

タイトル	<研究ノート>訴訟行為について(二・完)
著者	小山, 昇
引用	北海学園大学法学研究, 39(2): 311-349
発行日	2003-09-30

# 訴訟行為について（二・完）

小山昇

訴訟行為について（二・完）

## 目次

序	第一章 訴訟行為のいろいろ	第六節 判決（以上三九卷一号）
第一章 訴訟行為のいろいろ	第一節 訴訟手続の開始	第二章 訴訟行為の分類（以下本号）
第二節 訴訟の審理	第二節 裁判所書記官の行為	第一節 裁判所の行為の分類
第三節 証拠調べ	第三節 行為の方式による分類	第二節 裁判所書記官の行為
第四節 請求の増と当事者等の増減	第三章 訴訟行為と法律	第三節 行為の方式による分類
第五節 訴訟の審理を阻む出来事	結	

## 第二章 訴訟行為の分類

第一章において、訴訟のために訴訟においてなされる行為には実に種々雑多なものがあることが判明した。これらは、同種同性質のものを範疇としてとらえて、整理すべきものである。裁判所（裁判長、受命裁判官、受託裁判官）の行為については、法が「裁判」と称する行為（第一二三条参照）とそうでない行為とを区別すべきであろう。法が「裁判」と称するものは、「判決」と「判決以外の裁判」とである（第一二三条参照）。判決以外の裁判は「決定」および「命令」である（第一二三条参照）（以上、第一節）。訴訟においては、裁判所書記官のこれに関する行為がある（第二節）。当事者の訴訟行為については、行為の性質に着眼するならば、意思の表示、判断の表示、観念の表示、事実の通知、その他に分類することができよう。個々の訴訟行為が右のいずれに当たるかは、第一章において折りに触れて述べた。性質による分類を更めて整理することは省略しよう。また、行為の方式に着眼するならば、訴訟行為を書面によるものと口頭によるものとに分類することができる。この区別は、訴訟行為の効力に関係があり、重要であろう。裁判についてもこの区別は重要である（第三節）。

### 第一節 裁判所の行為の分類

1 裁判官は裁判所を構成して、裁判所の職務と裁判長の職務（第一七一条第二項、第二〇六条参照）あるいは陪席裁判官の職務（第一四九条第二項、第四項、規則第一一三条第四項参照）を行う。裁判所が合議体であるときは、裁判所の行為は、合議体における評議（裁第七五条参照）に基づき、裁判長がその代表機関として、表示する。裁判所に置かれる裁判所書記官（裁第六〇条第一項）は、裁判官の命令に従って（裁第六〇条第四項）、法が定める職務（裁第六〇条第二項、

第三項)を行う。

2 裁判所の職務執行の行為は裁判とそれ以外の行為である。裁判(第二四二条第一項、第六七条第一項、第二八二条、第二八三条参照)の形式は、判決(第一二三条参照)または決定もしくは命令である(第一一九条)。

判決で裁判する事項は、訴え(訴えの変更による新訴、併合された訴え、中間確認の訴え、反訴を含む)の適否と請求の当否(第二四三条参照)または裁判をするのに熟した中間の争い(第二四五条)である。

決定で裁判すべき事項は、法律が明文で定めるものとそうでないものがある。法律が明文で決定すべきものとして裁判をみよう。

①管轄裁判所の指定の裁判(第一〇条)および移送の裁判または移送の申立てを却下する裁判(第二二条)は決定でする。当該事件についての司法裁判所を定める事項についての裁判である。

②裁判官または裁判所書記官の除斥・忌避を理由ありとする裁判または理由なしとする裁判(第二五条第四項、第五項、第二七条)および鑑定人の忌避を理由ありとする裁判または理由なしとする裁判(第二一四条第二項、第四項)は決定である。訴訟の審理の手續に参与している者をその手續から排除するという司法の人的組織の事項である。

③補助参加の許否について、決定で、裁判をする(第四四条第一項)。これは、当事者が補助参加について異議を述べたときに、である(同条項)。補助参加申出人と異議当事者の間に補助参加の要件の存否について争いがあり、この争いを裁判所が裁判するという仕組みである。この争いの審理において補助参加人は参加の理由を疎明しなければならぬ(第四四条第一項)。

当事者が補助参加について異議を述べないまま異議を述べることができなくなったときは(第四四条第二項)、争いのないところに裁判所は介入せずということで、補助参加が黙示的に許されたということであろう。

第三者に訴訟を引き受けさせる裁判は決定である(第五〇条第一項)。この裁判は、訴訟の係属中第三者がその訴訟の目的である義務の全部または一部を承継した場合、あるいは権利の全部または一部を譲り受けた場合に、当事者の申立てにより、するものである(第五〇条第一項、第五一条)。申立当事者は第三者の参加を求め、第三者が訴訟参加(第四九条、第五一条)をしない場合に、その間に訴訟参加の可否についての争いを観念し、これを裁判所が裁くという仕組みである。この争いについての言分を聴くため裁判所は、当事者および第三者を審尋しなければならない(第五〇条第二項、第五一条)。申立てを理由がないとする裁判も、決定ですべきであろう。

訴訟手続の受継の申立てを理由がないと認めてその申立てを却下する裁判は、決定である(第二二八条第一項)。受継の申立てに理由があるか否かの問題は、相手方との間にも存するものとし(そこで、裁判所は受継の申立てがあつた場合に、相手方にこれを通知しなければならない―第一二七条)、この問題を裁判所が裁く仕組みである。裁判の資料は職権で調査して得る(第一二八条第一項)。受継の申立てを理由があると認めるときは、受継申立人に訴訟行為を認めることによつてその旨を黙示的に示すことにならう。

請求または請求の原因の変更を許さない旨の裁判は決定である(第一四三条第四項)。請求または請求の原因の変更の申立てについてはその当否が問題となる。当事者の不当の主張に基づく不許の申立てが許される(第一四三条第四項)。そこにこのことをめぐる当事者間の争いが観念され、対立二当事者間に裁判を下すという仕組みがみられる。変更を許す場合はその裁判は変更された請求または請求の原因について審理を進めることによつて黙示的に示されることにならう。

以上の四つの事項は、訴訟の手続に付帯して手続に影響を与える事件について、これを対立当事者間で裁くという構造で、処理するものであるととらえることができる。

④ 訴訟手続の中止を命ずる裁判は決定である(第一三一条)。訴訟手続全体を中止するか否の問題の事項である。裁判所が、判断の資料を職権で収集し、裁量により、裁判するものである。

⑤ 原告が期日の呼出しに必要な費用の予納を命じられたにもかかわらず、その予納がないときは、訴えを却下する裁判を決定することができる(第一四一条第一項)。訴えを却下する裁判は判決である(第一四〇条)のであるが、事案そのものとは別の、予納命令不遵守に対する制裁である。

⑥ 証言拒絶の可否の裁判(第一九九条第一項)および文書提出命令の申立てを理由があるとして文書の提出を命ずる裁判(第二二三条)は、決定である。当事者または文書所持有者を審尋してする(第一九九条第一項、第二二三条第二項)。証拠資料を提出すべきか否かの問題を対立二当事者の構造で処理する仕組みである。提出された攻撃防御の方法(訴訟資料)の取扱いの問題についても類似の仕組みがある(第一五七条)。

⑦ 判決を更正する裁判は決定である(第二五七条第一項)。これは判決であるまでもない事項であるからであろう。判決とするものというのは、本則として口頭弁論を経て、判断をし、その判断に既判力を付与して、拘束力をもたせるものである。判決の変更(第二五六条)の裁判は当然ながら判決である。訴訟上の請求の可否の判断を内容とするものであるからである。訴訟上の請求の可否の事件でないところの訴訟手続に付帯する独立の事件については決定で裁判することに定められている。

⑧ 訴訟上の救助の裁判(第八二条第一項)、訴訟上の救助の決定を取り消す裁判(第八四条)、訴訟費用の担保について、担保を立てることを命ずる裁判(第七五条第一項)、担保の変更を命ずる裁判(第八〇条)、担保の取り消しの裁判(第七九条第一項)、訴訟費用の負担について(判決において負担を命ずる裁判をするのが本則であるが)第二五八条第二項)、訴訟が裁判および和解によらないで完結した場合に訴訟費用の負担を命ずる裁判(第七三条第一項)、訴訟費用の負担の裁判

を脱漏した場合の訴訟費用の負担の裁判(第二五八条第二項)、訴訟費用額の償還を命ずる裁判(第六九条第一項)、証拠保全をする旨の裁判(第二三八条参照)、過料に処する裁判(第一九二条第一項、第二〇九条第一項、第二五五条第一項、第二二九条第五項、第二三〇条第一項、第二三二条第二項)、訴訟指揮等に対する異議、証人尋問の順序の変更についての異議についての裁判(第一五〇条、第二〇二条第三項)、訴訟記録の閲覧につき、秘密記載部分等の閲覧等の請求をすることが出来る者を当事者に限る裁判(第九二条第一項)、は決定ですることになっている。

3 裁判所の職務であつて決定であると定められていないものは、決定で裁判すべきか命令で裁判すべきか。検討しよう。

イ 申立てに基づく裁判は申立てを却下するか認容するかである。

a それらのいずれをも決定ですと明文で定めるものがある(移送の申立て―第二二条。除斥・忌避の申立て―第二五条第四項、第五項、第二一四条第三項、第四項、補助参加の申出―第四四条、証言拒絶の当否―第一九九条。訴訟指揮等に対する異議の当否―第一五〇条、規則第一一七条)。

b 申立てを認容する裁判を決定であることを定め、申立てを却下する裁判について決定でするか否かを明文で定めないものがある(第五〇条、第五一条、第六九条第一項、第七三条、第七五条第一項、第五項、第七九条第一項、第八〇条、第八二条第一項、第九二条第一項、第二三二条第一項、第二三八条、第二五七条、第二五八条第二項)。申立てを却下することから、その申立てを却下する裁判も決定すべきであると定められていると解釈すべきであろう。ただし、攻撃防御方法の却下の申立てに対し、裁判所が、却下の申立てを却下する裁判をせずに、攻撃防御の方法について審理を行うという事実を作ることがあつて、その状態が、却下の申立てを默示的に却下する裁判があつたと解されることがある

う。これは、当該攻撃防御の方法を許さない旨の申立てに対し許さないということとをせずにはむしろ許したのと同じ状態を作り出したのである。許すことの申立てに対して、許すことをしないで、現状のまま訴訟を進めることは、許さないのと同じ状態が続くのであるが、従前より新たな状態を作り出すものではない。

c 申立てを却下する裁判について決定であることを明文で定め、その申立てを認容する裁判については決定であることを定めてない場合が、少数ながら存する。受継の申立ての許否(第一二八条第一項)、訴えの変更の申立ての許否(第一四三条第四項)がその例である。これらの場合に、申立てを理由があると認めるときは、受継の申立てまたは訴えの変更を許す旨の裁判をすべきで、それは、同じく、決定すべきものと定められていると解釈すべきであろう。ただし、許さない旨の決定をせずに、受継申立人に訴訟行為をさせたり、変更された訴えについて審理を進めたりするときは、そのことをもって、黙示的に許す旨の決定があったものと解釈されることがありえよう。

ロ 裁判所の職務は、明文で、……をする(たとえば、第四四条第一項、第一七一条第二項)、……しなければならぬ(たとえば第一五二条第二項、第一七二条)、……することができ(たとえば、第一四〇条)、……するものとする(たとえば、第一六五条第一項、規則八条一項)、……させることができる(たとえば、第一六五条第二項、第一七一条)、……してはならない(たとえば規則第三七条、第六四条)と定められている。

裁判所がすることのなかには、「裁判」に当たらないものがある。列挙してみよう。

① 裁判官は、当事者の陳述を聴き、証人の証言を聴き、当事者の意見を聴き(第一七五条、規則第八条、第二三条、第一六四条)、鑑定意見を聴く(第二二五条)。裁判官は検証物、対照用筆跡または印影を見る。裁判官は訴状、答弁書、準備書面、証人尋問に代わる書面(第二〇五条)、鑑定意見書(第二二五条)を目読し、判決書の主文を朗読する(規則第一五五条)。



②裁判所は訴訟書類を送る。送り方は、送達であり、送付であり、交付である。送達は、その事務を裁判所書記官が取り扱い（第九八条第二項）、本則として、郵便の業務に従事する者または執行官が（第九九条、特則第一〇〇条）、本則として送達すべき書類（訴状―第一三八条、呼出状―第九四条第一項、準備書面―規則第四七条第二項、判決書または判決書に代わる調書―第二五五条第一項）の謄本または副本を（規則第四〇条）、本則として送達を受けるべき者に（特則第一〇六条）、送達を受けるべき場所で、本則として交付してする（第一〇一条、特則第一〇六条第三項、第一〇七条）ものである。送付は、裁判所がする送付に関する事務を裁判所書記官が取り扱い（規則第四七条第二項）、送付すべき書類（移送をした裁判所の訴訟記録―規則第九条、訴訟告知の書面―規則第二二条第三項、受託裁判官のした証拠調べに関する記録―規則第一〇五条、鑑定事項を記載した書面―規則第一二九条第四項、裁判長による宣誓の趣旨の説明および虚偽鑑定の罰の告知を記載した書面―規則第一三一条、第二項、書証のための文書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）の写し（規則第四七条第一項、ただし、書証の文書については、原本、正本または認証のある謄本―規則第一四三条）を送付を受けるべき者（裁判所書記官、相手方、鑑定人など）に交付するか、その書類のファクシミリを利用しての送信をするかである（規則第四七条第一項）。ついでながら、裁判所が当事者の提出に係る書類の相手方への送付をしなければならない場合（送達をしなければならない場合を除く）において、当事者がその書類について直送をしたときは、その送付は、することを要しない（規則第四七条第三項）。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）。以上のように、送ることは、要するに交付することであり、交付は、占有移転である。交付により受けとった者は書類の内容を知るに至る。内容を知り得る状態におくことは交付に代わることができる（補充送達、差置き送達、書留郵便に付する送達、ファクシミリ送信）。

③裁判所等は裁判を告知する（第一一九条、規則第一六条）。告知の方法（規則第五〇条第二項）には格別の制限はない

(第一一九条参照)。裁判所書記官は通知をする(規則第四条第六項。裁判所が通知すべきことを裁判所書記官にさせることができる旨の規定(規則第四条第六項)があるが、規則が定める通知は直接に裁判所書記官に向けてすべきことを命じているのが多い)。通知する事項は、補充送達(規則第四三条)、書留郵便に付する送達(規則第四四条)、公示送達があったこと(規則第四六条第二項)、訴訟代理人の陳述を禁じたことまたは弁護士が付添いを命じたこと(規則第六五条)、速記録を訴訟記録に添付したこと(規則第七四条第二項)、受託裁判官が更に証拠調べの囑託をしたこと(規則第一〇四条)、訴えの取下げがあったこと(規則第一六二条第二項)。和解が調ったものとみなされたこと(第二六四条、規則第一六三条第三項)である。通知の方法(規則第四条第二項)に格別の制限はない(規則第四条第一項)。

告知も通知も相当と認める方法の行為をすることであるといえることができる。

④裁判官は、審尋し(第五〇条第二項、第八七条第二項、第一九九条、第二二三条第二項)、尋問し(第一九〇条、第二〇七条第一項、第二二六条)、発問する(第一四九条)。尋問は当事者もこれをする(第二〇二条第一項)。つまるところ、質問をする(規則第一二四条第二項に「尋問における質問」といういい方がある)。質問は答えを引き出すものである。審尋は、答えの内容がいわば訴訟資料となる場合であり、尋問は、答えの内容が証拠資料となる場合である。

⑤裁判所は和解を試みる(第八九条第一項)。裁判長は、外国においてすべき送達を、囑託してする(第一〇八条、規則第四五条)。裁判所は、外国においてすべき証拠調べを囑託してする(第一八四条第一項、囑託の手続は、裁判長がする(規則第一〇三条)。裁判所は鑑定を囑託し(第二二八条)、必要な調査を囑託することができる(第一八六条。囑託の手続は裁判所書記官がする(規則第一二一条第二項)。裁判所は、送達の方法として、裁判所書記官が書留郵便に付する(第一〇七条、規則第四四条)、また、掲示する(第一二一条、規則第四六条)。裁判所または裁判長は、当事者と、協議をする(規則第九五条第一項、第一六五条、法一七六条第三項)。裁判長は立証を促す(第一四六条第一項)。裁判所は、文書を留め

置く（第二二七条）。裁判所は期日の呼出しをする（第九四条）。期日の呼出しは、呼出状の交付（差置く、書留郵便に付する）または告知という行為による。

以上①から⑤までに挙げた行為は、「裁判」に当たらないと思う。釈明のための発問や立証を促すことを法規は「処置」といつている（第一四九条第二項）。法規が予定した行為を、予定どおりに現実に実現することであり、するかしないかを判断する問題性がないものであるからである。「裁判」にあたる行為は、なんらかの問題が存して、その処理を法規を適用して、または裁量により、当事者の一方のまたは双方の訴訟手続上の利益に判断してするものをいうと考えられるのである。そこで、裁判に当たると思われる行為について、それを決定するか命令するかを検討しよう。

ハ 裁判所がすることのなかで裁判に当たると考えられるものについて、明文で決定すると定められていないものについて決定すべきか否かを考えるには、明文で決定すると定められているものを類推することが許されるであろう。

a 訴訟の人的組織（裁判官、当事者、参加人、代理人など）の増減を定める事項の裁判所の裁判は決定ですべきであろう。特別代理人の選任・改任（第三五条、規則第一六条。選任の申立ては裁判長にすることになっている。選任すると定めることは裁判であり、しかも裁判所の裁判であろう。何者を選任するかは裁判長の仕事（裁判でない）であろう。なお第二三六条）がそうである。

b 訴訟手続そのものの進行を止めることまたは続けることを定めるのは裁判であり、中止を命ずる裁判は決定ですることになっていることに鑑み、続行を命ずる裁判（第一二九条）も決定ですべきであろう。

c 訴訟の審理のために、訴訟手続内にある手続を設けて、その手続において訴訟の審理のための諸行為がされる場合においては、手続を設けることおよびこれを終了することにすることは（裁判所のなす）裁判であり（第一七二条

参照)、それは決定ですべきであろう。事件を弁論準備手続に付すること(第一六八条)、事件を書面による準備手続に付すること(第一七五条)がこれに該当する。裁判所が準備的口頭弁論を行うことも、準備的口頭弁論を行うこと自体は決定で裁判をすべきであろう。準備的口頭弁論は、この決定に基づき、期日における手続(この言葉は、規則第八八条第二項、第九六条第二項)において行われるものである。

裁判所は証拠の申出については証拠調べをするまたはしないことを定める(第一八一一条参照)。これは裁判であり(第一七〇条第二項参照)、これは証拠調べという手続を設ける裁判であるので、決定ですべきである。

口頭弁論という手続について、これを制限する分離する併合すること(第一五二条)、または、これを終結する再開すること(第一五三条)は裁判である。では決定ですべきか命令ですべきか。口頭弁論の手続全体を左右する裁判は裁判所が決定ですべきものである。裁判の内容は命令であるが。

二 裁判を、命令であることを明文で定めるものは、訴状却下の裁判をすることである(第一三七条第二項)。訴状の却下は、受理か却下かという手続上の問題を処理するもので、裁判であり、裁判長限りの権限とされているものである。訴訟手続上の問題で裁判長限りの権限とされているものを処理する裁判は命令であるものと考えてよいであろう。そういうものとしては以下のものをあげることができる。

① 訴状の補正を命ずること(第一三七条)。

② 期日を定めること(第九三条第一項、第一三七条)。口頭弁論の続行のため新たな期日を定めること(第一五五条)および進行協議期日を指定すること(規則九五条第一項)は裁判所がすることになっているが、裁判長が裁判所の名において権限に基づき命令であるものである。協議は、期日において協議を行うもの(規則九五条)とそうでない協議(規則第五一条)とが区別されている。後者の協議の日時を指定する(規則九一条第一項)ことは、期日の指定には

あたらず、裁判には該当しないであろう。期日を定めることは裁判である。裁判長に訴訟を指揮するためにその権限が与えられ、裁判長はこれを裁量により行使するものである。

③期間を定めることは、裁判所がするという定め(第三四条第一項、第七五条第五項、第七九条第三項、第九六条第一項)と、裁判長がするという定め(第一三七条第一項、第一六二条、第一七〇条第六項、第一七六条第二項、規則第八六条第二項、第一二四条第二項、第一二九条第一項、第一三七条第一項、第一三九条第一項)がある。期間を定めることは時間の制限を課するという問題を処理する裁判である。裁判所または裁判長に与えられたところの訴訟手続の運営に係る権限を裁量により行使するもので、命令すべきものである。裁判所がするのと裁判長がするとの違いは、裁判所がする場合には、裁判所が合議体の場合には評議を要するということか。定めた期間を伸張しまたは短縮する(第九六条)ことも命令すべきものであろう。

④簡易裁判所は、弁護士でない者を訴訟代理人とすることを許可する(第五四条第一項)ことがあり、裁判所が、当事者または訴訟代理人が補佐人とともに出頭することを許可する(第六〇条第一項)ことがあり、当事者、代理人または補佐人の陳述を禁じて弁護士の付添いを命ずる(第一五五条第二項)ことがある。これらの許可または命令は裁判である。有効な訴訟行為が得られるように訴訟を指揮する裁判であり、裁判所(一人制)または裁判長がその権限を裁量により行使するものである。よって、命令すべきものであろう。訴訟能力等の欠缺の補正を命ずることも右に同じであらう。

許可については、裁判所の許可(第五四条第一項、第六〇条第一項、第一六九条第二項、規則第一二条、第二九条第一項)と裁判長の許可(第二〇三条、規則第六七条第二項、第六八条第一項、第七七条、第一一六条、第一二〇条、第一三三条)があり、裁判官に対する許可(規則第一二条)と裁判所書記官に対する許可(規則第六七条第二項、規則第六八条第一項)と

当事者に対する許可(規則第二十九条第一項、第二一六条)、と証人または鑑定人に対する許可(規則第二二〇条、第一三三条)と傍聴人に対する許可(規則第七七条)がある。いずれも、命令であるものであろう。

⑤ 期日における手続を指揮するための裁判長の行為(発言を許す、発言を禁ずる)——第一四八条第二項、尋問の順序を変更する——第二〇二条第二項、前掲④の許可も含めて)は、命令ですべきものであろう(第一五〇条参照)。

⑥ 法規が、裁判所または裁判長が……をさせることができるという例が多い。

裁判所——一時訴訟行為をさせる(第三四条第一項)、準備書面を提出させる(第一七〇条第一項)、受命裁判官に、弁論準備手続を行わせる(第一七一条第一項)。証拠調べをさせる(第一八五条第一項、第二三九条)、証人の尋問をさせる(第一九五条)、証人の尋問に代え書面の提出をさせる(第二〇五条、第二七八条、なお規則第一二四条)、当事者の当事者能力を判断するために必要な資料を提出させる(規則第一四条)、当事者本人尋問のさいに宣誓させる(第二〇七条)、当事者または証人を出頭させる(規則第一二三条第一項)、陳述を録取させる(規則第七六条)、調書に記載させる(規則第八六条第一項)、調書を作成させる(規則第一六四条第三項)。

裁判長(等)——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(第一六五条第二項)。調書を作成させる(規則第九一条第二項、同条第三項には記録をさせるとある)。証人に文字の筆記その他の必要な行為をさせる(規則第一一九条)。傍聴人を退廷させる(規則第一二一条)。

……をさせるとは……をすることを命ずることである。訴訟手続の指揮をするためのものである。裁判所または裁判長等の権限に属することを裁量により行うものである。それは問題を処理する裁判であり、命令を内容とする命令ですべきものである。命令の宛先が、裁判官である場合も、裁判所書記官である場合も、当事者または証人である場合も。

## 第二節 裁判所書記官の行為

1 裁判所書記官の職務は法律がこれを定める。裁判所法第六〇条はこれを次のように定める。

第二項 裁判所書記官は、裁判所の事件に関する記録その他の書類の作成及び保管その他他の法律において定める事務を掌る。↘

第三項 裁判所書記官は、前項の事務を掌る外、裁判所の事件に関し、裁判官の命を受けて、裁判官の行う法令及び判例の調査その他必要な事項の調査を補助する。↘

2 民事訴訟法において定める裁判所書記官の事務を列挙してみよう。

①訴訟費用の負担の額を定める(第七一条第一項、第七二条、第七三条第一項)。②和解の費用の負担の額を定める(第七二条)。③訴訟費用のまたは和解の費用の負担の額を定める処分を更正する(第七四条第一項)。④送達に関する事務(第九八条第二項)。⑤送達を自らする(第一〇〇条)。⑥書類を書留郵便に付して発送する(第一〇七条)。⑦公示送達をする(第一一〇条)。⑧送達すべき書類を掲示する(第一一一條、規則第四六条第一項)。⑨公示送達があったことを官報または新聞紙に掲載する(規則第四六条第二項)。⑩上記の掲載に代えて公示送達があったことを通知する(規則第四六条第二項)。⑪口頭弁論期日の調書を作成する(第一六〇条第一項)。⑫調書の記載についての異議を調書に記載する(第一六〇条第二項)。⑬裁判所がする嘱託(第一八四條、第一八六条、第二一八条)の手續をする(規則第三一条第二項)。⑭判決書の作成に代える調書の記載を行う(第二五四条第二項)。⑮訴訟記録に関し、閲覧、謄与を許し、その正本、謄本もしくは抄本を交付し、訴訟記録中の録音テープの複製を許す(第九一条)。⑯判決確定証明書を交付する(規第四八条)。

3 右に列挙したもののうち、①②③⑤⑥は、裁判所がするとすれば裁判に該当するものである。法はこれを処分

といっている(第七一条第三項、第七三条第二項、第七四条、第二二一条)。処分以外のものは、裁判の性質を有しない。処分に対しては異議の申立てが許され、異議の申立てについては裁判所が決定で裁判をする(第二二一条、第七一条第四項、第七項)。処分には当たらない「調書」の記載について異議が述べられたときは、その旨を調書に記載しなければならぬに止まる(第一六〇条第二項)。

### 第三節 行為の方式による分類

1 訴訟行為はある内容を陳述するか、ある行動をするかである。行動はいろいろの様式がある(交付、揭示、など)。陳述には方式がある。口頭によるか書面によるかである。書面によるのが方式であるというのは、陳述内容を書面にすることが陳述の成立要件であるということである。書面により陳述することと書類に基づいて陳述する(第二〇三条)とは同じではない。後者は書類に基づくが陳述は口頭である。口頭の陳述により陳述が成立し、その内容を書面に認めることがある。この場合には、書面にすることが効力発生要件であることがあり、たんに証拠を作っておくことに止まることもある。

#### 2 裁判所の行為

##### イ 判決

判決をするとは、判決書の原本に基づいて、その主文を朗読して言渡すことである(第二五二条、規則第一五五条第一項)。言渡しは口頭によってするものである。言渡しは判決が効力を生ずる要件である(第二五〇条)、判決書の原本は言渡しの(II判決の外部的成立の)成立要件である(例外第二五四条)。判決書の原本に基づかないで判決の言渡しをすることが許される場合がある(第二五四条)。この場合には判決書の作成に代えて、判決書の内容に準ずる事項を口頭弁



論期日の調書（第一六〇条）に記載させる（第二五四条第二項）。

ロ 決定・命令

決定・命令については、書面にすることが予定されている（規則第五〇条第一項）。決定・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）。決定書・命令書に基づいて言渡す（第二二二条、第二二二条）とは限らないのである。しかも、規則は、「書面を作成しなかった裁判」を予定している（規則第六七条第一項第六号）。この裁判は口頭弁論期日における裁判であろう（同上<sup>1)</sup>。してみれば、決定・命令の方式は、書面または口頭によるということになるか。口頭弁論期日外において書面を作成しないで裁判をすることもあると思われる<sup>2)</sup>。そのときは、その裁判及びこれを告知した旨並びに告知の方法を訴訟記録上明らかにすべきであろう（規則第五〇条第二項<sup>3)</sup>。

(1) 証拠調べにおける質問制限（規則第一一四条、第一一五条）、証人が書類に基づいて陳述することの許可（第二〇三条）、証人の対質を命ずる（規第一一八条）。これらの裁判は、口頭ですることがある。期日に、当事者双方が出頭していないときでも、口頭ですることができないのではないであろう。口頭である場合には、口頭の決定・命令は調書に記載される。調書の記載はしかし決定・命令の成立要件ではない。決定・命令が口頭でされても相当と認める方法で告知されれば、その効力を生ずるであろう（第一一九条。規則第五〇条第二項）。調書の記載は決定・命令の存在を客観的に示す有形物であると位置づけられる。

(2) 訴訟能力等欠缺の補正命令（第二二四条）、訴状補正命令（第一三七条第一項）、期日指定命令（第九三条第一項）、期日変更申立てに対する命令（第九三条）。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させる命令（第一六五条）。準備書面を提出させる命令（第一七〇条第一項）。口頭弁論の制限・分類・併合・終結・再開は決定で命ずべきものであるが、口頭ですることができようか。この場合には口頭でされた決定・命令について、その内容、その日時、その名宛人などを訴訟記録（裁第六〇条第二項参照）として記録に止めなければならない（第九一条参照）。それならば、決定書・命令書を作成してするにしくはない。司法の経過は何人もこれを知りうる状態にしておくべきものである。決定・命令が口頭陳述でなされたものであっても、これを人が

記録により知ることができず、状態は必要である。

(3) 他方で、期日においても、書面を作成してする裁判は排除されない。ただし、書面を作成すべきものか否かを定める規定はない。書面を作成してするとはどういうことか。書面を作成しないで口頭とする決定・命令は口頭陳述がその本体である。これに対し、書面を作成してする決定・命令は文章記述がその本体である。決定・命令は文章に記述されることが成立要件である。この文章記述が相当と認める方法で告知されて、決定・命令は対外的に効力を生ずる(第一一九条)、この文章記述が決定書・命令書である。これはそのまま同時に訴訟記録の構成部分である。何人も閲覧することができず、状態に置かれる(第九一条参照)。

決定・命令の存否につき争いが生じても、真正に成立した決定書・命令書が存在することは決定・命令の存在を直接に示すから、これ以上の証明を必要としないが、口頭の決定・命令の場合には、それについて真正に成立した訴訟記録があっても、それはその存在を確認させるものに止まる。このように考えると、決定・命令は、基本的には、(とくに期日外においては)、書面を作成すべきものである。決定・命令をすべき手続状況において、その状況に鑑み、口頭の宣言で足りると裁量により判断することは禁止されてはいないのであるが。

## ハ その他

裁判官の行為についても、裁判所書記官の行為についても、それが陳述でないときは、書面か口頭かの問題は存しない。裁判は、陳述によるものである。裁判に当たらないもので(第一節3ロ)、陳述であるものは、口頭で足りる。

## 3 当事者の行為

イ 訴えの提起(第二一七条、第二三三条)は、訴状を裁判所に提出してしなければならない(第二三三条第一項)。請求の変更は書面で行わなければならない(第一四三条第二項)。選定者に係る請求の追加(第一四四条第三項)、中間確認判決を求める請求の拡張(第一四五条)、反訴(第一四六条第二項)、は書面で行わなければならない。ついでながら、独立当事者参加の申出(第四七条第二項)、共同訴訟参加の申出(第五二条第二項、第四七条)も同様である。当事者として判決を求める要求は書面ですべきものである。同じく、この要求を撤回すること(訴えの取下げ)も書面で行わなければならない。

らない(第二六一条第三項。なお口頭でできる例外の場合あり、同条同項ただし書き。この場合には、調書に記載される―規則第六七条第一項第一号)。

ロ 判決以外の裁判を求める要求(Ⅱ申立て)は、特別の定めがある場合を除き、書面または口頭ですることができる(規則第一条第一項)。書面ですべき旨の特別の定めを列挙してみよう。

- ①移送の申立て(第一六条、第一九条、第二七四条第一項、規則第七条第一項。期日においてする場合を除く)。
- ②裁判官または裁判所書記官の除斥・忌避の申立て(規則第一〇条第二項、期日においてする場合を除く。第一三条)。
- ③訴訟引受けの申立て(規則第二二条。期日においてする場合を除く)。
- ④訴訟費用額の確定等を求める申立て(規則第二四条第一項)。
- ⑤訴訟費用等の負担の額を定める処分の更正の申立て(規則第二八条)。
- ⑥閲覧等の制限の申立て(規則第三四条第一項)。
- ⑦訴訟手続の受継の申立て(規則第五一条第一項)。
- ⑧文書提出命令の申立て(規則第一四〇条第一項、なお、第一四七条)。
- ⑨証拠保全の申立て(規則第一五三条第一項)。
- ⑩適当な和解条項を定めることを求める申立て(第二六五条第二項)。

以上の申立ては、書面によらなければならない。それは書面によることが申立ての成立要件であることを意味する。書面によるべしという特別の定めのない申立てを列挙してみよう。

- ①管轄裁判所の指定の申立て(第一〇条第一項、第二項)。
- ②無益な訴訟費用の費用額の償還を命ずることの申立て(第六九条第一項)。
- ③担保提供命令の申立て(第七五条第一項)。
- ④担保の取消しの申立て(第七九条第一項)。
- ⑤担保の変換の申立て(第八〇条)。
- ⑥訴訟上の救助の申立て(第八二条第一項)。
- ⑦訴訟上の救助の決定の取消しの申立て(第八四条)。
- ⑧期日指定の申立て(第九三条第一項)。
- ⑨公示送達 of 申立て(第一一〇条第一項)。
- ⑩攻撃防御方法却下の申立て(第一五七条第一項)。
- ⑪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)。
- ⑫判決の更正の申立て(第二五七条)。
- ⑬脱漏した訴訟費用の負担の裁判を求める申立て(第二五八条第二項)。
- ⑭仮執行の宣言の申立て(第二五九条第一項)。
- ⑮

仮執行を免れることができる旨の宣言の申立て(第二五九条第四項)。(16) 仮執行の宣言の失効に基づく原状回復等を命ずることを求める申立て(第二六〇条第二項)。(17) 和解の申立て(第二七五条)。(18) 訴訟の弁論をすることの申立て(第二七五条第二項)。

これらの申立ては、書面を提出してすることを妨げないが(この場合には、書面の提出により申立てが成立する)、口頭で申述することができる(規則第一条第一項)。口頭で申述するには、裁判所書記官の面前で陳述をしなければならない(規則第一条第二項)。この場合においては、裁判所書記官は、調書を作成しなければならない(同条同項)。裁判所書記官の面前での陳述が申立ての成立要件であり、調書の記載は証拠方法となるものである(第一六〇条第三項参照)。

ハ 申立てのほかには申出が定められている。列挙してみる。

① 同時審判の申出(第四一条第一項)。② 補助参加の申出(第四二条)。③ 独立当事者参加の申出(第四七条第二項)。④ 権利承継人義務承継人の訴訟参加の申出(第四九条、第五一条、第四七条)。⑤ 共同訴訟参加の申出(第五二条第二項、第四七条第二項)。⑥ 証拠の申出(第一六六条、第一七〇条第二項、第一八〇条第一項)。⑦ 証人尋問の申出(第二〇二条第一項)。⑧ 鑑定(第二一六条)、⑨ 書証の申出(第二一九条)。⑩ 検証の申出(第二三二条第一項、第二一九条)。

当事者本人を尋問することを求めることは、「申立て」と定められている(第二〇七条第一項)。これは当事者を証拠とする証拠調べを求めるものであり、概念上は、証拠の申出の範疇に入るものである。

これらの申出のうち、書面によらなければならないと定められているものは、③④⑤である。(補助参加が補助参加申出書によってされることが多いであろうが、その場合にはその申出書を送達しなければならない。規則第二〇条第一項はこのように解釈すべきであろう)。

申出は申立てととくに区別しなければならないことはないように思える。へ書証の申出を文書提出命令の申立てに

よってする（第二二一条第二項）ことがあるのである。また、申出のうち前掲の③④⑤は、人が新たに当事者となることを求めるもので、訴えの提起の性質をもっている。だからこそ、書面によるべきものとされたのであろう。なお、決定を求める申立てまたは申出のなかで、書面によるべきものとそのような限定のないものとを区別する基準はいまひとつ明らかでないように思える。たとえば、移送の申立ては書面でしなければならないが（規則第七条第一項）、管轄裁判所の指定についてはこれと同じではない（第一〇条）。いずれの場合も、問題は当事者に管轄裁判所を与えることである。

## 二 訴訟資料提出行為

a 裁判は、裁判の申立てにつき、その適否とその当否とを判断して結論を宣言するものである。判断は法的判断である。認定した事実には法規を適用してするものである。そこでは、当否を理由づける事実が必要である。訴えの申立てについていえば、請求を理由づける事実、抗弁事実または再抗弁事実ならびにこれらに関連する事実が必要である（規則第七九条、第八一条参照）。これらの事実は当事者が裁判所に供給するのが、民事の訴訟の本則であり、そのことを弁論といい、裁判所の法廷において、一定の期日において、なされるものである。弁論の方式は口頭によるものとされ、これを口頭弁論という（第八七条、第一三九条）。請求の趣旨もこれに対する答弁も、弁論として口頭で陳述される（第一五八条参照）。口頭弁論は書面で準備することになっている（第一六一一条第一項）が、準備書面を提出しただけでは弁論の陳述をしたことにはならない（第一五八条参照）。弁論の陳述は口頭ですべきものである。

請求の放棄または認諾も口頭の陳述による（第二六六条第一項、第一七〇条第五項参照）。書面の提出だけではその陳述があるとはいえない。ただし、書面を提出して口頭弁論期日または弁論準備手続期日に出頭しないときに、その旨の陳述をしたものとみなされることがありうる（第二六六条第二項）。請求の放棄・認諾の口頭陳述は調書に記載される（規

則第六七条第一項第一号、法第二六七条)。

b 決定で完結すべき事件については、口頭弁論をすべきかを、裁判所が定め、口頭弁論をしない場合には、裁判所は、当事者を審尋することができる(第八七条第一項、第二項。審尋しなければならない場合がある―第五〇条第二項、第一九九条第一項、第二三三條第二項)。審尋は、裁判官が質問をし当事者その他がこれに答えるもので、口頭で行われる。

c 争点および証拠の整理に関する陳述も口頭で行われる。口頭弁論期日もしくは準備的口頭弁論の期日、または弁論準備手続の期日において行われる。書面による準備手続により争点および証拠の整理が行われた場合も、その後の証拠調べによって証明すべき事実の確認は口頭で行われる(第一七七条、第一六五条第一項、第一七〇条第六項)。

d 弁論は、その要領が、口頭弁論調書に記載される。(規則第六七条第一項)。審尋も、その要領が、調書に記載される(規則第七八条、法第一六〇条第一項、規則第六七条第一項)。

ホ 証拠資料提出行為

証拠に関しては、証拠の申出、証人尋問(規則第一一三条)、証拠能力、証拠の信用力などに関する主張などは口頭の陳述による。証人の証言も口頭するのが本則である(第二〇五条、規則第一二四条)。鑑定人の鑑定意見の陳述は、裁判長の裁量により書面か口頭かに定まる(第二二五条)。証人、当事者本人および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)。

へ その他

以上における行為以外の行為について検討しよう。①当事者照会は、それをするならば、書面ですべきである(第一六三条)。もっとも、当事者照会の効果は、電話で口頭でなされた場合と比べて、法律上異なるところはないであろう。

②書類の直送（規則第四七条）は陳述でないから書面か口頭かの問題はなく、その方法が相当であれば足りるものである。③当事者が異議をもつ場合にこれを陳述することは書面によるか口頭であるか。異議には以下のものがある。①補助参加の申出に対する異議（第四四条第二項）、②裁判所書記官の訴訟費用の負担の額を定める処分に対する異議（第七一条第四項、第二二一条）、③上記の処分を更正する処分に対する異議（第七四条第二項、第二二一条）、④訴訟手続に関する規定の違反に対する異議（第九〇条）、⑤口頭弁論の指揮に関する裁判長の命令または釈明の処置に対する異議（第一五〇条）、⑥調書の記載についての異議（第一六〇条第二項）、⑦証人の尋問の順序の変更についての異議（第二〇二条第三項）、⑧訴えの取下に対する異議（第二六一条第五項）、⑧手形訴訟の終局判決に対する異議（第三五七条）、⑨少額訴訟の終局判決に対する異議（第三七八条第一項）、⑩支払督促に対する異議（第三八九条第二項、第三九〇条）、⑪受命裁判官または受託裁判官の裁判に対する異議（第三二九条第一項）。

右のうち、異議の申立てとするものは、②③⑧⑨⑩⑪で、他は異議を述べたものである。このうち、書面でしなければならぬと特に定められているものは、⑧（規則第二一七条第一項）、⑨（規則第三三〇条、第二一七条）、⑩⑪である。④文書を提出する（第二一九条参照）、対照の用に供すべき文字の筆記をする（第二一九条第三項参照）などは、それ自体は、裁判を求めるものでも、攻撃または防御の方法の提出でもなく、陳述でもない。つまり、とくに方式というものはなく、常識が予想する行動である。

### 第三章 訴訟行為と法律

1 以上において見てきたところから、訴訟行為はきわめて多種多様であり、いろいろと分類を試みても、分類が学問的整理としてそれほど重要な結果をもたらさない、と思われた。そこで、訴訟行為を法律が規制するその規制の

しかたを分析することにした。訴訟行為に法律が結びつける結果がどのように連結するかを明らかにすることが、訴訟を規制する法規の構造を明らかにして、判決を製造する法工程をより明らかにするであろう。

2 訴訟行為も、その他の行為と同じく、意思に基づく行為である。証言を聴くことも聴く意思に基づいている。意思なき人、意思能力を欠く人の行為は、行為として扱うことはできない。法は人を訴訟能力の有無により区別し、未成年者および成年被後見人を訴訟能力がないものとする(第三一条)。訴訟能力のないものとした訴訟行為は無効である。ところで次のような判例がある。

〔成年後も一、三歳程度の精神能力しかなく控訴の取下げにより敗訴の確定判決が執行され、そのため自己の生活の根柢が脅かされる結果を生じることとを理解できない者のなした控訴の取下げは無効であるが、控訴の提起は有効と解する〕(最判昭和二九年六月一日民集八巻六号一〇五五頁)。

これは、訴訟能力の有無は実質的に判断することができるものであることを示している。そして、訴訟無能力制度は無能力者の利益に作用するものであることを示している。

以下、意思能力、訴訟能力とも有する人の行為について、これと法律がどうかかわるかをみよう。

### 3 合意

イ 管轄の合意 法は管轄を合意することを許している。それはある一定の裁判所を一定の訴えにつき管轄裁判所とする意思の合致である。この両当事者の意思に意思通りの法律効果(管轄権の発生)を法は認めるのである(第一章第二節第七三ハ)。

ロ 和解の合意 〔和解ハ当事者カ互ニ讓歩ヲ為シテ其ノ間ニ存スル争ヲ止ムルコトヲ約スル〕(民第六九五条)ものである。訴訟上の和解(第二六七条)も約束によって訴訟という争いを止めるものである。和解条項を約して争を止



める意思の合致により和解が調い、これが調書に記載されて、調書の記載が確定判決と同一の効力を有する(第二六七条)。和解が調った段階で民法上の和解契約の効力が生じ、調書の記載によって訴訟法上の効力が生ずる。

ハ 仲裁契約 へ一名又ハ数名ノ仲裁人ヲシテ争ノ判断ヲ為サシムル合意を法は認めている(公示催告手続及び仲裁手続ニ関スル法律第七八六条)。この合意に基づく仲裁人のへ仲裁判断ハ当事者間ニ於テ確定シタル裁判所ノ判決ト同一ノ効力を有ス(同上法律第八〇〇条)。このことから、争いにつき仲裁契約が存するときは、その争いにつき訴えを提起する利益はないという(法が存する)ことになる。訴えが提起されたときは、相手方は、訴えの利益なしとして訴え却下の申立てをし、その理由として仲裁契約の存在を主張し(仲裁契約の抗弁)立証することになる。この訴訟手続上の成り行きは、仲裁契約の抗弁が妨訴の抗弁であるという訴訟手続法を示す。

二 不起訴の合意 次のような判決がある。

債権者が債務者との間で特定の債権についてした不起訴の合意は、私法上の契約としての効力を生じ、この合意に反して提起された訴えは、権利保護の利益を欠くものとして排斥されるべきである(名古屋高判昭和三三年二月二七日高民集一一卷五号三三九頁)。

不起訴の特約に権利保護の利益の喪失という法律効果が結び付けられている。それは訴訟法上の効果である。だから、この意味で、不起訴の合意も訴訟行為といつてよい。

ホ 証拠契約 証拠に関して当事者が合意をすることがある。ある事実についてこれを争わないと約束する(人はこれを自白契約という)、あることの鑑定を当事者が合意した者に鑑定させることを約束する(人はこれを仲裁鑑定契約という)、証明責任の分配の原則と異なる分配を約束する(人はこれを挙証契約という)、ある事実の証明のための証拠を文書に限るまたは証人に限ると約束する(人はこれを証拠制限契約という)などである。これらの合意には、

訴訟法上、合意の内容通りの効果が認められるであろう(ただし、間接事実の自白は、自白の当事者を拘束しない。最判昭和四一年九月二二日民集二〇巻七号一三九二頁)。

へ 訴え取下の裁判外での合意―これについては前に述べた(第一章第一節8ロ)。

ト 以上の合意には、訴訟法がある法律効果を結びつけている。そのいみで、訴訟行為として扱ってよい。しかし、合意であることから、合意についての諸規制に服する。無効原因事実の存在に基づく無効、取消原因事実に基づく取消し、解除などがありうる。

判例は、和解の要素の錯誤による無効を認める(最判昭和三三年六月一四日民集一二巻九号一四九二頁)(大判昭和一四年八月一二日民集一八巻九〇三頁)。和解の内容である私法上の契約が解除されても、和解により終了した訴訟が復活するものではない(最判昭和四三年二月一五日民集二二巻二号一八四頁)。和解の無効を認めるのであるならば、訴訟はなお係属することになろう。和解の無効の争いを審理するため期日を指定し、和解を無効と判断するときは、訴訟を続行することになろう。

#### 4 裁判を求める申立て

イ 民事訴訟は、当事者間の民事の争いを解決することを裁判所に求めて裁判所がこれを裁判により解決する制度である。それは、訴えの提起に対して裁判所が判決で答えるという手続上の構造をもつ。その過程が、民事訴訟の手続の中核である。この中核に付帯して、種々の手続上の問題が生ずる。この問題の処理を当事者が裁判所に求める申立てがある。これに対して裁判所は裁判により答える。

#### ロ 訴えの提起

訴えの提起は、民事の争いの解決の裁判を求める申立てである。民事の争いは「請求」(第一三三条第二項第二号)と表示され、その可否の裁判を申し立てるもの(意欲の表示)である。このような裁判を求めることは国民の権利である

(憲第三二条)。この権利に対応するものは、国家の司法機関の義務である。訴えの提起があるときは、裁判所はこれにつき裁判しなければならないことになる。

裁判要求についての裁判は、事柄の性質上、裁判要求の適否と当否についての裁判である。訴えの提起については、例えば、訴えの適否と請求の当否についての裁判である。訴えが不適法であるときは、当該訴えについては請求の当否についての裁判をしないという裁判をすることになる。すなわち、訴え却下の裁判をすることになる。これも、訴えの提起に対する裁判である。訴えの提起は、請求が理由があることを主張するものであるが、請求認容の裁判のみを求めるとはならない。訴え却下の裁判、請求棄却の裁判、請求認容の裁判、いずれも、訴えの提起が予定すべきものである。訴えの提起は裁判を求めらるもので、どんな裁判かは裁判所が定めるのである。

a 訴えの提起により、裁判所はこれに答えることに義務づけられる。そのためには、訴えの適否、請求の当否につき審理をしなければならない。審理には当事者双方の関与が必要である。訴えの提起を相手方に知らせるために訴状は、被告に送達しなければならない。(第一三八条第一項)。これは訴えの提起行為がもつ効力ではない。訴えの提起が存することを要件として、訴訟の審理を規制する法が、これに結びつけた法効果(裁判所に対しての義務づけ)である。この法効果が実現して、訴状の送達があったときは、この訴状の送達の事実には法がある効果(結びつける。実体法は、訴えの提起を請求ととらえて、時効の中断という法効果をこれに結びつける(民法第一四七条第一号、民訴第一四七条)。訴状の被告への送達により、事件が原告被告および裁判所の関与の下に審判される状態に入る。これを事件が裁判所に係属する(第一四二条、第二六二条第一項参照)という。講学上訴訟係属という。これは訴訟手続上のある法的状態である。この状態を要件として訴訟法はこれに当事者は更に訴えを提起することができないという法効果を結びつけている(第一四二条。なお第一四六条第一項他参照)。訴訟手続の進行は、訴えの提起↓送達の義務づけ↓送達の実

現↓訴訟係属というふうに展開して行く。

b 訴えの提起は撤回できないわけではない。これを訴えの取下げという(第二六一条第一項)。ただし、いろいろ条件が付せられている。①判決が確定するまでの間である(第二六一条第一項)。目的の到達により撤回は阻却される。②応訴した相手方の同意が必要である(第二六一条第二項)、相手方の請求棄却を求める利益を奪うことはできない。③書面でしなければならぬ(第二六一条第三項。例外あり、同条同項ただし書き)。訴えの取下げを要件として法はこれに法効果を結びつけている(第二六二条)。すなわち①訴えの取下げがあっ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(同条第一項)。②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。終局判決を得るという目的は到達されて訴権は消滅したのである。

c 訴訟係属においては、訴えにつき審理をしなければならない。審理は裁判の判断の資料を裁判所に手に入れることである。弁論主義の下では、当事者の訴訟上の利益にかかわることは当事者が裁判所に提出するのを待つ。それが弁論である(司法上の公益にかかることについては裁判所が職権で調査をして判断の資料を手に入れる)。弁論は口頭ですることになっており、裁判官当事者が一定の日に一定の場所に会して、行うことに定められている。そこで、へ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(第二三九条)。この義務づけは、訴えの提起に法が司法運営訴訟進行のために結びつけた効果である。訴えの提起が意欲したところではない。裁判所の職権調査だけに基いで、訴えに対し、裁判することができる場合がある。この場合には、口頭弁論をしないで裁判することができる(第一四〇条)。

d 訴えにつき判断する資料が十分に手に入った状態を訴訟が裁判に熟する(第二四三条)という。へ裁判所は、訴訟が裁判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)。訴えに対する答えである裁判は判決である。

訴えの提起に対し、法は、裁判所に、判決をすることを義務づけるのである。こうして、訴訟手続は、訴訟係属↓口頭弁論期日の指定・当事者の呼出し↓口頭弁論期日の実施↓口頭弁論（証拠調べを含む）の終結（第一五三条参照）↓判決の言渡し（第二四九条第一項、第二五〇条）と進むのである。

ハ 訴えの提起以外の裁判を求める申立て

a 独立当事者参加の申出（第四七条）、権利承継人の参加の申出（第四九条、第四七条）義務承継人の参加の申出（第五条後段）は、訴えの提起ではないが、実質的に、原告または被告を、従って請求を追加する結果となる。よって、その訴訟の進行をはかる法の規定の適用は、訴えの提起のそれと同じである。

b 右に挙げたもの以外の裁判を求める申立てはその求めるところが多種多様である。

法は「決定で完結すべき事件」を予定している（第八七条第一項ただし書き、第一八七条第一項）。それは決定で裁判すべき事件で、しかも、その裁判により事件が完結するものである。

決定で完結すべき事件については、裁判所が、口頭弁論をすべきか否かを定める（第八七条第一項ただし書き）ことになっていくから、手続の進行は申立て↓口頭弁論↓決定か、申立て↓職権調査↓決定である。口頭弁論をしない場合には、裁判所は、当事者を審尋することができることになっている（第八七条第二項、第一八七条第一項）から、申立て―審尋↓決定という進行がありうる。なお、当事者（及び第三者）を審尋しなければならない場合もある（第五〇条第二項）。

このように、申立てがあったという状態に法が結びつける効果は一様でない。

5 請求についての処分

処分権主義の下では、請求について処分することが許される。すなわち、原告が請求について、請求を放棄し、被告が請求を認諾することである(第二六六条)。請求を放棄するとは、請求することをやめることであり、請求が理由がないことを自認することに基づいたときでも、その自認の表明が請求の放棄であるのではない。請求の認諾は、請求を受容することであり、請求が理由があることを自認することに基づいたときでも、その自認の表明が認諾であるのではない。いずれも、認識の表明ではなく、請求についての処分の意思の表示である。その調書の記載が確定判決と同一の効力をもつことは、法がとくにそのようにしたものであって、当事者の意思表示の効力ではない。請求の放棄があれば、訴えはあつたが、請求はしないというのであるから、請求については、棄却の判決をすることになり、請求の認諾があれば、被告がこれを受容するというのであるから、請求認容の判決をすることになるのであるが、判決を待たないで、調書に記載することで足りるとし、調書の記載に確定判決と同一の効力を与えたものである。

## 6 判断資料提出の行為

イ 弁論主義の下では、請求の当否を判断するに足る資料は当事者が裁判所に提出する。請求の当否を判断するに必要な資料は、法律要件に該当する事実とこれについての心証を形成させる証拠資料である。前者は、すなわち、請求を理由づける事実または請求を理由なきものとする事実、これらの事実を推認させる事実である(規則第七九条第二項(第八条参照))。これらの事実等を口頭陳述によつて提出する。

a 原告はまず訴状に記載したことを陳述する。〈訴状には、請求の趣旨及び請求の原因(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を具体的に記載し、かつ、立証を要する事由ごとに、当該事実に関連する事実で重要なもの及び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)。

ついで、被告は答弁書に記載したことを口述する。〈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及び抗弁事実を具体的に記載し、かつ、立証を要する事由ごとに、当該事実に関連する事実で重要なもの及び証拠を記載しなければならない（規則第八〇条第一項）。

ついで、へ被告の答弁により反論を要することとなった場合には、原告は、速やかに、答弁書に記載された事実に対する認否及び再抗弁事実を具体的に記載し、かつ、立証を要することとなった事由ごとに、当該事実に関連する事実で重要なもの及び証拠を記載した準備書面を提出し（規則第八一条）、口頭弁論期日において、この準備表面に記載されたことを口述する。

#### b 事実の認否について

当事者は事実を陳述する。これは事実認識の報告である。それは当事者が自分の利益のためにする「主張」である（規則第五三条第二項）。訴訟における攻撃または防御の方法（規則第五三条第三項、法第一五七条参照）という。

当事者は相手方の主張事実に対して認否をする（規則第八〇条第一項、第八一条参照）。つまり、相手方の事実認識を肯定または否定する。

#### ① 肯定の陳述と法律

肯定の陳述は、相手方の事実認識と同じ事実認識をもつということで、いわば自白である。主要事実について自白があるときはへ裁判所において当事者が自白した事実……は、証明することを要しない（第一七九条）。証拠調べを待たないで裁判所はその事実につき心証を形成しこれを判決の基礎にすることができるし、またそうしなければならぬ。間接事実について自白があるときは、右のような効果はない（最判昭和四一年九月二二日民集二〇巻七号一三九二頁参照）。

自白は相手方が主張する自己に不利益な事実を肯定することであるが、当事者が自発的に不利益な陳述をしても、相手方が同

一の陳述をなしたときは自白となる(大判昭和八年二月九日民集一二卷三九七頁)。自白は相手方の立証責任を免除する結果をもたらすが、そういう結果をもたらす意思表示ではない。当事者間において争いのないことは、当事者間においては、判決の基礎にするということである。間接事実についても、自白に基づき心証形成をすることは、妨げない。ただ、主要事実の心証形成を妨げることが許されないのである。

当事者双方の事実認識が一致したときに自白が成立する。事実認識が誤っていたときは自白は成立しないはずである。自白が真実に合致しないことを証明して自白を撤回することは許される。しかし、誤認を承知の上での自白の陳述についてはそのことからの不利益を甘受すべきである。よって、自白の撤回には錯誤の証明が必要である。ただし最判は、真実に合致しないことの証明でもって錯誤に出たと認めることを許す(最判昭和二五年七月二日民集四卷七号三一六頁<sup>(1)</sup>)。

(1) 刑事上罰すべき他人の行為(詐欺)により裁判上の自白をした者が、それを理由に、その無効・取消しを主張したときは、右自白に効力がない(最判昭和三三年三月七日民集一二卷三九四六九頁)。第三三八条第一項第五号参照。認識の報告をする意思の瑕疵である。

## ② 否定の陳述と法律

否定の陳述は、相手方の事実認識を否定するものである。相手方の事実認識を「争う」(第一五九条参照)ことである。(なお同条第二項)。争うことにより、相手方はその事実認識が正しいことを証明する負担を負うことになる。しかし、否認は、相手方に証明の負担を負わせる行為ではない。証明の負担は証明責任の法が定めることで、「争う」ことは、それが現実化する原因事実を与えるものである。



## ロ 証拠調べに関する行為

原告も被告も、自己が主張する事実について、立証を要する事由ごとに、当該事実に関連する事実で重要なものおよび証拠を、訴状に、答弁書に、答弁に対する反論の準備書面に、記載しなければならず（規則第五三条第一項、第八〇条第一項、第八一条）、これらの記載は、口頭弁論期日で、口述される。

証拠の記載は、証拠の申出の記載である。証拠の申出は、証拠調べの裁判を求める申立てである。証拠調べの申立てを認容するまたは却下する（第一八一条）裁判がこれに続く。証拠調べの決定があると証拠調べの手續が実施される。証拠調べ手續における裁判官、当事者、訴訟関係人の行為（見る、聴く、質問する、証言する、陳述する）はいわば事実行為であり、そのいくつかは、証拠資料を成す（証言、当事者本人の陳述。鑑定意見）。

## 7 訴訟行為と擬制

法律が擬制を定めているのは以下のようなものである。①第七九条第三項、②第一五八条、③第一五九条、④第一七〇条第四項。⑤第二六一条第五項、⑥第二六三条。擬制する根拠は一樣ではない。②の陳述擬制だけがへみなすことができないという擬制であり、他はへ……ものともみなすという断定の擬制である。

## 8 不作為と法律

法律は、ある不作為にある法律効果を結びつけている。

①当事者が期日に出頭しないときに、裁判所は、不出頭当事者の陳述を擬制することができる（第一五八条）、準備的口頭弁論を終了することができる（第一六六条）、それが当事者本人尋問の期日であるときに、裁判所は、尋問事項に関する相手方の主張を真実と認めることができる（第二〇八条）。

②へ当事者が口頭弁論において相手方の主張した事実を争うことを明らかにしない場合には、その事実を自白した

ものとみなす(第一五九条第一項。ただし書きあり。)

③ 異議を述べないこと―当事者が訴訟手続に関する規定の違反を知り、又は知ることができた場合において、遅滞なく異議を述べないときは、これを述べる権利を失う(第九〇条本文)。責問権の放棄といわれるものである。〈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(第二六一一条第五項)。請求の変更は請求の基礎を変更したときでも相手方が異議を述べなければ許される(大判昭和十一年三月二三日民集一五卷四五三頁)。

④ へ当事者双方が、口頭弁論若しくは弁論準備手続の期日に出頭せず、又は弁論若しくは弁論準備手続における申述をしないで退廷若しくは退席をした場合において、一月以上期日指定の申立てをしないときは、訴えの取下げがあったものとみなす(第二六三条前段)。または、審理の現状及び当事者の訴訟進行の状況を考慮して相当と認めるときは、終局判決をすることができる(第二四四条)。

⑤ 担保権利者がその権利を行使すべき旨の催告を受けながらその行使をしないときは、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みなす(第七九条第三項)。

⑥ 原告が呼出費用の予納を命じられながら予納をしないときは、訴え却下の不利益がありうる(第一四一条第一項)。

⑦ 第一二条(前記第一章第一節第七三八)。

一般に、裁判を求める行為をしないときは裁判を得ることはなく、訴訟資料を提出する行為をしないときは、資料不足による不利益(たとえば、請求棄却)を受け、証拠資料を提出する行為をしないときは、証明不成功の不利益を受ける。こういうことのほかに、法律は前記のような規制をしている。

## 9 訴訟行為の時―訴訟行為の追完

イ 訴えの提起に時の制限はない。遅すぎた訴えの提起が、請求権の時効消滅により、請求棄却の判決によって答えられることはあるが、消滅時効完成前に訴の提起をしなければならないという時の規制があるのではない。ただ、  
 〈再審の訴えは、当事者が判決の確定した後再審事由を知った日から三十日の不変期間内に提起しなければならない〉  
 (第三四三条第一項)。

ロ 訴訟行為は時間的に制限されるものが多い。制限に反する訴訟行為にはそれに原因する法律効果が結びつかない。制限は一様ではない。

a 訴訟参加の申立て(第四七条、第四九条、第五一条、第五二条)および訴訟引受けの申立て(第五〇条、第五一条)、訴訟からの脱退(第四八条)、訴訟告知(第五三条)は訴訟係属中にすることができ、訴訟係属消滅後はできない。請求の変更(第一四三条)、選定者に係る請求の追加(第一四四条)、反訴(第一四六条)、証拠の申請(最判昭和四一年一月二二日民集二〇巻九号一九一四頁)は口頭弁論の終結の時までにしなければならない。同時審判の申出は、控訴審の口頭弁論の終結の時までにしなければならない(第四一条第二項)。訴訟係属中のほうが、口頭弁論の終結の時までよりも時間は長い。前記の訴訟係属中は、具体的には口頭弁論の終結の時までであろう。

b 攻撃または防御の方法は適当な時に提出しなければならない(第一五七条参照)。適当な時機がいつであるかは、訴訟の状況により異なる。

c 訴訟行為をすべき期間が法律により定められている場合がある。①判決の言渡しは、口頭弁論の終結の日から二月以内にしなければならない(第二五一条第一項)。二月をこえた判決の言渡しはしかし無効ではない。これは訓示の規定である。②一月以内に期日指定の申立をしないときは、訴えの取下げがあったものとみなす(第二六三条)場合は、期限を守らない期日指定の申立ては効果を伴わない。③判決に対する不服申立ての期間は二週間の不変期間であ

る(第二八五条、第三一三条、第三五七条、第三七八条第一項。なお第三九三条) ④上告理由書提出期間(規則第一九四条)内に上告理由書の提出をしないときは、原裁判所は、決定で、上告を却下する(第三一六条)。⑤即時抗告期間は一週間の不変期間である(第三三二条)。⑥特別抗告許可抗告期間は五日の不変期間である(第三三六条第二項、第三三七条第六項)。⑦再審の訴えの提起の期間は三〇日の不変期間である(第三四二条第一項)。債権者が仮執行の宣言の申立てをすることができる時から三〇日以内にその申立てをしないときは、支払督促は、その効力を失う(第三九二条)。

d 訴訟行為をすべき期間を裁判所(裁判長)が定める場合がある。①訴訟能力等の欠缺の補正をすべき期間(第三四条、第五九条)。②担保提供命令に定める担保を立てるべき期間(第七五条第五項)。③担保権利者がその権利を行使すべき期間(第七九条第三項)。④訴状等を補正すべき期間(第一三七条第一項、第二八八条、第二八九条第二項)。⑤答弁書、準備書面、証拠の申出の期間(第一六二条、第一七六条第二項)。⑥攻撃防御方法の提出等の期間(第三〇一条第一項)。期間内に期待された訴訟行為がないときは、訴訟行為を期待されたものは訴訟手続上不利益を被る。①の場合、原告の訴えは却下されることになる。②の場合、口頭弁論を経ないで、訴えが却下される(第七八条)。③の場合、担保の取消しについて同意があつたものとみなされる(第七九条第三項)。④の場合、訴状等が却下される。(第一三七条第二項、第二八八条)。⑤の場合、期間経過後の書面の提出、証拠の申出は無効ではないであろう(時機に後れたとされることはありえよう―第一五七条)。⑥の場合には、当事者は、裁判所に対し、その期間内にこれを行うことができなかつた理由を説明しなければならぬ(第三〇一条第二項)。

#### ハ 訴訟行為の追完

へ当事者がその責めに帰することができない事由により不変期間を遵守することができなかつた場合には、その事由が消滅した後一週間内に限り、不変期間にすべき訴訟行為の追完をすることができる。ただし、外国に在る当事者に

については、この期間は、二月とする（第九七条第一項）。この追完の期間は伸縮することができない（第九七条第二項）。この追完の期間を法規は不変期間とってはいいない（第九六条第二項参照）。

#### 10 訴訟行為の場所

イ 裁判を求める申立ては、裁判所に宛ててなされるものであるから、裁判所に到達しないときは、まだ訴訟行為が成立したとはいえないであろう。その意味では、裁判を求める申立ての場所は裁判所であるといつてよい。

ロ 口頭弁論という概念で括られる訴訟行為は、期日においてなされ、期日は、法廷において実施されるから、弁論をする場所は裁判所（またはその支部）の法廷（裁六九条）である。証拠の申出は、期日前においてもすることができ（第一八〇条第二項）が、この場合には、前述のように、証拠の申出の場所は裁判所であるといつてよい。

ハ へ裁判所は、相当と認めるときは、裁判所外において証拠調べをすることができる（第一八五条第一項前段）。この場合には、訴訟行為の場所は証拠調べが行われた場所である（例、現場検証）。

ニ へ裁判所は、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（規第九七条）。

#### ホ 裁判所（裁判長等）の訴訟行為の場所

a 判決の言渡し（第二五〇条）、口頭弁論の指揮（第一四八条第一項、なお第一四九条）は法廷がその場所である（第二五一条第二項参照。法廷で言渡すことを前提としている）。期日外において釈明のための処置をする場合（第一四九条、規則第六三条）には、その処置をする場所は、法廷でなく（裁判所内のそのための部屋か執務室）でも違法ではないであろう。

b へ決定及び命令は、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（第二九条）。告知が決定書・

命令書の原本に基づくべきことを定める規定はない。口頭の決定・命令を口頭で告知することも許される。したがって、決定・命令が法廷でなされなければならぬことはない。決定が、審尋を経てなされる場合において(第八七条第二項、第五〇条第二項、第一八七条)、審尋の手続が法廷でなされなければならないとは思われない。訴訟行為が法廷で行われなければならないのは、その訴訟行為が公開されなければならない(憲第八二条第一項)場合であるからである。

#### 11 違法の訴訟行為

イ 違法な訴訟行為に法律はどんな結果を結びつけているか。違法な訴状は却下される(第一三七条第二項)。不適法な訴えは却下される(第一四〇条)。不適法な申立てまたは申出は却下される。違法な裁判は上訴(控訴、上告、抗告)により取り消されることがあり、裁判所が職権で取り消す場合もある(一二〇条)。

ロ 裁判所の命令を遵守しない場合に、不利益の制裁がこれに結びつけられる。呼出費用の予納がない場合に訴え却下の制裁がある(第一四一条)。当事者本人尋問において、当事者が正当の理由なく出頭しないときは、裁判所は、尋問事項に関する相手方の主張を真実と認めることができる(第二〇八条)。当事者が文書提出命令に従わないときは、裁判所は、当該文書の記載に関する相手方の主張を真実と認めることができる(第二二四条)。

ハ 意思の瑕疵のある訴訟行為について、これによる不利益を免れることがある。錯誤によりなした真実でない自白の撤回は許される。刑事上罰すべき他人の行為により自白をするに至り、これに基づき判決がなされたときは、控訴、上告、再審の訴えにより、その判決の取消しを求めることができる(第三三八条第一項、第五号)。判例によれば、裁判上の和解について私法上の無効原因が存するときは、当然無効である(大判昭和一四年八月一二日民集一八卷九〇三

頁、最判昭和三十三年六月一四日民集一二卷九号一四九二頁。

二 裁判が違法であるときは、上訴により取り消される。違法な裁判の当然無効は、しかし、ないではない。判決の内容が公序良俗に反する場合（第一一八条第三号参照）または不能のことである場合、死者に宛てた判決で相続人が関係しない場合、当事者適格がない者に対して判決をした場合、判決はその効力を生じないであろう。

## 結

1 民事訴訟においては裁判所が判決を下す。判決を下すに至るまでには、物造りと同じく一定の手続を経る。物造りにおいては、料理を作る場合でも、その工程は、物理的・化学的であるときでも、人の作為に依るものである。判決造りにおいては、その工程はすべて人の作為であるといつてよい。判決造りの工程すなわち訴訟手続は人の行為の連鎖であるといわれる。

2 手続は人の行為の連鎖であるというとき、ある行為と連なる次の鎖に当たる行為はどんなものであってもよいものではない。その行為がなされたことよって生じた状態においてなすことが許されるものでなければならず、全工程の終局目標の到達に役立つものでなければならぬ。このことは、物造りの場合も判決造りの場合も、変りはない。

3 判決が下されることを目標とする手続においては、ある行為がなされたことよって生ずる状態は、訴訟手続法がその行為に結びつけた法的効果として把握されるものである。訴訟手続法は、ある法的効果を結びつける行為については、当該法的効果が結びつくための条件をあらかじめ定めている。このように法的効果として把握される状態は、次の鎖に当たる行為が許される条件の一つをなすものである。

4 訴訟手続法が、ある訴訟行為に法的効果を結びつける。結びつけ方はいろいろであり、法的効果もいろいろである。

たとえば、訴えの取下は、意思表示であり、法は有効な訴えの取下げに、意思の内容どおりの効果を認める(第二六二条第一項)に止まらず、ある制裁の効果を結びつけている(第二六二条第二項)。当事者の訴訟行為で意思表示であるものは多くはない。訴訟は、訴えに対し判決をする工程である。その工程において判決に至るのに必要なことは、請求の理由の当否に係る事実を、証拠により認定し、これに法規を適用することである。その手続として、処分権主義と弁論主義の下で、弁論の手続、争点および証拠の整理の手続、判決の手続が設けられている。裁判所はこれらの手続を管理する行為をし、当事者はこれらの手続において期待される行為をする。訴訟手続中に、その手続で審判すべき請求が増やされること、手続の中断、中止、続行などが起こる。これらはすべて、法規の定める行為が実現され、この実現に法規が訴訟の進行または審理という司法政策の目的の実現のためにある効果を結びつけ、この効果を基礎として、さらに法規の定める行為が実現され、これに法規がある効果を結びつける、という形の連結として認められる。第一章から第三章までの観察の結果、訴訟法の体系は以上のように抽象的ながらもまとめたような構造物を構成しているように思われる。

5 訴訟行為の無効・取消および訴訟行為と条件についてはなお別稿を予定している。