

民事訴訟法改正ノ要旨ト
其批評

THE MAIN POINTS IN THE REVISION OF THE
CODE OF CIVIL PROCEDURE AND
THEIR CRITICISM

I.

教 授

中 村 宗 雄

PROF. M. NAKAMURA

1926

目

次

第一章 序 論	1
I. 現行民事訴訟法改正ノ機運.....II. 現行民事訴訟法ト 訴訟ノ遲延.....III. 改正事業ノ沿革..... IV. 改正法ノ構成	
第二章 裁判所	12
第一節 管轄ノ種類	12
第一款 土地ノ管轄	13
I. 總說.....II. 普通裁判籍.....III. 特別裁判籍..IV. 牽連裁判籍	
第二款 事物ノ管轄	31
I. 總說.....II. 訴訟ノ目的ノ價格算定ニ關スル規定..III. 改正法ノ規定ノ批評	
第二節 管轄ノ合意、指定竝ニ移送	34
I. 管轄ノ合意並ニ合意ノ擬制(合意管轄並ニ應訴管轄)	
.....II. 管轄裁判所ノ指定.....III. 管轄ノ移送	
第三節 裁判所職員ノ除斥、忌避竝ニ回避	39
I. 總說.....II. 除斥.....III. 忌避.....IV. 除 斥並ニ忌避ノ裁判.....V. 回避	
第三章 當事者竝ニ代理人	44
第一節 當事者竝ニ法定代理人	44
第一款 總說	44
I. 新規定ノ概觀.....II. 能力並ニ法定代理ニ關スル立法	

ノ形式……………**III.** 法定代理並ニ法定代理人ニ關スル規定ノ準用

第二款 當事者能力並ニ訴訟適格 ……………47

I. 總説……………**II.** 非法人社團又ハ財團ノ當事者能力（四六條）……………**III.** 選定當事者（四七八條）

第三款 訴訟能力、法定代理並ニ特別授權 ……………61

I. 總説……………**II.** 訴訟能力……………**III.** 法定代理……………**IV.** 特別授權 ……………**V.** 欠缺ノ補正並ニ瑕疵アル訴訟行爲ノ追認

第二節 訴訟代理人並ニ輔佐人 ……………65

I. 總説……………**II.** 訴訟代理人ノ資格……………**III.** 代理權證明ノ方法……………**IV.** 訴訟代理權ノ範圍……………**V.** 訴訟代理人相互間並ニ當事者本人ニ對スル關係……………**VI.** 訴訟代理權欠缺ノ補正並ニ權限ニ瑕疵アル訴訟代理人ノ爲シタル訴訟行爲ノ追認……………**VII.** 訴訟代理權ノ消滅……………**VIII.** 輔佐人

民事訴訟法

改正ノ要旨ト其批評

中 村 宗 雄

第一章 序 論

I. 現行民事訴訟法改正ノ機運

近年、我國ニ於ケル文化ノ昂上ニ伴フ世相ノ變遷ト、法律學就中、立法技術ノ發達トハ、各方面ニ互リテ新法律ノ制定乃至舊法律特ニ翻譯立法時代ノ舊法改正ノ必要ヲ痛感セシムルニ至ツタ。其結果、新法令ハ逐年、制定ニ踵グニ制定ヲ以テセラルルノ現状ニシテ、手續法ノ方面モ亦其影響ヲ蒙リ、曩ニ破産法、和議法、改正刑事訴訟法、陪審法等ノ制定アリ、今度ハ多年ノ懸案タル民事訴訟法ノ改正遂ニ實現セラレタ。

言フ迄モナク、現行民事訴訟法ハ 明治廿三年ノ制定ニカ、リ、カノ「テヒョー」案ヲ骨子ト爲シ、主トシテ一八七七年獨逸民事訴訟法ヲ母法トセル翻譯立法ナレバ、今日ノ所謂舊法律ノ部類ニ屬シ、其用語ガ著シク異様ナルノミナラズ、其後ニ施行セラレタル民法、商法等ノ規定ト調和セザル點モ尠クナイ。加

之、其制定以來之レト目覺シキ修正ヲ爲スコトナク、僅カ判例ニ依リ補綴ニ補綴ヲ重ネテ今日ニ至レルモノナレバ、【註一】日々に進轉スル時代ノ要求ヲ滿シ能ハズシテ、其運用ニ行詰マレルコト當然ノ事理ニシテ、今日ニ於テ初メテ其改正ヲ看ルハ、他ヲ顧ミテ寧ロ遲キニ失スルノ感ガアル。

【註一】 今回ノ大改正ニ至ル迄ノ一部改正ヲ舉ゲレバ、明治卅一年民法施行法第五四、五五條ニ依ル第七三三、七三四條ノ改正、明治四四年法律第七二號ニ依ル第一六八條削除、第四四八條第二項改正、大正十一年法律第五四號ニ依ル第二七七條ノ改正ノ三同ニ過ギヌ。之レヲ獨逸民訴法ガ一八七七年ノ公布以來、一九〇〇年、一九〇八年、一九一四年、一九二四年、ノ數回ニ互リ徹底的ニ改正ヲ行ヒ、時代ノ變遷ニ順應シタルニ比シ、我現行法ガ如何ニ時代遅レナルカヲ想ハセル。

去レバ此度民訴改正案、議會ニ提出セラル、ヤ、勿論、各個改正ニ關シテハ異見モアリ、又改正案發表後數ヶ月ヲ經ルニ過ギザルヲ以テ、更ニ充分ノ研究ヲ遂グル爲メ一年間審議ヲ延期スベシトノ議論マデ現ハレタルモ、改正ノ趣旨ニ就テハ殆ンド反對スル者ハナカツタ。唯、二三ノ方面ニ於テ【註一】此際必要ナル點ノ改正ニ止メ、全部改正ハ之レヲ行ハザルヲ適當トスルノ意見アリシニ過ギヌ。

【註一】 今村恭太郎氏「民事訴訟法改正ト訴訟ノ促進」(「正義」第二卷第二號所載)、竝ニ改正民訴法案ニ對スル第一東京並ニ帝國辯護士會調査委員報告(「正義」第二卷第三號所載)。余輩ヲ以テ言ハシムレバ、訴訟法規ノ全部改正ハ訴訟ノ不統一ト混亂トナ來サシムル虞アリテ可成之レヲ避クル必要アルモ、素、翻譯立法デアリ、而カモ四十年ノ永キニ互リ舊態ヲ留メシ現行法ノ如キ

既ニ補綴ノ餘地ナク、今回ノ改正ハ萬止ムヲ行ザルニ出ヅルモノト信ズル。唯、今後ハ、必要ニ應ジ、其都度部分的改正ノ行ハレンコトヲ希望スルノミデアル。

II 現行民事訴訟法ト訴訟ノ遅延

現時、我國ノ民事訴訟ガ概シテ遅延シツ、アルコトハ顯著ノ事實デアル。抑モ民事訴訟ハ、如何ニ制度トシテ完璧ナルモ、其手續遅々トシテ進マザレバ、私權擁護ノ實ヲ全フシ得ヌ。尤モ事件ノ種類ニ因リ、例之、離婚請求事件、或ハ又當事者双方感情ニ趨レル事件ノ如キ、屢々、事件ノ審理進捗セザルガ爲メ、反ツテ當事者間ノ感情融和セラレテ満足ナル解決ニ至ルコトアルハ、素ヨリ攷フベキ所ナルモ、原則トシテ、訴訟ハ迅速ニ處理セラルベク、努メテ其遅延ヲ避クル必要アルハ論ヲ俟タヌ。然ルニ訴訟ノ遅延ハ、各國ニ通ズル弊ニシテ、【註一】單リ我國ニノミ存スル現象ニハアラヌ。今其原因ヲ索ヌレバ、尠クトモ我國ニ於テハ、訴訟ノ衝ニ當ル司法官竝ニ辯護士ガ其責ノ一半ヲ負フベキモノト信ズルモ、其禍根ノ大半ハ、制度夫レ自體ノ罪ニ歸スベキモノニシテ、或ハ手續繁雜ニ過ギテ輻湊セル事件ヲ處理スルニ足ラズ、或ハ又手續ノ構成其宜シキヲ得ザルガ爲メ訴訟ノ促進ヲ阻ムガ如キ缺陷ニ基クモノデアル。去レバ我今回ノ改正ガ、其理由書ノ冒頭ニ謂フガ如ク「現行法中訴訟遅延ノ原因ト認ムベキ諸規定ヲ改メ、專ラ其圓滑ナル進捗ト審理ノ適正トヲ圖ル」ヲ以テ主眼ト爲セシコトハ、各個改正ノ當否

ハ別論トシテ、目的ニ於テ洵ニ肯綮ヲ獲タルモノト謂ハザルヲ得ヌ。【註二】

【註一】 我母法タル獨民法ノ下ニ於テモ亦同様ニ存シ、一九二四年ノ大改正ハ主トシテ此弊ヲ矯正シテ訴訟ノ促進ヲ圖ルニアツタ (Vgl. Lucas u. Richter: -Zivilprozessreform. Bd. II. S. 9.)。又一八九八年ノ獨民法ハ、獨民法實施ノ結果ヲ斟酌シ、手續ノ進捗ヲ主眼トシテ立法セラレタルモノニシテ、施行後著シク成績ヲ擧ゲタリシモ、大戰後ハ事件輻湊ノ爲メ甚シイ遲延ニ陥ツテ居ル。

【註二】 吾人ハ現時ノ民事訴訟制度、就中三審制度ノ價值ニ就キ深キ疑ヲ懷クモノニシテ、既ニ、戰中、戰後ニ施行セラレシ獨、境司法事務輕減法 Entlastungsnovelle ニモ、此制度自體ニ對スル改革ノ片鱗ガ現ハレテ居ル。併シナガラ現行制度ノ根本改革ハ、其改革ニ因ル他ノ國家機關トノ調和、司法官並ニ辯護士ノ地位昂上乃至素質改善ノ必要等各方面ニ亘リテ關聯シ、到底一朝一夕ニ解決セラルベキ問題デナイ。從ツテ今次ノ改正ガ單ニ手續法改正ノ程度ニ止マリシハ、素ヨリ止ムナキ所ナルモ、遠カラズ更ニ根本的ナル改正ノ必要、相踵テ至ランコトヲ信ジテ疑ハヌ。

爰ニ注意スベキハ、今村所長^(東京地方裁判所)ガ、我國ノ民事訴訟ニ著シキ遲延ナシト斷ゼラレ、東京地方竝ニ區裁判所ノ事件終結統計ヲ擧ゲラレシコトデアル。【註一】 勿論、訴訟ノ遲否トハ比較ノ問題ニシテ、人ニ依リ其標準ヲ異ニスベキモ、今日、辯護士トシテ、若シクハ訴訟當事者トシテ、事件ヲシキ事件ガ餘リニ長引クノ感ナキ能ハザルハ否定スベカラザル事實デアリ、且ツ又、一例トシテ次ニ掲グル境地利司法統計ハ、【註二】 如何ニ我國ニ於ケル民事訴訟ノ進行ガ緩漫ヲ極ムルカヲ如實ニ示シテ居ル。而カモ尙、我國ノ訴訟ニハ著シキ遲延ナシトハ到底吾人ノ

承服シ得ザル所デアル。

【註一】 同氏前掲論文(「正義」第二卷第二號所載)竝ニ同氏談「誰カ云フ、民訴遅延スト」(法律新聞第二四八三號所載)。尙、民訴改正ニ關スル東京第一竝ニ帝國辯護士會調査委員ハ、其調査報告(「正義」第二卷第三號所載)中ニ於テ「訴訟進行ノ現状ハ著シキ遅延ナシ」ト發表セルモ、其根據トスル所、今村所長ノ前記統計以外ニ出テザルノミナラズ、按ズルニ、此意見ハ、改正法反對ノ理由ヲ多カラシメントシテ深キ研究ヲ經ズシテ發表セシモノナルベク、特ニ反駁スルノ要ヲ看ヌ。

【註二】 參考ノ爲メ「一九一二年度奧地利司法統計中ヨリ、各審級裁判所ニ於ケル事件終結統計ヲ抜粹シ、今村所長ノ示サル、統計ト對比セシメタ。兩統計ニ現ハレタル「一年以上繫屬セル事件ノ總數ニ對スル百分比」ヲ比較セラレンコトヲ希望スル。但シ、二審若シクハ三審ヲ通ジタル事件繫屬月數ニ關シテハ、遺憾ナガラ我國ノ統計ヲ手ニスルヲ得ザリシモ、奧地利ノ司法統計ハ、大審院迄繫屬シタル事件ニシテ、三審ヲ通シテ二ケ年ヲ超ユルモノ僅カ總數ノ 8.4%(八分四厘)ニ過ギザルコトヲ示シテ居ル。正確ナル斷言ヲ憚カルモ、經驗ニ徴シ、恐ラク我國トハ莫大ノ逕庭アルコト、考ヘル。

尙奧地利現行民訴施行前ノ民訴統計ハ Entwurf einer Civilprozessordnung (Regierungsvorlage) 1881. Wien. ノ附録中ニ、又其施行直後ノ統計ハ Klein:-Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses, 1900, Wien. S. 7. unten.ニ掲載セラル。

III. 改正事業ノ沿革

現行民事訴訟法改正ノ議ハ、既ニ民法編纂當時ニ興リ、明治廿八年、司法省ニ民事訴訟法調査委員會ヲ設ケテ其改正ニ着手シタルヲ此事業ノ發端トスル。然ルニ其改正事業案外ニ果取ラズシテ民法ノ施行ニ間ニ合ハザリシガ爲メ、明治卅二年、新設ノ法典調査會ガ之レヲ引繼ギ、同卅六年ニ至リテ民事訴訟法改

奥地利民事裁判所ニ於ケル事件終結統計 (一九一二年)

Aus dem "Tafelwerke zur österr. Justiz-Statistik, 1912." bearb. v. d.
Bureau der k.k. statistischen Zentralkommission, Wien 1915.

裁判所ニ於ケル事件終結統計
裁判所ニ於ケル事件終結統計
裁判所ニ於ケル事件終結統計

第一審 A. 區裁判所 小額事件 通常事件 B. 地方裁判所 通常事件

844,544	777,079	57,766	8,085	1,614(六ヶ月以上)	0.19%
459,833	369,501	69,168	15,418	5,040	706
32,202	14,429	9,484	5,324	2,337	628

2%

上訴審ニ於ケル事件終結月數

一ヶ月以内	一ヶ月以上三ヶ月以内	三ヶ月以上六ヶ月以内	六ヶ月以上一年以上
22,775	18,020	6,069	586
6,718	3,846	2,510	320
9,350	3,843	3,975	1,385

各審ヲ通ズル事件終結月數

六ヶ月以内	六ヶ月以上一ヶ月以内	一ヶ月以上三ヶ月以内	三ヶ月以上六ヶ月以内	六ヶ月以上一年以上
13,936	6,266	2,122	351	1.5%
2,387	2,868	1,174	289	4.3%
801	4,460	3,208	791	8.4%

第二審 A. 地方裁判所 B. 控訴院 第三審 大審院 備考

東京地方控訴院ニ區裁判所ニ於ケル民事事件終結統計 (今村所長ノ公表シタル所ニ據ル)

事件總數
事件總數
事件總數

東京區裁判所 大正七年度 大正十一年度 東京地方裁判所 大正七年度 大正十一年度

12,243	7,953	1,880	956	83	5%
13,495	6,445	3,937	1,429	1,040	5%
3,075	1,002	765	596	343	12%
9,257	1,480	2,658	2,037	1,588	16%

正案(舊法典調査會案)ヲ發表シタルモ、此案ハ一九〇〇年ノ修正獨逸民事訴訟法ト殆ド變リナク、其儘成案ト成ラズシテ畢レルハ何人モ知ル所デアル。

其後明治四十四年ヨリ、法律取調委員會ガ更ニ此案ヲ基礎ト爲シ、墺地利民事訴訟法、匈牙利民事訴訟法等ヲ參考トシテ新案ノ起草ニ着手シ、大正八年ニ至リ司法省内ノ民事訴訟法改正調査委員會之レヲ引繼キ、漸クニシテ大正十四年秋成案ノ脱稿ヲ見ルニ至ツタ。此案ハ獨立法典ノ形式ヲ執リ、總則、第一審ノ訴訟手續、上訴、再審竝ニ督促手續ノ五編ヲ以テ構成シ、現行法第一編乃至第五編ニ代ラシムルコト、爲シ、第六編強制執行以下竝ニ人事訴訟手續法ニハ手ヲ觸レテ居ラス。

此案ニ對シ、法制局ハ全編ニ互リ最後ノ修正ヲ加ヘ、且ツ獨立法典ノ形式ヲ廢シテ、現行法中改正法律案(即チ第一編乃至第五編全部改正、第七編以下一部改正)ノ形式ニ改メ、政府ハ、大正十五年二月、其施行法案竝ニ其他關聯スル諸法律改正案ト之レヲ一括シテ議會ニ提出シタ。

【註一】而シテ此案ハ貴族院竝ニ衆議院ニ於テ若干ノ修正ヲ加ヘラレシモ無事兩院ヲ通過シ、四月廿二日法律第六一號「民事訴訟法中改正法律」トシテ裁可公布セラレタ。其施行期日ハ追テ勅令ニ依リ定メラルベキモ、貴族院ニ於ケル江木法相ノ言明ニ依レバ、大正十七年度(陪審法施行ノ年)ヨリ施行ノ豫定デアルト。尙之レト同時ニ裁可公布セラレタル關係改正法律ヲ舉グレバ以下ノ如クデアル。

民事訴訟法中改正法律施行法(大正十五年法律第六二號)

民事訴訟法費用法中改正法律(同年法律第六三號)

民事訴訟用印紙法中改正法律(同年法律第六四號)

商事非訟事件印紙法中改正法律(同年法律第六五號)

人事訴訟手續法中改正法律(同年法律第六六號)

非訟事件手續法中改正法律(同年法律第六七號)

競賣法中改正法律(同年法律第六八號)

民法中改正法律(同年法律第六九號)

破産法中改正法律(同年法律第七〇號)

明治卅二年法律第五〇號<sup>(外國人ノ署名捺印及)
無資力證明ニ關スル件)</sup>中改正法律(同年法律第七一號)

【註一】 政府ハ此案ヲ先ヅ貴族院ニ提出シ、貴族院ハ廿六ヶ條ニ修正ヲ加ヘ、其廻附ヲ受ケタル衆議院ハ更ニ一ヶ條ヲ削除、十六ヶ條ニ修正ヲ加ヘタ。併シナガラ僅カ衆議院ガ口頭辯論ノ第一期日一同ニ限リ當事者合意ニ因ル期日變更ヲ認メタルト(第一五二條三項)、上訴ノ制限ヲ撤廢シタルト(草案第三六一條)ノ外、別段ニ根本的修正ヲ加ヘラレテ居ラス。法制局、貴族院並ニ衆議院ニ於ケル修正ノ要旨ハ、加藤博士改正民事訴訟法案概説補遺(法學協會雜誌第四卷第五號所載)ニ述ベラレテアル。

IV. 改正法ノ構成

改正法ガ現行法中一部改正ノ形式ヲ採レルハ、立法技術上ノ便宜ニ出デシモノニ過ギヌ。【註一】即チ改正法ハ現行法第一編乃至第五編四百九十六ヶ條ヲ悉ク改メテ、新タナル四百四十三ヶ條ヲ以テ代ヘシモノニシテ、此部分ニ於テ實質上新立法タル

コトニ淪リガナイ。而シテ其編別ハ、第五編「證書訴訟及ビ爲替訴訟」ヲ削除シ、「督促手續」ヲ獨立ノ一編トシテ之レニ代ヘタル外、現行法ト同一ノ順序ニ遵フモ、各編内、章以下ノ類別ニ就テハ、著シク現行法ト相異シ、遙カ論理的ナル體裁ヲ整エテ居ル。更ニ第六編以下ハ、以上ノ改正ニ關聯スル點ノ個別的修正ニ止メタルモ、假執行ノ宣言ニ關スル規定（現第五〇一條乃至第五一一條）ハ、改正法第一九五條以下ニ其規定ヲ設ケタルガ爲メ削除セラレシコトニ注意ヲ要スル。

【註一】 加藤博士前掲論文（法學協會雜誌第四四卷五號所載）參照。

以上述ブルガ如ク、改正法ハ其形式ニ於テ現行法ヲ一變シタルモ、訴訟ノ構成ニ就テハ現行法ト其根本ヲ一ニシ、唯、適當ナル改正ヲ加ヘテ訴訟進行ノ迅速ト圓滑ヲ期セシモノデアル。而シテ其改正ハ、理由書ノ冒頭ニアル要點ノ摘示ニ依リ明カナルガ如ク、全編ニ互リ大小トナク施サレシモノナルガ、今、其改正ノ基礎トナレル根本思想ヲ索ムレバ、次ノ三點ニ要約セラレ得ル。

第一 辯論ノ集中

辯論ヲ集中シテ期日ノ續行ヲ避クルハ、訴訟ノ進行ヲ迅速ナラシムル所以ニシテ、改正法ハ、此目的ニ因リ、準備手續ヲ擴張シ（^{二四九}條以下）、準備書面ヲ活用シ（^{二四七}條）、又當事者ノ訴訟資料提出ノ自由ヲ著シク制限スル（^{二五五}條）等ノ方法ヲ設ケテ居ル。

第二 訴訟ノ圓滑並ニ簡捷

改正法ガ現行法ニ比シ著シク職權遂行 *Offizialbetrieb* ノ領域ヲ擴メ、或ハ訴訟關係ヲ簡單ニシテ妨訴抗辯ヲ廢シ、管轄ノ移送並ニ訴ノ原因變更ヲ認ムル等ノ方法ヲ採リ、又訴ノ却下、訴訟ノ受繼、原狀回復等ノ手續ヲ簡易ナラシメタルガ如キハ、孰レモ此目的ニ出ヅル。

第三 當事者同等主義ノ高調

訴訟上ニ於ケル原告、被告ノ地位ヲ對等ナラシムルハ、判決ニ對スル不服ノ申立ヲ減少セシメ、結局ニ於テ訴訟ノ終結ヲ促進スベク、其見地ヨリ改正法ハ、證書訴訟、爲替訴訟手續ヲ廢止シ、又缺席判決ヲ廢止シテ特定ノ場合ニ限り記録ニ依ル裁判ヲ以テ之レニ代ヘテ居ル（^{二三}八條）。

改正法ノ基調トセル所ヲ要約スレバ以上ノ如ク、而シテ吾人ハ趣旨ニ於テハ洵ニ妥當適切ナリト信ズルモ、改正法ノ採リタル個々ノ點ニ至リテハ必ズシモ賛同シ得ザルモノ尠クナイ。何分改正法ハ其審議ニ當リ絶對祕密ニ附セラレ、確定案成ルヤ直チニ議會ニ提出セラレシモノニシテ、而カモ其公布後尙日淺キヲ以テ、之レニ對シ未ダ充分ナル研究ヲ遂グル時日ヲ經テ居ラス。從ツテ改正法ニ關スル研究論文既ニ若干現ハレタリト雖モ、之レト纏リタルモノモナク、又資料トシテハ簡單ナル理由書公表セラレタルニ過ギズシテ、調査會ノ審議錄乃至議會ニ於ケル特別委員會議ノ議事錄等ハ未ダ公刊セラレザル狀態ニ在

ル。去レバ改正法ノ組織的研究ハ更ニ他日ヲ期スルコト、ナシ、本稿ニ於テハ改正法ノ大綱ヲ序シ、現行法ト比較論評スル程度ニ止ムル【註一】

【註一】 改正法ハ、各方面ニ亘リ埤地利民事訴訟法ヲ其範ニ執リ、且ツ一九二四年ノ獨乙民事訴訟法改正トモ著シク一致スル點アルヲ以テ、此等ハ改正法ノ批評ニ充分ナル資料トナリシコトヲ附言スル。

第二章 裁 判 所

第一節 管轄ノ種類

管轄ニ關スル改正法ノ規定ハ、現行法ト其根本趣旨ニ於テ變
ル所ナキモ、尙著シキ相違ヲ示シテ居ル。先ヅ改正法ハ、現第一
條ヲ削除シ、事物ノ管轄ヲ其規定ノ範圍外ト爲スト共ニ、土地
ノ管轄ハ之レヲ裁判籍トシテ規定シ、現行法ノ如ク土地ノ管轄
ナル用語ノ使用ヲ避ケテ居ル。蓋シ管轄トハ裁判所ノ權限ノ謂
ヒナレバ、其基本規定ハ當然裁判所構成法ニ於テ規定スベク手
續法タル本法ニハ、單ニ管轄ニ附隨スル手續規定ヲ置クノ趣旨
ニ出ヅルモノト考ヘラレル。併シナガラ土地ノ管轄ト云ヒ、裁
判籍ト云フモ、其指ス所一ナルヲ以テ、形式上ハ兎モ角、實質
上、管轄ニ關スル基本規定ガ裁判所構成法ト民事訴訟法トノ間
ニ分割セラル、コトニ渝リナク、而カモ現第一條削除ノ結果、
兩者ヲ統一スル規定ヲ缺クコト、ナツタ。要之、管轄ニ關スル
基本規定ハ、舉ゲテ民訴手續法ノ總則中ニ規定スベカラザル理
由ナキガ故ニ、一括シテ獨立ニ立法セザル以上、【註一】本條ハ
之レヲ存置スルヲ適當ナリシモノト信ズル。

【註一】 奧地利法ハ、裁判所ニ關スル規定ヲ獨立セル司法管轄法 Jurisdikt-
ionsnorm ニ一括シテ居ル。

次ニ、管轄ヲ決定スベキ時期ニ關シ、現行法ハ單ニ訴訟物ノ

價格算定時期ヲ定ムルニ過ギザルモ^(現三條一項)、改正法ハ廣ク「裁判所ノ管轄ハ起訴ノ時ヲ標準トシテ之レヲ定ム」ト規定シタ^(二九條)。但シ改正法ニ於テハ、爾後管轄ノ恒定スベキ趣旨、既ニ此規定ニ因リ明カナルモノトシテ、現行法ノ如ク其旨ノ別段ナル規定ヲ設ケテハ居ラス^(現一九五條二項二號)。

管轄ニ關スル事項ノ調査ニ關シテハ、改正法ハ職權主義ヲ擴張シ、裁判所ガ職權ニ因リ凡ベテノ證據調ヲ爲スコトヲ許シテ居ル^(二八條)。元來、此等事項ハ所謂職權調査事項ニシテ、而カモ調査ヲ要スルハ訴訟ノ目的ノ價格ノミニ限ラザルヲ以テ、現行法ノ如キ制限ヲ置クノ謂レナク^(現六條二項)、改正法ノ規定ヲ以テ適當トスル。

總轄スルニ、管轄ニ關スル改正法ノ規定ハ、簡潔ニシテ用語妥當ナル點、現行法ニ比シ遙カ立優ツテ居ル。【註一】

【註一】 但シ、以下夫々ニ就テ述ブルモ、用語簡潔ニ過ギテ、反ツテ允當ヲ缺キ(四條一項、五條等)、若シクハ思ハザル缺陷ヲ生ジタル場合(廿一條)モアル。就中、吾人ノ目障リナルハ開卷第一條ノ「普通裁判籍所在地」デアル。元來、所在トハ「物ノ在ル狀態」ヲ示ス語ナルニ、之レヲ以テ無形ナル裁判籍卽チ人ノ被告トシテノ訴訟上ノ地位ノ存在ヲ表示セシメントシタルハ、權威アル條文ノ用語トシテハ亂暴ニ過ケル。獨乙民訴法ハ人ガ普通裁判籍ヲ有スル地(同十二條)ト謂ヒ、奧司法管轄法ニハ「被告ガ普通裁判籍ヲ有スル地」(同六五條)トアル。現行法ガ「普通裁判籍アル地」ト云ト云ヘルヲ改ムベキ理由、毫モ存セヌ。

第一款 土地ノ管轄

I. 總 説

改正法ガ、土地ノ管轄ヲ裁判籍トシテ規定シ、裁判籍ヲ分チテ普通裁判籍ト特別裁判籍ト爲スコト現行法ニ同ジイ。但シ特別裁判籍トハ學術上ノ用語ニ止マリ、改正法ハ終始「裁判籍」ナル用語ヲ避クルモ、其規定スル所「特別裁判籍」ナルコトニ淪リガナイ。

改正法ハ、普通裁判籍若シクハ特別裁判籍ガ競合シタル場合、原告ガ任意ノ管轄裁判所ヲ選擇シ得ルコトヲ當然ノ事理トシテ、管轄ノ選擇ニ關スル現第廿五條ヲ削除シ、唯、專屬管轄ノ定メアルトキハ、其管轄ガ優先スル旨ヲ規定スルニ止メテアル^(二七)_條。

II. 普通裁判籍

第一 自然人ノ普通裁判籍

人ノ普通裁判籍ハ先ヅ其住所ニ依リテ定マル^(改二條一項)_(現十條一項)。但シ改正法ハ、所謂「法定住所」 Gesetzlicher Wohnsitz ヲ認メズシテ現第十一條ヲ削除シタルヲ以テ、普通裁判籍ハ原則トシテ民法ノ住所ト一致スル。

次ニ、住所ニ因リ普通裁判籍ヲ定メ得ザル場合ノ爲メ、改正法ハ、日本ニ住所ナキトキ又ハ、住所アルモ知レザルトキハ、居所【註一】ニ依リ普通裁判籍ヲ定ムル旨ヲ規定スル^(二條項前段)。單ニ住所ノ知レザル場合ニモ居所ニ依ラシムルハ、新タニ改正法ノ規定スル所ニカ、リ、適當ノ改正タルヲ失ハヌ

(現第十三條參照)。

【註一】 改正法ハ、現行法ノ如ク現在地ト謂ハズシテ居所ト改メタルガ、其指
ス所ハ一デアアル。元來、現在地トハ獨民訴法ノ Aufenthaltsort, ノ譯語ニシ
テ、此裁判籍ハ、住所ニ準ズル永續的居住場所ニ存スルモノナレバ、現在地
トハ適譯デナイ。改正法ガ之レヲ居所ト改メタルハ當然デアアル。

而シテ居所ニ依リ普通裁判籍ヲ定ムベキ場合、其居所モナ
ク又ハ居所アルモ知レザルトキハ、内國ニ於ケル最後ノ住所
ニ依リ之レヲ定ムルコト現行法ト同ジイ(改二條二項後
段現十三條)。而シ
テ以上ニ該當セザル者ハ結局ニ於テ我國ニ普通裁判籍ナキモ
ノナレド、大使、公使其他外國ニ在リテ治外法權ヲ享クル日
本人ナルトキハ、其者ノ普通裁判籍ヲ東京市ニ置クコト(三
條)
趣旨ニ於テ現第十二條ト異ナラス、唯、擬制ノ形式ヲ執ラザ
リシモノデアアル。

人ノ普通裁判籍ニ關スル規定、以上ノ如クナルモ、改正法
ニ於テハ、最後ノ住所ニ依ル普通裁判籍ニ何等ノ制限ヲ設ケ
ズ、現第十三條二項ニ該ル規定ヲ缺イテ居ル。其結果トシ
テ、一度我國ニ住所ヲ置キシ者ニハ其最後ノ住所ニ普通裁判
籍ガ無條件ニ存續スルコト、ナリ、我國裁判所ハ、既ニ外國
ニ定住シテ我國ト何等ノ關係ナキ場合ト雖モ、尙其者ニ對ス
ル一切ノ訴ヲ管轄スル。斯ク廣汎ニ普通裁判籍ノ效力ヲ認ム
ルハ、裁判籍ノ本質ニ背反シ、被告タル者ニ不當ノ損害ヲ與フ
ルノミニ止マラズ、更ニ我國裁判所ヲシテ純然タル外國事件
ニモ管轄權ヲ有セシムルノ不當ヲ生ジ、國際民事訟法ノ原

則ニ悖ルモノト謂ハザルヲ得ヌ。改正法ハ何故ニ此規定ヲ削除シタルヤ之レヲ知ルニ苦シム。或ハ後述不動産裁判管轄等ト併セテ涉外關係ヲ別ニ立法スル意思ナランカ？

第二 國及ビ法人其他ノ社團又ハ財團ノ普通裁判籍

國ノ普通裁判籍並ニ法人其他ノ社團又ハ財團ノ普通裁判籍ニ關スル規定ハ、第四條ニ一括セラレ、其趣旨大體ニ於テ現行法ト同一デアル。但シ其第一項ハ、公私ノ法人並ニ法人格ナキ一切ノ社團又ハ財團ニ通ズル規定トシテハ餘リニ簡單ニ過グル。就中、自治體、公共組合、相續人曠缺ノ相續財産等、孰レモ本項ニ依リ其普通裁判籍ヲ定ムベキモノナルニ、「事務所」「營業所」「業務擔當者」ノ用語ヲ以テ一切ヲ表示シタルハ妥當デナイ。此點ニ關シ獨民訴法第十七條、換司法管轄法第七四條七五條ノ規定ガ、用語ニ周到ナル注意ヲ拂ヘルニ比シ、立法者ニ一段ノ考案ガ望マシカツタ。

現行法ニハ外國ノ社團又ハ財團ノ普通裁判籍ニ關スル規定ガナイ。勿論特別ノ規定ナシト雖モ、日本ニ於ケル事務所、營業所又ハ業務擔當者ヲ標準トシテ我國ニ於ケル普通裁判籍ヲ定メ得ベキモ、改正法ハ特ニ其旨ヲ規定シ異論ヲ去ツテ居ル^(四條)_(三項)。

III. 特別裁判籍

改正法ハ特別裁判籍ニ就テ著シキ變更ヲ加ヘ、現第廿一條ノ裁判籍ヲ廢止スルト共ニ、近時ノ經濟取引ノ實狀ニ應ゼンガ爲

メ數個ヲ新設シテ居ル。其新設セラレル特別裁判籍ハ、船舶又ハ航海ニ關シ船舶所有者其他船舶ノ利用ヲ爲ス者ニ對スル訴ニ關スル裁判籍^(十條)、船舶債權其他船舶ヲ以テ擔保スル債權ニ基ク訴ニ關スル裁判籍^(十一條)、船舶ノ衝突其他海上ノ事故ニ基ク損害賠償ノ訴ニ關スル裁判籍^(十五條二項)、海難救助ニ關スル訴ニ就テノ裁判籍^(十六條)、並ニ登記又ハ登録ニ關スル訴ニ就テノ裁判籍^(十八條)デアル。

以上、海事ニ關スル特別裁判管轄ハ、孰レモ海運國タル我國ニ於テハ當然存在スベカリシモノニシテ、之レニ因リ今後ノ便宜著シカルベキモ、唯、船舶衝突其他類似ノ事件並ニ海難救助ニ關スル訴ニハ、當事者間ニ管轄ノ爭ヲ生ズル機會多カルベキコト、信ズル。【註一】更ニ改正法ガ、登記ニ關スル訴ニ就キ特別裁判籍^(十八條)ヲ認メタルハ、不動産ノ訴ニ關スル特別裁判籍^(十七條)ト對比シ、洵ニ相當ナル新設ト云フベキモ、之レト同様ニ廣ク登録ニ關スル訴ヲ登録ヲ爲スベキ地ノ裁判所ノ特別管轄ト爲シタルハ賛成ニ躊躇セザルヲ得ナイ。如何トナレバ、登録ヲ爲スベキ地ハ、登記ヲ爲スベキ地ト異ナリ、多クハ權利ノ客體ノ所在ト無關係ニシテ、就中、特許權等ノ無體財產權ハ東京ニ於テ登録セラル、モノナレバ、カ、ル地ニ特別裁判籍ヲ設クルハ、屢々被告ノ利益ヲ不當ニ害スル結果ニ陷ルガ故デアル。

【註一】 領海ニ於テ船舶衝突其他類似ノ事件ガ發生シ、若シクハ海難救助ガ行ハレタルトキハ、其地ニ特別裁判籍發生スルコト勿論ナレド(十五條一項 十

六條前段)、事海上ノコトナレバ、果シテ領海内ナリヤ外ナリヤ、又領海ナリトモ何處ノ裁判所ノ管轄ニ屬スルヤ疑ヲ生ズルコト多カラウ。此場合ニハ第二四條ノ規定ニ依リ管轄裁判所ノ指定ヲ求ムル外ナカルベキモ、之レニ應ズルガ爲メニハ、同條ノ規定ハ些カ不備ノ處ガアル。山内博士「民事訴訟法ノ改正」第三三節(法律新報八六號所載)參照。

其他、現行法ノ規定スル特別裁判籍ハ、改正法ニ於テ悉ク其規定ヲ改メ、必要ニ應ジテ其範圍ヲ擴張シ、其面目一新セラレテ居ル。以下之レヲ分説スル。

第一 義務履行地ノ特別裁判籍

財産權上ノ訴ハ、凡ベテ義務履行地ノ裁判所ノ特別管轄ニ屬スル^(五條)。即チ改正法ハ、財産權ニ關スル一切ノ訴ニ就キ此裁判籍ヲ設ケ、起スベキ訴ノ種類並ニ性質ニ制限ヲ置カザルノミナラズ、其財産權ガ契約ニ因リテ生ジタルト否トヲ問ハザルモノニシテ、現行法ノ規定^(現十條)ニ比シ遙カ廣汎デアル。尙改正法ガ現第廿一條ヲ削除シタルハ、多クノ場合此裁判籍ト重複シ不必要ナルガ爲メデアル。

第二 寄留地ノ特別裁判籍

寄留者ニ對スル財産權上ノ訴ハ、寄留地ノ裁判所ニモ之レヲ提起シ得ベク^(六條)、此裁判籍ハ、現行法ノ定ムル永寓地ノ裁判籍^(現十五條一項)ト大體ニ於テ同一ニ歸スル。

爰ニ改正法ハ「寄留」ト云フモ、之ヲ寄留法ノ用例ニ遵ツテ解スルナラバ、寄留ニハ住所寄留ト居所寄留トアリテ、住所寄留ノ場合ニハ本條ノ特別裁判籍ト普通裁判籍ト常ニ重複シ、

又本籍地ニ居所ヲ有シテ住所ヲ他ニ有スル場合、本籍地ニハ本條ニ依ル特別裁判籍絶對ニ發生セザルガ如キ矛盾ヲ生ズル。【註一】カ、ル矛盾ハ、普通裁判籍ヲ定ムル住所ガ人ノ生活ノ本據ヲ云フモノナルニ對シ（^{民二}_{一條}）、寄留トハ住所居所ヲ問ハズ本籍地以外ノ居住ヲ指ス（^{寄留法}_{一條}）ノ差異ニ胎胚スルモノニシテ、恐ラク立法者モ氣附カザリシ所ト考ヘル。

【註一】 尙居所寄留ノ場合ニモ、外國人等住所ガ我國ニ在ラザルモノニ對シテハ、寄留地ニ普通裁判籍發生シ本條ノ特別裁判籍ト重複スル。加之、寄留法ニ於テハ九十日以上ノ居住ヲ以テ寄留ノ要件ト爲スモ、訴訟法上、本條ノ特別裁判籍ヲ發生セシムルニハ、カ、ル要件ヲ置クコトヲ得ヌ。寄留法第一條並ニ寄留手續令第一條參照。

元來、訴訟法ガ此特別裁判籍ヲ設ケタルハ、其沿革並ニ裁判籍全體ノ構成ヨリ觀テ、生活ノ本據タル住所ニ普通裁判籍存スルニ對シ、永寓地 Aufenthaltsort ニ之レヲ置クノ趣旨ニ出ヅル。然ラバ改正法ガ、現行法ノ「永寓」ヲ改メテ殊更ニ「寄留」ト云ヘルハ、誤解ヲ招キ易ク頗ル當ヲ得ザリシモノナルモ、訴訟法トシテハ別段寄留法ノ用例ニ羈束セラル、ノ必要ナキヲ以テ、之レヲ現行法ト同様ニ居所若シクハ永寓ノ意ニ解シテ然ルベキモノデアル。

第三 職務上本籍地ノ特別裁判籍

軍人、軍屬又ハ船員ニ對スル財産權上ノ訴ニ就テハ、軍事用廳舎ノ所在地又ハ艦船ノ本籍若シクハ船籍ノ所在地ニ特別裁判籍ガ存スル（^七_條）。現行法ハ兵役義務履行ノ爲メノミニ服

役スル軍人、軍屬ニ對シテノミ此裁判籍^(現十五條二項)ヲ設ケタルモ、改正法ハ夫レ以外ノ軍人、軍屬ニ關スル法定住所ヲ廢止シタルヲ以テ、齊シク本條ノ適用ヲ受クル。又船員ニ對シテハ改正法ニ於テ新タニ認メラレシ所デアル。

第四 財産所在地ノ特別裁判籍

日本ニ住所ナキ者又ハ住所ノ知レザル者ニ對スル財産權上ノ訴ハ、請求若シクハ其擔保ノ目的ノ所在地、又ハ凡ベテ差押ヲ許サル、被告ノ財産ノ所在地ノ裁判所ノ特別管轄ニ屬スル^(八條)。此裁判籍ハ、現行法ニ於テハ日本ニ住所ナキ者ニ對シテノミ認ムルニ反シ^(現十條七)、改正法ハ住所ノ知レザル者ニモ擴張シタルノ外、趣旨ニ於テ變更ガナイ。

債權モ亦財産ノ一ナレバ、被告ノ有スル債權ノ所在地ニ此裁判籍ノ發生スルコト勿論ニシテ、現行法ハ其所在地ヲ條文中同時ニ規定スルモ、改正法ハ之レヲ分チテ強制執行篇中第五九五條ニ規定シテ居ル。即チ債權ニ就テハ、原則トシテ第三債務者ノ普通裁判籍ノアル地^(現行法ハ住所)ヲ以テ、但シ物上ノ擔保權ヲ有スル債權ニ就テハ其物ノ所在地ヲ以テ、其債權ノ所在地ト做ス點ハ現行法ト同一趣旨デアル。更ニ改正法ハ物ノ引渡ヲ目的トスル債權ハ其物ノ所在地ニ在ルモノト規定シテ居ル。

第五 事務所又ハ營業所所在地ノ特別裁判籍

事務所又ハ營業所アル場合ニハ、其地ノ裁判所ハ其事務所

又ハ營業所ニ於ケル業務ニ關シ主人ニ對シテ提起スル訴ヲ管轄スル^(九條)。現行法第九條ハ之レニ該ルモ、條文複雑ニシテ、而カモ營業並ニ土地利用ニ關シ規定ヲ設クルニ過ギザレバ、改正法ハ、規定ヲ簡單ナラシムルト同時ニ、其適用ヲ汎カラシメンコトニ努メタ。併シナガラ「事務所又ハ營業所」ト云フノミニテハ立法者ノ期途スルガ如キ一切ノ場合ヲ包含セシムルコト些カ無理ナルベク、又「業務」トハ其指ス所曖昧デアル。

第六 會社其他ノ社團又ハ財團ノ普通裁判籍アル地ノ特別裁判籍

會社其他ノ社團又ハ財團ノ普通裁判籍アル地ノ裁判所ハ、其社員又ハ役員等ニ對スル訴ニ就キ、其訴ノ性質如何ヲ問ハズ特別管轄ヲ有スル。但シ此裁判籍ハ被告ノ個人關係ニ基クモノニアラザレバ、社員又ハ役員タル資格ニ於テ提起セラレタル訴ニノミ限ラレル^(十二條乃至十四條)。

現行法ハ其第十九條ニ此裁判籍ヲ規定スルモ、其適用範圍狹少ナルヲ以テ、改正法ハ其範圍ヲ擴張シ、此裁判籍ニ據リ得ベキ場合ヲ増加シテ居ル。之レヲ擧グレバ次ノ如クニシテ、其中、A以外ハ孰レモ改正法ニ於テ新設セラレシモノデアル。

- A. 會社其他ノ社團ヨリ社員ニ對スル訴、並ニ社員ヨリ役員ニ對スル訴^(十二條一項)。

- B. 社團又ハ財團ヨリ役員ニ對スル訴、並ニ會社ヨリ發起人又ハ検査役ニ對スル訴^(十二條二項)。
- C. 會社其他ノ社團ノ債權者ヨリ社員ニ對スル訴^(十三條)。
- D. 社團、財團、社員又ハ社團ノ債權者ヨリ、社員、役員、發起人又ハ検査役タリシ者ニ對スル訴^(十四條)。

以上謂フ社團又ハ財團トハ必ズシモ法人格ヲ有スルモノニ限ラザルコト、第四六條ノ規定ト對比シ、又此裁判籍ヲ設ケタル趣旨ニ致ヘ明瞭デアル。但シ代表者又ハ管理人ノ定メナキ非法人社團又ハ財團ハ、訴訟主體タルノ資格ナク、從ツテ其普通裁判籍ナキガ故ニ^(四、四、六條)、此特別裁判籍ノ發生スル由ガナイ。

最後ニ、改正法ハ此處ニモ亦規定ノ簡單ナランコトヲ欲シテ現行法ト同ジク「社員」ト言切ルモ、其他ノ法令ニ於テハ之レニ該ル者必ズシモ社員ト云ハズ。或ハ株主或ハ組合員等ト稱スル場合ガアル。其示ス所ヲ明カナラシムル爲メ、尙多少ノ考慮ヲ煩ハシタカツタ。

第七 不法行爲地ノ特別裁判籍

不法行爲ニ關シテハ行爲地ノ裁判所ニ特別管轄權ヲ與ヘタルコト現行法ト變リナキモ^(現二十條改十五條一項)、其特殊ナル場合トシテ、既述ノ如ク船舶ノ衝突其他海上ノ事故ニ基ク損害賠償ノ訴ニ就キ新タニ規定ガ設ケラレタ^(十五條二項)。即チ船舶ノ衝突其他ノ事故ガ我領海ニ於テ行ハレシトキハ別段ノ規定ヲ必要ト

セザルモ、公海ニ於テ行ハレシトキハ行爲地ノ特別管轄存セザルヲ以テ、改正法ハ擬制ニ依テ我國ニ特別裁判籍ノ發生スル場合ヲ認メタモノデアル。

此裁判籍ハ、船舶上ニ行ハレシ不法行爲ニ就キ存スルモノニ非ザルコト規定ノ趣旨ニ照シ明瞭デアル。但シ改正法ハ此點ニモ相當ノ規定ヲ設クル必要ガアツタ。

第八 不動産所在地ノ特別裁判籍

凡ベテ不動産ニ關スル訴ハ、不動産所在地ノ裁判所ガ特別管轄ヲ有スル^(十七條)。現行法ハ此裁判籍ニ區別ヲ設ケ、不動産上ノ訴即チ不動産上ノ物權若シクハ物權的請求權ヲ訴訟ノ目的トスル訴ニ就テハ專屬管轄ト爲シ、其他不動産ニ伴フ債權的請求ニ就テハ專屬管轄ト爲セルモ^(現二十三條一項竝ニ二十三條二項)、改正法ハ此等ノ區別ヲ廢シ、「不動産ニ關スル訴」ト總稱シ、凡ベテヲ非專屬ナラシメタ。

斯ク改正法ガ此特別管轄ニ屬スル訴ヲ總括的ニ規定シタル結果、之レヲ個別的ニ列舉セル現行法ト多少ノ差異ヲ生ジテ居ル。即チ不動産物權ノ設定移轉變更ヲ目的トスル債權的請求訴訟ハ、現行法ニ於テハ此特別管轄ニ屬セザルモ、改正法ノ謂フ「不動産ニ關スル訴」ノ一タルコトニ疑ナカルベク、又現第二十三條一項ニ定ムル債權ノ訴ハ、性質上「不動産ニ關スル訴」ニ非ザルヲ以テ改正法ニ於テハ此裁判籍ヨリ除外セラレル。【註一】更ニ改正法ハ、分割竝ニ境界ノ訴及ビ地役

ノ訴ニ就キ別段ノ規定ヲ置カザリシモ、分割竝ニ境界ノ訴ハ、元來非訟事件ナリトノ説有力ニシテ、ソノ不動産ニ關スル訴ナリヤ否ヤ爭ヲ生ズル虞レアリ、又地役ノ訴ニ就テハ要役地竝ニ承役地ノ孰レニ依リ此裁判籍ヲ定ムベキヤ豫メ確定セラル、ヲ至當トスル。【註二】改正法ガ規定ヲ省略シテ此等ノ疑問ヲ賄シタルハ吾人ノ左擔シ得ザル所デアル。

【註一】尤モ此訴ハ改正法ニ於テモ第廿一條ノ牽連管轄ノ規定ニ依リ、不動産所在地ノ裁判所ニ提起シ得ルヲ以テ、結果ニ於テ同一ニ歸スル。

【註二】後節、管轄ノ移送ニ關スル説明參照。

既述ノ如ク、改正法ハ不動産ニ關スル訴ニ就キ現行法ノ專屬主義ヲ排シ、之レヲ非專屬ト爲シテ數個ノ管轄ノ競合ヲ認ムル。併シナガラ不動産ニ關スル訴ハ、係爭不動産トノ交渉深クシテ實地檢證等ヲ必要トスル場合多ク、且ツ又同一不動産ニ關スル數個ノ訴ハ、孰レモ内容ニ於テ相通ジ、同一裁判所ニテ審理セラル、ヲ便宜トスルヲ以テ、現行法ノ如ク專屬管轄トシテ此等ノ訴ヲ不動産所在地ノ裁判所ニ集中スルヲ優レリトスル。

然ルニ改正法ハ之レヲ非專屬ト爲シタル結果、不動産ニ關スル訴ガ原告ノ便宜ニ遵ヒテ不動産所在地ト隔絶セシ地ノ裁判所ニ提起セラル、コトアルベク、又同一不動産ニ關スル數個ノ訴ガ夫々異ナレル裁判所ニ繫屬スルコトヲ免レ得ヌ。尤モ裁判所ハ必要ト認ムトキハ事件ヲ適當ナル他ノ管轄裁判所

ニ移送シ得ルモ^(三一)、其移送ハ各裁判所ノ自由ナル認定ヲ以テ行ハル、モノニシテ、而カモ場合ニ依リ裁判所間ニ意見ノ相違アルコト豫想シ得ベク、之レノミヲ以テ如上ノ缺陷ヲ補フニ足ラス。

更ニ涉外關係ニ於テハ、改正法ガ不動産裁判籍ヲ非專屬ト爲シタル結果トシテ、別段ニ法令ノ規定ナキ限り、我國内ノ不動産ニ關スル外國裁判所ノ裁判權ガ我國ニ於テ否認セラレザルコト、ナリ、從ツテ其判決ニ對シテハ、改第二〇〇條第一號ノ要件ヲ具備セザルモノトシテ直チニ執行判決ヲ拒否スルコト能ハザルノミナラズ^(五一)_(五條)、【註一】我國ニ於テ治外法權ヲ享有スル外國人ニ對シテハ我國内ノ不動産ニ關スル訴ヲ我國裁判所ニ提起シ得ザルカノ疑問ヲ生ズル。此等不都合ヲ一掃スルガ爲メニハ、訴訟法ノ改正ト同時ニ別ニ法律ヲ以テ若シクハ裁構法中ニ、不動産ニ關スル訴ハ我國裁判所ガ絶對的管轄權ヲ有スル旨ヲ規定スル必要アリシモノデアル。【註二】尙改正法ノ施行迄ニハ時間ヲ存スルヲ以テ此點ノ留意ヲ望マザルヲ得ナイ。

【註一】尤モカ、ル外國判決ハ、第二〇〇條第三號ニ定ムル我國ノ秩序ニ反スルモノトシテ其效力ヲ有セズトノ議論ヲ立テ得ベキモ、公ノ秩序ニ反スルヤ否ヤハ各場合ニ於テ認定スベキモノナレバ、異論ヲ去ルガ爲メニハ特ニ規定アルヲ優レトスル。

【註二】獨裁構法第廿條ニハ「第十八條第十九條ノ規定(治外法權ニ關スル)ハ民事訴訟ニ於ケル不動産ニ關スル專屬裁判籍ノ規定ニ影響ヲ及ボサズ」ト規定シ、奧地利司法管轄第八五條ニモ同様ノ規定ガアル。但シ孰レモ不動産ニ

關スル外國裁判所ノ裁判權ニ關シ別段ノ規定ヲ置カザルハ、獨並ニ國民訴訟ニ於テハ我現行法(二十二條)ト同シク不動産ニ關スル訴ヲ專屬管轄ト爲ス結果、カ、ル外國判決ニハ當然執行判決ガ附與セラレザルニ基ク(獨民訴三二八條一號、我現五一五條三號)。

第九 相續開始地ノ特別裁判籍

相續裁判籍ニ關スル改正法ノ規定ハ、大體ニ於テ現行法ト同一デアル(現二四條改十、八、十九條)。即チ改正法ハ、相續開始ノ時ニ於テ被相續人ガ普通裁判籍ヲ有シタル地ニ相續裁判籍ヲ設ケ、相續權ニ關スル訴、又ハ遺留分若シクハ遺贈其他死亡ニ因リテ效力ヲ生ズベキ行爲ニ關スル訴ハ、何等ノ制限ナク此地ノ裁判所ニ提起ヲ許シ、夫レ以外ノ相續債權、例之、遺産管理ニ因リテ生ジタル債權、其他相續財産ノ負擔ニ關スル訴ハ、相續財産ノ全部又ハ一部ガ、其裁判所ノ管轄區域内ニ殘存スルトキニ限り提起ヲ許シテ居ル。

改正法ハ、現行法ノ遺産相續ニノミ關スルガ如キ口吻ヲ去リテ相續一般ニ通ズル體裁ニ改メタ。又特ニ「遺留分ニ關スル訴」ト明示シタルヲ以テ、改正法ニ於テハ、凡ベテ遺留分減殺請求ニ關スル訴ハ、假令、不動産ニ關スルモノト雖モ、常ニ相續裁判籍ニ提起セラレ得ルコトハ疑ヲ生ゼヌ。【註一】

【註一】 現行法ノ解釋トシテハ、遺留分ニ關スル訴ヲニニ區別シ、訴ニ因ル遺留分減殺請求ハ假令不動産ニ關スルトキト雖モ第廿四條一項ノ相續裁判籍ニ提起スベキモノナルモ、裁判外ニ於ケル遺留分減殺請求ノ結果トシテ不動産ノ取戻ヲ請求スル訴ハ第廿二條ノ不動産裁判籍ニ專屬スルモノト考ヘル。大審院モ略此見解ナルガ如クデアル(大正十四年一月十五日言渡大審院第一民

事部判決、大正十三年オ第七〇〇號參照)。

IV. 牽連裁判籍

改正法ハ、現行法ノ主參加ノ訴ニ該ル共同訴訟、及ビ反訴、中間確認ノ訴竝ニ再審ノ訴ニ就キ、夫々牽連裁判籍ヲ設ケタルコト現行法ト同一ナルモ^(六〇、二三四、二)_(三九、四二二條)、【註一】新タニ、數個ノ請求ニ關シ牽連ニ因ル管轄ノ併合ヲ認ムル。

【註一】 現第四九五條第三項ノ牽連裁判籍ハ、爲替訴訟廢止ノ結果消滅シタルモ、強制執行篇ハ改正セラレザリシ爲、同篇ニ規定セラル、異議其他附隨訴訟ノ牽連裁判籍ニハ異動ガナイ(五四四、五四五、五四六、五四九、五六一、六三五條)。

即チ改正法ノ規定ニ據レバ、共同訴訟^(現四八條)_(改五九條)【註一】タルト客觀的併合訴訟^(現一九一條)_(改二二七條)タルトヲ問ハズ、一ノ訴ヲ以テ數個ノ請求ヲ爲ス場合ニ於テハ、土地管轄ノ一般規定ニ依リ其一ノ請求ニ就キ管轄權ヲ有スル裁判所ガ、夫々、其訴ニ就キ牽連管轄ヲ有スル^(二一)_(條)。【註二】但シ專屬管轄ノ定メアルトキハ此限ニ非ザルハ勿論ナルモ^(二七)_(條)、當事者間ノ管轄ノ合意ニ因リ此規定ノ適用ヲ排除セラル、ヤ否ヤハ合意ノ内容ニ依リ決スベキ問題デアル。

【註一】 山田博士ハ、改第廿一條ハ共同訴訟ニ適用ナシト説明セラル、モ(法學叢第十六卷第四號三二頁以下)、开ハ立法論タルニ止マリ、本條ノ解釋トシテハ到底容ル、コトヲ得ヌ。

【註二】 此規定ハ土地管轄ニノミ關スルモノニシテ、事物ノ管轄ニ就テハ別ニ訴訟ノ目的(訴訟物)ノ價格通算ノ規定アリ(現三條改二三條)、又訴訟手續ヲ異ニスル數個ノ請求ガ一ノ訴ニ併合セラレザルコト、共同訴訟並ニ客觀的併

合訴訟ノ規定ニ因リ明カデアル。

カ、ル總括の規定ハ、改正法ニ於テ初メテ設ケラレタルモノニシテ、現行法ハ、客觀的併合訴訟ニ關シテハ反ツテ數個ノ請求ニ就キ受訴裁判所ガ管轄權ヲ有スベキ旨ヲ規定シ^(現一九一條)、共同訴訟ニ關シテハ全然此點ノ規定ヲ缺キ、唯判例ガ、學說ノ殆ンド一致セル反對アルニモ拘ラズ、實際上ノ便宜ニ立脚シ、專屬管轄ノ定メナキ限り管轄ノ併合ヲ許シテ居ル。然ルニ改正法ハ斯ク區別ヲ存セシムルコトヲ不徹底ト倣シ、廣ク牽連裁判籍ノ規定ヲ設ケ、共同訴訟ト客觀的併合訴訟トヲ通ジ管轄ノ併合ヲ認メシモノデアル。併シナガラ其規定スル所、無條件ニシテ何等ノ制限ナキヲ以テ、改正法ニ於テハ不必要ニ牽連管轄ノ發生スル機會多カルベク、其結果トシテ原告ハ餘リ自由ナル範圍ニ於テ管轄裁判所ヲ選擇シ得ルノ反面、被告ハ往々ニシテ思ヒモ懸ケザル裁判所ニテ應訴セザルヲ得ザルノ不公平ヲ生ズル【註一】

【註一】 改正法ハ共同訴訟ニ於テ牽連裁判籍ヲ發生セシムルニ就キ共通ナル管轄裁判所ノ不存在ヲ條件トセザルヲ以テ、數人ノ被告ガ其普通若シクハ特別裁判籍ヲ有スル地ヲ共通ニスルモ、原告ハ必ズシモ此地ニ於テ訴ヲ提起スルノ必要ナク、或ル被告ニ就テノミ管轄權アル裁判所ニ全部ノ被告ニ對スル共同訴訟ヲ提起シ得ル。此クノ如キハ不必要ニ被告ヲ苦シムルモノニシテ、就中、數人ノ被告ニ對スル請求ガ單ニ同種類ナルニ過ギザル場合（現四八條三號改五九條後段）、尙一被告ニ對スル請求ニ就テノミ管轄權アル裁判所ニ其他ノ被告ニ對スル請求ノ管轄ヲ併合セシムルニ至リテハ、被告ノ利益ヲ度外視スルモ甚シイ。

更ニ改正法ハ、客觀的併合訴訟ニ關シ牽連裁判籍ヲ認メタルモ、或ル被告ニ對スル數個ノ請求ハ、專屬管轄ノ定メナキ限り、常ニ普通裁判籍アル地ノ裁判所ニ併合シ得ルモノナレバ、殊更ニ或ル請求ニ關スル特別裁判籍ニ凡テノ請求ニ對スル牽連裁判籍ヲ發生セシムル必要ガナイ。而カモ尙改正法ガ之レヲ認ムルハ餘リニ原告ノ利益ヲ計ルモノデアル。

要之、被告ハ管轄ニ關シ現行法ニ於ケルト比較シ著シク不利益ナル地位ニ墮セルモノニシテ、就中、共同訴訟ト客觀的併合訴訟トガ更ニ併合セラル、トキニハ、孰レノ地ニ訴ヲ提起セラル、ヤ計リ知り得サル狀態ニ在ル。例之、甲、乙、丙ヲ被告トスル共同訴訟ガ、丙ニ對スルA、B、C、ノ請求ヲ併合セル訴(客觀的併合訴訟)ト更ニ併合セラル、場合、此等ノ請求ハ一括シテ、甲、乙ノ夢想ダニセザルCニ就キ特別裁判籍アル地Xニ於テ起訴セラル、コトヲ考ヘ得ル。加之、其Cナル請求ハ、原告ガ便宜ノ地Xニ訴ヲ提起センガ爲メ假構セシモノナリトスルモ、被告ハソノ假構ナル理由トシテX地ニ於ケル應訴ヲ拒ミ得ザルベク、又審理ノ結果其請求ヲ理由ナシトシテ棄却スルニ當リテモ、其他ノ請求ヲ管轄違トシテ今更ニ却下若シクハ移送シ能ハザルハ論ヲ俟タス。

以上述ブルガ如クニシテ、改正法ハ廣ク牽連管轄ヲ認メタル結果トシテ、管轄ニ關スル規定ノ意義ヲ著シク沒却シ、次ニ述ブル管轄移送ノ規定ト相待チ原告ノ保護至レリ竭セリデアル。

勿論、訴訟ノ重複ト併立トヲ避クルガ爲メ、可成訴ノ併合ヲ便宜ナラシムルハ立法政策トシテ洵ニ執ルベキ所ナルモ、我改正法ノ如ク、之レニ因リ徒ラニ原告ヲ保護シテ被告ノ利益ヲ忘ル、ガ如キ、過ギテ反ツテ及バザルモノデアル。之レヲ各國ノ立法例ニ徵スルニ、無條件ニ管轄ノ併合ヲ認ムルハ、單リ我改正法ト伊太利民法^(第九條)_(第八條)ニ於テ看ルベク、獨、奧、匈ノ民法ニ於テハ、客觀的併合訴訟ニ關シテ一致シテ之ヲ認メズ

(獨二六〇條、獨二二七條、獨一三二條)、共同訴訟ニ關シテハ夫々制限ヲ設ケテ居ル。

【註一】此等立法例ハ一長一短アリト雖モ趣旨ニ於テ謬ラス。吾人ハ改正法ガ訴訟ノ併合ニ急ニシテ此等ノ例ニ遵ハザリシコトヲ惜ム。

【註一】獨民訴法ハ、凡ベテノ共同訴訟ニ就キ、數人ノ被告間ニ共通ノ裁判籍定マラザルトキハ管轄裁判所ノ指定ヲ求メ得ベキ旨ヲ規定シ(獨三六條三號)、獨民訴法ハ「性質ニ於テ同種類ナル事實上並ニ法律上ノ原因ニ基ク同種類ノ權利又ハ義務」ガ訴訟ノ目的ナルトキニハ(我現四八條三號、改五九條後段ニ該ル)、各被告ニ對シ受訴裁判所ガ土地並ニ事物ノ管轄權ヲ有スルコトヲ必要トシ(獨二二條二號、獨七八條)、夫レ以外ノ共同訴訟ニ於テハ、數人ノ被告ガ普通裁判籍アル地ヲ共通トセザルトキニ限り、其一人ガ普通裁判籍ヲ有スル地ニ牽連裁判籍ヲ發生セシムル(獨司法管轄法九三條、獨民訴七七條)。

最後ニ、改正法ハ規定上著シキ不權衡ヲ包藏スルコトニ注意ヲ要スル。即チ第廿一條ハ「數箇ノ請求」ト云フモ、共同訴訟ニ於テハ數人ノ被告ニ對シ常ニ別箇ノ請求ヲ起スモノト限ラズ、例之、第三者ヨリ夫婦ニ對スル婚姻無效ノ訴、若シクハ條件ノ到來ニ因リ共有者ニ對シ共有物ニ關スル權利ノ移轉ヲ求ムル訴ノ如キ、孰レモ一箇ノ請求ヲ數人ノ被告ニ對シテ起スモノデアアル。然ラバ此種ノ共同訴訟ニ第廿一條ノ適用ナキハ素ヨリ當然ニシテ、其結果トシテ婚姻無效ノ訴ノ如ク專屬管轄ノ定メアル場合ヲ除キ(人訴一條)、數人ノ被告ガ其普通裁判籍ヲ有スル地ヲ異ニスルトキニハ、其數人ニ對スル共同訴訟ハ、唯、其請求ニ關シ特別裁判籍(例之、履行地ノ裁判籍)アル地ノ裁判所ニ提起セラレ得ルニ止

マリ、其他ノ共同訴訟ニ於ケルガ如ク、一被告ニ對シテノミ管轄權アル裁判所（例之、或ル被告ノ普通裁判籍若シ）ニ牽連管轄ガ發生セヌ。元來、共同訴訟ニ於テ牽連管轄ヲ必要トスルハ爰ニ述ブルガ如キ數人ノ被告ニ義務共通ノ場合デアル。然ルニ改正法ガ、之レニ牽連管轄ヲ認メズシテ、反ツテ認ム可カラザル場合、即チ單ニ同種類ナル請求ニ關スル共同訴訟ニ於テ認ムルニ至リテハ冠履轉倒ノ譏ヲ免レヌ。

第二款 事物ノ管轄

I. 總 說

改正法ハ、事物ノ管轄ニ關スル基本規定ヲ避ケタルコト既述ノ如ク、唯、事物ノ管轄ガ訴訟ノ目的(訴訟物)ノ價格ニ依リ定マル場合ノ爲メ、現行法ト同ジク其算定ニ關スル規定ヲ設クルニ過ギヌ。而カモ、現行法ノ煩瑣ナルニ比シ、僅カニ二條ヲ以テ單簡ニ規定シテ居ル（二二條、二）。

改正法ハ、訴訟物 *Streitgegenstand* ヲ改メテ「訴訟ノ目的」（二二條一項）ト謂フモ、此用語ハ、抽象的ナル、訴訟ニ據リ覓メントスル希望(例之、有利ナル判決)ヲ示スノ嫌アリ、現行法ノ用キル「訴訟物」ナル用語ノ簡明ナルニ如カス。

II. 訴訟ノ目的ノ價格算定ニ關スル規定

訴訟ノ目的ノ價格算定ニ關スル改正法ノ規定ハ、其條文ニ於テハ現行法ト著シク異ナルモ、趣旨ニ於テハ大體ニ於テ異ナル

所ナク、算定ノ時期モ同ジク起訴ノ時ヲ標準トスル(改二九條現、二條一項)。

第一 算定ノ基礎竝ニ方法

訴訟ノ目的ノ價格ニ關シ、現行法ハ詳細ナル算定ノ方法ヲ規定スルモ(現五條)、改正法ハ、「訴ヲ以テ主張スル利益」ニ依リ其價格ヲ算定スベク、若シ算定シ能ハザルトキハ、其價格ハ千圓ヲ超過スルモノト看做ス旨ノ單簡ナル規定ヲ置クニ止マル(二二條)。

改正法ガ、價格ヲ算定シ能ハザルトキハ千圓ヲ超過スルモノト看做シタルハ、要之、價格ノ算定不可能ナルカ、若シクハ算定方法ニ爭アリテ著シク困難ナルガ如キ場合ニハ、凡ベテ地方裁判所ノ事物ノ管轄ニ屬セシメントスル法意ニ外ナラヌ(二二條、三項)。**【註一】**

【註一】 此場合地方裁判所ノ事物ノ管轄ニ屬スル旨ヲ直接規定セザリシハ、訴訟法ニハ管轄ニ關スル基本的规定ヲ置カザルノ趣旨ニ出ヅル(加藤博士、改正民事訴訟法案概説、法學協會雜誌第四卷第二號三二一頁參照)。但シ其結果トシテ、非財産權上ノ訴ガ、訴訟ノ目的ノ價格百圓ト看做サル、ニ比シ(民訴用印紙法三條)、規定上ノ權衡ヲ來シテ居ル。

第二 合算ノ範圍

訴訟ノ目的ノ價格合算ニ關スル改正法ノ規定ハ、全ク現行法ト同一ニシテ、一ノ訴ヲ以テ數個ノ請求ヲ爲ストキハ其價格ヲ合算シテ事物ノ管轄ヲ定ムルヲ原則トシ、例外トシテ、果實、損害賠償、違約金又ハ費用ノ請求ガ訴訟ノ附帶ノ目的ナルトキハ、其價格ヲ算入セス(改二三條、現三條、二項、四條一項)。但シ現第四

條二項ノ規定ハ當然ノ事理トシテ削除シタ。

訴訟ノ目的ノ價格ハ、以上ノ規定ニ依リ算定セラレル。而シテ管轄ニ關スル事項ハ、所謂職權調査事項ニ屬スルヲ以テ、裁判所ハ、當事者ノ同意若シクハ自白ニ羈束セラレ、コトナク、必要アリト認ムルトキハ職權ヲ以テ證據調ヲ命ジ、自由ナル認定ニヨリ算定シ得ル(三六條)。改正法ニハ現第六條第一項ノ如キ規定存セザルモ、裁判所ノ算定ニ對シ當事者ガ異議ヲ申立ツル方法ナキヲ以テ、結果ニ於テ同一ニ歸スル。

III. 改正法ノ規定ノ批評

以上述ブルガ如ク、改正法ハ、訴訟ノ目的ノ價格算定ニ關シ純粹ナル基礎の規定ヲ設クルニ止メ、詳細ニ互ル點ハ凡ベテ學說ノ定ムル所ニ委シテ居ル。

抑モ、訴訟ノ目的ノ價格ハ、係爭權利義務ノ種類、竝ニ提起セラレタル訴ノ種類如何ニ因リ、夫々、其算定ヲ異ニスル必要アルノミナラズ、【註一】又、一ノ訴ヲ以テ數個ノ請求ヲ爲ス場合ニ於テ、常ニ必ズシモ各個請求ノ價格ヲ合算シ得ルモノデナイ。【註二】去レバ、訴訟ノ目的ノ價格算定ニ關シテハ、到底、劃一的規定ヲ設クルコト不可能ナルモノニシテ、改正法ガ、現行法ノ如ク二三ノ場合ニノミ通ズル算定方法ヲ規定スルヲ避け、單ニ基礎の規定ヲ置クニ止メシハ、相當ノ理由ガアル。

【註一】 例之、同一家屋ノ引渡請求訴訟ニテモ、所有權ニ基ク場合ト、占有權ニ基ク場合トハ訴訟ノ目的ノ價格ニ於テ差異アルベキモノニシテ、又同ジ

ク占有權ニ基ク場合ト雖モ、純然タル不法占據權ヲ原因トスルトキト其他ノ場合トノ間ニ差異アルベキ理デアル。

【註二】 各個請求ガ獨立セル關係ニ在ル所謂單純併合ノ場合ニハ、其價格ヲ合算スルガ當然ナルモ、重疊的若シクハ擇一的關係ニ在ル所謂豫備的併合ノ場合ニハ合算スベキモノデナイ。而シテ單純併合ナリヤ若シクハ豫備的併合ナリヤ、頗ル解決ニ困難ナル場合ガアル（拙著民事訴訟法要論第三卷第五一頁以下參照）。

併シナガラ、訴訟ノ目的ガ、果シテ幾何ノ價格ヲ有スルヤハ、訴ノ提起ニ當リ先ヅ知ルコトヲ要スル先決問題ニシテ、當事者、就中原告ニ最モ利害深キモノデアル。然ルニ、其算定ハ學說ノ定ムル所ニ委シテ、訴訟法ニ具體的ノ規定ヲ置カザルハ、訴訟法規トシテ頗ル不親切ノ嫌アルノミナラズ、改正法ノ所謂「訴ヲ以テ主張スル利益」トハ其指ス所曖昧ニシテ、實際ニ當リ見解ノ差異ニ因リ紛糾ヲ來ス虞レ充分デアル。要之、尙多少具體的ノ規定ガ望マシカツタ。

第二節 管轄ノ合意、指定竝ニ移送

I. 管轄ノ合意竝ニ合意ノ擬制(合意管轄並ニ應訴管轄)

合意管轄並ニ應訴管轄ニ關スル改正法ノ規定ハ、其趣旨ニ於テ全ク現行法ノ夫レト同ジイ(改二五、二六條)(現二九、三〇條)。而シテ特ニ專屬管轄ノ定メアルトキハ此規定ノ適用ナキハ勿論デアル(二七條)。

併シナガラ當事者間ノ管轄ノ合意ガ、專屬管轄ニ非ザル法定管轄竝ニ第二一條ニ定ムル牽連管轄ヲ排除スルモノナリヤ、或

ハ此等ト併存スルモノナルヤハ、合意ノ内容ニ因リテ決スベキ問題デアル。尙又、合意管轄ノ裁判所ニ提起セラレタル訴ヲ、裁判所ガ第卅一條ノ規定ニ依リ他ノ管轄裁判所ニ移送シ得ルヤノ問題モ、同様ニ決スベキモノト信ズル。

II. 管轄裁判所ノ指定

改正法ハ、管轄裁判所ノ指定ヲ裁構法第十條第一、二號ニ該ル二個ノ場合ニ限ツタ^(二四條)。改正法ノ規定ニ依レバ、管轄裁判所ノ指定ヲ要スル機會ガ減少シテ居ル。即チ不動産裁判籍ヲ專屬ト爲サルヲ以テ^(一七條)、不動産ガ數個ノ裁判所ノ管轄区域内ニ散在スルトキト雖モ現行法ニ於ケルガ如ク管轄裁判所ノ指定ヲ求ムル必要ナク、又裁判權ノ積極的竝ニ消極的衝突モ稀有ノ場合ノ外發生スルコトガナイ。【註一】

【註一】 何トナレバ、後述ノ如ク事物ノ管轄違ノ場合ハ勿論、土地ノ管轄違ノ場合ト雖モ、申立ヲ待タズシテ管轄裁判所ニ移送シ、而カモ其移送ノ裁判ハ移送ヲ受ケタル裁判所ヲ羈束スルヲ以テ(三〇、三二條)、消極的權限衝突ヲ惹起スル機會ナク、又同一事件ニ就キ二個以上ノ訴ノ提起セラレタル場合ニハ、後ノ訴ハ不適法トシテ却下セラルベキモノナレバ(二三一條)、積極的權限衝突ノ發生スル機會モナイ。

但シ稀有ノ例外トシテハ、移送シタル裁判所ト移送セラレタル裁判所トガ相互ニ相手方ニ管轄權アリト認メタル場合(此點移送ニ關連シテ後説)、或ハ又同一事件ニ就キ同時ニ二個ノ訴ガ提起セラレタル場合ニハ權限衝突ノ發生ヲ想像シ得ル。

去レバ、改正法ニ於テハ結局管轄ノ指定ヲ必要トスルハ、裁構法第十條第一、二號ニ定ムル場合ニ限ラル、モノニシテ、既ニ

此點ハ裁構法ニ規定存スルヲ以テ、訴訟法トシテハ單ニ手續規定ヲ設クレバ足ル。然ルニ改正法ハ其第二四條ニ於テ舊ニ手續規定ノミニ止マラズ、裁構法第十條第一、二號ニ當ル規定ヲ重複規定シタルハ奇異ノ感ナキ能ハヌ。【註一】

【註一】「新法ハ舊法ヲ破ル」ノ原則ニ因リ、舊法ヲ廢止セズシテ新法ヲ制定スルコト敢ヘテ妨ゲナシトスルモ、立法ノ體裁トシテハ當テ得テ居ラヌ。裁構法第十條ハ新民訴法ニ其規定ヲ設ケシ以上、同時ニ削除スベカリシモノデアル。或ハ同條第三、四號ノ場合ハ、稀有ノ場合ヲ考ヘテ削除シ得ズト云フナラバ、之レ亦同時ニ新民訴法ニ規定シテ妨ゲヌ。道途傳フル所、裁構法改正ニ指ヲ染ムルトキハ、之レニ關連シテ樞密院ガ新民訴法ニ對シ批評ヲ加フルヲ慮レタルモノナリトハ、或ハ一部穿チタル消息ニ非ザルカ（法律新報、第七五號第一頁山内博士所說參照）。

管轄指定ノ裁判ハ、關係アル裁判所ニ共通スル直近上級裁判所、決定ヲ以テ之レヲ爲シ、其裁判ニ對シテハ不服ヲ申立テ得ザルコト從來ト異ナラヌ（^{二四}條）。但シ其審理ハ現行法ニ於ケルガ如ク、必ズシモ書面審理ニ限ラル、コトナク（^{現二八}條二項）、裁判所ハ口頭辯論ヲ開クベキヤ否ヤヲ自由ニ決シ得ル（^{一二五}條一項）。

III. 管轄ノ移送

現行法ハ、事物ノ管轄違ノ場合ニ限り判決ヲ以テ管轄裁判所ニ移送スベキ旨ヲ規定スルモ（^{現九}條）、改正法ハ凡ベテ管轄違ノ場合ハ勿論、管轄違ニ非ザル場合ニモ亦之レヲ認メテ居ル。

即チ改正法ノ規定ニ依レバ、訴訟ノ全部又ハ一部ガ其裁判所ノ事物又ハ土地ノ管轄ニ屬セザルトキハ、裁判所ハ訴ヲ却下ス

ルコトナク、職權ニ因リ其全部又ハ一部ヲ管轄裁判所ニ移送スルコトヲ要スル^(三〇)。尙又假令其管轄ニ屬スルトキト雖モ、裁判所ガ著シキ損害又ハ遲滯ヲ避クル爲メ必要アリト認ムルトキハ、其專屬管轄ニ屬スルモノヲ除クノ外、**【註一】**申立又ハ職權ニ因リ訴訟ノ全部又ハ一部ヲ他ノ管轄裁判所ニ移送シ得ル^(三一)。

【註一】 合意管轄ノ場合同ジク移送シ得ルヤ否ヤハ、既ニ管轄ノ合意ニ關連シ述ベタ。

而シテ移送ノ裁判ハ決定ノ形式ヲ以テ爲スモノニシテ^(三〇)、移送セラレタル裁判所トノ間ニ權限爭議ヲ生ジ、若シクハ更ニ移送セラル、ノ煩ヲ避ケンガ爲メ、移送ノ裁判ハ移送ヲ受ケタル裁判所ヲ羈束シ、更ニ事件ヲ他ノ裁判所ニ移送シ得ザル旨ヲ定ムル^(三二)。但シ此羈束力ヲ生ズルハ、移送セラレタル裁判所ガ其事件ニ就キ管轄權アルコトヲ條件トスルガ故ニ、其裁判所ガ自ラ管轄權ナシト認メタル場合ニハ問題デアル。**【註一】**移送ノ裁判ニ對シテ即時抗告ヲ許スモ、却下ノ裁判ニハ不服ノ申立ヲ許サヌ^(二三)。

【註一】 改正法ニハ此場合ノ規定ナク、且ツ又第二四條ノ管轄指定ノ規定ニ據リ解決シ得ザルコト勿論ナレバ、結局孰レノ裁判所ノ認定ヲ標準トスベキカノ問題ニ歸着スル。而シテ第三〇、三一條ハ移送セラレタル裁判所ニ管轄權ヲ創設スル規定ニ非ザルヲ以テ、此場合、移送セラレタル裁判所ハ第三二條ノ規定ニ遵フコトナク、自由ニ他ノ管轄裁判所、時トシテハ移送シタル裁判所ニ再ビ移送シ得ルモノト解スルヲ至當ト信ズル。

移送ノ裁判確定シタルトキハ、訴訟ハ初メヨリ移送ヲ受ケタ

ル裁判所ニ繫屬シタルモノト看做サレ^(三四條二項)、從ツテ時効ノ如キハ、移送セラル、モ尙訴提起ノ時ニ於テ中斷セラレル。

要之、改正法ノ下ニ於テハ、訴ハ如何ニ管轄違ノ裁判所ニ提起セラル、モ却下セラル、ノ憂ナク、裁判所ガ職權ヲ以テ之レヲ管轄裁判所ニ移送シ、而カモ訴提起ノ效力ヲ持續スル。勿論管轄違ニ關スル現行法ノ規定ハ餘リ原告ニ酷ニ失スルモ、改正法ノ如クムバ管轄違ハ絶對ニ訴訟ノ運命ニ影響ナキヲ以テ、原告ハ萬一ヲ僥倖シテ、故意ニ自己ニ便宜ナル管轄裁判所ニ訴ヲ提起スルコトアルベキハ想像シ得ラレル。【註一】之レト第廿一條牽連管轄ノ規定ト相待チ、原告ハ殆ンド管轄ノ規定ニ羈束セラレザルノ結果トナリ、元來此等規定ニ依リ保護セラルベキ被告ノ裁判籍ノ利益ハ、改正法ニ於テハ全ク蹂躪セラレタリト云フモ過言デナイ。改正法實施ノ曉、裁判所ガ極力被告ノ利益ニ於テ管轄ニ關スル裁量竝ニ裁判ヲ爲スニ非ザレバ、蓋シ聚收シ得ザル結果ニ逢着スルノ虞レガアル。

【註一】 例之、時効完成ニ切迫セルトキ、不取敢、原告ニ手近ノ裁判所ニ出訴スルコトモアリ得ベク、此場合被告ガ異義ナク應訴スルトキハ其裁判所ニ管轄權發生スル(二六條)。尤モ被告期日ニ出頭セザルモ管轄違ナルトキハ職權ヲ以テ移送シ、被告缺席ノ儘本案ノ辯論ヲ爲スコトハナイ。

併シナガラ改正法ニ於テハ第廿一條牽連管轄ノ規定ニ因リ、應々ニシテ原告ノ知ラザル地ノ裁判所ニ管轄權ノ發生スル可能性アルヲ以テ、期日ノ呼出チ受ケナガラ出頭セザルハ頗ル危險ナル方法ニシテ、又萬一チ慮リテ應訴スルトセバ、地遶遠ニシテ意外ノ費用ヲ要スルコトモアリ得ル。孰レニセヨ、

被告トシテハ頗ル迷惑至極ノコトデアル。

更ニ改正法ノ規定ニ依レバ、移送ノ裁判ヲ爲スニ當リ、其事件ニ就テ管轄權アル裁判所數個アルトキハ、裁判所ハ任意ニ其一ヲ選擇シ得ル。即チ管轄違ニ因ル移送ハ職權ニ基クヲ以テ、絶對ニ當事者ノ申立ニ羈束セラル、コトナク、又管轄違ニ非ザル場合ノ移送ハ當事者ノ申立ニ因ルコトアルモ^(三一條)、其申立ハ果シテ移送セラルベキ裁判所ノ指定ヲ包含スルヤ問題デアル^(現九條一項參照)。孰レニセヨ、カ、ル點迄裁判所ノ職權ヲ擴張スベキモノニ非ズ、何等カ當事者ノ意思ヲ斟酌スル規定ガ必要デアツタト思フ。【註一】最後ニ、手續上ノコトナガラ、訴訟ノ一部移送ハ其實行殆ンド不可能ナラザルカラ虞レル。【註二】

【註一】 例之、移送スベキ裁判所ハ、原告ノ指定アルトキハ、特ニ反對ノ事由存セザル限り其指定ニ遵フテ決スルモノト爲スカ、少クトモ當事者ノ合意アリシトキハ、其合意ニ遵フ程度ノ規定ハ當然必要ナリシト信ズル。但シ裁判所ハ大體其方針ニテ決定スベキ故。別段ノ規定ヲ必要トセズト云フ職權主義萬能論者ニ對シテハ亦何ナカ謂ハンヤデアル。

【註二】 例之、訴訟記録ノ如キ如何ニ爲スベキカ。移送セラレタル裁判所ニ謄本ヲ送ルトナラバ、其謄本ハ何人ガ作成スベキカ。又兩裁判所ニテ期日毎ニ送附交換スルトナラバ、之レカ爲メ期日進行ヲ害セラルルコト一方アナカラウ。

第三節 裁判所職員ノ除斥忌避並ニ回避

I. 總 說

此點ニ關スル改正法ノ規定ハ、大體ニ於テ現行法ト同一デア
ル。異ナレル點ト謂ヘバ、除斥原因ヲ詳細ニシ、除斥ノ裁判ヲ
忌避ノ裁判ト分離シ、且ツ新タニ回避ノ規定ヲ設ケタルガ如キ
モノデアル。尙其規定ヲ主トシテ判事ニ就テ設ケ、之レヲ裁判
所書記ニ準用スル點亦同ジ（改四四條
現四一條）。

II. 除 斥

改正法ハ除斥ノ原因ニ就キ大體現行法ト同一ノ方針ヲ執レル
モ、親族ノ範圍ヲ限定シ、更ニ除斥ノ原因トシテ判事が當事者
ノ保佐人、同居ノ戸主又ハ家族ナルトキ、及ビ事件ニ付當事者
ノ輔佐人ナルカ又ハナリシトキヲ追加シタ（三五條）。

現行法ニ於テハ除斥ノ原因アル場合、當事者ヨリ忌避ノ申立
ナキトキハ別段ニ裁判ヲ爲サルモ、改正法ハ忌避ノ裁判ト之
レヲ分離シ、除斥ノ原因アリト思料シ、若シクハ當事者ヨリ除
斥ノ申立アリタルトキハ、凡ベテ除斥ノ裁判ヲ爲スベキモノト
定ムル（三六條）。但シ其裁判ノ手續ハ忌避ノ裁判ト一致スル限リ同
一條文ニ規定セラレテアル（三八條
以下）。現行法第三四條第一項ノ規
定ハ當然ノ事理トシテ改正法ニ於テハ削除セラレタ。

III. 忌 避

忌避ノ原因トシテ、改正法ハ、「裁判ノ公正ヲ妨グベキ事情ア
ルトキ」ト定メテ居ル（三七條
一項）。之レニ對シ、現行法ハ「偏頗」竝
ニ「不公平」ノ二重標準ヲ設クルモ（現三三條
一、二項）、要スルニ「偏頗」
トハ不公平ノ一種ナルベキヲ以テ、改正法ノ規定モ結局現行法

ノ夫レト同一ニ歸スルモノト一應考ヘラレル。

併シナガラ余ハ、此改正法ノ用語ニ對シ賛成ニ躊躇セザルヲ得ス。蓋シ裁判官モ人ナルヲ以テ、其環境ニ支配セラル、ハ當然ノ現象ニシテ、如何ニ其人ヲ得タリト雖モ、特定ノ事件ニ關シテハ、時トシテ或ハ適正ナル裁判ヲ爲ス能力ヲ缺キ、或ハ惡意ナシト雖モ不識ノ間ニ豫斷ヲ抱クコトナシトセヌ。而シテ此等ノ事情ノ存スル最モ甚シキ場合ヲ舉ゲテ除斥ノ原因ト爲スト雖モ、尙夫レ以外、當事者ノ申立竝ニ疏明ヲ待チテ決スルモノ即チ忌避ノ制度デアアル。去レバ忌避ノ原因ハ各般ニ亘リテ存シ、其規定ハ充分ノ抱擁力アルヲ必要トスルニモ拘ラズ、現行法ハ、單簡ニ「偏頗」ナル用語ヲ以テ之レヲ表示シタルガ爲メ、以上述ブルガ如キ凡ベテノ場合ヲ包括スル能ハズ、實際上、忌避ノ制度ハ、吾人ノ期待スルガ如キ何等ノ效用ヲ發揮シテ居ラヌ。

【註一】 況ンヤ改正法ノ如ク「不公正」ナル用語ヲ以テ之レニ代ヘンカ、此制度ハ殆ンド存シテ其實ナキニ立チ至ルコト必然デアアル。

【註二】 改正法トシテハ、社會ノ趨勢ニ順應シテ少クトモ忌避ノ原因ヲ二三列擧シ、事實上ニ於テ其範圍ヲ擴張スル必要アリシモノデアアル。

【註一】 辯護士不破清警氏判事忌避論(法律新聞第二五一二號所載)參照。

【註二】 裁判官ガ事情ノ如何ヲ問ハズ、故意ニ不公正ナル裁判ヲ爲スガ如キハ、夫レ自體既ニ懲戒ノ事由タリ(判事懲戒法第一條)、又不公正ナルベキ事情存スルナラバ自ラ同避スベキモノデアアル。去レバ不公正ヲ理由トスル忌避ノ申立ハ、裁判官ニ對スル一種ノ侮辱デアリ、又忌避ノ申立ヲ許ス裁判ハ、裁

判官ニ對スル一種ノ懲罰デアル。カ、ル事情ニ在ル忌避ノ申立ガ容易ニ許サレザルハ素ヨリ當然デアリ、又容易ニ忌避ノ申立ガ許サレザル結果、當事者、引イテハ一般民衆ガ審理竝ニ判決ノ内容如何ニ拘ラズ、唯々裁判夫レ自體ニ不満ヲ抱クコトアルベキハ考ヘナケレバナラス。吾人ハ高キ見地ヨリ、裁判官ニ對シ侮辱ニ非ザル忌避ノ申立、一種ノ懲戒ニ非ザル忌避申立許可ノ裁判ヲ欲スル。

IV. 除斥並ニ忌避ノ裁判

改正法ハ、除斥ノ裁判ト忌避ノ裁判ハト之レヲ分ツモ其手續規定ハ一致スル限り同一條文ニ規定シテ居ル^(三八條以下)。除斥ノ裁判ハ職權ニ因リテ爲スコトアルモ、其他ハ當事者ノ申立ヲ待ツコト、竝ニ忌避ノ申立ノ時期ニ就テ制限ヲ設クルコト現行法ト同ジイ^(改三七條二項、現三四條二項)。

改正法ニ新タナル規定トシテ、除斥又ハ忌避ノ原因竝ニ時期ニ遅レタル忌避ノ申立ヲ許スベキ事由ハ、申立ノ日ヨリ三日内ニ説明スベキ制限ヲ設ケテ居ル。尙區裁判所判事ガ忌避ノ申請ヲ正當ト爲シタル場合裁判ヲ要セザル現行法ノ規定ハ削除セラレタ^(現三六條三項後段)。

V. 回 避

現行法ニ於テハ判事自ラ訴訟ヨリ脫退セントスル場合ニモ裁判ヲ經ルコトヲ必要トスルモ^(現四〇條)、改正法ハ一ノ司法行政作用トシテ回避ナル方法ヲ設ケ、判事自ラ除斥又ハ忌避ノ原因アリト思料スルトキハ、監督權アル判事ノ許可ヲ得テ其訴訟ヨリ脫退シ得ル旨ヲ定メタ^(四三條)。其趣旨ニ於テハ刑事訴訟法ノ定ムル

回避<sup>(刑訴一
三三條)</sup> ト同ジキモ、裁判ヲ經ルコトヲ要セズ、監督權アル判事ノ許可、即チ司法行政處分ニ依リ行ハル、點ニ於テ異ナル。

第三章 當事者竝ニ代理人

第一節 當事者竝ニ法定代理人

第一款 總 說

I. 新規定ノ概觀

改正法ハ、當事者竝ニ法定代理人ニ關スル規定ニ著シキ變更ヲ加ヘタ。先ヅ現行法ニ於テハ當事者能力ニ關スル規定ヲ缺クニ對シ、改正法ハ其規定ヲ特設シ、就中、形式的當事者能力ヲ認メテ、權利能力ナキ當事者ヲ規定シ^(四六、四七條)、其他、準禁治產者竝ニ妻ニ對シテ授權ノ制限ヲ緩和シ^(五〇條預)、或ハ又法律上代理人ナル用語ヲ廢シ、法定代理人、代表者、管理人等實體法ノ名稱ヲ其儘使用スル等、各方面ニ互リ著シク現行法ト其體裁ヲ改メテ居ル。其改正ハ理論トシテハ大體ニ於テ是認セラルベキモノナレドモ、些カ理想乃至理論ニ趨レル傾向アリテ、實際家ノ批難ヲ免レザルコト、考ヘル。例之、權利能力ナキ當事者ノ規定ノ如シ。

II. 能力竝ニ法定代理ニ關スル立法ノ形式

改正法第四五條ニハ、「當事者能力、訴訟能力及訴訟無能力者ノ法定代理ハ本法ニ別段ノ定メアル場合ヲ除ク外民法其他ノ法

令ニ從フ」ト規定スル。此立法ノ形式ハ現行民訴法亦採用スル所ニシテ<sup>(現四
三條)</sup>、實際ノ運用上大ナル支障ナカルベキモ、其根本ニ於テ妥當ナラザル點ガアル。

抑モ民事訴訟法トハ抽象的規範タル私法實體法ヲ具體化スル國家法律制度ナルヲ以テ、【註一】訴訟（法律）關係 Prozessverhältnisナルモノヲ私法法律關係 Privatrechtsverhältnis ヨリ分離對立セシムルコト、理論上正當デアリ、且ツ今日ノ通説トスル所デアル。從ツテ訴訟法上ノ當事者能力、訴訟能力並ニ訴訟無能力者ノ法定代理ハ、孰レモ觀念上、私法上ノ權利能力、行爲能力並ニ法定代理ト嚴格ニ區別スベク、此レガ規定ニ因リ彼レヲ律シ得ルモノデナイ。

【註一】 拙著民事訴訟法要論第一卷三頁參照、

然ラバ訴訟法トシテハ此等ノ諸點ニ關シ、少クトモ其基本的規定ヲ置ク必要アルニモ拘ラズ、改正法ハ唯、漫然ト第四五條ノ規定ヲ設ケタルニ過ギザルハ、訴訟關係ト私法法律關係トヲ混同セルノ謗ヲ免レヌ。【註一】 或ハ本條ヲ以テ、此等事項ニ關シテハ本法ガ優先効力ヲ有スル旨ヲ規定スルニ過ギズト云ハンモ、本條ヲ此意味ニノミ解スルニハ其規定ノ體裁頗ル迂遠ナルノミナラズ、當事者能力、訴訟能力並ニ訴訟無能力者ノ法定代理ニ關シテハ、孰處ニ其基本規定ヲ發見セントスルカ？要之、本條ハ訴訟關係ノ法理闡明セラレザリシ獨逸普通法時代ノ舊態ヲ脱セザルモノニシテ、改正法トシテハ更ニ一段ノ工夫ヲ必要

トセシモノト信ズル。

【註一】 之レヲ詳説スレバ次ノ如クデアル。

第一 當事者能力 當事者能力トハ、訴訟（法律）關係ノ主體タリ得ル資格ヲ謂ヒ、私法上ノ權利能力トハ全ク其觀念ヲ異ニスル。從ツテ權利能力ニ關スル實體法規ハ同時ニ當事者能力ヲモ定ムルモノニ非ズ、是レ獨逸民訴法ガ特ニ「權利能力ヲ有スル者ハ當事者能力アリ」ト規定スル所以デアル（同法五〇條一項）。然ルニ改正法ニカ、ル基本規定ヲ缺クハ、要スルニ當事者能力ハ權利能力ニ關スル實體法規ニ因リ自ラ定マルト做セル謬リニ出ヅル。

尤モ吾人ハ民事訴訟ガ私法實體法具體化ノ制度ナル點ヨリ觀テ、私法上ノ權利能力アル者ガ訴訟法上ノ當事者能力ヲ有スルコト民事訴訟ノ基本要求ニシテ、敢ヘテ上述獨逸民訴法ノ如キ規定ヲ要セズト考フ。果シテ改正法モ亦此趣旨ヲ執ルモノナラバ、此點ノ批難ハ免レ得ベキモ、本條全體ヨリ推シテ爾カク立法者ノ意思ヲ解シ能ハヌ。

第二 訴訟能力 訴訟能力トハ民事訴訟ニ於テ訴訟行爲ヲ爲シ得ル資格ニシテ、私法上ノ行爲能力トハ異ナル。從ツテ行爲能力ニ關スル實體法規ハ訴訟能力トハ、何等交渉ナキモノニシテ、是レ獨逸民訴法ガ特ニ人ハ契約ニ因リ義務ヲ負フコトヲ得ル限度ニ於テ訴訟能力ヲ有ス」ト規定セル所以デアル（同法五二條一項）。然ルニ改正法ガ、訴訟行爲ニ關シ、カ、ル基本規定ヲ設ケザリシハ、同ジク訴訟關係ト私法法律關係トヲ混同シテ區別セザリシニ職由スル。

第三 訴訟無能力者ノ法定代理 訴訟無能力者ヲ訴訟上何人ガ代理スベキカ又訴訟上ニ於ケル代理權ノ範圍如何ハ、訴訟法之レヲ定ムベク、法定代理ニ關スル實體法ノ定ムル所テナイ。然ルニ改正法ガ此等ニ關シ何等ノ基本規定ヲ置カザリシハ、同ジク其規定ヲ實體法規中ニ求メシモノニ非ズシテ何ソ。

III. 法定代理竝ニ法定代理人ニ關スル規定ノ準用

改正法ハ法律代理人ナル總稱ヲ廢止シ、民法ノ法定代理ナル

名稱ヲ其儘ニ使用スルヲ以テ、改正法ノ謂フ法定代理人トハ民法ニ所謂法定代理人ト一致シ、法人其他ノ社團又ハ財團ノ代表者又ハ管理人ヲ包含セザルコト明カデアル。而カモ改正法ハ既述ノ如ク訴訟能力ニ關シ何等ノ基本規定ヲ設ケザルヲ以テ、法人ノ如キ果シテ訴訟能力者ナリヤ或ハ無能力者ナリヤ遂ニ訴訟法ニ依リテ解決セラレテ居ラス。

併シナガラ法人ノ本質如何ハ別論トシテ、訴訟手續トシテハ此等ヲ通ジテ統一規定スル必要アルガ故ニ、改正法ハ法人其他ノ社團又ハ財團ノ代表者又ハ管理人ニ對シ、一樣ニ本法中法定代理並ニ法定代理人ニ關スル規定ヲ準用スルコト、爲シタ（五八條）。サレバ結局ニ於テ此等代表者並ニ管理人ハ、現行法ニ於ケルガ如ク法律上代理人ナル名稱ノ附セラレザルニ止マリ、訴訟上ノ地位並ニ權限ニ異同ガナイ。

第二款 當事者能力並ニ訴訟適格

I. 總 說

改正法ハ、當事者能力並ニ當事者ノ適格ニ關シ、現行法ト同一ナル立法方法ヲ執リ、自ラ其基本規定ヲ設ケテ居ラス。從ツテ改正法ニ於テモ、當事者能力ハ前款述ブルガ如ク先ヅ實體法ノ規定ニ依リテ之レヲ定メ、而シテ當事者適格ハ學說ト各個特別規定トノ定ムル所ニ遵フコト【註一】現行法ニ於ケルト全ク異

ナラヌ。

【註一】 拙著民事訴訟法要論第一卷一六 頁以下參照

併シナガラ改正法ハ、別ニ條文ヲ新設シテ此等ノ範圍ヲ著シク擴張セシコトニ注意ヲ要スル。即チ形式的當事者能力ヲ認メテ權利能力ナキ當事者（非法人社團
又ハ財團）ヲ規定シ、又新タナル訴訟適格ヲ認メテ選定當事者ナルモノヲ規定シタルハ、孰レモ改正法ノ新タナル試ミニシテ、英斷ト稱セザルヲ得ヌ（四六乃至
四八條）。唯、規定餘リニ單簡ニシテ且ツ適用ノ範圍茫漠タルヲ以テ、其實施ニ當リ幾多ノ疑問、難問ニ逢着スルコト、考ヘラレル。以下之レヲ述ブル。

II. 非法人社團又ハ財團ノ當事者能力（四六條）

私法上ノ權利能力ヲ有スル者ハ、當然訴訟法上ニ當事者能力ヲ有スベキコト、前款既ニ述ベシガ如ク民事訴訟法ノ基本要求ナリト考ヘラレル。併シナガラ反對ニ當事者能力ハ必ズシモ權利能力ヲ以テ其前提ト爲ス必要ハナク、訴訟法ハ別ニ必要トスル所ニ遵ヒ當事者能力ヲ賦與スルコト敢ヘテ妨ゲナキモノデアル。即チ民法ハ自然人ト法人トニ限り權利能力ヲ認メ、從ツテ法人ニ非ザル社團又ハ財團ハ其名ニ於テ私權ノ主體ニ非ズト雖モ、之レニ當事者能力ヲ賦與シテ其名ニ於テ當事者タルコトヲ許スナラバ、之レニ因リ共同訴訟ノ煩ヲ避ケ得テ、法律取引ヲ簡捷ナラシムル利益ガアル。【註一】

【註一】 元來、私法上ノ權利能力ト訴訟法上ノ當事者能力トハ不則不離ノ關係

ニ在ルベキモノナレドモ、他面、訴訟法ハ必ズシモ私法ニ羈束セラレヌ。今日民法が、非法人社團又ハ財團ニ權利能力ヲ賦與セザルコトハ、頗ル社會取引ノ實情ニ合セザルモノニシテ、カ、ル社團又ハ財團ガ日常其名ニ於テ取引ヲ營ミツ、アルハ吾人ノ日常見聞スル所デアル。然ラバ訴訟法が、法律制度全般ト社會取引ノ趨勢トヲ考察シ、權利能力ナキ此種社團又ハ財團ニ對シ、其必要ト倣ス限リニ於テ當事者能力ヲ賦與スルハ敢ヘテ妨ゲナキコトデアル。

而シテ權利能力ナキ團體ニ當事者能力ヲ認ムルコトハ、假令狹少ナル範圍ニ限ラルト雖モ、獨民訴法ニ於テ既ニ其規定ヲ發見スル。【註一】然ルニ我現行法ニ於テハ、カ、ル規定存セザルガ爲メ、權利能力ナキ當事者ヲ認メ得ルヤ否ヤニ異論アリ、判例ハ非法人社團又ハ財團ニ當事者能力ノ存スル場合ヲ肯定スルガ如クナルモ、其趣旨曖昧デアル。【註二】於是乎、改正法ハ大英斷ヲ施シ、凡ベテノ社團又ハ財團ハ、法人ニ非ズト雖モ、其代表者又ハ管理人ノ定メアル限リ、當事者能力ヲ有スルモノト爲シタ^(四六條)。從ツテ改正法ニ於テハ、此等非法人社團又ハ財團ハ其名ニ於テ訴訟ノ當事者トナリ得ベク、【註三】而シテ其代表者又ハ管理人ハ其資格ニ於テ訴訟ヲ遂行シ、之レニ對シテハ法定代理並ニ法定代理人ノ規定準用セラレル^(五八條)。

【註一】 獨民訴法ニハ、非法人社團ニ對シテハ消極的當事者能力即チ當事者トシテ訴ヘラル、能力ノミヲ認ムル規定ガアル（同法五〇條二項）。

【註二】 大審院ハ現第一四條ヲ根據トシテ非法人社團又ハ財團ガ、其資格ニ於テ訴ヘラレ得ル場合アルコトヲ判示スルモ（明治廿八年第二六五號同年十月三日言渡）、果シテ此等社團又ハ財團ニ當事者能力ヲ認ムルモノナリヤ、或ハ

又其社團又ハ財團ノ事件ニ關シ、代表者ニ其資格ニ於テ自ラ當事者トナリ得ル資格ヲ認メシニ過ギザルヤ曖昧デアル。詳細ハ大正四年五月廿六日第三民事部判決（大判第廿一輯八一三頁以下）、大正八年九月廿七日第三民事部判決（大判第廿五輯一六六九頁以下）並ニ維本博士民訴判例批評一・六（京都法學會雜誌第十三卷四號一一七頁以下）參照。尙法律ヲ以テ社團ノ管理人ニ當事者資格ヲ賦與セル場合ガアル（無盡業法第一五條二項）。

【註三】 早川彌三郎氏ハ改正法第四六條ニ「其名ニ於テ」ト規定セルヲ批難セラレ、「其名ヲ以テ」ト規定スベカリシモノト主張セラル（法律及政治第五卷五號二二頁）。併シナガラ一般ノ用例トシテ「其名ヲ以テ」トハ間接代理ニ際シ用キラル、用語ニシテ（例之、民六四六條商三一三條）、且ツ改正法ハ破産管財人等ガ職務上其資格ニ於テ自ラ當事者トナル場合ヲ「自己ノ名ヲ以テ」ト規定シテ居ル（八六條）。而シテ此場合社團又ハ財團ハ、社員ニ對スル訴訟ノ當事者トナルニ非ズシテ、其社團又ハ財團ニ關スル事件ノ當事者トナルモノナレバ「其名ニ於テ」ト謂フチ適當トスル。

吾人ハ現行法ノ下ニ於ケル不都合ヲ想ヒ、改正法ノ執レル所ヲ趣旨トシテ賛成スルモノナレドモ、其新規ナル企テナルニモ拘ラズ、立法者ニ於テ充分ノ推敲ヲ爲サバリシモノカ、其根本ニ於テ重大ナル破綻ヲ包藏シ、且ツ各般ニ亘リテ其規定ノ不備ヲ發見スル。

第一 當事者能力ノ許否ヲ代表者又ハ管理人ノ有無ニ據ラシメタルハ其標準ヲ謬ツテ居ル。

元來權利能力ト當事者能力トハ不則不離ノ關係ニ在ルヲ常態ト爲シ、權利能力ナキ社團又ハ財團ニ當事者能力ヲ認メテ訴訟ノ當事者タルノ資格ヲ與フルハ、夫レ自體相當ニ組織化セラレ、獨立ニ取引ヲ營ム能力アル場合ニ於テノミ是認セラ

レ得ル。然ラバ改正法ガ、唯、代表者又ハ管理人ノ定メアルコトノミヲ條件トシテ、其組織ノ如何ヲ問ハザリシハ、決定ノ標準ヲ誤レルモノト謂フベク、此標準ニ依リ決セラル、當事者能力ノ存否ガ、法律生活ノ需用ト契合セザルコトハ容易ニ想像シ得ル所デアル。【註一】

【註一】 例之、代表者又ハ管理人ト定メアルモ、社團又ハ財團トシテ殆ンド何等ノ組織ナキ場合ニ當事者能力ヲ認ムルハ無意義有害ナルベク、又社團ニシテ代表者ノ定メナシト雖モ、相當組織化セラレ業務執行機關チ有スルナラバ、之レニ當事者能力ヲ認メテ妨ゲナシト信ズル。

加之、本條(四六條)ニ所謂代表者又ハ管理人ノ意義不明デアル。即チ改正法ハ、非法人社團又ハ財團ニ當事者能力ヲ認ムルニ就キ其組織如何ヲ問ハザルヲ以テ、果シテ如何ナル者ヲ代表者又ハ管理人ト做スベキヤ其標準ヲ立ツルニ苦シム。若シ之レヲ廣ク解センカ、社團又ハ財團ト稱スルモノノ殆ンド悉クガ本條ニ依リ當事者能力ヲ有スルコト、ナリ、遂ニ聚收シ能ハザル權利關係ノ紊亂ヲ生ズルニ至ルベク、且ツ他方、社團並ニ財團ノ意義確定セザルト相待チ、訴訟ニ於テ當事者能力ノ有無ニ關シ無用ナル中間ノ争ヲ惹起スルノ機會ヲ滋カラシムルノ虞レガアル。

要之、改正法ガ代表者又ハ管理人ノ定メアルコトノミヲ以テ當事者能力ノ要件ト爲シタルハ重大ナル缺點ニシテ、寧ロ業務又ハ事務執行機關ノ存否ヲ標準トスベカリシモノト信ズ

ル。

第二 代表者又ハ管理人ノ訴訟上ノ權限ガ不明デアル。

改正法ハ、此點ニ關シ何等ノ規定ヲ設ケザルヲ以テ、種々ノ疑問ガ生ズル。先ヅ代表者又ハ管理人數名存スル場合、共同シテノミ社團又ハ財團ヲ代表シ得ルヤ、或ハ各別ニ代表セシムルモノナリヤ。此場合商法第六〇、一七一條一項等ガ準用セラレ得ルモノトハ考ヘラレヌ。又第四六條ハ代表者又ハ管理者ニ訴訟上ノ代表資格ヲ創設セシモノナリヤ否ヤ不明ニシテ、若シ内部規約ニ於テ代表者又ハ管理人ト稱スル者ニ代表資格ヲ與ヘズシテ他ニ之レヲ賦與シタル場合、其内部規約ハ果シテ有效ナリヤ否ヤノ疑問モ亦存スル。

第三 代表者又ハ管理人ニ對スル特別授權ノ方法ガ不確定デアル。

改正法ハ、此等代表者又ハ管理人ニ對シ、唯、漫然ト法定代理竝ニ法定代理人ノ規定ヲ準用スルニ過ギヌ^(五八)。而シテ其法人ナルトキハ、民法其他ノ法令ニ必ズ組織規定存シ、之レニ依リ特別授權ノ方法確定セラル、モ、非法人社團又ハ財團ニ於テハ、其組織ニ關シ何等ノ準則規定存セザルヲ以テ、特別授權ノ方法ガ不確定デアル。其結果トシテ屢々授權ノ方法ナキニ歸シ、或ハ又、授權ノ適否若シクハ效力ニ關シ兎角當事者間ニ爭ヲ生ズル機會ヲ與ヘ、訴訟關係ヲ不安定ナラシムルコトヲ豫想シ得ル。

此等ノ弊害モ亦、畢竟スルニ唯、代表者又ハ管理人ノ定メアルコトノミヲ標準トシテ、其組織如何ヲ問ハザリシニ原因スル。

IV. 選定當事者【四七、八條】

共同ノ利益ヲ有スル多數者ノ團體ガ、第四六條ニ規定スル社團ニ該當スルトキハ、社團ガ其名ニ於テ當事者トナルコトヲ得レドモ、若シ之レニ該當セザルトキハ、多數者各自ガ原告又ハ被告トナルニ非ザレバ、假令共同ノ利益ニ關スル事件ト雖モ、判決ノ效力ハ總員ニ及バス。於是乎、改正法ハ此場合ニモ尙共同訴訟ノ煩ヲ避ケシメンガ爲メ、多數者ガ其一人若シクハ數人ヲ選定シタルトキハ、其者ヲ選定當事者トシテ總員ニ對スル事件ノ訴訟適格 *Prozessstandschaft* 【註一】ヲ賦與シ（^{四〇條}一項）、同時ニ其判決ノ效力ヲ總員ニ及バシムル（^{二〇條}一項）。即チ英法ノ *Equity suit* ニ於ケル *Bills of Peace* ニ似タル制度ヲ新設シタモノデアル。【註二】

【註一】 爰ニ訴訟適格トハ、第三者ガ、他人ガ主體タル權利關係ヲ訴訟ノ目的トスル訴訟ノ當事者ト爲ル資格ヲ謂フ。Vgl. Hellwig:- *Lehrbuch*, Ed. I, S. 166. dort zitiert.

【註二】 英訟ノ *Bills of Peace* ハ其目的、内容トモ我改正法ノ新設シタル選定當事者制度ト殆ンド異ラヌ。H.A. Smith, *The Principles of Equity*. pp. 808—810 etc.

元來、多數當事者ノ共同利益ニ關スル訴ニ於テハ、攻撃防禦ノ方法大體ニ於テ各當事者ニ共通シ、從ツテ其悉クガ共同訴訟

人トシテ訴訟ニ加ハルノ必要乏シキ場合ガ尠クナイ。カ、ル場合、多數者ガ自發的ニ訴訟當事者ノ數ヲ限定シ得ル制度ヲ設クルハ、訴訟手續ノ簡捷上有意義ノコト、謂フベク、改正法ハ、此趣旨ニ於テ、信託ノ法理ヲ訴訟手續ニ採リ、多數者ガ其中ヨリ選定シタル者（選定當事者）ヲシテ、其共同利益ニ關スル訴訟ヲ遂行セシムル制度ヲ設ケシモノデアル。從ツテ多數者共同訴訟人トナルベキ關係ニ在リト雖モ、共同ノ利益ニ關スル事件ニ非ザレバ選定當事者ヲ設ケ得ザルコト勿論デアル。

以下項ヲ分チテ説明スル。

第一 選定行爲

共同ノ利益ヲ有スル多數者ガ、第四六條ノ定ムル社團ヲ構成スルニ至ラザルトキハ、其中ヨリ總員ノ爲メニ原告又ハ被告ト爲ルベキ一人若シクハ數人ヲ選定シ得ル^{（四七條一項）}。而シテ訴訟法ハ選定行爲ニ關シ何等ノ規定ヲ設ケザルヲ以テ、凡ベテ此制度ノ本質ニ基キテ推斷スル外ナイ。

A. 選定行爲ノ性質

選定行爲ハ、此制度ノ構成ヨリ觀テ訴訟ニ關スル信託行爲ナルコトニ疑ガナイ。而シテ之レニ因リ被選定者ガ自己ト共同ノ利益ニ關スル他人ノ訴訟ヲ遂行スル全權ヲ取得スルモノナレバ、所謂事務信託ノ一種ニ屬スル。事務信託ナルヲ以テ信託法第十一條ニハ牴觸セス。【註一】

【註一】 信託法第十一條ハ訴訟行爲ヲ爲サシムルコトヲ主タル目的トシ

テ信託ヲ爲スコトヲ得ザル旨ヲ定ムル。併シナガラ信託法ノ謂フ信託トハ財産信託ヲ指稱スルモノニシテ（同法一條）、元來事務信託ハ固有ノ信託ニ非ズ、唯、信託ノ法理ノ之レニ準用セラル、モノニ過ギザレバ（遊佐博士信託法提要九四、一四六頁參照）、同法ノ規定ニ遵ハヌ。從ツテ信託ニ因リ單ニ訴訟遂行ノ全權ノミヲ與ヘ、財産權ノ移轉其他ノ處分ノ之レニ伴ハザルトキハ上記規定ニ牴觸セザルコト明カデアル。

選定行爲ハ一ノ信託行爲ナルヲ以テ、處分行爲ト原因行爲トヨリ成ル。【註一】而シテ原因行爲ハ組合契約ノ如キ總員相互間ノ契約ニシテ、處分行爲ハ被選定者ヲ除ク他ノ總員【註二】ヨリ被選定者ニ對スル一方的意思表示ト解スルヲ適當ト信ズル。

【註一】 遊佐博士信託法制評論二四頁參照。

【註二】 被選定者數人アルトキハ、一人ハ他人ニ對シ選定者ノ地位ニ在ルコトニ注意ヲ要スル。

B. 選定行爲ノ效力

選定行爲ハ處分行爲ト原因行爲トヨリ成ルコトヲ既述シタ。而シテ處分行爲ニ因リ、他ノ總員ガ當該訴訟ノ遂行權 Prozessführungsrecht 【註一】ヲ被選定者ニ移轉スルモノニシテ、其效力トシテ、被選定者ハ當該訴訟ニ於テ自己ノ名ヲ以テ一切ノ訴訟行爲ヲ爲ス全權ヲ領有スル。【註二】

【註一】 訴訟遂行權ニ關シテハ Siehe, Hellwig :-Lehrbuch, Bd.I. § 70 ff.

【註二】 被選定者ハ訴訟遂行ノ全權ヲ領有スルニ止マリ、訴訟ノ目的タル實體法上ノ權利義務ノ移轉ヲ受クルモノニ非ザルコトニ注意ヲ要スル。

之レト同時ニ被選定者ハ、原因行爲ノ效力トシテ、當該訴訟ノ當事者トシテ必要ナル訴訟行爲ヲ爲スベキ義務（積極的義務）ト其訴訟行爲ヲ爲スニ當リ選定行爲ノ趣旨ニ背反セザルベキ義務（消極的義務）トヲ負擔スル。

以上ハ選定行爲ノ被選定者ニ對スル效力ナルモ、更ニ被選定者ヲ除ク他ノ總員ニ對シテハ、當該訴訟ニ於ケル當事者適格ヲ喪失スルノ效力ヲ生ズル。如何トナレバ處分行爲ニ因リ訴訟遂行權被選定者ニ移轉シ、最早他ノ總員ハ當該訴訟ニ於テ自ラ國家ノ權利保護ヲ請求スルノ資格ヲ失フガ故デアル。從ツテ訴訟ノ繫屬後選定ノ行ハレタルトキハ、被選定者ヲ除ク他ノ當事者ハ、何等ノ手續ヲ須ヒズシテ當然其訴訟ヨリ脫退スル（四七條二項）。

C. 選定ノ變更

多數者ガ其中ノ或者ヲ選定シテ當事者タラシムルハ、其者ニ對スル信任ガ基礎デアル。從ツテ其信任ニ動搖ヲ來シ、其他内部關係ニ變動ノ生ジタル場合、尙嘗テ爲シタル選定行爲ノ效力ヲ持續セシムルハ不合理ト云フベク、此意味ニ於テ訴訟法ハ無條件ニ選定ノ變更ヲ許シテ居ル（四七條一項）。

選定ノ變更トハ、嘗テ爲シタル選定行爲ノ效力ヲ將來ニ向ツテ消滅セシメ、更ニ新タナル選定行爲ヲ爲ス謂ヒデアル。而シテ此兩者ハ不可分ニ非ザルベキヲ以テ、若シ新タナル選定行爲ナカリシトキハ、總員ガ改メテ當事者トナリ

又ハ當事者ノ地位ヲ回復スル<sup>(二一、二條
二項参照)</sup>。

D. 選定ノ形式並ニ其效力發生時期

此問題モ亦處分行爲ト原因行爲トニ分チテ考フル必要ガアル。原因行爲ハ共同ノ利益ヲ有スル多數者間ノ債權契約ナルヲ以テ、不要式ニシテ且ツ其行爲ノ成立ト共ニ效力ヲ發生スル。併シナガラ處分行爲ハ一ノ訴訟行爲ナルヲ以テ、訴訟行爲ノ通則ニ遵ヒ、裁判所ニ届出デタルトキニ初メテ效力ヲ發生スル【註一】。而シテ其届出ハ書面ニ依ルコトヲ要スル^(五二條)。【註二】選定ノ變更モ亦書面ヲ以テ爲スベク、且ツ相手方ニ通知スルニ非ザレバ其效ガナイ<sup>(五二、五
七條二項)</sup>。

【註一】 從ツテ被告ノ地位ニ在ルベキ多數者が、豫メ當事者タルベキ者ヲ選定スルモ、相手方ハ之レニ羈束セラルベキコトナク、總員ヲ被告トシテ訴ヲ提起シ得ル。

【註二】 第五二條ニハ「當事者ノ選定及變更」ト云フモ、處分行爲ノミヲ指ス。原因行爲ハ當事者間ノ債權契約ナルヲ以テ、外部ニ發表スル必要ハナイ。

第二 被選定者ノ訴訟上ノ地位並ニ其相互關係

被選定者ハ當該訴訟ノ當事者トナル。【註一】此事ハ第四七條一項ノ「原告又ハ被告ト爲ルベキ」ノ文言ニ因リ明瞭ナルノミナラズ、被選定者ハ自己ノ名ヲ以テ一切ノ訴訟行爲ヲ爲ス全權ヲ領有スルモノナレバ、訴訟法上其者ニ訴訟適格 *Prozessstandschaft* 發生スルハ當然ニシテ、選定者タル他ノ總員ノ代理人ト看ルコト不可能デアル。【註二】而シテ其當事

者タルハ選定ニ基クモノナレバ、假リニ之レヲ選定當事者ト稱スル。

【註一】 其資格ニ缺クル所アル場合ノ爲メ、第五三、五四條ヲ準用シテ補正追完ノ途ヲ開イテ居ル（五五條）。

【註二】 早川彌三郎氏ハ所謂「兼代人」ニ相當スト説明セラル、モ（法律及政治第五卷第五號二五頁）、其所説ハ明白ニ第四七條ノ規定ノ文言ニ副ハザルノミナラズ、被選定者ノ訴訟上ノ地位ヲ誤解セルモノデアル。是レ同氏が選定行爲ノ本質ヲ闡明スルニ至ラザリシニ基ク。尙當事者ナリヤ代理人ナリヤノ區別ノ標準ニ就テハ Stein:-Kommentar, Bd.I. vor § 50. II (S. 137).

選定當事者數人アルトキ、其數人ハ各自ニ訴訟上ノ全權ヲ領有スル。從ツテ其何人カ、死亡其他ノ事由ニ依リ訴訟適格ヲ喪失シタルトキハ、他ノ當事者ニ於テ總員ノ爲メニ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ル（^{四八}條）。併シナガラ選定當事者數人アリト雖モ、總員ニ對スル判決ガ二三ニセラルベキモノニ非ザレバ、選定當事者間ニハ必要的共同訴訟ニ於ケルト同一ナル内部關係ノ存在スル必要ガアル。然ルニ此場合ニ必要的共同訴訟ニ關スル第六二條ヲ準用セザリシハ缺點デアル。【註一】

【註一】 數人ノ選定當事者ハ、各自ニ總員ノ爲メニ訴訟行爲ヲ爲シ得ルヲ以テ、必要的共同訴訟ニ於ケルト同一ナル内部關係ヲ設クルニ非ザレバ、畢ニ判決ノ資料ヲ統一整正シ能ハヌ。而シテ其判決ノ内容ハ、訴訟ノ目的ノ如何ニ因リ總員ニ付必ズシモ合一ニノミ確定セザルヲ以テ、此場合必要的共同訴訟ニ關スル第六二條ガ當然ニハ適用セラレ能ハヌ。

選定當事者ハ訴訟上ノ全權ヲ有シ、當事者トシテ一切ノ訴訟行爲ヲ爲シ得ル。併シナガラ其當事者タルハ總員ノ選定ニ

因ルモノナレバ、全權ノ行使ニ就キ自ラ制限アルベキモノデアル。余ハ次ノ如キ制限ノ存スルモノト信ズル。

A. 選定行爲ノ效力ニ因ル制限

選定當事者ハ、選定行爲ニ因リ當該訴訟上ノ全權ヲ領有スルモ、訴訟ノ目的タル實體法上ノ權利義務ノ移轉ヲ受ケザルヲ以テ、其處分ヲ直接ノ目的ト爲ス訴訟行爲ハ之レヲ爲スコトヲ得ヌ。例之、和解、認諾、拋棄ノ如シ。此等ノ行爲ハ選定行爲ニ因リ發生セル權能ノ範圍外ニ在ルヲ以テ、總員ノ特別ノ授權ナクンバ、假令、選定當事者之レヲ爲ストモ其效力ヲ生ゼヌ。

B. 選定ノ趣旨ニ因ル制限

多數者ガ其中ノ或者ヲ選定シ當事者タラシムルハ、其者ヲシテ總員ニ代リ、訴訟上ニ權利保護請求權 *Rechtschutzanspruch*【註一】ヲ主張セシメントスルニ在ル。然ラバ此趣旨ヲ以テ選定セラレタル選定當事者ハ、權利保護請求權ノ主張ト背反スル訴訟行爲ヲ爲ス權能ナカルベキハ當然デアル。即チ訴、扣訴又ハ上告ノ取下、又ハ第七二條ノ規定ニ依ル脱退ノ如キ、孰レモ總員ノ特別授權アルニ非ズンバ、之レヲ爲スコトヲ得ヌ。

【註一】 權利保護請求權ニ關シテハ、拙著民事訴訟要論第二卷八頁以下參照。

要之、選定當事者ノ全權ノ行使ニハ、當然制限アルモノニシテ、其制限ハ上述スル如ク略ボ法定代理人ノ權限ニ對

スル制限(五〇條二項)ト一致スル、然ラバ別ニ規定ヲ設クルニ非ズンバ、第五〇條二項ヲ選定當事者ニモ準用スベカリシニ拘ラズ、改正法ハ全ク此點ヲ閑却シ、爭ヲ生ズル餘地ヲ貽シタルハ重大ナル立法上ノ缺點ト謂ハザルヲ得ヌ。

第三 判決ノ内容及ビ其效力

判決ハ選定當事者ニ言渡サル、モノナレドモ、其内容ハ總員ニ對スル判決デアル。併シナガラ選定當事者ニヨル訴訟ハ、單ニ共同ノ利益ニ關スルコトノミヲ以テ許サレ、其間必ズシモ必要ノ共同訴訟ノ關係存スルモノト限ラザルガ故ニ、其判決ハ、總員ニ付合一ニ確定スルコトアリ、又別異ニ確定スルコトモアリ得ル。

其判決ハ内容ニ於テ總員ニ對スル判決ナルヲ以テ、訴訟法ハ其確定ノ效力ヲ總員ニ及バシムル(二〇一條二項)。**【註一】**從ツテ其判決ヲ以テ、總員ニ對シ強制執行ヲ爲シ得ルコト勿論デアル。但シ其執行ノ方法、就中執行文付與ノ手續ニ關シ、二三特別ノ規定ヲ必要トスベキモ、改正法ハ第六編以下ニ就テハ應急的修正ニ止メシ爲メ、其點ニ迄及ムデ居ラス。目下審議中ノ強制執行法改正案ニハ相當ノ規定ノ設ケラル、コト、信ズル**【註二】**。

【註一】 判決ノ效力ガ總員ニ及ブテ以テ、選定當事者ハ代理人ナリトハ論結シ得ヌ。若シ其代理人ナリトスルナラバ、第二〇三條二項ハ畢ニ不必要ニ歸スベク、此規定ノ存在ハ、益々、選定當事者ガ代理人ニ非ザルコトヲ確ムルモ

ノテアル。

【註二】 本大學が司法省ニ提出シタル「強制執行篇改正意見」ノ答申中ニモ、一項ヲ設ケテ其必要ヲ答申シテアル（本號所載同答申參照）。

選定當事者ノ制度ハ、大體以上ノ説明ヲ以テ竭クル。而シテ此制度ハ訴訟當事者ノ觀念ニ根本的變更ヲ加フルモノニシテ、其牽連スル所廣汎ナルニモ拘ラズ、改正法ハ僅カ之レニ數ヶ條ヲ宛ツルニ過ギザルガ爲メ、各方面ニ重要ナル規定ノ缺陷セルコト、既ニ如上ノ説明ニ於テ觀取セラレ得ル。恐ラク本法實施ノ曉ニハ、疑問難問續出シテ去就ニ惑ハシムルコトナルベク、姑ラク此制度ノ概要ヲ記シテ他日ノ研究ニ待ツ。

第三款 訴訟能力、法定代理 並ニ特別授權

I. 總 說

訴訟能力、訴訟無能力者ノ法定代理並ニ訴訟行爲ヲ爲スニ必要ナル授權ニ關シ、改正法ハ其基本規定ヲ民法其他ノ法令ニ譲リ【註一】自ラハ特別規定ヲ設クルニ止メシコト現行法ト同ジ（改四五條）
（現四三條）。

【註一】 カ、ル立法形式ノ不當ナルコトハ本節第一款ニ之レヲ述ベタ。

其規定スル所、概略現行法ト同一趣旨ニシテ、更ニ二三必

要ナル規定ガ補足セラレテ居ル。大體ニ於テ新規定ハ孰レモ妥當デアル。現行法ト異ナル點ト謂ヘバ、法律上代理人ナル名稱ヲ廢止シタルコト、又法定代理權ノ消滅ハ、相手方ニ對スル通知ヲ其發效要件ト爲シタルコト（^{五七}條）等デアル。

II. 訴訟能力

訴訟能力ニ關スル直接規定存セザルモ、未成年者（^{民六條ニ依リ獨立ノ營業ヲ許可セラレシ者ヲ除ク}）竝ニ禁治產者ハ絶對訴訟無能力者ニシテ、妻竝ニ準禁治產者ハ制限訴訟無能力者ナルコト、第四九、五〇條ノ規定ニ依リ間接ナガラ確定セラレテ居ル。然ルニ會社其他ノ法人ニ關シテハ、改正法亦遂ニ此點ノ解決ヲ與ヘザリシモ、其代表者並ニ管理人ニ對シ、本法中法定代理竝ニ法定代理人ニ關スル規定ヲ準用スルコト、爲シ、（^{五八}條）以テ手續上ニ於テハ法人ヲ訴訟無能力者トシテ取扱フ旨ヲ明ニシテ居ル。

現行法ニ於テハ、妻竝ニ準禁治產者ガ相手方ノ提起シタル訴ニ應訴スルニ就キ、尙、夫ノ許可又ハ保佐人ノ同意ヲ必要トスルヤ爭ハレタルモ、改正法ハ、相手方ノ提起シタル訴又ハ上訴ニ付訴訟行爲ヲ爲スニハ、其必要ナキコトヲ明定シタ（^{五〇條一}項）。

外國人ノ訴訟能力ニ關シテハ、現行法第四四條ト同趣旨ノ規定ヲ置ク（^{五二}條）。

III. 法定代理

改正法ハ法律上代理人ナル名稱ヲ廢シタルヲ以テ、民法上ノ法定代理人ガ、同時ニ訴訟ニ於テ、訴訟無能力者ノ法定代理人

デアル^(四五、四九條)。而シテ其代理權ノ範圍ニ關シテハ、規定ヲ民法其他ノ法令ニ譲リ、本法ニハ、唯、相手方ノ提起シタル訴又ハ上訴ニ付訴訟行為ヲ爲スニハ親族會ノ同意其他ノ授權ヲ要セザル旨ヲ定ムル^(五〇條一項)。凡ベテ法定代理權ハ書面ヲ以テ之レヲ證スルコトヲ要スル^(五二條)。

特別代理人ハ、法定代理人ナキ場合、又ハ法定代理人ガ代理權ヲ行フコト能ハザル場合ニ於テ、相手方ノ申請ニ因リ受訴裁判所ノ裁判長之レヲ選任スルモノト爲シ、其規定大體ニ於テ現行法ト同ジイ^(改五六條現四六條)。但シ改正法ハ、法定代理人ガ代理權ヲ行使シ能ハザル凡ベテノ場合ニ、特別代理人ノ選任ヲ許スト共ニ、現行法第四七條ニ該當スル規定ヲ削除セルコトニ注意ヲ要スル。

法定代理權ノ消滅ニ關シ、改正法ハ新タナル規定ヲ設ケ、本人又ハ代理人ヨリ之レヲ相手方ニ通知スルニ非ザレバ其效ナキモノト定ムル^(五七條一項)。但シ第八五條ガ法定代理人ノ死亡並ニ訴訟能力ノ喪失ト、其代理權ノ消滅トヲ區別シタルニ對比シ、法定代理人ノ死亡又ハ其訴訟能力ノ喪失ニ因ル代理權ノ消滅ニハ、本條ノ適用ナキモノト考ヘル。實際上モ斯ク解セザレバ、本人ニ想ハザル不利益ヲ蒙ラシムル虞レガアル。尙又本條ニ其效ナシトハ、當該訴訟手續ニ於テハ法定代理權消滅セザルモノト看做スノ意ニ外ナラス。

以上法定代理權並ニ法定代理人ニ關スル規定ハ、法人其他ノ

社團又ハ財團ノ代表者又ハ管理人ニ準用セラレル^(五八條)。但シ其準用ニハ頗ル困難ノ伴フ場合多カルベキコト、信ズル。

IV. 特別授權

現行法ハ個々ノ訴訟行爲ノ特別授權ニ關シ、自ラ何等ノ規定ヲ設ケザリシ結果、異論ノ生ズル餘地存セシモ、改正法ハ、管ニ法定代理人ノミナラズ、妻竝ニ準禁治產者ガ、訴、控訴若シクハ上告ノ取下、和解、請求ノ拋棄若シクハ認諾又ハ第七二條ノ規定ニ依ル脫退ヲ爲スニハ常ニ特別授權ヲ必要トスル旨ヲ規定シ、此點ノ異論ヲ去ツタ^(五〇條二項)。〔註一〕而シテ授權ノ權利者竝ニ授權ノ方法ニ關シテハ、凡ベテ實體法ノ規定ニ譲リ、唯、其授權ハ書面ヲ以テ證スルコトノミヲ定ムル^(五一條)。

【註一】 民法ニハ法定代理人タル親權者又ハ後見人ガ、本人ノ爲メ法律行爲ヲ爲スニ就キ特別ノ授權ヲ必要トスル場合ヲ規定シテ居ル(民八八四、八八六、九二三條二項、九二九、八七八條)。而シテ此等規定ガ、如何ナル程度ニ於テ法定代理人ノ訴訟行爲ニ關シ效力ヲ生ズルヤ、從來異論ノ生ゼル場合モ存セシガ、改正法ハ特別授權ノ新規定ヲ設ケ、而カモ上記民法條文ノ規定スル所ト殆ンド一致スル内容ナルヲ以テ、大體ニ於テ爭ヲ生ズル餘地ヲ存セヌ。

改正法ガ特別授權ニ關スル規定ヲ新設シタルハ適切デアル。併シナガラ同ジク法定代理人ト云フモ、其能力竝ニ本人トノ親疎ニ區別存スルヲ以テ、民法ノ如ク授權ヲ必要トスル事項ニ多少ノ區別ヲ設クル必要ナカリシカ。就中、民法ハ、實父ニ對シテハ、其第八八四條但書ノ場合ニ本人ノ同意ヲ必要トスルノ外

何等ノ制限ヲ置カザルニ反シ、改正法ハ法定代理人ノ間ニ區別ヲ設ケザルヲ以テ、假令實父ト雖モ、法定代理人トシテ第五〇條二項ニ列舉シタル訴訟行爲ヲ爲スニハ特別授權ヲ必要トスル。斯クノ如キハ民法ノ規定ト頗ル權衡ヲ失スル感アルノミナラズ、實父ニ對シ親族會ガ授權ヲ爲スベキ規定存セザルヲ以テ、何人ガ授權スベキヤ不明デアル。

V. 欠缺ノ補正並ニ瑕疵アル訴訟行爲ノ追認

訴訟能力、法定代理權又ハ訴訟行爲ヲ爲スニ必要ナル授權ニ欠缺アルトキ、裁判所ハ期間ヲ定メテ其補正ヲ命ジ、且ツ一時欠缺ノ儘訴訟行爲ヲ爲サシメ得ルコト現行法ニ於ケルト同ジ（改五三條、現四五條三項）。而シテ改正法ハ此欠缺ノ有無ヲ以テ當然職權調查事項ト倣シ、現行法第四五條一項ノ如キ規定ヲ置イテ居ラス。

尙現行法ハ、補正ノ效力ニ遡及效ヲ認メ、補正前ニ爲シタル訴訟行爲ヲ追認スルノ規定ヲ設ケザリシモ、改正法ハ其遡及效ヲ認メズシテ、此等欠缺アル當事者又ハ法定代理人ノ爲シタル訴訟行爲ハ、補正セラレタル後、當事者又ハ法定代理人ヨリ追認スルコトヲ必要トシ、而シテ追認アリタルトキハ其行爲ノ時ニ遡リテ其效力ヲ生ズル旨ヲ規定スル（五四條）。

第二節 訴訟代理人並ニ補佐人

I. 總 說

訴訟代理人並ニ補佐人ニ關スル改正法ノ規定ハ、大體ニ於テ現行法ト一致シ、改正法ニ於テモ同ジク辯護士間接強制主義ヲ採リ、其權限ヲ通常委任ト特別委任トニ分チ、又其實質上ノ陳述ハ、當事者之レヲ取消シ又ハ更正シ得ル。併シナガラ新タニ辯護士ニ非ザル者ノ訴訟代理人タリ得ル場合ヲ認ムルモ、他方現行法ノ如ク數人ノ訴訟代理人ノ共同代理ヲ認メズ、更ニ又當事者ノ死亡其他ヲ訴訟代理權ノ消滅原因ト爲サザル等、多少現行法ト異ナレル規定モ存スル。

II. 訴訟代理人ノ資格

改正法ハ辯護士間接強制主義ヲ踏襲シタ^(七九條)。現在ノ狀態ニ在リテハ亦止ムヲ得ザル所ナルモ、近キ將來ニ於テ辯護士法ノ改正ト辯護士手數料法ノ制定トヲ待チテ、是非直接強制主義ヲ採用シ度キモノデアル。【註一】

【註一】 獨逸國ニ於テハ、地方裁判所以上ノ訴訟手續ニ於テハ辯護士訴訟ヲ強制シ（獨民訴七八條、獨民訴二七條）、就中匈牙利ニ於テハ區裁判所ニ於テモ辯護士訴訟ヲ強制スル場合ガアル（匈民訴九四條）。現今、我國ニハ辯護士ノ數増加シ、法律事件亦著シク複雑ニ赴ケルヲ以テ、當然辯護士訴訟ヲ強制スル必要ガアル。併シナガラ此問題ハ辯護士法ノ改正ト辯護士手數料法ノ制定トニ關連スルモノニシテ、之レト切離シテ直接強制主義ヲ採用スルナラバ、辯護士職ノ墮落ヲ來シ、司法運用ノ紊亂ヲ招ク虞レガアル。

即チ現行辯護士法ニ依レバ、辯護士會ハ會員辯護士ニ對シ懲戒權、否、監督權スラ之レヲ有セズ。其結果トシテ辯護士相互ニ相戒メテ職務ノ適正ナル執行ヲ圖ルノ制度ヲ缺キ、且ツ懲戒裁判ハ殆ンド法廷警察權ノ延長ノ如キ觀チ呈シ、而カモ屢々其亂用ニ非ザルカヲ想ハンムルニモ拘ラズ、他方、其本

來ノ目的タル不適正ナル職務執行ノ懲戒ニハ全ク風馬牛ニシテ、惡德辯護士ノ跳梁ニ委シテ居ル。此クノ如クニシテ辯護士訴訟ヲ強制スルナラバ、益々惡德辯護士ノ跳梁ヲ誘ヒ、遂ニ國民ノ司法制度ニ對スル不信任ヲ購フ虞レ絶無デナイ。須ラク辯護士法ヲ改正シ、辯護士ニ自治權ヲ與ヘ、辯護士會ヲシテ會員辯護士ノ職務執行ニ關シ、監督並ニ懲戒ノ權利ト義務トヲ與フル必要ガアル。

更ニ辯護士直接強制ヲ行フニハ、辯護士手数料法ノ制定ヲ必要トスル。勿論、辯護士ノ職務ハ精神的ニシテ、其報酬ヲ劃一シ得ベキモノニ非ザレバ辯護士ト依頼者トガ各個事件ニ就キ、豫メ報酬ヲ約スルハ致ヘテ妨グヌ。併シナガラ直接強制ヲ採用シタル曉、尙其報酬ヲ各自各事件毎ノ自由協定ニ委スルガ如キハ不愼不公平ナルノミナラズ、一國ノ訴訟事件全體トシテハ所謂貸金訴訟、手形訴訟、家屋開渡訴訟法ノ如キ單簡劃一ノ事件多數ヲ占ムルヲ以テ、諸國ノ例ニ倣ヒ、辯護士手数料法ヲ制定シ、當事者間ニ特約ナキ限り、手数料法ノ定ムル金額ヲ要求シ得ベク、又其金額ヲ支拂ヘバ足ルモノト爲ス必要ガアル。

改正法ハ現行法ヨリ廣キ範圍ニ於テ辯護士ニ非ザル者ノ訴訟代理人タルコトヲ認メタ^(七八條)。即チ次ノ如クデアル。

第一 法令ニ依リテ裁判上ノ行爲ヲ爲スコトヲ得ル代理人

現行法ニ於テハ、辯護士以外ノ者ニ裁判上ノ全權ヲ與フル實體法ノ規定ニ對シ、其第六三條ガ特別規定トナルヤ否ヤ爭ハレシ所ナルモ、改正法ハ特ニ明文ヲ設ケテ其訴訟代理權ヲ是認シタ^(九七條)。之レニ該當スル者ハ、商業支配人^(商二〇條)。船ハ籍港外ノ船長^(五六六條) 等デアル。蓋シ至當ナル規定デアル。

第二 區裁判所ニ於ケル訴訟代理人

改正法ニ依レバ、區裁判所ニ於テハ、許可ヲ得テ辯護士ニ

非ザル者ヲ訴訟代理人ト爲スコトヲ得ル。現行法ノ如ク地方裁判所ニ於テ許サルハ、辯護士ノ普及セル今日、其規定ヲ必要トセズト認メシモノニシテ、又其範圍ヲ親族、雇人ニ限ラザリシハ、斯ク制限スルハ當事者ノ利益ナラズト倣セシモノデアル。【註一】

【註一】 改正法ノ規定ノ如クムバ、或ハ三百代言 Winkeldadvokat ニ活動ノ餘地ヲ與フル虞レアルヲ以テ、辯護士法ノ改正ニ當リ、辯護士ニ非ザル者ガ職業トシテ他人ノ係争事件ニ干與シ、其代理人ト爲ルコトヲ禁止スル必要ガアル。

III. 代理權證明ノ方法

訴訟代理人トシテ訴訟行爲ヲ爲スニハ、裁判所ニ對シ其權限ヲ書面ヲ以テ證スルコトヲ要スル^(八〇條二項)。現行法ノ如ク「書面委任」ト謂ハザルハ^(現六四條一項)、商業支配人、商船ノ船長ノ如キ、委任ニ因ラズシテ代理權限ヲ有スル者アルガ故デアル。又口頭ニ依ル代理人ノ選任ヲ認ムル規定、大體ニ於テ現行法ト同ジ^(改八〇條三項、現六四條三項)。唯、現行法ト異ナル點ハ、權限ヲ證スル書面私文書ナルトキ、其認證ヲ必要トスルヤ否ヤ、裁判所之レヲ決シ、相手方ノ求メニ從ハザルコトデアル^(改八〇條二項、現六四條二項)。

IV. 訴訟代理權ノ範圍

法令ニ依ツテ裁判上ノ行爲ヲ爲シ得ル代理人ノ訴訟代理權ノ範圍ハ訴訟法ノ規定スル所ニ非ズトシテ、改正法ハ其規定ヲ避ケ^(八二條)、其他ノ訴訟代理人ノ代理權ノ範圍ニ就キ、現行法ト同ジク通常委任ト特別委任トニ分テテ規定スル^(八一條)。

而シテ改正法ハ、新タニ辨濟ノ受領ヲ通常委任ニ加ヘタルモ、他方其範圍ヲ稍縮少シ、反訴ノ提起、訴、控訴又ハ上告ノ取下ヲ特別委任ニ移シ、且ツ第七二條ノ規定ニ依ル脱退ヲ新タニ特別委任ニ加ヘタ（改八一條、現六五條）。【註一】更ニ改正法ハ辯護士並ニ法令ニ依ル代理人ヲ除キ、通常委任ノ範圍ニ屬スル代理權ヲ更ニ制限スルコトヲ許シタルモ、現行法ノ如ク個々ノ訴訟行為ノ委任ナルモノヲ認メヌ（改八一條三項、現六六條二項）。

【註一】 改正法ガ通常委任ヨリ主參加並ニ故障（闕席判決ニ對スル）ヲ除キタルハ、改正法ニ此等ノ規定ヲ存セザルガ爲メデアリ、又訴訟委任ヨリ再審ヲ除キタルハ、再審ハ元來別訴ナルヲ以テ、新タナル訴訟委任ヲ爲スベキモノト做シタルガ故デアル。

V. 訴訟代理人相互間並ニ當事者本人ニ對スル關係

訴訟代理人數人アルトキハ、辯護士タルト否トヲ問ハズ、其權限ノ範圍内ニ於テハ各自當事者ヲ代理シ、現行法ノ如ク共同代理ヲ認メザルト同時ニ、當事者ガ之レニ異ナル定メヲ爲スモ其效力ヲ生ゼヌ（八三條）。【註一】

【註一】 現行法ハ此場合當事者ガ異ナレル定メヲ爲スモ、單ニ其定メヲ以テ相手方ニ對抗シ行ザル旨ヲ定ムルニ過ギヌ（現六七條）。然ルニ改正法ハ全然其効力ヲ否定スル點ニ注意ヲ要スル。

訴訟代理人ハ訴訟ニ於テ本人ヲ代理スル者ナレバ、現第六八條一項ノ規定ハ、當然ノ事理トシテ改正法ニ於テ削除セラレタ。而シテ訴訟代理人ノ事實上ノ陳述ヲ、當事者ガ取消シ又ハ更正シ得ルコト現行法ト同様ナルモ、改正法ハ現行法ノ「即時ニ」

ヲ改メテ「直ニ」ト爲シタルヲ以テ、其間多少ノ時間的餘裕ノ存スルコト、ナツタ^(改八四條、現六八條二項)。

VI. 訴訟代理權欠缺ノ補正竝ニ權限ニ瑕疵アル訴訟代理人ノ爲シタル訴訟行爲ノ追認

此點ニ關シ改正法ハ、法定代理權又ハ訴訟行爲ヲ爲スニ必要ナル授權ノ欠缺アル場合ノ規定ヲ準用シテ居ル^(八七條、五三、五四條)。大體ニ於テ現行法ニ於ケルト同様デアル。但シ現行法第七〇條一項ハ當然ノ事理トシテ改正法ニ於テ之レヲ除外シタ。

VII. 訴訟代理權ノ消滅

訴訟代理人ノ代理權ハ、其發源法律ノ規定ニ基クモノニ非ザルヲ以テ、原因關係ノ消滅又ハ終了ニ因リ消滅スベキモノデアル。併シナガラ相手方ノ利益ヲ保護スル爲メ、現行法ハ特定ノ事由ニ因ル委任ノ消滅ハ其消滅ヲ通知スルマデ相手方ニ對シ效力ナキ旨ヲ定ムルモ^(現六九條一項)、改正法ハ之レヲ以テ足レリトセズ、更ニ訴訟手續ノ進行ニ便スルガ爲メ、次ノ事由ニ因リテハ訴訟代理權ノ消滅セザルモノト爲シタ。

第一 當事者ノ死亡若シクハ訴訟能力ノ喪失、當事者タル法人ノ合併ニ因ル消滅、又ハ當事者タル受託者ノ信託ノ任務終了^(八五條)。【註一】

【註一】 改正法ガ當事者ノ破産ヲ之レニ加ヘザリシハ、民法六五三條ト對比シ權衡ヲ失シテ居ル。

第二 其 他

- A. 法定代理人又ハ法人其他ノ社團若シクハ財團ノ代表者若シクハ管理人ノ死亡、訴訟能力ノ喪失又ハ代理權ノ消滅變更^(八五、五八條)。
- B. 一定ノ資格ヲ有スル者が自己ノ名ヲ以テ他人ノ爲メニ訴訟ノ當事者タル場合（例之、破産管財人）、其者ノ訴訟資格ノ消滅^(八六條一項)。
- C. 選定當事者ノ訴訟資格ノ喪失^(八六條二項)。

而シテ以上ノ場合、訴訟代理人アル間ハ訴訟手續ノ中斷ヲ生ゼザルヲ以テ、訴訟代理人ハ、新タナル當事者又ハ法定代理人（代表者又ハ管理人）ノ定マルト否トニ拘ラズ、自由ニ訴訟ヲ進行セシメ得ル。從ツテ新タナル當事者又ハ法定代理人（代表者又ハ管理人）ハ、從來ノ訴訟代理人ヲ變更セントスルナラバ改メテ委任消滅ノ手續ヲ執ル必要ガアル。

改正法ガ、カ、ル新規定ヲ設ケタルハ、一意、訴訟手續ノ澁滞ヲ防止スルノ目的ニ出デシモノニシテ、純理上ノ根據ニ乏シイ。加之、訴訟代理人ガ當事者又ハ法定代理人ノ不確定ノ間任意ニ訴訟ヲ遂行シ得ルガ如キハ、當事者ノ正當ナル利益ヲ害スルモノニシテ、且ツ代理ノ意義ヲ沒却スル。多少ノ制限ガ望マシカッタ。

以上述ブルノ外、改正法ハ訴訟代理權ノ消滅ヲ代理ノ一般理論ニ譲リ自ラ規定セズ、唯、其消滅ハ本人又ハ代理人ヨリ之レヲ相手方ニ通知スルニ非ザレバ其效ナシト定ムル^(八七、五七條)。但シ

法定代理權消滅ノ規定ヲ準用シタルモノナレバ、嚮ニ法定代理ニ關シ述べタルガ如ク、訴訟代理人ノ死亡又ハ訴訟能力ノ喪失ニ依ル代理權ノ消滅ハ、相手方ニ通知ヲ待タズシテ其效力ヲ生ズルモノト倣スヲ至當トスル^(現六九條一項參照)。

改正法ハ現行法第六九條二項ノ規定ヲ削除シタルモ、辯護士職ガ公益代表ノ機關ナルヲ想ヒ、存續セシム可カリシモノト信ズル。

VIII. 輔佐人

改正法ハ輔佐人ヲ認メ、其規定スル所現行法ト略ボ一致スル^(改八一條現七一條)。但シ現行法ノ如ク辯護士タル者ト辯護士タラザル者トノ間ニ區別ヲ設ケザリシハ不當デアル。