ヲ得ルカタメナリ、此ノ目的ヲ達スルカタメ不当ナル裁判ヲナス
 危険アルコトハ免レサルト云フナリ、干渉主義ヲ採ル民事訴訟ニ在
 リテモカ、危険ナシトイフヘカラス、故ニ真実ノ確実ハ民事訴訟
 ノ目的ナリ又其ノ目的トナリ得ルモノニ下ラス、希望ノ結果ニシテ
 期待セラル、結果ニアラスト一論スヘカラス、是レカ、ル區別ヲ
 不当トスル理由ノ一ナリ

丙、当事者必分収主義及裁判所職収主義
 当事者必分収主義ハ当事者カ訴訟ニ於テソノ目的物タル実体的収
 利先ニ訴訟的収利ニ付キ必分ヲナスノ収ヲ有スル主義ナリ、故ニ
 当事者必分収主義ハ之ヲ不干渉審理主義ト同視スヘカラス、原告ハ
 訴訟材料蒐集ノ範圍ヲ定メ原告ハ訴訟材料蒐集ノ主体先ニ其ノ方法
 ヲ定ム、然ツテ被告ハ当事者ヲシテ訴訟物ニ付キ必分ヲ容易ナラセ

三一〇

▲ル手續タリト雖モ知分权主義自体ニテラス
裁判所職权主義ハ当事者カ訴訟ノ目的ニ付キ知分ヲナスノ权利ナ
ク裁判所カ法則ニ適用トシテ訴訟材料ノ範圍ヲ確定スル权限ヲ有
スル主義ナリ

当事者知分权主義ハ民事訴訟ノ目的物タル私法依歸求取カ裁判外
ニ於テモ权利者ノ知分スルコト得んモノナルヲ以テ裁判外ニ於テモ
权利者カ之ヲ知分スルコトヲ得ヘク然レテ之ニテスル訴訟材料ニツキ
テモ其ノ範圍ヲ定ムルコトヲ得ヘントノ理論ニ根據シヌコノ主義ハ
民事訴訟法上長ク異議シタル旨ノ別條ノ定メナシト雖モ权利者ノ原
告トシテ訴訟ノ提起ヲ強制セラレ被告ハ抗弁权ノ行使ヲ強制セラレサ
ルノ裁判ノ裁判所ハ申上テサル事物ヲ当事者ニ帰屬セシムルノ法
則ハ民事訴訟ニ三一条ノ訴訟、地裁、和解等ノ如ク請求ニ因スル知分
ヲ異議シタル法則ハ民事訴訟ニ二二条、二二一条、二二一条ノ取下面
白、抗弁权上訴权、物棄等ノ如ク間接カ分ヲ許シタル規則ハ二二条
三九条、四一八条ナリ等ニヨリテ之ヲ知ルコトヲ得ヘシ

裁判所職权主義ハ当事者カ裁判外ニ於テモ知分スルコトヲ得ナル訴訟
訟物ニテスル民事訴訟ニ適ス、是レヨリ民事訴訟ニ用ヒタル所以ナリ
又此ノ主義ハ民事訴訟以外ノ民事訴訟ニテモ当事者知分权主義
ニ附帯シテ之ヲ用フルコトヲ適當ナル立法政策トス、コレ裁判所職
权ヲ以テ斟酌スヘキ旨ノ法則存スル所以ナリ、(民事訴訟四五條七〇、二
四、二三一条ニ項、八三條、二五七條、二五九條、四一九條、四二九條
四七六條等)

而シテ裁判所職权ヲ以テ斟酌スヘキ旨ノ規則ハ裁判所ハ当事者ノ申
事ナクモ重要ナル事實ヲ弁論及裁判ノ目的物トナスコトヲ要シ且ツ
明白アルニ拘ラス事実上ノ調査ヲナスヘキコトヲ示スニ止リ裁判所
オンテ職权ヲ以テ証拠ヲ探知シテ取調フルコトヲ要スルノ趣旨ニ
テラス、証拠ノ申出ハ利害干渉アル当事者ニ一任ス(民事訴訟三五二条
一号)又民事訴訟法第六九条第四〇条四一条等ノ場合ニ於テ裁判
所職权ヲ以テ証拠調ヲナスコトアルノミシ
丁、直接審理主義及間接審理主義

直接審理主義ハ現ニ裁判ヲ行ハス裁判官カ直接ニ照知シタル証書材料ヲ裁判ノ基本トナス主義ナリ、当審判ノ弁論反証等ハ現ニ裁判ヲ行ハス裁判官ノ面前ニ於テ行ハスニトテ要スルノ主義ナリ、之ニ及シテ間接審理主義ハ現ニ裁判ヲ行ハス裁判官カ間接ニ照知シタル証書材料ヲ裁判ノ基本トナスニトテ得ル主義ナリ、裁判ノ基本トナル材料ハ現ニ裁判ヲ行ハス判事以外ノ判事ニ於テモ之レヲ其ノ判事ニ供給スルコトヲ得ル主義ナリ、此ノ兩者ハ所云ク頭審理主義及唇面審理主義ト密接ノ関係ヲ有スルヲ以テ口頭審理主義及唇面審理主義ヲ採用スル諸國ノ民事訴訟法ノ要義スルトコトナリ、民事訴訟法ニ此ノ兩者ヲ併用シ直接審理主義ヲ以テ原則トシ間接審理主義ヲ以テ例外トス、又未直接審理主義ハ裁判官カ現ニ見シタル材料ヲ基本トシ且ツ当審判ノ弁論ハ裁判所内ニ之ヲ行ハシ証書材料ハ送付手續ヲ省スルヲ以テ訴訟ノ進行ヲ迅速ナラシムルノ長所アリト云フ、裁判官カ重要ナル証書材料ヲ直接ニ送付シテ期セタル不為ノ裁判ヲ受クルノ短所アリ、

間接審理主義ハ現ニ裁判ヲ行ハス判事ニテラサレ他ノ判事ヲシテ証書材料ヲ蒐集スルコトヲ得シムルニ由テ長所アリト云フ、直接審理主義ハ現ニ見シタル材料ヲ常トスルヲ以テ現ニ裁判ヲ行ハス裁判官ヲシテ証書材料ヲ送付シタル短所アリ、故ニ此ノ兩者ハ之ヲ併用シテ長所ヲ利用スルヲ適當ナル政策トス、又直接審理主義ハ口頭審理主義ト密接ノ関係ヲ有シ間接審理主義ト唇面審理主義ト密接ノ関係ヲ有シ、直接審理主義ト唇面審理主義ト結合セハ唇面ニ基キテ材料ヲ裁判ノ基本トナスヲ以テ現ニ見シタル材料ヲ常トスル手續ノ改訂ヲ求シ直接審理主義ノ目的ヲ達ス、故ニ直接審理主義ト口頭審理主義トハ之ヲ結合セサルベカラズ、然レトモ其レカタメニ直接審理主義ハ口頭審理トハ一ナリト述断ス、ハカラス、口頭審理ハ直接審理主義ノ行ハル、訴訟手續ニアリテモ之ヲ見ルコトナリ、例ハ、受命判事若クハ受託判事ノ十シタル証書材料ニ關スル調査カ現ニ裁判ヲ行ハス判事ノ裁判ノ基礎トナリ又下級審

審訊主義ノ適用ニ何等ノ干渉ナシ、陳述ヲナス機会ヲ與ヘラレタル
 当事者ハ必ズシテ之ヲ利用スルコトヲ要スルモノニテラス
 (2) 当事者双方審訊ノ手續ハ一様ナラズ判決其ノ他口頭弁論ニ基キ
 テナス裁判ヲナス場合ニテハ当事者双方ノ審訊ハ裁判前ニ口
 頭ニヨリテナシ、之ニ及シテカ、レ裁判ニ屬セタル裁判即チ口頭
 弁論ヲ至ラヌコトヲ要セサル裁判ヲナス場合ニ於テハ裁判所ノ
 意見ニ依リ裁判前ニ成ル口頭弁論ニヨリテ之ヲナシ成ル各面上ノ
 陳述ノ提出ニヨリテ之ヲナシ又ハ当事者ノ一方ノ申立ニヨリ裁判
 ナンニシレトシ時ニ相手方ノメニ異議ヲ申立取テ裁入之ニヨリ
 テ裁判後相手方ニ陳述スル機会ヲ与ヘセヨナス、但シ之ヲ命令及
 横取ノ差押命令ヲ發スルトキハ手ノ債務者ヲ審訊スルコトヲ得ス
 (一民訴三八一第一項五七七条)
 已、當事者公等親主義及當事者不平等親主義
 甘率百公等親主義ハ訴訟上當事者ノ及利及義務ヲ公平ニシレニ
 基キテ設ケサルノ主義ナリ、故ニ公平主義ハ公平ヲ主張トスル取次

確定ノ手續ニ違フ、之ニ及シテ當事者不平等親主義ハ訴訟上當事者ノ
 及利及義務ニ基キテ設ケルノ主義ナリ故ニ此ノ主義ハ取次執行ノ手
 続即チ強制執行ノ手續ニ違フ、蓋シ私取執行ノ手續ニテハ及利
 者ト義務者ト同時ニ私取確定ノ手續ニテアリテハ互ニ対立スル原告及
 被告ノ及利保護ノ利益ハ公平ナルヲ以テナリ、是レ故ニ民事訴訟法ニ
 於テ私取確定ノ手續ニ付キ當事者公等親主義ヲ是認シ私取執行ノ手
 続ニ於テ當事者不平等親主義ヲ是認シタル所以ナリ
 當事者公等親主義ヲ是認シタル特別ノ明文ハ然ラズ民事訴訟法ニ存
 セサルトモコトナリ、然レトモ公平審理主義ヲ行フニハ當事者ノ及
 利義務ヲ公平親スルコトヲ要ス、然ラザレバ裁判ハ不公平ニ親レ司
 法ノ威信ヲ害ス、當事者双方審訊主義ハ當事者公等親主義ノ適用ノ
 一端ナリ、訴訟上ノ救助ノ申立若クハ取次回復ノ申立、如キ訴訟上
 ノ利益ヲ享有スルノ前提要件又上訴ノ申立若クハ控訴ノ前提要件、申立
 ノ如キ訴訟上ノ及利ヲ実行スルニ必要ナル前提要件ハ原告ナルト概
 括ナルトニヨリテ區別ナシ、故ニ當事者公等親主義存セズト速断ス

ハリラス

眞諦論一休主義及行為同時主義

余論一休主義若ハ論議自由主義 (Propety's Particularity) 各層
 本論、終結ニ至ルマテ各當事者ニ真諦ノ主張及新法方法ノ申
 出ヲ許ス主義ナリ。此ニ又シテ行為同時主義ハ余論集中主義ハ全
 一ノ目的ノタメニナス一初ノ訴訟行為ハ依令其ノ一初ノ行為カ他ノ
 行為ノ效果ヲサカル場合ニ於テ其ノ用ヲナスモノナルトキトモモ全
 時ニシテ爲スコトヲ要スルノ主義ナリ。我民事訴訟法ハ原則トシテ
 弁論一休主義ヲ是認シ極メテ僅クナル部分ニ於テ例外トシテ行為同
 時主義ヲ是認シタリ。
 元來行為同時主義ニヨレハ當事者ハ一定ノ時期ニナスハカリシテ訴訟
 行為ヲナサリシトキハ其ノ後之レヲナス取利ヲ喪失スルヲ以テ訴訟
 公平性ノ延滞ヲ防クノ利益アリトモモ必要ニ防クコトアルハク、
 訴訟行為ヲナシ、訴訟費用ヲ增加スルノ短所アリ。ハハ「弁論一休

主義ニヨレバ當事者ハ各層ノ訴訟手續終結ニ至ルマデ何時ニ
 テモ少要ニ應ジテ訴訟行為ヲ爲スコトヲ得ルノ利益アリトモ
 モ訴訟ノ進行ヲ延滞スルノ弊害ヲ生ズレ又行為同時主義ハ書
 面審理主義ト密接ノ関係ヲ有シ口頭審理主義トヨリ調和スル
 コトヲ得ズ。數箇ノ主張ハ之レヲ書面ニ記載シ相手方ニ交付
 シ以テ書面ニ記載セル數箇ノ主張ノ同時提出ヲ認ムルコトヲ
 得ベシトモモ口頭弁論ニ於テ同時ニ之レヲ主張スルコトヲ得
 ズ。蓋シ口頭弁論ニ於テハ一初ノ主張ハ他ノ主張ノ後ニ非ザ
 レバ之レヲ提出スルコトヲ得ザレバナリ。又口頭審理ハ當事
 者ノ陳述ノ過剰ヲ避クル事ヲ要ス。然ラザレバソノ目的ヲ達
 スルコトヲ得ズ。是レ口頭審理主義ヲ採リタル我民事訴訟法
 ニ於テ原則トシテ弁論一休主義ヲ是認シ例外トシテ訴訟ノ延
 滞ヲ防グガタメ行為同時主義ヲ是認シタル所以ナリ。
 (1) 名妨訴訟抗弁ハ本ニ就イテノ被告ノ弁論前同時ニ之レヲ
 提出スルコトヲ要ス(民事訴訟法六)之レ行為同時主義ノ

純然タル適用ナリシ

(2) 準備手続ニアリテハ受命判事ノ証唇ヲ以テ明確ニセザル
請求、攻撃、防禦ノ方法、証拠方法、証拠抗弁等ハ後ニ至
リ初メテ原告モシクハ被告ノ知りタルコトヲ證明スルニ非
サレハ口頭弁論ニ於テ主張スルコトヲ得サルノ法則ハ民事
ニ七二條第二項ハ行為同時主義ノ適用ナリシ

(3) 当事者ハ民事訴訟法ニ七二條ノ場合ヲ除クノ外、判決ニ
附着スル弁論ノ終結ニ至ルマデ攻撃防禦ノ方法及ビ証拠
方法等ヲ提出スルコトヲ得、訴訟ノ遅滞ニツキ責ニ任ズル
当事者ニハ訴訟費用ノ全部モタクハ一部ヲ負担セシメ又ハ
時期ニ後レテ提出シタル被告ノ防禦方法ハ之レヲ却下ス
之レ行為同時主義ト不利益ヲ受ケシムル制裁トヲ以テ訴訟
ノ遅滞ヲ防止スルニ外ナラス(民事訴訟ニ〇九條、一一〇條
三四七條等)

辛、証拠分離主義 (Beweisabsonderungstheorie) 及証拠結

合主義 (Beweisverbindungstheorie)

証拠分離主義ハ裁判所が先ツ判決ヲ以テ当事者ノ立証スル
コトヲ要スル事実及ビソノ立証責任者ヲ定メ次ニ証拠方法ノ
表示ニヨル証拠ノ申出及ビ其ノ証拠調ヲ為ス主義ナリシ此ノ
主義ハ証拠判決ヲ以テ当事者ノ事実上ノ主張ト立証行為トヲ
全然分離シ第一ノ訴訟ノ段階ヲ本案手続 (Hauptverfahren
-phase) ト称シ、第二ノ訴訟手続ノ段階ヲ証拠手続トナス主
義ナリシ

故ニ此ノ主義ニ従ハハ第一ノ訴訟手続ノ段階ニアリテハ当
事者ニ事實上ノ主張及ビ之レニ対スル抗弁並ヒニ弁論ヲ許ス
ニ止リソノ立証行為ヲ許サス、之レニ及ビテハ第二ノ訴訟手続
ノ段階ニアリテハ証拠ノ申出並ビニ之ニ対スル陳述及ビ証拠
調ヲ為スコトヲ得ルニ止マリ漸ナル事実上ノ主張ヲナスコト
ヲ許サス

之ニ及ビテ証拠結合主義ハ当事者ノ主張ト証拠方法ノ表示

トヲ結合シテ一体トナスノ主義ナリ、此ノ主義ハ証拠判明ヲ以テ当事者ノ申出ト主張ト立証行爲トヲ全然分離セザル主義ナリ、故ニ此ノ主義ニ從ハ、当事者ハ自由ニ申出ト主張トナシテ、或ハ申出ヲ爲スコトヲ得又ハ同時ニ申出ト主張ト並ビテ証拠ノ申出ヲ爲スコトヲ得、或ハ民事訴訟法ハ証拠結合主義ニヨル。元來証拠介商主義ハ訴訟ノ延滞ヲ防グノ長所アリト雖モ、当事者ノ利益ヲ完全ニ保護スルニ足ラザルノ短所アリ、之レニ及シテ証拠結合主義ハ、当事者ノ利益ヲ完全ニ保護スルコトヲ得ヘシト雖モ、訴訟ノ延滞ヲ未スノ恐レアリ、カクノ如ク各長短アリト雖モ、先ニ說明シタル弁論一體主義ヲ異議シタル訴訟法ニアリテハ、証拠介商主義ヲ採用スルコトヲ得ス、是レ民事訴訟法ニ於テ証拠結合主義ヲ異議シタル所以ナリ。故ニ

(1) 当事者ノ申出ト主張ト証拠方法トハ之レヲ結合スル事ヲ得(民事訴訟法二二条乃至二六条)

(2) 証拠判明ヲ爲ス決定ハ訴訟指揮ノ裁判タルニ違ヤズ、故ニ此ノ裁判ノ内容ニハ立証ヲ要スル事實ノ確定並ビニ立証責任者ノ確定ヲ包含セズ(民事訴訟法三七条ニハ七條)

(3) 当事者ハ証拠結合ヲ換ト雖モ新ナル事實及ビ証拠方法ノ申出ヲ爲ス事ヲ得

自由心証主義及法定証拠主義

自由心証主義ハ裁判所カ当事者ノ主張ノ全趣旨及ビ証拠ノ結果ヲ斟酌シテ生ジタル確信ニ基キ自由ニ事實ノ眞否ヲ判断スル主義ナリ、故ニ此ノ主義ハ事實ノ真相ニ適入ル裁判ヲ爲メノ長所アリ、法定証拠主義ハ法律ヲ以テ当事者ノ主張事實ヲ眞實ト看做スベシ場合及ビ要件ヲ規定シ裁判所ヲシテ自由ニ証拠ノ取捨ヲ爲スコトヲ許サズルノ主義ナリ、故ニ此ノ主義ハ裁判官ノ専横ヲ防グノ利益アリト雖モ、裁判力勤マズレハ實際ニ沿ハザルノ短所アリ、故ニ民事訴訟法ハ此ノ兩者ヲ併用シ自由心

註主義ヲ以テ原則トス（民訴一七條、一三四條）
三二天

民事訴訟法

大正十二年十一月二十八日印刷
大正十二年十二月二日發行
（非賣品）

編輯兼
發行者
石田正七

東京市本郷區本郷六丁目二番地

印刷所
文信社

電話小石川三一四七番

終