

325  
a  
91

Ⓢ



始





325  
27

# 新民事訴訟法<sup>Ⓢ</sup>

國家試驗  
研究叢書

—17—



山陰縣志  
卷之六  
藝文志  
詩

Blank page with faint bleed-through text from the reverse side.



高等試驗研究會編

新民事訴訟法

國家試驗研究叢書 17



1928



325  
91  
107a

主要参考書 (◎は特に重要なもの)

加藤正治著 民事訴訟法(新法學全集)

山田正三著 日本民事訴訟法論(二卷)

◎細野長良著 民事訴訟法要義(五卷)

菊井維大著 民事訴訟法(現代法學全集)

◎兼子一著 民事訴訟法概論

改正法に關するものとして

奥野健一著 改正民事訴訟法の解説

三宅正雄著 改正民事訴訟法要義

日本評論社 弘文堂 巖波書店 日本評論社 岩波書店 海峽書局 法文社



138823



はしがき

一 國家試験の司法科を受験せられる學生諸君の間で、「民事訴訟法」という科目は、最も骨のおれる科目であるとして、とかく敬遠される傾向があるようだ。それは、一つには、この法律が、日常生活に縁遠い技術的な法律であるため、理解の困難によるものであるが、また一つには、受験のための手頃な参考書が乏しいということも、大いに與つていたように思われる。

二 しかし、われわれが、國家試験の各科目の問題を検討して得た結論からすると、この科目を敬遠することは、受験戦術としても、決して賢明の策ではない。何故なら、本書の目次によつても知られるように本科目の出題傾向は驚くべく偏して、問題の豫想がかなり容易であるばかりでなく、その問題そのものも、どちらかという、深い研究をした上でなければ答えられないようなものは少く、多くは、制度の大綱について理解しているか否かを問う趣旨と見られる問題であつて、解答に、さほど骨のおれるものもないからである。

三 本書は、過去二十年間(昭和二年より昭和二十三年まで)の國家試験各科で出題された本法の問題を



網羅し、同種の問題ごとに分類して、これに一應の解答を附したものである。将来の國家試験における問題が、この問題の中より出題せられるかどうかということは、固より保障しうべきかぎりでないが、過去の出題傾向に徴するならば、同種の問題が出題せられる公算は——他の科目におけるに比し——きわめて大であると云うことができよう。その場合、本書の解答は、必らずや諸君に解答の基準を與えるものとする。諸君は、躊躇なく「民事訴訟法」を選択し、本書ならびに本書に掲げる参考書によつて研究をとげ難關を突破せられんことを祈つてやまぬのである。

目 次

〔一〕 民事訴訟裁判權の意義を説明すべし(昭一七・行政)。	一
〔二〕 事物管轄を説明すべし(昭八・五二)。	四
〔三〕 裁判籍(土地の管轄)を説明せよ(昭二・行政)。	九
〔四〕 民事訴訟法第二十一條を説明すべし(昭一〇・司法)。	一三
〔五〕 合意管轄を説明すべし(昭三・昭七・司法、昭一四行政)。	一七
〔六〕 民事訴訟法第二十六條を説明すべし(昭一六・五二)。	二
〔七〕 訴訟の移送を説明すべし(昭六・昭一四・五二、昭一五・司法)。	三
〔八〕 當事者能力を説明すべし(昭五・行政、昭一二・五二)。	六
副問 當事者能力及訴訟能力を説明すべし(昭三・行政)。	六
〔九〕 訴訟能力を説明すべし(昭一五・行政)。	三
副問 訴訟能力欠缺の効果を説明すべし(昭一八・行政)。	三
〔一〇〕 選定當事者を説明すべし(昭一一・司法、昭一六・行政)。	七
〔一一〕 共同訴訟の種類をあげて説明すべし(昭一三・行政)。	四



副問 共 訴訟の意義を説明すべし(昭一〇・五二)…………… 四

    必要的共同訴訟を説明すべし(昭二・昭五・行政)…………… 四

    必要的共同訴訟の意義を説明すべし(昭一三・五二)…………… 四

〔一二〕 訴訟参加を説明すべし(昭六・司法)…………… 四

    副問 訴訟参加の種類を挙げて之を説明すべし(昭五・行政)…………… 四

    訴訟参加の種類を説明すべし(昭二・司法)…………… 四

    民法第六十四條を説明すべし(昭一一・五二)…………… 四

〔一三〕 訴訟繫屬中に於ける訴訟物たる権利關係の承繼は訴訟に如何なる  
    影響を及ぼすか(昭一七・司法)…………… 五

    副問 當事者の死亡が訴訟に及ぼす影響を説明すべし(昭一六・司法)…………… 五

〔一四〕 訴訟代理人の權限を説明すべし(昭五・五二)…………… 五

    副問 訴訟代理權の範圍を説明すべし(昭三・五二)…………… 五

〔一五〕 法定代理人と訴訟代理人との差異を説明すべし(昭一七・司法)…………… 六

〔一六〕 辯論主義を論ず(昭一六・行政)…………… 六

〔一七〕 訴訟行為とは何ぞや(昭二・司法)…………… 六

〔一八〕 相殺の抗辯を説明すべし(昭一五・五二)…………… 七

〔一九〕 釋明權を説明すべし(昭一八・司法)…………… 七

〔二〇〕 準備手續の期日及び口頭辯論の期日の懈怠を説明すべし(昭七・行政)…………… 八

〔二一〕 判決の種類を説明すべし(昭七・五二)…………… 八

〔二二〕 民事訴訟法第八十六條を説明せよ(昭二二・司法)…………… 九

〔二三〕 假執行を説明せよ(昭二一・司法)…………… 九

    副問 假執行の宣言を説明すべし(昭七・行政、昭一一・五二)…………… 九

〔二四〕 判決の効力を説明すべし(昭一〇・行政)…………… 九

〔二五〕 判決の既判力を説明すべし(昭八・司法)…………… 一〇

    副問 判決の既判力の主觀的範圍を説明すべし(昭一六・司法)…………… 一〇

〔二六〕 民事訴訟法第九十九條を説明せよ(昭二三・司法)…………… 一〇

〔二七〕 裁判上の和解を説明すべし(昭四・司法、昭一三・行政)…………… 一一

    副問 裁判上の和解の性質及び効果を説明すべし(昭三・行政)…………… 一一



訴訟上の和解の性質を論じ、その訴訟に及ぼす効果を説明すべし(昭八・行政)…………… 一三三

○(二八) 訴の取下と請求の拋棄との異同を説明すべし(昭一二・司法)…………… 一三七

副問 請求の拋棄認諾を説明すべし(昭四・五二)…………… 一三七

訴の取下を説明すべし(昭三・五二、昭六・司法)…………… 一三七

○(二九) 訴訟手続の中断を説明すべし(昭一一・行政)…………… 一三三

○(三〇) 訴訟手続の中止を説明すべし(昭七・五二)…………… 一三六

○(三一) 訴の種類を説明すべし(昭一一・昭一五・行政)…………… 一三九

副問 確認の訴を説明すべし(昭四・昭一六・五二)…………… 一三九

給付の訴を説明すべし(昭四・司法、昭八・昭一四・五二)…………… 一三九

形成の訴を説明すべし(昭四・行政、昭一三・司法)…………… 一三九

○(三二) 訴状の要件を説明すべし(昭六・五二)…………… 一四〇

○(三三) 訴訟要件を説明すべし(昭一七・行政)…………… 一三八

○(三四) 裁判所の職権調査事項を説明すべし(昭九・昭一二・行政)…………… 一四三

○(三五) 訴に於ける権利保護の利益を説明すべし(昭九・司法)…………… 一四四

○(三六) 正當なる當事者を説明せよ(昭一四・行政、昭二一・司法)…………… 一五〇

○(三七) 訴の客觀的併合を説明すべし(昭三・昭八・司法)…………… 一五〇

副問 民訴法第二百二十七條を説明すべし(昭一四・行政、昭一五・五二)…………… 一五〇

豫備的請求の併合を説明すべし(昭一五・司法)…………… 一五〇

○(三八) 訴提起の訴訟法上並びに實體法上の効力を説明せよ(昭二一・行政)…………… 一五九

副問 訴提起の効果を説明すべし(昭一二・行政、昭一四・司法)…………… 一六〇

民訴法第二百三十一條を説明すべし(昭一一・司法)…………… 一六〇

訴の提起と時効の中断との關係を説明すべし(昭一八・行政)…………… 一六〇

權利拘束とは何ぞや(昭二・五二)…………… 一六〇

○(三九) 訴の變更を説明すべし(昭五・昭二三・司法、昭一〇・行政)…………… 一六三

○(四〇) 民事訴訟法第二百三十四條を説明すべし(昭一一・五二)…………… 一六七

○(四一) 反訴を説明せよ(昭一三・五二、昭二二・行政)…………… 一七一

副問 反訴の要件を説明すべし(昭九・五二)…………… 一七一

○(四二) 準備手続を説明せよ(昭六・行政)…………… 一七二



副問 準備手続の特徴を説明すべし (昭九・司法).....一七五

〔四三〕 裁判上の自白を説明すべし (昭七・昭一三・司法).....一八〇

副問 裁判上の自白の性質効力を論ず (昭四・行政).....一八〇

自白の効力を説明すべし (昭九・五二).....一八〇

〔四四〕 舉證責任を論ず (昭六・行政).....一八四

〔四五〕 文書の證據能力及び證據力を説明すべし (昭八・行政).....一八八

〔四六〕 現行の審級制度を説明し且つ批評せよ (昭二二・行政).....一九二

〔四七〕 上訴提起の効力を説明すべし (昭二・五二).....一九六

副問 控訴提起の効力 (効果) を説明すべし (昭一〇・五二、昭一八・司法).....一九六

〔四八〕 民事訴訟法第三百六十條を説明すべし (昭二二・司法).....二〇一

〔四九〕 非法律家を民事裁判に關與させることの可否、並びに若し可とすればその方法と限度とに付て述べよ (昭二一・行政).....二〇四

〔五〇〕 終戦後に於ける民事訴訟法改正の概要を述べよ.....二〇八



問題〔一〕 民事訴訟裁判權の意義を説明すべし。(昭一七・行政)

- 一 民事裁判權の意義
- 二 民事裁判權の限界
- 三 民事裁判權欠缺の訴訟上の効果

第一 民事裁判權の意義

一 (意義) 民事裁判權とは、民事訴訟を處理するに必要な國家の權力を云う。國家の統治權は、通常、立法權と司法權と行政權とにわけられ、司法權は、さらに、狹義の裁判權と司法行政權とに分つ。民事裁判權は、刑事裁判權とともに、この狹義の裁判權に屬するものである。

二 (内容) 民事裁判權は、左の四個の權力を包含する。

- (1) 宣令權 裁判所が決定、命令又は判決を下すところの權をいう。これは更に、特定の訴訟事件に法的判斷を與える裁決權と、訴訟の準備、進行等に必要な行爲をする訴訟指揮權とに分れる。
- (2) 執行權 直接または間接の強制手段等によつて、右の宣令を執行する權をいう。
- (3) 懲戒權 訴訟の取締をなし、法廷における秩序を維持する權であつて、必要あれば、制裁を加え得る權を含む。



(4) 公證權 訴訟上の記録を背面に記載してこれを保存し、且つ公證する權である。

三(民事訴訟事項) 民事裁判權は、民事訴訟を處理するに必要な權力であるが、民事訴訟は、舊憲法の下では、原則として民事事件のみを對象としていたから、その範圍の確定、換言すれば民事事件と行政事件との區別の標準が問題であつた。然し、新憲法は行政裁判所を廢止し(憲七六一)、行政事件も民事訴訟の對象としたから(應措八・行特一)、その區別の實際的な必要はなくなつた。もつとも、これによつて、行政事件と民事事件との性質上の差異までが、なくなつてしまつたとまで考へべきではあるまい。ただ、實質的意味の行政事件も、形式的には民事訴訟の對象となるわけであり、この意味に於て、民事裁判權に包攝されることとなつた。

## 第二 民事裁判權の限界

一(原則) 民事裁判權は、統治權の一作用であるから、その支配圈は統治權のそれと同様である。従つて、それは、國內の民事訴訟について人的・物的支配を及ぼすのが原則であるが、國際法上・國內法上の例外があるばかりでなく、現在わが國の統治權は、「降伏條項の實施の爲め、その必要と認むる措置を執る聯合國最高司令官の制限の下に置かれ」ていたので、民事裁判權もそれにより制扼をうけることは勿論である。

二(人的除外) わが民事裁判權に服しない者は、次のごとくである。これらの者は、單に訴訟當事者として裁判または執行の効力を受けないばかりでなく、證人または鑑定人としても、召喚または訊問されない。

(1) 外國元首・外交使節・その隨員家族等國際法上治外法權の特權を有する者には、裁判權が及ばない。外國國家自体も、他國の裁判權に服さない、と認めるのが國際慣例である。もつとも、一般論として言へば、これらの者が、明示的又は默示的(例えば自ら出訴する等)にその特權を拋棄し、その國の裁判權に服從する意思を表示した場合には、裁判權があるものと解されている。

(2) 占領軍隊に屬する軍人も、被占領國の裁判權に服しないことは勿論であるが、なお、聯合國占領軍に附屬し、または隨伴する聯合國の人または團體に對しても、わが裁判權は及ばない(民事裁判權の特例に關する勅令一)。この場合は、個人の意思による特權の拋棄が、認められないものと解すべきであろう。また、聯合國占領軍に附屬せず、または隨伴しない聯合國の人または團體を當事者とする民事事件の裁判についても、聯合國最高司令官から裁判の變更等の措置に關する指示のなされることあるを豫定しているから(同勅令)、その範圍では、わが裁判權が制扼されているわけである。

三(物的除外) 國家は、自國の裁判所に提起された民事事件が、人的にも物的にも、何等國內的性質を



有しないのに、これについて裁判権を行使するのは無用のことであり、また相互に他國の裁判権を尊重して、裁判の抵觸を來さないようにすることが望ましいから、そのような事件は、自國の裁判権の外に於くのが例である。わが法上、わが裁判権の物的限界は、民訴の裁判所の土地管轄に關する規定から、逆に推知せられる。すなわち、なんらかの裁判籍に該當する事件は、原則として、わが裁判権に服すると見るべきに對し、事件が涉外的性質を有して、しかも、いづれの裁判籍をも認め得ない事件には、わが裁判権が及ばないものと解すべきである。

### 第三 民事裁判権欠缺の訴訟上の効果

裁判権の存否は訴訟要件であるから、裁判所は、職権を以てこれを調査すべきであり、これを欠く訴は不法法として却下せられる。この點を誤認または看過した判決は、上訴を以て争い得るが、再審事由ではないから、判決確定後は争う餘地がない。もつとも、裁判権に服しない者に對する判決は、たとえ確定しても、その内容上の効力を生じ得ないであろう。

## 問題〔二〕 事物管轄を説明すべし。(昭八・五三)

### 一 總説

- 二 各裁判所の事物管轄
- 三 訴訟物の價額の算定

### 第一 總説

一 (意義) 事物管轄とは、判決手續の第一審を、事件の種類または目的物の價額により、同一地域を管轄する異なる階級の裁判所をして審判せしめる點より見た管轄を言う。職務管轄を廣義の事物管轄と解する場合には、これは狹義の事物管轄とよばれる。

二 (分配の理由) 簡易裁判所は、比較的狭小な地域ごとに設けられ、訴訟手續も簡單迅速であるから、少額の事件をその管轄としており、他方、特殊の事件については、事案の重要性と地理的關係から、東京高等裁判所の管轄に服せしめている。

三 (法源) 事物管轄については、裁判所法その他特別法に規定されており、民事訴訟法には、事物管轄を定めるについて最も重要な訴訟物の價額の算定について、規定があるだけである。

### 第二 各裁判所の事物管轄

#### 一 簡易裁判所の事物管轄

(1) 財産權上の訴でその訴訟物の價額が五千圓三万を超えない事件(裁三三一)。行政事件中いわゆる抗告



訴訟はこれに含まれない。(價額の算定については次段に述べる。)

(2) 受訴裁判所として、訴訟物の價額にかかわらず、之と牽連する訴訟につき管轄権を有する場合(六〇・七一・五四五等)。

## 二 地方裁判所の事物管轄

(1) 非財産權上の訴(裁二四I1)。非財産權上の訴訟とは、それ自体經濟的利益を内容としない法律關係、すなわち、主として身分及び人格に關する權利または法律關係に關する訴訟を言う。例えば、身分關係の確定・形成、幼兒の引渡、名譽回復請求(民七二三)のときがそれである。請求の結果が、反射的に財産上の利害關係を生ずるとしても、これを非財産權上の訴となすに妨げない。これに反して、本來身分關係あるいは人格權に基くものであつても、經濟的利益を内容とする法律關係に關する訴(例えば扶養請求)は、財産權上の訴である。訴訟物の價額の算定困難なることにより、直ちに非財産權上の訴と云うことはできない(III1)。

(2) 財産權上の訴でその訴訟物の價額が五千圓を超える事件

(3) 受訴裁判所として、訴訟物の價額にかかわらず、これと牽連する訴訟につき管轄権を有する場合(六〇・七一・五四五等)

## 三 東京高等裁判所の事物管轄

高等裁判所は、本來第一審裁判所でないが、例外的に、東京高等裁判所は、特殊の訴訟につき、專屬的管轄権を有する。

(1) 公正取引委員會の審決に係る訴訟・私的獨占等による損害賠償に關する訴訟(獨占禁止法八五・I・2・二五)

(2) 中央海難審判所の審決に對する訴訟(海難審判法五三I)

(3) 特許標準局の抗告審判の審決に對する出訴(裁判所法施行法に基く特許法の變更適用に關する政令)

## 第三 訴訟物の價額の算定

一 (事物管轄と訴價との關係) 事物管轄が地方裁判所と簡易裁判所とにわかれるのは、財産權上の訴においてであり、而して、ここでは、訴訟物の價額が、管轄分配の基準となるから、訴訟物の價額の算定は事物管轄の問題において、決定的な重要性を有すると云える。

二 (算定方法) 訴價算定の基礎は、訴訟物自体について、原告が、その勝訴により得べき直接の利益である。従つて

(1) 訴の種類や被告の資力、審判の難易等の事情は斟酌されない。

(2) 訴訟物自体についての利益であるから、反對給付に繋る請求権を主張する場合でも、兩給付の差額



ではない。また被告の抗辯には関係がない。

(3) 利益の評価そのものは、客観的價値の標準によるのであつて、原告の主観的標準によるべきではない。従つて、例えば取引價額があればそれによる。

(4) 評價が困難であつて、事實上不能視し得る場合には、五千圓を超えるものとみなされる(二二I)

三(算定の標準時期) およそ裁判所の管轄は起訴の時を標準として定められるから(二九)、訴訟物の價額の算定も起訴の時が基準となる。もつとも、起訴後に訴訟物自体の變動があるとき(請求の擴張・一部取下等)は、管轄に影響があると解されている。一部判決の場合や、裁判所の訴訟指揮權に基く辯論の分離、併合によつては、管轄に變更を來すことがない。

四(請求併合の場合の訴價) 一の訴を以て數個の請求をなす場合に、これらの請求が原告にとつて獨立別個のものであれば、その價額を合算する(二三I)。もつとも、果實・損害賠償・違約金・權利行使の費用(催告費など)は、主たる請求に附帯して請求されるかぎり、訴價に算入せられない(二三I)。數個の請求が、原告にとつて、經濟的に重視するとき(例えば豫備的請求の場合、主債務者と保證人に請求する場合)は、各請求による最大利益によつて定められる。

### 問題〔三〕裁判籍(土地の管轄)を説明せよ。(昭二・行政)

#### 一 總説

#### 二 普通裁判籍

#### 三 特別裁判籍

#### 第一 總説

一(意義) 同種同階級の數多の裁判所の間では、訴訟事件と人的・物的に特定の關係ある地點が、いずれの裁判所の管轄区域内に存するかによつて、その事件、従つてまたその關係人が、いずれの裁判所の管轄に服するか、を定めるのであるが(土地の管轄)、この管轄原因をなす地點を、裁判籍と呼んでいる。

二(本旨) 裁判籍は、本來、訴訟事件を多數の裁判所に分配し、各裁判所間の負擔の均衡を圖ろうとする目的から、定められているものであるが、その分配の基準は、一方において、當事者ことに被告の側における應訴の便宜という點に求められ(人的裁判籍)、他方において、審理の便宜ことに訴訟資料獲得の容易という點に求められている(物的裁判籍)。

三(種類) 裁判籍は、通常、普通裁判籍(ある者が被告として——專屬管轄の定めのない事件に關し——特定の土地の裁判所の裁判權に服する場合の裁判籍)と特別裁判籍(特殊の事件に關して認められる裁



判籍)、及び、人的裁判籍(當事者との關係から認められる裁判籍)と物的裁判籍(事件の訴訟物と直接關係ある故に認められる裁判籍)、に區分せられる。普通裁判籍は、その性質上、常に人的裁判籍であり特別裁判籍は、人的であることと、物的であることがある。

## 第二 普通裁判籍

### 一 自然人

(1) 自然人の普通裁判籍は、第一次には、その住所によつて定まる(二I)。ただし、訴は被告の普通裁判籍所在地の裁判所の管轄に屬する(一)ものであり、住所はその生活の本據である(民二一)から、被告の應訴の便宜を考え、かく定められたものである。

(2) 日本に住所がないか、又は住所不明のときは、居所によつて定まる(二II前)。居所とは、人の生活の本據とまではいかないが、事實上多少繼續して居住する場所を云う。

(3) 日本に住所も居所もないか、又はともに不明の場合には、日本における最後の住所による(二II後)。

(4) 外國に駐在するわが國の大使・公使、その他外國において治外法權を有する日本人は、その駐在國に住所を有するわけであるが、その國の裁判權に服せず、わが裁判權に服することとなるので、その普通裁判籍は、通常、最高裁判所の定める地にあるものとされている(三)。

## 二 社團又は財團

(1) 内國法人及びその他の社團または財團(四六)の普通裁判籍は、その主たる事務所または營業所によつて定まり、事務所または營業所がないときは、主たる業務擔當者の住所によつて定まる(四I)。

(2) 外國法人その他の社團または財團についても、右に準じて定められる。

(三(國)) 國の普通裁判籍は、訴訟につき國を代表する官廳の所在地によつて定まるが(四I)、實質的民事訴訟においては、法務總裁が、國を代表することとなつた(「國の利害に關係のある訴訟についての法務總裁の權限等に関する法律」[昭三三・法一九四]一條)から、それは、常に東京であるわけである。もつとも、形式的民事訴訟たる行政事件については、特例がある(行政事件訴訟特例法三・四)。

## 第三 特別裁判籍

一 (獨立裁判籍) 事件ごとに、獨立に定められているものを言い、次のごとき種類がある。

(1) 義務履行地の裁判籍(五)。義務は、契約に基くものばかりでなく、單獨行為又は法律上當然發生するものでもよいし、給付の訴ばかりでなく、確認の訴でもよい。履行地は、實體法の規定によつて定まり、訴訟物たる給付義務につき、個々に決せられることとなる(判例)。

(2) 寄留地の裁判籍(六)。ここに寄留地とは、比較的長期間滞在する居所を言う



- (3) 船員に對する裁判籍(七)。
- (4) 財産所在地の裁判籍(八)。
- (5) 業務に關する訴の裁判籍(九)。
- (6) 船舶に關する裁判籍(一〇・一一・一五I・一六)。
- (7) 社員關係の裁判籍(一二・一三・一四)。
- (8) 不法行為に關する訴の裁判籍(一五I)。
- (9) 不動産に關する訴の裁判籍(一七)。
- (10) 登記又は登録に關する訴の裁判籍(一八)。
- (11) 相續の裁判籍(一九・二〇)。

一(牽連裁判籍) 他の事件との牽連關係から定められる裁判籍を云う。

(1) 併合請求の裁判籍(二二)。裁判籍決定の基準が、被告の側における應訴の便宜と、審理における訴訟資料獲得の容易という點に、求められるとすれば、前者からは、同一被告に對する數個の請求(客觀的訴の併合)について、牽連裁判籍を認むべきであるし、後者からは、數人の被告に對する事實上の牽連關係ある事件(共同訴訟)については、牽連裁判籍を認むべきこととなる。

右のうち、前者については、學說上異論を見ないが、後者は、被告の利益を害するものとして、反對するものも少くない。判例は、共同被告に對する各請求の間に、牽連關係あるかぎり、これを認める立場をとつてゐる。

(2) 主參加共同訴訟(六〇)・當事者參加(七一・七五)・反訴(二三九)の裁判籍。他の請求のための訴訟手續と牽連する請求に關し、認められたものである。

問題〔四〕民事訴訟法第二十一條を説明すべし。(昭一〇・司法)

一 總説

二 客觀的訴の併合に對する適用

三 共同訴訟に對する適用

第一總説

一 民訴法第二十一條は「一ノ訴ヲ以テ數個ノ請求ヲ爲ス場合ニ於テハ第一條乃至前條ノ規定ニ依リ一ノ請求ニ付管轄權ヲ有スル裁判所ニ其ノ訴ヲ提起スルコトヲ得」と規定している。これは、併合訴訟の管轄に關する規定であつて、原告が數個の請求を一の訴に併合した場合に、受訴裁判所が、これらの請求の一



について管轄権を有するならば、他の本来管轄違の請求についても、土地の管轄権を有することとなるわけである。

二 本條は、土地の管轄について、特別裁判籍を定めたものである。裁判所の管轄には、土地の管轄と事物の管轄とがあるが、本條が土地の管轄に関する規定であつて、事物の管轄に関するものでないことは、第二十三條との關係上、明らかである。

三 本條は、訴訟上の牽連關係にもとずく特別裁判籍を規定したものである。特別裁判籍は、事件の訴訟物との關係により、諸種のもものが認められているが、本條の規定するそれは、既に裁判所に繫屬し又は同時に提起せられる他の訴訟事件との間に、併合訴訟の關係があることから認められる特別裁判籍である。

四 本條が、併合訴訟のうち、客觀的訴の併合に對して、適用せられることについては、學說上異論を見ないが、共同訴訟に對し適用せられるか否かについては、争があるのである。

## 第二 客觀的訴の併合に對する適用

一 (立法趣旨) 右のごとく、本條が、客觀的訴の併合に對して、適用せられることについては、學說上異論を見ない。その立法理由としては、當事者双方の便宜と訴訟經濟があげられている。すなわち、すでに一の請求につき管轄権がある以上、被告はどのみちその裁判所に出頭して應訴せねばならぬ必要がある

わけであるから、他の管轄違の請求をこれと併合審理させることとしても、格別被告の負擔を増加することとはならないばかりでなく、他の裁判所で別々に訴訟する場合に比し、原告にとつては勿論、被告にとつても便宜であることが多く、また訴訟經濟にも合するものとせられるのである。

## 二 (要件)

(1) 法文には、裁判所が、併合訴訟の一請求につき、第一條乃至第二十條の規定により管轄権を有する場合と規定しているが、必らずしもその場合にかぎらず、一の請求につき指定管轄(二四)や、合意管轄(二五)による管轄がある場合でも、他の請求につき、本條の管轄が生ずるものと解するのが通説である。

(2) 請求の併合は、最初からなされている場合でも、訴の變更により追加變更された場合でも、さし支えない。

(3) 法律上他の裁判所の専門管轄に屬する請求について、本條が適用せられないことは勿論であるが(二七)、當事者の合意で他の裁判所の專屬管轄とした請求(專屬的合意管轄)についても、適用なきものと解するのが通説である。

三 (効果) 本来管轄なき請求について、管轄権を生ずることとなる。而して、併合が適法であるかぎり、本来管轄権のあつた請求が取下げられたり、あるいはこれについて辯論の分離がなされても、一旦生



じた管轄には影響がない(二九)。

### 第三 共同訴訟に對する適用

一 主觀的訴の併合、すなわち共同訴訟に對して、本條が適用せられるか否かについては、大体三つの説が對立している。第一説は全面的に適用ありとするものであり、第二説は共同訴訟中一部のもの(共同被告に對する各請求の間に牽連關係ある場合)に對してのみ適用ありとするものであり、第三説は全然適用なしとするものである。わが判例は、最初第一説をとつていたが、現在では第二説によつてゐる。

二 形式的に見れば、共同訴訟の場合もまた「一ノ訴ヲ以テ數個ノ請求ヲナス場合」にちがいないから、本條が共同訴訟に對し全面的に適用せられることは、當然の結論となる。しかし、本條の立法趣旨を前記のごとく解すれば、これを無條件に共同訴訟に適用することは、許されないであつて、すなわち、もしある被告が、他の共同被告に對する請求について管轄があるからという理由で、全然無關係な地の裁判所に應訴を強要されるとすれば、その不利益は忍ぶべからざるものがあり、これによつて受ける原告の利益や訴訟經濟とは、その輕重比すべくもないのである。これ第三説の唱えられる所以である。ただ、この説のように、共同訴訟に對する本條の適用を全然否認すると、固有必要的共同訴訟において共通の裁判籍がない場合を生じ、訴の途を杜絶することとなるばかりでなく、右にのべた被告の不利益は、すべての共同

訴訟において必らずしも同様であるとも云えない。これ判例が、共同訴訟中、第五十九條後段のものについては本條の適用を否認し、同條前段のもの、すなわち共同被告に對する各請求の間に牽連關係ある場合にのみ、その適用を認めた所以である。

三 共同訴訟に對し、本條の適用ある場合には、その要件効果等は、前段に述べたところと同様に解し得る。而して被告の忍ぶべからざる不利益を救うためには、第三十一條の移送によることとなるのである。

### 問題〔五〕合意管轄を説明すべし。(昭三・昭七・司法、昭一四・行政)

#### 一 合意管轄の觀念

#### 二 合意管轄の設定——管轄の合意

#### 三 合意管轄の効力

#### 第一 合意管轄の觀念

一 (意義) 合意管轄とは、當事者間の合意により、設定せられた管轄を云う。本來、強度の公益的要求に基く專屬管轄は別として、通常の法定管轄は、主に、當事者の便宜公平を考へて定められているものであるから、この範圍では、兩當事者の合意により、法定管轄を變更することが、かえつて當事者の便宜公



平に適う所以となるのである。

二(範圍) 合意管轄が認められるのは、土地の管轄についてはかりでなく、事物の管轄についても、さしつかえない。これに反して、職務管轄や専屬管轄については、合意による變更が許されないし、又合意は一審にかぎられ、二審・三審には、合意管轄が認められない。

三(態容) 合意管轄には、専屬的のそれと競合的のそれとがある。専屬的合意管轄とは、單一の裁判所のみを指定して管轄裁判所とし、他のすべての裁判所の管轄権を排斥して、指定した一裁判所のみを専屬的に管轄権を有せしめる場合を云い、競合的合意管轄とは、法定管轄ある裁判所とともに法定管轄なき裁判所に管轄権を有せしめ、又は、數個の法定管轄なき裁判所に管轄権を有せしめる場合を云う。

## 第二 合意管轄の設定——管轄の合意

一(性質) 管轄の合意は、直接訴訟法上の効果を目的とするものであるから、訴訟法上の合意であり、それがたとえ私法上の契約と同時に締結されたとしても、必ずしも之と運命をとにもすることはない。その要件、効果は訴訟法規の定めるところによる。もつとも、意思表示の不一致や意思の瑕疵・欠缺に基づく無効・取消については、民法の規定が準用せられる。

二(當事者) 合意の當事者は、訴訟の當事者たるべきものであり、合意をなすには、訴訟能力がなくて

はならない。

## 三(實質的要件)

(1) 合意は、一定の法律關係に基く訴に關したものでなければならぬ(二五〇前)。もし現在及び將來のすべての法律關係につき合意管轄を許すならば、法が當事者の利益を公平に考慮して定めた管轄の規定を、全然無視せしめる結果となつて、公益上望ましくないばかりでなく、當事者のためにも、豫測しがたき不利益をもたらすことが、あり得るからである。もつとも、一定の法律關係に基くものであれば、之より生ずるすべての訴を含めて、包括的に合意することも妨げない。

(2) 一審の、非専屬管轄に關する場合にかぎること(二五〇)は、すでに述べた。合意の趣旨から、管轄裁判所が特定し得ることを要し、すべての裁判所に管轄を認めるような合意は、無効と解されている。なお、裁判所内の特定の部や裁判官を指定することは、固より許されない。

四(形式的要件) 合意は、書面を以てしなければならない(二五〇後)。これは、合意の成立及び内容の正確を期するためであるから、必ずしも双方の意思が同一の書面にあらわされている要はないし、申込と承諾とが時を異にしてなされても、さし支えない。のみならず、管轄の存在によつて不利益をうける被告の意思が、直接書面上にあらわれていれば、十分であると解されている。



五(時期) 合意の時期は、訴訟開始の前後を問わない。しかし、裁判所の管轄は、訴提起の時に定まるから(二九)、訴提起の際管轄権があれば、これをその後の合意により消滅させることはできず、ただ移送を求めるために(三一)意義があるにすぎない。

### 第三 合意管轄の効力

一(効果) 適法な合意があると、直接その内容に應じた管轄の変更を生ずる。固より當事者に起訴または應訴の義務を生ぜしめるものではない。專屬的合意の場合には、法定の管轄権が排除されることとなるが、なお任意管轄の性質を失うものでないから、合意または應訴(二六)によつて變更せられることがあるし、又、これに違反したときも、控訴審で管轄違を主張することはできない(三八一)。

二(人的効力) 合意管轄は、その合意の當事者かぎりのものであり、第三者(例えば保證人)には影響がない。當事者の一般承継人が、合意の効力を承継するのは勿論であるが、訴訟物の特定承継人に對する効力については、疑がある。債權の譲受人は、一般に債務者から譲渡人に對する抗辯を以て對抗せられるから(民四六八)、譲渡人と債務者との間の合意によつて拘束せられるが、物權の承継人については、物權定型の原則(民一七五)との關係から、効力を及ぼさないと解されている。

三(廢罷) 合意管轄は、さらに新たな合意によつて、廢罷または變更し得る。しかし、訴訟繫屬後は、

合意により、當該裁判所をして、管轄權を失わしめることができない。

## 問題〔六〕 民事訴訟法第二十六條を説明すべし。(昭一六・五二)

### 一 總説

#### 二 本條適用の要件

#### 三 本條適用の效果

### 第一 總説

一(趣旨) 民訴法第二十六條は「被告カ第一審裁判所ニ於テ管轄違ノ抗辯ヲ提出セスシテ本案ニ付辯論ヲ爲シ又ハ準備手續ニ於テ申述ヲ爲シタルトキハ其ノ裁判所ハ管轄權ヲ有ス」と規定している。これは、第一審の土地または事物管轄につき、管轄の合意の擬制を規定したものであつて、一般に應訴管轄と呼んでいる。

二(立法理由) 元來、原告が管轄權なき裁判所に訴を提起するときは、被告は管轄違の抗辯を提出することができ、これにより事件は管轄裁判所に移送せられることとなる。しかし、被告が管轄違の抗辯を提出しないで應訴行爲をなし、事件がある程度進行した後に、なおその抗辯をなすことを許し、事件の移送



を認めることとすると、それまでになされた訴訟行為は、被移送裁判所に對しては間接的のものとなる結果、訴訟經濟に反することとなるのみならず、第一審裁判所の管轄は——專屬管轄を別とすれば——もと當事者の便宜公平を考へて定められているものであり、すでに合意による管轄の設定を認めることとなつて以上、原告の起訴した裁判所で、被告が異議なく應訴した場合には、管轄につき暗黙の合意あつたものとも解し得るのであり、その後になお管轄違の主張を許すべき理由はない。これ本條の規定の設けられた所以である。

## 第二 本條適用の要件

本條の應訴管轄が認められるのは、つきのごとき要件のそなりつた場合である。

(1) 原告が管轄なき第一審裁判所に訴を提起したこと。管轄なきことは、土地管轄に關すると事物管轄に關するを問わない。しかし第一審裁判所にかざるから、原告が第二審に訴を提起しても、本條が適用せられることはない。

(2) 被告が管轄違の抗辯を提出しないで本案につき辯論をなし、または準備手續において申述をなしたこと。本案というのは、訴訟物たる權利または法律關係の存否に觸れた陳述を云う。したがつて、訴訟要件の存否に關する陳述や、辯論の延期・判事の忌避の申立をしても、本條の適用をうけることはない。本

案の辯論・陳述は、現實になされたものであることを要するから、欠席等の事由により、法律上陳述とみなされる場合は、これに含まれない。もつとも、本案の辯論がなされさえすれば、それが管轄違を意識してなされたものであるか否かは、問うところでない。

(3) 他の裁判所が專屬管轄を有しないこと。他に法律上の專屬管轄があれば、本條の應訴管轄は生じない(二七)。しかし、合意上の專屬管轄は、應訴管轄發生の妨げとならぬ、とするのが判例である。

## 第三 本條適用の效果

前記のような要件が存するときは、本來管轄権のない裁判所が管轄権を有するに至り、爾後管轄違の抗辯を提出し得なくなる。もつとも本條による管轄は、現實に繫屬する訴訟につき認められるものであるから、その訴が取下げられた後は、その効果は消滅し、たとえ同一訴訟物についての事件であつても、前の應訴を理由として、再訴につき管轄権を認めることはできぬのである。

問題「七」訴訟の移送を説明すべし。(昭六・昭一四・五二、昭一五・司法)

### 一 移送の觀念

### 二 移送の種類及要件



### 三 移送の手續

### 四 移送の効力

## 第一 移送の觀念

一 (意義) 訴訟の移送とは、一旦訴訟の繫屬した裁判所が、その裁判を以て、訴訟事件を他の裁判所へ移轉送付することを云う。

二 (本旨) 本來、管轄権のない裁判所に訴を提起するのは、原告の不注意等に基くものであるけれども、こうした場合に、直ちに訴を却下してしまうと、訴の提起によつて生ずべき時効中斷(民一四九)・法律上の期間遵守(商二四八・行特六等)等の効果を消滅せしめることとなつて、原告のため不利益をもたらすばかりでなく、訴訟經濟の趣旨にも反する結果となる。また訴が管轄権ある裁判所に提起された場合でも、事情によつては、事件を他の裁判所で審理させた方が、便宜なこともあるが、こうした場合に、訴を一應却下して、あらためて他の裁判所へ訴を起させることは、固より妥當をかく。これ移送という制度の認められている所以である。

## 第二 移送の種類及要件

### 一 管轄違に基く移送(三〇・三九〇・三九六)

(1) 管轄は起訴の時を標準として定められるが(二九)、その後になつて、合意(二五)・應訴(二六)・事情變更等により、管轄権を有するようになれば、勿論移送すべきではない。これに反して、訴の變更等により、起訴後に管轄権がなくなつたときは、移送の要件が具わつたこととなる。

(2) 移送は、事物の管轄違についても、土地の管轄違についても、おこなわれる。もつとも、地方裁判所は、その管轄区域内の簡易裁判所の管轄に屬する事件について、移送せずに、みずから審理・裁判することができ(二三〇)。

(3) 訴訟の全部について管轄権なき場合には、その全部を移送すべきであるし、その一部について管轄権なき場合には、その部分のみ移送せられる。もつとも、豫備的訴の併合や選擇的訴の併合においては、分離して審理することができないから、その一部につき管轄権がない場合でも、訴訟の全部を移送するほかない。

### 二 審判の便益に基く移送(三一・三二ノ二)

(1) 訴が管轄権ある裁判所に提起された場合でも、當事者ことに被告に著しい損害を與えるとか(私益上の理由)、あるいは訴訟を著しく遲滞せしめるとか(公益上の理由)の不都合があるならば、他に競合する管轄裁判所をして審判せしめた方が、大局から見て望ましい。これこの種の移送を認めた所以であり



受訴裁判所の専属管轄に属するときは、固より移送が許されないが、合意による専属管轄のときは、公益上の理由に基くかぎり、移送を認むべきである。

(2) 簡易裁判所に訴が提起された場合、たとえ管轄権を有するときでも、相當の理由があれば、事件を管轄の地方裁判所へ移送することができる(三一ノ二)。「相當」というのは、例えば地方的利害が大で對立が激しいときとか、政治問題等を含み事案重大であるときとか、等を意味するものと解される。

### 三 反訴提起に基く移送(三五五)

簡易裁判所の訴訟に於て、被告が、反訴により、地方裁判所の事物の管轄に属する請求をした場合には原告の申立により、本訴および反訴を地方裁判所に移送せられる。これは、反訴請求における原告側の事物管轄の利益を尊重しながら、本訴と反訴との併合審理を維持しようとする目的からたものである。

### 四 上告裁判所による差戻に代る移送(四〇七)

### 第三 移送の手續

一 移送の裁判は、當事者の申立によつてなす場合(三五五)と、職権によつてなす場合(三〇)と申立または職権によつてなす場合(三一・三二ノ二)とがある。

二 いずれの場合にも、口頭辯論を経て、またはこれを経ないで、決定を以て裁判され、この裁判に對し

ては(移送の場合でも、移送の申立却下の場合でも)、即時抗告をすることが出来る(三三)。もつとも、反訴提起に基く場合には、不服申立の方法がない(三五五)Ⅰ。上級審における移送は、判決による(三九〇・三九六・四〇七)

### 第四 移送の効力

一 移送の裁判は、移送の原因および受移送裁判所の管轄権について、受移送裁判所を羈束することとなるから、この裁判所は、これと違つた認定をして、事件を更に他の裁判所へ移送することはできない(三二)。これは、事件が際限なく移送されて、管轄裁判所が永く不確定となることをさける目的から出たものであるから、専属管轄に反するときでも、羈束力を失わない。しかし、移送を受けた後、さらにあらたな移送原因が生じた場合には、勿論、移送できるのである。

二 移送の裁判が確定したときは、訴訟は、初から受移送裁判所に提起されたものとみなされる(三四Ⅰ)従つて、訴の提起によつて生じた訴訟法上および實體法上の効力(例えば時効中斷等)は、そのまま持續する。移送までに移送裁判所でおこなわれた訴訟手續が、移送後も効力を有するか、という點については學說上争があるが、積極に解すべきであろう(下級審の判例)。なお、移送の場合には、訴訟記録が受移送裁判所に送付せられる(三四Ⅰ)。



問題「八」當事者能力を説明すべし。(昭五・行政、昭一二・五二)

問 當事者能力及訴訟能力を説明すべし(昭三・行政)〔訴訟能力については次問の解答参照〕

一 當事者能力の觀念

二 當事者能力者

三 當事者能力の訴訟上の効果

### 第一 當事者能力の觀念

一 (意義) 當事者能力とは、一般に、民事訴訟の當事者となり得べき訴訟法上の權利能力を云う。すなわち、判決手續について云えば、原告として訴え又は被告として訴えられる能力であり、執行手續について云えば、債權者として執行を申立て又は債務者として執行を受け得る能力を意味する。

二 (本旨) 私法上權利を享有することができ(民一ノ三)、私法上の法律關係の主体となり得る能力を、權利能力または私法上の人格と云えば、當事者能力は、訴訟法上の權利能力または人格である。もつとも如何なる資格を標準として、訴訟主体となり得る能力を與えるかは、訴訟法が、独自の立場から決定するものであつて、かならずしも、私法上の權利能力に盲従するわけではない。現行法上、權利能力を有するものは、常に當事者能力を有するが、當事者能力を有するもの必らずしも權利能力者ではない(後第二〇

二・三参照)。

三 (識別) 當事者能力は、訴訟の内容種類にかかわらず定められた一般的、抽象的能力であり、特定の權利または法律關係についての訴訟において、當事者として、(本案の)判決を求め又は受けるに適する資格、すなわち當事者適格とは異なる。彼を權利能力に比すれば、これは特定財産の處分權能に比すべきである。また、當事者能力は、當事者がみずから現實に訴訟を進行し得る能力、すなわち訴訟能力とも異なる。兩者の關係は、あたかも權利能力と行爲能力との關係に似ているのである。

### 第二 當事者能力者

一 (概観) 民法第四十五條は、當事者能力を、民法等の規定に従つて定めることとしているが、その意味は、まず、實體法上の權利能力者たる自然人および法人を、當事者能力者とする趣旨である。ただし民事訴訟は、直接・間接に私法的事件を對象とするものであり、従つて、私法上の權利主体をして、訴訟においても、判決を求め且つ受けしめるのが、當然だからである。もつとも、第二次的に、訴訟法独自の立場から、權利能力者でない者に對して、當事者能力を與えている場合がある。

二 (權利能力者) 自然人と法人とである。

(1) 自然人の當事者能力は、出生にはじまり、死亡に終る(民一ノ三)。胎兒は、生れてはじめて遡及的



に權利を取得する、と解するのが通説であるから、胎兒中には權利能力なく、従つて當事者能力もないこととなる。

(2) 法人は、解散後といえども、清算中は、なお當事者能力を有する(民七三・商一一六)。

(3) 外國人および外國法人も、一般に、當事者能力を有するが、わが裁判權に服しない者(治外法權享有者)は、これを有しないのを本則とする。

三(法人に非ざる社團または財團) 實体法上權利能力なくして、當事者能力を與えられているものであつて、民訴法第四十六條による。

(1) 民法その他の實体法では、社團または財團のうち、法定の要件をそなえ、法定の手續をとつて設立されたものだけに對して、法人格を賦與し、それ以外の團體の發生・存立を無視する態度をとつていながら、そうした團體であつても、社會的實体としては法人と格別異るところなく、それが社會に事實上存在し、社會的活動を營む以上、他人との間に生じた紛争を解決するため、訴訟によらねばならぬ場合のあることは勿論であるから、法は、この社會的事實を直視して、合目的の見地より、かような社會的實体に對し、當事者能力を與えることとしたのであつて、これらのものは、訴訟上、法人格を有するものと、全く同様に取扱われるのである。

(2) 社團とは、人の集合体であつて、團體としての組織を有し、その構成員の單なる集合を超越して、團體自身が社會上一個の單一体としての存在を有するものを云う。従つて、同じく人の集合体でも、民法上の組合(民六六七以下)は、その構成員を超越した別個獨立の存在を有するものではないから、社團とは型態を異にし、當事者能力を有し得ない(判例は反對)。

(3) 財團とは、實質的に個人の歸屬を離れて獨立に存在し、一定の目的のために運用せられる目的財産を言う。個人間の信託財産のごときは、財團ではない。

四(行政廳) 形式的民事訴訟である行政事件のうち、いわゆる抗告訴訟(行政廳の違法な處分の取消または變更を求める訴)においては、行政廳——それは、固より、實体法上の權利能力を有しない——が當事者能力を有することとされている(行特三)。

### 第三 當事者能力の訴訟上の効果

一 當事者能力は、訴訟要件の一であつて、裁判所は、何時でも、職權により、その有無を調査し、もしその欠缺があるときは、判決を以て訴を却下しなければならぬ。當事者能力の欠缺を誤認または看過してなした本案判決は、上訴を以て争い得るが、判決確定後は、再審の事由となるものでない。

二 訴訟系屬中、當事者が死亡、合併等により消滅したときは、その承繼人(相續人等)が存するかぎり



訴訟が中断せられて、承継人が訴訟を受継ることとなる（二〇八・二〇九）。

## 問題「九」訴訟能力を説明すべし。（昭一五・行政）

副問 訴訟能力欠缺の効果を説明すべし（昭一八・行政）

一 訴訟能力の概念

二 訴訟能力者及び訴訟無能力者

三 訴訟能力の効果

### 第一 訴訟能力の概念

一（意義） 訴訟能力とは、訴訟當事者として、自ら單獨に訴訟を進行し得る能力を云う。すなわち、それは、法定代理人によらず又特別の授權をうけることなく、みずから——能動的當事者（原告・上诉人・債権者）として——有効に訴訟行為をなすことができるとともに、訴訟の相手方または裁判所の、自己に對する訴訟行為を——受動的當事者（被告・被上诉人・債務者）として——自ら有効に受けることのできるために必要な、訴訟法上の能力である。

二（本旨） 訴訟法上、訴訟能力の概念がみとめられているのは、實體法上、行為能力の概念がみとめら

れるのと同じ趣旨からであつて、畢竟、訴訟において、自己の利益をみずから十分に主張・擁護するに堪えない者を、保護しようとする目的から、劃一的に、訴訟能力と云う水準をさだめ、これを有しない者の訴訟行為は、訴訟法上本來の効果を生じないこととしたわけである。従つて、代理人のごとく、訴訟上自己の利益を追及するものでない者は、訴訟能力者たることを要しないし（民一〇二）、また訴訟を進行するためでなく、證據方法として裁判所の取調の對象となる場合（例えば證人）には、訴訟能力は必要でない。

三（識別） 右のように、訴訟能力は、みずから現實に訴訟を進行し得る能力であるから、訴訟の主体となり得るに必要な一般的・抽象的能力である當事者能力とは區別せられねばならないし、また裁判所の面前で、辯論その他の訴訟行為に適法な表現形式を與え得る人的資格、すなわち辯論能力とも異なるのである。

### 第二 訴訟能力者及び訴訟無能力者

一（概観） 民法第四十五條は、訴訟能力を、民法の規定に従つて定めることとし、原則として、これを實體法上の行為能力と同一程度のものとした。ただし、兩者につき特に能力程度を異らしめる必要がないからである。もつとも、例外的に、訴訟法固有の立場から、訴訟無能力者に對して、訴訟能力を與えて

二（訴訟能力者） 行為能力者は、すべて訴訟能力を有する。行為能力者であるかぎり、たとえ法定代理



人によつて代理せられる訴訟においても、法律上無能力とはならない。法人その他の社團財團が訴訟能力を有するかどうかは、その本質につき、いわゆる擬制説をとるか、實在説をとるか、によつて異なる。ただ現行法上は、法人等の代表者または管理人につき、法定代理および法定代理人の規定が準用されているので、格別議論の實益がない。

三（訴訟無能力者） 行爲無能力者は、原則として、訴訟能力を有しない。ただ、受動的訴訟能力について例外があるほか、人事訴訟においては、行爲無能力者といえども、意思能力を有するかぎり、完全な訴訟能力を有するものとされている（人訴三・二六・三二）。蓋し、身分關係については、本人自身の意思を重んずべく、これに關する行爲は、法定代理人が代つてなすに適しないものだからである。

(1) 意思無能力者 心神喪失者や幼者のように、意思能力を有しない者は、訴訟能力をも有しない。

(2) 未成年者および禁治産者 これ等の者は、原則として、完全な訴訟無能力者であり、法定代理人によつてのみ訴訟行爲をなし得る（四九・五六）。未成年者が豫め法定代理人の同意を得た場合でも（民四）、訴訟行爲はみずからなすことができない。もつとも、未成年者が獨立して法律行爲をなし得る場合、すなわち、營業を許された場合（民六）や、無限責任社員となることを許された場合（商六）は、その範圍の訴訟に關するかぎり、訴訟能力を有する。

(3) 準禁治産者 能動的當事者（原告・上訴人）として訴訟行爲をするには、民法の規定に従い（民一）二、保佐人の同意を要するが、受動的訴訟行爲をするには、これを必要としないから（五〇一）、その範圍で、訴訟能力を有するわけである。また準禁治産者が必要的共同訴訟人である場合には、他の者が上訴すると、この者も當然上訴人となり、その上訴につき、準禁治産者が訴訟行爲をするには、保佐人の同意を要しない。同意は、個々の訴訟行爲についてでなく、各審級の訴訟行爲につき包括的になされるが、一定の行爲には、特別の同意を必要とする（五〇一）。

(4) 妻は、新法においては、訴訟無能力者でなくなつた。

(5) 外國人の訴訟能力は、原則として、その本國法によつて定めるが、それにより無能力の場合でも日本の法律によれば訴訟能力を有すべきときは、これを訴訟能力者とみなされる（五一）。

### 第三 訴訟能力の效果

#### 一 訴訟行爲の有効要件

(1) 訴訟能力は、個々の訴訟行爲の有効要件であり、訴訟能力を欠く者の訴訟行爲またはこれに對してなされた訴訟行爲は——單に取り消し得べきものでなくして——當然無効である。

(2) しかし訴訟無能力者の行爲といえども、訴訟行爲として不成立（不存在）なのではないから、例え



ば、訴訟無能力者の提起した訴に對しても、これを却下する裁判をしなければならぬし、また訴訟無能力者がなし又は受けた訴訟行爲も、適法な追認を得れば、行爲のときにさかのぼつて有効となる(五四)。

## 二 訴訟無能力者の行爲に對する裁判所の處置

右のごとく、訴訟無能力者の行爲でも追認の餘地があり、又その行爲は必らずしも本人に不利益なものとかがらないから、裁判所は、一應期間を定めてその能力の補正を命じ、それまでは、その行爲を排斥する處置を猶豫しなければならぬ。而して、補正を待つため損害を生ずる虞があるときは、かりにその申立に應じて訴訟の追行を許し得るのである(五三)。

## 三 訴訟能力の欠缺の訴訟上の影響

(1) 訴訟無能力者もしくはその委任した訴訟代理人の訴提起行爲、または無能力者自身に對する訴狀の送達に基いては、裁判所は、事件につき本案の裁判をなすことができない。裁判所は、常に、職權を以ても、これらの點を調査すべきであり、もし欠缺があつて補正されなければ、訴を却下すべきである。

(2) 訴訟が適法に繫屬している場合 訴訟無能力者は、これに關與してみずから訴訟行爲をなすことができず、又これに對する期日の呼出その他の訴訟行爲も無効である。訴訟中に當事者が訴訟能力を取得または喪失したときは、適法に受繼がおこなわれるまで、訴訟手續は中断せられる(二一〇)。

(3) 訴訟能力の欠缺を看過または誤認してなされた判決は、上訴を以て争うことができ、又その確定後も、再審の事由となる(三九五I4・四二〇I3)。

## 問題「一〇」選定當事者を説明すべし。(昭一一・司法、昭一六・行政)

- 一 選定當事者の觀念
- 二 選定當事者の選定
- 三 選定當事者の地位

### 第一 選定當事者の觀念

一 (意義) 選定當事者とは、共同の利益に關し、共同して訴訟をしようとする多數の者の中から、總員のために、代つて訴訟當事者となるため、選ばれた一人または數人の者を云う(四七)。

二 (本質) 共同訴訟において、當事者が多數にすぎるときは、訴訟中、一當事者の死亡・能力の喪失その他の障得により、訴訟の進行が區々となつて、統一的審判の目的に副わなくなり、ことに必要的共同訴訟にあつては、全訴訟の進行が阻害されるおそれがあるし、また辯論も錯雜し、呼出・送達等の事務も煩雜となる嫌がある。そこで、法は公私の便宜を考慮し、多數の當事者たるべき者のあいだに、實質上利害



の共同が存する場合には、その中から代表者を選んで當事者とし、他の者は訴訟に顔を出さずすませ、ただ判決の効力のみをうけることを認めたのである。もつとも、この制度は強制的でない。

三(識別) 選定當事者は、總員の訴訟を一括して追行する権能を與えられ、これにつき當事者適格を有する者であるから、單に當事者のために之に代つて訴訟をなす代理人や代表者とは異なるし、また本人の授権による任意的訴訟受託者たる點で、職務上または法規上、當然他人の利益についての訴訟追行権を有する破産管財人等と區別せられる。

## 第二 選定當事者の選定

### 一 選定の要件

(1) 共同訴訟人たり得べき多數者の存在。原告側でも被告側でもよい。多數とは二人以上を云うが、社團を構成する場合であつてはならない。

(2) 多數者が共同の利益を有すること。共同の利益とは、各人の(または之に對する)請求の當否が、同一の事實上または法律上の原因にもとずき、この點の争が各請求の當否に關する鍵點をなすために、全員が、相手方に對して、社會觀念上一團として對立していると認められる場合を云う。例えば、組合財産についての組員、同一事故の被害者等も含まれる。

(3) 選定當事者が共同利益者に屬すること。

(4) 選定當事者が當事者能力を有すること。訴訟能力の有無は問題でない。

### 二 選定行爲

(1) (性質) 選定は、共同利益者の一人または數人に對して、自己の利益に關する訴訟の追行権能を授與し訴訟を信託する、無方式の單獨訴訟行爲である。従つて、これをなすにつき、訴訟能力を必要とする。

(2) (方法) 選定は、各人の意思にもとずくべきで、共同利益團の多數を以て強要し得ない。

(3) (態容) 一人を選定しても、數人を選定してもよい。また多數當事者中、一部の者のみが、その一部の者のために選定することもあり得る。

(4) (時期) 訴訟繫屬の前後を問わない。

(5) (効果) 選定により、選定當事者は、全員のための訴訟追行権を取得する。もつとも、選定者自身も、自己の訴訟追行権を失うわけではない。しかし選定當事者が訴訟をはじめてしまうと、選定者自身の訴訟は二重訴訟となるし、訴訟繫屬中選定があつたときは、選定當事者のみが居残つてその訴訟をつづけ他の當事者は、訴訟より當然脱退することとなる(四七一)。

(6) (撤回) 選定者は、何時でも、一旦なした選定を撤回し、または變更することができる(四七一)。



もつとも、撤回・変更は、選定當事者または選定者から相手方に通知しなければ、その効力を生じない  
(五七一)。

### 第三 選定當事者の地位

#### 一 全員のための訴訟追行権(當事者適格)

選定當事者は、自己および選定者全員の訴訟につき、原告または被告たる資格を有する。

(1) 同一選定者の一團より選定せられた數人は、訴訟追行権を合有し、その訴訟は必要的共同訴訟となる。これに反し、異なる選定者團より選定せられた數人は、通常共同訴訟の關係あるにすぎない。

(2) 選定當事者の資格は、訴訟上、書面を以て證明しなければならぬ(五二一)。選定當事者は、當該訴訟につき、當事者として一切の訴訟行為をなし得るばかりでなく、訴訟追行に必要な私法上の行為をもなし得るものと解せられる。

(3) 選定當事者の訴訟追行にもとずきなされた判決の効力は、選定者にも及ぶこととなる(二〇一I)。従つて、給付判決なるときは、これに基づき、選定者のために、またはこれに對して、強制執行をなし得る(四九七ノ二)。選定當事者のなした和解・請求の認諾・拋棄の調書も同様である。

#### 二 資格の喪失

選定當事者の資格は、その死亡または選定の撤回(取消)により、喪失する。これに反し、選定者の死亡・訴訟能力の喪失・共同利益の喪失(例えば係争権利の譲渡)のごときは、その資格に影響がない。蓋し、これらの事情により訴訟に障礙を生ぜしめないことが、この制度の主たる目的とするところだからである。

### 問題〔二一〕共同訴訟の種類をあげて説明すべし。(昭一三・行政)

問 共同訴訟の意義を説明すべし(昭一〇・五二)

必要的共同訴訟を説明すべし(昭二・昭五・行政)

必要的共同訴訟の意義を説明すべし(昭一三・五二)

#### 一 總説

#### 二 普通の共同訴訟

#### 三 必要的共同訴訟

### 第一 總説

一 (意義) 共同訴訟とは、一の訴訟手續に數人の原告または被告が關與している訴訟形態を云う。これ



を生ぜしめるところの訴提起の態容から見て、訴の主観的併合と呼ばれることもある。このような訴訟形態を認める所以は、數當事者間の争を一の訴訟手續において審判することにより、當事者の便宜と訴訟經濟とをはかるとともに、裁判の牴觸をある程度防止し得る點にあるもの、とされている。

二(發生原因) 共同訴訟は、(イ)複数の原告より又は複数の被告に對して一の訴が提起された場合、(ロ)一當事者の訴訟を數人が承繼した場合、(ハ)訴訟繫屬中第三者がその當事者双方を共同被告としてさらに訴を起した場合(六〇)、(ニ)訴訟繫屬中第三者が當事者の一方の共同訴訟人として参加した場合(七五)、(ホ)辯論の併合せられた場合(一三二)等に發生する。

三(種類) 共同訴訟は、各共同訴訟人と相手方との間の請求の關係から、普通の共同訴訟と必要的共同訴訟とに區別せられ、後者は、さらに、固有の必要的共同訴訟と類似必要的共同訴訟とに區別せられる。

## 第二 普通の共同訴訟

一(意義) 普通の共同訴訟とは、各共同訴訟人と相手方との間に、それぞれ別個の請求が存在し、それらの數個の請求の間に何等の融合關係なく、従つて個々の解決し得る種類の共同訴訟を云う。例えば、數人の買主に對して賣買代金の支拂を求めるが如し。この場合には、各共同訴訟人は、それぞれ獨立に訴訟を進行し、相互に援助乃至制肘することがない(六一)。

二(要件) 各請求の間に、次のとき主観的および客観的要件があることを要する。

### (I) 主観的要件(五九)

(イ) 權利共通または義務共通(例えば共有者・連帶債務者)

(ロ) 訴訟の目的たる權利または義務が同一の事實上および法律上の原因に基くとき(例えば同一不法行為による多數の被害者)

(ハ) 訴訟の目的たる權利または義務が同種で、事實上および法律上同種の原因に基くとき(例えば多數保險契約者に對する保險料の請求)

(ニ) 主參加的共同訴訟の場合(六〇)。もつとも、この場合には、必要的共同訴訟となることもある(ホ) 法が特に規定した場合(五四九Ⅱ・六二三Ⅱ等)

### (2) 客観的要件

(イ) 數個の請求が同一訴訟手續により審理され得ること(二二七)

(ロ) 法律上併合が禁止されていないこと(人訴七Ⅱ・二六・三二)

(3) なお受訴裁判所が各被告に對する請求について、本來管轄權を有することを要するとなす説もあるが、判例はこれを要しないとの見解をとつている。



三(審理) まづ共同訴訟の要件を調査し、これを欠くときは、辯論を分離し(一三二)、分離の結果管轄違を生ずれば、移送する(三〇)。訴訟要件については、各共同訴訟人につき各別に調査し、これを欠くときは、その者の訴を却下する。本案の辯論・證據調は、原則として併合してなされるが、裁判所は、事情により、各請求につき、辯論の制限・分離をなし得(一三二)、あるいは一部判決により完結し得る(一八三)。

四(共同訴訟人の地位) 一人の、及びこれに對する訴訟行爲は、該共同訴訟人と相手方との間の訴訟にのみ効力を有し、他の共同訴訟人と相手方との間には、何等影響を及ぼさない(六一)。自白・請求の放棄・認諾・取下・和解等すべて然りである。上訴も同様であるから、判決もそれぞれ別個に確定する。また共同訴訟人の一人について生じた事項は、他の共同訴訟人に影響を及ぼさない。故に、期日・期間の懈怠・中断・中止等は、各人ごとに觀察することとなる。

### 第三 必要的共同訴訟

一(意義) 必要的共同訴訟とは、訴訟の目的たる権利または法律關係が、共同訴訟人の全員につき、合一にのみ確定すべき場合の共同訴訟を言い、次の二種に區別せられる。

(1) 固有の必要的共同訴訟 數人が共同してのみ、はじめて、當該請求に關する當事者適格を有し、從つ

て、共同して原告または被告とならなければ、これについて本案判決をなし得ない場合を云う。例えば、共有物分割の訴訟(民二五八)、數人の選定當事者(四七)等であつて、この場合には、當事者は多數でも、請求は單一である。

(2) 類似の必要的共同訴訟 當該訴訟の判決の効力(既判力・形成力)が、特に第三者に擴張される結果この者が偶々、共同訴訟人に加わるときは、共同訴訟人間に訴訟の勝敗が區々たり得ず、判決が、全員につき合一に確定せねばならぬ法律上の要求ある共同訴訟を云う。例えば、多數社員よりする會社設立無効の訴(商一三六)、數人の提起する婚姻の無効または取消の訴(人訴二一・一八)等である。この場合には、必ずしも共同訴訟によらねばならぬわけではなく、單獨訴訟が許される點で、前者と異なる。ただ、共同訴訟の形態をとる場合には、普通の共同訴訟とはならず、必要的共同訴訟となるわけである。但し、共同訴訟人の各請求が、同一の事實または法律關係に基因するため、この限度において、各請求につき、論理上區々たる判断が不能であるにすぎない場合(例えば同一事故による數名の被害者の損害賠償請求)は、これに入るものではない。

二(審理) 審理は、常に、最後まで併合しておこなわれる。ただ、類似の必要的共同訴訟にあつては、各共同訴訟人について、訴の一部取下(二三六)、二重訴訟の禁止(二三一)等の問題が生じ得る。



三(共同訴訟人の地位) 共同訴訟人間に、劃一的解決がはからねばならないから、訴訟状態が、一樣に發展せしめられることとなる。

(1) 訴訟資料の統一 共同訴訟人の一人でも、有利な訴訟行爲をすると、全員がその利益に均霑するとともに、不利な訴訟行爲(自由・拋棄・認諾・和解等)は、全員によつてなされないかぎり、本來の効果を生じない(六二一)。もつとも共同訴訟人の事實上の陳述が、裁判所の事實認定の資料に供せられることはあり得る(一八五)。共同訴訟人の一人に對する相手方の訴訟行爲は、利益不利益にかかわらず、全員に對して効力を生ずる(六二二)。

(2) 訴訟進行の統一 訴訟手続は一樣に進められ、必らず一個の終局判決を以て完結する。又これに對する一人の上訴により、全訴訟が上級審へ移り、他の者もすべて上訴人たる地位につく。期間も一樣に行し、ことに、裁判の確定は、全員につき上訴期間が満了したときにはじめて生ずる。一人について訴訟手続の中断または中止の原因が生じると、全訴訟につき停止の効力を生ずる(六二二)。

問題 「一二」 訴訟参加を説明すべし。(昭六・司法)

副問 訴訟参加の種類を擧げて之を説明すべし。(昭五・行政)

訴訟参加の種類を説明すべし。(昭二・司法)

民訴法第六十四條を説明すべし。(昭一一・五二)

一 總説

二 補助参加

三 獨立當事者参加

四 共同訴訟的當事者参加

### 第一 總説

一(意義) 訴訟参加とは、現に繫屬中の訴訟に、當事者以外の第三者が加入し、訴訟手続に参加することを云う。これは、訴訟について利害關係を有する第三者をして、べつにあらたな訴訟手続を開始することなく、當該訴訟において、自己の名により、自己の利益を擁護し主張せしめる方法として、認められたものである。

二(識別) 訴訟参加は、第三者が、自己の名により自己の利益のために、訴訟に關與する點で、代理人として訴訟に關與したり、證人・鑑定人等として訴訟に關與する場合と區別せられ、あらたな訴訟手続を開始せず、もとの訴訟に關與する點で、いわゆる主参加共同訴訟(六〇)と區別せられ、狹義の訴訟、す



なわち判決手續の現存を前提とする點で、第三者異議の訴(九四五)と區別せられ、また第三者の側よりイニシアチヴをとる點で、訴訟引受の申立(七四)や訴訟告知(七六)と區別せられる。

三(種類) 訴訟参加には、第三者が、訴訟當事者中のいずれか一方を補助するために参加する補助参加と、當事者の一方または双方に對し積極的に自己の請求をなすため、その訴訟に當事者として参加する當事者参加とがあり、後者は、さらに、獨立當事者参加と共同訴訟的當事者参加とに分けられる。なお、このほかに、引受参加(七四)があげられる場合もあるが、これは——前述のごとく——第三者の側よりイニシアチヴをとるものでないから、眞に訴訟参加の名に値するものではない。

## 第二 補助参加

一(意義) 補助参加とは、訴訟の繫屬中、第三者が、その訴訟の當事者の一方(被参加人)を補助するため、訴訟に参加することを云う。補助参加人は、訴訟において被参加人を補助し、これを勝訴せしめることによつて、自己の利益を擁護しようとするものである。

二(要件) 参加の要件次のごとし。

- (1) 他人間に訴訟が繫屬していること。訴訟繫屬中とは、判決手續が現存する状態を云う。
- (2) 参加人が訴訟の結果につき法律上の利害關係を有すること(参加の理由)

(3) その法律上の利益を擁護するため、他に訴訟上の手段があると否とを問わない。

三(手續) 参加の申出は、書面または口頭を以て(一五〇)、参加の趣旨および参加の理由を具して、参加後訴訟行爲をなすべき裁判所に對して、しなければならぬ。参加申出に對しては、兩當事者はいずれも異議を申述べることができ、その場合は、異議の許否につき、決定を以て裁判せられる(六六)。

## 四(参加人の地位)

(1) 参加人は、訴訟につき、被参加人のなすべき一切の訴訟行爲(攻撃防禦方法の提出・上訴の提起等)をなすことができ、その行爲は、原則として、被参加人がなしたと同一の効果を生ずる(六九I)。もつとも、私法上の權利行使、訴訟を處分(訴の取下等)または變更(訴の變更等)する行爲、参加當時の訴訟状態に上すべし得ない行爲(六九I但)、被参加人の行爲と抵觸する行爲(六九I)をすることはできない。

(2) 補助参加人は、當事者ではないから、判決の既判力はこれに及ばないが、被参加人を補助し、共同に訴訟をした點から、被参加人敗訴の判決は、参加人に對しても、特殊の効力——参加人と被参加人との間で互にその判決が不當であると主張し得ない拘束——を生ずることとしている。これ、いわゆる参加的効力であつて、それは——既判力と異り——参加人と被参加人との間にのみ生じ、その反面、單に判決主



文に包含された訴訟物に対する判断のみならず、その前提として判決理由中に掲げられた事実または法律関係の存否の判断についても及ぶものとされている。なお、この効力の排除される場合がある(七〇・六九)五(共同訴訟的補助参加) これは、判決の本来の効力が、當然参加人と被参加人の相手方との間にも生ずる場合の補助参加を云い、この場合には、参加人に、その利益を擁護する必要上、通常の補助参加に比し、より強い追行権能が與えられねばならない(例えば被参加人の行爲と抵觸する行爲をなし得る)。

### 第三 獨立當事者参加

一(意義) 獨立當事者参加とは、訴訟の繫屬中、第三者が、その訴訟の當事者双方に對し自己の請求をするため、その訴訟手續に参加することを云う(七一)。權利者参加ともよばれる。この参加により、参加人は、従前の原告被告と、さらに對立する訴訟當事者たる地位を占めることとなる。そこで、この訴訟の構造を如何に解するかについては、共同訴訟説・主参加併合訴訟説・三個訴訟併合説・三面訴訟説等があるが、三當事者が各獨立の立場で對立する三面訴訟と見る最後の説が最も有力である。

#### 二(要件) 参加の要件つきのごとし。

- (1) 他人間に訴訟が繫屬していること 補助参加と異り、原則として、事實審にかぎると解せられる。
- (2) 訴訟の結果により、参加人の權利が侵害される虞のある場合、または、訴訟の目的の全部または一

部が、参加人に歸屬する旨を主張する場合たること(参加の理由) 訴訟の結果により参加人の權利が侵害される虞のある場合とは、該訴訟の判決の事實的効果を参加人が蒙り、そのために、参加人の權利が影響を受ける場合を云う。

- (3) 参加人が、原告被告双方に對し、自己の主張(請求)をなすこと(参加の趣旨)
- (4) 参加人が、當事者の一方または双方に對し同一の請求を、別訴訟でしていないこと(二三一・判例は反對)

#### 三(手續)

- (1) 参加の方式については、補助参加の手續に準じる(七一・六五)。しかし、當事者が参加要件の欠缺を争つても、決定を以て裁判する必要はない(六六・六八の準用なし)。
- (2) 参加後、原告が、参加人の同意を得て、訴を取下げると、参加人の原告被告に對する共同訴訟が残り、また参加人が、参加申出を取下げると、在來の訴訟が残ることとなる。さらに、在來の當事者の一方が、相手方(参加人も含む)の承諾を得て訴訟から脱退すると、在來の當事者間ならびに参加人・脱退者間の訴訟は消滅し、参加人と相手方との訴訟のみが残る。しかも、その訴訟の判決が確定すると、その既判力は、脱退者にも及ぶこととなる(七二)。



③ 三當事者對立の場合、三者のいずれからいずれに對する訴訟行爲も、他の一人の不利益においてはその効力を生じ得ず（七一・六二Ⅰ）、従つて、拋棄・認諾・自白は無効である。そのほか一人より一人に對する訴訟行爲は、他の一人に對しても効力を生じ（七一・六二Ⅱ）、また一人につき生じた中斷中止の事由により、全訴訟が停止せられる（七一・六二Ⅲ）。

④ 本案の終局判決は、三當事者間の三請求に對し、矛盾なき判斷を包含した一個の判決であるべきである。

#### 第四 共同訴訟的當事者參加

一（意義） 共同訴訟的當事者參加とは、訴訟の繫屬中、第三者が、その訴訟の當事者の一方の、共同訴訟人として參加することを云う。

二（要件） 參加の要件つぎのごとし。

- (1) 他人間に訴訟が繫屬していること。
- (2) 該訴訟の判決の既判力（あるいは更に形成力）が、參加人と當事者の一方（相手方）との間にも生ずる場合であつて、且つ、參加人は、みずから同一の請求につき、獨立に、當事者として訴えまたは訴えられる資格を有するものなること。

(3) 參加人が、相手方に對して、自己の請求をなすこと。

三（手續） 參加の手續は、補助參加の手續に準じ（七五・六五）、參加後の構造は、必要的共同訴訟となる。

#### 問題「一三」 訴訟繫屬中に於ける訴訟物たる權利關係の承繼は訴訟に如何なる影響を及ぼすか。（昭一七・司法）

副問 當事者の死亡が訴訟に及ぼす影響を説明すべし（昭一六・司法）

一 總説

二 包括承繼の場合

三 特定承繼（讓渡）の場合

四 訴訟承繼の効果

#### 第一 總説

一（訴訟の承繼） 元來、訴訟は、對立當事者（原・被告）間の紛争であるから、訴訟繫屬中に、紛争の目的たる訴訟物が第三者へ移轉したならば、在來の當事者間に於ては紛争が消滅するわけであり、従つて形式的に考えると、訴訟は、その存在意義を失うから、直ちに終了させてもよいはずである。しかし、客



觀的には、紛争は、在來の當事者の一方と右の第三者との間に残るのであり、しかも、それ、實質的には、在來の紛争の繼續態と見るべきものであるから、從來の訴訟そのものを、この兩者間の訴訟として承繼せしめることは、訴訟經濟の理想にも適合するし、また訴訟物たる權利關係を實體法的に承繼した第三者は、前者の訴訟的地位をも承繼せるものとして扱うのが至當であるから、在來の當事者間の紛争の地盤の上に築きあげられてきた訴訟状態をして、新しい紛争當事者間の争を支配せしめることは、決して悖理でない。のみならず、訴訟を動的發展的にとらえて、既判力の生成過程と見、訴訟状態を生成中の既判力と解するときは、既判力が訴訟物たる權利關係の承繼人に對しても擴張せらるべきものであるかぎり（二〇一）、既判力の萌芽ともいふべき訴訟状態上の地位をば、實體法上の承繼人に承繼せしめるのは、むしろ當然であると考えられる。かくして所問のごとき場合には、訴訟の承繼ということ認め、従前の當事者のかわりに、訴訟物の承繼人を當事者として加入せしむべきである、ということになるのである。

二（口頭辯論終結後の承繼） ひろく訴訟繫屬中における訴訟物の承繼というときは、事實審の口頭辯論終結後における訴訟物の承繼も含まれることとなる。しかし、これは、右に述べられたところでも明らか通り、訴訟承繼の問題でなくして、既判力の問題であり、かくのごとき訴訟物の承繼は、訴訟に何等の影響を及ぼさず、ただその判決の効力が、承繼人にも及ぼされるのみである。而して、以下に述べるとこ

ろは、事實審の口頭辯論終結前における訴訟物の承繼に限定せられるのである。

三（種別） 現行法は、訴訟物の承繼のうち、包括承繼と特定承繼とで、異つた原理に服せしめ、前者の場合は、それによつて法律上當然に當事者の交替を生ずるに反し（當然承繼）、後者の場合には、承繼人あるいは從來の當事者の訴訟行為をまつてはじめて、それが生ずるものとしている（参加承繼・引受承繼）。

## 第二 包括承繼の場合

一（承繼） 自然人たる當事者の死亡、法人等の団体たる當事者の合併による消滅、によつて訴訟物たる權利關係に包括承繼がおこなわれた場合には、訴訟は、法律上當然に、承繼人によつて承繼される。

二（中斷・受繼） この場合、訴訟手續そのものは、中斷することと中斷しないことがある。

(1) 訴訟手續が、訴訟代理人または選定當事者によつて追行されているときは、中斷されないから（二一三・四八）、訴訟は通常舊當事者の名で追行され、判決も外觀上これに對して下されるが、實質上は承繼人に對する判決である。

(2) 右以外の場合は、訴訟手續が中斷されるから、承繼人より（二〇八・二〇九）、または之に對して（二一六）、受繼の手續がとられなければならない。而して、裁判所は、職權を以て、まず受繼の適否につき審判することとなる（二一八）。



### 第三 特定承継（譲渡）の場合

一（概説） 訴訟繫属中における訴訟物の譲渡については、譲渡禁止主義・放任主義・當事者恒定主義・訴訟承継主義等の立法主義があり、わが民訴法の規定は簡單なので、異論をまねがれたいが、現在では最後の主義に則り、第七三條、第七四條を擴張解釋する説が、有力である。

二（参加承継） 訴訟物の譲渡の場合には、訴訟は當然承継とならず、當事者の訴訟行為をまつてはじめて、承継する。そのうち、承継人（譲受人）の行為による訴訟の承継が参加承継（七三）で、法はこの場合第七一條の訴訟形態にしようとしているが、承継の本質にかんがみ、譲渡前における前主の訴訟上の地位を、そのまま承継せしむべきであり、第七三條は、その効果の一端を規定したもの、と解するのである。なお、同條は、権利の譲受についての規定しているが、實體法上の債務を引受けたものも、訴訟の結果については利益を有しうるから、その者の側よりする参加申立を拒否すべき理由はない、とされている。三（引受承継） 在來の當事者（前主の訴訟上の相手方）の側の——承継人たる第三者を訴訟に加入せしめるためにする——行為による訴訟の承継が、引受承継である（七四）。法は、債務の承継のみについて規定しているが、前述の理由により、権利の譲渡にも擴張して解釋せられる。引受申立に對して、裁判所は當事者およびその第三者を審訊し、決定を以てその許否を裁判する（七四）。

### 第四 訴訟承継の効果

訴訟が承継せられると、新當事者は、舊當事者の追行にもとまき生じた訴訟状態上の地位を、そのまま承継する。

- (1) 在來の辯論、證據調や裁判（中間判決）等も、すべて承継後の手續において効力を保有し、あらためてやりなおす必要はない。
- (2) 前當事者が訴訟状態上すでになし得ない行為は、新當事者といえども之をなし得ない。例えば、すでになされた裁判上の自由を反する主張や、時機におくれた攻撃防禦の方法の提出のごとし。
- (3) 訴訟費用については、包括承継の場合に關するかぎり、承継がおこなわれるが、特定承継の場合はその負擔關係を、新舊當事者につき別個に定むべきであろう。

問題〔一四〕訴訟代理人の權限を説明すべし。（昭五・五二）

副問 訴訟代理權の範圍を説明すべし。（昭三・五二）

一 序

二 權限の發生



### 三 権限の範囲及び効力

### 四 権限の消滅

## 第一序

訴訟代理人とは、本人の意思による選任に基き、訴訟追行に關する包括的代理權を與えられている者を云い、これには、法令による訴訟代理人と、訴訟委任に基く訴訟代理人との二種がある。前者は、支配人船長等、實體法上の一般的代理人として選任されたものが、その資格に基き裁判上の行爲をなし得る場合であり、後者は、訴訟委任により、特定の訴訟事件につき、その訴訟追行のための代理權を與えられた者である。兩者は、その権限の發生・範圍・消滅等いずれの點でも異つてゐるので、本解答では主として、訴訟委任に基く訴訟代理人について述べ、別に、法定による訴訟代理人につき附説することとする。

## 第二 権限の發生

一 (授權行爲) 訴訟委任による訴訟代理權は、本人の授權行爲によつて發生する。授權行爲の性質については、委任契約と見る説もあるが、通説は、相手方ある單獨訴訟行爲と解している。ただし、代理權授與の基本關係として、本人・代理人間に、委任・雇傭等の私法上の契約關係を伴ふことのあるは、勿論である。訴訟委任をなし得る者は、本人および法定代理人で、訴訟委任にもとずく訴訟代理人は、特に授權

のないかぎり、復代理人を選任し得ない(八一Ⅰ)。授權行爲の相手方は、通常、その代理人であるが、裁判所または相手方に對して選任の表示をしてもさし支えない。

二 (授權の方式および證明) 授權の方式は自由であるが、法は、訴訟における形式的確實を期する目的から、その證明方法について規定している(八〇)。

三 (法令による訴訟代理權) 法令による訴訟代理人の権限は、本人から、實體法上選任せられると、法定の権限として有することとなる。

## 第三 権限の範圍

一 (訴訟委任に基く代理權の範圍) 訴訟委任にもとずく代理權は、特定の事件について、法定の行爲をなす権限を包含し、これに制限を加え得ないのを原則とする。これ訴訟手續の圓滑確實を期するためである。もつとも、辯護士以外の代理人については、なお本人の意思が尊重され、その利益のために、個々のな制限が許されている(八一Ⅱ)。

(1) 普通委任の法定範圍 委任の目的である特定の事件につき、一定の審級内の、すべての訴訟行爲をなし得る。すなわち、支拂命令の申立、訴の提起・變更、中間確認の訴提起、反訴、第三者の参加に對する防禦、強制執行、假差押・假處分に關する訴訟行爲等がそれである(八一Ⅰ)。なお、攻撃防禦の目的を



達するために必要な實體法上の法律行為（時効の採用等）を、訴訟外または訴訟行為とともになし、または相手方のこれ等の意思表示を受領する権限をも有している。

(2) 特別授権を要する行為 法は、本人の主動的地位を重んずる見地から、重要な訴訟行為は、特別の授権を要するものと定めている。すなわち、反訴の提起・訴の取下・和解・請求の抛棄・認諾・七二條による脱退・控訴・上告・その取下・復代理人の選任がそれである（八一Ⅰ）。

二（代理権の効力） 訴訟代理人が、その権限内においてなし、または受けた一切の訴訟行為は、直接本人に對して、その効力を生じる。しかし、訴訟代理人を選任しても、當事者本人自身が訴訟追行権を失うわけではないから、例えば本人に對する送達も有効である。また本人も、訴訟代理人とともに、期日に出頭して辯論をすることもできるが、その場合、代理人の自由その他の事實上の陳述にかぎり、本人が遅滞なく取消し又は更正したときは、その効力を生じない（八四）。

三（數人の訴訟代理人と代理権） 數人の訴訟代理人があるときには、各自當事者を代理する。本人がこれと異なる定めをしても、相手方および裁判所に對してその効力を生じない（八三）。従つて、數人の代理人の行為が矛盾するときも、各自當事者の行為としての効力を生じ、もし同時になされれば無効であり、時を異にするときは、取消し得る行為ならば、後の行為が効力を生じ、然らざるときは、後の行為が無効

である。もつとも、相異なる事實を陳述した事情は、辯論の全趣旨として、事實認定の基礎とせられ得る。

四（法令による訴訟代理権の範圍） その法令の定める範圍に屬する訴訟について、當事者本人のごとく一切の訴訟行為をなし得る。數人の代理人あるときも、その法令の定めに従うべきである。

#### 第四 權限の消滅

一（消滅原因） 訴訟代理権は、訴訟委任契約の終了（解除または破産）、代理事務の完了、代理人の死亡、禁治産宣告等により、消滅する。代理人としての辯論能力の喪失（例えば辯護士たる資格の喪失）が、代理権の消滅をもたらすか否かについては、學說上争がある。代理権の消滅は、本人または代理人から、相手方に通知しなければ、その効力を生じない（八七・五七）。

二（消滅せぬ場合） 法は、委任に關する實體法の規定上または理論上、代理権の消滅原因となる場合でも、訴訟委任においては、訴訟の進行の圓滑確實という要求と、その代理權限の範圍の明確劃一という理由とから、これに例外を設け、一定の場合には、代理権が消滅しないものとしている（八五）。それは、當事者の死亡または合併による消滅、訴訟能力・法定代理権・訴訟追行資格の喪失の場合であつて、これらの場合は、本來訴訟手續が中断するべきであるが、訴訟代理権が消滅しない結果、手續が中断せしめられず、訴訟の進行が阻害せられないこととなるわけである。



問題「一五」法定代理人と訴訟代理人との差異を説明すべし。(昭一七・司法)

一 總説

二 権限の範囲に關する差異

三 訴訟上の地位に關する差異

第一 總説

一 (兩者の意義) 法定代理人とは、代理權の發生が、當事者本人の意思に基かない種類の代理人を云い訴訟代理人とは、代理權の發生が、當事者本人の意思に基く種類の代理人を云う。

二 (區別の基準) 右のごとく、兩者の區別の基準は、その代理權の發生が、當事者本人の意思に基くか否かという點にある。従つて、

(1) その任設が、法律上または裁判上要求されていても(一三五五)、本人みずから選任し得るかぎり、それは、訴訟代理人である。

(2) 代理權の範囲が、法律できまつているか否か、その廣狹等も、區別の基準とはならない。

三 (實例) 法定代理人は、例えば、未成年の子の親權者や、禁治產者の後見人である。訴訟代理人には二種あつて、一は、法令による訴訟代理人(實体法上の一般的代理人たる資格に基き本人に代り裁判上の

行爲をなす法定権限を有する者、例えば、支配人・船舶管理人・船長)であり、他は、訴訟委任に基く訴訟代理人(特定の訴訟事件につきその訴訟進行のための代理權を與えられた者、例えば訴訟委任をうけた辯護士)である。右のうち、前者は、その代理權の範囲が實体法に準據し、且つ本人のため當然訴訟委任をなし得る等の點で、比較的、法定代理人に近い性格をもつている。

第二 権限の範囲に關する差異

一 (準據) 法定代理人の代理權の範囲は、原則として、その法定代理につき規定を設ける實体法によつて、定まつており、訴訟法の規定は、補充的に適用されるにすぎない(四五)。これに反し、訴訟代理人の代理權の範囲は、授權行爲により定まるのは勿論として、それが更に訴訟法の規定により重要な制扼をうけることとなる(八一)。もつとも、法令による訴訟代理人は、その代理權の範囲が實体法に準據している點で法定代理人と同じ性格をもつている。

二 (内容) 一般的に云うと、法定代理人は、訴訟無能力者を代理して訴訟行爲をする者であるから、當事者本人のなし得る一切の訴訟行爲をなし得るのが、原則である。ただ、特別の授權を必要とする例外があるのみ(民八六四等・なお五〇参照)。これに反して、訴訟代理人の代理權は、特定の事件にかぎられ、且つ訴訟法に個別的な制限があるので(八一)、前者に比すれば、かなり狭いこととなる。もつとも、これに



問題「一五」法定代理人と訴訟代理人との差異を説明すべし。(略「七・司法」)

一 總説

二 権限の範囲に關する差異

三 訴訟上の地位に關する差異

第一 總説

一 (兩者の意義) 法定代理人とは、代理權の發生が、當事者本人の意思に基かない種類の代理人を云い、訴訟代理人とは、代理權の發生が、當事者本人の意思に基く種類の代理人を云う。

二 (區別の基準) 右のごとく、兩者の區別の基準は、その代理權の發生が、當事者本人の意思に基くか否かという點にある。従つて、

(1) その任設が、法律上または裁判上要求されていても(一三五)、本人みずから選任し得るかぎり、それは、訴訟代理人である。

(2) 代理權の範囲が、法律できまつてゐるか否か、その廣狹等も、區別の基準とはならない。

三 (實例) 法定代理人は、例えば、未成年の子の親權者や、禁治產者の後見人である。訴訟代理人には二種あつて、一は、法令による訴訟代理人(實体法上の一般的代理人たる資格に基き本人に代り裁判上の

行爲をなす法定権限を有する者、例えば、支配人・船舶管理人・船長)であり、他は、訴訟委任に基く訴訟代理人(特定の訴訟事件につきその訴訟追行のための代理權を與えられた者、例えば訴訟委任を受けた辯護士)である。右のうち、前者は、その代理權の範囲が實体法に準據し、且つ本人のため當然訴訟委任をなし得る等の點で、比較的、法定代理人に近い性格をもつてゐる。

第二 権限の範囲に關する差異

一 (準據) 法定代理人の代理權の範囲は、原則として、その法定代理につき規定を設ける實体法によつて、定まつており、訴訟法の規定は、補充的に適用されるにすぎない(四五)。これに反し、訴訟代理人の代理權の範囲は、授權行爲により定まるのは勿論として、それが更に訴訟法の規定により重要な制扼をうけることとなる(八一)。もつとも、法令による訴訟代理人は、その代理權の範囲が實体法に準據してゐる點で法定代理人と同じ性格をもつてゐる。

二 (内容) 一般的に云うと、法定代理人は、訴訟無能力者を代理して訴訟行爲をする者であるから、當事者本人のなし得る一切の訴訟行爲をなし得るのが、原則である。ただ、特別の授權を必要とする例外があるのみ(民八六四等・なお五〇参照)。これに反して、訴訟代理人の代理權は、特定の事件にかぎられ、且つ訴訟法に個別的な制限があるので(八一)、前者に比すれば、かなり狭いこととなる。もつとも、これに



ついても、法令による訴訟代理人の権限は、その法令の定める範囲に属する訴訟に關して、一般的に及ぶので、この點では、どちらかと云えば、法定代理人に近いわけである。(ことに特別の授權なくして、復代理人を選任しうることに重要である)

三(多數代理) 法定代理人について、共同代理の認められる場合は(商七七・同二六一)、訴訟行爲も、原則として(送達その他若干の例外がある)、共同でなすべきこととなる。これに反し、數人の訴訟代理人は、常に各自が本人を代理し、本人が共同代理の定めをしていても、外部に對してはその効力を生じない(八三)。但し、法令による訴訟代理人については、實體法上有効な共同代理の定めがあれば、やはりそれに従うべきである。

### 第三 訴訟上の地位に關する差異

一(訴訟追行) 法定代理人は、代理人ではあるが、訴訟手續においては、みずから訴訟をなし得ぬ當事者の身がわりと見られ、これと同様に取扱われることが多い(一三一・一三六Ⅱ・二一〇)。従つて、訴訟追行上、本人に制肘されることなく、當事者本人がなし得る行爲およびなすべき行爲は、原則として、法定代理人が代つてなし得るし、又なすべきだということになる。これに反し、訴訟代理人を選任しても、當事者本人は訴訟追行（一）のものでないから、みずから訴訟行爲をなすことは、少しもさし支えがない

而して、訴訟代理人の事實上の陳述は、本人が直にこれを取消し又は更正する（一）、かぎり、その効力を生じない(八四)こととなるから、その範圍で、訴訟追行に制肘をうけているわけである。

二(證人能力) 法定代理人は、當該訴訟において證人能力なく、當事者（一）の訊問の規定により訊問されることとなるが(三四二)、訴訟代理人は、證人能力を有する。

三(權限消滅) 法定代理權の消滅原因は、實體法の規定によるが、訴訟手續中に法定代理權の消滅があると、新法定代理人または能力を取得した本人が受繼ぐまで、訴訟手續の中断を生ずる(二一〇)。これに反し、訴訟代理權の消滅によつては、その中断を生ずることはない。逆に、當事者死亡等の場合にも、訴訟代理人があると、訴訟手續は中断せずに進行せしめ得るが(二一三)、法定代理人があつても、その様な効果はない。

## 問題(一六) 辯論主義を論ず。(昭一六・行政)

### 一 總説

### 二 辯論主義の内容

### 三 辯論主義の限界



## 第一總説

一（意義） 辯論主義とは、本來の意義においては、裁判の基礎たる訴訟資料の蒐集を、當事者の権能且つ責任とし、裁判所は、當事者の提出した資料のみに基いて裁判する主義を云う。職権調査主義に對する概念である。

二（識別） 辯論主義は、處分主義と區別せられなければならない。處分主義というのは、訴訟手續の開始・進行・終結を、當事者の意思にかからせようとするものであつて、訴訟は當事者の申立によつてのみ開始し、裁判所は當事者の申立てない事項について裁判することができないし（一八六）、また當事者は和解・請求の拋棄・認諾により判決を不要ならしめ（二〇三）、訴・控訴・上告の取下によつて訴訟を終結せしめ得るがごときことを意味する。これに反して、辯論主義は、専ら、訴訟資料の蒐集に關する問題であつて、處分主義とは、問題の平面を異にして居り、この兩者が合して、裁判所の不干涉主義を構成するわけである。もつとも、辯論主義という語は、時として、右に云う不干涉主義の意味に用いられることがあり、この意味では、處分主義をも含んだ廣い概念となる。

三（本旨） そもそも民事訴訟の對象は、當事者の自由處分の認められる私益に關する紛争であるのが通常で、この範圍では、個々の訴訟の解決如何について、國家は直接の痛痒を感じないとともに、當事者は

自己の直接の利害のために、勝訴しようと努力する。そこで、裁判所が積極的に事實の探知に乗り出すよりも、争の主体である當事者をして、資料を蒐集させることとした方が、かえつて得策である。裁判所があまり干涉すると、當事者の訴訟に對する關心をそぐばかりでなく、現在の裁判制度のもとでは、到底完全な職権探知が期待できないため、かえつて偶然的となり、實體的眞實の發見にも適せず、當事者には片手落の不滿を抱かせる結果となる。これ辯論主義の採用せられる所以であり、従つて、それは、實體的眞實の發見を拋棄して、形式的眞實で満足しようとしているものではなく、むしろ、實體的眞實に到達する近道として、この主義が採用されているものと解すべきである。

四（沿革） わが民法は、明治立法以來、辯論主義を採用していたが、大正十五年の改正では、職権證據調の道を閉くことによつて、辯論主義が一步後退せしめられたのであつた。しかし、今次の改正により職権證據調が原則として廢止されることとなつて、辯論主義は全般的に再び強化されたのである。

## 第二 辯論主義の内容

一（事實の存否） 裁判の基礎となるべき事實、ことに適用すべき法規の構成要件に該當する事實（主要事實）の存否は、必らず當事者の陳述に俟つべきであつて、辯論にあらわれないかぎり、たとえ證人の陳述等から事實上わかつていても、裁判所はそれを基礎として判斷することができない（一八六）。従つて、



その場合は主張責任のある側の当事者が不利な判断をうけることとなる。もつとも、陳述は、反対側の當事者からなされてもさし支えないし（主張共通）、なお主要事實の存否を間接に推認する資料となる事實（徴憑）のごときは、必ずしも當事者の陳述なくして採用し得る。

二（證據の要否） 當事者間に争のない事實は、證據を用いることなく、そのまま判決の基礎としなければならぬ。裁判所は、これが眞實であるとの確信を得るを要しないし、又これに反する認定をなすことも許されぬのである（一四〇・二五七）。

三（證據の蒐集） 争のある事實を認定するための證據資料も、當事者の申し出た證據方法に基くのを原則とする。今次改正前は、例外として廣く、職權證據調が認められていたが（二六一）、改正法は、この制度を廢止し、職權による證據調は、當事者訊問その他制限された範圍でしか認めないこととしたので、辯論主義が強化された。

### 第三 辯論主義の限界

一 辯論主義の支配するのは、當事者の利益追行のみに放任して妨げない訴訟または事項に限られる。これに反して、社會の公益に関する事件、例えば人事訴訟（人訴一四）・破産事件（破一一〇）・行政事件（行特九）や、公益に関する事項、例えば專屬管轄・除斥原因・二重訴訟の禁止については、職權探知主義

が行われている。

二 辯論主義は、事實資料についてのみ認められる。法規の解釋、法律上の判断は裁判所の專權に屬し、當事者の陳述を俟たず、又これに拘束されない。事實判断の法則たる經驗法則のごときも、そうである。

三 辯論主義は、當事者の訴訟追行能力が完全且つ對等であることを前提としているが、事實上當事者は知識經驗や經濟力において對等でなく、ことに本人訴訟の場合においては、十分に法律的な辯論が期待し得ないので、その調節は、裁判所の後見に俟たねばならない。釋明權の行使（一二七一）、鑑定囑託（三二〇）、官公署への問合せ（三二三）、職權による當事者訊問（三三六）、職權による證據保全（三四七）等は、この意味で、辯論主義の例外をなす制度である。

## 問題「一七」訴訟行爲とは何ぞや。（昭二・司法）

一 訴訟行爲の觀念

二 司法機關の行爲

三 私人の行爲

## 第一 訴訟行爲の觀念



一 (意義) 訴訟行爲とは、現在または將來の訴訟につき、その開始・發展・終了に關係ある訴訟法上の効果を、直接生ぜしめる、訴訟關係者の意思行爲を云う。それは、訴訟法上の効果を生ずべき法律要件事實のうち、最も重要なものであつて、他の要件事實たる期間の経過・事故の發生等と異なり、人の意思行爲であるが、必ずしも意思表示または狹義の法律行爲のみでなく、意思通知・觀念通知の性質を有するものも含まれる。

二 (種類) 訴訟行爲は、その主体の別により、司法機關(裁判所等)の行爲と私人(當事者等)の行爲とに區別せられ、又、その性質上から、意思表示(訴訟上の合意等)と意思通知(申立等)と觀念通知(事實の陳述等)に區別せられる。而して、各種の訴訟行爲は、それぞれ訴訟法規によつて定型化されており、それらが訴訟に及ぼす影響は種々雑多であるばかりでなく、裁判所と當事者との訴訟における役割も本質的に異つてゐるので、それらを統一的に説くことはむづかしいのである。

## 第二 司法機關の行爲

一 (概観) 司法機關の行爲は、その性質の上から、法律行爲としての裁判・處分と事實行爲とに區別せられ、その目的の點から、終局判決・訴訟指揮等に分類せられる。

二 (裁判) 裁判とは、訴訟に關して裁判機關のなす判断・意思の表示であつて、さらに次のごとく分類

せられる。

(1) その主体および成立手續により、判決(原則として必要的口頭辯論にもとずき、言渡により成立する裁判所の裁判)・決定(裁判所のなす、判決以外の裁判)・命令(裁判長・受命裁判官または受託裁判官のなす裁判)

(2) その内容および効力により、確認的裁判(既存の法律効果の存否を判断し確定するもの)・形成的裁判(既存の法律状態をあらたに變更するもの)・命令的裁判(當事者または第三者に義務を課し行爲を要求するもの)

(3) その訴訟手續に對する關係より、終局的裁判(訴訟事件の全部または一部をその審級において完結するもの)・中間的裁判(事件に關し終局判決をなす準備前提としてなされるもの)

三 (處分) 裁判所書記が、訴訟記録の閲覧・謄寫・正本・謄本その他の證明書の交付の申請の許否等(一五一・四九九・五一六)についてなす處分である。

四 (事實行爲) 當事者の陳述の受領(辯論の聽取・書面の通讀)、證據の取調(證人訊問・鑑定・檢證等)、公證、送達等である。

五 (訴訟指揮) 訴訟の迅速な處理と、審理の完全を期するために、訴訟手續を主宰する裁判所側のなす



行爲であつて、法律行爲と事實行爲とより成つてゐる。原則として、裁判所の行爲であるが、時には、裁判長または受命裁判官が、合議体を代表してこれをなし、あるいは裁判長が獨立にこれをなす。

### 第三 私人の行爲

一 (概観) 私人の訴訟行爲は、訴訟當事者あるいは當事者たるべき者の訴訟行爲である。それは、原則として、裁判所に對し、または之を通じてなされるが、訴訟手續外で、直接相手方または第三者に對してなされるものもある(例えば、管轄の合意・訴訟代理權の授與)。訴訟行爲は、民法上の法律行爲とその性質を異にするから、同時になされた場合にも、その要件効果は各別に定むべきである。

二 (種類) 私人の訴訟行爲は、つぎのごとく分類せられる。

- (1) その性質上より、意思表示(例えば管轄の合意・訴の取下)・意思通知(例えば訴その他の申立)・觀念通知(例えば事實の陳述)
- (2) その内容上より、申立(裁判所に對し特定の訴訟行爲を要求する意思表示)・主張(自己に有利な法律効果あるいは事實の陳述)
- (3) 訴訟追行の目的から、本案の申立(判決により判断さるべき事項について、これを要求する旨の表示)・攻撃防禦方法(本案の申立を支持し理由あらしめるためになす一切の陳述)

三 (主觀的要件) 訴訟行爲を有効になし得るためには、當事者能力・訴訟能力・辯論能力等を有することを要し、代理人は、代理權および場合により特別の授權を要する。訴訟無能力者の行爲は無効であるが訴訟中に追認があれば、遡及的に有効となる(五四)。

四 (瑕疵) 訴訟行爲は、原則として、錯誤・詐欺・強迫・虚偽表示等の瑕疵により、影響を受けぬとされている。もつとも、民訴法第四百二十條第一項第五號の事由があれば、このかぎりでないし、また訴訟外において當事者間でなされる合意のごときには、民法の規定を適用してさし支えない。

五 (附款) 訴訟行爲は、意思表示あるいは意思通知の場合でも、條件・期限等を附し得ないのが原則である(例外、豫備的申立)。蓋し、訴訟手續の安定を害するおそれがあるからであり、従つて、訴訟上の合意には、通常、條件・期限を附し得る。

問題「二八」相殺の抗辯を説明すべし。(昭一五・五二)

一 觀念

二 効力

第一 觀念



一（意義） 相殺の抗辯とは、相殺の意思表示がなされた旨を、訴訟上、裁判所に表白する法律上および事実上の陳述を云う。訴訟法の体系としては、被告の防禦方法のうち、實體法上の効果に關係ある抗辯の一に屬しているが、種々の點で特異の性格をもつものである。

二（種類） 相殺の抗辯は、大別して二つとすることかできる。一つは、訴訟開始前または訴訟開始後、訴訟外において相殺の意思表示をなし、その相殺の意思表示をなしたる事實を、訴訟において、陳述する場合であり、他は、訴訟においてはじめて、相殺の意思表示をなすとともに、その旨を裁判上陳述する場合である。通常、前者を裁判外の相殺、後者を裁判上の相殺とよぶ。

三（性質） 右のうち、裁判外の相殺にあつては、相殺の意思表示とその意思表示のあつた事實の陳述とは、截然と區別せられるから、後者が純然たる訴訟行爲である點については、異論を見ない。しかし裁判上の相殺にあつては、両者が事實上同時にこなわれる結果、その性質については學說上争をまぬがれない。けれども、凡そ訴訟上の抗辯は、常に、形成權を行使せる旨の法律上および事實上の陳述であつて、純然たる訴訟行爲であり、形成權行使の意思表示そのものとは區別されるべきであるから、たとえ両者が事實上同時にこなわれた場合でも、両者は、その相手方・方式・成立時期等においては、別個に觀察されるべきである。すなわち、相殺權行使の意思表示は、確定的になされるを要し、相手方への到達により効力を生ずべく、かつ一旦發生した効力は訴の取下・却下等の訴訟上の事由によつては消滅するものでないの

に反し、訴訟行爲たる相殺の抗辯そのものは、口頭辯論において裁判所に對してなされれば、相手方欠席の場合といえども効力を生ずるし、また之を假定的になすこともでき、撤回も任意であり、かつ當該訴訟上においてのみ効力があるのである。

## 第二 効力

一（判断の順序） 右のごとく、相殺の抗辯は、假定的にもなし得る——實際上は、むしろ假定的抗辯としてなされるのが、通常である——が、そうした場合、裁判所は、當事者の提出したその抗辯順序に拘束せられる。この點は、他の假定的陳述の場合と異なるところで、一般には、裁判所は、被告が提出する多數の抗辯のどれを採用して判断してもさし支えがないが、假定的相殺の抗辯の場合にかぎり、他の防禦方法が理由なきときにはじめて、それが判断の對象となり得る。これ、次段に述べるごとく、相殺の抗辯には既判力を伴ふことの結果である。

二（既判力） 一般に、判決の既判力は、判決主文に表現された判断のみについて生じ（一九九一）、判決理由中に表現された主張、または抗辯の内容たる事實または法律關係についての判断には、及ばないのが原則であるが、相殺の抗辯にかぎり、その理由ありや否やが判決理由中で判断されたときは、相殺の効



果、従つてまた、自働債権が——相殺を以て對抗した範圍において——存在したこと、または存在しなかつたことについて、既判力を生ずることとされている（一九九）。けだし、この場合には、訴訟物たる債権と相手方の債権とが、對等額で消滅すべき關係にあるわけであるから、相殺の効果につき既判力を認めないと、後日自働債権の成立または不成立が別に争われることとなり、原告勝訴の場合は、なお自働債権にもとづく請求のおそれが残り、また被告勝訴の場合は、自働債権の不存在にもとづく不當利得の返還請求のおそれが残り、いずれにしても、當該訴訟における勝訴を無意味なものたらしめる結果をもたらすからである。従つて、相殺の抗辯が、相殺不適状を理由に排斥された場合には、債権の存否が判断されるわけでないから、既判力を生じるものではない。

三（相殺權行使の制限） 相殺の抗辯につき、判決の理由中で判断された場合に、既判力を生ずることは前述のごとくであるが、これに反し、相殺の抗辯がなし得べかりしにかかわらず、これを提出しなかつた場合の効力については、説がわかれている。判例は、相殺權の行使そのものが、前訴の事實審口頭辯論終結前になされていなかつた場合には、後にこれを行使した上、後訴でその主張をなすことを妨げないとしているが、學説は、むしろ、前訴の口頭辯論終結時、相殺適状にあつた債権に關するかぎり、爾後これが行使に制限をうけ、たとえ訴訟外でその意思表示をしたとしても、後訴でその効果を主張し得ないと

解する説が有力である。

問題「一九」釋明權を説明すべし。（昭一八・司法）

一 總 說

二 釋明權の内容

三 釋明權の行使

第一 總 說

一（意義） 釋明權とは、訴訟の内容を明瞭ならしめるために、當事者に對して、法律上および事實上の點に關し發問して、その陳述を釋明する機會を與え、あるいは立證を促す裁判所の權能を云う（一二七）。

二（本旨） 民事訴訟においては、裁判の基礎となる事實資料の蒐集を、辯論における當事者の提出に俟つ辯論主義が原則であるが、さればとて、この主義をつらぬいて、不完全な審理のまま裁判をするのは、固より望ましいことでない。元來、辯論主義は、當事者の訴訟追行能力が完全且つ對等であることを前提としているが、この前提は必らずしも眞實でなく、ことに本人訴訟の場合においては、その不完全性が堪えがたいものと感ぜられる。辯論主義が實体的眞實發見への近道としてとられた手段である以上、その理



想から著しく遠ざかるおそれのある場合には、これを正當な姿にひきもどすのでないと、不當に當事者の利益を害するばかりでなく、裁判の威信をも失墜させることになる。そこで、裁判所が、みずから直接に訴訟資料を蒐集するわけではないけれども、公平且つ合理的な範囲で、當事者を誘導して完全に辯論を盡させ、間接に資料の充實につとめさせることとして、釋明權が認められているわけである。畢竟、それは辯論主義の欠陥に對する一の救済制度であり、今次改正による辯論主義の強化に際しても、この點は改められなかつたのである。

## 第二 釋明權の内容

一 釋明權の内容は、要するに、當事者の主張の趣旨を徹底せしめるため、その陳述の矛盾・欠缺・不用意を指摘して、これを訂正補充する機會を與え、また證據方法の提出を促し且つ相手方に對してはその認否を確めるにある。而して、正當な程度をこえた釋明權の行使は、辯論主義を破壊するものとして許されないが、その具体的内容は、結局判例法の確立に俟つほかない。

二 まづ當事者の申立または主張事實が不明なとき、不法なとき、眞意に反する疑あるときは、これを明らかにしなければならぬ。これは釋明權の最小限度の内容である。

三 つぎに當事者が、攻撃または防禦に必要な事實であつて、その存在を推測し得るものを主張しなかつ

たり、立證を要する事實に對する證據の提出をしないときは、これを釋明すべきである。當事者が、ある法律効果を主張した場合に、その構成要件事實についての主張がないときにも、その主張を促すべきである。しかし、この點の釋明は、當事者の主張や立證を適當に補完または變更させる動機を與える程度にとどめるべきで、それ以上進んで、これを勧誘したり強要してはならない。

四 當事者が適切な申立または申述をしない場合に、これを促すことも、釋明權の内容と解し得る。例えば、當事者が、法律の不知もしくは過失から、その提出した資料に適合しない申立や主張をしているときに、訴變更もしくは主張訂正の要否につき注意を喚起したり、訴訟關係の變更に伴い必要となつてくる請求の趣旨もしくは原因の變更の必要を、指摘したりすることであるが、ここでは、辯論主義との關係上、その適正な範囲如何ということが、とくに問題となるであろう。

五 職權を以て調査すべき點につき疑のあるとき、當事者に注意を與え、適當な處置をとる機會を與えることも、釋明權の一内容と考えてよからう。例えば、印紙が不足していたり、訴訟委任に瑕疵ある疑のある場合、注意を與えて追完の機會を得させるがごときことである。

## 第三 釋明權の行使

一 (釋明義務) 釋明權の本質は、右にのべたごとくであるから、釋明權の行使は、裁判所の權能である



とともに、反面その職務であつて、ドイツ民法では、これを釋明義務として規定しているが、わが法でもこれと性質は異なる。されば、釋明不十分のままなされた判決は、不法として破毀せられるのである(判例)。もつとも、釋明権と釋明義務とは、その具体的範圍(内容)は異なるものとせねばならぬであらう。

二(釋明権者) 釋明権は、原則として、裁判長がこれを行使する(一二七一)。しかし、陪席裁判官も、裁判長に告げて、釋明をすることができる(一二七二)。當事者は、裁判長に對し、必要な發問を求めることができなければならない(一二七三)、これは釋明義務の履行を請求する権利であつて、釋明権そのものではない。

三(行使方法) 釋明は、口頭辯論においておこなうのが本則であるが、裁判長必要ありと認めるときは口頭辯論期日前、あらかじめ當事者をして釋明せしむべき事項を指示し、釋明の準備をなすべきことを命ずることができる(一二七八)。

四(異議) 當事者は、裁判長が釋明の求めに應じなかつたことに對し、またはその爲した釋明の適否につき、異議を述べる権利がある。この異議があつたときは、裁判所は決定を以て裁判すべきである(一二八九)。

五(制裁) 當事者が釋明に應ぜず、または釋明すべき期日に出頭しないときは、ある種の制裁がある(一三九二)ほか、釋明に應じない當事者は、主張責任・立證責任を盡さない場合と同様の不利益をうけることは勿論である。

### 問題「二〇」準備手續の期日及び口頭辯論の期日の懈怠を説明すべし。(昭七・行政)

- 一 序
- 二 準備手續期日の懈怠
- 三 口頭辯論期日の懈怠

#### 第一序

一(意義) 期日の懈怠とは、當事者が期日に出頭せず、又は出頭するも辯論しないことを云う。期日は當事者双方が出頭して開かれるのが、原則である。しかも、その反面、當事者は、期日に出頭することを強制されてはいない。そこで、期日の懈怠があつた場合には、その當事者に、法律上の不利益を歸せしめるところとされているのである。従つて、當事者の出頭を要しない判決言渡の期日(一九〇二)や證據調期日(二六三)には、懈怠の問題を生じない。もつとも、受訴裁判所における證據調期日は、同時に辯論期



日となるから、この限りでない。

二(發生) 期日の懈怠が生ずるためには、期日が適法に指定され(一五二)、且つ當事者に對し適法に告知された場合(一五四)でなければならぬ。而して、期日の懈怠の有無は、適法に開始された(一五五)期日が終了してはじめて決せられることとなる。懈怠が責に歸すべき事由に基くか否かは、これに關係がないと解すべきであろう。

三(効果) 期日懈怠の効果としては、一般的効果と特別的效果とがある。一般的效果としては、懈怠せる當事者は、當該期日に於て辯論する権利を失うばかりでなく、これによつて生じた訴訟費用を負擔せしめられることがある(九一)。特別的效果については、次項にのべる。

四(種類) 期日の懈怠には、準備手續期日の懈怠と口頭辯論期日の懈怠とがあり、ともに、當事者一方の懈怠と双方の懈怠とがある。

## 第二 準備手續期日の懈怠

### 一 當事者一方の懈怠

(1) 當事者の一方が最初の期日に懈怠したときは、その者の提出した訴狀・答辯書その他の準備書面に記載した事項を陳述したものとみなし、出頭した當事者に陳述をさせることができる(二五六・一三八)。

當事者が答辯書その他の準備書面を提出せずして期日に懈怠したときは、原則として、相手方の主張事實を自白したものとみなされる(二五六・一四〇Ⅱ)。もつとも、受命裁判官は、出頭した當事者に陳述をさせずして、期日をさらに指定してもさし支えない。なお、出頭當事者が準備書面に記載しなかつた新事實を主張したときは、その謄本を相手方に送達し、新时期を定めて當事者双方を呼出さねばならない(二五一)。

(2) 續行期日に當事者の一方が懈怠した場合、前回期日以後にその者の提出した準備書面があるときはその記載事項については、この期日に陳述したものとみなされる。

(3) 當事者一方の懈怠により、出頭した當事者のみに陳述をさせた場合、さらに期日を指定して準備手續を續行すべきか、あるいはそのまま準備手續を終結すべきかは、原則として、受命裁判官の自由な裁量に委ねられている(二五一・二五三)。

### 二 當事者双方の懈怠

當事者双方が懈怠したときは、手續の進行を事實上停止し、その後三月内に期日指定の申立がなされなければ、訴の取下があつたものとみなされる(二五六・二三八)。この場合、受命裁判官は、職權で、さらに期日を指定して當事者双方を呼出すこともできるが、そのまま準備手續を終結することは許されない、と解されている。



### 第三 口頭辯論期日の懈怠

#### 一 當事者一方の懈怠

(1) 當事者の一方が、最初の口頭辯論期日に懈怠したときは、その者の提出した訴状・答辯書その他の準備書面に記載した事項を陳述したものとみなし、出頭した當事者に辯論を命ずることができる(一三八)。もしすでに準備手續を経ている場合には、出頭した當事者をして、さらに、準備手續の結果を陳述せしめたる上(二五四)、辯論を進むべきである。かくして、事件の争點が確立せられたときは、要證事實につき證據調がなされ、その期日において訴訟が判決をなすに熟するときは、辯論を終結し終局判決がなされる。なお、當事者が、答辯書その他の準備書面を提出しないで期日に懈怠したときは、公示送達による呼出を受けた場合でないかぎり、相手方の主張事實を自白したものとみなされる(一四〇)。

(2) 續行期日における懈怠の場合には、すでに懈怠者側の従前の辯論があるわけだから、出頭した當事者に辯論を續行せしめることとなる。最初の期日に懈怠したため陳述したものとみなされた効果は、當然のことであるが、最初の期日前に提出した準備書面の記載事項中従前の辯論で陳述されていないものがあるれば、續行期日に陳述したものとみなされることもあり得る。しかし、最初の期日後に提出された準備書面の記載事項が、爾後の期日の懈怠に際し、陳述したものとみされることはない。

(3) 控訴審において、最初の口頭辯論期日に、當事者の一方が懈怠したときは、出頭した當事者をして第一審の口頭辯論の結果を陳述せしめ(三七七)、なお、右期日前に、懈怠者側より提出された準備書面等の記載事項は、その者において陳述したものとみなされる(一三八)。

#### 二 當事者双方の懈怠

(1) 當事者双方が、口頭辯論期日に懈怠したときは、最初の期日たるを問わず、訴訟手續は休止する。而して、該期日後三月内に、當事者から期日指定の申立をしないと、法は訴訟を維持する意思がないものと認めて、原告が取下げたものとみなす(二三八)。もつとも、この場合に、裁判所が職権で新期日を指定することは妨げないが、その指定期日に、さらに當事者双方懈怠の場合、三月の期間を何處から起算すべきかについては、學説がわかれている。

(2) 控訴審で、當事者双方が期日に懈怠した場合、該期日より三月内に期日指定の申立がなされないと控訴が取下げられたものとみなされる(三六三・二三八)。

問題「二二」判決の種類を説明すべし。(昭七・五二)

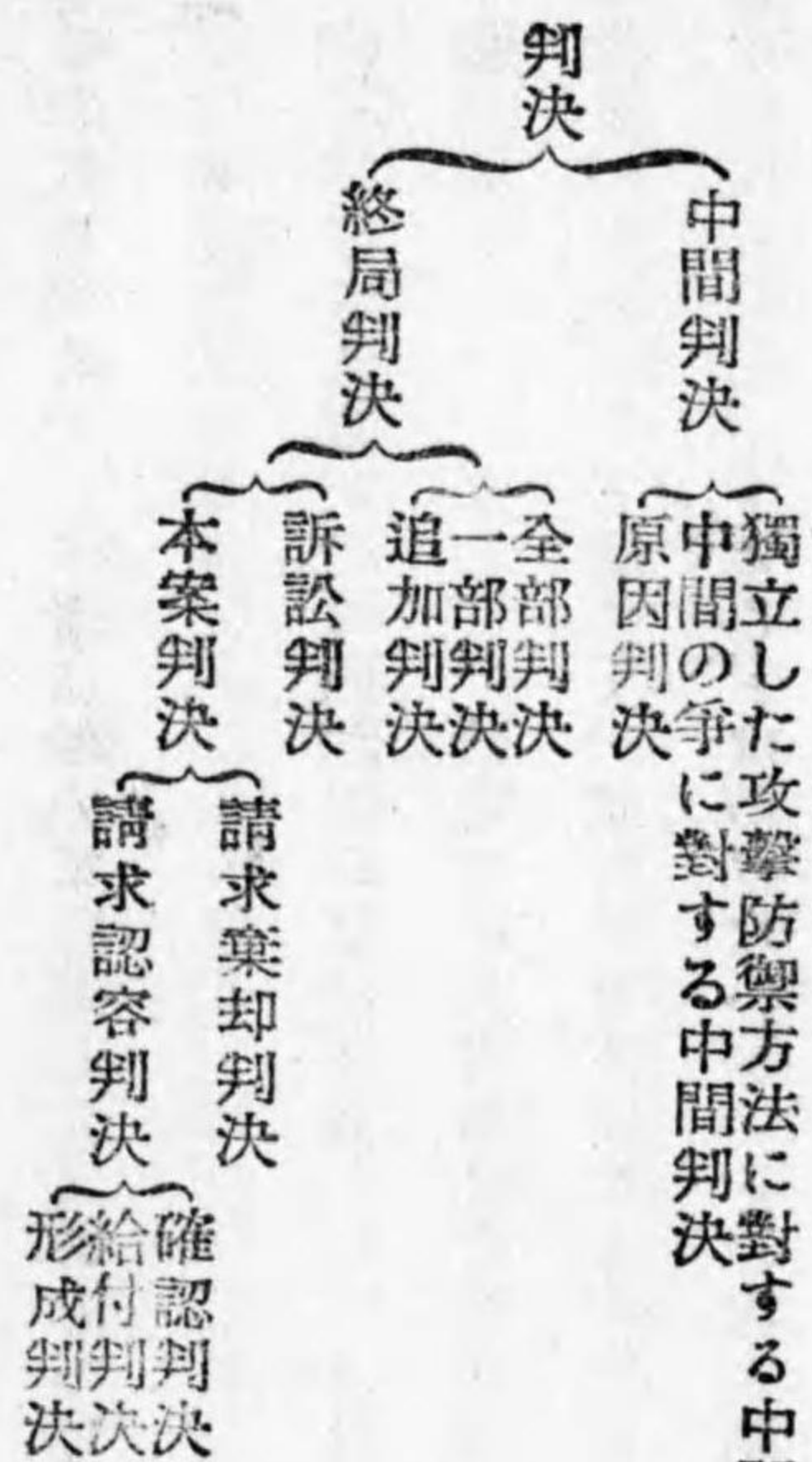


二 中間判決

三 終局判決

第一 總說

判決は、種々の觀點から分類せられるが、まず、終局判決と中間判決とに大別するのが通例である。これは、訴訟手續の一審を終了せしめるか否か、という標準に基く分類であつて、それらは、さらに、それぞれ細別せられるが、その大要を圖示すると、次のごとくなる。



第二 中間判決（一八四）

一（意義） 中間判決とは、終局判決をなす前提として、審判を整序する目的より、審理の途中で問題と

なつた個々の實體上または手續上の争點につき、判断を與えるためになされる、確認的性質の判決である。而して、中間判決をなすのは、訴訟がまだ終局判決をなすのに熟さない時期であるべきであるが、その場合でも、これをなすか否かは、裁判所の裁量に委ねられている。

二（種類） 中間判決は、その判断の對象の別により、次のごとく區別せられる。

(1) 獨立した攻撃防禦方法に對する中間判決。獨立した攻撃防禦方法とは、原告の主張または被告の抗辯のうち、他の主張または抗辯と獨立に判断することのできる、それ自身でまとまつた、實體上の法律効果の發生・消滅に關するものを云い、法律効果の構成要件たる個々の事實（例えば不法行為の要件としての故意・過失）の存否の主張のときは、これに入らない。

(2) 中間の争に對する中間判決。中間の争とは、訴訟の開始・進行・終了に關する訴訟行為の適否・効力等の訴訟手續上の事項に關する當事者間の争で、口頭辯論にもとまき判断すべきもの（例えば訴訟要件の存否）を云う。訴訟法上の事項を對象とする點で、前者と異なる。

(3) 原因判決。請求の原因および數額につき争がある場合に、その數額に關する審理が錯雜であること等のため、この點の審理に立入る前に、まず請求の原因すなわちその法律關係の發生・存続の要件の存否のみについて審理し、これを肯定するときになされる判決を云う。



### 第三 終局判決

一 (意義・種類) 終局判決とは、當該審級において、事件の全部または一部を完結する判決を云い、種々の観点から、さらに次のごとく細別せられる。なお、わが現行法は、對席判決と闕席判決との區別を認めず、すべてが對席判決としてなされるのである。

#### (1) 訴訟を完結する範圍による區別

(イ) 全部判決 訴訟事件の全部を完結する判決であり、同一訴訟手續内で審判されている訴訟物の全部が、すべて判決に熟したときになされる(一八二)。

(ロ) 一部判決 訴訟事件の一部のみを完結する判決で、同一手續中で併合審理された數個の請求の一、または可分な請求の一部分のみについての訴または上訴が、まず裁判をなすに熟した場合になされる(一八三)。

(ハ) 追加判決 裁判所が、訴訟の一部について判決を脱漏した場合に、爾後この脱漏部分を完結するためになす判決で、補充判決ともよばれる(一九五)。

#### (2) 内容による區別 訴訟判決・本案判決。

二 (訴訟判決) 訴訟判決とは、訴または上訴を不合法として却下する判決を云い、訴訟要件または上訴

の要件に欠缺ある場合に、請求または上訴の當否の判断に立入らず、いわゆる門前拂をなす判決である。

三 (本案判決) 本案判決とは、訴または上訴による主張の理由ありや否やを判断する判決を云う。

(1) 請求棄却判決 訴訟物たる権利または法律關係の存否に關する原告の主張を排斥する判決で、その意味において、これと反對の法律狀態を確定する確認判決の性質を有する。

(2) 請求認容判決 原告の請求を認容する判決で、その請求の趣旨に應じて、さらに、次のごとく細分せられる。

(イ) 確認判決 確認の訴にもとずき、既存の法律關係の存否または證書の眞否を確定する判決を云う。

(ロ) 給付判決 給付の訴にもとずき、被告の現在または將來における給付義務の存在を確認するとともに、裁判所が被告に對し、その給付を命ずる判決を云う。

(ハ) 形成判決 形成の訴にもとずき、原告の形成權の存在を確認するとともに、直接法律關係を發生・變更または消滅せしめる判決を云う。

問題 [二二二] 民事訴訟法第八十六條を説明せよ。(昭二二・司法)



一 總説

二 裁判の對象の限定

三 訴訟資料の蒐集の制限

四 本條に對する例外

第一 總説

一 民訴法第一八六條は「裁判所ハ當事者ノ申立テサル事項ニ付判決ヲ爲スコトヲ得ス」と規定している。これは、明治民訴法第二三一條の「裁判所ハ申立テサル事物ヲ原告若ハ被告ニ歸セシムル權ナシ」という規定を承継したものであるが、その適用範圍すなわち「申立テサル事項」ということの意義については、立法當時から争があるのであつて、これを狭く解すれば、いわゆる申立の趣旨すなわち裁判の本文にのみ關するものとも見られるが（明治法上ではその様に解するのが通説であつた）、今日では、むしろ、これを申立の趣旨のみに關するものと見ず、申立の原因すなわち裁判の理由に關する問題をも本條が解決しているものと見るのが通説である。なお、本條は「判決」のみについて規定しているけれども、これは「決定」および「命令」にも準用せられるので、ひろく「裁判」一般についての規定と見てさし支えない。

二 本條は、大別して、二つのことを規定しているものと解するのを相當とする。第一は裁判の事項範圍

の問題であつて、すなわち裁判の對象とせられる事物・裁判せらるべき範圍が、當事者の申立に従つて定まる、ということであり、第二は裁判の資料の問題であつて、すなわち、裁判の基礎となるべき事實、ことに構成要件該當事實の存否は、必らず當事者の陳述に俟つべく、辯論にあらわれぬかぎり、裁判所はこれを基礎として判断し得ない、ということである。

三 右の二つのことは、結局、廣い意味での辯論主義の原則であるから、本條は、廣義の辯論主義を規定したものと云える。ただ、廣義の辯論主義には、本條で規定しているもののほかにも、當事者が裁判を俟たずして訴訟上紛争を解決し得るいわゆる處分權主義の原則が含まれるし、狹義の辯論主義について考えても、その内容たる證據の當事者提出主義は、本條の關知するところでない。従つて、本條の規定が辯論主義そのものを規定せるものということは、當らないのである。

四 そもそも民事訴訟の對象は、通常、當事者の自由處分の認められる私益に關する紛争であるから、この範圍では、個々の訴訟の解決如何につき國家は直接の利害關係を有しないわけであり、従つて、その審判の事項範圍についても、またその審判資料の蒐集についても、國家が積極的に乗出すことなく、當事者をしてイニシアチブをとらせるのを賢明得策とする。これ本條の立法理由に外ならぬ。

第二 裁判の對象の限定



一 裁判所が当事者の申立てない事項につき裁判し得ないということは、第一に、裁判の對象が、当事者の申立によつて定まり、量的にも質的にも、申立の範囲を超えることができないことを意味する。ここで量的というのは、例えば、貸金の内金を請求している場合にその全額の支拂を命ずる裁判をすることができないことを意味し、また質的というのは、例えば三等玄米の請求をしている場合に四等玄米の給付を命ずる裁判をすることができないことを意味する。当事者の請求と異なる態容の法的効果を実現する裁判をなすことも、原則として許されない。例えば、確認の訴に對して形成の判決をしたり、給付の訴に對して、確認の判決をすることは、できないのである。

二 当事者の申立に羈束されるのは、主たる請求についてだけでなく、附帯の請求についても、同様である。例えば、利息や損害賠償について、当事者の申立がないときは、裁判することができない。

三 申立の事項範囲は、裁判が口頭辯論を経てなされる場合には、最終の口頭辯論によつて確定されるので(二三二)、それまでに許さるべき變更増減のなされた申立が標準となることは、云うまでもない。

四 控訴審における裁判は、当事者の不服申立の範囲内でなされるし(三七七)、上告審においては、当事者の不服申立の限度において、上告理由が調査せられることとなる(四〇二)。

### 第三 訴訟資料の蒐集の制限

裁判の基礎となるべき事實、ことに適用すべき法規の構成要件に該當する事實(主要事實)の存否は、必らず当事者の陳述に俟つべきであつて、当事者の主張中にあらわれないかぎり、たとえ證人の陳述その他から、事實上わかつていても、裁判所は、それを基礎として裁判することができないのである。

#### 第四 本條に對する例外

一 まづ裁判對象の限定の問題については、つぎのごとき例外がある。

- (1) 訴訟費用については、当事者の申立がなくても、職權を以て裁判しなければならない(九五)。
- (2) 財産權上の請求に關する判決において、假執行の宣言を附することも、職權を以てなし得るから(一九六)、その限度に於て、当事者の申立に拘束されないこととなる。
- (3) 訴を却下し、または請求を棄却する裁判も、当事者の申立なしになし得るから、これも一種の例外と云い得るであろう。

二 訴訟資料蒐集の制限の問題については、つぎのごとき例外がある。

- (1) 社會の公益に關する事件(例えば人事事件)や事項(例えば專屬管轄)については、当事者の主張に拘束されない。

(2) 法規の解釋、法律上の判斷についても同様である。



(3) 當事者の主張がない場合に、釋明權(一二七I)を行使して、主張を促すことも、廣い意味では、例外と云えるであろう。

### 問題「二三」 假執行を説明せよ。(昭二一・司法)

副問 假執行の宣言を説明すべし。(昭七・行政、昭二一・五二)

#### 一 總説

#### 二 假執行宣言の要件

#### 三 假執行宣言の手續及び方式

#### 四 假執行宣言の効力

### 第一 總説

一 (意義) 假執行の宣言とは、判決が形式的確定力を有するに至る前、これに執行力(その内容を実現し得る効力)を付與する形成的裁判を云う。

二 (本旨) 元來、判決は、その確定をまつて執行力を生ずるのを原則としているが、折角勝訴しても、相手方の上訴により確定が遷延せしめられる結果、つぐないがたい損害をうけることがあり得るので、そ

の弊をさけるため、衡平上の見地より認められた制度である。従つて、原則として即時に執行力を生ずる決定や命令には、假執行宣言の必要がない。

三 (場合) 假執行の宣言がなされる場合は、法律で限定されている。すなわち、つぎの様な場合である。

- (1) 財産權上の請求に関する判決において、申立により又は職權を以てなす場合(一九六I)。
- (2) 上級審において、下級審の判決中不服申立なき部分につき、申立によりなす場合(三七五・四〇六)。
- (3) 支拂命令に對し異議の申立がない場合に、申立によりなす場合(四三八)。
- (4) 執行異議の訴につきなす判決において、執行の停止・續行又は執行處分の取消を命ずる事項にかぎり、職權を以てなす場合(五四八I・五四九I)。
- (5) 假處分を取消す判決においてなす場合(七五六ノ二)。この場合は財産權上の請求に關しなくともよい。

### 第二 假執行宣言の要件

一 右に掲げた五つのいずれの場合に該當すること。財産權上の請求に関する判決であつても、本來の執行力を有しない判決、すなわち確認判決や形成判決に對して、假執行の宣言を付し得るや否やについては、争があるが、それらの判決も、廣義の執行力を有するものである以上、これを異別に解すべき理由は、ない(五四八I・五四九I、等参照)。これに反し、意思の陳述を命ずる給付判決(七三六)は、判決の形式



的確定によつてのみ執行力を生ずるものとされているから、これに假執行の宣言を附する餘地がない。

二 假執行の必要の認められること。古い法制では、假執行の宣言をなす場合を列挙していたが、現行法ではこれを削除し、假執行の必要があるか否かの判定を、裁判所の自由裁量に委ねることとしている。裁判所は、明らかに上訴の理由がないと認められる場合とか、即時の執行が勝訴者の損害を防止するに適當であり他面これを許しても敗訴者に回復すべからざる損害を與えない場合とか、具体的な事情に即して決すべきである。

### 第三 假執行宣言の手續及び方式

一 勝訴豫期者又は勝訴者の申立、あるいは職權を以てなされる。假執行に關する申立は、判決をうくべき事項に關する一種の附隨的申立であり、これに對し裁判所が何等の判斷を示さぬ場合は、裁判の脱漏として、追加判決を求めることができる(一九五)。

二 假執行の宣言が判決を以てなされる場合には、必要的口頭辯論を経ること勿論であり、その宣言は判決主文に掲記せられ(一九六)、本案判決と一体をなすのが原則である。假執行の申立を却下する裁判は主文に掲げることが要せず、判決理由中で説示すれば足る。假執行の宣言が決定を以てなされる場合には必要的口頭辯論を経るを要せず、支拂命令の場合にはその原本及び正本に記載するを要するが(四三八)

上級審でなす假執行の宣言には何等かかる形式的要件がない(三七五・四〇六)。

三 假執行の宣言は、無條件で又は相當の擔保を供することを條件としてなす(一九六一)。擔保を供すべきや否や、また幾何の擔保を供すべきや等は、裁判所の自由裁量によつて決し、その擔保については、訴訟費用の擔保に關する規定が準用せられる(一九七)。

四 裁判所は、敗訴豫期者の申立により又は職權を以て、擔保を供して假執行を免れることを得べき旨を宣言し得る(一九六一)。これについては、上述のところに準じて考えることができる。

### 第四 假執行宣言の効力

一 (發効) 假執行宣言は、裁判の言渡により即時に効力を生じ、上訴があつてもその効力は停止せられない。ただ上訴裁判所は、執行の停止又は取消を命ずる假の處分をなし得る(五一二)。

二 (執行力) 假執行宣言により、その裁判は確定前に執行力を附與され、もしそれが給付判決であればこれに基き、敗訴者に對し強制執行をなすことができる(四九七)。その効力の及ぶ人的範圍は、確定判決の場合に準ずる(二〇一)。假執行に基く執行手續も、原則として、確定判決に基くものと同様に終局的なものであり、單なる執行保全の程度にとどまるものではない。

三 (失効) 假執行宣言は、上訴審裁判所が、その宣言のみを變更し、または本案判決を變更するときは、



その限度において効力を失う（一九八一）。

四（原状回復） 上訴審で本案判決を変更するときは、被告の申立により、假執行に基き給付した物の返還、及び執行により又はこれを免れるために受けた損害の賠償を原告に命ずる判決をなす（一九八Ⅱ）。

本案判決が取消される以上、それが實体的理由に基くと訴訟法上の理由に基くとを問わない。この被告の申立は、特種の反訴と見るべきものである。

## 問題〔二四〕 判決の効力を説明すべし。（昭一〇・行政）

### 一 序説

### 二 判決の羈束力

### 三 判決の確定力

### 四 判決のその他の効力

### 五 外國裁判所の判決の効力

### 第一 序説

一（判決の各種効力） 判決は、まず、言渡によつて、判決をなした裁判所に對し、羈束力を生ずる。つ

いで、それが、上訴による不服申立の道を失つて確定すると、形式的確定力を生ずる。判決が形式的に確定した場合、その内容は、實体的に裁判所および當事者を拘束するが、これが實体的確定力（既判力）である。而して、判決は、また、その内容によつては、形成力や執行力を有している。

二（判決の無効） 判決に絶対無効乃至當然無効の場合があるかについては、議論が多いが、例えば、實在しない人物や、わが裁判權に服しない者を名宛人とした判決のごとく、特殊の例外をのぞいては、判決は、その成立手續に瑕疵があつたり又その内容が不當であつたとしても、當然無効となるものではない、と解せられる。もつとも、形の上で判決のような体裁をそなえていても、裁判機關たる判事がその職務上外部に發表したものでないかぎりには、法律の意味における判決は存在しないのであるから、その効力如何も問題とならぬのである。

### 第二 判決の羈束力

一（原則） 判決は、原則として、羈束力を有する。判決の羈束力とは、判決裁判所が、言渡により一旦外部に發表した判決を、自ら自由に撤回または變更し得ない効力を云う（舊民訴二四〇）。けだし、判決は判決裁判所の確定的判断の表示であつて、それ自体として尊重されるべきであり、一旦これが表示された以上、恣に變更せられることがあつては、その安定を害するから、判決裁判所といえども、自由にこれを撤



回または變更し得ず、従つて當該訴訟に關しては、その判決の内容に拘束されるのが原則である。

二(例外) 從來、この點について、決定・命令には例外がある(二〇五・四一七I)に反し、判決には例外なきものとされていたが、今次改正により、判決裁判所は、その内容が法令に違背したことを發見した場合、判決が未だ確定しておらず、また判決を變更するため辯論をなす必要がないならば、言渡後一週間内にかぎり、變更の判決をなし得るものとなつた(一九三ノ二)。これ判決の羈束力に對する一の例外をなすものである。

### 第三 判決の確定力

一(形式的確定力) 判決の形式的確定力とは、判決が、當該訴訟手續内において、通常の不服申立手段によつて取消される可能性のないこと、すなわち不可變更性を意味する。判決は、當事者が之に對し上訴または異議の申立をなし得なくなつた時に、確定する(四九八I)。すなわち、(イ)不服申立手段が存しないとき、例えば、上告裁判所の、異議を理由ありとする變更の判決(四〇九ノ六)は言渡と同時に、(ロ)當事者双方が上訴権を放棄(三六四・三九六)したときは放棄の時に、(ハ)當事者双方が上訴または異議申立期間を徒過し(三六六・三九六・四〇九ノ五)、または上訴等を取下げたり却下されたときは、上訴等の期間満了の時に(四九八I)、(ニ)適法な上訴または異議の申立があつたときは、上告棄却の判決

138823

(三八四・三九六・四〇一)または異議の申立却下の決定(四〇九ノ六I)が確定した時に、いずれも確定することとなる。

二、實體的確定力) 判決の實體的確定力または既判力とは、確定判決の内容の拘束力、すなわちその判斷の規準性を云う。判決が形式的に確定し、當該訴訟手續上變更され得なくなるとともに、法的安定の理念よりして、その實體内容をなす法律的判斷が、爾後當事者間の關係を律する規準とされ、同一の事項が訴訟上問題となつた場合に、當事者も裁判所も、これに牴觸する主張判斷をなし得ないものとされるに至るのである。既判力は、事實審の口頭辯論終結の時を基準とし、物的には、原則として(例外、相殺の抗辯)判決主文に表現された判斷についてのみ生じ(一九九)、人的には、當該訴訟の對立當事者(原告・被告)間の關係においてのみ生ずるのを、原則とし、例外として、口頭辯論終結後の當事者の承繼人、當事者のために請求の目的物を所持する者等に擴張せられている(二〇一)。

### 第四 判決のその他の効力

一(形成力) 判決の形成力とは、確定判決が、その宣言した既存の法律状態の變動を惹起せしめ得る効力を云う。形成力は、形成判決の確定により、當然生じ、その効力は、原則として、一般第三者にも及ぶ。

二(執行力) 判決の執行力とは、これに基き強制執行がなされ得る効力を云う。執行力は、被告の給付



義務を宣言したいわゆる給付判決の確定によつて生ずるのが原則であるが、未確定判決でも、假執行の宣言が附せられた場合は、やはり執行力を有する（四九七）。執行力の人的範圍は、原則として、既判力のそれと一致する。

三（参加的効力） 判決の参加的効力とは、該訴訟の補助参加人たりし者およびその告知を受けた者に對する、判決の特殊の効力を云い（七〇・七八）、参加人と被参加人との間で、相互にその判決の判断の不當性を主張し得ざらしめるものである。

四（事實的効果） 判決として訴訟法上有する本來の効力のほかに、判決の存在に附隨して生ずる間接の影響または反射効といふべきものがある。すなわち、廣義の執行力（確定判決の内容に適する事實状態を實現し得る効果）とか、實體法上の効果（民一五七Ⅰ・四五九・四九六）とか、その他、第三者が、當事者間に確定判決の存在しこれに拘束せられる状態を、承認せざるを得ないという影響をうけるごときがそれである。

#### 第五 外國裁判所の判決の効力

外國裁判所の判決は、内國においては、當然その効力を生ずるものではないが、これに何等の効力をも認めないことは、當事者のため不利益であるばかりでなく、現時の國際交通の實情にもそわないので、法

は、一定の條件を具備する外國判決に、本邦の裁判所の判決と同一の効力を認めている（二〇〇）。もつとも、その執行には、さらに執行判決を得ることが必要である（五一四）。

#### 問題「二五」判決の既判力を説明すべし。（昭八・司法）

副問 判決の既判力の主觀的範圍を説明すべし。（昭一六・司法）

- 一 既判力の觀念
- 二 既判力の限界
- 三 既判力の効果

#### 第一 既判力の觀念

一（意義） 既判力とは、確定裁判の内容の拘束力、すなわち、その判断の規準性を云う。裁判が、通常の上訴により取消され得なくなると、形式的確定力を有するに至るのであるが、その場合、これとともにかかる裁判の内容たる具体的判断が、爾後の訴訟において裁判所および當事者を拘束し、これに反する判断および主張を許さない効力をも生ずる。これが既判力であつて、實體的確定力とも呼ばれる。裁判の羈束力や参加的効力とは、種々の點で區別せられるのである。



二(本質) 訴訟の目的は、裁判所の公権的判斷により、當事者間の法律生活の不安定を除去し平和を維持するにあるのであるから、裁判内容の適正公平たるべきは固より當然であるが、他方法律生活にとつては、永く法律關係が確定せず不安定の狀態に彷徨するよりは、多少の犠牲を忍んでも將來の安定の保障が望ましいのであるから、訴訟における裁判の適正は、上訴制度等により一應擔保するものの、一度訴訟が完結した以上は、裁判の當否の問題を打切り、紛争の蒸返しを禁じなければならない。これ裁判に既判力の認められる所以であつて、それは、法理學的には、正義に對する法律的安定の理想の優趣に胚胎するものとせられる。ただ、この効力を法律上如何に説明するかについては、(1)實體法説(これに従つて實體關係の變更を生ずるとなす説)、(2)訴訟法説(單に訴訟法上の平面において裁判所を拘束するものとなす説)および、(3)具体的法規説(抽象的假定的な實體法規が法律適用機關の判斷により具体的現實的な法規に轉化したものとなす説)等の對立がある。

三(既判力を有する裁判) 確定の終局判決は、訴訟判決たると本案判決たるとを問わず、すべて既判力を有する。決定にあつては、實體關係につき終局的裁判をなすもの(例えば訴訟費用の裁判・支拂命令)は既判力を有するに反し、訴訟手續に關してなされる決定命令(例えば訴訟指揮の裁判)はこれを有しない。なお、請求の認諾・放棄または裁判上の和解の調書(二〇三)も既判力を有する。

## 第二 既判力の限界

一(時的限界) すべて判決は、該訴訟の事實審の口頭辯論終結當時の訴訟狀態を基礎とし、當事者もその時期までは新たな事由にもとずく攻撃防禦方法を提出しうるのであるから、既判力の標準時もこの時である。従つて、第二審の口頭辯論終結時までに提出し得べかりし事由にもとずく當事者の主張あるいは抗辯は、故意過失の有無を問わず、爾後の訴訟においてすべて遮斷され、これを理由に確定判決の不當を争ふことはできない。ただそれ以前に生じた原因にもとずき既に行使し得べかりし形成權(取消・相殺等)を、爾後に行使し、その効果を後訴で主張し得るかについては、説がわかれている。

二(物的限界) 既判力は、原則として、判決主文に表現された判斷についてのみ生ずる(一九九I)。

(1) 本案判決の既判力の物的範圍は、原則として、主文の判斷の對象となる請求原因によつて限定され請求の基礎の如何には關係がないし、また請求の當否の先決關係にたつ事實または法律關係について、判決理由中で判斷がなされていても、既判力が及ぶものではない。

(2) 例外として、相殺の抗辯の理由があるか否かについて、判決理由中で判斷されたときは、相殺をもつて對抗した額につき、既判力を有する(一九九II)。

三(人的限界) 既判力は、該訴訟の對立當事者間(原告・被告)の關係において生ずるとどまるのが



原則である。

- (1) 既判力は、訴外の第三者に對しては勿論、通常、共同訴訟人間にも生じない。  
(2) 例外として、既判力が、當事者以外に擴張される場合がある(二〇二)。

(イ) 口頭辯論終結後の當事者の承繼人 一般承繼たると特定承繼たるとを問わず、また承繼の原因如何にかかわらない。

(ロ) 當事者または承繼人のために請求の目的物を所持する者 所持は口頭辯論終結後に開始せられたことを要しないが、本人の所持機關たる場合にかぎる。

(ハ) 他人のため當事者となつた者の受けた判決における實體上の當事者 例えば選定當事者・破産管財人に對する判決における選定者・破産者。

(ニ) 脱退當事者(七二) 第三者が、訴訟参加(七一)または訴訟引受(七四)により當事者となつた結果、在來の當事者の一方が脱退した場合である。

(ホ) 一般第三者または一定の利害關係人 ある種の身分關係または團體關係に關する訴訟においては、その統制上、これを機會に、多數の關係者間の紛争を一掃し、劃一的に解決する必要から、當事者でない一般第三者や一定の利害關係人に、既判力を及ぼしている(例えば人訴一八・三二)。

一〇九・一三六Ⅱ・一四二・二四七Ⅱ・二五三Ⅱ・四二八Ⅱ等

### 第三 既判力の効果

- 一 (効果) 既判力の及ぶ者の間で、既判力により確定された法律効果の存否、あるいはこれを前提とした法律効果の存否に關して訴訟が起きた場合に、既判力は、裁判所に不可反、當事者に不可争の拘束を及ぼす。裁判所は、職權を以ても、確定判決の有無を調査すべきであり、既判力に牴觸する裁判をすることはできない。もつとも、このことは、一事不再理を意味するものではない。
- 二 (効果の消滅) 既判力は、確定判決が再審の結果取消されたときは、消滅する。

問題〔二六〕民事訴訟法第九十九條を説明せよ。(昭二三・司法)

#### 一 總説

- 二 既判力の物的範圍に關する原則  
三 右原則に對する例外

#### 第一 總説

- 一 (語義) 民事訴訟法第九十九條は「確定判決ハ主文に包含スルモノニ限り既判力ヲ有ス。相殺ノ爲



主張シタル請求ノ成立又ハ不成立ノ判断ハ相殺ヲ以テ對抗シタル額ニ付既判力ヲ有ス。」と規定している。ここで「確定判決」とは、形式的確定力を有する判決、すなわち通常の不服申立方法で取消され得ない状態に達した判決を云い、「主文」とは、判決の結論の部分、すなわち訴の却下または請求の當否に對する判断（一九二一）を云い、「既判力」とは、判決内容の拘束力、すなわち判決の内容たる判断の規準性を云い、「相殺ノ主張」とは、相殺の效果の訴訟上の主張を云う。

二（体系的地位） 本條は、確定判決の既判力の物的範圍を規定せるもの、とされている。ただし、終局判決が形式的に確定し、當該訴訟手續上變更され得なくなるとともに、法的安定の見地より、その實體内容をなす法律的判断が、爾後當事者間の關係を律する規準とされ、同一の事項が訴訟上問題となつた場合に當事者も裁判所も、これに抵觸する主張判断をなし得ないものとされるに至るのであつて、これ即ち既判力であるが、その既判力の範圍は、固より無限に擴がるものではあり得ないから、その時的・物的・人的の限界が問題となるわけであつて、本條は、そのうち、物的限界について規定しているものなのである。

三（適用範圍） 本條は、本來、確定判決についての規定であるが、その性質に反しないかぎり、決定等にも準用される。例えば、訴訟費用の決定（一〇〇・一〇四）、過料の決定（二七七・三三一・三三九）、支拂命令（四四三）、等には、本條の準用があるものと見られている。

## 第二 既判力の物的範圍に關する原則

一（概観） 既判力は、原則として、判決主文に表現された判断についてのみ生ずる（一九九一）。もつとも、主文の文言は簡潔であるから、如何なる事物に對する判断であるかは、その判決の事實および理由にものとすいて定めなければならない。

二（訴訟判決） いわゆる訴訟判決、例えば不適法として訴を却下する判決にあつては、如何なる訴訟要件の欠缺に基くものであるかを、理由によつて定め、これにつき既判力を生ずる。

三（本案判決） 本案判決にあつては、訴訟物が、原告の請求原因によつて特定せられ、判決は、これに對する判断として與えられるものであるから、主文に包含するものとは、特定原因に基く請求に對する判断にほかならぬわけで、既判力は、これにつき生ずる。すなわち、既判力の物的範圍は、主文の判断の對象となる請求原因によつて、限定されるのである。従つて、

(1) 請求原因を異にするかぎり、たとえ請求の基礎を共通にし、牽連した法律關係でも、既判力は及ばない。例えば、汽車の衝突による損害賠償の請求において、衝突の事實そのものは請求の基礎（二三二）であり、これに基き契約違反または不法行為を原因として賠償を請求するとき、それが即ち請求原因であつて、既判力は、その範圍にとどまるのである。



(2) 可分な権利または法律關係の一部を請求したときは、既判力は、固より、請求のあつた部分にとどまる。前例で、人的・物的の損害があつた場合、人的損害についてののみ請求がなされ、それに對する判断がなされた判決の既判力は、物的損害の請求に及ぶものでないこと勿論である。

(3) 請求の當否の先決關係に立つ事實または法律關係について判決理由中に表現された判断には、既判力は及ばない。當事者は請求を維持し、または之を拒絶するため、各種の事實または法律關係につき、主張または抗辯を提出するが、それらの當否について、判決理由中で判断が與えられていても、これにつき既判力が及ぶことは、原則としてない。例えば、賃料の請求における賃貸借關係のことが、それである。かかる先決關係に立つ法律關係について、既判力を得ようとするれば、中間確認の訴(二三四)、または反訴(二三九)を起さなくてはならない。その唯一の例外が、次に述べる相殺の抗辯である。

### 第三 右原則に對する例外

一 (趣旨) 當事者の主張または抗辯について、判決理由中で判断がなされても、既判力の及ばないのが原則であるが、例外として、相殺の抗辯の理由があるか否かについて、判決理由中で判断されたときは、相殺の效果、従つてまた、自働債權が——相殺を以て對抗した範圍において——存在したこと、または存在しなかつたことについて、既判力を生ずる(一九九)。これ舊民訴には、なかつた規定で、大正十五年

の改正に際し、とりいれられたものである。

二 (根據) そもそも、相殺の抗辯がなされた場合には、訴訟物たる債權と相手方の債權とが、對等額で消滅すべき關係にあるわけであるから、相殺の效果につき既判力を認めないと、後日自働債權の成立または不成立が別に争われることとなり、當該訴訟における勝訴を無意味なものたらしめる結果をもたらすであらう。すなわち、原告は、相殺の抗辯を排斥して勝訴しても、なお自働債權に基き取返されるおそれがあるし、被告も、相殺で勝訴しても、後日自働債權の不存在を理由に不當利得の返還請求をうけるおそれがある。これ、相殺の抗辯に對する判断に、既判力を與えた所以である。

三 (效果) 判決で、自働債權の存否を判断した上、相殺の抗辯を排斥したときは、その債權の不存在が確定されるし、相殺の抗辯を理由ありとしたときは、自働債權および自働債權が相殺前に存在し、相殺により對等額で消滅したことが、確定せられる。これに反し、相殺の抗辯が、相殺不適狀を理由に排斥された場合は、債權の存否が判断されているわけでないから、既判力を生じない。なお、ここに云う「相殺の主張」が、相殺權の行使たる相殺の意思表示の意でなく、相殺の效果の訴訟上の主張なることは前述したが、それに關聯して、事實審の口頭辯論終結の時までに相殺適狀にあつたにかかわらず、相殺の意思表示そのものをもしなかつた場合に、爾後、相殺の意思表示をなし以て相殺の効力を主張し得るか、について



は争がある。判例は、かかる場合には既判力が及ばず、すなわち、相殺の主張をなし得るものと解している。

問題〔二七〕 裁判上の和解を説明すべし。(昭四・司法、昭一三・行政)

副問 裁判上の和解の性質及び効果を説明すべし。(昭三・行政)

訴訟上の和解の性質を論じその訴訟に及ぼす効果を説明すべし。(昭八・行政)

一 總説

二 訴訟上の和解

三 起訴前の和解

第一 總説

一 (意義) 裁判上の和解とは、裁判所において、民事上の争の当事者が、相互にその主張を讓歩して法律状態を定め、争を解決する行爲を云う。

二 (本旨) そもそも民事訴訟の目的は、國家權力による私的紛争の解決調整にあるのであつて、それは裁判所の公権的判断による強制的法律裁斷を豫期するものではあるか、そうした一刀兩斷的解決は、實

際上かえつて禍根を將來に残す場合が少なくない。そこで、当事者が相互にその主張を讓歩して、紛争を實際的に解決するとともに、これを裁判機關の面前で陳述することにより、裁判による解決と同一の効果を有せしめ、將來再び同種の紛争をくりかえさせぬ様にしようとするものである。それは、當事者にとつて穩便・迅速な解決方法であるばかりでなく、國家にとつても、裁判所の負擔を輕減する點で好ましいのである。

三 (識別) 裁判上の和解は、裁判機關の面前で、しかも通常その仲介によつてなされ、且つこれを記載した調書が確定判決と同一の効力を有する(二〇三)點で、單なる私法上の和解と異り、仲介のために特殊の國家機關が關與しない點で、調停と異り、訴訟物に關する主張につき當事者双方の互讓ある點で、一方的讓歩たる請求の拋棄認諾と異る。

四 (種類) 裁判上の和解には、起訴後繫屬中の訴訟内で訴訟物に關してなされる訴訟上の和解と、起訴前、簡易裁判所の和解手續においてなされる起訴前の和解とがある。前者は訴訟を終結せしめるに對し、後者は訴訟を豫防する効果を有する。

第二 訴訟上の和解

一 (意義) 訴訟上の和解とは、繫屬中の訴訟の兩當事者が、訴訟物たる權利または法律關係の存否に關



する相對立する主張を互譲し、これにより成立した法律状態をば、訴訟上一致して陳述する行爲を云う。

二(性質) 訴訟上の和解の性質については、種々の學説が對立している。

(1) 私法行爲説 訴訟上の和解も、訴訟の機關になされる純然たる私法上の和解契約たるにとどまり、ただ裁判所書記が、これを公證するために、和解調書を作成するものであるとなすのである。

(2) 訴訟行爲説 私法上の和解とは別個な、専ら訴訟行爲の性質を有するものとなす説で、これには、和解をば、訴訟物に關する判決の代用物を作成する當事者間の訴訟法上の合意となす合意説と、裁判所に對して兩當事者が一致してなす訴訟物に關する法律上の陳述であるとする合同行爲説とがある。

(3) 兩行爲混合説 訴訟上の和解をば、私法と訴訟法との兩領域にまたがる行爲とし、法律行爲と訴訟行爲との混合的性質を有するものとする説で、この中にも、私法上の和解契約と訴訟行爲としての和解とが結合し併存するものとなす兩行爲併存説と、法律事實としては單一の行爲であるが、裁判所に對する訴訟上の關係では訴訟法の適用をうける訴訟行爲であり、當事者間の關係では民法に從う和解契約であるとする兩行爲競合説とがある。わが判例は、大体この説によるものとされている。

三(要件) 和解の要件つぎのごとし

(1) 當事者が當事者能力を有し、且つ和解をなし得る訴訟能力を有し、又は代理人が代理權限を有する

こと(五〇二・八一と)。

(2) 訴訟物たる紛争が、民事上の法律關係に關し、且つ當事者の自由處分の許されたものであること。

(3) 和解の内容が、公序良俗に反したり、又は強行法規に違反したりしないこと。

(4) 以上の要件中に含まれないかぎり、訴訟要件の欠缺があつても、原則として、和解の成立を妨げない(例えば管轄違や二重訴訟の禁止のごとし)。

四(方式) 口頭辯論・準備手續の期日又は和解期日において、兩當事者の口頭の陳述によつてなすべきである。裁判所は、訴訟の如何なる程度にあるを問わず、進んで和解を勸誘しその成立を促し得る。又このために必要と認めれば、當事者本人またはその法定代理人の出頭を命じ得る(一三六・二五六)。和解が成立したときは、調書に記載すべきである(一四四一・一四九)。

五(効果) 當事者の行爲としての和解の直接の効果は、和解調書の作成にあるが、和解調書は、確定判決と同一の効力を賦與されている(二〇三)。

(1) 訴訟の終結 和解の行われた範圍においては、訴訟は判決を俟たずして終結する。もつとも、判例のごとく兩行爲混合説によるときは、私法上の瑕疵(無効あるいは消消原因)があると、和解は全体として無効となり、訴訟を終了せしめず、和解調書の作成後といえども、當事者はその無効を主張して、訴訟の



續行を求め得ることとなる。なお訴訟費用について規定がある（九七・一〇三）。

(2) 既判力 和解の内容たる法律關係の存在について、當事者間に、確定判決があつたと同様の効果を生ずる。

(3) 執行力 和解調書が當事者の具体的な給付義務を記載したものであれば、相手方は、これを債務名義として、強制執行をなし得る（五六〇）。執行力の範圍も、確定判決のそれと同様であり、執行力の排他を求めるとは、請求異議の訴を提起し得る（五四五・五六〇）。

なお、和解調書の成立手續に、確定判決に對する再審の事由に相當する瑕疵があるときは、再審に準ずる訴の方法を以て和解調書を取消し、終結した訴訟手續の再開を求め得る、となすのが通説である。

### 第三 起訴前の和解（即決和解）

一（和解の申立） 訴提起前に和解を欲する當事者は、相手方の普通裁判籍所在地の簡易裁判所に、和解の申立をなし得る（三五六一）。申立は、書面または口頭を以て（一五〇一）、請求の趣旨、原因ならびに争の實情を明示してなすべきである。

二（手續） 適法な申立があれば、裁判所は、和解期日を定めて、申立人及び相手方を呼出す。もつとも兩當事者が任意に和解のため出頭すれば、直ちに期日を開くべきである（三五四）。

三（成立） 兩當事者が出頭するときは、裁判所は和解の勸試をなし、その結果和解が成立すれば、これを調書に記載する（三五六）。しかるときは、確定判決と同一の効力を生ずる點で、訴訟上の和解と同様である（二〇三）。もつとも、この場合には、これにより終結すべき訴訟はなく、ただ和解手續が終結するのみである。

四（不調） 當事者の一方または双方が期日に出頭しないときは、裁判所は、その見込みにより、和解不調として取扱い、和解事件を終了せしめることができる（三五六）。呼出に應じて出頭すべき義務はない。當事者双方が出頭したに拘わらず、結局和解が成立に至らなかつたときは、双方の申立により、裁判所は、直ちに訴訟として辯論を命ずる（三五六）。この場合には、和解申立人は、申立の時において訴を提起したものとみなされ、和解費用は訴訟費用の一部に算入される。もつとも、これは、當事者双方の申立ある場合にかぎるから、他方が同意しないときは、別に訴を起すほかない。

問題「二八」訴の取下と請求の拋棄との異同を説明すべし。（昭一二・司法）

副問 請求の拋棄認諾を説明すべし。（昭四・五二）

訴の取下を説明すべし。（昭三・五二、昭六・司法）



一 總説

二 性質上の異同

三 要件及び方式上の異同

四 効果上の異同

第一 總説

訴の取下と請求の拋棄とは、ともに、原告の訴訟行為により、訴訟を終了せしめる點で同一である。しかし、兩者は、その性質・要件・効果等で、異つてゐる。すなわち、訴の取下は、裁判所に對し、原告が訴すなわち請求についての審判の要求を撤回する訴訟上の意思表示であつて、これにより、訴訟は遡及的に消滅するけれども、その請求の當否は確定せられないで終るのに反し、請求の拋棄は、裁判所に對し、原告が、その請求についての自己の主張を自から理由なしと認める陳述であつて、法がこれに確定判決に代る効力を與えているために、請求の理由のないことが、既判力を以て確定せられるものであり、効果から見ると、兩者の差異は、判決における訴却下と請求棄却とのそれに比することができるのである。

第二 性質上の異同

一 (意義) 訴の取下とは、原告が、裁判所に對し、訴の全部または一部(併合された數個の請求の一・

可分的な請求の一部・共同訴訟人の一人より又は一人に對する請求)についての、審判の要求を撤回する訴訟上の意思表示を云い、請求の拋棄とは、原告が、裁判所に對し、その請求すなわち訴訟物たる權利または法律關係の存否についての自己の主張を、自から理由なしと認める陳述を云う。

二 (異同) 兩者ともに、原告の、裁判所に對する、訴訟行為である點において、同じであるが、訴の取下は、訴訟法上の意思表示であるに反して、請求の拋棄は、自己の知識判断の表白すなわち觀念表示である點において、異つてゐる。もつとも、請求の拋棄についても、これを訴訟法上の意思表示と解する少數説があるが、これに従うときは、兩者は性質を同じうすることとなる。反對に、請求の拋棄を私法行為であると見る説をとると、兩者は、全くその性質を異にすることとなる。

第三 要件及び方式上の異同

一 (能力) 訴の取下も請求の拋棄も、ともに、これをなす當事者が、訴訟能力を有することを要し、又代理人によつてなすときは、特別の授權を必要とする(五〇Ⅱ・八一Ⅱ2)。なお、それが、相手方または第三者の刑事上罰すべき行為(詐欺・強迫等)によつたものでないことを要する點においても、同様である。

二 (實體的要件) 請求の拋棄が有効であるためには、請求がその原因・趣旨において一定していること



辯論主義により審理すべき請求であること、請求の否定が公序良俗に反する結果にたちいたらぬこと等、請求自体についての要件が存するが、訴の取下については、この様な制限は全くなく、如何なる請求についても、取下げをなし得る。ただ後述の再訴禁止という効果を生ずるためには、請求の抛棄における同様の要件を必要とするというだけである。

三(時期) ともに、判決の確定にいたるまで何時でもなし得る(二三六)。終局判決があつても、その確定前は、取下又は抛棄をなし得るのである。上告審で請求の抛棄をなし得るかについては争があつたが、これを積極に解するのが判例である。

四(相手方の同意) 訴の取下は、相手方が本案につき準備書面を提出し、準備手続において申述をなしまたは口頭辯論をした後においては、相手方の同意を得なければ、その効力を生じないが(二三六)、請求の抛棄には、相手方の同意は勿論その受領をも要しない。

五(方式) 請求の抛棄は、当該訴訟の口頭辯論または準備手続において、口頭を以て陳述しなければならぬが、訴の取下は、右のほか、裁判所に對し取下書を提出することによつても、これをなすことができる(二三六)。なお、訴状送達後に訴の取下があつたときは、取下書を被告に送達しなければならない(二三六)。

#### 第四 効果上の異同

一(訴訟の終了) 訴の取下も、請求の抛棄も、ともに訴訟を終了せしめる効力をもつ。この點では、兩者同様である。

二(既判力) 請求の抛棄を記載した調書は、請求棄却の確定判決と同一の効力を有するから(二〇三)、請求につき既判力を生ずることとなる。これに反し、訴が取下げられたときは、訴訟がその部分につき初めより繫屬しなかつたものとみなされ(二三七一)、訴提起の効力はすべて遡及的に消滅することとなるから、原則として、原告は、同一の訴訟物につき、さらに訴を起すことができるわけである。もつとも、本案の終局判決(請求の棄却または認容の判決)があつて後に、訴が取下げられると、ふたたび同一の訴を提起することができなくなるが(二三七一)、これは、當事者の恣意により國家の裁判を徒勞に歸せしめることを防止しようという趣旨から、法がとくに訴の取下自体に附した特別の効力であつて既判力とは異なる。ただ、この特別効力についての規定も、請求の抛棄が許される種類の訴訟についてのみ、適用せられるというのが判例である。

三(訴訟費用) 訴訟費用の負擔およびその額の確定は、別に、申立により、決定手続で裁判せられること、兩者様同である(一〇四I)。この場合、取下者または抛棄者が、敗訴者として訴訟費用を負擔するの



が原則であること(一〇四Ⅱ・八九)についても、兩者差がない。

問題「二九」訴訟手続の中断を説明すべし。(昭二一・行政)

一 總説

二 中断の發生

三 中断の効果

四 中断の解消

第一 總説

一 (概念) 訴訟手続の中断とは、訴訟當事者の一方の側に訴訟の進行を不能または困難ならしめる一定の事由の發生した場合に、その解消にいたるまで、當事者を保護するために認められる訴訟手続の當然停止を云う。

二 (識別) 訴訟手続の中断は、訴訟手続の停止の一種であるが、中止または休止とは區別せられる。中止は、裁判所または當事者に障礙ある場合、または他の手続との關係から、訴訟の追行が不能あるいは不適當な場合に、法律上または裁判によりなされる停止であり、休止は、當事者の合意による停止である

現行法は、中止を認めるが、休止は認めない。

三 (適用範圍) 中断は、判決手続のほか、督促手続、假差押、假處分手続のごとき裁判手続にも認められるが、證據保全手続、強制執行手続、和解手続等には、認められない。

第二 中断の發生

一 (發生原因) 中断は、次の法定事由の發生により當然生じ、相手方または裁判所が、これを知ると否とを問わない。

(1) 當事者の當事者能力の喪失、自然人の死亡(二〇八)、法人その他の団体の合併による消滅(二〇九)の場合である。

(2) 當事者の訴訟能力の喪失、法定代理人の死亡または代理權の喪失(二一〇)。

(3) 當事者の訴訟追行權能の喪失中のある場合、それは、次のごとき場合であり、これ以外の場合、例えば訴訟物の讓渡があつても、中断は生じない。

(イ) 受託者が當事者として信託財産に關する訴訟をなす場合の、信託の任務の終了(二一一)。

(ロ) 一定の資格にもとずき當事者たる者(例えば船長・破産管財人)の資格の喪失(二一二)。

(ハ) 選定當事者(四七)が訴訟をなす場合の、その全員の資格喪失(二一二)。



(ニ) 當事者の破産による破産財團に関する訴訟の中断(二一四)。

(ホ) 破産手續の解止による破産財團に関する訴訟の中断(二一五)。

(ヘ) 債務者の破産による債権者取消権にもとづく訴訟の中断(破八六)。

二(阻却事由) 右の中断事由があつても、次の事由があるときは訴訟が中断しない。

(1) 訴訟代理人による中断の場合を除き、その當事者の側に訴訟代理人がいる間は、訴訟追行上の不都合を生じないから、中断を生ぜしめない(二一三)。

(2) 訴訟終了の場合、當事者適格喪失の場合に、訴訟を承継する者がいないときは、訴訟は當然に終了するから、中断の餘地を残さない。

### 第三 中断の効果

一(期間進行の停止) 訴訟手續中断するときは、法律上の期間たると裁定期間たると、また不變期間たると通常の期間たるとを問はず、すべての期間の進行を停止する。停止した期間は、中断終了の時より、残存期間のみでなく、さらに全期間の進行を開始する(二二二)。

二(訴訟行為の無効) 中断中は、裁判所も當事者も——中断解消のためにする行為をのぞき——該訴訟に關して有効に訴訟行為をなし得ないのを原則とする。但し口頭辯論終結後に中断事由の発生した場合に

かぎり、之にもとつき判決の言渡をなすを妨げない(二二二)。この場合でも、判決の送達は、中断解消後にしなければならない。

右のごとく、中断中になした行為は、原則として無効であるから、中断解消後にさらにやり直さなければならぬが、責問權の放棄または喪失により、治癒せられ得る(二四一)。また、中断中の辯論にもとずいてなした判決は、當然無効ではなく、上訴または再審を以て取消され得るにすぎない、と解されている。

### 第四 中断の解消

一(訴訟手續の受継) 受継は、訴訟追行者のなす、中断訴訟の續行を求める訴訟上の申立てである。ただ第二一四條後段の場合は、破産手續の解止により、當然受継の効果を生ずる。

(1) 受継申立権者は、中断原因ある當事者側の新追行権者(二〇八一・二二二・二二五、破六九に法定)および相手方たる當事者(二一六)である。

(2) 受継申立は、中断當時訴訟の繫屬した審級の裁判所になすべく、終局判決送達後に中断した場合といえども、同様である(二一八)。申立は、書面または口頭を以てなし、裁判所は、これを相手方に通知せねばならぬ(二一七)。

(3) 受継の申立があつたときは、裁判所は、新追行者の資格その他受継の理由の當否を、職權を以て、



口頭辯論を経または経ないで調査し、申立を理由なしと認めるときは、決定を以て、申立を却下しなければならぬ(二一八一)。この場合、中断は、さらに持續する。これに反し、申立を理由ありと認めるときは、終局判決前においては、何等の裁判をしないで期日を指定し、申立人および相手方を呼出して訴訟を續行し得るのが原則であるが、終局判決送達後に中断した場合は、必らず申立を許容する決定をしなければならぬ(二一八)。

二(訴訟手續續行命令) 當事者のいずれもが受續の申立をしないときは、裁判所は、職權を以て、新追行者および相手方に對し、訴訟の續行を命ずる決定をなし、訴訟の進行をはかることができる(二一九)。この決定の告知により、中断は解消する。

### 問題「三〇」訴訟手續の中止を説明すべし。(昭七・五二)

#### 一 總説

#### 二 中止の開始

#### 三 中止の效果

#### 四 中止の解消

#### 第一 總説

一(概念) 訴訟手續の中止とは、裁判所または當事者に障礙ある場合、または他の手續との關係から、訴訟の追行が不能あるいは不適當な場合に、法律上または裁判によりなされる訴訟手續の停止を云う。

二(識別) 訴訟手續の中止は、訴訟手續の停止の一種であるが、中断または休止とは區別せられる。

中断は、訴訟當事者の一方の側に訴訟の進行を不能または困難ならしめる一定の事由の發生した場合に、その解消にいたるまで、當事者を保護するために認められる訴訟手續の當然停止であり、休止は、當事者合意による停止である。現行法は、中断を認めるが、休止は認めない。

三(適用範圍) 中止は、判決手續のほか、督促手續、假差押假處分手續のごとき裁判手續にも認められるが、證據保全手續、強制執行手續、和解手續等には、認められない。

#### 第二 中止の開始

一(概観) 訴訟手續の中止は、法定事實の發生または裁判所の裁判により開始する。中止原因は、民事訴訟法以外の法律に規定せられる場合もあるが、法律に規定なきかぎり、認められない。なお、中断の場合におけるごとく、訴訟代理人の有無は、中止の發生に關係がない。

二(法定事實の發生) 天災その他の事故により、裁判所が、その職務を行うことができないときは、訴



訟手續は、當然中止となる(二二〇)。事故とは、裁判所の執務を妨げる天災内亂等の外的障礙を指し、單なる裁判官の故障のごときを含まない。

三(裁判所の中止命令) 次のごとき事由がある場合には、裁判所の命令により、訴訟手續が中止せられる。

(1) 當事者の不定期間の故障により訴訟手續を續行し得ないとき(二二一)。これは、法定の中断事由以外の當事者を、その一身上の事情による訴訟追行の不能または困難より、保護する趣旨である。例えば、交通杜絶の地域にある場合のごとし。

(2) 離婚または離縁事件において、和諧の調うべき見込あるとき(人訴一三・二六)。

(3) 公示催告手續において、權利を争う旨の届出があつたとき(七七〇)。

(4) 同一事件につき調停申立の受理されたとき(借地借家調停法五・小作調停法九・商事調停法二・金錢債務臨時調停法六・家事審判規則九)。

第三 中止の効果(註) 中止の効果は、中断の効果とほぼ同様であるから、前問の解答を参照せられたし。

一 期間進行の停止(二二三)。

二 訴訟行為の無効 判決の言渡もなすことを得ない(二二三)。

#### 第四 中止の解消

一(法定事由の消滅) 法定事由の発生によつて、訴訟手續が、法律上當然に中止された場合には、その消滅により、中止は當然解消する(二二〇)。

二(裁判所の中止取消命令) 裁判所の中止命令によつて、訴訟手續が中止された場合のうち、當事者の不定期間の故障による場合には、裁判所の取消命令によつて、中止が解消する(二二二)。

三(他の手續の終了) 他の手續の進行による中止の場合には、その手續の終了の時に、中止が解消するものと解すべきである(借五・小九・商二・金六・家九)。

#### 問題 「三一」 訴の種類を説明すべし。(昭一一・昭一五・行政)

副問 確認の訴を説明すべし。(昭四・昭一六・五二)

給付の訴を説明すべし。(昭四・司法、昭八・昭一四・五二)

形成の訴を説明すべし。(昭四・行政、昭一三・司法)

#### 一 總説

#### 二 確認の訴



### 三 給付の訴

### 四 形成の訴

## 第一 總説

一 (訴の種類) 訴は、その據るべき手続、その内容、その態様、その提起時期等の観点より、種々に分類せられる。

二 (手続による分類) 訴は、その據るべき手続により、通常手続の訴と、特別手続の訴とに區分せられ、後者は、さらに、簡易手続の訴と、人事訴訟手続の訴とに區分せられる。現行法は、簡易判決手続を認めず、簡易手続としては、督促手続(四三〇以下)および和解手続(二五一以下)を認めるのみである。

三 (内容による分類) 訴は、その請求の性質・内容により、確認・給付・形成の訴に區分せられる。その各々については、次段以下に述べる。

四 (態様による分類) 訴は、その態様により、単一の訴(一人の原告が一人の被告に對し一の請求をなす場合)と併合の訴(単一の訴が人的すなわち主觀的に、または物的すなわち客觀的に併合されて、一個の訴訟となつた場合)に區分せられる。

五 (提起時期による分類) 訴は、その提起時期により、獨立の訴(他の訴訟手続と無關係に提起する訴)

と訴訟中の訴(當事者または第三者が既存の訴訟手続に關連し又は追加して併合審判を要求する場合——中間確認の訴・反訴・當事者参加等)に區分せられる。

## 第二 確認の訴

一 (意義) 確認の訴とは、特定の権利または法律關係の現在の存在または不存在を主張して、これにつき判決を求める訴を云う。

(1) 原告が権利等の存在を主張するのが、積極的確認の訴で、その不存在を主張するのが、消極的確認の訴である。

(2) 請求は、権利または法律關係を主張する場合が原則であつて、單純な事實や法律解釋はこの訴の目的たり得ないが、ただ現行法では、例外として、法律關係を證する證書の眞否の確認の訴も許されている(二二五)。

(3) この訴の目的たる権利等は、原則として、私法上のものにかぎられ、また當事者間のものであるのが普通だが、確認の利益があるかぎり、第三者に屬し又は第三者に對するものでも差支えない。

二 (要件) 確認の訴には、一般の訴訟要件のほか、つぎのごとき要件、すなわち請求について即時確定の法律上の必要の存すること(確認の利益)を要件とする。



- (1) 確定を求めんとする権利または法律關係の存否が當事者間に不明瞭なこと。
- (2) その不明瞭なことによつて當事者の権利または法律關係に不安を來し法律上不利益を蒙る處があること。

(3) その不安不利益が當該訴訟の判決によつて除去されるに適していること。

三(判決の効力) この訴にもとずく判決(確認判決)は、被告にある行爲を命ずるものではなく、裁判所が権利または法律關係の存否を確定するものであるから、既判力は有するが、狹義の執行力は有しない。

### 第三 給付の訴

一(意義) 給付の訴とは、原告が被告に對して有する特定の私法上の請求權にもとずき被告に給付義務あることを主張して、これにつき判決を求める訴を云う。

(1) 給付義務には、一定額の金錢の支拂・特定物の引渡・一定の作爲・不作爲・一定の意思表示をなす義務等が含まれる。

(2) 現在、すなわち當該訴訟の口頭辯論終結當時における給付義務を主張するのが、現在の給付の訴で將來履行期の到來して生ずべき給付義務を主張するのが、將來の給付の訴(二二六)である。

二(要件) 給付の訴には、特に次のとき要件が問題となる。

(1) 給付義務が、自然債務のごとき裁判上主張し得ないものでないこと(權利保護の資格)。

(2) 訴を提起する正當な必要の存すること(權利保護の利益)。この必要は、現在の給付の訴では、履行期が到來せるにかかわらず履行を得られぬ以上、原則として當然認められるが、將來の給付の訴は、單に、豫めその請求をして判決を得ておく特別の必要ある場合にのみ許される(二二六)。

三(判決の効力) この訴にもとずく原告勝訴の判決(給付判決)は、單に給付義務の存在を確定する既判力のみならず、これにもとずき強制執行をなし得る執行力をも有する。これに反し、原告敗訴の判決は給付義務の不存在を確定する確認判決であるから、既判力を有するにすぎない。

### 第四 形成の訴

一(意義) 形成の訴とは、判決によつて現在の法律狀態の變更さるべき要件(形成權)の存在を主張する訴を云う。

(1) 私法上の法律關係の設定・變更は、裁判外で、契約または一方的行爲(形成權の行使)でなされるのが常であるが、特に法律生活の安定を確保する必要から、法律が、特殊の場合に、裁判所の判決によつて、變更の要件の存在を確定した上、その變更を生ぜしめることとしている場合があるのであつて、その場合に形成の訴が認められる。



(2) 私法上の法律關係の形成を目的とするのが、實体的形成の訴で（例えば離婚の訴）、訴訟法上の法律効果の形成を目的とするのが、訴訟的形成の訴である（例えば請求異議の訴）。なお、ほかに、形式的形成訴訟（本来非訟事件に屬するものを判決手續でなす場合——例えば共有物分割の訴）がある。

二（要件） 要件も、それぞれの規定で、各別に法定されている。

三（判決の効力） この訴にもとずく原告勝訴の判決（形成判決）は、その確定に伴い、形成の要件の存在につき既判力を生ずるとともに、その内容たる法律狀態の變更を生ぜしめる形成力を有する。この形成力は、原則として、一般第三者も承認せざるを得ないのである。

## 問題「三二」 訴狀の要件を説明すべし。（昭六・五二）

### 一 總説

二 當事者及び法定代理人の表示

三 請求の原因の表示

四 請求の趣旨の表示

### 第一 總説

一（要件の概要） 訴狀の要件については、民法第二二四條に規定がある。

(1) 同條第一項によれば、訴狀には、當事者、法定代理人ならびに請求の趣旨および原因を記載しなければならぬ。その詳細は、後に述べる。

(2) 同條第二項は、準備書面に關する規定を、訴狀に準用しているが、準備書面の要件については、第二四四條に規定している。そのうち訴狀の要件としてあげらるべきものは、事件の表示、附屬書類の表示、裁判所の表示および年月日の記載である。これらについては、格別説明を要しまい。而して、訴狀には、當事者または代理人が署名捺印することを要する（二二四Ⅰ・二四四）。

(3) 訴狀には、訴訟物の價額に應じ、所定の印紙を貼用しなければならない（民訴用印紙法二）。

二（要件の欠缺） 訴狀の要件が欠缺しているときは、裁判長は、相當の期間を定め、その期間内に右の欠缺を補正すべきことを、命じなければならない（二二八Ⅰ）。原告が右期間内に欠缺の補正をしないときは、裁判長は、命令を以て訴狀を却下すべきであるが（二二八Ⅱ）、裁判長がこれを看過して口頭辯論を開始したときは、裁判所は、訴を不適法として却下すべきであろう。

### 第二 當事者及び法定代理人の表示

一（當事者） 原告・被告が何びとであるか、これを特定しうる程度に表示すべきである。通常、自然人



はその氏名、法人その他の國体はその名稱によるが、商號・雅號・俗稱を用いても妨げなく、これだけで曖昧であれば、さらに年齢・住所・職業等を加えて明確ならしめ得る（二四四I参照）。

二（法定代理人） 當事者が未成年者、禁治産者または法人なるときは、その法定代理人または法律上代表者を表示しなければならない。原告たると被告たるとを問わぬのである。

### 第三 請求の原因の表示

一（請求の原因） 請求の原因とは、訴による請求を、一定の法律的主張として構成するに必要な事項を云う。請求は、原則として、特定の權利または法律關係の存否の主張たることを要するが、かかる具体的な法律的主張は、その内容を、具体的事實により表示することによつて、はじめて可能なのである。

二（表示の程度） 請求原因として如何なる程度の事實を表示すべきかについては、古くから、次の二説の對立がある。

(1) 識別説（同一認識説） 原告が請求としてその存否を主張する權利または法律關係（すなわち訴訟物）を特定し、これを他のものから識別するに足る標準事實を記載すれば足るとなす。

(2) 理由記載説（事實記載説） 原告の請求を支持し理由あらしめるに必要なあらゆる事實を記載するを要するとなす。

現在では、識別説が通説である。けだし、口頭主義および隨時提出主義においては、請求を理由あらしめる事實は、口頭辯論の終結に至るまでに隨時提出しうるのが原則であるから（一三七）、最初より訴狀中に列記せしめることを要件とするべきではなく、訴狀はむしろ辯論・審判の主題を提供すれば足るもの、とさるべきだからである。

三（具体的内容） 請求原因は、物權・親族關係・相続權のごとき排他的法律關係にあつては、同一人に歸屬し又は同一人間の同一内容のものは他に存在し得ないから、その主体および内容を示せば足るが、請求權または形成權のごとき非排他的關係では、その主体および内容を同じくするも、その發生原因の如何によつて別個の權利が存在し得るから、その發生原因たる事實を、必要な程度で記載しなければならぬ。なお、請求を構成するには、かかる事實を挙げれば足り、その權利等の性質を、法律的評價による名稱を用いて説明することは、必要ではないのである。

### 第四 請求の趣旨の表示

一（請求の趣旨） 請求の趣旨とは、請求としての法律的主張を概約し、かつ之について審判を求め旨の申立を表示する部分で、訴の結論にあたる。請求原因によつて請求の對象をなす權利または法律關係が定まるが、この請求の趣旨により、原告がこれについて、如何なる範圍で、如何なる態様の主張をなすか



が明らかとなる。例えば、給付請求権が訴訟物である場合においても、給付判決を要求するか、確認判決を要求するか等は、請求の趣旨によつてのみ、明らかにされ得るのである。

二(内容) 請求の趣旨は、請求の範囲を明確にし、また之についての審判の申立を、確定的になすことを要する。例えば、單に「相當なる賠償を求む」とか、「被告に資力ある場合にかぎり支拂を求む」と云うがごときは、その一定を欠くものであるから、許されない。條件附申立は一般には違法であるが、いわゆる豫備的申立、すなわちその條件が當該訴訟手續中の審理の結果にかかるような場合は、その成否は當然判明する點で審判の不安定を來さないから、便宜上許されている。

### 問題〔三三三〕訴訟要件を説明すべし。(昭一七・行政)

- 一 訴訟要件の觀念
  - 二 訴訟要件たる事項
  - 三 訴訟要件の調査
  - 四 訴訟要件の効果
- 第一 訴訟要件の觀念

一(意義) 訴訟要件とは、訴訟において、本案の裁判すなわち原告の請求の當否に關する判決をなすための、前提要件を云う。

二(識別) 訴訟要件は、訴訟成立要件の名で呼ばれることもあるが、それは、語の眞正な意味における訴訟の成立要件ではない。けだし、訴訟の成立には、訴提起と認められる程度の行爲が存すれば足るのであつて、それあるかぎり、たとえ訴訟要件の欠缺があつても、訴訟は形式的に成立し、裁判所は何等かの裁判を以て訴訟を終結せしめることを要するからである。訴訟要件はまた、訴そのものの適法要件であるから、個々の訴訟行爲の有効要件や、訴訟審理の方式のごときは、區別されねばならない。

三(態様) 訴訟要件には、通常、次のごとき態様の別があるとせられる。

(1) 積極要件と消極要件 訴訟要件のうち、その存在が本案判決の前提要件たる事項を積極的訴訟要件と云い、その存在がかえつて本案判決の障礙たる事項を消極的訴訟要件または訴訟障礙と云う。管轄權・當事者能力のごときは前者であり、訴訟繫屬(二三二)、本案判決後の訴の取下(二三七)のごときは後者である。

(2) 訴訟要件と妨訴抗辯 訴訟要件の存否は、裁判所が職權を以て調査すべきものであるが、例外として、被告がその欠缺を抗辯する場合にはじめて、斟酌すべきものがある。例えば、仲裁契約の存在・訴訟



費用の擔保の申立（一〇七・一〇九）のごときがこれで、これらを、妨訴抗辯と稱する。

## 第二 訴訟要件たる事項

訴訟要件たる事項として、通常、つぎのごときものがあげられる。

- (1) 訴訟繫屬を組成する行爲（訴の提起・訴狀の送達・訴訟能力・代理權等）が適法有効なること。
- (2) 當事者が實在し且つ當事者能力を有すること。
- (3) 被告が、わが裁判權に服すること。
- (4) 裁判所が事件につき管轄權を有すること。
- (5) 事件が民事裁判事項であること。
- (6) 原告が訴訟費用の擔保の提供命令に應じてこれを提供すること（一〇七以下）。
- (7) 訴訟物につき當事者間に仲裁契約の存在しないこと。
- (8) 請求が當該訴訟手續において主張するに適當すること、これ例えば、訴の併合、訴の變更、反訴、中間確認の訴、訴訟參加、訴訟承繼等の要件を具備することを意味する。
- (9) 同一事件に關しすでに別訴が繫屬していないこと（二三二）。
- (10) 同一事件に關し、かつて本案の終局判決後に訴の取下があつたのでないこと（三三七）。

(11) 當事者が當該請求につき正當な當事者たる適格を有すること。

(12) その他請求が一般に訴訟上請求するに適し（いわゆる權利保護の資格）、かつ訴を以て主張する法律的利益または必要の存すること（いわゆる權利保護の利益または必要）。具体的訴權説によるときは、(11)(12)は訴訟要件から除かれることとなる。

## 第三 訴訟要件の調査

一（職權調査） 裁判所は、訴訟要件の存在を確めた上本案の判決をなすべきで、請求の當否の明白な場合でも、これを無視して、直ちに本案判決をなすべきではない。訴訟要件は主として公益的事由にもとずくから、その存否は一般に職權を以てこれを調査すべきであるが、訴訟障礙のうちで被告の意思または利益を考慮したにすぎないものは、被告の主張（妨訴抗辯）をまつて調査すべきである（前述）。

二（標準時期） 訴訟要件の存否を決する標準時期は、原則として、口頭辯論終結當時であり、この時に存在するを要し、またこれを以て足りる。訴訟繫屬當時に存在するの必要はない。これ、訴訟審理の要件でなく、本案判決をなす要件だからである。

三（調査の順序） 各種の訴訟要件について調査の順序があるか、またその基準いかにについては、學説がわかれているが、一般に、抽象的な要件から具体的な要件に進むべきで、大体、第二に掲げた順序によ



るべきものとされている。

#### 第四 訴訟要件の効果

- 一（具備の効果） 訴訟要件の具備せるときは、當然本案判決をなし得るが、その存否が訴訟上問題となつたときは、中間判決または終局判決の理由中で、その判断を示すのが妥當である。
- 二（欠缺の効果） 訴訟要件に欠缺ありと認めるときは、終局判決を以て訴の却下が言渡される。もつとも管轄違の場合のみは、訴を却下せず、管轄裁判所に訴訟を移送すべきである（二〇〇）。なお、欠缺の補正し得るかぎり、判決前一應補正を命ずべきであるが、最初から補正の見込のない場合は、原審を審訊したのみで訴を却下し得る（二〇二）。
- 三（欠缺に拘らずなした本案判決の効力） かかる判決も、固より當然無効ではなく、原則として上訴を以て争い得るが（例外三八一）、判決確定後は、再審の事由（四二〇）として認められた訴訟要件の欠缺にかぎり、再審の訴を以て取消を求め得るにすぎぬ。もつとも、たとえ判決が確定しても、當事者不存在の場合または被告が裁判権に服しない者であるような場合には、當然無効の判決というべきである。

○ 問題〔三四〕 裁判所の職權調査事項を説明すべし。（昭九・昭一二・行政）

#### 一 職權調査事項の概念

#### 二 職權調査事項の範圍

#### 第一 職權調査事項の概念

- 一（意義） 職權調査事項とは、當事者の抗辯や異議等による指摘をまたず、また當事者間の争の有無にかかわらず、裁判所が進んで顧慮を拂い判断した上相當の處置をとるべき訴訟上の事項を云う。
- 二（調査） 職權調査事項は、職權により、裁判所が、自發的にこれを調査する。この意味においては、それは、辯論主義の原則に對する一の例外と解し得る。當事者は、合意または責問權の放棄によつて、その調査を妨げることができない。また當事者の指摘は、裁判所の職權の發動を促すにすぎないから、他の攻撃防禦方法と異り、その提出に時期的制限（二五五I）がない。

三（判断） 職權調査事項は、右のごとく、職權により顧慮し調査せられるが、そのことは、當然にこれが判断の資料の職權探知（蒐集）を意味するものではない。勿論、それは訴訟制度の維持の上に看過し得ない公益的事項に關するのが通常であるから、判断の資料の蒐集についても、職權探知主義をとるのが原則であるが、任意管轄や確認の利益の欠缺等に關しては、例外として辯論主義が行われているのである。

#### 第二 職權調査事項の範圍



民事訴訟法は、如何なる事項が職權調査事項に屬するかにつき、概括的規定を設けていない。従つて、個々の場合につき、當該訴訟上の事項が公益に係り、當事者の自由處分に一任すべからざるものであるか否かにつき、これを決しなければならぬ。この見地より見ると、職權調査事項は、大体つきのごときものであるとされている。

(1) 被告が、わが裁判權に服するか否かの點。  
(2) 事件が形式的民事訴訟の對象であるか否かの點。  
(3) 裁判所が事件につき管轄權を有するか否かの點 專屬管轄の調査は職權探知により、任意管轄の調査は辯論主義による。

(4) 裁判官に除斥原因がないか否かの點 蓋し、除斥の原因ある裁判官は、當然職務の執行より除外せられるからである(三五)。

(5) 當事者の確定、實在ならびに事實上當事者として訴訟をなす者が眞實の當事者と一致するか否かの點。

(6) 當事者能力の存否。

(7) 訴訟能力の存否。

(8) 訴訟代理權、法定代理權の存否。

(9) 訴が法定の方式を踐んでいるか否かの點 訴の提起は一定の方式に従うことを要し(二三三・二三四)これらの方式を踐んでいるか否かは、職權を以てこれを調査し、その方式に欠けるところがあれば、裁判長はその補正を命じ、補正なきときは、裁判長は命令を以て訴狀を却下すべく(二二八)、訴狀の送達あつて後は訴を不合法として却下すべきである(二〇二D)。

(10) 當事者が、當該請求につき、正當なる當事者たる適格を有するか否かの點。

(11) 請求が當該訴訟において主張するに適當するか否かの點 例えは、訴の併合(二二七・五九・六〇)、訴の変更(二三二)、反訴(二三九)、中間確認の訴(二三四)、訴訟參加(七一・七五)、訴訟承繼の適格等の要件を具備しているか否かの點は、職權を以て調査すべきである。

(12) 同一事件に關し、すでに別訴が繫屬していないか否かの點(二三一)。

(13) 同一事件に關し、かつて本案の終局判決後に訴の取下があつたものでないか否かの點(二三七I)。

(14) 請求が、性質上訴を以て主張されるに適し(いわゆる權利保護の資格)且つ判決を以て確定する具體的必要を具備する(いわゆる權利保護の利益または必要)か否かの點。例えは、法律上起訴の禁止がないか否かとか、原告がすでに同一請求に關し勝訴の確定判決を得ていないか否か、確認の訴において即時確



定の利益があるか否か、とかの點である。

(15) 以上のほか、法規の適用、すなわち法律的判断は、當然裁判所が職權を以てなすべき事項である。

問題「三五」訴に於ける權利保護の利益を説明すべし。(昭九・司法)

一 總説

二 一般的要件

三 各種の訴に特殊の要件

第一 總説

一 (意義) 訴に於ける權利保護の利益とは、訴による請求が、判決をうける價値ありとせらるるための要件であつて、請求の適格と、請求の必要とを包含する。請求の適格とは、請求の内容が性質上訴を以て主張されるに適することを云い、請求の必要とは、それが判決を以て確定する具体的必要を具備することを云う。前者を「權利保護の資格」と呼び、狹義の「權利保護の利益」より區別することもあるが、兩者は、事實上相關聯し、判然と分けることは困難である。

二 (体系的地位) 權利保護の利益という觀念は、本來、具体的訴權説の立場より構成されたもので、こ

の説においては、訴訟の適法要件としての訴訟要件と、原告勝訴の要件としての權利保護要件とを峻別し權利保護の利益は——當事者適格とともに——訴訟的權利保護要件に屬するものとして、訴訟要件より區別するところに、その意味を有していた。これに反し、本案判決請求權説に従えば、權利保護の利益も、本案判決をなすための一の要件として、訴訟要件の一に屬することとなる。その結果、訴が權利保護の利益を欠いた場合、具体的訴權説によれば請求棄却の判決がなされるべきに反し(この點について折衷的立場をとる説もある)本案判決請求權説に従うと、訴の却下が言渡さるべきことになる。畢竟、訴における權利保護の利益は、民事訴訟における實體法的面と訴訟法的面との接續點であるだけに、訴訟法に於ける根本的立場の差により、その体系的地位も異らざるを得ないのである。

三 (種類) 權利保護の利益には、各種の訴に共通な要件と、それぞれに特殊な要件とがあり、また正當利益を基礎する積極的要件と、これを阻却する障礙的事由とがある。

第二 一般的要件

(1) 請求が一般に裁判上主張するに適する特定の權利または法律關係に關すること。自然債務のごときは、この意味で權利保護の資格がない。

(2) 法律上起訴の禁止されていないこと。二重訴訟(二三一)や再訴(二三七)の禁止は、これにあつ



る。不起訴の特約ある場合も、同様に解すべきであろう。

(3) 事件につき仲裁契約の存しないこと。この場合は被告の抗辯あることを要する。

(4) その他特に起訴の必要を障礙する事由のないこと。ある請求について特殊の訴訟手続によることが要求されている場合（例えば訴訟費用額の確定手続等）とか、原告が同一事件につきすでに勝訴の確定判決を得ている場合とか、がこれにあたる。

### 第三 各種の訴に特殊の要件

#### 一 給付の訴

(1) 現在の給付の訴にあつては、請求が現在における被告の給付義務の主張であれば足り、それ以上、このような請求をなすについて、積極的な利益を要しないのが原則である。従つて、起訴前履行の催告をしたか否か、義務者が履行拒絶等の態度より起訴を誘發したか否か、は問題でない。

(2) 将来の給付の訴は、豫めその請求をなす必要がある場合にかぎり、これを提起することができ（二二六）。「豫めその請求をなす必要」とは、将来履行すべき状態に達した曉、即時に義務の實現を得る必要のことであるが、如何なる場合にこれを認むべきかは、給付義務の内容性質、義務者の態度等の事情に照して、具体的に決しなければならぬ。而して、債務者が債務または履行の條件を争う等の態度から

履行期到来するも即時の履行の期待し得ぬことが豫め明らかなきや、確定期限附の給付義務につき、その履行の遷延が債務の本旨に悖り（民五四二）、または債権者に回復すべからざる損害を生ずる場合は、その必要ありと云うべきである。

#### 二 確認の訴

(1) 請求が、権利または法律關係の現在の存否に關すること。すでに完了した法律關係の、過去における存否の確認を求め得るかについては、争があるが、かかる場合は、一般に、その結果として影響を受けた現在の法律狀態の確認を求めべきである。

(2) 請求について即時確定の法律上の必要の存すること（確認の利益）。すなわち、確定を求めようとする権利または法律關係が當事者間に不明瞭なこと、その不明瞭なことによつて當事者の権利または法律關係に不安を來し、法律上不利を蒙る虞があること、その不安不利が當該訴訟の判決によつて除去されるに適していること、等である。如何なる場合にこの様な利益が存するかは、個々の場合に應じて決するほかない。

(3) 確認の訴は、原則として、権利または法律關係の存否に關することを要するが、事實關係の確定を認める唯一の例外として、法律關係を證する書面の眞否を確定するためにも、これを提起することができ



る(二二五)。この場合にも、確認の利益として、該文書の成立の眞否が確定されれば、これにより原告の法律的地位の不安定が除去されるに適することを要する。

### 三 形成の訴

この訴は、法が訴によつてのみ形成権の行使せられることを要求する場合にかぎり、提起せられ得るのであるから、原則として、それぞれの規定により、権利保護の利益も、法定されているわけである。

問題「三六」 正當なる當事者を説明せよ。(昭一四・行政、昭二一・司法)

一 「正當なる當事者」の觀念

二 「正當なる當事者」たる者

三 この觀念の訴訟上の意義

#### 第一 「正當なる當事者」の觀念

一 (意義) 正當なる當事者とは、特定の訴訟物につき、原告または被告として訴訟を進行し、本案判決を求め得る権能あるいは資格(訴訟追行権あるいは當事者適格)を有する者を云う。

二 (識別) 正當なる當事者の問題は、右のごとく、特定の訴訟物に關する訴訟追行権能の問題であるか

ら、人の一身に固着した一般的人格的能力である當事者能力や訴訟能力とは區別せられなければならない。また、ある訴訟において、何人が正當なる當事者であるかは、何人が訴訟の當事者であるかと異なること、言を俟たぬのである。

三 (体系的地位) 正當なる當事者ないし當事者適格という觀念は、本來、具体的訴權説の立場より構成されたもので、この説においては、訴訟の適法要件としての訴訟要件と、原告勝訴の要件としての權利保護要件とを峻別し、當事者適格は——權利保護の利益とともに——訴訟的權利保護要件に屬するものとして、訴訟要件より區別するところに、その意味を有していた。これに反し、本案判決請求權説に従えば、當事者適格も、本案判決をなすための一の要件として、訴訟要件の一に屬することとなる。すなわち、それは、訴訟要件のうち、主体についての正當なる利益にあたるわけである。

#### 第二 「正當なる當事者」たる者

一 (原則) 訴についての正當なる當事者は、原則として、訴訟物をなす權利または法律關係の存否の確定について、法律上對立する利害關係を有する者である。それは、通常、その權利等の主体であるが、必ずしも常にそうであるとはかぎらない。

(1) 給付の訴では、原告は自己の給付請求權を主張する者で、被告は之より義務者と主張される者であ



る。  
(2) 確認の訴では、原告は當該請求につき確認の利益を有する者、すなわち、権利關係の存否につき争がある結果、自己の法律的地位につき不安を感じる者で、被告はその法律關係の存否を否認し、原告の法律的地位に不安危険を生ぜしめている者である。

(3) 形成の訴では、これを認める法規上、原告または被告たるべき者の範圍が、明定されている。

(4) 固有必要的共同訴訟では、數人が一体となつてはじめて、當事者としての適格を有する。

二(特例) 特別の理由から、右に述べた者に代り、またはこれと並んで、第三者が、正當な當事者として、訴訟追行権を有することがある。これを訴訟信託と云う。この場合にも、自己の名にて判決を求め又は受ける點で、代理人とは異なるのである。

(1) 法律上、ある財産の歸屬主体から、その管理處分の權能が奪われて、他人に與えられる結果、その他人が、管理權の反射として、その財産に關する訴訟につき、訴訟追行権を有し、従つて正當なる當事者である場合。

(イ) 破産財團に關する訴訟における破産管財人(破七・一六二)。  
(ロ) 債權につき取立命令を得た執行債權者(六〇〇)。

(ハ) 債權質の質權者(民三六七)。

(ニ) 遺言の目的たる相続財産に關する訴訟における遺言執行者(民一〇二二・一〇二三)。

(ホ) 債權者代位權にもとずき債務者の財産につき訴訟をなす債權者(民四二三)。

(2) 特殊の事件に關し、職務上當事者たる權限を有する者。

(イ) 人事訴訟における形式的當事者としての檢察官または辯護士(人訴二・四・二六・三二)。  
(ロ) 海難救助料の請求における船長(商八一)。

(3) 實質的利益歸屬主体の意思にもとずき、訴訟追行権を授與せられた者(任意的訴訟信託)。

(イ) 選定當事者(四七・四八)。

(ロ) 手形の取立委任の場合の被裏書人(手一八)。

(ハ) 處分管理權能に附隨して訴訟追行権を授與された者。一般的に、自己の權益に關し、第三者をして訴訟をなす權能を與えうるかについては、辯護士代理の原則(七九)および信託法第十一條との關係で

疑があるが、權利の歸屬者が、處分管理の權能を他人に授權すべき取引上の必要ある場合に、これに附隨して訴訟追行権の授權を認めるのは、妨げないものと解されている。

### 第三 この觀念の訴訟上の意義



一（適格の欠缺） 訴訟上、當事者が正當なる當事者であること、すなわち當事者適格を有することは、本案判決をなすための前提要件であつて、具体的訴權説によれば、訴訟的權利保護要件の一に屬し、本案判決請求權説によれば、訴訟要件の一に屬することとなる。従つて、これが欠缺する場合、後説では訴を却下すべきに反し、前説では請求を棄却すべきこととなる。もつとも、前説においても、特に實體的權利保護要件欠缺の場合と區別し、この場合には、請求を不合法として（理由なしとしてでなく）棄却すべしと説くものもある。

二（欠缺看過の判決） 當事者適格の欠缺を看過した本案判決に對しては、上訴を以て争うが、再審は認められない。しかし、このような判決は、もし確定しても、當事者間に効力があるにとどまり、眞の正當なる當事者には効力を及ぼさない（二〇一頁）。

三（訴訟中の失格） 訴訟中當事者が適格を喪失し、しかも他に之に代つてその適格を取得した者があれば、この者をして訴訟を承繼せしめるのが受當であるから、法は、法律上當然に（四七頁・四八・二〇八・二〇九・二一一・二一三等）あるいは訴訟参加（七一・七三）訴訟引受（七四）により、訴訟の承繼を生ぜしめることとしている。

### 問題「三七」 訴の客觀的併合を説明すべし。（昭三・昭八・司法）

副問 民法第二百二十七條を説明すべし。（昭一四・行政、昭一五・五二）

豫備的請求の併合を説明すべし。（昭一五・司法）

- 一 訴の客觀的併合の觀念
- 二 併合の要件
- 三 併合の態様
- 四 併合訴訟の審判

#### 第一 訴の客觀的併合の觀念

一（固有の意義） 固有の意義における訴の客觀的併合とは、一人の原告が、一人の被告に對し、最初から、一の訴を以て數個の請求をなす場合を云う。主觀的訴の併合（共同訴訟）、すなわち數名の原告が共同して訴を提起し、あるいは數名の被告が共同的に訴えられる場合、に對する概念である。

二（各種の意義） 訴の客觀的併合という語は、右に述べた以外にも、各種の意義に用いられる。

(1) 當事者が多數である場合には、固有の共同訴訟の場合を除き、請求も多數であるから、かかる場合をも含めて、訴の客觀的併合と稱することもある（この場合には、主觀的併合と客觀的併合とが併存



することとなる。

(2) 訴の最初からでなく、途中から請求の併合される場合をも含めることがある。この場合には、固有の意義の併合を同時併合と呼び、添加的意義のそれを遞次併合と呼ぶ。遞次併合のうち、原告のなす場合は訴の變更(二三二)、被告のなす場合は反訴(二三九)となり、兩者ともなしうるものに中間確認の訴(二三四)がある。

(3) 最廣義では、裁判所が、繫屬する同一當事者間の數個の訴訟の辯論並びに裁判を併合した場合(二三二)をも含ませている。

### 第二 併合の要件

一 (固有の要件) 固有の客觀的併合が許さるべき要件は次のごとくである。

(1) 數個の請求が、同一種類の訴訟手續により、審理され得る場合であること(二二七)。従つて、例えば、通常訴訟手續によるべき請求と、人事訴訟手續によるべき請求とは、併合することができない。

(2) 法律上併合が特に禁止されていないこと。併合禁止は、人事訴訟事件に關して、その例が多い(人事七I・二六・三二)。

(3) 各請求につき、受訴裁判所に管轄權の存すること。もつとも、土地の管轄に關しては、一の請求に

つき管轄權があるかぎり、原則として、他の請求についても管轄權を生ずることとなる(二二)。しかし、專屬管轄(二七)や事物管轄の關係においては、併合の要件を欠く場合を生ずる。

(4) 數個の請求の間に牽連關係の存することは要件でない。

二 (其の他の要件) 廣義の客觀的併合については、それぞれに特有の要件が存する。特に、遞次請求にあつては、數個の請求の間に牽連關係の存することを要するのが、原則である(二三二・二三九)。

### 第三 併合の態様

一 (固有の併合の態様) 固有の客觀的併合には、つぎのごとき態様がある。

(1) 單純(並位的)併合 數個の請求を、優劣なく同等の立場において併合し、他の請求の當否に關係なく、各請求について審判を求める場合で、裁判所は、各請求につき、それぞれ判決しなければならない(例えば買戻金と貸金返還の請求)。

(2) 選擇的(競合的)併合 數個の請求中のいずれかの理由あることを解除條件として、他についても審判を申立てる趣旨の併合で、裁判所は、その中の一請求を認容するかぎり、殘餘の請求につき審判を要しないが、原告を敗訴せしめるには、すべての請求を排斥しなければならない。選擇的併合は、同一の目的を有し、しかも併存し得る數個の權利にもとずき、給付もしくは形成を主張する場合に存し得る(例え



は同一物の引渡を所有権、占有権、契約に基き請求する場合)。

(3) 豫備的(順位的)併合 數個の請求を順位的に併合する場合、すなわち第一の請求の理由ありと認められることを解除条件として、第二の請求につき審判を申立てる趣旨の併合で、裁判所は、第一の請求を認容するときは、第二以下の請求につき現實の審判をなすを要しないのに對し、第一の請求を排斥すると、第二以下の請求について審判をしなければならなくなる。豫備的併合は、互に兩立せず、しかも實質的目的を同じくする數個の權利を、一の訴により主張する方法である(例えば貸金返還を請求し、もし消費貸借が無効なれば、その金圓を不當利得として請求する場合)。

二(廣義の併合の態様) 併合せられる時期の如何により、同時併合(原始的併合とも云う)と、遞次併合(後發的併合とも云う)との別があることは、前述した。

#### 第四 併合訴訟の審判

一(併合要件の調査) 併合訴訟においては、併合の要件が、まず調査さるべき訴訟要件である。而して併合の要件を欠く請求があつた場合には、之を分離し、別個の手續で審判すべきである(一三二)。

二(審理手續の共通) 併合要件その他訴訟要件がそなわつている場合において、各請求についての本案の審理に入るが、辯論および證據調は同一期日になされ、その結果は各請求について影響を及ぼす。もつ

とも、裁判所は、辯論の分離、制限をなし得る(一三三)。

#### 三(終局判決) 併合の態様によつて異なる。

(1) 單純併合 各請求ごとに判決をなすに熟するときは、一部の終局判決をなすに妨げない(一八三)。この場合は、獨立して上訴の目的となり、また確定し得る。

(2) 選擇的併合 この場合には、一部の終局判決をなすことができない。審理の結果、一個の請求が理由ありとすれば、他は審理を要しないのであるから、これを認容する判決は、やはり全部判決である。而して之が控訴せられると、全部の請求について移審の効力を生ずるから、控訴審は第一審と異なる請求を認めることも起り得る。この場合、その請求については、第一審を失わしめる結果となるが、やむを得ないものとされている(判例・通説)。

(3) 豫備的併合 この場合も、一部判決はなし得ず、第一位の請求を認容した判決は、全部判決でありそれに對する控訴は、全部の請求につき移審の効力を生ずる。ただ、第一位の請求を理由なしに判断した場合でなければ、第二位の請求を判断し得ない點で(判例)、前者と異つている。

問題(三八) 訴提起の訴訟法上並びに實體法上の効力を説明せよ。(昭二一・行政)



圖問 訴提起の効果を説明すべし。(昭二・行政、昭一四・司法)

民訴法第二百三十一條を説明すべし。(昭一一・司法)

訴の提起と時効の中断との關係を説明すべし。(昭一八・行政)

權利拘束とは何ぞや。(昭二・五二)

一 總説

二 訴訟繫屬の効力

三 實體法上の効力

第一 總説

一 (概観) 訴の提起があるときは、訴訟法上の効力と實體法上の効力を生ずる。前者を訴訟繫屬という。舊法では權利拘束と稱したが、これは獨法の誤譯である。なお、訴の提起による實體法上の効力を、訴の提起そのものの効力と見ないで、訴訟繫屬の効力と見る學説もある。

二 (訴訟繫屬) 訴訟繫屬とは、特定の當事者間の特定の請求が、裁判所において、判決手續として處理せられつつある状態を云う。訴訟繫屬は、訴提起の効力であるが、何時發生するかについては、説がわかれている。通説は訴狀提出の時としているが、被告の知らぬ間に、之に對する訴訟繫屬を認むべきでない

から、訴狀または之に準ずる書面の送達の時と解すべきである。もつとも、この説によるも、實體法上の効力は、訴狀提出の時に生ずると解されている。

第二 訴訟繫屬の効力

一 (一般的効力) 訴訟繫屬の一般的効力として、次のものをあげるのが普通である。もつとも、これを訴訟繫屬の効力として見ない説もある。

(1) 管轄の恒定 裁判所の管轄は、起訴の時を標準として之を定む(二九)。故に、管轄は起訴により恒定せられ、爾後、管轄を定める事情がかわつても、變動を生じない。

(2) 請求の基礎の恒定 訴訟繫屬後、請求の趣旨または原因の變更は許されるが、請求の基礎の變更は許されない。即ち、請求の基礎は、起訴により恒定するわけである。

二 (二重訴訟の禁止) 訴訟繫屬中の事件と同一の事件については、當事者は、更に訴を提起することができない(三三)。蓋し、これを許すことは、不經濟無益であるばかりでなく、ひいては同一事項について矛盾牴觸する判決による混亂を生ずるおそれもあるからである。二重訴訟として禁止されるのは、次のとき場合である。

(1) 前訴と後訴とが同一事件であること 事件の同一性は、當事者の同一と、訴訟物の同一によつて



定まる。

(イ) 兩訴において對立當事者が同一であるかぎり、原告被告の關係は逆でもよい。訴訟追行權が、實體上の當事者に存せず、他人にある場合は、この點も同一性を決する基準となる。

(ロ) 兩訴において、訴訟物すなわち請求の目的たる權利または法律關係が同一であれば、事件は同一性を有する。請求の態様、すなわち請求の趣旨まで同一であることを要するかについては、説が分かれているが、苟くも請求原因が同一である以上、審判の重複と裁判の矛盾牴觸を生ずる可能性は免れぬから、請求の趣旨如何にかかわらず、常に同一事件と解するのが相當である。

(ハ) 請求の基礎が同一なるかぎり、原則として、事件の同一性を認むべしとする説もあるが、これは廣きに決する。また、一の訴の請求が、他の請求の先決關係にあつても、同一事件となるものではない。

(2) 前訴の繫屬中の起訴なること 前訴が訴訟要件を具備しているが、また審級の如何、裁判所の異同問わない。しかし、前訴の判決が確定した後は、既判力の問題であつて、二重訴訟の問題ではない。

### 第三 實體法上の効力

一 (主なる効力) 訴の提起に伴う實體法上の効力は、次のごときものであるが、その効力の發生消滅は

當該規定の趣旨から解釋すべく、必らずしも一律に訴訟繫屬のそれと消長を共にするものではない。

- (1) 時効中斷 (民一四七) この効力は、訴の取下・却下により、遡及して消滅する (民一四九)。
- (2) 除斥期間の遵守 (商一、五一・一三六I・民二〇一I等) 右と同様に解せらる。
- (3) 悪意の擬制 (民一八九I) 原告の勝訴を前提とする。
- (4) 消滅時効の進行開始 (手形七〇I)。

二 (効力發生期) 場合によつて異なる。

(1) 時効中斷・除斥期間の遵守 起訴の時、すなわち訴狀または之に準ずる書面の提出時と法定されている (二三五)。蓋し、手續の偶然的長短により、訴訟中に時効の完成することあるを妨止する趣旨で、従つて、該權利の存否が訴訟物をなす以上、權利者側の提起する給付の訴のみならず、積極的確認の訴でもまた相手方の提起した消極的確認の訴でも、逕庭はないと解されている。

(2) 悪意の擬制・消滅時効の進行開始 訴狀送達時に効力を生ずるものと解される。

問題 「三九」 訴の變更を説明すべし。(昭五・昭二三・司法、昭一〇・行政)

一 訴の變更の觀念



## 二 訴變更の要件及び方式

### 三 訴の變更に關する裁判

#### 第一 訴の變更の觀念

一 (意義) 訴の變更とは、廣義では、訴の要素の變更、すなわち裁判所、當事者および請求のうちのいずれか一が變更することであるが、固有の意義では、そのうちの請求の變更、すなわち、原告が、訴訟繫屬中に、當該訴訟手續に併合して、同一被告に對する新請求を、從來の請求と交換し、または之に追加して、提起することを云う。ここでは、この意味に解する。而して、ある請求が新請求であるか否かは、從來の請求と請求原因を同一にするか否かで定まり、攻撃方法の變更は訴の變更でない。また、同一請求原因について、請求の趣旨のみを變更することも、嚴格な意味では、訴の變更ではないと云うべきである。

二 (態様) 訴の變更には、次のごとき態様がある。

(1) 追加的變更 從來の請求を維持しつつ、新請求を追加併合する場合で、従つて訴の客觀的併合(遞次併合)を生ずる。この内には、さらに、單純、選擇的および豫備的併合の各態様がある。

(2) 交換的變更 從來の請求と交換して、新請求のみについて審判を申立てる場合で、従つてこのために訴の客觀的併合を生ずることはない。

#### (3) 請求の趣旨の變更

#### 第二 訴變更の要件及び方式

一 (要件) 訴變更の要件として、特にあぐべきもの、次のごとし。なお請求の趣旨のみの變更には、斯る要件は必要でない。

(1) 訴訟が事實審に繫屬し、且つ口頭辯論終結前であること。第一審のみならず、第二審においても、同一の條件で、訴變更の申立をなし得る(三七八・二三二)。

(2) 請求の基礎に變更なきこと(二三二)。請求の基礎とは何か。その定義については、學説が大いに分れており、「訴訟物の同一認識を示す基本的事實」とか、「請求原因事實を包含する具体的な社會現象または社會關係」とか、「當該訴により原告の追及せんとする經濟的利益」とか、「請求を法律的主張として構成する前の前法律的状态に還元し擴大して眺めた事實的な利益紛争」とか云われている。しかし、實際上の結果には大差なく、大要次のごとき場合は、請求の基礎に變更なきものとされている。なお、判例はこの要件の欠缺が、被告の同意または應訴により、治癒されるものとしている。

(イ) 舊請求が權利の一部を目的とするに對し、新請求はその全部を目的とする場合。

(ロ) 兩請求は、法律的には別個であるが、その一が他の變形物もしくは附隨物である場合(例えば



本来の債務と之に代る損害賠償の債務)。

(ハ) 兩請求が同一物の給付もしくは引渡や同一内容の形成を目的とする場合(例えば同一物を占有権所有権、契約に基き引渡を求めたる請求)。

(ニ) 兩請求が同一生活關係に基因する同種の利益を目的とする場合(例えば金銭の授受を契約、不當利得、不法行爲として主張す)。

(3) 著しく訴訟手續を遅滞せしめないこと(二三二I但)。從來の訴訟が相當の程度に進行し、しかも新請求の審判のために、その訴訟資料を十分利用し得ないような場合を云う。

(4) 交換的變更においては、舊請求の消滅を來す點で、訴の取下と同様であるから、被告が本案につき辯論をなし、または準備書面を提出した後は、その同意を要件とする(二三六I)。

(5) 新請求が他の裁判所の專屬管轄に屬しないこと。

二(方式) 訴の變更は書面によることを要する(二三二I)。この書面には、新請求を、請求の原因および趣旨により明示し、追加的變更または交換的變更の趣旨を記載すべきである。被告に對するこの書面の送達により(二三二I)、新請求の訴訟繫屬を生ずる。

### 第三 訴の變更に關する裁判

一(職權調査) 訴の變更の有無、またはその變更の要件の存否に關して疑があるときは、裁判所は、職權を以ても調査しなければならない。その結果、訴の變更でないと認めるときは、そのまま審理を續行すべきであるが、争があるときは、中間判決または終局判決の理由中で、判斷すべきである。

二(變更不許の場合) 變更の要件を欠くときは、申立により又は職權を以て、決定の形式で、變更を許さぬ旨を宣言した上(二三三)、從來の請求について、審判を續行すべきである。この決定については、獨立して不服申立を許されず、舊請求についての終局判決に默示的に包含され、これに對する控訴により、新請求もまた控訴審へ移り、訴の變更不許の處置の當否も控訴審の判斷を受けることとなる(判例)。

三(變更許可の場合) 訴の變更を許容するときは、特に裁判を要しないが、當事者間に争があれば、決定を以て之を宣言し得る。しかるときは、起訴があつたと同様の訴訟法上、實體法上の効力を生じ、爾後交換的變更にあつては新請求につき、追加的變更にあつては請求の併合の一般の場合と同様に、審判することとなるわけである。

問題「四〇」民事訴訟法第二百三十四條を説明すべし。(昭二二・五二)



第一 總 説

(一趣旨) 民事訴訟法第二百三十四條は、いわゆる中間確認の訴について規定したものである。中間確認の訴とは、訴訟の繫屬中、當事者の一方が他方を相手方として、右訴訟手続中に主たる請求の判断の先決問題をなすに至つた法律關係の存在または不存在の主張につき、當該手続に附隨して確認判決を求める訴を云う。

二(立法理由) そもそも確定判決の既判力の及ぶ範圍は、その主文に包含するものに限られている(一九九)。故に、右のような先決問題たる争につき、たとえ終局判決の理由中で判断が與えられたとしても、これには既判力を生じないから、他日また争があれば、別訴によるほかないこととなつて、裁判の牴觸のおそれがあるばかりでなく、訴訟經濟の理念にも反することとなる。そこで、この弊をさけるため、特に同一訴訟手続内で、右判断を判決主文に掲げさせることを目的とする訴を認めようとしたのが、本條の立理由である。

三(本訴の態様) 本條の訴は、原告から提起する場合と、被告から提起する場合とがある。原告が提起する場合は、訴の變更(二三二)に相當し、被告が提起する場合は、反訴(二三九)にあたる。いずれの場合でも、それは、訴であつて、主請求についての單なる攻撃防禦方法ではないから、これに対する判断は中間判決ではなく、終局判決によらねばならない。

第二 各 説

一(要件) 本條の訴の要件は、次のごとくである。

(1) 訴訟審理中に當事者間に争となり、且つ主たる請求の判断の先決關係にあるため、當然判断の必要ある権利または法律關係の、積極的もしくは消極的確認を求めらるものであること。例えば、所有權に基づく物の返還訴訟の繫屬中所有權の存否の確認を求め、または家賃請求訴訟の繫屬中賃貸借關係の存否の確認を求め、扶養請求訴訟の繫屬中親族關係の存否の確認を求めらるべきことである。

法律關係の現在の存否に關するものであることを要する點は、一般の確認の訴と同様であるが、確認の利益は、右のような關係にあることにより、當然にみだされている。もつとも、これは、當該審級の口頭辯論終結當時の状態で判断すべきであるから、起訴後に、主たる請求の取下・却下等により當該法律關係の存否を判断する必要がなくなれば、この要件を欠くこととなる。

(2) 訴訟が事實審に繫屬し、且つ口頭辯論終結前であること。控訴審においても、相手方の同意を要しないものと解されている。



(3) 請求が他の裁判所の専属管轄に属しないこと。土地の管轄は、本條の規定により、當然受訴裁判所につき生ずる。しかし事物管轄は、原告の提起する場合は本訴とともに、被告の提起する場合は他の反訴とともに訴額を合算して定め(二三三)。その結果簡易裁判所の手續においては事物管轄違となれば、相手方の申立により、地方裁判所へ移送される(三〇〇)。

(4) 請求が、主たる請求と同種の訴訟手續により得ること。本條の訴の提起により、客觀的併合を生ずるから、主たる請求と同種の訴訟手續により得る場合でなければならぬ(二二七)。例えば、人事訴訟(例・婚姻無効訴訟)に對し、通常訴訟たるべき前提法律關係(例・婚姻關係)の存否の確認を求めるとは、できないのである。

二(方式・効力) 本條の訴の提起の方式は、この形式の訴であることを明示した書面によるべく(二三四I)、その提出により時効中斷等の効力を生ずる(二三五)。またこの書面は、相手方に送達することを要し(二三四II)、これにより訴訟繫屬を生ずるものと解されている。その場合、二重訴訟禁止の効力を生ずることは、云うまでもない(三三五)。

### 三(裁判)

(1) 本條の訴が、その要件を欠くときは、裁判所は、決定を以て、これが訴提起を許さない旨の裁判を

なすべきである。この決定に對しては、即時抗告を申立てることができると解する。

(2) 本條の訴の適法なるときは、原則として、主たる請求に對する裁判と同時に裁判すべきである。一部判決(一八三)をなし得るか否かについては、説が分れている。同時に裁判された場合は、一個の判決として取扱われるから、獨立して上訴の對象となり、または確定することはない。

### 問題〔四一〕反訴を説明すべし。(昭二三・五二、昭三三・行政)

副問 反訴の要件を説明すべし。(昭九・五二)

- 一 反訴の觀念
- 二 反訴の要件及び方式
- 三 反訴の審判

#### 第一 反訴の觀念

一(意義) 反訴とは、訴訟の繫屬中、被告より原告に對して、本訴にもとづく訴訟手續に併合して提起する訴である(二三九)。

(1) 反訴は、訴すなわち、被告が新請求につき審判の申立をなす行爲であるから、本訴の防禦方法とし



ての抗辯の提出とは、區別されねばならない。

(2) 反訴たるには、同一手續において提起することを要するから、一訴訟の被告がその原告を相手方として訴を提起しても、もし獨立の訴提起の方式によつており、同一の手續中で併合提起したものでないときは、當事者の地位を異にする二個の訴訟が併存するにすぎず、たとえ裁判所がこれらの訴訟を一の手續に併合しても、本訴および反訴の關係を生ずるものではない。

(3) 反訴は、体系的には、廣義の訴の客觀的併合のうち、被告による新請求の追加的併合(後發的併合)に屬している。

二(立法理由) 反訴を許す理由は、原・被告の請求を同時に審理し、牽連事項につきその辯論を共通にすることにより、訴訟經濟の目的を達するとともに、裁判の牴觸を防止し、また原被告の請求を同時に確定せしめることにより、兩者を公平に保護しようとする點にあるのである。

三(態様) 反訴は、その提起による併合の態様により、單純の反訴と豫備的反訴とに區別せられる。前者は、無條件の反訴であり、後者は、本訴における反對申立の容れられぬ場合、または本訴が却下される場合を慮つて、これに備えて解除條件附になす反訴の場合である。

## 第二 反訴の要件及び方式

一(要件) 反訴は、客觀的訴の併合の一場合であるから、そのための一般的要件が必要であるほか、反訴に固有の要件を要する。

(1) 反訴提起當時、本訴が事實審に繫屬し、且つその口頭辯論終結前であること(二三九本文)。反訴提起後本訴が消滅しても、原則として(豫備的反訴でない限り)、反訴には影響がない。なお、控訴審における反訴の提起には、原告の同意または應訴が必要である(三八二)。

(2) 反訴の請求が、本訴の請求、または之に對する防禦方法と牽連關係を有すること(二三九但書後段)この牽連關係とは、對象もしくは發生原因において、法律上または事實上共通點を有することを云い、それは通常、次のとき場合に分れる。

(イ) 本訴と反訴と請求原因を同一にする場合(例えば債務の消極的確認の本訴に對し給付を求める反訴の如し)

(ロ) 本訴の請求原因と反訴の請求原因とが、主要な部分において共通點を有する場合(例えば土地所有權確認の本訴に對し、同一土地の地上權の確認を求める反訴の如し)

(ハ) 反訴が防禦方法と牽連する場合(例えば貸金請求の本訴に對し相殺の抗辯を提出するとともに、相殺超過額請求の反訴をなすことし)



(ニ) 先決問題を反訴として提起する場合(例えば所有権に基き返還を求める本訴に對し被告が自己の所有權確認を求める反訴をなすこと)

(ホ) 本訴と反訴とが同一の法律關係を形成する場合(例えば、原告が、ある原因に基き離婚の請求をした場合、被告が他の原因に基き離婚を請求すること)

(3) 原則として、反訴が本訴と同種の訴訟手續による訴たるべきこと(二二七・例外・人訴七・二六・三二)。

(4) 反訴請求が他の裁判所の專屬管轄に屬する場合でないこと(二三九但)。合意的專屬管轄の場合も、これに含まれると解されている。

(5) 法律が反訴提起を禁止した場合でないこと。例えば人事訴訟においては、反訴提起が原則として禁止せられ、ただ例外的にのみ許されている(人訴七・二六・三二)。

二(方式) 反訴については本訴に關する規定が準用せられる(二四〇)。

(1) 反訴提起の方式は本訴に準ずる。反訴狀には、反訴たることを示すべきであり、必要的記載事項として、當事者・法定代理人・請求の趣旨および原因を記載する。印紙の貼用に關しては、特別の規定がある(民訴印紙四)。

(2) 現行法では、反訴に對する反訴も許すと解するのが通説である。

(3) 本訴の取下後に反訴を取下げするには、相手方の應訴後においても、その同意を必要としない(二四一)。

### 第三 反訴の審判

(不適法るとき) 裁判所は、まず、反訴の要件を具えているか否かにつき、職權調査をなし、不適法

と認めるときは、反訴却下の判決をする(一八三Ⅱ・二〇二)。もつとも、反訴として不適法でも、普通の訴として適法ときは、之が分離を命じ、訴訟を進行してもさしつかえない。

二(適法るとき) 反訴が適法ときは、本訴と併合し、辯論を共通にするのを本則とする。しかし、裁判所は、本訴と反訴との分離を命じ(一三二)、またそのいずれか一方につき一部判決をすることもできる(一八三Ⅰ)。本訴が終了しても、反訴には影響がない。

### 問題〔四二〕準備手續を説明せよ。(昭六・行政)

圖問 準備手續の特徴を説明すべし。(昭九・司法)

#### 一 總 說

#### 二 準備手續の實施



### 三 準備手續の效果

#### 第一 總説

一 (意義) 準備手續とは、合議裁判所の手續において、合議体の一員(受命裁判官)の主宰により、口頭辯論の準備として、訴訟資料の蒐集整頓を目的とする手續を云う。

二 (沿革) わが民法上、準備手續の制度が全面的に採用されたのは、大正十五年の改正からであつてそれまで、計算事件、財産分別というような特別複雑な事件にかぎり認めていた準備手續の制度(明治民法二六六以下)を、原則として、すべての訴訟に擴充することとした(舊二四九本文)。これ、當事者をして口頭辯論前に一切の攻撃防禦方法を提出せしめて争點を整理し、またその解決に必要なすべての證據の申出をなさしめ、以て特に口頭辯論における審理の集中と促進とを期そうとしたものであつた。しかるにその實際の運用の結果は、必らずしも所期の目的に割れなかつたため、實際上は例外的にしか開かれなくなつていたばかりでなく、裁判所法の改正により、地方裁判所においても一人制が原則となつた關係から(裁二六)、今次の改正により、準備手續は、例外的の制度とせられることになつたのである(二四九)。

三 (性質) 準備手續は、一人の裁判官による手續であるが、その裁判官は合議体を代表して、手續を主宰しているのであるから、一人制の裁判所(裁二六・三五)とは區別せねばならず、事件そのものは、やは

り、合議体の裁判所に繫屬しているわけである。また準備手續は、口頭辯論の一部をなすものではないから、公開を要する手續ではないが(憲八二)、準備手續の結果は、すべて口頭辯論で陳述せられるので(二五四)、實質上においては、それは口頭辯論と同一体をなしているのである。

#### 第二 準備手續の實施

一 (開始) 地方裁判所の合議体に訴訟が繫屬している場合に、裁判所が準備手續に附すのを相當と認めるときは、訴訟の全部もしくは一部、またはある争點のみについて、準備手續が開かれる(二四九)。一旦口頭辯論に入つた後でも、必要ある場合には、辯論を中止し、または制限して、準備手續に附することができる。簡易裁判所や、地方裁判所の一人制の裁判では、準備手續ということはあり得ないが、控訴審では——通常必要がないだけで(三八〇)——絶無とは云えない(三七八)。

#### 二 (施行)

(1) 準備手續を開くべき場合には、裁判長が受命裁判官を指定し(一三〇I)、受命裁判官においてその期日を指定する(一五二I)。準備手續の實施および受命裁判官の權限については、口頭辯論および裁判長または裁判官の權限に關する規定の準用がある(二五六)。もつとも、公開の要がないことについては、前述した。



(2) 準備手続において、當事者は、その放棄防禦方法の陳述および相手方の陳述に対する應答を、できるだけ完全にし、ことに證據調を要する争點を明らかにし、且つ之に用うべき證據方法を列挙すべきである。受命裁判官も、その訴訟指揮權ことに釋明權を行使し、之に協力すべき權能と責任を有する。しかし證據申出の拒否を決したり、證據調をなすことはできない。

(3) 受命裁判官は、和解を試みることができ、また當事者は受命裁判官の面前で、訴の取下をしたり(三六六)、裁判上の和解・請求の放棄・認諾によつて訴訟を終結せしめることができる。しかし、受命裁判官は、終局判決は固より、中間判決・移送・訴變更の許否等の裁判もできない。

(4) 準備手続の最初の期日に、當事者の一方が出頭しないときは、その提出しに準備書面を陳述したものとみなし、出頭した相手に陳述を命じて準備をなし(二五六・一三八)、その期日の調書の謄本を闕席者に送達し、新时期を定めて兩當事者を呼出すべきである(二五一)。もつとも、特別の事情がある場合や、二回以後の期日の闕席の場合は、之を理由に、直ちに準備手続を終結することができる(二五三)。當事者双方が期日に出頭せぬ場合、三月内に期日指定の申立がないと、訴の取下があつたものとみなされる(二五二・二三八)。

(5) 準備手続においては、調書を作り、當事者の陳述の内容・證據の申出等を記載する。もつとも、受

命裁判官は、準備書面を以て、之にかえることができる(二五〇)。

三(終結) 準備手続は、次の場合に終結する。

(1) 當事者双方が、その主張に基き訴訟資料および證據方法を完全に提出して、準備が完了した場合。  
(2) 當事者が期日に出頭せず、または受命裁判官の命じた期間内に準備書面を提出せず、準備手続を續行しても、その完了の見込みのない場合。

四(再開) 準備手続が一旦終結しても、口頭辯論期日前であれば、受命裁判官はその再開を命じ得る(二五六・一三三)。この場合は、終結前の状態にもどり、續行せられることとなる。

### 第三 準備手続の效果

一(結果の陳述) 準備手続が行われたときは、口頭辯論において、準備手続の結果を陳述することを要(二五四)。これは、口頭辯論主義適用の結果である。

二(資料提出の失權) 準備手続制度の實効をあげるため、準備手続中に訴訟資料の提出を勵行せしめようとする目的から、法は、失權の制裁を以て、訴訟資料の同時提出を強制し、隨時提出主義(一三七)に對する著しい例外を認めた。すなわち、準備手続調書または之に代るべき準備書面に記載されていない事項は、原則として、口頭辯論において主張することを許さぬこととし(二五五I本文)、この効果は、上級審



にも及ぶものとした(三八〇)。ただ、次の事項は、その例外をなす(二〇五I但書・II)。

- (1) 裁判所の職権調査事項。
- (2) その取調をしても、特に著しく訴訟を遅滞せしめない事項。
- (3) 準備手續において提出しなかつたことが、故意または重大な過失に基かぬ旨を疏明した事項。
- (4) 訴状その他準備手續前に提出した準備書面に記載してありながら、準備手續においては主張されなかつた事項。

### 問題〔四三〕 裁判上の自白を説明すべし。(昭七・昭一三・司法)

顧問 裁判上の自白の性質効力を論ず。(昭四・行政)

自白の効力を説明すべし。(昭九・五二)

一 裁判上の自白の觀念

二 裁判上の自白の効果

#### 第一 裁判上の自白の觀念

一 (意義) 裁判上の自白とは、當該訴訟の口頭辯論、または受命裁判官もしくは受託裁判官の審問手續

(準備手續・證據調手續)において、當事者が、相手方の主張する自己に不利な事實を、肯認する陳述をなすことを云う。

二 (要件) 裁判上の自白の要件として、通常、次の諸點があげられる。

(1) 當該訴訟の口頭辯論または審問手續において陳述すること。他の訴訟における陳述は、裁判外の自白として、一の證據となるにすぎない。

(2) 相手方主張の事實につき陳述すること。兩當事者の陳述の先後を問わない。相手方の陳述前になせば、いわゆる事前自白となり、相手方の授用前は自由に撤回しうるが、撤回しないうちに相手方がその事實を主張(援用)すると、裁判上の自白の効力を生ずる。

(3) 自己に不利益な事實の陳述たること。不利益とは、その事實が認定されれば、自己に不利な判決を生ずることを意味し、必らずしも相手方が立證責任を負う場合とはかぎらない。また、苟くも特定の不利な事實を陳述する以上、これに他の事實を附加し、全体としては相手方の主張を争つている場合でも、右の部分は自白たるを失わない。

(4) 事實に関する陳述であること。純然たる法律上の陳述や經驗法則に関する陳述は、この意味での自白となるものでない。自己に不利な法律効果の存否の承認は、權利自白とよばれるが、拘束力なく自由に