

和仏法律学校講義録

遠藤, 忠次 / 加古, 貞太郎 / 前田, 孝階 / デュモラール /
兩角, 彦六 / 掛下, 重次郎

(出版者 / Publisher)

和佛法律學校

(巻 / Volume)

1-6

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

43

(発行年 / Year)

1899-04-20

和佛法律學綱要

講義筆記

每月一回

第六



債權法則

自四〇五頁 法學士加古貞太郎

民事訴訟法

自一八頁 法學士前田孝階

強制執行 自一三頁 法學士遠藤忠次

親族法 自七三頁 法學士掛下重次郎

民法債權 自八八頁 法學士兩角彦六

羅馬法 自一八頁 佛國政デモラル

目次

0 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23

討論會豫告

本ル廿三日午前九時ヨリ本校ニ於テ大討論會ヲ開キ討論優等者ニハ梅博士ヨリ賞品トシテ民法要義ヲ贈與セラルヘシ

手形其他商法ノ適用ヲ受クヘキ指圖證券以外ニ於テ白地裏書ハ有効ナリヤ否

備考 證券面ニハ單ニ某又ハ其指圖人ニ辨濟スヘキ旨ヲ言ヘリト假定ス

發題者 梅 謙次郎君

○擔任講師ノ増員 過般佛國政學博士デヌモラール氏ヲ聘シテ羅馬法ノ擔任ヲ委託シタルコトハ前號ニ於テ既ニ告知セタル所ナリ尙ホ此程ヨリ大藏省書記官法學士若槻禮次郎氏ハ新ニ相續法ニ擔任セラレ大學院學生法學士栗津清亮氏ハ商法第三編中保險ノ部ヲ擔任セラレタリ

羅馬法

佛國政學博士 デヌモラール 講述

東京大學々生 五來欣造 口譯

校 友 守谷富之助 編輯

緒言

諸君子ハ今日ヨリ本校ニ於テ羅馬法就中其司法制度及ヒ訴訟手續ヲ講述スヘシ講義ニ入ルニ先チテ二事ノ以テ諸君ニ告クヘキコトアリ第一予カ本校校長梅博士ノ囑託ヲ受ケテ此講義ヲ擔任スルノ光榮ヲ得タルヲ謝シ次ニ羅馬法ノ研究ハ如何ナル點ニ於テ必要且有益ナルカヲ一言セント欲ス
羅馬法ノ研究ハ實ニ諸君ノ一般ノ智識上ニ於テ有益ナルノミナラス法學研究ノ上ニ於テ最モ必要ナリトス何トナレハ羅馬法ハ實ニ人類智識上ノ卓絶シタ

ル紀念物タルノミナラス近世法律ノ淵源悉ク茲ニ在ルアレハナリ故ニ近世ノ法律即チ日本其他文明國ノ法律ニ於テハ一トシテ羅馬法ノ原則ヲ含有セサルハナレ勿論羅馬法ヲ研究スルモ直接ニ之ヲ適用シテ裁判スルコト能ハスト雖モ間接ニハ訴訟ノ裁判ヲ爲スニ當リテ最も適當ナル判斷ヲ下スノ材料ヲ得ルコト蓋シ疑ヲ容レサルナリ彼ノ佛國民法ノ編纂者タルトレイヤー氏曰ク羅馬法ハ極メテ公正ニ又極メテ幽達ナル原則ヲ含ムト同時ニ又極メテ明確ナル格言ヲ包含スルカ故ニ能ク羅馬法ノ原則ニ通スルトキハ法律ノ適用上極メテ好結果ヲ得ヘシ即チ羅馬法ヲ研究シテ其觀念ヲ有スルトキハ法律ヲ正用スルノ一大勢力ナルコトヲ斷言スルコトヲ得ヘシト蓋シ羅馬法ヲ研究スルトキハ羅馬法ハ人類ノ實際的生活ニ關シテ人性ヲ最モ巧ミニ映寫シタルモノナルコトヲ知り得ヘシ故ニ羅馬法ノ研究ハ諸種ノ道理ノ眞偽ヲ判斷スル上ニ於テ極メテ必要ナリト謂フヘキナリ要スルニ裁判上極メテ疑ハシキ場合ニ論理的ニ且ツ公平ニ判斷スルノ力ヲ吾人ニ與フルモノナリ

羅馬法ノ制定セラレタルハ固トニ古シ然ルニ仍ホ之ヲ研究スルノ必要ナルハ

恰モ日本ニ於ケル文學ヲ研究センニハ古代ノ支那文學ヲ知ラサルヘカラサルカ如ク又歐洲ニ於ケル文學ヲ研究センニハ古代ノ希臘羅馬ノ文學ヲ研究セザルヘカラサルカ如シ羅馬法ヲ知ラスシテ現今ノ法律ヲ究メント欲スルモ亦難イカナリ以上陳述スル所ニ依リテ羅馬法研究ノ有益且必要ナルコトヲ知ラレタルナリ是ヨリ本題ニ入リテ講述セントス予ノ講述セントスル所ノモノハ前ニモ一言シタル如ク羅馬法ノ司法制度及ヒ訴訟手續是ナリ而シテ其司法制度ノ存在ハ必ス其前提トシテ司法權ノ存在ヲ認メサル可ラス

司法權トハ國家ヨリ私人間ノ爭訟ヲ裁斷スルカ爲ニ與ヘラレタル權力ナリ司法權ニ由リテ一私人間ノ爭ヲ決スルニハ復一ノ前提ヲ爲サルヘカラス即チ社會ノ稍進歩シテ一私人カ自己ノ權利ヲ侵害セラル、ニ當リ國家ノ力ヲ藉ラスシテ自ラ其權利ノ主張ヲナスノ意思ヲ有スルニ至ラサレバ司法權ヲ生セサルコト是ナリ此事タルヤ社會學上私裁判制度ト稱シ社會ノ發達ニ伴ヒテ最

モ夙ク制定セラレモノナリ羅馬ニ於テモ亦此制度ハ最モ夙ク發達シタリキ然ルニ漸次一私人ノ權利ノ發達スルト同時ニ此裁判制度ノ發達スルニ至リ此私裁判制度ノ不完全ナルコトヲ發見シ遂ニ各個人ノ權利ヲ保護スルカ爲メニ司法權ヲ認メタリ此司法制度ノ起ルニ當リテ如何ナル人カ裁判ヲ爲シタルカ其職權ハ如何ナリレヤ又如何ナル場所ニ於テ如何ナル時ニ裁判セシヤニ就テ少シク攻究スル所アラントス

司法權既ニ認メラレ司法制度ヲ生シタルモ其裁判制度ハ今日ノ裁判制度トハ大ニ異ナリシナリ實際羅馬ニ於テハ未タ近世法律ニ於ケルカ如キ三權分立ト謂フヘキモノナシ裁判官モ單ニ司法權ノミヲ與ヘラレタルニアラス即チ純然タル裁判官ニアラザリシナリ

訴訟手續ニ於テモ亦近世法律トハ大ニ其原則ヲ異ニセリ即チ羅馬法ニ於テハ訴訟手續ハ法律ノ出發點タリキ近世法律ニ於テハ之ト異リテ訴訟手續ハ實體法ノ適用ニ過キス此點ハ羅馬法ヲ研究スル上ニ於テ最モ緊要ナル點ナリ其他此原則ノ結果トシテ種々近世法律ト異リタル所アリ逐次之ヲ述ベン

近世法律ニ於テハ各個人カ權利ヲ蹂躪セラレタルトキハ其權利ヲ主張スルニ付キ裁判所ニ對シテ如何ナル訴訟ヲモ提起スルコトヲ得即チ一般的ニ訴訟ヲ爲レ得ルモノトス然ルニ羅馬法ニ於ケル訴訟手續ハ各個ノ權利ニ伴フテ各個特別ナル名稱ト特別ナル適用トヲ有シタリ又近世法律ニ於テハ若シ權利ノ蹂躪セラレタルトキハ原告ハ其權利ヲ主張スルニ際リ始終一箇ノ訴訟手續ニテ可ナリト雖モ之ニ反シテ羅馬法ニ於テハ一ノ權利ヲ主張スルニ付テモ數多ノ訴訟手續ヲ用ヒサルヲ得ザリシナリ是レ第一ノ差異ナリ

次ニ近世法律ニ於テハ一定ノ訴訟手續ヲ要シ必ス之ニ依ラサルヘカラス然ルニ羅馬法ニ於テハ何レノ訴訟手續ニ依ルカニ付テ原告ニ選擇權アリシ是レ第二ノ差異ナリ

又羅馬法ニ於ケル訴訟手續ナルモノハ近世法律ニ見ル可ラサル最モ注目スヘキ一ノ緊要ナル作用ヲ爲セリ何シヤ曰ク近世法律ニ於テハ訴訟手續ハ唯權利ノ主張ニ要スル外形上ノ形式ニ過キスト雖モ羅馬法ニ於テハ權利ノ形式ニ非スシテ權利ノ實體ヲ爲シタルコト是ナリ即チ羅馬法ハ權利ト訴訟手續トヲ混

消セリ換言セハ訴訟手續ハ權利ノ一部分ヲ成セリト謂フコトヲ得ヘシ蓋シ訴訟手續ト權利トノ混淆ハ何レノ國ニ於テモ開化ノ初期ニ於テハ有リ得ヘキコトニシテ羅馬法ニ於テモ亦此混淆ヲ免レザリ得ナリ而シテ羅馬法ニ於テハ前ニ一言シタル如ク各個ノ權利ハ又各個特別ノ訴訟手續ヲ有セリ其手續ハ其權利ヲ主張スルニ際リ訴訟人ハ必ス之ニ依ラサルヘカラサリシナリ以テ訴訟手續ハ權利ニ從屬シテ離ル可カラサルモノナリシコトヲ知リ得ヘシ

以上ハ羅馬法ヲ研究スルニ必要ナル注意ノ大要ナリ是ヨリ進テ羅馬ニ於ケル司法制度ヲ探究セン

羅馬法ノ司法制度ハ實ニ古來羅馬ニ存在セル一ノ制度ニ基キタルモノナリ此古代ノ制度ニ依ルトキハ裁判ハ法官マシストヲ及ヒ裁判人(ジューデ)ノ二人ニ依リテ爲サレタリ羅馬法ハ復此區別ニ隨ヒタルモノナルカ故ニ凡テ訴訟ハ大別シテ二種ト爲スコトヲ得

第一 法官ニ對シテノ訴訟

第二 裁判人ニ對シテノ訴訟

即チ是ナリ

近世法律ニ於テハ裁判權ハ凡テ一機關ニ屬セシメ訴訟ノ全部ニ付テ裁斷スルノ權限ヲ與フレトモ羅馬ニ於テハ前述ノ如ク其機關二ナリキ此二機關ハ一ノ訴訟ニ付テ各特別ナル職務ヲ充タセシナリ且法官ハ公權ヲ有スル所ノ官吏ニシテ裁判上ノ事項ノ外ニ行政上ノ事項ヲモ取扱タルモノナリ而シテ此法官ハ訴訟ノ終始及ヒ其進行ヲ監督シ訴訟ノ目的ヲ定メ或ル場合ニ於テハ自ラ其訴訟ヲ裁決セリ若シ裁判官自ラ其訴訟ヲ裁決セサルトキハ之ヲ裁判人ニ引渡セ

裁判人ハ一私民ナリ此裁判人ハ訴訟事實ノ根本ニ付テ調査シ其訴訟ノ判決ヲ言渡セリ裁判人ハ現今英佛等ニ於ケル陪審官(ジュリー)ニ稍類似セリ裁判人ハ各特別ナル事件ニ付テ權力ヲ與ヘラレタルモノニシテ其事件ノ審理ニ關與スル場合ニハ「チユラサス」ト謂フ一ノ宣誓ヲ爲スコトヲ要セリ然レトモ羅馬ニ於ケル裁判人ハ近世法律ニ於ケル陪審官ヨリ其權限頗ル廣大ナリシナリ近世法律ノ陪審官ハ何レモ裁判官ト同時ニ裁判スルモノナリ然ルニ羅馬ニ於ケル裁判人

其專行ヲ以テ裁判セリ又近世法律ノ陪審官ハ唯事實ノ判斷ヲ爲スニ過キナ
レトモ羅馬ノ裁判人ハ其實事上ノ事項タルト法律上ノ事項タルトヲ問ハス總
テ判決ヲ與ヘタルモノナリ又近世法律ニ於ケル陪審官ハ裁判ノ言渡ヲ爲スコ
トナシト雖モ羅馬ノ裁判人ハ前ニモ一言シタルカ如ク裁判ノ言渡ヲ爲スノ權
限ヲ有シタリ尙ホ裁判人ハ刑事ノ裁判事件ニ關シテ意見ヲ述フルノ權アリキ
以上述フルカ如ク羅馬法ニ於ケル訴訟ハ明ニ二大部門ニ別レタリ
此制度ハ「デラクレチヤン」帝ノ時代マテ繼續シ更ニ他ノ簡單ナル制度ト代ハレ
リ此改正制度ハ頗ル近世訴訟手續ニ類セリ此制度ニ依レハ訴訟事件ヲ裁判人
ニ送付セシメテ法官ノ獨斷ニ據リ裁判ヲ與ヘタリ此制度ヲ特別制度シスラム
ニヤスト「ラオデチー」ルト稱ス
以上講述スル所ニ由リテ之ヲ觀レハ羅馬ノ司法制度ハ明ニ二ツノ時代ニ區畫
スルコトヲ得ヘシ即チ古代ヨリ「デラクレチヤン」帝ニ至ルマテハ法官及ヒ裁判
人ノ區別アル時代ニシテ「デラクレチヤン」帝以後ニ於テハ此二種裁判官ノ區別
ハ全廢セラレタル時代トス

往々不正ニ出テ又ハ不當ニ處分ヲ爲シ賣主ノ利益ヲ害スルコトアルヘキヲ慮
リ其分割又ハ競賣ハ必ス之ヲ賣主ニ通知セサルヘカラス若シ之ヲ通知セサル
時ハ其分割又ハ競賣ヲ以テ賣主ニ對抗スルモノトヲ得ス第五八四條但書トモ
故ニ賣主ニ於テ通知ヲ受ケタル場合ハ賣主ハ決シテ買戻權ヲ失フコトナシ隨
テ競落人ニ對スルモ又分割ニ依リ配當ヲ受ケタル者ニ對スルモ買戻權ヲ行使
セ再ヒ共有者ノ一人トナルコトヲ得可シ全ク賣主ノ利益ヲ保護シタル規定ナ
リ
第二ニ競賣ニ依リ賣主ノ不動產ノ競落人トナル場合ハ賣主ハ其買戻權ヲ行使スル
此場合モ亦其競賣カ買主ノ請求ヲ出テタルト他ノ共有者ノ請求ニ出テタルト
ニ依リ法律ノ規定ヲ異ニス
其一賣主ヨリ競賣ヲ請求シタル場合ニ此場合ニ於テハ賣主ハ其買戻權ヲ繼
續スルハ法律ノ最も欲セザル所ナルカ故ニ法律ハ買戻權ヲタル部分ハ買戻ノ外
尙ホ賣主ヲシテ其不動產全部ノ買戻ヲ爲スヲ得ルヲ規定ス但全部ハ買戻

財産權ヲ目的トスルノ一點ニ止リ其契約ノ性質ト云ヒ又其實用ト云ヒ共ニ
 買賣ト異ル處ナシ即チ交換モ亦買賣ノ如ク双務契約有價契約諾成契約ニシテ
 其實用ニ於テモ等シク吾人ノ需用ヲ充テ有無交換方法ニ外ナラサルナリ故
 ニ買賣ニ關スル法律規定ハ殆ント例外ナク交換ニ適用セラル、モノナリ
 先キニ買賣ヲ説明スルニ當リ一言シタル如ク實物交換ノ不便ニ促サレテ茲ニ
 通貨ノ媒介ニ依ル買賣取引行ハル、ニ至ラタリト雖モ此買賣モ亦或ル場合ニ
 於テハ却テ煩雜ノ嫌ナキニ非ルコトアルヘシ若シ我ノ欲スル所ノ物彼ノ欲セ
 タル所ニシテ需用供給正面ニ相到來スル時ハ貨幣ノ媒介ヲ要セスシテ互ニ其
 需用ヲ充スコトヲ得ヘク而カモ是亦簡便ニシテ利益ナル所ナリ是レ買賣取引
 行ハル、今日ト雖モ亦交換ノ實用ヲ見ルモノニシテ殊ニ外國貿易ニ於テ其
 効用洽キヲ見ル可シ買賣ニ對シテ實主ノ利益ヲ得ルモノナルカ故ニ縱令賣
 交換ハ斯ノ如ク金錢以外ノ財産權ヲ以テ目的トスルモノナルカ故ニ縱令賣
 買ノ規定クリト雖モ代金ニ關スルモノハ之ヲ適用スルコトヲ得サルヲ以テ本
 則トセサルヘカモ然レトモ物ト物ト必シモ當ニ金價格ヲ有スルモノ

アラサルヲ以テ二個ノ物ヲ交易スルニ於テ或ハ過不足ヲ生スルヲ免レシ此場
 合ニ於テ其過不足ヲ金錢ヲ以テ補足スルハ最モ便宜ノ方法ナリ故ニ法律ニ於
 テモ此ノ如ク金錢ヲ以テ補足スル場合ニハ其金錢ニ付テハ買賣代金ニ關スル
 規定ヲ準用スヘキモ然レトモ右ノ如ク金錢ヲ以テ差額ヲ補足スル
 場合ハ其契約ハ果シテ交換ナリキ將タニ買賣ト見ルニキヤ此問題ハ既ニ述
 タル如ク買賣ノ規定ハ凡テ交換ニ準用セラル、以テ全ク實用ナキモノナリ
 然レトモ若シ夫レ舊法典ノ規定ヲ參照セハ舊法典ニ於テハ買賣ハ配偶者間ニ
 於テハ之ヲ禁シタリト雖モ交換ハ之ヲ禁セス(取得編第三五條故ニ)ノ契約カ
 買賣ナリキ交換ナリキハ舊法典ニ於テハ之ヲ決スルノ實用存スルモノト云フ
 ヘシ而シテ二者其規定ヲ異ニシタル所以ハ夫婦間ニ在リテハ或ハ名ヲ買賣ニ
 借ツテ其實贈與ヲ爲スルノ弊害ナキヲ期セザルモ交換ハ實物ノ取引ナルカ故ニ
 贈與ヲ仮裝スルノ恐レナシト云フニアリテ佛國法ノ規定ニ倣ヘルナリ然レト
 モ夫婦間其弊アリトモ父子兄弟姉妹苟モ親愛情緒ノ繫カレ所皆其弊ナキヲ
 必セサルカ故ニ特ニ斯ノ如キ區別ヲ爲ス理由ナシトモ新法ハ之ヲ採用セス

故ニ成法上右ノ問題ヲ決定スルノ要ナレト雖トモ理論上果テ賣買ナリヤ交換ナリヤ此點ニ於テモ舊法典ノ如キハ一ノ標準ヲ與ヘ補足ノ金錢カ物ノ價格ヲ超ユル時ハ賣買ニシテ之レニ及ハサル時ハ交換ナリトセリ是レ多クノ場合ニ於テハ或ハ事實ニ適合スルモノナラン然レトモ必シモ常ニ然リト云フヲ得ス加之物ノ價格ト金錢ノ額ト同一ナル時ハ此標準ハ何等ノ用ヲ爲サヘルニ至ルヘシ故ニ當事者ノ意思ヲ探究シテ或ハ交換タリ或ハ賣買ナルヲ判定ス可キノミハハズ

交換ハ金錢以外ノ財產權ヲ以テ目的トスルモノナルカ故ニ金錢ト金錢トヲ交換スルハ法律ノ所謂交換ニ非ルコト勿論ナリ或ハ之ヲ賣買ナリト云ヒ或ハ之ヲ交換ナリト論スルモノアリ舊法典ノ定解スル所ニ隨ヘハ交換トスルヲ至當トスヘシ然レトモ新法典(第五八六條)下ニ於テハ目的物金錢ナル以上ハ之ヲ以テ交換ナリト云フコトヲ得ス又金錢ト金錢トノ交易ナルカ故ニ之ヲ賣買ト論スルモ其當ヲ得タルモノニ非ルヘシ故ニ予輩ハ此ノ如キ契約ハ一種ノ無名契約ナリトシテ有効ナルモノナリト信ス此問題モ亦實用ナキモノナリ何ト

第五節 消費貸借

ナレハ苟モ有償契約ナル以上ハ凡テ賣買ノ規定ヲ準用スヘキモノナレハナリ

貸借ナル語ヲ汎キ意義ニ解スルトキハ獨リ消費貸借使用貸借若クハ質貸借ノミナラス雇傭契約請負契約ノ如キモ亦貸借關係ノ一ナリト云フコトヲ得ヘシ現ニ佛國民法ニ於テハ質貸借ヲ二別シテ一ヲ物ノ質貸借ト云ヒ他ヲ勞力又ハ工作ノ質貸借即チ雇傭ト請負ナリト云ヘリ蓋シ何レモ他人ノ物又ハ他人ノ行為ヲ利用スル處ノ契約ナレハナリ去レバ社會萬般ノ取引關係ヲ概括スル時ハ其實質ニ非サルモノハ即チ貸借關係ナリト云フモ惡言ニアラス而シテ金錢ノ貸借カ消費貸借ニ屬ス可キモノナルコトヲ知ラハ本節ノ規定ハ貸借關係中又最モ研究ヲ要スル實用契約ナルコトヲ知ル可シ

第一款 消費貸借ノ本義并ニ其性質

消費貸借トハ當事者ノ一方ヨリ交付シタル金錢其他ノ物ト同種類同品等及同數量ノ他物ヲ相手方ヨリ返還スヘキコトヲ約スル契約ナリ(第五八七條)此故ニ消費貸借ノ目的物即チ貸主ヨリ借主ニ交付スルモノハ第一金錢其他

ノ動産物ニ限ル(第二)且其物ハ他物ト交換シ得ル代替物ナラサルヘカラモ尤モ此點ニ付テハ異論ナキニ非スト雖トモ得モ借主ヨリ同種類同品等同數量ノ他物ヲ返還シテ其義務ヲ免ルルモミナル以上ハ其物ハ總令ニ特定セラレタル物件ナルモ當事者ノ意思ニ於テハ常ニ代替物ナリトス若シ然ラストセンカ同種類同品等同數量ノ他物ヲ返還シテ義務ヲ免ルルノ結果ヲ生ス可キ間レナシ(第三)消費貸借ニ關スルモテハハニモ限ルル本道ニ據テハ消費貸借中ノ消費貸借ノ目的トスル所ハ借主ヲ以テ目的物ヲ消費セシムルニ在ルカ故ニ目的物ノ占有ハ借主ニ移付スルハ契約成立ノ必要條件ナリ換言スレバ當事者ノ意思表示ニ外更ニ其物ヲ貸主ヨリ借主ニ交付シテ始メテ成立ス可キニ要物契約ナリコトハ前掲スル本義ニ於テ明カナルモ茲ニ茲ニ從來ノ法律ニ於テモ殆ンド異例ナキ所ナリ然ルニ舊法典ニハ此點ニ付テ異リタル規定アリ舊法典財產取得編第一七八條蓋シ舊法典ノ主義トスル所ハ要物主義ニ在リ舊法典トスル所ハ借主ヲ以テ目的物ヲ消費セシムルニアルモ借主ニ目的物ノ所有權ヲ移轉スルニ非レバ此契約ノ目的ヲ達スル所ヲ得ル故ニ貸主ヨリ借主ニ目

的物ノ所有權ヲ移轉スルコトハ消費貸借成立ノ要件ナリト云フニ在リ然リト雖モ此ノ如ク所有權ノ移轉ニテモ蓋シ消費貸借成立スルモノトモ未タ目的物ノ引渡ナキニ拘ラス消費貸借ノ成立スル場合ヲ生スルに至ルヘシ何トナレハ不特定物ト雖モ之ヲ指定スルヲ未之ヲ引渡サハルモ權利ハ相手方ニ移轉ス可ケルハナリ果シテ然ラハ借主ハ未タ其物ヲ領受セシメ風名之レト同種類同品等同數量ノ他物ヲ返還セザル可カラサル義務ヲ負擔スルカ如キ奇怪ナル結果ヲ生スルヲ見ル可シ加モ動産物ニ付テハ既ニ知ズルハ如ク占有ハ權限ニ等シトノ法則ハ認メテアルカ故ニ借主ハ善意ハ占有者ナルニ於テハ總令其物ハ貸主ノ所有物ニ非ラズ然ルモ借主ハ安全ニ之ヲ消費スルコトヲ得可シ勿論貸主ハ真正ノ所有者ニ對シテ其責任ヲ所可シト雖モ借主ハ決シテ其所有者ヨリ其物ヲ追奪スルルコトヲ力クハ契約ノ目的ハ十分ニ之ヲ達スルコトヲ得ヘキナリ故ニ貸借關係ハ此場合ニ於テ有効ニ成立セザルモノト看ルルヲ相當ナリトス果シテ然ラハ舊法典ノ如ク所有權ノ移轉ヲ以テ消費貸借ノ要件トスルハ何レハ點ニ觀察スルニ當テ得タルモノニ非ラズ新法典ハ全ク之

消費貸借

借ハ之ニ因リテ成立シタルモノト看做ス。故ニ假令ハ賣掛代金ヲ支拂フ義務アルモノカ其支拂ノ猶豫ヲ得ンカ爲メ之ヲ借入金ニ引直スカ如キ或ハ損害賠償トシテ支拂フヘキモノヲ借入金ト爲シ爾後借主トシテ返還ノ義務ニ服スルカ如キ皆是ナリ是レ借主ノ利益ノ爲ニ行ハルヘラ通常トスレトモ亦貸主ノ利益ノ爲ニ履行ハル、現象ナリ從來頗ル煩繁ニ行ハレタル賣掛代金ヲ借入金ト爲スカ如キハ時効ノ經過ヲ遅カラシメンカ爲ニシテ全ク貸主ノ利益ノ爲ニ行ハレタル如シ。今夫レ消費貸借ハ必ス目的物ノ引渡ヲ要スルモノトセハ右ノ如キ場合ニ於テハ消費貸借ハ成立セサルモノト云ハサル可カラス然レトモ法律ハ此場合ニ於ケル當事者ノ希望ヲ察レ一ノ變例トシテ縱令其目的物ノ引渡ナキモ亦消費貸借ノ成立セルモノト看做シ以テ實際ノ便宜ヲ圖ルナリ舊法典ハ之ヲ以テ消費貸借ト看做スコトナク右ノ如キ場合ハ義務ノ目的ヲ變更セシテ其原因ヲ變更シタル一ノ更改契約ナリトセリ然レトモ新法典ニ於テハ所謂原因ナルモノヲ以テ法律行為ノ要素ト認メサルノミナラス新法ノ更改ナルモノハ債務ノ要素ヲ變更スル場合

ニ非レハ成立セス(第五一三條而シテ所謂債務ノ要素トハ第一債權者第二債務者第三債務ノ目的ニ限ラル、モ右ノ場合ニ於テハ債權者債務者ニ變更セキハ勿論債務ノ目的モ亦前後共ニ金錢ヲ給付ニアラズ毫モ變更セサルカ故ニ之ヲ更改ナリト云フコトヲ得サルヤ明ナリトス。又其ノ人ハ消費貸借ニ於テニ消費貸借ハ又一ノ片務契約ナリ即チ借主ニ於テ返還ノ義務ヲ負フニ過キシテ貸主ハ何等ノ義務ヲ負フモノニアラス尤モ時トシテ貸主ハ借主ニ對シ目的物ノ瑕疵又ハ追奪ニ付キ擔保ノ責任ヲ負フコトアリト雖モ此責任タルヤ消費貸借ニ必シモ常ニ伴隨スルモノニ非サルヲミナラス消費貸借ヨリ生スル結果ニ非スシテ消費貸借ノ豫約ノ不履行ヨリ生スル結果ニ外ナラス故ニ少クトモ消費貸借ノ成立スル當時ニ在テハ貸主ハ其契約ニ依リ何等ノ義務ヲ負擔スルモノニアラサルナリ。然レモ其契約ニ依リ何等ノ義務ヲ負擔スルモノニアラサルナリ。終リニ消費貸借ハ本則トシテハ無償契約ナルモ特約ニ依リテ有償契約ヲ爲ス可キ即チ借主ニ於テ單ニ同種類同品等及同數量ノ他物ヲ返還スル義務ノミヲ負擔スル場合ニ於テハ無償契約ナレトモ反之特約ヲ以テ其返還スヘキ物ニ利

思フ付スル時ハ有償契約トナルナリ此點ニ付テ反對法則ハ商取引ニ於テ之ヲ見ル可シ(商法第五九三條) 貸借ニ於テ利息ヲ徵收スルコトヲ當否如何ハ往古經濟思想未タ發達セズ道教ノ迷心ニノミ支配セラレタル時代ニ於テハ一ノ疑問タリシト雖モ今日ニ在リテハ殆んど自明ノ理トシテ特ニ之ヲ徵收スルノ正當ナル所以ヲ説明スルノ要ナキカ如シ 蓋シ吾人カ一物ヲ貸付スルヤ(第一)吾人ハ自己ノ任意ニ使用收益スルコトヲ爲サシテ借主ヲシテ其利益ニ使用收益セシムルモノナレハ自己ノ不使用不收益ニ對シテ多少ノ代價ヲ徵收スルハ固ヨリ相當ノコトナル可ク(第二)借主ハ又他人ノ物ニ付キ利益ヲ收ムルカ故ニ貸主ニ對シテ相當ノ報酬ヲ爲スバ德義上亦當然ノ本分ト云フ可ク(第三)他人ニ物ヲ貸付スル時ハ一朝其人ノ無實力トナリタル隙ニハ元本ヲ舉テ失フノ危險ナシトセサルカ故ニ此危險ニ對シ多少ノリタル徵スルモ亦決シテ不條理ニ非ル可シ(第四)金錢ヲ貸借ニ付テ之ヲ見ルニ金錢ノ購買力カ漸次遞減シ行方ハ經濟上ノ大勢ニシテ物價ノ漸次騰貴シ行方

十年第六六號布告ヲ以テ之ヲ制定シタリ此布告ハ新法典實施後依然尙効力ヲ有ス只同法第三條法律上ノ利息ニ關スル規定ハ廢止セテ之ヲ廢スルハ故ニ當事者ノ契約ニ於テハ依然トシテ同法ノ制限ヲ受ケサル可キ事其詳細ハ同法ヲ一讀スル時ハ容易ニ之ヲ知ルコトヲ得タリ茲ニ述ヘスト雖モ要スルニ若シ其制限以上ニ利息ヲ約スルトモ裁判所ハ制限利息ニ之ヲ引直シ決シテ其以上ニ請求スルモノヲ許サハルニ在リ然レトモ制限ノ趣ヲ知ル利息ニ既ニ支拂ヒタルモノハ其再日之ヲ取戻スコトヲ得テ惟モ彼ノ民法第七百八條不當利得ノ法則ニ於テ双方ノ原因ノ不法ナルモノヲ於テハ之ヲ取戻ヲ許ササルト同一理由ニ出スルモノモ亦シテ多數制決例ニ在スル所ナリ然レトモ實際ノ裏面ニ向テ觀察セシメ利息制限法ノ始ト有名無實ナルモノナリトハ爭フ可カラズ凡百人手段ヲ容易ニ法律ヲ制裁ス免ルモノコトヲ得セシムルハナリ

第二款 消費貸借ノ効力

既ニ述ベタル如ク消費貸借ハ一應庶務契約ニ屬スル債主ニ於テ返還義務ヲ負フニ止ルモノナリ然レモ消費貸借ハ亦何レモ要物契約ナル目的物ノ引渡

茲ニ謂フ所ノ父母トハ實父母ハ勿論繼父母養父母及ヒ嫡母等ヲ包含スレトモ繼父母及ヒ嫡母ト其他ノ父母トノ間ニハ第七百七十三條ニ規定スルカ如ク同意ヲ爲ササルトキニ一ノ差異アリ然レモ父母ノ地位ハ其ノ別ニ在リ又父母ノ家ニ在ル者ニ限ル家ニ在ラサル父母例之離婚離縁等ニ因リテ其家ヲ去リタル者ハ法律上ハ其家ニ在ル者ト同一ノ親族關係ヲ有スト雖モ家族及ヒ事實上ノ關係ハ家ニ在ル者ニ比シ大ニ疎ナラサル可カラザレハ法律ハ此等ノ同意ヲ得ルコトヲ要セシメサル所以ナリ

父母共ニ家ニ在ルトキハ其雙方ノ同意ヲ得サル可カラズ一見スレハ父ハ親權ヲ行ヒ嫡父夫ノ權ニ服從ス可キモノナレハ父母ノ一致セサルトキハ父ノ同意ノミヲ以テ足ルカ如シト雖モ此ハ如クナルトモ一家ノ和睦ヲ欠クヲ以テ法律ハ此ノ如キ場合ニ於テ父ノ同意ヲ以テ足レリト爲サズ双方ノ同意ナルヲ要ス若シ父母一致セサルトキハ此要件ヲ欠クモノト云フサル可カラズ

父母ノ一方カ死亡セルトアリ知レサルコトアリ家ヲ去ルコトアリ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルコトアリ此等ノ場合ニ於テハ一方ノ者ノ同意ヲ以

ヲ足レリトスルヨリ外ア其ナルナリ其意ヲ表示スルコトアリ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルコトアリ其場合ニ於テ婚姻ヲ爲ス可キ子カ成年者ナルトキハ何人ノ同意ヲモ要セスシテ婚姻ヲ爲スコトヲ得然レトモ若シ其子カ未成年者ナルトキハ其後見人及ヒ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス又ハ舊民法人事編ニ於テ父妻ノ死亡セタルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ祖父母ノ許諾ヲ受テ可トシタルトモ此ノ如キ場合ニ於テ祖父母ノ未タ老耄セサル者ナルトキハ實際ニ於テハ概シテ未成年者ノ後見人タル可ク其後見人タラサル場合ニ於テハ適當ノ判斷ヲ與フルヲ期スルコト能ハサルヲ以テ新法ハ此ノ如キ場合ニ祖父母ノ同意ヲ得ルコトヲ削除シタリ又ハ婚姻ヲ爲スニ付キ子カ父母ノ同意ヲ得ルコトハ前ニ說キタルカ如ク成年ニ達シタル者モ或ル年齢マデハ之ヲ要ス然ルニ父母ノ在ラサル場合ニ於テハ後見人及ヒ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ未成年ニ限リタルハ蓋シ後見人親族會等ハ未成年者ノ利益ヲ保護スルコト父母ノ如クナル能ハサルヲ以テ父母ノ同意ニ

於ケルヨリハ一層早ク其制限ヲ脱セシムル必要アリ故ニ此場合ニ於テハ之ヲ普通ノ法律行爲ト同シク婚姻ヲ爲ス可キ者カ未成年ナルトキハ其後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要スト爲シタル所以ナリ又ハ其子ハ婚姻ヲ爲スニ付キ要スル條件ヲ欠グラ以テ婚姻ヲ爲スコトヲ拒ミタルトキハ其子ハ婚姻ヲ爲スニ付キ要スル條件又ハ嫡母ナルトキハ其同意ニ付キ實父母ニ於ケルト同一ナル能ハス實父母ナルトキハ其實ニ子ノ利益ヲ計ル可キヲ以テ無理ヲ唱ヘテ同意ヲ爲サシムコトハ之ナカル可シト雖モ血族ノ關係ナキ繼父母又ハ嫡母ニ在リテハ不當ナルコトヲ知リナカラ子ノ婚姻ヲ拒ムコト往々之アル所ナレハ法律ハ繼子庶子ヲ保護スル爲メ例外ヲ設ケ繼父母又ハ嫡母カ子ノ婚姻ヲ拒ミタル場合ニ於テハ親族會ノ同意ヲ得ルニ於テハ婚姻ヲ爲スヲ得ルコトヲセリ(第七七三條)又ハ禁治產者カ婚姻ヲ爲スニハ其後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セス(第七七四條)禁治產者ハ後見ニ付セラル(民法第八條)以テ若シ自ラ普通ノ法律行爲ヲ爲シタルトキハ其行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得可シ民法第九條ト雖モ後見人カ禁

治産者ノ法定代理權ハ禁治産者ノ療養監護及ヒ財産管理ニ限ルモノナリ以テ人事ニ關スル行為ノ如キハ其代理權ノ範圍外ニ在ルヲ以テ之ヲ明セズル爲メ特ニ本條ヲ設ケタルナリ

右ノ場合ハ禁治産者カ其精神ヲ回復シタル場合ヲ想像シタルモノナリ若シ否ラスシテ心神喪失中ニ婚姻ヲ爲シタルトキハ其婚姻ハ其意思ヲ有セザルモノナレハ最初ヨリ無効ナレハナリ

婚姻ノ方式上ノ要件 婚姻ハ之ヲ戸籍吏ニ届出タルニ因リ其効力ヲ生ス(第七七五條從來婚姻ノ届出ニ付キテハ明治八年十二月九日太政官達ニテ婚姻離婚ヲ縱令相對熟議ノ上タリトモ雙方ノ戸籍ニ登記セザル内ハ其効ナキモノト看做ス可キ規定アリト雖モ其後司法省ノ何ニ對シテ明治九年七月太政官ヨリ既ニ親族近隣ノ者モ夫婦ト認メ裁判官ニ於テモ其實アリト認ムル者ハ夫婦ヲ以テ論ス可キト指令シタルヲ以テ明治十年六月司法省ヨリ此旨ヲ各裁判所ニ達シタルヨリ以來財産關係若クハ刑事上ノ目的ニ付キテハ戸籍簿ニ登記セザル者ト雖モ夫婦ノ關係ヲ公認出來リタルモノニシテ婚姻後數年間モ婚姻ノ

届出ヲ爲サハリシ者モ夫婦ト看做サルモノナリ而シテ從來ニ方式ノ證人ヲ要セズ單ニ戸主ヨリ届出タルヲ以テ是レハ婚姻ト看做スルモノナリ付キ本法ハ外國ノ立法例ニ在リテ如キ煩雜ナル方式ヲ採用セズ以テ當事者雙方及ヒ成年ノ證人二人以上ヨリ口頭ニテ又ハ署名シタル書面ヲ以テ之ヲ戸籍吏ニ届出ツ可キコトヲ爲セタルヲ以テ之ヲ婚姻ト看做スルモノナリ

法律カ婚姻ニ付キ此方式ヲ要スト爲シタル婚姻ハ之ニ因リテ夫婦財産上ノ關係親族關係等ヲ生シ他ニ對シ之ヲ公示ス可キ必要アルト又一ハ當事者ノ意思ノ確實ヲ保障スルノ目的トニ出テタルカ若シ當事者カ法律ニ規定ニ違反シタル婚姻ヲ爲シ之カ届出ヲ爲シタルトキハ戸籍吏ハ之カ注意ヲ爲スコトアル可キナリ

婚姻ノ効力ニ付キテハ舊民法人事編第六七條ノ規定ニテハ儀式ヲ行ヒタルヨリ之ヲ生シ只タ夫婦財産契約ニ付キテメ第三者ニ對シテハ婚姻届出後ニ非サレハ其効力ヲ援用スルコトヲ得ストモ本法ニ於テハ婚姻ノ儀式ノ如キハ公示サレザルヲ以テ當事者カ何時之ヲ行ヒタルヤ他ノ之ヲ知ル能ハサ

ルモノナレハ他ニ對シテハ勿論當事者間ニ在リテモ一般ニ婚姻ハ之ヲ戸籍吏
ニ届出テタル日ヨリ効力ヲ生スルコトハ爲シタリト雖モハ其法律ノ規定ニ
婚姻ニ關スル要件ハ公益ニ關スルモノナレハ以上説キタル諸要件ヲ具備セズ
シテ婚姻ヲ爲スヲ得可カラサルヲ以テ法律ハ戸籍吏ヲシテ當事者ノ届出テタ
ルモノカ果シテ法律ノ規定ニ違反セサルヤ否ヤヲ取調ヘレメ其法律ノ規定ニ
違反セサルコトヲ認メタル上ニ非サレハ其届出ヲ受理スルコトヲ得スト爲シ
タリ(第七七六條而シテ婚姻ヲ爲スニ付キ父母ノ外尙ホ戸主ノ同意ヲ得ルヲ要
ス可キ場合ヲ第七四一條第一項及ヒ第七五〇條第二項觀キニ説キタルカ此等
ノ場合ハ一家ノ調和ヲ計リタルニ出テタル規定ニ外ナラサルモノニシテ婚姻
其物カ公益ニ反スルカ故ニ非ラサルヲ以テ其場合ニ於テ戸主ノ同意ヲ得スシ
テ家族カ婚姻ヲ爲シ又ハ一旦婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入リタル者カ
更ニ婚姻ニ因リテ他家ニ入リタルトキハ其戸主ハ其同意ヲ得サル家族ニ對シ
テ離婚又ハ復籍拒絕ヲ爲スコトヲ得可キ制裁ヲ設ケ此場合ニ於テハ此制裁ヲ
以テ足レリトシ戸主ニハ家族カ婚姻ヲ爲スニ付キ父母ノ同意ヲ得ル場合ニ於

ケルカ如キ重大ナル權ヲ與ヘザリシナリ是ヲ以テ戸主ノ同意ヲ得スシテ爲シ
タル婚姻届出ヲ爲セタルトキ之ヲ許ス可ラサルモノトシテ却下スルヲ得サレ
ハ本人ヲシテ反省セシムル爲メ戸籍吏ヨリ一應ノ注意ヲ爲スコトトシ若シ之
ニ應セサルトキハ戸籍吏ハ其届出ヲ受理セサル可カラサルコトト爲セタリ
右ノ場合ヲ除クノ外婚姻ニ關スル要件ヲ具備セスシテ届出テタルトキハ戸籍
吏ニ於テ其届出ヲ受理スルコト能ハス隨テ其婚姻ハ許サレサルモノナレトモ
戸籍吏カ誤リテ其婚姻ノ届出ヲ受ケタルコトアルトキ例之ハ父母ノ同意ヲ得
スシテ婚姻ヲ爲セ又ハ婚姻年齡ニ達セスシテ婚姻ヲ爲シタルトキハ其婚姻ハ
此届出ニ因リテ効力ヲ生スルモノトス最初ヨリ無効ナル婚姻ハ届出ヲ爲スト
モ効力ヲ生スルモノニ非ス而シテ此場合ニ於テハ後ナニ至リ取消スコトヲ得
可キモノ之ヲ取消サハルトキハ全ク有効ナルモノタリトス
外國ニ在ル日本人間ニ於テ婚姻ヲ爲サント欲スルトキハ日本ノ戸籍吏アツタ
ルヲ以テ右ニ説キタル方式第七五條ニ隨フコト能ハサルヲ以テ法律ハ其國
ニ駐在スル日本ノ公使又ハ領事ニ其届出ヲ爲スコトヲ得ルモノトシタリ而シ

ヲ此場合ニ於テ右戸籍吏ニ届出タル親族ヲ準用スルモトス(第七七七條)

第二款 婚姻ノ無効及取消

新民法ニ於テ用ユル所ノ無効ナル語ハ舊民法ノ所謂不成立ノ意味ヲ有レ又新民法ノ取消ナル語ハ舊民法ノ無効ナル意味ヲ有スルモノニシテ法律行為ノ無効トハ之ヲ譬フレハ生活ニ必要ナル機關ヲ具ヘサル人體ノ如ク到底生存スルコト能ハサルモノヲ云ヒ又取消シ得キモノトハ輪モ病體ノ如ク其病氣ノ爲メ竟ニ死亡スルニ至ルモノヲ謂フ可カラズト雖モ現ニ人トシテ生存セルカ如ク無効ナルモノハ最初ヨリ成立セサルモノヲ取消シ得キモノトハ之ヲ取消スルヲハ有効ナルモノニシテ婚姻ニ付キテモ他ノ法律行為ト同シテ無効ナルモノ及ヒ取消シ得キモノトアリ

婚姻ノ無効 婚姻ハ左ノ場合ニ無効キス(第七七八條)

一 人違其他ノ事由ニ因リ當事者間ニ婚姻ヲ爲ス意思ヲキテキル者ニシテ二當事者カ婚姻ノ届出ヲ爲ササルトキハ

法律カ規定セル婚姻ノ無効ハ右二ノ場合ニ限レ其ノ一當事者ニ婚姻ヲ爲

ス意思ヲキトキハ其二婚姻ノ届出ヲ爲サハルトキハ其第一ノ要件ニ説キタルカ如ク普通ノ法律行為ニ付キ當事者ノ意思ナキトキハ全ク其行為ハ成立セサルト同シテ婚姻ニ付キ當事者ノ意思ナキトキハ例之ハ人違心神喪失ニ依リ又ハ強暴ヲ受ケテ爲シタル意思表示ヲ爲シタルトキハ全ク婚姻ヲ爲ス意思ナキモノニシテ其婚姻ハ無効タル可キナリ而シテ最初ヨリ成立セサルモノナレハ當事者カ之ヲ追認シタルトモ其追認ハ毫モ効力ヲ生スルモノニ非ス又當事者ノ何人ヨリモ之カ無効ヲ主張スルコトヲ得ルハ論ヲ俟タサルナリ

第二ニ付キテモ既ニ説キタルカ如ク婚姻ハ戸籍吏ニ届出テ始メテ成立スルモノナレハ其届出前ニ在リテ縱令ヒ世間ニ行ハレ儀式ヲ舉タルト雖トモ是レ法律上未タ婚姻ト看做サハルナリ故ニ事實上夫婦ノ如キ關係ヲ生シ其間ニ子ヲ舉タルト雖トモ其子ハ婚姻中ニ生シタルモノニテアラズシテ全ク私生ノ子タルナリ而シテ婚姻ハ届出ニハ第七百七十五條ニ規定スルカ如キ一定ノ方式ヲ要シ若シ此方式ヲ缺キタルモノナルトキハ戸籍吏ハ之ヲ受理サルコトヲ拒ムヲ得コシ

ニシテ之カ爲メ毫毛損傷ヲ生スルコトヲササルナリ。其後、
婚姻ノ取消、婚姻ノ取消ハ人ノ社會上ノ地位ニ重大ナル影響ヲ生スルモノナ
レハ他ノ法律行爲ノ如ク容易ニ之ヲ取消ス可キモノニ非ス又一般ノ廢罷訴權
ノ原則ヲ之ニ適用セサルモノニシテ法律ハ特ニ婚姻ヲ取消スコトヲ得可キ場
合其取消權ヲ有スル者及ヒ取消權行使ノ期間ヲ限定シタリ(第七七九條)
婚姻ヲ取消スコトヲ得可キ場合、
一 妻ニ付キ要スル第二
乃至第七要件具備セタルトキ即チ婚姻適齡ニ達セシテ婚姻シタルトキ(第七
六五條第二要件)配偶者アル者重キテ婚姻ヲ爲シタルトキ(第七六六條第三要件)
女カ前婚ノ解消又ハ取消ノ日ヨリ六ヶ月ヲ經過セシテ再婚シタルトキ(第七
六七條第四要件)姦通ニ因リテ離婚又ハ刑ノ宣告ヲ受ケタル者カ相姦者ト婚姻
ヲ爲シタルトキ(第七六八條第五要件)近親間ニ於テ婚姻ヲ爲シタルトキ(第七六
九條以下第六要件)婚姻ヲ爲スニ付キ或ル者ノ同意ヲ得可キ規定アル場合ニ於
テ其同意ヲ得シテ婚姻シタルトキ(第七七二條第七七三條第七要件)詐欺又ハ
強迫ニ因リテ婚姻ヲ爲シタルトキ(第七八五條)及ヒ婚約子縁組ノ場合ニ於テ其

縁組無効又ハ取消ヲ理由トスルトキ(第七八六條)ニ非サレバ婚姻ノ取消ヲ請求
スルコトヲ得ス(第七八〇條)
婚姻取消ノ場合ハ之ヲ公益保護ノ爲メニ設ケタルモノト私益保護ノ爲メニ設
ケタルモノトノ二種ニ區別スルコトヲ得可シ即チ右第二要件タル不適齡者ノ
婚姻第三要件ノ重婚者ノ婚姻第四要件ノ前婚ノ解消又ハ取消後六ヶ月ヲ經過
セシテ爲シタル婚姻第五要件ノ姦通者間ノ婚姻近親間ノ婚姻ハ其第一種ニ
屬シ第七要件ノ婚姻ヲ爲スニ付キ或ル者ノ同意ヲ得可キ場合ニ其同意ヲ得ス
シテ爲シタル婚姻詐欺又ハ強迫ニ因リテ爲シタル婚姻及ヒ婚約子縁組ノ場合
ニ於テ其縁組カ無効又ハ取消ト爲リタルトキ之ヲ理由トシテ取消サントスル
婚姻ハ其第二種ニ屬ス而シテ此等兩者ノ間ニハ二ケノ差異ナリ公益上ノ取消
原因ニ付キテハ國家自身モ干涉シテ檢事ニ於テ其取消權ヲ有スレドモ私益上
ノ取消原因ニ付キテハ否ラサルナリ又私益上ノ取消原因ハ時間ヲ經過又ハ追
認ニ因リテ其効力ヲ全フスルコトヲ得可シト雖ドモ公益上ノ取消原因ハ否者
サルナリ

公益上ノ取消原因アルモノハ各當事者其戸主親族又ハ檢事ハ婚姻ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得此場合ハ社會ノ公益ニ關スルモノナルヲ以テ自ラ法律ノ規定ニ違反シタル者ニモ婚姻取消ノ請求ヲ許シタリ戸主ハ舊民法人事編ニ於テ婚姻ノ取消ヲ請求スルコトヲ得ザリシモ吾家族制度ノ下ニ在リテハ家族ヲ扶養スルノ義務アリ又之ヲ監督スルノ權利アリテ家族上財産上諸般ノ關係ヲ有スルコト頗ル大ナルヲ以テ之ヲ度外ニ置ク可キモノニ非ス故ニ戸主ニ違法ナル婚姻ノ取消ヲ得セシムルモノトシタリ親族ハ廣義ニシテ其血族ナルト姻族ナルト又其家ニ在ルト否ト問ハサルナリ檢事ニ婚姻ノ取消權ヲ與ヘタルハ隱居ノ取消ヲ請求スルコトヲ得ル場合ト同シタ公益ノ代表者タルヲ以テナリ

此婚姻ハ社會ノ公益ニ關スルヲ以テ今茲ニ說キタルカ如ク時間ノ經過又ハ追認ニ因リテ其効力ヲ全フスルモノニ非ラズシテ其取消原因ハ長ク消滅スルコトナキヲ以テ原則トスルカ故ニ之ヲ取消ヲ請求スルコトヲ得可キ期間モ亦概シテ無限ナルヲ原則トシ其婚姻ハ當事者ノ一方又ハ雙方ノ死亡シタル後ト雖モ

仍ホ之ヲ取消ヲ請求スルコトヲ得セシム然レトモ檢事力取消權ヲ有スルハ公益維持ニ外ナラサルモノニシテ違法婚姻ニ因リテ國ノ公益被害モラルハ其婚姻關係ノ存續スルニ因ルモノナレハ夫婦ノ一方ニシテ死亡ニ因リ婚姻ノ既ニ解消セラレタル上ニ國力之ヲ取消ス可キ必要ザラサルナリ故ニ檢事力取消權ヲ行フ場合ニハ其期間ニ付キ制限ヲ設ケタリ

舊民法人事編ハ取消權ヲ有スル者ヲ廣ク規定シ婚姻當事者等屬親又ハ現實ノ利益ヲ有スル者トシタレハ其現實ノ利益ヲ有スル者トハ親族タルト否ナリ問ハス此中ニ包含シ又財産上ノ利害關係ヲ有スル者モ此取消權ヲ有スルニ至レリ然レトモ既ニ隱居ノ取消ニ付キテ說キタル如ク財産上ト利害關係ヲ有スル者ニ親族上ノ關係ニ容疎セシム可キハ不可ナルヲ以テ新法ハ之ヲ削除シタリ

重婚再婚相姦者間ノ婚姻ノ場合ニ於テハ右ノ者ノ外尙ホ當事者以配偶者又ハ前配偶者ニモ婚姻ノ取消權ヲ與ヘタリ

配偶者ノ一方ハ婚姻關係ノ繫屬中ナルニ拘ハラズ他ノ者ト重キテ婚姻シタル

自ラ之カ取消ヲ請求スルニ得タルコト多キヲ以テ法律ハ此場合ニ於テ適齡ニ達シタル後三ヶ月間ノ猶豫ヲ與ヘタルナリトシテ取消ヲ得ル舊民法ハ當事者ノ一方又ハ雙方カ不適齡ニシテ婚姻シタルト雖トモ婦人其婚姻ニ因リテ懷胎シタルトモ最早其婚姻ホ之ヲ取消スコトヲ得スト爲シタルモ新法ハ此ノ如き區別ヲ採用セサルナリ是レ蓋シ婚姻中懷胎シタル子ノ利益ヲ爲シニアラスシテ單ニ婚姻シタル者ノ保護ニ出テタルナリトス

適齡者カ適齡ニ達シタル後其婚姻ヲ追認シタルトモ不適齡後未タ三ヶ月ヲ經過シタル間ト雖モ其取消權ハ消滅ス是レ適齡ヲ達セタル以後ハ取消ヲ専ラ不適齡者ノ私益保護ヲ目的ニ出タルモノナリ不適齡者自身ハ婚姻ヲ追認セタルトモ以後其取消權ヲ認ム可キ必要アリタルヲ男實上消滅スルモノトス

第二ノ例外ハ女カ法律ノ規定第七六七條ニ違反シテ再婚シタル場合ニ係ル女カ前婚ヲ解消又ハ取消シヨリ六ヶ月ヲ經過スル後再婚シタルト雖トモ其婚姻ハ前婚ヲ解消又ハ取消シヨリ六ヶ月ヲ經過スル後再婚後懷胎シタルトモ其取消ヲ請求スルコトヲ得ニ第七八二條ニ准テハ前婚中懷胎シタル子ノ利益

和解ノ性質ニ付テハ民法ノ規定スル所ニ屬シ本講義ノ範圍ニアラス故ニ此ニ説明スルノ要ナシト雖モ只如何ナル場合ニ和解ノ生スルヤヲ一言セシニ法律ハ裁判所カ一旦受理シタル訴訟事件ニ付キ判決ヲ與ヘテ之ヲ落着セシメシヨリ當事者双方ノ利益ヲ爲ニ和解セシムルヲ可ナリトスルトモキハ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス和解ヲ試ムルヲ許セリ(第二二一條)而シテ裁判所ハ自ラ和解ヲ試ムルヲ得ルノミナラス一人ノ判事ニ命シ又ハ土地邊隔シタル場合ノ如キハ其地ノ裁判所判事ニ囑托シテ和解ヲ爲シサシムルヲ得其孰レノ場合ニ於テモ當事者和解ヲ爲シタルトキハ常ニ執行名義ヲ生スルモノトス

(四) 第三百八十一條ノ規定ニ從ヒ區裁判所ニ於テ和解キルハ並ニ此和解ハ素ト當事者ノ申請ニ基キ訴ノ提起前ニ生スルモノニシテハ同一國ノ効力ヲ生ス

(五) 一定ノ金額ノ支拂又ハ他ノ代替物若クハ有價證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ以テ目的トスル請求ヲ付公證人ニ作リタル證書ニシテ不履行ノ場合ニ直

條參照

第七強制執行ノ種類

強制執行ハ債權ノ性質及ヒ執行ヲ加フヘキ物件ノ異ナルニ從ヒテ其機關ト

手續トヲ異ニスレ強制執行ニ左ノ種類ノ生スル所以ナリ

(1) 金錢ノ債權ニ付テハ強制執行第五六四條以下

甲 動産ニ對スル強制執行

一 有体動産ニ對スル強制執行第五六六條以下

二 債權其他ノ財産權ニ對スル強制執行第五九四條以下

乙 不動産ニ對スル強制執行第六四〇條以下

丙 船舶ニ對スル強制執行(第七一七條以下)

(2) 物ノ引渡及行為ヲ目的トスル債權ノ強制執行(第七三〇條以下)

(3) 假差押假處分ノ命令ノ執行(第七四八條以下)

右詳細ノ事ハ後日説明スヘシ
以上ヲ以テ強制執行ノ定義ヲ説明セリ尙一言注意ノ爲メ左ニ民事ノ強制執行

ト商事ノ破産トノ區別ヲ講セン

破産手續ハ民事上ノ強制執行ト外觀甚タ類似セル感アリ然レトモ破産ハ支拂

ヲ停止シタル人ニ對シ其總財産ヲ差押ヘ之ヲ換價シ以テ總債權者詳言スレハ

債權調査會又ハ判決ヲ因リ確定シタル債權者ニ總價額ヲ配當スル手續ナリ就

中財産ノ差押ヲ爲ス方法及ヒ換價又ハ換價額ヲ配當スル方法等ハ民事ノ強制

執行ト殆ト同一ニシテ一人ノ債權者カ總財産ヲ差押ヘテ他ノ債權者カ配當要

求ヲ爲スヲ得ルカ如キニ至リテハ敢テ民事ノ強制執行ト異ナル所ナシ故ニ或

ル學者ハ強制執行ハ一ノ破産ナリト云ヘリ予ハ兩者ノ區別ヲ左ニ講セン

第一破産ハ裁判所職權ヲ以テ開始スルコトアリ民事ノ強制執行ニハ此場合ナ

シ是レ第一ノ差點ナリ

第二已ニ開始セル破産手續ハ債權者全体ノ一致シタル意思ニ依レル申立アル

モ取消スコトナシ只商法第九百八十二條第一項ニヨリ破産財團ニ屬スル財

産ヲ以テ破産手續ノ費用ヲ償フ能ハサル場合ニ破産手續ヲ停止スル外他ニ

之ヲ取消シ得ル場合ナシ而ルニ民事ノ強制執行ハ已ニ開始セル者ニテモ債

權者ノ申立ニ因リ何時ニテモ取消スコトヲ得ルノミナラズ執達吏ハ強制執行ヲ實施スル際債務者又ハ其親族ニ出會シタルトキハ之ニ任意ノ履行ヲ勸告セサル可カラス是レ第二ノ差點ナリ

且又我破産法ハ商事ニ關シテ適用ヲ見ルモノニシテ民事ノ強制執行ハ反對ノ地位ニアリ

次ニ強制執行ト家資分散トノ區別ヲ述ヘン

右二者ノ關係ニ付テハ種々ノ學說アレトモ予ノ信スル所ニ依レハ強制執行ハ原因ニシテ家資分散ハ結果ナリ換言セハ家資分散法ハ強制執行ノ結果ニ對スル公法的ノ制裁ヲ定ムルモノナリ即チ家資分散ハ債務者其義務ヲ全然履行スルコト能ハサル場合ニ於テ裁判所カ職權ニ因リ又ハ申立ニ因リテ決定ノ形式ヲ以テ宣告スル一ノ處分ニシテ其狀態ハ執行後ノ結果ナリ然レトモ強制執行ハ必シモ家資分散ノ生スル者ニアラス反之家資分散ノ宣告アルハ必ス強制執行ニ因リ無資力ノ證明セラレタル後ナルヲ要ス

總論

第一章 強制執行ノ要件

強制執行ノ要件トハ已ニ緒論ニ說明シタル如ク債權者カ不履行ノ狀態ニアル債務者ニ對シ公力ヲ藉リテ其權利ノ滿足ヲ得ントスルニ當リ自己ニ備フ可キ執行力アル名義實體の必要條件及債務者第三者ニ對シテ盡ス可キ所ノ手續形式の必要條件ヲ云フ以下節ヲ分チテ之ヲ說明セン

第一節 判決

第一款 確定判決

強制執行ノ要件タルヘキ判決ニ二種アリ一ヲ確定判決ト云ヒ一ヲ假執行ノ宣言ヲ附シタル判決ト云フ然ラハ判決トハ如何子ノ信スル所ニ據レハ判決トハ主權ヲ代表シテ司法權ヲ行フ裁判所カ訴ニ對シテ下シタル命令ナリ而シテ民事ニ於ケル判決トハ一人又ハ數人ノ判事ヨリ成レル裁判所カ主權ヲ代表シテ司法權ヲ行ヒ以テ或請求ヲ除却シ又ハ是認シ權利ノ存在或ハ債務ノ履行詳言スレハ給付作爲不作爲ヲ宣言スルハ命令アリ

判決ノ何タルヤハ右述ヘタル所ニ依リ明ナリ以下確定ノ終局判決ニ付キ一言セ

シ確定ノ終局判決トハ請求ノ全部若クハ一部ニ付キ下シタル判決ニシテ民事訴訟法第二百四十二條ノ規定スル場合ヲ除キテハ更ニ其全部又ハ一部ニ付キ裁判スヘキ餘地ナク且上訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得サルニ至リタルモノヲ云フ之ヲ分拆スレハ確定判決ト終局判決トナル我民事訴訟法ニハ中間判決ト終局判決トノ區別アレトモ中間判決ナルモノハ強制執行ノ名義トナリ得ヘキモノニアラス但性質上終局判決ヲナルモノニモ強制執行ノ點ニ付テハ終局判決ト看做ス可キモノアリ第四百二十六條ニ規定セル判決ノ如キ是ナリ即チ被告ヨリ時期ニ後レテ防禦ノ方法ヲ提出セル爲メニ裁判所カ其判決ヲ第二百十條ニ隨ヒ却下スル場合ニハ此方法ヲ主張スル權ハ之ヲ被告ニ留保スレトモ其判決ハ上訴及ヒ強制執行ニ付テハ終局判決ト看做サル然レトモ本來防禦ノ方法ヲ留保スル判決ハ終局判決ノ性質ヲ有セス何トナレハ如斯防禦ノ方法ヲ留保セラレタル場合ニハ敗訴ノ判決ニ對シ被告ハ右留保セラレタル防禦ノ方法ヲ主張スル爲メ更ニ口頭辯論ヲ開カレシコトヲ申立ツルコトヲ得而シテ裁判所ハ口頭辯論ノ結果防禦方法ヲ理由アリト認メタル場合ニハ先ニ言渡シ

タル判決ヲ廢棄シテ原告ノ請求ヲ否認スルノ判決ヲ下スヘクレハナリ然ルニ右防禦ノ方法ヲ留保スル判決ハ性質上終局判決ニスルハ故ヲ以テ強制執行ヲ許ササルモノトモ原告ノ被告ノ懈怠ニ因リテ權利ノ満足ヲ得ル爲メ空シク長時間ヲ待タサル可カラス故ニ法律ハ便利の規定ヲ設ケ強制執行ニ付テ之ヲ終局判決ト看做スモノナリ即チ第四百九十一條ノ規定ニ依リ防禦ノ方法ヲ留保セザル判決ハ強制執行名義タルモノナリ尙ホ第四百九十一條ノ規定ニ依リテ證書訴訟ニ於テ言渡ス判決ヲ留保ヲ掲ケタルトモ上訴及ヒ強制執行ニ付テ之ヲ終局判決ト看做ス抑テ證書訴訟ノ目的ハ簡易迅速ヲ要スルハ故ニ原告ノ請求ニ對シ其議ヲ主張シ其請求ヲ爭ヒタル被告ニテ敗訴ノ言渡シ受ケタル凡テノ場合ニ於テ其權利ノ行使ヲ留保スルモノトスレハ被告ニ於テ或レ證據方法ヲ提出シ原告ノ請求ニ對シ防禦シ得ヘカリテ證書訴訟ニ於テ之ヲ用ユルコトヲ許サルハ然爲テ敗訴ヲ受ケタル被告モ知ル可カラズ之ヲ以テ法律上其場合ニ於ケル權利伸張ノ道ヲ被告ニ與ヘタルモノナリ而シテ此判決モ亦本條ノ終局判決ト云フ能ハス只一々實際上留保セ

ラレタル權利ノ行使ニヨリ前判決ヲ關ヘスコト甚タ罕ナルハヤト一ハ證書評
議ノ目的ニ背カチシカ爲メ此規定ヲ設ケタルナリ此規定ハ證書評議ノ爲メ
爲替訴訟モ亦一ハ證書訴訟ナルヲ以テ爲替訴訟ニ於ケル判決ニレテ右留保ヲ
掲ケタルモノハ亦同項ニ同レ
次ニ確定判決ノ意義ヲ説明セシ我民事訴訟法ニ於テ確定判決トハ形式上ノ意
義ニ於テ確定シタルモノヲ云フ若シ確定判決ナル語ヲ實體上確定シタル判決
ノ意義ニ用井タルモノトモテハ再審ノ原因アル請求ニ付テ下セル判決ハ之ニ對
シテ上訴ヲ申立ツルコトヲ得ルカ故ニ之ヲ確定判決ト稱スルヲ得ス何トナレ
ハ再審ノ原因アル場合ニハ上告審ノ判決ナルモ又ハ控訴上告ノ期間ヲ經過シ
タル判決ナルモ再審ノ訴ヲ以テ審理ヲ仰クコトヲ得其結果取消ナルハコトア
リ故ニ實體上確定力アリト云フヲ得サレハナリ然レトモ強制執行ニ於ケル確
定判決ハ右ノ如キ實體上ノ確定力アルヲ要セス形式上ノ確定力アレハ足レシ
右ノ如ク確定判決ハ形式上ノモノナリ然ラハ如何ナル場合ニ判決ハ形式的確
定力ヲ有スルヤ民事訴訟法第四百九十八條ニ之ヲ規定セリ最モ本條ハ形式上

ノ確定ヲ正面ヨリ規定セス然レトモ之ヲ裏面ヨリ推究スル時ハ如何ナル場合
ニ判決ノ確定スルヤヲ知ルニ足ル期カ左ニ説明セン
第一故障ヲ許ス場合ニ於テ故障期間ノ滿了シタルトキ
第二控訴又ハ上告ヲ許ス場合ニ於テ其期間ノ滿了シタルトキ
第三上告審ニ於テ上告ヲ理由ナシトシテ棄却シタルトキ
第四上告審ニ於テ對審終局判決ヲ爲シタルトキ
第五上告審ニ於テ新關席判決ヲ爲シタルトキ
新關席判決トハ一旦關席判決ヲ受ケタルモノカ故障ヲ申立テ其故障受
理セラレタル後再ヒ口頭辯論ノ期日ニ關席シタルカ爲メ相手方ノ申立
上告裁判所ニ於テハ第一審第二審ノ裁判所ト異ナリ法律ノ點ニ付テノミ審
理ヲ爲スモノニシテ關席判決ナルモノアルヤ否ヤ即チ辯論期日ニ出頭セサ
ル當事者カ相手方ノ申立テタル事實ヲ明白シタルモノト看做スハ關席判決
ニノミ存スル特質ナルニ上告審ハ法律ノ點ニ付テノミ審理ス可キ者ナレハ

如何ニシテ此特費アル調席判決ヲ平以コトヲ得ルヤム一疑問ニ屬ス或ル學者ノ說ニ依レム上告審ハ調席判決ヲ以テ民事訴訟法第四百三十八條第三項ヲ適用シタル場合ニ於テ此場合ニ於テ又新調席判決ヲ生ズルコトアリト云フ雖モ實例ヲ舉ゲテ說明セザルモ以テ又裁裁判所判決例ニ本條ヲ適用シテ調席判決ヲ與タルコトヲ示シテ記應ス予ハ信スル所ヲ述フレハ民事訴訟法第五百十條第三項ニ假執行ヲ宣言アリタル本案ノ判決ヲ廢棄若クハ破毀又ハ變更スルトキム判決ニ基キ被告ノ支拂ヒ又ハ給付シタルモノヲ辨濟ヲ被告ノ申立ニ因リ判決ヲ以テ原告ニ言渡ス可シトアリ今一例ヲ舉ケレハ甲者乙者ニ對シ一萬圓ノ債權ヲ有セリトシ訴訟ヲ提起シ而シテ此請求ニ付テ假執行ノ宣言ヲ附セラレンコトヲ申立ラタルニ第一審裁判所ハ原告甲ノ請求ヲ正當トシテ被告乙ニ對シ其一萬圓ヲ原告甲ニ辨濟スヘシトノ判決ヲ下シ且其判決ハ假ニ執行ヲナスコトヲ得ル旨ヲ言渡シ被告乙ハ此判決ニ對シ控訴セシモ控訴審ニ於テ其控訴ヲ棄却セラレ控訴後甲ハ強制執行ヲ實施セリ而シテ乙ハ控訴棄却ノ判決ニ對シ上告セシニ上告審ニ於テ

第二審判決ヲ破毀シテ被上告人甲ノ請求ヲ退ケ此時ニ於テ被上告人甲ハ調席セリト假定セヨ上告人乙ハ前項ノ規定ニ依リ一旦支拂ヒタル金一萬圓ノ返濟ヲ請求スルニ當リ上告審ニ於テ果シテ甲カ既ニ右金員ヲ受取リタルヤ否ヤヲ知ル能ハサルモ前審ノ調席判決ニ關スル規定ニ從ヒ被上告人甲カ上告人乙ノ主張スル事實ヲ自白シタルモノトシテ調席判決ヲ下スヘキモノナルヘシ從テ甲カ故障申立後口頭辯論期日ニ再ヒ調席スルトキハ新調席判決ヲ爲スヘク而シテ此判決ニ對シテハ不服ヲ申立ツルノ途ナキナリ右ノ外故障又ハ控訴上告拋棄取下ニ因リテ判決ノ確定スルコトアリ第二六四條第三九條第四五條ニ關シテハ此事實ハ前項ノ規定ニ依リテ決定スルコトアリ次ニ判決ノ確定力ハ判決ノ如何ナル部分ニ存スルヤ或學者曰ハルコトアリ判決ノ主文確定シテ判決ノ理由ハ確定セスト予ハ之ニ贊同スル能ハス判決中ニテ確定力ヲ有スルモノハ主文ノミナラス主文ニ包含スルモノヲ合セテ確定スルナリ換言スレハ判決主文ハ其因テ生ズル理由ト共ニ確定スルモノニシテ之ヲ物ニ例フレハ判決主文ハ一ツノ物休ノ外延ナリ理由ハ其物ノ内容ナリ外延

ハ内容ヲ離レテ存在スル能ハス其例ト等シク主文ハ理由ヲ離レテ存在スルモノニアラス故ニ今判決ノ主文ニ單ニ被告乙ノ金一万圓ヲ原告甲ニ返済スヘシトアリト假定セヨ此場合ニ確定力ヲ有スルハ何ナリヤト云フニ獨リ一万圓ヲ辨済スヘシト云フコトノミカラス此一万圓ヲ辨済スヘキ理由ハ被告乙ニ原告甲カ何年何月何日時計ヲ賣リタルニ被告乙カ其代金一万圓ヲ辨済セサル事實ニ在リトシ之ヲ判決中ニ掲ケタルトキハ即チ此事實ハ判決主文ニ包含セラレ相共ニ確定スルニ至ルナリ

右述ヘタル如ク判決ノ確定力ヲ有スル部分ハ主文及ヒ理由ニアリ故ニ例ヘハ原告カ訴狀ノ不備ナルノ故ヲ以テ訴ヲ却下セラレタリトセヨ再ヒ訴狀ヲ完備シテ前ノ訴ヲ提起スルモ被告ハ既判力ノ抗辯ヲ以テ其訴ヲ却クルヲ得ス何トナレハ却下ノ理由ハ單ニ訴狀ノ不備ナルニ在リテ主文ト共ニ確定スヘキハ其理由タル訴狀不備ナリシ事實ニ過キサレハナリ

訴訟事件カ三審級ヲ經テ落着シタル場合ニハ其三審ノ判決中何レヲ確定判決ト云フヘキヤ例之第一審ニ於テ原告カ其請求ヲ棄却セラレ控訴シタルモ第二

審ニ於テ控訴ヲ棄却セラレ更ニ又上告シタルニ上告審ニ於テモ亦上告ヲ以テ棄却セラレタリト假定セヨ尙ホ例示セハ千圓ノ請求ニ對シテ被告敗訴シ即チ第一審判決主文ニ被告ハ金千圓ヲ原告ニ辨済ス可シトアリ之ニ對シテ控訴ヲ提起セシモ控訴棄却ノ判決ヲ受ケ尙ホ又上告ヲ爲レ上告審ニテモ同シク上告棄却セラレタリト假定セヨ此判決中執行名義トナルヘキ者ハ何審ノ判決ナルヤ或學者ハ曰ク右ノ場合ニ確定シテ執行名義トナル者ハ第一審判決ナリ何トナレハ第二審判決ハ第一審判決ヲ認可シ第三審判決ハ第一審ノ判決ヲ認可シタル第二審判決ヲ認可シタルニ止マルカ故ニ強制執行ニ關シ確定シタル者ハ第一審ノ判決ナリト云ハサルヘカラスト立法論トシテハ右ノ說ハ敢テ非難スヘキニアラサレトモ我民事訴訟法ノ解釋論トシテハ立法ノ旨趣ニ適セサルノ觀アリ予ノ信スル處ニ依レハ第一二三審ノ判決ハ共ニ確定シテ強制執行ノ名義トナル何トナレハ第四百九十八條ノ旨趣ハ之ヲ禁義ニ解スルノ理由ヲ發見スル能ハサレハナリ反對論者非難シテ曰ク若シ各判決確定ストモハ三判決ヲ分離レテ強制執行ヲ爲スコトヲ得ト解セサル可カラスト然レドモ各判決ハ各確

定力ヲ有スルモ其關係スル所ハ一ナリ故ニ之ヲ執行名義トナスハ三審ノ判決ヲ併セテ一ノ判決トスルニテアリ若シ論者ノ説ノ如ク確定力ヲ有スル者ハ第一審判決ナリトスルトキハ訴訟費用ノ負擔ヲ命ゼタル其他ノ判決ハ強制執行ニ付テ確定力ヲ有セサルモノト云ハサルヲ得サルニ至ラン

以上ノ所論ヲ推究セハ例ヘハ原告カ第一審ニ於テ其請求ヲ棄却セラレ控訴ヲ爲シ控訴審ニテ勝訴セタルニ被告ヨリ上告ヲ爲シ上告審ニ於テハ被告ノ上告ヲ棄却シタリトセハ此場合ニ確定判決トナルモノハ第二審判決ト第三審判決ナルヲ知ルヘシ尙ホ例之第一審ニ於テ原告ノ勝訴トナリ之ニ對スル被告ノ控訴アリテ第二審ニ於テハ原告ノ請求棄却セラレ原告ヨリ上告ヲ爲シ上告審ハ第二審判決ヲ破毀セテ事件ヲ他ノ裁判所ニ移送シタルニ其第二審ニ於テ審理ノ末原告ノ請求ヲ是認セリ此場合ニ確定力ヲ有スル者ハ第一審及移送ヲ受ケタル第二審裁判所ニ於テ下シタル判決ナリ尙種々ノ實例アルヘキモ右ノ論理ヲ以テ解スルトキハ敢テ過リコトナシ

次ニ判決確定ノ證明ニ付テ説明セン(第四九條以下)

民事訴訟法 (自第三編至第五編)

法律學士 前田 孝 階 講述

校 友 竹内喜一郎 編輯

第三篇 上訴

第一章 上訴總論

民事訴訟法ニ於テ上訴ト稱スルハ如何ナルモノヲ云フヤ之カ定義ヲ下セハ左ノ如シ

上訴トハ上級審ニ對シ未確定ノ裁判ノ破毀若クハ變更ヲ求ムル爲メ當事者ニ與ヘラレタル救済方法ナリ

此ノ定義ニシテ誤リナカラシメハ上訴ハ凡ヘテ當事者ノ利益ノ爲メニ設ケラレタル方法ナリト云フヘシ然レトモ上訴ヲ設ケタル立法ノ目的タルヤ必シモ

單ニ當事者ノ利益ノミヲ計リタル者ニアラスシテ裁判ノ公正ヲ維持シ及ヒ裁判ノ統一ヲ計ルコトモ亦上訴ノ目的ノ一部ナリトス約言スレハ上訴ハ專ラ當事者ノ利益ヲ計ルト同時ニ裁判ノ公正及ヒ其統一ヲ計ルニ在リトス蓋シ控訴裁判所カ事實並ニ法律ノ點ニ關シ覆審ヲ爲シ又職權上調査スヘキ事項ハ當事者ノ申立アリタルト否トヲ問ハス裁判所自ラ之ヲ調査スル如キハ當事者ノ利益ヲ保護スルト同時ニ裁判ノ公正ヲ維持セントスルノ目的ニ出タルモノナリ又上告裁判所カ法律ノ點ニ關シ第二審裁判所ノ與ヘタル裁判ヲ審査シ而モ其審査スル所必シモ當事者ノ申立タル點ノミニ限ラスシテ其裁判カ法律上正當ナリヤ否ヤニ付テハ職權調査ヲ爲スカ如キハ單ニ當事者ノ利益ヲ保護スルノミニ止ラスシテ裁判ノ統一ヲ保タントスルノ主意ニ出タルモノナルコトヲ知ルヘキナリ

上訴ニ三種アリ控訴上告及ヒ抗告是ナリ被ノ故障及ヒ再審ノ訴ハ殆ント上訴ニ類スト雖モ此二者ハ之ヲ上訴ト稱スルコトヲ得ス如何トナレハ上訴ナルモノハ上級審ニ向テ判決ノ破毀又ハ變更ヲ求ムルモノニシテ故障又ハ再審ノ訴

ハ其ニ不服ヲ申立ラレタル裁判ヲ爲セタル裁判所ニ向テ再度ノ審理裁判ヲ求ムルモノナレハナリ

右三種中抗告ハ單ニ決定ノミニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得獨乙民事訴訟法ニ於テハ判決ニ對シテ抗告ヲ許スコトアリ之ニ反シテ控訴及ヒ上告ハ判決ニ對シテ爲スコトヲ得ルモノトス然レトモ控訴ト上告トハ固ヨリ其性質ヲ異ニス今ヤ其主要ノ差異ヲ舉クレハ左ノ如シ

第一控訴ハ第一審ノ終局判決ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ之ニ反シテ上告ハ第二審ノ終判決ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ

第二控訴ハ事實及ヒ法律ノ點ニ關シ覆審ヲ爲スモノナリ之ニ反シテ上告ハ法律ノ點ニ關シテノミ審査ヲ爲スモノナリ故ニ第二審裁判所ノ爲シタル事實ノ認定ハ上告裁判所カ不當ト認メタルトキト雖モ之ヲ審査スルコトヲ得ス但上告裁判所ハ事實ノ認定ニ關シテハ如何ナル場合ト雖モ之カ審査ヲ爲ス能ハスト云フニ非スシテ第二審裁判所カ法律ニ違背シテ事實ヲ認定シタルカ如キ場合ニ於テハ上告裁判所ハ自ラ其違背ノ事實ニ付キ審査ヲ爲シ

得^ヘキモノトス
 上訴ヲ爲スノ權利ヲ有スル者ハ主タル當事者ナルコトハ敢テ疑ヲ存スル餘地ナキモノトス既ニ主タル當事者ニ於テ其權利ヲ有スル以上ハ其相續人モ亦上訴權ヲ有スルコト明ナリ又タ破産管財人モ破産者ニ代リ上訴ヲ爲スノ權利ヲ有ス又第一審ニ於テ共同訴訟人タリシ者ハ各自上訴權ヲ有ス又共同訴訟ニ於テ共同訴訟人間ニ權利關係カ合^ニニノミ確定スヘキ場合ニ於テハ上訴セサル所ノモノハ上訴ヲ爲セタル共同訴訟人ニヨリテ代理セラレタルモノト看做ス但シ此場合ニ於テ共同訴訟人中ノ或者ノミカ爲シタル上訴ハ他ノ共同訴訟人ニ効力ヲ及スヘキヤ否ヤハ一ノ疑問ナリ然レトモ予ハ第五十條ノ規定ニ依リ其効力ヲ及スヘキ者ナリト信ス第一編共同訴訟參照
 主參加人モ亦上訴權ヲ有ス蓋シ主參加ナルモノハ參加訴訟ヨリハ寧ロ共同訴訟ニ屬ス第一編主參加ノ説明參照從テ主參加人ハ上訴ヲ爲ス權利ヲ有スルモノトス
 從參加人モ亦上訴權ヲ有ス即チ從參加人ハ主タル原告若クハ被告ノ爲メニ存

スル期間内ニ上訴ヲ爲ス權利ヲ有ス(第五四條第一項)加之從參加人ハ上訴ヲ爲スト同時ニ從參加ヲ爲シ以テ當事者ノ一方ヲ補助スルコトヲ得ルモノナリ
 第五六條第三項

如此主タル當事者ハ勿論其他前述シタル所ノ者ハ各上訴權ヲ有スト雖モ此等ノ者カ訴訟代理人ニ依リテ代表セラル^ル場合ニハ其代理人ハ當然上訴權ヲ有スルモノニ非ラズシテ當事者ヨリ特別ノ委任ヲ受クルニ非ラザレハ上訴權ヲ有セス右ノ外訴訟無力者ハ法定代理人ニ依リテノミ上訴スルコトヲ得又訴訟無能力者ノ爲メ設定セラレタル特別代理人(第四六條第四七條)モ亦タ法定代理人カ訴訟手續ヲ引受テ爲サ^ル限リハ上訴スルコトヲ得ルモノナルコトハ言ヲ竣タスシテ明カナルヘシ

第二章 控訴

第一節 控訴ヲ爲スノ要件

控訴ハ第一審ノ終局判決ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得故ニ控訴ヲ爲スニハ左ノ條件ヲ必要トス

第一 終局判決ニ對スルコト

控訴ハ終局判決ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナルコトハ民事訴訟法第三百九十六條ノ規定スル處ナリ然レトモ終局判決ニ關シテハ法律上特ニ區別ヲ設ケタルコトナン故ニ其終局判決ハ全部ノモノタルト一部ノモノタルヲ問ハス又其終局判決ハ通常訴訟手續ニ於テ言渡サレタルモノナルト特別訴訟手續ニ於テ言渡サレタルモノナルトヲ問ハサルナリ之ニ反シテ中間判決又ハ決定ニ對シテハ控訴スルコトヲ得ス然レトモ中間判決ニ付テハ除外例アリ即チ左ノ中間判決ニ對シテハ控訴ヲ爲スコトヲ得

(イ) 妨訴抗辯ヲ棄却シタル中間判決第二〇七條第二項

(ロ) 請求ノ原因及ヒ數額ニ付キ爭アル場合ニ於テ裁判所カ請求ノ原因ヲ正當ト爲シタル中間判決第二二八條第二項

妨訴抗辯ニ付キ爭アルトキハ本法ニ所謂獨立シタル防禦方法ニ付キテノ爭ナリ從テ裁判所ハ其爭ニ付キ中間判決ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ然レトモ妨訴抗辯ニ付キテノ判決ハ必シモ中間判決ニアラス何トナレハ裁判所カ其抗辯ヲ

正當ト認メタルトキハ之ニヨリテ其訴訟ハ裁判所ノ繫屬ヲ離脱スルモノナルカ故ニ其判決ハ中間判決ニアラスシテ所謂終局判決ナリ故ニ妨訴抗辯ヲ正當トスル判決ニ對シテハ當然控訴スルコトヲ得之ニ反シ裁判所カ妨訴抗辯ヲ理由ナシト認メタルトキハ進ンテ其訴訟ノ本案ニ付キ裁判ヲ爲スヘキモノナル故ニ妨訴抗辯ヲ理由ナシトスル裁判ハ民事訴訟法ニ所謂中間判決ナリ故ニ一般ノ規定ニヨレハ此判決ニ對シテハ控訴ヲ爲スコトヲ得サルモノトス然レト民事訴訟法第二百七條ハ特ニ明文ヲ掲ケ妨訴抗辯ヲ棄却シタル判決ハ上訴ニ關シテハ終局判決ト看做スト規定レタルヲ以テ妨訴抗辯ヲ棄却シタル中間判決ニ對シテハ直ニ控訴スルコトヲ得

請求ノ原因ヲ正當ト認メタル判決ヲ爲シタル場合モ亦前ト同一ナリ然レトモ妨訴抗辯ノ場合ニ於テハ其妨訴抗辯ヲ棄却シタル判決ハ中間判決ナリト雖モ請求ノ原因及ヒ數額ニ付キ爭アル場合ニ於テハ其原因ヲ正當ト認メタル判決ハ中間判決ナリ

終局判決中左ノ終局判決ニ對シテハ控訴ヲ爲スコトヲ得ス

(イ) 訴訟費用ノミニ付テノ判決
(ロ) 調停判決

訴訟費用ノ點ニ限リタル裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ルコトヲ得サルハ民事訴訟法第八十二條ノ規定スル所ナリ故ニ控訴ノ方法ニ依ルモ亦該裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ルコトヲ得サルモノトス然レトモ訴訟費用ノ點ニ限リタル裁判ニ對シテハ絕對的ニ不服ヲ申立ルコトヲ得サルニ非ラスシテ本案ノ裁判ニ對シテスヘキ控訴アリタルトキハ費用ノ點ニ限リタル裁判ニ對シテモ亦タ控訴スルコトヲ得但シ本案ニ付キ控訴アリタル場合トハ必シモ費用ノ點ニ限リタル裁判ニ對シテ不服ヲ申立ントスル者ヨリ控訴シタル場合ニ限ルニアラス相手方ヨリ控訴ヲ提起シタル場合ニ於テモ其控訴ニ附帶シテ費用ノ點ニ限リタル裁判ニ對シテ不服ヲ申立ルコトヲ得ルモノトス

調停判決ニ對シテハ故障ヲ爲スコトヲ許セリ故ニ故障ヲ爲スコトヲ得ル者ハ調停判決ニ對シテ控訴ヲ爲スコトヲ得ス然レトモ調停判決ニ對シテハ常ニ故障ヲ爲スコトヲ得ルモノニアラスシテ左ノ場合ニ於テハ故障ヲ爲スコトヲ得ス

レハナリ然リト雖モ保存行為ノ如キハ當事者ノ利益アルモ何等ノ害ナグレハ此限ニアラスト規定セリ尙ホ債權者カ債務者ニ屬スル權利ヲ行フニハ財産上ノ價值ヲ有セサルヘカヲサルコトヲ注意セサルベカラズ故ニ親族權ノ如キ又財産權ニテモ養料ヲ求ムル權利ノ如キハ債權者カ債務者ニ代リテ行フコトヲ得ルモノニアラス如何トナレハ債務者ノ財産ノ増減ハ債權者ニ利害ヲ及スキノニ限レハナリ利害ノ影響カキモノハ財産權ニテモ尙ホ代リテ之ヲ行フコトヲ得サルナリ

第二 債務者自ラ其財産ヲ保護スルヲ怠リタルニ止ラス債權者ヲ害スルコトヲ知テ第三者ト法律行為ヲ爲シタルトキハ債權者ハ其取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得之レ所謂廢罷訴訟權ナリ

一、廢罷訴訟權ヲ行フ要件

(一) 債務者カ債權者ヲ害スルコトヲ知リタルトキ

(二) 相手方又ハ轉得者モ債權者ヲ害スルコトヲ知リタルトキ

(三) 廢罷訴訟權ノ目的タル法律行為ハ財産權ヲ目的ト爲シタルコト即チ其法

律行為ヲ取消セハ財産ヲ増加シ取消ナサレハ財産ヲ減少スルモノナルコトヲ要ス

(四) 第三者カ法律行為ヲ爲シタルガ爲メニ債權者ヲ害シタルコト

二、廢罷訴權行使ノ結果 詐害行為ヲ取消シタル結果トシテ債務者ニ歸屬シタル財産ハ如何ナル債權者ヲ利ズルヤ此點ニ關スル三主義アリ其一ハ出訴シタル債權者ノ利益ニ歸ストナスモノニシテ其二ハ詐害行為前ノ總債權者ノ利益ニ歸ストナスモノ其三ハ詐害行為ノ前後ヲ問スハ總債權者ノ利益ニ歸ストナスモノ是ナリ新民法ハ第三ノ主義ヲ採用セリ蓋シ廢罷訴權ハ單ニ債務者ノ財産中ヨリ不當ニ出ラタルモノヲ取回シ之ヲ債務者ノ財産中ニ復歸セシムルニ過キスシテ之レガ爲メニ或債權者ニ特權ヲ與フルモノニアラス之レ第四百廿五條ニ於テ總債務者ノ利益ノ爲ニ其効力ヲ生スト規定セリ所以ナリ

三、廢罷訴權ノ短期時効 廢罷訴權ハ債權者保護ノ規定ナリト雖モ普通ノ必要條件ヲ具ヘテ爲シタル法律行為ヲ取消スモノナレハ權利者ノ利益ヲ害セサル限リハ成ルヘク速ニ取消權ノ消滅ヲ來シ權利ヲシテ永ク不確定ノ有様ニ

存セシメサルコトヲ要ス之レ第四百二十六條ニ於テ短期時効ヲ設ケタル所以ナリ

第三節 多數當事者ノ債權

通常債權關係ノ當事者ハ債權者債務者各一人ナルコト多シト雖モ時トシテ債權者數人アル場合アリ又債務者數人アル場合アリ又或ハ債權者債務者双方數人ナルコトアリ之ヲ名ケテ多數當事者ノ債權ト云フ新民法ハ多數當事者ノ債權ヲ三種ニ區別シ不可分債務連帶債務保證債務トナス而シテ此三種ノ何レモ屬セスシテ多數ノ當事者ヲ有スル債權關係ハ舊民法ノ如ク連合義務ナル名稱ヲ附セスト雖モ第四百二十七條ニ於テハ舊民法ト同シク多數ノ立法例ニ倣ヒ分擔主義ヲ採用セリ

第一款 總則

多數當事者ヲ有スル債權關係ニシテ當事者ノ意思表示又ハ法律ノ規定ニヨリ特別ノ關係成立シ居ラサル場合ニ於テ各當事者ハ全部ノ要求又ハ負擔ヲナスモノナルカ又ハ一部分ノ要求又ハ負擔ヲナスニ止ルモノナルカハ多數當事者

ノ債權ノ總則ニ於テ決定スヘキ基本ノ問題ナリ此問題ニ對シテ二主義アリ即チ全權主義及ヒ分權主義之レナリ全權主義トハ各債權者又ハ各債務者カ共同シテ債務ノ全額ヲ請求シ又ハ履行スルヲ原則トナス主義ニシテ分權主義トハ債務ノ全額カ各債權者間又ハ各債務者間ニ分割セラルルヲ原則トナス主義ヲ云フ從來我國ニ於テハ債權者又ハ債務者二人以上アル場合ニ於テハ其總員ヨリ又ハ其總員ニ對シテ履行ヲ請求ヲ爲スヲ原則ト爲セシコトハ明治六年第二百四十七號布告及ヒ同八年第六十三號布告ニヨリ明ナリト雖モ是レ多數ノ立法例ニ反シ加之實際ノ不便尠カラサルヲ以テ第四百二十七條ハ羅馬法以來歐洲大陸諸國ニ一般ニ行ハルル所ノ分權主義ヲ原則トシテ採用セリ而シテ分權スヘキ部分明瞭ナルトキハ之ニ依ルコト勿論ナリト雖モ其不分明ナル場合ニ於テハ平等ノ割合ヲ以テ權利ヲ有シ又ハ義務ヲ負フモノト規定セリ

第二款 不可分債務

不可分債務ノ何物タルヲ明ニセント欲セハ之ヲ可分債務ト對照比較シテ説明スルコト尤モ捷徑ナルヘシ可分債務トハ債務ノ目的ノ性質カ分テ得ヘキモノ

ヲ云フ例ヘハ金銀米穀等ノ如キ有形上分ツコトヲ得ル物ニ關スル權利ヲ目的トスル債務又其目的物自身ハ有形上分ツコトヲ得サルモ其權利ノ性質カ分ツコトヲ得ル場合即チ家屋ノ所有權ノ如キ家屋其物ハ分ツヘカラス雖モ其所有權ハ之ヲ分チテ數個ノ共有權ト爲スコトヲ得ヘシ從テ是等ノ所有權ニ關スル債務其他物ノ性質上分ツコトヲ得ル物ニ關スル作爲ノ債務ノ如キ皆可分債務ナリ之ニ反シテ不可分債務トハ債務ノ目的ノ性質カ分ツヘカラサルモノヲ云フ例ヘハ某地ヘ旅行スル債務或人ノ爲メニ辯護スル債務ノ如キ又物ノ性質上分ツコトヲ得サル物ニ關スル作爲ノ債務或ハ又地役權設定ノ債務ノ如キ權利ノ性質上分ツコトヲ得サルモノヲ目的トスル債務ハ皆不可分債務ナリ尙ホ債務ノ目的ノ性質ハ可分ナル地當事者ノ意思ニ因リ不可分トナスコトアリ所謂任意ノ不可分債務又ハ當事者ノ意思ニ因ル不可分債務是ナリ故ニ債務ノ可分不可分ノ區別ハ其目的ノ分テ得ヘキト否トニ因ルモノニシテ理論上當事者ノ複數ナルト單數ナルトニ關セスト雖モ實際ニ於テハ當事者多數ナラザレハ債權ノ目的ノ可分不可分ヲ決シテ特別ノ規定ヲ要スルコトナシ之レ新民法カ

不可分債權ヲ本節中ニ規定セシ所以ナリ

第一 不可分債務ノ性質 不可分債務トハ債務ノ目的カ其性質上又ハ當事者ノ意思表示ニ因リ不可分ナル場合ヲ云フモノニシテ特殊ノ性質ヲ固有スル債權關係ノ一種トシテ獨立シテ存在シ單純債務連帶債務連合債務等ト對立スルモノニアラス故ニ單純債務連帶債務ノ場合ニ於テモ債務ノ目的ニシテ不可分ナレハ單純債務或ハ連帶債務ニシテ且不可分債務ナリト雖モ是等ノ場合ニハ可分不可分ノ區別ヲナス實益少キノミ然ルニ債務ノ目的ニ付テ可分不可分ノ區別ヲナスノ必要ハ主トシテ連合債務第四二七條參照ノ場合ニアリ如何トナレハ連合債務ニアリテハ其目的ニシテ可分ナレハ債權者ハ自己ノ部分ノミヲ請求スルヲ得ルニ止リ又ハ債務者ハ自己ノ負擔スヘキ部分ノミニ付キ責任ヲ負フト雖モ若シ其目的ニシテ不可分ナレハ各債權者ハ全部ノ履行ヲ請求スルコトヲ得又各債務者ハ全部ノ履行ヲ爲ササルヲ得サレハナリ而シテ第四二七條ハ多數當事者ノ債務關係ニ付別段ノ意思表示ナキトキハ連合ト看做スコトヲ以テ原則トナセシカ故ニ單ニ不可分債務ト稱スルトキハ其債權關

係ノ種類ハ連合債務ナリト解セサルヘカラス隨テ不可分債務ニ於ケル各當事者ノ權利義務ハ本來別個ノモノニシテ各債權者ハ全部ノ履行ヲ請求シ得ヘキニアラス又各債務者ハ債務ノ全部ヲ負擔スルモノニアラスシテ唯其一部ヲ負擔スルノミナリト雖モ債務ノ目的不可分ナルカ爲メ事實上自己ノ部分ヲ請求シ又ハ自己ノ負擔ヲ履行スル能ハスシテ勢ヒ債權者ハ全部ノ履行ニアラサレハ請求スルヲ得ス債務者ハ全部ノ履行ニアラサレハ之ヲ爲スコトヲ得サルモノナリ

不可分債務ニ關シテ數人ノ債權者アル場合ニ於テ請求及ヒ履行ノ方法ニ付キ各國ノ立法例ハ之ヲ三主義ニ分クコトヲ得其一ハ債權者ノ全員共同スルニアラサレハ履行ノ請求ヲナスコトヲ得ス又債務者ハ債權者ノ全員ニ對スルニアラサレハ履行ヲナスコトヲ得ストナスモノニシテ其二ハ各債權者ハ獨立シテ全部ノ履行ヲ請求シ得ヘキモ其履行ハ總債權者ニ對シ之ヲ爲スコトヲ請求セサルヘカラストナスモノニシテ第三ハ各債權者ヨリ全部ノ履行ヲ請求スルコトヲ得又債務者ヨリ債權者ニ對シ全部ノ履行ヲナスコトヲ得トナスモノ之レ

ナリ第四百二十八條ハ債權ノ目的カ其性質上又ハ當事者ノ意思表示ニ因リテ不可分ナル場合ニ於テ數人ノ債權者アルトキハ各債權者ハ總債權者ノ爲メニ履行ヲ請求シ又債務者ハ總債權者ノ爲メ各債權者ニ對シテ履行ヲ爲スコトヲ得ト即チ第三ノ主義ヲ採用セリ之レ理論ニ適シ且ツ實際上甚タ便利ナレハナリ如何トナレハ債權者ハ苟モ權利ヲ有スル以上ハ其行使ハ自由ナラサルヘカラス從テ各債權者ハ獨立シテ履行ノ請求ヲ爲レ得サルヘカラス然リト雖モ此場合ニハ一部ノ履行不能ナレハ必ス全部ノ履行請求ナラサルヘカラス而シテ他ノ債權者ト共同スルニアラサレハ履行ヲ受クル能ハストセハ是レ請求權ヲ與ヘサルト異ルコトナシ故ニ各債權者ハ全部ノ履行ヲ請求シ之ヲ受ケ債務者モ各債權者ニ對シテ全部ヲ履行スルコトヲ得トナスヲ以テ法理ニ適スト云フ所以ナリ而シテ其實際上便利ナルハ多言ヲ俟タサル所ナリ而シテ各債權者ハ自己ノ受ケタル全部ノ履行ヲ一人ニテ保有スルヲ得サルハ勿論ニシテ畢竟ノ利害ハ各自ノ部分ニ應テ分配セサルヘカラサルハ權利義務ハ本來別個ナルヨリ生スル當然ノ事理ナリ

第二 不可分債務ノ種類 性質上ノ不可分債務及ヒ當事者ノ意思ニ因ル不可分債務トノ二種アリ性質上ノ不可分債務トハ債務ノ目的タル給付ノ不可分

ナル場合ヲ云フモノニシテ給付ノ不可分トハ其給付ノ性質ヲ害セスシテ之ヲ分割スル能ハサルモノヲ云フ例ヘハ家屋ヲ建築スル債務又ハ家屋ヲ引渡スル債務ノ如シ家屋ノ一部ナル玄関ヲ建テ或ハ之ヲ引渡スモノ之ヲ以テ家屋ヲ建築シ又ハ家屋ヲ引渡セシト云フヲ得サレハナリ當事者ノ意思ニ因ル不可分債務トハ債務ノ目的タル給付ハ性質上可分ナリト雖モ當事者ノ意思ニ因リ一部ノ履行ヲ許サハル場合ニ於ケル債務ヲ云フモノニシテ例ヘハ甲乙兩人ニテ金千圓ヲ支拂フヘキ債務ヲ負擔シタル場合ニ於テ金錢ハ勿論分割シ得ヘシト雖モ債權者ハ之ヲ一括シテ履行ヲ受クルコトヲ欲シ不可分ヲ約セシ場合ノ如キ之レナリ而シテ此等ノ二種ノ不可分債務共ニ同一規定ノ支配ヲ受クルコト勿論ナリ

第三 數人ノ不可分債權者又ハ不可分債務者アル場合ニ於テ其一人ト相手方トノ間ニ生シタル事項ノ効力如何

債權者多數ノ場合、不可分債權ニ於テハ前ニ述ヘタル如ク債權者ノ權利ハ本來別異ノモノナレハ不可分債權者ノ一人ノ行爲又ハ其一人ニ付キ生シタル事項ハ他ノ債權者ニ對シテ何等ノ効力ヲモ及ボサ、ルコト當然ノ事理ニレテ一債權者ト其債務者トノ間ニ更改又ハ免除アリタル場合ニ於テモ或ハ混同又ハ相殺等アリタル場合ニ於テモ他ノ債權者ノ權利ニ秋毫モ影響ヲ及ボスコトナク而シテ其目的ハ不可分ナレハ他ノ債權者ハ依然全部ノ履行ヲ請求シ得ヘシト雖モ此理論ヲ一貫スルトキハ實際ニ不便ヲ生シ無用ノ手數ヲ煩ハシ加之其間ニ無資力者ヲ生シタルトキハ不公平ノ結果ヲ生スヘシ何トナレハ他ノ債權者ハ全部ノ履行ヲ求ムルモ之レ目的ノ不可分ナルカ爲ナレハ若シ其債權者ニレテ其受ケタルモノヲ留保スルトキハ不當利得ヲナスヘク畢竟ノ利益ハ之ヲ他ノ債權者ニ分與セサルヘカラス然ルニ一債權者ハ既ニ更改又ハ免除ヲナシ其權利ヲ失ヒ居ルカ故ニ若シ分配ヲ受クルトキハ之レ又不當利得ヲナスモノナリ而シテ債務者ハ更改又ハ免除ヲナシタル債權者ニ對シ不當利得ノ原則ニ依リ償還ヲ請求シ得ヘシト雖モ其債權者ニシテ其間ニ無資力者トナ

レハ十分ノ償還ヲ受クルコト能ハサルヘシ故ニ此場合ニ於テハ更改又ハ免除ヲナシタル債權者カ其權利ヲ失ハサルハ之ニ分與スヘキ利益ヲ債務者ニ償還スルコトヲ要スト規定セリ(第四二九條但書然リト雖モ之レ便宜規定ニシテ特別ノ明文ヲ俟テ始メテ生シ得ヘキコトナレハ不可分債權者ノ一人ト其債務者トノ間ニ混同又ハ相殺等アリタルトキハ此便宜規定ニ依ルコトヲ得サルハ勿論ニシテ又第四百二十九條第二項ノ明文ヲ見ルモ明白ナリ

二 債務者多數ノ場合 債務者多數ノ場合ニ於テモ債權者多數ノ場合ニ於テ述ヘタルト同ク各債務者ノ債務ハ本來別異ノモノニシテ唯其目的ノ不可分ナルカ爲ニ全部ノ履行ヲ爲サルヲ得サルモノナリ然リト雖モ履行ヲナスニハ總債務者ト共同シテ爲サルヘカラストスレハ其不便計ルヘカラス故ニ實際ノ便宜ヲ計リ各債務者ハ全部履行ノ責任アリトセリ之レ第四百三十條力連帶債務ニ關スル規定ヲ準用セルヨリ見レハ明ナリ而シテ此等ノ準用規定ハ連帶債務ノ條下ニ於テ説明ヲナスヘキヲ以テ重複ヲ避ケ茲ニハ省略スヘシ唯不可分債務ト連帶債務トノ根本的差違ノ要點及ヒ此差違ヨリ生スル重要ナル結

果テ略述スルニ止ムヘシ
全部請求全部履行ノ關係ハ連帶債務及不可分債務ニ均シテ存在スト雖モ一ハ當事者ノ連帶ナル關係ニ基キ他ハ債務ノ目的ノ性質又ハ目的ニ關スル當事者ノ意思ニ基クノ差違アリ即チ連帶債務者ハ各全部ノ義務ヲ負擔スル者ナリ之ニ對シテ全部ヲ請求スルモ其負擔スル以外ノモノヲ要求スルニアラス之ニ反對シテ不可分債務者ハ各其義務ノ一部ヲ負擔スルニ過キス故ニ之ニ對シテ全部ヲ請求スルハ全ク其負擔セサル義務ヲ盡サシムルモノナリ唯其債務ノ性質又ハ契約ノ効力ニ因リ一部ノ履行ヲ允ササルヨリシテ全部ノ履行ヲ爲サシムルノミ故ニ不可分債務ニアリテハ債務ノ目的ニシテ一旦分割ノ妨ケナキニ至ルトキハ可分債務ニ變スルモノトス例ヘハ不可分債務者ノ全員ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ債務ノ目的ヲ不能ニ歸セシメタルトキハ損害賠償ノ責任ハ債務者全員ニアリト雖モ最早償金支拂ナル可分債務ニ變シ各債務ハ其一部宛テ支拂ヘハ可ナリ之ニ反シテ連帶債務ノ場合ニハ損害賠償ニ付テモ又連帶アリテ各債務者ハ一人ニテ其全額ヲ支拂ハサルヘカラス又連帶ハ相續人間ニ繼存セス

ト雖モ不可分ハ相續人間ニ於テモ其性質ヲ變スルコトナシ

第四 可分債務ニ變シタル場合 不可分債務カ可分債務ニ變スル場合ハ債務ノ目的ノ不可分ナルコトノ障害除去セラレ給付分割セラレ得ヘキニ至リタルトキ是ナリ而シテ當事者ノ意思ニ因ル不可分債務ナレハ可分ニ變スル當事者ノ意思アレハ可ナリ性質上ノ不可分債務カ可分債務ニ變スル場合ハ種ナルヘシト雖モ就中最モ多キ場合ハ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リ債務ノ目的ヲ不能ニ歸セシメタルトキハ債務者ハ損害賠償ノ責ニ任ス勿論一債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リタルトキハ其債務者ノミ賠償責任ヲ負擔スヘキコト當然ナレトモ若シ數人ノ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リタルトキハ其數債務者ニ於テ賠償責任ヲ負擔スヘシ然リト雖モ金錢ノ給付ハ分割シ得ヘキモノナレハ債務ハ變シテ可分トナルヘシ從テ不可分債務本來ノ性質ニ基キ各債權者ハ自己ノ部分ニ付テノミ履行ヲ請求スルコトヲ得又各債務者ハ其負擔部分ニ付テノミ履行ノ責ニ任スルモノトナルナリ(第四三〇條)

第三款 連帶債務

第一項 總論

連帶ハ從來之ヲ債權者間ノ連帶及ヒ債務者間ノ連帶ノ二種トナセリ而シテ債權者間ノ連帶ハ諸國ノ法律ニテモ多ク之ヲ規定シ舊民法ハ債權擔保篇中特ニ十數條ヲ設ケタリト雖モ今日ノ實際ニ於テ頻繁ニ行レスレテ其規定ノ必要ヲ感スルコト少ク且此連帶ハ如何ナル利益アリテ成立スルヤ即チ此連帶ノ利益ハ何人ニ屬スルヤ多クハ之ヲ債權者ノ爲ニ設クト云フト雖モ翻テ考フレハ債權者間ノ連帶ハ債權者ニ危險アルモ利益ハ殆トナキカ如シ例ヘハ三人ニテ一物品ヲ賣却シ其代金ハ三人ノ連帶ニ於テ請求レ得ヘキモノト約セリ然ルニ代金ハ一人毎ニ其各自ノ部分ヲ受取ルモ或ハ一人ニテ其全部ヲ受取ルモ實際ノ便利ノ點ニ於テハ格別ノ差違ナク唯多少ノ手續ヲ省略スルヲ得ルノミ然ルニ金錢ノ如キハ受取ル人ノ手ヲ經ルコト多キニ隨テ其危險ヲ増加ズルモノナリ故ニ多少ノ手續ヲ省略スル利益ハ其危險ヲ増加スルニ比スレハ利害相償ハナルノ觀アリ反之債務者ハ債權者間ノ連帶ニテ却テ利益ヲ受クヘキ一人ニ支拂ヲ爲スモ三人ニ支拂ヲ爲スモ其負擔額ニ同一ニシテ數人ニ支拂ヲ爲スノ煩勞

ヲ避ケ一人ニ辨濟ヲ爲シテ債務ヲ免ルハコトヲ得レハ債權者間ノ連帶ハ寧ロ債務者ニ利益アリト云フコトヲ得ヘシ況ヤ從來ノ實際ニ徴スルニ我國ニ於テハ斯ノ如キ契約ヲ爲スノ慣例殆トナカリシニ於テヤ故ニ新民法ハ債權者間ノ連帶ニ關シ何等ノ規定ヲ設ケザリシナリ然レトモ當事者ニ於テ之ヲ約スルハ自由ニシテ其契約ノ有効ナルハ勿論ナリト雖モ之ニ適用スヘキ法文ナキカ故ニ斯ル場合ニハ當事者ノ意思ト一般ノ原則トニ依リ其解釋ヲナスヘキモノナリ又羅馬法以來債務ヲ分チテ完全ナル連帶不完全ナル連帶ノ二種ニ區別シ諸國ノ立法例又此區別ヲナシテ規定セリ舊民法ニ於テモ此區別ヲ認メ一ヲ連帶ト云ヒ他ヲ全部義務ト稱セリ而シテ諸國ノ法制ニ於テ此區別ヲ認ムル所以ハ連帶債務ニ於テハ當事者多數ナルモ其債務ハ一個ナリトナスカ故ニ別ニ當事者ノ數ニ應ジ數個ノ債務アリトナス全部義務ナルモノヲ認ムル必要アリトナシ或ハ連帶債務ハ必ス當事者ノ意思ノミニ因リテ生スヘキモノトオスカ故ニ別ニ當事者ノ意思ニ因ラス法律ノ規定ヨリ生スル全部義務ヲ認ムルノ必要アリトナシ或ハ又連帶債務者間ニハ代理關係アリトスルノ主義ヲ採ルカ故ニ別ニ

代理關係ナキ全部義務ナルモノヲ認ムルノ必要アリトスルニ依ルモノナリト雖モ新民法ニ於テハ連帶義務ヲ以テ數個ノ債權關係ト認メス又連帶債務ハ當事者ノ意思ノミニ因リテ生スルノミナラス法律ノ規定ニ因リテ生スヘキモノトナセリ例ヘハ第四十四條第二項及ヒ第七十九條ノ如シ而シテ又連帶債務者間ニ代理關係アリトナス主義ヲ採ラサルカ故ニ連帶ト全部義務トヲ區別シテ規定スル從來ノ立法例ニ倣ハスシテ只連帶債務ノミヲ規定セリ勿論當事者者カ代理全部義務ノ如キ義務ヲ約スルコト自由ニシテ勿論有効ナリ而シテ新民法ニ於テモ第七百十四條第七百十五條及ヒ第七百十八條ニ於テ所謂全部義務ヲ生スト雖モ一般ノ原則ニ依リ其關係ヲ支配スルコトヲ得レハ舊民法ノ如ク特別ノ規定ヲ設ケサルナリ

第一 連帶ノ性質 各連帶債務者カ債權者ヨリ唯一ノ債務者ノ如ク看做サルハノ一點ニアリ其結果トシテ債權者ハ各債務者ニ向テ債權全部ノ履行ヲ請求スルコトヲ得此點ニ於テハ不可分債務ト同一ナリト雖モ兩者各其基ク所ヲ異ニシ隨テ其結果ニ至リテ種々ノ差違ヲ生スルコトハ前述セリ勿論各債務者

既刊講義錄

○先月十日以來發行シタル二部三部ノ目次左ノ如シ

第二部

第三號	經濟學 加藤學士	海商法 有賀學士	財政學 有賀學士	工業 有賀學士
第四號	經濟學 高野學士	海商法 杉本學士	破產法 有賀學士	破產法 有賀學士
第五號	經濟學 金井學士	海商法 高野學士	破產法 有賀學士	破產法 有賀學士
第三號	國際公法 秋山學士	憲法 勝本學士	刑法各論 竹井學士	刑法各論 竹井學士
第四號	國際公法 秋山學士	憲法 勝本學士	刑法各論 竹井學士	刑法各論 竹井學士
第五號	國際公法 秋山學士	憲法 勝本學士	刑法各論 竹井學士	刑法各論 竹井學士

第三部

第三號	國際公法 秋山學士	憲法 勝本學士	刑法各論 竹井學士	刑法各論 竹井學士
第四號	國際公法 秋山學士	憲法 勝本學士	刑法各論 竹井學士	刑法各論 竹井學士
第五號	國際公法 秋山學士	憲法 勝本學士	刑法各論 竹井學士	刑法各論 竹井學士

明治三十二年四月十九日印刷
明治三十二年四月二十日發行

梅博士ヲ校長トシ富井博士ヲ校務顧問トシ我

邦ノ法學大家ヲ網羅シ外國ノ大家ヲ聘シテ斯

學ノ攻究ヲ爲ス我校ノ如キハ蓋シ他ニ比類ナ

カルヘシ而シテ我新講義錄ハ實ニ此等大家ノ

講義ヲ目聽スヘキ一大講堂ナリ本校豈誇張ノ

言ヲ以テ世ヲ瞞若スルモノナランヤ世間法學

ニ志スノ士ハ何ソ疾ク來ツテ我校ニ學ハサル

何ソ疾ク我講義錄ニ學ハサル

發行所 司法省 和佛法律學校

所在 (東京市麹町區富士見)
町六丁目十六番地

電話 (本局千二百七十四番)

明治廿二年十二月九日內務省許可

東京市牛込區矢來町三番地

編輯者 上野政雄

東京市芝區西ノ久保明虎町十一番地

印刷者 金子鐵五郎

東京市芝區西ノ久保明虎町十一番地

印刷所 金子活版所