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

II

教　授

中　村　宗　雄

PROF. M. NAKAMURA

1928

目　　次

第四章　複數訴訟關係 ……73

第一節　共同訴訟 ……73

I. 總說……II. 共同訴訟ノ一般的要件……III. 現行法ノ主參加ニ該ル共同訴訟(六〇條)……IV. 必要的共同訴訟ノ內部關係

第二節　訴訟參加 ……82

第一款　補助參加 ……83

I. 總說……II. 補助參加ノ手續並ニ之レニ對スル異議……III. 補助參加ノ效力……IV. 補助參加人ニ對スル判決ノ效力

第二款　獨立參加 ……86

I. 總說……II. 獨立參加ヲ爲シ得ル場合……III. 獨立參加ノ訴訟關係……IV. 獨立參加ノ手續並ニ本訴トノ關係 ……V. 辯論並ニ裁判……VI. 共同訴訟(六〇條)並ニ共同訴訟的參加(七五條)トノ關係……VII. 本條ノ批評

第三款　共同訴訟的參加 ……106

I. 總說……II. 共同訴訟的參加ヲ爲シ得ル場合並ニ其手續……III. 共同訴訟的參加人ノ訴訟上ノ地位……IV. 本條ノ批評

第四款　訴訟ノ告知 ……114

第五款　訴訟ノ引受. 脫退 ……116

I. 總說……II. 權利者ノ訴訟引受……III. 義務者ノ訴訟引受……IV. 批評

第三節 客觀的併合訴訟、反訴並ニ中間確認ノ訴‥‥122

I. 客觀的併合訴訟‥‥‥‥‥‥II. 反訴‥‥‥‥‥‥III. 中間確認ノ訴

第四章　複數訴訟關係

改正法ハ、複數訴訟關係トシテ、共同訴訟、客觀的併合訴訟、訴訟參加、反訴並ニ中間確認ノ訴ヲ認ムルコト現行法ニ同ジイ。其規定スル所、大綱ニ於テ現行法ト一致スルモ、尙訴訟參加ノ如ク、著シク其舊態ヲ改メシモノモアル。以下、改正ノ要點ヲ擧ゲテ論究スル。

第一節　共同訴訟

I.　總　說

改正法ハ、現行法ト同ジク、一節ヲ設ケテ共同訴訟ニ關スル一般的規定ヲ置ク(第一編第二章第二節)。改正法ニ於ケル著シキ變更ハ、現行法ノ主參加ニ該ル場合ヲ共同訴訟トシテ規定シ(六〇條)、又、必要的共同訴訟ニ於ケル內部關係ノ規定ヲ統一、補足シタル點ニアル(六二、六三條)。其他ニ至ツテハ概ネ辭句修正ノ程度ニ止マル。

共同訴訟ノ特別ナル場合トシテ、改正法ハ、新タニ訴訟參加ニ因ル共同訴訟ノ成立ヲ認ムル(七一、七五條)。但シ訴訟法ハ、此等ヲ以テ訴訟參加ノ一種トシテ規定スルガ故ニ、本節ニ其說明ヲ加フルヲ避ケ、次節「訴訟參加」ニ於テ、「獨立參加」竝ニ「共同訴訟的參加」トシテ詳細ナル研究ヲ試ムル。

II.　共同訴訟ノ一般的要件

共同訴訟ノ成立ニ必要ナル一般的要件ハ、改正法ニ於テ別段

ノ變更ヲ加ヘラレナカツタ。一般的ニ共同訴訟ノ許サルヽ場合トシテ、改正法ガ其第五九條ニ

第一、訴訟ノ目的タル權利又ハ義務ガ、數人ニ付共通ナルトキ

第二、訴訟ノ目的タル權利又ハ義務ガ、同一ノ事實上及法律上ノ原因ニ基クトキ

第三、訴訟ノ目的タル權利又ハ義務ガ、同種ニシテ事實上及法律上同種ノ原因ニ基クトキ

ノ三場合ヲ擇一的ニ擧ゲタルハ、現行法第四八條ト、其規定ノ體裁ヲ些カ異ニスルモ、趣旨ニ於テ全ク同一ニ歸スル。

管轄ニ關シテハ、現行法ト同ジク改正法モ亦、共同訴訟トシテ特ニ規定ヲ設クルコトナク、管轄ノ一般規定ニ讓ツテ居ル。卽チ事物ノ管轄ハ、各請求ノ價格ヲ合算シテ定ムベキコト現行法ト同一ナルモ(改二三條 現四條)、【註一】土地ノ管轄ニ關シテハ、牽連管轄ニ關スル第二一條ノ規定アルガ故ニ、共同被告ノ一人ニ付管轄權アル裁判所ハ、他ニ專屬管轄ノ定メナキ限リ、凡ベテノ共同被告ニ對シ管轄權ヲ有スル。從ツテソノ孰レノ裁判所ニ共同訴訟ヲ提起スベキヤハ原告ニ於テ選擇シ得ルノデアルガ、斯クモ宏ク土地管轄ノ併合ヲ認ムルハ、餘リニ原告保護ニ失スルモノニシテ、獨、墺、匈ノ民訴法ノ如ク、若干ノ制限ヲ加フルノ必要アルコト、已ニ述ベタ所デアル。【註二】尤モ第二一條ハ共同訴訟ニ適用ナシトノ說存スルモ、其理論的根據ニ乏シキノミナラズ、【註三】若シ此說ニ遵フナラバ、共同訴訟ノ受訴裁判所ハ、共同被

告各自ニ付土地管轄ヲ有スルコトヲ必要トシ、共同訴訟制度ノ運用殆ンド不可能トナル。是レ現行法ニハ、改正法第二一條ノ如キ規定ナキモ、尙、判例ガ土地管轄ノ併合ヲ認ムル所以デアル。要スルニ、此說ハ理論上ニモ、又、實際ノ運用上ニモ採ルベカラザル所說デアル。

【註一】第二三條ハ、訴訟ノ目的ノ價格算定ノ規定ニ過ギザルガ故ニ、訴訟ノ目的ノ價格ニ拘ラズシテ管轄ノ定メラルヽ請求ハ（裁構一四條第二）、素ヨリ本條ヲ適用シテ合算セラルヽモノデナイ。Stein-Jonas :-Kommentar, Bd. I. zu §5. II. S. 50. 從ツテ裁構法第一四條第二ニ揭グル請求ハ、常ニ區裁判所ノ事物管轄ニ屬スルヲ以テ、他ノ被告ニ對スル請求ガ千圓ヲ超過スルトキハ、併合シテ共同訴訟ト爲スコトヲ得ヌ。

【註二】本稿二七頁參照。

【註三】例之、山田博士（法學論叢第一六卷第四號三二頁以下）。此說ノ論據トスル所ハ、共同訴訟ハ、共同訴訟人各自ニ對スル別個ノ訴ナルヲ以テ、第二一條ニ所謂「一ノ訴ヲ以テ數個ノ請求ヲ爲ス場合」ニ該當セズト云フニアル。併シナガラ同條ト第二三條一項トヲ對比スルナラバ、同條ニ云フ「訴」トハ、複數訴訟關係ヲモ包括スル廣義ノ形式的一個ノ訴訟ヲ指スコト明白ニシテ、此意味ニ於テ、共同訴訟モ亦「一ノ訴」デアル。然ラバ數人ノ共同被告ニ對シ請求ヲ爲スコトハ、「一ノ訴ヲ以テ數個ノ請求ヲ爲ス場合」ニ外ナラヌ。但シ共同訴訟ニ於テハ、數人ノ共同被告ニ對シ常ニ別個ノ請求ヲ爲スモノニ非ザルガ故ニ、共同訴訟ニシテ第二一條ノ適用ナキモノアルコトノ不都合ハ既ニ述ベシ所デアル（本稿三〇頁參照）。

III.　現行法ノ主參加ニ該ル共同訴訟（六〇條）

現在ノ制度トシテノ主參加ガ、最早ヤ單純ナル訴訟參加ニ非ズシテ、獨立ナル訴ノ提起デアリ、性質上、共同訴訟ノ一種ナルコトニ殆ンド異論ガナイ。【註一】然ルニ我現行法ガ、獨民訴法

ニ倣ヒ、從參加ト併列シ主參加トシテ規定ヲ設ケタルハ、全ク沿革ニ捉ハレシ結果ニ外ナラヌ(現五一條一項 獨民訴六四條)。【註二】墺民訴法ハ、主參加ノ名稱ヲ廢止スルニ至ラザリシモ、其規定ヲ參加ノ節ヨリ分離シ、「共同訴訟及ビ主參加」ナル一節ヲ設ケテ、其末尾ニ附シタノデアル(同法一六條)。不徹底デハアルガ、ヨリ理論的デアル。

【註一】 Hellwig :-System, Teil I. S. 350.; Stein-Jonas :-Kommentar (13) Bd. I zu § 64. I. (S.195.); 仁井田博士、民事訴訟法大綱、二七七頁、前田氏、民事訴訟法講義第一編、一三八頁、等。

【註二】 Hellwig:-System, Teil I. S. 350.; Heim:-Hauptintervention. S. 1. ff

我改正法ハ、墺民訴法ニ更ニ一歩ヲ進メ、斷然、現行法第五一條ヲ削除シ、主參加竝ニ準主參加ヲ廢止スルト同時ニ、其主參加ニ該ル場合ヲ(現五一條一項)共同訴訟ノ一種トシテ、共同訴訟ノ節中ニ規定ヲ設ケタノデアル(六〇條)。卽チ他人間ノ訴訟(第一訴訟)ノ目的ノ全部又ハ一部ヲ自己ノ爲メニ請求スル者ハ、第一訴訟ノ繫屬中ニ限リ、其當事者双方ヲ共同被告トシテ、第一審ノ受訴裁判所ニ獨立ノ訴(第二訴訟)ヲ提起シ得ル。其規定スル所、內容ニ於テ現行法ノ主參加ト異ナラザルモ、改正法ニ依レバ、第二訴訟ハ、第一訴訟ノ當事者双方ヲ共同被告トスル獨立ナル共同訴訟ニシテ、第一訴訟ハ單ニ第二訴訟ノ提起ノ要件ヲ爲スモノニ過ギザレバ、次ノ如キ相違ガアル。

第一、第一竝ニ第二訴訟ハ、夫々獨立ニ手續ヲ進行セラレ、相涉セズ、且ツ又、現行法第五二條竝ニ第一二一條ニ該ル規定

削除ノ結果トシテ、第一訴訟ヲ第二訴訟ノ完結ニ至ル迄中止スルコトナシ。從ツテ兩訴判決ハ、夫々、當該訴訟ニ於テ聚集セラレシ訴訟資料ノミニ基キ、相牽連セザルモノニシテ、場合ニ因ツテハ、其內容ニ於テ矛盾スルコトモアリ得ル。

第二、第二訴訟ハ、第一訴訟ノ原告、被告ヲ共同被告ト爲スコトヲ要件トスルモノニシテ、第一訴訟ガ共同訴訟ナリシ場合、其原告又ハ被告タル共同訴訟人ノ全員ヲ被告ト爲ス必要ハナイ。蓋シ、牽連管轄ニ關スル改正法第二一條ノ規定ハ、宏ク共同訴訟竝ニ客觀的併合訴訟ニ適用セラルヽヲ以テ、〔註一〕第一訴訟ノ共同訴訟人中ニハ、全然、第二訴訟ノ訴訟ノ目的ト無關係ノ者アリ得ルガ故デアル。

〔註一〕設例ニ就テハ、本稿二八頁〔註一〕參照。

第三、第一訴訟ノ提起後、其訴訟ノ目的タル權利ノ全部又ハ一部ヲ讓受ケタル第三者モ亦、本條ニ依ル共同訴訟（第二訴訟）ヲ提起シ得ル。蓋シ、第二訴訟ハ獨立ノ訴ナルヲ以テ、訴訟ノ目的タル權利ノ移轉ガ、第一訴訟ノ繫屬前ニ行ハレシト否ト敢テ其關セザル所ニシテ、素ヨリ當然デアル。但シ此場合、第三者ハ第七一條ノ獨立參加ヲ爲スコト、第七三條ノ適用ヲ受クル點ニ於テ利益デアル。

以上第六〇條ノ規定ト離レ、更ニ改正法ハ、獨立ナル訴訟參加ノ制度ヲ新設シ（七一條）、現行法ノ主參加竝ニ準主參加（現五一條一、二項）ノ場合ニ宛ツル。從ツテ現行法上主參加ノ一途ノミ存スル場合、

改正法ニ依レバ、共同訴訟ヲ提起スルカ、又ハ既ニ繫屬セル訴訟ニ當事者トシテ參加スルカノ二途存スル(六〇、七一條)。其孰レヲ採ルベキカハ第三者ガ自ラノ利益ヲ考量シテ選擇シ得ル所デアル。詳細ハ次節中第七一條ノ說明ニ讓ツテ置ク。【註一】

【註一】本稿後段八六頁以下參照。

IV. 必要的共同訴訟ノ內部關係

改正法ハ、共同訴訟ノ內部關係ヲ規定スルニ、先ヅ通常ナル共同訴訟ヲ基準トシテ其規定ヲ設ケ、次ニ例外ノ形式ニテ必要的共同訴訟ヲ規定シ、全ク現行法ノ形式ヲ踏襲シタ。而シテ其內容ヲ通觀スルニ、通常ナル共同訴訟ニ關シテハ、現行法ト同ジク各共同訴訟人ニ對スル訴訟關係ノ獨立ヲ原則ト爲シ、現行法第四九條ト同趣旨ノ簡單ナル條文ヲ設ケテ居ル(六一條)。然ルニ必要的共同訴訟ニ關シテハ、改正法ニ依リ稍著シイ變更ガ加ヘラレタノデアル。

抑モ、必要的共同訴訟トシテ、訴訟ノ目的ガ共同訴訟人ニ對シ合一ニノミ確定セラルヽニハ、訴訟資料ノ聚集ト手續ノ進行トヲ全員ニ對シテ齊一ナラシムルコトヲ必要トスル。然ラバ必要的共同訴訟ニ於ケル共同訴訟人ハ、通常ナル共同訴訟ニ於ケルガ如ク、相互獨立ナルコト能ハザルハ素ヨリ當然ナルモ、其內部關係ノ規定トシテ、必要的共同訴訟人ヲ一ノ訴訟團體ト看ルベキヤ、又ハ各自獨立スルモ、必要ナル程度ニ於テ相互牽連スルモノト看ルベキヤハ、頗ル問題デアル。【註一】此點ニ關シ現

行法ハ母法タル獨民訴法(現獨民訴六二條)ヨリ繼受シタル現第五〇條第四項ノ外、尙同條第二項ヲ新設シ、二元的ニ立法シタルガ爲メニ其間若干ノ矛盾ト重複トヲ生ジタノデアツタ。【註二】改正法ハ斷然前記第四項ヲ削除シテ第二項ノ規定ヲ存置シ、更ニ若干ノ新規定ヲ附加シタノデアル。卽チ

【註一】此見解ハ獨逸普通法以來爭ハレシ所ニシテ、獨墺ノ民訴法ハ、必要的共同訴訟人ノ或者ガ期日又ハ期間ヲ懈怠シタル場合ノ規定ノミヲ設ケ(獨民訴六二條、墺民訴一四條)、全員ガ期日ヲ懈怠セザリシ場合ノ相互關係ニ就テハ全ク規定ヲ缺キ學說ニ委シテ居ル。

【註二】現行法第五〇條第二項ハ、現行法草案修正ノ際挿入セラレシ規定ニシテ、必要的共同訴訟人各自獨立ヲ原則トシタ規定デアリ、又同第四項(獨六二條、墺一四條)ハ、必要的共同訴訟人ノ或者ガ期日又ハ期間ヲ懈怠シタル場合、相互ノ代理ヲ擬制スルモノニシテ、寧ロ必要的共同訴訟人ヲ一ノ訴訟團體ト看ル規定デアル。互ニ矛盾重複スルハ當然デアル。先ヅ第一ニ、第四項中期間ニ關スル規定ハ全ク不必要デアル。何トナレバ、期間ノ遵守ハ常ニ全員ノ利益ニ歸スルヲ以テ、第二項ノ規定ヲ以テ、充分デアル。更ニ又第二項ニハ何等適用ノ制限ナキヲ以テ、必要的共同訴訟人ノ或者ガ期日ヲ懈怠シタル場合ニモ、第四項ト併ビテ適用セラルヽカノ疑ガアル。若シ其適用アリトスルナラバ第四項ヲ其儘ニ解釋スルコト殆ンド不可能デアル。假リニ通說ニ遵ヒ第二項ハ共同訴訟人ガ期日ヲ懈怠セザリシ場合ノ規定ト解スレバ、期日ニ出席シタル必要的共同訴訟人ハ、他ノ共同訴訟人ノ不利益ナル行爲ノ效力ヲ蒙ラザルニモ拘ラズ、缺席スルナラバ、利益不利益ヲ問ハズ其效力ヲ及ボサルヽ不權衡ヲ生ズル。

第一、必要的共同訴訟人ノ一人ノ訴訟行爲

必要的共同訴訟人ノ一人ノ訴訟行爲ハ、全員ノ利益ニ於テノミ其效力ヲ生ズル(六二條一項)。此規定ハ現行法第五〇條二項ニ

該當スルモノニシテ、同條第三、四項ノ規定ハ、改正法ニ於テ削除セラレタ。而シテ第三項ノ規定ハ、之レ無クモ當然ノ事理トシテ削除セラレタノデアルガ、第四項削除ノ結果トシテ、改正法ニ於テハ、必要的共同訴訟人ノ或者ガ期日ニ懈怠シタル場合ニモ、出席セル必要的共同訴訟人ノ訴訟行爲ハ、全員ノ利益ニ於テノミ其效力ヲ生ズルコトヽナツタ。【註一】

【註一】 現行法第五〇條四項ノ存置ヲ必要トスル唯一ノ理由ハ、此規定ナクムバ、期日ヲ懈怠セル必要的共同訴訟人ニ對シテ缺席手續開始セラルヽガ故デアル。然ルニ改正法ニ於テハ缺席手續廢止セラレタルヲ以テ、此點ニ於テモ亦本項存置ノ必要ヲ看ヌ。

要之、改正法ニ於テハ、必要的共同訴訟人ノ或者ガ期日又ハ期間ヲ懈怠セルト否トヲ問ハズ、常ニ此規定ヲ以テ一貫スルモノニシテ、現行法ノ錯雜セルニ比シ、更ニ又、獨、墺訴訟法ガ、規定ヲ缺キテ學說ノ解決ニ委セルニ比シ、【註一】遙カニ優ツテ居ル。唯、何ヲ以テ「全員ノ利益」ト做スカ曖昧ノ感アルモ、訴訟ノ結果ヲ標準トシ勝訴ニ邇キ行爲ヲ利益、勝訴ニ遐ナル行爲ヲ不利益ト看ルベキデアル。

【註一】 獨、墺ノ訴訟法ハ、必要的共同訴訟人全員ガ期日ニ出席セル場合ノ相互關係ニ就テ全ク規定ヲ缺イテ居ル(前段〔註一〕參照)。學說トシテハ、此場合、各必要的共同訴訟人ハ獨立ニ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ト云ヒ (Stein-Jonas :- Kommentar, Bd I. zu §62. V. S. 191.). 或ハ又、所謂固有必要的共同訴訟ニ限リ全員一致スルニ非ザレバ有效ニ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ズト云フ (Hellwig: System, Teil I. S 343)。

第二、必要的共同訴訟人ノ一人ニ對スル相手方ノ訴訟行爲

必要的共同訴訟人ノ一人ニ對スル相手方ノ訴訟行爲ハ全員ニ對シテ其效力ヲ生ズル(六二條二項)。此點ニ關シテハ現行法ヲ初メ、獨、墺、匈ノ訴訟法ニモ其規定ヲ缺キ、學說亦岐レテ居ル。【註一】改正法ガ特ニ一項ヲ設ケタルハ、洵ニ適當デハアルガ、假令必要的共同訴訟ナリトモ、共同訴訟人ノ一人ニ對スル相手方ノ訴訟行爲ノ效力ヲ其全員ニ及バシムルガ如キハ、訴訟ノ齊一的促進ヲ計ルニ急ニシテ、共同訴訟人ノ利益ヲ無視シタルモノト謂ハザルヲ得ヌ。從來ノ學說トテモ、斯クモ宏汎ナル效力ヲ認メシモノガナイ。

【註一】相手方ハ必要的共同訴訟人全員ニ對スルニ非ザレバ有效ニ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ズト云フ說(Walsmann :-Die streitgenössische Nebenintervention S. 100. 前田氏民事訴訟法講義第一編一三三頁)、所謂固有必要的共同訴訟ニ限リ全員ニ對スルニ非ザレバ有效ニ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ズト云フ說 (Hellwig :-System, Teil I. S 344.)並ニ相手方ハ必要的共同訴訟人全員ニ對シ必ズシモ同一ニ訴訟行爲ヲ爲ス必要ナシトスル說 Stein-Jonas:-Kommentar, zu § 62. V. (S. 191.)ガアル。併シナガラ Stein ト雖モ、其一人ニ對スル訴訟行爲ノ效力ガ全員ニ及ブト云フノデハナイ。

第三、必要的共同訴訟人ノ一人ニ對スル訴訟手續ノ中斷中止

必要的共同訴訟人ノ一人ニ付キ訴訟手續ノ中斷又ハ中止ノ原因アルトキハ、其中斷又ハ中止ハ全員ニ付其效力ヲ生ズル(六二條三項)。此規定亦、改正法ニ新設セラレシモノナレド、從來學說竝ニ判例ガ當然ノ事理トシテ認メシ所デアル。【註一】

【註一】Hellwig :-System, Teil I. S. 344. 前田氏民事訴訟法講義第一編一三四頁、拙著民事訴訟法要論第二卷第六九頁、明治四四年七月八日大審院判決(第

一七輯四六六頁)、反對說、Stein-Jonas :-Kommentar, zu § 62. V. 4. (S 192)。

第四、必要的共同訴訟人ノ一人ニ對スル特別授權

準禁治產者、妻竝ニ訴訟無能力者ノ法定代理人ハ、他ノ必要的共同訴訟人ガ上訴ヲ爲シタル場合ニハ、保佐人ノ同意、夫ノ許可、親族會ノ同意其他ノ必要ナル特別授權ナクシテ、上訴審ニ於ケル訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ル(六三條)。本項ハ、此等ノ者ニ所謂應訴能力ヲ認ムル第五〇條ノ新設ト共ニ、新タニ挿入セラレシモノニシテ、素ヨリ當然ノ規定デアル。

第二節　訴訟參加

訴訟參加ノ規定ハ、改正法ニ於テ著シク變更セラレタノデアル。主參加竝ニ準主參加ニ關スル現行法第五一條ノ規定ノ削除セラレシコト、既ニ前節ニ於テ一言シタルガ如ク、從ツテ改正法ハ現行法ノ「主參加」、「從參加」ノ區別ヲ廢シテ、單ニ「參加」ト稱スル。次ニ、第三者ガ既ニ繫屬セル訴訟ニ當事者トシテ參加スルコトハ、現行法ノ認メザル所ナルモ、改正法ハ新タニ之レヲ認メ、獨立セル當事者トシテノ訴訟參加(七一條)、竝ニ共同訴訟人トシテノ訴訟參加(七五條)ヲ規定スルニ至ツタ。以下說明ノ便宜ヲ圖リ、現行法ノ從參加ニ該ルモノヲ「補助參加」ト稱シ、此等當事者トシテノ參加ヲ、夫々「獨立參加」竝ニ「共同訴訟的參加」ト其名稱ヲ附スル。

其他、訴訟ノ引受、脫退、告知等ニ於テモ、著シク規定ガ修

正セラレ、追完セラレタ。

第一款　補助參加

I. 總　說

爰ニ「補助參加」ト云フハ、改正法ガ參加ノ通常ナル形式トシテ、第六四條以下ニ規定スルモノニシテ、現行法ノ從參加ニ該ル。故ニ「從參加」ト稱スルモ亦妨ゲナイノデアル。補助參加人ハ、現行法ノ從參加人ト同ジク自ラ訴訟ノ當事者トナルノデハナク、訴訟ノ結果ニ付キ利害關係ヲ有スル第三者ガ、當事者ノ一方ヲ補助スルガ爲メ、其訴訟ニ參加スルノデアル(六四條)。

補助參加ニ付キ、改正法ハ、略ボ現行法ノ從參加ノ制度ヲ踏襲シタルガ故ニ、以下主トシテ新タニ設ケラレシ規定ノ說明ヲ爲スニ止ムル。

II. 補助參加ノ手續竝ニ之レニ對スル異議

補助參加ヲ爲ス手續ト、參加ニ對シ當事者ガ異議ヲ述ブル手續トハ、現行法ノ夫レト略ボ同樣デアル(六五、六六條)。唯、改正法ニハ、當事者ノ異議ニ制限ヲ設ケ、當事者ガ參加ニ付キ異議ヲ述ベズシテ辯論ヲ爲シ、又ハ準備手續ニ於テ申述ヲ爲シタルトキハ異議ヲ述ブル權利ヲ失フ旨ヲ定ムル(六七條)。蓋シ至當ノ規定デアル。

適式ナル補助參加ノ申出ニ對シ當事者ヨリ異議ノ申立アリタル場合、改正法ニ於テモ亦、參加ヲ許サヾル裁判ノ確定セザル

間ハ、參加人ガ假リニ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ認ムル(六八條)。但シ現行法ニ依レバ、爾後參加ヲ許サヾル裁判確定スルトキハ、參加人ノ訴訟行爲ハ全部其效力ヲ失フモノナレド、改正法ハ、辯論ノ混亂ヲ避クルガ爲メ、當事者ガ參加人ノ訴訟行爲ヲ援用シタルトキハ、參加ヲ許サヾル裁判確定シタル場合ニ於テモ、其效力ヲ失ハザル旨ヲ規定シタ(六八條二項)。

III.　補助參加ノ效力

次ニ補助參加ノ效力ニ關スル規定、亦、大體ニ於テ現行法ニ同ジイ。參加人ハ、訴訟ニ付攻擊又ハ防禦ノ方法ノ提出、異議ノ申立、上訴ノ提起其他一切ノ訴訟行爲ヲ爲シ得ルモ、參加ノ時ニ於ケル訴訟ノ程度ニ從フコトヽ、主タル當事者ノ訴訟行爲ト牴觸シ得ザルトノ制限ガアル(六九條)。但シ改正法ハ、參加人ノ訴訟行爲ト主タル當事者ノ訴訟行爲トガ牴觸シタル場合ニ關スル現行法第五四條二項ノ但書「但シ民法ニ於テ此ニ異ナル規定アルトキハ此限リニ非ズ」ヲ削除シタノデアル。其結果トシテ補助參加人ハ、現行法ニ於ケルガ如ク、主タル當事者ヲ差置キ、民法第四五七條二項ニ因リ相殺ヲ以テ對抗シ、或ハ又第四五八條(四三五條)ニ因リ債權ノ消滅ヲ主張シ得サルコトヽナツタ。補助參加人タルノ地位ニ顧ミ、蓋シ至當デアル。【註一】

【註一】現行法第五四條二項但書ハ、我現行法特有ノモノニシテ、「民法ニ於テ此ニ異ナル規定」トハ、民法第四五七條二項、四五八條(四三五、乃至、四三九條等)ヲ指スモノト解スル(早川氏民事訴訟法論一一四頁、拙著民事訴訟法要論第二卷一七〇頁)。從ツテ從參加人ハ、此範圍內ニ於テハ主タル當事者ノ意

思ヲ無視シテ防禦方法ヲ提出シ得ルノデアルガ、此ノ如キハ、從參加人ガ當事者間ノ權利關係ノ確定ニ關涉スルコトヽナリ甚ダ不當デアル。從參加人トシテハ、主タル當事者ガ其訴訟行爲ヲ妨ゲタル場合ニハ判決ノ効力ヲ否認シ得ルヲ以テ(改七〇條、現五五條)、敢ヘテカヽル規定ヲ必要トセヌ。改正法ガ之レヲ削除シタルハ素ヨリ當然デアル。

或ハ此但書ヲ以テ、獨民訴法第六九條、墺民訴二〇條、我改正法七五條ニ該ル共同訴訟的從參加ヲ規定シタルモノト倣ス說ガアル(前田氏民事訴訟法講義第一編一六九頁、山田博士判例批評民事訴訟法第一卷二一頁以下)。併シナガラ爾ク解スルハ、文理上殆ンド不可能ニシテ、此但書ハ現行法ニ共同訴訟的從參加ヲ認メザル缺陷ヲ補ハントスル窮餘ノ策ニ出ヅル、改正法ハ後述スル如ク第七五條ニ共同訴訟的參加ヲ規定スルヲ以テ、斯ク解スルモ、亦此但書ハ不必要デアル。

IV.　補助參加人ニ對スル判決ノ效力

改正法ハ、判決ノ補助參加人ニ對スル效力ヲ强大ナラシメタノデアル。現行法ハ、母法タル獨民訴法ニ倣ヒ、主タル當事者トノ關係ニ於テハ「其訴訟ノ確定裁判ヲ不當ナリト主張スルコトヲ得ズ」ト規定シ(現五五條一項 獨民訴六八條)、補助參加人ニ對シテ、判決ノ既判力ヲ及ボスモノナリヤ、既判力ニ非ザル一種ノ效力ヲ及ボスニ過ギザルヤ、曖昧ナルノミナラズ、【註一】其判決ノ效力モ、補助シタル當事者ト參加人トノ間ニ限ツテ居ル。然ルニ改正法ハ、「裁判ハ參加人ニ對シテモ其ノ效力ヲ有ス」ト規定シ(七〇條)、判決ガ補助參加人ト當事者双方トノ間ニ既判力ヲ生ズルノ趣旨ヲ明カト爲シタ。理論的ニハ一貫セル立法デアルガ、補助參加人ト相手方トノ間ニ迄既判力ヲ擴張セシムルハ、爾後ニ爭ヲ滋カラシムル因ニシテ、有害無益ト考ヘル。【註二】

【註一】 補助參加人ニ對スル判決ノ效力ニ關シテハ異說ガアル。或ハ制限セラレタル既判力 beschränkte Rechtskraft ナリト云ヒ (Stein-Jonas :-Kommentar, Bd. I. zu § 68. I. (S. 211)、仁井田博士民事訴訟法要論中卷六九頁等)、或ハ又、既判力ニハ非ズシテ單ニ判決ヲ「不當ナリト主張シ得ザル」所謂參加的效力 Interventionswirkung ヲ生ズルニ過ギズト云フ Hellwig;-System, Teil I. S 299.; Walsmann;-Die streitgen. Nebenintervention, S 124. dort Zitat)。尙、此問題ノ詳細ナル論評ハ、雉本博士「判決ノ參加的效力」(京都法學會雜誌第一三卷第七號、法學論叢第三卷第三號、第四卷第七號) 參照。

【註二】 補助參加人ニ對スル判決ノ效力ハ、主タル當事者ガ補助參加人ヲシテ充分訴訟ヲ遂行セシメタリヤ否ヤニカヽル條件的ノモノデアル。カヽル條件的既判力ヲ、補助參加人ト相手方トノ間ニ生セシムルハ、後日、其間ノ訴訟ニ於テ、既判力ノ有無ノ如キ形式問題ガ爭トナリ易イ。寧ロ從來ノ立法例ニ遵ヒ、既判力ヲ否認シテ更ニ爭ハシムルヲ適當トスル。

補助參加人ニ對スル判決ノ既判力ハ、改正法ニ於テモ素ヨリ絕對的ニ認ムルモノデナク、補助參加人ガ充分ニ訴訟ヲ遂行シ得シコトヲ條件ト爲スコト現行法ト同ジイ(七〇條)。

第二款 獨立參加

I. 總說

改正法ハ、主參加竝ニ準主參加ニ關スル現行法第五一條ノ規定ヲ削除シタルモ、別ニ第七一條ヲ新設シ、此等ノ場合、權利ヲ主張スル第三者ガ、既ニ繫屬セル訴訟ニ當事者トシテ參加スルコトヲ認メタ。此第七一條ノ規定ハ、獨墺ノ訴訟法ニモ存セザル我改正法特有ノモノニシテ、學理的竝ニ沿革的背景ヲ缺キ、參加人ハ訴訟上如何ナル地位ニ於テ參加スルモノナリヤ、既ニ

見解ガ岐レテ居ル(本欵第三項參照)。

余ハ、此制度ヲ以テ主參加ノ系統ニ屬スルモノト做シ、「獨立參加」ナル名稱ヲ附スル。【註一】單ニ「主參加」ト云フヲ寧ロ當レリトスルモ、現行法ノ主參加制度ト區別スルガ爲メ、之レヲ避ケタノデアル。

【註一】板倉博士ハ參加的共同訴訟、早川氏ハ、當事者參加ト名稱ヲ附セラレル。併シナガラ、第七五條ニ因ル參加モ亦、當事者トシテ參加スルモノデアリ、且ツ又、參加ノ結果ハ共同訴訟トナルモノ故、本條ノ參加ニノミ此等ノ名稱ヲ附スルハ、餘リ適當ト考ヘラレヌ。板倉博士新訂民事訴訟法綱要一三四頁、早川氏民事訴訟法要義一二九頁。

II. 獨立參加ヲ爲シ得ル場合

第三者ガ他人間ニ繫屬セル訴訟ニ、獨立參加ヲ爲シ得ル場合トシテ、第七一條ノ定ムル所、次ノ如クデアル。

第一、訴訟ノ結果ニ因リテ自己ノ權利ヲ害セラルベキコトヲ主張スルトキ。

是レ現行法ノ準主參加(現五一條二項)ニ該ルモ、原告、被告間ノ共謀ヲ必要トセズ、且ツ又、訴訟ノ目的ヲ債權ニ限ラザル點ニ於テ、彼ヨリモ遙カニ廣ク、凡ベテ權利ノ侵害アレバ、直チニ此參加ヲ爲スニ足ル。

第二、訴訟ノ目的ノ全部若クハ一部ヲ自己ノ權利ナリト主張スルトキ。

是レ現行法ノ主參加(現五一條一項)ニ該當スルモノニシテ、改正法第六〇條ノ共同訴訟ト競合スル。爰ニ改正法ノ規定トシテ注

意スベキハ、訴ノ提起後、其訴訟ノ目的タル權利ノ全部又ハ一部ヲ讓受ケタル第三者モ亦、此規定ニ依リ獨立參加ヲ爲シ得ルコトデアル(七三條)。【註一】

【註一】我現行法ノ解釋トシテ、訴ノ提起後ニ訴訟ノ目的タル權利ヲ讓受ケタル第三者ガ主參加ヲ爲シ得ルヤ、稍ヤ疑問デアル。獨民訴法ニ於テハ、當事者恒定ニ關スル第二六五條ノ規定アルガ爲メ、原則トシテ否定セラレル。Stein-Jonas;-Kommentar, Bd. I. zu § 64. II. 5 S. 197.

要之、第七一條ノ獨立參加ハ、現行法ノ主參加並ニ準主參加ヲ包括シタルモノヨリモ、更ニ其利用ノ範圍ヲ擴張セラレ、所謂、馴合訴訟ノ凡テノ場合ヲ防止スルニ充分ナルト同時ニ、更ニ、訴訟ノ目的タル權利ノ讓受人ガ、之レニ依リ當該訴訟ヲ引受クルノ途ヲ拓イタノデアル。ソノ共同訴訟並ニ共同訴訟的參加(六〇、七五條)ニ對スル關係ハ、後段ニ於テ說明スル。【註一】

【註一】本欵第六項一〇三頁以下參照。

III.　獨立參加ノ訴訟關係

第七一條ニ依ル參加ハ、第三者ガ當事者トシテ參加スルノデアルガ、訴訟上如何ナル地位ニ於テ參加スルモノナリヤ曖昧デアル。卽チ參加人ハ、當事者孰レカ一方ノ共同訴訟人トナルモノカ、或ハ又、獨立セル當事者ナリトセバ、參加ニ因リ訴訟三面關係ヲ發生セシムルモノカ、若シクハ參加前ノ原告、被告ヲ相手方トスル別個ノ訴訟關係ヲ發生セシムルモノカ、條文ニ於テ何等示ス所ガナイ。啻ニ條文ノ曖昧ナルニ止マラズ、理由書ノ說明並ニ議會ニ於ケル政府委員ノ答辯、亦混沌トシテ其意ヲ捕

捉スルニ苦シムノデアル。【註一】吾人ハ、本條ヲ以テ明確ナル方針ナクシテ、起草セラレシモノト斷ズルノ理由ヲ有スル。【註二】

【註一】司法省編纂民訴改正法律案理由書中本條ノ說明、貴族院ニ於ケル政府委員池田寅次郎氏ノ說明並ニ答辯(民訴改正法律案特別委員小委員會議事速記錄第二號所載)參照。

【註二】本法起草ノ衝ニ當ラレシ加藤博士ハ、第七一條ニ依ル參加人ハ、原告又ハ被告トシテ參加シ、參加前ノ原告又ハ被告ト必要的共同訴訟人ノ關係ヲ生ズル旨ヲ述ベラレテ居ル(法學協會雜誌第四四卷第二號三三六頁)。卽チ起草委員ノ一人ニテアリナガラ、草案理由書中、第七一條下「其當事者双方ヲ相手方トシ獨立セル當事者トシテ訴訟ニ參加スル云々」ノ說明ト明カニ矛盾スル見解ヲ抱カレル。反之、同ジク起草委員ノ一人タリシ山內博士ハ、明カニ參加前ノ當事者ト三面關係ヲ爲スモノト說カレテ居ル(法律新報第一一六號所載「民事訴訟法ノ改正」第三三回)。更ニ又、議會ニ於ケル政府委員ノ答辯ヲ讀ムニ、貴族院ニ於ケル池田委員ノ說明並ニ答辯ハ、殆ンド要領ヲ獲ナイノデアルガ、「二人ノ訴訟ノ中ニ自分モ這入ツテ、矢張リ當事者トシテ進ンテ訴訟ヲスル、ソウスルト二個ノ訴訟ニ非ズシテ一個ノ訴訟トシテソレヲ片付ケテシマフト云フノガ第七一條デアリマス。云々」並ニ「サウシマスルト、眞ニ爭ヒノアル當事者ガ三人皆ナ爭ツテ居レバ是ハ三人ノ間ニ於テ訴訟ヲ遂行スル。云々」等ノ說明カラ觀レバ、山內博士ト同樣、三面關係說ニ據レルモノノ如クモ考ヘラレル(前註記載ノ速記錄三、四頁)。然ルニ衆議院ニ於テ長島政府委員ハ、「七一條ノ場合ニ於キマシテモ‥‥、結局現ニ訴訟ヲ起シテ居ル二人ヲ被告トシテ相手取ル所ノ訴訟デアリマスカラ云々」ト、明カニ獨立ナル訴ノ提起ナルコトヲ確言シテ居ル(民訴改正法律案委員會議錄第三回二頁)。

去レバ、第七一條ニ依ル參加ノ訴訟關係ハ、學說並ニ判例ヲ以テ解決スルノ外ナキモノニシテ、以下、諸說ヲ各方面ヨリ檢討シ、ソノ孰レヲ採ルベキカヲ闡明ナラシムル。

第一、參加前ノ原告又ハ被告ト參加人トノ間ニ必要的共同訴訟

ノ關係ヲ生ズト云フ說。

此說ニ據レバ、參加人ハ、參加ノ趣旨ニ遵ヒ原告又ハ被告トシテ參加シ、參加前ノ原告又ハ被告ト必要的共同訴訟人トナルノデアル(七一條末段)。第七二條ニ因リ參加前ノ原告又ハ被告ガ訴訟ヨリ脫退スルトキハ、訴訟ハ其相手方ト參加人トノ間ニ繫屬スベキヲ以テ、斯ク解スルガ正面解釋トシテ最モ無難デアル。加藤博士ハ此說ヲ執ラレル。【註一】

【註一】 前揭(法學協會雜誌第四四卷第二號三三六頁)。

併シナガラ、第七一條ニ依ル參加人ハ、必ズシモ參加前ノ當事者ノ一方ト其主張ノ方向ヲ一ニスルモノニ非ズ、其ノ主張ヲ排斥シテ自己ノ權利ヲ主張スル場合亦尠クナイノデアル。然ルニモ拘ラズ、本條ノ參加人ハ常ニ參加前ノ當事者孰レカ一方ト共同訴訟人ノ關係ニ立ツモノト做シ、而カモ其間ニ必要的共同訴訟ニ關スル第六二條ノ規定ヲ準用スルガ如キハ、訴訟實際ノ運用上、到底不可能ノコトニ屬スル。【註一】加之、此說ニ據レバ、參加人ハ原告又ハ被告トシテ參加シ、參加前ノ當事者ノ孰レカ一方ト必要的共同訴訟人ノ關係ニ立ツモノナレバ、其間ノ爭ハ單ニ此參加ニ因ツテ解決スルコトヲ得ヌ。【註二】斯クノ如クムバ、本條ニ因ル參加ノ結果ハ、何等、第七五條ノ共同訴訟的參加ト異ナル所ナク、特ニ本條ヲ設ケタル趣旨ヲ沒却スル。

【註一】 參加人ト參加前ノ當事者ノ一方ト其主張ノ方向ヲ異ニスル場合、其間ニ

必要的共同訴訟人ノ關係ヲ生ゼシムルコトハ不可能デアル。

例之、原告甲、被告乙間ノ所有權ニ基ク家屋引渡請求訴訟ニ、第三者丙ガ本條ニ依リ當事者トシテ參加シ、原告甲ノ所有權ヲ否認シ、自己ノ所有權ヲ主張シテ自己ニ引渡ヲ請求シタリトスル。此說ニ遵フナラバ、恐ラク丙ハ原告トシテ參加スベキモノデアラウ。然ラバ原告甲ト參加人丙トノ間ニ必要的共同訴訟人ノ關係ヲ生ズルノデアルガ、若シ甲モ亦參加人丙ノ所有權ヲ否認スルナラバ、兩者ノ主張竝ニ立證ガ一致セズ、相反致スルコト素ヨリ當然デアル。然ルニモ拘ラズ其間ニ强テ第六二條第一項ヲ準用シ、全員ニ利益ナル訴訟行爲ノミ其效力ヲ生ズルモノト做スナラバ、甲、丙互ニ、其請求ヲ支持スルニ充分ナル訴訟資料ノ提出ヲ阻ミ、遂ニ共ニ請求棄却ヲ免レ能ハヌ。

【註二】本條ノ參加制度ノ主要ナル目的ハ、所謂馴合訴訟ノ防止ト訴訟的經濟ニ在ル。然ルニ此說ニ遵フナラバ、例ヘバ、前註ノ設例ニ於テ、參加人丙ハ原告トシテ參加スルモノナレバ、原告甲トノ間ノ所有權ノ所在ニ關スル爭ハ此參加ニ依リ解決セラレザルコトヽナリ、結局其爭ノ解決ニハ更ニ訴ノ提起ヲ必要トスルニ至ル。此クノ如クセバ、訴訟的經濟ノ目的ニ背反スルノミナラズ、馴合訴訟ノ防止モ亦充分ニ其效果ヲ擧グルニ難イ。

以上述ブル理論的缺陷アルニ止マラズ、更ニ此說ハ、改正草案理由書ノ說明トモ明カニ矛盾シ、【註一】孰レノ點ヨリ觀ルモ支持シ難イノデアル。

【註一】草案理由書中、第七一條ノ立法理由說明ニ、「本條ハ一ノ訴訟ノ繫屬中其當事者双方ヲ相手方トシ獨立セル當事者トシテ訴訟ニ參加スルコトヲ認メタル規定ニシテ」ト云ヒ、又「本條ノ參加アリタル場合ニ於テハ裁判所ハ一個ノ判決ヲ以テ三個ノ當事者間ノ關係ヲ確定スベキモノ云々」ト云フテ居ル。

尙條文ノ書方トシテモ、若シ此說ノ如クムバ、第七五條ニ對比シ、第三者ハ「當事者トシテ訴訟ニ參加」ト云ハズシテ、「第三者ハ共同訴訟人トシテ訴訟ニ參加」ト規定セラレシ筈デアル。

第二、參加前ノ原告、被告ト參加人トノ間ニ三面的訴訟關係ヲ

生ズト云フ說。

此說ニ據レバ、參加人ハ獨立セル當事者トシテ參加シ、參加前ノ原告並ニ被告双方ヲ相手方トシテ、其間ニ三面的訴訟關係ヲ構成スルノデアル。改正草案理由書ノ說明(第七一條)ニ從ヘバ、斯ク解スルガ最モ穩當ノモノノ如クデアル。山內博士ハ此說ヲ採ラレル。【註一】

【註一】前揭(法律新報第一一六號所載「民事訴訟法ノ改正」第三三回)。

併シナガラ此說ノ如ク、參加人ヲ目シテ原告ニモ非ズ被告ニモ非ザル獨立ノ當事者ナリト做シ、原告、被告並ニ參加人間ニ三面的訴訟關係ノ成立ヲ認メントスルガ如キハ、「ローマ」法以來ノ訴訟法理タル原告被告對立ノ大原則ヲ壞ルモノデアル。「ゲルマン」固有法ハ、當事者ヲ原被兩造ニ限ラザリシモ、彼ニハ彼獨自ノ法理ガアツタ。【註一】又、中世伊多利ノ「ローマ・カノン」法ハ、「ゲルマン」法ノ影響ヲ享ケ、自己ノ權利ヲ主張スル參加人ヲ獨立セル當事者ト看做シ、三面訴訟ノ成立ヲ認メタノデアルガ、「ローマ」法ノ訴訟法理ニ合セザルト、實際上ノ不便著シキトニ鑑ミ、遂ニ主參加訴訟ヲ本訴ヨリ分離シテ現在ノ主參加制度ヲ創始スルニ至ツタノデアル。【註二】吾人ハ、三面的訴訟關係ヲ理論的ニ不成立ト做スモノニハ非ザルモ、未ダ以テ我改正法ガ、カヽル沿革ト法理トヲ無視シテ原被對立ノ原則ヲ壞レリトハ信ズル能ハヌ。

【註一】「ゲルマン」固有法ニ依レバ、判決ハ對世的效力ヲ有シ　啻ニ原告、被告

ニ止マラズ、出廷シテ直接、間接其事件ニ干與セル總ベテノ者ニ對シテ其效力ヲ有スル。其反面トシテ、事件ノ當事者ヲ原告、被告ニ限定スルコトナク、凡ベテノ利害關係人ハ、自由ニ參加シ、夫々獨立ニ訴訟ヲ遂行スルヲ許サレル。Planck :-Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter, Bd. I. S. 169. u. 325.

【註二】 Heim :-Hauptintervention, S. 5 ff. ; Weismann :-Hauptintervention und Streitgenossenschaft, S. 3 ff.

或ハ謂フ。參加人ハ原告又ハ被告トシテ參加スルモノナレド、參加前ノ原告又ハ被告ト共同訴訟人ノ關係ナキモノデアルト。併シナガラ此說ヲ以テ三面關係說ヲ支持スルニ足ラヌ。卽チ參加人ガ原告トシテ參加シ、參加前ノ當事者双方ニ自己ノ權利ヲ主張スルナラバ、本訴卽チ原告ヨリ被告ニ對スル訴訟關係ニ牽連シテ、更ニ參加人ヨリ原告、被告ニ對スル新タナル訴訟關係ヲ發生セシムルモノニシテ、參加人ガ原告、被告間ノ訴訟關係ニ介入シ、三面關係ヲ構成スルモノトハ做シ能ハザルモノデアル。更ニ又被告トシテ參加スルナラバ、參加前ノ被告トノ間ニハ權利保護請求ノ關係ナキヲ以テ、結局ニ於テ共同訴訟人ト看ル外ナク、從ツテ第七五條ノ共同訴訟的參加ト結果ニ於テ異ラヌ。

更ニ手續ノ方面ヨリ攷フルニ、此參加ニハ必要的共同訴訟ニ關スル第六二條ノ規定準用セラルヽモ、原告、被告、參加人ノ間ニ三面的訴訟關係ノ成立スルモノトシテ、果シテ孰レノ當事者間ニ準用アリト做スカ。原告ト被告トノ間ナリヤ、

或ハ參加人ト原告又ハ被告トノ間ナリヤ、條文ニ依ツテ確ムルコト能ハヌ。加之、第六二條ハ、訴訟資料ノ聚集ヲ必要的共同訴訟人間ニ齊一ナラシムルノ規定ニシテ、對立セル當事者間ニ準用スベキ規定デハナイノデアル。

以上述ブル所ニ因リ、三面關係說ノ採ル可カラザルコト明瞭デアル。

第三、參加人ト參加前ノ原告並ニ被告トノ間ニ別個ノ訴訟關係ヲ生ズト云フ說。

此說ニ據レバ、參加人ハ、第七一條ノ參加ヲ爲スニ因リ、參加前ノ原告並ニ被告ヲ共同被告トスル新タナル訴ヲ提起スルノデアル。要之、本條ノ參加トハ、反訴若クハ中間確認ノ訴ト同樣、牽連セル新タナル訴ニシテ、原告、被告、參加人ノ間ニハ、原告被告間ノ訴訟關係(本訴)ト、參加人ト此兩者トノ間ノ訴訟關係(參加ノ訴)トガ牽連シテ、形式的一個ノ訴訟トシテ存在スルノデアル。

抑モ訴訟ノ內部關係(訴訟關係)ハ、單數ナルコトアリ、又複數ナルコトモアリ得ルガ故ニ、[註一]第三者ガ訴訟ニ當事者トシテ參加シタリトテ、直チニ以テ、前二說ノ如ク參加前ノ原告、被告間ノ訴訟關係ニ介入スルモノト做スハ早計デアル。訴訟ノ主體トシテノ當事者ヲ原告並ニ被告ニ限ルノ理論ヲ一貫シ、且ツ本條ノ參加人ヲ參加前ノ原告又ハ被告ノ共同訴訟人ニ非ズト做スナラバ、此說ノ如ク、參加ニ因リ參加人ト參

加前ノ原告、被告トノ間ニ新タナル訴訟關係ヲ構成スルモノト做スガ至當ノ見解デアル。

【註一】訴訟ノ基本的形式ハ、原告、被告各一名、訴訟ノ目的一個ニシテ、「一訴訟、一訴訟手續、一訴訟關係」デアル。併シナガラ當事者若シクハ訴訟ノ目的ガ複數ナルトキハ、其數ニ應ジテ、數個ノ訴訟關係成立スベク、此場合ニハ、一個ノ訴訟ニ數個ノ訴訟關係包括セラレル(廣義ニ於ケル「訴訟」)。尙、拙著民事訴訟法要論第二卷四七頁參照。

或ハ謂フ。第三者ハ單ニ當事者トシテ繫屬セル訴訟ニ參加スルニ止マリ、自ラ積極的ニ新タニ訴ヲ提起スルモノトハ考ヘラレヌト。併シナガラ訴ノ提起ハ種々ノ形式ニ於テ行ハルルモノニシテ、請求ノ擴張ハ其擴張セラレタル請求ノ部分ニ就テ新訴ノ提起デアリ、又、改正法ニ依レバ、中間確認ノ訴ハ、請求ノ擴張ニ依リ提起スベキ旨ヲ規定セラレル(二三四條)。唯、訴訟法ガ「參加」ト云フガ故ニ訴ノ提起ニ非ズトハ、理由ナキ主張デアル。

要之、此說ハ、現行法ノ主參加ト同一ナル訴訟關係ヲ、形式的一個ノ訴訟トシテ認メントスルモノデアル。本條ハ現行法ノ主參加ニ代ルベク新設セラレシ規定ナルヲ以テ、【註一】理論的缺陷ナキ限リ、此說ノ如クニ解スルガ至當デアリ、又本條設置ノ趣旨ニモ合致スル。況ンヤ、項ヲ改メテ詳述スルガ如ク、斯ク解スルニ於テ條文ノ解釋ニ抵觸ヲ生ズルコトナク、而カモ主參加ノ缺陷ヲ去リテ其實ヲ擧ゲ、本條設置ノ目的タル訴訟ノ經濟ト馴合訴訟ノ防止トヲ全フスルニ充分ナルモノ

ガアル。

【註一】 改正草案理由書第七一條説明參照。

此故ヲ以テ、余ハ第七一條ノ解釋トシテ此第三説ヲ採リ、同條ノ參加ヲ「獨立參加」ト稱スル。敢ヘテ主參加ト稱セザルハ、現行法ノ用語ヲ避ケンガ爲メニ外ナラヌ。其理論的根據ニ於テ不明ナルモ、板倉博士、山田博士並ニ早川氏亦此説ニ遵フ。

【註一】板倉博士新訂民事訴訟法綱要一四三頁以下、山田博士(法學論叢、第一六卷第四號第五八頁)。早川氏改訂民事訴訟法要義第一編一二九頁以下、並ニ同氏論文(法律及政治第五卷第七號一三頁)。

以下項ヲ改メ、余ノ採ル所ノ第三説ニ基キ、第七一條ニ關連スル解釋ト批評トヲ試ムル。

IV.　獨立參加ノ手續竝ニ本訴トノ關係

獨立參加ハ、參加ノ手續ニ依ルモ、實質ニ於テ、既ニ繫屬セル本訴ニ牽連シテ新訴ヲ提起スルモノニシテ、結局本訴ト共ニ、參加人ヲ原告トシ本訴原告並ニ被告ヲ共同被告トスル參加ノ訴トガ、形式的一個ノ訴訟トシテ併存スルノデアル。此關係ハ、主參加ニ於ケルト同樣ナルモ、兩訴ノ獨立セザル點ニ於テ異ナル。從ツテ兩訴ハ、原則トシテ同時ニ辯論セラレ、且ツ兩訴ニ付キ一個ノ判決ヲ以テ言渡サレル。

獨立參加ハ補助參加ト其性質ヲ異ニスルヲ以テ、特ニ準用セラレタル第六五條ノ外、補助參加ニ關スル第六七條乃至第七〇

條ハ之レニ適用セラレザルコトニ注意ヲ要スル。

第一、獨立參加ノ手續

獨立參加ノ手續ニハ、補助參加ノ手續規定第六五條ヲ準用セラレル。卽チ獨立參加人ハ參加ノ趣旨及理由ヲ具シ、參加ニ因リ訴訟行爲ヲ爲スベキ裁判所ニ申出ヅルノデアルガ、此申出ハ新訴ヲ提起スルコトナルヲ以テ、參加ノ申出書ニハ更ニ訴狀タルノ要件ヲモ具備シ(二二三、二二四條)、且ツ訴狀トシテ所定ノ印紙ヲ貼用スルコトヲ要スル(民訴印紙法二條、五條ノ二)。

獨立參加モ亦、參加ノ一種ナルヲ以テ、本訴ノ繫屬スル限リ、其第一審タルト上訴審タルヲ問ハズ、第三者ガ之レヲ爲スヲ妨ゲヌ。但シ本訴辯論終結後ノ參加ニ就テハ多少ノ疑義ガアル。此問題ハ、二段ニ分ツベキモノニシテ、余ハ、獨立參加ヲ爲スニ當リ、本訴口頭辯論ノ終結シタルヤ否ヤヲ問ハザルモ、判決ノ言渡後ニ於テハ、當事者ヨリ上訴スルニ非ザレバ、第三者ノミ此參加ヲ爲シ得ザルモノト信ズル。【註一】

【註一】獨立參加ハ、參加ノ手續ニ依ル新訴ノ提起ナルヲ以テ、其成立要件トシテハ、參加スベキ本訴ガ尙繫屬スレバ足ル。然ラバ本訴辯論終結後ト雖モ、第三者ハ獨立參加ヲ爲シ得ルモノニシテ、其場合、裁判所ハ、獨立參加ノ辯論終結ニ至ル迄本訴判決ノ言渡ヲ延期スベク、必要アルトキハ、辯論ノ再開ヲ爲スベキモノデアル。

然ルニ本訴判決言渡後ニ於テハ、事情之レト異ナル。或ハ第七一條ハ第六五條ヲ準用スルヲ以テ、同條第二項ニ依リ、獨立參加人モ亦、補助參加人ト同樣自ラ當事者ニ代リテ本訴ニ付キ上訴ヲ爲スト同時ニ、此參加ヲ爲シ得ルガ如クニ考ヘラレル。併シナガラ獨立參加人ハ、參加ニ依リ新訴ヲ提起スルモ

ノニシテ、本訴參加人トナルモノデナイ。然ラバ假令第六五條二項ノ準用アリトモ、獨立參加人ハ、本訴ニ付キ自ラ上訴ヲ爲スノ資格ナキモノニシテ、當事者ガ上訴ヲ提起スルヲ待チ、參加スルノ外ナキモノデアル(同說、早川氏、法律及政治第五卷第七號一八頁)。

第二、訴訟ノ目的ト請求原因

獨立參加ト本訴トハ、訴訟ノ目的ヲ同一ニスル。卽チ參加人ガ、訴訟ノ目的ノ全部又ハ一部ヲ自己ノ權利ト主張スル場合ニ於テ、本訴ト其訴訟ノ目的タル權利又ハ法律關係ヲ同一ニスベキハ素ヨリ當然デアル。次ニ參加人ガ、訴訟ノ結果ニ因リ權利ヲ害セラルベキコトヲ主張スル場合ニ於テモ、本訴ト同一ナル權利又ハ法律關係ヲ訴訟ノ目的ト爲シ、唯、其存否ヲ爭フベキモノデアル。本訴トハ別個ノ權利又ハ法律關係ヲ訴訟ノ目的ト爲スガ如キハ、獨立參加ノ目的限界ヲ逸脫スルモノニシテ、素ヨリ不適法デアル。【註一】

【註一】現行法ノ準主參加(現五一條二項)ニ就テモ、亦、同樣ニ解セラレル。山田博士、民事訴訟法第二卷四七三頁參照。

併シナガラ請求原因ニ就テハ全ク異ナル。獨立參加人ハ元來自己ノ權利ヲ主張スルモノニシテ、本訴當事者ヲ補助スルモノニ非ザルガ故ニ、其請求原因ハ本訴ノ夫レト必ズシモ一致スルノ必要ナク、寧ロ、其異ナルヲ以テ通常トスル。

第三、獨立參加ニ對スル當事者ノ異議

改正法ハ、獨立參加ニ對シ、第六六條以下ヲ準用セヌ。從ツテ當事者ガ、獨立參加ニ對シ異議ヲ述ベタルトキハ、裁判

所ハ、口頭辯論ヲ開キ、異議ノ理由アルトキハ終局判決ヲ以テ參加ノ訴ヲ却下スベク、反之、異議ノ理由ナキトキハ中間判決ニ依リ、若シクハ本案ノ終局判決ノ理由中ニ於テ其旨ノ裁判ヲ爲スベキモノデアル。

改正法ガ、獨立參加ニ就テハ、補助參加ノ如キ簡易ナル異議ノ方法ヲ設ケザリシハ、此參加ノ性質ニ鑑ミ、素ヨリ當然デアル。【註一】獨立參加人ハ、自己ノ權利ヲ主張スル者ナレバ、當事者ノ一方ヲ補助スル參加人トハ、訴訟上ノ地位ヲ異ニスルノミナラズ、若シ不當ノ參加ニ因リ本訴ノ進行ヲ妨ゲラルヽトキハ、第一三二條ノ規定ニ因リ、獨立參加人ニ對スル辯論ヲ分離シ得ベク、敢ヘテ第六六條以下ノ準用ヲ必要トセヌ。

【註一】東京辯護士會ハ、本法草案審議ノ當時議會ニ提出シタル「民事訴訟法案ニ對スル意見」中ニ、第六六條ヲ準用スベキ旨ヲ主張シテ居ル(法曹公論、第三一四號四九頁)。

第四、刑事私訴並ニ人事訴訟ト獨立參加

他人間ニ訴訟ノ繫屬スルトキハ、第三者ハ、第七一條ノ規定ニ依リ參加シ得ルモノナレド、法律ガ特ニ禁止シタル場合ニハ此限リデナイ。其例外トシテ、刑事私訴手續並ニ人事訴訟手續ヲ擧グルコトヲ得ル。

刑事訴訟法ハ、民事訴訟法中、第三者ノ訴訟參加ノ規定ヲ私訴ニ準用スルト同時ニ、私訴ノ被告ヲ公訴ノ被告人ニ限定

シテ居ル(刑訴五六七、五七二條)。若シ第三者ガ、第七一條ノ規定ニ遵ヒ、既ニ繫屬セル私訴ニ對シ獨立參加ヲ爲スナラバ、其訴訟ノ目的ハ參加セル私訴ト一致スルヲ以テ、結局、第三者ガ新タナル私訴ヲ提起スルコトヽナル。併シナガラ獨立參加ハ、私訴原告並ニ被告ヲ共同被告ト爲スモノナレバ、私訴ノ被告ヲ私訴ノ被告人ニ限ルノ要件ニ適合セザルモノニシテ、私訴トシテ不適法デアル。要之、第三者ハ、別ニ私訴ヲ提起スルカ、若シクハ第七五條ニ因リ共同訴訟的參加ヲ爲スベク、刑事私訴ニハ獨立參加ヲ爲スルコトヲ得ヌ。

次ニ人事訴訟ニ就テ考フルニ、人事訴訟手續法ハ、客觀的眞實ノ發見ヲ期スルガ爲メ、婚姻事件、養子緣組事件並ニ認知無效又ハ取消事件ニ付キ、控訴審ノ辯論終結ニ至ル迄、訴ノ變更、新事實ノ主張並ニ反訴ノ提起ヲ許スト共ニ、所謂別訴禁止ノ主義ヲ採ツテ居ル(人訴八、九、二六、三九條二項)。此別訴禁止主義ナルモノガ、唯、判決確定後ハ、嘗テ主張シ得ベカリシ事實ニ基ク再訴ヲ禁止スルノ趣旨ナリヤ、或ハ更ニ、獨立セル數個ノ訴ノ併存ヲ許サヾル趣旨ニ迄及ブモノナリヤ異論ノ存スル所デアル。【註一】孰レニセヨ、客觀的眞實ノ發見ヲ期スル人事訴訟ニ於テ、目的ヲ同フスル數個ノ訴ノ併存スルコトハ望マシカラザル所ナレバ、人事訴訟ニ就テハ、訴外ノ第三者ハ共同訴訟的參加(七五條)ニ依ルノ外、獨立參加ハ之レヲ許サヾルモノト解スルガ至當ト考ヘラレル。

【註一】 山田博士ハ別訴禁止主義ヲ此趣旨ニ解ス。法學論叢第五卷第六號所載「人事訴訟手續法ニ於ケル別訴禁止主義」參照。

加之、婚姻並ニ養子緣組訴訟ノ被告ハ、常ニ婚姻若クハ緣組當事者(若シ死亡スレバ檢事)ニシテ、第三者ハ被告トナルコトナキガ故ニ(人訴二、二六條民八一三條)、第三者ガ繫屬セル此等ノ訴ニ獨立參加ヲ爲ストキハ、第三者モ亦被告ニ加ハルコトヽナル。去レバ少クトモ人訴第二三條一項ノ如キ規定ナキ限リ、此點ヨリ觀ルモ此場合ノ獨立參加ハ不適法デアル。結局人事訴訟ニ於テハ、訴外ノ第三者ハ共同訴訟的參加ニ依ラシムルヲ至當トスル。

V. 辯論竝ニ裁判

獨立參加ハ、本訴裁判所ニ繫屬スルヲ以テ、兩訴ノ辯論ハ、原則トシテ併合セラレル。而シテ本訴原告竝ニ被告ハ、獨立參加人ニ對シ共同被告トナルモ、其必要的共同訴訟人ナリヤ否ヤ、此點ニ就テ現行法ノ主參加ニ於テ爭アリシガ爲メ、【註一】改正法ハ、必要的共同訴訟ニ關スル第六二條ヲ準用シ、異論ノ餘地ヲ去ツタ(七一條)。蓋シ至當ノ規定デアル。

【註一】 Stein-Jonas :-Kommentar, Bd. I. zu § 64. IV. 1. (S. 198); Weismann :-Lehrbuch, Bd. I. S. 110. IV. 4. (S. 491); 板倉博士、民事訴訟法綱要(一版)、一五〇頁、大正三年六月二四日大審院判決(第二〇輯四九七頁)等。

加之、本訴竝ニ獨立參加ハ、訴訟ノ目的ヲ同一ニスルノミナラズ、合シテ形式的一個ノ訴訟ヲ構成スルモノナレバ、【註一】辯論ノ結果竝ニ裁判所ノ心證ヲ共通ニスベキハ素ヨリ當然デア

ル。卽チ裁判所ハ、共通セル辯論ノ結果ト心證トニ因リ、本訴原告ノ請求竝ニ獨立參加人ノ請求ノ理由アリヤ否ヤヲ判斷シ、同時ニ判決スベキモノニシテ、此判決ハ、本訴竝ニ獨立參加ニ對スル判決ナルト同時ニ、原告、被告、參加人間ノ三面關係ヲ合一ニ確定シ、【註二】且ツ此三者間ニ既判力ヲ生ズル。【註三】

【註一】 本稿前段九六頁竝ニ九八頁參照。

【註二】 三者間ヲ合一ニ確定セシムルガ爲メ、本訴ト獨立參加トノ間ニ於テ、提出セラレタル訴訟資料ニ異同アルナラバ、裁判長ハ、釋明權（一二七條）ノ行使ニ依リ其間ヲ齊一ナラシムルコトヲ要スル。若シ夫レ原告若シクハ被告ガ、本訴ニ於ケルト主參加ニ於ケルト其陳述ヲ異ニスルガ如キハ、訴訟信義ノ原則上許スベカラザルモノデアル。

【註三】 Weismann ハ、主參加訴訟ヲ以テ所謂「三當事者訴訟」Dreiparteiprozess ト做スガ故ニ、主參加訴訟ノ判決ニモ亦三面的既判力アリト主張スル。Weismann :-Lehrbuch, § 110, IV. 3. a. (S. 491).

例外トシテ、裁判所ハ必要アリト認ムルトキハ、兩訴ノ辯論ヲ分離シ、若シクハ其辯論ヲ一方ニ制限スルコトヲ得ル（一三二條）。併シナガラ判決ガ相互ニ矛盾スベカラザルハ素ヨリ當然ナルヲ以テ、原告又ハ獨立參加人ノ請求ヲ棄却スル場合ノ外、更ニ辯論ヲ併合シ、同時ニ判決ヲ言渡スベキモノデアル。【註一】若シ裁判所ガ各別ニ判決ヲ言渡シ、其間ニ矛盾アルトキハ、法律違背トシテ上告理由トナルベキハ勿論（三九五條六號）、孰レカ一方ノ裁判ニ基キ强制執行ヲ開始セラレタルトキハ、執行當事者ニ非ザル原告若シク獨立參加人ハ、民訴法第五四九條ニ依リ、强制執行ノ停止及ビ既ニ爲シタル執行處分ノ取消ヲ求ムルコトヲ得ル。

【註一】 例之、本訴請求ヲ理由ナシトシテ棄却シ、更ニ獨立參加ノ辯論ヲ繼續

シ、若シクハ獨立參加人ノ請求ヲ理由ナシトシテ棄却シ、本訴辯論ヲ續行スルハ、孰レモ審理ノ進行上至當ノコトデアル。併シナガラ本訴請求ヲ理由アリト認ムルナラバ、獨立參加ノ辯論ヲ併合シ、果シテ獨立的參加人ノ主張ノ理由ナキヤヲ判斷シタル上、同時ニ判決スベキモノデアル。何トナレバ、本訴原告ノ請求ヲ理由アリトナス限リ、獨立參加人ノ請求ハ之レヲ棄却スルノ外ナキガ故デアル。

VI. 共同訴訟(六〇條)竝ニ共同訴訟的參加(七五條)トノ關係

本欵II、ニ述ベタルガ如ク、獨立參加ヲ爲シ得ル場合ハ頗ル宏汎ニシテ、屢々共同訴訟若クハ共同訴訟的參加ト競合シ、第三者ハ、ソノ孰レヲ採ルベキカヲ選擇シ得ル。

第一、共同訴訟トノ競合

第三者ガ、他人間ノ訴訟ノ目的ノ全部又ハ一部ヲ自己ノ權利ト主張スル場合ニハ、當事者双方ヲ相手方トシテ共同訴訟ヲ提起シ得ルト同時ニ(六〇條)、或ハ又、其訴訟ニ獨立參加ヲ爲シ得ル。

獨立參加ハ、本訴ト辯論ヲ併合セラレ、且ツ訴訟資料ヲ共通トナスガ故ニ、第三者ガ、所謂、馴合訴訟ニ干涉セントスルカ、若クハ其請求原因ガ本訴ノ夫レト牽連スル場合ニハ、此獨立參加ヲ以テ便宜トスル。反之、第三者ガ獨立ナル請求原因ヲ主張スルナラバ、寧ロ共同訴訟ニ依ルコト、辯論ヲ多岐ニ亘ラシメザル利益ガアル。又、本訴ガ既ニ上訴審、就中上告審ニ繫屬スルトキハ、素ヨリ共同訴訟ニ遵フベキデアル。

第二、共同訴訟的參加(七五條)トノ關係

獨立參加ハ、共同訴訟的參加トモ重複スル。例之、。商法ノ規定スル特別訴訟、卽チ會社設立無效ノ訴(商九九條ノ二、一〇五、二三二、二三六條)、竝ニ株主總會決議無效ノ訴(二六三、二三六條)ニ於ケルガ如シ。此等訴ノ提起セラレタル場合、其訴ノ當事者ニ非ザル社員若クハ株主ハ、訴訟ノ結果ニ因リ自己ノ權利ヲ害セラルヽコトヲ主張シテ(若クハ訴訟ノ目的ガ自己ノ權利ナルコトヲ主張シテ)獨立參加ヲ爲シ得ルト同時ニ、其設立若クハ決議ヲ無效トスル判決ハ、當事者ニ非ザル社員若クハ株主ニ對シテモ其效力ヲ有スルヲ以テ(商九九條ノ三二三二條)、第七五條ノ共同訴訟的參加モ亦爲シ得ルノデアル。【註一】更ニ又、第三者ガ、既ニ繫屬セル訴訟ノ目的ノ共同權利者ナルコトヲ主張スル場合、亦同ジク獨立參加竝ニ共同訴訟的參加ノ二途存スル。

【註一】同樣ナル關係ヲ、人事訴訟ニ於テ發見スルモ、人事訴訟ニ於テ獨立參加ヲ許サレザルコト既述ノ如ク(本欵II、第四)、結局、共同訴訟的參加ヲ爲スノ外ガナイ。

獨立參加ガ、馴合訴訟ヲ防止スルニ適當ナルコトハ、前段說明セシ所ナルモ、此參加ハ、本訴當事者双方ヲ相手方ト爲スモノデアル。反之、共同訴訟的參加ハ、原告若クハ被告、孰レカ一方ト必要的共同訴訟人トナルモノ故、第三者ガ、當事者ノ一方ヲ補助セントシ、且ツ其者ト利害ノ衝突ナキ場合ニハ、第七五條ニ依リ共同訴訟的參加ヲ爲スヲ利トスル。

VII.　本條ノ批評

第七一條ノ規定ガ餘リニ明白ヲ缺キ、如何ナル參加ヲ爲スベキカニ就テ、既ニ疑義ヲ生ゼシメタルノ點ハ措テ問ハズトスルモ、本條ノ參加ハ大部分ニ於テ、共同訴訟竝ニ共同訴訟的參加(六〇、七五條)ト重複スル。抑モ本條ハ現行法ノ主參加竝ニ準主參加ノ規定(現五一條)ニ代ルベク設ケラレシ所ナルモ、既ニ主參加ニ該ル場合ヲ共同訴訟トシテ規定シ(六〇條)、別ニ獨、墺ノ訴訟法ニ倣ヒ、【註一】共同訴訟的參加ノ途ヲ講ジタル以上(七五條)、既ニ本條ハ不必要ニ歸セルモノト云ハナケレバナラヌ。相似タル手續ヲ不必要ニ併存セシムルハ、反ツテ當事者ヲシテ其途ニ迷ハシメ、且ツ訴訟審理ノ簡捷ヲ壞ル所以デアル。

【註一】獨民訴六九條、墺民訴二〇條。我改正法第七五條トノ比較ハ次欵ニ述ブル。

加之、本條ニ云フ「訴訟ノ結果ニ因リテ權利ヲ害セラル」トハ、其包攝スル範圍頗ル茫漠ニシテ、之レニ何等ノ制約ヲ須フルナクムバ、補助參加ノ殆ンド總ベテノ場合ガ之レニ該當スルコトヽナル。【註一】蓋シ補助參加人ハ、凡ベテ訴訟ノ結果ニ付キ利害關係ヲ有スル第三者ナルガ故デアル。現行法第五一條第二項ハ、我訴訟法特有ノ規定ニシテ、權利侵害ニ因ル主參加ヲ許スモ、尙、原告竝ニ被告ノ共謀ト、侵害セラルヽ權利ノ債權ナルコトヲ要件トスル。

【註一】Stein ハ、共同訴訟的參加ニ關スル第六九條ノ說明下ニ於テ同樣ニ云フ

利テ居ル(Stein-Jonas;-Kommenter, Bd.I. zu § 69. I. S. 213.)。更ニ又、本條ニ謂フ「權利ヲ害セラルヽ場合」ヲ、Stein ノ主張ヲ借リ、「參加人ト相手方トノ間ニ權利關係ガ存シ、且ツ本訴判決ニ因リ確定セラルヽ場合」ト解スルナラバ、本條ハ現行法ノ準主參加（現五一條二項）ニ該ル場合ヲ包含セザルコトトナル。

吾人トシテハ、第七一條ヲ全然削除シ、若シ現行法ノ準主參加ニ該ル規定ヲ必要トスルナラバ、現行法第五一條第二項ト同趣旨ノ規定ヲ、第七五條ニ挿入スベカリシモノト信ズル。

第三款　共同訴訟的參加

I. 總　說

改正法ニ依レバ、訴訟ノ目的ガ當事者ノ一方ト第三者トニ付キ合一ニノミ確定スベキ場合ニ於テハ、第三者ハ、當事者トシテ訴訟ニ參加シ、共同訴訟人トナルコトガ出來ル(七五條)。參加ニ因リ共同訴訟トナルガ故ニ、余ハ第七五條ノ參加ヲ「共同訴訟的參加」ト稱スル。【註一】

【註一】改正法第七五條ニ該ル獨民訴六九條、墺民訴二〇條ノ參加ヲ Streitgenössische Nebenintervention ト云ヘルヨリ此名稱ヲ採ツタ。板倉博士、亦、此名ニ依ル（同博士新訂民事訴訟法綱要）。反之、山内博士並ニ早川氏ハ、「共同參加」ト稱セラレル(山内博士、法律新報一一一號、早川氏、改正民事訴訟法要義第一編)。

斯クノ如ク、一般的ニ第三者ガ共同訴訟人トシテ訴訟ニ參加スルノ途ヲ拓キタルハ、獨、墺ノ訴訟法ニ倣ヒシモノニシテ、

我現行法ニハ存セザル規定デアル。唯、特別ノ場合トシテ、現行法第六二三條ニ、執行力アル正本ヲ有スル各債權者ハ、他ノ債權者ガ第三債務者ニ對シテ提起シタル取立訴訟ニ、共同訴訟人トシテ原告ニ加ハル權利アル旨ヲ定ムルニ過ギヌ。現行法第五四條二項但書ガ、共同訴訟的從參加ノ規定ナリト做ス說アルモ、採ルベカラザルコト既ニ述ベシ所デアル。【註一】

【註一】本節第一款、III、〔註一〕(八四頁)參照。

II.　共同訴訟的參加ヲ爲シ得ル場合竝ニ其手續

第三者ガ、繫屬セル訴訟ニ共同訴訟的參加ヲ爲シ得ルハ、訴訟ノ目的ガ其者ト當事者ノ一方トニ付キ合一ニノミ確定スベキ場合デアル。而シテ共同訴訟人間ニ於テ判決ガ合一ニノミ確定セラルヽ關係ハ、其者ガ訴訟當事者ニ非ザルモ、尙、判決ノ既判力ヲ蒙ル場合ニ於テ存スルモノナレバ、【註一】結局、本訴判決ノ既判力ノ及ブ第三者ガ、共同訴訟的參加ヲ爲シ得ルノデアル。【註二】

【註一】必要的共同訴訟、卽チ判決ガ同一ニノミ確定セラルヽ場合トハ、共同訴訟人ノ一人ニ對スル判決ノ效力ガ、法律ノ規定ニ因リ、當然他ノ共同訴訟人ニ及ブ關係(若シ訴訟當事者ニ非ズトスルモ)ヲ指スコトニ通說ハ一致シテ居ル。Hellwig:-Lehrbuch, Bd. III. S. 176; 加藤博士、民事訴訟法判例批評集第一卷六七頁、拙著、民事訴訟法要論第二卷六一頁。

【註二】去レバ、獨、墺ノ訴訟法ハ本訴判決ガ、從參加人ト相手方トノ法律關係ニ效力ヲ及ボス場合ヲ以テ、共同訴訟的從參加ト爲スモ、結局ニ於テ我正法第七五條ノ規定ト同一ニ歸スル。唯、創設判決、並ニ人事訴訟ノ判決我人訴一八條)ハ第三者ニ對シテモ其效力ヲ有スルヲ以テ、不當ノ判決ニ因リ不利

益ヲ蒙ル場合ト之レヲ制限シテ考フル必要ガアル。Hellwig:-Lehrbuch, Bd. II. S. 484. 485. 我改正法第七五條ハ、第三者ガ共同訴訟人タルルコトヲ前提トシタル規定ノ形式ニ依リ、學說ニテカヽル制限ヲ設クル必要ナキガ故ニ、寧ロ適當デアル。

共同訴訟的參加ヲ爲スニハ、補助參加ト同一手續ニ依ル(七五六五條)。卽チ第三者ハ、共同訴訟的參加ヲ爲スノ趣旨及ビ理由ヲ具シ、參加ニ依リテ訴訟行爲ヲ爲スベキ裁判所ニ申出ズベク、且ツ參加ノ申出書ニハ訴狀トシテ所定ノ印紙ヲ貼用スルコトヲ要スル(民訴印紙法五條ノ二)。

共同訴訟的參加ハ、訴訟ノ繫屬中、何時ニテモ第三者之レヲ爲シ得ル。辯論終結後ナルトキハ、裁判所ハ此參加ニ因リ辯論ヲ再開スベク、判決ノ言渡後ナルトキハ、上訴ト共ニ此參加ヲ爲シ得ル(六五條二項)。蓋シ共同訴訟的參加人ハ、獨立參加人ト異ナリ本訴當事者トナルモノナレバ、本訴判決ニ對シ上訴ヲ爲シ得ルヤ勿論ナルガ故デアル。

III. 共同訴訟的參加人ノ訴訟上ノ地位

共同訴訟的參加人ハ、參加ニ因リ當事者トナル。【註一】此事ハ第七五條ニ「共同訴訟人トシテ」ト規定スルニ徵シ明白デアルガ、獨、墺、匈ノ民訴法ニ依レバ、依然トシテ從參加人デアル。【註二】從ツテ我改正法ニ於ケルガ如ク、當事者トナリ、原告又ハ被告ノ共同訴訟人トハナラヌ。カヽル相違アルガ爲メ、共同訴訟的參加人ノ訴訟上ノ地位ニ、彼此、異ナル所ガアル。

【註一】卽チ共同訴訟的參加モ亦、獨立參加ト同樣、參加ノ手續ニ因ル新訴ノ

提起ト看ルベク、從ツテ、補助參加ニ關スル第六五乃至六九條ノ規定ノ適用ナキハ、素ヨリ當然デアル。第七五條ガ第六五條ヲ準用シタルハ此故デアル。

【註二】 獨民訴六九條、Stein-Jonas:-Kommenter, Bd. I. zu § 69. II.(S. 213); Walsmann:-Die streitgenössische Nebenintervention, S. 126.; 墺民訴二〇條、Neumann:-Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen. Bd. I. zu § 20. (S. 499); 匈民訴八八條、Gottl:-Ungarische Zvilprozessordnung, zu § 88. (S. 79).

我改正法ノ下ニ於ケル共同訴訟的參加人ノ訴訟上ノ地位ヲ述ブレバ次ノ如クデアル。

第一、參加ニ因リ原告又ハ被告ノ必要的共同訴訟人トナル。

第七五條ノ規定ニ依レバ、第三者ハ參加ニ因リ共同訴訟人トナルモノニシテ、ソノ原告又ハ被告孰レノ共同訴訟人トナルヤハ、參加ノ趣旨ニ因リ決セラレル。而シテ此參加ハ、訴訟ノ目的ガ、參加人竝ニ原告又ハ被告ニ付キ合一ニノミ確定スベキ場合ニ於テ許サルヽモノナレバ、共同訴訟的參加人ハ、原告又ハ被告ノ必要的共同訴訟人デアル。從ツテ必要的共同訴訟ニ關スル第六二條ノ規定、當然ニ適用セラレ敢ヘテ其準用ヲ待タヌ。【註一】

【註一】 獨、墺、匈ノ民訴法ガ、共同訴訟的參加人ヲ依然トシテ從參加人ト做スコト前陳ノ如クデアル。併シナガラ墺民訴法ハ、共同訴訟人ノ地位ヲ取得スル旨ヲ規定シ、且ツ必要的共同訴訟ニ關スル第一四條ヲ準用スル（同法二〇條）。又、匈民訴法ハ、此場合、唯、必要的共同訴訟ニ關スル第八〇條ヲ準用スルニ止ムル（同法八八條）。

然ルニ獨民訴法ハ、此從參加人（共同訴訟的參加人）ヲ主タル當事者ノ共同訴訟人ト看做シ、通常ナル共同訴訟ニ關スル第六一條（我六一條）ニ準用シタルガ爲メ（同法六九條）、必要的共同訴訟ニ關スル第六二條ノ準用アリヤ否ヤ

ニ爭ガアル。併シナガラ通說ハ、第六一條ノ準用ニ依リ、當然第六二條モ亦準用セラルト做シテ居ル。Stein-Jonas:-Kommentar, Bd. I. zu § 69. II. 2. (S. 214); Hellwig:-Lehrbuch, Bd. II. S. 519; Walsmann; a.a. O. S. 125.

第二、共同訴訟的參加人ハ、獨立ナル訴訟遂行權ヲ有スルモ、處分權ヲ有セヌ。

共同訴訟的參加人ハ、當事者ナルヲ以テ、獨立ニ攻擊、防禦ノ方法ヲ提出シ、訴訟ヲ遂行シ得ルモノニシテ、素ヨリ第六九條二項ノ適用ヲ受クルモノデナイ。唯、必要的共同訴訟人ナルヲ以テ、第六二條ノ規定ニ支配セラルヽノミデアル。併シナガラ共同訴訟的參加人ハ、參加ニ因リ當事者トナレルモノニシテ、訴ヲ提起セル者ニモ、亦、提起セラレシ者ニモ非ザルガ故ニ、訴訟ノ目的ヲ處分スルノ權能ナキモノデアル。**【註一】**卽チ請求ノ拋棄、認諾、若クハ訴、控訴又ハ上告ノ取下等ハ、單獨ニ之レヲ爲スコトヲ得ヌ。

【註一】 獨、墺、匈ノ民訴法ニ依レバ、共同訴訟的參加人ハ參加人ニシテ、唯、共同訴訟人ニ關スル規定ノ準用セラルヽニ止マルヲ以テ、素ヨリ訴訟上ノ處分權ヲ有セヌ。Walsmann:-a,a,O. S. 122.; Neumann:-Kommentar, Bd. I. zu § 20. S. 500.;Gottle:-a.a. O. zu §88. S. 80.

第三、參加ノ時ニ於ケル訴訟ノ程度ノ如何ヲ問ハズ、判決ハ共同訴訟的參加人ニ對シテ其效力ヲ有スル。

共同訴訟的參加人ハ、當事者ナルヲ以テ、判決ハ其名ニ於テ言渡サレ、且ツ其確定ニ因リ既判力ヲ生ズル(二〇二條)。**【註一】**加之、共同訴訟的參加人ハ、參加ニ因リ初メテ當事者トナルモノ

ナルガ故ニ、參加ノ時ニ於ケル訴訟ノ程度ヲ承認スベキハ素ヨリ當然ニシテ、【註二】假令、之レガ爲メ充分ニ、攻擊、防禦ノ方法ヲ施用スル能ハザリシトキト雖モ、補助參加人ノ如ク、第七〇條ニ依リ判決ノ效力ヲ否認スルコトヲ得ヌ。【註三】併シナガラ共同訴訟的參加人ハ、補助參加人ト異ナリ、主タル原告又ハ被告ノ訴訟行爲ト牴觸スル訴訟行爲ヲ爲スヲ妨ゲザルノミナラズ、必要的共同訴訟ニ關スル第六三條ノ規定ヲ適用セラルヽヲ以テ、參加シタル時ニ於ケル訴訟ノ程度ヲ承認スルモ、攻擊、防禦ノ方法ノ施用ヲ著シク妨ゲラルヽニ至ラヌ。

【註一】反之、獨、墺、匈ノ民訴法ニ依レバ、共同訴訟的參加人ハ參加人ニ過ギザルヲ以テ、判決ハ訴訟費用ノ點ヲ除キ主タル當事者ノ名ニ於テ言渡サレル。Stein-Jonas:-Kommentar, Bd I. zu § 69, II. 1. (S. 214); Neumann :-Kommentar, Bd.I. zu § 20. S. 501.

【註二】Stein-Jonas:-Kommentar, Bd. I. zu § 69. II. 2, (S. 214).

【註三】Stein-Jonas:-Kommentar, Bd I. zu § 69.III. (S. 215.).

第四、共同訴訟的參加ニ對シ、當事者ハ第六六條ニ因ル異議ヲ述ブルコトヲ得ヌ。

第七五條ハ第六六條以下ヲ準用セザルガ故ニ、共同訴訟的參加ニ對シ當事者ハ第六六條ニ依ル異議ヲ述ブルコトヲ得ヌ。共同訴訟的參加人ハ、參加ニ因リ自己ノ權利ヲ主張スルモノナルヲ以テ、訴訟法ガ獨立參加ニ於ケルト同ジク、之レニ第六六條以下ヲ準用セザリシハ素ヨリ當然デアル。【註一】板倉博士ハ、理論上當然共同訴訟的參加ニ第六六條以下ノ準用

アリト主張セラルヽモ、【註二】同ジク當事者參加ナル獨立參加ヲ措テ、單リ共同訴訟的參加ニ其準用アリト做スハ、理論的根據ニ乏シイ。

【註一】 本節第二欵 IV. 第三 (九九頁)參照。

【註二】 板倉博士、新訂民事訴訟法綱要一五三頁。共同訴訟的參加ハ、獨立參加ト共ニ、我訴訟法ニ於テハ當事者トシテ參加スル者ニシテ、且ツ其參加ハ自己ノ權利ヲ主張スルガ爲メナルヲ以テ、當然ニ補助參加ノ規定ガ、之レニ準用セラルヽモノデナイ。前欵 IV. (九九頁) 並ニ本欵III. 〔註一〕(一〇八頁)參照。然ルニ獨、墺、匈ノ民訴法ニ依レバ、共同訴訟的參加ハ從參加ノ一種ナルヲ以テ、主タル當事者ガ、其參加ニ對シ、從參加トシテノ異議ヲ述ベ得ルヤ勿論デアル。板倉博士ノ所論ハ、彼此、參加ノ性質ヲ異ニスルヲ辨ゼサルノ謬リニ座スル。

IV.　本條ノ批評

改正法ガ、第七五條ヲ新設シテ、共同訴訟的參加ノ途ヲ拓キタルハ、洵ニ適當ニシテ、現行法ニ比シ、一段ノ利便ヲ供スル。例之、商法第二三二條ニ依リ株式會社設立無效ノ訴ノ提起アリタル場合、訴外ノ株主ガ此訴ニ加ハランガ爲メニハ、別ニ新訴ヲ提起シテ之レト辯論及裁判ヲ併合セラルヽカ(商九九條ノ三)、若クハ準主參加訴訟(現五一條二項)ヲ提起スルノ外ナカツタノデアル。然ルニ改正法ニ依レバ、直チニ其訴ニ共同訴訟的參加ヲ爲シ得ルノデアル。

併シナガラ我改正法ハ、此參加ヲ特種ノモノトシテ補助參加ト區別シタルガ爲メ、第三者ガ補助參加ヲ爲シタルトキハ、訴訟ノ進行中、共同訴訟的參加ノ關係存スルコト明瞭トナルモ、

改メテ此參加ノ申出ヲ爲スニ非ザレバ、依然トシテ補助參加人タルニ止マルノ不都合ガアル。又、共同訴訟的參加ヲ爲シタル場合、第七五條ノ要件ヲ具備セザルトキハ、其參加ハ絕對ニ不適法ニシテ、補助參加トシテ適法ナラシムルコトヲ得ヌ。此點ニ於テ、獨、墺、匈ノ民訴法ガ、共同訴訟的參加ヲ從參加ノ一種トシテ規定シタルヲ以テ遙カニ優レリトスル。【註一】

【註一】獨民訴六九條ノ規定ニ依レバ、本訴判決ガ從參加人ト相手方トノ法律關係ニ效力ヲ及ボス場合ニ限リ、從參加人ヲ共同訴訟人ト看做スモノナレバ、前陳、我改正法ニ於ケルガ如キ不都合ヲ生ゼヌ。墺民訴法二〇條、匈民訴八八條モ同趣旨デアル。

民訴印紙法中改正法律ニ依レバ、獨立參加ト同ジク、共同訴訟的參加ニモ、亦、訴狀若クハ上訴狀ト同一額ノ印紙貼用ヲ必要トスル(同法五條ノ二)。併シナガラ第三者ハ共同訴訟的參加ニ因リ既ニ繫屬セル訴訟ノ當事者トナルモノナレバ、參加ニ付キ更ニ印紙ノ貼用ヲ强フルハ、同一訴訟ニ二重課稅ヲ爲スモノデアル。【註一】況ンヤ共同訴訟的參加人ガ、參加ニ因リ被告ト共同訴訟人トナル場合、尙印紙ノ貼用ヲ必要トスルガ如キハ其理由ヲ解スルニ苦シム。

【註一】共同訴訟的參加人ハ、既ニ繫屬セル訴訟ニ參加スルモノニシテ、終始、形式的一個ノ訴訟デアル。訴訟ノ目的ヲ同一ニスル數個ノ訴ノ辯論ヲ裁判所ガ訴訟ノ進行中ニ併合シタル場合トハ區別シテ考ヘナケレバナラヌ。

最後ニ、直接、本條ニ對スル批評ニハ非ザルモ、前欵ニ於テ第七一條ノ獨立參加ノ規定ヲ削除スルヲ至當トスル旨ヲ述ベタ

ルニ際シ、[註一]其削除ニ因ル缺陷ヲ補フガ爲メニハ、本條ニ現行法第五一條二項、準主參加ノ規定ヲ添加シ、此共同訴訟的參加ノ場合ヲ擴張スベキコトヲ主張シタコトヲ附言スル。

[註一] 本節前欵 IV.(一〇六頁)參照。

第四款　訴訟ノ告知

訴訟當事者ガ、訴訟ノ繫屬中、利害關係アル第三者ニ訴訟ノ告知ヲ爲スコトヲ得。告知ヲ得タル者更ニ第三者ニ對シ訴訟告知ヲ爲シ得ルコト現行法ト同ジイ(七六條)。而シテ改正法ガ有效ニ告知シ得ル範圍ヲ、廣ク訴訟ニ參加シ得ル第三者ト規定シ、現行法ノ如ク例示限定セザリシハ至當デアル(現五九條)。

訴訟告知ヲ爲スノ手續ハ現行法ト同一デアル(改七七條 現六〇條)。現行法ト異ナル點ヲ擧示スレバ次ノ如クデアル。

第一、現行法ハ告知ニ依リ第三者ガ參加シタル場合ニハ、從參加ノ規定ヲ適用スベキ旨ヲ定ムルモ(現六一條二項)、改正法ニカヽル規定ナシ。蓋シ改正法ニ依レバ、廣ク參加ヲ爲シ得ル第三者ニ訴訟告知ヲ許スモノナレバ、告知ニ依ル參加ハ必ズシモ補助參加トハ限ラズ、獨立參加ナルコトアリ、又共同訴訟的參加ナルコトモアリ得ルガ故デアル。結局現行法第六一條ノ規定ハ蛇足トシテ削除セラレタノデアル。

第二、現行法ニハ、第三者ガ告知ニ應ジテ參加セザリシ場合ノ制裁規定ヲ缺キ不都合デアル。故ニ改正法ハ獨民訴法ニ倣ヒ、

【註一】訴訟告知ヲ受ケタル者ニ對シテハ、參加セズト雖モ、參加シ得ベカリシトキニ參加シタルモノトシテ、第七〇條ノ規定ニ遵ヒ判決ノ效力ヲ及ボス旨ヲ定ムル(七八條)。從ツテ第七〇條ノ擧示ニ該當セザル限リ、本訴ノ裁判ハ、參加ノ有無ニ拘ラズ告知ヲ受ケタル第三者ニ對シテ既判力ヲ有スル。訴訟告知ノ制度ヲ設クル以上、蓋シ至當ノ規定デアル。

【註一】 獨民訴七四條三項。

最モ第七八條ハ第七〇條ノ適用ヲ規定スルモノナレバ、獨立參加竝ニ共同訴訟的參加ノ場合ニハ直接ノ適用ナシ。【註一】併シナガラ共同訴訟的參加ニハ、告知ナシト雖モ當然判決ノ既判力ノ及ブ關係存スルモノニシテ、又、獨立參加ニ就テハ、利害關係ヲ有スル第三者トシテ補助參加ノ事由存スルガ故ニ、訴訟告知ニ應ゼル場合ニ第七〇條ノ適用ヲ妨ゲヌ。

【註一】 獨立參加並ニ共同訴訟的參加ハ、當事者トシテ參加スルモノナレバ、準用セラレザル限リ補助參加ニ關スル第七〇條ノ規定ノ適用ナシ。前款九六、一〇九頁參照。

第三、改正法ハ、現行法ニ規定スル「參加ノ指名」ノ規定ヲ削除シタ(現六二條)。但シ現行法上、參加ノ指名ヲ受クベキ第三者ハ、改正法ニ依レバ、獨立參加ノ手續ニ依リ當該訴訟ヲ引受ケ得ルト同時ニ(七一、七二條)、此第三者ガ訴訟告知ニ應ジ參加セザルモ、第七八條ニ依リ判決ノ效力ヲ及ボサルヽヲ以テ、結果ニ於テ不都合ヲ生ゼヌ。併シナガラ改正法ニ依レバ、此場合訴訟告

知ニ應ゼザリシ第三者ニ判決ノ既判力ヲ及ボサシムルニハ、第七〇條ノ擧示ニ該當セザルコトヲ必要トスルガ故ニ、被告ハ、現行法ニ於ケルガ如ク、無條件ニ原告ノ申立ニ應ズルコトヲ得ヌ。要之、改正法ニ依レバ、被告ハ、第三者ノ名ヲ以テ物ヲ占有スルコトヲ主張シ、自ラ訴訟ニ利害ノ關係ナシト雖モ、其第三者ヲシテ强テ訴訟ヲ引受ケシムルコト能ハズ、又、第三者ガ第七二條ニ依リ自發的ニ當該訴訟ヲ引受ケザル限リ、後日同一訴訟ノ目的ニ就テ更ニ第三者ヨリ訴求セラルルノ危險ヲ負擔スル。カヽル特殊ノ被告ニ對シテ、訴訟上ノ責任ヲ輕減スル規定ヲ設クルハ素ヨリ至當ニシテ、此意味ニ於テ、改正法ガ現行法第六二條若クハ之レニ代ルベキ規定ヲ存置セザリシコトニ不滿ヲ感ズル。

第五款　訴訟ノ引受、脫退

I. 總　說

改正法ハ、宏ク訴訟ノ引受、脫退卽チ訴訟繫屬中ニ於ケル當事者ノ變更ヲ認ム（七二條乃至七四條）。訴訟法理ニ依レバ、訴訟當事者ハ、別段ノ規定ナキ限リ、訴訟ノ目的タル法律關係ニ付キ處分權ヲ有スル者タルベク、又、判決ハ、最終ノ口頭辯論終結時ヲ標準ト爲ス。故ニ、所謂訴訟適格（又ハ當事者適格）ナキ者ガ原告、被告トナリ、若クハ訴訟ノ繫屬中ニ於テ、訴訟ノ目的タル法律關係ノ主體ニ變更ヲ生ジタルガ如キ場合ニハ、當該訴訟ハ、之レヲ支持

スルニ由ナク、改メテ新訴ヲ提起スルノ外ナキ筋合デアル。改正法ハ、訴訟經濟ノ見地ヨリ、宏ク訴訟ノ引受、脱退ヲ認メ、カヽル場合、新訴提起ノ方法ニ依ラズシテ、既ニ繫屬セル訴訟ノ當事者變更ヲ許セシモノデアル。

訴訟ノ引受ト謂ヒ、脱退ト謂フモ、訴訟當事者變更ノ兩面デアル。訴訟法ハ、權利者ノ訴訟引受ト義務者ノ訴訟引受トニ分チテ規定ヲ設クル。

II.　權利者ノ訴訟引受

權利者ノ訴訟引受ハ獨立參加(七一條)ノ形式ニ依リテ行ハレル。卽チ訴訟ノ目的ノ全部若クハ一部ガ自己ノ權利ナルコトヲ主張スル第三者ハ、第七一條ニ依リ獨立參加ヲ爲シ得ルコト既ニ述ベタルガ如ク、而シテ此規定ニ依リ自己ノ權利ヲ主張スル爲メ、訴訟ニ參加シタル者アル場合ニ於テハ、參加前ノ原告又ハ被告ハ相手方ノ承諾テ得テ訴訟ヨリ脱退スルコトヲ得ルノデアル(七二條)。【註一】此クノ如クシテ、當事者適格ナキ原告ノ訴訟ハ其適格アル第三者ニ依リ、更ニ又直接權利者ニ非ザル者ヲ被告トスル訴訟ハ、直接權利者ニ依リ引受ケラレ、且ツ辯論ヲ續行セラレル。但シ其判決ハ脱退シタル當事者ニ對シテモ既判力ヲ有スル(七二條但書)。

【註一】獨立參加ノ訴訟關係ガ、本訴原告被告間ノ訴ト、參加人ヲ原告トシ、本訴原告被告ヲ共同被告トスル訴ノ併存ナルコト既述ノ如シ(前欵III 九五 頁參照)。而シテ第七二條ノ規定ニ依リ本訴原告若クハ被告ガ相手方ノ承諾ヲ得テ訴訟ヨリ脱退スルコトハ、其本訴原告タリ被告タルノ地位ヲ參加人ニ承繼

セシムルコトニシテ、其結果トシテ參加人ト相手方タル原告又ハ被告トノ間ニ本訴並ニ參加ノ訴ノ二訴ガ併存スルコトヽナル。而シテ其脫退引受ニ伴フ範圍ニ於テ、本訴請求ノ趣旨及ビ原因ヲ變更セラレル。

本訴原告ガ脫退シタル場合ニハ、其請求ト參加人ノ請求トハ多ク同一趣旨ナルヲ以テ、參加人ガ本訴原告ニ代リテ訴訟ヲ引受クルトキハ、同時ニ參加ノ訴ハ第二三一條ニ依リ不適法トシテ却下スルコトヲ要スル。反之、本訴被告ガ脫退シタルトキハ、本訴原告ノ請求ト參加人ノ請求トガ相對立シ、本訴ト反訴トノ如キ關係ヲ生ズル。但シ此場合ニ於テモ兩者ノ請求表裏ニシテ同一趣旨ニ關スルトキハ、後訴タル參加ノ訴ハ第二三一條ニヨリ却下スベキモノデアル。

改正法ハ此ノ訴訟引受ノ制度ニ依リ、訴訟ノ繫屬中ニ於ケル訴訟ノ目的タル權利ノ移轉ヲ安全ナラシムル。卽チ訴訟ノ繫屬中ニ於テ其訴訟ノ目的ノ全部又ハ一部ヲ讓受ケタル者モ亦、第七一條ニ依ル獨立參加ヲ爲シ得ルコト第七三條ノ反面解釋ニ因リ明カナルヲ以テ、訴訟ノ繫屬中、訴訟ノ目的タル權利ノ讓受アリタル場合ニ於テハ、【註一】新權利者ハ先ヅ獨立參加ヲ爲シ、續イテ第七二條ニ遵ヒ當該訴訟ヲ引受クルコトヲ得ルノデアル。而カモ此新權利者ニ對シテハ、參加ニ因リ訴訟繫屬ノ初ニ遡リテ時效ノ中斷又ハ法律上ノ期間遵守ノ效力ヲ生ズル(七三條)。カヽル規定ハ現行法ニ全ク缺ク所ニシテ、獨、墺ノ民訴法ハ、之レニ代ヘ所謂「當事者恒定」ノ制度ヲ採ルモ、判決ガ實體的眞實ニ合スル點ニ於テ、我改正法ノ規定ヲ以テ優レリトスル。【註二】

【註一】第七三條ハ「讓受」ト云ヒ、法律行爲ニ因ル權利移轉ノ場合ノミヲ指スガ如クナルモ、法律ノ規定ニ因ル權利承繼ノ場合ヲモ、包含スルモノト解ス

ル必要ガアル。例之、隱居ニ因ル家督相續開始ノ場合ノ如シ。第二〇八條ハ當事者死亡ノ場合ニノミ訴訟手續ノ受繼ヲ許スガ故ニ、隱居其他ノ事由(民九六四條)ニ基ク家督相續人ハ、訴訟手續ヲ受繼スルコトヽナシ。去レバ本條ノ讓受ヲ廣義ニ解シテ此等ノ者ニ對シ訴訟引受ノ途ヲ開クコト最モ其當ヲ得ル所ナルノミナラズ、第七四條トノ均衡上、亦之レヲ廣義ニ解スル必要ガアル。當事者恒定ニ關スル獨民訴法第二六五條二項ノ「讓渡又ハ移轉」Veräusserung oder. Abtretung 亦、法律ノ規定ニ基ク權利移轉ヲ包含スルモノト解セラル。Stein-Jonas:-Kommentar, Kd. I. zu § 265. III. 2. S. 673.

【註二】 獨民訴法ハ其第二六五條ニ「權利拘束ハ當事者ノ一方又ハ他方ガ係爭物ヲ讓渡シ又ハ主張シタル權利ヲ移轉スルノ權利ヲ妨ゲス」ト規定スルト共ニ、「其讓渡又ハ移轉ハ訴訟ニ何等ノ影響ヲ及ボサズ」ト爲スガ故ニ、獨民訴法ニ於テハ、訴訟繫屬中ニ權利ノ移轉アルモ、舊權利者ハ依然トシテ訴訟ヲ遂行シ、判決モ其名ニ於テ言渡サレル。但シ其判決ハ權利拘束發生後當事者ノ承繼人ト爲リタル者ニ對シテモ效力ヲ生ジ、强制執行手續ニ於テハ債權者債務者トナル(同法三二五條七二七條)。Stein-Jonas:-Kommentar, Bd. I. zu § 265 IV. S. 674. 墺民訴法ニモ亦、同一趣旨ノ規定ガアル(同法二三四條)。

獨、墺民訴法ノ規定ニヨルモ、訴訟繫屬中ニ於ケル權利移轉ノ安全ハ之レヲ擔保シ得ルモ、訴訟ガ既ニ權利者ニ非ザル者ニヨリ遂行セラレ、判決ガ其者ノ名ニ於テ言渡サルヽガ故ニ、手續上ノ不便ト、判決ガ實體的眞實ニ合セザルノ憾ガアル。

以上述ブルガ如ク、改正法ハ廣キ範圍ニ於テ權利者ノ訴訟引受ヲ認ムルモ、相手方ノ承諾ナキトキハ參加前ノ原告又ハ被告ハ當該訴訟ヨリ脫退シ得ザルヲ以テ(七二條)、結局、其引受ハ脫退スベキ當事者ノ相手方ノ承諾ガ條件トナル。併シナガラ第三者ハ、當事者ノ承諾ノ有無ニ拘ラズ獨立參加ヲ爲シ得ルモノナレバ、相手方ノ承諾ナキトキハ、單ニ參加前ノ原告又ハ被告ノ脫退ニ因ル引受ノ行ハレザルニ止マリ、第三者ガ當事者トシテ當該

訴訟ニ於テ自己ノ權利伸張ヲ爲スコトヲ妨ゲ能ハヌ。

III.　義務者ノ訴訟引受

當事者ノ死亡其他ノ事由ニ因リ、訴訟手續ノ中斷受繼ノ行ハルヽ場合ハ別トシ(二〇八條以下)、訴訟ノ繫屬中ニ於テ、第三者ガ其訴訟ノ目的タル債務ヲ承繼スルモ、其者ニ對シテハ判決ノ效力ヲ及ボサヌ(二〇八條)。從ツテ新債務者ニ對シ更ニ訴ノ提起ヲ必要トスルガ如キ不便アルヲ以テ、改正法ハ債務者ノ强制的訴訟引受ノ規定ヲ設ケタノデアル。第七四條ノ規定是レデアル。

卽チ訴訟ノ繫屬中、第三者ガ其訴訟ノ目的タル債務ヲ承繼シタルトキハ、【註一】裁判所ハ當事者ノ申立ニ依リ其第三者ヲシテ訴訟ヲ引受ケシムルコトヲ得。此申立ハ引受ニ因リ脫退スベキ當事者ナルト其相手方ナルトヲ問ハズシテ之レヲ爲シ得ベク、且ツ引受クベキ第三者ノ意思ニ反スルコトヲ妨ゲヌ。併シナガラ其引受ニ因ル脫退ハ、脫退スベキ當事者ノ相手方ノ承諾ヲ必要トスルヲ以テ(七四條三項)、其承諾ナキトキハ、脫退スベカリシ當事者ト引受ケタル第三者トハ共同訴訟人ノ關係ニ立ツコトヽナル。但シ必要的共同訴訟人トハナラヌ。【註二】

【註一】 爰ニ債務ヲ承繼シタル者トハ、其承繼ガ法律ノ規定ニ因ルト、法律行爲ニ因ルトヲ問ハヌ。卽チ隱居ニ因リ前戶主ノ債務ヲ承繼シタル家督相續人、債務者更改ニ因ル新債務者等孰レモ之レニ該當スル。但シ一般承繼ニシテ、第二四八條以下ノ規定ニ因リ訴訟手續ノ中斷並ニ受繼ノ行ハルヽ場合ヲ包含セヌ。

【註二】 訴訟ノ目的ハ、舊債務者ト新債務者トノ間ニ於テ、必ズシモ合一ニ確

定セザルベキヲ以テ、此場合ニハ通常ナル共同訴訟トナル。之レヲ以テ第七五條ニ類スル必要的共同訴訟ト云フハ誤レリ。(例之、早川氏改正民事訴訟法要義第一編一三九頁)。

裁判所ガ當事者ノ申立ニ因リ、第三者ニ對シ訴訟引受ヲ命ズルニハ、豫メ當事者竝ニ第三者ヲ審訊シ決定ヲ以テ裁判スル。而シテ此決定ニ因リ第三者ガ訴訟ヲ引受ケタルトキハ、其判決ハ脫退セル當事者ニモ其效力ヲ有スル(七四條二、三項)。

IV. 批　評

實體關係ハ素ヨリ不動ニ非ズ世相ノ流轉ニ遵ヒ可變可動ナルヲ以テ、改正法ガ一面、請求又ハ請求原因ノ變更ヲ許シタルト相併ビ(二三二條)、上來述ブルガ如ク廣ク訴訟ノ引受脫退ヲ許シテ、訴訟繫屬中ニ於ケル當事者ノ變更ヲ認メタルハ、訴訟關係ト實體關係トヲ合致セシムルニ就テ最モ合目的デアル。現行法ガ第五八條ニ從參加人ノ訴訟擔任ノ規定ヲ設クルモ、當事者双方ノ承諾ヲ必要トスルノミナラズ、其規定スル所、改正法ノ如ク徹底的ノモノデハナイ。改正法ガ、獨民訴法ノ「當事者恒定」ニ代ヘ、此制度ヲ訴訟ノ繫屬後ニ於テ訴訟ノ目的ノ讓渡アリタル場合ニモ擴張シタルハ、吾人ノ最モ贊成スル所デアル。

併シナガラ第七二條ニ依ル權利者ノ訴訟引受ハ、常ニ權利ヲ主張スル第三者ノ自發的參加ヲ條件トシ、義務者ノ訴訟引受ノ如キ、强制的引受ノ規定ヲ缺クノデアル。改正法ハ、現行法ノ指名參加ノ規定(現六二條)ヲ削除シタルガ故ニ、之レニ代リ少クトモ其範圍ニ於テ、引受ヲ强制シ得ル規定ヲ置ク可カリシモノト信

ズル。更ニ又、權利者ノ訴訟引受タルト義務者ノ訴訟引受タルトヲ問ハズ、從來ノ當事者ノ脫退ニハ相手方ノ承諾ヲ必要トスルモ、判決ノ效力ハ脫退セル當事者ニモ及ブモノナルヲ以テ(七二條七四條三項)、必ズシモカヽル承諾ヲ條件ト爲ス必要ナシト考ヘラレル。

第三節　客觀的併合訴訟、反訴並ニ中間確認ノ訴

I.　客觀的併合訴訟

改正法ハ客觀的併合訴訟ニ關シテ第二二七條ヲ設ケ、訴訟手續ノ同種ナルコトヲ條件トシテ、同一原告ヨリ被告ニ對スル數個ノ請求ノ併合ヲ許シテ居ル。但シ裁判所ガ既ニ繫屬セル同一原告被告間ノ訴訟ヲ併合スルコトハ改正法ノ亦認メザル所ニシテ、現行法ト同ジク、唯、口頭辯論ノ併合ヲ命ジ得ルニ止マル(一三二條)。

改正法第二二七條ハ請求ノ併合ニ就テ、訴訟手續ノ同種ナルコトノミヲ條件ト爲スガ故ニ、併合セラルベキ數個ノ請求相互間ニ事實上若クハ法律上ノ牽連ヲ必要トセザルハ勿論ナルモ、管轄ニ關シテハ、現行法ノ如ク特別ノ制限ヲ設クルコトナク(現一九一條)、一般規定ノ支配ニ委セシモノデアル。卽チ土地ノ管轄ニ就テハ、第二一條竝ニ第二七條ニ遵ヒ、受訴裁判所ガ各請求ニ

對シテ牽連管轄權ヲ有スルバ足リ、又、事物ノ管轄ニ就テハ、第二三條ニ依リ各請求ノ價格ヲ合算シテ定ムル。【註一】而シテ事物ノ管轄ニ關シテハ問題ナシトスルモ、此ノ如ク改正法ガ土地管轄ニ於テ宏ク牽連裁判籍ノ發生ヲ認メタルハ、餘リニ原告保護ニ失スル。獨、墺、匈ノ民訴法ハ一致シテ客觀的併合訴訟ニ土地管轄ノ併合ヲ認メズ、改正法ガ、現行法第一九一條ニ定ムル各請求ニ付キ受訴裁判所ガ管轄權ヲ有スベキ旨ノ制限ヲ撤廢シタルハ正ニ改惡タルヲ免レヌ。【註二】

【註一】 第二三條ハ、訴訟ノ目的ノ價格算定ノ規定ニ過ギザルガ故ニ、訴訟ノ目的ノ價格ニ拘ラズシテ管轄ノ定メラルヽ請求ハ(裁構法一四條第二)、素ヨリ本條ヲ適用シテ合算セラルヽモノデナイ。Stein-Jonas:-Kommentar, Bd. I. zu § 5. II. S. 50. 從ツテ裁構法第一四條第二ニ掲グル價格金千圓ノ請求ト夫レ以外ノ金千圓ヲ超過セザル請求ヲ併合スルトキハ、假令合算ノ價格千圓ヲ過スルモ、依然トシテ管轄裁判所ハ區裁判所デアル。然ルニ金千圓ヲ超過スルトキハ、一方ハ區裁判所ノ管轄ニシテ他方ハ地方裁判所ノ管轄ナルヲ以テ、共ニ併合スルコト能ハヌ。

【註二】 獨民訴二六〇條、墺民訴二二七條、匈民訴一三二條。尙本稿二九頁以下參照。

尙、改正法ハ、現行法ニ存スル「但シ民法ノ規定ニ反スルトキハ此限ニ非ズ」トノ但書ヲ削除シタ。之レヲ削除シタルハ、現行民法ニハ、カヽル特別規定存セザルト同時ニ、【註一】民法タルト其他ノ法規タルトヲ問ハズ、若シ併合ヲ禁ズル規定存スルナラバ、當然其規定ニ遵フベク、敢ヘテ訴訟法ニ但書ヲ設クル必要ナキニ出ヅル。【註二】

【註一】 舊民法財産編第二〇七條一項ニ「占有ノ訴ハ本權ノ訴ト併行スルコトヲ得ズ」トノ規定ガアツタ。一八九八年改正以前ノ獨民訴法第二三二條(現二六〇條) 二項ニハ「占有ノ訴ト本權ノ訴トハ同一訴訟ニ併合スルコトヲ得ズ」トノ規定存セシモ、同年ノ改正ニ依リ削除セラレタ。

【註二】 民事訴訟法ハ、普通訴訟法規ナルヲ以テ、併合ヲ禁ズル特別規定ハ當然優先適用ガアル。例之、人訴第七條二項ノ如シ。現行獨民訴法ニハ、我改正法ト同ジク、何等カヽル制限規定存セザルモ、屢々特別法ノ中ニ、特定訴訟ノ併合ヲ禁ズル規定存スル。Stein-Jonas:-Kommentar, Bd. I. zu § 260. III. S. 658.

II. 反　訴

改正法ハ第二三九條以下三ケ條ニ於テ、反訴ノ規定ヲ設クル。特ニ差異ノ生ゼザル限リ、反訴ニハ本訴ノ規定ヲ適用スベキコト現行法ト同ジイ(改二四〇條 現二〇二條)。

現行法ト異ナル諸點ヲ擧グレバ、次ノ如クデアル。

第一、反訴ノ管轄

土地管轄ニ就テハ、改正法並ニ現行法ノ規定、其體裁ニ於テ異ナルモ、趣旨ニ於テ同一デアル。卽チ本訴裁判所ハ反訴ニ付キ牽連管轄ヲ有スルコトヲ原則トシ、唯、若シ反訴ノ目的タル請求ニ付キ專屬管轄ノ定メアルトキハ、牽連管轄權發生ノ餘地ナキヲ以テ、本訴裁判所ガ、同時ニ反訴ノ目的ニ付キ專屬管轄權ヲ有スルコトヲ必要トスル(改二三九條 現二〇〇條)。【註一】

【註一】 現行法ハ、專屬管轄ニ加ヘテ、「財産權上ノ請求ニ非ザル請求ニ係ル反訴」ヲ併記スルモ(現二〇〇條二項)、財産權上ノ請求ニ非ザル訴訟ハ、凡ベテ人事訴訟トシテ專屬管轄ノ定メガアル(人、訴一、二七、四〇、七一條)。故ニ改正法ハ、特ニ之レヲ表示スルヲ無意義トシテ削除シタ。敢ヘテ現行法ノ規定ヲ改

メシモノデハナイ。

然ルニ事物ノ管轄ニ關シテハ、現行法ニ何等ノ規定存セザルガ爲メ、事物ノ管轄ヲ異ニスル請求ヲ反訴トシテ許スベキカ爭ガアル。【註一】改正法ハ獨民訴法第五〇六條ニ倣ヒ、第三五五條ノ規定ヲ新設シタルガ故ニ、其適法ナルコトニ異論ノ餘地ヲ存セヌ。【註二】卽チ區裁判所ニ繫屬スル本訴ニ、地方裁判所ノ事物管轄ニ屬スル反訴ヲ提起スルコトハ、第三五五條ニ依リ其適法ナルコト明白ニシテ、唯、此場合相手方ノ申立アルトキハ、區裁判所ハ、決定ヲ以テ本訴及反訴ヲ地方裁判所ニ移送スル(三五五條)。【註三】之レト反對ニ、區裁判所ノ事物管轄ニ屬スル事件ヲ反訴トシテ地方裁判所ニ提起スルコトハ、上級裁判所トシテ素ヨリ適法デアル。尤モ、裁構法第一四條第二ニ揭グル價格如何ニ拘ラズ區裁判所ノ事物管轄ニ屬スル事件ハ此限リデナイ。

【註一】 仁井田博士、民事訴訟法要論中卷六六四頁、細野氏、民事訴訟法要義第二卷、八九頁，前田氏、民事訴訟法講義第二編乃至第五編、五九頁等。

【註二】 Stein-Jonas:-Kommentar, Bd. I. zu § 33. IV. 5. S. 108.

【註三】 早川氏ハ、第三五五條ニ依リ本訴及反訴ヲ地方裁判所ニ移送スルコトハ、原告ノ爲メ迷惑ニシテ、立法上論ナキ能ハズト云フ。現行法ノ如ク、本訴トノ牽連關係ヲ反訴ノ要件ト爲サヾル立法ニ於テハ、同氏ノ所說或ハ當レリトスルモ、改正法ノ如ク、牽連關係ヲ必要トスル場合ニ於テハ、反訴ノ爲メ本訴ノ移送セラルヽハ止ムナキ所ニシテ、此場合、事物ノ管轄ヲ異ニスルガ爲メ反訴トシテ不適法ナラシヌ、若シクハ反訴ナルガ故ニ地方裁判所ノ事物管轄ニ屬スル事件ヲ區裁判所ニ繫屬セシムルガ如キハ、反ツテ不公平デアル。

改正法ニ依レバ、控訴審ニ於テ、亦反訴ヲ提起シ得ル(三八二條)。此場合ニモ、第一審ノ專屬管轄ノ規定ニ支配セラルヽモノト考ヘラレル。

第二、反訴提起ノ期間

反訴ハ、口頭辯論終結ニ至ル迄、何時ニテモ提起シ得ル。(二三九條)。現行法ノ解釋トシテハ、控訴審ニ於ケル反訴ノ提起ハ之レヲ不適法トナスノ外ナキモ、【註一】改正法ニ依レバ、相手方ノ同意アルトキ、又ハ相手方ガ異議ヲ述ベズシテ反訴ノ本案ニ付辯論ヲ爲シタルトキハ適法トナル(三八二條)。【註二】口頭辯論終結後ニハ反訴ノ提起ヲ許サヾルモ、第一審ナルトキハ、控訴審ニ至リ第三八二條ニ遵ヒ、改メテ提起シ得ル。併シナガラ上告審ニ於ケル反訴提起ノ不適法ナルコトハ第四〇三條ニ徵シ明白ナルヲ以テ、【註三】控訴審ノ辯論終結ヲ以テ、反訴提起ノ途ヲ失フノデアル。

【註一】現行法第四一六條ノ解釋トシテ、控訴審ニ於ケル反訴提起ハ不適法デアル。仁井田博士、民事訴訟法要論中卷、八六四頁、前田氏、民事訴訟法講義第二編乃至第五編、四〇四頁等。

【註二】改正法第三八二條ノ規定ハ、素ヨリ至當ノ規定ニシテ、相手方ノ同意アルニモ拘ラズ、尙控訴審ニ於ケル反訴ノ提起ヲ許サズシテ、審級ノ秩序ヲ保ツ必要ナキモノデアル。獨民訴法ハ、相手方ノ同意ヲ條件トシテ、控訴審ニ於テ新請求ヲ爲スコトヲ許スガ故ニ(同法五二九條四項)、反訴ノ提起モ、我改正法ト同ジク、相手方ノ同意アルトキハ適法デアル。

【註三】獨民訴法ノ解釋トシテモ、我改正法四〇三條ニ該ル第五六一條ニ依リ、上告審ニ於ケル反訴提起ハ不適法トセラル。Stein-Jonas:-Kommentar, Bd. I.

zu § 33. III. 3. S. 106.

第三、反訴請求ノ本訴ニ對スル關係

反訴ノ適法要件トシテ、反訴請求ガ本訴トノ間ニ一定ノ關係、卽チ本訴請求若クハ夫レニ對スル防禦方法ニ牽連シ、又ハ本訴請求ト相殺シ得ルコト等ヲ必要ト爲スベキカ否カハ、ゲルマン古法、羅馬法以來爭ハレシ所ニカヽリ、結局、反訴ナル制度ヲ認ムル立法主義ノ問題ニ歸着スル。【註一】現行法ガ原則トシテ無條件ト爲シナガラ、答辯書差出期間ノ經過ニ因リ、相殺ヲ爲スベキコトヲ條件タラシメタルハ全ク無意味デアル。

【註一】ユスチニアン帝以前ノ「ローマ」法ハ、反訴ヲ認メナカツタノデアルガ、同帝以後ノ「ローマ」法ハ相殺又ハ牽連關係アル反訴請求ヲ認メ、(Kleinfeller: Der gerichtsstand der Widerklage, S. 9. 55.)又「ゲルマン」法ハ、原告ニ對シ、其訴ヲ提起シタル裁判所ニ於テ、彼ニ對シ提起セラレシ一切ノ訴ニ應訴スルノ義務ヲ課シタ(Kleinfeller; a.a. O. S. 25.)。而シテ此兩法系ヲ繼受シタル獨逸普通法ハ、實體上ノ牽連關係アル反訴ノミヲ認メタノデアツタ。

現行獨民訴法ハ、反訴請求ガ、本訴請求若クハ之レニ對シテ提出セラレシ防禦方法ト牽連關係ノ存スルコトヲ必要トシ(同法三三條)、墺司法管轄法第九六條ハ、本訴請求ト牽連關係存スルカ、若クハ之レト相殺シ得ルコトヲ擇一的條件ト爲シテ居ル。

改正法ハ、獨民訴法ニ倣ヒ、凡ベテ反訴ノ請求ニハ、本訴ノ請求若クハ其請求ニ對シテ提出セラレシ防禦方法ト牽連關係ノ存スルコトヲ必要ト爲シ、之レト同時ニ、提起ノ時期ニ依ル差異ヲ撤廢シタノデアル(二三九條)。現行法ニ比シ優レルノ立法

ナルコトニ疑ナキモ、或ハ墺法ノ如ク、牽連關係若クハ相殺適狀ヲ擇一的條件ト爲スガ、更ニ適當ナリシカト考ヘラレル。

第四、反訴提起ノ方法並ニ時期

改正法ニハ、現行法第二〇一條一項並ニ第二一二條ノ如キ規定存セザルガ故ニ、反訴ノ提起ハ、本訴ニ關スル規定ニ依リ、必ズ書面ヲ以テ之レヲ爲スベク、而シテ其書面ヲ裁判所ニ提出シタルトキニ提起セラレシコトヽナル(二四〇、二二三條)。但シ區裁判所訴訟手續ニ於テハ、口頭ヲ以テ之レヲ提起シ得ルコト勿論デアル(三五三條)。

反訴提起ノ書面ハ、反訴狀ト稱スル獨立ノ書面ナルコトヲ必要トスルカ、或ハ本訴ノ答辯書其他ノ準備書面中ノ記載ヲ以テ足レリトスルカ、改正法ニ別段ノ規定存セザルモ、別段ニ獨立ノ書面タルコトヲ必要トセズト信ズル。【註一】但シ其記載ガ訴狀トシテノ要件ヲ具備スベキハ素ヨリ當然デアル(二四〇、二二四條)。

【註一】改正法ニハ、現行法ノ如ク答辯書ニ依ル反訴ノ提起ヲ認ムル規定存セザルモ(現二〇一條一項)、反訴ハ素ト、本訴ニ牽連シテ提起セラルヽモノナレバ特ニ反對ノ規定ナキ限リ、本訴ニ關スル書面ヲ以テ提起シテ妨ゲナシト信ズル。尤モ、我改正法ト同ジク反訴提起ノ方法ニ就テ規定ヲ缺ケル墺民訴法ノ解釋トシテハ、反訴ハ獨立ニ提起スベク、本訴答辯書其他ノ準備書面ニ依ル提起ハ無効トスルヲ通說トスル。Neumann :-Kommentar, Bd. I. S. 264.

第五、本訴ノ取下ト反訴ノ運命

本訴ノ繫屬スルコトハ反訴提起ノ要件ナルヲ以テ、爾後、

本訴請求ガ棄却セラレ、若クハ不適法トシテ却下セラルヽモ、反訴ノ運命ニ影響ナキハ勿論デアル。然ルニ訴ノ取下ハ、之レニ因リ初ヨリ訴訟ノ繫屬ナカリシモノト看做サルヽ效果ヲ生ズルヲ以テ(二三七條一項)、本訴ノ取下ゲラレタル場合ニ於ケル反訴ノ運命ニ就テハ、議論ノ餘地ヲ存スル。【註一】併シナガラ本訴ト反訴トハ別個ノ存在ヲ有シ、本訴ノ取下ガ反訴ノ繫屬ニ影響スベキ理由ナキト同時ニ、本訴取下後、反訴ノミ存續ヲ强ユルコトモ亦不合理ナルヲ以テ、改正法ハ、本訴ノ取下アリタルトキハ、被告ハ原告ノ同意ヲ得ズシテ反訴ヲ取下グルコトヲ得ル旨ヲ規定シ(二四二條)、其反面ニ於テ本訴取下ニ因リ反訴ノ繫屬ヲ妨ゲザルコトヲ明カニシタ。蓋シ至當ノ規定デアル。

【註一】 Stein-Jonas:-Kommentar, Bd. I. zu § 271. V. S. 697.; Loen'ng; Widerklage in Reichs-Civilprozess. S. 41. etc.

我國ノ學者ハ、殆ンド一致シテ、本訴ノ取下ニヨリ反訴ニ影響ナシト主張スル。

第六、反訴ニ對スル反訴

現行法ニハ反訴ニ對スル反訴ヲ許サヾル規定存スルモ(現二〇〇條三項)、改正法ニハ此規定ヲ缺ク。獨、墺ノ民訴法ニモカヽル規定ヲ缺キ、反訴ニ對スル反訴ヲ許スベキヤ否ヤニ異論ヲ存スル。【註一】元來、我現行法ノ如ク、本訴ト無關係ナル請求ヲ反訴トシテ許ス立法ニ於テハ、無制限ニ陷ラザルガ爲メ、反訴ニ對スル反訴ヲ禁ズル必要アルモ、改正法ノ如ク、其間ノ

牽連關係ヲ要件ト爲スナラバ、反訴ニ對スル反訴ヲ許スモ、自ラ限界ガ存スル。故ニ牽連關係ヲ要件トスル我改正法竝ニ獨民訴法ノ下ニ於テハ反對ノ規定ナキヲ以テ、反訴ニ對スル反訴ヲ適法ト認ムルヲ至當トスル。

【註一】 Wach,Heinsheimer, Stein-Jonas 等ハ此問題ニ觸レテ居ラヌ。Hellwig:-System, Bd. I. S. 318; Weismann:-Lehrbuch, I. § 107. S. 480. ハ之レヲ肯定スル。墺民訴ニ關スル Neumann:-Kommentar, Bd. I. S. 264 亦然リ。

III. 中間確認ノ訴

改正法ハ第二三四條ニ中間確認ノ訴ヲ規定スル。中間確認ノ訴ノ趣旨竝ニ內容ハ、改正法ニ於テ渝ル所ナキモ、同條ハ、「請求ヲ擴張シテ云々」ト、唯、原告ノ提起スベキ方法ヲ定ムルニ止メ、被告ノ提起方法ニ就テハ規定ヲ省略シテ居ル。蓋シ被告ハ反訴提起ノ方法ニ依ルモノナルヲ以テ、現行法ノ如ク、重ネテ本條ニ規定スル必要ナシト做シタルニ因ル(現二一一項)。墺民訴法ノ規定ノ方式ハ、稍之レニ似テ居ル。【註一】

【註一】 墺民訴法第二三六條ハ、原告ノ爲ス中間確認ノ申立ヲ規定シ、別ニ司法管轄法第九六條ニ於テ、反訴ニ依リ先決的權利若クハ法律關係ノ確定ヲ求メ得ルコトヲ規定スル。尙墺民訴法第二五九條二項ニハ、被告モ亦、第二三六條ノ規定スル確認ノ申立ヲ爲シ得ルコトヲ規定スルガ故ニ、結局、墺法ニ依レバ、被告ニハ、反訴ニ依ル中間確認ノ訴ト中間確認ノ申立トノ二途存スル。

中間確認ノ訴ハ、被告之レヲ提起スルトキハ反訴ノ方法ニ依ルモノナルヲ以テ、其提起ハ書面ヲ以テ爲スベク、且ツ其書面ヲ裁判所ニ提出シタルトキニ提起アリタルコトヽナル。是レ反訴ノ說明ニ因リ明カデアル。又、原告ガ之レヲ提起スルニハ本

訴請求ノ擴張ニ依リ、而シテ其請求ノ擴張ハ書面ヲ以テ爲スコトヲ要スル(二三四條)。改正法ニハ、現行法第二一二條ノ如キ規定存セザル故ニ、此場合ニモ其提起ノ時期ハ書面ヲ裁判所ニ提出シタル時デアル(二二三條)。