

民事訴訟法論綱

緒 論

法律者。以表示國家之意思者也。(1)民事訴訟法。亦不外表示國家之意思。故爲一種法律也。而此法律。規定人類社會難免之權利競爭。裁斷其曲直之方法。卽訴訟手續也。由此觀察之。民事訴訟法者。乃規定人類生活上之事。卽一種事物。訴訟手續也。依此法律。與其所規定事物。訴訟手續遂生法律上之效果。卽一種權利關係也。(2)茲先以民事訴訟法爲一種法律。一種事物。一種權利關係。而研究之。

(1)國家者。法人也。爲公權及私權之主體。據近世學說。凡有共同目的。多數人類之集合體。有爲權利主體者。有非權利主體者。而其爲權利主體者。法學上稱爲法人。非權利主體者。稱爲社會。蓋社會僅於各個人相互間。生一種之關係。非獨立爲權利主體也。國家者。法人也。故因表示國家之意思。及其行爲。不能不設各種機關。各國之立法權。卽定國家之意思。且爲表示意思之機關也。依此機關。正式發表國家之意思。是爲法律。

(2)權利關係之語。乃近來之法律語。最屬新奇。蓋從德語之『尼比德斯、倫爾利斯』

緒論 第一章 民事訴訟法之大意

譯出。德語所謂『尼比德』。有法律及權利之二義。而所謂『尼比德斯倫爾利斯』者。法律關係之義也。譯爲權利關係。不免誤解之譏。法典調查會。遂代以法律行爲之語。所謂法律行爲者。包含合意契約及權利行爲等之義。是亦過於廣漠。揣民事訴訟法之立法者。以稱爲法律關係。其義過汎。故稱爲權利關係。不知權利俟法律而始生。則稱爲權利關係。與稱爲法律關係。僅有因與果之異耳。

第一章 民事訴訟法之大意

以民事訴訟法爲一種法律而觀察之。當先研究此法律。應屬於如何之種類。(一)

(第一) 民事訴訟法者。一種形式法也。德國學者。分法律爲實體法及形式法二種。實體法者。如民法、商法、及刑法等。爲判決標準所適用之法律。形式法者。因適用實體法。規定方式之法律。卽民刑訴訟法之類。是二種之法律關係。乃體與用之別也。

(一) 講學上分別法律種類甚多。如自然法、及法理、成文法、不文法、習慣法等。茲均置不論。此外尚有公法、私法、內國公法、國際公法外國公法、公法普通法、特別法、基本法、助法等之種別亦畧焉。唯就英法學者所不言之實體法、及形式法之分別。而一言之。

(第二) 民事訴訟法者。一種公法也。法律有公法私法之別。夫人而知之矣。然法律中

如民事訴訟法。將屬諸公法耶。抑屬諸私法耶。古來學者間。議論甚繁。或謂民事訴訟法。爲一種私法。其理由。以民事訴訟法。本爲適用私法之手續法。法又助即保護私權之法律也。主張此說者。德國今日尙間有之。法國學者。概從此說。(2)或謂民事訴訟法。爲公私混合之法律。此說以強制的法律爲公法。非強制的法律爲私法。民事訴訟法。一部係強制的規定。強制執行制一部係當事者處分權之規定。故爲公私混合之法律。以上二說。均不足採。

或謂民事訴訟法。爲一種公法。若約言其理由。第一、民事訴訟法。以保護私法即一種法律爲主目的。保護法律之事。純然公事。而非私事。第二、欲達此目的之行爲。乃裁判權之實行。應屬於國權。第三、基於私權之強制執行。亦屬於國權。(3)故民事訴訟法公法也。近德國學者之意見。漸歸一致。蓋以斯說適合國家學之理也。余亦從此說。以民事訴訟法爲一種公法焉。

(2)羅馬法。唯以國法爲公法。故如刑法雖屬公法。而刑事訴訟法。則爲一種私法。其理由。謂刑事訴訟法。包含被害者對於犯人。請求賠償之手續也。以民事訴訟法爲私法之學說。蓋亦與羅馬法同其旨趣。

緒論 第一章 民事訴訟法之大意

(3) 國家爲統治權之主體。故有強制一般人民之權。至于他法人之團體。爲一種權利主體。無統治權。故亦無強制權。如地方團體。及因殖民所特許之自治團體。得行強制權者。是僅因國權之委任而然。并非團體固有之權力。故對於人之身體及財產之強制權。屬於國家之專有。

(第三) 民事訴訟法者。以法律而規定國家的之私法上裁判方式者也。(1) 裁判之方式。乃因保護私法。欲達其目的之方法也。蓋裁判之目的。不問惡意之有無。凡有違背法律之意思。及行爲。皆當實行私法。故民事訴訟法。以保護私法爲直接目的。而保護私法。卽所以保護私權。是間接亦保護權利之法律也。(2) 而欲完其權利保護之實效。必有強制之力。故民事訴訟法。爲強制之法律也。

(1) 民事訴訟法。定國家司法機關之裁判所。施行裁判之方式。然日本民事訴訟法第八編。并規定仲裁判斷。是僅例外而已。仲裁判斷者。一私人之裁判。非國家之裁判。所以規定於訴訟法中者。乃因對其判斷。有申請不服。^{五八}又因強制執行。有執行判決^{二八}等。每須裁判所之干涉也。此外皇室典範第四十九條。規定皇族相互間民事訴訟之裁判。亦不得謂爲國家裁判。^{參照第七節}

(2) 訴訟法之目的。在於保護私法。訴訟之目的。在於保護權利之請求。故法律之目的。爲國家之目的。訴訟之目的。爲當事者之請求。二者固屬不同。然欲達法律之目的。的 法 目 自當保護當事者權利。故謂間接爲保護權利之法律也。蓋此區別。其界至微。學者多謂訴訟法之目的。與訴訟之目的同一。然詳爲考究之。固自有別也。

(第四) 民事訴訟之主體。凡對於自由之人民及其財產。有強制之權力者。國家而已。強制權既屬國家所專有。而國家者。法人也。故必設機關。執行此權利。所謂機關者。即各種裁判所是。裁判所。依所謂裁判權及管轄權。而執行強制權。是即國家因有私法上利害之關係者。即爲由一個個人之私權保護於 實行此權利也。故民事訴訟。裁判所與當事者。即原告及被告 皆爲其主體。

(第五) 依民事訴訟法保護權利之方法。保護權利之方法有二。

(甲) 判決。保護權利之第一方法。判決是也。裁判所以此判決。決定原告對於被告所請求之保護果有理由與否。判決者。有命令物之供給及某行爲之實行。與僅確定權利關係之存在與否之別。日本民事訴訟法。稱後之訴。爲確定契約之成立或不成立之訴。一八 或確定權利關係之成立及不成立之申立。二一條

判決者。宣言國家之意思也。然裁判所非立法機關。故其所宣言之判決。既非法律。亦非契約。又非僅事件之鑑定。乃對於現實事件。裁判所以其威力而適用法律也。(1)要之、判決非如法律創定權利。不過適用法律定權利之存否而已。如古來法律之格言。謂判決乃別種之法律。其爲謬說可知也。

(1)判決基於法律。表示國家之意思。國家之意思如斯。而宣言當如其意思。見之實行也。於此宣言。有強制執行之力。故謂判決爲適用有威力之法律也。

(乙) 強制執行 強制執行者。藉國家之公力。以有形的、或心理的強迫。而實行判決。此方法。多對於確定之敗訴者而實行之。是爲本則。然有時以他之名義。對於未確定之敗訴者。亦可實行。如假執行是。參觀以下

(第六) 民事訴訟法之目的及訴訟之目的 民事訴訟法。以保護私法爲直接目的。而訴訟之目的。則在於保護權利之請求。蓋訴訟原告。從判決及強制執行之方法。請求保護私權也。是保護權利之請求。卽民事訴訟直接之目的。若私法上權利關係。所謂訴之原因及請求之目的物者。乃訟間接之目的也。(1)

(1)民事訴訟之目的。與訴訟之目的物。不可混同。訴訟之目的物。因私法上之權利關

係。而可請求之債權及物件。即請求之目的物。應對於當事者而請求之也。至于訴訟之目的。乃向裁判所而請求之也。依所謂私法上關係。即如契約及其他之理由。請求保護已得權利也。唯就於訴訟之目的如何。有種種之說。或曰求所爭事件之判決。或曰在於真實之發見。茲不一一辯駁之。

(甲) 權利保護之請求。欲使相手方滿足原告之希望。向國家而請願也。

權利保護之請求。依保護之方法。即如原告有理由之判決。且特如強制執行之方法者。而使之滿足也。

權利保護之請求。因實體上之權利保護。求命被告履行某事之判決也。或有不須履行。即實僅請求積極的。或消極的。確定之判決者。又有僅請求權利之保證及擔保。即假之命令者。但假差押之請求。雖可謂為權利保護之請求。而非訴之目的。

消極的。不成確定之請求。非確認原告之權利。乃排斥。認非相手方主張之權利。由此觀之。保護之請求。不以原告私權之存在。為必要條件。蓋排斥他人不當之權利。所以防

自己權利之損害。故消極的確定之訴。亦屬權利保護之請求也。

(乙) 私法上權利關係。訴之原因常為訴訟間接目的。而因其主働者之主體。即原告主張自己

權利。與非認被告權利而異。又此權利關係。不必有所爭者。即屬無所爭者。若未與滿足之權利。亦有保護之必要也。例如被告認諾義務之全部。而或請延期。或不履行時。則欲因判決得強制執行之力。勢不得不請裁判所之保護。又被告直認諾請求。且非因其所爲。使至于起訴時。原告雖受勝訴之判決。而對於被告。應負擔訴訟費用之全部。
部。三七

(第七) 不拘在民事訴訟法中有規定與否。應與所謂民事訴訟分別者。如左。

(甲) 權利者之自助。即權利者自行直接請求。或以暴力自行報復是。

(乙) 依民事上契約而熄爭端。即和解認諾、拋棄、仲裁等是。

仲裁契約民事上之契約也。蓋拋棄訴訟法上之保護以所爭事件。一任仲裁人之判斷。此非訴訟固無論已。而基此契約之原因。得爲履行之訴焉。又仲裁人之職務。非仲裁人能生國家裁判權。究因於當事者之意思者。故仲裁人之宣言。非適用法律。乃好意之仲裁判斷也。^{六七八} 仲裁之宣言。在當事者間。固與已確定之裁判所判決。有同一之效力。^{〇八} 唯欲強制執行其仲裁判斷。則必藉夫訴訟。而得裁判所之執行判決。^{〇八}

(丙) 非訟事件。非訟事件。如其名稱所示。非民事之訴訟。然古來沿革上。尙用裁判權之名稱。以此爲非訴訟裁判權。即任意裁判權。非訟裁判權者。對於訴訟裁判權而言。有國權之一部者。如裁判所執達吏。登記官吏。公證人。身分取扱吏等之行爲。依法律上之方式。而保護權利者也。又非僅保護權利。且有依此行爲。以使發生權利爲目的者。此職務行爲之大略。如保證民間取引。國家的取締行爲。保護無能力者之行爲。卽後見人或補佐人之任命取締。是也。其詳可參照民法、及公證人規則、登記法、戶籍法、三十一
年法律第十四號三十二年法律第五十一號非訟事件手續法。

第二章 民事訴訟法所定之事物即訴訟手續

(第一) 以民事訴訟法爲人類生活上之事即一種事物。而觀察時。因行爲。與其他事實而成立。行爲者。謂裁判所。裁判官、裁判所書記、執達吏。及當事者。又其代理人。及補佐人等。一切之訴訟行爲也。事實者。如訴訟能力當事者。及代理人。死亡之事實也。茲總稱爲訴訟手續。

(第二) 訴訟手續。分別左之三種。

(一) 斷定起訴權能之有無。豫審手續

(二) 權利保護之請求。本案之審理手續

(三) 強制執行。

(一) 決定起訴權能之有無。就其斷訟程度言之。亦可謂爲豫審也。蓋現所繫屬之權利請求。得在此裁判所。對此被告。而起訴與否。又被告有應此訴訟。而爲答辯之義務與否。又裁判官就於此訴。有判決之義務與否。而與以決定也。

(二) 本案之辯論。請求權利保護之辯論。卽本案之辯論。及本案之判決。就於事件。及物件。訴訟材料之全部。而爲之。且從當事者所主張及證據。與以事件之終局判決也。訴訟手續。得分爲主張與證據調二種。又得不分主張與證據調。而同時辯論。羅馬訴訟法。不分主的訴訟手續。與證據調。德意志在普通法時代。則分本案之辯論。與證據調之辯論。先就於證據。例如舉證責任之何在。須舉證之事項如何。及證據力之有無等。爲確定獨立之裁判。且此裁判爲終局判決。故對之得爲普通之上訴。而當判決未確定時。不能爲本案之判決。因此訴訟有延滯之弊。今日訴訟法。採證據連合之主義。使二種辯論合一。日本訴訟法。亦與羅馬法及德意志訴訟法同。以主的訴訟手續包含證據調。稱爲本案之辯論。本案之辯論者。依被告爲本案之辯論時。而始生也。(1)

(1) 日本訴訟法。有特別規定時。雖可使受命判事爲證據調。是所謂本案辯論之準

備。或辯論之一部。不得謂法律之主義上分離其手續也。^{三七}然如第三百五十三條規定檢眞之裁判。及同第三百五十一條之規定。公正證書。又已經檢書之私署證書。有主張爲偽造變造時。因確定其證書之眞否。得以一種中間判決。而爲裁判。是與全體主義不相容之一變例也。但此等裁判。不許獨立上訴。故非破壞證據調併合之主義。俟說明證據調時。當詳論之。

(三) 強制執行 強制執行者。依確定判決之旨趣。從命令。藉公力。而強制執行之一切手續也。強制執行。原屬訴訟之一部分。特以之比較他部分。則大不相同耳。蓋執行多有經本案辯論之判決。而至其判決確定後。始爲之。然有時有與本案之辯論同時并行者。(1) 又有稱執行判決。爲獨立之訴訟者。(2) 且其管轄。常屬於執行裁判所。卽區裁判所。^{三四}是也。

(1) 因判決之種類。及訴訟之性質。由裁判所之職權。及當事者之申立。有宣言所謂假執行者。對此判決。雖可上訴。然其執行。不因本案之辯論而停止。仍可并行者也。
 以五
 下〇 一

(2) 因外國裁判所之判決。或仲裁判斷。欲爲強制執行時。須以獨立之訴。請求執行。

緒論 第三章 民事訴訟法之權利關係

判決。五〇二四

以上就民事訴訟法中。分爲三段。由通常起訴始。至訴訟結局。應經過之順序也。然亦非謂每件皆須若此。例如却下第一段。即裁判之有無之訴時。可不經過第二及第三段。即本案又第二段本案辯論後。棄却訴訟時。不必受第三段之執行是也。

案之判決與執行手續

第三章 民事訴訟法之權利關係

(第一) 從民事訴訟法。由訴訟手續訴訟關係人間。生訴訟上即形式上權利及義務之關係。茲稱爲訴訟上之權利關係。此與訴之原因之實體法上權利關係。須有區別。(1)實體的權利關係者。於一訴中。雖有包含數種者。而訴訟上權利關係者。則不問實體的關係之多少。常爲合一之權利關係。(2)又實體的權利關係。雖依契約及他原因而發生。至於訴訟上權利關係。則因訴之提起而發生也。故此關係常與訴訟同時發生。又與訴訟同時進行同時終了。

(1) 訴訟上權利關係。因訴之提起。裁判所與原被告間。生權利義務之關係。詳言之。即被告有答辯之義務。當事者有向裁判所請求證據調及其他行爲之權利。且因裁判所有指揮訴訟及懲罰之權利。遂同時有應當事者之請求。而爲判決之義務。要之。原

告、被告、裁判所、間生一切權利義務之關係也。至於訴之原因實體的權利關係。乃由貸借、賣買、或犯罪等。所生權利義務之關係。是二者所以不同也。

(2) 訴訟上之權利關係。常屬合一之說。學者或唱異論。謂一訴中有數種請求時。若其各請求。每有一訴訟上關係者。則訴訟上權利關係。亦爲數種也。不知既以一訴而請求。假令其中有複雜之關係。而在訴訟手續上爲唯一之關係。固亦無妨也。

(第二) 訴訟上權利關係。爲屬於形式者。與訴訟目的物之私法上權利關係。即實體的權利關係

須有區別。前已略述矣。故訴訟上權利關係。雖無實體的權利關係。亦可成立。蓋實體上權利關係之存在與否。依其訴訟判決後而始決定之問題也。且訴訟上權利關係。從訴訟之標準而消長。實體法上權利關係。從民法之標準而消長。故訴訟上權利關係。對於實體的權利關係。乃獨立存在也。唯此二種關係相聯屬者。即訴訟本因私法上權利關係而起。可以此爲間接之目的物。若無目的物。則訴訟上關係。亦歸消滅。

(第三) 訴訟上權利關係。有三個之主體。即裁判機關。裁判所與原告、及被告、是也。原告用攻擊方法。請求保護權利。被告用防禦方法。對抗之。而裁判所則在兩者之上位。而裁判其曲直。惟被告有同時立於原告之地位者。即提起反訴是也。此係形式上聯合二種之

第四章 民事訴訟與刑事及行政訴訟之差別

訴訟。至於本訴及反訴。仍不失爲三個之主體。(1)

(1) 凡由民法上契約及他原因。發生實體的權利關係。僅當事者間即權利者之關係。雖有數多之權利者及義務者。而訴訟時。亦僅視爲共同原告。或共同被告耳。

以上所述。訴訟上之權利關係。常有三種。詳言之。卽裁判官與原告。及裁判官與被告。并原告與被告。三者之關係也。且此三個主體之權利關係。互相牽連。而不可相離者也。(

2)

(2) 訴訟上權利關係。將兩面耶抑三面耶。德國近來學者間。議論甚繁。拉密普比大學教授彌幼羅氏。始倡三面關係之說。爾後非僅雜誌及講義中。學者多所辯論。且每因此問題。有特著一書者。要之所謂三面的關係。講學上實多便利。而在實際上。則此問題不問歸屬何說。俱無影響。茲不評論焉。

第四章 民事訴訟與刑事及行政訴訟之差別

(第一) 民事訴訟與刑事訴訟之差別 民事訴訟法。以保護私法爲目的。刑事訴訟法。以保護國法刑法爲目的。民事訴訟。屬於私益。刑事訴訟。關於公益。故民事訴訟。以訴訟當事者爲主。刑事訴訟。以國權爲主。民事訴訟。雖採最發達之主義。即當事者之處分權主義而刑事訴

訟。則國家有權利。同時又有義務。故不能用當事者主義。而用官權主義。又民事訴訟。其所爭物體。與國家之利益無關。故爲三個之主體。刑事訴訟。則國家爲保護請求之權利者。又可爲判決之主體。故其主體。不過國家與被告人而已。

(第二) 民事訴訟與行政訴訟之差別 民事及刑事之訴訟。皆屬司法之裁判事務。換言之。有憲法及裁判所構成法之擔保。由不羈獨立之裁判官。而施行裁判事務也。若行政訴訟。則屬於行政官廳。及行政裁判所之裁判事務。

司法裁判。與行政裁判。所以相異者。非謂裁判標準之法律不同也。換言之。非指司法裁判。從夫私法。行政裁判。從夫公法。亦非指彼從法律。此從公益之便宜而裁判也。又非謂訴訟之主體不同也。詳言之。非指民事訴訟。爲一私人互相爭訟。行政訴訟。爲以國家及公之組織團體爲當事者也。要之。民事與行政之所分者。在於訴訟事件之性質。卽民事訴訟所爭事件。爲一切私法上之關係。而行政訴訟。爲公法上權利關係也。

故民事訴訟與行政訴訟分別之標準。其問題之主旨如何。卽權利關係。爲一私人與一私人間之權利及義務。關係私權之時。則其訴訟事件。可在民事裁判所而審理并裁判之也。

若權利關係爲公之團體與團體之一個人。卽行政官與一私人間。有公法上關係時。則其訴訟事

第四章 民事訴訟與刑事及行政訴訟之差別

件。屬於行政裁判權之管轄也。(1)

(1) 國家爲公權之主體。同時又爲私權之主體。故雖一個人對於國家機關之訴訟。而

從其裁判欲決之問題。僅屬私法上關係時。

例如一私人對於行政官廳。求賣掛代金及損害賠償之訴。

則國家亦

一私人。爲訴訟當事者。是卽純然之民事訴訟也。若以公權之發動

之即適用行政權爲處分及命令

不當。要求取消之訴時。乃判定公法上關係之當否。應屬於行政裁判所也。但因不當

之處分及命令。所生損害賠償之請求。仍屬於民事裁判。固無論已。

行政裁一六

以上區別民事訴訟。與行政訴訟。若頗易者。雖然此爲法學上極大問題。歐洲各國學說。尙未一致。日本學者。議論尤繁。今舉其主要者如左。

第一說。凡在行政裁判所。不可裁判之訴訟事件。悉屬於民事裁判所之管轄。

第二說。民事裁判所。與行政裁判所。各異其管轄。故學理上有民事性質之事件。又有行政性質之爭者。雖不得訴於行政裁判所。然亦不在民事裁判所裁判之限。

第一說之論據。專從憲法第六十一條之規定。同條云。

由行政官廳之違法處分。傷害權利之訴訟。屬於別以法律所定之行政裁判所之裁判者。不在司法裁判所受理之限。