

民事訴訟法論綱

第二編 第一審之訴訟手續

關於民事訴訟之主體。訴訟上之權利關係。及訴訟行為一般之原則。前編已詳述矣。本編特述關於第一審訴訟手續之事項。所謂第一審之訴訟手續者。指地方裁判所及區裁判所之手續也。而其手續。有通常手續。與特別手續之別。在地方裁判所之特別訴訟手續。謂證書訴訟。為替訴訟。人事訴訟手續。及破產手續等。在區裁判所之特別手續。謂督促手續也。本編所述。本以第一審之通常訴訟手續為主。惟日本訴訟法前揭特別手續中。督促手續。非如德國別設一編。而揭於第一審之手續中。故本書亦從其便。於本編中併說明之。此外訴訟法別置一編者。本書亦讓諸後編。以他之法律而規定者。則在本書論述之外。

第一章 訴之提起準備書面之交換及口頭辯論

日本民事訴訟法。分第一審訴訟手續。為左之三段。

(甲) 訴之提起。第一節 即因當事者一方之任意行為而行者。

(乙) 準備書面之交換。第二節 即因當事者雙方。與送達機關而行者。

(丙) 口頭辯論。第三節 即因三個之訴訟主體之共同行為而行者。

第二編 第一審之訴訟手續 第一章 訴之提起準備書面之交換及口頭辯論 第一節 訴之提起

又規定於民事訴訟法第二編、第一審之手續中。由其手續之目的觀察之。得區別為純然之訴訟手續。與證據保全之手續。證據保全之手續者。據民訴第三百六十五條。至第三百七十二條所規定。有紛失證據之慮。又有難於使用之慮時。因保全其證據。使訊問證人。及鑑定人。又為檢證之特別手續也。不問本案訴訟。現已繫屬與否。皆可行之。蓋非本案辯論中之證據方法。即證據調查手續究因保全證據。所為之別種手續也。

第一節 訴之提起

(第一) 訴之提起。有須用書面。與可用口頭之別。

(甲) 以書面提起訴訟。為地方裁判所之訴訟手續所必要者。以訴狀呈遞裁判所而為之。參觀第一編第一章第三節第一區裁判所訴之提起。則以書面。與以口頭演述。使裁判所書記

筆記於調書而為之。乃出於當事者之隨意。不必皆用書面也。一七九〇。三二四。

(乙) 區裁判所及地方裁判所。皆得以口頭演述。提起訴訟者。當參第一編第一章第三節第一

(第二) 民事訴訟法。第百九十條。規定在地方裁判所提起訴訟之必要條件。與有準備性質之事項。茲先述屬其要件之事項如何。訴狀以具備左之諸件為必要。

第一、當事者及裁判所之表示。

第二、提起請求一定之目的物、及其請求一定之原因。

第三 一定之申立。

(一) 第一之要件。訴訟主體之表示者。以期當事者無誤認也。雖非如第一百五條第一號之規定。有準備性質必要之事項。而其身分、職業、住所。又有法律上代理人時。則其氏名、身分、職業、住所之表示。非無必要。例如同名異人是也。

(二) 第二之要件。包含左之二項。

(甲) 須開示請求一定之目的物。請求之目的者。有在於有體物之給付。有在於行為之實行。或有僅確定權利。故所謂目的物者。非僅有體物之義。并無形之權利。亦包含之。而有體物中。亦有特定物、與不特定物之別。請求之目的。若爲特定物。須於其物無所疑者。例如請求一之不動產時。則明示其圖面、土地臺帳、或登記謄本、或家屋所在地名、番號等。若在不特定物。則須明示其品質、等級、及其數量。

(乙) 須開示所請求一定之原因。請求之原因者。與第九十六條所謂訴之原因同義。然請求之原因云者。或訴之原因云者。果指何物耶。此在學者間頗有議論。若詳述之。有議論繁雜之嫌。故僅就余之所信者。說明之。

第二編 第一審之訴訟手續 第一章 訴之提起準備書面之交換及口頭辯論 第一節 訴之提起

所謂請求原因者。由原告對於被告可發生實體法上請求權之權利關係也。而所開示權利關係。須依此可確定權利關係者也。然不必從實體法。開示權利關係之發生。及請求緣由。一切之事實。夫權利關係。爲事實之結果。而請求爲權利關係之結果。故權利關係之爲何。雖可依事實之開示而知之。而指定權利關係之爲何。則不必此事實之開示。茲所定爲要件者。不過原告須開示依事實所得之結果。即權利關係而已。至於得此結果歷史的事實之表示。依第一百五條第三號。屬於訓示的條項。故雖可開示。而實非必要也。

所謂開示請求一定原因。與其他之事實。若例示之。例如開示關於所有權之訴。所有權回復之原因。則僅表示所有權之主張。與不法之占有。或因他之行爲。而受妨害之事實。至於得其所有權之事實。則不須開示。又關於地役、訴之原因。則僅主張特別之地役權。關於質權、訴之原因。則僅表示目的物、與權利範圍之質權。不必開示得其地役權。或質權之事實。關於賣買、訴之原因。則原告僅開示因賣買契約而起訴。不必開示契約遠因之事實。又因受物之損害之訴。則僅開示被告有過失之責。與加損害於原告之物件。不必開示過失之事實。及加害之所爲。此外關於人事或相續之訴。亦可由

前例類推之。自知其區別也。

以上有唱反對之說者。謂須開示歷史的事實也。德國學者、及德國之判例。多從此說。因此日本亦有反對說。不知德國之反對說。并其判例。究基於民事訴訟法理由書之說明而已。日本學說及解釋之理由。非僅毫無價值。且推究日本第百六條法文之精神。卽事實上關係之說明。并法律上之討論。禁止揭示書面之主義。而知此反對說之不足據矣。

(二) 第三要件。卽一定之申立也。一定之申立者。謂判決之請願也。故此申立。在於明示求如何之判決。詳言之。卽求被告若何給付於原告。或實行若何之行爲。之履行或應確認若何義務。之確定之判決也。然在一定原因。及一定目的物之項目。僅表示其原因及物件。而不須表示由其原因所生權利之全部或一部。并目的物之員數、及附帶之請求額。而於此一定之申立。則必明示之。且須開示求如何之判決也。

因請求原因之性質。難預定一定之數額者。不必明示之。但須畧示可爲裁判所之根據。而得確定之標準者。例如養料請求之訴。僅求欲得相應身分之養料請求。賠償之訴。僅云欲得相當賠償。或原被計算上。欲得歸於被告義務之金額。則不能爲一定之

中立。故此際須就於一日一月之率、或物、或一日幾多之賠償。又基於原被之預算。凡得若干。略示一定之標準也。(1)

(1) 德國一派學說。有謂此際須先提起確定賠償扶助料、及精算金額之訴。後更爲請求支拂之訴。然如前第一編第二章第三節^{第三}所論定提起確定之訴。未求其履行。須原告因現在確定之。有權利上之利益者。自不得從前說也。

又德國有類此之疑問曰。在原告及被告。有二者擇一之權利及義務時。若非確定其一。而請求之。則不得謂一定之中立是也。有名學者因託密、烏比忒爾等。則謂起訴之時。不必行選擇之權利。得留保於起訴之後。余亦從此說。

以上爲提起訴訟必要之條件。故若訴狀不具備要件時。則裁判長依第九十二條之規定。以命令使補正之。若不從命令。則可爲駁回訴狀之命令。但當事者對此命令。得爲即時抗告。

屬於訴訟準備之事項。由第九十條末項定之如左。

甲、除以上要件外。更從第一百五條所揭準備書面之規定。
乙、裁判所之管轄。依訴訟物之價額而定者。而訴訟物非一定之金額時。則揭其價額是

也。

參觀裁判第十四條第一號第二十六條第一號

右二事項雖不全備。而以本屬於準備行為者。亦不至因此訴狀。至於無效。然如(乙)之事項。非僅定管轄必要而已。且貼用訴訟印紙。亦為必要。(2)故結局。若非補正。則不能受判決也。

(2)若裁判所之管轄。依訴訟物之價值額而定者。不揭其價額。或不貼用制規之印紙。提出訴狀時。裁判所仍須指定期日。而開始口頭辯論耶。

第一、因不揭價額。不知管轄權之有無者。須定期日而開辯論。何則、此非事項之要件也。且地方裁判所。關於事物之管轄。雖屬於區裁判所之管轄者。亦得裁判之。(七)又可因管轄違而却下其訴也。(九)

不貼用印紙時。則雖有第九十三條明文。裁判所未必須指定期日。蓋訴訟用印紙。以特別法即第二十三號法律第六十五號定之。其第十一條。稱不從此法律貼用印紙之民事訴訟書類。無其效力。無印紙之訴狀。既屬無效。自無受理無效之訴。而開辯論之理也。惟同條但書有由補貼印紙。而使為有效之規定。則裁判所從此但書。可先使之貼用。視為有效後指定期日也。然印紙法本出於徵稅之趣意。則在貼用後。通常之效力。得遡及於

其始。是爲通例。故先指定期日。後使貼用印紙。固不可謂爲違法之所爲。惟既有不許訴訟上救助之決定。仍提出無印紙之訴狀時。則不能以後日貼用之推測。而定期日。然裁判所復非可依第百九十二條規定。駁回訴狀。又非如故障及控訴、抗告、有不適法律上方式可以却下之明文。將如何而可耶。

據余所見。裁判所先命貼用印紙。而仍不從時。固屬無效之訴狀。故視爲無此訴狀。置之可也。又欲強付以終局。則雖無法條之明文。而以明明爲不適法律上之方式者。故裁判長得以命令却下之。無可疑也。但對此命令。屬諸構成法第四百十條所謂抗告與否。乃未決之疑問耳。

全備訴訟之要件時。則定期日。送達於被告。一九及就審期間。四一九亦不須說明。惟此就審期間。卽由訴狀之送達。與口頭辯論期間。所存之期間。第三百七十七條、第四百九十六條、及第三百三條、有特別規定。是宜注意也。

以上因訴之提起。成立訴訟上權利關係。第一編第二章第二節已詳之。又因起訴之行爲。而生之效力。第一編第二章第一節第二。亦已詳論。茲不贅述。讀者參照右二節而考究之。庶可明關於起訴全般之學理。與應用之正確者歟。

第二節 準備書面之交換

日本民事訴訟法。採口頭辯論之主義。依第一百三條之法文明矣。雖然。非謂以口頭辯論爲主義。不用一切書面之交換也。在會議裁判所^{地方裁判}之口頭辯論。可以書面而準備之。^{四一}故當事者從此規定。在訴之提起。與口頭辯論期間。有交換之義務。^{一九九四}惟怠此義務。非視爲必然之效果。應受失權之制裁。蓋此等規定。不過爲對於當事者訓示的命令而已。

準備書面交換之目的。在於開示當事者雙方。所欲主張者。及欲爲證據者。使相手方預知訴訟之材料也。蓋欲以此預爲必要之研究。當辯論期日。不至因準備。更請延期也。要之。此書面。僅屬於準備者。非以書面爲判決之基本。從而書面所載之自白。不過法廷外之自白。又準備之懈怠。不過訴訟外之懈怠而已。

準備手續。非僅在訴狀及答辯書中。可以爲之。即在訴狀及答辯書交換之後。亦然。^{四二}又各準備書面。并附屬書之謄本。抄本。除應送達於相手方外。須另備一本。以提出於裁判所。^{八一〇}

準備書面交換之目的。各當事者。在就審期間內。互爲書面之交換也。就審期間者。第百九

第二編 第一審之訴訟手續 第一章 訴之提起準備書面之交換及口頭辯論 第三節 口頭辯論

十四條規定二十日之期限是也。而此期間。并呈遞答辯書期間。皆屬法定期間。但非所謂不變期間。參觀第一編第三章第六節第二因當事者之申立。裁判長以命令得伸縮之。又如答辯書呈遞期間。得短縮至二十四時間。三〇計算事件、財產分割、及類此之訴訟。口頭辯論開始後。在受命判事之面前。從準備手續。而搜輯訴訟材料。俟次節詳之。

準備書面之交換。非訴訟上之必要行為。然在延期口頭辯論時。裁判所得定爾後呈遞必要準備書面之期間。二〇四

以上相當期間內。怠於準備書面之交換。至於訴訟遲滯。或費用增加時。則有怠慢之責者。不拘其訴訟之勝敗如何。應受費用負擔之言渡。五七是對於準備懈怠。法律上唯一之制裁也。

第三節 口頭辯論

第一款 總論

口頭辯論之主義及原則。爲日本民事訴訟法最重要之方式。第一編第三章第一節。已論述矣。其爲裁判所及當事者之行爲之大原則。於第一編第二章第五節。已以所謂處分權主義之名稱。而爲詳述。故不必再論述之。本節僅就訴訟手續之程度及順序。說明所謂口

頭辯論。

口頭辯論最初之行爲。在於提出適法訴狀。裁判長定口頭辯論之期日。一五九三而訴狀送達後。就審期間滿了。遂達於口頭辯論之期日。期日者。以事件之呼上始。由裁判長自開口頭辯論。而口頭辯論。於是開焉。一〇六三所謂開口頭辯論者。謂裁判長自呼當事者之氏名。指示訴訟事件之目的。且告知可爲其辯論之旨也。法律所謂辯論之開始。既如前所述。則口頭辯論之名稱。亦有廣狹兩義。即廣義所謂口頭辯論者。指由開始辯論。至其終結一切之辯論也。狹義所謂口頭辯論者。特關於本案之辯論也。故茲分爲不關於本案之口頭辯論。與本案之口頭辯論。說明如左。

第二款 本案前之口頭辯論

本案前之口頭辯論者。因其辯論事項之性質。須在本案辯論以前。而爲之也。

原告基於訴訟。爲一定之申立。且其請求之原因。事實上陳述。雖已終了。不得以此爲本案之辯論。蓋法律上所謂本案之辯論者。指被告應訴。對於本案之請求。而發表辯論之意思之後也。參照第一編第二章第一節第三及第四故被告有拒入本案辯論之理由時。必在入本案辯論前提出之。惟須先就其事項開辯論者。如左。

(一) 妨訴抗辯 妨訴之抗辯。須在本案被告之辯論前。同時提出之。之二二六但屬於絕對的必要條件者。如無訴權抗辯。訴訟能力。或法律上代理欠缺之抗辯。及專屬管轄違之抗辯。不問訴訟如何之程度。得隨時提出。不必在本案之辯論前。蓋裁判所亦可隨時以職權調查之也。又屬當事者之處分權者。如被告得拋棄之妨訴抗辯。限於疏明非被告之過失。在本案辯論前。不能主張者。雖在本案辯論之後。亦可主張之也。然是為唯一之例外。其他關於妨訴抗辯。於第一編第二章第二節。已以之為訴訟上之必要條件而論述之。茲從省略。

(二) 妨訴抗辯以外之必要條件。屬此事項者如左。

(甲) 訴狀要件之欠缺。之一九〇

(乙) 訴之併合。有違法時。即不適於第四十八條、第五十條、及第一百九十一條之規定者。或法律上以共同訴訟為必要。而不併合其訴是也。訴之併合。在第一編第二章第十節第二款及第四款已經詳述。茲亦從省略。當局者最宜注意也。

(丙) 主張中斷及中止之理由。參觀第一編第八章第八節

(丁) 對於變更訴之原因。陳述異議。一九此異議。不在本案口頭辯論前。則由被告承

諾之。參照第一編第二章第三節第二

(戊) 以有偏頗之慮爲理由。申立判事之忌避。三四但職務除斥之理由。不拘訴訟之程度。可以提出。是例外也。三四之一

(己) 訴訟代理、委任欠缺之主張。七此際裁判所得命補正。或許至口頭辯論終結前。追完之。且以屬於裁判所之職權。得行調查。故不須在本案辯論前主張之也。唯有可疑時。則須在本案辯論以前申出之而已。

以上事項。雖須口頭辯論。然所謂不關於本案之辯論也。而其辯論之結果。或有僅須決定者。有以中間判決終結者。或關於上訴。有特視爲終局判決之中間判決者。或結局歸於訴之却下。爲純然之終局判決者。要皆非所謂本案之辯論也。

第三款 本案之口頭辯論

本案之口頭辯論。因原告爲一定之申立。或併陳述請求原因之事實。被告對之申立訴之全部或一部之却下。而成立者也。(1) 〇一

(1) 原告一定之申立。及被告訴之却下之申立。皆應受判決事項之申立也。故據第一百二十二條第一項之規定。須基於訴狀、及答辯書爲之。日本訴訟法。非如德國訴訟

法特命朗讀書面。而別須基於書面而爲申立。則其事項之申立。究與朗讀相同。然使以守此方式爲迂。倉卒而爲口頭申立。致訴狀申立。與調書所記載。輒生差異。而因起紛爭者。當事者所宜注意也。

被告之答辯。即防禦方法有種種之別。曰事實之否認。曰基於法律之反對陳辯。曰義務消滅之抗辯。曰反訴之提起是也。

第一項 事實之否認

各當事者。對於相手方所主張之事實。有陳述之義務。此依第一百十一條第一項所規定也。所謂事實上之陳述者。有不承相手方之陳述。與自認之別。前者稱爲事實之否認。後者稱爲自白。而否認事實之陳述。又有以不知事實。與反對相手方所主張之事實。事實上之主張之別。前者爲消極的陳述。後者爲積極的陳述。至於否認相手方之主張。則同。事實上之陳述。概須立證。惟自白則爲例外。故茲就民事上自白之性質略述之。自白。第一編第二章第五節所謂確定事實之意思表示也。換言之。卽非反對之主張。與反對證據之拋棄。對相手方所主張事實。表明同意。而以之確定其事實也。但自白與認諾不同。認諾者。認義務之存在。自白者。單認事實之存在。事實之自認。非卽認義務之存在。蓋認

事實之存在。更得主張其義務之消滅也。

自白者。屬於一方之處分行爲。故不須相手方之承諾。又自白者。非如日本舊民法所謂證據方法。民證第二條第十故不能以心證判斷而取捨之。且自白雖有不實者。仍可羈束裁判所。

1)

(1)就此說明。似有拘泥德國學理及法律。蔑視法文之疑。然余雖不敏。亦不至拘泥他國之法例。而蔑視本國之法律者。夫舊民法因明治二十九年法律第八十九號已經廢止。民事訴訟法。現行之法律也。民訴不以自白爲一之直接證據。直可拘束裁判所。不許心證判斷。亦不許反對之證據。且在第二審。尙有羈束力。固無容疑。是余乃重視現行法律之結果也。

德國訴訟法第二百六十三條。雖舉反證。證明自白之不實。若非證明出於錯誤。則不失其效力。日本舊民證第三十六條第二項亦云。事實有錯誤時。得取消之。今日實際所行者亦然。蓋因錯誤之理由而取消者。本非真正之自白也。而與自白之事實。非真實者不同。故自白雖證明其不實。自白之效力。亦無影響。是基於當事者之處分權。既爲事實確定之意思表示。則自白之實否。固非裁判所所問也。且縱實無義務者。而爲

認諾義務之申立。則亦爲認諾判決。究皆出於尊重當事者權利之旨也。

自白者。追認自己不利之事實也。故爲自己利益之事實。雖牽連陳述。不外別一事實之主張而已。從而限於相手方。自認其事實外。必須證明之。以上之學說與法國并日本學說。及判例所常稱之自白不可分原則異。(1)然所謂自白不可分者。若僅限於左之事情。則余亦因他之理由。而表同意。如由原告主張賣買契約。請求物件之代價時。被告陳述認賣買契約之事實。但其契約。附有一定期日。當行引渡之旨。原告怠於引渡。故可不應其請求。是也更詳言之。原告主張單純賣買之事實。被告自認有附約賣買之事實。則非僅不自白單純之賣買。且對於原告主張之事實。却有所爭者也。蓋契約本以主的約旨與附從約旨二者而成立。皆屬不可分之要素。故賣買契約之事實。雖已存在。而缺其要素之一時。不生法律上效力之事實也。即法律上之事實如斯非所謂真正之自白。惟講學上或稱爲形容付之自白而已。故不得適用自白之法理也。

(1)日本舊民法證據第三十六條。欲援用複雜之自白者。關於所陳述數個之事實。不得分其自白。解之者曰。權利無證之際。自認義務原因之事實。且主張其義務之辨濟時。僅援用有利部分。而捨不利益之部分。得乎。余於此不論其理由當否。唯其義務