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

PDF issue: 2025-05-09

民事訴訟法第1編講義

高木，豊三

(出版者 / Publisher)
和佛法律學校
(雑誌名 / Journal or Publication Title)
和佛法律學校講義録 / 和佛法律學校講義録
(開始ページ / Start Page)
1
(終了ページ / End Page)
128

民事訴訟法第一編講義目錄

緒論……一
訴訟手續ノ種別……十三
第一編　總則……十六
第一章　裁判所……十六
第一節　裁判權……十六
第二節　裁判所ノ構成……二十一
第三節　裁判所ノ管轄……二十八
第四節　事物ノ管轄……三十
第五節　職務上ノ管轄……三十二
第六節　土地ノ管轄……三十四
第七節　等級的管轄……五十三
第八節　專屬的權能的若クハ合意ニ因テ定マル管轄……五十八

第九節　裁判官ノ指定スル管轄……六十八
第十節　管轄ノ繼續時間及ヒ其變動……七十
第十一節　訴訟物價額ノ算定……七十二
第十二節　裁判官……七十九
第十三節　受託判事及ヒ法律上ノ補助……八十一
第十四節　受命判事……八十三
第十五節　裁判所ノ書記……八十四
第十六節　裁判所職員ノ除斥及ヒ忌避……八十五
第十七節　檢事ノ立會……八十九
第二章　當事者……九十五
第十八節　當事者ノ種別……九十五
第十九節　訴訟上ノ資格……九十七
第二十節　共同訴訟人……百六
第二十一節　主參加……百二十七

第二十二節　從參加……百三十四
第二十三節　訴訟代理人及補佐人……百四十七
第二十四節　當事者タル人ノ變更……百六十二
第三章　訴訟ノ時期方式必要及ヒ其結果ニ關スル總論……百六十四
第二十五節　送達……百六十四
第二十六節　呼出……百七十二
第二十七節　期日及ヒ期間……百七十五
第二十八節　訴訟手續ノ中斷及ヒ中止……百八十四
第二十九節　中斷シ又ハ中止セサル訴訟手續ノ回復……百八十七
第三十節　口頭辯論主義即チ直接審理主義及ヒ書類主義并ニ其形式……百八十八
第四章　訴訟手續ニ於ケル當事者ノ權利及ヒ義務ニ關スル一般ノ原則……二百一
第三十一節　原被同權主義……二百一

0146

第三十二節　原被審訊ノ主義……二百五
第三十三節　處分權主義……二百八
第三十四節　行爲ノ定時……二百十八
第三十五節　訴訟ニ關スル誠實ノ義務……二百二十三
第三十六節　訴訟ヲ行フノ義務……二百二十七
第三十七節　不干涉主義……二百二十八
第三十八節　職權專行主義……二百三十
附　共同訴訟ニ關スル五大疑問ニ就テノ意見……二百三十五

民事訴訟法第一編講義目錄畢

民事訴訟法(第一編)講義

本校講師
法律學士
高木豐三先生口述
本校校友筆記

余ハ今般本校ヨリ民事訴訟法講義ノ囑託ヲ受ケ自今諸君ト共ニ此法ノ講究ニ從事スルコトヽナリシハ余ノ最モ光榮トスル所ナリ而シテ余ノ擔任部分ハ其第一編ナリ今本法ヲ講スルニ先タチ豫メ諸君ニ一言スヘキモノアリ他ナシ我民事訴訟法ハ專ラ獨逸ノ訴訟法ヲ模範トシテ制定セラレタルモノニシテ今獨逸訴訟法ト我訴訟法トヲ比照スルニ彼此ノ間其相異ナル所甚タ罕ナリ故ニ之ヲ評シテ我民事訴訟法ハ獨逸訴訟法ヲ飜譯シテ之レニ多少ノ修正ヲ加ヘタルモノナリト云フモ敢テ酷評ト云フ可カラス、サレハ我民事訴訟法ヲ講スルニ當リ獨逸訴訟法ニ泝リテ之ヲ論究セサルヘカラサルハ勢ノ止ミ難キ所ニシテ隨テ本講義中數々獨逸訴訟法ヲ引用ス

0147

ルモ亦自然ノ理數ナリ故ニ余ノ獨逸訴訟法ヲ引用スルノ故ヲ以テ彼漫リニ獨逸法律ニ心醉シ我法律ヲ蔑如スルモノナリトノ感ヲ起サレサランコト是レ余ノ切ニ希望スル所ナリ

緒論

民事訴訟法モ亦猶ホ他ノ法律ニ於ケル如ク之ヲ講究スルニ種々ノ方面ヨリ觀察スルヲ得ヘシ即チ先ツ之ヲ抽象的假設的ニ規定セラレタル國家ノ意思トシテ見ルトキハ即チ一個ノ法律タリ又規定セラレタル人世ノ出來事トシテ見ルトキハ訴訟手續即チ一種ノ事物タリ又法律ト事物ノ二者ヨリ逆出スル所ノ權利關係トシテ觀ルトキハ即チ法律ノ効力タリ今之ヲ約言スレハ則チ民事訴訟法、民事訴訟ノ事物及ヒ民事訴訟ノ權利關係是ナリ以上三箇ノ想念以テ本講義緒論ノ綱領トナサントス

附言ノ權利關係ノ語ハ我國ニ於テハ實ニ斬新ナル語ニシテ蓋シ獨逸語ノ「レヒトス、プエルヘルトニース」ヨリ來ル而シテ其所謂「レヒト」ナル語ハ素ト權利及ヒ法律ノ二義ヲ有シ之ヲ主觀的ニ云ヘハ權利ノ義ニシテ客觀的ニ云ヘハ即チ法律ノ義ナリ而シテ此ニハ之ヲ客觀的ノ義ニ用ヰルモノナレハ「レヒトス、プエルヘルトニース」ハ須ラク之ヲ法律關係トコソ稱ス可キナレ然ルヲ我國ニ於テハ之ヲ權利關係ト云フ若シ夫レ之ヲ譯語トセン乎之ヲ誤解ト云ハサルヲ得ス然レトモ其實或ハ故ラニ之ヲ權利關係トセシヤモ亦知ルヘカラス何トナレハ權利ハ法律ヲ俟テ創生スルモノナリトノ見解ヨリ論スルトキハ唯其因ト果トノ別アル而已ニシテ究竟同一ニ歸スレハナリ

民事訴訟法ノ定義

第一　民事訴訟法ノ定義

民事訴訟法トハ國家的私法裁判事務ノ爲メニ法律ヲ以テ規定セラレタル方式(或ハ之ヲ用式又ハ形式トモ云フ)ヲ云フ而シテ之ヲ運用スル所ノ國家ノ機關ハ民事裁判所ニシテ私法裁判ハ即チ此國家ノ機關ニ依テ私權ノ保護ヲ與フルモノナリ故ニ云フ民事訴訟法ハ私法範圍內ノ人事ノ關係ニ付キ私法上ノ利益保護ノ目的ヲ以テ裁判所ニ於テ私權ヲ實行スルノ形式若クハ方式即チ是ナリト」

斯ノ如ク民事訴訟法ハ私法上ノ利益ヲ保護スルヲ以テ目的ト爲スモノナルカ故ニ即チ(又權利保護ノ法律ナリ隨テ又强制ノ法律ナリ)而シテ(其保護ノ方法ハ威力アル判決ト强制執行ノ方法トニ依テ爲スモノトス

判決トハ原告ヨリ被告ニ對シ國權ニ向テ爲ス所ノ權利保護ノ請求、正當ナリヤノ否ヤヲ確定スル者ニシテ即チ國家ノ意思ヲ宣言スル所ノモノナリ(立法權ハ國家テフ法人ノ意思ヲ立ル所ニシテ即チ法人ノ腦髓タリ司法權ハ其意思ヲ發言スル機關ニシテ即チ其口舌タリ而シテ行政權ハ其行爲ノ任ニ當ルモノニシテ即チ法人ノ手足ト云フ可キナリ)然レトモ裁判官ハ法律ヲ制定スヘキ國家ノ機關ニ非ス故ニ其宣言ニ係ル判決ハ固ヨリ法律ニ非ス又契約ニモ非ス又唯事件ノ鑑定ニモ非スシテ現在ノ事件ニ對シテ裁判官カ爲ス所ノ威力アル法律ノ適用ニ外ナラサルナリ是故ニ古來法律ノ格言トシテ判決ハ別種ノ法律ナリト言ヘルハ徒タ其結果ノ効力ヲ見テ其本體ノ性質ヲ誤認シタルモノト知ルヘシ」

强制執行トハ國家ノ公力ヲ以テ有形的若クハ心理的ニ脅迫ヲ施行スルヲ云フ而シテ此方法ハ概チ敗訴者ニ對シ實行スルヲ以テ本則ト爲スト雖トモ時ニ或ハ他ノ名義ヲ以テ未タ敗訴者タラサル者ニ對シテ實行スルコトアリ假執行ノ如キ即チ是ナリ

民事訴訟法ノ性質

民事訴訟法ハ權利保護ノ法律ナリト云ヘリ是ヲ以テ民事訴訟ノ目的ハ權利保護ノ請求ニアリヤ將タ私法上ノ權利關係ニアリヤ抑モ亦訴訟法ノ目的ト訴訟ノ目的トハ常ニ同一ナリヤ否ヤ等ノ問題ヲ生ス此等ノ點ニ付テハ獨逸國ニ於テモ諸大家ノ間頗ル議論アル所ニシテ今之ヲ詳論センニハ多クノ時間ヲ要シ且ツ諸君カ之ヲ了解スルニ甚タ困難ナランコトヲ恐ルヽカ故ニ姑ク措キ之ヲ他日ニ讓ラントス

仍本茲ニ一言スヘキモノアリ即チ民事訴訟法ハ法學上公法ノ部ニ屬スルモノナルヤ將タ私法ニ屬スルモノナルヤノ問題即チ是ナリ

法律ニ公法私法ノ別アルコトハ諸君ノ夙ニ了知セラルヽ所ナラント信スルヲ以テ茲ニハ唯訴訟法ノコトノミヲ云ハンニ羅馬法ニ於テハ獨リ國家法ノミヲ公法ト爲セシカ故ニ夫ノ刑法ノ如キハ之ヲ公法ノ中ニ算入シタレトモ刑事訴訟法ノ如キハ之ヲ私法ト爲セリ是レ他ナシ被害者ヨリ犯人ニ對シテ賠償ヲ求

ムルノ手續ヲ包含シタルノ故ヲ以テナリ今若シ此主義ニ據テ判斷スルトキハ民事訴訟法ナルモノハ素ト私法ヲ適用スル爲メノ法律ナルヲ以テ固ヨリ之ヲ私法ト爲スヘキモノヽ如シ於是乎歐洲ニ於テモ佛國ノ學者ハ概シテ之ヲ私法ト爲ス而シテ獨逸ニ於テモ夫ノプランケンヘフト氏ノ如キハ亦之ヲ私法ト爲ス又訴訟法ノ一部ハ公法タリ一部ハ私法ナリト論スルモノアリリンデー氏フヲン、カンスタイン氏ノ如キ是ナリ然レ𪜈夫ノシユミクト、マルチン、サビニーヲステルローブリンツ、レノー、此他方今有名ノ學者ハ大抵民事訴訟法モ亦一ノ公法ト爲ス予モ亦固ヨリ此說ニ左袒スルモノナリ

抑モ法學上ニ所謂公法トハ凡ソ國家若クハ國家ノ機關ト他ノ國家ノ機關トノ關係若クハ主觀的公權ノ附與基本及ヒ効用ノコトヲ定ムル法律及ヒ之ニ准スル一般ノ制規ヲ云フコトハ諸君ノ既ニ知ル所ナラン然リ而シテ民事訴訟法ナルモノハ縱シ各人利益ノ關係ヲ規定スルモノトスルモ此各個人ノ關係ハ各個人カ裁判所ニ對スル關係ノ規定ト離ル可ラサルモノニシテ而シテ此規定ノ設ケアル所以ノ目的ハ國家的ノ目的タリ即チ私權ヲ確定セシメ之ヲ執行セシメ及ヒ訴訟法ヨリ生スル所ノ權利ヲ効用セシムルトハ單ニ各個人ヨリ各個人ニ對スルモノ而已ニアラスシテ却テ常ニ少クモ同時ニ各個人カ裁判所即チ國家ニ對スルモノニシテ其目的ヲ實行スルモノハ蓋シ國家ノ機關タル裁判所即チ國權ノ一部タリ民事訴訟法ヲ以テ一個ノ公法ト爲スノ理由ハ即チ茲ニ在リトス

又訴訟法ヲ形式法若クハ用式法ト稱スルコトニ付テハ佛、法學者ノ未タ曾テ唱道セサル所ナルカ故ニ茲ニ一言センニ獨逸ノ法學者ハ法律ヲ大別シテ「マテリエール、レヒト」及ヒ「フヲルメール、レヒト」ノ二種トナセリ「マテリエール、レヒト」トハ之ヲ原料法又ハ材料法若クハ實質法トモ譯スヘキモノニシテ夫ノ民法及ヒ商法ノ如キ據テ以テ事ノ當否ヲ決ス可キ原則ヲ定メタル法律ヲ指ス用語ノ便宜上今之ヲ譯シテ實體法ト稱ス又「フヲルメール、レヒト」トハ形式法又ハ用式法トモ譯スヘキモノニシテ實體法ヲ應用スル爲メニ定メタル方式ノ規定ヲ指ス夫ノ刑事訴訟法及ヒ民事訴訟法ノ如キ是ナリ今之ヲ譯シテ用式法若ク形式法ト稱ス蓋シ實體法ハ原則ニシテ靜止スルモノナレトモ用式法ハ之ニ反シテ實體

法ノ適用ノ爲メニ活用スル所ノモノニシテ彼此ノ間所謂體ト用トノ關係アルモノト知ルヘキナリ

第二　民事訴訟法ノ事物即チ訴訟ノ手續ヲ指ス）

民事訴訟法ハ之ヲ人類生活上ノ出來事トシテ觀察スル片ハ行爲ト其他ノ事實トヲ以テ成リ立ツモノトス民事訴訟ノ手續即チ是ナリ行爲トハ總テ訴訟ノ主體タルモノヽ行爲即チ裁判所判事書記及ヒ執達吏ヲ總稱ス）及ヒ當事者（代理人代言人及ヒ補佐人ヲ總稱ス）ノ一切ノ訴訟行爲ヲ云ヒ其他ノ事實トハ夫ノ訴訟能力ノコト當事者及ヒ代理人ノ死亡ノ如キ即チ是ナリ今此訴訟手續ヲ別チテ左ノ三段ト爲ス

民事訴訟法ノ事物

一　訴權有無ノ判定（豫審茲ニ所謂訴權トハ讀テ字ノ如シ夫ノ民事訴訟法第二百六條ニ所謂無訴權ノ義ト混同ス可ラス）

二　權利保護ノ請求（本案）

三　執行

(一)　訴權有無ノ判定トハ此原被告間ニ此訴訟事件ニ付キ此裁判所ニ於テ審理及ヒ判決ヲ爲スヘキモノナリヤ否ヤ換言スレハ被告ニ答辯ノ義務アリヤ否ヤ又裁判所ハ之ニ對シテ判決ヲ與フルノ義務アリヤ否ヤヲ判定ス可キ最初ノ一段落即チ豫審ノ手續トモ稱スヘキモノニシテ訴訟ノ提起ヨリ口頭辯論ノ始マルマテヲ云フナリ

(二)　權利保護ノ請求ハ事件其物即チ本案ノ辯論及ヒ證據調ニ就テ總テノ材料ヲ蒐集シ其事件ニ對シ終局ノ判決ヲ與フルヲ以テ其局ヲ結フモノトス而シテ此一段落ハ立法上或ハ分チテ數段ト爲スコトヲ得ヘシ羅馬法ニ於テハ本案ノ辯論ト證據調トヲ分離セサリシモ彼ノ獨逸ノ普通法時代ニ在リテハ證據ハ中間判決ヲ爲シタルヲ以テ明カニ本案ノ辯論ト證據調トヲ分界シタリキ然ルニ同國現行ノ法律ニ於テハ之ヲ分離セス隨テ我訴訟法ニ於テモ亦本案ノ辯論ヲ分離セサルヲ以テ原則トス但シ裁判長ノ意見ニ依リ便宜上或ハ受命判事ニ命シテ別ニ證據調ヲ爲サシメ或ハ新ニ期日ヲ定メテ特ニ證據調ヲ爲スカ如キハ固ヨリ法律ノ許ス所ナリ然レトモ之ヲ以テ前述證據ノ中間判決ヲ爲スモノト同シク辯論ト證據調トヲ分界スルモノトハ云フ可カラス民事訴訟法第三百五十一條ニ證書ノ眞否ヲ確定スル場合ニ於テ中間判決ヲ以テ裁判ヲ爲スト定メ

タルハ全ク例外ノ規定ト知ル可キナリ

(三) 執行ハ判決ニ從ヒ請求ノ如ク强制シテ執行スル手續ナリ而シテ執行モ亦本來訴訟ノ一部分ヲ成スルモノナリト雖トモ他ノ部分ニ比スレハ大ニ相同シカラサル所アリ即チ執行ハ多クハ本案ノ辯論ヲ經テ判決アリタル後ニアルモノナレトモ時トシテハ本案ノ辯論ト同時ニ相並ヒテ行ハルヽコトアリ(假執行)又執行判決ト稱シテ獨立ノ訴訟ト爲ルコトアリ(第五百十五條)又其管轄ハ特ニ執行裁判所トシテ區裁判所ニ屬スルカ如キ(第五百四十三條是ナリ)

以上民事訴訟ニ於ケル三個ノ段落(通常起訴ノ始メヨリ訴訟ノ最終結局ニ至ルマテニ經過ス可キノ順序トス然レトモ亦每件必スシモ之ヲ經過スルモノ非スニ例ヘハ第一ノ段落即チ訴權有無ノ裁判ニ於テ訴ヲ却下セラルヽトキハ第二及ヒ第三ノ段落即チ本案ノ判決ト執行手續ヲ經過セサルヤ勿論ナリ又第二ノ段落ニ於テ本案辯論ノ後訴ヲ棄却セラルヽトキハ第三段タル執行ヲ要セサルヤ勿論ナリ

第三 民事訴訟法ノ權利關係

(一) 民事訴訟法ノ權利關係トハ訴訟手續ニ依リ又ハ訴訟手續ニ於テ訴訟ノ主体タル者ノ間ニ生スル所ノ訴訟上ノ權利義務ノ關係ヲ謂フ訴訟ノ主体トハ國家ノ機關タル裁判所ト原告若クハ被告タル當事者トヲ云フ而シテ此訴訟主体間ノ權利關係ハ訴訟ト共ニ發生シ訴訟ト共ニ發達シ又訴訟ト共ニ終了スルモノニシテ始終訴訟ト同一体タルモノトス然レトモ所謂訴訟ノ權利關係ハ唯一同体ナリトノ點ニ付テハ頗ル議論ノアル所ニシテ殊ニ數個ノ請求アルトキ又ハ當事者又ハ請求ノ條項ヲ漸次增加シ若クハ之ヲ變更シタル場合ニ於テハ訴訟上ノ權利關係ハ決シテ唯一同体ノモノニ非ストノ反對說アリト雖トモ實際ニ無益ナレハ其詳細ハ今之ヲ略ス

(二) 訴訟ノ權利關係ハ形式法的ノモノニシテ彼ノ訴訟ノ目的物タル實体法的即チ私法上ノ權利關係ト相同シカラス故ニ民法上ノ權利關係ナキモ訴訟上ノ權利關係ヲ生スルコトヲ得ヘシ何トナレハ訴訟ノ終局ニ至ルマテハ果シテ民法上ノ權利關係ノ存在スルヤ否ヤハ實ニ未決ノ問題ニ屬スレハナリ之ヲ詳言スレハ一ハ訴訟法ヲ標準トシテ始終シ一ハ民法ヲ標準トシテ始終スルモノニ

シテ彼此ノ間互ニ獨立ノ本領ヲ有スルモノナリ唯其相同シキ點ハ訴訟ハ素ト私法ヲ適用スルヲ以テ其目的ト爲スカ故ニ其目的物タル民法上ノ關係ニシテ終了スルトキハ隨テ訴訟上ノ關係モ亦烏有ニ歸スルコト勿論トス

(三) 訴訟上ノ關係ニ三個ノ主体アリ國家ノ裁判機關即チ裁判所原告及ヒ被告即チ是ナリ蓋シ原告ハ攻擊的ニ權利保護ノ請求ヲ爲シ而シテ被告ハ之カ防禦ノ地位ニ立ツモノトス故ニ若シ被告ニシテ勝訴者タルトキハ唯其訴ヲ棄却セラルヽニ止マリ決シテ原告カ義務辨濟ノ判決ヲ受クルコトナシ(但シ訴訟入費辨償ノ義務ハ格別トス)然レトモ若シ被告ニシテ反訴ヲ提起スルトキハ被告モ亦同時ニ原告ト爲ルヘシ此場合ニ於テ其訴訟ハ形式上互ニ相牽連スト雖トモ其實体ニ至リテハ判然分離シ得ヘキ二個ノ訴訟ノ同時ニ並起スルモノト知ルヘキナリ例ヘハ原告ヨリ貸金催促ノ訴ヲ起スニ際リ被告ハ賣掛代金ヲ以テ相殺ノ反訴ヲ爲スカ如キ明カニ貸借ニ關スル訴訟ト賣買ニ關スル訴訟トヲ區別スルヲ得ヘキナリ

以上說述スル如ク訴訟上ノ權利關係ニハ三個ノ主体アリ故ニ又三面的ノ關係(裁判官及ヒ原告間ノ一面ト裁判官及ヒ被告間ノ一面ト當事者ト當事者間トノ一面)ヲ生シ即チ三箇ノ相互ノ關係ノ合体シタルモノニシテ啻ニ二面的即チ裁判官ト原告間及ヒ裁判官ト被告間ノ關係ノミニ止マラサルナリ而シテ右訴訟主體者間相互ノ關係ハ互ニ相離ルヘカラサルモノナルカ故ニ之ヲ唯一ノモノトナスナリ訴訟上關係ノ兩面的ナルヤ將タ三面的ナルヤハ獨逸國ニ於テハ近來訴訟法ニ有名ナル學者間ニ於テ大井ニ議論アル所アリ蓋シ此議論タル當今ヲ井ブチヒ大學教授ビユロー氏カ始メテ三面的關係ナルコトヲ主唱シタルヨリ爾來講義ニ雜誌ニ各學者ノ論駁スル所トナリ遂ニ伯林大學教授コーレル氏ノ如キハ此問題ノ爲メ特ニ一編ノ書ヲ著スニ至レリ獨逸學者ノ理論ト事物ノ分析ニ精密ヲ力ムルノ一端ヲ見ルヘシ然レトモ余ハ此問題ノ何レニ歸着スルモ毫モ實際ニ影響スルモノナシト信スルカ故ニ茲ニ之ヲ詳論スルニ及ハス

以上緒論ノ要領ヲ說述シ終リタレハ茲ニ訴訟手續ノ種別ヲ附說セン

訴訟手續ノ種別

凡ソ訴訟ナルモノハ或ハ外形上ノ行爲若クハ順序ニ於テ其形式ノ異ナルニ因リ若クハ其訴訟主體ノ權利義務ノ性質ニ因リ實體的ニ相同シカラサル所アルヨリシテ種々ノ區別ヲ生ス

先ツ訴訟ヲ大別シテ通常訴訟及ヒ特別訴訟ノ二トナス

通常訴訟

(一) 通常訴訟

通常訴訟トハ凡ソ民事上ノ訴訟ニシテ確定ノ判決ト執行力トヲ得ルヲ以テ目的ト爲スモノヲ總稱ス此部類ニ屬スルモノヲ列擧スレハ左ノ如シ

(い) 地方裁判所ノ訴訟手續(第百九十條以下)

即チ正式ノ方法ニシテ重大ノ事件ニ用ヰル所ノモノ是ナリ

(ろ) 區裁判所ノ訴訟手續(第三百七十三條以下)

即チ簡便ノ方法ニシテ輕微ノ事件ニ用ヰル所ノモノ是ナリ

(は) 領事裁判ノ訴訟手續(明治二十一年十月勅令第七十一號ヲ以テ定メラレタル清國幷ニ朝鮮國駐在領事裁判規則即チ是ナリ此規則ハ極メテ簡單ナルモノニシテ僅カニ九个條ヲ以テ民事刑事ノ訴訟取扱方ヲ定ム)

(二) 特別訴訟

(い) 婚姻事件養子緣組事件及ヒ禁治產事件ニ關スル訴訟手續(明治廿三年法律第百四號ヲ以テ公布シ廿六年一月一日ヨリ實施スヘキ筈ノモノナリ)

此等ノ事件ニ關シ特別ノ訴訟手續ヲ要スルモノト爲シタル所以ハ蓋シ專ラ公益ニ關係アルカ故ニシテ他ノ特別訴訟手續ニ於ケルカ如ク簡易ヲ主トシタルモノニ非ス乃チ此手續ニ於テハ檢事ノ職權殆ト刑事ノ訴訟ニ於ケルト同一般ナルヲ以テモ之ヲ知ルニ足ラン(獨逸國ニ於テハ之ヲ訴訟法中(第六編)ニ規定シタルモ我國ニ於テハ之ヲ特別ノ法律ヲ以テ定メタリ蓋シ民法ニ關スルモノ多キカ故ニ之ト其實施ノ期ヲ同フシタルモノナラン果シテ然ラハ其運命モ亦未タ定マラサルモノト云フヘシ)

(ろ) 簡易訴訟手續

此名稱ハ法律上ノ語ニ非スト雖トモ講學上ノ便宜ノ爲メニ用ヰル所ノモノニシテ證書訴訟及ヒ爲替訴訟(第四百八十四條以下)假差押及ヒ假處分手續(第七百三十七條以下)ノ如キ即チ是ナリ

(は) 督促手續第三百八十二條以下)

(に) 破產手續商法第九百七十八條以下)

第一編　總則

本編ハ所謂訴訟ノ主体タル裁判所及ヒ當事者ニ關スル規定ト訴訟手續ノコトヲ定ムルモノニシテ訴訟法ノ全編ニ適用スヘキ一切ノ通則ヲ定ムル所トス法律ハ之ヲ稱シテ總則ト云フ

第一章　裁判所

第一節　裁判權

裁判權

(一) 裁判所ハ既ニ前緒論ニ於テモ說述シタルカ如ク特ニ裁判事務ノ爲メニ設立セラルヽ所ノ國家ノ機關トス故ニ凡ソ民事ノ訴訟ハ皆此裁判所ニ於テ其辯論ヲ爲シ其裁判ヲ受クヘキナリ而シテ裁判所カ民事ノ裁判事務ヲ實行スルニ就テ存スル所ノ權力職務之ヲ稱シテ裁判所ノ權限若クハ單ニ裁判權ト云フ

裁判所ハ訴訟當事者ト共ニ所謂訴訟ノ主体ナルコトモ亦緒論ニ於テ說述シタリ蓋シ國家ハ訴訟ニ於テ裁判事務ノ主働者トシテ現ハルヽモノニシテ即チ各種ノ裁判所ニ依テ代表セラルヽモノトス而シテ民事裁判事務ニ關スル裁判所構成ノ全部ヲ講究スルコトハ余カ擔當部分ノ目的トスル所ニ非サルカ故ニ余ハ唯訴訟ノ主体トシテ裁判所ノ有スル性質及ヒ地位ヲ定ムル原則ノ大要ヲ說述スルニ止メントス

(二) (裁判權又之ヲ司法權ト稱ス)司法權ハ法律ノ維持ヲ以テ其目的ト爲スモノニシテ乃チ國家ニ屬ス蓋シ所謂司法權ト司法行政權トハ須ラク之ヲ區別セサルヘカラス彼ノ司法行政トハ裁判所及ヒ各裁判所職員ノ配置書式ノ規定會計ノ整理事務ノ檢閱其他判事以外ノ官吏ノ服務紀律若クハ懲戒處分等總テ裁判事務ノ實行ニ欠ク可ラサル所ノ行爲ヲ謂フモノニシテ最モ必要ナル事務トス然レトモ余輩ノ玆ニ研究セントスル所ノモノハ純然タル裁判事務ニ在ルカ故ニ司法行政ノ事ハ之ヲ詳述スルニ及ハス

(三) 君主ハ自ラ司法權ヲ行ハス又其委任ニ依リ其命ニ從フヘキ機關ニ依テ之

ヲ行ハス乃チ唯法律ニノミ服從スヘキモノニシテ其他ハ全ク不羈獨立ナル裁判所ニ依テ此權ヲ實行スルモノトス是レ各文明國ニ於テ行ハルヽ所ノ通例ナリ我帝國憲法ハ其第五十七條ニ特書シテ曰ク「司法權ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」ト而シテ獨逸裁判所構成法第一條ニ於ケル如ク意義(司法權ハ不羈獨立即チ一ニ法律ニノミ從フヘキ裁判所ニ依テ云々)ノ明文ナシト雖トモ現ニ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フトアル以上ハ天皇ノ名ニ於テスルモ天皇ノ意ニ依テ左右セス一ニ法律ニ從フ而已ニテ即チ司法權ノ獨立ヲ認許スルノ趣旨タルヤ蓋シ明確ナリト謂フヘシ且ツ夫ノ憲法義解者ニ在リテモ同法第五十七條ノ末段ニ於テ「君主ハ裁判官ヲ任命シ裁判所ハ君主ノ名義ヲ以テ裁判ヲ宣告スルニ拘ラス君主自ラ裁判ヲ施行セス不羈ノ裁判所ヲシテ專ラ法律ニ依從シ行政權ノ外ニ之ヲ施行セシムヽ之ヲ司法權ノ獨立トス」ト註解シタルヲ以テ見ルモ亦立法者ノ精神如何ヲ窺ヒ知ルヲ得ヘキナリ

(四) 裁判所ノ獨立以テ裁判ヲ爲スノ權之ヲ裁判所ノ職權ト謂フ而シテ裁判所ノ職權之ヲ分チテ三トナス發令權、執行權及ヒ處罰權即チ是ナリ

(い) 發令權トハ訴訟ノ秩序ヲ立テ決定ヲ爲シ命令ヲ爲シ又ハ判決ヲ爲スノ權ヲ云フ之ヲ約言スレハ判決權ト訴訟指揮權トヲ併稱スルモノトス而シテ判決權トハ無形的ノ認定ヲ爲スニ非ス又法ヲ立ツルノ權ニモ非ス畢竟假定的ノ法令ヲ現在ノ訴訟事件ニ付キ有形ノ方式ヲ以テ公然宣告スルノ義ニ外ナラス又訴訟指揮權トハ訴訟ノ趣意ヲ明カニシ又ハ訴訟進行若クハ續行ノ爲メニ必要ナル行爲ヲ命スル等ノ權力ヲ謂フ例ヘハ期日、期間ヲ定メ又ハ場所ヲ指定シテ訴訟行爲ノ順序ヲ立テ證據調ノ行爲ヲ決定シ又ハ口頭辯論ヲ指揮スル等ノ如キ是ナリ

(ろ) 執行權トハ訴訟上ノ强制權即チ强制執行ノ權力ヲ謂フモノニシテ判決ノ主旨ニ從ヒ之ヲ實行スルノ權力是ナリ

(は) 處罰權ハ前段ノ命令權及ヒ執行權ノ如ク直接ニ裁判事務ヲ以テ目的トスモノニ非スシテ畢竟訴訟取締ノ目的ニ過キス換言スレハ訴訟其物ヲ判決スルカ爲メニ非スシテ法廷ノ秩序ヲ保チ審問ノ妨害ヲ避クルニ外ナラス、サレハ所謂處罰權ナルモノハ訴訟ニ不必要若クハ不便ノ行爲ヲ除斥

0156

スルニ非スシテ訴訟ニ何等ノ關係ヲ有セサルモ裁判所ノ威嚴及ヒ秩序ノ維持ニ有害ナル影響ヲ避クルニ在ルナリ例ヘハ裁判所構成法第百七條以下ニ定ムル所ノ訟廷取締ノ命令ニ違犯スル者ニ對シ或ハ退廷ヲ命シ或ハ閉廷ノ時マテ拘留シ仍ホ五圓以下ノ罰金若クハ五日以内ノ拘留ニ處スルカ如キ即チ是ナリ

此他仍ホ一ノ注意スヘキモノアリ我民事訴訟法第二百九十四條ニ依リ不參ノ證人ニ對シテ費用ノ賠償及ヒ罰金又ハ勾引ヲ命スル權及ヒ第三百二條ニ依リ原因ヲ開示セスシテ證言ヲ拒ミ又ハ開示シタル原因ノ棄却ノ確定シタル後ニ之ヲ拒ミタル證人ニ對シ其拒絶ニ因リテ生シタル費用ノ賠償ノ外尚ホ四十圓以下ノ罰金ヲ言渡スノ權及ヒ同第三百五十五條ニ於テ證書ノ僞造若クハ變造ナルコトヲ其實ニ反キテ主張シタル原告若クハ被告ニ惡意若クハ重過失ノ責アル場合ニ於テハ公正證書ニ係ルトキハ五十圓以下私署證書ニ係ルトキハ二十圓以下ノ科料ヲ言渡スノ權アルコト是ナリ前二ケノ場合即チ證人ニ對スル處罰ノ場合ハ單ニ訟廷ノ取締ニ關スル場合ト異ナリト雖トモ而モ裁判所ノ命令ニ從ハサル者ヲ處罰スルモノナレハ威嚴ノ維持ノ爲メニスルモノトモ見ルヘク又證言ノ有無ハ訴訟ニ直接ノ關係アルカ故ニ隨テ其裁判ニ影響ヲ及シ得可ヘキモノナリトス然レトモ最後ノ場合即チ直實ニ反シテ僞造ヲ立張スル當事者ニ對スル處罰ノ如キハ全ク其性質ヲ異ニスルコト明ナリト雖モ是レ亦畢竟民事裁判所ノ處罰權タルニ外ナラサルヲ以テ茲ニ之ヲ附言スルナリ

裁判所ノ構成

第二節　裁判所ノ構成

裁判所ノ構成、學問上之ヲ分チテ裁判所ノ内部ノ構成ト外部ノ構成トノ二種トナス裁判所内部ノ構成トハ判事、檢事、書記、執達吏及ヒ廷丁ニ至ルマテノ裁判所職員ノ配置等總テ裁判所ノ内部ノ組織ヲ謂ヒ裁判所外部ノ構成トハ區裁判所、地方裁判所、控訴院及ヒ大審院等ノ審級即チ裁判所ノ等級又ハ其管轄ノ區域若クハ權限等ヲ謂フ然レトモ各裁判所ノ管轄ノ詳細ハ之ヲ後節ニ於テ講述シ又裁判所ノ職員ノ詳細ハ之ヲ當事者ト相並ヘテ講述センコトヲ欲スルカ故ニ本節

ニハ唯各裁判所ノ外部及ヒ内部ノ構成ニ關スル構成法ノ大要ノミヲ講述セントス

裁判所外部ノ構成

凡ソ開明ノ國ニ在テハ人事ノ漸ク復雜ヲ加フルト私權保護ノ益ス鞏固ヲ希圖スルニ因テ愈ヨ裁判所ノ數ヲ增加スルニ至ルモノナリ而シテ今各文明國ニ於ケル裁判所ノ構成方法如何ト云フニ許多ノ裁判所中或ハ彼此其等級ヲ同フスルモノアリ又其差等アルモノアリ上級裁判所、下級裁判所ノ別即チ是ナリ同等ノ裁判所ハ各同等ノ權限ヲ有スルモ其管轄スル所ノ土地ノ區域ヲ異ニス之ヲ裁判管轄區ト云フ又其等級ヲ異ニスルモノニ在テハ他ノ下級裁判所ノ裁判ニ對スル上訴即チ控訴、上告、抗告ヲ裁判スルノ權限ヲ有ス即チ之ヲ上級裁判所ト云フ而シテ此上級下級ノ差等之ヲ稱シテ審級ト云フ審級トハ第一審、第二審、第三審ノ區別ヲ云フナリ蓋シ下級同等ノ裁判所ノ多少ハ事件ノ增減ニ基因スト雖トモ所謂上級審ノ設ケアル所以ハ强チ事件ノ多少ニ拘ラス畢竟私權ノ保護ニ愈々重ヲ加フルト同時ニ可成裁判ノ統一ヲ希圖スルニ在リ故ニ上級ノ裁判所ハ常ニ數多ノ下級裁判所ノ管轄區ヲ併セタル數層ノ大區域ヲ管轄スルモノト知ルヘシ

我裁判所構成法及ヒ民事訴訟法ニ依レハ民事ノ第一審裁判所ハ區裁判所及ヒ地方裁判所、第二審ハ控訴院、第三審ハ大審院トス然レトモ區裁判所ノ裁判ニ對シテハ地方裁判所ハ第二審、控訴院ハ第三審ト爲ル此事ハ後ニ再說ス可シ

區裁判所

第一　區裁判所裁判所構成法第一條及ヒ第十一條以下)

區裁判所ハ一人以上數人ノ判事及ヒ之ニ相當スル書記ヲ以テ構成スト雖トモ其裁判權ニ至テハ常ニ單獨判事之ヲ行フモノトス而シテ判事二人以上ヲ置クトキハ司法大臣ハ其一人ヲ監督判事ト爲シ之ニ其行政事務ヲ擔任ス

區裁判所ハ純然タル第一審裁判所ニシテ第二審ノ裁判權ヲ有スルコトナシ

區裁判所及ヒ其判事ノ配置ニ付テハ各國其制ヲ異ニス例ヘハ佛蘭西ト獨逸ノ如キ即チ是ナリ佛國ニ於テハ各「カントン」ニ一个ノ區裁判所ヲ設ケ之ニ一人ノ判事ヲ置クヲ以テ通例トス而シテパリー、リヨン、マルセールノ如キ大都會ニ至テハ全市ヲ分畫シテ數區ト爲シ各區一人ノ判事ヲ置ク例ヘハ巴里ヲ二十區ニ分チ之ニ各一人ノ判事ヲ置クカ如キ是ナリ然ルニ獨逸國ニ於テハ之ニ反シテ

各區裁判所ニ數人ノ判事ヲ置クヲ以テ本則ト爲シ而シテ區裁判所ノ多數ヲ置カス例ヘハ伯林ノ如キモ今ハ二个ノ區裁判所アリト雖トモ數年前マテハ僅カニ一个ノ區裁判所アリシノミニシテ之ニ數十人ノ判事ヲ置ケリ其他ノ大都會モ亦皆然リ蓋シ地方事務ノ閑ナル所ニ於テハ一人ノ判事ヲ置ク所亦甚タ多シト雖トモ搆成ノ主義ヨリ云フトキハ却テ之ヲ變則ト云フヘキモノトス我國實際ノ配置ニ就テ見ルトキハ蓋シ佛獨兩主義ヲ折衷シタルモノヽ如シト雖トモ而カモ其主義ニ於テハ寧ロ獨逸ノ制ヲ採ルモノト云フ可キナリ

地方裁判所

第二　地方裁判所(裁判所搆成法第一條及ヒ第十九條以下)

一　地方裁判所ハ所長、部長及ヒ陪席判事ヲ以テ組成ス(同法第二十條)

二　一若クハ二以上ノ民事部ヲ置キ民事商事ノ裁判ヲ爲ス

佛國ニ於テハ商業繁盛ノ地ニ至テハ別ニ商事裁判所ヲ設ケ純然タル商人ヲ以テ之レカ裁判官ト爲シ獨逸ニ於テハ各地方裁判所ニ商事部ヲ置キ一人ノ判事ト二人ノ名望アル商人ヲ以テ之カ裁判ヲ爲サシム我國ノ現況ニ於テハ未タ商事ニ就テ特ニ其裁判ノ制ヲ異ニスルノ必要ヲ見スト雖トモ他日商業隆盛ニ至リ商法全部ノ實施ヲ見ルニ至ラハ必スヤ商事ニ特別ノ制度ヲ要スルニ至ル可シ

三　地方裁判所ハ判事三名ヨリ組立ラレタル合議裁判所トス(同法第十九條及ヒ第三十二條)

四　地方裁判所ノ事務ノ分配ハ毎年所長、部長及ヒ部ノ上席判事一名ノ會議ニ於テ所長、會長ト爲リ多數ヲ以テ之ヲ決ス可否同數ナルトキハ會長之ヲ決ス(同法第二十二條)

五　所長、部長部員差支アルトキハ代理順序モ亦前同一ノ會議ヲ以テ毎年之ヲ定ム

六　各部ノ事務ノ分配及ヒ監督ハ部長之ヲ爲ス

七　各部ハ毎年度其分配ヲ受ケタル一切ノ訴訟ヲ裁判ス又年度ノ終リニ至リ未タ終結ニ至ラサル事件ハ引續キ之ヲ裁判スルコトヲ得(同法第二十三條)

八　各部其專屬ノ書記ヲ有ス

九　地方裁判所ハ本來第一審裁判所トス然レトモ區裁判所ノ裁判ニ對スル控訴及ヒ抗告ニ付テハ第二審裁判所トス

控訴院

第三　控訴院（裁判所構成法第三十四條以下）

一　控訴院ハ院長、部長、陪席判事及ヒ之ニ附屬スル書記ヲ以テ組成ス

二　事務ノ分配及ヒ結了並ニ判事ノ代理ニ付テハ構成法第三十六條ノ規定スル所些少ノ差異アルノミニテ他ハ地方裁判所ノ爲メニ定ムル所ニ同シ

三　控訴院ハ通常民事訟訴法ニ就テハ第二審裁判所ナレトモ我構成法ニ依ルトキハ當ニ地方裁判所ノ裁判ニ對スル控訴抗告ニ付テ第二審裁判所タルノミナラス又區裁判所ノ判決ニ對スル控訴ニ付キ爲シタル地方裁判所ノ判決ニ對スル上告ニ付テハ第三審裁判所トス（同法第三十七條）

殊ニ東京控訴院ノ如キハ皇族ニ對スル民事訴訟ニ付テハ第一審及ヒ第二審ノ裁判權ヲ併有ス（同法第三十八條）

大審院

第四　大審院（裁判所構成法第四十三條以下）

一　大審院ハ全國唯一ノ最高裁判所ニシテ其所在地ハ常ニ東京トス然レトモ刑事ニ關シ民法第二編第一章及ヒ第二章ニ掲ケタル重罪並ニ皇族ノ犯シタル罪ニシテ禁錮以上ノ刑ニ處スヘキ者ノ豫審及ヒ裁判ニ付テハ大審院ハ其事件ノ審問又ハ裁判ヲ爲ス爲メ控訴院若クハ地方裁判所ニ於テ法廷ヲ開クコトヲ得ルナリ（同法第一條第四十三條及ヒ第五十一條）

大審院ハ大抵之ヲ一國ノ首府ニ置クヲ通例トス然レトモ獨逸帝國ノ如キハ之ヲ其首府タル伯林ニ置カスシテサクソン王國ライプチヒ府ニ置ケリ蓋シ政略上ノ理由アリテ然ルモノナリ

二　大審院モ亦院長、陪席判事及ヒ書記ヲ以テ組成ス

三　大審院ノ各部ハ裁判長ヲ合セ七名ノ判事ヲ以テ組立ラルヽモノトス（同法第五十三條）

四　大審院ハ同時ニ其院ノ判事ニ對スル懲戒處分ニ付テハ同タ七名ノ判事ヲ以テ組立ラルヘキ懲戒裁判所トス（判事懲戒法第八條）

五　大審院ハ總會議ノ決議ヲ以テ同院判事ニ退職ヲ命スルノ權ヲ有スル官廳トス（構成法第七十四條）

六　大審院ノ事務分配及ヒ代理順序ハ部長ト協議シ大審院長前以テ之ヲ定ム（同法第四十五條）

七　大審院ハ前判決ト相反スル意見アルトキハ民事又ハ刑事ノ總部又ハ民事及ヒ刑事ノ總部ヲ聯合シテ再ヒ審問シ及ヒ裁判ス是レ獨リ大審院ニ於ケル特別ノ處分トス

八　大審院ハ民事訴訟ニ付テハ控訴院ノ裁判ニ對スル上告及ヒ抗告ヲ裁判スルノ權限ヲ有スルモノニシテ即チ其決定ニ對スル抗告ノ場合ノ外控訴院ノ判決ニ對シテハ常ニ第三審裁判所トス夫ノ民事ニ關スル構成法第三十八條ノ場合ニ於テモ控訴院ハ第一審及ヒ第二審ノ裁判權ヲ併有スルヲ以テ此場合ニ於テモ亦大審院ハ第三審ニ屬スルモノトス

第三節　裁判所ノ管轄

裁判所ノ管轄

裁判所トハ裁判所構成法第二條ニ所謂通常裁判所ノ義ニシテ其管轄トハ通常裁判所トシテ一定ノ訴訟ノ辯論ヲ爲サシメ而シテ其判決ヲ爲シ若クハ或ル一定ノ訴訟行爲ヲ行フノ職務及ヒ權利ヲ謂フ（此管轄ハ裁判所構成法、訴訟法及ヒ明治二十三年法律第四號等ヲ以テ定ムル所ノモノトス）而シテ其所謂裁判所ノ管轄ニ種々ノ別アリ

裁判所管轄ノ種別

一　訴訟事件ノ目的物ニ從ヒテ定マルモノ（之ヲ事物ノ管轄ト謂フ）

二　訴訟手續若クハ單獨ノ訴訟行爲ニ從ヒテ定マルモノ（之ヲ職務ノ管轄ト謂フ）

三　各裁判所ニ分屬セシムル所ノ所轄區域ニ從ヒテ定マルモノ（之ヲ土地ノ管轄又ハ裁判籍ト謂フ）

四　裁判所カ同一ノ訴訟事件ニ付テ順次ニ審理ス可キ序次ヲ定ムル所ノ關係ニ依テ定マルモノ（之ヲ等級的管轄ト謂フ）

以上各種ノ場合ニ於テ尙ホ左ノ區別ヲ爲スヲ要ス

法律ニ依リ一定シタル管轄ニシテ數箇ノ裁判所ノ間ニ於テ彼此ノ選擇ヲ爲スコトヲ許サヽルモノ（之ヲ專屬管轄ト謂フ）

ろ　數多ノ裁判所中ニテ彼此ノ選擇ヲ屬シ得ヘキモノ（之ヲ合意上又ハ權能的

管轄ト謂フ）

は裁判官ノ裁判ニ依テ定マルヘキモノニシテ而シテ其裁判ニ依テノミ一定ス可キモノ（之ヲ裁判上ノ管轄ト謂フ）

以上管轄ハ其專屬トシ又ハ權能若クハ合意的ノモノトシテ法律ニ依テ定マルモノト裁判官ノ判定ニ依テ定マルモノトノ二種ト爲ス

右ノ如ク裁判所ノ管轄ノ種類ヲ分チ之ヲ各裁判所ニ分轄セシムル所以ノ理由ハ蓋シ專ラ事件其物ノ性質ニ於テ或ハ特ニ迅速ノ終局ヲ要スルモノアリ或ハ簡易ノ結局ヲ要スルモノアリ或ハ又其訴訟ノ目的物及ヒ當事者ノ故ヲ以テ別段ノ鄭重ヲ要スルモノアルニ在リトス

以下各箇ノ場合ニ就テ講述セン

事物ノ管轄

第四節　事物ノ管轄

事物ノ管轄ニ就テ先ヲ研究スヘキモノハ區裁判所及ヒ地方裁判所ノ管轄スル所ノモノ即チ是ナリ

區裁判所ノ事物ノ管轄

一　區裁判所ハ裁判所構成法第十四條ニ依リ左ノ事項ニ付キ事物ノ裁判權即チ管轄權ヲ有ス（民訴法第一條）

第一　百圓ヲ超過セサル金額又ハ價額百圓ヲ超過セサル物ニ關ル請求

第二　價額ニ拘ラス左ノ訴訟

（イ）住家其ノ他ノ建物又ハ其ノ或ル部分ノ受取、明渡、使用、占據若ハ修繕ニ關リ又ハ賃借人ノ家具若ハ所持品ヲ賃借人ノ差押ヘタルコトニ關リ、賃貸人ト賃借人トノ間ニ起リタル訴訟

（ロ）不動產ノ經界ノミニ關ル訴訟

（ハ）占有ノミニ關ル訴訟

（ニ）雇主ト雇人トノ間ニ雇期限一年以下ノ契約ニ關リ起リタル訴訟

（ホ）左ニ掲ケタル事項ニ付旅人ト旅店若ハ飲食店ノ主人トノ間ニ又ハ旅人ト水陸運送人トノ間ニ起リタル訴訟

（一）賄料又ハ宿料又ハ旅人ノ運送料又ハ之ニ伴フ手荷物ノ運送料

（二）旅店若ハ飲食店ノ主人又ハ運送人ニ旅人ヨリ保護ノ爲メ預ケタル

地方裁判所ノ事物ノ管轄

二　地方裁判所ハ裁判所構成法第二十六條ニ依リ左ノ事項ニ付キ管轄權ヲ有ス(民訴法第一條)

第一　第一審トシテ

區裁判所ノ權限又ハ第三十八條ニ定メタル控訴院ノ權限ニ屬スルモノヲ除キ其ノ他ノ請求

第二　第二審トシテ

(イ)　區裁判所ノ判決ニ對スル控訴

(ロ)　區裁判所ノ決定及ヒ命令ニ對スル法律ニ定メタル抗告

訴訟法ノ順序ニ從ヘハ茲ニ第二條以下ニ定ムル所ノ訴訟物ノ價額算定方ノ事ヲ講述ス可キナレトモ余ハ價額算定ニ付テハ管轄ノ大要ヲ講了シタル後別ニ一節ヲ設ケテ之ヲ說述セントスルカ故ニ之ヲ後段ニ讓ルヘシ

第五節　職務上ノ管轄

職務上ノ管轄

區裁判所ハ訴訟手續ノ或ル種類ノ爲メ及ヒ一定ノ訴訟行爲ノ爲メ管轄權ヲ有ス

第一　訴訟手續ノ種類ニ就テハ

督促手續(民訴法第三百八十二條乃至第三百九十五條)

二　禁治產事件(明治二十三年法律第百四號第二十條)

三　配當手續(民訴法第五百四十三條第六百二十六條以下)法律ハ此場合ニ於テハ特ニ配當裁判所ト稱ス

四　假差押事件(民訴法第七百三十九條)

五　假處分(民訴法第七百六十一條)

六　破產事件

第二　或ル訴訟行爲ニ就テハ

一　民訴法第五百一條、第五百九十四條、第五百九十五條、第六百四十一條及ヒ第六百二十七條以下ノ如キ强制執行手續

二　裁判所構成法第百三十一條ニ定ムル所ノ法律上ノ共助

三　民訴法第三百六十六條ニ規定セル證據保全

以上第一及ヒ第二ノ場合ニ於テ一个ノ爭ヲ生スルトキハ區裁判所ハ直チニ此種ノ管轄權ヲ變轉シテ前第四節ニ說示シタル所ノ通常事物ノ管轄ニ歸ス

土地ノ管轄

第六節　土地ノ管轄（民訴法第十條乃至第二十八條）

民事訴訟法ハ土地ノ管轄ヲ分チテ二種ト爲ス左ノ如シ

第一　普通裁判籍

第二　特別裁判籍

右裁判籍ヲ定ムルノ原則トシテ根據スル所ハ先ツ其本則トシテハ

一　被告人ノ住所

又其例外トシテハ

二　被告人ノ所在ニ拘ラス係爭物ノ所在地

三　婚姻事件ニ付テハ夫ノ普通裁判籍ノ所在地（明治二十三年法律第百四號

普通裁判所籍

第一條

○第一　普通裁判籍

(一)　被告人ノ住所即チ其所在地ニシテ且生計ノ主要タル地

故ニ凡ソ人ノ裁判籍ヲ定ムルニハ先ツ其住所ヲ見定メサルヘカラス而シテ其住所ヲ見定メントスルニハ法律上其所謂住所トハ果シテ如何ナルモノナルヤヲ詳ニセサルヲ得ス然ルニ訴訟法ニ於テハ住所ノ定義說明ヲ與フル所ナシ是レ蓋シ人ノ住所ハ所謂實体法ノ定ムヘキ所ノモノニシテ形式法ノ定ムヘキ所ノモノニ非サルカ故ナリ而シテ今日ノ實際ニ於テハ未タ住所ノ定義ヲ確定スル所ノ法律ナシト雖モ今之ヲ現行戸籍法等ヨリ推究スルトキハ法律上ノ住所トハ即チ本籍ノ在ル所ナリト謂フヲ得ヘシ然レ𪜈若シ民事訴訟法第十條ニ所謂住所ハ本籍地ナリト解スル𪜈ハ實際甚シキ不都合アルヘシ其故如何ト云フニ我國戸籍上ニハ所謂本籍ナルモノハ今日ノ實際ニ於テ幾ント有名無實屬ニスルモノ多ケレハナリ既ニ他ノ地方ニ於テハ單ニ戸籍上ノミノ本籍ヲ有シ而シテ現ニ東京若クハ他ノ都會ニ居住スル者幾千万ナルヲ知ラス蓋シ之ヲ寄留

ト稱ス而シテ從來及ヒ今日ニ於テモ寄留籍ノ在ル所亦之ヲ裁判籍ノ在ル所トシテ訴ヲ起シ之ヲ受理シ之ヲ裁判スルヲ常トスサレハ今日ニ於テハ住所ハ本籍若クハ寄留籍ノ所在地ヲ併稱スルモノト解セサルヲ得サルナリ

今又之ヲ民法ニ徴スルニ人事編第十四章第二百六十二條ニ於テ民法上ノ住所ハ本籍地ニ在ルモノトストアリ又其第二百六十六條ニ於テ本籍地カ生計ノ主要タル地ト異ナルトキハ主要地ヲ以テ住所ト爲ストアリ是レ即チ前ニ所謂寄留地ニ當レルモノナルヘシ夫ノ學問上殊ニ佛國ニ所謂政事的ノ住所選定住所ノ如キハ之ニ包含セサルナルヘシ蓋シ政事的住所トハ選擧ノ爲メニ設クル所ノ住所ニシテ又選定住所トハ訴訟等ノ爲メニ一時定ムル所ノ假住所即チ是ナリ

別段ノ住所

民事訴訟法ハ又或ル人ノ爲メニ裁判籍上別段ノ住所ヲ定メタリ

(い) 軍人軍屬ノ住所○軍人軍屬ニ就テハ兵營地若クハ軍艦定繫所ヲ以テ住所ト爲ス兵營地トハ六師團若クハ其分營所在地ヲ謂ヒ軍艦定繫所トハ各軍港所在地ヲ謂フ但シ豫備後備ノ軍籍ニ在ル者及ヒ兵役義務屬行ノ爲メノミニ服役スル軍人軍屬ニ就テハ此特例ヲ適用スルノ限ニ在ラス(民訴法第十一條)故ニ夫ノ陸軍召集條例ニ依テ一時召集セラルヽ所ノ豫備後備ノ軍人軍屬ニ至テハ此特定ノ裁判籍ヲ有セサルナリ

(ろ) 外國ニ於テ治外法權ヲ有スル者ノ住所○外國駐在ノ外交官及ヒ其家族從者ニ就テハ本邦ニ於ケル本人ノ最後ノ住所ヲ以テ裁判籍上ノ住所ト爲ス若シ此住所ナキトキハ司法大臣ノ命令ヲ以テ豫メ東京内ノ或ル區ヲ以テ其住所ト定ム(民訴法第十二條)

(は) 分派住所○獨逸訴訟法第十七條ニ定ムル所ノ別居ノ婦ノ住所ノ如キヲ謂フ我民法人事編第八十四條ニ依リ裁判所ヨリ指定スル所ノ婦ノ住居ノ如キ稍之ニ類スルモノナリ而シテ明治二十三年法律第百四號ニ依レハ一个年間離婚ノ訴ヲ中止スルコトモアレハ此時間ニ在テハ實際之ヲ分派住所ト看ルコト最モ適當ナルカ如シト雖モ我訴訟法ニハ之ニ關スル規定ナキヲ以テ法律上ニテハ此場合ニ於テモ尙ホ夫ノ住所ヲ以テ婦ノ住所ト爲サヽルヲ得サル可シ

0165

(二) 本人ノ現在地

內國ニ於テモ外國ニ於テモ住所ヲ有セサル者ニ就テハ本人ノ現在地ヲ以テ裁判籍ト爲ス故ニ內國ニ住所ヲ有スル者ニ對シテハ一時滯在ノ地ニ於テ訴ヲ起スコトヲ得ス(民訴法第十二條)

(三) 最後住所

現時ノ住所ナクシテ現在地ノ知レサル者又ハ外國ニ在ル者ニ就テハ其最後ニ有セシ內國ノ住所ヲ以テ裁判籍ト爲ス又現ニ外國ニ於テノミ住所ヲ有スル者ニ對シテハ內國ニ於テ生シタル權利關係ニ限リ同シク最後ノ住所ヲ以テ裁判籍ト爲ス(民訴法第十三條)

(四) 所在地

國家ノ行政機關即チ國ヲ代表スル官廳其他公私ノ法人及ヒ其資格ニ於テ訴ヘラルヽコトヲ得ル會社、社團又ハ財團等ニ就テハ其所在地ヲ以テ裁判籍ト爲ス(民訴法第十四條)

民事訴訟法第十四條ハ國家及ヒ其他公私法人ノ裁判籍ヲ定ムルノミ而シテ其所謂法人ノ學理性質ヲ研究スル事ハ固ヨリ民法ノ範圍ニ屬スルト雖トモ今茲ニ諸君ノ爲メニ其大要ヲ說示セン

國ノ意義

國トハ何ソヤ凡ソ多數ノ人類カ共同一致ノ目的ヲ以テ相聚合スルモノニシテ權利ノ主體タルモノト然ラサルモノトノ別アリ其權利ノ主體タルモノハ法學上之ヲ稱シテ法人ト爲シ其權利ノ主體タラサルモノ之ヲ稱シテ社會(ゾシエテー)ト謂フ蓋シ社會ハ其聚合スル各個人ノ間ニ於テ一个ノ關係ヲ生スルニ過キサルナリ、サレハ法理上ニ所謂國トハ多數人類ノ聚合ニシテ共同一致ノ目的ヲ有シ權利ノ主體タリ法人タルモノ即チ是ナリ

國家ハ獨リ公權ノ主體タルノミナラス亦私權ノ主體タルモノナリ而シテ民事上ノ關係ニ於テハ特ニ私權ノ主體タルニ過キス故ニ民事訴訟法ニ所謂國トハ一ニ私法上ノ關係即チ私權ノ主體ノ一面ニ就テ云フモノタルコト勿論トス、サレハ民訴法第十四條ニ所謂國トハ即チ國庫(フヰスクス)ノ義ト解スルヲ以テ最モ簡易トス然レトモ國家ノ機關ハ一ニシテ足ラス而シテ其各司ル所ノ職務ト豫算定額ヲ異ニス故ニ萬般ノ民事訴訟法ニ就テハ一ニ國庫ノ代表官廳之ニ當ルコトヲ得

ス即チ其機關ニ於テ國ヲ代表スル官廳所在地ヲ以テ國家ニ關スル民事訴訟ノ裁判籍ト定ムルナリ

茲ニ一ノ注意ヲ要スルモノアリ何ソヤ國家ハ民事上ノ關係ニ就テハ一私人ニ外ナラス而シテ國ノ機關タル各官廳何レモ一私人ヲ代表スルニ外ナラス然レトモ此理由ヲ以テ之ニ對スル權利ト義務トハ何レノ場合ニ於テモ相殺ヲ爲シ得ヘシト論決スルヲ得サルコト即チ是ナリ例ヘハ一个ノ商賈アリ陸軍省ニ對シテ一万圓ノ債務ヲ負擔シ爲メニ訴ヲ受ケタリトセン乎此場合ニ於テハ其商賈ハ大藏省ニ對シテ一萬圓ノ債權アルヲ以テ之ト相殺セント主張スルコトヲ得サルカ如シ是レ蓋シ各官廳各其豫算定額アリテ彼此ノ流用ヲ許サヽルカ故ニシテ此点ニ就テハ各官廳各々別个ノ人ト同シキコトアルヘキナリ

又民訴法第十四條ハ所謂公私法人ノ想念ヲシテ明瞭ナラシメンカ爲メニハ先ツ其法人ノ學理ノ大要ヲ知ルヲ以テ最モ必要ノ事ト信スルカ故ニ茲ニ之ヲ一言セン

法人ノ意義

法人トハ蓋シ法律上ノ人ノ義ナリ即チ歐洲ニ於テ前世紀間專ラ「モラール」的ノ人即チ無形人ト稱シタル所ノモノニシテ其義自然ノ人ニハ非サルモ看テ以テ之ヲ人ト爲スト謂フニ在リ隨テ法人ノ制ヲ以テ一ノ「フ井クション」即チ一ノ擬制ト爲ス佛國ノ學者ハ今尚ホ概ネ其說ニ從フモノヽ如シ此說ノ主意ハ人ハ權利ヲ有スル人ノ外ニ權利ヲ有ス可キモノナシト云フニ在リ故ニ人外ノ者ニシテ權利ヲ有セシムルハ人爲ニ屬ス故ニ一ノ擬制ト爲ス而シテ此制ニ依テ人ノ資格ヲ有スルモノ之ヲ無形人又ハ民事上ノ人トハ稱シタルナリ彼ノ有名ナルサビニー氏其人ノ如キモ亦此說ニ從ヘリ爾來法人ハ一ノ「フ井クション」ナリトノ學說ヲ講究スルノ極遂ニ此說ヲ信スルトキハ所謂法人ナルモノハ在テ存スルコトヲ得サルモノナリト云フニ至レリブリンツ氏曰ク「若シ法人ニシテ單ニ擬制ニ出ツルモノト爲ストキハ其實存在セサルモノニシテ豈權利ヲ有スルノ理アラシヤ」ト又曰ク「擬制即チ假想ニ出テタル者ハ自ラ意思ヲ立ツルコトヲ得ス意ナク用ナクシテ權利ヲ有スルノ理ナシ故ニ擬人ニシテ權利ヲ有スルノ能力アリトノ事ハ到底想像シ得サル處ナリ」ト而シテブリンツ氏ハ所謂法人ノ本体ハ或ル目的ニ用井スル財産ニ在リト云ヘル一說ヲ立

テタリ蓋シ何人ノ有ニモ屬セスト雖トモ而モ或ル目的ニ用ヰラルヽ所ノ財產ハ法律上之ヲ何レニカ屬スルモノト做スト云フニ在リ然レトモ此說タル畢竟所有者ナキ所有權、債權者ナキ債權、債務者ナキ債務ヲ認ムルノ理ニシテ即チ主体ナキ權利アリト云フニ歸ス故ニ法人ハ擬制ニ非ストノ議論ハ學者ノ採用スル所トナリシモ或ル財產ヲ以テ法人ノ本体ト爲スノ說ハ排斥セラルヽ所トナレリ

現今專ラ行ハルヽ所ノ說ニ依レハ法人ノ制タル一ノ表形(フヲルステルング)ナリ即チ多少ノ想像ヲ加ヘタルモノニハ相違ナシ然レトモ之ヲ以テ一ノ「フヰクション」即チ毫モ存在セサルモノトハ爲ス可カラス蓋シ表形ト擬制トハ彼此相同シカラス「フヰクション」トハ現ニナキ事實ヲアリトシ又ハ現ニ在ル處ノモノヲナシト想像スルニ在リテ事物ノ眞實ト正ニ相反スルコトナリト雖トモ法人ノ表形ニ至リテハ即チ然ラス現ニ存在スルモノニ對シテ相當ノ想念(定義本義)ヲ付スルニ外ナラス例ヘハ土地ト人トニ團体ノ想念ヲ付スルカ如ク即チ意思ト事實ト相當スルモノヲ云フナリ是レ即チ今日ニ在リテハ粗ホ一定ノ學說ト爲ス而シテ今法學上所謂法人ノ定義ヲ一言ニシテ曰ヘハ同一ノ目的ヲ以テ聚合スル人又ハ財產ニシテ權利ノ主体タル者即チ是ナリ蓋シ法律ヲ以テ凡ソ法人ノ資格ヲ得ルニハ政府ノ認許若クハ其他ノ法式ヲ要スルモノト定ムルコトヲ得ルヤ勿論ナリトス我國ニ於テモ又此主義ヲ取ルモノヽ如シ蓋シ專ラ第三者ヲ保護スルノ意ニ外ナラサルナリ

特別裁判籍

○第二　特別裁判籍

(一)　永寓地

永寓地ハ獨逸國ニ於テハ一ニ之ヲ一部住所ト云フ此裁判籍ニ於テ起訴スルヿヲ得ヘキモノハ本住所以外ニ於ケル一定ノ地ニ永ク寓在ス可キ者ニ對スル財產權上ノ請求ニ關スル場合ニ限ル即チ生徒雇人營業使用人職工習業者等ニ對スルモノ是ナリ

此場合ハ其永寓者內國又ハ外國ニ於テ本住所ヲ有スルモノト知ル可シ而シテ此住所ヲ有セサル場合ニ於テハ之ヲ前段ノ(二)ニ說述シタル本人一時ノ現在地ヲ以テ普通裁判籍ト爲スナリ

又此目中ニ入ル者ハ商殷(い)號ノ所ニ説述シタル以外ノ軍人軍屬即チ兵役義務履行ノ爲メノミニ服役スル者是ナリ但シ生徒、雇人等ノ永寓人ノ場合ニ於テハ現在地ノ裁判所ヲ以テ管轄裁判所ト爲シ軍人軍屬ノ場合ニ於テハ其兵營地若クハ軍艦定繫所ノ裁判所ヲ以テ管轄裁判所ト爲ス（民訴法第十五條）

（二）店舗所在地

製造、商業其他ノ營業ニ付キ取引スル店舗ヲ有スル者又ハ住家及ヒ農業用建物アル地所ヲ利用スル所有者、用益者又ハ賃借人ニ對シ左ノ事項ニ關スル訴ヲ爲ス場合ニ於テ其裁判籍ト爲ス

（い）此店舗ニ於テ爲シタル直接ノ取引ニ關スルトキ

（ろ）土地ニ關スル場合ニ於テハ訴カ地所ノ利用ニ付テノ權利關係ヲ有スルトキニ限ル（民訴法第十六條）

（三）財産ノ裁判籍

外國ニ住所ヲ有シ而シテ內國ニ於テ住所ヲ有セサル者ニ對スル財産權上ノ請求ニ付テハ左ノ裁判所ヲ以テ其管轄裁判所ト爲ス

（い）債權ニ付テハ債權其物ノ所在地即チ被告ノ債務者（第三債務者）ノ住所地ノ裁判所

（ろ）債權ニ付キ物カ擔保ノ義務ヲ負フトキハ其物ノ所在地ノ裁判所（差押裁判籍民訴法第十七條）

（は）係爭物即チ訴ヲ爲シテ請求スル物ノ所在地

（四）義務ノ履行地

契約ノ成立若クハ不成立ノ訴（民法財産編第二百九十六條第二項契約ノ銷除廢罷、解除同第五百四十四條乃至第五百六十一條）ノ訴及ヒ契約ノ不履行若クハ不十分ノ履行ニ關スル賠償ノ訴（同第三百八十三條乃至第三百九十四條商法第三百二十三條乃至第三百三十九條）ニ付テハ其義務ノ履行地ヲ以テ裁判籍ト爲ス（民訴法第十八條）

義務履行地ノ如何ハ實体法ノ定ムル所ニ依ル即チ民法財産編第三百三十三條財産取得編第四十七條商法第三百十七條ノ規定是ナリ又訴訟法ニ特定スルモノアリ即チ爲替訴訟ニ關スル規定ノ如シ（民訴法第四百九十五條）

獨逸訴訟法ハ其第二百三十一條ニ於テ權利關係ノ成立不成立確定及ヒ書類眞否ノ確定ノ請求ニ付キ獨立ノ起訴ヲ爲シ得ヘキコトヲ定メタリ我民事訴訟法ニハ此法條ナシ蓋シ之ヲ不要ト爲シタルモノナランカ但シ訴訟ノ進行中ニ爭ト爲ルモノヽ爲メニハ別ニ規定アリ即チ第二百十一條第三百五十一條ヲ參看ス可シ(民訴法第十八條)

(五) 社員ノ裁判籍

會社若クハ社團ヨリ社員ニ對シ又ハ社員間ニ於ケル其社員タル資格ニ基ク請求ノ訴ニ付テノ裁判籍ハ其會社又ハ社團ノ普通裁判籍ノ所在地(民訴法第十九條)

(六) 犯罪ノ裁判籍

民訴法第二十條ニハ不正ノ損害ノ訴トアリ蓋シ不正ノ損害トハ獨リ刑事上ノ犯罪ニ基因スルモノヽミナラス民法財產編第三百七十條以下ニ定ムル所ノ民事上ノ犯罪及ヒ准犯罪ヨリ生スル損害モ亦之ニ包含ス而シテ其刑事ニ關スル犯罪ニ就テハ豫審ノ有無ニ拘ルコトナク又無罪ノ言渡ニ拘ルコトナク又此訴

ノ契約ニ基キ起訴シ得ヘキモノナルト否トニ拘ルコトナシ其行爲アリタル地即チ犯罪ノ地如何ハ刑事訴訟法ノ問題ニ屬ス故ニ暫ラク之ヲ省ク(民訴法第二十條)

(七) 訴訟ニ付テノ手數料及ヒ立替金ニ關スル訴ノ裁判籍

辯護士又ハ執達吏ノ手數料又ハ立替金ニ付キ其委任者ニ對スル訴ハ訴訟物ノ價額ノ多寡ニ拘ラス本訴法ノ第一審裁判所ヲ以テ裁判籍ト爲ス(民訴法第二十一條)

(八) 不動產上ノ裁判籍

所謂不動產ノ何モノタル事ハ實体法ノ定ムル所ニ依ル即チ民法財產編第八條第九條第十條ヲ參看ス可シ

(い) 所有權、占有權、地役分割及ヒ分界ノ訴ノ爲メノ專屬裁判籍

(ろ) 人權ノ訴ニ關スル權能的(選擇的)裁判籍

(は) 債權ノ擔保ヲ爲ス從タル物權ニ基ク不動產上ノ訴ニ附帶シテ同一被告ニ對スル債權ノ訴

(に) 不動産ノ所有者若クハ占有者ニ對スル人權ノ訴又ハ不動産ニ加ヘタル損害賠償ノ訴(民訴法第二十二條第二十三條)

右專屬裁判籍ヲ定メタル結果ハ左ノ如シ

專屬裁判籍ノ結果

一 第二十二條ニ指定スル所ノ訴ニ付テハ第二十九條ノ規定ニ依リ當事者ノ合意ヲ以テ他ノ裁判所ノ管轄タラシムルヲ得サルコト

二 本條ニ指定スル所ノ訴ハ之ヲ反訴トシテ提起スルモ尙ホ且ツ其不動産所在地ノ裁判所ニ非サレハ爲スヲ得サルコト

三 本條ニ指定スル所ノ權利ノ有無確定ノ訴訟ニ付テモ亦本條以外ノ裁判籍ニ於テスルヲ得サルコト

四 本條ノ訴ヲ他ノ裁判所ニ提起シタルトキハ其裁判所ハ職權ヲ以テ之ヲ棄却ス可キコト

五 本條ニ基キ爲ス所ノ管轄違ノ妨訴ノ抗辯ハ當事者之ヲ抛棄スルヲ得サルコト(民訴法第二百六條)

(九) 相續ノ裁判籍

民事訴訟法第二十四條ハ相續權ニ關スル訴ヲ左ノ如ク區別セリ

(い) 相續權、遺贈其他死亡ニ因リテ効果ヲ生スル處分ニ基ク請求ノ裁判籍

(一) 相續權ニ基ク請求ノ訴トハ民法財産取得編ニ規定スル所ノ相續ニ關スル物權及ヒ人權上ノ訴ヲ謂ヒ

(二) 遺贈ニ基ク請求ノ訴トハ同第三百五十二條ニ基キ遺言ニ因リテ得タル財産上ノ訴ヲ謂ヒ

(三) 其他死亡ニ因リテ効果ヲ生スル處分ニ基ク請求ノ訴トハ同第三百八十九條ニ規定スル所ノ如ク總テ贈與者ノ死去ノ後執行ス可キモノニ係ルモノニシテ遺贈ト其効力ヲ同フスルモノヲ指ス

(ろ) 遺産債權者ヨリ遺産者ニ對スル訴即チ遺産者ノ生前已ニ存在シタル請求ニ關スルモノ

(は) 遺産債權者ヨリ相續人ニ對スル訴即チ遺産者ノ死後ニ於テ相續人自ラ其遺産ニ付キ爲タル契約ニ關スルモノ

以上ノ訴ニ付テハ遺産者カ死亡ノ當時ニ普通裁判籍ヲ有セシ裁判所ヲ以テ相續裁判籍ト爲ス而シテ此裁判籍ト爲スニ左ノ別アリ

甲　(い)號ノ訴ニ付テハ其管轄區內ニ遺物ノ存在スルト否ト如何ナル相續債權者ノ爲メタルト如何ナル相續權利者ニ對スルトヲ問フヲ要セス

乙　(ろ)號(は)號ノ場合ニ在テハ左ノ條件ヲ要ス

一　遺產ノ全部又ハ一部カ其裁判所ノ管轄區內ニ存在スルコト即チ唯一ノ相續人アル場合ニ於テハ多少ヲ論セス尙ホ遺產ノ存在スル時間ニ限ルヲ云フ

二　數人ノ相續人アルトキハ其遺產ノ未タ分割セラレスシテ存在スル時間ニ限ルコト並シ遺產ニシテ一タヒ分割セラルヽトキハ既ニ遺產タルノ性質ヲ失ヒ去ルモノナレハナリ(民訴法第二十四條)

十　反訴ノ裁判籍

反訴トハ本來獨立シテ訴ヘ得ヘキ事件ニシテ一ノ訴訟中其被告ヨリ其原告ニ對シ同訴訟手續中ニ提起スル所ノ訴トス蓋シ其趣意ハ被告ノ爲メニ時ト費用トヲ節減セシムルニ在リ故ニ反訴ハ第一審ニ於テス可ク反訴ノ裁判籍ハ既ニ繫屬シタル本案ノ訴ヘノ裁判籍ト同シ但シ左ノ條件ヲ必要トス

(一)形式上ニ於テハ反訴ハ答辯書若クハ特別書面ヲ以テ提起スルトキハ答辯書差出ノ期間內又答辯書ヲ差出サヽルトキハ口頭辯論中相手方ノ面前ニ於テ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ルナリ然レトモ答辯書差出ノ期間內ニ差出シタル書面ヲ以テ反訴ヲ起サヽルトキハ反訴ノ目的物相殺シ得ヘキモノタルコトヽ自已ノ過失ニ因ラスシテ其以前反訴ヲ起スコトヲ得サリシコトヲ疏明スルトノ二條件ヲ具備スルトキニ非サレハ反訴ヲ爲スコトヲ許サス(民訴法第二百一條)

(甲)又反訴ハ既ニ繫屬セル本案ノ訴ノ爲メニ規定セラレタル所ト同一ノ手續ヲ以テ審理セラル可キ訴訟ノ種類タルコトヲ必要トス民事訴訟法ノ規定スル所ニ據レハ左ノ場合ニ於テハ反訴ヲ許サス

(い)證書及爲替訴訟(民訴法第四百八十七條)

(ろ)控訴審(民訴第四百十六條)

(は)禁治產(二十三年法律第百四號第三十二條)

(乙)反訴ノ爲メニハ事物上ノ專屬裁判所ヲ生セサルコト

(ハ)反訴ノ爲メニハ專屬ノ裁判籍ノ在存セサルコト

(二)實体的ニ於テハ

反訴ノ目的物カ本案ノ目的ト相殺シ得可キモノタルコト

以上說述シタル特別裁判籍ノ外尙ホ我民事訴訟法ニ於テハ又或ル特別訴訟ノ種類若クハ訴訟行爲ノ爲メニ別段ノ裁判籍ヲ定メタリ今之ヲ稱シテ制限的裁判籍ト云フ

○第三　制限的裁判籍

(一)普通ニシテ且ツ財産上ノ裁判籍ニ於テハ

(い)外國裁判所ノ判決ノ爲メ執行判決ヲ求ムル場合ハ民事訴訟法第五百十四條ニ規定スル所ノ裁判籍

(ろ)執行文ノ付與ニ關スル場合ニ於テハ民事訴訟法第五百六十二條ニ規定スル所ノ裁判籍

は)債權及ヒ他ノ財産權ニ對スル强制執行ノ場合ニ於テハ民事訴訟法第五百二十九條ニ規定スル所ノ裁判籍

(二)爲替ノ訴ニ就テハ民事訴訟法第四百九十五條ノ裁判籍

(三)住所ノ普通裁判籍即チ

(い)婚姻事件ノ訴ニ就テハ夫ノ住所(二十三年法律第百四號第一條)

(ろ)禁治産事件ノ訴ニ就テハ治禁ヲ禁セラルベキ者カ普通裁判籍ヲ有スル地(仝上第二十條)

(四)第一審ノ受訴ノ裁判所即チ

(い)行爲ノ强制ニ關スル場合(民訴法第七百三十三條第七百三十四條)

(ろ)主參加ノ場合(第五十一條)

(五)督促手續ニ付テハ普通裁判籍及ヒ不動産上ノ裁判籍(民訴法第三百八十三條)

第七節　等級的管轄

等級的管轄トハ所謂審級ノ差等ニ從テ異ナル所ノ管轄ヲ云フ然レトモ單ニ審級ト云フトキハ上級下級ノ審級ノミニ止マラス汎博ノ意義ニ於テハ同一ノ裁

判所ニ於テ同一事件ヲ審理スルコト即チ初審ト再審ノコトヲモ包含スルコトアリ故ニ之ヲ等級的管轄ト云フ即チ狹隘ノ意義ニ於ケル審級ノコトトス

我裁判所構成法及ヒ民事訴訟法ニ從ヘハ

第一　第一審裁判所ハ

(い)　區裁判所及ヒ地方裁判所　此等ノ構成及ヒ管轄ノコトハ前第二節及ヒ第三節ニ說述セシ所ニ就テ見ルヘシ

(ろ)　控訴院　民事ノ訴訟ニ付キ控訴院ノ第一審裁判所タルコトハ唯皇族ニ對スル民事訴訟ニ限リ而シテ此裁判權ヲ有スルモノハ特リ東京控訴院ノミトス(裁構第三十八條)

第二、第二審裁判所ハ

(い)　地方裁判所但シ區裁判所ノ裁判ニ對スル控訴若クハ抗告ヲ審査スルトキニ限ル

(ろ)　控訴院但シ左ノ事項ニ付キ裁判スルトキニ限ル

一　地方裁判所ノ第一審判決ニ對スル控訴(裁構法第三十七條第一)

二　地方裁判所ノ決定及命令ニ對スル法律ニ定メタル抗告(同上第三)

第三　第三審裁判所ハ

(い)　控訴院但シ區裁判所ノ判決ニ對スル控訴ニ付爲シタル地方裁判所ノ判決ニ對スル上告ヲ裁判スルトキニ限ル(裁構法第三十七條第二)

(ろ)　大審院但シ左ノ事項ニ付キ裁判スルトキニ限ル

一　裁判所構成法第三十七條第二ニ依リ爲シタル判決及第三十八條ノ第一審ニ非ル控訴院ノ判決ニ對スル上告

二　控訴院ノ判決及命令ニ對スル法律ニ定メタル抗告(仝上第五十條)

以上審級ノ秩序ニ就テハ左ノ原則ヲ遵守スルヲ必要トス

(一)　上級裁判所ハ訴訟事件カ一若クハ二審級ノ裁判ヲ經由セサル前ニ其裁判ヲ爲スヲ得サルコト(民訴法第三百九十六條第四百三十二條第四百五十五條及ヒ第四百五十六條)

(二)　下級裁判所ハ上級裁判所ノ裁判ニ羈束セラルヽコト但シ羈束ノ効力ハ特ニ其裁判ノ事件ニ限リテ他ノ場合ニ及ハス故ニ下級裁判所ニ於テハ其事件

ノ異ナルトキハ上級裁判所カ他ノ事件ニ付キ發表シタル意見ニ反シテ裁判スルコトヲ得ルナリ蓋シ上級裁判所ヲ設クル所以ハ可及的裁判ノ統一ヲ期スルニアリ而シテ裁判事件ハ上告審ニ至ラスシテ終局シ及ヒ確定ニ至ルモノ最モ多シ然ラハ則チ若シ下級裁判所ニシテ隨意裁判ヲ爲シテ他ノ判例ニ羈束セラレストスルトキハ裁判ノ統一ハ遂ニ望ム可カラサル如ク然リ然レトモ内外ノ實際ニ徵スルニ下級裁判所ニ於テハ可成上訴ヲ避ケ破毀覆審ノ少ナカランコトヲ欲スルヨリシテ自然上級審ノ判例ニ依遵スルノ傾キアリ爲メニ判決軽觸ノ弊ハ實際太甚シキニ至テハ此現象ハ法律ノ爲メ之ヲ幸ヒト云フヘキ乎將タ不幸ト云フ可キ乎是蓋シ上級裁判官其人ヲ得判決其當ヲ得サルトキハ寧ロ此現象ハ法律進歩ノ障害ト云フ可キナラン上級裁判所ニ有力ノ裁判官ヲ得ルノ必要斯ノ如シ而シテ我國今日ノ狀況如何余輩之ヲ明言スルコト能ハス否之ヲ言フコト欲セサルノミ

諸君ノ此點ニ付キ注意ス可キモノアリ何ッヤ大審院ノ意見ニ付テハ裁判所構成法第四十八條ニ於テ下級裁判所ヲ羈束ストノ明文アリト雖トモ控訴院ノ第三審裁判ニ付テハ此明文ナシ然レハ此裁判ニ付テハ羈束ノ効力ナシト云フベキ乎否ナ民訴第四百五十條ニ於テ事件ノ差戻又ハ移送ヲ受タル裁判所ハ上告裁判所ノ爲シタル法律ニ係ル判斷ニシテ判決ヲ破毀スル基本ト爲シタルモノヲ以テ新ナル辯論及ヒ裁判ノ基本ト爲ス義務アリトノ明文アルヲ以テ控訴院ノ上告判決ニ付テモ亦羈束ノ効力アルコト勿論ト知ル可キナリ

(三)上級審ノ管轄ハ上訴ノ性質ト前審裁判ノ種類ニ從テ定マルヲ以テ本則ト爲ス獨逸訴訟法ニ於テハ其第五百八條及第五百九條ノ場合ニ限リ訴訟物ヲ以テ之カ標準ト爲スモノアリト雖モ我カ訴訟法ニハ斯ノ如キ例外アルコトナシ

(四)裁判ノ統一ノ爲メ大審院ニ於テハ數部ノ聯合會議ヲ以テ裁判スルコトアルハ既ニ第二節大審院ノ所ニ於テ講述シタリ而シテ其聯合會議ノ裁判ハ各部ニ於テ之ニ從フコトヲ欲セサルトキト雖モ苟モ其判例ノ現存スル間ハ之ニ服從セサルヲ得ス故ニ若シ之ヲ改メント欲スルトキハ更ニ聯合會議ヲ開キ

テ別ニ判例ヲ立ツヘキナリ

第八節　專屬的、權能的若クハ合意ニ因テ定マル管轄

民事訴訟法ニ規定スル所ノ通常裁判所ノ管轄ハ左ノ如シ

第一　專屬的管轄即チ各裁判所ノ職權ヲ以テ詞査ス可キモノニシテ若シ他ノ裁判所ニ於テ專屬管轄權ヲ犯シテ事件ヲ受理シタルトキハ其行爲ハ總テ無效タルヘキモノ是ナリ

第二　權能的管轄即チ多數ノ裁判所ノ中ニ就テ撰擇ノ自由アルモノ是ナリ

第三　合意的管轄即チ本來當然ノ管轄ニ非サルモ當事者ノ合意ヲ以テ管轄權ヲ生スル者是ナリ

今此各項ニ就テ分説スレハ

第一　專屬的管轄

專屬的管轄

(一)　第一項ニ就キ事物ノ管轄ニ關スル地方裁判所ノ專屬管轄裁判權ハ左ノ如シ

(イ)　婚姻事件(二十三年法律第百四號第一條)

(ロ)　禁治産事件(仝上第二十條及第三十一條)

(ハ)　公示催告ニ於ケル除權判決ニ對スル訴(民訴第七百七十四條)

此他ノ事物ノ管轄ニ就テハ區裁判所ニ於テモ地方裁判所ニ於テモ夫ノ訴訟行爲ヲシテ無效タラシム可キ制裁ト伴フ所ノ專屬管轄權ヲ生スル所ナシ即チ民訴第七條ニ於テ地方裁判所ノ判決ニ對シテハ其事件カ區裁判所ノ事物ハ管轄ニ屬ス可キノ理由ヲ以テ之ニ對シ不服ヲ申立ツルコトヲ得ストアリ又仝第十一條ニ事物ノ管轄ニ付キ區裁判所又ハ地方裁判所カ管轄違ナリト宣言シ其裁判確定シタルトキハ此裁判ハ後ニ其事件ノ繫屬ス可キ裁判所ヲ羈束ストアルヲ以テ見ル可シ

(二)　土地ノ管轄ニ付テハ左ノ場合ニ於テノミ專屬管轄トス

(イ)　民訴第二十二條ニ定メタル不動産上ノ裁判籍

(ロ)　婚姻ニ關スル訴ニ付テハ夫カ普通裁判籍ヲ有スル地方裁判所ニ專屬ス(二)

十三年法律百四號第一條)

(は)禁治產ノ訴ニ付テハ禁治產ノ決定ヲ爲シタル區裁判所々在地ヲ管轄スル地方裁判所ニ專屬ス(仝上第三十一條)

(に)强制執行手續ニ關スル裁判籍(民訴法第五百六十三條)

(ほ)督促手續ノ裁判籍(民訴法第三百八十三條)

(三)職務上ノ管轄ニ就テハ

(い)督促手續(民訴第三百八十三條)

(ろ)强制執行々爲(民訴第五百六十三條)

(は)證書ヲ發行スルノ原因タル請求ヲ登記簿ニ記入シタルトキノ公示催告手續(第七百七十九條)

(に)計算事件ノ准備手續ハ地方裁判所ノミニ屬ス

(ほ)破產事件(商法第九百七十九條)

(四)等級的ノ管轄ハ常ニ專屬管轄トス

第二　權能的管轄

權能的管轄

權能的管轄ハ法律ニ依リテ數多ノ管轄裁判籍ノ中ニ就テ當事者ノ撰擇ヲ許スカ故ニ本來管轄違ノ妨訴ノ抗辯ヲ許サヽル總テノ場合ヲ包含ス但シ土地ノ裁判籍ニ關スル場合ニ在テハ前第一ノ(二)號ニ揭ケタル專屬管轄ヲ除キタル以外ノ場合而已トス

第三　合意的管轄(民訴第二十九條)

合意的管轄

裁判所ノ管轄ニ付テノ合意トハ當事者ニ於テ法定ノ裁判籍以外ノ裁判所ニ於テ訴訟ヲ爲サントノ合意ヲ云フ抑法律ニ於テ既ニ管轄裁判所ヲ規定シナカラ尙ホ且當事者ノ合意ヲ以テ管轄ヲ定ムルコトヲ許ス所以ノ理由ハ一ニシテ足ラス蓋シ我民事訴訟法ハ前屢々講述シタル如ク當事者ノ主理專行ヲ以テ主義トス(裁判所ヨリ云フトキハ所謂不干涉主義)故ニ當事者ノ利益ヲ主トス然レハ當事者ノ双方ニ於テ合意シ其利益トスル所ニ就テ訴訟ヲ爲スモ苟モ法理ト公益ニ害ナキ限リハ必スシモ法定ノ管轄ニ拘ルヿヲ要セサルカ故ナリ曾テ獨逸國ニ於テ此法條ヲ設クルニ際リ此主義ヲ非難シタルモノ鮮ナカラス其說ニ曰ク若シ當事者ノ隨意ニ管轄裁判所ヲ定ムルコトヲ許スニ於テハ或ル裁判所ニ

於テハ非常ニ事件輻湊シ他ノ裁判所ニ於テハ無事ニ苦シムノ結果ヲ見ルノ奬アルニ至ル可シト然ルニラ井ン洲及ヒハノーベル等ニ於テハ當時既ニ此主義ノ實驗ヲ經テ曾テ斯ノ如キ弊ナキコトヲ論證シタルヲ以テ遂ニ此主義ヲ採用スルニ至レリト云フ

却説當事者ニ於テハ合意ヲ以テ裁判所ノ管轄ヲ定ムルニ付キ如何ナル利益アリヤト云フニ事件素ト輕少ニシテ區裁判所ノ管轄ニ屬スヘキモ其關係スル所重大ナルカ若クハ難件ニシテ鄭重ノ審理裁判ヲ受クルニ利アリト信スルトキハ之ヲ地方ノ合議裁判所ニ起訴スルコトヲ得ヘク之ニ反シテ原來地方裁判所ノ管轄ニ屬スヘキ事件タルモ簡易ニシテ合議裁判所ノ裁判ヲ要セスト信スルトキハ之ヲ區裁判所ニ出訴スルヲ得ヘシ而シテ前ノ場合ニ於テハ素ト區裁判所ノ管轄ニ屬スル事件ナルモ直チニ控訴院ニ控訴シ大審院ニ上告シ得ルノ益アリ又第二ノ場合ニ於テハ費用ヲ省キ又ハ親族若クハ雇人ヲ以テ訴訟代理人ト爲ス等ノ便アルコト是ナリ又此主義タル獨リ訴訟當事者間ニ於テ便益アルノミナラス公益上即チ裁判所ニ於テモ亦煩難ヲ避クルノ益アリ何トナレハ若シ裁判所ノ管轄ニシテ一ニ法定ノ管轄ニ限ルモノト爲ストキハ裁判所ハ每件必ス職權ヲ以テ果シテ其管轄ニ屬スルヤ否ヤヲ調査セサルヲ得サルノ煩アルノミナラス隨テ生スル所ノ無數管轄違ノ訴訟ヲ生スルコトハ蓋シ必然ノ結果ナレハナリ是レ此主義ヲ採用シタル所以ノ理由ト稱スヘキモノナルヘシ

凡ソ當事者ノ合意ヲ以テ變更シ得ベキ管轄ハ第一審裁判所ノ管轄ニ限ル第一審裁判所トハ區裁判所及ヒ地方裁判所ヲ云フナリ故ニ當事者ハ其合意ヲ以テ普通裁判籍ニ屬スル甲ノ區裁判所ヲ轉シテ乙ノ區裁判所ニ出訴スルヲ得ヘク又甲ノ地方裁判所ヲ轉シテ乙ノ地方裁判所ニ出訴スルヲ得ヘキハ勿論區裁判所ノ管轄ニ屬スル事件ヲ地方裁判所ニ出訴スルヲ得ヘク又地方裁判所ノ事件ヲ區裁判所ニ起訴スルコトヲ得ヘシ此等ノ場合ニ於テハ裁判所ハ法律上當然管轄權ヲ有セサレトモ當事者ノ合意ニ依リテ其管轄權ヲ有スルナリ

又裁判所ノ管轄ニ付テノ合意ノ範圍ヲ第一審裁判所ニ限リ之ヲ第二審以上ニ及ホサヽルモノハ若シ之ヲ許ストキハ區裁判所ニ於テ地方裁判所ノ裁判ノ當否ヲ判決シ地方裁判所ニ於テ控訴院ノ裁判ヲ判決スルニ至リ審級ノ順序ヲ顚

倒シ所謂上訴ノ法理ニ反スルノ故ヲ以テナリ

偖裁判所ノ管轄ヲ定ムル合意ニ二種アリ左ノ如シ

(一)明示合意

(二)暗默合意

合意ノ方法

其一　明示ノ合意

我訴訟法ニ據ル明示ノ合意ハ書面ヲ以テスルコトヲ要ス然レトモ之レカ爲メ別段ノ方式ヲ要セス故ニ凡ソ意思ノ發表ニ適スル以上ハ何レノ式ヲ以テスルモ其効力ニ於テ輕重アルコトナシ即チ第二十九條ニ所謂書面ヲ以テトハ必シモ別段ノ契約書アルヲ要セス故ニ其準備書面中ニ於テモ雙方合意ノ明言セラレタルトキハ即チ合意ノ効力アルモノト云フヘキナリ然レトモ原告ノ訴狀ニ其合意アルコトヲ書載シタルモ被告ノ答辯書ニ於テ之ヲ爭ハサルヲ以テ直チニ默諾シタルモノナリ若クハ自白シタルモノト見ルコトヲ得サルナリ蓋シ默諾ノ合意ニ就テハ第三十條ノ條件ヲ必要トスルコト勿論ナレハナリ

唯茲ニ研究ヲ要スル所ノモノハ如何ナル範圍ニ於テ合意スルヿヲ許スヤノ點即チ是ナリ例ヘハ同一區裁判所ノ管轄內ニ住スル二人カ凡ソ地方裁判所ノ管轄ニ屬スル訴訟事件ハ悉ク其住所地ノ區裁判所ニ提起セント云フカ如キ契約ヲモ爲シ得ルヤ如何若シ斯ノ如キ絕對的ノ合意ヲ爲ストキハ自ラ民訴第三十一條及ヒ第二十九條但書ノ規定ニ反スルニ至ル可キヲ以テ法理上許ス可キニ非ス從テ其合意ハ無効ニ屬ス然レトモ若シ前述ノ規定ニ反セス而シテ一定ノ權利關係ニ屬スルトキハ汎ク一般ニ涉ルノ合意ト雖トモ又其効アリ例ヘハ保險會社ト被保險人トノ關係若クハ某會社ト其社員間ノ關係又ハ某々間ノ何々ノ賣買ノ關係ニ就テハ某裁判所ヲ以テ管轄裁判所ト爲スト云フカ如キ即チ是ナリ

法律上明示ノ合意ヲ許ス場合ハ左ノ如シ

(い)既ニ訴訟ト爲リタルモ未タ權利拘束ノ効力ヲ生セサルトキ又ハ既ニ權利拘束ト爲リタルモ他ノ裁判所ノ管轄ニ就テ合意スルノ目的ヲ以テ之ヲ取下タル場合

(ろ)未タ毫モ訴訟ヲ生シタルニアラサルモ或ル一定ノ權利關係例ヘハ將來某會

社ト社員間若クハ某々間ノ何々ノ權利關係ニ就テハ某ノ裁判所ヲ以テ管轄裁判所ト爲スト云フカ如キ是ナリ

以上管轄ニ付テノ合意ニ二樣アリ即チ一定ノ裁判所ヲ限定シテ他ノ裁判所ヲ除斥スルモノト法律上ノ管轄裁判所ノ外ニ尙ホ一ノ管轄裁判所ヲ定ムルモノト是ナリ而シテ第一ノ場合ニ於テハ若シ合意以外ノ裁判所ニ出訴セラレタルトキハ第二百六條第二ニ所謂管轄違ノ妨訴ノ抗辯ヲ爲シ得ヘシ但シ此抗辯ハ之ヲ拋棄スルコトヲ得ヘキナリ又第二ノ場合ニ於テハ第百九十五條第一ノ場合ニ當ルトキニ限リ第二百六條第三ニ所謂權利拘束ノ抗辯ヲ爲スヲ得ルニ過キサルモノトス

其二　暗默ノ合意

民訴法第三十條ニ據レハ被告カ管轄違ノ申立ヲ爲サスシテ本案ノ口頭辯論ヲ爲ストキハ第一審裁判所ニ就テ暗默ノ合意アルモノト看做スナリ

暗默ノ合意トハ即チ豫メ書面ヲ以テ爲シタル合意ナキ場合ニ係ル然レハ若シ本案口頭辯論ノ前ニ於テ雙方共ニ口頭ヲ以テ合意アルコトヲ明言シタルトキハ如何余ノ見ル所ニ據レハ是レ亦第三十條ニ入ルヘキナリ蓋シ前條ニハ特ニ書面ヲ以テ云々トアレハ書面ナキ口頭明約ノ場合ハ無効ナリト云ハサルヘカラサルカ如シ然レトモ既ニ默約ヲ許シテ明諾ヲ許サヽルノ理ナケレハナリ今又之ニ反シ既ニ暗默ノ合意アルモノトシテ其裁判所ノ管轄ト定マリタル後チニ至リ曾テ他ノ裁判所ヲ以テ管轄裁判所ト定ムルノ明約アル等ノ申立ヲ爲スモ其効ナカル可シ蓋シ合意ハ當事者ノ意思ヲ以テ變改スルコトヲ得ルモノナレハナリ

以上ハ原被雙方出席シタル時ニ係ル然レトモ左ノ如キ場合ニ於テハ如何ス可キ乎

(い)　被告カ口頭辯論ノ期日ニ出頭セサルトキ

(ろ)　單ニ妨訴ノ抗辯ノミニ就テ辯論ヲ爲シタルトキ

號ノ場合ニ於テハ獨逸帝國大審院ノ判決例ニ依レハ被告ノ欠席ハ未タ以テ暗默ノ合意ヲ成立セサルモノト爲ス然レトモ之レニ反對ノ意見ヲ有スル學者モ亦鮮ナカラスト雖モ今茲ニ之ヲ詳論スルヲ須井ス單ニ此問題ニ就テハ

左ノ區別ニ從テ論決ス可キモノナリト云ハントス

一　訴狀中管轄ニ就テノ合意アリタルコトヲ一箇ノ事實トシテ記載シ且ツ之ヲ申立テタルトキ

此場合ニ於テ被告ハ其答辯書ニ於テ之ヲ爭ハス而シテ口頭辯論ノ期日ニ於テ出頭セサルトキハ民訴第二百四十八條ノ規定ニ從ヒ被告カ原告ノ事實上ノ口頭供述ヲ自白シタルモノト看做スコトヲ得可シ

二　第一ノ場合ノ如ク合意ノ存在ヲ一ノ事實トシテ掲載セサルトキ

此場合ニ於テハ欠席裁判ニ於ケル要件ヲ成サス又暗默合意ノ條件ヲ備ヘサルカ故ニ裁判所ハ職權ヲ以テ其管轄ニ屬スルヤ否ヤヲ調査シ其管轄違ナルトキハ其訴ヲ却下ス可キナリ

(ろ)號ノ場合即チ單ニ妨訴ノ抗辯ノミニ就テ辯論ヲ爲シタルトキハ固ヨリ未タ本案ノ口頭辯論ヲ爲シタルニ非サレハ無論暗默ノ合意アリト云フコトヲ得サルナリ

裁判官ノ指定スル管轄

第九節　裁判官ノ指定スル管轄

管轄裁判所ノ指定ノコトハ(獨逸訴訟法ニ於テハ之ヲ訴訟法(第三十六條中ニ規定シテ別ニ節ヲ置カス)多クハ裁判所構成法第十條ニ規定シ而シテ民事訴訟法中別ニ一節(即チ第三節)ヲ設置シタリ故ニ今之ヲ併セテ講說センニ

凡ソ裁判官ニ於テ管轄裁判所ヲ指定スルコトヲ要スル場合ハ左ノ如シ

第一、正當ノ權限アル裁判所カ法律上ノ理由若クハ特別ノ事情ニ因リ差閊ヘアリ而シテ之レニ代ル可キ豫定ノ裁判所モ亦其裁判權ヲ行フコト能ハサルトキ(裁構第十條第一)

第二、管轄區域境界ノ明確ナラサルトキ(仝上第二)

第三、二以上ノ確定判決ニ因リ二以上ノ裁判所カ互ニ裁判權ヲ有スルトキ即チ積極的管轄爭アルトキ又ハ之ヲ有セサルトキ即チ消極的管轄爭アルトキ(仝上第三及第四)

第四、不動產上ノ裁判籍ニ訴ヲ起ス可キ場合ニ於テ不動產カ數箇ノ裁判所ノ

0181

管轄區內ニ散在スルトキ(民訴第二十六條)

以上四箇ノ場合ニ於テ裁判管轄ヲ指定ス可キ裁判所ハ關係アル各裁判所ヲ併セテ之ヲ管轄スル直近上級ノ裁判所トス(裁構第十條民訴第二十七條)

此他管轄指定ニ付テノ申請ノコト及ヒ之レニ對スル決定ノコトハ第二十八條ニ就テ見ル可シ

管轄ノ繼續時間、其變動

第十節　管轄ノ繼續時間及ヒ其變動

管轄權ノ繼續時間及ヒ其變動ニ就テノ法則ハ左ノ如シ

第一、管轄ノ始マリハ訴ノ提起(第百九十條若クハ支拂命令ノ送達(第三百八十七條)若クハ破產ノ場合ニ於ケル債權屆出(商第千二十四條)ノ時期ニ在リ而シテ一旦其管轄ノ定マリタルトキハ假令辨濟若クハ其他ノ法律上ノ行爲ニ依リ訴訟目的物若クハ被告ノ身分ニ變動アルモ(例ヘハ被告死亡シ而シテ其相續人其訴ヲ受繼スルカ如キ)尙ホ最初ヨリ管轄權ヲ有スル裁判所ハ其訴訟ノ終局ニ至ルマテ依然其事件ノ管轄權ヲ繼續スルモノトス(第百九十五條第二)

第二、確定判決ニ依テ訴訟ノ完結ヲ告ケタル後ニ於テ尙ホ其受訴裁判所タルノ資格ニ因リ依然管轄裁判所タルモノアリ例ヘハ第七百三十四條ニ規定セル强制執行ノ場合第五百四十五條ニ規定セル執行ニ對スル異議ノ訴ノ場合ノ如キ即チ是ナリ此等ノ場合ニ於テハ其裁判所ハ本案訴訟ノ管轄裁判所即チ受訴裁判所タリシ故ヲ以テ其効果ノ終局ニ就テモ亦管轄裁判所タルヲ要スルナリ而シテ此等ノ場合ハ夫ノ假差押若クハ處假分ノ如キ將來ノ受訴裁判所タルヘキニ依テ定マル可キ所ノ裁判籍トハ宜シク之ヲ區別ス可キナリ

第三、裁判所ノ管轄ハ左ノ場合ニ於テハ變動スルゴトアル可シ

(一)訴ノ申立ノ擴張ニ依リ受訴區裁判所ノ管轄權限ヲ超過スルニ至ルトキ(第百九十六條第二ノ限外)

(二)民訴第二百十一條及ヒ第二百十二條ニ依リ訴ノ申立ヲ擴張若クハ增加シテ受訴裁判所ノ管轄權限ヲ超過スルニ至ルトキ

第一ノ場合ニ於テ被告ヨリ異議ヲ申立テ管轄違ノ抗辯ヲ爲スニ於テハ第九條ノ規定ニ從ヒ受訴裁判所ハ管轄違ナリトシテ訴ヲ却下シ同時ニ判決ヲ以テ之

0182

ヲ管轄裁判所ニ移送ス可キナリ假令ヒ訴ノ申立ヲ擴張スルコトアルモ受訴裁判所ノ權限以外ニ出テサルトキ即チ第百九十六條ノ正面ニ當ル場合ハ此限ニ在ラサルコト勿論トス

第二ノ場合即チ第二百十一條ノ規定ニ從ヒ訴ノ擴張若クハ反訴ノ提起ニ依リ本案ノ訴ト權利關係ノ成立不成立確定ノ訴ト相連結セシムルトキ及ヒ第二百十二條ニ依リ訴狀其他ノ準備書面ニ於テ主張セサル請求ヲ主張スル場合ニ於テ管轄權限ヲ超過スルトキ亦同シク管轄ノ變動ヲ生スルコトアルヘキナリ

以上裁判所ノ管轄ニ關スル事項ヲ講述シ終リタレハ以下訴訟物ノ價額算定法ノコトヲ講說セン

訴訟物價額ノ算定

第十一節　訴訟物價額ノ算定

凡ソ法律上訴訟物ノ價額ヲ算定スルノ要用ハ專ラ左ノ諸件ニ在リ

第一　裁判所ノ事物ノ管轄カ訴訟物ノ價額ニ繫ルトキニ於テ其管轄ヲ定ムル爲メ

第二、訴訟用印紙貼用ノ爲メ

第三、申立ニ因リ假執行ノ宣言ヲ爲ス可キ場合ノ標準ヲ定ムル爲メ

第一ノ要用ハ裁判所構成法第十四條第一ニ於テ百圓ヲ超過セサル金額又ハ價額百圓ヲ超過セサル物ニ關スル請求ヲ以テ區裁判所ノ管轄ト定メタルニ基因スルモノナリ（民訴第百九十條末項參觀）

又第二ノ要用ハ二十三年法律第六十五號即チ民事訴訟用印紙法第二條ニ於テ財產權上ノ請求ニ係ル第一審ノ訴狀ニハ訴訟物ノ價額ニ應シ印紙ヲ貼用ス可シトアルニ基因ス

又其第三ノ要用ハ民訴法第五百二條ニ於テ申立ニ因リ假執行ノ宣言ヲ爲ス可キ場合ヲ列記シ而シテ其第五ニ於テ「此他財產權上ノ請求ニ關シ金額又ハ價額ニ於テ二十圓ヲ超過セサル訴訟ト定メタルニ基因スルモノト知ル可キナリ

訴訟法第百九十條ノ末項ニ曰ク（前略）裁判所ノ管轄カ訴訟物ノ價額ニ依リ定マル場合ニ於テ訴訟物カ一定ノ金額ニ非サルトキハ其價額ヲ掲ク可シ」トサレハ凡ソ起訴ノ始メニ當リ前述第一項ノ要用ニ基キ先ツ訴訟物ノ價額ヲ定ム可キ

0183

者ハ必スヤ其訴訟ノ原告タラサルヘカラス然レトモ裁判所モ亦貼用印紙ノ當否ヲ判定スルカ爲メニ之ヲ調査スルノ必要アリ又被告ニ於テモ若シ其管轄違ノ申立ヲ爲サントスルトキハ價額算定ノ當否ヲ爭フノ必要アリ乃チ民訴第六條ニ於テ訴訟物ノ價額ハ必要ナル場合ニ於テハ(中略)裁判所ノ意見ヲ以テ之ヲ定ムト云ヒ又申立ニ因リ證據調ヲ命シ又ハ職權ヲ以テ檢證若クハ鑑定ヲ命スルコトヲ得トアル所以ナリ

訴訟物ノ價額算定ニ關スル規則ノ要項ヲ摘示スレハ左ノ如シ

(い) 訴訟物ノ價額ハ起訴ノ日時ニ於ケル價額ニ依ルコト(民訴第三條第一項)

起訴ノ日時トハ原則トシテハ民訴第百九十條ノ規定ニ從ヒ訴狀ヲ裁判所ニ差出シタル日即チ是ナリ然レトモ夫ノ第二百十二條第三百七十四條第三百七十八條及ヒ第三百八十一條末項ノ場合ニ於テハ所謂起訴ノ日ニ就テ稍〻其趣キヲ異ニスルモノアリト知ルヘキナリ

(ろ) 果實損害賠償及ヒ訴訟入費ハ主タル訴ニ附帶シテ請求スルトキハ之ヲ算入セサルコト(第三條第二項)

(は) 一ノ訴ヲ以テスル數多ノ請求ハ之ヲ合算スルコト(第四條第一項)

數多ノ請求トハ各〻其ノ基本ヲ異ニスル數箇ノ請求又ハ數人ノ原告ヨリ提起スルモノ若クハ數人ノ被告ニ對スル請求ノ場合等ヲ總稱スルモノト知ルヘシ

(に) 本訴々訟物ノ價額ト反訴ノ價額トハ之ヲ合算セサルコト(仝條第二項)

反訴ニ於テモ一ノ反訴ヲ以テ數箇ノ反求ヲ爲ストキハ本訴ニ於ケルト同シク之ヲ合算ス而シテ訴訟用印紙法第四條ノ場合ヲ除クノ外其合算シタル價額ニ從テ之ニ印紙ノ貼用ヲ要スルナリ若シ夫レ數人ノ被告ヨリ各自別箇ノ反訴ヲ爲ストセン乎之ヲ合算セスシテ各獨立シテ算定ス可キコト言ヲ俟タサルナリ

(ほ) 債權ノ擔保又ハ債權ノ擔保ヲ爲ス從タル物權カ訴訟物ナルトキハ其債權ノ額ニ依ル然レトモ若シ其物權ノ價額債權ノ額ヨリ寡キトキハ物權ノ價額ニ依ルコト(第五條第一)

債權ノ擔保ニ二種アリ對人擔保物上擔保即チ是ナリ對人擔保トハ專ラ民法債

0184

權擔保編ニ所謂保證ヲ云ヒ物上擔保トハ同法ニ所謂留置權、動產質、不動產質及ヒ抵當ヲ云フナリ故ニ本項ニ所謂債權ノ擔保トハ即チ保證ノ場合ニシテ從タル物權トハ即チ物上擔保ノ場合ヲ指ス、債權ノ擔保ヲ訴訟ノ目的ト爲ストハ例ヘハ或人ヲシテ保證人タラシメントシ又ハ物上擔保ノ成立若クハ不成立若クハ其物件ノ所有者ヨリ擔保義務ノ除却ヲ目的トスル場合ノ如キ是ナリ保證人ノ有無若クハ保證人タルヤ否ヲ確定スルヲ以テ訴ノ目的トスル場合ニ於テハ之カ價値ヲ定ムルコト固ヨリ難シ故ニ此場合ニ於テハ其債權ノ額ニ依ルナリ又其訴訟ノ目的物ニシテ物上擔保ニ係ルトキハ固ヨリ物件ノ存在スルアルヲ以テ之カ價額ヲ定ムルコト難カラス然ルニ其債權ノ額ニ依ルモノト定ムル所以ハ擔保物ノ價額ハ通常債權額ニ比シテ多キヲ例トス蓋シ物上擔保ノ訴ヲ起スヤ畢竟其債權額ノ辨濟ヲ擔保スルニ在リテ擔保物ノ全價額ヲ得ルヲ以テ目的トナスニ非ス乃チ其債權額以上ノモノハ實際請求スル所ニ非サルカ故ナリ然レトモ擔保物ノ價額ニシテ債權ノ額ヨリモ寡キ場合ナシトセス例ヘハ他ニ擔保ト爲スヘキ物件ノ非サルトキ若クハ物價ノ下落ニ依テ其價ヲ減少シタルトキノ如キ是ナリ此場合ニ於テハ固ヨリ多キ債權額ニ依ルヘキニ非ス乃チ第五條第一項但書ヲ以テ此場合ニ於テハ目的物ノ價額ニ依ルト定メタルナリ

右ノ理由ヲ以テ推ストキハ同一ノ擔保物ニ就キ既ニ他ノ債權者アリテ例ヘハ第二番ノ債權者カ同一ノ擔保物ヲ目的トシテ訴ヲナス場合ニ於テハ即チ第一ノ擔保額ヲ控除シタル額ニ就テ其價額ヲ定ムヘキモノナラン獨逸ニ於テハ既ニ此判決例アリ

(ヘ) 地役カ訴訟物ナルトキハ要役地ノ地役ニ依リ得ル所ノ價額ニ依ル然レトモ若シ地役ノ爲メ承役地ノ價額ノ減シタル額カ要役地ノ地役ニ依リ得ル所ノ價額ヨリ多キトキハ其減額ニ依ルコト(仝條第二)

地役ヲ以テ訴訟ノ目的物トナス場合ニ於テ其地役ニ關スル土地全部ノ價額ヲ以テ標準ト爲スノ不當タルコトハ固ヨリ辯ヲ俟タサル所ナリ故ニ之ニ依ラスシテ其地役ニ依テ生スル所ノ利益若クハ損害ヲ標準トシテ算定ノ法ヲ定メ即チ要役地ノ利得多キトキハ即チ其額ニ依リ承役地ノ減損多キトキハ其減額ニ依ル者トナス蓋シ前項ノ反對ニシテ何レカ其價額ノ多キモノニ依ルナリ

(ゟ) 賃貸借ト又ハ永貸借ノ契約ノ有無又ハ其時期カ訴訟物ナルトキハ爭アル時期ニ當ル借賃ノ額ニ依ル然レトモ若シ一个年借賃ノ二十倍ノ額カ右ノ額ヨリ寡キトキハ其二十倍ノ額ニ依ルコト(仝條第三)

爭アル時期ニ當ル借賃ノ額ニ依ルトハ例ヘハ其借賃十个年百圓ノ契約トスルトキハ百圓ヲ以テ標準ト爲シ一个年十圓ニテ十五个年ノ契約ナリト云フトキハ即チ百五十圓ヲ以テ標準トナスカ如キ是ナリ然レトモ若シ其契約ニシテ二十年以上若クハ無期限ナルトキハ右ノ標準ニ依ルトキハ多額ニ登ルコトアルヘキヲ以テ乃チ此場合ニ於テハ一个年借賃ノ二十倍ノ額ヲ以テ限度トナシ之ヲ標準ト爲スコトヽ定メタルナリ

二十倍ノ額ヲ以テ限度ト爲シタル理由ハ各國利子ノ割合ヲ以テ百分ノ五ト爲スヲ通例ト爲ス而シテ之ニ二十ヲ乘スルトキハ元金ト同額ニ至ルヲ以テ即チ之ヲ標準トシ二十倍ヲ以テ其限度ト爲シタルモノナリト云フ

(ち) 定時ノ供給又ハ收益ニ付テノ權利カ訴訟物ナルトキハ一个年收入ノ二十倍ノ額ニ依ル然レトモ若シ收入權ノ期限ノ定マリタルモノニ付テハ其將來ノ收入ノ總額カ二十倍ノ額ヨリ寡キトキハ其額ニ依ルコト(仝條第四)

定時ノ供給トハ契約上又ハ法律上ニテ年々若クハ月々ニ定額若クハ物件ヲ引渡スコトヲ云フ例ヘハ年金若クハ養料ノ如キ即チ是レナリ

收益トハ所謂天然若クハ民法上ノ果實收入其他定時ノ伐木權若クハ牧場使用權ノ如キ物上權等ヲ總稱スルモノトス其他前項ニ謂フ所ニ同シ故ニ茲ニ之ヲ畧ス

第十二節　裁判官

凡ソ國家司法ノ機關タル裁判所ヲ組織スル所ノ職員ハ裁判官即チ判事、裁判所書記檢事、執達吏即チ是ナリ而シテ夫ノ辯護士訴訟ノ主義ヲ採ル國ニ於テハ辯護士モ亦此職員中ニ算入ス蓋シ辯護士ナキトキハ所謂裁判所ヲ組成セサルカ故ナリ我國ニ於テハ獨リ刑事ニ於ケル重罪裁判所ニ於テハ辯護士ヲ必要ト爲ス而已ニテ其他ノ場合即チ輕罪以下ノ公判廷殊ニ民事裁判所ニ於テハ本人訴訟ノ主義ヲ採ルヲ以テ從テ辯護士ハ之ヲ裁判所ノ構成ニ必要ナル職員ナリト

0186

云フコトヲ得ス故ニ玆ニ辯護士ノコトヲ講說セサルヘシ

我國ニ於テ判事ニ任セラルヽニ必要ナル準備及ヒ資格ハ大要左ノ如シ

(一) 行爲ノ能力及ヒ民法上完全ノ權能若クハ榮譽ヲ有スルコト(裁構第六十六條參觀)

(二) 二回ノ競爭試驗ニ及第シタル者タルコト(裁構第五十八條及ヒ第六十二條)但シ帝國大學卒業生ハ第一回試驗ヲ經スシテ試補ヲ命セラルヽコトヲ得(仝上第六十五條末項)

第一回ノ試驗ハ司法大臣ノ定ムル所ノ判事登用規則ノ定ムル所ニ依ル而シテ第二回試驗ヲ受クルノ前試補トシテ三年間實地修習ヲ要ス(仝上第五十八條)

(三) 三年以上帝國大學法科教授若クハ辯護士タル者ハ前項ノ試驗ヲ經スシテ判事ニ任セラルヽコトヲ得(仝上第六十五條)

(四) 控訴院判事ニ補セラルヽニハ五年以上判事タル者又ハ五年以上檢事帝國大學法科教授若クハ辯護士ニシテ判事ニ任セラレタル者タルヲ要ス(仝上第六十九條)

(五) 大審院判事ニ補セラルヽニハ十年以上判事タル者又ハ十年以上檢事帝國大學法科教授若クハ辯護士ニシテ判事ニ任セラレタル者タルコトヲ要ス(仝上第七十條)

此他判檢事ノ進級順序及ヒ俸給ノコトハ二十四年勅令第百三十四號判事檢事官等俸給令ニ就テ見ル可シ但シ官等ハ二十五年十一月勅令第九十六號ニ改正セラレタルモノニ就テ見ル可シ

民事訴訟法中別段ノ職務ヲ行フカ爲メ特別ノ名稱ヲ有スル者アリ受託判事及ヒ受命判事即チ是ナリ而シテ之カ爲メ諸君ノ注意ヲ要スルモノアルヲ以テ以下別ニ節ヲ置キ聊カ講說スル所アラントス

受託判事法律上ノ補助

第十三節　受託判事及ヒ法律上ノ補助

我裁判所構成法ニ據レハ全國中ノ裁判所檢事局及ヒ裁判所書記課ノ法律上ノ補助ヲ總稱シテ之ヲ法律上ノ共助ト云フ(仝法第六章)而シテ其規定スル所ハ左

ノ如シ

第一、全國ノ各裁判所ハ訴訟法又ハ特別法ノ定ムル所ニ依リ互ニ法律上ノ補助ヲ爲ス可シト雖トモ法律ニ於テ別段ノ規定アル場合ノ外ハ所要ノ事務ヲ取扱フヘキ地ノ區裁判所ニ於テ之ヲ爲スヲ以テ本則トス故ニ

第二　法律上ノ補助ノ要求即チ囑託ハ

(い)　法律上別段ノ規定アラサル限リハ決シテ下級裁判所ヨリ上級裁判所ニ向テ爲ス可カラサルコト

(ろ)　受託裁判所カ土地ノ管轄權ヲ有セサルトキハ之ヲ拒絶ス可シ

茲ニ一疑問アリ即チ前項ノ理由ヲ以テ法律上ノ補助ヲ拒絶スルニハ單ニ通常ノ文書ヲ以テス可キヤ將タ決定ヲ以テス可キヤ從テ又其拒絶ノ不當ナル場合ニ在テハ囑托シタル裁判所ハ此決定ニ對シ抗告ヲ爲ス可キヤ將タ監督官廳ノ處分ニ委ス可キヤ如何ト即チ是ナリ此問題ニ就テハ余自ラ未タ確答ヲ得ス暫ラク疑ヲ存ス

蓋シ獨逸ニ於テハ囑托ノ拒絶ハ決定ヲ以テ之ヲ爲シ此決定ニ對シテハ抗告ヲ許シ而シテ各關係ノ裁判所ニシテ其所屬ノ上等地方裁判所即チ控訴院ヲ異ニスルトキハ帝國裁判所即チ大審院ニ於テ終審裁判ヲ爲スモノトセリ」

第十四節　受命判事

受命判事トハ合議裁判所ノ部員ニシテ其合議裁判所自ラ行フ可キ或ル訴訟行爲ノ實行ヲ命セラルヽ所ノ判事ヲ云フ

受命判事ヲ任ス可キ場合ハ左ノ如シ

(一)　訴訟又ハ或ル爭点ノ和解ヲ試ムル爲メ(民訴第二百二十一條)

(二)　計算ノ當否、財産ノ分別又ハ此ニ類スル關係ヲ目的トスル訴訟ニ於テ計算書又ハ財産目錄ニ對シ許多ノ爭アル請求ノ生シ又ハ許多ノ爭アル異議ノ生シタルトキ(民訴第二百八條第二百六十六條乃至第二百七十二條)

(三)　民事訴訟法第二百七十三條ノ規定ニ基ク證據調ニ就キ

(い)　檢證及ヒ鑑定人ヲ任命スル爲メ(民訴第三百五十八條)

(ろ)　民訴第三百十八條ノ規定ニ依リ證人ヲ訊問スル爲メ

0188

(は) 民訴第三百三十一條ニ依リ鑑定人ヲ任命スル爲メ

(に) 民訴第三百四十八條ノ場合ニ於ケル證書提出ノ爲メ

(ほ) 婚姻事件ニ就キ被告ノ自身出頭ヲ命シタル場合ニ於テ出頭シ能ハサルトキ(二十三年法律第百四號第八條第二項)

以上ノ場合ハ何レモ受命裁判カ獨立シテ受命ノ事務ヲ行フヘキ場合トス而シテ此除例外トモ云フ可キ場合ハ左ノ如シ

(一) 受命判事ノ面前ニ於テ證據調ノ際ニ爭ヲ生シ其爭ノ完結スルニ非サレハ證據調ヲ續行スルコトヲ得ス且其判事之ヲ裁判スルノ權ナキカ爲メ受訴裁判所ノ裁判ヲ要スルトキ(民訴第二百八十三條)

(二) 證人ノ證言ヲ拒絶スル場合ニ於テ其拒絶ノ當否ニ付テ受訴裁判所ノ裁判ヲ要スルトキ(民訴第三百一條)

第十五節　裁判所ノ書記

裁判所ノ書記

第一　裁判所書記ニ任セラルヽニ必要ナル準備及ヒ資格ハ裁判所構成法第八十九條ノ規定スル所ニ依ル

第二　裁判所ノ書記ハ構成法第八條ニ規定スル所ノ事務ヲ執リ及ヒ調書ヲ作ルヲ以テ本務ト爲シ即チ裁判官補助ノ職員タルモノトス

第三　然レトモ或ル場合ニ於テハ又獨立シテ其事務ヲ行フノ權ヲ有ス即チ

(い) 執行文ヲ附スルコト

(ろ) 判決確定ノ證明書ヲ與フルコト

第十六節　裁判所職員ノ除斥及ヒ忌避

裁判所職員ノ除斥忌避

法律ハ裁判官ヨリ或ル訴訟事件ニ付キ其職務ヲ行フノ權利ヲ奪フノ理由ヲ定ム而シテ其理由ヲ分テ二種ト爲ス其一ハ即チ判事ヲシテ其職務ヲ行ハシメサルモノニ係ル法律上之ヲ稱シテ除斥ノ理由ト云フ他ノ一ハ當事者ニ裁判官ヲ拒避スル權利ヲ與フルモノニ係ル法律上之ヲ稱シテ忌避ノ理由ト云フ第一ノ場合ニ於テハ法律ノ力ニ依テ裁判官ヲ除斥ス故ニ當事者ニ於テ之ヲ忌避スル

0189

ト否トヲ問フヲ要セス從テ又除斥理由ニ基ク所ノ忌避ハ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス何時ニテモ之ヲ爲スコトヲ得(第三十四條第一項)而シテ除斥ノ理由アル裁判官ノ參與シテ爲シタル判決ハ常ニ上訴即チ上告ニ依テ破毀セラルヽ而已ナラス(第四百三十六條)尙ホ取消ノ訴ノ理由トナルモノナリ(民訴第百六十八條第二)之ニ反シテ第二ノ場合ニ於テハ裁判官ニ偏頗ノ裁判ヲ爲スノ恐アルノ故ヲ以テ當事者ニ忌避ノ權ヲ與フルニ過キス故ニ當事者ハ之ヲ抛棄スルヲ得可ク之ヲ抛棄シ得可キモノナルカ故ニ從テ又之ヲ主張スル時期ニ制限アルノミナラス(第三十四條第二項)此理由ヲ以テ判決ヲ攻擊シ得ヘキ場合ハ第四百三十六條第三及ヒ第四百六十八條第三ノ場合即チ判事カ忌避セラレ且忌避ノ申請ノ理由アリト認メラレタルニ拘ハラス裁判ニ參與シタルトキニ限ルナリ

除斥及ヒ忌避ノ規定ハ之ヲ裁判所書記ニモ準用スルヲ以テ(第四十一條)以下單ニ判事ト稱スルモ書記亦其中ニ包含スルモノト知ルヘキナリ

判事及ヒ裁判所書記カ法律ニ依リ其職務ノ執行ヨリ除斥セラルヽ場合ハ左ノ如シ

(一) 判事又ハ其婦カ原告若クハ被告タルトキ又ハ訴訟ニ係ル請求ニ付キ當事者ノ一方若クハ雙方ト共同權利者共同義務者若クハ償還義務者タル關係ヲ有スルトキ

(二) 判事又ハ其婦カ當事者ノ一方若クハ雙方又ハ其配偶者ト親族ナルトキ但姻族ニ付テハ婚姻ノ解除シタルトキト雖トモ亦同シ

(三) 判事カ同一ノ事件ニ付キ證人若クハ鑑定人ト爲リテ訊問ヲ受クルトキ又ハ訴訟代理人タル任ヲ受クルトキ若クハ受ケタルトキ又ハ法律上代理人ト爲ル權利ヲ有スルトキ若クハ之ヲ有シタルトキ

(四) 判事カ不服ノ申立アル裁判ヲ前審又ハ仲裁ニ於テ爲スニ當リ判事又ハ仲裁人トシテ干與シタルトキ但此場合ニ於テ判事ハ受命判事又ハ受託判事トシテハ職務ノ執行ヨリ除斥セラルヽコト無シ

偏頗ノ恐アルカ爲メニ忌避ヲ爲スニ付テハ左ノ條件ノ具備スルコトヲ要ス

(一) 判事ノ面前ニ於テ申立ヲ爲シ(原告タルトキ)又ハ相手方ノ申立ニ對シ陳

述ヲ爲ス(被告タルトキ)ノ前ニ於テ之ヲ爲スコト(第三十四條第二項)但シ忌避ノ原因其後ニ生シ又ハ之ヲ其後ニ覺知シタルコトヲ疏明シタルトキハ格別トス(第三十五條第二項)

(二) 忌避ノ申請ハ判事若クハ書記所屬ノ裁判所ニ爲スヘキコト(第三十五條第一項)

(三) 忌避ノ原因ハ之ヲ疏明スルヲ要ス(第三十五條第二項)又忌避ノ原因ニシテ申立又ハ陳述ノ後ニ生シ又ハ之ヲ其後ニ覺知シ而シテ忌避ノ申請ヲ爲サント欲スルトキハ即チ其原因ヲ後チニ生シタルコト又ハ後チニ覺知シタルコトヲ疏明スルヲ要ス(同上第二項)

(四) 忌避ノ裁判ハ當事者ノ申請(第三十五條)ニ對スルトキト判事自ラ申出タルトキ(第四十條)トヲ問ハス

(甲) 裁判所ノ書記ニ就テハ其所屬ノ裁判所之ヲ爲シ

(乙) 判事ニ就テハ

(い) 判事所屬ノ合議裁判所但シ忌避セラレタル判事ハ固ヨリ其裁判ニ參與スルコトヲ得ス(第三十六條第一項)

(ろ) 區裁判所判事カ忌避セラレタルトキハ上級ノ地方裁判所其申請ヲ裁判ス(第三十六條第二項)

以上凡ソ法律上除斥ノ理由アルトキ若クハ忌避ノ申請ノ理由アリト認メラレタルニ拘ハラスシテ判事若クハ書記ノ行フタル職務上ノ行爲ハ無効ニ歸ス故ニ除斥ノ理由アル場合ハ固ヨリ忌避セラレタル判事ト雖トモ其申請ノ完結スルマテハ總テノ行爲ヲ避ク可キナリ然レトモ公務上若クハ當事者ノ爲メニ猶豫ス可カラサル行爲ハ忌避ノ場合ニ限リ之ヲ爲スコトヲ許スナリ(第三十九條)然レトモ又忌避ノ申請ヲ受ケタリトテ必スシモ自ラ避クルヲ要セサル而已ナラス乃チ第三十七條ニ定ムル所ノ如ク申請ノ理由ニ付職務上意見ヲ述フルニ際リ自カラ偏頗ノ疑ヒヲ被ムルニ足ルベキ事情ナシト信スルトキハ充分ニ辯解若クハ分疏シテ意見ヲ述フ可キナリ(第三十九條)如何ナル事情ヲ以テ偏頗ノ恐アルモノト爲ス可キヤ又職務上ノ意見ノ陳述其他之ニ對スル決定ニ就テノ詳細及ヒ實例ハ民事訴訟法實習第三十五節及ヒ第三十六節ヲ參觀ス可シ

檢事ノ立會

第十七節　檢事ノ立會

本節定ムル所ノ檢事ノ立會ハ我訴訟法ノ特例ニ係ル（獨逸訴訟法ニ對シテ爾云フ）我裁判所構成法及ビ民事訴訟法編纂ノ時ニ際リ頻リニ檢察權ノ擴張ヲ主張スル一派ノ論者アリ頗ル勢力ヲ有シタルガ爲メニ一時ノ草案ニハ一切ノ民事訴訟ニ檢事ノ立會ヲ要スト定ムルニ至レリ然レトモ若シ斯ノ如クナルニ於テハ多數ノ檢事ヲ要スルノミナラス實際ニ於テ格別ノ利益ナカルベシトノ反對ノ意見モアリテ遂ニ今日ニ殘リ存スル所ノモノハ裁判所構成法第六條即チ「民事ニ於テモ必用ナリト認ムルトキハ通知ヲ求メ其意見ヲ述フルコトヲ得」トアルト而シテ本節定ムル所ノモノニ過キサルナリ

抑〻檢事ヲシテ民事裁判ニ立會ハシムルノ要否及ヒ得失ニ就テハ古來歐洲ニ於テモ頗ル議論アリシ所ナリ夫ノ佛國ノ如キハ檢事ノ權力最モ强大ナル國ナリ故ニ檢事ハ總テ法律ノ執行ヲ監督スルト云フノ名義ヲ以テ常ニ各民事裁判所各部專務ノ檢事ヲ置クナリ我國ニ於テ檢察權ノ擴張ヲ希圖シタル者ハ蓋シ佛國ノ例ニ倣ハントスル者ナリ然レトモ余カ同國ニ巡遊中凡ソ半年間幾ント毎日裁判所ニ出入シテ親シク實驗シタル所ニ據レハ人事ニ關スル民事訴訟ヲ裁判スル部以外ノ部ニ於ケル立會檢事ニシテ一言ノ意見ヲ述ヘタルヲ見タルコトナク仍ホ之ヲ質スニ常ニ然リト云フ果シテ然ルカ故ニ余ハ之ヲ實ニ無益ノコトナリト斷言スルヲ憚ラサルナリ我訴訟法實施以來日尚ホ淺シト雖モ最モ檢事ノ立會ノ利益アルヘキ僅々ノ場合ニ於テスラ果シテ何程ノ利益ヲ與ヘタリシヤ又利益アルヘキヤ換言セハ立會檢事ニシテ有益ノ意見ヲ述フルコトアルヤ又其意見カ裁判所ニ何程ノ利益影響ヲ及ホスヤハ業已ニ立會檢事自ラニ於テ判知スル所ナラント信スルナリ蓋シ夫ノ明治廿三年法律第百四號ヲ以テ定ムル所ノ婚姻事件及ヒ緣組禁治產事件ノ場合ノ如キ公益ノ理由ニ基キ且ツ刑事ニ於ケルト幾ント同一ノ資格ト職權ヲ以テスル檢事ノ立會ノコトハ以上論陳スル所ノ議論ノ外タルコト勿論トス

檢事ノ立會フヘキ場合

偖我訴訟法第四十二條ニ依リ職務上檢事ノ立會フ可キ場合ハ左ノ如シ

第一　公ノ法人ニ關スル訴訟

公ノ法人トハ國家ノ行政機關即チ官廳若クハ市町村ノ如キ自治ノ團體ヲ總稱ス所謂法人ノ何物タルコトハ前第六節普通裁判籍四ノ所ヲ參觀ス可シ

第二　婚姻ニ關スル訴訟

婚姻ニ關スル訴訟トハ我國註解者ノ說ク所ニ據レハ大抵ハ主トシテ婚姻ノ不成立、無効、離婚等ノ訴ヲ指スモノト爲ス蓋シ今日ニ在テハ固ヨリ之ヲ不當ノ解釋ナリト云フコトヲ得ス然レトモ他日二十三年法律第百四號ノ實施セラルヽニ至レハ此等ノ訴訟ハ茲ニ所謂婚姻ニ關スル訴訟中ニハ包含セサルモノト解ス可キナリ而シテ此等ノ場合ヲ除ケル外ニ於テ如何ナル訴訟アリヤト云フニ蓋シ枚擧ニ遑アラスト雖トモ今其例ヲ示サハ婚姻ノ効力中即チ民法人事篇第六十九條ノ規定スル事項ニ關スル訴訟ノ如キ最モ其多キニ居ルヘキナリ

第三　夫婦間ノ財產ニ關スル訴訟

夫婦間ノ財產ニ關スル訴訟トハ專ラ夫婦財產契約ニ關スル事項ヨリ生スル訴訟ヲ云フ該契約ノ事ハ民法財產取得篇第十五章即チ第四百二十二條以下乃至第四百三十五條ノ規定スル所ニ就テ見ル可シ

第四　親子若クハ養親子ノ分限其他總テ人ノ分限ニ關スル訴訟

人ノ分限ノコトハ民法人事篇第一條乃至第二十九條ニ規定スル所ニ就テ見ルヘシ但シ養子ノ緣組及ヒ離緣ヲ目的トスル訴訟ニ就テハ二十三年法律第百四號ヲ以テ別段ノ規定アルコト尙ホ婚姻ニ關スル訴訟ノ場合ニ說述シタル所ノコトシ

第五　無能力者ニ關スル訴訟

民事上所謂無能力者トハ民法人事篇ノ規定スル所ニ據レハ未タ自治產ノ權ヲ得サル未成年者(民、人、第二百十三條乃至第二百十五條參觀)民事若クハ刑事上ノ禁治產者(民、人、第二百二十二條乃至第二百三十一條及ヒ第二百三十六條及ヒ第二百三十七條等ヲ總稱ス但シ民事上禁治產ノ申立及ヒ其宣言ニ就テノ訴訟手續ハ前述二十三年第百四號法律ヲ以テ特ニ檢事ノ職務ヲ定ムルコト尙ホ婚姻緣組事件ニ於ケルカ如シ(同法律第二十條以下參觀)

第六　養科ニ關スル訴訟

養料ノコトハ民人第二十六條乃至第二十九條ニ就テ見ル可シ此他同法第八十四條及ヒ第百四十四條ノ場合即チ離婚又ハ離緣ノ訴訟中夫又ハ養父母ヨリ給ス可キ養料ニ就テハ別段ノ訴訟ヲ要セス即チ離婚離緣ノ訴ニ於テ裁判ス可キヲ以テ此條中ニ包含セサルモノト知ルヘシ

第七　失踪者及ヒ相續人虧缺ノ遺產ニ關スル訴訟

失踪ノコトハ民人第二百六十九條乃至第二百八十條相續人ノ虧缺セル財產ノコトハ同法財產取得篇第三百四十二條以下ノ規定ニ就テ見ル可シ

第八　證書ノ僞造若クハ變造ノ訴訟

民事裁判所ニ於ケル證書ノ僞造變造ノ訴トハ公正證書又ハ撿眞ヲ經タル私署證書ヲ僞造若クハ變造ナリト主張シ其證書ノ眞否ヲ確定センコトノ申立ヲ爲ス者アルニ依リ其眞否ニ就キ中間判決ヲ以テ裁判ヲ爲ス場合ヲ云フナリ（民訴第三百五十一條第三百五十四條及ヒ第三百五十五條）

第九　再審

再審ノ場合ハ民訴第四百六十八條及ヒ第四百六十九條ニ規定ス

以上九箇ノ場合ニ於テ撿事ハ其意見ヲ述フル爲メ職務上ノ義務トシテ立會フ可キナリ蓋シ裁判所ノ構成ニ必要ナルニ非ズ故ニ假令撿事ノ立會ナキモ上告若クハ再審ノ理由トハナラサルナリ

又撿事ノ意見ハ畢竟之ヲ裁判所ノ參考ノ爲メニ陳述スルニ過キスシテ當事者ノ論辯ニ對抗スルニ非ス故ニ當事者モ亦撿事ノ意見ニ對シテ論駁スルヲ許サス唯其事實ニ誤謬アルトキニ限リ其更正ノ陳述ヲ爲スコトヲ得ル而已トス殊ニ又其裁判ニ對シテハ夫ノ刑事及ヒ婚姻緣組禁治產ノ訴訟ニ於ケル如ク自ラ上訴スルコト能ハサルナリ

第二章　當事者

第十八章　當事者ノ種別

當事者ノ種別

民事訴訟法上本然ノ意義ニ所謂當事者トハ一ノ訴訟ニ於テ互ニ相反對セル利

益ヲ有シテ對立スル所ノ訴訟ノ主體ヲ云フ

當事者ハ先ツ民事訴訟ノ原告及ヒ被告タルモノトス而シテ又

(い) 訴訟ノ審級ニ從ヒ其資格ト名稱ヲ異ニス即チ控訴審ニ於ケル原告及ヒ被告之ヲ稱シテ控訴人及ヒ被控訴人ト云ヒ上告審ニ於ケル原告被告之ヲ稱シテ上告人及ヒ被上告人ト云フ

(ろ) 訴訟中反對請求ヲ爲ス者アルトキハ其當事者ヲ稱シテ反訴ノ原告及ヒ被告ト云フ

又數人同一ノ利益ヲ有シ同上ノ關係ヲ以テ共ニ訴ヲ起シ若クハ訴ヲ受クルコトアル可シ詳言スレハ民訴第四十八條ニ規定スル所ノ如ク其訴訟物ニ就キ數人カ權利若クハ義務共通ノ地位ニ立ツトキ若クハ同一又ハ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カ訴訟ノ目的物タルトキハ之ヲ稱シテ共同訴訟人ト云フ而シテ其共同訴訟ノ場合分テ左ノ二種ト爲ス

(一) 數人共同シテ訴ヲ起シ若クハ之ヲ受クルニ非サレハ其權利關係ヲ合一ニ確定スルコトヲ得サルトキ(學問上之ヲ稱シテ必要ノ共同訴訟ト云フ)

(二) 共同訴訟カ絶對的ニ必要ナラサルトキ

以上所述ノ當事者之ヲ稱シテ主タル當事者ト云フ而シテ他人ノ間ニ權利拘束ト爲リタル訴訟ノ目的物ヲ其訴訟ノ當事者雙方ニ對シテ請求スル所ノ訴訟人法律上之ヲ主參加人ト稱シ是亦主タル當事者ト爲スベキモノトス蓋シ主參加人ヲ以テ從參加人ト同ク附從當事者ノ類ニ入ルヽ者アリト雖トモ主參加人ハ全ク獨立シテ一方ノ當事者即チ原告ノ地位(本案ノ當事者ノ雙方ニ對シ)ニ立ツモノナルガ故ニ余ハ之ヲ主タル當事者ト爲スヲ以テ穩當ト信スルナリ之ニ反シテ夫ノ他人ノ間ニ權利拘束ト爲リタル訴訟ニ於テ權利上ノ利害ノ關係ヲ有スルカ故ニ攻擊者又ハ防禦者トシテ其訴訟ニ參加スル者之ヲ附從ノ當事者ト云フ即チ法律上ニ所謂從參加人是ナリ

當事者ノ稱ハ專ラ之ヲ訴訟ノ場合ニ用フ故ニ夫ノ强制執行督促手續及ヒ假差押等ノ如キ純然タル訴訟行爲ニ屬セサル場合ニ於テハ概ネ債權者又ハ債務者ノ稱ヲ用フ然レトモ或ル場合ニ於テハ此例外トシテ當事者ノ稱ヲ以テ債權者、債務者ヲ指稱スルコトアリ即チ民訴第三百八十四條第一ノ如キ是ナリ蓋シ最

0195

モ汎博ノ義ニ用フルモノト云フベキナリ

以上各種當事者ニ關スル詳細ハ以下節ヲ分チテ講說ス可シ

訴訟上ノ資格

第十九節　訴訟上ノ資格

訴訟上ノ資格トハ訴訟ヲ爲スニ必要ナル資格ヲ云フ此資格ヲ分テ二種ト爲ス曰ク當事者タルノ能力曰ク訴訟能力即チ是ナリ

第一　當事者タルノ能力

當事者タルノ能力トハ私法上ニ所謂權利ノ能力ト同義トス故ニ凡ソ私法上ニ於テ權利ヲ享有スルノ能力ヲ有スル者換言スレハ法律ニ依リ權利義務ノ主體タリ從テ訴訟ノ方法以テ之カ實行ヲ爲シ得ヘキ者ハ即チ訴訟ノ當事者タルノ能力ヲ有スルモノト爲ス

第二　訴訟能力（民訴第四十三條乃至第四十七條）

訴訟能力ハ當事者タルノ能力ト同シカラス蓋シ當事者タルノ能力ハ訴訟能力者タルニ必須ノ條件ナリト雖トモ而カモ當事者タルノ能力ヲ有スル者未タ必スシモ訴訟能力者タラサルナリ今一言ニシテ之カ差別ヲ云ヘハ當事者タルノ能力トハ單ニ訴訟ノ主體タルノ能力アルニ過スシテ自ラ有効ニ訴訟行爲ヲ爲スノ能力ナキモノヲ云ヒ訴訟能力トハ其當事者タルノ能力ヲ有スル者ノ外尙ホ自ラ訴訟行爲ヲ爲シ得ルノ能力ヲ云フナリ自ラ訴訟行爲ヲ爲ストハ自身出頭シテ自ラ辨論其他ノ行爲ヲ爲ス而己ヲ云フニ非スシテ訴訟代理人ヲ委任シ及ヒ其他ノ訴訟行爲ノ爲メニ代理人ヲ委任スルガ如キ行爲ヲモ亦之ヲ包含スルコト勿論ト知ルヘキナリ而シテ又訴訟能力ニ有セサルモノハ自ラ原被若クハ參加人ト爲テ有効ノ訴訟ヲ爲スコトヲ得サルノミナラス代理人又ハ補佐人トシテ他人ノ名義ヲ以テスルモ尙ホ且訴訟ヲ爲スコトヲ得サルモノト知ルヘキナリ

以上說ク所ノ如クナルヲ以テ凡ソ訴訟無能力者タル者ハ其原告タルト被告タルト參加人タルトニ論ナク自ラ訴訟ヲ爲シ又ハ代理人ヲシテ之ヲ爲サシムルノ能力ナキヲ以テ必ヤ之ヲ代表シテ有効ニ訴訟行爲ヲ爲シ得ル者ナカル可カラス此代表者之ヲ稱シテ法律上代理人ト云フ例セハ幼者ニ於ケル後

0196

見人、法人ノ代表者ノコトキ是ナリ

右當事者タルノ能力、訴訟能力、無能力者ノ代表者及ヒ此代表者タル法律上代理人カ訴訟行爲ヲ爲スニ付テ特別授權ノ方法等ハ皆ナ實體法即チ民法ノ範圍ニ屬ス即チ訴訟法第四十三條ニ於テ此等ノ事ハ民法ノ規定ニ從フト定メタル所以ナリ

外國人ノ訴訟能力ニ就テハ一種ノ特例ヲ設ケタリ即チ外國人ハ

(い) 外國ノ法律ニ從ヒ訴訟能力ヲ有セサルモ日本ノ法律ニ從ヒ訴訟能力ヲ有スル者ナルトキハ日本ニ於ケル訴訟能力者ト看做ス

(ろ) 外國ノ法律ニ從ヒ訴訟能力者タル者ハ日本ノ法律ニ從テ無能力者タルヘキ者ト雖トモ固ヨリ訴訟能力者タリ

是レ我民事訴訟法第四十四條ニ規定スル所ノ主義ニシテ畢竟外國人ハ自國ノ法律又ハ本邦ノ法律中ノ一ニ從テ訴訟能力ヲ有スルトキハ乃チ看テ以テ訴訟能力者ト爲スモノナリ蓋シ一國ノ民人其自國ノ法律ニ從ヒ訴訟能力者タルトキハ他國ニ於テモ亦自ラ訴訟ヲ爲シ得ヘシトハ各國概ネ當然ノ事ト爲シ幾ン

ト國際私法ノ一原則トモ云フ可キモノヽ如シ然レトモ若シ之ニ反シテ自國ノ法律ニ從テ能力ヲ有セサルモ所在國ノ法律ニ從ヒ訴訟能力アルトキハ如何トノ問題ニ就テハ未タ法律ノ明文ヲ以テ規定スル所アルノ國ハ多カラス現ニ普漏西ノ普通法ニ於テハ外國人ノ訴訟能力ハ一ニ其自國ノ法律ニ依ルモノトセリ故ニ裁判所又ハ對手人ニ於テハ常ニ外國人ノ能力ノ有無ハ外國ノ法律ニ就テ穿鑿セサルヲ得サルノ不便アリシナリ於是乎獨逸ノ訴訟法ハ明文ヲ以テ自國又ハ所在國ノ中何レカノ法律ニ從テ能力ヲ有スレハ足レリトスルノ主義ヲ定メタリ乃チ我訴訟法亦之ニ倣フタルモノナル可シ

茲ニ尙ホ一疑問アリ曰ク外國人ハ自國ノ法律ニ從フトキハ法律上ノ代理人例ヘハ後見人ニ依テ訴訟ヲ爲ズヘキ者ナルカ故ニ乃チ其法律上代人ニ依テ訴訟ヲ爲サントスルトキハ如何ト獨逸ノ學者ハ概ネ此場合ニ於テモ本邦ノ法律ニ從ヒ自ラ訴訟ヲ爲シ又ハ自國ノ法律ニ從ヒ後見人ヲ以テ訴訟ヲ爲スコトヲ得ヘシトノ說ヲ爲シ幾ント一定ニ歸シタルモノヽ如シ我國ニ於テモ現ニ外國人ハ其自國ノ法律ニ從フヲ以テ本則ト爲ス(第四十四條ハ此裏面ニシテ能力者ト

看做ス而已以上ハ同上ノ論決ヲ爲ス可キモノナラント信スルナリ

右訴訟能力ニ關シテ裁判官ノ行フ可キ事項ハ左ノ如シ

(一) 裁判官ハ職權ヲ以テ訴訟能力法律上代理人タルノ資格及ヒ其授權ニ欠缺ナキヤ否ヤヲ調査ス可キコト(第四十五條第一項)訴訟能力法律上代理人タル資格及ヒ必要ナル授權ノ備ハルト否トハ訴訟行爲効力ノ有無ニ關ス即チ能力資格授權ナキ者ノ爲シタル訴訟行爲ハ凡テ無効ニ屬ス而シテ獨リ當事者ノ行爲ノ無効タルノミナラス裁判官ノ行爲亦悉ク無効ニ歸ス蓋シ裁判官ノ行爲ハ素ト當事者ノ行爲ニ基クモノナリ而シテ其基本タル行爲ニシテ既ニ無効ニ屬スルトキハ裁判官ノ行爲獨リ全キヲ得ルコト能ハサルハ當然ノ理タルカ故ナリ訴訟能力代理資格ノ訴訟ニ影響スル夫レ斯ノ如ク重大ナリ是レソノ訴訟程度ノ何レニ在ルヲ問ハス之ヲ詳言セハ口頭辨論ノ前後ヲ問ハス審級ノ何レニ在ルヲ問ハス當事者ノ申立アルト否トニ拘ハラス裁判所ノ職權ヲ以テ調査スヘキモノト爲ス所以ナリ

又裁判長ハ訴訟能力若クハ代理資格ニ就テ疑ノ存スルトキハ民訴第百十二條ニ依リテ注意ヲ爲シ得ルコト勿論ナリ

訴訟能力其他ノ欠缺ハ相手方ニ於テ之ヲ認ムルモ裁判所ハ之レニ拘束セラレテ其資格其他ノ存スルモノト爲スヲ要セサル而已ナラス尙ホ之ヲ調査シ之ヲ否認スルコトヲ得ルナリ

訴訟能力其他ヲ斷定スヘキ事實上ノ法廷ノ自白ハ裁判所ヲ拘束セス故ニ尙ホ他ノ證據ニ依テ自由ニ判斷シ得ヘキナリ從テ又此事實上ノコトニ付テハ第百十一條ノ自由推定ノ法則ヲ適用スルコトヲ得ス

又此等ノ事實ニ就テハ通常ノ場合ノ如ク自カラ其證ヲ擧クルノ責任ナシ裁判所ハ却テ之ヲ相手方ニ命スルコトヲ得ル場合アリ例ヘハ甲者乙者ニ對シテ訴狀ヲ送達シタルニ其期日ニ際シ乙者欠席シ而シテ裁判所ニ於テ乙者ノ能力ニ就テ疑ヒアル場合ノ如キ是ナリ

此他訴訟能力ノ問題ハ大ニ欠席裁判ノ場合ニ關係アリ凡ソ前段ニ所謂欠缺アル代理人ヲ以テ代理セシムル所ノ當事者ニシテ欠席シタル當事者ニ對シテハ普通ノ規則ニ從テ欠席判決ヲ爲スヿヲ得ヘシ然レトモ之カ爲メニハ其起

0198

訴ノ適法タルヿヲ必要トス故ニ若シ其訴訟無能力者ヨリ提起セラレタルカ又ハ無能力者ニ送達セラレタルトキハ欠席判決ヲ爲スヿヲ得ス即チ左ノ如シ

(い) 起訴ハ適法ナルモ其期日ニ至リ原告若クハ被告ノ爲メ無能力者ノ出席シタルトキ例ヘハ訴狀ハ後見人ヨリ後見人ニ送達セラレタルモ其期日ニ幼者若クハ其他ノ無能力者ノ出席シタルトキノ如キ是ナリ此場合ニシテ第四十四條第二項ノ場合ニ際ラサルトキハ欠席裁判ヲ爲シ得ルナリ

(ろ) 若シ其訴訟無能力者ヨリ提起セラレ而シテ補正ヲ命ス可キ場合ニ當ラス且ツ裁判ヲ要スルトキハ双方共ニ出席シタルト一方ノ出席シタルトニ拘ハラス常ニ却下ノ言渡ヲ爲スヘキナリ

(は) 訴狀カ無能力者若クハ無資格代理者ニ送達セラレタルトキハ合式ノ送達ニ非サルカ故ニ是亦前項ノ場合ト仝シク常ニ却下ノ言渡ヲ爲スヘキモノトス而シテ其費用ハ原告ノ負擔タルヘシ

(二) 訴訟能力ニ欠缺アルトキト雖モ遲滯ノ爲メ危害アルトキハ期間ヲ定メ其欠缺ノ補正ヲ爲スノ條件ヲ以テ當事者又ハ代理人ニ一時訴訟ヲ爲スヲ許スコ

スコト(同條第二項)

欠缺ノ補正ハ訴訟遲滯ノ爲メ當事者ニ危害アルト補正ノ爲シ得ヘキ見込アルトキニ限ルモノトス又補正ノ爲メノ期間ハ所謂裁判官所定ノ期間ニ係ルヲ以テ申立ニ因リ裁判所ニ於テ伸縮スルノ權アル所ノモノトス從テ假令期間後ト雖トモ口頭辨論終結ニ至ル迄ハ之ヲ追完スルコトヲ許スナリ是レ蓋シ獨逸國ニ於テハ判決例ニ依テ定マル所ノモノナリシヲ我第四十五條ノ但書ヲ以テ之ヲ明記シタル所以トス

此他注意スヘキハ第四十五條ノ規定ハ口頭辯論ヲ必要トセサル訴訟手續即チ督促手續假差押又ハ假處分ノ場合ニモ亦適用スヘキコト

又訴訟能力ノ滅失及ヒ代理權ノ消滅ニ就テハ第百八十條ヲ參觀スヘキコト」

訴訟能力ノ欠缺シタル儘ニテ第一審ヲ經過シタルトキト雖トモ尙ホ第二審又ハ上告審ニ於テ之レヲ主張スルコトヲ得ヘク(第四百三十六條第五項)又判決確定ノ後ハ取消ノ訴ニ因リテ再審ヲ求ムルコトヲ得ルコト(第四百六十八條第四項)

0199

(三) 訴訟無能力者又ハ相續人ノ未定ノ產遺又ハ不分明ナル相續人ニ對シ訴ヲ起ス可キ場合ニ於テ法律上代理人アラサルトキハ申立ニ因リ遲滯ノ爲メ危害ノ恐レアルトキハ裁判長ニ於テ特別代理人ヲ任スルコト(第四十六條)

(四) 第四十七條ニ規定スル所ノ場合ニ在テハ遲滯ノ爲メ危害ノ恐レナシト雖トモ特別代理人ヲ任スルコト(第四十七條)

第二十節　共同訴訟人

共同訴訟人ノ定義及ヒ立法ノ理由

第一　共同訴訟人ノ定義及ヒ共同訴訟ノ立法ノ理由

共同訴訟人トハ既ニ前第十八節ニ於テ當事者ノコトヲ講述スルニ際リテ一言シタル所ノ如ク同一ノ訴訟手續ニ於テ一人又ハ數人ノ相手方ニ對シ共同シテ爭訟スル所ノ二人以上ノ主タル當事者ヲ謂フナリ而シテ其共同訴訟人ノ原告タルトキハ之ヲ稱シテ主動的共同訴訟人ト云ヒ其被告タルトキハ之ヲ受動的共同訴訟人ト云フ(第四十八條第一項參觀)

共同訴訟ハ素ト數箇ノ訴訟ヲ結合シ一ノ訴訟手續ニ於テ一齊ニ終局セントスルモノナリ而シテ此訴訟ヲ許スノ趣意即チ共同訴訟ノ立法ノ理由ハ獨逸訴訟法ノ理由書ニ云ヘルコトク蓋シ訴訟ニ要スル所ノ時日ヲ節約シ手續ヲ簡易ナラシメ費用ヲ省減スルノ外尙ホ裁判ノ一致ヲ以テ其結合セラレタル訴訟ニ於テ論爭スル所ノ共同若クハ同種ノ爭點ヲ一齊ニ保證セントスルニ在リ而シテ此共同訴訟ヲ許ス場合ハ左ノ如シ

共同訴訟各個ノ場合

第二　共同訴訟各個ノ場合

(一) 權利若クハ義務共通ノ場合

權利義務共通ノ場合トハ數人共同シテ不分的ニ同一物上ニ物權ヲ有シ若クハ義務ヲ負擔スル場合又ハ連帶義務ニ屬スル債務ノ場合ノ如キ是レナリ其所謂不分共有連帶債務又ハ不可分債務ノ如何ナルモノナルヤハ民法財產取得篇第九十二條以下全債權擔保篇第五十四條以下及ヒ第七十四條以下全財產篇第四百四十一條以下ニ就テ見ル可シ而シテ夫ノ婚姻事件ニ付キ第三者ヨリ婚姻ノ不成立又ハ無効ノ訴ヲ起ス場合ノ如キモ亦此類ニ屬シ即チ其夫婦ハ所謂受動的共同訴訟人タルモノトス(民訴第四十八條第一)

(二) 請求又ハ義務カ同一ナル事實上及ヒ法律上ノ原因ニ基ク場合

此場合ニ於テハ其請求若クハ義務ノ基本タル事實上及ヒ法律上ノ原因ノ同一ナルコトヲ要ス事實上及ヒ法律上ノ原因ノ同一トハ例ヘハ同一犯罪ニ基ク損害賠償ノ請求若クハ契約ト其契約ヲ支配スル法則ノ同一ナルコトヲ云フモノニシテ即チ數人共同シテ爲シタル金圓ノ貸借(連帶タルヲ要セス)又ハ同一物ノ賣買若クハ賃貸借ノ契約ニ基ク請求ノ場合ノ如キヲ云フ蓋シ此場合ニ於テハ必スシモ攻擊又ハ防禦ノ方法ノ共同ナルコトヲ要セサルナリ(同上第二)

(三) 請求又ハ義務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場合

此場合ハ畢竟共同訴訟ノ趣意ヲ擴張シタルモノニシテ前二個ノ場合ノ如ク素ト權利義務ノ共通アルニ非ス又事實ト法律ノ原因ノ同一ナルニモ非ス唯其事實上ト法律上トノ原因カ性質ニ於テ同種類ナルヲ以テ之ヲ共同訴訟ト爲スコトヲ得ル而已トス而シテ其所謂性質ニ於テ同種類ナルモノトハ例ヘハ同樣ノ條件ヲ以テ保險契約ヲ爲シタル被保人ニ對スル保險會社ノ訴同文ノ借家契約ニ基ク借家人ニ對スル訴債權者ヲ詐害センカ爲メニ締結シタル一ノ契約ノ取消ヲ請求スル數人ノ債權者ノ訴同樣ノ條件ヲ以テ賣渡シタル數多ノ顧客ニ對スル商人ノ訴ノ如キ是ナリ又夫ノ民事訴訟法第四百九十五條ニ所謂數人ノ爲替義務者即チ爲替振出人裏書讓渡人ノ總員及ヒ爲替保證人等ニ對シ償還請求ヲ爲スカ如キモ亦此類ニ屬スルモノトス(同條第三)

以上共同訴訟ノ中ニ特ニ必要的共同訴訟ト稱シ分離スルコトヲ得サルモノアリ

必要的共同訴訟人ノ場合

第三 必要的共同訴訟人ノ場合ハ左ノ如シ

(い) 婚姻事件ニ就キ檢事ヨリ夫婦ニ對スル婚姻無効ノ訴(民、人第五十六條第二項及ヒ二十三年法律第百四號自第十五條至第十八條)

(ろ) 許諾ヲ受ケスシテ婚姻ヲ爲シタル夫婦ニ對シ父母又ハ祖父母又ハ繼父母若クハ後見人ヨリ提起スル婚姻無効ノ訴(民、人第六十條第六十一條及ヒ仝上法律第十六條)

(は) 主參加ノ場合即チ主參加人ハ原告ノ地位ニ立チ本訴訟ノ當事者雙方ハ共同被告ト爲ルナリ

(に) 數人ニ共同ナル目的物ノ不可分ナル場合ニ於テ二人以上ノ共同者ヨリ二人以上ノ共同者ニ對シ不可分的ニ爭フ所ノ權利ノ確定ニ關スルトキ例ヘハ要役地若クハ承役地ノ共有者ヨリ地役ノ存否若クハ其區域程度ヲ確定セントスル所ノ訴若クハ數人ノ債權者若クハ債務者ヨリ不可分義務ノ存否ヲ確定セントスル所ノ訴ノ如キ是ナリ

以上(い)(ろ)(は)ノ場合ハ訴訟手續即チ形式上ノ共同訴訟ニシテ(に)ノ場合ハ實體的ノ共同訴訟トス

共同訴訟人相互ノ關係

第四 共同訴訟人相互ノ關係

(一) 民訴第五十條第二項及ヒ第三項ノ場合ヲ除ク外共同訴訟人中ノ一人ノ行爲(不行爲ヲ包含ス)ハ他ノ共同訴訟人ニ利害ヲ及ホサス(第四十九條第一項)

一人ノ行爲不行爲ハ他ノ共同訴訟人ニ利害ヲ及ホサストハ共同訴訟ニ於ケル一大原則トス獨逸訴訟法ノ理由書ヲ案スルニ共同訴訟人其共同訴訟ヲ爲スノ故ヲ以テ相互ノ間ニ別段ノ關係ヲ生スルモノニ非ス蓋シ共同シテ訴ヲ起シ又ハ訴ヘラルヽコトハ一ノ事實タルニ過キス而シテ此事實ハ共同訴訟人ノ間ニ法律的ノ効力ヲ生ズルコトナシ實體的ニハ彼等ノ利害ハ互ニ相關セス故ニ各共同訴訟人ハ宛カモ各個獨立シテ起訴シタル時ノ如ク裁判セラルヽヲ要スルナリ(中略各共同訴訟人ノ行爲懈怠ハ他ノ者ニ利害ヲ及ボサス故ニ各共同訴訟人ハ各自ニ別段ナル攻擊又ハ防禦ノ方法ヲ用井得ルコトハ猶ホ相手方カ各共同訴訟人ニ對シテ各別ナル攻擊又ハ防禦ノ方法ヲ用フルコトヲ得ルガコトシ云々トアリ以テ此ノ原則ノ趣旨ノ在ル所ヲ知ルヘキナリ

右ノ原則ヨリシテ實際ニ生シ來ル可キ効果如何ト云フニ

(い) 共同訴訟人カ口頭辨論期日ニ欠席シタルトキハ他ノ共同訴訟人ノ出席シタルニ拘ハラス一般ノ條件ニ從テ欠席裁判ヲ爲ス可キコト但シ第五十條第四項ノ場合ハ例外トス

(ろ) 民訴第百七十三條ニ定ムル所ノ訴訟行爲ノ懈怠ノ結果ハ各個人ニ對シ

テ生スルノミニテ他ノ者ニ及ボサルコト

(は) 同第二百二十九條ニ定ムル所ノ拋棄ト認諾トノ効力ハ他ノ者ニ及ハサルコト

(に) 一人ノ事實上ノ自白ハ他ノ共同訴訟人ニ於テ之レヲ爭フノ効ケトナラサルコト

(ほ) 各個ノ共同訴訟人ノ爲メニ定メラレタル期間ハ其始ニ終ニ中斷ニ伸長ニ皆別箇ニ計算セラルヽコト

(へ) 一個ノ共同訴訟人ノ爲メ又ハ之ニ對スル裁判ハ一分判決タルコト(第二百二十六條)故ニ共同訴訟ハ素ト裁判ノ一致ヲ希圖スルモノナリト雖トモ訴訟上ニテハ各共同訴訟人ニ對シテ不同者クハ反對ノ裁判ヲ來スコトアルベク又裁判確定ノ期ヲ異ニスルコトアルベキナリ

(と) 訴訟費用ニ就テハ第八十一條ノ場合ヲ除クノ外別々ニ裁判セラルベキコト

(ち) 共同訴訟代理人ヲ任スルノ義務ナキコト等トス

(二) 權利關係カ合一ニノミ確定スヘキトキハ攻擊及ヒ防禦ノ方法(證據方法ヲ包含ス)ノ利益ハ他ノ共同訴訟人ニ及フ(第五十三條第二項)

本項以下(五)ニ至ルマテノ法則ハ前項(一)所述ノ例外ニシテ即チ唯リ必要的共同訴訟ノ場合ニ適用ス可キモノトス蓋シ必要的共同訴訟ニ係ル權利關係ハ總テノ共同訴訟人ニ對シテ合一ニノミ確定ス可キヲ以テ從テ其攻擊防禦ノ方法亦一ニ歸セシメサルベカラス乃チ共同訴訟人中ノ一人若クハ一部分ノ攻擊防禦若クハ證據方法ニシテ他ノ共同訴訟人ノ利益ト爲ルベキモノニ限リ之ヲ他ノ者ニ及ホシテナリ蓋シ共同訴訟人ハ利益ノ點ニ於テハ互ニ相代理スルモノト云フ可キナリ

(三) 同上ノ訴訟ニ於テ共同訴訟人中ノ一部カ爭ヒ又ハ認諾セサルモノハ總テノ共同訴訟人悉ク之ヲ爭ヒ又ハ認諾セサルモノト看做ス(同上第三項)

此特例亦前段ニ所謂利益ニ於テ互ニ相代理スルノ主義ニ外ナラス蓋シ相手方ノ主張スル事實ヲ爭ヒ又其義務ヲ認諾セサルハ自己ノ利益即チ有害ノ効果ヲ避ケントスルニ在ルヤ明カナリ故ニ此利益モ亦他ノ總テノ共同訴訟人

0203

ニ及ホスナリ

(四) 同上權利關係カ合一ニノミ確定ス可キ場合ニ於テ其共同訴訟人ノ一部カ辨論ノ期日若クハ期間ヲ懈怠シタルトキハ其懈怠シタル者ハ懈怠セサル者ニ代理セラレタルモノト看做スナリ(同條第四項)

是レ亦權利關係カ合一ニノミ確定ス可キ場合ニ於ケル特例トス而シテ此規定ノ結果ハ

(い) 出席シタル共同訴訟人ノ行爲若クハ不行爲ノ効果ハ總テ其欠席者ニ及ブコト猶ホ訴訟代理人ノ行爲ノ結果カ本人ニ及フカコトシ然レトモ出席者ノ爲シタル拋棄認諾自白ノ効力亦其欠席者ニ及ブヤ否ヤト云フニ至テハ大ニ疑ヒアル所トス(後ニ詳論セン)

(ろ) 出席者ノ代理權ハ共同訴訟中ノミニ存在スルモノトス故ニ更ニ上訴ヲ爲ス場合ニ於テハ當然代理權アリト云フ可カラス但シ共同上訴ヲ提起シタル以上ハ本項ノ代理權アルコト勿論トス

(は) 出席者ノ辨論ニ基キ爲シタル判決ハ欠席者ニ對シテモ欠席判決ニ非ス

故ニ欠席者ハ此判決ニ對シテ故障ヲ爲シ得ルノ限リニ在ラス

(に) 判決ニハ欠席者ノ氏名ヲ出席者ト同シク之ヲ記載スヘキコト又訴訟費用ニ關スル權利義務ハ他ノ共同訴訟人ト同一タルコト

(五) 懈怠シタル共同訴訟人ニハ總テノ送達及ヒ呼出ヲ爲スヲ要ス(同上第五項)

此點ニ就テハ別ニ說明ヲ要スルモノナシ

本節第二ニ於テ說述シタル共同訴訟ニ於ケル條件ノ外尙ホ共同訴訟ヲ許スニ付テ左ノ條件ヲ要スルナリ

(い) 事物上ノ管轄ニ就テハ一人ノ爲メ若クハ一人ニ對スル訴ノ場合ト同一ノ裁判所タルヲ要ス故ニ若シ其事物ノ管轄ニシテ價額ニ繫ルトキハ第四條第一項ノ規定ニ從フヘシ故ニ裁判所構成法第十四條ニ從ヘハ區裁判所ノ管轄ニ屬ス可キ(百圓以下ノ)數多ノ訴ヲ結合シテ共同訴訟ト爲ストキ即チ其結合ニ依テ其價額百圓以上ニ上ルトキハ其管轄ハ地方裁判所ニ屬ス又之レニ反シテ同構成法ニ從ヒ其價額ニ拘ハラスシテ區裁判所ノ管轄ニ屬ス可キ訴ト地方裁判所ノ管轄ニ屬ス可キ訴トヲ結合スルモ此結合ニ依テハ第一ノ訴ニ

0204

就テハ地方裁判所ノ管轄ヲ生スルニ至ラス又仝上裁構第十四條ノ第一ニ屬スル訴ト第二ニ屬スル訴ノ結合ニ依リ其價格ハ百圓以上ニ上ルト雖トモ亦地方裁判所ノ管轄ヲ生セサルナリ

(ろ) 土地ノ管轄ニ就テ亦共同訴訟人ノ一人ノ爲メ又ハ一人ニ對スル訴ノ場合ト同一ノ裁判所タルヲ要ス、爲替訴訟ニ付テハ民訴第四百九十五條ノ規定ニ從フ此他民訴第二十九條及ヒ第三十條ニ從ヒ合意上共同ノ管轄ヲ定メ得ルコトハ勿論トス

茲ニ又疑問アリ曰ク數人ノ共同訴訟人ガ數多ノ裁判所ノ管轄區内ニ散在スルトキハ如何シテ其管轄ヲ定ム可キヤト即チ是ナリ(此問題ハ後チニ詳論ス可シ)

(は) 其訴訟ノ同種類ナルコトヲ要ス即チ通常訴訟ト證書訴訟トヲ結合スルコトヲ得サルカ如キヲ云フナリ

以上第二ニ講述シタル所及ヒ前段ノ要件ヲ具備セスシテ共同訴訟人トシテ訴ヘ若クハ訴ヘラレタルトキハ

(い) 事物若クハ土地ノ管轄權ナキトキ、此場合ニ於テハ裁判所ハ職權ヲ以テ其訴ヲ却下ス可シ但シ第三十條ニ依リ管轄ニ付テノ合意ノ効力ヲ生スルトキハ格別トス

(ろ) 訴ノ種類ヲ異ニスルトキ、例ヘハ證書訴訟ヲ許サヽル訴ヲ證書訴訟トシテ提起シタルトキハ職權ヲ以テ却下ス可シ

(は) 第四十八條ノ要件ニ適セサルトキ、此場合ニ於テハ必スシモ職權ヲ以テ却下ス可キノ限リニアラス何トナレハ裁判所ハ第百十八條ニ依テ分離ヲ命シ得ルコトアルベケレハナリ但シ其分離シタル各個ノ訴カ何レモ當然其裁判所ノ管轄ニ屬スルトキニ限ルモノトス

(附言) 以上本節共同訴訟ニ關スル規定ノ大要ヲ說述セリ然ルニ本節ニハ數多ノ大疑問アリ故ニ余自ヲ提出者ト爲ツテ之ヲ法曹會紀事ニ掲ケ同會員及ヒ弘ク學者ノ明說ヲ募ラントス、余ニ於テモ既ニ意見無キニ非ス而モ未タ其存疑ニ屬スルモノナキニ非ス故ニ姑ク之ヲ述ヘス他日定說ヲ得ルニ至テ別ニ之ヲ說述センコトヲ約シ今ハ止タ此共同訴訟ニ關スル五大疑問

0205

而已ヲ掲示ス即チ左ノ如シ

共同訴訟ニ關スル五大疑問第一問

共同訴訟ニ關スル五大疑問

第一問　民事訴訟法第五十條ノ規定ニシテ前段說述スル所ノ如ク共同訴訟人ノ間ニ於テハ特ニ其利益ノ點ニ於テノミ互ニ相代理スルモノトセハ若シ其共同訴訟人ノ一部ハ全體ニ有益ナル攻擊又ハ防禦ノ方法ヲ用ヒ他ノ一部ニ於テハ却テ有害ノ方法（攻擊防禦ノ方法ハ固ヨリ自家利益ノ爲メニスルモノナリト雖モ實際ニ於テ時ニ或ハ轉テ不利益トナルコト鮮カナラス）ヲ用ヰタルトキ若クハ其一部ハ爭ヒ又ハ認諾セス他ノ一部ハ爭ハス又ハ認諾シタルトキ約言スレハ共同訴訟人中ノ行爲ニシテ利害相牴觸スルトキハ如何ト即チ是ナリ

今先ツ世ニ最モ信用ヲ博スル法律取調委員ノ註解ヲ繙閱スルニ此場合ニ於テハ裁判所ハ第二百十七條ノ規定ニ從ヒ自由ナル心證ヲ以テ判斷ヲ爲スヘシト云ヘリ（本多今村註解第一冊百六十二丁第百六十三丁參觀）若シ此註解ニシテ當ヲ得タルモノトセハ本問題ノ場合ニ於テハ其訴訟ノ必要的共同訴訟ナルニモ拘ハラス特ニ或ハ合一ノ確定ヲ期スヘカラサルコトアラン（立法ノ主意果シテ然ル乎）法律ノ主意ハ果シテ然ル乎若シ之ヲ然リト云ハヽ自由ナル心證判斷ノ結果ニ因テハ夫婦ノ一方ニ對シテハ其婚姻ヲ無効ト爲シ他ノ一方ニ對シテハ有効ナリトノ裁判ヲモ爲シ得ベキ乎不分共有ノ場合不可分義務ノ場合ニ於テモ亦彼此反對ノ裁判ヲ爲シ得ルコトアル乎

抑又我民事訴訟法カ其第五十條第二項及ヒ第三項ヲ加ヘテ（獨訴ニハナキ所ナリ）特ニ其利益ヲ及ホスヘキ規定ヲ設ケ而シテ其害トナルベキモノニ至テハ唯其行爲者ニ對シテノミ効アルノ意味タモ明示セサルモノハ蓋シ必要的共同訴訟ノ場合ニ於テハ合一ノ確定ヲ期スルヲ主トシ攻擊防禦及ヒ其他ノ牴觸ヲ避ケンカ爲メ唯タ他ノ共同訴訟人ノ利益トナルベキモノニ限リテ之ヲ採リ而シテ其不利益ナルモノニ至テハ全ク之ヲ捨去テ顧ミサルノ主意ニハ非サル乎

第二問　共同訴訟殊ニ必要的共同訴訟人中ノ一部ハ第一審若クハ第二審ノ判決ニ服從シタルモ他ノ一部ニ於テ之レニ不服ナルトキハ其不服者タル一人若クハ一部ノ者而已ニテ上訴シ得ルヤ否ヤ若シソレ之ヲ爲シ得ルモノトスルトキハ（前段ニ於テ說述シタルコトク）上訴ヲ爲スニ就テハ當然ニ相互ノ代理權ナ

第二問

0206

キカ故ニ上訴ニ於テ前審ノ判決ヲ覆ヘシ或ハ前後反對ノ判決ヲ見ルコトナキヲ保セス例ヘハ前掲婚姻無効ノ訴ニ於テ夫婦ノ一方ハ其婚姻ヲ無効トスル第一審ノ判決ニ服從シ他ノ一方ハ此判決ニ對シテ上訴シタル時ノ如キ裁判所ハ審理ノ末其一方ニ對シテ婚姻ハ有効ナリトノ判決ヲ爲シ得ルヤ如何

若シ又斯ノ如キ上訴審ノ判決ハ上訴セサル者ニ對シテモ均シク其効力ヲ及ホス可キモノトセハ如何ニ之ヲ理解ス可キ乎。

共同訴訟人ノ一部カ上訴シタル場合ニ於テ他ノ一部カ之レニ參加シ得ルコトハ勿論タリ(第五十三條及ヒ第五十六條)又或ル場合ニ於テハ相手方ヨリ他ノ共同關係者ノ訴訟參加ヲ要求シ得ルコトアルヘシ(例ヘハ民財第四百四十二條末項ノ場合ノ如シ)然レトモ是レ昔ナ畢竟其權利ニ屬スルモノナレハ固ヨリ他ノ之ヲ强ユ可キニアラス然レハ則チ若シ此權利アル者ニ於テ自他ノ參加ヲ請ハサルトキハ裁判所ハ其裁判ノ合一ヲ期スルカ爲メノ故ニ職權ヲ以テ之レニ參加ヲ命スルコトヲ得ルヤ抑又其一部而已ノ上訴ハ同上ノ理由ヲ以テ之ヲ却下シ得ルヤ如何

第三問　第五十條第四項ノ規定ニ因リ出頭シタル共同訴訟人ノ行爲若クハ不行爲ノ効果ハ總テ其他ノ欠席者ニ及ブヘキコトハ猶ホ訴訟代理人ノ行爲ノ結果カ訴訟本人ニ及フカコトシ然レハ夫ノ第六十五條第二項ノ規定ニ依リ特別ノ委任ヲ要スル和解、抛棄、認諾等ニ就テハ如何換言セハ出席者ノ爲シタル和解、抛棄、認諾ノ効力亦當然其欠席者ニ及フヘキ乎

同前註解者ハ曰ク(和解、抛棄及ヒ認諾等ハ出頭セサル者ノ爲メニ之ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ代理人ハ特別ノ委任アルニ非レハ此等ノ權ヲ有セサレハナリ」ト(同上註解第一册第百六十四丁參照)

若シ夫レ此解ニシテ當ヲ得タルモノトセン乎茲ニ三人ノ共同債務者アリ其中ノ一人ハ辨論ノ期日ニ欠席シ他ノ二人ハ出席シテ直チニ其義務ノ全部ヲ認諾シタルトキハ如何(余ハ實際此場合ニ遭遇シタルコトアリ)欠席者ハ法律上他ノ二人ニ代理セラルルモノナレハ之レニ對シテ欠席裁判ヲ爲スコト能ハス而シテ其出席者ノ認諾ハ之ヲ他ニ及ホスコトヲ得ストセハ裁判所ハ此場合ニ於テハ如何ニ之ヲ裁判ス可キヤ若シ或者ノ説ハ非ニシテ抛棄、和解、認諾ノ効力亦第

0207

六十五條ノ規定ニ拘ハラス之ヲ其欠席者ニ及ホス可キモノトセハ其理由ハ如何

第四問

第四問　裁判所ノ管轄ニ就テハ事物上ノ管轄ト土地ノ管轄トヲ問ハス共同訴訟ニ於テモ一人ノ原告若クハ一人ノ被告タル場合ト同一ナルヘキコトハ學理上ノ本則ナラン然レハ若シ數人ノ共同訴訟人ニシテ數多ノ裁判所ノ管轄區內ニ散在スルトキハ如何シテ其管轄裁判所ヲ定ム可キヤ

先ツ法律取調委員ノ註解ヲ閲スルニ其第四十八條ノ註解中土地ノ管轄ノ異ナル場合ハ爲替訴訟ヲ除クノ外其他ノ訴訟ニ付テハ裁判所構成法及ヒ本法中ニ規定ナキ故第二十五條ノ規定ニ依リ原告カ管轄裁判所ヲ撰擇セサル可カラス例ヘハ共同被告人カ甲乙丙ノ裁判所ノ管轄區內ニ散住スルトキハ其中ノ一ノ管轄裁判所ヲ撰擇セサル可カラス云々」トアリ（木多今村註解第一冊第百五十丁參看）而シテ又其第二十五條ノ註解中ニモ（前畧）第十條ノ普通裁判籍ニシテ共同被告（第四十八條）カ住所ヲ異ニスル場合ニ於テハ原告ノ便宜ニ依リ其中ノ一ツノ裁判所ニ訴ヲ起スコトヲ得セシムルナリ（仝上第七十丁參看）云々」トアリ

次ニ又此疑問ハ法曹會ノ問題トナリテ其第三號ニ揭ケラレタリ即チ民事訴訟法第四十八條ノ場合ニ於テ東京大坂新潟ノ住民ヲ被告トナストキハ同一ノ裁判所ニ訴フルコトヲ得ルヤ如何トノ問題ニ對シ我法曹會ハ數箇ノ管轄地ノ住民ヲ一時ニ被告ト爲スキハ假令住所ヲ異ニスルモ所謂共同訴訟人ナルヲ以テ同一ノ裁判所ニ訴フルコトヲ得ル旨ノ決議ヲ爲セリ

余ハ此註解ト決議ニ就テ大ニ疑ヒヲ懷ク者ナリ請フ少シク其所以ヲ述ヘンニ註解ノ趣意ハ專ラ第二十五條ノ規定ニ因リテ管轄裁判所ノ撰擇權アリト爲スニ在リ蓋シ註解者ハ第二十五條ニ所謂原告ハ數箇ノ管轄裁判所ノ中ニ就キ選擇ヲ爲スコトヲ得トハ第二十二條ノ場合ヲ除ク外ハ原告ハ自カラ隨意ニ其管轄裁判所ヲ定ムルコトヲ得ルモノト解シタルモノナラン乎果シテ然ラハ法律ハ不動產上ノ管轄ヲ除クノ外一モ管轄ヲ定ムルヲ要セス又合意ヲ俟タス一ニ原告ノ意思ニ任カシテ可ナリ何ヲ苦シンテカ嚴密ニシテ且ツ繁雜ナル管轄ノ規定ヲ設クルヲ要センヤ

余輩ノ解スル所ニ據レハ第二十五條ニ所謂原告カ選擇ヲ爲シ得ル場合ハ（既ニ

諸君ト共ニ講究シタル所ノ)所謂權能的管轄ノ場合ニ限ルモノナラント信ス即チ普通裁判籍ニモ訴ヘ得ヘク特別裁判籍ニモ訴ヘ得ヘク又合意シタル裁判所ニモ訴ヘ得ヘキ場合ニ於テ始メテ選擇ノ權アルナリ(學文上之ヲ權能的管轄トハ稱スルナリ)而シテ其然ルコトハ(學理的講義ヲ俟タス)既ニ仝條法文ニ數箇ノ管轄裁判所ノ中ニ就キトアルニ因テモ明白ナリ即チ其所謂管轄裁判所トハ法律ノ規定ニ依テ定マルモノ若クハ法律ノ允許セル範圍内ニ於テ爲シタル合意ニ依テ定マリタルコトナルコトハ多辨ヲ要セサル所ナレハナリ

註解者亦此理ヲ知レリト云ハン乎何ニ依テ共同訴訟ノ場合ニ於テ原告ニ撰擇ノ權アリト云フヤ或ハ云ハン共同訴訟人タル各人ハ皆ナ其住所ニ於テ普通裁判籍ヲ有ス故ニ數箇ノ管轄裁判所アルナリト余輩ハ之ニ服スル能ハス何トナレハ所謂各人ノ裁判籍トハ即チ各個人ノ裁判籍タルノミニシテ共同訴訟ノ管轄裁判所ニハアラサレハナリ蓋シ此各個人ノ爲メニ定マリタル管轄裁判所ノ共同訴訟人全体ノ管轄裁判所タラサルコトハ猶ホ夫ノ數箇ノ裁判所ノ管轄區内ニ散在スル不動産ノ各一部ノ專屬管轄裁判所ハ其不動産全部ノ管轄裁判所タラサルト一般ナリ(第二十六條參看)而シテ法律ハ此共同訴訟ノ場合ニ於ケル管轄裁判所ヲ規定セサルナリ

或ハ又夫ノ法曹會決議ノ趣旨ノ如ク所謂共同訴訟タルノ故ヲ以テ同一ノ裁判所ニ訴ヘサルヘカラス同所ニ訴フルヲ要スルカ故ニ撰擇ノ權アリト云ハン乎此說最モ信シ難シ其故如何ト云フニ抑々共同訴訟トシテ數人カ同時同所ニ訴ヲ爲シ又ハ訴ヲ受クルコトアルハ訴訟ノ常態ニ非スシテ變例タリ而シテ法律ハ之ヲ命令セスシテ唯之ヲ許ス而已即チ共同訴訟トシテ訴フルコトヲ得ル而已然ラハ則チ之ヲ必要ナルカ故ニ選擇ノ權利ヲ生スルトハ云フ可カラス況ンヤ論者ガ所謂必要ハ以テ立法ノ理由ト爲ス可キモ未タ以テ直チニ權利ノ基本ト云フヲ得サルニ於テオヤ

夫レ然リ然ルカ故ニ獨逸訴訟法ハ其第三十六條ニ於テ直近上級裁判所カ管轄裁判所ヲ指定スルヲ要スル場合ノ一トシテ仝條第三ニ「數箇ノ裁判所ニ普通裁判籍ヲ有スル數人カ共同訴訟人トシテ訴ヘラルヽ場合ニ於テ其訴訟ニ付キ共通ノ特別裁判籍定マラサルトキ」ト明定セルナリ

我訴訟法ニハ此規定ヲ設ケス否ナ寧ロ之ヲ删除シタリ而シテ、ソノ之ヲ删削シタル所以ノ理由ニシテ註解者ノ云ヘル如ク第二十五條中ニ包含セシムルノ主意ナラシメハ必スヤ先ツ此場合ヲシテ權能的管轄ニ屬セシムルコトヲ明示スル所ノ法文ナカルヘカラス而シテ此法文ナシ

立法者ハ之ヲ全條中ニ包含セシムルツモリナリシト云ハン乎是レ唯立法者ノツモリ而已空想ノミ他ノ法ヲ行フ者、法ヲ守ル者、法ヲ講スルモノ、法ヲ學ブ者ノ本據ト爲スヘキ國家ノ意思ノ明言即チ法文ノ上ニ於テ論理ニ依ルモ解釋ニ依ルモ之レニ包含セシムルコトヲ得サルヲ如何センヤ

以上論述ズル所ニシテ大過ナシトセハ共同訴訟ノ管轄ニ就テハ別ニ法律ニ規定スル所ナシト斷言スルコトヲ得可シ

然ラハ則チ共同訴訟ノ管轄裁判所ハ如何ニ之ヲ定ム可キヤ抑々亦前說ノ如ク原告ニ撰定ノ權アリト云フヲ得可キ乎

第五問　共同訴訟人中ノ一人ヨリ期日ノ指定ヲ申請シテ相手方ヲ呼出スコトヲ得ルヤ、若シ之ヲ爲シ得ルトセハ同時ニ他ノ共同訴訟人ヲモ呼出スコトヲ要スルヤ否ヤ

第五問

此疑問ハ我民事訴訟法中獨逸訴訟法第六十條ニ定ムル所ノ如キ規定ノ設ケナキニ因テ生スルモノトス故ニ參考ノ爲メ茲ニ獨訴第六十條ヲ譯示ス

第六十條　訴訟ヲ行フノ權（行フノ權トハ原語「ペトリーブ」ニシテ專ラ呼出若クハ送達等ヲ行フコトヲ指スモノトス）ハ各、共同訴訟人ニ屬ス共同訴訟人カ相手方ヲ期日ニ呼出ストキハ其他ノ共同訴訟人（訴訟ヲ行ハントスルノ者ノ仲間ヲ云フナリ）ヲモ亦呼出スヲ要ス

此他共同訴訟ニ關スル實務上ノ詳細ハ民事訴訟法實習第六十節及ヒ第六十一節ニ詳カナリ

第二十一節　主參加（第五十一條及第五十二條）

主參加

我民事訴訟法ハ其第一編第二章第三節ニ於テ第三者ノ訴訟參加ノコトヲ規定ス而シテ其訴訟參加ヲ分テ四種ト爲ス曰ク主參加曰ク從參加曰ク告知參加曰ク指名參加即チ是ナリ

主參加ノ定義

第一　主參加ノ定義

主參加ノ定義ハ第五十一條法文ノ明示スル所ノ如ク他人ノ間ニ權利拘束ト爲リタル訴訟ノ目的物ノ全部又ハ一分ヲ自己ノ爲メニ當事者雙方ニ對シテ請求スル者ナリ云フニ在リ是レ蓋シ主參加普通ノ定義トス然レトモ我訴訟法ハ別ニ一種ノ主參加ヲ加ヘタリ第五十一條第二項ノ規定即チ是レナリ曰ク

第三者カ原告及ヒ被告ノ共謀ニ因リ自己ノ債權ニ損害ヲ生スルコトヲ主張スルトキハ亦同シト

右ノ規定ニ據レハ主參加ハ直接ニ右訴訟ノ目的物ノ全部若クハ一分ヲ請求スル者ニ限ラス唯單ニ自己ノ債權ニ損害ヲ生スルコトヲ主張スル者モ亦主參加タルヘキナリ然レトモ第二項ノ場合ハ專ハラ他ノ債權者ヲ詐害センカ爲メ原被共謀シテ假裝ノ訴訟ヲ爲スカ如キ場合ヲ想像シタルモノトセハ直接ニハ其目的物ヲ請求セサルモ間接ニハ其目的物ヲシテ自己ノ利益ニ歸セシメントスル者ト謂フヲ得可キナリ

右ノ定義ニ據レハ先其本訴訟ノ既ニ繫屬スルコト即チ既ニ權利拘束ト爲リタルコトヲ要ス、權利拘束ノ何物タルコトハ第二編第百九十五條ニ讓リ茲ニハ唯

第百九十五條ニ所謂權利拘束ノ効力ハ訴ノ提起ニ因テ生スルモノナルカ故ニ第二百十一條第二百十二條第三百七十四條第三百八十一條第三百九十條ノ場合即チ訴ノ變更、中間爭又ハ反訴及ヒ中間反訴等ノ提起ニ因テモ齊シク亦其効ヲ生スルコトヲ云フニ止ムヘシ

主參加ニハ本訴訟ノ權利拘束ヲ要ス故ニ若シ其本訴訟ニシテ欠缺アリ爲メニ却下セラルヽニ至ルトキハ主參加ノ訴モ亦當然許ス可カラサルモノトシテ棄却セラルヽニ至ルモノトス

主參加ノ訴ハ必シモ本訴訟ト其訴訟ノ種類ヲ同フスルコトヲ要セス例ヘハ本訴訟ハ證書訴訟ヲ以テ提起セラレタルトキト雖トモ主參加ハ之ト同フスルコトヲ要セス即チ通常訴訟ヲ提起スルコトヲ得ルナリ

此他區裁判所ニ於ケル訴訟手續即チ督促手續仮差押及ヒ仮處分ノ場合ニ於テハ主參加ヲ爲スコトヲ得ス然レトモ其進ンテ訴ト爲リ口頭辨論ヲ開クノ場合ニ至テハ其爭フ所ノ目的ニ因リ主參加ヲ爲シ得ルコト勿論トス

第二　主參加ニ關スル訴訟上ノ要項

關スル訴訟上ノ要項

(一) 主參加ノ訴ハ之ヲ獨立ノ訴トシテ取扱フヘキモノトス、故ニ主參加ノ訴ハ本訴ノ既ニ上級審ニ繼續スルトキ雖トモ又其管轄ノ如何ヲ問ハス尙ホ常ニ第一審裁判所ニ提起セサルヘカラス

(二) 主參加ノ訴ハ本訴訟ノ權利拘束ノ終リニ至ルマテハ何時ニテモ之ヲ提起スルコトヲ得

權利拘束ハ何ニ因テ終ル乎ト云フニ先ツ第一ニ判決ノ確定ニ因テ終ルナリ(第四百九十八條)而シテ其判決ハ第二百二十六條ニ所謂一分判決モ亦包含ス次ニ訴ノ取下(第百九十八條)及ヒ和解ニ因テ終ルモノトス、又第九條ノ移送ノ場合ニ於テ其移送判決ノ確定シタルトキ其訴訟ハ移送ヲ受ケタル裁判所ニ繫屬スルモノ即チ權利拘束トナリタルモノト看做スカ故ニ此移送ノ判決ノ確定ノ後チハ又主參加ヲ爲シ得ヘク又一旦確定シタル判決ト雖モ再審裁判所ニ繫屬スルニ至ルトキ亦主參加ヲ爲シ得可シ若シ其再審ノ訴ニシテ棄却セラルヽトキハ主參加亦共ニ其効ヲ失フコト勿論トス

請求ノ抛棄若クハ認諾ハ未タ以テ直チニ權利拘束ヲ終フルニ至ラス故ニ其抛棄若クハ認諾ニ基ク判決ノ言渡アリテ而シテ其確定ニ至ルマテハ尙ホ主參加ヲ爲シ得可キナリ

(三) 主參加ノ訴ハ常ニ本訴訟ノ第一審ニ於テ繫屬シタル裁判所ニ提起スルヲ要ス、故ニ一般ノ規定ニ從ヘハ其裁判所ハ正當ノ管轄權ヲ有セサルトキ若クハ主參加人ト本訴ノ原告ノ間ニ合意シタル管轄アルトキト雖トモ毫モ之ニ拘ハルコトヲ要セサルナリ

(四) 主參加ハ本訴ノ原被告ヲシテ訴訟上必要的共同訴訟人タラシムルモノトス、主參加ヲ爲シ得可キ場合ニ於テ本訴訟ノ原被雙方ヲ被告トセス單ニ本訴ノ被告而已ヲ相手取ルコトヲ得ルコト勿論ナリト雖トモ斯ノ如クスルトキハ即チ一ノ別箇ノ訴ニシテ主參加ニハ非ルナリ故ニ主參加ハ常ニ前ノ原被告ヲ併セテ共同訴訟人タラシム從テ又若シ漸次數人ノ主參加アリト假定スルトキハ第三ノ主參加人ハ本訴ノ原被告ト第一第二ノ主參加人ヲ併セテ共同被告ト爲スナリ

第三 本訴訟ト主參加トノ關係

主參加ト關係

(い)主參加ノ訴ノ確定ニ至ルマテ本訴訟ヲ中止スルコトヲ得而シテ此中止ハ當事者ノ申立ニ因ルモノト職權ヲ以テスルモノトノ別アリ(第五十二條)ト雖トモ要スルニ中止ノ要否ヲ判斷スルニハ先ツ其本訴訟ト主參加ノ訴ノ何レカ先決ヲ要スルモノナルヤヲ判定スルヲ要シ而シテ此判定ハ常ニ裁判官ノ職權ニ屬スルナリ故ニ主參加ノ主旨ニシテ第百二十一條ニ該ル場合ノ如キ裁判所ハ本訴訟ノ中止ヲ決定セサルヘカラス之ヲ要スルニ裁判所ニ於テ之ヲ不要トスルトキハ本訴訟ヲ中止セサルコトアルヘキナリ(中止申請ノ方法及ヒ其決定ニ關スルコトハ第五十二條第二項第三ニ規定スル所ノコトシ別ニ辯明ヲ要セス)

(ろ)若シ本訴訟ヲ中止セス主參加ノ判決ノ前ニ本訴ノ判決アリタルトキハ此判決ハ一般ノ規則ニ從テ執行シ得可キモノトス

此場合ニ於テハ主參加人ハ既ニ其參加ノ故ヲ以テ其執行ヲ止ムルコト能ハス唯第五百四十九條ニ據リ執行裁判所ニ向テ異議ノ訴ヲ起シテ其權利ヲ主張シ得可キ而已

(は)若シ又本訴訟ヲ中止シ若クハ中止セサルモ本訴訟ノ判決前ニ主參加ノ訴先ツ判定セラレタルトキハ此判決モ亦本訴訟ノ如何ヲ顧ミルヲ要セス一般ノ規則ニ從テ執行シ得可キモノトス、此判決ニシテ確定ニ至ラン乎之ヲ以テ未タ本訴訟ノ終局ニ至ル可キニアラス然レトモ其當事者ハ主參加判決ノ既判効ヲ主張スルコトヲ得可ク又主參加ノ勝訴ニ歸シタルトキハ其判決ニ基キ本訴ノ被告ヨリ本訴ノ棄却ヲ請求スルコトヲ得可キナリ

主參加ト執行參加トノ別

(に)本訴訟ト主參加ノ訴ト同審級ニ繫屬スルトキハ第百二十條ニ依リ之レカ併合ヲ命スルコトヲ得而シテ之レガ爲メ當事者ノ地位ヲ變スルコトナシ

第四　主參加ト執行參加ノ別

所謂執行參加人トハ民訴第五百四十九條ノ第三者即チ强制執行ノ目的物ニ付異議ヲ主張スル者是ナリ(法律ハ之ヲ參加トハ云ハス)此主參加ト執行參加トノ別タル一ハ判決確定以前ニ行フ可ク一ハ判決確定ノ後チニ行ハル可キ(假リニ執行シ得可キ判決ノ場合ニ於テハ判決確定前ニモ執行參加アルコトアリ)カ故ニ非スシテ寧ロ其起因ト目的ノ異ナルカ故ニ在リトス即チ主參加ハ一ノ訴訟

ノ權利拘束ニ基因シ執行參加ハ執行爲ニ基因ス又主參加ニテハ一個ノ物ニ就キ三個ノ當事者ニ對シテ合一ノ裁判ヲ得ルヲ目的ト爲スト雖トモ執行參加ハ執行ノ妨止若クハ廢止ヲ以テ其目的ト爲ス是ナリ

然レトモ若シ其執行ノ目的物ニシテ訴訟ノ係爭物タルトキハ殆ント前述ノ區別ナキニ至ラン故ニ例ヘハ特定物ノ引渡請求ノ訴ニ於テ被告敗訴ヲ言渡サレ而シテ其判決ハ未タ確定ニ至ラサルモ假リニ執行シ得可キ場合ニ於テハ主參加ノ訴ヲ爲スト執行參加ヲ爲ストハ其撰ム所ニ任セテ隨意ナリトス

第二十二節　從參加（自第五十三條至第六十二條）

第一　我民事訴訟法ハ從參加ヲ三箇ノ場合ニ區別セリ即チ左ノ如シ

第一ノ場合ハ第五十三條ニ定ムルモノニシテ即チ他人ノ間ニ權利拘束ト爲リタル訴訟ニ於テ其一方ノ勝訴ニ依リ權利上利害ノ關係ヲ有スル者ハ其一方ヲ補助スル爲メ之ニ附隨スルコトヲ得トアルモノ是ナリ

右法文ノ趣旨ニ基キ從參加ヲ許ス爲メノ必要條件ヲ摘示スレハ

從參加

從參加ノ必要條件

（一）先ツ權利拘束ト爲リタル訴訟アルヲ要ス、此要件ハ前節主參加ニ於ケルト同一トス故ニ彼此ニ通シテ相同シキモノハ皆之ヲ畧ス

茲ニ講究ス可キモノハ從參加ヲ許ス可キ場合ト之ヲ許ス可カラサル場合ヲ知ルコト是ナリ

相殺ヲ目的トシテ債權ヲ主張スル場合（反訴ヲ以テ請求セサル場合）ニ於テハ此債權ニ就テハ權利拘束ノ効力ヲ生セサルカ故ニ此債權即チ請求ニハ從參加ヲ許ス可キニ非ス、證書訴訟、爲替訴訟及ヒ婚姻事件ニハ從參加ヲ爲シ得可シ夫ノ禁治產ニ就テハ其訴訟手續即チ形式ノ法律ハ既ニ實施ス可キモ未タ實躰法即チ民法ノ實施ニ至ラサルカ爲メ今日ニ在テハ之ヲ辨スルノ用ナシト雖トモ他日民法實施ノ日ニ至ルモ禁治產ニ就テハ二十三年法律第百四號第三十條ニ規定スル所ノ禁治產ヲ宣言スル決定ニ對スル不服ノ申立アルマテハ從參加ヲ爲シ得可カラス蓋シ其以前ニ在テハ所謂權利拘束ト爲ル可キ爭訟ノ在テ存スルモノアラサルガ故ナリ

督促手續ニ於テハ從參加ヲ許ス、然レトモ支拂命令ニ對スル異議ノ申立（第三

百八十八條若クハ執行命令ニ對スル故障ノ申立(第三百九十四條)アルマテハ債權者ノ利益ニ於テ從參加ヲ爲スノ要ナシ又債務者ノ利益ニ於テハ前述ノ異議若クハ故障ノ申立ト共ニ從參加ヲ爲シ得可キナリ

執行手續ニ於テハ從參加ヲ許サス其所以ハ權利拘束ノ効力ハ未タ繼續スルトキト雖トモ既ニ繫屬セル訴訟ナキカ故ナリ然レトモ執行中ニ生シタル訴アルトキ例ヘハ第五百四十九條第五百六十五條第六百三十三條ノ如キ場合ニ於テハ勿論從參加ヲ爲シ得可シ

假差押及ヒ假處分ノ場合ニ於テモ之レカ爲メ口頭辯論ヲ開始スルニ至ルトキハ從參加ヲ爲スニ妨ケナシトハウハハ及ヒフランケー氏等ノ說トス然レトモ此等ノ場合ニ於テハ未タ實体的權利ノ有無ヲ判決スルニ在ラサルカ故ニ假令之ヲ爲シ得ヘキモノトスルモ實際ニ於テハ太タ稀有ノコトタル可キナリ

公示催告手續ニ就テハ除權判決ニ對シテ不服ノ申立アルマテハ從參加ヲ許サス(第七百七十四條)蓋シ不服ヲ申立ツル者アルマテハ未タ所謂當事者ナキカ故ナリ

此他權利拘束ノ繼續時間及ヒ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス參加シ得ルコトハ主參加ト一般トス唯主參加ハ獨立シテ常ニ第一審ニ於テスルヲ要シ從參加ハ常ニ訴訟程度ノ所在ニ於テ之レニ附隨スルノ差アルノミトス

(二) 他人間ノ訴訟タルヲ要ス蓋シ自己ノ法律上代理人若クハ訴訟代理人ニ依テ行ハルヽ所ノ訴訟ニ於テ其本人カ參加スルヲ得ストノ謂ヒナリ斯ノ如キコトハ法律ノ明言ヲ要セサルモノヽ如シト雖トモ實際ニ於テ多少疑ヲ解クノ利益ナキニ非ス例ヘハ會社ト其社員トハ共ニ同一ノ權利主體タリトセン乎各社員ハ其會社ノ訴訟ニ參加スルノ權利ヲ有セス何トナレハ各社員ハ既ニ會社ノ名義ヲ以テ訴訟ヲ行フ所ノ社員ニ依テ代表セラルヽモノナレハナリ之ニ反シテ會社ト其社員ハ各別箇ノ訴訟主體タリトセン乎其社員ハ會社ノ訴訟ニ參加シ得ヘキコト疑ナシ何トナレハ此場合ニ於テハ其訴訟ヲ行フ所ノ社員ニ代表セラルヽモノハ會社其者ノミニシテ各社員ニハアラサレハナリ

破産ノ場合ニ於テ各破産債權者ハ破産管財人ノ行フ所ノ訴訟ニ參加シ得ルヤ否ハ破産管財人カ債權者ノ代理人タルトキト共同債務者ノ代理人タルトキトニ依テ同シカラス即チ債權者其代理人タルトキハ各債權者ハ之ニ參加スルコトヲ得スト雖トモ他ノ場合ニ於テハ之ニ參加シ得ヘキナリ

(三) 從參加人ハ當事者ノ一方ノ勝訴ニ依リ權利上利害ノ關係ヲ有スルヲ要ス所謂權利上利害ハ民法ニ從テ定マルヘキモノナレハ茲ニ之ヲ詳說セス唯其所謂利害トハ必シモ財産法上ノ利害タルヲ要セス親屬法ノ範圍ニ屬スル利害ニ就テモ從參加ヲ爲シ得ベキコトヲ一言スルニ止メントス

第二ノ場合ハ第五十九條ノ定ムル所ノモノニシテ即チ原告若クハ被告若シ敗訴スルトキハ第三者ニ對シ擔保又ハ賠償ノ請求ヲ爲シ得ベシト信スルトキ又ハ第三者ヨリ請求ヲ受ク可キヿヲ恐ルヽ場合ニ於テハ第三者ニ訴訟ヲ告知スルコトヲ得トアルニ因リ其告知ニ因リテ參加スルモノ是ナリ(前節ノ首ニ所謂告知參加ニシテ即チ從參加ノ一種ト爲ス)

(一) 訴訟ノ告知トハ訴訟當事者ノ一方ヨリ第三者ニ向テ訴訟ノ繫屬スルコトノ通知ナリ

訴訟告知ノ目的ハ第三者ヲ從參加人トシテ參加セシメ又ハ自己ニ代リテ訴訟ヲ擔任セシメ(第五十八條)或ハ又其訴訟ヲ引受ケシムル(第六十二條第二項)ノ機會ヲ與フルニ在リ又時トシテハ右數多ノ目的ヲ併有スルコトモアルベキナリ

(二) 第五十九條ノ訴訟告知ニ就テノ要件ハ第一從參加ヲ許ス可キ訴訟ノ繫屬スルコト及ヒ敗訴スルトキハ第三者ニ對シ擔保又ハ賠償ヲ爲シ得ベシト信スル場合又ハ第三者ヨリ請求ヲ受ク可キコトノ恐レアル場合タルコト是ナリ

(三) 訴訟ヲ告知スルコトハ訴訟法上ノ義務ニアラス但シ第六百十條ノ場合ニ於テハ告知ノ義務アルモノトス蓋シ訴訟告知ノ義務ノ有無ハ其告知ノ有無ニ從テ生スル所ノ權利上ノ利害ニ關スルモノニシテ即チ實體法ノ定ム可キ所ノモノトス故ニ第六百十條ニ於テハ告知ノ義務アルコトヲ示スモ其告知ヲ爲スト否トニ依テ生スル所ノ効果如何ニ及ハサルナリ

(四) 第五十九條第二項ニ從ヒ訴訟ノ告知ヲ受タル者カ更ニ告知ヲ爲スニ就テ

指名參加

ハ必シモ其訴訟ニ參加スルコトヲ要セサルナリ

第三ノ場合ハ第六十二條ノ定ムル所ノモノニシテ即チ第三者ノ名ヲ以テ物ヲ占有スルコトヲ主張スル者其物ノ占有者トシテ被告トナリタルトキ本案ノ辯論前第三者ヲ指名シ之ニ陳述ヲ爲サシムル爲メ呼出ヲ求メタルニ因リテ參加スル所ノ第三者是ナリ(所謂指名參加是ナリ)

(一) 指名參加ハ物上權ノ訴ニ關スルモノタルヲ要ス

(二) 訴訟行爲ニ就テハ左ノ諸件ヲ要ス

(い) 第六十條ノ規定ニ從ヒ訴訟ヲ告知スルコト

(ろ) 第三者ノ名ヲ以テ占有スルモノナリトノ被告ノ主張ヲ承認スルカ若クハ訴訟ヲ引受クル旨ノ陳述ヲ爲スコトヲ要求スル所ノ書面ノ送達ト共ニ第三者ヲ呼出スコト

(は) 原告ニ對シテ第三者ヲ指名スルニハ書面若クハ辯論ニ於ケル口頭陳述ニ依テ爲スヘキコト

指名ハ本案ノ辯論前ニ在テ而已爲シ得可キモノトス故ニ時期ニ遲レテ爲シタル訴訟ノ告知ハ第六十二條ノ指名參加ニ於ケル効力ヲ有セサルナリ但シ當事者双方ニ於テ承諾スルトキハ告知遲延ノ故ヲ以テ第三者カ訴訟ヲ引受クルコトヲ妨ケサルナリ

(三) 訴訟法上指名參加ノ効力被告ハ指名セラレタル第三者ノ陳述ヲ爲シ又ハ之ヲ爲ス可キ期日ノ終リマテ本案ノ辨論ヲ拒ムコトヲ得(第六十二條)此他ノ効力ハ場合ニ從テ同シカラス

(い) 指名セラレタル者カ被告ノ主張ヲ爭フトキ若ク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ノ權能ヲ得ルモノトス(被指名者欠席スルモ欠席裁判ヲ爲スコトナシ)

(ろ) 指名セラレタル者カ出席シテ被告ノ主張ノ正當ナル旨ヲ陳述シタルトキハ被告ノ承諾ヲ得ルノ條件ヲ以テ之ニ代リ訴訟ヲ引受クルノ權能ヲ得

(は) 第三者カ訴訟ヲ引受クルトキハ被告ヲ訴訟ヨリ脫退セシムルコトノ申立ヲ爲スノ權能ヲ有ス

(四) 原告ト訴訟ヲ引受ケタル第三者間ノ訴訟

(い)訴訟ノ引受ハ訴訟ノ相續タリ故ニ新ニ訴訟ヲ提起スルノ必要ナシ而シテ其指名セラレタル第三者カ前被告ノ代人ニアラサルコトハ猶ホ前被告カ第三者ノ代人タラサリシカ如シ

(ろ)右訴訟物ニ付テノ裁判ハ被告ニ對シテモ効力ヲ有ス

(は)此判決ハ前被告ニ對シテモ之ヲ執行スルコトヲ得然レトモ強制執行法文ノ解釋上ニ於テハ稍疑ナキコト能ハス其故如何ト云フニ第五百二十八條ノ明文ニ據レハ強制執行ハ之ヲ求ムル者及ヒ之ヲ受クル者ノ氏名ヲ判決又ハ之ニ附記スル執行文ニ表示シタルモノタラサルヘカラス然ルニ此場合ニ於ケル判決ハ指名セラレタル第三者ニ對シテ言渡サルヽモノタリ又前被告ニ對スル執行文附與ノコトハ法律ノ規定ナケレハナリ蓋シ第五百十九條ノ規定ヲ適用ス可キモノナラン乎兎ニ角此場合ノ正面ニ就テハ法律ノ規定ナシト云フ可キナリ

以上各箇ノ場合ニ於ケル彼此ノ異同ヲ約言スレハ

(一)訴訟上ノ要件ニ就テハ

各從參加ノ異同

(い)第五十三條ノ參加ハ所謂自由的參加ニシテ自ラ進ンテ參加スルモノナリ

(ろ)第五十九條及ヒ第六十二條ハ訴訟當事者一方ノ請求ニ因テ參加スルモノ

(二)又結果トシテハ

(い)第五十三條及ヒ第五十九條ノ場合ニ於テハ第三者カ當事者ニ附隨スルモ當事者ハ脱退セサルコトアリ

(ろ)又從參加人ヲシテ訴訟ヲ擔任セシメ當事者自ラハ訴訟ヨリ脱退スルコトアリ(第五十八條)

第二訴訟手續ニ就テハ從參加ノ附隨ハ先ツ準備書面ノ規定ニ從ヒ第五十六條ニ謂フ所ノ當事者及ヒ訴訟ノ表示一定ノ利害關係及ヒ附隨セントスル陳述ノ開示ヲ具備シタル書面又告知參加ノ場合ニ在テハ第六十條ニ從ヒ其告知ノ理由及ヒ訴訟ノ程度ヲ記載シタル書面ヲ送達ニ依テ行ハルヽモノトス

以上從參加ニ就テハ稍繁雜ニ渉リタルノ嫌ヒアルヲ以テ以下尚ホ其要領及ヒ上ニ洩レタル所ノモノヲ略言セン

第一　自由的參加

一　自由的從參加ニ就テハ第五十三條ノ規定ニ因リ權利上利害ノ關係アルヲ必要トス而シテ其所謂權利上利害ノ關係トハ例ヘハ當事者ノ一方カ敗訴ニ依テ其財産ヲ失フトキハ其家族ヲ維持スルヿ能ハサルニ至リ從テ第三者カ敗訴者ノ家族ノ維持ヲ擔當セサルヲ得サルニ至ルトキフカ如キ場合ヲ云フ

二　從參加ノ目的ハ訴訟當事者ノ一方ノ利益ト第三者自己ノ利益トヲ保護スルニ在リ

三　從參加人ノ權利ノ限度ハ前項從參加ノ目的ト相適應ス可ク而シテ之ト背馳ス可カラス故ニ從參加人ハ其附隨スル所ノ當事者ノ爲メニ攻擊及ヒ防禦ノ方法ヲ施用シ其他ノ訴訟行爲ヲ行ヒタル而已ナラス故障、異議、上訴等ヲモ爲シ得ルナリ(第五十四條第一項)

然レトモ主タル當事者ノ陳述行爲ト從參加人ノ陳述行爲相利害相牴觸スル場合ニ於テハ民法ニ於テ反對ノ規定ナキ限リハ當事者ノ陳述行爲ヲ採テ從參加ノ陳述行爲ヲ採ラサルモノトス(同條第二項)

四　從參加ノ時期

從參加ハ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス之ヲ爲スコトヲ得即チ最終審級ニ於ケル口頭辨論ノ終結ニ至ルマテ參加ノ申請ヲ爲シ得ルナリ然レトモ之カ爲メ訴訟ノ程度ヲ妨クルコトヲ得ス故ニ夫ノ主參加ノ場合ノ如ク訴訟カ何レノ審級ニ在ルヲ問ハス常ニ第一審ニ提起シ若クハ之ヲ中止セシムルコト能ハス常ニ訴訟現在ノ程度ニ於テ現在ノ儘ニテ附隨スルコトヲ得ル而已(第五十三條第五十四條)

五　從參加ノ効力

從參加人ハ其附隨スル所ノ當事者ニ對シテハ左ノ權利ヲ失フモノトス

(い)　主タル當事者カ訴訟上過失ヲ爲シタリトノ理由ヲ以テ抗辨ヲ爲スノ權

然レトモ第五十五條第二項ノ場合即チ從參加人カ攻擊防禦ノ方法ヲ施用

スルコトヲ妨ケラルヽトキ又ハ當事者ノ故意若クハ重過失ニ因リ攻擊及ヒ防禦ノ方法ヲ懈リタルトキニ限リ訴訟ヲ不十分ニ爲シタルコトヲ主張スルコトヲ得ルナリ(第五十五條第二項)

(ろ) 訴訟ノ確定裁判ノ不當ヲ主張スルノ權(同條第一項)

六 從參加ニ付異議アルトキノ裁判、利害關係存否ノ爭アルトキノ決定之ニ對スル即時抗告ハ即チ第五十七條第一項乃至第三項ノ規定ニ就テハ別ニ說明ヲ要セス

第二 告知參加

告知參加ニ於テモ利害ノ關係ヲ要スルコト猶ホ自由的參加ニ於ケルコトシ唯其自由的參加ト告知參加トノ間ニ相異ナル所ハ第五十九條ノ場合ニ於テハ訴訟當事者カ自己ノ利益保護ノ爲メニ第三者ヲ呼起スニ在ルコト是ナリ

第三 指名參加

(一) 告知參加及ヒ本主指名ノ書類ヲ相手方ニ送達スルコトハ本案ノ辨論前タルコトヲ要ス

(二) 被告ハ相手方ノ意思ニ拘ハラス自ラ訴訟ヨリ脫退シ而シテ第三者ヲシテ訴訟ヲ引受ケシムルノ權アリ但シ第三者カ被告ノ主張ヲ正當ト認ムル時ニ限ル

(三) 若シ第三者ニ於テ訴訟ヲ引受ケス若クハ出頭セサルトキハ原告ノ請求ニ應シ而シテ爲ニ生シタル訴訟入費ハ第三者ニ向テ之ヲ訟求スルノ權アリ

訴訟代理人補佐人

訴訟代理人ノ定義

第二十四節 訴訟代理人及補佐人(自第六十三條至第七十二條)

第一 訴訟代理人ノ定義

訴訟代理人トハ訴訟能力者若クハ訴訟無能力者ヲ代表スル法律上代理人ヨリ委任ヲ受ケ其委任ニ基キ代理スル所ノ當事者ノ爲メ法律上本人ノ行爲ト同一ノ効力ヲ以テ訴訟行爲ヲ行フ者即チ是ナリ

我訴訟法ハ夫ノ獨逸ノ如ク合議裁判所ニ於テハ必ス辨護士ニ依テ訴訟ヲ爲スヲ要スルノ主義ヲ採ラス又夫ノ佛國ノ如ク必ス代訟人(アウーエー)ニ依ルノ制ヲ採ラスシテ所謂本人訴訟ノ主義ヲ採ルモノナルカ故ニ何レノ裁判所ニ於テ

モ法律上代理人ヲ任設スルノ必要ナシ然レモ本人自カラ訴訟ヲ爲サントキハ辨護士ヲ以テ訴訟代理人ト爲スヲ以テ本則ト爲ス(第六十三條第一項但シ左ノ場合ハ此例外トス

(一) 地方裁判所以上ノ裁判所ニ於テ其所屬ノ辯護士在ラサルカ又ハ既ニ相手方ノ代理人ト爲リ若クハ依頼ニ應スル者ナキ場合ニ於テハ訴訟能力者タル親屬若クハ雇人ヲ以テ代理人ト爲スコトヲ得(同條第二項)

(二) 區裁判所ニ於テハ辨護士ノ有無ニ拘ハラス親屬若クハ雇人ヲ以テ代理人ト爲スコトヲ得又此等ノ者ノ在ラサルトキハ他人ヲ以テ代理人ト爲シ得ルコトハ前項ト同一トス(同條第三項)

代理委任ノ證據

第二訴訟代理委任ノ證據(第六十四條)

訴訟ノ代理委任ハ相手方及ヒ裁判所ニ向テ之ヲ證明セサルヘカラス第六十四條ハ此責任ニ關スル一般ノ規定ニ係リ第七十條ハ此責任ニ關スル特例ヲ定ムルモノトス

(一) 舉證ノ責任者ハ訴訟代理人トス而シテ此代理人ハ辨護士(第六十三條第一項)又ハ常人(同條第二項及ヒ第三項及ヒ第六十六條第二項)タルヲアルヘシ此ニ一疑問アリ即チ第九十七條末項ニ依リ附添ヲ命セラレタル辨護士ハ附添命令ノ決定ヲ以テ委任ノ書面ニ代用スルコトヲ得ルヤ否ヤト是ナリ獨逸ニ於テハ之ヲ代用スルコトヲ得サル旨ノ判決例アリト云フ然レモ我國ニ於テハ未タ斯ノ如キ判決例ナキ而已ナラス既ニ裁判所ノ命令アル以上ハ別ニ證明ヲ要セサルモノト信ス蓋シ獨逸國ニ於テ委任ノ證明ヲ要セサル場合ハ特ニ其第六百四十三條ニ依リ債權者ノ爲メニ支拂命令ヲ發センコトヲ申立ルトキ又ハ之ニ對スル異議ヲ申立ルトキニ限ルトノ論法ヨリ斯ル判例ヲ來セシモノナラン

(二) 證明ノ方法及ヒ之ニ關シテ行フヘキ事項

(い) 證明ノ方法ハ何レノ場合ニ於テモ委任ノ書面ヲ提出スルヲ以テス但シ裁判所ノ委任ノ陳述ヲ記載シタル調書ハ書面委任ト同一トス(第六十四條第三項)

(ろ) 委任書面カ私署證書ニシテ相手方ノ請求アルトキハ公證人又ハ相當官

吏ノ認證ヲ爲サシメサルヘカラス(同條第二項)認證ヲ求ムルノ權ハ一ニ相手方ニ屬シ裁判所ヨリ求ム可キモノニ非ス而シテ其認證ノ費用ハ委任者ノ負擔ス可キモノトス

(ハ) 委任ノ書面ハ裁判所ノ記錄ニ編入ス可キモノトス是レ蓋シ虛僞ノ代理人ニ依テ訴訟ヲ爲シタリトノ抗辯ヲ豫防スルヲ以テ其目的ト爲スモノトス故ニ其書面ノ私署證書ナルトキハ其原本ヲ提出ス可ク公正證書ハ正本又ハ認證ヲ受ケタル謄本ヲ以テ足レリトス(第三百四十九條參看)此等ノ事項ニ就テ缺クル所アルトキハ裁判所ハ第七十條ニ依テ其補正ヲ命スルコトヲ得ルモノトス

代理委任ノ法律上ノ範圍

第三 訴訟代理委任ニ付テノ法律上ノ範圍

凡ソ委任ノ範圍即チ權限ハ委任者ノ意思ニ從テ定マルモノナリト雖トモ訴訟代理ノ委任ニ付テハ法律ニ於テ或ル範圍ヲ限劃スルナリ換言スレハ委任ノ種類ヲ定メ各種類ニ從テ其範圍ノ限定スルナリ

(一) 先ツ訴訟ニ關スル普通ノ委任ハ法律上第六十五條第一項ノ權限即チ本訴ニ關スル總テノ訴訟行爲(同條第二項ノ行爲ヲ除クノ外)ハ固ヨリ反訴、主參加、故障、假差押若クハ假處分又ハ强制執行ニ因リ生スル訴訟行爲及ヒ相手方ヨリ辨濟スル費用ノ領收ヲ爲スノ權限ヲ有スルモノトス今稱呼ノ便利ヲ圖リ之ヲ普通委任ト稱ス

(二) 右普通委任ノ外同條第二項ニ明示スル所ノ行爲即チ控訴若クハ上告ヲ爲シ再審ヲ求メ代人ヲ任シ和解ヲ爲シ訴訟物ヲ拋棄シ又ハ相手方ヨリ主張シタル請求ヲ認諾スルニ就テハ特ニ其權限事故ヲ明示シテ委任スルニ非レハ之ヲ行フノ權限ナキモノトス今之ヲ特別委任ト稱ス蓋シ特別委任ノ限度ハ一ニ委任者ノ明示ニ依テ定マルモノトス

(三) 辨護士ニ依レル代理ヲ除クノ外ニ於テハ各個ノ訴訟行爲ニ付キ委任ヲ爲スコトヲ得今之ヲ部理委任ト稱ス部理委任ニ付テハ法律上ノ制限ナシ但シ辨護士ヲ以テ代理ト爲ストキハ部理ノ委任ヲ爲スコトヲ得サルナリ

訴訟委任ノ制限

第四 訴訟委任ノ制限(第六十六條)

前段(一)ニ所說ノ普通委任ノ範圍內ノ行爲ハ委任者ニ於テ之ヲ制限スルモ其制

限ハ相手方ニ對シテモ裁判所ニ對シテモ効力ナシ(第六十六條第一項)

然レトモ左ノ場合ニ於テハ當然制限ノ効アルモノトス

(い)特別委任即チ第六十五條第二項ニ列記スル所ノ行爲中ニ就テ爲シタル制限例ヘハ控訴若クハ上告ヲ爲スコトヲ委任シテ和解拋棄認諾等ノ處分權ニ屬スル行爲ヲ制限スルカ如キ是ナリ

(ろ)一部理委任即チ同條第三項ノ規定ニ從ヒ其委任ヲ或ル一二ノ訴訟行爲ニ止メタル制限即チ是ナリ

右二箇ノ場合ヲ除クノ外ノ制限卽チ普通委任範圍內ノ制限ハ假令相手方ニ於テ其制限アルコトヲ知ルトキト雖トモ尙ホ相手方ニ對シテ法律上ノ効力ナシ

數人ノ訴訟代理

第五　數人ニ委任スル訴訟代理(第六十七條)

法律ハ數人ヲシテ一人ノ當事者ニ代理セシムルコトヲ許ス而シテ其委任ハ同時若クハ時ヲ異ニシテ漸次ニ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ其數人ノ代理人ハ共同シテ代理スルコトヲ得ヘク又一人ニテ代理スルヿモ得ヘキナリ換言スレハ數人何レモ共同シテ訴訟行爲ヲ爲スト其中ノ一人ニテ專任シ他ノ者ハ默過又ハ欠席スルトニ依テ毫モ其効力ニ於テ差異ナシ故ニ若シ委任者ニ於テ其中ノ一人ニハ事實ノ陳述ヲ委任シ他ノ一人ニハ辯論ヲ委任スルト云フカ如キ約定アルモ相手方ニ對シテ効力アルコトナシ

然ラハ一人ニハ普通ノ代理權ヲ與ヘ他ノ一人ニハ特別委任ヲ爲スコトヲ得ルヤ否是レ一ノ疑問ナリ而シテ單ニ法律ノ明文ノ上ヨリ論スルトキハ之ヲ許スモノト論定スルニ妨ナキカ如シト雖モ法律ノ精神即チ共同シテ代理スルノ趣意ヲ推究スルトキハ之ヲ許サヽルモノト論定スルヲ穩當トス故ニ余ハ之ヲ許サヽルモノト斷言セントス

今若シ數人ノ代理人ノ行爲ニシテ彼此相牴觸スルトキハ如何斯ノ如キハ固ヨリ協議以テ可成避ク可キ所ナリ然レトモ辯論數次ニ亘リタルトキノ如キハ宛モ一人ノ本人又ハ代理人ニシテ前後矛盾ノ陳述ヲ爲シタルト同一ナルヲ以テ其結果ハ之ヲ裁判所ノ判斷ニ任スルノ外ナキナリ但シ左ノ如キ法律ノ許ス所ノモノニ就テハ後ノ行爲ヲ有効ト爲スヘキナリ

(い) 一人ノ代理人カ自白シタル事實アルモ他ノ代理人カ後ニ事實ノ錯誤ヲ理由トシテ之ヲ取消スコト

(ろ) 一人ノ代理人カ起訴シ及ヒ既ニ辯論シタル訴訟ヲ他ノ代理人ニ於テ第百九十八條又ハ第三百九十九條ノ規定ニ從ヒ訴ヲ取下ルコト

此他注意ス可キハ數人ノ代理人ニ對スル送達ハ謄本又ハ正本ノ一通ヲ交付スルヲ以テ足ルコトヲ是ナリ(第百三十七條第二項)

訴訟代理人ノ効力

第六　訴訟代理人ノ効力(第六十八條)

凡ソ訴訟代理人カ普通委任特別委任若クハ部理委任ノ範圍内ニ於テ爲シタル行爲(不行爲ヲ包含ス)ハ其委任者本人ノ行爲ト同一ノ効力ヲ有ス而シテ此法則ノ効力タル代理人ノ一種ノ過失的懈怠ニ付テモ同一トス所謂過失的懈怠トハ第二百六條末項第二百十條第二百七十二條第三百四十七條第四百十四條第四百十六條第四百二十六條等ノ場合ニ於ケル代理人ノ過失懈怠ヲ謂フナリ但シ代理人ノ過失又ハ懈怠ニ因リ費用ノ生シタルトキ受訴裁判所カ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ其費用ノ辨濟ヲ負担セシムルノ決定ヲ爲シタルトキハ其負担ノ責ハ本人ニ歸セスシテ代理人ノ一身ニ在ルコト勿論トス

右ノ原則ニ對シ法律ハ一ノ例外ノ場合ヲ規定セリ即チ代理人ノ事實上ノ陳述(自白ヲ包含ス)ハ代理人ト共ニ出頭シタル原告若クハ被告ヨリ即時ニ之ヲ取消シ又ハ更正シタルトキニ限リ其効力ヲ失フモノト爲ス是ナリ

此例外ノ規定ハ請求ノ認諾訴訟物ノ抛棄ノ場合ニ及ハス蓋シ此等ノ行爲ハ既ニ事實ノ範圍外ノコトナレハナリ故ニ此點ニ就テハ全ク補佐人ノ演述ニ關スルトキト全ク相同シカラサルモノト知ル可キナリ(第七十一條第二項)

委任ノ消滅

第七　委任ノ消滅(第六十九條)

訴訟ノ委任ハ委任者ノ死亡又ハ當事者ノ訴訟能力ノ變更(即チ禁治産者クハ破産者ノ言渡ヲ受ケ又ハ丁年年期ノ延長ニ因リ若クハ法律上代理人ノ變更等)委任ノ廢罷及ヒ代理ノ謝絶ニ因テ消滅ス故ニ委任者ト受任者ノ關係ハ以上ノ事實ニ依テ法律上當然ニ消滅スト雖モ而モ相手方ニ對シテハ右死亡能力ノ變更、委任ノ廢罷又ハ代理ノ謝絶ニ因テ委任ノ消滅シタルコトノ通知ニ依テ始メテ委任消滅ノ効力ヲ生スルモノト爲ス

0224

委任ハ前述ノ事實ニ依テ當然消滅スルモノナリ而シテ其相手方ニ對シテ消滅ノ効力ヲ生セシメントスルトキハ第六十九條第二項ノ手續ニ依テ之カ通知ヲ爲サヽルヘカラス然レトモ若シ本人既ニ死亡シ若クハ無能力ト爲リ而シテ代理者ナキトキハ當然此通知ノ行爲ヲモ爲ス可キ者ナシ故ニ法律ハ此等ノ行爲ヲ有効ニ行ヒ得可キ方法ヲ定メサルヘカラス而シテ第六十九條第三項ヲ見ルニ

代理人ハ謝絶ヲ爲スモ委任者他ノ方法ヲ以テ自己ノ權利ノ防衛ヲ爲サヽル間ハ其委任者ノ爲メニ行爲ヲ爲スコトヲ得

トアリテ獨逸訴訟法第八十三條第二項ト全ク同一ノ規定ヲ爲シ即チ之ヲ適用シ得可キ場合ヲ代理人ノ謝絶ヲ爲シタル場合ニ限リタルカ故ニ頗ル解ス可カラサルモノトナレリ故ニ遺憾ナカラ正當ノ解釋ヲ爲スコト能ハスト云フノ外ナキナリ

（參考）獨逸訴訟法ハ

第八十二條　訴訟委任ハ委任者ノ死亡又ハ其訴訟能力若クハ其法律上代理ノ變更ニ因テ消滅セス然レトモ訴訟代理カ訴訟中止ノ後相續人ニ代テ訴訟ヲ爲ストキハ其委任ヲ提出セサル可カラス

第八十三條　委任契約ノ廢罷ハ委任ノ消滅シタルコトヲ通知スルニ依リ辯護士訴訟ニ於テハ他ノ辯護士ヲ任シタルコトヲ通知スルニ依テ始メテ相手方ニ對シ法律上ノ効力ヲ有ス

訴訟代理人ハ謝絶ヲ爲スモ委任者カ他ノ方法ヲ以テ其權利ノ防衛ヲ爲サヽル間ハ其委任者ノ爲メニ行爲ヲ爲スコトヲ得

右ノ如ク第八十二條ニ於テハ死亡ト訴訟能力ノ變更ト又ハ法律上代理人ノ變更トニ依テハ委任ハ消滅セサル定メナレハ此場合ニ於テハ代理人ノ依然行爲ヲ爲シ得ルコトハ勿論ナリ故ニ第八十三條ノ第二項ハ代理人ノ謝絶ノ時ニ限リ單ニ普通ノ委任ト權衡ヲ取リツヽ其ノ變例ヲ示スモノトシテ掲ケタルモノナリト解スルコトヲ得可シ

或ル註解者ハ我第六十九條ノ通知書ハ委任者又ハ代理人ヨリ差出ス可キモノナリト云ヘリ蓋シ後ノ委任者又ハ代理人ノ謂ナラン果シテ然ラハ相續人又ハ

新ナル法律上代理人ノ定マルマテハ通知ヲ爲スコトヲ得ス通知セサレハ相手方ニ對シテ効力ナシ、サレハ此間ニ相手方ヨリ前代理人ニ對シテ爲シタル行爲ハ之ヲ有効ト云ハサルヘカラス而シテ其代理人ノ委任ハ既ニ業ニ消滅ノ後タリ實ニ奇怪ノ結果ヲ生スルニ至ルヘキナリ

或ル論者ハ曰ク原告若クハ被告カ死亡シ又ハ訴訟能力ヲ失ヒ法律上代理人カ死亡スルトキハ第百七十八條第百八十條ニ依テ訴訟ハ中斷シ而シテ其中斷ノ間ニ爲シタル訴訟行爲ハ第百八十六條ニ依リ無効タリ故ニ斯カル不都合アルコトナシト然レトモ第百八十三條ニハ訴訟代理人ヲ以テ訴訟ヲ爲ス場合ニ於テハ(中略)委任消滅ノ通知ニ因リ訴訟手續ヲ中斷ストアルヲ以テ此通知ナキ間ハ未タ中斷ニ至ラサルカ故ニ或論ノ主旨ヲ以テハ前述ノ欠典ヲ補フニ足ラサルナリ

代理委任ノ欠缺

第八　代理委任ニ欠缺アル場合ノ法則及ヒ處分手續(第七十條)

訴訟ノ代理委任ハ夫ノ法律上代理ノ如キ妨訴ノ抗辯ノ理由タラスト雖モ而カモ其委任ノ存否ハ訴訟上ノ必要條件トス

訴訟法第七十條ハ委任欠缺ノ効果職權調査ノ必要及ヒ欠缺ノ補正ノコトヲ規定ス即チ左ノ如シ

(一)　委任ノ欠缺ハ實体的ニ係ルト形式的ニ係ルトニ論ナク法律上ニ於テハ代理人ナキモノト看做ス

(二)　委任ハ裁判所ニ調査ノ義務アリ當事者ニ詰問ノ權アリ

(い)　裁判所ハ何レノ場合ヲ論セス常ニ職權ヲ以テ委任欠缺ノ有無ヲ調査スルノ義務アリ故ニ當事者ノ欠席スル場合ニ於テモ尚ホ且ツ之ヲ調査セサヘカラス、又各審級ニ於テ同一ノ義務アリ又口頭辯論以外即チ受命判事若クハ受託判事ニ於テモ強制執行ノ場合ニ於テモ(第六十五條第一項參觀)齊シク調査ノ義務アルモノト知ルヘキナリ

獨逸訴訟法ニ於テハ辯護士訴訟ノ場合ニ於テハ委任ノ調査ハ辯護士相互ノ監査ヲ以テ足ルモノト爲シ而シテ裁判所ノ職權調査ヲ要スル場合ハ特ニ辯護士ヲ以テ代理セシムルコトヲ要セサル場合ニ限レリ是レソノ彼此ノ間大井ニ相異ナル所トス而シテ其結果トシテ我裁判所ニ於テハ常ニ之ヲ調査スルヲ要シ又假令當事者ニ於テハ委任ニ就キ疑ヒナキモ又相手

方ニ於テ一方ノ代理委任ノ完全ナルコトヲ自白スルトキト雖モ尚ホ且ツ之ヲ調査セサルヘカラス蓋シ無益ノ訴訟手續ヲ爲スニ至ルノ弊ヲ豫防セントスルニ在リテ即チ公益ノ爲メニスルモノト云フ可キナリ

(ろ) 當事者ノ諮問權ノコトハ法律ノ明文ニ見ヘサル所ナリト雖モ既ニ委任ニ欠缺アルトキハ代理人ナキモノト看做スノ法律アル以上ハ後チニ其欠缺ヲ發覺シ從テ既ニ爲シタル訴訟行爲ノ無効ニ歸スルニ至ルトキハ當事者ノ不利益タルコト固ヨリ論ヲ俟タス故ニ委任ノコトハ訴訟ニ於ケル一ノ必要條件トシテ之ヲ監査シ詰責スルノ權アルコト勿論トス殊ニ前項ニ於テ說述シタル所ト同シク何レノ場合ニ於テモ此權ヲ行ヒ得可キ而已ナラス之ヲ理由トシテ再審ヲモ求ムルコトヲ得ルモノトス(第四百六十八條第四)

(三) 委任効力ノ致反効

委任調査ノ結果ニ依リ委任ナク又ハ適式ノ委任ナキコトヲ認ムルトキト雖モ裁判所ハ尙ホ夫ノ訴訟能力法律上代理人資格調査ノ場合ニ於ケル如ク補正ノ見込アル場合ニ於テハ費用及ヒ損害ノ保證ヲ立テシメ又ハ立テシメスシテ假ニ訴訟ヲ爲スヲ許スノ權アリ故ニ代理人ニ於テ後チニ之ヲ補正スルトキハ委任欠缺中ニ爲シタル行爲ハ凡テ有効ト爲ルナリ即チ之ヲ効力ノ致反ト云フ

此他第七十條第三項ノ規定スル所及ヒ其他ノ事項ニ就テハ第十九節訴訟上ノ資格ニ就テ講述シタル所ノモノヲ參觀ス可シ

訴訟補佐人ノ定義

第九 訴訟補佐人ノ定義

補佐人トハ何時ニテモ裁判所ノ取消シ得可キ許可ヲ得テ本人ト共ニ出頭シ口頭辯論ニ於テ權利ヲ伸張シ又ハ防禦スル爲メ原告若クハ被告ヲ補助スル所ノ辯護士又ハ其他ノ訴訟能力者ヲ云フ

補佐人ニ就テハ代理人ト異ナリ其證明ヲ要スルコトナシト雖モ裁判所ハ許可ヲ得サル可カラス而シテ此許可ハ必スシモ豫メ之ヲ得ルヲ要セス共ニ出頭シテ其許可ヲ請フコトヲ得可キナリ

訴訟人ハ常ニ本人ト共ニ出頭スルモノナルカ故ニ認諾又ハ拋棄等ヲ爲スノ必

當事者タル人ノ變更

要ナシ而シテ事實上ノ演述ニ付テノ取消又ハ更正ニ就テハ代理人ノ場合ニ於ケルト異ナル所ナシ

第二十五節　當事者タル人ノ變更

當事者タル人ノ變更ヲ來ス可キ場合ハ

第一　當事者ノ死亡

當事者ノ死亡シタルトキハ其承繼人ニ於テ訴訟手續ヲ受ケ續ク可キモノトス而シテ其受繼ヲ遲滯スルトキハ其相手方ハ受繼及ヒ本案ノ辯論ノ爲メ其承繼人ヲ呼出サシコトノ申立ヲ爲スノ權アルモノトス、此受繼ニ就テハ宛モ一ノ中間爭ヒノゴトク取扱ヒ而シテ受繼ノ事實ハ中間判決ニ依テ確定ス可キモノトス故ニ若シ其承繼人ニシテ期日ニ出頭セサルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ相手方ノ主張シタル承繼ヲ自白シタルモノト看做シ欠席裁判ヲ以テ承繼人訴訟手續ヲ受繼タリト言渡スナリ(第百七十八條)

第二　訴訟物ノ讓渡アリタル場合ニ於テハ如何(獨逸訴訟法ハ其第二百三十六條乃至第二百三十九條ニ於テ權利拘束トナリタル訴訟ノ讓與又ハ讓渡ニ關スル場合ノコトヲ規定セリ然ルニ我訴訟法ニ於テハ更ラニ此事ニ關シテ規定スル所ナシ而シテ民法ニ於テ別ニ規定スル所アルカ余ノ記臆スル所ニ依レハ民法財產取得篇第三章第二款賣渡又ハ買受ノ無能力ノ一ノ場合トシテ同第三十九條ニ「判事撿事及ヒ裁判所書記ハ爭ニ係ル物權又ハ人權ニシテ其職務ヲ行フ裁判所ノ管轄ニ屬ス可キモノヽ取得者タルコトヲ得ス」トアルノ外訴訟物讓渡ヲ禁止スル所ナキモノヽ如シ果シテ然ラハ右制限以外ノ者ハ其讓受ヲ爲スノ能力アリト云ハサルヲ得ス而シテ獨逸訴訟第二百三十六條乃至第二百三十九條ニ等シキ規定ナキモノハ蓋シ訴訟物ノ賣買又ハ債權ノ讓渡ハ既ニ繫屬セル訴訟ニ對シテ毫モ影響スル所ナク其買受人若クハ讓受人ハ主タル當事者又ハ主參加トシテ訴訟ニ參與スルコトヲ得サルハ當然ノコトヽシテ此規定ヲ設ケサルモノナラン

第三　原告若クハ被告カ訴訟能力ヲ失ヒ又ハ其法律上代理人カ死亡シ又ハ其代理權カ原告若クハ被告ノ訴訟能力ヲ得ル前ニ消滅シタルトキハ訴訟手續

0228

ハ法律上代理人又ハ新法律上代理人カ其任設ヲ相手方ニ通知シ又ハ相手方カ訴訟手續ヲ繼行セントスルコトヲ其代理人ニ通知スルモノトス(第百八十條)

第三章　訴訟ノ時期、方式、必要及ヒ其結果ニ關スル總論

第二十六節　送達(第百三十六條至第百五十八條)

送達トハ訴訟ヲ行フ一方ノ者カ一方ノ當事者又ハ唯證據方法トシテ指名セラルト人(證人)ニ書面ニ記載セル事柄ヲ通知セシムル所ノ行爲ノ全體ヲ云フ而シテ此送達ニ日本帝國內ノ送達外國ニ於ケル送達トノ別アリ又公ノ送達又ハ公ナラサル送達トノ別アリトス

(甲)日本帝國內ニ於ケル送達

此送達ノコトハ送達ノ機關方式及ヒ場所、送達受取人、時日、結果等ニ分テ講說セントス

第一　送達ノ機關

(一)　執達吏

執達吏ハ送達ニ關スル直接ノ機關ニシテ即チ裁判所書記ヨリ送達施行ノ委任ヲ受ケテ之ヲ行フモノトス故ニ夫ノ獨逸國ノ執行吏ノ如ク當事者又ハ其代理人ヨリ直接ニ委任ヲ受ケテ送達スルコトナシト知ル可シ

(二)　裁判所書記

我民事訴訟法ニ於テハ間接送達ノ主義ヲ採リ凡ソ訴訟上ノ送達ハ裁判所書記ヲ經由シテ之ヲ行フヲ以テ原則トス雖モ畢竟是レ法律ノ規定ニ因リ當事者ニ代リテ送達ヲ爲サシムルモノニ過キスシテ自ラ送達ヲ行フ者ニ非ス故ニ前項執達吏ノ如ク直接ノ送達機關ニ非スシテ媒介機關タルニ過キス即チ裁判所書記ハ送達ノ施行ハ之ヲ執達吏又ハ郵便ニ委任スルモノトス(第百三十六條及第百四十三條)

裁判所書記ノ取扱フ送達ノ中ニ就テ區別スヘキモノアリ即チ職權送達ト公示送達是ナリ

0229

(い) 職權送達

所謂職權送達トハ第二百四十五條第三項ニ言渡ヲ爲サヽル裁判所ノ決定及ヒ言渡ヲ爲サヽル裁判所並ニ受命判事又ハ受託判事ノ命令ハ職權ヲ以テ之ヲ當事者ニ送達ス可シトアルモノ及ヒ其他各本條ニ於テ特ニ職權ヲ以テ送達ストアルモノ即チ是レニシテ夫ノ通常ノ場合ノ如ク當事者ノ申請ヲ俟テ之ヲ行フモノト區別スルナリ

我訴訟法第百三十六條ニハ不當ニモ裁判所書記職權ヲ以テ云々ト記載シタルカ故ニ送達ハ凡テ職權送達ナリト云フカ如シト雖モ學問上其性質ニ依テ所謂職權送達トハ自ラ區別アリト知ル可キナリ

(ろ) 公示送達

公示送達ニ就テハ執達吏若クハ郵便ニ依托スルノ必要ナキカ故ニ此場合ニ於テハ書記モ亦送達直接ノ機關ト云フヲ得可キナリ

(三)

(い) 郵便

執達吏ノ委任ニ依リ送達スルコトアリ

(ろ) 裁判所書記ノ委任ニ依リ送達スルコトアリ

第二 方式

送達ノ方式

(一) 公ナラサル送達

公ナラサル送達ハ左ノ方式ニ依テ之ヲ爲ス

(い) 訴狀及ヒ準備書面、判決、其他裁判所ヨリ發スル書類ノ正本又ハ認證セル謄本ノ送達ハ此等書面ノ交付ヲ以テ之ヲ爲ス(第百三十七條)

(ろ) 第百四十五條第三項ノ場合ニ於テハ告知書ノ貼付ヲ以テ之ヲ爲ス

(二) 公示送達

(い) 裁判所ノ掲示板ニ書類ノ認證セル謄本ヲ貼付シ破產ノ場合ニ於テハ尙ホ破產者ノ營業場ニモ貼付ス(商第九百八十一條)

(ろ) 右ノ外尙ホ其抄本ヲ一箇又ハ數箇ノ新聞紙ニ一回又ハ數回ノ掲載ヲ命スルヲ得

公示送達ハ左ノ場合ニ必要ナリトス

(い) 當事者ノ現在地ノ知レサルトキ(第百五十六條)

0230

(ろ) 破産手續ニ於テハ其地ノ新聞紙ニ載セテ公告スルコトヲ要ス(商、第九百八十一條)

(は) 公示催告手續ニ付テハ民訴、第七百六十四條ノ場合

(に) 外國ニ於テ爲ス可キ送達ニ付テハ其規定ニ從フコト能ハス若クハ之ニ從フモ其効ナキコトヲ豫知スルトキ(第百五十六條)

送達ノ場所

第三　送達ノ場所

(一) 出會ヒタル場所ニ於テ送達スルコトヲ得ルハ受取人カ其地ニ全ク住居ヲ有セサルカ或ハ其人カ住所或ハ事務所ノ一ヲ有スル場合ニ於テ其受取ヲ拒マサルトキ即チ其送達ヲ受ルコトヲ承諾シタルトキニ限ル(第百四十四條)

(二) 當事者ノ住所(又ハ假住所)

(三) 受取ル可キ人ニ住所ニ於テ出會ハス且ツ又其住所ニ適當ナル人ノ在ラサルトキハ其送達ハ交付ス可キ書類ヲ其地ノ市町村長ニ預置キ而シテ送達ノ告知書ヲ住所ノ戸ニ貼付シ且ツ隣佑二人ニ其旨ヲ口頭ニテ通知スルヲ以テ之ヲ爲ス(第百四十五條)

(四) 公私ノ法人及ヒ會社、社團若クハ辯護士ニ付テハ其事務所(第百四十五條)

送達ノ時日

第四　送達ノ時日

日曜日及ヒ一般ノ祝祭日若クハ夜間ニハ郵便ヲ以テスル送達ハ外ハ裁判官ノ許可ヲ得ルトキニ限リ之ヲ施行スルコトヲ得

此許可ハ裁判所ノ種類ニ從ヒ裁判長區裁判所判事受命判事若クハ受託判事ノ與フルモノトス日曜日、祭日又ハ夜間ノ送達ト雖モ受取人之ヲ拒マサルトキハ其効アルモノトス(第百五十條)

送達受取人

第五　送達受取人

(一) 當事者自身又ハ其法律上ノ代理人又公私法人會社社團ニ付テハ其首長又ハ事務擔當者

(二) 當事者カ受訴裁判所ノ所在地ニ住居ヲ有セサルカ故ニ假住所ヲ選定シタルトキハ假住所即チ送達代理人

(三) 訴訟代理人

訴訟代理人アルトキト雖モ本人ニ爲シタル送達ハ尚ホ効力ヲ有ス(第百四十

0231

二條)

(四) 陸海軍ノ現役士官又ハ兵卒ニ付テハ所屬軍隊ノ長官又ハ隊長(第百三十九條)

(五) 財産權上ノ訴訟ニ付テハ總理代人商業上ノ訴訟ニ付テハ代務人(第百四十一條)

(六) 囚人ニ對スル送達ニ付テハ監獄署長

(七) 受取人ノ不在ナル場合ニハ

(い) 成長シタル同居ノ親族(獨逸ニ於テハ十五歳以上ヲ以テ成長シタルモノト爲スノ判例アリト覺ユ)

(ろ) 成長シタル雇人又法人其他會社組團ノ事務所ノ役員又ハ雇人(第百四十七條)

(は) 住居以外ニ事務所ヲ有スル人ノ事務所ニ在ル營業使用人又辯護士ニシテ事務所ヲ有スルトキハ其筆生(第百四十六條)

送達ノ證明

第六 送達ノ證明

(一) 公ナラサル送達ハ送達ノ方法場所年月日時及ヒ受取人ノ受取證並ニ送達機關(執達吏又ハ郵便脚夫)ノ署名捺印アル證書ニ依テ證明ス但シ郵便ニ付スル而已ヲ以テ送達ノ効アル場合ニハ之ニ付シタル吏員ノ報告書ヲ以テス而シテ此送達證書ニハ凡テ其書類ノ番號ヲ附ス可キモノトス(第百四十三條第百五十一條)

(二) 公示送達ニ在リテハ別ニ證明ヲ要セス但シ獨逸ニ於テハ新聞紙ニ廣告シタルトキハ其廣告料領收書ヲ訴訟記錄ニ添付スルヲ以テ證明ノ一方法ト爲スト云フ

送達ノ効果

第七 効果

(一) 公ナラサル送達ノ効果ハ送達ノ日ヲ以テ訴訟期間起算ノ標準ト爲スニ在リ

(二) 公ノ送達ニ付テハ

(い) 裁判所ニ於テ別ニ期間ヲ定メサル限リハ書類ノ貼付ヨリ十四日ヲ經過シタル日ヲ以テ送達シタルモノト看做シ(第百五十八條)

0232

(ろ) 同一ノ事件ニ付キ同一ノ原告者クハ被告ニ對シテ爲ス送達ハ二次以上ノ送達ノ單ニ貼付スルノミニテ送達ヲ爲シタルモノト看做スニ在リ(第百五十八條)

(乙) 公示送達ニアラサル外國ニ於ケル送達

外國ニ於ケル送達ノコトハ第百五十二條乃至第百五十五條及ヒ其囑托手續ニ付テハ二十四年司法省訓令第七號ヲ參觀ス可シ

第二十七節 呼出

第一 定義○呼出狀トハ或時期(期日)ニ一定ノ目的ノ爲メ裁判所ニ或ル人(當事者證人等)ノ出頭ヲ命スル書面ヲ云フ而シテ之ニ記載ス可キ期日其モノハ判事若クハ合議裁判所ニ在リテハ裁判長之ヲ定ムルモノトス

第二 呼出ヲ爲ス可キ者

獨逸國ニ於ケル如ク當事者專行ノ主義ヲ採ル訴訟法ニ於テハ當事者自ラ他ノ當事者ヲ呼出スヲ本則トス然レトモ我訴訟法ニ於テハ全ク之ニ反シ裁判長ハ命ニ從ヒ書記正本ハ送達ヲ以テ之ヲ爲スモノトス(第百六十一條)

呼出ハ專ラ口頭辯論ノ爲メ訴訟當事者ヲ出頭セシムルカ爲メニスルモノトス然レトモ此他尙ホ左ノ場合ニ於テ呼出ヲ爲スヲ要ス

(い) 證人ノ訊問又ハ鑑定人ノ鑑定ヲ要スル時又ハ檢證ノ爲メ鑑定人ノ立會ヲ要スルトキ(第三百五十八條)

(ろ) 事實ノ眞否ニ就キ裁判所カ心證ヲ得ルニ足ラサルトキ原告又ハ被告本人ノ訊問ヲ要スル場合(第三百六十條)

(は) 準備ノ手續ヲ行フ場合(第二百六十七條及ヒ第二百六十九條)

(に) 配當表ニ關スル陳述及ヒ配當實施ノ爲メニスル各債權者及ヒ債務者ノ呼出(第六百二十九條)

以上呼出施行ノ種類ヲ分別スレハ

(一) 裁判長ノ命ニ從ヒ呼出スモノ即チ口頭辯論期日ノ爲メニスル當事者ノ呼出

(二) 口頭辯論ニ於ケル決定ニ依テ呼出スモノ例ヘハ前(い)及ヒ(ろ)ノ場合ノ如

シ

(三) 言渡ヲ爲サヽル裁判ニ基クモノ例ヘハ前(は)ノ場合ノ如シ

(四) 公示ノ方法ニ依ルモノ(第百五十七條第七百六十五條)

(五) 口頭辯論ニ於テ判事カ口頭ニテ期日ヲ指定シ出頭ヲ命スルニ依ルモノ

(第百六十一條)

第三　當事者ノ呼出狀ニハ懈怠ノ場合ニ於ケル法律上ノ制裁ヲ掲ケサルヲ常トス即チ從前ノ如ク懈怠スルトキハ欠席裁判ヲ爲スコトアルベシト云フカ如キ文詞ヲ記載セサルヲ云フナリ(配當期日呼出狀亦同シ)然レトモ左ノ呼出狀ニハ明カニ法律ノ制裁ヲ掲クルヲ例トス

(い) 證人及ヒ鑑定人ノ呼出狀

此呼出狀ニハ「正當ノ理由ナクシテ出頭セサルトキハ民事訴訟法第二百九十四條(又ハ第三百二十二條及ヒ第三百二十八條)ニ依リ生シタル費用ノ賠償及ヒ貳拾圓以上ノ罰金ヲ言渡ス可シ」ト記載ス(地方裁判所用書式第二十二號及ヒ第二十三號參觀)

(ろ) 公示催告手續ニ於ケル呼出狀

公示催告書ニハ第七百六十五條第三ニ所謂屆出ヲ爲サヽルニ因リ生ス可キ失權ノ表示ヲ掲ク

第二十八節　期日及ヒ期間

第一　期日(第百五十條至第百六十三條)

期日トハ判事又ハ原告被告又ハ當事者双方カ裁判所ニ於テ(第百六十二條例外ノ場合ヲ除ク外)或ル訴訟行爲ヲ行フ可キ一定ノ時日ヲ云フ

(い) 期日ハ事件ノ呼上ヲ以テ始マルモノトス(第百六十三條)

(ろ) 期日ハ行爲ノ完結又ハ裁判官ノ職權若クハ當事者ノ申立ニ因ル取消ニ依テ終ルモノトス

(は) 期日ノ終リニ至ルマテ當事者出頭セサルカ又ハ辯論ヲ爲サヽルトキハ期日ヲ怠リタルモノト看做ス(第百六十三條)

(に) 期日ハ判事若クハ裁判長日及ヒ時ヲ以テ之ヲ定ム(第百五十九條)

0234

(ほ) 已ムヲ得サル場合ニ限リ日曜日又ハ一般ノ祝祭日ニ期日ヲ定ムルコトヲ得

期間

第二　期間(第百六十四條至第百七十二條)

(一) 定義○期間トハ或ル訴訟行爲ヲ行フ爲メ定メラレタル時間ヲ云フ

(二) 期間ノ種類○時間ノ長短ニ就テ分別スレハ時ヲ以テスルモノト日ヲ以テスルモノト月ヲ以テスルモノト年ヲ以テスルモノトノ別アリ

又之ヲ定ムル者ニ依テ類別スレハ

(い) 法律上ノ期間

(ろ) 判事ノ定ムル期間

法律上ノ期間トハ立法者ニ依テ定メラレタル期間ニシテ

(い) 最短期ヲ示シテ定メラレタル期間ト

(ろ) 最長期ヲ示シテ定メラレタル期間トノ別アリ

又一定ノ期間ヲ伸縮シ能ハサル關係ニ就テハ左ノ區別アリ

(乾) 法律上ノ期間トシテハ

(い) 呼出期間詳言スレハ裁判所ヘ出頭ノ呼出ト出頭ノ時日トノ間ニ在ル期間ニシテ又之ヲ細別スレハ

(一) 審問ヲ開始スル呼出狀ノ送達ト口頭辯論ノ第一期日トノ間ニ在ル就審期間

(二) 總テ其他ノ送達日ト期日トノ間ニ在ル期間

(ろ) 準備書面交換ノ期間

(は) 不變期間○不變期間トハ民事訴訟法ニ於テ不變期間トシテ掲ケタルモノニシテ且ツ裁判所ノ休暇ニ依テ停止セラレサルモノヲ云フ(民訴、第百六十八條)

(に) 裁判所ノ休暇期間詳言スレハ裁判所構成法第百二十七條ニ定メラレタル毎年七月十一日ヨリ九月十日ニ至ル時間ニシテ此時間内ニハ所謂休暇事件ノミヲ取扱ヒ且ツ裁判スルモノトス

(ほ) 原狀回復ノ期間

(へ) 時効期間(Verjährungsfristen)

(一) 訴ノ時効(Klageverjährung).

(二) 訴訟ノ時効(Prozessverjährung).

訴ノ時効○禁治産事件ノ訴ニ在リテハ一ケ月(二十三年第百四號法律第三十條)

取消ノ訴、原狀回復ノ訴、公示催告手續ニ於ケル不服申立ノ訴及ヒ仲裁手續ニ關シテハ五ケ年(第四百七十四條第七百七十五條第八百四條)

訴訟ノ時効○第三百九十一條第三百九十四條ノ督促手續及ヒ第七百七十一條ノ公示催告手續ニ關スル時効

此等時効期間ニ關スルコトハ尙ホ後ニ詳論スルコトアルヘシ

第三、繼續(期間ノ長短)

(甲) 就審期間

期間ノ最少日數即チ前ニ所謂最短期ヲ示シテ定メタルモノハ左ノ如シ

(一) 合議裁判所ニ在リテ訴狀ノ送達ト口頭辯論ノ期日トノ間ニ存ス可キ時間ハ二十日(第百九十四條)

但シ外國ニ於テ送達ヲ爲ス可キトキハ裁判長相當ノ時間ヲ定ム

(二) 區裁判所ニ於テハ

(い) 通常ノ場合ニ於テハ三日急迫ナル場合ニ於テハ二十四時間(第三百七十七條)

(ろ) 公示催告手續ニ在リテハ第七百六十七條ノ場合ニハ二ケ月第七百八十三條ノ場合ニハ六ケ月

(は) 支拂命令ニ對スル異議ノ申立ニ就テハ十四日而シテ此期間ハ爲替ヨリ生スル請求ニ付テハ二十四時間其他ノ請求ニ付テハ申立ニ因リ三日マテニ之ヲ短縮スルコトヲ得ルモノトス(第三百八十六條)

(乙) 準備書面送達ノ期間ハ答辯書ニ關シテハ第百九十九條第四百三條第四百四十條ニ從ヒ訴狀送達ノ日ヨリ十四日其他第四百四條ノ場合ノ如キ新ナル事實ヲ申立テタル場合ニ於テハ裁判所其期間ヲ定ム

(丙) 不變期間

(一) 左ノ場合ニ於ケル不變期間ハ一ケ月トス

0236

(い) 控訴(第四百條)
(ろ) 上告(第四百三十七條)
(は) 取消ノ訴(第四百七十四條)
(に) 原狀回復ノ訴(同上)
(ほ) 除權判決ニ對スル不服ノ申立(第七百七十五條)
(へ) 仲裁判斷ニ對スル取消ノ訴(第八百四條)

(二) 此他ノ場合ニ於ケル不變期間ハ
(い) 即時抗告ニ付テハ七日(第四百六十六條)
(ろ) 故障ニ付テハ十四日(第二百五十五條)

(丁) 原狀回復ノ期間
(い) 障碍ノ止ミタル日ヨリ十四日(第百七十五條)
(ろ) 懈怠シタル不變期間ノ終ヨリ一ヶ年(第百七十五條)

(坤) 判事ノ定ムル期間○判事ノ定ムル期間トハ法律上期間ノ對稱ニシテ全ク判事自己ノ見込ヲ以テ定ムル所ノ期間ヲ云フ

第四　法律上ノ「効果ニ從テ區別スレハ期間ハ

(一) 「ペレムトリッシ」ノ期間詳言スレハ其間ニ或ル所爲ヲナサスシテ之ヲ經過セシメタル者ハ其行爲及ヒ其効果ヲ消滅シ去ル所ノ期間是ナリ之ヲ意譯スレハ當然失權ヲ來ス可キ期間ト云フヘキカ

(二) 「ジラトーリッシ」ノ期間則チ期間ヲ遵守セサルモ何等ノ失權ヲ來サス若クハ他ノ失權ヲ來スモ行爲ハ常ニ恢復シ得可キ期間是ナリ之ヲ意譯スレハ追完ヲ許ス期間トモ稱ス可キカ

凡ソ法律上ノ期間ハ左ノ場合ヲ除ク外概チ「ジラトリッシュ」ノ期間ニ屬ス

(一) 不變期間
(二) 原狀回復ノ期間
(三) 判事ノ定ムル期間但シ
(い) 失權アルコトヲ示シ有ルトキ
(ろ) 其他ノ場合ニ在テハ訴訟法中失權ヲ爲サシムルコトニ付キ相手方ノ申立ヲ要スルトキハ其申立ニ因リ始メテ失權期間ト爲ルモノトス

故ニ(一)及ヒ(二)ノ期間ハ當然(ペレントーリウシ)ノ期間ナリトス(第百七十三條第百七十五條第百七十條第百八十八條)

期間ノ伸縮

第五　期間ノ短縮又ハ伸長

(一)　就審期間、書類ニ關スル期間ハ當事者ノ合意ヲ以テ之ヲ伸長若クハ短縮スルヲ得但シ原狀回復ノ期間ハ之ヲ短縮スル場合ニ於テノミ合意ノ効アルモノトス(第百七十條第百七十五條第二項)

不變期間ハ當事者ノ合意ヲ以テ伸縮スルコトヲ得ス(第百七十條)

(二)　判事ハ左ノ場合ニ於テハ期間ヲ伸長シ若クハ短縮スルコトヲ得

(い)　裁判所又ハ裁判長ノ定ムル期間ハ申立ニ因リ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ伸縮スルコトヲ得(第百七十條)

(ろ)　法律上ノ期間ハ訴訟法ニ特定シタル場合ニ限リ伸縮スルコトヲ得

(甲)　職權ヲ以テスル場合例ヘハ外國ニ在ル人ノ呼出又ハ裁判所ノ障碍アル場合ノ如シ

(乙)　當事者ヨリ理由ヲ疏明シテ申請シタルトキ(第百七十一條)

(丙)　再度ノ短縮又ハ伸長ニ關シテハ相手方ノ承諾アルカ又ハ之ヲ審訊シタル後又相手方ノ異議アルトキハ顯著ナル差支ノ理由及ヒ其差支ヲ除去スルコトノ困難ナル證明アルトキ又訴訟代理人ノ差支ニ原因スル再度ノ伸長ニ付テハ相手方ノ承諾アルトキ

以上期間ノ伸縮ニ關スルモノハ期日ノ變更伸縮ニ通シテ相同シ

期間ノ計算

第六　期間ノ計算(第百六十四條乃至第百六十八條)

(一)　裁判所又ハ裁判長ノ定ムル期間又ハ法律上ノ期間ハ特ニ其始期ヲ定メサル限リハ書類ノ送達又ハ期間ノ言渡ヲ以テ始マルモノトス(第百六十四條)

(二)　一日ノ期間ハ二十四時、一ケ月ハ三十日、一ケ年ノ期間ハ暦ニ從フ

(三)　期間ノ時ヲ以テスルモノハ即時ヨリ起算シ又日ヲ以テスルモノハ翌日ヨリ起算シ期間ノ最後ノ日カ日曜日又ハ一般ノ祝祭日ニ當ルトキハ其日ヲ算入セス

(四)　訴訟期間ハ其期間中ノ休日祭日ハ之ヲ算入ス

裁判所ノ休暇

第七　裁判所ノ休暇

0238

裁判所ノ休暇ハ不變期間、休暇事件ノ期間及ヒ申立ニ依リ裁判所カ休暇事件トシテ取扱フ事件並ニ督促手續、強制執行及ヒ破產手續ニハ何等ノ影響ヲモ及ホサヽルモノトス

第八　裁判所カ其期限內ニ於テ或ル行爲ヲ行フヘキ時間ヲ裁判所ノ爲メニ規定セラルヽモノアリ此等ノ期間ハ執務規則即チ訓令的ノ性質ヲ有スルモノナリ故ニ此規定ニ違フトキト雖モ之ヲ以テ上告ノ理由ト爲スコトヲ得ス今之ヲ例示スレハ左ノ如シ

(い)　口頭辯論終結ノ後判決ノ言渡ヲ爲スヘキ七日ノ期間及ヒ其判決原本ヲ書記ニ交付スヘキ七日ノ期間(第二百三十三條第二百三十七條)

(ろ)　抗告ヲ理由ナシトスルトキ其意見ヲ付シテ之ヲ抗告裁判所ニ送附スヘキ三日ノ期間

第二十九節　訴訟手續ノ中斷及ヒ中止(第百七十八條乃至第百八十九條)

既ニ權利拘束ト爲リタル訴訟手續ヲ若干時間續行セサルコト換言スレハ一時之ヲ停止スル「アリ」而シテ民事訴訟法ニ從ヘハ特別ナル法律ノ規定ノ力ニ依リ當然起ル所ノ中斷ノ場合ト各個ノ場合ニ付キ裁判所ノ決定ニ依リ生スル所ノ中止ノ場合トヲ區別セサル可カラス

訴訟手續ノ中斷、中止

(第一)　訴訟手續ノ中斷ハ左ノ場合ニ起ルモノトス

(一)　原告若クハ被告ノ死亡シタル場合ニ於テハ承繼人カ其訴訟手續ヲ受繼マテ(第百七十八條第一項)

(二)　原告若クハ被告ノ財產ニ就キ破產手續ノ開始セラレタルトキハ破產ニ付テノ規定ニ從ヒ手續ヲ受繼キ又ハ破產手續ヲ解止スルマテ(第百七十九條)

(三)　原告若クハ被告カ訴訟能力ヲ失フタルトキ

(四)　原告若クハ被告ノ法律上代理人カ死亡シ又ハ原告若クハ被告カ訴訟能力ヲ得ル前ニ法律上代理權ノ消滅シタルトキ此場合ニ於テハ法律上代理人カ其任設ヲ相手方ニ通知スルカ又ハ相手方ヨリ續行センコトヲ通知スルマテ中斷ス(第百八十條)

0239

(五) 訴訟代理人ヲ以テ訴訟ヲ爲ス場合ニ於テ其代理權ノ消滅スルトキ但シ此場合ニ於テハ委任消滅ノ通知ニヨリテ中斷ス(第百八十三條)

(六) 戰爭又ハ其他ノ事變例ヘハ洪水降雪ノ如キ天災又ハ事故ノ爲メ裁判所ノ行務ヲ止メタルトキ(第百八十二條)

(第二) 訴訟手續ノ中止ハ左ノ場合ニ於テ必要トス

(一) 原告若クハ被告ノ申立有リタルトキ即チ

(い) 原告又ハ被告カ受訴裁判所ト交通絶エタル地ニ在ル片(第百八十四條)

(ろ) 主參加ノ場合(第五十二條第一項)

(二) 職權ヲ以テ訴訟手續ヲ中止スルコトヲ得ル場合ハ

(い) 前(一)ノ(イ)及ヒ(ロ)ノ場合

(ろ) 事件ノ裁判ニ關スル行政訴訟又ハ其他ノ民事訴訟又ハ刑事訴訟ノ完結ニ至ラサルトキ(第百二十一條第百二十二條)

(は) 裁判所ニ於テ和解ノ調フヘキ見込アルトキハ職權ヲ以テ離婚又ハ離緣ニ關スル訴ノ手續ヲ長クトモ一ケ年間中止スルコトヲ得(二十三年法律第百四號第九條)

(三) 行政官廳ト司法裁判所ノ間ニ權限爭アル場合ニ於テ權限裁判所カ其爭議ニ關スル裁判ヲ爲ス迄ハ職權ヲ以テ中止ヲ命セサル可カラス

(四) 當事者カ行爲ヲ爲サスシテ訴訟ヲ休止セシメタルトキモ亦其手續ヲ中止セラルヽモノトス(第百八十八條)

因ニ云フ訴訟手續休止ノコトヲ規定スル第百八十八條第三項ニ「一ケ年內ニ前項ノ申立ヲ爲サヽルトキハ本訴及ヒ反訴ヲ取下ケタルモノト看做ス」トアル規定ハ之ヲ總テノ中止中斷ノ場合ニ適用スルモノナリトノ說ノ誤マレルコトハ法曹會紀事第十三號及ヒ第十四號ニ詳論シタレハ就テ見ル可シ

中斷シ又ハ中止セルハ訴訟手續ノ回復

第三十節　中斷シ又ハ中止セル訴訟手續ノ回復

中斷又ハ中止ハ

(一) 權利承繼ノ場合ニ於テハ承繼人ノ訴訟ノ續行(第百七十八條第一項)

(二) 承繼人カ裁判所ヨリ受繼及ヒ本案辯論ノ爲メ呼出ヲ受ケタルトキハ其呼出(第百七十八條)故ニ此呼出ニ應シテ出頭セサルトキハ欠席裁判ヲ受クルモノトス

(三) 破産開始ニ當テハ共同債務者ガ原告ナルカ又ハ被告ナルカニ從ヒ管財人又ハ共同義務又ハ相手方ノ受繼(第百七十九條第百八十一條)

(四) 法律上代理人ノ任設又ハ訴訟代理人ノ任設ノ通知又ハ相手方訴訟續行ノ通知(第百八十條第百八十三條第二項)

(五) 裁判所行務停止ノ解除但シ裁判所ノ呼出ニ依テ續行スルモノトス

(六) 主參加ノ場合ニ於テハ主參加ノ裁判(即チ本訴訟ノ手續ヲ續行スルニ至ルヲ云フ)

(七) 先決ヲ要スル事件ノ完結

(八) 裁判所ノ決定ノ取消

第三十一節　口頭辯論主義即チ直接審理

口頭辯論主義及ヒ書類主義並ニ其形式

主義及ヒ書類主義並ニ其形式

口頭辯論主義ノ訴訟ニ於テモ亦書面ヲ要スルモノ鮮カラス故ニ今先ツ茲ニ其書類ニ關スル事項ヲ說述ス可シ

(乾) 書類

今書面ノ種類ニ付テ大別スレハ左ノ如シ

第一　當事者ノ書類

第二　裁判書

第三　調書

第四　送達證書是ナリ

後ニ詳論スル所ノ辯論主義ニ依レハ裁判所ハ其裁判殊ニ判決ヲ爲スニ當テハ辯論ニ出席セル人ヨリ陳述セラレタル事實及ヒ申立ノミニ依據セサル可カラス尙ホ之ヲ詳言スレハ昔時獨逸國ニ於テ通例行ハレタル所ノ如ク又現ニ我行政裁判ノ一部若クハ刑事上告ノ略式ニ於テ行ハルヽ所ノ如ク訴訟及ヒ裁判ノ

0241

材料ヲ報告官ニ依テ知得ス可キニ非スシテ當事者證人鑑定人等ノ口頭ヨリ聞キ得タル所ノモノニ依ラサル可カラサルノ義トス

然リト雖モ又數多ノ訴訟行爲ニ關シテハ獨立ノ書面又ハ口頭演述ト共ニ筆記ヲ要スルコトヲ規定スルモノアリ是蓋シ其書面ニ幾分カ法律上ノ効力ヲ歸スルモノ有レハナリ其場合ハ即チ左ノ如シ

第一　當事者ノ陳述ニ付テハ

(一)　合議裁判所ノ訴訟ニ於ケル準備書面(第百四條以下)蓋シ準備書面ハ絶對的必要ノモノニ非ス然レトモ當事者ノ一方カ其訴訟相手方ニ對シ訴訟ノ事實攻擊方法防禦方法證據方法等ヲ準備書面ヲ以テ通知セサルカ又ハ證書ヲ原本ヲ以テ提出セサルカ或ハ謄本ヲ以テ通知セサルトキハ原告若クハ被告ハ辯論ノ續行ヲ拒ムコトヲ得ルナリ

(二)　訴狀○訴狀ニハ左ノコトヲ記載ス(第百九十條)

(い)　當事者及ヒ裁判所ノ表示

(ろ)　一定ノ目的及ヒ其請求ノ原因ニ關スル事實

(は)　目的物ノ價額(但シ管轄カ訴訟物ノ價額ニ依テ定マル時)

(に)　一定ノ申立

(ほ)　上訴審ニ於テハ上訴ノ理由

(へ)　證據方法

(と)　證書又ハ爲替訴訟ニ於テハ證書又ハ爲替訴訟ヲ以テ訴フル旨(第四百八十五條)

(ち)　證書類ノ謄本

(り)　年月日

口頭辯論ニ於テ始メテ申立ヲ爲ストキハ合議裁判ニ在テハ口頭ニテ演述シ而シテ書面ヲ提出スルカ若クハ之ニ基テ爲サヽルヘカラス(第二百二十二條)

(三)　總テノ申立例ヘハ督促手續假差押破産ニ於ケル屆出等ニ關スル申立假處分又ハ公示催告手續ノ申立

(四)　總テノ呼出

區裁判所ニ於ケル訴訟手續ニ付テハ總テノ當事者ノ陳述ハ裁判所書記ニ就テ口頭ヲ以ヲ爲スコトヲ得(第三百七十四條)

第二　裁判書

裁判ハ口頭ニテ言渡ス時ト雖モ書面トナシテ常ニ之ヲ訴訟書類ニ添付ス而シテ或ハ之ヲ口頭辯論ニ關スル調書ト結合シ又ハ之ト別ニスルコトアリ裁判所ノ呼出モ亦訴訟記錄ニ添付ス(第二百三十四條)

第三　送達證書

送達證書トハ一定ノ方式ヲ具フル書類ノ合式ニ爲サレタル送達ニ關シテ送達機關カ作リタル書類ヲ云フ

第四　調書

調書ニハ種々ノ區別アリ即チ左ノ如シ

(一)　計算事件ノ準備ニ付キ受命判事ノ面前ニテ作リタル調書及ヒ受托判事ノ面前ニテ作リタル調書(第二百六十八條)

此調書ニハ準備書面ト均シク總テノ事實證據方法當事者ノ陳述申立等ヲ

掲ケサル可カラス何トナレハ是レ即チ準備書面ニ代用スヘキモノナレハナリ又受托判事ノ調書ニハ證據調ノ結果ヲ記載ス可シ

(二)　受訴裁判官ノ面前ニテ作リタル口頭辯論調書(第百二十九條第百三十條第三百八十條)

此調書ニハ左ノ事項ヲ記載ス

(い)　口頭辯論ノ場所及ヒ日時

(ろ)　訴訟并ニ裁判ニ關與セル人ノ氏名

(は)　辯論ノ公開又ハ公開ノ禁止

(に)　訴訟物ノ表示

(ほ)　訴訟進行ノ要領

(へ)　申立ノ全部又ハ一部ヲ完結スル所ノ認諾抛棄又ハ和解

(と)　明確ニス可キ規定アル申立及ヒ陳述例ヘハ各當事者ハ書面ニ掲ケサル重要ナル陳述又ハ書面ニ掲ケタル所ト重要ノ差異アル事項ヲ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ調書ニ明確ニスルカ如キ是ナリ(第二百二十三條)

0243

(ち) 自由ニ關スル陳述

(り) 證人鑑定ノ陳述

(ぬ) 檢證ノ結果

(る) 總テノ判決、々定、命令及ヒ其言渡

調書ハ裁判長及ヒ裁判所書記之ヲ作成シテ當事者若クハ證人ニ讀聞カセ又ハ閲覽ノ爲メ示スヘシ(第百三十一條)

區裁判所ノ訴訟手續ニ付テ之ト異ナル所ハ當事者ノ申立又ハ其他ノ陳述カ口頭辯論ノ終リニ至リ且ツ裁判所ノ意見ニ依リ特ニ必要ト認ムルモノニ限リ調書ニ記載セラルヽニ在リ(第三百八十條)

當事者ノ申立テタル事實ハ之ヲ調書ニ記載セスシテ判決ニ掲載スルモノトス(第二百三十六條第二項)

(坤) 口頭辯論主義

申立ノ原因トナリ又ハ之カ反駁ノ用ニ供スル事實ハ假令ヒ書面ニ記載シアリ又ハ訊問ヲ受ケタル證人若クハ鑑定人ノ陳述若シクハ檢證ノ結果ヲ記載シタル書面カ書類ニ添付シアリ又ハ調書ノ一部トシテ當事者ノ書面アリ或ハ又證書ノ原本若クハ謄本カ書類ニ添付シ有ルトキト雖モ凡ソ裁判上注意ヲ受ケント(採用セラレンコトヲ)欲スルモノハ當事者其口頭ヲ以テ之ヲ裁判所ニ演述セサルヘカラス故ニ夫ノ昔時歐洲ニ於テ殊ニ獨逸國ニ於テ一般ニ行ハレタル所ノ書面ニ無キモノハ口頭ニモ亦無シト云ヘル主義ハ口頭辯論主義ニ依リテ概ネ排斥セラルヽニ至リタリ實ニ昔時ニ在リテハ裁判所ニ於テ顯著ナル事實ヲ除クノ外ハ凡テ書面ノ趣意ニ基テ以テ判斷ヲ爲シタルナリ

我民事訴訟法ノ原則ニ從ヘハ書面ノ趣意ハ畢竟附從ノ功用ヲ爲スモノタルニ過キスシテ多クハ訴訟手續ノ適法ナル進行ヲ證シ若クハ或事實ヲ明確ニスルカ爲メニ用ヰラルヽニ過キサルナリ然リト雖モ又訴訟ノ必要原素タル可キ一二ノ書類ナキニ非ス

以上(乾)(第一)乃至(第四)ニ記載セル書面上ノ陳述ハ其輕重ニ依リ口頭辯論ノ主義ニ從ヒ判決ノ上ニ及ホス可キ効果ニ差異アリ左ノ如シ

第一　當事者ノ書面ニ掲ケタル陳述ハ之ヲ演述シタル場合ニ於テノミ判決ノ基礎トナルモノトス然レトモ請求ノ理由トシテ援用セラルヽ事實ハ準備書面ニ記載セルモノト雖モ當事者之ヲ演述シタルトキハ注意(採用)セラル可キナリ此原則モ亦左ノ例外アリ

(一)申立○申立ニ付テハ書面ノ存スルアリテ尚ホ且ツ口頭演述ヲ要ス

(二)訴狀

(い)訴ノ一定ノ原因トシテ掲載スル所ノ事實ハ被告ニ送達セラルヘキ訴狀ノ謄本ト裁判所及ヒ被告ノ手ニ存スル訴狀ノ原本ニモ同一ニ記載セラレサル可カラス

故ニ凡ソ謄本ハ反對ノ證アルマテハ原告ヨリ裁判所ニ提出セル原本又ハ訴訟記錄ニ添付シアル謄本ト同一ト推測セラルヽヲ以テ原則トス

此法則タル後ニ論述ス可キ訴訟ノ原則即チ裁判官ハ職權ヲ以テ請求ノ基本ヲ審査スヘシトノ原則ニ適應スルモノトス蓋シ裁判官ハ權利關係ノ要素即チ其權利關係トシテノ存在ニ必要ナル事實ノ存否ヲ審査スルヲ要スルコトヲ云フナリ而シテ此事タル就中闕席判決ノ場合ニ於テ必要トス何トナレハ對席判決即チ原被共ニ出廷シテ訴訟ヲ爲ス場合ニ在テハ此等ノ欠缺ハ當事者自ラ補正シ得レハナリ

此法則ノ適用セラルヽハ專ラ左ノ數點ニ在リ

(ろ)訴ノ形式上ノ要件即チ第百九十三條第一號乃至第三號ノ事項若クハ證書若クハ爲替訴訟ヲ以テ訴フルコトノ陳述ニ欠缺アルヽキ

但シ右ノ場合中證書訴訟ニ付テハ此訴訟ニ於テ送達セラレタル訴狀ニ證書訴訟ニ必要ナル要件ヲ具備セサルモ只其證書訴訟タルコトヲ得サルノミトス

(は)期日ノ定メニ失誤アルトキ

以上ノ場合ニ於テ例ヘハ出廷セサル被告カ闕席判決殊ニ故障ヲ爲スコト能ハス而シテ特ニ控訴ヲ以テ攻擊スルヲ得可キ第二ノ闕席判決ニ對シ其送達セラレタル訴狀ノ謄本ヲ提出シテ以テ其已レニ送達セラレタル訴狀ノ謄本カ前ニ記載シタル要件ヲ具ヘサルコトヲ證明シタルトキハ闕席判

0245

決ハ廢棄セラレテ事件ハ第一審ニ差戻サレサル可ラス(第二百六十三條及ヒ第四百二十二條何トナレハ送達ノ闕點ハ相手方出廷シテ之ヲ承認スルカ又ハ更ニ正式ノ送達ヲ爲スニ非サレハ其効ナケレハナリ

(第二) 證書○證書ハ當事者ノ演述ト決シテ背反スルコトヲ得ス何トナレハ證書ハ當事者ノ演述ト相待テ始メテ全キヲ得ルモノナレハナリ

(第三) 證人及ヒ鑑定人ノ陳述及ヒ檢證ノ結果ニ關スル調書ニ付テハ左ノ原則ニ從フ

陳述又ハ檢證ノ結果ハ調書ニ掲載セラレタルモ當事者ノ之ヲ演述セサルトキハ判決ノ材料タルコトヲ得ス

當事者ヨリ證據調ノ結果トシテ演述セラレタルモ調書ニ記載モナク又受訴裁判官カ自身直接ニ見聞シタルニモアラサル事實ハ是亦裁判官ノ眼中ニハ全ク存在セサルモノト爲ス之ニ反シテ裁判官ハ調書ニハ掲ケアラサルモ演述セラレ而シテ自ラ見聞シタル證據調ノ結果ハ之ヲ注意(採用)シ且ツ其存在ヲ判決ノ事實中ニ確定スルノ權アルモノトス

民事訴訟法第百三條ニ規定セラレタル口頭辯論ノ原則ヨリシテ凡ソ判決ヲ爲スニ際シ之ニ參與スル總テノ判事ハ一切ノ訴訟行爲演述等ヲ躬自ラ知得シタルモノナラサル可カラス故ニ合議裁判ニ於テ若シ其判事中ニ變更アリタルトキハ終結ノ辯論ニ於テモ全辯論ヲ再演セサルヘカラストノ結果ヲ生ス但シ其調書ニ掲ケアル證人又ハ鑒定人ノ訊問ハ此例外タル可シ

(第四) 送達證書ハ訴訟書類ノ重要ナル一部分タルモノトス

夫ノ獨逸訴訟法ニ於ケル如キ當事者ノ送達ノ主義ニ依レハ送達證書ノ如キモ當事者ノ演述ヲ待テ其効ヲ生スルモノト爲スト雖モ我國ニ於ケル如ク裁判所ノ職權ヲ以テスル送達ニ付テハ或ハ之ヲ要セサルモノナランカ疑存ス

(第五) 判決前ニ爲シタル裁判ハ其裁判所ノ判決及ヒ上級審ノ判決ノ基礎ト成ルモノナリ故ニ裁判ハ常ニ書面トシテ之ヲ記錄ニ添付セラレサル可カラス何トナレハ其判決タル專ラ上級裁判所ノ裁判ノ基礎トナルモノナレ

ハナリ尙ホ之ヲ詳言スレハ凡ソ下級裁判官ノ面前ニ於テ實體的及ヒ形式的ニ實際行ハレタル所ノ事ハ凡テ上級裁判所ノ裁判ニ必要ナル基礎トナルモノナレハ之ヲ書面ト爲サヽル可カラス是レ則チ事實ヲ確定シ裁判ニ理由ヲ付スルコトノ判決ニ必要ナル所以トス

尙ホ此等ノ點ニ關スル詳細ノコトハ後ニ裁判官ノ行爲ノコトヲ論スルニ當テ講究セン

(第六) 當事者ノ書面ヲ以テ申立ラレタル主張證據方法及ヒ防禦方法ハ之ヲ演述シ又ハ指示シタル場合ニ於テノミ裁判ノ材料タル可シトノ一般ノ原則ニ於ケル例外ノ場合ハ左ノ如シ

(い) 婚姻及ヒ禁治產事件ニ關スル規定即チ婚姻又ハ緣組ヲ維持スル爲メニハ當事者ノ提出セサル事實ヲモ斟酌シ且ツ職權ヲ以テ證據調ヲ爲スコトヲ得ルコト是ナリ(二十三年第四號法律第十條)

(ろ) 元來共通ナラサル證書ト雖モ擧證ノ爲メ辯論又ハ準備書面ニ引用シタルトキハ之カ爲メ共通證書ト同一ノ効果ニ至ルコトノ規定(第三百三十七條)

第四章 訴訟手續ニ於ケル當事者ノ權利及ヒ義務ニ關スル一般ノ原則

(乾) 權利

第三十二節 原被同權主義

原被同權主義

訴訟當事者ノ權利及ヒ義務ハ彼此相均シカラス而シテ差等アルニ非ス即チ原告ハ攻擊ノ地位ニ立チ被告ハ防禦ノ地位ニ在ルモノナリ然レトモ又被告ニシテ自ラ攻擊ノ地位ニ立ツコトナキニ非ス即チ原告請求ノ防禦ニ止ラスシテ反テ新ナル請求ノ原因ト成ル可キ申立ヲ爲ストキ是ナリ例ヘハ單ニ相殺ヲ求ムルニ非スシテ自ラ反訴者ト爲ル場合ノ如キヲ云フ

斯ノ如ク當事者ノ權利又ハ義務ニ差異有ルハ當事者ノ地位ノ相同シカラサル

ヨリシテ生スル法律上ノ自然ノ結果ニシテ蓋シ當事者ノ權利ノ差等即チ一方ノ者カ他ノ者ヨリモ優等ノ權利ヲ有スルモノト云フ可カラス

故ニ原告ハ被告ノ裁判籍ニ從ハサルヘカラス(actori sequi forum rei)ト云ヘル原則アリト雖モ是レ決シテ同權ノ原則ト矛盾スル原告ノ義務ナリトハ云フヲ得ス蓋シ原告ハ自ラ進ンテ先ツ其訴訟ヲ提起スルモノナレハナリ而シテ其反訴者タル被告ニ付テモ亦然リ何トナレハ原告ハ訴ヲ提出シタルコトニ依テ自己ニ對スル反訴ニ付テノ裁判籍ヲ認知シタルモノニシテ即チ自己ノ起訴ニ依テ反訴ノ裁判籍ヲ定メタルモノナレハナリ

又Actori incumbit probatio)即チ訴フル者ハ舉證ノ責ニ任スト云ヘル原則モ又訴訟上ノ行爲ニ關スル當事者同權ノ例外ニアラス何トナレハ此原則ハ狹義ノ抗辯ノ理由タル可キ事實ヲ立證スルニ當テハ被告ニ付テモ亦適用セラルヽモノナレハナリ蓋シActor(訴フル者又ハ主張者)ナル語ハ原被告ニ通用スルノ語ニシテ管ニ原告ヲ指示スルノミナラス實ニ申立者ノ意義ヲ有スルモノタレハナリ故ニ此原則ハ左ノ如キ意味ヲ有スルモノトス

曰ク訴訟ニ於テ各當事者其申立ヲ一定シ適法ノ基本ヲ確定スル爲メ相手方ニ對スル申立ノ原因ニ必要ナル事實ヲ立證セサルヘカラスト故ニ此原則ハ原被告ニ通シテ同一ナルモノナリ何トナレハ被告ト雖モ其事實上ノ原因ヲ證明スルニアラサレハ狹義ニ於ケル抗辯ヲ採用セラレサレハナリ

敗訴シタル原告若クハ被告ハ勝訴者ニ其勝訴ノ程度ニ從ヒ或ハ一部若クハ全部ノ費用ヲ辨償セサル可カラス又勝訴ト雖モ其費用ヲ生シタル事柄ノ必要ナラサリシトキハ費用辨償ノ責有リトノ規定ヲ以テ或ハ例外ノ規定ナリト云フ者アリタレトモ是レ前段論スル所ノ結果ノミ決シテ本則ノ除外例ニアラス何トナレハ此規定タルヤ過失ノ有無ニ拘ラス正當ノ時期ニ於テ訴訟行爲ヲ爲サス又ハ全ク之ヲ爲サヽリシニ原因スルモノニシテ固ト偶然ノ結果ニ就テハ之カ基因ヲ爲シタル當事者其責ヲ負ハサル可カラサルモノナレハナリ

證書訴訟ニ於テ當事者ノ地位ニ相違有ルハ一定ノ訴訟種類ヲ撰擇スル權利ノ原告ニ在テ存スルニ因ル又控訴審及ヒ上告審ニ於ケル被告カ付帶ノ上訴ヲ爲シ得ルノ權ハ第一審ノ原被雙方ニ屬スルモノトス

之ニ反シテ其當事者ノ地位ノ何タルヲ論セス左ノ場合ニ在テハ訴訟ニ於ケル原告若クハ被告ノ權義ニ差等アリト云フヲ得可シ

(一) 原告外國人タルトキハ(上級審ニ於テハ第一審ニ於テモ又外國人ノ原告タリシ場合ニ限リ)被告ノ求メアリテ且ツ正當ナル時間ニ於テ此求メニ基キ妨訴ノ抗辯ヲ爲シタルトキハ其訴訟費用ノ保證ヲ出サヽル可カラス原告カ訴訟中ニ外國人トナリタル場合ニ於テモ亦同シ(第百八十條及第二百六條)

(二) 次節ニ說ク所ノモノ即チ法律上一時又ハ終始被告ヲ審訊セサル場合モ亦之ニ算入スルヲ得ヘシ

(三) 狹義ノ被告(第一審ノ被告)ハ爲替訴訟若クハ證書訴訟トシテ訴フルコト又ハ之ヲ拒否スルニ付テハ更ニ容喙スルヲ得可キニアラス而シテ訴訟ノ何レノ程度ニ在ルヲ問ハス之ヲ通常ノ訴訟ト爲スヲ得ルノ權ハ獨リ原告ノ有スルノミタルコト(第四百八十八條)

然レトモ亦夫ノ敗訴ノ言渡ヲ受ケタル總テノ場合ニ於テ民事訴訟法第四百九十一條ニ從ヒ其權利ノ行使ヲ判決ニ留保ス可シトノ請求ヲ爲スヲ得ルモノハ獨リ敗訴ノ被告而已ニシテ原告ハ決シテ斯ル請求ヲ爲スコトヲ得ス

(四) 廣義ノ被告詳言スレハ第一審ノ被告ニアラサル上級審ノ被告(被控訴人又ハ被上告人)ハ上級審ノ原告カ其資格ヲ以テ最早何等ノ上訴手段ヲモ行フコトヲ得サル時ニ際リ尙ホ之ヲ行フヲ得ルヲ以テ彼ニ比シテハ一ノ特權ヲ有スルモノト謂フヲ得可シ則チ正當ナル時期ニ於テ上級審ノ被告カ控訴又ハ上告ニ付帶スル場合ヲ云フナリ蓋シ此等ノ場合ニ於テハ其付帶上訴ハ原告ノ上訴ト全ク關係ナキ獨立ノ上訴トシテ取扱ハルヽモノニシテ且ツ原告ノ上訴カ始メヨリ不適法ノモノタリシト否トニ依テ左右セラルヽコトナケレハナリ(第四百六條第四項及ヒ第四百四十二條)

又被控訴人及ヒ被上告人ノ附帶上訴ハ不變期間ノ爲メニ羈束セラルヽコトナク又其上訴ノ拋棄ニ關係アルコトナシ(第四百五條第四百四十二條)

當事者ノ地位上當然ニ生スル差別ハ暫ク措キ上來列記スル場合ノ外民事訴訟法中原告若クハ被告ノ同權ノ主義ニ反スル例外ノ規定アルヲ見ス

第三十三節　原被審訊ノ主義

原被審訊ノ主義

凡ソ爭ヲ斷スルニハ雙方ヲ聽カサルヘカラストノ格言ハ總テノ開化人民ヲ支配スル所ノ原則ニシテ我民事訴訟法ニ於テモ亦之ヲ一原則ト認メタリ而シテ此原則ヨリ左ノ効果ヲ生ス

裁判官ハ原告若クハ被告ノ片言ニ基キ相手方ニ對シテ裁判ヲ下スヲ得ス若クハ裁判機關ハ訴訟法ニ定メラレタル方法ヲ以テ訴訟上ノ防禦行爲ヲ行フ可キ機會ヲ相手方ニ與ヘサルノ前ニ在テ原告若クハ被告ノ爲メニ行爲ヲ爲スコトヲ得ス

但シ左ノ場合ハ此原則ノ例外ト看做ス可キモノトス

(一) 督促手續
(二) 假差押
(三) 假處分
(四) 民事訴訟法第二十八條ニ規定セル管轄裁判所指定ノ申請ニ對スル裁判而シテ此決定ニ對シテハ不服ヲ申立ツルヲ得ス
(五) 裁判官ノ忌避ニ關スル裁判○忌避カ正當ナリト宣言セラレタル場合ニハ上訴ヲ許サス但シ反對ノ場合ニハ然ラス(第三十七條及ヒ第三十八條)
(六) 特別代理人任命ノ申請ニ對スル裁判(第四十六條)
(七) 主參加ノ場合ニ於ケル本訴訟中止ノ裁判(第五十二條)
(八) 費用額確定ノ裁判(第八十五條)
(九) 訴訟上ノ救助ノ付與ニ關スル裁判(第百一條)
(十) 期日ノ變更又ハ期間ノ短縮若クハ伸長ニ關スル裁判(第百七十一條)
(十一) 訴訟手續ノ中止ノ裁判(第百八十五條)
(十二) 外國ニ送達ヲ爲ス第二百五十五條末項ノ故障期間ヲ定ムル場合
(十三) 證據保全ノ申立ニ關スル裁判(第三百六十八條)

此他我民事訴訟法ノ特例ニ係ル第二百五十七條第四百二條第四百十九條第四百三十九條第四百七十六條ノ場合ニ於テ却下若クハ棄却ノ裁判アルトキハ訴訟ト爲ルニ至ラスシテ止ム可ク又之ニ反スル場合ニ於テハ素ヨリ双方ヲ審訊ス可キヲ以テ本節ノ例外トハ云フ可カラサルモノナルヘシ

裁判ニ對シテ上訴ヲ許サヽル少數ノ場合ヲ除クノ外其對席及ヒ審訊ヲ經スシ

テ爲シタル裁判ニ對シテハ異議ノ申立異議ノ訴又ハ抗告ノ手段ヲ以テ其裁判ヲ取消シ得ヘキ救濟法アリト雖モ此等ハ凡テ上訴ノ篇ニ讓リ茲ニ論述セス

處分權主義

第三十三節　處分權主義 (Dispositionsprinzip)

第一　本義○民事訴訟ニ於テハ當事者ノ意思ハ裁判官ヲ拘束スルヲ以テ法則ト爲ストノ原則即チ相手方並ニ裁判官ニ對シテ法律上ノ効力ヲ生スル當事者ノ行爲不行爲ノ權利ヲ稱シテ廣義ノ處分權主義ト云フ

狹義ノ處分權主義トハ裁判ヲ受ケントスル爭ニ係ル請求ニ關スル當事者ノ同上ノ權利ヲ云フ

此自由處分權ハ訴訟主體ノ一タル裁判官及ヒ其認定トハ全ク相關セサルモノニシテ而シテ此權利ノ及フ所ハ左ノ點ニ在リ

(一)　訴訟行爲

(二)　請求ノ基因トシテ必要ナル事實

(三)　請求

此當事者ノ意向ヲ法律上ノ成語ヲ以テ分說スレハ左ノ如シ

(い)　拋棄即チ訴訟上ノ行爲若クハ請求其物ニ關スル權利ノ暗默又ハ明示ノ自棄又ハ各個ノ訴訟ノ程度ニ於テ又ハ請求其物ニ關シテ他ノ行フ可キ義務ヲ履行セシメサルコト

(ろ)　認諾即チ相手方ノ請求ハ即チ法律上及ヒ事實上存在ストノ陳述

(は)　自白即チ請求ノ原因トシテ必要ニシテ素ト其證明ヲ要ス可キ事實ハ(其證ヲ待タス)眞實ナリトノ暗默又ハ明示ノ陳述

第二　處分權主義限界ノ總論

凡ソ裁判官カ訴訟上ノ行爲ヲ執行シ又ハ訴訟上ノ必要條件ヲ調査ス可キ職權ヲ有スルモノニ關シテハ當事者ハ拋棄自白又ハ認諾ノ權ヲ有セス此制限即チ例外ノ規則ハ例ヘハ不變期間、專屬裁判管轄、行爲ノ時期、呼出ニ關スル强制等ニ適用セラルヽモノトス故ニ法律上ノ効力ヲ得ルニ欠クヘカラサル必要ノ訴訟行爲ハ之ヲ拋棄スルヲ得ス又當事者ハ重要ナル訴訟行爲ノ不執行例ヘハ不變期間ノ懈怠ヲ宥恕シ又ハ裁判所ノ專屬ナル場合ニ於テ管轄違ノ裁判所ノ撰擇

ヲ宥恕スルヲ得サルカ如ク裁判官ノ職權ヲ以テ矯正ス可キ不適法ノ訴訟行爲ヲ許容スルヲ得サルナリ殊ニ婚姻及ヒ禁治產事件ニ於ケル訴訟行爲並ニ自白ニ付テハ此ニ所謂例外規則ヲ以テ本則ト爲ス蓋シ此等訴訟手續ニ於ケル請求ノ行ハルヽト否トハ國家ノ利害ニ關スルノ故ヲ以テ裁判官ニ於テ職權上注意セサル可カラサルモノナレハナリ(二十三年第百四號法律第六條)

右婚姻及ヒ禁治產事件手續法ニ於テ當事者ノ處分權ヲ制限セス換言スレハ之カ爲メ訴訟行爲ニ制限ナク又通常ノ訴訟ニ於テ裁判官ノ職權ヲ以テ正當ニ保持スルヲ要セサルモノニ在リテハ即チ此處分權主義ヲ以テ訴訟ヲ支配スルモノト知ル可キナリ

(一) 抛棄

抛棄ニ請求ノ抛棄ト訴訟行爲ノ抛棄トノ別アリ而シテ訴訟行爲ノ抛棄ニシテ又請求其物ノ抛棄トナルコトアリ即チ其訴訟行爲カ直接ニ請求ノ追行タル場合是ナリ抛棄ニ關スル特別ノ規定ハ左ノ如シ

(い) 證人及ヒ證書ノ抛棄(第三百二十條第三百五十條)但シ其訊問開始ノ後ハ相手方ノ承諾ヲ得ルニ非サレハ効力ナシ又證書ハ常ニ相手方ノ承諾ヲ得ルニ非サレハ抛棄スルヲ得サルモノトス

(ろ) 控訴又ハ上告ノ抛棄

我訴訟法ニ於テハ此點ニ付キ獨逸訴訟法第四百七十五條及ヒ第五百二十九條ノ如キ明文ナシト雖モ既ニ處分權主義ヲ以テ支配スルモノトセハ抛棄ノ効アルヘキハ論ヲ俟タス而シテ其主意ノ一端ハ次項ノ反對權及論理ニ依テ知ルヲ得可シ

(は) 控訴上告ノ抛棄ハ第四百五條及ヒ第四百四十二條ニ依レハ附帶上訴ヲ爲ス場合ニハ其効力ヲ失フモノトス

(に) 債權取立權ノ抛棄但シ此抛棄ハ債權其物ノ抛棄ノ効ヲ生スルコトナシ(第六百十二條)

(ほ) 第二百二十九條ニ依レハ請求其物ニ關スル明示ノ抛棄ハ口頭辯論ノ際ニ爲シタル陳述ニ限ルモノニシテ被告ノ申立ニ依リ原告ニ對シ判決ヲ以テ却下ノ言渡ヲ爲スノ結果ヲ生ス

0253

(ヘ) 請求ニ關スル暗默ノ拋棄ハ訴訟行爲ヲ爲サヽルカ爲メ却下ノ判決ノ確定ニ至ルベキ各場合ニ於テ之アリ例ヘハ口頭辯論期日ニ原告ノ出廷セサルカ又ハ闕席判ニ對シテ故障ヲ爲サヽル場合ノ如キ即チ請求ヲ暗默ニ拋棄シタルモノト云フ可キナリ

第二百二十九條ハ管ニ受訴裁判官例ヘハ合議裁判所ニ於ケル場合ノミナラス計算事件ノ準備手續ニ於ケル受命判事ノ場合ニモ之ヲ適用スヘキモノタリ然レトモ受托判事ノ場合ニハ及ハサルモノナルヘシ其故如何トナレハ受托判事ハ只各個ノ訴訟(證據調)等ヲ爲スニ過キサルモ受命判事ハ訴訟其物ノ確定即チ請求ノ確定ヲ委任セラレタルモノナレハナリ唯此場合ニ於テ差異アルノ點ハ受命判事ノ場合ニ於テハ其判決ヲ爲スニ至ラス判決ハ常ニ受訴裁判所ニ於テスルニ在リトス

(二) 認諾

民事訴訟法第二百二十九條ニ曰ク「口頭辯論ノ際原告其訴ヘタル請求ヲ拋棄シ又ハ被告之ヲ認諾スルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ其拋棄又ハ認諾ニ基キ判決ヲ却下又ハ敗訴ノ言渡ヲ爲スヘシト

故ニ右同一條ニ規定スル所即チ拋棄ト認諾トハ一見同一ナルカ如クナルモ決シテ然ラス

第一 意義○認諾トハ相手方(本人又ハ代理人)ニ對シテ訴訟中裁判官ノ面前ニ於テ相手方ノ起シタル請求(眞實ノ存在ヲ必要トセス)ハ事實上及ヒ法律上成立スト陳述ヲ云フ

故ニ認諾ニ付テハ左ノコトヲ注意セサル可カラス

(い) 訴又ハ反訴ヲ以テ主張セラレタル請求

(ろ) 其請求ノ全部又ハ只一部

(は) 請求ハ口頭辯論ニ於テ爲サレタルコト

(に) 相手方ヨリ敗訴ノ言渡ノ申立ヲ爲スコト

(ほ) 認諾ハ明示ノ承諾ヲ要セサルコト

第二 認諾ノ法律上ノ効果

右(い)及ヒ(ろ)ニ就テハ若シ其請求カ禁止法律ニ抵觸スルモノアルトキト雖モ尙

0254

ホ其認諾ハ裁判官ニ對シテ有効ナル可キ乎

第二百二十九條ノ意義ニ所謂裁判上ノ認諾ニ關スル訴訟法上ノ取扱ニ於テモ民法上ノ効力ト決シテ差異アルノ理ナシ勿論裁判官ハ請求カ眞實ナルヤ否ヤ又ハ元來法律上成立セルモノナルヤ否ヤハ訴訟相手方ノ事實上ノ演述ニ依リ其請求カ不法又ハ不正ノ原因ニ基クモノナルコトヲ知リ得ル場合ノ外之ヲ審糺スヘキニアラスト雖モ然レトモ法律上元來無効タル可キ事實ニ至テハ當事者ノ訴訟行爲ヲ以テ之ヲ有効タラシムル能ハサルコト猶ホ訴訟以外ニ於テ然ルコトヲ得サルト一般タル可キナリ

故ニ之ニ關シテ左ノ區別ヲ爲スヲ得ヘシ

(い) 請求カ既ニ其外部ノ現象詳言スレハ裁判官ニ提出セラレタル狀態ニシテ不法又ハ不正ノ原因ニ關スル法律ノ規定ニ依テ處分ス可キモノナランニハ裁判官ハ其申立ヲ敢訴ノ言渡ヲ以テ却下セサル可カラス

(ろ) 此他ノ場合ニ在リテハ民事上ヨリシテ攻擊スルコトヲ得可キ瑕瑾アルト否トヲ問ハス裁判官ハ第二百二十九條ノ規定ニ拘束セラレサル可カラス

(は) 準備(受命)判事ノ面前ニ於テ爲シタル認諾カ受訴判事ノ面前ニ於ケル認諾ト同一ノ結果ヲ有ス可キコトハ既ニ前段ニ於テ說述シタル所ノ如シ

(に) ニ就テハ其申立カ相手方ヨリ直チニ其口頭辯論ニ於テ爲サルヽト爾後ノ續行辯論ニ於テ爲サルヽトニ論ナク一度ヒ此申立有ルニ於テハ口頭辯論唯一ノ原則ニ依リ其間更ニ異ナルナキモノトス又假設其申立ナキ場合ト雖モ認諾ハ以テ其請求カ判決ヲ爲スニ熟シタルヤ否ノ判斷ノ標準タル可キナリ

(ほ) 認諾ノ承諾ヲ必要トセサルコトハ實體上ノ法律ニ於テ行ハルヽ原則ニ於テ自ラ然ルナリ

第三　訴又ハ反訴ノ請求ノ認諾

(い) 受命又ハ受訴判事ノ面前ニ於ケル口頭辯論外ノ認諾ハ認諾契約ニ關スル民法上ノ原則ニ從フモノトス

(ろ) 相殺請求ノ認諾

此認諾ノ効果ハ認諾セル請求ノ金額丈ケノ訴ヲ却下スルニ在リ而シテ此認諾ハ口頭辯論ニ就テ一般ニ規定セル原則殊ニ當事者ノ口頭陳述ノ効果ニ關

0255

スル規定ニ從テ判決セラル可キナリ

(三)裁判上ノ自白

第一　定義○自白トハ請求ノ基因タル可キ訴訟相手方ノ事實上ノ陳述ハ眞實ナリトノ原告若クハ被告ノ陳述ヲ云フ

第二　形式○自白ハ左ノ形式ニ依テ爲サルヽモノトス

(い)暗默

(ろ)明示

(は)受訴判事又ハ受命者クハ受托判事ノ面前ニ於テ爲ス(受托判事ハ證據調ニ依テ事實ヲ確定ス可キモノナレハナリ)

(に)自白モ亦承認ヲ要セス

(い)ニ就テハ

(一)原告若クハ被告カ呼出ニ應シ又ハ裁判官ノ明言以テ要求ニ從ヒ陳述ヲ爲ス可キ義務アルニ拘ハラス陳述ヲ爲サヽリシ場合

(二)事實ヲ明カニ爭ハス又ハ其他ノ擧動ニ依テ其爭フ意思ノ明カナラサル片

(三)自己ノ行爲又ハ自己ノ實驗シタル事實ニ就テノ知ラストノ陳述ハ民事訴訟法第百十一條ニ從ヒ此事實ヲ自白シタルモノト看做ス

(ろ)(は)(に)ニ就テハ陳述ハ口頭且ツ直接ヲ要スルトノ原則ニ從ヒ明示ノ自白ハ只口頭ヲ以テ之ヲ爲スヲ得ベキノミ但シ(は)ニ指示シタル何レノ判事ノ面前ニ於テ爲スモ同一トス而シテ又其承認セラレタル時ト雖モ尙ホ之ヲ取消スコトヲ得ル場合有リ即チ訴訟代理人カ自白ヲ爲シタルトキ共ニ出頭セル當事者ヨリ直チニ其陳述ヲ取消シ又ハ更正スル場合是レナリ(第六十八條第二項)

第三　自白ニ關スル法律上ノ要件

(一)事實ハ客觀的ノ觀察ヲ以テ爲シ能ハサルモノタル可カラス

(二)訴訟當事者ハ自白セントスルノ意思(Animus confitendi)ヲ有セサル可カラス詳言スレハ其意思ハ民法上完全ノモノナラサル可カラス(民證第三十六條)

(三)自白ヲ取消スニハ事實ノ錯誤ニ基因スルコトヲ證明セサル可カラス(民訴第四百六十九條第一及ヒ第二ニ掲クル判事若クハ當事者ノ行爲ニ

依テ成立シタル判決ハ其確定ノ後ト雖モ尚其判決ニ對シテ不服ヲ申立ツルヲ得ルカ故ニ若シ其判決カ自白ニ基クモノナル片ハ從テ其自白ニ對シテ不服ヲ申立ツルヲ得ベキナリ

(五) 自白ハ只各個ノ當事者ヲ拘束スルニ過キス去レハ共同訴訟人ヲ拘束スルコトナシ但シ必要的共同訴訟人ニ關シテハ出廷セサル當事者ヲモ拘束スルモノトス

第三十二節即チ原被同等主義以下前回ニ講述シタル所ノモノハ總テ當事者ノ權利ニ屬スルモノニシテ以下ハ其義務ニ屬スルモノニ係ル

(坤) 義務

第三十四節　行爲ノ定時

行爲ノ定時

(第一) 意義○行爲ノ定時主義トハ當事者ニ事實ノ演述及ヒ攻擊防禦證據方法ニシテ既ニ其一ヲ以テ勝訴ニ充分ナルトキト雖モ尚ホ之ヲ總括シテ訴訟ノ一定ノ程度ニ於テ同時ニ之ヲ申立ツルノ義務ヲ負ハシメ而シテ若シ其先キニ利用セル方法ニシテ却下セラルヽニ至ルトキハ後ノ程度ニ於テ前ニ申立テ置キタル他ノ方法ヲ用フルコトヲ得セシムルノ主義ニシテ則チ其一カ却下セラレタル場合ニ於テ他ノ同等ノ價値アル方法ヲ以テ訴訟ノ目的ヲ達セントスルニアルモノナリ

此主義タル獨逸ニ於テハ民事訴訟法實施ノ前一般ニ民事訴訟ヲ支配シタル所ノモノトス故ニ此主義ニ在テハ第一審ニ於テ提出セサル事實ニ關スル訴訟材料陳述攻擊防禦及ヒ證據方法ハ總テ其後ノ審級ニ於テ之ヲ提出スルヲ得ザリシナリ

此訴訟主義ニ依テ當事者ニ被ラシメタル所ノ多數ノ危險ハ獨逸訴訟法並ニ我民事訴訟法ニ於テハ概ネ之ヲ排斥セラレタリト雖モ尚ホ例外トシテ僅々ノ場合ニ於テ時機ニ後レタル訴訟行爲ノ爲メニ無益ニ訴訟ヲ延滯セサラシムルノ弊ヲ豫防スル所ノ規定ナキニ非サルナリ

(第二) 我民事訴訟法ニ於テ訴訟ノ延滯若クハ訴訟ノ堆積ヲ防止スル爲メ例外トシテ所謂定時主義ヲ存セル場合ハ左ノ如シ

0257

(イ) 判事ノ忌避ノ申立ニ關シテハ原告若クハ被告其覺知シタル忌避ノ原因ヲ主張セスシテ判事ノ面前ニ於テ申立ヲ爲シ又ハ相手方ノ申立ニ對シ陳述ヲ爲シタル後ハ最早其判事ニ對シテ忌避ノ申立ヲ爲スヿヲ得ス(第三十四條)

(ロ) 計算事件及ヒ其他ノ準備手續ニ於テハ

(一) 受命判事ノ調書ヲ以テ明確ニス可キ事實又ハ證書ニ付キ陳述ヲ爲サス又ハ之ヲ拒ミタルトキハ後チニ口頭辯論ニ於テ之ヲ追完スルヲ得ス(第二百七十二條第一項)

(二) 同前調書ニ明確ニス可キ請求攻擊防禦ノ方法證據方法及ヒ證據抗辯ハ後日ニ至リ始メテ生シタルコト又ハ當事者ノ知リタルコトヲ疏明スルトキニ限リ口頭辯論ニ於テ之ヲ主張スルヲ得(同條第二項)

(ハ) 妨訴ノ抗辯中被告ノ有効ニ拋棄スルコトヲ得可キモノニ付テハ

(一) 抗辯ノ權利ヲ失ハサラントスルトキハ本案ノ口頭辯論前同時ニ提出セサル可カラス(第二百六條第一項)但シ被告ノ過失ニ非スシテ之ヲ正當ノ時期ニ主張シ得サリシコトヲ疏明スルトキハ此限リニ在ラス

(二) 區裁判所ノ訴訟手續ニ付テハ當事者ノ拋棄シ得ベキ裁判所管轄違ノ抗辯ニ限リ前記ノ規定ヲ適用スルモノトス(第三百七十九條)

(三) 控訴審ニ於テハ當事者カ有効ニ拋棄シ得可キモノニシテ且ツ其過失ニ非スシテ第一審ニ於テ主張スルコトヲ得サリシコトヲ疏明スルトキニ限ル

(ニ) 婚姻ノ無効若クハ離婚ノ訴ニ付キ棄却ノ言渡ヲ受ケタル原告ハ前訴訟ニ於テ又ハ訴ノ併合ニ因リ主張スルヲ得ヘカリシ事實ヲ獨立ナル訴ノ理由トシテ後ニ主張スルヿヲ得ス被告ニ在テハ反訴ノ理由トシテ使用スルヲ得ベカリシ事實ニ付テモ亦同シ

(ホ) 反訴ハ第一審答辯書差出ノ期間内ニ提出スヘキモノトス但シ以下二項ノ場合ハ格別トス(第二百六條)

(ヘ) 前項期間ノ外ハ相殺ヲ爲ス可キ場合ニ於テ同時ニ被告ノ過失ニ非スシテ其以前反訴ヲ起スヲ得サリシコトヲ疏明スルトキニ限リ之ヲ爲スコトヲ

0258

許ス(同條第二項)

(ト) 又第四百十六條ノ規定ニ依レハ第百九十六條第二號及ヒ第三號ノ場合以外ノ新ナル請求ハ相殺スルヲ得可キモノニシテ且ツ同時ニ原告若クハ被告カ其過失ニ非スシテ第一審ニ於テ提出シ能ハサリシコトヲ疏明スルトキニ限リ之ヲ起スヲ得ルノミ

(チ) 民事訴訟法第五百四十五條ニ依レハ請求其物ニ對スル執行手續中ノ異議ハ訴ヲ以テ主張セサル可カラス而シテ此訴ニ於テハ總テノ理由例ヘハ和解拋棄現金拂辯濟ノ延期等ヲ同時ニ主張セサルヘカラス此他猶ホ訴訟延滯ノ弊ヲ防ク爲メノ規定アリ此等ノ規定セル正當ノ時ニ於テ爲サヽリシ行爲ニ就テ後チニ之ヲ行フノ權利ヲ留保シ又ハ其行爲ヲ爲シ能ハサルノ結果ヲ生スルモノアリト雖モ然レモ同時ニ多數ノ申立ヲ爲ス可キコトヲ定メタルモノアラザルカ故ニ本來ノ意義ニ於ケル定時主義ニ屬スルモノニアラス則チ

(イ) 第二百十條ニ依レハ被告ヨリ時機ニ後レテ提出シタル防禦ノ方法ハ若シ之ヲ許スニ於テハ訴訟ノ完結ヲ遲延ス可ク且ツ裁判所カ訴訟ヲ遲延セシメントスル被告ノ故意ヲ以テ又ハ被告カ甚シキ怠慢ニ因リ早ク之ヲ提出セサリシコトノ心證ヲ得タルトキハ申出ニ因リ之ヲ却下スルコトヲ得ト

之ニ反シテ

(ロ) 控訴審ニ關スル第四百二十六條ニ依レハ此防禦ノ方法ヲ主張スルノ權ハ判決ニ之ヲ留保ス可ク若シ這般ノ留保カ判決ニ掲ケラレサルトキハ第二百四十二條ニ從ヒ其補充ヲ申立得ルコトヲ規定セリ

(ハ) 第三百四十七條書證申出ニ關スル規定

此等ノ規定ノ外民事訴訟法中一定ノ期間ノ定メアルモノハ正當ナル時ニ行爲ヲ爲ス可キ規定ノコトハ期日期間ノ節ニ於テ既ニ講述シタリ

訴訟ニ關スル誠實ノ義務

第三十五節　訴訟ニ關スル誠實ノ義務

凡ソ人ノ世ニ處スルヤ其言行ノ誠實ヲ要スルコトハ固ヨリ論ヲ俟タサル所ナ

0259

リ故ニ假令一朝訴訟ヲ起シテ原被トナリ互ニ相爭フノ止ムヲ得サルニ至ルコトアルモ尚ホ其訴訟ヲ行フニ就テ互ニ誠實ヲ守ル可キハ蓋シ人ノ本分ニシテ即チ訴訟當事者ノ義務ト謂フ可キナリ

夫レ然リ然リト雖モ既ニ訴訟ヲ提起シ以テ相爭フニ至テハ時ニ或ハ自カラ其請求ノ法律上許ス可カラサルモノニシテ勝訴ノ見込ナキコトヲ知テ尚ホ且ツ之ヲ主張シ若クハ其請求ハ法律上及ヒ事實上現ニ存在スルコトヲ知リツヽ漫ニ之ニ反對シ其義務ヲ遁レントスル者往々ニシテ之レアルハ蓋シ免レ難キ所ナラント雖モ斯ノ如キハ何レモ皆不誠不實ノコトタルコト論ヲ俟タサル所ナリ往昔羅馬ニ在テハ或ル場合ニ於テ原告若クハ被告ノ敗訴スルカ又ハ事實若クハ請求ノ眞實ナルコトヲ知リナカラ(即チ惡意ヲ以テ)之ヲ言消シタルトキハ訴訟物ノ價額二倍ノ罰金ヲ言渡シ又或時ハ之レニ加辱ノ刑ヲ科スルコトアリシナリ是レ蓋シ當事者ノ不誠不實ヲ罰スルノ主意ニ外ナラス

近世ノ法律ニ於テハ民事訴訟ニ付テ此種ノ刑罰ヲ用フルコト太タ稀ナリ我民事訴訟法ハ他國ノ法律ニ比シテ一層誠實ノ義務ヲ重ンスルノ主意ナルカ將タ他ノ理由ニ出タルヤ今之ヲ明言シ難シト雖モ稍々前述羅馬法ニ類スルモノアリ即チ仝法第三百五十五條ノ規定是ナリ此規定ニ據レハ

(イ) 當事者眞實ニ反キテ公正證書ノ僞造若クハ變造ナルコトヲ主張シ而シテ之レニ惡意若クハ重過失ノ責アルトキハ五十圓以下ノ過料ヲ言渡シ

(ロ) 私署證書ノ眞正ナルコトヲ眞實ニ反キテ爭ヒ而シテ同前條件ノ存スルトキハ二十圓以下ノ過料ヲ言渡ス是ナリ

此規定ハ全ク我國ノ特例ニ係ルモノニシテ曩ニ緒言ニ云ヘル如ク民事裁判所ニ一種ノ處罰權ヲ與ヘタルモノト云フ可シ若シ夫レ体面ノ上ヨリ論スルトキハ或ハ太タ美ナラサルカ如シト雖モ我國目下ノ訴訟上ノ通弊即チ證書ヲ認メスト云フヲ以テ唯一ノ防禦方法ト心得居ル無恥ノ當事者若クハ辯護士ノ多々ナル今日ニ在テハ必要ノ規定ト云フヘキ者ナラン唯恐クハ此法條以テ未タ前述ノ弊風ヲ矯正スルニ足ラサランコヲ

此他我民事訴訟法ニ於テハ訴訟ヲ延滯セル原告若クハ被告ニハ訴訟費用ヲ負擔セシメ又訴訟ヲ延滯セシ

0260

ムルノ目的ヲ以テ故ラニ時機ニ後レテ提出シタリトノ疑ヒアル申立(例ヘハ證人訊問等)ヲ却下シ又ハ這般ノ申立ノ基礎トスル事實ヲ疏明セシメ(例ヘハ判事ノ忌避ニ付テハ第三十五條反訴ニ付テハ第二百一條原狀回復ニ付テハ第百七十六條妨訴ノ抗辯ニ付テハ第二百六條證據調期日ニ當事者ノ出頭セサルコトニ付テハ第二百八十四條又證人ノ出頭セサルコトニ付テハ第三百條證書ヲ取寄スル爲メ訴訟ヲ停止ス可キ申請ニ付テハ第三百四十四條又ハ保證ヲ立テシムル(例ヘハ假差押等ニ付テ)等ノ外他ニ誠實義務ノ違背ニ對スル制裁方法ノ存スルモノナシ

故ニ凡ソ原告若クハ被告ニシテ正當ノ時ニ於テ行爲ヲ爲シ且ツ相手方ニ對シ訴訟ノ進行ヲ妨クルコトナキ以上ハ則チ正當ニ行爲ヲ爲シタルモノト謂ツ可キナリ

然レモ又我民事訴訟法ハ過失ノ有無ニ拘ハラス行爲ヲ爲サヾル當事者ニ對シテ費用ヲ負擔セシムル二個ノ場合ヲ規定セリ

(イ) 闕席裁判手續ノ費用

(ロ) 原狀回復ノ費用即チ是ナリ第三百九條第二百六十二條ニ依レハ闕席裁判手續ノ費用ハ故障ノ爲メ欠席判決ヲ變更スル場合ニ於テモ其欠席シタル原告若クハ被告ヲシテ之ヲ負擔セシメ又第百七十七條第三項ニ依レハ假令其過失ナクシテ不變期間ヲ懈怠シタルコトヲ証明スルヰト雖モ尚ホ原狀回復ノ費用ハ申立人之ヲ負擔セサルヲ得サルナリ但シ此二個ノ場合ニ於テモ相手方ノ不當ノ異議ニ依テ生シタル費用ニ就テハ欠席者又ハ申立人之ヲ負擔スルノ限ニ在ラス

訴訟ヲ行フノ義務

第三十六節　訴訟ヲ行フノ義務 (Pflicha der Trozes betrieb)

第一　意義○訴訟ヲ行フトハ適當ナル行爲ニ依テ訴訟ヲ終局ニ導ク目的ヲ有スル訴訟行爲ヲ實行セシムル訴訟主体ノ働作ヲ云フ即チ訴訟當事者ノ專行主義ニ基ク義務是ナリ

第二　此目的ニ達スルノ手段ハ呼出即チ或ル期日ニ於テ判事ノ面前ニ出頭ス可キ一定ノ形式ヲ備ヘタル原告若クハ被告ニ對スル要求是ナリ然レトモ此ノ

他ノ書類ノ送達例ヘハ判決送達ノ如キモ訴訟手續終局ニ至ラシムルノ効果ヲ有スルモノトス何トナレハ凡ソ上訴期限ノ進行ハ判決ノ送達ヨリ起算ス可キモノナレハナリ

此他呼出及ヒ其送達ヲ爲ス可キ主体機關形式ノコトハ前第二十六節及第二十七節ヲ參照ス可シ

不干涉主義

第三十七節　不干涉主義

民事訴訟ノ所謂不干涉主義ハ刑事訴訟ニ於テ行ハルヽ所ノ原則ト相同シカラス

刑事訴訟ニ於ケル訴追ノ目的ハ私人ノ意思ト相關セス蓋シ訴追ノ目的ハ專ラ國家ノ利益即チ公益ニ在ルカ故ナリ然レトモ民事訴訟ニシテ稍刑事訴訟ニ相類スルモノハ夫ノ婚姻事件及ヒ禁治產事件ノ訴訟即チ是ナリ此等ノ事件ニ於テ訴ノ目的トシタル所ノ婚姻及ヒ人ノ自由ハ之ヲ維持スルト否トニ於テ國家ニ直接ノ關係アリ即チ之ヲ訴追スルニ於テ利益ヲ有スルモノナレハナリ

然レモ國家カ所述ノ如キ直接ノ利益ヲ有セサルヿ換言スレハ單ニ私法上ノ利益ヲ以テ訴訟ノ目的ト爲ス場合ニ在テハ國家ハ其利益ノ訴追ハ之ヲ當事者タル一私人ノ意思ニ放任シ只其目的ヲ達スルニ至ルカ爲メノ標準トナル可キ手續ヲ規定スルニ止マルモノトス而シテ此規定ニハ或ハ强制的ノモノ有リ或ハ任意的ノモノアリトス

民事訴訟法ノ法律上ノ性質禁治產及ヒ婚姻訴訟ハ暫ク措キ(ハ當事者相互ノ關係及ヒ當事者ト裁判官ノ關係ヲ規定スルモノナリ

民事訴訟ハ只私法上ノ關係ニ關スルモノナルヲ以テ判事及ヒ當事者ノ働作ニ至テモ亦彼ノ干涉ヲ以テ其主義トスル所ノ刑事訴訟ニ於ケルト同シカラス

故ニ民事訴訟ニ在リテハ訴訟ヲ提起シ之ヲ續行シ又法律上當事者ノ處分權內ニ屬スル方法ヲ擇擇シ及ヒ如何ナル訴訟材料ヲ提出シテ以テ其裁判ヲ受クベキヤハ一ニ當事者ノ擇ム所ニ一任スルナリ

故ニ民事訴訟ニ在テハ夫ノ刑事ニ於ケル如ク法律上起訴セサルヲ得ストノ義務ナキモノトス

以上不干涉ノ主義ニ依リ凡ソ裁判官タルモノヽ行爲ハ當事者ノ撰用スル所ノ方法ハ法律上許ス可キモノナルヤ否ヤ其證據ノ輕重如何及ヒ訴訟材料及ヒ法律上ノ理由如何等ヲ審査スルノ範圍ニ制限セラルヽモノトス

故ニ裁判官タル者ハ當事者ノ申立以外ニ超越スルコトヲ得ス又其心證ニ背カス申立ノ範圍内ニ於テ一バラ民法上及ヒ民事訴訟法上强制的ノ規定ヲ遵守シテ以テ裁判ヲ下サヽル可カラス

此原則タル既ニ羅馬法以來行ハレタル所ノモノニシテ即チ職權ニ依ラ裁判ス可カラス若クハ請願以外ニ裁判ヲ爲ス可カラストノ主意ニ基ク主義ヲ總稱シテ之ヲ玆ニ不干涉主義若クハ放任主義トハ稱スルナリ

職權專行主義

前敷節ニ於テ講述シタル所ノ當事者ノ處分權、口頭辯論、直接主義及ヒ書類ニ關スル原則等皆是レ不干涉主義ノ範圍内ニ屬スルモノニシテ此等ノ原則ハ畢竟此主義ノ要件タル性質ヲ有スル規定タルニ過キサルモノトス

第三十八節　職權專行主義

當事者ノ裁判官ニ對スル權利義務及ヒ裁判官ノ當事者ニ對スル權利義務ノ在テ存スルヨリシテ又別ニ一種ノ規定ヲ要スルニ至ル即チ訴カ提起セラレタルトキハ當事者ノ意思ノ如何ヲ顧慮スルヲ要セズシテ裁判官ノ獨斷以テ決行ス可キ事項ノ規定是ナリ蓋シ此等ノ規定ハ夫ノ通常訴訟ノ規定ト其趣ヲ異ニスル婚姻及ヒ禁治產ノ訴訟ハ暫ク措キ所謂辯論主義ノ範圍ヲ超越スルモノトス即チ左ノ如シ

(イ) 故障上訴再審ノ許ス可キヤ否ヤノ調査又裁判所ノ審級上ノ管轄ニ屬スルヤ否ノ調査(第二百五十七條第二百五十九條第四百二條第四百十九條第四百三十九條第四百七十六條及第四百七十八條)

(ロ) 不變期間ヲ遵守セルヤ否ノ調査(同前)

以上職權ヲ以テ調査ス可キ場合ニ裁判長ノ職權ニ屬スルモノト裁判所ノ職權ニ屬スルモノトノ別アリ又上告審ニ於テハ上告人ヲ呼出シ其陳述ヲ聽ヲ要スル等ノ別アリ注意ヲ要ス

(ハ) 無訴權(非管轄)ノ訴ナルヤ否ノ調査

0263

(ニ) 裁判所ノ事物土地及ヒ職務上ノ管轄ノ專屬ナルヤ否ノ調査

(ホ) 判事裁判所書記及ヒ執達吏除斥ソ原因ノ調査

(ヘ) 裁判所ノ組織ノ調査

(ト) 裁判所ハ當事者カ申立タル以外ノ事物ヲ當事者ニ歸セシムルノ權ナシ

(第二百三十一條)トノ原則ノ例外即チ當事者ノ申立アラサルモ裁判所ノ定ム可キ訴訟費用ノ判決(第二百三十一條)

(チ) 申立アラサルモ職權ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ爲ス可キ場合ノ調査(第五百一條)職權ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ爲ス可キ場合ハ左ノ如シ

第一 認諾ニ基キ敗訴ヲ言渡ス判決

第二 證書訴訟又ハ爲替訴訟ニ於テ言渡ス判決

第三 同一審ニ於テ同一ノ原告若クハ被告ニ對シ本案ニ付キ言渡シタル第二又ハ其後ノ闕席判決

第四 假差押又ハ假處分ヲ取消ス判決

第五 養料ヲ支拂フノ義務ヲ言渡ス判決但訴ノ提起後ノ時間及ヒ其提起前最後ノ三箇月間ノ爲メニ支拂フ可キモノナルトキニ限ル

以上ノ事例ニ由テ觀ルトキハ本案事件ニ於ケル職權主義ハ一ニ訴ノ提起後ノ裁判官ノ行爲則チ手續ノミニ關スルモノニシテ(訴訟費用ハ例外ナリ)請求其物ニ關スルモノニアラサルヲ知ル可キナリ

自由心證ノ主義

第三十九節 自由心證ノ主義

古來證據調ノ結果ノ判斷ニ關シテハ嚴格ナル規定ヲ設ケ判事ノ心證ヲ狹隘ナル範圍内ニ制限シタルモノアリ即チ充分ノ證據ヲ得ルニ適當ナル證人ノ性質及ヒ其員數ニ關スルモノニシテ例ヘハ形式上ノ要件即チ形式上ノ缺點ナクシテ且ツ必要ナル二人ノ證人アル場合ニハ裁判官ヲ羈束シテ全然其事實ヲ證明セラレタルモノトセルカ如キ是ナリ「プアウス」ト曰ク二個ノ證人ノ口ヲ以テスルトキハ其眞實ヲ證明スト

之ニ反シテ裁判官ニ於テハ假令其事實ナルコトヲ認定スルモ證據カ此形式上ノ要件ヲ具ヘサルトキハ其事實ヲ證據立テラレタルモノト認ムルコトヲ得サ

リシナリ

我民事訴訟法ハ第二百十七條ニ左ノ原則ヲ定メタリ

(イ) 裁判所ハ辯論ノ全旨趣及ヒ或ル證據調ノ結果ヲ斟酌シ其自由ナル心證ヲ以テ事實上ノ主張ヲ眞實ナリト認ム可キヤ否ヲ判斷セサル可ラス

(ロ) 裁判官ハ民法又ハ民事訴訟法ニ明示セル場合ニ於テノミ法律上ノ立證規定ニ拘束セラルヽモノトス猶逸訴訟法ニ於テハ其心證ノ標準トナリタル理由ヲ判決ニ揭クルノ義務有リト雖トモ我民事訴訟法ニハ此明文ナシ然レトモ余ハ成ル可ク之ヲ揭クルヲ可トス蓋シ心證ノ基礎及ヒ其論決理由ニ就キ裁判官ヲシテ自ラ監督セシムルノ効アリ又其上訴セラレタル場合ニ於テハ其審査ノ基礎トナル可ケレハナリ

證據ニ關スル詳細ノ事ハ民法及ヒ證據調ノ所ニ讓ル

第一問ノ解答

○共同訴訟ニ關スル五大疑問ニ就テノ意見

余ハ曩ニ共同訴訟ノ節ヲ講述スルニ際リ當時既ニ此疑問ヲ法曹會記事ニ揭ケ弘ク答案募集中ニ在リシヲ以テ乃チ單ニ其疑問ノ要點ノミヲ說示シ之レニ對スル卑見ノ如キハ他日之ヲ發表スル所アランコトヲ約セリ爾後法曹會ニ於テハ募集答案ノ中ニ就テ其最モ優等ト認ムルモノ三箇ヲ採リ之ヲ同會記事第二十二號內外法律ニ關スル事項欄內ニ揭載シタリ之ヲ一讀スルニ其議論ヤ周密論理亦正確ニシテ坊間註解書ニ說ク所ノ比ニアラズ然レ𪜈其議論ノ歸着スル所若クハ其論據ニ於テ往々卑見ノ所在ト其趣キヲ異ニスルモノアリ故ニ余ハ茲ニ一々其答案ヲ揭示シテ之ヲ辯難論駁スルノ煩ヲ用ヰス別ニ自家ノ所見ヲ披陳シ聊以テ前約ノ責ヲ塞クニ止メントス讀者若シ曩日ノ問題ニ附言スル所幷ニ前述記事ノ答案ヲ參照シテ以テ一讀ノ勞ヲ吝ムナクンハ幸甚

第一問ハ民事訴訟法第五十條ノ規定ニシテ共同訴訟人ノ間ニ於テハ特ニ利益ノ點ニ於テノミ互ニ相代理スルモノトセハ其共同訴訟人ノ一部ハ全体ニ有益ナル攻擊又ハ防禦ノ方法ヲ用ヰ他ノ一部ニ於テハ却テ有害ノ方法ヲ用ヰ

0265

タルトキ若クハ其一部ハ爭ヒ又ハ認諾セス他ノ一部ハ爭ハス又ハ認諾シタルトキ約言スレハ共同訴訟人中ノ攻擊若クハ防禦方法ニシテ利害相牴觸スルトキハ如何ト云フニ在リ

世間最モ信用アル或ル註解者ハ此場合ニ於テハ裁判所ハ第二百十七條ノ規定ニ從ヒ自由ナル心證ヲ以テ判斷ヲ爲ス可シト云ヘリ

此註解之ヲ普通共同訴訟(必要的共同訴訟ト分ツ)若クハ獨逸訴訟法第五十九條ノ解釋トセハ或ハ其當ヲ得ルモノアラン(獨逸訴訟第五十九條ニハ我民訴第五十條第二項及ヒ第三項ノ規定ナシ故ニ云)然レトモ之ヲ我民訴第五十條ノ註解トシテハ全ク其當ヲ得サルモノト斷言セントス其故何トナレハ第五十條第二項ニ於テハ利益ハ之ヲ他人ニ及ホスコトヲ定メ仝第三項ニ於テハ一人ノ爭フ者若クハ認諾セサル者アル時ハ總テノ共同訴訟人之ヲ認諾セサルモノト看做ストアリテ此規定タル何レモ明カニ自由的心證判斷ノ範圍ヲ制限スルモノナレハナリ民訴第二百十七條ハ民法又ハ訴訟法ノ規定ニ反セサル限リニ於テ自由ナル心證判斷ヲ許スノミ既ニ法律ノ規定ヲ以テ攻擊防禦方法ノ取捨ヲ限定ス裁判所ハ之ニ羈束セラレサルヲ得スサレハ假令裁判所ノ心證ニ於テハ有害ノ方法又ハ爭ハサルコト若クハ認諾ヲ以テ眞實ナリト判斷スルモ苟クモ他ニ利益アル方法ヲ用ヰル者爭フ者若クハ認諾セサル者アルトキハ裁判所ハ其數其人ノ如何ニ拘ハラス必ススヤ法律ノ規定スル所ニ從ハサルヲ得ス如何ンソ之ヲ自由ナル心證判斷ニ依ルト云フヲ得ンヤ蓋シ前說ヲ爲ス者ハ畢竟其利益ノ他ニ及フコトヲ知テ未タ不利益ハ之ヲ他ニ及ホサス有益ノ方法ハ以テ他ノ不利益ナル方法ノ効力ヲ抹殺シ去ルノ主義タルコトヲ覺ラサルニ坐スルノミ

夫レ然リ果シテ之ヲ然リトセハ本問ニ對スル解答ハ蓋シ自カラ明カナラン即チ

凡ソ利益アル方法ヲ用ヰル者ト不利益ナル方法ヲ用ヰル者トアルトキハ其人其數ノ如何ニ拘ハラス一ニ其利益アルモノニ依リテ判斷シ其他ヲ顧ミサルコト

又爭フ者ト爭ハサル者アルトキハ總テ之ヲ爭フ者ト看做シ又認諾スル者ト認諾セサル者トアルトキハ總テ認諾セサルモノト看做ス可キナリ

第二問ノ解答

第二問ハ必要的共同訴訟人中ノ一部ハ其一審若クハ第二審ノ判決ニ服從シタルモ他ノ一部ニ於テ之ニ不服ナルトキハ其不服者タル一部ノ者ノミニテ上訴シ得ルヤ否ヤ

若シ之ヲ爲シ得ルモノトスルトキハ上訴ニ就テハ當然相互ノ代理權アリト云フ可カラス然ラハ若シ上訴審ニ於テ前審ノ判決ヲ覆ヘシ前後反對ノ判決ヲ見ルニ至ルトキハ如何此場合ニ於テモ尙ホ此上訴審判決ノ效力ハ其上訴セサル者ニ及フ可キヤ如何ト云フニ在リ

初段ノ問題ニ付テハ共同訴訟人中ノ一部ノミニテ上訴シ得ヘシト斷言セン抑ヽ權利關係カ合一ニノミ確定ス可キ共同訴訟ハ講學上之ヲ必要的共同訴訟(Notwendige jfreityeuossenshaft)若クハ分離ス可カラサル共同訴訟(unertreumliche jtreityeuossenshoft)ト稱スト雖トモ畢竟是レ其權利關係カ合一ニノミ確定ス可ク權利關係カ分離ス可カラサルモノトノ義ニ過キスシテ法律上必シモ別箇ニ訴フルコトヲ得ス又ハ裁判ス可カラストノ謂ヒニ非ス故ニ其共同原告ノ一部而已ニテ起訴スル場合若クハ共同被告ノ一部ノミ訴ヘラレタル場合ニ於テモ共同權利者ノ全員カ共同原告トシテ訴ヘ又ハ共同義務者ノ總員ヲ被告トシテ訴ヘラルヽマテハ本案ノ辯論ヲ拒ムトノ抗辯即チ共同必要ノ抗辯(exceptio peurium citis consortum)ハ特ニ法律ニ於テ共同ヲ必要トスル規定アル場合ノ外ニ於テ爲シ得ヘキニ非ス而シテ我現行法律上之ヲ必要トスル場合ハ主參加ノ訴ニハ本訴訟ノ當事者双方ニ對シテ訴フヘク(第五十一條第一項)廢罷訴權ノ訴ニハ共謀ノ原被告ニ對シテ訴フヘク(同上第二項)婚姻緣組事件ニ付キ檢事又ハ第三者ヨリ訴ヲ起ストキハ夫婦又ハ養親子ヲ以テ相手方ト爲ス(二十三年法律第百四號第十六條)ヲ要スル等僅々ノ場合ニ過キス故ニ此他ノ共同訴訟ニ在テハ所謂訴訟必要ノ防訴抗辯(形式的一種ノ延期抗辯)ヲ爲シ得可キニ非スサレハ共同訴訟人ノ一部ノミニテ上訴シ得ヘキコト亦疑ヒナキ所ナラン

後段ノ問題ニ付テハ上訴ニ付テハ問題ニ云フ所ノ如ク相互ノ代理權アルコトナシ然レトモ期日期間ニ就テハ法文上相代理スルノ權アルカ故ニ若シ夫レ既ニ期間內ニ上訴スル者アルニ於テハ他ノ共同訴訟人ハ上訴期間經過ノ

0267

後ト雖モ其上訴ニ加ハリ得ルコトハ勿論ナリ而カモ總テノ共同訴訟人ニシテ之レニ加ハラサル限リハ上訴ハ即チ上訴シタル者ノ上訴ニシテ他ハ之レニ與ラス然レ𪜈其上訴ノ結果ノ効力ハ他ノ上訴ニ與カラサル共同訴訟人ニモ亦當然及フモノナリト斷言セン

今先一部分ノ爲シタル上訴ニシテ棄却セラレタリト假想セン乎此場合ニ於テハ前審判決ノ儘ニ確定ス可キカ故ニ棄却判決ノ効力ノ及フト否トニ因テ差違ナシ從テ說明ノ必要ナシ然レトモ

若シ一人若クハ一部ノ爲シタル上訴ニシテ其理由アルモノト認メラレ上訴審ニ於テ更ラニ正反對ノ判決ヲ爲シタリトセン乎此場合ニ於テモ此判決ノ効力ハ仍ホ他ノ上訴セサル者ニ及ハサルヲ得ス其所以ンハ所謂必要的共同訴訟ハ他ノ訴ノ併合ノ場合若クハ通常共同訴訟ノ場合ト異ナリ究竟其訴ノ目的タル權利關係カ合一ニノミ確定ス可キモノ即チ不可分的ノ關係タルカ故ニ在リ尙ホ之ヲ詳言スレハ前審ノ判決ハ共同訴訟人中不可分的權利關係ノ存在スルコトヲ確定シタルモノトセハ上訴審ニ於テ此關係ハ存在スルコトナシト覆審スルトキハ其判決ハ獨リ某々ニ對シテ此關係ナシト裁判スルニ非スシテ其關係全部ノ存在セサルコトヲ判定スルモノナルガ故ナリ而シテ此上訴判決ノ効力ヲ及ホスハ常ニ其利益ヲ及ホスニ歸着スルガ故ニ他ノ訴訟人ニ於テ異議ノ謂フ可キナシ

論者或ハ疑ハン若シ上訴審ノ判決ニシテ不利益ナル結果ヲ生シタルトキハ其不利益亦他ノ共同訴訟人ニ及フナラント余ハ此疑問ニ對シ必要的共同訴訟ノ上訴ニ在テハ決シテ不利益ナル結果ヲ生シテ之ヲ他ニ及ホスニ至ルコトナシト斷言セントス其所以ニハ凡ソ上訴ヲ爲ス者ハ前判決ニ不服ヲ唱フル者ナリ不服ヲ唱フル所以ニハ蓋シ其不利益ヲ感ズルガ故ノミ而シテ必要的共同訴訟ニ在テハ各自利害ヲ異ニスルコトナシ故ニ一人ノ不利トスル所ハ即チ總テノ共同訴訟人ノ不利トスル所タラサルベカラス共同ノ不利益ヲ感シテ上訴スル者ハ共同ノ利益ヲ主張スル者ナリ夫レ然リ而シテ我民事訴訟法ハ上訴者ノ不利益ト爲ルヘキ裁判ヲ爲スコトヲ許サヽレハナリ(不利益

ノ裁判ヲ爲スコトヲ許サヽルコトハ第二百三十一條第四百十一條第四百二十條第四百二十五條第四百四十五條等ノ法文ニ依テ自カラ明白トス）

論者又或ハ云ハン我民事訴訟法ニハ其第四百二十五條ニ於テ特別ノ規定アリ即チ相手方ヨリ控訴又ハ附帶控訴ノ方法ヲ以テ判決ニ付キ不服ヲ申立ルトキハ其部分ニ限リテハ控訴人ノ不利益ニモ變更スルコトヲ得可キナリ故ニ上訴者ノ不利益ト爲ルヘキ裁判アルヘキ場合ナシト云フヲ得スト實ニ然リ然レトモ此場合ニ在テハ相手方ノ控訴ハ通常起訴ノ手續ニ從フヘク又附帶控訴ノ場合ト雖トモ共同訴訟ニ在テハ總テノ共同被告附帶控訴ノ）ヲ併セテ被控訴人ト爲ス可キカ故ニ即チ通常ノ場合ト同シク己レ自カラ受ケタル判決ノ効力ヲ受クルモノタルニ外ナラサルナリ

第三問ノ解答

第三問ハ第五十條第四項ノ規定ニ因リ出頭シタル共同訴訟人ノ行爲若クハ不行爲ノ効果ハ總テ他ノ欠席者ニ及フヘキコトハ猶ホ訴訟代理人ノ行爲ノ結果カ訴訟本人ニ及フカ如シ然レハ夫ノ第六十五條第二項ノ規定ニ依リ特別ノ委任ヲ要スル和解、抛棄、認諾等ニ就テハ如何、換言セハ出席者ノ爲シタル和解抛棄認諾ノ効力亦當然其欠席者ニ及フヘキヤ否ヤニアリ

此問題ニ對シ同前註解ニハ和解抛棄認諾ハ出頭セサル者ノ爲メニ之ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ代理人ハ特別ノ委任アルニ非レハ此等ノ權ヲ有セサレハナリト云ヘリ

余ヲ以テ之ヲ見レハ此說又誤レリ而シテ其誤解ヲ來シタル原因ハ本條特定ノ代理權ト第六十五條ノ訴訟代理委任トヲ同一視シタルニ在リ蓋シ訴訟代理ハ普通辯護士ニ依ルヲ要シ書面委任ヲ必要トシ殊トニ處分權ニ關スル事項其他重大ノ行爲ニ就テハ第六十五條第二項ノ特別委任ヲ要スルコトハ固ヨリ論ヲ俟タス然レトモ此規定ハ畢竟通常訴訟代理人ノ委任ニ必要ナル而己ニシテ本問題ノ場合ノ如キ單ニ共同訴訟人タルノ故ヲ以テ法律ニ於テ特定シタル一種特別ノ法律上代理ノ場合ニ適用ス可キモノニ非ルナリ既ニ此理ヲ解スルトキハ本問ノ解答亦太タ容易ナル可シ即チ左ノ如シ

必要的共同訴訟ノ場合ニ在テハ第五十條第四項ノ規定ニ依リ欠席者ハ出席者ニ代理セラルヽ者ト爲スカ故ニ裁判所ヨリ見ルトキハ法律上欠席者ナキ

0269

ナリ從テ其欠席者ノ爲シタル自白認諾拋棄和解ハ總テノ共同訴訟人自カラ之ヲ爲シタルモノナレハ其効力亦當然總テノ共同訴訟人ニ及フモノトス

第四問ノ解答

第四問ハ裁判所ノ管轄ニ就テハ事物上ノ管轄ト土地ノ管轄トヲ問ハス共同訴訟ニ於テモ一人ノ原告若クハ一人ノ被告タル場合ト同一ナルヘキコトハ學理上ノ本則ナラン然ラハ若シ數人ノ共同訴訟人ニシテ數多ノ裁判所ノ管轄區内ニ散在スルトキハ如何シテ其管轄裁判所ヲ定ム可キヤ

此疑問ニ就テハ豫レメ一言ヲ要スルモノアリ蓋シ裁判所ノ管轄ハ苟クモ裁判所ノ構成法又ハ訴訟法ノ設ケアル國ニ在テハ法律ノ成文以テ之ヲ規定スルヲ通例トス我訴訟法ノ母法タル獨逸訴訟法ニ於テハ其第三十六條ニ於テ直近上級裁判所カ管轄裁判所ヲ指定ス可キ場合ノ一トシテ本問題ノ場合ヲ掲ケタリ然ルニ我訴訟法ハ其第二十六條ニ於テ特ニ獨逸訴訟第三十六條第四ノ場合ノミヲ規定シ其第一及ヒ第二ノ場合ハ之ヲ裁判所構成法第十條第一及ヒ第二ニ於テ之ヲ規定ス而シテ別ニ本問題ノ場合ノ規定ナシ是レ此疑問ノ因テ生スル所以ントス

此疑問ニ對スル法律取調委員ノ說即チ法律ノ規定ナキカ故ニ第二十五條ノ規定ニ依リ原告ト管轄裁判所ヲ撰擇スルノ權アリトノ說ノ非ナルコトハ既ニ曩ノ問題ニ附陳シタル所ヲ以テ論駁シタレハ今復茲ニ之ヲ贅セス

次ニ法曹會ニ於テ(記事第三號第一丁)數箇ノ管轄地ノ住民ヲ一時ニ被告ト爲ストキハ假令住所ヲ異ニスルモ所謂共同訴訟人ナルヲ以テ同一ノ裁判所ニ訴フルコトヲ得ルトノ決議ヲ爲シタル理由ハ蓋シ「便利ハ必要ノ源ナリ必要ハ道理ヲ爲ス」ト云フニ在リ

此說亦輙ク信ス可カラス何トナレハ假令此論法ハ之ヲ或ル場合ニ適當スルモノトスルモ之ヲ本問題ノ場合ノ如キ多數ノ被告人ヨリシテ既ニ法律ノ明許セル普通裁判所籍ニ於テ訴ヲ受クルノ權利ヲ奪ヒ去ルニ至ルヘキ場合ニ適用ス可キニ非レハナリ見ヨ我憲法第二十四條ニハ日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハルヽコトナシ」ト明記セルニ非スヤ之ヲ如何ソ單ニ便利ナリ必要ナリトノ理由ヲ以テ輕々ニ奪却シ去ルヲ得ンヤ」

要之共同訴訟裁判籍ノ「規定ナシト云フニ就テハ何人モ異論ナキカ如シ既

ニ法律ノ規定ナキコトノ明カナル以上ハ本問題ハ之ヲ法文以外ニ於テ他ノ法文ニ背反セサル限度ニ於テ之ヲ論定セサルヘカラス然ルニ前註解者ノ如キハ他ノ法文ニ牽強シテ之レカ説ヲ立タルモノニシテ法曹會ノ決議ハ他ノ法文ノ禁令ヲ侵カスニ至ルモノナリ故ニ之レニ與ミスルコト能ハサルナリ

今先之ヲ他國ノ先例ニ徵センニ佛國ニ於テモ其訴訟法中共同被告ノ共同裁判籍ノ規定ナカリシカ爲メニ屢次正反對ノ判例ヲ生シ容易ニ一定ニ歸スルニ至ラス而カモ歳月ヲ經ルニ從テ結局多數判例ノ力トシテ遂ニ今日ニ至テハ共同被告ノ裁判籍中其一ノ裁判所ニ訴ヘ得ルモノトナレリ然レトモ是唯判例ノ力ニ依テ然ルノミ故ニ學者ニ於テ他ノ普通裁判籍ヲ奪ヒ去ルニ足ルノ理由ノ説明ニ苦ムコト今尚ホ昔日ノ如シ

我國ニ於テハ法律ノ明文ナク又未タ法律ノ不備ヲ補フニ足ルヘキ有力ノ判例ナキノミナラス却テ相抵觸ス可キ法文ノ嚴然トシテ存在スル以上ハ(憲法第二十四條ノ明文ヲ指ス)法理ニ於テモ解釋ノ上ニ於テモ所謂共同訴訟ニ關スル管轄裁判所ハ法律ノ改定若クハ解釋法律ノ發布ヲ待テ始メテ確定ス可キモノト云フヲ外ナキナリ

然レトモ今若シ佛國ノ例ニ倣ヒ法律ノ改正補欠ヲ爲サスシテ強テ之レカ論據ヲ求メントナラハ我國ニ於テハ既ニ習慣アリ習慣ハ即チ法律ナリ故ニ之ニ從フト云ハントス蓋シ法律ノ成文ナキ場合ニ於テ而シテ其脱漏ニ係ルコトノ明カナル場合ニ於テ習慣ヲ以テ一箇ノ法律ト爲シ而シテ之ヲ適用シ得ヘキコトハ普通一般ノ法理トス所謂我國ノ習慣トハ夫ノ訴答文例(第二十四條及第二十七條ノ規定)ニ依テ從來慣行シ來レル所ノモノ即チ是ナリ訴答文例ノ廢止セラレタルコトハ疑ヒナシ然レトモ是レソノ共同裁判籍ノ先例ヲ廢止センカ爲メニ非スシテ寧ロ新法ニ於テ更ラニ定ムル所アラント期シ而シテ之ヲ遺脱シタルモノナルコト明カナリ故ニ若シ此理由ニ依テ共同裁判籍ノ定マリアリトスルニ於テハ即チ法律ニ依テ定マリタル裁判官ノ裁判ヲ受クルモノト謂フヲ得ヘタ從テ少クモ憲法上特定セル臣民ノ權利ヲ奪ヒ去ルモノト云フコトヲ得サレハナリ

第五問ノ解答

第五問ハ共同訴訟人中ノ一人ヨリ期日ノ指定ヲ申請シテ相手方ヲ呼出スコト

ヲ得ルヤ○若シ之ヲ爲シ得ルトセハ同時ニ他ノ共同訴訟人ヲモ呼出スコトヲ要スルヤ否ヤ

訴訟當事者ノ一方ヨリ期日ヲ指定ヲ申請シテ相手方ヲ呼出サシムルヲ得ルコトハ論ヲ俟タズ又既ニ相手方ヲ呼出シテ口頭辯論ヲ開クニ際リ總テノ訴訟關係人ヲ呼出スコトヲ我訴訟法ニ於テハ書記ノ職務ニ屬ス故ニ他ノ共同訴訟人ヲモ呼出スコトヲ要スルコト亦勿論トス

然レトモ一人若クハ一部ノ者ヨリ上訴シタル場合ニ在テハ其上訴セサル者ヲ呼出スヲ要セス其理由ハ前第二問ニ說述シタル所ニヨリテ自カラ明カナラシ

以上曩ニ五大疑問トシテ提出シタル問題ニ對スル臭見ノ大略トス而シテ今茲ニ更ラニ一問題ヲ揭ケ直チニ之レニ臭見ヲ附セントスルモノアリ即チ通常連帶義務(不可分連帶ト分ツ)ニ關スル訴訟ハ所謂必要的共同訴訟ナルヤ如何ト是ナリ

茲ニ此問題ヲ揭クル所以ンハ全國裁判所ノ多數及ヒ辯護士ニ於テモ概ネ之ヲ必要的共同訴訟ト爲シ之レニ第五十條第四項ノ規定ヲ適用シ連帶義務者中欠席スル者アルトキハ之レニ對シテ欠席裁判ヲ爲サス出席者ハ其欠席者ヲ代理スル者ト爲シ以テ對席判決ヲ言渡スト聞クカ故ノミ若シ夫レ此說ニシテ虛ナラシメンカ此疑問ハ全ク一片ノ贅言ニ屬セン而カモ余ハ之ヲ無益ノ辯トシテ一言スレハ

連帶義務ノ關係ハ所謂合一ニノミ確定スヘキモノニ非ス即チ必要的共同訴訟タル可キモノニ非ス從テ第五十條ノ規定ヲ適用ス可キモノニ非ルナリ

抑モ連帶義務ノ特色タル其義務者ノ各自相連帶シテ全部ノ義務ヲ負擔スルニ在リテ即チ其連帶者ノ一人ニ對シテ全部ノ請求ヲ爲スヲ得ヘク又其一人ニテ全部ヲ辨濟シ得ルモノタリ又債權者ハ其中ノ一人若クハ一部ニ對シテ連帶義務ヲ釋放シ得可ク從テ各義務者ハ各自別箇ノ抗辯ヲ爲シ得ヘク從テ又各個人ニ對シテ裁判ノ結果ヲ異ニスルコトアルヘシ之ヲ要スルニ原來其關係ハ合一ニノミ確定ス可キモノニ非ス其適々合一ニ確定スルコトアルモノハ畢竟其防禦抗辯事實ノ認否請求ノ諾否其ニ一途ニ出タルカ爲メニ其結

果亦自カラ合一ニ歸スルニ過キス斯ノ如キハ普通共同訴訟ニ於テモ訴ノ併合ノ場合ニ於テモ往々ニシテ之レアル所トス聞クカ如シハ連帶義務ノ場合ニ於テ第五十條ノ規定ヲ適用スル者アルモ同條第二項及ヒ第三項ノ特例ヲ適用スル者ハ甚タ稀ナリト是蓋シ連帶義務ノ場合ニ於テハ實際此特例ヲ適用ス可キモノニ非ルコトヲ感知スルカ故ノミ既ニ此特例ヲ適用ス可カラサルコトヲ知ラハ特ニ第四項ノ規定ノミヲ適用シ得ヘキニ非ルコトハ多辯ヲ要セスシテ自カラ明カナラン

0273