

| | |
|------|----------------------------|
| タイトル | 訴訟行為の効力について(一) |
| 著者 | 小山, 昇 |
| 引用 | 北海学園大学法学研究, 40(1): 165-201 |
| 発行日 | 2004-06-30 |

訴訟行為の効力について（一）

小山昇

目次

| | | |
|-----|-----------------------|-----------------------|
| 序 | 第一章 当事者の訴訟行為の効力（以上本号） | 第一〇節 まとめ |
| 第一章 | 序 | 第二章 裁判所の訴訟行為の効力（以下後号） |
| 第一節 | 手続を開始する訴訟行為 | 序 |
| 第二節 | 訴訟係属中に派生する事件 | 第一節 判決の効力 |
| 第三節 | 訴訟の審理の手続 | 第二節 決定の効力 |
| 第四節 | 訴えの提起前における証拠収集 | 第三節 命令の効力 |
| 第五節 | 証拠保全 | 第四節 裁判にあたらぬ訴訟行為の効力 |
| 第六節 | 口頭弁論の準備 | 第三章 訴訟行為の効力の不発生と消滅 |
| 第七節 | 訴訟費用について | 序 |
| 第八節 | 判決について | 第一節 当事者の訴訟行為について |
| 第九節 | 和解について | 第二節 裁判所の訴訟行為について |

序

1 本稿においては、訴訟行為の効力について分析を行う。訴訟行為とは、本稿においても、訴訟手続の一環を為す行為、訴訟法上のなんらかの効果をもつ行為をすべて包含する。裁判所の行為、裁判官の行為、当事者の行為、その他の訴訟関係人（代理人、補佐人、証人）の行為、裁判所書記官の行為を問わない。

2 訴訟行為は、法律がこれに法律効果を結びつけている。それは多種多様である。しかし、その法律効果は、裁判所、当事者その他の関係人に、ある訴訟行為を、あるいはなすべきことを義務づけ、あるいはなすことを許し、あるいはなすことをできなくしてしまうことである。たとえば、訴えの提起という訴訟行為（第一三三条第一項）があると、それが適法で有効である限り、裁判所は訴えにつき裁判をしなければならぬ（憲第三二条）。また、たとえば、訴訟手続において、訴えの変更という訴訟行為（第一四三条）をすることが許される。またたとえば、訴えの取下げという訴訟行為（第二六一条）は、判決が確定するまでは、なすことが許されるが、本案について終局判決があった後に訴えを取り下げたときは、もはや同一の訴えを提起する訴訟行為は許されない（第二六二条第二項）。

3 訴訟行為は、適法であり有効である限り、その効力を生ずる。すなわち、法律がこれに結びつけた法律効果が認められる。しかし、この効力は、訴訟行為に無効原因が存するときは生じないし、訴訟行為を撤回するという行為（これも訴訟行為である）により無となり、訴訟行為を取り消すという行為（これも訴訟行為である）により、あるいは行為の時に遡り、あるいは取消し後に、消滅する。

4 第一章においては、当事者の訴訟行為の効力の内容をできる限り詳しく画くことにする。第二章においては、裁判所の訴訟行為の効力を、第三章においては、訴訟行為の効力が生じないまたは消滅させられる状況をできるだけ

詳しく分析する。本稿は、訴訟行為から説く民事訴訟の話でもある。実際に起こることがないであろうことも想定して考えることもあり、結論には独断的なものが少なくないと自覚している。が、参考になれば幸いである。

本稿は、「訴訟行為について」(一) 北海学園大学法学研究第三九巻第一号、(二・完) 同第二号。以下において「前稿」という)の続稿である。

第一章 当事者の訴訟行為の効力

序

訴訟は手続である。手続は開始し展開し終結する。手続は終結において手続目的を実現する。手続目的は事案についての裁判所の判断内容の形成である。手続を開始させ進行させ終結させるものは訴訟行為である。当事者の訴訟行為もこれに属する。手続が進行することにより、裁判所の判断の資料が集められる。

第一節 手続を開始する訴訟行為

第一 訴えの提起

1 訴えの提起は裁判(判決)を求める訴訟行為である。市民が裁判を求めるときは裁判所はそれに応じなければならない(憲第三二条参照)。裁判所は裁判をするには一定の法定の手続を経なければならぬ。これが民事訴訟の手続である。つまり、訴えの提起により民事訴訟手続が開始する。これは訴えの提起の法的効果である。

2 訴えの提起は、現実には、訴状を作成し手数料納付の収入印紙をはり(民訴費法第八条)これを裁判所に提出す

る一連の行為(第二三三三條)または裁判所書記官の面前で口頭で当事者(および法定代理人)を特定し紛争の要点を明らかにし求める裁判を示し(第二七一條、第二七二條)、裁判所書記官が、その調書を作成し(民訴規第一条第二項)、手数料納付の印紙をはり(民訴費法第八條)、これに記名押印する一連の行為をいう。なお第二七三條。

3 訴えの提起があると裁判所は訴訟手続を行わなければならない。つまり、裁判所に訴訟手続を行う義務づけを法律がしている。訴え提起を要件事実とする法律効果であるとみることができ。この効果を訴え提起の効力ととらえることができよう。訴えの提起の実体法上の効力ではない(裁判を求める原告の意思の内容として裁判所の義務を発生させるのではなく、原告の意思の存在を要件として法律が裁判所に裁判手続を行う義務を課したものである。)が、訴訟法が付与した訴訟法上の効力である。

第二 訴状の送達

1 裁判所は訴訟手続を行わなければならない。訴訟手続は相手方の関与を得て行われなければならない。相手方が関与するためには訴えの提起の事実を相手方が知るに至らなければならない。それは裁判所に手続法が訴えの提起を要件として、課した義務である。この義務を果たす行為が、訴状(または訴えの申立ての調書)の送達(第一三八條第一項)である。送達は、書類の内容を送達名宛人が知ることができている状態に置く(書類を交付する(第一〇一條)、書類を差し置く(第一〇六條第三項)、書類を書留郵便またはこれに準ずる信書便に付する(第一〇七條)) ことである。

2 送達は裁判所が原則として職権で行い(第九八條第一項)、その事務は裁判所書記官が掌り(第九八條第二項)、その実行は、場合により、裁判所書記官(第一〇〇條)、執行官(第九九條第一項)、郵便業務従事者(第九九條)、囑託を受けた者(第一〇八條)がする。

送達により、被告が訴訟手続に関与することができることになり、訴訟手続が、「訴え」を審理する状態に入る。この状態を訴訟係属という(第一四二条参照)。訴状の送達により訴訟係属という状態が法律効果として生ずる。

3 法律が原則として定める送達(第九八条、第一〇九条)が事実上できない場合がある。この場合には公示送達がなされる。公示送達は、裁判所書記官が送達すべき書類を保管し、いつでも送達を受けるべき者に交付すべき旨を裁判所の掲示物に掲示してする(第一二一条)。これは裁判所書記官が、申立てにより、する(第一二〇条第一項)。公示送達の申立ては公示送達という裁判所書記官の処分を求める訴訟行為である。公示送達の申立ての効力は、裁判所書記官が公示送達の要件の存否を審査し、要件が具備しておれば公示送達をすることを義務づける効力である。なお裁判所は、訴訟の遅滞を避ける必要があるときは、申立てがないときであっても、裁判所書記官に公示送達をすべきことを命ずることができる(第一二〇条第二項)。

4 法律は訴訟係属が存することに、ある訴訟行為を許す、ある訴訟行為は許さないという法律効果を結びつけている。たとえば、訴訟の継続中、訴訟参加(第四九条)、訴訟引受(第五〇条)、訴訟告知(第五二条)をすることができ、重複する訴えを提起することはできない(第一四二条)。訴訟係属は訴訟の審理が終了し判決が言渡され判決が送達されて消滅する。つまり、その裁判所で審理する状態がなくなる。訴訟が裁判によらないで完結した場合も(第二編第六章)訴訟係属は消滅する。

第二節 訴訟係属中に派生する事件

訴訟係属中においては、当該訴訟の訴えの適不適と請求の当否を審理し判断することが手続の中核であるが、当該訴訟手続に影響する問題が派生し、これを処理しなければならないことがある。この派生問題の発生、処理も、当該

訴訟に関する訴訟行為による。以下列挙して検討する。

第一 管轄について

1 序——訴えは、管轄権のある裁判所が裁判しなければならない。管轄権のある裁判所に裁判されるために当事者はどういふことができるか。

2 管轄の合意——当事者は、第一審に限り、合意により管轄裁判所を定めることができる(第一一条第一項)。ただし、専属管轄の定めに違反することはできない(第一三条)。合意の効果は、合意した裁判所が当該訴え(第一一条第二項)につき管轄権を有するということである(合意には専属的合意とそうでない合意とがある)。

3 管轄裁判所への移送——当事者は、管轄違いの裁判所に係属した訴訟を管轄権のある裁判所に移送する(初めから係属させる、第二二条第三項)裁判をすることを求める申立てをすることができる(第一六条第一項)。裁判所は申立ての適否、理由の有無を審理して、これに応じなければならない。すなわち移送の決定または移送の申立てを却下する決定という裁判をする(第二二条)。これらの決定に対しては即時抗告という不服申立てができる(第二一条)。移送の裁判の確定により、移送を受けた裁判所の管轄権が確定する(第二二条)。管轄違いが存在しない場合にも、事情により他の管轄裁判所への移送の申立てが許されることがある(第一七条、第一八条、第二〇条)。これらの移送は、職権でなしうるところであるので、申立ては職権の発動を義務づけるものである。第一九条第一項の移送は、当事者の申立て及び相手方の同意があるときは、移送を義務づけるものである(ただし書きに要注意)。

4 管轄裁判所の指定——管轄裁判所が定まらない場合がありうる(第一〇条第二項)。管轄裁判所が裁判権を行うことができない場合がありうる(第一〇条第一項)。この場合にも、当事者に裁判権を行うことができる裁判所を与えない

なければならない。そこで当事者が管轄裁判所を定めるときは、裁判所は、管轄裁判所を定めなければならない。それは裁判であり、決定で、する(第一〇条)。裁判をする裁判所は直近の上級裁判所である(第一〇条)。この決定に対しては不服を申し立てることはできない(第一〇条第三項)。管轄裁判所の指定の申立てという訴訟行為があると、これを要件として、指定の裁判を義務づけるといふ効果が生ずる。訴訟行為の効力ととらえてよい。指定の裁判という訴訟行為の効力として、当該事件のための管轄裁判所の管轄権が発生する。

第二 裁判官について

1 管轄裁判所として裁判をする裁判官に、除斥の事由(第二三条)、または忌避の事由(第二四条)が存することがある。除斥の事由がある裁判官は、法律上当然に、当該訴訟につき裁判することができない(第二三条)。そこで、事實上、職務の執行から除く措置が必要である。そこで、裁判所は職権で(第二五条第一項)、除斥の裁判をする(第二三条第二項)。しかし、当事者も除斥の裁判を求める申立てをすることができる(第二三条第二項、規則第一〇条)。忌避事由が存するときは、忌避についての裁判を求める申立てをすることができる(第二四条第一項、規則第一〇条)。これらの申立てがあったときは、職権の発動が促され、これにつき裁判をすることが義務づけられる。申立ての効力である。また、申立てについての決定が確定するまで訴訟手続を停止しなければならぬ(第二六条。ただし書きあり)。この訴訟手続上の効果も申立ての効力であるといつてよい。管轄裁判所(第二五条第一項、第二項)は、除斥または忌避の申立てにつき、その適否とその当否を審理する(規則第一〇条第三項、第一一条)。審理の結果、不適法却下の決定か、除斥または忌避を理由があるとす決定か、除斥または忌避を理由がないとする決定がなされる(第二五条第四項、第五項)。理由ありとする決定に対しては、不服を申し立てることができない(第二五条第四項)。理由がないとする決定に

対しては即時抗告（訴訟行為である）をすることができ（第二四条第五項）。理由があるとする決定に基づき、除斥または忌避された裁判官は職務の執行から除かれる。これは決定の効力である。

2 裁判官の除斥または忌避についての法規制は裁判所書記官について準用される（第二七条）。

3 除斥事由が看過されて、職権による除斥の裁判も申立てによる除斥の裁判もなく、除斥事由ある裁判官が関与して判決がされたときは、その判決に対して、当事者は、再審の訴えを提起（訴訟行為である）して、その取り消しを求めることができる（第三三八条第一項第二号）。

第三 当事者について

1 一つの訴えにより係属した訴訟において、第三者がその訴訟手続において訴訟を行うべく参加することを法が許す場合がある。当事者の一方を補助するための補助参加（第四二条）、当事者の一方または双方を相手方として当事者として参加する独立当事者参加（第四七条）、訴訟の目的である権利または義務の承継人であるとして参加する承継参加（第四九条、第五一条）、この承継人として訴訟に参加させる訴訟の引受け（第五〇条、第五一条）、当事者の一方の共同訴訟人として参加する共同訴訟参加（第五二条）がそれである。

2 これらの参加は参加の申出という訴訟行為または訴訟引受けの申立てという訴訟行為がきっかけとなる（第四三条第一項、第四七条第二項、第四九条、第五一条、第五〇条）。参加申出書（規則第二〇条、法第四七条第二項、第四九条、第五一条、第五二条第二項）、訴訟引受け申立書（規則第二一条、法第五〇条第三項、第四九条）が提出されたときは裁判所はこのことにつき審理をしなければならず、そのためこれらの書面を当事者双方に送達しなければならない（規則第二〇条、法第四七条第三項、第四九条、第五一条、第五二条第二項、第五〇条第三項、第四九条）。

①補助参加については、申出が適法で、当事者が異議を述べないときは、補助参加申出人はそのまま補助参加人として訴訟行為(第四五条)をすることができる。当事者が異議を述べたときは、補助参加人は参加の理由(第四七条)を疎明し、裁判所は、補助参加の許否につき、決定で裁判をする(第四四条第一項)。この決定に対しては即時抗告をすることができる(第四四条第三項)。この決定が確定したときに、補助参加申出人が補助参加人として法の規制を受けることが定まる。補助参加の許否は参加申出の効力とはいえないが、許否の裁判に義務づけることは、参加の申出とこれに対する異議の効果であるといえることができる。

②当事者参加、権利義務承継参加、共同訴訟参加においては、参加の申出が適法であるときは、参加の申出により参加当事者の地位に就く(これが効果)。しかし、当事者は参加の要件の存在を争うことができる。この争いは弁論における主張の衝突として現われる。この争いにつき審理が行われる。参加の要件が具備されていないと判断するときは、参加の事件を当該の先行して係属する訴訟の手續において審判することはできない。しかし、参加の申出を却下すべきではない。参加の申出は、実質は訴えの提起である。その訴えを先行係属の訴訟において併合審理できないときは、独立の別訴として扱うべきである。独立の訴えとして適法であるときは、先行係属の訴えの裁判所が管轄裁判所であるときは、別訴として受理し、そうでないときは管轄裁判所に移送すべきであろう。その実例の最高裁判所の判例がある⁽¹⁾。参加の要件が具備されていると判断するときは、参加人を当事者とする訴訟が先行訴訟と併合されて審判が行われる。以上の経過がすなわち参加の申出という訴訟行為の効力であるとはいえない。しかし、参加の申出に対し、応答する義務づけおよび応答のための手續をすることの義務づけは、右訴訟行為の効力といってよいであろう。

(1) 最判平成六年九月二七日判例タイムズ八六七号一七五頁。甲の乙に対するある土地の売買契約に基づく所有権移転登記手續請求訴訟

において、丙が、同一土地につき、乙に対して所有権移転請求権保全の仮登記に基づく本登記手続を、甲に対して右本登記手続の承諾を求めて参加の申出をした。この申出は所有権の所在の確定を求める申立てを含むものではなかった。原審は、民訴七一条後段の要件を満たすとして、丙の甲乙に対する請求を認容し、甲の請求を棄却した。甲が上告した。最高裁は、本件参加の申出は民訴七一条の要件を満たすものでないとして、原判決を破棄し、甲の請求の件を原審に差戻し、丙の参加請求の件を管轄裁判所である京都地方裁判所に移送する旨の判決をした。

③訴訟引受けの申立て（第五〇条）は、申立てに対する裁判を義務づける。裁判は法定の手続を経て（第五〇条第二項）なされ、訴訟引受けを命ずる決定があったときは、申し立てられた第三者は先行係属訴訟において当事者の地位につき（この決定に対しては独立の不服申立は許されないとの大決昭和一六年四月一五日民集二〇卷四八二頁がある）。これは、裁判の効力であり、引受け申立ての効力ではない。しかし、引受申立ての効力に基づくものである。

3 参加の申出または引受け決定により、訴訟において当事者が増える。その反面、参加前の原告または被告は、相手方の承諾を得て訴訟から脱退することができる（第四八条、第五〇条第三項、第五一条）。訴訟脱退は訴訟行為である。脱退（第四八条）は意思表示である訴訟行為である。相手方の承諾が脱退の効力を生ずるための必要要件である（同条）。訴訟の当事者の地位を喪失する効力を生ずる。しかし、法規は、判決が脱退者に対しても効力を有すると定めている（同条第二文）。

4 訴訟告知（第五三条第一項）は訴訟行為である。書面を裁判所に提出してする行為である（第五三条第三項）。被告告知者に効力が生ずるのは、訴訟告知の書面が訴訟告知を受けるべき者（第五三条）に送達される（規則第二二条第一項）ことによつてである。

被告告知者は、訴訟に参加することを義務づけられるのではない。参加するかしないかは自由である。しかし、被告告知者が補助参加の利益を有するときは、訴訟告知を受けながら補助参加をしなかった場合においても、参加すること

ができた時に参加したものとみなされ(第五三条第四項)、訴訟の裁判は効力を被告知者に対しても有する(第四六条)。これは訴訟告知を要件としてこれに結びつけられた法的効果である。

第四 請求について

1 訴訟係属は一個の訴えについて生ずる。一個の訴えで、数個の請求を当初からすることが(同種の訴訟手続による場合に限り)できる(第一三六条)。係属した訴訟において、後発的に当事者が増減することがある(第三に述べた)。当事者の増減は、当該訴訟についてみれば、請求の増減を伴う。他方で、当事者の増減を伴わない請求の増減が法律上許されている。請求の変更、選定者にかかる請求の追加、中間確認の訴え、反訴の制度である。

2 請求の変更——請求の変更(第一四三条第二項)は訴訟行為である。請求の変更の書面が裁判所に提出される(第一四三条第二項)と、裁判所はこれを相手方に送達し(第一四三条第三項)、その当否について審判しなければならない(第一四三条第四項)。こういう義務づけが請求の変更の効力である。

イ 請求の変更は、変更された請求についての訴えの提起である。だから訴えの変更ともいう(第一四三条みだし)。訴えの変更には、旧訴を取下げ(第二六一條)て新訴を提起するもの(訴えの交換的変更という)と新訴の提起を旧訴の提起に追加するもの(訴えの追加的変更という)とがある。いずれにおいても、新訴の審判の手続は旧訴の審判の手続の継続である(旧訴の訴訟資料は新訴の訴訟資料でもある)。

ロ 裁判所は、新訴につき旧訴と併合して(追加的変更の場合)、訴訟要件、訴えの変更の要件、請求の当否を審判しなければならぬ。請求または請求の原因の変更を不当であると認めるときは、その変更を許さない旨の裁判を決定する(第一四三条第四項)。訴えの変更を不当であると認めないとき(相手方の異議がない場合を含む)は、新訴につき

審判の手續を進める。新訴につき、旧訴につき開始された手續の続行として審判の手續が進められることは、訴えの変更という訴訟行為の効力とはいいがたいが、訴えの変更について裁判所がこれを許すとした黙示の裁判が原因となつて生ずる手續の展開である。

ハ 請求の趣旨の数量的増減も請求の趣旨の変更である。

3 選定者にかかる請求の追加——当事者でない甲がすでに原告となつている者を選定したときに原告が甲のため請求を追加すること、当事者でない乙がすでに被告となつている者を選定したときに、原告が乙にかかる請求を追加することができる(第一四四條)。このような請求の追加の書面(第一四四條第三條、第一四三條第二項)が裁判所に提出されたときは、裁判所はこの書面を相手方に送達し(第一四四條第二項、第一四三條第三項)、請求の追加の可否を決定で裁判する(第一四四條第二項、第三項、第一四三條第三項、第四項)ことに義務づけられる。この義務づけは、請求の追加という訴訟行為の効力であるといつてよい。

請求の追加を許す裁判の効果として、追加された請求が既係属の請求と併合されて審判が進められる。

4 中間確認の訴え——中間確認の訴え(第一四五條)も訴えである。ただし、旧訴の審理の対象たる法律関係についての主張を請求として立てるものである。そこで、これを請求の変更といわず、請求の拡張という(第一四五條第一項、第三項)。また、訴えの提起にはなく、請求の変更に準じることになされている(第一四三條第三項は、第一三三條第一項、第一三八條第一項を準用せず、第一四三條第二項及び第三項を準用する)。中間確認の判決を求める申立てがあつたときは、裁判所は、その適否とその可否とを審判しなければならぬ。これがこの申立ての効力である。この審判は当初の訴えについての審判と併合して行われ、判決も、一個の全部判決に含まれるものであるべきである。

5 反訴——反訴の提起(第一四六條)という訴訟行為は反訴について審判をしなければならぬという義務づけの

効力を有する。この審判の義務づけは、審判が訴訟法の定める手続を経ることを内容とする。すなわち、反訴状を反訴被告に送達し（第一四六条第三項）、口頭弁論の期日を指定し、当事者を呼び出さなければならず（第一四六条、第一三九条）、口頭弁論は本訴のそれと併合しなければならない（第一四六条、第一五二条）。これらの内容は、広義において、反訴の提起に法律が結びつけた効果であるといえることができる。

第五 審判手続について

1 訴訟手続の中断——訴訟手続は法律の定める事由があることを要件として法律上当然に中断する（第一二四條）。これに気づかず、訴訟手続の中断中に審理および判決がなされた場合には、右判決は第三九五条第一項第四号〔現第三一二条第二項第四号〕の趣旨により破棄を免れない（最判昭和五八年五月二七日判例時報一〇八二号五一頁参照。第三三八条第一項第三号参照）。中断した訴訟手続は法律の定める者が受け継がなければならない（第一二四條）。中断した訴訟手続の受継は、受継の申立てにつき受継理由ありとの裁判（決定）があることによつて成立する。受け継ぐべき者（第一二四條）も、中断原因が存した当事者の相手方（第一二六條）も、受継の申立てをしない場合は、裁判所は、職権で、訴訟手続の続行を命ずることができる（第一二九條）が、続行命令をしないときは、中断のまま、訴訟手続が最終したとの宣言（決定）を裁判所はすることになる。

受継の申立ては訴訟行為である。受継の許否の裁判を求めるものである。裁判所は申立てについて裁判することに義務づけられる。これがこの訴訟行為の効力である。申立てを理由ありとすることに義務づけられるのではない。それは審理の結果いかんによる。裁判所は、職権で調査し、理由がないと認めるときは、決定で、その申立てを却下する（第一二八条第一項、なお第三二八条第一項参照）が、理由があると認めるときは受継の成立の裁判を決定である。こ

れは受継申立てが裁判所に義務づけた義務の法律に従った履行である。

2 訴訟手続の中止——天災その他の事由によつて裁判所が職務を行うことができないという事態を要件として訴訟手続の中止という効果が法律上当然に生ずる(第一三〇条)。当事者が不定期間の故障により訴訟手続を続行することができないときは、裁判所は、裁量の判断により、その中止を、決定で、命ずることができ(第三一条第一項)。中止については、当事者が中止を申し立てることができるとする法規はない。

第三節 訴訟の審理の手続

訴えについて裁判をするために審理を行う。審理は一定の期日に行う。この期日において判決のための資料が集められる。資料は当事者が提出する。攻撃防御の方法の提出という。事実について争いがあるときは、証拠調べが行われる。

第一 口頭弁論期日の指定と呼出し

1 訴訟係属に至れば、裁判所は原告の訴えの適否と請求の当否について判断を下さなければならない。そのために判断資料を集めなければならない。判断資料は当事者の口頭弁論によつて得ることに法定されている。訴えの適否に関しては、職権で調査するものがある(第三二二条参照)。そこで、訴えの提起があったときは、裁判長は、口頭弁論の期日を指定し、当事者を呼び出さなければならない(第一三九条)。

2 期日を指定することは裁判である。裁判所の訴訟管理権に基づく裁量の行為である。この裁判は、判決・決定・命令のうちの命令に属する。期日の呼出しは、呼出状を作成してこれを送達することによつて、またはその他の相当

と認める方法によってする。これは裁判には当たらない。法の定める行為の実行である。呼出しには法律効果が結びつけられていないわけではない。呼出しを受けながら期日に出頭しない者は不利益を受ける(第九四条第一項)。

3 期日を定めることに当事者はある程度関与することができる。期日は、当事者が、期日の目的(弁論、争点および証拠の整理、証拠調べ、進行協議など)に沿って、必要な陳述(訴訟行為)をする時間であるからである。当事者は期日変更の申立てをすることができる(第九三条第一項)。裁判所はこれに応じなければならない。裁判所は変更を許すべきか否かを審理する。最初の期日については、当事者の合意がある場合には、合意どおりの変更を許す(第九三条第三項)。すなわち、既定の期日の指定を取り消し、合意された期日を新たに指定する裁判をする。この場合には、合意が職権を制約するためである。その他変更を許すべき場合は法定されている(第九三条第三項、第四項)。期日が指定さるべくして指定されないときは期日指定の申立てをすることができる(第九三条第一項)。裁判所の職権の発動を促す申立てである。申立てにより期日が指定された場合、期日の指定は申立ての効力ではなく、職権発動の結果である。

4 口頭弁論期日の指定については、訴えの提起の受理・訴状の送達の後、直ちに期日を定めるかという問題がある。口頭弁論に準備が必要であるということである。このことについては別の項目として述べる。

第二 攻撃防御方法の提出

1 口頭弁論において、原告は訴えの適法と請求の理由のあることを、被告は訴えの不適法と請求の理由のないことを、必要に応じ主張する。そしてこの主張を裏付ける事実を主張する。その事実を法を適用すれば、訴えの不適法、請求の理由の有無を判断することができるような事実を主張する。これらの主張がいわゆる攻撃防御の方法の提出である。その形式は口頭の陳述である。

2 攻撃防御の方法の提出は、それが訴訟資料として扱われるという効果を有する。ただし、攻撃防御の方法は、訴訟の進行状況に応じ適切な時期に提出しなければならぬ(第一五六条)。では、時機に遅れて提出した攻撃防御方法はどうか扱われるか。相手方はその却下を申し立てることができる(第一五七条第一項)。職権の発動を促す申立てである。裁判所は、この申立てがあるときは、攻撃防御方法の提出が時機に後れたのが当時の故意または重大な過失によるものか否か、また、これにより訴訟の完結を遅延させることになるか否かを、判断して、そうであるときは、これを却下する裁判を決定する(第一五七条第一項)。却下の裁判によりその攻撃防御方法は訴訟資料として扱われないという効果が生ずる。

3 攻撃防御方法でその趣旨が明瞭でないものがあることがある。この場合には、裁判長は釈明を求める(第一四九条第一項)。当事者も、裁判長に対して釈明権の発動を求めることができる(第一四九条第三項)。それでも、当事者が必要な釈明をしないまたは釈明をすべき期日に出頭しないことがある。この場合には、当事者はその攻撃防御方法の却下の申立てをすることができ(第一五七条第二項)。この申立てがあるときは裁判所は却下か否かの裁判を決定でなければならぬ。

4 攻撃防御方法の提出は口頭の陳述により行う。すなわち、口頭弁論である。口頭弁論は裁判長が指揮する(第一四八条第一項)。裁判長は発言を許し、またはその命令に従わない者の発言を禁ずることができる(第一四八条第二項)。当事者は、口頭弁論の指揮に関する裁判長の命令に対し異議を述べることができる(第一五〇条)。この異議に対しては裁判所は、裁判(決定です)によって対応しなければならぬ(第一五〇条)。釈明権の行使の処置に対しても同様である(第一五〇条)。

第三 証拠について

証拠については、証拠を集めること、証拠を保全すること、証拠を取り調べること、について検討する。ここでは証拠調べについて述べる。他の二者は別項目とする。

1 証拠調べの要不要——当事者は口頭弁論において攻撃防御方法として事実を主張する。主張された事実について相手方はこれを肯定するか否定する。肯定の陳述は自白といわれる。訴訟行為である。主要事実の自白があるときは、その事實は証明することを要しない(第一七九条、第一五九条)という効果を伴う。否定の陳述があつたときは、証明が必要である(第一五九条第二項も参照)。肯定・否定の陳述は、しかし、証明不要、証明必要の陳述ではない。

2 証拠の申出——証明が必要であるときは、証明責任を負う当事者は、証明しないと不利益を被るから、証明することに追込まれる。証明するか否かは当事者の意思に依存する。証明するということは、証拠調べの手續を経るということである。証拠調べは裁判所において期日に行われる。そこで、当事者は証拠調べの手續を求める申立てをしなければならない。これが証拠の申出(第一八〇条)という訴訟行為である。

証拠の申出は、証人尋問の申出、当事者尋問の申出、鑑定^ニの申出、書証の申出、検証の申出である。いずれも、証すべき事実を特定して(第一八〇条)、鑑定の場合は鑑定を求める事項を特定して(規則第一二九条第一項)、証拠を特定して(規則第一〇六条、法第二一九条規則第一五〇条)、するものである。書面または口頭とする(規則第一条第一項)。

証拠の申出があるときは、裁判所はこれに対応することに義務づけられる。義務づけ自体は、証拠の申出の効力である。対応は裁判により行う。対応の態様には以下のものがある。申出の不適法に因る申出却下の決定。その証拠を必要でないとして申出を却下する決定(第一八一一条第一項)。証拠調べを行うことにする決定。以上がありうる。証拠調べをする決定に基づき、証拠調べの手續が実施される。これらは、前述の義務づけに基づく義務の履行の内容である。

第四節 訴えの提起前における証拠収集

1 予告通知——訴えを提起しようとする者は訴えの被告となるべき者に対し訴えの提起を予告する通知を（書面ですることができる（第一三二条の二第一項）。これを予告通知という。これも訴訟行為の一種といってよい。予告通知は後述の照会および証拠収集処分の申立てをすることができ法律状態を生むものである。予告通知の書面には提起しようとする訴えに係る請求の要旨及び紛争の要旨を記載しなければならない（第一三二条の二第三項）。

2 予告通知に対する返答——予告通知を受けた者は予告通知に対し返答をすることができ（第一三二条の三第一項）。返答も訴訟行為である。返答の内容は、予告通知書に記載されたところの、提起しようとする訴えに係る請求の要旨および紛争の要点に対する答弁の要旨でなければならない（同上条項）。返答は次に述べる照会をすることができ法律状態を生じさせる。

3 照会——予告通知をした者および予告通知に対し返答をした者は、それぞれ、訴訟の場合の主張または立証を準備するために必要であることが明らかなる事項について、書面で回答するよう、書面で照会することができ（第一三二条の二第一項、第一三二条の三第一項）。書面照会は訴訟行為であるが、これに法律がとくに効力を認めているわけではない。照会しないからといって特別の不利益を被ることはない。照会したからといって相手方を回答に義務づけることはない。相手方の回答を期待するものである。回答も訴訟行為である。

4 証拠の収集に係る処分——予告通知者または被告予告通知者は、証拠の収集に係る処分を求める申立てをすることができ（第一三二条の四第一項）。管轄裁判所（第一三二条の五）は、かかる申立てがあるときは、法律の定める処分（第一三二条の四第一項）を、法律の定める要件（同条条項）が存する場合に、法律の定める手続（第一三二条の六）を経

て、することができ(同上条項)。

右の処分申立ては、管轄裁判所を、申立てについて裁判すること(第一三二条の八参照)に義務づける。この裁判は、申立てを却下する裁判であることもあろう。これらの裁判は決定すべきであらう。

第五節 証拠保全

1 証拠保全はあらかじめ証拠調べをしてその結果得られる証拠資料を保全することである。

証拠保全のための証拠調べについては証拠調べに関する記録が作成され(規則第一五四条参照)、この記録には証拠調べの調書(たとえば、規則第一四二条参照)が含まれる。証拠調べの調書は証拠調べの期日の調書であつて(第二四〇条参照)、そこには、証人の陳述などが記載される。(規則第六七条)。

2 証拠保全の申立て——証拠保全は訴えの提起前においてもできる(第二三五条第二項)。証拠保全の手続は、申立てにより、裁判所が行う(第二三四条)。証拠保全の申立ては、申立てについて裁判することを義務づける。これが申立て行為の効力である。義務の内容は裁判することで、裁判には、申立てを却下する裁判と申立てを認容して証拠調べをすることにする裁判(証拠保全の決定)とがありうる。これらの裁判は決定とする(第二三七条参照)。

3 証拠調べの手続

証拠保全における証拠調べの手続は、訴訟における証拠調べの手続と同じである(第二三四条)。

イ 証人尋問の手続——

a 証人の尋問は、その尋問の申出をした当事者、他の当事者、裁判長の順序とする。(第二〇二条第一項)。裁判長はこの順序を変更することができる(同条第二項)。この変更について当事者は異議を述べることができる(同条第三項)。

この異議という訴訟行為は異議についての裁判を義務づける。これが異議の効力である。異議については、却下と認容の裁判がありうる。いずれも決定である（規則第一一七条第二項）。

b 裁判長は、証人尋問における質問を制限する裁判（規則第一一四条第二項、第一一五条第三項。命令である）、文書を利用して証人に質問することを許可する裁判（規則第一一六条。命令である）をすることができる。これらの裁判に対し、当事者は異議を述べることができる（規則第一一七条）。この異議は裁判所に、それについて裁判することを義務づける（規則第一一七条第二項）。異議についての裁判は決定である（同条第二項）。

c 裁判所は、当事者に異議がないときは、証人の尋問に代え、書面の提出をさせることができる（第二〇五条）。異議という訴訟行為は、尋問に代わる書面の提出をできなくするという効力を有する。

ロ 当事者尋問の手続においては証人尋問の手続について前項に述べたことと同様である（第二一〇条、規則第二二七条）。

ハ 鑑定の手続——当事者は、鑑定人忌避の申立て（第二一四条第二項）、鑑定人に更に意見を述べさせる申立て（第二一五条第二項）、鑑定人質問の順序の変更についての異議の陳述（第二一五条の二）、鑑定人質問の制限の裁判に対する異議の陳述（規則第一三四条）、文書を利用して鑑定人に質問することの許可の裁判に対する異議の陳述（規則第一三四条）をすることができる。これらの申立ておよび異議は、これに対して裁判することを裁判所に義務づける効力を有する。これらについての裁判は、決定である（第二一四条第三項、第四項、規則第一三四条、第一一七条第二項）または命令（第二一五条参照）である。

ニ 書証の手続——書証の手続を成すものとして当事者は以下の行為をすることになる。文書の正本または謄本の交付を求めること（第二二六条参照。これはそれ自体は訴訟行為ではない。文書提出のために必要な準備の行為である）。文

書を提出すること(第二一九条)。文書の所持者にその文書の送付を嘱託することを裁判所に申し立てること(第二二六条参照)。文書の所持者にその提出を命ずることを裁判所に申し立てること(第二一九条)。以上の諸行為は、対照の用に供すべき筆跡または印影を備える文書その他の物件についても、することになる(第二一九条第二項)。

文書提出命令の申立てについては裁判所はこれについて裁判することを義務づけられ、決定で裁判する(第二二三条第一項参照)。この決定に対しては、即時抗告をすることができ(第二二三条第七項)。

ホ 検証の手続——検証の手続のために、当事者が検証の目的の提示または送付についてすることができ(第二三二条)は、書証の手続のために当事者が文書の提出または送付についてすることができ(第二三二条)と同様である(第二三二条)。

第六節 口頭弁論の準備

民事訴訟法は口頭弁論(弁論と証拠調べ)についてその準備の制度を設けている(第三章)。当事者照会(第一六三条)、準備書面の交換(第一六一条)、三種の争点および証拠の整理手続(第二編第三章第三節。準備的口頭弁論、弁論準備手続、書面による準備手続)である。

第一 当事者照会

1 当事者は、訴訟の係属中、相手方に対し、主張または立証を準備するために必要な事項について、相当の期間を定めて、書面で回答するよう、書面で照会をすることができ(第一六三条)。照会書を送付し、送付された回答書を受け取ることになる(規則第八四条第一項)。

2 この制度を利用することは義務づけられていない。利用しなかったからといって法律上の不利益を受けること

はない。照会に対し回答がなかった場合に、なにか不利益な状態が生ずることはない。照会も回答も、そのような行為があったことに止まる。その結果、主張または立証の準備ができたかどうかは、事実のことに止まる。

第二 準備書面の交換

1 準備書面——準備書面は、攻撃または防御の方法、相手方の請求および攻撃または防御の方法に対する陳述を記載した書面である（第一六一条第二項）。

訴状には、請求の趣旨および請求の原因（請求を特定するのに必要な事実をいう）を記載するほか、請求を理由づける事実および当該事実に関連する事実ならびに証拠を記載しなければならない（規則第五三条第一項、第二項）。これらの記載のうち、攻撃または防御の方法の記載は準備書面の記載を兼ねるものとされる（規則第五三条第三項）。

答弁書には、請求の趣旨に対する答弁を記載するほか、訴状に記載された事実に対する認否および抗弁事実を記載し、当該事実に関連する事実で重要なものおよび証拠を記載しなければならない（規則第八〇条第一項）。こうして答弁書はそれ自体ひとつの準備書面である（第一六一条第二項第二参照。第七九条第一項参照）。

2 準備書面の提出——準備書面は、これに記載した事項について相手方が準備をするのに必要な期間において、裁判所に提出し（規則第七九条）、相手方に直送（規則第八三条第一項、第四七条第一項）をしなければならない（なお、規則第八三条第二項）。書面の提出および直送は事実たる行為であるが、そのような事実の存在に訴訟法が一定の効果を結びつけている。以下に述べる。

3 準備書面の提出または不提出の効果

イ 原告または被告が最初にすべき口頭弁論の期日に出頭せず、または出頭したが本案の弁論をしない場合におい

て、訴状または答弁書その他の準備書面が存するときは、裁判所は、それに記載した事項を陳述したものとみなすものとする(第一五八条)。口頭弁論期日において弁論として陳述されたと擬制されるのである。訴訟資料となるのである。

口頭弁論において相手方が在廷していない場合には、準備書面に記載した事実でなければ、口頭陳述をしても、主張したとは扱われない(第一六一條第三項)。すなわち訴訟資料にならない。

第三 準備的口頭弁論

1 準備的口頭弁論は、裁判所が行い(第一六四條)裁判所が終了させる(第一六五條)。準備的口頭弁論は、口頭弁論である。準備書面によるその準備も行われる(第一六六條参照)。当事者は、そこで攻撃または防御の方法およびこれに対する陳述を、裁判長の指揮(第一四八條)の下において、する(第一六一條第二項参照)。争点および証拠の整理がその結果として遂げられる。

2 当事者は、準備的口頭弁論の期日に出頭しないことにより、また、裁判長の命令に従って準備書面の提出もしくは証拠の申出をするということをしないうことにより、準備的口頭弁論を不成功のうちを終了させることができる。終了することは当事者の不作為の効力ではなく、裁判所の裁判であるが。

3 当事者は、準備的口頭弁論が成功のうちを終了したさいに、裁判所および相手方との間で、その後の証拠調べにより証明すべき事実を確認する(第一六五條第一項。規則第八六條第一項)。

4 裁判長は、相当と認めるときは、準備的口頭弁論を終了するに当たり、当事者に準備的口頭弁論における争点および証拠の整理の結果を要約した書面を提出することを命ずることができる(第一六五條第二項、規則第八六條第二項)。この命令に従わないときに、とくに不利益を受けることはない。準備的口頭弁論についても調書(規則第六七條)

が作られる。

5 当事者が準備的口頭弁論の終了後に攻撃または防御の方法を提出したときは、相手方当事者は、準備的口頭弁論の終了前にこれを提出することができなかった理由を説明しなければならぬ(第一六七条、規則第八七条なお第二条参照)。説明しないことによつて当該攻撃または防御の方法が却下されること(第一五七条第一項)はありえよう。

第四 弁論準備手続

1 弁論準備手続——弁論準備手続は、期日を開き、そこにおいて、当事者が、請求または攻撃防御の方法についての陳述および証拠の申出を行い(規則第八八条第一項参照)、裁判所が、証拠の申出に関する裁判を行い、その他の口頭弁論の期日外においてすることができる裁判および文書の証拠調べをするものである(第一七〇条第二項)。

2 弁論準備手続は、事件を弁論準備手続に付する裁判(決定である)の効力として開かれる(第一六八条)。当事者はこの裁判を取り消すことを申し出ることができる(第一七二条、裁判所は取り消すか否かの裁判に義務づけられる)。当事者双方が共に申し立てるときは、裁判所は取消しに義務づけられる(第一七二条ただし書き)。取消しの裁判は決定でする。

3 弁論準備手続については調書が作られる(規則第八八条第一項)。当事者は、弁論準備手続の結果を、口頭弁論において、その後の証拠調べによつて証明すべき事実を明らかにして陳述しなければならない(第一七三条、規則第八九条)。

4 弁論準備手続終結後に当事者が攻撃防御方法を提出したときの法規制は準備的口頭弁論終了後に攻撃防御の方法を提出したときのそれ(第一六七条)と同じである(第一七四条)。

第五 書面による準備手続

1 書面による準備手続——書面による準備手続は、当事者の出頭なしに準備書面の提出等により争点および証拠の整理をする手続をいう(第一七五条)。この手続は裁判所の裁判(事件を書面による準備手続に付する旨の決定)により開かれる(第一七五条)。この手続は裁判長が行う(第一七六条第一項)。裁判長は準備書面の交換を命ずる裁判をする(第一六二条、第一七六条第二項)。裁判長は、必要と認めるとき、釈明権を行使する(第一七六条第四項、第一四九条第一項)。当事者は、裁判長に対して必要な発問を求め、答へることができる(第一七六条第四項、第一四九条第三項)。裁判長は、必要があるとき、認めるときは、裁判所および当事者双方が音声の送受信により同時に通話をする方法によつて、争点および証拠の整理に関する事項その他口頭弁論の準備のため必要な事項について、当事者双方と協議をする(第一七六条第三項)。協議の結果は、裁判所書記官に記録させることができる(第一七六条第三項第二文、規則第九一条第三項)が、協議についての調書を作成させ、これに協議の結果を記載させることができる(規則第九一条第二項)。

2 書面による準備手続の終結——書面による準備手続を終結するに当たり、裁判長は、当事者に争点および証拠の整理の結果を要約した書面を提出することを命ずることができる(第一七六条第四項、第一六五条第二項)。書面による準備手続の終結後口頭弁論を行う(第一七七条参照)。この口頭弁論期日において、当事者は裁判所との間でその後の証拠調べによつて証明すべき事実を確認する(第一七七条)。また、書面による準備手続における争点および証拠の整理の結果を要約した書面(第一七六条第四項、第一六五条第二項)に記載した事項の陳述がされる(第一七八条参照)。

これらの確認または陳述がされた後に当事者が攻撃防御の方法を提出したときは、相手方は、その確認または陳述前にこれを提出できなかった理由の説明を求め、ことができる(第一八七条)。この説明要求に対し説明がないときは当該攻撃防御方法が却下される(第一五七条)ことがありえよう。

第七節 訴訟費用について

訴訟費用については、訴訟費用の負担と、訴訟費用の担保と、訴訟上の救助の制度が設けられている(第一編第四章)。

第一 訴訟費用の負担

1 訴訟費用は敗訴の当事者の負担とするのが原則である(第六一条なお第六八条参照)。しかし、裁判所が、裁判によつて、訴訟費用を負担させることがある(第六二条、第六六条)。訴訟費用の負担は裁判によるのであり、裁判所はこの裁判を、職権で、事件を完結する裁判においてする(第六七条第一項)。

2 訴訟費用の負担は、負担の額が定まる必要がある。負担の額は、第一審裁判所の裁判所書記官が、負担の裁判が執行力を生じた後に、申立てにより、定める(第七一条第一項なお第七二条)。当事者のこの申立ては、裁判所書記官が負担の額を定めることを義務づける。この申立てに対する裁判所書記官の応答は処分である。この申立てに関する処分(却下の処分または額を定める処分)に対しては異議の申立てをすることができる(第七一条第四項、なお同条第五項)。異議の申立ては、裁判所にこれに対する裁判をすることを義務づける。この裁判は決定である(第七一条第七項)。却下の決定と異議申立てを理由ありとする決定とがありうる。後者の場合、裁判所は、訴訟費用の負担の額を定めるべきときは、自らその額を定める(第七一条第六項)。これらの決定に対しては即時抗告をすることができる(第七一条第七項)。

3 訴訟が裁判および和解によらないで完結する場合がある(第二編第六章)。この場合には、当事者は訴訟費用の負担を命ずる裁判を申し立てることができる(第七三条第一項)。この申立てがあるときは、第一審裁判所は、申立てに対

し決定で裁判をすべく義務づけられる。この決定に対しては即時抗告ができる(第七三条第二項)。訴訟費用の負担を命ずる裁判も決定である(第七三条第一項)。そしてその裁判所のその決定が執行力を生じた後に裁判所書記官はその負担の額を定める処分をする(第七三条第一項)。処分に対しては異議の申立てをすることができ、異議の申立てについての決定に対しては即時抗告をすることができ(第七三条第二項、第七一条第四項、第七項)。

4 裁判所書記官の訴訟費用の負担の額の確定の処分に対しては、計算違い、誤記その他これらに類する明白な誤りがあるときは、当事者は、その更正を申し立てることができる(第七四条第一項)。この申立ては裁判所書記官にこれについての処分をすることを義務づける。更正の処分に対しては異議の申立てをすることができ(第七四条第二項参照)。異議の申立てについての裁判所の決定に対しては即時抗告をすることができ(第七四条第二項、第七一条第七項)。

第二 訴訟費用の担保

1 訴訟費用は、敗訴の当事者の負担とする(第六一条)。原告が敗訴したときは訴訟費用は原告の負担となる。原告が負担することになる訴訟費用の範囲および額は法律により定められている(民事訴訟費用等に関する法律第二条)。そのなかには、被告が支出した費用(たとえば、準備書面の作成および提出の費用)も含まれる。これらの費用を原告が負担するとは、原告が被告に償還する義務を負うということである(規則第二九条第一号参照、法第七七条参照)。原告が、日本国内に住所、事務所および営業所を有しないときは、被告のこの償還請求権の実現が困難になる。被告は、この場合、被告が支出すべき訴訟費用(第七五条第六項参照)の担保を立てるべきことを原告に命ずる裁判を申し立てることができる(第七五条)。この申立てにより裁判所はこれについて裁判することを義務づけられ、決定で裁判する(第七五条第一項)。被告は、原告が担保を立てるまで応訴を拒む権利を与えられる(第七五条第四項)。

2 担保提供命令の申立てについては裁判所は決定で裁判する(却下の決定と担保提供命令の決定とがありうる)。この裁判に対しては即時抗告をすることができる(第七五条第七項)。担保提供命令の決定においては担保の額および担保を立てるべき期間が定められる(第七五条第五項)。

3 担保不提供——原告が担保を立てるべき期間内にこれを立てないときは、裁判所は口頭弁論を経ないで、判決で、訴えを却下することができる(第七八条)。

4 担保提供——担保提供の方法は法律が定めている(第七六条)。担保が金銭または有価証券の供託により提供されたときは、被告は、訴訟費用に関し、これについて他の債権者に先立ち弁済を受ける権利を有する(第七七条)。

担保を立てた者は、担保の変換を申し立てることができる(第八〇条)。この申立てにつき裁判所は裁判をしなればならない。この裁判は決定である(第八〇条)。

5 担保の取消し——担保の事由が消滅したとき、または担保権利者が取消しに同意したときは、裁判所は担保取消しの裁判を決定する(第七九条)。その手続は、担保を立てた者が担保の取消しを申し立て、担保の事由の消滅または担保権利者の同意を証明することである(第七九条第一項、第二項)。

訴訟の完結後、担保を立てた者は、担保権利者に対し、一定の期間内にその権利を行使すべき旨を催告することを裁判所に申し立てることができる(第七九条第三項)。裁判所は申立てがあるときは催告することに義務づけられる。この催告にかかわらず、担保権利者がその行使をしないという状態が存するときは、担保の取消しについて担保権利者の同意があったものと法律上みなされる(第七九条第三項)。

担保取消しの申立てについての決定に対しては即時抗告をすることができる(第七九条第四項)。

第三 訴訟上の救助

1 当事者は訴訟上の救助の申立てをすることができる。この申立ては裁判所に申立てについて裁判することに義務づける。裁判は、申立却下か申立棄却か訴訟上の救助をするかである。いずれも決定である(第八二条第一項参照)。これらの決定に対しては即時抗告をすることができる(第八六条)。

2 利害関係人は訴訟上の救助の決定の取消しを申し立てることができる(第八四条)。この申立てはこれについて裁判することを義務づける。申立却下、申立棄却、救助の取消しの裁判がありうる。いずれも決定である(第八四条参照)。この決定に対しては即時抗告をすることができる(第八六条)。

第八節 判決について

1 当事者は、判決に対して、上訴(第二八一条、第三一一条)または再審の訴え(第三三八条)を提起することができる。これらは判決の取消しの申立てである。この申立てについて、裁判所は、裁判することに義務づけられる。

2 当事者は、判決に計算違い、誤記その他これらに類する明白な誤りがあるときは、更正決定をすることを申し立てることができる。この申立てがあるときは、裁判所は、これについて裁判することに義務づけられる。裁判は、申立却下、申立棄却、判決の更正のいずれかである。いずれも決定である(第二五七条)。この決定に対しては即時抗告をすることができる(第二五七条第二項)。

3 訴訟費用の負担の裁判は、事件を完結する裁判(たとえば終局判決)においてする(第六七条第一項)。訴訟費用の負担の裁判の脱漏があるときは、当事者は、訴訟費用の負担についての裁判を申し立てることができる(第二五八条第二項)。この申立てがあるときは、この申立てについて裁判することに裁判所は義務づけられる。申立却下か訴訟費

用の負担を命ずるかである。いずれも決定とする(第二五八条第二項)。これらの決定に対しては、即時抗告をすることができる(第二五八条第三項)。

4 財産権上の請求に関する判決については、当事者は仮執行の宣言を付することを申し立てることができる(第二五九条第一項)。相手方当事者は担保を立てて仮執行を免れることができることを宣言することを求める申立てをすることができる(第二五九条第三項)。

仮執行宣言も仮執行免脱宣言も、判決の主文に掲げなければならない(第二五九条第四項)。仮執行の宣言をすべき場合に、これが判決の主文に掲げられなかったときは、仮執行宣言申立当事者は、判決主文に仮執行宣言掲げる趣旨の補充の決定をすることを申し立てることができる(第二五九条第五項)。

第九節 和解について

1 当事者は、共同で、事件の解決のために適当な和解条項を定めることを申し立てることができる(第二六五条)。この申立てがあるときは、裁判所等(第二六五条)は和解条項を定めてこれを当事者に告知すべく義務づけられる(第二六五条第三項)。この申立ては、和解条項の告知前ならば、一方のみの意思で、これを取り下げることができる(第二六五条第四項)。

2 当事者は、簡易裁判所に、和解の申立てをすることができる(第二七五条第一項)。この和解のための手続において、和解が調わない状況においては、当事者双方は一致して和解の期日において訴訟の弁論をすることの申し立てをすることができる(第二七五条第二項)。この申立てがあるときは、裁判所は直ちに訴訟の弁論を命ずる裁判をする(命令である)。

3 簡易裁判所において、法の定める和解に代わる決定（第二七五条の二）があつたときに、当事者は、この決定に対し異議を申し立てることができる（第二七五条の二第三項）。異議の申立ては和解に代わる決定の効力を消滅させる効力を有する（第二七五条の二第四項）。反面、異議の申立てをしないという不作為は、和解に代わる決定に裁判上の和解と同一の効力を有せしめる（第二七五条の二、第五項）。

4 和解が調うというものは、和解条項に当事者が合意するということであり、そのことが調書に記載されることによって、その記載すなわち和解条項が確定判決と同一の効力を有する（第二六七条）ことになるのである。

第一〇節 まとめ

本節において当事者の訴訟行為の効力を整理しよう。訴訟行為の種類をまず整理しよう。訴訟行為は、合意と単独行為に分けることができる。単独行為については、裁判所に対する裁判を求める申立てと裁判により命ぜられた行為の実行とに分けることができる。不作為も、法律がこれに訴訟法上の効果をなんらかの形で結びつける限り、訴訟行為に準じて扱うことにする。

1 合意

当事者の合意が訴訟法上の効力を与えられる場合がある。例をあげよう。

イ 管轄の合意（第二一条。合意の効力として合意した裁判所に管轄権が与えられる）。控訴をしない旨の合意（第二八一条第一項ただし書き。合意の効力として控訴権が喪失する）。合意ではないが、当事者の一方の申立てと他方の同意があることにより、移送が義務づけられることがある（第一九条）。

ロ 証拠契約——自白契約、仲裁鑑定契約、挙証（責任分配）契約、証拠制限契約などがある。裁判所は合意の内

容に拘束され、合意の内容を實現しなければならぬ。このような効力を有する。

ハ 和解の合意——和解条項の合意があると、裁判所は和解が調つたものとし、これを調書に記載しなければならない(第八九条、第二六四条、第二七五条、第二六七条参照)。訴訟は裁判によらないで完結する(第二編第六章)。

ニ 当事者の共同の申立て(例、第二六五条)と当事者双方の申立て(例、第一七二条、第二七五条第二項)。同一内容の申立てをするのに、共同して一個の申立てをするのが前者で、それぞれ申立てをするのが後者である。前者は申立てを共同ですることの合意に基づくが、申立ての効力は合意に基づくのではない。

ホ 最初の期日の変更の合意——口頭弁論の最初の期日の変更は、当事者の合意がある場合には、合意された日をもって期日とすることになる(第九三条第三項ただし書き)。ただし、最判昭和五〇年七月二一日判例時報七九一号七六頁は、当事者の合意あるときでも、顕著な事由の存在が明らかでない限り、許さなければならぬものではない、とする。合意された日が期日となるのは合意の効力というよりは、合意に裁判所が拘束されてその日を期日とする裁判の効力である。

2 裁判を求める申立てとその取下げ

裁判には、判決、決定、命令がある。判決で応答すべき申立てには、訴えの提起(第一三三条)、中間確認の訴えの提起(第一四五条)、反訴の提起(第一四六条)、訴訟参加の申出(第四七条第一項、第四九条、第五一条)などがある。

イ 決定で応答すべき申立ては種類も数も多い。列挙しよう。訴訟引受決定を求める申立て(第五〇条)。請求の変更を許す決定を求める申立て(第一四三条)。管轄裁判所の指定の決定を求める申立て(第一〇条)、訴訟を管轄裁判所に移送する決定を求める申立て(第一六条、第一七条、第一八条、第一九条)。除斥または忌避の決定を求める申立て(第二三条、第二四条、第二六条)。訴訟手続の受継の申立て(第一二八条)。攻撃防御方法の却下の決定を求める申立て(第

一五七条)。訴えの提起前における証拠収集処分(第一三二条の四)。証拠保全の申立て(第二三四条)。証拠の申出(証拠調べの申立て、第一八〇条)。鑑定人忌避の申立て(第二二四条第二項)。文書提出命令の申立て(第二二一条)。弁論準備手続に付する裁判の取消しの申立て(第一七二条)。無益な訴訟費用額の償還を命ずる裁判の申立て(第六九条)。訴訟費用の負担を命ずる裁判の申立て(第七三条第一項)。訴訟費用の担保を立てるべきことを命ずる裁判の申立て(第七五条第一項)。担保の変換の申立て(第八〇条)。訴訟費用の担保の取消しの申立て(第七九条第一項)。訴訟上の救助の申立て(第八二条)。訴訟上の救助の決定の取消しの申立て(第八四条)。利害関係人の申立て(第八二条)。判決の更正の申立て(第二五七条第一項)。その裁判を脱漏した訴訟費用の負担の裁判の申立て(第二五八条第二項)。仮執行の宣言・仮執行免脱の宣言の申立て(第二五九条第一項、第三項)。仮執行の宣言がなかった場合の補充の裁判を求める申立て(第二五九条第五項)。事件の解決のために適当な和解条項を定めることの申立て(第二六五条第一項)。共同の申立て(訴訟記録の閲覧等の制限の申立て、第九二条第一項)。

a 決定は、申立ての有無に拘らず、なされるものがある(例、準備的口頭弁論を行うことおよび終了すること、第一六四条、第一六六条)。決定は、申立てを待つてはじめてするもの(例、管轄裁判所の指定、第一〇条、忌避について、第二四二条)と申立てを待たずに職権でできるもの(例、移送の決定、第一六条、第一八条、第二〇条の二)。除斥の決定(第二三条第二項、第二五条)とその他(第六九条、第一五七条、第一七二条、第二五七条、第二五八条第二項、第二五九条第一項、第三項、第五項)がある。

b 申立てはこれを理由ありとする裁判を目的とするが、これを不適法として却下する裁判、これを理由がないとして棄却する裁判もありえて、これらの裁判をすることも、申立てにつき法律が付与した対応のしかたである。

口 命令で応答すべき申立ては多くない。列挙してみる。期日の指定・期日の変更を求める申立て(第九三条)。証

人への質問を制限することの申立て(規則第一一四条第二項、第一一五条第三項)。文書を利用して証人に質問することの申立て(規則第一一六条第一項)。鑑定人に更に意見を述べさせることの申立て(第二一五条第二項)。文書の所持者にその文書の送付を嘱託することの申立て(第二二六条)。担保権利者に対しその権利を行使すべき旨を催告することの申立て(第七九条第三項)。和解の申立てが係属する手続における訴訟の弁論を命ずることを求める申立て(第二七五条第二項)。

期日変更の申立てについては期日の変更を許さない裁判がありうる(第九三条)が、その余の申立てについては、適法であるときは、申立てを認容する命令がされるであろう。

ハ 裁判を求める申立てではないが、紛争の裁判所での解決を求める和解の申立てがある(第二七五条第一項)。これにより裁判所は和解が調う方向に手続を行う義務を負う。

3 訴訟資料の収集に関する行為

イ 訴訟において裁判をするには判断の資料を収集しなければならない。資料収集に関して必要なことを裁判所は、あるいは職権でみずから行い(第三二二条参照)、あるいは当事者に命ずるまたは許す。当事者はこの命令に従ってまたは、法律の定めるところに従って、行為をする。列挙してみよう。口頭弁論をすること(第一四八条。事実または法的見解を口頭で陳述する。またはその認否の陳述をする)。準備書面(第一六一一条、第一六二条、第一七〇条)、要約書面(第一六五条第二項、第一七六条第四項)を提出すること。証人を尋問する(第二〇二条参照)こと。証明すべき事実の確認をすること(第一六五条、第一七七条)。準備的口頭弁論終了後のまたは弁論準備手続終了後のもしくは書面による準備手続終了後の攻撃防御方法の提出にかかる説明の要求またはこれに応ずる説明をすること(第一六七条、第一七四条、第一七八条)。弁論準備手続の(第一七三条)、従前の口頭弁論の(第二四九条第二項)結果の陳述をすること。協議をすること

(第一四七条の三、第一七六条第三項、規則九五条第一項)。

ロ 当事者が裁判所に要求すれば裁判所はこの要求を満足させなければならない場合がある。発問要求(第一四九条第三項)、証人尋問要求(第一五二条第二項)がその例である。

ハ 裁判所が関与しないで、当事者間で、訴訟資料の収集に関する行為がなされることがある。訴えの提起前における予告通知と照会と回答(第一三二条の二、第一三二条の三)、訴訟係属後の照会と回答(第一六三条)である。

ニ 以上の諸行為の性質は、いわゆる事実行為である。

4 裁判に対する不服ないし反対の行為

法律は、裁判に対し、多くの場合、不服を申し立てることを許している。ただし、不服申立てを許さない裁判もある。管轄裁判所を指定する決定(第一〇条第三項)、除斥または忌避を理由ありとする決定(第二五条第四項、第二二四条第三項)。証拠保全の決定(第二三八条)がその例である。(なお、第二九五条参照)。口頭弁論を経ないで訴訟手続に関する申立てを却下した決定または命令に対しては、抗告をすることができる(第三二八条第一項)と定められている。これを反対解釈すれば、そうでない決定または命令に対しては、抗告はできないことになる。抗告ができないことは、抗告という方法によって不服申立てをすることができないということであり、抗告以外の方法によって反対を表明しその反対につき裁判を求めることができないわけではない(第二八三条、第一五七条参照)。

イ 判決に対する不服の申立てとしては、場合により、控訴の提起(第二八一条第一項、第三二一条第二項)、上告の提起(第三二一条第二項)、特別上告の提起(第三二七条)、再審の訴えの提起(第三三八条第一項)が許されている。

ロ 決定または命令に対する不服の申立てとしては、場合により、抗告の提起(第三二八条)、出訴期間が一週間の即時抗告を含め、第三三二条)再抗告の提起(第三三〇条)、特別抗告の提起(第三三六条)、許可抗告(第三三七条第一項)の

提起が許されている。

ハ 異議

a 当事者は、補助参加について(第四四条第一項)、訴訟手続に関する規定の違反に対し(第九〇条)、口頭弁論の指揮に関する裁判長の命令または釈明のための処置(第一四八条第一項、第二項)に対し(第一五〇条)、証人尋問のまたは鑑定人質問の順序の変更について(第二〇二条第三項、第二一五条の二第四項)、証人または鑑定人に対する質問の制限の裁判に対し(規則第一一七条第一項、第一三四条)、文書を利用して証人に質問をすることを許可する裁判に対し(規則第一一七条第一項)、異議を述べることができる。これらの異議について裁判所が決定で裁判する(前掲条文)。

異議を述べることについては時期の制限があり、この時期を逸すれば異議を述べることができなくなる(第四四条第二項、第九〇条)。訴訟手続に関する規定の違反⁽¹⁾に対しては、遅滞なく異議を述べないときは、これを述べる権利を、放棄することができないものを除き、失う(第九〇条)。

(1) 例。訴えの変更についての書面の提出または送達の欠缺(最判昭和三二年六月一九日民集一〇卷六号六六五頁)。宣誓させるべき証人を宣誓させずに尋問した(最判昭和二年二月一日民集八卷二号四二九頁)。証人として尋問すべき者を職権により当事者として尋問した(最判昭和三〇年六月二四日民集九卷七〇号九三〇頁、行政事件訴訟)。裁判外で証人の尋問をさせることができる場合に違反した証拠調べ(最判昭和五〇年一月一七日判例時報七六九号四五頁)。

b 当事者は、裁判所書記官の処分に対し(第七一条、第七二条、第七四条)異議の申立てをすることができる。異議の申立てについては、裁判所が決定で裁判する(前掲条文、第一二一条)。

当事者は、和解に代わる決定に対し異議の申立てをすることができる(第二七五条の二)。この異議の申立ての効力は、

和解に代わる決定の失効である(第二七五条の二第四項)。

5 その他

訴訟告知、脱退については前述した(第二節第三4と5)。裁判所書記官が応答すべき申立てがある。例えば、公示送達(第九一条)の申立て(第一一〇条)、訴訟費用の負担の額を定める申立て(第七一条第一項)。訴訟記録の閲覧請求(第九一条第一項)、訴訟記録の謄写、その正本等の交付その他訴訟に関する事項の証明書の交付の請求(第六一条第三項)。判決確定証明書の交付の請求(民訴規第四八条)。

6 不作為

当事者は、することができず訴訟行為をしないときは、その訴訟行為をしたならば生じた効力ないし効果を浴しない。

当事者は、することを命じられた訴訟行為をしないときは、しないことに法律がある効果を感じることがある(たとえば、第一六一一条第三項、第一六六条)。

当事者が、期待された行動に出ない場合(たとえば、期日に出頭しない)に、そのことに関し法律がある効果を感じることがある(たとえば、第一五八条、第一六六条、第一八三条、第二〇八条、第二四四条、第二五一条第二項)。