

裁

判

法

(新版)

兼子
竹下守

一



法 判 裁

兼 子 一
竹 下 守 夫

〔新 版〕

法律学全集

34



有 斐 閣

著者紹介

兼 子 一

昭和4年 東京帝国大学法学部卒業
昭和16年 東京帝国大学教授
昭和32年3月 東京大学教授を退職し弁護士となる。
法学博士
昭和35年12月 公共企業体等労働委員会会長
昭和48年4月 逝去

竹 下 守 夫

昭和30年 東京大学法学部卒業
昭和34年 第11期司法修習生修了
現在 一橋大学教授、法学博士、法制審議会幹事、司法試験審査委員

主要著書

民事法研究第1巻(昭15 弘文堂)
強制執行法(昭24 弘文堂)
民事訴訟法(1)(昭24 有斐閣)
条解民事訴訟法(1)(2)(昭26 弘文堂)
条解民事訴訟法(3)(昭27 弘文堂)
民事法研究第2巻(昭29 酒井書店)
民事訴訟法体系(昭29 酒井書店)
実体法と訴訟法(昭32 有斐閣)
民事法研究第3巻(昭44 酒井書店)

演習民事訴訟法上・下巻〔共編著〕
(昭48 青林書院新社)
条解会社更生法上・中・下巻〔共著〕
(昭49 弘文堂)
民事訴訟法を学ぶ〔共編著〕(昭52 有斐閣)
不動産執行法の研究(昭52 有斐閣)



法律学全集 34

裁 判 法〔新版〕

昭和34年8月30日 初 版第1刷発行
昭和53年12月25日 新版初版第1刷発行
昭和57年2月20日 新版初版第7刷発行

定価 3,000 円

著 作 者 兼 子 一
竹 下 守 夫

東京都千代田区神田神保町 2~17

発 行 者 江 草 忠 允

東京都青梅市根ヶ布 1~385

印 刷 者 青 木 勇

東京都千代田区神田神保町 2~17

発 行 所 株式会社 有 斐 閣

電 話 東京 (264) 1311 (大代表)
郵便番号 [101] 振替口座東京 6-370番
本郷支店 [113] 文京区東京大学正門前
京都支店 [606] 左京区田中門前町 44

印 刷 株式会社 精 興 社
製 本 株式会社 高 陽 堂
本文用紙 王子製紙株式会社 春日井工場
クロ ス ダイ ニ ッ ク 株 式 会 社

© 1978, 兼子泰子・竹下守夫. Printed in Japan
落丁・乱丁本はお取替えいたします。

ISBN 4-641-00734-9

新版はしがき

兼子一先生が本書の初版を世に問われ、わが国における裁判法学の礎を築かれてから、すでに二十年近い歳月が経過した。この間に、裁判法学の対象である内外の司法関連諸制度とこれをめぐる学説・判例の状況には、少なからぬ変化が生じ、また新たな問題が提起されるに至った。このような内外の変化にもかかわらず、初版以来多くの人々から高い評価を受けて来た本書の卓越した学問的価値は、それ自体いささかも失われることはないが、本書の具体的叙述は、現時点の法律制度と若干の齟齬を来たすこととなった。

そこで、私は、御遺族の御了解を得て、旧版の基本思想と学問的価値を維持しながら、本書の内容を今日の制度的・理論的狀況に適合させるという困難な仕事をお引き受けることとなった。しかし、もとより、私が兼子先生の文章にむやみに手を加えるなどということが出来る筈はない。それで、私は、次の方針で本書の改訂作業を行った。第一に、旧版の本文については、それ自体が現在の法律制度に合致しなくなっている場合のみ、最小限度において書き改め、それ以外は原則として手を触れなかった。ただ、注は、読者の便宜のため若干加筆したところもある。第二に、本書の意義を現時点で一層高めるに役立つと思われる限度では、判例・統計資料を補充し、またこの二十年間におけるわが国の比較司法制度論、憲法訴訟理論、法社会学的裁判研究などの学問諸分野の研究成果を取り入れるに努めた。しかし、それらはすべて「」印の補注の形式にし、それぞれの該当箇所ごとに原注の後に組み入れた。その際、扱う問題によりある程度長文になったときは、補注に見出しを付した。第三に、司法関係諸制度のうち、予防司法的機能を果たす公証制度・司法書士制度を、新たに第四編に第五章を設けて書き加えた。

この作業を通じて、私としては、兼子先生が本書に示された、日本国憲法の下での司法の理念に対する鋭い洞察と、それに基づく現行裁判制度への透徹した解釈的理解の基本を傷つけることのないよう、私自身の意見を述べることは、可及的に差し控えたつもりである。したがって、この新版も、本来は兼子先生の単独のお名前で行刊されるのが当然であった。それにもかかわらず、僭越ながら、私を共著者にして頂いたのは、私の書き加えた部分が、単なる補遺執筆者としての責任にとどまるには、いささか量が多くなり過ぎたためと、先生の御遺族および有斐閣の御好意によるものである。この御好意に対し、心から御礼を申し上げたいと思う。また、旧版から新版に至る過程で、学習院大学教授宮脇幸彦氏、最高裁判所事務総局民事局第一課長三宅弘人氏には、本書の第三版の刊行に際し、巻末に補遺を付して頂き、また東京高等裁判所判事時国康夫氏には、旧版を御覧頂き補足・改訂の必要個所につき貴重な御指摘を賜った。さらに、新版に掲載した図表・巻末文献表の作成には、独協大学法学部講師春日偉知郎君、一橋大学大学院生佐野裕志君の御協力を頂いた。これらの方々にも厚く御礼を申し上げる。最後に、この新版が刊行されるについては、有斐閣常務取締役新川正美氏および同編集部加藤郁代さんより、終始暖かい激励と御支援を賜った。心から感謝の言葉を申し上げます。

昭和五十三年十一月二十日

竹 下 守 夫

昭和五十五年十月一日より民事執行法が施行されるので所定の改正を行った（昭和五十五年三月）。

旧版はしがき

本全集で、裁判法というものの執筆を割り当てられた。ところで、この裁判法というのは、熟した用語ではなく、従来このような名称の著書の出されたものもないし、各大学の講義科目としても、余りその例を聞いたことがない。したがって、どういことがらを、どんな体系によって書くかということ自体が、まず与えられた課題となった。

さて、裁判法を文字通り受け取れば、裁判の機構や作用についての法律ということになるであろう。実定法上では、裁判の基本的な問題、特にその組織機構の大綱については、主として憲法の司法の部分に規定されており、その個別的な問題、殊にその作用については、民事・刑事訴訟法その他の手続法に詳細に示されている。これをつなぐものとして、裁判所法などの法律がある。そこで、裁判法としてバランスのとれたものを書くとしたら、これらの全体にわたって、万遍のない記述が要求されるであろう。しかし、本全集の一卷としては、憲法や民事・刑事訴訟法などは、それぞれ別々に出ているので、勢いそれらとの重複を避けると共に、その何れにも属しない分野として裁判所法等を中心とせざるを得なかった。その点では、この裁判法は、憲法の司法の部分の補足としての意味をもつと共に、各訴訟法の共通問題やその対比についての説明として、入門的な役割を荷うことになるであろう。

本書には、本来裁判に関するあらゆる法的な事項を盛り込まなければならないはずであるが、これを単なる事典に終らせないためには、一つの体系中に、それぞれの関連において位置づけなければならない点に苦心が存した。更に、特に制度や組織の点については、その沿革を尋ね、諸外国のそれをも比較参酌することも当然であり、また単なる実定法の説明や解釈を離れた、法理学的または社会学的考察も必要と考えられる。これらの点についても、著者としては努力したつも

りではあるが、何分にも多岐にわたっているため、一々について徹底を欠いた憾みは免れないかもしれない。
大方の批判を仰ぐ次第である。

昭和三十四年盛夏

兼子

一

目次

第一編 総論

第一章 裁判と司法

第一節 裁判の本質

- 一 概説(一)
- 二 社会関係上の紛争(二)
- 三 拘束力ある第三者の判定(四)
- 四 法的規律としての裁判(五)
- 五 形式的意義の裁判(五)

第二節 裁判と司法

- 一 法律と裁判(六)
- 二 司法としての裁判(七)
- 三 司法と行政(一〇)
- 四 司法の独立(一二)

第二章 国家形態と司法の地位

- 一 前国家的裁判(四)
- 二 専制国家における司法(四)
- 三 立憲国家における司法(五)
- 四 民主国家における司法(六)

第三章 民主司法の諸課題

第一節 裁判官の地位

- 一 民主司法のジレンマ(三)
- 二 裁判官の公選制(三)
- 三 裁判官の身分保障と民主的コントロール(五)

第二節 司法への民衆関与

- 一 總 説(一七) 二 陪審制度(一七) 三 參審制度(三〇)

第三節 裁判への監視と批判……………四

- 一 總 説(四二) 二 国会の国政調査権(四二) 三 裁判と世間(四五)

第二編 裁判組織法……………四九

第一章 わが裁判制度の沿革……………四九

第一節 明治憲法前の状態……………四九

第二節 明治憲法下の裁判制度……………五三

- 一 明治憲法における司法(五三) 二 裁判所構成法の制定(五五) 三 その後の変遷(五九) 四 外地の裁判制度(六二)

第三節 日本国憲法下における裁判制度の变革……………六三

- 一 日本国憲法の制定に伴う変革(六三) 二 その後の改正(六四) 三 対外関係に基づく司法権の制約(六四)

第二章 現行裁判制度の基調……………六六

第一節 總 説……………六六

第二節 司法権の範囲……………六八

- 一 概 説(六八) 二 裁判所法の規定(六九) 三 法律上の争訟(七〇) 四 司法審査の限界(七三) 五 わが司法権の人的および物的な範囲(八〇)

第三節 司法の優位……………八五

一 法令審査権(八五)	二 現行憲法の態度(八六)	三 司法の優位の意義(八七)
-------------	---------------	----------------

第四節 司法の自主性	104
------------	-----

第一款 裁判官の独立	104
------------	-----

第二款 規則制定権	111
-----------	-----

一 總 說(一一)	二 規則制定権の範圍(一二)	三 規則の制定(一二)	四 裁判所規則の対人的効力(一二)	五 法律と規則との牴觸(一二)
-----------	----------------	-------------	-------------------	-----------------

第三款 司法行政権	118
-----------	-----

一 總 說(一一)	二 人事権(一九)	三 會計(一九)	四 司法行政事務の処理(二二)
-----------	-----------	----------	-----------------

第五節 司法機關	124
----------	-----

一 裁判所の種類(三四)	二 裁判所間の上下關係(三四)	三 特別裁判所の禁止(三七)	四 行政機關の終審裁判の禁止(三七)
--------------	-----------------	----------------	--------------------

第三章 各裁判所の組織と権限	135
----------------	-----

第一節 最高裁判所	135
-----------	-----

第一款 構成	135
--------	-----

一 地位(三三)	二 構成(三三)	三 最高裁判所の機構改革問題(三八)
----------	----------	--------------------

第二款 裁判権とその行使	141
--------------	-----

一 總 說(四一)	二 上告と特別抗告(四二)	三 審判機構(四六)	四 裁判における意見の表示(五一)
-----------	---------------	------------	-------------------

第三款 司法行政事務	154
------------	-----

一 総説(五四) 二 司法行政機関(五四)

第四款 附置機関……………一五

一 事務総局(五五) 二 研修機関(五六) 三 最高裁判所図書館(五七)

第二節 高等裁判所……………一七

一 地 位(五七) 二 組 織(五九) 三 裁判権(六〇) 四 裁判権の行使(六一) 五 司法

行政権等(六四)

第三節 地方裁判所……………一六

一 地 位(六六) 二 組 織(六八) 三 裁判権(七〇) 四 裁判事務の処理(七一) 五 司

法行政権等(七六)

第四節 家庭裁判所……………一七

一 地 位(七〇) 二 組 織(八〇) 三 権 限(八一) 四 裁判機関(八四) 五 司法行

政事務(八四)

第五節 簡易裁判所……………一八

一 地 位(八五) 二 組 織(八七) 三 権 限(八八) 四 裁判機関(九〇) 五 司法行

政事務(九二) 六 事務移転(九三)

第四章 裁判官……………一九

第一節 裁判官の種類および人員……………一九

一 総説(九四) 二 種類(九四) 三 定員(九五)

第二節 裁判官の任用……………二〇

第一款 最高裁判所の裁判官 一〇五

一 任命資格(一〇五) 二 任命(一〇五) 三 国民審査(一〇九)

第二款 下級裁判所の裁判官 一二三

一 任命資格(一二三) 二 裁判官の欠格事由(一二六) 三 任命(一二七) 四 任期(一二八)

第三節 裁判官の地位 一二九

一 裁判官の定年(一二九) 二 裁判官の報酬(一三〇) 三 裁判官の服務(一三三) 四 裁判官の身分保障(一三四) 五 裁判官の懲戒(一三六) 六 裁判官の弾劾(一三九) 七 裁判官の除斥、忌避、回避(一四一)

第五章 裁判官以外の裁判所職員 一四五

一 種類(一四五) 二 地位(一四五)

第一節 裁判所書記官および執行官 一五六

一 裁判所書記官(一五六) 二 執行官(一五六)

第二節 その他の職員 一四二

一 司法行政事務を担当する職員(一四二) 二 裁判事務を補助する職員(一四三) 三 研修機関の職員(一四五)

第三編 裁判作用法 一四七

第一章 審理の方式 一四七

第一節 開廷 一四七

一 総説(一四七) 二 開廷(一四七) 三 審判の公開(一四八) 四 法廷の秩序維持(一五二) 五 用語(一五五)

第二節 裁判所間の共助	二五五
-------------	-----

- 一 国内共助(二五五)
- 二 国際共助(二五六)

第二章 裁判	二五七
--------	-----

第一節 裁判の心理過程	二五七
-------------	-----

第二節 合議体の裁判	二六〇
------------	-----

- 一 総説(二六〇)
- 二 評議の方法(二六一)
- 三 評決(二六五)
- 四 評議の秘密(二六六)
- 五 補充裁判官(二六七)

第三節 裁判の成立	二六七
-----------	-----

- 一 裁判書の作成(二六七)
- 二 裁判の告知(二六八)

第四節 裁判の種類および効力	二六八
----------------	-----

- 一 法律術語としての裁判(二六八)
- 二 形式上の種類(二六九)
- 三 内容による分類(二六九)
- 四 裁判の効力(二七〇)
- 五 裁判の無効(二七〇)

第三章 各種の裁判手続	二七四
-------------	-----

- 一 総説(二七四)
- 二 民事訴訟(二七四)
- 三 行政訴訟(二八〇)
- 四 刑事訴訟(二八三)
- 五 訴訟以外の裁判手続(二八六)
- 六 和解および調停(二八六)

第四編 司法関係諸制度	二九五
-------------	-----

第一章 檢察制度	二九五
----------	-----

- 一 司法と檢察(二九五)
- 二 檢察官署(二九七)
- 三 檢察官(二九七)
- 四 檢察權の行使(二九八)
- 五 檢察

第二章 弁護士制度.....三二七

- 一 総 説(三〇一) 二 わが国の弁護士制度(三二一) 三 弁護士の職務(三二二) 四 弁護士となれる者(三二四) 五 弁護士の登録(三二五) 六 弁護士の権利義務(三二六) 七 弁護士の懲戒(三二七) 八 弁護士会(三三〇) 九 日本弁護士連合会(三三一) 一〇 法律事務の取扱に関する取締(三三三)

第三章 法曹の養成制度.....三五五

- 一 総 説(三三五) 二 各国の制度とわが国の沿革(三三六) 三 司法試験(三四一) 四 司法修習制度(三四四)

第四章 法律扶助制度.....三八八

- 一 総 説(三四八) 二 国選弁護(三五〇) 三 法律扶助(三五二)

第五章 公証制度・司法書士制度.....三六〇

第一節 公証制度.....三六〇

- 一 総 説(三六〇) 二 公証人の職務(三六一) 三 公証人の地位(三六二) 四 公正証書(三六六) 五 公証人団体(三七一)

第二節 司法書士制度.....三七二

- 一 総 説(三七二) 二 司法書士の業務(三七五) 三 司法書士の地位(三八〇) 四 司法書士団体(三八三)

主要文献.....三六五

民事審級図・刑事審級図.....卷末

目次

事項索引・条文索引・判例索引·····	一三
卷末	

第一編 総論

第一章 裁判と司法

第一節 裁判の本質

一 概説

普遍的な概念として、裁判を定義するのは、甚だ困難なことである。それというのは、沿革的、制度的、事項的等の何れから考察するかによって、その範囲や内容が異なることになるからである。

裁判がどうして発生し、また誰がどういうふうにして裁判をしたかという沿革からいえば、初期、往時の裁判と現在のそれとは同日に談じられない。また国家的裁判をとって考えても、どんな国家机关のどんな性質の行為が裁判と呼ばれるかは必ずしも一様ではない。更に事項的にも、民事・刑事の外に行政裁判もあり、国内的裁判の外に国際裁判があるので、これらに共通する統一的な概念を構成することが可能かどうかが問題となるであろう。

そこで、ここでは一応次のように定義して、以下にこれを分析して見ることとしよう。すなわち裁判とは、社会関係における利害の衝突、紛争を解決し調整する規律を定める、法的な権威を有する第三者の判定である。

二 社会関係上の紛争

裁判は、社会的關係すなわちある社会主体、一般的には個人の一身の自由、社会的身分、経済的利益に關し、他の社会主体との間に生じる衝突ないし紛争の解決規律を定め、これを調整する社会的機能を目的とする。⁽¹⁾ 民事裁判は、対等な私人間の社会關係上の紛争の解決を目的とするし、刑事裁判や行政裁判は、公權力を有する国家（または公共団体）と人民との間の、公益と私益との衝突の調整を目的とするわけである。このような目的のないところには裁判も存在しない。例えば、紛争といっても社会關係上の事項ではない競技の審判や、利害の衝突の調整ではない技術的な度量衡の検定のようなのは裁判とはいえない。⁽¹⁾

(1) ドイツでは、ボン基本法九二条が、裁判権 (rechtsprechende Gewalt) は裁判官に任せられると規定している關係上、その裁判 (Rechtsprechung) の実質的な概念が特に問題となった。裁判と行政処分との區別について、リヒアルト・トーマは、実質的には何れも法適用行為であって區別はつけられないが、その機構上および手続上の獨立性の点で、裁判の特質を認めようとする。これを批判して、フリーゼンハーンは、裁判の本質を第三者による当事者間の紛争の裁断に求むべきであることを強調する。Vgl. Ernst Friesenhahn, Über Begriff und Arten der Rechtsprechung (1950).

[1] 裁判の政治的機能 (1) 裁判の紛争解決機能と政策形成機能 裁判の政治社会における本来的機能は、本文に記したように、社会主体相互間の紛争の解決にあると見られるが、裁判は、しばしば、同種の事件に対する先例として、直接の紛争当事者を超えた広い範囲の人々の利害に対し法規範設定類似の効果を及ぼしたり、また裁判の結果が一定の社会的価値の公権の承認と受けとられ、それが政治状況にインパクトを与え、立法権・行政権の発動を促すことがありうる。われわれの身近な経験からその例を挙げるとすれば、公害訴訟がわが国の環境行政に与えた大きな影響を指摘することができる。このような、裁判が直接の紛争当事者を超えた一般の社会主体の利害・価値関心に与える事実上の影響は、近時、法社会学の立場から、紛争解決機能と並ぶ裁判の政治的機能として関心を呼び、その「政策形成機能」と呼ばれている。

(2) 裁判の政策形成機能の評価 権力分立原理の建前からすれば、憲法の枠内で、いかなる価値を法的に保護するか、またいかなる価値に優位を認めるかは、立法府が一般的法規範の定立によって決定するところであり、司法は、その法規範を具体的事件に適用することによって、立法の予定した価値配分・価値保護を具体的に実現することのみを任務とするということになる。しか