

タイトル	<研究ノート>訴訟行為について(一)
著者	小山, 昇
引用	北海学園大学法学研究, 39(1): 27-83
発行日	2003-06-30

# 訴訟行為について(一)

小  
山  
昇

訴訟行為について(一)

## 目次

序	
第一章 訴訟行為のいろいろ	
第一節 訴訟手続の開始	
第二節 訴訟の審理	
第三節 証拠調べ	
第四節 請求の増と当事者等の増減	
第五節 訴訟の審理を阻む出来事	
第六章 判決(以上本号)	
第二章 訴訟行為の分類	
第一節 裁判所の行為の分類	
第二節 裁判所書記官の行為	
第三節 行為の方式による分類	
第三章 訴訟行為と法律	
結	

## 序

1 民事訴訟は、民事の法律上の争訟（裁第三条第一項）について、市民の裁判を求める申立てに基いて（第二四六条）、裁判所が裁判をする手続である。裁判をするには判断資料を手に入れる必要がある。訴訟の審理である。審理はひとつの手続である。手続は進行するものである。それに伴って資料が手に入り、手続を進行させるのも、資料を供給するのも人の行為によつてである。それは訴訟のための行為である。

2 この訴訟のための行為を細かく具体的に検証してみることにする。そのために、まず、民事訴訟の手続においてどういう訴訟行為がなされるかを細かく具体的に確認しよう。民事訴訟手続は地方裁判所第一審訴訟手続を中核として取り上げよう（第一章）。ついで、第一審訴訟手続においてなされる訴訟行為を整理するためにその分類を試みよう（第二章）。その際に訴訟行為の性質の分析も試みよう。そして、訴訟行為は、訴訟法が訴訟を成すと予定し、また、訴訟法がこれに一定の法的効果結びつけているものであるから、どういう行為をどういう法規が予定しているか、どういう行為に法規はどんな法的効果結びつけているかを見ることにしよう（第三章）。

## 第一章 訴訟行為のいろいろ

法の定める民事訴訟の手続は大まかに訴訟手続の開始の段階、訴訟の審理の段階、訴訟手続の終結の段階に分けることができる。訴訟の審理の段階においては、審判の対象の増減をもたらす訴訟行為が、また審判を阻む出来事に対処する訴訟行為がある。

## 第一節 訴訟手続の開始

1 第一審の訴訟手続(第二編の表題)は、「訴えの提起」(第一三三条第一項、第二七二条)により始まる。「訴えの提起」という行為は(判決という)裁判を求める行為である。法規が予定する行為である。裁判を求めること自体は自由でありなんら制限はない(憲第三二条)。このことと、裁判を求める利益なしとして訴えを却下する裁判をすることと矛盾しない(最大判昭和三五年一月七日民集一四卷一三号二九六四頁参照)。

2 へ訴えの提起は、訴状を裁判所に提出してしなければならない(第一三三条第一項)。訴状は書面である。「訴えの提起」という行為は書面による。ある行為が書面によるというのは、書面がないときは行為が成立しないということである。訴えの提起は訴状が裁判所に到達する(裁判所の受付機関が受ける)ことによって成立する。訴えの提起が効力を生ずるには訴状が却下されない(第一三七条第二項)ことが必要である。訴状の却下は裁判である。訴状の却下の裁判が確定すると、訴状の提出がないと同じ法状態となる。訴状が却下されないためには、訴状が法規の定める要件(第一三三条第二項、規則第五三条、第五四条)を具えていなければならない。

簡易裁判所の訴訟手続においてはへ訴えは、口頭で提起することができる(第二七一条)。すなわち、訴状に記載しなければならないと法規が定める事項(第一三三条第二項、規則第五三条参照)を口頭で、裁判所書記官の面前で陳述することが訴えの提起となる。へこの場合においては、裁判所書記官は、調書を作成し、記名押印しなければならない(規則第一条第二項)。口頭による訴えの提起の効力はこの調書の成立により生ずる。なお、へ当事者双方は、任意に裁判所に出頭し、訴訟について口頭弁論をすることができる(第二七三条前段)。口頭弁論においては、訴えの提起が前提となる。だからこの場合へ訴えの提起は、口頭の陳述によってする(第二七三条後段)ことになる。口頭弁論については、裁判所書記官は、調書を作成しなければならない

ない（第一六〇条第一項）。この調書が、訴えの提起の陳述の調書（規則第一条第二項）の内容を含む。

3 訴えの提起という行為は、いくつかの行為の連鎖である。訴状を作成する行為、訴状を裁判所に到達させる行為、訴状を裁判所の係りの機関が占有移転を受ける行為の連鎖である。前二者は原告の意思に基づく。実際に行う人は原告である必要はない。原告の意思に基づき、原告の意図を実現する者であればよい。原告の意思に基づかない訴えの提起は原告の訴え提起の効力を生じない。裁判所に訴状の占有移転がない限り、訴状の「提出」（第一三三条第一項）がないから、訴えの提起は成立しない。原告の意思に基づかない訴えの提起が、原告の追認により効力を生ずることはありうる。（第三四条第二項参照）。

4 訴状は法規が定める事項を記載したものでなければならぬ（第一三三条第二項、規則第五三条）。かかる事項の記載を欠く書面は訴状として適格でない。そこで、訴状の提出を受けた裁判所はその点を審査する。訴状が第三百三三条第二項の規定に違反する場合には裁判長は、相当の期間を定め、その期間内に不備を補正すべきことを命じなければならぬ（第一三七条第一項前段）。（補正を命ずる前に補正を促すことがある。規則第五六条）。補正命令は裁判長の命令である行為である。口頭または書面である。この命令は「相当と認める方法で告知することによって、その効力を生ずる」（第二一九条）。補正命令は、訴状却下命令の要件事実を成すもので、これに対する独立の不服申立ての道はない。この命令が告知されたときは、裁判所書記官は、その旨及び告知の方法を訴訟記録上明らかにしなければならない（規則第五〇条第二項）。補正命令の告知を受けた原告が不備を補正しないときは、裁判長は、命令で、訴状を却下しなければならない（第一三七条第二項）。訴状を却下するとは、訴えの提起の要素を成す訴状について、その訴状たる適格を否定して原告に不利益になることをすることである。これはひとつの裁判である。訴状を却下する裁判は命令という呼称が与えられている。訴状却下命令は口頭でも違法ではないが命令書によるべきであろうか。

規則第五〇条第一項参照。それは、相当と認める方法で告知される(第一一九条規則第五〇条第二項)。訴状却下命令は裁判であるから、不服申立ての許否が問われる。訴状を却下する(命令に対しては、即時抗告をすることができ)(第一三七条第三項、第三三二条)。訴状却下命令は、確定すれば、訴状を裁判所に留め置く必要はなく、その占有を現状に復すべきで、訴状の原告への返戻を伴うであろう。この却下された訴状は、即時抗告の抗告状に添付されるべきものとされている(規則第五七条)。

5 即時抗告は裁判に対して不服を申し立てる行為である。裁判所の行為には裁判とそれ以外の行為がある。裁判の行為は、判決、決定、命令の三種が定められている。そのそれぞれに対して、不服を申し立てることが原則として認められている。判決に対する不服の申立ては場合により、控訴(第一八一条以下)、上告(第三三一条以下)、再審の訴え(第三三八条以下)であり、決定または命令に対する不服の申立ては抗告(第三二八条以下)、異議の申立て(第三七九条)、再抗告(第三三〇条)、再審の申立て(第三四九条)である。それぞれの不服申立行為は、法規の定める裁判に対して、法規の定める期間内になすことが許される。

抗告には、通常の抗告と即時抗告とがある。抗告は、決定書または命令書の送達を受けた日から二週間の不変期間内に提起しなければならない(第三三一条、第二八五条)が、即時抗告は裁判の告知(第一一九条)を受けた日から一週間の不変期間内にしなければならない(第三三二条)。

即時抗告は、抗告状という書面を裁判所に提出してする(第三三一条、第二八六条)。抗告状の作成、抗告状を裁判所の係りの機関が占有移転を受けることが行われる。そして抗告裁判所による抗告状の審査(第三三一条、第二九七条、第一三七条)がある。抗告状却下の裁判がありうる。この裁判に対する即時抗告もありうる(第三三一条、第二八八条、第一三七条)。

6 即時抗告は適法か不適法であり、適法な即時抗告は理由ありか理由なしである。即時抗告に応答する裁判は決定である(第三三〇条参照)。即時抗告を不適法として却下する決定があったときは、この決定に対しては、特別の場合(第三四九条)を除いて、不服申立ての道はない(第三三〇条)。この決定により、訴状却下命令という裁判が確定する(第一二二条、第一一六条)。この確定により、訴状は返戻され、訴状の提出したがって訴えの提起はないという法律状態に至る。

即時抗告を理由がないとして棄却(却下)する決定があったときも同様である(第三三〇条第三四九条)。即時抗告は、それが成立しているときは、執行停止の効力を有する(第三三四条第一項)。訴状却下命令という裁判の執行(訴状の返戻)をすることが止められる(第三三四条第二項参照)。即時抗告理由ありとするときは抗告裁判所は訴状却下命令という裁判を取り消す決定をする(第三三一条、第三〇五条)。この決定により訴状却下命令はその効力を失なう。訴状は却下されることができないものとなる。訴状の提出は法規上効力あるものとなり、訴えの提起という行為が効力あるものとなる。

7 訴えの提起が効力を生ずると、訴えが向けられた裁判所は法律上これに応答しなければならない。これを無視して放置すると司法拒絶の責を負わされる(憲第三二一条参照)。

訴えは、対立二当事者である原告と被告の間に法律上の争訟がありこれにつき原告が裁判所にその解決である判決を求めるものである。したがって、原告の訴えは被告に知らせなければならぬ。訴状という書面の内容を争訟の相手方に知らせる仕事は、裁判所の仕事であると定められている。〈訴状は、被告に送達しなければならぬ〉(第一三八条第一項)であり、〈送達は、特別の定めがある場合を除き、職権とする〉(第九八条第一項)ことになっている。

裁判所においては〈送達に関する事務は、裁判所書記官が取り扱う〉(第九八条第二項)。送達は書類を送達名宛人が

その内容を知りうる状態に置くことである。その方法は、送達を受けるべき者への送達を受けるべき場所(第一〇三条、第一〇四条)での書類の交付(第一〇一条)が原則であり、場合により、出会った場所での交付、他の者への交付、送達をすべき場所への差置き、書留郵便に付しての発送が認められている(第一〇五条、第一〇七条)。交付行為、差置き行為等をする機関は、執行官、郵便の業務に従事する者であり(第九九条)、場合により裁判所書記官である(第一〇〇条)。これらは「送達をした公務員」(第一〇九条)である。「送達をした公務員は、書面を作成し、送達に関する事項を記載して、これを裁判所に提出しなければならない」(第一〇九条)。これを送達報告書という。

「送達すべき書類は、特別の定めがある場合を除き、当該書類の謄本又は副本とする」(規則第四〇条第一項)ところ、「訴状の送達は、原告から提出された副本によってする」(規則第五八条第一項)。謄本によることを排除した定めである。送達は、送達をする公務員が送達すべき書類の内容を送達を受けるべき者が知り得る状態に置く行為である。それは、交付、差置き、発送といういわば事実行為である。しかし、それは法規の定める条件を充足する状態の下でなされるものでなければならない。

この条件を充たさないときは(たとえば、大阪高判平成四年二月二七日判例タイムズ七九三号二六八頁参照)送達は無効とされる。この条件を充たしたか否かについて争いが生ずることがある。この争いは、訴訟の手続中に付帯して生ずるものとして、その手続の内において処理される(第二八三条参照)。

訴状の送達の無効の抗弁があつたとして、抗弁却下の場合、これに対する不服は控訴審で取り上げられる(第二八三条)。抗弁を容れるときは、訴状の送達をやり直すであろう(第九八条第一項)。

8 訴状の送達が効力を生じたとき、訴訟はどんな状態にあるか。

イ まず、原告と被告の間の争訟について裁判所が判決を下すために審理をすべきでありまたすることができると

いう法状態にある。訴訟の審理は、判決のために必要な資料を集めることである。資料は当事者から得るのが原則である。当事者が資料を提供する場面を口頭弁論という。こうして、〈当事者は、訴訟について、裁判所において口頭弁論をしなければならぬ〉(第八七条第一項前段)。したがって、〈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ぬ〉(第一三九条、規則第六〇条)。

ただし、〈訴えが不適法でその不備を補正することができないときは、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〉(第一四〇条)。訴えについては、まず、適法不適法が問題となる。不適法の判断を訴状の内容を審査しただけですることができるところがある。この場合には、それ以上に当事者から資料を集める必要はない。訴えが不適法であるときは、訴えの提起に対して、これを却下するという応答をすることになる。これは司法拒絶ではなく、司法そのものである。この場合について、最判は、被告に訴状を送達するまでもなく、訴え却下の判決の正本を原告に送達すれば足りるという(最判平成八年五月二八日判例タイムズ九一〇号二六八頁)。被告に訴状を送達すべきであろうが、送達しなかったからといって、訴え却下の判決に効力がないわけではないであろう。訴え却下の判決に対しては不服申立てができる(第二八一条第一項)。

〈期日は、申立てにより又は職権で、裁判長が指定する〉(第九三条)。訴えの提起があったときに裁判長が口頭弁論の期日を指定するのは、職権で——むしろ法定の職務として——するものである。期日の指定は法規の制約(第九三条第二項)の下でなされる。期日の指定は裁判長の行為である。期日の指定は裁判所が訴訟全体を指揮する行為である。それは命令の性質をもつ裁判である(第一一九条、第一二二条)。期日指定の裁判は口頭でもよいであろう(規則第五〇条)。この命令は当事者に告知される(第一一九条、規則第五〇条第二項)。期日指定の裁判に対しては不服申立ての道はない。期日の変更を求める道による。期日の指定があると、その期日の変更という問題が生ずる。期日は、その日に当事者が訴訟資料を提出するのであるから、当事者が別の日を希望することを無視するわけにはいかない。そこ

で当事者は期日の変更を申し立てることが許される。この申立ては、期日の申立てと同様、書面または口頭ですることができ(規則第一条、第三六条)。期日または期日の変更の申立てが認容される場合は制限されている(第九三条第二項第三項、第四項、規則第三七条、第六四條)。期日の申立ては職権の発動を求めものである。期日の変更の申立ては既定の期日を取り消して新たな期日を指定することを裁判所に求める行為である。申立人の利益に基づき、裁判所の行為を求める行為である。訴訟手続に関する申立てである。申立てについては命令で裁判する。口頭でもよい。申立却下(棄却を含む)か申立認容新期日指定である。この申立てを審理するのに口頭弁論は開かない(第八七条参照)。期日の変更を必要とする事由(申立てにおいて示される)が期日の変更を許す場合に該当するか否かを判断する。この申立てを却下した裁判(命令)に対しては抗告をすることができ(第三二八条第一項)。抗告は裁判に対する不服申立行為の一種である。期日変更申立て却下の命令が確定したときは、すでに指定された期日が実施されることになる。期日の変更を許す裁判に対しては不服の道はない。

口頭弁論期日に、裁判長は、当事者を呼び出さなければならない(第一三九条)。呼び出すことは、当事者に、期日出頭して弁論をすることを命ずる、裁判所の(機関としての裁判長の)行為である。期日の呼出しは、呼出状の送達、当該事件について出頭した者に対する期日の告知その他相当と認める方法によつてする(第九四条第一項)。最初の口頭弁論期日の呼出しは呼出状の送達によつてする。すなわち、呼出状の作成行為と呼出状の送達公務員による送達行為(前述した)が呼出状の送達を組成する。

期日の指定と期日の告知は重要である。判決の言渡しと言渡期日の指定を欠き適法に告知されない口頭弁論期日になされたときは、判決の手續が法律に違背したとき(第三〇六条)に該当する(最判昭和二十七年一月一八日民集六卷一〇号九九一頁)。呼出状に記載すべき事項については一般的な定めはない(証人の呼出状については規則第一〇八条、これが当事者尋問の呼

出、鑑定人の呼出しに準用される（規則第一二七条、第一三四条）。

呼出状の送達があつたときは、当事者は期日に出頭するかしないかの選択に迫られる。出頭は弁論をするためのものであるから、出頭しても弁論をしないときは出頭しないときと同じ扱いを受ける（第一五八条参照）。当事者が出頭しないということは、当事者の弁論がないということである。法規は、最初にすべき口頭弁論期日に出頭しないことにつき、陳述擬制をしている（第一五八条）。また、期日における不出頭に、場合に依り、自白を擬制する（第一五九条第三項）。

ロ 訴状が被告に送達されたという法状態においては、原告は、送達前と同じく、訴えを撤回する自由を保有する（第二六一条第一項第二項）。これを訴えの取下げという。相手方が応訴したときは、その同意が必要となるが、相手方が同意すれば、判決が確定するまで、訴えの取下げを有効にすることができる。

訴えの取下げは訴えの提起を撤回する意志に基づきこれを表示する意思をもって表示する行為である。訴えの取下げの効果（第二六二条）を認識しこれを意欲することは、訴え取下行為の要件ではない。表示は訴えの取下書という書面を裁判所に提出することである（第二六一条第三項、なお、同項ただし書き）。相手方の同意を必要としない場合には取下書の裁判所への到達の時に取下げの効力が生じ、取下げの効果（第二六二条）が生ずる。この場合には（裁判所書記官は、訴えの）取下げがあつた旨を相手方に通知しなければならない（規則第一六二条第二項）。訴えの取下書の提出には副本を添える（規則第一六二条第一項参照）。訴えの取下書の副本は送達される（第二六一条第五項参照。規則第一六二条第一項）。

訴えの取下げの意思の明示の表示がなくても、訴えの取下げが擬制される場合がある（第二六三条）。訴えの取下げとそれへの同意が擬制される場合である。訴えの取下げは、相手方の同意を要する場合と要しない場合とがある（第二六

一条第二項)。同意を要する場合に同意がないことはまたは同意しない旨の意思表示があることは訴えの取下げの効力を阻却する(同上条項)。(訴えの取下げに同意しない旨の意思表示が効力を生じたときは、訴えの取下げが効力が生じないことが確定し、同意しない旨の意思表示を撤回しあらためて同意しても訴えの取下げは効力を生じない。最判昭和三七年四月六日民集一六卷四号六八六頁)。だから同意があることはその限度で訴え取下げの効力の発生要件事実である。同意はこの要件事実<sup>に</sup>該当するものである。同意は同意の意志の表示である。表示の方式に別段の制限はない(規則第一条)。へ訴えの取下げの書面の送達を受けた日から二週間以内に相手方が異議を述べないときは、訴えの取下げに同意したものとみなす(第二六一条第五項前段)。異議を述べるとは訴えの取下げに同意しないことを意味する。異議を述べないことは同意しないことをしないという挙措である。相手方の挙措が暗黙の同意と解釈されることがある(相手方が訴えの交換的変更に対し異議を述べずに新訴につき弁論をしたときは、旧訴の取下げに暗黙の同意をしたものと解すべきであるとした判例がある。最判昭和三八年一月一八日民集一七卷一号一頁、最判昭和四一年一月二一日民集二〇卷一号九四頁)。

訴えの取下げという行為を要件事実として法規はいろいろの効果を結びつけている。

訴えの提起により、訴訟が開始し、裁判所は、訴えの提起を被告に訴状の送達によって知らせ、訴えの審理を行うことになる。このような法状態を訴訟係属という(第二六一条第一項)。へ訴訟は、訴えの取下げがあつた部分については、初めから係属していなかったものとみなす(第二六一条第一項)。訴えの提起がなかったと同じ法状態を擬制するのである。訴えの提起に結びつけられた法状態は無と扱われる。

訴えは、判決が確定するまで、取り下げることができるが(第二六一条第一項)、へ本案について終局判決があつた後に訴えを取り下げた者は、同一の訴えを提起することができない(第二六二条第二項)。訴えを取下げた者が本案の判

決を求める申立てがその目的を達成したのに本案の判決が無いと同様の法状態をもたらすことをさせない制裁の規定である。

訴訟において、訴えの取下げとそれへの同意があったことと裁判外で訴え取下げの合意が成立したことは別の事柄である。前者においては、当該訴訟の訴訟係属が初めから無かったこととなり、後者においては、訴訟係属はなお存し、判決をする必要があり、訴え取下げの合意の成立が訴訟資料として提出されたときは、権利保護の利益なしとして訴えを却下する判決をすることになる（最判昭和四四年一〇月一七日民集二三卷一〇号一八二五頁参照）。

ハ 訴訟係属という法状態においては、係属する訴訟の訴えと重複する訴えの提起は禁止される（第一四二条）。訴えはすでに係属する事件についての訴えであるか否かが職権で調査される。重複する訴えは不適法な訴えとして判決で却下される（第一四〇条）（第二節第七七）。

ニ 訴訟係属という法状態においては、原告は、法定の条件の下で、新訴を、追加してまたは従前の訴えと交換して、提起することができる（第一四三条第一項参照）。従前係属した訴訟手続を生かして新訴につき審判するのである。訴えは請求の趣旨および原因を特定して提起する（第一三三条第二項、規則第五三条）。この請求または請求の原因を変更するのが訴えの変更である（第一四三条第一項）。請求の原因の変更は請求の変更をもたらす（請求の趣旨の変更がないときでも）。

（請求の変更は、書面でしなければならない）（第一四三条、規則第一条）。請求の変更の書面は、相手方に送達しなければならぬ（第一四三条第三項、規則第四〇条第一項）。新訴の提起（第一三八条第一項）であるからである。送達は副本によってする（規則第五八条第二項参照）。

請求の変更は裁判所に対する申立てである。裁判所はこの申立てにつき職権で変更申立ての適否と変更の可否を判

断してこれに応答する。相手方は変更を許さない旨の裁判を申し立てることができる(第一四三条第四項)。請求または請求の変更を不当であると認めるときは、申立てによりまたは職権で、その変更を許さない旨の決定をしなければならぬ(第一四三条第四項、第八七条、第一一九条、規則第五〇条)。変更を許さない旨の裁判を求めた者は、控訴審において、変更を許す裁判の取消しを求めることができよう(第二八三条参照)。訴えの変更を許すことは新訴につき審判をするということ、とくにその旨の裁判をしなくても足りよう。新訴につき審判の進めることのなかに訴えの変更を許した黙示の裁判が認められる。

9 訴えの提起が効力を生じ、訴状の送達が効力を生じ、口頭弁論期日の指定が効力を生じ、期日への呼出状の送達が効力を生じたという法状態の下では、口頭弁論が実施されることになる。口頭弁論に関する裁判所および当事者の行為については、節をあらためて考察しよう。

## 第二節 訴訟の審理

訴訟における審理は、訴えの適否および請求の当否を判断するための資料を裁判所が収集することである。裁判所がみずから収集するものもあり、当事者が裁判所に提出するものもある。

当事者が裁判所に判断資料を提出する行為を弁論という。弁論は口頭であるのが原則である。弁論は一定の日に行われる。そこで弁論を裁判所・当事者その他の関係人が一堂に会してする期日を口頭弁論期日という。

口頭弁論期日において、当事者は弁論をする。訴えの適否と請求の当否について弁論をする。訴えの適否も請求の当否も、その判断は、事実の確認と事実への法規の適用によってなされる。そこで弁論は、どういう事実が存するか(事実の陳述)、それは証拠により裏づけられるか、請求を理由あらしめる権利がどのような法規の適用により認めら

れるかまたは認められないか（法律上の陳述）を陳述するものである。

事実の存否、事実への法の適用につき、当事者の間に一致があるものとなないものがある。一致がない事実については証拠によりこれを認定しなければならぬ。こうした弁論については、争点と証拠の整理が必要である。法は、争点および証拠の整理を目的とする手続を三種設けた。準備的口頭弁論（第一六四条）、弁論準備手続（第一六八条）および書面による準備手続（第一七五条）である。後二者は口頭弁論ではない。後二者の手続をする場合には、口頭弁論期日の指定（第二三九条）は控える（規則第六〇条第一項）。後二者のいずれかにより争点および証拠の整理を行うときは、その手続に付する裁判をする（第一六八条、第一七五条）（第一七二条が「裁判」といつている）。これは手続を選択し定める裁判である。決定すべきものであろう（第一一九条、規則第五〇条）。ある手続を指揮する（第一二〇条参照）裁判ではない。

本節では、争点および証拠の整理のため手続と口頭弁論の実施の手続における裁判所、当事者その他の関係人の訴訟行為を考察し、証拠調べの手続におけるそれらは別の節にする。

### 第一 準備書面による弁論の準備

1 へ口頭弁論は、書面で準備しなければならない（第一六一一条）。準備書面に口頭弁論においてなすべき陳述を（第一六一一条第二項、規則第七九条、第八〇条）書面にして予告するものである。答弁書も準備書面である（規則第七九条第一項参照。答弁書その他の準備書面といういい方）。準備書面には法規の定める事項を記載する（第一六一一条第二項）。すなわち、「事実についての主張」のほか法規の適用上の主張も記載される。事実についての主張については、どういふ事実をどのように記載すべか、証拠をどう記載するかが定められている（規則第七九条第二項（第四項））。

2 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(規則第七九条第一項)、相手方に直送(規則第八三条第一項、規則第四七条)しなければならない。直送とは、当事者の相手方に対する直接の送付をいう(規則第四七条第一項)。送付の方法には特段の限定規定はない。相手方は、準備書面の直送を受けたときは、当該準備書面を受領した旨を記載した書面を作成し、これを、一方で、相手方に直送し、これとともに他方で裁判所に提出しなければならない(規則第八三条第二項、なお同第三項)。これにより裁判所は、準備書面の内容を、みずから知り、かつ、相手方も知ったことを知る。書面の作成は、作成名義人の意思に基づき、直送および提出も当事者の意思に基づく。準備書面は送達されることもある(規則第四七条第四項、法第一六一條第三項)。

### 3 準備書面の記載と口頭弁論における陳述

a 当事者の双方が口頭弁論の期日に出頭しないときは、当事者双方の弁論はないことになる。次の期日を裁判所は職権で指定しないことができる。そのまま一カ月以内に期日指定の申立て(第九三条第一項)がないときは、訴えの取下げが擬制される(第二六三条)。

b 当事者の一方が、口頭弁論の期日に出頭しない(または本案の弁論をしない)ときは、最初にすべき口頭弁論の期日の場合には、その者が提出した訴状または答弁書その他の準備書面に記載した事項は陳述したものとみなされる(第一五八条)。出頭した相手方は弁論することになる(同条)。

c 口頭弁論において、一方が在廷し相手方が在廷していないときは、出頭当事者は弁論することができるが、相手方に確実に到達した準備書面に記載した事実でなければ、主張することができない(第一六一條第三項)。予告していない事実の主張はできないのである。

## 4 準備書面と証拠の申出

証拠の申出は証拠調べをすることを求める行為である。書面または口頭とする(規則第一条)。準備書面に記載し口頭弁論期日に弁論として陳述する方法もある(口頭弁論調書に準備書面による陳述の記載がないときは、特段の事情がない限り、期日には陳述されなかったものとみる。最判昭和四五年二月六日民集二四卷二号八一頁)。証拠の申出の申述は、調書に作成される(規則第一条第二項、法第一六〇条)。証拠の申出の書面またはこれを記載した準備書面は相手方に直送される(規則第八三条、第九九条第二項)。

## 5 準備書面の提出期間

準備書面を直送することも裁判所に提出することも、準備書面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をおいてしなければならない(規則第八三条第一項、第七九条第一項)。一方、裁判長は、答弁書若しくは特定の事項に関する主張を記載した準備書面の提出又は特定の事項に関する証拠の申出をすべき期間を定めることができる(第一六二条)。行為をすべき期間を定めることは、その行為をなすべきことを命ずることを含む命令である。期間の長さは裁判長の裁量で定める。この裁定期間を裁判長は職権で伸長しまたは短縮できる(第九六条第一項)。期間の定めに対し当事者に不服申立ての道はない。期間を遵守しなかった場合の制裁の規定はない(第一六六条参照)。第一五七条が直ちに適用されることにはなりにくいであろう。

## 6 準備書面作成の準備——当事者照会

口頭弁論は書面で準備する(第一六一條)。準備書面には事実の主張、その証拠、事実への法規の適用上の意見、相手方のそれらに対する陳述を記載する(第一六一條第一項)。このような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手方から情報を得ることができれば能率がよい。そこで、当事者は、互いに訴訟の係属中、この必要な事項

について、相当の期間を定めて、書面で回答するよう、書面で照会することができるとなっている(第一六三条)。この照会と回答の行為は、弁論の効率を高めるためのものである。方式は書面の送付(規則第八四条第一項)である。照会しないこと、または照会に対し回答をしないことについて、制裁の規定はない。また、回答があつたことについて、特別にこれに結びついた法状態はない。主張・立証の準備に役に立ったかどうかだけのことであろう。

## 第二 準備的口頭弁論による準備

1 準備的口頭弁論を開始するにはその旨を裁判する。審理のために法が予定するある手続を行うことを選択して定める訴訟指揮上の職権による裁判である。この裁判はだから、決定すべきであらう(第一二〇条参照)。そして口頭弁論期日を指定し、当事者を呼び出し、期日に、事件の呼上げ(規則第六二条)をする。準備的口頭弁論を行う旨の決定は書面または口頭でできよう。この決定は相当と認める方法で告知され(第一一九条)、決定の告知があつた旨および告知の方法が訴訟記録上明らかにされる(規則第五〇条第二項)。決定に対しては当事者に不服を申し立てる利益はない。準備的口頭弁論を欲しない当事者は期日に出頭しなければ足りよう(第一六六条参照)。

2 準備的口頭弁論も口頭弁論であるから、その実施の法規制は口頭弁論のそれに準ずる。当事者が期日に出頭せず、又は第一六二条の規定により定められた期間内に準備書面の提出若しくは証拠の申出をしないときは、裁判所は、準備的口頭弁論を終了することができる(第一六六条)。争点および証拠の整理という目的の達成が見込まれないからである。裁判所が準備的口頭弁論を終了するのは裁判であり、この裁判は、開始の裁判と同じく決定すべきである(第一一九条、第一二二条)。この決定に対し当事者は不服申立ての利益を有しない。口頭弁論を申し立てれば足りよう。

3 準備的口頭弁論により争点および証拠の整理の実があがったと考えられるときは、準備的口頭弁論を終了する（第一六五条第一項参照）。それは、証拠調べをすれば判決に熟するという状態であるはずである。そこで、へ裁判所は、準備的口頭弁論を終了するに当たり、その後の証拠調べにより証明すべき事実を当事者との間で確認するものとする（第一六五条第一項）。裁判所と原告と被告の三者が確認した事実については、裁判所は、へ相当と認めるときは、裁判所書記官に当該事実を準備的口頭弁論の調書に記載させなければならぬ（規則第八六条第一項）。

なおへ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及び証拠の整理の結果を要約した書面を提出させることができる（第一六五条第二項）。裁判長の職権に属する裁量による訴訟指揮上の裁判である。この裁判は命令であるので、方式は口頭で足りよう。この命令は告知され（第一九条）、その旨と告知の方法は訴訟記録上明らかにされる（規則第五〇条第二項）。裁判長は、へその書面の提出をすべき期間を定めることができる（規則第八六条第二項）。この提出命令の不遵守に対する制裁はない。

4 争点および証拠の整理ができたということは、攻撃または防御の方法およびこれらに対する陳述が出つとした（第一五六条参照）ことを意味するはずである。しかし、準備的口頭弁論の終了後に攻撃または防御の方法が提出されることはないではない。それは故意重過失によらない（第一五七条）こともあろう。しかし、当事者は、準備的口頭弁論を信義に従い誠実に行うべきものである（第二条）。したがって、それでも準備的口頭弁論の終了前にこれを提出しなかつた理由を、当事者は、相手方の求めがあるときは、相手方に対し、説明しなければならない（第一六七条）。この説明は、期日において口頭であるか、書面である（規則第八七条第一項）。期日において口頭でされた場合には、相手方は、説明をした当事者に対し、当該説明の内容を記載した書面を交付するよう求めることができる（規則第八七条第二項）。期日の調書に説明が記載されないことがありうる（規則第六七条第一項第五号参照）のである。説明を書面である場合に

は当該書面を相手方に交付する(第一六七条、規則第八七条第二項参照)。説明がない場合には、当該攻撃または防御の方法が時機に後れたものとして却下される(第一五七条)ことがありえよう。口頭による説明の内容を記載した書面の交付がない場合についての制裁の規定はない。

### 第三 弁論準備手続による準備

1 へ裁判所は、争点及び証拠の整理を行うため必要があるときは、当事者の意見を聴いて、事件を弁論準備手続に付することができる(第一八六条)。弁論準備手続を行う必要の有無は裁判所が職権でその裁量により判断する。事件を弁論準備手続に付する行為は裁判である(第一七二条参照)。この裁判は、訴訟の審理をする手続を選択して定めるもので、決定である(第一一九条)。決定は書面ですべきであろう(口頭でも違法ではあるまい)。この裁判をするには、当事者の意見を聴かなければならない(第一六八条)。当事者の同意を要するというのではないが、当事者双方が反対するときはこの裁判はできないであろう(第一七二条ただし書き参照)。この決定に対しては、当事者は不服申立ての利益を有しない。この決定の取消しを申し立てることができる(第一七二条)のである。裁判所はこの決定を相当と認める方法で告知し(第一一九条)、当事者双方が立ち会うことができる日を弁論準備手続期日として指定して当事者を呼び出す(第九三条第一項、第一六九条第一項)。

当事者の一方がその期日に出頭し、他方が、出頭はしなくても、音声の送受信により(つまり電話により)期日に裁判所および相手方と通話をする(第一七〇条第三項)ときは、他方当事者は出頭したものとみなされ(同条第四項)、当事者双方が立ち合ったことになる。

準備手続の期日における手続を通話の方法により行うことは裁判所が裁量により当事者の意見を聴いて実施する

(第一七〇条第三項)。

## 2 弁論準備手続の期日の実施

弁論準備手続は争点および証拠の整理を目的とする。だから、そこでは口頭弁論期日におけると同じ弁論が行われ、それを整理することになる。そこで、口頭弁論の実施を規制する法規（後に詳しくみる）がその性質に反しない限り準用される（第一七〇条第六項）。

3 弁論準備手続は口頭弁論ではないから公開しない（憲第八二条第一項）。しかし、裁判所は、相当と認める者の傍聴を許すことができる（第一六九条第二項）。当事者が傍聴の許可を申し出たときはその者に傍聴を許さなければならぬ（第一六九条第二項ただし書き）。ただし、手続を行うのに支障を生ずるおそれがあると認めるときはこの限りでない（同条項）。許すことは禁止の解除である。手続の実施を管理する権限に基づく法規が予定する行為の実現である発言を許す（第一四八条第二項）のと同じく裁判には当たらない。訴えの変更を許す許さない（第一四三条第四項）は裁判である）。

## 4 準備書面による準備ほか

期日において争点および証拠の整理のための陳述をすることの予告をさせるために、裁判所は、当事者に準備書面を提出させることができる（第一七〇条第一項）。提出させるとは提出を命令で命ずることである（第一一九条）。準備書面提出命令は訴訟の指揮に関する命令（第二二〇条）である。この命令は書面でもなしうるが口頭で足りよう。相当と認める方法で告知され（第一一九条）その旨と告知の方法が訴訟記録上明らかにされる（規則第五〇条第二項）。

裁判所は、弁論準備手続の期日において、証拠の申出があったときはこれに関する裁判（特定の証拠につき証拠調べをするしないを定める裁判、証拠の提出を命ずる裁判など）をすること、口頭弁論の期日外においてすることがで

きる裁判(第四四条、第五〇条、第一二八条、第一二九条、第一三一条、第一四三条四項、第一四四条第三項参照)をその必要が生じたときにすることのほか、文書(第二三一条の物件を含む)の証拠調べをすることができる(第一七〇条第二項)。この文書の証拠調べは公開しないことになる。しかし、後述(8)のように弁論準備手続の結果の陳述という形で、公開の口頭弁論において、現われる。これらの裁判は決定すべきであり、決定は書面によるべきである。

5 弁論準備手続の期日においては、訴えの取下げ(第二六一条第三項参照)和解(第六九条)並びに請求の放棄および認諾(第二六六条第一項、第二六一条第三項)をすることができる。ただし、弁論準備手続期日が、当事者の一方が出頭し、他方が電話により通話することにより陳述する期日であるときは電話による通話による手続に参与した当事者は、これらを行うことができない(第一七〇条第五項)。ただし、請求の放棄または認諾については、その旨の書面を提出しているときはこの限りでない(同条項)。

6 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参照)。弁論準備手続は口頭弁論ではないから、弁論準備手続調書に記載すべき実質的事項は口頭弁論調書のそれに準ずるのではなく、準備書面のそれ(第一六一条第二項)に準ずる(規則第八八条第一項、なお同第三項)。しかし、その性質に反しない限り、口頭弁論調書に関する規制が準用される(規則第八八条第四項、第一六〇条、規則第六六条)。

7 弁論準備手続は、争点および証拠の整理ができたと考えられるときは、終結する。裁判所は、終結の裁判を決定する(開始の裁判と同じ方式である)。

裁判所は、終結にあたり、その後の証拠調べにより証明すべき事実を当事者との間で確認するものとする(第一七〇条第六項、第一六五条第一項)。この確認があった場合、裁判所は、相当と認めるときは、裁判所書記官に当該事実を弁

論準備手続調書に記載させなければならない（規則第九〇条、第八六条第一項）。

裁判長は、相当と認めるときは、弁論準備手続を終結するに当たり、当事者に弁論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を提出させることができる（第一七〇条第六項、第一六五条第二項）。この書面の提出をすべき期間を裁判長は定めることができる（規則第九〇条、第八六条第二項）（このことについては、前述第二三）。

8 弁論準備手続終結後へ当事者は、口頭弁論において、弁論準備手続の結果を陳述しなければならない（第一七三条）。この結果の陳述は、その後の証拠調べによって証明すべき事実を明らかにして、しなければならない（規則第一八九条。調書に記載された事実（規則第九〇条第八六条第一項）と一致するはずである）。

9 弁論準備手続終結後に攻撃または防御の方法を提出できないわけではない。この場合には、準備的口頭弁論の終了後に攻撃または防御の方法が提出された場合の法規制が準用される（第一七四条第一六七条、規則第九〇条、第八七条。前記第二四）。

10 弁論準備手続期日に当事者が出頭せず、または第一六二条の規定（第一七〇条第六項）により定められた期間内に準備書面の提出（第一七〇条第一項）もしくは証拠の申出をしないときは、裁判所は、弁論準備手続を終結することができる（第一七〇条第六項。第一六六条）。争点および証拠の整理がこの手続において期待できないからである。

#### 第四 書面による準備手続

1 書面による準備手続とは、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）。

（裁判所は、当事者が遠隔の地に居住しているときその他相当と認めるときは、当事者の意見を聴いて、事件を書面

による準備手続に付することができる(第一七五条)。事件を書面による準備手続に付する裁判は決定である(第一六八条、第一七二条参照。第一一九条)。この決定は書面によるべきであろう。訴訟の審理を行うひとつの手続を選択して定める裁判所の職権に基づく裁量による行為である。この決定に対して当事者は不服申立ての利益を有しない。この手続を欲しない当事者はこの手続としての準備書面等の提出をしなければ足りる。書面による準備手続は、裁判長が行う(第一七六条第一項)。そのため、裁判長は、答弁書もしくは特定の事項に関する主張を記載した準備書面の提出または特定の事項に関する証拠の申出をすべき期間を(第一六二条)定めなければならない(第一七六条第二項)(前記第二三)。そうするために、裁判長は釈明(第一四九条)をすることができる(第一七六条第四項)。裁判長は、相当と認めるときは、書面による準備手続を終結する(終結は裁判により、その裁判は裁判所の決定書とする)に当たり、当事者に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を提出させることができる(第一七六条第四項、第一六五条第二項、規則第九二条、第八六条第二項)(前記第二三)。

〔裁判所は、書面による準備手続の終結後の口頭弁論の期日において、その後の証拠調べによって証明すべき事実を当事者との間で確認するものとする〕(第一七七条)(前記第二三)。この確認がなされたときは、当該事実が口頭弁論の調書に記載しなければならない(規則第九三条)。

2 裁判長は、必要があると認めるときは、書面による準備手続(第一七五条)につき、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行うことができる方法によって、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ことができる(第一七六条第三項、規則第九六条第一項)。この協議は最高裁判所規則の定めるところにより行う(第一七六条第三項)。最高裁判規則は、右の通話の方法によって書面による準備手続における協議をする場合にはその協議の日時を裁判長が定めることとしている。(規則第九一条)。そ

の日時において協議が行われる。これはいわゆる進行協議期日（規則第九五条、第九六条）ではない。

書面による準備手続における協議は、なについて書面をどのように提出するかは協議であるはずである。協議は口頭で行われる。この同時通話の方法による協議をしたときは、裁判長は、協議の結果を裁判所書記官に記録させることができる（第一七六条第一項後段）。裁判所書記官は、協議の手続についての調書を作成し、これに協議の結果を記載する（規則第九一条第一項、なお、同条第三項、第四項）。

協議の結果に従って書面による準備手続が進行することが期待される。

3 書面による準備手続が終結すると、口頭弁論が開かれる。口頭弁論の期日において、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に記載した事項の陳述がされる（第一七八条参照）。さらに、その後の証拠調べによって証明すべき事実を裁判所は当事者との間で確認する（第一七七条）。その後、当事者が攻撃または防御の方法を提出できないわけではない。しかしこれを提出したときは、提出当事者は、相手方の求めがあるときは、相手方に対し、その陳述または確認前にこれを提出することができなかつた理由を説明しなければならない（第一七八条、規則第九四条、第八七条第二項）。（前記第二4）。

## 第五 進行協議期日

1 裁判所および当事者は訴訟の進行に関し協議をすることができる（これは望ましいことである）。訴訟進行協議は裁判所が指定（口頭の命令）する期日（進行協議期日、規則第二編第二章第四節）において行う（規則第九五条第一項）。期日は当事者双方が立ち会うことができる日を選ぶ（同条項）。協議は審理を充実させることを目的とする（規則第九五条第一項）。主なものは口頭弁論における証拠調べと争点との関係の確認についての協議である（同条項）。（裁判

所は、相当と認めるときは、裁判所外において進行協議期日における手続を行うことができる。(規則第九七条)。

進行協議期日における協議は審理の充実を目的とする。審理とは——訴訟要件の存否に関する審理をおくとすれば——請求の当否を判断する資料を収集することである。請求の当否を判断する資料は以下のようなものである。原告が請求を放棄する事実。被告が請求を認諾する事実。原告が請求を理由づける事実(規則第五三条)およびこれを推認させる事実。原告の請求を理由あらしめないようにする事実およびこれを推認させる事実。これらの事実についての当事者の認否の事実。立証を要する事実についての証拠。請求を理由づけるまたは理由あらしめない事実についての法適用上の見解。

弁論主義の下では、これらの資料は当事者の提出に依存する。原告は訴状に記載して提出する(規則第五三条、法第一五八条)。被告は答弁書に記載して提出する(規則第八〇条、法第一五八条)。原告は答弁に対する反論を記載した準備書面を提出する(規則第八一条、法第一六一一条)。これらの書面に記載されたことで十分であることが望ましい。しかし、実際には、足りないことがある。その足りないところをどのように補うかが問題となる。その補充が審理の充実である。その方法を協議するのが進行協議である。争点および証拠の整理の手續または方法について協議するであろうが、(口頭弁論における証拠調べと争点との関係の確認)(規則九五条参照)に至れば十分であろう。

イ 協議は期日に当事者双方が出頭して口頭で行われる

ロ 進行協議期日においては、訴えの取下げ並びに、請求の放棄および認諾をすることができる(規則九五条第二項)。

ハ 進行協議期日については、調書が作成されよう(規則九五条第二項、第二六七条参照)。

2 進行協議期日は、当事者の協力がなければ、機能しない。(裁判所は、当事者が遠隔の地に居住しているときそ

の他相当と認めるときは、当事者の意見を聴いて、裁判所及び当事者双方が音声の送受信により同時に通話をするこ  
とができる方法によつて、進行協議期日における手続を行うことができる（規則第九六条第一項）。へただし、当事者の  
一方がその期日に出頭した場合に限る（同条項ただし書き）。出頭しないで通話により手続に関与した当事者は出頭し  
たものとみなされる（規則第九六条第二項）。この当事者は、訴えの取下げ並びに請求の放棄および認諾をすることが  
できない（規則第九六条第三項）。

音声の送受信による通話の方法による進行協議期日は期日である。裁判長はその日時を指定し、期日の調書を裁判  
所書記官に作成させ、これに協議の結果を記載させる（規則九一条に基く解釈）。

## 第六 口頭弁論期日

1 口頭弁論においては、当事者が口頭陳述をする。原告は請求および攻撃または防御の方法を陳述し、被告は、  
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する（第一六一一条参照）。細かくいえば、原告は、請求の趣旨  
および原因を、請求を理由づける事実および当該事実に関連する事実を、そして証拠を、口頭陳述し（規則第五三三参  
照）、被告は、原告の請求の趣旨に対する答弁（請求の認諾を含む）を、原告が主張する事実に対する認否を、抗弁事  
実並びに当該事実に関連する事実および証拠を口頭陳述する（規則第八〇条参照）。原告は、請求の放棄のほか、反論が  
あるときは、被告が主張する事実に対する認否を、再抗弁事実並びに当該事実に関連する事実および証拠を、口頭陳  
述する（規則第八一条参照）。事実を陳述するとは陳述の内容が事実であるということである。裁判官は当事者の陳述を  
聴取する。

2 裁判長は、口頭弁論を指揮する（第一四八条第一項）。指揮するとは、発言を許したり停止させたり禁じたり、口

頭陳述すべき主題を設定したりすることである。これらは指揮権に基づく裁量による口頭の命令である。しかし、裁判には当たらない。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)。この異議については、裁判所は、決定で(第一一九条)、裁判する(同条)、(一人制裁判所の口頭弁論の指揮に関する異議は、その裁判官が所属する裁判所が合議体で裁判するのである。第二五条第一項第二項類推)。この決定は書面ですべきであろう。

3 <裁判長は、口頭弁論の期日又は期日外において、訴訟関係を明瞭にするため、事実上及び法律上の事項に関して、当事者に対して問を発し、又は立証を促すことができる。>(第一四九条第一項)。これは口頭または書面で行われ、釈明権の行使である(釈明は裁判所の義務でもある。大判明治四四年六月九日民録一七輯三八六頁)。裁判長が問いを発し立証を促すのは裁判ではない。当事者は、裁判長に対し必要な発問を求めることができる(第一四九条第三項)。釈明権の行使(または釈明義務の履行)を求めるものである。この発問要求は口頭ですることができよう(規則第一条第一項)。

イ 釈明は、その結果を、口頭弁論調書に記載すべきものである(第一六〇条第一項、規則第六七条第一項以下参照)。  
ロ <攻撃又は防御の方法でその趣旨が明瞭でないものについて当事者が必要な釈明をせず、又は釈明をすべき期日に出頭しないとき>は、裁判所は、申立てによりまたは職権で、却下の決定をすることができる(第一五七条第二項)。攻撃防御の方法の却下は裁判でその形式は決定でこの決定は決定書によるべきであろう(第一一九条、規則第五〇条)。

ハ 口頭弁論においては、裁判長は和解を試みることがある(第八九条)。

4 訴えの取下げ(第一節8ロ)は口頭弁論期日においては口頭ですることができる(第二六一条第三項)。この場合には、訴えの取下げは調書に記載される(第二六一条第四項、規則第六七条第一項一号)。この期日に相手方が出頭しなかったときは、この期日の調書の謄本を相手方に送達しなければならない(第二六一条第二項)。相手方の同意については(第

一節8口参照)、相手方がその期日に出頭したときは訴えの取下げがあった日から、相手方がその期日に出頭しなかったときはその期日の調書の謄本の送達があった日から、二週間以内に同意するかしないかを表示すべきであり、異議(同意しない旨の表示)を述べないときは、訴えの取下げに同意したものとみなされる(第二六一条第五項)。不作為に法律による擬制が結びつけられるのである。

訴えの取下げは、取下げ書の裁判所への到達または取下げを記載した調書の成立(規則第六六条第二項、第六七条第一項第一号参照)、および相手方の同意(またはその擬制)の効力発生によりその効力が生ずる(訴えの取下げは書面で行わなければならないのであるから、口頭でした場合も、書面の成立が訴えの取下げの成立である)。

5 へ請求の放棄又は認諾は、口頭弁論等の期日(第二六一条第三項)においてする(第二六六条第一項)。口頭の陳述によつてする。期日の調書に記載される(規則第六七条第一項一号)。請求の放棄は、請求をしないことにする意思に基づき、その意思を表示する意思をもつてその旨を表示することである。請求が理由がないと自認することに基づくこともあるが、そうであることが要件であるわけではない。請求の放棄に法が結びつけた効果を認識するまたは意欲することは要件ではない。請求の認諾は、請求を受容することにする意思に基づき、その意思を表示する意思をもつてその旨を表示することである。請求が理由があることを自認することに基づくことがあるが、そうであることが要件であるわけではない。請求の認諾に法が結びつける効果を認識するまたは意欲することも要件ではない。

請求の放棄または認諾をする書面を裁判所に提出することは許される。しかし、それだけでは請求の放棄または認諾が効力を生ずるのではない。口頭弁論期日においてその旨の陳述をする必要がある。この書面を提出した当事者が期日に出頭しなかったときはどうか。裁判所は、その旨の陳述をしたものとみなすことができる(第二六六条第二項)。そうみなさない(請求の放棄または認諾の陳述がない)こともできるのである。その旨の陳述をしたものとみなすと

きはその旨を調書に記載すべきであろう。

6 口頭弁論においては、事実が陳述される。請求を理由づける事実(規則第五三条第一項第二項)、抗弁事実(規則第八〇条第一項)、再抗弁事実(規則第八一条)が陳述される。またこれらの事実と関連する事実(規則第五三条第一項、第二項、第八〇条、第八一条。これらの事実を推認することに役立つ事実)が陳述される。これらの事実の陳述は、たんに事実を陳述することであり、訴訟資料を提出する目的意識をもつことが背景に存するとしてもそれは事実陳述の要件ではない。

これらの事実について当事者は認否の陳述をする。事実の認否は、それは事実であるまたは事実でないとの自己の認識の表明である。容認の陳述が自白ととらえられることがある。しかし、自白の効果を認識するまたは意欲することとは、自白ととらえるための要件ではない。否認の陳述(規則第七九条第三項参照)が、相手方に立証責任を負わせることになることがある。しかし、そうであるために、そうなることを認識しまたは意欲することは必要ではない。

7 主張した事実について当事者は証拠の存在を陳述する(第五三条第一項、第八〇条第一項、第八一条参照)。自主的に陳述する場合が多いが、釈明(第一四九条第一項)により陳述することもある。立証を要する事実と対応させて証拠の存在を陳述する(規則第五三条第一項、第八〇条第一項、第八一条参照)。したがってこの陳述は証拠調べの申出の陳述でもある。証拠の申出(一八〇条第一項)は、特定の事実につき証拠の存在を示して証拠調べを求める申出である(第一八〇条第一項、規則第九九条第一項)。

証拠の申出は書面(証拠申請書)によることができるが、口頭によることもできる(規則第一条第一項)。口頭弁論期日において口頭でしたときは(第一八〇条第二項参照)、調書に記載される(規則第一条第二項、第六七条)。

証拠の申出は、口頭弁論終結後になされるものは効力を生じなく、(最判昭和四一年一月二二日民集二〇卷九号一九一四頁)。また、口頭弁論終結前に証拠の申出が放棄されたと認められることがある(最判昭和二六年三月二九日民集五卷五号一七七頁、最判昭和二七年一月二〇日民集六卷一〇号一〇一五頁、最判昭和二七年一月二五日民集六卷一二号一二四〇頁)。しかし、その証拠の証拠調べの終了後は、申出を撤回することはできない(最判昭和三二年六月二五日民集一一卷六号一一四三頁、最判昭和五八年五月二六日判例時報一〇八八号七四頁)。

証拠の申出は証拠調べを求める意思の表示である。証拠の申出は、まず適法でなければならぬ。証拠の申出が適法有効であるときは、裁判所はこれを放置することはできない。ただし、当該証拠をかならず取り調べなければならぬのではない。裁判所は、当事者が申し出た証拠が必要でないと認めるものは、取り調べることを要しない(第一八一条第一項。なお同条第二項)。裁判所は、証拠の申出につき、当該証拠を取り調べるか否かを決する。これは裁判であり決定である(第一一九条、第一二〇条、一二二条)。書面ですべきであろう(第三二八条第一項、第三三一条、第二八五条)。その告知(第一一九条)の方法は決定書の送付(規則第四七条第二項)であろう。取調べない旨の決定に対しては抗告をすることができる(第三二八条第一項)。

証拠の採否の決定をすることおよび証拠調べを実施することは、司法制度上、裁判所(裁判官)の義務である。証拠の申立てによって義務づけられるのではない。司法制度法が、証拠の申出があることを要件として、これに結びつけた裁判所の作為義務である。

8 当事者は、口頭弁論において法規の適用に関する見解を陳述する。自発的にする場合もあり、釈明として(第一四九条第一項)陳述することもある。法規の適用上の見解が権利の存在である場合に、当事者双方の見解が一致することがある。この場合にも、争いのないところはこれを判決の基礎とするということが適用されよう。法規の適用上の

見解は裁判所を拘束するものではない。法規の適用は裁判所の専権に属する。当事者の見解は裁判所の参考に供される。

9 へ口頭弁論の期日は、事件の呼上げによって開始する(規則第六二条)。裁判長が呼上げをするのか(第一四八条第一項参照)。明文の規定はない。期日の終了は、裁判長のその旨の宣言による。この宣言は口頭の命令であるものであろうか(第一二〇条参照。なお第一五〇条参照)。裁判長が手続を管理する職権に基づく裁量による行為である。

10 へ裁判所は、訴訟が裁判をするのに熟したときは、終局判決をする(第二四三条第一項)。訴訟が裁判をするのに熟するのは、口頭弁論においてなすべきことが尽くされた場合である。その判断は裁判所が職権で行い、裁判所は口頭弁論を終結する。終結は、決定である(第一五三条参照。第一一九条、第一二二条)。この決定は口頭によることができよう(第一一九条、規則第五〇条第二項)。口頭弁論という訴訟の局面を閉ざる職権に基づく裁量による行為である。へ裁判所は、終結した口頭弁論の再開を命ずることができる(第一五三条)。この命令は決定である(第一一九条、第一二〇条、第一二二条)。この命令は職権である。当事者が弁論の再開を申請することができる。だが、閉じた弁論の再開を命ずると否とは裁判所の裁量による専権事項であり、当事者の弁論再開の申請はたんに裁判所の右専権の発動を促すだけのものである(最判昭和二三年四月一七日民集二巻四号一〇四頁)。もともとこの裁判所の裁量権も絶対無制限のものではなく、弁論を再開しなければならない場合がありうる(最判昭和五六年九月二四日民集三五巻六号一〇八八頁参照)。

11 へ裁判所は、口頭弁論の制限、分離若しくは併合を命じ、又はその命令を取り消すことができる(第一五二条第一項)。この命令も、またこれを取り消す命令も、決定である(第一一九条、第一二〇条、第一二二条)。この決定は口頭ですることができよう(第一一九条、規則第五〇条第二項)。弁論の併合を法律が命じている場合がある(例えば、商法第

一〇五条第三項)。この場合には、併合しないことおよび併合した弁論を分離することは許されない。その限りで、裁判所の裁量権が制限される。

12 口頭弁論については、期日ごとに調書を作る(第一六〇条)。裁判所に課せられた職務である。裁判所書記官が調書を作成する(第一六〇条)。調書は書面である。これに記載すべき事項は規則により定められている(規則第六六条、第六七条。なお、規則第六八条、第六九条)。

口頭弁論への調書には、裁判所書記官が記名押印し、裁判長が認印しなければならない(規則第六六条第二項)。これによって調書が成立し同時に調書の記載を要件とする法律効果が生ずる。すなわち、口頭弁論の方式に関する規定の遵守は、調書によってのみ証明することができる(第一六〇条第三項)。調書が唯一の証拠方法である。たとえば、口頭弁論期日の調書に「控訴代理人何某出頭」と記載してある以上、同人が期日に出頭したものと認めるほかはない(最判昭和二六年二月二〇日民集五卷三号七八頁)。また、調書に準備書面による陳述の記載がないときは、特段の事情がない限り、期日には陳述されなかつたものとみる(最判昭和四五年二月六日民集二四卷二号八一頁)。

調書の記載が事実の通りであるか否かは当事者にとって重要である。当事者は調書の閲覧、謄写等を、裁判所書記官(裁第六〇条第二項参照)に対し、請求することができる(第九一条第一項、第三項)。この請求は法が認めた請求権に基づく。裁判所書記官は閲覧謄写等を許さなければならない。このことについての裁判所書記官の処分に対しては当事者は異議の申立てをすることができる(第一二一条)。異議の申立てについては、裁判所が決定で裁判をする(第一二一条)。この決定は書面ですべきであろう。当事者の訴訟上の利益の肯否の判断である。

13 へ裁判所は、訴訟がいかなる程度にあるかを問わず、和解を試み、又は受命裁判官若しくは受託裁判官に和解を試みさせることができる(第八九条)。和解を試みるのは期日(口頭弁論期日または和解期日)においてである。口頭

でのやりとりによる。和解は請求を廻る争いを和解条項を合意して終結させるものである。和解条項については、あらかじめ裁判所が和解条項案を提示し、一方当事者がこれを受諾する旨の書面を提出し、他方当事者が口頭弁論等の期日に出頭してその和解条項案を口頭で受諾することによって和解が調ったものとみなされる場合と(第二六四条)、当事者双方が共同して裁判所に適当な和解条項を定めることを申し立て、裁判所がこれに応じて、適当な和解条項を定め、これを当事者双方に告知することによって当事者間に和解が調ったものとみなされる場合(第二六五条)とがある。和解が調ったときまたは調ったとみなされるときは、そのことが調書に記載される(第二六七条、規則第六七条第一項第一号)。

## 第七 訴訟要件の審理

1 訴訟が係属する受訴裁判所は、訴訟の審理として、請求の当否につき審理するとともに訴えの適否につき審理をする。訴の適法の要件を訴訟要件という。訴訟要件にはいろいろある。訴訟要件の存否に関する当事者の主張が対立するときは、それ自体ひとつの事件をなす。つまり、訴訟は付帯の事件が伴うことがある。

### 2 裁判権の存在

事件についてわが国が裁判権を有するのでなければ請求の当否につき裁判することはできない。事件とは原告の被告に対する請求の事件である。たとえば、被告が日本の裁判権に服しないもの(たとえば、外国国家(大決昭和三年一月二八日民集七卷一一二八頁参照)、外国の大使公使等治外法権が認められるもの)であるときはその事件につき裁判することができない。事件についてわが国が裁判権を有するか否かは、裁判所が職権で調査する(第三三二条参照)。裁判権を有しないと判断したときは、判決で訴えを却下する(第一四〇条)。職権調査で足りたときは口頭弁論を経ないで

よい（第一四〇条）。

### 3 管轄権の存在

受訴裁判所が事件につき管轄権を有することは訴訟要件である。受訴裁判所は管轄権の有無を職権で調査する。管轄を定める法規（下級裁判所の設立及び管轄区域に関する法律、裁判所法、法第四条、第五条、第三四〇条第一項ほか）の要件事実を受訴裁判所が該当するかを調査する。証拠が必要であるときは、職権で証拠調べをすることができ（第一四条）。管轄は、裁判所の意思または当事者の意思もしくはは挙措により創出されることがある（第一〇条第一七条、第一九条、第二一条、第二二条）。

#### イ 法定の管轄権

へ裁判所は、訴訟の全部又は一部がその管轄に属しないと認めるときは、申立てにより又は職権で、これを管轄裁判所に移送する（第一六条第一項）。管轄権の調査は、管轄裁判所はどれかの調査である。移送は裁判であり、決定（第二二条）である。この決定は書面によるべきであろう。移送の申立ては、移送の裁判を求める（その理由として、管轄の違いの抗弁（第二二条参照）を提出する）申立て（規則第一条）である。申立てを認容するときは移送の決定をする。移送の決定および移送の申立てを却下した決定（これも書面によるべきであろう）に対しては、即時抗告をすることができる（第一一九条、第二一条、第三三二条）。へ確定した移送の裁判は、移送を受けた裁判所を拘束する（第二二条第一項、なお第二項）。移送により事件は移送を受けた裁判所に係属するが、係属の時期は移送をした裁判所に係属した時からであると擬制される（第二二条第三項）。

事件につき数個の裁判所の管轄が競合する場合、一の管轄裁判所から他の管轄裁判所に事件を移送することが、場合により認められる（第一七条）。この移送も、申立てによりまたは職権で、決定で裁判する（同上）。

ロ 裁判所の裁判による管轄権の創出

管轄裁判所が法律上または事実上裁判権を行うことができないときは、その裁判所の直近上級の裁判所が、裁判所の管轄区域が明確でないため管轄裁判所が定まらないときは、関係のある裁判所に共通する直近上級の裁判所が、申立てにより、決定で、管轄裁判所を定める(第一〇条第一項、第二項、第八七条、第一一九条)。この決定は書面によるべきであろう。管轄裁判所を指定する裁判により、指定された裁判所が管轄を有するようになる。指定の申立て(規則第一条)は、指定の裁判を求める申立てである。指定の決定に対しては不服を申し立てることができない(第一〇条第三項、なお第三二八条第一項)。

ハ 当事者の意思または挙措による管轄

〈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、第一三条)。合意は、ある裁判所が管轄することにする意思において合致することである。合意はその表示を書面で行わなければならない。その効力を生じない(第一条第二項)。合意により意思の内容どおりの効果(合意の裁判所が管轄をもつ)が生ずる。合意書の成立により合意の効力が生じこの時に管轄権が生ずる。

〈被告が第一審裁判所において管轄違いの抗弁を提出しないで本案について弁論をし、又は弁論準備手続において申述をしたときは、その裁判所は、管轄権を有する〉(第二二条)。管轄違いの抗弁は、管轄に関し受訴裁判所に管轄権がないという法律上の主張である。それは、その裁判所は本案の裁判をすべきでないとの主張である。この主張は書面または口頭とする(規則第一条)。この主張があると裁判所はその可否を応答しなければならない。管轄違いがあれば、移送の申立てがなくても、事件を管轄裁判所に移送しなければならない(第一六条第一項)。管轄違いの抗弁を提出したが移送の申立てはしないということは稀であろう。この場合には抗弁を容れない処置に対しては不服申立ての道はな

い(第二九九条参照)。被告が管轄違いを主張しないで管轄違裁判所における本案の審理に関与したときは、管轄違裁判所でも裁判権は有するのであるから、そのまま事件の審理裁判をすることにするのである。これは不作為の効力ではなく、不作為を要件事実の一つとする法規が定める効果である。

二 移送の裁判は、場合により、管轄裁判所から他の管轄裁判所への移送ということもある(第一七条、第一八条、第一六条第二項、第一九条)。

#### 4 当事者の実在

訴状に記載された当事者が実在しないときは本案の審理裁判をする必要はなくまたしてはならない。裁判所は職権で当事者が実在するか否かを調査する。実在しないときは判決で訴えを却下する(第一四〇条)。

#### 5 当事者の能力

当事者が当事者能力をもたないときは、その者を当事者としてすることができないから、その訴訟は当事者を欠く訴訟と同じで、本案の審理裁判をすることはできず、訴えは判決で却下されることになる(第一四〇条)。裁判所は、職権で当事者につき当事者能力の有無を調査する。

当事者が訴訟(行為)能力をもたないときは、有効な訴訟行為をすることができない。当事者のために当事者に代わって有効な訴訟行為をするものが存在しない限り、その当事者の訴訟については本案の審理裁判をすることができない。裁判所は、職権で、訴訟能力の有無を調査する。当事者が訴訟能力を有しないときは、そのままでは訴状が命令で却下される(第一章第一節3)か訴えが判決で却下されることになる(第一三三条第二項第一号、第三四条第一項、第一三七条第一項第二項、第一四〇条)。この結果を免れるには、自然人については法定代理人を(第三一条、第三四条、第一三三条第二項)、法人については代表者を(第三七条、第三四条、第一三三条第二項)訴状に記載するという補正をする

(第三四条)。

裁判所は、直ちに訴えを却下することなく、訴訟能力の欠缺の補正を命ずる(第三四条第一項)。これは補正を要するか否かの問題に処する裁判で、命令である(第二一九条、規則第五〇条)。この命令は口頭でもできよう。訴訟手続の進行を図るものである(なお、第三四条第二項)。法が裁判所に義務づけた行為の実行である。

6 当事者適格、請求適格または訴えの利益が存しないときは、本案の審理裁判をする必要はない。この点は、裁判所が職権で調査する。裁判所は、これらにつき、それがないと判断するときは、判決で、訴えを却下する。判断の資料を口頭弁論を開いてそこで手に入れることがないではない。

#### 7 先行訴訟

イ へ裁判所に係属する事件については、当事者は、更に訴えを提起することができない(第一四二条)。重複する後訴については本案の審理裁判をしてはならない。この点裁判所は職権で調査し、後訴が前訴と重複するときは、後訴を判決で却下する。重複した訴えにつき本案の審理が進行したときは、重複起訴の抗弁が許され、本案の判決がなされたときは、その取り消しを求めることができ(控訴)、本案の判決が確定したときは、先に前訴判決が確定していないときは、前訴は後訴判決の既判力に拘束され、確定していたときは、再審の問題が起る(第三三八条第一項一〇号)。

ロ へ本案について終局判決があった後に訴えを取り下げた者は、同一の訴えを提起することができない(第二六二条第二項)。訴えが、この同一の訴えに当たるときは、裁判所はこの訴えにつき審理裁判をしてはならない。裁判所はこの点を職権で調査をし、第二六二条第二項に違反する訴えは判決でこれを却下する。この違反を看過して本案判決をしたときは、その判決は取り消しうべきものであるが、取り消されずに、確定すれば、無効ではなく、再審もでき

ない（第二三八条）。

ハ 裁判所に係属する事件についてすでに確定本案判決が存するときは、これについての訴えは、重複起訴には当たらないが、重ねて本案の判決をする必要はない。裁判所はこの点を職権で調査する。すでに確定判決が存するときは、訴えの利益なしとして、訴えを判決で却下する（訴えの利益がある場合がありうる。たとえば、時効中断のため、大判昭和六年一月二四日民集一〇卷一〇九六頁）。

ニ 〈婚姻ノ無効若クハ取消、離婚又ハ其取消ノ訴ニ付キ棄却ノ言渡ヲ受ケタル原告ハ訴若クハ其事由ノ変更又ハ併合ニ依リ主張スルコトヲ得ヘカリシ事実ニ基キテ独立ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス〉（人訴第九条第一項）。〈被告ハ反訴ノ事由トシテ主張スルコトヲ得ヘカリシ事実ニ基キテ独立ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス〉（人訴第九条第二項）。裁判所は、訴えがこの「独立ノ訴」に当たるか否かを職権で調査し、当たるときは訴えを判決で却下する。当事者は、禁止された別訴に当たることを主張することは許される。

## 8 訴訟の係属

イ 裁判所は訴訟が有効に係属しているか否かを職権で調査する。訴えの提起が有効か訴状の送達が有効かを調査する。瑕疵があつてこれが補正されないときは、判決で訴えを却下する。

ロ 当事者が訴訟係属を欲しないことがある。当事者間に当該請求につき仲裁契約（公示催告手続及ヒ仲裁手続ニ関スル法律第七八六条第七八七条）が存するとき、当事者が当該請求につき不起訴の合意をしているときは、裁判所が裁判する必要はない。仲裁契約または不起訴の合意の存在は裁判所が職権で調査するには及ばないであろう。起こされた訴えに対し、仲裁契約の抗弁、不起訴の合意の抗弁がありこれに基づく訴え却下の申立てがあつたときに、調査をすればよく、仲裁契約の存在、不起訴の合意の存在の判断の資料は当事者の提出に待てばよい（なお後述第三章3八、二）。

ハ 一の訴えで数個の訴訟が係属することがある(第三八条、第一三六条)。しかし、そのようなことが認められる場合を法律が定めている(共同訴訟の要件、第三八条、請求の併合の要件、第一三六条)。当事者複数訴訟または請求複数訴訟が係属するとき(第四節)、裁判所はそれが法の許す複数であるかを職権で調査する。それが法の許さないものであるときは、法の許す形にしなければならない。すなわち、併合を許さないものを排除しなければならない。その方法は、併合を許さないものが、独立の訴えとして適法であるならば、これを却下せずに、これを独立の訴えとして受け入れ、この訴えについて口頭弁論を分離する(第一五二条第一項)ことであろう。

### 第三節 証拠調べ

1 裁判所は判決をするために、まず事実認定をする。事実の認定は、証拠による(刑訴第三一七条参照。ただし、第一七九条)。すなわち、証拠を取り調べることが必要である。証拠を手に入れてこれを取り調べる。証拠を手に入れるのに、裁判所がみずから手に入れる場合と当事者の提出を待つ場合とがある。請求の当否の判断のための証拠資料は当事者が提出する証拠から得る。

証拠調べは期日において行う(第一八三条参照)。原則として、裁判所において行う(例外、第一八四条、第一八五条)。2 証拠の申出についてはすでに述べた(第二節訴訟の審理第六口頭弁論期日<sup>8</sup>)。ここでは、それぞれの証拠調べにおける裁判所または当事者ならびに関係人の行為について検討する。

3 証人尋問は裁判所または当事者が証人に事実の存在を質問し<sup>①</sup>答えを得るものである。質問すること、これに答えること、答えを聴くことは、法規が予定する行為をたんに行うものである。答えである証言の内容は裁判官の心証形成に影響を与える。

(1) 請求の当否の判断に必要な事実であつて証人が経験したものについて質問するものである(規則第一一五条第二項参照)。

イ 証人尋問の申出は書面による(規則第一条、第九九条第二項参照)。口頭弁論期日に口頭でもあろう。記載事項は第一八〇条、規則第一〇六条)。この書面は相手方に直送する(規則第九九条第二項、第八三条)。証人尋問の申出と同時に、尋問事項書を二通提出する(規則一〇七条)。尋問事項書を相手方に直送する(規則第一〇七条第三項)。

ロ 証人の期日への呼出しは、呼出状の送達によつてする(第九四条第一項)。呼出状には尋問事項書を添付する(規則第一〇八条)。証人は、期日に出頭することができない事由が生じたときは、直ちに、その事由を明らかにして届け出なければならぬ(規則第一一〇条)。届出は裁判所に宛ててする。届出の方式については規定はない。

ハ 証人が正当な理由なく出現しないときは、裁判所は、①決定で、これによつて生じた訴訟費用の負担を命じ、かつ、十万円以下の過料に処することになり(第一九二条第一項)、②判決で(刑訴第三三三条第一項)、十万円以下の罰金(刑第一五条)または拘留(刑第一六条)に処することになり、(第一九三条第一項。なお同第二項)、③決定で、証人の勾引を命ずることができる(第一九四条第一項)。この決定は書面ですべきであろう。勾引は勾引状を発し(第一九四条第二項、刑訴第六二条)、勾引状を、検察事務官または司法警察職員が、検察官の指揮によつて、執行する(裁判所に引致する)(第一九四条第二項、刑訴第七〇条第一項、第七三条、刑訴規第七三条)ことによつてする。勾引を命ずる裁判に對する不服申立てについては明文の規定がない(第一九九条第二項のような規定がない。第一九四条第二項)。

ニ 証人が証言を拒むときは、証人は証言拒絶の理由を疎明しなければならない(第一九八条)。証人は一定の場合(第一九六条、第一九七条、第一九一条)に証言を拒むことができる。受訴裁判所は、証言拒絶の当否を(公務員が職務上の秘密についてを除き)裁判する。当事者を審尋して(第八七条第三項)、決定で、裁判する(第一九九条第一項、第一一九

条、第二二三条)。この決定は書面によるべきであろう。証言拒絶を認める決定またはこれを認めない決定に対しては、当事者および証人は、即時抗告をすることができる(第一九九条第二項、第三三二条)。公務員の職務上知り得た秘密について尋問する場合には、当該監督官庁の承認を得れば、公務員、元公務員は証言を拒絶できない(第一九一条)。

ホ 証人は尋問の前に、宣誓をしなければならない(第二〇一条第一項、規則第一一二条第一項)、裁判所は証人に宣誓させなければならないのである(第二〇一条第一項、ただし、同第二項、なお第二〇一条第三項)。証人は、宣誓を拒むことができない場合がある(第二〇一条第四項)。この場合には、証人は宣誓を拒む理由を疎明しなければならない(第二〇一条第五項、第一九八条)。宣誓拒絶の可否は、受訴裁判所が、当事者を審尋して(第八七条第三項)、決定で、裁判をする(第二〇一条第五項、第一九九条)。この決定は書面によるべきである。この裁判に対しては、当事者および証人は即時抗告をすることができる(第二〇一条第五項、第一九九条、第三三二条)。宣誓拒絶を理由がないとする裁判が確定した後には証人が正当な理由がなく宣誓を拒む場合には、過料等にまた罰金または拘留の刑に処せられる(第二〇一条第五項、第一九二条、第一九三条)。宣誓は、宣誓の趣旨と偽証の罰を理解した上で、宣誓書(第一一二条第四項)を起立して朗読して、これに署名捺印することである(規則第一一二条第三項)。

ヘ 証人に対する尋問には順序が定められている(第二〇一条第一項、規則第一一三条)。へ裁判長は、適当と認めるときは、当事者の意見を聴いて、この順序を変更することができる(第二〇一条第二項)。この変更は、命令である(規則第六七条第一項第六号)。訴訟指揮に関する命令である(第一二〇条)。口頭ですることができる(第一五〇条参照)。この異議については、裁判所は、決定で、裁判する(第二〇一条第三項)。この決定は書面ですべきであろう。

尋問は、請求の可否の判断に必要な事実の認定に役立つものでなければならぬ(規則第一一四条、第一一五条参照)。

そうでない質問を当事者がするときはこれを制限する必要がある。裁判長は、申立てによりまたは職権で、そのような質問を制限することができる（規則第一一四条第二項、第一一五条第三項）。この制限は裁判長は命令とする（規則第六七条第一項第六号）。この命令は口頭でできよう。口頭弁論の指揮をする裁判（第一四八条）の性質を有する。（第一二〇条参照。第一五〇条類推適用、規則第一一七条）。

ト 証言は、記憶に基づき口頭で事実を報告することである。これが本則である。証人は、書類に基づいて陳述することができない（第二〇三条本文）。裁判長は、書類に基づく陳述を許可することができる（第二〇三条ただし書き）。許可は、禁止を解除するものである。命令で、裁判する（規則第六七条第一項第六号）。この命令は口頭でできよう（第一一九条、規則第五〇条第二項）。

裁判所は、相当と認める場合において（たとえば第一五四条参照）、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）。書面の提出をさせることは裁判であり、決定とする（第一一九条、規則第五〇条）。この決定は書面によるべきであろう。証人が尋問に代わる書面を提出する（規則第一二四条第二項参照）とは、尋問事項書（規則第一〇八条参照）に記載した尋問事項に対する回答を書面にしてこれに署名押印して（規則第一二四条第三項）提出することである。裁判所は、その前に、尋問の申出をした当事者の相手方に対し、尋問に代わる書面において回答を希望する事項を記載した書面を提出させることができる（規則第一二四条第一項）。これは命令とする（規則第六七条第一項第六号）。この命令は口頭でできよう。

チ 裁判所は、遠隔の地に居住する証人の尋問をする場合には、隔地者が映像と音声の送受信により相手の状態を相互に認識しながら通話をすることができる方法によって、尋問をすることができる（第二〇四条）。この方法を実現する装置を裁判所に設置する。この方法によることについて、裁判所は当事者の意見を聴く（規則第一二三条第一項）。意

見を聴くことは異議があれば事前に述べさせることである(規則第一一七条)。反対の意見があるのにこの方法によるときは、裁判所はその旨を決定で裁判すべきであろう(規則第一一七条の類推)。この決定は、書面によるべきであろう。当事者双方が反対でないときは、裁判所は、当事者を受訴裁判所に出頭させ証人を上記装置の設置された裁判所に出頭させる。出頭させる方法は期日への呼出状の送達である。この方法による尋問をしたときは、その旨および証人が出頭した裁判所を調書に記載する(規則第一二三条第三項、第六七条)。

リ 裁判長は、必要があると認めるときは、証人と他の証人との対質を命ずることができ(規則第一一八条)、証人に文字の筆記その他の必要な行為をさせることができる(規則第一一九条)、裁判長が、命令である(規則第六七条第一項、第五号(対質命令——規則第一一八条第二項)、第六号)。この命令は、口頭ですることができよう。

又 証人の陳述は調書に記載される(規則第六七条第二項)。

証人の虚偽の陳述が判決の証拠となったときは、その判決に対し、再審の訴えをもって、不服を申し立てることができる(第三三八条第一項第七号)。

4 へ裁判所は、申立てにより又は職権で、当事者本人を尋問することができる(第二〇七条第一項)、申立ては書面または口頭である(規則第一条、法第三二八条第一項)。必要があると認めるときは、裁判所は当事者尋問を命ずる裁判所を決定する(第一一九条、第二二二条、規則第六七条第一項第六号、法第二八三条)。この決定は書面ですべきである。裁判所は、期日に呼出状を送達して、当事者を呼び出す(第九四条第一項)。当事者尋問を受ける当事者が、正当な理由なく、出頭しないということがあるときは、裁判所は、尋問事項(当事者の呼出状には尋問事項書が添付される。規則第一二七条、第一〇八条)に関する相手方の主張を真実と認めることができるという法状態が発生する(第二〇八条)。出頭しても、宣誓若しくは陳述を拒むということが起きたときもまた同じ(第二〇八条)。当事者尋問における当事者の宣誓

した上での陳述が虚偽であったときは、裁判所は、書面による決定で(第八七条、第一一九条)、十万円以下の過料に処する(第二〇九条第一項、なお第二項および第三項)。宣誓した当事者の虚偽の陳述が判決の証拠となったことがあるときは、その判決に対し、再審の訴えをもって、不服を申し立てることがきる(第三三八条第一項第七号)、当事者本人の陳述は調書に記載される(規則第六七条第一項第二号)。

5 鑑定は鑑定の申出に基づく(第一八〇条第一項)。鑑定の申出は書面または口頭とする(規則第一条、第二一九条第一項、法第一八〇条)。裁判所は、鑑定を必要とするかしないかを判断する。必要とするときは、鑑定を命ずる決定をする(第八七条、第一一九条、第三二八条、第二八三条)。この決定は書面による。裁判所は鑑定人を指定する(第二二三条)。指定の裁判は決定とする(第一一九条、第八七条)。この決定は書面による。指定の裁判に対しては不服申立ての道はない。裁判所は、鑑定事項を定め(規則第二一九条第四項)、鑑定事項を記載した書面を鑑定人に送付する(規則第二一九条第四項)、裁判所は、期日を指定し、期日に、呼出状の送達により、鑑定人を呼び出す(第九四条)。

イ 鑑定人について誠実に鑑定をすることを妨げるべき事情があるときは、当事者は鑑定人を忌避することができる(第二二四条第一項)。忌避するとは忌避の裁判を求める申立てをすることである。忌避の申立ては、期日においては口頭ですることができるが(規則第一条第二項)、これを除けば、書面でしなければならない(規則第一三〇条第一項)。受訴裁判所が申立てを審理する(第二二四条第二項)。忌避の原因(誠実に鑑定をすることを妨げるべき事情)はこれを疎明しなければならない(規則第一三〇条第二項)。申立てに対する裁判は決定である。この決定は書面による。忌避理由ありとの決定に対しては不服を申し立てることができず(第二二四条第三項、第二八三条)、忌避理由なしとの決定に対しては、即時抗告をすることができる(第二二四条第四項、第三三二条)。

ロ 鑑定人は、当該事件につき、鑑定人となることができ(第二二二条第二項)。鑑

定人となることができない理由を鑑定人は疎明しなければならない(第二一六条、第一九八条)。この主張の当否について、受訴裁判所が、当事者を審尋して、決定で、裁判をする(第二一六条、第一九九条、第二〇一条第五項)。この決定は書面による。この決定に対しては、当事者および鑑定人は、即時抗告をすることができる(第二一六条、第一九九条第二項)。

ハ 鑑定人は宣誓能力がある(第二一三条第二項)。鑑定人は、鑑定意見を陳述する前に宣誓をしなければならない(第三六条、第二〇一条、規則第一三四条、第一一二条、第一三一条)。鑑定意見を述べさせるにつき、裁判長は、書面または口頭で述べさせることができる(第二一五条)、訴訟の指揮のための命令で、口頭ですることができる。鑑定意見を述べることを、鑑定人の申出をした当事者、他の当事者、裁判長の順序で求める(第二一六条、第二〇二条、規則第一三四条、第一一三条、第一一四条)。

鑑定人の陳述は、調書に記載される(規則第六七条第一項第二号)。

## 6 書証

文書の証拠調べは申出に基づいてする。書証の申出は書面で(規則第一条。期日においては口頭で)する。申出に期間が付せられることがある(第一六二条)。書証の申出の書面には、規則第二条に定める事項のほか、証明すべき事実を特定する記載(第一八〇条)がなければならぬ。書証の申出を記載した書面は相手方に直送しなければならない(規則第九九条第二項、第八三条)。書証の申出は、文書の提出または文書の所持者にその提出を命ずることを申し立てる(ただし、第二二六条)ことを伴わなければならない(第二一九条)。これが伴わないときは、書証の申出は成立しない。文書を裁判所に提出する(規則第一四三条)ときは、その写しおよびその文書に係る証拠説明書(規則第一三七条第一項)を裁判所に提出しなければならない(同条項)。写しと証拠説明書は裁判所が相手方に送付するが、書証申出当事者

が相手方に直送することができる（規則第一三七条第二項、第八三条、第四七条第三項）。

文書提出命令を求める申立ては、書面で行わなければならない（規則第一四〇条第一項）。書面に記載すべき事項は明文で定められている（第二二一条）。裁判所はこれを相手方に送付する（規則第四七条）。相手方は文書提出命令の申立てについて、意見があるときは、意見を記載した書面を裁判所に提出しなければならない（規則第一四〇条第二項）。この意見書を裁判所は相手方に送付する（規則第四七条）。

文書提出命令の申立てについては、その適否とその当否が審理される。文書の所持者が文書の提出を拒むことができるか否かが、文書を取り調べる必要があるか否かとともに審理される（第一八一条、第二二〇条、第二二三条第三項、第六項）。文書の提出を命じようとする場合において、文書の所持者が第三者であるときは、その第三者を審尋しなければならぬ（第二二三条第二項）。

文書提出命令の申立てについては、却下の決定、または提出を命ずる決定がされるが、これらの決定は書面によるべきであり、これらに対しては、即時抗告をすることができる（第八七条、第一一九条）。

当事者が文書提出命令に従わない等の場合には、当該文書の記載に関する相手方の主張または当該文書により証明すべき事実に関する相手方の主張を真実と認める心証形成が許される（第二二四条）。第三者が文書提出命令に従わないときは、裁判所は、決定で、二十万円以下の過料に処する（第二二五条第一項）。この決定は書面である。この決定に対しては、即時抗告をすることができる（第二二五条第二項）。文書を強制的に取り上げる執行の道は定められていない。

文書の取調べは、その成立が真正か否か、その内容がどういふものであるかを知ることが目的とする。

文書の成立の真否について当事者間に争がない場合と争いがある場合とがある。争いがあるときは、成立の真正に

ついで証拠調べが行われる(第二二八条)。成立の真正を推定する規定があるときは、推定の要件の事実について証拠調べが行われる。そのために筆跡または印影の対照が必要である場合がある(第二二九条第一項)。対照用の筆跡または印影を備える文書の提出のための手続(第二二九条第二項、同第五項、第六項)、対照用の筆跡を命ずる手続(第二二九条第三項)が行われることがある。対照用の筆跡を命ずる裁判は決定とする(第二二九条第四項、第八七条、第一一九条)。この決定は書面によるべきであろう。この裁判に対しては不服申立ての道はない。相手方が正当な理由なく対照の用に供すべき文字の筆跡を命ずる決定に従わないときは、裁判所は、文書の成立の真否に関する挙証者の主張を真実と認めることができる(第二二九条第四項)。

7 検証の手続における裁判所および当事者の行為は、その種類および性質において他の証拠調べの手続におけるそれと同じであるから、とくに取り上げなくてもよいであろう。

#### 第四節 請求の増と当事者等の増減

1 訴訟係属中に、その訴訟手続で審判される請求が増えるまたは訴訟に関与する主体が増える(または減る)ということがある。原告による請求の追加(第一四二条、第一四四条)、中間確認の訴え(第一四五条)、反訴(第一四六条)、参加(第四二条、第四七条、第五二条)、脱退(第三〇条第二項、第四八条)がそれである。

2 請求の追加は、請求の追加的変更の場合(第一四三条)も、選定者に係る請求の追加の場合(第一四四条)も、書面で行わなければならない(第一四三条第二項、第一四四条第三項、規則第二条)。この書面は相手方に送達しなければならない(第一四三条第三項、第一四四条第三項)。請求の追加については、追加の許否(追加を許すべき条件(たとえば、第一四三条第一項ただし書き、第一四四条第三項)が充足されているかどうか)を裁判する。追加を許さないという裁判があ

りうる。それは、申立てによりまたは職権で、決定とする（第一四三条第四項、第一四四条第三項）（第八七条第一項ただし書き、第二一九条、第二八三条）。この決定は書面によるべきであろう。

請求の追加は、その請求について裁判を求める申立てであり、その意味で、訴えの提起と性質を同じくし、他方、既係属のその訴訟の手續で審判することを求めるもので、訴えの提起の要件と追加の要件を備えていなければならぬ。追加を許すことも裁判であり、それは決定であろうが、その請求について審理を行うことにより追加を許す黙示の裁判があつたとみることができよう（この裁判は控訴審の判断を受けることができよう―第二八三条）。

3 中間確認の訴えの提起（第一四五条）により、確認の請求が加わる。それは訴えの提起であり、その訴訟の先決問題を対象とするから、既係属の訴訟の手續において審判しなければならぬものである。訴えの提起であるから、書面でしなければならず（第一四五条第二項、第一四三条第二項）、この書面は相手方に送達しなければならない（第一四五条第二項、第一四三条第三項）。中間確認の訴えの提起は、訴えの提起の要件（第一三三条）と中間確認の要件（第一四五条）を備えていなければならない。この訴えに対しては、訴え却下、確認請求認容または確認請求棄却の判決がある。

中間確認の訴えは、訴訟の進行中に争いとなっている法律関係の存否の確認を求めるものであるから、判決を求める点で訴えの実質をもつが、すでに口頭弁論において弁論の主題を成しているところから、ことさら弁論を併合する必要はない。よって申立ての書面を訴状とはいわない。

4 反訴の提起があるときは、反訴請求が加わる。反訴は被告が提起する訴えである（第一四六条）。反訴も訴えであるから、訴え提起の要件を備えていなければならない（第一四六条第二項）。その上に、反訴の要件（第一四六条第一項）を備えなければならない。反訴状の審査（第一四六条第二項、第一三七条）、反訴状の送達（第一四六条第二項、第一三八

条)を経る。本訴の口頭弁論と併合して(第一五二条第一項)、反訴の審理が行われる。反訴状却下、反訴却下、反訴請求認容、反訴請求棄却の裁判がありうる。

5 訴訟係属中に、その訴訟の手續において訴訟行為をする者が、加わることがある。第三者の参加である。補助参加(第四二条)と独立当事者参加(第四七条)と権利または義務承継参加(第四九条、第五一条)と共同訴訟参加(第五二条)である。参加は、参加の申出によってする(第四三条、第四七条第四項、第五三条第二項)、参加の申出は、補助参加の申出は書面または口頭で(規則第一条)、独立当事者参加の申出、権利承継参加、義務承継参加の申出、共同訴訟参加の申出は書面で行わなければならない(第四七条第二項、第五二条第二項)。参加の申出書(補助参加申出の調書も同じ)は、当事者双方に送達しなければならない(規則第二〇条第一項、第四七条第三項、第五二条第二項)。参加申出書の審査があらう(第一三七条類推)。

裁判所は、参加の適否と参加の理由の有無を審理する。参加を許さない裁判と許す裁判がありうる。いずれの裁判も決定である(第四四条第一項参照。第八七条、第一一九条第五〇条)。決定は書面すべきであらう。

補助参加について当事者は異議を述べることができ(第四四条第一項)。異議を述べないで弁論をした後は異議権を失う(同条第二項)。異議については、裁判所が、補助参加の許否について、決定で、裁判する(第四四条第一項)。この決定は書面すべきであらう。この許否の決定に対しては、即時抗告をすることができる(第四四条第三項、第三三二条)。独立当事者参加、権利承継参加、義務承継参加、共同訴訟参加については、異議を許す規定はない(独立当事者参加には、異議の規定は準用されない。大判昭和一五年四月一〇日民集一九卷七一六頁)。参加を許さない決定に対しては抗告ができよう(第三二八条)。参加を許す決定に対しては独立の不服申立ての道はない。控訴裁判所の判断を受けることにならう(第二八三条)。参加が許されると、当該訴訟において補助参加人(第四五条)、または、原告(第四七条、第四九

条、第五二条) または被告(第五一条、第五二条)の地位につく。

6 裁判所が第三者に係属する訴訟を引き受けさせることがある。裁判所は、当事者の申立てがあるときは(第五〇条第一項)、当事者および第三者を審尋した上で(第五〇条第二項)、申立てが適法有効で、申立てが理由があるときは、決定で引受けを命ずる裁判をする(第五〇条第一項)。この決定は書面ですべきであろう。訴訟の引受けは、その訴訟において当該請求について当事者となることである。被告の地位につくこともあり(第五〇条)、原告の地位につくこともある(第五一条)。申立てを理由ありとして引受けを命ずる決定に対しては独立の不服申立ては許されない(大決昭和一六年四月一五日民集二〇巻四八二頁)。申立てを却下して引受けを命じない決定に対しては、抗告をすることができよう(第三二八条)。

## 7 脱退

第三者が、独立当事者参加(第四七条)、権利承継参加(第四九条、第四七条第一項)、または義務承継参加(第五一条)をしたときは、また、権利承継人(第五一条)または義務承継人(第五〇条)に訴訟引受けの決定があったときは(第五一条、第五〇条)、参加または引受けの結果、当事者が増となる。しかし、この場合参加前の原告または被告は(第四八条、第五一条)、また、引受け前の原告または被告は(第五〇条第三項、第五一条、第四八条)、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、第四七条、第四九条、第五〇条、第五一条)。脱退するとは訴訟行為をすることも受けることもなくなることである。原告の脱退は原告の訴えの取下げ<sup>1)</sup>ではない。原告の訴えのそれまでの訴訟資料は存続し役立つものとされる。

(1) 独立当事者参加の申立てがあった場合に、原告は被告および参加人の双方の同意を得て訴えを取り下げることができ、それによつ

て当該訴訟は三面訴訟関係を消失し、参加人・原告間および参加人・被告間の単純な二当事者訴訟関係に転化する（最判昭和六〇年三月一五日判例時報一一六八号六六頁）。

脱退するとは、当該訴訟において訴訟行為の主体にも名宛人にもならない意思を表示することである。この表示は書面または口頭とする（規則第一条）。この表示は裁判所に向けられる。脱退申出書は相手方および参加・引受け当事者に送達すべきであろう（規則第二〇条の類推）。相手方の承諾がなければ脱退は効力を生じない（第四八条）。承諾（不承諾）は脱退の事実を受容する（しない）意思の表示であり、書面または口頭により（規則第一条）、裁判所に向けてする。承諾したときは脱退の効果を争うことはできない。（異議なく脱退後の弁論に参与したときは、承諾しないことは許されなくなるであろう。第四四条第二項類推）。

## 第五節 訴訟の審理を阻む出来事

1 管轄裁判所が法律上または事実上裁判権を行うことができなくなることがありうる。この場合についてはすでに述べた（第二節第七三ロ）。

2 受訴裁判所の裁判官が除斥または忌避されることがある。

イ 裁判官は法律が定める原因が存するとき、その職務の執行から、除斥される（第二三条第一項）。裁判官の除斥は、裁判所の除斥の裁判によってする（第二三条第二項）。除斥の裁判は、決定である（第二五条第一項、第八七条、規則第七八条、法第一一九条、規則第五〇条）。この決定は書面によるべきである。除斥理由ありとの決定に対しては、不服を申し立てることができない（第二五条第四項、第二八三条）。除斥理由ありとされた裁判官の裁判を受けることに固執

する利益を当事者は有しない。除斥理由なしとの決定に対しては即時抗告をすることができる(第二五条第五項)。除斥の裁判は、申立てによりまたは職権とする。除斥の申立ては、期日においてする場合を除き、書面で行わなければならない(規則第一〇条第二項)。申立書には、除斥の原因を明示する(規則第一〇条第一項)。申立書は除斥されるべき裁判官が所属する裁判所に提出される(規則第一〇条第一項、法第二五条第一項)。当該裁判官は除斥の申立てについて意見を述べることが出来る。除斥申立人は、除斥の原因を疎明しなければならない(規則第一〇条第三項)。除斥の裁判は相当と認める方法で告知する(第二一九条)。除斥原因ある裁判官が関与した決定に対しては、再審の訴えができる(第三三八条第一項第二号)。訴訟手続は、除斥申立てについての決定が確定するまで、停止しなければならない(第二六条)。訴訟手続の停止は裁判であり、この裁判は訴訟手続そのものを管理する行為で、決定すべきであり、この決定は書面ですべきであろう。(第二一九条、規則第五〇条)。

ロ へ裁判官について裁判の公正を妨げるべき事情があるときは、当事者は、その裁判官を忌避することができる(第二四条第一項)。忌避は、忌避事由を知りながら、その裁判官の面前において弁論をし、または弁論準備手続において申述をしたときは、もはやできない(第二四条第二項)。忌避するとは、忌避理由ありとの裁判を申し立てることである。忌避の申立ておよびこれについての手続は除斥の申立てについて先に述べたのと同じである。

ハ 裁判官は、みずから、除斥原因または忌避理由ありと思量するときは、その事件の裁判に関与することから回避することができる(規則第一二条)。回避は、事件の担当から外れることである。回避の方式については規定はない。回避は、監督権を有する裁判所の許可を得なければ成立しない。この許可の方式についても規定はない。

3 たとえば、訴訟係属中に当事者が死亡することがある。この場合、訴訟手続は、法律上当然に中断する(第二二四条第一項第一号)。ただし、死者の請求が死者の一身専属的な権利に係るものであるときは、訴訟手続は同時に終結す

る。手続の中断中は、訴訟行為をすることができない(第一三二条第一項参照)。中断した訴訟は続行されなければならない。そのために当事者適格を有する者が訴訟手続を受け継ぐ(第一二四条第一項)。当事者適格を有する者は法定されている(第一二四条第一項)。

訴訟手続の中断事由が生じたときは、訴訟代理人は、その旨を裁判所に書面で届け出なければならない(規則第五二条)。訴訟代理人がない場合または右の届出がない場合、裁判所は中断の有無を職権で調査する。

イ 受継は一定の手続を経て行われる。

訴訟手続を受け継ぐべき者は受継の申立てをしなければならぬ(第一二四条第一項)。この申立てがないときは、相手方も受継の申立てをすることができる(第一二六条)。受け継ぐべき者も相手方も受継の申立てをしない場合には、裁判所は、職権で、訴訟手続の続行を命ぜることができる(第一二九条)。続行命令は決定である(第八七条、第一一九条、規則第五〇条、法第一二二条)。この決定は書面ですべきであろう。

ロ へ訴訟手続の受継の申立ては、書面で行わなければならない(規則第一条第一項、第五条第一項、第二項)。受継申立書には、訴訟手続を受け継ぐとされる者が法規が定める訴訟手続を受け継ぐべき者に該当することを明らかにする資料を添付しなければならない(規則第五一条第二項)。この添付がないときは受継申立ては不合法である。裁判所は申立てを却下する決定を書面とする。

ハ へ訴訟手続の受継の申立てがあつた場合には、裁判所は、相手方に通知しなければならない(第一二七条)。通知の方式については特別の定めはない。通知について記録に止めることについても規定はない。通知は、中断により進行を停止した期間につき、新たに全期間の進行を始めさせる(第一三二条第二項)。だから、通知は訴訟記録に記録すべきものであろう。

二 受継の申立てについて裁判所は理由の有無を審理する(第二二八条第一項)。そのため職権で調査する(同条項)。理由がないと認めるときは、その申立てを却下する。決定で却下の裁判をする(同条項、第八七条、第一一九条、第二二条、規則第五〇条。法第三二八条第一項、第三三一条、第二八五条)。この決定は書面ですべきである。理由があると認めるときは、特にその旨の裁判をすることなく、訴訟手続を受け継ぐ者を当事者として扱い手続を進めることになる(黙示の決定)。しかし相手方は、この者の当事者適格を争うことは許されるであろう(第二八三条参照)。

4 <天災その他の事由によって裁判所が職務を行うことができないときは、訴訟手続は、その事由が消滅するまで中止する>(第一三〇条)。職務の事実上の中止がすなわち訴訟手続の事実上の中止で、これが法律上も訴訟手続の中止であるわけである。

<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、決定で、その中止を命ずることができ>(第一三一条第一項、第八七条第一一九条、第三二八条第一項、第三三一条、第二八五条)。この決定は、申立てを待たない。中止命令の要件事実を裁判所は職権で調べて認識する。裁判所はこの決定を取り消す(決定をする)ことができる(第一三一条第一項)。これらの決定は書面ですべきであろう。

中止した訴訟手続は、中止事由の消滅により、または中止決定の取消しにより、続行する。中止により進行が停止した期間(第一三二条第二項)は、手続の続行の時から、新たに全期間の進行を始める(第一三二条第二項)。

## 第六節 判決

1 終局判決は原告の訴えの提起(中間確認の訴え、反訴、参加による訴えを含む)に対して裁判所が応答する行為である。それは、内容的には、訴えの却下、請求の棄却、請求の認容である。判決がその効力(第一一四条)を生ず

るまでにはいくつかの行為が連なる。すなわち、判決内容の確定、判決書の作成、判決原本に基づく判決の言渡し(第二五〇条、第二五二条)、判決書の送達(第二五五条第一項)、判決の確定という法律状態(第一一六条)の出現である。判決をするという行為そのものの成立は判決の言渡しまでの連鎖による。

## 2 判決内容の確定

裁判所が合議体で裁判するときは、判決内容を定めるために評議を行う(裁第七五条第一項)。へ評議は、裁判長が、これを開き、且つこれを整理する。(裁第七五条第二項)。へ裁判官は、評議において、その意見を述べなければならぬ。(裁第七六条)。つまり、評議は口頭陳述による。へ裁判は、最高裁判所の裁判について最高裁判所が特別の定をした場合を除いて、過半数の意見による(裁第七七条)。過半数の意見が判決の内容を成す。最高裁判所の裁判においては、へ裁判書には、各裁判官の意見を表示しなければならない。(裁第一一条)。

裁判所の判決は、その基本となる口頭弁論に参与した裁判官がする(第二四九条第一項)。そういう裁判官が判決の内容を確定する。そうでない裁判官がした裁判に対しては再審の訴えをもって不服を申し立てることができる(第三三八条第一項第二号、第三二二条、第二項第二号)。

## 3 判決書の作成

へ判決は、言渡しによってその効力を生ずる(第二五〇条)。へ判決の言渡しは、判決書の原本に基づいてする(第二五二条)。よって判決をするには判決書を作成しなければならない。判決書に法規の定める事項を記載しなければならぬ(第二五三条、第二八〇条)。記載すべき事項の記載を欠くときは判決書として成立しない。判決書に「理由」として(第二五三条第一項第三号)記載されているところを検討すれば、理由を欠くと認められるとき、または理由に喰違があるものと認められるときは、上訴により(第三二二条第二項第六号)。判決の取消しを求めることができる。

〈判決書には、判決をした裁判官が署名押印しなければならない〉(規則第一五七条)。署名押印も判決書の成立要件たる事実である。

#### 4 判決の言渡し

判決の言渡しは期日においてする。裁判長は判決言渡期日を定める(第九三条第一項)。言渡期日の日時は、あらかじめ、裁判所書記官が当事者に通知する(規則第一五六条)。(とくに期日への呼出し(第九四条)はしないということか)。

判決言渡期日において、判決の言渡しは、裁判長が、判決書の原本に基づいて(第二五二条)主文を朗読してする(規則第一五五条第一項、なお第二項第三項)。当事者が在廷しているか否かを問わない(第二五一条第二項)。言渡しにより、判決が当事者に対しても成立したことになる(第二五〇条)。

#### 5 判決書の送達

判決に対しては不服を申立てることができる(第二八一条、第三二一条)。不服申立により判決の確定が遮断される(第一一六条第二項)。不服申立ては申立期間内に提起されなければならない。不服申立期間は判決書の送達を受けた日から進行する(第二八五条、第三二三条)。

〈判決書は、言渡し後遅滞なく、裁判所書記官に交付し、裁判所書記官は、これに言渡し及び交付の日を付記して押印しなければならない〉(規則第一五八条)。

裁判所書記官は、判決書の交付を受けた日または判決言渡しの日から二週間以内に、判決書の送達をしなければならない(規則第一五九条)。

#### 6 判決の確定

判決をするという行為の完結と判決の確定との間には時間がある。その時間の間に、判決書の裁判所書記官への交

付、裁判所書記官が取り扱う（第九八条第二項）判決書の当事者への送達、当事者の不服申立期間の徒過または当事者の不服申立棄却判決の確定ということがある。判決はその確定を遮断する原因が存しなくなったときに確定する。確定の判決は法の定める効力を発揮する（第一一四条）。