

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

III.

教 授

中 村 宗 雄

PROF. M. NAKAMURA

1930

目 次

| | | |
|------------|---|-----|
| 第五章 | 訴 | 132 |
| 第一節 | 總 說 | 132 |
| | I. 訴ノ種類...II. 訴提起ノ時期並ニ方式 | |
| 第二節 | 訴狀ノ記載事項並ニ訴狀ノ却下 | 139 |
| | I. 總說...II. 訴狀ノ必要ノ記載事項...III. 起訴要件ノ欠缺ト其補正並ニ訴狀ノ却下 | |
| 第三節 | 訴訟繫屬 | 147 |
| | I. 訴訟繫屬ノ意義並ニ其發生時期...II. 再訴ノ不適法...III. 管轄ノ確定 | |
| 第四節 | 訴訟要件、附妨訴抗辯ノ廢止 | 151 |
| | I. 總說...II. 訴訟要件ニ關スル新舊法ノ比較...III. 訴訟要件欠缺ノ效果...IV. 妨訴抗辯ノ廢止 | |
| 第五節 | 訴ノ變更 | 156 |
| | I. 訴ノ變更ノ意義...II. 訴變更ノ許否ニ關スル問題ト新法ノ規定...III. 新法ニ所謂「請求ノ基礎」...IV. 請求ノ趣旨又ハ原因ノ變更ト訴ノ變更...V. 訴ノ變更ニ關スル訴訟手續...VI. 新法ノ批評 | |
| 第六節 | 訴ノ取下 | 175 |
| | I. 訴ノ取下ニ關スル新法ノ特徴...II. 訴ノ取下ノ手續...III. 訴ノ準取下 | |
| 第六章 | 口頭辯論ノ準備 | 180 |
| 第一節 | 準備書面 | 180 |
| | I. 口頭辯論ト準備書面...II. 準備書面ノ記載事項...III. 添附ノ文書...IV. 準備書面ニ依ル準備ノ欠缺 | |

| | |
|---|-----|
| 第二節 準備手續 | 187 |
| I. 總説.....II. 準備手續ノ範圍並ニ此手續ニ於テ明確ニスベキ事項.....III. 準備手續ノ施行.....IV. 準備手續ニ於ケル當事者ノ懈怠.....V. 準備手續ト口頭辯論トノ關係.....VI. 批評 | |
| 第七章 口頭辯論 | 217 |
| 第一節 手續規定 | 217 |
| I. 總説.....II. 裁判長ノ職權.....III. 裁判所ノ職權 | |
| 第二節 實體規定 | 222 |
| I. 口頭辯論ト訴訟資料.....II. 責問權拋棄ノ擬制.....III. 口頭辯論主義ノ緩和 | |
| 第三節 當事者一方ノ缺席ト辯論ノ進行、附闕席手續ノ廢止 | 232 |
| I. 總説.....II. 書面審理ニ依ル辯論ノ擬制.....III. 當事者一方ノ出頭ニ因ル辯論ノ進行.....IV. 當事者一方ノ期日懈怠ノ場合ニ於ケル處置ニ就テノ立法例.....V. 新法ノ批評 | |

第五章 訴

第一節 總 說

I. 訴ノ種類

訴ノ種類ニ就テハ、改正法ハ之レヲ訴訟理論ニ委ネ、自ラ規定ヲ設ケテ居ラス。即チ訴ヲ給付ノ訴、確認ノ訴、創設ノ訴ノ三定型ニ類別スルコトハ、將來ハ知ラズ現今ノ訴訟理論トスル所ニシテ、改正法亦勿論之レニ遵フ。唯、改正法ニハ、舊法ノ下ニ問題ナリシ將來ノ給付ノ訴並ニ證書ノ眞否確認ノ訴ヲ認ムル規定ガ特設セラレテアル(新^{二二五}、_{二三六}條)。

將來ノ給付ノ訴トハ、未ダ履行期ノ到來セザル給付ヲ求ムル訴ヲ云フ。訴トハ、私權侵害ヲ前提トスル權利保護請求ニ外ナラザルヲ以テ、權利保護ノ必要ノ現存スルコト、即チカノ權利保護要件ノ一ニ屬スル。然ルニ履行期ノ到來ニ先立テル給付ノ訴ニハ、必ズシモ權利保護ノ必要ノ俱存スルモノト斷ジ得ザルガ故ニ、是レガ規定ヲ缺ケル舊法ノ下ニ於テハ、將來ノ給付ノ訴ヲ認ムベキヤ否ヤニ異論ノ餘地ガアツタ。〔註一〕

〔註一〕 拙著、舊版民法要論、第二卷、二四頁參照。

元來、將來ノ給付ノ訴ハ、債權者保護ノ立場ヨリ觀ルナラバ、宏ク之レヲ認ムル必要アルモ、〔註一〕 反面、債務者ノ立場ヲ考慮スルナラバ、現在ノ給付ノ訴ノ如ク無條件ナラシムル能ハザ

ルモノガアル。去レバ新法ハ、獨民訴法ニ倣ヒ、〔註二〕將來ノ給付ノ訴ヲ例外的ニ認メ、豫メ其請求ヲ爲ス必要アル場合ニ限り提起シ得ル旨ヲ定ムル^(新二二)_(六條)。即チ我新法ハ、將來ノ給付ノ訴ヲ明文ヲ以テ認ムルト共ニ、債權者ニ於テ豫メ其請求ヲ爲ス必要アルコトヲ以テ、特別ナル權利保護ノ要件ト爲シタノデアアル。故ニ此要件ヲ缺キテ提起セラレタル將來ノ給付ノ訴ハ、夫レノミヲ以テ請求ノ棄却(一時)ヲ免レヌ。〔註三〕但シ當該訴訟ノ口頭辯論終結前ニ履行期ノ到來シタルトキハ、現在ノ給付ノ訴ニ變ズルガ故ニ此限リデハナイ。

〔註一〕 將來ノ給付ノ訴ヲ認ムル實益ハ、債權者ヲシテ履行期ノ到來ニ先立チ債務名義ヲ得セシムルニアル。特ニ扶養料等、繼續ノ給付ニ付テハ、將來ノ給付ノ訴ヲ認ムルニ依リ、初メテ債權者ノ利益ガ保護セラレル。但シ其判決ニ依ル強制執行ハ、履行期到來後ニ於テノミ爲シ得ルコト素ヨリ當然デアアル(訴五一八條二項、五二九條一項)。

將來ノ給付ノ訴ヲ明文ヲ以テ認メタルハ、一八九八年ノ修正獨民訴法ト我新民訴法トデアアル。獨民訴法ハ、養料ニ關スル請求ノ外、凡ベテ將來ノ給付ノ訴ヲ許サヌ(同法四〇六條)。Vgl. Neumann:—Kommentar, Bd. II. S. 1260 ff.

〔註二〕 獨民訴二五七—一九條。

〔註三〕 此場合ノ請求棄却(一時 *zur Zeit*)ハ、訴訟ノ目的タル請求權ノ不存在ヲ確定スルモノニ非ザルガ故ニ、爾後ニ於テ、履行期ガ到來スルカ、又ハ事情ノ變更ニ因リ改メテ要件ヲ具備スルニ至レバ、再ビ同一ノ訴ヲ提起テ妨ゲザルモノデアアル。

新法ニ云フ「豫メ其請求ヲ爲ス必要アル場合」トハ、一應ハ、債權者ノ主觀ノ必要ヲモ包含スルモノノ如ク解セラレル。併シ

ナガラ權利保護ノ要件ハ、元來、客觀的ニ決定スベキ事項ナルヲ以テ、此場合ニモ客觀的必要、換言スレバ、權利保護ノ必要アル場合ヲ指スモノト解サナケレバナラヌ。而シテ如何ナル場合ニ於テ將來ノ給付ノ訴ニ依ル權利保護ノ必要アリヤハ、結局ニ於テ裁判所ノ認定ニ屬スルモ、恐ラク獨民訴法二五九條ノ示スガ如キ、履行期ニ於テ債務者ノ履行ヲ期待シ得ザル事情ノ存スルトキ等ガ其重ナル場合ト考ヘル。

要之、新法ハ、將來ノ給付ノ訴ニ特別ナル要件ヲ客觀的ニ規定シタノデアアルガ、條文ニ云フ「豫メ其請求ヲ爲ス必要アル場合」トハ、上陳ノ如ク主觀的要件ト解セラル、餘地アリテ、用語トシテ妥當ナラザル感ガアル。加之、「請求ヲ爲ス必要」ナクシテ訴ヲ提起スルガ如キハ、常則トシテ豫期シ得ザル所ナレバ、規定ノ體裁トシテモ、亦極メテ拙劣ト云ハナケレバナラヌ。尙、一層用語ヲ推敲スル必要ガアリシモノト考ヘル。尤モ、獨民訴法ノ如ク、求ムル給付ノ種類ニ應ジ、各個ノ場合ニ付キ具體的ニ規定ヲ設クルモ亦一策デアル。〔註一〕

〔註一〕 獨民訴法

第二五七條 反對給付ヲ要セザル金錢債權ノ主張又ハ地所、住宅若クハ其他ノ場所ノ明渡ノ請求ノ主張ガ曆日ノ到來ニ係ルトキハ、將來ノ支拂又ハ明渡ヲ求ムル訴ヲ提起スルコトヲ得。

第二五八條 定期ノ給付ノ場合ニ於テ、判決後初メテ支拂ハルベキ給付ニ付キ、將來ノ支拂ヲ求ムル訴ヲ提起スルコトヲ得。

第二五九條 第二五七條、第二五八條ノ場合ノ外、債務者ガ正當ノ時期ニ於

テ給付ヲ爲サザル虞アル情況ヲ證明スルトキニモ亦、將來ノ給付ヲ求ムル
訴ヲ提起スルコトヲ得。

次ニ新法ハ、獨、墺ノ民訴法ニ倣ヒ、確認ノ訴ノ範圍ヲ擴張
シテ、法律關係ヲ證スル書面ノ眞否ヲ確定スル爲メニモ亦、其
提起ヲ許シタ(新二ニ
五條)。元來、民事訴訟ハ權利保護ノ制度ナレ
バ、確認ノ訴ニ在リテハ、其訴訟ノ目的ハ常ニ具體的ナル權利
若クハ法律關係ナルベク、抽象的法律問題若クハ又、法律關係
ヲ構成スル個々ノ法律事實ノ如キヲ以テ其訴訟ノ目的ト爲シ得
ザルモノデアアル。〔註一〕 而シテ是レガ唯一ノ例外ヲ爲スモノ、
爰ニ謂フ證書ノ眞否確認ノ訴デアアル。即チ書面ノ眞否ハ、素ヨ
リノ法律事實ニ過ギザルモ、夫レガ法律關係ヲ證スル書面(證
書)ナルトキハ、訴訟ニ依ル權利保護ニ價スルモノトシテ、中
世伊多利法ハ、證書自體ヲ訴訟ノ目的ト爲ス確認ノ訴ヲ許シ、爾
來、現今ノ獨、墺、匈ノ民訴法ニ及ムダノデアアル。〔註二〕 而シ
テ我舊法ハ、カ、ル沿革ニ捉ハル、コトナク、其規定ヲ設ケザ
リシガ故ニ、舊法ノ下ニ於テ此訴ヲ認メ得ザリシハ勿論ナルモ、
新法ハ、新タニ規定ヲ挿入シテ之レヲ許シタノデアアル。

〔註一〕 拙著、改正民事訴訟法要論、一九三頁參照。

〔註二〕 獨民訴二五六條、墺民訴二二八條、匈民訴一三〇條。

證書ノ眞否確認ノ訴ニ於ケル訴訟ノ目的ハ、法律關係ヲ證ス
ル書面(證書)自體デアアル。ソノ然ラザル書面、例之、名家署名
ノ書額、書簡集等ノ眞贋ニ關スル爭ヲ此訴ニ依リテ解決スベキ
ニ非ザルコトハ、此訴ノ認メラレシ根據並ニ條文ノ示ス所ニ徵

シテ明白デアル。更ニ證書ノ眞否確定ヲ求ムル場合ト雖モ、確認ノ訴ニ關スル訴訟理論トシテ、即時確定ノ利益ノ存スルコト、即チ證書ノ眞否ニ付キ當事者間ニ争ヒアリテ、之レヲ速カニ確定スル法律上ノ利益ノ存スルコトヲ必要トスル。〔註一〕

〔註一〕 拙著、改正民訴法要論、一九二頁參照。

此クノ如ク新法ハ、新タニ規定ヲ設ケテ證書ノ眞否確認ノ訴ヲ認メタノデアルガ、其實益ノ有無ニ付テハ疑ナキ能ハヌ。即チ證書ノ眞否ニ關スル争ヒハ、主トシテ具體的事件ニ關連シテ生ズルモノニシテ、既ニ繫屬セル訴訟事件ニ在リテハ、證據調手續トシテ、筆跡又ハ印影ノ對照ニ依ル眞否確定ノ手續アリ(新三二
七條)、特ニ其争ヒノミヲ獨立ノ訴ニテ解決スルノ必要稀レデアル。〔註一〕 獨、奧ノ民訴法ガ、此訴ヲ許シタルハ、實際上ノ必要ニ基クニ非ズシテ、寧ロ中世伊多利法以來ノ沿革ヲ踏襲セルニ過ギザルモノト考ヘル。〔註二〕 我新法ノ起草者ハ這般ノ事情ヲ洞察シタノデアラウカ。尤モ有ハ無ニ優ルトノ見解ニテ此規定ヲ新設シタリト云フナラバ特ニ批難スルニモ該ラス。

〔註一〕 Vgl. Rosenberg:—Lehrb. S. 232.

〔註二〕 Vgl. Weismann:—Die Feststellungsklage, S. 109.

II. 訴提起ノ時期並ニ方式

訴ノ提起ニハ、訴狀ニ依ル場合ト、口頭若クハ訴狀ニ非ザル書面ニ依ル場合トガアル。新法ハ、舊法ト同ジク訴狀ノ提出ヲ

以テ訴提起ノ通常方式ト爲シ、訴狀ヲ裁判所ニ提出シタルトキニ訴ノ提起アリタルモノト定ム(新二二三條
舊一九〇條)。

訴狀ノ提出アリタルトキハ、裁判長ハ、其必要の記載事項並ニ所定印紙貼用ノ有無ヲ審査シ、欠缺ナキトキハ之レヲ受理スベク、反之、欠缺アルトキハ、相當ノ期間ヲ定メ其期間内ニ欠缺ヲ補正スベキコトヲ命ズル(新二二八條)。訴狀ヲ受理シタルトキハ、其副本ヲ被告ニ送達スルト共ニ(新二二九條一項)、裁判長ハ、受命判事ヲ指定シテ準備手續ヲ爲サシムル(新二四九條
一三〇條)。但シ裁判所ガ準備手續ヲ必要ナシト認ムルトキハ、裁判長ハ、直チニ口頭辯論期日ヲ定メ、當事者ヲ呼出スコトヲ要スル(新二三〇條)。尙、區裁判所ノ訴訟手續ニハ、準備手續ニ關スル規定ノ適用ナキヲ以テ(新三五八條)、訴狀ヲ受理シタルトキハ、直チニ當該判事ニ於テ口頭辯論期日ヲ定ムル。

區裁判所手續並ニ繫屬セル訴訟ノ進行中ニ於ケル新訴ニ就テ、新法モ亦、訴狀ニ依ラザル訴ノ提起ヲ認ムル。即チ次ノ如シ。

第一、區裁判所手續ニ於テハ、口頭ヲ以テ訴ヲ提起シ得ル(新三五三條)。此場合ニハ、裁判所書記ノ面前ニ於テ訴提起ノ旨ヲ陳述シ、書記其陳述ヲ調書ニ作成スル(新一五條)。而シテ此調書ハ訴狀ニ代ハルモノナレバ、訴狀ノ必要の記載事項ヲ具備スベク、其謄本ヲ被告ニ送達スル。

第二、事件ガ區裁判所ノ管轄ニ屬スルトキハ、豫メ期日ノ指定

ヲ受ケザルモ、當事者雙方ガ任意ニ出頭シ、口頭ニテ訴ヲ提シ、直チニ口頭辯論ヲ爲スコトヲ得ル<sup>(新三五
四條)</sup>。此場合ニモ、書記ガ其陳述ヲ調書ニ作成スル<sup>(新一五
一條)</sup>。

**第三、區裁判所ニ於ケル起訴前ノ和解手續ニ於テ、和解ガ成立セザルトキハ、裁判所ハ、當事者雙方ノ申立ニ依リ直チニ訴訟ノ辯論ヲ命ズル。此場合ニハ、和解ノ申立アリタルトキニ訴ヲ提起シタルモノト看做サレル<sup>(新三五
六條)</sup>。**

**第四、督促手續ニ依リ、區裁判所ノ發シタル支拂命令ニ對シ、債務者ガ適法ナル異議ノ申立ヲ爲シタルトキハ、支拂命令ノ申立ノ時ニ遡リ、異議アル請求ニ付キ訴ノ提起アリタルモノト看做サレル<sup>(新四四
二條)</sup>。**

第五、訴ノ變更

訴ノ變更ハ、其變更セラレタル請求ニ關シテハ新訴ノ提起デアル。新法ニ依レバ、請求ノ基礎ニ變更ナク、且ツ之レニ因リ著シク訴訟手續ヲ遲滯セシメザル限リ、原告ハ、口頭辯論ノ終結ニ至ル迄、訴ノ變更ヲ爲シ得ル<sup>(新二三二
條二項)</sup>。而シテ請求ノ(趣旨ノ)變更ハ、書面ニ依リテ之レヲ爲スコトヲ要スル<sup>(同條
二項)</sup>。詳細ハ本章第五節ニ於テ述ブル。

訴訟法ハ、請求ノ變更ト云フモ、ソノ擴張ヲモ包含スルハ勿論ニシテ、原告ノ爲ス中間確認ノ訴ハ、其請求ノ擴張ニ依ル<sup>(新二三
四條)</sup>。

第五、反訴

被告ハ、口頭辯論ノ終結ニ至ル迄、本訴裁判所ニ反訴ヲ提起シ得ベク(新二三九條)、而シテ反訴ニ付テハ、本訴ニ關スル規定ニ遵フガ故ニ(新二四〇條)、反訴ノ提起ハ、反訴狀ヲ裁判所ニ提出シテ之レヲ爲ス。被告ノ爲ス中間確認ノ訴ハ、反訴ノ方式ニ據ル。〔註一〕

〔註一〕 本稿一三〇頁參照。

第六、獨立參加

第七一條ノ規定ニ遵ヒ、既ニ繫屬セル訴訟ニ第三者ガ當事者トシテ參加シタルトキハ、其參加ニ依リ、第三者ハ、本訴當事者雙方ヲ共同被告トスル新訴ヲ提起シタルコト、ナル。

〔註一〕 即チ此場合ニハ、其參加ノ申出ガ訴ノ提起トナルノデアアル。

〔註一〕 第七一條ニ依ル獨立參加ノ性質ニ關シテハ、充分、異論ヲ生ズル餘地アルモ、要之、舊法ニ於ケル主參加ノ訴(舊五一條)ト同ジク、本訴當事者雙方ヲ共同被告トスル新タル訴ト看ルヲ至當ト信ズル。本稿八八頁以下參照。

第二節 訴狀ノ記載事項並ニ訴狀ノ却下

I. 總 說

訴狀ノ記載事項ハ、新法モ亦、必要ノ記載事項ト任意ノ記載

事項トニ分ツ(新二二四條
舊一九〇條)。必要の記載事項ハ、訴狀ノ内容トシテ
テ缺キ得ザル所ニシテ、其記載不完全ナルカ、又ハ全ク其記載
ヲ缺キ、裁判長ノ定ムル期間内ニ補正ヲ爲サザルトキハ、後述ス
ルガ如ク裁判長ノ命令ニ依リ當該訴狀ヲ却下セラレル(新二二
八條)。

更ニ訴狀ノ記載事項ハ、之レヲ最少限度ノ必要の記載事項ニ
限定スベキ理由存セザルガ故ニ、新舊法共ニ、準備書面ニ關ス
ル規定ヲ訴狀ニ準用スル(新二二四條三項
舊一九〇條三項)。故ニ原告ハ、訴狀ニ
於テ明確ニスル必要アリト認ムル程度ニ於テ、準備書面ノ記載
事項(新二四
四條)ヲモ訴狀ニ記載シ得ル。所謂、任意的記載事項ト稱
スルモノ是レニシテ、訴狀ノ要件ニ非ザルガ故ニ、其記載ヲ缺
クモ訴提起ノ效力ヲ妨ゲヌ。唯其記載セザリシ事實ハ、口頭辯
論期日ニ被告出頭セザルトキハ、其期日ニ於テ主張シ得ザル間
接的不利益ガ伴フ(新二四
七條)。

II. 訴狀ノ必要の記載事項

訴狀ノ必要の記載事項ハ、當事者、法定代理人並ニ請求ノ趣
旨及ビ原因ニシテ(新二二四
條一項)、舊法ニ比シ、法定代理人ヲ附加シ、
裁判所ノ表示ヲ任意的記載事項ニ讓ツタ。訴訟無能力者ハ法定
代理人ニ依リテノミ訴訟行爲ヲ爲シ得ルモノナレバ(新四
九條)、法定
代理人ヲ必要の記載事項ト爲セルハ至當ノコトニシテ、又、裁
判所ノ表示ヲ必要の記載事項ヨリ削除セシコトニモ賛成デア
ル。蓋シ我國現在ノ裁判所構成ノ下ニ於テハ、訴狀ノ要件トシ
テ受訴裁判所ノ表示ヲ強制スル必要ナケレバナリ。〔註一〕

〔註一〕我舊民訴法ノ外、獨、塊、匁ノ民訴法モ亦、裁判所ノ表示ヲ以テ訴狀ノ必要ノ記載事項トスル(舊九〇條、獨二二六條、匁一二九條)。勿論、訴狀ニ、提出スベキ裁判所ヲ表示スルコトハ、一般形式トシテ缺クベカラザル所ナルモ、訴狀ハ、當事者が訴ヲ提起セムトスル裁判所ニ提出スルモノナレバ、偶々、訴狀ニ裁判所ノ表示ヲ缺クモ、受訴裁判所ノ不明ヲ來ス餘地ナシ。然ラバ舊法ノ如ク、裁判所ノ表示ヲ必要ノ記載事項ニ加ヘテ訴狀ノ要件ト爲スガ如キハ、無意味ト云ハナケレバナラヌ。併シナガラ獨、塊ニ在リテハ、我國ト異ナリ、一裁判所内ニ商事部ノ如キ特別ナル構成ノ部ヲ設ケラル、コトアルヲ以テ、必ズシモ訴狀ニ裁判所ノ表示ヲ缺クコトヲ得ヌ。獨裁構法一〇二條、塊民訴法二二六條二項參照。

以下、各必要ノ記載事項ヲ分説スル。

第一、當事者ノ表示

訴狀ニ當事者、即チ原告並ニ被告ノ表示ヲ必要トスルコト論ヲ俟タザル所ニシテ、新舊民訴法共ニ、此表示ヲ以テ必要ノ記載事項トスル。而シテ必要ノ記載事項トシテハ、本人ヲ特定シ得ル程度ニ於テ、其氏名、名稱又ハ商號ヲ記載スレバ足り、其表示ハ必ズシモ戶籍簿又ハ登記簿ニ遵フ要ナシ。其他、職業、住所ノ如キハ、任意ノ記載事項ニ屬スル(新二四四條一號)。

第二、法定代理人ノ表示

此表示ハ、新民訴法ニ於テ新タニ必要ノ記載事項ニ加ヘタルモノニシテ、當事者ガ無能力者ナルトキハ、訴狀ニ法定代理人ノ表示ヲ必要トスル。但シ此等ノ者ガ自ラ訴訟ヲ遂行シ得ル場合ハ此限リデナイ。〔註一〕例之、一種若クハ數種ノ營業ヲ許可セラレタル未成年者ノ場合ノ如シ。尙又、新法五八

條ノ規定ノ結果トシテ、當事者ガ法人ナルカ、又ハ法人格ナキ社團又ハ財團^(新四六條)ナルトキハ、其代表者又ハ管理人ヲ記載シナケレバナラス。

〔註一〕 民法六、七五六條、商法六條、人訴法三條一項等。

第三、請求ノ趣旨及ビ原因

此表示ハ、舊法一九〇條第二、第三、即チ「起シタル請求ノ一定ノ目的物及ビ其請求ノ一定ノ原因」並ニ「一定ノ申立」ニ該ル。舊法ハ、尙、獨逸普通法時代ノ私法の訴權說ニ捉ハレ、〔註一〕私法上ノ請求權ト訴訟法上ノ請求權トヲ混同シ、凡ベテ給付ノ訴ヲ標準トシテ本項ヲ規定セシコト、母法タル獨民訴法ニ徴シテ明白ナルノミナラズ、〔註二〕如何ニモ翻譯的口調ニシテ、且ツ又煩鎖デアアル。新法ノ起草者ハ、用語ヲ改メテ面目ヲ一新セムト試ミタノデアアル。

〔註一〕 拙著、改正民訴法要論、一五八頁以下參照

〔註二〕 山田博士、舊版民事訴訟法、第二卷、三七二頁、拙著、舊版民事訴訟法要論、第二卷一二四頁以下參照。

訴狀ノ要件トシテ本項ノ指示スル所ヲ明確ニ理解セムトスルナラバ、先ツ訴訟法上ニ云フ請求 Anspruch im prozessualen Sinne ノ意義ヲ明カニシナケレバナラス。元來、請求 Anspruch ナル用語ハ、其沿革ヲ釋ヌレバ私法上ノ用語ナルモ、訴訟法上ニ在リテハ、實體法上ノ夫レトハ全ク異ナレル意義ガ與ヘラレル。蓋シ現在通說ノ示ス如ク訴權ヲ以テ公法上ノ

權利ト做ス以上、〔註一〕 訴訟法上ノ請求ト私法上ノ請求トハ、其間本質的差別ヲ認メザル可カラザルハ勿論、更ニ訴訟ニ於ケル原告ノ請求ガ、實體法上ノ請求權ノ實現ヲ其内容ト爲ス場合ハ、單リ給付ノ訴ニノミ限ラレ、其他、確認ノ訴並ニ創設ノ訴ニ在リテハ、何等實體法上ノ請求權ト交渉スル所ナキガ故ニ、實體法の意義ノ下ニ、凡ベテ訴訟法上ノ請求ヲ律セムトスルガ如キハ不可能ノコトニ屬スル。去レバ訴訟法上ノ請求ハ、訴訟法的ニ解釋スベク、此意義ニ於テ訴訟法上ノ所謂「請求」トハ、當該事件ニ關スル具體的權利保護要求、換言スレバ、一定ノ給付ヲ要求シ、特定ノ權利若クハ法律關係ノ存否ノ確定ヲ要求シ、又、特定ノ權利若クハ法律關係ニ付キ、判決ニ依ル法律上ノ結果ノ形成ヲ要求スルコトニ外ナラス。〔註二〕

〔註一〕 拙著、改正民訴法要論、一五九頁以下參照。

〔註二〕 同上、二六三頁以下參照。

新法ノ起草者ハ、以上述ブル意義ニ於テ「請求」ナル用語ヲ使用セシコト勿論デアル。以下此意義ニ遵ヒテ「請求ノ趣旨及ビ原因」ヲ分説スル。

A. 請求ノ原因

請求ノ原因ヲ訴狀ノ必要的記載事項ト爲スハ、新舊法共ニ同ジ。請求ノ原因トシテ、訴狀ニ如何ナル記載ヲ爲スベキカハ、獨逸普通法以來、旺ニ論争セラレシ所ニシテ、之レニ關スル學說トシテ、原告ノ請求ヲ支持スルニ必要ナル一切ノ

事實ヲ記載スベシト爲ス事實記載説 Substanzierungstheorie
 ト、他ノ法律關係ト區別シ得ル程度ニ於テ、請求原因タル法律關係ノ特徴 Merkmale ヲ記載スベシ(若シ特徴ヲ表示シ得ルナラバ、事實ノ記載ハ、必ずシモ必要ナラズ)ト爲ス特徴表示説(法律要件説) Individualisierungstheorie トガ對立スル。此論争ハ、訴ノ變更ヲ原則トシテ禁止スル舊法ノ下ニ於テハ重要ナル價值アリシモ(舊一九五條、二項第三)、宏ク之レヲ許ス新法ノ下ニ在リテハ(新二三、二條)、問題ハ、唯、訴狀ノ要件トシテ如何ナル程度ノ記載ヲ最小限度ト爲スカニ止マリ、實際的價值ニ乏シクナツタ。

要之、訴狀ニハ、請求原因トシテ訴ノ基礎タル事實關係ヲバ、原告ノ請求ヲ特定シ、之レヲ他ト區別シ得ル程度(同一認識標準)ニ於テ、記載スルヲ必要トシ、又、夫レニテ充分デアル。〔註一〕 若シ夫レ更ニ巨細ニ互ル事實關係、法律關係ノ主張ハ、辯論ノ内容ニ屬シ、訴狀ノ内容トシテハ任意的記載事項ニ屬スル。

〔註一〕 拙著、改正民訴法要論、二六五頁以下參照。

B. 請求ノ趣旨

請求ノ趣旨トハ、舊法ニ云フ「一定ノ申立」ニ該ル。新法ニ於テ「一定ノ申立」ト稱セザリシハ、原告ノ請求ヲ基本トシテ訴狀ノ要件ヲ定メ、「請求ノ原因」ト相並ムデ「請求ノ趣旨」ト云ヘルニ外ナラヌ。請求ノ趣旨ニ依リ、原告ガ、如何ナル權利保護ヲ如何ナル範圍ニ於テ求ムルカヲ明確ナラシム

ルモノニシテ、請求ノ趣旨トシテハ、先ヅ請求ノ目的物〔註一〕ヲ表示シ、其目的物ニ付キ如何ナル訴訟法上ノ請求（給付、確認又ハ創設）ヲ爲スカヲ明示シナケレバナラヌ。例之、給付ノ訴ニ在リテハ、「金何千圓ノ支拂ヲ求ム」ト云ヒ、確認ノ訴ナレバ「原告所有ノ某々土地所有權ノ確認ヲ求ム」ト云ヒ、又、創設ノ訴ニ於テ「當事者間ノ離婚ヲ求ム」ト云フガ如シ。〔註二〕

〔註一〕「請求ノ目的物」トハ、給付ノ訴ニ在リテハ、給付セラルベキモノ、即チ支拂若クハ引渡ヲ求ムル金額、物件、若クハ又、債務者ノ給付ニ因リテ生ズル權利關係（例之、認知ニ因リテ生ズル法律上ノ親子關係）ニシテ、確認ノ訴ニ在リテハ、存否ノ確定ヲ求ムル權利若クハ法律關係デアリ、又、創設ノ訴ニ在リテハ、法律上ノ效果ノ形成セラルベキ權利若クハ法律關係（例之、離婚請求訴訟ニ於ケル婚姻關係）デアル。「訴訟ノ目的」ナル用語ハ、屢々、此意味ニ於テ使用セラレル。例之、新二二、二三條等ノ如シ。

〔註二〕新法ハ「請求ノ趣旨」ト云ヒテ、「一定ノ申立」ト云ハズ。而シテ請求ノ趣旨ハ、原告ノ權利保護要求ノ明示ニシテ判決ノ申立ニ非ザルガ故ニ、從來ノ如ク「……ノ判決ヲ求ム」ト云フガ如キ文式ハ、新法ノ下ニ在リテハ妥當テナイ。

尙、舊法ハ、別ニ「請求ノ目的物」ヲ以テ、獨立ナル必要の記載事項ト爲セルモ、前陳ノ如ク請求ノ目的物ハ、請求ノ趣旨中ニ必ズ表示セラルベキモノナレバ、結局ニ於テ重複ニ歸スル。〔註一〕此事實ハ、從來、訴狀ニ「請求ノ一定ノ目的物」並ニ「一定ノ申立」トシテ記載セシ所ヲ比較シテ明白デアル。新法ノ起草者ガ請求ノ目的物ヲ削除シタルハ、此意味ニ於テ爲シタルモノニシテ、〔註二〕至當デアル。

〔註一〕 Vgl. Rosenberg:—Lehrb. S. 241.; Stein—Jonas:—Kommentar, Bd. I. zu § 258, III. 2 (S. 62.).

〔註二〕 司法省藏版、民事訴訟法改正調査委員會速記録中、松岡委員説明（四五頁）參照。

III. 起訴要件ノ欠缺ト其補正竝ニ訴狀ノ却下

起訴行爲ハ一ノ訴訟行爲ナルヲ以テ、主體ニ其能力ノ具備ヲ必要トスルハ勿論ナルモ、尙、別ニ訴訟法ハ一定ノ形式要件ヲ定メ、之レヲ缺クトキハ、起訴行爲アルモ、訴訟法上、訴ノ提起ナカリシモノト看做サレル。余ノ起訴要件ト稱スルモノ是レデアアル。〔註一〕

〔註一〕 拙著、改正民訴訟法要論、二七一頁以下參照。

新法ノ下ニ起訴要件タルモノハ、

第一、必要的記載事項ノ具備

第二、訴狀ニ所定印紙ノ貼用

第三、被告ニ對スル訴狀ノ適法送達

ニシテ、若シ此等要件ニ欠缺アルトキハ、裁判長ハ、相當ノ期間ヲ定メテ其補正ヲ命ジ、此命アルニモ拘ラズ、原告ニ於テ其補正ヲ爲サズ、又ハ爲シ能ハザルトキハ、裁判長ノ命令ヲ以テ訴狀ヲ却下セラレル（新二二八、_{三二九}條）。此命令ニ對シテ、原告ハ即時抗告ヲ以テ争ヒ得ベク、抗告狀ニハ、却下セラレタル訴狀ノ添附ヲ必要トスル（新二二八條_{三、四}項）。

新法ノ規定スル訴狀ノ却下ハ、舊法ノ訴狀差戻（舊一九_二條）ト同一ニシテ、起訴要件ヲ具備セザルトキハ、結局ニ於テ訴ノ提起ナ

キニ歸スルガ故ニ、司法行政處分ヲ以テ、訴狀ヲ原告ニ返附スルノdeal。即チ訴狀ヲ却下セラレタルトキハ、當初ヨリ訴ノ提起ナカリシコト、ナル。唯、舊法ハ必要の記載事項ノ欠缺ニミ訴狀差戻ヲ規定シタルモ、新法ハ、其範圍ヲ擴張シテ、所定印紙ノ不貼用並ニ被告ニ對スル訴狀ノ不送達ノ場合ニ及ボシタ。蓋シ至當ノ擴張deal。

第三節 訴訟繫屬

I. 訴訟繫屬ノ意義竝ニ其發生時期

爰ニ訴訟繫屬トハ、舊法ニ云フ權利拘束(舊一九
五條)ト同意義deal。權利拘束トハ獨民訴法ノ Rechtshängigkeit ノ譯語ナルモ、甚シキ不熟ノ譯語ナルコト何人モ認ムル所ニシテ、新法ハ此用語ヲ廢止シタ。併シナガラ事件ガ裁判所ニ繫屬セル状態ニ一定ノ術語ヲ使用スルコト萬事ニ便宜ナルヲ以テ、關係條文タル新法二三一條ニ「裁判所ニ繫屬スル事件」云々トアルニ基キ、余ハ改メテ「訴訟繫屬」Streitanhängigkeit ナル用語ニ遵フ〔註一〕。新法ノ起草者モ亦、屢々、「訴訟ノ繫屬」ト云フ文字ヲ用キテ居ル。〔註二〕

〔註一〕 拙著、改正民訴法要論、二七八頁參照。訴訟繫屬ナル術語ハ、獨民訴法(二三二條)ノ Streitanhängigkeit ニ對當スル。

〔註二〕 司法省藏版、民訴法改正調査委員會速記録中、松岡義正博士説明(四六六頁)參照。

訴訟繫屬トハ、既ニ述ブルガ如ク、事件ガ裁判所ニ繫屬スルコト、換言スレバ、原告ガ訴ニ依リテ主張スル訴訟法上ノ請求ニ付キ、判決手續ガ現存スル状態ヲ云フ。而シテ新法ハ、舊法ト異ナリ訴訟繫屬ノ開始時期ニ付キ規定ヲ設ケザルモ、ソノ訴提起ニ創マルベキハ當然ノ事理デアル。^{〔註一〕} 但シ我民訴法ノ規定ニ依レバ、訴提起ノ時期ハ、訴狀提出ノ時ニアルモ、其訴狀ガ被告ニ送達セラレシコトヲ以テ要件ト爲スガ故ニ、訴訟繫屬ハ、被告ニ對スル訴狀ノ送達ヲ條件トシテ訴狀提出ノ時ニ創マルノデアル。

〔註一〕 舊法ハ、特ニ權利拘束ノ發生時期ヲ訴狀送達ノ時ト定ムル（舊一九五條）。即チ舊法ハ、訴提起ノ時ヲ新法ト同シク訴狀差出ノ時ト爲シナガラ（舊一九〇條）、權利拘束ノ發生時期ノミナ、訴狀ノ送達ヲ以テ訴ノ提起ト爲ス獨民訴法ニ倣ヘルモノニシテ（獨民訴二五三、二六三條）、甚シク事理ニ反シタル立法ニシテ、其間、解決シ難キ矛盾ヲ生ジタノデアラタ。

事件ノ訴訟繫屬ニ依リ、訴訟法上並ニ實體法上ノ效力ガ之レニ伴フ。^{〔註一〕} 訴訟法上ノ效力ハ、素ヨリ訴訟法規ノ範圍ニ屬スルモノニシテ、新法ガ特ニ訴訟繫屬ノ效力トシテ規定シタルモノハ、再訴ノ不適法^{（新二三條）}、並ニ管轄ノ確定^{（新九條）}デアル。其規定著シク舊法ト異ナレルガ故ニ、以下、之レヲ説明スル。然ルニ實體法上ノ效力、例之、時效ノ中斷、債務者附遲滯ノ效力等ハ、實體法ト関連アルモノニシテ、實體法ニモ亦其規定ヲ存スル^{（例之、一四九、一八九條二項）}。特ニ新法トシテハ、時效ノ中斷又ハ法律上ノ期間遵守ノ爲メ必要ナル裁判上ノ請求ハ、訴ヲ提起シタル

トキニ其效力ヲ生ジ、又、訴訟ノ進行中、請求ノ變更又ハ擴張ヲ爲シタルトキハ、ソノ新タナル請求ニ付テハ、當該書面ヲ裁判所ニ提出シタルトキニ其效力ヲ生ズル旨ヲ規定スルニ止マル(新二三條)。此規定ハ、實體法上ノ理論トモ合致スルモノニシテ、強テ云ヘバ、此規定ナクトモ敢ヘテ妨ゲナキモノナルモ、新法ハ此規定ニ依リ、舊法ノ下ニ存セシ疑義ヲ一掃シタノデアアル。

〔註一〕拙著、改正民訴法要論、二八〇頁以下參照。

II. 再訴ノ不適法

新法ハ、訴訟繫屬ノ效力トシテ、再訴ヲ不適法ナラシメタ。即チ「裁判所ニ繫屬スル事件ニ付テハ、當事者ハ更ニ訴ヲ提起スルコトヲ得ズ」(新二三條)ト規定スルガ故ニ、同一事件ニ付キ、同一當事者間ニ再ビ提起セラレタル訴ハ、不適法トシテ却下セラレル。舊法ハ、權利拘束ノ抗辯トシテ規定シ(舊一五九條二項第一)、訴訟ノ重複ヲ單ニ抗辯事由ト爲シタルニ止マルモ、新法ハ、更ニ之レヲ徹底セシメシモノニシテ、訴訟經濟ノ上ヨリ觀テ、新法ノ規定ヲ優レリトスル。〔註一〕

〔註一〕獨民訴法ハ、我舊法ト同シク訴訟ノ重複ヲ以テ單ニ抗辯事由ト爲スニ止マルモ(同二六三條二項一號)、獨民訴法ハ新法ト同シク再訴ヲ不適法トスル(獨二三條一項、獨一八〇條)。

新法ハ、再訴ヲ不適法ト做シタルガ故ニ、同一事件ニ付キ既ニ同一當事者間ニ訴訟ノ繫屬スルヤ否ヤハ、再訴ニ於ケル職權調査事項デアアル。故ニ舊法ニ於ケルト異ナリ、裁判所ハ、當事

者ノ申立ナシト雖モ、再訴ヲ不適法トシテ職權ヲ以テ却下シ得ルト同時ニ、再訴被告ハ、訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハズ、再訴不適法ノ抗辯ヲ提出シ得ル^(新_{一三}七_條)。若シ夫レ訴訟ノ重複ヲ看過シタルガ爲メ、兩訴ノ判決ガ確定シ、相互牴觸スルトキハ再審事由トナル^(新_{四二〇}條_一項_{一〇}號)。

III. 管轄ノ確定

新法ハ、起訴ノ時ヲ標準トシテ裁判所ノ管轄ヲ定ムベキコトヲ規定スル^(新_二九_條)。〔註一〕 故ニ訴提起ノ時、即チ訴狀ヲ裁判所ニ提出シタル時ニ於テ、受訴裁判所ガ、其事件ニ付キ事物並ニ土地管轄權ヲ有スルトキハ、訴訟ノ進行中管轄ヲ定ムベキ事情ニ變更ヲ生ズルモ、其管轄權ヲ失ハス。

〔註一〕 此規定ハ、判決ニハ口頭辯論終結ノ時迄ニ生シタル一切ノ事情ヲ斟酌スベキ原則ニ對シ例外ヲ爲スモノナレバ、不必要ニ擴張シテ解釋スルヲ許サヌ。去レバ上述ノ事例トハ反對ニ起訴ノ時ニ管轄權ナシト雖モ、爾後、口頭辯論ノ終結ニ至ル迄ニ、受訴裁判所ニ管轄權ヲ有セシムベキ事情ノ發生シタルトキハ、此規定アルニ拘ラズ、一般原則ニ遵ヒ、受訴裁判所ニ管轄權アルモノト看做サナケレバナラヌ。Vgl. Stein-Jonas:—Kommentar, Bd. I. zu § 263. IV.(S. 667).

管轄ヲ定ムルニ付キ標準ト爲スベキ時ヲ、訴狀提出ノ時ト爲スカ、又ハ訴狀送達ノ時ト爲スカハ立法問題ニ屬スルモ、新法ノ如ク凡ベテ之レヲ起訴ノ時ト爲スハ、其間ノ關係ヲ單簡ナラシムルニ便宜デアル。然ルニ舊法ハ、訴狀送達ノ時ヲ標準トシテ管轄ヲ確定セシメナガラ、獨リ訴訟物ノ價額ノミ、起訴ノ日時(訴

状差出ノ時)ニ於ケル價額ニ據ラシメタルガ爲メ、其解釋ニ困難ガアツタ(舊三條一項、一)(九五條二項二號)〔註一〕新法ノ規定ハ蓋シ至當デアル。

〔註一〕拙著、舊版民訴法要論、第二卷、一四六頁參照。

第四節 訴訟要件附妨訴抗辯ノ廢止

I. 總 說

提起セラレタル訴ニ付キ、受訴裁判所ガ本案ノ審理、判決ヲ爲スガ爲メニハ、裁判所ニ事件ガ適法ニ繫屬シナケレバナラヌ。此適法繫屬ノ要件ヲ、一般ニ「訴訟要件」Prozessvoraussetzungen 又ハ「訴訟成立要件」ト稱スルコト、今更述ブル迄モナイ。而シテ何ヲ以テ訴訟要件ト做スカハ、訴訟理論ノ構成ト成法ノ規定トニ依リテ決セラル、問題ニシテ、其一般の論述ハ、本稿ノ範圍外ニ屬スル。〔註一〕

〔註一〕訴訟要件ニ關スル詳細ニ付テハ、拙著、改正民訴法要論、二九〇頁以下參照。

唯、併シナガラ訴訟要件ト爲シタル事項ニ關シ、新舊法ニハ著シキ規定ノ相違アルノミナラズ、舊法ハ、訴訟要件ノ大部分ヲ妨訴抗辯トシテ規定シタルニ(舊二〇)(六條)、新法ハ斷然、此妨訴抗辯ナルモノヲ廢止シタルガ故ニ、訴訟要件欠缺ノ效果ニ關シテモ、亦、異同ナキ能ハヌ。以下、此等新舊法ノ下ニ相違セル點ノミヲ舉ゲテ説明スル。

II. 訴訟要件ニ關スル新舊法ノ比較

余ハ訴訟要件ヲ分チテ、訴訟ノ適法繫屬ニ必要ナル積極的の要件ヲ「狹義ノ訴訟要件」、其適法繫屬ニ存在スベカラザル消極的の要件ヲ「訴訟上ノ障礙」Prozesshindernisse ト稱スル。〔註一〕 特定ノ手續ニ關スル特別ナル訴訟要件ハ之レヲ別トシテ、〔註二〕 狹義ノ訴訟要件ハ、孰レモ訴訟理論ニ依リテ決セラル、モノナレバ、新舊法ニ於テ淪リナシ。其異同アルハ、余ノ所謂「訴訟上ノ障礙」デアル。

〔註一〕 拙著、改正民法訴訟法論、二九〇頁參照。

〔註二〕 同上、二九三頁參照。

先ヅ舊法ニ於テ訴訟上ノ障礙トセラレ、妨訴抗辯中ニ列擧セラレシモノニシテ、新法ニ削除セラレシハ、再訴ニ付キ前訴訟費用未済ノ抗辯並ニ延期ノ抗辯デアル（舊二〇六條二項第六、七、）。訴訟費用ハ、別ニ取立ノ方法存スルガ故ニ、新法ガ前者ヲ削除シタルハ至當ト云フベク、又、延期ノ抗辯ハ、舊民法債權擔保篇第二四條ニ對應シテ設ケラレシモノナレバ、舊法ノ下ニ於テモ適用ナカリシ規定デアル。〔註一〕 次ニ訴訟費用保證ノ欠缺ハ、新法ニ於テハ之レヲ擔保ト稱シ、多少其條件ヲ異ニスルモ、同ジク其擔保ノ欠缺ヲ以テ訴訟上ノ障礙トスル（新一〇七、一一四條、舊八七、九〇條、二〇六條二項第五）。權利拘束ノ抗辯ハ、新法ニ於テハ再訴ノ不適法トシテ存スルコト既述ノ如ク（新二三一條、舊一九五條二項第一、二〇六條二項第三）、而シテ新法ニ於テ新タニ創設セラレシ訴訟上ノ障礙ハ、本案ノ終局判決言渡

後ニ訴ノ取下ゲラレシ事實ニシテ、新法ニ依レバ、本案ニ付キ終局判決アリタル後ニ訴ヲ取下ゲタル者ハ、再ビ同一ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヌ^(新二三七)。
條二項

〔註一〕 拙著、舊版民訴法要論、第二卷、一六一頁參照。

III. 訴訟要件欠缺ノ效果

爰ニ訴訟要件ノ欠缺トハ、訴訟ノ適法繫屬ヲ妨グル状態ヲ云ヒ、狹義ノ訴訟要件ノ不具備ト訴訟上ノ障礙ノ存在トヲ包括スル。新法ニ依レバ訴訟要件ハ、孰レモ職權調査事項ニシテ、審理ノ結果、狹義ノ訴訟要件ノ不具備又ハ訴訟上ノ障礙ノ存在ガ判明セルトキハ、訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハズ、其訴ハ職權ヲ以テ却下セラレル。但シ之レニハ、規定ニ因リ次ノ如キ例外ガ設ケラレル。

第一、受訴裁判所ニ事物又ハ土地ノ管轄權ナキトキハ、決定ヲ以テ事件ヲ管轄裁判所ニ移送シ、其訴ヲ却下セヌ^(新三〇)。條舊法ハ事物ノ管轄違ノ場合ニノミ事件ノ移送ヲ認メタルモ^(舊九)。條新法ハ、土地ノ管轄違ノ場合ニモ事件ヲ移送シ得ルモノト爲シ、且ツ舊法ノ如ク訴却下ノ手續ヲ爲スコトナク、直チニ移送決定ヲ爲スベキモノト定メタ。此クノ如ク移送ノ範圍ヲ擴張シタルハ、訴訟經濟ノ上ヨリ看テ妥當ノ改正ナルモ、管轄違ニ非ザル場合ニモ事件ノ移送ヲ許ス規定^(新三一)ト相待チ、原告保護ニ失スル虞アルコト既述セシ所デアル。〔註一〕

〔註一〕 本稿、三八頁參照。

第二、訴訟費用擔保ノ欠缺ハ、裁判所ガ被告ノ申立ニ因リ、日本ニ住所、事務所又ハ營業所ヲ有セザル原告ニ訴訟費用ノ擔保ヲ供スベキコトヲ命ジタルトキ、初メテ訴訟上ノ障碍トナル。故ニ被告ノ申立ナキトキハ、訴訟上ノ障碍トハナラス。但シ被告ノ申立ニ依リ裁判所ガ擔保ノ提供ヲ命ジタルニモ拘ラズ、原告ガ所定ノ期間内ニ之レヲ供セザルトキハ、舊法ト異ナリ、被告ノ申立ナクシテ其訴ヲ却下シ得ベク、更ニ其自由ナル裁量ニ基キ、訴却下ノ判決ヲ爲サルコトモ亦可能デアル
(新一一四條、)
(舊九〇條二項)。^{〔註一〕}

〔註一〕 新法一一四條ニ「訴ヲ却下スルコトヲ得」ト云フ。或ハ其判決ヲ爲スニ當リ、口頭辯論ヲ經ザルコトヲ得ル趣旨ヲ以テ「得」ト規定シタルモノナルカ。併シナガラ文理上ニハ、其外、尙、本文ノ如ク全ク訴却下ノ判決ヲ爲サルコトヲ得ル旨ニモ解セラレル。尤モ被告ハ、原告ガ擔保ヲ供スル迄應訴ヲ拒ミ得ルガ故ニ(新一一〇九條)、孰レニモ被告ニ取りテハ重大ナル影響ハナイ。

IV. 妨訴抗辯ノ廢止

舊法ニハ妨訴抗辯 Prozesshindernde Einrede ノ規定ガアツタ
(舊二〇六條以下)。妨訴抗辯ナル制度ハ、獨民訴法ニ存シ(同二七四條以下)、我
舊法之レヲ模倣シタルモノニシテ、其抗辯事由ハ訴訟要件ノ欠缺、即チ狹義ノ訴訟要件ノ不具備又ハ訴訟上ノ障碍ノ存在デア
ル(舊二〇六條二項、獨)
(民訴二七四條二項)。^{〔註一〕} 即チ訴訟要件ハ、本案ノ審理並ニ判決ノ要件ナルヲ以テ、^{〔註二〕} 其欠缺ノ主張ニ本案ノ審理ヲ拒ム
ノ效力ヲ與ヘ、之レヲ妨訴抗辯ト稱シタノデアル。^{〔註三〕}

〔註一〕 妨訴抗辯ノ詳細ニ付テハ、拙著、舊版民訴法要論、第二卷、一五八頁以下參照。

〔註二〕 拙著、改正民訴法要論、二九六頁參照。

〔註三〕 訴ノ提起ニ因リ、訴訟ハ裁判所ニ繫屬スルモノナレバ、妨訴抗辯ナル名稱ハ該ラヌ。是レ蓋シ獨民訴法起草當時ニハ、訴訟要件ヲ以テ「全訴訟關係ノ發生ニ必要ナル條件」ト解シタルニ因ル。拙著、改正民訴法要論、二九六頁參照。

此妨訴抗辯ナル制度ハ、獨逸普通法以來ノ思想タル、訴訟ヲ段階的ニ展開セシメムトスル目的ニ出ズルモノニシテ、理論的ニハ穴勝ニ排斥シ得ザルモノナルモ、訴訟ヲ餘リニ形式的且ツ技術的ナラシメ、徒ラニ枝葉ニ互ル問題ノ爲メ本案ノ審理ヲ妨グルノ弊ガアル。此等事實ハ、從來ノ實例ニ徴シ明白ナル所ニシテ、此制度アルガ爲メ、屢々、當事者ハ、本案ノ争ヲ放擲シテ徒ラニ枝葉ノ争ニ没頭セザルヲ得ズ、又、此制度ヲ惡用シテ訴訟遷延ノ策ニ出ズル被告モ存シタノデアアル。

去レバ新法ノ起草者ハ、斷然、此沿革的ナル妨訴抗辯ナル制度ヲ廢止シ、〔註一〕此等抗辯事由ノ主張ニ舊法ノ如キ本案ノ辯論ヲ拒絶スルノ效力ヲ奪ヒ（但シ新^{一〇}九條ノ場合ヲ除ク）、唯、裁判所ガ必要アリト認ムル場合ニ限り、一般規定ニ遵ヒ、辯論ヲ當該抗辯事由ニ制限シ得ルニ止メタ（新^{一三}二條）。是レト同時ニ、妨訴抗辯ノ主張ハ、本案ノ辯論前、同時ニ之レヲ爲スベキ舊法ノ規定モ亦削除セラレタルガ故ニ（舊^{二〇}六條）、新法ノ下ニ在リテハ、訴訟要件欠缺ノ抗辯ハ、別段ノ規定アル場合ヲ除ク外、〔註二〕口頭辯論ノ終

結ニ至ル迄自由ニ之ヲ提出シ得ル^(新^{一三}七條)。

〔註一〕 一九二四年ノ獨民訴改正律令ハ、妨訴抗辯ニ依リ本案ノ辯論ヲ拒絕シ得ザルモノト爲シタルカ故ニ(同二七五條)、所謂妨訴ノ抗辯ナルモノハ實質上消滅シタ。併シナガラ其他ノ規定ハ殘存シ、此抗辯ヲ棄却スル中間判決ニ對シテハ、依然トシテ獨立ナル上訴ガ可能ナノデアル。

〔註二〕 別段ノ規定トシテハ、新^{一〇}八條、三^{八一}條等ガアル。尙、被告ガ第一審裁判所ニ於テ管轄違ノ抗辯ヲ提出セザルガ爲メ應訴管轄ノ發生シタル場合ニハ、抗辯事由犬レ自體ガ消滅スルノデアル(新^{二六}、^{二七}條)。

新法ガ、妨訴抗辯ナル制度ヲ廢止シタルハ、如何ナル方面ヨリ觀ルモ、賛成スルニ躊躇セヌ。

第五節 訴ノ變更

I. 訴ノ變更ノ意義

「訴ノ變更」 Klageänderung ナル術語ハ、獨、奧民訴法ニ存シ、〔註一〕 訴訟法學上、宏ク使用セラル、所ナルガ、其意義必ズシモ明確トハナツテ居ラヌ。我舊法ハ、此術語ヲ以テ不正確ナリト做シ、「訴ノ原因變更」ト改メ其規定ヲ設ケタルモ^(舊^{一九五}條以下)、尙、他方ニハ依然トシテ「訴ノ變更」ト稱シタル條文モアリテ^(舊^{四一}條)、其間、不統一ノ謗ヲ免レナカツタ。新法ニハ、舊法ト同ジク「訴ノ變更」ナル術語ヲ避ケ、之レニ代ルベキ規定ニ於テ、「請求又ハ請求ノ原因ノ變更」ト云フ辭句ヲ使用シテ居ル^(新^{二三二}條一項)。

〔註一〕 獨民訴二六四、二六八——二七〇條、五二七條。塊民訴二三五、二三九、四三九條。

「訴ノ變更」トハ、獨逸普通法以來、變遷ヲ重ネテ今日ニ至リシ沿革の觀念デアル。單ニ訴ノ變更ト云フ字義ヨリ觀察スルナラバ、宏ク各種ノ場合ヲ包括シ得ベキモ、訴訟法學ニ於テ云フ「訴ノ變更」トハ、要之、原告ノ意思ニ依リ、訴訟關係ノ同一性ヲ害セズシテ、訴訟ノ目的ヲ變更スルコトヲ云フ。〔註一〕而シテ訴訟ノ目的ハ、當該訴訟ニ於ケル原告ノ請求ノ趣旨及ビ原因ニ依リテ確定セラル、モノナレバ、〔註二〕畢竟スルニ訴ノ變更ハ、原告ガ請求ノ趣旨又ハ原因若クハ其兩者ヲ變更スルニ因リテ生ズル。〔註三〕

〔註一〕 此クノ如ク「訴ノ變更」ナル觀念ハ、沿革的ニ展開シ來リシモノナルヲ以テ、之レニ對シ學者ノ與フル意義必ズシモ一致シテ居ラヌ。或ハ之レヲ以テ訴ノ要素（訴狀ノ必要的記載事項）ノ變更ナリト云フ（例之、山田博士、改正民訴法、第二卷、四七六頁以下）。併シナガラ訴ノ要素ニハ裁判所ノ如キ、起訴後ニ在リテハ原告ノ意思ヲ以テ變更シ得ザルモノガアル。而シテ所謂訴變更ノ問題ハ、原告ノ意思ニ因ル變更ノ許否ガ其核心ヲ爲スモノナレバ、原告ノ意思ニ拘リナキ裁判所ノ變更迄、其觀念ニ包括セシムルハ無意義デアル。去レバ Stein ハ裁判所ヲ除キ、訴ノ變更ヲ以テ、當事者、訴ノ原因並ニ訴ノ申立ノ變更ナリト云フ。Stein-Jonas :—Kommentar, Bd. I. zu § 268. I. (S. 683). 併シナガラ吾人ノ見解ニ遵ヘバ、原告ノ意思ニ因ル當事者ノ變更ハ、新當事者間ニ新ナル訴訟關係ヲ發生セシムル。換言スレバ、之レニ因リ舊訴消滅シテ、別個ノ新訴ガ成立スルモノナレバ、訴ノ變更テハナイ。Vgl. Rosenberg:—Lehrb. S. 296.

結局ニ於テ訴ノ變更ハ、請求ノ趣旨及ビ原因ノ變更ニ因リテ生ズルモノニ

シテ、更ニ此等ノ變更ハ必然的ニ當該訴訟ノ目的ノ變動ヲ條件フ。而シテ訴訟ノ目的ハ、一ニ原告ノ決定ニ待ツモノナレバ、訴訟ノ目的ノ變更、即チ訴ノ變更ト看ルガ最モ其肯綮ヲ獲タルモノト信ズル。

〔註二〕 拙著、改正民訴法要論、一五頁並ニ二六四頁參照。

〔註三〕 Vgl. Rosenberg:—Lehrb. S. 294.

以上述ブルガ如ク、訴ノ變更ハ、實質的ニハ訴訟ノ目的ノ變更ニシテ、形式的ニハ請求ノ趣旨又ハ原因ノ變更デアル。而シテ新法二三二條ニハ「請求又ハ請求ノ原因ヲ變更スルコトヲ得」トアルモ、同條ニ云フ請求ノ變更トハ請求ノ趣旨ノ變更ト解スベキモノナルヲ以テ、〔註一〕新法ハ、意義不明瞭ヲ缺ク嫌アル「訴ノ變更」ナル用語ヲ避ケ、而カモ正確ニ其觀念ヲ表明シタノデアル。

〔註一〕 同條ニ於テ、單ニ請求ノ變更ト云ヒ、請求ノ趣旨ト規定セザリシニ付キ、新法ノ起草者ハ、之レニ因リ請求ノ趣旨内容ノ變更、換言スレバ請求夫レ自體ノ變更ヲ示サントシタノデアルトノ意味ノ説明ヲ加ヘテ居ル（司法省藏版、民訴法改正調査委員會速記録四七〇頁、松岡委員説明參照）。恐ラク新法ノ起草者ハ、請求夫レ自體ト請求ノ趣旨、原因トヲ區別セムトシタルモノナラムモ、特定訴訟ニ於ケル原告ノ請求ハ、其請求ノ趣旨及ビ原因ニ依リテ明確ニセラルベク、請求ノ趣旨、原因ヲ離レテ請求ナルモノハ存シナイノデアル（拙著、改正民訴法要論、二六四頁參照）。即チ請求夫レ自體ノ變更トハ、具體的ニ觀察スルナラバ、請求ノ趣旨又ハ原因ノ變更ニ外ナラザルヲ以テ、同條ニ云フ請求ノ變更トハ、請求原因ノ變更ト相併ビ、請求ノ趣旨ノ變更ト解サナケレバナラヌ。此事ハ、起草者ガ、請求ノ變更ヲ以テ、判決ヲ受クベキ事項ノ變更ナリト稱シ、之レヲ請求原因ノ變更ト區別スル點ニ徴スルモ亦明白デアル（司法省藏版、民訴法改正調査委員會速記録續卷、一三六頁、松岡委員説明參照）。

II. 訴變更ノ許否ニ關スル問題ト新法ノ規定

訴ノ變更ハ、之レヲ許スベキヤ否ヤ。獨逸普通法訴訟法ヲ支配セル形式的訴訟主義ノ下ニ在リテハ、凡ベテ訴ノ變更ハ許シ得ザル所ナルモ、訴訟ノ實際ニ徴スルナラバ、或程度ニ於テ其變更ヲ許サルヲ得ヌ。去レバ從來ノ立法例トシテハ、訴ノ變更ヲ一應禁止スルト共ニ、〔註一〕改メテ二段ニ分テ此原則ヲ緩和シ、夫々、一定條件ノ下ニ之レヲ許シテ得ル。我舊法ノ外、獨、墺、匈ノ民訴法亦然リ。即チ次ノ如シ。

〔註一〕 舊一九五條二項三號。獨二六四條。墺二三五條二項（但シ權利拘束ノ發生後ニ限ル）。匈一八八條一項。

第一段トシテ訴ノ原因ヲ標準トシ、訴ヲ變更スルモ、訴ノ原因ニ變更ナキトキハ、之レヲ許ス。獨、墺、匈民訴法ハ、我舊法一九六條ニ該ル規定ニ於テ、此場合ヲ「訴ノ變更アリト看做サズ」“Als eine Aenderung der Klage ist es nicht anzusehen.”ト定メ此旨ヲ明カニシテ居ル（獨二六八條、墺二三五條四項、匈一八八條三項）。我舊法ハ、直接訴ノ原因變更ヲ禁止スルモノナレバ（舊一九五條二項第三）、舊一九六條ハ、之レニ伴フ當然ノ規定ナルカノ如キ形式ヲ執ルモ、尙、實質的ニハ緩和の規定ヲ包含スル。即チ同條第三「最初求メタル物ノ滅盡又ハ變更ニ因リ賠償ヲ求ムル」場合ハ、訴ノ原因ニ「滅盡又ハ變更」ト云フ後發事實ヲ附加スルモノニシテ、原因變更ノ一場合ニ外ナラザルモ、原告保護ノ爲メ、同條ハ、之レヲ訴ノ原因變更ト看做サズシテ、被告ノ異議ヲ禁ジタノデアル。

次ニ第二段トシテ、訴ノ原因ニ變更アルモ、更ニ一定條件ヲ設ケテ其變更ヲ許ス。而シテ其條件ハ、從來ノ立法例必ズシモ同一デナク、我舊法ハ、被告ノ承諾又ハ異議ナキコトヲ唯一ノ條件ト爲シ、被告ガ本案ノ口頭辯論前ニ異議ヲ述ベタルトキハ、絶對ニ訴ノ原因變更ヲ許サズ、又、控訴審ニ在リテハ被告ノ承諾アルモ、尙、之レヲ許サヌ(舊一九五條二項第三、四一三條)。獨民訴法亦然リ(同一八八、四九四條)。併シナガラ元來原告保護ノ爲メ訴變更ノ禁止ヲ緩和スルニ當リ、之レヲ被告ノ承諾ニノミ懸ラシムルガ如キハ、不徹底ト云ハナケレバナラス。去レバ、一八七七年ノ獨民訴法ハ、被告ノ同意アルトキノ外、更ニ其同意ナシト雖モ訴ノ變更ヲ許ス場合ヲ認メタ。但シ被告ノ立場ヲモ考慮シテ、「裁判所ノ意見ニ依リ被告ノ防禦ヲ著シク困難ナラシメザルトキニ限り」之レヲ許シタノデアル(同二六四條)。然ルニ一九二四年ノ改正律令ハ、更ニ此條件ヲ緩和シ、同條ヲ改正シテ「裁判所ガ時宜ニ適スルモノト認メタルトキハ訴ノ變更ヲ許ス」モノト爲シタ。獨民訴法ハ、同ジク相手方ノ同意ヲ條件トシテ訴ノ變更ヲ許スノ外、「變更ノ爲メ辯論ヲ著シク困難ナラシメ若クハ遲延セシムル虞レナキトキ」ト云フ客觀的條件ヲ附シテ、裁判所ニ訴ノ變更ヲ許ス權能ヲ與ヘテ居ル(同二三五條二、三項)。控訴審ニ於ケル訴ノ變更ハ、獨民訴法ニ依レバ、相手方ノ同意ヲ條件トシテ之レヲ許シ、反之、獨民訴法ニ依レバ、絶對ニ之レヲ許サルコト我舊法ト同ジ(獨五二七條、獨四八三條三項)。

以上、從來ノ立法例ハ、孰レモ訴ノ變更ニ條件ヲ附シ、積極的ニ之レヲ制限スル。一九二四年ノ獨逸改正律令ハ、「裁判所ガ時宜ニ適スルモノト認メタルトキ」ト云ヒ、著シク此條件ヲ緩和スルモ、依然トシテ訴ノ變更ヲ裁判所ノ許可ニ懸ラシムル點ニ於テ舊套ヲ脱シテ盡ラヌ。想フニ訴ノ變更ヲ徒ラニ制限スルハ、獨乙普通法訴訟法以來ノ傳統タル機械的訴訟主義ノ餘弊ニシテ、訴ノ變更ヲ許ササルニ因リテ生ズル無用ナル訴訟ノ重複ヲ避クルガ爲メ、更ニ又、判決ノ既判力ノ範圍ヲ擴大セムトスル最近ノ傾向ト一致スルガ爲メニハ、可成、訴ノ變更ヲ自由ナラシムルヲ以テ至當トスル。新法ノ起草者モ亦、カ、ル見解ヲ執リタルモノノ如ク、一九二四年ノ獨逸改正律令ニ更ニ一步ヲ進メ、訴ノ變更ヲ積極的ニ許容スルノ方針ニ出デタ。即チ請求ノ基礎ニ變更ヲ生ゼザル限り、口頭辯論ノ終結ニ至ル迄、原告ガ自由ニ其請求ノ趣旨若クハ原因ヲ變更シ得ルモノト爲シ、唯被告保護ノ爲メ、之レニ因リ著シク訴訟手續ヲ遲滯セシムベキ場合ニハ、特ニ裁判所ガ決定ヲ以テ其變更ヲ許ササルコト、爲シタノデアル(新二三三條一項、二三三條)。要之、新法ニ依レバ、從來ノ立法例ト異ナリ、請求ノ基礎ニ變更ナキ限り、原告ハ、當然、訴ヲ變更スルノ權利ヲ有スル。〔註一〕

〔註一〕 去レバ新法ノ下ニ在リテハ、訴ノ變更禁止ト稱スルハ該ラヌ。山田博士ガ、其新法講義ニ於テ、尙依然トシテ、「訴ノ變更禁止」ト題シテ説明ヲ加ヘラル、ハ、新法ノ趣旨ヲ體得セザルモノニシテ、根本的ノ誤解デアル(同博

士、改正民訴法、第二卷四七六頁)。

III. 新法ニ所謂「請求ノ基礎」

新法ノ規定ハ、舊套ヲ破リ、訴ノ變更ニ關スル從來ノ規定方針ニ新機軸ヲ出セルモノニシテ、之レガ爲メ「請求ノ基礎」テウ新用語ヲ案出シタノデアアル。「請求ノ基礎」トハ何カ。新法ハ、此新ナル用語ニ對シ、其意義觀念ヲ解明スベキ何等ノ端著ヲモ與ヘテ居ラス。新法ノ起草者ハ、「請求ノ同一性」ト云フ言葉ヲ以テ説明スルモ、〔註一〕「請求ノ同一性」ト云フコト夫レ自體、既ニ檢討ヲ必要トスル觀念デアアル。加之、訴ノ變更ハ、元來、之レニ因リ訴訟關係ノ同一性ヲ害セザルベキコトヲ以テ其前提ト爲スモノナレバ、訴ノ變更ニ因リ訴訟ノ目的ヲ變更スルモ、原告ノ請求ガ、其變更ノ前後ヲ通ジ同一性ヲ保持スベキコト素ヨリ當然ニシテ、舊來ノ請求ニ代ヘテ、別異ノ新請求ヲ爲スガ如キハ、假令、訴變更ノ手續ニ遵フモ、其實別訴ノ提起デアアル。然ラハ唯單ニ「請求ノ同一性」ト云フノミニテハ、未ダ以テ「請求ノ基礎」ナル觀念ヲ明カニスルニ不充分ナルノ憾ミガアル。

〔註一〕 司法省藏版、民訴法改正調査委員會速記録中、松岡委員説明(四七〇頁)參照。

山田博士ハ、請求ノ基礎ニ付キ、「訴訟ノ目的タル權利ノ同一認識標準ノ主要部分ヲ云フ」ト説明セラレル〔註一〕。併シナガラ博士ノ所謂「同一認識標準」トハ、原告ノ請求ヲ特定シ、之レヲ他ト區別シ得ル程度(ノ權利若クハ法律關係)ヲ云フモノニ

外ナラザルヲ以テ、〔註二〕此標準ノ範圍内ニ屬スル限リ、孰レモ主要部分ニ屬スル。然ラバ更ニ其主要部分トハ、何ヲ意味スルカ。同博士ノ説明ニハ更ニ説明ヲ要スルモノガアル。加之、「請求ノ基礎」ヲ以テ、山田博士ノ如ク、訴訟ノ目的タル權利若クハ法律關係ノ或ル構成部分ヲ指スモノト解スルトキハ、之レヲ請求ノ原因ト區別スルニ困難ヲ生ジ、強テ兩者ヲ峻別セムトスルナラバ、抽象論ニ畢ルノ虞レガアル。是レ新法ノ起草委員原案ニ「請求ノ基礎タル事實關係」トアルヲ（原案一
九五條）、改正調査委員會ノ議ニ因リ、「事實關係」ヲ削除シタル所以デアル。〔註三〕

〔註一〕 山田博士、改正民訴法、第二卷、四八四頁。序ナガラ博士ノ云フ「同一認識ノ標準ノ主要部分」トハ、標準夫レ自體ノ主要部分ナリヤ、將タ標準ノ範圍内ニ屬スル事實若クハ法律關係ノ夫レヲ指スモノナルカ。恐ラク後者ナラムモ、極メテ不正確ナル表現ト云ハナケレバナラヌ。

〔註二〕 拙著、改正民訴法要論、二六八頁參照。

〔註三〕 司法省藏版、民訴法改正調査委員會速記録續卷中、松岡委員説明（一三五頁）參照。

然ラバ「請求ノ基礎」ナル觀念ヲ那邊ニ索ムベキカ。余ハ、請求ノ利益ヲ以テ其基準ト爲サムコトヲ主張スル。詳言スレバ、請求ノ趣旨又ハ原因ノ變更ニ因リ、訴ノ變更アリタル場合、其變更ノ前後ヲ通ジ、原告ガ訴ヲ以テ主張スル利益ニ於テ、結局、同一ニ歸スルナラバ、新舊ノ請求ハ其基礎ニ於テ變更ナキモノト解スル。要之、原告ノ請求ノ内容ヲ爲ス利益ガ其同一性ヲ保持スル限リ、如何ニ請求ノ趣旨ヲ改メ、又ハ請求原因タル

事實關係ヲ變更スルモ、請求ノ基礎ニ渝リナキモノニシテ、反之、請求原因タル事實關係ヲ改ムルカ、若クハ又、請求原因タル事實關係ニ異同ナシトスルモ、請求ノ趣旨ヲ改ムルコトニ因リ、原告ノ有スル請求ノ利益ヲ異ニスルニ至ラバ、請求ノ基礎ニ變更アリト看ルノdeal。

而シテ如何ナル場合ニ新舊利益ノ同一性ヲ認ムベキカハ、結局ニ於テ社會通念ニ依リ決スベキ問題deal。之レヲ具體的ニ云フナラバ、契約ニ基ク履行請求ヲ、當該契約ヲ不成立トナス不當利得返還請求ニ改メ、又、家屋ノ引渡請求ヲ、債務者ノ責ニ歸スベキ其滅失ヲ理由トシテ損害賠償請求ニ改ムルガ如キ、畢竟スルニ、原告ハ訴ニ依リ同一利益ヲ追求スルモノナレバ、孰レモ請求ノ基礎ニ變更ナキ場合ト云フベク、請求ノ擴張、減縮モ、請求ノ原因ヲ變更セザル限り、亦、同様deal。反之、大正十五年振出額面一千圓ノ約束手形金支拂請求ヲ、之レトハ別口ナル昭和二年振出ノ同額約束手形金支拂請求ニ改ムルガ如キハ、請求ノ基礎ニ變更アル顯著ナル事例deal。

新法ノ起草者ガ、「請求ノ基礎」ヲ説明スルニ當リ、「請求ノ同一性」ナル觀念ヲ借り來レルコト、上段ニ之レヲ述ベタ。余ノ見解ニ遵ヘバ、「請求ノ基礎」トハ、請求ノ内容ヲ爲ス利益ヲ指スモノニシテ、請求ノ基礎ニ變更ナキ訴ノ變更トハ、新舊ノ請求ガ、同一ナル利益目的ヲ追求スルコトdeal。而シテ其追求スル利益目的ノ同一ナルコトハ、應テ當該請求自體ニ付キ、

同一性ノ保持セラル、コトニ歸着スル。然ラバ起草者ノ所謂「請求ノ同一性」トハ、「請求利益ノ同一性」ニ外ナラナイノデアアル。

以上要之、新法ハ、請求ノ基礎ニ變更ナキコトヲ以テ訴變更ノ條件ト爲スモノニシテ、請求ノ基礎ニ變更ナシトハ、請求利益ノ渝ラザルコト、即チ請求ノ同一性ヲ保持スルコトデアアル。然ルニ訴ノ變更ハ、既述セシ所ノ如ク、訴訟關係ノ同一性ヲ害セザルベキ制約ニ服スルガ故ニ、訴ノ變更ニ因リ、訴訟ノ目的ニ變更アルモ、原告ノ請求ニ付テハ同一性ノ保持セラルベキハ、素ヨリ當然デアアル。若シ夫レ舊來ノ請求トハ全ク別個ノ新請求ヲ爲スガ如キハ、假令、訴變更ノ手續ニ遵フモ、其實、別訴ノ提起ト看做サナケレバナラス。然ラバ訴ノ變更ニ因リ、請求ノ同一性ヲ保持スルコト、換言スレバ請求ノ基礎ヲ變更セザルコトハ、訴變更ノ當然ナル限界ト云フベク、結局ニ於テ、新法ハ、訴ノ變更ニ付キ何等積極的條件ヲ附セザルコトニ歸スル。

IV. 請求ノ趣旨又ハ原因ノ變更ト訴ノ變更

訴ノ變更ハ、原告ガ其請求ノ趣旨又ハ原因ヲ變更スルニ因リテ生ジ、訴訟主體、即チ受訴裁判所又ハ當事者ノ變更ハ、訴ノ變更ニ屬セザルコト前段ニ之レヲ述ベタ。^{〔註一〕}而シテ新法ハ、請求ノ基礎ニ變更ナキコトヲ以テ訴變更ノ要件ト爲スガ故ニ、訴ノ變更ハ、原告ガ請求ノ基礎ヲ變更セズシテ請求ノ趣旨又ハ

原因ヲ變更スルニ因リテ生ズル。即チ次ノ如シ。

〔註一〕 本節 I (一五七頁) 〔註一〕 參照。

第一、請求ノ原因變更

請求ノ基礎ニ變更ナキ限り、請求ノ原因變更ハ、即チ訴ノ變更トナル。請求ノ基礎トハ、請求ノ利益ニシテ、請求ノ原因トハ、通説トシテ、所謂同一認識標準ノ範圍ニ屬スル事實關係ナルヲ以テ、〔註一〕 此等事實關係ノ變更ハ、原告ノ追求スル請求利益ノ同一ナルコトヲ限界トシテ、訴ノ變更トナル。

〔註一〕 拙著、改正民訴法要論、二六八頁參照。

新法ノ云フ請求ノ原因變更トハ、之レヲ宏ク解スル必要ガアル。從ツテ以上述ブル請求原因タル事實關係ノ變更ニハ、管ニ主張事實ヲ變更スルコトノミニ止マラズ、ソノ新タル附加、削除ヲモ包括スル。但シ之レガ爲メ請求ノ基礎ニ變更ヲ生ズルナラバ、最早ヤ訴ノ變更ニ非ズシテ別訴ノ提起ト看做サルベキガ故ニ、訴變更ノ手續ニ違フヲ許サレヌ。反之、請求ノ原因ニ屬セザル巨細ナル事實關係ノ主張並ニ請求原因タル事實關係ニ基ク法律上ノ主張ハ、孰レモ辯論ノ内容ニ屬スルモノナレバ、〔註一〕 此等主張ノ變更ハ、素ヨリ訴ノ變更ニ非ズ、從ツテ新法ニハ舊法一九六條第一ノ如キ規定ヲ缺クモ、攻撃方法ノ提出トシテ、口頭辯論ノ終結ニ至ル迄、原告ノ自由ニ爲シ得ル所デアル^(新一三)_(七條)。〔註二〕

〔註一〕 拙著、改正民訴法要論、二六七、二六八頁參照。

〔註二〕 尤モ準備手續並ニ口頭辯論ニ關スル規定ニ因リ、制限セラル、場合ガアル(新一三九、二五五條等)。

第二、請求ノ趣旨ノ變更

請求ノ趣旨ノ變更ハ、凡ベテ請求ノ基礎ニ變更ナキ限り、訴ノ變更トナル。新法ハ單ニ請求ノ變更ト云フモ(新二三條)、具體的ニハ請求ノ趣旨ノ變更トナルコト既述ノ如クデアル。

〔註一〕 而シテ新法ニ云フ請求ノ變更トハ、訴ノ原因變更ニ於ケルト同ジク、宏ク其擴張、減縮ヲモ包括スルモノト解スベク(例之、新二三四條)、從ツテ茲ニ請求ノ趣旨ノ變更トハ、單ニソノ附加又ハ削除ニ止マル場合ヲモ含ム。例之、利息ノ請求ヲ撤回シテ元本ノ請求ニ止メ、或ハ又、訴訟ノ進行中、其請求ヲ擴張シテ、先決的法律關係ノ存否ノ確定ヲ求ムル場合ノ如シ。而シテ請求ノ趣旨ヲ變更又ハ擴張シタルトキハ、ソノ變更又ハ擴張セラレタル部分ノ請求ニ付テハ、變更ノ書面ヲ提出シタル時ニ於テ、時效ノ中斷又ハ法律上ノ期間遵守ノ效力ヲ生ズル(新二三條五條)。

〔註一〕 本節 I (一五八頁)〔註一〕 參照。

V. 訴ノ變更ニ關スル訴訟手續

新法ニ依レバ、原告ハ、請求ノ基礎ニ變更ナキ限り訴ヲ變更スル權利ヲ有スルコト既述ノ如クデアル。然ルニ請求ノ基礎ニ變更アリヤ否ヤハ、後述スルガ如ク、變更セラレタル訴ニ付キ爾後ニ於テ裁判所ノ判斷スベキ事實問題ナルヲ以テ、原告ガ、

ソノ請求ノ趣旨又ハ原因ヲ變更スルトキハ、常ニ一應、其變更ノ效力ヲ生ズル。而シテ變更ノ手續トシテハ、請求原因ノ變更ハ、期日ニ於テ口頭ノ陳述ヲ以テ之レヲ爲スベク、豫メ準備書面ヲ以テ準備シタル場合ト雖モ、其變更ノ效力ハ、口頭辯論ノ一般原則ニ遵ヒ、口頭陳述ノ時ニ創マル。反之、請求ノ趣旨ノ變更ハ、必ズ書面ヲ以テ爲スベク、其書面ヲ提出シタルトキニ變更ノ效力ヲ生ズル^(新二三二條一項)。〔註一〕 條文ニハ「請求ノ變更」トアルモ、「請求ノ趣旨ノ變更」ト解スベキコト、同條第一項ニ於ケルト同一デアアル。〔註二〕

〔註一〕 蓋シ請求ノ趣旨ヲ變更スレバ、判決ヲ受クベキ事項ニ變更ヲ生ズルガ故ニ、舊法ニ二二條ノ如キ一般規定ヲ缺ケル新法ハ、特ニ規定ヲ設ケテ其變更ヲ書面ニ依ラシメタルト同時ニ、更ニ舊法ト異ナリ、口頭陳述ヲ待タズシテ書面提出ノ時ニ變更ノ效力ヲ生ズルコトヲ明カト爲シタノデアアル。蓋シ至當デアアル。

〔註二〕 本節 I (一五八頁) 〔註一〕 參照。

此クノ如ク、原告ガ其請求ノ趣旨又ハ原因ヲ變更スルトキハ、一應、訴ノ變更トシテ、效力ヲ生ズルノデアアルガ、訴ノ變更ニ因リ請求ノ基礎ヲ變更シ得ザルト同時ニ、假令、請求ノ基礎ニ變更ナシト雖モ、尙、之レガ爲メ著シク訴訟手續ヲ遲滯セシメザルコトヲ必要トスル^(新二三二條一項)。若シ裁判所ガ、原告ノ爲シタル請求ノ趣旨又ハ原因ノ變更ニ付キ、此等ノ事實ヲ認定シタルトキハ、職權又ハ申立ニ因リ、其變更ヲ許サル旨ノ決定ヲ爲サナケレバナラヌ^(新二三四條)。〔註一〕 即チ新法ニ依レバ、請求ノ基礎ニ

變更ナキコト、訴訟手續ニ遲滯ヲ生ゼシメザルコト、ハ、訴ノ變更ニ關スル絶對的要件ナノデアアル。〔註二〕 裁判所ガ訴ノ變更、即チ請求ノ趣旨又ハ原因ノ變更ヲ許サル旨ノ決定ヲ爲シタルトキハ、初メヨリ其變更ナカリシコト、ナリ、變更セラレザル請求ノ趣旨又ハ原因ニ付キ辯論ヲ續行スル。

〔註一〕 人訴法ニハ訴ノ變更ヲ許ス特別規定存スルガ故ニ(同八、三九、五九條)

此等ノ場合ニハ、假令、訴訟手續ヲ著シク遲滯セシムルモ、尙、裁判所ハ、其變更ヲ許サザル決定ヲ爲スコトヲ得ヌ。加之、新法一三九條ハ人事訴訟ニ適用ナキヲ以テ、時機ニ遅レタル攻撃方法トシテ却下スルコトモ亦許サレヌ(人訴一〇、三九、五九條)。併シナガラ請求ノ基礎ニ變更ナキコトハ、訴ノ變更ニ關スル當然ノ限界ナルヲ以テ、人事訴訟ニ在リテモ、同シク支持セラレル。

〔註二〕 此事ハ、新法二三二條一項ト二三三條トノ對照、特ニ二三三條末尾ニ「要ス」トアルニ徴シ明白デアアル。

然ルニ山田博士ハ、請求ノ基礎ニ變更ナキコトヲ以テ、相對的條件ト做シ、假令、請求ノ基礎ニ變更アルモ、特ニ被告ノ異議アル場合ニ限り、訴ノ變更ヲ許サザル決定ヲ爲スベキ旨ヲ述ブル(同博士著、改正民訴法、第二卷、四八四乃至四八九頁參照)。併シナガラ新法二三二、二三三條ヲ對照スルナラバ、特ニ請求ノ基礎ニ變更アル場合ニ限り、被告ノ異議ヲ待クノ根據ヲ發見スル能ハズ。博士ハ之レニ關シ種々陳述スルモ、畢竟スル所、博士ノ意見ハ、訴ノ原因變更ヲ被告ノ異議ナキコトニ懸ラシムル舊法ノ規定(舊一九六條二項第三)ニ捉ハレテ、立法趣旨ヲ異ニスル新法ヲ解釋セムトスルモノニシテ、殆ンド辯駁ニ價セヌ。

反之、裁判所ガ、請求ノ基礎ノ變更又ハ著シキ訴訟手續ノ遲滯ヲ認メザルトキハ、變更セラレタル請求ノ趣旨又ハ原因ニ付キ辯論ヲ進行スベキモノニシテ、假令、當事者間ニ争アルモ、舊

法ノ如ク中間判決ヲ爲スコトナク、終局判決ノ理由中ニ於テ其旨ヲ宣言スルニ止マル(新三五條
反面解釋)。尙、此場合、被告ヨリ訴ノ變更ヲ不當ト做ス申立アルモ、之レニ對シ中間裁判ヲ爲スベキモノニ非ズト考ヘル。

訴ノ變更ノ當否ハ、中間ノ争ニシテ、之レニ關スル裁判ニ付キ、新法ハ、別段ニ不服申立ノ途ヲ設ケザルト同時ニ、[註一]又、之レニ對シ不服申立ヲ許サル規定(例之、舊一九
七條、如シ)ヲモ置イテ居ラス。從ツテ其裁判ニ不服ナル當事者、即チ訴ノ變更ヲ許サル裁判ニ對シテハ原告ヨリ、又、之レヲ許ス裁判ニ對シテハ被告ヨリ、夫レ夫レ終局判決ニ對スル控訴ト共ニ之レヲ争ヒ得ル(新三六
二條)。併シナガラ上告審ニ在リテハ、之レヲ争フコトヲ得ヌ。何トナレバ、請求ノ基礎ニ變更アリヤ否ヤハ、既述ノ如ク原告ノ請求利益ニ同一性ヲ認ムベキヤ否ヤニ歸シ、結局、各般ノ事情ト共ニ社會通念ヲ以テ斷定スベキ事實問題ニシテ、訴訟手續ヲ著シク遲滯セシムルカ否カモ、亦、同ジク裁判所ノ認定ニ委セラル、事實問題ナルガ故デアル。[註二]

[註一] 山田博士ハ、訴ノ變更ヲ許サル決定並ニ訴ノ變更ヲ不當ト做ス被告ノ申立ヲ却下スル裁判ニ對シテハ、新四一〇條ニ依リ抗告シ得ル旨ヲ説明セラレル(同博士著、改正民訴訟法、第二卷、四九〇頁)。併シナガラ新法ニ依レバ、訴ノ變更ハ、原告ニ於テ當然之レヲ爲シ得ベク、裁判所ニ對スル申立ヲ必要トセザルモノナルヲ以テ、訴ノ變更ヲ許サル旨ノ決定(新二三三條)ハ、新四一〇條ニ云フ「申立ヲ却下シタル決定」デハナイ。然ラバ此裁判ニ對シ同條ニ依ル抗告ハ、素ヨリ許サレザル所デアル。同博士ガ、カハル誤謬ニ陥リタルハ、新法ニ依ル訴ノ變更ノ性質ヲ辨セザルニ由ル。

又、訴ノ變更ヲ不當トスル被告ノ申立ニ對シテハ、余ハ中間裁判ヲ爲スベキモノニ非ズト考フルガ故ニ、新四一〇條トハ無關係デアル。

〔註二〕 新法ノ起草者モ亦、ソノ事實問題ニ屬スルコトヲ明瞭ナラシムガ爲メ二三三條ニ於テ特ニ「請求又ハ請求原因ノ變更ヲ不當ナリト認ムルトキハ」ト規定シタノデアル(司法省藏版、民訴法改正調査委員會速記録續卷、一三六頁、松岡委員説明参照)。

新法ニ依レバ、訴ノ變更ハ控訴審ニ於テモ之レヲ爲シ得ル(新三七條)。舊法ニハ、特ニ控訴審ニ於ケル訴ノ變更ヲ許サルル規定ヲ存セシモ(舊四一、三條)、新法ハ之レヲ削除シタルモノニシテ、訴訟經濟ノ爲メ宏ク訴ノ變更ヲ許ス新法ノ趣旨ニ基ク。控訴審ニ於ケル訴ノ變更ハ、第一審ニ於ケルト其條件ヲ異ニセザルモ、唯實際問題トシテ、訴訟手續ヲ著シク遲滯セシメザルベキ條件ニ觸ル、場合ノ増加スベキハ當然デアル。上告審ニ於テ訴ノ變更ノ許サレザルコト、言ヲ俟タヌ。

VI. 新法ノ批評

訴ノ變更ニ關シ、新法ノ特徴トスル所ハ、先ヅ第一ニ訴ノ變更ヲ原則トシテ原告ノ自由タラシメシ點ニ在ル。從來ノ立法例中、例之、獨民訴法ノ如ク、裁判所ノ意見ニ依リ、被告ノ防禦方法ヲ甚シク困難ナラシメザルコトヲ條件トシテ特ニ訴ノ變更ヲ許スモノト、我新法ノ如ク、著シク訴訟手續ヲ遲滯セシムル場合ニ於テ、初メテ訴ノ變更ヲ許サルモノトノ間ニハ、空疎ナル概念論ヲ離レテ、其間、立法ノ趣旨ニ根本的ノ相違アルコトヲ觀取シ得ル。況ンヤ、被告ノ異議ナキコトヲ以テ、訴ノ原

因變更ノ絶對要件ト爲ス我舊法トハ、更ニ此相違ガ顯著トナル。カ、ル立法趣旨ノ相違ハ、法律運用ニ際シ、當然、顧慮セラルベク、從ツテ新法ノ下ニ在リテハ、從來ノ如キ禁止的態度ハ全ク之レヲ棄テナケレバナラス。余ハ、新法ノ執レル趣旨ニ隔意ナキ賛意ヲ表スル。蓋シ訴訟經濟ト訴訟手續ノ弾力性トヲ尊重スルガ故デアアル。

次ニ新法ノ特徴トスル所ハ、條文ヲ整理シ、單簡ニシテ且ツ明確ナラシメシ點ニ在ル。既ニ述ブルガ如ク、訴ノ變更ハ、獨乙普通法以來發達シ來レル沿革的制度ナルガ爲メ、其意義必ズシモ明確ナラズ、且ツ之レニ關スル條文モ、制度ノ變遷發達ニ遵ヒ補足セラレ來リシヲ以テ、孰レモ複雑ニシテ而カモ不統一デアッタ。〔註一〕是レ從來、訴ノ變更ニ關スル制度ト理論トガ不徹底ナリシ所以デアアル。然ルニ新法ノ起草者ハ、此等ノ沿革の事情ヲ排シ、訴ノ變更ニ關スル訴訟理論ニ立脚シテ、新クニ單簡ニシテ統一アル規定ヲ設ケタノデアアル。

〔註一〕 例之、獨民訴法ハ、同二六四條ニ於テ、訴ノ變更ヲ許容スル條件ヲ定メナガラ、更ニ我舊法一九六條ニ該ル同二六八條ニ於テ「訴ノ變更ト看做サズ」ト云フガ如キ擬制的規定ヲ設ケテ其間ノ關係ヲ複雑ナラシメテ居ル。加之、此二六八條ハ「訴ノ原因ヲ變更セザルトキハ、次ノ場合ニ於テ訴ノ變更アリト看做サズ」ト云フモ、其第一、「事實上若クハ法律上ノ申述ヲ補充シ又ハ更正スルコト」ハ、現今ノ訴訟理論トシテハ全ク訴ノ變更ニ屬セザル事項ニシテ、其第三「後日ニ生ジタル事情ノ變更ニ因リ、最初求メタル物ニ代ヘ他ノ物件又ハ利益ヲ求ムルコト」ハ、立派ナル訴ノ原因變更デアアル（此批雖ハ我舊法一九六條ニモ該當スル）。要之、同二六八條（我舊一九六條）ハ、

訴ノ變更ガ、漸次其許容ノ範圍ヲ擴張セラレシ沿革ヲ暴露スルモノニシテ、其規定ノ整ハザルハ素ヨリ當然デアアル。

我舊法ノ規定ハ、獨民訴法ノ規定ノ換骨脱胎ナルコト公知ノ事實ニシテ、仔細ニ檢索スルナラバ、更ニ一層ノ矛盾ト不調和トヲ發見スル。

立法技術ノ上ヨリ觀テ、新法ガ、「訴ノ變更」ト云フ術語ニ遵ハズシテ、「請求又ハ請求ノ原因ヲ變更スルコトヲ得」ト具體的ニ、書キ現ハシタルハ、賢明ノ方法デアアル。從來、多クハ訴訟主體、即チ當事者並ニ裁判所ノ變更ヲ以テ訴ノ變更ト做シタルモ、此等ニ關シテハ他ニ規定アリ（例之、新三〇、三（一、七二、七四條）、徒ラニ觀念ノ錯雜ト説明ノ重複トヲ來サシムルニ過ギナカツタ。過去ハ知ラズ、現今ノ立法ノ下ニ於ケル訴訟理論トシテハ、訴ノ變更ヲ以テ、訴訟ノ目的ノ變更、即チ具體的ニハ請求ノ趣旨又ハ原因ノ變更ト做スベキコト既述セシ所デアアル。〔註一〕 即チ新法ノ規定ハ、此訴訟理論ヲ闡明スルモノニシテ、之レニ因リ無用ナル論争ノ因ガ斷タレタノデアアル。

〔註一〕 本節 I（一五七頁以下）參照。

次ニ新法ノ起草者ガ、「請求ノ基礎」ト云フ新タナル觀念ヲ拉シ來リテ、請求ノ趣旨又ハ原因ノ變更ヲ許容スル限界ト爲シタルハ英斷デアアル。從來ノ立法例ハ、訴ノ變更ヲ許容スルニ付キ、被告ニ異議ナキコト、カ、或ハ被告ノ防禦方法ヲ著シク困難ナラシメザルコト、カ云フ訴訟手續上ノ條件ノミヲ附セルガ爲メ、此等ノ條件ヲ具備スルナラバ、訴變更ノ手續ニ依ル別訴ノ提起モ亦可能ナラザルヲ得ナカツタ。新法ノ起草者ハ、請求

ノ同一性ト云フガ如キ漠然タル考ヲ以テ此術語ヲ創作シタノデア
 アルガ、兎ニ角、之レガ爲メ、訴ノ變更ヲ宏ク許容スル趣旨ト、
 訴變更ノ手續ニ依ル別訴ノ提起ヲ許サル趣旨トヲ明確ト爲シ
 得タノデアアル。

更ニ立法技術ノ上ヨリ看テ批難スベキ點モアル。新法二三二
 條ニハ「請求ノ變更」トアルモ、此場合ニハ請求ノ原因變更ト
 相對スルモノナルガ故ニ、「請求ノ趣旨ノ變更」ト爲スベカリシ
 コト上來述ブル所ニ依リテ明瞭デアアル。又、新法二三三條ニ
 「請求又ハ請求ノ原因ノ變更ヲ不當ト認ムルトキハ」トアルモ、
 唯單ニ「不當」ト云フノミニテハ、曖昧ニシテ解釋上ノ疑義ヲ
 醸ス餘地アルノミナラズ、訴變更ノ條件ヲ定メタル前條ヲ承ケ
 不調和ノ感アルヲ免レヌ。此點ハ、既ニ改正調査委員會ノ問題
 トナリ、起草委員ハ、之レニ對シ、訴ノ變更ノ許否ヲ裁判所ノ
 自由ナル認定ニ委シ、法律問題タルコトヲ避ケシムル趣旨ニ出
 ズル旨ヲ述ベテ居ル。〔註一〕 其趣旨ハ之レヲ諒トスルモ、規定ノ
 體裁トシテ更ニ一段ノ考慮ガ望マシカツタノデアアル。

〔註一〕 司法省藏版、民訴法改正調査委員會速記錄續卷一三六頁、松岡委員説
 明參照。

カ、ル批難ハ、孰レモ枝葉ニ屬スル事項ニシテ、新法ハ、訴
 ノ變更ニ關スル規定ニ付キ、其成功ヲ自負スルニ充分デアアル。
 新法ノ規定ノ中核ヲ爲スモノハ、素ヨリ「請求ノ基礎」ニシテ、
 裁判所ガ「請求ノ基礎」即チ「請求利益」ノ同一性ヲ認定スル

ニ謬リナキコトハ、同ジク訴訟手續ニ著シキ遲滯ヲ生ゼシムルカ否カノ正鴻ヲ得タル判斷ト共ニ、新法ガ、賢明ナルベキ裁判所ニ負ハシメタル此制度ノ鎖鑰デアル。

第六節 訴ノ取下

I. 訴ノ取下ニ關スル新法ノ特徴

訴ノ取下ノ意義ニ付テノ説明ハ、之レヲ省ク。權利保護ヲ目的トスル民事訴訟ニ於テ、自發的ナル訴ノ取下ノ許サルベキコト勿論ニシテ、新法ニ在リテモ亦、原告ハ、訴ノ全部又ハ一部ヲ取下グルコトヲ得ル^(新二三)_(六條)。

新法ハ、訴ノ取下ヲ爲シ得ル時期ヲ延長シタ。舊法ニ依レバ、原告ハ、第一審ノ口頭辯論ノ終結ヲ以テ、訴ノ取下ヲ爲ス機會ヲ失フノデアル^(舊一九)_(八條)。此舊法ノ規定ハ、國家ノ判決ヲ尊重スルノ趣旨ニ於テ一理ヲ有スルモ、反面ニハ、當事者ガ、訴ノ取下ニ依リ其争ヲ止メムトスルニ際シ、強テ之ヲ許ササルノ理ナク、而カモ訴訟ノ實際上、屢々、之レガ爲メ當事者ニ不便ヲ感ゼシムル。^[註一] 於是乎、新法ハ「訴ハ判決ノ確定ニ至ル迄其ノ全部又ハ一部ヲ取下グルコトヲ得」^(新二三)_(六條)ト規定シ、訴訟ノ繫屬スル間、訴ノ取下ヲ許シタ。此クノ如ク長期間ニ互リ訴ノ取下ヲ許ルタルハ、新法ノ新タナル試ミトシテ注目ニ價スル。

^[註一] 例之、第一審ノ口頭辯論終結後、當事者間ニ裁判外ノ和解ノ成立シタ

ル場合テアル。此場合、當事者が改メテ裁判上ノ和解ノ手續ヲ執ルナラバ問題ナキモ、控訴又ハ上告ノ取下、請求ノ拋棄又ハ認諾ニ依リテハ、庶幾ノ目的ヲ達シ難イ。

訴ノ取下ハ、被告ノ利害ニモ重大ナル關係ガアル。即チ訴訟ヲ有利ニ發展セシメ、自己ニ有利ナル判決ヲ受クル機會ハ、被告モ亦之レヲ有スルモノニシテ、訴ノ取下ハ、被告ヨリ此機會ヲ奪フコトニ結果スル。故ニ被告ガ應訴シタル後ハ、訴ノ取下ニ被告ノ同意ヲ必要ト爲スハ、當事者同等ノ原則ヨリ觀テ至當ノコトニシテ、新法ハ、「相手方ガ本案ニ付キ準備書面ヲ提出シ、準備手續ニ於テ申述ヲ爲シ、又ハ口頭辯論ヲ爲シタルトキハ、訴ノ取下ニ其ノ同意アルコトヲ要ス」(新二三六條一項但書)ト規定スル。之レヲ舊法ガ、本案ニ付キ被告ノ第一口頭辯論ノ始マル迄、被告ノ承諾ナクシテ訴ノ取下ヲ許シタルニ比スレバ、被告ノ同意ヲ要スル時期ガ、稍々、繰上ゲラレタノデアル。

訴ノ取下アリタルトキハ、ソノ取下ゲラレタル部分ニ付キ、訴訟ハ初メヨリ繫屬セザリシコト、ナル(新二三七條一項)。此事ハ、訴ノ取下ヨリ生ズル當然ノ結果ニシテ、敢ヘテ明文ヲ待タナイノデアルガ、新法ハ、更ニ此規定ヲ承ケ、訴ノ取下ヲ爲シ得ル時期ヲ延長シタルコト、平衡ヲ獲セシムルガ爲メ、特ニ重大ナル效果ヲ殘存セシムル例外的規定ヲ設ケタノデアル。曰ク「本案ニ付キ終局判決アリタル後ニ訴ヲ取下ゲタル者ハ、同一ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ズ」(新二三七條二項)。即チ訴ノ取下ニ因リ、既ニ言

渡サレタル判決ハ其效力ヲ失フモ、之レト同時ニ、原告ヲシテ、ソノ取下ヲ爲シタル部分ノ請求ニ付キ訴權ヲ喪失セシメタノデアアル。蓋シ訴ノ取下ヲ宏ク自由ナラシムルト共ニ、國家ノ判決ヲ權威アラシメムトスル二元的要求ハ、カ、ル妥協的規定ニ結果スルノ外ナカリシナラムモ、如何ニ訴ノ取下ハ當事者ノ意思ニ基クトハ云ヘ、代ルベキ權利保護ノ途ヲ擔保セズシテ訴權ノミヲ奪フガ如キハ、餘リ感服シタ立法トハ考ヘラレス。〔註一〕

〔註一〕 例之、相手方ノ手段ニ乘セラレ、若クハ代理辯護士トノ行違ヒ等ニ因リ、終局判決アリタル後、漫然、訴ヲ取下ゲタルガ如キ場合ニハ、當該訴訟ノ目的タル權利若クハ法律關係ニ付テハ、其取下ヲ爲シタル者ニ對シ、全然、法律上ノ保護手段ヲ缺クコトトナル。國家ハ、法律秩序ノ最高ナル保持者トシテ、權利保護ノ法律制度ヲ擔保スル義務アルモノト云フベク（拙著、改正民訴法要論、一頁以下參照）、新法ノ規定ハ、純理トシテ左擔シ得ザルモノガアル。甚ダ曲言ノ感アルモ、若シ此場合ヲ當事者ノ意思ニ基クト云フナラバ、當事者ガ、豫メ訴ヲ提起セズトノ合意ヲ爲スモ亦有效ナリトノ主張ニ一理ヲ與フルコトトナラウ。尤モ仲裁契約ノ締結ニ因リ、當事者ハ訴權ヲ失フモ、之レニ代リテ法律ノ認メタル仲裁判斷ニ依ル權利保護ノ途アリ、彼我混同スルコトヲ得ヌ。

以上述ブル所ハ、本案ノ終局判決アリタル後ニ訴ノ取下ヲ爲シタル場合ニシテ、本案ノ終局判決ニ至ラザル以前ニ訴ヲ取下ゲタル場合ニハ、素ヨリ再ビ同一ノ訴ヲ提起スルコトヲ妨ゲヌ。而シテ新法ハ、再ビ提起セラレタル訴ニ於テ、舊法ノ如ク、被告ガ前訴訟費用ノ辨濟ヲ受クル迄、應訴ヲ拒ムコトヲ許シテ居ラス（舊一九八條五項、二）
（〇六條二項第六參照）。

II. 訴ノ取下ノ手續

訴ノ取下ヲ爲ス手續形式トシテ、書面並ニ口頭ヲ共ニ認ムルコト新舊法共ニ渝リナシ。即チ口頭辯論ニ際シ受訴裁判所ノ面前ニ於テ、又ハ準備手續中、受命判事ノ面前ニ於テ訴ノ取下ヲ爲スニハ口頭ヲ以テ爲スベク、其他ノ場合ニハ書面ノ提出ニ依リテ爲スノデアル(新二三六條二項)。

訴ノ取下ハ、裁判所ニ對シテ爲ス行爲ナレバ、口頭ヲ以テ其旨ノ陳述ヲ爲シ、又ハ書面ヲ提出シタルトキニ效力ヲ生ズル。併シナガラ訴ノ取下アリタル事實ハ、被告ニモ之レヲ知ラシムル必要アルヲ以テ、訴狀ノ送達後、書面ヲ以テ訴ヲ取下ゲタル場合ニハ、其取下書ヲ被告ニ送達スル(新二三六條三項)。但シ訴狀ノ送達前ニ訴ノ取下アリタルトキハ、素ヨリカ、ル手續ヲ必要トセス。

III. 訴ノ準取下

新法ハ、舊法ト同様ナル條件ノ下ニ訴ノ取下ヲ擬制スル。即チ當事者雙方ガ口頭辯論ノ期日ニ出頭セズ、又ハ辯論ノ期日ニ出頭スルモ辯論ヲ爲サズシテ退廷シタル場合ニ於テ、三月内ニ改メテ當事者ノ双方又ハ一方ヨリ期日指定ノ申立ヲ爲サハルトキハ、訴ノ取下アリタルモノト看做ス(新二三條八條)。舊法ハ、當事者雙方ガ口頭辯論期日ニ出頭セザルガ爲メ、爾後、手續ヲ進行シ得ザル状態ヲ訴訟手續ノ休止ト稱シ、休止一ケ年ヲ以テ訴ノ取下ヲ擬制シタノデアルガ(舊一八條八條)、新法ハ、特ニ休止ナル名稱ヲ

附セス、且ツ一ケ年ヲ三ケ月ニ短縮シタノデアル。

新法ハ、訴ノ準取下ノ規定ヲ、準備手續ニ準用シタルコトニ注意ヲ要スル(新二五六、二三八條)。

第六章 口頭辯論ノ準備

當事者ハ、別段ノ定メアル場合ヲ除キ、訴訟ニ付キ口頭辯論ヲ爲ス必要アルコト、新舊法共ニ同ジ(新二二五條
舊一〇三條)。而シテ新法ハ、此口頭辯論ニ付キ、舊法ト同ジク準備書面ニ依ル準備ヲ命ズルノ外、尙、準備手續ノ制度ヲ擴張シ、以テ口頭辯論ニ於ケル訴訟資料ノ聚集ヲ規整スルノ方法ヲ執ツタ(新二四二條以下)。但シ區裁判所手續ニ在リテハ、共ニ省略セラレタルコトニ注意ヲ要スル(新三五七、
三五八條)。

第一節 準備書面

I. 口頭辯論ト準備書面

當事者ハ、口頭辯論ニ先立ち、豫メ準備書面ヲ提出シ、相互ニ之レヲ交換シナケレバナラス(新二四二條
舊一〇四條)。準備書面ニ關シテハ、新法ハ、大體ニ於テ舊法ノ規定ヲ踏襲シ、若干ノ削除附加ヲ爲スニ止メテ居ル。

準備書面トハ、特定ノ書面ヲ指スニ非ズ、訴訟ノ進行中、必要ニ應ジテ辯論ノ準備ヲ爲スベク提出セラル、書面ノ總稱ニシテ、訴狀ガ準備書面ノ内容ヲ有スルコトハ新舊法共ニ同ジク(新二二四條二項、
舊一九〇條三項)、更ニ被告ノ提出スル答辯書モ亦、準備書面ノ一

種デアアル<sup>(舊一九九條
二項參照)</sup>。尤モ新法ニハ、特ニ答辯書ナルモノノ規定ヲ存セザルモ、是レハ、準備書面ニ關スル一般規定ヲ以テ足レリト做シタルニ基キ、決シテ答辯書ヲ不必要ト爲シタルモノデハナイ<sup>(新一三八
條參照)</sup>。^{〔註一〕}

〔註一〕 司法省藏版、民訴法改正調査委員會速記録中、松岡委員説明（四九七頁）參照。

準備書面ハ、之レヲ裁判所ニ提出シ、裁判所ヨリ其一通ヲ相手方ニ送達スルノデアアルガ、準備書面ノ效用ヲ全カラシメムガ爲メ、^{〔註一〕} 特ニ新法ハ、相手方ガ其記載事項ニ付キ準備ヲ爲スニ必要ナル期間ヲ存シテ之レヲ裁判所ニ提出スベキコトヲ命ジ、更ニ必要アルトキハ、裁判長ガ準備書面ノ提出期間ヲ定メ得ルコト、爲シタ<sup>(新二四
三條)</sup>。即チ新法ハ舊法二〇四條ノ規定ノ趣旨ヲ、宏ク一般ノ準備書面ニ擴張シタルモノニシテ、蓋シ至當デアアル。之レト同時ニ、新法ハ、答辯書ノ差出期間ヲ十四日間トセル舊法ノ規定ヲ削除シ<sup>(舊一九
九條)</sup>、特ニ期間ヲ定ムベキヤ否ヤ、並ニ其定メタル期間ノ長サヲ、凡ベテ裁判長ノ自由裁量ニ委シタル點ニ注意ヲ要スル<sup>(新二四三
條二項)</sup>。

〔註一〕 從來、當事者ガ、口頭辯論期日ニ於テ、突然、尨大ナル準備書面ヲ提出シテ相手方ヲ困惑セシメ、爲メニ辯論ノ續行ヲ止ムナキニ至ラシメタル事例ハ乏シクナイ。元來、準備書面ハ、之レニ依リ裁判所並ニ相手方チシテ、豫メ辯論ノ内容ヲ知悉セシムルニアルモノナレバ、カ、ル當事者ノ態度ハ無意味デアリ、且ツ批難サレナクレバナラヌ。

併シナガラ口頭辯論ハ、必ズシモ一回ノ期日ヲ以テ畢ルモノニ非ズ、而シテ準備書面ハ、屢々、數回ノ期日ニ亙ル辯論ノ準備ヲ其内容ト爲ス場合アル

が故ニ、口頭辯論期日ニ準備書面ヲ提出シタルコトヲ以テ直チニ批難スルコトハ出来ヌ。要ハ、其記載事項ニ付キ、相手方ガ準備ヲ爲スニ必要ナル期間ヲ存スルヤ否ヤニ在ル。

II. 準備書面ノ記載事項

準備書面ノ記載事項ハ、新舊法共ニ大體同一ニシテ、新法ハ次ノ如ク規定シテ居ル(新二四)(四條)。

- 一、當事者ノ氏名、名稱又ハ商號、職業及ビ住所
- 二、代理人(法定並ニ訴訟)ノ氏名、職業及ビ住所
- 三、事件ノ表示
- 四、攻撃又ハ防禦ノ方法
- 五、相手方ノ請求及ビ攻撃又ハ防禦ノ方法ニ對スル陳述
- 六、附屬書類ノ表示
- 七、年月日
- 八、裁判所ノ表示

以上、新法ニ依ル記載事項ヲ舊法ノ夫レト比較スルニ、先ヅ新法ハ、當事者並ニ法定代理人ニ付キ身分ヲ削除シ、新タニ訴訟代理人ノ住所、職業ヲ加ヘタ。又、當事者ノ表示ヲ、舊法ノ如ク其氏名ト限定セズ、「氏名、名稱又ハ商號」ト改メタ。是レハ、社團又ハ財團ガ當事者タル場合ヲ顧慮シタノデアルガ、同時ニ自然人ニテモ、商人ナラバ商號ノ記載ヲ以テ足ルコト、ナツタ。[註一] 次ニ舊法ニ訴訟物ノ表示トアルヲ事件ノ表示ト改メ、舊法ノ第二「原告若クハ被告ガ法廷ニ於テ爲サント欲スル申立」

ハ、攻撃又ハ防禦ノ方法ノ一部ト看做シ、獨立ナル項目ヲ設ケ
ナカッタ。最後ニ新法ガ裁判所ノ表示ヲ加ヘタルハ、訴訟書類
トシテ其記載ノ望マシキト、此表示ガ訴狀ノ必要的記載事項ヨ
リ削除セラレタルトニ因ル。

〔註一〕 司法省藏版、民訴法改正調査委員會速記録巻中、松岡委員説明（一
四二頁）参照。

準備書面ニハ、以上ノ事項ヲ記載シ、當事者又ハ代理人ガ之
レニ署名捺印シナケレバナラヌ（新二四四條）。此等記載事項中、ソ
ノ主要ナルモノハ、第四、第五ニシテ、必要ナル程度ニ於テ此
等事項ヲ記載スルコトハ、準備書面トシテ缺クベカラザルコト
勿論デアル。併シナガラ其他ハ凡ベテ附隨的記載事項ニ過ギザ
ルヲ以テ、偶々、ソノ孰レカヲ缺クモ、必ズシモ準備書面トシ
テノ效力ヲ失ハシムルモノデハナイ。否、時トシテ其記載ガ蛇
足トナル場合モ亦アリ得ル。即チ新二四四條ニ、「要ス」トアル
ハ、強キ意味ノ訓示規定ト解サナケレバナラヌ。〔註一〕

〔註一〕 司法省藏版、前掲速記録中、松岡委員説明（五〇二頁）参照。

新法ハ、準備書面ニ關スル舊法一〇六條ノ規定ヲ削除シタ。
併シナガラ其削除ノ理由ハ、第一項ト第二項トニ依リ異ナル。
即チ同條第一項ニハ、「準備書面ニ於テ提出スベキ事實ハ、簡
明ニ之ヲ記載ス可シ」トアリ、新法ノ起草者ハ、カ、ル當然ナ
ル事項ヲ内容トスル訓示規定ヲ條文中ニ設クルヲ避ケタノデア
ル。次ニ同條第二項ハ、準備書面ニ於テ事實上ノ關係ノ説明並

ニ法律上ノ討論ヲ爲スコトヲ禁止スルモ、現在ニ於ケル口頭辯論進行ノ實情ニ鑑ミ、準備書面ニ此種ノ記載ヲ許サルコトハ、言フベクシテ不可能デアリ、且ツ必ズシモ絶對ニ之レヲ禁ズルノ理由ヲ發見シ能ハス。此故ヲ以テ、新法ニハ此規定ガ削除セラレタノデアル。

III. 添附ノ文書

準備書面ニ、當事者ノ所持スル文書ヲ引用シタルトキハ、其謄本ヲ添附シナケレバナラス(新三四五條一項)。但シ文書ノ一部ノミガ必要ナルトキハ其部分ヲ拔萃シタル抄本ヲ以テ代へ、又、引用シタル文書ガ大部ニシテ謄寫ニ異常ノ勞力ヲ必要トスル場合ニハ、單ニ其文書ヲ表示スレバ足り、謄本又ハ抄本ノ添附ヲ省クコトガ出來ル(同條二項)。舊法ニハ、尙、「訴訟ヲ爲ス可キ資格ニ付テノ證書ノ原本、正本又ハ謄本」ヲモ添付スベキ文書ニ加フルモ(舊一〇七條)、此等ニ就テハ、別ニ夫々レ規定アリ(新五二、八〇條等)、新法ニハ、重複スルモノトシテ省カレタ。

準備書面ハ、裁判所ニ提出スベキモノニ添へ、相手方ニ付與スルニ必要ナル通數ヲ提出スベキモノナルヲ以テ、[註一] 準備書面ニ引用シタル文書ノ謄本又ハ抄本ハ、其各通ニ之レヲ添附シナケレバナラス(新三四五條一項)。尙、引用ノ文書ハ、相手方ノ求メニ因リ其原本ヲ閱覽セシムル義務ガアル(新二四六條)。此規定ハ、舊法ニ存セザリシモ、從來、慣例トシテ行ハレ來リシモノヲ、新法ガ條文ニ現ハシタルニ過ギヌ。

〔註一〕 舊法ハ、準備書面並ニ其附屬書類ニ付キ、相手方ニ付與スルニ必要ナル通數ヲ差出スベキ旨ヲ規定スルモ（舊一〇八條）、準備書面ニアリテハ、訴狀ニ於ケルト同シク當然ノ事柄ト看做シ、新法ニハ、唯、添附スベキ文書ニ付テノミ規定ガ設ケラレテアル。

引用セラレタル文書ガ、外國語ヲ以テ作リタル文書ナルトキハ、其謄本又ハ抄本ノ外、尙、譯文ヲ添附シナケレバナラス（新二四
八條）。舊法ニ依レバ、裁判所ノ命アルトキニ於テ、初メテ譯書ノ添附ヲ必要ト爲シタルモ（同一五
條三項）、手續進捗ノ爲メ、新法ハ、最初ヨリ譯文ノ添附ヲ命ジタノデアアル。

IV. 準備書面ニ依ル準備ノ欠缺

訴訟法ハ、既ニ述ブルガ如ク、準備書面ニ依ル口頭辯論ノ準備ヲ命ズル（新二四
二條）。併シナガラ之レヲ直接ニ強制スル規定ナキヲ以テ、結局、準備書面ヲ提出スルコトハ、訴訟上ニ於ケル當事者ノ責任タルニ止マルノデアアル。然ルニ此責任ノ懈怠ニ對シテハ、訴訟法ニ、種々手續上ノ制裁規定ヲ存スルガ故ニ、必要ナル準備書面ノ不提出、遅延並ニ其記載ノ不完全ナルコトハ、其間接ノ結果トシテ、爾後ニ於ケル訴訟上ノ不利益ヲ伴フノデアアル。新法ノ定メタル其不利益ノ主ナルモノ次ノ如シ。

第一、準備書面ニ記載セザル事實ハ、相手方ガ在廷セザルトキハ、口頭辯論ニ於テ之レヲ主張スルコトヲ得ヌ（新二四
七條）。新法ニ依レバ、闕席手續ヲ廢止シ、口頭辯論ノ期日ニ當事者ノ一方ガ出頭セザルトキハ、出頭セル當事者ノミニ辯論ヲ爲サシ

メ得ルノデアアルガ^(新_{一三}條)、其場合、豫メ提出シタル準備書面ニ記載セザリシ事實ノ主張ヲ許スコトハ、出頭セザル相手方ノ豫想セザリシ事實ヲ訴訟資料ト爲スコト、ナリ、甚ダ酷ニ失スル。故ニ此規定ヲ以テ、出頭セル當事者ノ辯論ヲ制限シタノデアアル。舊法ニモ、闕席手續ニ關シ、之レト同一趣旨ノ規定ガ存スル^(舊_{二五二}條_{一項第二})。

第二、當事者ノ一方ガ、最初ニ爲スベキ口頭辯論ノ期日ニ出頭セザリシ場合ニ於テ、其者ノ提出シタル訴狀、答辯書其他ノ準備書面ニ記載セラレシ事項ハ、之レヲ陳述シタルモノト看做シ、訴訟資料トシテ斟酌セラル、モ^(新_{一三}條)、反之、記載セザリシ事項ハ、凡ベテ其期日ニ於テ訴訟資料ヨリ除外セラルルノ不利益ヲ蒙ル。即チ新法ニ依レバ、準備書面ニ依ル準備ヲ怠リタル當事者ハ、自ラ最初ニ爲スベキ口頭辯論ノ期日ニ欠席シタル場合、相手方ノ辯論ノミニ依リテ敗訴ノ對席判決ヲ受クル危険ヲ負擔シナケレバナラス。

第三、準備書面ヲ提出セズ、又ハ其提出ヲ遅延シタルガ爲メ訴訟ヲ遲滯セシメタルトキハ、勝訴シタル場合ニ於テモ尙、遲滯ニ因リテ生ジタル訴訟費用ノ全部又ハ一部ヲ負擔セシメラル、コトガアル^(新_九條)。

第二節 準備手續

I. 總 說

口頭辯論ハ、準備書面ニ依ルノ外、尙、準備手續ニ依リテ準備セラル、モノニシテ、新法ニ依レバ、訴訟ハ、凡ベテ準備手續ヲ經テ口頭辯論ニ至ルヲ以テ原則トスル^(第二四九條)。

元來、準備手續 Vorbereitendes Verfahren ナルモノハ、獨逸舊民訴法ニ依リテ創始セラレ、我舊民訴法並ニ墺、匈民訴法ノ之レニ倣ヘル口頭辯論ニ附隨ノ手續デアル。^{〔註一〕} 此等立法例ニ依レバ、準備手續ハ、特ニ計算事件、財産分別及ビ之レニ類スル訴訟ニ於テ（墺民訴法ハ、尙其、他ノ場合ニモ許ス）、口頭辯論ノ開始後、受訴裁判所ノ決定ヲ以テ開始セラレ、豫メ受命判事ニ依リ、當事者ガ口頭辯論ニ於テ提出スベキ攻撃、防禦ノ方法ヲ整理スルノデアル。然ルニ我新法ハ、此準備手續ナル制度ヲ根本的ニ改革シ、一方ニ於テハ、此手續ヲ開始スベキ訴訟ノ種類ヲ限定セザルト共ニ、他方ニ在リテハ、從來ト異ナリ、原則トシテ準備手續ヲ經テ口頭辯論ヲ開クベキモノト爲シタ。去レバ新法ニ依ル準備手續ハ、口頭辯論ノ先驅ヲ爲ス手續ニシテ、之レニ附隨スル手續ニ非ズ、同ジク準備手續ト云フモ、新舊法ニ於テ、其訴訟上ノ地位全ク異ナル。

〔註一〕 一八七七年獨舊民訴法、三一三條以下（即チ一八九八年同上改正法、三四八條以下）、我舊民訴法、二六六條以下、墺民訴法、二四五條以下、匈民訴法、二五五條以下。

斯ク我新法ガ、舊法ノ準備手續ヲ根本的ニ改正シテ之レヲ存置シタル最大ノ目的ハ、之レニ依リ訴訟ニ於ケル辯論ノ集中ヲ圖ラムトシタルニ在ル。**〔註一〕** 民事訴訟ガ、可及的、辯論ノ集中ヲ理想ト爲スコト、今更言フ俟タザル所ナルモ、辯論ガ、兎角ニ遷延セラル、傾向アルコトハ、獨リ我國ニ止マラザル民事訴訟ノ通弊ニシテ、今日ニ至ル迄、各國共ニ之レガ對策ニ汲々タルモノガアル。例之、一九二四年獨逸民訴法改正律令ガ、從來ノ準備手續ヲ廢止シ、「單獨判事ノ面前ニ於ケル手續」Verfahren vor dem Einzelrichter ヲ以テ之レニ代ヘタルハ、新法ト同一ナル目的ノ下ニ更ニ徹底セル方法ヲ執リタルモノニシテ、**〔註二〕** 又、英法ニ在リテハ、各判事ノ下ニ補助判事 Master ナル者數名ヲ配置シ、夙ニ此 Master ニ依ル手續ヲ以テ、法廷ニ於ケル辯論ノ多岐ニ互ルコトヲ避ケ、同時ニ其集中ヲ圖ツテ居ル。**〔註三〕** 奧民訴法ガ、口頭辯論ノ第一回期日ヲ特ニ裁判長又ハ其命ジタル部員ノ面前ニ於テ開カシムルコトモ、亦、徹底セザル嫌ヒハアルガ、同ジク辯論集中ノ一策デアル。**〔註四〕**

〔註一〕 本稿九頁參照。

〔註二〕 一九二四年ノ獨逸民訴法改正律令ニ依レバ、地方裁判所手續ニ在リテハ、受訴裁判所ノ口頭辯論ニ先立ち、單獨判事ノ面前ニ於テ、事件ニ付キ辯論ヲ爲スベキモノニシテ、唯、準備ヲ必要トセザル事情アルトキニ限り、此手續ヲ省略シ得ルモノトス（三四八條）。單獨判事ハ、受訴裁判所ニ於ケル辯論ノ準備トシテ（併シナガラ自ラモ亦辯論ノ一部ヲ構成スル）、凡ベテノ事實關係並ニ爭點ヲ明確ニスベク、必要ニ應ジ自ラ證據調ヲ爲シ得ル外、尙、移送決定、請求ノ認諾、拋棄ニ基キ本案判決等、一部其判權ヲモ有スルノデアル（三

四九條)。更ニ又、此單獨判事ハ、當事者ヲシテ準備書面ノ補充若クハ説明ヲ爲サシメ、他ノ官廳ニ對シ文書ノ告知、若クハ報告ノ交付ヲ囑託シ、或ハ當事者自身ノ出頭ヲ命ズル等、裁判長ト同一ノ權限ヲ有スル(二七二條P)。此クノ如ク單獨判事ノ權限ハ、著シク合議裁判所(主ニ裁判長)ノ權限ト重複スルノテアルガ、同法ハ、其限界ニ付テ何等具體的ノ規定ヲ設クルコトナク、唯、「單獨判事ハ、成ベク受訴裁判所ニ於ケル一回ノ口頭辯論ニ依リテ完結スルコトヲ得シムル程度ニ於テ事件ヲ進捗セシムベシ」ト規定スルニ止マル(三四九條二項)。尙特ニ注意ヲ要スル點ハ、財産權上ノ請求ニ關スル訴訟ナルトキハ、當事者双方ノ一致ニ依リ、單獨判事が、受訴裁判所ニ代リテ終局判決其他ノ裁判ヲ爲シ得ルコトアル(三四九條三項)。Vgl. Rosenberg:—Lehrb. S. 330ff.; Heinsheimer:—Der Neue Zivilprozess, S. 16,ff. 菊地維大氏稿、辯論ノ準備(法學志林、二八卷、四、六、一一號連載)。

[註三] 英法ニアリテハ、Master ガ Judge ノ職務ヲ宏キ範圍ニ於テ補助シテ居ル。Master ノ地位並ニ其權限ハ、King's Bench Division ト Chancery Division トニ於テ、稍々異ナル所アルモ、要之、法廷外ニ於テ Judge ノ權限ニ屬スル事項ハ、若干ノ例外ヲ除クノ外、Master ガ之レヲ處理シ得ル。即チ Master ノ職務ハ、法廷ニ於ケル辯論ヲ本案ノ爭點ニ集中セシムルガ爲メ、ソノ準備ヲ爲スニアリテ、之レガ爲メ、當事者並ニ證人ノ呼出、證據方法ノ整理ヲ爲スノ外、尙、必要アルトキハ自ラ證據調ヲ爲シ得ベク、其他、各種訴訟上ノ申立ニ對シ裁判權ヲ有スル。C. Thwaiters, *Indermauer's Manual of Practice*, pp 25—29. 尙、Chancery Master ノ職務權限ニ付テハ、湯淺氏、英國衡平法裁判所ノ組織ト「マスター」ノ制度(法學新報三九卷四號)ニ詳細ノ説明ガアル。

[註四] 塊民訴法ニ於ケル口頭辯論ノ第一回期日ハ、本案ニ關スル攻撃、防禦ノ方法ヲ整理スル期日ニ非ズシテ、本案ニ附隨スル各種訴訟上ノ争ヒヲ明確ニスルコトヲ以テ其主眼トスル。即チ此期日ニ於テ、當事者ヨリ、無訴權、裁判所ノ管轄違、同一訴訟ノ繫屬、確定判決ノ存在等ノ訴訟上ノ抗辯ヲ提出シ、又、訴ノ變更ノ申立、訴訟費用ノ擔保ヲ求ムル申立等ノ訴訟上ノ申立ヲ爲スノテアル(二三九條)。但シ訴訟費用ノ擔保ヲ求ムル申立並ニ裁判所管

轄違ノ抗辯ヲ除ク外、此期日ニ提出セザルモ失權セヌ（五九、二四〇條）。尙訴ノ取下、和解、請求ノ拋棄並ニ認諾モ亦、此期日ニ於テ之レヲ爲シ得ル（二三七、二三九、三九四、三九五條）。以上述べタル外、本案ニ關スル攻撃、防禦ノ方法ハ、一切此期日ニ提出スルコトヲ得ヌ。

第一回期日ハ、裁判長又ハ其命シタル受命判事ノ面前ニ於テ之レヲ開ク。此期日ノ判事ハ、提出セラレタル無訴權、裁判所管轄違、同一訴訟ノ繫屬並ニ確定判決ノ存在ノ抗辯ニ就テハ、唯、之レヲ受理スルニ止マルモ、其他ノ抗辯並ニ申立ニ對シテハ、自ラ裁判スルノ權限ヲ有スル（二三九條三項、三九四條乃至三九六條）。而シテ其裁判ヲ爲スニ必要アルトキハ、此期日ニ於テ口頭辯論ヲ開キ、證據調ヲ爲シ、又、期日ノ續行ヲモ爲シ得ル（一三四、二三九條三項）。Vgl. Neumann:—Kommentar, Bd. II. S. 1010ff.

我新法ノ準備手續ハ、此等ノ制度ト其趣旨、目的ヲ同フシテ立案セラレシモノニシテ、範ヲ彼ニ採レリト看ルベキ點尠ナシトセザルモ、全體トシテ、獨自ノ方針ガ樹テラレテアル。併シナガラ後述スル所ニ依リ明カナルガ如ク、獨逸普通法訴訟ニ於ケル證據分離主義ヲ復活セルモノトモ觀察シ得ルノデアアル。尤モ新法ノ起草委員ハ、最初ヨリカ、ル徹底セル腹案ヲ有セシモノデハナク、原案ニハ、舊法ノ準備手續ヲ一般ノ訴訟ニ擴張シ、裁判所ガ相當ト認ムルトキハ準備手續ヲ命ジ得ルモノト爲シタルニ止マルモ、最終ノ改正調査委員會議ニ於テ從來ノ方針ヲ覆シ、原則トシテ口頭辯論ニ先立チ準備手續ヲ爲スコトニ改メ、確定草案トナレルモノデアアル。〔註一〕斯ク確定草案完成ノ間近ニ至リテ規定方針ヲ一變シタルガ爲メ、關係條文ノ整理ニ疎漏ノ點アリタルハ甚ダ遺憾トセザルヲ得ヌ。〔註二〕

〔註一〕 司法省藏版、前掲速記録續卷一四五頁以下參照。

草案二一三條 裁判所ハ相當ト認ムルトキハ何時ニテモ訴訟ノ全部若クハ一部又ハ或ル争點ニ付受命判事ニ依ル準備手續ヲ命ズルコトヲ得。

〔註二〕 新法二三〇條「訴ノ提起アリタルトキハ裁判長ハ口頭辯論ノ期日ヲ定メ當事者ヲ呼出スコトヲ要ス」ハ、準備手續ヲ經テ口頭辯論ヲ開クコトト改メタル以上、適當ニ修正スベカリシ規定デアル。新法一三七條並ニ一三八條ニ就テモ亦同様デアルガ、之レニハ稍々説明ヲ要スル點アルガ故ニ、夫々各條文説明ノ際ニ讓ル。

II. 準備手續ノ範圍竝ニ此手續ニ於テ明確ニスベキ事項

新法二四九條ニ曰ク「訴訟ニ付テハ、受命判事ニ依リ口頭辯論ノ準備ヲ爲スコトヲ要ス」ト。即チ新法ニ依レバ、口頭辯論ノ開始ニ先立テ、訴訟ノ全般ニ互リ準備手續ヲ爲スモノニシテ、〔註一〕 此點ニ於テ舊法ノ準備手續ト著シキ相違アルコト既ニ述ベシ所デアル。併シナガラ新法ハ、徒ラニ不必要ナル準備手續ヲ爲スコトヲ避クルガ爲メ、其但書トシテ、裁判所ガ相當ト認ムルトキハ直チニ辯論ヲ命ジ又ハ訴訟ノ一部若クハ或争點ノミニ付キ準備手續ヲ命ジ得ル旨ヲ定ムル^(新二四九條但書)。而シテ如何ナル場合ニ於テ「相當ト認ム」ルカハ、裁判所ノ自由裁量ニ屬スル事實問題ナルモ、準備手續ヲ省略又ハ制限スルコトノ當否ハ、審理ヲ待ツテ初メテ知ルベキ事柄ナルヲ以テ、結局ニ於テ、裁判所ハ、訴狀ノ記載ニ基キ見込ヲ以テ決スルノ外ナキモノデアル。〔註二〕

〔註一〕 但シ區裁判所手續ニ在リテハ準備手續ヲ行ハズ(新三五八條)。

〔註二〕 例之、單簡ナル手形金請求事件、貸金請求事件等ハ、準備手續ヲ省略シテ可ナルベキモ、之レトモ如何ナル事情が伏在スルカハ豫測シ得ヌ。去レバ折角新法ニ準備手續ノ規定ヲ設ケタル以上、素リニ其省略又ハ制限ヲ爲スコトハ、策ヲ得タルモノト考ヘヌ。

準備手續ニ於テ明確ト爲スベキ事項ハ、口頭辯論ニ至リテ顯出セラルベキ一切ノ攻撃、防禦ノ方法(廣義)デアル(新二五〇條四、五)。詳言スレバ次ノ如シ。

第一、原告(反訴原告)ノ請求並ニ之レニ對スル相手方ノ認否ノ陳述。

請求夫レ自體ガ攻撃方法ニ非ザルコト勿論ナルモ、準備手續ハ、攻撃、防禦ノ方法ヲ明確ト爲ス當然ノ順序トシテ、之レニ及バナケレバナラヌ。

第二、攻撃又ハ防禦ノ方法(證據方法ヲ含ム)並ニ之レニ對スル相手方ノ陳述。

第三、當事者ガ法廷ニ於テ爲サムトスル申立。

例之、訴却下ノ申立、事件移送ノ申立、訴訟費用ノ擔保ヲ求ムル申立等ノ如シ。此等ノ申立ヲ準備手續ニ於テ明確ト爲シ、又、準備書面ニ記載スベキハ素ヨリ至當ノコトニシテ、新法ニ此明示ヲ缺クハ、攻撃、防禦ノ方法中ニ包括セシメタルガ爲メニ外ナラヌ。〔註一〕

〔註一〕 司法省藏版、前掲速記録中、松岡委員説明(五〇〇頁)參照。

準備手續ニ於テハ、此等ノ事項ヲ明確ト爲スノデアルガ、我新法ニ依ル準備手續ハ、辯論ノ準備ニシテ其一部ヲ爲スモノニ

非ザルヲ以テ、〔註一〕當事者ガ此手續ニ於テ攻撃、防禦ノ方法ヲ提出スルコトハ、更ニ改メテ口頭辯論ニ於テ訴訟資料ヲ提出スベキ準備タルニ止マル。從ツテ詳細ニ互ル事實關係並ニ法律關係ノ主張ノ如キハ、孰レモ辯論ノ内容トシテ、將來ノ口頭辯論ニ之レヲ讓ルベク、準備手續ニ在リテハ、唯、當事者ノ主張ノ要領ト、争點ノ那邊ニ在リヤヲ明確ニスレバ足ル。而シテ證據方法ハ、其明確トセラレシ争點ニ關シ、當事者双方ヨリ具體的ナル各個ノ證據方法ヲ申出ヅルコトヲ必要トシ、唯、立證責任ノ所在ヲ確メ、若クハ口頭辯論ニ於テ適當ナル證據方法ヲ提出スベキ旨ノ陳述ヲ爲スノミニテハ不充分デアル。

〔註一〕 反之、獨乙民訴法改正律令ニ依ル「單獨判事ノ面前ニ於ケル手續」ハ、當該訴訟ノ辯論ノ一部ヲ爲スモノニシテ、當事者ガ此手續ニ於テ提出シタル訴訟資料ハ、合議裁判所ニ於ケル口頭辯論ニ於テ聚集セラレシ訴訟資料ト共ニ、當然、判決ノ基本トナル。

新法ハ、訴訟ニ付キ準備手續ヲ爲スベキ旨ヲ規定スルガ故ニ(新二四九條)、準備手續ニ於テ明確ニセラルベキ事項ハ、獨リ本案ニ關スル事項ノミニ止マラズ、訴訟上ノ事項ニモ亦及ブノデアル。〔註一〕 例之、訴訟要件ノ存否、訴訟代理權ノ有無等ニ關スル争ノ如シ。但シ特ニ裁判所ガ、訴訟ノ一部又ハ或ル争點ノミニ付キ準備手續ヲ命ジタルトキハ、其範圍ニ於テ此等事項ヲ明確ニスベキハ勿論デアル。

〔註一〕 此點ハ、獨民訴法改正律令ニ依ル單獨判事ノ面前ニ於ケル手續ト同シ。然ルニ奧民訴法ニ於ケル口頭辯論ノ第一回期日ハ、全然、本案ニ關スル攻撃

防禦ノ方法ニ觸レズシテ、本案ニ附隨スル各種訴訟上ノ争ヒテ明確ト爲スモ
トヲ以テ其主眼トスル。本節 I. (一八九頁) 註四參照。

III. 準備手續ノ施行

適法ニ訴ノ提起アリタルトキハ、受訴裁判所ノ決定ニ依リ直
チニ口頭辯論ヲ開ク場合ノ外、裁判長ハ、準備手續ノ爲メ受命
判事ヲ指定スベク(新^{一三〇}、_{二四九}條)、而シテ指定セラレタル判事ニ於
テ準備期日ヲ定ムル(新^{一五二}、_{二條}項)。^[註一] 即チ新法ニ依レバ、準備手
續ハ、口頭辯論ニ先立チ、當然開始セラル、モノニシテ、舊法
ニ於ケルガ如ク特ニ其開始ノ決定ヲ必要トセヌ。否、反ツテ受
訴裁判所ハ、準備手續ヲ省略シ、又ハ訴訟ノ一部若クハ或争點
ノミニ付キ準備手續ヲ命ズル場合ニ於テ、其旨ノ決定ヲ爲サナ
ケレバナラス。

^[註一] 此順序ヲ以テ常態ト爲スガ故ニ、新^{二三〇}條ノ規定ハ、謬マレルニハ
非ザルモ、當テ得テ居ラス。是レハ準備手續ニ關スル方針ノ變更ニ伴フ條文
整理ノ疎漏ニ歸スベキコト既述ノ如クデアル。本節 I. (一九一頁) ^[註二]
參照。

準備手續ニ於テ明確ニセラルベキ事項ハ、前段ニ述ブル如ク、
口頭辯論ニ於テ顯出セラルベキ一切ノ攻撃、防禦ノ方法デアル。
而シテ此等事項ハ、當事者ガ、準備期日ニ於テ口頭ヲ以テ陳述
シ、之レヲ調書ニ作成スルノデアルガ(新^{二五〇}、_{一條}項)。^[註一] 新法ハ、
特ニ受命判事ガ當事者ニ對シ準備書面ノ提出ヲ命ジ得ル旨ヲ規
定スル(新^{二五}、_{二條})。故ニ此命アリタルトキニ限り、當事者ハ、準備
手續ニ於テ陳述スベキ事項ニ付キ準備書面ヲ提出シ得ベク、

〔註二〕 此準備書面ニ對シテハ、口頭辯論ノ準備書面ニ關スル二四三條ガ準用セラレル。

〔註一〕 新二六條、二三六條等ハ、準備手續ニ付キ特ニ當事者ノ「申述」ト云ヒ、口頭辯論ニ於ケルト其用語ヲ區別シナナガラ、新二五〇條ニハ「陳述」ナル用語ニ據ツテ居ル。些細ノコトナガラ新法ニ於ケル用語不統一ノ一端デアル。

〔註二〕 新二五二條ノ反面解釋トシテ、受命判事ノ命令ナキトキハ、準備手續ニ付キ準備書面ヲ提出シ得ザルモノト考ヘル。條文解釋ノ如何ハ之レヲ別トスルモ、カカル制限ヲ附スルコトヲ以テ、準備手續ノ性質上妥當ナリト信ズル。

準備書面ヲ提出シタル場合ト雖モ、當事者ハ、準備期日ニ於テ其準備書面ニ基キ陳述ヲ爲ス必要アルコト勿論デアル。併シナガラ新法ハ、特ニ受命判事ガ相當ト認ムルトキハ、準備書面ヲ以テ、陳述並ニ調書ニ代フルコトヲ許シタ(新二五〇條二項)。此規定ハ、新法ノ新タニ設クル所ニカ、リ、結局、新法ニ在リテハ、準備手續ニ於ケル當事者ノ陳述ヲ明確ニスル方法トシテ、調書ト準備書面トガ併用セラレルノデアル。

準備手續ヲ指揮スル受命判事ハ、此等ノ調書並ニ準備書面ヲ適當ニ利用スルコトニ依リ、當事者ノ主張スル攻撃、防禦ノ方法ヲ整理シ、其争點ヲ明確ナラシメ、以テ辯論ノ準備ヲ圖ルノデアル。而シテ我新法ハ、準備手續ヲシテ全ク辯論ノ内容ニ觸レシメザルコト舊法ノ轍ニ遵フヲ以テ、〔註一〕 受命判事ニハ、申出ノ證據ヲ取調ブルノ權ナク、〔註二〕 又、如何ナル事項ニ對シテモ自ラ裁判スルコトヲ得ヌ。即チ凡ベテ證據調ト裁判トハ、

受訴裁判所ノ任務トシテ残サレル。併シナガ之レガ爲メ口頭辯論ノ開始ヲ待ツコトハ、屢々、ソノ時機ヲ失シ、若クハ準備手續ノ進行ヲ不可能ナラシムル虞レアルガ故ニ、口頭辯論ヲ經ルコトヲ要セザル事項ニ付テハ、準備手續ノ進行中ト雖モ、受訴裁判所ニ於テ裁判シ得ルモノト做サナケレバナラス。例之、訴訟費用ノ擔保ヲ求ムル申立ニ對スル裁判^(新^{一〇}七條)、訴ノ變更ヲ許サル裁判^(新^{二三}三條)ノ如シ。

〔註一〕 新法ニ在リテハ準備手續ノ範圍著シク擴大セラレタルモ、畢ニ此點ニ於テ舊法ヨリ蟬脱シ能ハザリシ結果トシテ、餘リ大ナル實効ヲ期待シ得ザルコト、ナツタ。本節 VI. (二一〇頁以下) 參照。

獨民訴訟法改正律令ニ依ル單獨判事ノ面前ニ於ケル手續、並ニ塊民訴訟ニ依ル口頭辯論ノ第一同期日ニ在リテハ、孰レモ其手續ヲ指揮スル判事ニ一部裁判權ガ與ヘラレ、又、必要ナル證據調ヲ爲スコトヲモ許サレル。就中、獨改正律令ノ如キハ、財産權上ノ請求ニ關スル訴訟ニ付テハ、當事者双方ノ一致ニ依リ、單獨判事が受訴裁判所ニ代リテ終局判決其ノ他ノ裁判ヲ爲スコトヲ許シテ居ル。本節 I (一八八頁) 〔註二〕 參照

〔註二〕 尤モ受命判事ハ、新^{一三一}一條一項第四、五ニ依リ、檢證又ハ鑑定ヲ命ジ、若クハ必要ナル調査ヲ囑託シ得ルモ(新^{二五六}六條)、此等處分ハ、訴訟關係ヲ明瞭ナラシムルガ爲メニ必要ナル場合ニ限ラレル。

準備手續ニハ、口頭辯論ニ關スル規定ガ準用セラレ、從ツテ其進行ハ、大體ニ於テ口頭辯論ノ夫レニ準ズル。準用條文ハ、新^{二五六}六條ニ列舉セラル、新^{一二六}六條乃至^{一二九}九條、^{一三一}一一條、^{一三三}三條乃至^{一四一}四一條及ビ^{二三八}八條ノ外、尙、準備手續ハ受命判事ニ依ル審問手續ナルヲ以テ、新^{一四九}九條ニ依リ、新^{一四二}二條乃至^{一四八}八條モ亦準用セラレル。

此等準用條文ニ關スル説明ハ、之レヲ口頭辯論ノ章ニ讓ルモ、要之、受命判事ハ準備手續ヲ指揮シ、必要ナル釋明ヲ爲シ得ルノ外^(一二六條乃至一二八條)、尙、口頭辯論ニ在リテハ裁判所ニ屬スベキ訴訟指揮權ヲモ有シ^(新一一一條乃至一一三五條)、且ツ何時ト雖モ和解ヲ試ミ得ル^(新一一三條)。受命判事ノ命又ハ所置ニ對スル當事者ノ異議ハ、受訴裁判所ニ於テ決定ヲ以テ裁判スル^(新一一二條)。攻撃、防禦ノ方法ハ、準備手續ノ終結ニ至ル迄ノ間自由ニ提出シ得ルヲ以テ原則トシ^(新一一三條)、故意又ハ重大ナル過失ニ依リ時機ニ後レテ提出シタル場合ニハ、却下セラル、コトガアル^(新一一三條)。當事者ガ、相手方ノ主張事實ヲ明白ニ争ハザルトキハ自白シタルモノト看做サレ^(新一一四條)、又、訴訟手續ニ關スル規定違背ニ對シ、遲滞ナク異議ヲ述べザルトキハ、即チ、責問權ヲ拋棄シタルモノト看做サレル^(新一一四條)。準備手續ニ於テハ、裁判所書記期日毎ニ調書ヲ作成スル^(新一一四二條)。尙、當事者ガ期日ニ出頭セザル場合ニ付キ、新一一三八條並ニ新二三八條ヲ準用スルモ、是レハ、當事者ノ懈怠ニ付テノ説明ニ讓ル。

準備手續ハ、口頭辯論ノ開始後ニ於テモ、尙、受訴裁判所ガ其開始ヲ命ジ得ルカ。此點ニ關シ、新二四九條ノ規定ハ曖昧ニシテ解釋ノ根據ト爲スニ足ラザルモ、要之、新法ノ準備手續ハ、舊法ノ夫レト同ジク辯論準備ノ手續ニ外ナラザルヲ以テ、假令、口頭辯論ノ開始後ト雖モ、同條但書ニ依リ、範圍ヲ限定シテ準備手續ヲ命ジ得ルハ勿論、嚮ニ準備手續ヲ省略シタル場合ニハ、

更ニ改メテ訴訟ノ全部ニ付キ準備手續ヲ命ジテ敢ヘテ妨ゲナキモノト考ヘル。

區裁判所ノ訴訟手續ニハ、準備手續ニ關スル規定ノ適用ナキコトハ、新舊法共ニ同ジ(新三五八條)(舊三八〇條)。蓋シ準備手續ハ、合議裁判所ニ於ケル辯論準備ノ手續ナルガ故デアル。「註一」尤モ墮民訴法ハ、準備手續ニ代ヘ、「當事者ガ辯護士ヲ代理人ト爲シタル場合ニハ、準備書面ノ交換ヲ命ジ、若クハ口頭辯論準備ノ爲メ當事者ヲ審問シテ調書ヲ作成シ得」ル旨ヲ定ムル(舊四四〇條)(三項)。參考トスベキ立法例デアル。

〔註一〕 此故ヲ以テ、一九二四年ノ獨改正律令ニハ、單獨判事ノ面前ニ於ケル手續ノ規定ヲ區裁判所ノ訴訟手續ニ適用セザル旨ノ規定ヲ缺クモ、ソノ適用ナキコトニ演說ガ一致シテ居ル。Vgl. Goldschmidt:—Die Neue Z. P. zu § 507. (S. 153)。

尙、墮民訴法ノ第一同期日ハ、區裁判所ノ訴訟手續ニ在リテモ、合議裁判所ニ於ケルト同様ニ之レヲ開キ得ルノデアルガ(同四四〇條一項但書)、準備手續トハ其性質ヲ異ニスルガ故ニ、同一ニ論ズルコトハ出來ヌ。

反之、控訴審ニ於ケル訴訟手續ニハ、準備手續ニ關スル規定ノ準用アルヲ以テ(新三七條)、控訴ノ提起アルトキハ、口頭辯論ノ開始ニ先立チ、當然、受命判事ニ依リテ準備手續ヲ爲サナケレバナラス。「註一」但シ第一審ニ於テ爲シタル準備手續ハ、控訴審ニ於テモ其效力ヲ有スルガ故ニ(新三八條)、控訴審ノ準備手續ハ、第一審ニ現ハレザリシ攻撃、防禦ノ方法(證據方法ヲ含ム)ヲ整理スレバ足ル。「註二」尙、控訴裁判所ガ相當ト認ムルトキハ、準備

手續ヲ省略シテ辯論ヲ命ジ、又、口頭辯論ノ開始前若クハ後ニ於テ、訴訟ノ一部若クハ或ル争點ノミニ付キ準備手續ヲ命ジ得ルコト勿論デアル。併シナガラ上告審ニ於テハ、控訴審ト異ナリ準備手續ヲ開クベキモノニ非ズト考ヘル。蓋シ上告審ハ法律審ニシテ、準備手續ニ依リテ訴訟資料ヲ整理スル必要ナキガ故デアル。〔註三〕

〔註一〕 然ルニ一部ノ意見トシテ、控訴審ノ辯論ハ、第一審辯論ノ續行ナルヲ以テ、第一審ト異ナリ、控訴ノ提起ニ因リ、當然準備手續ヲ開クベキモノニ非ズ、唯、控訴裁判所ガ相當ト認メタルトキニ限り、新二四九條但書ニ依リ、特ニ準備手續ヲ命ズベキモノナリトノ主張ヲ聽ク。併シナガラ控訴審ノ辯論ガ第一審辯論ノ續行ナリトハ、訴訟理論トシテ概念的觀察ニシテ、具體的ニハ控訴裁判所ニ於テ新タニ辯論ガ開カルルモノニシテ、唯、第一審辯論ノ結果ガ、控訴審ニ提出セラレタルモノト看做スニ過ギヌ。然ラバ控訴審辯論ノ開始ニ先立ち、第一審ニ於ケルト同ジク準備手續ヲ爲スコトハ、理論上之レヲ否定スベキニ非ズ、況ンヤ條文ノ準用アルニ於テオヤ、要ハ、其必要ノ有無ニシテ、概念的觀察ノ結果ヲ以テ、具體的ナル準備手續ヲ律セムトスルハ、根本ニ於テ謬マレリトスル。

余ハ準備手續ヲ設クル以上、控訴審ニ於テモ準備手續ヲ經テ口頭辯論ヲ開クコトヲ以テ合目的ナリト信ズル。何トナレバ、當事者ガ、準備手續並ニ第一審辯論ニ現ハレザル新タナル攻撃、防禦ノ方法（證據方法ヲ含ム）ヲ、初メテ控訴審ニ於テ提出セムトスルコト蓋シ稀ナラザルベク、又、時トシテ第一審ノ準備手續不完全ニシテ、控訴審ニ於テ現ハルベキ攻撃、防禦ノ方法ヲ充分ニ包括シ得ザルコトモアリ得ル。實ニ、控訴審ノ準備手續ハ、カ、ル攻撃、防禦ノ方法ヲ整理スベク必要ナルモノニシテ、若シ控訴審ニシテ、準備手續ヲ經ズシテ直チニ口頭辯論ヲ爲スベキモノトセバ、準備手續ヲ經ザル訴訟資料ガ辯論ニ現ハル、機會ヲ増加シ、折角、準備手續ナル制度ヲ設ケタル趣旨ニ反スルコト、ナル。或ハ控訴審ニ於テ再ビ訴訟ノ全部ニ亙ル準備手續

ヲ爲ストキハ、第一審ノ準備手續ト重複ヲ來シ、殆ンド聚集スベカラザル混亂ニ陥ル虞レアリトノ批難アラムモ、本文ニ述ブルガ如ク、第一審ニ於テ爲シタル準備手續ハ、控訴審ニ於テモ其效力ナ有シ(新三八〇條)、控訴審ノ準備手續ハ、第一審ニ現ハレザリシ新々ナル攻撃、防禦ノ方法ヲ整理スルニ止マルヲ以テ、特ニ混亂ニ陥ラシムル虞レアリトハ考ヘラレヌ。

一九二四年ノ獨乙改正律令ニ依レバ、單獨判事ノ面前ニ於ケル手續ノ規定ハ、若干ノ留保ノ下ニ控訴審ニ準用セラレ、學說モ亦之レヲ是認スルモノノ如クテアル(同五二三條並ニ同條 A)。Vgl. Heinsheimer: — Der Neue Zivilproze s. S. 27.

〔註二〕 本文ニ述ブルガ如ク、第一審ノ準備手續ハ、控訴審ニ於テモ其效力ナ有スルガ故ニ(新三八〇條)、當事者ガ控訴審ノ準備手續ニ於テ主張シタル攻撃、防禦ノ方法ハ、素ヨリ新二五五條ノ適用ヲ受クル。併シナガラ我新法ニ依レバ、準備手續ヲ指揮スル受命判事ニハ、カ、ル事項ノ裁判權ナキヲ以テ、ソノ審理並ニ裁判ハ、凡ベテ口頭辯論ニ讓ラレル。從ツテ準備手續ニ於テ提出シタル攻撃、防禦ノ方法ガ、口頭辯論ニ於テ其主張ヲ許サレザルコトガアリ得ル。

〔註三〕 一九二四年ノ獨乙改正律令ハ、此點ノ疑義ヲ避クルガ爲メ、單獨判事ノ面前ニ於ケル手續ノ規定ハ、上告審ニソノ適用ナキ旨ヲ明カニシテ居ル(同五五七條 A)。

IV. 準備手續ニ於ケル當事者ノ懈怠

準備手續ハ、當事者双方ガ期日ニ出頭スルニ依リテ進行シ、必要アルトキハ其期日ヲ續行シ、又、準備書面ノ提出ヲ命ズベク、而シテ訴訟ガ受訴裁判所ノ辯論ニ熟スルニ至リテ終結スルノデアアル。然ルニ當事者ガ準備手續ヲ懈怠シタルトキ、即チ期日ニ出頭セズ(又ハ辯論ヲ爲サズシテ退廷シ)、若クハ又、命ゼラレタリシ準備書面ヲ適當ノ期間内ニ提出セザルガ如キ場合ニ

ハ、圓滑ナル準備手續ノ進行ガ不可能トナル。此等ノ場合ニ付キ、新法ハ、口頭辯論ノ規定ヲ準用シテ其對策ヲ講ジテ居ル。即チ次ノ如シ。

先ヅ當事者双方ガ準備期日ニ出頭セザル場合ニ付キ、新法ハ口頭辯論期日ニ關スル新二三八條ヲ準用スルガ故ニ^(新二五)_(六條)、其後三月内ニ當事者ノ双方又ハ一方ヨリ期日指定ノ申立ヲ爲サザルトキハ、訴ノ取下アリタルモノト看做サレル。我舊法並ニ獨民訴法^(一九二四改)_(正律令以前)ニハ、此準用規定ヲ缺キ疑義ノ餘地ヲ存シタノデアアルガ、新法ニ於テ其準用ヲ明カト爲シタノデアアル。尙、新二五三條ニ依リ、受命判事ハ、當事者双方缺席ノ儘、準備手續ヲ終結スルコトモ亦可能ト考ヘラレル。〔註一〕

〔註一〕 司法省民事局編輯、民事裁判長會同協議錄(昭和四年九月發行)三三頁參照。

次ニ當事者ノ一方ガ準備期日ニ出頭セザルトキハ、新一三八條ノ準用ニ依リ^(新二五)_(六條)、其者ノ提出シタル訴狀、答辯書其他ノ準備書面ニ記載シタル事項ハ、其期日ニ於テ陳述セラレタルモノト看做シ、出頭セル當事者ヲシテ陳述ヲ爲サシムルコトヲ得。〔註一〕 此場合、出頭セル當事者ハ、自由ニ攻撃、防禦ノ方法(證據方法ヲ含ム)ヲ提出シ得ルモノニシテ、準備手續ニハ新二四七條ノ準用ナキヲ以テ、口頭辯論ニ於ケルガ如ク、同條ニ依ル制肘ヲ蒙ラヌ。尙、新法ニ依レバ、受命判事ハ、出頭セル當事

者ニ陳述ヲ爲サシメズシテ期日ヲ延期スルコトモ可能ナノデア
ル(新二三八條「得」)。

〔註一〕 斯ク當事者一方ノ不出頭ノ儘準備手續ヲ進行スルコトハ、舊法ノ規定
ヲ踏襲シタノデアアルガ(舊二六九條)、新法ハ、此場合本文ニ述ブルガ如ク、
職權ニ依ル期日ノ延期ヲ認ムルト同時ニ、出頭セル當事者ニ陳述ヲ爲サシム
ル場合ニハ、不出頭ノ當事者ガ既ニ提出シタル訴狀、答辯書其他ノ準備書面
ニ記載シタル事項ハ、其期日ニ於テ之レヲ陳述シタルモノト看做シ、以テ舊
法ニ比シ不出頭ノ當事者ノ利益ヲ保護シテ居ル。

斯ク當事者一方ノ不出頭ニ依リ、出頭セル當事者ノミニ陳述
ヲ爲サシメタル場合、舊法ニ依レバ、更ニ新期日ヲ定メ不出頭
ノ當事者ヲ呼出スノデアアルガ(舊二六九條一項)、新法ハ、尙、新期日ヲ
定メズシテ其儘準備手續ヲ終結スルコトヲモ許シ、ソノ孰レヲ
執ルベキカヲ受命判事ノ自由ナル判斷ニ委スル(新二五一、二五三條)。〔註一〕
而シテ新期日ヲ定メ當事者双方ヲ呼出ス場合ニハ、出頭セザリ
シ當事者ニ對シ、其期日ノ調書ノ謄本ヲ送附スベキコト舊法ト
同シ(新二五一條)。併シナガラ新期日ニ再ビ出頭セザル場合ニ付キ、
新法ニハ別段ノ規定ナキヲ以テ、必ズシモ舊法ニ於ケルガ如ク、
之レニ依リ準備手續ガ終結セラル、モノトハ限ラヌ(舊二六九條二項)。

〔註一〕 新二五三條ニハ「當事者ガ期日ニ出頭セズ」トアリ。當事者双方が出
頭セザルトキニモ適用アルガ如ク見ユル。併シナガラ此場合ニハ新二三八條
ガ準用セラルルガ故ニ、本條ノ適用ハ、當事者一方ノ不出頭ノ場合ニ限ラレ
ルトモ解シ得ル。新法施行準備ノ爲メ召集セラレタル全國民事裁判長會議ハ
準備期日ニ當事者ノ双方ガ缺席シタル場合、受命判事ハ、其儘準備手續ヲ終
結シ得ル旨ヲ決議シテ居ル。

序テナガラ新二五一條ニハ「當事者ノ一方ガ期日ニ出頭セザルトキ」トア

アル。然ルニ之レト同シ事柄ヲ規定スルニ當リ、新二三八條ニハ更ニ「又ハ出頭スルモ本案ノ辯論ヲ爲サザルトキハ」ト、又、新二三八條ニハ「又ハ辯論ヲ爲サズシテ退廷シタル場合ニ於テ」ト駄目押シガ附加シテアル。カカル駄目押シガ彼ニ必要ナリトシテ、何故ニ此ニ省キタルカ。新法ノ用語不洗練ガ、此處ニモ亦、如實ニ示サレテ居ル。

尙、新法ニ依レバ、受命判事ノ定メタル期間内ニ準備書面ヲ提出セザル場合ニモ、準備手續ヲ終結シ得ル<sup>(新二五〇
三條)</sup>。併シナガラ別ニ準備期日ガ定メラレタルトキハ、準備書面ノ不提出ノミニ依リ直チニ準備手續ヲ終結シ得ザルハ勿論ノコトナルベク、從ツテ準備期日ニ於ケル當事者ノ陳述ニ代ヘ、準備書面ノ提出ヲ命ジタル場合ニ限り<sup>(新二五〇
條二項)</sup>、其不提出ヲ理由トシテ準備手續ヲ終結シ得ルノデアアル。

V. 準備手續ト口頭辯論トノ關係

準備手續ヲ終結シタルトキハ、口頭辯論ヲ開ク。但シ準備期日ニ於テ、當事者ガ和解又ハ請求ノ拋棄若クハ認諾ヲ爲シタルトキハ、之レヲ調書ニ記載スベク、而シテ其記載ハ確定判決ト同一ノ效力ヲ有スルヲ以テ<sup>(新二四四條一項
第一、二〇三條)</sup>、畢ニ口頭辯論ノ段階ニ至ラズシテ訴訟ノ終結トナル。又、準備手續ノ進行中、訴ノ取下アリタルトキハ、之レニ依リ訴訟ノ終了スルコト勿論デアアル。

口頭辯論ニ於テ、當事者ハ、先ヅ準備手續ノ結果ヲ陳述シナケレバナラヌ<sup>(新二五
四條)</sup>。此陳述ニ依リ、當事者ガ準備手續ニ於テ提出シタル攻撃、防禦ノ方法並ニ之レニ對スル相手方ノ陳述ガ受訴裁判所ノ面前ニ顯出セラレ、訴訟資料トナルノデアアル。〔註一〕

此規定ハ、舊法ニモ存シ(舊二七條一項)、畢竟スルニ、新法一八六條二項、舊法二一六條二項ト同様、現代民事訴訟ノ表看板タル直接主義、口頭主義ヲ表面上支持セムトスル形式的規定ニ過ギヌ。從ツテ其概念的批判ハ無益ノ事柄ニ屬スルモ、當事者ノ一方ガ最初ニ爲スベキ口頭辯論ノ期日ニ缺席シタル場合ニ付キ、新法ノ規定ニ缺陷アルコトハ、之レヲ見逃シ能ハヌ。〔註二〕

〔註一〕 從ツテ準備期日ニ於テ自白シタル事實ハ、口頭辯論ニ於テ之レヲ争フコトヲ得ズ、又、準備手續ニ於テ申出タル證據ヲ、再ビ口頭辯論ニ於テ申出ヅル必要ナカラシムル。

〔註二〕 當事者ノ一方ガ最初ニ爲スベキ口頭辯論ノ期日ニ出頭セザル場合、其者ガ準備手續ニ於テ主張シタル攻撃、防禦ノ方法ハ、如何ニシテ口頭辯論ニ顯出セラルルカ。新一三八條ニ依リ不出頭ノ當事者ガ陳述シタルモノト看做サルル事項ハ、其者ノ提出シタル訴狀、答辯書其他ノ準備書面ニ記載セラレタルモノニ限ラル、ナ以テ、準備手續ニ於テ初メテ之レヲ主張シ、調書ニ記載セラレタル事項ガ、同條ニ依リ口頭辯論ニ顯出セラレザルコト明白デアル。或ハ出頭セル當事者ノ陳述ニ依リ、不出頭ノ當事者ガ準備手續ニ於テ主張シタル攻撃、防禦ノ方法モ亦口頭辯論ニ顯出セラルト云フ者アラムモ、窮餘ノ見解タルヲ免レヌ。要之、當事者ノ一方ガ、最初ニ爲スベキ口頭辯論ノ期日ニ缺席シタル場合ニハ、準備書面ニ記載セラレタル事項ト同シク、準備手續調書ニ記載セラレタル事項モ亦、其者ノ陳述シタルモノト看做ス必要アルコト當然ニシテ、其間ニ區別ヲ設クル理由ガナイ。然ルニモ拘ラズ、新一三八條ニ之レヲ脱漏シタルハ、既述ノ如ク新法起草ニ際シ、準備手續ニ關スル基本方針ノ變更ニ伴ヒ、關係條文ヲ整理スルコトノ疎漏ナリシ一例デアル。即チ改正原案ニ依レバ、準備手續ハ、裁判所ノ決定ニ依リ之レヲ開クモノナレバ、準備手續ト新一三八條トハ何等ノ交渉ナカリシモ、確定草案ニ在リテハ、準備手續ヲ經テ口頭辯論ヲ開クベキモノト改メタルヲ以テ、之レニ違ヒ、新一三八條ニモ相當ノ考慮ヲ爲スベカリシニモ拘ラズ、全然之レニ觸レナカツ

タノデアル。(本節 I. 一九一頁参照)。

カ、ル事情ヲ別トシテ、實際問題トシテハ、解釋ノ末節ニ拘泥セズ、不出頭ノ當事者ガ準備手續ニ於テ主張シタル攻撃、防禦ノ方法モ亦、判決ノ基本タルベキ訴訟資料ト爲サナケレバナラヌ。斯ク考フルナラバ、例之井上氏ノ如ク、前述、出頭セル當事者ノ陳述ニ依リ、準備手續ノ結果ガ訴訟資料トナルト云フ解釋モ亦一方法デアル。井上直三郎氏、新民事訴訟法雜題(法學論叢二二卷四號)参照。

四ニ、舊法ニ依レバ、當事者ノ一方ガ口頭辯論期日ニ缺席スルトキハ、出頭セル當事者ノ陳述ニ基キ缺席判決ヲ爲スベキヲ以テ、カカル問題ヲ生ズル餘地ガナイ(舊二四六條以下)。

準備手續ハ、口頭辯論ノ準備ヲ以テ終始スルガ故ニ、其結果ノ陳述ハ、受訴裁判所ニ對シ、當事者ノ爲スベキ口頭辯論ノ輪廓ヲ示スモノニ外ナラヌ。從ツテ當事者ハ、此陳述ヲ基礎トシテ更ニ詳細ナル事實上並ニ法律上ノ陳述ヲ爲スベク、其陳述ハ別段ノ規定ナキ限り、口頭辯論ノ終結ニ至ル迄自由ニ之レヲ爲シ得ルノデアル(新^{一三}七條)。併シナガラ新法ハ、準備手續ヲシテ實績ヲ擧ゲシムルガ爲メ、舊法ト同ジク所謂失權主義ヲ執リタルヲ以テ(新^{二五五}條一項、^{舊二七二}條一項)、此自由ハ、準備手續ニ於テ準備セラレタル範圍ニ限界セラレル。〔註一〕即チ準備手續ノ效力トシテ、準備期日ノ調書又ハ之レニ代ルベキ準備書面(新^{二五〇}條二項)ニ記載セラレザリシ事項ハ、原則トシテ新タニ之レヲ口頭辯論ニ於テ主張スルコトヲ得ザルモノニシテ、此效力ハ控訴審ニモ亦及ブノデアル(新^{二五五}條一項、^{三八〇}條)。去レバ準備手續ニ於テ主張セザリシ事實ヲハ新タニ主張シ、又、準備手續ニ於テ爭ハザリシ相手方ノ主張事實

ヲ改メテ争フガ如キハ、第一審ノ口頭辯論ニ於テハ勿論、控訴審ニ至リテモ、尙、原則トシテ許サレヌ。證據ノ申出ガ新法二五五條一項ニ云フ「事項」ニ該當スルヤ否ヤハ、文字ノ上ヨリ觀テ頗ル問題デアルガ、同條ニ該ル舊法二七二條ニハ明カニ「證據方法」ヲ舉ゲ、且ツ、新法ノ起草者ガ之レヲ包含セシムル意ナルコト明白デアル。然ラバ用語ハ些カ妥當ヲ缺クモ、證據ノ申出モ亦同條ノ制限ヲ受クルモノトシテ、口頭辯論ニ於テハ、原則トシテ、新タナル證據ノ申出ヲ爲シ得ザルモノト解セラレル。〔註二〕

〔註一〕 新法ニ依レバ、口頭辯論ニ先立ち、當然、準備手續ヲ經ベキモノナルヲ以テ(新二四九條)、新二五五條一項ハ新一三七條ニ對シ原則規定トナル。然ルニ此一新三七條ガ、「別段ノ規定アル場合ヲ除クノ外」ト云ヒ、之レニ新二五五條ヲ包括シテ自ラ原則規定ノ如キ體裁ヲ執リタルハ、形式上ノコトナガラ目障リデアル。蓋シ準備手續ニ關スル基本方針ノ變更ニ伴ヒ、同條モ亦、新一三八條並ニ二三〇條ト共ニ適當ニ考慮スベキデアラシタ。本節I. 一九一頁〔註一〕參照。

〔註二〕 然ルニ如何ナル程度ニ於テ證據ヲ必要トスルカハ、證據調ノ進行狀況ニ依リ之レヲ判斷スベク、豫メ確定的ニ識リ得ベカラザルモノナレバ、勢ヒ當事者トシテハ、準備手續ニ於テ、アラユル證據ヲ申出テ、口頭辯論ニ至リテ受訴裁判所ノ取捨ニ委ス外ナキモノデアル(新二五九條)。從ツテ新法ノ下ニ在リテハ、準備手續ニ於テ、不必要ノ程度ニ迄、證據ノ申出ヲ爲スコトガ當事者ノ爲メ萬全ノ策トナルデアアル。

以上、失權主義ノ原則ニ對シ、之レヲ緩和スルガ爲メ、新法ハ、舊法ニ比シ宏ク例外ノ場合ヲ認ムル(新二五五條一項但書、同)。(三項、舊二七二條二項)。即チ次ニ掲グル孰レカノ場合ニ該當スルトキハ、當事者ハ、準

備手續ニ於テ主張セザリシ新タナル攻撃、防禦ノ方法ヲ口頭辯論ニ於テ提出シ得ルノデアアル。

第一、裁判所ガ職權ヲ以テ調査スベキ事項ナルトキ。

舊法ニハ特ニ此規定ヲ存セザルモ、職權調査事項ニ對シ、準備手續ニ依ル失權ノ效果ノ及バザルベキハ當然デアアル。

第二、著シク訴訟手續ヲ遲滯セシメザルトキ、又ハ重大ナル過失ナクシテ準備手續ニ於テ之レヲ提出シ能ハザリシコトヲ疏明シタルトキ。

新法ハ、此條件ヲ擇一的ニ設クルヲ以テ、ソノ孰レニ該當スルモ、新タナル攻撃、防禦ノ方法ノ提出ガ自由トナル(新一三七條)。但シ更ニ新一三九條ノ規定ニ依リ、時機ニ遅レテ提出セラレタル攻撃、防禦ノ方法トシテ却下セラル、コトアルハ、自ラ別問題デアアル。併シナガラ訴ノ變更ヲ爲スニハ、之レニ因リ著シク訴訟手續ヲ遲滯セシメザルコトヲ必要ト爲スガ故ニ(新二三條)、同時ニ此條件ヲモ滿スコト、ナル。從ツテ適法ナル訴ノ變更ハ、準備手續ニ依ル失權ノ效果ヲ受クルコトガナイ。

第三、訴狀又ハ準備手續前ニ提出シタル準備書面ニ記載シタル事項ナルトキ。

此等事項ハ、假令、準備手續ニ於テ主張セラレザリシトスルモ、訴訟記録ニ現存スルモノナレバ、準備手續ニ依ル失權ノ效果ヲ之レニ及ボス必要ナキガ故デアアル。

即チ此等第一乃至第三ノ執レカニ該當スルトキハ、當事者ハ、準備手續ニ於テ主張セザリシ事項ト雖モ、之レヲ口頭辯論ニ於テ主張シ得ル。但シ第三ノ場合ニハ問題ナシトシテ、第一、第二ノ場合ニハ、豫メ準備書面ニ依リ準備スルニ非ザレバ、相手方ノ在廷セザル期日ニ於テ其主張ヲ爲スコトヲ得ヌ(新二五五條二項、二四七條)。

VI. 批評

新法ノ準備手續ハ、沿革的ニ之レヲ觀ルナラバ、舊法ガ、計算事件、財産分別其他此ニ類スル訴訟ニ付キ定メタル準備手續ヲ擴張、修正シタルモノニ過ギヌ。此事ハ、上陳ノ如ク改正原案ニ依レバ、受訴裁判所ノ決定ヲ以テ準備手續ヲ開ク規定ナリシニ徴シ明白デアル。併シナガラ同ジク準備手續ト云フモ、新舊法ノ間ニハ、本質的ナル差異ヲ發見シ得ルモノニシテ、新法ニ依ル準備手續ノ實施ハ、從來ノ訴訟主義ニ根本的革新ヲ齎シ、其影響ノ範圍モ亦廣汎デアル。

獨乙普通法ニ觴マリ現在ニ及ブ合議主義 Kollegial Prinzipガ、徒ラニ合議裁判所ニ於ケル辯論ヲ多岐ニ互ラシムル弊アルコト爰ニ謂フ迄モナク、之レニ加フルニ、カノ裁判所ノ職權ヲ制限スル當事者辯論主義 Verhandlungsmaxime ト相待チ、從來、民訴遲延ノ最大原因トハナツタ。之レガ對策トシテ、一九二四年ノ獨民訴改正律令ハ、準備手續ニ代ヘテ「單獨判事ノ面前ニ於ケル手續」 Verfahren vor dem Einzelrichter ヲ新設シ、辯論ヲ二分シテ、重要ナル部分ノ辯論ヲ合議裁判所ニ殘シ、單

獨判事ヲシテ其準備的辯論ヲ擔任セシメ、「可成、受訴裁判所ニ於ケル一回ノ口頭辯論ニ依リ終結シ得ル程度ニ於テ事件ヲ進捗セシムル」コト、爲シタ(同三四九條二項)。之レニ對シ我新法ハ、舊法ノ準備手續ノ制度ヲ擴張シ、此準備手續ニ依リ、凡ベテ訴訟ニ付キ口頭辯論ノ準備ヲ爲ス方法ヲ執ツタノデアアル。我新法ノ準備手續ハ、或ル意味ニ於テ、獨乙普通法ノ執レル證據分離主義ノ復活ト觀察シ得ル。即チ準備手續ニ於テ主張セザリシ攻撃、防禦ノ方法ハ、口頭辯論ニ於テ其主張ヲ許サルコト、カノ證據分離主義ニ伴フ失權主義ト其羈ヲ一ニシ、唯、證據ノ申出ヲモ此手續ニ於テ爲サシムル點ニ於テ彼ト異ナルノミデアアル。

此等兩制度ハ、訴訟理論トシテ共ニ一得一失ヲ伴ヒ、從ツテ實施ノ結果ヲ比較セズシテ其優劣ヲ論ズルハ早計ノ譏リヲ免レヌ。併シナガラ概括的ニ之レヲ觀察スルナラバ、我新法ノ準備手續ハ、獨逸改正律令ノ如ク辯論ヲ二分シ、其間ニ辯論ノ錯雜ヲ來シ、且ツ直接審理ノ原則ヲ破ル虞レアルコトナキ點ニ於テ彼ニ優レルモ、他面、準備手續ハ辯論ノ一部ニ非ザルガ故ニ、其内容全ク空虛ニシテ、受訴裁判所ニ於ケル口頭辯論ハ、依然トシテ凡ベテノ争點ニ互ラザルヲ得ザル所ニ重大ナル欠陥ガ存スル。

即チ我新法ニ依レバ、準備手續ヲ指揮スル受命判事ハ、唯、當事者ノ主張スル攻撃、防禦ノ方法ヲ整理スルニ止マリ、自ラ申出ノ證據ヲ取調ブル權ナキモノニシテ、〔註一〕 唯、僅カニ訴

訟關係ヲ明瞭ナラシムルガ爲メ、新一三一條ニ列擧セラレタル處分、即チ、一、當事者本人又ハ其法定代理人ノ出頭ヲ命ズルコト。二、訴訟書類又ハ訴訟ニ於テ引用シタル文書其他ノ件ニシテ當事者ノ所持スルモノヲ提出セシムルコト。三、當事者又ハ第三者ノ提出シタル文書其他ノ物件ヲ裁判所ニ留置クコト。四、檢證ヲ爲シ又ハ鑑定ヲ命ズルコト。五、必要ナル調査ヲ囑託スルコト。ノ行爲ヲ爲シ得ルニ止マル。從ツテ當事者トシテハ、各々、將來ニ於ケル口頭辯論ノ發展ヲ豫想シ、其見込ニ遵ヒ準備手續ニ於テ攻撃、防禦ノ方法ヲ提出スル外ナキモノニシテ、勢ヒ準備ノ完璧ヲ期スレバ、不必要ナルベキ事實ヲモ陳述シ、又、重要ナラザル證據ヲモ悉ク申出ヅルコト、ナル。併シナガラ訴訟ハ活物ナリ。果シテ辯論ガ如何ナル發展ヲ遂グベキカハ豫メ逆賭シ難キヲ常トスルガ故ニ、新法ノ準備手續ハ、戰ニ先立ツ机上ノ策戰ト同様、之レニ依リ肯綮ヲ獲タル準備ヲ望ムガ如キハ、至難ノ事ニ屬スル。這般ノ事情ハ、第十九世ニ入りテ制定セラレタル大陸諸國ノ民訴法ガ、孰レモ書面審理主義ヲ廢止シタルニ伴ヒ、カノ證據分離主義ヲモ撤去シタル事實ニ想到スルナラバ、自ラ首肯シ得ルノデアル。

〔註一〕 尙、準備手續ヲ指揮スル受命判事ニハ、自ラ證據調ノ囑託ヲ爲シ(新二六二、二六四條)、又、受訴裁判所ニ於テ取調ベキ證據ヲ決定スル等ノ權限ナキコト勿論デアル。

加之、新法ニ依ル準備手續ガ、唯、辯論ノ準備ヲ爲スニ止マ

ル結果トシテ、一切ノ争點ニ關スル審理並ニ裁判ハ、盡ク口頭辯論ニ殘サレル。從ツテ獨改正律令ニ依ル「單獨判事ノ面前ニ於ケル手續」ノ如ク、此手續ニ於テ若干ノ争點ニ關スル審理若クハ裁判ヲ畢ヘ、合議裁判所ニ於ケル口頭辯論ヲ主要ナル争點並ニ證據調ニ集中スルコト不可能デアル。〔註一〕即チ新法ノ準備手續ハ、之レニ依リ全體トシテ舊法ニ比シ辯論ノ集中ヲ來シ得ベシトスルモ、依然トシテ、合議裁判所ニ於ケル口頭辯論ノ多岐ニ互ル弊ヲ救濟シ得ザル弱點ガアル。

〔註一〕 現行民法ノ第一回期日ハ、可及的、此期日ニ於テ訴訟上ノ各抗辯ノ審理並ニ裁判ヲ爲サシムルガ爲メニ設ケラレ、從フテ此期日ヲ設クルコトニ因リ、合議裁判所ニ於ケル口頭辯論ヲ本案ノ審理ニ集中セシムルコト、ナル。本節 I. 一八九頁〔註四〕參照。

新法ニ依ル準備手續ニハ、以上述ブルガ如キ缺陷アルニ鑑ミ、恐ラク新法ノ起草者並ニ司法當局ノ意氣込ムガ如キ大ナル效果ヲ此手續ノ實施ニ期待スルコトハ、頗ル困難ナリト考ヘル。近キ將來ニ於テ、準備手續ヲ指揮スル受命判事ニ一部ノ審理（證據調ヲ含ム）並ニ裁判權ヲ與ヘ、以テ準備手續ニ依リ、一方ニ於テハ、口頭辯論ノ準備ヲ爲スト共ニ、他方、少クトモ訴訟上ノ争ヲ準備手續ニ於テ終結セシメ得ル途ヲ設ケ、彼此相待チテ合議裁判所ニ於ケル口頭辯論ノ内容輕減ト其集中トヲ圖ル必要アリト信ズル。序デナガラ準備手續ヲ指揮スル判事ニハ、特別ナル才能ト學識、經驗トヲ必要ト爲スガ故ニ、我新法ノ如ク之レヲ受命判事（受訴裁判所ノ部員）ニ限定スルハ狹キニ失スル。

〔註一〕 須ラク獨改正律令ノ例ニ倣ヒ、準備手續ノ爲メ一部ヲ設ケテ適任ノ判事ヲ置キ、凡ベテ準備手續ハ、裁判長自ラ之レヲ指揮スルニ非ズムバ、此部ノ判事ニ囑託スルノ組織ニ改メナケレバナラス。

〔註一〕 現在、地方裁判所ノ陪席判事が、悉ク準備手續ヲ指揮スルニ鍛練ナリトハ考ヘラレヌ。未熟ノ判事ニ依リテ指揮セラレタル準備手續ハ、有害無益、寧ロ之レヲ開カザルヲ以テ優レリトスル。故ニ準備手續ノ完璧ヲ期スルナラバ、主トシテ裁判長ヲシテ其指揮ノ任ヲ執ラシムベク、然ラバ裁判長ノミ其負擔重クシテ、部内ノ事務分擔不平均トナリ、部トシテノ能率ハ、準備手續ノ爲メ、反ツテ減殺セラレルコトナル。岸博士、新民事訴訟法ノ實施ト裁判所(正義、五卷九號)參照。

尙、委細ニ檢討スルナラバ、新法ノ準備手續ニハ、數多、不滿ノ點ヲ發見シ得ベキモ、現在ノ規定ニ據レバトテ、其運用宜シキヲ得ルナラバ、素ヨリ從來ニ比シ遙カニ辯論ノ集中ヲ實現シ得ベク、牽テ訴訟ノ各方面ニ互リ效果ヲ齎スベキコト論ヲ俟タヌ。併シナガラ一度、其運用ヲ誤ラムカ、反ツテ準備手續ヲ爲シタルガ爲メニ審理ノ錯雜、遲延ヲ來シ、有害、無益ノ制度ニ畢ル危險アルモノニシテ、準備手續ヲ指揮スル受命判事ハ勿論、受訴裁判所トシテモ亦、十二分ノ用意ト覺悟トヲ以テ之レニ莅ム必要ガアル。余ハ、新法ノ準備手續ヲ實施スルニ付キ、次ノ提言ヲ爲スノデアル。

第一、準備手續ニ依リ大ナル效果ヲ期待セザルコト。

前陳ノ如ク我新法ニ依ル準備手續ハ、半バ當事者ノ豫想ノ

上ニ築カレタル準備ヲ爲スニ過ギザレバ、此手續ニ依リ遺漏ナキ準備ヲ強ユルガ如キハ不可能ニ屬スル。故ニ準備手續ヲ指揮スル判事ハ、事件ノ要領ヲ握ミ、重要ノ争點ヲ明確ニスル程度ヲ以テ満足スベク、若シ強テ微細ニ互リ當事者ノ攻撃、防禦ノ方法ヲ明確ニセムトスルナラバ、勢ヒ當事者ハ、自營上、重要ナラザル事實ヲモ切言シ、不必要ノ證據ヲモ提出セザルヲ得ヌ。此クノ如キハ、嘗ニ準備手續ニ於ケル勞力ノ濫費タルニ止マラズ、更ニ口頭辯論ニ至リテハ、過大ノ準備ノ爲メニ辯論ノ進捗ヲ妨ゲラレ、訴訟ノ簡捷ヲ目的トスル準備手續ガ、反ツテ訴訟遅延ノ因トモナルノデアル。

更ニ受訴裁判所トシテハ、準備手續ノ結果ヲ過大視シ、原則トシテ、準備手續ニ於テ主張セザリシ攻撃、防禦ノ方法ハ、口頭辯論ニ於テ其主張ヲ許サルガ如キ態度ヲ嚴ニ戒ムル必要ガアル。蓋シ準備手續ニ依リ遺漏ナキ準備ヲ期スルコト不可能ナルニモ拘ラズ、嚴ニ失權主義ヲ以テ之レニ莅ムガ如キハ、徒ラニ當事者ノ權利伸張ヲ抑壓スルニ外ナラザルガ故デアル。從ツテ前後ノ事情ヲ考察シ、新二五五條一項但書ノ活用ニ吝カデアツテハナラヌ。〔註一〕

〔註一〕 然ルニ新民訴施行ニ當リ、裁判所側ハ、新二五五條ニ依リ口頭辯論ニ於ケル新タナル攻撃、防禦ノ方法ノ提出ヲ嚴ニ制限スルノ意向ナルガ如クデアル。辯論ノ遅延ヲ防グニノミ意ニシテ、角ヲ矯ムトシテ牛ヲ殺スノ愚ヲ演ズルコトナキカヲ憂フル。

第二、準備手續ノ促進ハ、之レヲ適度ニ止メ、且ツ紊リニ其終結ヲ急ガザルコト。

當事者ガ、訴訟ニ於テ攻撃、防禦ノ方法ヲ提出スルニ當リ、先ヅ重要ノ事實ヲ陳述シ、之レニ對スル相手方ノ主張ヲ聽キテ更ニ詳細ノ事實ニ及ブコトハ、人情ノ然ラシムル所デアリ、證據ノ提出ニ付テモ亦同様デアル。去レバ舊法ノ下ニ、當事者ガ口頭辯論ニ際シ、遞次ニ訴訟資料ヲ提出シタル現象ハ、新法ニ在リテハ、其儘、準備手續ニ現ハル、モノト覺悟シナケレバナラヌ。準備手續ヲ指揮スル判事ハ、這般ノ當事者心理ヲ理解シ、交互、遞次ニ攻撃、防禦ノ方法ヲ提出セシムルヲ以テ至當トスベク、之レガ爲メ準備手續ニ相當ノ長時間ヲ要スルモ、亦、止ムヲ得ザル所ト考ヘル。〔註一〕若シ手續ノ促進ニノミ急ニシテ、充分ニ此手段ヲ竭サザルトキハ、到底、事件ノ核心ニ觸ル、コトヲ得ズ、畢ニ在リテ益ナキ程度ノ準備ニ終ラザルヲ得ヌ。

〔註一〕 去レバ新法ノ準備手續ハ、其目的、口頭辯論ノ集中ニ在リテ、屢々、唱ヘラル、ガ如ク訴訟ノ促進ニ在リト做スハ誤解デアル。加之、實際問題トシテ準備手續ニ依リ、受訴裁判所ニ於ケル口頭辯論ノ集中、從テ其促進ヲ期待シ得ルモ、別ニ舊法ニ存セザル準備手續ヲ經ベク、而シテ其準備手續ガ必ズシモ簡捷ニ終結シ得ズトセバ、準備手續ガ、訴訟全體トシテノ促進ニ幾許ノ貢獻ヲ爲シ得ルヤ頗ル疑問タラザルヲ得ヌ。

尙、以上述ブルト同一理由ニ因リ、當事者ガ期日ニ出頭セズ、又ハ受命判事ノ定メタル期間内ニ準備書面ヲ提出セザル

故ヲ以テ、輕卒ニ準備手續ヲ終結スルコトハ、嚴ニ之レヲ戒メナケレバナラス(新二五三條參照)。

第三、準備書面ノ使用ニ依リ、徒ラニ調書作成ノ勞ヲ省カザルコト。又、可成、尨大ナル準備書面ヲ提出セシメザルコト。

新法ノ規定ニ依レバ、準備手續ヲ指揮スル受命判事ハ、當事者ヲシテ準備書面ヲ提出セシメ、又、相當ト認ムルトキハ、準備書面ヲ以テ、當事者ノ陳述並ニ調書ニ代フルコトガ出來ル(新二五〇條ニ項二五二條)。即チ口頭主義ノ弊ヲ拯ハムガ爲メ書面主義ヲ加味スルコト現代訴訟制度ノ通例ニシテ、[註一]準備手續ニ在リテモ、準備書面ノ併用ハ、其方法ニシテ謬ラザルナラバ、期日ニ於ケル無用ノ勞力ヲ省キ、冗長ヲ避クルニ適切ナルコト勿論デアル。併シナガラ準備手續ハ、當事者ト懇談的ニ審理シテ、事件ノ核心ヲ握ミ、争點ノ那邊ニ在リヤヲ明確ニスルヲ以テ其主眼ト爲スコト既述ノ如ク、爲メニ特ニ受命判事ヲシテ此手續ヲ指揮セシムルノデアル。[註二]然ラバ此手續ニ在リテハ、準備書面ノ使用ハ之レヲ從トシテ、受命判事自ラ事件ノ真相ヲ捕捉シテ争點ヲ整理シ、調書ヲ作成スルノ勞ヲ惜ムデハナラス。[註三]當事者ノ陳述並ニ調書ニ代ヘ、漫然、準備書面ノ授受交換ヲ爲サシムルコトハ、從來、屢々、其實例ニ遭遇スル所ナルモ、カヽル方法ヲ以テ準備手續ノ效用ヲ擧ゲムトスルハ、木ニ縁テ魚ヲ索ムルノ類ト云ハナケレバナラス。尙、準備手續ニ在リテハ、當事者ヲシテ尨大ナル準

備書面ヲ提出セシメザル必要ガアル。蓋シ詳細ニ互ル事實上並ニ法律上ノ主張ハ口頭辯論ノ範圍ニ屬スルヲ以テ、唯、争點ノ整理ヲ目的トスル準備手續ニ於テ、尨大ナル準備書面ヲ必要トスル理ナキガ故デアアル。加之、準備手續ニ於テ尨大ナル準備書面ヲ授受、交換セシムルトキハ、準備手續ヲ口頭辯論夫レ自體ニ轉化セシメ、折角、新法ガ此手續ヲ設ケタル意義ヲ沒却シ去ルノデアアル。

〔註一〕 拙著、改正民訴法要論、二二五頁以下參照。

〔註二〕 準備手續ヲ設ケタル趣旨ニ徴シ、此手續ノ施行ハ、非訟事件ノ如ク公行セザルコトヲ條件トセザルモ(非一三條)、公開ノ法廷ニ於テ爲サルヲ至當トスル。元來、公開ノ原則ハ、訴訟ニ關スル國家政策ノ表現タルニ止マリ、民事訴訟夫レ自體トシテハ必ズシモ望マシキ原則デアハナイノデアアル。拙著、改正民訴法要論、二二八頁以下參照。

〔註三〕 斯ク云ヘバトテ、準備書面ノ使用ヲ避クベシト云フニ非ズ、受命判事ニ對シ、ソノ提出セラレシ準備書面ノ通讀、含味ヲ求ムルノデアアル。

第七章 口頭辯論

新法ハ、總則第四章第一節ニ口頭辯論ニ關スル總則規定ヲ聚集シタ。其規定スル所、若干ノ増減アルモ、〔註一〕大體ニ於テ舊法ト同ジク、且ツ舊法ノ例ニ遵ヒ、合議裁判所ニ於ケル必要的口頭辯論(判決訴訟)ヲ基準トシテ、規定ヲ設ケテアル。

〔註一〕 例之、舊一一〇、一一一、一一二、一一八條等ヲ削除シ、新タニ新一二八、一三八、一四一、一四八條等ヲ設ケ、又、新一三〇、一三六、一三九、一五一條等、舊法ニハ他所ニ存シタルモノヲ爰ニ移シタ。

第一節 手續規定

I. 總 說

新法ハ、口頭辯論ニ關スル手續規定ヲ設クルニ當リ、主トシテ裁判所並ニ裁判長ノ職權ヲ以テ其對象ト爲シ、條文ヲ以テ當事者ノ權能ヲ明カニシタルモノハ、唯、僅カニ新法一二四條四項「當事者ハ裁判長ニ對シ必要ナル發問ヲ求ムルコトヲ得」ノ一項アルノミデアル。新法ノ起草者ガ、カヽル起草方針ヲ執リタル結果トシテ、舊法一一〇條、一一一條一項等、當事者ノ訴訟行爲ニ關スル規定ハ孰レモ新法ニ於テ削除セラレ、尙、舊法一〇九條二、三項、一一二條一項等モ、亦、職權行爲ニ關セザル規定トシテ同ジク削除ノ運命ニ遭遇シタ。此等規定ハ、當然ノ

事項ヲ内容ト爲シ、存置ノ必要ナシト云フニアラムモ、爲メニ手續規定トシテ、稍、物足ラザル感アラシムル。

本節ニ於テ規定セラル裁判所並ニ裁判長ノ職權ハ、孰レモ實質的並ニ形式的訴訟指揮權ニ屬シ、其他法廷警察權等ハ、凡ベテ之レヲ裁判所構成法ニ譲リ、其規定ヲ設ケザルコト舊法ニ同ジ(裁構法一〇、六條以下)。

II. 裁判長ノ職權

口頭辯論ニ關スル裁判長ノ職權トシテ、辯論ノ指揮權ト釋明權トガアル。即チ口頭辯論ハ、裁判長之レヲ指揮スルモノニシテ、裁判長ハ、發言ヲ許シ、又ハ其命ニ從ハザル者ニ發言ヲ禁ズルコトヲ得(新一二、六條)。又、裁判長ハ、訴訟關係ヲ明瞭ナラシムル爲メ、事實上及ビ法律上ノ事項ニ關シ當事者ニ對シテ問ヲ發シ、又ハ立證ヲ促ガスコトヲ得(新一二七、一條一項)、此等規定ハ、舊法ト其趣旨ヲ同一ニスルモ(舊一〇九、一一、二條一、二項)、尙、新設ノ規定トシテ、裁判長ハ、釋明事項ヲ指示シ、當事者ヲシテ口頭辯論期日前ニ準備ヲ爲サシメ得ル(新一二、八條)。

舊法ハ、受命判事ノ指定並ニ裁判所ノ爲ス囑託ニ付キ一般的规定ヲ缺キタルモ、〔註一〕新法ハ之レガ爲メ新タニ規定ヲ設ケ、凡ベテ裁判長ノ職權ニ屬スル旨ヲ明カト爲シタ(新一三、〇條)。

〔註一〕 個々ノ場合ニ付テハ、舊法ニモ亦規定ヲ存スル。例之、舊一五五、二六七、二七八、二七九條。

陪席判事ノ釋明權並ニ當事者ノ相手方ニ對スル發問權ニ付テ

ハ新法ハ舊法ノ例ニ遵フ(舊一―二條、二、三項)。即チ陪席判事ハ、裁判長ニ告ゲテ自ラ當事者ニ對シ問ヲ發シ、立證ヲ促シ得ルモ、當事者ハ、唯、裁判長ニ對シ、必要ナル發問ヲ求メ得ルニ過ギヌ(新一二七條、二、三項)。新法ガ、證人ニ對スル當事者ノ發問ヲ認メナガラ(新二九條)、相手方トノ問ニ之レヲ許サルハ、蓋シ發問ニ因ル辯論ノ紛更ヲ避ケムトシタルニ因ル。然ラバ相手方ニ對スル直接發問ニ因リ辯論ノ紛更ヲ來ス憂ナキトキハ、裁判長ハ、適宜、之レヲ許スノ態度ニ出ヅルヲ可トスル。

III. 裁判所ノ職權

新法ガ裁判所ノ職權トシテ規定スルモノ次ノ如シ。若干ノ加除アルモ、大體ニ於テ舊法ト同ジ。

第一、訴訟關係ヲ明瞭ナラシムルガ爲メノ處分

裁判所ハ、訴訟關係ヲ明確ナラシムル爲メ、次ノ處分ヲ爲スコトヲ得(新一三條)。而シテ此等處分ハ、必要ニ應ジ、期日開始前ニ之レヲ爲シ得ルモノト解スル。

1. 當事者本人又ハ其法定代理人ノ出頭ヲ命ズルコト
2. 訴訟書類又ハ訴訟ニ於テ引用シタル文書其他ノ物件ニシテ當事者ノ所持スルモノヲ提出セシムルコト
3. 當事者又ハ第三者ノ提出シタル文書其他ノ物件ヲ裁判所ニ留置クコト
4. 檢證ヲ爲シ又ハ鑑定ヲ命ズルコト
5. 必要ナル調査ヲ囑託スルコト

以上、3並ニ5ハ新設ノ規定ナルモ、其他ハ舊法一一四條乃至一一七條ニ其規定ガアル。尙、此處分ニ因ル檢證、鑑定及ビ調査ノ囑託ニハ、證據調ニ關スル規定ヲ準用スルコト舊法ト同ジ(新三一一條二項、舊一一七條二項)。

第二、訴訟指揮權

訴訟指揮權ニ依ル裁判所ノ職權行爲トシテ、新法ノ規定スルモノ次ノ如シ。

1. 口頭辯論ノ制限、分離若クハ併合ヲ命ジ、又ハ其命ヲ取消スコト(新三一三條二條)。
2. 終結シタル口頭辯論ノ再開ヲ命ズルコト(新三一三條三條)。
3. 辯論ニ與ル者ガ日本語ニ通ゼザルトキハ、通事ヲ立會ハシメ、又、聾若クハ啞ナルトキハ、通事ヲ立會ハシメ、若クハ文字ヲ以テ問ヒ又ハ陳述ヲ爲サシムルコト(新三一三條四條)。[註一]
4. 訴訟關係ヲ明瞭ナラシムル爲メ必要ナル陳述ヲ爲スコト能ハザル當事者、代理人又ハ輔佐人ノ陳述ヲ禁ジ、辯論續行ノ新期日ヲ定ムルコト。尙、此場合、必要アリト認ムルトキハ辯護士ノ付添ヲ命ズルコト(新三一三條五條)。[註一]

[註一] 新法一三五條ニハ、舊法一二七條末項ノ如ク「辯護士ニハ本條ノ規定ヲ適用セズ」トノ明規ナキモ、第二項ニ「辯護士ノ附添ヲ命ズルコトヲ得」トアルニ徴シ、本條ガ辯護士ニ適用ナキコト明白テアル。加之、前記、舊

法一二七條末項ハ、同條二項ノ「裁判所ニ於テ辯論ヲ業トスル訴訟代理人」ニ辯護士ヲ包括セザルコトヲ明白ニシタル規定ニ過ギヌ。因ニ、新法ハ舊法一二七條二項ノ規定ヲ削除シタ。蓋シ、裁判所ニ於テ辯論ヲ業トスル者ハ、裁判所ノ自由裁量ニ依リ訴訟代理人又ハ輔佐人タルコトヲ許サザルコトヲ得ルヲ以テ(新七九、八八條)、カ、ル規定ヲ不必要ナリト做シタルニ由ル。

5. 辯論ノ指揮ニ關スル裁判長ノ命、又ハ當事者ニ對スル釋明若クハ發問ニ關スル裁判長若クハ陪席判事ノ處置ニ對シ、當事者ヨリ異議アリタル場合、其異議ニ付キ裁判ヲ爲スコト(新一二九條)。

6. 裁判所自ラ和解ヲ試ミ、又ハ受命判事若クハ受託判事ヲシテ之レヲ試ミシムルコト(新一三六條)。

以上、新法ノ定ムル裁判所ノ職權ハ、孰レモ舊法ニ其規定ガアル(舊一一三、一一八乃至一二〇、一二五乃至一二七、二二一條)ノ。尙、舊法ニ依レバ、特ニ裁判所ガ辯論ノ中止ヲ命ズベキ場合ヲ規定スルモ(舊一二二條)、此等ノ場合ニハ職權ニ依ル辯論期日ノ繰下ゲヲ以テ足ルモノト做シ、新法ニ於テ削除セラレタノデアアル。又、新法ニハ、舊法一二八條ノ規定ガ缺ケテ居ル。蓋シ秩序維持ノ爲メ辯論ノ場所ヨリ退斥セラレタル者ヲ任意退去トシテ取扱フベキハ、素ヨリ當然ナルト同時ニ、カ、ル取扱ハ、相手方ノ申立ヲ待ツベキニ非ズト云フニ在ル。

第二節 實體規定

I. 口頭辯論ト訴訟資料

訴訟ニ付キ判決ヲ爲スニハ、原則トシテ口頭辯論ニ依リ、其基本タル訴訟資料ヲ聚集シナケレバナラヌ(必要的口頭辯論)。即チ必要的口頭辯論ハ、口頭主義ヲ執ル民事訴訟制度ニ於ケル當然ノ構成ニシテ、新法モ亦、「當事者ハ訴訟ニ付キ裁判所ニ於テ口頭辯論ヲ爲スコトヲ要ス(新^{一二五}條一項)ト規定シ、此意ヲ明カト爲シテ居ル。〔註一〕但シ新法ガ、別段ノ規定アル場合ヲ特ニ留保シタルハ(新^{一二五}條三項)、後述スルガ如ク、例外トシテ書面審理ニテ判決ヲ爲スベキ場合ヲ認ムルガ故デアル(新^{一一四、二〇二、三八}條三、三九九、四〇一條)。

〔註一〕舊法一〇三條ニハ「判決裁判所ニ於ケル訴訟ニ付テノ當事者ノ辯論ハ口頭ナリトス」トアリ、同條但書ト對比スルナラバ、唯、單ニ口頭辯論ヲ原則ト爲ス規定ニ過ギザル觀アリテ、必要的口頭辯論ノ意ヲ現ハスニ、稍、足ラザル感ガアツタ。

反之、決定ヲ以テ裁判ヲ爲スベキ場合ニハ、書面審理ヲ許スコト新舊法共ニ同ジク、新法ハ、別段ノ規定ナキ限リ「決定ヲ以テ完結スベキ事件ニ付テハ裁判所口頭辯論ヲ爲スベキカ否ヲ定ム」ト規定シテ居ル(新^{一二五}條一項)但書、同三項)。此場合、口頭辯論ヲ爲ストキハ、素ヨリソノ一般規定ニ遵フベキモノナルモ、此煩ヲ避クルガ爲メ、新法ハ口頭辯論ニ依ラズシテ、當事者ヲ審訊シ得ルノ途ヲ設ケタ(新^{一二五}條二項)。

口頭辯論ノ意義ニ付テハ、新舊法共ニ何等ノ規定ヲ設ケザルモ、要之、裁判ノ基本タルベキ訴訟資料ヲ提出、聚集スルノ方法デアアル。口頭辯論ノ一般規定トシテ、新法ガ當事者ノ訴訟資料提出ニ付キ定ムル所、次ノ如シ。

第一、訴訟資料提出ノ自由^(新一三)_(七條)。

攻撃、防禦ノ方法ハ、別段ノ規定アル場合ヲ除クノ外、口頭辯論ノ終結ニ至ル迄之レヲ提出シ得ル。

此規定ハ舊法二〇九條並ニ二一四條一項ニ相當スルモノニシテ、舊法ニ依レバ、證據方法並ニ證據抗辯ヲ、所謂攻撃、防禦ノ方法ヨリ區別スルモ^(舊二一四)_(條參照)、新法ニ於テハ之レヲモ包含セシムルコト、舊法二一四條一項ニ對當スル規定ヲ缺ケルニ徴シ明白デアアル。

新法ニ依レバ、先ヅ準備手續ニ於テ當事者ノ提出スル攻撃、防禦ノ方法ヲ整理シ、口頭辯論ノ準備ヲ爲スモノニシテ、當事者ガ口頭辯論ニ至リテ、新タナル攻撃、防禦ノ方法ヲ提出スルコトハ、準備手續ノ效力トシテ新法二五五條ニ依ル制限ヲ蒙ル。故ニ新一三七條ニ依ル訴訟資料提出ノ自由ハ、當然、新二五五條ノ規定スル所ヲ以テ其限界ト爲シ、從ツテ新二五五條ハ、新一三七條ニ對スル原則規定トナル。然ルニモ拘ラズ、新一三七條ニ「別段ノ規定アル場合ヲ除ク外」ト云ヒ、之レニ第二五五條ヲ包括シテ自ラ原則規定ナルカノ如キ體裁ヲ採リタルハ、既ニ述ブルガ如ク起草者ノ不注意ニ起因スルモノ

ニシテ、〔註一〕稍、妥當ヲ缺ク嫌ヒガアル。

〔註一〕本節V. 二〇六頁〔註一〕參照。

更ニ一步ヲ進メテ考フルナラバ、本條ノ存在價值ヲ疑ハナケレバナラス。即チ本條ノ規定ハ、舊法ヲ通ジ一八七七年ノ獨民訴法二五一條一項並ニ二五六條一項(一九〇〇年ノ改正ニ依ルニ二七八條一項、二八三條一項)ニ遡リ得ルノデアルガ、素、此等規定ハ、獨乙普通法訴訟法ノ執レル同時提出主義 Eventualmaxime ヲ原則トシテ排除シタルコトヲ鮮明ナラシムルガ爲メニ特ニ設ケラレタノデアツタ。併シナガラ現在ノ民事訴訟制度トシテハ、別段ノ規定ナキ限り、當事者ガ口頭辯論ニ於テ自由ニ攻撃、防禦ノ方法ヲ提出シ得ルコト素ヨリ當然ニシテ、敢ヘテカ、ル規定ヲ待ツ必要ガナイ。況ンヤ新法ニ依レバ、準備手續ニ失權ノ效果ヲ附シタルガ爲メ、本條ヲ適用スル範圍著シク乏シキニ至レルモノナレバ、舊四一五條ヲ新法ニ削除シタルト同様、本條ヲモ削除シテ差支ヘナカリシモノト考ヘル。

第二、時機ニ遅レテ提出シタル攻撃又ハ防禦ノ方法ノ却下(新三九條一項)。

當事者ガ故意又ハ重大ナル過失ニ因リ、時機ニ遅レテ提出シタル攻撃又ハ防禦ノ方法ハ、之レガ爲メ訴訟ノ完結ヲ遅延セシムベキモノト認メタルトキハ、裁判所ハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ却下ノ決定ヲ爲シ得ル。

舊法ハ、獨民訴法ニ倣ヒ、時機ニ遅レテ提出シタル訴訟資

料ノ却下ヲ被告ノ防禦方法ニ限定シ、且ツ原告ノ申立アルコトヲ條件ト爲シタ(舊二一〇條、二一四條二項)。併シナガラ訴訟遷延ノ制裁ヲ獨リ被告ニノミ課スルハ當事者同等ノ原則ニ背反スルモノト云フベク、且ツ又、其制裁ヲ相手方ノ申立ニ懸ラシムルコトハ、全く意義ナキコトデアル。去レバ新法ハ、此規定ヲ原告ノ攻撃方法ニ及ボスト同時ニ、相手方ノ申立ナシト雖モ職權ヲ以テ却下ノ決定ヲ爲シ得ルモノト改メタノデアル。一九二四年ノ獨逸民訴改正律令モ亦、新法ト同一趣旨ノ下ニ關係條文ニ修正ヲ施シテ居ル。^[註一]

[註一] 一九二四年ノ改正律令以前ノ獨逸民訴法ニハ、同二七九條ニ我舊法二一〇條ニ該ル規定ヲ置キタルモ、時機ニ遅レテ提出セラレタル證據方法及ビ證據抗辯ヲ却下スル我舊法二一四條二項ノ規定ヲ存シナカツタ。然ルニ一九二四年ノ改正律令ハ、前記二七九條ヲ修正シテ原告ノ攻撃方法ニ及ボスト同時ニ、相手方ノ申立ヲ必要ナラザルモノト爲シ、更ニ此規定ヲ證據方法並ニ證據抗辯ノ時機ニ遅レタル提出ニ準用シタ。從ツテ規定ノ體裁ヲ異ニスルモ、我新法ト同一ノ結果ニ歸着スル。

新法ニ依ル此改正ハ、夫レ自體トシテ蓋シ至當ナル改正ナルモ、準備手續ニ因ル失權ノ效果ヲ規定シタル新二五五條トノ關係ニ於テ、些カ考慮ヲ要スルモノガアル。素ヨリ此兩條ハ、其規定ノ標準ヲ異ニシ、而カモ本條ハ二五五條ニ比シ其制限ヲ更ニ狹隘ナラシメタルヲ以テ、兩條ガ重複、抵觸スルノ虞レハナイ。併シナガラ新法ニ依レバ、原則トシテ準備手續ヲ經テ口頭辯論ヲ開始スルモノナレバ、時機ニ遅レテ提

出セラレタル攻撃、防禦ノ方法ハ、常ニ新二五五條ト本條ト
ノ二重ノ關門ヲ通過スルノ必要ヲ生ジ、爲メニ無用ノ争ヲ滋
カラシムル因タラザルヲ得ヌ。去レバ訴訟ニ付キ準備手續ヲ
經タル場合ニハ本條ノ適用ヲ除外スルカ、然ラズムバ準備手
續ニ依ル失權ノ效果ヲ併セテ本條ニ規定スルカ、何分ノ考慮
ガ望マシカツタノデアアル。〔註一〕

〔註一〕 是レ亦、上來、再々述ブルガ如ク、準備手續ニ關スル基本方針ヲ忽
卒ノ間ニ變更シタルニ因ル條文不整理ノ一例デアアル。素ヨリ舊法若クハ新
法改正原案ノ如ク、特ニ裁判所ノ決定ニ因リ準備手續ヲ開始スベキ規定ニ
在リテハ、カカル考慮ヲ必要トセザルコト言テ俟タヌ。

第三、趣旨ノ不明瞭ナル攻撃又ハ防禦ノ方法ノ却下(新^{一三九}條^{二項})。

攻撃又ハ防禦ノ方法ニシテ其趣旨明瞭ナラザルモノニ付
キ、當事者ガ必要ナル釋明ヲ爲サズ、又ハ釋明ヲ爲スベキ期日
ニ出頭セザルトキモ亦、之レヲ却下シ得ル。但シ此却下ハ、
時機ニ遲レテ提出シタル攻撃又ハ防禦ノ方法ヲ却下スル規定
ニ遵フモノナレバ、之レガ爲メ訴訟ノ完結ヲ遲延セシムベキ
モノト認メタル場合ニ之レヲ限ルモ、相手方ノ申立アルコト
ヲ必要トセヌ。

此規定ハ、舊法ニ存セザリシモノニシテ、新法ガ新タニ之
レヲ設ケタルハ恠ニ適切デアアル。

第四、準自白(新^{一四〇}條^{一項})。

當事者ガ口頭辯論ニ於テ相手方ノ主張シタル事實ヲ明カニ
争ハザルトキハ、其事實ヲ自白シタルモノト看做ス。但シ辯

論ノ全趣旨ニ依リ其事實ヲ争ヒタルモノト認ムベキ場合ハ此限リニ在ラズ。

此規定ハ、舊法一一一條二項ト全ク同一趣旨ニシテ、規定トシテハ、別段ニ新奇トスベキ點ナキモ、特ニ考慮ヲ必要トスルハ、當事者ノ一方ガ期日ニ缺席シタル場合デアアル。舊法ニ依レバ、當事者ノ一方ガ口頭辯論期日ニ缺席シタルトキハ、缺席判決ヲ言渡スモノニシテ、其缺席判決ノ基本トシテ訴訟資料ヲ整理スルガ爲メ、不出頭ノ「被告ガ原告ノ事實上ノ口頭供述ヲ自白シタルモノト看做ス」ト、別ニ準自白ノ規定ガ設ケラレテアル(舊二四八條)。然ルニ新法ハ缺席判決ヲ廢止シ、此規定ヲ削除シタルヲ以テ、當事者ノ一方ガ期日ニ缺席シタルガ爲メ、出頭シタル當事者ノ主張事實ヲ争ヒ得ザル場合ヲ如何ニ處置スベキカ。起草者ノ考ヘトシテハ、既ニ爲シタル辯論ノ全趣旨ニ依リ其事實ヲ争ヒタルモノト認メ得ザルトキハ、新一四〇條一項ニ依リ自白シタルモノト看做スニ在ルコト、他ニ別段ノ規定ヲ設ケザルニ徴シ明白デアアル。〔註一〕

〔註一〕 司法省藏版、民訴法改正調査委員會速記録、三七一頁。山内博士、民事訴訟法ノ改正、五八回(法律新報一四四號)參照。

併シナガラ準自白ノ規定ハ、元來、當事者双方ガ期日ニ缺席シタル場合ニ付キ設ケラレシ規定ニシテ、〔註一〕 從來ノ立法例ニ於テ、當事者一方ノ缺席ニ因ル缺席判決ニハ、別ニ我舊法二四八條ノ如キ擬制的規定ガアル。〔註二〕 カ、ル沿革論

ヲ離レテ、社會ノ通念ニ據リ、更ニ又、論理ノ命ズル所ニ遵
 フモ、「争ハズ」トハ、争ヒ得ルノ地位ニ在ルコトヲ以テ其必
 要的條件ト爲スモノニシテ、果シテ然ラバ、我新法ノ如ク、
 當事者ノ主張事實ガ、相手方缺席ノ爲メ自白モセラレズ、又、
 争ハレモセズト云フ状態ヲ目シテ、直チニ缺席セル當事者ニ
 於テ「争ハザル」モノト看做シ、準自白ノ規定ヲ以テ之レヲ
 律セムトスル態度ハ、甚ダシキ獨斷、輕卒ノ嫌ヒアルモノト
 云ハナケレバナラヌ。〔註三〕

〔註一〕 Stein-Jonas:—Komm. Bd. I. zu § 138, I. 3 (S. 413).

〔註二〕 我舊法二四八條ト同趣旨ノ規定トシテ、獨民訴三三一條、奧民訴三
 九六條、匈民訴四四〇條一項等ガアル。

〔註三〕 或ハ云フ。新法ニ依レバ、準備書面ニ記載セザル事實ハ、相手方ガ
 在廷モザルトキハ口頭辯論ニ於テ主張シ得ザルヲ以テ(新二四七條)、當事
 者ハ、假令、期日ニ缺席スルモ、豫メ準備書面ヲ以テ相手方ノ主張事實ヲ
 知り、同シク準備書面ヲ以テ之レヲ争フ機會アルモノニシテ、此機會ヲ利
 用セザルハ、即チ「争ハザル」ナリト。例之、山内博士、同博士「民事訴
 訟法ノ改正、五八回(法律新報一四四號)參照。

此論旨ハ、經驗の事實ニ偏シテ、訴訟理論ヲ忘レタルモノニシテ、準備
 ハ、飽迄、準備ニシテ、口頭主義ヲ執レル訴訟制度ノ下ニ在リテハ、相手
 方ノ主張事實ヲ争フノ機會ハ、口頭辯論期日以外ニハ存セザル理テアル。
 更ニ經驗の事實トシテモ、區裁判所訴訟手續ニ就テハ全ク該ラザル所トス
 ル。即チ區裁判所訴訟手續ニ在リテハ、準備手續ヲ施行セズ、又、原則ト
 シテ準備書面ヲ使用セザルヲ以テ(新三五七、三五八條)、期日ニ出頭セル
 當事者ハ、前記二四七條並新二五五條ノ制限ヲモ蒙ルコトナク、自由ニ新
 攻撃、防禦ノ方法ヲ提出シ得ベク、從ツテ缺席セル當事者ノ知ラザル事實
 チモ、尙、自白シタルモノト看做スベキ場合ヲ生ズル。

要之、新法ノ起草者ガ、新一四〇條一項ノ準自白ノ規定ヲ以テ、當事者ノ一方ガ期日ニ缺席シタル場合ナモ律セムトシタルハ、如何ナル方面ヨリ觀ルモ理由ナキ態度デアルガ、更ニ法律條文ノ體裁トシテモ、カヽル立法態度ハ、註釋ナクムバ法律専門家ト雖モ惑ハザルヲ得ヌ。況ンヤ一般民衆ナヤ。法律ノ民衆化ヲ叫バル、時代ニ産レタル新法トシテ、時代錯誤ノ譏ヲ享クルモ辯解ノ辭ナキモノデアル。

是レト同一ナル問題ガ、一九二四年ノ獨乙民訴改正律令ニ規定セラレタル「一件記録ニ基ク裁判」*Entscheidung nach Lage der Akten*(同法二五一條_a、三三一條_a)ニ付テモ亦存スルノデアルガ、通説トシテハ、此場合ニ準自白ノ規定ノ準用ナシト云フニ一致シテ居ル。〔註一〕但シ同法ニハ二七九條_aノ規定アリ、此規定ニ依リ、更ニ期日ヲ定メ、失權ノ效果ヲ附シテ、争アル點ニ付キ嚮ニ缺席セル當事者ヲシテ陳述ヲ爲サシメ得ル。〔註二〕然ルニ我新法ニハカヽル規定ヲ存セザルガ故ニ、準自白ノ規定ヲ、其儘、當事者ノ一方ガ期日ニ缺席シタル場合ニ準用スル外ナキモ、其運用ニ當リ、慎重ノ考慮ヲ以テ、徒ラニ缺席當事者ノ不利益ヲ招來セザルノ用意ガ必要デアル。

〔註一〕 Stein-Jonas:—Komm. Bd. I. zu § 138. I. 3. (S. 413.); Rosenberg:—Lehrb. S. 323.

〔註二〕 Rosenberg:—Lehrb. S. 323.

第五、不知ノ陳述(新一四〇條二項)。

相手方ノ主張シタル事實ヲ知ラザル旨ノ陳述ヲ爲シタル者ハ、其事實ヲ争ヒタルモノト推定ス。

此規定ハ、舊法一一一條三項ト同一趣旨ニシテ、唯、舊法

ハ、「自己ノ行爲ニ非ズ、又、自己ノ實驗シタルモノニモ非ザル事實ニ限り」之レヲ許シタルモ、新法ハ、カヽル制限ヲ撤廢シタ。蓋シ當然ノ事理ニシテ、不必要ト認メタルニ因ル。

II. 責問權拋棄ノ擬制

訴訟ニ於テ、手續ガ規定ニ違背シ、若クハ各個訴訟行爲ガ其方式規定ヲ無視シタル場合、當事者ガ之レヲ責問シ、其補正ヲ求メ得ルコト勿論デアル。併シナガラ訴訟手續ノ安定ヲ保ツガ爲メニハ、違背事項ノ輕微ナルトキハ、當事者ガ有效ニ之レガ責問權ヲ拋棄シ得ルト同時ニ、遲滯ナク之レヲ責問セザレバ、爾後、其權利ヲ失フモノト做ス必要ガアル。此點ニ關シ舊法ニハ何等ノ規定ナク、疑義ヲ生ゼシメタルモ、新法ハ、獨、墮民訴法ノ例ニ倣ヒ(獨二九五條、墮二九六條)、之レガ規定ヲ設ケタ(新一四一條)。曰ク

當事者ガ訴訟手續ニ關スル規定ノ違背ヲ知り、又ハ之レヲ知ルコトヲ得ベカリシ場合ニ於テ、遲滯ナク異議ヲ述ベザルトキハ、之レヲ述ブル權利ヲ失フ。但シ拋棄スルコトヲ得ザルモノハ此限りニ在ラズ。

ト。即チ此規定ハ、當事者ガ有效ニ責問權ヲ拋棄シ得ル場合ニハ、遲滯ナク其責問權ヲ行使セザルコトニ因リ、爾後、其權利ヲ失フ旨ヲ定メタノデアルガ、更ニ遡ツテ、如何ナル場合ニ於テ、當事者ガ有效ニ責問權ヲ拋棄シ得ルヤハ、畢ニ學說ノ決定ニ之レヲ委ネタノデアル。想フニ當事者ガ責問シ得ベキ法規違背ニハ、訴訟ノ一般の秩序ニ關スルモノト、當事者ノ利害ニノミ

關スルモノトアルベク、而シテ訴訟ノ一般の秩序ニ關スル法規違背ノ有無ハ職權調査事項ニ屬スルヲ以テ、當事者ガ之レニ對スル責問權ヲ有效ニ拋棄シ得ザルハ勿論ナルモ、當事者ノ利害ニノミ關スル法規違背ハ、當事者ニ於テ之レガ責問權ヲ有效ニ拋棄シ得ルモノト做スガ至當デアル。〔註一〕然ラバ、當事者ノ呼出^(新_{四條}一五)、不變期間ノ進行ト關係ナキ送達^(新_條一六〇)、辯論ノ要領ニ關スル調書記載ノ欠缺^(新_{四條}一四)、證人ノ呼出、訊問並ニ宣誓ノ方式^(新_{六條}二七六、二)等ニ關スル規定違背ハ、當事者ニ於テ之レガ責問權ヲ有效ニ拋棄シ得ルト同時ニ、遲滯ナク其違背ヲ責問セザルトキハ、爾後、其權利ヲ失フ。

〔註一〕 Vgl. Stein-Jonas:—Kommentar, Bd. I. zu § 295. II. 2. (S. 776 ff.)

尙、前掲新法ノ規定ニハ、「訴訟手續ニ關スル規定ノ違背」トアル。併シナガラ、訴訟手續ハ、各個訴訟行爲ノ系統的連續ナルヲ以テ、各個訴訟行爲ノ方式ニ關スル規定ノ違背ハ、畢竟スルニ訴訟手續ニ關スル規定ノ違背ニシテ、同ジク本條ニ依リテ律セラルベキコト勿論デアル。

III. 口頭辯論主義ノ緩和

口頭辯論主義ハ、近世民訴法ノ金科玉條ト爲ス所ナルモ、訴訟ノ如キ紆餘曲折アリテ定型ナキ事象ニ對シ、一主義ヲ以テ徹底セムトスルハ、反ツテ不合理ノ端ヲ發スルモノニシテ、舊法ノ口頭辯論主義ニ對スル關係ハ、正シク是レデアツタ。於是乎、新法ハ、口頭辯論主義ノ一角ヲ緩和シ、一面ニハ、口頭辯論ヲ

經ズシテ判決ヲ爲シ得ル場合ヲ認メ、他面ニハ、當事者ガ口頭辯論ニ於テ提出セザル訴訟資料ヲ判決ノ基本ト爲スコトヲ許シタ。即チ新法一一四、二〇二、三八三、三九九、四〇一條ハ、孰レモ前者ニ屬スル規定ニシテ、此等ハ、新四〇一條ヲ除キ、訴訟判決ヲ爲スベキ場合ナルヲ以テ、必ズシモ口頭辯論ヲ經シムル必要ナキモノデアル。而シテ此四〇一條ハ、之レニ依リ本案判決ヲ爲スノデアルガ、既ニ舊法ノ下ニ規定ナクシテ慣行セラレシモノニシテ、新法ニ之レガ規定ヲ設ケタリトテ、特ニ不合理ト做スベキ理由ガナイ。次ニ當事者ガ口頭辯論ニ於テ提出セザル訴訟資料ヲ判決ノ基本ト爲サシムル規定ハ、即チ新一三八條ニシテ、之レニ關シテハ節ヲ改メテ詳述スル。

第三節 當事者一方ノ缺席ト辯論ノ進行 附 闕席手續ノ廢止

I. 總 說

舊法ノ闕席判決ガ、實體的眞實ト相隔タリ、且ツ屢々、此手續ニ依リ、狡猾ナル當事者ガ訴訟遷延ノ策ヲ講ジタルコトハ顯著ナル事實デアル。新法ハ、口頭辯論期日ニ於ケル當事者一方ノ缺席ニ因リ、訴訟ノ進行ヲ阻碍セラレザルト同時ニ、因テ爲シタル判決ヲ、可成、實體的眞實ニ合致セシメムトシテ、舊法ノ闕席手續ヲ廢止シ、新タニ書面審理ヲ以テ、期日ニ缺席セル當事者ノ口頭辯論ニ代フル方法ヲ執ツタ。是レガ規定トシテ新法ニ

設ケラレタルモノ、即チ新一三八條デアル。條文僅カーケ條、而カモ甚ダシク單簡ニシテ、其運用ニ付キ詳細ナル註釋ガ必要デアリ、且ツ疑義ノ點モ尠クナイ。

II. 書面審理ニ依ル辯論ノ擬制

舊法ハ、當事者ノ一方ガ口頭辯論期日ニ缺席スルトキハ、訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハズ、出頭セル當事者ノ陳述ニ基キ缺席判決ヲ爲シ、缺席セル當事者ノ提出ニカ、ル訴訟資料ハ凡ベテ之レヲ判決ノ基本タラシメナカツタ。然ルニ缺席判決ヲ廢止シタル新法ニ在リテハ、當事者ノ一方ガ、假令、口頭辯論ノ或ル期日ニ缺席スルモ、既ニ其者ガ口頭辯論ニ於テ提出シタル訴訟資料ニハ何等ノ影響ナク、從ツテ判決ヲ爲スニ當リ、ソノ斟酌ヒラルベキコト勿論デアルガ、更ニ進ムデ新法ハ、缺席ニ因リ新タナル訴訟資料ヲ提出スルノ機會ヲ杜絶スルヲ避ケ、缺席セル當事者ノ爲メ、書面審理ニ依リ、未ダ口頭辯論ニ現ハレザル資料ヲモ判決ノ基本トシテ斟酌スルコト、爲シタ。即チ新法ニ依レバ「原告又ハ被告ガ、最初ニ爲スベキ口頭辯論ノ期日ニ出頭セズ、又ハ出頭スルモ本案ノ辯論ヲ爲サバルトキハ、其者ノ提出シタル訴狀、答辯書其他ノ準備書面ニ記載シタル事項ハ之レヲ陳述シタルモノト看做ス」ノデアル^(新一三)_(八條)。爰ニ「陳述シタルモノト看做ス」トハ、書面審理ヲ以テ、口頭辯論ニ代フルノ意ニ外ナラヌ。

新法ガ書面審理ヲ以テ口頭辯論ニ代フルハ、當事者ノ一方ガ

「最初ニ爲スベキ口頭辯論ノ期日」ニ出頭セザルカ、若クハ出頭スルモ本案ノ辯論ヲ爲ササル場合デアル。爰ニ「最初ニ爲スベキ口頭辯論ノ期日」トハ、用語甚ダ不穩當ノ譏リヲ免レナイノデアルガ、第一回口頭辯論期日ヲ指スニ非ズシテ、當事者ガ、新タナル訴訟資料ヲ提出スル期日デアル。即チ第一回口頭辯論期日ヲ變更シ、若シクハ其期日ノ辯論ヲ延期シテ、次回期日ニ於テ辯論ヲ開始スルナラバ、其次回期日ハ、當事者双方ノ爲メ「最初ニ爲スベキ口頭辯論ノ期日」デアリ、更ニ亦、訴訟ノ進行中、當事者ノ一方ガ準備書面ヲ以テ新タニ訴訟資料ヲ提出スルナラバ、次デ開カル、口頭辯論ノ續行期日ハ、其當事者ノ爲メ、新タナル訴訟資料ニ付キ「最初ニ爲スベキ口頭辯論ノ期日」デアル。〔註一〕

〔註一〕 聽クナラク、新一三八條ニ云フ「最初ニ爲スベキ口頭辯論ノ期日」ヲ新一五二條四項ニアル「最初ノ期日」ト同一意味ニ解シ、新一三八條ヲ以テ、辯論續行期日ニ適用ナキモノト解スル意見アル由デアル。併シナガラ此見解ガ甚シキ不合理ヲ惹起スルコト、後段 V.「新法ノ批評」ニ於テ述ブルガ如クデアル。

用語上甚ダ無理デハアルガ、新法ニ云フ「最初ニ爲スベキ口頭辯論ノ期日」トハ、以上述ブル意義ニ之レヲ解シナケレバナラス。而シテ新法ガ書面審理ヲ、此所謂「最初ニ爲スベキ口頭辯論ノ期日」ニ限定シタルハ、既ニ口頭辯論ニ於テ主張セラレシ事項ハ、當然、判決ノ基本トシテ斟酌セラルベク、カ、ル擬制の規定ヲ必要トセザルガ故デアル。

要之、新法ニ在リテハ、既ニ提出シタル準備書面ニ記載ノ事項ハ、其者ガ期日ニ缺席シタルガ爲メ口頭辯論ニ於テ之レヲ主張シ得ザル場合ニハ、書面審理ニ依リ訴訟資料ト爲サル、モノニシテ、若シ辯論續行期日ニ缺席スルナラバ、前同期日ニ至ル迄ニ其者ガ口頭辯論ニ於テ提出シタル訴訟資料モ亦、素ヨリ併セテ判決ノ基本トシテ斟酌セラレル。斯クシテ新法ニ依レバ、當事者ノ一方ガ期日ニ缺席シタル場合ト雖モ、其判決ハ、缺席シタル當事者ノ提出ニカ、ル訴訟資料ヲモ斟酌スベク、從ツテ出頭セル當事者ノ陳述ノミニ基ク舊法ノ闕席判決ニ比シ、遙カ實體の眞實ニ合致スル理デアル。

III. 當事者一方ノ出頭ニ因ル辯論ノ進行

當事者ノ一方ガ口頭辯論期日ニ出頭セズ、又ハ出頭スルモ本案ノ辯論ヲ爲サバルトキハ、舊法ノ闕席手續ニ代ヘ、出頭セル當事者ノミニ依リテ辯論ヲ進行シ得ル^(新一三)_(八條)。而シテ條文ニ云フ「出頭スルモ本案ノ辯論ヲ爲サバルトキ」ハ、結果ニ於テ缺席セルニ等シキヲ以テ、以下、「當事者ノ缺席シタルトキ」ト云ヒテ此場合ヲモ包含セシムル。〔註一〕尙、特ニ「本案ノ辯論ヲ爲サバルトキ」ト限定シタルハ、訴訟上ノ争ヒハ、凡ベテ職權調査事項ニ屬シ、當事者ノ一方ガ缺席シタルト否トヲ問ハズ、職權ヲ以テ調査スベキモノナルガ故デアル。

〔註一〕 條文トシテモ、カ、ル駄目押シノ不必要ナルコトハ、既ニ述ベシ所デアル（本稿二〇三頁〔註一〕參照）。加之、本條ニハ「出頭スルモ本案ノ辯

論ヲ爲サルトキ」トアリ。素ヨリ本案ノ辯論ヲ爲スベキ訴訟ノ階段ニ至リテ、尙、本案ノ辯論ヲ爲サル場合ヲ指スノテアルガ、些カ誤解ヲ招ク嫌ヒガアル。寧ロ無キニ如カザル蛇足トスル。

以下、説明ノ便宜上、當事者一方ノ缺席ヲ、最初ノ口頭辯論期日ノ缺席ト辯論續行期日ノ缺席トニ分ツ。爰ニ云フ「最初ノ口頭辯論期日」トハ、訴ノ提起、準備手續ノ終結ニ引續キ、口頭辯論ノ開始セラレタル第一期日ヲ指シ、新一五二條四項ニアル「最初ノ期日」ニ該ル。乃チ上來述ブル「最初ニ爲スベキ口頭辯論ノ期日」ト混同セザルコトヲ要スル。

第一、最初ノ口頭辯論期日ノ缺席

最初ノ口頭辯論期日ハ、當事者双方ノ爲メ、凡ベテノ訴訟資料ニ付キ「最初ニ爲スベキ口頭辯論ノ期日」ナルヲ以テ、此期日ニ當事者ノ一方ガ缺席スルナラバ、畢ニ其者ヨリ何等ノ訴訟資料ヲ聚集シ得ザルコト、ナル。之レニ對シ、缺席手續ヲ廢止シタル新法ガ、書面審理ヲ應用シタルコト上述ノ如ク、即チ缺席セル當事者ノ提出シタル訴狀、答辯書其他ノ準備書面ニ記載シタル事項ヲ以テ、之レヲ陳述シタルモノト看做シ、〔註一〕出頭シタル相手方ニ辯論ヲ命ジ得ルノデアル(新一三
八條)。但シ準備手續ヲ經タル場合、準備書面ニ記載セラレタル事項ガ、新二五五條ニ依リ、準備手續ノ效力トシテ其主張ノ許サレザルルコトアルハ自ラ別問題デアル。要之、新法ノ規定ハ口頭陳述ト書面審理トヲ併合シテ辯論ヲ進行セムトスルニ在

ル。之レヲ細説スレバ次ノ如シ。

〔註一〕 新一三八條ハ、缺席セル當事者ガ陳述シタルモノト看做ス事項トシテ、訴狀、答辯書其他ノ準備書面ニ記載セラレタル事項ヲ擧ゲ、準備手續調書ニ記載ノ事項ヲ除外シテ居ル。元來、準備手續ハ、口頭辯論ノ準備ヲ爲ス手續ナレバ、寧ロ其調書ヲ以テ主ト爲スベキニ拘ラズ、本條ニ之レヲ存セザルハ、除外シタルニ非ズ、素、準備手續ニ關スル基本方針ノ變更ニ伴ヒ、之レヲ挿入スベクシテ脱漏シタルモノナルコト既述セシ所デアアル。本稿二〇四頁〔註二〕參照。

1. 準備手續ヲ經タル場合ニハ、出頭セル當事者ガ、準備手續ノ結果ヲ陳述スベク(新二五
四條)、此陳述ニ因リ準備手續ノ結果ガ訴訟資料トナル。元來、當事者双方ガ、夫々、自己ノ提出シタル攻撃、防禦ノ方法ニ付キ陳述スベキモノナルモ、新一三八條トノ關係上、出頭セル當事者ノ陳述ニ因リ、準備手續ノ結果(相手方ノ提出シタル攻撃)
又ハ防禦ノ方法ヲ含メテガ、擧ゲテ口頭辯論ニ顯出セラル、モノト解スル必要ガアル。〔註一〕

〔註一〕 實際問題トシテハ、理論ニ拘泥セズ斯ク解スルニ非ザレバ、準備手續ニ於テ主張シ調書ニ記載セラレシ事項(但シ訴狀、答辯書其他ノ準備書面ニ記載アル事項ヲ除ク)ハ、當事者ガ最初ニ爲スベキ口頭辯論ノ期日ニ缺席スルトキハ、畢ニ之レヲ訴訟資料ト爲シ得ザル不都合ヲ生ズル。本稿二〇四頁〔註二〕參照。

2. 不出頭ノ當事者ノ請求並ニ其請求ヲ支持シ、若シクハ又相手方ノ請求ヲ排斥スル一切ノ主張事實ハ、其者ノ提出シタル訴狀、答辯書其他ノ準備書面並ニ準備手續調書ノ記載ニ因リテ明確ニセラル、ヲ以テ、之レニ對シ出頭セル當事者ハ認否シナケレバナラス。

3. 出頭セル當事者ノ請求並ニ其請求ヲ支持シ、若クハ又相手方ノ請求ヲ排斥スル主張事實ニ對シテハ、不出頭ノ當事者ガ提出シタル答辯書其他ノ準備書面並ニ準備手續調書ノ記載ニ因リ、其認否ヲ決スル。而シテ此等記載ニ因リ、不出頭ノ當事者ガ、其事實ヲ争ヒタルモノト認メ得ザルトキハ、之レヲ自白シタルモノト看做ス。即チ新一四〇條一項準自白ノ規定ニ依ルノデアル。〔註一〕

〔註一〕 元來、當事者ノ一方ガ缺席シタル場合ニ、新一四〇條一項準自白ノ規定ヲ準用スルコトハ、理論並ニ實際上、共ニ不當ナルコト既述ノ如シ。本稿二二七頁以下參照。

實際問題トシテ、地方裁判所訴訟手續ニ在リテハ、此場合、出頭セル當事者ノ主張事實ハ、孰レモ準備手續ニ於テ主張シタル事實、若クハ又、既ニ提出シタル準備書面ニ記載セラレシ事實ニ限ラル、ヲ以テ（新二四七、二五五條）、不出頭ノ當事者ガ之レヲ自白シタルモノト看做スモ、其事自體ニ於テ著シキ不都合ハナイ（但シ之レニ因リ直チニ對席判決ヲ爲ス制度ノ當否ハ、自ラ別問題デアル）。併シナガラ區裁判所訴訟手續ニ在リテハ、事情全ク異ナル。即チ此手續ニ在リテハ、準備手續ヲ施行セズ、又、原則トシテ準備書面ヲ使用セザルヲ以テ（新三五七、三五八條）、期日ニ出頭セル當事者ハ、前記新二四七條並ニ新二五五條ノ制限ヲ蒙ルコトナク、自由ニ新攻撃、防禦ノ方法ヲ提出シ得ベク、從テテ期日ニ缺席セル當事者ハ、ソノ全ク豫想セザリシ事實ヲモ自白シタリト看做サル、場合ガアル。

4. 以上述ブル 2. 3. ニ因リ争點ガ確定セラレタルトキハ、要證事實ニ付キ、裁判所ハ、當事者ノ申出タル證據ニシテ、ソノ適當ト認ムルモノヲ取調べナケレバナラス。

即チ新法ニ依レバ、證據ノ申出ハ、必ズシモ口頭辯論期

日ニ於テ爲ス必要ナキヲ以テ(新三五八條三項)、當事者ハ、豫メ準備手續ニ於テ、若クハ又、準備書面ヲ以テ證據ノ申出ヲ爲スベク、裁判所ハ、ソノ適當ト認ムルモノヲ最初ノ口頭辯論期日ニ於テ取調べ得ルガ爲メニ、豫メ準備ヲ爲ス必要ガアル。例之、證人ニ呼出狀ヲ發シ、又、豫メ證據調ノ囑託ヲ爲スガ如シ。

要之、新法ニ依レバ、最初ノ口頭辯論期日ニ當事者ノ一方ガ缺席シタル場合ニハ、以上述ブル所ニ遵ヒ、ソノ缺席ノ儘ニ辯論ヲ進行シ、而カモ當事者双方ヨリ訴訟資料ヲ聚集スルモノニシテ、之レニ因リ其期日ニ於テ訴訟ガ判決ヲ爲スニ熟スルトキハ、辯論ヲ終結シ、對席ノ終局判決ヲ爲スノデアアル。此終局判決ハ、訴訟判決ナルコトアリ、又、本案判決ナルコトアリ。而シテ本案判決ナル場合ニ於テ、缺席判決ト異ナリ必ズシモ出頭セル當事者ノ勝訴トハ限ラス。

然ルニ此期日ニ於ケル辯論進行ノ結果ニ因リ、未ダ訴訟ガ判決ヲ爲スニ熟セザルトキハ、更ニ次回期日ヲ指定シテ辯論ヲ續行スル。而シテ最初ノ口頭辯論期日ニ缺席シタル當事者ガ、此續行期日ニ出頭シテ辯論スルコトハ、新法ノ禁セザル所デアアル。〔註一〕

〔註一〕 此場合ニハ、嚮ニ缺席シタル當事者ハ、改メテ準備手續ノ結果ヲ陳述スベク、又、訴狀、答辯書其他ノ準備書面ニ記載シタル事項ヲモ爰ニ陳述シナケレバナラヌ。何トナレバ新三三八條ノ「陳述シタルモノト看做ス」ト云フ規定ハ、當事者一方ノ缺席ノ儘、對席ノ終局判決ヲ爲スニ必要ナル

條件ヲ與フルニ過ギザルガ故デアル。

第二、口頭辯論續行期日ノ缺席

當事者ノ一方ガ、口頭辯論ノ續行期日ニ缺席シタルトキハ、前同期日ニ引續キ、出頭セル當事者ニ辯論ヲ爲サシメ、且ツ又、證據調ヲ爲スノ外、缺席セル當事者ガ、豫メ準備書面ヲ以テ、新タナル攻撃、防禦ノ方法ヲ提出シタルトキハ、新一三八條ニ依リ、之レヲ陳述シタルモノト看做シ、之レヲ訴訟資料ト爲スコト、最初ノ口頭辯論期日ニ於ケルト同ジ。〔註一〕但シ此場合、新二五五條若クハ又、新一三九條ノ規定ニ依リ、ソノ提出ノ許サレザルコトアルハ自ラ別問題デアル。斯クシテ訴訟ガ判決ヲ爲スニ熟スルトキハ、辯論ヲ終結スベク、然ラザレバ更ニ期日ヲ定メテ辯論ヲ續行スルノデアル。

〔註一〕 本節 II. (二三三頁) 參照。

新法一三八條ノ運用ハ、大體以上ノ如クデアルガ、同條ハ任意規定ナルヲ以テ、假令、出頭セル當事者ノ辯論ニ依リ訴訟ガ裁判ヲ爲スニ熟スベキ場合ト雖モ、辯論ノ延期ヲ爲シ、出頭セル當事者ニ辯論ヲ爲サシメザルコトヲ得ル。

尙、本條ハ、控訴審ノ訴訟手續ニ準用セラル、ヲ以テ(新三七、三八條)、控訴裁判所ハ、當事者ノ一方ガ期日ニ缺席シタル場合、本條ニ依リ、出頭當事者ニ辯論ヲ命ジ得ル。上告審ノ訴訟手續ニ就テモ亦同ジ(新三九、六條)。

IV. 當事者一方ノ期日懈怠ノ場合ニ於ケル處置ニ就テノ

立法例

當事者ノ一方ガ期日ヲ懈怠シタル場合、職權若クハ申立ニ因リ、期日ノ變更若クハ辯論ノ延期ヲ爲スナラバ、問題ナシトスルモ、結局ニ於テ、懈怠ノ儘、辯論ヲ進行、終結シ得ルノ途ガナケレバナラス。是レガ立法例ヲ釋スルニ、吾人ガ舊法ヲ通ジテ知レル關席手續ハ、此場合ニ於ケル唯一ノ對策ニ非ザルト同時ニ、新法ノ執レル「書面審理ニ依ル辯論ノ擬制」、亦、必ズシモ新法ノ起草者ノ獨創ニ非ズ。去レバ新法ノ規定ヲ通觀、批評スルニ當リテハ、先ヅ沿革ニ遡リテ一瞥スルノ必要ガアル。但シ爰ニ注意スベキハ、從來ノ立法例ガ、此場合ノ處置ニ付キ、孰レモ被告ノ懈怠ノ場合ヲ基準トシテ其方策ヲ定メ、之レニ準ジテ原告ノ懈怠ノ場合ヲ律シタル點デアル。

被告ガ期日ヲ懈怠シタル場合ニ就テノ立法例ヲ大別スルナラバ、其懈怠セル期日ニ於テ、被告ガ、出頭セル當事者ノ主張事實ヲ自白シタルモノト看做ス主義ト、之レト反對ニ、出頭セル原告ノ請求並ニ主張事實ヲ否認シタルモノト看做ス主義トガアル。前者ハ所謂、肯定的訴訟繫屬主義 System der sog. affirmativen Litiskontestatio ニシテ、獨民訴法並ニ我舊法ノ關席手續即チ之レニ屬シ、既ニ「ローマ」法ニ於テ之レニ似タル制度アリシモ、〔註一〕近世ノ立法トシテハ、一七九三年ノ「プロシア」普通裁判所法ニ觴マル。〔註二〕後者ハ所謂、否定的訴訟繫屬主義 System der sog. negativen Litiskontestatio ニシテ、「ローマ」

法以來ノ制度デアル。此制度ノ下ニ在リテハ、出頭セル原告ハ、其請求ヲ支持スベキ事實ヲ主張並ニ立證スベク、裁判所ハ一方的審理ニ依リテ通常ナル對席判決ヲ言渡スノデアル。

〔註一〕「ユスチニアン」帝以前ノ指圖書式訴訟 Formularprozess ニ在リテハ、Litiskontestatio 後ニ當事者ノ一方ガ期日ニ懈怠シタルトキハ、出頭セル當事者ノ勝訴トセラレタ。併シナガラ此場合、後世ノ缺席手續ノ如ク辯論ノ内容ヲ擬制スルニ非ズ、唯、漫然、不出頭ノ當事者ヲ敗訴セシメシニ過ギヌ。Vgl. Hellwig:—System, Bd. I. S. 639.

〔註二〕一七九三年ノ「プロシア」普通裁判所法 Preuss. AGO. ニ依レバ、被告ガ期日ニ懈怠スルトキハ、「訴ニ包含セラル、事實ヲ自白シタルモノト宣言セラレ」、實體法ノ規定ニ違ヒ、敗訴ノ言渡ヲ受クルコト、我舊法二四八條ト趣旨ニ於テ同シ(I. 8 § 10)。併シナガラ此缺席判決 Kontumazialerkenntnis ニ對シテハ、「著シキ事情」 erhebliche Ursache ニ因リ期日ノ出頭ヲ妨ゲラレシコトヲ理由トシテ、原狀回復ノ申立ノミナ許シ (I. 14 § 71. 76)、獨民訴法並ニ我舊法ノ缺席手續ノ如ク、無條件ノ故障申立ヲ許シテ居ラヌ(獨三四〇條、舊二五六條)。

以上兩主義ノ外、更ニ考慮ヲ必要トスルハ、初期「ローマ」法並ニ「ゲルマン」古法ノ執レル應訴強制主義 System der Einlassungszwang ニシテ、此制度ハ、適法ナル訴ノ提起ニ對シ、被告ニ應訴義務 Einlassungspflicht ヲ負ハシメ、被告ガ期日ニ懈怠シタル場合ニハ、刑罰並ニ強制手段ヲ以テ其出頭ヲ強要シタ。即チ應訴強制ヲ以テ、如何ナル場合ニモ當事者双方審理ノ實ヲ舉ゲタノデアル。〔註一〕此應訴強制ハ、「ローマ」法ニ於テ一時衰滅ノ機運ニ赴キシモ、「ユスチニアン」帝ニ至リテ、「ゲルマン」古法ノ影響ニ因リ再ビ復活シ、訴訟繫屬 Litiskontestatio

ハ、被告ノ應訴ニ因リテノミ開始スルコト、ナツタ。〔註二〕而シテ此應訴強制ハ、上述、否定的訴訟繫屬主義ト相結ビ、被告ノ應訴ノ前後ニ因リ期日懈怠ノ效果ヲ異ニスル制度ヲ生ミ、〔註三〕中世伊多利法竝ニ「カノン」法ヲ經テ、後述スルガ如ク現在ノ佛蘭西竝ニ塊地利民訴法ニ及ンデ居ル。

〔註一〕 Schima:—Die Versäumnis im ZP. S. 25 u.40 ff. dort Zitat.

〔註二〕 Hellwig:—System, Bd. I. S. 639.

〔註三〕 例之、中世伊多利法ハ、被告ニ對シ最初ノ期日ノ出頭ヲ強制スルモ、爾後ノ期日、即チ被告ノ應訴ニ因リ訴訟繫屬 *Litiskontestatio* 開始後ノ期日ニ在リテハ、別段ニ其出頭ヲ強制スルコトナク、既ニ爲シタル辯論ノ結果ト、其期日ニ出頭シタル原告ノ一方的審理トニ因リ對席判決ヲ爲シヌノテアル。Vgl. Schima:—a. a. O. S. 70. u. 75ff.

次ニ原告ニ付テ之レヲ觀ルナラバ、原告ハ、其期日懈怠ニ付キ、被告ニ比シ、概シテ有利ナル立場ニ置カレ、「ローマ」法、「ゲルマン」古法竝ニ中世伊多利法ニ於テハ、原告ガ、期日ヲ懈怠スルモ、多クハ本案ノ敗訴判決ヲ受クルコトナク、少クトモ再訴ノ提起ヲ許サレタ。一七九三年ノ「プロシア」普通裁判所法モ亦、被告ノ期日懈怠ニ對シテハ、其敗訴ノ本案判決ヲ爲スベキモノト做シナガラ、原告ノ期日懈怠ハ、唯、單ニ訴ノ消滅ヲ來スノミニテ、再訴ヲ妨ゲザルモノト定メタ。〔註一〕尤モ中世伊多利法ニハ、原告ノ期日懈怠再度ニ及ブトキハ、本案ニ付キ敗訴スベキモノト定メシ場合ガアル。〔註二〕此クノ如ク、期日ノ懈怠ト云フ同一事實ニ付キ、原告、被告ノ間ニ其處置ヲ異ニ

シタルハ、近世ニ至ル迄、未ダ民事訴訟ガ刑事訴訟ノ影響ヲ脱却シ能ハザリシニ因ル。

〔註一〕 Die Preus. AGO. I. 20 § 19.

〔註二〕 Schima:—a. a. O. S. 75.

近世ニ至ル迄ノ當事者ノ期日懈怠ニ關スル立法沿革、大體ニ於テ以上ノ如ク、爰ニ更ニ詳細ニ述ブル暇ヲ有セヌ。〔註一〕而シテ近世ノ民事訴訟法ノ執ル所モ、獨、墺、匈、佛等、孰レモ其基本ニ於テ、上述肯定的若クハ否定的訴訟繫屬主義ノ外ニ出デザルモノニシテ、特ニ異ナレル點ヲ舉グルナラバ、應訴強制主義ノ全ク棄テラレタルコト、又、當事者同等主義ニ基キ、期日ノ懈怠ニ因ル處置ヲ、原告竝ニ被告ニ付キ同一ナラシメシコト等デアル。〔註二〕以下、我新法ノ規定ニ密接ナル關係アリト認メラル、墺民訴法ノ懈怠判決、竝ニ一九二四年ノ獨民訴訟法改正律令ニ依ル「一件記録ニ基ク裁判」Entscheidung nach Lage der Aktenヲ説明シ、之レヲ我新法ノ規定ト對比スルコトニ因リ、我新法ノ規定趣旨ヲ明確ナラシムル。

〔註一〕 更ニ詳細ニ知ラムトセバ、次ノ如キ文獻ガアル。Hellwig:—System, Bd. I. S. 639ff.; Weismann:—Lehrb. Bd, I. § 93. VII (S404ff.); Schima:—Die Versäumnis im ZP.; Kohler:—Arch. ziv. Pr. 80. S. 196f. etc.

〔註二〕 各國ノ現民訴法ノ缺席手續ニ付テハ、次ノ文獻參照。

Schima:—a. a. O.; Kohler:—Prozessrechtliche Forschungen.

第一、墺地民訴法ノ懈怠判決

墺民訴法ハ、第一同期日ナルト其後ノ辯論期日ナルトニ因

リ期日懈怠ノ效果ヲ異ニスル。カ、ル法制ハ、近クハ佛民訴法ニアリ、更ニ遡レバ、應訴強制主義ノ影響ヲ蒙レル末期「ローマ」法竝ニ中世伊多利法ニ淵源スルノデアアル。〔註一〕

〔註一〕 本節 IV. 二四三頁参照。

當事者ノ一方ガ、第一回期日ニ缺席シタル場合ニハ、日獨民訴法ト同ジク所謂肯定的訴訟繫屬主義ヲ執リ、出頭シタル當事者ノ申立ニ因リ、不出頭ノ當事者ニ對シ、本案敗訴ノ缺席判決ヲ爲ス。〔註一〕 即チ此場合ニハ、缺席シタル當事者ノ提出ニカ、ル書面ハ、一切之レヲ斟酌セズ、出頭シタル當事者ノ訴訟ノ目的ニ關スル事實上ノ供述ニシテ、既ニ提出シタル證據ニ矛盾セザルモノヲ以テ眞實ト看做シ、判決ノ基本ト爲スノデアアル(同法三九六、三九七條一項)。

〔註一〕 尙、第一回期日ニ於テ、被告ガ訴ニ付キ答辯書ヲ提出ヲ命ゼラレナガラ、所定ノ期間内ニ其答辯書ヲ提出セザルトキハ、原告ノ申立ニ因リ口頭辯論期日ヲ定ム(同法三九八條一項)。而シテ此期日ニ於テハ、訴ガ訴訟要件ニ欠缺ナキ限り、出頭セル原告ノ申立ニ因リ、被告ノ出頭ノ有無ニ拘ラズ、被告敗訴ノ本案缺席判決ヲ爲スモノトス(同上二、三項)。若シ原告が出頭セザルトキハ、手續ノ休止トナル(同上四項)。

然ルニ第一回期日ニ當事者双方出頭シ、且ツ被告ガ命ゼラレタル訴ノ答辯書ヲ所定ノ期間内ニ提出シタル後ニアリテハ、當事者ノ一方ガ口頭辯論期日ニ缺席スルモ、喚民訴法ハ、缺席判決ヲ爲スベキモノニ非ズト定ムル。即チ此場合ニハ、所謂否定的訴訟繫屬主義ニ依リ、出頭シタル當事者ノ申立ヲ待チ、缺席セル當事者ガ其時ニ至ル迄ニ提出シタル訴訟資料ヲ

モ斟酌シテ裁判ヲ爲スノデアル(同法三九九條)。要之、「當事者ノ懈怠ハ遡及セズ」トノ原則ニ立チ、懈怠ニ因ル不利益ヲ將來ニ向ツテノミ負ハシムルノデアル。〔註一〕

〔註一〕 Klein-Engel:—Der Zivilprozess Cesterreichs, S. 235; Neumann:—a. a. C. S. 1248.

更ニ詳言スルナラバ、此場合ノ本案判決ハ、前同期日ニ至ル迄ニ爲シタル當事者双方ノ辯論並ニ證據調ノ結果ヲ以テ判決ノ基本ト爲スノ外、更ニ其期日ニ於ケル出頭當事者ノ辯論並ニ證據調ノ結果ヲモ斟酌スベク、而シテソノ出頭當事者ノ新タナル事實上ノ供述ガ、既ニ提出シタル書面ノ内容若クハ従前ノ供述ト牴觸スル場合ニハ、豫メ準備書面ヲ以テ通知シタルモノニ限り、判決ノ基本トシテ斟酌セラレル。以上ハ、我新法ノ下ニ於テ、辯論續行期日ニ當事者ノ一方ガ缺席シタル場合ト大體ニ於テ同一デアルガ、〔註一〕 特ニ注意ヲ要スル點トシテ、墺民訴法ニ在リテハ、我新法ト異ナリ、缺席セル當事者ニ對シ自白ノ推定ヲ爲サヌ。〔註二〕 從ツテ出頭セル當事者ガ、其期日ニ於テ新タニ主張シタル事實ニ對シテハ、適當ナル證據方法ヲ併セテ申出デナケレバナラス。〔註三〕 即チ受訴裁判所ハ、此期日ニ於テ、出頭當事者ノ申出ニカ、ル此等新證據方法ヲ取調ブルノ外、尙、缺席當事者ノ主張事實ニシテ、尙證據ヲ必要トスルモノアルトキハ、既ニ其者ノ提出シタル準備書面若クハ調書ニ記載セラレタル適當ノ證據方法

ヲ取調ブベク、〔註四〕之レガ爲メ其期日ニ辯論ヲ終結シ得ザルトキハ、更ニ辯論續行期日ヲ指定スベキモノトスル。而シテ此續行期日ニハ、前同期日ニ缺席セル當事者ハ、單ニ呼出サル、ニ止マリ、自ラ辯論ヲ爲シ、又、證據調ニ參加スルコトヲ得ヌ。蓋シ此期日ハ、懈怠アル前同期日ノ延長ナルガ故デアル。〔註五〕

〔註一〕 本節 III. 第二 (二四〇頁) 以下參照。

〔註二〕 Neumann:—Kommentar, Bd. II. S. 1248.

〔註三〕 前同期日ニ主張シタル事實ハ、相手方ガ之レヲ争ヘバ素ヨリ證據ガ必要トナリ、之レヲ争ハザリシナラバ、一般ノ規定ニ依リ自白ヲ推定セラレ、ガ故ニ問題ナシ。

〔註四〕 Neumann:—a. a. O. S. 1248.

〔註五〕 Neumann:—a. a. O. S. 1250.

要之、獨民訴法ニ於ケル懈怠判決 Versäumungsurteil ハ、

〔註一〕 第一同期日ノ懈怠ナルト、其後ノ辯論期日ノ懈怠ナルトニ因リ、判決ノ基本ニ於テ全ク異ナル。而シテ此懈怠判決ニ對シテハ、控訴ノ申立ノミヲ許シ(同法四六一條)、日、獨民訴法ノ缺席判決ノ如ク、缺席當事者ヨリ故障ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヌ。此控訴申立ニハ、控訴理由ニ制限ナク、凡ベテノ事實上並ニ法律上ノ不服ヲ主張シ得ルノ外、〔註二〕 缺席當事者ガ控訴ヲ爲シタル場合ニハ、尙、懈怠ナカリシコトヲモ控訴理由ト爲シ得ル(同法四七一條四號)。而シテ缺席當事者ノ控訴申立ガ懈怠ナカリシコトヲ理由トスルトキハ、控訴裁判所ハ、口頭辯論ヲ經ズシテ決定ヲ以テ其裁判ヲ爲スモノニシテ、懈怠ナカリシ

場合ニハ、原判決ヲ廢棄シ、第一審受訴裁判所ニ差戻スノデアル(同法四七三條一項四七四條三項)。

〔註一〕 條文ニハ、特ニ懈怠判決ト稱セザルモ、被告ノ應訴後ノ辯論期日ノ懈怠ニ因リ言渡ス判決(同法三九九條)モ亦懈怠判決ニシテ、此判決ニ對スル控訴ニ付テハ、同法四七一一條四號ノ適用ヲ受クル。Vgl. Neumann:—a. a. O. S. 1414.

〔註二〕 Neumann:—a. a. O. S. 1415. 尤モ輕微事件 Bagatellsachen ナルトキハ、缺席當事者ヨリ懈怠ナカリシコトヲ理由トシテノミ控訴ヲ爲シ得ルニ止マル(同法五〇一條)。

次ニ控訴審ニ於ケル當事者ノ期日懈怠ニ付テハ、墮民訴法ハ、第一審ニ於ケルト其取扱ヲ異ニシ、當事者ノ一方ノミナラズ、双方ガ缺席シタル場合ト雖モ、控訴ニ付キ辯論ヲ爲シ、控訴狀竝ニ提出セラレタル準備書面ノ記載ヲ斟酌シテ裁判スベキモノト定ムル(同法四九一條)。

第二、一九二四年ノ獨逸民訴法改正律令ニ依ル「一件記録ニ基ク裁判」

一九二四年ノ獨逸民訴法改正律令ハ、從來ノ缺席手續ヲ其儘ニ存置スル外ニ、「一件記録ニ基ク裁判」Entscheidung nach Lage der Akten ナル制度ヲ設ケタ。即チ口頭辯論期日ニ當事者ノ一方ガ懈怠シタル場合、出頭シタル當事者ハ、缺席判決ニ代ヘ、「一件記録ニ基ク裁判」ノ申立ヲ爲シ得ルト同時ニ、當事者双方ガ期日ヲ懈怠シタル場合ニハ、受訴裁判所ハ、其自由裁量ニ因リ、同ジク「一件記録ニ基ク裁判」ヲ爲スコトヲ得(同法二五一條^a三三一條^a)。

「一件記録ニ基ク裁判」ハ、墮民訴法ニ於テ被告ノ應訴後ノ口頭辯論期日ニ當事者ノ一方ノ懈怠シタル場合ト同ジク、否定的訴訟繫屬主義ニ立脚スルモノニシテ、前同期日ニ至ル迄ノ口頭辯論並ニ證據調ノ結果ノ外、未ダ口頭辯論ニ顯出セズト雖モ、既ニ相手方ニ送達セラレシ準備書面ニ記載ノ事項ヲモ、尙、訴訟資料トシテ斟酌スル。出頭セル當事者ハ、其期日ニ於テ、新事實ヲ主張スルコトヲ妨ゲザルモ、適當ナル時期ニ於テ、豫メ其事實ヲ相手方ニ書面ヲ以テ通知シナケレバナラヌ（同法三三條五條三號）。此「一件記録ニ基ク裁判」ヲ爲スニ當リテハ、墮民訴法三九九條ニ依ルト同ジク、缺席當事者ニ對シ自白ノ推定ヲ爲ササルヲ以テ、〔註一〕出頭當事者ハ、其期日ニ於テ新タニ主張シタル事實ニ付キ適當ナル證據ヲ申出ヅル必要ガアル。

〔註一〕 Rcsenberg:—Lehrb. S. 323.

此クノ如ク、獨民訴法改正律令ノ定ムル「一件記録ニ基ク裁判」ハ、口頭辯論ニ基クノ外、更ニ書面審理ヲ以テ判決ノ基本タル訴訟資料ヲ聚集スルモノニシテ、此點、我新法一三八條ノ「書面審理ニ依ル辯論ノ擬制」ト同ジ。併シナガ同法ハ、書面審理ヲ以テ、飽ク迄口頭辯論ニ對スル從タラシメムトシテ、此「一件記録ニ基ク裁判」ヲ爲スニハ、從前ノ期日ニ於テ口頭辯論ノ爲サレタルコトヲ以テ必要條件トスル（同法二五一條_a一項二段）。從ツテ最初ノ口頭辯論期日ニ相手方ガ缺席シタルトキハ、缺

席判決ノ申立ヲ爲スニ非ズムバ、辯論ノ延期ヲ爲ス外ナク、又、双方ガ缺席シタルトキハ、裁判所ハ、職權ヲ以テ新タナル口頭辯論期日ヲ定メテ之レヲ當事者ニ通知シ、又ハ手續ノ休止ヲ命令スル(同法二五一條^a二項)。

此「一件記録ニ基ク裁判」ハ、當事者一方ノ缺席ノ場合ニハ、出頭當事者ノ申立ニ因リ、又、双方缺席ノ場合ニハ裁判所ノ自由裁量ニ依ルコト上述ノ如シ。併シナガラ此裁判ヲ爲スニハ、素ヨリ其期日ニ於テ訴訟ガ裁判ヲ爲スニ熟セシコトヲ必要トシ、〔註一〕未ダ裁判ヲ爲スニ熟セザルトキハ、假令、出頭當事者ガ此申立ヲ爲スモ、更ニ辯論續行期日ヲ定メテ當事者双方ヲ呼出スノデアアル。〔註二〕而シテ此續行期日ニハ、嚮ニ缺席セル當事者モ亦、出頭シテ辯論ヲ爲シ得ベク、結局、前同期日ノ缺席ニ因リ何等ノ不利益ヲ蒙ラザルコト、我新法ニ於ケルト同ジ。即チ期日懈怠ノ結果ヲ其期日ニ局限シ、墺民訴法ノ如ク爾後ニ及ボサシメヌ。〔註三〕

〔註一〕 Stein-Jonas:—Kommentar, Bd. I. zu § 251 a III. 1. (S. 601);
Rosenberg:—Lehrb. S. 321.

〔註二〕 尙、當事者双方缺席ノ場合ニハ、裁判所ハ新タナル口頭辯論期日ヲ定メ得ルノ外、手續ノ休止ヲ命ズルコトヲモ得ル(同法二五一條^a二項)。

〔註三〕 本節 IV. 二四七頁參照。

此「一件記録ニ基ク裁判」ハ、其期日ニ於テ直チニ言渡サザル點ニ特長ガアル。即チ裁判所ガ、此裁判ヲ爲スノ條件ヲ具備セリト認ムルトキハ、少クトモ一週間ヲ隔テ其言渡期日

ヲ定メ、缺席セル當事者ニ對シ書留郵便ヲ以テ此期日ヲ通知スル。而シテ缺席當事者ハ、自己ノ過失ナクシテ辯論期日ニ出頭セザリシコトヲ疏明シテ、其判決ノ言渡ヲ爲サバランコトノ申立ヲ爲シ得ベク、裁判所ハ、此申立ヲ理由アリト認ムルトキハ、判決ノ言渡ヲ爲サズシテ、新タナル口頭辯論期日ヲ指定スル(同法二五一條^a一項)。(二三一條^a末段)〔註一〕斯クシテ缺席當事者ニ對シテハ、原狀回復ノ餘地ヲ與フルト共ニ、裁判所ニ對シテハ、判決原本作成ノ期間ヲ與へ、又、缺席當事者ニ懈怠ナカリシ場合ニ存スル無用ナル判決原本作成ノ勞ヲ省イタノデアアル。

〔註一〕 Stein-Jonas:—Kommentar, Bd. I. zu § 251. a. III. 4. b. (S.603)

控訴審ニ於ケル當事者ノ期日懈怠ニ就テモ、亦第一審ト同ジ。即チ當事者一方ノ缺席ノ場合、出頭セル當事者ハ、缺席判決ノ申立ノ外、「一件記録ニ基ク裁判」ノ申立ヲモ爲シ得ベク、又、當事者双方缺席ノ場合ニハ、裁判所ハ其自由裁量ニ依リ、「一件記録ニ基ク裁判」ヲ爲シ得ル(同法五^b二三條)。(註一)

〔註一〕 Rosenberg:—Lehrb. S. 443. ff.

要之、墺民訴法ハ、佛民訴法ニ倣ヒ、當事者ノ期日懈怠ヲ第一回期日ノ懈怠ト其後ノ辯論期日(被告ノ應訴後ノ期日)ノ懈怠トニ分チ、前者ニ在リテハ缺席判決(同法三^c九六條)、後者ニ在リテハ、缺席當事者ノ提出ニカ、ル訴訟資料ヲモ斟酌シタル懈怠判決ヲ言渡スモノトシ(同法三^c九九條)、獨民訴法改正律令ニ依ル「一件記録ニ基ク裁判」ハ、大體ニ於テ、此墺民訴法三九九條ニ依ル懈怠判

決ヲ踏襲シタノデアアル。枝葉ノ點ヲ除キ、兩者間ノ著シキ相違トシテハ、獨民訴法改正律令ハ、依然トシテ、凡ベテノ口頭辯論期日ニ於ケル當事者一方ノ缺席ニ付キ缺席手續ヲ存置シ、第二回以後ノ口頭辯論期日ニ在リテハ、出頭當事者ニ對シ、缺席判決ノ申立ヲ爲スカ、又ハ「一件記録ニ基ク裁判」ノ申立ヲ爲スカノ選擇ノ餘地ヲ與ヘ、又、獨民訴法ト異ナリ期日懈怠ノ不利益ヲ其後ノ期日ニ迄及バシメズシテ、出頭セル當事者ガ假令「一件記録ニ基ク裁判」ノ申立ヲ爲スモ、其期日ニ於テ辯論ヲ終結セザルトキハ、其續行期日ニハ、嚮ニ缺席セル當事者モ亦出頭シテ辯論ヲ爲シ得ルモノト定ム。

新法一三八條ノ規定ハ、以上、獨、獨ノ法制、就中、獨民訴法改正律令ノ定ムル「一件記録ニ基ク裁判」ヲ模倣セシモノナルモ、彼ト著シク異ナレル點ト云ヘバ、我新法ニ在リテハ、缺席手續ヲ全廢シタルコト、缺席當事者ニ對シ自白ノ推定ヲ爲スコト、出頭當事者ノ申立ナシト雖モ、職權ヲ以テ出頭當事者ニ辯論ヲ命ジ得ルト同時ニ、假令其申立アリ、又、出頭當事者ノ辯論ニ依リ訴訟ガ裁判ヲ爲スニ熟スベキ場合ト雖モ、其自由裁量ニ因リ辯論ノ延期ヲ爲シ得ルコト、並ニ缺席當事者ニ對シ、懈怠ナカリシコトヲ理由トスル原狀回復ノ途ヲ全ク與ヘザルコト等デアアル。

V. 新法ノ批評

新法ノ起章者ガ、缺席手續ヲ全廢シ、新法一三八條ノ規定ヲ

以テ代ヘタルハ、頗ル英斷ニ似タルモ、元來、新法起草者ノ計劃ハ、カ、ル徹底セルモノニ非ズ、舊法ノ缺席判決ノ制度ヲ改メテ、從來ノ口頭辯論並ニ證據調ノ結果ヲモ判決ノ基本トシテ斟酌シ、且ツ訴訟促進ノ見地ヨリ故障ノ申立ヲ許ササル程度ノモノデアツタ。新法一三八條ニ該ル起草委員原案一三〇條ニハ次ノ如ク規定セラレタ。

原案一三〇條 原告ガ口頭辯論ノ期日ニ出頭セズ、又ハ出頭スルモ本案ノ辯論ヲ爲ササルトキハ、訴狀ニ記載シタル事實ハ口頭辯論ニ於テ之ヲ提出シタルモノト看做シ、出頭シタル被告ニ辯論ヲ命ズルコトヲ得。

即チ此規定ハ、原告ノ期日缺席ノ場合ノミヲ規定シ、被告ノ期日缺席ノ場合ヲ包含シテ居ラス。蓋シ起草委員ノ考ヘトシテ、當事者一方ノ缺席ノ場合ニモ、口頭辯論ノ一般原則ニ遵ヒテ辯論ヲ進行スベク、從ツテ出頭當事者ノ新タナル陳述ハ、缺席當事者ニ於テ自白シタルモノト看做シ、又、缺席當事者ノ主張事實ハ、前同期日ニ至ル迄ニ證據方法ノ申出ナカリシトキハ、證明ナキモノト做スニ在リ、本條ハ、唯、原告ノ期日缺席ノ場合、審理ノ目的ヲ口頭辯論ニ顯出セシメ、之レヲ以テ被告ノ爲ス辯論ノ基本タラシムルニ止マル。〔註一〕

〔註一〕 民訴法改正調査委員會速記録三六四頁以下並ニ同上續卷九〇頁參照

然ルニ原案ニ依レバ甚ダ不當ノ結果ヲ招來スルモノニシテ、最初ノ口頭辯論期日ニ在リテハ、原告ノ缺席ハ被告ノ缺席ニ比

シ遙カニ有利ナル地位ニアリ、其後ノ期日ニ在リテハ、缺席當事者ヲシテ著シク不利益ノ地位ニ陷ラシムル。〔註一〕 兎ニ角此原案ハ、調査委員會ニ於テ激シキ論争ヲ惹起シ、一九二四年ノ獨民訴法改正律令ノ影響ノ下ニ、原案一三〇條ノ規定ヲ被告缺席ノ場合ニ及ボシ、且ツ缺席當事者ノ爲メ書面審理ヲ以テ辯論ニ代フルコト、シテ、新法一三八條ノ規定トナツタノデアル。

〔註一〕 最初ノ口頭辯論期日ニ被告が缺席スルナラバ、訴狀ニ記載ノ事實ハ悉ク自白シタルモノト看做サル、ガ故ニ、其期日ニ辯論ヲ終結スルナラバ敗訴スルノ外ナク、結局、舊法ノ缺席判決ヲ受クルニ等シク、而カモ故障ノ申立ヲ爲シ得ザル不利益ガアル。反之、原告缺席ノ場合ニハ、訴狀ニ記載ノ事實ガ口頭辯論ニ提出セラレタルモノト看做サル、ガ故ニ、出頭セル被告が原告ノ請求ヲ否認スルモ、直チニ其請求ヲ棄却セラル、モノニ非ズ、況ンヤ修正原案ニ依レバ、「事實」ヲ「事項」ト改メタルヲ以テ、原告ガ訴狀ニ證據方法ヲモ記載スルナラバ、最初ノ口頭辯論期日ノ缺席ハ、原告ノ爲メ殆ンド何等ノ不利益ヲ齎ラサルコト、ナル。

然ルニ第二回以後ノ口頭辯論期日ノ缺席ニ在リテハ、原告、被告ヲ問ハズ缺席當事者ニ著シク不利益ヲ負ハシムル。即チ出頭當事者ハ、豫メ準備書面ヲ以テ通知セシコトヲ條件トスルモ（原案二一一條、即チ新二四七條）、此期日ニ於テ新ナル事實ヲ主張シ得ルニ反シ、缺席當事者ガ前同期日以後ニ提出シタル準備書面ニ記載ノ事項ハ、凡ベテ判決ノ基本トシテ斟酌セラレズ、而カモ其缺席ノ儘ニ言渡サレタル判決ニ對シ、舊法ノ缺席判決ニ於ケルガ如ク、故障ノ申立、其他ニ依ル原狀回復ノ方法ガ與ヘラレテ居ラヌ。

新法一三八條ハ、カ、ル經過ニテ、其起草委員ニ一定ノ方針ナク、允協的ニ成案トナリシガ爲メ、其規定スル所、如何ニモ不徹底且ツ不熟デアル。加之、忽卒ノ際、充分細部ニ互ル推敲

考慮ヲ爲ス暇ナカリシカ、或ハ又、起草委員ノ考慮ノ及バザリシカハ知ラザルモ、カ、ル重大問題ニ付キ、漫然、單簡ナルルーケ條ヲ設ケテ、他ハ悉ク口頭辯論ノ一般原則ニ遵ハシメタルガ如キ、餘リニ大膽ナル態度ト云ハザルヲ得ヌ。吾人ハ、新法ノ規定スル所ニ付キ、數多、批難スベキ點ヲ有スルモ、ソノ觀過シ得ザルモノ若干ヲ擧グレバ次ノ如シ。

第一、準自白ノ規定ニ依リ、缺席當事者ニ對シ自白ノ推定ヲ爲スコトハ、根本的ノ謬リデアル。

新法ガ缺席手續ヲ全廢シタルハ、此手續ガ、屢々、狡猾ナル當事者ニ依リ訴訟遷延ノ策ニ利用セラレタルニ因ルモ、主トシテ其判決ガ實體的眞實ニ合致セザルニ因ル。缺席判決ハ、既述ノ如ク、所謂、肯定的訴訟繫屬主義ニ則ルモノニシテ、訴訟法ガ當事者ニ對シ眞實ヲ陳述スルノ義務ヲ課シ、當事者モ亦、訴訟ニ於テ眞實ヲ陳述スルヲ常ト爲スナラバ、其判決ハ概シテ實體的眞實ニ合致スベキ理ナルモ、〔註一〕未ダ法律上當事者ニ對シ實體的眞實ヲ述ブベキ誠實信用ノ義務 *Pflicht der Treu u. Glauben* ヲ負ハシメザル現在ノ訴訟主義ノ下ニ在リテハ、缺席判決ガ、多クハ實體的眞實ニ合致セザルベキハ素ヨリ當然デアル。

〔註一〕「ツイズマン」ハ云フ。沿革上、肯定的訴訟繫屬主義ハ、常ニ當事者ノ「眞正義務」 *Wahrheitspflicht* ノ採用ニ懸ルト。Weismann:—Lehrb. Bd. I. § 93. VII. 3. (S. 405).

去レバ當事者ニ對シ、實體的眞實ヲ陳述スルノ義務ヲ課セ

ザル訴訟主義ノ下ニ於テ、當事者一方ノ審理ニ依リ、可及的實體的眞實ニ遡キ判決ヲ爲サシメムトスルモノ、即チ所謂、否定的訴訟繫屬主義ニシテ、前記、墺民訴法三九九條ノ定ムル被告ノ應訴後ノ口頭辯論期日ニ於ケル當事者一方ノ審理ニ依ル裁判、並ニ獨民訴法改正律令ノ定ムル「一件記録ニ基ク裁判」ハ、孰レモ此主義ニ據ル。此主義ニ在リテハ、當事者ノ辯論ニ依リ、可及的ニ實體的眞實ヲ發見セムトスルモノナレバ、缺席當事者ニ對シ直チニ自白ノ推定ヲ爲シ、出頭當事者ノ新タナル陳述ヲ缺席當事者ニ於テ自白シタルモノト看做スベキニ非ズ、敢ヘテ缺席當事者ニ對シ自白ノ推定ヲ爲スガ如キハ、即チ此主義ノ破壊ニ外ナラス。〔註一〕 去レバコソ、前記、獨、墺ノ法制ハ、缺席判決ノ場合ト異ナリ缺席當事者ニ對シ自白ノ推定ヲ爲スコトヲ避ケタノデアル。

〔註一〕 尙、準自白ノ規定夫レ自體トシテ、當事者一方ノ期日缺席ノ場合ニ準用スベカラザルコトハ既ニ之レヲ述ベタ。本稿二二七頁以下參照。

然ルニ我新法ハ、折角、缺席手續ニ代ヘ新法一三八條ヲ新設シ、形態ニ於テ否定的訴訟繫屬主義ヲ執リナガラ、他面、缺席當事者ニ對シテ準自白ノ規定ヲ以テ莅ムノデアル。〔註一〕 是レガ爲メ、缺席判決ニ比シ遙カ煩雜ナル手數ヲ經テ裁判ヲ爲シナガラ、依然トシテ其裁判ハ、實體的眞實ニ合致セザルノ憾ヲ貽サナケレバナラス。斯クナラバ、寧ロ單簡ナル缺席判決ヲ存置スルヲ優レリトスル。

〔註一〕 本稿、二二七頁並ニ二三八頁參照。

新法ノ起草者ガ、カ、ル根本的ノ錯誤ヲ敢ヘテ爲シタルハ、一ニ訴訟ノ促進ノミニ急ニシテ、當事者一方ノ審理ニ依ル辯論ノ構成ニ付キ、充分ノ研究ト考慮トヲ缺キタルニ由ル。

第二、本條ニ依ル辯論ヲ以テシテハ、充分ニ訴訟資料ヲ聚集シ得ザル場合尠ナシトセズ、然ルニ我新法ハ當事者ノ期日懈怠ノ結果ヲ其期日ニ限定スルヲ以テ、屢々、缺席當事者ヲシテ、其期日懈怠ニ因ル不利益ヲ不當ニ免レシムル。

新法ニ依レバ、一三八條ノ規定ニ遵ヒ出頭當事者ガ辯論ヲ爲スコトニ因リ、訴訟ガ判決ヲ爲スニ熟スルトキハ辯論ヲ終結スベク、然ラザレバ更ニ期日ヲ指定シテ辯論ヲ續行スルモノニシテ、其續行期日ニハ、嚮ニ缺席シタル當事者ガ出頭シテ辯論ヲ爲スコトヲ妨ゲヌ。然ルニ同條ハ、缺席當事者ガ既ニ提出シタル訴狀、答辯書其他ノ準備書面ニ記載シタル事項ヲモ訴訟資料ト爲スベク規定スルガ故ニ、豫メ準備書面ニ詳細ニ互ル事實ヲ記載シ、數多ノ證據方法ヲ羅列シテ提出シ置クナラバ、口頭辯論期日ニ缺席スルモ、其儘、辯論ヲ終結セラル、虞レ絶對ニナシト云フモ過言ニ非ズ。斯クノ如クムバ、訴訟ノ促進ヲ目的トスル新法一三八條ガ、反ツテ惡辣ナル當事者ノ爲メ、訴訟遷延ノ策ニ利用セラル、コト、ナル。

此點ニ關シテハ、獨、塊民訴法共ニ相當ノ考慮ヲ拂ヒ、塊民訴法ハ、缺席當事者ヲシテ、其後ノ期日ニ於テ訴訟資料ヲ提出スル權利ヲ失ハシメ、又、獨民訴法改正律令ハ、訴訟ガ

未ダ「一件記録ニ基ク裁判」ヲ爲スニ熟セザル場合ニ付キ、別ニ缺席判決ノ申立ヲ爲スノ途ヲ拓イテ居ル。元來、我新法一三八條ハ、書面審理ヲ以テ缺席當事者ノ爲メ訴訟資料ヲ聚集スルモノナレバ、墺民訴法ニ倣ヒ、相當ノ程度ニ於テ、懈怠ノ結果ヲ其後ノ期日ニ及バシムルヲ至當ト考フル。〔註一〕孰レニセヨ、缺席當事者ガ其期日懈怠ニ因ル不利益ヲ不當ニ免ル、ノ途ヲ杜塞スベク相當ノ考慮ガ望マシカツタ。

〔註一〕 墺民訴法ノ下ニ、期日ニ懈怠セル當事者ニ對シ、爾後訴訟資料ヲ提出シ得ザル失權ノ效果ヲ負ハシムルコトハ、別段ニ其規定アルニ非ズ、解釋上ノ通説トシテ、續行期日ヲ其懈怠セル期日ノ延長ト看做スガ放テアル Vgl. Neumann:—a. a. O. S. 1250.

カ、ル解釋ハ、我新法ニアリテ、亦必ズシモ不能テハナイ。併シナガラ我新法一三八條ハ、當事者ノ期日缺席ガ止ムコトヲ得ザル理由ニ出テシヤ否ヤテ區別セズ、而カモソノ止ムコトヲ得ザリシ場合ト雖モ、原狀回復ノ途ヲ設ケザルヲ以テ、此等ノ點ヲ適當ニ改ムルコトナクシテ、唯、墺民訴法ニ於ケルガ如ク、當事者ノ期日懈怠ノ效果ヲ後日ニ及バシムル解釋ヲ爲スコトハ、甚ダシキ不當ノ結果ニ立チ至ラザルヲ得ヌ。

第三、後日、缺席當事者ニ懈怠ナカリシコト判明セシ場合ニ付キ、適當ナル救済規定ヲ設ケザリシハ不當デアル。

新法一三八條ニ依レバ、出頭當事者ノ一方的辯論ヲ以テ辯論ヲ終結シタル場合、缺席當事者ハ、止ムコトヲ得ザル事由ニ因リ期日ニ缺席シタルコトヲ疏明スルモ、原狀ニ回復セラレムコトノ申立ヲ爲シ得ルニ非ズ。唯、僅カニ、未ダ判決言渡前ナルトキハ、裁判所ノ自由裁量ニ因ル辯論再開ノ命ヲ期

待シ得ルニ過ギヌ。

元來、當事者ニ期日缺席ノ不利益ヲ負ハシムルハ、ソノ故意又ハ過失ニ基ク場合ニ限ルヲ相當トスベク、新法ガ、凡ベテ當事者ノ期日缺席ヲ同一視シテ、懈怠ナカリシ場合ニ於テ原狀ノ回復ヲ要求シ得ベキ適當ノ救濟規定ヲ設ケザリシハ、缺席當事者ニ對シ酷ニ失スル。獨、澳ノ民訴法ガ、孰レモ缺席當事者ニ對シ原狀回復ノ途ヲ設ケシコト既述ノ如シ。此點ニモ、亦相當ノ考慮ガ望マシカツタ。

第四、本條ニ依リ、出頭當事者ニ辯論ヲ爲サシムルニ付キ、裁判所ニ與ヘラレタル職權ガ餘リニ過大デアル。

新法ニ依レバ、裁判所ハ、出頭セル一方ノ當事者ニ辯論ヲ爲サシムルニ付キ、出頭當事者ノ申立ヲ必要トセズ、又、其申立ニ拘束セラレザルモノニシテ、假令、其辯論ニ依リ訴訟ガ判決ヲ爲スニ熟スベキ場合ト雖モ、自由ナル裁量ニ因リ、辯論ヲ爲サシメズシテ、辯論ノ延期ヲ命ズルコトヲ得。又、出頭當事者ノ一方ノ辯論ヲ以テ辯論ヲ終結シタル場合、上述ノ如ク缺席當事者ニハ、其缺席ノ止ムコトヲ得ザリシ事由ヲ疏明シテ原狀ニ回復セラレムコトノ申立ヲ爲ズノ權ナク、此場合ニモ、裁判所ハ、其自由ナル裁量ニ因リ辯論ノ再開ヲ命ズルコトアルニ過ギヌ。

當事者ノ一方ガ期日ニ缺席シタル儘、辯論ヲ進行シ終結スルコトハ、當事者双方ノ爲メ重大ナル利害關係アル問題デア

ル。然ラバ此場合ニ付キ當事者ノ權限ヲ尊重シテ、其利益ヲ自働的ニ主張シ、確保シ得ルノ規定ヲ設クルコト、洵ニ執ルベキ策ナルニモ拘ラズ、新法ガ、凡ベテ裁判所ノ職權事項トシテ其自由裁量ニ委シタルハ、餘リニ當事者ノ權限ヲ無視シ、必要ノ程度ヲ超エテ職權ノ範圍ヲ擴張シタルモノト云ハナケレバナラス。訴訟法ハ、唯、當事者ヲ拘束シ、又、當事者ノミヲ拘束スル規定デハナイノデアアル。斯ク必要ノ程度ヲ超エ裁判所ノ職權ヲ過大ナラシメタルハ、表面的ニハ如何ナル理由アリトスルモ、畢竟スルニ起草委員ガ、有識、不識ノ間ニ抱ク官僚主義的思想ノ發露ニ外ナラス。

第五、缺席手續ヲ全廢シタルハ、些カ早計デアアル。

缺席手續ガ、屢々、狡猾ナル當事者ノ爲メ訴訟遲延ノ策ニ利用セラレ、又、其判決ガ概シテ實體的眞實ニ合致セザルコトハ、再ビ爰ニ贅言スル迄モナイノデアアルガ、他面、缺席判決ニハ、棄テ難キ長所モアル。

即チ當事者ガ、訴訟ヲ支持スルノ意思ナキカ、若クハ其意思ヲ喪ヒタル場合、明白ニ請求ノ拋棄若クハ認諾ヲ爲スカ、然ラズムバ相手方ノ主張事實ヲ自白スルナラバ、別段ニ問題ナシトスルモ、多クハカ、ル場合、其當事者ノ期日ノ缺席トシテ現ハル、ヲ常トスル。斯ク訴訟ヲ支持スル意思ナキ缺席當事者ニ對シテハ、缺席判決ヲ以テ敗訴セシムルモ、敢ヘテ不當ナリト言ヒ得ザルト同時ニ、カ、ル當事者ハ概シテ故障

ノ申立ヲ爲サルガ故ニ、其儘事件ノ終了トナリ、著シク裁判所ノ負擔ヲ輕減スルコト、ナル。明確ナル統計ヲ缺クモ、從來、缺席判決ヲ以テ終了セル事件ノ數、割合ニ多數ナルコトハ、此事實ヲ如實ニ示スモノニシテ、獨、奧ノ訴訟法ガ、缺席判決ヲ全廢シ得ザリシ理由モ亦爰ニ存スル。去レバ缺席手續ノ長所ヲ殘シテ其短所ヲ去ルガ爲メニハ、獨民訴法改正律令ノ如ク、出頭當事者ニ對シ、其時ノ訴訟ノ狀勢ニ因リ、「一件記録ニ基ク裁判」ヲ求ムルト、缺席判決ヲ求ムルトノ選擇ノ餘地ヲ與フルコト、或ハ賢明ノ策ナリトモ考ヘラレル。

然ルニ新法ハ缺席手續ヲ全廢シタルヲ以テ、缺席當事者ガ既ニ訴訟ヲ支持スルノ意思ヲ缺キタル場合ト雖モ、尙、凡ベテノ爭點ヲ整理シテ判決ヲ爲スノ外ナク、裁判所ノ負擔著シク過重ナラザルヲ得ヌ。現在ノ裁判所ノ能率ヲ以テシテハ、新法ノ規定ハ、個々ノ訴訟ノ促進ヲ圖ツテ、反ツテ全體的ニ訴訟事件ノ澁滯ヲ來サルヤヲ虞ル。幸ニシテ事件ノ澁滯ナシトスルモ、無益ナル勞力ノ濫費ナリト云フ批難ハ、畢ニ之レヲ免ル、コトヲ得ヌ。

第六、其他、規定トシテ推敲ノ不足セルコトハ、既ニ夫々、各所ニテ述ベシガ如ク、著シキハ、同條ニ「最初ニ爲スベキ口頭辯論ノ期日」ト云フモ、其意味甚ダ不明瞭ニシテ疑義ノ餘地ヲ貽シ、〔註一〕又、同條ニ依リ缺席當事者ガ陳述シタルモノト看做サル、書面中ニ、準備手續調書ヲ缺ケルハ、準備手

續ニ關スル基本方針ノ變更ニ伴フ條文整理ノ疎漏ナリシニ由ル。〔註二〕カ、ル點ヲ措クモ、起草者ガ、餘リニ條文ノ單簡ナラムコトヲ欲シタル爲メカ、問題ガ重要ニシテ、關係スル所ノ範圍廣キニ比シ、條文ノ簡明ニ過グル嫌ヒガアル。簡明ニモ程度アリ、簡明ニ過グルハ、問題ニ付キ確タル腹案ナシト云フコト、モナル。

〔註一〕 本節 II. (二三四頁)參照。

〔註二〕 本節 III. 第一、1. (二三七頁)參照。

要之、新法一三八條ハ、其趣旨、目的ニ就テハ寧ロ養成スベク反對スベキニ非ザルモ、規定トシテハ、徹頭徹尾、失敗ナリト斷言スルヲ憚ラヌ。早晚、必要ナルベキ修補ヲ止ムナクセラル、コト、信ズルモ、差當リ本條ノ運用ニ付キ、裁判所ニ對シ慎重ナル考慮ヲ望マザルヲ得ヌ。

余ノ觀ル所ヲ以テセバ、本條ニ依リ出頭當事者ニ一方的辯論ヲ爲サシムルニ當リテハ、充分、缺席當事者ニ付テ存スル事情ト、其時ニ至ル迄ノ訴訟ノ經過トヲ斟酌シ、本條ノ濫用ヲ慎ムト同時ニ、本條ニ依リ出頭當事者ニ一方的辯論ヲ爲サシメタル場合ト雖モ、充分ニ缺席當事者ノ主張ヲ明確ナラシムベク、直チニ之レニ準自白ノ規定(新^{一四〇}條^{二項})並ニ攻撃、防禦ノ方法却下ノ規定(新^{一三九}條^{二項})ヲ以テ莅ムベキニ非ズ、之レガ爲メ結審シ得ザルトキハ、尠クトモ一回ハ辯論ノ延期ヲ爲シ、新^{一二八}條ニ依リ、缺席當事者ニ對シ、次回期日ニ至ル迄ニ準備ヲ命ズルガ至當デ

アル。更ニ又、本條ニ依リ、出頭當事者ニ辯論ヲ爲サシメ結審シタル場合ト雖モ、缺席當事者ガ、其缺席ノ止ムヲ得ザル事情ニ因リシコトヲ疏明シタルトキハ、辯論ヲ再開スルニ吝カデアツテハナラス。若シ當事者ノ一方ガ期日ニ缺席シタリトテ、直チニ本條ニ依リ出頭當事者ニ辯論ヲ爲サシメ、缺席當事者ニ對シテハ、準自白ノ規定ト、前記攻撃、防禦ノ方法却下ノ規定（新三九條三項）トヲ以テ之レニ莅ミ、忽卒ノ間ニ結審スルノ舉ニ出デ、後日、其缺席ノ止ムナカリシ事實ガ判明スルモ、辯論ノ再開ヲ拒ムガ如クムバ、徒ラニ訴訟ノ促進ニノミ急ニシテ、實體的眞實發見ノ誠意ナシト批難セラル、モ辯解ノ辭ナキ理デアアル。