

## 和仏法律学校講義録

遠藤, 忠次 / 加古, 貞太郎 / 前田, 孝階 / ジュモラル /  
兩角, 彦六 / 掛下, 重次郎

---

(出版者 / Publisher)

和仏法律學校

(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

第六

每月一回

目次



債權規則 自四〇五頁 法學士加古貞太郎

民事訴訟法 自一八頁 法律學士前田孝階

強制執行 自二八頁 法學士遠藤忠次

親族法 自八三頁 法律學士掛下重次郎

民法債權 自九六頁 法學士兩角彦六

羅馬法 自八頁 佛國政デュモラール



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粟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多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モ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ーキヤ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

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

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ラシ是ヨリ本題ニ入りテ講述セントス

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ダ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ナリシナリ

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ヘン

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シ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サ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り得ヘシ  
 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後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ら其訴訟ヲ裁決セリ若シ裁判官自ら其訴訟ヲ裁決セサルトキハ之ヲ裁判人ニ引渡セリ

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(ジューリ)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事實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「テヲクレチヤン帝」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ハ  
「キヤスト」ヲオゾテ「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「テヲクレチヤン帝」ニ至ルマテハ法官及ヒ裁判  
人ノ區別アル時代ニシテ「テヲクレチヤン帝」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コ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  
ク「テ」ノ賣主ハ自ラ「テ」ノ賣主ニ對シテ其買主自ラ「テ」ノ賣主ニ對シテ  
第二ニ競賣ニ依リ賣主ノ不動產ノ競落人トナリタル場合ニ於テハ買主ハ其買  
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  
其一ニ買主ヨリ競賣ヲ請求シタル場合ニ於テハ買主ハ其買戻シタル  
部分ヲ「テ」ニ付キ買戻ヲ爲スコトヲ得然レ「テ」ノ買主ハ其買戻シタル部分  
續スルハ法律ノ域モ欲セ「テ」ノ買主ハ其買戻シ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コトヲ得「テ」ノ買主ハ其買戻シタル部分ハ買戻

ヲ爲スニ付テハ競落代金及ビ契機費用並ニ買主カ不勝産ノ全部ニ對シテ投シタル必要費及ビ改良費ヲ辨濟セラルベシ然ラズモ勿論ナリトス之ヲ要スルニ此場合ニ於テハ買主ハ恰モ賣渡シ然ル部分並ニ買戻ト不動産全部ノ買戻トニ付キ選擇權ヲ有スルモノナリト云フニ於テハ買主ハ其買戻トスル其買主以外ノ共有者ヨリ分割ヲ請求シタル場合 此場合ニ於テハ賣主ハ其買渡シタル部分ノミニ付テハ買戻ト爲スコトヲ得不得不具不動産ノ全部ニ付キ買戻ヲ爲スコトヲ得ルル此ノ如クニ其ノ場合カ其規定ヲ異ニスル所以ノモノハ蓋シ買主カ自ラ分割ヲ請求スル以上ハ其買主自身ノ行爲ニ依テ賣主ノ有スル買戻權ヲ制限セシムヘキニアラズト雖モ反之買主以外ノ共有者ヨリ之カ分割ヲ請求シタル場合ニ於テハ其分割ニ到底免ルベト能ハス即チ買主ヨリ其分割ヲ止ムルコト能ハサル場合ナラズミカラス縱令一度買戻シ之ヲ其有ト爲スコト後ニ又タ分割セラルベシ免レヌ加フルニ法律ハ終始物ノ共有ヲ確保スレハナリトス

第四節 交換

買主ハ其買戻トスル不動産ノ全部ニ對シテ買主カ不勝産ノ全部ニ對シテ投シタル必要費及ビ改良費ヲ辨濟セラルベシ然ラズモ勿論ナリトス之ヲ要スルニ此場合ニ於テハ買主ハ恰モ賣渡シ然ル部分並ニ買戻ト不動産全部ノ買戻トニ付キ選擇權ヲ有スルモノナリト云フニ於テハ買主ハ其買戻トスル其買主以外ノ共有者ヨリ分割ヲ請求シタル場合 此場合ニ於テハ賣主ハ其買渡シタル部分ノミニ付テハ買戻ト爲スコトヲ得不得不具不動産ノ全部ニ付キ買戻ヲ爲スコトヲ得ルル此ノ如クニ其ノ場合カ其規定ヲ異ニスル所以ノモノハ蓋シ買主カ自ラ分割ヲ請求スル以上ハ其買主自身ノ行爲ニ依テ賣主ノ有スル買戻權ヲ制限セシムヘキニアラズト雖モ反之買主以外ノ共有者ヨリ之カ分割ヲ請求シタル場合ニ於テハ其分割ニ到底免ルベト能ハス即チ買主ヨリ其分割ヲ止ムルコト能ハサル場合ナラズミカラス縱令一度買戻シ之ヲ其有ト爲スコト後ニ又タ分割セラルベシ免レヌ加フルニ法律ハ終始物ノ共有ヲ確保スレハナリトス

交換ニ付テハ法律ハ僅カニ第五百八十六條一ヶ條ヲ規定シタルノミ隨テ説明ヲ要スルモノナキハ明ナリ然レトモ尙ホ一言スヘキモノアリ

今夫レ廣ク交換ト稱スル時ハ上來説明シタル賣買モ亦一種ノ交換ナリト云フコトヲ得何トナレハ賣買ニ於テハ賣主ヨリハ物ヲ給付シ買主ヨリハ金銭ヲ給付スルモノニシテ其行爲タル交換ニ外ナラザレハナリ又仮ク二物ナルモノヲ廣ク解シ法律ノ所謂有体物ノミニ限ラズ無体物モ亦物ナリトセハ彼ノ雇傭契約請負契約若クハ組合契約等亦皆交換ナリト云フカラス蓋シ是等ノ契約ハ何レモ有体物若クハ無体物努力又ハ權利(如キ)ト金銭其他ノ物トヲ交換スルモノト云フヲ得ヘケレハナリ然レト雖モ法律ノ所謂交換トハ此ノ如キ廣キ意味ヲ有スルモノニ非ラズシテ頗ル其範圍ヲ制限セラル即チ交換トハ買主ハ其買戻トスル不動産ノ全部ニ對シテ買主カ不勝産ノ全部ニ對シテ投シタル必要費及ビ改良費ヲ辨濟セラルベシ然ラズモ勿論ナリトス之ヲ要スルニ此場合ニ於テハ買主ハ恰モ賣渡シ然ル部分並ニ買戻ト不動産全部ノ買戻トニ付キ選擇權ヲ有スルモノナリト云フニ於テハ買主ハ其買戻トスル其買主以外ノ共有者ヨリ分割ヲ請求シタル場合 此場合ニ於テハ賣主ハ其買渡シタル部分ノミニ付テハ買戻ト爲スコトヲ得不得不具不動産ノ全部ニ付キ買戻ヲ爲スコトヲ得ルル此ノ如クニ其ノ場合カ其規定ヲ異ニスル所以ノモノハ蓋シ買主カ自ラ分割ヲ請求スル以上ハ其買主自身ノ行爲ニ依テ賣主ノ有スル買戻權ヲ制限セシムヘキニアラズト雖モ反之買主以外ノ共有者ヨリ之カ分割ヲ請求シタル場合ニ於テハ其分割ニ到底免ルベト能ハス即チ買主ヨリ其分割ヲ止ムルコト能ハサル場合ナラズミカラス縱令一度買戻シ之ヲ其有ト爲スコト後ニ又タ分割セラルベシ免レヌ加フルニ法律ハ終始物ノ共有ヲ確保スレハナリトス

第五八六條第一項

今此定義ヲ以テ賣買ノ定義ト對照スル時ハ二者ノ異點ハ僅カニ金銭以外ノ

財產權ヲ目的トスルノ一點ニ止テ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シテ茲ニ  
 通貨ノ媒介ニ依ル買賣取引ハル、ニ至ラザリト雖モ此買賣モ亦或ル場合ニ  
 於テハ却テ煩雜ノ雜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  
 タル所ニレ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  
 需用ヲ充テト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當リテ主ノ物ヲ得ルモノノ金銀ニ  
 交換ハ斯ノ如ク金錢以外ノ財產權ヲ以テ目的トスルモノナルカ故ニ縱令賣  
 買ノ規定タ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  
 則トセサルヘカ然レトモ物ト物ト必シモ當ニ金銀價格ヲ有スルモノ

アラサルヲ以テ二個ノ物ヲ交易スルニ於テ或レ過不足ヲ生スルヲ免レス此場  
 合ニ於テ其過不足ヲ金錢ヲ以テ補足スル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テ買賣ト見ルニキヤ此問題ハ既ニ述  
 タル如ク買賣ノ規定ニ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バ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次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ル名ヲ買賣ニ  
 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ユル所皆其弊ナキヲ  
 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、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、  
交換ハ金錢以外ノ財産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ロ或ハ  
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)ノ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

ナレハ荷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レ  
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ロ他ヲ勞力又ハ  
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  
爲ヲ利用スル處ノ契約ナレハナリ去リテ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ス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モ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謂レナ

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ヲ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ヲ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トシテ前掲スル本義ニ於テ明カナル者ニ於テ從來ノ法律ニ於テモ殆ンド異例ナキ所然ルニ舊法典ニ於テ此點ニ付キ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借主ニ目的物ノ所有權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ズ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非ラズニ消費貸借成立スルモノトセハ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ニ至ルヘシ何トナレハ不特定物ト雖モ之ヲ指定スルヤ未之ヲ引渡サ、ルモ權利ハ相手方ニ移轉ス可クテハナリ果シテ然ラバ借主ハ未ダ其物ヲ領受セシテ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ズ其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チ動産物ニ付テハ既ニ知列ル、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者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ノ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トモ借主ハ決シテ其所有者ヨリ其物ヲ追奪スル、コトヲ大々以テ契約ノ目的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バ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前ノ觀察者然モ其當を得タルモトニ非ラズ新法典ハ全ク之

レヲ排斥セリ故ニ消費貸借成立ノ要件トシテハ目的物引渡大抵事ニ從テ其契約ハ要物契約ナリトスルニ非ズ然レバ消費貸借ノ成立ニ其引渡ノ如ク消費貸借ノ目的物ノ引渡アリテ初テ成立スル契約ナルカ故ニ其引渡前即チ消費貸借ノ成立スル前ニ於テ殆シキ必然ノ順序トシテ當事者間ニ貸借ニ付テノ意思表示ヲ見ル可シ之ヲ消費貸借ノ豫約ト云フ消費貸借ハ要スルニ此豫約ノ實行セラレタル結果ニ外カラス故ニ貸主タラズキ者ニ於テ其豫約ヲ履行セザル時ハ借主タルヘキ者ハ其履行ヲ請求シテ目的物ヲ引渡サシメ貸借ヲ成立セシムルコトヲ得可ク方一不履行ノ場合ニ於テハ損害賠償ヲ求ムルコトヲ得可キコト當然ナリトス然ルニ此點ニ關シ法律第一ノ特例ヲ設ケ當事者ノ一方カ破産ノ宣告ヲ受タル時ハ消費貸借ノ豫約ハ全ク其効力ヲ失フモノトセリ(第五八九條)又此點ニ關シ法律第一ノ特例ヲ設ケ當事者ノ一方ハ破産ノ宣告ヲ受タル時ハ且契約ヲ締結セル以上ハ爾後當事者ノ位置ニ如何ナル變動ヲ生スルモ爲ニ其關係ニ何等ノ影響ヲ及スベキモノニアラス然レニ消費貸借ノ豫約ニ限リ此特別アル所以トモニ他チシ一且貸借ヲ豫約シタル

後ニ於テ若シ貸主タルヘキ者破産シタリトモ破産者ハ多クハ無實力者ナリトスレハ之レニ貸付ヲ強命シ得可キニ非サルコト明カナル可ク若シ又借主タルヘキ者破産シタリトモ破産者ハ概シテ完全ニ其返還ノ義務ヲ履行スルコト能ハサル者ナルニモ拘ラス尙ホ之レニ貸付ヲ爲サシムル可ラスト云フハ貸主ヲ酷待スルモノニシテ其不利益ヲ顯然タリ加之強ク其貸付ヲ爲サシムルモ徒ラニ破産財團ノ清算ヲシテ煩雜ヲ重クシムルニ過キサル可キ即チ此場合ニ於テ豫約ノ効力ヲ維持スルモ當事者ニ何等ノ利益ナキノミナラス却テ尠ナカラサル不利益ヲ蒙ラレムルコトヲ知ラム是レ此特例アル所以ナリ然レトモ是レ只豫約ニ關スル特例ノミ故ニ消費貸借其モノニ至リテハ素ヨリ一般ノ法則ニ隨ハサル可カラストモ亦貸主ノ利益ヲ保護スルニ關シテハ其法則ニ從フル可キ也

消費貸借ノ要物契約ナリト云フノ點ニ付テハ法律上一ノ例外アリ第五百八十八條ノ規定即チ是ナリ同條ニ曰ク「消費貸借ノ契約ハ其目的物ヲ引渡シテ當事者カ其物ヲ以テ消費貸借ノ目的ト爲スコトヲ約シタルトキハ消費貸



息ヲ付スル時ハ有償契約トナルナリ此點ニ付テハ反對法則ハ商取引ニ於テ之ヲ見ル可シ商法第五九二條(前條)ノ旨ニ照シテ其旨ヲ發揮スルニ當リテハ貸借ニ於テ利息ヲ徵收スルコトノ當否如何ハ往古經濟思想未タ發達セス道敎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シテ自明ノ理トシテ特ニ之ヲ徵收スルヲ正當ナル所以ヲ説明スルノ要ナキカ如シ其旨ニ照シテ其旨ヲ發揮スルニ當リテハ其旨ヲ發揮スルニ當リテハ蓋シテ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ス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際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償ヒヲ徵スルモ亦決シテ不條理ニ非ル可シ(第四)金錢ノ貸借ニ付テ之ヲ見ルニ金錢ノ購買力カ漸次遞減シ行クハ經濟上ノ大勢ニシテ物價ノ漸次騰貴レ行ク

ハ即チ徵證ス可キ事實ナレバ多少ノ年月ヲ期シテ辨濟ス可キトト約シ金錢ヲ貸與スル時ニ於テ若シ其金錢購買力ノ低落ヲ豫想シテ相當ノ補償ヲ徵求スルハ貸主ノ損害ヲ豫防スル相當ノ注意ト云ハサル可カラス凡ソ以上ノ理由ハ經濟上隨ツテ又法律上利息ヲ徵收スルノ正當ナルコトヲ明カナラシムルモノナリ果シテ然ラハ其利息ニ制限ヲ加フルコトモ條理上亦頗ル理由ナキコトモ屬スベシ何トナレハ利息ノ高低ハ全ク一般需用供給ノ過不足ヨリ來ル影響ニシテ而シテ需用供給ノ大則ハ故ラニ人爲ヲ以テ左右スルコトヲ得ベキニ非レバナリ然レトモ經濟上需用供給ノ大則ハ何レノ時何レノ場所ニ於テモ此純然タル理論ノ如ク完全ニ行ハルモノニアラスシテ文化ノ程度交通機關ノ發達如何等事實上ノ障害ニ依リ往々之ニ反スルコトアリ地方ノ東京ニ比シテ金利ノ高キハ全ク此理由ニ依ルモノナラ去レバ此ノ事實上ノ障害ノ爲メ資本融通ノ不完全ナルカ爲メ貸主ハ資本供給ノ不充分ナルヲ利用シ借主ノ窮迫セルニ乘シテ著シク高利ヲ要求スルノ弊ナシト云フ可カラス茲ニ於テカ今日諸國ノ立法例ニ於テモ尙利息制限法ノ行ハルヲ見ル所ニシテ我邦ニ於テモ明治

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ノ廢止セテ以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トス其詳細ハ展法ヲ一讀スル時ハ容易ニ之ヲ知ルコトヲ得タリ以テ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其裁判所ノ制限利息ニ之ヲ引直シ決シテ其以上ニ請求スルモトヲ許スルニ在リ然レドモ制限ヲ解テタル利息ニ於テ既ニ支拂ヒタルモノハ再ヒ之ヲ取戻スル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ハ於テ之ヲ取戻ヲ許スルコト同ノ理由ニ出ルルモノトシテ多數判決例ニ在リ所ナリ然レドモ實際ノ裏面ニ向テ觀察モシテ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ノ手段ヲ容易ニ法律ニ制裁スルモノトモ得セシムレハナリ

第二一 第一款 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モノナリ然レドモ債權ノ爲メ止メテ之ヲ專斷シテ消費貸借トモ稱シ得ルモノナリ要物契約ニシテ目的物ノ引渡

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ザルトキニ一ツ差異アリ然レドモ父母ノ同意ハ其ノ必要ナラズ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タル所以ナリ

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バ父ハ親權ヲ行ヒ嫡小夫ノ權ニ服從ス可キモノナレハ父母ノ一致セザルトキハ父ノ同意ノミヲ以テ足ルカ如シト雖モ此又如クスルトキハ三家ノ和睦ヲ欠クテ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アルヲ要ス若シ父母一致セザルトキハ此要件ヲ欠クモノト云フ可カラズ

父母ノ一方カ死亡セルコ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



治産者ノ法定代理權ハ禁治産者ノ療養監護及ヒ財產管理ニ限ル者ナリ以テ  
 人事ニ關スル行爲ノ如キハ其代理權ノ範圍外ニ在ルヲ以テ之ヲ明クスル爲メ  
 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  
 第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  
 婚ヲ縱令相對熟談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  
 フ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產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シ來リタリトモニシテ婚姻後數年間モ婚姻ノ

届出ヲ爲サ、リシ者モ夫婦ト看做サル者アリ而シテ從來ノ方式ハ證人ヲ要  
 セズ單ニ戸主ヨリ届出スルヲ以テ是レハ極メテ簡便ナリシニ付キ本法ハ  
 外國ノ立法例ニ在ルカ如キ煩雜ナル方式ヲ採用セズ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、爲レタリ  
 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產上ノ  
 關係親族關係等ヲ生シ他ニ對シ之ヲ公示ス可キ必要アリ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カ規定ニ違反  
 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產契約ニ付キテメ第三者ニ對シテハ婚姻届出後ニ非  
 ナ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カ



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シ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タ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ザルモノヲ取消シ得キモノトシテ之ヲ取消スルコト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ク無効ナルモノシ及ヒ取消シ得キモノトシテ之ヲ取消スルコトハ其法律行為ト同シク無効ナルモノシ婚姻ヲ無効ト婚姻ハ左ノ場合ニ依リ無効トス(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存キトキニ當リ二 當事者カ婚姻ノ届出ヲ爲サザルコトキニ當リ三 法律カ規定セル婚姻ノ無効ハ右二ノ場合ニ依リ可其ノ間當事者ニ婚姻ヲ爲

以意思付キトキハ其二婚姻ノ届出ヲ爲サハルトキ是ナリ其第一ハ疑キニモ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ザルト同シク婚姻ニ付キ當事者ノ意思ナキトキ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ノ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ザルモノナレハ當事者カ之ヲ追認シタリ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バ儀式ヲ舉グ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養フコ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クタルモノナレトキハ戸籍吏ハ之ヲ受理スルコトヲ拒ムヲ得コトハ雖モ若シ誤リテ之ヲ受理シタルトキハ其婚姻ハ完全ナルモノ

ニシテ之カ爲メ害モ被ルヲ生スルコトヲ豫ラサルナリ其被ハルハ其被ハルニシテハ他ノ法律行爲ノ如ク容易ニ之ヲ取消ス可キモ以テ非ス又一般ノ廢罷訴權ノ原則ヲ之ニ適用セザ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)其取消權ヲ取消スコトヲ得可キ場合ニ罷キニ説キタル婚姻ヲ爲スニ付キ要スル第二乃至第七要件具備セザ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七七四條)第七七五條及ヒ婚養子縁組ノ場合ニ於テ其強迫ニ因リテ婚姻ヲ爲シタルトキ(第七七八五條及ヒ婚養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)其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ニ付キ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養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渉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雖トモ公益上ノ取消原因ハ否者タルナリ

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ヲ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ク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説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カ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

仍ホ之カ取消ヲ請求スルコトヲ得セシム然レトモ檢事カ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侵害セラル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カ之ヲ取消ス可キ必要ラザルナリ故ニ檢事カ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ヲ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陸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尚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

配偶者ノ一方カ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

トキハ他ノ一方ノ意志ヲ爲メ直接ノ利害關係ヲ有スルヲ以テ之ニ其取消權ヲ與フルハ當然ナリ  
 婚姻ヲ解消セラレ又ハ取消サレタリトモ其解消又ハ取消後或期間内ニ分娩タルトキハ前夫ノ子ト看做ナル、モノナルコトハ疑キニ叙述シタルカ女カ前婚ノ解消後又ハ取消後法定ノ期間ヲ經過セザル前ニ他ニ再婚シタル場合ニ於テ分娩スルトキハ血統ヲ亂ルノ恐アリテ之カ爲メ前夫ハ利害關係ヲ有スルヲ以テ之ニ其取消權ヲ與フルハ當然ナリ  
 姦通ニ因リテ刑ニ處セラレ又ハ離婚ノ宣告ヲ受ケタル者カ其姦通者ト離婚ヲ爲シタル場合ニ於テ前夫モ亦利害關係人ナルヲ以テ法律ハ之ニ取消權ヲ與ヘタリ  
 不適合者ノ婚姻ノ取消期間ニ疑キニ説キタルカ如ク公益上ノ取消原因ハ時ノ經過又ハ追認ノ爲メ消滅ス可キモノニアラサルコトヲ原則トスレトモ此原則ニハ二個ノ例外アリ即チ其第一ハ婚姻適齡ニ達セズレテ婚姻セタル場合ナリ  
 舊法ハ此點ニ付キ不適合者ヨリ婚姻ノ取消ヲ請求スル場合ト不適合者以外ノ

者ヨリ之カ請求ヲ爲ス場合トヲ區別セザレトモ新法ハ之ヲ區別シ不適合者以外ノ者ハ不適合者カ適齡ニ達シタルトキハ其取消ヲ請求スルコトヲ得ス然レトモ不適合者ハ適齡ニ達シタル後尙ホ三ヶ月間其婚姻ノ取消ヲ請求スルコトヲ得(第七八一條)  
 此場合ノ婚姻ハ重婚姦通者間ノ婚姻ト異ナリテ其性質上許ス可カラサルモノニ非ス婚姻其物ハ許ス可キモノナルモ只當事者ノ年齢カ婚姻適齡ニ達セザルニ因ルモノニシテ其瑕疵ハ事實上存セザルコトアルノミガラス時ノ經過ニ依リ必ラス他日止息スルニ至ル可キカ故ニ不適合者カ適齡ニ達シタル上ハ其婚姻ヲ取消サシムル原因存セザルモノナリ是ヲ以テ此例外ヲ設ケタルナリ  
 不適合者カ婚姻中適齡ニ達シタルトキハ最早其婚姻ニ瑕疵ナキモノト認ムル以上ハ此場合ニ不適合者ヨリ其取消ヲ請求スル場合ト其以外ノ者ヨリ之ヲ爲ス場合トヲ區別スルノ必要ナキモノ、如シト雖モ蓋シ不適合者以外ノ者即チ父母月主等ハ其意思完全ニシテ不適合者カ適齡ニ達セザル前ニ之カ取消ヲ請求スルコトヲ得可キモ不適合者カ適齡ニ達スルマテハ意思能力不充足ニシテ



ニ強制執行ヲ受シ可キ旨ヲ記載シタルモノ  
 以上舉示スルモノヲ我民事訴訟法ノ執行名義トスルニ一途ノ或量ノ執行ハ  
 第四執行ノ機關

執行機關ハ法律ノ規定ニ依リテ定マル其主要ナルモノニアリ一ヲ執達吏一  
 ヲ裁判所トス執達吏ハ通常ノ場合ニ執行ヲ爲スモノナルモ重要ナル執行ハ  
 執達吏ヲ用テ之ヲ取扱ハシムルトキハ當事者ノ利益ヲ十分ニ保護スルコト  
 能ハサルノ感アリ故ニ裁判所ヲシテ之ヲ取扱ハシムルヲ要ス例ヘハ不動産  
 ニ關スル強制執行ノ如キ是ナリ此ニ機關ハ各主タル執行機關タルコトアリ  
 又ハ補助機關トナルコトアリ動産ニ關スル強制執行ニ付テハ執達吏ハ常ニ  
 主タル機關タリ此場合ニ於テハ執行裁判所トシテ區裁判所其補助機關トナ  
 ル例之第五百十六條ノ場合ハ執行裁判所ハ補助機關ナリ又不動産ニ關スル  
 強制執行ニ於テハ裁判所主タル機關ト爲リ執達吏ノ職務及ヒ其資格ニ付テ  
 ハ後日執行機關ノ部ニ於テ詳細ニ研究スルニ便アリ故ニ茲ニ贅セス  
 第五強制執行ニ着手スル形式ノ要件

債權者カ強制執行ニ着手スルニハ前述ノ執行名義ヲ有スル外尙ホ適法ノ形  
 式ノ要件ヲ具備セザル可カラズ是亦本論ニ於テ詳説スヘキヲ以テ茲ニ說明  
 ヲ爲サス其重モナルモノハ執行文ヲ附與ヲ受クルコト執行名義ヲ送達スル  
 コト條件履行ノ證明書及ヒ執行文ヲ送達スルコト等ナリ

第六強制執行ノ目的  
 強制執行ノ目的ハ權利ノ満足ヲ得ルニアリ詳言スレハ權利ナル力ノ活動ニ  
 因リテ其權利ニ附着スル利益ヲ收ムルニアリ尤モ權利ノ實質ニ付テハ學說  
 一定セス予ハ權利ノ實體ハ力ナリト信ス例之貸金債權ニ付キ債務者ノ財產  
 ヲ差押ヘテ競賣ニ附セシムルハ權利ノ活動ニシテ其代金ヲ受クルハ權利ニ  
 附着セル利益ヲ收ムルナリ然シテ權利ノ満足ヲ得ルニハ其權利ノ性質ニヨ  
 リ直接ニ得ルモノト間接ニ得ルモノトアリ即チ前例貸金ノ債權ノ如キハ直  
 接ニ満足ヲ得ル能ハス今俳優ヲシテ劇場ニ出演セシムルカ如キ債權ヲ有ス  
 ル者ハ債務者タル俳優カ其債務ヲ履行セザルモ強制執行ニ依リシ直接ノ滿  
 足ヲ得ル能ハス是其債務ノ性質カ強制履行ヲ許サ、レハナリ民法第四一四

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。是レ強制執行ニ左ノ種類ノ生スル所以ナリ。  
(1) 金錢ノ債權ニ付テノ強制執行(第五六四條以下)

甲 動産ニ對スル強制執行(第五五六條以下)

一 有体動産ニ對スル強制執行(第五五六條以下)

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) 物ノ引渡及行爲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。尙一言注意ヲ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ザル可カラズ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バ家資分散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ズ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結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満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ノ命令アリ

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ハ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バ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メトテ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テスルハ故ヲ以テ強制執行ヲ許ササルモノトモ原告ハ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然レトモ其權利ノ行使ハ口頭辯論ノ後ニ依リ理由ニ依リ防禦ノ方法ヲ留保セラ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據訴訟ニ於テ言渡シ不判決ヲ留保ヲ掲ケタルトキハ上訴及ヒ強制執行ニテ之ヲ終局判決ト看做ス抑手續證據訴訟ノ目的爲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争ヒタル被告ニハ敗訴ノ言渡シ受ケル凡テノ場合ニ於テ其權利ノ行使ヲ留保スルモノトス是レ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トモ證據訴訟ニ於テ之ヲ用ユルコトヲ許スルヲ爲メ敗訴ヲ受ケ各階級モ知ル可ク之ヲ以テ法律更ニ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ニ實際上留保ス

強制執行

ラレタル權利ノ行使ニヨリ前判決ヲ翻ヘスコト甚ク罕ナルハキト一ハ證書評  
 議ノ目的ニ背カチラシカ爲メ此規定ヲ設ケタルナリ也  
 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  
 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ドセ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ヌ何トナレ  
 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リ  
 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聊カ左ニ説明セン  
 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ザ  
 ル當事者カ相手方ノ申立テタル事實ヲ自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關席判決ヲ平以テ得ルヤムニ疑問ニ屬ス或ル學者ノ說ニ依レム上告審カ關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關席判決ヲ生スルコトアリト云フ然雖モ實例ヲ舉テテ說明セザルモリナシ又裁判所判決例ニ本條ヲ適用シテ關席判決ヲ與タルコトヲ記應テ予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タ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キ假執行ノ宣言ヲ附セラレシ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シ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テ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カ關席セリト假定セヨ上告人乙カ前庭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關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關席判決ヲ下スベキモノナルベシ從テ甲カ故障申立後口頭辯論期日ニ再ヒ關席スルトキハ新關席判決ヲ爲スベ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六四條第三九條第四五四條ニ依リテ上告審ニ對シテ其事實ハ裁判所ノ事實ニ對シテ決ニ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ス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一萬圓ヲ原告甲ニ返濟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一萬圓ヲ辨濟スヘシト云フコトノミナラス此一萬圓ヲ辨濟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一萬圓ヲ辨濟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ザレハナリ

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濟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ザ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救済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シ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種

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ジタル其他ノ判決ハ強制執行ニ付テ確定力ヲ有セザルモノト云ハサルヲ得ザルニ至ラン

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シ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コトナシ

次ニ判決確定ノ證明ニ付テ説明セン(第四九九條以下)

### 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ヲ爲メ當事者ニ與ヘテレハ救済方法ナリ

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リ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シタル裁判所ニ向ツ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

得へキモノトス  
 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一ニノミ確定スヘキ場合ニ於テハ上訴セサル所  
 ノモノハ上訴ヲ爲シ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所  
 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、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サレハ上訴權ヲ  
 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)モ亦法定代理  
 人カ訴訟手續ヲ引受ヲ爲サ、ル限リハ上訴スルコトヲ得ルモノナルコトハ言  
 フ終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争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

妨訴抗辯ニ付キ争アルトキハ本法ニ所謂獨立シタル防禦方法ニ付キテノ争ナリ從テ裁判所ハ其争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争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) 關席判決

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ハ許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

關席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關席判決ニ對シテ控訴ヲ爲スコトヲ得ス然レトモ關席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ケレバ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產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、廢罷訴訟權ヲ行ス要件

(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ラ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カ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ナ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一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ルキ基本ノ問題ナリ此問題ニ對シテ二主義アリ即チ全擔主義及ヒ分擔主義之レナリ全擔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擔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ノ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ザ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擔主義ヲ原則トシテ採用セリ而シテ分擔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ヲ得ヘキモノ

ヲ云フ例ヘハ金銀米穀等ノ如キ有形上分ヲ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ヲコトヲ得サルモ其權利ノ性質カ分ヲ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ヲ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ザ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ヲ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ヲ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ヲ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ル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觀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ル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ツ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テ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テ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尙モ權利ヲ有スル以上ハ其行使ハ自由ナラザルヘカラス從テ各債權者ハ獨立シテ履行ノ請求ヲ爲シ得ザ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ザルヘカラス而シテ他ノ債權者ト共同スルニアラザレハ履行ヲ受タル能ハストセハ是レ請求權ヲ與ヘタ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タルハ勿論ニシテ畢竟ノ利害ハ各自ノ部分ニ應ジテ分配セザルヘカラス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レ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之ヲ以テ家屋ヲ建築シ又ハ家屋ヲ引渡セシト云フヲ得ザ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

い 債権者多數ノ場合、不可分債権ニ於テハ前ニ述ヘタル如ク債権者ノ權利ハ本來別異ノモノナレハ不可分債権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権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権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権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権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権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権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権者ニ分與セサルヘカラス然ルニ一債権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権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権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権者カ其權利ヲ失ハサルレ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権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

ろ 債務者多數ノ場合、債務者多數ノ場合ニ於テモ債権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カ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ク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ヲ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)

### 第二款 連帶債務

債權法規則

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セ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增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增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ヲ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



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マテ斯

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

明治三十一年四月十九日印刷

明治三十一年四月二十日發行

東京市牛込區美來町三番地

編輯者 上野政雄

東京市芝區西ノ久保明舟町十一番地

印刷者 金子鐵五郎

東京市芝區西ノ久保明舟町十一番地

印刷所 金子活版所

發行所 司法省 和佛法律學校

所在 (東京市麴町區富士見) 町六丁目十六番地

電話 (本局千二百七十四番)

明治三十一年十二月九日內務省許可