

58
法政要覽叢書第二十二編

東方法學會譯編
館上卷

海
書
書
民事訴訟法要覽

國立貴州
大學移贈
上海泰東圖書局發行

上海图书馆藏书



A541 212 0003 4285B

民事訴訟法要覽上卷凡例

二 本書多就各國民事訴訟法之立法先例及其學說加以批評以供我國研究法學者之去取其須引用條文者則悉採日本之例用語之難解及不確當者則擇取我國之現行法規及民訴草案易之

二 本書爲法政要覽叢書之一部所特爲留意者則置重實際問題說空理談空論雖非所禁然實體法應重理論而程序法應重實際此與刑事訴訟法要覽之編輯主旨正復相同讀者諸君試與他種良著參考應共信其頗有獨到之處也

三 本書之參考書如左

- 1 仁井田博士 民事訴訟法要論
- 2 高木博士 民事訴訟法論綱
- 3 今村氏 民事訴訟法註解
- 4 伊藤學士 民事訴訟法正解

- | | | |
|----|----------|-----------------|
| 5 | 岩田學士 | 民事訴訟法原論 |
| 6 | 橫田學士 | 民事訴訟法講義 |
| 7 | 板倉學士 | 民事訴訟法講義 |
| 8 | 佐伯氏 | 民事訴訟法通義 |
| 9 | 日本大審院判例 | |
| 10 | 其他法學協會雜誌 | 法學新報 |
| | 會雜誌 | 法律評論 |
| | 解答 | 法律新聞所載諸大家之論說及質疑 |

民國三年六月

譯者誌

民事訴訟法要覽上卷目次

第一部 總則

第一編 緒論

第一章 民事訴訟法

- 第一 訴訟之觀念 第二 民事訴訟之意義 (一)私權保護 (二)私法適用 (三)審判程序 第三 民事訴訟法意義

第二章 訴訟之目的及目的物

- 第一 訴訟之目的 第二 訴訟之目的物

第三章 民事訴訟之手段

- 第一 裁判 第二 處分

第四章 民事訴訟之限界

- 第一 民事訴訟與刑事訴訟 第二 民事訴訟與行政訴訟 第三 民事訴訟與非訟事件 第四 民事訴訟與公斷程序

第五章 訴權

- 第一 訴權之意義
 - 第二 訴權之性質
 - 第三 訴權發生
- (一)實質的
訴權 (二)形式的訴權

第六章 訴訟關係

- 第一 訴訟關係之意義
 - 第二 訴訟關係之發生
 - 第三 訴訟關係之性質
- (一)公法關係 (二)三面關係

第七章 民事訴訟之種別

- 第一 通常訴訟程序
- 第二 特別訴訟程序

第八章 民事訴訟法之效力

- 第一 關於時之效力
 - 第二 關於場所之效力
 - 第三 關於人之效力
- (一)原則 (二)例外

第九章 民事訴訟法之沿革

第二編 訴訟主體

第一章 審判衙門

第一節 司法權

第一 司法權之觀念 第二 民事審判權

第二節 審判衙門之種類

第一 通常審判衙門 第二 特別審判衙門

第三節 審判衙門之地位

第一 審判衙門之擔保 第二 編制之擔保 第三 審判官擔保 第四 審判權擔保

第四節 審判衙門之職員

第一款 職員種別

第一 推事 第二 審判衙門書記 第三 承發吏 第四 檢察官
(問題)檢察官蒞庭之性質

第二款 職員能力

第一 職員能力之觀念 第二 迴避 (一)迴避之意義 (二)迴避之原因 第三 拒却 (一)拒却之意義 (二)拒却之原因 (三)拒却之條件 (四)拒却之效果 (五)拒却程序 第四 引避 第五

審判衙門書記及承發吏

第五節 審判管轄

第一款 總論

第一 管轄之觀念 第二 管轄之種別

第二款 事物管轄

第一 職務之管轄 (一) 意義 (二) 審級管轄 (三) 從屬管轄 第二 訴訟物之管轄 (一) 依訴訟物性質之管轄 (二) 依訴訟物價額之管轄

第三款 土地管轄(審判籍)

第一 土地管轄之意義 第二 普通審判籍 (一) 普通審判籍之意義 (二) 住所 (三) 住所以外之審判籍 第三 特別審判籍 (一) 永寓地 (二) 店鋪 (三) 內國無住所者 (四) 契約關係 (五) 社團關係 (六) 不法行為 (七) 訴訟關係 (八) 不動產上 (九) 繼承審判籍 第四 審判籍相互之關係

第四款 指定管轄

第一 指定管轄之意義 第二 指定之發生 第三 指定程序
(問題)指定管轄之性質

第五款 合意管轄

第一 合意管轄之意義 第二 合意管轄之條件 (一)非專屬事件
(二)財產事件 (三)審判衙門之一定 第三 合意管轄之效力 第四
四 合意之方法 (一)明示之合意 (二)默示之合意

第六款 專屬管轄

第一 專屬管轄之意義 第二 專屬管轄之事項 第三 專屬管轄
之特質

第七款 管轄之效力

第一 一般的效力 第二 特別的效力

第八款 共助

第一 共助之必要 第二 國內共助 第三 國際共助 (一)意義
(二)共助事項

第二章 當事者

第一節 概論

第一 當事者之觀念 第二 當事者之變更 第三 當事者之種類

第二節 當事者能力

第一 當事者能力之意義 第二 當事者能力之性質 (一) 自然人

(二) 法人 第三 當事者能力之效力

第三節 訴訟能力

第一 訴訟能力之意義 第二 訴訟能力之性質 (一) 成年者 (二) 未

成年者 (三) 準禁治產者 (四) 妻 (五) 禁治產者 (六) 法人 (七) 破

產者 (八) 外國人 第三 訴訟能力與當事者能力

第四節 法律上代理人

第一 法律上代理人之意義 第二 法律代理人之權限 第三 訴訟

之效果 第四 特別代理人 (一) 意義 (二) 選任程序 (三) 權限

(問題) 欠缺補正論

第五節 共同訴訟

第一欸 概論

第一 共同訴訟之觀念 第二 共同訴訟之基礎 第三 共同訴訟之種類

第二欸 通常共同訴訟

第一 意義 第二 要件 (一) 訴訟法上之要件 (二) 實體法上之要件 第三 共同訴訟之效力

第三欸 特別共同訴訟

第一 意義 第二 種別 第三 特別共同訴訟之效力 (問題) 第五十條第四項所謂代理之解釋

第六節 訴訟參加

第一欸 主參加

第一 要件 第二 條件 第三 本質 第四 本訴與主參加之關係

第二欸 從參加

第一 意義 第二 要件 第三 效力 (一) 程序上之效果 (二) 判決之效力 (三) 脫離 第四 程序 (問題) (一) 從參加之性質

(問題) (二)於言詞辯論期日祇從參加人到場得爲闕席判決乎(問題) (三)祇由從參加人提出上訴其效力如何

第三款 告知參加

第一 意義 第二 要件 第三 效力 第四 程序

第四款 指名參加

第一 意義 第二 要件 第三 效力

第七節 訴訟代理

第一 意義 第二 性質 第三 代理資格 第四 代理權之範圍
(一)普通委任 (二)特別委任 (三)代理人之複數 第五 代理之效力 第六 代理權之消滅 第七 委任之欠缺 第八 委任之程序

第八節 輔佐人

第一 意義 第二 性質 第三 資格 第四 輔佐行爲

第九節 訴訟費用

第一 意義 第二 負擔訴訟費用之原則 (甲)三大原則 (乙)特例
(丙)第三者之負擔 第三 訴訟費用審判之特質 第四 訴訟額費用

之確定 (一)聲請 (二)管轄 (三)裁判

第十節 保證

第一 意義 第二 原因 (一)對於訴訟費用之保證 (二)對於損害之保證 第三 程序 第四 效果

第十一節 救助

第一 意義 第二 救助之條件 第三 救助之程序 第四 救助之效力 (一)一般的效力 (二)其他之效力 第五 救助之裁判

第三編 訴訟行爲

第一章 概論

第一節 訴訟行爲

第一 訴訟行爲之意義 第二 訴訟行爲之性質 第三 訴訟行爲之種別

第二節 訴訟行爲之諸主義

第一 處分主義與職權主義 第二 辯論主義與糾問主義 第三 實

詞主義與書狀主義 第四 自由序列主義與法定序列主義 第五 當

事者追行主義與職權追行主義 第六 雙方審理主義與一方審理主義

第七 公開主義與秘密主義 第八 自由心證主義與法定證據主義

第二章 言詞辯論

第一 言詞辯論之意義 第二 言詞辯論之內容 第三 準備書狀 第

四 辯論筆錄

第三章 送達

第一 送達之意義 第二 諸主義 第三 受送達之能力 第四 送達

之種類並特質 第五 送達之效力

第四章 期日及期間

第一節 期日

第一 期日之意義 第二 期日之指定 第三 定期日之方法 第四

期日之傳喚 第五 期日之場所 第六 期日之始終 第七 期日之

變更

第二節 期間

第一 期間之意義 第二 期間之種類 (一) 法定期間 (二) 裁定期間 第三 期間之計算 第四 期間之伸縮 (問題) 期日與期間之別

第五章 懈怠

第一節 懈怠之結果

第一 懈怠之意義 第二 懈怠之結果 第三 懈怠之種類

第二節 原狀回復

第一 原狀回復之意義 第二 原狀回復之要件 第三 聲明之方式
第四 訴訟程序

第六章 訴訟行為之停止

第一節 中斷

第一 中斷之意義 第二 中斷原因 第三 受繼程序 (一) 當事者之死亡 (二) 破產 (三) 訴訟能力之喪失法定代理人之死亡或代理權消滅 (四) 戰爭及其他事故 第四 中斷之效力

第二節 中止

第一 中止之意義 第二 中止之原因 第三 效力

第三節 休止

第一 休止之意義 第二 休止之原因 第三 休止之效力

第二部 第一審之訴訟程序

第一編 地方審判廳之訴訟程序

第一章 訴訟提起

第一節 訴狀

第一 訴狀之意義 第二 訴狀之要件 第三 要件之適否

第二節 權利拘束

第一欸 權利拘束之發生

第一 權利拘束之意義 第二 發生原因 (問題) 權利拘束之觀念

第二欸 權利拘束之效力

第一 權利拘束之抗辯 第二 管轄之確定 第三 訴之變更

(一) 訴之變更之意義 (二) 最初所求之物因滅盡或變更而求賠償

第四 間接之效果 第五 實體法上之效果

第三款 權利拘束之消滅

第一 判決之確定 第二 請求之拋棄及認諾 第三 期間之懈怠

第四 訴之撤回 第五 和解

第三節 訴之撤回

第一 訴之撤回之意義 第二 訴之撤回之要件 第三 撤回之方式

第四 撤回之效力

第四節 訴之併合

第一款 併合訴訟

第一 併合訴訟之意義 第二 併合訴訟之條件 第三 併合之效果

第二款 反訴

第一 反訴之意義 第二 反訴之性質 第三 反訴之條件 第四

反訴之方式 (問題) 反訴因本訴之撤回而消滅乎

第三款 先決的確定之訴

第一 意義 第二 條件

第五節 訴之種類

第一 給付之訴 (問題) 許爲求將來給付之訴乎 第二 確定之訴
第三 創設之訴

第二章 準備書狀

第一節 準備書狀之交換

第一 準備書狀交換之必要 第二 準備書狀之內容 第三 交換程序

第二節 準備程序

第一 準備程序之意義 第二 其條件 (一) 訴訟之內容 (二) 爭執
之內容 (三) 時期 第三 應明確之事項

第三章 言詞辯論

第一節 形式上之辯論(非本案)

第一 意義 第二 種類 第三 普通之訴訟抗辯 第四 妨訴抗辯

(一)意義 (二)種類 (三)提出條件 (四)效力 (五)妨訴抗辯之判決

第二節 實質上之辯論(本案)

第一 意義 第二 種類 第三 提出條件 第四 證據抗辯

第四章 證據

第一節 總論

第一款 證據之性質

第一 證據之意義 第二 證據之性質 (一)證明之原因 (二)裁判上 (三)事實 (問題)聲叔與證明之別

第二款 舉證之責任

第一 舉證責任之意義 第二 舉證責任者 第三 不要舉證之事項

第三款 證據調查

第一 證據調查之意義 第二 證據調查之場所 第三 證據調查之聲請 第四 證據調查之限度 第五 證據決定 第六 證據駁查之費用 第七 證據方法

第二節 人證

- 第一 人證之意義
- 第二 證人能力
- 第三 證人義務
- (一)到場之義務
- (二)陳述之義務
- (三)宣誓之義務
- 第四 證人義務之制裁
- 第五 證人之傳喚
- (一)證人之聲請
- (二)證人之傳喚
- 第六 證人之拒却
- 第七 證人訊問之方式
- (一)訊問準備
- (二)訊問程序
- (三)再訊問
- (四)囑託訊問
- 第八 證人之證據力

第三節 鑑定

- 第一 鑑定人之意義
- 第二 鑑定人之性質
- 第三 鑑定人之義務
- 第四 鑑定人之選定
- 第五 鑑定程序

第四節 書證

- 第一 書證之意義
- 第二 證書之類別
- (一)公正證書與私署證書
- (二)檢證證書與報告證書
- 第三 證書之證據力
- 第四 證書提出之義務
- 第五 證書之聲請

第五節 檢證

- 第一 檢證之意義
- 第二 檢證物
- 第三 檢證手段
- 第四 檢證程

序 第五 檢證物之證據力

第六節 本人訊問

第一 本人訊問之意義 第二 本人訊問程序

第七節 證據保全

第一 證據保全之意義 第二 證據保全之要件 第三 證據保全之程序 (一)管轄 (二)聲請 (三)決定 (四)期日 (五)證據調查

第五章 判決

第一節 概論

第一款 裁判

第一 裁判觀念 第二 裁判之種類

第二款 判決之種類

第一 對審判決與闕席判決 第二 終局判決與中間判決 第三 訴訟判決與本案判決 第四 全部判決與一部判決

第二節 判決之成立

第一 判決條件 第二 判決之形式 (問題) 判決之成立時期如何

第三 判決之宣告 (一) 宣告方法 (二) 宣告之時期 第四 判決之

更正追加 (一) 更正 (二) 追加

第三節 判決之效力

第一 確定前之效力 第二 確定力 (一) 形式的確定力 (二) 實質的確定力 (三) 判決之創定力 (四) 判決之執行力

第四節 缺席判決

第一款 缺席判決

第一 意義 第二 缺席判決之條件 第三 原告之懈怠與被告之懈怠 第四 駁斥缺席判決之聲請 第五 職權延期

第二款 故障

第一 故障之意義 第二 聲明故障之條件 第三 故障之適否 第四 新辯論 第五 新判決 第六 費用負擔 第七 新缺席判決 第八 故障之拋棄及撤回

第二編

初級審判廳之訴訟程序

第一章 通常訴訟程序

第一節 概論

第一 無管轄權 第二 拒却 第三 訴訟代理人 第四 筆錄

第二節 訴訟提起

第一 訴狀 第二 筆錄 第三 演述

第三節 言詞辯論

第一 言詞辯論之準備 (一) 準備書狀之交換 (二) 猶豫期間 第二 妨訴抗辯 第三 判決事項之聲明 第四 和解

第二章 督促程序

第一 意義 第二 督促程序之許可 第三 聲請程序 第四 支付命令書 第五 支付命令之效力 第六 異議聲明 第七 執行命令 (一) 意義 (二) 執行命令之條件 (三) 執行命令之效力 (四) 對於執行命令之故障

民事訴訟法要覽上卷目次終

民事訴訟法要覽上卷

東方法學會譯編

第一部 總則

第一編 緒論

第一章 民事訴訟法

第一 訴訟之觀念

訴訟觀念

凡訴訟之成立必要三種要素第一要素訴訟當事者第二要素訴訟事件第三要素即審判官是也為訴訟當事者之原告與被告就某事件互主張其權利由第三者之審判官對其事件而為審判是通於古今東西之訴訟觀念也羅馬法自昔迄今莫不皆然日本國法分訴訟四種（一）民事訴訟（二）刑事訴訟（三）行政訴訟（四）特許訴訟亦同此觀念其中民事訴訟發達最早刑事訴訟行政訴訟等不過沿用民事訴訟之觀念而已故最能表

民事訴訟法要覽上卷

—現訴訟之觀念者竊爲民事訴訟

第二 民事訴訟之意義

民事訴訟者謂保護私權而適用私法之審判程序也

今更解說此定義於左

(一) 保護私權

民事訴訟爲保護私權之程序私權瀕於危害有如因他人之行爲或不行爲致私權生
不利益或不滿足之狀態時所加保護之程序也

(二) 適用私法

訴訟有適用公法者有適用私法者刑事訴訟及行政訴訟適用公法者也民事訴訟名
實相符適用關於一般民事事件之私法者也

(三) 審判程序

國家設審判衙門爲適用私法之機關民事訴訟乃審判上之程序若審判外者卽令適
用私法亦不包合於民事訴訟中

第三 民事訴訟法之意義

民事訴訟法者通稱關於民事訴訟行動之法規也

民事訴訟

國家所施行之法規不止命名民事訴訟法者規定民事訴訟卽法院編制法人訴訟程

民事訴訟
之意義

訴訟法之
意義

序法等苟有關於民事訴訟之規定皆包含於民事訴訟中然大率規定之於民事訴訟法故說明之者除民事訴訟法外並須論及其他之法規

第二章 訴訟之目的及目的物

第一 訴訟之目的

民事訴訟之目的爲保護私權即私權陷於不利益不滿足之狀態以國家之行爲而保護之是其目的也

故民事訴訟之目的與當事者之目的不必一致當事者利害互異各以欲得自己之利益爲目的民事訴訟並不拘束當事者之主張乃立於其主張之上爲公平之判定而以保護私權爲其目的故當事者之主張正當與國家之目的自一致若不當則相反也

第二 訴訟之目的物

民事訴訟之目的物即私法上之法律關係也法院編制法所謂「民事」即指此義茲稱私法上之法律關係者對於公法上之法律關係而言即個人與物或個人與個人之法律關係也或謂(仁井田氏)凡法律關係爲民事訴訟之目的者不必限於私法關係例如求附與執行文之訴求執行判決之訴皆非以私法關係爲目的物是其例也其實此以私權之確定爲目的與前所云私法關係爲民事訴訟之目的物者並不相妨而此目的物之權限

訴訟之
目的物

範圍依當事者之意思定之並非限於審判衙門所干涉者爲此法律關係之內容即基於自己之權利對於他人可以要求爲某行爲不行爲或耐忍學者稱此要求曰請求此種要求之權曰請求權羅馬法民事訴訟之目的物不出請求權之範圍今日則於請求以外尙認確定法律關係存否之訴故民事訴訟之目的物並不限於請求也現行法稱民事訴訟之目的爲訴訟物

訴訟之目的物與請求之目的物不同請求之目的物者謂被告對於原告之請求權而爲給付及其他之行爲也例如請求貸金之訴訟其訴訟物即原告之請求權其請求之目的物即被告所給付之金額是

第三章 民事訴訟之手段

民事訴訟之手段有審判及處分二種

第一 審判

審判者謂就法律關係之存在或不存在適用法律以確定之以息其爭執之國家命令也而審判又有三種(一)判決(二)決定(三)命令

審判

第二 處分

處分者謂直接命令爲某行爲或禁止某行爲之國家命令及直接惹起其狀態之國家行爲

也處分常不必限於訴訟手段有之然爲民事訴訟目的物之法律關係者則保護私權之手段也處分多基於審判然亦不必盡然例如爲強制執行之債務名義者亦爲處分之一得不依審判而依公正證書爲之是也

第四章 民事訴訟之限界

民事訴訟爲保護私權之程序然保護私權之程序不限於民事訴訟例如公訴附帶之私訴亦保護私權之程序而屬於刑事訴訟其他如對於行政官廳違法處分之行政訴訟如非訟事件皆由民事訴訟中除外之是也

民事訴訟之限界如何應與他種訴訟比較之最便於說明今分說之如左

第一 民事訴訟與刑事訴訟

民事訴訟以保護私權爲目的刑事訴訟以行國家之刑罰權爲其目的民事訴訟當事者完全以平等之原則行之刑事訴訟爲原告者乃國家之代表者處優勢之地位民事訴訟探不干涉主義刑事訴訟以探職權主義爲原則

民事訴訟與刑事訴訟之區別不能以是否保護私權爲標準何則蓋附帶私訴固亦以保護私權爲目的也然附帶私訴之目的限於因犯罪所生損害之賠償及贓物之返還其程序於司法審判衙門之刑事部行之屬於刑事事件之管轄與民事訴訟雖有異而其實質言之附帶私訴實有民事訴訟之性質唯便宜上含於刑事訴訟之中耳

民事訴訟
與
刑事訴訟
訟法

第二 民事訴訟與行政訴訟

行政訴訟以判斷行政處分之適否爲其裁判民事訴訟就民事及人事事件審查之而爲裁判行政訴訟乃對於行政處分而爲之以適用公法爲目的民事訴訟則以適用私法爲目的又民事訴訟由司法審判衙門處理行政訴訟則由行政審判衙門處理兩種訴訟性質雖全不相容然以行政訴訟由司法審判衙門調查判斷之固無妨碍例如日本國法衆議院議員常選訴訟土地收用補償金訴訟其實質本屬於行政事件而以司法審判衙門處理之由此可見矣自立法論言之尙有研究之價值唯今日司法審判衙門之官吏併欲其知悉行政訴訟所適用之法規事實匪易不如委之於別個機關較爲適當也

第三 民事訴訟與非訟事件

非訟事件之觀念如何說既不一因此非訟事件與訴訟事件之差異亦極難說明關於此點以大審院之判例最爲適切茲揭其大旨如左

曰「訴訟事件與非訟事件其結局之目的有異前者之目的概保護既被侵害或將被侵害之私權後者之目的概基於既存之事實關係與私權之創設保存變更消滅及實行有關前者使反於法律所豫期之事實關係回復其豫期或變更之爲其目的後者蓋於既存之事實關係以實行私法關係之形成私權爲目的蓋既存之事實關係不足充法律之要求必使審判衙門或其他機關與之其要求而後能充足然爲之關與者非

民事訴訟
與
行政訴訟
與
非訟事件

民事訴訟
與
非訟事件

必權利被侵害固不以有反於法律豫期之事實關係爲其前提故其關係之回復或變更非必然之目的也」

現行法上屬於非訟事件程序者爲依拍賣法之拍賣程序非訟事件程序法所規定之程序及關於不動產上權利之登記程序等是也

第四 民事訴訟與公斷程序

公斷程序者謂基於公斷契約以私人爲公斷人就當事者間所生法律上爭議而爲判定之程序也此與民事訴訟相比較民事訴訟之程序由國家機關干與之公斷之判斷非如民事訴訟之裁判必須適用法律基於法律以外之自由意見亦可爲之又公斷程序之開始及公斷人之判斷效力乃基於當事者間所締結之公斷契約不依法律之規定而公斷契約之內容即公斷人與爭議當事者間之委任契約也

公斷程序本非民事訴訟然規定之於民事訴訟法中者蓋因與民事訴訟關係甚深且因此而惹起民事訴訟者嘗有焉

第五章 訴權

第一 訴權之意義

訴權有二義曰形式的訴權曰實質的訴權

第一編 第五章 訴權

(一) 形式的訴權

形式的訴權者謂國家於一定之條件與吾人以保護私權之請求權也

(二) 實質的訴權

實質的訴權者謂私權毀損或有毀損之虞時使權利者對於國家機關有要求保護私權之權利也

訴權之
意義

形式的訴權與實質的訴權不必一致形式的訴權實際上私權是否毀損或有無毀損之虞可以不問苟具備一定之條件即有要求國家機關活動之權利調查結果私權並無毀損或並無毀損之虞時固不受實質上之救濟反之實質的訴權即不拘形式的訴權之有無但有實害之存在者即是也然不具備形式的訴權祇有實質的訴權不得請求國家機關之活動故必具備形式的訴權且具備實質的訴權者始得收保護私權之結果

第二 訴權之性質

不問形式的訴權實質的訴權皆為吾人對於國家所有公權之一故此種權利非國家之恩惠全屬於國民之權利或謂國家對人民不負擔何等義務國家較吾人占有優勝之地位吾人本無責國家盡其職責之手段欲國家對吾人而有義務亦極難矣雖然此說論國家與國民之本來關係未嘗不當究之此種偏狹思想在今日之法治國實不能相容何則蓋國家之主權行動不妨以法律限局其範圍於其國權行動之限局範圍內固可附與私

訴權之
性質

人對國家之權利也今日區分權利爲公權及私權屬於公權者卽各人對於國家之權利是一般所認者也

第三 訴權發生

(一) 實質的訴權

吾人對於國家所求保護私權之權利隨保護私權之必要而發生而保護私權之必要卽於私權之被毀損或有被毀損之危險時而存在者也故有求私權保護之權利者通常卽知其私權之現存然若因私權有毀損之危險而求保護者則所虞毀損之私權非必現爲存在卽將來發生之權利有蒙毀損之虞者固亦許爲私權保護之請求也故對於國家求保護私權之權利不論私權存否皆得有之若謂爲附屬於私權之權利實誤解也

(二) 形式的訴權

國家負擔保護私權之義務然非當事者聲請則不與以保護所謂形式的訴權者謂吾人荷具一定之要件卽有使國家就其私權調查應否加以保護之權利也故具備一般的訴訟條件者遂可促國家機關之活動例如管轄能力代理等凡訴訟成立之條件荷具備之國家機關卽應開始調查其私權有無保護之必要也

第六章 訴訟關係

第一 訴訟關係之意義

訴訟關係者謂依訴訟條件之成立而發生民事訴訟法上之法律關係也法律關係不外人格者間所生法律上之效果向來祇認私法上之法律關係不知此種關係公法上亦得存在然此種訴訟關係之內容爲一面的乎二面的乎三面的乎其說不一然要之則當事者使國家之審判衙門爲私權保護之調查而生其權利義務者也

第二 訴訟關係之發生

訴訟關係由行使形式的訴權而發生然此之訴訟關係之發生其私權實質上有無保護之必要尙無直接關係故具備形式上訴訟條件雖可發生訴訟關係而實質上其私權有無保護之必要尙屬不明必俟訴訟關係發生後實質上調查其私權必要保護與否始克定之又訴訟關係之發生並非一發生而不可動者各個訴訟行爲非具備與之適應之訴訟條件則其訴訟關係不全蓋訴訟程序常有進行發展之性質必以具備適應之條件爲必要也例如訴之提起時審判衙門先令當事者爲辯論若必須依證據以決其事實之存否者聽更爲證據調查其事件應爲裁判者則爲之裁判若當事者對其裁判而爲上訴時對於原判決應更爲調查凡此所定之訴訟條件必要具備之

第二 訴訟關係之性質

訴訟關係乃當事者與審判衙門及當事者間所生公法上之法律關係也

訴訟關係之意義

訴訟關係之發生

(一) 公法關係

民事訴訟法爲公法故基於民事訴訟法而發生之法律關係亦爲公法關係

(二) 三面關係

訴訟關係之內容乃審判衙門與當事者及當事者相互間所生之法律關係然關於此點有一面說 二面說 三面說之爭一面說謂訴訟關係祇審判衙門與原告間之關係二面說謂審判衙門與原告及審判衙門與被告二面所生之法律關係然余信三面的關係說爲穩當蓋此爲審判衙門與原告及被告間均生法律關係自無待論即當事者相互間若無一種法律關係則彼訴之原因變更 辯論期日之變更或續行 訴之撤回上訴之撤回等何以爲之必須得對手人之承諾乎或謂此種規定乃發生於訴訟程序上所必要者非使當事者間生訴訟關係也然爲以上各種行爲多要對手人之承諾若以爲出於單純之訴訟程序上所必要者未免太無根據矣是於當事者間亦生特殊之法律關係因生此種法律關係故須以對手人之承諾爲其條件余信如此解釋極爲穩當關於此點後當再述之

第七章 民事訴訟之種別

民事訴訟大別之爲通常訴訟與特別訴訟二種

第一 通常訴訟

通常訴訟者謂實行於通常事情之訴訟程序概以確定判決及得有執行力爲其目的者也屬於通常訴訟者凡如左

- (一) 地方審判廳之訴訟程序(一九〇條以下)
- (二) 初級審判廳之訴訟程序(三七三條以下)

第二 特別訴訟

特別訴訟程序者謂實行於特別事情之訴訟程序也凡屬於特別訴訟者如左

- (一) 督促程序(三八二條以下)
- (二) 人事訴訟程序(人事訴訟手續法)
- (三) 初級審判廳之和解程序(三八一條)
- (四) 假扣押及假處分程序(七三七條以下)

特別
訴訟

通常
訴訟

第八章 民事訴訟法之效力

第一 關於時之效力

民事訴訟法有新舊之關係者一切依新法支配之蓋新法既發布則舊法失其效力不許

關於時
之效力

再適用舊法自刑罰法及其他實體法規言之原則上咸以依其行為當時之法規以為支配然民事訴訟係形式法程序法不依其基本行為之當時法規而全依訴訟行為當時之法規且於新法時代其訴訟行為之方式條件及效力雖有可依舊法以定民事訴訟之法律關係者然亦概依新法定之

關於舊法時代之民事訴訟固可適用舊法之規定而其訴訟行為影響及於新法時代之訴訟行為者其應以新法為準亦同

第二 關於場所之效力

訴訟行為之方式條件及效力一切依行為地之民事訴訟法所規定

依右之原則生左之結果

(一) 該事件之基本法律關係是否依內國法律而定又當事者是否為外國人均可不問苟於內國而為訴訟則必須適用訴訟地之民事訴訟法但關於訴訟能力之有無則以依其本國法為本則

(二) 由外國官憲囑託於內國為訴訟行為者亦不依囑託國之法律而依受囑託國之民事訴訟法

(三) 然於外國所為之訴訟行為無論其必要之方式條件如何又訴訟行為亦不論有如何之效力發生於內國均應依外國法定之

關於場
所之效
力

第三 關於人之效力

(一) 原則

民事訴訟法之效力凡存在於內國版圖之內外人均得及之是為原則然有左之例外

(二) 例外

有治外法權者例如外國之君主大總統外交使節等是也民事訴訟法之效力不得及

關於人之效力

第九章 民事訴訟法之沿革

昔文化發達尙未充分之時代一切國家機關未整理由他人之行爲以妨害私權之實行者無國家機關保護之各人不得已以自力爲救濟然此種自力救濟之方法弱者不能行之強者每藉之以逞其暴填至社會之秩序紊亂於是設自主救濟之監督機關以防止其濫用而此種制度終不能充分收其實效因以私權之保護要求於國家機關而禁自力之救濟概以國權作用保護各人之私權今日之強制執行程序即代自力救濟而起者也

日本維新之初參酌歐洲法制制定諸種法規明治六年七月第二百七十四號發布訴答文例即民事訴訟法之權輿然訴答文例祇定訴狀及答書作成之形式不能網羅民事訴訟之全體迨明治九年命元老院起草民事訴訟法然未完成明治十七年始命獨逸人地

約氏起草之翌十八年七月脫稿經法律取調委員之調查遂於明治二十三年二月二十七日裁可同年四月二十一日公布翌二十四年一月一日實施即現行民事訴訟法是也

日本現行民事訴訟法以獨逸民事訴訟法爲母法此獨逸民事訴訟法乃參酌獨逸舊普通法佛國民事訴訟法及其他獨逸聯邦諸國之法律而起草者於一千八百七十七年一月三十日經其皇帝之親署同年二月十九日公布而由一千八百七十九年十月十日實施者也然獨逸民事訴訟法其後復有修正於一千九百年一月一日實施即日本之改正草案亦已脫稿恐不出數年行將見改正法之制定矣中國自前清之季設法律館於京師從事諸種法典之編纂民事訴訟法草案亦已告成矣分爲四編曰審判衙門曰當事人曰通常訴訟程序曰特別訴訟程序而強制執行及公斷程序均另定單行法不入於民事訴訟法中與獨日兩國之編別大有不同而採用最近奧匈之立法先例誠爲立法之進步足供吾人之研究者甚多民國成立諸事未遑擱而未議近者司法獨立之根本亦將動搖則民事訴訟法之完成正不知俟諸何日也噫

第二編 訴訟主體

第一章 審判衙門

第一節 司法權

第一 司法權之觀念

司法權之觀念
審判衙門爲行使司法權之國家機關司法之觀念與行政及立法相對立而就民事及刑事案件適用法令者也司法權以審判衙門行之然不得離國家之統治權而存在司法權之行使不過國家統治作用之一而審判衙門則爲國家機關以獨立之意思而爲裁判者

第二 民事審判權

民事審判權

司法權之發動有刑事審判權與民事審判權二種民事訴訟所論者則屬於民事審判權民事審判權者謂以對於各個之民事事件適用法令爲其職權者也而民事審判權有廣狹二義就廣義言之凡就訴訟所爲之訴訟指揮權及判決決定命令以至於執行權懲罰權證明權均包含之若狹義之民事審判權則單指(一)訴訟指揮權(二)訴訟審判權而言

第二節 審判衙門之種類

審判衙門分通常審判衙門及特別審判衙門二種

第一 通常審判衙門

通常審判衙門者乃就通常之事件以同種類之司法機關基於同一之法則所設定之官府其組織及權限均以法院編制法為根據者也通常審判衙門之權限一切民事刑事之事件均屬之今揭通常審判衙門之種類如左

審判衙門之種類

◎通常審判衙門

- (一) 初級審判廳
- (二) 地方審判廳
- (三) 高等審判廳
- (四) 大理院

第二 特別審判衙門

特別審判衙門因事件之性質土地之狀況事務之便宜有特別情狀者以特別法令設定之茲舉日本之例其特別審判衙門有左列各種

- (一) 軍法會議
- (二) 台灣總督府法院

◎特別審判衙門

- (三) 朝鮮總督府法院
- (四) 關東都督府法院
- (五) 領事裁判
- (六) 特許局

第三節 審判衙門之地位

審判衙門之地位茲說明於左

第一 審判衙門之擔保

國家之司法權由法院行使此為一般立憲國之通例多以憲法明定之斷不能以法律以下之法規左右審判衙門之地位

第二 編制之擔保

法院之編制以法律定之此亦各國憲法多以明文規定者立憲國固無以命令編制審判衙門者也

第三 法官之擔保

「法官之資格以法律定之法官在任中不得減俸或轉職非依法律之宣告或應免職之懲戒處分不得解職懲戒條規以法律定之」此亦各國通例即我新舊約法且有明

審判衙門之地位

記者是蓋欲期裁判之公平故對於爲其組織者之法官特別保障其地位也

第四 審判權之擔保

人民有訴訟於法院受其審判之權此即學者所稱之受審權爲憲法上人民權利之一種是直接保障國民受審判之權利而間接擔保審判權之獨立者也

第四節 審判衙門之職員

第一節 職員之種別



第一 推事

推事爲司一切審判事務之職員其職責及必要之資格以法院編制法定之初級審判廳推事單獨一人地方審判廳或一人獨任或三人合議高等審判廳或三人或五人大理院則五人以單獨推事組織之審判衙門曰獨任制以多數推事組織之審判衙門曰

合議制一人獨任三人合議均並而有之則曰折衷制合議制之審判衙門以其中一人爲審判長統率全體當訴訟指揮之任又審判衙門通常有民事部及刑事部之分民事事件屬於民事部刑事事件則屬於刑事部

第二 審判衙門書記

審判衙門之書記爲單獨制之官廳其職務權限如左

◎審判衙門書記之職務權限

- (一) 作成辯論筆錄
- (二) 送達書類
- (三) 期日傳喚
- (四) 以判決宣告之日及原本領收之日附記於原本
- (五) 認證判決正本謄本及抄本
- (六) 證明判決確定
- (七) 附與執行文
- (八) 其他因審判長或審判衙門之命令而處理之事務

第三 承發吏

承發吏亦單獨制之官廳以送達文書及執行裁判爲其職務權限

第四 檢察官

審判衙門之職

檢察官於刑事上爲原告官提起公訴執行裁判於民事上則爲公益之代表者而蒞庭或以國家之官職有代表爲訴訟當事者之權限

(一) 檢察官應蒞庭會同者

- (1) 關於國及其他公法人之訴訟
- (2) 關於婚姻事件之訴訟
- (3) 關於夫婦間財產之訴訟
- (4) 關於立嗣事件之訴訟
- (5) 關於親子關係繼承人廢除事件隱居事件及其他人之分限訴訟
- (6) 關於禁治產或準禁治產之程序及關於無能力者之訴訟
- (7) 關於失蹤之程序及關於失蹤者或欠缺繼承人者之遺產所生之訴訟
- (8) 關於養金之訴訟
- (9) 偽造或變造證書之訴訟
- (10) 再審

(三) 檢察官有爲當事者之權限者

- (1) 關於婚姻事件、立嗣事件、定父事件、廢除取消事件、隱居之無效或取消事件、及因失蹤宣告之判決致提起不服之訴而其對手人者已死亡者

(2) 特殊之婚姻事件(民法七八〇條人訴一九乃至二三條)

(3) 關於親權喪失及管理權喪失並隱居取消之訴自行提起訴訟者

(4) 檢察官對於駁回聲請禁治產之決定爲即時抗告者

(5) 檢察官對於禁治產取消之決定爲即時抗告者

(問題) 檢察官蒞庭之性質

法律命檢察官蒞庭爲絕對的規定乎抑單爲訓示的規定乎依今日之判例學說言之民事訴訟法上咸以之爲訓示的規定而非絕對之要件故法律雖命其蒞庭然若不爲之於裁判之構成並無何等障礙不過檢察官負曠職之責而已惟於人事訴訟程序法則與民事訴訟法第四十二條之規定有異檢察官須蒞庭陳述意見或以之爲裁判構成之要件惟此之性質亦與民事訴訟法無異仍可解爲一種訓示的規定也

第一款 職員能力

第一 職員能力之觀念

職員能力之觀念

茲所謂職員能力與國法上官公吏能力之義有不同審判衙門之職員雖亦以國法上官公吏之能力爲其前提而有此等官職者訴訟法上仍依特殊之理由制限其能力蓋民事訴訟以保護私權爲其目的故此等官職應公平無私以盡職責最爲必要若依特別之事

「情難期其公平無私則不能不無特別之制限矣於是乎迴避拒却引避之制度生焉

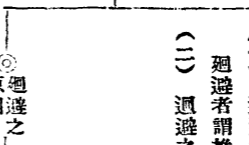
第二 迴避(除斥)

(一) 迴避之意義

迴避者謂推事就其事件法律上當然剝奪執行其職務之能力者也

(二) 迴避之原因

迴避



◎ 迴避之原因

- (1) 推事或其妻為當事者或就該事件與當事者為共同權利者共同義務者或有償還義務者之關係時
- (2) 推事或其妻與訴訟當事者或其配偶為親屬者若係姻族其婚姻關係停止後亦同
- (3) 推事於該事件為證人或鑑定人者又推事係為當事者之訴訟代理人或法定代理人者
- (4) 於聲請不服之前審曾為推事或公斷人而關與其裁判或公斷者但以受命推事或受託推事行其職務不在此限

第三 拒却(忌避)

(一) 拒却之意義

拒却者謂有法定之原因當事者拒絕某推事之裁判也

(二) 拒却之原因

◎拒却之原因

- (1) 推事爲法律所應迴避仍執行職務者
 - (2) 推事之審判恐有偏頗者
- 茲所謂恐有偏頗謂恐受不公平之裁判也

(三) 拒却之條件

(1) 時期

有迴避之原因而爲拒却之聲請不問訴訟程度如何於裁判確定以前無論何時均得爲之若因恐有偏頗而聲請拒却者須當事者於推事面前就該案件尙未有請求或陳述以前始得爲之但拒却之原因發生在後或當事者未知有此項原因者不在此限

(2) 方法

拒却之聲請向被拒却推事所屬之審判衙門以書狀或言詞爲之

(3) 原因聲叙

拒却之原因須爲聲叙被拒却之推事對於該聲請亦得提出意見書

(四) 拒却之效果

拒却

辯請拒却若裁判已認爲正當者該推事職務上之行爲歸於無效爲省其無用勞費之故該推事於聲請拒却之裁判未完結以前不得爲一切之訴訟行爲但以偏頗爲原因致被拒却該推事應急速處分者不在此限

(五) 拒却程序

被拒却之推事係屬於初級審判廳者由上級審之地方審判廳裁判之若被拒却之推事以該聲請爲正當即以既經決定論無須裁判被拒却之推事若屬於地方以上之合議審判衙門者該審判衙門應即裁判其聲請被拒却之推事不許參與該裁判若因拒却致推事員數不足時則由直接上級之審判衙門爲裁判

關於聲請拒却之裁判不經言詞辯論得爲之

又決定以拒却之聲請爲正當者不許上告若對於以聲請爲不當之決定則得爲即時抗告

第四 引避(迴避)

引避
推事自知有應迴避之原因或其他之事由者得自行聲明引避引避之聲明該管轄審判衙門須就其原因之有無裁判之

第五 審判衙門書記及承發吏

審判衙門
迴避拒却引避之規定審判衙門書記亦準用之但關於拒却之裁判於書記所附屬之審

判衙門爲之

門書記
及承發
吏

又對於承發吏亦略同其詳細於承發吏規則見之

第五節 審判管轄

第一款 總論

第一 管轄之觀念

關於管轄之觀念其說不一或謂爲審判衙門所行審判權之範圍或謂爲審判衙門審理之權限或謂爲有同一權限之多數司法機關之間所爲訴訟事件之分配要之管轄之觀念非但爲民事訴訟法之問題也於刑事訴訟法行政裁判所法及其他官廳均有之蓋指稱一定之審判衙門就一定之事件所爲審理裁判之標準也定如何之事件應屬於如何之審判衙門以爲審理裁判所以避事件之紛糾錯雜也

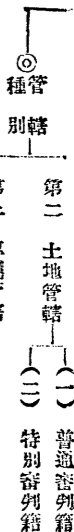
第二 管轄之種別

管轄之種別學者間各有不同然通常之分類則如左

管轄總論

第一 事物管轄

- (一) 職務之管轄
- (二) 訴訟物之管轄



以下各款分別說明之

第一款 事物管轄

事物之管轄謂因事物之性狀而定之者也更分之爲職務之管轄訴訟物之管轄

第一 職務之管轄

(一) 意義

職務管轄乃就同一事件審判衙門所行職務之種別而分類者也而職務之管轄更分爲審級管轄從屬管轄二種

(二) 審級管轄

審級管轄謂依審判衙門之階級而定之管轄也

(1) 第一審審判衙門 第一審審判衙門即最初審查裁判事件之審判衙門如初級

審判廳及地方審判廳是也

(2) 第二審審判衙門 第二審審判衙門凡事件由初級審判廳起者以地方審判廳爲之由地方審判廳起者以高等審判廳爲之

(3) 第三審審判衙門 第三審審判衙門其事件由初級審判廳起者以高等審判廳爲之由地方審判廳起者以大理院爲之

職務管轄

(三) 從屬管轄

從屬管轄者謂於裁判訴訟事件之外審判衙門以判決處理他種從屬的職務者也爲本案事件之辯論及裁判者謂之受訴審判衙門其他法律有以一定之職務特使某審判衙門管轄之者例如強制執行屬於執行審判衙門以初級審判廳管轄之是也此種規定散見於各處今爲便宜揭其大要如左

(1) 證據保全(第三六六條)

(2) 和解(第三八一條)

(3) 督促程序(第二八三條)

(4) 強制執行(第五四三條、第五九五條、第六四一條)

(5) 假扣押(第七三九條)

(6) 假處分(第七五七條、第七六一條)

◎ 從屬管轄

第二 訴訟物之管轄

— 訴訟物之管轄者謂依訴訟之性質及其價額而定其管轄者也

(一) 依訴訟物性質之管轄

- (7) 公示催告(第七六四條、第七七九條)
- (8) 公斷判斷(第八〇五條)
- (9) 禁止產及準禁止產(人訴第四〇條、第六七條)
- (10) 失蹤宣告(人訴第七一條)

◎初級審 管轄

- (1) 貸貸人與賃借人因接收房屋或遷讓使用占據修繕或因貸貸人扣押賃借人之家具物品涉訟者
- (2) 因不動產之境界而涉訟者
- (3) 因占有權而涉訟者
- (4) 雇主與雇人間因雇傭契約涉訟其期限在一年以下者
- (5) 旅客與旅店飲食店主人或旅客與水陸運送人因房飯費運送費或因寄放行李款項物品而涉訟者
- (1) 對於除權判決聲請不服之訴
- (2) 關於婚姻事件之訴

地方審判廳管轄

- (3) 關於立嗣事件之訴
- (4) 關於親子關係事件之訴
- (5) 關於繼承人廢除事件之訴
- (6) 關於隱居事件之訴

(二) 依訴訟物價額之管轄

依訴訟物之價額不超過五百元者屬於初級審判廳之管轄

超過五百元者則屬於地方審判廳之管轄

訴訟物之價額爲金錢者固易明白若非金錢之債務以如何爲標準算定其價額乎

今就法律所定算定價額之方法說明之

算定訴訟物之價額非但管轄上有必要也即假執行之宣示(第五〇二條第五號)及

訴訟之貼用印紙亦有必要算定其價額者焉

(1) 算定之時期

訴訟物之價額依起訴日時之價額算定之蓋訴訟物之價額常有變動既以價額爲標準而定其管轄勢非定以一定之時期則管轄不免變動故概以起訴之日算定之職是故也若自起訴日後其價額雖有變動而管轄固不變更其他於假執行之宣示等其訴訟物價額亦於起訴之日時定之

然權利拘束之時期與訴訟提起之時期不必一致以言論提起訴訟者固同時生權利拘束之效力若以書狀提起訴訟則生權利拘束之效力非在訴訟提起之時乃於訴狀送達之時關於此點學者間向有批離而就獨逸民事訴訟法言之蓋亦有異獨逸民事訴訟法以訴訟提起之時定訴訟物之價額而訴之提起並非訴狀送達之時故權利拘束之時與訴訟提起之時歸於同一日本民法改正案以書狀提起訴訟者依訴狀之送達爲之此實可補其不足也

要之日本現行法管轄之確定非依訴訟提起之時乃依權利拘束之時以定訴訟物之價額訴訟提起時之訴訟物價額不過祇爲貼用印紙之標準而已

(2) 算定之原則

以一訴請求數宗者應合算其價額以定管轄是爲原則若附帶之請求及反訴之請求其價額不得合算茲所謂附帶之請求者謂將滋息損害賠償及訴訟費用附帶於主訴而請求者也提出附帶請求不可不具備左列要件

- 附帶請求之要件
1. 依同一訴訟程序之請求
 2. 由同一之原告對於被告之請求
 3. 牽連主請求之請求

(3) 算定之特例

右爲一般之原則然實際算定上尙有種種之困難故有如左之特別規定

a. 因擔保債權或擔保債權之從物權而涉訟者其訴訟物之價額依其債權之額定之但物權之目的物其價額少於債權之額者依其目的物之價額定之茲所謂債權之擔保者即保證之意味所謂從物權者即(1)留置權(2)先取特權(3)質權(4)抵押權之意味

b. 因地役權涉訟者其訴訟物之價額以要役地所增之價額爲準但因地役致承役地所減之價額多於要役地之所增者則以所減之額爲準

c. 因貸貸借權或永貸借權涉訟者其訴訟物之價額以爭執期內權利人所收入之租金總額爲準但一年租金之二十倍尙少於爭執期內所收之租金總額則以租金之二十倍爲準

日本舊民法有永借權現行法無之現行法以永佃權爲永借權之一種地上權亦入於永借權中

以爭執期內所收入之租金總額爲準者蓋原告所主張之利益不能出爭執之期間以外也以一年租金二十倍爲限度者蓋租金乃對於元本之滋息法定利率每年五釐其二十倍正與貸借物件之價額相當也

d. 因定期給付或定期收益之權利涉訟者其訴訟物之價額以一年收入額之二十

倍爲準但其權利之存續期間權利人所應收入之總額少於二十倍者則以其總額爲準

定期給付云者例如終身定期金及法律上契約上之養金是也定期收益云者例如租金利息佃租等是也

(4) 算定權者

訴訟物之價額提起訴訟時雖由原告以訴狀或以言詞特定之然審判衙門不受其拘束價額算定之權終屬於審判衙門

蓋有必要時審判衙門可依其意見從法律之所命定之又因當事者之聲請得發證據調查之命並得以職權發檢察或鑑定之命以算定其價額

第三款 土地管轄（審判籍）

第一 土地管轄之意義

審判衙門之土地管轄者謂依土地區域而定審判衙門之管轄也其區域以法院編制法定之

土地管轄屬於審判衙門之權限然自人民觀察之須服從其事物中一定之事物此種關係不啻一種屬籍故又稱之爲審判籍

審判籍可分爲普通審判籍與特別審判籍二種以下分說之

第一編 第一章 審判衙門

土地管轄之意義

第二 普通審判籍

（一）普通審判籍之意義

普通審判籍謂管轄被告人普通訴訟事件之區域也換言之除專屬管轄之規定外凡一定之審判衙門對於被告一切之訴訟有其管轄權者謂之普通審判籍
定普通審判籍之標準現行法上有二其一以住所其二不以住所

（二）住所

住所有二義其一民法上之住所其二訴訟上之住所是也

（1）民法上之住所

民法所謂住所指人之生活本據而言吾人之普通審判籍以依住所為原則蓋即以被告之住所定普通審判籍也

普通審判籍除專屬管轄以外一切訴訟均有管轄權專屬管轄云者謂不問人之住所如何祇依訴訟或訴訟物之性質為法律明文所定者也例如不動產上之事件是也其詳細於後方述之

（2）訴訟上之住所

訴訟上之住所與民法之住所所有異訴訟上之住所不拘生活之本據如何法律以特別規定使於訴訟法上與住所同一辦理者也而訴訟上之住所又各有不同

1. 軍人軍屬

軍人軍屬之審判籍以兵營地或軍艦定泊所爲其住所但在豫備後備之軍籍者及祇因履行兵役義務而服役之軍人軍屬則不在此限

2. 駐外使節

在外國之本邦公使及公使館之官吏並其家族從者其審判籍上之住所以於本邦最後之住所爲其住所此最後之住所並無可攷者則以司法部之命令豫定京都市內之區爲其住所

3. 不在者及在外人

不知其現在地者（不在者）及在外國者以其最後於內國之住所定其審判籍然對於在外國有住所者以在內國發生權利關係爲限始得於上述之審判籍起訴住所以外之審判籍

(三)

依住所以外之事由以定其普通審判籍者有如左

(1) 無住所而居住內國者

於內國並無住所而居住於內國者以其現在地定審判籍

(2) 法人

a. 國

國之普通審判籍以代表國爲訴訟之官廳所在地定之然茲所謂國實指國庫而言又如何之官廳始得爲國之代表則以法令定之代表國之官廳例如對於審判衙門所提起之訴或由審判衙門所提起之訴由配置於各審判衙門之檢察廳代表之即其一例也

b. 公私法人

公私法人及其他得爲訴訟當事者之一切團體其普通審判籍以其所在地定之而此之所在地若無特別之規定即指事務所之所在地若無事務所者或於數地辦理事務者則以其首長擔當事務者之住所視爲事務所

第三 特別審判籍

特別審判籍者謂管轄特別訴訟事件之區域也以下分說之

(一) 永寓地

對於生徒 雇人 營業使用人 職工 習業者及其他於一定之地性質上有永久寓在之人因財產權涉訟者於其現在地之審判衙門行之所謂財產權之涉訟謂身分關係之事件則除外也

又對於因履行兵役義務而服役之軍人軍屬必得於其兵營地或軍艦定泊所之審判衙門提起財產權上之訴所謂永寓云者實際上永寓與否可以不問不過性質上應爲

永寓故以之爲永寓地耳

(二) 店鋪

對於製造商業及其他之營業以直接爲交易而有店鋪者得於其店鋪所在地之審判衙門提起關於營業上之訴

故此種審判籍之條件有三(1)爲被告者須於其住所以外有店鋪(2)爲訴訟之原因須爲關於營業上之事實(3)其店鋪須爲直接交易者

又對於利用住家或利用農業上建築物之地所者因財產權涉訟於該住家或建築物所在地之審判衙門以土地利用之法律關係爲限得提起訴訟

(三) 內國無住所者

對於內國現無住所之人因財產權之請求而涉訟得於被告之財產或請求物所在地之審判衙門行之又被告財產係屬債權則以債務者之住所爲其財產之所在請求之物係屬債權則以其物之所在地爲其財產之所在地

設此種審判籍之理由乃因對於外國有住所者及浮浪人而起所以保護債權者也

(四) 契約關係

因確定契約之成立不成立或因踐約或因解約或因違約請求損害賠償及違約金而涉訟者得於其履行義務地之審判衙門行之

然日本現行法無特約者均以債權者之住所地爲債務履行地故多得於原告住所地之審判衙門起訴故此種規定與民法之規定未免有相反之嫌

(五) 社團關係

公司或其他社團對於社員有所請求或社員基於其爲社員之資格有所請求因以涉訟者得於該公司或他社團之普通審判籍所在地之審判衙門行之

(六) 不法行爲

因不正之損害而涉訟得於責任者行爲地之審判衙門行之茲所謂不正乃民事訴訟法之用語與民法上之不法行爲實異名同義也

(七) 訴訟關係

訴訟代理人或承發吏因規費或墊付款項對於其委任者有所請求而涉訟者不問訴訟物之價額多寡均得於本訴訟之第一審審判衙門行之

(八) 不動產上

(1) 專屬管轄

因不動產上之物權或其分割或境界涉訟者由不動產所在地之審判衙門專屬管轄之又因地役權涉訟者由承役地之所在地審判衙門專屬管轄之

(2) 特別管轄

a. 附帶擔保債權之訴

對於同一被告因擔保債權涉訟並牽及擔保此債權之不動產物權者得合併於不動產所在地之審判衙門行之故此種特別管轄必要具備左列條件

第一 附帶於擔保物件而起訴

第二 對於同一被告而起訴

b. 對於所有者占有者之訴

因不動產所有者或占有者分應負擔之債務或加於不動產之損害賠償或收用土地及使用土地之補償事件涉訟者得於不動產所在地之審判衙門行之茲所謂不動產所有者分應負擔之義務例如甲乙各有建築物一部所需修繕費應視兩人所有部分之價額分擔之若乙不履行則甲得對之提起訴訟是也所謂占有者分應負擔之義務例如惡意占有不動產所有者可因請求交還利息而提起訴訟是也所謂加於不動產之損害賠償例如因故意或過失而毀損他人房屋被害人因以提起賠償之訴是也所謂因土地之收用或使用起補償之訴者例如因工事使用或收用他人之土地土地所有者可因請求補償損失而提起訴訟是也以上各項訴訟均於不動產所在地之審判衙門爲之

(九) 繼承審判籍

第二編 第一章 審判衙門

(1) 因基於繼承權或遺贈及其他因死亡而生效果之處分涉訟者得於遺產者死亡之際所屬普通審判籍之審判衙門行之所謂基於承繼權之訴例如因承繼權之確定承繼權之回復遺產分割承繼財產之分離分遺留財產及遺贈等而起訴者是也又因死亡而生效果之處分例如關於請求及贈與之訴是也

(2) 遺產債權者對於遺產者或承繼人有所請求而涉訟者得於繼承審判籍之審判衙門行之但遺產之全部或一部存在於該審判衙門之管轄區外者不在此限

(十) 票據訴訟之審判籍

因主張商法所規定之票據債權而涉訟者得於支付地之審判衙門或被告所屬普通審判籍地之審判衙門行之此必須以基於票據之請求為限若票據債務者有數人時得以前之為共同被告而起訴

其他(1)人事訴訟之審判籍(2)強制執行之審判籍(3)假扣押及假處分之審判籍(4)再審之審判籍有特別之規定者當另行分別說明之

第四 審判籍相互之關係

審判籍相互之關係
審判籍既有普通審判籍與特別審判籍之分若對於同一被告同時有二個以上之審判籍併立者得由原告選擇其一之審判衙門提起訴訟但為專屬審判籍者則無選擇之自由

節四款 指定管轄

第一 指定管轄之意義

指定管轄者謂管轄審判衙門有管轄不明或管轄不能之時由上級審判衙門指定其管轄也此因法律上或事實上其管轄有不明確原告將蒙不利益不可無救濟之方法此指定制度所由設也

第二 指定之事項

應爲指定管轄之事項依日本法所記記者凡有四端

(一) 有管轄權之審判衙門因法律上之理由或因特別之事情不能行審判權者

茲所謂有管轄權云者事物管轄土地管轄以及審判籍數個併存者均包含之又因法律上之理由云者如推事之拒却迴避是因特別事情云者乃基於法律規定以外之原
因例如推事因患病不能爲審判是也惟此以初級審判廳之無代理推事者爲限

(二) 因管轄區域之境界不明致不能辨管轄之審判衙門者例如山林漁業場境界之不明者是也

(三) 依法律有二個以上之審判衙門互有審判權者又二個以上審判衙門間生權限之爭議者

審判衙門間權限爭議有二種一積極的權限爭議即皆爲有管轄權之確定判決是二

指定之
事項

消極的權限爭議即皆不爲有權限之確定判決是

本項之條件可分稱之如左

(1) 就同一事件有二個以上之審判衙門爲判決

(2) 審判衙門爲有管轄或無管轄之確定判決

(3) 其判決生形式的確定力

(四) 不動產上之審判籍散在數個審判衙門之管轄地域內者

不動產之散在其意義如何有謂爲祇限於事實上跨連數個審判衙門之管轄區域內者然散在實不止跨連即散在亦包含之

第三 指定程序

指定程序

各審判衙門有管轄之爭議由直接上級之審判衙門據當事者之聲詞而指定其管轄當事者之聲請以書狀或言詞爲之而裁判之形式則依決定

又對於指定之裁判不許爲不服之聲明但對於聲請駁回之裁判得聲明不服

(問題) 指定管轄之性質

關於指定管轄之法理向有(一)選定說(二)創設說(三)區分說之爭

第一 選定說

曰指定管轄因實際上審判其事件者有數個究應誰屬不能分明上級審判衙門以

其中一個爲管轄審判衙門是指定管轄不外審判衙門之選定也

第二 創設說(橫田氏)

曰審判衙門之指定因事實上及法律上管轄不能定者故指定之其管轄始定是指定管轄實審判衙門創設管轄之行爲也且對於指定不許爲不服之聲明其爲創設更可見矣

第三 區分說(岩田氏等)

曰指定管轄選定及創設兩者均兼而有之其因法律上或特別之事情不能行審判者則屬於創設其因互有管轄權限爭論者則屬於選定此外則盡屬於創設
右方諸說之取捨聽諸君自行研究可也

第五款 合意管轄

第一 合意管轄意義

合意管轄者謂因當事者之合意於法律上無管轄權之審判衙門受其審判使發生管轄權者也

審判管轄所以確定審判權所及之範圍原爲公共利益之規定公益規定不得以特約變動之是爲原則而民事訴訟法之趣旨固謀當事者之便宜以保護私權故此種審判管轄之規定亦基於當事者之便宜也以一定之訴訟或由一定法律關係所生之訴訟爲限依

合意管
轄之意

當事者之合意即可認其審判管轄故合意管轄一名任意的審判籍又名契約上之審判籍卽此義也

第二 合意管轄之條件

(一) 第一審

合意管轄以行於第一審審判衙門爲限故屬於初級審判廳管轄之事件使屬於地方審判廳屬於地方審判廳之事件使屬於初級審判廳或地方審判廳間及初級審判廳間互以合意而受其審判皆得爲之

(二) 非專屬事件

屬於專屬管轄之事件不許爲合意管轄蓋專屬事件其性質上出於當事者之便宜以外以一般公益爲主而定之者也

(三) 財產事件

許合意管轄之事件必爲財產權上之事件非財產權上之事件不許合意管轄之蓋此種事件之管轄有公益的性質者也

(四) 審判衙門之一定

合意管轄之內容必須特定審判衙門其特定之方法限於一個之審判衙門抑除斥他之法定管轄審判衙門可以不問要之其審判衙門必須爲特定者

合意管
轄之條
件

第三 合意管轄之效力

合意管轄之效力

合意管轄之效果能使無管轄權之審判衙門有管轄權惟此種效果不得及於上級審之審判衙門例如本屬地方審判廳之事件於初級審判廳爲合意管轄者則第二審爲地方審判廳第三審爲高等審判廳又本屬初級審判廳所管轄之事件今於地方審判廳爲合意管轄者則第二審爲高等審判廳第三審得大理院

第四 合意之方法

審判管轄之合意有明示者有默示者

(一) 明示之合意

明示之合意以書狀爲之而必須以一定之法律關係及由一定法律關係而生之訴訟爲限

(二) 默示之合意

本無管轄權而被告不爲無管轄權之抗辯遂爲本案之言詞辯論者即生合意之效力關於默示合意之效果其爲單純之推定乎抑亦法律之擬制乎向有異說日本民訴第三十條規定被告不爲無管轄權之抗辯而爲本案之言詞辯論者生前條同一之效力由此觀之不許反證乃法律之擬制也

然此種推定以被告到場者爲限若被告闕席則無從推定爲其自認事項矣

合意之方法

第六款 專屬管轄

第一 專屬管轄之意義

專屬管轄者謂關於某種之事件不認由合意之變更其管轄審判衙門限定於一個者也
 專屬管轄普通雖指法定者而言然由當事者之合意亦得定之而依合意之專屬得由合
 意變更茲所謂專屬管轄則固為法定之專屬也

第二 專屬管轄之事項

專屬管轄之事項法文用「專屬」「專管轄」等用語今揭其事項如左

專屬管轄之事項

- ① 專屬管轄之事項
 - (一) 不動產上之審判籍(第二二條)
 - (二) 關於強制執行之審判籍(第五六三條)
 - (三) 再審之審判籍(第四七二條)
 - (四) 督促程序之審判籍(第三八三條)
 - (五) 對於公示催告之除權判決審判籍(第七七四條)
 - (六) 人事訴訟審判籍(人訴第一條第二四條等)

第三 專屬管轄之特質

專屬管轄有如左之特質

- 專屬管轄之特質
 - (一) 不許以當事者之合意變更之

實

一(三) 專屬管轄之有無應以職權調查之

第七款 管轄之效力

第一 一般的效力

一般的效力

管轄爲本案裁判之基礎自積極的方面言之關於其事件得進而爲本案之審理自消極的方面言之其管轄權之有無屬於職權調查之事項苟無管轄權是原告之訴爲不適法不可不駁回之

第二 特別的效力

無管轄權者訴訟法上該審判衙門所爲無何等效果然此理一貫却不適於實際法律特設左之特別的規定

(一) 對於地方審判廳認爲有事物管轄權之判決不許以屬於初級審判廳之事物管轄爲理由聲明不服蓋地方審判廳比之初級審判廳其裁判正確之保障較多也

此種規定以事物之管轄爲限若對於土地之管轄絕對不許有此又事物之管轄中若屬於法定之事物管轄者亦不許之又地方審判廳管轄之認定其爲明示或默示均可

(二) 第一審之事物管轄許以合意變更之已說明於前茲不復述

◎移送判決

第一審之事物管轄雖得由合意變更之然合意不成立則如何乎本來合意不成立

特別的
效力

若被告提出防訴抗辯時則訴不違法應駁回之而地方審判廳或初級審判廳因無事物管轄權駁回其訴由原告之聲請同時得以判決移送於原告指定之地方審判廳或初級審判廳

故移送以左之條件爲必要

(1) 因無事物管轄權爲訴之駁回而移送

(2) 向原告所指定之初級審判廳或地方審判廳而移送

(3) 聲請之時期限於接著駁回判決之言詞辯論終結以前爲之

因有移送判決其起訴之效力依然存續而開始於其所移送之審判衙門與其事件之提出生同樣之結果

第八款 共助

第一 共助之必要

既以管轄定各審判衙門之職務權限則審判衙門之行動不可不限局於其範圍內若於管轄外固不能行審判權惟證人之訊問鑑定人之鑑定檢證等事自得爲之又因爲此等之事有不便或不利之處可求他審判衙門或他種機關之補助此種補助法律上稱爲共助今就共助分別說明之

第二 國內共助

(一) 通常審判衙門間之共助

通常審判衙門其相互間有爲共助之義務除有特別規定者外成於處理所要事務之地向該管初級審判廳求其共助受囑託之審判衙門即應補助之審判衙門書記於其權限內之事件及其承發吏權限內之事件亦應互爲補助
共助之內容法律雖不列舉然約有左之三端

◎ 共助事項

- (1) 和解(第二二一條)
- (2) 證據調查(第二七三條第三五八條)
- (3) 送達(第一三六條)

共助

受囑託之審判衙門或審判衙門之書記若該事項不屬於自己之管轄者得拒絕之若拒絕不當或處理延滯囑託者對於拒絕者或延滯者得向有司法行政監督權之國家機關提起抗告

(二) 通常審判衙門與他種官廳之共助

通常審判衙門與特別審判衙門間及與其他國家機關之間亦應爲共助其詳細則讓之於各特別法之研究

三 國際共助

(一) 意義

第二編 第一章 審判衙門

法律不能越國境故各國均不許於他國內爲訴訟行爲然實際上凡裁判之審理須於外國爲訴訟行爲者亦不鮮是國際間非各國互相共助則不能達其目的因此設特別之規定

(二) 共助事項

關於左列事項得求在外國之本國官廳或外國官廳爲法律上之補助

(1) 訴訟書類之送達

(2) 證據調查

但左列事項不可不拒絕其囑託

(1) 受託事項爲本國法律上不許施行者

(2) 受託事項不屬於該審判衙門之管轄及於本國無爲管轄之審判衙門者

(3) 無相互條件者

第二章 當事者

第一節 概論

第一 當事者之觀念

民事訴訟之當事者謂對於國家要求保護私權之人及其對手人也

當事者不以爭執事件之法律關係者爲限例如求對於第三者之夫婦確定婚姻是否

成立之判決亦爲法律關係之當事者然於民事訴訟則非要求保護私權之人及非其對手人則不能爲當事者例如不可分債權者之一人對於債務者起訴或連帶債務者之一人受債權者之訴時其他不可分債權者或連帶債務者固非民事訴訟之當事者

第二 當事者之變更

民事訴訟之當事者必非一定不變例如當事者死亡其承繼人得代之爲當事者是也

第三 當事者之種類

民事訴訟法上因當事者聲請之不同實質上可區分之如左

(一) 判決程序

判決程序上凡訴之提起者稱原告其對手人稱被告於控告審不拘原告被告如何凡提起控告者稱控告人其對手人稱被控告人

又於上告審其爲控告人抑被控告人亦可不問凡爲上告者稱上告人其對手人稱被上告人

(二) 執行程序

強制執行程序求強制執行之當事者稱債權者其對手人稱債務者

(三) 督促程序

在督促程序求支付命令之當事者稱債權者其對手人稱債務者

(四) 保全程序

於假扣押及假處分之程序凡求假扣押或假處分者稱債權者其對手人稱債務者

(五) 抗告程序

對於決定命令抗告均稱之爲抗告人

(六) 參加程序

於訴訟參加之程序參加訴訟之第三者即從參加人亦稱當事者故訴訟之提起者及其對手人爲主當事者第三者之從參加人爲從參加人

第二節 當事者能力

第一 當事者能力之意義

當事者能力謂爲訴訟主體之適格也換言之即得爲訴訟法上當事者之適格稱當事者能力

第二 當事者能力之性質

非得爲民事訴訟當事者之人而爲訴訟關係之當事者不得有訴訟法上之權利故當事者能力即訴訟法上之權利能力也

而當事者能力如何而後有之關於此點訴訟法並無規定應決之於一般之理論一級

法理凡有權利能力者皆應有權利救濟之方法故有權利能力者皆可爲當事者而有權利能力者則自然人及法人也

(一) 自然人

(1) 原則

自然人出生即有權利能力故一切生活之人皆有當事者能力

(2) 例外

但於左列兩項雖出生前亦得有爲當事者之能力是爲例外

1. 基於不法行爲之損害請求賠償

2. 關於繼承之訴訟

(二) 法人

法人自設立即得有人格故於其目的之範圍內得有權利能力

第三 當事者能力之效力

當事者能力云者即訴訟主體之適格故無當事者能力之人所爲之訴訟行爲及對之而爲訴訟行爲皆歸無效

當事者能力既有如此重大之效果故司法機關不必問訴訟之程度如何應以職權調查之

第三節 訴訟能力

第一 訴訟能力之意義

訴訟能力者謂得有效而爲訴訟行爲之適格也換言之有自爲訴訟之能力或使訴訟代理人爲訴訟之能力稱訴訟能力

第二 訴訟能力之性質

能力有權利能力與行爲能力之分而訴訟能力卽有訴訟法上行爲能力之性質者也訴訟能力如何定之此應從民法之規定故非有民法上之行爲能力者不得有訴訟能力然訴訟行爲之性質與法律行爲又不必一致民法認可得取消之行爲而訴訟法不認之是其例也要之訴訟能力於不牴觸訴訟法所規定之範圍內悉依民法之規定今就訴訟能力分別說明之

(一) 成年者

成年者有民法上完全之行爲能力故於訴訟法上亦得完全爲訴訟行爲然禁治產者準禁治產者妻則無完全之訴訟行爲能力

(二) 未成年者

民法規定未成年者爲法律行爲須得法定代理人之同意故爲訴訟行爲亦以已得法

定代理人之同意者爲限始有訴訟能力

但許爲一種或數種營業之未成年者關於其營業與成年者有同一之能力故於此之範圍內亦有訴訟能力

嬰兒亦未成年者且無意思能力其無行爲能力自無待論但得法定代理人之同意者應亦以爲有意思能力

(三) 準禁治產者

準禁治產者爲訴訟行爲須得保佐人之同意此民法所明記者故準禁治產者苟不得保佐人之同意則無訴訟行爲能力

(四) 妻

妻爲訴訟行爲須得夫之許可此亦民法所明記者故無夫之許可時妻即不得爲訴訟行爲

然對於此種原則又有例外如左列各項雖無夫之許可亦得爲訴訟行爲

1. 許其妻爲一種或數種之營業者關於其營業之行爲
2. 夫之生死不分明時
3. 夫遺棄其妻時
4. 夫爲禁治產者或準禁治產者時

5. 夫因瘋癲監置於病院或私宅時

6. 夫被處禁錮一年以上之刑其刑在執行中時

7. 夫婦之利益相反時

(五) 禁治產者

禁治產者原則上無民法上行爲能力故亦無訴訟能力

(六) 法人

法人無民法上之行爲能力故亦無訴訟行爲能力法律上以代理人代之爲訴訟行爲

(七) 破產者

受破產宣告者因破產之宣告所爲訴訟行爲當然無效應以破產管財人代破產者爲之

(八) 外國人

外國人依其自國之法律雖無訴訟能力然依本邦法律若有訴訟能力者則視爲有之
第三 訴訟能力與當事者能力

訴訟能力與當事者能力不必一致蓋一則有效而爲訴訟行爲之適格一則單爲當事者有訴訟法上權利能力之適格例如法人如未成年者有當事者能力而無訴訟能力是其例也然兩者互有密接之關係蓋有當事者能力之人受其權利之救濟則大率有

訴訟法上之行爲能力也

第四節 法律上代理人

第一 法律上代理人之意義

法律上之代理人者謂依法令規定直接間接之結果代表訴訟當事者之自然人也民法所謂法定代理人與訴訟法之法律上代理相當訴訟法上凡要法律上代理人者大率因本人爲無能力者例如未成年者或禁治產者之法定代理人與民事訴訟法之法律上代理人正相當也故或謂法律上之代理人必以無能力者之代理人爲限此又不必遽然何言之如第四六條之特別代理者固亦屬於一種法律上之代理人也又如官司之司理經理亦足以說明法律上代理之觀念

其他(1)破產管財人(2)收回命令債權者(3)民法第四二三條間接訴訟權之行使等是否基於法律上代理之觀念其說不一暫記之以供參考

第二 法律上代理人之權限

法律上代理人代當事者爲訴訟行爲之權限不能以一概論此應各依民法及其他法令之規定而定之如監護人爲訴訟須得親族會之同意法人之理事除規條(定款)有特別訂定者外非經總會之決議不得爲訴訟是其例也

第三 訴訟之效果

法律上代理人依法令規定爲訴訟行爲時其效果歸於本人即恰與本人自爲訴訟行爲生同樣之效果

第四 特別代理人

(一) 意義

對於無訴訟能力者或繼承人未定之遺產或不明之繼承人起訴因其無法律上代理人恐因遲滯致生危害繫屬其事件之審判衙門審判長得依聲請任特別代理人此爲日本民訴第四六條所規定以定特別代理人者也

右爲一般之原則若第十五條所揭訴訟無能力者於現在地或兵營地及軍艦定泊所之審判衙門受訴而其法律上代理人住在他地恐因遲滯致生危害亦與右之原則相同得任特別代理人

(二) 選任程序

特別代理人之選任由繫屬其事件之審判衙門審判長依聲請爲之而特別代理人之選任以書狀或言詞聲請之不經言詞辯論得爲裁判又認許聲請時並須以其裁判送達於所選任之特別代理人對於駁回聲請之裁判得爲抗告

關於爲聲請之人法律無直接明文然必爲法律上有利害關係者

(三) 權限

特別代理人於法律上代理人或繼承人未到場以前就訴訟行爲與法律上代理人有同樣之權利義務

(問題) 欠缺補正論

第一 欠缺補正之觀念

爲訴訟行爲而有效者必要具備訴訟條件苟訴訟條件欠缺則該行爲卽不生效果然訴訟行爲亦頗複雜時有難免於欠缺者若以之爲全然無效又失之過嚴故便宜上得暫時留保其效力以待後日之補正蓋節減時間勞力費用爲訴訟法上一大原則故法律於某種事項特許其欠缺之補正職是故也

第二 補正之事項及方法

欠缺補正之事項凡如左

(一) 法律能力

(二) 法律上代理人之資格

(三) 爲訴訟所必要之授權

右列事項若有欠缺時審判衙門認爲當事者因此將受危害且認其欠缺係得爲補

正者許當事者或其法律上代理人暫時得爲訴訟而定相當之期間使爲補正期間內不許判決但欠缺之補正於末次言詞辯論終結以前得追完之

第三 補正之效果

許可欠缺之補正必適法補正之乃自始成爲完全換言之即有遡及效也若命其補正而不爲之則所留保之效力消滅全然歸於無效

第五節 共同訴訟

第一款 概論

第一 共同訴訟之觀念

共同訴訟者謂複數訴訟主體之訴訟也換言之即二人以上之原告或二人以上之被告共爲訴或共受訴也

故共同訴訟即同一性質之訴訟併合也此種訴之併合屬於主觀的訴之併合

第二 共同訴訟之基礎

認共同訴訟之制度者其理由如左

(一) 時間之節減

(二) 訴訟費用之節減

(三) 勞力之節減

(四) 避裁判之牴觸使審理傾宜

第三 共同訴訟之種類

共同訴訟區別之爲通常共同訴訟與特別共同訴訟二種茲分說於下

第二欸 通常共同訴訟

第一 意義

通常共同訴訟者謂受民事訴訟法關於共同訴訟通則的規定之支配者也通常共同訴訟與特別共同訴訟相對而規定之於一般的共同訴訟內者

第二 要件

通常共同訴訟之成立應具之要件如左

(一) 訴訟法上之要件

(I) 訴訟程序之同一

此以依同一種類之訴訟程序爲必要例如於通常訴訟程序之間雖許共同訴訟若一爲通常訴訟程序一爲證書訴訟程序則不許共同訴訟是也

(2) 管轄權之存在

受訴審判衙門就其訴訟事件須皆有管轄權然亦許合意管轄若就該事件無被告之抗辯者即生管轄權不得直爲訴之駁回

茲所謂管轄權事物之管轄自包含之向無異論獨土地管轄是否包含在內其說則不一然余以爲事物土地皆有管轄權也

(3) 共同訴訟之提起

其起訴之當時已爲共同訴訟者自無待論即提起後審判衙門亦有併合之職權

(二) 實體法上之要件

非該當於左列各款之一者不得爲共同訴訟

(1) 立於權利共通或義務共通之地位者

訴訟物須共通於數人其權利義務之共通則因實體法而定例如共通者爲共同原告對於第三者提起排斥共有權侵害之訴是也

(2) 事實上及法律上本於同一之原因者

此即訴訟物基於事實上及法律上同一之原因例如原告一人對於被告數人請求不法行爲之損害賠償是也

(3) 訴訟物之性質係同種類者

即數人本於同種類之事實或法律共有權利或共有義務且其權利義務之性質係同種類者例如保險公司分結別個之契約以多數之被保險者爲相手人基於同種類之保險契約而起訴者是也

第三 共同訴訟之效力

共同訴訟苟具備其要件則訴訟程序單一進行訴訟之進行發展皆依同一之程序爲之是爲原則

然共同訴訟之性質爲訴之併合故各當事者之關係各自獨立其效力換言之即當事者一人所爲之行爲其效果不影響於他人也惟此單從理論上言之若實際上因一人之巧拙而波及於他人者亦所難免

共同訴訟人間關於訴訟行爲之獨立今分說於左

(一) 訴訟條件

各訴訟條件及其他訴訟障礙之存否就各共同訴訟人各別定之

(二) 訴訟行爲

各共同訴訟人得各自獨立爲訴訟行爲故共同訴訟人間其訴訟行爲雖有抵觸亦與他人無妨應各別定之

(三) 懈怠

各共同訴訟人各別與對手人相對立某共同訴訟人之懈怠其利害不及於他之共同訴訟人例如爲上訴及其他不服之聲明對於他之共同訴訟人並無何等效果及之也

(四) 自認拋棄認諾

共同訴訟人內之一人所爲之自認拋棄認諾其利害不及於他之共同訴訟人然自認往往與他共同訴訟人之利害有關審判衙門可認其爲某事實之證據

(五) 中斷中止休止

訴訟程序之中斷中止及休止依各共同訴訟人各別定之

(六) 期間

各種期間對於各共同訴訟人各別進行

第二款 特別共同訴訟

第一 意義

特別共同訴訟者謂對於一切共同訴訟人其權利關係有必須合一確定之共同訴訟也學者稱之爲必要的共同訴訟或不可分共同訴訟而茲所謂合一確定者指出於法律上之合一而言若事實上如何可以不問

特別共同訴訟得分爲形式法上者及實體法上者

第二種別

(一) 形式法上之特別共同訴訟

形式法上之特別共同訴訟者謂須使共同訴訟人之原告或被告共同成立訴訟也換言之其訴訟必要外部爲共同訴訟例如主參加之訴執行異議之訴詐害行爲廢罷之訴是也

(二) 實體法上之特別共同訴訟

實體法上之特別共同訴訟者謂實體法上爲訴訟目的之法律關係其內部必須爲合一確定者也例如請求履行不可分債務之訴確認地役權之訴是也

第三 特別共同訴訟之效力

右二種特別共同訴訟若適法成立於法律有特殊之效力蓋既歸著於合一之共同訴訟則一人之訴訟行爲與其他諸人之訴訟行爲間非爲調和終不能達其目的也

(一) 攻擊防禦

共同訴訟人中有某人爲攻擊防禦之方法於他之共同訴訟人之利益亦生效力茲所謂利益乃訴訟法上之利益若實體法上利益不利益可以不問例如自認認諾時於實體法上爲不利益者然於訴訟法上則常爲利益也

特別共
同訴訟

(二) 爭執及認諾

共同訴訟人中之某人有爭執或不認諾則一切共同訴訟人悉視為有爭執或不認諾

(三) 懈怠

(1) 期日之懈怠

共同訴訟人中有某人懈怠期日或期間視為懈怠者以不懈怠者任其代理故共同訴訟人中之一人懈怠期日然其他不懈怠之不得為缺席判決

(2) 期間之懈怠

懈怠期間之共同訴訟人視為以之委任於不懈怠之共同訴訟人代理其訴訟故共同訴訟人中之一人懈怠期間有一人不懈怠他日即不至失權蓋懈怠之共同訴訟人隨後無論何時均得參加訴訟也

然因不懈怠者所為一切之送達及傳喚對於懈怠之共同訴訟人仍要為之

(問題) 第五十條第四項代理之解釋

第五十條第四項曰「共同訴訟人中有某人懈怠期日或期間視為懈怠者委任於不懈怠者代理」茲所謂代理意義如何其說向不一致

第一說

曰茲之代理卽一般訴訟代理之意義換言之訴訟代理以依當事者之意思表示而定之是爲本則然特別共同訴訟則依法律之規定以定之故不懈怠者之行爲不問其爲利益或不利益皆一般的對於懈怠者能及其效果例如訴之撤回請求之拋棄認諾自認或和解等皆不懈怠者所爲之訴訟行爲然其效果則及於懈怠者也

第二說

曰茲之代理雖依訴訟代理之觀念然訴訟代理之特別委任事項不包含之祇以普通訴訟委任事項爲限始於懈怠者生其效果

第三說

曰茲所謂代理之事項單於懈怠訴訟行爲者爲然若受訴訟法上不利之結果者則不代理之蓋茲之代理觀念非訴訟代理乃依權利之特殊關係也
以上諸說之去取諸君自行研究可也

第六節 訴訟參加

第一款 主參加

一 第一 意義

主參加者謂第三者就他人間所生權利拘束之訴訟物全部或一部因自己有所請求而起訴者也

第二 條件

凡主參加必要具左之條件

- (一) 他人間所生權利拘束之訴訟須爲現存者
- (二) 本訴訟之訴訟物或其權利須爲主參加原告所請求之物
- (三) 主參加之原告須以本訴訟之原告被告雙方爲對手人
- (四) 主參加之訴須向本訴訟所繫屬之第一審審判衙門提起之

第三 本質

主參加與從參加異爲一種獨立之訴訟程序從新開始非爲補助當事者之一方面爲之乃純爲自己而獨立求其判決也

然主參加由被告方面觀察之則屬於共同訴訟之一而共同訴訟中又屬於實體法上之特別共同訴訟

第四 本訴與主參加之關係

本訴訟與主參加訴訟互相獨立進行是爲原則然依本訴訟之原告被告或主參加人之聲請或以審判衙門之職權於主參加之權利拘束終結以前得中止本訴訟之進行

審判主參加訴訟之前若爲本訴訟之判決則該判決依一般之規定形式上及實質上均生確定力及執行力又於本訴訟之判決前若爲主參加訴訟之判決其判決亦發生確定力及執行力而主參加訴訟之判決確定本訴訟當事者得於本訴訟利用其判決

第一款 從參加

第一 意義

從參加者謂他人間已生權利拘束之訴訟因自己之利益以補助當事者之一方爲目的而干與其訴訟者也

第二 要件

(一) 須他人間已發生權利拘束中之訴訟

苟他人間權利拘束中之訴訟既已存在不問其爲人事訴訟抑稟據訴訟於假扣押假處分言詞辯論開始參加於督促程序限於對支付命令有異議之聲請及對執行命令有故障之聲請皆得爲從參加若於強制執行程序則不許從參加

(二) 因當事者一方之勝訴須有法律上之利害關係

故感情上或正義上之利害不包在內

(三) 管轄

向本訴訟所繫屬之審判衙門以書狀爲聲請此聲請若當事者有異議以決定裁判之

第三 效力

從參加之效力分之二(一)程序上之效力(二)判決之效力

(一) 程序上之效力

從參加人以不蔑視其參加時之訴訟程度爲限凡當事人一切之訴訟行爲皆得有
效而爲之

茲所謂不蔑視參加時之訴訟程度者例如參加之時其訴訟若屬於上告審則不得
陳述事實或提出證據是也又參加入行爲與當事者行爲牴觸者亦不生效力其與
當事者訴訟行爲牴觸之例如以當事者所拋棄之證據更行陳述是也

(二) 判決之效力

判決之效力祇於當事者間發生之是本來之原則從參加乃爲從之當事者非眞當
事者故依本來之性質則判決之效力不得及於從參加人惟此原則欲一貫之所以
設從參加之制度將沒卻矣故認其有左之效力

從參加

(I) 一般規定

從參加人對於本訴訟之確定審判不得主張爲不當茲所謂不得主張爲不當者

例如債權者對於保證人提起訴訟主債務人參加之於其訴訟有敗訴之確定判決時若保證人本其求償權向主債務人提起訴訟並引用該判決主債務人不得主張該判決為不當是也

(2) 特別規定

1. 於左列各項則本訴訟之裁判效力不及於從參加人仍得主張其不當
 2. 因參加時之訴訟程度從參加人已不能行使攻擊防禦之方法者
 3. 因主當事者之行為不能使用攻擊防禦之方法者
- 主當事者因故意或重大過失不用從參加人當時所未知之攻擊及防禦方法者

(三) 脫離

從參加人經當事者雙方之承諾得代當事者擔任其訴訟此時從參加人遂為主當事者所代之當事者脫離訴訟

第四 程序

從參加向本訴訟所繫屬之審判衙門以聲請為之聲請須記明所欲參加之訴訟及其當事者又參加人於本訴訟之利害關係及參加之意思均應開示陳述並以其聲請送達於當事者又從參加得與故障異議或上訴併合為之

當事者對於從參加陳述異議時審訊當事者及從參加人之後以決定裁判其參加之許否此種裁判不經言詞辯論得爲之而利害關係存否之爭執祇由從參加人聲敘其關係即可許其參加對於此種決定有不服者得爲即時抗告

不許參加之決定未確定以前從參加人於本訴訟一切期日均得到場且應傳喚之又與本訴訟有關係之裁判亦須送達於從參加人

(問題) (一) 從參加之性質

關於從參加之性質向有諸說

第一 代理說

曰從參加之觀念爲主當事者之代理人依法律之規定屬於法定代理之一種

第二 代位說(橫田氏等)

曰從參加係爲自己之利益而行使屬於他人之權利故從參加與民訴第四二三條所謂間接訴權依同一之法理而爲訴訟法上之代位

第三 擬制說

曰從參加人雖爲自己之利益而補助訴訟當事者然其行爲並非主當事者代理人之行爲又從參加人之行使權利並非主當事者之權利代位蓋從參加人爲自

己之利益而補助當事者實出於法律之擬制有特殊之性質者也

尙有事務管理說反駁効說不甚有力茲不錄之右方諸說之取捨聽諸君自行研究可也

(問題) (二) 於言詞辯論期日祇從參加人到場得爲闕席判決乎

或謂從參加人爲從當事者對於原告被告之訴訟行爲祇立於補助之地位故主當事者闕席本於懈怠判決固得爲闕席判決也

然從參加人於言詞辯論期日到場補助主當事者而爲陳述對於主當事者在一定範圍內其效果自可及之故闕席判決固不得爲也非作如此解釋則法律認從參加人之制度將沒却其趣旨矣

(問題) (三) 祇由從參加人提出上訴其效力如何

從參加人提起上訴而主當事者於期間內並不提起審判衙門應如何處置關於此點其說不一

第一 撤回說

曰從參加人提起上訴而本人不提起實與撤回之條件相同

第二 抵觸說

主當事者之行爲與從參加人之行爲相抵觸以主當事者之行爲爲其標準此法

文所明記者而主當事者不爲上訴從參加人爲之可見訴訟行爲之牴觸此時從參加人之上訴應作無效

第三 代理說

曰從參加人以本人之代理人資格而爲上訴雖本人不爲上訴亦有效而存在

第四 獨立有效說

曰從參加人有上訴之權利於第五四條第一項之末段明定之是此爲從參加人之獨立權利故一旦爲上訴可獨立而生其效果或以之爲訴訟行爲之牴觸不知作爲與作爲間有牴觸而作爲與不作爲間並無牴觸也

要而言之此問題之燒點乃從參加人之上訴是否有本人上訴之效果也余以爲從參加人之上訴完全對於本人生其效果即本人於期間內不爲其程序亦有效也

第三款 告知參加

一 第一 意義

當事者自信敗訴以後得向第三者請求擔保或請求賠償時及恐因敗訴受第三者之請求時告知第三者干與其訴訟此種告知謂之訴訟告知干與謂之告知參加

第二 要件

告知參加

(一) 須本訴訟之權利拘束現已發生

(二) 須本訴訟之當事者自信敗訴後得向第三者請求擔保及請求賠償或恐受第三者請求擔保及賠償

第三 效力

不論訴訟告知之有無均得執行本訴訟此種訴訟參加適用從參加之規定而受告知者無論參加其訴訟與否均不得主張該判決為不當

或謂如獨逸法之無明文者受告知而不參加並不生何等效果此實大誤蓋法律既認告知參加之制度告知雖不參加應亦受其效果否則沒却認此制度之趣旨矣
受告知者得更對於第三者轉為告知

第四 程序

訴訟之告知應向訴訟所繫屬之審判衙門記載該訴訟之告知理由及訴訟之程度以書狀提出之

當知之書狀應送達於第三者又告知之當事者應送付其謄本於其對手人

第四款 指名參加

一 第一 意義

第二編 第二章 當事者

指名參加者謂被告以脫離訴訟爲目的告知其訴訟之繫屬於第三者使第三者承受其訴訟而參加之也

第二 要件

(一) 須以第三者之名而占有物因其物之占有權而被騷

(二) 須於本案辯論前指名第三者

第三 效力

第三者反對被告之主張或不爲陳述時被告應允許原告之請求

第三者認被告之主張爲正當時經被告之承認得代之承受訴訟

第三者承受訴訟時審判衙門據被告之請求許其脫離訴訟但本案之判決對於被告仍有效力且得執行之

第七節 訴訟代理

第一 意義

訴訟代理者謂代本人爲訴訟行爲也代本人爲訴訟行爲者謂之訴訟代理人

昔羅馬不認訴訟代理之制度今日則一般咸認之

第二 性質

訴訟代理之意義

指名參加

訴訟代理之性質

凡代理之觀念蓋代本人與第三者爲行爲也所爲之效果直接及於本人訴訟代理亦不能離此觀念關於訴訟行爲之性質有以之爲法律行爲者若以訴訟行爲爲法律行爲則訴訟代理與民法上之代理並無所異果若此則法律行爲之觀念未免過於擴大矣自今日言之寧謂訴訟行爲與法律行爲有異較爲適當何言之蓋法律行爲因欲發生私法上之效果而爲之若訴訟行爲不過生訴訟法上之效果且其效果之發生並不以當事者之意欲爲要件也

第三 代理資格

爲訴訟代理人之資格凡地方審判廳以上皆以律師爲之是爲原則無律師者則以有訴訟能力者之親族雇人爲之又無親族雇人者以通常之訴訟能力者爲之其初級審判廳以律師或有訴訟能力者之親族雇人爲訴訟代理人若無親族雇人而有律師亦得以通常之訴訟能力者爲訴訟代理人他國立法例凡訴訟行爲有一切以律師爲之者此種制度採律師訴訟主義日本國法不然採當事者訴訟主義

第四 代理權之範圍

訴訟代理依委任而成立故代理權之範圍亦依委任範圍而定之然爲訴訟行爲其必要之代理權常須具備有訴訟代理之存在不問當事者之意思如何左列權限必應有之

(一) 普通之委任

◎普通委任

- (1) 反訴
- (2) 主參加
- (3) 故障
- (4) 假扣押假處分
- (5) 強制執行

因右列事項所生之訴訟行為及領收對手人清償之費用皆有權為之
 右方訴訟委任之範圍當事者雖加以制限其制限對於對手人無效力然除依律師
 為代理外得就各個訴訟行為為委任

(二) 特別委任

◎特別委任事項

- (1) 控告上告
- (2) 再審
- (3) 復代理
- (4) 和解
- (5) 拋棄

代理權之範圍

右列諸項非受特別委任不得爲之

(三) 代理人之複數

訴訟代理人有數人時得共同或各別爲代理但違背其委任事項者對於對手人發生效力

第五 代理之效力

訴訟代理人所爲之訴訟行爲其效果直接及於本人換言之代理人所爲之行爲恰與本人所爲者生同一之效果

然若本人與代理人共同到場爲事實上之陳述其代理人所爲之行爲即時由本人取消或更正者則失其效力

代理之效力

請求之拋棄或認諾是否包含於事實上之陳述中關於此點其說不一然以余觀之實不包含在內蓋事實上之陳述許更正或取消者本因代理人不能知悉本人之事情故耳若拋棄認諾如此重要之事項自應與當事者熟商而後爲之不在取消更正之列倘訴訟代理人輕於陳述致當事者受其損害可照損害賠償之法辦理

第六 代理權之消滅

訴訟代理權因左列事項而消滅是爲原則

代理權
之消滅

◎代理消滅原因

- (1) 委任者之死亡
- (2) 訴訟能力之變更
- (3) 訴訟上代理之變更
- (4) 委任之廢罷
- (5) 代理之辭却

然對於對手人未通知消滅其委任以前不生效力

右通知書由當事者提出於受訴審判衙門由審判衙門送達於對手人

代理人雖辭却然於委任者未以他種方法防衛其自己權利以前仍須代委任者為防衛

其權利所必要之行爲

第七 委任之欠缺

委任之
欠缺

訴訟委任有欠缺時代理人所為行爲不生何等效果然絕對貫徹此種理論則對於當事者極多不便故使之立一定之保證得於後日補正其欠缺而補正與否固由審判衙門之任意又其期間於末次言詞辯論終結以前得追完之所追完之補正及於始而有

第八 委任之程序

訴訟委任附於審判衙門之訴訟筆錄以書狀證明之

於言詞辯論之期日在受命推事或受託推事之面前爲言詞委任而記載其陳述於辯論筆錄者則與書狀委任生同一之效力

第八節 輔佐人

第一 意義

輔佐人者因伸張或防衛當事者之權利起見到場言詞辯論輔當事者而爲陳述者也

第二 性質

輔佐人乃當事者之補助機關在訴訟法上無獨立之人格故既非本人之代理人亦非從參加人單爲輔當事者所不足而設之制度也

第三 資格

輔佐人之資格祇要有訴訟能力者便可爲之然非律師而爲輔佐人者須受審判衙門之許可審判衙門雖經許可後日亦得取消之

第四 輔佐行爲

當事者於言詞辯論所得爲之一切行爲輔佐人皆得爲之例如事實上並法律上之主張陳述證據方法之提出等皆得爲之是也若當事者退庭以後則不論何種行爲皆不得爲

輔佐行爲若當事者不即時取消之或更正之則悉視爲當事者之陳述

第九節 訴訟費用

第一 意義

訴訟費用者謂就民事訴訟所支出之法定費用也茲所謂法定費用又非關於民事訴訟之一切費用然如何始屬於訴訟費用如何不屬之應明白揭出所謂訴訟費用者以左列各法均爲限

(一) 民事訴訟費用法

(二) 民事訴訟印紙法

(三) 承發吏公費規則

限於右列規則所定者謂之訴訟費用故對於律師謝金由訴訟費用中除外之蓋日本法典不採律師訴訟主義故也

第二 負擔訴訟費用之原則

凡國家採用裁判有償主義者均以其一部爲財源之一種然進而求之何人負擔其費用乎日本現行法上有三種原則

(甲) 三大原則

訴訟費用之意義

(一) 一般由敗訴者負擔

凡敗訴者因訴訟所生之訴訟費用須清償於對手人然何故使敗訴者任負擔之責乎其說不一或以爲有損害賠償之性質或以爲有刑罰的性質然皆係強辯就今日之理論言之既無刑罰之意義亦不依損害賠償之法理不過使誘導訴訟者負擔訴訟上之費用而已

(二) 互有勝敗其負擔相消

當事者互有勝敗時其費用相消或以比例分擔之
蓋相消之時由各當事者自辦不能令對手人負擔又雖互有勝敗然比較勝訴者本來請求之部分並不格外過分且不生特別費用時及非依推事之意見鑑定人之鑑定或相互之計算不能避過分之要求時得使當事者之一方負全部之責任
又關於和解之費用以無特約者爲限視爲當事者互相消

(三) 共同訴訟之負擔平等

於共同訴訟生連帶義務者以平等負擔爲原則

然共同訴訟人於訴訟之利害關係顯有相異者審判衙門得視其比例命分別負擔費用茲所謂生連帶義務者與實體法上生連帶義務者同解(同說大審院判例、今村氏、岩田氏、板倉氏等)

(乙) 特例

對於右之三原則有左之特例

(一) 被告徑行認諾者

被告對於原告之請求直行認諾並能證明其無庸提起訴訟者原告負擔訴訟費用

(二) 因懈怠或過失致延長期日者

勝訴者於訴訟中懈怠日期間或因過失致期日變更辯論延期延長辯論之續行

期日者因此所生之費用須負擔之但因證人鑑定人之不參與而延長者不包舍在

內

(三) 主張無益之攻擊防禦方法者

勝訴者主張無益之攻擊或防禦方法因此特別所生之費用應負擔之

(四) 爲無益之上訴提起或上訴撤回者

爲無益之上訴或撤回者上訴提起者應負擔其訴訟費用

右方規定於從參加人之與主當事者間亦適用之

(丙) 第三者之負擔

訴訟費用以當事者負擔之爲一般之原則然亦有使第三者負擔之者如審判衙門書

記法律上代理人律師及其他代理人並承發吏因過失或懈怠致生費用者受訴審判

訴訟費用
之特質

衙門得依當事者之聲請或以其職權以決定命負擔其費用

第三 審判訴訟費用之特質

對於訴訟費用之裁判不許獨立爲不服之聲明唯對於本案裁判提起上訴或依附帶上訴則不服之聲明固得爲之

於訴之撤回、請求之拋棄、認諾、和解並上訴之撤回無須裁判即可定其負擔者其他則必須裁判雖無聲請可以職權爲之此與終局判決同時爲裁判但爲一部之判決者則待此後有應宣告之判決再行裁判

又中間判決不爲訴訟費用負擔之裁判此因中間判決祇爲終局判決之準備勝訴敗訴未定何人故也其辦法亦與前同

第四 訴訟費用額之確定

關於負擔訴訟費用之裁判祇定何人負擔尙未確定其額故確定訴訟費用額須別個之程序今更說明於左

(一) 聲請

訴訟費用額之確定基於當事者之聲請爲之而其聲請則又基於所執行之裁判但依訴之撤回上訴之撤回或訴訟物之拋棄認諾逕行終了訴訟者不在此限
聲請以書狀或言詞均得爲之

(二) 管轄

右之聲請於第一審之受訴審判衙門爲之

(三) 裁判

訴訟費用額之
確定

確定訴訟費用額以決定爲裁判而此裁判可不經言詞辯論

審判衙門確定費用額以前得以費用計算書交付對手人催告其於一定之期間內陳述意見對手人不爲陳述審判衙門卽基於聲請者之計算書爲費用額之決定

對於費用額之決定得依即時抗告聲明不服當事者若按比例分擔訴訟費用之全部或一部者審判衙門依當事者之聲請應於審判前定一定之期間命對手人提出其所支出費用之計算書若對手人逾期不提出得徑行爲確定費用額之決定但對手人後日提出計算書仍得以自己所支出之費用更聲請確定費用額

又審判衙門爲費用計算上之檢查得命審判衙門書記爲之

第十節 保證

第一 意義

訴訟上之保證云者謂當事者或參與訴訟程序之第三者於法定之事項就訴訟費用

或依訴訟而生之損害應提存金錢及其他之有價證券以供擔保也

第二 原因

保證之原因大別之爲二其一對於訴訟費用者其二對於損害者

(一) 對於訴訟費用之保證

外國人爲原告或爲原告之從參加人因被告之請求就訴訟費用應提存保證
惟於左列各款情形則無提存之義務

(1) 依國際條約或依該原告所屬之國法內國人在其國爲原告或爲從參加人並
無提存保證之義務者

(2) 爲反訴者

(3) 爲證書訴訟及票據訴訟者

(4) 基於公示催告所提起之訴者

(二) 對於損害者之保證

(1) 對於當事者之損害保證

(a) 債權者之保證

依強制執行或依假扣押假處分之執行債務者所被之損害得令債權者提存

保證

(b) 債務者之保證

不為強制執行或強制執行之停止制限及取消或假扣押假處分停止及制限債權者所被之損害得令債務者提存保證

(2) 對於訴訟代理人之損害保證

訴訟代理權欠缺於其補正以前許暫為訴訟對手人因此就其訴訟費用及損害得令提存保證

第三 程序

保證以金錢及其他有價證券之提存為之而提存須依供託法及供託物處理之規定供託物之返還亦然

第四 效果

審判衙門令當事者提存保證並應定一定之期間使於期間內為之若已逾期當事者尚不提存審判衙門據被告之聲請以判決駁回原告之訴又原告已為上訴者則以判決駁回其上訴

於假扣押假處分在一定期間內不為保證之提存者亦得駁回其聲請

右方所述係訴訟法上之效果至於實體的關係則就保證有利益者於供託物有質權關於此點其說雖不一致然非認為質權設定則保證制度之趣旨終不能全也

第十一節 救助

第一 意義

訴訟上之救助云者謂因無資力不能爲權利之伸張或防禦者依法定之條件在一定範圍內與以費用支付之猶豫也

第二 救助之條件

- (一) 若支付訴訟費用則害其自己及其家族所必要之生活
 - (二) 其權利之伸張或防禦並非無理由者
- 外國人以依國際條約或其所屬國之法律許內國人有受訴訟上救助之利益者爲限得聲請救助蓋此因採用相互條件主義之故也

第三 救助之程序

(一) 聲請

救助依當事者之聲請附與之其聲請必須具備左列事項

- (1) 表明訴訟關係且舉示證據方法
- (2) 提出訴訟費用無資力支付之證明書

(二) 管轄

救助之聲請向管轄其事件之審判衙門爲之若審級有變動須對於各審級爲之但於上訴審則無須再提出前記之證明書

第四 救助之效力

(一) 一般的效力

受訴訟上救助之當事者生左之效力

(1) 審判費用(國庫墊款亦包含在內)暫行免交

(2) 訴訟費用之保證免行提存

(3) 承發吏因送達及執行行爲之辦公費及墊款暫行免交

(4) 受訴審判衙門於必要時因受訴訟上救助之當事者聲請或以職權得爲之選

任律師暫免酬謝

(二) 其他之效力

(1) 訴訟上之救助與償還對手人費用之義務並無影響

(2) 因訴訟救助暫行免交之審判費用得向應負擔訴訟費用之對手人徵收之

(3) 爲受救助之當事者辦事之承發吏或律師有同一之條件時亦得依自己之權

利以費用確定之方法請求償還辦公費及墊款

(4) 受救助之當事者若至無害其自己及家族所必要之生活力能完納費用時所

有暫行免交之數額卽有補納之義務

第五 救助之裁判

審判衙門對於訴訟救助之許可選任律師之聲請訴訟救助之取消及數額補納之義務均以決定爲之

右列各種裁判均不經言詞辯論

對於許可訴訟上救助之決定駁斥聲請取消之決定或駁斥聲請費用補納之決定限於檢察官得爲抗告但對於選任律師之決定不得爲上告

當事者對於駁斥聲請訴訟上救助之決定取消救助之決定駁斥聲請選任律師之決定命費用補納之決定均得爲抗告

第三編 訴訟行爲

第一章 概論

第一節 訴訟行爲

第一 訴訟行爲之意義

訴訟行爲者謂訴訟主體所爲生訴訟法上效力之意思表示也。故訴訟行爲乃審判衙門及當事者之行爲。若第三者之行爲非訴訟行爲。例如證人鑑定人之行爲非訴訟行爲。不過單爲訴訟行爲之目的物而已。然以第三者爲代理人之行爲於本人亦生效力。故亦屬於訴訟行爲。

第二 訴訟行爲之性質

訴訟行爲乃生訴訟法上效果之意思表示。與法律行爲不可混同。關於法律行爲之觀念其說不一。要之發生法律行爲之效果必以當事者之希望爲要件。因有其希望故發生其效果。若訴訟行爲固不以此之希望爲要件也。

第三 訴訟行爲之種別

爲
訴訟行

訴訟行爲其種別如左

(一) 審判衙門之行爲

(二) 當事者之行爲

第二節 訴訟行爲之諸主義

第一 處分主義與職權主義

職權主義者謂雖無當事者之要求得開始民事訴訟之主義也

處分主義者謂必俟當事者之要求始開始民事訴訟之主義也

民事訴訟與刑事訴訟異以保護私權爲其目的處分主義與其性質正適應故日本現行法亦採用此主義但於人事訴訟程序則有例外採用職權主義

第二 辯論主義與糾問主義

辯論主義者謂祇以當事者辯論之結果爲裁判材料之主義也

糾問主義者謂不問辯論如何審判衙門以職權審查訴訟關係所必要事項之主義也

日本現行法採用辯論主義蓋民事訴訟法係保護私權之程序故依當事者陳述之結果以爲裁判最爲適當但對於此種原則亦時有例外者焉

第三 言詞主義與書狀主義

言詞主義者謂當事者之辯論成須於審判衙門以言詞爲之之主義也

書狀主義者謂當事者所主張之事實及證據方法悉以書狀爲之之主義也

日本現行法以採用言詞主義爲原則

第四 自由序列主義與法定序列主義

自由主義者謂關於言詞辯論之順序不設特別之制限隨當事者任意之主義也法定

主義者謂關於辯論之順序以法律紀律之者也而法定主義更分爲順序主義與假定

主義二種順序主義者謂關於當事者之辯論定法律上之順序反之而爲陳述則不認

其效力之主義也假定主義者謂當事者有某事實或證據方法與他之事實或證據方

法爲達同一之目的者不同時提出之則後日不得提出之主義也

日本法典原則上認自由主義

第五 當事者追行主義與職權追行主義

當事者追行主義者謂關於訴訟之進行委於當事者意思之主義也

職權追行主義者謂不拘當事者之意思如何審判衙門以職權而爲之者也

日本法典原則上雖採用當事者追行主義然亦多有認例外者

第六 雙方審理主義與一方審理主義

訴訟行
爲之諸
主義

當事者雙方審理主義者謂審判衙門之爲裁判必使當事者雙方爲辯論或使之有得爲之機會者也

一方審理主義者謂祇據一方之陳述而爲裁判者也

日本法典原則上採用雙方審理主義對於決定命令則有例外採用一方審理主義

第七 公開主義與秘密主義

公開主義者謂辯論證據調查裁判皆公開爲之之主義也茲所謂公開乃許公眾人至法庭旁聽之謂

秘密主義者謂關於右列事項不使訴訟關係者以外之人得知之主義也

日本法典採用公開主義蓋公開所以保持裁判之公平妨私曲之行使也

第八 自由心證主義與法定證據主義

自由心證主義者謂使審判衙門對於各種之證據力爲自由之判斷也

法定證據主義者謂豫設關於證據力有無之規定使審判衙門有所依據之主義也

今日立法例皆採用自由心證主義日本法典原則上亦採自由心證主義

第二章 言詞辯論

第一 言詞辯論之意義

言詞辯論之意義

言詞辯論有廣狹二義自廣義言之訴訟主體於期日所爲一切之行爲也即當事者之辯論以至審判衙門受命推事受託推事所爲證據調查裁判宣告均包含之自狹義言之則證據調查裁判宣告爲除外也以下所說係狹義之言詞辯論

第二 言詞辯論之內容

言詞辯論乃審判衙門用以搜集訴訟資料當事者因此提供訴訟資料者也凡言詞辯論於受訴審判衙門審判長所豫指定之期日在法律上所定場所之公庭爲之而言詞辯論期日以訴訟事件之傳到而開始言詞辯論則經審判長以辯論開始之旨見告後因當事者聲明應受判決之事項而開始

(一) 當事者之訴訟行爲

(1) 始期

言詞辯論因當事者之聲明而開始聲明者指稱應受判決本案之聲明也故聲明爲言詞辯論開始之條件亦爲構成言詞辯論之一部者

(2) 演述

言詞辯論各當事者於事實上及法律上之訴訟關係統以言詞演述之

(3) 攻擊防禦之方法或證據抗辯

言詞辯論之內容

各當事者於末次言詞辯論終結以前得提出攻擊或防禦之方法並得主張證據抗辯

(4) 審判衙門即時得爲之證據調查與當事者於言詞辯論演述同時爲之是爲原則然即時不得爲之證據調查特以證據決定以爲證據調查者應與言詞辯論分離於特別之程序爲之

(二) 審判長之行爲

審判長就言詞辯論有訴訟指揮權與法定警察權

(三) 審判衙門書記之行爲

因保存言詞辯論所生事實之證據審判衙門書記須作成辯論筆錄而記載之此種記載有形式的者有實質的者

第三 準備書狀

凡言詞辯論以書狀準備者須具左列諸件

(一) 表示當事者及其法律上代理人之氏名身分職業住所審判衙門訴訟物及其附屬書類

(二) 當事者於法定所欲爲之聲明

(三) 爲聲明原因之事實上關係

第三編 第二章 言詞辯論

準備書狀

(四) 對於對手人事實上所主張之陳述

(五) 當事者事實上主張之證明或攻擊所用之證據方法及對於對手人所提出證據方法之陳述

(六) 當事者或其訴訟代理人之署名及蓋印

(七) 年月日

右列準備書狀應提出之事實須簡明記載之

第四 辯論筆錄

於言詞辯論審判衙門書記須作成筆錄前已言之而此種筆錄須揭左列諸件

(一) 辯論之場所年月日

(二) 推事審判衙門書記及蒞庭之檢察官並繙譯官之氏名

(三) 訴訟物及當事者官之氏名

(四) 到場之當事者法律上代理人訴訟代理人及輔佐人氏名若當事者有闕席時其

闕席

(五) 爲公開辯論或禁止公開

關於辯論之進行尙須記載其要領於辯論筆錄

左列諸件須爲明確之記載

(一) 自認 認諾 拋棄及和解

(二) 明確規定之聲明及陳述

(三) 證人及鑑定人之供述但其供述以從前所未聞者及與從前之供述有異者爲

限

(四) 檢證之結果

(五) 作於書狀未添付於筆錄之裁判

(六) 裁判之宣告

以附錄添附於辯論筆錄附錄書類之記載與筆錄之記載須相同

右列自一以至四各事項爲使關係人於法廷讀聞或閱覽起見應示之於關係人而履行

前項程序及拒絕承諾之理由須附記於筆錄

審判長及審判衙門書記應於筆錄署名蓋印

第三章 送達

第一 送達之意義

送達者謂以書狀通知某事項於訴訟關係人之行爲也而送達以書狀之交付爲之

狀交付不可不由一定之國家機關依法定之程序

第三編 第三章 送達

第二 諸主義

關於送達有三大主義曰職權主義曰當事者主義曰折衷主義以審判衙門之職爲之者謂之職權送達主義以當事者之行爲爲之者謂之當事者送達主義折衷右至主義者謂之折衷主義

右諸主義中日本訴訟原則上採用職權送達主義

第三 受送達之能力

送達爲訴訟行爲訴訟行爲之能力應依民法之規定故受送達之能力亦應依民法之規定此爲一般之理論然受送達之能力尙有須特別說明者

若依右方一般之理論則對於妻及準禁治產者所爲之送達非向其法律上代理人爲之不生效果然雖同爲訴訟行爲進而爲之與消極的受之其間不無差異故法律特設補充送達之規定自其越旨觀之則妻及準禁治產者雖無進而爲訴訟行爲之能力然受訴訟行爲之能力固有之也此祇就受送達之能力而論非謂有爲訴訟行爲之能力也蓋爲此訴訟行爲者非當事者乃因審判衙門之職權也

第四 送達之種類並特質

送達分爲四種

一(一) 由承發吏送達

◎送達之種類

(一) 由郵政局送達

(二) 由囑託送達

(三) 由公示送達

(一) 由承發吏送達

依承發吏之送達者謂由承發吏或送信人爲送達者也

(二) 付郵政之送達

當事者於受訴審判衙門所在地無住所並無事務所者在最近之言詞辯論以前須選定假住所否則審判衙門書記以當事者之名付該書狀於郵政付郵政之時視爲已生送達之效果

(三) 囑託送達

囑託送達者謂對於在外國者則囑託外務部對於出陣中之軍隊或現服役務之軍艦乘込員則囑託其上級司令長官爲之送達也關於此種送達之要件及方法法律設有詳細規定

(四) 公示送達

公示送達者謂以應送達之書類貼附一定場所或公告其書類之抄本以爲送達也若不知當事者之現在地或當事者在外國時不能依此規定爲送達

其公示期間爲十四日祇對於當事者爲之其公示方法以書類貼付於審判衙門之揭示板但此十四日之期間得延長之

第五 送達之效力

送達有單通知某事項而止者例如準備書狀之送達是也又有生法律上之重要效果者例如依訴狀之送達而生權利拘束之效力依判決之送達而開始故障或上訴期間是也其效力各有不同不能一概論之

第四章 期日及期間

第一節 期日

第一 期日之意義

期日者謂訴訟關係者會合爲訴訟行爲之時間也換言之因訴訟關係者於審判衙門或受命推事受託推事之前前爲訴訟行爲及審判衙門或受命推事受託推事於當事者及其他訴訟關係者之面前所爲訴訟行爲之時間謂之期日

第二 期日之指定

原則上期日之指定由受訴審判衙門審判長行之惟但亦有由受命推事受託推事指定者是爲例外例如第二六九條第二七八條是也

期 日

第三 定期日之方法

期日以日及時定之而星期日及一般之祝祭日非有不得已不得以之定爲期日
又期日應定開始之時不定終了之時蓋期日終了於行爲之終了時也

第四 期日之傳喚

期日已指定後由審判衙門書記作成傳票將其正本送達於當事者及訴訟關係人以
傳喚之但對於在延者無須送達傳票得命其到場

第五 期日之場所

期日於審判衙門內開之是爲原則惟對於到場有障礙之人爲審問及其他檢證於審
判衙門內有不得爲之行爲則於審判衙門外爲之是爲例外

第六 期日之始終

期日因事件之傳到而開始因完結期日所應爲之行爲而終了但期日行爲雖不完結
若審判長受命推事受託推事明示或默示期日終了者亦因之終了

第七 期日之變更

期日之變更者謂於期日開始前定更代之期日也此期日之變更因聲請或以職權爲
之

而因當事者之聲請者除依合意者外以有顯著之理由爲限始許爲之

尚有須附說者即辯論之延期及續行是也辯論之延期者謂於期日開始後辯論開始前定新期日以延期也續行云者謂辯論雖已開始然其辯論尙未完結定新期日以繼續辯論也

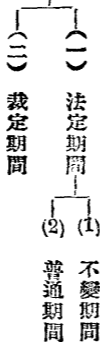
第二節 期間

第一 期間之意義

期間者謂訴訟關係者單獨得爲訴訟行爲之時間也

第二 期間之種類

◎期間之種類



(一) 法定期間

法定期間者謂以法律所定之期間也法定期間更分之爲不變期間及普通期間二種

(1) 不變期間

不變期間者謂除法律所定者外不得因聲請或以職權伸縮之或停止之也

左列各款爲不變期間

- ◎不變期間——
1. 故障期間（第二五五條）
 2. 控告期間（第四〇〇條）
 3. 上告期間（第四三七條）
 4. 即時抗告期間（第四六六條）
 5. 再審之訴期間（第四七四條）
 6. 對於除權判決之聲明不服期間（第四七五條）
 7. 取消公斷判斷之訴期間（第八〇四條）

(2) 普通期間

普通期間者謂不屬於右之不變期間者也換言之因當事者之聲請得以伸縮之期間謂之普通期間

而此普通期間有準備期間與各期間之分準備期間謂當提起訴訟之際因以準備書狀豫爲調查所通知之事實而設之期間也

1. 第一九四條
2. 第一九九條
3. 第三七七條

◎準備期間

- 4. 第四〇三條
- 5. 第四四〇條
- 6. 第四九六條

次之則為無名期間不屬於右之準備期間內法律不附以特別之名稱者也

◎無名期間

- 1. 第一七五條
- 2. 第二四二條
- 3. 第三八六條
- 4. 第三九一條
- 5. 第五〇八條
- 6. 第六〇九條
- 7. 第六三二條
- 8. 第六五六條
- 9. 第七一五條
- 10. 第七四九條
- 11. 第七七一條
- 12. 第七八九條

期間

(二) 裁定期間

裁定期間者謂其定期間之方法一任於審判官或審判衙門之期間也蓋專爲適應於各別事項有定期間之必要者

◎裁定期間

- | | | | | | | | | | | | | |
|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|------|------|------|------|------|
| 13. | 12. | 11. | 10. | 9. | 8. | 7. | 6. | 5. | 4. | 3. | 2. | 1. |
| 第三四五條 | 第三四一條 | 第三四〇條 | 第二八八條 | 第二七五條 | 第二五五條 | 第二〇四條 | 第一九二條 | 第九〇條 | 第八六條 | 第八五條 | 第七〇條 | 第四五條 |

19.	18.	17.	16.	15.	14.
第七六一條	第七四六條	第六五四條	第六五三條	第五四七條	第三五三條

第三 期間之計算

期間以時定者由即時起算以日定者初日不算入一日之期間為二十四時一月之期間為三十日一年之期間則從歷法若期間之末日為星期日或一般之祝祭日者不算入於期間內

第四 期間之伸縮

當事者於審判衙門所在地無住居者按其住居地與審判衙門所在地相距距離之比例每海陸路八里伸長一日八里以外之零數超過三里者亦延長一日關於其他之當事者住所在外國或島嶼有便船可通者審判衙門於其法定期間亦得定附加期間

又法定期間中除不變期間外如為普通期間及裁定期間於左列情狀得伸縮之

(1) 當事者之合意

(2) 由當事者一方之聲請而有顯著之理由

(3) 同一期間爲再度之伸長有當事者之合意者許之否則必須審訊對手人後始得許之若對手人陳述異議時以顯有障得之理由及除去其障礙證明有特別之困難者爲限亦許之訴訟代理人有障礙原因爲再度之伸長除由合意外不之許

（問題） 期日與期間之別

期日者謂訴訟關係者會合爲訴訟行爲之時間也期間者訴訟關係者單獨得爲訴訟行爲之時間也或謂期日爲當事者對於審判衙門爲某訴訟行爲之一定日期期間則不拘特定日時凡於某時間內無論何時皆得爲訴訟行爲者也然曰日月皆有時間之觀念凡訴訟行爲非瞬間所能爲必要經多少之時間

故兩者之別不能求之於時間與日時須別求其區別

然則如何以區別之乎應謂期日爲多集會合之時間乃裁判上之所須者若期間則爲單獨得爲訴訟行爲之時間乃屬於裁判外者此其區別也

又定期日之方法祇定其開始之時不定其終了之時若期間則不問法定期間與裁定期間皆豫定始期及終期

第五章 懈怠

第一節 懈怠之結果

第一期 懈怠之意義

懈怠者謂訴訟當事者不於法定時期爲訴訟行爲也。審判官懈怠訴訟行爲非茲所謂懈怠。此則專屬於司法行政之問題。

第二期 懈怠之結果

民事訴訟法雖採用不干涉主義。然若絕無制限則訴訟不能進行。致當事者有愚弄國家機關之弊。故定期日期間之制。懈怠此期日及期間者。應生一定之效果。例如於應爲訴訟行爲之時。若不爲之。則失其爲訴訟行爲之權利是也。但法律許追完者不在此限。

第三期 懈怠之種類

懈怠分全部懈怠及一部懈怠二種。全部懈怠者。於時期不爲所應爲之一切行爲也。例如於言詞辯論期日全然不爲辯論是也。一部懈怠者。謂於期日及期間內所應爲之行爲。仍爲之。但不爲其他各個之訴訟行爲耳。例如已爲控告。上告之聲請。然言詞辯論對於對手人之陳述。不爲陳述者是也。

第二節 原狀回復

第一 原狀回復之意義

原狀回復者謂懈怠不變期間之結果所以除却之也不變期間以外之期間許爲伸縮獨不變期間則不許之欲絕對貫徹此理然亦頗形不便故對於懈怠之結果苟具備法定之條件許其原狀回復

第二 原狀回復之要件

凡原狀回復應具備左列要件

- (一) 因天災及其他不可避之事變當事者不能遵守不變期間者
 - (二) 故障期間之懈怠乃因不知闕席判決之送達其不知又非由於過失者
 - (三) 自其障礙停止之日起於十四日之期間內須爲聲請
- 此聲請原狀回復之期間並非不得伸長之不變期間然逾不變期間至一年後者則不得爲之

原狀回復

第三 聲請之方式

原狀回復之聲請向有權審判追完訴訟行爲之審判衙門提出書狀爲之而書狀須具備左列諸件

- (1) 原狀回復之原因
- (2) 原狀回復之聲敘方法

(3) 懈怠訴訟行為之追完

又懈怠即時抗告之提出者聲請原狀回復得向原審審判衙門或抗告審判衙門爲之

第四 訴訟程序

聲請原狀回復之訴訟程序及追完訴訟行為之訴訟程序得併合行之然審判衙門可先就原狀回復之聲請命其辯論並爲裁判以制限其訴訟程序關於聲請許否之裁判及對於其裁判有不服之聲明適用追完訴訟行為之規定然爲聲請之當事者不得聲明故障原狀回復之費用由聲請人負擔之但因對人不當之異議而生者不在此限

第六章 訴訟行為之停止

◎ 訴訟行為之停止

- 第一 中斷
- 第二 中止
- 第三 休止

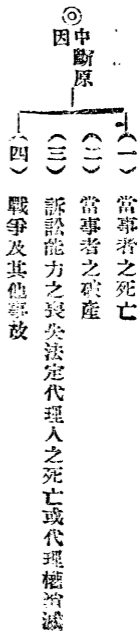
第一節 中斷

第一 中斷之意義

中斷者謂因某事實之發生法律上當然生訴訟行為之停止者也

第二 中斷原因

凡中斷原因如左



第三 受繼程序

(一) 當事者之死亡

當事者死亡於承繼人受繼訴訟程序以前中斷之受繼遲延審判衙門因聲請得傳喚其承繼人爲受繼及爲本案辯論若承繼人不到場得因聲請以對人所主張者視爲承繼人之自認者相同且審判衙門得以闕席判決宣告承繼人受繼訴訟程序又本案之辯論俟故障期間滿了後始爲之若於其期間內聲明故障者俟其完給後始爲之

若其遺產任設有管理人者自管理人通知對手人或對手人以續行程序通知於代理人以前繼續其中斷

(二) 破產

第三編 第六章 訴訟行爲之停止

當事者受破產之宣告者關於破產財團之訴訟程序依破產法之規定於有受繼程序以前或破產程序完竣以前中斷之

(三) 訴訟能力之喪失法定代理人之死亡或代理權消滅

當事者失訴訟能力或其法律上代理人死亡或於當事者得訴訟能力以前其代理權已歸消滅其訴訟程序於法律上代理人新法律上代理人通知對人或對手人通知其代理人續行訴訟程序以前中斷之

(四) 戰爭及其他事故

因戰爭及其他事故致審判衙門停止辦公者此事情之繼續中中斷訴訟程序俟停止時再復活之

第四 中斷之效力

中斷之效果停止一切期間之進行待其原因終了再行開始

中斷中當事者之一方雖為訴訟行為然對於對手人不生何等效果但言詞辯論終結後始生中斷者本其辯論所為之裁判不妨為之

第二節 中止

第一 中止之意義

中止者基於法律上一定之原因依審判衙門之裁判而停止訴訟行為者也中止之義

判大率以職權爲之然時亦有基於聲請者

第二 中止之原因

中止之原因如左

(一) 當事者於戰時服兵役或依官廳之布令或因戰爭及其他事變致與受訴審判衙門交通遮斷者

有右列之原因障礙未停止以前審判衙門得命訴訟程序之中止若聲請中止則以書狀或言詞向受訴審判衙門爲之受訴審判衙門不經言詞辯論可爲中止之決定

(二) 本訴訟與他訴訟事件之內容有牽聯者
例如第五二條主參加之訴是也

第三 效力

有中止之裁判則期間進行全因此停止自其原因終了時起其期間再開始進行又於中止中當事者所爲之訴訟行爲對於他之一方不生何等效果

對於中止訴訟程序之裁判得爲抗告又對於駁斥聲請中止之裁判得爲即時抗告

第三節 休止

一 第一 休止之意義

第三編 第六章 訴訟行爲之停止

休止者謂以當事者之合意停止進行中之訴訟行爲也是因民事訴訟法採用不干涉主義故訴訟之進行原則上可由當事者任意爲之此於保護私權極爲便當也

第二 休止之原因

(一) 合意

當事者由合意得休止訴訟程序

(二) 法定

言詞辯論期日當事者雙方不到場時須由其一方聲請更定言詞辯論期日未聲請以前休止訴訟程序

第三 休止之效力

休止與中斷中止有異不變期間之進行並不因休止而受影響蓋休止祇有停止其他訴訟行爲之效果而已合意之休止由合意解除以前休止之法定之休止由當事者一方聲請更定言詞辯論期日以前休止之而法定休止若一年內不爲期日指定之聲請則視爲撤回其本訴及反訴

第二部 第一審之訴訟程序

第一編 地方審判廳之訴訟程序

第一章 訴訟提起

第一節 訴狀

第一 訴狀之意義

訴狀者謂記載提起訴訟之意思表示之證書也。提起訴訟於地方審判廳者應用訴狀。若於初級審判廳者或以訴狀或以言詞均得爲之。

第二 訴狀之要件

凡訴狀應具備左列諸件

(一) 當事者及審判衙門之表示

茲所謂當事者指原告被告審判衙門指受訴審判衙門

(二) 所請求之一定目的物及其請求之一定原因

第一編 第一章 訴訟提起

訴狀之要件

所請求之一定目的物者謂依訴訟所欲得之事物也例如物品取回之訴應表示其物品是又請求之一定原因云者謂起訴基因之事實也例如契約履行之訴何年何月何日應履行之契約尙未履行之是也

(三) 一定之聲請

茲所謂一定之聲請者求判決之要點也例加於契約履行之訴須求被告履行契約是此種訴狀凡關於準備書狀一般之規定亦適用之且審判衙門之管轄據訴訟物之價額而定者其訴訟物若非一定之金額應記其價額

尙應依訴訟用紙法貼用相當之用紙

第三 要件之適否

(一) 要件欠缺

訴狀不合右方所列舉之要件以審判長之命令定相當之期間命其於期間內補正欠缺若原告不從此命俟期間滿了後應駁回訴狀而對於此駁回之命令得爲即時抗辯

(二) 要件適法

訴狀具備右列諸要件應定言詞辯論之期日送達之於被告而訴狀之送達與言詞辯論之期日其間至少須隔二十日若送達訴狀於外國者審判長應特定相當之時

要件之適否

同

第二節 權利拘束

第一款 權利拘束之發生

一 第一 權利拘束之意義

權利拘束者謂訴訟繫屬於審判衙門也在後方問題中詳述之

第二 發生原因

凡權利拘束由左列原因而發生

(一) 訴狀之送達

訴訟物之權利拘束由訴狀之送達遂生效果此為最普通之原則以下所揭則屬於其特別者也

(二) 準備書狀之送達

此為反訴之特例蓋反訴須以聲請書送達於對手人始發生權利拘束也

(三) 言詞辯論中之請求

於訴狀及其他之準備書狀所主張之請求有須依言詞辯論中之請求始生權利拘束者

(四) 言詞之演述

初級審判廳之訴訟程序原告於被告及審判官之前得以言詞提起訴訟由言詞之

權利拘束之發生

演述而生權利拘束

(五) 辯論筆錄謄本之送達

於初級審判廳以言詞提起訴訟者審判衙門書記須作成辯論筆錄俟以謄本送達被告時始發生權利拘束

(六) 支付命令之送達

於督促程序須以支付命令送達於債務者始發生權利拘束

(問題) 權利拘束之觀念

關於權利拘束之觀念向有諸說

第一 繫屬說(仁井田氏今村氏橫田氏等)

曰權利拘束者謂訴訟繫屬於審判衙門之狀態也其具備訴訟條件與否可以不問凡訴之提起其事件即繫屬於審判衙門應先就形式上審查其條件若形式上之條件具備再進而就本案審議之而權利拘束即使形式上之條件欠缺亦可發生蓋審判衙門得命當事者完結訴訟所必要之行爲是仍有權利拘束也審查形式條件之具備與否此亦爲發生訴訟的法律關係之一種者也

第二 適法說(岩田氏)

曰訴之提起不適法及其他訴訟成立條件欠缺時不發生訴訟法上之法律關係蓋

權利拘束乃訴訟法上之法律關係即審判衙門與當事者間就本案之設設物進行訴訟而為審理裁判者也故非適法提起訴訟不發生權利拘束

尙有伊藤氏謂權利拘束乃以訴訟繫屬於受訴審判衙門法律上為不可移動者所謂不可移動其義如何殊不判然恐與岩田氏同一見解

以上諸說中多數主張第一繫屬說本來權利拘束一語譯自獨逸民事訴訟法列表智軒義開多本為裁判繫屬之義故今日咸以繫屬說為穩當

第二款 權利拘束之效力

凡權利拘束之發生有左之效果

第一 權利拘束之抗辯

(一) 意義

權利拘束之抗辯者謂一訴訟繼續中有就同一之訴訟物向他之審判衙門以本訴或反訴為請求者得提起訴訟抗辯以拒絕之也蓋對於一種私權祇認一種救濟手段亦已足矣故同一事件在審判衙門繼續中不得更行起訴

(二) 條件

權利拘束之條件如左

(1) 當事者同一

(2) 訴之原因同一

(3) 訴訟物同一

第二 管轄之確定

雖訴訟物之價額增減住所變更或其他定管轄之原因有變更若權利拘束既發生則其受訴審判衙門之管轄並不因此變更

第三 訴之變更

已發生權利拘束不許原告爲訴之變更但對於變更之訴於本案言詞辯論以前被告不述異議者不在此限

(一) 訴之變更之意義

訴之變更謂訴之成立要素變更也而訴之成立要件有四(1)一定之當事者(2)一定之請求目的物(3)一定之請求原因(4)一定之聲請故四者之中變更其一亦謂之訴之變更

或謂訴之變更乃請求之交換然不限於請求交換也即聲明之變更亦訴之變更請求之目的物有變更及當事者有變更其生請求原因之變更固也然變更訴之聲明其要素有非必定變更者故訴之變更大別之爲(一)訴之原因變更(二)聲請變更以下分說之

(甲) 訴之原因變更

(1) 意義

訴之原因變更者乃原告以他之原因代最初所主張之原因或附加新原因於前原因而生者也訴之原因變更可分之爲主觀的原因之變更及客觀的原因之變更二種

(2) 主觀的原因之變更

主觀的原因之變更者乃當事者有變更遂致訴之原因變更也例如從前爲本人所主張者今以代理人主張之是也

(3) 客觀的原因之變更

客觀的原因之變更非主體變更乃主體間所生法律關係或爲法律關係之基本事實有變更也

而客觀的訴之原因變更又有事實說及法律關係說之爭

1. 事實說

此說謂請求之原因爲事實變更此事實者即訴之變更

2. 法律關係說

此說謂客觀的原因之變更乃法律關係之變更也換言之法律以一種具體

的法律關係爲原因而認請求權訴之原因變更卽法律關係之變更也

兩說之爭今日尙難解決大勢所趨咸主張事實說然無論所依何說苟非構成法律關係要素之事實雖變更之固非訴之原因變更例如變更債務履行之期日或其履行之場所非訴之原因變更也所謂法律關係非抽象的法律關係如稱使用貸借貸貸借者非其義也乃指具體的法律關係而言假令同年月日同一當事者間同時發生數個之法律關係然亦指各個獨立具體者決不可混而同之又事實說法文上雖多所根據而法律關係說條文上亦非無根據然日本人事訴訟手續第七條明記「訴之原因事實」由此觀之則日本訴訟法上明以事實爲請求之原因矣獨逸民事訴訟法日本民事訴訟法改正案及其大審院判例並其他多數說皆採用事實說

(乙) 聲明之變更

(1) 意義

聲明之變更者謂原告變更所求判決事項之聲明也而聲明之變更有廢止當初之聲明爲新聲明者或附加新聲明於最初之聲明者或縮少前聲明者

(2) 原則

聲明之變更因權利拘束之效果非變更訴之原因不許之是爲原則然亦有特

別規定而例外許之者

(3) 例外

今揭例外許聲明變更者如左

1. 原告補充或更正事實上法律上之演述者

2. 就本案或就附帶請求為擴張或減縮之聲明者

聲明之擴張謂於言詞辯論主張新聲明也。以之作爲前訴之一部而生權利拘束聲明之減縮其爲拋棄聲明抑爲撤回聲明依當事者之意思定之。

(二) 最初所求之物因滅盡或變更而求賠償

茲所謂滅盡變更非限於有體的物廢及一切之訴訟物故爲訴訟物之法律關係有變更亦包含在內

右爲訴之原因不變更而聲明變更者對於訴之原因不變更之裁判不許聲明不服

第四 間接之效果

以上爲權利拘束之直接效果也間接猶有左之效果

(一) 構成反訴之審判籍

(二) 生訴訟參加之管轄

第五 實體法上之效果

第一編 第一章 訴訟提起

右爲訴訟法上之效果然權利拘束在實體法上亦生左之效果

(一) 時效之中斷

(二) 債務者之遲滯

第三款 權利拘束之消滅

凡權利拘束因左之原因而消滅

第一 判決之確定

判決之確定有形式的確定與實體的確定形式的確定謂不得依判決上訴及故障爲不服之聲明也實體的確定謂依判決內容所拘束之既判力也而權利拘束由判決之形式的確定而消滅

又判決有終局判決及中間判決中間判決之確定無消滅權利拘束之效力終局判決之確定原則上雖生權利拘束之效果然於左列情形無消滅權利拘束之效果

(一) 第一審審判衙門因無事物管轄權宣告駁回其訴者依原告之聲請爲移送判決

(二) 控告審宣告發回判決

(三) 上告審宣告發回判決或移送判決

第二 請求之拋棄及認諾

原告拋棄請求或被告認諾原告之請求其對手人基於拋棄或認諾不為求判決之聲請時則依拋棄或認諾其訴訟物之權利拘束即歸消滅又若基於拋棄或認諾為求判決之聲請則審判衙門應為判決因其判決之確定權利拘束亦歸於消滅日本民訴第七二條第二項規定不以執行判決為必要故為拋棄或認諾時雖無判決而訴訟關係亦終了是法律所認也故拋棄認諾不能一概論斷應謂此為權利拘束相對的消滅

第三 期間之懈怠

因懈怠期間判決消滅權利拘束若脫漏主請求附帶請求或訴訟費用之裁判者當事者應於一定之期間內聲請追加裁判若由判決正本送達之日起七日期間內不追加則脫漏裁判部分之訴訟物亦消滅權利拘束又於督促程序法定期間內不為故障之聲明或不為異議者因此權利拘束亦歸消滅

第四 訴之撤回

訴因撤回消滅權利拘束一部撤回則祇就其所撤回之部分消滅權利拘束

第五 和解

為訴訟法上之和解權利拘束亦因以消滅

第三節 訴之撤回

第一 訴之撤回之意義

訴之撤回者謂原告拋棄自起訴以來所生效力之意思表示也然訴之撤回與實體法上之權利拋棄有異此不問有無實體法上之權利祇拋棄其自訴之提起所生之效力而已

第二 訴之撤回之要件

(一) 本案言詞辯論前

被告未為本案言詞辯論以前原告無須被告之承諾得為訴之撤回

(二) 本案言詞辯論後

(1) 被告已就本案為言詞辯論之後原告非得被告之承諾不得撤回其訴

(2) 雖得被告之承諾然若經過第一審之言詞辯論終結後則不許之

第三 撤回之方式

訴之撤回原告須提出書狀於審判衙門或於言詞辯論陳述撤回之旨

第四 撤回之效力

適法為訴之撤回者則訴訟關係消滅換言之與自始不為訴之提起相同復其原狀

第四節 訴之併合

第一款 併合訴訟

訴之撤回

第一 併合訴訟之意義

併合訴訟者謂原告於訴訟提起之際所爲訴訟物之併合也換言之所謂客觀的訴之併合也關於訴之主觀的併合前於第一節已述之

第二 併合訴訟之條件

(一) 須同一之原告對於同一之被告

(二) 所併合之各訴訟受訴審判衙門須皆有管轄權

(三) 各訴訟物須依同一之訴訟程序

第三 併合之效果

訴訟具備右列條件併合適法時則訴訟關係就各訴訟物各個發生其訴訟爲單一而非分離言辯論及判決均依單一之程序爲之是爲原則併合不適法時則審判衙門命其分離或因不適法得駁斥之

第一款 反訴

第一 反訴之意義

反訴者謂一訴之權利拘束中由被告依同一之訴訟程序對於原告提起獨立之訴也

第二 反訴之性質

反訴係獨立之訴非對於原告之請求而爲防禦乃祇對於本訴關係於本訴權利拘束中爲之誠有必要者也故反訴乃訴訟程序之併合對於本訴獨立提起

第三 反訴之條件

提起反訴其必要之條件如左

(一) 須在本訴權利拘束中

卽本訴之權利拘束已發生且現存續者

(二) 須爲通常訴訟程序

本訴之訴訟程序必須通常程序故例如證書訴訟稟據訴訟屬於特別訴訟程序者

不許反訴者

(三) 須由本訴之被告提起

卽對於反訴不許更爲反訴

(四) 若係專屬管轄或非財產權上之訴關於其事件受訴審判衙門須當然有其管

轄權者

(五) 本訴之訴訟物與反訴之訴訟物須互相牽連

此要件日本現行法雖不明詎然爲貫徹認反訴之趣旨所必要者獨逸民事訴訟法

及日本改正案則明揭此要件

第四 反訴之方式

提起反訴原則上須用答辯書或特別之書狀向本訴審判衙門提起之然於言詞辯論亦許被告用言詞提起反訴是爲例外

(問題) 本訴撤回反訴因此消滅乎

訴之撤回所生效果與自始不爲訴之提起有同一之狀態由此種理論推之反訴之提起因本訴而生爲其基本之本訴既已撤回則反訴亦應從同一之運命不知實有不然者反訴本爲獨立之訴非對於原告爲防禦之方法反訴之運命應獨立定之雖本訴爲反訴之前提然反訴之提起祇應在本訴之權利拘束中而已並非此後與本訴同其運命也換言之本訴之存在乃反訴之成立條件非存續條件反訴既適法成立爾後雖本訴消滅而反訴仍可獨立進行發展也

第三款 先決的確定之訴

第一 意義

一訴訟進行中於法律關係之成立或不成立互有爭執而影響及於本訴之裁判者爲其前提之法律關係先提起確定之訴謂之先決的確定之訴

先決的
確定之
訴

第二 條件

- (一) 須於訴訟進行中有互有爭執之法律關係
- (二) 其法律關係須有影響於本訴訟之裁判
- (三) 須由主當事者提起之
- (四) 須提起於第一審之言詞辯論
- (五) 須審判衙門就其事件有管轄權

第四節 訴之種類

訴者謂當事者對於審判衙門求判決程序開始之行為也自國家制度上觀之訴權之實行
為保護私權之手段
而訴之種類有三

◎訴之種類

- 第一 給付之訴
- 第二 確定之訴
- 第三 創設之訴

第一 給付之訴

一(一) 意義

給付之
訴

給付之訴謂求給付判決之訴也茲所謂給付判決者乃對於被告求行爲不行爲或耐
忍之權利確定其存在且命被告履行其義務者也

(二) 其特質

給付之判決爲確定權利之存在且命被告履行義務故其特質常有強制執行之債務
名義

(三) 給付訴權之發生

如何而後發生給付訴權法律並不明記然苟有私權則此爲其實行方法自許對之爲
法律上之主張此法理上一般之原則也若私權有不滿足之狀態時基於其權利之內
容遂發生給付訴權

(問題) 許爲求將來給付之訴乎

關於此點向有諸說或謂日本訴訟法強制執行規定中有養金支付於訴之提起後
者亦許之(第五條第五)遂謂一般的認將來之給付訴權然將來之給付權利尙未
陷於不滿足之狀態無明文者應不之許若履行扶養義務之訴及排除占有妨害之
訴認將來之給付訴權者是爲例外茲所謂訴權固實質的訴權非形式上之訴權也

第二 確定之訴

一(一) 意義

第一編 第一章 訴訟提起

確定之訴者謂求確定判決法律關係之成立或不成立之訴也茲有應注意者茲所謂確定之訴非對於對手人求其權利之承認乃對於審判衙門求其確定判決也對於對手人求承認之訴屬於給付之訴

(二) 其特質

確定之訴因法律關係之成立不成立求審判衙門判決使權利關係歸於明白此爲其特質故法律關係不明致生危險狀態者以確定之訴免除之而其危險須現爲存在者

(三) 確定訴權之發生

確定之訴是否一般許之依本法第十八條所規定之趣旨觀之自可明白關於契約之成立或不成立之訴既認其審判籍是一般的附與之可推而知也蓋無論何人所有之私權因其不明確致生不利益苟不有所救濟則私權將歸於有名無實矣

(四) 確定之訴之種類

確定之訴可分之爲積極的確定之訴與消極的確定之訴二種

(1) 積極的確定之訴

積極的確定之訴確定法律關係存在之訴也

(2) 消極的確定之訴

消極的確定之訴確定法律關係不存在之訴也

(五) 法律關係之確定與事實關係之確定

確定之訴以確定法律關係爲其本質並非確定事實關係然於檢真之訴認事實關係之確定是爲例外蓋偽造變造公正證書或已經檢真之利害證書得請求其證書真否之確定也

第三 創設之訴

(一) 意義

創設之訴求創設變更私權之判決者也即身判決使當事者間創設或消滅私權之訴也

(二) 特定創設之訴爲變更私權之訴此訴之性質非確定既存之法律關係者自不容疑然此屬於給付判決乎抑屬於非訟事件乎其認爲特種之訴乎則向有諸說

(1) 非訟事件說

曰關於非訟事件之觀念其說雖不一然私權形成由國家機關干與者則爲非訟事件故創設之訴應屬於非訟事件

(2) 給付之訴說 (岩田氏)

曰給付之訴求對行人行爲不行爲或耐忍之訴也而創設之訴乃求對行人由其權利形成所生之耐忍故應屬於給付之訴

創設之
訴

(3) 特殊之訴說

曰創設之訴自非確定之訴亦非給付之訴乃有特殊性質之訴也

惟創設之訴實給付之訴之一分類蓋創設之判決確定同時權利關係亦確定而別認強制執行之必要由此觀之又與一般給付之訴有異應獨立分派其本來性質則由私權之變更求對手人之耐忍者故屬於給付之訴

◎研究問題 繼承權回復之訴其本質如何

第二章 準備程序

第一節 準備書狀之交換

第一 準備書狀交換之必要

日本訴訟法原則上雖採用言詞辯論主義然非為適應之準備雖充分收其效果故法律規定因準備之故得為書狀之交換

第二 準備書狀之內容

凡當事者於言詞辯論所欲為之聲明事實上之關係證據方法及其他應陳述之事項須記載於書狀互為送達交換

準備書狀之主要者則訴狀並答辯書也

第三 交換程序

(一) 訴狀

原告以訴狀之原本並添付應與對手人之謄本提出於審判衙門審判衙門書記將訴狀謄本並期日傳票及提出答辯之催告書依關於一般送達之規定而送達之

(二) 答辯書

答辯書係對於原告訴狀而設者自狀訴送達之日起於十四日之期間內由被告提出於審判衙門並送達於原告此答辯書提出之期間依原告之聲請審判長得短縮之或依被告之聲請得伸張之

第二節 準備程序

第一 準備程序之意義

準備程序者謂於地方審判廳公判前由受命推事命當事者就其攻擊防禦之方法以書狀明確之使於受訴審判衙門之言詞辯論歸於簡易之程序也

第二 其條件

(一) 訴訟之內容

依此種準備程序者須為關於計算之當否財產之分割及其他與之相類之事

件

(三) 爭執之內容

就計算書或財產目錄須有多處爭執致生請求或就多處爭執致生異議者

(四) 時期

須於當事者雙方到場就本案辯論後爲之又具備右列條件時受訴審判衙門於本案言詞辯論未終結以前無論何時得依當事者聲請或以職權命爲準備程序

第三 應明確之事項

準備程序須以筆錄明確左列諸項

(一) 請求及攻擊防禦之方法

(二) 對於請求或攻擊防禦方法有無爭執

(三) 關於有爭執之請求或攻擊防禦之方法其事實上之關係及當事者所表示之

證據方法所主張之證據抗辯並關於證據方法證據抗辯所爲之陳述及所提出之

聲明

右列程序受訴審判衙門就本案之爭點或中間之爭點未爲判決或證據決定未成熟以前續行之

第三章 言詞辯論

言詞辯論一般的說明前第一部已述之茲所述者各別的說明而已言詞辯論可分之爲形式上之辯論與實質上之辯論二種以下分說之

第一節 形式上之辯論（非本案）

第一 意義

形式上之辯論者謂不問對人所主張之內容實質如何祇爲訴之形式適否之辯論也學者稱實質上之辯論爲本案之辯論此之辯論爲形式上之辯論

第二 種類

形式上之辯論其種類如左

種類

(一) 普通之訴訟抗辯

(二) 妨訴抗辯

第三 普通之訴訟抗辯

普通之訴訟抗辯非妨訴抗辯乃被告主張訴訟條件之欠缺求駁回其訴之抗辯也例如主張訴之要件不具備求其駁回是也

第一編 第三章 言詞辯論

第四 妨訴抗辯

(一) 意義

妨訴抗辯者謂主張訴訟成立條件欠缺或訴訟障礙存在之抗辯被告本之以拒絕本案之辯論而為法律所揭之妨訴抗辯者也

(二) 種類

妨訴抗辯法律所揭者如左

- ◎ 妨訴抗辯
- (1) 無訴權之抗辯
 - (2) 審判衙門無管轄權之抗辯
 - (3) 欠缺訴訟能力之抗辯
 - (4) 欠缺法律上代理權之抗辯
 - (5) 權利拘束之抗辯
 - (6) 欠缺保證訴訟費用之抗辯
 - (7) 前訴訟費用未償之抗辯

(三) 提出條件

妨訴抗辯須被告就本案辯論前提出之若已就本案開始言詞辯論後其妨訴抗辯以被告不得拋棄者及被告聲叙於本案辯論前因不能主張其抗辯而並非出於過失

妨訴抗辯

者以此爲得主張之若妨訴抗辯之事項係須經審判衙門以職權調查者卽令被告因過失不提出亦得爲其抗辯例如管轄權事關公益屬於審判衙門職權調查之事項者是也但法律上視爲合意管轄者則不能抗辯

(四) 效力

被告已提出妨訴抗辯未得判決以前有拒絕本案辯論之權利被告基於妨訴抗辯以拒絕本案之辯論若審判衙門依聲請或以職權命就妨訴抗辯別爲辯論時應就此別爲辯論並別爲判決

(五) 妨訴抗辯之判決

以妨訴抗辯爲有理由者則訴不適法應爲駁回之終局判決反之以妨訴抗辯爲無理由或不許爲妨訴抗辯者應爲駁斥之中間判決

被告基於妨訴抗辯以拒絕本案之辯論若審判衙門命就妨訴抗辯別爲辯論時所爲駁斥妨訴抗辯之中間判決若關於上訴則視爲終局判決

第二節 實質上之辯論(本案)

第一 意義

實質上

實質上之辯論者乃入於訴之實質爲訴訟理由有否之辯論也學者稱之爲本案之辯論

辯論之意義

關於本案之抗辯凡如左

第二 種類

(一) 否認抗辯

對於原告所主張之事實為訴之原因者有爭執或否認之者是也

(二) 無效抗辯

原告所主張之事實為訴之原因者主張其本無法律上之效果者是也

(三) 障礙抗辯

對於原告所主張之事實為訴之原因者主張其另有他種妨害法律上效果之事實是也

也

(四) 消滅之抗辯

訴之原因事實主張消滅其法律上效果是也

(五) 權利主張之抗辯

對於為原告所主張之請求或法律關係之效力主張有妨害其權利之存在者是也

第三 提出條件

提出條件

右列抗辯除法律別有規定者外於末次言詞辯論終結以前無論何時均得提出之又因欲明被告之訴為不適法或無理由同時得提出二個以上之抗辯

實質上之辯論種類

第四 證據抗辯

證據抗辯者就證據方法之抗辯也當事者因欲證明所主張之事實或反駁對手人所主張之事實而提出證據方法且就對手人所提出之證據方法而為陳述此證據方法及對於此之陳述於末次言詞辯論終結以前無論何時均得提出證據抗辯已逾證據方法及證據抗辯之時機始行提出者準用第二一〇條之規定

證據抗辯

第四章 證據

第一節 總論

第一款 證據之性質

第一 證據之意義

證據者使確信某事實為正確者也

關於證據之意義如何向有諸說(一)以證明及證明之結果為證據(二)以證明、證明之結果、證明之原因及證據方法一切皆為證據然余祇以證明之原因為證據蓋證明者就有爭執或有可疑之事實除去其爭執可疑之行爲也與證據不可混同之又證據方法乃以爲證據之事物紹介於審判衙門之程序而非證據也又證明結果因證明行爲所

證據之意義

得之終局亦與證據有區別

第二 證據之性質

一(一) 證明之原因

證據證明之原因也證明之原因者謂就當事者所主張之事實除去其爭執或可疑使審判官生確信之外部的原因也換言之爲審判官之心證原因者謂之證明之原因

一(二) 裁判上

證據爲裁判上者於裁判外使明白某事實之原因雖亦爲證據然訴訟法上之證據並非如此廣汎必其可爲訴訟判斷之資料而屬於裁判上者始克稱之

一(三) 事實

證據事實也法規固非證據證據乃就事實不明之點證明之以使審判官確信爲其目的

(問題) 聲叙與證明之別

聲叙與證明不可混同證明使審判官就其事實之真否得其確信之訴訟行爲也若聲叙則單以表明有真實信用爲目的之訴訟行爲也兩者之別更於下方說明之

(一) 程度上之別

證明與審判官以確信聲叙單表明大概有真實之信用

證據之性質

(二) 方法上之別

聲叙爲當事者自以事實上之主張爲真實提出所以示信之證據方法證明則無如斯制限又聲叙其證據方法應直爲證據調查而證明則無如斯制限

第二款 舉證之責任

第一 舉證責任之意義

舉證責任者謂當事者間所爭執之事實有爲證明之責任也

舉證責任之意義

第二 舉證責任者

民事訴訟法與刑事訴訟法有異採用不干涉主義故爲證明之責任使當事者負之然當事者以如何之標準負擔此責任乎一言以蔽之主張爭執事實者有其責任換言之因該事實之證明而受訴訟法上之利益者有舉證責任之存在也故此種責任原告有之抑被告有之不能概論要之當事者爲貫徹自己之主張其所主張之事實欲使審判官確信即應舉證之也

第三 不要舉證之事項

雖係當事者間之爭執事實然於左列事項無舉證之責任

(一) 法律

法律審判官須知悉之是其職責故無須爲法律之舉證但地方慣習商慣習及規約或外國之現行法則須舉證惟此若爲審判官所知悉之者亦無須舉證

(二) 常則

常則者謂可以常識判斷之實驗上法則也例如數學上之原則是也此無待證明故無舉證之責任

不要舉
證事項

(三) 法律上之推定

法律上之推定者謂法律一概推定之爲如此也此以無反證者爲限得當然推定之故亦無須舉證

(四) 顯著之事實

顯著之法實者謂公知之法實也其公知不問爲社會上所公知之法實抑爲裁判上所公知之法實如民國元年北京兵變爲社會所公知之法實也

(五) 自認

自認有裁判上者有裁判外者茲所謂自認則以裁判上之自認爲限

第三款 証據調查

查之意——證據調查者謂審判衙門依證據方法之取調以求證據之行爲也

第二 證據調查之場所

證據調查於受訴審判衙門爲之是爲通例然法律有特定者受訴審判衙門得命部員一名或囑託他之初級審判廳爲法律上之共助又證據調查有不於內國而於外國爲之者須囑託外國之管轄官廳或駐在該國之內國公使或領事爲之

第三 證據調查之聲明

聲明——依當事者之聲明命爲證據調查然特依職權以爲證據調查者不在此限

第四 證據調查之限度

限度——當事者所聲明多數之證據中其應調查之限度審判衙門定之

第五 證據決定

證據決定者謂與當事者之辯論分離以特別之程序命爲證據調查所爲訴訟指揮上之裁判也

證據決定須揭出左列諸件

(一) 舉證所爭執之事實

(二) 證據方法

(三) 聲明證據方法之當事者

證據決定

第一編 第四章 證據

證據決定之施行完結前基於新辯論得聲請證據決定之變更而證據決定之施行以職權爲之

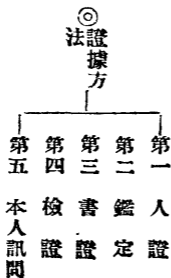
第六 證據調查之費用

費用

舉證者須於審判衙門所定之期間內豫納證據調查費用若於期間內不豫納之不爲證據調查但期間滿了後始豫納者以不遲延訴訟程序者爲限許爲證據調查

第七 證據方法

日本訴訟法上之證據方法分之爲左列五種以下順次說明之



第二節 人証

第一 人證之意義

人證之——以人爲證據方法謂之人證而爲證據方法目的之人謂之證人茲揭證人之定義如左

意義

「證人者謂於訴訟程序報告事實上所觀察之結果之第三者也

第二 證人能力

(一) 一般原則

不問何人以法律無特別規定者為限關於民事訴訟有於審判衙門為證言之義務此第二八九條所規定者故證人之資格並無何等積極的制限

(二) 特別制限

自一般的言之證人能力雖無何等制限然訴訟當事者及其法定代理人關於其事件無為證人之能力關於此點雖無明文然以自己之行為自己為證人是為一般所不許者也對於自認雖有特別之效果而為證人則必為第三者可推而知然進而求之共同訴訟人得為證人乎於合一確定之共同訴訟亦無證人能力蓋於此有不可互相分離之關係也於其他普通共同訴訟固得互為證人

第三 證人義務

證人義務之內容凡如左

(一) 到場之義務

證據調查於受訴審判衙門為之是為原則而證人由審判衙門傳喚於其日時有到場於審判衙門之義務

然對於此原則日本民訴則有例外

- 無須到場者
- (1) 皇族爲證人者
 - (2) 各大臣爲證人者
 - (3) 帝國議會之議員爲證人者
 - (4) 拒絕證言之證人
 - (5) 不得正當到場爲辯解者

(二) 陳述義務

證人就其所訊問之事項有真實供述之義務然於左列情形得拒絕證言是爲例外

- (1) 官吏或曾爲官吏公吏之人就其職務上應秘密之事項而爲訊問者
- (2) 醫師、藥商、產婆、律師、公證人、神職及僧侶因其身分或職業曾受委託所知之事實應爲秘密者

- (3) 所爲證言之事項若於證人自己或與證人有第二九七條所揭之關係致受恥辱或恐招刑事上之訴追或直接生財產權上之損害者

- (4) 證人非洩漏技術上或職務上之秘密不能就所訊問之事項爲答辯者

- (5) 與當事者或其配偶爲親族者若係姻族雖婚姻解除後亦同（以下第二九七

條）

(6) 受當事者之監護者

(7) 與當事者同居或爲其雇人者

然前記(3)及(4)兩款者於左列事項不得拒絕證言

(1) 家族之出生婚姻或死亡

(2) 因家族關係所生財產事件之事實

(3) 曾爲證人而參與其權利行爲之成立及該行爲之旨趣

(4) 爲當事者之前主或代理人就其相爭之權利關係所爲之行爲

前記(1)(2)兩款若免除其應守秘密之義務不得拒絕證言

拒絕證言之證人於訊問期日前或於訊問期日以書狀或言詞開示其拒絕原因之事實且聲叙之

(三) 宣誓之義務

證人依審判衙門命令本良心以真實陳述不秘密何事亦不附加何事於此有爲宣誓之義務

此義務一般證人皆有之惟左列之人特別免除

(1) 十六歲未滿者

(2) 應如何宣誓並無了解之程度者

(3) 依刑事判決剝奪公權或停止公權者

(4) 依第二九七條及第二九八條第三號並第四號之規定有拒絕證言之權利而不行使之者

(5) 就訴訟之結果有直接之利害關係者

第四 證人義務之制裁

證人之義務公法上之義務也故違背右列義務者應加以法律上之制裁

(一) 到場義務之違背

對於違背到場義務者以職權科以二十圓以下之罰金並命其賠償因不到場所生之

費用

然科以此種制裁須合左列條件

(1) 須已為適法之傳喚

(2) 其不到場須係並無正當之理由

(二) 證言義務及宣誓義務之違背

對於違背證言義務及宣誓義務者命其賠償費用並科以四十圓以下之罰金

第五 證人之傳喚

7(一) 證人之聲明

證人義務之制裁

當事者欲立證自己所主張之事實須表示其證人及訊問事項於審判衙門

(二) 証人傳喚

傳喚証人由審判衙門書記對於所傳喚之証人以職權送達傳票之正本爲之若舉証者已偕同証人到場無須經此傳喚程序得爲訊問

証人傳票須具備左列諸件

証人之傳喚

- (1) 証人及當事者
- 2) 依決定之旨趣以訊問証人之事實
- (3) 証人到場之場所及日時
- (4) 不到場時依法律隱受之處罰
- (5) 審判衙門之名稱

傳喚非豫備後備軍籍之軍人軍屬爲証人者囑託其所屬之長官或隊長爲之而其隊長或長官因使遵守期日許受傳喚者闕勤者軍務上不能許者應通知審判衙門求其改定期日

第六 証人之拒却

對手人所舉出之証人與對手人之間有左列關係者當事者得拒却之

(一) 証人爲對手人或其配偶者之親族若係姻族於其婚姻解除後亦同

證人之
拒却

(二) 証人爲對手人之被監護人

(三) 証人爲對手人之同居人或雇人

第七 証人訊問之方式

(一) 訊問準備

依各証人所攜帶之傳票及以其他適當之方法驗明並無錯誤於訊問前應令各別宣誓然未訊問終結以前若有特別之原因得爲宣誓之延期

凡証人於訊問前所爲之宣誓應以本良心爲真實陳述不默秘何事亦不附加何事之旨以宣誓之又訊問後所爲之宣誓亦同推事於宣誓前以相當之方法告知宣誓者以偽証之罰

(二) 訊問程序

(1) 訊問者

証人之訊問審判長爲之陪席推事得告知審判長爲發問

(2) 訊問方法

對於証人先訊問其姓名年齡身分職業等而於証據決定所表示之訊問事項與証人所記憶之事實有相牽連者得使供託

訊問之
方式

(三) 再訊問

証人之訊問通常以一回爲原則然於左列情形得爲再訊問

- (1) 証人訊問與法律上之規定有違背者
- (2) 証人之訊問不完全者
- (3) 證人之供述不明白或涉於兩歧者
- (4) 證人聲明補充或更正其供託者
- (5) 此外審判衙門認爲有再訊問之必要者

(四) 囑託訊問

於左列情形受訴審判衙門得命部員一名或囑託初級審判廳爲之

- (1) 因欲探知真實有就現場訊問證人之必要者
- (2) 證人因疾病或其他之事由不能到場於受訴審判衙門者
- (3) 證人距受訴審判衙門所在地遠隔若到場於審判衙門須費不相應之時日及費用者

第八 證人之證據力

證人之證言有證據力與否依左列事情定之

- (1) 證言與所證明事實之關係
- (2) 證言之信用有無

證據力

且須視證人之觀察正確與否證據之報告正確與否

審判衙門斟酌前記之事情本自由之判斷以決定其證據力之有無

第三節 鑑定

第一 鑑定人之意義

鑑定人者謂於訴訟程序陳述關於法律或關於特別經驗上法則之意見之第三者也
而鑑定以無特別規定者為限準用關於人證之規定

第二 鑑定人之性質

鑑定人為證據方法抑為審判衙門之補助者向來其說不一鑑定人以特別之智識供事實上或法律上之判斷而為審判衙門之補助是證人時亦與其補助者相同然鑑定人與證人同供審判以證據是證人亦為一種之證據方法也

第三 鑑定人之義務

鑑定人之義務與證人之義務同亦一種公法上之義務也然鑑定人非一切之人可為之必以有鑑定能力者為限
法律所定凡負鑑定義務者如左

- 鑑定人之義務
- (一) 因為必要之鑑定經官任命者
 - (二) 常從事於為鑑定所必要之學術技藝或職業者及因從事於學術技藝或職業經

官任命或授權者

(三) 於審判衙門陳述爲鑑定之旨者

右列各項鑑定人若有證人拒絕證言同一之原因亦得拒絕鑑定

又官吏公吏遇其所屬之官署公署有異議者不得作爲鑑定人訊問之

第四 鑑定人之選定

審判衙門依聲請或以職權命爲鑑定

聲請鑑定應表示鑑定事項是爲原則而鑑定人之選定及其員數之指定由受訴審判衙

門爲之審判衙門無論何時得改任鑑定人並得命當事者指名鑑定人

當事者合意所指名之鑑定人審判衙門應從其合意然審判衙門得以一定之員數制限

當事者之選定

又爲鑑定人者以內國人爲之是爲原則然審查外國之書類或產物非其本邦人無此必

要之能力者審判衙門得任命外國人爲鑑定人

第五 鑑定程序

鑑定人於鑑定之前應以公平誠實履行鑑定人義務之旨爲宣誓

審判衙門就鑑定之意見定左列諸件

(一) 鑑定人以言詞述意見抑以書狀述意見

鑑定程序

- (一) 有數名鑑定人其意見有異時是否應令共同作鑑定書
- (二) 言詞辯論之際應否令鑑定人各員或其內之一名爲鑑定者之說明
- (三) 鑑定不充分時應否更令爲鑑定
- (四) 至於鑑定人與證人之區別讓之刑事訴訟法要覽詳述之

第四節 書証

第一 書證之意義

書證之意義

書證者謂證書供訴訟法上證明之用者也故證書係訴訟程序所用爲證據方法之書狀而爲其內容之證據者書狀者依一般使用之符號記載人類思想之物件也其記載物體爲紙片爲木片抑或爲獸皮布可以不問

第二 證書之類別

(一) 公正證書與私署證書

此因證書之作成者不同遂有此種區別

(1) 公正證書

公正證書乃官廳或有某職權者於其職權內所作成之證書也

故公正證書不可不具備左列諸件

1. 以官吏公吏之資格而作者

2. 於其權限內作者

3. 依法定形式而作者

(2) 私署證書

私署證書者謂以一私人之資格所作之書狀其作成之目的及形式無一定者也

(三) 檢證證書與報告證書

是因證書之內容而有區別者

(1) 檢證證書

檢證證書者其證書所記載之事項乃某人之意思表示或其他陳述之證書也此等證書由審判衙門自為觀察例如通知書遺囑書是也

(2) 報告證書

報告證書者其書狀所記載之事項乃關於事實觀察之報告也例如受取證書是也而報告證書有左之種類

1. 原本

原本對於謄本而言謂其基本證書也

2. 謄本

謄本完全記載原本所包含之內容及形式之證書也

3. 正本

正本乃公正證書之謄本與其原本有同一之效力者也

4. 抄本

抄本乃記載某證書內容之一部者也

5. 認證

認證乃附加於某證書之公正證書報告其與某證書之證據力有關係之事實者也

第三 證書之證據力

證書之證據力有形式的證據力及實質的證據力二種

(一) 形式的證據力

形式的證據力者以某者證明證書所記載者也

此形式的證據力因公正證書及私署證書而有不同公正證書係官吏或公吏於其權限內所作成者故概推定爲有完全之證據力私署證書須由提出者之對手人認其成立之真正始有形式的證據力若否認之非更爲立證無其證據力

(二) 實質的證據力

實質的證據力者謂就證書記載之內容證明所證之事實爲有力者也而依證書之內容以供證據故證書之實質的證據力謂爲本來之證據力

(三) 證據力之判斷

凡證書有證據力與否依左列諸點而判斷之

(1) 所證之事實與證書之內容有無關係
(2) 證書由何人作成

(3) 屬於報告證書其內容之信用是否充足卽作成者之力正確否其報告正確否

(四) 檢真

(1) 檢真之意義

檢真者謂調查證書真否之程序也然因私署證書之真否致有爭執而行檢真者審判衙門應依舉證者之聲請爲之

(2) 檢真之程序

私署證書應對照一切證據方法及手跡或印章爲之檢真又證明證書真否之當事者須於審判衙門所定之期間內提出適當之書類以對照手跡或印章

自認或證明之對照書類無真正適當者審判衙門得指定文字命當事人書寫其所

證書之
證據力

書寫之文字應付於筆錄

當事人不於審判衙門所定期間內提出對照書類時或對於審判衙門所命書寫之對照文字不從其命時或變其書類而為書寫時無須他種證據得認其對手人關於該證書真否之主張為正當

公正證書或已經檢真之私署證書主張其為偽造或變造者應聲請確定其證書之真否審判衙門就其證書之真否以中間判決為裁判又當事者因故意或重大過失主張公正證書為偽造或變造者審判衙門科以五十圓以下之罰鍰又當事者因故意或重大過失主張私署證書非真正者審判衙門科以二十圓以下之罰鍰

第四 提出證書之義務

舉證者自管領其證書時得自由提出之若由當事者以外之人管領時不能專依其管領者之意思如何法律對於此等證書管領者認有提出之義務然此義務之負擔非一般的乃限於特定情形始有之即如左列各項是也

證書提出義務

- (1) 舉證者依民法及其他私法之規定於訴訟外亦得求其證書之交付或提出者
- (2) 因證書之旨趣舉證者及對手人有共通者
- (3) 證書之管領者已引用證書於訴訟者

第五 證書之聲請

證書之
聲請

證書之聲請分爲四種

- (一) 舉證者自管領時
 - (二) 存於對手人之手中時
 - (三) 存於第三者之手中時
 - (四) 存於官廳或官公吏之手中時
- 右列各項舉證者自行管領時無須別爲研究自(二)以至(四)法文另定詳細程序

第五節 檢証

第一 檢證之意義

檢證之
意義

檢證者謂審判衙門於訴訟程序因欲自行觀察某事實而爲檢閱某物體之行爲也

第一 檢證物

檢證物

檢證物謂爲檢證目的之物體而如何物體始得爲檢證物乎此不必問其物體如何所謂物體並不限於有形體者一般由吾人官能所得知覺者皆是也故如人類如電氣如音響亦得爲檢證之物體但關於證書認爲特殊之證據方法故應由檢證物而除外之但證書非以之爲證據方法單檢閱其物體者亦爲檢證物

第三 檢證手段

第一編 第四章 證據

檢證手段

檢證由官廳檢閱檢證物故其手段別無制限或由視覺或由聽覺或由嗅覺或由觸覺均可爲之

第四 檢證程序

(一) 聲請

聲請檢證須表示所檢證之目的物且須立證依其檢證有如何之事實又時亦有審判衙門以職權而命檢證者

(二) 決定及檢證

有檢證之聲請審判衙門須決定應否檢證令受訴審判衙門之全員或受命推事爲之或囑託初級審判廳爲之

(三) 檢證筆錄

檢證之際所發見之事實須記載之於檢證筆錄又認爲必要時應作圖式以明確之

第五 檢證物之證據力

檢證物之證據力依左列事情判斷之

證據力

(一) 檢證物果真正否

(二) 檢證物與所證之事實有無關係

檢證程序

第六節 本人訊問

第一 本人訊問之意義

本人訊問之意義

本人訊問者謂依法律上代理人或訴訟代理人所爲之訴訟證據調查之結果其爭執事實之真否尙不得心證因此特爲當事者本人之訊問也

第二 本人訊問程序

(一) 因當事者之聲請或以職權決定爲本人訊問而傳喚之

若所訊問之本人於宣告決定之際已在廷者卽於其期日直訊問之

當事者本人拒絕到場或無充分之理由而拒絕供述時審判衙門得以其意見認定其對本人所說明者爲正當

本人訊問程序

(二) 本人訴問除不爲宣誓之外悉依訊問證人之方式

然本人不到場別無積極的制裁之規定祇受不利益之結果而已

(三) 訴訟無能力者依法律上代理人爲訴訟時應訊問法律上代理人或訊問訴訟無能力者抑皆爲訊問此以審判衙門之意見決定之又法律上代理人有數人時訊問其一人抑訊問數人亦依其審判衙門之意見而定

第七節 證據保全

第一 證據保全之意義

證據保全者因當事者所欲利用之證據方法恐有滅失或恐礙難使用爲證據調查以保存其證明之原因也換言之卽未達證據調查之程度以前所以保全證據方法者謂之證據保全

第二 證據保全之要件

(一) 程度

非保全則證據有滅失或有碍難使用之虞者

(二) 應得保全之證據

依保全程序應得保全之證據須據證人或鑑定人之陳述或檢證之結果始得保全

第三 證據保全之程序

(一) 管轄

證據保全若訴訟已繫屬者向受訴管判衙門其有急迫之危險則向受管轄訊問者現在地或檢證物所在地之初級審判廳爲此聲請訴訟未繫屬者則逕向初級審判廳爲之

要件

證據保全之意

(二) 聲請

證據保全之聲請以書狀或言詞爲之此聲請應揭左列事項

(1) 對手人

(2) 所證事實

(3) 證據方法

(4) 證據方法恐其滅失或碍難使用之理由

(三) 決定聲請不經言詞辯論得爲之許容聲請之決定須載明證據調查之事實及證據方法並所訊問之證人及鑑定人之氏名對於此種決定不得聲明不服

聲請人不能指定對手人者若許容其證據保全之聲請審判衙門爲防衛對手人之權利起見得爲其選任臨時代理人

(四) 期日

屆證據調查之期日應傳喚聲請人並送達決定及聲請書謄本於對手人而傳喚之若有切迫之危險不能於適當時間傳喚對手人時得不傳喚逕爲證據調查

(五) 證據調查

證據調查從一般之規定爲之

證據調查筆錄由命證據調查之審判衙門保存之而各當事者於訴訟有使用證據調查

第一編 第四章 證據

證據調查從一般之規定爲之

證據調查筆錄由命證據調查之審判衙門保存之而各當事者於訴訟有使用證據調查

查筆錄之權利

受訴審判衙門因聲請或以職權得命爲再度之證據調查或既經調查之證據得命補充

第五章 判決

第一節 概論

第一款 裁判

第一 裁判之觀念

裁判者謂爲國家機關之審判衙門或審判官之宣言也茲所謂宣言謂國家意思之表示也而此種宣言有審判衙門爲之者有審判長爲之者有受命推事或受託推事爲之者若審判衙門書記所爲之宣言不得稱爲裁判但自獨逸官之則審判衙門書記之宣言亦稱裁判

第二 裁判之種類

裁判分爲(一)判決(二)決定(三)命令三種

(一) 判決

判決者謂審判衙門本必要的言詞辯論所爲之宣言也

(二) 決定

決定者謂審判衙門依書狀審理或依任意的言詞辯論所爲之宣言也

(三) 命令

命令者謂審判長受命推事或受託推事所爲之宣言也

第二款 判決之種類

◎判決之種類

第一 對審判決與闕席判決

第二 終局判決與中間判決

第三 訴訟判決與本案判決

第四 全部判決與一部判決

第一 對審判決與闕席判決

(一) 對審判決

對審判決者謂經當事者雙方之言詞辯論並無一方之懈怠所爲之判決也

(二) 闕席判決

闕席判決者謂基於當事者一方之期日懈怠所爲之判決也

第二 終局判決與中間判決

(一) 終局判決

終局判決者謂就本訴或反訴所爲之判決訴訟程序於其審級已終了者也

(二) 中間判決

中間判決者爲終局判決之準備於訴訟進行中所爲之判決也

第三 訴訟判決與本案判決

(一) 訴訟判決

訴訟判決者謂判決事項與訴訟物之實體並無關連之判決也

(二) 本案判決

本案判決者謂就訴訟物自體所爲之判決也

第四 全部判決與一部判決

(一) 全部判決

全部判決者謂就訴訟之全部所爲之判決也

(二) 一部判決

一部判決者謂就訴訟之一部所爲之判決也

判決之種類

第二節 判決之成立

第一 判決條件

凡爲判決須具備左列條件

(一) 形式上之條件

(1) 言詞辯論

凡爲判決必經言詞辯論

(2) 審判官

凡爲判決審判官必於基本的言詞辯論臨席茲所謂言詞辯論者乃關於訴訟資料之辯論非證據調查結果之辯論也

(二) 實質上之條件

實質上之條件則訴訟之裁判須已成熟茲所謂裁判已成熟者謂訴訟當否判斷已至其程度也一部成熟得爲一部判決全部成熟得爲全部判決其裁判已成熟與否由審判官認定決之

然有裁判雖已成熟若當事者不聲請尙不爲判決者卽拋棄請求時及認諾請求時是也

判決成立條件

第二 判決之形式

凡判決須具備左列諸件

(一) 當事者及其法律上代理人之氏名身分職業住所

(二) 事實及爭點之摘示

惟摘示須基於當事者之言詞演述及所提出之聲請爲之

(三) 裁判之理由

(四) 判決主文

(五) 審判衙門之名稱及爲裁判之推事氏名

(六) 爲裁判之推事須署名蓋印於判決原本若陪席推事有事故不能署名蓋印時須

開示其理由由審判長附記其旨審判長有事故時由官等最高之陪席推事附記之

(問題) 判決之成立時期如何

關於判決之成立時期法文無何等規定其對於外部之關係應謂由宣告而成立然理論上有判決而後有宣告若由宣告始生判決未免反乎普通之觀念是判決於其宣告前應謂已經成立故有謂判決之成立時期實成立於宣告前之瞬間者惟此種理論漠然無所根據余謂判決之成立在審判衙門意思決定之時至於何時成立則因獨任制與合議制而有異自獨任制言之於其審判官確定國家意思之時而成立自合議制言

判決之形式

之於採決裁判評議之時而成立國家意思之決定未向外部宣言以前雖不得與成立對抗然此爲普通發表國家意思所常見之現象固無足怪也譬彼法律法律之成在裁可之時而非公布之時公布係公布既存之法律非因公布而發生此與之有同一之理論故判決亦成立於國家意思決定之時非由宣告時始成立也然宣告前得變更之者此則因未有外部的存在故無須特別之程序耳要之判決對於外部由宣告之時在內部則於國家意思決定之時而成立也

第三 判決之宣告

一(一) 宣告之方法

判決之宣告朗讀判決主文爲之但闕席判決之宣告於作成主文以前亦得爲之又裁判之理由認爲當宣告者亦須與判決之宣告同時朗讀其理由或以言詞告其要領宣告判決不問當事者雙方或一方在廷均有效力

一(二) 宣告之時期

判決於言詞辯論終結之期日或指定終結後之期日宣告之但指定期日不得逾七日

第四 判決之更正追加

一(一) 更正

第一編 第五章 判決

審判衙門因聲請或以職權無論何時得更正判決書中之誤算誤寫及其相類之誤

此種更正不經言詞辯論得爲裁判

對於駁斥聲請更正之決定不得爲上訴然對於宣告更正之決定得爲即時抗告

(二) 追加

於主請求附帶請求或費用之全部一部裁判有脫漏者審判衙門因聲請以追加裁判補充判決

判決宣告後若不卽爲追加裁判之聲請至遲須由送達判決正本之日起於七日期間內爲之

聲請追加裁判須即時或定新期日使爲言詞辯論而其辯論以訴訟未完結之部分爲限

更正或補充判決之裁判須追加之於判決之原本及正本若正本不得追加時須作成更正或補充裁判之正本

第三節 判決之效力

第一 確定前之效力

◎判決之效力

(一) 形式的效力

判決之
更正追
加

第二 確定力

- (一) 實質的效力
- (二) 創定力
- (三) 執行力
- (四) 執行力

第一 確定前之效力

確定前之效力

判決宣告遂羈束審判衙門中間判決終局判決均無或異故一經宣告即令不當不許變更之換言之除依法律所定用上訴故障更正追加之方法外不得爲變更

第二 確定力

判決由送達後懈怠不變期間判決遂確定即生左之效力

(一) 形式的確定力

形式的確定力者謂已不得依聲明故障或提起上訴之方法而爲攻擊也

判決生形式的確定力者以終局判決及中間判決可與終局判決同視者爲限又上告審判衙門之判決不得攻擊因宣告直生形式的確定力

(二) 實質的確定力

(1) 意義

實質的確定力者謂就訴訟物拘束審判衙門及當事者後日於同一訴訟物同一當事者間有訴訟時審判衙門不得爲與之相反之判決當事者不得有與之相反之主

張均受其制限也學者稱此種效力爲判決之既判力

(2) 既判力之法理觀

判決之既判力非訴訟法上之問題而爲實體法上之問題形式的效力則爲訴訟法之問題且既判力非對於內部乃對於外部之效果也

(3) 確定之範圍

判決之既判力以包含於主文者爲限故單爲判決之理由者無既判力換言之爲裁判根據之事實上判斷既判力不能及之卽爲裁判根據之法律上判斷亦不能及又於其目的物之請求或法律關係雖有影響然與他之請求或他之法律關係則無影響更說明之於左

1. 當事者間之效力

雖有既判力然基於言詞辯論後新發生之事實當事者不妨主張之於辯論終結前原告所不主張之事實於他之訴訟亦不妨主張被告於言詞辯論終結前所發生之事實可用之爲防禦方法者若不主張之於他之訴訟亦不妨爲與之相反之主張

2. 對於第三者之效力

凡判決不得與第三者對抗是爲原則然對於從參加人指名參加人告知參加人

判決之
確定力

則有對抗之效果又決定身分之判決對於第三者亦有效力

3. 對於承繼人之效力

對於一般承繼人其效力及之對於特定繼承人則否

(三) 判決之創定力

給付判決確定判決無創定力若創設判決則因其確定而生創定力茲所謂創定力者謂因該判決之確定私權關係當然變更也而判決之創定力非但於當事者間有之即對於第三者亦有其效果

(四) 判決之執行力

給付判決因其確定而有強制執行之債務名義前既述之創設判決之確定乃變更私權無須何等執行程序固無執行力之問題也確定判決祇確定其關係亦無執行之問題故執行問題以給付判決為限若於確定前法律許以付假執行之宣示者亦得為執行此則例外規定也

第四節 闕席程序

第一款 闕席判決

第一 意義

闕席判
決之意義

闕席判決者謂因當事者一方懈怠言詞辯論依其對手人之聲請而爲之判決也故名曰闕席判決然非必爲闕席也卽到場而全然懈怠言詞辯論者亦可爲闕席判決又一方雖闕席亦不必定爲闕席判決蓋不具備訴訟條件或對手人不爲闕席判決之聲請時固得爲對審判決也

第二 闕席判決之條件

闕席判決須有左列條件

(一) 須當事者一方懈怠言詞辯論期日

懈怠者謂當事者於期日全然不爲所應爲之行爲也換言之卽辯論期日自始至終當事者不到場或到場而全然不爲辯論是也若於言詞辯論期日到場不就各個之訴訟行爲爲陳述然曾爲足供判決資料之陳述者不得爲闕席判決不過祇受因此所生之不利益耳

(二) 須依一方之聲請

凡闕席判決必須當事者一方以對手人懈怠爲理由聲請求闕席判決始得爲之若不聲請則應休止

第三 原告之懈怠與被告之懈怠

判決內容因原告懈怠與被告懈怠而不同

闕席判
決之條件

(一) 原告之懈怠

原告懈怠言詞辯論期日因被告之聲請駁回原告之訴

基於懈怠自得聲請闕席判決然若屬於審判衙門之職權調查事項其訴訟條件有不具備時亦得以原告之訴為不適法而駁回之

被告於闕席程序不求駁回原告之訴得認諾原告所請求之全部或一部又得就原告所請求之一部求懈怠判決

(二) 被告之懈怠

被告懈怠言詞辯論期日原告聲請懈怠判決審判衙門以原告於言詞辯論所主張之事實視為被告之自認原告之請求為有理由者應以闕席判決宣告被告敗訴認原告之請求為無理由者應以對審判決駁回原告之訴

第四 駁斥闕席判決之聲請

於左列各款情形應駁斥闕席判決之聲請但到場之當事者得聲請言詞辯論之延期

(一) 到場之當事者於審判衙門職權調查事項不能為必要之證明者

(二) 到場之當事者不以其聲明或言詞上事實上之供述於適當時期為書狀以通知其對手人者

對於駁斥聲請闕席判決之決定得為即時抗告又決定經已取消者於新期日不傳喚不

駁回聲請

原告之懈怠與被告之懈怠

不到場之當事者得爲闕席判決

第五 職權延期

審判衙門遇左列情形就闕席判決之聲請得以職權延期辯論

(一) 不到場之當事者未有合法之傳喚者

(二) 認不到場之當事者因火災或其他不可避之事變不能到場者

不到場之當事者須於新期日傳喚之

職權延期

第一款 故障

第一 故障之意義

故障者謂對於闕席判決聲明不服者也

故障之意義

對於判決得依上訴之方法聲明不服對於闕席判決亦得爲上訴惟上訴須對於上級審爲之其程序煩雜不便故於同審級設置爲判決之方法

第二 聲明故障之條件

凡聲明故障必要有左列條件

(一) 於法定期間內

聲明故障之期間爲十四日此期間屬於不變期間自闕席判決之送達起算但聲明故

聲明故
障之條
件

障於判決送達前亦得爲之

送達於外國者或爲公示送達者審判衙門應於闕席判決中定故障期間或於後日以
決定定之此決定得不經言詞辯論

(一) 提出不服聲明書

聲明故障須提出書狀於審判衙門此種書狀應具備左列諸件

(1) 闕席判決

(2) 對於其判決爲故障之聲明

(3) 爲準備本案言詞辯論所必要之事項

第三 故障之適否

聲明故障若具備其要件者即認之爲適法而故障聲明之適法者該訴訟遂回復闕席前
之程度若故障之聲明係不應許可者審判長應以命令駁回之又故障之聲明判然不
合法律上之方式或已逾故障期間者亦應駁回其聲明對於駁回之命令得爲即時抗
告

第四 新辯論

新辯論

故障聲明之適法者該訴訟回復闕席前之程度以此程度爲基礎更爲辯論

第五 新判決

第一編 第五章 判決

新判決

基於新辯論所爲之判決與闕席判決相符合者應宣告維持闕席判決其不符合者應以新判決廢棄闕席判決

第六 費用負擔

負擔費用

依法律所爲之闕席判決因闕席所生之費用雖因聲明故障致闕席判決有變更仍由闕席之當事者負擔之但因對手人不當之異議而生者不在此限

第七 新闕席判決

新闕席判決

聲明故障之當事者於故障後之言詞辯論期日或辯論延期之期日仍不到場者除辯論應延期者外依到場對人之聲請爲駁斥故障之新闕席判決對於此種新闕席判決不得聲明故障

新闕席判決亦爲一種本案判決故與前之闕席判決相合而爲債務名義者
第八 故障之拋棄及撤回

拋棄及撤回

故障之拋棄及撤回準用關於控告之拋棄及撤回之規定

第二編 初級審判廳之訴訟程序

初級審判廳之訴訟大概多以簡易而迅速者爲貴故法律設略式之便法

第一章 通常訴訟程序

第一節 概論

關於初級審判廳之通常訴訟程序無特別規定者一切適用地方審判廳之訴訟程序故本章特就其有特別規定者說明之

第一 無管轄權

初級審判廳因無事物之管轄權致爲訴之駁回者應依聲請同時移送該訴訟於所屬之地方審判廳（第九條第二項）

第二 拒却

初級審判廳推事無裁判聲請拒却之權故拒却初級審判廳推事之聲請由其上級之地方審判廳裁判之若初級審判廳之推事以其拒却之聲請爲正當者則無須裁判（第三六條之第三項）

通常訴訟程序
概論

第三 訴訟代理人

於初級審判廳雖有律師然得有訴訟能力者之親族或雇人爲訴訟代理人（第六三條之第三項）

第四 筆錄

筆錄須推事之署名蓋印然初級審判廳推事有事故時得由其審判廳書記署名蓋

印

第二節 訴訟提起

初級審判廳提起訴訟之方法凡如左

第一 訴狀

訴之提起以提出訴狀爲之此與地方審判廳無異而訴狀須具備左列條件

（一）當事者及審判衙門

（二）請求之一定目的物及其請求之一定原因

（三）一定之聲請

又須貼用相當之印紙等一切與地方審判廳之程序相同權利拘束由訴狀送達而發生

第11 筆錄

初級審判廳得依筆錄提起訴訟第三七四條規定「訴得以書狀或言詞向審判衙門爲之」此以言詞一語即依筆錄提起訴訟也蓋當事者以言詞提起訴訟時審判衙門書記即作成筆錄與訴狀同樣而送達其謄本筆錄謄本既送達即發生權利拘束

第三 演述

依言詞演述以提起訴訟者有二種

(一) 當事者於通常開庭日得不待豫先指定日期到場於審判衙門就訴訟爲辯論其訴之提起以言詞之演述爲之

此之訴訟條件凡如左

- (1) 當事者雙方到場
- (2) 不豫先指定日期而到場
- (3) 於通常開庭日

通常開庭日者謂初級審判廳依其事務章程所公示之開庭日也

(4) 原告於被告面前口述訴旨

(二) 和解不調時由當事者雙方之聲請就該訴訟直爲辯論

於此須具左之條件

第二編 第一章 通常訴訟程序

- (1) 當事者雙方到場
 - (2) 於爲和解所定之期日而傳喚
 - (3) 和解不調
 - (4) 當事者雙方聲請
 - (5) 原告於被告面前口述訴旨
- 此由原告口述訴旨時起發生權利拘束

第三節 言詞辯論

第一 言詞辯論之準備

(一) 準備書狀之交換

地方審判廳訴訟程序須交換準備書狀初級審判廳則否因此亦無須催告被告提出答辯書然當事者於其聲請或事實之主張認爲非豫先通知則對手人不能爲陳述者得於言詞辯論前直接通知對手人

(二) 猶豫期間

初級審判廳訴訟程序訴狀之送達與言詞辯論期日之間至少須隔三日之時間然遇急迫情形得短縮此時間至二十四時又送達訴狀於外國者須按其事情定相

當之時間

第二 妨訴抗辯

(一) 提出時期

地方審判廳之訴訟程序被告於本案辯論前同時提出妨訴抗辯若初級審判廳則不然除無管轄權之抗辯外不適用此規定

(二) 提出之效果

地方審判廳訴訟程序被告基於妨訴抗辯得拒絕本案之辯論初級審判廳不然被告無此權利

第三 判決事項之聲明

地方審判廳之訴訟程序凡應受判決事項之聲明及其重要之點有與從前聲明相異者須以書狀爲之若初級審判廳之訴訟程序不必以書狀唯審判衙門爲使訴訟關係充分明確而認爲必要之聲明及陳述者須以筆錄明確之

第四 和解

和解者當事者雙方互爲讓步以止爭之契約也而和解有裁判上者有裁判外者茲所謂和解乃裁判上之和解也

當事者於起訴時得先爲和解開示所請求之目的物向有普通審判籍之初級審判廳

聲請傳喚對手人其聲請得以書狀或言詞爲之
當事者雙方到場和解協調者審判衙門以筆錄明確之和解不調者因當事者雙方之
聲請即命就該訴訟逕爲辯論此以言詞演述爲訴之提起與前述同

第二章 督促程序

第一 意義

督促程
序之意
義

督促程序者乃特別訴訟程序之一種以請求給付一定之金額或其他代替物及有價證
券之一定數量爲目的祇以債權者之聲請爲基本依書狀審理使債權者得假定的債務
名義之略式程序也

第二 督促程序之許可

許可督促程序之事故如左

督促程
序之許
可

- (一) 一定金額之支付
 - (二) 代替物一定數量之給付
 - (三) 有價證券一定數量之給付
- 然遇左列情形雖屬於右列事故不許依督促程序是爲例外
1. 債權者對於債務者應躬行義務時即非爲反對給付不得主張其請求時

2. 對於在外國之債務者爲支付命令之送達時

3. 依公示送達之方法發支付命令時

第三 聲請程序

(一) 管轄

支付命令之聲請不拘價額如何一切均專屬於初級審判廳之管轄

(二) 聲請

支付命令之聲請得以書狀或言詞爲之以言詞爲聲請者審判衙門書記須作成筆錄此聲請須具備左列諸件

(1) 當事者之氏名及審判衙門之名稱

(2) 請求之目的物一定數額及請求原因

(3) 求支付命令之聲明

第四 支付命令書

審判衙門認支付命令之聲請爲適法者應發支付命令書而支付命令書應記載左列事項

(一) 當事者及審判衙門

(二) 請求之目的物一定數額及請求之原因

第二編 第二章 督促程序

支付命令書

(三) 債務者欲避即時強制執行應自此命令送達之日起十四日期間內將充請求及因此程序所生之費用照所定數額清償於債權者

若其事件須切迫急速辦理者右之期間得短縮爲三日

(四) 若債務者不爲支付應於右定期間內聲明異議

第五 支付命令之效力

支付命令送達於債務者卽就訴訟物生權利拘束之效力

支付命令之效力

又支付命令送達前若債權者死亡其聲請不失效力唯支付命令送達前若債務者死亡則失其效力債權者須更對於債務者之承繼人聲請發支付命令

第六 聲明異議

債務者對於支付命令得以書狀或言詞聲明異議

債務者對於請求之全部或一部若在適當時間聲明異議支付命令卽失其效力然權利拘束之效力則仍存續又數宗請求中對於某一宗聲明異議時則支付命令就其他宗請求及與之相當費用之部分仍有效力

聲明異議

於適當時間已聲明異議其因請求而提起之訴訟屬於初級審判廳管轄者該訴視爲與支付命令之送達同時提起於該初級審判廳其言詞辯論之期日依初級審判廳之通常訴訟程序定之

因請求而提起訴訟屬於地方審判廳管轄者是債務者於適當時間已聲明異議通知債權者若債權者自其通知書送達之日起一個月期間內不向管轄審判衙門起訴則權利拘束失其效力

於適當時間已聲明異議者督促程序之費用視為債權者起訴時訴訟費用之一部若不於右定期間內起訴則程序費用由債權者負擔之

第七 執行命令

(一) 意義

執行命令者以記載於支付命令之請求及督促程序之費用宣示許債權者為假執行之決定也

(二) 執行命令之條件

為此執行命令須具備左列條件

- (1) 已經過支付命令中所揭之期間
- (2) 債權者已為假執行之聲請
- (3) 宣示假執行以前債務者不聲明異議

(三) 執行命令之效力

執行命令與宣示假執行之關席判決有同一之效力然欲依此命令以為強制執行無

須特爲附與執行文但債權者有承繼或債務者有承繼時則須以執行文附與之

(四) 對於執行命令之故障

附以宣示假執行之支付命令與闕席判決有同一之效力既與闕席判決有同一之效力應亦得對之爲故障之聲明故法律許對之聲明故障也

故障之聲明不問管轄如何均向發執行命令之初級審判廳爲之既聲明故障則執行命令即失效力此與闕席判決之聲明故障相同故障聲明後應依通常之訴訟程序辦理請求物件屬於地方審判廳管轄者執行命令歸於消滅債權者應別向管轄之地方審判廳爲訴之提起若屬於初級審判廳管轄者得就該故障爲裁判且得進而就其事件之本案爲判決又該事件不屬於初級審判廳之管轄者雖不得就本案爲審理然便宜上得裁判其故障之適否即(一)故障之聲明是否合法律上之方式(二)是否於法定期間內爲之此二點固得爲裁判也初級審判廳因欲裁判此故障適否應傳喚當事者爲言詞辯論其聲明故障之不適法者爲駁斥之判決適法者爲許容故障之判決既經許容故障之判決執行命令應與其判決同時廢棄之債權者由判決確定之日起一月內應向管轄之地方審判廳爲訴之提起若懈怠訴訟之提起權利拘束即歸無效

民國三年六月初版

民國十二年二月四版

起

訴訟法要覽上卷

定價

年

譯編者 東方法學會

發行者 泰東圖書局

印刷者 泰東圖書局

總發行所 泰東圖書局
上海四馬路一百十九號

經售處 重慶唯一書坊
各省大書局

不許複製

上海图书馆藏书



A541 212 0003 4285B

珍袖

法政要覽叢書

本書之特色

預備

考試之

利器

研究

法政所

必攜

一譯纂東西名著

二解釋現行法規

三學說豐富

四問題完備

五提挈綱領

六助長記憶

七攜帶至便

八一目瞭然