

和仏法律学校講義録

前田, 孝階 / 遠藤, 忠次 / 若槻, 禮次郎 / 梅, 謙次郎

(出版者 / Publisher)

和仏法律学校

(巻 / Volume)

1

(号 / Number)

号外の5

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

53

(発行年 / Year)

1900-05-28



和漢學雜誌

講義

第一卷

每月一回 目次

民法原理 (自二八頁至四三頁) 法學博士 梅謙次郎

相續法 (自三八頁至三二頁) 法學士 若槻禮次郎

民事訴訟法 (第二編) (自八五頁至一〇〇頁) 法學士 前田孝階

號外之五 強制執行 (自一九六頁至一九七頁) 法學士 遠藤忠次



090
1899
1-2-5

唯一トスルヲ可トス尤モ其何レノ地ヲ以テ生活ノ本據ト定ムヘキカハ頗ル困難ナル場合アルヘシト雖モ是レ固ヨリ事實問題トシテ各場合ニ付キ判斷スルノ外ナキナリ

第四節 失踪

失踪ハ民法上ニ於テモ行政上ニ於テモ尠カラサル效力ヲ生スルモノニシテ未タ進歩セザル法律ト雖モ概テ之ヲ規定セリ例ヘハ我邦ニ於テモ失踪ニ關スル規定ハ著シク進歩シタルヲ見ルカ如シ尤モ從來ニ於テハ主トシテ之ヲ行政上ヨリ觀察シタルモノニシテ今日所謂失踪トハ多少其趣ヲ異ニスル所アリト雖モ維新以來漸次行政上ノ觀察ヨリ民法上ノ觀察ニ移リタルハ極メテ明白ナル事實ナリトス然レトモ未タ其制度ノ不完全タルヲ免レザリシハ固ヨリ論ヲ埃タサル所ナリ

歐洲ニ行ヘルル失踪ノ主義ハ之ヲ大別シテ二ト爲スコトヲ得即チ第一ハ失踪者ヲ以テ死亡者ト看做ササル主義ニシテ佛國其他佛法系ノ諸國ニ於テ之ヲ採用セリ次ニ第二ハ失踪ノ宣告ヘ即チ死亡ノ宣告ナリトスル主義ニシテ獨國其

他民法系ノ諸國ニ於テ之ヲ採用セリ我舊民法ハ佛法系ニ屬シ隨テ第一ノ主義ニ從ヘリ然レトモ是レ甚タ不便タルヲ免レサルカ故ニ新民法ハ第二ノ主義ヲ採用シタリト雖モ唯失踪ノ宣告ヲ以テ直ニ死亡ノ宣告ト曰ハサル點ニ於テ多少其趣ヲ異ニセリ

本節ニ所謂失踪中ニハ純然タル失踪ノ規定ノミニ限ラス失踪ニ關係アルモノ即チ不在者ヲモ規定セリ而シテ所謂不在者中ニハ生死分明ナラサル者及ヒ生存セルコト分明ナリト雖モ其居所ノ分明ナラサル者ヲ包含セリ即チ第二十五條乃至第二十九條ハ不在者ニ關スル規定ニシテ第三十條以下ハ失踪者ニ關スル規定ナリトス

此ノ如ク不在者ト失踪者トヲ併セテ規定シタルハ一見其當ヲ得サルカ如キ感アリト雖モ元來不在者ナルモノハ縱令生死分明ナラサルモ其失踪ノ宣告前ニ於テハ未タ死亡シタル者ト看做スコトヲ得ス隨テ失踪ノ宣告アルマテ之ヲ生存セル者ト看做シ生存者ト同一ノ取扱ヲ爲ササルヘカラス故ニ不在者及ヒ第三者ノ利益保護ノ爲メニ同一ノ規定ヲ設クルノ必要アリ

又生死分明ナラサル不在者ト居所ノ不明ナル不在者トヲ問ハス之ニ付キ二箇ノ場合ヲ想像スルコトヲ得ヘシ即チ其不在者カ財産ノ管理人ヲ置キタル場合及ヒ之ヲ置カサル場合はナリ而シテ第一ノ場合ニ於テハ既ニ財産ノ管理人在ルカ故ニ法律ハ敢テ之ニ干渉スルコトヲ要セサルカ如シト雖モ其管理人ノ權限ハ中途ニシテ消滅スルコトアリ其管理人カ死亡スルコトアリ禁治產者ト爲ルコトアリ即チ此ノ如キ場合ニ於テハ管理人ヲ置カサリシ場合ト同一ノ狀態ニ在ルモノナルカ故ニ法律ハ之ヲ傍觀スルコトヲ得ス况ヤ其管理人ニシテ不當ノ管理ヲ爲スカ如キ場合ニ於テハ法律ハ斷シテ之ニ干渉セサルヘカラス是レ此場合ニ對スル規定アル所以ナリ即チ第二十五條第一項ニ曰ク
從來ノ住所又ハ居所ヲ去リタル者カ其財産ノ管理人ヲ置カサリシトキハ裁判所ハ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ其財産ノ管理ニ付キ必要ナル處分ヲ命スルコトヲ得本人ノ不在中管理人ノ權限カ消滅シタルトキ亦同シ
即チ此規定ニ依レハ裁判所ハ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ其財産ノ管理ニ付キ必要ナル處分ヲ命スルコトヲ得ヘシ而シテ所謂必要ナル處分トハ主ト

シテ管理人ノ選任ヲ指スモノナリト雖モ場合ニ因リテハ財産ニ封印ヲ爲シ又ハ損敗シ易キ物ヲ賣却セシムル等ノ處分ヲモ包含スルモノナリ然レトモ若シ後日ニ至リ本人カ管理人ヲ置キタルトキハ最早之ニ干渉ヲ加フルノ必要ナキカ故ニ裁判所ハ先ニ任命シタル管理人ノ職務ヲ解キ又ハ其一旦下シタル命令ヲ取消ササルヘカラス即チ同條第二項ニ曰ク本人カ後日ニ至リ管理人ヲ置キタルトキハ裁判所ハ其管理人利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ其命令ヲ取消スコトヲ要ス

右ハ不在者カ管理人ヲ置カサル場合又ハ其置キタル管理人ノ權限カ中途ニシテ消滅シタル場合ニ關セリ然ルニ不在者カ管理人ヲ置キタル場合ニ於テ其不在者ノ生死不分明ナル場合アリ此場合ニ於テハ其管理人ハ不在者ノ選任シタルモノナリト雖モ不在者ノ生死既ニ不分明ナルヲ以テ往往ニシテ不當ノ管理ヲ爲スコトアリ縱令不當ノ管理ヲ爲ササルモ病氣其他ノ事故ニ因リ管理ノ義務ヲ盡スコト能ハサル場合ナシトセス此ノ如キ場合ニ於テハ管ニ不在者ノ利益ヲ害スルノミナラス利害關係人ノ利益ヲ害シ延テ國家ノ經濟上ノ利益ヲモ

害スルコト少カラザルカ故ニ之ヲ改任スルノ方法ヲ設ケザルヘカラス故ニ第二十六條ニ於テ之ヲ規定セリ曰ク

不在者カ管理人ヲ置キタル場合ニ於テ其不在者ノ生死分明ナラザルトキハ裁判所ハ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ管理人ヲ改任スルコトヲ得

此ノ如クニシテ選任セラレタル管理人ハ如何ニシテ其財産ヲ管理スヘキカ法律ハ第二十七條第一項及ヒ第二項ニ於テ之ヲ規定セリ曰ク

前二條ノ規定ニ依リ裁判所ニ於テ選任シタル管理人ハ其管理スヘキ財産ノ目録ヲ調製スルコトヲ要ス但其費用ハ不在者ノ財産ヲ以テ之ヲ支辨ス不在者ノ生死分明ナラザル場合ニ於テ利害關係人又ハ檢事ノ請求アルトキハ裁判所ハ不在者カ置キタル管理人ニモ前項ノ手續ヲ命スルコトヲ得

蓋シ財産ノ管理ハ往往ニシテ其財産ヲ減滅スルノ虞アルカ故ニ其初ニ當リ財産ノ目録ヲ調製セシムルハ最モ必要トスル所ニシテ是レ管ニ裁判所カ選任シタル管理人ノミナラス縱令不在者カ置キタル管理人ト雖モ其不在者ノ生死不分明ナル場合ニ於テハ亦同一ノ手續ヲ執ラシムルノ必要アリ而シテ其不在者

ノ費用ヲ以テ之ヲ調製セシムルハ固ヨリ當然ノコトニシテ更ニ其理由ヲ辨明
 スルノ要ナシト信ス然リ而シテ財産目錄調製ノ外時トシテ財産ノ保存ニ必要
 ナル處分ナシトセス例ヘハ財産ノ種類ニ因リ之ヲ銀行其他確實ナル場所ニ供
 託セシムルノ必要アルノミナラス殊ニ損敗シ易キ動産ノ如キハ速ニ之ヲ賣却
 シテ金貨ニ換ヘシムルノ必要アルコト多シ隨テ裁判所ヘ其必要ト認ムル處分
 ヲ管理人ニ命スルコトヲ得サルヘカラス即チ同條第三項ニ曰ク
 右ノ外總テ裁判所カ不在者ノ財産ノ保存ニ必要ト認ムル處分ハ之ヲ管理人
 ニ命スルコトヲ得

又管理人ハ原則トシテ第百三條ノ規定ニ依リ管理行為ノミヲ爲ス權限ヲ有ス
 故ニ本人ノ定メ置キタル管理人タルト裁判所ノ選任シタル管理人タルトヲ問
 ハス何レモ管理行為ノ範圍ヲ脱スルコトヲ得サルナリ然レトモ時トシテハ此
 權限ヲ超ユル行為ヲ必要トスルコトアリ例ヘハ管理人カ會社ノ株券ヲ管理ス
 ル場合ニ於テ其會社カ衰運ニ向ヒタル場合ノ如キハ速ニ之ヲ賣却スルノ優レ
 ルニ如カスト雖モ是レ管理行為ニアラサルヲ以テ之ヲ賣却スルコトヲ得ス又

本人ノ許可ヲ受ケント欲スルモ本人ハ固ヨリ不在ナルカ故ニ之ヲ受クルコト
 ヲ得ス而シテ株券ノ相場ハ日ニ下落スルノ傾アリトセンカ此ノ如キ場合ニ於
 テハ縱令其通常ノ權限ヲ踰越スルモ適宜ノ處分ヲ爲サシメサルヘカラス然リ
 ト雖モ之ヲ管理人ノ爲ス所ニ一任スルトキハ亦不在者ノ爲メニ不利ナルコト
 ナシトセス是ニ於テ法律ハ裁判所ヲシテ之カ許可ヲ與ヘシムルコトトセリ而
 シテ此ノ如キ場合ハ不在者ノ生死不分明ナルトキニ於テ其不在者カ定メ置キ
 タル管理人ニ付テモ等シク生スヘキカ故ニ法律ハ此場合ニ於テモ同シク裁判
 所ヲシテ其權限以外ノ行為ヲ許可スルコトヲ得セシメタリ不在者カ管理人ノ
 權限ヲ定メ置キタル場合ニ於テハ第百三條ニ定メタル行為ト雖モ之ヲ禁スル
 モノアルヘク又其行為以外ノ事項ヲモ許スモノアルヘシ即チ第二十八條ニ曰

管理人カ第百三條ニ定メタル權限ヲ超ユル行為ヲ必要トスルトキハ裁判所
 ノ許可ヲ得テ之ヲ爲スコトヲ得不在者ノ生死分明ナラサル場合ニ於テ其管
 理人カ不在者ノ定メ置キタル權限ヲ超ユル行為ヲ必要トスルトキ亦同シ

次ニ第二十九條第一項ニ曰ク

裁判所ハ管理人ヲシテ財産ノ管理及ヒ返還ニ付キ相當ノ擔保ヲ供セシムルコトヲ得

是レ專ラ不在者ノ利益ヲ慮リタルノ規定ニ外ナラス蓋シ管理人ハ相當ノ注意ヲ以テ財産ヲ管理シ且ツ其權限ノ消滅シタルトキハ其財産ヲ本人ニ返還スヘキ義務ヲ負フモノナリ故ニ若シ管理人ニシテ或ハ過失ニ因リ或ハ故意ニ因リ其財産ヲ減滅シ又ハ之ヲ返還セサルトキハ曾ニ本人ノ利益ヲ害スルノミナラス之カ利害關係人ヲシテ損害ヲ被ラシムルニ至ルヘキカ故ニ例ヘハ其財産許多ニシテ滅失ノ危險多キトキ又ハ返還セサルノ虞アリト認ムヘキ場合ニ於テハ特ニ管理人ヲシテ相當ノ擔保ヲ供セシムルノ必要アレハナリ然リト雖モ一方ニ於テ不在者ヲ保護スルノ必要アルト同時ニ他ノ一方ニ於テハ管理人ノ利益ヲモ顧ルノ必要アリ即チ管理人ヲシテ無報酬ノ勞務ヲ執ラシメ而モ尙ホ前述ノ如キ重大ナル負擔ニ任セシムルハ甚タ不公平ニシテ縱令不在者カ其管理人ヲ定メ置キタル場合ト雖モ是レ亦不在者ノ本意ニアラサルヘク況ヤ裁判所

ヨリ任命シタル場合ニ於テハ萬萬其當ヲ得サルナリ故ニ同條第二項ニ曰ク
裁判所ハ管理人ト不在者トノ關係其他ノ事情ニ依リ不在者ノ財産中ヨリ相當ノ報酬ヲ管理人ニ與フルコトヲ得

以上ハ不在者ニ通スル一般ノ規定ナリ以下失踪者ニ關スル規定ヲ説明セン而シテ失踪者ニ關スル規定ヘ之ヲ分チテ數項ト爲ス一失踪者ハ如何ナル條件ノ存スルトキハ之ヲ死亡者ト看做スヘキカ二死亡ト同一ノ效力ヲ生スルハ如何ナル時期ヨリナルカ三失踪ノ宣告ノ後反對ノ事實現出シタルトキハ如何

第一 失踪宣告ノ條件

失踪宣告ノ條件ハ第三十條ノ規定スル所ナリ

不在者ノ生死カ七年間分明ナラサルトキハ裁判所ハ利害關係人ノ請求ニ因リ失踪ノ宣告ヲ爲スコトヲ得

戰地ニ臨ミタル者沈没シタル船舶中ニ在リタル者其他死亡ノ原因タルヘキ危難ニ遭遇シタル者ノ生死カ戰爭ノ止ミタル後船舶ノ沈没シタル後又ハ其他ノ危難ノ去リタル後三年間分明ナラサルトキ亦同シ

故ニ失踪ノ宣告ヲ爲スニハ一定ノ年月ヲ經タルコトヲ要ス而シテ從來我邦ニ於テハ之ヲ三十六个月ト定メタリシカ新民法ハ右ノ如ク之ヲ七年トセリ是レ或ハ從來ノ慣習ニ反スルカ如シト雖モ深ク今日實際ノ有様ヲ斟酌シ前後ノ規定ヲ比照スルトキハ當ニ此ノ如クナラサルヘカラサルナリ今之ヲ外國ノ立法例ニ徴スルニ三十六个月ノ如キ短期間ヲ採用セルモノ絶エテナク又日本今日ノ有様ヲ見ルニ海外諸國ニ渡航スル者日ニ月ニ多ク且ツ日本ノ版圖モ近年ニ至リ益廣大ト爲リシカ故ニ三十六个月又ハ四十八个月ノ如キ短日月間晉信不通ナリトスルモノ之ヲ以テ直ニ死亡セル者ナリト認定スルハ往往ニシテ事實ニ反シ又縱令今猶ホ昔ノ如ク即チ維新ノ前後ト同一ノ事情アリトスルモ其從來三十六个月ノ短日月ヲ以テ死亡者ノ如ク看做シタルハ單ニ行政上又ハ身分上ノ效果ニ付テノミ行ハレタル慣習ニシテ必スシモ財産上全ク之ヲ死亡者ト看做シタルニアラス隨テ行政上又ハ身分上特別法ヲ以テ其期間ヲ短縮スヘキヤ否ヤハ固ヨリ別問題ナリト雖モ少クトモ財産上ノ關係ニ至リテハ徹頭徹尾此ノ如ク短少ノ期間ヲ認ムルコトヲ得ス何トナレハ民法上其期間ヲ經過スルト

キハ死亡ト同一ノ效力ヲ生シ隨テ其失踪者ニ取リテハ少カラサル利害ヲ有スレハナリ加之從來ノ慣習ト民法ノ規定トハ全然異ナラサルヘカラサル理由アリ他ナシ從來ニ於テハ三十六个月ノ間又ハ其經過後ニ於テモ本人及ヒ第三者ノ爲メニ如何ナル處置ヲ爲スヘキカヲ定メタルモノナシ然ルニ民法ニ於テハ不在者ニ關シテ説述シタル如ク財産上本人及ヒ第三者ノ爲メニ充分ノ保護ヲ與ヘタルヲ以テ苟モ弊害ナキ限りハ成ルヘク其期間ヲ長カラシムルヲ相當トス是ヲ以テ法典調査會ニ於テ之ヲ十年トセシカ衆議院ニ於テ遂ニ七年ニ短縮セリ而シテ予ハ其短縮シタル理由ヲ解スルニ苦シムル者ナリ

右ハ一般ノ場合ニ關セリ然レトモ若シ本條第二項ノ如キ特別ノ事故アルトキハ多クハ其當時ニ於テ死亡スルヲ常トスルカ故ニ此場合ニ於テモ尙ホ七年ノ滿了ヲ待ツカ如キハ甚タ迂ナリト謂ヘサルヘカラサルノミナラス之カ爲メニ利害關係人ヲシテ永ク不定ノ地位ニ立タシムルハ固ヨリ其當ヲ得ス是レ法律カ特ニ之ヲ三年ニ短縮シタル所以ナリ

第二 失踪宣告ノ效力

民法原理

新民法ノ規定ニ依レハ失踪宣告ノ效力ハ要スルニ失踪者ヲ以テ死亡者ト同一ニ看做スト云フニ在リ然レトモ諸外國ノ立法例ハ必スシモ相一致セザルナリ蓋シ失踪ノ效力ニ付テハ從來二箇ノ主義アリ即チ一ハ新民法ト同シ失踪ハ全ク死亡ト同一ノ效力ヲ生スト爲スノ主義ニシテ一ハ失踪ヲ以テ死亡ト同一視セス唯或程度ニ於テ死亡ト同一ノ效力ヲ生スルニ過キスト爲スノ主義是ナリ而シテ其如何ナル程度ニ於テ死亡ト同一ノ效力ヲ生セシムルカハ各國其撥ヲ一ニセザル所ナリ我舊民法ハ右第二ノ主義ヲ採リ又民法施行前ニ於テモ失踪者ヲ以テ直ニ死亡者ト同一視セザリシカ如シ蓋シ事實ヲ重スルノ點ヨリ言ヘハ失踪者ヲ以テ全然死亡者ト同一視スルハ其當ヲ得ス世上實際ノ有様ニ於テハ一旦失踪者ト宣告セラレタル者ニシテ數十年ノ後ニ至リ突然現出スルカ如キ事實ハ往往ニシテ聞ク所ナリト雖モ實際ノ便宜上ヨリ之ヲ言ヘハ第二ノ主義ハ甚タ其當ヲ得サルモノナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ若シ此主義ニ依ルトキハ失踪者ハ生存者ニモアラス又死亡シタル者ニモアラス一種不可思議ナル生死中間ノ者ニ屬シ隨テ其相續モ開始シタルカ如ク又開始セザルカ

如ク失踪者ノ權利ハ極メテ不確定ニシテ之ニ對スル利害關係人ノ權利モ亦久シク不確定ノ地位ニ在ルモノナリ是レ實際上甚タ不便ニシテ國家ノ經濟上亦大ニ不利トスル所ナリ是ヲ以テ新民法ハ獨逸民法ニ倣ヒ第一ノ主義ヲ採用セリ尤モ第一ノ主義ハ時トシテ事實ニ適合セザルコトアルハ既ニ述ヘタル所ノ如キモ第二ノ主義ト雖モ常ニ全ク事實ニ符合スルモノナリト謂フコトヲ得ス殊ニ數年間其跡ヲ晦マシ生死不分明ナリシ者ノ如キハ固ヨリ其過失ノ責ヲ免レザルモノナリ隨テ縱令法律上死亡者ト推定セラレルモ敢テ酷ナリト謂フコトヲ得ス故ニ新民法カ第一ノ主義ヲ採リシハ其當ヲ得タルモノナリト信ス失踪宣告ノ效力ハ如何ナル時期ニ於テ發生スルカ此點ニ付テハ縱令第二ノ主義ヲ採ルモ其死亡ト相似タル效果ハ何時ヨリ生スルカノ問題アリ而シテ此問題ハ頗ル重要ナル關係ヲ有スルモノナリ例ヘハ相續ノ如キハ死亡ノ日ニ開始スルモノナルカ故ニ死亡ト同一ノ效果ヲ生スル失踪ノ宣告カ何時ヨリ效力ヲ生スルカヲ定ムルニアラザレハ其相續開始ノ時期ヲ知ルコトヲ得サルカ如シ更ニ之ヲ事例ニ依リテ説明センニ今假ニ予ニ二人ノ男子アリトセン而シテ予

カ今年死亡セリトセハ長子ハ子ノ相続人ト爲ルヘシト雖モ子若シ明年死亡シ
 而シテ長子ハ其前既ニ死亡セリトセハ子ノ相続人ト爲ルモノハ次子ナリトス
 蓋シ此例ノ如キハ特ニ關係ノ大ナルモノナキカ如シト雖モ決シテ然ラス何ト
 ナレハ第一長子ニシテ一旦相續ヲ爲シ次ニ次子ニ移ルトセハ其相續財產ハ長
 子ノ債權者ノ擔保ト爲ルヘク第二長子ニ子アリトセハ其子更ニ相續人ト爲ル
 ヘク次子直ニ相續スルコト能ハス故ニ其開始ノ時期ヲ知ルコト最モ肝要ナリ
 トス今此問題ニ關スル外國ノ立法例ヲ按スルニ等シク第一ノ主義ヲ探レル
 ニ於テモ其決定ヲ異ニスルモノアリ即チ之ヲ大別シテ三ト爲スコトヲ得(一)失
 踪宣告ノ日又ハ宣告ノ確定シタル日ヨリ其效力ヲ生セシムルモノ(二)法律ニ定
 メタル期間失踪宣告ノ條件滿了ノ時ニ遡リテ其效力ヲ生セシムルモノ(三)不在
 者ノ最後ノ音信アリタル日ニ遡リテ其效力ヲ生セシムルモノ是ナリ而シテ此
 主義ハ各利害得失アリテ容易ニ其可否ヲ斷言スルコトヲ得ス又外國ノ立法例
 モ極メテ區區ニ涉レリト雖モ予ノ信スル所ニ依レハ第一ノ主義ハ最モ理論ニ
 適スルカ如シ何トナレハ失踪ノ宣告ニ因リテ死亡者ト同一視セラルルモノナ

ルカ故ニ其宣告ノ日又ハ宣告確定ノ日ヨリ其效力ヲ生セシムルハ當然ノ結果
 ナレハナリ然レトモ實際ニ於テハ未タ適ニ善良ナル制度ナリト云フコトヲ得
 ス何トナレハ其利害關係人ニシテ若シ狡猾ナルトキハ自己ノ利益ニ從ヒ或ハ
 失踪ノ原因ヲ隱蔽シ或ハ速ニ其宣告ヲ請求シ以テ他ノ利害關係人ノ權利ヲ左
 右セントスルコトナキヲ保セザレハナリ殊ニ失踪者ノ音信絶ユテ後七年又ハ
 三年ノ長日月經過セルモノナルヲ以テ極メテ親交アル者ニアラザレハ果シテ
 幾年ヲ經過セルモノナルカヲ知ル者稀ナルヘク隨テ狡猾ナル利害關係人カ前
 述ノ如キ奸計ヲ逞シウスルハ極メテ容易ナリトス例ヘハ失踪者ノ長子カ速ニ
 相續ヲ爲サント欲スルトキハ期間經過後直ニ失踪ノ宣告ヲ請求スヘク若シ疾
 病其他ノ事情ニ因リ相續ヲ爲スコトヲ好マサルトキハ之ヲ秘密ニ付シテ失踪ノ
 宣告ヲ裁判所ニ請求セサルコトアルヘシ次子モ亦既ニ時期ノ經過シタルコト
 ヲ知ルト雖モ長子死亡シテ自己ノ相續人ト爲ルコトヲ得ルノ時期ヲ待テテ失
 踪宣告ノ請求ヲ爲サント欲シ故ラニ之ヲ默スルカ如キハ有リ得ヘキ事實ナリ
 トス又裁判所ノ勤怠ニ因リ失踪宣告ノ時期ヲ異ニスヘシ獨逸民法第一讀會草

案ハ即チ此主義ヲ採用セシモ第二讀會草案ハ之ヲ斥ケタリ然リ而シテ第三ノ主義ハ理論上及ヒ實際上共ニ不可ナリ何トナレハ最後ノ音信ノ時ヲ以テ死亡ノ時ト視ルコトヲ得ヘクシテ故ラニ七年ノ長日月間失踪ノ宣告ヲ猶豫スルノ必要ナシ而シテ其之ヲ必要トスルハ音信絶エタル後不在者ノ生存スルコト最モ多クレハナリ即チ法律カ未タ死亡セストシタル時期ニ於テ死亡シタルモノト看做スノ點ニ於テ全然理論ニ適合セス又一方ヨリ之ヲ觀察スレハ最後ノ音信ヲ爲シ直ニ死亡スルカ如キハ事實上殆ト有リ得ヘカラサルコトナルカ故ニ其最後ノ音信ノ時ヲ以テ死亡ノ時トスルハ全ク事實ニ反スレハナリ加之最後ノ音信ナルモノハ實際上極メテ曖昧ナルモノナリ要スルニ第一ノ主義及ヒ第二三ノ主義ハ共ニ缺點多キヲ以テ結局第二ノ主義ヲ採ラサルヘカラス即チ第二ノ主義ハ比較的便利ニシテ又理論ヲ貫徹スルモノナリ蓋シ法律カ或期間ヲ經過セザレハ之ヲ死亡者ト看做サス而シテ其期間經過後ニ於テハ請求ニ因リ何時ニテモ失踪ノ宣告ヲ爲スモノナリ即チ失踪ノ宣告ハ生死不分明ナルコト七年又ハ三年ナルコト明ナルニ於テハ必ス之ヲ爲ササルヘカラス是レ恰モ原告

ヲササルハ法理ノ當然ニシテ特ニ法律ノ明文ヲ待タサルヲ以テナリ又第千四十四條ハ相続財産ノ管理ヲ始ムルコトヲ得ルマテト云ヘルヲ以テ拋棄者カ拋棄ヲ爲シタル爲メ法律ノ規定ニ依リ當然相続人ト爲リタル者カ管理ヲ始ムルコトヲ得ルマテ拋棄者ニ於テ管理ヲ繼續スルノ義務アルモノニシテ其者カ相続ノ承認ヲ爲シテ相続人ト確定スルマテ之ヲ繼續スルノ義務アルニハアテサルナリ第六百四十五條第六百四十六條第六百五十條第一項第二項及ヒ第千二十一條第二項第三項ノ規定ハ拋棄者カ相続財産ヲ管理スル場合ニ於テモ亦準用セラレヘキモノナリ而シテ是レ限定承認者ノ管理ノ場合ト同一ナルカ故ニ茲ニハ其説明ヲ省略ス

第四章 財産ノ分離

相続上ノ權利義務ハ相続ニ因リ總テ相続人ニ移轉スルカ故ニ相続開始後ハ被相続人ノ債權者タリシ者ハ相続人ノ總財産ニ對シ相続人ノ債權者ト同シク其債權ノ履行ヲ求ムルコトヲ得ヘク又相続人ノ債權者ハ相続財産ニ對シテモ被相続人ノ債權者ト同等ニ其債權ノ辨濟ヲ求ムルコトヲ得ヘキモノナリ然ルモ

被相続人ノ債權者ナル者ハ被相続人ヲ信シ其總財産ニ依テ辨濟ヲ得ヘシト信スルモノナルニ一朝相續開始シテ相續人ノ債權者モ亦被相続人ノ財産ニ付キ辨濟ヲ求ムルコトト爲ルトキハ甚シク其利益ヲ害セラルルコトナキニアラス相續人ノ債權者モ亦然リ其債權ノ擔保タル相續人ノ總財産ニ付キ俄ニ被相続人ノ債權者ト同等ノ辨濟ヲ受ケサルヘカラサルコトト爲ルハ其迷惑タル尠カラス故ニ法律ハ相續權利者及ヒ相續人ノ債權者ノ利益ヲ保護スル爲メ相續財産ト相續人ノ固有財産トヲ分離セシメ互ニ其權利ノ引當ト爲シタル財産ニ付キ他ニ先チテ辨濟ヲ受クルコトヲ得セシメタリ

財産ノ分離ハ相續債權者及ヒ受遺者ヨリ之ヲ請求スルコトヲ得ヘク又相續人ノ債權者ヨリモ之ヲ請求スルコトヲ得ルモノナリ

甲 相續債權者及ヒ受遺者ヨリ請求スル場合

(イ) 財産分離ノ效力 財産分離ノ效力ハ相續財産ト相續人固有財産トノ間ニ混合ヲ生セシメス隨テ相續債權者及ヒ受遺者ハ先ツ相續財産ニ付キ辨濟ヲ受ケ其辨濟ヲ受クル能ヘサル部分ニ限り相續人ノ固有財産ニ付テ其權利ヲ行

フコトヲ得セシムルニ在リ但相續財産ニ付キ先ツ辨濟ヲ受ケタル相續債權者及ヒ受遺者カ相續人ノ固有財産ニ付キ權利ヲ行フ場合ニ於テハ相續人ノ債權者ハ其者ニ先チテ其財産ヨリ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルモノナリ

財産ノ分離アルトキハ相續債權者及ヒ受遺者ハ總テ相續財産ニ付キ先ニ辨濟ヲ受タルノ權利ヲ得ルニアラス分離ノ請求ヲ爲シタル者及ヒ配當加入ノ申出ヲ爲シタル者ノミ此權利ヲ有スルモノトス蓋シ財産ノ分離ナルモノハ全ク相續債權者及ヒ受遺者ノ利益ヲ保護スルカ爲メ法律ノ設ケタル規定ナルカ故ニ其利益ヲ受クルコトヲ申出テサル者ニハ之、與フルノ必要ナキニ由ルナリ然レトモ此ノ如キ債權者又ハ受遺者ハ相續人ノ固有財産ニ付テハ其債權者ト同等ノ權利ヲ有スルモノナルカ故ニ其結果トシテハ相續財産ニ付キ先ニ辨濟ヲ受ケタル者ニ對シテハ先ニ辨濟ヲ受ケヘキ權利アルモノナリ

財産分離ノ效力ハ相續財産ノ賣却、質貸、滅失又ハ毀損ニ因リテ相續人カ受クヘキ金錢其他ノ物又ハ相續人カ相續財産ノ上ニ設定シタル物權ノ對價ニモ及フモノトス

相續債權者及ヒ受遺者カ財産ノ分離ヲ請求シタル場合ニ於テハ限定承認ノ場
合ノ如ク法律ハ相續人カ被相續人ニ對シテ有セシ權利義務ハ消滅セザリシモ
ノト看做スコトヲ規定セスト雖モ財産ヲ分離スト云ヘハ其當然ノ結果トシテ
二者間ニ存シタル權利義務ハ混同ニ因テ消滅スルモノニアラスト謂ハサルヘ
カラサルヲ以テ此事タル法律ノ明文ナキニ拘ハラズ予ハ此效力アルモノナリ
ト信ス

(ロ) 分離請求ノ手續及ヒ請求者ノ義務 財産ノ分離ハ相續開始ノ時ヨリ三個
月以内ニ之ヲ裁判所ニ請求スヘキモノトス但三個月後ト雖モ相續人カ相續財
産ノ占有ヲ爲ササルカ爲メ其固有財産ト混合ヲ生セサル間ハ相續債權者又ハ
受遺者ヘ之カ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ裁判所ニ請求ストハ訴ノ方法ヲ
以テ相續人ヲ對手者トシテ起訴スルヲ云フ非訟事件手續法第六十七條カ財産
分離ノ請求ニ付キ第一審ニ於テ訴ヲ受ケタル裁判所ナル文字ヲ用フルヲ以テ
見ルモ其起訴ノ方法ニ因ルヘキコト明カナリ
裁判所ニ於テ財産ノ分離ヲ命シタルトキハ其請求ヲ爲シタル者ハ五日以内ニ財

産分離ノ命令アリタルコト及ヒ相續債權者及ヒ受遺者ヘ一定ノ期間内ニ配當
加入ノ申出ヲ爲スヘキ旨ヲ公告セサルヘカラス且相續財産中ニ不動産アルト
キハ之ニ付キ財産分離アルコトヲ登記セサルヘカラス若シ登記ヲ爲サザルト
キハ第三取得者相續人ノ債權者等ノ如キ第三者ニ對シテ之ヲ對抗スルコト能
ハサルモノトス

(二) 相續人ノ權利義務 財産分離ノ請求又ハ命令アリタルトキハ相續人ニハ
左ノ權利義務アルモノトス

一 相續人ヘ其固有財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ以テ相續財産ノ管理ヲ爲
ササルヘカラス但相續人ヲシテ財産ヲ管理セシムルトキハ相續債權者及ヒ受
遺者ノ利益ヲ害スト認メラルル場合ハ裁判所ヘ何時ト雖モ相續財産管理上必
要ナル處分ヲ命スルコトヲ得此ノ如キ場合ニ於テハ裁判所ハ多クハ特ニ管理
人ヲ命シテ之ヲシテ管理ノ任ニ當ラシムルモノナルヘシ而シテ裁判所カ管理
人ヲ選任シタルトキハ其者カ管理ヲ開始スルコトヲ得ルトキヨリ相續人ヘ管
理ノ義務ヲ免ルルモノトス

二 相續人ハ分離ノ請求ヲ爲シタル者カ定メテ配當加入ノ申立ヲ爲スヘキ期間ト爲シタル期間ノ滿了前ニハ相續債權者及ヒ受遺者ニ對シテ辨濟ヲ拒ムコトヲ得ルモノナリ相續人ハ唯リ財產分離後ニ於テ此權利アルノミナラス財產分離前ト雖モ相續債權者及ヒ受遺者カ財產ノ分離ヲ請求スルコトヲ得ヘキ期間内ニ於テハ辨濟拒絶ノ權利アルモノトス是レ財產分離アルトキハ相續上ノ義務ニ關シテハ其權利者ハ相續財產ニ付キ先ニ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルモノナルカ故ニ財產分離ノ有無及ヒ相續上ノ權利義務ノ額若干ナルヤノ確定スルマテニ相續人カ相續上ノ義務ヲ辨濟スルトキハ他日之カ取戻ヲ爲サザルヘカラサル場合ヲ生スヘキヲ以テ相續人ヲシテ此危險ヲ避ケシムルカ爲メナリ而シテ法律ハ辨濟拒絶ヲ以テ相續人ノ權利ナル如ク規定スト雖モ期間内ニ辨濟シタルカ爲メ相續債權者及ヒ受遺者ニ損害ヲ與ヘタルトキハ相續人ハ之ヲ賠償セサルヘカラサルカ故ニ一方ヨリ觀レハ辨濟拒絶ハ其義務ナリト謂ヘサルヘカラス

三 相續人ハ清算ヲ爲スノ義務アルモノトス而シテ相續人カ清算ヲ爲スハ

限定承認者カ清算ヲ爲スト其手續同一ナルヲ以テ茲ニハ其説明ヲ省略ス

四 財產分離ノ請求アリタルトキハ相續人ハ其固有財產ヲ以テ相續債權者若クハ受遺者ニ辨濟ヲ爲シ又ハ之ニ相當ノ擔保ヲ供シテ財產分離ノ請求ヲ防止スルコトヲ得ルモノナリ而シテ相續人ハ分離ノ請求ニ對シ此權利ヲ行フコトヲ得ルノミナラス分離ノ命令アリタル後ニ於テモ固有財產ヲ以テ辨濟ヲ爲シ又ハ相當ノ擔保ヲ供シテ其效力ヲ消滅セシムルコトヲ得ルモノナリ蓋シ財產ノ分離ナルモノハ相續債權者及ヒ受遺者ヲシテ容易ニ辨濟ヲ得セシムンカ爲メ相續財產ニ付キ相續人ノ債權者ヲ排除シテ辨濟ヲ受ケシムルノ目的ヲ以テ設クラレタル規定ナルカ故ニ相續債權者及ヒ受遺者ニシテ完全ニ辨濟ヲ得ルカ又ハ完全ニ辨濟ヲ得ルノ確保ヲ得タルトキハ之ヲシテ強テ財產ノ分離ヲ主張セシムルノ必要ナキヲ以テナリ而シテ法律ハ廣ク相續債權者若クハ受遺者ニ辨濟ヲ爲シ云々ト云フヲ以テ獨リ請求ヲ爲シタル者ノミナラス總テ債權者及ヒ受遺者ニ向テ辨濟ヲ爲シ又ハ擔保ヲ供セサルヘカラス是レ頗ル相當ノ事ト爲ス何トナレハ若シ此ノ如クナラサレハ先ニ財產分離ヲ請求シタ

リト云フカ如キ偶然ノ事實ニ因リ其請求者ノミ特殊ノ地位ヲ得ルノ不公平ヲ生スルカ又ハ他日他ノ債權者又ハ受遺者ヨリ分離ノ請求アリタルトキハ一旦受クタル辨濟ハ取戻サルルコトト爲リ其受クタル辨濟ハ何等ノ利益ナキニ至ルカノ二者其一ニ出テサルヘカラスアルヲ以テナリ

第千四十九條ハ財産分離ノ請求ヲ受ケ又ハ其命令ヲ受ケタル相續人ハ辨濟ヲ爲シ又ハ擔保ヲ供シテ其請求ヲ防止シ又ハ其效力ヲ消滅セシムルヲ得ルコトヲ規定スルト同時ニ相續人ノ債權者カ之ニ因リテ損害ヲ受クヘキコトヲ證明シテ異議ヲ述ヘタルトキハ相續人ハ請求ノ防止又ハ效力ノ消滅ヲ爲スコト能ハサルコトヲ定ム是レ亦甚タ至當ナリ何トナレハ財産分離ハ相續債權者及ヒ受遺者ノ利益ノ爲メニ設ケタル規定ナリト云フト雖モ既ニ財産分離アリタルトキハ之ニ因テ相續人ノ債權者ハ其固有財産ニ付テ先ニ辨濟ヲ受クルノ權利ヲ得ルモノナルカ故ニ分離ノ結果ハ相續人ノ債權者ニモ亦或場合ニ於テハ利益アリト謂ヘサルヘカラス故ニ其債權者モ亦請求防止又ハ效力消滅ニハ利害ノ關係ヲ有スルヲ以テナリ殊ニ相續人ノ債權者ハ自ら進ミテ財産ノ分離ヲ請

求スルゴトヲ得ルモノナルカ故ニ之ヲシテ相續債權者又ハ受遺者カ請求シタル財産ノ分離ヲ維持スルコトヲ得セシメテ以テ財産分離ノ結果ヲ受ケシムルハ法律ノ精神ト正ニ一致スルモノト謂ヘサルヘカラス

乙 相續人ノ債權者ヨリ請求スル場合

相續人ノ債權者モ亦財産ノ分離ヲ請求スルコトヲ得ルモノナリ何トナレハ被相續人カ多額ノ債務ヲ負擔シ又ハ多額ノ遺贈ヲ爲シタル場合ニ於テハ相續人ノ債權者ハ相續人固有財産ニ付キ之ニ先チテ辨濟ヲ受クルハ其利益トスル所ナリ而シテ相續債權者及ヒ受遺者ノ財産分離ヲ請求スルコトヲ得セシムル以上ハ相續人ノ債權者ニモ亦之ヲ許スコト權衡上當然ナルヲ以テナリ

相續人ノ債權者カ財産ノ分離ヲ請求シタル場合ニ於テハ多クハ相續債權者又ハ受遺者ヨリ之ヲ請求シタル場合ニ關スル規定ヲ準用スルヲ以テ茲ニ再説ノ勞ヲ取ル必要ヲ見ス唯茲ニ一言ヲ要スルハ相續人ノ債權者ヨリ財産ノ分離ヲ請求シタル場合ニ於テハ第千四十二條ノ如キ規定ナキヲ以テ法律ノ明文上稍疑ナキヲ得ス然レトモ財産分離ノ目的ハ各財産ニ對スル權利者ヲシテ其財産

ノ上ニ先ニ辨濟ヲ受クルノ權利ヲ有セシムルニ在ルカ故ニ法律ノ精神ヨリ推及シ此場合ニ於テ明文ナシト雖モ尙ホ第四十二條ト類似シタル效力ヲ生スルモノト謂ヘサルヘカラス殊ニ法律カ第四十八條ヲ準用シタルヲ以テ見ルモ其意ノ玆ニ在ルコトハ明カナリ

相続債權者又ハ受遺者ヨリ財産ノ分離ヲ請求スル場合ニ於テ相続開始ノ時ヨリ三個月内ノ期間アルモノト爲シタルニ相続人ノ債權者ヨリ之ヲ請求スル場合ニ於テハ相続人カ限定承認ヲ爲スコトヲ得ル間ニ於テ之ヲ爲ササルヘカラスト爲シタルコトニ付テハ一言ヲ費スノ已ムヲ得サルモノアリ民法修正案考書ニ依レハ相続人カ限定承認ヲ爲スコトヲ得サルニ至リタル後ニ於テ財産分離ヲ許ストキハ一方ニ限定承認ノ利益ヲ奪テ他方ニ之ト同一ノ利益ヲ與フルコトト爲ルヲ以テ法律ハ特ニ此ノ如ク規定シタルナリト爲ス予ハ此理由ニ服スル能ハサル者ナリ限定承認ハ相続人ノ利益ノ爲メニ設ケタルモノナリ財産分離ハ相続人ノ債權者ノ利益ノ爲メニ定メタルモノナリ二者各其目的ヲ異ニス然ルニ限定承認ヲ許ササルカ故ニ財産ノ分離モ亦之ヲ許サスト謂フハ其

論理ノ由ル所ヲ知ラサルナリ殊ニ限定承認ヲ爲スコト能ハサル時ハ拋棄モ亦之ヲ爲スルコト能ハサル時ナリ限定承認及ヒ拋棄ヲ爲スコト能ハサル時ハ單純承認ヲ爲スヘキコトノ確定シタル時ナリ財産ノ分離ナルモノハ拋棄ヲ爲シタル者ニ對シテハ問題ヲ生セス限定承認ヲ爲シタル者ニ對シテモ亦其必要ナシ故ニ財産分離ノ單純承認ヲ爲シタル者ニ對シテ其必要ヲ見ルモノナリ然ルニ今ヤ單純承認ヲ爲スコトノ確定シタル者ニ對シテハ財産ノ分離ヲ爲スコト能ハスト爲ス予ハ終ニ法律ノ意ノ何レニ在ルヲ解スルヲ得サルナリ

第五章 相続人ノ曠缺

第四章以上ノ規定ハ悉ク相続人アル場合ニ關スルモノナリ然ルニ時トシテハ全ク相続人ナキコトアリ又ハ相続人ノ有無分明ナラサルコトアリ此ノ如キ場合ニ於テハ法律ハ相続上ノ權利義務ノ結局スル所ニ定メサルヘカラス本章ハ實ニ此場合ニ關スル規定ヲ掲クルモノナリ

第一 相続人分明ナラサル場合ニ於ケル相続財産ノ法律關係

相続人ノ分明ナラサル場合トハ相続人ノアラサルコト確定セサル場合ナリ相

債人ニシテ存在セザルコト確定セザル以上ハ相續人ハ何レニカ存在スルモノト見サルヘカラス隨テ相續上ノ權利義務ハ其分明ナラサル相續人ヲ以テ主體ト爲スモノト謂ハサルヘカラス然ルニ存在ノ分明ナラサル主體ハ財産ノ管理及ヒ精算ヲ爲スコト能ハサルカ故ニ法律ノ便宜上此ノ如キ場合ニ於テハ其相續財産ヲ以テ法人ト爲シ債務ヘ之ニ向テ辨濟ヲ爲シ權利ヘ之ニ對シテ請求ヲ爲スコトヲ得ヘキモノト爲シタリ然レトモ相續財産ヲ以テ法人ト爲スハ其主體分明ナラサルカ故ニ已ムヲ得サルニ出テタル便宜ノ處置ナルヲ以テ若シ其主體タル相續人ニシテ分明ナルニ至レル法律ノ假定ヲ維持スルノ必要ナキノミナラス相續人アルコト分明ナルニ至リタルトキハ相續開始ノ時ヨリ相續人ハ之アリタルモノナルカ故ニ相續財産ハ初ヨリ其相續人ヲ以テ主體ト爲シタルモノナリト謂ハサルヘカラス故ニ此場合ニ於テハ法律ハ初ヨリ法人存立セザルモノト看做シタリ但法律カ必要管理人ヲシテ爲サシメタル行爲ハ之ヲ無効トスルコトアルヘカラサルヲ以テ管理人ノ其權限内ニ於テ爲シタル行爲ノ效力ハ消滅セザルモノナリ

第二 法人タル相續財産ノ代表者

法人ハ自ラ意思ノ發動ヲ爲スコト能ハサルカ故ニ有形ノ人ノ意思ヲ以テ其行爲ノ規矩ト爲ササルヘカラス即チ其代表者ナル者アリテ其財産ヲ管理シ其權利ヲ執行シ其義務ヲ辨濟セサルヘカラス故ニ相續人アルコト分明ナラサルカ爲メ法人ト爲リタル相續財産アルトキハ利害ノ關係アル者又ハ公益ノ保護者タル檢事ヨリ請求アルトキハ裁判所ハ管理人ヲ選任シ之ヲ公告セザルヘカラス管理人ハ第二十七條乃至第二十九條ノ規定ニ依リ相續財産ノ管理ヲ爲シ相續債權者又ハ受遺者ノ請求アルトキハ之ニ相續財産ノ狀況ヲ報告セザルヘカラス且其選任ノ公告アリタル後二个月内ニ相續人アルコト分明ナルニ至ラサルトキハ相續債權者及ヒ受遺者ハ一定ノ期間内ニ請求ノ申出ヲ爲スヘキ旨ノ公告ニ限定承認者ト始ト相類シタル方法ヲ以テ相續上ノ義務ヲ辨濟スルコトヲ要ス期間内ニ請求ノ申出ヲ爲サレハ債權者又ハ受遺者ハ殘餘財産ニ付テニアラサレハ權利ヲ行フコトヲ得サルモノナリ

管理人ハ相續財産ナル法人ヲ代表スルモノナルカ故ニ相續人分明ト爲リ法人

ハ存立セザリシモノト爲ルトキハ其代理權ハ消滅スルモノト謂ハサルヘカラス然レトモ現ニ管理人アル以上ハ相續人カ相續人タルヘキノ決意ヲ爲スマテハ之ヲシテ財産ノ管理ヲ爲サシムルコト事實上便宜ナルカ故ニ法律ハ相續人カ承認ヲ爲スマテハ代理權ノ繼續スルコトヲ定メタリ而シテ相續人カ承認ヲ爲シ管理人ノ代理權消滅シタルトキハ相續人ニ對シテ管理ノ計算ヲ爲ササルヘカラス

第三 相續人ナキ場合ニ於ケル財産ノ歸屬

管理人カ相續債權者及ヒ受遺者ニ對シ請求ノ申出ヲ爲スヘキ旨ヲ公告シタル後仍ホ相續人アルコト分明ナラサルトキハ管理人又ハ檢事ノ請求ニ因リ裁判所ハ一年以上ノ期間ヲ定メ相續人ハ其期間内ニ其權利ヲ主張スヘキ旨ヲ公告スルコトヲ要ス法律ノ裁判所ヲシテ管理人ノ選任ヲ公告セシメ以テ間接ニ相續人カ其權利ヲ主張スルヲ待タシムト雖モ尙ホ何人モ相續權ヲ主張スルモノナキトキハ管理人ヲシテ相續財産ノ清算ヲ爲サシメタリ然レトモ相續權ノ行使ハ重要ノ事ニ屬スルカ故ニ再ヒ公告シテ其權利者ノ注意ヲ促スヲ必要トシ

タリ法律カ此ノ如ク鄭重ノ手續ヲ盡サシムルニ拘ハラス仍ホ相續人タル權利ヲ主張スル者ナキトキハ相續人ハ之レキモノト推測スルニ於テ十分ノ理由アルモノナリ相續財産ヲ以テ法人ト爲シタルハ相續人ノ分明ト爲ルマテハ其財産ヲ權利義務ノ主體ト看做スコト便宜ナルヲ以テナリ然ルニ一方ニ於テハ相續債權者及ヒ受遺者ニハ辨濟ヲ爲スニ付テ相當ノ手續ヲ盡シ他ノ一方ニ於テハ相續人ハ到底存在スル見込ナシトセハ權利者ナキノ財産ヲ獨存セシムルノ要ハ殆ト之ヲ見ス故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ相續財産ハ國庫ニ歸屬スルモノト爲シタリ而シテ之ト同時ニ法人ハ解散スルヲ以テ管理人ハ國庫ニ對シテ管理ノ計算ヲ爲ササルヘカラス

外國ノ立法例ニ於テハ國ヲ以テ最後ノ相續人ト爲シタルモノアリ然レトモ相續人ナキ財産カ國ニ歸スルハ無主ノ財産ハ國庫ノ有ト爲シテ先占ノ競争ヨリ生スル擾亂ト危險トヲ避クルノ必要アルニ因ルモノニシテ國カ相續上ノ權利ヲ有スルカ爲メニアラス故ニ民法カ國庫ヲ以テ最後ノ相續人ト爲スノ規定ヲ取ラザリシハ當チ得タルモノト謂ハサルヘカラス而シテ國庫ハ既ニ相續人ニ

アラサルカ故ニ相續債權者及ヒ受遺者ハ之ニ對シテ其權利ヲ行フ能ハサルモ
ノトス此點ハ舊民法ト其規定ヲ異ニスト雖モ相續財產カ國庫ニ歸屬スルニ至
ルマテニハ相續債權者及ヒ受遺者ヲシテ其權利ヲ主張セシムルカ爲メニ相當
ノ手續ヲ爲サシメタルヲ以テ此ノ如ク鄭重ノ手續ヲ盡シタルニモ拘ハラス仍
ホ權利ヲ主張セザリシ者ニハ之ヲ喪失セシムルコトハ敢テ之ヲ以テ酷ナリト
謂フコト能ハス

相續財產カ國庫ニ歸屬シタル後相續人カ現出スルトキハ如何ナル關係ヲ生ス
ルヤ法律ハ相續財產ハ國庫ニ歸屬スルマテニ現出セザリシ相續人ハ相續權ヲ
喪失スヘキコトヲ定メサルヲ以テ若シ此ノ如キ相續人カ相續ヲ承認スルトキ
ハ相續人タルコトヲ失ハス隨テ相續債權者及ヒ受遺者ニ對シテハ其義務ヲ辨
濟セサルヘカラス但國庫ニ歸屬シタル財產ニハ之ヲ取戻スコト能ハサルモ
ノトス

第六章 遺言

遺言トハ人カ其死後ニ於テ或法律行爲ヲシテ效力ヲ生セシムルノ目的ヲ以テ

生前ニ其意思ヲ表示スルコトヲ云フ凡ソ意思ハ人ニ離レテ存在スルコト能ハ
サルモノナルヲ以テ人ノ意思ハ其死亡ト共ニ消滅スルモノト謂ハサルヘカラ
ス故ニ死後ニ效力ヲ生セシムル目的トシテ生前ニ其意思ヲ表示スル遺言ナ
ルモノハ法律ノ規定又ハ法律ノ規定ニ代ハルヘキ慣習アルニアラサレヘ之ヲ
有效トスルコト能ハス民法ハ常ニ縁組後見人及ヒ後見監督人ノ指定相續人ノ
指定又ハ廢除相續分又ハ遺產分割ノ示定等親族編及ヒ相續編ニ關スル事項ニ
付テハ遺言ヲ以テ或ハ法律行爲ヲ爲スコトヲ許シタルヲ以テ此ノ如ク法律ノ
明カニ規定スル事項ニ付テ遺言ヲ以テ之ヲ爲スノ意思ヲ表示シタル者アルト
キハ死後ニ於テモ其意思ハ效力ヲ生スヘキモノナリ殊ニ財產ノ處分ニ關シテ
ハ第一千六百四條ヲ以テ遺言者ハ其財產ノ全部又ハ一部ヲ處分スルコトヲ得ル
コトヲ定メタルヲ以テ人ハ遺言ヲ以テ死後ニ於ケル其財產ノ處分ヲ爲スコト
ヲ得ルモノナリ而シテ其處分ハ或ハ全財產ヲ舉クテ之ヲ或人ニ寄贈スルカ若
クハ相產ノ一定ノ部分例ヘハ二分ノ一又ハ三分ノ一ヲ或人ニ遺贈スト云フカ
如ク包括的ニ之ヲ爲スコトヲ得ヘク又或ハ特ニ或財產ヲ指シ特定のニ之ヲ遺

贈スルコトヲモ爲スコトヲ得ヘク一ニ遺言者ノ自由ニ任スヘキモノナリ
 外國ノ立法例ニ於テハ死後ニ於ケル財産ノ處分ニ關スル遺言ヲ認ムルモ財産
 處分ニ關セサル遺言ヲ認メサルモノアリ此ノ如キ規定ノ下ニ於テハ學者ハ相
 續ヲ遺言相續無遺言相續ノ二種ニ分チ死亡者ノ遺言ニ因テ其財産ヲ取得スル
 場合ハ之ヲ遺言相續ト稱シ死亡者ノ遺言ナキニ由リ法律ノ規定スル所ニ從テ
 死亡者ノ財産ヲ取得スル場合ハ之ヲ無遺言相續ト稱シタリ若シ此ノ如キ觀念
 ヲ以テ觀ルトキハ遺言ヲ以テ相續編中ノ一章ト爲スコト何等ノ怪ムヘキ所ナ
 シ然ルニ我民法ノ所謂遺言ナルモノハ此ノ如キ狹隘ノ意義ヲ有スルニアラス
 シテ最後ノ意思ヲ以テ死後ニ於テ法律行爲ヲ爲サントスルモノハ總テ之ヲ遺
 言ト爲スカ故ニ遺言ヲ以テ相續編中ノ一章ト爲スハ甚タ當ラサルカ如シ然レ
 トモ遺言ノ效力ハ常ニ相續ノ開始シタル場合ニ於テ發生スルモノニシテ相續
 ト遺言トハ諸種ノ點ニ於テ關係スル所多キカ故ニ相續編中ニ規定スルハ之ヲ
 總則編中ニ規定スルニ比シテ便宜多シ是レ民法カ相續編中ニ於テ遺言ニ關ス
 ル規定ヲ爲シタル所以ナリ

第一節 總 則

本節ニ規定スル所ハ遺言ニ關スル根本ノ規定ニシテ之ヲ換言スレハ本節ノ規
 定ハ遺言ノ有效條件ヲ定メタルモノナリト謂フコトヲ得ヘシ
 遺言ノ有效ナル爲メニハ左ノ條件ヲ具備セサルヘカラス

第一 遺言ハ民法ニ定メタル方式ニ從テ之ヲ爲スコトヲ要ス

遺言ハ要式行爲ニシテ民法ニ於テ定メタル方式ニ從テ之ヲ爲スニ非サレハ其
 效力ヲ生セザルモノトス蓋シ遺言ナルモノハ遺言者カ死亡シテ存在セザル時
 ニ至テ效力ヲ生スルモノニシテ而モ其結果ハ相續人受遺者等種々ノ方面ノ利
 害ニ關スルコト淺カラサルカ故ニ遺言ノ有無及ヒ其意義ニ關シテ往往ニシテ
 弊害ノ行ヘルルコト尠カラス故ニ法律ハ嚴重ナル方式ヲ設ケ其間ニ錯誤詐欺
 等ノ行ハレサラシメンコトヲ期シタルナリ而シテ遺言ニ一定ノ方式ヲ要スル
 コトハ法律ノ規定シタル所ナルカ故ニ遺言ニシテ尙モ法律ノ定ムル方式ニ反
 スルトキハ其實在及ヒ意義ニ關シテハ相續人カ之ヲ認メテ自ラ證言スルモ尙
 ホ法律上ハ之ヲ無効ト謂ハサルヘカラス

第二 遺言者カ二人以上同一ノ證書ヲ以テ遺言ヲ爲サザルコトヲ要ス
 共同遺言ハ外國ノ立法例ニ於テハ多ク之ヲ禁ス我民法モ亦第七十五條ヲ以
 テ二人以上同一ノ證書ヲ以テ遺言ヲ爲スコトヲ得ザルコトヲ定メタルヲ以テ
 二人以上同一ノ證書ヲ以テ爲シタル遺言ハ無効ナリト謂ヘサルヘカラス蓋シ
 二人以上同一ノ證書ヲ以テ遺言ヲ爲シタルトキハ其遺言ハ二人以上ノ意思ノ
 一致ニ因テ爲サレタルモノト看ルコトヲ得ヘシ既ニ一致ノ意思ヲ以テ遺言ヲ
 爲シタルモノトセハ之ヲ取消スニモ亦當初共同シテ遺言ヲ爲シタル者ノ一致
 ヲ要スト爲ササルヲ得ス元來遺言ハ最後ノ意思ノ表示ナルヲ以テ其性質トシ
 テ遺言者ハ何時ト雖モ之ヲ取消ヲ爲スコトヲ得ザルヘカラス然ルニ共同遺言
 ナルモノハ遺言者ノ自由意思ヲ以テ單獨ニ之ヲ取消スコトヲ得ザルモノナ
 ルカ故ニ遺言ノ性質ニ反スルモノト謂フコトヲ得ヘシ是レ法律カ禁令ヲ設ケテ
 之ヲ許サザル所以ナリ

第三 遺言ノ目的ト爲シタル法律行爲ノ要素ニ付キ遺言者ニ錯誤ナカリシコ
 トヲ要ス 意思表示ハ法律行爲ノ要素ニ錯誤アルトキハ無効ナルヲ以テ遺言

モ亦其目的トシタル法律行爲ノ要素ニ付キ遺言者ニ錯誤アリシトキハ無効ナ
 ルモノトス但遺言者ハ其生前ニ於テハ何時ト雖モ遺言ヲ取消スコトヲ得ルモ
 ノナルヲ以テ遺言者ニハ錯誤ヲ理由トシテ遺言ノ無効ヲ主張スルノ必要ナキ
 モノナリ故ニ錯誤ヲ理由トシテ遺言ノ無効ヲ主張スル者アリトセハ必ズ遺言
 者ノ死亡後ニ於テ遺言ニ付キ利害ノ關係アル者ナルヘシ然ルニ此ノ如キ者ハ
 錯誤ノ存在ニ付キ容易ニ其證明ヲ爲スコト能ハサルヘキカ故ニ實際ニ於テハ
 此問題ノ起ルコトハ甚タ稀ナルヘシ

予ハ此場合ニ於テ遺言ノ意思表示ニ瑕疵アル場合ニ於テハ相續人ハ之ヲ取消
 スコトヲ得ルヤ否ヤヲ一言スルハ全ク無益ノ業ニアラサルヘシト信ス第九十
 六條ニ依レハ強迫ニ因ル意思表示ハ如何ナル場合ニ於テモ之ヲ取消スコトヲ
 得ト雖モ詐欺ニ因ル意思表示ハ相手方カ詐欺ヲ行ヒタルトキハ之ヲ取消スコ
 トヲ得ルモ第三者カ詐欺ヲ行ヒタルトキハ相手方カ其實質ヲ知りタルトキニ
 アラサレハ之ヲ取消スコトヲ得ス然ルニ遺言ノ場合ニ於テハ後ニ述フヘキカ
 如ク詐欺又ハ強迫ヲ以テ遺言ヲ爲シメタル者ハ受遺者ト爲ルコト能ハサル

カ故ニ相手方カ詐欺又ハ強迫ヲ以テ遺言ヲ爲サシメタルトキハ其遺言ハ當然無効ニシテ取消ナル問題ヲ生セス唯取消問題ノ生スヘキハ第三者カ詐欺又ハ強迫ヲ行ヒタル場合ニ限ルモノトス第三者カ強迫ヲ以テ遺言ヲ爲サシメタルトキハ相續人ハ如何ナル場合ニ於テモ之ヲ取消スコトヲ得ヘク第三者カ詐欺ヲ行ヒテ遺言ヲ爲サシメタルトキハ唯其詐欺アリタルノ故ヲ以テ直チニ相續人ハ其遺言ヲ取消スコトヲ得ス遺言ノ相手方タル者カ其事實ヲ知リタル場合ニ於テノミ之ヲ取消スコトヲ得ルモノナリ

第四 遺言ハ遺留分ニ關スル規定ニ違反セサルコトヲ要ス

遺言者ハ其意思ヲ以テ其財産ノ全部又ハ一部ヲ處分スルコトヲ得ル者ナリト雖モ遺留分ニ關スル規定ニハ違反スルコトヲ得サルモノナリ何トナレハ遺留分ナルモノハ法律カ相續人ヲ保護スルカ爲メニ特ニ定メタルモノニシテ其規定ハ總テ公安ニ關スルモノト謂ハサルヘカラサルヲ以テナリ遺留分ニ關スル第五 遺言者ハ遺言ヲ爲ス時ニ於テ其能力ヲ有スルコトヲ要ス

遺言ハ人ノ死後ニ於テ效力ヲ生スヘキ法律行爲ヲ爲スノ意思表示ナルヲ以テ各人ノ自由意思ノ發動ナルコトヲ要スト爲スコト多クノ立法例ノ認ムル原則ニシテ我民法モ亦此原則ヲ前提トシテ規定セラレタリ第六十二條ニ依レハ第四條第九條第十二條及ヒ第十四條ノ規定ハ遺言ニハ適用セラレサルモノトス故ニ未成年者禁治産者準禁治産者又ハ妻ト雖モ單獨ニテ遺言ヲ爲スノ能力ヲ有シ他ノ同意又ハ許可ヲ要スルモノニアラス是レ甚タ至當ナリ何トナレハ他人ノ同意又ハ許可ヲ必要トスルトキハ各人自由意思ノ發動ナルコトヲ要スルノ原則ニ反スルヲ以テナリ然レトモ遺言ハ自由意思ノ發動ナルコトヲ要スト言フ以上ハ理非ヲ辨別シテ意思ヲ表示スルノ力アル者カ自由ニ之ヲ表示スルコトヲ要スヘキハ無論ナリ何トナレハ理非ノ辨別ナクシテ發表シタル意思ハ法律上之ヲ意思ト視ルコト能ヘス又他ノ勢力ニ壓セラレテ表示シタル意思ハ自由意思ノ發動ト謂フコト能ヘサルヲ以テナリ理非ノ辨別ナキコトハ主觀的ナルヲ以テ此ノ如キ者ハ何人ニ對シテモ遺言ヲ爲スコト能ハス他ノ勢力ニ壓セラレルコトハ客觀的ナルヲ以テ此ノ如キ者ハ其人ニ對シテ遺言ヲ爲ス

コト能ハサルモノナリ即チ遺言ノ無能力ニハ絶體的ノモノト相關的ノモノトノ二類アルモノトス

一 絶對的無效力 理非ヲ辨別スル力ヲ缺クハ年齢ノ幼稚ナルト心神ニ異狀アルトノ二箇ノ場合ニ於テ之ヲ見ルモノトス

(イ) 年齢ノ幼稚ナル者 人ハ一定ノ年齢ニ達スルマテハ判斷力ノ完備セザルモノナリ普通ノ場合ニ於テハ二十年未滿ハ腦髓ノ發達十分ナラサルモノト爲シ之ヲ無能力者ト爲スト雖モ實際ニ於テハ二十年未滿ナル者モ亦相當ニ判斷力ヲ有スルモノナリ人カ最後ノ意思ヲ以テ死後ノ處分ヲ爲サンコトヲ欲スルトキハ成ルヘク其希望ヲ達セシメントスルコトハ近世立法例ノ傾向ニシテ而モ遺言ハ本人ノ自由意思ニ出ツルヲ要スト爲スコトモ亦其原則トスル所ナレバ以テ遺言ニ關シテハ二十年未滿ノ者ニモ亦之ヲ爲スコトヲ得セシムルコト近世立法例ノ傾向ト其原則トニ適合スルモノナリ然レトモ年齢ニ依リテハ相當ノ意思ヲ表示スルコト能ハサルモノナルカ故ニ各國ノ立法例ハ多クハ遺言ニ付キ特ニ之ヲ爲スコトヲ得ヘキ年齢ヲ定メタリ我民法モ亦此例ニ從ヒ第

千六十一條ヲ以テ滿十五年ニ達シタル者ハ遺言ヲ爲スコトヲ得ヘキコトヲ定メタリ其結果トシテ十五年未滿ノ者ハ遺言ヲ爲スコト能ハサルカ故ニ此ノ如キ者ノ爲シタル遺言ハ其效力ヲ生セサルモノトス第千六十一條ハ滿十五年ニ達シタル者ノミカ遺言ヲ爲スノ能力アルコトヲ定メ第千六十二條ハ遺言ニハ第四條ヲ適用セザルコトヲ定ムル故ニ十五年未滿ノ者ハ獨リ單獨ニ遺言ヲ爲スコト能ハサルノミナラス法定代理人ノ同意ヲ得ルモ亦之ヲ爲スコト能ハサルモノナリ

(ロ) 心神ニ異狀アル者 心神ニ異狀アル者ハ理非ヲ辨別スル能ハサルカ故ニ真正ニ其意思ヲ表示スル能ハサル者ナリ故ニ此ノ如キ者ハ遺言ヲ爲スコト能ハス但茲ニ所謂心神ニ異狀アル者トハ事實腦髓ニ疾病アル者ヲ謂フカ故ニ禁治産ノ宣告ヲ受ケタル者ト雖モ其心神回復ノ時ニ於テハ遺言ヲ爲スコトヲ得ヘキハ無論ナリ即チ心神喪失ハ事實ニ依ルモノナルヲ以テ此理由ヲ以テ遺言ノ無効ヲ主張セントスル者ハ其遺言ハ禁治産者カ爲シタルモノナリト雖モ尙ホ之ヲ爲シタル時ニ於テハ其者ハ心神喪失シタルコトヲ證明セサルヘカラ

二 相關的無能力 人へ或特別ノ關係アル者ニ對シテハ其勢力ニ壓セラレ其意ト反シタル行動ヲ爲スコトアルヲ免レサルモノナリ故ニ法律ハ社會ノ公益ノ爲メ此ノ如キ場合ニ於テハ弱者ヲ保護スルカ爲メ相當ノ規定ヲ爲ササルヘカラス遺言ニ付キ相關的無能力ナルモノハ即チ之カ爲メニ設ケタル規定ナリ第六十六條ハ被後見人カ後見人又ハ其配遇者若クハ直系卑屬ノ爲メニ爲シタル遺言ハ無効ナルコトヲ含ム蓋シ被後見人ナル者ハ後見人ノ監督ノ下ニ在ルモノナルカ故ニ自ラ其勢力ヲ受クルモノナリ故ニ被後見人ヲシテ後見人ニ對シテ遺言ヲ爲スコトヲ得ルト爲ストキハ後見人ハ自己ノ勢力ヲ利用シ暗ニ被後見人ニ意思ヲ強制シ其意ニ反シタル遺言ヲ爲サシムルコトアルヲ免レス故ニ法律ハ被後見人カ後見人ニ對シテ爲シタル遺言ヲ無効トシ以テ之ヲ保護シタルナリ而シテ既ニ後見人ヲ保護スル爲メ其後見人ニ對シテ爲シタル遺言ノ無効トスルノ必要アリトスル以上ハ後見人カ其勢力ヲ利用シテ被後見人ヲ強要シタル嫌アル場合ニ於テハ總テ其遺言ヲ無効トセサルヘカラス故ニ法

律ハ被後見人カ後見人其人ニ對シテ爲シタル遺言ノミナラス後見人ノ配遇者又ハ直系卑屬ノ如キ後見人カ之ニ對シテ遺言アルコトヲ希望スルノ嫌アル者ニ向テ爲シタル遺言ヘ總テ之ヲ無効ト爲シ以テ直接間接ニ勢力ヲ利用シテ強要ヲ爲スコトヲ防キタリ但第六十六條ハ失權ヲ定ムル條文ナルヲ以テ之ヲ適用スルニハ嚴重ノ解釋ヲ以テセサルヘカラス故ニ左ノ場合ニ於テハ同條ノ適用ナキモノトス

(イ) 後見人ノ計算終了後ニ遺言ヲ爲シタルトキ第六十六條ハ(後見人ノ計算終了前ト云フカ故ニ)後見ヘ終了スルモ其計算終了スルマテハ被後見人タリシ者ヘ向テ後見タリシ者ニ對シテ遺言ヲ爲スコト能ハス然レトモ既ニ計算終了シタルトキハ後見人カ其被後見人タリシ者ニ引渡スヘキ財産ノ引渡ヲ了セサル場合ニ於テモ之ニ遺言ヲ爲スコトハ何等ノ嫌アルモノニアラス

(ロ) 後見人モ配遇者及ヒ直系卑屬以外ノ者ニ遺言ヲ爲シタルトキ 第六十六條ハ(後見人又ハ其配遇者若クハ直系卑屬ト云フカ故ニ)後見人ノ父母又ハ兄弟ノ如キ頗ル親密ノ親族關係アル者ニ爲シタル遺言ト雖モ無効ト爲ルモノニ

アラス

(ハ) 後見人モ配遇者又ハ直系卑屬ノ利益トナラサル遺言ヲ爲シタルトキ 第一千六百六條ハ「後見人又ハ其配遇者若クハ直系卑屬ノ利益ト爲ルヘキ遺言」ト云フカ故ニ其利益ト爲ラサル遺言ハ無効ナラサルコトハ疑ナシ但如何ナル遺言ハ其利益ト爲リ如何ナル遺言ハ其不利益ト爲ルヤハ頗ル問題ナルヘシト雖モ總テ事實ニ就テ判斷ヲ爲スヘキモノナリト信ス

第一千六百六條第一項ハ被後見人カ後見人又ハ其親愛スル者ノ爲メニ爲シタル遺言ハ效力ヲ生セサルコトヲ定ムト雖モ其第二項ヘ之ニ例外ヲ設ク被後見人ノ直系尊屬直系卑屬配遇者又ハ兄弟姉妹カ其後見人タル場合ニ於テハ之ニ向テ爲シタル遺言ヲ無効トセサルコトヲ定ム蓋シ被後見人カ後見人又ハ其親愛スル者ノ爲メニ爲シタル遺言ヲ無効トスルハ被後見人ハ後見人ノ勢力ニ壓セラレテ此ノ如キ遺言ヲ爲スニ至ルモノト看ルヘキヲ以テナリ然ルニ後見人カ其直系血族配偶者又ハ兄弟姉妹ナルトキハ被後見人ハ其勢力ニ壓セラレルムアラス寧ロ之ニ對スル愛情ノ爲メニ遺言ヲ爲スモノト看ルヘキモノナルカ故

ニ此場合ニ於テハ之ヲ無効トセサルコト却テ其真意ニ適スルモノト謂フヘキヲ以テナリ

第一千六十三條ハ「遺言者ハ遺言ヲ爲ス時ニ於テ其能力ヲ有スルコトヲ要ス」ト規定セルカ故ニ遺言ノ有效ナルカ爲メニハ遺言者ハ遺言ヲ爲ス當時ニ於テ以て上述フル所ノ能力ナキコトヲ要スルモノナリ故ニ遺言者カ遺言ヲ爲ス時ニ於テ能力アルトキハ遺言カ效力ヲ生スル時即チ遺言者カ死亡ノ時ニ於テハ其能力ヲ缺クニ至ルモ其遺言ハ效力ヲ失ハス之ニ反シテ遺言ヲ爲ス時ニ於テ能力ヲ缺クトキハ遺言カ效力ヲ生スヘキ時ニ於テハ能力アルニ至ルモ其遺言ハ效力ヲ生セサルモノトス是レ甚タ相當ノ事ト爲ス何トナレハ能力ノ有無ハ行爲ヲ爲ス時ニ於テ之ヲ見ルヲ以テ當然ト爲スヘキヲ以テナリ

第六 受遺者カ遺言ノ效力ヲ生スル時ニ於テ遺言ヲ受クル資格アルコトヲ要ス

第一千六十五條ハ第九百六十八條及第九百六十九條ノ規定カ受遺者ニ準用セラレヘキコトヲ言フ民法ノ用ヒタル受遺者ナル語ヘ遺贈ヲ受ケタル者ノミヲ指

稱スルカ如シト雖モ受遺者トヘ遺言ヲ受ケタル者ト解スルコトヲ得ヘクシテ其意義廣潤ナルノミナラス本條ノ規定獨リ之ヲ遺贈ヲ受ケタル者ノミニ限ルヘキ特殊ノ事情ニ出ラタルモノニアラサルカ故ニ予ハ本條ニ所謂受遺者トハ總テ遺言ヲ受ケタル者ヲ概括シテ稱スル用語ナリト信ス而シテ本條ノ定ムル所ニ依レハ遺言ヲ受クルコトヲ得ルニハ左ノ資格ヲ備フルコトヲ要ス

(イ) 受遺者カ遺言ノ效力ヲ生スル時ニ於テ存在スルコトヲ要ス 存在セザル者ハ權利義務ノ主體ト爲ルコト能ハサルカ故ニ既ニ死亡シタル者又ハ未タ生レザル者ハ受遺者ト爲ルコト能ハス隨テ此ノ如キ者ニ對シテ爲シタル遺言ハ效力ヲ生セザルモノ但法律ノ假言ニ依リ胎兒ハ遺言ヲ受クルコトニ付テハ既ニ生シタルモノト看做サルルカ故ニ遺言者ノ死亡ノ時ニ於テ既ニ懐胎セラレアル胎兒ハ死體ニテ生レサル限りハ存在者トシテ遺言ノ效力ヲ受クルモノトス

(ロ) 受遺カ法律上ノ缺格ナキコトヲ要ス 第九百六十九條ハ遺言ニ付テモ準用セラレヘキヲ以テ受遺者ニ於テ法律カ相續人ノ缺格ノ原因トシテ定メタル

如キ事由アルトキハ受遺者ト爲ルコト能ハス故ニ此ノ如キ者ニ向テ爲シタル遺言ハ其效力ヲ生セザルモノトス

第二節 遺言ノ方式

遺言ハ人ノ死後ニ效力ヲ生スルモノナルヲ以テ之カ真正ヲ擔保スル爲メ各國ノ立法例ハ皆嚴重ナル方式ニ從フヘキモノト爲ス我民法モ亦各國ノ立法例ニ倣ヒ其規定ヲ設クタリ然レトモ如何ナル場合ニ於テモ常ニ同一ノ方式ニ從フヘキモノトセハ場合ニ依リテ遺言ヲ爲スコト能ハサルノ結果ヲ生スヘキヲ以テ此點ニ於テモ亦外國ノ例ニ倣ヒ普通ノ場合ニ於テ踐行スヘキ方式ト特別ノ場合ニ於テ踐行スヘキ方式トヲ區別シタリ

第一款 普通方式

普通ノ場合ニ於テハ遺言ハ自筆證書公正證書又ハ秘密證書ノ三者中其一ノ方式ニ依テ之ヲ爲ササルヘカラス即チ遺言ハ必ス文書ヲ以テ之ヲ爲ササルヘカラス口頭ヲ以テ之ヲ爲スコト能ハス又遺言ハ必ス自筆證書公正證書又ハ秘密證書ノ一ニ依テ之ヲ爲ササルヘカラス他ノ方式ノ證書ヲ以テ之ヲ爲スコト能

右ノ三證書ハ各特殊ノ利益ヲ有スルモノナリ文字ヲ解スル者ハ自筆證書ニ依テ遺言ヲ爲スナリトスルコトアリ何トナレハ自筆證書ハ費用ヲ要セスシテ而モ最モ能ク遺言ノ秘密ヲ保ツコトヲ得レハナリ文字ヲ解セス又署名スルコト能ハサル者ハ公正證書ニ依ラサルヲ得ス何トナレハ他ノ二種ノ方式ニ於テハ遺言ヲ自書スルカ又ハ少クトモ遺言書ニ自ラ署名スルコトヲ要スルモ公正證書ニ於テハ之ヲ要セサルヲ以テナリ且公正證書ヲ以テ遺言ヲ爲シタルトキハ他日裁判所ニ提出シテ其檢認ヲ受クルヲ要セサルノ利益アリ公正證書ハ此ノ如キ利益アリト雖モ一方ニ於テハ遺言ノ秘密ヲ他人ニ知ラシムルコトヲ免レス故ニ讀ムコトヲ知ルモ書クコトヲ知ラサル者ハ秘密證書ニ依テ遺言ヲ爲シ以テ遺言ノ秘密ヲ保タンコトヲ謀ルハ其必要トスル場合ナキニアラス是レ秘密證書ノ長所トスル所ナリ

一 自筆證書

第一千六十八條ニ依レハ自筆證書ハ左ノ要件ヲ備フルコトヲ要ス

イ 遺言者カ遺言ノ全文ヲ自書セサルヘカラス但遺言者ニシテ自ラ遺言ノ文章ヲ書スル以上ハ其文章ハ他人ノ作ニ係ルモ證書ノ效力ヲ妨クルモノニアラス

ロ 遺言ヲ爲シタル日附ヲ自書スルコトヲ要ス但遺言書ハ必スシモ一日ヲ以テ調製スルコトヲ要セサルヲ以テ數日ニ涉リテ遺言書ヲ作りタルトキハ最後ノ日附ヲ書スレハ可ナリ何トナレハ遺言書ハ其日ヲ以テ完成シタルモノナルヲ以テナリ

ハ 遺言者カ氏名ヲ自書シ之ニ捺印スルコトヲ要ス

ニ 證書中ノ挿入削除其他ノ變更ハ遺言者其場所ヲ指示シ之ヲ變更シタル旨ヲ附記シ特ニ之ニ署名シ且其變更ノ場所ニ捺印スルコトヲ要ス蓋シ證書カ遺言者ノ真意ニ成ルコトヲ擔保スルカ爲メニ特ニ鄭重ノ手續ヲ爲サシメタルナリ法律ハ變更シタル旨ヲ附記シテ特ニ之ニ署名シト云フカ故ニ從來専ラ行ハレタル如ク變更ノ旨ヲ附記シ單ニ捺印ヲ爲シタルノミナルトキハ證書全體ヲシテ無効ナラシムルモノトス

相續法

二 公正證書

三一四

公正證書ノ方式ハ第六十九條ニ於テ之ヲ定ム同條ニ依レハ公正證書ハ左ノ要件ヲ備フルコトヲ要ス

(イ) 證人二人以上ノ立會アルコトヲ要ス法律ハ二人以上ト定メタルヲ以テ二人ノ證人ノ立會アレハ可ナリト雖モ二人以上ハ何人ニテモ其多キヲ厭ハサルモノナリ

(ロ) 遺言者カ遺言ノ趣旨ヲ公證人ニ口授スルコトヲ要ス遺言ノ趣旨ヲ口授スト云フヲ以テ遺言者ハ遺言ノ趣旨ヲ口授シ公證人ハ其趣旨ニ依テ遺言書ヲ調製スレハ可ナリ必スシモ遺言者ノ言フ所ヲ直チニ書取ルコトヲ要セス然レトモ口授ト云フ以上ハ必ス口頭ヲ以テ之ヲ公證人ニ告クサルヘカラス書面又ハ形容ヲ以テスルコトヲ得ス故ニ言語ヲ發スルコト能ハサル者ヘ公正證書ニ依テ遺言ヲ爲スコト能ハサルモノトス

(ニ) 公證人カ遺言者ノ口述ヲ筆記シ之ヲ遺言者及ヒ證人ニ讀聞カスコトヲ要ス(三) 遺言者及ヒ證人カ筆記ノ正確ナルコトヲ承認シタル後各自之ニ署名捺印

スルコトヲ要ス但遺言者ニ限リテハ署名スルコト能ハサルトキハ公證人其事由ヲ附記シテ署名ニ代フルコトヲ得故ニ證人ハ必ス自ラ署名捺印セサルヘカラス遺言ヘ公證人ノ附記ヲ以テ其署名ニ代フルコトヲ得ト雖モ捺印ハ必ス之ヲ爲スコトヲ要ス

(ホ) 公證人カ其證書ハ前記ノ要件ヲ具備シテ作ラシムルモノナル旨ヲ附記シテ之ニ署名捺印スルコトヲ要ス

三 秘密證書

第七十條ニ依レハ秘密證書ニ要スル條件左ノ如シ

(イ) 遺言者カ其證書ニ署名捺印スルコトヲ要ス遺言ノ文章ハ遺言者自ラ之ヲ書スルモ他人ヲシテ之ヲ書セシムルモ其自由ナリト雖モ署名捺印ハ遺言書自ラ之ヲ爲ササルヘカラス故ニ少クトモ自ラ署名ヲ爲スコトヲ得ル者ニアラザレハ秘密證書ニ依テ遺言ヲ爲スコト能ハス

(ロ) 證書中ノ挿入削除其他ノ變更ハ筆者其場所ヲ指示シ之ヲ變更シタル旨ヲ附記シ遺言者ハ之ニ署名シ且其變更ノ場所ニ捺印スルコトヲ要ス

(一) 遺言者カ其證書ニ對シ證書ニ用ヒタル印章ヲ以テ之ニ封印スルコトヲ要ス證書ニ用ヒタル印章ト異ナリタル印章ヲ以テ封印ヲ爲シタルトキハ其印章ハ遺言者ノ印章ナルコト明カナル場合ト雖モ證書ハ無効タルヲ免レス

(二) 遺言者カ公證人一人及ヒ證人二人以上ノ前ニ封書ヲ提出シテ自己ノ遺言書ナル旨及ヒ其筆者ノ氏名住所ヲ申述スルコトヲ要ス遺言者ハ自ら其封書ヲ提出スルコトヲ要ス他人ヲシテ代リテ提出セシムルコトヲ得ヌ又遺言者ハ其證書ハ自己ノ遺言書ナルコト及ヒ其筆者ノ氏名住所ヲ口頭ヲ以テ陳述セサルヘカラス但言語ヲ發スルコト能ハサル者ハ其證書ハ自己ノ遺言書ナル旨并ニ其筆者ノ氏名住所ヲ封書ニ自書シテ申述ニ代フルコトヲ要ス

(ホ) 公證人勿其證書提出ノ日附及ヒ遺言者ノ申述ヲ封紙ニ記載シタル後遺言者及ヒ證人ト共ニ之ニ署名捺印スルコトヲ要ス但言語ヲ發スルコト能ハサル者カ封書ニ自書シテ申述ニ代ヘタルトキハ公證人カ其方式ヲ踐ミタル旨ヲ封紙ニ記載シテ申述ノ記載ニ代フヘキモノトス

秘密證書ハ以上ノ要件ヲ具備スルコトヲ要スルカ故ニ其一ヲ缺クトキハ秘密

證書トシテハ其效力ナシト雖モ若シ其證書ニシテ自筆證書ノ方式ヲ具備スルトキハ自筆證書トシテ有效ナルモノナルヤ否ヤ佛民法ニ於テハ此場合ニ關スル明文ナシト雖モ學者其有效ナルコトヲ主張ス我民法ハ第七十一條ニ於テ明文ヲ以テ此事ヲ規定シタルヲ以テ我民法ニ於テハ何等ノ疑ナシ而シテ是レ頗ル當ヲ得タルノ事ト爲ス何トナレハ此ノ場合ニ於テハ遺言者ハ正シク遺言ヲ爲スノ意アリテ法律ノ認メタル方式ヲ以テ之ヲ表示シタルモノナルヲ以テ之ヲ有效トスルモ少シモ詐僞其他ノ不正行爲ノ目的ヲ達セシムルカ如キ莫ナキヲ以テナリ

遺言ヲ爲サント欲スル者ハ以上三種ノ方式中其一ニ從ヘハ有效ニ之ヲ爲スコトヲ得ヘント雖モ唯禁治産者カ遺言ヲ爲スニハ法律ハ特ニ例外ヲ設ケ必ス醫師二人以上ノ立會ヲ要スルコトト爲シ其醫師ハ證書又ハ證書ノ封紙ニ遺言者カ遺言ヲ爲ス時ニ於テハ心神喪失ノ狀況ニ在ラザリシ旨ヲ附記シテ之ニ署名捺印スヘキモノト爲シタリ民法ハ禁治産者ト雖モ本心ニ復シタル時ニ於テハ遺言ヲ爲スコトヲ得ルモノナリト爲スト雖モ元來禁治産者ナル者ハ裁判所ニ

於ラ心神ノ健全ナラサル者トシテ公認シタル者ナルカ故ニ此ノ如キ者ノ爲シタル遺言ハ其死後ニ至リ往々ニシテ理非ノ辨別ナクシテ爲シタル遺言ナリトシテ其效力ヲ否認スル者ヲ生シ紛議ノ因ト爲ルコトナキヲ保セス而シテ心神ノ回復シ居リタルヤ否ヤハ事後ニ於テ之ヲ判スルコト容易ナラサルヲ以テ法律ハ遺言ヲ爲ス時ニ於テ醫師ノ立會ヲ要スルモノト爲シ他日ノ紛議ヲ防キタルナリ但醫師ノ證明アルモ利害關係者ハ遺言者ハ當時心神喪失ノ狀況ニ在リタルコトヲ爭フヲ得サルニアラス唯之ヲ爭フニハ其證據ヲ舉ケサルヘカラス而シテ醫師ノ證明ニ對シテ反對ノ證據ヲ舉クルコトハ頗ル困難ナルカ故ニ第一千七百三條ハ後日ノ紛爭ヲ防クニハ最モ適當ノ規定ナリト謂ハサルヘカラス以上述フル如ク遺言ヲ爲スニハ場合ニ依リテ證人又ハ醫師ノ立會ヲ要スルモノナリ而シテ立會人ノ署名捺印ハ實ニ遺言書カ遺言者ノ眞意ニ出ツルモノナルコトヲ證スルモノナリ即チ證人又ハ立會人ノ遺言ニ於テハ最モ重大ナル任務ヲ爲スモノナリ故ニ事物ノ判斷ニ乏シキ者世人ノ信用ヲ失ヒタル者遺言ニ付キ利害ノ關係ヲ有スル者又ハ公證人ト親族關係ヲ有シ又ハ其勢力ノ下ニ在

ル者ノ如キハ遺言ノ證人又ハ立會人ト爲ルニ適セサルモノナリ是レ第一千七百四條カ左ニ記載スル者ヲ以テ遺言ノ證人又ハ立會人タル能力ナキモノト爲シタル所以ナリ

一 未成年者

二 禁治産者及ヒ準禁治産者

三 剝奪公權者及ヒ停止公權者

四 遺言者ノ配遇者

五 推定相続人受遺者及ヒ其配遇者并ニ直系血族

六 公證人ト家ヲ同クスル者及ヒ公證人ノ直系血族並ニ筆生雇人

右ハ法律ノ規定スル所ナルヲ以テ之ヲ法定ノ無資格者ト謂フコトヲ得ヘシ其他證人又ハ立會人タル任務ヲ盡スコト能ハサル者ハ事實上其資格ヲ有セサル者ナリ例ヘハ自ラ署名スルコト能ハサル者又ハ日本語ヲ解スル能ハサル者ノ如キハ法律ノ要スル條件ヲ充タス能ハサルカ故ニ事實上證人又ハ立會人ト爲ルコト能ハサルヘシ

第二款 特別方式

特別方式ハ特殊ノ事情ノ爲メ普通方式ニ從テ遺言ヲ爲スコト能ハサル場合及ヒ外國ニ在ルカ爲メ普通方式ニ定ムル公證人ノ存セサル場合ニ於テ從フヘキ方式ナリ

第一 特殊ノ事情アル場合ニ於ケル遺言

民法ハ左ノ場合ニ於テハ特殊ノ事情アリトシテ遺言ヲ特別方式ニ從ハメシタリ

- 一 疾病其他ノ事由ニ因リテ死亡ノ危急ニ迫リタル場合ニ遺言ヲ爲ストキ
- 二 傳染病ノ爲メ行政處分ヲ以テ交通ヲ遮斷セラレタル場所ニ在ル場合ニ於テ遺言ヲ爲ストキ

三 軍人及ヒ軍屬カ從軍中ニ於テ遺言ヲ爲ストキ

(イ) 從軍中死亡ノ危急ニ迫ラサルトキ

(ロ) 從軍中死亡ノ危急ニ迫リタルトキ

(四) 艦船中ニ在ル場合ニ於テ遺言ヲ爲ストキ

(イ) 無難ナル艦船中ニ在ルトキ

(ロ) 遭難ノ艦船中ニ在ルトキ

右ノ場合ニ踐行スヘキ手續ハ民法カ第七十六條乃至第八十五條ヲ以テ詳細ニ之ヲ規定シ且軍人軍屬ニ關シテハ特別法ヲ以テ遺言ノ確認ニ關スル手續ヲ定メ一讀直チニ其意義ヲ解スヘキヲ以テ茲ニハ説明ヲ省略ス

第二 外國ニ在ル場合ニ於ケル遺言

外國ニ在ル日本人ハ其國ノ法律ニ從テ遺言ヲ爲スコトヲ得ヘキハ無論ナリト雖モ我民法ニ從テモ亦之ヲ爲スコトヲ得ヘシ唯外國ノ公證人ハ我民法ノ所謂公證人ニアラサルカ故ニ民法ニ從ヒ公正證書又ハ秘密證書ヲ以テ遺言ヲ爲サント欲スルトキハ其地ノ公證人ニ依頼スルコト能ヘス故ニ法律ハ其便宜ヲ開キ我領事ノ駐在スル地ニ於テハ領事ヲ以テ公證人ノ職務ヲ行フヘキモノト爲シタリ

第三節 遺言ノ効力

第一款 總則

予ハ總則トシテ遺言ハ遺贈ニ關スルモノト否トヲ問ハス何レノ時ヨリ其効力

相續法

ヲ生スヘキヤヲ説明セサルヘカラス
 遺言ハ遺言者カ之ニ依テ死後處分ヲ爲スモノナルヲ以テ遺言者ノ生前ニ於テ
 ハ未タ確定セサルモノナリ隨テ遺言者ハ死亡ニ至ルマテハ自由ニ之ヲ取消シ
 又ハ之ヲ變更スルコトヲ得ルモノナリ即チ遺言ハ遺言者ノ最後ノ意思ナリ既
 ニ最後ノ意思ト云フ以上ハ遺言者ノ死亡ノ時ニ於ケル意思ナリト謂ハサルヘ
 カラサルカ故ニ遺言ノ効力ハ遺言者ノ死亡ノ時ヨリ發生スヘキコト當然ナリ
 是レ第一千八十七條カ遺言ハ遺言者ノ死亡ノ時ヨリ其効力ヲ生スト規定シタル
 所以ナリ故ニ遺言ヲ受ケタル者ハ遺言者ノ死亡スルマテハ何等ノ權利義務ヲ
 生セス唯或權利義務ヲ有スルニ至ルヘキ望アルニ過キス然レトモ遺言者ニシ
 テ死亡スルトキハ遺言ヲ受ケタル者ハ何等ノ意思ヲ表示スルコトヲ要セス法
 律ノ力ニ依リ當然遺言ノ示ス効力ヲ受クルモノナリ
 此原則ハ遺言ニ期限ヲ附シ又ハ解除條件ヲ附シタル場合ニ於テモ何等ノ例外
 ヲ有セス何トナレハ期限ハ法律行爲ノ執行ノ停止スルノミニシテ其成立ヲ停
 止セス解除條件ハ我民法ノ主義ニ從ヘハ法律行爲ノ成立ヲ妨クルモノニアラ

サルヲ以テナリ唯遺言ニ停止條件ヲ附シタル場合ニ於テ其條件カ遺言者ノ死
 亡後ニ成就シタルトキハ遺言ノ効力ハ遺言者ノ死亡ノ時ヨリ發生セスシテ條
 件成就ノ時ヨリ發生スルモノトス蓋シ民法ハ條件ハ遑及ノ力ナシト爲シタル
 ヲ以テ停止條件ハ法律行爲ノ成立其物ヲ停止スルヲ以テナリ其結果トシテ遺
 言者ノ死亡後停止條件ノ成就前ニ於テ相續人カ遺贈ノ目的物ヲ讓渡シ又ハ其
 上ニ物權ヲ設定シタルトキハ他日條件成就スルモ其讓渡又ハ物權ノ設定ハ有效
 ナルヲ以テ受遺者ハ相續人ニ對シ損害賠償ヲ求ムルノ外他ニ手段ナキモノトス

第二款 遺贈

第一 遺贈ニ對スル決意

一 決意ノ種類

甲 包括遺贈

第一千九十二條ニ依レハ包括受遺者ハ遺産相續人ト同一ノ權利義務ヲ有スル者
 ナルカ故ニ遺贈ノ承認又ハ拋棄ヲ爲スノ權利ニ付テモ遺産相續人ト全然同一
 ノ權利ヲ有スル者ナリ故ニ遺贈ニ對シテハ單純承認限定承認及ヒ拋棄ノ三者

相續法

中其一ノ決意ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ而シテ其手續ニ至テモ少シモ異ナル所ナキヲ以テ茲ニハ再說ノ勢ヲ取ラサルヘシ

乙 特定遺言

遺言ハ遺言者ノ死亡ト共ニ其效力ヲ生スルヲ以テ遺言者カ受遺者ニ與ヘント欲シタル財産ハ遺言者ノ死亡ト同時ニ其權利受遺者ニ移轉スルモノナリ然レトモ人ハ其意ニ反シテ利益ヲ強ヒラルルコトナキカ故ニ受遺者ハ其意思ヲ以テ遺言ヲ拒否スルコトヲ得ヘキハ無論ナリ故ニ特定遺言ニ對シテハ受遺者ハ之ニ對シテ二様ノ決意中其一ヲ選ミテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス即チ受遺者ハ遺贈ニ付キ法律ノ定ムル所ノ效力ヲ承認シテ之ヲ受クルカ又ハ之ヲ拋棄シテ法律ノ定メタル效力ノ發生ヲ拒ムカノ選擇權ヲ有スルモノナリ受遺者カ遺贈ヲ承認シタルトキハ遺贈者ノ死亡ノ時ヨリ其目的物ノ權利者ト爲ルヘク若シ又受遺者カ之ヲ拋棄シタルトキハ當初ヨリ受遺者ハ遺贈ノ目的物ニ關シテハ無關係者タリシモノト爲ルヘシ遺贈ノ承認ハ明示又ハ默示ニテ之ヲ爲スモノナリ明示ノ承認トハ受遺者カ明カニ遺贈ヲ承認スルノ意思ヲ表示スルコ

トヲ謂フ默示ノ承認トハ受遺者カ書面又ハ口頭ヲ以テ承認ノ意思ヲ表示セザルモ事實ヲ以テ之ヲ表示スル場合ヲ云フ左ノ場合ニ於テハ事實ヲ以テ承認ノ意思ヲ表示スルモノト謂フコトヲ得ヘキヲ以テ之ヲ默示ノ承認アルモノト看サルヘカラス

(イ) 受遺者カ遺贈ヲ承認スルニアラザレハ爲スコトヲ能ハサル行爲ヲ爲シタルトキ 例ヘハ受遺者カ遺贈ノ目的物ノ全部又ハ一部ヲ處分シタルトキハ默示ノ承認ナリ何トナレハ受遺者カ遺贈ヲ承認スルニアラザレハ其目的物ヲ處分スルノ權利ヲ有セザルヲ以テナリ

(ロ) 遺贈義務者其他ノ利害關係人ヨリ承認又ハ拋棄ヲ爲スコトニ付キ催告ヲ受ケタルニ拘ハラズ受遺者一定ノ期間内ニ決意ヲ表示セザルトキ 法律ハ遺贈ニ付テハ決意ヲ表示スヘキ期間ヲ定メサリシヲ以テ受遺者ニシテ其意思ヲ表示スルコトヲ怠ルトキハ遺贈義務者其他ノ利害關係人ハ受遺者カ如何ナル態度ニ出テタルヤヲ知ルコト能ハスシテ爲メニ迷惑ヲ感スヘシ民法ハ或人ノ意思表示ニ因テ法律上ノ地位ノ確定ヲ生スヘキ場合ニハ常ニ利害關係者ヲシ

テ催告ヲ爲スコトヲ得セシメタルヲ以テ此場合ニ於テモ遺贈義務者又ハ其他ノ利害關係人ヲシテ相當ノ期間ヲ定メ受遺者ニ對シテ其決意ヲ表示スヘキコトヲ催告スルコトヲ得セシメタリ而シテ此ノ如キ催告アリタルニモ拘ハラス受遺者カ其期間内ニ決意ヲ表示セザルトキハ受遺者ハ遺贈ヲ承認シタルモノト看做サルヘシ蓋シ遺贈ノ目的物ハ法律ノ力ニ由リ遺言者ノ死亡ト共ニ受遺者ニ歸シタルモノナルカ故ニ受遺者カ之ヲ拋棄スヘキコトヲ明言セザル限りハ之ヲ承認シタルモノト看ルヘキコト事ノ自然ニ適合スルヲ以テナリ

遺贈ノ拋棄ハ必ス明示ノ意思ヲ以テセザルヘカラス何トナレハ權利ノ拋棄ハ推定セザルハ法律ノ原則ナルヲ以テナリ然レトモ法律ハ別ニ拋棄ノ手續ヲ定メサルヲ以テ相續ノ拋棄ノ如ク之ヲ裁判所ニ申述スルコトヲ要セス唯明カニ拋棄ノ意ヲ表示スレハ足レリ但他日ノ證據ヲ存スル爲メニハ利害關係者ハ必ス書面ヲ以テ拋棄ノ意ヲ表示セシメ置クヲ便トスヘシ

受遺者カ遺贈ノ承認又ハ拋棄ヲ爲サスシテ死亡シタルトキハ其相續人ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ蓋シ相續人ハ被相續人ノ有スル一切ノ權利義務

ヲ承繼スルモノナルカ故ニ遺贈ノ目的物ニ付テハ選擇ヲ爲スノ權ヲ伴ヒタル儘ニテ之ヲ繼承スルモノナルヲ以テナリ而シテ相續人多數ナルトキハ各其相續權ノ範圍内ニ於テ各別ニ其決意ヲ表示スルコトヲ得ルモノトス此事タル予ハ頗ル至當ノ規定ナリト信スルト雖モ立法者カ相續ニ付キ之ト同一ノ規定ヲ設クサリシハ予ノ大ニ惜ム所ナリ但茲ニ述フル所ハ遺言者カ此事ニ付キ何等ノ意思ヲ表示セザル場合ニ付テ言フノミ若シ別段ノ意思ヲ表示シタルトキハ之ニ從フヘキハ勿論ナリ

二 決意ノ取消

遺贈ニ對スル決意ハ單獨行爲ナルヲ以テ相續ニ對スル決意ト同シク一タヒ之ヲ表示スルトキハ直チニ其效力ヲ發生シ遺贈義務者其他利害關係者ト遺贈トノ關係ヲ確定スルモノナリ故ニ一タヒ發表シタル決意ハ之ヲ取消スコトヲ得サルモノナリ何トナレハ遺贈ニ對スル承認又ハ拋棄ヲ取消ストキハ或人ノ單獨意思ヲ以テ他人ノ既得權又ハ既得ノ利益ヲ害スルコト爲ルヘキヲ以テナリ然レトモ相續ニ於テモ意思ニ缺點アルトキハ取消ヲ許シタル如ク遺贈ニ對

スル決意モ亦缺點アルトキハ之ヲ取消スコトヲ得ヘキハ當然ナリ故ニ遺贈ノ承認又ハ拋棄シテ第一編及ヒ第四編ニ於テ取消ヲ許スカ如キ狀態ノ下ニ於テ表示セラレタルトキハ其規定ニ從テ之ヲ取消スコトヲ得ルモノナリ

第二 遺贈ノ效力

甲 包括遺贈

包括受遺者ハ遺産相續人ト同一ノ權利義務ヲ有スルカ故ニ遺言者ノ權利義務ニシテ性質上他人ニ移轉スルコト能ハサルモノノ外ハ悉ク之ヲ承継スルモノナリ而シテ戸主カ遺産相續人タル場合ニシテ遺言者カ全財産ヲ遺贈シタル場合ノ外ハ受遺者ハ其受贈部分ヲ以テ相續人ト共ニ相續財産ヲ共有スルモノナリ故ニ民法ニ遺産相續人ニ付キ遺産ノ分割ニ關シ規定シタル所ニ依リ相續人ト共ニ遺産ノ分割ヲ爲スヘキモノトス且受遺者ハ其受贈部分ニ應ジテ遺言者ノ義務ヲ負擔スト雖モ遺贈ニ對シテ單純承認ヲ爲シタルト限定承認ヲ爲シタルトニ因リ其效力ノ自ラ異ナル所アルコトハ全ク遺産相續人ニ關シテ述ヘタル所ト同一ナルヲ以テ説明ヲ省略ス

乙 特定遺贈

特定遺贈ハ遺言者ノ死亡ノ時ヨリ遺贈ノ目的タル權利ヲ受遺者ニ取得セシムルモノナリ但遺贈ニ停止條件ヲ附シタル場合ニ於テ遺言者カ死亡前ニ條件成就セザリシトキハ遺贈ハ條件成就ノ時ヨリ其目的タル權利ヲ受遺者ニ與フルモノナリ此效力ノ結果トシテ他ノ種々ノ效力ヲ生ス左ニ區別シテ簡短ニ其説明ヲ爲サントス

一 期限附又ハ停止條件附遺贈ヲ受ケタル者ノ擔保請求權

遺贈ニ期限ヲ附シタル場合ニ於テモ其效力ハ遺言者ノ死亡ノ時ヨリ生スルモノナリ唯期限アルトキハ遺贈ノ辨濟ハ期限ノ到來スルマテハ之ヲ請求スルコト能ハサルモノトス然ルニ遺贈ノ目的物ハ既ニ受遺者ノ有ニ歸シタルモノナルカ故ニ早晚受遺者ニ引渡ササルヘカラス故ニ遺贈義務者ハ往々其保存ニ注意セシム時トシテ之ヲ處分スルコトナシトセス一方ニ於テハ遺贈ノ辨濟ヲ請求スルコトヲ得ス他ノ一方ニ於テハ遺贈ノ目的物ハ毀損消滅ノ虞アルカ故ニ法律ハ受遺者ヲ保護スルカ爲メ之ヲシテ辨濟期ノ到來スルマテハ遺贈義務者ニ

對シテ相當ノ擔保ヲ請求スルコトヲ得セシメタリ停止條件附遺贈ニ至テハ條件成就ニ至ルマテハ效力發生セサルモノナリト雖モ條件成就スレハ受遺者ニ歸スヘキ望アルモノナリ故ニ停止條件ノ下ニ在ル受遺者モ亦遺贈ノ目的物ヲ毀損消滅セサルコトニハ大ナル利害關係ヲ有スルモノナリ殊ニ停止條件成就前ニ於テ遺贈義務者カ遺贈ノ目的物ヲ處分スルトキハ期限附ノ場合ト異ナリ其處分ハ有效ナルヲ以テ此ノ如キ受遺者ハ特ニ擔保ヲ要求スルニ於テ利害ヲ感スルモノナリ故ニ法律ハ停止條件附遺贈ニ付テモ亦條件成就前ニ於テハ擔保ヲ請求スルコトヲ許シタリ

二 受遺者ノ果實取得權

受遺者ハ遺言者ノ死亡ノ時又ハ停止條件成就ノ時ヨリ遺贈ノ目的物ノ權利者ト爲ルカ故ニ果實ハ其時ヨリ權利者タル受遺者ニ歸セシムルハ當然ナリ但遺贈ニ期限アルトキハ期限前ニ於テハ受遺者ハ權利ヲ實行スルコト能ハサルカ故ニ其結果トシテ果實モ亦之ヲ取得スルコト能ハス故ニ期限附遺贈ニ附テハ期限ノ到來シタル時ヨリ始メテ果實ハ受遺者ニ歸スルモノナリ

三 受遺者ノ費用償還義務

遺言カ效力ヲ生スルトキハ遺贈ノ目的物ハ受遺者ニ歸スルモノナルヲ以テ遺贈義務者ハ引渡前ニ於テハ受遺者ノ爲メニ之ヲ保管スルモノナリ故ニ其目的物ニ付キ遺贈義務者カ費用ヲ出シタルトキハ受遺者ハ之ニ對シテ償還ヲ爲サルヘカラス第千九十五條ハ此場合ニ第二百九十九條ヲ準用シタルヲ以テ必要費ニ關シテハ其支出額ヲ償還スルコトヲ要シ有益費ニ關シテハ價格ノ增加カ現存スル場合ニ限り其支出シタル金額又ハ増價格ヲ償還スヘキモノナリ而シテ法律ハ單純ノ遺贈ト期限附又ハ條件附遺贈トヲ區別スルコトヲ爲サザルカ故ニ第千九十五條第一項ノ規定ハ執レノ遺贈ニモ適用セラルヘキモノナリ受遺者ハ果實ヲ取得スル者ナルヲ以テ果實ヲ收取スル爲メニ要スル費用ハ受遺者ニ於テ之ヲ負擔セサルヘカラス故ニ遺贈義務者カ果實ヲ收取スルカ爲メニ出シタル必要費ハ受遺者ニ於テ之ヲ償還スルコトヲ要ス但受遺者カ此費用ヲ負擔スルハ受遺者自ラ收取スル場合ニ於テモ之カ支出ヲ免レサルモノナルヲ以テナルカ故ニ償還額ハ自ラ次ノ制限ヲ受クヘキモノトス即チ一ハ遺贈義務

務カ通常要スル費用以外ニ多額ノ費用ヲ支出シタルトキハ受遺者ハ唯通常ノ必要費ノミヲ支出スヘキモノニシテ他ノ一ハ必要費カ果實ノ價格ヲ超ユルトキハ果實ノ價格ヲ限度トシテ償還スヘキモノナルコト是ナリ
 第一千九十五條第二項ハ何等ノ區別ヲ爲サスト雖モ果實ヲ取得セザル者カ果實ヲ取得スルカ爲メニ要スル費用ヲ負擔スルノ理由ナキカ故ニ同項ハ果實ヲ取得スル受遺者ニアラサレハ適用ナキモノナルコトハ規定ノ精神上疑ヲ容レザル所ナリ

四 遺贈ノ目的

子 遺贈ノ目的物ハ遺言者ノ死亡ノ時ニ於ケル現狀ヲ以テ引渡ツルヘキモノナリ 遺贈ハ遺言者ノ最後ノ意思ヲ以テ其財産ヲ處分スルモノナルヲ以テ遺言者カ遺贈ヲ爲スノ意ハ其死亡ノ時ニ於ケル其財産ノ現狀ニテ其權利ヲ受遺者ニ取得セシムルニ在ルモノト謂フコトヲ得ヘシ隨テ左ニ記載スルカ如キ結果ヲ生スルコトヲ認メザルヘカラス

(イ) 遺言者カ遺贈ノ目的物ノ上ニ加ヘタル改良ニ因ル利益ハ當然受遺者ニ歸

モ附加セザルコトノ誓ヲ爲サシメ且ツ宣誓者ニ偽證ノ罰アルヲ示シテ證人ヲシテ私情ノ爲メ偽證ノ罰ヲ犯スニ至ルコト勿ラシムヘシ但證人ノ宣誓ハ證言前ニ於テスルヲ原則トス然レトモ宣誓ヲ爲サシムヘキモノナルヤ否ヤニ付キ疑アル場合等ニ於テハ證言ヲ爲サシメタル後宣誓ヲ爲サシムルコトヲ得此場合ニ於テハ證人ハ良心ニ從ヒ何事ヲモ默秘セス又何事ヲモ附加セザリシコトノ誓ヲ爲スヘシ

宣誓ヲ爲サスシテ爲シタル證言ハ證據トシテ裁判上採用スルコトヲ得ス換言セハ宣誓ヲ爲スヘキ者カ宣誓ヲ爲サスシテ爲シタル證言ハ法律ノ規定ニ反スルモノナルカ故ニ證言ノ效力ヲ有セシムルヲ得ス
 然レトモ第四百十條ノ規定ニ依レハ裁判所ニ於テ證人カ眞實ヲ陳述スルヤ否ヤニ付キ疑ヲ存スル場合ニ於テハ宣誓ヲ爲サシメスシテ參考ノ爲メ之ヲ訊問スルヲ許シタリ蓋シ第三百十條ニ揭クル幼年者刑事上ノ判決ニ因リ公權ヲ剝奪又ハ停止セラレタル者精神上ノ發達ヲ缺キタル者證言拒絕ノ權利ヲ有シナカラ之ヲ行ハサリシ者及ヒ訴訟ノ結果ニ付キ直接ニ利害ノ關係ヲ有スル者ハ

證人タルコトヲ得サル者ニ非サルモ其言フ所必スシモ眞實ナリト信スルヲ得サルトキハ敢テ宣誓ヲ爲サシメサル可カラサルニ非ス而シテ宣誓ヲ爲サシテ爲シタル陳述ハ證據ノ效力ナシト雖モ裁判所ハ之ヲ以テ心證ヲ得ルノ材料ト爲サテ得ヘシ然レトモ其效力タルヤ宣誓ノ上爲シタル證言ニ比スレハ固ヨリ不完全ナルモノナルコト明カナリ

證人ノ訊問ハ證人ニ其氏名年齢身分職業及ヒ住所ヲ問フヲ以テ始マル右ノ事項ニ付テノ訊問ハ證人ノ人違ナラサルヤ否ヤヲ確ムルモノニシテ證言ノ一部ヲ爲スモノナリ故ニ右事項ニ付テノ訊問モ亦宣誓ノ後之ヲ爲サシメサル可カラス但宣誓ヲ爲サシムヘキヤ否ヤハ證人ノ人違ナラサルコト及ヒ證人ト當事者トノ間ニ存スル關係ヲ明カニシタル後ニ非サレハ之ヲ定ムルヲ得ス故ニ第三百六條ノ規定ニ從ヒ呼出狀等ヲ携帯セシメ以テ其人違ナラサルコトヲ確メ然ル後宣誓ヲ爲サシムルモノトス然レトモ必要ナル場合ニ於テハ其氏名職業等其他當事者ノ關係ニ付キ訊問ヲ爲シタル後始メテ宣誓ヲ爲サシムヘキコトアリ此ノ如キ場合ニ於テハ已ニ訊問ヲ爲シタル後ト雖モ宣誓後ニ於テ

ハ尙ホ其事項ニ付キ更ニ訊問ヲ爲スヲ正則トス

證人ノ訊問ハ後ニ訊問スヘキ證人ノ在ラサル場合ニ於テスヘキモノナルコトハ第三百十一條ノ規定スル所ナリ故ニ證人カ宣誓ヲ爲シタル後爲ス所ノ答辯ハ後ニ訊問スヘキ證人ノ在ラサル場所ニ於テスヘシ隨テ宣誓ノ後爲ス所ノ證人ノ氏名職業等ニ付テノ訊問モ亦後ニ訊問スヘキ證人ノ在ラサル場所ニ於テスヘシ但シ已ニ訊問シタル證人ハ後ニ訊問スル所ノ證人ト同一ノ場所ニ居ルコトヲ得ルノミナラス二人ノ證言相齟齬スルコトアルトキハ證人ノ再訊問ヲ命シ之ヲ對質セシムルコトヲ得

證人ノ訊問事項ニ付テノ答辯ハ單ニ然リ若クハ然ラストノ言語ヲ以テセシムヘキモノニ非スシテ其訊問事項ニ付キ明ナル答辯ヲ爲サシムヘキノミナラス必要ナル場合ニ於テハ其答辯ニ牽連シテ知りタル事實ヲモ併セテ供述セシムルヲ得蓋シ證人ノ訊問ハ口頭審理ノ原則ニ基クモノナルヲ以テ證人ノ答辯ハ必ス口頭ヲ以テ爲スヘシ故ニ算數等ニ關スルモノヲ除クノ外ハ書類ヲ朗讀シ若クハ覺書ヲ用フルヲ得ス

證人ノ訊問ヲ爲スハ裁判長ノ職權ニ屬ス而シテ陪席判事モ亦裁判長ノ許ヲ得テ發問ヲ爲スヲ得之ニ反シ當事者ハ自ラ證人ニ對シ訊問ヲ爲スコトヲ得スシテ必要ナル事項ニ付キ證人ノ答辯ヲ得ント欲セハ其事項ニ付キ訊問ヲ爲サンコトヲ裁判長ニ求メサル可カラズ

證人ハ必要ナル場合ニ於テハ再訊問ヲ爲スコトヲ得而シテ新ナル期日ニ於テ再訊問ヲ爲スヘキトキハ裁判長ニ於テ之ヲ命スルコトヲ得スシテ裁判所ノ決定ニ依ルヘシ

證人ノ再訊問ヲ必要トスル場合ハ第三百十七條ニ於テ之ヲ例示セリ即チ同條第一號乃至第四號ノ場合ノ如キ是ナリ

證人訊問ノ場所

第二百七十三條ノ規定ニ依レハ證據調ハ受訴裁判所ニ於テ之ヲ爲スヲ通例ト爲スモノナルカ故ニ證人ノ訊問モ亦受訴裁判所ニ於テ裁判所自ラ之ヲ爲スヘシ然レトモ左ノ場合ニ於テハ受訴裁判所ニ於テ爲スコトヲ得ス

第一 皇族證人ナルトキ

皇族ヲ證人トシテ訊問スヘキ必要ノ生シタルトキハ裁判所ハ皇族ヲ裁判所ニ呼出スコトヲ得スシテ其御所在ニ付キ訊問スヘシ是レ皇族ニ對シ敬意ヲ表スルニ外ナラス故ニ皇族御住居ノ土地ノ裁判所カ皇族ヲ證人トシテ訊問スヘキコトヲ決定シタルトキハ受命判事ヲシテ其御住居ニ就キ訊問スヘク又御旅行等ノ場合ニ於テハ其御滞在ノ區裁判所ニ囑託シ受託判事ヲシテ其御所在ニ就キ訊問スヘシ

第二 國務大臣證人タルトキ

國務大臣ハ國家ノ重任ヲ負フモノナルヲ以テ職務上暫クモ其官廳ノ所在ノ地ヲ離ル可カラス故ニ證人トシテ訊問スルノ必要アルモ其官廳所在地以外ノ場所ニ之ヲ召喚スルヲ得スシテ必ス其官廳所在地ニ於テ訊問スヘシ故ニ其官廳所在地以外ノ地ノ裁判所ニ於テ證人トシテ之ヲ訊問スルコトヲ決定シタルトキハ裁判所ハ受託判事ヲシテ其官廳所在地裁判所ニ於テ訊問セシムヘシ若シ國務大臣官廳所在地以外ニ滞在スルトキハ其現在地ノ裁判所ニ於テ訊問スヘシ

第三 議會ノ議員證人タルトキ

帝國議會ノ議員モ亦國家ノ重任ヲ負フモノナルヲ以テ之カ訊問ヲ爲ス爲メ帝國議會所在地以外ニ召喚スルトキハ之カ爲メ議員タルノ職務ヲ完フスルコト能ハサルニ至ルコトアリ故ニ之カ訊問ヲ爲スニハ其議會所在地即チ多クノ場合ニ於テハ東京ノ裁判所ニ於テスヘシ但議會開會ノ期間ニ非サルトキハ一般證人ノ例ニ從ヒ訊問ヲ爲ス

以上三種ノ證人ニ關スル規定ハ證人ノ資格若クハ其職務上ヨリ來ルモノナルカ故ニ裁判所ハ右ノ規定ニ從ハサルヲ得ス之ニ反シ左ノ場合ニ於テハ裁判所ハ自ラ其裁判所ニ於テ訊問ヲ爲スヲ得ルモノナルモ適當ト認メタル場合ニ於テハ受命判事又ハ受託判事ヲシテ訊問ヲ爲サシムルコトヲ得第三一八條

第一 眞實ヲ探知スル爲メ現場ニ就キ證人ヲ訊問スルノ必要アルトキ
例ヘハ土地ノ經界ニ付テノ證言ヲ得ル爲メ其現場ニ就キ訊問ヲ爲スノ必要アルトキ又ハ建築等ニ付テノ證言ニシテ其建築場ニ付キ説明ヲ要スルカ如キ場合ニ於テハ裁判所ハ受命判事又ハ受託判事ヲシテ其場所ニ於テ證人ノ訊問ヲ

爲サシムルコトヲ得

第二 證人カ疾病其他ノ事故ノ爲メ受訴裁判所ニ出頭スルコト能ハサルトキ證人カ疾病ノ故ヲ以テ裁判所ニ出頭スル能ハサルトキハ裁判所ハ證人カ裁判所ニ出頭スルコトヲ得ル迄之カ訊問ヲ延期スルヲ得ルモ直チニ訊問ヲ爲スヲ必要トスル場合ニ於テハ受命判事又ハ受託判事ヲシテ其所在ニ就キ訊問ヲ爲サシムルコトヲ得

第三 證人カ受訴裁判所ニ出頭スル爲メ不相應ノ費用及ヒ時日ヲ要スルトキ證人カ裁判所ニ出頭スルカ爲メ不相應ノ費用ヲ要シタルトキハ其費用ハ後日舉證者ヨリ償還ヲ求ムルヲ得ルモ該償還ハ證言ヲ爲シタル後ニ非サレハ之ヲ受取ルヲ得ス故ニ證人ヲシテ多額ノ費用ヲ立替ヘシムルハ證人ノ爲メ甚タ迷惑タリ加之證人カ出頭ノ爲メ少ナカラサル時日ヲ消費スルカ如キハ證人ノ爲メ甚タ不利益ナルモノナルカ故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ受命判事又ハ受託判事ヲシテ其所在ニ就キ訊問ヲ爲サシムルコトヲ得

第四目 證人義務違背ノ制裁

第二百八十九條ニ於テ何人ヲ問ハス法律ニ別段ノ規定ナキ限りハ民事訴訟ニ關シ裁判所ニ於テ證言スルノ義務アルコトヲ規定セリ然ラハ則チ證人タルノ義務中ニハ裁判所ニ出頭スルコト及ヒ證言ヲ爲スコトノ二個ノ義務ヲ包含ス故ニ證人トシテ裁判所ニ出頭セサルトキハ則チ裁判所ニ出頭スルノ義務ニ背キタルモノナリ又裁判所ニ出頭シタル上證言ヲ爲ササルトキハ證言ヲ爲スノ義務ニ違背スルモノナリ而シテ前ノ場合ニ於テハ證人ハ第二百九十四條ニ規定シタル制裁ヲ受ケ後ノ場合ニ於テハ第三百二條ニ定メタル制裁ヲ受ケ證人カ裁判所ニ出頭スルノ義務ニ違背シタルカ爲メ第二百九十四條ノ制裁ヲ受ケタルニハ左ノ二條件ヲ要ス

第一 合式ニ呼出サレタルコト

合式ニ呼出サレルトハ證人カ第二百九十二條ニ規定シタル條件ヲ具備スル呼出狀ヲ送達ノ規定ニ從ヒ受取りタルコトヲ云フ若シ其呼出狀カ不合式ノモノナルトキ又ハ送達ノ規定ニ反シタルモノナルトキハ法律上該呼出ハ其效力ヲ有セサルモノナリ

第二 正當ノ理由ナクシテ出頭セザリシコト

證人カ出頭シタルモノナルヤ否ヤヲ定ムルノ時期ハ事件ノ呼上ヲ以テ定ムルハ故ニ事件呼上ノ當時ニ於テ未ダ證人ノ出頭セサルトキハ則チ證人ノ出頭セサルモノト看做ササル可カラズ然レトモ證人カ遲參シタル場合ニ於テ裁判所カ未ダ罰金等ノ言渡ヲ爲ササルトキハ敢テ故ラニ其言渡ヲ爲ササルモノトス

右説明ノ如ク證人タル者カ二個ノ條件ヲ具備スルトキハ裁判所ハ第二百九十四條ノ規定ニ從ヒ費用ノ賠償及ヒ二十圓以下ノ罰金ヲ言渡スモノトス故ニ舉證者ニ於テ其後ニ至リ證人ノ申請ヲ拋棄シタルトキト雖モ尙ホ裁判所ハ費用ノ賠償及ヒ罰金ノ言渡ヲ爲スヘシ然レトモ證人カ出頭セザリシ原因タルヤ天災若クハ不可抗力ノ爲メナリレトキ例ヘハ病氣ノ爲メ出頭スルヲ得ザリシトキノ如キハ之ヲ以テ證人ノ過失ト爲スヲ得ス随テ罰金等ノ言渡ヲ爲ス故ニ證人カ前以テ其理由ヲ開陳シ而シテ裁判所ハ其理由ヲ正當ト認メタルトキハ縱令出頭セサルモ罰金等ノ言

渡ヲ爲ササルモノトス
 又其罰金等ノ言渡ヲ爲シタル後正當ノ理由ニ因リ出頭スル能ハサリシコトヲ
 書面又ハ口頭ヲ以テ申出テ罰金等ノ取消ヲ求メ而シテ裁判所ハ其理由ヲ正當
 ナリト爲シタルトキハ既ニ言渡シタル決定ヲ取消スヘシ
 證人カ右ノ費用賠償及ヒ罰金ノ言渡ヲ受ク而シテ新ニ定メタル期日ニ於テ尙
 ホ出頭セザルトキハ更ニ費用ノ賠償及ヒ罰金ノ言渡ヲ爲スヘク又必要ナル場
 合ニ於テハ其證人ヲ勾引シテ出頭セシムルコトヲ得然レトモ證人ノ勾引ヲ命
 スルニハ證人タル者カ前ニ費用賠償及ヒ罰金ノ言渡ヲ受クタルニ拘ハラス尙
 ホ出頭セザリシ場合ニ限ルモノニシテ證人カ出頭セザリシモ費用ノ賠償及ヒ
 罰金ノ言渡ヲ爲ササリシ場合ニ於テハ縱令再度ノ闕席ノ場合ニ於テモ之カ勾
 引ヲ命スルコトヲ得ス但右賠償及ヒ罰金ノ言渡並ニ勾引ヲ命スル決定ニ對シ
 テハ證人ハ抗告ヲ爲スヲ得而シテ該抗告ハ之カ執行ヲ停止スル效力ヲ有ス
 豫備後備ノ軍籍ニ在ラサル軍人軍屬カ證人トシテ出頭セザリシトキハ該所爲
 タルヤ寧ロ所屬ノ長官又ハ隊長ノ命令ニ違背スルモノニシテ軍規ヲ犯スモノ

ナリ故ニ軍法會議ノ管轄ニ屬スヘク隨テ罰金等ノ言渡及ヒ勾引ノ命令並ニ之
 カ執行ハ總テ軍法會議ニ囑託シテ之ヲ爲スヘシ
 證人カ裁判所ニ出頭シタル上證言ヲ爲スコトヲ拒ミタルトキハ第三百二條ノ
 規定ニ從ヒ費用ノ賠償及ヒ四十圓以下ノ罰金ヲ言渡スヘキモノトス
 證人カ證言ヲ拒ムニハ或ハ之カ原因ヲ開示セス或ハ之カ原因ヲ開示シテ之ヲ
 爲スコトアリ而シテ原因ヲ開示セスシテ證言ヲ拒ミタルトキハ即チ第三百二
 條ヲ適用スヘク若シ原因ヲ開示シテ證言ヲ拒ミタルトキハ先ツ其原因ノ當否
 ヲ判定シタル後ニ非サレハ該條ヲ適用スルヲ得ス即チ裁判所ニ於テ其原因正
 當ナリトスルトキハ費用ノ賠償及ヒ罰金ヲ言渡スヲ得ス之ニ反シ其原因正當
 ナラスト決定シタル後ニ於テモ尙ホ證人カ證言ヲ拒ミタルトキハ所謂無原因
 ニテ證言ヲ拒ムモノナルヲ以テ該條ニ依リ罰金等ノ言渡ヲ爲スヘシ
 右罰金等ノ言渡ニ對シテハ證人ヨリ抗告ヲ爲スヲ得而シテ其抗告ハ執行停止
 ノ效力ヲ有ス

豫備後備ノ軍籍ニ在ラサル軍人軍屬カ證言ヲ拒ミタルトキハ證人トシテ裁判

所ニ出頭セザルトキト同シク罰金等ノ言渡及ヒ其執行ハ軍法會議ニ囑託シテ之ヲ爲ス

之ヲ要スルニ證人カ其義務ニ違背シタルトキハ三回罰金等ノ言渡ヲ受クルコトアリ即チ證人初メ裁判所ニ出頭セザルトキハ第二百九十四條ニ依リ罰金等ノ言渡ヲ受ケ而シテ再度出頭セザルトキハ同條ニ依リ再ヒ罰金等ノ言渡ヲ受ケ又勾引ヲ命セラレテ出頭シタル上證言ヲ拒ミタルトキハ更ニ第三百二條ノ規定ニ依リ罰金等ノ言渡ヲ受クルモノトス

義務ヲ怠リタル證人ニ對シ右説明シタル所ノ制裁ヲ與ヘ又ハ之ヲ取消スノ權利ハ受命判事及ヒ受託判事モ亦之ヲ有ス故ニ受命判事又ハ受託判事ニ於テ其職務ノ執行上證人ヲ訊問スルニ當リ證人カ其義務ニ違背シタルトキハ或ハ罰金等ノ言渡ヲ爲シ證人ヲ勾引シ又ハ已ニ言渡シタル罰金等ノ決定ヲ取消スノ權利ヲ有ス

第二則 鑑定

凡ソ當事者間ニ於テ爭ト爲リタル事實ニシテ判決ニ關係ヲ有スルモノハ裁判

所ニ於テ之ヲ判定スルノ義務ヲ有ス然レトモ事實ヲ判定スルニ當リテヤ時々或ハ専門ノ智識技能ヲ要スルコトアリ例ヘハ筆蹟ノ同一ナルヤ否ヤ印影ノ同一ナルヤ否ヤ其他鑽石ノ性質等ニ付テハ普通ノ智識ヲ以テ之ヲ判定シ得ヘキモノニ非スシテ其職ニ從事シ必要ナル經驗又ハ學識ヲ有スル者ニ非サレハ容易ニ之カ判定ヲ爲スヲ得ス故ニ裁判官チシテ自ラ此等ノ事實ヲ判定セザルハ萬能ヲ一人ニ責ムルモノニシテ到底望ミ得ヘキ事ニ非ス是ニ於テカ即チ裁判所ニ於テ此等ノ事實ノ判定ヲ爲スニハ特別ノ智識技能ヲ有スル者ノ助力ヲ得サル可カラサルニ至ル之ヲ鑑定ト云フ

然ラハ即チ鑑定人ナル者ハ或ル事實ニ付キ已レノ有スル特別ノ智識又ハ技能ニ基キ鑑定ヲ爲シ以テ裁判所ノ判決ノ準備ヲ爲スモノニシテ即チ裁判官ヲ補助スルモノナリ

第一 裁判所ハ職權ヲ以テ鑑定ヲ命スルコトヲ得第一一七條

鑑定ハ裁判官ノ補助ト看做スヘキモノナルカ故ニ假令當事者ヨリ鑑定ノ申立ヲ爲サザリシトキト雖モ裁判所ハ職權ヲ以テ鑑定ヲ命スルコトヲ得但裁判所

ニ於テ職權上鑑定ヲ命シタルトキハ其手續ハ當事者ノ申立ニ因リ鑑定ヲ爲サシムルト同一ノ手續ニ依ル

第二 鑑定人ノ指定及ヒ員數ハ裁判所ニ於テ之ヲ定ム

鑑定ノ結果ハ裁判所ニ於テ必スシモ之ヲ遵守スルノ義務ヲ有セス如何トナレハ鑑定モ亦一ノ證據ニ外ナラザレハナリ然レトモ裁判所カ鑑定ヲ爲サシムルノ必要ヲ認メテ之ヲ命スル所以ハ其結果ニ依リ己レノ考覈ヲ確メントスルニ過キス然ラハ則チ自ラ信スルニ足ルト認メタル者ヲシテ之カ鑑定ヲ爲サシムルハ最モ適當ノコトナリトス

然レトモ裁判所ハ鑑定人ノ選定ヲ當事者ニ委スルコトヲ得而シテ當事者カ合意上其鑑定人ヲ指定シタルトキハ裁判所ハ其指定シタル者ヲ鑑定人ト爲サシムルヲ得ス但其員數ニ至リテハ裁判所ハ職權ヲ以テ之ヲ制限スルヲ得

第三 裁判所ハ自由ナル意見ニ依リ再鑑定ヲ命スルコトヲ得

鑑定ノ結果ノ採否ハ裁判所ニ於テ自由ナル意見ニ依リ之ヲ定ムルモノニシテ數名ノ鑑定人カ同一ノ意見ヲ陳ヘタルトキニ於テモ尙ホ裁判所ハ其結果ヲ排

斥スルコトヲ得然テハ則チ裁判所ニ於テ鑑定ノ結果カ不充分ナリト判定シタルトキハ同一ノ鑑定人又ハ他ノ鑑定人ヲシテ再ヒ鑑定ヲ爲サシムルコトヲ得ルナリ

第四 裁判所ハ當事者ヨリ提出シタル鑑定ノ申出ニ拘束セラルルコトナシ裁判所ニ於テ鑑定ヲ要スルハ自ラ係争事實ヲ判定スルニ必要ナル智識ヲ有セサルニ因ル故ニ裁判官ニ於テ自ラ其智識ヲ有スル場合ニ於テハ敢テ鑑定ヲ命スルノ要ナキモノナリ

右ノ外鑑定ノ手續ニ付テハ總テ人證ニ付テノ規定ヲ適用スルモノトス然レトモ性質上兩者ノ間差異ヲ生スヘキモノナルトキ又ハ特別ノ規定アル場合ニ於テハ固ヨリ其規定ニ依ラサル可カラス例ヘハ證人タルノ義務ハ何人モ之ヲ有スレトモ鑑定ハ何人ニテモ之ヲ爲シ得ルモノニ非サルカ故ニ鑑定ノ義務ヲ有スル者ハ法律上左ノ三種ノ者ニ制限シアリ

第一、或種類ノ鑑定ヲ爲ス爲メ特ニ任命セラレタル者
第二、鑑定ヲ爲スニ必要ナル學術技藝若クハ職業ニ當ニ従事スル者又ハ之

カ爲メ任命セラレ若クハ授權セラレタル者

第三 鑑定ヲ爲スヘキ旨ヲ裁判所ニ於テ述ヘタル者

鑑定ノ結果ハ口頭又ハ書面ニテ之ヲ述ヘシムルヲ得故ニ裁判所ハ其執レニ依リ鑑定人ノ意見ヲ述ヘシムルヤヲ定ムヘシ其他鑑定書ハ數名ノ鑑定人ヲシテ共同ニテ之ヲ作ラシムヘキヤ否ヤ又其鑑定書ノ説明ヲ要スル場合ニ於テハ一人ノ鑑定人ヲシテ之カ説明ヲ爲サシムルヤ等モ亦裁判所ニ於テ之ヲ定ムヘシ鑑定ヲ爲ス義務ヲ有スル鑑定人出頭セサルトキハ證人ノ場合ト同一ノ規定ニ依リ費用ノ賠償及ヒ罰金ヲ言渡スコトヲ得然レトモ鑑定人ヲ勾引スルコトヲ得ス如何トナレハ鑑定ハ強制ニ依リ之ヲ爲サシムルヲ得サルモノナレハナリ終ニ一言スヘキハ鑑定證人ト稱スヘキ者是ナリ即チ過去ノ事實及ヒ事情ニシテ特別ノ智識ヲ有スル者ニ非ザレハ之カ判定ヲ爲ス能ハサルモノアリ此ノ如キ鑑定ハ純然タル鑑定人ニ非スシテ寧ロ證人ト云フヘシ故ニ此種ノ鑑定ニ付テハ總テ人證ニ關スル規定ヲ適用スヘキモノトス

第三則 書證

ヒ目的物ニ關スル異議ハ訴ヲ以テ爲スモノナルカ故ニ其手續ハ通常ノ訴訟手續ニ從ヒ受訴裁判所ニ於テ口頭辯論ヲ經テ判決ニ由リテ爭ヲ判斷ス故ニ之ニ對スル上訴モ通常ノ判決ニ對スル上訴ト異ナラス即チ控訴及ヒ上告ニ依リテ不服ヲ申立ツルヲ得ヘク又闕席判決ニ對シテハ故障ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルヘ勿論ナリト雖モ其他ノ強制執行ニ關スル申立及ヒ異議ハ前ニ述ヘタル如ク通常執行裁判所之ヲ管轄裁判ス而シテ執行裁判所ノ裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ決定ヲ以テ爲スコトヲ得ルカ故ニ此裁判ニ對スル上訴ハ第五百五十八條ニ依リテ即時抗告ヲ以テスヘキナリ

右ノ外第五百五十七條第七百三十三條ニ規定スル申立ノ如キハ第一審ノ受訴裁判所ニ爲スヘキモノナリト雖モ此場合ニ於テハ第一審ノ受訴裁判所ハ執行裁判所ノ資格ヲ以テ裁判ヲ爲スモノナルカ故ニ其裁判ニ對シテハ同シク即時抗告ニ依リテ不服ノ申立ヲ爲スヘキモノトス又已ニ説明シタル第五百四十七條第二項ノ申立モ主タル訴ニ附隨スルノ故ヲ以テ便宜上受訴裁判所ニ爲スヘキモノトシタルモ其裁判モ亦口頭辯論ヲ經スシテ爲スヘキモノナルカ故ニ之

ニ對シ即時抗告ニ依リテ不服ノ申立ヲ爲スコトヲ得ニシ
 強制執行ニ關スル申立ニ因リ口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得ヘキ裁判ニシ
 テ右ノ例外トシテ不服ノ申立ヲ許ササルモノアリ即チ第五百條ニ依リテ強制
 執行ノ停止若クハ續行又ハ執行處分ノ取消ヲ命シタル裁判是ナリ
 前述ノ裁判ニ對スル上訴方法タル即時抗告ハ七日ノ不變期間内ニ之ヲ爲スヘ
 キモノトス而シテ其期間ノ經過ハ裁判ノ送達又ハ言渡ヨリ始マルモノトス第
 四六六條

第四章 強制執行ノ停止及ヒ制限

強制執行ハ元來債權者ノ意思ヨリ發スルモノニシテ執行機關タル裁判所ハ債
 權者ノ申立ニ因リ又執達吏ハ債權者ノ委任ニ因リ始メテ執行手續ヲ實施スル
 モノナリ故ニ債權者自ラ強制執行ヲ停止セント欲セハ隨意ニシテ決シテ他ヨ
 リ干渉ヲ受クヘキモノニアラス隨テ若シ債權者カ執行ノ停止ヲ申出テタルト
 キハ執行機關ハ必ス之ニ從ハサルヘカラス又債務者カ債務及ヒ執行費用ヲ執
 達吏ニ辨濟シタルトキハ執行ハ茲ニ終了ヲ告ク是レ法文ヲ埃タスシテ明カナ

リ故ニ法律ハ唯債務者若クハ第三者ノ請求ニ因リテ強制執行ヲ停止スヘキ場
 合ト停止ノ効果トヲ規定スルニ止マル而シテ強制執行ノ停止カ其一部ノミニ
 關スルトキハ之ヲ稱シテ強制執行ノ制限ト曰フ

強制執行ノ停止ハ其原因ノ差異ニ基キ之ヲ區別スルコトヲ得又其法律上ノ効
 果ノ差異ヲ標準トシテ區別スルコトヲ得ルモ斯ル區別ヲ一々舉示スルカ如キ
 ハ却テ錯雜ノ恐アルノミナラス執行ヲ停止スヘキ各場合ト其停止ノ効果トヲ
 審究スルニ於テハ右區別モ亦自ラ判明スヘキヲ以テ以下節ヲ分チテ第一ニ強
 制執行ヲ停止スヘキ場合ヲ説明シ次ニ停止ノ効果ヲ説明セン

第一節 強制執行ヲ停止スヘキ場合

第一 執行スヘキ判決若クハ其假執行ヲ取消ス旨又ハ強制執行ヲ許サストシ
 テ宣言シ若クハ其停止ヲ命シタル旨ヲ記載シタル執行力アル裁判ノ正本ヲ債
 務者又ハ第三者ヨリ提出シタルトキ(第五五〇條第一號)此場合ハ強制執行ノ
 要素タル執行名義若クハ執行力ヲ消滅セシムル裁判又ハ直接ニ強制執行ノ不
 法ナルコトヲ宣言シ若クハ進ンテ其停止ヲ命シタル裁判執行力ヲ有スルニ至

リタルモノナレハ強制執行ハ全然停止セラレ既ニ爲シタル執行處分ハ隨テ取消サルルニ至ルヘキハ茲ニ喋々ヲ要セス

法文ニ「執行力アル裁判ノ正本」トアリ所謂執行力アル「テ」ル形容詞ハ裁判ニ繫ルモノニシテ正本ニ繫ルモノニアラス故ニ茲ニハ正本ニ執行力アルコトヲ必要トセス正本ニ執行力ヲ得セシムルニハ執行文ヲ附セサルヘカラス是レ已ニ説明シタル如ク強制執行ノ形式的要件ナリト雖モ右第五百五十條第一號ノ場合ハ唯證據トシテ裁判ノ正本ヲ提出スルニ過キサルカ故ニ其裁判ニシテ執行力アレハ可ナリ而シテ其裁判確定シタルコト又ハ假執行ノ宣言アルコト其他執行力アルコトハ裁判ノ正本自體又ハ裁判確定ノ證明書ニ依リ之ヲ知ルコトヲ得ルヲ以テ敢テ執行力アル正本アルヲ要セサルナリ

第二 執行全體ノ一時ノ停止又ハ或執行處分ノ一時ノ停止ヲ命シタル裁判ノ正本ヲ債務者又ハ第三者ヨリ提出シタルトキ五五〇條第二號 茲ニ所謂裁判ハ第五百條ニ依リ原狀回復又ハ再審ノ申立アリタルトキ又ハ第五百十二條ニ依リ假執行ノ宣言ヲ付シタル判決ニ對シ故障ヲ申立テ又ハ上訴ヲ爲シタル場

合第五百二十二條ニ依リ執行文ノ付與ニ對シ異議ノ申立アリタル場合第五百四十四條ニ依リ強制執行ノ方法又ハ手續ニ關スル異議ノ申立アリタル場合第五百四十七條ニ依リ債務者カ請求ニ關スル異議ノ訴ヲ起シタル場合第五百四十九條ニ依リ第三者ヨリ強制執行ノ目的物ニ關シ異議ノ訴ヲ起シタル場合ニ於テ強制執行ノ全部若クハ一分ニ關シ一時ノ停止ヲ命シタル裁判是ナリ
右裁判ハ孰レノ場合ニ於テモ口頭辯論ヲ經スレテ爲スコトヲ得ル決定ナルカ故ニ之ニ對シ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ルニ止マリ其裁判アルヤ直チニ執行力ヲ有シ縱令即時抗告ノ申立アルモ特別ノ規定ナキヲ以テ第五百五十條第一號ノ規定ニ依リ執行力ヲ停止セララルコトナシ是レ同條第一號ニ於ケル如ク特ニ執行力アル裁判ノ正本ナル文字ヲ掲ケスシテ唯裁判ノ正本ト云ヒタル所以ナリ

強制執行一時ノ停止ヲ命スル裁判ハ時トシテハ或一定ノ時間ヲ定メテ其停止ヲ命スルコトアリ此場合ニ於テ其時間經過シタルトキハ右裁判ハ當然執行ヲ停止スルノ效力ヲ失ヒ再ヒ執行ヲ續行スルコトヲ得ルハ勿論ナリ

第三 執行ヲ免ル、爲メ保證ヲ立テ又ハ供託ヲ爲シタル旨ヲ記載シタル公正ノ證明書ヲ提出シタルトキ第五〇條第三號 是レ第五百五條第二項ニ依リ債務者カ保證ヲ立テ又ハ供託ヲ爲シタル場合ニ於ケル執行ノ停止ナリ而シテ此場合ニ於テハ債務者ハ第五百十三條第二項ノ規定ニ從ヒ裁判所ヨリ保證ヲ立テ又ハ供託ヲ爲シタル旨ノ公正ノ證明書ヲ受取り之ヲ提出スルヲ要ス

第四 執行スヘキ判決又ハ其他ノ執行名義ノ生シタル後ニ債權者カ辨濟ヲ受ケ又ハ義務履行ノ猶豫ヲ承諾シタル旨ノ證書ヲ提出シタルトキ第五〇條第四號 此場合ニ於ケル證書ハ必スシモ公正ナルヲ要セス私署證書ニテモ可ナリ若シ債務者ノ提出シタル私署證書ニ付キ疑アルトキハ執達吏又ハ執行裁判所ハ其事實ヲ確ムル方法ヲ取ルコトヲ得ヘシ

債權者カ一定ノ時間ヲ指定シテ義務履行ノ猶豫ヲ承諾シタル場合ニ於テハ其期間中ハ執行ヲ停止シ債務者カ其期間ヲ經過シテ辨濟ヲ爲サザリシトキハ強制執行ヲ續行スヘク又債權者カ期間ヲ定メスシテ猶豫ヲ承諾シタル場合ニ於テハ更ニ債權者ノ申出アルニ依リテ強制執行ヲ續行スヘキモノトス

第二節 強制執行停止ノ效果

強制執行停止ノ效果ハ前節ニ列舉シタル各場合ニ依リ差異アリ先ツ第一及ヒ第三ノ場合ニ於テハ強制執行ハ全ク終了ス何トナレハ第一ノ場合ニ停止ヲ求ムル爲メ提出セラレタル裁判ハ判決其他ノ執行名義ノ執行力ヲ全滅セシムレハナリ又第三ノ場合ニ於テモ全ク執行ヲ免ルヘキ條件ヲ具備シタルコトノ證明アレハナリ隨テ既ニ或執行處分ヲ爲シタルトキハ之ヲ取消ササルヘカラス又第二ノ場合ハ執行全體ヲ一時停止シ又ハ或執行處分ヲ一時停止スルモノナルカ故ニ若シ其停止ヲ命シタル裁判ニシテ特ニ從前ノ執行行為ノ取消ヲ命セサルトキハ已ニ爲シタル執行處分ヲ一時保持シ將來ニ於ケル執行ノ續行ノミヲ停止セサルヘカラス第四ノ場合ニ於テハ單ニ辨濟又ハ猶豫アリタルコトヲ證明スヘキ證書ノ提出ニ依リ一時執行ヲ休止スルニ過キサレハ既ニ爲シタル執行處分ヲモ取消ストキハ危險ノ恐ナキニアラサルヲ以テ一時之ヲ保持セシムヘキモノトス但債權者カ辨濟ヲ受ケタルトキハ其申立ニ因リテ強制執行ノ終局ヲ告クルコトアレトモ單ニ債權者カ義務履行ノ猶豫ヲ承諾シタルトキハ

強制執行

常ニ従前ノ執行處分ヲ保持セサルヘカラス(第五五一條)

一八八

以上ノ場合ニ於テ強制執行ノ停止又ハ續行ニ付キ當事者間ニ争アルトキハ前說明シタル第五百四十四條ノ規定ニ依リ手續ニ關スル異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘク又場合ニ因リテハ實體上ノ異議ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘキナリ

第五章 強制執行開始後ノ債務者ノ變動

確定判決アリタル後未ダ強制執行ヲ開始セサル場合ニ債務者カ死亡スルカ又ハ其他ノ事由ニ因リテ債務者變動ヲ生シタルトキハ第五百十九條第五百二十條第五百二十八條ニ規定スル手續ニ從ヒ一般ノ承繼人ニ對シテ執行文ノ付與ヲ求メ強制執行ヲ爲スヘキモノトス然レトモ既ニ強制執行ヲ開始シタル後ニ債務者カ死亡シ而シテ其遺產アルトキハ更ニ其承繼人ニ對シテ執行文ノ付與ヲ求ムル必要ナク直チニ其遺產ニ對シテ執行ヲ續行スルコトヲ得第五五二條第一項但法律カ執行ヲ爲ノ通知ヲ債務者ニ爲スコトヲ命シタル場合ニ於テハ其通知ヲ相續人ニ爲ササルヘカラス故ニ若シ相續人ノ所在不明ナルカ或ハ相續人ナキトキハ債權者ハ執行裁判所ニ申立ヲ爲シテ死亡債務者ノ遺產又ハ相

續人ノ爲メ特別代理人ヲ選任セシメ右執行行為ノ通知ヲ其特別代理人ニ爲スヘキモノトス(第五五二條第二項)

債務者ニ通知スルヲ要スル執行行為トハ有體動産ノ差押(第五六六條第三項)配當要求第五九二條第一項第六四七條第一項第七一〇條債權差押第五九八條第二項配當期日ノ呼出第六二九條第一項第六九三條第二項ノ如キ即チ是ナリ此規定ハ單ニ債務者ノ死亡シタル場合ノミニ適用スルニ限ラス債務者カ強制執行開始後ニ至リ隱居其他ノ事由ニ因リ戶主タル地位ヲ失ヒタル場合ニモ亦之ヲ準用スルヲ得故ニ債權者ノ地位ノ變更ヲ生セシ當時其所有セシ財産ニ對シ強制執行ヲ續行スルコトヲ得ルモノナリ(第五五三條)

第六章 保證及ヒ執行費用

第一節 保證

我民事訴訟法ハ強制執行ニ關シテ保證ヲ立テシムヘキ數多ノ場合ヲ規定ス保證ヲ立ツル方法ハ當事者ノ別段合意ナキカ又ハ裁判所ノ自由ナル意見ニ任スル規定ナキ以上ハ裁判所ノ意見ニ於テ擔保ニ十分ナリトスル現金又ハ有價證

強制執行

一八九

業ヲ供シテ之ヲ爲スヲ原則トス第八七條強制執行ニ關シテ保證ヲ立ツヘキ場合ハ之ヲ大別シテ二トス

第一 強制執行ニ着手シ又ハ之ヲ續行スル爲メニ保證ヲ立ツヘキ場合

第二 強制執行ノ免除停止若クハ一執行處分ノ取消ヲ求ムル爲メニ保證ヲ立ツヘキ場合

是ナリ右第一ニ屬スルモノハ第五百條第五百十二條第五百二十二條第五百四十四條第五百四十七條第五百四十九條ノ規定ニ依リテ執行名義若クハ執行手續ヲ攻撃シ又ハ執行ノ目的物ニ關スル權利ヲ主張シ債務者若クハ第三者カ強制執行ノ取消ヲ求ムル訴訟手續ヲ爲シタル場合ニ其者ノ申立ニ因リテ債權者カ執行ニ着手シ若クハ已ニ着手シタル強制執行ヲ續行スル爲メニ裁判所ノ命スル保證ニシテ債權者ヨリ立ツルモノナリ

第二ニ屬スルモノハ前項ニ掲クル六箇條ノ規定ノ外向ホ第五百五條第二項ノ規定ニ從ヒテ立ツル保證ナリ而シテ第五百四十九條ノ場合ニ於ケル保證ハ第三者カ強制執行ノ目的物ニ付キ異議ノ訴ヲ起シタル場合ニ立ツルモノナルカ

故ニ其訴ニ於テハ原告タル第三者ヨリ保證ヲ立ツヘキモノナルモ其他ハ總テ債務者ヨリ立ツヘキモノトス

右ノ外假執行ノ爲メニ保證ヲ立ツヘキ場合アリ是レ第五百三條第一號及ヒ第五百五條第一項ノ規定スル所ニシテ共ニ債權者ヨリ立ツル所ノ保證ナリ又假差押ノ執行ノ停止又ハ取消ヲ求ムル爲メニ保證ヲ立ツヘキコトハ第七百四十三條ニ假處分ノ取消ヲ求ムル爲メニ保證ヲ立ツヘキコトハ第七百五十九條ニ規定スル所ナリ

右何レノ場合ニ於テモ保證ヲ立テ又ハ供託ヲ爲スヘキ者ハ第五百十三條ニ從ヒテ其者カ普通裁判籍ヲ有スル地ノ區裁判所又ハ執行裁判所ニ保證ヲ立テ又ハ供託ヲ爲サルヘカラス右第五百十三條ニハ原告若クハ被告ニ保證ヲ立ツル義務ヲ負ハシメ云々トアレドモ強制執行ハ初ヨリ訴訟ナクシテ開始セラレハコトアリ又其開始中ニ訴ナクシテ停止續行若クハ執行處分ノ取消ヲ命スルコトアリ此等ノ場合ニハ原告若クハ被告ナル者ナキモ法律ハ唯多數ノ場合ヲ想像シタルモノナルカ故ニ之ヲ債權者若クハ債務者ノ意ナリト解スヘキナ

第二節 強制執行ノ費用

強制執行ノ費用ハ訴訟費用ト異ナリ強制執行ニ關シ生シタル必要ノ費用例ヘ
 ハ旅費日當執達吏ノ手數料等ヲ云ヘルモノニシテ必スシモ強制執行ノ實施後
 ニ生シタルモノニ限ラス其準備ノ爲メニ要シタル費用例ヘハ執行文ノ付與ヲ
 受クル爲メニ生シタル費用又ハ執行力アル正本ノ送達費用ノ如キモ亦此中ニ
 包含スルモノトス又作爲ノ債務者カ其義務ヲ履行セサルニ因リ第三者ヲシテ
 之ヲ爲サセシメ又ハ不作爲ノ債務者カ其義務ヲ破リテ或事ヲ爲シタルニ因リ
 之ヲ取除カシムル爲メニ要シタル費用ハ亦強制執行ノ費用ト謂ハサルヘカラ
 ス第七三三條民法第四一四條之ニ反シテ強制執行ノ實施後ニ於テ生シタル費
 用ト雖モ彼ノ異議ノ訴又ハ抗告ノ費用ノ如キハ其性質純然タル訴訟費用ニシ
 テ決シテ之ヲ執行費用ト混スヘカラス

強制執行ノ費用ハ必要ナリシ部分ニ限り債務者之ヲ負擔セサルヘカラス而シ
 テ此費用ハ強制執行ヲ爲スニ至リタル請求ト同時ニ之ヲ取立ツヘキモノナリ
 第五五四條第一項故ニ若シ強制執行ニ關シ不當ノ申立ヲ爲シテ却下セラレタ
 ル場合ノ如キハ其申立ニ因リテ生シタル費用ハ固ヨリ債權者ニ於テ自ラ負擔
 セサルヘカラス其他果シテ費用ノ必要ナリシヤ否ヤハ執行機關之ヲ審査シ執
 行ノ爲メ必要ナリシ費用ト認メラレタルモノハ總テ主タル請求ト同時ニ取立
 ツヘキモノナリ而シテ其取立ニ對シ不服アルトキハ第五百四十四條ニ依リテ
 異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘシ

強制執行ノ費用ヲ取立ツルニハ訴訟費用ニ於ケル如ク先ツ費用額確定決定ヲ
 受タルヲ要スルヤ否ヤニ付テハ多少ノ議論アルヘシト雖モ法文ノ解釋上右ノ
 決定ヲ要セスシテ取立ツルコトヲ得トノ說多數ヲ占ムルカ如シ然レトモ右ノ
 如ク強制執行ノ費用ハ主タル請求ト同時ニ取立ツヘキモノナルカ故ニ若シ主
 タル請求ノ取立ヲ了リ強制執行カ結了ヲ告ケタルトキハ最早執行機關ニ於テ
 直接ニ取立ツルコトヲ得サルニ至ルヘシ此場合ニ於テ債權者カ全ク其費用ノ
 賠償ヲ求ムル權利ヲ失却スルモノト論斷スルカ如キハ固ヨリ條理ノ許ササル
 所ナルヲ以テ費用ニ關スル總則トモ稱スヘキ第八十四條以下ノ規定ノ準用ニ

依り費用額確定ノ決定ヲ求メ然ル後之ヲ取立ツルコトヲ得ルモノト解釋セザルヘカラス

執行費用ヲ取立テタル後ニ於テ若シ其強制執行ノ基本ト爲リタル判決力廢棄若クハ破毀セラレ其效力ヲ失ヒタルトキハ主タル請求カ不當ニ歸スルモノナレハ其從タル執行費用モ亦不當ニ取立テタルモノト謂ハサルヘカラス果シテ然ラハ債權者ハ一旦取立テタル費用ヲ債務者ニ返還セサルヘカラス言フ俟タス第五四條第二項其他ノ執行名義ノ效力ヲ消滅シタルトキモ亦同シ第五六〇條若シ執行名義ノ一部分ノミカ取消サレタルトキハ其部分ニ相當スル執行費用ノミノ返還ノ義務ヲ生スルハ亦自ラ明カナリ

執行費用返還ノ請求ハ何時ニ之ヲ爲スヘキモノナルヤハ第五百十條第二項ニ依リテ知ルヘキナリ即チ從タル執行費用ノ返還ノ請求ハ執行名義ノ取消ヲ請求スル訴ニ於テ其執行名義ニ基キ支拂又ハ給付シタルモノノ返還ノ請求ト同シタ口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ申立ツルコトヲ得ヘク若シ此時機ヲ失シタルトキハ別ニ訴ヲ起シテ其返還ヲ求ムノ外途ナカルヘシ

各論

第一章 金錢ノ債權ニ付テノ強制執行

金錢ノ債權トハ民法第四百二條及ヒ第四百三條ニ規定スル所ノモノニシテ即チ各種ノ通貨ヲ以テ辨濟スルコトヲ得ル債權ナリ但民法第四百二條第一項但書ノ場合ノ如ク特種ノ貨幣ノ給付ヲ以テ目的ト爲シタル債權ハ一定ノ代替物ノ數量ヲ目的トスル債權ニ外ナラス第七三〇條參照

金錢ノ債權ハ實際上最モ多ク且最モ重要ノモノナリ而シテ金錢債權ノ目的ハ結局金錢ヲ取立ツルニ在ルカ故ニ原則トシテハ債務者ニ屬スル總テノ財産ハ差押及ヒ換價ノ方法ニ依リ皆此債權ニ付テノ強制執行ノ目的物ト爲ルナリ唯此強制執行ヲ爲スニ付テハ差押ヲ爲シ且之ヲ換價スルコト必要ナルカ故ニ法律カ特別ノ規定ヲ設ケテ差押ヲ爲スコトヲ得サルモノト爲スカ若クハ讓渡スコトヲ得サルモノト爲シタル物件ハ例外トシテ強制執行ノ目的ト爲ルコトヲ得サルノミ故ニ法律ハ先ツ金錢ノ債權ニ付テノ強制執行ヲ其目的物ノ上ヨリ區別シテ(一)動産ニ對スル強制執行(二)不動産ニ對スル強制執行(三)船舶ニ對スル

強制執行

強制執行ノ三ツニ分チテ其執行手續並ニ方法等ニ付キ規定ヲ異ニセリ

第一節 動産ニ對スル強制執行

民法ノ規定ニ依レハ物トハ有體物ヲ謂ヒ民法第八五條土地及ヒ其定着物ハ之ヲ不動産トシ其他ノ物ハ總テ動産トス同第八六條第一項第二項故ニ民法ニ依レハ動産トハ不動産以外ノ有體物ヲ謂ヒ債權ハ之ト區別シテ物ト認メス唯無記名債權ノミハ特ニ之ヲ動産ト看做シタリ同條第三項然ルニ民事訴訟法ニ於テハ第二章第一節動産ニ對スル強制執行中ニ第三款債權及ヒ他ノ財產權ニ對スル強制執行ノ規定ヲ設ケタルニ依リテ之ヲ觀レハ其意強制執行ニ關シテハ債權モ亦之ヲ動産ト看做スニ在リト解セサルヲ得ス但其差押ノ方法手續等ニ至リテハ有體動産ト債權其他ノ財產權トノ間大ニ其規定ヲ異ニセリ

第一款 通則

第五百六十四條第一項ニ曰ク動産ニ對スル強制執行ハ差押ヲ以テ之ヲ爲スト是レ其ノ方法ニ付キ原則ヲ定メタルモノナリ而シテ差押ニ關スル通則ニ付テモ亦種種ノ規定アルカ故ニ以下項ヲ分チテ順次之ヲ説明スヘシ



明治三十三年五月廿七日印刷
明治三十三年五月廿八日發行
(四月分)

編輯者 東京市四谷區四谷仲町三丁目六番地
小田幹治郎

印刷者 東京市芝區四ノ久保明舟町十一番地
金子鐵五郎

印刷所 東京市芝區四ノ久保明舟町十一番地
金子活版所

發行所 司法省
指定 **和佛法律學校**

所在 (東京市麩町區富士見
町六丁目十六番地)

電話 (番町百七十四番)

明治廿二年十二月九日內務省許可