トス。是レニ先チテ、近世ニ於ケル訴權ニ關スル學說ノ推移ヲ察スヘシ。

第一節　一般

訴權（Klagrecht）ニ關スル學說ハ、訴訟法學ノ進步スルニ從ヒ三度ヒ變遷シタリ。(1)獨逸普通法時代ヨリ一八七〇年代ノ末葉ニ至ルマテ、卽チ民事訴訟法ノ『私法的解釋時代』ニ在リテハ訴權ヲ以テ私權殊ニ請求權ノ作用、效果若ハ內容等ナリト解シタリ。然カルニ、(2)一八七〇年代ニ至リ一派ノ學者ハ訴權ヲ以テ訴ノ提起ニ因リテ原告カ取得スル公權ニシテ『起サレタル訴ニ付キ法律ノ規定ニ依リテ審理シ且審理ノ結果ニ從ヒテ正當ナル判決ヲナサンコトヲ要求スル公權ナリ』トスル說抽象的公權說）ヲ生シ、更ニ(3)一八八〇年代ニ至リ『權利保護請求權』ノ表現ノ一形式トシテノ『判決請求權』卽チ『自己ニ有利ナル判決ヲ爲サンコトヲ要求スル公權』（具體的判決請求權說）ヲ認ムルニ至レリ。——本節ニ於テハ右學說ノ推移ヲ察スヘシ。

(1) 私權的解釋說

一　私權的解釋說

獨逸普通法時代ニ於テハ訴權ハ私權殊ニ私法上ノ請求權ノ作用、效果若クハ內在的內容等（Funktion, Ausfluss, Entfaltung, immanente Eigenschaft）ナリト解シタリ。蓋シ、羅馬法以來獨逸普通法ニ於テモ訴トシテ一般ニ認メラレタルハ給付ノ訴ナリ、而カモ給付ノ訴ハ請求權ノ存在ヲ主張シテ被告ニ給付ヲ命スル判決アランコトヲ要求スルモノナルカ故ニ、學者カ一方ニ於テハ民事訴訟制度ヲ以テ私法上ノ請求權（卽債權若クハ物的請求權）ノ裁判上ノ行使方法ナリト見、他方ニ於テハ又訴權ヲ以テ私法上ノ請求權ノ作用、效果若クハ內容等ナリトセルハ固ヨリ謬見ナリト雖モ、其當時ノ事情ヨリ察スルトキハ怨シ得ヘキモノト云ハサルヘカラス註【一】

註【一】訴權ヲ以テ私法上ノ請求權ノ作用、効果若クハ內容等ナリト解シタル學者ノ生ナルハ Kroll, Klage und Einrede S. 25; Förster Eccius, Privatrecht Bd I. § 50 S. 250; Thon, Rechtsnorm u. subjektives Recht S. 228 f.; Wächter, Pandekten Bd I. § 98 S. 502 f.; Willmowsky-Levy, Kommentar I. zü § 231 cpo; Levy in

Gruchot Jahrg. 35 S. 152 等ナリ。

然レトモ、此見解ニ依リテハ、

(1) 現代ノ民事訴訟法ニ於ケル訴ノ種類(Klagensystem)ヲ説明スルコトヲ得ス。何トナレハ、現代ノ民事訴訟法ニ於テハ給付ノ訴ノ外更ニ確認ノ訴及ヒ形成ノ訴ヲ認メタリ、然ルニ(イ)確認ノ訴ヲ以テ裁判センコトヲ要求セラルル法律關係(卽訴訟物タル法律關係)ハ私法上ノ請求權ニ限キラス。(a)積極的確認ノ訴ニ付テハ原告ハ一定ノ法律關係ノ存在ヲ主張シテ、之ヲ認ムル確認判決ヲ爲サンコトヲ國家ニ對シテ要求スルモノナリト雖モ、存在カ主張セラルルハ請求權ニ限キラス、物權、無形財產權其他ノ支配權タルト若クハ形成權タルト將タ又其他ノ法律關係タルトヲ問フコトナシ。從テ訴權ヲ以テ請求權ノ作用、效果若クハ內容ナリトスル見解ニ依リテハ、既ニ積極的確認ノ訴ヲ說明スルコトヲ得ス。殊ニ(b)消極的確認ノ訴ニ在リテハ、原告ハ被告カ存在ヲ主張スル法律關係ノ不存在ヲ主張シ、之ヲ認ムル確認判決(消極的確認判決)アランコトヲ要求スルモノナリ。此場合ニ於テハ原告ハ何等ノ權利若クハ法律關係ノ存在ヲ主張セサルカ故ニ、訴權ヲ以テ請求權ノ作用、效果若クハ內容等ナリトスル見解ノ非ナルコトハ明白ナリト云ハサルヘカラス。更ニ(α)形成ノ訴ニ在リテハ原告ハ形成權ノ存在ヲ主張シ、從テ(a)形成權ノ存在ヲ確認シ且(b)其ノ內容ニ從ヒテ法律上ノ效果ヲ形成スル判決ヲ爲サンコトヲ國家ニ要求スルモノナリ。此場合ニ於テモ亦タ原告ハ請求權ノ存在ヲ主張スルモノニアサラルカ故ニ、訴權ヲ以テ請求權ノ作用、效果若クハ內容等ナリトスル見解ノ非ナルコトハ疑ヲ容レス。加之、

(2) 元來私法上ノ請求權(私法上ノ Anspruch)ハ債務者(若クハ義務者)ニ對シテ一定ノ給付(作爲又ハ不作爲)ヲ爲サンコトヲ求ムルコトヲ得ル權利タルニ過キス。然カルニ訴權ハ常ニ國家ノ司法機關ニ對シテ判決ヲ爲サンコトヲ要求スルモノナリ。而カモ債務者タル私人カ判決ヲ爲スコトヲ得サルハ固ヨリ論ナキカ故ニ、訴權カ私法上ノ請求權ノ作用、效果若クハ內容等ニ非サルコトハ疑ヲ容レストト云フヘシ。

二　抽象的公權說

(一) 訴權ヲ以テ私權殊ニ請求權ノ作用效果若クハ內容等ナリトスル舊來ノ見解ノ非ナルコトハ上述ノ如クナルカ故ニ、一八七〇年代ニ至リ Degenkolb, Plósz, Bülow 等相次キテ、訴權ヲ以テ『國家ニ對シ自己ニ有利ナルト否トヲ問ハス、兎ニ角法律上正當ナル判決ヲ爲サンコトヲ要求スル公權』"Anwartschaftauf (gesetzmässiges) Urtheil schlechthin" ナリトスル見解 (Degenkolb, Einlassungszwang u. Urtheilsnorm S. 89 ff. a. a. O.) ヲ生スルニ至レリ(抽象的公權說)。註【二】

此派ノ學者ノ見ル所モ固ヨリ小異ナキニ非スト雖モ、大同ニ從ヒテ其要旨ヲ概括スレハ、

『訴ヲ提起スルハ各人ノ自由ナリ (rechtliche Macht)、各人ハ自己カ私權ヲ有スルコト又ハ相手方カ之ヲ有セサルコトヲ主張シテ訴ヲ提起スルコトヲ得、——尤モ右主張ヲ爲スニ當リテハ各人ハ正直 (ehrlich) ナラサルヘカラス。而シテ訴カ提起セラレタルトキハ、裁判所ハ起サレタル訴ニ付キ審理シ、審理ノ結果ニ從ヒテ正當ナル判決ヲ爲スヘキ義務ヲ負擔ス。從テ、原告及ヒ被告ハ、國家ニ對シ起サレタル訴ニ付キ法律ノ規定ニ從ヒテ審理ヲ爲サンコトヲ要求スル公權 (Anwartschaft auf wahrhafte Gehören) ヲ取得シ、從テ又其結果トシテ審理ハ結果ニ從ヒテ兎ニ角正當ナル判決ヲ爲サンコトヲ要求スル公權 (Anwartschaft auf gerechte Entscheidung schlechthin) ヲ取得ス。此ノ公權ハ卽チ訴權 (Klagrecht) ニシテ訴ノ提起ニ因リテ初メテ生ス、起訴前ニハ存スルコトナシ』ト云フニ在リ。

註【二】 抽象的公權說ハ Degenkolb, Einlassungszwang u. Urtheilsnorm (1877) S. 1 ff., 15 ff., 26 ff., 41 ff., 55 ff., Plosz, Beiträge zur Klagtheorie S. 13 ff., 等ノ初メテ唱導シタル所ニシテ、Sohm, in Grunbut Bd 4. S. 465 ff., Bülow (in z. z. p. 31) 等之ニ贊同シ、Degenkolb, Der Streit über Klagrechtsbegriff (1905) S. 47 f., 65., 69 f. 等ハ更ニ此思想ヲ明ニシタリ。

(二) 吾人ハ(1)訴ノ提起カ各人ノ自由ニ屬スルコト(起訴自由 Klagmöglichkeit)、並ニ各人カ法律關係ノ存在若クハ不存在ヲ主張シテ訴ヲ起

スニ當タリテハ正直ナルヘキコトヲ認ムルニ躊躇セス、否ナ吾人ハ原告カ自己ノ主張ノ理由ナキコトヲ知リ又ハ重大ナル過失ニ因リ之ヲ知ラスシテ、起訴自由ヲ濫用シ、訴ヲ起シタル場合ニハ、訴訟上ハ違法行爲(Processdelikt)ヲ侵ストナスモノナリトシ(前論、條主義合ノ決議無效ノ訴、富井博士還暦記念論文一一頁以下)、更ニ又(2)訴ハ、提起ニ因リ訴訟物ノ權利拘束ヲ生スルコト、從テ(a)裁判所ハ起コサレタル訴ニ付キ訴訟法ノ定ムル所ニ依リテ審理シ、且審理ノ結果ニ從ヒテ正當ナル判決ヲ爲スヘキ義務ヲ原告及ヒ被告ニ對シテ負擔スルコト、又(b)原告及ヒ被告ノ各方ハ裁判所ニ對シテ起サレタル訴ニ付キ訴訟法ノ定ムル所ニ依リテ審理シ、且審理ノ結果ニ從ヒテ兎ニ角正當ナル判決ヲ爲サンコトヲ要求スル公權抽象的判決請求權ヲ取得スルモノナルコトモ亦之ヲ認ムルニ躊躇セス。

唯吾人カ論者ト所見ヲ異ニスルハ、論者ハ訴ノ提起ニ因リテ原告及ヒ被告カ取得スル右抽象的判決請求權(Recht auf Urtheil schlechthin)ヲ以テ訴權ナリトスルニ反シ、吾人ハ一方ニ於テハ右抽象的判決請求權ヲ以テ

吾人ノ觀ル訴權

「起訴自由」(Klagmöglichkeit)ヨリ發展シタル訴訟上ノ地位タルニ過キストナシ、他方ニ於テハ Wach, Hellwig一派ノ學者ト共ニ『權利保護請求權』(Rechtsschutzanspruch)ナル觀念、從テ又其表現ノ一形式タル『判決請求權』(Urtheilsanspruch)即具體的判決請求權(自己ニ有利ナル判決ヲ要求スル公權ナリ)ナル觀念ヲ認メ、從テ又古來謂フ所ノ『訴權』(Klagrecht)ナルモノハ其內容ニ於テハ、右起訴自由ト「判決請求權」トヲ併セタルモノニ該當ストナスノ點ニ在リ。其理由ヲ述ヘンニ、

(イ) 古來『訴權』ト稱シタル觀念ハ、『裁判所ニ訴フルコトヲ得』又『訴ヘタルトキハ勝訴判決(自己ニ有利ナル判決)ヲ受ケ得ヘキコト』ヲ意味スルモノナリ。然ルニ斯ル內容ハ現時ノ訴訟法學ヨリ云ヘハ、恰カモ起訴自由ト判決請求權トヲ併セタルモノノ內容ニ匹敵ス。然ルニ論者ノ主張ニ係ル抽象的判決請求權ノ內容ハ上述ノ如クニシテ、啻ニ a)『裁判所ニ訴ヘ得ル』ノ意味ヲ含マサルノミナラス、更ニ又(b)『勝訴判決ヲ受ケ得ル』ノ意味ヲモ包含スルコトナシ、從テ右抽象的判決請求權ヲ以テ『訴權』ナリトナスハ

到底牽强ナリト云ハサルヘカラス。且論者カ

(ロ) 訴權ヲ以テ『自己ニ有利ナルト否トヲ問ハス、審理ノ結果ニ從ヒ正當ナル判決アランコトヲ要求スル公權』ナリトセルハ、獨リ當事者ノ心理ニ合セサルノミナラス、訴訟法ノ規定ニモ適合セス、何トナレハ(a)當事者ハ原告タルト破告タルトヲ問ハス、『自己ニ有利ナル判決』(勝訴判決)ハ之ヲ要求セントスルモ、不利ナル判決ハ然ラス。實際原告カ訴ノ申立ニ於テ要求シ(訴一九〇條第二項三號、及ヒ一一〇條一項)若クハ被告カ之ニ對スル申立(訴一一〇)ニ於テ要求スル所ヲ視ルモ、自己ニ有利ナル判決ニ非ルハナシ。否ナ(b)訴訟法ハ處分主義並ニ辯論主義ヲ採用シ、原告及ヒ被告ノ利己心ヲ利用シテ客觀的眞實ニ適合スル裁判ヲ爲サンコトヲ期スルモノニシテ、訴狀ノ要素トシテモ亦タ原告ハ『一定ノ申立』ヲ記スヘキモノトナシ(訴一九〇條二項)然カモ謂フ所ノ一定ノ申立トシテハ、如何ナル內容ノ判決アランコトヲ要求スルヤヲ明ニスヘキモノナリ、被告カ訴ノ申立ニ對シテ爲スヘキ申立ニ於テモ亦然リ。サレハ、抽象的公權說ヲ

(三) 具體的判決請求權說

其主張

認ムル論者カ、各當事者ハ『自己ニ有利ナルト不利ナルトヲ問ハス法律上正當ナル判決ヲ爲サンコトヲ要求スヘキモノナリ』トスルハ、當事者ノ心理ニモ將タ又訴訟法ノ精神ニモ合セサルモノト云ハサルヘカラス。

三 具體的判決請求權說

上述ノ如ク、私權的解釋說若クハ抽象的公權說ハ現代ノ訴訟法ニ於ケル訴權ヲ說明スルコトヲ得サルカ故ニ、碩學Wachカ一八八五年其ノ著書(Handbuch Bd. I. S. 19ff., Derselbe, Feststellungsanspruch 1889 S.)ニ於テ權利保護請求權(Rechtsschutzanspruch)ナル觀念ヲ唱導シ、其後Langheinecken, Stein, Wach, Hellwig一派ノ主張ニ係ル判決請求權(Urtheilsanspurch od. Klagrecht)並ニ起訴自由(Klagmöglichkeit)ナル觀念ヲ認メ、以テ古來訴權ト稱スルモノノ法理的構成ヲ試ムヘシ。

唯其詳細ニ入ルニ先チ茲ニ其要綱ヲ掲クヘシ。

(一) 判決請求權ハ(1) 當事者タル私人カ國家ニ對シテ「自己ニ有利ナル判決」(günstiges Urtheil) アランコトヲ要求スル公權ニシテ、訴訟外ニ於テ一定ノ要件卽チ權利保護要件カ具備スルトキハ直チニ成立ス——尤モ訴訟外ハ之ヲ起訴前ト混同スヘカラス。

(2) 私人ノ訴訟上ノ地位卽チ原告タルト被告タルトニ關係ナシ。尤モ原告及ヒ被告ノ双方カ共ニ自己ニ有利ナル判決ヲ受タルコト能ハサルハ固ヨリ論ナキカ故ニ、双方共ニ自己カ判決請求權ヲ有スル旨ヲ主張(Behauptung, claim) シタル場合ニハ、何レカ一方ノ主張ハ正當卽チ眞實ナリト雖モ、他ノ一方ノ主張ハ不當卽チ虛僞ナリ。判決手續ニ於クル本案ノ審理ハ畢竟原告若クハ被告ノ何レノ一方ノ權利保護要件カ訴訟外ニ於テ具備シ、從テ眞ニ判決請求權ヲ有スルヤヲ明ニスルコトヲ目的トスルモノナリ、本案判決ハ右審理ノ結果ニ基キテ爲サルルモノニシテ、其カ「判決請求權」ヲ有スト認メラレタル一方ノ當事者ニ有利ナル判決ナルコトハ固ヨリ論ヲ俟タス。

(二) 起訴自由 (Klagmöglichkeit) 訴ノ提起ハ各人ノ自由ニ屬ス。國法カ「起訴自由」ヲ認ムルハ「判決請求權」ヲ認ムルカ爲メニ外ナラス、換言セハ、判決請求權ハ「目的」(Zweck) ニシテ起訴自由ハ其目的ニ達スルカ爲メノ「手段」(Mittel) ニ外ナラス。

(1) 訴ハ起訴自由ニ基キテ爲スモノニシテ、原告ハ訴ヲ以テ自己カ判決請求權ヲ有スル旨ヲ主張シ (the auptung)、從テ「自己ニ有利ナル判決」ヲ爲サンコトヲ國家ニ向テ要求ス、此コトハ訴狀ノ主眼タル「一定ノ申立」(訴一九〇條二項)ニ於テ最明ニ表彰セラル。口頭辯論ニ於テ原告ノ爲ス申立(訴一一〇條二項)ハ訴ノ申立ニ含蓄スルヲ通常トシ、又被告カ之ニ對シテ爲ス反對ノ申立ハ(訴一一〇條二項)『原告ノ請求ヲ却下若クハ棄却スル判決』アランコトヲ要求スルヲ常トス。被告カ斯ル申立ヲ爲ス場合ニハ、自己カ「判決請求權」ヲ有スル旨ヲ主張シテ自己ニ有利ナル判決ヲ爲サンコトヲ國家ニ向テ要求スルモノニ外ナラス。又他ノ一方ニ於テハ、

(2) 適法ナル訴ノ提起ニ依リ訴訟物ノ權利拘束ヲ生シ訴訟ハ裁判

訴訟法律關係ノ成立

抽象的判決請求權

(イ) 訴訟要件存否ノ審理

訴ノ却下

所ニ繫屬スルニ至ル。故ニ裁判所ハ起サレタル訴ニ付キ審理シ、審理ノ結果ニ從ヒテ正當ナル判決ヲ爲スヘキ義務ヲ當事者ノ各方ニ對シテ負擔シ、從テ又當事者ノ各方ハ裁判所ニ對シ、起サレタル訴ニ付キ審理シ、且審理ノ結果ニ從ヒテ正當ナル判決ヲ爲サンコトヲ要求スル訴訟法上ノ權利ヲ取得ス。是卽抽象的判決請求權 (Recht auf Urtheil schlechthin) ニシテ、前示抽象的公權說ヲ認ムル論者カ訴權ナリトスルモノニ外ナラス。

裁判所ハ右ニ述フルカ如ク起サレタル訴ニ付キ審理スヘキ義務ヲ當事者ノ各方ニ對シテ負擔スルカ故ニ、先ツ

(イ) 訴訟要件ノ存否(並ニ防訴抗辯アリタルトキハ其ノ當否)ヲ審理シ、訴訟要件ノ欠缺(若クハ防訴抗辯ノ理由アルコト)ヲ認ムル場合ニハ、訴ヲ不適法トシテ却下スル判決ヲ爲ス。右判決ハ『當裁判所ハ、此當事者間ニ於ケル此訴訟ニ付キテハ本案ノ審理ヲ爲スコトヲ得サル旨』ヲ宣言スルモノナルカ故ニ、當事者ノ何レノ一方ノ判決請求權ヲモ認ムルモノニ非ス。反之、

(ニ) 權利保護要件存否ノ審理

請求却下

原告又ハ被告ニ有利ナル判決

(ロ) 訴訟要件ノ存在ヲ認メタル場合ニハ裁判所ハ進ンテ權利保護要件ノ存否ヲ審理セサルヘカラス。從テ先ツ(a)判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益並ニ當事者タル適格ノ存否ヲ審理スヘキナリ。而シテ此等ノ要件ノ何レカ一ノ欠缺ヲ認メタルトキハ原告ノ請求ヲ却下スル判決ヲ爲ササルヘカラス。反之(b)右要件ノ具備ヲ認ムルトキハ訴訟物タル法律關係ノ存否ヲ審理シ、其結果如何ニ從ヒ或ハ原告ノ請求ヲ理由アリトスル判決、或ハ又原告ノ請求ヲ棄却スル判決ヲ爲スヘキナリ。——而シテ原告ノ請求ヲ理由アリトスル判決ハ卽チ原告ニ有利ナル判決ナリ、反之、原告ノ請求ヲ却下スル判決又ハ請求ヲ棄却スル判決ハ何レモ被告ニ有利ナル判決ナリ。唯前者ハ或ハ法律上ノ利益ナキコト或ハ又原告若クハ被告カ當事者タル適格ヲ有セサルコトヲ宣言スルモノナルカ故ニ、該判決カ確定スルモ此點ニ關シテ既判力ヲ生スルニ過キサルニ反シ、請求棄却ノ判決ハ訴訟物タル法律關係ノ存在又ハ不存在カ被告ノ主張ニ合スルコトヲ認ムルモノニシテ、其カ確定スルトキハ此點ニ付キ既判力ヲ生

スルカ故ニ、被告ニ、一層有利ナル判決ナリト云ハサルヘカラス。

註【三】 仁井田博士ハ訴權論ニ於テ、訴權ヲ分チテ抽象的訴權、形式的訴權及ヒ實質的訴權ニ區別セラル(內外論叢一卷一九〇頁以下)。博士謂フ所ノ『抽象的訴權』ハ吾人謂フ所ノ起訴自由ニ該當シ、『形式的訴權』ハ吾人謂フ所ノ抽象的判決請求權ニ該當シ、更ニ博士ノ所謂『實質的訴權』ハ吾人謂フ所ノ『判決請求權』ニ該當ス。

第二節　判決請求權及ビ權利保護要件

參考 Wach, Handbuch. Bd. I. § 2 (1855), Feststellungsanspruch (1888); Langheinecken, Urtheilsanspruch s 15 f. (1899); Stein, Rechtsschutzvoraussetzungen (1903); Hellwig, Anspruch u. Klagrecht s. 100 fg. (1900)., Lehrbuch. Bd I §§ 22–26, (1903), Klagrecht u. Klagmöglichkeit (1905); System Bd I. §§ 97. 98 u. § 110 (1912)—Oertmaun, Allgmeiner Theil d. B. G. B. Exkurs II vor § 124 S. 596 f. u. dort. zitierte; Jellineck, System der subjektiven öffentlichen Rechte 2. aufl. S. 124 f. a. a. O. (1905)

(一) 權利保護請求權ノ表現形式

(1) 權利保護請求權

第一款　判決請求權

判決請求權ハ權利保護請求權表現ノ一形式(Erschinungsform)ニシテ、私人カ國家從テ其機關タル裁判所ニ對シテ自己ニ有利ナル判決ヲ爲サンコトヲ要求スル公權ナリ。

(一) 判決請求權ハ「權利保護請求權」(Rechtsschutzansp uch)表現ハ一形式ナリ。

夫レ(1)權利ノ保護ハ往時ニ於テハ權利ヲ有スト信スル者ノ自主救濟ニ依リタルモノナリト雖モ、國家カ强大トナリ國權カ增長スルニ從ヒテ先ツ私人カ自主救濟ヲ行フニ當リテ依ルヘキ形式(强制執行ノ形式)ヲ定メ、次キテ自主救濟ヲ行フニ先チ果シテ救濟スヘキ權利ヲ有スルヤヲ裁判スルニ至リ(判決手續)、後ニハ又國家ハ一方ニ於テハ私人ノ自主救濟ヲ嚴禁スルト同時ニ、他方ニ於テハ之ニ代ヘ權利ノ保護ヲ以テ自己ノ職務トナスニ至レリ。然カモ國家ハ單ニ恩惠トシテ之ヲ行フニ非ス、私人ヲシテ國家ニ對

シ權利トシテ私權保護ノ行爲ヲ爲サンコトヲ要求スルコトヲ得セシム。

右ノ現象ハ既ニ古クヨリシテ存スル所ナルニ拘ハラス、輓近ニ至ルマテハ所謂『訴權』トシテ觀念セラルルニ過キサリシカ、千八百七十年ニ至リ先ツ「抽象的判決請求權」トシテ其法理的構成カ試ミラレ、更ニ千八百八十年代ニ至リ碩學 Wach ニ依リテ「權利保護請求權」(Rechtsschutzanspruch) トシテ說明セラレ、Hellwig 等ノ學者カ其體系ヲ完成シタルモノナルコトハ前述ノ如シ。

我憲法ニ於テモ、一方ニ於テハ「司法權ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」ト規定シテ(憲法五七)私人ノ自主救濟ヲ禁シ、司法從テ民事司法ハ國家カ其職務トシテ專行スル所ナルコトヲ示スト同時ニ、他方ニ於テハ『日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハルルコトナシ』ト規定シテ(憲法二七)、權利保護請求權ヲ認ムルコトヲ明ニシタリ。註【一】

註【一】私人カ主權者タル國家ニ對シテ權利ヲ有スルコトヲ得ルヤハ、國法學者間ニ於ケルト等シク訴訟法學者ノ間ニ於テモ問題トセラレタル所ニシテ、現ニ Kohl- の如キハ裁判官ハ國家ノ機關タルノ職責上適法ナル審理及ヒ裁判ヲ爲スニ止マリ、私人タル當事者ニ對シテ適法ナル審理及ヒ裁判ヲ爲スヘキ義務ヲ負フモノニ非ス。當事者カ裁判官ニ依リテ適法ナル審理カ爲サレ若クハ裁判カ爲サルヘキコトヲ期待スルコトヲ得ルハ、裁判官カ國家ニ對シテ負フ職責ノ反射作用(Reflexwirkung) タルニ過キストナス (Kohler, in Z. Z. P. Bd. 33. S. f.)。然レトモ、私人カ國家ニ對シテ公權ヲ取得スルヲ得ルコトハ既ニ Jellineck ノ公權論ノ論シタル所、又私人タル當事者カ國家ニ對シテ審理及ヒ裁判ヲ爲サンコトヲ要求スルハ、沿革上ニ於テモ亦最モ早ク發達シタル私人ノ公權ニシテ、實ニ國家ニ對シテ作爲ヲ要求スル公權所謂 Positives Status ノ公權ナルコトハ同書ノ論スル所ノ如シ(Jellineck, System der subjektiven oeffentlichen Rechte 2. Aufl. S. 116f u. 124f. a. a. O.)

(2) 表現ノ形式

(2) 國家カ私權ヲ保護スルノ手段ハ判決、强制執行、執行保全及ヒ破產制度ナリ。從テ、權利保護請求權表現ノ形式 (Erscheinungsform) ハ判決

請求權、執行請求權、執行保全請求權（仮差押請求權及ビ仮處分請求權）及ヒ破産請求權ナリ註[二]。唯、破産手續ハ通常訴訟ノ假差押手續及ヒ執行手續ヲ併合シテ一個ノ特別手續ト爲シタルモノナルカ故ニ、破産請求權ハ更ニ(イ)破産宣告請求權（假差押裁判申請ニ該當ス）、破産債權確定請求權（判決請求權ニ該當ス）及ヒ破産的執行請求權（執行請求權ニ該當ス）トシテ表現スルモノト云ハサルヘカラス。註[三]

註[二] 權利保護請求權（Rechtsschutzanspruch）ナル觀念ハ Wach カ之ヲ唱導シタル以來、其表現ノ一形式タル判決請求權（Urtheilsanspruch）ニ付キテハ、其法理的構成ハ多數學者ノ研究シタル所ニシテ略ホ完成シタリト云フヲ妨ケスト雖モ、此他ノ表現ノ形式ニ付キテハ斯學ノ研究ハ未タ完カラス。執行請求權（Vollstreckungsanspruch）ニ付キテモ其法理的構成ハ Hellwig カ Anspruch u. Klagrecht (S. 491) 等ニ於テ試ミタル一端ニ甘スルノ外ナシ。執行保全請求權ハ假差押及ヒ假處分ノ性質上、假差押若クハ假處分裁判請求權ト保全的執行請求權トニ分化セラレサルヘカラス。又タ破産請求權（Konkursanspruch）ノ法理的構成ハ未タ試ミラレサルモノト云フヲ妨ケスト雖モ、吾人ハ破産手續ヲ以テ假差押手續、判決手續及ヒ執

破産請求權

行手續ヲ綜合シタル一個ノ特別手續ニシテ、殊ニ包括的ナルノ點カ通常ノ假差押手續、判決手續若クハ執行手續ニ異ナルモノトナスカ故ニ（拙著判例批評錄二卷九五頁）、吾人ハ所謂破産請求權（Konkursanspruch）ヲ以テ、破産宣告請求權、破産的確定請求權及ヒ破産的執行請求權ニ分化セラルヘキモノナリトス。破産宣告請求權ハ包括的假差押裁判請求權トモ稱スヘキモノニシテ假差押裁判請求權ニ匹敵シ、又破産的確定請求權ハ破産債權確定請求權トモ稱スヘキモノニシテ判決請求權ニ該當スル債權ノ屆出ハ訴ノ提起ニ匹敵ス）。又破産的執行請求權ハ包括的執行請求權ニシテ執行請求權ニ該當スルモノナルコトハ多言ノ要ナシ。

(二) 自己ニ有利ナル判決ヲ要求スル公權

(一) 自己ニ有利ナル判決

原告ニ有利ナル判決

(二) 判決請求權ハ私人カ國家從テ其機關タル裁判所ニ對シテ自己ニ有利ナル判決ヲ爲サンコトヲ要求スル公權ナリ。

(一) 判決請求權ノ內容ハ「自己ニ有利ナル判決」(günstiges Urtheil) ヲ爲サンコトヲ要求スルニ在リ。自己ニ有利ナル判決カ如何ナル判決ナルヤハ原告ヨリ觀察スルト被告ヨリ觀察スルトニ依リテ異ナル。(イ)原告ニ有利ナル判決ハ其請求ヲ理由アリトスル判決ニシテ、確認ノ訴ニ在リ

テハ原告カ存在ヲ主張スル法律關係ヲ存在ストシ若クハ不存在ヲ主張スル法律關係ヲ存在セスト確認スル判決(積極的若クハ消極的確認判決)、給付ノ訴ニ在リテハ原告カ存在ヲ主張スル請求權ノ存在ヲ確認シ且請求權ノ內容ニ從ヒテ被告ニ給付ヲ命スル判決(給付判決)ナリ、又形成ノ訴ニ在リテハ原告カ存在ヲ主張スル形成權ノ存在ヲ確認シ且其形成權ノ內容ニ從ヒテ法律上ノ效果ヲ形成スル判決(形成判決)ナリ。反之(ロ)被告ニ有利ナル判決ハ右何レノ訴カ起サレタル場合ニ於テモ、原告ノ請求ヲ却下シ若クハ又請求ヲ棄却スル判決ナリ。——而シテ原告又ハ被告カ自己ニ有利ナル判決ヲ受クルコトヲ得ルハ、各自ノ主張セル判決請求權ノ權利保護要件カ具備セル場合ニ限ルコトハ固ヨリ論ナシ。

被告ニ有利ナル判決

(2) 主體

(イ) 原告又ハ被告

(2) 判決請求權ノ權利者ハ原告又ハ被告タル私人ニシテ義務者ハ國家ナリ。

(イ) 當事者タル私人ハ國家ノ機關タル裁判所ニ對シテ自己ニ有利ナル判決ヲ爲サンコトヲ要求ス。卽チ(a)原告ハ訴ノ申立ニ於テ自己カ判決請求權ヲ有スル旨ヲ主張シテ自己ニ有利ナル判決アランコトヲ要求シ(訴一九〇條二項三號、從テ一一〇條一項)又(b)被告ハ之ニ對スル反對ノ申立ニ於テ自己カ判決請求權ヲ有スル旨ヲ主張シ、從テ自己ニ有利ナル判決ヲ爲サンコトヲ要求スルモノナリ(訴一一〇條一項)。唯眞ニ判決請求權ヲ有スルハ原告又ハ被告ノ何レカハ一方ナルヘキカ故ニ、裁判所カ本案ノ審理ヲ爲シ得ル場合(卽訴訟要件カ具備スル場合)ニハ裁判所ハ權利保護要件タル事項ノ存否ヲ審理シ、判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ於ケル判決ノ基本タル事實及ヒ證據ニ基キ、原告又ハ被告ノ何レノ一方ノ權利保護要件カ具備スルヤ、從テ又何レノ一方カ眞ニ判決請求權ヲ有スルヤヲ判斷シ、之ヲ有スト認ムル當事者ノ一方ニ有利ナル判決ヲ爲スモノナリ(第二款權利保護要件ノ說明參照)。

(ロ) 義務者ハ國家ニシテ相手方タル當事者ニハ非ス。判決請求權ノ內容ハ當事者カ自己ニ有利ナル判決ヲ爲サンコトヲ要求スルニ在ルカ故ニ、義務者カ判決ヲ爲スコトヲ得ル國家ニ限ルコトハ多言ノ要ナ

(ロ) 義務者ハ國家ナリ

相手方

シ。

相手方タル當事者ハ判決ヲ爲スコトヲ得サルカ故ニ固ヨリ判決請求權ノ義務者ニハ非ス。唯當事者ノ一方ハ自己ノ行爲ニ依リテ相手方ノ權利保護要件タル事項ノ或ルモノヲ消滅セシメ、其結果相手方カ自己ニ有利ナル判決ヲ受クルコトヲ得サルニ至ラシムルコトヲ得ル (gegenstandlos machen) ニ止マル。例ヘハ給付ノ訴カ提起セラレタル後被告カ訴訟物タル債權ヲ弁済シ、且口頭辯論ニ於テ其弁済ヲ爲シタル旨ヲ防禦方法トシテ提出シタル場合ニハ、原告ハ自己ニ有利ナル判決即給付判決ヲ受クルコトヲ得サルカ如シ。

第二款　判決請求權ノ權利保護要件

一　觀念及ヒ性質

(一)　判決請求權ハ私人カ國家ニ對シテ一定ノ內容ヲ有スル判決即チ自己ニ有利ナル判決ヲ要求スル公權ナルコトハ前述ノ如シ。既ニ自己

一　權利保護要件ノ觀念及ヒ性質
(一)　觀念

ニ有利ナル判決タル以上ハ各人カ無條件ニテ自由ニ要求スルコトヲ得サルヘキハ當然ノ論理ナリ(訴ノ提起カ各人ノ自由ニ爲スルト異ル)、否ナ私人ハ其訴訟上ノ地位ノ原告ナルト被告ナルトニ關セス、一定ノ要件即チ權利保護要件 (Rechtsschutzvoraussetzungen) ノ具備スル場合ニ限リテ自己ニ有利ナル判決ヲ要求スルコトヲ得ルニ止マル。換言セハ、權利保護要件ハ私人カ原告トナルト被告トナルトヲ問ハス、勝訴判決ヲ受クルカ爲メ具備スルコトヲ必要トスル事項ナリ。

(二)　性質

訴訟事項ナリ

(二)　判決請求權ノ權利保護要件ハ、右ニ述フルカ如ク如何ナル要件カ具備スルトキハ、私人ハ勝訴ノ本案判決ヲ受クルコトヲ得ルヤニ答フルモノナルカ故ニ、本來訴訟事項ニシテ實體法上ノ問題ニ非サルコトハ疑ヲ容レス、故ニ、判決請求權ノ權利保護要件ニ付キテモ亦タ、執行請求權若クハ執行保全請求權ノ權利保護要件カ民事訴訟法典ニ規定セラレタルト等シク(訴四九七、五一四、五五九、七三七、七三八、七五五、七六〇)、本來訴訟法典中ニ其規定ヲ設クヘキモノナリ。註(三)唯、我現行法ハ往時ノ立法例

ニ於ケルト等シク、如何ナル要件ノ具備スルトキハ裁判所ニ請求スルコトヲ得ルヤノ問題(卽チ權利保護要件ノ問題)ヲ以テ實體私法上ノ問題ナルカ如クニ考ヘ、從テ私法々典中ニ規定ヲ設クル場合少カラス、殊ニ形成ノ訴ヲ以テ形成判決ヲ要求シ得ル權利保護要件ニ關スル規定ヲ然リトス(例ハ民法七七九——七八六、八一三——八一八、八二一、八二二、八二三、八三五、八五二——八五九——八六六——八七四、商法九九條ノ二、一六三等ノ如シ)。唯斯ル規定ハ私法々典中ニ存スル場合ニ於テモ其性質ハ訴訟法規ナルコトヲ忘ルヘカラス。

權利保護要件ト法廷地法

立法例

判決請求權ノ權利保護要件ハ上述ノ如ク訴訟事項ナルカ故ニ、國際間ニ於テハ法廷地ノ現行法(lex fori)ニ依リテ決セサルヘカラス。

註【三】 獨逸新民事訴訟法、墺太利新民事訴訟法及ヒ匈牙利新民事訴訟法等新シキ立法例ニ於テハ、確認ノ訴、將來ノ給付ノ訴等ノ權利保護要件ニ關スル規定ハ之ヲ訴訟法典ニ規定シタリ(獨訴二二五六、二二五七——二二五九、墺訴二二八、四〇六條二段、匈訴一三〇、一三一)。殊ニ墺訴第四〇六條前段ノ如キハ『判決ヲ爲スノ時ニ於テ履行期カ既ニ到來シタル場合ニ限リ給付ヲ命スル裁判ヲ爲スコトヲ得』ト規定シ、現在ノ給付ノ訴ノ權利保護要件ヲモ規定シタリ。

二 權利保護要件タル事項

(一) 原告ノ判決請求權ノ權利保護要件

二 權利保護要件タル事項

判決請求權ノ權利保護要件ハ、私人カ自己ニ有利ナル判決卽勝訴判決ヲ受クルカ爲メ必要ナル要件ナルコトハ前述ノ如シ。然ルニ自己ニ有利ナル判決ハ、原告ヨリ觀察スルト被告ヨリ觀察スルトニ依リテ相異ナリ且互ニ正反對ヲ爲スモノナルカ故ニ(上二五頁參照)原告ノ權利保護要件ト被告ノ權利保護要件トモ亦タ正反對ヲナスヘキハ當然ナリ。

(一) 原告ノ判決請求權ノ權利保護要件

原告ニ有利ナル判決ハ積極的若クハ消極的確認判決、給付判決又ハ形成判決ナリ。從テ此等ノ判決ヲ爲サンコトヲ要求スルコトヲ得ル權利保護要件ニ關スル詳細ハ、各種ノ訴ニ付キ說明スル場合ニ讓リ(後述第二章參照)、茲ニハ其綱目ヲ揭クルニ止ムヘシ。

原告カ有利ナル判決ヲ要求スルコトヲ得ルカ爲メニ必要ナル要

(1) 訴訟上ノ要件

(2) 訴訟物タル法律關係ニ關スル要件

(イ) 保護セラルヘキ適格

件ハ之ヲ二種ニ大別スルコトヲ得。

(1) 其一ハ訴訟上ノ要件ト云フヲ得ヘキモノニシテ、訴訟物タル法律關係ノ存否ニ關セサルモノナリ。卽チ

(イ) 當該ノ判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益 (Rechtsschutzinteresse oder Recht-schutzgrund) ヲ有スルコト、詳言セハ積極的若クハ消極的確認判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益、現在若クハ將來ノ給付判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益又ハ形成判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益ヲ有スルコト、並ニ

(ロ) 原告及ヒ被告カ當事者タル適格 (Sachlegitimation, Prozessführungsrecht) ヲ有スルコト、換言セハ原告カ原告タル適格ヲ有シ又被告カ被告タル適格ヲ有スルコトノ二トス。

(2) 他ハ訴訟物タル法律關係ニ關スル要件ナリ。

(イ) 訴訟物タル法律關係カ裁判上保護セラルヘキモノナルコト卽チ保護セラルヘキ適格 (Schutzfähigkeit) ヲ有スルコト、換言セハ訴訟物トセラレタル法律關係カ法律上關係者ノ意思ヲ强制シテ其存否ヲ確認スルコトヲ得又必要ナル場合ニハ權利ヲ以テ其實現ヲ爲スコトヲ得ルモノナルコトヲ要ス。私法學者カ自然債務 (obligatio naturalis) ト稱スルモノノ觀念並ニ其範圍ハ私法學界ニ於テモ必スシモ一定セスト雖モ、一般ニハ裁判上保護ヲ受クルコトヲ得サル債務ヲ稱シテ自然債務ト云フカ故ニ、自然債權ハ保護セラルヘキ適格ヲ有セサル法律關係ノ適例ナリト云ハサルヘカラス。尤モ、保護セラルヘキ適格ノ存否ハ、私法學ノ所謂「完全債務」及ヒ「自然債務」ナル觀念及ヒ範圍トハ必スシモ一致セス(後述第二京卷參照)。

(ロ) 訴訟物タル法律關係カ原告主張ノ如ク存在シ又ハ存在セサルコトヲ要ス。卽チ原告カ積極的確認判決、給付判決若クハ形成判決ヲ要求スル場合ニハ訴訟物タル法律關係カ其主張ノ如ク存在スルコトヲ要シ、又消極的確認判決ヲ要求スル場合ニハ訴訟物タル法律關係カ其主張ノ如ク存在セサルコトヲ要ス。

(ロ) 法律關係ノ存在又ハ不存在

(二) 被告ノ判決請求權ノ權利保護要件

(二) 被告ノ判決請求權ノ權利保護要件

被告ニ有利ナル判決ハ、確認ノ訴、給付ノ訴若クハ形成ノ訴等何レ

(1) 被告ニ有利ナル判決

請求却下ノ判決

ノ訴カ起コサレタル場合ニ於テモ、原告ノ請求ヲ棄却スル判決、少クモ、原告ノ請求ヲ却下スル判決ナリ。詳言セハ(イ)當該ノ判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益又ハ原告若クハ被告タル適格ノ欠缺ヲ認メテ原告ノ請求ヲ却下スル判決モ亦タ本案判決ニシテ既判力ヲ生スルモノナリト雖モ、該判決タルヤ單ニ法律上ノ利益ノ欠缺、若クハ又原告タリ若クハ被告タル適格ノ欠缺ヲ認メタルモノニシテ、原告ノ主張ニ係ル訴訟物タル法律關係ノ存在又ハ不存在ニ付キテハ何等ノ判斷ヲモ爲シタルモノニ非サルカ故ニ、既判力モ亦タ單ニ法律上ノ利益若クハ又原告若クハ被告タル適格ノ欠缺ナル點ニ付キ生スルノミナリ。斯ル範圍ハ既判力ヲ生スルニ過キサル判決モ亦タ、被告ニ有利ナラストハ云フヲ得ス。然レトモ苟クモ法律上ノ利益カ存スルニ至リ、又ハ原告若クハ被告タル適格ヲ有シ若クハ有スルニ至リタル者カ、更ニ同一ノ訴訟物ニ關シ訴ヲ起シタル場合ニハ、右判決ノ既判力ハ之ヲ援用スルコトヲ得サルカ故ニ(即チ右既判力ハ此場合ニ「nicht mehr entrißen」トシテ援用スルコトヲ得ス)被告ノ享クル利益ハ少シト云フヲ妨ケス。反之(ロ)原

請求棄却ノ判決

(2) 權利保護要件

告ノ請求ヲ棄却スル判決ハ原告ノ主張ニ係ル訴訟物タル法律關係カ其主張ニ反シ或ハ存在セス(債權的確認請求、給付請求、若クハ形成請求ヲ棄却シタル場合)或ハ又存在スルコト(消極的確認請求ヲ棄却シタル場合)ヲ認ムルモノニシテ、此點ニ付キ既判力ヲ生スルカ故ニ、請求棄却ノ判決ハ一層被告ニ有利ナリト云ハサルヘカラス。

如此ク、被告ニ有利ナル判決ハ原告ノ請求ヲ棄却スル判決、少クモ原告ノ請求ヲ却下スル判決ナリ。サレハ、被告カ自己ニ有利ナル判決ヲ要求シ得ル權利保護要件ハ、前示原告カ有利ナル判決ヲ要求シ得ル權利保護要件タル事項中、何レカ一以上ノ事項カ具備セサルコト、詳言セハ請求却下ノ判決ヲ受クルカ爲メニハ判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益又ハ原告若クハ被告タル適格ノ何レカ一カ缺クルコトヲ要シ又之ヲ以テ足リ、又請求棄却ノ判決ヲ受クルカ爲メニハ訴訟物タル法律關係ニ關スル事項カ具備セサルコトヲ要シ又之ヲ以テ足ル。——蓋シ(1)被告カ原告ノ不當ナル訴求ニ依リテ其私法上ノ地位ヲ脅カサル場合ニハ、其危險ヲ除却スヘキ確認判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益ハ當然之ヲ有スルセノト解スヘ

キカ故ニ、苟クモ(2)原告カ具備セルコトヲ主張スル權利保護要件タル事項中(イ)訴訟上ノ要件ト云フヘキ判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益又ハ原告タリ若クハ被告タル適格カ欠缺セル場合ニハ、其欠缺ヲ確認スル判決即チ請求却下ノ判決ヲ要求スルコトヲ得、又(ロ)訴訟物タル法律關係カ原告ノ主張ニ反シテ存立セス若クハ又存在スル場合ニハ、其不存在又ハ存在ヲ確認スル判決即チ請求棄却ノ判決ヲ要求スルコトヲ得ヘキカ故ナリ。

三　權利保護要件ノ訴訟外ニ於ケル具備

權利保護要件タル事項ハ總テ訴訟外(Ausserhalb des Prozesses)ニ於テ具備スヘキモノニシテ、民事訴訟ニ於ケル本案ノ審理ハ原告若クハ被告ノ何レノ一方ノ權利保護要件カ果シテ訴訟外ニ於テ具備シタルヤヲ審理シ之ヲ明白ナラシムルコトヲ目的トスルモノナリ。唯訴訟外ト云フハ訴訟内ニ對シテ云フモノナリ、之ヲ以テ起訴前ト混同スヘカラス。起訴前ハ固ヨリ訴訟外ナリト雖モ、起訴後ニ於テモ仍ホ繫屬セル訴訟ノ外ト内トハ明ニ之ヲ區別セサルヘカラス。原告若クハ被告ノ權利保護要件

起訴前ニハ非ス

三　訴訟外ニ於ケル具備

訴訟、外、ニ、於、テ、具、備、スヘキモノナリト雖モ必スシモ常ニ起訴前ニ具備スルモノニ非ス、否ナ原告若クハ被告ノ何レノ一方ノ權利保護要件カ果シテ具備セルヤハ、判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ヲ標準トシテ決スヘキモノニシテ、此ノ時期ニ存スルコトヲ要シ又之ヲ以テ足ルコトハ後ニ述フルカ如シ。——抽象的公權說ヲ採ル論者殊ニ Bülow カ判決請求權ナル觀念ニ對シテ爲シタル批評ハ、畢竟、權利保護要件ハ訴訟外ニ於テ具備シ、從テ判決請求權ハ訴訟外ニ於テ成立スルモノ」ナリト云フ論旨ヲ、起訴前ニ成立スルモノナリト誤解セルニ基因スルモノナルカ故ニ、其當タラサルコトハ固ヨリ怪ムニ足ラス。註【四】

註【四】　抽象的公權說ヲ認ムル Bülow ハ、Wach ノ唱導セル「判決請求權」論ヲ評シテ曰ク、「若シ自己ニ有利ナル判決ヲ要求スルコトヲ得ヘキ要件カ起訴前ニ具備シ、從テ原告若クハ被告ハ自己ニ有利ナル判決要求權ヲ有スルコトカ起訴前ニ明白ニシテ、訴ハ又實ニ該判決請求權ヲ行使スル手段ナリト云フヲ得ヘクンハ、民事裁判所ハ訴カ提起セラル、ヤ即時ニ原告ニ有利ナル判決ヲ爲セハ足レリ、民事

訴訟外ト起訴前トヲ混同ス

訴訟ニ依リテ審理ヲ爲ス必要ナシ」(Bülow, Klag u. Urtheil. bei Busch Zeitschrift f. deut civ. Prozess Bd. 31 S. 195 f. a. a. O.)。然レトモ右批評ハ訴訟外ニ於ケル權利保護要件ノ具備、從テ訴訟外ニ於ケル具體的判決請求權ノ成立ナル觀念ヲ、起訴前ニ於ケル具備、起訴前ニ於ケル成立ト混同シタル誤解ナリ、若シ何レハ時ニ於ケル事實ニ基キテ權利保護要件ノ具備セルヤ否ヤヲ判定スヘキヤト云ヘハ、起訴ノ時ニ依ルヘキモノニハ非スシテ、判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ依ルヘキモノナリ。「訴訟外」ト「起訴前」トヲ混同スヘカラサルコトヲ明ニシタルハ Wach ノ功績ナリ (Wach, Der Rechtsschutzanspruch, bei Busch Zeitschrift Bd. 32. S. 12 f. u. 32 f. a. a. O.)——仍ホ、訴ハ提起ハ原告カ起訴自由 (Klagmöglichkeit) ニ基キテ爲スモノニシテ、又訴殊ニ訴ノ申立ニ於テハ、原告ハ有利ナル判決ヲ要求スルコトヲ得ル判決請求權ヲ有スルコトヲ主張 (behaupten, geltend machen, claim) スルニ過キス。果シテ其主張カ眞實ニ合スルヤ否ヤハ訴訟ノ審理ニ依リ判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ至リテ初メテ明白トナル。故ニ Bülow カ「具體的公權論者ハ訴ヲ以テ判決請求權ヲ行使スル手段トスルモノナリ」ト考ヘタルハ

■ 權利保護要件ノ存スルコトヲ要スル時期

判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時

中タラスト云フヘシ(後述第三節及ヒ第四節參照)。

四 權利保護要件ノ存否ヲ決スヘキ時期

權利保護要件タル事項ハ、訴提起ノ時ニ存スルコトヲ要セス又之ヲ以テ足レリトセス。否ナ判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ具備スルコトヲ要シ又之ヲ以テ足ルモノナリ。而シテ、謂フ所ノ

判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時トハ(イ)第一審ニ於テ本案判決ヲ爲サントスル場合ニハ、該一審判決ニ接着スル口頭辯論ノ終結ノ時ヲ云フ。何トナレハ訴訟法第二〇九條ノ規定ニ依レハ、『攻擊及ヒ防禦ノ方法ハ一審判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ至ルマテ之ヲ提出スルコトヲ得ルモノナリ、而カモ原告及ヒ被告カ互ニ自己ノ權利保護要件ノ具備セルコトヲ示スカ爲メ、法律上及ヒ事實上ノ陳述ヲ爲スハ、乃チ攻擊方法及ヒ防禦方法ヲ提出スルモノニシテ、一審裁判所ハ此時マテニ提出セラレタル總テノ事實ヲ斟酌シテ權利保護要件ノ存否ヲ判斷スルコトヲ要スルカ故ナリ(訴二三〇條、二三六條二號)。又(ロ)控訴審ニ於テ本案判決ヲ爲サ

ントスル場合ニハ、該控訴審ハ判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ依ラザルヘカラス。是レ當事者ハ控訴審ニ於テモ尙ホ第一審ニ於テ主張セサリシ攻擊防禦ノ方法殊ニ新ナル事實及ヒ新ナル證據方法ヲ提出スルコトヲ得ルカ故ニ(訴四一五)、控訴裁判所ハ右新事實及ヒ新證據ヲモ斟酌シテ原告又ハ被告ノ何レノ一方ノ權利保護要件カ果シテ具備セルヤヲ決スヘキカ故ナリ。又(ハ)上告審ニ於テ本案判決ヲ爲サントスル場合ニハ、控訴判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ於テ、原告若クハ被告ノ何レノ一方ノ權利保護要件カ具備セルヤニ依リテ決セサルヘカラス。是レ上告裁判所ハ裁判ヲ爲スニ付キ控訴裁判所カ其裁判ノ基本トシタル事實ヲ基本トスヘキモノナルカ故ナリ(訴四四六)。註【五】——此他(二)證書訴訟及ヒ爲替訴訟ニ於テ留保判決ヲ爲シタル後、爾後ノ手續(Nachverfahren)ヲ命シタル場合ニハ(訴四九二)、爾後ノ手續ニ於テ爲サルル判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ依ルヘク(訴四九二)、又請求ノ原因及ヒ數額ニ付キ爭アル場合ニ於テ裁判所カ其辯論ヲ原因ニ關スルモノニ制限シタル場合ニハ(訴二二八)原因ニ關スル判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ依ラサルヘカラス、是レ數額ニ關スル辯論ニ於テハ原因ニ關スル攻擊若クハ防禦方法ヲ提出スルコトヲ得サルカ故ナリ。

註【五】 權利保護要件タル事項ノ具備スルコト若クハ具備セサルコトヲ示スヘキ法律上若クハ事實上ノ陳述ハ所謂本案ニ關スルモノニシテ攻擊方法若クハ防禦方法ノ主要ナルモノナルコトハ論ヲ俟タス。然カモ攻擊方法及ヒ防禦方法ハ獨リ第一審ノ判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ至ルマテ之ヲ提出スルコトヲ得ルノミナラス、控訴審ノ判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ至ルマテ尙ホ之ヲ提出シ得ルコトハ法文ノ規定スル所ナルコトハ(訴二〇九、四一五)本文所論ノ如シ。然ルニ判決事實ハ實ニ當事者カ口頭ヲ以テ提出シタル一切ノ攻擊方法及ヒ防禦方法ヲ斟酌シテ確定スヘク(訴二三六條二號)、裁判所ハ「辯論ヲ經タル總テノ攻擊及ヒ防禦ノ方法」ヲ斟酌シテ判決ヲ爲スコトヲ要スルカ故ニ(訴二三〇)、其結果前示判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時マテニ提出セラレタル總テノ攻擊方法及ヒ防禦方法ヲ斟酌シテ、果シテ原告又ハ被告ノ何レノ一方ノ權利保護要件カ具備スルヤヲ

請求異議ノ訴ニ關スル第五四五條第二項

判斷スルコトトナルカ故ニ、當事者ノ各方ハ權利保護要件ハ前示判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ存スルコトヲ要シ又之ヲ以テ足ルモノト論斷セザルヘカラス。

債務名義タル給付判決ノ執行力カ形式的ニ存スルコトヲ以テ實體的ニハ不當ナリトシテ、其執行力ヲ排除スヘキ判決ヲ要求スル請求異議ノ訴ハ、『遲クトモ異議ヲ主張スルコトヲ要スル口頭辯論ノ終結後ニ其原因ヲ生シタルトキニ限リ之ヲ許ス』モノトナセル規定（訴第五四五條二項）モ亦タ間接ニ右ノ所說ヲ證スルモノナリ。是レ、此ノ規定ハ執行スヘキ請求權ニ對スル異議ノ原因、詳言セハ執行スヘキ請求權カ其發生後消滅シタリ、其履行期カ猶豫セラレタリ、若クハ又債權者又ハ債務者カ當事者タル適格ヲ喪失シタルコトヲ示スヘキ事由カ遲クトモ主張スルコトヲ要スル判決ニ接着シタル口頭辯論ノ時以後ニ生シタル場合ニ限リ請求異議ノ訴ノ理由トナスヲ得ルコトヲ認ムルモノナリ。畢竟右口頭辯論ノ終結前ニ生シタル事由ハ、當事者カ之ヲ提出シタル場合ハ勿論、假令之ヲ提出セサリシ場合ニ於テモ其時マテニ提出スルコトヲ得タルニ拘ハラス之ヲ提出セサリシハ訴訟行爲ノ懈怠ニシテ後ニ至リ之ヲ提出スル權ヲ喪フトナスカ爲メナリ（訴一七三）。サレハ、此ノ規定モ亦タ原告又ハ被告カ其權利保護要件ノ具備スルコトヲ示スヘキ事實ハ、前示判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時マテニ提出スルヲ要シ、其後ニ於テハ單ニ此ノ時以後ニ生シタル事由ニ限リ或ハ新訴ヲ以テ或ハ又請求異議ノ訴ヲ以テ主張スルヲ得ルニ過キサルコトヲ示スモノニシテ、又實ニ權利保護要件タル事項ハ判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ存スルコトヲ要シ又之ヲ以テ足ルコトヲ示スモノナリ。(Hellwig. Lehrbuch I. S. 187 u. Aum. 11 a. a. O.)

訴提起ノ當時ニ具備スルコトヲ要セス又此ノ時ニ具備スルヲ以テ足レリトセス

(2) 權利保護要件タル事項ハ前掲ノ區別ニ從ヒ判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ存スルコトヲ要シ又之ヲ以テ足ルモノナリ。故ニ(イ)訴提起ノ當時ニハ權利保護要件タル事項カ具備シタル場合ニ於テモ其後ニ缺ケタルトキハ自己ニ有利ナル判決ヲ受クルコトヲ得ス。例ヘハ起訴ノ當時原告カ存在ヲ確認セラルヘキ法律關係ノ主體タリシトキト雖モ、其後該法律關係ノ主體タラサルニ至リ從テ判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ於テハ主體ニ非サルトキハ、原告タル適格ノ欠缺ノ爲メ原告

ハ請求ヲ理由アリトスル判決ヲ受クルコトヲ得サルカ如シ。又之ト反對ニ(ロ)訴提起ノ當時ニハ權利保護要件カ具備セサリシ場合ニ於テモ判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ於テ權利保護要件カ具備スルニ至リタルトキハ、自己ニ有利ナル判決ヲ受クルコトヲ得。例ハ債務ノ履行期ノ到來前ニ原告カ現在ノ給付ノ訴ヲ起シタリシ場合ニ於テモ判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ於テハ既ニ履行期カ到來シタルトキハ、現在ノ給付判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益ハ存スルモノトシテ判決スヘキカ如シ。

五　權利保護要件ノ存否ノ審査

(一)　職權斟酌ト否

權利保護要件タル事項ノ存否ノ審査ニ關シテハ、前示訴訟上ノ要件ノ存否及ヒ保護スヘキ資格ノ有無ノ審査ト訴訟物タル法律關係存否ノ審査トハ之ヲ區別セサルヘカラス。

夫レ訴ハ原告カ私法上ノ法律關係ノ存在又ハ不存在ヲ主張シテ、自己ニ有利ナル判決(卽自己ノ私法上ノ地位ヲ保護スル判決)ヲ爲サンコトヲ

(1)　職權斟酌ニ關セサル事項

要求ル行爲ナリ。換言セハ原告ハ一方ニ於テハ私法上ノ法律關係ノ存在又ハ不存在ヲ主張スルト同時ニ、他方ニ於テハ國家カ保護行爲卽判決ヲ爲スヘキ義務ヲ有スル旨ヲ主張スルモノナリ。然ルニ(1)原告カ主張スル私法上ノ權利其他ノ法律關係カ果シテ存在セサルヤ若クハ被告ノ主張スル私法上ノ權利若クハ其他ノ法律關係カ存在セサルヤハ、私人相互間ノ問題ニシテ國家ノ利害ニハ直接ノ交渉ナキカ故ニ、苟クモ被告カ原告ノ主張卽請求)ヲ認諾シ又ハ其請求ノ理由トシテ述ヘラレタル事實ヲ自白シタル場合ニ、裁判所ハ其認諾又ハ自白カ果シテ眞實ニ合スルヤ否ヤヲ審査セスシテ判決ノ基本ト爲スコトヲ得ルモノト解スルヲ妨ケス(請求ノ認諾ニ付キテハ訴二二九)原告カ自己ノ請求ヲ理由ナシトシ(請求ノ拋棄)若クハ又請求ノ理由タルヘキ事實ノ虛僞ナルコトヲ自白シタル場合亦タ同シ(請求ノ拋棄ニ付キテハ訴二二九)。換言セハ訴訟物タル法律關係ノ存在又ハ不存在ノ審査ハ辯論主義ニ依ルヘキモノトスルヲ妨ケスシテ、此ノ如キハ又實ニ現行法ノ認ムル所ナリ。反之

(2) 國家カ果シテ保護行爲ヲ爲スヘキ義務ヲ有スルヤ否ヤハ、國家自身ノ義務ニ關スルカ故ニ、果シテ斯ル義務カ存スルヤ否ヤハ假令辯論主義ヲ認ムル場合ニ於テモ仍ホ國家ハ當事者ノ認ムル所ニ據ルコトヲ得ス、自ラ職權ヲ以テ斟酌スヘキモノト解ササルヘカラス。換言セハ、當事者カ斯ル要件ノ存否ニ付キ何等ノ陳述ヲ爲ササル場合ニ於テモ、裁判所ハ仍ホ當事者ノ提出シタル事實及證據方法ニ基キテ果シテ保護行爲ヲ爲スヘキ義務カ生シタルヤ否ヤヲ審査スルコトヲ要スルモノト解ササルヘカラス。卽チ

(イ) 原告カ果シテ其要求スル判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益ヲ有スルヤ否ヤハ固ヨリ職權ヲ以テ斟酌セサルヘカラス、學說ニ於テモ確認判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益 (Feststellungsinteresse) ニ關シテハ一致シテ之ヲ認ムルニ拘ハラス註【六】、現在若クハ將來ノ給付判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益又ハ形成判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益ニ關シテハ一般ニ沈默ヲ守リタリ。然レトモ、給付判決若クハ形成判決ヲ受ケヘキ法律上ノ利

益ニ限リ、反對ニ解スヘキ理由ナシ。

註【六】 確認判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益ハ職權ヲ以テ斟酌スヘキコトハ通說ノ認ムル所ナリ (例ハ Stein IV, 6 zu § 256 cpo u. dort zitierte)。

(ロ) 當事者タル適格ノ存否ノ調査 ニ關シテモ學說ハ一般ニ沈默ヲ守レリ。然レトモ(a)法律ハ特別ノ規定ニ依リテ原告タリ若クハ被告タル適格カ定メラレタル場合ニ於テハ(例ハ婚姻取消訴訟ノ原告ニ關スル民法七八〇、被告ニ關スル人訴二、離婚訴訟ニ關スル民法八一三、養子緣組取消訴訟ノ原告ニ關スル民法八五三——八五八、被告ニ關スル人訴二六、離緣訴訟ニ關スル民法八六六等ノ如シ)當事者タル適格ノ存否ハ職權ヲ以テ斟酌スヘキモノナルコト疑ヲ容レス。反之(b)訴訟物タル法律關係ノ主體タルカ爲メ若クハ又主體ニアラサルモ特別ノ規定ニ依リ私法上該法律關係ニ付キ廣義ノ管理權從テ處分權ヲ有スルカ爲メ、訴訟法上ニ於テモ亦其法律關係ニ付キ「訴訟ヲ爲ス權能」(Prozessführungsrecht) ヲ有スルモノトシテ、當事者タル適格ヲ認ムヘキ場合ニ付キテハ、果シテ職權

斟酌ニ拔ルヘキモノトスヘキヤ疑ヲ容ルヘキカ如シ。然レトモ訴訟ヲ爲ス權能ノ有無ハ假令「廣義ノ管理權」ヲ生スヘキ私法上ノ法律要件(Thatbestand)ヲ利用シテ規定カ設ケラレタル場合ニ於テモ訴訟法上ノ事項ナルコトハ、訴訟能力ニ關スル規定カ民法上ノ行爲能力ヲ生スヘキ法律要件ヲ利用シテ規定セラルルモ、訴訟事項タルト異ナルコトナシ(Hellwig, System Bd. I S. 163 Anm. 19)。且原告及ヒ被告カ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有スルコトハ實ニ國家ノ保護行爲ヲ爲スヘキ義務ノ發生要件タルカ故ニ、等シク職權斟酌事項ニ屬スルモノト解ササルヘカラス(Hellwig, Lehrbuch Bd. I S. 165, ur. System. Bd. I S. 168 Anm. 19)。

(ハ) 更ニ訴訟物タル法律關係カ裁判上保護セラルヘキ資格ヲ有スルヤ否ヤモ亦タ裁判所職權ヲ以テ斟酌スヘキモノト解ササルヘカラス。是レ國家カ保護行爲ヲ爲スヘキ義務ノ發生要件ニ屬スルコト疑ヲ容レサルカ故ナリ。

(二) 審査ノ順序

權利保護要件タル事項ノ存否ヲ審査スルニ當リテハ、

(二) 審査ノ順序

(1) 訴訟上ノ要件即チ判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益並ニ當事者タル適格ノ存否ニ關スル審査ヲ訴訟物タル法律關係ニ關スル審査ヨリ先ニスヘキコトハ法理上論理的ニ當然ナリト云ハサルヘカラス(註七)。

反之判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益ニ關スル審査ト、當事者タル適格ニ關スル審査トノ何レヲ先ニスヘキヤニ付キテハ法文ニモ何等定ムル所ナク亦論理上必然ノ順序ナシ。唯積極的確認ノ訴ノ被告又ハ消極的確認ノ訴ノ原告ニ於ケルカ如ク、判決ヲ受クヘキ利益ノ有無ニ依リテ被告タリ又ハ原告タル適格ヲ有スル者カ定マルヘキ場合ニ於テハ(第二章參照)判決ヲ受クヘキ利益ノ存否ニ關スル審査ヲ先ニスヘキコトハ論理上當然ナリ。

右審査ノ結果裁判所カ判決ヲ受クヘキ利益若クハ又當事者タル適格ノ欠缺ヲ認メタル場合ニハ原告ノ請求ヲ却下スル判決ヲ爲ササルヘカラス。

註【七】 權利保護要件タル事項中、前示訴訟上ノ要件タル事項ノ審査ヲ先ニスヘキ

ハ論理上當然ナリト云ハサルヘカラス。唯實際訴訟ノ審理ニ中タリ、(イ)訴訟物タル法律關係カ原告ノ主張ニ反シテ存在セス若クハ存在スルコトカ、原告ノ主張スル判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益ノ存否ヨリモ先キニ明白トナリ、若クハ又兩者同時ニ明白トナリタル場合ニハ、請求棄却ノ判決ハ請求却下ノ判決ヨリモ一層被告ニ有利ナリト云フ實際上ノ効果ヲ斟酌シ、裁判所ハ訴訟物タル法律關係ノ存在又ハ不存在カ原告ノ主張ニ反スルコトヲ理由トシテ請求棄却ノ判決ヲ爲スコトヲ得ヘシ。Hellwig モ亦タ此ノ結果ヲ認メントスルモノノ如シト雖モ其理由ハ之ヲ示サス(System Bd. I § 101 III 2. S 2. 58)。反之(ロ)原告タリ及ヒ被告タル適格ノ存在カ明白トナラサル間ハ、假令訴訟物タル法律關係カ原告ノ主張ニ反シテ存在セス若クハ又存在スルコトカ明白トナリタル場合ニ於テモ、裁判所ハ直チニ請求棄却ノ判決ヲ爲スルコトヲ得サルモノト解ササルヘカラス。是レ、原告若クハ被告カ其適格ヲ缺キ訴訟ヲ爲ス權能ヲ有セサル場合ニハ、其者カ訴訟ヲ爲スコト(Prozessführung)ハ、私法上無權利者ノ處分カ無効ナルト等シク、其者ノ爲シタル辯論ニ基キ訴訟物タル法律關係ノ存否ヲ裁判スル判決ノ基本ヲ確定スルコトヲ得サルカ故ナリ。

(2) 前掲訴訟上ノ要件ノ存在ヲ認ムル場合ニ於テノミ裁判所ハ進ンテ訴訟物タル法律關係ニ關スル要件ノ存否ヲ審査スヘク、之カ爲メニハ(イ)保護セラルヘキ資格ノ存否ヲ審査ヲ(ロ)法律關係ノ存否ニ關スル審査ニ先タタシムヘキハ法理上論理的ニ當然ナリト云ヘシ。而シテ、其結果法律關係カ保護セラルヘキ資格ヲ有セサルコト又ハ該法律關係ノ存在若クハ不存在ニ關スル原告ノ主張(即訴訟法上ノ「請求」)ヲ理由ナシトスル場合ニハ請求棄却ノ判決ヲ爲スヘク、反之原告ノ主張ヲ認ムル場合ニハ原告ハ請求ヲ理由アリトスル判決ヲ爲スヘキナリ。

六 起訴ノ挑發ト權利保護要件

起訴ノ挑發(Klageveranlassung)若クハ起訴ノ誘因トハ原告ヲシテ「訴ヲ提起スルノ已ムヲ得サルニ至ラシメタル事情」ヲ云フモノニシテ、權利保護要件ニ屬セス。從テ起訴ノ挑發ナクシテ訴ヲ提起スルモ、苟クモ權利保護要件ノ存スル限リハ、原告ハ其請求ヲ理由アリトスル本案判決ヲ受

判決ヲ受クヘキ利益ト混同スヘカラス

クルノ妨ケトナラス、然レトモ訴訟費用ハ勝訴ニ拘ハラス負擔ヲ命セラルル場合アリ。詳言セハ「被告カ其所爲ニ因リテ訴ヲ起スニ至ラシメタルニ非サル場合ニ於テ(即チ起訴ハ挑發ナクシテ)口頭辯論ニ於テ直チニ原告ノ請求ヲ認諾シタルトキハ、原告ハ勝訴ニ拘ハラス訴訟費用ヲ負擔セサルヘカラス」(訴七四)。

起訴ハ挑發カ權利保護タル事項殊ニ判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益ト混同セラレ易スキ虞アルハ確認訴訟ノ場合ナリ。是レ、確認判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益ハ、被告カ原告ノ主張スル法律關係ノ存在ヲ爭フカ又ハ不當ニ法律關係ノ存在ヲ主張スルコトニ因リテ、原告ノ私法上ノ地位ニ其カ侵害セラルヘキ危險ヲ感セシメタル場合ニ存スルモノナリト雖モ、同一ノ事情ハ又原告ヲシテ確認ノ訴ヲ起スノ已ムヲ得サルニ至ラシムル事情(即起訴ノ挑發)ナルカ故ナリ。然レトモ此場合ニ於テモ仍ホ兩者ハ之ヲ區別スルコトヲ要ス。起訴ノ挑發ノ有無ハ起訴前ニ於ケル被告ノ所爲(爭ヒ若クハ不當ナル存在ノ主張)ニ因リテ決スヘキモノナルニ

反シ、確認判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益ハ、被告カ判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ於テ仍ホ其爭ヒ又ハ不當ナル存在ノ主張ヲ爲シツヽアルヤニ依リテ決スヘキモノナルカ故ナリ(前述三六頁參照)。故ニ例ハ被告ノ爭ヒ又ハ不當ナル存在ノ主張ニ依リテ原告カ確認ノ訴ノ提起ヲ挑發セラレタル場合ニ於テモ、其後被告カ其爭又ハ不當ナル存在ノ主張ヲ撤回シ、從テ又判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ於テハ最早爭ハス又ハ不當ナル存在ノ主張ヲ爲ササル場合ニハ、起訴ノ挑發ハ存シタルニ拘ハラス確認判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益ハ存セサルカ故ニ、原告ハ請求却下ノ判決ヲ受クルコトヲ免レス。——尤モ此場合ニハ被告ハ訴ノ提起ヲ挑發シタル後、其所爲ニ依リ原告ヲシテ請求却下ノ判決ヲ受クルノ外ナキニ至ラシメタルモノナルカ故ニ、訴訟法第七四條ノ規定ノ精神ニ從ヒ、反對ノ方向ニ於ケル類推解釋ニ依リ、被告ハ其勝訴ニ拘ハラス訴訟費用ヲ負擔スヘキモノト解スヘキナリ。

第一款　起訴自由

参考　Wach, Handbuch Bd. I S 22; Derselbe, Der Rechtsschuntzanspruch in Z. Z. P Bd. 32 S. 1 f; Hellwig, Lehrbuch Bd II. § 65 S. 9., System Bd I. § 98 I u. § 100. S. 247 u. 291., Klagrecht u. Klagmöglichkeit § 4, S 25 f.

一　起訴自由

起訴自由

原則―絶對ノ自由

(1)　起訴自由(Klagmöglichkeit)トハ訴ヲ提起シ得ル自由ヲ云フ。現代ノ訴訟法ニ於テハ訴ノ提起ハ各人ノ自由ニ屬スルヲ原則トシ我民事訴訟法ニ於テモ亦タ然リ、何人ト雖モ訴訟法ノ規定セル方式ニ適合セル訴狀ヲ作成シ、法定額ノ印紙ヲ貼用シテ之ヲ裁判所ニ差出ス限リ、任意ノ者ヲ被告トシテ訴ヲ提起スルコトヲ得、又之ニ依リテ訴訟ヲ裁判所ニ繫屬セシムルコトヲ得(訴一九〇、一九三、一九五)。古來ノ訴訟法ニ於ケル如ク、宣誓若クハ保證ヲ立ツルコト若クハ又訴ヲ以テ起サルヘキ請求カ一應ハ

起訴自由ノ制限

憲法二四條ノ「裁判ヲ受クル權」ト起訴自由

理由アリト認メ得ヘキコト等ヲ以テ條件トスルコトナシ、註(一)―尤モ外國人カ訴ヲ提起スル場合ニハ、被告ノ請求ニ依リ負擔スルコトアルヘキ訴訟費用ノ爲メ保證ヲ立ツルコトヲ要シ(訴八八)、又訴訟上ノ救助ヲ求メントスル場合ニハ其目的トスル權利ノ伸張若クハ防禦カ輕忽ナラス又見込ナキニ非サルコトヲ疏明スヘク(訴九一)、又親族會ノ決議ニ對スル不服ノ訴若クハ株主總會ノ決議無効宣告ノ訴ノ如キハ何レモ決議ノ時ヨリ一ケ月内ニ之ヲ起スコトヲ要スル等(民法九五一、商法一六三ノ二)起訴ノ自由ヲ制限スル場合ナキニ非ス。此等ノ規定ハ起訴ノ自由ヲ制限セル範圍内ニ於テハ原則ノ例外ヲ爲スモノニシテ、恰モ原則カ絶對自由ナルコトヲ反證スルモノニ外ナラス註(二)。

我憲法第二四條ニ於テ「日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハルルコトナシ」ト云ヘルハ(イ)其主眼トスル所ハ日本臣民ハ國家ニ對シテ私權ノ保護行爲ヲ爲サンコトヲ要求スル公權(卽チ權利保護請求權)(Rechtsschutzanspruch)ヲ有シ、從テ又判決請求權ヲ有スルコト

起訴自由ニ關スル法制
(1) 羅馬法
(イ) Legis actiones 時代
(ロ) Formula 訴訟時代

ヲ定メタルモノナリト雖モ、之ト同時ニ又(ロ)該權利保護請求權、從テ判決請權ノ存在ヲ主張シテ之ヲ實現スルハ途ヲ開キタルモノ、換言セハ目的タル權利ニ達スルカ爲メノ手段タル自由ニ依ルヲ得ルコト卽チ「起訴ノ自由」ヲモ併セ認メタルモノト解スヘキナリ註(三)。

註【一】羅馬法ニ於テハ、訴ノ提起ハ本文謂フ所ノ意味ニ於テハ自由ニハ非ス。(1) Legis actiones 訴訟ニ於テハ、例ハ Legis actio per Sacramento ニ在リテハ、所謂 Sacramentum トシテ五百 soldi ヲ賭スルコトヲ要シタリ。畢竟 Legis actio ヲ以テ起サントスル請求ノ理由アリトスル主張ヲ堅ムルカ爲メニ賭金ヲ爲サシムルモノニシテ、右金額ヲ賭セサルニ於テハ訴ヲ起スコトヲ得サリシナリ。又(2) Formula 訴訟ニ於テハ、市民官 (Praetor) ハ(イ)果シテ「此當事者間ニ於テ此請求ニ付キ、訴訟ヲ爲スハ適法ナルヤニ關スル事項」(管轄、當事者ノ能力、代理權等、後述訴訟要件ノ說明參照) ノミナラス、更ニ(ロ)起サレタル請求ハ裁判上許サルヘキモノナルヤ又保護セラルヘキ適格ヲ有スルヤ、並ニ許サルヘキ防禦方法等ニ付キ審理シ、之ヲ認ムル場合ニ非サレハ judex (判事) ヲ選任セス、從テ又 judicium 卽チ lis (訴訟) ヲ開始スルコトヲ得サラシム。換言セハ、此時代ニ於テハ Praetor ノ關與ノ下ニ litis contestatio カ行ハレタル場合ニ於テノミ訴訟 (lis) ハ開始セラルルモノト視タルカ故ニ、訴訟ノ開始カ右事項ノ具備セルコトニ繫ルモノニシテ、現時ノ訴訟法學ニ依レハ訴訟ヲ開始スヘキ訴ノ提起カ自由ナラサルト其結果ヲ同クス。(ハ)儒帝時代ノ羅馬訴訟法ニ於テモ仍ホ litis contestatio ノ制度ハ之ヲ維持シタリ唯其手續カ異ナレルノミ。

(2) 獨逸普通訴訟法ニ於テハ、訴狀ヲ差出サルルヤ、裁判所ハ(イ)起サレタル請求ニ對シテ元來本案判決ヲ爲シ得ヘキモノナルヤ及ヒ(ロ)起サレタル請求ハ一應ハ理由アリト認メラルヘキヤ (ob die Klage schlussig sei) ヲ審査シ、之ヲ認メサル場合ニハ被告ニ訴ノ提起ヲ通知タモセスシテ直チニ之ヲ却下シタリ。要スルニ、此等ノ訴訟法ニ於テハ訴ノ提起ハ自由ナリト云フヲ得ス。

註【二】公訴ハ提起ハ民事訴訟ニ於ケルカ如ク自由ナルニハ非ス。現行刑事訴訟法ニ依レハ、檢事ハ事件カ重罪若クハ輕罪ニ處セラルヘキモノト思料スルニ非サレハ公訴ヲ提起スルコトヲ得ス(刑訴六二—六四)。畢竟公訴ノ提起カ被告トセラル

(イ) justinian 帝時代
(2) 獨逸普通訴訟法
公訴提起ノ自由ノ制限

ル者ノ社會上、經濟上乃至法律上ノ地位等ヲ侵害スルコト、民事訴訟ノ被告トセラルルノ比ニアラサルカ故ニ、民事訴訟ニ關シテハ起訴ノ自由ヲ認ムルモ、刑事訴訟ニ關シテハ公訴提起ノ自由ヲ制限シ、檢事ニ於テ事件カ重罪若クハ輕罪ニ處セラルヘキモノト思料スル場合ニ非サレハ提起スルコトヲ得ストナセルモノナリ。

註【三】 權利保護請求權ノ表現ハ一形式(Erscheinungsform)タル判決請求權(Urtheilsanspruch)ヲ原告若クハ被告ノ何レハ一方カ其主張ノ如ク果シテ眞ニ有スルヤハ、民事訴訟ノ審理ノ結果ニ基クニ非サレハ明ニスルコトヲ得ス。故ニ國家カ權利保護請求權ノ一形式トシテ「判決請求權」ヲ認ムル場合ニハ、之ヲ實現スルコトヲ得セシムルカ爲メ「起訴自由」ヲ認メ、民事訴訟ヲ開始スルコトヲ得セシメサルヘカラス。前者ハ「目的」(Zweck)タル權利ニシテ、後者ハ其目的ニ達スルカ爲メノ手段ニ對スル自由ナリ(後述第三節參照)。

(二) 我現行法ニ於テハ訴ノ提起ハ原則トシテ各人ノ自由ニ屬スルコトハ上述ノ如シ。右自由ハ畢竟各人行動ノ自由ニシテ特ニ權利ト稱スヘキモノニ非ス、從テ之ヲ以テ訴權ナリトスルカ如キハ非ナリト云ハサ

(二) 起訴自由ハ權利ナルヤ

ルヘカラス。蓋シ權利ヲ以テ法律ノ認メタル意思ノ力ナリト解スルモ、其カ權利タル所以ハ、一般ノ者ニハ其力ヲ認メラレサルニ拘ハラス、或ル者ニハ特ニ其力ヲ認メラルルコト約言セハ一般ノ者ニ比シ特遇セラルルノ點ニ有ルモノト云ハサルヘカラス。然カルニ訴ハ各人カ何人ニ對シテモ起シ得ル所ニシテ特遇セラルルコトナキカ故ナリ註【四】。

註【四】 Wach, Handbuch Bd. I S. 22; Heliwig Lehrbuch Bd. I § 2 Bd II § 65 S 9; System Bd I Klagrecht u. Klagmöglichkeit S 26 Kohler in z. z. P. Bb 30 S 220 fg 等ハ總ヘテ各人行動ノ自由ニ屬スルモノナリトス。——仁井田博士ハ嘗テ起訴自由ヲ以テ『抽象的訴權』ナリトシ、博士ノ所謂『形式的訴權』(卽チ Degenkolb, Bülow 等抽象的公權說ヲ認ムル論者ノ所謂『訴權』、吾人ノ所謂『抽象的判決請求權』)及ヒ『實質的訴權』(卽チ Wach-Hellwig 一派ノ學者並ニ吾人ノ所謂『判決請求權』)ト共ニ、『訴權』ヲ構成スルモノナリトセラレタリ(仁井田博士訴權論、內外論叢一卷一九〇頁以下殊ニ二〇四頁以下)。

(三) 起訴自由ノ濫用ト訴訟上ノ違法行爲

訴訟上ノ違法行爲

制裁
(イ) 訴訟費用ノ負擔現行法
(ロ) 法制
相手方ノ損害賠償賠償請求

訴ノ提起ハ原則トシテ各人ノ自由ニ屬スルコトハ上述ノ如シト雖モ、該自由ヲ濫用シテ訴ヲ提起スルコト、換言セハ自己ハ請求ハ理由ナキコトヲ知レルニ拘ハラス、若クハ又重大ナル過失ニ因リテ之ヲ知ラスシテ訴ヲ提起スルハ、訴訟上ノ違法行爲(Processdelikt)ヲ構成スルモノト云ハサルヘカラス、是レ訴訟上ノ違法行爲ハ恰モ適法ナル訴訟行爲ヲ爲スノ自由ヲ濫用シ又ハ爲ササルコトニ依リテノミ侵カスコトヲ得ルモノナルコトハ、其特質トスル所ナルカ故ナリ(Helwig System I s. 463 f. 拙論株主總會ノ訴決無効ノ訴當非博士還暦記念論文一一一頁以下)

起訴自由ノ濫用ニ依ル訴訟上ノ違法行爲ニ對スル制裁ハ、我訴訟法ニ於テハ單ニ敗訴ノ判決ヲ爲シ從テ訴訟費用ノ負擔ヲ命スルニ止マレリト雖モ(訴七二)、右制裁ノミニ依リテハ到底起訴自由ノ濫用ヲ防止スルニ足ラス。墺太利民事訴訟法及ヒ匈牙利民事訴訟法等新シキ立法例ニ於テハ訴訟上ノ違法行爲ニ對スル制裁トシテハ單ニ訴訟費用ノ負擔ヲ命スルノミナラス、更ニ相手方ハ之ニ因リテ受ケタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得、國家ハ又懲罰(Mutwillenstrafe)トシテ罰金ヲ課スルコトヲ得

商法九九ノ四及ヒ一六三條ノ損害賠償

(二) 起訴自由ト權利拘束

訴訟法律關係ノ成立

ルモノトシタリ(墺太利民訴四〇六、五一二、五二八條、匈牙利新民訴五四四條ト調査民事訴訟制度ノ變遷及改正草案、法律新聞八四二號二〇五頁、八四四號二五四頁、八四七號三二二頁、八四七號三二二頁參照。)、起訴自由ノ濫用ニ付キテモ亦參考スヘキ立法例ト云フヘキナリ。我商法ニ於テモ、起訴自由ヲ濫用シテ會社設立無効ノ訴又ハ株主總會決議無効ノ訴ヲ提起シタル原告ハ、被告タル會社ニ對シ連帶シテ損害賠償ノ責ニ任スヘキモノトシタリ(商法九九條ノ四、二項及ヒ一六三條三項)。右損害賠償ハ起訴自由ノ濫用ニ依ル訴訟上ノ違法行爲ニ對スル制裁ナリト解スルヲ至當トス(拙論、「株主總會ノ決議無効ノ訴」一一一頁以下參照。)

二　起訴ノ自由ト權利拘束

起訴自由ニ基キ原告カ方式ニ合シタル訴狀ヲ裁判所ニ差出シタル場合ニ於テ裁判所カ訴狀ノ方式ニ合シタルコトヲ認メ、依リテ之ヲ被告ニ送達セシメタルトキハ、訴訟物ノ權利拘束ヲ生ス、換言セハ常該ノ訴訟物ニ關スル訴訟カ裁判所ニ繫屬スルニ至ル(訴一九〇、一九二、一九三、一九五)。從テ、裁判所ハ起サレタル訴ニ付キ審理シ、審理ノ結果ニ從ヒテ裁判ヲ爲スヘキ義務ヲ原告及ヒ被告ノ各方ニ對シテ負擔シ、原告及ヒ被告ノ各方

ハ裁判所ニ對シテ起サレタル訴ニ付キ審理シ且審理ノ結果ニ從ヒ正當ナル判決ヲ爲サンコトヲ要求スル公權(卽チ抽象的判決請求權)ヲ取得スルニ至ル(訴訟法律關係ノ發生)。故ニ裁判所ハ其職責並ニ當事者ノ各方ニ對スル審理及ヒ裁判義務ヲ完フスルカ爲メ、必然起サレタル訴ニ付キ審理ヲ爲スヘシト雖モ、其審理ハ先ツ所謂訴訟要件(Processvoraussetzungen)ノ存否並ニ訴訟上ハ障礙(Processhinderniss)ノ存否ニ付キテ行ハルルモノナルカ故ニ、吾人ハ進ンテ訴訟要件及ヒ訴訟上ノ障礙ヲ說明スヘシ。

第二款　訴訟要件及ヒ訴訟上ノ障礙

起訴自由ニ基キ訴カ提起セラレタル場合ニ於テモ、裁判所ハ訴訟要件カ具備シ且訴訟上ノ障礙カ存在セサルコト(尤モ訴訟上ノ障礙ノ存在ハ被告ノ抗辯ナ俟テ初メテ斟酌スヘキモノナリ)ヲ認ムルニ非サレハ、權利保護要件ノ存否從テ判決請求權ノ存否ニ關スル審理ヲ開始スルコトヲ得ス。サレハ、訴訟要件ノ存在並ニ訴訟上ノ障礙ノ不存在ヲ以テ起訴自由ノ要件ト見ルコトヲ得サルハ勿論ナリト雖モ、權利保護要件トノ區別ヲ明ニスルノ必要上、茲ニ訴訟要件及ヒ訴訟上ノ障礙ノ何タルヤヲ說明スヘシ、

第一項　〔訴訟要件〕卽起訴行爲ノ適法要件及ヒ本案訴訟ノ開始要件

參考　Bülow, Die Lehre von Processeinrede u. Processvoraussetzungen (1868)——Hellwig, Lehrb. I § 22,2 u. II. § 66. S 136., System I S. 248 u 250., Weiswann Lehrb. I § 89.

總言

訴訟要件(Processvoraussetzungen)ナル觀念ハ一八六八年 Bülow カ初メテ斯學ニ紹介シタル所ニシテ(Bülow, Processeinrede u. Processvoraussetzungen)以爲ラク(イ)何レノ當事者間ニ(ロ)何レノ訴訟物ニ關シ(ハ)如何ナル行爲ニ依リ(ニ)何レノ時ヨリ訴訟カ開始スルヤノ問題ハ、訴訟法律關係ノ發展ニ關スル規定ヨリ判然區別スヘキモノニシテ、實ニ訴訟關係ノ成立〔Zustandekommen des ganzen Processverhältnisses〕ニ必要ナル要件ナリ、故ニ訴訟要件、

(1) Bülow ノ所說

訴訟要件

(Processvoraussetzungen)ナル語ヲ提案ス』ト云ヒ更ニ『民事訴訟ハ其本來ノ性質上、係爭ノ私法上ノ法律關係ノ法律要件(res in judicium deducta)ノミナラス、更ニ訴訟法律關係(judicium)其自體ノ法律要件ヲ確定スルコトヲ要スルカ故ニ、必然ノ結果トシテ訴訟ハ二段階ニ區劃セラレサルヘカラス即チ其一ハ(1)係爭ノ實體私法上ノ法律關係ニ關スル審理ニシテ、他ハ(2)即チ訴訟要件(Processvoraussetgungen)ノ審理ニ關スルモノニ外ナラス』トナシ、『羅馬ノ Formula 訴訟ニ於ケル in jure ノ手續ハ專ラ judicium 即チ訴訟法律關係ヲ開始スルコトヲ得ルヤ否ヤヲ確定スルモノニ外ナラス、日耳曼訴訟法ニ於テ答辯義務アリヤ否ヤヲ確定スル手續、佛蘭西訴訟法ニ於ケル受理ノ手續(fin de non-recevoir)、獨逸普通訴訟法ニ於ケル豫備手續(Vorbereitungsverfahren)モ亦タ同一ノ目的ニ出ツルモノニ外ナラストナセリ(Bülow, ebenda S. 5f)。

右所說ニ依レハ、Bülow ハ訴訟要件ヲ以テ訴訟法律關係ノ成立要件ナリトスルニ拘ハラス、謂フ所ノ訴訟法律關件トハ畢竟本案ノ審理ヲ目的

(二) 批評

起訴行爲ノ適法要件ト本案訴訟ノ開始要件

トトスル訴訟關係(墨國法ノ judicium ニ註當スル)ヲ云フモノニ外ナラサルコトヲ知ルコトヲ得ヘシ。然レトモ、我現行訴訟法ニ依レハ(獨逸訴訟法亦同シ)訴ノ提起カ適法ナルトキハ直チニ訴訟物ノ權利拘束ヲ生シ(訴一九〇、一九三、一九五)訴訟法律關係ヲ開始スルモノナルカ故ニ、嚴格ナル意義ニ於テ訴訟法律關係ノ成立要件ト云フ場合ニハ適法ナル訴ハ提起ナリト云ハサルヘカラス。又(ロ)適法ナル訴カ提起セラレ、因リテ訴訟法律關係カ成立スルモ權利保護要件ノ存否ニ關スル審理ハ直チニ之ヲ開始スルコトヲ得ス、之ヲ開始スルニハ更ニ一定ノ要件ノ具備スルコトヲ必要トスルカ故ニ、斯ル要件ハ之ヲ本案訴訟ノ開始要件ト云フヲ以テ妥當トスヘシ。果シテ然カルトキハ、Bülow カ初メテ紹介シ、爾來訴訟法學ニ於テモ一般ニ『訴訟要件』若クハ『訴訟成立要件』ト稱シ來タレルモノハ、之ヲ『起訴行爲ノ適法要件』及ヒ『本案訴訟ノ開始要件』ニ區別スルヲ以テ學理上正當トスヘシ。以下吾人ハ此名稱ヲ襲用スヘシ。

一 起訴行爲ノ適法要件

(一) 觀念

(二) 訴提起ノ方式

(1) 通常ノ方式

(一) 起訴行爲ノ適法要件トハ訴ハ提起卽起訴行爲カ適法ナルカ爲メニ必要ナル要件ヲ云フモノナリ。

現行訴訟法ニ依レハ、訴ノ提起ハ未タ訴訟ノ開始セラレサルニ當タリテナスヲ原則トシ、此ノ場合ニハ通常ハ方式ニ依ルヘキナリト雖モ(訴一九〇)、擊屬セル訴訟ノ口頭辯論ニ於ケル新訴ノ提起ヲ認ムル場合アリ且此ノ場合ニハ特別ハ方式ニ依ルヘキモノトシタリ(訴二一二、二二二)。

(1) 通常ノ方式ニ依ルヘキ場合ニハ、訴ノ提起ハ訴狀ヲ裁判所ニ差出シテ爲スモノニシテ、其訴狀ニハ要素タル事項ヲ記載スルコトヲ要シ(訴一九〇條二項)且準備書面トシテノ記載事項ヲ記載スルヲ可トシ(同三項及一〇五)更ニ法定額ノ印紙ヲ貼用スルコトヲ要ス(訴訟用印紙法二乃至四條及ヒ一一條)。而シテ裁判長ハ差出サレタル訴狀ニ付キ果シテ要素タル事項カ記載セラレ且法定額ノ印紙カ貼用セラレタルヤヲ審理シ、此點ニ付キ欠缺アルトキハ其補正ヲ命スヘク、又原告カ此命令ニ從ハサルトキハ訴狀ヲ差戻サルヘカラス(訴一九二)、反之訴狀ノ要素タル事項カ記載セラレ且法定額ノ印紙カ貼用セラレタルコトヲ認ムル場合ニハ口頭辯論期日ヲ定メテ訴狀ヲ被告ニ送達セサルヘカラス訴一九三)。而カモ、右口頭辯論期日ハ指定タルヤ、畢竟裁判長カ訴狀ノ適法ナルコトヲ認メタルニ基クモノナルカ故ニ、裁判長ノ右期日指定裁判アリタルトキハ訴狀ノ差出カ適法ナルコトハ一應確定セラレタルモノト見サルヘカラス、從テ訴ノ提起ハ訴狀ノ差出ヲ以テ爲ストスル我訴訟法ノ主義ヨリスルトキハ(訴一九〇條)、本來右裁判長ノ裁判アリタルトキハ、訴狀差出ノ時ニ溯及シテ訴訟物ノ權利拘束ヲ生スヘキ理ナリ。故ニ第一九五條第一項ニ於テ訴訟物ノ權利拘束ハ訴狀ノ送達ニ因リテ生ストシタルハ、訴ノ提起ニ關スル第一九〇條從テ又第三條一項)ノ規定ト相抵觸スルモノト云ハサルヘカラス註【一】。

權利拘束發生ノ時期

註【一】 獨逸訴訟法ニ於テハ『訴ノ提起ハ訴狀ヲ被告ニ送達シテ爲ス』ト規定スルカ故ニ(同法二五三條一項)、訴訟物ノ權利拘束ハ起訴ノ時(卽訴狀ノ送達)ノ時ヲ以テ發生シ(同法二六三條)又訴訟物ノ價格ハ起訴ノ時ニ依リテ定ムヘシ(同法四條)

現行法ノ立法技術上ノ欠缺

トセルハ正當ニシテ、立法上何等ノ闕隙ナシ、唯「訴ノ提起ハ訴狀ヲ被告ニ送達シテ爲ス」トスル主義カ果シテ實際ノ便宜ニ合スルヤノ根本問題ヲ殘スノミナリ。

然ルニ、

我訴訟法ハ獨逸訴訟法ノ認ムル訴狀ノ送達主義ヲ以テ實際ノ便宜ニ合セストシ（而シテ其ハ正當ナリ）從テ『訴ノ提起ハ訴狀ヲ裁判所ニ差出シテ爲ス』トナセルモノナルカ故ニ（訴一九〇條）、右立法上ノ主義ヲ一串セントセハ、必然訴訟物ノ權利拘束ハ起訴ノ時（卽チ訴狀カ差出サレタル時）ヲ以テ發生スト爲サザルヘカラス。而カモ現行法ハ事茲ニ出テス、『訴訟物ノ權利拘束ハ訴狀ノ送達ニ因リテ生ス』ト規定シタルカ故ニ（訴一九五條一項）、立法上ノ闕隙ヲ生シタリ。卽チ一方ニ於テハ（1）訴狀ノ差出サレタル時ヨリ之カ被告ニ送達セラルルマテハ起サレタル訴訟ハ果タシテ裁判ニ繫屬シタルヤ若クハ未タ繫屬セサルヤノ解釋上ノ疑問ヲ生スルニ至レリ。學說ニハ權利拘束ト訴訟物ノ權利拘束トヲ區別シ、訴訟ノ權利拘束ハ訴狀ノ差出ニ因リテ生ストシ雖モ、訴訟物ノ權利拘束ハ訴狀ノ送達ニ因リテ生ストシテ之ヲ說明セントスル見解ヲ生シタリ。然レトモ訴訟物ニ關セサル訴訟ナルモノハ存スルコト能ハサルカ故ニ、右見解ハ非ナリト云ハサルヘカラス。他方ニ於テハ又（2）訴訟物ノ權利拘束ハ効力トシテ、權利拘束ノ發生後ハ（訴狀ノ送達後）訴訟物ノ價格ニ增減アルモ、受訴裁判所ノ管轄ハ變換セサルモノトシタリト雖モ（訴一九五條二項三號）、訴訟物ノ價格ハ起訴ノ日時（卽チ訴狀差出ノ時）ニ於ケル價額ニ依リテ算定シ（訴三條一項）之ニ依リテ專物管轄ヲ決スヘキモノトナセルカ故ニ、起訴ノ時ヨリ訴狀送達ノ時ニ至ルマテノ訴訟物ノ價格ノ變動ハ、裁判所ノ事物管轄ニ影響ヲ及ホサザルヲ得サルノ結果トナリ、到底實際ノ便宜ニ合スルモノト云フヲ得ス。

（2）特別ノ方式

權利拘束發生ノ時期

（2）特別ノ方式ニ依ルヘキ場合ニ於テハ、訴ノ提起ハ口頭辯論ニ於テ當事者ノ一方カ他ノ一方ニ對シ、何レノ法律關係ヲ訴訟物トシ、如何ナル內容ノ判決アランコトヲ要求スルヤヲ口頭ヲ以テ主張シテ爲スモノニテ（尤モ地方裁判所ニ於ケル訴訟手續ニ在リテハ、右訴ノ申立ハ判決ヲ求ムヘキ事項ノ申立ニ外ナラサルカ故ニ書面ニ基キテ讀ミ上ケサルヘカラス、訴二二二）此ノ場合ニハ口頭ニ依リテ訴カ提起セラルルヤ直チニ訴訟物ノ權利拘束ヲ生スルモノトシタリ（訴二一二）。

二　起訴行爲ノ適法要件タル事項

訴提起ノ方式ハ上述ノ如クナルカ故ニ、起訴行爲ノ適法要件タル事項ヲ知ルコトヲ得。即チ、

(1) 訴狀ニ少クモ其要素タル事項ヲ記載シ且之ニ法定額ノ印紙ヲ貼用スルコト(訴一九〇條二項、訴訟用印紙法二乃至四、及ヒ一一)

(2) 右訴狀ヲ裁判所ニ差出スコト(訴一九〇條一項)　訴狀ヲ差出スハ畢竟裁判所ニ一定內容ノ判決ヲ求ムル申立ヲ爲スモノニシテ訴訟行爲ナルカ故ニ、該申立ヲ爲ス者即原告カ訴訟能力ヲ有スルコト、無能力者タル場合ニハ法定代理人ニ依リテ代表セラルルコト、又訴訟代理人ニ依リテ訴狀ヲ差出サントスル場合ニハ其者カ訴訟代理權ヲ有スルコトハ起訴行爲ノ適法要件ニ屬スルモノト云ハサルヘカラス。

反之、被告カ能力者タルコト又無能力者タル場合ニハ法定代理人ニ依リテ代表セラルルコトハ起訴行爲ノ適法要件ニ屬セス。是レ訴狀ノ要素タル當事者ノ表示トシテハ單ニ被告カ其同一ヲ認メラルヘキ標準ヲ示シテ(即チ人違ヒナキカ如ク)之ヲ表示スレハ足リ、然カモ訴ノ提起ハ訴狀ヲ裁判所ニ差出シテ爲スモノニシテ、何等被告ノ協力ヲ必要トセサルカ故ナリ。

(3) 訴訟法上許サレタル種類ノ訴訟手續ヲ選ミタルコトヲ要ス。訴訟法上許サレタル種類ノ訴訟手續ニ依ルヘキモノトシテ訴カ起サレタル場合ニ非サレハ起訴行爲ハ不適法ナリ(Hellwig, Lehr II S. 14., System, I S 248)。即チ、(イ)婚姻事件、養子緣組事件、親子關係事件、隱居事件、相續人廢除事件等人事訴訟手續ニ依リテ審理セラルヘキ請求ヲ、通常訴訟手續若ハ證書訴訟手續ニ依ルヘキモノトシテ起シタル場合ニハ、起訴行爲ハ不適法ナリ。又(ロ)特種ノ訴訟手續ニ依ルヘキモノトシテ訴ヲ起シタル場合ニ於テ其手續ニ依ルヘキ要件カ具備セサルトキモ亦同一ニ解ササルヘカラス。例ハ證書訴訟若クハ爲替訴訟手續ニ依ルヘキモノトシテ訴ヲ起シタルニ拘ハラス、其請求ノ理由タル事實ヲ證書ニ依リテ證スルコトヲ得サル場合ノ如シ(訴四八四)。又

(4) 請求ヲ併合シテ訴ヲ起ス場合ニハ、其併合カ適法ナルコトヲ要ス。請求併合ノ適法要件ハ第一九一條ノ規定スル所ナリ(詳細ハ第二巻第二部第二門ノ説明参照)。請求併合ノ適法要件ニ合セサル場合ニハ、其請求ハ訴提起ノ方式ニ依ラシテ起コサレタルモノナルカ故ニ、其起訴行爲カ不適法ナルコトハ明白ナリ。故ニ、請求ヲ併合シテ訴ヲ起ス場合ニハ併合ノ適法要件カ存スルコトハ起訴行爲ノ適法要件ニ屬スルモノト解スヘキナリ(Hellwig. Lehrbuch II S. 14)

三 本案訴訟ノ開始要件

(一) 概念

(一) 起訴行爲カ適法ナルトキハ訴訟ハ裁判所ニ繫屬スルカ故ニ裁判所ハ起サレタル訴ニ付キ審理スヘキ義務ヲ負フルニ至ルト雖モ、裁判所ハ本案ニ關スル審理即權利保護要件ニ關スル審理ヲ開始スルニ先チ「當裁判所ハ果シテ此當事者間ニ於ケル、此ノ訴訟事件ニ關シ本案ノ審理ヲ爲スコトヲ得ルヤ」換言セハ果シテ本案訴訟ノ開始要件カ具備セルヤヲ審理セサルヘカラス(本案的ノ手續)。——而シテ、我訴訟法ニ於テハ本案訴訟ノ開始要件タル事項中或ルモノカ缺ケ若クハ又訴訟障礙タル事項カ存スル場合ニハ、被告ハ妨訴抗辯ヲ提出シテ本案ノ辯論ヲ拒絶スルコトヲ得ルモノトシタルカ故ニ(訴二〇六、二〇七)、本案訴訟ノ開始要件タル事項カ何タルカハ妨訴抗辯ニ關スル民訴第二〇六條ノ規定ヲ參照シテ決セサルヘカラス。

(二) 此要件ニ關スル事項

(二) 本案訴訟ノ開始要件タル事項ハ當事者、訴訟物及ヒ裁判所ニ關スルモノニ大別スルコトヲ得。即チ左ノ如シ

(1) 當事者ニ關シテハ、

(イ) 原告及ヒ被告カ當事者能力ヲ有スルコト

(ロ) 原告及ヒ被告カ訴訟能力ヲ有スルコト、無能力者タル原告又ハ被告ハ法定代理人ニ依リテ代表セラルコト、準禁治産者ニ在リテハ保佐人ノ立會、妻ニ在リテハ夫ノ許可ヲ受クルコト(訴二〇六條二項四號—尙ホ本書第一巻第一部訴訟能力ノ説明参照)

(ハ) 原告若クハ被告カ訴訟代理人ニ依リテ訴訟ヲ爲ス場合ニハ其代理人カ訴訟代理權ヲ有スルコト、又

(2) 訴訟物ニ關シテハ

(イ) 內國ノ裁判權ニ服スル事件ナルコト

(ロ) 無訴權ニ非ルコト換言セハ民事裁判事項ニ屬シ從テ行政事項若クハ刑事事項ニ非ルコト(訴二〇六條二項一號)

(ハ) 通常裁判所ノ裁判權ニ服スル事件ナルコト卽チ特別裁判所ノ裁判權ニ服スル事件ニ非ルコト

(3) 裁判所カ管轄權ヲ有スルコト(訴二〇六條二項二號)

之ナリ。此等ノ事項ニ付キテハ各其處ニ於テ說明シタルカ故ニ再說セス(本書第一卷第一部參照)

四 起訴行爲ノ適法要件及ヒ本案訴訟ノ開始要件タル事項ノ存スルコトヲ要スル時期

(一) 起訴行爲ノ適法要件タル事項ハ訴提起ノ時ニ存スルコトヲ要シ又之ヲ以テ足ルコトハ,該要件ノ性質上當然ナリト云ハサルヘカラス(Weismann, Lehrb. I. § 89; Hellwig Lehrb. II S. 15)

(二) 本案訴訟ノ開始要件タル事項ハ訴訟物ハ權利拘束發生ノ時ヨリ

四 存スルコトヲ要スル時期

(一) 起訴行爲ノ適法要件タル事項ノソレ

(二) 本案訴訟ノ開始要件タル事項ノソレ

(1) 權利拘束發生ノ時ニ於ケル欠缺

(2) 權利拘束發生後ノ欠缺

其消滅ノ時ニ至ルマテ常ニ存スルコトヲ要スルモノト解スヘカラス。

從テ

(1) 權利拘束發生ノ時既ニ本案訴訟ノ開始要件タル事項カ具備セサル場合ニハ訴ヲ不適法トシテ却下スル判決ヲ爲ササルヘカラス。尤モ(イ)訴訟能力,當事者能力,法定代理若クハ訴訟代理ノ欠缺セル場合ニハ補正ヲ條件トシテ一時假ニ訴訟ヲ爲スコトヲ許シテ補正期間內ニ補正セラルルヤ否ヤヲ俟ツコトヲ得(訴四五條二項,七〇條二項),當事者能力ニ付キテモ亦タ同樣ニ解スヘキナリ。又(ロ)權利拘束發生ノ時裁判所カ法定ノ管轄ヲ有セサルモ被告カ異議ヲ述ヘスシテ本案ノ口頭辯論ヲ爲シタルトキハ,之ニ因リテ應訴ニ因ル管轄ヲ生スルカ故ニ(訴三〇),訴ノ却下ヲ爲スコトヲ要セサルニ至ルコトハ嘗テ述ヘタルカ如シ(本書第一卷第一部)。又

(2) 權利拘束ノ發生後ニ本案訴訟ノ開始要件タル事項カ缺ケタル場合ニハ直チニ訴ヲ却下スヘキ理ナリト雖モ,訴訟法ハ此ノ結果ヲ避クルカ爲メ訴訟手續ノ中斷及ヒ其受繼ナル制裁ヲ認メタリ。卽チ(イ)權利

拘束ノ發生後ニ當事者能力、訴訟能力、法定代理權及ヒ訴訟代理權カ缺ケタル場合ニハ訴訟手續ヲ中斷シ、從テ其承繼人、新法定代理人、本人若クハ訴訟代理人又ハ相手方ニ於テ中斷中ノ訴訟手續ヲ受繼シテ訴訟ヲ續行シ得ルモノトシ(訴一七八、一八〇、一八三)依リテ訴ノ却下ヲ防キタリ。又(ロ)受訴裁判所カ權利拘束發生ノ時ニ管轄權ヲ有スルトキハ、其後管轄ヲ定ムル事情ニ變更アルモ受訴裁判所ノ管轄ニハ影響ナキモノトセルカ故ニ(訴一九五條二號)、此場合ニ於テモ亦タ訴ノ却下ヲ必要トスルコトナシ。

約言セハ(1)訴ノ却下ヲ防止スルカ爲メ、訴訟法カ特ニ前示(1)(イ)(ロ)及ヒ(2)(イ)(ロ)ノ規定ヲ設ケタルハ、畢竟斯ル規定ナキ限リハ、本案訴訟ハ開始要件タル事項ハ訴訟物ノ權利拘束發生ノ時ヨリ其消滅ノ時ニ至ルマテ常ニ存スルコトヲ要スト爲スニ因ルモノト云ハサルヘカラス。——尙ホ(2)裁判所ハ訴訟ハ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス職權ヲ以テ訴訟能力若クハ法定代理ニ欠缺ナキヤ否ヤヲ調査スヘシトセルニ顧ミルモ(訴四五條一項)訴訟法カ訴訟能力及ヒ法定代理等ハ權利拘束ノ發生後其消滅ニ至ルマテ常ニ存スルコトヲ要スト爲セルコトヲ知ルコトヲ得ヘシ注[二]。此點ハ、權利保護要件タル事項カ判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ存スルコトヲ要シ又之ヲ以テ足ルト異ナル所ナリ。(上述三九頁)

本案訴訟ノ開始要件タル事項ハ判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ存スルヲ以テ足ルヤ獨逸學界ニ於ケル見解

注[二] 獨逸ノ學說ニ於テハ、我訴訟法第三〇條ニ該當スル同法第三九條ノ規定ヲ根據トシ、權利拘束發生ノ時受訴裁判所カ管轄權ヲ有セサルモ、被告カ管轄違ノ申立ヲ爲サスシテ本案ノ辯論ヲ爲シ因リテ管轄權ヲ生シ、其結果判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ於テ裁判所カ管轄權ヲ有スル場合ニハ本案判決ヲ爲スコトヲ妨ケサルカ故ニ、管轄以外ノ他ノ事項ニ付キテモ亦々同樣ニ論スルコトヲ得ヘシトナシ、從テ本案訴訟ノ開始要件タル事項カ權利拘束發生ノ時ニ具備セサリシ場合ニ於テモ苟クモ判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ存スレハ又之ヲ以テ足ルトナス見計ヲ生スルニ至タレリ(Weismaun Lehn § 89., Entscheidug d. Reichsgerichts Bd. 52 Nr. 36 u. Bd. 42 nr. 65)

然レトモ右見解ハ非ナリト云ハサルヘカラス。何トナレハ(1)被告ノ應訴ニ因

リ管轄權ヲ生スル場合(訴三〇)ヲ視ルニ、權利拘束發生ノ時ニ受訴裁判所カ管轄權ヲ有セサルニ拘ハラヌ、被告カ管轄違ノ申立ヲ爲サスシテ本案ノ辯論ヲ爲シタルトキハ、之ニ因リ其裁判所ノ管轄權ヲ生ストナスモノナリト雖モ、其法意ハ應訴ノ時ヨリ管轄權ヲ生スト云フニハ非スシテ權利拘束發生ノ時ニ溯リヲ管轄權ヲ生シタリトナスナリ(訴訟能力、法定代理欠缺ノ場合ニ於ケル補正卽チ追認カ溯及シテ訴訟行爲ヲ有効トスルト一般ナリ)。サレハ、第三十條ノ規定ハ論者ノ解スルカ如ク受訴裁判所ノ管轄權ハ判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ存スルヲ以テ足ルトナス規定ニ非スシテ、寧ロ受訴裁判所ノ管轄權ハ權利拘束發生ノ時ヨリ其消滅ノ時マテ常ニ存スルコトヲ要スト云ヘル原則ヲ前提スルカ爲メニ認メラレタル規定ナリト云ハサルヘカラス。故ニ暫ク論者ノ所說ニ從ヒ、管轄以外ノ事項ニ付キテモ亦タ第三十條ノ類推適用ヲ許スモノナリト假定スルモ、其結果ハ論者ノ見解ニ反スヘキナリ。殊ニ、(ロ)無能力者若クハ法定代理權ヲ有セサル自稱法定代理人又ハ訴訟代理權ヲ證明スルコトヲ得サル自稱訴訟代理人ニ補正ヲ條件トシテ一時訴訟ヲ爲スコトヲ許シタル場合ヲ視ルニ、其補正ハ追認ニ依リテ爲シ、而カモ追認ハ過去ニ爲サレタル無能力者、自稱法定代理人若クハ自稱訴訟代理人ノ無効ノ訴訟行爲ヲ溯及シテ有効トナスモノニシテ、裁判所ハ右追認ニ因リテ初メテ、一時訴訟ヲ爲スコトノ許可ニ基キテ爲サレタル訴訟行爲ヲ基本トシテ終局判決ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ(訴四五條二項、七〇條三項)。而カモ、此ノ結果カ論者ノ主張ニ反スルコトハ明ナリ。是レ論者ノ主張ニシテ正當ナランカ、訴訟能力、法定代理、訴訟代理權ハ判決ニ接着スル口頭辯論終結ノ時ニ存スレハ足リ、敢テ補正卽チ追認ニ依リテ過去ニ爲サレタル訴訟行爲ヲ溯及シテ有効トスルノ要ヲ見サルカ故ナリ。

五 起訴行爲ノ適法要件及ヒ本案訴訟ノ開始要件タル事項ノ存否ノ審査、審査ノ順序及ヒ欠缺ノ効果

(一) 存否ノ審査、　起訴行爲ノ適法要件並ニ本案訴訟ノ開始要件ハ何レモ裁判所カ起サレタル訴ニ付キ審理シ且審理ノ結果ニ從ヒテ判決ヲ爲スヘキ義務アリヤ否ヤニ關スルモノナルカ故ニ、裁判長若クハ裁判所カ職權ヲ以テ斟酌スヘキ事項ナルコトハ論ヲ俟タス。卽チ

(1) 起訴行爲ノ適法要件

(2) 本案訴訟ノ開始要件

管轄權ノ存否ト職權斟酌

(1) 起訴行爲ノ適法要件ハ(イ)裁判長先ツ職權ヲ以テ斟酌スヘキモノナリト雖モ(訴一九二、一九三、訴訟用印紙法一一)、裁判長カ其存在ヲ認メタルトキト雖モ裁判所ハ更ニ職權ヲ以テ其存否ヲ斟酌スヘキナリ。又

(2) 本案訴訟ノ開始要件タル事項中、訴訟能力及ヒ法定代理ノ存否ハ訴訟ノ如何ナル程度ニアルヲ問ハス裁判所職權ヲ以テ斟酌スヘキモノニシテ(訴四五)、訴訟代理權ノ存否モ亦タ然リ(訴七〇條一項)。此他ノ事項卽チ當事者能力、內國ノ裁判權、無訴權ニ非ルコト、通常裁判所ノ裁判權及ヒ受訴裁判所ノ管轄權ニ付キテハ同樣ノ明文ナシト雖モ、當事者能力ニ付キテハ訴訟能力ニ關スル規定ノ類推ニ依リテ同一ニ解釋スヘク、又內國ノ裁判權、無訴權ニ非ルコト、通常裁判所ノ裁判權並ニ受訴裁判所ノ管轄權ニ付キテハ、恰モ當該ノ裁判所カ其訴訟事件ニ付キ審理シ且裁判スル權限ヲ有スルヤニ關スルカ故ニ、職權ヲ以テ其存否ヲ斟酌スヘキハ固ヨリ當然ナリト云ハサルヘカラス。——學說ニ於テハ、專屬管轄ハ職權斟酌ニ屬スト雖モ、非專屬管轄(卽チ合意管轄ノ可能ナル管轄)ハ職權斟酌ニ屬セストスル見解アリ[三]。畢竟、被告カ管轄違ノ申立ヲ爲サスシテ本案ノ辯論ヲ爲ストキハ之ニ因リテ受訴裁判所ノ管轄權ヲ生スルカ故ニ(訴三〇、三一)假令權利拘束發生ノ時受訴裁判所カ管轄權ヲ有セサルモ直チニ職權ヲ以テ之ヲ斟酌スヘキモノニ非ストナスモノナリ。然レトモ、被告カ果シテ(イ)管轄違ノ申立ヲ爲サスシテ、(ロ)本案ノ辯論ヲ爲シタルヤ否ヤ、換言セハ被告ノ應訴ニ因ル管轄權カ生シタルヤ否ヤハ裁判所職權ヲ以テ斟酌スルコトヲ要スルカ故ニ、合意管轄ノ可能ナル場合ニ於テモ、受訴裁判ハ職權ヲ以テ管轄權ヲ有スルヤ否ヤヲ斟酌スヘキナリ。唯、權利拘束發生ノ時ニ於テ受訴裁判所カ管轄權ヲ有セサルモ、苟クモ被告カ管轄違ノ申立ヲ爲サスシテ本案ノ辯論ヲ爲ストキハ、應訴ニ因ル管轄權ヲ生スルカ故ニ、受訴裁判所ハ直チニ其管轄違ニ基キテ訴ヲ却下スルコトヲ得ス、被告カ管轄違ノ申立ヲ爲スヤ若クハ又此ノ申立ヲ爲サスシテ本案ノ辯論ヲ始ムルヤヲ俟チテ裁判スヘキノミニシテ、職權ヲ以テ斟酌スヘキコトニ付キテハ影響ナシ。

註【三】例ハ Stein (V zu § 274 cpo) ハ合意管轄ヲ爲シ能ハサル場合ニ限リ管轄違ハ職權ヲ以テ斟酌スヘキモノトシタリ。

(二) 審査ノ順序

(1) 起訴行爲ノ適法要件ニ屬スル事項ノ存否ハ、本案訴訟ノ開始要件ニ屬スル事項ニ先チテ調査スヘキハ其性質上當然ニシテ、論理ノ要求スル所ナリ。又

(2) 本案訴訟ハ開始要件ニ屬スル事項ノ存否ハ、固ヨリ權利保護要件タル事項ニ先チテ調査スヘキモノナリト雖モ、相互ノ間ニ於テ何レヲ先ニシ何レヲ後ニスヘキヤニ付キテハ、別ニ法律ニ規定スル所ナク又論理上當然ノ順序モ存スルコトナシ註【四】。尤モ、合意若クハ應訴ニ因リテ裁判所ノ管轄權ヲ認メントスル場合ニハ、其合意(訴訟契約)若クハ應訴ナル訴訟行爲ノ有效ナルコトヲ前提トスルカ故ニ、此ノ場合ニハ合意ノ當事者若クハ應訴シタル被告カ訴訟能力ヲ有スルヤ、之ヲ有セサル場合ニハ法定代理人ニ依リテ代表セラレタルヤ、訴訟代理人ニ依リタル場合ニハ果シテ訴訟代理權カ存スルヤノ調査ヲ先ニスヘキコトハ論ヲ俟タス。

註【四】起訴行爲ノ適法要件ニ關スル調査ヲ先ニスヘキコトハ學說ノ亦認ムル所ナリ (Hellwig. System I S. 254.) 本案訴訟ノ開始要件タル事項ノ調査ニ付キテハ論理上當然ノ順序ナシトスルハ Hellwig (System I S. 254.) ノ認ムル所ナリト雖モ異見ナキニ非ス (Levy in ZZP. 20 S. 87., Seuffert., Stein zu § 274 CPO)。

(三) 欠缺ノ效果

(1) 起訴行爲ノ適法要件カ缺ケタルコトヲ(イ)裁判長カ認メタルトキハ補正期間ヲ定メテ欠缺ノ補正ヲ命スヘク、原告カ此命令ニ從ハサルトキハ訴狀ヲ差戻ササルヘカラス(訴一九二)訴訟用紙法一一)(ロ)裁判長カ起訴行爲ノ適法要件ノ存在ヲ認メ、從テ口頭辯論期日ヲ指定シタル後ニ於テモ(訴一九三)裁判所カ起訴行爲ノ適法要件ノ欠缺ヲ認メタルトキハ訴ヲ却下スル判決ヲ爲ササルヘカラス註【五】。

(2) 本案訴訟ノ開始要件タル事項カ(イ)權利拘束發生ノ時ニ於テ既ニ欠ケタルコトヲ裁判所カ認メタルトキハ、訴ヲ却下スル判決ヲ爲スヘ

訴ノ却下ト
訴訟却下

キナリ。——尤モ(a)被告ノ應訴ニ因リテ管轄ヲ生シタル場合、並ニ(b)補正ヲ條件トシテ一時訴訟ヲ爲スコトヲ許ルシタル場合ニ於テ其補正アリタルトキハ固ヨリ此限ニ在ラス(訴四五、七〇)註「五」。又(ロ)權利拘束ノ發生後訴訟ノ進行中ニ本案訴訟ノ開始要件タル事項カ欠ケタル場合ニ於テ、訴訟手續ノ中斷及ヒ其受繼ノ手續ニ依ルコトヲ得ヘキトキハ、固ヨリ之ニ依ルヘキナリ。然レトモ訴訟手續ノ中斷及ヒ受繼ノ手續ニ依ルコトヲ得サル場合ニハ等シク訴ヲ却下スル判決ヲ爲ササルヘカラス。

註「五」 起訴行爲ノ適法要件タル事項カ缺ケタル場合ニハ『訴ヲ不適法トシテ却下スル判決』(Klagabweisung)ヲ爲シ、又本案訴訟ノ開始要件タル事項ノ欠缺ヲ認ムル場合ニハ『訴訟ヲ不適法トシテ却下スル判決』(Processabweisung)ヲ爲スヘシトスルハ一案ナルヘシト雖モ、兩要件ノ何レカ缺ケタルモノナルヤヲ判決ノ形式ニ顯ハスノ實益ハ必スシモ存セサルノミナラス、訴訟法學ニ於テハ右何レノ場合ニ於テモ『訴ヲ不適法トシテ却下スル判決』(Processabweisung)ヲ爲スヘキモノナリトスルカ故ニ暫ク此ノ用語例ニ從ハントス。

起訴行爲ノ適法要件若クハ本案訴訟開始要件ノ欠缺ノ主張ト抗辯

一 概念

第二項 訴訟上ノ障礙(訴訟法上ノ抗辯權)

參考 Bülow, Processeinrede u. Processvoraussetzuugen (1808)., Planck, Arcbiv. civ. Pr. Bd 62 s 57, Bd 64 s 31; Planck Lehrb. II § 40; Hellwig Lehrb. I §§ 27/8; System I § 99 s. 251 f; Kohler, Enz. II § 47., Kommentare zu § 274 cpo.

一 概念

起訴行爲ノ適法要件及ヒ本案訴訟ノ開始要件タル事項(卽チ所謂訴訟要件タル事項)ハ、本案ノ審理ヲ開始スルカ爲メ必要ナル要件(Voraussetzungen)ナルカ故ニ、假令當事者殊ニ被告カ其欠缺ヲ主張セサル場合ニ於テモ裁判所ハ職權ヲ以テ其存否ヲ斟酌スヘク、苟クモ其欠缺ヲ認メタル場合ニハ(原告ノ陳述ヨリ其欠缺カ顯ハレタル場合ナルト否トヲ問ハス)訴ヲ却下スル判決ヲ爲ササルヘカラス。サレハ、被告カ起訴行爲ノ適法要件タル事項若クハ又本案訴訟ノ開始要件タル事項ノ欠缺ヲ主張スル場合ニ於テモ、其ハ要件ノ欠缺ヲ主張スルモノ卽チ抗辯(私法學ノ用語ニ從ヘハ Einwand 訴訟法學ニ於テハ Einrede ト云フ)ヲ行使スルモノニハ非ス。——現行訴訟法ハ本案ノ若クハ Einrederecht、訴訟法學ニ於テハ等シク Einrede ト云フ)ヲ爲スモノニシテ抗辯權(私法學ノ用語ニ依レハ Einrede

開始要件タル事項ノ或ルモノ欠缺ノ主張(卽チ無訴權ノ抗辯,裁判所管轄違ノ抗辯,訴訟能力從テ又當事能力ノ欠缺若クハ法律上代理ノ欠缺ノ主張ヲ以テ妨訴抗辯ト爲シタリト雖モ(訴二〇六條二項),何レモ其性質ハ要件ノ欠缺ヲ主張スルモノニシテ,訴訟法上ノ抗辯權(Einrederecht)ノ存在ヲ主張シテ之ヲ援用スルモノニハ非ス。反之,所謂

訴訟上ノ障礙(Proceshinderniss)ノ存在ヲ主張スルハ,訴訟法上ノ抗辯權(Einrederecht)ノ存在ヲ主張スルモノニ外ナラス。蓋シ私法學ニ於テ抗辯權(Einrede, Einrederecht)ト稱スルハ,給付(辨濟)ヲ拒絕スル權利(Leistungsverweigerungsrecht)ナリ,卽チ當事者ノ一方カ債權ヲ有シ從テ他ノ一方ハ債務ヲ負擔スルニ拘ハラス其目的タル給付ヲ拒絕スルコトヲ得ル權利(反對權)ヲ謂フモノナリ。翻リテ訴訟法上ノ關係ヲ視ルニ,(イ)起訴行爲ノ適法要件カ存スル場合ニハ受訴裁判所ハ起サレタル訴ニ付キ審理シ且審理ノ結果ニ從ヒテ判決ヲ爲スヘク,更ニ又(ロ)本案訴訟ノ開始要件タル事項カ具備スル場合ニハ,受訴裁判所ハ本案請求ニ付キ審理シ且其結果ニ從ヒ

テ本案判決ヲ爲スヘキ義務ヲ負フト同時ニ本案ニ付キ審理シ且裁判スルコトヲ得,從テ又被告ハ其審理及ヒ裁判ニ服スヘキ義務ヲ負フニ拘ハラス,訴訟法ハ被告ニ於テ訴訟上ノ障礙アリトスル場合ニハ其存在ヲ主張シテ本案ノ辯論ヲ拒絕スルコト得ルモノトシタリ(訴二〇七)。約言セハ起訴行爲ノ適法要件並ニ本案訴訟ノ開始要件カ具備セル場合ニハ裁判所ハ本案ノ審理及ヒ裁判ヲ爲スコトヲ得又被告ハ其審理及ヒ裁判ヲ受クヘキ義務アルニ拘ラス,訴訟上ノ障礙ノ存スル場合ニハ被告ハ其存在ヲ主張シテ本案ノ審理及ヒ裁判ヲ拒絕スルコトヲ得ルモノナルカ故ニ,此場合ニハ被告ハ本案ノ辯論ヲ拒絕スル權利(反對權)卽チ訴訟法上ノ抗辯權(Processrechtliche Einrederecht)ヲ主張シ之ヲ援用スルモノト解ササルヘカラス。所謂訴訟上ノ障礙タル事項ハ,右訴訟法上ノ抗辯權ヲ生スヘキ法律要件(Thatbestand)タルニ過キス。サレハ訴訟法カ『妨訴抗辯』ト稱シタルハ,訴訟上ノ障礙ノ存在ヲ主張スル場合ニハ當タレルモノト云ハサルヘカラス。註【1】

被告ノ援用ヲ要ス

斯タノ如タ、訴訟上ノ障礙ノ存在ヲ主張スルハ、訴訟法上ノ抗辯權ヲ援用スルモノニ外ナラサルカ故ニ、抗辯權者タル被告カ其存在ヲ主張シ抗辯權ヲ援用シタル場合ニ非サレハ裁判所ハ之ヲ斟酌シテ裁判ヲ爲スコトヲ得ス。裁判所ハ啻ニ(イ)職權ヲ以テ訴訟上ノ障礙ノ存在ヲ斟酌スルコトヲ得ササルノミナラス、假令(ロ)相手方タル原告ノ陳述ヨリシテ訴訟上ノ障礙ノ存スルコト顯ハレタル場合ニモ、苟クモ抗辯權者タル被告カ其存在ヲ主張セサル限リハ裁判所ハ訴訟上ノ障礙ノ存在ヲ斟酌シテ裁判ヲ爲スコトヲ得ス。

註【一】 妨訴抗辯中、(イ)訴訟上ノ障礙ノ存在ヲ主張スル抗辯ハ、訴訟法上ハ抗辯權(反對權)ヲ援用スルモノナルコトヲ明ニシタルハ Hellwigノ功績ナリ(Hellwig. Lehrbuch Pd I § 27/8., System Bd I § 99 s 252 f.)

註【二】 我訴訟法カ『妨訴抗辯』ト爲セルモノハ、本文所述ノ如ク或ハ本案訴訟ノ開始要件タル或ル事項ノ欠缺ヲ主張スルモノタリ、或ハ又訴訟上ノ障礙ノ存在ヲ主張スルモノタリ。被告カ之ヲ主張スルコトニ因リテ本案ノ辯論ヲ拒絕スルコトヲ

二 訴訟上ノ障礙タル事項
(一) 其性質及ヒ事項

得ト云フ訴訟法上ノ効力ニ於テハ同一ナリト雖モ其性質ハ全然異ナレリ、前者ハ要件ノ欠缺ノ主張ニシテ所謂抗辯(Einwand タルニ過キサルニ反シ、後者ハ訴訟法上ノ抗辯權即チ反對權(Gegenrecht)ノ存在ヲ主張スルモノニ外ナラス。——要スルニ、妨訴抗辯ニ關スル民訴第二〇六條及ヒ第二〇七條ノ規定ハ異質同効ノモノヲ雜然ト規定シタルモノニシテ、立法技術上當ヲ得タルモノト云フヲ得ス。尙ホ妨訴抗辯ノ提出及ヒ其裁判等ニ付キテハ「訴訟關係ノ發展」ノ說明ヲ參照スヘシ(後述第三部)。

二 訴訟上ノ障礙タル事項

(一) 訴訟上ノ障礙タル事項ハ、訴訟法上ノ抗辯權ノ發生ニ必要ナル法律要件(Thatbestand)ナリ。即チ

(1) 同一ノ當事者間ニ於テ同一ノ訴訟物ニ關スル訴訟カ他ニ繫屬スルコト、換言セハ同一ノ訴訟物ニ關シ他ニ權利拘束カ存スルコト(權利拘束ノ抗辯、訴一九五條二項一號及ヒ六條二項三號)

(2) 原告又ハ原告ノ從參加人タル外國人カ其負擔ニ歸スルコトア

ルヘキ訴訟費用ノ爲メ保證ヲ立ツヘキ場合ニ於テ訴八八)、其保證ヲ立テサルコト(訴訟費用保證欠缺ノ抗辯、訴二〇六條二項五號及ヒ

(3) 訴ヲ取下ケ、從テ其訴訟ニ因リテ生シタル費用ヲ負擔スヘキ原告カ(訴七二條二項)其費用ヲ辨濟セスシテ取下ケタル訴ヲ再ヒ起シタルコト(前訴訟費用末濟ノ抗辯(訴一九八條五項及ヒ二〇六條二項六號)之ナリ。詳細ハ訴訟法律關係發展ノ說明ニ讓ルヘシ註【三】【四】。

註【三】 民訴第二〇六條ニハ右ノ外尙ホ『延期ノ抗辯』ヲ認メタリ(第二項、七號)。是レ舊民法ニハ保證人カ債權者ヨリ訴追ヲ受ケタル場合ニハ、主債務者ヲシテ訴訟ニ參加セシムルカ爲メ『延期ノ抗辯』ヲ提出シテ本案ノ辯論ヲ拒絕スルコトヲ得ルモノトシタルカ爲メナリ(舊民法擔保篇二四及ヒ二九)。唯新民法ニ於テハ保證人ニ延別ノ抗辯ヲ認メサルカ故ニ、民訴第二〇六條第二項第七號ノ規定ハ其適用ナキニ至レルモノト云ハサルヘカラス。

註【四】 獨逸民事訴訟法ハ『仲裁契約存在ノ抗辯』ヲ以テ妨訴抗辯トシタルカ故ニ(同法二七四條一項三號)、同法ノ解釋論トシテハ該抗辯ハ訴訟法上ノ抗辯權ヲ援

肥期ノ抗辯

仲裁契約成立ノ抗辯ノ性質

用スルモノト解ササルヘカラス(Hellwig, Lehrb. I S. 176., System. I s. 252)。然ノトモ我民事訴訟法ニハ仲裁契約ノ存在ヲ以テ妨訴抗辯ナリトスル規定ナシ。故ニ仲裁契約存在ストノ抗辯ノ性質及ヒ効力ハ仲裁契約其ノモノノ性質及ヒ効力ノ解釋ニ依リテ決スルノ外ナシ。然カルニ此ノ點ニ付キテハ學說分レ、或ハ無訴權ノ抗辯ニ類ストシ(我大審院ノ判例亦タ然リ)、或ハ管轄違ノ抗辯ニ類ストシ、或ハ又權利拘束ノ抗辯ニ類ストナス。然レトモ、仲裁契約ハ双方的訴訟法律行爲卽チ訴訟契約ニシテ、該契約ノ存續スル間ハ特定ノ爭(民事事件)又ハ特定ノ法律關係ヨリ生スルコトアルヘキ爭ニ付キ判決アランコトヲ要求スル公權卽チ判決請求權ヲ拋棄スルコトヲ約スルモノナリト解スルヲ妥當トスルカ如シ(Wach, Handbuch I s. 67 ロ 72., 尙ホ拙著判例批評錄一卷八頁以下殊ニ一一頁以下)。果シテ然カルトキハ、仲裁契約ノ存否ハ裁判所職權ヲ以テ斟酌スヘク、又裁判所カ仲裁契約ノ存在ヲ認メタル場合ニハ當事者ハ其存續スル間判決請求權ヲ拋棄シタルモノナルカ故ニ、判決ヲ受クヘキ法律上ノ利益ヲ有セサル場合ト等シク原告ノ請求ヲ却下スル旨ノ判決ヲナスヘキモノト解スヘキナリ(前揭拙著一三頁以下及ヒ一五頁以下參照)。

(二) 被告ノ援用及ヒ拋棄

(二) 訴訟上ノ障礙タル事項ノ存在ハ裁判所職權ヲ以テ斟酌スルコトヲ得ス、被告ノ援用ヲ俟テ初メテ斟酌スルコトヲ得ルハ、訴訟法上ノ抗辯權タルノ性質上當然ナリト云ハサルヘカラス。

訴訟上ノ障礙ノ存在ヲ主張スルハ抗辯ヲ援用スルモノニ外ナラサルカ故ニ、被告ハ又有效ニ之ヲ拋棄スルコトヲ得サルヘカラス。

第四節　起訴自由ト判決請求權トノ關係

一　目的タル權利及ヒ手段タル自由

上來「判決請求權」及ヒ其權利保護要件並ニ「起訴自由」及ヒ訴訟要件ニ付キ説明シタルカ故ニ茲ニ、其關係ヲ説明スヘシ。

一　目的タル權利及ヒ手段タル自由

「判決請求權」ハ私人カ國家ニ對シテ自己ニ有利ナル判決アランコトヲ要求スル公權ニシテ、其訴訟上ノ地位ノ如何ニ拘ハラス、即チ原告タルト被告タルトニ關係ナク有スルモノナリ。尤モ自己ニ有利ナル判決ハ各人カ無條件ニテ要求シ得ル所ニ非ス、原告又ハ被告ノ何レカハ一方ニシテ其權利保護要件カ具備セル者ニ限リ要求スルコトヲ得ルモノナリ。

然カモ國家從テ其機關タル裁判所ヲ組織スル判事ハ全智全能ノ神ニハ非サルカ故ニ、民事訴訟ニ依ル審理ヲ經ルニ非サレハ原告又ハ被告ノ何レノ一方カ果シテ眞ニ判決請求權ヲ有スルヤヲ明ニスルコトヲ得ス。故ニ國家ハ一方ニ於テ自主救濟ヲ禁シ私人ニ判決請求權ヲ認ムルト同時ニ、他方ニ於テハ又原告若クハ被告ノ何レノ一方カ果シテ眞ニ判決請求權ヲ有スルヤヲ明ニシ得ヘキ方法即訴訟審理ヲ開始スルコトヲ得ヘキ手段ヲ講スルコトヲ必要トス、是レ『起訴自由』ヲ認メ、各人ヲシテ任意ノ者ヲ被告トシテ無條件ニテ訴ヲ起スコトヲ得セシムル所以ナリ。サレハ判決請求權ハ目的タル權利ニシテ、起訴自由ハ其目的ニ達スルカ爲メノ手段トシテ認メラルル自由ナリト云フコトヲ妨ケス。註【一】

註【一】判決請求權ハ「目的タル權利」(Recht zur Zweck)ニシテ、起訴自由ハ其目的ニ達スルカ爲メノ「手段タル自由」(Mittel zum Zweck)ナルコトハ、既ニ Wach カ其著書ニ於テ説明シ(Handbuch, I S.22)、更ニ Bülow ノ批評ニ答ヘテ詳論シタ

ル所ナリ(Wach, bei Busch Zeit chrift. Bd. 32 S 25 aao)。

二 訴ノ提起並ニ訴訟法律關係ノ開始及ヒ發展

(一) 訴ノ提起ハ『起訴自由』ニ基キテ爲スモノナリ。

原告ハ訴ヲ以テ自己ノ判決請求權ノ權利保護要件殊ニ訴訟物タル法律關係ノ存在又ハ不存在ヲ主張シテ(訴訟上ノ「請求」)自己ニ有利ナル判決アランコトヲ要求スルモノナリ註【二】。サレハ訴ハ原告カ判決請求權ヲ有スル旨ヲ主張(Behauptung)シテ、自己ニ有利ナル判決アランコトヲ要求スル行爲(即申立ナリト云ハサルヘカラス。註【三】

註【二】 訴ノ提起ハ通常ノ方式ニ於テハ、訴狀ヲ裁判所ニ差出シテ爲スモノナリ(訴一九〇條一項)。然カルニ、訴狀ニハ一面ニ於テハ要素タル事項ヲ記載スルコトヲ要シ(訴一九〇條二項)、他面ニ於テハ又準備書面トシテ他ノ準備書面ニ於ケルト等シク口頭辯論ヲ準備スルカ爲メ 必要ナル事項ヲ記載スルヲ可トス(訴一九〇條三項從テ一〇五以下)。而カモ訴ノ提起ノ性質ハ判決ヲ求ムル申立ニ外ナラサルカ故ニ、『一定ノ申立』カ訴狀ノ主眼タルヘキコトハ論ヲ俟タス。

進ンテ、訴ノ提起ト判決請求權トノ關係ヲ見ルニ、原告ハ既ニ訴狀ニ於ケル『訴ノ一定ノ申立』トシテ「自己ニ有利ナル判決」ヲ爲サンコトヲ要求スルモノニシテ其ハ暗默ニハ判決請求權ヲ有スルコトヲ主張スルモノニ外ナラス。サレハ學理上ヨリ云フトキハ原告ハ訴提起ノ際直チニ其權利保護要件タル事項ニ付キ陳述スヘキモノト爲スヘキカ如シ。唯、我訴訟法ハ口頭主義ヲ認メ又隨時提出主義ヲ認メ、原告ノ判決請求權ノ權利保護要件カ果シテ具備セルヤ否ヤハ口頭辯論ノ結果ニ依リテ認ムヘキモノトナセルカ故ニ、訴狀ノ要素トシテハ、訴訟物タル法律關係ヲ他ノ法律關係ヨリ區別シテ其箇別性ヲ認識シ得ルカ如ク明確ニ表示スルコトヲ要シ又之ヲ以テ足レリトシ(『起シタル請求ノ一定ノ目的物及ヒ一定ノ原因』)、權利保護要件タル他ノ事項(法律上ノ利益、當事者タル適格、並ニ保護セラルヘキ適格)ノ具備スルコトヲ示スヘキ陳述並ニ訴訟物トシタル法律關係カ原告ノ主張ノ如ク實際存在シ若クハ存在セサルコトヲ示スヘキ陳述ハ、凡テ準備書面トシテノ訴狀ニ口頭辯論ニ於ケル提出ヲ準備スルノ目的ヲ以テ記載スレハ足レリトセリ。

如此ク權利保護要件タル事項ニ關スル訴狀ノ記載ハ不充分ナルヲ免レスト雖モ

訴ノ提起ハ原告カ判決請求權ヲ行使スル行爲ニハ非ス

訴狀ノ主眼タル『一定ノ申立』ニ於テハ既ニ自己ニ有利ナル判決ヲ要求スヘキモノタル以上、訴ハ原告カ判決請求權ヲ有スルコトヲ主張シテ、自己ニ有利ナル判決ヲ爲サンコトヲ要求スル行爲ナリト云フヲ妨ケス。口頭辯論ニ於テ原告カ第一ニ爲ス申立(訴一一〇條第一項)ハ訴ノ申立ト一致スルヲ通例トシ、此ノ申立モ亦タ原告カ判決請求權ヲ有スルコトヲ主張シテ、自己ニ有利ナル判決ヲ爲サンコトヲ要求スル申立ニ外ナラス。

註【三】 訴ハ原告カ判決請求權ヲ有スルコトヲ主張シテ自己ニ有利ナル判決アランコト要求スル行爲ナリ。決シテ原告カ其判決請求權ヲ行使スル行爲ニハ非ス。—若シ夫レ、訴ハ原告カ其判決請求權ヲ行使スル行爲ナリト云フコトヲ得ヘシトセンカ、必然該判決請求權ハ訴ノ提起前既ニ存在スルモノナリト論スルノ外ナカルヘシト雖モ、此論旨ヲ一串スルトキハ、訴カ提起セラレタルトキハ裁判所ハ直チニ原告ニ有利ナル判決ヲ爲スコトヲ得又爲スヘキモノニシテ、民事訴訟ニ依リテ審理ヲ爲スノ必要ナシト云フ結果ニ到達セサルヘカラス。如此キハ Bülow カ『起訴前ニ於ケル判決請求權ノ成立』ナル思想ニ對シテ加ヘタル批評ナルコトハ上述ノ如シ(上述三四頁、註四參照)。

訴ニ於テハ原告ハ自己カ判決請求權ヲ有スルコトヲ主張 (Behauptung. claim) スルニ過キス。主張スルニ過キサルカ故ニ或ハ眞ナルヘク或ハ又虛僞ナルヘシ、果シテ眞實ニ合スルヤ否ヤハ本案ニ關スル口頭辯論ノ結果、判決ニ接屬スル口頭辯論終結ノ時ニ至リテ初メテ明確トナルモノナリ。

(二) 權利拘束ノ發生

判決手續ニ於ケル訴訟法律關係ノ開始

(二) 訴狀カ裁判所ニ差出サレタル場合ニ於テ裁判長カ其訴狀ノ方式ニ合シタルコト及ヒ法定額ノ印紙ノ貼用セラレタルコトヲ認メテ口頭辯論期日ヲ指定シタルトキハ訴狀差出ノ時ニ溯リテ訴訟物ノ權利拘束ヲ生ス、換言セハ訴訟物タル法律關係ニ關スル訴訟カ裁判所ニ繫屬スル (rechtshängig=gerichtshängig) ニ至ル(訴一九〇、一九二、一九三、一九五)。從テ裁判所ハ起サレタル訴ニ付キ審理ヲ爲シ且審理ノ結果ニ從ヒテ正當ナル判決ヲ爲スヘキ義務ヲ當事者ノ各方ニ對シテ負擔スルニ至リ(單ニ國家ニ對スル職責トシテ然リト云フニハ非ス)當事者ノ各方ハ又裁判所ニ對シテ起サレタル訴ニ付キ審理シ (Recht cauf richterliche Gehör) 且審理ノ結果ニ從ヒテ兎ニ角正當ナル判決

ヲ爲サンコトヲ要求スル權利(抽象的判決請求權、(Recht auf richtige Urtheil schlechthin) ヲ取得シ、茲ニ判決手續ニ於ケル訴訟法律關係ヲ生ス。故ニ、

(1) 起訴行爲ノ適法要件及ヒ本案訴訟ノ開始要件ノ審理

(1) 裁判所ハ先ヅ起訴行爲ノ適法要件並ニ本案訴訟ノ開始要件タル事項ノ存否ヲ審理シ、又被告カ妨訴抗辯(殊ニ訴訟上ノ障礙ノ存在ヲ主張スル妨訴抗辯)ヲ提出シタル場合ニハ其當否ヲ審理シ、其結果

(イ) 起訴行爲ノ適法要件若クハ本案訴訟ノ開始要件ノ欠缺ヲ認メ又ハ被告ノ提出シタル妨訴抗辯ヲ理由アリトスルトキハ、訴ヲ不適法トシテ却下スル判決ヲ爲サザルヘカラス。此判決ハ起サレタル訴ニ付キ審理シ且審理ノ結果ニ從ヒテ爲シタルモノナルカ故ニ當事者ノ各方ハ有スル抽象的判決請求權ヲ滿足セシムルモノナリト雖モ、其內容ハ『當裁判所ハ此當事者間ニ於ケル訴訟ニ付キ本案ノ審理ヲ開始スルコトヲ得サル』コトヲ宣言スルモノニ外ナラサルカ故ニ、原告及ヒ被告ノ何レノ一方ニモ有利ナル判決ニハ非ス。反之

訴却下ノ判決

(ロ) 起訴行爲ノ適法要件及ヒ本案訴訟ノ開始要件ノ具備セルコト並ニ被告カ妨訴抗辯ヲ提出シタル場合ニ於テ其妨訴抗辯ノ理由ナキコトヲ認メタルトキハ本案ニ付キ審理ヲ爲サザルヘカラス。從テ

(2) 本案ノ審理

(2) 裁判所ハ權利保護要件タル事項中、先ヅ

(イ) 訴訟上ノ要件タル事項 即チ判決ヲ受クヘキ利益ノ存否並ニ原告及ヒ被告カ果シテ原告タリ被告タル適格ヲ有スルヤヲ審理セサルヘカラス。而シテ裁判所カ

(イ) 判決ヲ受クヘキ利益當事者タル適格

(a) 右事項ノ何レカ一ト雖モ具備セサルコトヲ認メタル場合ニハ原告ノ請求ヲ却下スル判決ヲ爲サザルヘカラス。此判決ハ起サレタル訴ニ付キ審理シ且審理ノ結果ニ從ヒテ爲サレタルモノナルカ故ニ、當事者ノ各方ハ抽象的判決請求權ヲ滿足セシムルモノナルノミナラス、更ニ被告ニ有利ナル判決ニシテ(尤モ被告ニ最モ有利ナル判決ニハ非ス)其限度ニ於テ被告ノ具體的判決請求權ヲ滿足セシムルモノナリ。

請求却下ノ判決

(b) 反之右事項ノ具備スルコトヲ認メタル場合ニハ、裁判所ハ進ンテ

(ロ)訴訟物タル法律關係ニ關スル事項

請求棄却ノ判決

請求ヲ理由アリトスル判決

(ロ)訴訟物タル法律關係ニ關スル事項ヲ審理スヘク、從テ先ツ(a)保護セラルヘキ資格ノ存否ヲ審理シ、(い)其欠缺ヲ認ムル場合ニハ請求却下ノ判決ヲ爲スヘク、又(b)保護スヘキ資格ノ存スルコトヲ認メタル場合ニハ訴訟物タル法律關係カ果シテ原告主張ノ如ク存在シ又ハ存在セサルヤ(消極的確認ノ訴ノ場合)ヲ審理シ、之ヲ認メサル場合ニハ原告ノ請求ヲ棄却スル判決ヲ爲スヘク、又之ヲ認ムル場合ニハ原告ノ請求ヲ理由アリトスル判決(即チ原告カ訴ノ申立ヲ以テ爲セル要求ニ該當スル積極的若クハ消極的確認判決、給付判決又ハ形成判決ナリ)ヲ爲ササルヘカラス。

右請求棄却ノ判決若クハ請求ヲ理由アリトスル判決ハ、一面ニ於テハ何レモ起サレタル訴ニ付キ審理シ且審理ノ結果ニ從ヒテ爲サレタルモノナルカ故ニ當事者ハ各方カ有スル抽象的判決請求權ヲ滿足セシムルト同時ニ、他面ニ於テハ「被告ニ有利ナル判決」若クハ「原告ニ有利ナル判決」ニシテ、從テ被告又ハ原告ハ具體的判決請求權ヲ滿足セシムル判決ナリ

試ミニ上述ノ關係ヲ圖示スレハ左ノ如シ

論文年代一覽

論文年代一覽

◎＜本書ニ收錄

○非訟事件手續ノ目的……（明治三七年二月）……內外論叢三卷一號

○船舶ノ衝突ニ關スル船舶所有者ノ賠償責任……（明治三七年七月—三八年一月）……法學新報一四卷七號—九號、一一號、一五卷一號

○海戰ニ於ケル敷設水雷ニ就キテ……（明治三九年一二月）……內外論叢五卷六號

○民事司法關係法規ノ研究ト我大學講座制度……（明治四一年六月）……京都法學會雜誌三卷六號

○民事訴訟法改正草案研究致愚錄前史……（明治四一年七月—四二年二月）……京都法學會雜誌三卷七號、四卷二號

○我國ノ實際ニ於ケル破產豫防整理ヲ論シテ破產外ノ强制和議制度ニ及フ……（明治四一年八月—一〇月）……京都法學會雜誌三卷八號—一〇號

○裁判上ノ自白ヲ論シテ大審院ノ最近ノ決定ニ及フ……（明治四一年一〇月—四二年八月）……法學志林一〇卷一〇號、一一卷八號

◎民事訴訟法ニ於ケル『正當ナル當事者』ナル觀念及ヒ其訴訟法上ノ地位ヲ論ス……（明治四二年二月—一二月）……法學新報一九卷二號、五號、七號、一一號

◎訴ノ原因ヲ論ス……

……（明治四二年一〇月—四三年七月）……京都法學會雜誌四卷一〇號、一二號、五卷三號、七號
○訴訟行爲ノ性質……（明治四四年二月）……京都法學會雜誌六卷二號
◎反　訴　論……（明治四四年一〇月）……法學志林一三卷一〇號
○民事訴訟關係法規改正私義……（明治四四年一二月—明治四五年二月）……京都法學會雜誌六卷一二號、七卷二號
○司法官ノ常識問題（證據ノ許否事實ノ認定ハ事實裁判所ノ專權ナリヤ）……（大正二年二月）……京都法學會雜誌八卷二號
◎將來ノ給付ノ訴……（明治四五年二月）……法學新報二二卷二號
○商事裁判所及ヒ商事部ニ關スル獨墺ノ現行法制……（明治四五年二月）……京都法學會雜誌七卷二號
○無訴權ノ抗辯ト商業會議所ノ經費取立權……（明治四五年四月）……京都法學會雜誌七卷四號
◎經界ノ訴ヲ論ス……（明治四五年八、九月）……京都法學會雜誌七卷八號、九號
○民事訴訟制度ノ變遷及ヒ改正運動（附墺太利新民事訴訟法及ヒ匈牙利新民事訴訟法）……（大正二年一月—三月）……法律新聞八三六號—八四四號、八四七號、八四八號
◎强制履行及ヒ强制執行……（明治四五年一一月—大正二年二月）……京都法學會雜誌七卷一一號、一二號、八卷二號
◎請求ニ關スル異議ノ訴……（明治四五年一二月—大正二年二月）……法學新報二二卷一一號、二三卷一號、二號
◎中間確認ノ訴……（大正二年六月）……京都法學會雜誌八卷六號
◎有價證券ニ對スル金錢債權ノ執行……（大正二年六月）……法學志林一五卷六號
◎競賣法ニ依ル競賣ノ性質及ヒ競賣開始ノ效力……（大正二年八月）……京都法學會雜誌八卷八號
○仁井田博士民事訴訟法要論ノ完結……（大正二年八月）……京都法學會雜誌八卷八號
○必要的共同訴訟……（大正二年八月）……法學協會雜誌三一卷八號
◎訴訟當事者ノ隱居又ハ入失婚姻……（大正二年九月—一一月）……法學新報二三卷九號、一一號
○破產豫防强制和議ニ關スル立法例……（大正二年九月—大正三年七月）……京都法學會雜誌八卷九號、一〇號、九卷七號
○ヘルウイツヒ教授ヲ吊ス……（大正二年一二月）……京都法學會雜誌八卷一二號
○假差押執行ノ防止ヲ目的トスル供託……（大正三年一一月）……京都法學會雜誌九卷一一號
◎供託ノ性質及ヒ其法律關係……（大正四年三月—一二月）……京都法學會雜誌一〇卷三號四號一二號

◎債權者取消權ノ訴ノ性質(廢罷訴權)……(大正四年三月—大正五年一月)……法學志林一七卷三號一二號一八卷一號

○破產宣告ニ因リ中斷セル訴訟ノ受繼……(大正四年六月)……法學新報二五卷六號

◎裁判ノ無効……(大正四年七月)……穗積先生還曆祝賀論文集

○銀行貸金契約ニ於ケル擔保流用文句ト債務者ニ對スル强制執行及ヒ債務者ノ破產……(大正四年八月)……京都法學會雜誌一〇卷八號

○未成年者若クハ會社ヲ當事者トスル訴訟ト親權者若クハ取締役ノ訊問方……(大正四年一一月)……法學新報二五卷一〇號

◎强制執行ノ優先主義及ヒ平等主義(對人信用制度ノ消長)……(大正四年一一月)……京都法學會雜誌大禮記念號

○合名會社ノ退社員カ持分ノ拂戻トシテ受ケタル不動產ノ登錄稅率……(大正五年一月)……京都法學會雜誌一一卷一號

○法律研究方法……(大正五年一月)……立命館學誌一號

◎法律要件及ヒ既判力……(大正五年二月—五月)……京都法學會雜誌一一卷四號 五號

○工場主ノ扶助義務……(大正五年三月)……京都法學會雜誌一一卷三號

○獨逸ノ鑛夫組合及ヒ其扶助制度一班……(大正五年三月)……京都法學會雜誌一一卷三號

○本邦永小作慣行(帝國農會調査)ヲ讀ム……(大正五年五月)……京都法學會雜誌一一卷五號

◎請求ノ豫備的併合及ヒ選擇的併合……(大正五年八月—大正七年一月)……京都法學會雜誌一一卷八號九號一二卷八號三卷一號

○法界時觀……(大正五年九月)……立命館學誌五號

○刑事訴訟法改正草案(未定稿)ヲ評ス……(大正六年一月)……京都法學會雜誌一二卷一號

◎舉證責任ノ分配……(大正六年一〇月)……土方教授在職二十五年記念私法論集

◎判決ノ參加的效力……(大正七年七月—大正九年一二月)……京都法學會雜誌一三卷七號、法學論叢三卷三號、四卷六號

◎株主總會ノ決議無效ノ訴……(大正七年一一月)……富井先生還曆祝賀法律論文集

◎間接訴權ノ研究……(大正九年一一月)……法學論叢四卷五號

◎訴權論……(大正一〇年七月—一一月)……法學論叢六卷一號五號

昭和三年十二月廿五日印刷
昭和三年十二月廿八日發行
昭和四年二月十日再版發行
昭和七年四月一日三版發行

民事訴訟法論文集

定價金五圓也

著作者　雉本朗造

發行者　内外出版印刷株式會社代表者
須磨勘兵衛
京都市下京區北小路通新町西入

印刷者　須磨勘兵衛
京都市下京區北小路通新町西入

不許複製
内外出版印刷株式會社

發行所　京都市下京區西洞院七條南
内外出版印刷株式會社
振替口座大阪三九三一番

内外出版印刷株式會社印刷

法律資料第一課
27.9.12
調査立法考査局

同志社大學教授

古屋美貞著

米國經濟學の史的發展

菊版クロース裝
七百頁
背金文字函入
定價四圓八拾錢
送料金參拾參錢

米本國に於てすら未だ成らざる劃期的快著完成さる

一國の經濟的興亡盛衰の推移は其の事實の研究たる經濟史の研究のみを以て足れりと爲す能はず即ち經濟史と密接不離の關係を有する其の國の思想の變遷を物語るべき經濟思想史の研究と兩々相俟つて初めて完璧を得べきなり。

其の抱容する巨大なる資源の上に樹立されたる資本主義經濟の完成に依りて、今や正に世界經濟界を獨裁するの感ある米國經濟の大發展、併して其國民の巨富の性質及原因を深く理解せんとするには其の經濟史のみを以てしては其の達成甚だ難きものあり。

しかるに米國人のみならず諸外國人に於ても只現代アメリカの素晴しき經濟的發展にのみ眩惑されて、或は誇張を以て、或は驚異を以て、之を學問化し、米國經濟史を體系付けたりと雖も其の思想的方面は全く等閑に付せられて、米本國に於てすら一の著作あるを見ず。全世界の學徒の切望はかゝりて之が出現に在り。

斯る時に當りて此の渇望を醫すべき快著茲に成れり。

著者は經濟學を專攻する事二十年、前後二回十數年に亙る米國留學に於て、現代經濟界のオーソリテイの殆ど總て に師事し、其の薫陶を受け、萬卷の書を涉獵して一意經濟學の研究に身命を賭し、しかも身自ら米國經濟界發展の渦中に生活して米國經濟界を表裏より觀察し其の精粹を極めたる斯學研究の第一人者たり。

今夥社の請を入れて其の蘊蓄を傾け、茲に此の米國に於てすら試みられざる前人未踏の處女地を開拓し、刻苦研讃其の麗筆を以て、大著「米國經濟學の史的發展」を大成さる。

其の說く所米國經濟學史の創世記とも言ふべきパンフレット時代より起して現下生存中の諸大家の著書に至るまで凡そ經濟學に關する限りは一片をも看過せず之を點綴するに諸大家の說、大業の思想に加ふるに著者の成果を以てして、よく米國經濟學史を完成す。

實に本書こそは著者が快心の著作たるのみならず、正に斯學の先驅といふべく、全世界經濟學界に寄與されたる劃時代的文獻にして、斯界に實する所、甚大なるを信じて疑はず。

識者幸に取つて以て其の研究に資せられよ。

京都市西洞院七條南　內外出版印刷株式會社　振替口座 東京三九三一番 大阪三九三一番

內外出版印刷株式會社刊行書目

增訂改版	經濟史考	京大教授 經濟學博士 本庄榮治郎著	定價 金四圓五拾錢 送料 金參拾參錢
	經濟史概論 第一分冊	京大教授 經濟學博士 本庄榮治郎著	定價 金壹圓 送料 金拾五錢
	日本經濟史文獻	京大教授 經濟學博士 本庄榮治郎著	定價 金四圓 送料 金參拾參錢
	日本經濟史文獻（續篇）	京大教授 經濟學博士 本庄榮治郎著	定價 金貳圓八拾錢 送料 金貳拾壹錢
增補新版	日本經濟史	慶大教授 法學博士 瀧本誠一著	定價 金五圓八拾錢 送料 金參拾參錢
ヴイルブランド原著	國民經濟史	經濟學士 菅野和太郎 經濟學士 四宮恭二 共譯	定價 金貳圓 送料 金貳拾壹錢
	經濟學原論	同志社大學教授 古屋美貞著	定價 金參圓貳拾錢 送料 金參拾參錢
ハインドマン原著	社會主義經濟學	上原好啖著	定價 金參圓五拾錢 送料 金參拾參錢

内外出版印刷株式會社刊行書目

米國銀行制度發達史	關西學院教授商學士 奥田 勳著	定價 金八圓	送料 金四拾五錢
常平倉の研究	京大教授經濟學博士 本庄榮治郎著	定價 金壹圓五拾錢	送料 金貳拾壹錢
會計學概論	九大教授法學士 大森 研造著	定價 金參圓	送料 金貳拾壹錢
(增補)支那古代經濟思想及制度	大阪商大教授經濟學博士 田崎 仁義著	定價 金四圓	送料 金參拾參錢
王道天下之研究「支那古代政治思想及制度」	大阪商大教授經濟學博士 田崎 仁義著	定價 金四圓五拾錢	送料 金參拾參錢
判例批評錄第三卷	法學博士 故 雉本 朗造著	定價 金四圓五拾錢	送料 金參拾參錢
民事訴訟法論文集	法學博士 故 雉本 朗造著	定價 金五圓	送料 金四拾五錢
シュプランガー原著 文化哲學概論	廣島高師教授文學士 辻 幸三郎著	定價 金四圓	送料 金參拾參錢