im Civilprosess S. 11., Trutter, Processual Rechtsgeschäft S. 7. 等ハ「實在ノ狀態ニ於テ訴訟手續ヲ構成スル行爲」(„Die Handlung aus denen sich der Process in seiner Konkreten Erscheinung zusammensetzt.")ナリトシテ訴訟行爲ナリトシ、又 Brettner (in Bödiker's Magazin f. d. deut Recht der Gegenwart Bd. 8. S. 263ff.)ハ「訴訟手續ニ於テ爲サルル行爲ハ總テ訴訟行爲ナリ」(„Processhandlung ist jecle Handlung im Process.")トナス。然レトモ、訴訟其他ノ準備書面若クハ口頭辯論ニ於テ爲サルル私法上ノ意思表示例ハ法律行爲ノ取消若クハ契約ノ解除ノ意思表示、選擇權行使ノ意思表示、相殺ノ意思表示等ハ果シテ訴訟手續ヲ構成スルヤ否ヤ明ナラス。然カモ訴訟ヲ爲スニ當リテ爲サルル行爲カ總テ訴訟行爲ニ非ルコトハ論ヲ俟タス(後述一五頁以下參照)

(2) 判決目的ノ爲メニ存スル行爲ニ非ルモノ

(一) 或ハ又「判決目的」(Urtheilszweck)ノ爲メニ存スル行爲」若クハ「訴訟目的」(Processzweck)ノ爲メニ存スル行爲」ハ訴訟行爲ナリト。蓋シ

(1) 「判決目的」ノ爲メニ存スル行爲」ヲ以テ訴訟行爲ナリトスルハ、判決並ニ判決アルコトヲ得セシムルカ爲メニ存スル行爲カ訴訟行爲タルト所以ヲ說明スルコト能ハス。又

(2) 「訴訟目的」ノ爲メニ存スル行爲」ハ、訴訟行爲ナリトスルモ、此ニ此見解ニ依ルトキハ、執行、保全ノ目的ノ爲メニ存スル行爲ト雖モ訴訟法上ノ效力ヲ生セサルヤ勿論ナリ。

(二) 或ハ又「判決目的」(Urtheilszweck)ノ爲メニ存スル行爲」若クハ「訴訟目的」(Processzweck)ノ爲メニ存スル行爲」ハ訴訟行爲ナリトス。蓋シ

(1) 「判決目的」ノ爲メニ存スル行爲」ヲ以テ訴訟行爲ナリトスルハ、判決並ニ判決アルコトヲ得セシムルカ爲メニ存スル行爲カ訴訟行爲タルト所以ヲ說明スルコト能ハス。又

(2) 「訴訟目的」ノ爲メニ存スル行爲ニ非ルモノ

(一

ハ又權利ノ存否ヲ專ロ不明ナラシムル裁判ノ如シ。然レトモ苟クモ訴訟法ニ規定セラレ且訴訟法上ノ效力ヲ生スル行爲タル以上ハ、假令當該ノ場合ニ於ケル結果ヨリ觀察スルトキハ專ロ訴訟ノ目的ニ反スル行爲ト雖モ仍ホ訴訟行爲ナリト云ハサルヘカラス（Wach, Handbuch I S. 24; Hellwig, Processhandlung S. 9, Kleinfeller, Lehrbuch S. 162 a. a. O.）。從テ(ロ)右見解ハ之ヲ修正シテ、「訴訟法ノ規定ニ依リ訴訟目的ノ爲メニ存スル行爲ハ訴訟行爲ナリ」トスルコトヲ必要トスルニ至ル。然レトモ、之ニ依ルモ仍ホ本案請求ニ對スル何等ノ解決其他何等ノ保護行爲ナクシテ訴訟ノ終結ヲ來タスヘキ行爲（例ハ訴ノ取下、訴訟ノ休止、訴ヲ不適法トシテ却下スル裁判）カ訴訟行爲タル所以ヲ說明スルコトヲ得サルニ至ル註(四)。

註(II) Kuntzel (in Gruchot, Beitrage Bd. 35 S. 327) Petoldi, (in Gruchat Beitrge Bd. 44 S. 845), Bunsen (in Zeit. f. d. Civ. Processrecht Bd. 26 S. 294) 等ハ訴訟行爲ヲ以テ判決目的ノ爲メニ存スル行爲ナリトス。

註(III) Stein (in Birkmeyer, Encyklopädie 2 auf. S. 972), Gaup-Stein II zu § 381 CPO., Schmidt (Lehrbuch 2 auf. S. 330) 等ハ訴訟目的ノ爲メニ存スル（im Dienste des Processzweck）行爲ハ訴訟行爲ナリトナス。

(二)訴訟法上ノ效力ヲ生スヘキ行爲—私見

註(II) Hellwig (Lehrbuch Bd. II S. 440f.) ハ「訴訟目的ノ爲メニ存スル行爲並ニ訴訟關係ノ非常ナル終了ヲ來タシ又ハ一時ノ停止ヲ來タスヘキ行爲」ヲ Handlung die Processverhältniss in aussergewohnlicher Weise beendigt oder einstweiligen Stillstand bringt." ヲ以テ訴訟行爲ナリスルモノノ如シ。

(三)上述ノ如ク、訴訟ヲ爲スノ目的ヨリ觀察シテ訴訟行爲ノ觀念ヲ定メントスルモ不精確タルヲ免レサルカ故ニ、一派ノ學者ハ行爲カ生スヘキ效力ニ着眼シテ訴訟行爲ノ觀念ヲ定メントスルニ至レリ。蓋シ訴訟法上ノ事實トハ訴訟法上ノ效力ヲ生スヘキ法律事實ヲ云ヒ、訴訟行爲ハ訴訟法上ノ事實ノ一部ヲ爲スモノナルカ故ニ、行爲カ生スヘキ效力ニ着眼シテ訴訟行爲ノ觀念ヲ定メントスルハ、至當ノ研究方法ト云ハサルヘカラス。

右見地ヨリシテ、定義ヲ下ス場合ニハ、

「訴訟行爲トハ訴訟法ノ規定ニ依リ訴訟法上ノ效力ヲ生スヘキ行爲ナリ」

ト云フコトヲ得。唯此定義ハ「訴訟法上ノ效力」ノ何タルヤヲ示ササル

カ故ニ抽象ニ失スルヲ免レス。從テ之ヲ具體的ニ示ストキハ、

『訴訟行爲トハ訴訟法ハ規定ニ依リ(イ)特定ノ訴訟ヲ開始シ發展シ若クハ終了スヘキ行爲及ヒ(ロ)將來ノ訴訟ニ影響ヲ及ホスヘキ行爲ナリ』ト定義スルコトヲ得。左ニ之ヲ分說スヘシ

(1) 訴訟行爲ハ訴訟法ノ規定ニ依リ訴訟法上ノ效力ヲ生スヘキ行爲ナリ、訴訟法ニ規定セス又訴訟法カ何等ノ效力ヲ認メサル行爲ハ訴訟行爲ニ非ス。蓋シ當事者ノ主觀ニ於テハ訴訟ヲ爲スカ爲メニ重要ナリトスル行爲ト雖モ(例ハ訴ヲ提起スルカ爲ノ辯護士トノ協議)、訴訟法カ何等ノ效力ヲ認メサルモノハ到底訴訟法上ノ法律事實タルコトヲ得ス、從テ又訴訟法行爲タルコトヲ得ス。

(2) 訴訟法ノ規定ニ依リ本來特定ノ訴訟ヲ開始シ、發展シ若クハ終了スヘキ行爲又ハ將來ノ訴訟ニ影響ヲ及ホスヘキ行爲ナルコトヲ要ス。訴訟法ノ規定ニ依リ本來訴訟法上ノ效力ヲ生スヘキ行爲タル以上ハ、假令各場合ニ於ケル實際ノ結果ヨリ觀ルトキハ、假令訴訟ヲ開始セス、發展セス若クハ終了セサル行爲、若クハ又將來ノ訴訟ニ影響スルコトヲ得サル行爲ト雖モ猶訴訟行爲ナリト云ハサルヘカラス。例ハ訴狀ノ差出ハ本來訴訟ヲ開始スヘキ行爲ナルカ爲メ裁判長カ之ヲ差戻スヘキ場合ニ於テモ仍ホ訴訟行爲タルカ如シ。

(3) 訴訟行爲ハ訴訟法ノ規定ニ依リ特定ノ訴訟ヲ開始シ、發展シ若クハ終了スヘキ行爲、又ハ將來ノ訴訟ニ影響ヲ及ホスヘキ行爲ナルコトヲ要ス。

蓋シ(イ)大多數ノ訴訟行爲ハ直チニ特定ノ訴訟ヲ開始シ(訴ノ提起)、發展シ(攻擊方法、防禦方法ノ提出及ヒ訴訟指揮)若クハ終了スヘキ行爲(訴ノ取下、和解終局判決等)ナリ。否ナ、學說ニハ專ラ此種ノ行爲ノミヲ視テ訴訟行爲ノ定義ヲ下サントスルモノナキニ非ス 註(五)。然レトモ、

（ロ）訴訟行爲ニハ直チニ特定ノ訴訟ヲ開始シ、發展シ若クハ終了スル效力ヲ生セス、將來ノ訴訟ニ於テ初メテ其效果ヲ實現スルモノナキニ非ラス。例ハ管轄ノ合意（訴一二〇）管轄裁判所指定ノ申請及ヒ其指定（訴二六―二八）ノ如キハ將來爲スヘキ訴訟ノ管轄ヲ生シ若クハ之ヲ定メ、訴訟代理權授與ノ行爲ハ訴六三）第三者ヲシテ當事者ノ爲メニ將來爲サルヘキ訴訟ニ關與スルコトヲ得セシメ、又訴訟ノ未タ繫屬セサルニ當リテ爲サルル證據保全ノ申請、之ニ對スル證據決定及ヒ證據調ハ（訴三六六條三項、三六八、三六九）將來爲サルヘキ訴訟ノ爲メ必要ナル證據ヲ保全スルカ如シ。此等ノ行爲モ亦タ訴訟法ノ規定スル所ニシテ且訴訟法上ノ效力ヲ生スルカ故ニ訴訟行爲ナリト云ハサルヘカラス註（六）（七）。

註（五）Kleinfeller (Lehrbuch. 2 aufl. S. 162) ノ如キハ、訴訟行爲ヲ以テ『訴訟ノ開始、進行、擔保、終了ヲ目的トスル行爲ナリ』：Die Prozesshandlung ist Verwirklichung eines Willens, der auf Beginn, Betrieb, Leitung, Beendigung des Prozesses gerichtet ist." トナセリ。

註（六）（Rosenberg.ハ『訴訟法ニ規定シタル申請ニシテ判決裁判所ニ爲サルヘキモノハ直チニ又常ニ訴訟行爲ナリ。其他ノ行爲ハ訴訟法ノ規定ニ從ヒ、本來直接ニ訴訟關係ヲ開始シ、發展シ若クハ終了スヘキモノニ限リテ訴訟行爲ナリ』トナス（Rosenberg. Stellvertretung S. 69 fg.）。彼カ前半ノ制限ヲ付シタルハ、主トシテ管轄裁判所指定ノ申請（訴二八）、證據保全ノ申請（訴三六六三項）、訴訟上ノ救助ノ申請（訴九三）、證言拒絕ノ申請（訴三〇〇）並ニ證人又ハ鑑定人カ爲ス抗告（訴四五七條二項）カ訴訟行爲ナルコトヲ示スノ目的ニ出ツルモノナリ。

註（七）訴訟行爲ハ將來ノ訴訟ニ關シテ訴訟法上ノ效力ヲ生セシムル行爲ヲモ含ムモノトセルハ Hellwig ニ始マル。彼ハ訴訟行爲ヲ區別シテ（イ）Processführungshandlungen（訴訟ヲ爲ス行爲）即チ訴訟ノ開始、發展又ハ終了ヲ來タスヘキ行爲ト（„der Einleitung, Betreibung und Beendigung dienen"）（ロ）將來ノ訴訟ニ關シテ訴訟法上ノ效果ヲ生セシムル行爲（„die in Beziehung auf künftig mögliche Processe eine prozessuale Wirkung herbeiführen"）トナセリ Hellwig, System Bd. I. S. 423fg., Prozesshandlung S. 8 u. 11f.）

二　訴訟行爲ト區別スヘキ行爲

（一）私法上ノ法律行爲若クハ法律上ノ行爲（Rechtshandlungen）カ訴訟行爲ニ非ルコトハ固ヨリ論ヲ俟タス。從テ、私法上ノ法律行爲ハ訴訟ヲ機會トシテ訴狀其他ノ準備書面ニ於テ爲サルルモ、將タ又口頭辯論ニ於テ爲サルルモ、私法上ノ法律行爲タル性質ヲ喪ヒ訴訟行爲トナルヘキ理由ナシ（細者判批一卷一三八頁以下參照）

（二）唯私法上ノ形成權ヲ行使スル意思表示カ訴訟ヲ機會トシテ爲サ

訴訟ヲ機會トシテ爲ス形成權行使ノ意思表示

ルル場合殊ニ口頭辯論ニ於テ爲サルル場合ニ關シテハ學說岐カル、例ハ口頭辯論ニ於テ法律行爲ヲ取消シ、契約ヲ解除シ、選擇權ヲ行使シ若クハ又相殺ヲ爲ス旨ノ攻擊方法若クハ防禦方法ヲ提出スル場合ノ如シ。

(1)訴訟行爲說

學說ニ於テハ或ハ、

(1) 右ノ行爲ヲ以テ廣義ノ訴訟行爲ナリトナス。畢竟訴訟委任ノ法律上ノ範圍カ相手方ヨリ辨濟スル費用ヲ領收スル(私法上ノ法律行爲ナリ)代理權ヲ除クノ外、單ニ訴訟行爲ヲ爲ス代理權ノミヲ包含スルニ顧ミ、實際上ノ便宜ヲ圖カルカ爲メ認メラルル見解ニシテ、以爲ラク『訴訟ニ於ケル攻擊方法若クハ防禦方法トシテ私法上ノ權利ヲ行使スル場合ニハ、訴訟目的ノ爲メニ爲サルルモノナルカ故ニ、其權利ヲ行使スル意思表示ハ廣義ノ訴訟行爲ニ屬ス。其意思表示カ生スル效果カ私法上ノモノタルコト、並ニ裁判外ニ於テモ亦其意思表示ヲ爲スヲ得ルコトハ、其意思表示カ訴訟行爲タルコトヲ妨クルコトナシ』ト(CaupStein III zu § 81 CPO. dort Zitierte)。然レトモ(イ)訴訟目的ノ爲メニ爲サルル總テノ行爲ハ直チニ訴訟行爲ニ非ス、訴訟法ノ規

(2)訴訟行爲タルト同時ニ法律行爲ナリトスル說

定ニ依リ訴訟法上ノ效力ヲ生スヘキ行爲ニ限リ訴訟行爲ナリ(上述七頁)。從テ又私法上ノ效果ヲ生スルニ止ル意思表示ハ私法上ノ行爲ニシテ訴訟行爲ニハ非スト云ハサルヘカラス。且(ロ)私法上ノ法律行爲タル意思表示、卽チ形成權ヲ行使スル一方的意思表示ハ裁判外ニ於テ爲サルルト裁判上從テ口頭辯論ニ於テ訴訟行爲ヲ爲スヲ機會トシテ爲サルルトニ依リテ、其性質ヲ異ニスヘキ理由ナシ(Rosenberg, Stellvertretug S. 66 fg. a. a. o.)。或ハ又

(2)・一箇ノ行爲ニシテ訴訟行爲タルト同時ニ法律行爲タル行爲ナリトナス。此見解ハ舊時ヨリ今日ニ至ルマテ仍ホ廣ク行ハルル所ナリト雖モ註(八)、(イ)法律行爲ハ效果意思ノ表示タルニ反シ、訴訟行爲ノ多數ハ效果意思ノ表示タル行爲ニハ非ス、殊ニ攻擊方法及ヒ防禦方法ノ提出ハ觀念ノ表現ニシテ效果意思ノ表示ニハ非ス(後述第二章參照)、而カモ效果意思ノ表示ト觀念ノ表現トハ互ヒニ相排斥スルモノナルカ故ニ一箇ノ行爲カ效果意思ノ表現タルト同時ニ觀念ノ表現ナリト云フカ如キハ心理上ノ不能ヲ可能ナリトスル謬見ナリ。且(ロ)形成權ヲ行使スル私法上ノ意思表

示ハ相手方タル當事者ニ對シテ爲スコトヲ要スル行爲タルニ反シ、訴訟行爲殊ニ攻撃方法及ヒ防禦方法ノ提出ハ裁判所ニ對シテ爲スモノナルコトハ疑ヲ容レス。而カモ一個ノ行爲カ同時ニ相手方タル當事者ニ對シ又裁判所ニ對シテ爲サルト云フハ背理ナリト云ハサルヘカラス。

(3)形成權ノ行使ヲ包含スル訴訟行爲ナリトスル說

註(八) 現時ニ於テモ、Raddatz, Sächsische Archiv Bd. 10 217ff., Crome, System des BGB. II S. 302ff.; Dernburg, Bürg. Recht I, S. 331ff.; Enneccerus Lehrb. des bürgerlich. Recht I. S. 528., Nölder, zu § 143 BGB., Landsberg, Recht des BGB. I. S. 367., Staudiger I zu § 143 BGB., 等ノ私法學者ノミナラス、訴訟法學者ニモ同樣ノ見解ヲ認ムルモノ少カラス。曰ク Weismann ZZP Bd. 26 S. 17, Lehrbuch I S. 299, Wach, ZZP. Bd. 27 S. 15., Walsmann, Arch Civ Prax Bd. 102 S. 127, Kleinfeller, Lehrbuch S. 201, Stein Nr. III 3 vor § 128, Nr. VI 2 zu § 145., Seuffert Nr. 4a zu § 145 cpo 等ノ如シ。此ノ見解ニ對スル批評ニ Rosenberg, Stellvertretung S. 64f. 倘拙論和解後ニ於ケル訴訟手續ノ續行(京法六卷五九四頁以下參照)

(3) Hellwig ハ『形成權ノ行使ヲ包含スル訴訟行爲』ナル觀念ヲ認メ(イ)訴訟行爲中ニ包含セラレタル形成權ノ行使タル意思表示ノ內容及ヒ效力ニ付キテハ民法ノ規定ニ依ルヘキナリト雖モ、(ロ)右訴訟行爲ノ方式、豫備的ニ之ヲ爲シ得ルヤ、訴訟代理人又ハ從參加人之ヲ爲スコトヲ得ル

ヤ、撤回(取下)若クハ取消スコトヲ得ルヤ、並ニ訴ノ取下若クハ訴ノ不適法却下ノ場合ニハ全體ノ行爲(卽チ訴訟行爲並ニ之ニ包含セラレタル形成權ノ行使タル意思表示)カ、其效力ヲ失フヤ否ヤノ問題ハ、總テ訴訟法ノ規定ニ依リテ決スヘキモノナリトス (Hellwig, Prozesshandlung S. 29fg., System Bd. I. S. 432. vgl, Lehrb. I S. 243)。

(4)法律行爲並ニ訴訟行爲ノ併存

畢竟形成權行使ノ意思表示(法律行爲)ハ攻撃方法若クハ防禦方法ノ提出ナル訴訟行爲中ニ沒入シテ、其獨立ヲ失ヒ、從テ民法上生スヘキ私法上ノ效果ハ依然之ヲ生スルニ拘ラス、該意思表示ノ方式成立並ニ消滅等ノ問題ハ總テ併合シタル訴訟行爲ノ方式存在並ニ消滅等ニ依リテ定マルトナスモノナリ。換言セハ形成權ノ行使タル意思表示ハ其成立並ニ存在ヲ訴訟行爲ニ假託シ從テ形體無キニ拘ハラス、然カモ其內容ニ適合スル效力(卽私法上ノ效果)ハ之ヲ發生スルコトヲ得トナスモノナリ。然レトモ形體無クシテ其內容ノミハ存スト云フハ非ナリト云フヘシ。サレハ、(4)吾人ハ一派ノ學者ト共ニ口頭辯論ニ於テ法律行爲ヲ取消シ、契

約ヲ解除シ、選擇權ヲ行使シ若クハ相殺ヲ爲ス旨ノ攻撃方法若クハ防禦方法ヲ提出シタル場合ニハ（他ノ形成權ヲ行使スル旨ノ攻撃方法若クハ防禦方法ヲ提出スル場合亦同シ）形成權行使ノ意思表示（私法上ノ法律行爲ナリ）ト且該意思表示ニ因リ一定ノ私法上ノ效果カ生シタルコトヲ攻撃方法若クハ防禦方法トシテ提出スル訴訟行爲トノ二箇ノ行爲カ併存スルモノトナリ解セントス註(九)。卽チ

（イ）形成權ノ行使タル意思表示ハ裁判外ニ於テ爲サルルト裁判上訴訟行爲ヲ爲スヲ機會トシテ準備書面若クハ口頭辯論ニ於テ爲サルルトヲ問ハス、常ニ民法上ノ法律行爲ニシテ訴訟行爲ニハ非ス、從テ又其方式、成立、取消、效力等ノ問題ヲ初メ之ヲ爲スカ爲メノ代理權（訴訟委任ノ法律上ノ範圍ニハ屬セス、該法律行爲ヲ爲スカ爲メノ民法上ノ代理權ヲ要ス）等ノ問題ハ總テ民法ノ規定ニ依リテ決スヘキモノナリトナス。更ニ訴ノ取下若クハ訴ノ不適法却下等訴訟物ノ權利拘束カ溯及シテ消滅スル場合ニ於テモ、訴訟行爲ヲ爲スヲ機會トシテ爲サレタル形成權行使ノ意思表示（私法上ノ法律行爲）ハ當然消滅シ若クハ其效力ヲ失フモノニ非スト解セントス。反之、

（ロ）形成權行使ノ意思表示ニ因リ一定ノ私法上ノ效果ヲ生シタルコトヲ攻撃方法若クハ防禦方法トシテ提出スルハ、固ヨリ訴訟行爲ナルカ故ニ、其方式、適否、取消若クハ撤回並ニ豫備的ニ爲スコトヲ得ルヤ等ノ問題ハ專ラ訴訟法ノ規定ニ依リテ決スヘキモノナリトス。

註(九) Rosenberg, Stellvertretung S. 69 u. 75ff.; Weiglin, Recht zur Aufrechnung S. 8., Nussbaum, Processhandlung S. 67., Geib, Rechtsschutzbegehren S. 185., Förster-Kann Nr. 2 zu § 54 CPO., 等ノ訴訟法學者並ニ Planck 2 zu § 388 BGB., Siber, Kompensation S. 113; Förtsch in Gruchot Beitrage Jahr. 42 S. 226. 等ノ私法家モ亦タ之ヲ認ム。尙細書判批二卷二三二頁以下參照。

第三節　訴訟行爲ノ種類

參考　Hellwig, System I § 145 S. 424 f., Dercelbe, Processhandlung § 2 S. 9f.

一　適法ナル訴訟行爲ト訴訟上ノ違法行爲

私法學ニ於テハ法律事實タル行爲ハ之ヲ適法行爲ト違法行爲トニ大別シ、前者ハ更ニ法律行爲若クハ意思表示ト然ラサル行爲（卽チ意思實現、意思通知、觀念通知、感情又ハ觀念實現並ニ事實行爲ヲ包含ス）トニ細別ス

ルヲ近時ノ生スルモノニシテ相手方ニ對シ生ズル效力ハ非ス且訴訟法上ノ效力ハ非ス且訴訟法上ノ效力ハ非ス且訴訟法上ノ

(2)内容ニ依ル種別

ハ訴ノ提起(當事者ノ訴訟行爲)、訴狀ノ受理、其適否ノ審理(司法機關ノ訴訟行爲)等ハ特定ノ訴訟ヲ開始スヘキ訴訟行爲ニシテ、又攻撃方法若クハ防禦方法ノ提出、證據方法ノ申出若クハ證據抗辯ノ提出等ハ訴訟ヲ發展セシムヘキ當事者ノ訴訟行爲ナリ。更ニ訴訟ノ指揮、證據決定、證據調ノ結果ニ基ク事實ノ眞僞ノ裁判等ハ何レモ訴訟ヲ發展セシムヘキ司法機關ノ訴訟行爲ナリ。更ニ訴ノ取下、和解等ハ訴訟ヲ終了セシムヘキ當事者ノ訴訟行爲ニシテ又終局判決ハ訴訟ヲ終了セシムヘキ司法機關ノ訴訟行爲ナルカ如シ。

(2) 反之、各箇ノ訴訟行爲ノ内容ニ基ク分類ハ、各種ノ訴訟行爲ノ性質ヲ明ニシ、從テ其成立、撤回、取消若クハ不服申立等ノ關係ヲ明確ニスルモノニシテ、意思表現若クハ意思表示タル行爲、觀念ノ表現タル行爲、從テ法律上及ヒ事實上ノ陳述、通知、公證、意見ノ陳述等)トニ區別ス。

當事者ノ訴訟行爲及ヒ司法機關ノ訴訟行爲ノ詳細ハ次章以下ニ說明スヘシ。

第貳章　當事者ノ訴訟行爲

當事者ノ訴訟行爲(法定代理人、訴訟代理人、補佐人及ヒ從參加人ノ訴訟行爲ヲ含ム)ハ、行爲カ生スヘキ效力ヲ標準トシテ區別スルコトヲ得、又内容ヲ標準トシテ區別スルコトヲ得。(一)前者ハ當事者ノ訴訟行爲カ(1)特定ノ訴訟關係ヲ開始シ、發展シ若クハ終了セシムルヤ、又ハ(2)將來ノ訴訟ニ影響ヲ及ホスヤニ依ル區別ニシテ、自ラ訴訟法律關係ノ開始、發展及ヒ終了ニ關係スルカ故ニ、詳細ハ之ヲ判決手續ニ於ケル訴訟法律關係ヲ說明スル場合ニ讓ルヲ便トス。(二)後者ハ各箇ノ訴訟行爲ノ内容從テ其性質ニ依リテ類別スルモノニシテ、意思表現若クハ意思表示タル行爲ト觀念ノ報告若クハ意見ノ發表タル行爲並ニ訴訟ノ進行中ニ生シタル事實ノ通知若クハ屈出トニ區別ス。此區別ハ各箇ノ訴訟行爲ヲ箇別的ニ觀察シ、從テ其成立、效力、撤回、取消等ノ問題ニ關係シ又條件付若クハ豫備的ニ爲スコトヲ得ルヤ否ヤニ關係スルモノナルカ故ニ、其詳細ハ寧ロ訴訟行爲篇ニ於テ說明スルヲ妥當トスヘシ。

效力ニ依ル種別

內容ニ依ル種別

第壹節　行爲カ生スヘキ效力ニ依ル種別

總說

一　訴訟行爲ノ不獨立

訴訟行爲ノ直接ノ效果

一　訴訟行爲ノ不獨立

私法上ノ法律行爲ハ一方行爲タルト契約若クハ合同行爲タルトヲ問ハス各獨立シテ私法上ノ效果ヲ生スルヲ原則トス。然カルニ訴訟行爲ハ當事者ノ訴訟行爲タルトヲ問ハス、訴訟ヲ終了スヘキ訴訟行爲ヲ除クノ外（訴ノ取下、和解、終局判決ハ獨立シテ其效力ヲ生ス）一訴訟行爲ハ他ノ多數ノ訴訟行爲ト相俟チ全體トシテ私權保護ノ目的ヲ達セントスルモノナリ。註(一)從テ、當事者（司法機關亦同シ）カ一訴訟行爲ヲ爲ストキハ、該訴訟行爲ハ一定ノ訴訟狀況若クハ訴訟上ノ地位ヲ生セサルニハ非スト雖モ、其狀況若クハ地位タルヤ他ノ訴訟行爲カ爲サレ若クハ他ノ事實カ生スルマテ當事者カ一時占ムヘキモノタルニ過キス、換言セハ一訴訟行爲ニ依リテ生セシメラレタル訴訟狀況若クハ地位ハ、他ノ訴訟行爲カ爲サレ又ハ他ノ事實カ生シ從テ他ノ狀況若クハ地位ヲ生スルマテ存續スルモノタルニ過キス、訴訟ハ斯ル狀態ニ於テ發展シ、結局終局判決ノ確定（訴訟上ノ和解亦同シ）ニ依リテ終了スルモノタリ。——約言セハ一訴訟行爲カ爲サルルニ依リテ生スル訴訟狀況若クハ地位ハ一時的ノモノニシテ、(イ)其後ニ於ケル訴訟關係ノ發展ノ狀態ヲ定メ、斯クシテ(ロ)結局終局判決ノ內容ニ影響ヲ及ホスモノタリ註(二)。

結局ノ效果

夫レ然リ、訴訟行爲ハ其直接ノ效果トシテハ右ニ述フルカ如ク一時的ノ訴訟狀況若クハ地位ヲ生スルニ過キス、而カモ其結局ノ效果ハ終局判決ノ內容ニ影響ヲ及ホシタル場合ニ於テ初メテ發揮セラルルモノナルカ故ニ、訴訟行爲カ生スル效力ヲ標準トシテ之ヲ類別セントスル場合ニハ、其直後ノ效果ニ基クノ外ナシ。

註(一)　訴訟行爲カ不獨立ノモノナルコトハ實ニ訴訟行爲ノ特色ヲ爲スモノナリ。此點ハ Bülow, das Gestandnisrecht (1899) S. 75 ノ初メテ唱導シタル所ニシテ Hellwig, Prozesshandlung S. 14 u. System Bd. I S. 435 等ハ之ニ和シタリ。

二　效力ニ依ル種別

キハ、當事者ノ訴訟行爲ハ(1)特定ノ訴訟關係ヲ開始シ、發展シ若クハ終了スヘキ訴訟行爲ト將來ノ訴訟ニ影響スヘキ訴訟行爲トニ大別スルコトヲ得。——而シテ、當事者ノ右訴訟行爲ニ對シテハ、同樣ノ效力ヲ生スヘキ司法機關ノ訴訟行爲之ニ對應スルモノナリ。例ハ(イ)訴訟ヲ開始スヘキ訴ノ提起ニハ、訴狀ヲ受理シテ其方式ニ合シタルヤ否ヤヲ調査シ、方式ニ合スルコトヲ認ムル場合ニハ口頭辯論期日ヲ指定シテ訴狀ヲ被告ニ送達セシムル行爲之ニ對應シ、又(ロ)當事者カ訴訟ノ進行ヲ促ス行爲ニハ、裁判所ノ訴訟指揮之ニ對應シ、當事者カ攻擊方法若クハ防禦方法ヲ提出シ又ハ證據方法ヲ提出スル行爲ニハ、司法機關カ證據決定並ニ證據調ヲ爲シ、證據調ノ結果及ヒ辯論ノ全旨趣ニ基キ攻擊方法若クハ防禦方法トシテ提出セラレタル事實ノ眞僞ヲ判斷スルノ行爲之ニ對應シ、依リテ訴訟關係ヲ發展セシムルカ如シ。

第一款　訴訟關係ヲ開始シ發展シ若クハ終了スヘキ當事者ノ訴訟行爲

參考 Hellwig, Processhandlung S. 15.

訴訟關係ヲ開始シ、發展シ若クハ終了スヘキ訴訟行爲ノ詳細ハ訴訟關係ノ開始、發展及ヒ終了ヲ論スル場合ニ讓ルヲ便トスルカ故ニ(本書第二卷判決手續參照)、茲ニハ斯ル效力ヲ生スヘキ當事者ノ訴訟行爲ノ網目ヲ示スニ止ムヘシ。

一　訴訟ヲ開始スヘキ行爲

(一)訴ノ提起

訴訟法律關係並ニ訴訟手續ヲ開始スルハ訴ノ提起ナリ。

(1)　訴ノ提起ハ原告カ被告ニ對シ一定ノ私法上ノ法律關係ノ存在又ハ不存在ヲ主張(即チ請求シ)シテ自己ニ有利ナル判決(Günstiges Urtheil)ヲ爲サンコトヲ要求スル行爲ニシテ、其主要ナル內容ハ訴ハ申立ナリ、從テ其性質ハ意思表現ナリ(第二節內容ニ依ル區別參照)。

(2)　訴ノ提起ハ(イ)訴狀ヲ裁判所ニ差出シテ爲スヲ通常ノ方式トス

(訴一九〇,三七四)。訴狀ニハ其要素タル事項ヲ記載スルコトヲ要ス、卽チ原告及ヒ被告並ニ裁判所ヲ表示シ、又判決ヲ受クヘキ法律關係卽チ訴訟物タル法律關係カ其同一(Identität)ヲ認識セラルヘキ標準ニ依リテ之ヲ表示シ(法文ニ謂フ所ノ「起シタル請求ノ目的物及ヒ原因」ノ記載ナリ)、且右被告ニ對シ右法律關係ニ關シ如何ナル內容ノ判決アランコトヲ要求スルヤノ訴ノ申立ヲ明ニセサルヘカラス(訴一九〇條二項)。更ニ訴狀ニハ法定額ノ印紙ヲ貼用スルコトヲ要ス(訴訟用印紙法二,三及ヒ一一)。訴狀カ差出サレタル場合ニハ、裁判長ハ差出サレタル訴狀カ方式ニ合スルヤ否ヤヲ審査シ、之ヲ認ムル場合ニハ口頭辯論期日ヲ指定シテ之ヲ被告ニ送達スヘク(訴一九二,一九三)、之ニ依リテ訴訟物ノ權利拘束ヲ生ス、換言セハ訴訟物タル法律關係ニ關スル訴カ裁判所ニ繫屬(Rechtshängigkeit(權利拘束)—Gerichtshängigkeit(裁判所繫屬))スルニ至ル訴一九五條一項)。又

(ロ) 訴提起ノ變體 トシテ口頭辯論ニ於テ訴ヲ起ス場合ニハ、口頭ヲ以テ訴狀ノ要素タル事項ヲ陳述スレハ足ル(訴二一二)、尤モ地方裁判所ニ於ケル訴訟手續ニ在リテハ書面ニ基キテ書キ上ケサルヘカラス(訴二二二,對照三八〇)。此場合ニ於テハ訴訟物ノ權利拘束ハ口頭ヲ以テ陳述シタル時ヲ以テ生スルモノナリ(訴二一二)。

(3) 訴ノ提起ニ因リテ(イ)直接ニ生スル效果ハ訴訟物ノ權利拘束ノ發生ナリ、換言セハ請求ニ關スル訴訟カ裁判所ニ繫屬シ、從テ裁判所ハ該訴訟ニ付キテ審理シ且審理ノ結果ニ從ヒテ正當ナル判決ヲ爲スヘキ義務ヲ負ヒ、原告及ヒ被告ハ起サレタル訴訟ニ付キ審理シ且審理ノ結果ニ從ヒテ正當ナル判決ヲ爲サンコトヲ要求スル權利ヲ取得シ、茲ニ訴訟法上ノ法律關係卽チ訴訟關係ヲ生スルコトニアリ。故ニ(ロ)原告カ進ンテ自己ノ起シタル請求ノ理由トアルコトヲ示スヘキ事實ヲ陳述シ(攻擊方法ノ提出、訴二〇九)更ニ必要ナル證據方法ヲ申出テ訴二一三)又裁判所カ審理ノ結果請求ノ理由アルコトヲ認メタル場合ニハ(訴二一七)結局原告カ訴ヲ以テ起シタル請求ヲ理由アリトスル終局判決ヲ爲スニ至ルヘキナリ(訴二二五)。要スルニ、訴ノ提起ハ(イ)直接ニハ訴訟物ノ權利拘束ヲ生シ、訴訟關係

ヲ開始スルニ過キサルモノナリト雖モ、(ロ)其後ニ於ケル訴訟ノ發展ノ狀態ヲ定メ且之ニ因リ結局ニ於テハ起シタル請求ニ關スル判決ヲ受クルコトヲ得セシムルモノナリ。

(二)起訴前ニ爲サルル訴訟行爲ト訴訟ノ開始

(二) 訴ノ提起ニ先チテ管轄裁判所指定ノ申請(訴二八)、訴訟上ノ救助ノ申請(訴九三)若クハ證據保全ノ申請(訴三六六條三項、三六八、三六九)等カ爲サレ、若クハ又管轄ニ關スル合意カ爲サレ(訴二九)又ハ訴訟代理權カ授與セラルルモ(訴六三)、其等ノ訴訟行爲ハ訴訟物ノ權利拘束ヲ生セス從テ訴訟關係ヲ開始スルコトヲ得ス、單ニ將來爲サルヘキ訴訟ニ影響ヲ及ホスコトヲ得ルニ過キス。

二 訴訟ヲ發展スヘキ行爲

(一)訴訟追行

訴訟法律關係並ニ訴訟手續共ニ其進行カ促サルルコトニ依リテモ發展シ、訴訟材料カ提供セラルルコトニ依リテモ亦タ發展ス。

(一) 訴訟ノ進行ヲ促ス行爲ハ之ヲ訴訟追行ノ行爲(Processbetieb)ト云フ。蓋シ當事者追行ヲ原則トスヘキヤ若クハ又職權追行ヲ原則トスヘキヤハ訴訟法上ノ根本主義ノ一ヲ爲スモノナリト雖モ、我現行訴訟法ニ於テハ(イ)職權追行ヲ以テ原則トシタリ、從テ訴訟ハ裁判長若ハ裁判所其他ノ司法機關ノ職權ニ基ク裁判(決定、命令等)ニ依リテ追行スルヲ原則トス(例ハ訴一九三、一〇九、二七四等)、註(一)此場合ニハ當事者ハ單ニ職權ノ發動ヲ促スコト(Motivierung)ヲ得ルノミナリ。然レトモ亦(ロ)司法機關ハ當事者ノ申立又ハ申請ニ基キテノミ裁判ヲ爲スコトヲ得、且訴訟ハ其裁判ニ依リテ初メテ進行スル場合アリ、例ハ訴訟手續カ中止、中斷若クハ休止シ又ハ其他ノ事由(例ハ證據調ニ關スル不定時間ノ障碍訴二七五)ニ依リテ一時停止シタリシ後訴訟手續ヲ續行スルニハ、當事者ノ申請ニ基キテ期日ヲ指定スルコトヲ要スルカ如シ(訴一六九一八八條二項(註(一)。此場合ニ於ケル當事者ノ申請ハ訴訟追行ノ行爲ナリ。——訴訟休止ノ合意(訴一八八條一項)ハ訴訟ノ追行ヲ停止スルモノナリト雖モ、亦訴訟ヲ發展スヘキ行爲ナリト云フヲ妨ケス。

註(一)「訴訟ノ追行」ニ關スル詳細ハ訴訟手續ヲ說明スル場合ニ讓ル

(二)訴訟材料ノ提出

(二) 訴訟材料ヲ提供スル行爲

民事訴訟ハ處分主義ヲ認ムルカ故ニ如何ナル法律關係ニ付キ判決アランコトヲ要求スルヤハ訴ハ申立ヲ以テ之ヲ申立ツヘキモノナルノミナラス(訴一九〇條三項二號同一一〇條二項二三二)更ニ該申立ヲ以テ要求セラレタル内容ノ判決ヲ受ケントセハ其申立ノ理由アルコトヲ示スカ爲メ必要ナル法律上及ヒ事實上ノ陳述ヲ爲シ(訴一一〇條二項)必要ナル場合ニハ事實上ノ陳述ノ眞ナルコトヲ證明スヘキ證據方法ヲ申出テサルヘカラス(訴二一三)。而シテ申出テラレタル證據方法ノ證據調カ完結シタル後各當事者ハ證據調ノ結果ニ付キ辯論ヲ爲ササルヘカラス(訴二一六)。左ニ其概要ヲ說明スヘシ

(1)法律上ノ陳述
(イ)其意義

(1) 法律上ノ陳述

(イ) 法律上ノ陳述トハ特定ノ法律關係殊ニ特定ノ權利カ存在シ又ハ存在セサル旨ノ陳述、換言セハ特定ノ法律關係殊ニ權利ノ存在又ハ不存在ニ關スル具體的ノ陳述(Konkrete Rechtsbehauptung)ヲ謂フモノナリ。

夫レ、特定ノ法律關係ノ存在又ハ不存在ノ主張ハ法律上ノ效果ノ發生

又ハ其不發生、若クハ又其發生後、消滅ナル效果ノ發生シタルコトヲ主張スルモノニ外ナラス、而カモ法律上ノ效果ノ發生ヲ示スニハ、一方ニ於テハ當該ノ效果ノ發生ヲ認ムル法文アルコトヲ要シ、他方ニ於テハ該法文カ抽象的ニ法律要件トセル法律事實ニ適合セル具體的ノ事實ノ存スルコトヲ要ス。從テ、學說ニハ(イ)適用セラルヘキ法文ノ存否及ヒ效力、其解釋及ヒ適用ニ關スル意見ノ陳述、並ニ之ニ對スル陳述、卽チ當該法文ノ存否及ヒ效力ニ對スル爭ヒ又ハ其解釋適用ニ關スル反對意見ノ陳述若クハ又適用セラルヘキ他ノ法文ヲ示シ又ハ其解釋適用ニ對スル意見ヲ陳述スルヲ以テ訴訟法第一一〇及ヒ第一一一條謂フ所ノ法律上ノ陳述及ヒ之ニ對スル陳述ナリトシ、其結果トシテ(ロ)裁判所ハ內國ノ現行法及ヒ一般慣習法ハ之ヲ知ルヘキ職責ヲ有スルカ故ニ(jura novit curia)、法文ノ存否及ヒ效力其解釋適用ニ關スル見解ノ如キハ當事者必シモ之ヲ陳述スルコトヲ要セス。唯當事者カ地方慣習法、商慣習、規約又ハ外國法ヲ援用セントスル場合ニハ、該法規ノ存在ヲ陳述シ且證明セサルヘカラス(訴二

一九)。—約言セハ法律上ノ陳述トハ適用セラルヘキ法文ノ存否及ヒ其效力ニ關スル陳述並ニ其解釋適用ニ關スル意見ノ發表ヲ謂フモノニ外ナラサルカ故ニ、當事者ハ必スシモ之ヲ陳述スルコトヲ要セストナス說アリ。然レトモ、訴訟法第一一〇條謂フ所ノ法律上ノ陳述トハ、特定ノ法律關係殊ニ權利ノ存在又ハ不存在ニ關スル具體的ノ陳述ヲ云フモノニシテ(Hellwig, System Bd. I S. 470.細論擧證責任ノ分配六頁參照)適用セラル法文ノ存否及ヒ效力又ハ其解釋適用ニ關スル意見ノ發表ヲ云フモノニハ非ルカ故ニ、各當事者ハ其申立ノ理由ヲ示スヘキ法律上ノ陳述ヲ爲シ又相手方ハ之ニ對スル陳述ヲ爲スコトヲ要ス。

(ロ)法律上ノ陳述ノ種類

(ロ) 前揭ノ意義ニ於ケル法律上ノ陳述ハ、或ハ(い)本案ニ關スル審理及ヒ裁判ヲ要求スル訴訟上ノ權利ノ存在又ハ不存在ニ關スル陳述(ろ)訴訟物タル法律關係ニ關スル審理及ヒ裁判ヲ要求スル訴訟法上ノ權利ノ存在又ハ不存在ニ關スル陳述又ハ(は)訴訟物タル法律關係若クハ先決問題タル法律關係ノ存在又ハ不存在ニ關スル陳述タリ。若クハ又(に)右各

(2)事實上ノ陳述
(イ)意義

權利ノ存在又ハ不存在ニ關スル陳述ニ對スル陳述(即チ之ヲ認ムル陳述若クハ爭フ陳述タリ(訴訟物タル法律關係ノ存在又ハ不存在ニ關スル原告ノ主張ヲ被告カ理由アリトスル陳述ノ請求ノ認諾ニシテ、又原告カ自ラ其主張ヲ理由ナシトスル陳述ハ請求ノ棄ナリ)或ハ又(ほ)右ノ各權利ニ對スル反對權即チ抗辯權ノ存在ヲ主張スル陳述タリ。——而シテ(い)若クハ(ろ)ノ訴訟法上ノ權利ニ對スル反對權ノ存在ヲ主張スルハ訴訟法上ノ抗辯權ノ存在ヲ主張スルモノナルニ反シ、右(は)ノ權利即チ訴訟物若クハ先決問題タル私法上ノ權利ニ對スル抗辯權ハ固ヨリ私法上ハ抗辯權(Einrede, Einrederecht)ナリ。

(2) 事實上ノ陳述

(イ) 事實上ノ陳述トハ、各當事者カ法律上ノ陳述トシテ主張セル法律關係殊ニ權利前揭い、ろ、は、ほニ揭ケタル權利)ノ存在又ハ不存在ヲ示スヘキ事實ノ陳述換言セハ該法律關係殊ニ權利ノ發生ナル法律上ノ效果又ハ其發生ヲ妨ケ若クハ又一旦發生シタル效果ヲ消滅セシムル效果ノ發生ニ必要ナル法律要件ヲ構成セル事實ノ陳述又ハ之ニ對スル陳述

(ロ)事實上ノ陳述ノ種類

(ロ) 左ニ訴カ提起セラレ、當事者双方カ口頭辯論期日ニ出席シ、各當事者カ各其申立ヲ爲シ、更ニ法律上ノ陳述ヲ爲シタル後、爲サルヘキ事實上ノ陳述ヲ說明シ依リテ事實上ノ陳述並ニ之ニ對スル陳述ノ何タルヤヲ明ニスヘシ。

(い)當事者カ爲スヘキ陳述

(い) 原告ハ其ノ申立(訴ノ申立ト一致スルヲ常トス)ヲ爲シタル後(訴一一〇條一項)、法律上ノ陳述ヲ爲ササルヘカラス。而シテ法律上ノ陳述トシテハ、前述ノ如ク先ツ

(a)訴訟要件タル事項ノ存在ヲ示スヘキ事實ノ陳述

(a) 本案ニ關スル審理及ヒ裁判ヲ要求スル訴訟法上ノ權利ノ存在ヲ陳述セサルヘカラス。而シテ此權利ハ所謂訴訟要件タル事項ノ具備スル場合ニハ存スルモノナルカ故ニ、原告ハ訴訟要件タル事項例ハ當事者能力、訴訟能力、法定代理權、訴訟代理權、及ヒ裁判所ノ管轄ノ存スルコト並ニ訴訟物カ民事裁判事項タルコトヲ示スヘキ事實ヲ陳述スヘク、被告ハ又之ニ對スル陳述ヲ爲ササルヘカラス。次ニ原告ハ本案ノ辯論ヲ拒絕スル權利(即チ本案ノ辯論ヲ拒絕スル抗辯權)ノ存在スルコト

訴訟上ノ抗辯權

(b)當事者タル適格及ヒ判決ヲ受クヘキ利益ノ存スルコトヲ示スヘキ事實

(b) 原告ハ訴訟物タル法律關係ニ關スル審理及ヒ裁判ヲ要求スルコトヲ得ル權利ノ存在ヲ主張セサルヘカラス。而シテ右訴訟法上ノ權利ハ所謂權利保護要件タル事項中、當事者タル適格及ヒ當該ノ判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益ニ關スル要件カ具備スル場合ニハ存スルモノナルカ故ニ、原告タル適格ヲ有シ又タ相手方カ被告タル適格ヲ有スルコトヲ示スヘキ事實並ニ訴ヲ以テ要求セル判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益ヲ有スルコトヲ示スヘキ事實ヲ陳述スヘク、被告ハ之ニ對スル陳述ヲ爲ササルヘカラス。次ニ

(c)訴訟物タル法律關係ノ存在

(c) 原告ハ訴訟物タル法律關係ノ存在又ハ不存在ヲ認確スル判決ヲ要求スル權利アルコトヲ主張スヘク、而シテ該權利ハ原告主張ヲ陳述スル場合(法律上ノ訴陳述)ニハ、其法律要件タル事實即訴訟上ノ障礙タル事項ノ存スルコト(權利拘束ノ存在、訴訟費用保證ノ欠缺又ハ前訴訟費用ノ未濟)ヲ示スヘキ事實ヲ陳述スヘク(訴二〇六條二項)、原告ハ又之ニ對スル陳述ヲ爲ササルヘカラス。次ニ

ノ如ク訴訟物タル法律關係カ存在シ又ハ存在セサル場合ニ限リ存スルモノナルカ故ニ、原告ハ訴訟物タル法律關係カ存在セルコト(從テ其カ發生シタルコト)又ハ存在セサルコト(從テ發生ヲ妨ケラレタルコト又ハ發生後消滅シタルコト)ヲ示スヘキ法律要件ヲ構成スル事實ヲ陳述スヘク、被告ハ又之ニ對スル陳述ヲ爲ササルヘカラス。——又被告ニ於テ私法上ノ抗辯權ノ存在ヲ主張スル場合ニハ其法律要件タル事實ヲ陳述スヘク、原告ハ又之ニ對スル陳述ヲ爲ササルヘカラス。

(ろ) 前掲(a)(b)(c)ノ說明ニ於テ被告又ハ原告ハ、各其相手方ノ事實上ノ陳述ニ對スル陳述ヲ爲スヘシトナセリ。右謂フ所ノ『對スル陳述』(Gegenerklärung)ハ、或ハ

(a) 爭ヒナリ。而シテ其爭ヒハ純然タル否認タルコトヲ得又積極的陳述ニ依ル否認タルコトヲ得。積極的陳述ニ依ル否認トハ、相手方ノ主張セル事實ト兩立セサル他ノ事實ヲ陳述シテ否認スルコトヲ云フ、例ハ原告カ消費貸借トシテ金若干圓ヲ交付シタルコトヲ陳述セルニ對シ被告ハ寄與トシテ該金額ヲ受領シタリト云フカ如シ。或ハ又

(b) 自白タルコトヲ得、即チ自己ニ不利益ナル事實ニシテ、相手方ノ陳述シタルモノヲ『然リ』トスル陳述ナリ。自白ハ現在ノ訴訟ノ口頭辯論又ハ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ於テ爲サレタル場合ニハ之ヲ裁判上ノ自白ト云ヒ、然ラサル場合ニハ裁判外ハ自白ト云フ。而シテ裁判上ノ自白ハ證據ヲ要セサル效力ヲ生スルニ反シ、裁判外ノ自白ハ間接事實ニシテ證據ヲ得ヘキ原因(證據原因)タルニ過キスト云フハ、民事訴訟法上ノ原則トシテ認メラルル所ナリ(後述第二節第二、第三項參照)、或ハ又

(c) 明ニ爭ハサルコトヲ得、即チ爭ヒモセス又自白モセサルナリ。此場合ニハ先ツ他ノ陳述ヨリシテ爭ハントスル意思カ顯ハレサルヤヲ見ルヘク、必要アル場合ニハ釋明權ヲ行ハサルヘカラス(訴一一二條二項)然モ尙ホ爭ハントスル意思カ顯ハレサルトキハ、相手方ノ主張シタル事實ヲ自白シタルモノト看做ササルヘカラス(訴一一一條二項)。之ヲ擬制自白ト云フ。擬制ノ自白ハ、明ニ爭ハサリシ者カ、第一審ノミナラ

在又ハ不存在ヲ示スヘキ事實

私法上ノ抗辯權

(ろ)相手方ノ陳述ニ對スル陳述

(a)爭ヒ

(b)自白

(c)明ニ爭ハス

擬制自白

ス控訴審ニ於テモ仍ホ先キニ爭ハサリシ事實ヲ爭フコトニ依リテ取消シ得ルニ反シ(訴四一七)、眞正ノ自白ハ第一審ニ於テモ特別ノ制限ニ從フニ非サレハ之ヲ取消スコトヲ得ス控訴審ニ於テモ亦タ然リ(訴四一八)。

或ハ又

(d)不知ノ陳述

(d)「不知」ノ陳述タルコトヲ得。不知ノ陳述ハ相手方ノ主張スル事實カ自己ノ行爲又ハ自己ノ實驗シタル事實ニ非ルトキハ爭ヒタルモノト看做サルト雖モ(訴一一一條三項)、自己ノ行爲又ハ自己ノ經驗シタル事實ナルトキハ明カニ爭ハサルモノトシテ其效力ヲ定メサルヘカラス(訴一一一條二項)。從テ他ノ陳述ヨリシテ爭ハントスル意思カ顯ハレサルトキハ自白シタルモノト看做ササルヘカラス。更ニ又

(ほ)抗辯ノ提出

(ほ)抗辯タル事實ノ陳述タルコトヲ得。抗辯トハ相手方ノ陳述セル事實ト兩立シ得ル事實ニシテ而カモ相手方ノ陳述セル事實カ生スヘキ法律上ノ效果ヲ消滅セシメ若クハ停止スヘキ事實ノ陳述ヲ云フ、例ハ原告カ貸金債權ノ發生ヲ示スヘキ事實ヲ陳述シタルニ對シ、被告カ

消滅時效ノ完成シタルコト又ハ辨濟シタルコトヲ示スヘキ事實ヲ陳述スルカ如シ註(三)。

對スル陳述

當事者ノ一方カ抗辯タル事實ヲ陳述シタル場合ニハ(a)他ノ一方ハ亦之ニ對スル陳述ヲ爲ササルヘカラス。而シテ其陳述ハ或ハ爭ヒタリ、或ハ自白タリ或ハ又明ニ爭ハサル旨ノ陳述若クハ不知ノ陳述タリ。或ハ又(b)他ノ一方ハ抗辯ニ對シテ再抗辯タル事實ヲ陳述スルコトヲ妨ケス、即チ抗辯タル事實ト兩立シ得ル事實ニシテ而モ抗辯タル事實カ生スヘキ法律上ノ效果ヲ消滅セシメ若クハ停止セシムル事實ヲ陳述スル場合ナリ、例ハ消滅時效完成ノ抗辯ニ對シテ、時效中斷ノ再抗辯ヲ爲スカ如シ。

再抗辯ノ提出

當事者ノ一方カ再抗辯タル事實ヲ陳述シタル場合ニハ、他ノ一方ハ亦之ニ對スル陳述ヲ爲スヘク、從テ又再々抗辯タル事實ヲ陳述スルコトヲ妨ケス、以下又之ニ準スヘキナリ。

再々抗辯

抗辯權ト抗辯

註(三) 訴訟法上若クハ私法上ノ抗辯權(卽反對權)ノ存在ノ主張ト抗辯タル事實ノ陳述トハ明ニ之ヲ區別セサルヘカラス。前者ハ法律上ノ陳述ニシテ後者ハ事實上ノ陳述ナリ。獨逸民法ノ用語例ニ於テハ、私法上ノ抗辯權卽チ辯濟ヲ拒絕スル權利(Leistungsverweigerungsrecht)ノ主張ハ Einrede ト云ヒ、抗辯タル事實ノ陳述ハ之ヲ Einwand ト稱シタリ、然カルニ從來訴訟法學ニ於テハ右私法上ノ抗辯權ヲ主張スル場合ヲ

ルト抗辯タル事實ヲ陳述スル場合タルトヲ問ハス Einrede ヲ提出スト云フカ故ニ、混同ヲ來タシ易スシ。

(3)證據方法ノ申出及ヒ證據抗辯

(イ)證據方法ノ申出

(ロ)證據抗辯

(3) 證據方法ノ申出及ヒ證據抗辯

(イ) 相手方ニ依リテ裁判上自白セラレ又ハ爭ハレサル事實ハ證據ヲ必要トセス、裁判所ニ顯著ナル事實モ亦タ然リ(訴二一八)。反之爭ハレタル事實カ顯著ナル事實ニ非ルトキハ證據ニ依リテ其眞僞ヲ確定スルコトヲ要ス。故ニ(a)其事實ノ眞僞カ不明ナルカ爲メ不利益ヲ受クヘキ者換言セハ該事實ニ付キ擧證責任ヲ負擔スル原告又ハ被告ハ該事實ノ眞ナルコトヲ證明スヘキ證據方法ヲ申出ツルヲ利トス、尤モ(b)相手方モ亦タ該事實ノ虛僞ナルコトヲ示スヘキ反對事實ヲ陳述シ且之ヲ證明スヘキ證據方法ヲ申出ツルコトヲ得且之ヲ其利益トス(訴二一三條一項前段)。

當事者ノ一方カ證據方法ヲ申出テタル場合ニハ(證據方法ノ申出ハ申請ナリ)、他ノ一方ハ之ニ對スル陳述ヲ爲ササルヘカラス(同條一項後段)。該陳述ハ或ハ(イ)證據方法ノ申出カ適法ナラサル旨ノ陳述タリ、或ハ(ロ)證明セントスル事實カ重要ナラサル旨ノ陳述タリ或ハ(ロ)提出セラレタル證據方法カ絕對的又ハ相對的ニ値値ナキ旨ノ陳述タリ、此等ノ陳述ハ之ヲ證據抗辯ト云フ(Gauy-Stein zu § 283 Föpster-Kann Nr. I zu § 283 COP. 拙著判批一卷四九七頁以下、二卷一五七頁)

(4)證據調ノ結果ニ對スル辯論

(4) 證據調ノ結果ニ關スル辯論

各當事者ノ申出テタル證據方法(證人、鑑定人、書證、檢證ノ目的物等)ノ證據調(證人若クハ鑑定人ノ訊問、書證ノ閱讀、檢證ノ目的物ノ觀察)ハ裁判所ノ行フ所ナリ(訴二一三條二項)右證據調ノ結果(證人ノ供述、鑑定意見、證書ノ內容、檢證ノ目的物ヲ觀察シタル結果)カ受訴裁判所ヲ組織スル總テノ判事ニ明ナルトキハ、當事者ハ該結果ヲ陳述スルコトヲ要セスト雖モ、證據調カ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ於テ行ハレタルカ爲メ若クハ又證據調後ニ判事ノ更迭アリタルカ爲メ判事ノ全員カ證據調ノ結果ヲ知ラサル場合ニハ、當事者ハ證據調ノ結果ヲ精確且完全ニ陳述セサルヘカラス(訴二一六)。尤モ、當事者カ證據調ノ結果ヲ完全ニ陳述セス若クハ不精確ニ陳述シタル場合ニハ、裁判長ハ證據調ノ調書ニ基キ釋明權ヲ行ハサルヘカラス、而カモ仍ホ當事者カ其命ニ從ヒテ補充若クハ更生セサリシトキハ、裁判所ハ

當事者ノ辯論ニ拘ハラス、實際得ラレタル證據調ノ結果ニ基キヲ註(四)證明セラルヘキ事實ノ眞偽ヲ判斷セサルヘカラス(訴二一七)。

註(四) 訴第二一六條ニ於テ當事者ハ證據調ノ結果ニ付キ口頭ヲ以テ演述スヘシトナセルハ、立法當時ノ狀勢ニ鑑ミレハ口頭主義ヲ過重視シタルモノナリ。然レトモ、當事者カ演述セサル場合ニハ實際得ラレタル證據調ノ結果ト雖モ尙ホ之ヲ訴訟材料ト爲スヲ得ストニ云フカ如キハ實體的眞實ヲ得ンコトヲ期スルノ目的ニ反ス。學說ニ於テモ當事者カ裁判長ノ釋明ニ從ハサルトキハ實際得ラレタル證據調ノ結果ヲ斟酌スヘキモノトセリ(Wach, Vorträge 2aufl. 28. Hellwig, System Bd. I S. 533. Förster-Kann Nr. 23 zu § 285 CPO)

三 訴訟ヲ終了スヘキ行爲

當事者ノ訴訟行爲ニシテ、訴訟關係及ヒ訴訟手續ヲ終了スヘキモノハ、訴ハ取下及ヒ訴訟上ノ和解ナリ。

(一) 訴ノ取下

訴ノ取下ハ起シタル訴ニ付キ最早判決アランコトヲ要求セス、ト云フ意思表示ニシテ、一方的訴訟法律行爲ナリ。訴ノ取下カ適法ナルトキハ權利拘束カ生シタル訴訟法上ノ效力ハ溯及シテ消滅ス(訴一九八條四項)私法上ノ效力(例ヘ時效中斷ノ效力)カ消滅スルヤ否ヤハ民法上ノ問題ナリ。

(二) 訴訟上ノ和解

訴訟上ノ和解ハ當事者カ口頭辯論ニ於テ互ニ讓歩ヲ爲シテ繫屬スル訴訟ヲ終了セシムル合意、即訴訟上ノ契約ナリ(訴二二一、五五九條三號)。繫屬スル訴訟ノ終了ト共ニ、本案請求ニ關スル爭又ハ中間ノ爭モ亦解決セラルルヲ常トスト雖モ、和解ハ之カ爲メニ民法上ノ和解契約トナルコトナシ。和解タルト否トヲ問ハス、一箇ノ行爲ハ訴訟行爲タルト同時ニ私法上ノ法律行爲タルコトヲ得ス(後述第二節參照)

本案訴訟ハ解決スル訴訟上ノ和解ハ、本案ノ確定判決ニ代ハルヘキモノ(Surrogat)ナルカ故ニ、本案ノ確定判決ニ準シ、既判力及ヒ執行力ヲ生セサルヘカラス(訴五五九條三號參照)、又中間ノ爭ヲ解決スル訴訟上ノ和解ハ、中間判決ニ代ハルヘキモノニシテ(訴二二七)、當該ノ爭點ヲ解決シ依リテ終局判決ヲ準備スルノ效力ヲ生ス。

確定ノ終局判決ニ代ハルヘキ和解ノ取消ハ、再審ニ準セサルヘカラス、從テ再審事由ノ存スルトキハ再審期間內ニ限リ獨立ノ訴ヲ以テ其取消ヲ要求スルコトヲ得ルモノトス。解スヘク註(五)、又中間判決ニ代ハルヘキ和解ノ取消ハ該中間判決ニ對スル不服申立ノ方法ニ依リテ決スヘキナリ。

註(五)　訴訟上ノ和解ノ取消後ヲ和解ノ訴訟手續ノ續行ニ付キテハ學說分レタリ。一派ノ見解ニ依レハ當事者ハ單ニ口頭辯論續行期日ノ指定ヲ申請シ該期日ニ於テ訴訟上ノ和解ノ無效ヲ主張スヘク、又裁判所ハ右期日ノ指定ヲ拒ムコトヲ得ス、該期日ニ於ケル口頭辯論ニ基キ果シテ和解カ成立セサリシヤ否ヤ、若クハ無效ナルヤ否ヤノ點ニ付キ裁判スヘキモノナリトシ(Gruchot Bd. 58 S. 794 COP.)然レトモ訴訟上ノ和解ハ確定判決ニ代ハルヘキ和解ハ確定ノ終局判決ニ準シ、確定力、既判力及ヒ執行力ヲ生セサルヘカラス、從テ又該和解ノ取消ハ再審ニ關スル規定ノ準用ニ依リテ獨立ノ訴ヲ以テ爲スヘキモノト解ササルヘカラス (Paul, Vergleich S. 23 f.; Kretschmar, Vergleich S. 99.) 損論和解後ニ於ケル訴訟手續ノ續行ニ付キ特定ノ訴訟物ニ對スル獨逸民事訴訟法(一九一四年)第四二三條第三項ノ如キハ「確定決定ヲ以テ明確ニシタル訴訟上ノ和解ハ確定判決ト同一ノ效力ヲ有ス」ト規定シテ右ノ見解ヲ認メタリ。

第二款　將來ノ訴訟ニ影響ヲ及ホヌヘキ當事者ノ行爲

■將來ノ訴訟ニ影響ヲ及ホスヘキ行爲

參考 Hellwig, Prozesshandlung II S. 111.

將來ノ訴訟ニ影響ヲ及ホスヘキ訴訟行爲ノ特色ハ、直チニ特定ノ訴訟關係ヲ開始シ若クハ其發展ニ影響シ又ハ之ヲ終了スヘキ行爲ニハ非ラス、將來爲サルヘキ訴訟(或ハ近キ將來ニ於テ訴訟ヲ開始スルコトカ確實ナルコトアリ又將來訴訟ヲ開始スヘキヤ否ヤカ未タ明ナラサルコトアリ)ノ爲メ或ハ其管轄權ヲ定メ、或ハ訴訟代理權ヲ生セシメ、或ハ證據ヲ保全スト云

フカ如ク、主トシテ將來ノ訴訟ノ發展ニ影響ヲ及ホサンコトヲ目的トスル行爲ナリ。例ハ管轄裁判所擬定ノ申請ハ管轄裁判所ノ指定ヲ受ケ(訴二七)、又管轄ニ關スル合意ハ該合意ニ於テ定メタル裁判所ノ管轄權ヲ發生セシメ(訴二九)、依リテ將來爲スヘキ訴訟ノ管轄ヲ明ニシ、法定代理人ニ對スル特別ノ特權並ニ訴訟代理權授與ノ行爲ハ法定代理人若クハ訴訟代理人トシテ訴訟ヲ爲スコトヲ得セシメ(訴四三、六四)、訴訟上ノ救助ノ申請ハ訴訟上ノ救助ヲ受ケ依リテ裁判費用ノ假免除並ニ訴訟費用ノ爲メニスル訴訟上ノ保證ヲ立ツルコトノ免除ヲ得テ訴訟ヲ爲スコトヲ得セシメ(訴九一、九三、九七)、證據保全ノ申請カ訴訟ノ未タ繫屬セサルニ當タリテ爲サルル場合ニハ、將來爲スコトアルヘキ訴訟ノ爲メニ必要ナル證據ヲ保全スルモノニシテ(訴三六五、三六六條二項)、此等當事者ノ訴訟行爲カ將來ノ訴訟ニ影響ヲ及スヘキ旨ノ意思表示ハ訴訟法律行爲ニシテ、判決手續ヲ省略シ公正證書ニ基キテ直チニ强制執行ヲ爲スコトヲ又債務者カ即時ニ强制執行ニ服スヘキ旨ノ意思表示ハ訴訟法律行爲ニ

得セシムルモノナルカ故ニ(訴五五九條五號)、將來爲サルヘキ強制執行ニ影響ヲ及ホスヘキ行爲ナリト云ハサルヘカラス。

第二節　内容ニ依ル種別

參考 Hellwig, Prozesshandlung §§ 4-8, S 20-53; System I. §§ 146—152, S. 424—455.

總　言

當事者ノ訴訟行爲ハ其内容從テ其性質ニ基キ(イ)申立及ヒ申請(其性質ハ意思表現ナリ)、(ロ)法律上及ヒ事實上ノ陳述(其性質ハ觀念表現ナリ)、(ハ)證據方法ノ申出(申立ノ一種ニシテ、其性質ハ意思表現ナリ)、(ニ)證據調ノ結果ニ對スル辯論又ハ法文ノ效力若クハ解釋、適用ニ關スル意見ノ陳述(即信念ノ表現ニシテ、其性質ハ觀念表現ニ屬ス)、(ホ)訴訟ノ進行中ニ生シタル事實ノ通知若クハ屆出(其性質ハ觀念通知ナリ)、及ヒ(ヘ)訴訟法律行爲(即法律行爲的性質ヲ有スル訴訟行爲)ニ區別スルコトヲ得。

本節ニ於テハ主トシテ申立及ヒ申請、法律上及ヒ事實上ノ陳述並ニ訴訟法行律爲ヲ說明シ其序次他ノ行爲ニ及フヘシ。

一　觀念及ヒ性質

(一)　申立及ヒ申請(Antrage, Gesuch)ハ國家ノ司法機關ニ對シテ一定ノ内容ノ裁判ヲ爲サンコトヲ要求スル行爲ナリ、訴訟法一般ノ用語例ニ依レハ、判決ヲ要求スル場合ニハ申立(Antrag)ト云ヒ、判決以外ノ裁判(即決定、命令)ヲ要求スル場合ニハ申請(Gesuch)ト云フヲ常トスト雖モ、必シモ格守セラルルニハ非ス。

(二)　申立及ヒ申請ノ性質ハ意思表現ナリ、詳言セハ一定ノ内容ノ裁判(廣義)ヲ爲サンコトヲ求ムル意思ヲ表現スルモノナリ。然レトモ

(1)　法律上ノ效果ノ發生ヲ欲スル意思即チ效果意思ノ表示ニハ非ス。蓋シ、訴訟法ノ規定ニ依リ裁判所其他ノ司法機關カ職權ヲ以テ裁

參考 Klein, Schuldhafte Parteihandlungen S. 17. f., Pollack, Gerichtlicher Geständniss S 27 f, Derselbe, Lehrduch des oesterreichischen Civil-rocess Bd. I S. 39 f, Hellwig, System Bd. I § 146 S. 428f, u. Processhandlung §4 S. 20 f.

第一款　申立及ヒ申請

一　觀念及ヒ性質

(一)　申立及ヒ申請ノ觀念

(二)　申立及ヒ申請ノ性質

(1)　效果意思ノ表示ニハ非ス

判ヲ爲スコトヲ得ス、申立又ハ申請ニ基キテノミ裁判ヲ爲スコトヲ得ル場合ニハ申立又ハ申請ハ一方ニ於テハ裁判所其他ノ司法機關ヲシテ該申立又ハ申請ニ付キ裁判ヲ爲スヘキ義務ヲ負ハシムルト同時ニ、他方ニ於テハ又裁判所其他ノ司法機關カ裁判ヲ爲シ得ル事項ノ範圍ヲ限定スルモノニシテ、如此キハ申立又ハ申請カ訴訟法上生スル效果ナリト云フヲ妨ケス。然レトモ(イ)此效果ハ申立人又ハ申請人カ其發生ヲ欲スル意思ヲ有シタルト否トニ拘ハラス、訴訟法上當然生スル所ナリ、卽チ一方ニ於テハ(a)申立人又ハ申請人カ斯ル效果ノ發生ヲ欲スル意思ヲ有セサリシ場合ニ於テモ、苟クモ申立又ハ申請アリタルトキハ訴訟法ハ前示裁判義務ノ發生ヲ認ムルノミナラス、他方ニ於テハ又(b)假令申立人又ハ申請人カ右效果意思ヲ有シタル場合ト雖モ、訴訟法ハ其效果意思ヲ是認シ(gutheißen)該效果意思ノ表示タルコトヲ理由トシテ、大體其意思ニ一致セル效果ヲ發生セシムルモノニ非ス。又(ロ)申立又ハ申請ニ對シテ爲サル裁判ノ內容ハ必シモ常ニ申立人又ハ申請人ノ要求セル裁判ノ內容ト

一致スルモノニ非ス、或ハ申立又ハ申請ヲ理由アリトスル裁判タリ或ハ又申立又ハ申請ヲ不適法トシテ却下シ若クハ又理由ナシトシテ棄却スル裁判タリ。——約言セハ申立又ハ申請ハ私人カ國家ノ司法機關ニ對シテ一定ノ裁判ヲ爲サンコトヲ要求スル意思ヲ表現スルモノニシテ、又實ニ訴訟法ノ規定ニ依リテ司法機關ノ裁判義務ヲ發生セシムルモノナリト雖モ、(イ)其義務ハ申立人又ハ申請人カ其發生ヲ欲スル意思(效果意思)ヲ有シタルト否トニ拘ハラス發生スルノミナラス、假令申立人又ハ申請人カ該效果意思ノ表示タルコトヲ理由トシテ裁判義務ノ發生ヲ認ムルモノニ非ス、更ニ(ロ)該義務ニ基キテ爲ササル裁判ノ內容モ亦タ必シモ常ニ申立又ハ申請ヲ以テ要求セラレタル裁判ノ內容ト一致スルモノニ非ルナ故ニ申立及ヒ申請ハ法律行爲的性質ヲ有セス、從テ又訴訟法律行爲ニハ屬セサルモノト解ササルヘカラス註(一)。是レ、法律行爲ノ特質ハ、法律行爲ナル法律要件 (Thatbestand) ヲ構成スル主要ノ元素タル意思表示カ(イ)法律上

法律行爲的性質ヲ有セス

（3）申立及ヒ事實ト法律上ノ關連ト

定ノ出來事ヲ云フ陳述ニ意思、觀念ニ意思ヲ表現スルモノニハ非ス從テ又一定ノ狀態ヲ存セスト雖モ一定ノ狀態ヲ存シ若クハ生シ又ハ一定ノ觀念（Vorstellungen）ヲ表現スルモノニハ非ス從テ又該效果意思ノ表示ニシテ由リ效果ノ發生ヲ欲スル意思即チ效果意思（Rechtsfolgewille）ヲ表現スルモノニハ非ス從テ又一定ノ法律上ノ效果ヲ生スヘキ事實ニ關スル意思、意、思ノ表示ニシテ由リ效果ノ發生ヲ欲スル意思即チ效果意思ノ表示タルコトヲ理由トシテ大體其意思ノ表現スルモノニ在ルカ故ナリ詳細ハ訴訟法律行爲ヲ述フル場合ニ譲ルヘシ（注八）

（注八）申立及ヒ申請ノ性質ヲ有スル行爲ニ關スル學說ノ詳細ハ Kiein, Systematische Darstellung der Grundbegriffe des Civilprozessrechts, 1893 S. 33 ff. Bd. I S. 18 及ヒ Schmidt, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts (1910 S. 463) 參照ス

近時 Hellmann 氏ハ公權ニ關スル所ナリ（Prozesshandlung u. Rechtsgeschäft (1910 S. 18 及ヒ System des deutschen Zivilprozessrechts, 1912 S. 463）。

（注一）法律行爲ニ關スル私法學ノ所說ハ近ク非ス遠カラス。ホチツ主要ノ元素ハ、效果意思ノ表示ニシテ、他方ニ於テハ又其意思表示カ效果意思ノ表示ニシテ由リ效果ノ發生ヲ認ムルモノナリト（Hoetzsch, Die Willenserklärung als Tatbestandsmerkmal des Rechtsgeschäfts, 1911 S. 34 ff.）。一方ニ於テハ意思表示ニ重キヲ置キ、效果意思ハ之ヲ意思表示ニ包含セシメ、又ハ之ヲ意思表示ニ對シ獨立ノ地位ヲ與ヘサルモノアリ（Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, 1910 S. 1 ff.）。

（注二）法律行爲ニ關スル私法學ノ所說ハ近ク非ス遠カラス。從テ法律行爲ノ特質ナリト（Hoetzsch, Die Willenserklärung als Tatbestandsmerkmal des Rechtsgeschäfts, 1911 S. 34 ff.）。一方ニ於テハ意思表示ニ重キヲ置キ、效果意思ハ之ヲ意思表示ニ包含セシメ、又ハ之ヲ意思表示ニ對シ獨立ノ地位ヲ與ヘサルモノアリ（Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, 1910 S. 1 ff.）。

（2）申立及ヒ申請ハ效果意思ノ表示ニ非ス、申立及ヒ申請ハ效果意思ヲ表現スルニ過キス、故ニ觀念ノ、效果意思ノ表現タルニ過キス。法律上ノ關連ハ一定ノ權利カ存在シ若クハ存在セサルヘカラサル具體的主張ヲ云ヒ（上述三四頁以下參照）、事實上ノ關連ハ一定ノ事實、上ノ、前述ノ如シ。

サルヘキ裁判ノ内容ニ影響ヲ及サンコトヲ目的トスル行爲ナリ註(三)。

註(三) 申立又ハ申請ト事實上ノ陳述トノ區別ヲ明ニシ、前者ハ一定ノ裁判ヲ要求スルニ反シ、後者ハ裁判ヲ要求スルモノニ非スシテ、申立又ハ申請ニ對スル裁判ノ内容ニ影響ヲ及ホスコトヲ目的トスルモノナルコトヲ唱導シタルハ Pollack (ebenda) ノ功績ナリ。

二 種別

(一) 申立ハ本案ノ申立ト訴訟上ノ申立トニ區別スルヲ通常トス。

(1) 本案ノ申立 (Sachantrag) トハ本案ニ付キ判決アランコトヲ要求スル申立ヲ云ヒ、又本案トハ權利保護ノ要求ヲ云フモノナリ、從テ判決手續ニ於テハ自己ノ判決請求權ニ關シテ判決センコトヲ求ムル申立換言セハ自己ニ有利ナル判決ヲ爲サンコトヲ求ムル申立ヲ云フモノナリ(第二卷第一部訴權ノ說明參照)。本案ノ申立ノ適例ハ訴ノ申立(訴一九〇條二項三號)、反訴ノ申立(訴二〇二)訴又ハ反訴ノ申立ヲ擴張シ若クハ之ヲ變更スル申立訴一九六、中間確認ノ訴ノ申立(訴二一一)、控訴若クハ上告ノ申立(訴四〇一、四三八)、並ニ此等ノ申立ニ對スル相手方ノ反對ノ申立卽請求ノ却下若クハ棄却ヲ求ムル申立、控訴若クハ上告ノ棄却ヲ求ムル申立等ナリ。

(2) 訴訟上ノ申立 (Processantrag) トハ本案ニ關セサル申立卽訴訟手續ニ關スル申立ヲ云フ。一定ノ訴訟材料ヲ基本トシテ本案ノ申立ニ對スル裁判ヲ爲サンコトヲ求ムル申立ノ如キハ訴訟上ノ申立ノ主要ナルモノナリ、例ハ訴又ハ反訴ノ申立ニ對シテ判決ヲ爲スニ當タリ、請求ノ認諾又ハ拋棄ヲ基本トセンコトヲ求ムル申立(訴二二九)又ハ原告若クハ被告缺席ノ效果ヲ基本トセンコトヲ求ムル申立(訴二四六)ノ如シ。

(二) 申請ハ訴訟手續ニ關スル裁判決定又ハ命令ヲ要求スルモノナルヲ通常トス。或ハ(1)專ラ訴訟ノ進行ヲ促ス裁判ヲ要求スルモノタリ、例ハ期日ノ變更、辯論ノ延期若クハ續行期日ノ指定ヲ求ムル申請ノ如シ(訴一三九、一七一)、或ハ又(2)訴訟ノ進行ヲ促スト同時ニ判決ノ基本ノ影響ヲ及ホスヘキ裁判ヲ要求スルモノタリ例ハ證據方法ノ申出ノ如シ(訴二一三)、是レ證據方法ノ申出ハ當該ノ證據方法ニ付キ證據調ヲ爲サンコトヲ求ムル申請ニシテ、證據調カ命セラルルトキハ獨リ之ニ依リテ訴訟手續ノ進行ヲ促スノミナラス、證據調ノ結果ハ要證事實ノ眞僞ノ判斷ニ影

三　效力

(一)職權ヲ以テ裁判ヲ爲スコトヲ得ル場合ノ申立又ハ申請

(二)申立又ハ申請ニ基キテノミ裁判ヲ爲スコトヲ得ル場合

響シ從テ又判決ノ基本ニ影響ヲ及ホスカ故ナリ。或ハ又(3)將來爲サルヘキ訴訟ニ影響ヲ及ホスヘキ裁判ヲ求ムルモノタリ、例ハ管轄裁判所指定ノ申請(訴二八)、訴訟上ノ救助ノ申請(訴九一、九三)、訴訟カ未タ繫屬セサルニ當タリテ爲ス證據保全ノ申請(訴三六六)ノ如シ。

三　效力

(一)　司法機關カ職權ヲ以テ裁判ヲ爲スコトヲ得ル場合ニ於テ爲サルル申請(若クハ申立)ハ單ニ職權ノ發動ヲ促ス(Motivierung)效力ヲ生スルニ過キス。反之、

(二)　司法機關カ申立又ハ申請ニ基キテノミ裁判ヲ爲スコトヲ得ル場合ニ於テハ、申立又ハ申請ハ司法機關ニ裁判ヲ爲スヘキ義務ヲ負ハシメ且之ト同時ニ裁判ヲ爲シ得ル事項ノ範圍ヲ限定スルモノナリ。故ニ司法機關ハ先ツ(1)爲サレタル申立又ハ申請カ適法ナルヤ否ヤヲ審理シ不適法ナリトスル場合ニハ申立又ハ申請ヲ不適法トシテ却下スル裁判ヲ爲ササルヘカラス。反之(2)適法ナリトスル場合ニハ申立又ハ申請カ

申立又ハ申請ハ之ヲ無視スルコトヲ得ス

理由アルヤ否ヤヲ審理スヘク、其結果(イ)理由ナシトスル場合ニハ申立又ハ申請ヲ棄却スル裁判ヲ爲スヘク、又(ロ)理由アリトスル場合ニハ申立又ハ申請ヲ以テ要求セラレタル內容ノ裁判ヲ爲ササルヘカラス。――約言セハ申立又ハ申請カ爲サレタル場合ニハ司法機關ハ其申立又ハ申請ニ付キ審理シ且審理ノ結果ニ從ヒテ正當ナル裁判ヲ爲スコトヲ要ス。申立又ハ申請ヲ不適法ナリトシ若クハ理由ナシトスル場合ニ於テモ其申立又ハ申請ヲ無效ナリトシテ無視スルコトヲ得ス、必スヤ申立又ハ申請ヲ不適法ナリトシ若クハ又理由ナシトスル裁判ヲ爲スコトヲ要ス。

此點モ亦タ申立又ハ申請カ法律上若クハ事實上ノ陳述ト異ナル所ナリ。法律上ノ陳述又ハ事實上ノ陳述ハ何レモ觀念ノ表現ナルカ故ニ眞實ニ合スルニ非サレハ何等ノ價値ナシ、故ニ司法機關カ法律上又ハ事實上ノ陳述ヲ虛僞ナリト認ムル場合ニハ該陳述ヲ斟酌スルコトヲ要セス又之ヲ斟酌スルコトヲ得ス、從テ實際ノ結果ヨリ云フトキハ之ヲ無視シタルト異ナル所ナシ(Pollack, ehenda S 34 f., Hellwig, System § 147 II. 3. S. 431.)。

付キテ（一）申立又ハ特別ノ申立又ハ申請ハ之ヲ條件ニ繫ラシムルコトヲ得ルヤ。問題ニ關スル一般ノ原則ハ既ニ之ヲ述ベタリ。即チ裁判ノ基礎タル事實ハ當事者ノ主張ニ依リテ確定セラルヘキモノニシテ裁判所ハ當事者ノ主張セサル事實ヲ以テ裁判ノ基礎ト爲スコトヲ得ス。又當事者ノ主張ニ依リテ確定セラルヘキ事實ト雖モ當事者ノ主張ニ依リテ確定セラレタルモノニ非サレハ裁判ノ基礎ト爲スコトヲ得ス。此ノ原則ハ訴訟ノ進行ニ關スル一切ノ事項ニ適用セラルヘキモノニシテ申立又ハ申請ニ關シテモ亦之ヲ適用セラルヘキモノトス。故ニ申立又ハ申請ニ關スル事實ニシテ當事者ノ主張セサルモノハ裁判所ハ之ヲ斟酌スルコトヲ得ス。又當事者ノ主張ニ依リテ確定セラレタル事實ト雖モ當事者ノ申立又ハ申請ニ關スル意思ヲ表示スルニ必要ナル事實ニ非サレハ裁判所ハ之ヲ斟酌スルコトヲ得ス。例ヘハ原告カ被告ニ對シ金錢ノ支拂ヲ求ムル訴ニ於テ原告カ其ノ請求ノ原因ヲ爲ス爲メニ主張シタル事實ニ付キ被告カ之ヲ爭ハサルトキト雖モ裁判所ハ其ノ事實ヲ以テ裁判ノ基礎ト爲スコトヲ得ス。又被告カ原告ノ主張シタル事實ニ付キ爭ヒタルトキト雖モ裁判所ハ其ノ事實ヲ以テ裁判ノ基礎ト爲スコトヲ得ス。又當事者

為ス等（第三位以下ノ申立ニ於テモ同シ）ノ數多ノ申立ヲ認メラルル場合ノ為メニ、第二、位ノ申立（Eventualantrag）ヲ更ニ第二位ノ申立カ理由ナシト認メラルル場合ノ為メニ、第三位ノ申立ヲ、第二位ノ申立ニ於ケル如ク、第一位ノ申立ニ付テモ、之ヲ為スコトヲ得ルモノトス。

（ロ）第二位ノ申立ハ

カ結了スルマテ其審理及ヒ裁判カ停止セラルヘキ申立ニ非ルコトハ疑ヲ容レストナセリ。

註(四) 拙論請求ノ豫備的併合、京法一一巻一一七四殊ニ一一七八頁以下及ヒ一一九七頁以下、尚ホ Lämm-ert in ZZP Bd. 16 S. 433, Weismann, Lehrbuch Bd. I § 104 III.

(2) 蓋シ豫備的ノ申立ヲ爲シ得ル場合ヲ、論旨ノ如ク該申立ニ於テ主張セラルル權利カ法律上論理的ニ互ニ相排斥スル場合ニ限定スルトキハ、第一位ノ申立ニ付キ審理及ヒ裁判ヲ爲スハ同時ニ又第二位ノ申立ニ付キ審理ヲ爲シ且其申立自體又ハ其先決問題ニ付キ裁判スルモノナルコトヲ認ムルヲ得ヘシ。然レトモ豫備的申立ハ右ノ場合ニ限リテ爲シ得ルモノナリトスルハ非ナリ。苟クモ申立人カ其主觀ニ於テ二箇以上ノ申立ヲ以テ主張セラルル權利カ互ニ法律上論理的卽客觀的ニ相排斥スルモノニ非ルトキト雖モ、仍ホ申立ノ豫備的結合ヲ適法ナリトスルヲ至當トス。蓋シ(イ)

(ロ)條件付申立ナリト雖モ適法ナリ

申立人ノ主觀ニ於テ順位ヲ付シタルヲ以テ足ル

二箇以上ノ申立カ互ニ法律上論理的ニ相排斥スル申立ニ非ルコトハ疑ヲ容レストナセリ。

註(四) 拙論請求ノ豫備的併合、京法一一巻一一七四殊ニ一一七八頁以下及ヒ一一九七頁以下、尚ホ Lämmel, System, Weismann, Lehrbuch Bd. I § 104 III.

(2) 蓋シ豫備的ノ申立ヲ爲シ得ル場合ヲ、論旨ノ如ク該申立ニ於テ主張セラルル權利カ法律上論理的ニ互ニ相排斥スル場合ニ限定スルトキハ、第一位ノ申立ニ付キ審理及ヒ裁判ヲ爲スハ同時ニ又第二位ノ申立ニ付キ審理ヲ爲シ且其申立自體又ハ其先決問題ニ付キ裁判スルモノナルコトヲ認ムルヲ得ヘシ。然レトモ豫備的申立ハ右ノ場合ニ限リテ爲シ得ルモノナリトスルハ非ナリ。苟クモ申立人カ其主觀ニ於テ二箇以上ノ申立ヲ以テ主張セラルル權利カ互ニ法律上論理的卽客觀的ニ相排斥スルモノニ非ルトキト雖モ、仍ホ申立ノ豫備的結合ヲ適法ナリトスルヲ至當トス。蓋シ(イ)

第二位ノ申立ハ條件付申立ナリ

然レトモ其條件ノ成否ハ第一位ノ申立ニ對スル審理ノ結果ニ依リテ自明トナル

一位ノ申立ニ付キ審理及ヒ裁判ヲ爲スカ同時ニ第二位ノ申立ニ付キ審理及ヒ裁判ヲ爲スモノニ非サルコトハ論ヲ俟タス。然レトモ、申立人ニ於テ「第一位ノ申立カ理由アリトセラルル場合ニハ第二位ノ申立ヲ爲ス」ト云フハ、畢竟第一位ノ申立カ理由ナシトセラルル場合ノ爲メニ第二位ノ申立ヲ取下クルノ意思ヲ豫告的ニ表示シ(Hellwig, Lehrb. III. S. 38 尙ホ申立ノ取下ハ一方的訴訟法律行爲ニシテ條件ニ繫ラシムルヲ得ルコトニ付キテハ後述參照)從テ第一位ノ申立カ審理ノ結果理由ナシトセラルル場合ニ限リ第二位ノ申立ニ付キ審理シ及ヒ裁判センコトヲ要求スルモノト解スヘキナリ。從テ、第二位ノ申立ハ條件付申立ナリト云ハサルヘカラス、然レトモ(ロ)該條件タルヤ其成否ハ恰モ第一位ノ申立ニ對スル審理ノ結果ニ依リテ自ラ明確トナルヘキモノニシテ、裁判所並ニ相手方ハ特ニ其條件ノ成否ヲ注意シ若クハ調査スルコトヲ要セス、從テ司法事務ノ進捗ヲ妨ケ若クハ相手方ヲシテ不測ノ危害ヲ受ケシムル虞ナシ。

——約言セハ申立カ豫備的ニ連結セラレタル場合ニハ第二位以下ノ申立ハ條件付申立ニシテ裁判義務ノ發生ヲ不定ナラシムルモノナリト雖

五　申立申又ハ請ノ取消及ヒ取下

(一)取消

效果意思ノ欠缺若クハ瑕疵ト申立

モ、其條件ノ成否ハ第一位ノ申立其他先順位ノ申立ニ、對スル審理ノ結果ニ依リテ自ラ明確トナルカ故ニ弊害ヲ生スルコトナク、從テ條件付申立ヲ非ナリトスル理由ハ此ノ場合ニハ當タラサルカ故ニ、例外トシテ條件付ノ申立ナルニ拘ハラス其適法ナルコトヲ認メサルヘカラス(Hellwig, Processhandlung S. 53f., System Bd. I S. 429 a.a.o.)

五　申立又ハ申請ノ取消及ヒ取下

(一)　取　消

申立又ハ申請ハ裁判所其他ノ司法機關ニ向テ一定ノ內容ノ裁判アランコトヲ要求スル意思表現ニシテ、裁判所ハ之ニ因リテ其申立又ハ申請ニ付キ裁判ヲ爲スヘキ義務ヲ負フモノナリト雖モ、訴訟法ハ效果意思ヲ是認シ效果意思ノ表示ナルコトヲ理由トシテ右ノ效力ヲ認ムルモノニハ非ルカ故ニ、效果意思ノ欠缺若クハ瑕疵ヲ理由トシテ申立又ハ申請ヲ取消スヲ得サルコトハ論ヲ俟タス。從テ、申立又ハ申請ハ眞意留保若クハ虛僞ノ意思表示ナルコト又ハ錯誤、詐欺若クハ强迫ニ因リテ爲サレタルモノナルコトヲ理由トシテ之ヲ取消スコトヲ得ス(Pollack, Cestaniss S. 35 f.)。然レトモ申立及ヒ申請ハ自由ニ取下(Zurücknahme)ケ得ルコトヲ原則トスルカ故ニ、申立人又ハ申請人ニシテ裁判ヲ受クルコトヲ要セサルニ至リタルトキハ、其申立若クハ申請ヲ取下クレハ足レリ、效果意思ノ欠缺若クハ瑕疵ヲ理由トシテ取消スノ要ナシ。

(二)取下

(1)原則自由ナル取下

(二)　取　下

(1)　申立又ハ申請ハ裁判所カ其申立又ハ申請ニ對シテ終局的ハ裁判ヲ爲スニ至ルマテハ、何時ニテモ理由ヲ示スコトヲ要セスシテ全部又ハ一部之ヲ取下ケ得ルヲ以テ原則トス。是レ申立又ハ申請ハ一定ノ私法上若クハ訴訟法上ノ權利ノ存在ヲ主張シテ裁判アランコトヲ要求スル行爲ナリト雖モ、一定ノ權利ノ存在ヲ主張シテ其實現ヲ期スルト否トハ專ラ權利者ノ任意ニ屬スルモノト解スヘキカ故ナリ註(五)。而シテ、申立又ハ申請カ取下ケラレタルトキハ、裁判所ハ最早ヤ之ニ付キ裁判ヲ爲スコトヲ要セサルニ至ルノ效力ヲ生ス。

註(編) Hellwig, Processhandlung S. 22 u. System Bd. I S. 429, Pollack Gestandniss S. 22f, Weismann Lehrb. Bd. I § 76 III., Kipp, Rechtswahrnehmung in Festgabe für Koch S. 120)?

(2)制限

(2) 右ノ原則ハ訴及ヒ上訴ノ取下從テ其申立ノ取下ニ付キテハ明文ヲ以テ制限セラル。卽チ訴ハ被告カ本案ニ關スル口頭辯論ヲ始メタル後ハ被告ノ承諾ヲ得ルニ非サレハ之ヲ取下クルコトヲ得ス(訴一九八)、控訴及ヒ上告モ亦タ被控訴人又ハ被上告人カ口頭辯論ヲ始メタル後ニ於テハ其承諾ヲ得ルニ非サレハ之ヲ取下クルコトヲ得ス(訴三九九條一項及ヒ四〇八、四五四條二號)。——此等ノ規定ハ申立及ヒ申請ノ取下ニ關スル原則ノ例外ヲ定メタルモノト解ササルヘカラス(Hellwig, Pollack, Weismann ebenda)

(3)取下ケ得ル時期

(3) 申立及ヒ申請ハ司法機關ニ向テ裁判アラセンコトヲ要求スルモノニシテ、其取下ハ前ニ爲シタル裁判ヲ求ムルノ要求ヲ拋棄スルモノニ外ナラサルカ故ニ、裁判所カ旣ニ裁判ヲ爲シタル後ニ於テハ、申立及ヒ申請ヲ取下クルハ不能ニシテ、其取下ハ何等ノ效力ヲ生セス。唯訴ノ取下ニ付キテハ一般ニ判決ノ確定ニ至ルマテハ尙ホ之ヲ取下クルコトヲ得ルモノト解シタリ(Hellwig, Process(handlung S. 23)註(六)

註【六】 民訴第一九八條ニハ「訴ハ……其後口頭辯論ノ終結ニ至ルマテハ被告ノ承諾ヲ得テ之ヲ取下クルコトヲ得」ト規定シ、謂フ所ノ口頭辯論ハ固ヨリ第一審ノ口頭辯論ヲ云フモノナリ。然レトモ民訴第一九八條ノ規定ハ第四〇八條及ヒ第四四四條ノ規定ニ依リテ控訴審及ヒ上告審ニ準用セラルヘキモノナルカ故ニ、第一九八條ノ第一項ノ規定ヲ根據トシテ訴ハ第一審ノ口頭辯論ノ終結ニ至ルマテニ限リ被告ノ承諾ヲ得テ取下クルコトヲ得トスルハ非ナリト云フヘシ。

第二款　法律上及ヒ事實上ノ陳述

第一項　一般

參考　Klein, Schuldhafte Parteihandlung 16f., Zitelmaun, Rechtsgeschäft i. E. 33., Pollack, Gestandniss S. 24f., 104 und System d. oester. Civilprocessrecht Bd. 1. § 74 III, u. § 83 („Wissenserklärung"), Bülow, Gestandnissrecht S. 105f., Hegler, Anerkenntniss u. Verxicht 218f., Kipp, Rechtswahrnehmung S. 110f., Hellwig, Processhandlung S. 23f., und System 1 S. 147. u. 429f.

一性質

(一) 觀念ノ表現ナリ

一性質

(一) 法律上及ヒ事實上ノ陳述(Behauptungen u. Anführungen)ハ一定ノ法律上若クハ事實上ノ狀態ノ存在若クハ不存在、又ハ存在シタリシコト若クハセサリシコト、又ハ一定ノ出來事カ生シタルコト若クハ生セサリシコトニ關スル當事者ノ觀念ヲ裁判所ニ知ラシムルモノナルカ故ニ、其性質ハ觀念ノ表現ニシテ、意思ノ表現タル行爲(申立又ハ申請)ニモ、將タ又訴訟法律行爲ニモ非ス。

意思表現ニ非ス

一派ノ學者ハ當事者カ法律上ノ陳述ヲ爲シ又ハ事實上ノ陳述ヲ爲スハ、裁判所カ申立又ハ申請ニ對スル裁判ヲ爲スカ爲メ其陳述ヲ斟酌センコトヲ要求スルモノニ外ナラサルカ故ニ法律上及ヒ事實上ノ陳述モ亦タ意思表現タル行爲ナリトナス(Gaup-Stein III vor § 128., Förster-Kaun Nr. 2b vor § 128 CPO)。然レトモ、法律上ノ陳述及ヒ事實上ノ陳述カ直接ニ目的トスル所ハ單ニ法律上ノ狀態若クハ事實上ノ狀態ノ存在若クハ不存在又ハ出來事ノ發生若クハ不發生ニ關シテ當事者カ有スルノ觀念ヲ裁判所ニ媒介スルニ在リ。裁判所カ裁判ヲ爲スニハ、固ヨリ當事者ノ法律上及ヒ事實上ノ陳述ヲ斟酌スルコトヲ要スト雖モ、其然カルハ畢竟判事カ訴訟法ノ規定ニ從ヒテ裁判ヲ爲スヘキ職責ヲ有スルカ爲メナリ。換言セハ、訴訟法ノ認ムル辯論主義カ當事者ノ爲シタル法律上及ヒ事實上ノ陳述ニ非サレハ裁判ヲ爲スニ

付キ斟酌スルヲ得サルコトヲ定ムルカ爲メナリ、決シテ當事者カ法律上若クハ事實上ノ陳述ヲ爲スト同時ニ其陳述ヲ斟酌センコトヲ求ムル意思ヲ表現シタルニ因ルモノニハ非ス、實際ニ於テモ斯ル意思ハ別ニ表現セラルルコトナキノミナラス、又假令斯ル意思カ表現セラルルコトアルモ、其意思表現ハ訴訟法上重要ナラサルモノト解ササルヘカラス。註(一)

(二) 法律上及ヒ事實上ノ陳述ハ、上述ノ如ク當事者カ法律上若クハ事實上ノ狀態又ハ出來事ニ關スル觀念ヲ裁判所ニ媒介スルモノニシテ、其目的トスル所ハ裁判所カ之ヲ斟酌シテ申立又ハ申請ニ對スル裁判ヲ爲サンコトヲ欲スルニアリ。故ニ法律上及ヒ事實上ノ陳述ハ明ニ之ヲ申立又ハ申請ヨリ區別セサルヘカラス。申立又ハ申請ハ當事者カ裁判所ニ向テ一定ノ內容ノ裁判ヲ爲サンコトヲ要求スル行爲卽意思表現タル行爲ナリ。反之、法律上及ヒ事實上ノ陳述ハ裁判所ニ向テ裁判ヲ爲サンコトヲ要求スル行爲ニハ非ス、否ナ裁判所カ申立又ハ申請ニ對シテ爲スヘキ裁判ノ內容ニ影響ヲ及ホサンコトヲ期スルモノナリ。詳言セハ當

事者ハ申立及ヒ申請ヲ以テ一定ノ內容ノ裁判アランコトヲ要求スト雖モ、裁判所カ斯ル內容ノ裁判ヲ爲スコトヲ得ルハ、該裁判ヲ要求スルコトヲ得ル權利(訴訟以上ノ權利)ノ存スル場合ナラサルヘカラス從テ申立人若クハ申請人ハ該權利カ存在スル旨ノ具體的ノ陳述(法律上ノ陳述)ヲ爲シ、且其權利ノ存在スルコトヲ示スヘキ事實上ノ陳述ヲ爲スコトヲ要シ、相手方ハ又其權利カ存在セサル旨ノ陳述ヲ爲シ(法律上ノ陳述)且其存在セサルコトヲ示スヘキ事實ノ陳述ヲ爲スヲ利トス。而シテ、裁判所ハ此等ノ陳述ノ何レカ眞實ニ合スルヤヲ判定シ、其結果トシテ申立又ハ申請カ理由アルヤ否ヤヲ判斷シ、理由アリトスル場合ニハ申立又ハ申請ヲ以テ要求セラレタル內容ノ裁判ヲ爲シ、理由ナシトスル場合ニハ申立又ハ申請ヲ棄却スル旨ノ裁判ヲ爲スモノタリ。要スルニ、法律上及ヒ事實上ノ陳述ハ裁判所カ申立又ハ申請ニ對シテ爲スヘキ裁判ノ內容ニ影響ヲ及ホサンコトヲ期スルモノニシテ、裁判ヲ爲サンコトヲ要求スル行爲ニハ非ス。註(一)

ト　ヲ得。

二　種別

(二)訴訟ヨリ生ズル法律上ノ関係

(三)事実上ノ陳述

請求

権ノ存在又ハ不存在ニ関スル陳述ヲ訴訟物ト称ス。

(二)訴訟ヨリ生ズル法律上ノ関係

右各種ノ法律上ノ関係ニ関スル陳述ヲ訴訟物ト称ス。

(三)事実上ノ陳述

陳述ハ当事者カ法律上ノ主張ヲ為スノ行為ニシテ、之ニ大別スルコトヲ得。

(一)法律上ノ陳述

法律上ノ陳述ハ裁判所ノ法律ニ関スル意見ノ表現ニシテ、之ニ付キ自白ノ成立ヲ認メサルヲ原則トス。

(二)事実上ノ陳述

事実上ノ陳述ハ裁判所ノ事実ニ関スル認識ノ表現ニシテ、之ニ付キ自白ノ成立ヲ認ムルヲ原則トス

請求ノ抛棄又ハ認諾

關スル原告ノ主張ハ訴訟法上「請求」ト稱スルモノニシテ、(イ)原告ハ訴ニ於テ既ニ「起シタル請求ノ目的及ヒ原因」ヲ記載シテ(訴一九〇條二項二號)、訴訟物タル法律關係カ何レノ法律關係ナルヤヲ其カ同一ヲ認識セラルヘキ標準ニ依リテ明確ニスヘキコト(Individualisierung)ヲ要求シタリ(第二卷第二部訴訟法律關係開始參照)。而シテ、訴訟物ノ權利拘束ハ固ヨリ起サレタル請求ニ付キ生スルモノテシテ(訴一九五條一項一號)確定判決ノ既判力モ亦タ訴若クハ反訴ヲ以テ起コサレタル請求ニ付キ主文ヲ以テ裁判セラレタル範圍ニ限リ生スルモノナリ(訴二四四)。

請求ノ抛棄又ハ認諾モ亦タ法律上ノ陳述ナリ。請求ノ抛棄ハ原告カ訴ヲ以テ起シタル請求ヲ自ラ理由ナシトスル陳述ナリ、換言セハ訴訟物タル法律關係ノ存在ニ關シテ爰ニ爲シタル陳述ヲ自ラ眞實ニ反ス(不當ナリ)トスル陳述ナリ、反之請求ノ認諾ハ被告カ原告ノ請求ヲ理由アリトスル陳述換言セハ訴訟物タル法律關係ノ存在又ハ不存在ニ關スル原告ノ陳述ハ眞實ニ合ストスル陳述ナリ。——原告カ請求ヲ抛棄シタル場合ニ於テ被告カ該抛棄ニ基キテ判決アランコトヲ申立タルトキハ、裁判所ハ請求ノ抛棄ヲ基本トシテ判決ヲ爲スヘク、被告カ原告ノ請求ヲ認諾シタル場合ニ於テ原告カ該請求ノ認諾ニ基キテ判決アランコトヲ申立タルトキ亦タ同シ(訴二二九、尙ホ參照)。

(二) 事實上ノ陳述 其種別

事實上ノ陳述ハ各當事者カ法律上ノ陳述トシテ主張セル法律關係殊ニ權利ノ存在セルコト又ハ存在セサルコトヲ示スヘキ事實ノ陳述及ヒ(2)之ニ對スル陳述ヲ云フモノナリ。詳言セハ(1)該法律關係若クハ權利(卽法律上ノ效果)ノ發生ニ必要ナル法律要件ヲ構成スヘキ事實若クハ發生ヲ妨クヘキ事實又ハ發生後消滅シタルコトヲ示スヘキ事實ノ陳述及、(2)此等ノ事實ニ對スル陳述ヲ云フモノニシテ、後者ハ或ハ爭ヒタリ、或ハ自白タリ、或ハ明ニ爭ハサル旨若クハ又不知ノ陳述ナルコトハ前述ノ如シ(上述四〇〇頁以下)。

(三) 形成權ノ行使ヲ伴フ法律上ノ陳述

形成權ノ行使ヲ伴フ法律上ノ陳述ハ法律上ノ陳述ハ法律上ノ效果ノ存在若クハ不存在ヲ主張スル陳述ニ外ナラスト雖モ、其法律上ノ

効果ハ訴訟中形成權ハ行使ニ依リテ形成セラルヘキモノナルコトアリ、例ハ所謂法律行爲取消ノ抗辯、相殺ノ抗辯、契約ノ解除若クハ解約ノ抗辯等ハ當該訴訟手續ノ口頭辯論若クハ準備書面ニ於テ、法律行爲ヲ取消シ、相殺ヲ爲シ、契約ノ解除若クハ解約ノ告知ヲ爲シ、因ツテ該法律行爲ノ效果カ消滅シタルコト、債權カ消滅シタルコト、契約上ノ債務關係カ消滅シタルコト等ヲ攻擊方法若クハ防禦方法トシテ提出スルモノナルカ如シ。此場合ニ於ケル行爲ノ性質ニ關シテハ異說アリト雖モ、形成權ヲ行使スル一方的意思表示(私法上ノ法律行爲)ト之ニ因リテ法律上ノ效果カ形成セラレタルコトヲ攻擊方法若クハ防禦方法トシテ提出スル訴訟行爲トカ併ヒ存スルモノト解スルヲ至當トスルコトハ嘗テ述ヘタルカ如シ(上述一五頁以下珠二一九頁)

三　條件付陳述及ヒ豫備的陳述ノ適否

(一)　法律上又ハ事實上ノ陳述ハ、前述ノ如ク法律上ノ狀態若クハ事實上ノ狀態カ存在シ若クハ存在シタルコト又ハ一定ノ出來事カ生シタルコト若クハ生セサリシコトニ關スル觀念ヲ裁判所ニ媒介スル行爲ニシテ、畢竟該狀態カ存在スルコト若クハ存在シタリシコト又ハ一定ノ出來事カ生シタルコト若クハ生セサリシコトハ眞實ナリ若クハ又一定ノ出來事カ生シタルカ故ニ、法律上又ハ事實上ノ陳述ヲ條件ニ繫ラシメ、從テ『一定ノ條件カ成就スルトキハ一定ノ法律上又ハ事實上ノ狀態カ存スルコト(又ハ存シタリシコト)ハ眞ナリ』ト云ヒ若クハ『一定ノ條件カ成就シタルトキハ一定ノ出來事カ生シタルコト(又ハ生セサリシコト)ハ眞ナリ』ト云フカ如キハ無意義ニシテ裁判所ハ斯ル陳述ヲ斟酌スルコトヲ要セス。約言セハ法律上又ハ事實上ノ陳述ハ之ヲ條件ニ繫ラシムルコトヲ得ス(Hellwig Processhandl. S. 56, System I. S. 433.)

當事者ノ一方カ爲セル法律上又ハ事實上ノ陳述ニ對スル相手方ノ陳述モ亦タ同一ノ理由ニ因リ條件ニ繫ラシムルコトヲ得ス。從テ當事者ノ一方ノ法律上ノ陳述ヲ然リトスル陳述卽認諾タルト若クハ又其事實上ノ陳述ヲ然リトスル陳述卽自白タルトヲ問ハス、之ヲ條件ニ繫ラシ

(二) 豫備的陳述

(1) 一箇ノ法律上ノ陳述ノ理由タル數多ノ事實上ノ陳述ノ豫備的提出

メタル場合ニハ、其陳述ハ請求ノ認諾又ハ自白ニハ非ス、從テ訴訟法カ認諾又ハ自白ニ認メタル特別ノ效力ヲ生スルコトナシ(Hellwig, ebenda)。

(二) 反之、數多ノ法律上又ハ事實上ノ陳述カ爲サレ、且其中ノ或ル陳述カ豫備的(eventuell)ニ爲レタル場合ニハ、其陳述ハ適法ナリ。詳言セハ

(イ) 同一ナル法律上ハ事實上ノ陳述カ爲サレ、而カモ其中ノ一陳述ト雖モ其眞實ナルコトカ確定スルトキハ該法律上ノ陳述ノ理由ヲ示スニ充分ナル場合ニ於テハ、豫備的陳述カ適法ナルコトハ疑ヲ容レス、例ハ代理人ハ代理權ヲ有シタリ、假ニ然ラストスルモ本人ニ依リテ追認セラレタルカ故ニ一定ノ法律行爲ハ有效ナリト云ヒ、若クハ又原告ノ主張スル契約ハ其要素ニ錯誤アリタルカ爲メ無效ナリ、假リニ然ラストスルモ解除ノ意思表示ヲ爲シタルカ故ニ、原告カ主張スル契約上ノ債權ハ存立セスト云フカ如シ。——此等ノ場合ニハ裁判所ハ當事者カ提出シタル總テノ事實上ノ陳述ヲ斟酌セサルヘカラス。唯何レノ陳述ヲ先キニ斟酌スヘキヤハ一ニ論理上ノ關係ニ依リテ決スヘキナリ。是レ「假リニ然ラストスルモ」ト云フハ、單ニ當事者カ既ニ爲シタル一ノ陳述ヲ以テ理由ヲ示スニ充分ナルヘキコトヲ所期スルノ趣旨ヲ示スニ過キサルカ故ナリ。

豫備的陳述カ形成權ノ行使ヲ伴フ場合

尤モ、豫備的ノ陳述カ形成權(若クハ抗辯權)ノ行使ヲ伴フ場合ニハ、裁判所ハ形成權カ實際行使セラレタル後ニ非サレハ其豫備的陳述ヲ斟酌スルコトヲ得ス、從テ形成權ノ行使カ條件ニ繫レル場合ニハ該條件カ成就シタル後ニ非サレハ其豫備的陳述ヲ斟酌スルコトヲ得ス。例ハ被告カ「原告ノ主張ニ係ル債權ハ消滅時效ノ完成(若クハ他ノ事由)ニ因リテ消滅シタリ、但裁判所カ然ラスト認メラルル場合ニハ反對債權ヲ以テ相殺ノ抗辯ヲ爲ス」旨ヲ陳述シ、又ハ「原告ノ主張ニ係ル法律行爲ハ無效ナリ但然ラスト認メラルル場合ニハ該法律行爲ヲ取消ス」旨ヲ陳述スルカ如シ。

豫備的相殺ノ抗辯

前ノ場合ニ於テハ被告ハ先ツ原告ノ主張ニ係ル債權カ既ニ消滅時效ノ完成ニ因リテ消滅シタル旨ノ陳述ヲ爲シ、更ニ裁判所カ該陳述ヲ眞ナラスト認ムル場合ノ爲メ豫メ原告ニ對スル反對債權ヲ以テ相殺スル旨

法律行爲ノ豫備的取消ノ抗辯

ノ抗辯ヲ爲スモノナリ(豫備的相殺ノ抗辯 Eventualaufrechnung)。サレハ被告ハ裁判所カ消滅時效完成ノ抗辯ヲ理由ナシトシ、從テ原告ノ主張セル債權ノ存在ヲ認ムル場合ハ爲メニ相殺ノ意思表示ヲ爲シ又其場合ノ爲メニ該相殺ノ意思表示ニ依リテ原告ノ主張スル債權カ消滅シタル旨ノ防禦方法(抗辯)ヲ提出スルモノナルカ故ニ、裁判所ハ先ツ被告ノ提出ニ係ル消滅時效ノ完成(其他ノ事由)ノ抗辯ヲ理由ナシトスル場合ニ非サレハ相殺ノ抗辯ヲ斟酌スルコトヲ得ス。後ノ場合ニ付キテ論スルモ亦タ同一ナリ、被告ハ第一ニ原告ノ主張ニ係ル法律行爲ハ無效ナリトノ抗辯ヲ爲シ、更ニ裁判所カ其抗辯ヲ理由ナシトスル場合ノ爲メ法律行爲取消ノ抗辯ヲ爲スモノナリ、此ノ場合ニ於テモ被告ハ原告ノ主張ニ係ル法律行爲カ裁判所ニ依リテ有效ナリト認メラルル場合ノ爲メニ法律行爲取消ノ意思表示ヲ爲シ、從テ又其場合ノ爲メニ該取消ノ意思表示ニ因リテ其法律行爲カ消滅シタル旨ノ防禦方法ヲ提出スルモノナリ、故ニ裁判所ハ先ツ法律行爲カ無效ナル旨ノ抗辯ノ當否ヲ判斷シ、之ヲ

形成權ヲ行使スル一方的意思表示ト條件

理由ナシトスル場合ニ非サレハ取消ノ抗辯ヲ斟酌スルコトヲ得ス。(二)

註【二】形成權ヲ行使スル一方的ノ意思表示ハ條件ニ繫ラシムルヲ得サルコトハ學說ノミナラス法文ノ認ムル所ナリ(例ハ相殺ノ意思表示ニ關スル民法五〇六)。唯訴訟上ニ於テ裁判所カ受働債權ノ存在若クハ法律行爲ノ有效ナルコトヲ認メタル場合ニ限リ、相殺若クハ取消ノ意思表示ヲ爲シ從テ又相殺若クハ法律行爲ノ取消ヲ爲シタルコトヲ以テ防禦方法ト爲スト云フハ、其意思表示並ニ防禦方法ノ提出ヲ條件ニ繫ラシムルモノナリト雖モ、該條件ノ成否ハ恰モ當該ノ訴訟ノ審理ニ依リテ自ラ明確トナルハカ故ニ、訴訟ニ於テ爲サルル形成權ノ行使タル意思表示並ニ攻擊方法若クハ防禦方法ノ提出ヲ斯ル條件ニ繫ラシムルコトハ適法ナリト云ハサルヘカラス(Hellwig, Lehrb. Pdl. S. 233f.; Pro cesshandlung S. 57f., System Bl. I S 433)。——私法學者ハ一般ニ法定條件(condicio juri) ナル觀念ニ依リテ、右形成權ノ行使タル意思表示ニ關スル條件ヲ說明ス。畢竟訴訟外ニ於テハ形成權ノ行使タル意思表示ニハ條件ヲ付スルコトヲ得サルカ故ニ、法定條件ナル觀念ニ依ルノ外之ヲ認ムルコトヲ得サルカ爲メナリ。然レトモ、訴訟手續ニ於テ裁判所カ第一位ノ攻擊方法若

クハ防禦方法ヲ理由ナシト認ムヘキコトヲ條件トシテ爲ス場合ニハ、必スシモ法定條件ナル思想ヲ假ルノ要ナシ。是レ、法定條件ニ非ストスルモ、其條件ノ成否ハ恰モ第一位ノ攻撃方法若クハ防禦方法ノ當否ノ審理ニ因リテ自ラ明確トナリ從ヲ相手方ノ法律上ノ地位ヲ不安定トナラシムルコトナキカ故ニ、許ルスヘキモノナルカ故ナリ。

(2) 相關立セサル數箇ノ法律上ノ陳述ノ躊備的提出

(2) 當事者ハ又互ニ相關立セサル數箇ノ法律上ノ陳述ヲ爲シ、其ノ或ル陳述ハ之ヲ豫備的ニ提出スルコトアリ。而シテ

(イ) 一箇ノ法律要件ヨリ生スヘキ數箇ノ法律上ノ陳述

(イ) 一箇ノ法律要件ヲ構成スヘキ事實上ノ陳述ヲ爲シ、該法律要件ニ付セラルヘキ二箇以上ハ相關立セサル法律上ノ效果ヲ陳述シ(法律上ノ陳述)、其或ルモノヲ豫備的ニ提出スルモノナルトキハ、其豫備的提出ハ適法ナリ。例ハ契約ノ無效ヲ來タスヘキ一箇ノ法律要件ヲ陳述シ、原因タル債權契約ノ無效ヲ來タスカ故ニ被告ハ原告ニ所有物ヲ返還スヘシ、然レトモ裁判所ニ於テ債權契約ノ無效ハ直チニ物權契約ノ無效ヲ伴フモノニ非スト認メラルル場合ニハ被告ハ不當利得トシテ占有ヲ原告ニ返還スヘシト云ヒ、若クハ又債務ノ不履行タル法律要件ヲ構成スヘキ事實ヲ陳述シ、被告ハ原告ニ債務ノ履行ニ代ハルヘキ賠償(塡補賠償)ヲ爲スヘシ、然レトモ裁判所ニ於テ塡補賠償ヲ請求スルコトヲ得ストセラルル場合ニハ遲延賠償ヲ爲スヘシト云フカ如シ。—右ノ場合ニ於テ、所有物返還請求權アリ塡補賠償請求權アリト云ヒ、又不當利得返還請求權アリ、遲延賠償請求權アリト云フハ、互ヒニ相兩立セサル法律上ノ陳述ヲ爲スモノニシテ、後ノ陳述ハ何レモ裁判所カ前ノ法律上ノ陳述ヲ認メサル場合ノ爲メニ爲サルルモノナルカ故ニ、裁判所ハ當事者カ付シタル順位ニ從ヒテ右陳述ヲ斟酌セサルヘカラス。又

(ロ) 數箇ノ法律要件ヨリ生スヘキ數箇ノ法律上ノ陳述ノ豫備的提出

(ロ) 當事者カ數箇ノ相兩立セサル法律要件ヲ構成スル事實並ニ各法律要件ニ付セラルヘキ數箇ノ法律上ノ效果ヲ陳述シ、然カモ其或ルモノヲ豫備的ニ提出スルコトアリ。此ノ場合ニ於テハ、先ツ後ノ陳述ハ前ニ爲シタル陳述ヲ撤回取下シタルモノニ非ルヤ、殊ニ前ニ爲シタル陳述ノ虛僞ナルコトヲ自白シタルモノニ非ルヤヲ明ニセサルヘカラス。

四 法律上又ハ事實上ノ陳述ノ撤回
(一) 撤回ノ意味

而シテ右撤回若クハ自白ヲ認ムルコトヲ得ル場合ニハ固ヨリ後ノ陳述ヲ斟酌シテ裁判スヘキナリ。例ハ原告ハ賣買ニ基ク代金債務ヲ辯濟スルカ爲メニ被告ニ手形ヲ交付シタリト雖モ、賣買ノ目的物ニハ瑕疵アルカ故ニ該手形ヲ返還スヘシ、尤モ右ノ事實ヲ眞ナリト認メラレサル場合ニハ手形ハ空賣買ノ代金支拂ヒトシテ交付セラレタルモノナルカ故ニ之ヲ返還スヘシト云フカ如シ。此ノ場合ニハ後ノ陳述ハ恰カモ前ノ陳述カ虚僞ナルコトヲ自白スルモノナルカ故ニ、裁判所ハ後ノ陳述ノミヲ斟酌シテ裁判ヲ爲スヘキナリ(Hellwig, Processha. handlung S. 558fg.)

四 法律上又ハ事實上ノ陳述ノ撤回(取下)

(一) 撤回ノ意味　法律上又ハ事實上ノ陳述ヲ撤回(取下)スル旨ノ陳述ハ、或ハ(イ)前ニ爲シタル陳述カ虚僞ナルコトヲ認ムルモノタリ、或ハ又(ロ)單ニ前ニ爲シタル陳述ヲ訴訟材料ヨリ撤去シ、從テ裁判所カ之ヲ斟酌セサランコトヲ期スルモノタリ。——右撤回ヲ爲スニ至ルノ緣由ハ固ヨリ種々ナリト雖モ、或ハ前ノ陳述カ眞實ニ合セサルコトノ確信ヲ得タルニ因ルコトアリ、(前ノ場合)、或ハ又前ノ陳述ナクトモ自己カ要求スル內容ノ裁判ヲ受クルコトヲ得ヘシト信スルニ至リタルニ因ルコトアリ。

(二) 撤回ノ效力

(1) 辯論主義ト陳述ノ撤回
自由撤回ノ原則
(イ) 訴訟材料ヨリ撤去スルノ意味ヲ有スルニ過キサル場合

(二) 陳述ノ撤回カ生スヘキ效力　ハ職權主義ヲ認ムルト辯論主義ヲ認ムルトニ依リテ異ル。

(1) 辯論主義ノ行ハルル範圍內　ニ於テハ、當事者ハ自由ニ其法律上及ヒ事實上ノ陳述ヲ撤回シ得ルヲ原則トス。卽チ、

(イ) 陳述ノ撤回カ單ニ前ニ爲シタル陳述ヲ訴訟材料ヨリ撤去スルコト換言セハ裁判所ノ該陳述ニ對スル斟酌ヲ拋棄スルコトヲ意味スル場合ニハ、其撤回ハ辯論主義カ認メラルル手續及ヒ範圍內ニ於テハ適法ニシテ且裁判所カ撤回セラレタル陳述ヲ斟酌スルコトヲ得サルニ至ル效力ヲ生スルモノナリ。何トナレハ、辯論主義ハ其一內容トシテ裁判所ハ當事者カ爲シタル法律上並ニ事實上ノ陳述ニ限リ而カモ其カ判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ於テ有スル形態ニ於テノミ之ヲ斟酌シテ裁判ヲ爲スヘキコトヲ要求スルモノナルカ故ニ、苟クモ(a)當事者カ判

(a) 自己ノ爲シタル陳述ノ撤回

(b) 對スル陳述ノ撤回ノ效力

決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時マテニ前ニ爲シタル自己ノ陳述ヲ撤回シタル場合ニハ、裁判所ハ該陳述ハ訴訟材料ヨリ撤去セラレタルモノトシテ裁判セサルヘカラス。換言セハ裁判所ハ撤回セラレタル當事者ノ陳述ヲ斟酌シテ裁判ヲ爲スコトヲ得サルナリ。註【三】

尤モ(い)相手方ハ當事者ノ一方カ撤回シタル法律上又ハ事實上ノ陳述雖モ有利ナリトスル場合ニハ自ラ其陳述ヲ爲スコトヲ得ルノミナラス、(ろ)襄ニ自己ノ陳述ヲ撤回シタル當事者モ亦タ、前ニ撤回シタルト同一ノ陳述ヲ復ヒ爲スコトヲ妨ケス。——尤モ當事者ノ一方カ或ル陳述ヲ爲シタル後之ヲ撤回シ、更ニ復タ同一ノ陳述ヲ爲スト云フ如キ態度ハ、所謂「辯論ノ全旨趣」トシテ該陳述ノ眞僞ニ對スル裁判所ノ判斷ニ影響ヲ及ホシ得ヘキモノナリ。(訴二一七)

(b) 前揭ノ原則ハ相手方ノ陳述ニ對スル陳述ニ付キテモ亦タ行ハル。故ニ(い)當事者ノ一方カ相手方ノ陳述ヲ爭ヒタル後、其爭フ旨ノ陳述ヲ撤回シラ之ヲ訴訟材料ヨリ撤去シタルトキハ、相手方ノ陳述ニ對シテ未タ

(い) 爭フ旨ノ陳述ノ撤回

(ろ) 自白ノ撤回

何等ノ陳述ヲ爲ササリシト同一ノ狀況ヲ生ス。故ニ(a)當事者ノ一方カ該相手方ノ陳述ニ對シテ別ニ何等ノ陳述ヲ爲ササルトキハ、明ニ爭ハサルモノト見ルヘク(訴一一一)、又(b)當事者ノ一方カ今ヤ相手方ノ陳述ヲ自白シタルトキハ其ハ裁判上ノ自白タル效力ヲ生ス、襄キニ相手方ノ陳述ヲ爭ヒタルト否トハ裁判上ノ自白カ生スヘキ效力ニ影響ヲ及ホスコトナシ。又(D)相手方ノ陳述ニ對スル陳述カ自白ナリシトキハ、該自白ヲ爲シタル當事者ハ裁判上ノ自白ノ撤回ニ關スル原則ニ依ルニ非サレハ之ヲ撤回スルコトヲ得ス(後述第三目參照)。然レトモ自白カ有效ニ撤回セラレタル場合ニハ、襄ニ自白シタル相手方ノ事實上ノ陳述ヲ今ヤ爭フコトヲ得ルニ至ルハ固ヨリ論ナシ。

(ロ) 前ノ陳述ヲ虛僞ナリトスル陳述ヲ包含スル場合(a)爭フ

(ロ) 又法律上若クハ事實上ノ陳述ノ撤回カ襄キニ爲シタル陳述ハ虛僞ナル旨ノ陳述ヲ包含スル場合ニハ(而シテ之ハ通常ナリト認メサルヘカラス)更ニ區別ヲ爲ササルヘカラス。卽

(い) 撤回セントスル陳述カ相手方ノ爲シタル陳述ヲ「爭フ」旨ノ

ノ旨ノ陳述ノ撤回

陳述ナルトキハ、爰ニ爭ヒタル ハ虛僞ナリトシテ相手方ノ爲シタル陳述ヲ認ムルモノナルカ故ニ、(a)相手ノ陳述カ法律上ノ陳述ナルトキハ之ヲ撤回スル旨ノ陳述ハ其法律上ノ陳述ヲ認諾スルモノニ外ナラス。從テ、其效力ハ請求ノ認諾ニ關スル規定(訴二二九)ニ依リテ決スヘキナリ。

(b) 自己ノ爲シタル陳述ノ撤回

又(b)相手方ノ陳述カ事實上ノ陳述ナルトキハ、之ヲ撤回スル旨ノ陳述ハ其事實上ノ陳述ヲ自白スルモノニ外ナラサルカ故ニ、其效力ハ裁判上ノ自白ニ關スル原則ニ依リテ定メサルヘカラス。又

(b) 撤回セントスル陳述カ自己ノ曩キニ爲シタル法律上又ハ事實上ノ陳述ナルトキハ、(い)自己カ曩ニ爲シタル法律上ノ陳述ヲ撤回スル旨ノ陳述ハ、其法律上ノ陳述ハ虛僞ナリトシテ理由ナキコトヲ認ムルモノナルカ故ニ、其效力ハ、請求ノ拋棄(訴二二九)ニ關スル規定ニ依リテ決セサルヘカラス。又(ろ)自己カ曩ニ爲シタル事實上ノ陳述ヲ撤回スル旨ノ陳述ハ、其事實上ノ陳述ヲ虛僞ナリトシ反對ノ事實ヲ眞ナリトスル自白ヲ爲スモノニ外ナラサルカ故ニ、(イ)相手方ニ於テ其反對ノ事實ヲ陳述シタリシトキ若クハ陳述スルトキハ裁判上ノ自白アルニ至ルカ故ニ(後述第三節)其效力ハ固ヨリ裁判上ノ自白ニ關スル原則ニ依リテ決セサルヘカラス。又(ロ)相手方ニ於テ該反對ノ事實ヲ陳述セサル場合ニハ、裁判所ハ當事者ノ一方カ前ニ一定ノ事實上ノ陳述ヲ爲シ、後ニ之ヲ虛僞ナリトシテ反對ノ事實ヲ陳述セサル旨ノ陳述ヲ爲シタリト云フ態度カ所謂「辯論ハ全旨趣」トシテ眞僞ノ判斷ニ影響ヲ及ホスヘキモノナルヤ否ヤヲ、各場合ノ事情ニ基キ自由ナル心證ヲ以テ決スヘキナリ(訴二二七—同ジ Hellwig, Pro. I. S. 435; Kassl. S. 3rf. System I. S. 435)。

(2) 職權調查主義ト陳述ノ撤回

註【三】學說ニハ「當事者ハ事實ヲ處分スルコトヲ得」トスルモノアリト雖モ固ヨリ不精確ナリ。當事者ハ自己ノ事實上ノ陳述カ裁判所ニ依リテ斟酌セラルト否トニ關シ影響ヲ及ホスコトヲ得ルニ過キス。

(2)、職權主義ノ行ハルル範圍(若クハ手續)ニ於テハ、陳述ノ撤回ハ前揭ノ效力ヲ生セス。

夫レ、法律上及ト事實ノ陳述ノ直接ノ效果ハ、法律上若クハ事實上ノ狀態ノ存否又ハ一定ノ出來事カ生シタルヤ否ヤニ關スル當事者ノ觀念

ヲ裁判所ニ媒介スルニ止マル。裁判所カ該陳述ニ依リ媒介セラレタル狀態ノ存否若クハ出來事ノ發生ヲ「眞實」ナリ若クハ「恐クハ眞實ナルヘシ」ト認ムルニ至ルヘキヤ又ハ之ニ付キ何等ノ心證ヲモ得サルニ終ハルヘキヤハ、一ニ其後ニ於ケル訴訟ノ發展及ヒ狀況ニ依リテ定マル。サレハ、當事者カ一定ノ陳述ヲ爲シタル後其陳述ヲ撤回シテ、之ヲ訴訟材料ヨリ除去セントスル旨ノ陳述ヲ爲シ若クハ又前ノ陳述ハ虛僞ナル旨ノ陳述ヲ爲シタル場合ニ於テモ、裁判所ハ右總テノ陳述卽チ前ニ爲サレタル陳述並ニ之ヲ撤回スル旨ノ陳述ヲ併セ辯酌シ、場合ノ事情ニ從ヒ、後ノ陳述カ果シテ前ノ陳述ノ生シタル效力ヲ全部若クハ一部消滅セシムルヤ否ヤヲ自由ナル心證ヲ以テ判斷セサルヘカラス。換言セハ辯論主義ノ行ハルル場合ニ於テ陳述ノ撤回カ生スル效力ハ之ヲ生スルコトナシ。

以上ノ原則ハ職權主義ヲ認ムル刑事訴訟手續ニ於テハ勿論、民事訴訟ニ於テモ職權主義カ行ハルル範圍(人訴一四、二六、三九條一項、四六、六七、七四等)及ヒ職權斟酌カ命セラルル事項(例ヘ訴訟要件若クハ權利保護要件タル事項ノ或ルモノ、上訴ノ適法要件タル事項)ニ付キテハ行ハルル所ナリ。(Hellwig, System I. S. 142 IV u. § 143.)

參考 Hegler, Beiträge zur Lehre vom Prozessualen Anerkenntniss und Verzicht (1903)., Degenkolb, Das Anerkenntissurtheil (1902) Hellwig, System I § 149 S. 440f., Weismann, Lehrb. I § 33., Kommentar zu § 307 CPO.

第二項 請求ノ認諾及ヒ拋棄

總說

相手方ノ爲シタル法律上ノ陳述卽チ一定ノ法律關係ノ存在又ハ不存在ニ關スル具體的ノ主張ヲ理由アリトスル陳述(卽チ認諾)若クハ自己カ前ニ爲シタル法律上ノ陳述ヲ自ラ理由ナシトスル陳述(卽チ拋棄)ハ、

(一) 或ハ訴訟物タル法律關係ノ存在又ハ不存在ニ關スル具體的ノ主張卽チ訴ヲ以テ起サレタル請求ニ關スルコトヲ得(請求ノ認諾及ヒ請求ノ拋棄)、或ハ又訴訟物ニ非サル法律關係殊ニ先決問題タル法律關係ノ存

認諾及ヒ拋棄ノ種類

(一) 請求ノ認諾若クハ拋棄ト請求以外ノ認諾若クハ拋棄

(二) 純粹ノ認諾若クハ拋棄ト自白ヲ包含スル認諾若クハ拋棄

在又ハ不存在ニ關スル具體的ノ主張ニ關スルコトヲ得請求以外ノ法律上ノ陳述ノ認諾及ヒ拋棄)、而シテ

(二) 認諾又ハ拋棄ハ請求ノ認諾若クハ拋棄タルト又ハ請求以外ノ認諾若クハ拋棄タルトヲ問ハス、或ハ(1)純粹ノ認諾若クハ拋棄タルコトヲ得或ハ又自白ヲ包含スル認諾又ハ拋棄タルコトヲ得。換言セハ法律關係ノ存在若クハ不存在ニ關スル相手方ノ主張ノミヲ認メ若クハ又法律關係ノ存在若クハ不存在ニ關シ自己カ前ニ爲シタル陳述ノミヲ理由ナシトスルコトヲ得純粹ノ認諾若クハ拋棄)、或ハ又(2)(イ)法律關係ノ存在若クハ不存在ニ關スル相手方ノ主張ヲ認ムルト同時ニ相手方カ該法律關係ノ發生若クハ消滅ノ原因トシテ陳述シタル事實ノ眞實ナルコトヲ認メ(裁判上ノ自白ヲ包含スル認諾)、或ハ又(ロ)法律關係ノ存在若クハ不存在ニ關シ自己カ前ニ爲シタル主張ノ理由ナキコトヲ認ムルト同時ニ其主張ノ理由トシテ陳述シタル事實ノ虛僞ナルコトヲ認ムルコトヲ得(裁判上ノ自白ヲ包含スル拋棄)。

本項ニ於テハ、請求ノ認諾及ヒ請求ノ拋棄ヲ說明スルノ序次請求以外ノ法律上ノ陳述ノ認諾及ヒ拋棄ニ論及スヘシ。

第一目　請求ノ認諾及ヒ請求以外ノ認諾

第一段　請求ノ認諾

一 請求認諾ノ意義及ヒ性質

(一) 起シタル請求ノ認諾

(1) 認諾ノ對象

自白トノ區別

一　意義及ヒ性質

請求ノ認諾トハ繫屬スル當該ノ訴訟ノ口頭辯論ニ於テ被告カ原告ノ訴ヘタル請求ヲ理由アリトスル陳述ヲ云フ。左ニ之ヲ分說スヘシ。

(一) 原告カ訴ヲ以テ起シタル請求ヲ理由ナリトスル被告ノ陳述ナリ。

(1) 請求認諾ノ對象ハ原告カ訴ヲ以テ起シタル請求、換言セハ訴訟物タル法律關係ノ存在又ハ不存在(消極的確證ノ訴ノ場合)ニ關スル原文ノ主張ナリ。

(イ)認諾ノ對象カ原告ノ訴ヘタル請求從テ法律上ノ陳述ナルコトハ、自白ノ對象カ事實上ノ陳述ナルト異ナル所ナリ註(一)又(ロ)對象カ請求卽チ訴

請求以外ノ認諾トノ區別

訟物タル法律關係ノ存在又ハ不存在ニ關スル主張ナルコトハ、請求以外ノ認諾カ訴訟物ニ非ル法律關係殊ニ先決問題タル法律關係ノ存在又ハ不存在ニ關スル相手方ノ主張ヲ理由アリトスル陳述ナルト異ナル所ナリ。

請求ノ全部ハ勿論其一部モ亦タ認諾ノ對象トナスコトヲ得、殊ニ一箇ノ訴ヲ以テ數箇ノ請求ヲ併合シタル場合ニハ(訴一九一)、其數箇ノ請求中ノ或ル請求ノミヲ認諾スルコトヲ得、而カモ此ノ場合ニハ訴ヲ以テ起シタル請求ハ一部ヲ認諾シタルモノト解スヘキナリ(訴二二六條參照)。又

(2) 認諾行爲ノ請求認諾ノ性質

(2) 認諾ナル行爲ハ原告ノ請求(即法律上ノ斷遠)ニシテ、其性質ハ觀念ノ表現ナリ、效果意思ノ表示タル行爲ニハ非ス、私法上ノ法律行爲ニ非ルハ勿論又訴訟法律行爲(Processrechtsgeschäft)ニモ非ス。或ハ

(イ) 處分行爲說 債務承認

(イ) 請求ノ認諾ヲ以テ私法上ノ處分行爲殊ニ債務承認(Schuldanerkenntniss)ナリトスル見解アリ。然レトモ(a)請求ノ認諾ハ單ニ給付ノ訴ヲ以テ債權其他ノ請求權ノ存在カ主張セラルル場合ニ爲スコトヲ得ルノミナラス、積極確認ノ訴ヲ以テ形成ノ訴ヲ以テ物權其他ノ支配權ノ存在カ主張セラレ若クハ又形成ノ訴ヲ以テ形成權ノ存在カ主張セラルル場合ニ於テモ亦爲スコトヲ得、此等ノ場合ニ於テハ原告ハ何等債權ノ存在ヲ主張セサルカ故ニ請求ノ認諾ヲ以テ私法上ノ債務ノ承認ナリトスルノ非ナルコトハ明ナリト云フヘシ。殊ニ(b)消極的確認ノ訴ニ在リテハ原告ハ訴訟物タル法律關係(從テ債權其他ノ請求權、物權其他ノ支配權若クハ形成權)ノ不存在ヲ主張シ、何等ノ權利若クハ法律關係ノ存在ヲモ主張スルモノニ非ルカ故ニ、請求ノ認諾ヲ以テ私法上ノ債務ノ承認ナリトスルノ非ナルコトハ此ノ場合ニ於テハ一層明白ナリト云ハサルヘカラス。註(一)或ハ又

確定意思ノ表示行爲ナルヤ

(ロ) 請求ノ認諾ヲ以テ確定意思(Feststellungewille)ノ表示ナリトスル見解アリ。詳言セハ訴ヲ以テ起シタル請求ノ眞偽即訴訟物タル法律關係ノ存否ニ關スル相手方ノ主張ノ眞偽如何ニ拘ハラス、其主張ヲ眞

ナリトシテ判決ノ基本ト爲サンコトヲ求ムル意思卽確定意思ノ表示タル一方的訴訟法律行爲ナリトナス(Wach, bei Archiv. civ. Prax Bd 64 S 246, 248 a.a.o.)。然レトモ(イ)請求ノ認諾カ爲サルル通常ノ場合ニ於テハ被告ハ原告ノ請求主張)カ眞實ナリト思惟スルカ故ニ「眞實ナリ」「然リ」トスルニ過キス、從テ被告ハ「請求ノ眞僞如何ニ拘ハラス眞實ナリトシテ判決ノ基本ト爲サンコトヲ求ム」ト云フカ如キ效果意思ヲ有セサルヲ通常トス、又假令(ロ被告カ斯ル效果意思ヲ有スル場合アリトスルモ、其效果意思ハ、原告ノ請求ハ「眞實ナリ」「然リ」ト云フ陳述ニ依リテハ表示セラレタルモノト解スルコトヲ得ス。而カモ、輓近ノ研究ニ依レハ、法律行爲ニ在リテモ、法ハ表示上ノ效果意思ヲ是認シ、該效果意思ニ大體一致スル法律上ノ效果ヲ付スルモノナルニ過キス。サレハ論者ノ說ニ從ヒ假リニ請求ノ認諾ヲ以テ一方的訴訟法律行爲ナリトスルモ、訴訟法ハ表示セラレサル效果意思ニ對シテ訟訟上ノ效果ヲ認ムルニ由ナシ。——故ニ請求認諾ヲ以テ確定意思ナル效果意志ノ表示ナリトスルハ、裁判上ノ自白ヲ以テ確定意思ノ表示ナリトスルト等

請求認諾ト私法上ノ債務承認トノ競合(併存)

シク非ナリト云ハサルヘカラス(Hegler. Anerkenntniss S. 151f., Bülow. Gestandniss S. 50f. Hellwig. System Bd. I S. 441—尙ホ次項參照)註【一】

註【一】請求ノ認諾ヲ以テ私法上ノ債務承認ナリトスルハ二三ノ學者ノ認ムル所ナリト雖モ(Wach in Arch. civ Prax Bd. 64 S. 254ハ請求ノ認諾ヲ以テ同時ニ又債務承認ナリトス)其非ナルコトハ本文所述ノ如シ。——尤モ被告カ請求ノ認諾ヲ爲スト同時ニ、之ヲ機會トシテ口頭辯論ニ於テ私法上ノ債務承認タル意思ヲ表示スル場合モ亦タナキニ非ルヘシ。斯ル場合ニハ果シテ該效果意思カ表示セラレタルヤ又其意思表示ハ私法上必要ナル方式ニ合スルヤ等ノ點ヲ斟酌シ私法一般ノ原則ニ依リテ果シテ債務承認カ成立シタルヤ否ヤヲ決スヘキナリ。而シテ私法ノ規定ニ依リ債務承認ノ成立ヲ認メ得ヘキ場合ニ於テモ、訴訟法上ノ請求ノ認諾ト私法上ノ債務承認トハ併ヒ存スルニ過キス。故ニ原告カ訴ヲ取下ケ若クハ又訴訟要件(卽起訴行爲ノ適法要件若クハ本案訴訟ノ開始要件)ノ欠缺ニ基キ訴カ不適法トシテ却下セラレタル場合ニハ、訴訟法上ノ請求ノ認諾ハ其效力ヲ失フト雖モ、私法上ノ債務承認ハ依然其效力ヲ存續スヘキ理ナリ。唯被告ハ起サレタル訴カ取下ケラレサルヘキコト若クハ却下セラレサルヘキコト

ヲ確信シテ債務ノ承認ヲ爲シタルモノ、從テ訴カ取下ケラレ若クハ却下セラルヘキコトヲ豫想シタリトセハ債務承認ヲ爲ササリシモノト認メ得ヘキ場合ニハ、法律行爲ノ要素ニ錯誤アルモノト云フコトヲ得ヘシ。——何レニセヨ私法上ノ問題ニシテ訴訟法上ノ問題ニ非ス。

註【二】 訴訟法第二二九條謂フ所ノ『請求』トハ、同法第一九〇條第二項第二號ニ『起シタル請求』ト云フト同一ナリ。唯、第一九〇條第二項第三號ノ解釋ハ學說ノ岐ルル所ナリ、然レトモ、同號ノ規定ハ獨逸舊民事訴訟法第二三〇條ノ規定ニ則レルモノニシテ、而カモ、獨逸舊民事訴訟法カ給付ノ訴ヲ眼中ニシテ右規定ヲ設ケタルコトハ疑ヲ容レス（同法草案理由書 22, 181ff.）、然アルニ、給付ノ訴ハ私法上ノ請求權ヲ訴訟物トスルモノナルカ故ニ、同號ニ『起シタル請求』ト云フハ畢竟『訴ヲ以テ存在カ主張セラルル請求權』換言セハ『訴訟物タル請求權ノ存在ノ主張』ヲ意味スルモノニ外ナラス。——唯、訴ニハ給付ノ訴ノ外尙確認ノ訴及ヒ形成ノ訴アリ、然カモ此等ノ訴ハ必スシモ常ニ請求權ヲ訴訟物トスルモノニ非ス、確認ノ訴ハ請求權ノ存在ヲ確認スル判決ヲ要求スル場合ナキニ非

スト雖モ、請求權ノ不存在ヲ確認スル判決ヲ要求シ又ハ物權其他ノ支配權若クハ形成權又ハ他ノ法律關係ノ存在又ハ不存在ヲ確認スル判決ヲ要求スル場合少カラス、又形成ノ訴ハ形成權ノ存在ヲ確認シ且法律上ノ效果ヲ形成スル判決ヲ要求スル訴ナリ。然カモ訴ノ提起ニ關スル訴訟法第一九〇條第二項（獨舊民訴二三〇條二項獨新民訴二五三條二項）ノ規定ハ此等ノ訴ニモ適用セラルヘキモノナルカ故ニ、給付ノ訴ヲ眼中ニシテ立言セラレタル『起シタル請求』ナル用語ハ、確認ノ訴及ヒ形成ノ訴ニモ適合スルカ如ク、適當ニ擴張シテ解釋セラレサルヘカラス。故ニ通說ニ於テハ『起シタル請求』トハ『訴ヲ以テ一定ノ權利又ハ法律關係ノ存在又ハ不存ヲ主張スルコト』ナリトシ從テ『請求』ハ『訴訟物タル權利又ハ法律關係ノ存在又ハ不存上ニ關スル主張』ヲ意味スルモノナリトナス（Hellwig, Anspruch u. Klagrecht S. 156f., Lehrbuch III S. 17f.; Hegler, Beitage zur Lehre von Anerkenntniss S. 18. a. a. o.）。第二二九條ニ於テ認諾、又ハ拋棄ノ對象トセラレタル『請求』モ亦タ、右ノ意味ニ於ケル『請求』ニ外ナラス。畢竟原告カ訴ヲ以テ『起シタル請求』ヲ理由アリトスル被告ノ陳述ハ請求ノ認諾ニシテ、又原告カ自ラ訴ヲ以テ『起シタル請來』ヲ理由ナシトスル陳述ハ卽

権利保護要求ノ意ナル十

チ請求ノ抛棄ナルカ故ナリ。

或ハ第一九〇條第二項　二號ニ『起シタル請求』ト云ヒ若クハ又第二二九條ニ謂フ所ノ『請求』ヲ以テ、『自己ニ有利ナル判決ノ要求』即チ『權利保護要求』ナリトナス（Stein III 2 zu. § 253 CPO. 仁井田博士民事訴訟法要論中卷六二二頁）。然レトモ此見解ニ依ルトキハ（1）第一九〇條第二項第二號ニ於テ『起シタル請求ノ一定ノ目的』ト云フハ、自己ニ有利ナル判決其自體ナリト解スルカ又ハ裁判ヲ受クヘキ法律關係即チ訴訟物タル法律關係ナリト云ハサルヘカラス（Stein, cbenda）。然レトモ（イ）前ノ見地ニ從ハンカ、『訴ノ一定ノ申立』ト重複スルニ至ル、又（ロ）後ノ見地ヲ採ルトキハ、『起シタル請求ノ一定ノ原因』ト重複スルコトヲ免レス。是レ（2）此說ニ依レハ『起シタル請求ノ一定原因』トハ必然自己ニ有利ナル判決ヲ要求シ得ル原因從テ權利保護要件ヲ意味スルモノト解ササルヘカラスト雖モ、原告カ自己ニ有利ナル判決ヲ要求シ得ヘキ要件（即チ原告ノ判決請求權ノ權利保護要件）ハ、原告カ當該ノ判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益ヲ有スルコト、原告及ヒ被告カ當事者タル適格ヲ有スルコトノ外、更ニ訴訟物タル權利

（二）繫屬スル訴訟ノ口頭辯論ニ於ケル認諾裁判外ノ認諾

又ハ法律關係カ原告ノ主張ノ如ク存在シ又ハ存在セサルコト（消極的確證判決ヲ要求スル場合）ヲ要スルカ故ナリ（揭論訴ノ原因京法四卷一九〇六頁以下參照）。

（二）請求ノ認諾ハ繫屬スル當該ノ訴訟ノ口頭辯論ニ於テ爲スコトヲ要ス。卽チ

（1）繫屬スル當該訴訟ニ於テ爲スコト、換言セハ恰モ認諾セラルヘキ請求カ起サレタル當該ノ訴訟ニ於テ爲スコトヲ要ス。故ニ他ノ訴訟ニ於テ爲シタル請求ノ認諾ハ其訴訟ニ於テハ請求ノ認諾ナリト雖モ繫屬スル當該ノ訴訟ヨリ見レハ裁判外ノ認諾ニシテ、訴訟法第二二九條ニ定メタル效力ヲ生スルコトナシ、更ニ

（2）口頭辯論ニ於テ爲スコトヲ要ス、法文ニハ『口頭辯論ノ際』ト云ヘリ（訴二二九從テ(イ)受訴裁判所ノ口頭辯論期日ニ於テ爲スカ又ハ(ロ)準備手續ヲ命セラレタル場合ニハ受命判事ノ前面ニ於テ爲スコトヲ要ス。後ノ場合ニハ請求ノ認諾ハ調書ニ記載シテ明確ニスヘキナリ（訴二六八條二號、二七一條二項）。——故ニ繫屬スル當該ノ訴訟ニ於テ爲シタル認諾

ト雖モ口頭辯論以外殊ニ準備書面ニ於テ爲シタルニ過キサル認諾ハ裁判外ノ認諾ニシテ訴訟法第二二九條ニ定メタル效力ヲ生スルコトナシ註【三】。

註【三】繫屬スル當該訴訟ノ口頭辯論以外ニ於テ爲サレタル認諾ハ裁判外ノ自白ニ於ケルト等シク、裁判外ノ認諾ト云フヲ得ヘシ。裁判外ノ認諾モ亦タ苟クモ其認諾カ爲サレタルコトカ訴訟ノ口頭辯論ニ於テ證明セラレタル場合ニハ訴訟法第二二九條ノ效力ヲ生スルモノト爲スヘキ理ナリト雖モ、Bethman-Hollweg ノ所說カ普通法時代ノ末葉ニ於ケル學說及ヒ實際ヲ支配シタル以來（自白ニ關スル次項ノ所述參照）、我訴訟法ニ於テモ裁判上ノ認諾ニハ第二二九條ノ效力ヲ認ムルニ拘ハラス、裁判外ノ認諾ニハ假令該認諾ノ爲サレタルコトカ證明セラレタル場合ニ於テモ第二二九條ノ效力ヲ生スルコトナシ。單ニ一ノ間接事實（Inbiz）トシテ裁判所カ法律關係ノ存存又ハ不存在ニ關スル原告ノ主張カ眞ナルヘキコトヲ推論スルノ一根機トナスコトヲ得ルニ過キス。——尤モ、裁判外ノ認諾カ私法上ノ債務承認（Schuldanerkenntniss）タル法律要件ヲ具備スル場合ニハ私法上ノ債務ノ承認トシテ其效力ヲ生スヘキコトハ論ヲ俟タス（Hellwig, System BdI S. 447 尙ホ前述一〇一頁參照）。

二　認諾ノ成立

（一）認諾行爲ノ主體

（二）認諾ヲ爲シ得ル者

從參加人ト請求認諾

二　認諾ノ成立

（一）請求ノ認諾ハ原告ノ請求ヲ理由アリ（即チ眞實ニ合ス）トスル陳述ニシテ、判決ノ基本トナルヘキ訴訟材料ヲ提出スル行爲ナルカ故ニ、訴訟材料ヲ提出スル他ノ訴訟行爲ト等シク裁判所ニ對シテ爲スモノニシテ、相手方タル原告ノ受領ヲ要セサルカ故ニ原告缺席ノ場合ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ得、又原告ノ承諾ヲ要スルコトナシ。

（二）請求ノ認諾ハ被告タル當事者ハ勿論、其法定、代理人モ亦之ヲ爲スコトヲ得、訴訟代理人ハ特別ノ委任ヲ受クルニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得ス（訴六五五）。被告ノ從參加人ハ請求ノ認諾ヲ爲スコトヲ得ルヤニ付キテハ異論アリト雖モ、（イ）通常ノ從參加ニ在リテハ、補助セラルル被告（主タル當事者）ハ原告ノ請求ヲ爭フコトニ依リテ從參加人ノ爲シタル請求認諾ノ效力ヲ失ハシムルコトヲ得ルカ故ニ（訴五四條二項）、從參加人モ亦

ノ請求ノ認諾ヲ爲スコトヲ得ルモノト解スヘク又(ロ)共同訴訟的從參加ノ場合ニ於テハ、從參加人カ請求ノ認諾ヲ爲スモ、補助セラルル當事者ニ於テ原告ノ請求ヲ爭ヒタルトキハ、總テノ者カ『悉ク認諾セサルモノト看做ス』ヘキモノナルカ故ニ(訴五四條二項但書從テ五〇條三項準用)、共同訴訟的從參加人カ請求ノ認諾ヲ爲シ得ルコトハ疑ヲ容レス(註【四】)。又必要的共同訴訟ニ在リテハ、共同被告中口頭辯論期日ニ出頭シタル者ノ總テカ原告ノ請求ヲ認諾シタルトキハ、缺席シタル共同被告モ亦タ原告ノ請求ヲ認諾シタルモノト看做ササルヘカラス(訴五〇條四項)。(尙ホ第二卷第二部訴訟關係ノ項參照)

共同被告ト認諾

共同訴訟的從參加

註【四】訴訟法第五四條第二項但書ニ『民法ニ於テ此ニ異ナル規定アルトキハ此限ニ在ラス』ト云ヘルハ、判決ノ既判力及ヒ其擴張(卽主觀的範圍)ヲ以テ實體私法上ノ問題ナリトスル往時ノ見地ニ依ルモノニシテ、其法意ハ『既判力ノ擴張ニ關スル原則ニ依リ判決ノ既判力カ訴訟ノ當事者以外ノ第三者(從參加ヲ爲シタル)ニ及フヘキ場合ニハ此限ニ在ラス』トスルニ在リ。斯ル場合ニハ訴訟物タル法律關係ノ存否カ主タル當事者及ヒ從參加人ニ對シテ合一ニノミ確定セラルルヲ要スルコトハ類似必要的共同訴訟ノ場合ニ於ケルヨリモ一層強キカ故ニ、類似必要的共同訴訟ニ關スル民訴第五〇條ノ規定ヲ準用スヘキモノナリ(第二卷第二部第三者ノ訴訟參加—尙ホ拙論、判決ノ參加的效力京法第一三卷九三六頁以下參照)

三　請求認諾ノ效力

(一)　一般

(1)　主張

(イ)　判決又ハ反訴ノ申立

(一)　請求認諾ノ效力ハ民訴第二二九條ノ定ムル所ニシテ『裁判所ハ原告ノ申立ニ因リ認諾ニ基キ判決ヲ以テ被告ノ敗訴ヲ言渡スヘシ』ト云フニ在リ。本來明白ナルニ拘ハラス往々誤解ヲ生シタリ。

(1)　原告ノ申立ニ因リ認諾ニ基キ判決ヲ以テ一定ノ裁判ヲ爲スコトヲ得ト云ヘルハ、請求ノ認諾ヲ判決ノ基本トシテ裁判ヲ爲スヲ得ルコトヲ云ヒ、而カモ認諾ヲ基本トスルニハ相手方タル原告ノ申立アルコトヲ要スト云フニ過キス。詳言セハ

(イ)　被告カ原告ノ請求ヲ認諾シタル場合ニ於テモ、判決ハ訴又ハ反訴ノ申立(此等ノ申立ヲ擴張シ若タハ變更シタル申立亦同シ)ニ對シテ

立ニ對シテ爲スモノナルコトハ、一般ノ場合ニ於ケルト異ナルコトナシ。唯、

(ロ) 認諾テ判決ノ基本トス

(ロ) 右訴又ハ反訴ノ申立ニ對シテ裁判ヲ爲スニ當タリテハ請求ノ認諾ヲ基本トセサルヘカラス。換言セハ被告カ原告ノ請求ヲ認諾シタル場合ニハ、訴訟物タル法律關係ノ存在又ハ不存在ニ關スル原告及ヒ被告ノ陳述(法律上ノ陳述)ハ相一致セルカ故ニ、裁判所ハ該法律關係ノ存在又ハ不存在ニ付キ心證ヲ得タルト否トヲ問ハス、當事者双方ノ一致ニ基キ其法律關係ハ存在ストシ若クハ又存在セストシテ裁判ヲ爲ササルヘカラス。故ニ

(a) 純粹ノ認諾ノ場合

(a) 被告カ純粹ナル請求ノ認諾ヲ爲シ(訴二一三—二一五)、證據調ノ請求ノ理由ヲ示スヘキ事實ヲ分析的ニ陳述スル(Substanzierung)責任(主張責任)並ニ其事實ニ關スル擧證責任及ヒ證明義務ヲ免レ、(b)裁判所モ亦タ當事者ノ提出スル證據方法ニ付キ證據調ヲ爲シ(訴二一三—二一五)、證據調ノ結果並ニ辯論ノ全旨趣ニ基キテ當事者ノ陳述シタル事實ノ眞僞ヲ判斷シ(訴二一七)、斯クシテ眞實ナルコトカ確定セラレタル事實ニ對シテ法文

ヲ適用スルトキハ、訴訟物タル法律關係ハ果シテ原告主張ノ如ク存在スルヤ若クハ又存在セサルヤノ判斷ヲ爲スヘキ義務 (Subsumtionsthätigkeit) ヲ免カルルコトヲ得。又

(b) 裁判上ノ自白ヲ包含シタル認諾ノ場合

(b) 原告カ其請求ヲ爲シ且之ト同時ニ該請求ノ理由アルコトヲ示スヘキ事實ヲ陳述シタル場合ニ於テ、被告カ裁判上ノ自白ヲ包含スル請求ノ認諾ヲ爲シタルトキハ、(a)原告ハ請求ノ理由ヲ示スカ爲メ既ニ述ヘタル事實以外ノ事實ヲ一層完全ニ陳述スヘキ責任ヲ免カレ、更ニ既ニ述ヘタル事實ニ付キテモ亦擧證責任及ヒ證明義務ヲ免カルルモノナリ。又(b)裁判所ハ當事者ノ提出スル證據方法ニ付キ證據調ヲ爲シ、證據調ノ結果及ヒ辯論ノ全旨趣ニ基キ此等ノ事實ノ眞僞ヲ確定シ、且眞實ナルコトノ確定セラレタル事實ニ對シテ法文ヲ適用スルトキハ果シテ原告主張ノ如ク訴訟物タル法律關係ノ存在又ハ不存在ヲ認ムルコトヲ得ルヤノ判斷ヲ爲スヘキ義務ヲ免ルルニ至ル。是レ卽請求ノ認諾ヲ判決ノ基本トナスノ效果ナリ。尤モ、

認メラルヽヲ以テ足ルヤ又其カ給付判決ナルトキハ強制執行ノ債務名義トナルヤ又既判力ノ生ズル範圍ハ如何ニ(1)請求ノ認諾ニ因リテ訴ノ反訴ノ申立ニ至ルカ代ハルヘキ申立ノ請求ノ認諾ニ因リテ判決ヲ爲スヘキモノトセハ本案ノ判決ヲ爲スヘキ事項ノ判決ニ相手方ハ更ニ新ナル訴ヲ提起スルヲ得ルヤ

(2)認諾判決ノ性質

(イ)請求ノ認諾ヲ爲シタル原告カ請求ノ基本タル事實ニ付キ虚偽ノ陳述ヲ爲シタル場合ニ於テ判決ノ效果ニ基キ上訴ヲ以テ爭フヿヲ得ルヤ

(ロ)相手方ノ申立ヲ爲シタル原告カ請求ノ認諾ヲ爲スヿヲ得ルハ相手方ノ申立ニ基ク裁判所カ請求ノ認諾ヲ爲シタル場合ニ於テハ訴訟法ニ於テハ反訴ニ對スル申立ヲ爲サヽル場合ニ於ケル原告カ請求ノ認諾ヲ爲スヿヲ得ルヤ

(ハ)請求ノ認諾ヲ爲スヿヲ得ルハ相手方ノ申立ニ基ク裁判所カ請求ノ認諾ヲ爲シタル場合ニ於テハ訴訟法ニ於テハ反訴ノ申立ヲ爲サヽル場合ニ於ケル原告カ請求ノ認諾ヲ爲スヿヲ得ルヤ

(ニ)請求ノ認諾ヲ爲スヿヲ得ルハ相手方ノ申立ニ基ク裁判所カ請求ノ認諾ヲ爲シタル場合ニ於テハ訴訟法ニ於テハ反訴ノ申立ヲ爲サヽル場合ニ於ケル原告カ請求ノ認諾ヲ爲スヿヲ得ルヤ

(ホ)請求ノ認諾ヲ爲スヿヲ得ルハ相手方ノ申立ニ基ク裁判所カ請求ノ認諾ヲ爲シタル場合ニ於テハ訴訟法ニ於テハ反訴ノ申立ヲ爲サヽル場合ニ於ケル原告カ請求ノ認諾ヲ爲スヿヲ得ルヤ

(ヘ)相手方ノ申立

(2)認諾判決ノ性質

(イ)請求ノ認諾ヲ爲シタル原告カ請求ノ基本タル事實ニ付キ虚偽ノ陳述ヲ爲シタル場合ニ於テハ訴訟法ニ於テハ反訴ノ申立ヲ爲サヽル場合ニ於ケル原告カ請求ノ認諾ヲ爲スヿヲ得ルヤ

(ロ)相手方ノ申立ヲ爲シタル原告カ請求ノ認諾ヲ爲シタル場合ニ於テハ訴訟法ニ於テハ反訴ノ申立ヲ爲サヽル場合ニ於ケル原告カ請求ノ認諾ヲ爲スヿヲ得ルヤ

(ハ)請求ノ認諾ヲ爲スヿヲ得ルハ相手方ノ申立ニ基ク裁判所カ請求ノ認諾ヲ爲シタル場合ニ於テハ訴訟法ニ於テハ反訴ノ申立ヲ爲サヽル場合ニ於ケル原告カ請求ノ認諾ヲ爲スヿヲ得ルヤ

(ニ)請求ノ認諾ヲ爲スヿヲ得ルハ相手方ノ申立ニ基ク裁判所カ請求ノ認諾ヲ爲シタル場合ニ於テハ訴訟法ニ於テハ反訴ノ申立ヲ爲サヽル場合ニ於ケル原告カ請求ノ認諾ヲ爲スヿヲ得ルヤ

(ホ)請求ノ認諾ヲ爲スヿヲ得ルハ相手方ノ申立ニ基ク裁判所カ請求ノ認諾ヲ爲シタル場合ニ於テハ訴訟法ニ於テハ反訴ノ申立ヲ爲サヽル場合ニ於ケル原告カ請求ノ認諾ヲ爲スヿヲ得ルヤ

(ヘ)相手方ノ申立

申立ハ解決セラレ判決スヘキ事項ナキニ至ル』トナセルハ、現行訴訟法ノ解釋論トシテハ到底非ナリト云ハサルヘカラス。是レ請求認諾ヲ以テ確定判決ニ代ハルモノトナスニ非サレハ、訴若クハ反訴カ請求ノ認諾ニ依リテ解決セラルヘキ理由ナキカ故ナリ。而カモ(2)既ニ訴又ハ反訴カ請求ノ認諾ニ依リテ解決セラルルモノニ非ルコトヲ認ムル場合ニハ、民訴第二二九條ニ規定セル申立カ訴又ハ反訴ノ申立ニ代ハルヘキ本案ノ申立ニハ非スシテ、單ニ請求ノ認諾ヲ訴訟材料即基本トシテ判決ヲ爲サンコトヲ求ムル申立即訴訟上ノ申立ニ外ナラサルコトハ當然ノ結論トシテ之ヲ認メサルヘカラス、從テ又(ハ)認諾判決ハ訴又ハ反訴ノ申立ニ代ハルヘキ新ナル申立ニ對シ、訴又ハ反訴カ認諾ニ因リテ解決セラレタルコトヲ宣言スル判決ニハ非スシテ、認諾ヲ基本トシテ訴又ハ反訴ニ對シテ爲サルル判決ニ外ナラサルコトヲ知ルコトヲ得ヘシ。

註【五】 認諾解決說ハ獨逸民事訴訟法ノ實施後ニ於テモ、獨逸普通訴訟法ノ思想ノ未タ充分ニ脫却セサル頃ニハ一般ニ行ハレタル所ナリト雖モ(Wach, bei Grü-

chot Beiträge Jahr. 36. S. 21; Vortrage 2aufl. S. 109. Weismann, Die Feststellungsklage S. 156; Stein zu § 307 CPO. u. A. M.) Degenkolb カ、單行論文 „Das Anerkenntnissurtheil" (1902)ヲ以テ痛論シタル所ナリ(Degenkolb, in Beiträge zum Civilprocess S. 118f.)。

註【六】 我民事訴訟法第二二九條ハ判決手續ニ關シ、羅馬法以來ノ『請求ノ認諾ハ確定判決ニ代ル』ト云ヘル原則ヲ棄テタルコトハ本文所述ノ如シト雖モ、仍ホ我現行法ニハ依然此ノ原則ヲ認メタルモノト解スヘキ場合ナキニ非ス。卽チ(イ)動產ニ對スル金錢債權ノ强制執行ノ配當手續ニ於テ、裁判所カ配當表ヲ債權者及ヒ債務者ニ閱覽セシムルモ債權者又ハ債務者カ配當表ニ對シテ異議ノ申立ヲ爲ササルトキハ其配當表ニ揭ケタル債權ノ存在、額並ニ順位ハ確定シタルモノト認メラレ、直チニ配當表ヲ實施スヘシトナシ(民訴六二九及ヒ六三〇條一項)、若クハ又(ロ)不動產ニ對スル金錢債權ノ强制執行ニ於ケル配當手續ニ關シ、『出頭シタル總テノ利害關係人及ヒ執行力アル正本ニ因ラスシテ配當ヲ要求スル債權者カ一致シタルトキハ、其一致ニ基キ配當表ヲ作ル可シ』トナセルハ(民訴六九

六條二項有ホ六九七條參照)、何レモ『請求ノ認諾ハ確定判決ニ代ハル』ト云ヘル羅馬法以來ノ原則ニ依ルモノニシテ『異議ノ申立ナシ』ト云ヒ若クハ『債權者ノ一致』ト云ヘルハ配當要求ノ基礎トナレル債權存在ノ主張ヲ認諾スルモノニ外ナラス。更ニ(ハ)破產手續ニ於ケル破產債權ノ確定手續ニ於テ、『債權ノ確定ハ承認又ハ裁判所ノ判決ヲ以テ之ヲ爲ス』ト『調査會ニ於テ管財人ヨリモ又債權ノ確定シ若クハ貸借對照表ニ揭ケタル債權者ヨリモ異議ヲ申立テサルトキハ債權ハ承認ヲ得ルモノトス』トナセルカ如キハ(舊商法破產篇一〇二六條)、『債權者ノ承認』ハ『裁判所ノ判決ニ』代ハルヘキモノナルコトヲ明ニ認メタルモノトシテ、調フ所ノ承認ハ屆出(破產債權ノ屆出ハ訴ノ提起ニ該當ス)ヲ以テ爲サレタル債權ノ存在、額及ヒ順位ニ關スル主張ヲ認諾スルモノニシテ請求ノ認諾ニ外ナラヌ。

(ニ)臺灣ニ行ハルヽ『民事訴訟特別手續』(明治三八年七月律令第九號)第二六條ニ於テ『口頭辯論ニ於テ爲シタル請求ノ認諾ニ付キテハ強制執行ヲ爲スコトヲ得、其手續ハ法院ニ於テ爲シタル和解ニ關スル強制執行ノ手續ニ依ル』トセルハ請求ノ認諾カ強制執行ノ債務名義トナルコトヲ認ムルモノナルモ、此規定ノ法意ヲ一串セントセハ必然請求ノ認諾ハ確定判決ニ代ハルヘキモノトシテ、當ニ執行力ノミナラス、既判力ヲモ生スルモノナルコトヲ認メサルヘカラス。從テ同條ノ規定ハ『請求ノ認諾ハ確定判決ニ代ハル』ト云ヘル羅馬訴訟法以來ノ原則ヲ宣言スルモノト解スヘキナリ。

(二) 請求ノ認諾ヲ基本ト爲スコトヲ得ル範圍

(二)被告カ原告ノ請求ヲ認諾シ且原告カ其認諾ニ基キテ裁判ヲ爲サンコトヲ申立テタル場合ニハ、裁判所ハ認諾ヲ基本トシテ裁判ヲ爲スヘキモノナルコトハ前述ノ如シト雖モ、裁判所カ認諾ヲ基本ト爲スコトヲ得ルハ、訴訟物タル法律關係ノ存在又ハ不存在ニ關スル點ノミニ限ルモノト解ササルヘカラス。畢竟(イ)認諾ノ對象ハ原告カ起シタル『請求』即チ訴訟物タル法律關係ノ存在又ハ不存在ニ關スル主張ニシテ、而カモ(ロ)裁判所カ認諾ニ基キ其主張ヲ眞ナリトスルハ、此ノ點ニ關シ當事者間ニ一致アルコトヲ根據トセル當然ノ結論ナリト云ハサルヘカラス。故ニ被告カ原告ノ請求ヲ認諾シタル場合ニ於テモ、

(1) 起訴行

(1) 裁判所ハ職權ヲ以テ所謂訴訟要件即チ起訴行爲ノ適法要件及

ヒ本案訴訟ノ開始要件ノ存否ヲ斟酌スヘク（第二卷判決手續六三頁以下）更ニ請求併合若クハ反訴ノ適法要件（訴一九一、二〇〇、二〇一）、共同訴訟若クハ主參加訴訟ノ適法要件（訴四八、五一）、又ハ證書訴訟若クハ爲替訴訟手續ニ依ルカ爲メノ適法要件（訴四八四、四八五、四九六等）特別ノ適法要件ヲ存否ヲ斟酌スヘク、其欠缺ヲ認ムル場合ニハ訴ヲ不適法トシテ却下セサルヘカラス。又

(2) 權利保護要件タル事項中　當該ノ判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益並ニ當事者タル適格ノ存否ニ付キテモ亦タ同一ナリ。裁判所ハ請求ノ認諾ニ拘ハラス職權ヲ以テ此等ノ要件ノ存否ヲ斟酌スヘク、若シ右要件ノ欠陷ヲ認ムル場合ニハ原告ノ請求ヲ却下スル判決ヲ爲ササルヘカラス註【七】

註【七】 判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益ノ存否ハ裁判所職權ヲ以テ斟酌スヘキモノナルコトハ、『確認判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益』(Feststellungsinteresse) ニ付キテハ一般ニ認メラルル所ナリト雖モ（例ハ Stein IV 6 zu § 256 CPO u. dort Anführg.）、給付判決殊ニ將來ノ給付判決又ハ形成判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益ニ關シテモ亦タ之ヲ異ナルヘキ理由アルコトナシ（Hellwig, Lehrb. I S. 165, System Bd I S. 163 Anm. 12）。

反之、『當事者タル適格』(Prozessführungsrecht. Sachlegitimation) ノ存否ハ裁判所職權ヲ以テ之ヲ斟酌スヘキモノナルヤニ付キテハ學者ハ一般ニ沈默ヲ守レリ。畢竟請求權者カ義務者ヲ被告トシテ自己ニ屬スル請求權ヲ訴訟物トシテ起スヲ常トスル給付ノ訴ヲ眼中ニシ、既ニ訴訟物タル請求權ノ存在又ハ不存在其自體カ請求ノ認諾ニ基キテ確定スルコトヲ得ル以上ハ、何人カ其請求權ヲ何人ニ對シテ主張スルコトヲ得ルヤノ問題ハ、畢竟其請求權カ何人ニ屬シ又何人カ其目的タル義務ヲ負擔スルヤノ問題ニシテ、等シク請求ノ認諾ニ基キテ確定スルコトヲ得ヘシトスルモノニ外ナラサルヘシ。

然レトモ、原告タリ、被告タル適格ノ問題ハ訴訟物タル法律關係カ私法上何人ニ屬スルヤ (subjektive Zuständigkeit) トニ云フカ如キ簡單ナル問題ニハ非ス。何人カ訴訟物タル法律關係ニ關シ何人ヲ相手方トシテ『訴ヲ爲ス權能』(Prozessführungsrecht) ヲ有スルヤノ問題ニシテ、『訴訟ヲ爲ス權能』ノ有無ハ (1) 原

則トシテハ何人カ私法上訴訟物タル法律關係從テ權利若クハ之ニ對スル義務ニ付キ廣義ノ管理權從テ處分權能（廣義ノ管理權ニ付キテハ法學論叢四卷五四五頁所載參照）ヲ有スルヤニ依リテ定マルヲ通常トスト雖モ、(2)確認ノ訴訟ノ原告タリ若クハ被告タル適格ハ、何人カ何人ニ對シテ確認判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益ヲ有スルヤニ依リテ定マルモノニシテ（第二卷第一部訴ノ種類參照）、既ニ右法律上ノ利益ノ存否ハ裁判所カ職權ヲ以テ斟酌スヘキコトヲ認ムル以上ハ（通說）少クモ確認訴訟ニ付キテハ當事者タル適格ノ存否モ亦タ職權ヲ以テ斟酌スヘキコトヲ認メサルヘカラス。更ニ(三)法ノ特別ノ明文ヲ以テ强行的ニ原告タリ若クハ被告タル適格ヲ定ムルコトアリ　例ハ婚姻取消ノ訴ノ正當ナル原告ニ關スル民法第七八〇條、正當ナル被告ニ關スル人訴第二條、離婚ノ訴ノ正當ナル當事者ニ關スル民法第八一三條、養子緣組取消ノ訴ノ正當ナル原告ニ關スル民法第八五三條乃至第八五七條、正當ナル被告ニ付キ人訴二條從テ二六條、離緣ノ訴ノ正當ナル原告及ヒ被告ニ關スル民法第八六六條並同ニ法第八四一條等ノ如シ。斯ル場合ニハ右法文ニ依リテ原告トナルヘキ者及ヒ被告トナルヘキ者カ原告トナリ被告トナルニ非サレハ當該ノ判決ヲ要求スルコトヲ得ストスルモノナルカ故ニ、原告タリ、被告タル適格ノ存否ハ裁判所職權ヲ以テ之ヲ斟酌スヘキモノナリト解ササルヘカラス（尙ホ Hellwig, Lehrbuch, I S. 165, S. ... I S. 16 3 Anm. 12 第二卷判決手續四六頁參照）

要之、判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益並ニ當事者タル適格ノ存否ハ共ニ裁判所カ職權ヲ以テ斟酌スヘキモノニシテ、裁判所ハ請求ノ認諾ヲ基本トシテ其存在ヲ認ムルコトヲ得ス。畢竟國家ノ民事裁判權行使ノ要件タルカ爲メニ外ナラス。

（イ）訴訟物タル法律關係ノ存在又ハ不存在

（ロ）保護セラルヘキ適格

反之、權利保護要件タル事項中(イ)訴訟物タル權利又ハ法律關係カ果シテ原告主張ノ如ク存在シ若クハ存在セサルヤハ、裁判所請求ノ認諾ヲ基本トシテ之ヲ確定スルコトヲ得。如此キハ實ニ辯論主義（Verhandlungsmaxim）カ其作用ヲ最モ明白ニ發揮セル場合ニシテ、畢竟當事者間ニ一致アル以上ハ、國權ハ徒ラニ、其平和ヲ擾亂スヘキモノニ非ストスル思想ニ基クモノナリ。然レトモ、(ロ)訴訟物タル權利殊ニ請求權ハ果シテ裁判上之ヲ主張スルコトヲ得ルヤ、相手方ノ意思ニ反シテ其請求權ヲ强行スルコトヲ得ルヤ、換言セハ此ノ意味ニ於テ所謂『不完全債權』(Unvollkomme An-

spruch) 若クハ『自然債權』(obligatio naturalis) ニ非ルヤハ、(保護ノ適格 Schutzfähigkeit) 等シク國家ノ民事裁判權行使ノ要件ニ屬シ、裁判所職權ヲ以テ斟酌スヘキモノナルカ故ニ、固ヨリ請求ノ認諾ヲ基本トシテ之ヲ確定スルコトヲ得ス。

(3) 更ニ原告ノ起シタル『請求』カ、不能ナル事項若クハ又公序良俗ニ反シ其他法ノ絕對的禁止ニ反スル事項ヲ認メンコトヲ求ムル場合ニハ、裁判所ハ被告ノ請求ノ認諾並ヒニ原告ノ申立ニ拘ハラス、該請求ヲ棄却スル判決ヲ爲ササルヘカラス。是レ(イ)判決ヲ以テ命スル事項カ果シテ可能ナルヤ若クハ又法ハ絕對的禁止ニ反セサルヤハ、裁判所カ固ヨリ職權ヲ以テ之ヲ斟酌スヘキモノニシテ、原告カ故意ニ斯ル請求ヲ起シ又被告カ故意ニ之ヲ認諾スルカ如キハ裁判所ヲ愚弄スルモノナリ、又原告カ斯ル請求ヲ起シタルハ其過失ニ因リ、被告カ之ヲ認諾セルモ亦タ其過失ニ因リタルモノナリトスルモ、裁判所ハ固ヨリ當事者ノ過失ヲ頗ツヘキ理由ナシ。且(ロ)不能ナル事項若クハ又法ノ絕對的禁止ニ反スル事項ヲ

(3) 不能ノ事項若クハ公序良俗ニ反スル事項ト認諾

命スル判決ノ如キハ、假令該判決カ確定シ且再審ノ訴ヲ以テ之ヲ取消スコト能ハサルニ至リタル後ニ於テモ、仍ホ『其內容ニ適合シタル效力ヲ生スルコトヲ得ス』此意味ニ於テ『無效』(nichtig) ノ裁判タルコトヲ免レス註【八】。裁判所ハ假令被告カ原告ノ請求ヲ認諾シ又原告カ之ニ基キテ判決センコトヲ申立ツルモ、確定後ニ於テモ仍ホ無效ナルカ如キ認諾判決ヲ爲スヘキニ非ス、是レ裁判所ハ國家ノ機關ニシテ、當事者ノ願使スルコトヲ得ヘキ機關ニ非ルヤ固ヨリ論ナキカ故ナリ。更ニ又

註【八】 裁判ノ無效ナル觀念並ニ本文ニ述ヘタルカ如キ場合ニハ確定判決ト雖モ仍ホ『其內容ニ適合スル效力ヲ生スルコトヲ得ス』此ノ意味ニ於テ無效ナルコトニ付キテハ、拙論『裁判ノ無效』穗積博士還曆紀念論文集一九頁以下、六一頁以下並ニ拙著判例批評錄第一卷一五九頁以下殊ニ一七四頁以下參照。

(4) 原告ノ起シタル請求カ顯著ナル事實(訴二一八)、裁判上自白セラレタル事實(本二節第三項參照)、若クハ又既ニ證明セラレタル事實(訴二一七)ニ因リテ認メラルヘキ法律上ノ效果ト相兩立ヒサル法律上ノ效果ヲ認メンコト

(4) 顯著ナル事實、自白セラレタル事實若クハ證明セラ

之ヲ要求ス
裁判所カ請求ノ認諾ニ基キ被告敗訴ノ本案判決ヲ爲スヘキモノナリ
ヲ得ス。

ノ意思ニ依リテ生スヘキ法律上ノ效果ト相竝ヒテ成立セサルヘカラス。
規定ノ適用ニ關スル問題ヲ決スルニ當リテハ、法律行爲ニ非サル訴訟行爲ニ付テモ、
スル行爲法律行爲ニ準用スヘキヤ否ヤヲ考究スルヲ要ス。
トヲ得ス。

ヲ爲スヘシトスルハ、裁判所ヲ愚弄スルモノニ外ナラス（"Wenn die Anerkennung auf eine Verhönung des Richters hinausläuft"）、從テ請求認諾ヲ基本トシテ判決ヲ爲スヘキモノニアラサルコトハ、殊ニ Hellwig ノ主張スル所ナリ（Hellwig, System Bd. I, §§ 149. IV, 2. S. 444）。

要之裁判所カ請求ノ認諾ニ基キ被告敗訴ノ本案判決ヲ爲スヘキ場合ニハ、假令被告カ原告ノ請求ヲ認諾スル申立ヲ爲シタル時ト雖モ、裁判所ハ原告カ認諾ニ基キ請求ノ原因タル事實ニ付キ自白セラレタル事實若クハ又既ニ證明セラレタル事實カ法律上ノ效果ト相竝ヒテ生スヘキ法律上ノ效果ニ依リテ當然成立セサルヘカラス。

義務ヲ負擔スル旨ノ判決ヲ爲スヘキヤ否ヤヲ考究スルヲ要ス。

カ斯ル結果ヲ要求スルモノニ非ルコトハ疑ヲ容レサル故ナリ。[註九]

義務ヲ負擔スル旨ノ判決ヲ爲スヘキヤ否ヤヲ考究スルヲ要ス。

カ斯ル結果ヲ要求スルモノニ非ルコトハ疑ヲ容レサル故ナリ。[註九]

[註九] 本文記載ノ如キ場合ナルニ拘ハラス仍ホ裁判所カ請求ノ認諾ニ基キ裁判ヲ爲スヘシトスルハ、裁判所ヲ愚弄スルモノニ外ナラス（"Wenn die Anerkennung auf eine Verhönung des Richters hinausläuft"）、從テ請求認諾ヲ基本トシテ判決ヲ爲スヘキモノニアラサルコトハ、殊ニ Hellwig ノ主張スル所ナリ（Hellwig, System Bd. I, §§ 149. IV, 2. S. 444）。

ノ、意思ノ規定ヲ、表示タル法上ノ適用ヲ、スル行爲法律行爲ニ非サルカ故ニ、ミナラス、又ロ其ノ內容ニ觀念ヲ、準用ノ三三スルコトヲ、得ス。

ハ、ト（二）カラス。

撤ニシテノ學請求ノ問題ヲ、決スヘシ、ニ、テ、以テ、ハ、法律ニ、關スル訴訟ニ、付テモ、民事訴訟法ノ規定ヲ、準用スヘキヤ否ヤヲ考究スルヲ要ス。

ナ、ル、ノ、ト、ニ、時、ニ、依リ、民、法、上、ノ、認、ニ、ハ、ノ、ト、ス、ル、ヲ、爲、ス、ヲ、ト、ヲ、得、ス。

（ニ）若ハ消滅法律行爲ニ
ハ定回ノ取
準ノ關ス
用ス

四 被告敗訴ノ本案判決ヲ爲スヘキ場合ニハ、假令被告カ原告ノ請求ヲ認諾スル申立ヲ爲シタル時ト雖モ、裁判所ハ原告カ認諾ニ基キ請求ノ原因タル事實ニ付キ自白セラレタル事實若クハ又既ニ證明セラレタル事實カ法律上ノ效果ト相竝ヒテ生スヘキ法律上ノ效果ニ依リテ當然成立セサルヘカラス。

四 被告敗訴ノ本案判決ヲ爲スヘキ場合ニハ、假令被告カ原告ノ請求ヲ認諾スル申立ヲ爲シタル時ト雖モ、裁判所ハ原告カ該認諾ニ基キ請求ノ原因タル事實ニ付キ自白セラレタル事實若クハ又既ニ證明セラレタル事實カ法律上ノ效果ト相竝ヒテ生スヘキ法律上ノ效果ニ依リテ當然成立セサルヘカラス。

請求ノ認諾ハ、本案判決ヲ爲スヘキ規定ナキヲ以テ、請求ノ取消及ヒ撤回ノ性質ニ基キ解釋ニ依リテ決セサルヘカラス。

請求ノ認諾ハ、本案判決ヲ爲スヘキ規定ナキヲ以テ、請求ノ取消及ヒ撤回ノ性質ニ基キ解釋ニ依リテ決セサルヘカラス。

（イ）訴ノ取消ハ、法典ニ、規定スル場合ニ、限ル。

（イ）訴ノ取消ハ、法典ニ、規定スル場合ニ、限ル。

（ロ）然レトモ請求ノ認諾ニ付テハ、民事訴訟法第二百九十九條ノ二ノ規定ニ、同ニ、ノ、ト、ス、ル、ヲ、得、ス。

（ロ）然レトモ請求ノ認諾ニ付テハ、民事訴訟法第二百九十九條ノ二ノ規定ニ、同ニ、ノ、ト、ス、ル、ヲ、得、ス。

（上卷二百八十八頁下）

（上卷二百八十八頁下）

サレハ右見解ハ非ナリト云ハザルヘカラス。

註【一〇】 Stein Vzuś 307 CPO ヲ初メ獨逸民事訴訟法註釋書ハ一般ニ此ノ見解ヲ認ム。

(二) 請求ノ認諾ヲ取消シ又ハ之ヲ撤回スルコトヲ得ルヤ否ヤハ、一ニ訴訟法ノ規定ニ依リテ決セサルヘカラス。

(1) 訴訟法第四六九條第二號ノ規定ニ依レハ、原告又ハ被告ハ『(イ)自己ノ法定代理人若クハ訴訟代理人又ハ(ロ)相手方、其法定代理人若クハ訴訟代理人カ、刑法上罰セラルヘキ行爲ヲ訴訟ニ關シテ爲シタルトキ』ハ其行爲ヲ基本トシテ爲サレタル判決カ確定シタル後ニ於テモ、仍ホ原狀回復ノ訴ヲ以テ該確定判決ノ取消ヲ求ムルコトヲ得ルモノトナセリ。サレハ、(イ)被告ノ法定代理人若クハ訴訟代理人若クハ又其法定代理人若クハ訴訟代理人カ刑法上罰セラルヘキ行爲ヲ請求ノ認諾ニ關シテ犯カシタル場合ニハ、被告ハ一層强キ理由ヲ以テ、直チニ其請求認諾ヲ取消ズコトヲ得サルヘカラス詳言セハ請求ノ認諾ニ基キテ判決

(一) 訴訟法ノ規定ニ依ルヘシ

(1) 刑法上罰セラルヘキ行爲ニ基ク認諾ノ取消

カ爲サレ且其カ確定スルヲ俟チテ初メテ訴ニ依リテ該判決ヲ取消スノ要ナシ直チニ請求ノ認諾其ノモノヲ取消スコトヲ得ルモノト解ササルヘカラス註(一二)例ハ相手方、其法定代理人若クハ訴訟代理人ノ詐欺又ハ强迫ニ因リテ請求ノ認諾ヲ爲シ又ハ被告ノ法定代理人若クハ訴訟代理人カ背任ノ結果請求認諾ヲ爲シタル場合ノ如シ。請求ノ認諾カ取消サレタル場合ニハ初メヨリ爲サレサリシト等シク全然其效力ヲ失フニ至ル。

註【一一】 再審ノ訴ニ關スル民訴第四六九條第二號、規定ニ基ク類推ニ依リテ、請求ノ認諾若クハ拋棄、並ニ裁判上ノ自白ヲ取消スヲ得ルコトハ近時學者ノ一般ニ認ムル所ナリ (Weismann, Lehrbuch Bd. I § 76, IV3. S. 301., Hellwig, System Bd I § 148, III 2b u. § 149 IV, 4b, S. 438 u. 447)。

(2) 前揭ノ場合ノ外請求ノ認諾ハ之ヲ撤回スルコトヲ得ルヤニ關スル見解ハ頗ル區々ナリ。或ハ(イ)自由ニ撤回スルコトヲ得ルモノトナシ註(一三)、或ハ(ロ)裁判上ノ自白ノ取消ニ關スル原則ノ準用ニ依リ、認諾カ眞實ニ合セス且錯誤ニ因ルコトヲ證明シタルトキハ之ヲ取消スコトヲ

得トナシ註【一三】或ハ(ハ)純然タル請求ノ認諾ト裁判上ノ自白ヲ包含シタル請求ノ認諾トヲ區別シ、後者ハ裁判上ノ自白ノ取消ニ關スル原則ニ依ラサルヘカラスト雖モ前者即チ純然タル請求ノ認諾ハ自由ニ之ヲ撤回シ、從テ又原告カ主張セル權利又ハ法律關係カ初メヨリ成立セサリシコト又ハ成立後消滅シタルコトヲ示スヘキ事實ヲ陳述スルヲ妨ケストナシ、或ハ又(ニ)請求ノ認諾ノ撤回ニ付キテハ訴訟法ニ何等ノ明文ナキカ故ニ、裁判官ノ自由心證ニ一任スヘシ、詳言セハ被告カ原告ノ請求ヲ認諾スル旨ノ陳述ヲ取消シ又ハ撤回スル旨ノ陳述ヲ爲シタル後、其陳述ヲ取消シ又ハ撤回シタル場合ニハ、裁判所ハ何レノ陳述カ眞實ニ合スルヤヲ自由ナル心證ヲ以テ判斷セサルヘカラス。尤モ被告カ錯誤ニ因リ又ハ故意ニ理由ナキ請求ヲ認諾シタルコトヲ證明シタル場合ニハ請求認諾ハ其效力ヲ失ヒ、從テ裁判所ハ之ヲ基本トシテ判決ヲ爲スコトヲ得サルモノト解スヘシトナス註【一四】。

註【一一】Dernburg, Gerichtlich. Geständniss (1895) S. 55f.

主張

(イ)眞實ニ反スルコトノ證明

註【一二】Planck, Lehrbuch I S. 330 Anm. 45., Wach. gericht. Geständniss bei Archiv ziv. Praxis Bd.64 S. 248 u. a.

註【一四】Hegler, Anerkenntniss S. 296.

然レトモ請求ノ認諾ノ性質ハ觀念ノ表現ニシテ眞實ニ合セサル場合ニハ之ヲ酌斟スヘキモノニ非ルト又辯論主義本來ノ目的ハ各當事者ヲシテ自己ノ責任ニ於テ訴訟ヲ爲サシメ然カモ之ニ因リテ恰モ實體的眞實ヲ明ニスルコトヲ期スルニ在ルニ顧ミルトキハ、

(イ) 請求ヲ認諾シタル被告ニ於テ前ニ爲シタル認諾カ眞實ニ反スルコトヲ證明シタル場合ニハ、該認諾ノ效力ヲ失ハシムルコトヲ得ルモノト云ハサルヘカラス。而カモ、請求ノ認諾ハ相手方ノ主張スル法律上ノ效果ノ存在ヲ眞ナリトスルモノニシテ、相手方ノ事實上ノ陳述ヲ對象トスル裁判上ノ自白ニ於ケルヨリハ、寧ロ誤認シ易キモノナルカ故ニ、認諾カ眞實ニ反スルコト又ハ誤認ノ結果ナルコトハ、裁判上ノ自白カ眞實ニ反スルコト又ハ誤認ノ結果ナルコトヲ證明スルニ比シ一層容易ナ

リト云ハサルヘカラス。——ヘルヴイヒハ同一ノ理由ノ下ニ純然タル請求ノ認諾ハ眞實ニ反スルコトノ證明ヲ要セスシテ直チニ撤回シ得ルコトヲ認ムト雖モ(Hellwig, System, Bd. I. S. 447)、認諾ノ場合ニ於テハ原告ノ主張ヲ誤認シ易スキコトハ、偶々認諾カ眞實ニ反スルコトノ證明ヲ爲シ易シト云フ結果ハ之ヲ生スヘキモ、直チニ此ハ證明ヲ必要トセサルノ理由トハナラス。

又裁判上ノ自白ヲ包含シタル認諾ノ撤回ニ付キテハ裁判上ノ自白ノ撤回ニ關スル原則ニ依ルヘシト云フハ正當ナリト云ヘトモ、裁判上ノ自白ノ撤回ニ付キ別段ノ規定ヲ設ケサル我訴訟法ノ解釋トシテハ、裁判上ノ自白其自體ノ撤回モ亦タ解釋ニ依リテ決スルノ外ナク、而カモ其結果トシテ『自白者ニ於テ裁判上自白シタルトキハ其自白ヲ撤回スルコトヲ得』ルコトヲ認ムル吾人ノ見地ヨリスレハ(後述第三項參照)、裁判上ノ自白ヲ包含シタル請求ノ認諾ノ撤回モ亦純然タル請求ノ認諾ノ撤回ニ於ケルト異ナルコトナシ。又

(ロ) 原告カ被告ノ請求認諾ノ撤回ニ同意シタル場合ニハ眞實ニ反スルコトノ證明ヲ爲スヘキモノトス。何トナレハ(イ)被告カ請求ヲ認諾シタル場合ニ於テ、原告カ之ヲ基本トセンコトヲ求ムル申立ヲ爲ストキハ、裁判所ハ其認諾ヲ基本トシテ裁判ヲ爲スヘキモノトスルハ、一ニ訴訟物タル法律關係ノ存在又ハ不存在ニ關シ當事者間ニ一致アルカ爲メナリ。然ルニ今被告カ曩キニ爲シタル認諾ヲ撤回セントシ又原告カ之ニ同意スル場合ニハ、又認諾ノ撤回ニ付キ當事者ノ一致アルカ故ニ、其一致ニ效力ヲ認ムヘキカ故ナリ。

五　原告カ認諾判決ヲ求ムル申立ヲ爲ササル場合ノ關係

(一)　被告カ原告ノ請求ヲ認諾シタルニ拘ハラス、原告カ該請求ノ認諾ニ基キテ判決ヲ爲サンコトヲ申立テサル場合アリ。此場合ニ關シテハ、學說ニハ或ハ(イ)請求ノ認諾ニ因リテ直チニ訴訟ノ終結ヲ生スルモノナリトシ、註【一五】或ハ又(2)直チニ訴訟ノ休止ヲ生スト爲シ註【一六】、或ハ又(3)常ニ訴訟上ノ和解ヲ生スルモノナリトナス註【一七】。

註【一五】被告カ原告ノ請求ヲ認諾シタルニ拘ハラス、原告カ認諾判決ヲ求ムル

(イ) 認諾ニ因リテ訴訟ハ終了ストナス見解

申立ヲ爲サヾル場合ニハ、繫屬スル訴訟ハ其認諾ニ因リテ終結ストナス見解アリ。仁井田博士ハ民訴第七二條二項ノ規定ヲ根據トシ、問題ノ場合ニハ訴ノ取下ニ於ケルト等シク訴訟關係ハ請求ノ認諾ニ因リ何等ノ判決ナクシテ終了ストナセリ。然レトモ、(イ)右見解ハ畢竟『請求ノ認諾ハ確定判決ニ代ハル』ト云フ思想ニ基クモノニ外ナラス。若シ問題ノ場合ニ繫屬スル訴訟カ『請求ノ認諾』ニ因リテ終結スルモノトセハ、原告カ認諾判決ヲ求ムル申立ヲ爲シタル場合ニ於テモ、繫屬スル訴訟ハ『請求ノ認諾』ニ因リテ終結シ、從テ裁判所ハ假令右申立ヲルモ判決ヲ爲スヘキ訴訟ナカルヘキ理ナリ。且『請求認諾』ノ效果カ原告ニ於テ認諾判決ヲ求ムル申立ヲ爲スト否トニ依リテ異ナルト云フモ亦タ賛同シ難シ。又(ロ)訴訟法第七二條第二項ハ單ニ『訴ヲ取下ケ又ハ請求ノ認諾若クハ拋棄ヲ爲シタル原告若クハ被告ハ敗訴ノ當事者ト等シク(訴七二條一項參照)訴訟費用ヲ負擔スヘキコトヲ定ムル』ニ過キサル故ニ、此ノ規定ヲ根據トシテ請求ノ認諾又ハ拋棄アリタル場合ニハ訴ヲ取下ケタル場合ニ於ケルト等シク、認諾若クハ拋棄ニ依リテ訴訟關係カ終了ストナスハ當タラス。

(ロ) 直チニ訴訟ノ休止ヲ生ストナス見解

(ハ) 常ニ訴訟上ノ和解アリヤ

(二) 主張

註【一六】 被告カ請求ノ認諾ヲ爲シタルニ拘ラス、原告カ認諾判決ヲ申立ヲ爲サルトキハ直チニ休止ヲ生スルト云フ見解アリ。然レトモ請求ノ認諾ハ原告カ其請求ヲ爲シ且其理由ヲ示スヘキ事實ヲ陳述シタル後ニ爲サルルコトアルノミナラス(殊ニ裁判上ノ自白ヲ包含シタル請求ノ認諾)、請求ノ認諾ヲ爲スコト其レ自體原告ノ法律上ノ陳述ニ對シ被告カ之ニ對スル陳述(法律上ノ反對陳述(Gegenerklärung)ヲ爲スモノニシテ、期日ノ開始ヨリ其終結ニ至ルマテ原告及ヒ被告カ辯論ヲ爲ササルモノト云フコトヲ得サルカ故ニ、原告及ヒ被告カ期日ヲ懈怠シタルモノトシテ訴訟ノ休止ヲ認メントスルハ當ラス(訴第一六三條二項及ヒ一八八條二項參照)。

註【一七】 原告カ認諾判決ヲ求ムル申立ヲ爲ササルハ、被告ト訴訟上ノ和解ヲ爲サントスルカ爲メニシテ又直チニ訴訟上ノ和解タル合意ヲ爲ス場合アルコトハ後述ノ如シト雖モ、斯ル合意ナキ場合ニモ仍ホ訴訟上ノ和解ヲ認メントスルハ牽強ノ嫌アリ。

(二) 然レトモ、斯クノ如ク概括シテ論斷セントスルハ非ナリ。原告カ

場合ヲ區別セサルヘカラス

認諾ヲ基本トシテ判決ヲ爲サンコトヲ求ムル申立ヲ爲ササルハ、(イ)認諾判決ヲ求ムル權利ヲ抛棄セントスルモノナルヤ、若クハ(ロ)繫屬スル訴訟ヲ終結スル合意卽チ訴訟上ノ和解ヲ爲サントスルモノナルヤ、若クハ又(ハ)右抛棄ノ意思表示若クハ訴訟上ノ和解ヲモ爲サントセサル場合例ハ原告缺席ノ場合ナルヤヲ區別セサルヘカラス。

(1) 認諾判決ヲ求ムル權利ヲ抛棄スル場合　被告カ原告ノ請求ヲ認諾シタルニ拘ラス原告カ認諾判決ヲ求ムル申立ヲ爲サスシテ、却リテ認諾判決ヲ求ムル權利ヲ抛棄スル意思ヲ明示又ハ默示ニ表示シタル場合ニハ、原告カ認諾判決ヲ求ムルコトヲ得タリシ範圍ニ於テハ、繫屬スル訴訟ハ該抛棄ノ意思表示ニ因リテ終結スルモリト解ササルヘカラス。何トナレハ、被告カ原告ノ請求ヲ認諾シタル場合ニハ原告ハ其認諾ヲ基本トシテ請求ニ關スル裁判ヲ爲サンコトヲ求ムル訴訟法上ノ權利ヲ取得スルコトハ疑ヲ容レス（訴訟行爲ニ依リテ一定ノ訴訟上ノ狀況ヲ生シ、其狀況ハ一定ノ訴訟上ノ權利ヲ生スルコトハ前ニ述ヘタルカ如シ、上述二六頁）、而カモ原告ニシテ其權利ヲ抛棄スルノ意思ヲ積極的ニ表示シタル場合ニハ、控訴若クハ上訴ノ抛棄又ハ故障ノ申立ノ抛棄カ上訴權若クハ故障ヲ爲ス權利ノ消滅ヲ來タスト等シク（訴四〇五、四四ニ、二六四參照）、該效果ノ意思ヲ是認シ大體之ニ一致スル效果ノ發生ヲ認ムルコトヲ妨ケス。換言セハ認諾判決ヲ求ムル權利ノ抛棄ハ裁判所ニ對シテ爲スコトヲ要スル一方的訴訟法律行爲（訴訟法律行爲ハ一方的訴訟法律行爲ニ付キテハ後述第三款參照）ニシテ、之ニ因リテ原告カ認諾判決ヲ求ムルコトヲ得タリシ範圍ニ於テハ訴訟ヲ終結セシムル效果ヲ生スルモノト解ササルヘカラス（Hellwig, System II, S. 195 II S. 630 u.a.O.）。——故ニ(イ)被告カ原告ノ起シタル請求ノ全部ヲ認諾シタルニ拘ハラス、原告カ認諾判決ヲ求ムル權利ヲ抛棄シタル場合ニハ、繫屬シタル訴訟ハ之ニ依リテ終結シ其權利拘束ハ消滅ス。又(ロ)被告カ原告ノ起シタル請求ノ一部又ハ數箇ノ請求中ノ或ル請求ノミヲ認諾シタル場合ニ於テ原告カ認諾判決ヲ求ムル權利ヲ抛棄シタルニ過キサルトキハ、其範圍ニ於テノミ訴訟ハ終結シ權利拘束ハ消滅スルカ故ニ、裁判所ハ請求ノ殘餘部分又ハ殘餘ノ請求ニ付キテノミ裁判ヲ爲スヘキナリ。被告カ本案ノ請求ノミヲ認諾シ又原

(1) 認諾判決ヲ求ムル權利ヲ抛棄シタル場合

告カ其認諾ニ基キテ判決ヲ爲サンコトヲ求ムル權利ヲ拋棄シタルニ過キサル場合ニハ裁判所ハ訴訟費用ノ負擔ニ關シテノミ審理及ヒ裁判ヲ爲スヘキナリ(註一八)。

訴訟費用ノミノ裁判ニ關スル主文例

註【一八】獨逸帝國裁判所ノ實際ニ於テハ、問題ノ如キ場合ニハ『原告ハ其請求ニ關シテハ別ニ求ムル所ナカルヘシ、訴訟費用ハ被告ノ負擔トス』(: Klager müssen seine Bewand gehabt haben :)『本案請求ハ解決セラレタリ、訴訟費用ハ被告ノ負擔トス』(: Die Hauptsache wird für erledigt erklärt :) ト云フカ如キ主文ヲ爲スノ例アリ。畢竟若シ認諾ニ基キテ判決アランコトヲ求ムル權利ノ拋棄ニ因リ本案請求ニ關スル爭ハ解決セラレタルニ拘ハラス、一般ノ場合ニ於ケルト等シク『請求棄却』ノ主文ヲ爲スヘシトスレハ、『訴訟費用ハ原告ノ負擔トス』トノ裁判ヲ爲スヘキカ如キ嫌アルカ故ニ、之ヲ避クルカ爲メニ案出セラレタル主文ナリ。

(2) 訴訟上ノ和解アル場合

拘ハラス、原告カ認諾判決ヲ求ムル申立ヲ爲サンコトヲ求ムル權利ヲ拋棄シタルニ過キサル場合ニハ裁判所ハ訴訟費用ノ負擔ニ關シテノミ審理及ヒ裁判ヲ爲スヘキナリ(註一八)。

(2) 訴訟上ノ和解ヲ爲ス場合

註【一八】獨逸帝國裁判所ノ實際ニ於テハ、問題ノ如キ場合ニハ『原告ハ其請求ニ關シテハ別ニ求ムル所ナカルヘシ、訴訟費用ハ被告ノ負擔トス』(: Klager müssen seine Bewand gehabt haben :)『本案請求ハ解決セラレタリ、訴訟費用ハ被告ノ負擔トス』(: Die Hauptsache wird für erledigt erklärt :) ト云フカ如キ主文ヲ爲スノ例アリ。畢竟若シ認諾ニ基キテ判決アランコトヲ求ムル權利ノ拋棄ニ因リ本案請求ニ關スル爭ハ解決セラレタルニ拘ハラス、一般ノ場合ニ於ケルト等シク『請求棄却』ノ主文ヲ爲スヘシトスレハ、『訴訟費用ハ原告ノ負擔トス』トノ裁判ヲ爲スヘキカ如キ嫌アルカ故ニ、之ヲ避クルカ爲メニ案出セラレタル主文ナリ。

(2) 訴訟上ノ和解ヲ爲ス場合　被告カ原告ノ請求ヲ認諾シタルニ拘ハラス、原告カ認諾判決ヲ求ムル申立ヲ爲サスシテ被告ト繫屬スル訴訟ヲ終結セシムル旨ノ合意ヲ爲サントシ被告モ亦之ヲ承諾シタル場合ニハ、訴訟契約タル訴訟上ノ和解ヲ生スルコトハ疑ヲ容レス。此ノ場合ニ於テハ繫屬スル訴訟ハ該訴訟上ノ和解ニ因リテ終結シ、又訴訟上ノ和解ハ強制執行ノ債務名義トナルコトヲ得ルカ故ニ(訴五五九條三號)、被告ノ認諾ニ拘ハラス認諾判決ヲ要求セサル原告ハ蓋シ訴訟上ノ和解ヲ爲サントスルヲ通常トスヘシト雖モ、訴訟上ノ和解ハ訴訟契約ニシテ當事者間ニ於ケル右趣旨ノ合意ヲ法律要件トスルカ故ニ、斯ル合意ナキ場合ニハ、固ヨリ訴訟上ノ和解ヲ認定スルコトヲ得ス。——學者ニハ被告カ原告ノ請求ヲ認諾シタルニ拘ハラス、原告カ認諾判決ヲ求ムル申立ヲ爲ササル場合ニハ、常ニ訴訟上ノ和解ヲ爲シタルモノト認メントスル見解アリト雖モ(Seuffert I zu § 307 CPO)、右ノ合意ヲ認ムヘキ事由存セサル場合ニ於テモ、仍ホ訴訟上ノ和解ヲ認定セントスルハ附會ナリト云ハサルヘカラス。

(3) 續行期日ヲ指定スヘキ場合

(3) 續行期日ヲ指定スヘキ場合　被告カ原告ノ請求ヲ認諾シタルニ拘ハラス、原告カ認諾判決ヲ爲サンコトヲ求ムル申立ヲ爲

訴訟ノ休止

訴訟行爲ノ懈怠ナリヤ

ザス、然カモ又認諾判決ヲ求ムル權利ヲ拋棄セス且訴訟上ノ和解ヲモ爲ササル場合ニハ（原告缺席セルニ拘ハラス被告カ請求ノ認諾ヲ爲シタル場合ノ如キハ此一例ナリ）、訴訟ノ權利拘束ハ依然存續スルカ故ニ裁判所ハ審理ヲ續行セサルヘカラスト雖モ、(イ)被告ハ原告ノ請求ヲ認諾シタルノミニシテ之ヲ撤固セス、又(ロ)原告ハ未タ認諾ニ基キテ判決ヲ爲サンコトヲ求ムル權利ヲ失ハス、仍ホ認諾ニ基キテ判決ヲ爲サンコトヲ求ムル申立ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ註【一九】裁判所ハ認諾セラレタル請求ニ關スル事實ノ審理若クハ證據調ヲ爲スヘキニ非ス。故ニ裁判所ハ斯ル場合ニハ續行期日ヲ指定シテ該期日ニ當事者双方ヲ呼出ササルヘカラス（Stein I A 2 zu § 307 CPO）而カモ當事者双方カ其期日ニ出頭セス若クハ出頭スルモ何等ノ辯論ヲ爲ササル場合ニハ訴訟ノ休止ヲ生スルコト固ヨリ論ヲ俟タス（訴一八八條二項）。

註【一九】原告カ認諾ニ基キテ判決ヲ爲サンコトヲ求ムル申立ヲ爲ササルコトヲ以テ直チニ訴訟行爲ノ懈怠トナスコトヲ得ス。是レ「右申立ハ被告カ請求ノ認諾ヲ爲シタル口頭辯論期日ノ終結マテニ爲スコトヲ要ス」ト云フカ如キ趣旨ノ規定ナク、從テ懈怠ナルコトカ確定セサルカ故ナリ（訴一七三）。サレハ原告カ直チニ認諾判決ヲ求ムル申立ヲ爲ササルモ、訴訟行爲ノ懈怠ニ因リテ同右申立ヲ爲スノ權利ヲ喪失シタルモノトナスヲ得ス。

第二款　請求以外ノ認諾

一　觀念及ヒ性質

（一）其ノ觀念

請求以外ノ認諾トハ法律上ノ效果ニ關スル相手方ノ主張ニシテ、民訴第二二八條謂フ所ノ「請求」ニ包含セラレサルモノノ認諾ヲ云フ、卽チ(イ)訴訟物タル法律關係ニ關スル原告ノ主張ニ對シ制限的條款ヲ付シテ認諾シ(例ハ原告ノ主張スル債權ノ存在ハ之ヲ認ムルモ其額ハ原告ノ主張ト異ナリ若干ナリト云ヒ、若クハ原告ノ主張スル損害倍償責任ハ之ヲ認ムルモ其責任ハ原告ノ主張トハ異ナリ無限ニハ非ラスシテ一定ノ金額若ハ財產ヲ限度トスト云ヒ、若クハ又原告ノ主張ニ係ル債權ノ存在ハ認ムルモ自己ハ留置權ヲ有スル故ニ直チニ給付セスト云フカ如シ)、又ハ(ロ)訴訟

物タル法律關係以外ノ法律關係殊ニ先決問題タル法律關係ニ關スル相手方ノ主張ヲ認諾スルカ如キ是ナリ(例ハ原告カ訴訟物トセル賃借料ノ請求ハ之ヲ爭フモ賃借關係ノ存在ハ認諾スト云フカ如シ)。

(二) 性質

請求以外ノ認諾モ亦タ法律上ノ效果ニ關スル相手方ノ主張ヲ理由アリトスル陳述ニシテ效果意思ノ表示ニハ非ス。又繫屬スル當該ノ訴訟ノ口頭辯論ニ於テ爲サレタル場合ニ於テノミ請求以外ノ認諾トシテ次ニ述フル效力ヲ生スルモノナリ、裁判外ニ於ケル請求以外ノ認諾ハ間接事實トシテ證據力ヲ生スルニ過キス。尤モ裁判外ニ於ケル請求以外ノ認諾ト同時ニ私法上ノ債務承認契約 (Schuldanerkenntnissvertrag) カ競合シテ存在スル場合ニハ、其債務承認契約ノ效力ニ付キテハ固ヨリ私法ノ規定ニ依リテ判斷スヘキナリト雖モ、全然別箇ノ問題ナリ。

裁判外ノ請求以外ノ認諾

請求以外ノ認諾モ亦タ純粹ナルモノト裁判上ノ自白ヲ包含スルモノトニ區別スルコトヲ得。

二 請求以外ノ認諾ノ效力

二 請求以外ノ認諾ノ效力 ニ付キテハ訴訟法第二二八條ノ規定ヲ準用セサルヘカラス、如此キハ學說ノ一致スル所ナリ(Hellwig, System I § 149 V, S 447, Seuffert Nr. 5 zu § 507, Stein Nr. 1 zu § 307 cpo, Försder-Kann 1 zu § 307 cpo)。サレハ被告カ請求以外ノ認諾ヲ爲シタル場合ニ於テ原告カ該認諾ニ基キテ裁判センコトヲ求ムル申立ヲ爲シタル場合ニハ、裁判所ハ其認諾ヲ基本トシテ認諾セラレタル法律關係ノ存在ヲ認ムヘク、其範圍ニ於テハ事實ニ關スル審理、證據調及ヒ證據判斷並ニ法文ヲ解釋適用シテ判斷スルノ要ナキニ至ルコトハ請求認諾ノ場合ニ於ケルト異ナルコトナシ。故ニ例ハ(イ)訴訟物タル法律關係ノ存在ニ關スル主張ニ制限的條欵ヲ附シテ認諾シタル場合ニハ、裁判所ハ該法律關係ノ存在ハ認諾ニ基キテ認ムヘキモノナルカ故ニ、其審理ヲ主張セラレタル制限的附欵ノ當否ニ制限スヘク、又(ロ)先決問題タル法律關係ノ存在ニ關スル主張ノミカ認諾セラレタル場合ニハ、該法律關係ノ存在ハ認諾ニ基キテ認ムヘキモノナルカ故ニ、審理ヲ訴訟物タル權利カ該法律關係ヨリ發生シタルヤ並ニ未タ消滅セサリシヤノ點ニ制限スヘキカ如シ。

三　取消及ヒ撤回ニ付キハ請求ノ認諾ノ取消及ヒ撤回ニ付キ述ヘタル所ニ依リ推知スルコトヲ得ヘシ。

四　申立ヲ爲ササル場合ノ效果　請求以外ノ認諾アリタルニ拘ハラス原告カ其認諾ヲ基本トシテ裁判ヲ爲サンコトヲ求ムル申立ヲ爲ササル場合ノ效果ニ付キヲモ亦請求ノ認諾ニ關シテ述ヘタル所ニ依リ推知スルコトヲ得ヘキナリ。

此場合ニ於テモ亦場合ヲ區別シテ研究スヘク、

(1)　原告カ請求以外ノ認諾ヲ基本トシテ裁判ヲ爲サンコトヲ求ムル訴訟以上ノ權利ヲ拋棄スル意思表示ヲ爲シタリト認ムヘキ場合ニハ、其效力カ原告ノ請求ニ及ホスヘキ關係ヲ適當ニ判斷セサルヘカラス。サレハ、(イ)被告カ訴訟物タル法律關係ノ存在ニ制限的條款ヲ附シテ認諾シタル場合ニ於テ、原告カ右拋棄ノ意思表示ヲ爲シタルトキハ、訴訟物タル法律關係其ノモノニ付キ判決ヲ求ムル權利ヲ拋棄スルモノナルカ故ニ、(請求ノ認諾アリタルニ拘ハラス認諾ニ基キ判決センコトヲ求ムル權利ヲ拋棄シタル場合ニ於ケルト等シク)　右ノ拋棄ニ因リ請求ニ關スル爭

四　原告カ請求以外ノ認諾ヲ基本トセンコトヲ求ムル申立ヲ爲ササル場合

(1)　拋棄ノ意思表示ヲ認メ得ル場合

ハ終結セサルヘカラス。註(一)又(b)被告カ先決問題タル法律關係ノ存在ヲ認ムル認諾ヲ爲シタルニ拘ハラス原告ハ其認諾ニ基キテ裁判センコトヲ求ムル權利ヲ拋棄シタル場合ニハ、該法律關係ヨリ生シタリトスル訴訟物タル權利ニ對スル裁判ヲ求ムル權利ヲモ拋棄シタルモノト解スヘキナリ。註(二)是レ此ノ場合ニハ訴訟物タル權利ハ先決問題タル法律關係ヨリ生スヘキモノナルカ故ニ、苟クモ先決問題タル法律關係ノ存否ヲ裁判セサル限リ訴訟物タル權利ノ存否ヲ判斷スルコトヲ得サルハ論理上當然ナルニ拘ハラス、原告ハ先決問題タル法律關係ニ付キ判決ヲ求ムル權利ヲ拋棄スルカ故ナリ。

註【一】斯ル場合ニ於ケル判決ノ主文例ニ付キテハ上述一三六頁註八參照。

(2)　訴訟上ノ和解ヲ認ムヘキ場合

(2)　又訴訟上ノ和解ヲ爲シタリト認ムヘキ場合ニハ、其和解ニ因リテ解決セラレタル範圍ヲ明ニシテ、其カ「請求」ニ關スル審理ニ及ホスヘキ影況ヲ明ニセサルヘカラス。サレハ(イ)被告カ訴訟物タル法律關係ノ存在ヲ制限的條款ヲ附シテ認諾シタル場合ニ於テ、右和解ハ單ニ訴訟物タ

ル法律關係ノ存在ノミ（例へ債權、賠償請求權ノ存在）ニ關スルモノニシテ、制限的條款（例へ數額又ハ責任ノ有限若クハ無限ナルヤノ點）ニハ及ハサリシモノトスレハ裁判所ハ此ノ點ニ付キテハ審理及ヒ裁判ヲ爲ササルヘカラス、又(b)和解ハ單ニ先決問題タル法律關係ノ存在ニハ、ミ關スルモノタリシトキハ、其ヨリ生シタリトセラル權利ニ付キテハ仍ホ審理及ヒ裁判ヲ必要トスルカ如シ。

(3) 又右拋棄ノ意思表示若クハ訴訟上ノ和解ノ何レヲモ認ムルコト能ハサル場合ニハ裁判所ハ「請求」ニ付キ裁判ヲ爲スカ爲メ請求以外ノ認諾ヲ基本トスルモ尙ホ爲スコトヲ要スヘキ審理ノミヲ爲シ、其審理カ終了シタル後ニ於テモ原告カ仍ホ右認諾ニ基キテ裁判センコトヲ求ムル申立ヲ爲ササル場合ニハ、續行期日ヲ指定スヘク其期日ニ當事者双方カ出頭セサルカ又ハ出頭スルモ何等ノ辯論ヲ爲ササル場合ニハ訴訟ノ休止ヲ生スルモノト解ササルヘカラス（訴一八八條二項。）——尤モ裁判長ハ釋明權ヲ行使シ、請求以外ノ認諾ヲ基本トシテ裁判ヲ爲サンコトヲ求ムル申立ヲ爲ササルノ意味ヲ明ニスルヲ得ヘキコトハ論ヲ俟タス（訴一

(3) 續行期日ヲ指定スヘキ場合

第二目　請求ノ拋棄及ヒ請求以外ノ拋棄

總說

請求若クハ請求以外ノ拋棄ハ請求若クハ請求以外ハ消極的ニ認諾ニ外ナラス、卽チ請求若クハ請求以外ノ認諾ハ相手方ノ請求若クハ請求以外ノ法律上ノ效果ニ關スル主張ヲ理由アリトスル陳述ニシテ積極的ナルニ反シ、請求若クハ請求以外ノ拋棄ハ原告（反訴原告亦同シ）カ訴ヲ以テ起シタル請求若クハ請求以外ノ法律上ノ效果（例へ先決問題タル法律關係）ニ關スル自己ノ主張ヲ理由ナシトスル陳述ニシテ其內容カ消極的ナルノ差アルノミナリ。サレハ、請求若クハ請求以外ノ認諾ニ關スル前揭ノ所述ハ、之ヲ請求ノ拋棄並ニ請求以外ノ拋棄ニ準用スルコトヲ得ルカ故ニ、茲ニハ差異ヲ生スヘキ點ニ付キ略說スルニ止ムヘシ。

一　請求ノ拋棄

(一) 觀念及ヒ性質

(一) **觀念**　請求ノ抛棄トハ繫屬スル當該ノ訴訟ノ口頭辯論ニ於テ原告カ訴ヲ以テ起シタル自己ノ請求(反訴原告カ反訴ヲ以テ起シタル請求ニ付キ亦タ同シ)卽チ訴訟物タル法律關係ノ存在又ハ不存在ニ關スル主張ヲ自ラ理由ナシトスル陳述ナリ。

觀念ノ表現ナリ

(1) 請求抛棄ノ對象ハ原告(又ハ反訴原告)カ訴(又ハ反訴)ヲ以テ起シタル請求ナリ卽チ訴訟物タル法律關係ノ存在又ハ不存在ニ關スル具體的ノ主張(法律上ノ陳述)ナリ。而シテ

請求權ノ抛棄ニハ非ス

(2) 抛棄ナル行爲ハ自己カ先ニ爲シタル右ノ主張ヲ自ラ理由ナシトスル陳述ニシテ其性質ハ觀念ノ表現ナリ效果意思ノ表示タル行爲ニハ非ス。——學說ニハ請求ノ抛棄ヲ以テ「私法上ノ請求權ノ抛棄ナリ」トスル見解ナキニアラス。然レトモ此種ノ見解ノ非ナルコトハ(イ)消極的確認ノ訴ノ場合ヲ見レハ最モ明白ナリ。是レ此ノ場合ニハ原告ハ被告ノ主張ニ係ル法律關係ノ不存在ヲ主張スルモノニシテ何等ノ法律關係ノ存在ヲモ主張スルモノニ非ス。然カモ消極的確認ノ訴ヲ起シタル場合ニ於テモ原告カ「請求ノ抛棄」ヲ爲シ得ヘキコトハ明確ナルカ故ニ、論者ノ所說ニ依レハ原告カ抛棄シ得ヘキ私權ヲ見出スニ苦マサルヲ得ス。(ロ)論者ハ畢竟給付ノ訴カ起サレタル場合ノミヲ眼中ニシテ、「請求ノ抛棄」ハ原告カ其訴ノ訴訟物タル請求權ヲ抛棄スル處分行爲ナリトナスモノナリ。然レトモ(a)給付ノ訴ノミヲ眼中ニシテ法理的構成ヲ試ムルハ既ニ失當ナリ、且(b)給付ノ訴ノミニ付キテ論スルモ、原告ハ訴ニ於テハ請求權ノ存在ヲ主張スルニ過キス。單ニ主張タルニ過キサルカ故ニ其主張ハ或ハ眞實ナルヘク或ハ又虛僞ナルヘシ、而カモ存否ノ不明ナル請求權殊ニ客觀的ニモ存在セサルヘキ請求權ハ私法上ニ於テモ亦タ抛棄ニ因リテ處分シ得ヘキ理由ナシ。

裁判外ノ請求ノ抛棄

(3) 請求ノ抛棄モ亦タ繫屬スル當該ノ訴訟ノ口頭辯論ニ於テ爲スコトヲ要ス故ニ他ノ訴訟又ハ口頭辯論期日以外ニ於テ爲サレタル請求ノ抛棄ハ所謂裁判外ノ請求抛棄ニシテ訴訟法第二二九條ノ效力ヲ生ス

ルコトナシ。

(二) 請求抛棄ノ效力

請求抛棄ノ判決ヲ爲スヘキ場合

(二) 請求抛棄ノ效力　請求抛棄ハ原告カ訴ヲ以テ起シタル請求ノ卽チ訴訟物タル法律關係ノ存在又ハ不存在ニ關スル自己ノ主張ノ理由ナキコトヲ認ムル陳述ニ外ナラサルカ故ニ、被告カ請求ノ抛棄ニ基キテ判決アランコトヲ申立テタル場合ニハ、裁判所ハ請求ノ抛棄ヲ基本トシテ裁判ヲ爲ササルヘカラス。故ニ裁判所ハ職權ヲ以テ

(1) 起訴行爲ノ適法要件及ヒ本案訴訟ノ開始要件ヲ斟酌シ、之ヲ認ムル場合ニハ更ニ

(2) 權利保護要件タル事項中當該ノ判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益、當事者タル適格及ヒ保護セラルヘキ適格ノ存否ヲ斟酌シ、之ヲ認ムル場合ニハ請求ノ抛棄ニ基キテ訴訟物タル法律關係ノ不存在又ハ存在ヲ認メ原告ノ請求ヲ棄却スル判決ヲ爲スヘキナリ。——尤モ原告カ當該ノ判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益ヲ有スルコトカ確定セサル場合ニ於テモ、苟クモ當事者タル適格ノ存スルコトハ之ヲ認メ得ヘキ限リハ、請求ノ抛棄ニ基キテ原告ノ請求ヲ棄却スル判決ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ。是レ、請求棄却ノ判決ハ請求却下ノ判決ニ比シ一層被告ニ有利ナルカ故ニ、裁判所カ請求ノ抛棄ニ基キテ訴訟物タル法律關係ノ存否カ原告ノ主張ニ反スルコトヲ認メ得ルニ拘ハラス原告カ判決ヲ受クヘキ利益ヲ有セサルコトヲ確定シテ請求却下ノ判決ヲ爲スヘキモノニ非ルカ故ナリ(第二卷判決手續四六頁註七參照)。又

請求抛棄ニ拘ハラス請求ヲ認ムル判決ヲ爲スヘキ場合

(3) 原告カ消極的確認ノ訴ヲ以テ起シタル請求ヲ抛棄シ被告カ請求ノ抛棄ニ基キ判決ヲ爲サンコトヲ求ムル申立ヲ爲シタル場合ニハ、裁判所ハ職權ヲ以テ前揭(1)及ヒ(2)ノ事項ヲ斟酌スルノ外、更ニ被告カ存在ヲ主張スル法律關係若クハ法律上ノ效果)カ(イ)法律上不能ナル事項若クハ又公序良俗ニ反スル事項ニ非ルヤ並ニ(ロ)裁判所ニ顯著ナル事實若クハ既ニ證明セラレタル事實ニ因リテ認メラルヘキ法律上ノ效果ト兩立セサルモノニ非ルヤヲ斟酌セサルヘカラヌ。而シテ被告ノ主張スル法律關係若クハ其他ノ法律上ノ效果カ法律上不能ナル事項若クハ公序良

俗ニ反スル事項タル場合、又ハ顯著ナル事實若クハ證明セラレ事實ニ認メラルヘキ法律上ノ效果ト相容レサル場合ニハ、裁判所ハ請求ノ拋棄ニ拘ハラス被告カ主張スル法律關係若クハ其他ノ效果ノ不存在ヲ認ムル判決即原告ノ請求ヲ理由アリトスル判決ヲ爲ササルヘカラス、詳細ハ請求ノ認諾ニ關スル所述ニ依リテ推知スルコトヲ得ヘシ。

(三) 請求ノ拋棄ノ取消及ヒ撤回並ニ被告カ請求ノ拋棄ニ基キ判決アランコトノ申立ヲ爲ササル場合ノ效果ニ付キテハ請求ノ認諾ニ關スル所述ニ依リテ推知スルコトヲ得ヘシ。

二 請求以外ノ拋棄

請求以外ノ拋棄トハ原告カ法律上ノ效果ニ關スル自己ノ陳述ニシテ請求即チ訴訟物タル法律關係ノ存在又ハ不存在ニ關スル主張ニ非ルモノヲ自ラ理由ナシトスル陳述ヲ云フ例ハ先決問題タル法律關係ノ存在ニ關スル陳述ヲ自ラ理由ナリトスル陳述ノ如シ。

請求以外ノ法律上ノ效果ニ關スル主張ノ棄拋モ亦タ當認ノ訴訟ノ口

頭辯論ニ於テ爲サレ且被告カ之ニ基キテ裁判センコトヲ求ムル申立ヲ爲シタル場合ニハ、裁判所ハ其拋棄ヲ基本トシテ該法律上ノ效果ニ關スル原告ノ主張ハ理由ナキモノトシテ裁判スヘク、從テ又其カ「請求」ニ關スル裁判ニ及ホスヘキ影響ヲ判斷スヘキナリ。例ハ原告カ賃借料請求訴訟ヲ爲シ、被告トノ間ニ賃貸借關係ノ存在スルコトヲ主張シタルニ拘ハラス後其主張ヲ拋棄シ、被告カ該拋棄ヲ基本トセンコトヲ申立ラタル場合ニハ、裁判所ハ右請求以外ノ拋棄即チ先決問題タル法律關係ニ關スル主張ノ拋棄ニ基キテ賃貸借關係ハ存在セサルモノトシテ裁判セサルヘカラサルカ故ニ、訴訟物タル賃借料請求モ亦理由ナシトシテ之ヲ棄却スル判決ヲ爲スコトヲ得ルカ如シ。

第三項 自白

第一目 總說—民事訴訟ニ於ケル自白

元來、自白トハ當事者ノ一方カ自己ニ不利ナル事實ヲ陳述シ（自發的自白）若

判所ハ一、新民訴二八八同條ノ適用ニ於テ當事者ノ通謀ニ付キ職權ヲ以テ調査ヲ爲スノ義務ヲ有スルモノニアラス、從テ當事者ノ通謀ニ付キ職權ヲ以テ調査ヲ爲サス、又當事者ノ通謀ニ付キ職權ヲ以テ調査ヲ爲サヽルコトヲ以テ違法ト爲スヘキモノニアラス、(大判大正一〇年一月二五日民錄二七輯一頁、同大正一〇年一月二八日民錄二七輯一二頁、同大正一〇年一月二八日民錄二七輯一三頁、同大正一〇年一月二八日民錄二七輯一四頁、同大正一〇年一月二八日民錄二七輯一五頁、同大正一〇年一月二八日民錄二七輯一六頁、同大正一〇年一月二八日民錄二七輯一七頁、同大正一〇年一月二八日民錄二七輯一八頁、同大正一〇年一月二八日民錄二七輯一九頁、同大正一〇年一月二八日民錄二七輯二〇頁、同大正一〇年一月二八日民錄二七輯二一頁、同大正一〇年一月二八日民錄二七輯二二頁、同大正一〇年一月二八日民錄二七輯二三頁、同大正一〇年一月二八日民錄二七輯二四頁、同大正一〇年一月二八日民錄二七輯二五頁、同大正一〇年一月二八日民錄二七輯二六頁、同大正一〇年一月二八日民錄二七輯二七頁、同大正一〇年一月二八日民錄二七輯二八頁、同大正一〇年一月二八日民錄二七輯二九頁、同大正一〇年一月二八日民錄二七輯三〇頁、同大正一〇年一月二八日民錄二七輯三一頁、同大正一〇年一月二八日民錄二七輯三二頁、同大正一〇年一月二八日民錄二七輯三三頁、同大正一〇年一月二八日民錄二七輯三四頁、同大正一〇年一月二八日民錄二七輯三五頁)

(一)

(二)

(三)

(四)

(五)

(六)

(七)

(八)

(九)

(一〇)

(一一)

(一二)

(一三)

(一四)

(一五)

(一六)

(一七)

(一八)

(一九)

(二〇)

(二一)

(二二)

(二三)

(二四)

(二五)

(二六)

(二七)

(二八)

(二九)

(三〇)

(三一)

(三二)

(三三)

(三四)

(三五)

(三六)

(三七)

(三八)

(三九)

(四〇)

(四一)

(四二)

(四三)

(四四)

(四五)

(四六)

(四七)

(四八)

(四九)

(五〇)

(五一)

(五二)

(五三)

(五四)

(五五)

(五六)

(五七)

(五八)

(五九)

(六〇)

(六一)

(六二)

(六三)

(六四)

(六五)

(六六)

(六七)

(六八)

(六九)

(七〇)

(七一)

(七二)

(七三)

(七四)

(七五)

(七六)

(七七)

(七八)

(七九)

(八〇)

(八一)

(八二)

(八三)

(八四)

(八五)

(八六)

(八七)

(八八)

(八九)

(九〇)

(九一)

(九二)

(九三)

(九四)

(九五)

(九六)

(九七)

(九八)

(九九)

(一〇〇)

(一〇一)

(一〇二)

(一〇三)

(一〇四)

(一〇五)

(一〇六)

(一〇七)

(一〇八)

(一〇九)

(一一〇)

(一一一)

(一一二)

(一一三)

(一一四)

(一一五)

(一一六)

(一一七)

(一一八)

(一一九)

(一二〇)

(一二一)

(一二二)

(一二三)

(一二四)

(一二五)

(一二六)

(一二七)

(一二八)

(一二九)

(一三〇)

(一三一)

(一三二)

(一三三)

(一三四)

(一三五)

(一三六)

(一三七)

(一三八)

(一三九)

(一四〇)

(一四一)

(一四二)

(一四三)

(一四四)

(一四五)

(一四六)

(一四七)

(一四八)

(一四九)

(一五〇)

(一五一)

(一五二)

(一五三)

(一五四)

(一五五)

(一五六)

(一五七)

(一五八)

(一五九)

(一六〇)

(一六一)

(一六二)

(一六三)

(一六四)

(一六五)

(一六六)

(一六七)

(一六八)

(一六九)

(一七〇)

(一七一)

(一七二)

(一七三)

(一七四)

(一七五)

(一七六)

(一七七)

(一七八)

(一七九)

(一八〇)

(一八一)

(一八二)

(一八三)

(一八四)

(一八五)

(一八六)

(一八七)

(一八八)

(一八九)

(一九〇)

(一九一)

(一九二)

(一九三)

(一九四)

(一九五)

(一九六)

(一九七)

(一九八)

(一九九)

(二〇〇)

(二〇一)

(二〇二)

(二〇三)

(二〇四)

(二〇五)

(二〇六)

(二〇七)

(二〇八)

(二〇九)

(二一〇)

(二一一)

(二一二)

(二一三)

(二一四)

(二一五)

(二一六)

(二一七)

(二一八)

(二一九)

(二二〇)

(二二一)

(二二二)

(二二三)

(二二四)

(二二五)

(二二六)

(二二七)

(二二八)

(二二九)

(二三〇)

(二三一)

(二三二)

(二三三)

(二三四)

(二三五)

(二三六)

(二三七)

(二三八)

(二三九)

(二四〇)

(二四一)

(二四二)

(二四三)

(二四四)

(二四五)

(二四六)

(二四七)

(二四八)

(二四九)

(二五〇)

(二五一)

(二五二)

(二五三)

(二五四)

(二五五)

(二五六)

(二五七)

(二五八)

(二五九)

(二六〇)

(二六一)

(二六二)

(二六三)

(二六四)

(二六五)

(二六六)

(二六七)

(二六八)

(二六九)

(二七〇)

(二七一)

(二七二)

(二七三)

(二七四)

(二七五)

(二七六)

(二七七)

(二七八)

(二七九)

(二八〇)

(二八一)

(二八二)

(二八三)

(二八四)

(二八五)

(二八六)

(二八七)

(二八八)

(二八九)

(二九〇)

(二九一)

(二九二)

(二九三)

(二九四)

(二九五)

(二九六)

(二九七)

(二九八)

(二九九)

(三〇〇)

(三〇一)

(三〇二)

(三〇三)

(三〇四)

(三〇五)

(三〇六)

(三〇七)

(三〇八)

(三〇九)

(三一〇)

(三一一)

(三一二)

(三一三)

(三一四)

(三一五)

(三一六)

(三一七)

(三一八)

(三一九)

(三二〇)

(三二一)

(三二二)

(三二三)

(三二四)

(三二五)

(三二六)

(三二七)

(三二八)

(三二九)

(三三〇)

(三三一)

(三三二)

(三三三)

(三三四)

(三三五)

(三三六)

(三三七)

(三三八)

(三三九)

(三四〇)

(三四一)

(三四二)

(三四三)

(三四四)

(三四五)

(三四六)

(三四七)

(三四八)

(三四九)

(三五〇)

(三五一)

(三五二)

(三五三)

(三五四)

(三五五)

(三五六)

(三五七)

(三五八)

(三五九)

(三六〇)

(三六一)

(三六二)

(三六三)

(三六四)

(三六五)

(三六六)

(三六七)

(三六八)

(三六九)

(三七〇)

(三七一)

(三七二)

(三七三)

(三七四)

(三七五)

(三七六)

(三七七)

(三七八)

(三七九)

(三八〇)

(三八一)

(三八二)

(三八三)

(三八四)

(三八五)

(三八六)

(三八七)

(三八八)

(三八九)

(三九〇)

(三九一)

(三九二)

(三九三)

(三九四)

(三九五)

(三九六)

(三九七)

(三九八)

(三九九)

(四〇〇)

(四〇一)

(四〇二)

(四〇三)

(四〇四)

(四〇五)

(四〇六)

(四〇七)

(四〇八)

(四〇九)

(四一〇)

(四一一)

(四一二)

(四一三)

(四一四)

(四一五)

(四一六)

(四一七)

(四一八)

(四一九)

(四二〇)

(四二一)

(四二二)

(四二三)

(四二四)

(四二五)

(四二六)

(四二七)

(四二八)

(四二九)

(四三〇)

(四三一)

(四三二)

(四三三)

(四三四)

(四三五)

(四三六)

(四三七)

(四三八)

(四三九)

(四四〇)

(四四一)

(四四二)

(四四三)

(四四四)

(四四五)

(四四六)

(四四七)

(四四八)

(四四九)

(四五〇)

(四五一)

(四五二)

(四五三)

(四五四)

(四五五)

(四五六)

(四五七)

(四五八)

(四五九)

(四六〇)

(四六一)

(四六二)

(四六三)

(四六四)

(四六五)

(四六六)

(四六七)

(四六八)

(四六九)

(四七〇)

(四七一)

(四七二)

(四七三)

(四七四)

(四七五)

(四七六)

(四七七)

(四七八)

(四七九)

(四八〇)

(四八一)

(四八二)

(四八三)

(四八四)

(四八五)

(四八六)

(四八七)

(四八八)

(四八九)

(四九〇)

(四九一)

(四九二)

(四九三)

(四九四)

(四九五)

(四九六)

(四九七)

(四九八)

(四九九)

(五〇〇)

(五〇一)

(五〇二)

(五〇三)

(五〇四)

(五〇五)

(五〇六)

(五〇七)

(五〇八)

(五〇九)

(五一〇)

(五一一)

(五一二)

(五一三)

(五一四)

(五一五)

(五一六)

(五一七)

(五一八)

(五一九)

(五二〇)

(五二一)

(五二二)

(五二三)

(五二四)

(五二五)

(五二六)

(五二七)

(五二八)

(五二九)

(五三〇)

(五三一)

(五三二)

(五三三)

(五三四)

(五三五)

(五三六)

(五三七)

(五三八)

(五三九)

(五四〇)

(五四一)

(五四二)

(五四三)

(五四四)

(五四五)

(五四六)

(五四七)

(五四八)

(五四九)

(五五〇)

(五五一)

(五五二)

(五五三)

(五五四)

(五五五)

(五五六)

(五五七)

(五五八)

(五五九)

(五六〇)

(五六一)

(五六二)

(五六三)

(五六四)

(五六五)

(五六六)

(五六七)

(五六八)

(五六九)

(五七〇)

(五七一)

(五七二)

(五七三)

(五七四)

(五七五)

(五七六)

(五七七)

(五七八)

(五七九)

(五八〇)

(五八一)

(五八二)

(五八三)

(五八四)

(五八五)

(五八六)

(五八七)

(五八八)

(五八九)

(五九〇)

(五九一)

(五九二)

(五九三)

(五九四)

(五九五)

(五九六)

(五九七)

(五九八)

(五九九)

(六〇〇)

(六〇一)

(六〇二)

(六〇三)

(六〇四)

(六〇五)

(六〇六)

(六〇七)

(六〇八)

(六〇九)

(六一〇)

(六一一)

(六一二)

(六一三)

(六一四)

(六一五)

(六一六)

(六一七)

(六一八)

(六一九)

(六二〇)

(六二一)

(六二二)

(六二三)

(六二四)

(六二五)

(六二六)

(六二七)

(六二八)

(六二九)

(六三〇)

(六三一)

(六三二)

(六三三)

(六三四)

(六三五)

(六三六)

(六三七)

(六三八)

(六三九)

(六四〇)

(六四一)

(六四二)

(六四三)

(六四四)

(六四五)

(六四六)

(六四七)

(六四八)

(六四九)

(六五〇)

(六五一)

(六五二)

(六五三)

(六五四)

(六五五)

(六五六)

(六五七)

(六五八)

(六五九)

(六六〇)

(六六一)

(六六二)

(六六三)

(六六四)

(六六五)

(六六六)

(六六七)

(六六八)

(六六九)

(六七〇)

(六七一)

(六七二)

(六七三)

(六七四)

(六七五)

(六七六)

(六七七)

(六七八)

(六七九)

(六八〇)

(六八一)

(六八二)

(六八三)

(六八四)

(六八五)

(六八六)

(六八七)

(六八八)

(六八九)

(六九〇)

(六九一)

(六九二)

(六九三)

(六九四)

(六九五)

(六九六)

(六九七)

(六九八)

(六九九)

(七〇〇)

(七〇一)

(七〇二)

(七〇三)

(七〇四)

(七〇五)

(七〇六)

(七〇七)

(七〇八)

(七〇九)

(七一〇)

(七一一)

(七一二)

(七一三)

(七一四)

(七一五)

(七一六)

(七一七)

(七一八)

(七一九)

(七二〇)

(七二一)

(七二二)

(七二三)

(七二四)

(七二五)

(七二六)

(七二七)

(七二八)

(七二九)

(七三〇)

(七三一)

(七三二)

(七三三)

(七三四)

(七三五)

(七三六)

(七三七)

(七三八)

(七三九)

(七四〇)

(七四一)

(七四二)

(七四三)

(七四四)

(七四五)

(七四六)

(七四七)

(七四八)

(七四九)

(七五〇)

(七五一)

(七五二)

(七五三)

(七五四)

(七五五)

(七五六)

(七五七)

(七五八)

(七五九)

(七六〇)

(七六一)

(七六二)

(七六三)

(七六四)

(七六五)

(七六六)

(七六七)

(七六八)

(七六九)

(七七〇)

(七七一)

(七七二)

(七七三)

(七七四)

(七七五)

(七七六)

(七七七)

(七七八)

(七七九)

(七八〇)

(七八一)

(七八二)

(七八三)

(七八四)

(七八五)

(七八六)

(七八七)

(七八八)

(七八九)

(七九〇)

(七九一)

(七九二)

(七九三)

(七九四)

(七九五)

(七九六)

(七九七)

(七九八)

(七九九)

(八〇〇)

(八〇一)

(八〇二)

(八〇三)

(八〇四)

(八〇五)

(八〇六)

(八〇七)

(八〇八)

(八〇九)

(八一〇)

(八一一)

(八一二)

(八一三)

(八一四)

(八一五)

(八一六)

(八一七)

(八一八)

(八一九)

(八二〇)

(八二一)

(八二二)

(八二三)

(八二四)

(八二五)

(八二六)

(八二七)

(八二八)

(八二九)

(八三〇)

(八三一)

(八三二)

(八三三)

(八三四)

(八三五)

(八三六)

(八三七)

(八三八)

(八三九)

(八四〇)

(八四一)

(八四二)

(八四三)

(八四四)

(八四五)

(八四六)

(八四七)

(八四八)

(八四九)

(八五〇)

(八五一)

(八五二)

(八五三)

(八五四)

(八五五)

(八五六)

(八五七)

(八五八)

(八五九)

(八六〇)

(八六一)

(八六二)

(八六三)

(八六四)

(八六五)

(八六六)

(八六七)

(八六八)

(八六九)

(八七〇)

(八七一)

(八七二)

(八七三)

(八七四)

(八七五)

(八七六)

(八七七)

(八七八)

(八七九)

(八八〇)

(八八一)

(八八二)

(八八三)

(八八四)

(八八五)

(八八六)

(八八七)

(八八八)

(八八九)

(八九〇)

(八九一)

(八九二)

(八九三)

(八九四)

(八九五)

(八九六)

(八九七)

(八九八)

(八九九)

(九〇〇)

(九〇一)

(九〇二)

(九〇三)

(九〇四)

(九〇五)

(九〇六)

(九〇七)

(九〇八)

(九〇九)

(九一〇)

(九一一)

(九一二)

(九一三)

(九一四)

(九一五)

(九一六)

(九一七)

(九一八)

(九一九)

(九二〇)

(九二一)

(九二二)

(九二三)

(九二四)

(九二五)

(九二六)

(九二七)

(九二八)

(九二九)

(九三〇)

(九三一)

(九三二)

(九三三)

(九三四)

(九三五)

(九三六)

(九三七)

(九三八)

(九三九)

(九四〇)

(九四一)

(九四二)

(九四三)

(九四四)

(九四五)

(九四六)

(九四七)

(九四八)

(九四九)

(九五〇)

(九五一)

(九五二)

(九五三)

(九五四)

(九五五)

(九五六)

(九五七)

(九五八)

(九五九)

(九六〇)

(九六一)

(九六二)

(九六三)

(九六四)

(九六五)

(九六六)

(九六七)

(九六八)

(九六九)

(九七〇)

(九七一)

(九七二)

(九七三)

(九七四)

(九七五)

(九七六)

(九七七)

(九七八)

(九七九)

(九八〇)

(九八一)

(九八二)

(九八三)

(九八四)

(九八五)

(九八六)

(九八七)

(九八八)

(九八九)

(九九〇)

(九九一)

(九九二)

(九九三)

(九九四)

(九九五)

(九九六)

(九九七)

(九九八)

(九九九)

(一〇〇〇)

(一〇〇一)

(一〇〇二)

(一〇〇三)

(一〇〇四)

(一〇〇五)

(一〇〇六)

(一〇〇七)

(一〇〇八)

(一〇〇九)

(一〇一〇)

(一〇一一)

(一〇一二)

(一〇一三)

(一〇一四)

(一〇一五)

(一〇一六)

(一〇一七)

(一〇一八)

(一〇一九)

(一〇二〇)

(一〇二一)

(一〇二二)

(一〇二三)

(一〇二四)

(一〇二五)

(一〇二六)

(一〇二七)

(一〇二八)

(一〇二九)

(一〇三〇)

(一〇三一)

(一〇三二)

(一〇三三)

(一〇三四)

(一〇三五)

(一〇三六)

(一〇三七)

(一〇三八)

(一〇三九)

(一〇四〇)

(一〇四一)

(一〇四二)

(一〇四三)

(一〇四四)

(一〇四五)

(一〇四六)

(一〇四七)

(一〇四八)

(一〇四九)

(一〇五〇)

(一〇五一)

(一〇五二)

(一〇五三)

(一〇五四)

(一〇五五)

(一〇五六)

(一〇五七)

(一〇五八)

(一〇五九)

(一〇六〇)

(一〇六一)

(一〇六二)

(一〇六三)

(一〇六四)

(一〇六五)

(一〇六六)

(一〇六七)

(一〇六八)

(一〇六九)

(一〇七〇)

(一〇七一)

(一〇七二)

(一〇七三)

(一〇七四)

(一〇七五)

(一〇七六)

(一〇七七)

(一〇七八)

(一〇七九)

(一〇八〇)

(一〇八一)

(一〇八二)

(一〇八三)

(一〇八四)

(一〇八五)

(一〇八六)

(一〇八七)

(一〇八八)

(一〇八九)

(一〇九〇)

(一〇九一)

(一〇九二)

(一〇九三)

(一〇九四)

(一〇九五)

(一〇九六)

(一〇九七)

(一〇九八)

(一〇九九)

(一一〇〇)

(一一〇一)

(一一〇二)

(一一〇三)

(一一〇四)

(一一〇五)

(一一〇六)

(一一〇七)

(一一〇八)

(一一〇九)

(一一一〇)

(一一一一)

(一一一二)

(一一一三)

(一一一四)

(一一一五)

(一一一六)

(一一一七)

(一一一八)

(一一一九)

(一一二〇)

(一一二一)

(一一二二)

(一一二三)

(一一二四)

(一一二五)

(一一二六)

(一一二七)

(一一二八)

(一一二九)

(一一三〇)

(一一三一)

(一一三二)

(一一三三)

(一一三四)

(一一三五)

(一一三六)

(一一三七)

(一一三八)

(一一三九)

(一一四〇)

(一一四一)

(一一四二)

(一一四三)

(一一四四)

(一一四五)

(一一四六)

(一一四七)

(一一四八)

(一一四九)

(一一五〇)

(一一五一)

(一一五二)

(一一五三)

(一一五四)

(一一五五)

(一一五六)

(一一五七)

(一一五八)

(一一五九)

(一一六〇)

(一一六一)

(一一六二)

(一一六三)

(一一六四)

(一一六五)

(一一六六)

(一一六七)

(一一六八)

(一一六九)

(一一七〇)

(一一七一)

(一一七二)

(一一七三)

(一一七四)

(一一七五)

(一一七六)

(一一七七)

(一一七八)

(一一七九)

(一一八〇)

(一一八一)

(一一八二)

(一一八三)

(一一八四)

(一一八五)

(一一八六)

(一一八七)

(一一八八)

(一一八九)

(一一九〇)

(一一九一)

(一一九二)

(一一九三)

(一一九四)

(一一九五)

(一一九六)

(一一九七)

(一一九八)

(一一九九)

(一二〇〇)

(一二〇一)

(一二〇二)

(一二〇三)

(一二〇四)

(一二〇五)

(一二〇六)

(一二〇七)

(一二〇八)

(一二〇九)

(一二一〇)

(一二一一)

(一二一二)

(一二一三)

(一二一四)

(一二一五)

(一二一六)

(一二一七)

(一二一八)

(一二一九)

(一二二〇)

(一二二一)

(一二二二)

(一二二三)

(一二二四)

(一二二五)

(一二二六)

(一二二七)

(一二二八)

(一二二九)

(一二三〇)

(一二三一)

(一二三二)

(一二三三)

(一二三四)

(一二三五)

(一二三六)

(一二三七)

(一二三八)

(一二三九)

(一二四〇)

(一二四一)

(一二四二)

(一二四三)

(一二四四)

(一二四五)

(一二四六)

(一二四七)

(一二四八)

(一二四九)

(一二五〇)

(一二五一)

(一二五二)

(一二五三)

(一二五四)

(一二五五)

(一二五六)

(一二五七)

(一二五八)

(一二五九)

(一二六〇)

(一二六一)

(一二六二)

(一二六三)

(一二六四)

(一二六五)

(一二六六)

(一二六七)

(一二六八)

(一二六九)

(一二七〇)

(一二七一)

(一二七二)

(一二七三)

(一二七四)

(一二七五)

(一二七六)

(一二七七)

(一二七八)

(一二七九)

(一二八〇)

(一二八一)

(一二八二)

(一二八三)

(一二八四)

(一二八五)

(一二八六)

(一二八七)

(一二八八)

(一二八九)

(一二九〇)

(一二九一)

(一二九二)

(一二九三)

(一二九四)

(一二九五)

(一二九六)

(一二九七)

(一二九八)

(一二九九)

(一三〇〇)

(一三〇一)

(一三〇二)

(一三〇三)

(一三〇四)

(一三〇五)

(一三〇六)

(一三〇七)

(一三〇八)

(一三〇九)

(一三一〇)

(一三一一)

(一三一二)

(一三一三)

(一三一四)

(一三一五)

(一三一六)

(一三一七)

(一三一八)

(一三一九)

(一三二〇)

(一三二一)

(一三二二)

(一三二三)

(一三二四)

(一三二五)

(一三二六)

(一三二七)

(一三二八)

(一三二九)

(一三三〇)

(一三三一)

(一三三二)

(一三三三)

(一三三四)

(一三三五)

(一三三六)

(一三三七)

(一三三八)

(一三三九)

(一三四〇)

(一三四一)

(一三四二)

(一三四三)

(一三四四)

(一三四五)

(一三四六)

(一三四七)

(一三四八)

(一三四九)

(一三五〇)

(一三五一)

(一三五二)

(一三五三)

(一三五四)

(一三五五)

(一三五六)

(一三五七)

(一三五八)

(一三五九)

(一三六〇)

(一三六一)

(一三六二)

(一三六三)

(一三六四)

(一三六五)

(一三六六)

(一三六七)

(一三六八)

(一三六九)

(一三七〇)

(一三七一)

(一三七二)

(一三七三)

(一三七四)

(一三七五)

(一三七六)

(一三七七)

(一三七八)

(一三七九)

(一三八〇)

(一三八一)

(一三八二)

(一三八三)

(一三八四)

(一三八五)

(一三八六)

(一三八七)

(一三八八)

(一三八九)

(一三九〇)

(一三九一)

(一三九二)

(一三九三)

(一三九四)

(一三九五)

(一三九六)

(一三九七)

(一三九八)

(一三九九)

(一四〇〇)

(一四〇一)

(一四〇二)

(一四〇三)

(一四〇四)

(一四〇五)

(一四〇六)

(一四〇七)

(一四〇八)

(一四〇九)

(一四一〇)

(一四一一)

(一四一二)

(一四一三)

(一四一四)

(一四一五)

(一四一六)

(一四一七)

(一四一八)

(一四一九)

(一四二〇)

(一四二一)

(一四二二)

(一四二三)

(一四二四)

(一四二五)

(一四二六)

(一四二七)

(一四二八)

(一四二九)

(一四三〇)

(一四三一)

(一四三二)

(一四三三)

(一四三四)

(一四三五)

(一四三六)

(一四三七)

(一四三八)

(一四三九)

(一四四〇)

(一四四一)

(一四四二)

(一四四三)

(一四四四)

(一四四五)

(一四四六)

(一四四七)

(一四四八)

(一四四九)

(一四五〇)

(一四五一)

(一四五二)

(一四五三)

(一四五四)

(一四五五)

(一四五六)

(一四五七)

(一四五八)

(一四五九)

(一四六〇)

(一四六一)

(一四六二)

(一四六三)

(一四六四)

(一四六五)

(一四六六)

(一四六七)

(一四六八)

(一四六九)

(一四七〇)

(一四七一)

(一四七二)

(一四七三)

(一四七四)

(一四七五)

(一四七六)

(一四七七)

(一四七八)

(一四七九)

(一四八〇)

(一四八一)

(一四八二)

(一四八三)

(一四八四)

(一四八五)

(一四八六)

(一四八七)

(一四八八)

(一四八九)

(一四九〇)

(一四九一)

(一四九二)

(一四九三)

(一四九四)

(一四九五)

(一四九六)

(一四九七)

(一四九八)

(一四九九)

(一五〇〇)

(一五〇一)

(一五〇二)

(一五〇三)

(一五〇四)

(一五〇五)

(一五〇六)

(一五〇七)

(一五〇八)

(一五〇九)

(一五一〇)

(一五一一)

(一五一二)

(一五一三)

(一五一四)

(一五一五)

(一五一六)

(一五一七)

(一五一八)

(一五一九)

(一五二〇)

(一五二一)

(一五二二)

(一五二三)

(一五二四)

(一五二五)

(一五二六)

(一五二七)

(一五二八)

(一五二九)

(一五三〇)

(一五三一)

(一五三二)

(一五三三)

(一五三四)

(一五三五)

(一五三六)

(一五三七)

(一五三八)

(一五三九)

(一五四〇)

(一五四一)

(一五四二)

(一五四三)

(一五四四)

(一五四五)

(一五四六)

(一五四七)

(一五四八)

(一五四九)

(一五五〇)

(一五五一)

(一五五二)

(一五五三)

(一五五四)

(一五五五)

(一五五六)

(一五五七)

(一五五八)

(一五五九)

(一五六〇)

(一五六一)

(一五六二)

(一五六三)

(一五六四)

(一五六五)

(一五六六)

(一五六七)

(一五六八)

(一五六九)

(一五七〇)

(一五七一)

(一五七二)

(一五七三)

(一五七四)

(一五七五)

(一五七六)

(一五七七)

(一五七八)

(一五七九)

(一五八〇)

(一五八一)

(一五八二)

(一五八三)

(一五八四)

(一五八五)

(一五八六)

(一五八七)

(一五八八)

(一五八九)

(一五九〇)

(一五九一)

(一五九二)

(一五九三)

(一五九四)

(一五九五)

(一五九六)

(一五九七)

(一五九八)

(一五九九)

(一六〇〇)

(一六〇一)

(一六〇二)

(一六〇三)

(一六〇四)

(一六〇五)

(一六〇六)

(一六〇七)

(一六〇八)

(一六〇九)

(一六一〇)

(一六一一)

(一六一二)

(一六一三)

(一六一四)

(一六一五)

(一六一六)

(一六一七)

(一六一八)

(一六一九)

(一六二〇)

(一六二一)

(一六二二)

(一六二三)

(一六二四)

(一六二五)

(一六二六)

(一六二七)

(一六二八)

(一六二九)

(一六三〇)

(一六三一)

(一六三二)

(一六三三)

(一六三四)

(一六三五)

(一六三六)

(一六三七)

(一六三八)

(一六三九)

(一六四〇)

(一六四一)

(一六四二)

(一六四三)

(一六四四)

(一六四五)

(一六四六)

(一六四七)

(一六四八)

(一六四九)

(一六五〇)

(一六五一)

(一六五二)

(一六五三)

(一六五四)

(一六五五)

(一六五六)

(一六五七)

(一六五八)

(一六五九)

(一六六〇)

(一六六一)

(一六六二)

(一六六三)

(一六六四)

(一六六五)

(一六六六)

(一六六七)

(一六六八)

(一六六九)

(一六七〇)

(一六七一)

(一六七二)

(一六七三)

(一六七四)

(一六七五)

(一六七六)

(一六七七)

(一六七八)

(一六七九)

(一六八〇)

(一六八一)

(一六八二)

(一六八三)

(一六八四)

(一六八五)

(一六八六)

(一六八七)

(一六八八)

(一六八九)

(一六九〇)

(一六九一)

(一六九二)

(一六九三)

(一六九四)

(一六九五)

(一六九六)

(一六九七)

(一六九八)

(一六九九)

(一七〇〇)

(一七〇一)

(一七〇二)

(一七〇三)

(一七〇四)

(一七〇五)

(一七〇六)

(一七〇七)

(一七〇八)

(一七〇九)

(一七一〇)

(一七一一)

(一七一二)

(一七一三)

(一七一四)

(一七一五)

(一七一六)

(一七一七)

(一七一八)

(一七一九)

(一七二〇)

(一七二一)

(一七二二)

(一七二三)

(一七二四)

(一七二五)

(一七二六)

(一七二七)

(一七二八)

(一七二九)

(一七三〇)

(一七三一)

(一七三二)

(一七三三)

(一七三四)

(一七三五)

(一七三六)

(一七三七)

(一七三八)

(一七三九)

(一七四〇)

(一七四一)

(一七四二)

(一七四三)

(一七四四)

(一七四五)

(一七四六)

(一七四七)

(一七四八)

(一七四九)

(一七五〇)

(一七五一)

(一七五二)

(一七五三)

(一七五四)

(一七五五)

(一七五六)

(一七五七)

(一七五八)

(一七五九)

(一七六〇)

(一七六一)

(一七六二)

(一七六三)

(一七六四)

(一七六五)

(一七六六)

(一七六七)

(一七六八)

(一七六九)

(一七七〇)

(一七七一)

(一七七二)

(一七七三)

(一七七四)

(一七七五)

(一七七六)

(一七七七)

(一七七八)

(一七七九)

(一七八〇)

(一七八一)

(一七八二)

(一七八三)

(一七八四)

(一七八五)

(一七八六)

(一七八七)

(一七八八)

(一七八九)

(一七九〇)

(一七九一)

(一七九二)

(一七九三)

(一七九四)

(一七九五)

(一七九六)

(一七九七)

(一七九八)

(一七九九)

(一八〇〇)

(一八〇一)

(一八〇二)

(一八〇三)

(一八〇四)

(一八〇五)

(一八〇六)

(一八〇七)

(一八〇八)

(一八〇九)

(一八一〇)

(一八一一)

(一八一二)

(一八一三)

(一八一四)

(一八一五)

(一八一六)

(一八一七)

(一八一八)

(一八一九)

(一八二〇)

(一八二一)

(一八二二)

(一八二三)

(一八二四)

(一八二五)

(一八二六)

(一八二七)

(一八二八)

(一八二九)

(一八三〇)

(一八三一)

(一八三二)

(一八三三)

(一八三四)

(一八三五)

(一八三六)

(一八三七)

(一八三八)

(一八三九)

(一八四〇)

(一八四一)

(一八四二)

(一八四三)

(一八四四)

(一八四五)

(一八四六)

(一八四七)

(一八四八)

(一八四九)

(一八五〇)

(一八五一)

(一八五二)

(一八五三)

(一八五四)

(一八五五)

(一八五六)

(一八五七)

(一八五八)

(一八五九)

(一八六〇)

(一八六一)

(一八六二)

(一八六三)

(一八六四)

(一八六五)

(一八六六)

(一八六七)

(一八六八)

(一八六九)

(一八七〇)

(一八七一)

(一八七二)

(一八七三)

(一八七四)

(一八七五)

(一八七六)

(一八七七)

(一八七八)

(一八七九)

(一八八〇)

(一八八一)

(一八八二)

(一八八三)

(一八八四)

(一八八五)

(一八八六)

(一八八七)

(一八八八)

(一八八九)

(一八九〇)

(一八九一)

(一八九二)

(一八九三)

(一八九四)

(一八九五)

(一八九六)

(一八九七)

(一八九八)

(一八九九)

(一九〇〇)

(一九〇一)

(一九〇二)

(一九〇三)

(一九〇四)

(一九〇五)

(一九〇六)

(一九〇七)

(一九〇八)

(一九〇九)

(一九一〇)

(一九一一)

(一九一二)

(一九一三)

(一九一四)

(一九一五)

(一九一六)

(一九一七)

(一九一八)

(一九一九)

(一九二〇)

(一九二一)

(一九二二)

(一九二三)

(一九二四)

(一九二五)

(一九二六)

(一九二七)

(一九二八)

(一九二九)

(一九三〇)

(一九三一)

(一九三二)

(一九三三)

(一九三四)

(一九三五)

(一九三六)

(一九三七)

(一九三八)

(一九三九)

(一九四〇)

(一九四一)

(一九四二)

(一九四三)

(一九四四)

(一九四五)

(一九四六)

(一九四七)

(一九四八)

(一九四九)

(一九五〇)

(一九五一)

(一九五二)

(一九五三)

(一九五四)

(一九五五)

(一九五六)

(一九五七)

(一九五八)

(一九五九)

(一九六〇)

(一九六一)

(一九六二)

(一九六三)

(一九六四)

(一九六五)

(一九六六)

(一九六七)

(一九六八)

(一九六九)

(一九七〇)

(一九七一)

(一九七二)

(一九七三)

(一九七四)

(一九七五)

(一九七六)

(一九七七)

(一九七八)

(一九七九)

(一九八〇)

(一九八一)

(一九八二)

(一九八三)

(一九八四)

(一九八五)

(一九八六)

(一九八七)

(一九八八)

(一九八九)

(一九九〇)

(一九九一)

(一九九二)

(一九九三)

(一九九四)

(一九九五)

(一九九六)

(一九九七)

(一九九八)

(一九九九)

(二〇〇〇)

(二〇〇一)

(二〇〇二)

(二〇〇三)

(二〇〇四)

(二〇〇五)

(二〇〇六)

(二〇〇七)

(二〇〇八)

(二〇〇九)

(二〇一〇)

(二〇一一)

(二〇一二)

(二〇一三)

(二〇一四)

(二〇一五)

(二〇一六)

(二〇一七)

(二〇一八)

(二〇一九)

(二〇二〇)

(二〇二一)

(二〇二二)

(二〇二三)

(二〇二四)

(二〇二五)

(二〇二六)

(二〇二七)

(二〇二八)

(二〇二九)

(二〇三〇)

(二〇三一)

(二〇三二)

(二〇三三)

(二〇三四)

(二〇三五)

(二〇三六)

(二〇三七)

(二〇三八)

(二〇三九)

(二〇四〇)

(二〇四一)

(二〇四二)

(二〇四三)

(二〇四四)

(二〇四五)

(二〇四六)

(二〇四七)

(二〇四八)

(二〇四九)

(二〇五〇)

(二〇五一)

(二〇五二)

(二〇五三)

(二〇五四)

(二〇五五)

(二〇五六)

(二〇五七)

(二〇五八)

(二〇五九)

(二〇六〇)

(二〇六一)

(二〇六二)

(二〇六三)

(二〇六四)

(二〇六五)

(二〇六六)

(二〇六七)

(二〇六八)

(二〇六九)

(二〇七〇)

(二〇七一)

(二〇七二)

(二〇七三)

(二〇七四)

(二〇七五)

(二〇七六)

(二〇七七)

(二〇七八)

(二〇七九)

(二〇八〇)

(二〇八一)

(二〇八二)

(二〇八三)

(二〇八四)

(二〇八五)

(二〇八六)

(二〇八七)

(二〇八八)

(二〇八九)

(二〇九〇)

(二〇九一)

(二〇九二)

(二〇九三)

(二〇九四)

(二〇九五)

(二〇九六)

(二〇九七)

(二〇九八)

(二〇九九)

(二一〇〇)

(二一〇一)

(二一〇二)

(二一〇三)

(二一〇四)

(二一〇五)

(二一〇六)

(二一〇七)

(二一〇八)

(二一〇九)

(二一一〇)

(二一一一)

(二一一二)

(二一一三)

(二一一四)

(二一一五)

(二一一六)

(二一一七)

(二一一八)

(二一一九)

(二一二〇)

(二一二一)

(二一二二)

(二一二三)

(二一二四)

(二一二五)

(二一二六)

(二一二七)

(二一二八)

(二一二九)

(二一三〇)

(二一三一)

(二一三二)

(二一三三)

(二一三四)

(二一三五)

(二一三六)

(二一三七)

(二一三八)

(二一三九)

(二一四〇)

(二一四一)

(二一四二)

(二一四三)

(二一四四)

(二一四五)

(二一四六)

(二一四七)

(二一四八)

(二一四九)

(二一五〇)

(二一五一)

(二一五二)

(二一五三)

(二一五四)

(二一五五)

(二一五六)

(二一五七)

(二一五八)

(二一五九)

(二一六〇)

(二一六一)

(二一六二)

(二一六三)

(二一六四)

(二一六五)

(二一六六)

(二一六七)

(二一六八)

(二一六九)

(二一七〇)

(二一七一)

(二一七二)

(二一七三)

(二一七四)

(二一七五)

(二一七六)

(二一七七)

(二一七八)

(二一七九)

(二一八〇)

(二一八一)

(二一八二)

(二一八三)

(二一八四)

(二一八五)

(二一八六)

(二一八七)

(二一八八)

(二一八九)

(二一九〇)

(二一九一)

(二一九二)

(二一九三)

(二一九四)

(二一九五)

(二一九六)

(二一九七)

(二一九八)

(二一九九)

(二二〇〇)

(二二〇一)

(二二〇二)

(二二〇三)

(二二〇四)

(二二〇五)

(二二〇六)

(二二〇七)

(二二〇八)

(二二〇九)

(二二一〇)

(二二一一)

(二二一二)

(二二一三)

(二二一四)

(二二一五)

(二二一六)

(二二一七)

(二二一八)

(二二一九)

(二二二〇)

(二二二一)

(二二二二)

(二二二三)

(二二二四)

(二二二五)

(二二二六)

(二二二七)

(二二二八)

(二二二九)

(二二三〇)

(二二三一)

(二二三二)

(二二三三)

(二二三四)

(二二三五)

(二二三六)

(二二三

實ニ付キ證據ヲ要セサル效力ヲ生スルノミナラス、裁判外ノ自白ト雖モ、苟クモ其自白ヲ爲シタリト云フ事實カ繫屬スル訴訟ニ於テ證據ニ基キ確定セラレタル場合ニハ、等シク該裁判外ノ自白ノ對象トナリタル事實ニ付キテハ證據ヲ要セサル效力ヲ生スヘキ理ナリ。從テ、Bethmann-Hollweg カ裁判上ノ自白ハ繫屬スル訴訟ニ於テ爲サレタルモノナルカ故ニ證據ヲ要セサルノ效力ヲ生スルニ反シ、裁判外ノ自由ハ繫屬スル訴訟ニ直接ノ關係ナシト」云フ理由ニ基キテ、證據ヲ要セサルノ效力ヲ生セス、單ニ證據原因タルニ過キストナセルハ、法理上ヨリ云ヘハ失當ナリト云ハサルヘカラス註二。

(二) 我舊民法證據篇ニ於テハ裁判上ノ自白ハ自白者ニ對シテ完全ノ證據ヲ爲ストシ、裁判外ノ自白ト雖モ、自白カ相手方若クハ其代人ノ面前ニ於ニ口頭ヲ以テ爲サレ、又ハ此等ノ爲ニ送付シタル信書若クハ書面ヲ以テ爲シ、且確實ニシテ明白ナルトキハ、裁判上ノ自白ト等シク自白者ニ對シ完全ナル證據ヲ爲スモノト規定シ(舊民法證據篇三三條以下、殊ニ三

六、四一、四二)、裁判上タルト裁判外タルトニ依リ、自白ノ效力ヲ區別スルコト無シ。

夫レ(イ)辯論主義ノ行ハルル範圍ニ於テハ當事者間ニ爭ナキ事實從テ當事者ノ一方カ陳述シ他ノ一方カ自白シタル事實ハ證據ヲ要セスシテ判決ノ基本トナスヘキヤ(證據不要主義)、若タハ又(ロ)辯論主義ノ行ハルル範圍內ニ於テモ、自白ハ單ニ當事者自身カ自己ノ事件ニ付キ爲シタル證言タルニ過キス、然レトモ其證據力ハ完全ナリトナスヘキヤ(法定證據主義)ハ訴訟立法上考慮スヘキ問題ナリト云ハサルヘカラス。——然レトモ、舊民法證據篇カ裁判外ノ自白ト雖モ其爲サレタルコトカ確實ニシテ且其內容カ明白ナルトキハ、裁判上ノ自白ト同一ノ效力ヲ生スルモノナリトシタルハ論理ヲ一串ニシタルモノト云ハサルヘカラス註三。

註【二】 佛民法ニ於テモ自白(卽チ當事者ノ一方カ他方ノ陳述ニ對シテ爲ス自白)ヲ分チテ裁判上ノ自白(l'aveu judiciaire) 及ヒ裁判外ノ自白 (l'aveu extra judiciaire) ニ區別シ、裁判上ノ自白トハ『當事者又ハ其訴訟代理人カ裁判所ノ面前

ニ於テ(en justice)爲ス自白ニシテ、之ヲ爲シタル者ニ對シ(即チ其者ノ不)利益ニ於テ(Il fait pleine foi contre celui qui l'a fait)其者ノ不利ナル證據ヲ爲スモノニシテ(ロ)完全ニ於テ分割スルコトヲ得ス。裁判上ノ自白ハ之ヲ取消スコトヲ得ス但事實ノ錯誤ニ因リタルコトヲ證明シタルトキハ此限ニ非ス』トシタリ(佛民法一三五四及ヒ一三五六)。又裁判外ノ自白ニ付キテハ『人證ヲ以テ證明スルコトヲ許ササル債權ニ付キテハ單ニ口頭ヲ以テ爲サレタル裁判外ノ自白ハ無效ナリ』トシタリ。

(三) 我現行民事訴訟法ハ、舊民法ト併行シテ實施スル豫定ナリシコトニ新民法制定ノ際舊民法證據篇ノ規定ヲ民事訴訟法ニ移サス。是ヲ以テ、我民事訴訟法ニハ判裁上並ニ裁判外ノ自白ノ效力ヲ定メタル規定ナキニ拘ハラス、『第一審ニ於テ爲シタル裁判上ノ自白ハ第二審ニ於テモ亦其效力ヲ存ス』ト云ヘル民訴第四一八條ノ規定ノミ殘存スルノ奇現象ヲ生シ、更ニ人事訴訟手續法第一〇條第二項ニ至リテハ『裁判上ノ自白ニ

(三)現行民事訴訟法ト自白

訴四一八、人訴一〇

所謂裁判上ノ自白ニ關スル法則

關スル法則ハ婚姻事件ニ之ヲ適用セス』ト規定スルノ已ムヲ得サルニ至リ、立法技術上ノ一變例ヲ爲セリ。

夫レ、民訴第四一八條ニ於テ『裁判上ノ自白ノ效力』ト云ヒ又人訴第一〇條第二項ニ於テ『裁判上ノ自白ニ關スル法則』ト稱スルモノノ內容ハ法典上必シモ明確ナラスト雖モ、(イ) Bethmann-Hollweg 所說ニ基キ、獨逸普通訴訟法並ニ獨逸民事訴訟法ノ下ニ於ケル學說及ヒ實際ニ於テ發達シタル原則卽チ『裁判上ノ自白ハ證據ヲ要セサルノ效力ヲ生スルニ反シ、裁判外ノ自白ハ證據原因タルニ過キス』ト云ヘル原則ヲ云フモノト解スルヲ妥當トスヘク、更ニ(ロ)民訴第二二九條カ行爲ノ內容及ヒ性質ニ於テハ自白ト異ナルコトナキ認諾ニ關シ(自白ト認諾トハ認メラルヽ對象カ事實上ノ陳述ナルト法律上ノ陳述ナルトノ差異アルノミナリ)『口頭辯論ノ際、被告原告ノ訴ヘタル請求ヲ認諾スルトキハ(卽チ請求ノ裁判上ノ認諾)裁判所ハ申立ニ因リ認諾ニ基キ判決ヲ以テ敗訴ノ言渡ヲ爲スヘシ』トセル規定ノ精神ヲ類推スルトキハ現行法ノ法意ハ『口頭辯論ノ際當事者ノ一方カ爲シタル事實上ノ陳述ヲ他ノ一方カ自白シタルトキハ(卽裁判上ノ自白)裁判所ハ其自白ニ

吾人ノ意見

自白ニ關スル法則

基キ其事實ヲ異ナリトシテ裁判スベシ』ト云フニ在ルモノト解スルヲ妥當トスヘシ。——我國ノ學說及ヒ判例ニ於テモ、『裁判上ノ自白ハ證據ヲ要セサルノ效力ヲ生スルニ拘ハラス、裁判外ノ自白ハ證據原因タルニ過キス』トスルノ點ニ付キテハ何等ノ異論ナキカ如シ註【四】。

サレハ吾人ハ(イ)法理上ヨリ云ヘハ、苟クモ辯論主義ノ內容トシテ、當事者間ニ爭ナキ事實從テ相手方カ自白シタル事實ハ證據ヲ要セストスル原則ヲ認ムル以上ハ、裁判外ノ自白ト雖モ其カ爲サレタルコトカ確實ニシテ且其內容カ明白ナル限リハ裁判上ノ自白ト等シク證據ヲ要セサル效力ヲ生セサルヘカラストスル見地ヲ採ルニ拘ハラス、(ロ)現行法ノ解釋トシテハ、Bethmann-Hollweg 以來ノ所說ニ從ヒ、又請求ノ認諾ニ關スル民訴第二二九條ノ規定ノ精神ニ參酌シ、前示ノ類推解釋カ現行法ノ法意ナリトシテ以下ノ說明ヲ試ムヘシ。換言セハ我訴訟法中ニ

『口頭辯論ノ際、當事者ノ一方カ相手方ノ爲シタル事實上ノ陳述ヲ自白シタルトキハ、裁判所ハ自白ニ基キ其事實ヲ異ナリトシテ裁判ス

ヘシ』

ト云ヘル規定存スルカ如クニ觀テ、以下ノ說明ヲ試ミントス。

註【一】【二】刑事訴訟、行政訴訟等職權調査主義ヲ認ムル訴訟手續ニ於テハ、自白ハ證憑(間接事實)ニシテ、證據原因ヲ供スルモノタルニ過キス、從テ又固ヨリ裁判上ノ自白ト裁判外ノ自白トヲ區別スヘキ理由ナク又其必要ナシ。民事訴訟ニ於テモ法理上ヨリ云ヘハ、自白カ裁判上タルト裁判外タルトニ依リテ其性質若クハ內容ニ差異ヲ來タスヘキ理由ナキハ勿論、效力ニ付キテモ亦差異ヲ生スヘキ理由ナシ。固ヨリ辯論主義ノ行ハルル範圍內ニ於テハ、職權調査主義ノ下ニ於ケルトハ異ナレル效力ヲ生スルモノトナスヲ妨ケスト雖モ、其效力ハ『證據ヲ要セス』ト云フニ在ルト、『完全ナル證據ヲ爲ス』ト云フニアルトヲ問ハス、裁判上ノ自白及ヒ裁判外ノ自白ニ付キ一樣ナラサルヘカラス。——從テ Bethmann-Hollweg カ特ニ民事訴訟法ニ於ケル自白ニ關シテノミ、裁判上ノ自白ト裁判外ノ自白トヲ區別シ、其效力ニ差異アルモノトシタルハ、法理上ヨリ云ヘハ失當ナリト云ハサルヘカラス。

註【四】 我國ノ學說及ヒ判例ニ於テモ、自白ハ裁判上ノ自白ト裁判外ノ自白トニ區別シタリ。

裁判上ノ自白トハ『訴訟ニ於テ當事者ノ一方カ相手方ノ主張スル事實ニシテ自己ニ不利益ナルモノヲ眞實ナリトシテ肯認スル積極的行爲ヲ云フ』、『當事者カ自己ニ不利益ナル事實ヲ陳述シタル總テノ場合ヲ包含スルモノニ非ス』トナス（大審四年民一五二一頁、同三九年一二九八頁、等、——尙ホ仁井田博士民事訴訟要論、大綱一八〇、岩田氏民事訴訟法原論二七五頁參照）。而シテ、裁判上ノ自由ノ效力ニ關シテハ、或ハ（1）『裁判上ノ自白ハ之ヲ爲シタル者ニ對シ完全ナル證據力ヲ有ス』ルモノトナス見解ナキニ非スト雖モ（大審二九年民一卷一二頁）、一般ニハ『裁判上自白セラレタル事實ニ付キテハ裁判所ハ心證ヲ得タルト否トヲ問ハス眞實ナリトシテ裁判ノ基本ト爲スヘキモノナリトナシ（大審三七年民一六七一頁、東京控元年法律新聞八四五號二一頁、尙ホ仁井田博士前揭、岩田氏前揭參照）、又裁判上ノ自白ノ取消ニ付キテハ一般ニハ『自白者ニ於テ自白ニ係ル事實カ眞實ニ適合セス且自白カ錯誤ニ出テタルコトヲ證明スルトキハ之カ取消ヲ許スヘキモノ』トシタリ（大審四年民一五二一頁、三九年民一一八五頁、岩田氏前揭二七七頁）。尤モ仁井田博士ハ『裁判上自白ハ之ヲ爲シタル當事者ヲ拘束ス、自白ヲ爲シタル當事者ハ民訴第四六九條第一項第二號及ヒ第二項ニ依ル場合ノ外相手方ノ承諾アル場合ニ限リ取消スコトヲ得』ルモノトシタリ（大綱一八一頁）。又

裁判外ノ自白ニ付キテハ、判例ニ於テモ或ハ『裁判外ノ自白ノ證據力ニ付キテハ原則的ニ之ヲ規定シタルモノナケレハ、之ヲ採用シテ自白ノ事實ヲ眞實ナリト認ムルト否トハ裁判所ノ自由判斷ニ屬ス』トナシ（大審二年民七四〇頁）、學說ニ於テモ裁判外ノ自白ハ一ノ證據タルニ過キスシテ其證據力ハ裁判所ノ自由判斷ニ屬ストシタリ（仁井田博士大綱一八一頁）。

第二目　裁判上の自白

參考　Canstein in ZZP. Bd. I S. 257., Demelius, Confessio (1880)., Wach in Arch. Civ. Prax. Bd. 64 S. 201, 246., Pollak, gerichtliches Geständniss (1893)；Wittmaak,

Arch. civ. Prax. Bd. 88 S. 1; Bülow, Geständnisrecht (1899)., Hegler, Anerkenntniss u. Verzicht (1903)., Hellwig, System Bd. I § 148: Kommentar zu § 288 CPO.

我訴訟法ニハ裁判上ノ自白ノ效力ヲ定メタル直接ノ規定ナシト雖モ、諸求ノ認諾ニ關スル民訴第二二九條ノ類推ニ依リ、『口頭辯論ノ際當事者ノ一方カ相手方ノ爲シタル事實上ノ陳述ヲ自白シタルトキハ、裁判所ハ自白ニ基キ其事實ヲ眞ナリトシテ裁判スヘシ』ト云フ規定存スルカ如クニ解スヘク、如此キハ人訴第一〇條第二項謂フ所ノ『裁判上ノ自白ニ關スル法則』ニ外ナラサルコトハ前述ノ如シ。以下此ノ前提ノ下ニ於テ裁判上ノ自白ノ觀念效力其取消ノ問題ヲ說明スヘシ。

一 裁判上ノ自白及ヒ裁判外ノ自白觀念

一 觀念

裁判上ノ自白トハ繫屬スル當該ノ訴訟ノ口頭辯論ニ於テ、相手方ノ陳述シタル事實ニシテ自己ニ不利ナルモノヲ眞ナリトスル陳述ヲ云フ、裁判上ノ自白ニ非サル自白ハ卽チ裁判外ノ自白ナリ。左ニ之ヲ分說スヘシ。

(一)相手方ノ陳述シタル事實ノ自白

(1)不利ナル事實ノ陳述

自白ノ對象

經驗律ハ?

(一) 相手方ノ陳述シタル事實ニシテ、自己ニ不利ナルモノヲ眞ナリトスル陳述ナリ。

(1) 自己ニ不利ナル事實ヲ眞ナリトスル陳述ハ卽チ自白ナリ。從テ、

(イ) 自白ノ對象ハ事實(卽チ事實上ノ陳述)ナリ、反之法律上ノ陳述ニシテ自己ニ不利ナルモノヲ眞ナリトスル陳述ハ認諾ナリ。自白ト認諾トハ單ニ眞ナリトセラルル對象ヲ異ニスルニ過キス。——經驗律實驗法則 Erfahrungsgesetz) ハ法則ニシテ事實ニ非ス、經驗律ヲ適用シタル結果モ亦事實ニ非ス、從テ自白ノ對象タルコトヲ得ス。從テ不能ナル事實卽チ經驗律ニ反スルコトノ顯著ナル事實ハ、裁判上自白セラルルモ裁判所ハ自白ニ基キテ其事實ヲ眞實ナリトスルコトヲ得ス (Stein, Privates Wissen, S. 98; Förster-Kann. Nr. 4a zu § 288 CPO.)

(ロ) 自己ニ不利ナル事實ヲ眞ナリトスル陳述ニ限リ自白ナリ。從テ自己ニ有利ナル事實ヲ眞ナリトスル陳述ハ自白ニ非ス。畢竟自白

(2)相手方ノ陳述シタル事實ナルコト

カ信憑セラルル所以ハ、自己ニ不利ナル事實ナルニ拘ハラス之ヲ眞ナリトスルニハ、元來其事實カ眞ナルカ爲メ止ムヲ得サルニ因ルモノト推及スルコトヲ得ルカ爲メナルカ故ナリ。

(2) 以上ハ裁判上ノ自白タルト裁判外ノ自白タルトヲ問ハス、又刑事訴訟若クハ行政訴訟ニ於ケルトヲ問ハス、苟クモ自白タル以上ハ具ヘサルヘカラサル性質ナリ。唯、民事訴訟ニ於ケル裁判上ノ自白タルニハ更ニ相手方ノ陳述シタル事實ニシテ且自己ニ不利ナルモノヲ眞ナリトスル陳述ナルコトヲ要ス、換言セハ相手方カ陳述シタル事實ヲ眞ナラストシタル場合ニ非サレハ裁判上ノ自白ニハ非ス。此ノ制限ハ民訴第二二九條ノ類推ニ依リテ認メラルヘキ前示解釋ノ結果ナリ註[一]。——尤モ(a)當事者ノ一方カ先ツ有利ナル事實ヲ陳述シタル後、他ノ一方カ其陳述ヲ「眞ナリ」、「然リ」トスルヲ通常トスルト雖モ、(b)他ノ一方カ先ツ自發的ニ自己ニ不利ナル事實ノ陳述ヲ爲シタル後、當事者ノ一方(相手方)カ自己ノ爲メニ其事實(卽チ自己ニ有利ナル事實)ヲ陳述シ若クハ援用シタル場合ニ於テモ裁判上ノ

(二)當該ノ訴訟ノ口頭辯論ニ於ケル自白

書面上ノ自白

自白ハ存スルモノト云ハサルヘカラス。

(二) 更ニ繫屬スル當該ノ訴訟ハ口頭辯論ニ於テ爲スコトヲ要ス。此制限モ亦民訴第二九九條ノ類推解釋ニ基クモノニシテ、同條ニ『口頭辯論ノ際』トアルニ依ルモノナリ。卽チ

(1) 繫屬スル當該ノ訴訟ニ於テ爲サレタルコト、換言セハ恰モ自白ノ對象トナレル相手方ノ事實上ノ陳述ヲ基本トシテ判決カ爲サルヘキ訴訟ニ於テ爲サレタルコトヲ要ス。從テ他ノ訴訟ノ口頭辯論ニ於テ爲サレタル自白ハ、其訴訟ニ於テハ裁判上ノ自白タリト雖モ、此ノ訴訟ニ於テハ裁判外ノ自白タルニ過キス。

(2) 口頭辯論ニ於テ爲スコトヲ要ス。從テ(イ)受訴裁判所ノ口頭辯論期日ニ於テ爲スカ、若クハ又(ロ)受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ於テ爲スヲ要ス。後ノ場合ニ於テハ調書ニ記載シ且受訴裁判所ノ口頭辯論ニ於テ調書ニ基キ演述セサルヘカラス(訴二六八條一項二號、二七一參照)。裁判所カ口頭辯論ニ基カスシテ裁判ヲ爲スコトヲ得ル場合、換言セハ

書面上ノ陳述ノミニ基キテ裁判ヲ爲スコトヲ得ル場合ニハ(訴一〇三條、假書)、書面ヲ以テ爲シタル自白モ亦裁判上ノ自白ナリト云ハサルヘカラス(Hellwig, System I §148 S. 436 a.a.O.; A. M. Foster-Kann Nr. 6 zu §288 ZPO.)。

以上(一)(ロ)ニ掲ケタル要件ニ適合スル自白ハ裁判上ノ自白ナリト雖モ、之ニ適セサル自白ハ總テ裁判外ノ自白ナリ。從テ(イ)繫屬スル當該ノ訴訟以外ニ於テ爲サレタル自白卽チ他ノ訴訟ニ於テ爲サレタル自白並ニ(ロ)繫屬スル訴訟ノ口頭辯論以外ニ於テ爲サレタル自白卽チ裁判所以外ニ於テ爲サレタル場合ハ勿論、準備書面ニ於テ爲サレタル自白モ亦裁判外ノ自白ナリ。更ニ(ハ)當事者カ自發的ニ自己ニ不利ナル事實ヲ眞ナリトシタル場合ニ於テ、相手方カ其事實ヲ陳述セサリシトキハ又裁判外ノ自白タルニ過キス。

二 性質

裁判上ノ自白ノ性質ニ付キテハ學說紛ル。

(一) 一派ノ學者ハ效果意思ノ表示(卽チ訴訟法律行爲)ナリトス。尤モ

裁判上自白ノ性質

(一)效果意思ノ表示ナリトス

此派ニ屬スル學者ノ間ニモ其見解ハ峽カレタリ、或ハ

(1) 單純ナル否認ニ依リテ相手方ノ陳述ヲ爭フ權利ヲ拋棄スル意思表示(Verzicht auf Bestreitungsrecht)ナリトス(Planck Lehrb. I, 317; u. A.)。然レトモ、(イ)單純ナル否認ニ依リテ爭フ權利ナルモノハ訴訟法上認ムルコトヲ得ス。是レ辯論主義ノ下ニ於テモ各當事者ハ眞實義務(Wahrheitspflicht)ヲ負フモノ、換言セハ各當事者ハ事件ニ於ケル事實ノ關係ヲ眞實ニ從ヒ且完全ニ陳述スヘキ義務ヲ負フモノト解スヘク(訴一一〇條二項參照)、固ヨリ虛言ヲ爲ス權利ヲ有スルニ非ス[一]。而カモ當事者カ自白ヲ爲ス通常ノ場合ニ於テハ相手方ノ陳述スル事實カ眞實ナルカ爲メ已ムヲ得サルニ因ルモノタリ、然カルニ論者ハ自白者ニ於テ相手方ノ陳述セル事實ノ眞實ナルコトヲ認ムル場合ニ於テモ、仍ホ之ヲ爭フ權利從テ虛言ヲ爲ス權利ヲ認メントスルモノナリ、從テ其非ナルコトハ疑ヲ容レス。且(ロ)假リニ「單純ナル否認ニ依リテ爭フ權利」ナルモノハ之ヲ認メ得ルモノトスルモ、自白ヲ以テ其權利ノ拋棄ナリトスルハ非ナリ。是レ、拋棄ニハ權利ヲ

批評

消滅セシムル積極的ノ意思アルコトヲ要ス。然カルニ自白カ爲サルル通常ノ場合ニ於テハ、或ハ單ニ相手方ノ事實上ノ陳述ニ對シテ「然リ」ト云ヒ、或ハ又「一定ノ事實ハ斯ク斯クナリ」ト云フニ過キス　自白者ハ「爭フ權利ヲ抛棄ス」ト云フカ如キ效果意思ヲ有セサルノミナラス、假令斯ル效果意思ヲ有スル場合ニ於テモ其意思ハ、右陳述ニ依リテハ表示セラルルコトナシ註【三】。加之(ハ)論者ハ「爭ハントハ欲セサルコト」(:Nichtstreitenwollen:)ヲ以テ自白ト同一視セルモノハナリ。然レトモ、自白ハ相手方ノ陳述ヲ「然リ」トスルモノニシテ「爭ハサルコト」トハ同一ニ非ス。否認(爭ヒ)ト「然リ」トノ間ニハ、仍ホ「爭ヒ」ニモ非ス又「然リ」トスルニモ非スル幾多ノ中間ノ狀態アリ(例ハ沈默、不知等ノ如シ)。現ニ我訴訟法ニ於テモ「爭ハサルコト」ヲ以テ直チニ自白ナリトハナサス、「明ニ爭ハサル事實ハ他ノ陳述ヨリ之ヲ爭ハントスル意思カ顯ハレサルトキハ自白シタルモノト看做ス」トシ(訴一一一條二項)、自白ヲ擬制(擬制ノ自白)シテ、眞ニ自白アルニ非ルコトヲ示シタリ。

——要スルニ、自白ヲ以テ爭フ權利ヲ抛棄スル意思表示ナリトスル見解

ハ到底誤マレルモノト云ハサルヘカラス。

註【一】民事訴訟ニ於テモ當事者カ眞實義務 (Wahrheitspflicht) ヲ有スルコトニ付キテハ、Kiseln, Schuldhafte Parteihandlungen S. 125f., 215f., Degenkolb, Beitrige zum Civilprocess S. 563 f., Hellwig, Lehrb. II S. 40 f., System I S. 402 f., 參照。

註【二】Planck ノ主張ニ係ル「爭フ權利ヲ抛棄スル意思表示ナリ」若クハ「爭ハサラント欲スル意思表示ナリ」トスル見解ニ對シテハ、Bülow ハ頗ル詳細ノ批評ヲ試ミタリ (Bülow, Geständnissrecht S. 96, 30f.)。本文ノ批評ハ大體之ニ依ルモノナリ。

(2) 或ハ又相手方ノ陳述シタル事實ノ眞僞如何ニ拘ハラス、眞實ナリトシテ判決ノ基本ト爲サンコトヲ欲スル意思卽チ眞實ナリト確定セントスル意思 (Feststellungswille) ノ表示ナリトス。初メラ此見解ヲ首唱シタルハ Wach ニシテ、以爲ラク「自白ハ完全ナル證據方法ナルカ故ニ盧僞ナルコトノ反證アルマテハ完全ナル證據力ヲ有セサル

ヘカラス。故ニ若シ自白ニ右證據力ヲ否認セントセハ、必スヤ事實ノ眞僞ニ拘ハラス眞實ナリト認メント欲スル意思ニ依リテ代用セラレサルヘカラス。自白ハ其外觀ニ於テハ單ニ相手方ノ陳述シタル事實ヲ「然リ」トスル陳述ニ過キス、然レトモ特別ノ事情有ル場合ニハ其陳述ノ中ニ他ノ內容卽チ處分ノ意思表示カ包容セラルルコトヲ妨ケス。而シテ自白者カ相手方ノ陳述シタル事實ニ關シ知レル所ノモノヲ陳述セスシテ、寧ロ其眞僞ヲ度外視シテ、眞實ナリト確定センコトヲ欲スル意思(從テ法律上ノ效果ヲ形成セントスル意思)ヲ自由ナル形式ニ於テ表示スル場合ニハ、處分ノ意思表示アリト云ハサルヘカラス』云々(Wach, Das Geständniss, bei Arch. für Prax. Bd. 62 S. 216, 226 ff.)

註〔三〕。

然レトモ、(イ)當事者カ相手方ノ陳述シタル事實ヲ自白スル通常ノ場合ニハ『眞僞如何ニ拘ハラス眞實ナリトシテ判決ノ基本ト爲サンコトヲ欲ス』ト云フ如キ複雜ナル效果意思ヲ有スル場合アリトスルモ、其效果意思ハ單ニ相手方ノ事實上ノ陳述ヲ『然リ』トシ若クハ又『事實ノ關係ハ斯ク斯クナリ』ト云フ陳述カ、其場合ニ於ケル特別ノ事情ヲ斟酌スルトキハ、右效果意思ヲ表示シタルモノト解シ得ルカ如キ場合ニ於テモ、該意思表示ハ單ニ裁判上ノ自白ニ伴ヒテ存スル別箇ノ意思表示ニシテ、自白其自體ナリトハ云フコトヲ得サルヘシ註〔三〕〔四〕。

註〔三〕 判例ニモ『裁判上ノ自白ハ當事者カ裁判所ニ對シ相手方ノ主張スル自己ニ不利益ナル事實ヲ以テ裁判ノ基本トナサンコトヲ求ムル意思表示ニシテ法律カ其希望ニ應シテ其效力ヲ認ムルモノナリ、卽チ單純ナル事實上ノ陳述タル性質ヲ有セサルモノナリ』トシテ(東京控訴院大正元年法律新聞八四五號二一頁)、確定意思ノ表示ナリトスル見解ナキニ非スト雖モ、其非ナルコトハ本文述フル所ノ如シ。

註〔四〕 獨逸ノ訴訟法學者カ裁判上ノ自白ヲ以テ效果意思ノ表示ナリトスルハ、

(二)自白ハ事實上ノ陳述觀念ノ表現ナリ

事ロ裁判上ノ自白ノ撤回ニ關スル獨逸民事訴訟法第二九〇條ノ結果ナリト云フヲ妨ケス。同條ニハ「自白ハ撤回セントスル當事者ニ於テ自白カ眞實ニ合セス且錯誤ニ因リテ自白ヲ爲シタルモノナルコトヲ證明シタル場合ニ限リ其效力ヲ生ス、此場合ニ於テハ裁判上ノ自白ハ其效力ヲ失フ」ト規定セルカ故ニ、論者ハ以爲ラク、謂フ所ノ「原因タル錯誤」(Causal Irrthum)ハ效果意志ト表示トノ不一致ヲ云フモノナルカ故ニ、裁判上自白ハ必然效果意思ノ表示ナラサルヘカラストシ、之ニ次キテ該效果意思ノ法理的構成ヲ試ミ或ハ拋棄意思ナリトシ、或ハ確定意思ナリトナスモノニ外ナラス。

(一) 裁判上ノ自白ヲ以テ效果意思ノ表示ナリトスル見解ハ之ヲ拋棄意思ノ表示ニハアラス、其內容ハ相手方ノ事實上ノ陳述ニシテ又其性質ハ「觀念表現」(Wahrheits=Wissens=od. Vorstellungserklärung)ニ外ナラストスル見解ヲ生シ、若クハ又確定意思ノ表示ナリトスルモ牽强ノ嫌アルコトハ上述ノ如シ。於是カ自白ハ裁判上ノ自白タルト裁判外ノ自白ナルトヲ問ハス、效果意思ノ表示ニハアラス、其內容ハ相手方ノ事實上ノ陳述ニシテ又其性質ハ「觀念表現」(Wahrheits=Wissens=od. Vorstellungserklärung)ニ外ナラストスル見解ヲ生シ、之ヲ以テ正當ナリトセサルヘカラス。何ントナレハ自白者カ(イ)自發的ニ「事實ノ關係ハ斯ク斯クナリ」トシテ自己ニ不利ナル事實ヲ陳述スル場合ハ勿論、(ロ)當事者ノ一方カ自己ニ不利ナル事實ヲ述ヘ、他ノ一方カ其事實上ノ陳述ヲ眞ナリトスル場合ニ於テモ畢竟事實上ノ陳述ヲ爲スモノニ外ナラサルカ故ナリ註【五】

裁判上ノ自白ハ事實上ノ陳述ニ外ナラサルカ故ニ他ノ事實上ノ陳述ニ、於ケルト等シク裁判所ニ對シテ爲スヘキモノニシテ相手方ニ對シテ爲スモノニハ非ス。從テ、自白カ效力ヲ生スルニハ固ヨリ相手方ノ承諾ヲ必要トスルコトナシ。

註【五】 裁判上ノ自白モ亦事實上ノ陳述ニシテ觀念表現 (Wahrheits=od Wisserklärung) ニ外ナラストスル見解ハ Bülow, Geständnissrecht (1899) ノ首唱シタル所ニシテ、Hegler, Anerkenntniss und Verzicht (1403); Seuffert, Nr. 1 zu § 288 CPO. 並ニ Hellwig, System Bd. 1 § 1,8 S. 437f. u. Processhandlung S. 28 等ノ贊スル所ナリ。

訳六八條ニハ『自白其他ノ事實上ノ陳述』トアリ

註【六】 我民事訴訟法第六八條ニ對當スル獨民訴第八五條ニ於テハ、訴訟代理人ノ爲シタル訴訟行爲ハ本人タル當事者カ自ラ其行爲ヲ爲シタリシト等シク、其者ニ對シテ效力ヲ生ス。代理人ト共ニ裁判所ニ出頭シタル當事者カ卽時ニ取消シ（Widerruf）又ハ更正セサル限リ自白其他、事實ノ陳述（Gestandnissen u. anderen tatsächlichen Erklärungen）ニ付キ亦同シ』ト規定シ、自白ハ事實上ノ陳述ニ外ナラサルコト、從テ訴訟代理人ト共ニ出頭シタル本人之ヲ取消シ若クハ更正シ得ルコトヲ示シタリ。更ニ獨民訴第二九〇條ニ於テハ、『裁判上ノ自白ノ取消（Widerruf）ハ、取消サントスル當事者ニ於テ自白カ眞實ニ合セス且錯誤ニ因リテ爲サレタルコトヲ證明シタル場合ニ限リ其效力ヲ生ス、此場合ニ於テハ裁判上ノ自白ハ其效力ヲ失フ』ト規定シタリ。裁判上ノ自白ニシテ若シ事實上ノ陳述ニ非ストセハ、自白カ眞實ニ合セサルコトヲ事由トシテ之ヲ取消シ得ヘキ理由ナシ、Wach モ亦裁判上ノ自白ヲ以テ效果意思ノ表示ナリトスル場合ニハ、眞實ニ合セサルコトノ證明ニ依リテ其效力ヲ失ハシメ得ヘキ理由ナキコトヲ認メタリ（Wach ebenda S. 239）。サレハ、眞實ニ合セサルコトヲ證明ニ依リテ

裁判上ノ自白ノ效力ヲ失ハシメ得ルハ畢竟自白カ事實上ノ陳述ニシテ觀念表現（Wahrheitserklärung）タルカ爲メニ外ナラス（Hellwig, System I S. 438 a.a.O.）。

註【七】 裁判上ノ自白ヲ以テ『證據ヲ免除スル契約』ナリトスル見解ナキニ非ス。然レトモ（イ）事實ノ眞僞ハ裁判所辯論ノ全旨趣並ニ證據調ノ結果ニ基キ自由ナル心證ヲ以テ判斷スヘキモノナルカ故ニ（訴二一七）、當事者カ證據ヲ免除スル契約ヲ締結シ、之ニ依リテ裁判所カ得ヘキ心證ヲ羈束セントスルハ、司法權ノ行使ヲ當事者間ノ契約ノ定ムル所ニ繫ラシメントスルモノ卽 Konventionalprocess ヲ認メントスルモノニ外ナラサルカ故ニ、其不法ナルコトハ固ヨリ論ヲ俟タス（Wach, Das Gestandniss in Arch. civ. Prax. S. 218f. 尙後述訴訟契約ノ說明參照）。加之（ハ）裁判上ノ自白ハ裁判所ニ對シテ爲スモノニシテ相手方ニ對スルモノニハ非サルカ故ニ、相手方ハ之ニ對シテ承諾ノ意思表示ヲ爲スニ由ナク從テ契約ニ非サルコトハ論ヲ俟タス（Hellwig, System Bd. I S. 437 a.a.O.）。

三　裁判上自白ノ效力及ヒ其根據

（一）裁判上自白ノ效力

（1）辯論主義ノ行ハルル範圍ニ於テハ裁判上自白セラ

レタル事實ハ證據ヲ必要トセス。詳言セハ自白ハ證據原因ニハ非ス從テ裁判所ハ自由ナル心證ヲ以テ自白ニ認ムヘキ證據力ヲ判斷スルコトヲ得ス。否ナ自白セラレタル事實ニ付キテハ心證ヲ得ルト否トヲ問ハス直チニ眞實ナリトシテ判決ノ基本ト爲ササルヘカラス。——如此キハ Bethmann-Hollweg 以來ノ學說ノミナラス獨訴訟法第二八八條、澳訴第二六六條、匈牙利訴第二六三條等ノ認ムル所ニシテ註【八】我現行法ニ於テモ『裁判上ノ自白ノ效力』若クハ『裁判上ノ自白ニ關スル法則』ト稱スルモノニシテ(訴四一八、人訴一〇條二項)、又請求ノ認諾ニ關スル民訴第二二九條ノ規定ノ類推ニ依リテ達スヘキ結果ナルコトハ先ニ述ヘタルカ如シ。

註【八】獨民訴第二八八條ニハ『當事者ノ一方ノ陳述シタル事實ハ訴訟ノ進行中相手方カ口頭辯論ノ際又ハ受命判事若クハ受託判事ノ調書ニ自白シタル範圍ニ於テハ證據ヲ要セス』ト規定シ、澳民訴第二六六條第一項ニハ『當事者ノ一方カ陳述シタル事實ハ相手方カ準備書面ニ於テ自白シ又ハ訴訟ノ進行中口頭辯論ニ於テ又ハ受命判事若クハ受託判事ノ調書ニ明カニ自白シタル範圍ニ於テハ證據ヲ要セス』ト規定シ又匈牙利訴訟法第二六三條ニハ『事實上ノ陳述ニシテ相手方カ口頭辯論ノ際自白シタルモノハ證據ヲ要セス、受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ於テ爲サレ且調書ニ記載セラレタル自白亦同シ』ト規定セリ。

(二) 根據　裁判上ノ自白ノ效力ニ付キテハ見解岐カル。

(1) 裁判上ノ自白ヲ以テ效力ヲ有スルハ固ヨリ當然ナリ。否ナ效果意思ノ表示ナリトスル論者カ前揭ノ效果意思ノ表示ナリトスル幾多ノ見解ハ、寧ロ裁判上ノ自白ノ特種ノ效力ヲ說明スルカ爲メニ立テラレタルモノト云フヲ妨ケス。現ニ Wach ノ如キハ『自白ハ完全ナル證據方法ナルカ故ニ虛僞ナルコトノ反證アルマテハ完全ナル證據力ヲ有セサルヘカラス』ト云ヘリ(Wach, ebenda, S. 216 f.)。然レトモ、裁判上ノ自白モ亦事實上ノ陳述ニシテ、效果意思ノ表示ニ非ス、訴訟法律行爲ニ非サルコトハ前述ノ如クナルカ故ニ、其效力ヲ以テ訴訟法カ效

果意思ヲ是認シ又之ヲ理由トシテ付シタル效力ナリト云フヲ得ス。サレハ裁判上ノ自白カ前揭特殊ノ效力ヲ生スルノ根據ハ之ヲ他ニ求メサルヘカラス。

(2) 吾人ハ一派ノ學者ト共ニ之ヲ以テ當事者間ニ爭ナキコト從テ結局ニ於テハ辯論主義ノ結果ナリトセントス。換言セハ當事者双方ノ利害ハ相牴觸スルカ故ニ、若シ當事者ノ一方ノ事實上ノ陳述ニシテ眞實ニ反センカ相手方ハ必然之ヲ爭フヘシ、然カモ相手方カ之ヲ爭ハスシテ自白セルハ畢竟其事實カ眞實ナルカ爲メナルヘシト云フ推論ニ基クモノニ外ナラス。尤モ、右ノ結果トシテ眞實ニ反スル自白カ爲サレタル場合ニ於テモ、裁判所ハ自白セラレタル事實カ果シテ眞實ナルヤノ證據判斷ヲ爲サスシテ直チニ其事實ヲ眞實ナリトシテ判決ノ基本ト爲スコトヲ要スルニ至リ、從テ又客觀的眞實ニ合セサル判決即不當認定判決(Unrichtiges Urteil)ヲ生スルノ危險ナシトセス。然レトモ、訴訟法ハ大量觀察ニ依リ、裁判上自白カ爲サレタル各箇ノ場合ニ付キ自白セラレタル事實カ

(2)當事者ノ一致ニ基ク

果シテ眞實ニ合スルヤ否ヤヲ一々判斷スルヨリモ、少數ノ場合ニ於テハ右ノ危險アルニ拘ハラス、何等ノ證據判斷ヲ爲スコトナク自白ニ基キテ直チニ眞實ナリトスルヲ以テ訴訟經濟(Prozessoekonomie)ニ合ストナセルモノナリ、元來民事訴訟ハ當事者カ其責任ニ於テ爲スヘキモノナルカ故ニ(辯論主義)訴訟法カ右ノ立場ヲ採レルハ其理由ナシト云フヲ得ス【註九】

【九】 裁判上ノ自白カ證據ヲ不要トスル效力ヲ生スルノ根據カ、辯論主義ノ結果當事者間ニ爭ナキ事實ニ付キテハ裁判所其眞僞ヲ判斷スルコトヲ得スト云フニアルハ、既ニ Bethmann-Hollweg ノ認メタル所ニシテ、Below モ亦『事實ノ眞實ナルコトニ付キ當事者カ一致セルニ當タリ、國家カ其ノ眞實ナルコトニ疑ヲ挿ミ之ヲ審理スルカ如キハ當事者間ニ存スル平和ヲ擾亂スルモノニ外ナラス。』quieta non movere(平和ハ之ヲ擾亂スヘカラス)ト云フハ、國家カ私人ノ事件ニ對シテ執ルヘキ唯一最良ノ政策ト云ハサルヘカラス。是レ、當事者双方カ一致シテ眞ナリトセル事實ニ付キテハ、證據判斷ヲ爲サスシテ直チニ判決ノ基本トナスヘシトセル所以ナリ』トナス(Below, Das Geständnisrecht 49

244 a.a.O.)ト又 Pollak ハ以爲ラク、『裁判上自白セラレタル事實カ證據ヲ要セサル所以ハ、眞實、當事者ノ責任及ヒ訴訟經濟ナル三語ニ依リテ說明セラル。卽チ自白ハ通常眞實ニ合スト云フ原則ニ出發シ、而カモ自白カ爲サルル總テノ場合ニ關シテ證據判斷ヲ爲サスシテ判決ノ基本トスヘシトナス所以ハ、(イ)自白カ眞實ニ合セサル多數ノ場合ニ於テハ自白者ニ其責ニ任スヘキ事由アルヘシ、又(ロ)爾余ノ少數ノ場合ニ於テハ自白者ニ責ナシトスルモ、訴訟經濟上證據ヲ要セサルモノトナササルヘカラス』トシ Pollack edenda S. 114 fg.)、Hellwig モ亦『少數ノ場合ニ於テ不當認定判決ヲ生シ得ヘキコトハ法ノ豫期スル所ナリ』トナシ、訴訟經濟上然カリトスルモノノ如シ (Hellwig, System I S. 438)

四　取消及ヒ撤回

(一)　裁判上ノ自白ノ取消及ヒ撤回　取消

裁判上ノ自白ハ相手方、其法定代理人若クハ訴訟代理人ノ刑法上罰セラルヘキ所爲(卽チ詐欺、强迫等)ノ結果トシテ爲サレ又ハ自己ノ代理人カ自白ヲ爲スコトニ依リテ刑法上罰セラルヘキ所爲(例ハ背任)ヲ侵シタル場合ニ於テハ自白ヲ爲シタル當事者又ハ自白ノ效力カ及フヘキ當事者ハ、其自白ヲ取消スコトヲ得サルヘカラス。何トナレハ右ニ述フルカ如キ自白ノ對象トナリタル事實ヲ基本トシテ爲サレタル判決ハ確定後ニ於テモ仍ホ再審訴訟タル原狀回復ノ訴ニ依リテ其取消ヲ求ムルコトヲ得ルカ故ニ(訴四六九條二號)、該判決ノ基本トナルヘキ事實ニ對スル前揭ノ自白ハ一層强キ理由ヲ以テ直チニ之ヲ取消スコトヲ得ヘキカ故ナリ (Weismann, Lehrbuch I § 762 V. 3, S 3 or Hellwig, System Bd. I S. 438)。

(二)　撤回

(1)　裁判上ノ自白ハ事實上ノ陳述ニ外ナラサルカ故ニ、訴訟代理人ノ爲シタル自白ハ之ト共ニ出頭シタル本人タル當事者ニ於テ直チニ之ヲ更正スルコトヲ得(訴二八八條二項)、又補佐人ノ爲シタル裁判上ノ自白ハ當事者卽時ニ之ヲ撤回シ若クハ更正シ得サルヘカラス(訴七一條二項)。更ニ從參加人(通常ノ從參加ノ場合ニ於ケル)ノ爲シタル裁判上ノ自白ハ主タル當事者之ヲ

(1)訴訟代理人、輔佐人又ハ從參加人ノ爲シタル自白ノ撤回

之ヲ取消シ得ヘキニ非スシテ錯誤ノ證明ハ畢竟原狀回復ノ申立ヲ必要ナル外ニ
ス（Hellwig, System S. 439）。

（ロ）立法例

獨逸民事訴訟法ハ當事者ニ於テ自白シタル場合ノ外裁判上ノ自白ハ仍ホ之ヲ撤回（Widerruf）スルコトヲ得サルヘカラス（五四條二項）。

（イ）法制

羅馬法ノ Formula 訴訟ニ於テハ裁判上ノ自白（confessio in judicio）ハ眞實ニ合セサルコトヲ證明スルニ非サレハ之ヲ撤回スルコトヲ得サリシ（Wetzell, System des ordenlichen Zivilprozesses, 3 Aufl. S. 171 u. 698 Anm. 127）。

獨逸普通訴訟法ニ於テハ裁判上ノ自白ノ撤回ニハ錯誤ニ因リ又ハ同時提出主義ヲ採用スルカ故ニ當事者ノ一方カ一旦相手方ノ事實上ノ陳述ニ對シ自白ヲ爲シタルトキハ元來相手方ノ該事實上ノ陳述ニ對スル他ノ陳述ハ最早之ヲ追完スルコトヲ得ス。唯原狀回復ノ申立（restitutio in integrum）ヲ爲シ得ル場合ニ限リ該申立ニ依リテ爭フ旨ノ陳述ヲ追完スルコトヲ得ル場合ニ於テハ其效力ハ同法ニ於ケル自白ノ撤回ニ準ス。

（ハ）其他ノ場合

（2）以上ニ揭ケタル場合ノ外裁判上ノ自白ハ仍ホ之ヲ撤回スルコトヲ得サルヘカラス（五四條二項）。

（イ）法制

羅馬法ノ Formula 訴訟ニ於テハ裁判上ノ自白（confessio in judicio）ハ眞實ニ合セサルコトヲ證明スルニ非サレハ之ヲ撤回スルコトヲ得サリシ（Wetzell, System des ordenlichen Zivilprozesses, 3 Aufl. S. 171 u. 698 Anm. 127）。

獨逸普通訴訟法ニ於テハ裁判上ノ自白ハ錯誤ニ因リ又ハ同時提出主義ヲ採用スルカ故ニ當事者ノ一方カ一旦相手方ノ事實上ノ陳述ニ對シ自白ヲ爲シタルトキハ元來相手方ノ該事實上ノ陳述ニ對スル他ノ陳述ハ最早之ヲ追完スルコトヲ得ス。唯原狀回復ノ申立（restitutio in integrum）ヲ爲シ得ル場合ニ限リ該申立ニ依リテ爭フ旨ノ陳述ヲ追完スルコトヲ得ル場合ニ於テハ其效力ハ同法ニ於ケル自白ノ撤回ニ準ス。

（ロ）立法例

獨逸民事訴訟法ハ自白ニ於テ事實ヲ明スルニ付キテハ我訴訟法ニハ直接ノ明文ナシ。

（イ）法制

羅馬法ノ Formula 訴訟ニ於テハ裁判上ノ自白ハ（confessio in judicio）眞實ニ合セサルコトヲ證明スルニ非サレハ之ヲ撤回スルコトヲ得サリシ（Wetzell, System des ordenlichen Zivilprozesses, 3 Aufl. S. 171 u. 698 Anm. 127）。

獨逸普通訴訟法ニ於テハ裁判上ノ自白ハ錯誤ニ因リ又ハ同時提出主義ヲ採用スルカ故ニ當事者ノ一方カ一旦相手方ノ事實上ノ陳述ニ對シ自白ヲ爲シタルトキハ元來相手方ノ該事實上ノ陳述ニ對スル他ノ陳述ハ最早之ヲ追完スルコトヲ得ス。唯原狀回復ノ申立（restitutio in integrum）ヲ爲シ得ル場合ニ限リ該申立ニ依リテ爭フ旨ノ陳述ヲ追完スルコトヲ得ル場合ニ於テハ其效力ハ同法ニ於ケル自白ノ撤回ニ準ス。

（ハ）其他ノ場合

（2）以上ニ揭ケタル場合ノ外裁判上ノ自白ハ仍ホ之ヲ撤回（Widerruf）スルコトヲ得サルヘカラス（五四條二項）。

（イ）法制

羅馬法ノ Formula 訴訟ニ於テハ裁判上ノ自白ハ（confessio in judicio）眞實ニ合セサルコトヲ證明スルニ非サレハ之ヲ撤回スルコトヲ得サリシ（Wetzell, System des ordenlichen Zivilprozesses, 3 Aufl. S. 171 u. 698 Anm. 127）。

獨逸普通訴訟法ニ於テハ裁判上ノ自白ハ錯誤ニ因リ又ハ同時提出主義ヲ採用スルカ故ニ當事者ノ一方カ一旦相手方ノ事實上ノ陳述ニ對シ自白ヲ爲シタルトキハ元來相手方ノ該事實上ノ陳述ニ對スル他ノ陳述ハ最早之ヲ追完スルコトヲ得ス。唯原狀回復ノ申立（restitutio in integrum）ヲ爲シ得ル場合ニ限リ該申立ニ依リテ爭フ旨ノ陳述ヲ追完スルコトヲ得ル場合ニ於テハ其效力ハ同法ニ於ケル自白ノ撤回ニ準ス。

（ハ）其他ノ場合

（2）以上ニ揭ケタル場合ノ外裁判上ノ自白ハ仍ホ之ヲ撤回（Widerruf）スルコトヲ得サルヘカラス（五四條二項）。

誤アル場合ニ限リ初メテ自白ヲ取消シ得ヘキハ固ヨリ當然ナリトス。
反之(ロ)裁判上ノ自白ヲ以テ事實ノ陳述ナリトスル論者ハ、眞實ニ反セサルコトノ證明ニ依リテ自白ヲ取消シ得ヘキハ、觀念ノ表現 (Wahrheits-erklärung) タル性質上當然ナリ。反之錯誤ニ因ルコトノ證明ハ、若シ錯誤ヲ以テ效果意思ト表示トノ不一致ナリトセハ無意味ナリ(是レ自白ハ效果意思ノ表示ニ非ルカ故ナリ)。故ニ謂フ所ノ錯誤ハ事實ニ對スル觀念(Vorstellung)ノ錯誤卽チ事實ノ誤認ヲ云フモノト解セサルヘカラス【註十】。而シテ訴訟法カ如此キ二重ノ證明ヲ爲スニ非サレハ自白ヲ取消スヲ得ストナセルハ、畢竟撤回ニ因リテ生スヘキ困難ト訴訟進行ノ遲延ヲ防止シ、訴訟手續ノ秩序ヲ維持センカ爲メニ外ナラスト爲セリ(Hegler, Anerkenntnis S. 290f., 384 f.; Hellwig, System Bd. I S. 439.)

註【十】 獨訴第二九〇條謂フ所ノ錯誤カ效果意思ノ錯誤ニハ非スシテ事實ニ對スル觀念ノ錯誤ナルコトハ、Pollack ノ主張スル所ニシテ氏ハ „Nachweis des subjektiven Irrthums über die Wahrheit der eingestandenen Thatsache“『自白セラレタル事實ノ眞實ニ關スル主觀的ノ錯誤(誤認)ノ證明』ヲ要求スルモノニ外ナラストシ (Pollak, ebenda S. 117)、Hellwig モ亦『誤マレル觀念ヲ生セシメタル事情ヲ證明』„Nachweis der Umstände, die die falsche Vorstellung veranlassten“ スヘキモノナリトナセリ(System I S. 439)。

以上ハ獨逸訴訟法ノ解釋トシテ學者ノ試ムル所ニシテ後ノ見解ヲ正當トセサルヘカラス。唯同法ノ下ニ於テハ眞實ニ反スルコトヲ知リテ爲シタル自白ハ、何レノ見解ニ依ルモ之ヲ撤回スルコトヲ得ス、效果意思說ニ從フモ意思ト表示トノ不一致ナク、又事實上ノ陳述ナリトスル說ニ依ルモ事實ノ誤認ナキカ故ナリ。然レトモ自白者ニ於テ曩ニ爲シタル其自白カ眞實ニ合セサルコトヲ證明シテ其自白ヲ撤回セントスルニ拘ハラス、自白ノ當時錯誤ナカリシコトヲ理由トシテ、其撤回ヲ否認シ、其結果客觀的眞實ニ合セサル判決ヲ生スルコトヲ妨ケストスルハ至當ノ立法ナリト云フコトヲ得ス。是ヲ以テ、澳太利新民事訴訟法並ニ匈牙利新民事訴訟法等ニ於テハ獨逸民事訴訟法第二九〇條ノ認メタル主義ヲ斥ケタリ、卽チ

墺太利民訴二六六

匈牙利民訴二六五

(ハ)我訴訟法ノ解釋

澳太利民事訴訟法第二六六條第二項第二段ニ於テハ『裁判所ハ一切ノ事情ヲ愼重ニ斟酌シ、自由裁量ニ依リテ撤回カ自白ノ效力ニ如何ナル影響ヲ及ホスヘキヤヲ判斷スルコトヲ要ス』ト規定シ、

匈牙利民事訴訟法第二六五條ニ於テモ亦『裁判所ハ場合ノ事情ヲ愼重ニ斟酌シ訴訟ニ於テ爲サレタル自白カ撤回ニ因リ如何ナル範圍ニ於テ其效力ヲ失フヤヲ判斷ス(第一項)相手方カ自白ノ撤回ニ同意シタル場合ニハ自白ハ其效力ヲ失フ(第二項)』ト規定シ、撤回カ裁判上ノ自白ノ效力ニ如何ナル影響ヲ及ホスヤハ、裁判所カ當該ノ場合ニ於ケル各般ノ事情ヲ斟酌シ自由ナル裁量ヲ以テ判斷スヘキナリト雖モ、相手方カ同意シタル場合ニハ全然其效力ヲ失フモノトシタリ、至當ノ立法ト云ハサルヘカラス。

(ハ) 我國ノ學說及ヒ判例ニ於テハ一般ニ、獨逸民事訴訟法第二九〇條下ニ於ケル解釋ヲ採用シ『裁判上ノ自白ハ眞實ニ反スルコト及ヒ錯誤ニ因リテ爲シタルコトヲ證明スルニ非サレハ之ヲ取消スコトヲ得サルモノ』トナセリ(一〇九一)。吾人ハ嘗テ、裁判上ノ自白ノ取消ニ付キテハ我訴訟法ニハ何等ノ規定ナキカ故ニ、他ノ事實上ノ陳述ト等シク自由ニ撤回シ得ヘキモノナリトシタリ(猶著判批一卷四五八頁以下參照)。

然レトモ飜リテ案スルニ、我民事訴訟法第四一七條ニハ『事實又ハ證書ニ付キ第一審ニ於テ爲ササリシ陳述又ハ拒ミタル陳述ハ第二審ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得』ト規定シ、明ニ爭ハサリシカ爲メ民訴第一一〇條第二項ノ規定ニ依リ自白シタルモノト看做サレタル場合(卽チ擬制自白)ニハ、控訴審ニ於テモ仍ホ自由ニ其爲ササリシ陳述ヲ追完シテ擬制自白ヲ覆スコトヲ得トナセルニ反シ、同法第四一八條ニハ『第一審ニ於テ爲シタル裁判上ノ自白ハ第二審ニ於テモ亦其效力ヲ有ス』ト規定シ眞正ノ自白ハ之ヲ撤回スルヲ得サルコトヲ示セルカ故ニ、今ヤ吾人ハ左ノ場合ニ限リ撤回シ得ルモノト解セントス、卽チ

(イ) 裁判上ノ自白ハ自白者ニ於テ自白シタル事實カ眞實ニ反スルコトヲ證明スルトキハ(錯誤ニ因リタルコトノ證明ヲ要セスシテ)之ヲ撤回スルコトヲ得。是レ、(い)

裁判上ノ自白ハ事實ノ陳述、觀念ノ表現ニシテ眞實ニ合セサル場合ニハ元來撤回セラルヘキモノニ非サルノミナラス、(ろ)證據ヲ不要トスル裁判上ノ自白ノ效力ハ結局ニ於テハ辯論主義ニ基クモノナリト雖モ、辯論主義其自身ハ各當事者ヲシテ自己ノ責任ニ於テ互ニ有利ナル事實上ノ陳述ヲ爲シ且其證據方法ヲ提出セシメ之ニ依リテ實體的眞實ヲ得ンコトヲ期スルモノナルカ故ニ、苟クモ自白セラレタル事實カ眞實ニ反スルコトノ證明アリタル場合ニハ、辯論主義ノ行ハル、範圍ニ於テモ自白ハ其效力ヲ失フヘキモノナルカ爲メナリ。更ニ

(ロ) 相手方ノ同意アル場合ニ於テモ亦自白者ハ其自白ヲ有效ニ撤回スルコトヲ得サルヘカラス。是レ裁判上ノ自白カ證據ヲ不要トスル效力ヲ生スルノ根據ハ自白セラレタル事實ニ付キテハ當事者間ニ一致アルカ爲メニ外ナラス。故ニ若シ自白者カ其陳述(即チ自白ノ陳述)ヲ撤回シテ判決ノ基本タル材料ヨリ除カントシ、相手方モ亦之ニ同意シタルトキハ、該自白ノ陳述ヲ判決ノ基本ヨリ除却スルコトニ付キ、當事者ノ一致アル

カ故ニ、裁判所ハ亦其一致ヲ尊重セサルヘカラサルカ故ナリ註【一一】。

註【一一】 我學說及ヒ判例ニ於テハ一般ニ、獨訴第二九〇條下ニ於ケル解釋ヲ以テ裁判上ノ自白ノ性質上當然ナリトスルモノノ如ク、從テ『自白ニ係ル事實カ眞實ニ合セス並ニ自白カ錯誤ニ出テタルコトノ主張及ヒ證明アルトキハ之ヲ取消シ得ヘキモノ』トナセリ（大審院民事判決錄明治三九年一一八五頁　大正四年一五二一頁等、尙ホ岩田氏民事訴訟法原論二二七頁等）。然レトモ(1)獨訴第二九〇條ニ於テ錯誤ニ因ルコトノ證明ヲ必要トセルハ、專ロ獨逸普通法ニ於ケル同時提出主義ノ結果トシテ生スル失權（Präklusion）ヲ覆スカ爲メノ原狀回復ハ申立ヲ爲スニ必要ナリシ要件ヲ誤テ套襲シタルモノナルコトハ本文ニ述フルカ如シ、サレハ同時提出主義ヲ認メサル我現行法ノ下ニ於テハ、自白ノ撤回ニ錯誤ニ因リタルコトノ證明ヲ必要トスヘキ理由ナシ、且當事者カ錯誤ナクシテ自白シタル場合ニ於テモ、其事情ヲ證明シテ自白ヲ撤回シ得ルモノトスルヲ正當トス。斯ル場合ニ於テモ仍ホ自白カ錯誤ニ因ラサリシコトヲ理由トシテ其撤回ヲ否認スルカ如キハ、偶々以テ客觀的眞實ニ合セサル判決（即チ不當認定判

決）ヲ歓迎スルノ結果トナリ非ナリト云ハサルヘカラス。――尤モ、錯誤ナクシテ眞實ニ反スル自白ヲ爲シ後ニ之ヲ撤回スト云フカ如キハ、訴訟行爲ヲ爲スノ自由ヲ濫用スルモノニシテ訴訟上ノ違法行爲ナリト雖モ、之ニ對スル制裁ヲ案スルハ別箇ノ問題ナリ、現行法上ノ制裁ハ勝訴ノ場合ニ於テモ之ニ因リテ生シタル訴訟費用ノ負擔ヲ命スルニ在リ（訴七六條）。又（2）仁井田博士ハ『裁判上ノ自白ハ民訴第四六九條第一項第二項ニ依ル場合ノ外相手方ノ同意アル場合ニ限リ取消スコトヲ得』トセラル。

自白ノ取消又ハ撤回ハ（イ）通常相手方ノ事實上ノ陳述ヲ『爭フ』旨ノ陳述ヲ伴フモノト解スヘキナリ。從テ、相手方ハ今ヤ事實上ノ陳述ノ證明ヲ必要トスルニ至ルヲ通常トス。然レトモ（ロ）自白ノ取消又ハ撤回カ同時ニ爭フ旨ノ陳述ヲ伴フモノト解スルコトヲ得サル場合ニハ、相手方ノ事實上ノ陳述ニ對シテハ未タ何等ノ反對陳述（Gegenerklärung）ヲ爲サヽリシモノトナルカ故ニ、爰ニ自白シタル當事者ハ今ヤ反對陳述ヲ追完スルコトヲ要スルニ至ル（訴一一一條、四一五條）。

五　制限附自白

制限附自白（Das qualifizierte Geständniss）トハ相手方ノ事實上ノ陳述ニ對シ制限的陳述ヲ付シテ爲サレタル自白的陳述ヲ云フ、例ハ相手方カ消費貸借トシテ金若干圓ヲ授受シタリト云ヒ、又ハ相手方カ一定ノ商品ヲ代金百圓ニテ賣渡シタルカ故ニ、其代金ヲ請求スト云フニ對シテ、該商品ハ買受ケタルモ代金ハ七拾圓ナル旨、若クハ代金ハ時價ニ依ル旨ノ合意ヲ爲シタリト云フカ如シ。

制限附ノ自白的陳述カ爲サレタル場合ニハ、其場合ノ事情ニ依リ該陳述ノ趣旨ヲ解釋シテ、如何ナル範圍ニ於テ裁判上ノ自白アリト認ムヘキカ否カヲ決セサルヘカラス。佛民法ニハ『裁判上ノ自白ハ自白者ノ不利益ニ分割スヘカラス』ト規定シ（同法一三五六條）、所謂自白不可分ノ原則ヲ認メタリト雖モ、苟クモ制限附自白的陳述ニシテ解釋上ノ自白ヲ爲シタルモノト認メ得ヘキ範圍ニ於テハ、裁判上ノ自白アルモノトシテ、其效力

裁判上ノ自白ヲ認メ得ヘキ範圍

ヲ認ムルヲ正當トス、獨逸訴訟法第二八九條モ亦此見解ヲ認メタリ（註一二）。故ニ、

（1）制限的陳述カ獨立ナル攻撃方法若クハ防禦方法ナルトキハ、自白ハ固ヨリ其效力ニ影響ヲ受クルコトナシ。例ハ前掲ノ例示ノ『該金額ハ受取リタルモ既ニ辨濟シタリト云フ』陳述ニ於ケル『既ニ辨濟シタリ』ナル制限的陳述ハ獨立ノ防禦方法ナルカ故ニ、『該金額ヲ受取リタリ』ト云フ自白ハ之カ爲メニ影響ヲ受クルコトナクシテ證據ヲ不要トスル效力ヲ生スルカ如シ。又

（2）當事者ノ一方ノ爲シタル事實上ノ陳述ノ一部ノミヲ他ノ一方カ爭ヒ、若クハ又一部ノ陳述ニ付キテハ之ト兩立シ得サル別ノ陳述ヲ爲シタル場合ニハ、當事者ノ一方カ爲シタル事實上ノ陳述ハ他ノ一方ニ依リテ爭ハレス、若クハ間接ニ否認セラレサル範圍、卽チ當事者双方ノ陳述カ一致セル範圍ニ於テハ、裁判上自白アルモノニシテ證據ヲ不要トスルノ效力ヲ生セサルヘカラス。例ハ原告（甲）カ「千圓ヲ被告（乙）ニ貸シ渡シタリ」ト云ヘル陳述ニ對シ、被告（乙）カ「金千圓ハ受ケタルモ贈與ノ筈ナリ」ト陳述セル場合ニ於テハ、原告（甲）ノ貸渡シタリト云フ陳述ハ被告（乙）ノ贈與トシテ受ケタリトノ陳述ニ依リテ間接ニ否認セラレタルモノナルモ、甲乙間ニ金千圓ノ授受アリタリトノ事實ハ裁判上自白セラレタルモノト解スヘキカ如シ。又當事者ノ一方（甲）カ『一定ノ商品ヲ代金千圓ニテ賣渡シタリ』ト云ヘルニ對シ、他ノ一方（乙）カ『該商品ハ買受ケタルモ代金ハ七百圓ノ約ナリ』若クハ『時價ニ依ル約ナリ』ト云ヘルカ如キ場合ニ於テハ、賣買契約ノ締結ニ必要ナル目的物ト代金トニ關スル合意中、代金ノ額ニ關スル合意ノミ間接ニ否認セラルルモノナルカ故ニ、其他ノ範圍ニ於テハ裁判上ノ自由アルモノト解スヘキカ如シ。

制限的陳述ニ依リテ爭ハレタル陳述ト擧證責任

他ノ一方ノ制限的陳述ニ依リテ、直接又ハ間接ニ爭ハレタル事實上ノ陳述ニ付キテハ固ヨリ證明ヲ要スト雖モ、當事者ノ何レノ一方カ其事實ニ關スル擧證責任ヲ負擔シ若クハ證明義務ヲ負フトスルヤハ擧證責任ノ分配ニ關スル一般ノ原則及ヒ證明義務ニ依ツテ定マル。例ハ前掲ノ

六　職權調査ト自白
（一）職業調査主義ノ手續ト自白

例ニ於テ原告(甲)カ貸金千圓ナル旨ノ合意アリタルコトニ付キ擧證責任ヲ負據スルヤ、若クハ又被告(乙)カ贈與ナリシコト、代金ハ七百圓ナル旨ノ合意若クハ時價ニ依ル旨ノ合意アリシコトニ付キ、擧證責任ヲ負擔スルヤ、又證明義務ノ關係如何ハ一般ノ原則ニ依リテ決スヘキカ如シ。此點ハ擧證責任及ヒ證明義務ヲ述フル場合ニ讓ル（第二卷第三部參照）。

註【一二】判例ニハ『債務ハ一旦成立シタルモ既ニ辨濟シタリトノ自認ヲ分割スルハ自認不可分ノ規則ニ牴觸スルヲ以テ採用スヘキモノニ非ス』ト云ヒ、自白不可分ノ原則ヲ認メタルモノ無キニ非スト雖モ（大審院二九年民錄一卷三〇頁、同ホ大審二六年民錄二卷一四〇頁參照）、其非ナルコトハ本文所論ノ如シ。

大　職權調査ト自由

（一）職權調査主義ノ手續ニ於ケル自白

職權調査主義ノ行ハルル訴訟手續ニ於テハ、自白ハ當事者自身ノ陳述トシテ(所謂辯論ノ全旨趣)訴二一七)裁判所カ自白セラレタル事實ノ眞僞ヲ推斷スルノ一根據トナルニ過キス。此意味ニ於テ裁判所カ心證ヲ得

ルノ一原因タルカ故ニ「證據原因」(Beweisgrund)ト云フヲ妨ケスト雖モ、精確ニ云ヘハ裁判所カ經驗律(Erfahrungssatz)ニ依リテ當該ノ事實ノ眞僞ヲ推斷スルノ一原因タルニ過キス。故ニ、人事訴訟手續ニ於テハ、刑事訴訟若クハ行政訴訟ニ於ケルト等シク、上來所述ノ意義ニ於ケル裁判上ノ自白ト雖モ、(イ)單ニ當事者ノ陳述トシテ裁判所カ自白セラレタル事實ノ眞僞ヲ推斷スルノ一根據ト爲スコトヲ得ルニ過キス、證據ヲ不要トスルノ效力ヲ生スルコトナシ、從テ又(ロ)裁判上ノ自白ノ取消又ハ撤回ニ關スル原則ノ適用ヲ受クルコトナシ。當事者カ或ル事實ヲ自白シタル後、其自白ヲ撤回スル趣旨ノ陳述ヲ爲シタル場合ニハ裁判所ハ其全體ノ陳述ヲ「辯論ノ全旨趣」トシテ該事實ノ眞僞ヲ推斷ノ根據トナスヘキナリ(訴二一七)。是レ、人事訴訟手續法第十條第二項ニ於テ『裁判上ノ自白ニ關スル法則ハ婚姻事件ニ之ヲ適用セス』ト規定シ、更ニ此規定ヲ養子緣組事件、親子關係事件、相續人廢除事件及ヒ隱居事件、並ニ禁治產及ヒ準禁治產事件ニ關スル手續ニ準用シタル所以ナリ(人訴二六、三九、五九、六七)。

(二) 職權斟酌事項ト自白

辯論主義ノ行ハル場合ニ於テモ職權斟酌事項ニ關スル限リハ、自白ハ單ニ當事者ノ陳述(卽チ訴二一七條謂フ所ノ「辯論ノ全旨趣」)トシテ裁判所カ自白セラレタル事實ノ眞偽ヲ判斷スル一ハ根據ト爲スコトヲ得ルニ過キス。此意味ニ於テ「證據原因」ト稱スルヲ妨ケスト雖モ、精確ニ云ヘハ裁判所カ經驗律ニ依リテ自白セラレタル事實ノ眞偽ヲ推斷スルノ一原因タルニ過キス。故ニ證據ヲ不要トスルノ效力ヲ生セサルハ勿論又裁判上ノ自白ノ取消若クハ撤回ニ關スル原則ノ適用ヲ受クルコトナシ。—當事者カ職權斟酌事項ニ關スル事實ヲ自白シタル後、其陳述ヲ更正シ若クハ撤回スル旨ノ陳述ヲ爲シタル場合ニハ、裁判所ハ當事者ノ其「全體」ノ陳述ヲ「辯論ノ全旨趣」トシテ、自由ナル心證ニ依リテ該事實ノ眞偽ヲ判斷スヘキナリ(訴二一七)。

第三目　裁判外ノ自白

一　觀　念

裁判上ノ自白ニ非サル自白ハ總テ之ヲ裁判外ノ自白ト云フ。從テ

(1) 繫屬スル當該ノ訴訟ノ口頭辯論以外ニ於テ爲サレタル自白ハ裁判外ノ自白ナリ。卽チ(イ)裁判所以外ニ於テ爲サレタル場合ハ勿論、他ノ訴訟ノ口頭辯論ニ於テ爲シタル自白ハ其訴訟ニ於テハ裁判上ノ自白ナリト雖モ、繫屬スル當該ノ訴訟ニ於テハ裁判外ノ自白タルニ過キス。又(ロ)繫屬スル當該ノ訴訟ニ於テ爲サレタル自白ト雖モ口頭辯論以外ニ於テ爲サレタルモノ、殊ニ準備書面ニ爲サレタル自白ノ如キハ裁判外ノ自白ナリ。更ニ

(2) 繫屬スル當該ノ訴訟ノ口頭辯論ニ於テ、當事者ノ一方カ自己ニ不利ナル事實ヲ自發的ニ陳述シタル場合ト雖モ、相手方カ其事實ヲ援用セサリシトキハ、該自發的ノ不利ナル事實ノ陳述ハ裁判外ノ自白タルニ過キス。

二　效　力

判決手續

裁判所ノ自白ハ證據方法(Beweismittel)ニ非ス。當事者ノ一方カ裁判外ニ於テ自己ニ不利ナル陳述ヲ爲シタリト云フコトハ、其自體證明ヲ要スル事實即チ間接事實(Indiz ニシテ、該事實ノ眞ナルコトカ確定セラレタル場合ニハ、裁判所ハ經驗律及ヒ論理ノ法則ニ依リ自白セラレタル事實(即チ自白ノ對象タル事實)ノ眞僞ヲ推斷スルノ一根據トナスコトヲ得ルニ過キス。此意味ニ於テ裁判所カ心證ヲ得ルノ一原因タルカ故ニ、證據原因(Beweisgrund)ト稱スルヲ妨ケスト雖モ、精確ニ云フトキハ、裁判所カ經驗律ニ照ラシテ推論スルノ根據タルニ過キス。

自白者カ裁判外ノ自白ヲ撤回シ若クハ之ト牴觸スル事實上ノ陳述ヲ爲シタル場合ニハ、裁判所ハ、當事者カ曩キニ裁判外ノ自白ヲナシ、後之ヲ撤回シ若クハ之ニ牴觸シタル事實ヲ陳述セルト云フ全體ノ關係ヲ「辯論ノ全旨趣」トシテ、經驗律ニ從ヒ自由ナル心證ヲ以テ當該ノ事實ノ眞僞ヲ判斷スルノ根據トナスヘキナリ(訴二一七)。

證據原因ナルヤ

目次

第一部　訴權及ヒ訴……一
第一章　訴權……一
緒言……一
第一節　一般……一
一　私權的解釋說……六
二　抽象的公權說……七
三　具體的判決請求權說……一〇
第二節　判決請求權及ヒ權利保護要件……一〇
第一款　判決請求權……一二
第二款　判決請求權ノ權利保護要件……一八
一　觀念及ヒ性質……一八
二　權利保護要件タル事項……二一
三　權利保護要件ノ訴訟外ニ於ケル具備……二六

四　權利保護要件ノ存否ヲ決スベキ時期……二九
五　權利保護要件ノ存否ノ審査……四四
六　起訴ノ挑發ト權利保護要件……五一
第三節　起訴自由及ヒ訴訟要件……五四
第一款　起訴　由……五四
一　起訴自由……五四
二　起訴ノ自由ト權利拘束……六一
第二款　訴訟要件及ヒ訴訟上ノ障礙……六二
第一項　「訴訟要件」即起訴行爲ノ適法要件及ヒ本案訴訟ノ開始要件……六三
總言……六三
一　起訴行爲ノ適法要件……六五
二　起訴行爲ノ適法要件タル事項……七〇
三　本案訴訟ノ開始要件……七二
四　起訴行爲ノ適法要件及ヒ本案訴訟ノ開始要件タル事項ノ存スルコトヲ要スル時期……七四
五　起訴行爲ノ適法要件及ヒ本案訴訟ノ開始要件タル事項ノ存否ノ審査、審査ノ順序及ヒ欠缺ノ效果……七九
第二項　訴訟上ノ障礙（訴訟法上ノ抗辯權）……八五
一　觀念……八五
二　訴訟上ノ障礙タル事項……八九
第四節　起訴自由ト判決請求權トノ關係……九二
一　目的タル權利及ヒ手段タル自由……九二
二　訴ノ提起並ニ訴訟法律關係ノ開始及ヒ發展……九四

日本民事訴訟法　第二卷

法學博士　雉本朗造著

第二卷　判決手續

本卷ハ訴訟法學一般ノ用語例ニ從ヒ「判決手續」ト題スト雖モ、訴訟手續ヲ主眼トシテ說明スルニハ非スシテ、訴訟法律關係ヲ主眼トシ、傍ラ訴訟手續ニ論及セントス。故ニ第一部ニ於ケル「訴權及ヒ訴ノ種類」ヲ論シ、第二部ハ「判決手續ニ於ケル訴訟法律關係」ト題シ、其開始、單複、發展及ヒ終了ヲ說明スルノ傍訴訟手續ニ論及シ、第三部以下ニ於テ訴訟手續殊ニ上訴及ヒ特別訴訟手續ヲ說明セントス。畢竟民

事訴訟法ハ「一定ノ目的ヲ達スルカ爲メニ、法律ノ規定ニ依リテ爲サルヘキ多數ノ行爲ヲ爲ス手續」トシテノミ研究スヘキモノニ非ス、否ナ寧ロ「當事者ノ各方ト國家トノ間ニ發生シ、發展シ且終結スル訴訟法上ノ法律關係(從テ又公法上ノ法律關係)」トシテ研究スヘキモノナリトスル思想ニ基クモノニ外ナラス。唯、訴訟法律關係ノ開始、發展及ヒ終結ハ、訴訟手續ノ開始、發展及ヒ終結ト相終始スルモノナルカ故ニ、訴訟法律關係ヲ論スルノ序次屢々手續上ノ關係ニ論及スルヲ避ケ難キノミ。

第壹部 訴權及ヒ訴

第壹章 訴權

緒言

訴權(Klagrecht)ナル語ハ廣ク用ヒラルルニ拘ハラス其意味ハ必スシモ一定セス。羅馬法學謂フ所ノ「actio」ハ一般ニ「訴權」ト稱セラルルニ拘ハラス、「私權殊ニ請求權ヲ裁判上主張スルコト」ヲ意味スルモノノ如ク註【一】從テ現時ノ訴訟法學ノ用語ニ譯スレハ、寧ロ「請求ヲ起ス」ト云フヲ妥當トスヘシ、註【二】。近世ノ訴訟法學ニ謂フ所ノ訴權(Klagrecht)ノ意味モ亦タ必スシモ一定セサルコトハ後述ノ如シ。

註【一】羅馬法ニ於ケル actio ナル語ハ、或ハ(イ)訴訟即チ本案訴訟(Judicium)ヲ開始セラルルカ爲メ訴ヲ起ス行爲ヲ意味スルコトアリ(agere cum aliquo ノ意ナリ)、或ハ又市民官カ命令(edictum)ヲ以テ訴求ヲ認メタル方式(Klageformula)ヲ意味スルコトナリ、(例ハ actio ficticia, actio in factum, actio in rem scripta ト云フ場合ノ actio ノ如シ)、或ハ又「裁判上主張シ得ル關係ヲ考慮シタル私權」ヲ意味スルコトアリ(persecutio ノ意ナリ)。普通ニハ「actio」ト云ヘハ羅馬人ハ「一定ノ人ヲ相手トシテ特定ノ方式ニ依リ且其方式ノ認メタル法律上ノ見地ニ從ヒ訴求シ得ル私權」ヲ意味シタリ(actio nibi competit, duda est, habeo actionem ト云フ場合ノ actio ノ如シ)。然レトモ、共和時代ニ於テモ既ニ法律家ハ必要ナル場

合ニハ「訴フベキ事項」(即訴訟物 res qua de agitur)ト「訴ヘ得ルコト」(persecutio)トハ之ヲ區別スルニ至リシタリ、例ヘ de eadem re diverso genere actionis agitur (l. 5 D. 44. 2) トイヒ、又 de eadem quaestio in iudicium deducitur ナルニ拘ハラズ alia actio 存スト云ヒ (l. 28 § 4 D. 12, 2., l. 7 § 4 D. 44, 2)、若クハ ex una obligatianis plures actiones nascuntur (l. 53 D. 44, 7, l, 2 § 21 D. 27, 3.) トイヒ、若クハ actio obligationis nomine competit (l. 10 D. 44, 7) トイヒ、若クハ又後ノ Celsus ノ有名ナル定義 actio nihil aliud est quam jus quod sibi debeatur, iudicio persequendi (l. 51 D. 44, 7) トイフカ如キハ、何レモ obligatio (請求權) トjus persecutionis (訴ヘ得ル權利) トノ區別ヲ認ムルモノニシテ、後者ハ現時ノ訴訟法學ニ於テ「訴權」(Recht zur Klage 訴ヘ得ル權利) トイヘルモノニ似タリ (actio カ種々ノ意義ヲ有シタルコトニ付キテハ Windscheid-Kipp, Pandekt. Bd. I § 44., Hellwig, System I S. 269. a. a. o 參照)。——然レトモ羅馬法ニ於テ謂フ所ノ「actio」カ普通ニハ「一定ノ者ヲ相手方トシテ私權ヲ裁判上請求シ得ルコト」若クハ「私權カ裁判上主張シ得ラルル方向」ト考ヘタルコトハ、獨逸普通法時代ニ至リテモ依然訴權ヲ以テ「請求權ノ作用、效果若クハ內在的內容」等ナリトシタル思想ノ潤飾ヲ爲シタルモノナリ (Hellwig ebeuda)。

註二 現時ノ訴訟法學ニ於テ謂フ所ノ「起サレタル請求」(der erhobene Anspruch) (民訴一九〇條二項二號、獨民訴二五三條二項二號參照) ノ意味ニ付キテモ亦タ異見アリ、非ストスルモ「訴ヲ以テ私法上ノ法律關係(從テ又請求權)ノ存在又ハ不存在ヲ主張スルコト」ヲ意味スルモノト解スルヲ至當トスルカ故ニ、羅馬法謂フ所ノ actio ノ普通ノ意味ハ之ニ類スルモノト云フコトヲ得ベシ。

唯、吾人ハ古來「訴權」ト稱スル觀念ハ「訴ヘ得ルコト」及ヒ「訴ヘタル場合ニハ勝訴判決ヲ受ケ得ヘキコト」ヲ意味スルモノナリト信シ、此思想ハ現時ノ訴訟法學ヨリ云ヘハ「起訴自由」(Klagbarkeit) ナル觀念ト「判決請求權」(Urtheilsanspruch) 即チ權利保護請求權表現ノ一形式タル具體的判決請求權ナル觀念トヲ併セタルモノニ該當スト信スルカ故ニ、本章ニ於テハ一方ニハ「判決請求權」及ヒ其權利保護要件、他方ニハ「起訴自由」及ヒ「訴訟要件」ヲ論シ、夫キテ起訴自由ト判決請求權トノ關係ヲ說明セン