法政大学学術機関リポジトリ
HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2025-02-05

法政大學講義録

泉二, 新熊 / 岩田, 一郎 / 板倉, 松太郎

(出版者 / Publisher)
法政大學
(巻 / Volume)
35
(号 / Number)
2学年の12
(開始ページ / Start Page)
1
(終了ページ / End Page)
131
(発行年 / Year)
1908-09-26

明治四十一年九月二十日發行

（○第貳學年ノ十二）

四十一年度

法政大學講義錄

法政大學發行

第三十五號

090
1908
2-1-12

四十一年度第三十五號目次

刑法各論（自一一七 至一六三） 法學士 泉二新熊
表紙及ヒ目次 六頁
民事訴訟法第一編（自三三七 至三六一） 法學士 板倉松太郎
表紙及ヒ目次 八頁
民事訴訟法第二編（自二〇五 至二六一） 法學士 岩田一郎
表紙及ヒ目次 八頁
雜録 ○大審院判例要旨

キ者ト雖モ本罪ノ客體トナラス又一定ノ年齡以下ノ者ハ淫行ノ常習アル者ト雖モ勸誘シテ姦淫セシメタルトキハ處罰セラルルナリ

第一八三條ハ姦通罪ヲ規定ス本罪ノ直接ノ被害者ハ配偶者ナリト雖モ他ノ一面ニ於テハ善良ノ風俗ヲ害スルモノナリ本罪ハ所謂必要共犯ノ一種ニシテ主體ノ一方ハ有夫ノ婦（既ニ婚姻ヲ爲セル者ニシテ現ニ夫ヲ有スル婦女）ナルコトヲ要ス姦通トハ不正ノ交接ニシテ夫以外ノ第三者トノ交接ナリ即チ本罪ノ主體ノ一方ハ此第三者ナリ本罪ニ付テモ故意ヲ要スルカ故ニ有夫ノ婦ナルコトヲ知ラサル者ハ罰スルヲ得ス一方カ之ヲ知リ他ノ一方カ知ラサルトキハ知リタル者ノミヲ處罰スルニ妨ケナシ男子カ妻以外ノ女ト通シタル場合ハ我國法ニ於テハ處罰セス外國ノ立法例ハ此點ニ關シ區區トシテ一致セス本條ノ罪ハ本夫ノ告訴ヲ待テ之ヲ論ス但夫カ姦通ヲ縱容シタルトキハ告訴ノ效ナシ離婚後ニ於テ本夫カ婚姻中ノ姦通ヲ告訴シタルトキハ有效ナリヤ否ヤ議論アリト雖モ積極說ヲ可トス

第一八四條ハ重婚罪ヲ規定シタリ蓋シ重婚ハ當然無效ナルニアラスシテ戶籍吏カ其屆出ヲ受理シタルトキハ婚姻關係ハ成立スルナリ然ルニ尙ホ犯罪ヲ構成スルハ甚タ不可思議ナルカ如シト雖モ法律行爲中ニハ違法ナル行爲アリ詐欺取財ノ如キハ民法上ノ法律行爲ニシテ而モ犯罪行爲ナリ法律行爲ハ常ニ適法行爲タルヲ要セサルナリ本罪ノ要件トシテハ重子テ婚姻ヲ爲シタルコトヲ要ス即チ前婚カ有效ニ成立セルコトヲ必要トスルナリ

0274

第二十一章　賭博及ヒ富籤ニ關スル罪

賭博及ヒ富籤ハ風俗ヲ害スル罪ニシテ人ヲシテ偶然的ノ利益ヲ得ンコトヲ欲シ僥倖ヲ恃ミ勤勉ノ習慣ヲ失ハシメ以テ良民ノ墮落ヲ誘致シ國家經濟ノ基礎ヲ危殆ナラシムルニ至ルモノナリ

賭博ハ賭事ト博戲トヲ包含ス此兩者ハ唯手段方法ヲ異ニスルノミニシテ其實質ハ異ナル所ナシ主觀説ニ依レハ賭事トハ偶然ノ輸贏ニ關シ利益ノ獲得ヲ目的トシテ財物ヲ賭スル行爲ヲ謂ヒ博戲トハ自己ノ意見ノ正確ナルコトヲ主張センカ爲メニ財物ヲ賭スルヲ謂フモノトシ客觀説ニ依レハ博戲トハ其賭者カ相互ノ間ニ一定ノ行爲ヲ爲スモノニシテ之ニ反シ賭事ハ賭者以外ノ第三者ノ行爲又ハ事實ニ關シテ財物ヲ賭スルヲ謂フモノト爲ス然レトモ詳細ニ此二者ヲ區別スルコトハ困難ナリ

法律ニ偶然ノ輸贏ト云フハ偶然ノ勝負ト云フニ同シ偶然トハ不確定ノ意味ナリ客觀的ニ決定セル事實モ主觀的ニ不確定ナル事實ハ賭博ノ目的ト爲リ得ヘシ而シテ賭シタル財物ノ多少ハ賭博ノ概念ニ影響ヲ及ホササルモ一時ノ娯樂ニ供スル爲メ財物ヲ賭スルハ罪ヲ構成セス（一八五條）

第一八六條第一項ハ常習トシテ賭博ヲ爲シタルモノヲ重ク罰スルコトヲ規定セリ常習トシテ爲ストハ慣行的ニ爲スコトヲ意味ス即チ幾度モ繰返シタルコトヲ要スル義ナリ第二項ハ賭博場開帳又ハ博徒結合ノ行爲ヲ處罰スルノ規定ナリ前者ハ利益ヲ得ル目的ニテ博戲又ハ賭事ヲ爲ス場所ヲ供給シテ賭博ヲ爲サシメタル場合ニシテ後者ハ利益ヲ得ル目的ヲ以テ博徒ヲ結合シタル場合ナリ併シナカラ是等ノ場合ニハ現ニ利益ヲ得ルコトヲ要セサルナリ利益ヲ得ル目的ヲ有シタルヲ以テ足ル是等ノ場合ヲ前條ニ比シテ重ク處罰シタルハ至當ナリ

第一八七條ハ富籤ニ關スル罪ヲ規定シタリ富籤トハ財物ヲ醵集シ抽籤ヲ以テ其財物ノ一部ヲ分配スル方法ナリ

富籤ニ在リテハ發行者ハ利益ノ損失ニ付テ何等ノ危險ヲ負擔セサルニ反シ賭博ニ在リテハ當事者雙方カ常ニ此危險ヲ負擔シツツアリ是レ兩者ノ異ナル點ナリ又一方ニハ富籤ニ於テハ賭博ト異ナリテ箇箇ニ抽籤ノ方法ニ依リテ財物ヲ賭スルナリ本條第一項ハ發賣者（發行者即チ自己ノ計算ニ於テ財物ヲ醵集シ其一部ヲ分配スル者）ノ處分ヲ規定シ第二項ハ其取次ヲ爲シタル者ヲ處罰ス取次ハ發賣ト購買トノ媒介ナリ第三項ハ發賣及ヒ取次以外一切ノ授受ヲ處罰ス（明治十五年布告第二五號富籤賣買者等處分法ハ本條第二項及ヒ第三項ノ爲メニ消滅スヘキモノトス）然レトモ富籤ハ公事業ノ爲メニ法律カ一定ノ範圍ニテ之ヲ許容スル場合アリ其範圍内ニ於ケル行爲ハ之ヲ罰スルコト能ハサルヤ勿論ナリ（臺灣彩票ノ如キ其一例）

第二十二章　禮拜所及ヒ墳墓ニ關スル罪

本章ニ規定スル行爲ハ宗教上ニ於ケル善良ノ習慣ヲ侵害スル行爲ナリ

0275

各本條ニ關スル說明ハ之ヲ省略ス

第六編　瀆職ノ罪

第二十三章　說明

本罪ハ之ヲ國家ニ對スル罪トシテ說明スル者アリト雖モ是レ唯其一面ノ性質ヲ觀タルニ過サルナリ一面ニ於テ職務上ノ義務違反タルト同時ニ他ノ一面ニ於テハ人民ノ權利ヲ侵害スルノ虞アル行爲ナリ單純ニ職務上ノ義務ニ違反シ又ハ職務上ノ地位名譽ヲ瀆スノミニテハ懲戒ノ間題ヲ生スルニ止マリ本罪ノ概念ヲ具備セス然レトモ瀆職ノ行爲ナルコトヲ要スルカ故ニ本罪ノ主體ハ公務員又ハ之ニ準スヘキ者（仲裁人）タルヲ以テ原則トシタリ公務員ノ何タルヤハ總則第七條ノ規定ニ依テ定マル

第一九三條ハ公務員ノ職權濫用罪ヲ規定ス所謂職權濫用トハ職權ヲ不法ニ利用スルコトヲ意味ス而シテ本罪ノ成立スルニハ職權ヲ濫用シテ人ヲシテ義務ナキコトヲ行ハシメ又ハ行フヘキ權利ヲ妨害シタルコトヲ要ス故ニ單ニ公務員カ其職權ヲ濫用シタルノミニテハ本罪ヲ構成セサルナリ行フヘキ權利ヲ妨害スルトハ權利ヲ行使スヘキ行爲ヲ妨害スルヲ謂フ權利ノ本體ヲ侵害スルトキハ他ノ罪ヲ構成スルニ至ルヘシ

第一九四條ニ於ケル罪ノ主體ハ裁判、檢察、警察ノ職務ヲ行ヒ又ハ之ヲ補助スル者ナルコトヲ要ス檢察官トハ犯罪檢擧ノ職務ニ從事スル官吏ナリ官制上檢察官ト云フ名稱アル官吏ニ限ルヘカラス是等ノ公務員ハ元來人（犯人）ヲ逮捕監禁スヘキ命令ヲ發シ又ハ其命令ヲ執行スヘキ職務ヲ有スルモノニシテ此ノ如キ職權ヲ濫用スルニ於テハ人ノ自由ヲ侵害スルニ容易ナル地位ニ在ルカ故ニ法律ハ通常人カ逮捕監禁罪ヲ犯ス場合ニ比シ之ヲ重ク處分スルモノナリ但本人ニ於テ職權ノ濫用タルコトヲ知ルニアラサルハ本罪ヲ構成セス

第一九五條ニ付テハ特ニ說明スヘキ點ナシ主トシテ罪狀自白ヲ得ル爲メノ拷問ヲ豫見セル規定ナリ

第一九六條ハ所謂結果犯ヲ規定スルモノナリ死傷ノ結果ヲ生シタルトキハ常ニ傷害ノ罪ニ從テ處斷セラルヘシ此罪ハ第一九四條及ヒ第一九五條ノ罪ヨリ重ケレハナリ

第一九七條ハ賄賂收受罪ヲ規定スルモノニシテ犯罪主體ハ公務員又ハ仲裁人タルコトヲ要ス仲裁人トハ爭論者雙方ノ間ニ中介シテ和解ノ勞ヲ執ル者ヲ謂フ犯罪事實トシテハ職務ニ關シ賄賂ヲ收受シ又ハ要求シ若クハ約束シタルコトヲ要ス收受約束又ハ要求ハ職務行爲前ニ行ハルルコトヲ要スト云フ說ト職務行爲後ニテモ可ナリト云フ說トアリ改正刑法ニ於テハ其職務ニ關シテトアルノミニシテ其職務行爲ノ前タルト後タルトニ因リ區別ヲ爲ササルカ故ニ何レモ所罰セラルルモノト解セサルヘカラス但收受、要求、約束ヲ爲シタルカ爲メ現ニ不正ノ行爲ヲ爲シ又ハ相當ノ行爲ヲ爲ササルトキハ其刑重シ賄賂トハ不法ナル財產的利益ヲ意味ス無形ノ利益ニテモ

可ナルカ或ハ又淫行上ノ快樂ヲモ含ムカハ問題ナリ之ニ付テ積極説ヲ主張スル者アリ第二項ニ因ル沒收ハ絶對的ナリ（總則ニ因ル沒收ハ職權的ナリ）第一九八條ハ公務員又ハ仲裁人ノ賄賂ヲ交付、提供又ハ約束シタル者ヲモ所罰スヘキコトヲ明規シ解釋上ニ於ケル從來ノ疑問ヲ決シタリ

第七編　身體及ヒ健康ニ對スル罪

第二十四章　殺人ノ罪

殺人罪ノ概念ハ第一九九條ノ規定スル所ナリ本罪ハ人ノ生命ヲ奪フニ因リテ成立ス一私人ノ生命ヲ奪フト同時ニ社會ヲ害スルモノナリ唯其直接ノ法益ニ重キヲ措クカ故ニ個人ニ對スル罪ト認ムルニ過キス

人ヲ以テ本罪ノ客體トナス茲ニ所謂人ハ自然人ニ限ル法人ト雖モ實在説ニ依ルトキハ自然人ト異ナル所ナキカ如シト雖モ生理上ノ人體組織ヲ有スルモノニアラサレハ殺スヲ得サルナリ然ラハ人ノ存在ハ如何ナル時期ニ始マルカニ付テハ種種ノ説アリ

一部露出説　胎兒カ身體ノ一部ヲ母體ヨリ顯ハシタルトキヲ以テ出生ノ時期ナリトス

全部露出説　胎兒カ其身體ノ全部ヲ母ノ體外ニ出シタルトキニ人間ト稱スヘシト爲ス

獨立ニ呼吸シ得ル能力ヲ有スルニ至レハ人トナルト云フ説アリ

其他種種ノ見解アリ併シナカラ一旦人トナリタルトキハ死亡スルマテ人タルナリ失踪ノ宣告ヲ受ケタル者ト雖モ生存ノ事實アル以上ハ本罪ノ客體タルヲ得ルハ明カナリ

殺人ノ行爲アルコトヲ要ス　即チ人ノ生命ヲ奪フコトヲ要ス人ヲ死亡セシムヘキ行爲ヲ爲スニアラサレハ殺人罪ノ成立ヲ認ムルコト能ハサルナリ

殺人ノ意思アルコトヲ要スルコト亦當然ナリ

第二〇〇條ニ於ケル直系尊屬トハ法律上ノ直系尊屬ナルコトヲ要スルカ或ハ事實上ノ直系尊屬ニテモ可ナルカ例ヘハ私生兒ハ其父トハ法律上ノ直系尊屬タル關係ナク唯事實上ノ直系尊屬タル關係アルノミ此場合ニ私生兒カ父ヲ殺害シタルトキハ第二〇〇條ニ相當スルヤ否ヤ問題ナリト雖モ通常殺人罪ニ問フヲ可ナリトス

第二〇一條ニ於テ豫備ヲ處罰スルコトト爲シタルハ實害ヲ未發ニ防カントスル主旨ナリ然レトモ此種ノ行爲ニハ其情狀頗ル原諒スヘキモノアリ且未タ實害ナキカ故ニ情狀ニ因リ刑ヲ免除スルコトヲ得セシム

第二〇二條ハ自殺ニ關スル罪ヲ規定シタル即チ人ヲ敎唆若クハ幇助シテ自殺セシメ又ハ被殺者ノ囑託ヲ受ケ若クハ承諾ヲ得テ之ヲ殺シタル者ヲ處罰スルモノトス若シ被殺者ニシテ無能力者ナルトキハ普通ノ殺人犯トナリ得ルナリ

第二〇三條ニ於テハ前條ノ未遂ヲ罰スルコトヲ規定セリ第二〇二條ノ未遂トハ被殺者死亡ノ結

果ヲ生セサル場合ナリ承諾ヲ得ントシテ得サリシ場合ヲ包含セス

第二十五章　傷害ノ罪

傷害罪ノ概念ハ第二〇四條ニ於テ定マル而シテ本罪ハ人ノ身體ヲ傷害スルニ因リテ成立スルモノナリ人トハ自己以外ノ自然人ヲ意味ス傷害トハ身體ノ健狀ヲ害スルヲ云フ傷害ハ有形上ノ傷害ノミニ限ルカ或ハ人ヲ驚カシテ健康狀態ヲ害シタル場合ヲモ含ムカ新刑法ニ於テハ何等其方法ヲ限定セス唯傷害ノ結果アレハ足ルカ故ニ何レニテモ可ナリト云ヒ得ヘシ現行刑法ニ於テハ其傷害ノ結果ノ大小ニ依リ刑罰ニ差異アリト雖モ新刑法ハ此結果主義ヲ排斥シタリ

故意アルコトヲ要ス傷害ヲ爲スヘキ意思活動及ヒ其結果ノ認識アルコトヲ要スルナリ暴行ヲ加フルノ意思アルヲ以テ足レリトシ傷害ノ結果ヲ生セシムル意思アルコトヲ必要トセスト解スル者アリト雖モ新刑法ノ解釋トシテハ不適當ナリ承諾ニ基キテ人ヲ傷害シタルトキハ罪トナルカ承諾カ犯罪ノ成立ニ影響ヲ及ホスコトニ關シテ二說アリ甲說ニ依レハ意思ニ反スルコトカ犯罪ノ構成要件ナルトキニハ承諾アルニ因リ犯罪ノ成立ヲ阻却スルモ然ラサル場合ニハ承諾アリト雖モ犯罪ノ成立ニ影響ヲ及ホサスト云フニ在リ乙說ニ依レハ承諾者カ適法ニ處分シ得ヘキ法益ニ付テ與ヘタル承諾ハ犯罪ヲ成立セシメサルモ然ラサルトキハ承諾アルモ犯罪ノ成立ニ影響ナシト云フニ在リ予ハ承諾ニ依ル傷害ハ原則トシテ之ヲ罰スルヲ得ストノ主張ヲ爲サントス(元ヨリ反對論アリ)蓋シ現行刑法ニ依ルモ新刑法ニ依ルモ自殺ノ幇助ハ殺人犯ヨリモ其刑罰ヲ輕減セリ然ルニ承諾ニ依ル傷害罪ハ何等特別ノ規定ナキ故ニ傷害罪トシテ同樣ニ罰スルモノトセハ承諾ニ基ク殺人罪ヨリモ承諾ニ依ル傷害罪ハ却テ重キ刑罰ヲ科セラルルニ至ルヘク甚タ不都合ナル結果トナルナリ

第二〇五條ハ傷害ニ因リ人ヲ死ニ致シタル場合ヲ重ク處罰スルコトトセリ是レ所謂結果犯ニシテ犯人カ傷害ノ意思アルモ殺害ノ意思ナクシテ死ニ致シタル場合ナリ若シ殺害ノ故意アルトキハ殺人犯タリ死亡ヲ豫見セサルコトニ付テ過失ナキモ亦可ナリト雖モ傷害行爲ト死亡ノ結果トノ間ニ相當ノ因果關係アルヲ要スルナリ

第二〇六條ハ勢ヲ助ケタル從犯的行爲ニ對スル特別處分ヲ規定セルモノナリ

第二〇七條ハ二人以上ノ暴行者間ニ意思ノ共通ナキ場合ヲ規定ス意思ノ共通アルトキハ當然ノ共犯ニシテ特ニ本條ノ規定ヲ必要トセス

第二〇八條ノ罪ヲ親告罪トシタルハ影響輕微ニシテ强テ干涉スル必要ナキニ因ル

第二十六章　過失傷害ノ罪

過失傷害ノ罪ハ過失ニ因リ人ノ身體ノ健狀ヲ侵害スルニ因リテ成立スルモノナリ過失ニ因リ人ヲ死ニ致シタル場合モ亦過失傷害ノ罪ノ一態樣タリ單純ニ傷害ノ結果ヲ生シタル場合ト死ノ結

果ヲ生シタル場合トハ其刑ニ輕重アリ（二〇九條及ヒ二一〇條參照）而シテ前場合ヲ親告罪ト爲シタルハ現行法ト趣ヲ異ニスル所ニシテ犯人ニ重大ナル非社會性ナキノミナラス結果モ亦重大ナラサルカ故ニ强テ干涉スル必要ナキニ因ル過失カ重過失ナルト輕過失ナルトハ本罪ノ成立ニ關係ナシ

而シテ又新刑法ニハ業務上必要ナル注意ヲ怠リ因テ人ヲ死傷ニ致シタル者ヲ重ク罰スルノ規定ヲ設ケタルハ特別ノ注意ヲ促サントスル一般豫防策ノ要求ヲ容レタルモノナルヘシ

第二十七章　墮胎罪

墮胎トハ胎兒ヲ自然ノ出生期ニ先チ人工ヲ以テ母體外ニ排出スルヲ謂フ

第二一二條ハ懷胎セル婦女カ自ラ墮胎行爲ヲ爲ス場合ヲ規定セルモノニシテ本條ノ主體ハ懷胎セル婦女ナルコトヲ要スルモノナリ而シテ其墮胎ノ方法ハ法律ニ之ヲ制限セサルヲ以テ藥物服用其他如何ナル手段ヲ用キルモ可ナリ又直接ニ自ラ手ヲ下スト他人ニ依賴シテ手段ヲ施サシムルトヲ區別セス但後ノ場合ニハ其婦女ハ本條ニ依リ其他人ハ次條ニ依リ處分スヘキモノトス

第二一三條ハ他人カ妊婦自身ノ囑託ヲ受ケ又ハ其承諾ニ基キテ墮胎セシメタル場合ヲ處罰スル規定ナリ墮胎者以外ノ者ヨリ敎唆ヲ受ケタルトキハ墮胎者ノ承諾アレハ本條ノ罪ヲ構成スルモ然ラサルトキハ第二一五條ニ依リ處分セラルヘキ罪ト爲ルヘシ本條ノ罪ヲ犯スニ因リ其婦女ヲ死傷ニ致シタルトキハ其刑ヲ加重ス

第二一四條ハ犯人ノ身分ニ因リ刑ヲ加重スル規定ナリ此身分ナキ者カ共ニ犯シタルトキハ第六五條第二項ニ從テ擬律セサルヘカラス

第二一五條ハ囑託又ハ承諾ヲ得スシテ墮胎セシメタル場合ヲ規定ス犯罪主體ニ付テ前條ニ於ケルカ如キ制限ナシ之カ未遂罪ヲ罰スルハ前數條ノ場合ニ比シ犯人ノ非社會的性格ノ大ナルニ因ル本條ノ罪ヲ犯シ因テ其婦女ヲ死傷ニ致シタルトキハ傷害ノ罪ニ依リテ處斷セラルヘシ

第二十八章　遺棄ノ罪

遺棄罪ハ老幼不具又ハ疾病ノ爲メ扶助ヲ要スヘキ者ヲ遺棄スルニ因リテ成立ス故ニ(1)客體カ扶助ヲ要スヘキ人タルコトヲ要シ(2)之ヲ遺棄スル行爲アルコトヲ要ス

扶助ヲ要スヘキ者トハ老年、幼年、不具又ハ疾病ノ爲メ自ラ其生計資料ヲ準備スルノ能力ナキ者ヲ謂フ貧困、遭災其他同情スヘキ狀況ニ在ル者ヲ含マス老幼ノ年齡ニ付テハ特別ノ制限ナキカ故ニ扶助ヲ要スヘキヤ否ヤニ依リテ本條ノ罪ノ客體タルヘキ老者ナルヤ幼者ナルヤヲ判斷セサルヘカラス遺棄トハ是等ノ者ヲ一定ノ場所ニ遺留若クハ移棄シテ從來ノ扶助關係ヲ絕ツコトヲ謂フ法律上之ヲ保護スヘキ責任ヲ有スル者カ犯シタル場合ト此責任ナキ者ノ犯シタル場合トハ刑ヲ異ニス保護責任者ハ是等ノ者ノ生存上必要ナル保護ヲ爲ササル場合ニモ遺棄ヲ爲シタル

場合ト等シク處罰セラル責任者カ自己又ハ配偶者ノ直系尊屬ニ對シテ犯シタルトキハ其刑更ニ重シ(二一七條二一八條參照)

第二一九條ハ前二條ノ罪ヲ犯シ人ヲ死傷ニ致シタル者ノ處分ヲ規定ス

第八編　自由ヲ侵ス罪

第二十九章　住居ヲ侵ス罪

本罪ハ法典第十二章第一三〇條乃至第一三二條ニ規定スル所ニシテ要件トシテハ故ナク人ノ住居又ハ人ノ看守スル邸宅建造物若クハ艦船ニ侵入シ又ハ要求ヲ受ケテ其場所ヨリ退去セサルニ因リテ成立ス

(1) 故ナクシテ侵入シタルコトヲ要ス　故ナクトハ管理權者ノ意思ニ反シテト云フノ義ナリ不法ト云フ意味ニアラス但不法ノ侵入タルコトヲ要スルハ一般原則上當然ニシテ不法ナラサル場合ニ罪ヲ構成セサルハ「故ナク」ト云フ特別要件ヲ缺クカ爲メニアラサルナリ而シテ不法ナラサルトキハ管理者ノ意思ニ反スルモ尙ホ本罪構成セス(家宅搜索)

(2) 侵入行爲アルコト又ハ要求ヲ受ケテ退去セサルコトヲ要ス　現行刑法ニハ侵入ノ場合ノミヲ規定シ要求ヲ受ケテ退去セサル場合ノ規定ナキハ不備ナリ不退去ハ初メ承諾ヲ得テ入リタル場合ノミニ別罪ヲ構成スルモノニシテ初ヨリ意意ニ反シ侵入シタルトキハ別罪ヲ構成セス侵入及ヒ不退去ノ目的如何ハ本罪ノ成立ニ影響ナシ

(3) 人ノ住居又ハ人ノ看守スル邸宅建造物若ハ艦船ニ侵入スルコトヲ要ス人ノ住居ハ一戶ノ家屋ノミニ限ラス旅人宿ニ於ケル客室ノ如キモ亦一ノ住居ナリ侵入ノ場所カ皇居、禁范、離宮又ハ行在所ナルトキハ其刑重シ神宮又ハ皇陵ニ侵入シタル者亦同シ是等ノ場所ニ付テハ侵入ノ場合ノミヲ規定シ要求ヲ受ケテ退去セサル場合ヲ規定セス蓋シ其必要ナキニ因ル此加重刑ヲ科スルニハ是等ノ場所カ皇居、禁苑等ナルコトヲ知ルヲ要スルハ勿論ナリ

第三十章　祕密ヲ侵ス罪

本罪ハ信書ノ開披及ヒ祕密ノ漏泄ヲ包含スルモノニシテ前者ハ故ナク封緘シタル信書ヲ開披シタルニ因リテ成立ス

(1) 故ナク開披シタルコトヲ要ス　即チ權利者ノ意思ニ反シテ開披スルコトヲ要ス元ヨリ意思ニ反スルコトノ認識即チ故意アルコトヲ要スルコト當然ナリ例ハ家族間ニ於テ互ニ開披ノ慣例アリ本人ノ意思ニ反スルコトヲ知ラサルトキハ故意ヲ存セス

(2) 封緘シタル信書ナルコトヲ要ス　信書トハ特定ノ人ヨリ特定ノ人ニ對スル意思表示ナリ然モ其信書ハ封緘シタルモノニ限リ本罪ニ關係ス而シテ郵便官署ノ取扱中ニ係ル信書ノ祕密ハ郵便法ノ保護スル所ナルカ故ニ本法ノ罪ノ客體タルヲ得ス

祕密漏泄ハ第一三四條ノ規定スル所ナリ即チ醫師、藥劑師、藥種商、産婆、辯護士、辯護人、公證人又ハ現ニ是等ノ職ニアラサルモ從前是等ノ職ニ在リシ者カ業務上取扱ヒタルコトニ付キ知リ得タル他人ノ祕密ヲ故ナク漏泄シタル場合及ヒ現ニ宗教若ハ禱祀ノ職ニ在ル者又ハ從前是等ノ職ニ在リシ者カ自己ノ業務上取扱ヒタルコトニ就キ知リ得タル人ノ祕密ヲ漏泄シタル場合ニ於テハ本條ニ因リ處分セラルヘキモノトス漏泄トハ未タ公知ニ屬セサルコトヲ他人ニ告知スルヲ謂フ

本章ノ罪ハ親告罪ナリ（一三五條）

第三十一章　逮捕及ヒ監禁ノ罪

第一　逮捕及ヒ監禁ハ共ニ人ノ行爲ノ自由ヲ剝奪スルモノニシテ唯其手段ヲ異ニスルノミ即チ逮捕ハ身體ニ直接ノ物質力ヲ加フルモノニシテ監禁ハ、一定ノ定ノ區劃サレタル場所ヨリ外部ニ出ツルコトヲ得サラシムル方法ナリ而シテ監禁ニ付テハ區劃サレタル場所ニ出入口アルモ被監禁者之ヲ知ラサルトキ又ハ之ヲ知レルモ逸出ヲ防クカ爲メニ看守者アルトキハ尙ホ本罪ヲ構成ス

逮捕及ヒ監禁ハ繼續的ノ觀念ナリ人ノ手ヲ握ルト共ニ之ヲ放ツハ暴行タルヲ得ヘシト雖モ未タ逮捕ニアラス人ヲ一定ノ區劃サレタル場所ニ入ルルモ何時ニテモ出去ルコトヲ得ヘキ狀態ニ在ラシムルトキハ監禁ニアラス時間ノ長短ハ問フ所ニアラサルモ比較的ニ繼續的ニ擧動ノ自由ヲ剝奪スヘキ手段アルヲ要シ又其意思アルヲ要ス

第二　逮捕及ヒ監禁モ亦不法ナル場合ニアラサレハ犯罪ヲ構成セサルコト一般原則ノ適用上明瞭ナリト雖モ法律ハ特ニ不法ナルコトヲ特別ノ構成要素ト爲シタリ蓋シ逮捕監禁ハ普通人ト雖モ亦之ヲ爲シ得ル場合アルコトハ他ノ法令ノ認ムル所ニシテ（刑訴六〇條精神病者監禁法）犯スニ當リ不法ナルコトヲ知ラサル場合ニ於テモ尙ホ之ヲ處罰スルノ必要ナキカ故ニ特ニ之ヲ明示シタルモノト解セサルヘカラス

第三十二章　脅迫ノ罪

第一　脅迫トハ一定ノ害惡ヲ加フヘキコトノ告知ニ依リテハ他人ヲ威嚇スル行爲ナリ人ノ行爲ノ自由ヲ拘束シ若クハ拘束スルニ適當ナル一般的ノ傾向ヲ有ス

本罪ヲ構成スル脅迫ニ付テハ告知スル加害ノ種類ニ制限アリ即チ被脅迫者又ハ其親族ノ生命、身體、自由、名譽又ハ財產ニ對シ害ヲ加フヘキコトノ告知ヲ爲サルヘカラス其以外ノ者ニ對シテ加害スヘキコトノ告知ハ脅迫ト爲ラス然レトモ犯人ニ於テ實害ヲ加フヘキ眞意アルヲ要セス又被脅迫者ニ加害ノ告知ノ認知セラルルコトヲ必要トスルモ之カ爲メニ實際上畏怖ノ念ヲ生セシムルノ必要ナシ之ヲ要スルニ本罪ニ於ケル脅迫ハ廣義ニシテ他人ノ意思ノ反

抗ヲ抑壓スルニ足ルヘキ程度ノモノノミニ限ルコトナシ隨テ口頭ヲ以テスルト書面ヲ以テスルトハ本罪ノ觀念ヲ左右セス

第二　單純脅迫罪ト强制罪トヲ區別ス

一　單純脅迫罪（二二二條）特別ノ目的アルコトヲ必要トセス加害ノ告知ニ依リ被告知者ノ畏怖ノ念ヲ生スヘキコトヲ觀念スルヲ以テ足ル

二　强制罪（二二三條）脅迫又ハ暴行ヲ用ヰ人ヲシテ義務ナキコトヲ行ハシメ又ハ其權利ノ行使ヲ妨害スルニ因テ成立ス故ニ行爲ノ自由ニ對スル罪ナルコト明カナリ逮捕監禁ノ罪ト異ナルハ特定ノ行爲カ强制セラルル點ニ在リ

本條ノ罪ハ被害者カ暴行、脅迫ニ因テ義務ナキ事ヲ行ヒ又ハ權利行使ヲ妨害セラレタル事實アルト共ニ既遂ト爲ル犯人カ義務ナキコトヲ行ハシメ又ハ權利ノ行使ヲ妨害スル目的ヲ以テ暴行又ハ脅迫ヲ用ヰルモ其目的ヲ達セサルトキハ罰スヘキ未遂罪ヲ構成ス（二二三條三項）

第三十三章　略取及ヒ誘拐ノ罪

第一　略取及ヒ誘拐ハ他人ヲ不法ニ自己ノ實力的ノ支配ニ移ス行爲ニシテ其被害者ノ行爲ノ自由ヲ侵害スルモノナリ而シテ略取ト誘拐トハ手段ニ於テ異ナルニ過キス即チ略取ハ被害者ノ意思ニ依ラスシテ之ヲ自己ノ實力的支配ノ下ニ移スノ行爲ナリ必スシモ暴行又ハ脅迫ヲ用ヰルコトヲ必要トセス意思無能力者ニ對シテハ常ニ略取行爲ヲ存スヘシ（正反對ノ見解アリ）誘拐ハ被害者ノ瑕疵アル意思ニ基テ之ヲ自己ノ實力範圍ニ移スノ行爲ナリ

第二　一般拐取罪ト特別拐取罪トヲ區別ス前者ニ付テハ被害者ノ年齡ニ制限アルモ後者ニ付テハ此制限ナシ別ニ事後關與罪アリ

一般拐取罪ハ未成年者（男女ノ區別ナシ）ヲ略取又ハ誘拐スルニ因テ成立ス（二二四條）而シテ本罪ニ於テハ被拐取者カ被害者タルコトハ勿論ナリト雖モ未成年者ハ父母其他ノ監督者ノ監督權ニ服スルモノニシテ監督者ハ未成年者ヲ監護シ之ヲ懲戒シ其居所ヲ指定スル等ノ權利ヲ有スル結果トシテ（民八七九條乃至八八三條九二一條等參照）其權利義務ノ範圍内ニ於テハ未成年者ノ意思ニ反シテモ尚ホ其身上ニ付キ適當ナル處置ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ監督者ノ眞意ニ基テ未成年者ヲ自己ノ實力範圍ニ移スハ縱令未成年者ノ意思ニ反スルモ本罪ヲ構成スキニアラス

第三　特別拐取罪ハ特別ノ目的カ拐取ノ動機タルヲ要件トス被拐取者ノ年齡ニハ制限ナシ成年者ニ對シテハ其者ノ眞意ニ未成年者ニ對シテハ其監督權者ノ眞意ニ反スル場合ニ於テ犯罪ノ成立スルヲ原則トス然レトモ監督權ノ作用ハ猥褻ノ目的ノ爲メニ被監督者ヲ他人ニ交付シ又ハ外國移送ノ目的ニテ之ヲ賣買スルカ如キ行爲ヲ適法ナラシムルコトヲ得サルヘク此ノ如

ク監督者カ適法ニ處置スルノ權能ナキ行爲ニ付テハ其承諾アルトキト雖モ苟モ被監督者ノ眞意ニ依ラスシテ之ヲ其從來ノ地位ヨリ自己ノ實力範圍內ニ移ストキハ拐取罪ヲ構成スルモノト認メサルヘカラス而シテ此ノ如キ關係ニ於テハ其監督者モ亦或ハ敎唆從犯トシテ或ハ正犯（特ニ外國移送ノ爲メノ賣買ニ付テ）トシテ本罪ノ主體タルコトヲ得ルモノト解セサルヘカラス特別拐取罪ノ種類左ノ如シ

一　營利、猥褻又ハ結婚ノ目的ニ出テタル拐取（二二五條）

二　帝國外ニ移送スル目的ニ出テタル拐取（二二六條二項）

三　帝國外ニ移送スル目的ヲ以テ人ヲ賣買シ又ハ被拐取者若クハ被賣者ヲ帝國外ニ移送スル行爲（二二六條二項）

第四　拐取賣買ノ事後關與罪ハ第二二七條ノ規定スル所ナリ拐取、賣買又ハ移送ノ罪ヲ犯シタル者ヲ幇助スル爲メ被害者ヲ收受若クハ藏匿シ又ハ隱避セシムルニ因テ成立ス而シテ收受カ營利又ハ猥褻ノ目的ニ出テタルトキハ加重ノ罪ト爲ル幇助營利又ハ猥褻ノ目的ナクシテ事後關與ヲ爲スモ罪ト爲ラス

第五　第二二四條ノ罪、第二二五條ノ罪、是等ノ罪ノ事後幇助罪（二二七條一項ノ中二二六條ノ罪ニ關スルモノヲ除キタル分）第二二七條第二項ノ罪及ヒ以上ノ罪ノ未遂罪ニシテ營利ノ目的ニ出テサルモノハ親告罪ナリ但被拐取者又ハ被賣者犯人（拐取者賣買者又ハ收受者）ト婚姻ヲ爲シタル以上ハ其婚姻ニ付キ無效又ハ取消ノ裁判確定ノ後ニアラサレハ告訴スルノ權ナシ（二二九條）從テ婚姻繼續中ハ是等ノ罪ニ關係アル何レノ犯人ニ對シテモ有效ニ訴追スルヲ得ス協議上ノ離婚後ニ於ケル告訴ハ有效ナリヤ否ヤ苟モ婚姻ノ解消アリタル後ハ告訴ノ效アリト論スルコトヲ得ルニ似タリト雖モ解釋トシテハ之ヲ否定セサルヘカラス

第九編　名譽、信用及ヒ業務ニ對スル罪

第三十四章　名譽ニ對スル罪

甲　概念

第一　名譽ハ人ノ社會上ノ價値ナリ凡ソ人ハ其社會上ノ價値ニ關シ他人ヨリ貶侮セラレサルノ權利ヲ有ス是レ即チ名譽權ナリ從テ名譽ニ對スル罪ニ於テハ貴賤、貧富其他如何ナル階級種類ノ人格者モ之カ被害者タルコトヲ得ルモノトス幼者及ヒ狂者亦同シ死者　法律ハ死者ノ名譽ヲ毀損スル場合ヲ規定シタリ（二三〇條二項）ト雖モ死者其モノニハ人格ナキカ故ニ被害者タルヲ得ス死者ノ生前ニ於ケル名譽ハ例ヘハ人格ヲ有セサル胎兒ト同シク法律保護ノ目的物タルコトヲ得ヘシト雖モ其法益ニハ直接ノ主體ナキナリ（此規定ハ間接ニ遺族ノ名譽ヲ保護スルモノト解スヘキモノトス）法人　カ本罪ニ付テ被害能力ヲ有スルヤ否ヤニ付テハ學說區區タリ（「ビンヂング」、「ホン」、

0283

「バール」、「マイヤー」其他多數學者ハ消極説、「フランク」、「メルケル」、「シュッツェーステングライン」、「ウェヒテル」、「ローゼンフェルド」、「コーラー」等ハ消極説、「リスト」ハ一般ノ理論トシテ積極説、獨逸現行法ノ解釋トシテ消極説）ト雖モ法人モ人格ヲ有シ社會的活動ヲ認メラレタル範圍内ニ於テハ其人格ニ付テ社會上ノ價値ヲ有スルヤ疑ナキ所ニシテ法律上之ヲ保護セサルノ理由ナキカ故ニ積極説ヲ採用セサルヘカラス（判例モ亦積極ノ論結ヲ採用セリ、明治二十五年判決錄一卷九九頁參照尙ホ新刑法九二條ノ規定ヲ參照スヘシ）

名譽ニ對スル罪ノ成立スルニハ被害者ヲ個個ニ指名スルコトヲ要セス被害者タルヘキ個個ノ人格者カ容易ニ認識セラレ得ル程度ニ於テハ集合的ニ表示スルモ妨ナシ而シテ其程度ハ裁判所ノ決定スヘキ事實問題ナリ（法人ノ被害能力ト混同スヘカラス）例ヘハ其裁判所ノ判事連ト云フカ如キ又ハ某大學ノ敎授連ト云フカ如キ是ナリ之ニ反シ日本人、日本官吏、東京市民、在京宗敎家ト云フカ如キ漠然タル表示ニ依テ本罪ヲ犯スコトヲ得ス

乙　體樣

第二　公然事實ヲ摘示シテ名譽ヲ毀損スル罪（二三〇條）公然ト云フハ不定ノ多數人ニ認知セラレ得ル狀態ナリ公然ナラサルトキハ本罪ヲ構成セス（二三四條ノ罪ヲ構成スル場合アルハ格別ナリ）事實ヲ摘示スト云フハ事實ヲ表示スルノ意味ニ外ナラス

玆ニ所謂事實ハ人ノ名譽ヲ毀損スルニ足ルヘキ一切ノ事實ヲ包含ス其事實ノ有無ヲ問ハス又其事實カ被害者ノ行爲ニ關スルコトヲ必要トセス（反對説アリ）而シテ表示ノ方法及ヒ體樣ノ如何モ亦無關係ナリ事實ノ正確ナルコトヲ附加スルモ或ハ「云云ノ風説アリ但予ハ之ヲ不實ナリト信ス」ト云フカ如ク否定的ノ文句ヲ附加スルモ何等ノ影響ナシ、複雜ナル具體的ノ説明モ必要ニアラス但外部ノ事實ヲ根據トスルコトナク單純ニ輕侮的ノ言動ヲ爲スハ侮辱罪ニシテ本條ノ罪ニアラス例ヘハ彼ハ詐欺師ナリト云フ主張カ彼ハ詐欺ヲ爲シタルコトアリト云フ事實ノ摘示ニアラスシテ彼ハ詐欺根性ヲ有スト云フ輕侮的判斷ヲ與フルニ過キサルナラハ本條ノ罪ヲ構成スヘキモノニアラス

名譽ヲ毀損スト云フハ名譽權ヲ侵害スルノ意味ナリ苟モ人ノ社會的價値ヲ貶スルノ虞アル事實ヲ公然表示シ第三者ニ認知セラレタル以上ハ當然ニ名譽毀損罪ヲ構成ス必スシモ犯人ノ行爲ニ因リ世人カ被害者ニ對シ不利益ナル判斷ヲ爲スニ至リタル事實アルコトヲ要セス

死者ノ名譽ヲ毀損シタル者ハ誣罔ニ出テタル場合ニ限リ之ヲ處罰ス死者ノ名譽ハ死者ノ生前ニ於ケル名譽ナリ子孫ノ名譽ト同一ナリト解スヘカラス親ノ生前ナルト死後ナルトニ拘ハラス親ノ名譽即チ子ノ名譽ナリト認ムルハ名譽ト云フ法益カ身上專屬的ノ性質アルコトヲ閑却スルモノナリ誣罔ト云フハ事實相異ノ事ヲ虛構シテ摘示スルナリ即チ讒謗ナリ

本條ノ罪ノ成立スルニハ犯罪行爲ノ動機遠因ノ如何ヲ問フコトナシ他人ニ關シテ摘示スル事

實カ其者ノ名譽ヲ損スル虞アルコト及ヒ自己ノ摘示行爲カ公然ナルコトノ狀態ヲ知ルヲ以テ足ル然レトモ新聞紙又ハ文書圖書ノ出版ニ依リ人ノ名譽ヲ毀損シタル場合ニ付テハ特別ノ規定アリ（新聞紙條例二五條出版法三一條）

第三　事實ヲ摘示セル公然人ヲ侮辱スル罪（二三一條）　法文ニ「事實ヲ摘示セスト雖モ」ノ一句ヲ加ヘタルモ事實ヲ摘示シテ公然人ヲ侮辱スルハ當然本條ノ罪ヲ構成ストノ反面解釋ヲ用フヘカラス公然事實ヲ摘示シテ侮辱スルトキハ前條ノ罪ヲ構成スヘキコト疑ナキナリ

侮辱トハ罵詈嘲弄其他輕蔑ノ意味ヲ包含スル一切ノ行爲ヲ謂フ德義的方面ニ關スル輕蔑タルコトヲ必要トセス智能ノ方面、身分ノ方面等ニ關スルモ可ナリ不作爲モ亦法律上ノ作爲義務ニ反スル範圍ニ於テハ侮辱罪ヲ構成スルコトヲ得ヘク擧動、形容等モ本罪ノ手段タルヲ得ヘシ但形ニ於テ同一ナル言動ハ常ニ侮辱ト爲リ又ハ爲ラサルノ性質ヲ有スルモノト解スヘカラス被害者ノ身分職業ノ差異、犯人トノ關係ノ親疎等ニ因リ同一ノ言動カ或ハ侮辱ト爲リ或ハ然ラサルモノアルコトヲ注意スヘシ而シテ侮辱ハ一般的人格ノ輕視ナルカ故ニ他人ノ箇箇ノ言論行爲ヲ批評シ其謬謬ヲ主張スルカ如キハ延テ其一般資性ニ及ハサル限リハ侮辱ニアラス例ヘハ或事項ニ關シ互ニ論難駁擊スルカ如キ是ナリ（之ニ反シ所謂人身攻擊ニ涉ルトキハ名譽毀損又ハ侮辱罪ヲ構成ス）又多數人ノ面前ニ於テ債務者ニ對シ履行ヲ催促スルカ如ク權利ノ單純ナル行使ニ止マルモノハ侮辱ニアラス（反對說アリ）

本罪ノ成立スルニハ人ヲ輕蔑スルノ目的アルコトヲ要ス從テ親戚朋友等ノ間ニ於ケル戲言ノ如キハ他ノ場合ニ於テ侮辱罪ヲ構成スル行爲ト形式上同一ナリトスルモ本罪ヲ構成セス

丙　處分及ヒ訴追條件

第四　名譽ニ對スル罪ニ付テハ科刑比較的ニ輕シ殊ニ侮辱罪ニ付テ然リ之ヲ拘留又ハ科料ノミニ處スルハ罪質重大ナラサルニ因リ第六四條ノ適用アル一場合ナリ然レトモ第二三〇條ノ罪ニ付テハ屬人主義及ヒ保護主義ノ適用アリ（三條一二號及ヒ二項）尙ホ法典第二編第一章又ハ第四章ノ規定ノ適用アルトキハ別ニ本罪ノ成立ヲ認ムヘカラサルコトヲ注意スヘシ名譽ニ對スル罪ハ親告罪ナリ何人カ告訴權ヲ有スルカハ特別ノ規定ナキカ故ニ刑事訴訟法ノ規定ニ依ラサルヘカラス而シテ現行刑事訴訟法ニ依ルトキハ被害者及ヒ其法律上代理人ノミヲ告訴權者ト爲スカ故ニ死者ノ名譽ヲ毀損スル罪ニ付テハ將來刑事訴訟法ノ改正ニ際シ舊刑法第三六一條ニ於ケルカ如ク死者ノ親族ヲシテ告訴ヲ爲サシムルニアラサレハ之ヲ訴追スルヲ得ス死者ノ親族ヲ以テ當然ニ被害者ナリトスルハ新刑法ノ解釋上ノ不適當ナリ

第三十五章　信用及ヒ業務ニ對スル罪

第一　信用（Kretit）ハ人ノ社會上ノ價値ノ財產的方面ナリ換言スレハ財產上ノ義務ノ履行ニ關スル他人ノ信賴ヨリ生スル社會上ノ價値ナリ

廣ク業務ト云フトキハ人ノ屢〻繰返シテ執行スル事務ノ總稱ナリ然レトモ公務ノ執行ヲ妨害スル行爲ハ別種ノ犯罪ヲ構成スルカ故ニ業務ニ對スル罪ニハ之ヲ包含セサルモノト解セサルヘカラス

第二　信用ヲ毀損スル手段ハ虛僞ノ風說ヲ流布シ又ハ僞計ヲ用キルニ在リ（二三一條前段）業務ヲ妨害スル手段ノ虛僞ノ風說ヲ流布シ僞計ヲ用キ又ハ威力ヲ用キルニ在リ（同條後段及ヒ二三二條）

虛僞ノ風說ヲ流布スルト云フハ事實無限ノ揑造說ヲ多數人ノ間ニ傳播セシムルナリ僞計トハ他人ヲ害スルノ目的ニ出テタル權謀術數ヲ謂フ單純ナル詐言ヲ包含セス此點ニ於テ詐欺ヨリモ狹シ然レトモ必スシモ他人ヲ欺罔スルコトヲ要セス例ヘハ會社ノ支配人ニ贈與ヲ爲シ又ハ利益ヲ約束スルカ如ク食ハスニ不正ノ利益ヲ以テシ支拂停止ヲ爲サシムルカ如キ是ナリ此點ニ於テ詐欺ヨリモ廣シ威力トハ人ノ意思ヲ制壓セントスル勢力ナリ有形タルト無形タルトヲ分タス暴行ヲ用キルモ可ナリ脅迫、恐喝、權威、職權ノ濫用等亦可ナリ

人ノ信用ヲ毀損スト云フハ被害者ニ對スル世人ノ信用カ犯人ノ行爲ニ因リ失墜スルニ至リタル結果ヲ生スル意味ニアラス法律ノ趣意ハ前章名譽毀損罪ニ付テ說明シタルト同樣ニシテ人ノ信用ヲ害スルノ虞アル虛說ノ流布又ハ僞計ノ使用ヲ處罰スルニ在リ業務ヲ妨害スルト云フハ業務ノ執行又ハ發展上ノ障害ト爲ルヘキ狀態ヲ發生セシメサルコトヲ意味ス必スシモ業務ヲ止息スルニ至ラシメタルコトヲ要セス

第十編　財產ニ對スル罪

第三十六章　通論

第一　財產ニ對スル罪ニ於ケル物體ハ財物ナリ

一　財物ハ物ナリ或立法例ニ於テハ物ヲ有體物ト無體物トニ區別シ（例ヘハ佛民法）我民法（八五條）ニ於テハ物ハ有體物ニ限ルモノト爲ス新刑法ハ原則トシテ民法ノ主義ニ從フト雖モ竊盜及ヒ强盜ノ罪及ヒ詐欺恐喝ノ罪ニ付テハ電氣モ亦財物ト看做スヘキコトヲ規定シタリ（二四五條二五一條）瓦斯カ一種ノ有體物ニシテ財物タルコトヲ得ルニ付テハ別段ノ疑ナシ（明治三十七年判決錄九一〇頁參照）權利其モノハ有體物ニアラサルコト明カナリト雖モ權利ヲ設定又ハ證明スル文書ノ要素ト爲レル物體ハ財物ナリ（明治二十九年判決錄七卷五三頁參照）

二　財物ハ財產權殊ニ所有權ノ目的タルコトヲ得ル物ナリ金錢的價値ノ有無ハ問フ所ニアラス（明治三十七年判決錄一四一五頁參照）死骸及ヒ遺骨カ財物タルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ議論アリ（判例ハ積極說ヲ採用シタリ明治二十六年判決錄二卷一五〇頁及ヒ同二十九年一〇卷一五頁參照）ト雖モ新刑法ハ第一九〇條及ヒ第一九一條ニ於テ是等ノ物ニ關シ特別

罪ヲ規定シタルカ故ニ是等ノ物ハ財產ニ對スル罪ノ目的物タルコトヲ得サルモノト解セサルヘカラス又大洋ノ海水若クハ大空ノ空氣等ノ如ク財產權ノ目的物タラサル物ハ（特ニ人カ勞力ヲ加ヘタルニ因リ權利ヲ有スル場合ノ外）本罪ノ物體タルコトヲ得サルハ勿論ナリ」

三　財產ニ對スル罪ハ他人ノ財物ニ付テ成立スルヲ原則トス從テ無主物又ハ自己ノ財物ニ付テハ本罪ノ成立スルコトナキヲ一般トス然レトモ左ノ場合ニハ自己ノ財物ト雖モ他人ノ財物ト等シク財產ニ對スル罪ノ目的物トナル

（イ）竊盜及ヒ强盜ノ罪及ヒ詐欺及ヒ恐喝ノ罪ニ付テハ他人ノ占有ニ屬シ又ハ公務所ノ命ニ因リ他人ノ看守シタルモノナルトキ（二四二條二五一條）他人ノ占有ニ屬スルト云フハ他人カ自己ノ財物ニ付キ質權留置權又ハ賃借權ヲ有スルニ因リ占有權ヲ有スル場合ハ勿論不法行爲ニ因リ占有ヲ爲シタル場合ヲモ包含スヘク所謂自己ノ爲メニスル意思ノ伴ハサル所持ヲモ包含スヘシ

（ロ）橫領ノ罪ニ付テハ公務所ヨリ保管ヲ命セラレタルトキ（二五三條二項）例ヘハ間接國稅犯則者處分法第七條第二項、國稅徵收法第二二條但書民事訴訟法第五六六條第二項等ニ依リ所有者カ保管ヲ命セラルル場合ノ如キ是ナリ

（ハ）毀棄罪ニ付テハ差押ヲ受ケ物權ヲ負擔シ又ハ賃貸シタルモノナルトキ（二六二條）物權ヲ負擔スル物ハ他人ノ占有ニ在ルト否トヲ問ハス差押ヲ受ケタル物ニ付テモ亦同シ」

第二　財產ニ對スル罪ハ動產又ハ不動產ニ對シ之ヲ犯スコトヲ得ルヲ原則トス然レトモ盜罪ハ不動產ニ對シテ之ヲ犯スコトヲ得サルモノト解セラル蓋シ竊取、强取、騙取ハ皆所持ノ移轉ヲ要件トスルモノニシテ騙取ノ場合ニ於ケルカ如ク被害者カ自己ノ意思（縱令瑕疵アリトハ雖モ）ニ依リ其所持ヲ犯人ニ移シタルトキハ自己ノ所持ヲ喪失スト雖モ被害者カ所持ヲ移轉スル意思ナク且其物ノ位置カ現狀ヲ變セサル以上ハ犯人カ之ニ占據スルコトアルモ被害者亦其所持ヲ失フモノニアラサルカ故ニ不動產ハ之ヲ騙取スルコトヲ得ヘシト雖モ盜取スルコトヲ得サルモノト解シ得ルナリ從來多數ノ判例ハ理由ニ於テ同シカラスト雖モ之ト結論ヲ同シウス若シ夫レ不動產ノ不法占據カ或ハ住居侵入罪或ハ暴行脅迫罪或ハ業務妨害罪ヲ構成スルカ如キハ別箇ノ問題ナリトス

第三　財產ニ對スル罪ハ所持ノ關係如何ニ依リ其種類ヲ異ニスルモノアルコト既ニ述ヘタル所ナリ從テ所持ノ觀念ヲ會得スルコトハ頗ル重要ナリ蓋シ所持ハ物ニ對スル實力的支配關係ナリ（同趣旨判決アリ明治三十七年判決錄一四一八頁參照）法典第二五二條以下及ヒ其他ノ規定ニ所謂占有ハ民法ノ占有權ト同一ニアラスシテ玆ニ所謂所持ナリト解スヘシ

第四　財產ニ對スル罪ノ中ニハ橫領ノ意思ヲ必要トスルモノト然ラサルモノトアリ竊盜及ヒ强姦ノ罪、詐欺及ヒ恐喝ノ罪及ヒ橫領ノ罪ハ前者ニ屬シ（反對論アリ）贓物ニ關スル罪及ヒ毀棄、隱匿ノ罪ハ後者ニ屬スルナリ橫領ノ意思トハ權利者ノ利益ヲ排斥シテ財物ノ經濟上ノ用

法ニ從ヒ其財物若クハ其經濟上ノ價値ヲ處分スルノ意思（目的）ヲ謂フ我法律ハ特ニ此ノ如キ意思ヲ明示ノ要件ト爲サヽルモ竊盜及ヒ强盜ノ罪及ヒ詐欺及ヒ恐喝ノ罪モ橫領ノ罪ト等シク其性質上ニ於テ一種ノ橫領行爲ナリト解セサルヘカラス（反對岡田博士刑法講義、牧野氏刑法通義）而シテ茲ニ所謂權利者トハ所有者ノミヲ謂フニアラス第二四二條、第二五一條、第二五二條第二項ノ規定ニ依テ保護セラルル者ハ所有者ニ對シテモ權利者ナルコト明カナリ從テ左ノ場合ニ於テハ盜罪、詐欺、恐喝罪又ハ橫領ノ罪ヲ存セス

一　直チニ財物ヲ毀棄スル目的ヲ以テ他人ノ所持ヲ奪ヒ又ハ自己ノ所持スル他人ノ財物ヲ毀棄スルトキハ毀棄ノ罪ヲ構成スルモ橫領的犯罪ヲ構成セス例ヘハ他人カ机上ニ置キタル懷中時計ヲ取上ケ石上ニ投擲シテ之ヲ毀壞スルカ如キハ竊盜罪ニアラス（橫領ノ意思ヲ必要トセサルトキハ竊盜ト毀棄ニ付キ第五四條ヲ適用スル外ナカルヘシ然レトモ斯ル行爲ノ如キハ單純ナル毀棄罪ノ適例タルニ過キサルナリ）之ニ反シ財物ノ經濟上ノ用法ニ從ヒ即時消費ノ目的ヲ以テ所持ヲ奪フ場合ニハ橫領ノ意思アルカ故ニ盜罪ヲ構成スヘシ例ヘハ他人ノ飮食品ヲ奪取シテ即時ニ飮食スル場合ノ如キ是ナリ

二　元物ヲ原狀ノ儘ニテ直チニ返還スルノ意思ヲ以テ一時ノ所持ヲ爲スハ縱令權利者ノ意思ニ反スルコトヲ知ルトキト雖モ橫領的犯罪ヲ構成セス例ヘハ公ノ觀覽所ニ於テ何人モ手ヲ觸ルヘカラスト云フ禁止ノ下ニ陳列セラレタル物品ヲ瞬時取上ケ賞觀シタル後原場ニ差置

クカ如キ又ハ下婢カ私ニ主婦ノ衣服ヲ瞬時試著シテ原場ニ復シ置クカ如キハ盜罪ヲ構成スルコトナシ然レトモ財物ノ經濟的價値ヲ減損スル程度ニ於テ使用スル意思ヲ以テ所持ヲ奪ヒタル以上ハ縱令後日返還ノ意思アリトスルモ橫領行爲タルコトヲ妨ケス從テ此範圍内ニ於テハ所謂使用竊盜（Furtum vsus）モ可能ナリ而シテ此觀念ニ從フトキハ例ヘハ郵便局又ハ銀行ノ貯金通帳ヲ以テ貯金ヲ引出シタルトキハ其後其通帳ヲ原場ニ復還スルモ竊盜罪ヲ構成スヘシ之ニ反シ一時他人ノ財物ヲ質入シタル後之ヲ受出シ返還スル意思ヲ以テ所持ヲ奪ヒタル場合ニ橫領的犯罪ヲ構成スルヤ否ヤニ付テハ議論一致セス一說ニ依レハ此場合ニハ物質又ハ物ノ價値ヲ減損セサルカ故ニ橫領的行爲タルヲ得ス唯返還ノ意思ナクシテ此ノ如キ行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ犯罪ヲ構成スルモノナリトシ他ノ一說ニ依レハ受出ニ付テ確實ナル成算アル場合ニ於テハ橫領的行爲タルヲ得スト爲ス然レトモ質入ノ如キ處分行爲ヲ爲スノ意思アル場合ニ於テ橫領ノ意思ナシトスルハ失當ナリ

第五　財産ニ對スル罪ニ付テハ犯人ト被害者トノ間ニ於ケル親族關係及ヒ家族關係カ其親疎ニ依リ或ハ免刑ノ原因ト爲リ或ハ必要親告ノ原因ト爲ル場合アリ法律カ此ノ如キ場合ヲ規定スル趣旨ハ處刑ニ因リ却テ密接ナル親族又ハ家族ノ關係ヲ攪亂スルノ危險又ハ不必要ナル追訴ヲ爲スノ弊害ヲ避ケントスルニ在リ其範圍左ノ如シ

一　直系血族、配偶者及ヒ同居ノ親族又ハ家族ノ間ニ於ケル竊盜ノ罪（二三五條ノ罪及ヒ其

未遂罪）詐欺及ヒ恐喝ノ罪又ハ橫領ノ罪ヲ犯シタルトキハ其刑ヲ免除ス（二四四條一項前段二五一條二五五條）是等ノ罪カ親族又ハ家族ノ間ニ於テ犯サレタリト認ムルニハ第三者ニ關係ナキコトヲ要スルモノニシテ此ノ如キ關係ノ存スル場合ニ於テ免刑スルヲ得サルモノトス例ヘハ親族ノ所有物ナリト雖モ公務所ノ命令ニ因リ他人ノ看守シタルトキ之ヲ盜取シタル場合ノ如キ又ハ親族カ寄託ヲ受ケタル他人ノ財物ヲ橫領スル場合ノ如キハ一般ノ場合ト等シク處分セサルヘカラス（同趣旨ノ判決アリ明治三十七年判決錄一三五六頁三十四年判決錄六卷四九頁參照）

二　前號記載スル以外ノ親族又ハ家族ニ係ルトキハ被害者ヨリ告訴アルヲ以テ訴追條件トス（二四四條一項後段二五一條二五五條）所謂相對的親告罪ノ一場合ナリ他人カ是等ノ者ト共同正犯又ハ是等ノ者ニ對スル敎唆及ヒ從犯ナルトキハ告訴ナシト雖モ其他人ヲ訴追スルコトヲ得ヘシ

以上說明シタル親族等ノ關係ニ基ク免刑ハ對人的ニ刑ヲ免除スルニ止マルモノニシテ犯罪ノ成立ヲ阻却スルモノニハアラサルカ故ニ是等身分關係ノ存スル正犯敎唆又ハ從犯カ免刑セラルルニ止マリ他ノ共犯ニ付テハ一般ノ場合ト等シク處分セサルヘカラス（二四四條二項二五七條二項）

被害者カ法人ナルトキハ財產ニ對スル罪ニ於ケル特別ノ免刑又ハ必要親告ニ關スル規定ヲ適用スヘキ場合ヲ生セサルコト勿論ナリ

泉二學士公務多忙ノ爲メ起稿セラレサルニ付キ以下牧野學士ノ講義ヲ以テ之ニ代ヘ而シテ刑法各論ノ講義ヲ完結スルコトトセリ讀者幸ニ之ヲ諒セヨ

編者識

第三十七章　竊盜及ヒ强盜ノ罪

Larceny, Theft and Robbery, Vol, Diebstabl und Raub.

新第二三五條第二四五條舊第三六六條第三八四條

第一　總論

竊取强取及ヒ騙取ノ三者ヲ合シテ奪取罪ト爲ス此三者ニ通シテ論スヘキモノ次ノ如シ

（一）　奪取罪ハ財物ニ關スル犯罪ナリ財物ノ意義ニ付テハ說分ル

（甲）　物ナル觀念ニ關シテ二說アリ第一ハ有體性說 Körperlichkeit ナリ第二ハ管理可能性說 Beherrschbarkeit ナリ元來物ナル觀念ハ物理上ノ觀念ニ非スシテ法律上ノ觀念ナルカ故ニ有體物ノ外更ニ無體物ヲ物ナル觀念中ニ包含セシムヘキヤ否ヤハ一ニ法律ノ趣旨ニ從テ定ムヘキ

所トス民法ハ有體性說ヲ採リタルモ（民八五條）大審院ハ舊刑法ノ解釋トシテ管理可能性說ヲ採リ電氣竊盜ヲ有罪ナリト爲セリ新刑法カ電氣竊盜ニ關シテ特別ノ規定ヲ設ケタル趣旨ヨリ解スルトキハ（新二四五條）新刑法ノ解釋トシテハ有體性說ヲ可トスヘシ

（乙）　物カ財物タルニ必要ナル要件ニ關シテ二說アリ其一ハ交換價格ヲ有スルヲ要ストノ說ナリ其二ハ苟モ財産權ノ目的タルコトヲ以テ足リ交換價格ヲ有スルコトヲ要セストノ說ナリ惟フニ人カ一定ノ物ヲ自己ノ財産權ノ目的トスル場合ニ於テハ其物カ社會ニ流通スルノ性質ヲ有スルト否トニ拘ハラス其人ノ利益ハ之ヲ保護セサルヘカラス故ニ交換價格ハ財物タルニ必要ナル要件ニ非スト解ス

（丙）　財物ニ非スシテ尙ホ奪取罪ノ目的トナルモノアリ即チ財物ニ非サル財産上ノ利益ナリ强取及ヒ騙取ニ關シテ其適用ヲ見ル（新二三六條二項、二四六條二項、二四八條二項）別チテ二トス其一ハ被害者ヲシテ現ニ利益ヲ提供セシムル場合ナリ例ヘハ被害者ヲシテ一定ノ勞働ヲ爲サシムルカ如シ其二ハ被害者ヲシテ一定ノ意思表示ヲ爲サシムル場合ナリ例ヘハ被害者ヲシテ一定ノ證書ヲ提供セシムルカ如シ新刑法ハ廣ク此兩者ヲ認ム舊刑法ハ騙取罪ニ關シテノミ證書騙取ヲ認メタリ（舊三九〇條一項）

（二）　奪取罪ハ取財ニ依テ成立ス取トハ財物ニ對スル他人ノ支配ヲ侵害スルヲ謂フ此點ニ付テモ亦說分ル

（甲）　物ニ對スル支配ヲ分チテ法律上ノ支配ト事實上ノ支配ト爲ス法律上ノ支配トハ權利ナリ事實上ノ支配トハ所持 Détention, Gewahrsam ナリ所持トハ一定ノ物ニ對シ一般ノ慣習ニ從テ人カ事實上ノ支配ヲ爲スノ謂ニシテ其物ニ對スル權利ノ存否トハ全ク別種ノ關係ナリトス所持ノ侵害カ奪取罪トナルハ論ナシ問題トナルハ權利ノ侵害カ尙ホ奪取罪トナルヤ否ヤノ點ナリ竊盜罪ニ付テハ此問題ヲ生セス問題ハ脅迫取財（强盜）及ヒ詐欺取財ニ關シテ見ル所ナリ通說ハ不動産騙取ノ場合ノ外消極說ヲ採ル予輩ハ積極說ヲ採ル蓋シ權利ヲ侵害スルコトハ其當然ノ結果トシテ又所持ノ侵害ヲ生スルモノナレハナリ

（乙）　取トハ他人ノ支配ノ單純ナル侵害ナリヤ將タ其移轉ヲ要スルヤ移轉說ヲ通說ト爲ス但移轉ハ自己又ハ自己ノ共犯者ニコレアルコトヲ必要トセス第三者ニコレアル場合ト雖モ尙ホ罪トナルトスルヲ通說トス果シテ然ラハ寧ロ進ンテ侵害其者ヲ犯罪トスルヲ妥當トスヘキニ非サルカ蓋シ被害者ノ方面ヨリ之ヲ見ルトキハ財物ノ支配カ他人ノ手ニ歸スルト否トヲ問ハス被害ノ狀況ハ其趣ヲ同シタスレハナリ

（三）　注意スヘキ要點次ノ如シ

（甲）　取ハ領得 s'approprier, zueignen スルノ意思ヲ必要トスルヤ否ヤ領得ノ意思トハ永ク返還スルコトナキノ意思ヲ謂フ問題ハ主トシテ使用竊盜 frutum usus ニ關ス即チ一時使用シタル後返還スルノ意思ヲ以テ他人ノ財物ヲ持去リタル者ヲ尙ホ竊盜罪トシテ處分スルヲ得ルヤ

否ヤノ點是ナリ消極說ヲ通說トス然レトモ予輩ハ積極說ヲ採リ苟モ所持ノ侵害アル以上ハ即チ竊盜罪ノ成立アルモノト解ス權利ノ侵害ニ關シテモ亦同樣ニ論スヘク且奪取罪全體ニ關シテ其適用ハ同一ナルヘシ

（乙）取ハ他人ノ權利ヲ侵害スルコトヲ要スルヤ否ヤ即チ他人ノ財物ニ對スル所持ノ侵害カ同時ニ其財物ニ對スル他人ノ權利ヲ侵害スルモノナルコトヲ要スルヤ問題トナルモノ二アリ其一ハ禁制品ニ對シテ奪取罪アリヤ否ヤノ點是ナリ其二ハ取得スルノ權利アル財物ヲ奪取スルハ罪トナルヤ否ヤノ點是ナリ予輩ハ所持其者ヲ一ノ法益ト解シ所持ハ權利ト獨立シテ保護セラルルモノナリト信スルカ故ニ此問題ニ關シテ消極說ヲ採ル積極說ヲ通說トス（新二三六條二項二四八條二項二四九條二項參照）

（丙）不動產ハ一ノ財物ナリ故ニ不動產ノ所持及ヒ不動產ニ對スル權利モ亦固ヨリ奪取罪ノ目的タルコトヲ得ヘシ然レトモ通說ハ動產ト不動產トノ間ニ區別ヲ爲シ奪取罪ハ動產ニ在リテハ所持ノ移轉ニ依リテ成立シ不動產ニ在リテハ權利ノ移轉ニ依リテ成立スルモノトシ從テ不動產ニ對スル奪取罪ハ騙取罪即チ他人ヲシテ不動產ノ所有權ヲ移轉スルノ意思表示ヲ爲サシムル場合ニ限ルト爲ス然レトモ予輩カ此通說ニ對シテ疑ヲ抱クモノ二アリ（一）不動產モ亦所持ノ目的ナルヲ得ルカ故ニ不動產ノ所持ヲ害スル所爲ハ動產ノ所持ヲ害スル所爲ト同樣ニ之ヲ論スルコトヲ得ヘク所持ノ侵害ハ財物カ可動性ノモノタル場合ニ限ルノ理ナキニ非サルカ又不動產上ノ權利ノ移轉カ奪取罪ノ內容ヲ爲スト同シク動產上ノ權利ノ移轉モ亦奪取罪ノ內容ヲ爲スモノニ非サルカ（二）財物ニ對スル權利ヲ侵害スル場合ニ在リテハ其所有權以外ノ權利ノ侵害モ亦所有權ノ侵害ト同樣ニ論定スヘキニ非サルカ

（丁）奪取罪モ亦不作爲ニ依テ之ヲ犯スコトヲ得ヘシ只茲ニ問題トナルハ引渡ノ義務アル者カ其履行ヲ爲サストノ不作爲ハ不作爲ニ依ル奪取罪ナリヤ否ヤノ點ナリ舊刑法ニハ委託物騙取罪アリ詐欺取財ヲ以テ論ス（舊三九五條後段）然レトモ斯ノ如キ不作爲ハ他人ノ所持又ハ權利ヲ侵害スルモノト稱スルヲ得サルヲ以テ奪取罪ト爲ルコトナシト解ス

第二　竊盜（新二三五條舊三六六條以下）

（一）竊取罪ノ內容ハ竊取ナリ取ナル觀念ハ既ニ說明シタル所ノ如シ竊ナル觀念ニ關シテ二說アリ其一ハ他人ノ承諾ヲ欠クノ謂ナリト爲ス說ナリ其二ハ他人ノ意思ニ反スルノ謂ナリト爲ス說ナリ後說ヲ採ル故ニ例ヘハ使用竊盜ノ場合ニ於テ取ナル事實カ成立スルトキト雖モ多數ノ場合ニ於テハ所持者ノ承諾ヲ豫想スルノ點ヨリ犯罪ノ要件ヲ欠クコトトナルヘシ

（二）竊盜ノ目的トナルヘキ財物ハ（一）他人ノ所有ニ係ルモノナルコトヲ要ス（新二三五條舊三六六條）（二）自己ノ所有ニ屬スル場合ト雖モ公務所ノ命ニ依リテ他人カ看守スルカ（新二四二條舊三七一條）又ハ他人ノ占有（所持）スルモノナルトキハ又竊盜ノ目的トナル（新二四二條）舊刑法ノ規定ハ此點ニ關シ甚狹シ（舊三七一條）

（三）竊盜罪ニ種種ノ態樣アリ舊刑法ノ認ムルモノ七曰ク單純竊盜（舊三六六條）曰ク變災盜（舊三六七條）曰ク破壞盜（舊三六八條）曰ク共同竊盜（舊三六九條）曰ク持兇器竊盜（舊三七〇條）曰ク田野盜（舊三七二條三七四條）曰ク屋外竊盜（明治二十三年法九九號）是ナリ新刑法ニハ斯ノ如キ區別ナシ

（四）親族相盜ニ關シテ特例ヲ認ムルハ新舊兩法共ニ然リ但兩者ノ間稍〻趣ヲ異ニス（新二四四條舊三七七條）新刑法ニ於テハ或ハ刑ヲ免除シ或ハ親告罪トス舊刑法ニ付テハ之ヲ犯罪不成立ト解スヘキカ或ハ單ニ刑ノ免除アルモノト解スヘキカニ關シ爭アリ後說ヲ採ル

第三　强盜罪（新二三六條舊三七八條）

（一）强盜罪ハ暴行强迫ヲ以テ强取スルノ罪ナリ强取トハ他人ノ反抗ヲ抑制シテ以テ他人ノ財產ヲ侵害スルヲ謂フ有形的ニ抑制スル場合即チ暴行ナリ無形的ニ抑制スル場合即チ脅迫ナリ

（二）暴行脅迫ハ財物ノ所持者ニ對シテ加ヘラルルコトヲ要スルヤ否ヤ消極說ヲ採ル即チ苟モ取財ノ方法トシテ反抗抑制ナル方法ヲ用ヰルトキハ常ニ强盜罪トナル

（三）新刑法ハ强盜ノ豫備ヲ罰ス（新二三七條）舊刑法ハ共同强盜及ヒ持兇器强盜ヲ加重ス（舊三七九條）

第四　事後强盜（新二三八條舊三八二條）

第五　昏醉强盜（新二三九條舊三八三條）

人ヲ昏醉セシムル其方法如何ヲ問ハス其反抗ヲ抑制スルモノナルコト暴行脅迫ト擇フ所ナシ只之ヲ以テ暴行强迫ナリト爲ス能ハサルカ故ニ特ニ規定ヲ設ケタリ

第六　强盜殺人及ヒ强盜傷人（新二四〇條舊三八〇條）

（一）强盜殺人及ヒ强盜傷人ハ强盜ヲ爲スニ方リテ行ハレタル殺人又ハ傷害ナリ故ニ强盜ノ點ニ於テ未遂ナル殺人若クハ傷害ノ結果アルトキハ本罪ノ既遂トナル

（二）强盜殺人强盜傷人ハ結果犯ナリ但結果ノ豫見アル場合モ亦本罪ニ入ル

（三）殺人傷害ノ結果ハ暴行脅迫ニ由來スルコトヲ要ス但其暴行脅迫ハ强盜ノ手段トシテ用ヰラレタルモノナルコトヲ必要トセス只强盜ノ現場ナルヲ以テ足ル問題トナルハ暴行脅迫ヲ加ヘラレントシタル人以外ニ於テ殺人傷害ノ結果ヲ生シタル場合モ倘ホ本罪トナルヤ否ヤノ點ナリ錯誤ノ一般理論ニ依テ決スヘシ

第七　强盜强姦（新二四一條舊三八一條）

第八　注意（新三條）

第三十八章　詐欺及ヒ恐喝ノ罪

Fraud and intimidation, Escroquerie, Betrug and Erpressung.

新第二四六條第二五一條舊第三九〇條第三九四條

第一　欺罔取財（新二四六條舊三九〇條）

（一）　欺罔取財ハ他人ヲ錯誤ニ陷レ以テ財物ヲ騙取スル罪ナリ騙取トハ他人カ錯誤ニ基キテ任意ニ財物ヲ交付スルコトヲ意味ス此點ニ於テ欺罔ニ依ル竊盜ト趣ヲ異ニス

（二）　財物ノ侵害ヲ受クル人ト欺罔ニ依テ錯誤ニ陷ルノ人トハ同一人ナルコトヲ必要トセス苟モ欺罔ヲ手段トシテ騙取ノ行爲アラハ即チ足ル

（三）　前章冒頭ニ於ケル奪取罪總論參照

第二　背任罪（新二四七條）

（一）　犯人ハ他人ノ爲メニ事務ヲ處理スル者ナラサルヘカラス委任ニ依ルト事務管理ニ依ルト又法定ノ原因ニ因ルトヲ區別スルコトナシ又私法上ノ關係ニ由來スルト公法上ノ關係ニ由來スルトヲ論スルコトナシ而シテ又必シモ他人ノ爲メニ法律行爲ヲ爲ス場合ニ限ラス又財産上ノ處理ヲ爲ス場合ニ限ラス

（二）　自己若クハ第三者ノ利益ヲ圖リ又ハ本人ニ損害ヲ加フルノ目的アルコトヲ要ス但二個ノ問題アリ（一）其利益又ハ損害ハ財産上ノモノタルコトヲ要スルヤ否ヤ（二）利益又ハ損害ノ希望ヲ要スルヤ又ハ豫見ヲ以テ足ルヤ

（三）　任務ニ背クノ行爲ヲ爲スコトヲ要ス任務ニ背クトハ法律上要求セラルル所ノ注意ヲ欠クヲ謂フ作爲ト不作爲トヲ區別スルコトナシ

（四）　本人ニ財産上ノ損害ヲ與ヘタルコトヲ要ス

第三　誘惑罪（新二四八條舊三九一條）

（一）　未成年者ノ知慮淺薄又ハ人ノ心神耗弱ヲ利用スルハ必スシモ欺罔若クハ恐喝ト稱スヘカラス故ニ明文ヲ以テ之ヲ犯罪トスルナリ財物ニ對スルノ代價ヲ支拂ヒタル場合ト雖モ尙ホ犯罪ヲ構成ス

（二）　幼者ノ意思能力又ハ人ノ心神喪失ヲ利用スル場合モ亦本罪トナルモノト解ス但之ヲ竊盜ナリト論スル者アリ然レトモ幼者又ハ心神喪失ニ依ル意思無能力トハ意思ヲ欠クノ謂ニ非スシテ法律カ只斯ノ如キ者ノ行爲ニ法律上ノ效果ヲ與ヘスト謂フニ止マル故ニ斯ノ如キ者カ財物ヲ所持スル場合ニ於テ其者ノ承諾ニ基キ財物ノ交付ヲ受クル所爲ハ竊盜ト稱スヘカラス

第四　恐喝取財（新二四九條舊三九〇條）

（一）　恐喝トハ害惡ヲ通知シテ人ニ畏怖心ヲ生セシムル場合ナリ反抗ヲ抑制スル場合即チ脅迫ニ入ラサル場合ヲ茲ニ特別罪ト爲スナリ

（二）　舊刑法ハ欺罔取財ト恐喝取財トヲ合一シテ詐欺取財トス新刑法ニ於テハ之ヲ別箇ノ犯罪ト見ルヘキヤ否ヤ問題ヲ生ス（一）欺罔恐喝ノ兩個ノ方法ヲ用キル場合ハ一罪ナリヤ二罪ナリヤ（二）恐喝ヲ敎唆シタルニ欺罔ヲ爲シタル場合如何予輩ハ新刑法ノ下ニ於テモ尙ホ舊刑法ト同樣ニ解セントス

第五　注意

（一）　新第二五一條舊第三九八條

（二）　舊刑法ニハ文書僞造行使詐欺取財（舊三九〇條二項）販賣交換ヲ僞ル罪（舊三九二條）買認罪（舊三九三條）ニ關シ別規定アリ

（三）　新第三條

第三十九章　横領ノ罪

Embezzlement, Abus de confiance, Unterschlagung.

新第二五二條第二五五條舊第三九五條第三九六條

第一　客體

（一）　本章ノ罪ハ委託ニ係ル財物ヲ横領スルコトニ依テ成立ス新刑法ハ單ニ自己ノ占有（所持スル他人ノ物ト規定シ占有ノ原因如何ヲ明カニセスト雖モ舊刑法ト同シク委託關係アル財物ニ限ルモノト解ス委託トハ權原ノ性質上他人ノ爲メニ物ヲ所持スルモノト認メラルヘキ場合ヲ謂フ

（二）　不特定物ニ付テモ尙ホ横領罪ヲ認メ得ヘキヤ否ヤニ關シテ疑アリ金錢其他ノ代替物ト雖モ特定物トシテ委託セラルル場合ニ於テハ之ニ對シ横領罪ノ成立スルコト疑ナシ之ニ反シ不特定物トシテ委託スル場合ニ於テハ一ノ區別ヲ爲スコトヲ要ス先ツ例ヘハ消費貸借ノ場合ノ如ク物件ノ處分權カ全然所持者ニ移轉スル場合ニ於テハ之ニ對シテ横領罪ノ成立ナシ然レトモ例ヘハ一定ノ期日其他ノ條件ノ下ニ他人ニ金錢ヲ交付スヘキ義務ヲ負擔スルカ如キ場合ニ於テハ絕對的ニ處分權ヲ許與サレタルモノト認ムル能ハサルカ故ニ其委託ノ本旨ニ背キテ消費スル場合即チ義務履行ノ不能又ハ義務履行ヲ爲サザル意思ヲ以テ爲ストキハ犯罪トナルモノト解ス

（三）　不動產モ亦動產ト同シク委託ノ目的トナルヘシ故ニ不動產ニ關シテモ亦横領罪ノ成立アリトス然レトモ法律ハ物ノ横領ヲ認ムルニ過キサルヲ以テ權利ニ對シテハ本罪ノ成立ナキモノト解セサルヘカラス

（四）　業務上他人ノ物ヲ占有スル場合ニ關シテハ特ニ刑ノ加重アリ（新二五三條）

（五）　新刑法ハ遺失物漂流物其他占有ヲ離レタル物件ニ關シテ特別ノ規定ヲ爲セリ遺失物法ノ規定シタル所ナリ占有ヲ離レタル物件トハ占有者ノ意思ニ基カスシテ占有ヲ離レタル物件ナルコトヲ要ス

（六）　法律ハ自己ノ物ニ對スル横領罪ヲ認メス只公務所ヨリ保管ヲ命セラレタル場合ニ關シテ特別ノ規定ヲ設クルノミ（新二五二條二項舊三九六條）

第二　行爲

（一）　舊刑法ハ費消ノ行爲ヲ罰スルニ止マルニ對シ新刑法ハ廣ク横領ノ行爲ヲ處罰ス費消ニ物

質上ノ費消（毀棄）ト法律上ノ費消（處分）トアリ共ニ新刑法ノ所謂横領ニ入ル所謂横領トハ委託物ニ對シ自己ノ權利ヲ超越スルノ行爲ヲ爲ス一切ノ場合ヲ謂フナリ但奪取罪ヲ解シテ領得ノ意思ヲ要スルモノト解スルトキハ横領罪ニ對シテモ亦同樣ノ要件ヲ要スルモノトスヘシ

（二）舊刑法ハ委託物ニ對シ騙取拐帶其他詐欺ノ所爲アル場合ヲ論スルニ詐欺取財ヲ以テスキ旨ヲ定ム（舊三九五條後段）新刑法ニ於テハ横領罪ニ入ル

第三　注意

（一）親族相横領スルハ親族相盜ト同シク處分ス（新二五五條舊三九八條）

（二）不法ノ原因ニ依テ委託ヲ受ケタル物件ヲ横領スルハ罪トナルヤ否ヤ

（三）新第三條

第四十章　贓物ニ關スル罪

Stolen goods, Recel de choses enlevées, Sachhehlerei.

新第二五六條第二五七條舊第三九九條第四〇一條

第一　客體

（一）贓物トハ犯罪ニ依リ取得横領セラルル物件ナリ

（二）財物騙取ノ原因タル法律行爲カ單ニ取消シ得ヘキモノタルニ止マル場合ニ於テ其財物ヲ尚ホ以テ贓物ト稱スルコトヲ得ルヤ否ヤ消極説ヲ採ル

（三）責任無能力者犯意ヲ欠ク者我刑法ノ適用ヲ受ケサル人又ハ親族相盜ノ行爲ニ關スル場合ニ於テ尚ホ之ヲ贓物ト稱スルコトヲ得ルヤ否ヤ積極説ヲ採ル蓋シ此等ノ人ハ其行爲ニ付テ刑罰ヲ受クルコトナキモ其無責任ハ主觀的原因ニ由來スルモノニシテ行爲其者ハ不法ナルヲ免レサレハナリ

（四）行爲カ我刑法ノ效力ノ及ハサル土地ニ於テ爲サレタル場合ニ關シテモ同樣ノ問題ヲ生ス即チ新刑法ニ於テハ外國ニ於テ外國人ニ對シ犯サレタル奪取罪ヲ罪スルコトナク又第二五二條ノ横領罪ハ帝國臣民ノ行爲ト雖モ外國ニ於テ犯サレタルトキ及ヒ帝國臣民ニ對スルトキト雖モ外國ニ於テ行ハレタルトキハ之ヲ罰セス（新三條參照）然リト雖モ法律ハ之ニ對シテ單ニ刑罰ヲ科セスト謂フニ止マリ行爲其者ハ不法ノモノナルヲ以テ（法例一一條參照）其目的物ニ關スル行爲カ國内ニ於テ行ハルル場合ハ亦之ヲ犯罪ト認メサルヘカラス（新三條一六號參照）

（五）奪取又ハ横領ニ對スル公訴及ヒ私訴カ時效ニ依リ消滅シタル場合ニ於テ尚ホ之ニ對シ贓物罪ノ成立アリヤ消極説ヲ採ル

（六）犯罪ニ因テ取得セラレタル物件カ其原因ノ不法ナル爲メ返還義務ヲ生セサル場合（民七〇八條）ニ於テ尚ホ之ニ對シ贓物罪ノ成立アリヤ消極説ヲ採ル

（七）犯罪ニ因テ取得セラレタル物件カ加工セラレタル爲メ所有權ノ移轉ヲ生シタルトキ（民

二四六條）又ハ占有ノ效力ニ依リテ第三者カ所有權ヲ取得シタルトキ（民一九二條）尚ホ之ニ對シテ贓物罪ノ成立アリヤ消極說ヲ採ル

第二　行爲

一　收受

二　寄藏

三　故買

四　牙保

五　運搬

第三　注意

（一）新刑法ハ收受ト其他ノ行爲トノ間ニ刑ヲ異ニスルモ舊刑法ニハ其事ナシ尙ホ舊刑法ハ運搬ニ關シテ明文ヲ欠ク

（二）舊刑法ハ强竊盜ノ贓物ト其他ノ贓物トヲ區別セリ問題ヲ生ス詐欺取財ノ贓物ナリト信シテ强竊盜ノ贓物ヲ故買シタル者ノ處分如何

（三）行爲カ親族間ニ行ハレタルトキハ贓物罪ヲ構成セス（新二五七條）

（四）本罪ト罪證湮滅罪（新一〇四條舊一五二條）トハ其客體ノ範圍及ヒ其犯意ニ付テ趣ヲ異ニスルコトヲ注意セサルヘカラス

（五）新第三條

第四十一章　毀棄及ヒ隱匿ノ罪

Malicious injuries to property, Destruction, Sachbeschädigung.

新第二五八條第二六四條舊第四一七條第四二四條

第一　文書毀棄罪

一　官文書毀棄（新二五八條舊二〇二條二〇三條二〇五條）

二　私文書毀棄（新二五九條舊四二四條）

第二　毀棄罪

一　建造物艦船（新二六〇條舊四一七條）

二　其餘ノ物件（新二六一條舊四一八條四二三條）

第三　信書隱匿（新二六三條）

第四　注意

一　毀棄トハ物質的ノ損害ヲ與フルノ謂ト解スルヲ通說トス然レトモ予輩ハ寧ロ之ヲ廣ク解シ物ノ效用ヲ減少スル一切ノ行爲ヲ包含スルモノト解セントス例ヘハ之ヲ汚穢スル場合ハ勿論或ハ之ヲ遠隔ノ地ニ運搬シ或ハ之ヲ隱匿スルカ如シ即チ毀棄及ヒ隱匿ヲ以テ法律上單一觀念ナリ

ト解スルナリ

二　自己ノ物ニ對スル毀棄（新二六二條）

三　親告罪（新二六四條舊四二三條）

第四十二章　刑法施行法第二五條

第一　私ニ軍用品ヲ製造所持スル罪（舊一五七條一六一條）

第二　印紙及ヒ切手ニ關スル罪（一九八條二〇〇條）

第三　度量衡ヲ僞造スル罪（舊二二七條二三〇條度量衡法一五條）

第四　投票僞造ノ罪（舊二三三條二三六條）

第五　傳染病豫防規則ニ關スル罪（舊二四六條二四八條）

第六　危害品及ヒ健康ヲ害スヘキ物品製造ノ規則ニ關スル罪（舊二五〇條二五二條）

第四十三章　違警罪

舊第四二五條第四三〇條

第四十四章　陸軍刑法及ヒ海軍刑法ノ罪

舊陸軍刑法（明治十四年布告六九號）

新陸軍刑法（明治四十一年法四六號）

陸軍刑法施行法（明治四十一年法四七號）

舊海軍刑法（明治十四年布告七〇號）

新海軍刑法（明治四十一年法四八號）

海軍刑法施行法（明治四十一年法四九號）

刑法各論　終

法學士泉二新熊講述

刑法各論

法政大學發行

刑法各論目次

緒論 …… 一
本論 …… 五
第一編　國家ニ對スル罪 …… 五
第一章　皇室ニ對スル罪 …… 五
第二章　内亂ニ關スル罪 …… 七
第三章　外患ニ關スル罪 …… 一六
第四章　國交ニ關スル罪 …… 二三
第五章　公務ノ執行ヲ妨害スル罪 …… 二八
第六章　逃走ノ罪 …… 三八
第七章　犯人藏匿及ヒ證憑湮滅ノ罪 …… 四五
第八章　僞證ノ罪 …… 五二
第九章　誣告罪 …… 六〇
第二編　靜謐ヲ害スル罪 …… 六五
第十章　騷擾ノ罪 …… 六六

第十一章　放火及ヒ失火ノ罪……七二
第十二章　溢水及ヒ水利ニ關スル罪……八五
第十三章　往來ヲ妨害スル罪……八九
第三編　公共ノ衛生ニ關スル罪……九四
第十四章　阿片煙ニ關スル罪……九四
第十五章　飲料水ニ關スル罪……九八
第四編　僞造罪……一〇〇
第十六章　通貨僞造ノ罪……一〇一
第十七章　文書僞造ノ罪……一〇七
第十八章　有價證券僞造ノ罪……一一二
第十九章　印章僞造ノ罪……一一三
第五編　風俗ヲ害スル罪……一一四
第二十章　猥褻、姦淫、重婚罪……一一五
第二十一章　賭博及ヒ富籤ニ關スル罪……一一八
第二十二章　禮拜所及ヒ墳墓ニ關スル罪……一一九
第六編　瀆職ノ罪……一二〇

第二十三章　説明……一二〇
第七編　身體及ヒ健康ニ對スル罪……一二二
第二十四章　殺人ノ罪……一二二
第二十五章　傷害ノ罪……一二四
第二十六章　過失傷害ノ罪……一二五
第二十七章　墮胎罪……一二六
第二十八章　遺棄ノ罪……一二七
第八編　自由ヲ侵ス罪……一二八
第二十九章　住居ヲ侵ス罪……一二八
第三十章　祕密ヲ侵ス罪……一二九
第三十一章　逮捕及ヒ監禁ノ罪……一三〇
第三十二章　脅迫ノ罪……一三一
第三十三章　略取及ヒ誘拐ノ罪……一三三
第九編　名譽、信用及ヒ業務ニ對スル罪……一三三
第三十四章　名譽ニ對スル罪……一三五
第三十五章　信用及ヒ業務ニ對スル罪……一三九

第十編　財産ニ對スル罪……一四一
第三十六章　通論……一四二
第三十七章　竊盜及ヒ强盜ノ罪……一四七
第三十八章　詐欺及ヒ恐喝ノ罪……一五三
第三十九章　横領ノ罪……一五六
第四十章　贓物ニ關スル罪……一五八
第四十一章　毀棄及ヒ隱匿ノ罪……一六一
第四十二章　刑法施行法第二五條……一六二
第四十三章　違警罪……一六二
第四十四章　陸軍刑法及ヒ海軍刑法ノ罪……一六三

刑法各論目次　終

判ノ不當ナルトキ換言セハ管轄權ナキ裁判所ニ移送シタル場合（例ヘハ原告ノ申立ツル通リノ裁判アルモ）ト雖モ原告ハ之ニ對シテ上訴ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ被告ニ於テモ亦上訴權ヲ有スルヤ勿論ナリ

移送ノ裁判ハ事物ノ管轄違ナル場合ニ限ルモノニシテ土地ノ管轄違ヲ言渡ス場合ニ於テハ之ヲ爲スコトヲ得ス或ハ是レ立法上ノ不備ト云フヘキカ

管轄違ノ裁判及ヒ移送ノ裁判ノ效力

（一）管轄違ノ裁判ノ效力　區裁判所或ハ地方裁判所カ言渡シタル事物ノ管轄違ノ裁判確定シタルトキハ其裁判ハ後ニ其事件ノ繫屬スヘキ裁判所ヲ羈束ス土地ノ點ニ付テ羈束力ナキハ勿論ナリ（民訴法八條）後ニ訴訟ノ繫屬シタル裁判所ハ事物ノ管轄違ナリトノ理由ヲ以テ訴ヲ却下スル能ハス若シ之ヲ許ストセンカ消極的權限爭ヲ生シ訴訟ノ延滯ヲ來タスヘシ是レ第八條ノ明文ヲ設ケタル所以ナリ然レトモ後ノ裁判所カ誤テ管轄違ノ裁判ヲ爲シ其裁判確定シタルトキハ裁判所構成法第一〇條第四號ニ依リ管轄裁判所ノ指定ヲ申請セサルヘカラス

（二）移送裁判ノ效力　移送ノ裁判確定シタルトキハ移送ヲ受ケタル裁判所ニ其訴訟ノ繫屬シタルモノト看做ス（民訴法九條四項）此裁判ハ右ノ效力ヲ有スルニ止マリ移送ヲ受ケタル裁判所ヲ羈束スルモノニアラス（事物ノ點ニ付テ羈束力アルコトハ（一）ニ於テ述ヘタル如シ）故ニ其事件カ專屬管轄ニ屬スルモノニシテ移送ヲ受ケタル裁判所カ專屬管轄權ヲ有セサルト

キハ管轄違ヲ言渡スヲ得ヘシ專屬管轄ニ屬セサル事件ナルトキハ被告ハ土地ノ管轄違ノ理由ヲ以テ抗辯ヲ爲スヲ得ヘク裁判所ハ又無訴權ノ理由ノ下ニ訴ヲ却下スルヲ得ヘシ移送ノ裁判ハ起訴ノ效力ヲ存續セシムルヲ以テ目的トスルノミニシテ移送ヲ受クル裁判所カ果シテ管轄權アルヤ否ヤ其訴訟カ無訴權ノモノニアラサルヤ否ヤノ點ニ付キ審理シテ下スモノニアラサレハナリ

第四章　訴訟當事者

第一節　訴訟當事者ノ意義

訴訟當事者（Partei）トハ訴訟ノ關係ノ主體ニシテ司法機關ニアラサル者ヲ云フ當事者ニ二種アリ主タル當事者及ヒ從タル當事者是ナリ

主タル當事者トハ自己ノ名ニ於テ訴訟ヲ遂行スル者ヲ云フ詳言スレハ自己ノ名ニ於テ私權ノ保護ヲ求ムル者及ヒ其相手方ト爲ル者ヲ云フ自己ノ名ニ於テ訴訟ヲ爲ス者トハ自ラ之ヲ爲スト代理人ニ依リテ之ヲ爲ストヲ問ハス訴訟行爲ノ效果ノ歸スル者ヲ云フナリ故ニ代理人ハ當事者ニアラス何トナレハ訴訟行爲ノ效果ノ代理人ニ歸スルコトナケレハナリ玆ニ注意スヘキハ我訴訟法ハ場合ニ依リテ當事者ナル語ニ法定代理人及ヒ訴訟代理人ノ意義ヲ包含セシムルコト是ナリ例ヘハ民事訴訟法第一一〇條第二二四條ノ場合ノ如シ

或ハ曰ク當事者トハ民事訴訟ノ結果ニ付キ直接ニ利害關係ヲ有スル者ニシテ其名ニ於テ民事訴訟ノ實行セラルル者ヲ云フト多クノ場合ニ於テ當事者ハ訴訟ノ結果ニ付キ直接ノ利害關係ヲ有スル者ナリト雖モ必スシモ常ニ然リト云フ能ハス例ヘハ檢事カ人事訴訟ノ當事者ト爲ル場合ノ如シ此場合ニ於テ檢事ハ國家ヲ代表シテ訴訟行爲ヲ爲ス者ナレトモ檢事其人ハ訴訟ノ結果ニ付キ直接ノ利害關係ヲ有スル者ニアラサルナリ又民事訴訟ノ結果ニ付キ直接ノ利害關係ヲ有スルモ現ニ訴訟行爲ヲ爲ス者ニアラサル以上ハ訴訟當事者ト云フヘカラス

他ノ學說ニ曰ク當事者トハ訴訟ノ目的タル私法關係ノ主體ナリト然レトモ此說ハ私法關係ト訴訟關係トヲ混同シタル說ニシテ正確ヲ欠クモノナリ私法關係ノ主體ニアラサルモ私權保護ノ請求ヲ爲ス者アリ例ヘハ取立ノ訴ヲ提起スル執行債權者ノ如シ（民訴法六二三條）

主タル當事者ハ其權利保護ノ請求ヲ爲ス手段ノ異ナルニ從ヒ又其請求ヲ提出スル司法機關ノ階級ニ從ヒ名稱ヲ異ニス一審裁判所ニ於テ訴ヲ以テ權利保護ヲ請求スル者ヲ原告ト云ヒ其相手方ヲ被告ト云フ督促手續假差押假處分手續ニ在リテハ債權者債務者ト云ヒ第二審ノ判決裁判所ニ於テハ控訴人被控訴人ト云ヒ第三審ノ判決裁判所ニ於テハ上告人被上告人ト云ヒ第二審以上ノ決定裁判所ニ在リテハ抗告人被抗告人ト云フ

從タル當事者トハ他人間ノ訴訟ノ結果カ自己ノ利害ニ影響アルカ爲メ之ヲ補助シテ訴訟行爲ヲ爲ス者ヲ云フ從參加人（nelenintervenient）是ナリ

當事者タル資格ハ訴訟法上特殊ノ效果ヲ生ス例ヘハ當事者ハ自己ノ訴訟ニ於テ證人鑑定人ト爲ル能ハサルカ如キ又證人鑑定人ト當事者ト身分上ノ關係ヲ有スルトキハ忌避ノ原因ヲ生スル如キ或ハ宣誓ヲ爲サシムル能ハサル如キ又ハ當事者ト判事書記ト身分上ノ關係ヲ有スルトキハ是等ノ者ノ職務執行除斥ノ原因ヲ生スル如キ是ナリ

又一種ノ主タル當事者アリ主參加人及ヒ執行參加人是ナリ前者ハ權利拘束ト爲レル訴訟ノ當事者ヲ合セテ共同被告トシテ訴訟上自己ノ權利ヲ主張スル者ヲ云ヒ（五一條）後者ハ他人間ニ開始セラレタル强制執行ノ目的物ヲ自己ノ爲メニ請求スル第三者ヲ云フ（五四九條）

第二節　當事者能力及ヒ訴訟能力

第一款　當事者能力

當事者能力トハ訴訟上當事者タルヲ得ル能力ヲ云フ換言セハ訴訟主體タルノ適格ナリ之ヲ以テ訴訟能力トハ明カニ區別ノ存スル所ナリ何トレハ後者ハ訴訟行爲ヲ有效ニ爲スヲ得ルノ能力換言セハ訴訟行爲實行ノ權能ナレハナリ自然人ハ例外ナク當事者能力ヲ有スレトモ訴訟能力ヲ有セサル者アリ法人ハ當事者能力ヲ有スレトモ訴訟能力ヲ有スルコトナシ

民事訴訟法第一四條及ヒ第一三八條ハ法人ノ資格ニ於テ訴ヘ又ハ訴ヘラルルコトヲ得ル社團財團ヲ認メタレトモ如何ナル社團財團カ法人ノ資格ニ於テ訴ヘ又ハ訴ヘラルルコトヲ得ルヤハ訴訟法ノ規定セサル所ニシテ現行ノ實體法上其明文ヲ見ス唯大審院判例ハ賴母子講會ヲ以テ法人ノ資格ニ於テ訴ヘ又ハ訴ヘラルルコトヲ得ルモノトセリ（明治三十年十月判例）

死者ハ當事者能力ナシ解散シタル法人亦同シ但商法第八四條ハ此點ニ付キ特別ノ規定ヲ設ケ會社ハ解散ノ後ト雖モ清算ノ目的ノ範圍內ニ於テハ仍ホ存續スルモノト看做ストセリ

胎兒ハ當事者能力ヲ有スルヤ否ヤハ議論ノ岐ルル所タリ

甲說ニ曰ク胎兒ノ利益ヲ保護スル爲メニ之ヲ既生兒ト看做スノ必要アリ我民法ハ損害要償權（民七二一條）相續權（民九六八條）受遺權（民九九三條）ニ付テハ胎兒ヲ以テ既生兒ト看做スノ規定ヲ設ケタルカ故ニ其結果以上ノ權利ニ基ク訴訟ニ於テハ胎兒ハ當事者能力ヲ有スルモノト云ハサルヘカラスト

乙說ニ曰ク胎兒ニ關スル民法ノ規定ハ胎兒ニ權利ヲ享有セシムル趣旨ニアラスシテ胎兒カ出生シタル後ニ於テ權利ヲ取得セシムルモノニシテ出生シタルトキハ懷胎ノ時ニ遡リテ權利ヲ有セシムルト雖モ胎兒タルノ間ニハ之ヲ權利ノ主體トスルノ法意ニアラス故ニ死產ノ場合ニハ權利ヲ取得セスシテ終ルモノナリ然ラハ胎兒ニ當事者能力アリト爲スヲ得スト

甲說ハ實際ノ便益ニ適スルモノナリ即チ損害賠償請求權ノ實行ヲ保全スル爲メ（例ヘハ懷胎中父ノ殺サレタル場合）胎兒ヲ當事者トシテ假差押ノ申請ヲ爲スヲ得ヘシ然レトモ現行ノ法律上甲說ヲ支持スヘキ論據ハ甚タ薄弱ナリト云ハサルヘカラス其論據トシテハ前示民法第七二一條

第九六八條第九九三條ノ存スルノミ然レトモ右法條ハ胎兒ノ出生ノ時生存スルト否トニ關セス胎兒ヲシテ權利主體タラシムルノ趣旨ニアラサルコトハ解釋上疑ヲ存スルノ餘地ナキモノナリ若シ甲說ノ如ク右法條ヲ解センカ懷胎中父ノ死亡シ而シテ胎兒ノ死產シタルトキハ先ツ胎兒ノ爲メニ相續ノ開始セラレ更ニ胎兒ヲ被相續人トシテ其相續人ノ爲メニ相續ノ開始セラルルノ不都合ヲ生スヘシ民法ノ解釋ハ右ノ如シトセハ訴訟法上胎兒ニ當事者能力アリトスルノ根據ヲ失フノミナラス果シテ當事者能力アリトセンカ其法定代理人ナカルヘカラス胎兒ハ未成年者ニアラサルカ故ニ親權者若クハ後見人ノ存スヘキ謂ハレナク法律ハ特別ニ其法定代理人ヲ設ケサルヘカラサルモノナルニ之ニ關スル規定ノ存スルコトナシ此點ヨリ觀察スルモ胎兒ニ當事者能力アリトスルノ說ハ支持スル能ハサルモノナリ

第二款　訴訟能力

訴訟能力ハ民事訴訟法第四三條ニ規定スル處ニシテ本人ノ訴訟能力ト法律上代理人ノ訴訟能力トノ二者ニ區別スルコトヲ得法律上代理人ノ訴訟能力ニ付テハ後ノ說明ニ讓リ本款ニ於テハ本人ノ訴訟能力ニ付テ說述セントス

訴訟能力トハ訴訟行爲ヲ爲スノ適格ヲ謂フ詳言セハ本人トシテ訴訟行爲ヲ爲シ若クハ本人ヲ代表シテ訴訟行爲ヲ爲シ或ハ訴訟代理人ヲシテ訴訟行爲ヲ爲サシムルノ能力ヲ謂フ而シテ訴訟行爲トハ既ニ總論ノ說明ニ於テ述タル如ク訴訟法上ノ效果ヲ生スヘキ行爲ヲ云フ從テ私法行爲ノ能力ト訴訟行爲ノ能力トハ其性質ヲ同シウセス前者ハ民法上ノ效果ヲ生スヘキ行爲ノ能力ヲ謂フモノナリ此ノ如ク行爲ノ性質ヲ異ニスルヨリシテ其結果私法行爲ニ付テハ取消シ得ヘキ行爲アリト雖モ之ニ反シ訴訟行爲ニハ取消シ得ヘキ行爲ナルモノ存在セス故ニ訴訟無能力者ノ行爲ハ無效ト謂ハサルヘカラス民事訴訟法第四三條ノ意義ヲ尤モ簡約ニ言明セハ訴訟能力ヲ定ムルニ當テハ訴訟法ノ規定ニ抵觸セサル範圍ニ於テ民法ノ規定ニ依ルヘキモノナリトノ趣旨ニ外ナラス』

訴訟法上ノ觀察ニ於ケル無能力者トハ全然訴訟行爲ノ能力ヲ有セサルモノト法定ノ條件ヲ具備スルニ非スンハ有效ニ訴訟行爲ヲ爲ス能ハサルモノトノ二種アリ例ヘハ瘋癲白痴者及ヒ嬰兒ノ如キハ絕對ニ訴訟能力ヲ有セサル者ナリ成年ノ妻ノ如キハ之ニ反シテ夫ノ許可ナクンハ訴訟行爲ヲ爲ス能ハサル者ナリ以下訴訟無能力者ニ付キ說明セントス

（一）　未成年者

嬰兒ノ訴訟能力ヲ有セサルハ勿論ニシテ均ク未成年者ト雖モ或年齡ニ達シタル者ニハ法律上成年者ト同一ノ能力ヲ有セシムルコトハ民法第六條ノ規定スルトコロナリ是等ノ未成年者カ民法上成年者ト同一ノ能力ヲ有スルモノト見做サルヘキ營業ニ關シテ訴訟ヲ爲ス場合ニ於テハ完全ナル訴訟能力ヲ有スルモノト謂ハサルヘカラス又同法第五條ニ規定スル法定代理人カ目的ヲ定メテ處分ヲ許シタル財產ハ未成年者カ其目的ノ範圍內ニ於テ自由ニ處分スルコトヲ

得ルカ故ニ此ノ如キ法定代理人ノ認許シタル財産ニ關シテ爲スヘキ訴訟行爲ニ付テモ亦完全ナル訴訟能力アリト云フヘシ

然レトモ此説ニ對シテハ反對説ナキニ非ス反對説ノ主張スルトコロニ依レハ私法上ノ行爲ハ假令處分行爲ト雖モ其性質ニ變化ヲ生セス之ニ反シテ訴訟行爲ハ公法上ノ行爲ナルカ故ニ民法第五條ニ規定スル如ク法定代理人カ目的ヲ定メテ處分ヲ許シタルモノニ關シテ訴訟行爲ヲ爲ストキハ純然タル私法行爲ノ性質ヲ有セサルカ故ニ斯ル場合ニ於テモ訴訟行爲ヲ爲スニハ更ニ法定代理人ノ許可ヲ要スルモノトスルカ否ラスンハ絶對ニ訴訟法上ノ無能力者ナリト謂ハサルヘカラスト

然レトモ訴訟行爲ハ其結果トシテ生スル處ヲ觀察スルニ利害ノ影響敢テ處分行爲ニ超ユルコトナシ而シテ我民法ノ主義ハ訴訟行爲其モノヲ處分行爲ト同等ニ置ケルカ故ニ前段ニ述ヘタル如ク斷定ヲ下シテ妨ナシト信ス假ニ訴訟行爲ト民法上ノ處分行爲トハ其結果ニ於テモ差異ヲ生スルモノトシ之ヲ同一視スヘキニ非ストスルヲ正當トスルモ民法第五條ニ於テ目的ヲ定メテ財産ヲ處分スルコトヲ許シタル以上ハ其行爲自體ヨリシテ其財産ニ關シテ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ許シタリトノ意思ヲ推定スルコトヲ得ルモノト信ス

次ニ論究スヘキハ未成年者ハ法定代理人ノ同意アルトキハ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ルヤ將タ假令法定代理人ノ同意アルモ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得サルヤノ問題ナリ此點ニ付テモ亦學者間ニ議論アリ

消極論者ハ曰ク民事訴訟法第一八〇條ノ規定ヨリ推理セハ未成年者ハ法定代理人ノ同意アルモ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得スト論決セサルヘカラス何トナレハ第一八〇條前段ニ原告若クハ被告カ訴訟能力ヲ失ヒタル場合ニハ訴訟手續ヲ中斷スル旨ヲ規定シタルハ無能力者ハ訴訟法上效力ヲ生スヘキ行爲ヲ爲スコト能ハサルモノナルカ故ナリ但未成年者ハ民法第四條ニ規定スル如ク法定代理人ノ同意ヲ得テ法律行爲ヲ爲シ得ルモノナレトモ此法律行爲中ニハ訴訟行爲ヲ包含セサルモノト斷定セサルヘカラス若シ之ヲ含ムト解釋センカ取消シ得ヘキ行爲ヲ我訴訟法カ認メクルモノト爲ササレハナリト

予ハ此說ニ反對シテ積極說ヲ主張スル者ナリ民法第四條ニ所謂法律行爲ニハ訴訟行爲ヲモ包含スルコトハ同條ヲ同法第一二條ノ規定ト對照セハ自カラ明カナルモノト云ハサルヘカラス民法第一二條ニハ準禁治產者カ訴訟行爲ヲ爲スニ付テハ保佐人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ストセリ準禁治產者カ保佐人ノ同意ヲ得テ訴訟行爲ヲ完全ニ爲スコトヲ得ルモノナラハ事實上辯別力アル未成年者ニ訴訟行爲ヲ絶對ニ禁スル謂ハレナシ是レ本問ニ對シテハ積極說ヲ正當ナリトスル所以ナリ

(二)　禁治產者

禁治產者ハ絶對ニ訴訟能力ヲ有セス此點ニ於テハ一般ノ學者其論決ヲ均フスルカ故ニ此處ニ

0305

詳論スルノ要ナシ

（三）　準禁治產者

準禁治產者ハ民法第一二條ニ規定スル如ク保佐人ノ同意ヲ得テ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ其同意ナクシテ爲シタル行爲ハ無效ナリ而シテ斯ル場合ニ於テ其無效ヲ主張セスシテ訴訟手續進行シ遂ニ判決確定ニ至リタルトキハ準禁治產者ノ行爲モ亦有效ノ行爲ト同一ノ結果ニ至ルモノトス是レ判決ノ效力ノ然ラシムル所ナリ

（四）・妻

妻ハ準禁治產者ト均シク絕對的無能力者ニ非ス夫ノ許可ヲ條件トスル無能力者ナリ然レトモ未成年者ノ場合ニ同シク一種又ハ數種ノ營業ヲ許サレタル妻カ其營業ニ關シテ爲ス訴訟ニ付テハ能力者ト見做サルルカ故ニ夫ノ許可ヲ必要トセス

（五）　破產者

破產者ハ絕對ニ訴訟能力ヲ有セス破產宣告ノ效力生シタル後破產者ノ爲シタル訴訟行爲ハ當然無效ナリ而シテ破產手續繫屬中ニ在リテハ破產管財人之ヲ代表シテ訴訟行爲ヲ爲スモノニシテ破產法ノ規定ニ依レハ破產者ニ破產管財人ノ許可ヲ得テ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ許サレス

（商七八六條）

（六）　法人

法人ハ事實上及ヒ法律上無能力者ナリ法人ニ付テハ後ニ法律上代理人ノ下ニ於テ詳細ヲ說明スヘシ

或種類ノ法人ハ訴訟行爲ノ能力ヲ有セサルモ代表的能力ヲ有スル場合アリ例ヘハ府縣廳、大藏省、內務省等ハ所管事務ニ付キ國ヲ代表スルカ如キ是ナリ而シテ此法人ナル無能力者ハ常ニ自然人ニ依リテ代表セラル法人カ適法ノ代表機關ニ依ラスシテ訴訟行爲ヲ爲シタル場合ニ其判決確定シタルトキハ其判決ハ法人ニ對シテ效力ヲ有スルモ此場合ニ於ケル判決ハ實質上無效ナルカ故ニ再審ノ訴ヲ以テ攻擊スルコトヲ得（四六八條參照）

以上述フル如ク訴訟無能力者ノ行爲ハ訴訟法上ノ效果ヲ生セサルヲ以テ假令無能力者カ裁判所ニ出頭シテ意思表示ヲナスコトアリトスルモ相手方ハ之ニ對シテ闕席判決ヲ求ムルコトヲ得然ラハ無能力者ノ行爲ハ之ヲ補完スルコトヲ得サルカ我訴訟法ハ補完ヲ許セリ詳細ハ後ノ說明ニ讓リ茲ニハ左ノ問題ニ付キ論究スルニ止メン

無能力者ノ爲シタル行爲カ補完セラレサル場合ニ於テ二審以上ニ在リテ訴ヲ却下スルハ判決ヲ以テ爲スヘキヤ或ハ決定ヲ以テ爲スヘキヤ

決定說論者ハ曰ク元來判決ハ適法ナル訴ニ對シテ下スヘキモノナリ然ルニ此問題ノ場合ニ於テハ適法ナル訴ノ存スルコトナシ故ニ上級審ノ裁判所ハ決定ヲ以テ之ヲ却下スヘキモノナリト云ヘリ

予ハ前説ニ反シテ判決説ニ左袒スルモノナリ本問ノ場合ニ於テ訴ハ適法ニ非ストスルモ上級審ニ於テ訴訟ヲ完結セシムルニハ判決ヲ以テセサルヘカラス實體的觀察ニ於テ云ヘハ裁判所ニ繫屬シタル訴ナシト云ヒ得ルモ形式的觀察ニ於テ云ヘハ不適法ノ訴モ亦訴ニシテ訴ハ裁判所ニ繫屬セリト云ハサルヘカラス然ラハ裁判所カ訴ヲ離脱セシムル方法ハ判決ヲ措テ他ニ是アルナシ且審級制度ノ觀念ヨリシテ論スルモ判決ヲ破毀若クハ廢棄スルニ決定ヲ以テスルコトハ我訴訟法ノ精神ニ反スルモノナリ二審以上ニ於テ無能力者ノ訴ナルコトヲ發見シタルトキハ決定説ニ依レハ決定ヲ以テ一審若クハ二審ノ判決ヲ取消ササルヘカラサルモノナレトモ我訴訟法判決ヲ取消スニ當リ決定ヲ以テ為スヘキコトヲ規定スルコトナシ又民事訴訟法第二〇六條第四號ニ規定スル訴訟能力欠缺ノ妨訴抗辯ノ提出アリタルトキハ裁判所カ之ヲ理由アリトセハ判決ヲ以テ裁判ヲ為スヘキモノナルコトハ直接ノ明文ナシト雖モ今日學説上異論ナキ處ニシテ妨訴抗辯ヲ棄却スル場合ニハ判決ヲ以テスヘキコトハ同法第二〇七條ニ規定スル處ナリ法律カ既ニ同一審級ニ於テ訴訟能力ノ欠缺ヲ理由トシテ裁判スル場合ニ判決ヲ以テ為スヘキモノナリトスル以上ハ亦上級審ニ於テモ判決ヲ以テ之ヲ為スヘキモノナリトスル法意ナリト論定スルヲ以テ正當ナリト信ス是レ予カ本問ニ付テハ判決説ヲ採用スルモノトス

以上説明シタル如ク要スルニ訴訟法上ノ無能力者カ其有スル私權ヲ原因トシテ訴ヲ提起セントスル場合ニ於テハ法定代理人ニ依リ代理セラレサルヘカラサル場合アリ又法定代理人ノ同意若クハ法定代理人以外ノ私法上ノ監督機關ノ同意ヲ得テ訴訟行為ヲ為スコトヲ得ル場合アリトス』

終リニ外國人ノ訴訟能力ニ付テ一言セン

法例第三條ハ法律行為ニ關スル外國人ノ能力ニ付テ特ニ規定スト雖モ訴訟行為ニ付テ何等ノ規定存セス然レトモ民事訴訟法第四四條ニハ外國人ハ自國ノ法律ニ從ヒ訴訟能力ヲ有セサルモ本邦ノ法律ニ從ヒ訴訟能力ヲ有スルトキハ能力者ト看做スヘキ旨ヲ規定セリ而シテ本國法ニ從ヒ訴訟能力ヲ有スル場合ニハ我國ニ於テ訴訟能力アルコト勿論ナリ加之訴訟行為ヲ為スニハ我國ニ住所ヲ有スルコトヲ必要トセス

茲ニ問題トナルハ我國ノ法律ニ從ヒ能力者タルモ本國法ニ從ヒ無能力者ナルトキハ其法定代理人ニ依リテ我國ニ於テ訴訟行為ヲ為スコトヲ得ルヤ否ヤニ在リ

消極論者ハ曰ク假令本國法ニ從テ無能力者タル外國人ト雖モ我國ノ法律カ之ヲ能力者ト看做ス以上ハ我訴訟法ハ其外國人ノ法定代理人ノ存在ヲ認メサルモノニシテ且實際上我法律上能力者ナル以上ハ法定代理人ニ依ルヘキ必要ナキモノナルヲ以テ法定代理人ニ依リテ訴訟ヲ為スヲ許スヘカラスト

積極論者ハ曰ク元來訴訟法上ノ無能力者ヲ認メタル理由ハ其人ヲ保護スルノ趣旨ニ出タルモノニシテ法定代理人ハ無能力者ヲ保護スル為メ法律ノ制定シタル一ノ私法機關ナリ而シテ外國法ニ依レル無能力者カ其法定代理人ヲ有スルニ拘ハラス之ニ依リテ訴訟ヲ為スコトヲ許ササルト

キハ外國人カ其法律上許與セラレタル恩典ヲ我法律ヲ以テ奪フコトトナルモノナレトモ之ヲ奪フニ付テノ特別ナル訴訟法上ノ理由ナキモノナリ反對論者ハ又我法律上能力者ナル以上ハ法定代理人ニ依ルノ必要ナシト論スレトモ法定代理人ニ依リテ訴訟行爲ヲ爲スノ必要アリヤ否ヤハ外國人其人ニ就テ觀察セサルヘカラス然ルニ外國法ハ其必要アリト認メタレハコソ法定代理人ニ依ルヘキモノトナシタルナリ且民事訴訟法第四四條ノ規定ハ外國人ヲ保護スル爲メ設ケタル規定ニシテ裁判所ノ便利ヲ計ル爲メ設ケタル規定ニ非ス然ルニ本問ノ場合ニ於テ外國人カ法定代理人ヲ以テ訴訟ヲ爲スコトヲ許サストスルハ法律ノ本旨ニ反スルモノト謂ハサルヘカラスト予ハ後説ヲ以テ正當ノ見解ナリト信ス

第三節　法律上代理人

民法ニハ法定代理人ト云ヒ民事訴訟法ニハ法律上代理人ト云ヒ要語ヲ異ニスレトモ意義ニ於テ異ナルコトナシ訴訟法上法律上代理或ハ法定代理ニハ當事者資格ノ代表ト訴訟行爲ノ代表トノ二意義ヲ包含ス而シテ當事者資格ノ代表ハ必スシモ自然人ニ依テノミ之ヲ爲スモノニ限ラス例ヘハ大藏省内務省其他各省各府縣廳ノ如キ其所管事務若クハ監督ノ任アル事務ニ關シテ生シタル民事訴訟ニ付キ國ヲ代表スルカ如キ又師團經理部臺灣ニ於ケル陸軍經理部ハ所管事務ニ關スル民事訴訟ニ付キ國ヲ代表シ司法官廳カ提起スヘキ民事訴訟ハ之ヲ受理スヘキ裁判所ノ檢事局國ヲ代表スルカ如キ是ナリ

國カ訴訟ヲ爲ス場合ニ於テ右ノ如キ無形的代表者ヲ有スル場合ニ在リテハ訴訟行爲ヲ爲スニ付キ更ニ他ノ代表者ヲ要ス是レ即チ自然人ナリ自然人ハ訴訟當事者ノ資格及ヒ訴訟行爲ノ代表ノ二者ヲ合セ代表ス

民事訴訟法上法律上代理人トハ概シテ自然人ノ意義ニ於テ用ヒラレ先ニ説明シタル國ノ代表者タル各府縣檢事局等ヲ指スコト少シ故ニ玆ニハ普通ノ意義ニ於テ法律上代理人ノ定義ヲ下セハ左ノ如シ

『法律上代理人トハ法令ノ規定ノ直接若クハ間接ノ結果ニ依リ訴訟當事者ヲ代表スル自然人ヲ謂フ』法律上代理人ハ其代理權限カ法律ノ規定ニ依リテ直チニ生スルコトアリ或ハ法律ノ規定ニ從ヘル選任行爲ニ依リテ生スルコトアリ而シテ民事訴訟法上法律上代理人ヲ必要トスルハ多クノ場合ニ於テ其當事者カ訴訟行爲ノ無能力者タル場合ナリト雖モ常ニ必スシモ然リト云フコトヲ得ス訴訟能力者ニ付テモ亦法律上代理人ヲ要スル場合アリ民事訴訟法第四六條ニ規定セル選任ニ依ル特別代理人ノ如キモ亦法律上代理人ノ一種ニシテ此場合ニ於ケル被代理者ハ不分明ナル相續人ナルカ故ニ其人ハ常ニ無能力者ナリト云フコトヲ得ス

訴訟法上ノ法定代理ニ付テハ民法上ノ法定代理ニ關スル理論ヲ適用スルコトヲ得即チ民法第二五條ニ規定スル不在者ノ管理人カ不在者ニ代リテ訴訟ヲ爲スハ訴訟法上一種ノ法律上代理人ト

見ルヘク（此點ニ付テハ異說アリ）未成年者ノ父母ノ如キ妻ニ於ケル夫ノ如キ法人ノ理事ノ如キハ民事訴訟法上ノ法律上代理人ナリ

破產管財人又ハ强制執行ニ於ケル執達吏ノ如キハ訴訟法上ノ法律上代理人ニ非ストスル有力ナル學說アリ其理由ニ曰ク破產管財人若クハ執達吏ノ如キハ商法又ハ民事訴訟法ノ規定ニ依リテ法定ノ機關トシテ行動スルモノニシテ其行爲カ破產者或ハ債務者ヲ羈束スルハ法律カ右ノ如キ機關ヲ設ケタル結果ニ外ナラス是等ノ者カ破產者若クハ債務者ノ法律上代理人ナルカ故ニ然リト云フニ非スト

此說ハ公法的觀察ヨリセハ正確ナル議論ト云ハサルヘカラス然レトモ私法的觀察ヨリシテ是等ノ者モ亦一種ノ法律上代理人ナリトスルヲ妨ケス何トナレハ私法上ノ原則ニ依レハ何人モ自己又ハ其代理人ノ行爲ニ依ルニ非スンハ私法上ノ責任ヲ負フコトナク而シテ破產管財人カ破產財團ヲ管理スルニ當リテ其行爲カ破產者ヲ羈束スルノ結果ヲ生スルハ私法上ノ觀察ニ於テ代理ノ理論ヲ以テスルノ外說明ノ途ナク執達吏ニ付テモ亦同樣ニシテ一層有力ノ論據アリ民事訴訟法第五三二條第五三一條ノ規定是ナリ此二ヶ條ハ特ニ執達吏カ債權者ノ委任ヲ受クルコトニ付テノ手續ヲ定メタルモノ及ヒ其委任ニ依テ爲ス行爲ノ結果ニ付テノ責任ヲ定メタルモノニシテ既ニ執達吏ハ一面ニ於テ法律カ執行債權者トノ間ニ委任關係ヲ認ムルナラハ又債務者ノ爲メニ或行爲ヲ爲ス場合ニ於テ代理ノ觀念ニ依テ其行爲ノ效力ヲ說明スルハ我訴訟法ノ精神ニ適スルモノナリトス

次ニ困難ナル問題タルハ民事訴訟法第六〇〇條第六〇二條ニ規定スル取立命令ヲ得タル債權者ハ債務者ノ代理人ナルヤ否ヤノ點是ナリ

第三債務者カ取立命令ヲ得タル債權者ニ辨濟シタルトキハ自己ノ債權者タル强制執行ノ債務者ニ辨濟シタルト同一ノ效力アリ換言セハ債務者ハ更ニ第三債務者ニ對シ辨濟ヲ求ムルコトヲ得ス取立命令ノ效力此ノ如キモノトセハ此命令ヲ得タル債權者ヲ以テ債務者ノ法律上代理人ト論スルモ不可ナク又實體法上ノ觀察ニ於テモ此ノ如ク斷定スルヲ以テ正確ナリト云ハサルヘカラス然レトモ我訴訟法ハ形式上取立命令ヲ得タル債權者ヲ以テ債務者ノ法律上代理人ト見做サス

詳細ノ說明ハ第六編以下ノ講義ニ讓リ玆ニハ簡單ニ要旨ヲ說明セン右ノ如ク斷定スル論據ハ民事訴訟法第六一〇條同第六二三條ノ規定ニ在リ第六一〇條ニ依レハ債權者カ取立命令ニ基キ第三債務者ニ對シテ訴ヲ起サヽルヘカラサル必要ニ迫リタル場合ニハ訴提起後其訴訟ヲ債務者ニ告知セサルヘカラス此告知ハ債務者ヲシテ訴訟ニ參加セシムルヲ以テ目的トス而シテ債務者カ訴訟ニ參加スルハ從參加人タルノ資格ニ於テス從參加人ハ學說上從タル當事者ニシテ主タル當事者ニ相對シテ存スルモノナレハ若シ取立命令ノ場合ニ於テ債權者カ債務者ノ法律上代理人ナリトセハ第六一〇條ノ規定ハ說明スル能ハサルニ至ラン何トナレハ形式上債務者ハ債權者ニ依リテ代表セラルルモノトセハ自己ノ訴訟ニ付キ告知ヲ受ケ從參加人トナルモノト云ハサルヘカ

ラス此ノ如キハ主タル當事者從タル當事者ノ觀念ニ矛盾スルモノナレハナリ故ニ第六一〇條ノ規定ニ徴スレハ形式上取立命令ヲ得タル者ヲ以テ法律上代理人ト見做スヘキモノニ非スト謂ハサルヘカラス次ニ第六二三條第二項第三項ノ規定ニ依レハ執行力アル正本ヲ有スル債權者ハ共同訴訟人トシテ原告ニ加ハル權利アリ又第三債務者ハ此者ヲ原告ニ加ハラシメンカ爲メ申立ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ茲ニ所謂原告トハ取立命令ヲ得タル債權者ナリトスレハ同條ノ規定ヲ解スルヲ得ルモ所謂原告トハ債務者ナリトスルニ於テハ其債務者ノ債權者カ債務者ト同等ノ地位ニ於テ原告トナルトスルトキハ理論上了解スヘカラサル規定ト爲ルヘシ是レ此兩條ノ規定ハ即チ取立命令ヲ得タル債權者ヲ以テ債務者ノ法律上代理人ト爲ス能ハスト解スルノ論據ナリト云フ所以ナリ

取立命令ニ依ラスシテ民法第四二三條ニ依リテ債權者カ其債務者ニ屬スル權利ヲ行使スル所謂間接訴權ノ場合ニ於テモ亦訴訟法上其債權者ハ債務者ノ法律上代理人ニ非ス

法律上代理人カ訴訟行爲ヲ爲スニ付テハ如何ナル種類ノ法律上代理人モ當然全權ヲ有スルモノニ非ス或種類ノ代理人ハ特別ノ認許ヲ得ルニアラスンハ訴訟行爲ヲ爲ス能ハサルモノアリ此認許ヲ要スルコトヲ訴訟法上特別授權ト稱ス例ヘハ後見人カ訴訟行爲ヲ爲スニハ親族會ノ同意ヲ要シ管理人カ訴訟行爲ヲ爲スモ亦特別認許ヲ要スルカ如キ是ナリ

次ニ附隨シテ特別代理人ニ付キ一言セン

特別代理人ノ如何ナルモノナルヤニ付テハ民事訴訟法第四六條ニ依リテ其定義ヲ示スヲ得ヘシ即チ特別代理人トハ相續人未定ノ遺産或ハ不分明ナル相續人或ハ訴訟無能力者ニ對シテ訴ヲ起サントスルニ當リ被告ヲ代表スルノ自然人ナキ場合ニ於テ受訴裁判所ノ裁判長カ遲滯ノ爲メニ危害ヲ生スルノ虞アリトノ條件ノ下ニ原告ノ申立ニ依リ撰擇スル法律上代理人ヲ謂フ

此規定ヲ設ケタルハ是等ノ場合ニ於テハ先ツ訴狀ノ送達ヲ爲スコト能ハサルノ不便アリ假リニ訴狀ハ送達シ得ルトスルモ相手方ヲシテ有效ニ訴訟行爲ヲ爲サシムルコトヲ得ス而シテ訴ノ原因トスル債權カ時效ニ係ラントスルカ如キ狀態ニ在ルトキハ訴ノ效力ヲシテ成ヘク迅速ニ發生セシムルノ要アリ此等ノ必要ニ應セシメンカ爲メ特別代理人ノ規定ヲ設ケタルモノナリ

特別代理人ハ又訴ヲ受クヘキ者ニ法律上代理人ノ存スルトキト雖モ之ヲ撰擇スルコトヲ得ル特殊ノ場合アリ民事訴訟法第四七條ノ規定是ナリ斯ル場合ニハ曾テ述ヘタル民事訴訟法第一五條ニ規定スル如ク無能力者カ現在地タル兵營又ハ軍艦ノ所在地ニ於テ訴ヲ受クヘキ場合ニ於テ其法律上代理人カ他ノ地ニ居住スルトキハ遲滯ノ爲メニ危害ヲ生スルノ虞ナシトスルモ特別代理人ヲ撰任スルコトヲ得ルモノトス此規定ハ便宜ノ爲メ設ケタルモノナルカ故ニ遲滯ノ爲メニ危害ヲ生スルコトヲ要件トセサリシモノナリ而シテ法律上代理人其モノカ訴訟行爲ヲ爲スヲ得ルニ至リタル場合ニ於テ特別代理人ノ撰任ハ其效力ヲ失フモノトス特別代理人ノ權限ハ民事訴訟法第四六條ニ規定セル場合ト同シク訴訟法上法律上代理人ト同一ナリトス

以上述フル法律上代理人ノ資格並ニ特別授權ノ存否ハ裁判所ノ職權調査事項ニシテ裁判所ハ訴訟ノ如何ナル程度ニアルヲ問ハス之ヲ調査セサルヘカラス而シテ是等ノ資格ニ欠缺アルコトヲ發見シタルトキハ其法律上代理人ノ行爲ハ訴訟法上效力ヲ有スヘカラサルモノナルヲ以テ欠缺カ原告ノ方面ニ存スルトキハ訴ヲ却下スヘク被告ノ方面ニ存スルトキハ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ禁セサルヘカラス但欠缺ヲ補正シ得ル見込アル場合ニ於テハ遲滯ノ爲メ當事者ニ危害ヲ生スル恐アルナラハ後ニ其欠缺ヲ補正セシムル條件ノ下ニ授權ナキ或ハ資格ナキ法律上代理人ニ假ニ訴訟行爲ヲ爲サシムルコトヲ得(四五條二項)

資格ナキ法律上代理人ニ假リニ訴訟行爲ヲ爲サシムルコトヲ得ルハ法律上代理人カ其資格ヲ證明スルコト能ハサル場合ニ限リ絶對ニ法律上代理人タルコトヲ得サル場合ニ在テハ假リニ法律上代理人タラシムルコトナシ

欠缺ノ補正ニ付テハ裁判所ニ於テ一定ノ期間ヲ定メ法律上代理人ニ其期間内ニ補正ヲ爲スヘキコトヲ命シ而シテ其期間滿了前ニハ裁判所ハ判決ヲ爲スコトヲ得ス然レトモ補正ハ期間經過後ト雖モ判決ニ接著スル口頭辯論ノ終結マテ之ヲ爲スコトヲ得(四五條二項)

原告ノ法律上代理人ニ付テ存スル欠缺ヲ補正スルコト能ハサル場合ニ訴ヲ却下スル判決ハ法律上代理人ニ對シテ效力ヲ生スルカ或ハ原告本人ニ對シテ效力ヲ生スルヤ

此問題ハ私法的觀念ヲ以テ解決セハ判決ノ效力ハ代理セラレサル本人ニ對シテ生スヘキモノニ非ラスト論定セサルヘカラス然レトモ此點ニ付テハ私法上ノ理論ト訴訟法上ノ理論ト異ナルモノニシテ此判決ノ效力ハ代表セラレタル原告其モノニ對シテ生ス何トナレハ訴訟法上ノ觀察ヲ以テセハ此場合ニ於ケル判決ハ法定代理人ニ對スル判決ニ非スシテ本人ニ對スル判決ナリ換言セハ訴ヲ却下スル判決ハ代表セラレタル本人ノ訴ヲ却下スルモノナリ此ノ如ク論決スル理由ハ再審ニ關スル規定ニ徴セハ一層明瞭ナルヲ得ヘシ民事訴訟法第四六八條第四號ニ「訴訟手續ニ於テ原告若クハ被告カ法律ノ規定ニ從ヒ代理セラレサリシトキ」トアリテ再審ノ訴ノ原因トシテ原告若クハ被告カ代理セラレサリシ場合ノ規定ヲ設ケタリ私法上ノ理論ヲ以テ此條文ヲ解スルトキハ無意味トナルヘシ即チ代理權ナキ者ノ爲シタル行爲ハ本人ニ對シテ何等ノ效力ヲ生セサルモノナレハ假令判決ハ形式上確定スルモ原告被告カ適法ニ代理セラレサリシナラハ本人ニ對シテ效力ナキカ故ニ效力ナキ判決カ確定スルモ當事者ハ再審ノ訴ニ依リテ此判決ヲ攻撃スルノ必要ナキモノト云ハサルヘカラス然ルニ此ノ如キ再審ノ規定ヲ設ケタルハ形式上ノ觀察ニ於テ苟モ本人トシテ表示セラレタル以上ハ本人ト代理人トノ間ニ實體上代理關係ノ存セサリシ場合ト雖モ判決ハ其本人ニ對シテ效力ヲ生スルニ由ルモノニシテ無權代理人ノ爲シタル行爲カ當事者ノ爲メニ不利益ノ結果ヲ生シタル場合ニ對スル救濟方トシテ右ノ如キ再審ノ規定ヲ設ケタルモノナリ此規定ヨリ推論セハ本問ノ場合ニ於ケル訴却下ノ判決ハ原告其人ニ對シテ效力ヲ生スルモノト云ハサルヘカラス從ツテ原告ハ被告ニ對シテ訴訟費用負擔ノ責任アリ(但之ニ依テ

損害ヲ生シタルトキハ自稱代理人ニ對シテ損害賠償ヲ請求シ得ルヤ勿論ナリ）訴訟法上被告ニ對シテ直接ノ責任者タラサルヘカラス但本問ノ如キ場合ニ於テ法律上代理人トシテ行爲ヲ爲シタル者ノ行爲カ刑法上犯罪ヲ構成シ刑事ノ判決アリタル場合ニ在リテハ所謂被代理者ハ何等ノ責任ヲ負フコトナシ

法律上代理若クハ授權ノ欠缺ハ訴ヲ不成立ナラシムルモノナルカ故ニ裁判所ハ訴訟ノ如何ナル程度ニアルヲ問ハス職權上調査スヘキモノトス即チ裁判所カ一審裁判所ナルト二審又ハ上告裁判所ナルトヲ問フコトナク又同一審級ニ在リテモ第一回又ハ第二回ノ口頭辯論タルト將タ口頭辯論ノ終結シタル場合タルトヲ問ハス此調査ヲ爲ササルヘカラス原告ノ法律上代理ニ欠缺アリタルトキハ假令被告カ欠席スルモ被告ニ對シテ欠席判決ヲ爲スコトヲ得ス常ニ訴ヲ却下セサルヘカラス

訴カ適法ニ成立シタル後法律上代理ニ欠缺ヲ生シタルトキハ如何ナル裁判ヲ爲スヘキヤ此問題ニ付テハ場合ヲ分テ解決セサルヘカラス先ツ原告ノ法律上代理人カ全然其資格ヲ有セスシテ而シテ他ニ適法ノ法律上代理人ノ存在セサリシ場合ニ於テハ訴訟手續中斷ノ原因ヲ生シタルモノナルヲ以テ自稱代理人ニ對シテ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ許サストノ裁判ヲ爲スヘキモノナリ而シテ此裁判ハ如何ナル形式ヲ以テ爲スヘキヤ是亦場合ニ依テ論決ヲ異ニス被告ヨリシテ原告ノ法律上代理人ニ欠缺アリトノ抗辯ヲ提出シテ中間ノ爭トナリタルトキハ民事訴訟法第二二七條ニ依リテ中間判決ヲ爲スヘク之ニ反シテ相手方ヨリシテ何等ノ抗辯ナク裁判所カ職權ヲ以テ調査シタル結果代理權ナキコトヲ發見シタルトキハ決定ヲ以テ裁判セサルヘカラス

次ニ法定代理人ハ其資格ヲ有スルモ訴訟行爲ノ授權ニ欠缺アリシトキハ被告ノ申立ニ依リテ欠席判決ヲ爲スヘキモノナリ何トナレハ此場合ニハ訴訟手續中斷ノ原因ハ未タ生セス法定代理人ハ適法ノ手續ヲ履ミテ訴訟行爲ヲ爲スヘキモノナルニ之ヲ爲ササリシ懈怠アルヲ以テ欠席判決ヲ爲スノ要件具備スルカ故ナリ

次ニ甲ハ眞正ノ法律上代理人ナルニ拘ハラス乙カ法律上代理人トシテ出頭シ其代理權ヲ證明スルコト能ハサリシ場合ニ於テハ單ニ乙ニ對シテ訴訟行爲ヲ禁止スルノ裁判ヲ下スヘキモノナリ然レトモ此場合ニ於テ甲ニ對シ既ニ適法ノ呼出狀ヲ發送シアリシトキハ相手方ノ申立ニ依テ欠席判決ヲ下スヘキモノトス

以上ハ原告ノ方面ニ於ケル欠缺ノ場合ナリ左ニ被告ノ法律上代理人ニ欠缺アリシ場合ニ付テ説明セン是亦場合ヲ分テ論セサルヘカラス

被告ノ法律上代理人ニ非サル者ヲ代理人ナリトシテ訴ヲ提起シタルトキハ眞正ノ法律上代理人ノ存スルナラハ原告ハ訴ノ訂正ヲ爲シ眞正ノ代理人ニ對テ呼出ヲ求ムルコトヲ得之ニ反シテ相手方ト爲シタル法律上代理人ハ法律上代理人ニ非ス而シテ他ニ眞正ノ代理人存在セサル場合ニ於テハ若シ特別代理人ヲ撰任スルニ付テノ條件ヲ具備スルトキハ其撰任ノ手續ヲ

爲スコトヲ許ス然レトモ原告カ强テ前ニ自己カ指示シタル法律上代理人ヲ相手方トシテ訴訟行爲ヲ爲サンコトヲ主張スルトキハ訴ヲ不適法トシテ棄却セサルヘカラス何トナレハ被告ノ方面ニ於テ法律上代理ニ欠缺アルカ故ニ本案判決ヲ下スコト能ハサルヲ以テナリ

以上ノ論決ハ被告ノ法律上代理人カ原告ノ主張ニ適合スル申立ヲ爲シタルトキト雖モ異ナルコトナシ

被告ニ眞正ノ法定代理人ノ存スル場合ニ於テ他ノ者ヲ法定代理人トシテ訴ヲ起シタルトキハ訴ヲ不適法トシテ棄却スヘシト主張スル學者アレトモ予ハ此説ニ賛同セス民事訴訟法第一九〇條ノ要件ヲ具備スル以上ハ適法ノ訴ナレハ原告ノ指定シタル被告ノ法律上代理人ニ對シテ原告ノ訴訟行爲ヲ許サストノ裁判ヲ爲スニ止ムヘク原告カ前意見ヲ主張シテ前ニ其指示シタル被告ノ法律上代理人ヲシテ應訴行爲ヲ爲サシメンコトヲ强ヒテ求ムルナラハ而シテ之カ爲メ訴訟ヲ完結スル能ハサルナラハ訴ヲ却下スルヲ得ヘシ

次ニ起訴後死亡其他ノ原因ニ依リテ法律上代理權ノ消滅シタル場合ニ於テハ訴訟手續ノ中斷ヲ生ス

被告ノ法定代理人カ訴訟行爲ヲ爲スノ授權ニ欠缺アリタルトキハ其自稱代理人ニ對シテ訴訟行爲ヲ爲スヲ許サストノ裁判ヲ爲スヘキモノナリ而シテ被告ニ對スル呼出カ適法ニ效力ヲ生シタリシナラハ原告ノ申立ニ依リテ欠席判決ヲ下スヘキモノトス又原告カ授權ニ欠缺アル被告ノ代理人ニ對シ强テ裁判ヲ受ケンコトヲ主張シタルトキハ訴ヲ却下セサルヘカラス

第四節　共同訴訟

第一款　共同訴訟ノ意義及ヒ此制度ヲ設ケタル立法上ノ理由

共同訴訟トハ複數ノ原告被告ノ存スル訴訟ヲ謂フ換言セハ法律ノ許ス場合ニ於テ數人カ共ニ訴ヲ爲シ共ニ訴ヲ受クルヲ謂フ

當事者ヲ基本トシテ觀察セハ共同訴訟ハ數個ノ訴訟ノ結合ニシテ單一ノ訴訟ニアラス故ニ共同訴訟ノ場合ニ在リテハ裁判所ハ民事訴訟法第一一八條ノ適用ニ依リテ審理ノ分離ヲ命スルコトヲ得故ニ一ノ被告ニ對シ訴ノ取下アリタルトキハ他ノ被告ニ對シ訴訟手續ヲ續行スヘク又各共同訴訟人ハ其相手方ニ對シ獨立シテ各別ニ對立ス從テ一人ノ行爲懈怠又ハ其一人ニ對スル相手方ノ行爲懈怠ハ他ノ共同訴訟人ニ對シテ影響ヲ及ホスコトナク又數人ノ被告ニ對スル共同訴訟ハ裁判所カ各被告ニ對シテ管轄權ヲ有スルコトヲ要ス

法律カ此制度ヲ設ケタル立法上ノ理由ハ如何曰ク（一）時間（二）訴訟費用（三）訴訟關係人及ヒ訴訟機關ノ勞力ヲ省キ（四）裁判ノ牴觸ヲ防ク等數種ノ利益アルヲ以テ此制度ヲ設ケタルモノナリ今茲ニ此等ノ利益ニ付キ簡單ニ說明セハ

（一）　時間ノ節約トハ各共同訴訟人カ各別ニ訴訟ヲ爲ストキハ合計シテ數十日間ヲ要スル場合ニ在リテモ共同訴訟ニ依テ手續ヲ開始續行セハ一回ノ口頭辯論ヲ以テ足ルコトアリ或ハ二三回ニシテ全訴訟ヲ完結スルコトアリ換言セハ訴訟關係人ハ事實ノ主張、證據方法、其他辯論行爲ヲ同時ニ爲シ得ルヲ以テ審理上或ハ訴訟手續進行上ニ於テ多クノ時間ヲ節約スルコトヲ得

（二）　費用ノ節減ハ訴訟用印紙ヲ初メトシテ其他ニ於テ數種ノ費用ヲ省クコトヲ得例ヘハ證人ノ呼出ヲ求ムル場合ニ各共同訴訟人ニ通シテ一回ノ呼出ヲ以テ足ルヘク別別ニ訴訟ヲ爲ストキハ各訴訟毎ニ證人ヲ呼出サヽルヘカラス共同訴訟ニ於テハ證人ニ支拂フヘキ旅費日當ヲ節減スルノ利益アリ

（三）　勞力ノ節約ハ當事者ノ方面ニ於テ之ヲ云ヘハ數名ノ爲メニ一人ノ訴訟代理人ヲ以テ口頭辯論其他證據方法ノ提出等ヲ爲スヲ得ヘク是等裁判所ノ方面ニ在リテハ共同訴訟人カ各別ニ訴訟ヲ爲ストキハ裁判所ハ其各訴訟人毎ニ各別ニ辯論ヲ開始セサルヘカラサレトモ共同訴訟人トシテ數名カ訴ヲ提起シ若クハ數名ヲ訴ヘタルトキハ裁判所ハ一回ノ勞力ヲ以テ足ルヘク殊ニ數人ニ對スル判決書ノ作成ノ如キハ各別ニ爲スノ必要ナク各共同訴訟人ニ對シ同時ニ一通ノ判決書ヲ作成スルヲ以テ足ルヘク其他數多ノ利益アリ

（四）　裁判ノ牴觸ヲ防ク點ニ在リテハ共同訴訟人ハ後ニ説明スル如ク同一ナル原因或ハ同種類ナル原因ニ基キ訴ヲ爲シ若クハ訴ヲ受クルモノナルニ裁判所ノ異ナル場合或ハ審判スヘキ判事ノ異ナルニ從ヒテ各自ノ意見ヲ異ニスルノ結果同一ノ原因同種類ノ原因ニ對シ相異ナレル判決ヲ下スコトアルハ免レサル處ニシテ加之同一裁判所ニ於ケル同一判事カ數名ノ共同訴訟人タルヘキ人ノ各獨立セル訴訟ニ於テ審判ヲ爲ストキト雖モ時トシテ牴觸スル裁判ヲ下スコトアルヲ免レス此ノ如キハ裁判ノ威信ヲ害スルモノト謂ハサルヘカラス共同訴訟ハ此弊ヲ防クノ點ニ於テ實ニ多大ノ利益アリ

以上ノ理由ニ基キテ此制度ヲ設ケタルモノナレトモ我現行法ノ規定ニ依レハ凡テノ共同訴訟ヲ義務的ノモノトセス寧ロ原則トシテ共同訴訟タルヘキ事件ニ付キ各當事者カ各別ニ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ禁スルコトヲ得サルモノトセリ故ニ共同訴訟ノ規定アルカ爲メニ裁判ノ牴觸ヲ常ニ豫防スルコトヲ得ルモノト速斷スヘカラス當事者ノ施用スル手續ノ如何ニ依リテ牴觸シタル裁判ヲ下スコトアルハ免レサル處ナリ故ニ裁判ノ牴觸ヲ防クノ利益アリト謂フハ斯ル利益ノ存スルト謂フニ過キスシテ法律上必然斯ル利益ヲ生スヘキモノナリト謂フニアラス唯後ニ説明スル形式上ノ必要的共同訴訟ニ付テハ法律上裁判ノ牴觸ヲ防クコトヲ得ルモノナリ

共同訴訟ノ發生ハ原告若クハ裁判所ノ意思ニ基因ス然レトモ原告若クハ裁判所ハ如何ナル場合ニ於テモ自由ニ共同訴訟ヲ發生セシムルコト能ハス法律ニ特定シタル場合ナルコトヲ要ス共同訴訟人タルヘキ當事者カ各別ニ訴ヲ提起シタルトキハ裁判所ハ其訴ヲ併合シテ共同訴訟タラシムルコトヲ得ルハ民事訴訟法第一二〇條ニ規定スル處ニシテ裁判所カ同條ニ依リ與ヘラレタル

權能ヲ行フニハ法律カ共同訴訟タルヘキコトヲ許ス場合ナラサルヘカラス又原則トシテ共同訴訟人タルヘキ被告カ各別ニ訴ヲ受ケタル場合ニ於テ是等ノ被告ハ共同訴訟トシテ訴ヘサルコトヲ理由トシテ應訴ヲ拒ムコトヲ得ス此點ニ付テハ後ニ至リ更ニ說明スヘシ

學說上併合訴訟ナル用語アリ併合訴訟トハ一箇ノ訴訟手續ニ併合セラルル數箇ノ訴訟ヲ謂フ故ニ共同訴訟モ亦併合訴訟ノ一種ナリ然レトモ共同訴訟ハ併合訴訟ナリト雖モ併合訴訟ハ常ニ共同訴訟ナリト云フコトヲ得ス共同訴訟ト併合訴訟トハ其意義ノ範圍ニ廣狹ノ別アリ即チ併合訴訟ナルモノハ共同訴訟ノ外ニ尙ホ數個ノ訴訟ヲ包含ス換言セハ同一ノ被告ニ對スル原告若クハ反訴原告ノ請求多數アリシ場合又ハ裁判所カ單數ノ原告被告間ニ於ケル數個ノ訴訟ノ併合ヲ命シタル場合又ハ原告ヨリ訴ヲ受ケタル被告カ反訴ヲ提起シタル場合等ニ於テハ併合訴訟ノ存スルモノトス而シテ其本訴及ヒ反訴ハ各一個ノ請求ヨリ成ル場合ニ於テモ亦學說上併合訴訟ナリト稱ス即チ本訴ニ對スル反訴アリシトキハ其訴ヲ成立セシムル請求カ各當事者ニ對シテハ一個ナルモ本訴反訴ノ請求ヲ合スレハ二個ナルカ故ナリ

併合訴訟ハ訴ノ提起ニ依リテ生スルモノト訴ノ提起後ニ生スルモノトノ二種アリ訴ノ提起ニ依リテ生スルモノハ數多ノ原告カ共同ノ原告トシテ訴ヘタル場合、數名ノ被告ヲ共同被告トシテ訴フル場合、又ハ一人ノ原告カ數個ノ請求ニ基キ訴フル場合等是ナリ訴ノ提起後ニ生スルモノハ主參加ノ申立訴訟法第二一一條ニ規定スル訴ノ申立ノ擴張又ハ反訴及ヒ第一二〇條ニ依リテ裁判所ノ爲ス訴ノ併合ノ場合是ナリ

學說上訴訟ノ併合ヲ區別シテ主觀的訴訟ノ併合客觀的訴訟ノ併合ト爲ス主觀的訴訟ノ併合トハ訴訟當事者ノ多數ナルモノヲ指稱ス例ヘハ原告ノ複數被告ノ複數ナル場合ノ如シ故ニ共同訴訟主參加訴訟等ハ之ニ屬ス（主參加ニ付テハ後ニ說明ス）客觀的訴訟ノ併合トハ訴訟ノ目的物數個アルヲ謂フ例ヘハ民事訴訟法第一九一條第二一一條ノ場合ノ如シ反訴モ亦客觀的訴訟ノ併合ナリ

第二款　通常共同訴訟

通常共同訴訟トハ必要的共同訴訟ニ對スル稱呼ニシテ民事訴訟ノ共同訴訟ニ關スル通則的規定ニ依リテ支配セラルルモノヲ謂フ

通常共同訴訟ノ成立ニハ法律上數個ノ要件アリ之ヲ分チテ訴訟法上ノ要件及ヒ實體法上ノ要件ノ二種トス

（甲）　訴訟法上ノ要件

（一）　同一種類ノ訴訟手續ニ依ルコトヲ要ス

例ヘハ共同訴訟人ノ一名ハ證書訴訟手續ニ依リ他ハ通常訴訟手續ニ依リテ共同訴訟ヲ爲スコトヲ得ス然レトモ若シ此ノ如キ訴ノ提起アリタルトキハ裁判所ハ其訴ヲ直チニ却下セス訴ノ

分離ヲ爲シ裁判スヘキモノトス

同一訴訟手續ニ依ラサルトキハ共同訴訟ノ利益即チ勞力ノ節約時間ノ節約費用ノ節減裁判ノ不牴觸ヲ見ル能ハサレハナリ

（二）　受訴裁判所カ其訴訟事件ニ付キ管轄權ヲ有スルコトヲ要ス

然レトモ合意管轄ヲ許ス事件ニ付テハ被告ヨリ抗辯ナキトキハ本來管轄權ヲ有セサル裁判所モ亦其裁判ヲ爲ササルヘカラサルカ故ニ直チニ訴ヲ却下スルコトヲ得ス而シテ所謂管轄權トハ事物ノ管轄權ヲ指ス點ニ付テハ異論ナキモ土地ノ管轄權ニ付テハ學説、判例ノ一致セサル所ナリ共同訴訟ノ成立スルニハ受訴裁判所カ訴訟ニ付キ總テノ被告人ニ對シ土地ノ等轄權ヲ有スルコトヲ要スルヤ否ヤノ點是ナリ一派ノ學説及ヒ判例ハ民事訴訟法第四八條ニ依リ數人ノ被告ヲ共同訴訟人トシテ同一裁判所ニ訴フルニハ各被告カ土地ノ管轄權ヲ異ニスル場合ト雖モ其妨ケトナラス何トナレハ訴訟法第四八條ニハ「左ノ場合ニ於テハ共同訴訟人トシテ數人カ共ニ訴ヲ爲シ又ハ訴ヲ受クルコトヲ得」トアルノミニシテ被告カ土地ノ管轄ヲ異ニセル場合ヲ除外セサルカ故ニ民事訴訟法第二五條ノ規定ニ從フヘキモノナレハナリ各國ノ法制ヲ見ルニ此點ニ付キ多少規定ヲ異ニシ佛國民事訴訟法ノ如キハ斯ル場合ニハ原告ニ選擇權アリトシ（佛民訴五九條一項）獨逸訴訟法ニ於テハ上級裁判所ニ依リテ管轄裁判所ヲ指定セシムヘキモノトセリ（舊獨民訴三六條新民訴三三條）然レトモ土地ノ管轄ヲ異ニスル被告ヲ共同被告トシテ訴フルコトヲ得サル旨ノ規定ナク我國從來ノ慣習ニ依ルモ管轄ノ異ナル被告ヲ共同被告トシテ訴フルコトヲ許セリ而シテ我訴訟法編纂ノ當時立案者ハ單ニ原告ノ選擇ニ任ストキハ被告ノ爲メ迷惑ヲ生スルノ虞アリトシテ舊獨逸訴訟法第三六條ト同一ナル條項ヲ草按ニ加ヘタルモ確定條文トナルニ及ンテ之ヲ削除セリ之ニ由テ見ルモ立法者ハ裁判所ノ撰定ハ原告ニ一任スルノ意思ナリシヤ明カナリ若シ反對説ノ主張スル如ク斯ル場合ニ共同訴訟トシテ訴フルコトヲ得ストセハ共同訴訟ノ實益ハ大ニ減スルモノト云ハサルヘカラスト（明治三十七年五月大審院民事二部判例參照）予モ亦此説ヲ採ル者ナリ

反對説ハ曰ク民事訴訟法第二五條ノ規定ハ權能的管轄ノ場合ニ限リ換言セハ普通裁判籍ニモ特別裁判籍ニモ訴ヲ爲シ得ル場合ニ於テ原告ニ撰擇權アルコトヲ示シタルニ過キス而シテ我訴訟法ニハ舊獨逸訴訟法第三六條ノ如キ規定ナキヲ以テ見レハ共同訴訟ノ管轄ニ付テハ特別ノ管轄規定ナシト謂ハサルヘカラス然ラハ被告カ管轄ヲ異ニスル場合ニ在リテハ共同訴訟ニ依リ訴フルコトヲ得スト謂ハサルヘカラスト

又他ノ一説ハ曰ク若シ法律ニ明文ナキニ拘ハラス此ノ如キ場合ニ於テ原告ニ撰擇權アリトセハ民事訴訟法第一〇條ノ規定ヲ設ケタル理由ハ謂ハレナク滅却セラレン殊ニ訴訟ニ於テ法律ハ原告被告ノ地位ヲ同一視セサルヘカラサルニ特ニ明文ナキニ拘ハラス此ノ如キ場合ニ原告ニ撰擇權アリトセハ被告ノ利益ヲ無視スルモノニシテ解釋論ノ範圍ヲ逸出シテ法律ヲ作ルニ

等シト

以上要スルニ本問ハ民事訴訟法第二五條ノ條文解釋ニ關シ議論ノ岐ルルニ過キスシテ同條ヲ嚴格ニ解釋セハ第二說ヲ正當ナリトスヘキモ沿革上ノ理由ニ徵スルトキハ判例及ヒ其證據トナレル學說ハ尤モ法意ニ適スルモノナリト謂ハサルヘカラス

（三）起訴ノ當時共同訴訟トシテ訴フルコトヲ要ス（四八條一項）

訴訟ノ進行後原告ニ共同訴訟ヲ成立セシムルノ權能ヲ與ヘサルハ手續ノ錯雜ヲ來ササラシメンカ爲メナリ但裁判所ニ併合ノ職權ナルコト勿論ナリ

（乙）實體法上ノ要件

訴訟物カ數人ニ共通ナルコトヲ要ス（四八條一號）

法文ニ數人カ訴訟物ニ付キ權利共通若クハ義務共通ノ地位ニ立ツトキトアルモノ是ナリ此ノ如ク訴訟物カ數人ニ共通ナルトキハ共同訴訟ヲ設ケタル立法上ノ理由ニ最モ適合スルモノナリ例ヘハ（ア）共有者カ共有權ニ對スル侵害ノ排除ヲ求ムル訴訟（イ）數名ノ連帶債務者不可分債務者カ被告トナル場合（ウ）主債務者保證人ニ對スル同一債權ノ辨濟ヲ求ムル場合ノ如シ

又訴訟物カ同一ナル事實上及ヒ法律上ノ原因ニ基クコトヲ要ス但請求ノ事物ノ同一ナルコトヲ要セス（四八條二號）

例ヘハ（ア）一箇ノ不法行爲ヲ原因トシテ數名ノ權利者ヨリ或ハ數名ノ義務者ニ對シテ請求ヲ爲ス場合（イ）數名ノ共同請負人ヨリ注文者ニ對シ請負金ヲ請求スル場合（ウ）離婚ノ法定原因ニ基キ夫婦ノ一方ヨリ他ノ一方及ヒ其實家ノ戸主ニ對スル離婚復籍ノ訴訟ノ如シ又ハ訴訟物カ性質ニ於テ同種類ナル事實上及ヒ法律上ノ原因ニ基ク請求又ハ義務ナルコトヲ要ス』此場合ニハ原告被告カ共通權利者共通義務者ナルコトヲ必要トセス又事實上及ヒ法律上同一ノ原因ニ基キ請求ヲ主張スルコトヲ要セス（四八條三號）

例ヘハ（ア）約束手形ノ振出人及ヒ裏書人ヲ共同被告トスル場合（イ）數人ノ當事者カ同一ノ條件ヲ有スル保險契約ニ基キ債務ヲ負擔スル場合（ウ）同一ナル趣旨ノ家屋賃貸借契約ニ基キ家屋ノ明渡ヲ求ムル訴ノ如シ

共同訴訟ノ效力

各當事者間ノ關係ニ於テハ其效力ハ各自ニ關シ獨立ノモノニシテ唯訴訟手續ノミ單一ニ進行スルモノトス換言セハ共同訴訟人ノ行爲ハ獨立シテ相手方ニ對シ效力ヲ生ス而シテ此場合ニ裁判所ハ適當ト認ムルトキハ辯論ノ分離ヲ命スルコトヲ得ルカ故ニ各共同訴訟人ノ行爲ハ他ノ共同訴訟人ニ對シ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ（四九條）然レトモ共同訴訟人ノ行爲カ他ノ共同訴訟人ニ影響ヲ及ホサルハ法理論トシテ然ルノミ事實上ノ觀察ニ於テハ其行爲ハ他ノ共同訴訟人ニ影響ヲ及ホスコトアリ同種類ノ請求ヲ提起スル者及ヒ權利共通義務共通ノ地位ニ在ル者ハ

其一人ノ主張ヲ裁判所カ正當ナリト認メタルトキハ他ノ共同訴訟人ノ請求モ亦正當ナリト認ムルニ至ルハ心理作用上然ラサルヲ得サルナリ

民事訴訟法第四九條ノ規定ノ適用ニ付テハ疑問ヲ生スヘキカ故ニ其適用ノ著キモノニ付テ説述セン

（一）裁判所ハ各共同訴訟人ノ獨立シテ提出シタル攻擊防禦ノ方法ニ對シテハ之ニ對スル判斷ヲ各別ニ與ヘサルヘカラス

（二）裁判所自ラ甲共同訴訟人ノ攻擊防禦ノ方法ヲ乙共同訴訟人ノ利益ニ引用シテ裁判スルコトヲ得ス但乙共同訴訟人カ甲共同訴訟人ノ攻擊防禦ノ方法ヲ引用シタルトキハ此限ニ在ラス

（三）共同訴訟人ノ一人ノミカ上訴ヲナシタル場合ニ於テ其上訴ノ效力ヲ他ノ共同訴訟人ノ利益ニ及ホサシムルコト能ハサルカ故ニ上訴ヲ爲ササル共同訴訟人ニ對シテハ裁判ヲ下スコトヲ得ス

（四）共同訴訟人ノ陳述ニ付キ他ノ共同訴訟人カ之ヲ爭ハサリシトスルモ其爭ハサル共同訴訟人ハ前共同訴訟人ノ陳述ヲ承認シタルモノトナスコトヲ得ス

（五）訴訟物ニ關シテ共同訴訟人カ連帶ノ責任アリトスル場合ニ於テモ一人ニ對シテ爲シタル相手方ノ行爲ヲ他ノ共同訴訟人ニ及ホスコトヲ得ス

（六）共同訴訟人ノ一人カ口頭辯論期日ニ欠席シタルトキハ他ノ一人カ出席スルモ欠席者ニ對シテハ欠席判決ヲ爲スヘキモノトス即チ出席シタル當事者ヲシテ欠席者ヲ代理セシムルノ效力アリトスルコトヲ得ス

（七）共同訴訟人ノ一人ノ爲シタル自白ニ關スル事實ハ他ノ共同訴訟人ニ於テ之ヲ爭フコトヲ妨ケス又共同訴訟人ノ一人ノ爲シタル抛棄認諾等ハ他ノ共同訴訟人ヲ害スルコトナシ

（八）期間ノ開始、終了、中斷伸張短縮等ハ各個ノ共同訴訟人ニ對シ各別ニ之ヲ定メサルヘカラス

（九）民法上連帶義務ノ生セサル限ハ又訴訟法上其義務ノ生スル特別ノ規定ナキ限ハ敗訴ノ共同訴訟人ハ各別ニ費用ヲ負擔ス

（一〇）共同ノ訴訟代理人又ハ假住所ヲ選定スル義務ナシ

共同訴訟人相互ノ行爲相牴觸シタルトキハ裁判所ハ自由心證ヲ以テ其行爲ヲ取捨スルコトヲ得故ニ同種類ノ請求ヲ主張スル場合ニ於テ裁判所ハ甲共同訴訟人ノ主張ヲ採用シ乙共同訴訟人ノ主張ヲ排斥スルハ法律上不當ニ非ス又共同訴訟人ノ行爲カ互ニ牴觸スルトキト雖モ之ヲ理由トシテ總テノ共同訴訟人ノ主張ヲ排斥スルコトヲ得ス

以上要スルニ共同訴訟ノ效力ハ手續ヲ同一ニ進行スルニ止マリ當事者ニ對スル訴訟關係ハ各共同訴訟人ニ付キ獨立シテ存スルモノトス

終リニ共同訴訟ヲ許スヘカラサル場合ニ於ケル裁判所ノ行爲ニ付キ一言スヘシ

併合シタル請求ニ付キ裁判所カ總テ管轄權ヲ有スル場合ニ於テハ共同訴訟ノ分離ヲ命スヘキモノトス即チ訴提起ノ狀態ニ於テ其訴訟ハ一箇ノ手續ナリトスルモ元來共同訴訟ヲ許スヘカラサリシナラハ之ヲ分離シ各別ノ訴トシテ審判セサルヘカラス之ニ反シ併合セル各請求ニ付キ管轄權ヲ有セサルトキハ訴ノ全部ヲ却下スヘキモノトス併合シタル請求ノ一部ニ付テ管轄權ヲ有セサルトキハ管轄權ナキ訴ノ部分ノミヲ却下ス然レトモ相手方ニ於テ管轄違ノ抗辯ヲナササル以上ハ審判分離ヲ命スルニ止マリ直チニ訴ヲ却下スヘキモノニ非ス唯專屬管轄ニ屬スル請求ニ付テハ裁判所カ管轄權ヲ有セサルトキハ相手方ノ行爲如何ニ拘ハラス其訴ヲ却下セサルヘカラス』

玆ニ一ノ問題トナルハ共同訴訟ノ要件ニ關スル調査ノ點ナリ共同訴訟ノ要件ノ具備セルヤ否ヤノ調査ハ裁判所カ職權上爲スヘキモノナルヤ相手方ノ抗辯ヲ待テ始メテ調査スヘキモノナルヤ』此點ニ付テハ獨逸訴訟法學者間ニモ議論アリ「プッヘルト」氏ノ如キハ曰ク此調査ハ裁判所ノ職權ヲ以テナスヘキモノナリ何トナレハ共同訴訟ナルモノハ當事者ノ隨意ニ成立セシムルコトヲ得サルモノニシテ法律カ共同訴訟ヲ許スハ前ニ述ヘタル如ク手續、費用ノ節約裁判ノ牴觸ヲ防ク等ノ理由ニ基クモノナリ然ルニ共同訴訟ノ規定ニ適合セサル請求カ共同訴訟トシテ裁判所ニ提起セラレタルトキニ於テモ相手方ノ答辯ニ依リテ始メテ其當否ヲ調査スヘキモノナリトセハ共同訴訟ヲ許スヘキ理由ノ存セサルニ拘ハラス裁判所ハ共同訴訟トシテ審理セサルヘカラサル義務ヲ負フニ均シク其結果共同訴訟ニ付テノ要件ヲ規定シタル法意ヲ沒了スルニ至ルヘシト

然レトモ多數ノ學者ハ共同訴訟ノ要件ノ調査ハ裁判所ノ職權調査事項ニ屬セス假令法律ニ認ムル共同訴訟ノ理由ノ存セサル場合ト雖モ數個ノ訴訟ヲ合シテ審判スルコトハ當事者及ヒ裁判所ノ爲メニ時間手續ヲ省節シ殊ニ當事者ニ費用ノ節減ヲ與フヘキ利益アルカ故ニ相手方ノ抗辯ナキ以上ハ裁判所ハ分離ヲ命スヘキモノニ非スト謂ヘリ我國現時裁判所ノ取扱モ亦後說ニ屬スルモノノ如シ

法律上共同訴訟ヲ許スヘカラサル場合ニ相手方ノ抗辯アリシトキハ辯論ノ分離ヲ命スヘキモノナリトノ點ニ付テハ學者間議論アリ一派ノ學者ハ共同訴訟ヲ許スヘカラサル場合ニ之ヲ以テ相手方ヨリ抗辯ヲ爲シタルトキハ其訴ハ法律上不適法トシテ棄却セサルヘカラスト謂ヘリ而シテ其理由トスル處ハ獨逸訴訟法ニハ手續ヲ分離スル特別規定アルモ我訴訟法ニハ之ト同樣ナル規定存セス民事訴訟法第一一八條ノ規定タルヤ元來訴カ適法ナリシ場合ニ於テ裁判所ノ便宜ナリトスルトキニ辯論ノ分離ヲ命スルコトヲ得ル規定ニシテ不適法ナル訴ヲ分離シテ適法タラシムル規定ニ非スト謂フニ在リ我十數年前ノ裁判例モ亦此學說ノ如クナリシモ今日ニ於テハ之ニ反スルコトハ前ニ一言セル如シ之ニ付テハ實際上ノ理由及ヒ理論上ノ理由ノ存スルモノニシテ理論上ノ理由トシテハ曰ク許スヘカラサル共同訴訟トハ一ノ訴訟手續ニ於テ數個ノ訴訟ノ審判ノ併合ヲ許ササルニアリ訴其モノハ民事訴訟法第一九〇條ノ規定ニ適合シタル訴狀ニ依リ提起セ

ラレ且請求ノ目的カ私權ノ保護ヲ求ムルニアルナラハ訴其者ハ適法ト云ハサルヘカラス唯各箇別別ニ訴フヘキヲ併合シタルノ點カ不適法ナリト云フニ止マレリ元來共同訴訟ヲ分離シテ觀察セハ形式ニ於テモ亦實體ニ於テモ適法ナルカ故ニ之ヲ分離セハ不適法ノ欠點ハ除去セラルルモノナリ而シテ訴訟ノ分離ヲ命スルニ付テノ民事訴訟法第一一八條ノ規定ハ場合ニ付キ制限ヲ設ケサルカ故ニ本問ノ場合ニモ亦適用セラルヘキハ勿論ナレハ同條ノ適用ニ依リテ不法ヲ除去スルヲ得ルニ拘ハラス訴全部ヲ不適法トシテ棄却スヘキ謂レナシト

實際上ノ理由トシテハ曰ク訴ヲ斥ケンカ訴提起者ヲシテハ無益ノ費用ト勞力トヲ負擔セシムルコトトナリ裁判所ノ方面ニ於テモ其爲シタル手續ヲ徒爲ニ終ラシムルノ弊アリ然ルニ之ヲ分離スルコトヲ得ルモノトスルトキハ右ノ弊ヲ生スルコトナク實際上便利ナルモノナリト

共同訴訟ヲ許スヘカラサル場合ニ於テ相手方ヨリ之ヲ理由トシテ提出スル抗辯ハ妨訴抗辯ニ非ス故ニ此抗辯ノ提出セラレタル場合ニ裁判所ハ其抗辯ノミニ付テ辯論ヲ制限スルヲ得ヘシト雖モ提出者ハ之ニ基キテ本案ノ辯論ヲ拒ム能ハス

數名ノ法定代理人カ行爲無能力者ノ爲メニ訴訟行爲ヲ爲スハ共同訴訟ニ非ス何トナレハ共同訴訟ハ嚴格ナル意義ニ於ケル當事者ノ複數ナル場合ヲ指稱スルカ故ナリ之ニ反シテ一名ノ自然人カ數箇ノ法人ノ代表者トシテ訴訟ヲ爲ス場合ニハ共同訴訟ノ成立スルモノトス

第三款　必要的共同訴訟

必要的共同訴訟ハ學者ニ依リテ種種ノ名稱ヲ付シタリ特別共同訴訟、實體的共同訴訟、分離スヘカラサル共同訴訟等ノ名稱ハ皆必要的共同訴訟ノ別稱ナリ然レトモ必要的共同訴訟ナル稱呼ハ一般ニ用ヒラルル所ナリ

必要的共同訴訟トハ民事訴訟法第五〇條ニ其定義的規定ノ存スル如ク總テノ共同訴訟人ニ對シテ訴訟ニ係ル權利關係カ合一ニノミ確定スヘキモノヲ謂フ換言セハ訴訟ノ目的物カ共同訴訟人ノ全員ニ付テ同一ニノミ確定スヘキ訴訟或ハ繫爭法律關係カ共同訴訟人ニ對シ同一ニノミ確定スヘキ訴訟ヲ謂フ玆ニ同一ニノミ確定スト云フハ法律上同一ニ歸著スヘキコトヲ謂ヒ事實上同一ニ歸著スヘキヲ謂フニ非ス

或種類ノ請求ニ關シテハ複數ノ當事者ニ對シテ若クハ複數ノ當事者ノ爲メニ同一ノ判決ヲ爲スニ非スンハ私法適用ノ好結果ヲ得ルコト能ハサル場合アリ此必要ニ應セン爲メ必要的共同訴訟ノ制度ヲ設ケタリ換言セハ實體法上數名ニ對シテ若クハ數名ノ爲メニ同一ノ法律上ノ狀態ヲ維持スル必要アル場合ニ於テ法律ハ必要的共同訴訟ヲ認メタリ現行法ノ下ニ於テハ必要的共同訴訟ニ二種アリ

第一種ハ共同訴訟人タルヘキ原告若クハ被告カ共同シテ訴訟ヲ成立セシメサルヘカラサルモノ

ヲ謂フ換言セハ數名ノ原告カ共同シテ訴ヲ起シ又ハ數名ノ被告ヲ同時ニ訴フヘキモノヲ云フ而シテ此共同訴訟ヲ形式法上ノ必要的共同訴訟ト稱ス

第二種ハ共同訴訟人タルヘキ原告若クハ被告ハ必スシモ共同シテ訴訟ヲ成立セシムル必要ナク唯原告ノ意思ニ依テ共同訴訟ヲ成立セシムルコトヲ得ル訴訟ヲ謂フ之ヲ實體法上ノ必要的共同訴訟ト稱ス

(甲) 形式法上ノ必要的共同訴訟

此訴訟ハ前ニ一言シタル如ク法律カ共同訴訟ヲ必要トシテ强制スルモノニシテ例ヘハ主參加ノ訴、民事訴訟法第五四九條第二項ニ規定セル執行異議ノ訴同法第四八三條ニ規定セル準再審ノ訴即チ詐害行爲廢能ノ訴ノ如キ是ナリ又人事訴訟法第二條第二〇條第二六條ニ規定スル檢事其他ノ第三者ヨリ夫婦ニ對シ婚姻ノ無效取消又ハ養親子ニ對シ緣組ノ無效取消ヲ求ムル訴ノ如キ是ナリ

此形式法上ノ必要的共同訴訟ニ屬スル訴訟ヲ共同被告ノ一人ノミニ對シテ提起シタルトキハ其被告ハ共同訴訟必要ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得ルモノトス

此訴訟ノ成立要件ヲ約言セハ

(一) 訴ヲ受クヘキ者全員ヲ共同被告トセサルヘカラス

(二) 同一ノ訴訟手續ニ依ラサルヘカラス

(三) 受訴裁判所カ事物ノ管轄權訴ヲ有スルコトヲ要ス

以上ハ形式上ノ要件ニシテ實體法上ノ要件トシテハ訴訟物カ其性質上合一ノ確定ヲ必要トスルコト或ハ法律カ共同訴訟ヲ强制スルモノナルコトヲ要ス換言セハ法律ノ明文若クハ法律關係ノ性質上共同訴訟ヲ强制スルモノタルコトヲ要ス

(乙) 實體法上ノ必要的共同訴訟

此訴訟ハ多數ノ當事者ニ對シテ私法上ノ同一ナル法律關係ノ狀態ヲ同一ニ保タシムルコトノ有用ナル場合ニ於ケル共同訴訟ヲ謂フカ故ニ此共同訴訟ハ法律カ强制スルモノニ非ス從テ共同權利者一名カ訴ヲ起シタル場合又ハ共同義務者ノ一人ノミニ對シ訴ヲ提起シタル場合ト雖モ其訴訟ヲ不適法ナリトスルコトヲ得ス此訴訟ニ屬スルモノハ多數ノ當事者ニ對シテ不可分債務ノ履行ヲ求ムル訴或ハ多數ノ原告カ不可分債權ノ確定ヲ求ムル訴又ハ共有者ニ對シテ地役權ノ確認ヲ求ムル訴ノ如キ是ナリ而シテ連帶債務ノ履行ヲ求ムル場合ハ實體法上ノ必要的共同訴訟ニアラス形式上ノ必要的共同訴訟ニアラサルコト勿論ナリ

以上二種ノ必要的共同訴訟カ適法ニ成立シタルトキハ其同共訴訟人ノ行爲ニ法律ハ特別ノ效力ヲ與ヘタリ換言セハ實體法ヲシテ效力アル適用ヲ得セシメンカ爲メ各共同訴訟人ト其相手方トノ法律關係ニ付テ歸一ノ判決ヲ下スコトヲ目的トスルノ規定ヲ設ケタリ民事訴訟法第五〇條ノ規定是ナリ

（一）共同訴訟人中ノ一人ノ爲シタル攻擊防禦ノ方法ハ他ノ共同訴訟人ノ利益ニ於テ效力ヲ生ス玆ニ所謂共同訴訟人ノ利益トハ訴訟法上特別ノ意義ヲ有スルモノナリ訴訟法上ノ觀察ニ於テハ訴ノ取下又ハ認諾自白等ハ之ヲ爲ス者ニ不利益ナルモノトセリ故ニ所謂他ノ共同訴訟人ノ利益ニ於テ效力ヲ生ストハ他ノ共同訴訟人ノ爲メニ訴訟法ノ意義ニ於ケル利益ニ於テ效力ヲ生ストノ義ニ解セサルヘカラス例ヘハ共同被告ノ一名ヨリ提出シタル防禦方法カ原告ノ請求ヲ斥ケ得ルモノナルトキハ其防禦方法ハ之ヲ主張セサル他ノ共同被告ノ爲メニ效力ヲ生スルカ如シ原告ノ方面ニ付テモ亦同シ故ニ如何ナル攻擊防禦ノ方法カ利益ナルヤ不利益ナルヤハ法律問題ニシテ事實問題ニ非ス

（二）共同訴訟人中ノ一人カ爭ヒ又ハ認諾セサル場合ハ全員カ爭ヒ又ハ認諾セサルモノト看做ス

（三）共同訴訟人中ノ一人カ期日又ハ期間ヲ懈怠シタルトキハ懈怠者ハ不懈怠者ニ代理ヲ任シタルモノト看做ス

（四）共同訴訟人中ノ一人カ上訴シタルトキ若クハ故障ヲ爲シタルトキハ其故障上訴ノ效力ハ他ノ共同訴訟人ニ及フ

（五）期日又ハ期間ヲ懈怠シタル共同訴訟人ニハ其懈怠セサル場合ニ於テ爲スヘキ送達呼出等ヲ爲サルヘカラス何トナレハ事實上懈怠者ナルモ法律上懈怠者ニ非サルカ故ナリ

（六）懈怠シタル共同訴訟人ハ何時ニテモ其後ノ訴訟手續ニ參加スルコトヲ得

以上必要的共同訴訟ノ特別效力ナリ以下民事訴訟法第五〇條ニ關スル幾多ノ問題中重要ナル者ニ付キ論述セン

（一）必要的共同訴訟人カ複數ニテ上訴又ハ故障ヲ爲シタル後其一人ノ爲シタル取下ハ有效ナリヤ否ヤ

第一說ニ曰ク其取下ハ形式上有效ナリ然レトモ此場合ニ於テモ他ノ共同訴訟人ノ上訴ノ效力ハ民事訴訟法第五〇條第二項ノ適用ニ依リテ取下ヲ爲シタル者ノ利益ニ於テ效力ヲ生スルカ故ニ他ノ共同訴訟人カ勝訴シタルトキハ上訴ヲ取下タル者ニモ亦同一ノ效力ノ及フモノトス然レトモ之カ爲メニ取下ヲ許サヽルモノト論定スヘカラス期間ノ懈怠ハ消極的行爲ニシテ上訴故障ノ取下ハ積極的行爲ナリ積極的行爲ニ關シテハ懈怠ニ於ケルカ如キ法文存セサルカ故ニ當事者ハ自由ニ自己ノ爲シタル上訴ヲ取下クルコトヲ得ルモノト云ハサルヘカラス上訴ノ意思ナキニ拘ハラス之ヲ强制スルノ理由ナケレハナリト

第二說ニ曰ク共同訴訟人ノ爲シタル上訴故障ノ取下ハ效力ナキモノナリ何トナレハ上訴故障ハ當事者ニ訴訟上利益アリト推定スヘキモノナレハナリト

此兩說ハ實際上ノ結果ニ於テ差異アリ取下ヲ形式上有效トスルトキハ上訴取下者ハ取下後ノ費用ヲ負擔スルコトナシ之ニ反シテ形式上取下ヲ無效ナリトセハ假令其意思表示ヲ爲シタル

後何等ノ訴訟行爲ヲ爲サストスルモ共同被告カ敗訴シタルトキハ訴訟費用ノ負擔ヲ爲ササルヘカラス予ハ第一說ヲ賛成ス共同訴訟人ノ行爲ヲ爲スニ付テノ自由ト共同訴訟人ノ行爲ヨリシテ生スル訴訟法上ノ效力トハ區別セサルヘカラス共同訴訟人中ノ一人ノ爲ス行爲ハ他ノ共同訴訟人ノ爲メニ效力ヲ生スト雖モ之カ爲メ上訴ヲ取下ケントスル者ノ爲メ其自由ヲ束縛スルコトヲ得ス約言セハ行爲ヲ爲ス自由ト他ノ者ノ爲ス行爲ノ效力トハ區別シテ觀察セサルヘカラサルヲ以テナリ

（二）出頭シタル共同訴訟人カ訴ノ取下、請求ノ拋棄、認諾、和解、自白等ヲ爲シタルトキハ是等ノ行爲ノ效力ハ闕席者ニモ亦及フヤ否ヤ

消極論者ハ曰ク訴訟法第五〇條第二項ニ「他ノ共同訴訟人ノ利益ニ於テ」云云トアルハ私法上ノ利益ト云フノ意義ニアラス訴訟法上ノ利益ヲ指スモノナリ自白、拋棄、認諾ノ如キハ單純ニ私法上ノ觀察ヨリセハ之ヲ爲シタル者ニ利益ナルコトアリト雖モ同條ハ斯ル利益ヲ意味スルニアラス訴訟法上ノ利益ヲ意味スルモノニシテ原告ノ方面ヨリセハ勝訴ノ結果ヲ得ルニ至ルモノヲ指スカ故ニ此ノ如ク同條ノ利益ヲ解釋トスルトキハ訴ヲ取下クレハ敗訴者トナリ拋棄自白ヲ爲ストキモ亦訴訟法上不利益ノ結果ヲ受ク換言セハ認諾拋棄和解等ハ之ヲ爲ス者ノ方面ニ於テ常ニ訴訟法上不利益ナルモノナリト謂ハサルヘカラス果シテ然ラハ同條第二項ヲ此場合ニ適用スルコトヲ得ス故ニ必要的共同訴訟人中ノ一人カ出頭シテ取下、拋棄、認諾自白和解等ヲ爲スモ其行爲ノ效力ハ闕席シタル共同訴訟人ニ及フモノニアラスト

積極論者ハ曰ク訴訟法第五〇條第四項ノ代理トハ訴訟行爲ノ效果ヲ各當事者ニ對シテ一ニ歸セシメ以テ裁判ノ結果ニ牴觸ナカラシメンコトヲ目的トシテ特ニ法律ノ規定シタルモノニシテ擬制ニ依レル代理ニアラス又法定代理ニアラサル一種特別ノモノナリトス又委任代理ノ理論ニ從ヒテ說明ヲ爲シ得ヘキモノニアラス消極說ニ依ルトキハ必要的共同訴訟ノ規定ノ精神ヲ沒却スルカ或ハ中立サル事物ヲ當事者ニ歸セシムル結果ヲ生スルカ或ハ又懈怠セサル者ニ懈怠ノ結果ヲ受ケシムルカ或ハ又當事者ノ辯論ヲ無視シテ訴訟ヲ終局スルコト能ハサルノ結果ヲ生スルニ至ルヘシ例ヘハ出頭シタル共同訴訟人カ請求ヲ拋棄シ又ハ其反對ノ地位ニ居ル者カ認諾ヲ爲シタル場合ニ闕席者ハ尙ホ請求ヲ主張シ又ハ認諾ヲ爲ササルモノトスルトキハ如何ナル論決ヲ下スヘキヤ若シ出頭者ニ對シテハ相手方ノ申立ニ依リ拋棄若クハ認諾ニ基ク判決ヲ爲スヘク闕席者ニ對シテハ通常ノ闕席判決ニ關スル規定ニ從ヒテ闕席判決ヲ爲スヘキモノトセンカ必要的共同訴訟ヲ設ケタル立法ノ精神ヲ沒却スヘシ故ニ此ノ如キ論決ハ採ルヘカラサルヤ明カナリ然ラハ次ノ論決ヲ採ランカ即チ出頭者ノ拋棄若クハ認諾ヲ無視シテ相手方ノ申立ニ依リ全共同訴訟人ニ對シ闕席判決ヲ爲スヘキモノトセンカ此ノ如クスルトキハ不懈怠者ニ對シ懈怠ノ結果ヲ歸セシムルモノトナリ最モ不條理ナル論結ニ至ルヲ以テ此論結モ亦不當ナリト謂ハサルヘカラス然ラハ總テノ共同訴訟人カ爭ヒタルモノトシテ對席判決ヲ爲

スヘキモノトセンカ是レ申立サル事物ヲ當事者ニ歸セシムルノ不法ナル結果ニ至ルヘシ右ノ如ク以上三個ノ論決ハ何レモ採ルコト能ハストセハ訴訟ヲ休止スルノ外ニ道ナシ然レトモ休止ノ論決モ亦不都合ナルモノナリ何トナレハ則チ一面ニハ出頭シタル共同訴訟人ノ陳述ヲ無視シ他ノ方面ニ於テハ休止トスルノ結果訴訟ヲ終局スルコト能ハサルニ至レハナリ故ニ本問題ニ對シテハ是等ノ行爲ハ闕席者ニ對シテモ亦效力アリト爲スヲ以テ初メテ不都合ナキ解決ヲ見ルモノナリト

予ハ本問題ニ付テハ消極說ニ左袒スル者ナリ其理由ヲ陳フルニ先チ訴訟法第五〇條ニ所謂代理ノ性質ニ付キ一言セン

玆ニ所謂代理ノ性質ニ付テモ亦議論ノ存スル處ニシテ或ハ共同訴訟人中ノ一人ノ行爲カ法律ノ規定ノ結果他ノ共同訴訟人ノ爲メニ若クハ之ニ對シテ當然效力ヲ生スルモノナリト云ヘリ此說ヲ反射效力說ト云フ或ハ右ノ場合ニハ法律上代理ノ推定アルモノニシテ委任代理トハ其性質ヲ異ニスルモノナリト云ヘリ代理推定說ハ法文ノ文字ニ重ヲ置テ之ヲ解釋スルヨリシテ生シタルモノナリ予ハ此兩說ヲ基礎トシテ消極說ヲ主張セントス先ツ代理推定論者ノ議論ニ基キテ推究セハ苟モ代理ト云フ以上ハ縱令民法上ノ代理ト性質ヲ異ニシ又訴訟委任ノ性質ヲ有セサルモノトスルモ本人ノ爲メニ或行爲ヲ爲スト云フノ觀念ハ包含セサルヘカラス代理推定論者ハ本條ノ代理權ハ訴訟委任ニ依リテ生スル代理トハ性質ヲ異ニスルカ故ニ不懈怠者ノ行爲ハ懈怠者ニ及フモノニアラスト論スレトモ苟モ代理ト云ヒ本人ノ爲メニスルト云フ觀念ヲ除去スルコトヲ得サルモノトセハ本人ノ爲メニ不利益ノ結果ヲ生セシムルコト能ハサルモノト爲サヽルヘカラス本人ノ爲メニスルト云フコトト本人ノ不利益ヲ生セシムルト云フコトトハ撞突相容レサル觀念ナレハ代理推定說ヲ基礎トシテ論理的ニ推究スルトキハ消極說ヲ採ラサルヘカラス

反射效力說ハ訴訟法第五〇條第二項ニ依リテ生シタルモノナリ同項ニ規定スル如ク共同訴訟人中ノ或人ノ攻擊及ヒ防禦ノ方法カ他ノ共同訴訟人ノ利益ニ於テ效力ヲ生スルヲ反射的效力ト稱ス此反射的效力說ヲ唱フル學者ハ多ク積極說ヲ唱ヘ訴訟ヲ同一程度ニ保タシムルニハ不懈怠者ノ行爲ノ效力ヲ懈怠者ニ及ホサヽルヘカラスト論セリ然レトモ予ハ此反射效力說ニ依ルモ仍ホ消極說ヲ主張シ得ルモノト信ス訴訟行爲ノ目的ハ自己ニ利益ヲ收メントスルニ在リ相手方ノ行爲ニ對シテ防禦ヲ爲シ又ハ相手方ヲ攻擊スル行爲ヲ指シテ訴訟行爲ト云フ即チ訴訟行爲ナル者ハ當事者ノ爲メニハ一ノ武器ナリト云フヘシ而シテ反射效力ハ法文ニ規定スルカ如ク他ノ共同訴訟人ノ利益ニ於テ生スルモノナルニ積極說ノ如ク斷定センカ訴訟行爲ハ味方ヲ傷クルノ武器トナリ法文ニ所謂利益ニ於テ效力ヲ生スルニアラスシテ不利益ニ於テ效力ヲ生スルモノトナルヘシ然ラハ本問ニ對スル積極的斷定ハ反射的效力ノ性質ニ反スヘシ故ニ出席者ノ自白認諾拋棄ハ闕席者ニ對シテ何等ノ效力ヲ生セサルモノト斷定セサルヘカラス然

ラハ自白認諾拋棄ヲ爲シタル不懈怠者ニ對シテハ如何曰ク此者ニ對シテモ亦效力ヲ生スルコトナシ何トナレハ第五〇條第三項ニ依レハ共同訴訟人中ノ或人カ爭ヒ又ハ認諾セサルトキト雖モ凡テノ共同訴訟人カ悉ク爭ヒ又ハ認諾セサルモノト看做スヘキモノナレハ本問ノ場合ニ於テハ懈怠者ノ認諾ナキカ故ニ凡テノ共同訴訟人カ認諾セサルモノトスヘキハ同條ノ適用上然ラサルヘカラサル所ニシテ自白及ヒ拋棄ニ付テモ亦本條ノ規定ヨリ推論シテ凡テノ共同訴訟人カ自白セス又拋棄セサルモノト看做スヘケレハナリ但後ニ說明スル如ク闕席判決ヲ爲スノ條件具備スルトキハ第二四八條第二五〇條ノ特別規定アルカ故ニ凡テノ共同訴訟人カ自白シタルモノト看做スヘキ場合ヲ生スレトモ出席シタル共同訴訟人ノ自白ハ闕席者ニ對シテ效力ヲ生シ以テ凡テノ共同訴訟人ニ對シ自白ニ基キ對席判決ヲ爲ス能ハサルモノトス右ノ如ク論定スルトキハ消極論ニ依ルモ常ニ訴訟ノ同一程度ヲ保ツコトヲ得ルモノニシテ此點ニ付キ非難ヲ受クルコトナシ右消極說ノ論定ニ對シテハ下ノ如キ非難ヲ生ス曰ク右ノ如クンハ不懈怠者ノ行爲ヲ無視スルノ結果ヲ生シ其申立サル事物ヲ不懈怠者ニ歸セシムルニアラスヤト曰ク然リ然レトモ右ノ如キ結果ヲ生スルハ訴訟ノ同一程度ヲ保ツ爲メニ已ムヲ得サル所ニシテ第五〇條第三項ノ豫期スル所ナリトス

消極說ニ從フテ論究センニ例ヘハ共同原告ノ一人カ闕席シ他ノ一人カ口頭辯論ニ於テ訴ヲ取下クル旨ヲ陳述シタルトキハ取下其者ハ效力ナキカ故ニ若シ出頭シタル原告カ他ノ訴訟行爲ヲ爲ササル場合ニ於テハ之ヲ闕席者ト見做シ闕席判決ヲ爲スヘキモノトス請求ノ拋棄ノ場合亦同シ又被告ノ方面ニ於テハ共同被告ノ一人カ闕席シ他ノ一人カ出頭シテ認諾シタルトキハ認諾其者ハ效力ナキカ故ニ若シ出頭シタル被告カ本案ニ付キ他ノ答辯ヲ爲ササルトキハ民事訴訟法第二五〇條同第二四八條ニ依リ闕席判決ヲ爲スヘキモノトス

右ノ如ク論定スルトキハ不懈怠者ニ對シテ懈怠者ノ責ヲ歸セシムルモノナリトノ批難ヲ生スヘシ然レトモ共同訴訟人カ闕席セルニ拘ハラス出頭シタル當事者カ無效ナル認諾若クハ拋棄ヲ爲スノミニシテ適法ナル行爲ヲ爲シ得ルモノナルニ拘ハラス之ヲ爲ササルトキハ茲ニ一種ノ懈怠アリト云フヲ得ヘシ換言セハ事實上ノ懈怠ト同一ニ見做スヘキ法律的懈怠アルカ故ニ闕席判決ヲ受クルハ當然ナリト云ハサルヘカラス

自白ノ場合ニ付テ云フモ出頭シタル者カ自白ヲ爲シ而シテ闕席者ニ自白ノ意思アリト認ムヘカラサルカ故ニ他ノ共同訴訟人ハ自白セサルモノト見做シ自白以外ノ陳述ニ基キ對席判決ヲ下スヘキモノナリ論者或ハ云ハン此ノ如ク論決スルトキハ民事訴訟法第二四八條ノ規定ヲ無視スルモノニアラスヤ又同條ノ規定ヨリ推定スルモ此場合ニハ總テノ者カ自白シタルモノトシテ裁判ヲ下シ差支ナキニハアラスヤ同條ニ依ルトキハ闕席者ハ相手方ノ事實上ノ主張ヲ自白シタルモノト見做サルルモノニシテ前示ノ場合ニ於テハ出頭シタル者ハ相手方ノ事實上ノ主張ヲ自白シタルカ故ニ出頭者ト懈怠者トハ共ニ總テ自白シタルモノトスヘキニアラスヤト」

然レトモ此論難ハ正確ヲ欠クモノト云ハサルヘカラス訴訟法第二四八條ノ規定ハ闕席判決ニ付テノ規定ニシテ闕席判決ヲ爲ス場合ハ闕席者カ相手方ノ事實上ノ主張ヲ自白シタルモノナリト見做ス規定ニシテ對席判決ノ場合ニ適用ヲ見ルモノニアラス裁判所ニ出頭シタル當事者カ相手方ノ事實ヲ自白シタル場合ニ於テハ闕席判決ヲ爲スニアラスシテ對席判決ヲ爲スモノナリ然ルニ自白ナル者ハ訴訟法上ノ觀察ニ於テ之ヲ爲スモノニ不利益ナリト見做ササルヘカラス而シテ出席者ノ自白ハ訴訟法第五〇條第二項ノ適用ニ依リ闕席者ニ對シテ效力ヲ生スヘカラサルカ故ニ此場合ニ於テハ自白ニ基ケル對席判決ヲ下スコトヲ得ス然レトモ右ノ場合ニ於テ出席者カ自白ノ外ニ何等ノ陳述ヲモ爲スコトナクンハ例ヘハ原告ノ請求ヲ棄却スヘシトノ一定ノ申立ヲモ爲スコトナクンハ民事訴訟法第二五〇條ノ適用ニ依リ總テノ共同訴訟人ニ對シテ闕席判決ヲ爲スヘキモノトス

（三）　必要的共同訴訟人中ノ一人カ判決ニ服從スルモ他ノ一人カ不服ナルトキハ其一人ノミ上訴ヲ爲スコトヲ得ルヤ

本問ニ對シテハ疑モナク積極的斷定ヲ下スヘキモノナリ何トナレハ法律ハ上訴ニ關シテ共同訴訟人ニ共同的行爲ヲ要求セス而シテ上訴ナル行爲ハ訴訟法上ノ觀察ニ於テハ之ヲ爲ス者ニ利益ナリト推定セサルヘカラサルカ故ナリ之ヲ以テ訴訟法第五〇條ニモ共同訴訟人中ノ或人カ期間ヲ解怠シタルトキハ解怠セサルモノニ代理ヲ任シタルモノナリト見做ス旨ノ規定アリ

（四）　共同訴訟人中ノ一人ノ爲シタル上訴ノ結果ハ其上訴ニ加ハラサル他ノ共同訴訟人ニ對シテモ效力ヲ生スルヤ

本問ニ對シテモ亦積極的斷案ヲ下サヽルヘカラス何トナレハ上訴ヲ爲シタル者ノ行爲ノ結果ハ假令敗訴ニ歸スル場合ト雖モ上訴ヲ爲ササル者ニ一層不利益ナルコトナキヲ以テナリ但相手方カ附帶上訴ヲ爲シタル場合ニ於テハ一層不利益ナル結果ヲ生スルモ是レ附帶上訴ノ效果ニ外ナラサルナリ

（五）　共同訴訟人中ノ一人カ上訴シタル場合ニ於テ他ノ共同訴訟人モ亦上訴シタルモノト見做シ上訴裁判所ハ之ニ對シ呼出狀ヲ發スヘキモノナルヤ消極說ニ曰ク一人ヨリ上訴シタル場合ニ於テハ上訴セサル者ヲ呼出スヲ要セス何トナレハ他ノ共同訴訟人カ上訴ニ加ハラサル限リハ上訴タルヤ上訴ヲ爲シタル者ノミノ上訴ニシテ他ハ之ニ與カラサレハナリ而シテ民事訴訟法第五〇條第五項ノ規定ハ同級審ニ於ケル訴訟手續ヲ規定シタルモノニシテ上級審ニ涉レル訴訟手續ヲ規定シタルモノニアラスト（明治二十九年大審院判例）予ハ積極說ヲ主張スル者ナリ上訴ヲ爲ササル共同訴訟人ハ上訴ヲ爲シタル共同訴訟人ニ依テ代理セラルル者ト看做サルルカ故ニ上訴ヲ爲ササル共同訴訟人ハ上訴ニ於テ當事者ト爲ルモノナリ且民事訴訟法第五〇條ハ總則的規定ナレハ凡テノ審級ニ於テ適用アルコト勿論ニシテ

同一審級ノミニ其適用ヲ制限セラルヘキ謂ハレナシ然ラハ同條第五項ノ適用ニ依リ上訴ハ爲サスト雖モ法律上當事者（上訴ニ於テ）タル共同訴訟人ニ對シテ呼出ノ手續ヲ爲スヘキヤ當然ナルモノト云ハサルヘカラス（現行判例ハ予ト同說ナリ）

（一六）連帶債務ヲ原因トスル訴訟ハ必要的共同訴訟ナルヤ

曰ク右ノ訴訟ハ必ラスシモ常ニ必要的共同訴訟ナリト云フ能ハス原則トシテハ必要的共同訴訟ニアラスト云フヘシ金錢上ノ連帶債務ノ如シ然レトモ時トシテハ必要的共同訴訟ノ原因タルヘキ連帶債務アリ明治三十五年九月ノ大審院判例ハ其適例ヲ示セリ二人連帶シテ他人ノ爲メニ數筆ノ土地不動產ヲ五ケ年間保管スル契約ヲ以テ所在名義者タリシトノ事實ニ因リ滿期後其二人ニ對シ取戾ヲ請求スル訴訟ニ於テハ其二人ノ法律關係ハ分割シテ箇箇ニ之ヲ確定セシメ得ヘキ性質ノモノニアラス即チ民事訴訟法第五〇條ノ規定ニ於ケル權利關係カ合一ニノミ確定スヘキ事件ニ該當スルモノナリト云ヘリ

第五節　主參加

第一款　意義及ヒ要件

主參加トハ權利拘束ヲ生シタル訴訟ノ當事者ヲ共同被告トシテ第三者ヨリ提起スル訴ニシテ其訴訟物ノ全部若クハ一部ヲ自己ノ爲メニ要求スルヲ目的トスルモノヲ謂フ

主參加ハ被告ノ方面ヨリ觀察セハ共同訴訟ノ一種ニシテ其性質ハ必要的共同訴訟ナリ然レトモ此必要的共同訴訟ハ實體上ノ必要的共同訴訟ニシテ形式上ノ必要的共同訴訟ニアラス何トナレハ主參加原告トナルヘキ第三者ハ主參加ノ形式ニ依ラスシテ他人間ニ權利拘束トナレル訴訟物ヲ各當事者ヲ各別ニ被告トシテ訴フルコトヲ得ルヲ以テナリ但此場合ニ於テハ勝訴ノ判決ヲ得ルモ判決ノ效力ヲ實際ニ生セシムルコト能ハサル場合アルニ止マレリ

主參加ノ訴ヲ爲スヘキ原告數名アル場合ニ於テハ其請求ノ原因ノ性質ニ從ヒ必要的共同訴訟トナルコトアリ或ハ通常共同訴訟トナルコトアリ

主參加訴訟成立シタル後更ニ主參加ノ訴ヲ爲スコトヲ得換言セハ主參加訴訟成立後主參加原告及ヒ本訴ノ當事者ヲ被告トシテ第三者カ主參加ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルナリ但此場合ニ於テハ一ノ主參加訴訟ノ完結マテ他ノ主參加訴訟ヲ中止スヘキモノナリ（一二一條）然レトモ此場合ニ於テ裁判所ハ二個ノ主參加訴訟ノ辯論ヲ併合スルコトヲ得ス訴訟法第一二〇條ノ適用ヲ受ケサルカ故ナリ此場合ニ同條ヲ適用スルニハ共同原告ト爲ルヘキ者ナカラサルヘカラサルニ此場合ニ於ケル主參加人ノ主張ハ互ニ相反スルカ故ニ共同原告タルヲ得サレハナリ

又一ノ主參加訴訟成立後其主參加訴訟ノ共同被告ノミヲ被告トシテ第三者ヨリ主參加ノ訴ヲ爲スコトヲ得ルモ右ノ如キハ後ノ主參加ノ訴ヲ爲ス者ノ爲メニ便利ナリトセス何トナレハ勝訴ノ判決ヲ得ルモ執行ヲ爲ス能ハサル結果ヲ生スルコトアルヘケレハナリ然レトモ右ノ如キ主參加

ノ訴ヲ爲シタルトキハ二箇ノ主參加訴訟ノ辯論ヲ併合スルヲ得ス何トナレハ各訴訟ノ目的物タル請求ハ元來一箇ノ訴ニ於テ之ヲ主張スル能ハサルナリ（一二〇條）然レトモ一ノ主參加訴訟ノ完結マテ他ノ主參加訴訟ノ辯論ヲ中止スルヲ得ヘシ（一二一條）

主參加ノ規定ヲ設ケタル立法上ノ理由ハ共同訴訟ヲ規定シタルト同一ニシテ（一）裁判ノ牴觸ヲ避ケ（二）當事者ノ手數ヲ省キ（三）裁判所ノ勞力ヲ省キ且審理上ノ便宜ヲ得セシメ（四）費用ノ節減ヲ得ルノ利益アルヲ以テナリ而シテ主參加ノ弊トスヘキハ即チ主參加訴訟ハ訴訟手續ヲ複雜ナラシムルニ在リトス

主參加ノ要件

（一）他人間ニ權利拘束トナレル訴訟ノ存スルコトヲ要ス

即チ訴訟カ裁判所ニ繫屬シ其訴訟ニ付キ權利拘束ノ發生シタルコトヲ要ス一旦權利拘束ノ發生シタル後ハ其訴訟ノ完結ニ至ルマテ主參加ノ訴ヲ提起スルコトヲ得換言セハ第一審判決後ト雖モ主參加ノ訴ハ第一審裁判所ニ提起スヘキモノトス

通常訴訟ノ場合ニ於テハ主參加ヲ爲スヘキ時期ニ付キ疑問ヲ生セス問題トナルハ簡易訴訟ノ場合ナリ換言セハ支拂命令ニ對シテハ如何ナル時期ニ主參加ノ訴ヲ提起シ得ルヤ是ナリ支拂命令ノ申請ハ未タ訴訟ノ權利拘束ヲ生スルニ至ラサルモノニシテ假令其命令ノ送達アリタル場合ト雖モ訴訟ノ繫屬ナルモノナキカ故ニ主參加ノ訴ヲ爲スコト能ハスト云ハサルヘカラス然レトモ支拂命令ノ目的トナレル請求カ區裁判所ノ事物ノ管轄ニ屬スル場合ニ在リテハ支拂命令ニ對シテ異議ノ申立アルト同時ニ其訴訟ハ其裁判所ニ繫屬シタルモノトナルカ故ニ即チ異議申立ト同時ニ訴訟ノ權利拘束ヲ生シ從テ此時ヨリ以後主參加ノ訴訟ヲ提起スルコトヲ得之ニ反シテ訴訟物カ地方裁判所ノ事物ノ管轄ニ屬スル場合ニ在リテハ異議申立以後ト雖モ主參加ノ訴ヲ未タ爲スコトヲ得ス何トナレハ異議申立ヲ爲シタル程度ニ於テハ未タ訴カ管轄裁判所ニ繫屬スルコトナキヲ以テナリ

以上ノ論定ハ訴訟法第三九〇條第三九一條ノ規定ヨリ生スルモノナレトモ第三九一條ノ解釋上或ハ疑ヲ生センカ即チ第三九一條第二項ニ依レハ債權者カ債務者ノ異議申立ノ通知書ノ送達ヲ受ケタル日ヨリ一ケ月ノ期間內ニ管轄裁判所ニ訴ヲ起サヽルトキハ權利拘束ノ效力ヲ失フトアリテ此條項ニ依レハ異議申立ニ依リ權利拘束ハ既ニ發生セルコトヲ法律ハ前提トシテ其權利拘束ノ效力ヲ失フモノナリト規定シタルモノヽ如シ從テ地方裁判所ニ於テモ右ノ場合ニハ主參加ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルニアラサルヤノ點是ナリ然レトモ第三九一條ハ地方裁判所ニ訴ヲ提起スルニ依テ權利拘束ノ效力ヲ遡テ發生セシムルコトヲ規定セルモノナリ假リニ起訴前ニ猶ホ權利拘束ノ生スルモノナリトスルモ同條ノ明文上明カナルカ如ク地方裁判所ノ管轄ニ屬スル事物ニ付テハ支拂命令其モノハ訴ニ代ル效力ナキコト明カナレハ既ニ權利拘束ノ效力ヲ生シタルモノトスルモ訴訟ノ繫屬ナキカ故ニ主參加ノ訴ヲ爲スコトヲ得スト云ハ

サルヘカラス

主參加ノ訴ハ本訴訟ノ管轄裁判所ニ專屬ス故ニ本訴訟カ甲裁判所ニ繫屬スル場合ニ於テ主參加人ハ其本訴訟ノ原告被告ノ承諾ヲ得ルモ乙裁判所ニ主參加ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス（五一條一項後段）

本訴訟カ未タ權利拘束ヲ生セサル前ニ主參加ノ訴ヲ起シタルトキハ裁判所ハ如何ナル取扱ヲ爲スヘキヤ

本問ニ付テハ學者間ニ議論アリ第一說ニ曰ク主參加ノ訴ヲ提起スルニハ本訴訟カ有效ニ成立シ居ルコトヲ要ス有效トハ單ニ繫屬スルノミヲ以テ足レリトセス其訴訟ノ權利拘束ヲ生シ其結果トシテ裁判所ハ本案ノ判決ヲ下シ得ヘキ狀態ノ生シ居ルコトヲ要ス然ルニ本問ノ場合ニ於テハ未タ本訴訟ニ付キ裁判所カ判決ヲ下シ得ヘキ狀態ニ達セサルカ故ニ此場合ニ於テハ主參加ノ訴ヲ不適法トシテ棄却スヘキモノナリト

第二說ニ曰ク本問ノ場合ニ於テ主參加ノ訴ヲ受ケタル裁判所カ其主參加訴訟ヲ通常ノ共同訴訟トシテ提起シタル場合ニ管轄權ヲ有スルトキハ裁判所ハ之ヲ主參加訴訟トシテ受理スルコトヲ得サルモ通常ノ共同訴訟ト見做シ受理スヘキモノナリト

右第二說ハ嚴格ノ理論ヨリセハ正確ヲ欠クモ實際ノ便益ニ適スルヲ以テ多數學者ノ贊同スル所ナリ

本訴カ不適法トシテ却下セラルル時ハ主參加ノ訴モ亦同一ノ運命ヲ受クルヤ否ヤ

本問ニ付テモ亦議論アル處ニシテ甲說ハ主參加ノ訴ノ適法ナルニハ本訴訟カ之ヲ受理シタル裁判所ニ於テ本案ノ判決ヲ爲シ得ヘキ狀態ニアルコトヲ要ス然ルニ本訴ニシテ不適法ナルトキハ本案ノ判決ヲ爲スニ由ナキヲ以テ此ノ如キ場合ニ於テハ主參加ノ訴ヲ提起スルノ必要アリト云フコトヲ得ス故ニ本案ノ訴カ不適法ナリシトキハ主參加ノ訴モ亦不適法トシテ却下セサルヘカラスト

乙說ハ曰ク本訴訟ノ權利拘束ハ不適法ナル訴ノ場合ト雖モ亦發生ス即チ權利拘束ハ訴狀ノ送達ニ依リテ形式上發生スル效力ナルカ故ニ苟モ權利拘束ニシテ存スル以上ハ訴訟法第五一條ノ要求スル要件ハ具備スルモノト謂ハサルヘカラス或ハ曰ハン此場合ニ於テハ本訴訟ハ形式上ノ觀察ニ於テモ亦權利拘束ノ效力アリト云フコトヲ得ス何トナレハ權利拘束ナルモノハ其結果トシテ本案ノ判決ヲ爲スニ至ラシムルモノナリ然ルニ不適法ナル訴ハ此ノ如キ結果ヲ生スルコトナキヲ以テナリト然レトモ主參加訴訟ハ本案訴訟ノ權利拘束ノ效力ニアラサルカ故ニ本案訴訟ニ付キ實體上ノ判決ヲ爲スニ至ラサル場合ト雖モ本案訴訟ニ付キ訴狀ノ送達アリシ以上ハ訴訟法第五一條ノ要件ヲ具備セルモノト云ハサルヘカラス換言セハ主參加ノ要件トシテハ權利拘束發生ノ形式事實ノ存スルヲ以テ足レリトス予ハ第二說ニ贊成ス訴訟法第五一條ハ本訴訟ノ適法ナルコトヲ以テ主參加ノ要件トセス故ニ例ヘハ管轄違ノ訴ノ場合ニ於テ

ハ相手方ノ抗辯ナクシハ裁判所ハ管轄違ノ判決ヲ爲ス能ハサルモノナルニ第一說ノ論旨ヲ推ストキハ此場合ニモ主參加ノ訴ヲ爲ス能ハスト云ハサルヘカラス斯ノ如キハ法律ノ精神ニ反スルヤ明カナリ而シテ權利拘束ハ不適法ノ訴ニ付テモ生スルモノナレハ之ヲ條件トシテ主參加ノ訴ノ成立シタル後ハ本訴ノ形式上ノ運命ハ其影響ヲ主參加ノ訴ニ及ホスヘキノ理ナシ又本訴ノ不適法トシテ棄却セラルルトキハ主參加ノ形式ニ於テ主參加人カ訴訟ヲ追行スルノ必要ハ消滅シタルモノナルヘシト雖モ其訴ノ原因タル私權ノ保護ヲ求ムルノ必要ハ消滅シタルモノト云フヲ得サルナリ

主參加ノ訴ハ本訴訟カ證書訴訟爲替訴訟トシテ提起セラレタル場合ト雖モ亦之ヲ爲スコトヲ得何トナレハ證書訴訟爲替訴訟ニ付テモ亦權利拘束ノ發生スルヤ勿論ニシテ法律ハ主參加訴訟ト本訴訟トハ同一ノ訴訟手續ニ依リテ進行スルコトヲ要求セス又同時ニ進行スルコトヲモ要求セサルカ故ニ此訴訟手續ニ於テモ亦主參加ノ訴ヲ提起スルコトヲ禁スルモノニアラスト云ハサルヘカラス

前ニ一言シタル如ク主參加ノ訴ヲ提起スルニハ本訴訟ノ繫屬シテ權利拘束ノ發生シタル事實アルヲ以テ足ル其訴訟カ第二審第三審ニ繫屬中ナルコトハ主參加ノ訴ノ提起ヲ妨ケス然レトモ權利拘束ノ終了ニ至リタルトキ例ヘハ確定判決和解取下等ニ依リテ本訴訟ノ權利拘束ノ消滅シタル後ハ主參加ノ訴ヲ許サス

訴訟法第九條ニ依レハ地方裁判所カ事物ノ管轄違ナリトシテ訴ヲ却下スル場合ニハ原告ノ申立ニ依リ同時ニ原告ノ指定スル管轄區裁判所ニ訴訟ヲ移送スヘシトアリ此場合ニ訴訟ノ本案ハ其裁判所ニ繫屬スルモノナルカ故ニ移送ノ判決確定後ハ移送ヲ受ケタル裁判所ニ主參加ノ訴ヲ爲スコトヲ得

主參加ノ訴ハ再審ノ訴ノ繫屬スル場合ニ於テモ亦之ヲ爲スコトヲ得但再審ノ場合ニ於テハ其訴カ許スヘカラサルモノトシテ斥ケラルルトキ或ハ理由ナシトシテ斥ケラルルトキハ其裁判ト共ニ主參加ノ申立ハ效力ヲ失フモノナリ是レ通常ノ訴ノ場合ト異ナル所ナリ

（二）主參加ノ申立ヲ以テ主張スル請求カ本訴ノ請求ト牴觸スルコトヲ要ス

法文ニ所謂訴訟物ノ全部又ハ一部ヲ自己ノ爲メニ請求スルトノ文詞ハ尤モ廣義ニ解スヘキモノニシテ換言スレハ請求ノ牴觸トハ本訴訟ノ請求ト主參加ノ請求トハ其內容ノ或點ニ於テ牴觸スルヲ以テ足レリトシ內容ノ全然同一ナルコト即チ全然牴觸スルコトヲ必要トセス

例ヘハ第三者カ本訴ノ目的物タル權利ヲ自己ノ爲メニ主張スル場合ニ於テハ是レ即チ請求ノ原因タル權利ニ付テ牴觸アルカ故ニ第三者ハ主參加ノ訴ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ又本訴訟ニ於テ原告ノ請求スルモノヲ第三者カ自己ノ爲メニ請求スル場合ニ在リテハ原告ノ請求ノ原因タル權利ト第三者ノ請求ノ原因タル權利ト同性質同種類タルコトヲ必要トセス何トナレハ一定ノ申立ニ於テ牴觸スレハナリ

請求ノ牴觸スル第二ノ場合ハ訴訟法第五〇條第二項ニ規定スル詐害行爲取消ヲ目的トスル場合ナリ此場合ハ嚴格ノ意味ニ於テ請求其者ニ牴觸アリト云フ能ハサレトモ間接ニ論スレハ請求ノ牴觸アリト云フヲ得ヘシ

詐害行爲ヲ原因トシテ主參加ノ主張ヲ爲スニハ本訴原告ノ請求ノ目的物ト主參加ノ請求ノ目的物ト同一ナルコトヲ必要トセス然レトモ亦同一ナル場合アリ例ヘハ原告カ被告ニ對シテ或物ノ引渡ノ訴ヲ起シ而シテ其訴訟ニ於テ原告カ眞ニ被告ニ對シテ權利ヲ有スルニ拘ハラス故意ニ敗訴シテ以テ債權者ヲ害セントスルカ如キ場合ニ於テハ債權者ハ主參加ノ訴ヲ提起シ原告ノ請求ト同一ノ請求ヲ爲スコトヲ得

(三)　本訴訟ノ原告被告ヲ共同被告ト爲スコトヲ要ス

主參加ノ成立ニハ右ノ如キ要件ヲ必要トスルカ故ニ本訴ノ權利拘束發生シタル場合ニ第三者ハ被告ノミ又ハ原告ノミヲ相手方トシテ訴ヲ提起シタルトキハ訴訟法第五一條ニ所謂主參加ノ訴ニアラスシテ通常ノ訴ナリト云ハサルヘカラス

(四)　主參加ノ訴ハ本訴ノ第一審ニ於テ繫屬シタル裁判所ニ提起スルコトヲ要ス

故ニ若シ主參加ノ訴ヲ通常ノ訴トシテ提起スルトキハ其裁判所カ事物又ハ土地ノ管轄ヲ有セサル場合ト雖モ主參加ノ訴トシテ之ヲ起ストキハ當然管轄權ヲ有ス而シテ主參加ノ訴ハ本訴カ第二審又ハ第三審ニ繫屬スル場合ト雖モ第一審裁判所ニ提起スヘキモノナリ

次ニ主參加ヲ許ササル場合ノ一二ニ付テ説明セン

主參加ノ訴ハ仲裁手續ニ於テ爲スコトヲ得ス何トナレハ仲裁手續ニ於テハ訴訟ノ繫屬シタル裁判所ナキヲ以テナリ

又假差押假處分手續ニ於テハ之ヲ許サス何トナレハ假差押假處分手續ニ於テハ實體上ノ裁判ヲ爲スヘキモノニ非サルカ故ニ其裁判ノ結果ハ如何ニ發生スルモ他人ノ權利ニ何等ノ影響ナキヲ以テナリ

又婚姻、養子緣組、禁治產、準禁治產、隱居事件等ニ在リテハ主參加訴訟ヲ許サス何トナレハ是等ノ訴訟ニ於テハ原告ノ請求ト主參加人ノ請求トハ實體上牴觸ヲ生スルコトナキヲ以テナリ」

獨逸訴訟法ニ依レハ證書ノ眞否確定ヲ求ムル訴ヲ許セトモ我訴訟法ニ於テハ獨立的ニ此ノ如キ訴ヲ起スコトヲ許サス證書ノ眞否確定ノ申立ハ本訴ノ附帶事項ナリ此申立ニ於テハ主參加ヲ許サス(三五一條參照)

第二款　主參加ノ手續及ヒ效力

主參加ノ申立ハ後ニ述フル從參加ノ如ク附隨的ノモノニアラサルヲ以テ訴ヲ以テ之ヲ主張セサルヘカラス換言セハ主參加ハ當事者ノ一方ヲ補助スルヲ以テ目的トセス權利拘束トナレル訴訟當事者全員ヲ相手方トスル獨立ノ申立ナリ故ニ其申立ハ通常ノ訴訟手續ニ依ルヘキモノナリ從

テ主參加ノ申立ハ民事訴訟法第一九〇條以下ニ規定スル訴狀ノ要件ヲ具備セサルヘカラス而シテ裁判管轄ニ付テハ既ニ述ヘタル如シ即チ本訴訟ノ第一審ニ繫屬シタル裁判所ヲ以テ專屬管轄トス

茲ニ一ノ難問題アリ即チ本訴訟カ第二審ニ繫屬シタル場合ニ於テ主參加ノ訴ヲ第一審ニ爲シタルニ本訴訟ニ於テハ原告ノ請求ヲ理由アリトシテ被告ニ敗訴ノ判決ヲ言渡シ其判決確定シタルニ拘ハラス第一審裁判所ハ主參加人ノ主張ヲ容レテ裁判ヲ爲スコトヲ得ルヤ若シ此ノ如キ判決ヲ爲シ得ルモノトセハ下級裁判所ノ裁判ハ明カニ上級裁判所ノ裁判ニ牴觸スルニアラスヤ又他ノ場合ヲ擧クレハ第一審ニ於テ原告被告トノ間ニ前同樣ノ裁判ヲ下シ而シテ其裁判後主參加ノ訴ノ提起アリタルトキハ裁判所ハ主參加人ノ主張ヲ容レテ裁判スルコトヲ得ルヤ若シ之ヲ得ルモノトセハ訴訟法第二四〇條ノ規定ニ牴觸スルニアラスヤ」

然レトモ兩問題ニ對シテハ主參加ノ訴ニ對スル裁判ヲ爲スニ當リ本訴ニ付キ既ニ生シタル第一審若クハ第二審ノ裁判ニ羈束セラルルコトナシトノ斷定ヲ下スヘキモノナリ何トナレハ主參加ノ訴ト本訴トハ訴訟法上當事者ノ資格ヲ異ニシ且主參加人ハ本訴ニ於テハ當事者ト爲ルモノニアラス故ニ本訴ノ原告被告間ニ於ケル裁判ニ依テ定マレル關係ハ其主參加訴訟ニ何等ノ影響ヲ及ホスヘキモノニアラス訴訟法第二四〇條ニ裁判所ハ其言渡シタル終局判決及ヒ中間判決ノ中ニ包含スル裁判ニ羈束セラルト云ヘルハ同一ノ訴訟當事者タル場合ヲ豫想シタルニ過キス又下級裁判所カ上級裁判所ノ裁判ニ羈束セラルルハ同一事件ニ於テノミ當事者ノ資格ノ異ナレル場合ニ在リテハ其適用ナキモノナリ然レトモ本訴ニ先チテ主參加ノ裁判ヲ爲シタルトキハ其主參加ノ裁判ニ牴觸スル裁判ヲ本訴ニ於テ下スコトナカルヘシ何トナレハ本訴ノ原告被告ハ主參加ノ訴ニ於テ共ニ被告ノ地位ニ立ツモノニシテ主參加原告ニ本訴ノ訴訟物ヲ歸セシムル裁判ヲ爲シタルトキハ其裁判ハ本訴ノ原告被告ニ對シテ效力アルモノナレハナリ理論上差支ナシトスルモ裁判ノ牴觸ハ忌ムヘキコトナルヲ以テ訴訟法第五二條ニハ本訴ハ上級審ニ繫屬スルト否トヲ問ハス主參加ノ權利拘束ノ終リニ至ルマテ中止スルコトヲ得ル旨ヲ規定セリ

主參加ノ效力

（一）主參加ノ要件具備スルニ依リテ主參加原告ト本訴ノ原告被告トノ間ニ訴訟關係ヲ形成シ而シテ合一ニ法律關係ハ確定スヘキモノナルヲ以テ其訴訴關係ハ必要的共同訴訟ノ關係ナリトス

（二）主參加訴訟ニ於ケル辯論及ヒ裁判ハ主參加被告ニ對シテハ共同ノモノナリ從テ主參加人ト各共同被告トノ間ニ於ケル辯論ノ分離ヲ爲スコトヲ得ス確定シタル判決ハ三方ノ當事者ニ對シ效力ヲ生ス

（三）主參加人ニ對スル關係ニ於テハ原告ハ訴ヲ取下クルコトヲ得ス換言セハ自己ハ主參加人

ニ對シテハ被告ナルカ故ニ其共同被告ニ對シテハ原告ナリトノ理由ニ基キ自己ノ訴ヲ取下クルヲ得ス之ヲ許ストキハ訴ヲ取下タルコトヲ理由トシテ主參加ニ對スル應訴ヲ拒ムコトヲ得ルノ結果ニ至レハナリ然レトモ被告トノ關係ニ於テハ訴ヲ取下クルコトヲ得ルハ勿論ナリ

(四)　主參加訴訟ニ付キ判決アリテ其判決ノ確定力ヲ生シタルトキハ此判決ハ本訴ノ當事者双方ニ對シテ執行力ヲ生ス而シテ本訴ノ當事者ハ主參加ノ判決ヲ其訴訟ノ辯論ニ利用スルコトヲ得然レトモ主參加人ノ主張ノ立タサリシ場合ニ於テハ被告ハ之ヲ本訴ニ利用スルヲ得ヘキ場合ナシ

(五)　主參加訴訟ノ裁判前ニ本訴ニ對シ裁判アリテ其裁判ニ基ク强制執行ノ開始アリタルトキハ其强制執行ニ對シテ主參加原告ハ訴訟法第五四九條ニ基キ强制執行ノ停止及ヒ既ニ爲シタル執行處分ノ取消ヲ求ムルコトヲ得

(六)　主參加ノ成立シタルトキハ職權又ハ申立ニ依リ本訴ヲ中止スルコトヲ得而シテ本訴カ第二審ニ繫屬スル場合ニ於テ主參加ノ訴ヲ受ケタル第一審裁判所ハ本訴ノ辯論ヲ中止スルコトヲ得ス是レ下級裁判所ハ上級裁判所ノ訴訟ヲ指揮スヘキ職權ナキカ故ナリ一審裁判所ニ本訴訟ト主參加訴訟ト併存シタルトキハ場合ニ依リテ裁判所ハ辯論ノ併合ヲ命スルコトヲ得

本訴訟ノ被告ハ主參加訴訟ノ從參加人ト爲ルコトヲ得ス何トナレハ本訴ノ被告ハ亦主參加ノ被告ナルカ故ナリ之ニ反シテ主參加人ハ本訴訟ニ於テ被告ノ從參加人トナルコトヲ得何トナレハ主參加人ハ本訴ニ付テハ當事者タルノ關係ヲ有セサルカ故ナリ

主參加訴訟ト本訴ト各別ニ進行スル場合ニ於テ先ツ本訴ノ判決下リタリトスルモ是カ爲メ主參加ノ進行ヲ止ムルコトナシ縱令本訴ニ於テ原告ハ敗訴スルモ主參加人ハ原告被告ニ對シテ訴訟ヲ進行スルコトヲ得ヘシ何トナレハ此場合ニ原告ハ上訴權ヲ有スルカ故ニ上訴ノ提起ニ依リテ主參加人ノ請求ト牴觸スル自己ノ請求ヲ貫徹スルコトヲ得ルモノナルヲ以テ主參加人ハ本訴ニ於テ敗訴セル原告ニ對シテモ尙ホ訴訟ヲ進行スルノ利益ヲ有スレハナリ

終リニ主參加ト訴訟法第五四九條ニ規定スル執行參加トヲ對照シテ說明スヘシ執行參加トハ强制執行ノ目的トナリシ物ノ上ニ權利ヲ主張スル第三者カ執行債權者及ヒ債務者ヲ對手トシテ强制執行ノ許スヘカラサルコトヲ主張スルノ訴ヲ謂フ

此兩參加ニハ左ノ如キ差異アリ

(一)　原因ノ差異

主參加ノ成立ハ主參加人ノ請求ト牴觸スル原告ノ請求ニ付テ訴訟ノ權利拘束ノ生シタル事實ニ原因ス之ニ反シテ執行參加ニ在リテハ異議ヲ申立ル第三者ノ權利ヲ害スヘキ執行行爲ヲ原因トシテ成立ス

(二)　目的ノ差異

（二）主參加ノ目的ハ廣ク即チ本訴ノ原告被告ト主參加人トノ間ニ私法上ノ請求ニ付キ判決ヲ受クルコトヲ目的トシ之ニ反シテ執行參加ノ目的ハ單ニ或財産ニ對スル强制執行ノ停止若クハ廢止ヲ求ムルニ在リ

（三）參加ノ原因タル權利ノ差異

主參加ハ必スシモ財産權ノミヲ以テ請求ノ實體的原因トスルモノニアラス之ニ反シテ執行參加ハ常ニ財産權ヲ請求ノ原因トス

（四）訴ノ性質及ヒ手續ノ差異

主參加ハ實體法上ノ訴ニシテ執行參加ハ訴訟法上ノ訴ナリ

玆ニ實體法上ノ訴手續法上ノ訴ナル用語ニ付キ一言セン凡ソ私法上ノ請求權ハ總テ訴ノ原因タルヲ得ルモノナリ故ニ我訴訟法ニハ如何ナル請求權カ訴ノ原因トナルヤニ付キ特ニ規定スル處ナシ然ルニ訴訟法中一定ノ條件ノ下ニ特種ノ訴權ヲ認ムルノ規定アリ即チ訴訟法第五四五條ニ規定スル判決ニ依テ確定シタル請求ニ關スル異議ノ訴ノ如キ又此執行參加即チ執行ノ目的物ニ關スル第三者ノ異議ノ訴ノ如キ又仲裁判斷ノ如キ（八〇一條八〇五條）除權判決ニ對スル不服ノ訴ノ如キ（七七四條）是ナリ之ヲ稱シテ學者訴訟法上ノ訴ト云フ

主參加ハ原告被告間ノ訴訟ノ消滅ヲ目的トスルニアラスシテ參加人ノ有スル權利ノ確認若クハ其權利ニ對スル債務ノ履行ヲ要求スルモノナリ之ニ反シテ執行參加ハ其申立トスル處參加人ノ權利ヲ主張スル物ノ上ニ實施セラレタル執行手續ノ廢止ヲ目的トスルニ在リ第五四五條ノ異議ノ訴ニ於テモ亦同樣ナリ要スルニ訴訟法上ノ訴ハ訴訟手續ノ廢除若クハ手續開始ノ豫防ヲ目的トスルニ在リ然ルニ主參加ハ之ト異ナリ實體權ノ確認若クハ債權ノ履行ヲ直接ノ目的トス

手續上ノ差異ニ至リテハ數多アレトモ重モナルモノヲ述フレハ

（ア）執行參加ニ在リテハ必スシモ執行當事者雙方ヲ共同被告トナスコトヲ要セス（五四九條一項）之ニ反シテ主參加ニ在リテハ如何ナル場合ニ於テモ當事者雙方ヲ共同被告ト爲サヽルヘカラス若シ當事者ノ一方ノミヲ被告トナシタルトキハ其訴ハ主參加ノ性質ヲ有セス通常ノ訴トナルモノナリ

（イ）主參加ハ常ニ本訴ノ第一審ニ於テ繫屬シタル裁判所之ヲ管轄ス之ニ反シテ執行參加ハ訴訟物ノ價額ニ從ヒテ地方裁判所若クハ區裁判所ニ於テ管轄ス

（ウ）主參加ノ成立ニハ權利拘束ノ生シタル訴訟ノ存在ヲ必要トス之ニ反シテ執行參加ノ場合ニハ權利拘束ノ存スル訴訟ハ存在セス又主參加ハ本訴訟ノ確定判決前ニ爲サヽルヘカラサルモ執行參加ハ多ノ場合ニ確定判決アリタル後ニ於テ即チ權利拘束ノ消滅シタル後ニ於テ之ヲ爲スモノトス尙ホ執行參加ハ他人間ニ權利束ノ發生セサル場合ニ在テモ亦之ヲ主張スルコトヲ得ルモノナリ例ヘハ公正證書ニ基キテ强制執行ヲ開始シタル場合ノ如シ

第六節　從參加

第一款　意義及ヒ要件

從參加トハ他人間ニ權利拘束ヲ生シタル訴訟ニ於テ法律上利害關係ヲ有スル第三者カ自己ノ利益ヲ保護スル爲メ自己ノ名ヲ以テ原告若クハ被告ヲ補助シテ訴訟行爲ヲ爲スヲ謂フ此第三者ヲ稱シテ從參加人ト云フ

右定義ニ依レハ從參加人ナルモノハ自己ノ名ニ於テ訴ニ參加スルモノナリ然レトモ訴ヲ提起シタル者ニアラス又訴ヲ受ケタル者ニモアラス此點ニ於テ主タル當事者ト區別アリ學說上從參加人ヲ從タル當事者或ハ附隨ノ當事者ト云フ

從參加人ハ自己ノ名ヲ以テ訴訟行爲ヲ爲ス者ナルカ故ニ訴訟代理人ト區別スヘク又他人間ニ權利拘束トナレル訴訟ノ目的物ヲ自己ノ爲メニ請求スル者ニアラサルカ故ニ主參加人トモ其性質ヲ異ニスルコト明カナリ又從參加人ハ共同訴訟人ニアラス從參加人ハ原告被告ト同等ノ地位ニ於テ訴訟行爲ヲ爲スモノニアラサレハナリ從參加人ハ當事者ヲ補助スルノ點ニ於テ後ニ說明スル輔佐人ニ類似スト雖モ從參加人ト輔佐人トノ間ニハ又明カナル區別アリ輔佐人ハ其輔佐スル原告被告ノ訴訟ニ何等ノ關係ヲ有セス之ニ反シテ從參加人ハ其補助スル原告被告ノ訴訟ノ結果ニ付キ利害關係ヲ有スルモノナリ

以上述フル如ク從參加人ハ共同訴訟人、主參加人輔佐人或ハ主タル當事者ニアラサルコトハ明カナレトモ從參加人ハ主タル當事者ノ法定代理人ナルヤ否ヤハ議論ノ存スル所ナリ此點ニ付キ相對抗セル學說ハ從參加ヲ以テ法定代理ナリトスル說ト代位ナリトスル說是アリ

獨逸法系ニ於テハ代位ナル觀念ナシ從テ多クノ訴訟法學者ハ法定代理ノ理論ニ由リテ從參加ヲ說明セリ曰ク從參加人ナルモノハ其補助スル原告被告ニ勝訴ヲ得セシムル目的ヲ以テ自己ノ權利ニ基キ訴訟行爲ヲ爲スモノニシテ其訴訟行爲ノ結果ハ原告若クハ被告ニ歸スルモノナルカ故ニ從參加人ハ即チ訴訟法上ノ法定代理人ナリト

代位說ノ論者ハ曰ク從參加人ハ他人ニ屬スル權利ヲ自己ノ利益ノ爲メニ行使スルモノナルカ故ニ從參加ハ民法第四二三條ニ所謂間接訴權ニ最モ類似スルモノナリ故ニ之ヲ訴訟法上ノ代位ナリト云フヘキモノナリ代理ヲ以テ從參加ノ性質ヲ說明セントスルハ誤レリ代理人ナルモノハ自己ノ利害ノ爲メ自己ノ計算ヲ以テ訴訟ヲ爲ス者ニアラス又判決ハ代理人ニ對シテ何等ノ效力ヲ及ホサス然ルニ從參加人ハ其補助スル當事者ノ受クル判決ノ效力ヲ受クルモノナリ故ニ從參加人ハ代理人ニアラスシテ民法ノ間接訴權ニ於ケル代位ニ類似スルヲ以テ訴訟法上ノ代位ナリト云フヘキモノナリト

以上兩說中代位說ハ正鵠ヲ欠クモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ間接訴權ニ在リテハ債權者ハ債務者ニ屬スル實體權ヲ債務者ノ意思ニ反シテ行使スルコトヲ得ルモノナリ然ルニ從參加ニ

在テハ主タル當事者ノ爲メニ訴訟行爲ヲ爲シ得ルニ止マリ主タル當事者ニ屬スル實體權ヲ行使スルモノニアラサルノミナラス其訴訟法上ノ權利ハ行使ニ付テモ亦主タル當事者ノ行動ニ反スルコトヲ得ス主タル當事者ヲ補助シテ訴訟法上訴訟行爲ヲ爲スニ止マルモノナレハナリ故ニ代位說モ正確ヲ欠クモノト謂ハサルヘカラス

法定代理說ハ代位論者ノ云フカ如ク代理ノ觀念ニ全然反スルモノニアラス代理ノ基礎觀念ハ自己ノ屬セサル權利ヲ行使スルノ點ニ在リ而シテ法定代理ノ場合ニ於テハ自己ノ名ヲ以テ他人ノ權利ヲ行使スルコトアリ（委任ニ依ル代理ニ在リテハ然ラス）例ヘハ民事訴訟法第六二三條ニ規定スル取立ノ訴ノ場合ノ如ク取立命令ヲ得タル債權者ハ自己ノ名ヲ以テ訴訟ヲ爲スモノナレトモ其訴ノ原因トスル權利ハ債權者ニ屬セスシテ債務者ニ屬スルカ如キ又代理ノ場合ニ於テモ自己ノ計算ニ於テ或行爲ヲ爲スコト是レナシト云フヘカラス訴訟代理ノ場合ニ於テモ亦然リ故ニ自己ノ計算ヲ以テ或行爲ヲ爲スハ常ニ代理ニアラスト云フヲ得ス

以上何レノ說ヲ以テスルモ從參加ハ我訴訟法上充分ニ說明スルコトヲ得ス玆ニ於テ擬制說ヲ生シタリ曰ク從參加人ハ自己ノ利益ノ爲メニ訴訟當事者ヲ補助スルモノナリ然レトモ其行爲ハ當事者ノ行爲ニアラス詳言セハ從參加人ハ當事者ノ代理人トシテ行爲ヲ爲スモノニアラス又從參加人ハ當事者ニ屬スル權利ヲ行使スル者ニアラス故ニ從參加人ハ當事者ノ代位者ニアラス法律ハ從參加人ニ其利益ヲ保護スル爲メ當事者ヲ補助スルノ行爲ヲ爲スヲ許シ其行爲ヲシテ當事者ノ利益ニ於テ效力ヲ生セシムルモノナリト未タ缺點アルヲ免レサル說ナレトモ前三說ニ比スレハ優レルモノト云フヘシ

以上述フル如ク從參加人ハ自己ノ爲メニ直接ニ裁判ヲ求ムルモノニアラス主タル當事者ノ爲メ裁判ヲ求ムルモノナルカ故ニ代理說又ハ代位說ヲ以テスルモ從參加人ノ有スル權能ハ同一ニシテ即チ從參加人ハ訴ヲ變更スル權ナク又擴張スル權又減縮スル權ナシ況ンヤ拋棄、認諾、和解、相殺等ニ於テヲヤ之ヲ爲ス能ハサルコト勿論ナリ從參加人ハ攻擊防禦ノ方法ヲ使用スルコトヲ得レトモ訴訟ノ程度ヲ妨クルコトヲ得ス即チ附隨シタル訴訟ノ程度ニ於テ以上ノ方法ヲ使用セサルヘカラス

從參加ノ制度ヲ設ケタル理由ノ一部ハ主參加ニ同シ即チ費用ト勞力ヲ省クノ利益アリ其他從參加人ノ爲メニハ他人ノ訴訟ニ依リテ自己ノ利益ヲ保護スルヲ得ルノ便アリ又主タル當事者ニ取リテハ其訴訟ニ付キ從參加人ヨリ援助ヲ受クルノ利益アルヲ以テ法律ハ此制度ヲ設ケタリ

從參加ノ要件

（一）他人間ニ權利拘束ト爲レル訴訟アルコトヲ要ス詳言セハ權利拘束トナル訴訟アルコト其訴訟ハ他人間ニ於テ權利拘束トナリタルモノナルコトヲ要ス故ニ自己ノ訴訟ニ於テ從參加人タルコトヲ得サルハ勿論ナリ支拂命令ノ發付セラレタル場合若クハ其申請ヲ爲シタル程度ニ於テ從參加ヲ爲スコトヲ得ル

ヤ

此問題ニ對シテハ消極的斷案ヲ與ヘサルヘカラス何トナレハ單ニ支拂命令ノ申請アリタル程度ニ於テハ勿論命令ヲ發付シタル場合ニ於テモ未タ訴訟ノ繫屬ナルモノナク區裁判所ノ事物ノ管轄ニ屬スル請求ニ付テハ相手方ノ異議申立ニ依リテ始メテ訴訟繫屬ノ效力ヲ生シ而シテ其效力ヲ生スルト同時ニ又權利拘束ノ效力ヲ生スルモノナルカ故前示ノ程度ニ於テハ未タ從參加ヲ爲スコトヲ得ス又地方裁判所ノ事物ノ管轄ニ屬スル請求ニ付テハ異議申立後債權者カ通常ノ規定ニ從ヒテ訴ノ提起ヲ爲スニアラサレハ權利拘束ノ效力ヲ發生セス是レ本問ニ對シテ消極的斷定ヲ下ス所以ナリ

强制執行ヨリ生スル訴訟ニ在リテハ從參加ヲ許ス何トナレハ强制執行ヨリ生スル訴訟ハ訴訟法上ノ訴ナルモ訴訟タルノ點ニ於テハ實體法上ノ訴ト同一視スヘキモノナルカ故ナリ

假差押假處分手續ニ於テハ從參加ヲ許スヤ否ヤ

此問題ニ付テモ學者間ニ議論ノ岐ルル處ニシテ積極說ニ依ルモ猶ホ假差押假處分ノ口頭辯論ヲ開クニ至ラサレハ從參加ヲ許スヘキモノニアラスト云ヘリ假差押假處分手續ハ單ニ執行保全處分ノ許スヘキモノナルヤ否ヤヲ決スルニ止マリ實體的請求ノ原因ニ付キ審理スルモノニアラサルカ故此裁判ハ第三者ノ利害ニ何等影響ヲ及ホスコトナシ從テ從參加ヲ爲スノ必要ヲ生スルコトナシトハ消極說ノ理由ナリ然レトモ假差押假處分ノ目的物ノ讓渡ヲ受クルノ豫約ヲ爲シタル者ハ之ヲ排除セシムルノ利益ヲ有スルモノナリ右ノ如キ場合ニ從參加ヲ許サストスルノ理由ナキモノナリトス

人事訴訟證書訴訟爲替訴訟仲裁手續及ヒ公示催告ニ於ケル除權判決ニ對スル不服ノ訴以後ノ訴訟手續ニ於テハ從參加ヲ許ス然レトモ强制執行ニ於テハ從參加ヲ許サス

從參加ハ他人間ノ訴訟ニアラサレハ之ヲ許サス法定代理人ノ訴訟ヲ爲ス場合ニ本人ハ從參加人ト爲ル能ハス法人タル商事會社ノ社員ハ從參加人ト爲ルヲ得ヘシ訴訟主體ハ會社ナレハナリ破產管財人ノ爲ス訴訟ニ於テ債權者ハ從參加人タルヲ得ヘシ破產者ニ付テモ亦同シ然レトモ訴訟ニ於ケル管財人ノ資格カ債權者又ハ破產者ノ代理人ト看做スヘキ場合ニ於テハ是等ノ者ハ從參加人ト爲ル能ハス

民事訴訟法第六二三條ニ規定スル取立ノ訴ニ於テハ債務者ハ從參加人ト爲ルヲ得ヘシ（六一〇條參照）取立ノ訴ニ依ラス民法第四二三條ニ依リ債權者カ他ノ訴ヲ以テ債務者ニ屬スル財產權ヲ行使スル場合ニハ債務者ハ從參加人タルヲ得ルヤ曰ク取立ノ訴ノ場合ト同一ニ論スヘキモノナリ債務者ハ其訴訟上ノ資格ハ訴訟ノ當事者ニアラサレハナリ

（二）當事者一方ノ勝訴ニ依リ從參加人カ利害關係ヲ有スルコトヲ要ス

所謂利害ノ關係トハ法律上ノ利害關係即チ法文ノ權利上ノ利害關係是ナリ詳言セハ人ノ私法

關係ニ影響ヲ及ホスヘキ利害關係ノ義ナリ道德上友誼上ノ利害關係ヲ包含セス又親族關係ヨリ生スル感情上ノ利害ハ包含セサルモノナレトモ親族上ノ法律關係ニ利害ノ影響アル場合例ヘハ父ヨリ子ニ對シテ提起スル推定家督相續人廢除ノ訴訟ニ於テハ被告ノ廢除ノ結果相續權ヲ得ヘキ他ノ子ハ從參加人ト爲ルヲ得ヘク又父ト意見ヲ異ニスル如キハ被告タル子ノ從參加人ト爲ルヲ得ヘシ

抽象的ニ之ヲ云ヘハ權利上ノ利害關係ノ存スルハ從參加人タラントスル人ノ私法關係カ其附隨セントスル當事者ニ不利益ナル裁判ノ下ルニ依リテ損害ヲ受クヘキ場合ニ在リトス故ニ訴訟當事者ノ請求ノ原因タル權利カ從參加人タラントスル者ノ債權ノ擔保タルトキ又訴訟ノ判決カ從參加人タラントスル者ト其補助スル當事者ノ相手方トノ關係ニ於テモ確定判決ノ效力ヲ有スヘキトキ又右ノ效力ヲ生セサルモ從參加人タラントスル者ト相手方トノ訴訟ニ於テ證據原因トシテ援用セラルヘキ效力ヲ有スルトキ又從參加人タラントスル者カ其補助セントスル當事者ノ敗訴セシトキハ擔保又ハ賠償ノ義務ヲ負フニ至ルヘキトキハ常ニ權利上ノ利害關係ナル從參加ノ要件ノ具備スルモノト云フヘシ

第二款　從參加ノ手續及ヒ效力

從參加ノ申立ハ其目的トスル處他人間ニ權利拘束トナレル訴訟ニ於テ自己ノ利益ノ爲メニ當事者ノ一方ヲ補助スルニ止マルカ故ニ從參加ノ許可ヲ求メントスルニハ訴ノ如ク嚴格ナル形式ニ依ルコトヲ要セス民事訴訟法第一九〇條ニ依ラス單ニ申請ヲ以テ其許可ヲ求ムヘキモノナリ而シテ訴訟法ハ通例申請ニ付テハ訴ノ如ク形式ヲ定メサレトモ從參加ニ付テハ民事訴訟法第五六條ニ一ノ形式ヲ定メタリ即チ（一）當事者及ヒ其訴訟ノ表示（二）從參加人ノ有スル一定ノ利害關係（三）當事者ニ附隨セントスル陳述ヲ從參加ノ申請ニ掲クヘキモノトス

獨逸新舊民事訴訟法ニハ以上ノ要件ノ外特ニ準備書面ニ關スル規定ヲ適用ストノ明文ヲ存セリ（舊六七條新七〇條）本訴訟法ニ在テハ此ノ如キ明文ナシト雖モ亦同一ニ解スヘキモノト信ス從參加ノ申立ヲ爲スニ當リ以上ノ要件ヲ具備セス却テ民事訴訟法第一九〇條ニ規定セル要件ヲ具備シテ申請シタルトキハ其申請ヲ適法ナリト云フコトヲ得ス然レトモ假令從參加ノ訴ト題スルモ以上ノ要件ヲ具備スルナラハ其申請ヲ適法ト爲ササルヘカラス又第五六條ノ規定アルカ故ニ從參加人カ本訴ノ口頭辯論ニ出頭シテ從參加ノ口頭陳述ヲ爲スモ適法ナル從參加ノ申請アリトスル能ハス然レトモ從參加申請ノ違式ナルコトハ當事者ノ責問權ノ範圍ニ屬シ裁判所ノ職權調査事項ニアラス故ニ不適式ノ從參加申請ト雖モ相手方カ此點ニ付キ特ニ責問セサル限リハ裁判所ハ職權ヲ以テ申請ヲ斥クルコトヲ得ス

從參加ノ申請ハ主參加ト異ナリ其本訴ノ繫屬スル裁判所ニ之ヲ爲ス故ニ若シ本訴カ第二審ニ繫屬セルニ拘ハラス第一審裁判所ニ申請ヲ爲シタルトキハ不適法トシテ之ヲ棄却セサルヘカラス

而シテ此場合ニ於テハ裁判所ハ相手方ノ責問ノ如何ニ拘ハラス職權ヲ以テ調査スヘキモノトス」

從參加ハ故障異議又ハ上訴ト併合シテ之ヲ為スコトヲ得（五六條四項）訴ノ提起ト共ニ其申請ヲ為スモ違法ニアラス但此場合ニハ訴ノ權利拘束ヲ生シタル後ニ於テ之ヲ受理スヘキモノトス

從參加申請ハ當事者ニ之ヲ送達ス（五六條三項）

從參加ノ申請ニ對シテハ當事者ヨリ異議ノ申立ヲ為スコトヲ得其申立ナキトキハ裁判所ハ進ンテ其許否ヲ裁判スルノ必要ナク異議申立アリシ場合ニ於テ始テ決定ヲ以テ許否ヲ裁判スヘキモノナリ而シテ決定ヲ為スニ當リテハ口頭辯論ヲ經ルヲ通例トスレトモ此口頭辯論ハ權能的ノモノニシテ必要的ノモノニアラス（五七條）口頭辯論ヲ開始セスシテ決定ヲ為ストキハ當事者ヲ審訊スヘキモノトス而シテ從參加ノ申請ニ對シテハ相手方タル當事者ハ勿論從參加人ノ補助スル當事者モ亦異議ヲ申立ルコトヲ得ルモノニシテ異議ノ申立ハ訴訟ノ如何ナル程度ニアルヲ問ハス之ヲ為スコトヲ得然レトモ民事訴訟法第五九條ニ依リテ訴訟ヲ告知シタル第三者ハ此異議申立ノ權利ナシ何トナレハ訴訟告知ハ從參加ヲ為スヘシトノ催告ニ外ナラサルカ故ナリ

從參加ノ要件タル利害關係ノ存否ニ付キ爭アルトキハ從參加人ハ其利害關係ヲ疏明スルヲ以テ足リ證明スルコトヲ要セス而シテ此爭ノ為メ口頭辯論ヲ開始スル場合ニ於テハ異議申立人ノ相手方ハ其辯論ニ加ハリ行為ヲ為スコトヲ得ルモノナリ

從參加ノ許否ヲ定ムルノ手續ニ於テハ闕席裁判ナルモノナシ故ニ異議ニ付テノ審理期日ニ從參加人闕席スルモ當事者ヲ審訊シ從參加ノ申請書ニ基キ裁判ス

外國人カ從參加ノ申請ヲ為ス場合ニ於テハ訴訟費用ニ付キ保證ヲ立ルコトヲ要セス從參加人ハ原告ニアラサレハナリ從參加ノ異議ニ關スル訴訟費用ハ民事訴訟法第七二條ニ準據シ其負擔者ヲ定ムヘキモノナリ

從參加許否ノ決定ニ於テ敗訴シタル者ハ即時抗告ヲ為スコトヲ得（五七條）而シテ從參加ノ申請棄却セラレタル後ト雖モ更ニ從參加ノ申請ヲ為スハ妨ケナシ（以上五七條）

從參加ノ效力

從參加ノ效力ハ從參加ノ申請ノ適法ナリトシテ受理セラレタルニ依リ生スルモノナリ換言セハ從參加ノ申請ニ對シテ異議ナキ場合若クハ異議アルモ異議ノ理由ナシトシテ斥ケラレタル場合ニ於テ生スルモノトス即チ左ノ如シ

（一）從參加人ノ訴訟行為ノ範圍

從參加人ノ為シ得ル行為ノ範圍ニ付テハ民事訴訟法第五四條ニ規定スル處ニシテ從參加人ハ左ノ二個ノ要件ノ下ニ其補助スル當事者ノ為メ訴訟行為ヲ為スコトヲ得

（ア）訴訟ノ程度ニ妨害ヲ生セシメサルコト

（イ）當事者ノ行為ニ從參加人ノ行為カ牴觸セサルコト

從參加人ノ性質ニ付テハ學說上完全ナル說明ヲ下スコトヲ得ス從參加ヲ以テ一種ノ法定代理ナ

リトスルノ說アルコトハ既ニ述タル如シ而シテ從參加カ訴訟ノ程度ニ妨害ヲ來サシムルヲ得ストノ點ハ法定代理ノ觀念ニ適スルモノナリ訴訟ノ程度ヲ妨クル主タル當事者ニ不利益ヲ及スカ故ニ代理人タル從參加人ノ爲ス能ハサルモノナリ又從參加人カ主タル當事者ノ行爲ニ牴觸スル行爲ヲ爲ス能ハサルコトモ法定代理ノ觀念ヲ以テ說明スルヲ得ヘシ主タル當事者ノ行爲ニ牴觸スル行爲ハ主タル當事者ノ利益ニ反スルモノト推測スヘキモノナルヲ以テ亦代理人ノ爲ス能ハサル所ナリ反射效力說ヲ以テハ此點ヲ說明スルニ困難ナリ他ノ方面ヨリ觀察セハ從參加人ハ主タル當事者ト同一ノ利益ヲ訴訟ニ於テ有スルモノニアラス然ルニ訴訟ノ程度ヲ妨クル行爲ヲ從參加人ニ許ストキハ時トシテ其補助スル當事者ノ利益トナルコトアリトスルモ相手方ヲ不當ニ害スルノ結果ヲ生スヘシ此點ヨリ見ルモ亦訴訟ノ程度ヲ妨クル行爲ヲ爲スコトヲ得ス主タル當事者ノ行爲ニ牴觸スル行爲ヲ從參加ニ於テ爲ストキハ稀ナル場合ニ於テ其補助スル當事者ヲ利スルコトアリト雖モ法律カ之ヲ許ササルハ即チ從參加人ハ訴訟ニ係ル法律關係ノ主體ニ非ス之ヲ許ストキハ主從ノ地位ヲ顚倒スルノ結果ニ至ルヲ以テナリ

以上述ヘタル二個ノ要件ノ下ニ於テ從參加人ハ總テノ訴訟行爲ヲ行フコトヲ得ルモノナリ換言セハ原告若クハ被告ノ爲メニ攻擊防禦ノ方法ヲ行ヒ上訴故障ヲ爲シ或ハ支拂命令ニ對スル異議ヲ申立ツルコトヲ得ルモノトス

法律ハ從參加人ニ禁スルニ主タル當事者ノ行爲ニ牴觸スル行爲ヲ爲スコト能ハサル旨ヲ以テスルモ從參加人ハ事實上意思ノ自由ヲ有スルヲ以テ若シ主タル當事者ノ行爲ト牴觸ノ行爲ヲ爲シタルトキハ其結果如何ノ問題ヲ生ス裁判所ハ緒論ノ說明中ニ述ヘタル如ク自由心證ニ依リ係爭事實ヲ判斷スル職權ヲ有スルカ故ニ法律ニ何等ノ規定ナシトセハ主タル當事者ノ行爲ヲ採用スルモ從參加人ノ行爲ヲ採用スルモ裁判所ノ自由裁定ノ範圍內ニ在リト云ハサルヘカラス然レトモ此ノ如キ一面ニ於テ從參加人ノ行爲ニ制限ヲ加ヘナカラ他ノ方面ニ於テ之ヲ制限セサルト同一ノ結果ニ至ルヲ以テ民事訴訟法第五四條ニ明文ヲ設ケ主タル當事者ノ行爲ト從參加人ノ行爲ト牴觸シタルトキハ裁判所ハ義務トシテ主タル當事者ノ行爲ヲ標準ト爲ササルヘカラサル旨ヲ規定セリ

注意訴訟法第五四條第二項後段ニ『民法ニ於テ』云云トアルハ現行法ノ下ニ於テ全ク適用ナキ死文ナリ

今同條ノ規定ヲ適用スヘキ二三ノ場合ヲ具體的ニ說明セハ

（一）從參加人ハ其附隨ノ時ニ於ケル訴訟ノ程度ヲ承認セサルヘカラス故ニ其當時ニ於テ既ニ完結シタル爭點ヲ提出シテ論爭スルコトヲ得ス

（二）從參加人ハ主タル當事者ノ爲シタル自白ニ牴觸スル行爲ヲ爲スコトヲ得ス況ンヤ主タル當事者カ認諾、拋棄ヲ爲シタル場合ニ於テヲヤ之ニ反スル行爲ヲ爲ス能ハサルヤ勿論ナリ又當事者カ相手方ノ主張ヲ爭フ場合ニ從參加人カ自白認諾拋棄ヲ爲スモ其效力ナキコト云フヲ

俟タス然レトモ主タル當事者カ相手方ノ主張ニ對シ陳述ヲ爲サヽルニ止マルトキハ之ヲ以テ自白ナリトスル能ハサルカ故ニ從參加人ハ相手方ノ主張ヲ爭フコトヲ得

(三) 從參加人ハ和解ヲ爲スコトヲ得ス

(四) 從參加人ハ自己ニ屬スル債權ニ基ク相殺ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得ス其他自己ノ權利即チ主タル當事者ニ屬セサル權利ニ基キ攻擊防禦ノ方法ヲ提出スルコトヲ得ス訴訟法第五四條第一項ノ法文ニ『原告若ハ被告ノ爲メニ攻擊防禦ノ方法ヲ使用スルコトヲ得』トアルハ原告若クハ被告ニ屬スル攻擊防禦ノ方法ヲ使用スルコトヲ得トノ法意ニシテ自己ニ屬スル攻擊防禦ノ方法ヲ使用スルヲ得トノ意義ニアラス從參加人ノ爲シ得ル行爲ノ重ナル者左ノ如シ

一　主タル當事者ノ相手方ニ對シテ有スル債權ヲ相殺トシテ主張スルコトヲ得

二　從參加人ハ出頭セサル當事者ヲ呼出スコトヲ得

三　證據ノ申出ヲ爲スコトヲ得書證人檢證等凡テ證據方法ヲ申出ツルヲ得ヘク此點ニ付テハ制限ナシ之ニ反シ當事者ハ相手方ノ從參加人ニ對シテ民事訴訟法第三三五條ニ依リ證書ノ提出ヲ命セシコトノ申立ヲ爲ス能ハス從參加人ハ相手方ニアラサレハナリ然レトモ從參加人ニ付テハ第三四三條ノ適用アルヘシ

四　從參加人ハ主タル當事者ノ闕席シタル場合ニ於テ主タル當事者ノ爲メニ辯論ヲ爲スコトヲ得例ヘハ口頭辯論期日ニ被告本人ハ闕席シ被告ノ從參加人出頭シタルトキハ從參加人ハ本人ノ爲メ辯論ヲ爲スコトヲ得從テ原告ハ闕席シタル被告ニ對シテ闕席判決ヲ求ムルコトヲ得ス』

右ノ如ク論決スルトキハ茲ニ一ノ疑問ヲ生ス即チ先ニ述ヘタル如ク第五四條第二項ニ依レハ從參加人ノ行爲ト主タル當事者ノ行爲ト牴觸スルトキハ主タル當事者ノ行爲ヲ標準トスルモノナリ而シテ今述フル如ク主タル當事者カ闕席シタルトキハ從參加人出頭スルモ從參加人ノ出席ナル行爲ハ主タル當事者ノ闕席ナル行爲ニ牴觸スルヲ以テ同條ニ依リ主タル當事者ノ行爲ヲ標準トスヘク從參加人ノ行爲ハ無效ニアラスヤ然レトモ一般ノ解釋ニ依ルトキハ斯ル場合ハ行爲ノ牴觸ト云フヘキモノニアラス行爲ノ牴觸トハ明示シタル行爲ノ牴觸ヲ云フモノニシテ或事實ノ推定ヲ受クヘキ消極的ノ行爲ヲ以テ行爲ノ牴觸ノ有無ヲ定ムヘキモノニアラストセリ(明治四十年十二月大審院判例參照)

五　主タル當事者ノ爲メニ故障上訴ヲ爲スコトヲ得但主タル當事者カ權利ヲ拋棄セス又異議ヲ述ヘサルコトヲ要ス

六　從參加人ハ自己ノ爲メニ訴訟代理人ヲ用フルコトヲ得然レトモ主タル當事者ノ爲メニ訴訟代理人ヲ任スルノ權限ナシ是レ民法上ノ法定代理人ト異ナル所ナリ而シテ從參加人ハ主タル當事者ノ訴訟代理人ニ自己ノ行爲ヲ委任スルハ法律ノ禁スル處ニアラス

之ヨリ從參加ニ關スル重要ノ問題ノ二三ニ付テ略説セン

(一) 從參加人ハ主タル當事者ノ爲メニ强制執行ヲ爲スコトヲ得ルヤ

一般ノ學説ハ消極的斷定ヲ採レリ理由トスル所ハ執行行爲ハ訴訟上ノ攻擊防禦ノ方法ニアラス而シテ第五四條ニ所謂訴訟行爲トハ裁判上請求權ヲ主張スル爲メニ若クハ之ヲ爭フ爲メニスル訴訟行爲ヲ云ヒ請求權ノ實益ヲ收メントスル訴訟行爲ヲ云フモノニアラサレハナリト云フニアリ

（二）從參加人ハ訴ノ變更、取下、擴張減縮ヲ爲スコトヲ得ルヤ曰ク否從參加人カ其補助スル當事者ノ爲メニ訴訟行爲ヲ爲シ得ルハ當事者ノ主張ノ範圍内ニ於テ之ヲ爲シ得ルニ止マルモノニシテ訴ノ變更、取下、擴張減縮等ノ如キハ現ニ表ハレタル當事者ノ主張ノ範圍外ナレハナリ之ト同シク從參加人ハ中間ノ確定ノ訴（二一一條）ヲ爲スコトヲ得ス又被告ノ從參加人ハ反訴ヲ提起スルコトヲ得ス

（三）從參加人ハ相手方ノ辯濟ヲ受領スルコトヲ得ルヤ從參加ヲ以テ民法ニ所謂法定代理ト同一視セハ積極的斷定ヲ下スヘキモノナルモ一般學者ハ亦消極説ヲ採レリ辨濟ナルモノハ私法上ノ行爲ニシテ訴訟行爲ニアラス而シテ從參加人ハ訴訟法上ノ法定代理人ナリトスルモ民法上ノ法定代理人ニアラサルカ故ナリ

（四）裁判ヨリ生スル從參加人ノ權利義務

（一）從參加人ハ主タル當事者カ勝訴シタルトキハ相手方ニ對シ自己ノ費シタル訴訟費用ヲ請求スル權利アリ

故ニ從參加人ノ附隨セル訴訟ノ判決ニハ常ニ從參加人ノ訴訟費用ニ付テノ裁判ヲ掲ケサルヘカラス

之ニ反シ其補助スル當事者ノ敗訴シタルトキハ從參加人ハ相手方ニ對シ全訴訟費用ヲ負擔スルノ義務ナシ唯主タル當事者ノ行爲ト區別シ得ヘキ格別ナル行爲ニ依リテ生シタル費用ニ付テノミ相手方ニ對シ負擔ノ義務アリ

（二）從參加人ハ其補助スル當事者ニ對シテハ訴訟カ不當ニ裁判セラレタルコトヲ主張スルコトヲ得ス從參加人カ最終ノ辯論ニ至リ始メテ參加スルニ至リタル場合ト雖モ其前回ノ辯論ニ出頭セハ此ノ如キ有力ノ方法ヲ提出スルヲ得タルヘシトノ理由ヲ以テ其補助スル當事者ニ對シ訴訟カ不當ニ裁判セラレタルコトヲ主張スルコトヲ得ス況ンヤ其訴訟ニ於ケル確定裁判ヲ攻擊スルノ權利ナキハ勿論ナリ又從參加人ノ爲サントスル訴訟行爲ト主タル當事者ノ訴訟行爲ト牴觸スル爲メ從參加人ハ其行爲ヲ爲サヾリシ場合又ハ從參加人ノ提出セル攻擊防禦ノ方法カ主タル當事者ノ行爲ト牴觸スル爲メ裁判所ニ採用セラレサリシ場合ト雖モ亦訴訟ノ裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得ス

是レ民事訴訟法第五五條第一項ニ「從參加人ハ其補助シタル原告若クハ被告トノ關係ニ於テハ其訴訟ノ確定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得ス」云云トアレハナリ例ヘハ從參加人カ其參加シタル訴訟ノ完結後其補助スル當事者ヨリ損害賠償ノ請求ヲ受ルニ至リタル場合ニ於

テ從參加人ハ抗辯シテ先ノ訴訟ニ於テ現時ノ原告カ敗訴シタルハ原告カ不充分ニ訴訟行爲ヲ爲シタルニ因ルモノナリ故ニ其賠償ノ請求ニ應スルコトヲ得スト主張スルモ此ノ如キ抗辯ハ許スヘキモノニアラス然レトモ本條ノ規定ヲ極端ニ適用スルトキハ不條理ノ結果ヲ生スヘシ例ヘハ從參加人ノ補助スル當事者カ敗訴シタルモ從參加人ハ充分ニ勝訴スヘキ見込アリトシテ控訴セシモ當事者カ控訴ノ意思ナシト申立タル爲メ從參加人ノ控訴ハ不適法トナリタル場合ニ於テモ猶ホ從參加人ハ主タル當事者カ不適法ニ訴訟行爲ヲ爲シタルコトヲ主張スルヲ得ストセハ是レ不條理ノ最モ甚シキモノト云ハサルヘカラス之ヲ以テ同條ニハ左ノ例外ヲ設ケタリ

（一）附隨ノトキニ於テ訴訟ノ程度カ進行セシ爲メ從參加人カ攻擊防禦ノ方法ヲ提出スルコト能ハサリシトキハ從參加人ハ其主タル當事者カ提出スルコトヲ得ヘカリシ攻擊防禦ノ方法ヲ提出セサリシコトヲ理由トシテ其當事者カ不十分ニ訴訟ヲ爲シタルコトヲ主張スルコトヲ得

（二）從參加人カ主タル當事者ノ行爲ニ依リテ自己カ有效ニ主張スルコトヲ得ヘカリシ攻擊防禦ノ方法ヲ施用スルコトヲ得サリシ場合或ハ之ヲ施用シタルモ其效ナカリシ場合ニ於テハ從參加人ニ過失ナキヲ以テ先訴訟ニ於テ其當事者ノ爲シタル行爲ハ不十分ナリト主張スルコトヲ得

（三）從參加人ノ補助スル主タル當事者ノ故意又ハ過失ニ依リテ從參加人ノ其當時知ル能ハサリシ攻擊防禦ノ方法ヲ主タル當事者カ提出セサリシ爲メ敗訴シタルトキハ從參加人ハ原告若クハ被告カ先ノ訴訟ニ於テ不充分ニ訴訟ヲ爲シタリト主張スルコトヲ得

（三）訴訟ノ擔任

從參加ノ第三效力ハ訴訟ノ擔任ナリ換言セハ從參加人ハ其補助スル原告若クハ被告ニ代リテ其訴訟ヲ擔任スルコトヲ得ルモノナリ

從參加人カ訴訟ノ引受ヲ爲スニハ自己ノ補助スル當事者ノ承諾ノミヲ以テ足レリトセス其相手方タル當事者ノ承諾ヲ必要トス何トナレハ相手方ノ利益上ヨリ考フルトキハ自己ノ相手方ニ變更ヲ來スカ爲メニ有效ナル權利ノ主張ヲ爲スコトアレハナリ又從參加人ト補助スル當事者ト其資力ニ厚薄アルトキハ相手方ハ勝訴スルモ滿足ナル結果ヲ得ルコト能ハサルヘケレハナリ是レ訴訟ノ擔任ニ付キ相手方ノ承諾ヲ必要トシタル所以ナリ訴訟ノ擔任ハ訴訟法上如何ナル效力ヲ生スルヤ

訴訟ノ擔任ハ主タル當事者ノ地位ニ變更ヲ生ス換言セハ訴訟ヲ擔任シタル從參加人ハ先ノ主タル當事者ニ代リテ新ニ主タル當事者ノ地位ヲ得ルモノナリ既ニ權利拘束ヲ生シタル原告被告間ノ訴訟關係ハ消滅シ更ニ舊從參加人ト相手方トノ間ニ訴訟關係ヲ發生ス而シテ從參加人カ訴訟ヲ引受タル場合ニ於テハ判決ヲ以テ其補助セシ當事者ヲ脫退セシムルノ裁判ヲ爲スヘキモノト

ス此裁判ハ當事者ノ申立ニ依リテ之ヲ爲ス（五八條）

茲ニ所謂脱退判決ハ二個ノ性質ヲ有シ一ハ終局判決タルノ性質ニシテ一ハ中間判決タルノ性質ナリ即チ脱退シタル當事者ニ關シテハ終局判決タルノ性質ヲ有ス何トナレハ脱退シタル當事者ハ他ノ當事者ニ對シテ訴訟法上ノ關係ヲ離脱スルカ故ナリ而シテ新ニ訴訟ヲ引受タル從參加人及ヒ其相手方ニ對シテハ中間判決タルノ性質ヲ有ス何トナレハ此判決後前ノ從參加人ト相手方トニ更ニ終局判決ヲ與ヘサルヘカラサルカ故ナリ

先ニ述ヘタル如ク訴訟ノ擔任ハ從參加人ヲシテ主タル當事者ノ地位ヲ得セシムルモノナルモ若シ脱退判決ヲ爲ササリシナラハ從參加人ニ訴訟ヲ引受ケシメタル當事者ハ猶ホ其訴訟ニ關係ヲ有スルヤ否ヤ

苟モ訴訟ノ引受アリタル以上ニ補助セラレタル當事者ハ其訴訟法上ノ關係ヲ有セサルニ至ルモノナリ從テ脱退判決ヲ爲ササル場合ト雖モ訴訟ヲ引受タル從參加人ト其相手方トノ間ニ下リタル判決ハ訴訟ヲ引受ラレタル當事者ニ對シ效力ヲ有セス何トナレハ訴訟ノ擔任ハ從參加人ヲシテ其補助スル當事者ノ地位ニ代ラシムルモノニシテ其當事者ノ共同訴訟人又ハ法定代理人ト爲ラシムモノニアラサルヲ以テナリ故ニ脱退判決ハ手續ノ進行上必要アルニアラス單ニ實際上從參加人ヲシテ訴訟ヲ引受ケシメタル當事者カ引受以後ノ判決ノ效力ノ自己ニ及ハサルコトヲ明カニスルニ止マルモノニシテ又當事者ナリト誤認セラレ送達呼出等ヲ受クルコトヲ豫防スルノ利益アルニ過キス

茲ニ一ノ研究スヘキ點アリ或學者ハ曰ク當事者ニ脱退ヲ許スニハ後ノ判決カ其脱退シタル當事者ニ對シテモ猶ホ效力ヲ及ホスヘキ場合ナルコトヲ要スト然レトモ予ハ此説ニ贊成スルコトヲ得ス何トナレハ一旦訴訟關係ヲ離脱シタル以上ハ其者ハ其訴訟ニ對シテハ全ク第三者タルカ故ニ判決ノ效力ヲ之ニ及ホスヘキ理由存セサレハナリ若シ反對論者ノ主張スル如ク判決カ脱退者ニ對シテ效力ヲ及ホシ得ルモノトセハ後ニ説明スル民事訴訟法第六二條第四項ノ明文ヲ設クルノ必要ナク又特ニ脱退ニ付テ原告被告ノ承諾ヲ要セシムル必要ナシ然ルニ訴訟法第五八條ノ場合ニ於テハ原告被告ノ承諾ヲ要件トシ而シテ第六二條ノ如キ明文ノ存セサルヲ以テセハ右學説ハ其當ヲ得サルモノト云ハサルヘカラス

第三款　告知參加及ヒ指名參加

前款ニ於テ説明シタル如ク從參加ハ他人間ノ訴訟ニ第三者カ進ンテ加入スルヲ云フ故ニ通常ノ從參加ニ於テハ權利拘束トナレル訴訟ニ於ケル從參加人ノ行爲ハ初メヨリ能動的ニシテ當事者ヨリ訴訟ノ開始其他何等ノ通知ヲ爲スノ必要ナシ之ニ反シテ茲ニ説明セントスル告知參加指名參加ニ在リテハ第三者ノ干與ハ其初メハ受動的ナリ或權利拘束ト爲レル訴訟ニ第三者ハ告知又ハ指名ニ依リテ干與スルモノナリ然レトモ告知參加指名參加ノ場合ニ於テモ恰モ從參加人カ自

己ノ自由意思ヲ以テ他人間ノ訴訟ニ干與スルト均シク告知若クハ指名ヲ受タル第三者ハ之ヲ受ケタル爲メ參加ノ義務ヲ負フコトナク唯指名參加ノ場合ニ於テハ民事訴訟法第六二條第二項ノ適用ニ依リ不利益ノ結果ヲ受クルコトアルニ止マルモノトス本款ヲ二項ニ分チテ說明セントス』

第一項　告知參加

告知參加トハ訴訟當事者若クハ其告知ヲ受ケタル者ノ告知ニ依リテ第三者カ他人間ニ權利拘束ト爲レル訴訟ニ干與シ原告若クハ被告ヲ補助スルヲ謂フ故ニ告知參加ハ從參加ノ變體ナリ告知參加ノ生スル原因ハ訴訟當事者若クハ其告知ヲ受ケタル者ノ告知行爲ナリ告知ニ應シテ從參加人トナルモノヲ告知參加人ト稱セン

告知參加人ハ從參加人ノ一種ナリ故ニ從參加人ノ定義ニ準シテ告知參加人トハ自己ノ利益ヲ保護センカ爲メニ訴訟當事者又ハ其告知ヲ受ケタル者ノ告知ニ依リテ從參加人ト爲ル者ヲ云フトノ定義ヲ下スヲ得ヘシ

訴訟告知ノ目的ハ第三者ヲシテ從參加人タラシムルノ機會ヲ與フルニ在リ而シテ告知參加人ハ從參加人ト均シク訴訟ヲ引受クルコトヲ得ルモノナリ前項ノ定義ニ依リテ明カナル如ク告知ヲ受ケタル者ハ更ニ第三者ニ訴訟ヲ告知スルコトヲ得第二ノ被告知者モ亦更ニ他ノ者ニ訴訟ヲ告知スルコトヲ得ルハ勿論ナリ而シテ告知ヲ受ケタル者カ有效ニ他ノ第三者ニ訴訟ヲ告知セントスルニハ自ラ本訴訟ニ干與スルコトヲ必要トセス又告知ニ依ラスシテ從參加人トナリタル者モ亦訴訟ヲ告知スルコトヲ得ルハ論ナキ處ナリ

(甲)　告知ノ要件

一　本訴訟ノ權利拘束中ナルコトヲ要ス

訴訟ヲ告知スルニハ本訴訟ノ權利拘束中ナルコトヲ要スレトモ亦權利拘束ノ發生ヲ條件トシテ豫メ告知ヲ爲スハ法律ノ禁スル處ニアラス唯此場合ニ於テ權利拘束ノ發生セサルトキハ其告知ハ無效ニ歸スルモノトス

二　告知ヲ爲ス者ハ敗訴シタル場合ニ第三者ニ對シテ擔保若クハ賠償ノ請求ヲ爲シ得ルコト或ハ他人ヨリ擔保若クハ賠償ノ請求ヲ受クル恐アルコトヲ要ス

告知ヲ受ケタル第三者カ更ニ告知ヲ爲サントスルニハ自ラ訴訟ニ付隨スルコトヲ要スルヤ否ヤニ付テハ獨逸訴訟法學者間ニ議論アレトモ我訴訟法ノ解釋者間ニハ異說ナク告知ヲ爲スニハ訴訟ニ干與スルコトヲ要セストセリ訴訟ノ告知ハ告知ヲ爲ス者ノ利益ノ爲メ法律カ認メタルモノニシテ而シテ更ニ告知ヲ受クルモノハ自己ニ對スル告知者カ訴訟ニ干與スルト否トニ依テ自己ノ權利ニ何等ノ影響ヲ受クルコトナケレハナリ

(乙)　告知ノ手續

告知ノ手續ハ民事訴訟法第六〇條以下ニ規定スル處ニシテ告知ハ訴訟ノ繫屬スル裁判所ニ告知

ノ理由及ヒ訴訟ノ程度ヲ記載シタル書面ヲ提出シテ爲スヘキモノトス告知ノ理由ヲ知ラシムル必要ハ告知ヲ受ケタル者ヲシテ法律上參加スルノ必要アルヤ否ヤヲ決スルニ便宜ヲ得セシメンカ爲メナリ訴訟ノ程度ヲ記載スルノ理由ハ訴訟ノ狀態ヲ被告知者ニ知ラシメ其行動ニ便宜ヲ得セシメンカ爲メナリ告知ノ理由ト訴訟ノ程度ヲ告知ノ書面ニ記載スルハ其書面ノ有效條件ナルカ故ニ此要件ヲ欠キタルトキハ假令書面ハ被告知者ニ送達セラルルモ法律上適法ナル訴訟告知ノ效力ナシ

告知ノ手續ハ右書面ヲ裁判所ニ提出シ裁判所書記ハ告知ヲ受クヘキ者ニ之ヲ送達ス又相手方ニ對シテハ謄本ヲ送達ス告知書面ノ謄本送付ノ欠缺ハ訴訟告知ノ效力ニ何等ノ影響ナシ之ニ反シ告知ヲ受ヘキ者ニ對スル書面ノ送達ハ告知ノ效力ノ發生要件ナリトス（六〇條）

（丙）　告知ノ效力

訴訟告知ハ民事訴訟法第五五條第一項ニ規定スルカ如キ效力ヲ生スルヤ否ヤ換言セハ告知ヲ受ケタル者カ更ニ告知ヲ爲サス又告知ニ應セサルトキハ之カ爲メ告知ヲ爲シタル者ノ訴訟ニ於ケル確定判決ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得サルモノナルヤ否ヤ或學者ハ曰ク訴訟ヲ告知シタル場合ニ於テハ第三者カ參加スルト否トニ拘ハラス一ノ效力ヲ生セシメサルヘカラス然ラサレハ法律カ訴訟告知ノ手續ヲ設ケタル趣旨ヲ貫徹スルコト能ハス故ニ告知ヲ受ケタル者ニ對シテハ民事訴訟法第五五條ノ效力ヲ發生セシムヘキモノナリ換言セハ告知ヲ受タル者カ其訴訟ニ從參加人ト爲ルト否トヲ問ハス其訴訟ノ確定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得ス又同條第二項ニ掲ケタル理由ノ存セサル限リハ其補助スヘキ原告若クハ被告カ訴訟ヲ不十分ニ爲シタリト主張スルコトヲ得サルモノナリト此說ハ立法論トシテハ考究ノ價値ナキニアラサレトモ我訴訟法ノ解釋トシテハ予ハ此說ニ賛同スル能ハス元來同條第一項ノ效力ヲ生セシムル理由ハ從參加人カ原告若クハ被告ノ爲メ有效ニ攻擊防禦ノ方法ヲ主張スルコトヲ得ル狀態ニアルヲ以テナリ換言セハ從參加人タルノ權利ヲ得タル以上ハ或制限ノ下ニ原告若クハ被告ノ爲メニ攻擊防禦ノ方法ヲ提出スルヲ得ルカ故ナリ之ヲ以テ同條第二項ニハ明文ニ示スカ如キ理由ニ依テ攻擊防禦ノ方法ヲ提出シ能ハサリシトキハ原告若クハ被告カ訴訟ヲ不十分ニ爲シタルコトヲ主張スルヲ從參加人ニ許シタリ然ルニ訴訟告知ノ場合ニ於テハ被告知者ハ未タ從參加人トナリタルモノニ非サルカ故ニ被告知者ヲシテ訴訟法上從參加人ト同一ノ地位ニ立タシメ從參加人ニ對シテ生スルモノト同一ノ效力ヲ之ニ對シテ生セシムルハ不當ナリト云ハサルヘカラス

以上述フル外訴訟告知ハ實體上形式上他ニ效力ヲ生セス故ニ民事訴訟法第六一條第一項ニ規定セル如ク訴訟ハ告知ニ拘ハラス之ヲ續行ス告知ヲ受ケタル第三者カ同條第二項ニ規定スル如ク參加ノ意思ヲ有スルトキハ從參加ノ申請ヲ爲サヽルヘカラス第三者カ從參加ノ申請ヲ爲シタルトキハ告知者ノ相手方ハ異議ヲ述フルコトヲ得告知ヲ受ケタル者カ其審級ニ於テ從參加ノ申請ヲ爲サスシテ第二審第三審ニ於テ從參加ノ申請ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論ナリ

訴訟告知ニ第三者カ應シタルノ事實ハ法律上當然告知者ノ之ニ對スル損害賠償請求權成立ヲ認諾シタルト同一ノ效力ヲ生スルモノニアラス又反對ニ應セサル場合ト雖モ被告知者カ告知者ニ對スル損害賠償請求權ヲ拋棄シタルト同一ノ效力ヲ生セス唯場合ニ依リ其應否ノ事實カ證據原因トナリ得ルニ止マルモノトス而シテ訴訟告知ハ直チニ被告知者ヲシテ從參加人タラシムル效力ナキカ故ニ被告知者ハ訴訟ニ參加セントセハ從參加ノ規定ニ從ヒ申請ヲ爲ササルヘカラス

訴訟告知ノ費用ハ告知者ニ於テ先ツ支辨シ而シテ相手方カ敗訴シタル場合ニ於テハ其相手方カ負擔スルヤ否ヤハ民事訴訟法第七二條ノ原則ニ依リテ決スヘキモノトス

第二項　指名參加

指名參加トハ第三者ノ名ヲ以テ物ヲ占有スル者カ占有者タルノ資格ニ於テ訴ヲ受ケタル場合ニ於テ名義者ヲシテ陳述ヲ爲サシムルノ目的ヲ以テ之ヲ呼出シ其名義者カ從參加人ト爲リ若クハ被告ニ代リテ訴訟ヲ引受クルヲ謂フ約言セハ指名參加トハ第三者ノ名ニ於ケル物ノ占有者カ其名義者ヲ呼出シ名義者カ其訴訟ニ干與スルノ手續ヲ謂フ而シテ此第三者ヲ指名參加人ト稱ス指名參加ハ又學者ニ依リテ之ヲ本人指名ト稱ス

（甲）指名參加ノ要件

一　被告カ第三者ノ名ヲ以テ物ヲ占有スルコトヲ要ス故ニ原告タル者ハ指名參加ヲ求ムル權利ナシ

二　其物ノ占有者トシテ訴ヲ受ケタルコトヲ要ス故ニ例ヘハ賃借人カ訴ヲ受ケタルトキハ本人即チ賃貸人ヲ指名スルコトヲ得レトモ賃借物ノ所有者トシテ訴ヲ受ケタルトキハ指名參加ノ申立ヲ爲スコトヲ得ス

三　權利拘束ノ發生後本案ノ辯論前ニ第三者ヲ指名スルコトヲ要ス

指名セラルル第三者ハ多クノ場合ニ於テ所有者ナルモ必スシモ所有者タルニ限ラス例ヘハ賃借人ノ委托ヲ受ケ賃借物ヲ保管スル者カ占有者トシテ訴ヲ受ケタルトキハ賃借人ヲ指名スルコトヲ得ルカ如シ

此第三ノ要件ヲ要スルハ後ニ說明スルカ如ク指名參加ノ效力トシテ第三者カ陳述ヲ爲スニ至ルマテ被告ハ本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得ルモノナルカ故ニ辯論開始後ニ於テ猶ホ本人指名ヲ許ストキハ訴訟ノ完結ヲ遲延セシムルノ弊害ヲ生スルヲ以テナリ然ルニ此要件ノ理由ニ付テハ說ヲ異ニスル學者アリ曰ク指名參加ハ被告カ訴訟ヨリ脫退センコトヲ目的トスルモノナルカ故ニ本案ノ辯論前ニ指名スルコトヲ要スル旨ヲ規定シタル所以ナリト云ヘリ然レトモ此理由ハ精確ヲ欠クモノト信ス何トナレハ訴訟ヨリ脫退スルハ本案ノ辯論後ト雖モ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ又指名參加ハ必スシモ第三者ヲシテ自己ノ地位ニ代ラシメンコトヲ目的トスルニ非サルヲ以テナリ」第三ノ要件ノ存スル結果トシテ本人指名ハ本案ノ辯論開始後ニ於テ爲スコトヲ得サルモ即チ辯

論開始後ニ於テハ指名權ヲ失フト雖モ訴訟告知權ヲ失フモノニ非ス故ニ告知權ノ行使ニ依リテ第三者ハ訴訟ニ干與セシムルコトヲ得ルモノナリ茲ニ於テカ立法上一ノ疑義ヲ生ス即チ法律ハ既ニ述ヘタル如ク告知參加ノ手續ヲ設ケテ指名參加ヲ爲シ得サル場合ニ告知參加ヲ許スモノトセハ告知參加ノ外ニ指名參加ヲ設クル立法上ノ理由那邊ニ存スルヤノ點是ナリ

指名參加ノ場合ニ於テハ被告ハ訴訟告知ヲ爲スニ付キ最モ適切ノ利害ヲ感スルモノニシテ其自己ノ權利ヲ防衞スルニ付テ適法ナル措置ハ民事訴訟法第五九條ノ認ムル權利ノ行使ニ依リテ十分ニ之ヲ施スコトヲ得ルモノナレトモ第五九條ニ依ル場合ニハ原告ノ承諾ヲ要スルト云フ一ノ要件アリ然レトモ指名參加ノ場合ニ於テハ原告ノ承諾ヲ要セサルモノナルカ故ニ告知參加ノ外ニ指名參加ヲ設クルノ必要アルモノナリ

更ニ他ノ理由ヲ求ムレハ蓋シ我立法者カ指名參加ノ制度ヲ認メタル所以ハ占有者トシテ訴ヲ受ケタルモノヲ容易ニ訴訟ヨリ脫退スルヲ得セシメンカ爲メナリトス一般ノ告知參加ノ場合ニ在リテハ被告ハ訴訟ノ目的物ニ付テ直接且重大ノ利害關係ヲ有ス故ニ場合ニ依リテハ告知ヲ爲スモ自ラ訴訟ヨリ脫退ヲ爲ス能ハサル場合アリ之ニ反シテ指名參加ノ場合ニ在リテハ被告ノ訴訟ニ於テ有スル利害關係ハ薄弱ナルコト多カルヘシ法律ハ被告ヲシテ成ルヘク速ニ訴訟關係ヨリ離脫スルヲ得セシメンカ爲メニ此制度ヲ設ケタルモノナリ民事訴訟法第六二條第二項ニ「第三者カ被告ノ主張ヲ爭フトキ又ハ陳述ヲ爲サヽルトキハ被告ハ原告ノ申立ニ應スルコトヲ得」ト

ノ規定ヲモ設ケタルモ亦右ノ趣旨ニ出ツルモノナリ

（乙）　指名參加手續

指名參加ハ小分類ニ於テハ告知參加ト同列ニ位シ大分類ニ於テハ從參加ノ一種ニ屬スルカ故ニ被指名者ノ呼出ヲ請求スルニ當リテ前ニ說明セル民事訴訟法第六〇條第一項ノ規定ニ從ヒテ指名ノ理由及ヒ訴訟ノ程度ヲ記載シタル書面ヲ提出シテ第三者ニ送達スル書面ニハ被告カ第三者ノ名義ヲ以テ訴訟ニ係ル物ヲ占有スル旨ノ主張ヲ第三者カ爭フヤ又ハ之ヲ認ムルヤ否ヤ及ヒ第三者カ訴訟ヲ引受ケント欲スルヤ否ヤヲ答フヘシトノ催告ヲ揭クヘキモノナルモ第三者ニ訴訟ヲ引受ケシムルノ意思ナク自ラ飽マテ抗爭セント欲スル場合ニハ第三者ニ對シ訴訟ヲ引受クルヲ欲スルヤ否ヤノ催告ヲ揭クルノ要ナキモノト信ス

以上述ヘタル書面ノ送達及ヒ第三者ノ呼出ハ裁判所ノ職權ヲ以テナスヘキ事項ニシテ第三者ニ送達スヘキ書面ニ記載スヘキ要件ハ

一　第三者ノ名ヲ以テ物ヲ占有スル旨ノ陳述
二　其物ノ占有者トシテ被告トナリタル旨ノ陳述
三　第三者ノ陳述ヲ求ムル旨ノ陳述

是ナリ

右書面ノ第三者ニ對スル送達ノ不適法ナリシトキハ指名參加呼出ノ效力ヲ生セス又期日ノ呼出

カ第三者ニ適法ニ送達セラレサル場合ニ於テモ亦同シ

茲ニ注意スヘキハ右ノ如ク適法ナル指名狀又ハ期日呼出狀ノ送達ナキニ拘ハラス第三者カ口頭辯論期日ニ出頭シテ陳述シタルトキ又ハ訴訟ノ引受ヲ爲ス旨ノ陳述ヲ爲シタルトキハ原告ハ適法ノ指名及ヒ呼出ナキヲ理由トシテ異議ヲ述フル能ハサルコト是ナリ何トナレハ指名セラルルコトト呼出ヲ受クルコトトハ被指名者ノ權利ナリト云フヲ得ルモノナルモ原告ハ此點ニ付テ何等容喙スルノ權ナケレハナリ而シテ被指名者ハ必スシモ常ニ訴訟引受ノ申立ヲ爲スコトヲ要セス單純ナヲ從參加ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ此申立ヲ爲シタルトキハ民事訴訟法第五〇條以下ノ規定ニ從フヘキモノトス

(丙)　指名ノ效力

(一)　被告ハ被指名者ノ呼出サレタル期日ノ終ルマテ又ハ被指名者ノ出頭シテ陳述ヲ爲スニ至ルマテ本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得(六二條一項)

此抗辯ハ民事訴訟法第二〇六條ニ規定スル妨訴抗辯ニ類似スト雖モ其性質ハ妨訴抗辯ニ非ス妨訴抗辯ハ訴ヲ不適法トシテ却クルコトヲ目的トスレトモ本人指名ヲ爲シタル場合ニ於テ被告ノ爲ス抗辯ハ訴ヲ却クルコトヲ得サルノミナラス被指名者ノ出頭セサル場合ニ於テハ自ラ本案ニ付テ答辯ヲ爲ササルヘカラサルモノナルニ徵スレハ此抗辯ハ全ク妨訴抗辯ト其性質ヲ異ニスルモノナルヤ明カナリ

(二)　被指名者出頭スルモ陳述ヲ爲ササル場合或ハ陳述スルモ被告ノ主張ヲ爭フトキハ被告ハ原告ノ請求ニ應スルコトヲ得(六二條二項)

右ノ場合ニ於テ被告ハ原告ノ請求ニ應スルモ後日ニ至リ其指名シタル本人ヨリ損害賠償ノ請求ヲ受クルコトナシ而シテ右ノ場合ニ於テ被指名者(本人)欠席シタルトキハ原告ハ欠席者ニ對シ欠席判決ヲ求ムルコトヲ得ス何トナレハ被指名者ハ未タ當事者トナラサルヲ以テナリ況ヤ又被告ハ被指名者カ欠席シタリトノ理由ヲ以テ欠席判決ヲ求ムルコトヲ得サルヤ勿論ナリ」

右ノ如ク本人ヲ指名シタル場合ニ於テ本人ノ出頭セサルトキト雖モ被告ハ原告ノ請求ヲ爭フ權利アルハ勿論ナリ

被告カ被指名者ノ出頭セサル爲メ原告ノ請求ニ應スル旨ノ陳述ヲ爲シタルトキハ原告ハ被告ニ對シ認諾判決ヲ求ムルコトヲ得而シテ此認諾判決若クハ被告カ出頭スルモ陳述セサリシ爲メ原告ノ求メニ依リ下ス欠席判決ハ指名セラレタル本人ニ對シ效力ヲ及ホスコトナシ何トナレハ指名セラレタル本人ハ前述ノ如ク未タ當事者ニアラス又此場合ニ於テ本人ニ判決ノ效力ヲ及サシムル旨ノ規定ナケレハナリ故ニ訴訟落著後被告ノ指名シタル本人ヨリ更ニ原告ニ對シ同一訴訟物ニ對シ起訴スルモ原告ハ確定判決ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ス

(三)　被指名者ノ口頭辯論ニ出頭シテ被告ノ主張ヲ正當ナリトスルノ陳述ヲ爲シタルトキハ其被指名者本人ハ被告ノ同意ヲ得テ之ニ代リ訴訟ヲ續行スルコトヲ得

右ノ如ク訴訟ヲ引受タルトキハ其訴訟ハ別個ノ訴訟ニアラスシテ先ニ權利拘束ノ發生シタル訴訟ノ繼續ニ外ナラス恰モ訴訟當事者ニ承繼ヲ生シタル場合ト同一ナリ而シテ右ノ場合ニ於テハ被告ハ訴訟ヨリ脱退セシメラレンコトヲ求ムルコトヲ得而シテ被告カ脱退セサル場合ニ於ケル判決又ハ脱退後ニ於テ下リタル判決ハ被告ニ對シ效力アリ若シ被告カ判決確定後若クハ假執行宣言アリタル判決後訴訟ノ目的物ヲ依然有スル事實アラハ後ニ訴訟ヲ引受ケタル者ニ對シテ下リタル判決ヲ强制執行名義トシテ脱退者ニ對シ强制執行ヲ爲スコトヲ得（六四條四項）

指名參加ノ場合ニ於ケル强制執行手續上一ノ疑問アリ强制執行ハ執行名義ニ表示セラレタル者ニアラサレハ之ヲ受クルノ義務ナシ然ルニ前述シタル脱退者ハ執行名義タル判決ニ表示セラルルコトナシ然ラハ脱退者ニ對シテ右判決ニ基キ執行ヲ爲サントセハ如何ナル手續ニ依ルヘキヤ

或學者ハ曰ク此場合ニ於テハ民事訴訟法第五一九條ノ規定ニ則リ執行文ニ前ノ脱退シタル被告ヲ執行債務者トシテ表示スヘキモノナリト云ヘリ然レトモ予ハ此説ニ贊成セス何トナレハ同條ノ規定ハ或執行名義ノ發生シタル後執行名義ニ債權者トシテ表示セラレタル者ノ承繼人ノ爲メニ或ハ債務者トシテ表示セラレタル者ノ承繼人ニ對シテ强制執行ヲ爲スヘキ場合ニ付テノ規定ニシテ本問ノ場合ハ之ト趣ヲ異ニシ强制執行名義ニ表示シタル當事者ノ被承繼人ニ對シテ執行ヲ爲スヘキ場合ナリ承繼人ニ對シテ執行ヲ爲スヘキ場合ノ規定ヲ被承繼人ニ對シテ之ヲ爲スヘキ場合ニ擴張シテ解スルハ其當ヲ得サルカ故ナリ

予ハ本問ニ付テハ即チ訴訟法第六二條第四項ノ規定ニ基キ脱退者ニ對シテ執行スヘキモノナルコトヲ執行文ニ記載スヘキモノナリト信ス

次ニ訴訟ヲ引受ケタル第三者カ勝訴シタルトキハ其判決ハ脱退者タル被告ノ爲メニ效力ヲ有スルヤ

曰ク然リ斯ル場合ニ訴訟ヲ引受ケタル第三者ハ前被告ノ延長ト見做シテ可ナリ故ニ若シ原告カ被告ノ脱退後敗訴シタルニ拘ハラス更ニ前ノ被告ニ對シテ起訴シタルトキハ一事不再理ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得又脱退シタル被告ハ其指名シタル本人カ訴訟ヲ引受ケタル後ニ下リタル勝訴ノ判決ニ基キ前ニ自己ニ對シテ下サレタル假差押假處分ヲ取消サシムルコトヲ得ルモノナリ」

以上述フル處ニ依レハ指名參加ト他ノ參加ト異ナル點ハ他ノ參加ニ在リテハ第三者カ訴訟引受ヲ爲スニハ當事者相方ノ承諾ヲ要スルモ指名參加ニ在ツテハ被告ノ承諾ノミヲ以テ足レリトスルコト是ナリ指名參加ニ於テハ第三者カ訴訟ノ引受ヲ爲シ前ノ被告ハ脱退スルモ脱退後ノ判決效力ハ脱退者ニ對シテモ執行力ヲ有スルカ故ニ相手方ノ變更ハ原告ノ權利ニ影響ナキヲ以テ指名參加ノ場合ニ在ツテハ原告ノ承諾ナクシテ訴訟ノ引受ヲ許スモノナリ

第三者カ訴訟ヲ引受ケタル場合ニ被告ヲ脱退セシムル判決ハ被告ト原告トノ關係ニ於テハ終

局判決タルノ性質ヲ有ス然ラハ原告ト脱退者トノ間ニ於ケル訴訟費用ノ負擔ニ付テハ如何ニシテ判決ヲ爲スヘキヤ

學說上右ノ場合ニ於ケル費用ノ負擔ハ原告ヲシテ之ヲ爲サシムヘキモノナリト云ヘリ實體法上ノ觀察ニ於テハ此ノ如キ論決ハ不當ノ觀アルモ訴訟法上ノ論決トシテハ正當ノモノナリト云ハサルヘカラス何トナレハ脱退判決ナルモノハ脱退シタル被告ノ原告ニ對シテ應訴ノ義務ナキコトヲ明白ニスルモノニシテ脱退判決ニ依リ被告ハ全然訴訟ノ關係ヨリ離脱スルモノナリ其結果原告ハ此場合ニ於テハ形式上敗訴者ナリト云ハサルヘカラス是レ訴訟費用ハ原告ニ於テ負擔スヘキモノナリトノ斷定ヲ下ス所以ナリ而シテ脱退後原告勝訴セハ原告ノ脱退者ニ對シテ負擔セル訴訟費用ハ訴訟ヲ引受ケタル敗訴者ニ於テ之ヲ負擔シ原告ニ辨濟セサルヘカラス然レトモ此場合ニ敗訴者ハ通常ノ訴訟費用トシテ負擔スルモノナルヤハ一ノ疑問ナリ損害賠償即チ私法上ノ義務トシテ負擔スヘキモノトセハ判決中ニ其負擔ヲ命スル能ハサルカ故ニ原告ハ脱退者ニ對スル費用ヲ被告ニ對シテ取立ントセハ更ニ訴ヲ提起セサルヘカラサルノ不便アリ然レトモ訴訟ヲ引受ケタル被告ハ訴訟法上脱退被告ノ繼續者ニ外ナラサレハ此觀察點ヨリシテ脱退判決ニ關スル費用ヲモ後ノ判決ヲ以テ訴訟ヲ引受ケタル被告即チ終局ノ敗訴者ニ負擔セシムヘキモノナラン脱退判決ハ脱退者ト原告トノ關係ニ於テハ終局判決ナルヲ以テ不服アルトキハ上訴ヲ爲スコトヲ得之ニ反シテ脱退ヲ許サル判決ハ中間判決ナルヲ以テニ對シテハ直チニ上訴スルコトヲ得ス

指名セラレタル本人ハ訴訟ヲ引受クルニ付キ被告ノ承諾ナキトキハ從參加人トシテ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得

第三項　從參加告知參加及ヒ指名參加ノ比較

（甲）普通ノ從參加ト特別從參加トノ差異

（一）此三種ノ參加ハ其生スル原因ニ於テ廣狹ノ差アリ從參加ノ原因ハ尤モ廣ク即チ當事者一方ノ勝訴ニ依リテ權利上利害關係ヲ有スル者ハ從參加人タルヲ得（五三條）之ニ反シ告知參加ハ第三者カ訴訟當事者ヨリ損害賠償ノ請求ヲ受クル恐アルトキ若クハ之ニ對シ賠償ノ請求ヲ爲シ得ヘキトキニ於テノミ許サレ（五九條）指名參加ハ前兩者ニ比シ其生スル原因最モ狹ク第三者ノ名ヲ以テ物ヲ占有スル者カ占有者トシテ訴ヲ受ケタル場合ニアラサレハ生スルコトナシ（六二條）

（二）通常ノ從參加人ハ自ラ進ンテ訴訟ニ干與シ原告若クハ被告ニ附隨ス之ニ反シテ告知參加人及ヒ指名參加人ハ當事者ノ求メニ依リテ訴訟ニ干與ス

（三）從參加告知參加ニ在リテハ本訴ノ口頭辯論ヲ停止セス之ニ反シテ指名參加ニ至リテハ第六二條第一項ニ依レル被告ノ應訴拒絶權行使ノ結果トシテ指名シタル本人ノ陳述ヲ爲シ又ハ

爲スヘキ期日マテ本案ノ辯論ヲ停止スルモノトス

(四)通常從參加告知參加ニ在リテハ當事者ハ訴訟ヨリ脱退セサルヲ通例トス之ニ反シテ指名參加ニ於テハ指名ヲ爲シタル當事者ノ脱退スルヲ通例トス

(五)從參加告知參加ニ在リテハ第三者カ訴訟ヲ引受クルニ付キ當事者相方ノ承諾ヲ要ス之ニ反シテ指名參加ニ在リテハ被告ノ承諾ノミヲ以テ足レリトス(五八條六二條三項)

(六)本訴ノ裁判ノ效力ニ關スル點ニ於テハ下ノ如キ差異アリ本訴訟ノ判決ハ從參加人ニ對シ直接ニ效力ヲ生スルコトナシ告知ニ依ル從參加ニ付テモ亦同シ換言セハ此等ノ者ト其補助シタル原告被告トノ間ニ於テ其訴訟ノ確定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得サルニ止マリ且此效力ハ從參加人トシテ行動ヲ爲シ得ルニ至リタル場合ニアラサレハ生スルコトナシ告知參加ノ場合ニ於テモ亦告知ヲ受ケタル者カ告知ニ拘ハラス訴訟ニ參加セサレハ裁判ハ此被告知者ニ對シテ效力ナシ之ニ反シテ指名參加ニ在リテハ假令指名者カ參加スルニ至ラストスルモ其訴訟ノ判決ノ效力ハ指名セラレタル者ニ對シテ生ス(六二條二項)然レトモ此裁判ハ被指名者ニ對シテハ强制執行ノ名義トナルモノニアラス

(七)從參加人及ヒ告知參加人カ訴訟ヲ引受ケタル場合ニ於テ下リタル判決ハ脱退シタル原告若クハ被告ニ對シテ效力ナシ之ニ反シテ指名參加ニ在リテハ被指名者カ訴訟ヲ引受タルトキハ被指名者ニ對シテ下リタル判決ハ脱退者タル被告ニ對シ當然效力ヲ有シ執行名義ト爲ル

(乙)告知參加ト指名參加トノ差異

(一)告知ニ依ル從參加ハ原告ノ告知ニ因リテモ將タ被告ノ告知ニ依リテモ生スレトモ指名參加ハ被告ノ指名即チ一種ノ告知ニ依リテ生スルノミ

(二)告知手續ハ訴訟ノ如何ナル程度ニアルヲ問ハス之ヲ爲スコト得之ニ反シテ指名告知ハ本案ノ辯論前ニアラスンハ之ヲ爲スコトヲ得ス

第七節　訴訟代理及ヒ補佐

訴訟代理トハ訴訟當事者ニ代リ訴訟行爲ヲ爲スヲ謂フ而シテ其代理ヲ爲ス者ノ行爲ハ訴訟當事者ニ對シ又訴訟當事者ノ爲メニ直接ニ效力ヲ生ス

訴訟補佐トハ口頭辯論ニ於テ當事者ノ補助ヲ目的トシテ攻擊防禦ノ行爲ヲ爲スヲ謂フ

右定義ニ依リテ此兩者間ニ存スル差異ヲ擧クレハ

(一)訴訟代理人ハ本人ノ出頭スルト否トニ拘ハラス訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ其行爲ハ本人ノ爲メニ又本人ニ對シテ效力ヲ生ス之ニ反シテ補佐人ハ本人ノ出頭セル場合ニアラスンハ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ス

(二)訴訟代理人ノ行爲ハ口頭辯論以外ノ行爲ヲ包含スト雖モ補佐人ハ口頭辯論ニ於ケル攻擊防禦ノ方法ヲ爲シ得ルニ止マリ其他ノ行爲ヲ爲スコトヲ得ス

茲ニ法文上注意ヲ要スルハ差異アル規定ノ如クニシテ然ラサルモノ即チ民事訴訟法第六八條第二項及ヒ同第七一條第二項ノ規定是ナリ前者ハ即時ニ取消シタルトキハ效力ヲ失ヒ後者ハ即時ニ取消シ又ハ更正セサルトキニ限リ原告若クハ被告自ラ陳述シタルモノト看做ストアリテ一見差異アルモノノ如クナレトモ實質ニ於テモ毫モ其差異ナキモノトス

（三）訴訟代理人タルニハ地方裁判所以上ニ在テハ辯護士タルコトヲ要シ補佐人ニ付テハ此ノ如キ制限ナシ

第一款　訴訟代理人

訴訟代理人トハ訴訟當事者ノ直接若クハ間接ノ委任ニ依リ相手方ニ對シ本人ノ名義及ヒ責任ヲ以テ訴訟行爲ヲ爲ス者ヲ謂フ所謂間接ノ委任トハ裁判所若クハ裁判長ノ選任ニ依ル訴訟代理人ヲ謂フ

訴訟代理ト民法ノ代理トハ區別セサルヘカラス訴訟代理人ハ公法上ノ效力ヲ生スル行爲ヲ爲ス者ヲ謂ヒ民法上ノ代理人ハ私法上ノ效力ヲ生スル行爲ヲ爲ス者ヲ謂フ故ニ訴訟代理人ハ法定代理人ト異ナルコト言ヲ俟タス

訴訟代理人ハ法律ノ規定ニ基クモノト委任ニ基クモノトノ二種アリトノ學説アリ民法上ノ法定代理人カ本人ノ爲メニ訴訟行爲ヲ爲スハ法律ノ規定ニ基クモノナリト謂ヘリ然レトモ予ハ法律上ノ規定ニ依ル訴訟代理人ナルモノナシト信ス法定代理人カ訴訟行爲ヲ爲スハ訴訟代理人ノ資格ニ於テ爲スモノニアラサレハナリ

又皇族ノ爲メニ民事訴訟ヲ爲ス者ハ一種ノ法定代理人ナリト云ヘリ（皇典五〇條）然レトモ予ハ此説ニ贊成セス皇室典範ハ皇族ノ用フル代理人ノ私法上若クハ訴訟法上ノ性質ヲ規定シタルニアラサルヲ以テナリ

商人ノ支配人ハ民事訴訟法上訴訟代理人ナルヤ否ヤニ關シテ亦議論アリ予ハ訴訟代理人ニアラスト斷定スルヲ正當ト信ス何トナレハ商法第三〇條ニ「支配人ハ主人ニ代リ其營業ニ關スル一切ノ裁判上又ハ裁判外ノ行爲ヲ爲ス權限ヲ有ス」トアリ支配人カ主人ニ代リ民事訴訟行爲ヲ爲スハ支配人タル資格ニ於テ爲スモノニシテ訴訟代理人タルノ資格ニ於テ爲スモノニアラサレハナリ

之ニ關聯シテ生スヘキ問題ハ支配人ハ地方裁判所以上ニ在リテハ主人ノ爲メ自ラ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤニアリ本問ニ付テハ前述ノ如ク支配人ヲ以テ訴訟代理人ナリトセハ消極的斷案ヲ下ササルヘカラス何トナレハ地方裁判所以上ニ在リテハ辯護士ヲ以テ訴訟代理人ト爲スヲ原則トスルカ故ナリ然レトモ予ハ支配人ヲ訴訟代理人ニアラスト解スルカ故ニ本問ノ場合ニ於テハ本人ノ爲メ自ラ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ト解スルモノナリ

次ニ訴訟委任ハ單獨行爲ナルヤ將タ契約ナルヤニ關シテ學者間ニ議論アリ予ハ單獨行爲説ニ贊

成ス何トナレハ訴訟委任ハ其性質私法上ノ行爲ニアラス後ニ說明スル如ク純然タル訴訟法上ノ行爲ナリ而シテ民事訴訟法第六四條以下ノ規定ニ依ルモ訴訟委任ノ契約タルコトヲ示スヘキ文詞存在セス加之單獨行爲ナリトスルハ訴訟手續ノ實際上最モ便利ナルモノトス若シ之ヲ以テ契約ナリト解スルトキハ訴訟委任ヲ受タル者カ委任者ニ對シ承諾ノ意思表示ヲ爲シタル後ニアラスンハ有效ニ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ス單獨行爲ナリトセハ訴訟委任アルノミヲ以テ訴訟代理人ハ行爲ヲ爲スコトヲ得レハナリ今日ノ實例ニ依ルモ委任狀ノミヲ以テ完全ニ訴訟代理ノ效力ヲ生セシムルノ取扱ナリ

訴訟代理人タルコトヲ得ル者ハ地方裁判所以上ノ訴訟ニアリテハ辯護士タルコトヲ原則トシ辯護士ナキトキハ訴訟能力者タル親族雇人ヲ以テシ是等ノ者ナキトキハ通常ノ訴訟能力者ヲ以テ訴訟代理人トス區裁判所ニ於テハ辯護士若クハ訴訟能力者タル親族雇人ヲ以テ訴訟代理人ト爲スコトヲ得而シテ親族雇人ナクシテ辯護士アルトキト雖モ通常ノ訴訟能力者ヲ以テ亦訴訟代理人ト爲スコトヲ得是レ區裁判所ノ訴訟ハ爭ニ係ル利益ノ輕少ナルヲ常トスレハ辯護士ヲ以テ訴訟代理人ト爲ストキハ多額ノ報酬ヲ支拂ハサルヘカラサルニ至リ本人ニ甚タシキ不便ヲ生スルヲ以テ地方裁判所ニ於ケルト規定ヲ異ニシタルモノナリ但此點ニ付テハ民事訴訟法第六三條ノ解釋上反對說ヲ唱フル學者アレトモ予ハ廣義ニ解スルヲ正當ト信ス之ヨリ訴訟委任ニ付キ說明スヘシ

訴訟代理人ヲシテ訴訟行爲ヲ爲サントスル場合ニハ當事者一人ニシテ一人若クハ數人ノ代理人ヲ任シ又當事者數名カ一人ノ代理人ヲ設クルコトヲ得ルハ勿論數人ノ代理人ハ必スシモ同時ニ任設スルコトヲ要セス時ヲ異ニスルモ妨ケナシトス而シテ訴訟委任ハ裁判所ノ記錄ニ備フヘキ書面ヲ以テ證明セサルヘカラス若シ私署證書ナルトキハ必ス原本ヲ裁判所ニ差出スコトヲ要ス公正證書ナルトキハ正本若クハ認證アル謄本ヲ裁判所ニ差出サヽルヘカラス（六五條）此ノ如ク訴訟委任ハ書面ヲ以テ證明スルコトヲ要スル所以ハ訴訟代理權ノ欠缺アルヤ否ヤハ裁判所カ職權上調査スヘキ事項ナルヲ以テ其調査ノ材料ヲ整備スルノ要アレハナリ然レトモ亦訴訟委任ハ必スシモ書面ノミヲ以テ爲スコトヲ要セス口頭辯論期日又ハ受命判事受託判事ノ面前ニ於テ當事者カ代理ヲ委任スル人ト共ニ出頭シ其者ニ對シテ訴訟代理ヲ委任スル旨ノ陳述ヲ爲シ之ヲ裁判所ノ調書ニ記載セシメタルトキハ書面ト同一ノ效力ヲ有スルモノトス要スルニ訴訟委任ハ書面ヲ以テスルト第六四條第三項ノ場合ニ於テ口頭委任ノ調書ヲ以テスルノ外ハ之ヲ許サス私署證書ヲ以テ訴訟ノ委任ヲ爲シタル場合ニハ相手方ノ請求ニ因リ之ヲ認證セシメサルヘカラス其認證ヲ爲スハ公證人若クハ相當官吏ナリ

訴訟委任ノ範圍

訴訟委任ノ範圍ニ付テハ我法律ノ規定ニ依レハ普通委任特別委任ノ二種アリ

普通委任トハ訴訟委任ヲ爲スヘキ旨ノ文詞ノミニ依リ當然左ノ效力ヲ生スル委任ヲ謂フ

（一）第一審ニ於ケル總テノ訴訟行爲ニ付テノ委任ヲ包含ス詳言セハ一審ニ於ケル訴訟手續ニハ反訴アルヲ以テ被告ノ方面ヨリセハ反訴ノ提起ヲ當然包含シ其結果原告ノ方面ニ於テハ反訴ニ對スル應訴ヲ包含ス其他訴ノ提起主參加ノ訴ノ提起闕席判決ニ對スル故障申立假住所ノ選定訴訟書類ノ送達申請等一切ノ訴訟行爲ヲ包含ス

（二）强制執行竝ニ之ヨリ生スル訴訟行爲ノ授權ヲ包含ス而シテ法文ニ依レハ强制執行其者ノ委任ハ包含セサルモノノ如クナルモ强制執行ハ訴訟ノ結果トシテ生スルコトヲ豫想スヘキモノナレハ之ヲ包含スルハ當然ナリ而シテ所謂强制執行ヨリ生スル訴訟行爲トハ例ヘハ第五二一條ニ依ル執行文附與ヲ求ムル訴ノ如キ又ハ之ニ對スル應訴ノ如キ或ハ第五四四條ニ依リ强制執行手續ニ付キ異議ヲ申立ツルカ如キ又第五四九條ニ依リ執行參加ヲ爲スカ如キ其他第六編中ニ規定セル執行手續ニ附隨シテ生スル訴訟行爲ヲ云フ

（三）假差押假處分ノ申請竝ニ其假差押假處分ニ關シテ生スル訴訟行爲ニ付テノ授權ヲ包含ス」

（四）相手方ヨリ辨濟スル費用ノ受領ヲ爲ス權限ノ授與ヲ包含ス

我訴訟法ノ母法タル獨逸舊訴訟法及ヒ新訴訟法ハ何レモ特別委任普通委任ノ區別ナクシテ以上述フル四箇ノ授權外ニ猶ホ和解、拋棄認諾等ニ付テ授權ヲ當然包含セシメタレトモ我訴訟法カ以上ノ點ニ制限シタルハ我訴訟法制定當時ノ國情ニ鑑ミル所アリシニ依レリ

特別委任ハ訴訟法第六五條第二項ニ規定スル處ニシテ即チ上訴再審ヲ求メ複代理人ヲ選定スルコト、訴訟物ニ付キ和解ヲ爲スコト及ヒ拋棄認諾ヲ爲ス等此等ノ事項ハ特別委任アルニアラスンハ訴訟代理人ニ於テ有效ニ之ヲ爲スコトヲ得ス

特別委任ニ關スル法文ノ解釋ニ付キ一二ノ問題アリ

相手方ノ上訴ニ對シ應訴スルコト若クハ相手方ノ爲ス再審ノ訴ニ對シ應訴スルコトハ訴訟法第六五條第二項ノ法文ヨリセハ普通委任中ニ包含スルモノノ如クナルモ然レトモ當事者一方ニ於テ既ニ上訴ヲ爲スニ付テ特別委任ヲ要スルモノトセハ其相手方ニ於テ之ニ應スルニ特別委任ヲ要スルハ勿論ナリト云ハサルヘカラス

次ニ訴訟法第六五條第二項ニハ訴ノ取下ニ付キ特別委任ヲ要スル旨ノ規定ナシ故ニ純然タル文理解釋ヨリセハ取下モ亦同條第一項普通委任中ニ包含スルモノトセサルヘカラス然レトモ我法律ノ沿革ニ徵スルトキハ此ノ如ク斷定スルコトヲ得ス即チ取下ニハ特別委任ヲ要スト云ハサルヘカラス我舊民法ハ訴訟行爲ヲ私法行爲トスルノ觀念ヲ以テ規定セラレ財產取得編第二三條ニハ訴訟委任ニ付テノ規定ヲ設ケ其規定中訴ノ取下ハ特別委任ヲ要スル旨ヲ明示セリ既ニ民法ニ此規定アル以上ハ訴訟法ニ之ヲ揭クル必要ナシトシテ此規定ヲ省キタルモノナレハ訴訟法上別ノ法文ナキ一事ヲ以テ取下ニ付テハ特別委任ヲ要セストノ斷定ヲ爲ス能ハス而シテ取下ハ原告ヲ敗訴タラシムル重要ノ效果ヲ生スルモノナレハ理論上取下ニ付テハ特別委任ヲ要スルモノト謂ハサルヘカラス

右述フル如ク訴ノ取下ニ特別委任ヲ必要トスル以上ハ上訴ノ取下ニ付キ特別委任ヲ要スルハ勿論ナリト云ハサルヘカラス何トナレハ訴ノ取下ハ原告ノ實體權ニ何等影響ナキモノナレトモ上訴ノ取下ハ當事者ノ實體權ニ直接ノ影響ヲ來スモノナルカ故ナリ

次ニ上級審ヨリ事件ノ差戻ヲ受ケタル場合或ハ上級裁判所カ原判決ヲ破毀シテ他ノ裁判所ニ移送シタル場合ニ於テハ亦特別委任ヲ要スルヤ勿論ナリ然レトモ第六五條第二項ニ依リ一度特別委任ノアリタル場合ニ於テハ移送若クハ差戻ノ場合ニ付キ特ニ委任ナシト雖モ訴訟代理人ハ事件ノ移送若クハ差戻アリタル裁判所ニ於テハ代理權ヲ有スルコトハ判例ニ於テモ認ムル所ナリ（明治二十八年二月判例）

證書訴訟爲替訴訟ヲ變シテ通常訴訟ト爲スニ付テハ特別委任ヲ要セス

破產手續ノ場合ニ於ケル代理權ハ訴訟代理中ニ包含セス

訴訟委任ニ付キ法律ノ規定セル普通委任ノ範圍ヲ制限スルモ其制限ハ相手方ニ對シテ效力ナシ（六六條一項）此規定ヲ設ケタル理由ハ代理權ノ範圍ニ關スル紛爭ヲ豫防シ、權限調査ノ手續ヲ省キ、委任者ノ不注意ヨリ生スル危險等ヲ避ケンカ爲メニ外ナラス然レトモ特別委任ニ屬スル事項ニ付テハ辯護士以外ノ者ヲ訴訟代理人ト爲ス場合ニ在リテハ委任者ハ一事項毎ニ特ニ委任スルコトヲ得

訴訟委任ノ效力

（一）複數ノ訴訟代理人ハ各自獨立シテ本人ヲ代理スルコトヲ得例ヘハ本人ト代理人トノ間ニ代理人全部ニテ訴訟行爲ヲ爲スヘシトノ特別契約アルモ一人ノミカ訴訟行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ本人ハ相手方ニ對シテ代理權ノ欠缺ヲ對抗スルコトヲ得ス（六七條）

（二）訴訟代理人カ委任ノ範圍內ニ於テ爲シタル訴訟上ノ行爲不行爲ハ本人自ラ之ヲ爲シタルト同一ノ效力ヲ生ス（玆ニ所謂委任ノ範圍トハ訴訟法ニ認ムル委任ノ範圍ナリ）然レトモ例外トシテ訴訟代理人ノ爲シタル事實上ノ陳述ハ代理人ト共ニ法廷ニ出頭シタル當事者本人ヨリ即時ニ取消シ又ハ更正シタルトキハ本人ニ對シテ相手方ノ爲メニ效力ヲ生セス（六八條二項）

此點ニ關シ學說ノ一致セル問題アリ訴訟代理人ノ爲シタル拋棄又ハ認諾ハ本人カ之ヲ取消シ又ハ更正スルコトヲ得ルヤ否ヤ是ナリ

第一說ニ曰ク民事訴訟法第六八條第二項ニ所謂事實上ノ陳述中ニハ權利ノ拋棄認諾ハ文理解釋トシテ包含セストスルモ本人ニ於テ即時ニ之ヲ取消シタルトキハ代理人ノ爲シタル拋棄認諾ノ效力消滅スルモノト謂ハサルヘカラス單純ナル事實上ノ陳述ニ於テスラ本人ニ取消ヲ許ス以上ハ況ヤ一層重大ナル效力ヲ生スル認諾拋棄ニ於テヲヤ本人カ之ヲ取消シ得ルハ勿論ナリト謂ハサルヘカラス

第二說ニハ之ニ反シテ曰ク事實ノ陳述ト權利ノ拋棄認諾トハ法律上全然其性質ヲ異ニス事實

ノ陳述ハ裁判所ニ於テ自由ニ取捨スル權能ヲ有スレトモ之ニ反シテ拋棄認諾ハ裁判所ヲ羈束スルモノナリ而シテ事實ノ陳述ハ通例訴訟代理人ニ於テ重要視セサルカ爲メ往往誤謬ノ陳述ヲ爲スコトアリト雖モ苟モ拋棄認諾ノ如キ重大ナル事項ニ付テハ代理人ニ於テ誤謬ノ陳述ヲ爲スカ如キコトナシト云ハサルヘカラス故ニ代理人カ權限內ニ於テ拋棄認諾ヲ爲シタルトキハ本人ハ之ヲ取消スコトヲ得サルモノナリト

第六八條第二項ノ規定ニ關シテハ數多ノ問題アリ左ニ二箇ノ問題ヲ說示セン

（ア）本人カ或事實ヲ陳述シタル後代理人カ其本人ノ陳述ニ反スル陳述ヲ爲シタルトキハ右陳述ノ效力如何

曰ク何レヲ採ルヘキヤハ裁判所ノ自由裁定ニ依ルヘキモノナリ

（イ）數名ノ代理人カ牴觸スル行爲ヲ爲シタルトキハ如何本問ニ對シテハ場合ヲ分テ論定セサルヘカラス同時ニ數名ノ訴訟代理人カ牴觸スル陳述ヲ爲シタルトキハ其取捨ハ裁判所ノ自由裁定ニアリト謂フヘク之ニ反シテ第一回口頭辯論ニ於テハ甲訴訟代理人出頭シテ陳述ヲ爲シ第二回口頭辯論ニ於テハ乙訴訟代理人出頭シテ甲ニ全然反對ノ事實ヲ陳述シタルトキハ如何ニ決スヘキヤハ學者間ニ議論アル處ニシテ予ハ此場合ニ於テハ前ニ爲シタル行爲ノ取消ニ付キ相手方ノ承諾アルトキハ裁判所ハ後ノ行爲ヲ標準トスヘク之ニ反シテ相手方カ異議ヲ申立テ前ノ行爲ノ取消ヲ爲ス能ハサル場合ニ於テハ後ノ行爲ハ前ノ行爲ニ對シテ無效ナリト論決スルヲ以テ正當ト信ス若シ相手方ニ異議ナキ場合又ハ相手方ニ異議アルモ前ノ行爲ヲ取消スコトヲ得ル場合ニ於テハ更ニ區別シテ論セサルヘカラス甲代理人カ乙代理人ノ陳述ノ當時解任セラレシナラハ或ハ解任セラレサルモ異議ナキ場合ニ於テハ乙ノ行爲ニ基キテ裁判ヲ爲スヘク前ノ行爲ヲ無效トサスヘク之ニ反シテ甲代理人ハ自己ノ前ニ爲シタル陳述ヲ維持シ乙ノ陳述ニ同意セサルナラハ兩箇ノ牴觸スル行爲兩立スルモノナルヲ以テ裁判所ハ自由心證ヲ以テ何レヲ採ルヘキヤヲ決ス

（三）訴訟代理人ハ謝絕ヲ爲スモ委任者カ他ノ方法ヲ以テ自己ノ權利ヲ防衞セサル間ハ委任者ノ爲メ行爲ヲ爲スコトヲ得然レトモ謝絕以後委任者カ自ラ自己ノ權利防衞ヲ爲スニ至リタルトキハ謝絕シタル代理人ハ委任者ノ爲メ有效ニ行爲ヲ爲スコトヲ得ス（六九條三項）

委任ノ消滅

訴訟委任ハ委任者ノ能力ノ變更、死亡、法律上代理ノ變更、委任ノ廢罷、代理ノ謝絕ニ依リテ消滅ス代理人ノ死亡代理人ノ行爲能力ノ喪失ニ依リテモ亦消滅ス

委任者ノ能力變更トハ委任後ニ禁治產者ト爲リ又ハ破產ノ宣告ヲ受ケタル場合ノ如キ法律上代理ノ變更トハ被代理者カ行爲能力ヲ得ルニ至リタル場合ノ如キ是ナリ

以上述フル訴訟委任消滅ノ原因ハ相手方ニ對シ之ヲ通知シタルトキヨリ其效力ヲ生ス而シテ其通知ハ訴訟代理人ヨリ直接ニ相手方ニ爲スモ有效ナラス原告若クハ被告ヨリ通知書ヲ受訴裁判

所ニ提出シ裁判所ヲ經テ相手方ニ送達スルニ依リテ其效力ヲ生スルモノナリ（六九條）然レトモ訴訟代理人ノ死亡又ハ能力ノ喪失ニ依ル代理權ノ消滅ハ相手方ニ於テ之ヲ知リタル上ハ適式ノ通知ニ依ラスシテ知リタルトキト雖モ其效力ヲ生ス何トナレハ委任消滅ノ通知ニ關スル規定ハ相手方ヲ保護スル趣旨ニ出テタルモノナレハナリトノ判例アリ（明治三十三年一月判例）

第二款　補佐人

補佐人トハ權利ノ伸張若クハ防禦ニ關シ當事者若クハ法定代理人ヲ補助スル爲ノ口頭辯論或ハ證據調ノ期日ニ出頭シテ本人ノ爲メニ補充的訴訟行爲ヲ爲ス者ヲ謂フ故ニ補佐人ハ本人ノ補助機關ニシテ代理人ニアラス又從參加人ニモアラス訴訟法上獨立ノ人格ナシ

補佐人タル資格ニ付テハ訴訟能力者タルコトヲ要スルノミヲ以テ足レリトス故ニ辯護士ニアラサル者ト雖モ亦補佐人タルコトヲ得唯辯護士以外ノ者カ補佐人タルニハ裁判所ノ許可ヲ受タルコトヲ要ス而シテ此許可ハ裁判所ニ於テ何時ニテモ取消スコトヲ得（七一條）此規定タルヤ訴訟手續ニ障害ヲ來サヽラシメンカ爲メニ設ケタルモノニシテ又他ノ一面ニ於テハ所謂三百代言ヲ驅除セントスルノ趣意ヲ含ム

補佐人ノ行爲

補佐人ハ口頭辯論期日ニ於テハ本人ノ爲スコトヲ得ヘキ總テノ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得例ヘハ一定ノ申立事實ノ陳述證據ノ申出自白認諾拋棄等ノ如シ然レトモ補佐人ハ本人ト共ニ出頭スルニアラスンハ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ス而シテ補佐人ノ行爲ハ原告若クハ被告カ即時ニ取消又ハ更正セサルトキニ限リ效力ヲ有ス（七一條二項）

補佐人ノ權限ハ口頭辯論ニ於テ爲ス訴訟行爲ノミニ限レリ而シテ補佐人ヲ立會セシメタル費用ハ訴訟法第七二條ノ規定ニ依リ必要ナル限度ニ於テ敗訴者ヲシテ負擔セシムルコトヲ得

訴訟代理人ハ補佐人ヲ用ユルヲ得ルヤ曰ク否補佐人タルノ性質ト訴訟代理人タルノ性質ト相容レサレハナリ訴訟代理人ハ本人ノ爲メニ獨立シテ完全ニ訴訟行爲ヲ爲シ得ルモノナラサルヘカラス然ルニ補佐人ハ十分ニ訴訟行爲ヲ爲シ能ハサル場合ニ之ヲ必要トスルモノナレハナリ是レ民事訴訟法第七一條ニ訴訟代理人カ補佐人ヲ用ユルコトヲ得ルコトヲ規定セサリシ所以ナリ訴訟代理人アルトキト雖モ本人若クハ法定代理人カ出廷シテ自ラ訴訟行爲ヲ爲ス場合ニ補佐人ヲ用ユルコトヲ得

第五章　訴訟法上ノ負擔

第一節　訴訟費用

第一款　訴訟費用ノ意義及ヒ性質

茲ニ訴訟法上ノ負擔ト云フハ單ニ訴訟費用ノミヲ指スニアラス其意義最モ廣ク訴訟法ニ依リ當

事者ニ課セラレタル財産的負擔ヲ謂フ約言セハ費用負擔ト費用ニ關スル擔保負擔トヲ包含ス

訴訟費用ニハ廣狹二義アリ最廣義ニ於ケル訴訟費用トハ裁判及ヒ强制執行ノ爲メニ要スル費用ヲ謂フ而シテ所謂裁判ノ爲メニ要スル費用トハ必スシモ裁判ヲ下シタル時ニ於テ生シタルモノノミヲ云フニアラス裁判ヲ下ス目的ニ於テ要シタル費用ヲモ包含ス而シテ强制執行外ノ訴訟費用ニハ二種アリ一ヲ裁判費用ト云ヒ他ヲ裁判費用ニ屬セサル訴訟費用ト謂フ

所謂訴訟費用トハ裁判機關ノ勢力ニ對スル手數料ナリ訴訟用印紙代國庫ノ立替金ノ如シ裁判外ノ費用トハ當事者間ニ於テ生スル訴訟費用ヲ謂フ

執達吏ニ對シ送達ニ關シ支拂フ費用ハ公證人ニ支拂フ公證料（例ヘハ訴訟委任ノ認證ニ付キ）ハ裁判外ノ費用ナリ辯護士ニ對スル報酬ハ裁判所カ辯護士ノ干與ヲ必要トスル場合ニ於テハ訴訟費用中ニ包含セシムヘク補佐人ヲ必要トスル場合ニ於テモ亦然リ裁判有償主義ハ多クノ立法例ノ認ムル所ナリ殊ニ民事訴訟法ハ私法ノ適用ヲ目的トスル直接ニ國家ノ安危國富ノ增進ニ關係ナキモノナレハ國家ニ於テ裁判費用ヲ負擔スヘキ謂ハレナシ又裁判有償主義ハ實際的利益アリ（一）濫訴ヲ防クノ利アリ（二）財政上國庫ノ爲メニ重要ナル財源ヲ爲スノ利アリ

訴訟費用負擔義務ノ性質

此義務ノ性質ハ十八世紀ノ學說ニ於テハ私法上ノ損害賠償ナリトセリ然レトモ訴訟費用ノ負擔義務ハ私法的義務ニアラスシテ公法的義務タリ即チ法定義務ノ一種ナリ訴訟費用ハ公法上ノ行爲ニ依リテ生スルモノナルカ故ニ私法上ノ損害賠償ノ法理ヲ以テハ其性質ヲ說明スルコトヲ得ス我訴訟法ノ主義ニ依レハ後ニ說明スルカ如ク訴訟用ノ負擔ハ申立ノ有無ニ拘ハラス裁判所ノ職權ヲ以テ裁判スヘキモノトセリ其結果特別ノ訴ヲ以テ訴訟費用ノミノ請求ヲ爲ス場合ニハ此請求ヲ斥ケサルヘカラス即チ一ノ訴訟事件ニシテ裁判ヲ受ルニ至リタルトキハ常ニ其本案ノ裁判ニ於テ訴訟費用負擔者ヲ定メサルヘカラス若シ裁判所カ訴訟費用ノ負擔ニ付テノ裁判ヲ遺脫セシトキハ當事者ハ訴訟法第二四二條ニ依リ追加裁判ノ申立ヲ爲シ得ルカ故ニ此期間經過後ニ於テハ訴訟費用ノミニ付キ特ニ訴ヲ許スヘキモノニアラス訴ノ取下請求ノ拋棄認諾ノ場合ニ於テハ訴訟費用確定決定ヲ申請スルヲ得ヘシ

訴訟ノ進行中ニ當事者カ訴訟費用ノ請求ヲ爲スニ當リ之ヲ私法上ノ損害賠償トシテ請求シタルトキハ裁判所ハ其申立ニ對シテ如何ナル裁判ヲ下スヘキヤ

訴訟費用負擔ノ義務ハ前述ノ如ク損害賠償ノ義務ニアラストセハ其申立ハ不當ナリトシテ斥ケサルヘカラサルモノノ如クナルモ訴訟費用ノ請求ヲ爲スニ付テハ法律ニ形式ヲ定ムルコトナケレハ請求其者ノ實質ニ基キテ裁判ヲ爲ササルヘカラス而シテ損害賠償トシテ請求スルモ其實質ハ訴訟費用ニシテ法律ノ保護スル正當ノ請求ナルカ故ニ當事者ノ有スル法律上ノ見解ニ拘泥セスシテ其請求ヲ容ルルノ裁判ヲ爲ササルヘカラス

訴訟費用負擔ノ原則トシ左ノ如ク云フ者アリ曰ク費用ノ原因ヲ作爲シタル者ヲシテ之ヲ負擔セ

シムヘキモノナリト又曰ク訴訟ヲ誘導セシメタル者ヲシテ之ヲ負擔セシムヘキモノトス予ハ今左ノ如ク言ハントス曰ク自已ニ主張ナク若クハ自已ノ主張ノ正當ナラサリシ當事者ニ其相手方ヲシテ裁判上其正當ナル主張ヲ爲スノ止ムヲ得サルニ至ラシメタル爲メ生シタル費用ヲ負擔セシムルモノナリト

訴訟費用ヲ負擔スル者ハ訴訟行爲ノ終結ニ至リ始メテ其支拂ヲ爲スモノニアラス裁判所ニ對シテハ原告ノ方面ヨリセハ訴ノ提起ト共ニ支拂ヲ爲ササルヘカラス唯相手方ニ生セシメタル費用ハ事件ノ裁判アリタル後始テ支拂フヘキモノナリ

費用ノ負擔額ヲ定ムル主義ニ實費主義法定主義裁定主義ノ三主義アルモ我訴訟法ハ此三主義ヲ折衷シテ其規定ヲ爲セリ

茲ニ學說上及ヒ實際上一ノ重要問題アリ訴訟費用ト執行費用トノ分界是ナリ換言セハ手續ノ何レノ點マテニ於ケル費用ヲ訴訟費用トシ何レノ點マテニ於ケルモノヲ執行費用トスルヤト云フニ在リ

或學者ハ判決ノ確定ニ至ルマテノ費用ヲ訴訟費用トスト云ヒ他ノ學者ハ强制執行ノ着手ニ至ルマテノ費用ヲ訴訟費用トスト云ヘリ此第二說ニ從ヘハ判決確定ノ證明、執行文附與申請等ノ費用ハ總テ訴訟費用ナリト云ハサルヘカラス第三說ハ曰ク執達吏ニ强制執行ノ委任ヲ爲シタル後ニ於ケル費用ヲ除ク外ノ費用ヲ以テ訴訟費用ナリト云ヘリ然レトモ此說ノ不正確ナルコトハ裁判所カ强制執行ノ機關タル場合ニ論及セサルヲ以テ之ヲ知ルヘシ予ハ左ノ如ク云ハントス即チ執行文附與ノ申請ニ關スル費用及ヒ執行實施ノ爲メニ要スル費用ヲ除キ其他ノ費用ハ總テ訴訟費用ナリト

執行着手ニ至ルマテノ費用ヲ訴訟費用ナリト云フ學說ニ依レハ執行文附與ノ申請ニ關スル費用ハ訴訟費用ナリト云ハサルヘカラス此說モ亦一應ノ論據アリ執行機關ノ干與アリタル以後ノ費用ヲ以テ執行費用ト云ヒ執行機關ノ干與ノ有無ニ依リテ訴訟費用ト執行費用トノ分界ヲ立ツルモノナレハナリ予ハ之ニ反シテ費用ヲ生セシメタル手續ノ直接ノ目的トスル處如何ニ依リテ之ヲ區別セントスルモノナリ而シテ予ノ說ニ於テ反對論ノ欠點ト認ムル處ハ即チ機關ニ依リテ費用ノ分界ヲ立テントスルトキニハ左ノ如キ不都合ヲ生スルニ在リ例ヘハ强制執行ニ關スル異議ハ執行機關タル裁判所ニ於テ之ヲ裁判ス故ニ若シ反對說ニ從フトキハ此異議ノ訴ニ關シ執行機關タル裁判所ニ於テ生シタル費用ハ執行費用ナリト云ハサルヘカラサルノ結果ヲ生スルナリ然レトモ執行異議訴訟ニ於ケル費用ノ訴訟費用ナルコトハ議論ナキ所ナリ

予ノ說ニ於テ兩費用ニ屬スルモノノ二三ヲ例示セハ執行文付與ニ關スル費用ハ執行費用ニシテ上訴有無ノ證明、訴訟費用確定決定ニ關スル費用ノ如キハ訴訟費用ニ屬ス又假差押假處分ニ關スル費用ハ訴訟費用ニ屬スヘキモノナリ何トナレハ假差押假處分ハ執行保全ヲ直接ノ目的トスレトモ執行其者ヲ直接ノ目的トセス而シテ其手續ハ特別ノ訴訟手續ナルカ故ナリ

第二款　訴訟費用負擔ニ關スル原則

此原則ハ何レモ前ニ述ヘタル如ク自已ニ主張ナク若クハ自已ノ主張ノ正當ナラサリシ當事者ニ相手方ヲシテ裁判上其正當ナル主張ヲ爲スノ止ムヲ得サルニ至ラシメタル爲メ生シタル費用ヲ負擔セシムヘキモノナリトノ理論ヲ以テ説明スルヲ得ルナリ

（一）敗訴ノ原告、被告ハ自己ノ訴訟費用ヲ負擔シ且相手方ニ生セシメタル費用ヲ相手方ニ辯濟スル義務ヲ負フ然レトモ其費用ハ權利伸張若クハ權利防禦ノ爲メニ必要ナルモノニ限レリ（七二條一項）如何ナル費用カ權利伸張若クハ防禦ニ必要ナルヤ否ヤヲ決スルハ裁判所ノ事實上ノ專權ニ屬シ法律上ノ問題ニアラス（辯護士ニ對スル報酬輔佐人ニ對スル報酬ノ如キモ亦時トシテ訴訟費用中ニ包含セシムルコトヲ得）而シテ如何ナル費用カ必要ナルヤヲ判斷スルハ裁判ノ結果ヲ以テ標準ト爲スヘキニアラス費用ヲ要シタル時期ヲ以テ標準ト爲サヽルヘカラス而シテ訴訟費用カ必要ナリシモノト認メラルル以上ハ現ニ當事者カ支出シタルト否トニ拘ハラス相手方ヲシテ負擔セシムヘキモノナリ

訴訟中ニ訴ヲ取下ケ又ハ拋棄認諾ヲ爲シタル當事者ハ敗訴者ト同一ニ見做サル（七二條二項）而シテ玆ニ所謂取下拋棄認諾ヲ爲シタル當事者ハ敗訴者ト見做サルルハ其申立人ニ對シテ判決アルト否トニ拘ハラサルモノトス無益ナル上訴又ハ取下タル上訴ノ場合ニ於テモ亦同シク其上訴者ハ敗訴者ト見做スヘキモノナリ

以上ノ原則ニハ左ノ例外アリ

（甲）假令敗訴シタル者ト雖モ自己ノ行爲ニ依リ訴ヲ起サシメタルニ非サル場合ニハ訴訟費用ヲ負擔セス（七四條）

（乙）期日若クハ期間ヲ懈怠シ又ハ自己ノ過失ニ依リテ期日ノ變更辯論ノ延期辯論續行ノ爲メニスル期日指定ノ必要ヲ生セシメタル場合及ヒ過失ニ依リテ期間ノ延長其他訴訟ノ遲滯ヲ生セシメタル當事者ハ勝訴者ト爲リタルニ拘ハラス訴訟費用ヲ負擔セサルヘカラス（七五條）

（丙）無益ナル攻擊方法若クハ防禦ノ方法ニ依リテ生シタル費用ハ其方法ヲ主張シタル者カ勝訴シタルトキト雖モ之ヲ負擔セサルヘカラス

（丁）有益ナル上訴ノ費用ト雖モ若シ其上訴者カ原審ニ於テ提出セサリシ處ノ新ナル事實其他攻擊防禦ノ方法ヲ上訴審ニ於テ始メテ提出シタルニ依リ勝訴スルニ至リタルトキハ之ニ依リテ生シタル費用ノ全部又ハ一部ヲ負擔セシメラルルコトアリ（七八條二項）

以上ノ例外ハ法文ノ原則ニ關スルモノナレトモ其實前示費用負擔ニ關スル理論ノ適用ニ外ナラス

（二）當事者カ互ニ勝敗アリタルトキハ其費用ヲ相消シ又ハ割合ヲ以テ之ヲ分擔セシム（七三

係一項）

費用ノ相消トハ各自ノ支出シタル費用ハ各自之ヲ負擔シ相手方ニ對シテ請求セサルコトヲ謂フ

第七三條ハ費用ノ或部分マテハ相消ヲ命シ或部分ハ割合ヲ以テ負擔セシムル場合ニモ亦適用アリ而シテ費用負擔ノ割合ヲ定ムルニ當リテハ固ヨリ當事者ノ作爲ヲ以テ主タル標準トスレトモ係爭物ノ價格モ亦標準トナルヘキモノナリ此原則ニ對シテハ又左ノ例外アリ（七三條二項）

（甲）相手方ノ要求カ格外ニ過分ナラサリシ場合

（乙）判事ノ意見ニ依ルカ鑑定人ノ鑑定ニ依ルカ又ハ當事者相方カ計算ヲ爲スニアラスンハ正確ナル要求額ヲ定ムルコト能ハサリシ場合ニ於テハ過分ナル要求ニ關スル費用モ亦相手方ニ於テ負擔セシムルコトヲ得

和解ノ費用及ヒ和解ニ依リテ完結シタル訴訟ノ費用ハ相消シタルモノト見做ス但別段ノ合意ヲ爲シタルトキハ此限ニ在ラス（七九條）

（三）共同訴訟人ハ相手方ニ對シ平等ニ訴訟費用ヲ負擔ス（八〇條）

此原則ハ共同訴訟人ノ一名ニ對シ懈怠判決ヲ言渡シ他ノ一名ニ對シテハ對席判決ヲ言渡ス場合ニ於テモ亦適用アリ然レトモ辯論分離ヲ命シタル場合ニ於テハ此原則ノ適用ナシ此原則ニ對シテモ亦左ノ例外アリ

（甲）法律ノ規定ニ從ヒ費用ニ付キ共同訴訟人ニ連帶義務ノ生スルトキハ相手方ニ對スル關係ニ於テ各共同訴訟人ハ訴訟費用ノ全部ヲ負擔セサルヘカラス（八〇條）

第八〇條ニ所謂連帶義務ニ關シテハ學者間ニ議論アリ第一說ニ曰ク現行法ニハ訴訟費用ニ付テ連帶義務ノ生スル旨ヲ規定シタルモノナシ故ニ此例外的規定ハ適用ナキモノナリ若シ本條第一項ヲ以テ主タル請求ニ付テ連帶義務ノ生スル場合ヲ規定シタルモノトセンカ私法關係ト公法關係トヲ混同スルモノト云ハサルヘカラサルカ故ニ此ノ如キ解釋ハ許スヘキニアラスト然レトモ獨逸訴訟ノ下ニ於テモ此點ニ付テ判例アリ千八百八十五年十二月一日ノ獨逸帝國裁判所ノ判決ニ曰ク共同訴訟人カ實體法ニ從ヒテ主タル義務ノ履行ニ付キ連帶負擔ヲ爲ス場合ニ在リテハ訴訟費用ニ付テモ亦連帶負擔ヲ爲スヘキモノナリト我大審院ノ判例ニ於テモ屢〻同趣旨ノ說明ヲ爲セリ

（乙）訴訟ニ於ケル共同訴訟人ノ利害關係カ著シク異ナルトキハ裁判所ハ其利害ノ割合ニ應シ費用ノ不平等ノ負擔ヲ爲サシムルコトヲ得

（丙）共同訴訟人中ノ或人カ特別ノ攻擊防禦ノ方法ヲ主張シタル爲メ敗訴シタルトキハ之ニ依リテ生シタル訴訟費用ハ他ノ共同訴訟人ニ於テ負擔スルコトナシ（八〇條二項）

（四）裁判所書記執達吏法律上代理人辯議士其他ノ代理人ノ過失懈怠ニ依リテ費用生シタル場

合ニ於テハ此過失懈怠アル關係者ニ費用ノ辯濟ヲ命スルコトヲ得(八三條一項)

右ノ第三者ニ費用ノ負擔ヲ命スルモ其負擔額ハ勝訴者ト敗訴者トノ關係ニ於テ訴訟費用確定決定ヲ爲スニ當リ之ヲ控除スヘキモノニアラス唯此等ノ關係者カ現實ニ勝訴者ニ對シテ辯濟シタルトキニ於テ始メテ控除スヘキモノナリ故ニ若シ是等ノ者無資力ナルトキハ結局敗訴者ノ負擔トナルコトナリ

以上述タル一乃至四ノ原則ハ從參加人ト相手方トノ關係ニ於テモ亦適用セラル詳言セハ從參加人ノ補助シタル當事者カ敗訴シタルトキハ從參加人ハ自己カ從參加ヲ申請スルノ行爲ニ依リテ生シタル費用ニ付キ其補助シタル當事者ノ相手方ニ對シテ負擔ノ義務ヲ負フハ勿論附隨ヲ命セラレタル以後ニ生シタル費用ニ付テモ亦義務アリ勝訴シタルトキハ敗訴者ニ對シテ其費用ヲ請求スルコトヲ得然レトモ原告被告雙方ニ從參加人アリタル場合ニ原告ノ從參加人ト被告ノ從參加人トノ間ニ於テハ訴訟費用負擔ノ義務ヲ生スルコトナシ而シテ從參加人カ勝訴シタル場合ニ於テハ主タル當事者ニ對シテ下リタル判決ヲ基本トシ訴訟費用確定決定ヲ求ムルコトヲ得以上述フル處ハ訴訟費用負擔ニ關スル原則ナレトモ我訴訟法中訴訟費用負擔ニ關スル規定ハ訴訟法第七二條乃至第八二條ニ限ルニアラス其他民事訴訟法第一七七條第二六二條第二九四條第三八六條第三八九條第三九二條第四九二條第四九四條第五五四條等ニ規定ス

本節ノ規定中第三款訴訟費用ノ裁判第二節訴訟上ノ保證第三節訴訟上ノ救助及ヒ民事訴訟法第一編第三章ニ付キ說明スルノ豫定ナリシモ學年ノ終末ニ迫リ其時間ナキカ故ニ以上ノ說明ヲ以テ本講義ヲ終了ス擔任科目ノ全部ニ付キ其責ヲ盡ス能ハサリシハ予ノ遺憾トスル所ニシテ又諸君ニ對シテハ深ク謝スルモノナリ

民事訴訟法第一編　終

法學士 板倉松太郎講述

民事訴訟法（第一編）

法政大學發行

0364

民事訴訟法第一編目次

第一卷　緒論……一
第一章　民事訴訟法ノ意義及ヒ效力……一
第二章　民事訴訟ノ必要及ヒ沿革略……八
第三章　民事訴訟……一四
第一節　民事訴訟ノ意義及ヒ目的……一四
第二節　民事訴訟ノ方法及ヒ目的物……一六
第二節　民事訴訟ノ範圍……二一
第一款　民事訴訟ト行政訴訟……二一
第二款　民事訴訟ト刑事訴訟……二三
第三款　民事訴訟ト專用權訴訟……二六
第四款　民事訴訟ト非訟事件……二八
第五款　民事訴訟ト仲裁手續……三〇
第六款　民事訴訟ト和解……三一
第七款　民事訴訟ト家資分散及ヒ破産……三四

第四章　民事訴訟ノ種別……三六
第五章　訴訟關係……四四
第六章　訴訟及ヒ訴訟行爲……五一
第一節　訴權ノ意義及ヒ種別……五一
第二節　訴訟行爲ノ意義及ヒ種別……七〇
第一款　訴訟當事者ノ訴訟行爲……七四
第二款　裁判所及ヒ其附屬機關ノ行爲……九八
第三款　第三者ノ訴訟行爲……一二〇
第七章　訴訟行爲ノ方式、用語、場所及ヒ時間……一二二
第八章　訴及ヒ訴ノ原因……一二六
第九章　訴訟主義……一三〇
第二卷　訴訟機關及ヒ訴訟當事者……一四九
第一章　司法權及ヒ民事裁判權……一五〇
第二章　裁判所……一五四
第一節　裁判所ノ組織權限……一五四
第二節　裁判所職員……一五七
第一款　判事……一五七
第二款　裁判所書記……一六〇
第三款　執達吏……一六一
第四款　檢事……一六二
第三節　裁判所職員ノ除斥忌避及ヒ回避……一六八
第一款　除斥……一六八
第二款　忌避及ヒ回避……一七一
第三章　裁判權施行ノ範圍（裁判管轄）……一七八
第一節　管轄ノ意義……一七八
第二節　事物ノ管轄……一八一
第一款　職務管轄……一八一
第二款　訴訟物管轄……一八二
第三節　土地ノ管轄……一九二
第一款　普通裁判籍……一九二
第二款　特別裁判籍……一九七
第四節　專屬管轄……二一八

第五節　法定以外ノ管轄原因……二二二
第一款　管轄ノ合意……二二二
第二款　管轄ノ指定……二二七
第三款　管轄ノ爭ニ對スル裁判……二三二

第四章　訴訟當事者……二三八
第一節　訴訟當事者ノ意義……二三八
第二節　當事者能力及ヒ訴訟能力……二四〇
第一款　當事者能力……二四〇
第二款　訴訟能力……二四二
第三節　法律上代理人……二五〇
第四節　共同訴訟……二六一
第一款　共同訴訟ノ意義及ヒ此制度ヲ設ケタル立法上ノ理由……二六一
第二款　通常共同訴訟……二六五
第三款　必要的共同訴訟……二七五
第五節　主參加……二八八
第一款　意義及ヒ要件……二八八

第二款　主參加ノ手續及ヒ效力……二九七
第六節　從參加……三〇四
第一款　意義及ヒ要件……三〇四
第二款　從參加手續及ヒ效力……三一〇
第三款　告知參加及ヒ指名參加……三二三
第一項　告知參加……三二四
第二項　指名參加……三二八
第三項　從參加告知參加及ヒ指名參加ノ比較……三三七
第七節　訴訟代理及ヒ補佐……三三九
第一款　訴訟代理人……三四〇
第二款　補佐人……三五〇

第五章　訴訟法上ノ負擔……三五一
第一節　訴訟費用……三五一
第一款　訴訟費用ノ意義及ヒ性質……三五一
第二款　訴訟費用負擔ニ關スル原則……三五六

0367

民事訴訟法第一編目次 終

公正證書ノ正本私署證書ノ原本ヲ提出スヘキコトヲ命令ヲ受ケタルニ拘ハラス之ヲ提出セサルトキハ裁判所ハ自由ナル心證ヲ以テ當事者ノ提出シタル謄本ニ付キ如何ナル證據力アリヤヲ裁判スヘキモノナリ(三四九條三項)玆ニ法文ニハ裁判スヘキモノトアルモ所謂裁判トハ終局判決ノ理由中ニ於テ如何ナル證據力ヲ付シタルカノ判斷ヲ明記スルヲ以テ充分ナルモノニシテ特ニ判決又ハ決定ノ方式ヲ以テ證書ノ證據力ニ付キ裁判ヲ爲スヘキモノト謂フノ意味ニアラサルナリ

第四　擧證者ハ係爭事項ヲ證明スル爲メ自己カ提出シタル證書ハ相手方ノ承諾アルトキニアラサレハ其證據方法ヲ止ムルコトヲ得サルモノナリ即チ一タヒ受訴裁判所ノ口頭辯論ニ於テ判斷ノ材料トシテ提出シタル證書ハ相手方ニ於テモ之ヲ使用スル權利アルカ故ニ提出者ハ相手方ノ承諾アルトキニアラサレハ拋棄スルコトヲ得サルモノトス(三五〇條)

第五　擧證者ノ提出シタル證書ハ裁判官ニ於テ實驗シタル後直チニ之ヲ還附シ若シ必要ナル場合ニ於テハ其證書ノ謄本ヲ記錄ニ留メテ當事者ニ還附スヘキヲ適當トス(三五四條一項)然レトモ若シ其證書ニ付キ僞造又ハ變造ナリトノ爭ヲ生シタル場合ニ於テハ檢事ノ意見ヲ聽キタル後ニアラサレハ之ヲ還附スルコトヲ得サルモノトス故ニ此場合ニ於テハ檢事ノ意見ヲ聽クマテ其證書ハ裁判所ノ書記課ニ保管スヘキモノナリ(三五四條二項)

第六　公正證書ノ形式的證據力ハ既ニ述ヘタルカ如ク當事者ノ否認ニ因リ直チニ消滅スルモノ

ニアラスト雖モ若シ其僞造又ハ變造ナルコトヲ主張シ其證書ノ眞否確定ノ申立ヲ爲シタルトキハ裁判所ハ其證書ノ眞否ヲ確定スル爲メ中間判決ヲ爲スヘキモノナルヲ以テ若シ當事者カ眞實ニ背キテ其證書ノ僞造又ハ變造ヲ主張シ其主張者ニ惡意又ハ重過失ノ責アリシ場合ニ於テハ裁判所ハ之ニ對シ五十圓以下ノ過料ヲ言渡スヘキモノトス(三五五條一項)私署證書ニ於テハ當事者ノ認否ニ依リ其證據力ニ關係ヲ及ホスヘキモノナルヲ以テ當事者カ其眞實ニ背キテ私署證書ノ眞正ヲ爭ヒタル場合ニ於テハ右公正證書ニ關スル場合ヨリモ其過料輕キモノナリ即チ裁判所ハ二十圓以下ノ過料ヲ言渡スヘキモノトス(三五五條二項)

第四項　檢證

檢證トハ裁判官カ自己ノ五官ノ感能ニ依リテ係爭ノ事實ヲ實驗スルコトヲ謂フ其實驗ハ裁判所内ニ於テスルト裁判所外ニ於テスルトヲ問ハス裁判所外ニ於テ檢證ヲ爲ストキハ裁判所ニ移送スルコトヲ得サル物件ヲ檢證スルノ必要アル場合ニシテ裁判官自ラ其物件ノ所在地ニ臨ミテ檢閲スルモノ之ヲ臨檢ト謂フ例ヘハ不動産ノ境界又ハ不動産工事ノ執行ニ關スル爭等ノ如シ檢證ノ目的トナルモノハ形體ヲ備ヘタル動産若クハ不動産ニシテ裁判官ハ其動産若クハ不動産ヲ直接ニ實驗シ爭トナリタル事實ノ形狀又ハ實體ヲ實驗スルモノナルカ故ニ廣義ニ於テ檢證ト謂フトキハ證書モ亦檢證ノ目的物トナルカ如シ然レトモ證書ハ其物體ニ表出セル主旨カ證明ノ材料ト爲ルモノニシテ檢證ハ其目的物ノ形體自體カ證明ノ材料ト爲ルモノナリ故ニ檢證ノ目的トナルモノハ證書ノ意義ヲ有シタル有體物ヲ取リ除キタル渾ヘテ物件ヲ謂フナリ檢證ハ裁判官カ實驗ヲ爲スコトヲ稱スルモノニシテ從テ其事物ヲ檢閲シ又ハ檢定ヲ爲スコトハ所謂證據調ナリトス

檢證ハ鑑定ノ如ク裁判所ノ職權ヲ以テシ又ハ申立ニ因リテ之ヲ爲スコトヲ得ヘキモノニシテ檢證ノ手續ハ左ノ如シ

一　檢證ノ申立ヲ爲スニハ檢證ノ目的物ヲ表示シ且其檢證ニ依リ如何ナル事實ヲ立證スヘキモノナルヤヲ開示シテ之ヲ爲サヽルヘカラス(三五七條)

二　檢證ノ申立アリタルトキハ裁判所ハ檢證ヲ爲スヘキヤ否ヤヲ決定シ檢證ヲ爲スニ際シテ受訴裁判所全員若クハ受命判事ヲシテ檢證物ノ檢證ヲ爲スコトヲ得ヘシ而シテ檢證ノ目的物カ遠隔ノ地ニ存在スルトキハ其所在地ノ區裁判所ニ囑託シテ檢證ヲ爲スコトヲ得ヘク又或場合ニ於テ受訴裁判所カ檢證物ニ付テ正當ナル判斷ヲ爲スコトヲ得サルモノト認メタルトキハ檢證ヲ爲スニ際シ職權ヲ以テ其補助トシテ鑑定人ヲ立會ハシメ目的物ヲ鑑定セシムルコトヲ得又受命判事若クハ受託判事ヲシテ檢證ヲ爲サシムルトキハ其鑑定人ノ任命ヲ受命判事若クハ受託判事ニ委任スルコトヲ得(三五八條)

三　檢證ヲ爲スノ際ニ發見シタル事項ハ調書ニ記載シテ之ヲ明確ナラシメ又必要ト認メタル

場合ニ於テハ調書ノ附錄トシテ添付スヘキ圖面ヲ作製シ之ヲ明確ナラシメサルヘカラス若シ既ニ訴訟記錄中ニ檢證ノ目的物タル圖面ノ存在スルトキハ其圖面ヲ檢證ノ目的物ト對照シテ必要ナル場合即チ誤謬アルトキハ其圖面ノ更正ヲ為スヘキナリ（三五九條）

第五項　當事者本人ノ訊問

當事者本人ノ訊問トハ法律上代理人若クハ訴訟代理人ニ依リテ訴訟ヲ為ス場合ニ於テ其申立タル渾ヘテノ證據ヲ取調ヘタル結果ニ因リ尚ホ係爭事實ノ眞否ニ付テ裁判所カ心證ヲ得サル場合ニ其係爭事實ノ眞否ニ關スル心證ヲ補ハンカ為メニ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ原告若クハ被告本人ヲ訊問スルヲ謂フ（三六〇條）當事者本人ヲ訊問スルニ付テハ訴訟法ニ於テ二ノ形式ヲ認メラレタリ一ハ第一一四條ノ規定ニシテ事件ノ關係ヲ明瞭ナラシムルカ為メニ原告若クハ被告ノ自身出頭ヲ命スルモノニシテ他ノ一ハ證據方法トシテ本人訊問ヲ為ス場合ナリ此二者ノ異ナル點ヲ擧クレハ

一　一ハ證據方法ニアラスシテ一ハ證據方法ニ屬ス

二　第一一四條ノ場合ハ裁判所カ職權ヲ以テ何時ニテモ訊問ヲ為スコトヲ得ルモノナレトモ證據方法ノ場合ハ渾テノ證據ヲ取調ヘタル後ナラサルヘカラス

三　第一一四條ノ場合ハ當事者本人カ出頭セサル場合ニ於テモ之カ為メニ當事者ハ不利益ノ推定ヲ受クルモノニアラス之ニ反シテ證據方法ノ場合ニ於テハ不利益ノ推定ヲ受クルモノナリ」

證據方法トシテ當事者本人ヲ訊問スヘキ手續ハ左ノ如シ

甲　裁判所ハ當事者本人ノ訊問ヲ必要ト認メタルトキハ原告若クハ被告ヲ訊問スヘキコトヲ決定ヲ以テ裁判シ若シ其訊問スヘキ當事者カ決定ノ言渡ノ際在廷スル場合ニ於テハ其期日ニ於テ直チニ之ヲ訊問スルヲ以テ通例トシ若シ原告又ハ被告カ在廷セサル場合ニ於テハ特ニ證據調ノ期日ヲ定メ當事者本人ニ其期日ニ出頭スヘキコトヲ命スルモノナリ而シテ其期日ニ於テ訊問ヲ受クヘキ當事者カ充分ナル理由ナクシテ供述ヲ為スコトヲ拒ミ又ハ出頭スヘキコトヲ命セラレタル訊問期日ニ充分ナル理由ナクシテ出頭セサル場合ニ於テハ裁判所ハ其意見ヲ以テ相手方カ本人訊問ニ依リテ證明セントスル事項ヲ眞實ナリト認定スルコトヲ得ルモノトス（三六一條、三六三條）

乙　當事者本人訊問ノ方式ハ宣誓ヲ為サシメサル證人ト同一ノ方式ニ從フモノナリ訊問ヲ受クル當事者カ自己ノ供述ニ換ヘテ書類ヲ朗讀シ若クハ覺書ヲ用キルコトヲ得ス若シ之ヲ許ストキハ事實ノ眞相ヲ發見スルニ妨害アレハナリ然レトモ金錢又ハ物品等ノ數量ヲ供述スルカ如キ場合ニ於テハ絶對ニ之ヲ禁スルトキハ却テ數額ニ違算ヲ生シ眞實ノ供述ヲ完全ナラシムル能ハサルカ故ニ此等ノ事項ニ付テハ覺書ヲ用キルコトヲ得セシメタリ（三六二條）

丙　訴訟無能力者カ訴訟ノ主體ナル場合ニハ本人訊問ヲ為スニ付テ法定代理人若クハ訴訟無

能力者ヲ訊問スヘキヤ否ヤヲ決定シ若シ法定代理人數人アリタルトキハ其一人ヲ訊問スヘキヤ若クハ數人ヲ訊問スヘキヤヲ決定シ且又法律上代理人ヲ訊問スルヨリモ寧ロ訴訟無能力者ヲ訊問スルヲ適當トスルコトアリ此場合ニ於テモ法定代理人ト共ニ訴訟無能力者ヲ訊問スヘキヤ否ヤヲ決定スヘキモノニシテ其決定ハ一ニ裁判所ノ職權ニ屬シ裁判所カ必要ト認メタルトキハ訴訟無能力者又ハ法定代理人ノ全員ヲ訊問スルコトヲ得ルモノナリ（三六四條）

第五款　證據保全

證據保全トハ訴訟上ニ於テ當事者カ利用セントスル證據方法ノ紛失又ハ之ヲ使用シ難キ恐アル場合ニ於テ證據調ヲ爲シ證據原因ヲ保存スルコトヲ謂フ是ニ由テ之ヲ觀レハ訴訟ノ繫屬前若クハ訴訟カ證據調ノ限度ニ達セサル以前ニ於テ爲ス證據調ヲ謂フモノナルコト明カナリ訴訟提起以前若クハ訴訟ノ提起後其進行中ト雖モ證據調ノ程度ニ達セサル以前ニ於テハ證據方法ノ必要アリヤ否ヤハ未定ノ問題ニ屬ス然リト雖モ證據方法ノ必要不必要カ未定ノ問題ナリトノ理由ヲ以テ證據調ヲ許サヽルトキハ他日證據調ノ必要ヲ生シタル場合ニ於テ既ニ其證據方法ヲ失ヒ遂ニ當事者ハ其證據方法ヲ利用スルヲ得サルコトナシトセス故ニ其消滅ノ恐アル證據方法ニ付テハ豫メ證據調ヲ爲シテ其證據原因ヲ保存スル方法ノ必要アリ即チ證據保全ノ手續ハ此必要ニ基キテ訴訟法カ認メタルモノナリ之ヲ要スルニ證據保全ハ證據調ノ程度ニ達セサル以前證據方法紛失ノ恐アル場合ニ於テ其證據原因ヲ保存スルコトヲ目的トスル一ノ證據手續ナリトス

第一　證據保全手續ノ要件ハ左ノ如シ

一　證據方法ヲ紛失スルノ恐アルトキ若クハ其證據方法ヲ使用シ難キニ至ルノ恐アル場合ナルコトヲ要ス　證據方法ノ紛失若クハ使用シ難キノ恐アルトキハ自然ノ出來事タルト人爲ニ因ル場合タルトヲ問ハサルナリ例ヘハ檢證物カ腐敗スヘキ恐アル場合又ハ其相手方カ證據方法ヲ消滅セントスルノ危險アルトキヲ謂フ而シテ此條件ハ相手方ノ承諾ナキ場合ニ限リ必要トスルモノニシテ若シ相手方カ證據保全ヲ爲スコトニ付テ承諾ヲ爲シタル場合ニ於テハ證據方法ノ紛失若クハ使用シ難キノ恐アルコトヲ必要トセサルナリ（三六五條、三七一條）何故ニ相手方カ承諾ヲ爲シタルトキハ此等ノ要件ヲ必要トセサルヤト云フニ訴訟ノ完結ヲ速ナラシムルノ利益アルヲ以テナリ訴訟ノ繫屬前若クハ訴訟ノ繫屬後ニ於テモ適當ノ時期ニ於テ證據調ヲ爲シタル場合ニ於テハ口頭辯論ニ於テ直チニ其證據ヲ使用スルノ利益ヲ有シ辯論ノ中途ニ於テ繁雜ナル證據調ヲ爲スノ手續ヲ省略スルコトヲ得ルヲ以テナリ

二　證據調保全ノ方法ハ證人若クハ鑑定人ノ訊問又ハ檢證ノ方法ニ依ルコトヲ要ス　故ニ他ノ證據方法ヲ用ユルコトヲ許サス例ヘハ證人カ病危篤ニ迫レルトキニ際シテ訊問ヲ爲スカ如キ又ハ檢證物カ日時ノ經過ニ依リテ其形狀ニ變更ヲ來スヘキトキノ如キ等是ナリ

0371

第二　證據保全ノ手續ハ左ノ如シ

一　證據保全ハ當事者ノ申請ニ因リテ爲スモノナリ故ニ職權ヲ以テ爲スコトヲ得ス而シテ申請ヲ爲スニ付テハ書面又ハ口頭ヲ以テ其管轄裁判所ニ爲スヘキモノニシテ申請ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ必要トス（三六七條三六六條）

甲　相手方ノ表示　若シ訴訟ノ繫屬前ニ於テ證據保全ノ申立人カ相手方ヲ指定セサル場合ニ於テハ申立人カ自己ノ過失ニアラスシテ相手方ヲ指定スルコト能ハサルコトヲ疏明シタル場合ニ限リ相手方ノ表示ヲ缺クコトヲ許スノミ其他ノ場合ニ於テハ相手方ヲ表示セサルコトヲ得ス

乙　證據調ヲ爲スヘキ事實ノ表示　如何ナル事實ニ付テ證明ヲ爲サント欲スルカノ事實ヲ表示スルヲ謂フ

丙　如何ナル證據方法ニ依リテ證據保全ノ手續ヲ爲スヘキヤノ表示

丁　證據方法ヲ紛失スルノ恐アリ又ハ使用シ難キノ恐アル理由ヲ表示シ且此理由ヲ疏明スルコトヲ要ス　但相手方ノ承諾ニ依リテ證據保全ノ申立ヲ爲ス場合ニハ此等ハ要件ニアラサルヲ以テ此事項ヲ缺クモ違法ナラス此場合ニ於テハ相手方ノ承諾アル旨ヲ表示スルコトヲ必要トナス（三六二條、三七二條一項、三七一條）

二　證書保全ノ申請ハ訴訟カ既ニ繫屬セル場合ニ於テハ受訴裁判所ニ爲スヘキモノニシテ訴訟カ未タ繫屬セサル場合ニ於テハ證人又ハ鑑定人ノ現在地或ハ檢證スヘキ目的物ノ存在スル地ヲ管轄スル區裁判所ニ爲スヘキモノナリ而シテ訴訟カ受訴裁判所ニ繫屬シタル場合ト雖モ緊急ノ必要アル場合ニ於テハ又證人、鑑定人ノ現在地若クハ檢證物ノ所在地ノ區裁判所ニ申請ヲ爲スコトヲ得（三六六條）

三　證據保全ノ申請アリタルトキハ其裁判所ハ口頭辯論ヲ爲スコトヲ必要ト認メタル場合ニハ相手方ヲ呼出シテ口頭辯論ヲ爲サシメ若シ口頭辯論ヲ必要ト認メサルトキハ辯論ヲ經スシテ裁判ヲ爲スヘキモノニシテ其裁判ハ申請ヲ許容スルト否トニ拘ハラス決定ヲ以テ之ヲ爲シ申請ヲ許容スル決定ニハ如何ナル事實ニ付テ證據調ヲ爲スヘキコト及ヒ證據調ヲ爲スヘキ證據方法殊ニ訊問スヘキ證人若クハ鑑定人ノ氏名ヲ記載セサルヘカラス而シテ申請ヲ許容スルト否トハ一ニ裁判所ノ職權ニ屬シ申請ヲ許容セサル決定ニ對シテハ抗告ヲ以テ不服ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘク申請ヲ許容シタル決定ニ對シテハ不服ノ申立ヲ爲スコトヲ得ス（三六八條）申請人ノ相手方カ不明ナル場合ニ於テ證據保全ノ申請ヲ採用シタル場合ニハ其知レサル相手方ノ權利防衛ノ爲メニ臨時代理人ヲ選任スルコトヲ得ヘキモノナリ然レトモ常ニ臨時代理人ノ選任ヲ爲ササルヘカラサルニアラス裁判所ニ於テ其必要ヲ認メサル場合ニ於テハ之カ選任ヲ爲スニ及ハス要スルニ裁判所ノ意見ニ因リ選任スヘキモノトス（三七二條二項）

四　證據保全ニ付キ證據調ヲ爲スヘキ期日ニ於テハ申請人ヲ呼出シ且證據保全ヲ許容スル決定及ヒ證據保全ノ申請ノ謄本ヲ相手方又ハ裁判所ノ選任シタル臨時代理人ニ送達シテ此等ノ者ヲ期日ニ呼出サヽルヘカラス但證據保全ノ手續ヲ爲スコトカ急速ヲ要スル場合ナルトキハ相手方若クハ臨時代理人ヲ呼出スコトヲ得サル場合ト雖モ證據調ヲ爲スコトヲ妨クルコトナシ（三六九條）

五　證據調ヲ爲シタル調書ハ其裁判所ニ之ヲ保存シ訴訟當事者ハ其調書ヲ使用スルノ權利ヲ有ス一度證據保全ノ手續ヲ爲シタル後ト雖モ受訴裁判所ニ於テ其手續ヲ不完全ト認メタル場合ニ於テハ當事者ノ申立若クハ其職權ニ因リテ再ヒ證據調ノ手續ヲ爲スコトヲ得ヘク或ハ前ニ爲シタル證據調ノ不足ヲ發見シタルトキハ其部分ヲ補充スルコトヲ得ルモノナリ此他證據調ニ付テハ一般ノ證據調ニ適用スヘキ規定ニ依リテ之ヲ爲ス即チ證人鑑定人及ヒ檢證ノ規定竝ニ證據調ニ關スル總則ノ規定ヲ適用スヘキモノナリ（三七〇條）

第七節　裁判

裁判トハ訴訟上ノ手續ニ關スルモノナルト當事者ノ權利上ノ爭點ニ關スルモノナルトヲ問ハス裁判所若クハ裁判官カ當事者若クハ第三者ニ對シテ爲ス宣言ヲ謂フ裁判ハ唯リ當事者ニ對スルノミナラス訴訟ニ關係シタル第三者ニ對シテ下スコトアリ裁判ニハ裁判所ノ爲ス宣言アリ裁判官ノ爲ス宣言アリ故ニ裁判ナル事項ニ對シ總括的ニ定義ヲ下ストキハ裁判所若クハ裁判官ノ爲ス宣言ト謂フコトヲ得ヘシ裁判官トハ裁判長受命判事受託判事ナリ故ニ裁判ノ意義ヲ具體的ニ言ヘハ裁判長受命判事受託判事及ヒ裁判所ノ宣言ナリ獨逸民事訴訟法ニ於テハ裁判所書記カ當事者若クハ第三者ニ對シテ爲ス所ノ宣言モ亦裁判ナリトセリ我民事訴訟法ニ於テハ裁判所書記ノ爲ス所ノ宣言ハ之ヲ處分ト稱シ裁判ト云ハス（四六五條參照）隨テ獨逸訴訟法ニ於テハ裁判ヲ爲ス機關ハ裁判所、裁判官及ヒ裁判所書記ナリト雖モ我邦ニ於テハ唯リ裁判所及ヒ裁判官ノミトス

裁判ハ之ヲ區別シテ判決、決定及ヒ命令ノ三ト爲ス判決トハ民事訴訟法第一三〇條ニ規定セル如ク必要的口頭辯論ニ基キテ爲ス所ノ裁判所ノ宣言ヲ謂フ其宣言ヲ爲ス內容カ當事者ノ實體上ノ權利ニ關スルモノナルト又訴訟上ノ權利ニ關スルモノナルトヲ問ハス必要的口頭辯論ニ基キテ爲ス裁判所ノ宣言ハ總テ之ヲ判決ト稱スルナリ決定トハ裁判ノ內容如何ヲ問ハス裁判所カ書面ニ依リ若クハ任意的ノ口頭辯論ニ基キテ爲ス宣言ヲ謂ヒ其裁判ノ內容即チ實質カ當事者ノ權利ニ關スルモノナルト又訴訟上ノ事項ニ關スルモノナルトヲ問ハサルナリ命令トハ其內容如何ヲ問ハス裁判官ノ爲ス所ノ宣言ナリ命令ハ口頭辯論ニ基キテ爲スコトアリ又書面審理ニ基キテ爲スコトアリ而シテ判決決定及ヒ命令ノ三者ヲ區別スル標準如何ト云フニ判決ト決定トハ共ニ裁判所ノ爲ス所ノ宣言ニシテ命令ハ裁判官即チ裁判長、受命判事、受託判事ノ爲ス所ノ宣言ナ

リ此點ヲ以テ命令ト判決、決定トノ區別ヲ明カニスルコトヲ得ヘシ判決ト決定トノ區別ハ必要的口頭辯論ニ基キテ爲シタル宣言ハ判決ニシテ任意的ノ口頭辯論若クハ書面審理ニ基キテ爲シタル宣言ハ決定ナリ判決ハ主トシテ當事者ノ實體上ノ請求若クハ訴訟上ノ權利ニ關シテ言渡ス所ノモノナリ例ヘハ請求ノ原因ヲ變更シタリヤ否ヤニ付キ中間判決ヲ下スカ如キハ單ニ訴訟上ニ於ケル問題ニ付テノ判決ナリ然レトモ判決ハ常ニ實體法上若クハ訴訟法上ノ權利ニ付キ下ス所ノ裁判ナリト謂フコトヲ得ス例ヘハ裁判ノ眞否ヲ確定スル中間判決ノ如シ決定ハ主トシテ訴訟指揮ニ關スル裁判ナルモ常ニ必スシモ訴訟指揮ニ關スル手續上ノ裁判ナリト謂フコトヲ得ス例ヘハ證人ニ對シテ罰金ヲ言渡ス決定又ハ特別代理人ヲ選任スルノ決定ノ如キ强制執行ノ手續ニ於テ爲ス競落許可決定ノ如キハ實體上ノ權利ニ付キ爲シタル宣言ナリ是ニ由リテ之ヲ觀レハ判決ト決定トノ區別ノ標準ハ之ヲ其實質ニ求ムヘカラスシテ形式上ノ區別ニ止マル必要的口頭辯論ニ基キテ爲ス裁判所ノ宣言ハ之ヲ判決トシ任意的口頭辯論若クハ書面ニ基キテ爲ス裁判所ノ宣言ハ之ヲ決定ナリト謂フヘキナリ但例外トシテ假差押假處分手續ニ付キ任意的口頭辯論ヲ經テ裁判ヲ爲ストキハ其裁判ハ判決ヲ以テ之ヲ爲ス是レ唯一ノ例外ニ屬スルモノトス（七四二條七五六條）之ヲ效力ノ點ヨリ區別スレハ判決ハ其判決ヲ爲シタル裁判所ヲ羈束シ一旦判決ヲ言渡シタル以上ハ其後ニ於テ自ラ其判決ノ不當ナル點ヲ發見スルモ其判決ヲ取消シ若クハ變更シ又ハ牴觸シタル裁判ヲ爲スコトヲ得ス（二四〇條）之ニ反シテ決定ハ裁判所カ自己ノ爲シタル決定ヲ不當ト認メタル場合ニハ後日ニ至リテ之ヲ取消シ又ハ變更スルコトヲ妨ケス是レ第二九五條、第四五九條等ノ規定ニ據リテ推知スルニ難カラス即チ第二九五條ノ規定ニ依レハ證人ニ對シテ罰金ヲ言渡シタルモ後日其不當ナルコトヲ發見シタルトキハ裁判所ハ其決定ヲ取消スコトヲ得ヘク又第四五九條ノ規定ニ依レハ決定ニ對シテ抗告アリタル場合ニ於テ其抗告ニ據リ裁判所又ハ裁判長カ自己ノ決定ノ不當ナルコトヲ發見シタルトキハ自ラ其裁判ヲ取消スコトヲ得ルモノトス是レ判決決定ノ效力ノ點ヨリ觀察シタル區別ニシテ此他ニ於テハ二者毫モ區別ナキナリ

右三種ノ裁判中先ツ判決ニ就テ說明シ次ニ決定、命令ニ及ハントス

第一款　判決ノ種別

判決ハ左ノ如ク區別スルコトヲ得ヘシ

第一　對審判決及ヒ闕席判決

對審判決トハ訴訟事件ニ付テ當事者雙方ノ口頭辯論ヲ經テ爲ス判決ヲ謂フヲ通例トス然レトモ必スシモ常ニ當事者雙方ノ口頭辯論ニ基ツクモノナルコトヲ要セス當事者一方ノ口頭辯論ニ依テモ相手方ニ懈怠ノ結果ヲ被ムラシメサル判決ハ之ヲ對席判決ト謂フヘキナリ

闕席判決トハ當事者ノ一方ニ懈怠ノ結果ヲ被ムラシムル判決ナリ即チ當事者雙方カ口頭辯論

期日ニ出頭シタルト否トヲ問ハス其一方ノミカ口頭辯論ヲ爲シタル場合ニ於テ其口頭辯論ニ基ツキ法律上懈怠ノ結果ヲ口頭辯論ヲ爲サヽル當事者ニ被ムラシムル判決ヲ闕席判決ト謂フヘキモノニシテ縦令當事者ノ一方ノミ出頭シテ口頭辯論ヲ爲スモ出頭セサル當事者ニ懈怠ノ結果ヲ被ムラシメサル判決ハ闕席判決ニアラサルナリ

第二　終局判決及ヒ中間判決

終局判決トハ本訴又ハ反訴ノ請求ニ付テノ全部若クハ一部ニ付テ下シタル判決ニシテ其裁判シタル部分ニ付キ訴訟事件ヲ其審級ニ於テ完結スルモノヲ謂フナリ即チ訴訟事件ノ全部又ハ一分其審級ニ於ケル審理ヲ完結スル判決ニシテ其裁判セラレタル事項ハ實體上ノ請求ニ關スルモノナルト若クハ訴訟上ノ原因ニ基ツクモノナルトヲ問ハサルモノナリ例ヘハ妨訴抗辯ヲ理由アリトシテ訴訟ヲ却下スル判決ノ如キ或ハ故障、控訴若クハ上告ヲ訴訟法上ノ原因ニ基ツキ棄却スルモノナルトヲ問ハス又實體上ノ請求中ノ一部分ニ付テ其當否ヲ判斷セシモノナルト其全部ニ付テ判斷シタルモノナルトヲ問ハサルモノナリ

控訴裁判所、上告裁判所カ事件ヲ差戻ス判決モ亦其審級ニ於ケル訴訟ヲ完結スルモノナルカ故ニ之ヲ終局判決ト謂ハサルヘカラス

終局判決ハ之ヲ全部ノ終局判決ト一分ノ終局判決トノ二ニ區別スルコトヲ得

全部ノ終局判決トハ訴訟事件ノ全部ヲ完結セシムルモノニシテ一分ノ終局判決トハ訴訟事件ノ一分ヲ完結セシムルモノナリ而シテ一分ノ終局判決アリタルトキニハ其部分ノ訴訟物ハ其審級ヨリ離脱スレトモ他ノ部分ニ付テハ依然其審級ニ繫屬シ訴訟手續ハ進行スルモノナリ此一部判決ニ對シテ獨立シテハ上訴ヲ爲スコトヲ得ヘク又其判決ハ獨立シテ確定力ヲ生スルモノナリ而シテ一部ノ終局判決ヲ爲シ得ヘキ場合ハ左ノ如シ

一　主觀的若クハ客觀的ノ併合ノ場合ニ於テ一ノ訴ヲ主張シタル數個ノ請求中ノ一個カ裁判ヲ爲スニ熟シタルトキ

二　反訴ノ提起アリタル場合ニ於ヲ本訴ノミ若クハ反訴ノミ裁判ヲ爲スニ熟シタルトキ

三　本訴又ハ反訴請求中ノ一個カ裁判ヲ爲スニ熟シタルトキ

四　本訴又ハ反訴トシテ主張シタル一個ノ請求中ノ一分カ裁判ヲ爲スニ熟シタル場合ニ於テ其請求カ實體法ノ規定ニ從ヒ可分ナルトキ

右四個ノ場合ニ於テハ裁判所ハ一分ノ終局判決ヲ爲スコトヲ得ルモノナリト雖モ必スシモ之ヲ爲スコトヲ要スルモノニアラス唯裁判所ハ其意見ニ依リ一部ノ終局判決ヲ爲スコトヲ得ルモノタルニ過キス（二二六條）

第一一八條ニ從ヒ裁判所カ一個ノ訴ニ於テ主張シタル數個ノ請求又ハ本訴及ヒ反訴ニ付テ辯論ヲ分離シタル場合ニ於テ其請求ノ一個又ハ本訴若クハ反訴ノミニ付テ爲ス判決ハ一部ノ終局判決ト稱スヘキモノニアラス何トナレハ此場合ニ於テハ數個ノ訴訟カ存在スルモノナレハ

ナリ又第二二五條第二項ノ規定ノ場合モ數個ノ訴訟カ存在スルモノナルヲ以テ此場合ニ於ケル併合シタル一ノ訴ニ對スル裁判モ全部ノ終局判決ナリトス

中間判決トハ終局判決ヲ爲スノ準備トシテ訴訟ノ爭點ニ付キ爲ス判決ナリ從テ訴訟ノ全部又ハ一分ヲ完結スルノミニアラス中間判決ニハ當事者間ニ於ケル中間判決ト當事者及ヒ第三者ニ對シテ言渡ス中間判決トノ二種アリ當事者及ヒ第三者ニ對シテ言渡ス中間判決トハ第三者カ從參加トシテ訴訟ニ附隨シ當事者雙方ノ承諾ヲ得テ訴訟ヲ擔任スル場合ニ於テ申立ニ因リ原告又ハ被告ヲ訴訟ヨリ脫退セシムル判決ヲ謂フモノナリ(五八條)．

而シテ當事者間ニ於ケル中間判決ハ次ニ述フル場合ニ於テ爲スコトヲ得ルモノトス

一　各個ノ獨立ナル攻擊、防禦ノ方法カ裁判ヲ爲スニ熟シタルトキ（二二七條）獨立ナル攻擊、防禦ノ方法トハ主張スル請求ノ存在スルヤ否ヤヲ推斷スル爲メニ用ヰル當事者ノ事實上ノ陳述ニシテ其事實ニ付テ他ノ訴訟材料ニ關セス獨立ナル判決ヲ爲スニ足ルヘキモノヲ謂フナリ故ニ實體上ニ關スルト訴訟條件ニ關スルトヲ問ハス苟モ提出セラレタル事實ニシテ其事實ノ當否ニ依リ訴訟事件全體ニ付テノ判決ヲ爲スニ足ルヘキモノヲ謂フナリ例ヘハ訴訟條件ノ欠缺故障ノ申立若クハ上訴申立ノ適否等ノ如キ是ナリ

二　中間ノ爭カ裁判ヲ爲スニ熟シタル場合　中間ノ爭トハ獨立ナル攻擊防禦ノ方法ニ屬セサル訴訟手續上ノ爭ニシテ其爭ヲ判斷スルニアラサレハ訴訟手續ヲ進行スルコトヲ得サルモノヲ指稱ス然レトモ訴訟手續上ノ爭ナルモ決定ヲ以テ裁判スヘキモノハ此內ニ包含セラレサルモノトス即チ例ヘハ時機ニ後レテ證據方法ノ申出アリタルトキハ相手方ノ申立ニ因リ其證據方法ヲ却下スルコトヲ得ヘシト雖モ其却下ヲ爲スヘキヤ否ヤニ付キ爭ヲ生シタルトキ（二一〇條）ノ如キ又擧證者ノ相手方カ證據提出ノ義務ニ關シテ爭ヲ爲シタルトキ（三三六條）ノ如キハ所謂中間ノ爭ニシテ其爭ヲ決センニハ中間判決ヲ爲スコトヲ要スルモノナリ

三　請求ノ原因及ヒ數額ニ付テ爭アル場合ニ於テ先ツ其原因ノミニ付テ裁判ヲ爲スヘキトキ（二二八條）請求ノ原因ノミニ付テ裁判ヲ爲ス場合ハ請求ノ原因ト數額トニ付キ爭ノアルコトヲ必要トナスモノニシテ原因ニ於テ爭ナキカ又ハ數額ニ於テ爭ナキトキハ其請求ノ原因ノミニ付キ中間判決ヲ爲スヘキモノニアラス

請求ノ原因ト數額トニ付キ辯論裁判ヲ分離シタルトキニ於テ請求ノ原因ナシトスル判決ハ原告ノ訴ヲ却下スルモノナルカ故ニ終局判決タルヤ勿論ナリ然レトモ請求ノ原因アリトスル判決ハ更ニ進ンテ數額ニ付テノ辯論ヲ爲スヘキモノナルカ故ニ中間判決ナリトス

第一審ニ於テ請求、原因アリトノ判決ヲ爲スモ上級審ニ於テ此判決ヲ不當ト認メラレタルトキハ後ニ第一審ニ於テ數額ニ付テノ辯論ヲ爲スモ其手續ハ全ク無效トナルヘキヲ以テ從テ原因アリトスル判決ハ獨立シテ上訴スルコトヲ得ルモノトセリ而シテ其判決ノ確定マテ

ハ數額ニ付テノ辯論手續ヲ中止スヘキモノナリ然レトモ裁判所ハ當事者ノ申立ニ依リ數額ニ付テノ辯論ヲ爲スヘキコトヲ命スルヲ得ルハ前述セル妨訴抗辯ヲ棄却スル判決ノ場合ト同一ナリトス（二一二八條）

右ニ述ヘタル數額ノ場合ノ外證書ノ眞否確定ノ裁判（三五一條）證書訴訟又ハ爲替訴訟ニ於テ被告ニ權利行使ヲ留保スル裁判（四九一條）控訴審ニ於テ權利行使ヲ留保シテ防禦方法ヲ却下スル裁判（四二六條）及ヒ妨訴抗辯棄却ノ判決ハ共ニ中間判決ナリトス

第二款　判決ヲ爲ス條件

判決ヲ爲スノ必要條件トシテハ形式上及ヒ實體上ノ區別アリ即チ左ノ如シ

第一　形式上ノ條件

形式上ノ條件トシテハ訴訟事件ニ付キ口頭辯論ヲ經タルコトヲ必要トス（一〇三條）判決ハ口頭辯論ニ基ツクモノナルカ故ニ訴訟事件ニ付テ口頭辯論ヲ爲サヽル場合ニ於テハ判決ヲ爲スコトヲ得ス其結果トシテ判決ハ其基本タル口頭辯論ニ臨席シタル判事ニ限リ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス（二三二條）

判決ノ基本タル口頭辯論トハ判決ノ根據トナルヘキ訴訟材料ニ關シテ爲シタル辯論ヲ謂フモノニシテ從テ此等ノ辯論ノ中途ニ於テ判事ニ更迭アリタル場合ニ於テハ本案ノ口頭辯論ノ全部ヲ更新セサルヘカラス然レトモ證據調若クハ準備手續ノ如キハ判決ノ基本タル辯論ニアラサルヲ以テ之ニ臨席セサル判事モ判決ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ

第二　實體上ノ條件

實體上ノ條件トシテハ訴訟カ裁判ヲ爲スニ熟シタルコトヲ必要トス所謂裁判ヲ爲スニ熟ストハ裁判所カ實體法上若クハ訴訟法上ノ原因ニ基キ訴訟ノ全部若クハ一分ノ判斷ヲ爲スヲ得ルニ至リタル程度ヲ謂フモノナリ（二二五條乃至二二七條）即チ全部ノ終局判決ヲ爲ストキニハ全部カ裁判ヲ爲スニ熟スルコトヲ必要トシ又一部ノ終局判決ヲ爲ストキニハ一部ニ付キ裁判ヲ爲スニ熟シタルコトヲ必要トスルモノナリ又中間判決ヲ爲スニ付テハ前ニ述ヘタル獨立ナル攻擊防禦ノ方法及ヒ中間ノ爭カ裁判ヲ爲スニ熟シタルコトヲ必要トスルモノナリトス

右實體的條件ヲ具備シタルトキハ特ニ當事者ノ申立ヲ待タス裁判所ハ職權ヲ以テ判決ヲ爲スヘキモノトス唯例外トシテ當事者カ請求ノ拋棄又ハ認諾ヲ爲シタルトキハ當事者ノ申立ヲ待テ始メテ判決ヲ爲スヘキモノナリ元來原告カ請求ヲ拋棄シ又ハ被告カ認諾ヲ爲シタルトキハ其訴訟事件ニ付テ裁判所ハ判決ヲ以テ當事者ノ私權ヲ確定スルノ必要ナキヲ以テ法律ハ判決ヲ爲スヲ要セサルモノトシ唯當事者カ後日ノ紛爭ヲ避ケントスルトキハ申立ニヨリ判決ヲ爲スヘキモノトシタル所以ナリ（二二九條）請求ノ認諾ニ付テハ曩キニ論述シタル事ヲ參照スヘシ以下請求ノ拋棄ニ付キ説明ヲ爲スヘシ

一　請求ノ拋棄

請求ノ拋棄ニハ裁判上ノ拋棄及ヒ裁判外ノ拋棄ノ二種アリ而シテ請求ノ拋棄トハ權利ヲ拋棄スルコトヲ謂フモノニシテ裁判外ノ拋棄ハ實體法上ノ問題ニ屬スルモノナルカ故ニ茲ニ之ヲ說明スルノ必要ナシ

裁判上ニ於ケル請求ノ拋棄ト謂フハ訴又ハ反訴ヲ以テ主張シタル權利ノ全部又ハ一分ヲ其訴訟事件ノ口頭辯論ニ於テ拋棄スルヲ指稱ス從テ裁判上ニ於ケル請求ノ拋棄カ效力ヲ生スルニ付テハ左ノ二條件ヲ具フルコトヲ必要トス

甲　請求ノ拋棄ノ意思表示ハ其權利ヲ處分スルノ能力ヲ有スル者カ爲シタルコトヲ要ス

蓋シ所謂請求ノ拋棄ハ單ニ裁判上ニ於テ請求ヲ主張セストノ意思表示ニアラスシテ絕對的ニ其權利ヲ拋棄スル意思表示ナルカ故ニ權利ヲ處分スル能力ヲ有セサル者カ爲シタル請求ノ拋棄ハ何等ノ效力ヲモ生シ得ヘカラサルモノト謂ハサルヘカラス故ニ當事者本人カ行爲能力ヲ有シテ爲シタル請求ノ拋棄ハ有效ナリト雖モ若シ無能力者ノ法定代理人カ訴訟ヲ爲ス場合ニ於テハ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要シ或ハ訴訟代理人ヲ以テ訴訟ヲ爲ス場合ニ於テハ特別委任ヲ受クルニアラサレハ請求ノ拋棄ヲ爲ス權限ナキモノナリ

乙　請求ノ拋棄ハ受訴裁判所ノ口頭辯論又ハ受命判事ノ準備手續ニ於ケル口頭辯論ニ於テ爲シタルモノナラサルヘカラス　故ニ準備書面ニ請求ノ拋棄ヲ爲ス旨ヲ記載スルモ拋棄ノ效力ヲ生スルモノニアラス但請求ノ拋棄ハ相手方ノ面前ニ於テ爲スコトヲ必要トセス又相手方ノ承諾ニ因リ效力ヲ生スヘキモノニアラス即チ請求ノ拋棄ハ原告又ハ反訴ノ原告カ單獨ナル意思表示ヲ以テ有效タルヘキモノナリ

右二個ノ要件ヲ具備スル請求ノ拋棄ハ有效タリ而シテ其拋棄ニ付テハ口頭辯論調書ニ之ヲ明確ニ記載セサルヘカラス（一三〇條）但之ヲ口頭辯論調書ニ明確ニセサルカ爲メニ拋棄ノ效力ニ關係ヲ及ホスヘキモノニアラス即チ判決ノ事實摘示ノ內ニ拋棄ノ事實記載セラレタルトキハ上級審ニ於テモ請求ノ拋棄アリタルコトハ認メラルルモノナリ

請求ノ拋棄又ハ認諾アリタルトキハ裁判所ニ於ケル辯論及ヒ裁判ヲ爲ス必要ヲ生セシメサル結果ヲ生スルモノナリ即チ原告カ自己ノ主張スル權利ヲ拋棄スルカ若クハ被告カ原告ノ主張スル權利ヲ認ムル場合ニ於テハ國家カ强制力ヲ以テ訴ニ於テ主張シタル權利ノ實行ヲ爲サシムルノ必要ナキモノナルヲ以テ此等ノ事項カ訴訟進行中ニ發生シタルトキハ裁判所ハ進ンテ其事件ニ干涉シ口頭辯論ヲ繼續シ判決ヲ爲スコトヲ必要トセサルモノナリ然リト雖モ當事者ニシテ尙ホ國家ノ强制力ニヨリテ義務ノ履行ヲ强制シ又ハ無益ナル訴ヲ爲サシメタル費用ノ賠償ヲ求メント欲スル場合ニ於テハ其申立ニ因リ裁判所ハ判決ヲ爲スヘキモノタリ

請求ノ拋棄又ハ認諾ニ依リ其請求ニ付テ裁判所カ審理裁判スル必要ハ消滅スルモノナリト雖モ此等ノ行爲ニ因リテ絕對ニ其繫屬セル訴訟ヲ完結スルモノニアラス此點ニ付テハ權利拘束

ノ消滅ノ節ニ於テ說明シタル處ヲ參照スヘシ裁判所カ當事者ノ申立ニ因リテ拋棄判決又ハ認諾判決ヲ爲スニ付テハ彼ノ一般ノ場合ニ於テ判決ヲ爲ストキト同シク其訴ニ付キ訴訟條件カ完全ニ存在スルコトヲ必要トス從テ裁判所カ職權ヲ以テ調査スヘキ訴訟條件ノ欠缺アリシトキハ假令當事者ヨリ此等ノ判決ノ申立ヲ爲スモ裁判所ハ原告ノ訴ヲ却下シ又ハ被告ノ反訴ヲ却下スル判決ヲ爲ササルヘカラス唯訴訟條件ノ欠缺ナキトキ始メテ拋棄判決又ハ認諾判決ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ然レトモ拋棄又ハ認諾アリタル場合ニ於テ裁判所ハ果シテ原告ノ請求權ハ存在スルヤ又被告ノ義務ハ存在スルヤ否ヤニ付テ審理スルヲ必要トセス苟モ訴訟條件ノ欠缺ナキトキハ拋棄判決又ハ認諾判決ヲ爲スヲ得ルモノトス

又請求ノ一部ノ拋棄又ハ一部ノ認諾アリタル場合ニ當事者ヨリ判決ヲ受クヘキコトノ申立アリタルトキハ裁判所ハ必ス其一部ニ付テノ判決ヲ言渡ササルヘカラス而シテ普通ノ場合ノ一部判決ハ裁判所ノ意見ニ因リテ言渡スヘキモノナレトモ此場合ノ一部判決ハ裁判所ノ意見ニ因リテ左右スルコトヲ得サルモノトス

第三款　判決ノ內容

判決ハ口頭辯論ヲ經タル凡テノ攻擊防禦ノ方法ヲ包括スルヲ以テ原則トス（二三〇條一項）即チ口頭辯論ニ於テ當事者ノ主張シタル陳述證據並ニ抗辯等ニ付テ各判斷ヲ下ササルヘカラス若シ其一部分ニ付テ判斷ヲ下ササリシトキハ其裁判ハ違法ノ判決ナリ但例外トシテ數個ノ獨立ナル攻擊防禦ノ方法中ニテ其一個ヲ適切ナリト認ムルトキハ其一個ノミニ付キ判斷ヲ爲スモ之カ爲メニ其判決カ違法トナルモノニアラス（二三〇條二項）故ニ數個ノ提出セラレタル抗辯ニ付テ一一判斷ヲ爲サス其一個ノミニ依リ請求ノ當否ヲ判斷シタルトキノ如キハ敢テ違法ト謂フヘキモノニアラス例ヘハ請求ノ原因ト數額トニ付テ爭アリシトキ裁判所カ審理ノ結果請求ノ原因ナシトシテ原因ノ訴ヲ却下スル判決ヲ爲シ其判決ニ於テ數額ニ付キ何等ノ判斷ヲ爲ササルトキト雖モ違法ニアラサルカ如シ

次ニ民事訴訟法ハ不干涉主義ヲ原則トスルヲ以テ當事者ヨリ申立テサル事項ヲ原告又ハ被告ニ歸セシムルコトヲ得ス（二三一條一項）申立テタル事項トハ本訴又ハ反訴ニ於テ請求スル事物ヲ謂フモノニシテ即チ訴狀ニ記載セラレタル一定ノ申立、申立ノ減縮、擴張、法律關係ノ確定ヲ求ムル申立等（一九〇條一九六條及ヒ二一一條）ニシテ裁判所ノ口頭辯論ニ於テ書面ニ基キ朗讀セラレタル判決ヲ受クヘキ事項ノ申立ヲ謂フ而シテ裁判所ハ其申立テタル事物以外ノモノヲ當事者ニ歸セシムル權ナキモノナルカ故ニ例ヘハ離婚ノ訴ニ於テ裁判所ハ其婚姻ノ無效ナルコトヲ認ムルモ其婚姻ヲ無效トスル判決ヲ爲スコトヲ得ス又當事者ヨリ元金千圓ニ付キ年率三分ノ利息ヲ請求シタル場合ニ於テ裁判所ハ被告ニ法定利息ヲ支拂フヘシト命スル判決ヲ爲スコトヲ得サルモノナリ即チ申立テサル事物ヲ當事者ニ歸セシムルノ權ナシト謂フコトハ請求以外

又ハ請求以上ノ事物ヲ當事者ニ歸セシムルコトヲ得サルノ意味ナリ從テ請求以內ノ事物ヲ當事者ニ歸セシムルコトハ違法タルヘキモノニアラス故ニ例ヘハ金千圓ノ請求ヲ起シタルトキニ於テ裁判所ハ金五百圓ノ支拂ヲ被告ニ命シ殘餘ノ五百圓ニ付テハ原告ノ請求ヲ排斥スルコトヲ得ルモノナリ

右不干涉主義ノ原則ハ訴訟費用ノ裁判ニ付テハ適用スルコトヲ得ス（二三一條二項）即チ訴訟費用ノ負擔ニ付テハ當事者ノ申立アルト否トニ關セス裁判ヲ爲スヘキモノナリ蓋シ訴訟費用負擔ノ義務ハ國家カ敗訴者ニ科スル刑罰ト稱スヘキモノニアラス又相手方ニ對スル損害賠償トシテ之ヲ負擔セシムルモノニモアラス唯一私人カ國家ノ機關タル裁判所ヲシテ訴訟ニ付キ裁判ヲ爲サシムルノ必要ヲ生セシメタル事實ニ基ツクモノニシテ公法的ノ性質ヲ有スル義務ニシテ當事者ノ左右スルコトヲ得サルモノナルカ故ニ當事者ノ申立ヲ俟タス裁判スヘキモノトス訴訟費用負擔ノ裁判ハ終局判決ニ爲スヘキモノナレトモ一分判決ヲ爲ス場合ニ於テハ後ノ判決ニ讓ルコトヲ得（二三一條二項）

第四款　判決ノ作成

判決ハ言渡ノ日ヨリ起算シテ七日ノ期間內ニ原本ヲ作成スヘク而シテ其判決ノ原本ハ之ヲ裁判所ノ書記ニ交付スヘキモノトス（二三七條二項）

判決ニハ左ノ諸件ヲ揭クルコトヲ要ス（二三六條）

第一　當事者及ヒ其法律上代理人ノ氏名、身分、職業及ヒ住所

第二　事實及ヒ爭點ノ摘示、但其摘示ハ當事者ノ口頭演述ニ基ツキ殊ニ其提出シタル申立ヲ表示シテ之ヲ爲ス

第三　裁判ノ理由

第四　判決主文

第五　裁判ノ名稱、裁判ヲ爲シタル判事ノ官氏名

判決ノ原本ニハ裁判ヲ爲シタル判事即チ裁判ノ基本タル口頭辯論ニ臨席シ其判決ノ評議ヲ爲シタル判事署名捺印セサルヘカラス而シテ若シ陪席判事カ署名捺印スルニ差支アルトキニハ其理由ヲ開示シテ裁判長其旨ヲ附記シ裁判長差支アルトキハ官等最モ高キ陪席判事之ヲ附記スヘキモノタリ而シテ裁判所書記ハ判決言渡ノ日及ヒ原本領收ノ日ヲ原本ニ附記シ且其附記ニ署名捺印スヘキモノナリ（二三七條）

判決カ未タ言渡サレサルトキ又ハ判決ノ原本ニ裁判官カ署名捺印セサル場合ニ於テハ其正本、抄本及ヒ謄本ヲ當事者ニ付與スルヲ得ス（二三九條一項）裁判所書記ハ判決ノ正本、抄本及ヒ謄本ニ署名捺印シ且裁判所ノ印ヲ捺シテ之ヲ認證スヘキモノナリ（二三九條二項）

第五款　判決ノ言渡

判決ハ言渡ヲ待テ始メテ裁判所ノ外部ニ對シテ判決トシテ成立スルモノナリ故ニ判決ノ言渡ハ判決ノ成立要件ト謂ハサルヘカラス

合議裁判所ニ於テ訴訟事件ニ付テ如何ニ判決ヲ爲スヘキヤノ合議カ確定シタルトキト雖モ未タ其判決ハ外部ニ對シテ成立シタルモノト謂フコトヲ得ス判決言渡前ニ於テハ假令其判決ノ正本、謄本等カ訴訟當事者ニ對シテ送達セラルルモ判決送達ノ效力ヲ生セス從テ其言渡サレサル判決ノ送達ニ因リテ上訴ノ不變期間ノ進行ヲ始ムルモノニアラス尙ホ假令合議裁判所ニ於ケル評議確定シタルトキト雖モ其判決カ言渡サレサル間ハ其判決ヲ爲スヘキ判事ハ隨意ニ其意見ヲ變更スルコトヲ得然レトモ如何ナル判決ヲ爲スヘキヤノ合議確定シタルトキ又單獨判事ノ判決ヲ受ケ意見確定シタルトキハ判決ハ成立シタルモノト爲スコトヲ得ヘシ

判決ノ言渡ハ訴訟事件ニ付テノ口頭辯論ノ終結シタル日又ハ其日ニ於テ評議確定スルコト能ハサル場合等ニ於テハ口頭辯論ヲ終結シタル日ヨリ七日ノ期間內ニ於テ別ニ判決言渡ノ期日ヲ指定シテ之ヲ言渡スヘキモノナリ但此七日ノ期間ハ不變期間ニアラサルヲ以テ假令此期間後ニ於テ言渡ヲ爲スモ爲メニ其判決ノ效力ニ影響ヲ及ホスヘキモノニアラス(一二三三條)

判決ノ言渡ハ判決ノ訴訟當事者ニ對シテ告知スル方式ナリ而シテ其告知ハ受訴裁判所ノ裁判長カ公開シタル法廷ニ於テ之ヲ爲スヘキモノニシテ判決主文ヲ書面ニ記載シ之ヲ朗讀シテ之ヲ爲ス(一二三四條一項)

此ノ如ク判決ノ言渡ハ判決主文ヲ書面ニ記載シ之ニ基ツキテ朗讀スルコトヲ必要トセシハ後ニ判決ノ原本ヲ作成スル場合ニ於テ其原本ニ記載スヘキ主文ト言渡シタル主文ト差異ヲ生セサラシメンカ爲メノ擔保ニ外ナラス然レトモ闕席判決ノ言渡ハ常ニ簡單ニシテ言渡シタル主文ト後ニ原本ニ記載スヘキ主文ト差異ヲ生スヘキ憂ナキモノナルヲ以テ從テ主文ヲ作ルコトヲ必要トセス

判決ノ原由ハ之ヲ言渡スコトヲ必要トセス然レトモ之ヲ當事者ニ告知スルコトヲ至當ト認ムルトキニ於テハ判決ノ言渡ト同時ニ其理由ヲ朗讀シ又ハ口頭ヲ以テ其要領ヲ告知スヘキモノトス(一二三四條二項)

判決ノ言渡ヲ爲ス判事ハ判決ヲ爲シタル判事ト同一人ナルコトヲ必要トセス且又當事者雙方又ハ其一方カ在廷スルト否トニ拘ハラス判決ノ言渡ヲ以テ判決シタル效力ヲ生ス(一二三五條一項)

判決ノ言渡アリテ其判決カ成立シタルトキハ各當事者ハ其判決ノ送達ヲ申立ツルコトヲ得此申立アリタルトキハ判決ノ正本ヲ各當事者ニ送達スヘキモノトス(一二三八條)然レトモ當事者カ此申立ヲ爲ササル以上ハ裁判所ハ判決ヲ送達スヘキモノニアラス判決ノ言渡アリタルトキハ法律ニ特定シタル場合ノ外ハ其判決ニ基ツキ訴訟手續ヲ續行シ又ハ其判決ヲ他ニ使用スルニ付テ

ノ原告若クハ被告ノ權利ハ其判決ノ送達セラレタルト否トニ關係ナシ例ヘハ中間判決ノ言渡アリタルトキハ其中間判決ニ基ツキテ訴訟手續ヲ續行スルコトハ其中間判決ノ送達アリタルト否トニ關係ナシ即チ妨訴抗辯棄却ノ中間判決アリシトキノ如キハ其判決ノ送達アリタルト否トニ拘ハラス本案ノ辯論ニ付テノ申立ヲ爲シ得ルカ如キ是ナリ又假差押假處分判決アリタルトキノ如キハ相手方ニ其判決ノ送達アリタルト否トニ關セス其判決ヲ續行スルコトヲ得ルカ如シ但法律ニ於テ送達ヲ必要トスルモノ即チ故障、控訴、上告ノ期間ノ開始又ハ強制執行ノ手續ノ開始等法律ニ明文アルモノハ判決ノ送達ヲ必要トス（二三五條二項）

第六款　判決ノ更正及ヒ追加

判決ノ原本ニ著シキ誤謬例ヘハ書損、違算等アリタルトキハ裁判所ハ當事者ノ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ何時ニテモ之カ更正ヲ爲スコトヲ得（二四一條一項）而シテ此場合ノ判決ノ更正ハ判決ノ主文タルト理由又ハ事實タルトヲ問ハス其更正ヲ爲シ得ヘキモノナリ

更正ヲ爲スニ付テハ口頭辯論ヲ經スシテ裁判ヲ爲スコトヲ得ヘク其口頭辯論ヲ經タルト否トニ拘ハラス判決ノ更正ヲ爲スヘキヤ否ヤハ必ス決定ヲ以テ裁判スヘキモノナリ而シテ當事者ヨリ更正ノ申立ヲ爲シタルトキニ其申立ヲ却下スル決定ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ許サス是レ蓋シ若シ更正ヲ強ヒテ求メント欲セハ當事者ハ其判決ニ對シ上訴ヲ爲シ以テ其更正ヲ求ムルコトヲ得ルカ故ナリ之ニ反シテ更正ヲ許シタル決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ（二四一條三項）

判決ヲ更正スル裁判ハ判決ノ原本及ヒ正本ニ之ヲ追加シ若シ正本ニ追加スルコトヲ得サル場合ニ於テハ更ニ更正ノ裁判ノ正本ヲ作ルヘキモノナリ（二四三條）右ノ外裁判所ハ主タル請求若クハ附帶ノ請求又ハ訴訟費用ノ全部又ハ其一分ニ付テ裁判ヲ爲スコトヲ脱漏シタルトキハ當事者ノ申立ニ因リテ裁判所ハ判決ヲ補充スル追加裁判ヲ爲スコトヲ得（二四二條一項）

追加裁判ヲ求ムル申立ハ當事者ヨリ判決ノ言渡後直チニ爲スカ又ハ判決ノ正本ヲ送達シタル日ヨリ起算シテ七日ノ期間内ニ之ヲ爲スヘキモノナリ若シ此期間ヲ徒過スルトキハ當事者ハ追加裁判ヲ申立ツル權利ヲ失ヒ新ナル訴ヲ以テスルニアラサレハ脱漏シタル部分ニ付テノ請求ハ裁判ヲ受クルコトヲ得サルニ至ルヘシ（二四二條二項）

追加裁判ノ申立アリタルトキハ即時ニ又ハ新期日ヲ定メテ當事者ニ口頭辯論ヲ爲サシメ更ニ追加裁判ヲ爲スヘク而シテ其口頭辯論ハ訴訟ノ完結セサル部分ニ限リ爲スコトヲ得ルモノトス（二四二條三項）

追加裁判ノ送達アリタルトキハ最初ノ判決ニ對スル上訴期間モ追加裁判ノ送達ヲ以テ始マルモノトス（四〇〇條）

追加裁判ハ一般ノ方式ニ從ヒ之カ言渡ヲ爲スヘク言渡ニ因リテ判決タルノ效力ヲ生スルモノト

ス

第七款　判決ノ效力

第一　判決ノ言渡アリタル場合ニ於テハ其判決カ中間判決ナルト終局判決ナルトヲ問ハス裁判所ハ其判決中ニ包含セラレタル裁判ニ羈束セラルルモノトス（二四〇條）即チ判決ハ言渡ニ依リテ各部ニ對シ判決タル效力ヲ有スルモノナルヲ以テ從テ其言渡後ハ裁判所ハ其判決ノ不當ナルコトヲ發見スルモ之ヲ取消シ又ハ變更スルコトヲ得サルノミナラス中間判決ニ包含シタル裁判ト矛盾シタル判決ヲ將來ニ於テ其訴訟事件ニ付テ爲スコトヲ得サルモノトス但闕席判決ニ對スル故障申立及ヒ再審ヲ求ムル訴ノ提起アリタル場合ニハ其辯論ニ基ツキテ前ノ判決ヲ廢棄又ハ變更スルコトヲ得ルハ例外トス

第二　判決ノ確定力

判決ノ確定力ニ付テハ形式的確定力及ヒ實質的確定力ノ二種ニ區別スルコトヲ得ルモノナリ」形式的ノ確定力トハ判決カ故障又ハ上訴ニ依リ攻擊スルコト能ハサル程度ニ達シタル效力ヲ謂フモノニシテ此確定力ヲ生シ得ヘキ判決ハ終局判決及ヒ終局判決ト同一視スヘキ中間判決ノ二種ニシテ此等ノ判決カ形式的ノ確定力ヲ生スルニハ故障期間又ハ上訴期間ヲ經過シタルトキ又ハ當事者カ上訴故障ヲ爲ス權利ヲ拋棄スルニ因リ生スルモノナリ又上告裁判所ノ判決ハ之ヲ攻擊スル方法ナキヲ以テ其言渡ニ因リ直チニ形式的ノ確定力ヲ生スルモノナリトス

實質的確定力トハ判決カ形式的確定力ヲ生シタル效力トシテ判決事項ニ付キ裁判所及ヒ當事者ヲ羈束スル效力ヲ謂フ即チ判決ニ依リテ確定シタル法律關係ト同一ノ法律關係ニ付キ再ヒ訴ノ起ルトキハ一事不再理ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナリ又判決ノ效力ハ當事者ニノミ及ホスヲ以テ原則トスレトモ或場合ニハ第三者ニモ之ヲ及ホスコトアリ（五二條、六二條四項）」此ノ如ク實質的確定力ヲ生セシムルハ判決カ訴訟事件ノ眞實ト相一致スルモノトナス法律ノ擬制ニ基ツクモノニアラスシテ訴訟事件ニ付テ國家カ權力關係ヲ以テ判定ヲ爲シタルニ基ツク故ニ確定判決ニ付テハ再審ノ原因アルニアラサレハ其不當ヲ訴フルコトヲ得サルモノトス」第二四四條ニ判決ハ其主文ニ包含スルモノニ限リ確定力ヲ有スト其確定シタルハ判決ノ實質的確定力ノ範圍ヲ定メタルモノナリ所謂主文ニ包含シタルモノニ限リ確定力ヲ有ストハ判決ニ包括シタル請求若クハ法律關係タル羈束力ヲ有スルコトヲ意味ス故ニ判決ハ主文ノ文字ノミカ確定力ヲ生スルモノニアラス又其理由ノ全體カ確定力ヲ生スルモノニモアラス而シテ判決カ實質的確定力ヲ生スルハ判決カ訴又ハ反訴ニ於テ主張シタル實體法上ノ法律關係ニ付テナシタルモノナラサルヘカラス

第八款　決定及ヒ命令

判決ニ付テ述ヘタル所ハ決定命令ニ付テモ準用セラル左ニ之ヲ略説スヘシ

第一　口頭辯論ニ基キテ爲シタル決定ハ之ヲ言渡サヽルヘカラス（二四五條一項）故ニ口頭辯論ニ基キテ爲シタル決定ハ右ノ三點ニ於テ判決ト同一ナリトス

一　決定ノ言渡期日ハ判決ト同シク第二三三條ニ從ヒ口頭辯論ノ終結シタル日又ハ其日ヨリ七日ノ期間內ニ於テ指定シタル期日ニ於テ言渡スヘキモノトス

二　口頭辯論ニ基キ言渡シタル決定ハ其言渡ニ依リ效力ヲ生シ且判決ト同シク當事者カ在廷スルト否トヲ問ハス其效力ヲ有スルモノトス（二四五條二項、二三五條）又言渡シタル決定ハ之ヲ相手方ニ送達スルト否トヲ問ハス其決定ニ基キ訴訟手續ヲ續行シ又ハ他ニ其決定ヲ使用スルコトヲ得ルハ判決ノ場合ニ同シ（二三五條二項）

三　判決ハ其言渡前又ハ原本作成以前ニ於テ之ヲ送達スルコトヲ得サルト同シク決定ニ付テモ亦其言渡前又ハ原本作成以前ニハ之ヲ送達スルコトヲ得サルモノトス（二三九條、二四五條二項）

第二　言渡ヲ爲サヽル決定ヲ當事者ニ告知スルカタメニハ裁判所職權ヲ以テ之ヲ當事者ニ送達スヘキモノトス（二四五條三項）言渡ヲ爲サヽル決定ハ如何ナル時ニ於テ決定タル效力ヲ生スルカ學說區區タリ或說ニハ言渡ヲ爲サヽル決定ハ其正本又ハ謄本ヲ裁判ヲ受クル者ニ送達シタルトキニ於テ決定タル效力ヲ生スルモノトス何トナレハ送達前ニ於テハ當事者ハ決定ノ存在ヲ知ラサルモノナレハナリト又他ノ說ニヨレハ決定ハ之ヲ書面ニ作リ其原本ヲ裁判所書記ニ交付スヘキモノニシテ其交付ノ時ニ於テ決定ハ其效力ヲ生スルモノナリ決定ヲ送達ストスフコトハ效力ヲ生シタル決定ノ存在スルニアラサレハ爲シ得ヘカラサルコトナリト後說ヲ正當ト信ス

第三　口頭辯論ニ基キ爲シタル裁判長竝ニ受命判事又ハ受託判事ノ命令ヲ當事者ニ告知スル方式ニ付テハ法律ニ規定スル所ナシ然レトモ決定ニ付テノ規定ヲ準用シテ之ヲ言渡スヘキモノト解釋スルヲ正當トス口頭辯論ニ基カサル命令ハ職權ヲ以テ之ヲ當事者ニ送達スヘキモノトス（二四五條三項）命令成立ノ時期ニ付テハ決定ニ付テ述ヘタル處ト同シ右決定及ヒ命令ニ付テ述ヘタル處ハ第二四五條ノ說明ナリ同條第二項ハ準用シタル規定ニ付テ誤謬アリ即チ第二三四條第二四〇條ハ決定又ハ命令ノ性質ト相容レサル規定ニシテ決定ニ準用スヘキ第二三二條決定及ヒ命令ニ準用スヘキ第二三八條ヲ欠ク蓋シ起案者ハ條文ヲ引照スルニ當テ錯誤アリタルモノナラムカ

第二章　變式手續

第一節　懈怠判決

民事訴訟法ノ原則タル雙方審理主義ヲ絕對ニ適用スヘキモノトセハ常ニ原被兩造カ口頭辯論期

日ニ出頭スルコトナクンハ訴訟審理ノ進行ヲ爲ス能ハサルニ至リ訴訟上不利益ナル當事者ノ一方ハ多クハ其訴訟行爲ヲ懈怠シテ訴訟審理ノ進行及ヒ終局ヲ妨ケ訴訟ヲシテ何時ニテモ裁判所ニ繫屬シ永久ニ完結セサル結果ヲ生セシメ從テ私權保護ハ其目的ヲ達スルコト能ハス當事者一方ノ不利益ヲ被ムルノミナラス此ノ如キハ公益ヲ害スルモノト謂フヘシ故ニ雙方審理主義ノ變例トシテ當事者一方ノ陳述辯論ノミニ依リテ以テ訴訟ノ判斷ヲ爲シ事件ノ終局ヲ爲ス方法ヲ設ケサルヘカラス是レ懈怠手續ヲ設ケタル所以ナリ

懈怠手續ニ於テ爲ス判決ヲ闕席判決ト云フ闕席判決トハ當事者一方ノ懈怠ノ結果ニ基ツキ言渡ス判決ナリ換言スレハ各當事者ニ對シテ口頭辯論即チ裁判上ニ於テ權利ノ伸張及ヒ防禦ヲ爲スノ機會ヲ與ヘテ而シテ其之ヲ利用セサルモノニ對シテ懈怠手續ヲ適用スルモノニシテ其懈怠手續ニ於テハ當事者一方ノミノ申立ニ因リ其陳述ヲ聽キテ裁判ヲ爲スモノナリ其陳述ノミニ因リテ裁判ヲ爲スヲ懈怠判決ト謂フ從テ懈怠判決ヲ爲スニハ次ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス

第一　當事者一方カ口頭辯論期日ヲ懈怠シタルコト

當事者ノ一方カ即チ原告若クハ被告カ口頭辯論ノ期間ヲ懈怠シタルトキハ受訴裁判所ノ裁判長カ口頭辯論ノ期日トシテ指定シタル期日ニ於テ當事者ノ一方カ口頭辯論ヲ爲ササルコトヲ謂ヒ口頭辯論期日トハ辯論延期ノ期日辯論續行ノ期日ヲ包含シ而シテ一事件ニ付キ數回ノ口頭辯論期日ヲ要スルコトアルモ口頭辯論ノ數回ニ分割シタルモノニアラスシテ其數回ヲ通シテ一ノ辯論ヲ構成スルモノナレハ判決ニ接著スル期日即チ最終ノ辯論期日ニ出頭セサルモノハ假令前期日ニ出頭シタルコトアルモ初ヨリ出頭セサリシモノト看做サレ懈怠ノ結果ヲ被ムルモノトス（二四九條、二五〇條、二四六條）然レトモ一部懈怠即チ任意ニ退廷シ又ハ各個ノ事實證書又ハ發問ニ付キ陳述ヲ爲ササルモ本案ニ付キ辯論ヲ爲シタルトキハ唯不完全ナル辯論ナリト謂フニ止マリ懈怠判決ノ手續ヲ適用スルコトヲ得ス（二五一條）

第二　出頭シタル當事者ノ一方ヨリ懈怠判決ノ申立ヲ爲シタルコト

懈怠判決ノ申立ヲ必要トスル所以ノモノハ畢竟民事訴訟法ノ不干渉主義ノ本則ニ基ツキ裁判所ハ當事者ノ申立テタル事項ニ付キ判決ヲ爲サスト謂フノ精神ニ外ナラサルナリ（二三一條一項、二四六條）而シテ懈怠判決ノ申立中ニハ（一）訴訟當事者ノ一方ノ申立ニ因リテ事件ヲ審理セラレンコトノ申立ト（二）當事者ノ一方ノ申立ニ因リテ裁判セラレンコトノ申立ヲ包含スルモノナリ元來訴訟手續ハ對審ヲ原則トスルモノナルカ故ニ此懈怠判決ノ申立ナキトキハ訴訟ノ審理ヲ爲スコトヲ得ス從テ懈怠判決ハ口頭辯論期日ニ出頭シタル當事者カ申立ヲ爲シタルトキニ於テ裁判所ハ始メテ懈怠判決ヲ爲シ得ルモノトス然レトモ懈怠判決ノ申立アリタルトキハ常ニ懈怠判決ヲ爲ササルヘカラサルモノニアラス懈怠判決ノ申立アルモ裁判所カ職權ヲ以テ調査スヘキ訴訟條件ヲ具備シ且原告ノ懈怠シタルトキハ其主張スル請求ヲ拋棄

シタルモノト看做スヘキ場合被告ノ懈怠シタルトキハ被告ハ原告ノ事實上ノ供述ヲ自白シタルモノト推定シ得ル場合ニ限リ懈怠判決ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ此要件ヲ缺ク場合即チ第二五二條及ヒ第二五四條ノ場合ニ於テハ懈怠判決ヲ爲スコトヲ得サルモノトス

一　懈怠判決ノ申立ヲ却下スル場合

甲　出頭シタル原告若クハ被告カ裁判所ノ職權上調査スヘキ事情ニ付キ必要ナル證明ヲ爲ス能ハサルトキ　例ヘハ民法第一四條ニ依レハ妻カ訴訟行爲ヲ爲スニハ夫ノ許可ヲ要ス然ルニ妻ハ夫ノ許可ヲ得スシテ訴訟行爲ヲ爲シタルトキ或ハ許可ヲ得タルモノナルモ之カ證明ヲ缺キタルトキ又ハ會社ノ訴訟ニ於テ其代表者タルノ證明ナキトキ即チ法律上代理ノ缺ケタルトキ又ハ裁判所ノ管轄ニ付キ專屬ノ規定アルトキ又ハ訴訟無能力者カ訴訟ヲ提起シタルカ如キ場合ニ於テハ懈怠判決ヲ爲スヲ得サルナリ

乙　出頭セサル原告若クハ被告ニ口頭上事實ノ供述又ハ申立ヲ適當ナル時期ニ書面ヲ以テ通知セサルトキ　各當事者ハ訴狀又ハ答辯書ニ揭ケサリシ事實上ノ主張若クハ證據方法又ハ申立ニ付キ相手方カ豫メ穿鑿ヲ爲スニアラサレハ陳述ヲ爲スコト能ハスト豫知スル事項アルトキハ口頭辯論前ニ於テ其書面ヲ差出シ相手方ニ送達シ而シテ相手方ヲシテ必要ナル穿鑿ヲ爲サシメサルヘカラス然ルニ出頭シタル當事者ノ一方カ此義務ヲ盡ササリシ場合ノ如キ是ナリ

以上(甲)及ヒ(乙)ノ事情アルトキハ裁判所ハ必スシモ懈怠判決ノ申立ヲ却下セサルヘカラサルモノニアラス出頭シタル當事者ハ口頭辯論ノ延期ヲ求ムルコトヲ得ルカ故ニ延期ノ申立アリタルトキハ裁判所ハ之ヲ許容セサルヘカラス而シテ辯論ヲ延期シタルトキハ新期日ヲ定メテ當事者雙方ヲ呼出ササルヘカラス(二五二條)

懈怠判決ノ申立ヲ却下シタルトキハ其決定ニ對シテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘク抗告裁判所ニ於テ前決定ヲ取消シタルトキハ該訴訟ハ闕席裁判申立却下ノ決定ヲ爲シタル前即チ舊期日ノ程度ニ回復スルモノナルカ故ニ懈怠判決ノ申立ヲ却下シタル裁判所ハ更ニ新期日ヲ定メテ前期日ニ出頭セサリシ者ヲ呼出サスシテ判決ヲ爲スモノトス(二五三條)

二　懈怠判決ノ申立ニ付テノ辯論ヲ延期スル場合

甲　出頭セサル原因若クハ被告カ合式ニ呼出サレサリシトキ　合式ノ呼出ナキトキハ出頭ノ義務ナキヤ論ヲ俟タサル所ニシテ合式ノ呼出ニアラサルモノハ其呼出ヲ受ケサルニ等シク出頭セサルモノハ毫モ懈怠シタルモノニアラス從テ懈怠ノ責ヲ負フモノニアラス故ニ懈怠ノ判決ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ且又懈怠判決ノ申立ヲ却下スルコトヲモ得サルカ故ニ受訴裁判所ハ職權ヲ以テ辯論期日ノ延期ヲナスモノナリ

乙　出頭セサル原告若クハ被告カ天災其他避クヘカラサル事變ノ爲メニ出頭スル能ハサルコトノ眞實ト認ムヘキ事情アルトキ　天災其他避クヘカラサル事變トハ例ヘハ洪水ノ爲

メニ通路ニ障碍ヲ生シ戰爭若クハ惡疫流行等ノ不可抗力ノ爲メニ出頭スル能ハサル場合ニシテ其避クヘカラサル事變ナリヤ否ヤハ各個ノ場合ニ於テ判斷ヲ要スル事實問題ナリ若シ裁判所ニ於テ當事者ハ避ク可ラサル事變ニ遭遇シタル爲メニ出頭スルコト能ハサルモノナリト認ムヘキトキハ出頭セサル者ニ歸スヘキ過失又ハ怠慢ナキカ故ニ懈怠判決ヲ爲スコトヲ得ス是レ即チ辯論ノ期日ヲ延期スル所以ナリ

以上(甲)及ヒ(乙)ノ場合ニ於テ辯論期日ノ延期ヲ爲シタルトキハ更ニ新期日ヲ定メテ出頭セサリシ原告若クハ被告ヲ其期日ニ呼出スヘキモノナリ(二五四條)

以上述ヘタル條件ヲ具備シタルトキハ懈怠判決ヲ言渡スヘキモノニシテ其言渡方法ハ原告ノ出頭セサル場合ト被告ノ出頭セサル場合トニ依リテ異ナルモノナリ

第一　原告ノ出頭セサル場合

口頭辯論期日ニ於テ原告カ出頭セス被告ノミ出頭シテ懈怠判決ノ申立アリタルトキハ懈怠判決ヲ爲シ得ルヤ否ヤヲ調査シ懈怠判決ヲ爲シ得ヘキトキハ裁判所ハ本案ニ付キ調査スルコトナク原告ハ其請求ヲ拋棄シタルモノト推定シ單ニ訴ノ却下ヲ言渡スヘキモノトス(二四七條)而シテ此推定上ノ拋棄ニ基ツク訴ノ却下ノ判決ハ本案ニ付テ言渡シタル判決ナルカ故ニ從テ其判決確定シタルトキハ原告ノ請求シタル私權ニ付キ一事不再理ノ抗辯ヲ爲スノ基礎トナルモノナリ

第二　被告ノ出頭セサル場合

口頭辯論ノ期日ニ於テ被告カ出頭セス原告ノミ出頭シタル場合ニ於テモ訴訟條件ノ欠缺ヲ調査シ欠缺ナキトキハ本案ニ付テノ調査ヲ爲ス懈怠判決ヲ爲シ得ヘキモノニシテ原告ノ請求ヲ正當トナストキハ被告ハ原告ノ事實上ノ口頭供述ヲ自白シタルモノト推定シ闕席判決ヲ以テ被告ノ敗訴ヲ言渡シ原告ノ請求ヲ理由ナシト認メタルトキハ原告ノ請求ヲ却下スルノ判決ヲ爲スヘキモノナリ(二四八條)故ニ被告ノ出頭セサル場合ニ於テハ常ニ被告カ敗訴スルト謂フニ限ラス原告ノ敗訴スルコトアルモノニシテ例ヘハ未タ期限ノ到來セサル契約ノ履行ヲ請求シタル場合ノ如キ原告ノ請求ハ正當ノ理由アルモノニアラサルカ故ニ訴ノ却下ヲ言渡スヘキモノナリ

被告ノ出頭セサル場合ニ於テ被告敗訴ノ判決ハ懈怠判決ナルコト明白ナレトモ出頭シタル原告ノ敗訴ニ歸シタルトキ即チ訴ノ却下ヲ言渡シタルトキハ被告カ訴訟行爲ヲ懈怠シタル結果言渡ス所ノモノニアラスシテ原告ノ主張自體カ其請求ノ理由ナシトテ言渡スヘキモノナレハ夫ノ訴訟條件ノ欠缺セルカ爲メニ訴ヲ不適法トシテ却下スヘキ判決ト同シク懈怠ノ結果ニ基キテ言渡スモノニアラス從テ懈怠判決ニアラスシテ對審判決ナリトス

第二節　故障

故障トハ懈怠判決ノ結果ヲ排除スルノ方法ニシテ懈怠判決ノ言渡ヲ受ケタル當事者ヨリ爲ス不服申立ノ方法ナリ故障申立ハ懈怠判決ヲ受ケタル原告若クハ被告カ其判決ヲ爲シタル裁判所ニ爲スヘキモノニシテ上級裁判所ノ爲スヘキモノニアラス故ニ上訴ニアラス然レトモ懈怠判決ノ申立ヲ爲シタル原告若クハ被告カ其判決ニ對シ不服ナルトキハ故障ヲ申立ツルコトヲ得スシテ通常ノ上訴方法ニ依リ不服ヲ申立ツヘキモノナリ（二五五條一項）故障申立ノ期間ハ懈怠判決ノ送達ヨリ起算シテ十四日トス此期間ハ法律上ノ不變期間ナルカ故ニ裁判所ノ職權ヲ以テモ亦當事者ノ合意ヲ以テモ之ヲ伸縮スルコトヲ得ス（一七〇條）若シ其懈怠判決ハ外國ニ於テ送達ヲ爲ササルヘカラサルトキ又ハ公示送達ニ依ルヘキトキハ十四日ノ不變期間內ニ故障ヲ爲スヲ得サルカ故ニ裁判所ハ懈怠判決中ニ適當ナル故障期間ヲ定メ又ハ後日口頭辯論ヲ經スシテ決定ヲ以テ其期間ヲ定メ之ヲ當事者ニ送達スルモノトス（二五五條二項四項、一五二條、一五六條）然ルトキハ當事者ハ其期間內ニ於テ故障ノ申立ヲ爲シ得ヘキナリ然レトモ必スシモ其期間ニ於テセサルヘカラスト謂フニアラス故障ハ闕席判決ノ送達前ニ爲シタルモノト雖モ尙ホ適法ナリ是レ上訴ト異ナル所ニシテ控訴及ヒ上告ノ場合ニ於テハ判決ノ送達前ニ提起シタル上訴ハ其效ナシト規定スレトモ故障ノ場合ニ於テハ判決ノ送達前ト雖モ之ヲ有效ニ爲スコトヲ得ルモノナリ（四〇〇條二項、五三七條二項、二五五條三項）故障申立ノ方式ニ付テハ第二五六條ニ揭ケタル要件ヲ具備スル書面ヲ受訴裁判所ニ提起シテ爲スヘキモノニシテ其要件ヲ擧クレハ左ノ如シ

第一　故障ヲ申立テラレタル闕席判決ノ表示

判決ノ表示ヲ必要トスル所以ハ如何ナル判決ニ對シ故障ヲ申立タルモノナリヤヲ明確ニスルニ在ルヲ以テ其全文ヲ記載スルノ必要ナク例ヘハ何年何號何何事件ニ付キ何年何月何裁判所ニ於テ言渡シタル闕席判決トノミ記載スルカ如シ

第二　闕席判決ニ對スル故障ノ申立

闕席判決ノ表示ノミニテ故障ノ申立ヲ爲スノ趣旨ヲ表示セサルトキハ故障申立ノ要件ヲ缺ク無效ノモノト謂ハサルヘカラス然レトモ故障ナル法律上ノ用語ハ特ニ之ヲ用キサルヘカラサルニアラス其書面ニ於テ故障ヲ申立ツル趣旨ヲ表シタルヲ以テ足レリトスルモノナリ其他故障申立ノ書面ニハ本案ニ付テノ口頭辯論ノ準備ノ爲メニ必要ナル事項アルトキハ亦之ヲ揭クヘキモノトス（二五六條）

故障ノ申立アリタルトキハ受訴裁判所ノ裁判長ハ故障カ適法ナリヤ否ヤ詳言スレハ判然許スヘカラサル故障ニ非サルヤ又ハ法律上ノ方式ニ適シタルモノナリヤ若クハ故障期間經過後ニ係ルモノニアラサルヤヲ審査シ不適法ノモノナルトキハ命令ヲ以テ故障ヲ却下シ適法ト認メタルトキハ故障申立ノ書面ヲ相手方ニ送達セシメ且故障ニ付キ口頭辯論期日ヲ定メテ當事者雙方ヲ呼出スヘキモノナリ（二五七條、二五八條）茲ニ故障ニ付テノ口頭辯論期日トハ單ニ故障ノ適法

ナリヤ否ヤノミヲ審理スヘキ辯論期日ニアラスシテ故障申立ニ付テ爲スヘキ本案ノ辯論期日ニ包含スル新期日ナリト解釋スルノ正鵠ヲ得タルモノナルコト第二六〇條第二六一條ノ規定ニ徴シテ明カナリトス

故障申立ニ因リテ開キタル口頭辯論期日ニ於テハ受訴裁判所ハ職權ヲ以テ故障ヲ許スヘキヤ否ヤ又法律上ノ方式ニ従ヒ若クハ其期日ニ於テ故障ヲ申立テタルヤ否ヤヲ調査シ若シ此要件ヲ缺キタルトキハ不適法トシテ故障棄却ノ判決ヲ爲シ之ニ反シテ故障ヲ適法ト認メタルトキハ訴訟ハ懈怠前ノ程度ニ復シ再ヒ審理セラルルモノトス訴訟カ懈怠前ノ程度ニ復ストハ故障ナル方法ニ依リ懈怠判決ノ條件ヲ除却シ懈怠前ノ狀態ニ訴訟ノ程度カ回復スルヲ謂フ換言スレハ訴訟當事者ノ一方カ懈怠判決ヲ受ケ而シテ故障ノ申立ヲ爲シタルトキハ訴訟ハ當事者カ未タ懈怠判決ノ申立ヲ爲サヽルモノト同一ノ結果ヲ生スルモノナリ（二五九條二六〇條）

故障ノ申立ヲ爲シタル當事者カ故障ニ付テ定メタル辯論期日又ハ其期日ニ辯論ヲ爲サスシテ延期シタル期日ニ出頭セサルトキ又ハ出頭スルモ辯論ヲ爲ササルトキハ第二五二條第二五四條ノ場合ヲ除クノ外出頭シタル相手方ノ申立ニ因リ故障ヲ棄却スル判決ヲナシ此判決ヲ稱シテ新闕席判決ト謂ヒ新闕席判決ニ對シテハ故障ノ申立ヲ爲スコトヲ許ササルモノナリ唯第三九八條但書ノ條件ヲ具備スル場合ニ於テ控訴ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルノミ（二五〇條、二六三條）故障ノ申立アリタル場合ニ於テ故障ヲ適法トスルトキハ訴訟ハ闕席前ノ程度ニ復シ本案ノ辯論ヲ爲スヘキモノニシテ其結果新辯論ニ基キ言渡スヘキ判決ハ前ニ言渡シタル闕席判決ト相符合スル場合ニ於テハ闕席判決ヲ維持スルコトヲ言渡シ其符合セサル場合ニ於テハ前ノ闕席判決ヲ廢棄シテ更ニ相當ノ判決ヲ爲スヘキモノナリ蓋シ闕席判決ニ對スル適法ナル故障ノ申立ハ其訴訟ヲシテ闕席前ノ程度ニ復セシムルモノナルカ故ニ前闕席判決ノ旨趣ヲ顧ミルニ及ハサルカ如シト雖モ第二六一條ニ於テ「闕席前ノ程度ニ復ス」トハ實體上事件ノ辯論ニ關スルコトノミニ止マリ形式ニ於テハ故障申立アルモ闕席判決ノ效力ハ未タ消滅セス從テ其判決ニ假執行宣言アルトキハ其判決ニ基ツキ强制執行ヲ爲シ得ルカ故ニ此形式上ノ存在ヲ廢棄スルカ又ハ維持スルカノ判決ノ標準ヲ明定シタルモノナリ（二六一條）

懈怠ニ因リテ生シタル訴訟費用ノ負擔ハ新辯論ニ基キ言渡ス判決ニ於テ假令懈怠者ノ勝訴ト爲リタルトキニ於テモ其懈怠ノ爲メニ生シタル費用ハ懈怠者ニ於テ之ヲ負擔セサルヘカラス然レトモ（一）違法ナル闕席判決アリタルトキハ之ニ故障ヲ爲シテ勝訴ニ歸スルモ其費用ヲ負擔スルノ義務ナシ（二）相手方ノ不當ナル異議ノ爲メニ生シタル費用ノ如キモ亦勝訴者ニ於テ之ヲ負擔スヘキモノニアラサルナリ（二六二條）

故障ノ拋棄及ヒ取下ニ付テハ第二審即チ控訴ノ拋棄及ヒ其取下ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノト規定セリ蓋シ故障ト謂ヒ控訴ト謂フ二者共ニ判決ニ對スル不服ヲ申立ツル點ニ於テハ同一ナルカ故ニ控訴ニ關スル規定ヲ準用シ二者各別ニ規定スルノ繁ト重複ヲ避ケタルモノナルヘシ

(二六四條、三九九條)然ルニ控訴ノ章ニ於テハ抛棄ニ關スル規定ヲ缺キタルカ故ニ從テ故障ノ場合ニ於テモ故障ノ抛棄ナル文字ハ何等ノ意味ヲ有セサルナリ獨逸民事訴訟法第四七五條ニハ「判決ノ言渡後ニ陳述シタル控訴權抛棄ノ效力ハ相手方カ其抛棄ヲ承諾シタルト否トニ關係セス」第四七六條「控訴ノ取下ハ被控訴人ノ口頭辯論ノ始マルマテニ限リ其承諾ナクシテ之ヲ爲スコトヲ得云云」トアリテ從テ同第三一一條故障ノ章ニ於テ「故障ノ抛棄及ヒ其取下ニ關シテモ亦控訴ノ抛棄及ヒ取下ニ付テノ規定ヲ準用ス」トノ規定ヲ設クルノ必要アリシモノナリ然ルニ我民事訴訟法ニ於テハ第三九九條ニ於テ夫ノ第四七六條ニ對スル規定ヲ設クルモ第四七五條ノ規定ヲ設ケス故ニ第二六四條ニ於ケル故障ノ抛棄ハ訴訟法上適用ナキモノナリ反對說アリ研究ヲ要ス

故障ノ取下ハ口頭辯論前ニ於テハ相手方ノ承諾ナクシテ隨意ニ取下ヲ爲スコトヲ得口頭辯論開始ニ於テハ其結果トシテ其權利ニ付キ裁判ヲ求メサルヲ得サルモノナルカ故ニ相手方ノ承諾アルコトヲ必要條件トナシ其承諾ヲ得テ故障ノ取下ヲ爲スコトヲ得ルモノトス而シテ故障ヲ取下ケタルトキハ再ヒ故障ヲ爲スノ權利ヲ喪失スル結果ヲ生スルモノナリ(二六四條、三九九條)」

以上ハ第二四六條乃至第二六四條懈怠判決ニ關スル說明ニシテ而シテ此規定ハ本案ノ辯論期日ヲ懈怠シタルトキノ規定ナレトモ本案以外ノ場合ニ於テモ獨立シテ終局判決ヲ爲シ得ルトキ反訴又ハ請求ノ原因數額ニ爭アリテ其原因ニ付テハ既ニ判決ヲ爲シ數額ノ辯論ニ於テ當事者ノ一方カ懈怠シタル場合ニ準用セラル又中間訴訟ノ爲メノミニ定メタル辯論期日ニ當事者ノ一方カ懈怠シタルトキハ中間訴訟ヲ完結スル場合ニ限リ懈怠判決ニ關スル規定ヲ準用スルモノナリ(二六五條、二四七條、二四八條)

倘ホ又以上ノ說明ハ第一審裁判所ノ訴訟手續ニシテ區裁判所竝ニ上級裁判所ノ訴訟手續ニ準用セラル(三七〇條、四〇八條、四四四條)

第三章　區裁判所ノ訴訟手續

第一節　通常訴訟手續

區裁判所ノ訴訟ハ概ネ簡易ナル事件若クハ急速ヲ要スル事件ニシテ此事件ヲ審理スル區裁判所ハ其構成モ亦地方裁判所ノ如ク合議制ナラスシテ單獨制ナリ從テ區裁判所ニハ裁判長又ハ受命判事ナルモノナシ(裁構一四條、一一條一項)故ニ其訴訟手續モ亦地方裁判所ニ比シテ簡易ナラシムヘク從テ地方裁判所ノ第一審ノ訴訟手續ハ悉ク之ヲ區裁判所ノ訴訟手續トナスコト能ハス區裁判所ニ付テハ特ニ便宜ノ手續ヲ設クル必要アリ故ニ區裁判所ノ通常訴訟手續ニ付テハ裁判所構成法及ヒ本法第一編第二編第二章第一節ノ規定ニ依リ差異ノ生セサル限リハ總テ地方裁判所ノ訴訟手續ニ付テノ規定ヲ適用スルモノナリトス(三七三條)是ヲ以テ區裁判所ノ訴訟手續ヲ講述スルニハ地方裁判所ノ訴訟手續ト差異アル部分ヲ說明スルヲ以テ充分ナリトス

第一款　起訴ノ方法竝ニ準備書面

第一　訴ヲ提起セント欲スル者ハ地方裁判所ノ事物ノ管轄ニ屬スルト區裁判所ノ事物ノ管轄ニ屬スルトヲ問ハス係爭ノ請求ニ付キ其目的物ヲ開示シ其普通裁判籍アル區裁判所（一〇條）ニ相手方ヲ呼出スコトヲ書面又ハ口頭ヲ以テ申立テ區裁判所ニ於テ和解ヲ爲シ之ヲ完結スヘキコトヲ試ムルコトヲ得若シ和解ノ爲メニ呼出シタル期日ニ於テ和解不調トナリタルトキハ其請求カ他ノ裁判所ノ專屬管轄ナラサルトキハ當事者雙方ノ申立ニ因リ直チニ口頭辯論ヲ開始ス若シ和解期日ニ相手方出頭セス又ハ出頭セルモ和解不調トナリタルトキハ爲メニ生シタル費用ハ訴訟費用ノ一部ト看做スモノトス之ニ反シテ和解期日ニ於テ當事者雙方出頭シテ和解調ヒタルトキハ調書ヲ以テ之ヲ明確ニシ而シテ此調書ハ執行文ノ付與ヲ得ルトキハ之ニ依リテ强制執行ヲ爲スヲ得ルナリ（三八一條）

和解期日ニ於テ呼出サレタル相手方ハ裁判所ニ出頭スヘキコトヲ强要セラルルコトナク又和解不調ナリシ儘ニテ訴訟トナラサルトキ若クハ訴訟ヲ進行シタルトキト雖モ和解申立人ニ於テ敗訴シタルトキハ和解申立人ノ相手方ハ其和解ニ關スル費用ヲ負擔スヘキ義務ナキモノトス

第二　訴ノ提起ハ書面ヲ以テ爲スノ外（一九三條）尚ホ左ノ方法ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ

一　調書ヲ以テスル起訴　調書ヲ以テスル起訴トハ口頭ニテ訴ヲ爲シタルトキ區裁判所書記ハ第一三五條ノ規定ニ依リ之カ調書ヲ作ルモノニシテ而シテ其調書ハ訴狀ニ等シク訴狀ニ要スル條件ヲ具備セサルヘカラス其調書ニ因ル起訴ノ權利拘束ハ其調書ノ謄本ヲ被告ニ送達スルニ因リテ始マルモノトス

二　口頭ヲ以テスル起訴　當事者ハ豫メ期日ノ指定ナクシテ通常ノ裁判日即チ區裁判所ノ開廷日ニ於テ裁判所ニ出頭シ原告カ被告ノ面前ニ於テ訴旨ヲ口述スルトキハ訴ノ提起ノ效力ヲ生スルモノナリ

其他前述シタルカ如ク當事者カ和解ノ爲メニ出頭シ和解不調トナリタル場合ニ於テ當事者雙方ノ申立ニ因リ其訴訟ニ付キ直チニ口頭辯論ヲ爲ストキハ此種ノ提起モ亦所謂口頭演述ヲ以テ爲シタル部類ニ屬ス（三七八條、三八一條三項）

口頭演述ノ方法ニ依ル訴ノ提起ハ何時ヨリ訴訟物ノ權利拘束ヲ生スルヤ蓋シ此場合ニ於テハ訴ノ提起ト同時ニ發生スルモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ原告カ訴旨ヲ口述シタル場合ハ恰モ被告カ訴狀ノ送達ヲ受ケタル場合ニ等シク其口述ニ依リ其訴旨ヲ知ルコトヲ得ヘケレハナリ

第三　準備書面ノ交換ヲ要セス

前述シタルカ如ク區裁判所ノ訴訟手續ハ簡易急速ヲ主トスルカ故ニ準備書面ノ交換ニ依リ口

頭辯論ヲ準備スルコトヲ要セス從テ第一九九條ノ規定ニ依リ被告ニ對シ答辯書ヲ差出ス可キ催告ヲ爲スニ及ハス然レトモ原告若クハ被告ノ申立又ハ事實ノ主張ニシテ豫メ通知スルニアラサレハ相手方ニ於テ之ニ對シ陳述ヲ爲シ得ヘカラサルモノハ口頭辯論前直接ニ相手方ニ通知ヲ爲シ得ヘキモノトス（三七五條、三七六條）

第四　區裁判所ノ訴訟手續ニ於テ訴狀送達ト口頭辯論期日トノ間ニハ單ニ三日ノ時間ヲ存スルコトヲ要ス

若シ急迫ナル場合ニ於テハ此時間ヲ二十四時マテニ短縮スルコトヲ得若シ又其送達ヲ外國ニ於テ爲ス場合ニ於テハ其事情ニ應シテ相當ノ時間ヲ定メサルヘカラス（三七七條）

第五　訴訟代理人ニ付テハ必ス辯護士ヲ以テ代理人ト爲スコトヲ要セス

訴訟能力者タル親族又ハ雇人ヲ以テ訴訟代理人ト爲スコトヲ得區裁判所ノ管轄ニ屬スヘキ訴訟ハ極メテ簡易ナル事件ナルヲ以テ法律上ノ學識、經驗アル辯護士ヲ訴訟代理人トスルノ必要ナシトス然レトモ親族雇人及ヒ辯護士以外ノモノヲ以テ訴訟代理人ト爲スコトヲ許サス若シ之ヲ許ストキハ辯護士ニアラスシテ訴訟ノ業務ヲ爲スモノヲ生シ諸種ノ弊害ヲ來スノ虞アレハナリ故ニ唯辯護士、親族又ハ雇人ノ在ラサル場合ニ於テ他ノ訴訟有能力者ヲ以テ訴訟代理人ト爲スコトヲ得ルノミ（一六三條）

第二款　口頭辯論

第一　妨訴抗辯ハ管轄違ノ抗辯ニ限リ本案ノ辯論前ニ提出スヘク其他ノ妨訴抗辯ハ被告ノ辯論前同時ニ提出スルコトヲ要セス換言スレハ本案ノ辯論ノ前後ニ拘ハラス個個獨立シテ妨訴抗辯ヲ提出スルコトヲ許ササルモノニアラス其理由ハ（一）概シテ簡易ナル事件ニ付キ妨訴抗辯ヲ本案ノ辯論前ニ提出セシメ之ヲ完結セル後ニ本案辯論ニ著手シ以テ訴訟ヲ遲延セシムルニ至ル程ノ手續ヲ要スヘキ價値ナシト認メタルニ在ルト（二）區裁判所ノ訴訟手續ニ付テハ法律上ノ智識、經驗等ニ乏シキ親族又ハ雇人ヲ以テ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ許スモノナルカ故ニ此等ノ智識經驗ニ乏シキモノニ特種ノ訴訟手續ヲ要スルモノト爲ストキハ當事者タルモノハ大ニ訴訟手續上ノ困難ヲ爲スノ虞アレハナリ然リト雖モ管轄違ノ妨訴抗辯ヲ本案ノ辯論後ニ於テ有效ニ提出シ得ヘキモノト爲ストキハ第三〇條ノ規定ニ於ケル管轄違ノ申立ヲ爲サスシテ口頭辯論ヲ爲ストキハ管轄ニ付キ合意ヲ爲シタルモノトスルノ法文ニ直接相牴觸スルヲ以テナリ（二〇六條、三七九條一項）

第二　被告ハ妨訴抗辯ヲ提出シタルトキト雖モ本案ノ辯論ヲ拒ムノ權利ナシ蓋シ地方裁判所訴訟手續ノ如ク被告カ妨訴ノ抗辯ヲ爲シタルニ依リ本案ノ辯論ヲ拒ムノ權利ヲ付與スルトキハ訴訟ノ遲延ヲ來スヘキヲ以テ本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得サラシメ迅速ニ訴訟ヲ完結セント欲

シタルモノナリ然レトモ裁判所ニ於テ妨訴抗辯ト本案ノ辯論トヲ分離シテ審理スヘキ必要アリトナストキハ職權ヲ以テ辯論ノ分離ヲ命スルコトヲ得ルモノニシテ其結果トシテ其辯論ニ基キ別ニ判決ヲ爲スコトヲ得ヘキモノトス（三七九條二項）

第三　判決ヲ受クヘキ事項ノ申立ハ書面ニ基クヲ要セス

區裁判所ノ訴訟手續ハ簡易ニシテ準備書面ノ交換ヲ要セサルモノナルヲ以テ從テ判決ヲ受クヘキ事項ノ申立又ハ重要ノ點ニ於テ以前申立タルモノト異ナル申立ヲ書面ニ基キ爲スカ如キ鄭重ナル手續ヲ要セストナシ而シテ必要ト認ムル申立及ヒ陳述ヲ調書ニ記載シテ之ヲ明確ニスヘキモノトシタル所以ナリ（三八〇條一項、二一二條）

第四　區裁判所カ事物ノ管轄違ナリトシテ訴ヲ却下スルトキハ原告ノ申立ニ因リ同時ニ判決ヲ以テ其訴訟ヲ所屬ノ地方裁判所ニ移送スルノ言渡ヲ爲スモノナリ即チ被告カ本案若クハ附帶請求ノ區域ヲ擴張シ（一九六條）若クハ口頭辯論中或ハ契約ノ成立若クハ不成立ノ確定ノ申立ヲ爲シ（二一一條）タルカ爲メニ區裁判所ノ事物ノ管轄ヲ超エタル場合ニ言渡ヲ爲スモノニシテ原告ノ申立ヲ待テ爲スヘキモノトス故ニ此申立ナキトキハ單ニ其訴ヲ棄却スルニ止マルヘシ（九條二項）

第五　計算事件、財產分別事件及ヒ之ニ類スル訴訟ニ付キ受訴裁判所即チ區裁判所ハ準備手續ヲ命スルコトヲ要セス何トナレハ區裁判所ノ訴訟手續ハ簡易ナルノミナラス元來區裁判所ノ構成ハ單獨制ニシテ裁判長又ハ受命判事ナルモノナキカ故ニ此準備手續ヲ爲スノ必要ヲ認メサルト其之ヲ爲スヲ得サルカ故ナリ（三八〇條一項、二六六條乃至二七二條）

第二節　督促手續

財產權上ノ請求ニシテ一定ノ金額ノ支拂其他ノ代替物若クハ有價證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ目的トスル請求ニ付テハ債務者ハ債權者ニ對シ其債務ヲ負フコトヲ認ムルモ任意ニ履行セス又ハ其無資力ナル理由ニ基ツキ其義務履行ヲ怠ルコトアルヘシ即チ債權者債務者間ニ於ケル法律關係ハ其當事者ニ於テハ毫モ爭ナキニ拘ハラス債務者カ其履行ヲ爲ササルコトアルヘシ此場合ニ於テハ債權者ハ訴ヲ以テ通常ノ手續ニ依リ私權ノ救濟ヲ抑クモ口頭辯論ニ於テ債務者ハ其債務ヲ認ムルノ外途ナキヲ以テ從テ債權者ハ訴ヲ以テ其權利ノ有無ヲ確定スルノ必要ナキモノナリ唯債權者ノ欲スル所ニ債務者ニ對スル强制執行ノ名義ヲ以テ自己ノ債權ヲ實行セントスルニ外ナラス故ニ此等ノ場合ニ於テハ通常ノ訴訟手續ニ依リ判決ヲ得テ其目的ヲ達セントスルハ唯手數ト費用トヲ徒ニ要スルニ過キス故ニ別ニ簡易ナル方法ヲ以テ其目的ヲ達セシムルコト必要ナリ督促手續ハ此目的ヲ以テ設ケラレタルモノニシテ一ノ簡易手續ナリ

訴訟ハ當事者雙方ヲ審理シ且口頭辯論ヲ經テ之カ裁判ヲ爲スノ原則ニ對スル例外トシテ金錢ノ支拂其他ノ代替物若クハ有價證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ目的トスル請求ニ付テハ單ニ債權者ノ

申請ノミニ依リ書面審理主義ニ依リ一ノ條件付ノ命令ヲ發スルモノトセリ此命令ノ内容ハ債權者ノ請求スル給付ヲ債務者ニ對シ履行スヘキコトヲ命シ若シ債務者カ債務ヲ認メサルトキハ一定ノ期間内ニ其命令ニ對シテ異議ヲ申立ツヘキコトヲ命スルモノナリ而シテ若シ債務者カ異議ヲ申立テサルトキ債權者ノ申請ニ因リ其命令ニ執行力ヲ付シ一ノ强制執行名義トナルモノトス

此督促手續ニ付テノ管轄裁判所ハ第一審ノ事物ノ管轄ニ關係ナク常ニ區裁判所ナリ唯其區裁判所ハ通常訴訟手續ニ付テ訴ヲ起ス場合ニ於テ債務者ノ普通裁判籍又ハ不動産上ノ裁判籍ノ屬スヘキ區裁判所ニ專屬スルモノナリ（三八三條及ヒ二一三條）

第一　督促手續ノ要件

一　督促手續ヲ以テスル請求ハ一定ノ金額ノ支拂其他ノ代替物若クハ有價證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ目的トスルコトヲ要ス其請求ノ原因ハ契約ニ基クト不法行爲又ハ手形行爲ニ基クトヲ問フコトナシ唯請求ノ目的物カ右ノ如ク制限セラルルノミ

二　債權者カ反對給付ヲ爲サスシテ其請求ヲ主張シ得ルモノナルヲ要ス若シ債權者カ反對給付ヲ爲スヘキモノナルトキハ直チニ債務ノ履行ヲ强制スルコトヲ得サルモノナレハ從テ簡易訴訟手續ノ目的ニ反スルモノナリ而シテ反對給付ヲ爲スヘキモノナリヤ否ヤハ債權者ノ申請書ニ基ツキ判斷スヘキモノナリ

三　支拂命令ノ發送ヲ外國ニ於テ爲シ又ハ公示送達ヲ以テ爲スヘキモノニアラサルコトヲ必要トシ若シ外國ニ於テ又ハ公示方法ニ依リ送達ヲ爲スヘキ場合ニ於テハ迅速ニ債權者ニ執行名義ヲ得セシムルコト能ハサルト債務者ニ於テ異議ヲ述ヘント欲スルモ容易ニ之ヲ爲スコト能ハサルトニ依リ支拂命令ヲ發スルニ適當ナラサルヲ以テ之ヲ發スルコトヲ許サス

右ノ三條件ヲ具備スルトキハ裁判所ハ支拂命令ヲ發スルモノトス

第二　支拂命令ノ申請ノ方式

支拂命令ノ申請ハ書面又ハ口頭ヲ以テ管轄裁判所ニ爲スコトヲ得而シテ其申請ニハ第三八四條ニ規定スル要件ヲ具備スルコトヲ要ス

裁判所カ申請ヲ調査シテ前述ノ必要條件ニ欠缺アルカ又ハ管轄裁判所ニアラサルカ又ハ申請ノ方式ニ欠缺アルコトヲ發見シタルトキハ命令ヲ以テ其申請ヲ却下ス又申請ノ趣旨ニ從テ其請求カ全然理由ナキモノナルカ又ハ申請ノ當時ニ於テ理由ナキモノナルトキハ又其申請ハ却下ス殊ニ申請シタル請求ノ一部ニ付テ申請カ理由ナシト認ムルトキハ其申請ノ全部ヲ却下スヘキモノタリ但數個ノ請求中ノ一個ノ請求ニ付テ申請ノ理由ナク他ノ請求ニ付テハ理由アリト認ムルトキニハ其理由アリト認ムル請求ニ付テハ支拂命令ヲ發シ理由ナシト認ムル請求ハ却下スヘキモノナリ

申請カ却下セラレタルトキハ却下ノ命令ニ對シ申請人ハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス但申請人

ハ通常ノ訴訟手續ニ於テ請求ヲ主張スルコトヲ妨ケス(三八五條)支拂命令ノ申請カ前述セシ必要條件ヲ具備シ且請求カ理由アリト認ムルトキハ裁判所ハ豫メ債務者ヲ審訊スルコトナク直チニ支拂命令ヲ發スヘキモノナリ而シテ其支拂命令ハ一般ノ原則ニ從ヒ之ヲ債務者ニ送達シ且其送達ヲ爲シタル旨ヲ債權者ニ通知スヘキモノトス(三八六條、三八七條)

支拂命令ニハ第三八四條ノ第一號第二號ノ事項ヲ記載シ且即時ノ强制執行ヲ避ケント欲セハ支拂命令送達ノ日ヨリ十四日ノ期間内ニ債權者ニ對シ其請求ヲ滿足セシメ督促手續ニ付テノ費用ヲ債權者ニ辨濟スヘク又ハ裁判所ニ異議ノ申立ヲ爲スヘキ旨ノ債務者ニ對スル命令ヲ記載セサルヘカラス(三八六條)

第三　支拂命令ノ效力及ヒ異議

支拂命令カ債務者ニ送達セラレタルトキハ其日時ヨリ訴訟物ニ付テ權利拘束ノ效力ヲ生ス(三八七條)

支拂命令ノ送達ヲ受ケタル債務者ハ其命令ニ對シ書面又ハ口頭ヲ以テ異議ヲ申立ツルコトヲ得(三八八條)異議ノ申立ハ請求ノ全部又ハ一分ニ付テ爲スコトヲ得ヘク又數個ノ請求中ノ全部又ハ一部ノ請求ニ付テ爲スコトヲ得ヘキモノナリ

異議ノ申立ヲ爲スハ支拂命令ニ定メラレタル期間内ニ於テスルヲ以テ原則トスト雖モ之ニ對シ執行命令ノ付セラレサル間ハ何時ニテモ異議ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ支拂命令ニ對シ異議ノ申立アリタルトキハ支拂命令ハ其效力ヲ失フ但訴訟物ニ付テノ權利拘束ノ效力ハ異議ノ申立ト同時ニ消滅スルモノニアラス

適法ナル異議ノ申立アリタルトキハ其請求カ區裁判所ノ管轄ニ屬スヘキ場合ニ在テハ債權者ハ支拂命令ノ送達ノ時ニ於テ其請求ニ付テノ訴ヲ區裁判所ニ提起シタルモノト看做サル(三九〇條)但裁判所カ口頭辯論期日ヲ定ムルコトハ異議ノ申立アリタル日ヨリ起算シテ第三七七條ノ規定ニ依リ之ヲ定ムヘキモノナリ

督促手續ニ於テ請求シタル訴訟物カ地方裁判所ノ管轄ニ屬スルモノナルトキハ裁判所ハ適當ノ時間ニ異議ノ申立アリタルコトヲ債權者ニ通知スヘク債權者ハ其通知書ノ送達ヲ受ケタル日ヨリ一个月ノ期間内ニ管轄地方裁判所ニ起訴セサルトキハ訴訟物ニ付キ生シタル權利拘束ハ其效力ヲ失フモノトス而シテ若シ此期間内ニ訴ヲ管轄地方裁判所ニ起シタルトキハ訴訟物ニ付テ生シタル權利拘束ノ效力其訴ノ完結スルマテ繼續スルモノトス(三九一條)

異議ノ申立ヲ執行命令ヲ發シタル後ニ爲サレタルトキハ裁判所ハ命令ヲ以テ其異議ノ申立ヲ却下スヘキナリ此却下ノ命令ニ對シテハ不服申立ヲ許サス(三九五條)

督促手續ノ費用ハ適當ナル時期ニ異議ノ申立アリタルトキニ於テハ起スヘキ訴ノ費用ノ一部ト看做サレ訴訟ニ於ケル敗訴者ノ負擔ニ屬ス然レトモ若シ其請求カ地方裁判所ノ管轄ニ屬スルトキハ債權者カ適法ノ期間内ニ訴ヲ起ササル場合ニハ督促手續ノ費用ハ債權者ノ負擔ニ屬

ス(三九二條)

第四　執行命令

支拂命令ノ送達ノ日ヨリ十四日ノ期間內ニ債務者カ異議ヲ申出サリシトキハ債權者ハ其支拂命令ニ假執行ノ宣言ヲ付セラレンコトヲ裁判所ニ申請スルコトヲ得此申請アリタルトキハ裁判所ハ其申請ノ適否如何ヲ審査シテ其申請ヲ不法ト認ムルトキハ決定ヲ以テ之ヲ却下スヘキモノナリ而シテ此却下ノ決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得又申請ヲ適法ト認ムルトキハ執行命令ハ支拂命令ニ付スヘキモノナリ其執行命令ハ支拂命令ニ記載セラレタル請求ヲ債務者カ假リニ執行スルコトヲ得ル旨ヲ宣言シタルモノニシテ尙ホ債權者ニ於テ計算シタル督促手續ノ費用ヲ揭ケ其金額ニ付テモ假ニ執行スルコトヲ得ル旨ヲ宣言スルモノナリ(三九三條)

執行命令ハ假執行ノ宣言ヲ付シタル闕席判決ト同一ナリ(三九四條)但執行命令ニ基キ强制執行ヲ爲サントスルニハ執行文ヲ付與スルコトヲ要セス唯債權者又ハ債務者ニ承繼アリタルトキニ限リ執行文ノ付與ヲ要ス(五六一條)

執行命令ハ言渡ヲ爲サヽル裁判ナルカ故ニ之ヲ債務者ニ送達サセルヘカラス而シテ普通ノ闕席判決ニ對スルト同シク債務者ハ執行命令ニ對シ十四日ノ期間內ニ故障ヲ申立ツルコトヲ得ルモノナリ此故障ノ提起ハ其訴訟物カ區裁判所ノ管轄ニ屬スルト地方裁判所ノ管轄ニ屬スルトヲ問ハス常ニ執行命令ヲ發シタル區裁判所ニ對シテ爲スモノトス

請求カ區裁判所ノ管轄ニ屬スル場合ニ於テハ故障ノ提起アレハ其區裁判所ハ更ニ通常ノ訴訟手續ニ從ヒ其請求ノ當否ヲ審理スヘキモノナリト雖モ若シ其請求カ地方裁判所ノ管轄ニ屬スル場合ニ於テハ區裁判所ハ故障ニ付テノ口頭辯論期日ヲ定メ當事者雙方ヲ呼出シ果シテ其故障ハ適法ナリヤ否ヤニ付テノミ辯論裁判ヲ爲スヘキモノニシテ若シ其故障カ不適法ナルトキハ判決ヲ以テ故障ヲ棄却スヘク其故障カ適當ナルトキハ判決ヲ以テ故障ヲ許スコトヲ言渡スヘキモノナリ而シテ請求ノ本案ニ付テハ裁判ヲ爲スコトヲ得サルモノトス

故障ヲ許ス旨ノ判決アリタルトキハ債權者ハ其判決ノ確定ヨリ起算シテ一个月ノ期間內ニ訴ヲ地方裁判所ニ提起スヘキモノトス然ラサレハ訴訟物ノ權利拘束ハ消滅ス

民事訴訟法第二編　終

法學士岩田一郎講述

民事訴訟法（第二編）

法政大學發行

0397

法政大學發行

民事訴訟法（第二編）

法學士 岩田一郎 述

民事訴訟法第二編目次

緒論 …… 一
第一章 民事訴訟ノ意義 …… 一
第二章 民事訴訟ノ目的 …… 三
第三章 民事訴訟法ノ意義 …… 三
第四章 民事訴訟ノ手段 …… 六
第一編 民事訴訟ノ條件 …… 七
第一章 權利保護ノ條件 …… 七
第一節 給付ノ訴 …… 九
第二節 確定ノ訴 …… 一一
第三節 創設ノ訴 …… 二〇
第二章 訴訟條件 …… 二二
第一節 訴訟條件ノ意義 …… 二二
第二節 訴訟成立條件ノ種別 …… 二三
第三節 權利拘束 …… 二七

第一款 權利拘束ノ意義……二七
第二款 權利拘束ノ效力……三〇
第三款 權利拘束ノ消滅……四七

第三章 併合訴訟……六〇
第一節 客觀的訴ノ併合……六一
第二節 反訴……六三

第二編 第一審ノ訴訟手續……六七

第一章 地方裁判所ノ正式手續……六七
第一節 訴ノ提起……六七
第二節 答辯……八四
第一款 形式上ノ答辯……八五
第二款 本案ノ答辯……九四
第三節 準備書面ノ交換……九七
第四節 口頭辯論……一〇一
第一款 訴訟條件ニ關スル辯論……一〇二
第二款 本案ノ辯論……一〇八

第三款 口頭辯論ノ方式……一〇九
第五節 準備手續……一一七
第六節 證據手續……一二四
第一款 總論……一二四
第二款 擧證ノ責任……一三六
第三款 證據調ノ通則……一四一
第四款 各個ノ證據方法……一五四
第一項 人證……一五四
第二項 鑑定……一七九
第三項 證書……一八五
第一目 書證ノ意義及ヒ種類……一八五
第二目 證書ノ證據力……一八九
第三目 證書提出ノ義務……一九五
第四目 書證ノ手續……一九七
第四項 檢證……二〇六
第五項 當事者本人ノ訊問……二〇八

第五款　證據保全……二一〇
第七節　裁判……二一四
第一款　判決ノ種別……二一七
第二款　判決ヲ爲ス條件……二二二
第三款　判決ノ内容……二二六
第四款　判決ノ作成……二二八
第五款　判決ノ言渡……二三〇
第六款　判決ノ更正及ヒ追加……二三二
第七款　判決ノ效力……二三四
第八款　決定及ヒ命令……二三五
第二章　變式手續……二三七
第一節　懈怠判決……二三七
第二節　故障……二四三
第三章　區裁判所ノ訴訟手續……二四九
第一節　通常訴訟手續……二四九
第一款　起訴ノ方法並ニ準備書面……二五〇
第二款　口頭辯論……二五三
第二節　督促手續……二五五

民事訴訟法第二編目次　終

雜錄

○四十一年度第二學年講義錄ハ本號ヲ以テ完結ス而シテ四十二年度講義錄ハ更ニ內容外觀ヲ改良シ來ル十月十日其第一號ヲ發刊セントス詳細ハ載セテ「法政大學一覽」ニ在リ就テ見ラルヘシ

○本年施行ノ判檢事登用第一回及ヒ辯護士試驗志願者數ハ總計千六百四十三人ニシテ內判檢事千百六十七人辯護士四百七十六人ナリト云フ而シテ去ル九月十五日司法省構內ニ於テ豫備試驗ヲ施行サレ受驗者ハ左ノ三問題ノ中ニ就キ一問題ヲ選擇論述スヘキモノトス

一　常識ヲ論ス
二　我欣慕スル人物
三　新涼ノ感

○大審院判例要旨

○會社ノ解散ト訴訟手續ノ中斷及ヒ受繼　訴訟當事者タル會社解散ノ場合ニ於テ權利義務ヲ包括的ニ承繼スル者アルトキハ自然人ノ死亡ニ準シ訴訟手續ノ中斷及受繼アルヘキモノトス

鐵道國有法第四條ノ規定ニ依レハ同法ノ適用ニ依リテ解散シタル會社ノ權利義務ハ同條但書ニ屬スルモノヲ除ク外國ノ承繼スヘキモノニシテ本件係爭工事ニ關スル權利義務ノ如キハ國ノ承繼スヘキモノナルコト明ナリ而シテ右範圍內ニ於テハ會社解散ト同時ニ國ハ其承繼人タル地位ニ在ル場合ナルヲ以テ相手方ヨリ訴訟受繼ノ申立アリタル以上ハ民事訴訟法第百七十八條ノ規定ニ準シ國ノ代表者ヲ呼出シ受繼ニ關スル訴訟手續ヲ進行セサルヘカラス

（明治四十一年(ク)第六十九號　同七月八日第一民事部決定）

梅法學博士主筆

法學志林

第十卷第九號（第百九號）　九月二十日發行

每月一回廿日發行　定價一冊金拾貳錢　郵稅金壹錢　十冊前金郵稅共金壹圓貳拾錢

◎志林

公法上ノ所有權ノ思想ニ付テ　法學博士　美濃部達吉
清國法典編纂事情　法學士　鹽田環
刑事判例批評　法學士　牧野英一
經濟組織ニ關スル研究　文學士　阿部秀助
永世中立國ニ就テ　法學博士　秋山雅之介

◎法典質疑錄

民法
商事會社ノ規定ヲ民法ノ營利法人ニ準用スヘキ範圍　法學士　西脇晋
民法第一七八條ト第四二四條トノ關係　法學博士　横田秀雄
戸主カ隱居ヲナサスシテナシタル養子縁組届出受理ノ效力　法學士　牧野菊之助
商法
株主ニ配當スヘキ利益ヲ以テナシタル株式ノ消却ト資本トノ關係　法學士　和仁貞吉
刑法
刑ノ執行猶豫ト併科刑タル財產刑　法學士　牧野英一
民事訴訟法
上告審ニ於ケル假執行ノ宣言　法學博士　加藤正治
刑事訴訟法
上告審ニ繫屬シタル事件ニシテ舊法ニ於テ親告罪ニアラサルモノヲ新法ニ於テ親告罪トナシタル場合ノ處分　法學士　板倉松太郎
行政法
公用徵收ト軍事徵發トノ關係　法學士　島村他三郎

◎散錄

獨逸學者評判記（附獨逸大學評判記）　神樂岡生
◉其他判例雜報記事

發行所　東京市麴町區富士見町六丁目十六番地　法政大學

四十二年度 法政大學講義錄

四十一年度講義錄ハ來ル九月ヲ以テ全部完結スヘキニ付更ニ十月ヨリ一大刷新ヲ加ヘテ四十二年度講義錄ヲ發刊セントス其梗概左ノ如シ

○講義　ハ法律科各學年ノ講義ノ筆記又ハ速記ニシテ講師ノ校閲ヲ經タルモノヲ輯錄ス

○擔任講師　ハ梅博士、富井博士ヲ始トシ其他新進ノ博士學士數十名各專攻學科ヲ擔任セラル

○紙數　ハ毎號二百五十頁内外トス

○發行日及完結時期　ハ毎月三回十ノ日發行ニシテ滿一ヶ年ヲ以テ必ス完結ス

○月謝　ハ左表ノ如クニシテ校友及ヒ校友ノ紹介アル者ハ下段(特)ノ通リ減額ス

	各學年	全學年	(特)各學年	(特)全學年
一个月分	四拾錢	壹圓	參拾錢	八拾五錢
六个月分	貳圓參拾錢	五圓五拾錢	壹圓七拾錢	五圓
一个年分	四圓五拾錢	拾壹圓	參圓貳拾錢	九圓五拾錢

◎其他詳細ハ掲ケテ法政大學講義錄一覽ニ在リ入用ノ向ハ申込次第送呈ス

◎注意

振替貯金ヲ以テ月謝ヲ納付セラルルトキハ其都度振替貯金規則ニ依ル登記料金二錢ヲ要スルノ外失費ナク安全ニシテ便利ナリ

振替貯金口座『三二九四番』

明治四十一年九月廿五日印刷
明治四十一年九月廿六日發行
（定價金五拾錢）

東京市牛込區牛込北町十番地
編輯兼發行者　萩原敬之

東京市四谷區四谷左門町五十八番地
印刷者　重利俊夫

東京市赤坂區新町五丁目四十二番地
印刷所　金子活版所
（電話新橋四九九五番）

東京市麴町區富士見町六丁目十六番地
發行所　私立法政大學
（電話番町一七四番）