

法政要覽叢書第二十二編

東方法學會譯編

(上卷)

民事訴訟法

見

上海泰東圖書

行

民事訴訟法要覽上卷

東方法學會譯編

第一部 總則

第一編 緒論

第一章 民事訴訟法

第一 訴訟之觀念

訴訟觀念

凡訴訟之成立必要三種要素第一要素訴訟當事者第二要素訴訟事件第三要素即審判官是也爲訴訟當事者之原告與被告就某事件互主張其權利由第三者之審判官對其事件而爲審判是通於古今東西之訴訟觀念也羅馬法自昔迄今莫不皆然日本國法分訴訟四種（一）民事訴訟（二）刑事訴訟（三）行政訴訟（四）特許訴訟亦同此觀念其中民事訴訟發達最早刑事訴訟行政訴訟等不過沿用民事訴訟之觀念而已故最能表

第一編 第一章 民事訴訟法

民事訴訟法要覽上卷

二

現訴訟之觀念者竊爲民事訴訟

第二 民事訴訟之意義

民事訴訟者謂保護私權而適用私法之審判程序也
今更解說此定義於左

(一) 保護私權

民事訴訟爲保護私權之程序私權瀕於危害有如因他人之行爲或不行爲致私權生
不利益或不滿足之狀態時所加保護之程序也

(二) 適用私法

訴訟有適用公法者有適用私法者刑事訴訟及行政訴訟適用公法者也民事訴訟名
實相符適用關於一般民事事件之私法者也

(三) 審判程序

國家設審判衙門爲適用私法之機關民事訴訟乃審判上之程序若審判外者即令適
用私法亦不包含於民事訴訟中

第三 民事訴訟法之意義

民事訴訟法者通稱關於民事訴訟行勅之法規也

民事訴訟

國家所施行之法規不止命名民事訴訟法者規定民事訴訟即法院編制法人訴訟程

民事訴訟
之
意
義

訴訟法之意義

序法等苟有關於民事訴訟之規定皆包含於民事訴訟中然大率規定之於民事訴訟法故說明之者除民事訴訟法外並須論及其他之法規

第二章 訴訟之目的及目的物

第一 訴訟之目的

民事訴訟之目的爲保護私權即私權陷於不利益不滿足之狀態以國家之行爲而保護之是其目的也

故民事訴訟之目的與當事者之目的不必一致當事者利害互異各以欲得自己之利益爲目的民事訴訟並不拘束當事者之主張乃立於其主張之上爲公平之判定而以保護私權爲其目的故當事者之主張正當與國家之目的自一致若不當則相反也

第二 訴訟之目的物

民事訴訟之目的物即私法上之法律關係也法院編制法所謂「民事」即指此義茲稱私法上之法律關係者對於公法上之法律關係而言即個人與物或個人與個人之法律關係也或謂（仁井田氏）凡法律關係爲民事訴訟之目的者不必限於私法關係例如求附與執行文之訴求執行判決之訴皆非以私法關係爲目的物是其例也其實此以私權之確定爲目的與前所云私法關係爲民事訴訟之目的物者並不相妨而此目的物之權屬

第一編 第二章 訴訟之目的及目的物

訴訟之目的物

範圍依當事者之意思定之並非限於審判衙門所干涉者爲此法律關係之內容即基於自己之權利對於他人可以要求爲某行爲不行爲或耐忍學者稱此要求曰請求此種要求之權曰請求權羅馬法民事訴訟之目的物不出請求權之範圍今日則於請求以外尙認確定法律關係存否之訴故民事訴訟之目的物並不限於請求也現行法稱民事訴訟之目的爲訴訟物

訴訟之目的物與請求之目的物不同請求之目的物者謂被告對於原告之請求權而爲給付及其他之行爲也例如請求貸金之訴訟其訴訟物即原告之請求權其請求之目的物即被告所給付之金額是

第三章 民事訴訟之手段

民事訴訟之手段有審判及處分二種

第一 審判

審判者謂就法律關係之存在或不存在適用法律以確定之以息其爭執之國家命令也而審判又有三種（一）判決（二）決定（三）命令

第二 處分

處分者謂直接命爲某行爲或禁止某行爲之國家命令及直接惹起其狀態之國家行爲

處分

也處分常不必限於訴訟手段有之然爲民事訴訟目的物之法律關係者則保護私權之手段也處分多基於審判然亦不必盡然例如爲強制執行之債務名義者亦爲處分之一得不依審判而依公正證書爲之是也

第四章 民事訴訟之限界

民事訴訟爲保護私權之程序然保護私權之程序不限於民事訴訟例如公訴附帶之私訴亦保護私權之程序而屬於刑事訴訟其他如對於行政官廳違法處分之行政訴訟如非訟事件皆由民事訴訟中除外之是也

民事訴訟之限界如何應與他種訴訟比較之最便於說明今分說之如左

第一 民事訴訟與刑事訴訟

民事訴訟以保護私權爲目的刑事訴訟以行國家之刑罰權爲其目的民事訴訟當事者完全以平等之原則行之刑事訴訟爲原告者乃國家之代表者處優勢之地位民事訴訟採不干涉主義刑事訴訟以採職權主義爲原則

民事訴訟與刑事訴訟之區別不能以是否保護私權爲標準何則蓋附帶私訴固亦以保護私權爲目的也然附帶私訴之目的限於因犯罪所生損害之賠償及贓物之返還其程序於司法審判衙門之刑事部行之屬於刑事事件之管轄與民事訴訟雖有異而自其實質言之附帶私訴實有民事訴訟之性質唯便宜上含於刑事訴訟之中耳

民事訴訟
與
刑事訴訟
訟法

第二 民事訴訟與行政訴訟

行政訴訟以判斷行政處分之適否爲其裁判民事訴訟就民事及人事事件審查之而爲裁判行政訴訟乃對於行政處分而爲之以適用公法爲目的民事訴訟則以適用私法爲目的又民事訴訟由司法審判衙門處理行政訴訟則由行政審判衙門處理兩種訴訟性質雖全不相容然以行政訴訟由司法審判衙門調查判斷之固無妨碍例如日本國法會議院議員當選訴訟土地收用補償金訴訟其實質本屬於行政事件而以司法審判衙門處理之由此可見矣自立法論言之尙有研究之價值唯今日司法審判衙門之官吏併欲其知悉行政訴訟所適用之法規事實匪易不如委之於別個機關較爲適當也

第三 民事訴訟與非訟事件

非訟事件之觀念如何說既不一因此非訟事件與訴訟事件之差異亦極難說明關於此點以大審院之判例最爲適切茲揭其大旨如左

曰「訴訟事件與非訟事件其結局之目的有異前者之目的概保護既被侵害或將被侵害之私權後者之目的概基於既存之事實關係與私權之創設保存變更消滅及實行有關前者使反於法律所豫期之事實關係回復其豫期或變更之爲其目的後者蓋於既存之事實關係以實行私法關係之形成私權爲目的蓋既存之事實關係不足充法律之要求必使審判衙門或其他機關關與之其要求而後能充足然爲之關與者非

民事訴訟
行政訴訟
訟法

民事訴訟
訟法
訟事件

必權利被侵害不以其有反於法律豫期之事實關係爲其前提故其關係之回復或變更非必然之目的也」

現行法上屬於非訟事件程序者爲依拍賣法之拍賣程序非訟事件程序法所規定之程序及關於不動產上權利之登記程序等是也

第四 民事訴訟與公斷程序

公斷程序者謂基於公斷契約以私人爲公斷人就當事者間所生法律上爭議而爲判定之程序也此與民事訴訟相比較民事訴訟之程序由國家機關干與之公斷之判斷非如民事訴訟之裁判必須適用法律基於法律以外之自由意見亦可爲之又公斷程序之開始及公斷人之判斷效力乃基於當事者間所締結之公斷契約不依法律之規定而公斷契約之內容即公斷人與爭議當事者間之委任契約也

公斷程序本非民事訴訟然規定之於民事訴訟法中者蓋因與民事訴訟關係甚深且因此而惹起民事訴訟者嘗有焉

第五章 訴權

第一 訴權之意義

訴權有二義曰形式的訴權曰實質的訴權

第一編 第五章 訴權

(一) 形式的訴權

形式的訴權者謂國家於一定之條件與吾人以保護私權之請求權也

(二) 實質的訴權

實質的訴權者謂私權毀損或有毀損之虞時使權利者對於國家機關有要求保護私權之權利也

訴權之
意義

形式的訴權與實質的訴權不必一致形式的訴權實際上私權是否毀損或有無毀損之虞可以不問苟具備一定之條件即有要求國家機關活動之權利調查結果私權並無毀損或並無毀損之虞時固不受實質上之救濟反之實質的訴權即不拘形式的訴權之有無但有實害之存在者即是也然不具備形式的訴權祇有實質的訴權不得請求國家機關之活動故必具備形式的訴權且具備實質的訴權者始得收保護私權之結果

第二 訴權之性質

訴權之
性質

不問形式的訴權實質的訴權皆為吾人對於國家所有公權之一故此種權利非國家之恩惠全屬於國民之權利或謂國家對人民不負擔何等義務國家較吾人占有優勝之位吾人本無責國家盡其職責之手段欲國家對吾人而有義務亦極難矣雖然此說論國家與國民之本來關係未嘗不當究之此種偏狹思想在今日之法治國實不能相容何則蓋國家之主權行動不妨以法律限局其範圍於其國權行動之限局範圍內固可附與私

人對國家之權利也今日區分權利爲公權及私權屬於公權者即各人對於國家之權利是一般所認者也

第三 訴權發生

(一) 實質的訴權

吾人對於國家所求保護私權之權利隨保護私權之必要而發生而保護私權之必要即於私權之被毀損或有被毀損之危險時而存在者也故有求私權保護之權利者通常即知其私權之現存然若因私權有毀損之危險而求保護者則所虞毀損之私權非必現爲存在即將來發生之權利有毀損之虞者固亦許爲私權保護之請求也故對於國家求保護私權之權利不論私權存否皆得有之若謂爲附屬於私權之權利實誤解也

(二) 形式的訴權

國家負擔保護私權之義務然非當事者聲請則不與以保護所謂形式的訴權者謂吾人苟具一定之要件即有使國家就其私權調查應否加以保護之權利也故具備一般的訴訟條件者遂可促國家機關之活動例如管轄能力代理等凡訴訟成立之條件苟具備之國家機關即應開始調查其私權有無保護之必要也

第六章 訴訟關係

訴訟關係之意義

訴訟關係之發生

第一 訴訟關係之意義

訴訟關係者謂依訴訟條件之成立而發生民事訴訟法上之法律關係也法律關係不外人格者間所生法律上之效果向來祇認私法上之法律關係不知此種關係公法上亦得存在然此種訴訟關係之內容爲一面的乎二面的乎三面的乎其說不一然要之則當事者使國家之審判衙門爲私權保護之調查而生其權利義務者也

第二 訴訟關係之發生

訴訟關係由行使形式的訴權而發生然此之訴訟關係之發生其私權實質上有無保護之必要尙無直接關係故具備形式上訴訟條件雖可發生訴訟關係而實質上其私權有無保護之必要尙屬不明必俟訴訟關係發生後實質上調查其私權必要保護與否始克定之又訴訟關係之發生並非一發生而不可動者各個訴訟行爲非具備與之適應之訴訟條件則其訴訟關係不全蓋訴訟程序常有進行發展之性質必以具備適應之條件爲必要也例如訴之提起時審判衙門先令當事者爲辯論若必須依證據以決其事實之存否者廳更爲證據調查其事件應爲裁判者則爲之裁判若當事者對其裁判而爲上訴時對於原判決應更爲調查凡此所定之訴訟條件必要具備之

第二 訴訟關係之性質

訴訟關係乃當事者與審判衙門及當事者間所生公法上之法律關係也

(一) 公法關係

民事訴訟法爲公法故基於民事訴訟法而發生之法律關係亦爲公法關係

(二) 三面關係

訴訟關係之性質

訴訟關係之內容乃審判衙門與當事者及當事者相互間所生之法律關係然關於此點有一面說 二面說 三面說之爭一面說謂訴訟關係祇審判衙門與原告間之關係二面說謂審判衙門與原告及審判衙門與被告二面所生之法律關係然余信三面的關係說爲穩當蓋此爲審判衙門與原告及被告間均生法律關係自無待論即當事者相互間若無一種法律關係則被訴之原因變更 辯論期日之變更或續行 訴之撤回上訴之撤回等何以爲之必須得對手人之承諾乎或謂此種規定乃發生於訴訟程序上所必要者非使當事者間生訴訟關係也然爲以上各種行爲多要對手人之承諾若以爲出於單純之訴訟程序上所必要者未免太無根據矣是於當事者間亦生特殊之法律關係因生此種法律關係故須以對手人之承諾爲其條件余信如此解釋極爲穩當關於此點後當再述之

第七章 民事訴訟之種別

民事訴訟大別之爲通常訴訟與特別訴訟二種

第一編 第七章 民事訴訟之種別

民事訴訟法要覽上卷

一一

第一 通常訴訟

通常訴訟者謂實行於通常事情之訴訟程序概以確定判決及得有執行力爲其目的者也屬於通常訴訟者凡如左

通常訴訟

- (一) 地方審判廳之訴訟程序(一九〇條以下)
- (二) 初級審判廳之訴訟程序(三七三條以下)

第二 特別訴訟

特別訴訟程序者謂實行於特別事情之訴訟程序也凡屬於特別訴訟者如左

特別訴訟

- (一) 督促程序(三八二條以下)
- (二) 人事訴訟程序(人事訴訟手續法)
- (三) 初級審判廳之和解程序(三八一條)
- (四) 假扣押及假處分程序(七三七條以下)

第八章 民事訴訟法之效力

第一 關於時之效力

民事訴訟法有新舊之關係者一切依新法支配之蓋新法既發布則舊法失其效力不許

關於時
之効力

再適用舊法自刑罰法及其他實體法規言之原則上咸以依其行為當時之法規以爲支配然民事訴訟係形式法程序法不依其基本行為之當時法規而全依訴訟行為當時之法規且於新法時代其訴訟行為之方式條件及効力雖有可依舊法以定民事訴訟之法律關係者然亦概依新法定之

關於舊法時代之民事訴訟固可適用舊法之規定而其訴訟行為影響及於新法時代之訴訟行為者其應以新法爲準亦同

第二 關於場所之効力

訴訟行為之方式條件及効力一切依行為地之民事訴訟法所規定

依右之原則生左之結果

(一) 該事件之基本法律關係是否依內國法律而定又當事者是否爲外國人均可不問苟於內國而爲訴訟則必須適用訴訟地之民事訴訟法但關於訴訟能力之有無則以依其本國法爲本則

(二) 由外國官憲囑託於內國爲訴訟行為者亦不依囑託國之法律而依受囑託國之民事訴訟法

(三) 然於外國所爲之訴訟行為無論其必要之方式條件如何又訴訟行為亦不論有如何之効力發生於內國均應依外國法定之

關於場
所之効力

第三 關於人之效力

(一) 原則

民事訴訟法之效力凡存在於內國版圖之內外人均得及之是爲原則然有左之例外

關於人之效力

(二) 例外

有治外法權者例如外國之君主大總統外交使節等是也民事訴訟法之效力不得及之

第九章 民事訴訟法之沿革

昔文化發達尙未充分之時代一切國家機關未整理由他人之行爲以妨害私權之實行者無國家機關保護之各人不得已以自力爲救濟然此種自力救濟之方法弱者不能行之強者每藉之以逞其暴壇至社會之秩序紊亂於是設自主救濟之監督機關以防止其濫用而此種制度終不能充分收其實效因以私權之保護要求於國家機關而禁自力之救濟概以國權作用保護各人之私權今日之強制執行程序卽代自力救濟而起者也

日本維新之初參酌歐洲法制制定諸種法規明治六年七月第二百七十四號發布訴答文例卽民事訴訟法之權輿然訴答文例祇定訴狀及答書作成之形式不能網羅民事訴訟之全體迨明治九年命元老院起草民事訴訟法然未完成明治十七年始命獨逸人地

約氏起草之翌十八年七月脫稿經法律取調委員之調查遂於明治二十三年二月二十七日裁可同年四月二十一日公布翌二十四年一月一日實施即現行民事訴訟法是也日本現行民事訴訟法以獨逸民事訴訟法爲母法此獨逸民事訴訟法乃參酌獨逸舊普通法佛國民事訴訟法及其他獨逸聯邦諸國之法律而起草者於一千八百七十七年一月三十日經其皇帝之親署同年二月十九日公布而由一千八百七十九年十月十日實施者也然獨逸民事訴訟法其後復有修正於一千九百年一月一日實施即日本之改正草案亦已脫稿恐不出數年行將見改正法之制定矣中國自前清之季設法律館於京師從事諸種法典之編纂民事訴訟法草案亦已告成矣分爲四編曰審判衙門曰當事人曰通常訴訟程序曰特別訴訟程序而強制執行及公斷程序均另定單行法不入於民事訴訟法中與獨日兩國之編別大有不同而採用最近奧匈之立法先例誠爲立法之進步足供吾人之研究者甚多民國成立諸事未遑擱而未議近者司法獨立之根本亦將動搖則民事訴訟法之完成正不知俟諸何日也噫

第二編 訴訟主體

第一章 審判衙門

第一節 司法權

第一 司法權之觀念

司法權
之觀念

審判衙門爲行使司法權之國家機關司法之觀念與行政及立法相對立而就民事及刑事案件適用法令者也司法權以審判衙門行之然不得離國家之統治權而存在司法權之行使不過國家統治作用之一而審判衙門則爲國家機關以獨立之意思而爲裁判者

第二 民事審判權

民事審
判權

司法權之發動有刑事審判權與民事審判權二種民事訴訟所論者則屬於民事審判權民事審判權者謂以對於各個之民事事件適用法令爲其職權者也

而民事審判權有廣狹二義就廣義言之凡就訴訟所爲之訴訟指揮權及判決決定命令以至於執行權懲罰權證明權均包含之若狹義之民事審判權則單指（一）訴訟指揮權（二）訴訟審判權而言