

和仏法律学校講義録

加古, 貞太郎 / 掛下, 重次郎 / 遠藤, 忠次 / 梅, 謙次郎 /
兩角, 彦六 / 小宮, 三保松 / ジュモラール

(出版者 / Publisher)

和仏法律學校

(巻 / Volume)

1-7

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

43

(発行年 / Year)

1899-05-05

和佛法律學綱要

講義筆記

每月貳回

第七

目次



民法原理(自四一頁) 法學博士梅謙次郎

羅馬法(自二四頁) 佛國政學博士モラー

強制執行(自三九頁) 法學士遠藤忠次

親族法(自八九頁) 法學士掛下重次郎

民法債權(自二七頁) 法學士兩角彦六

物權(自七三頁) 法學士小宮三保松

債權總論(自六一頁) 法學士加古貞太郎

0 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 1 2 3

討論會記事

前號ニ豫告セシ如ク本月廿三日午前九時ヨリ本校第一講堂ニ於テ和佛法學會大討論會ヲ開キ本校講師校友生徒ノ外府下各法律學校々友生徒ノ討論ヲ許シ梅會長親シク臨席シテ論旨ノ優劣ヲ判定シ優等者四名ニ對シテ賞品ヲ贈與セラレタリ尙ホ當日ノ來會者ハ無慮二千名ニ上リ討論終結ノ後採決ニ付シタル結果大多數ヲ以テ消極論ノ勝利ニ飯シタリ主論者及ヒ受賞者左ノ如シ

主論者

積極說

法學士 岡村 司 君
法學士 若槻禮次郎 君

第一等 民法要義

二四冊 和佛法律學校々友

小田 幹治郎 君
原 團次郎 君

第二等 民法要義

三四冊 和佛法律學校生徒

山本 喜勇 君

第三等 民法要義

一二冊 東京法學院生徒

堀江 專一郎 君

ニ制限アリ例ハ親權夫權ノ如キハ或年齡ニ達スルニアラサレハ婚姻ヲ爲スコトヲ得サルカ故ニ自ラ其年齡ニ達シタル後ニアラサレハ之ヲ享有スルコトヲ得サルカ如シ後見人ノ權政權ニ屬スト云フ者アリ養子隱居ノ權ノ如キ皆然リトス所有權ノ如キモ之ヲ行使スルニ付テハ年齡ニ制限アリ次ニ男女ニ因リテ區別アルモノアリ例ハ男子ニ妻ノ權ナク女子ニ夫ノ權ナク又男子ト男子トノ間ニ結婚ヲ爲スコトヲ得サルカ如シ次ニ身分ニ因リテ異ナルモノアリ例ハ親權ノ如キハ父母カ其子ニ對スルニアラサレハ之ヲ享有スルコトヲ得サルカ如シ終ニ内外人ニ因リテ區別スルモノアリ例ハ親族權ノ如キハ外國人ハ概テ内國ノ法律ニ定メタル權利ヲ享有スルコトヲ得ス又財產權ト雖モ不動產權ノ如キハ外國人ノ所有ヲ許サハル國ナシトモス
右ノ外尙一ノ區別ス可キモノアリ民權人權語ヲ換ヘテ言ハハ國民權人類權ノ區別是ナリ此區別ハ昔時ニ於テハ最モ著シク且ツ最モ大切ナリシモノニシテ當時ハ國民權ニ屬スルモノ極メテ多ク而シテ人類權ニ屬スルモノ太タ少カリシト雖モ近時交通ノ頻繁ヲ加フルニ隨ヒ全ク反對ノ現象ヲ呈シ國民權ニ屬ス

ルモノ漸ク其區域ヲ威縮スルト共ニ人類權ニ屬スルモノハ日ヲ逐ヒテ多キヲ加フルニ至レリ此勢ヲ以テ進マハ數十年乃至數百年ノ後ニ於テハ或ハ國民權ノ跡ヲ絶ツヤモ未タ知ル可カラス面シテ此區別ノ實益ハ內國人ニ限リテ享有スルコトヲ得ル權利ト内外人ヲ問ハスシテ享有スルコトヲ得ル權利トヲ識別スルノ點ニ在リテ存スルカ故ニ今日ニ於テハ多ク其必要ヲ認メス現今尙國民權ニ屬スヘキモノヲ舉クレハ婚姻養子隱居親權後見等ニ關スル權利ノ如シ此等ノ權利ニ關シテハ外國人ハ我邦ノ法律ニ定メタル權利ヲ有セザルコト尙カラス或ハ全ク此等ノ行為ヲ爲スコトヲ得ザルコトアリ又土地所有權ノ如キモ日本ニ於テハ外國人ノ享有ヲ許サ、ルカ故ニ此種ノ權利ニ屬スヘシ彼ノ米國某々諸州瑞典等ノ如キモ原則トシテハ不動產權ヲ以テ國民權ト爲セリ次ニ人類權ニ屬スルモノハ一々枚舉スルノ追アラス苟モ國民權ニ屬セザルモノハ悉ク人類權ナリト知ルヘシ

民法ハ右ニ細別セシ私權ノ原則ヲ一括セルモノナリ然レトモ天賦權ハ主トシテ刑法及ヒ警察法ニ依リテ其保護ヲ受クヘク又國民權ハ原則トシテ民法ノ規定セ定スル所ナリト雖モ外國人ハ內國ニ於テ如何ナル權利ヲ有スルカ內國人カ外國ニ到ルトキハ如何等ノ問題ハ國際私法ニ屬スルカ故ニ之ヲ法例ニ規定セ

權利ノ享有トハ權利ノ主体ト爲ルヲ謂フ即チ權利ノ利益ヲ享クルノ意ナリ次ニ權利ノ行使トハ權利ノ作用ニ必要ナル行為ヲ爲スヲ謂フ即チ權利ヨリ生スル利益ヲ享クル爲ニ必要ナル行為ヲ爲スニ在リ而シテ此二個ノ者ハ一般ノ場合ニ於テハ之ヲ區別スルノ必要ナシト雖モ無能力者ニ關シテハ權メテ肝要ナリトス例ヘハ未成年者カ其所有物ヲ賣却スル場合ニ於テ其利益ハ未成年者自ラ之ヲ享受スヘシト雖モ賣買契約ハ後見人ニ於テ之ヲ爲サザルヘカラザルカ如シ又禁治產者ト雖モ婚姻ヲ爲スノ權利ヲ享有スルハ更ニ疑ヲ容レザル所ナレトモ之ヲ行使スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ頗ル疑アリ然レトモ此種ノ權利ハ財產權ト異リ他人ヲシテ代リテ之ヲ行使セシムルコトヲ得ザルカ故ニ行使スルコトヲ得ザル者ハ宛モ享有スルコトヲ得ザルト同一ナルヲ以テ實際其區別ヲ爲スコト能ハサルノミ新民法ニ於テハ婚姻ヲ爲スノ權ハ禁治產者モ之

ヲ享有スルハ勿論其本心ニ復セル間ニ於テハ之ヲ行使スルコトヲ得ルモノトセリ(第七七四條)

權利ノ享有及ビ行使ナル文字ハ我邦ノ學者カ一般ニ使用スル所ナリト雖モ獨逸ニ於テハ權利能力及ビ行為能力ナル語ヲ慣用セリ例ヘハ不動産ニ關シテハ外國人ハ權利能力ヲ有セス又未成年者禁治産者等ハ一般ニ行為能力ヲ有セストスルカ如シ是レ極メテ便利ナル用語ナルカ故ニ予モ之ヲ用フルコト多カルヘシ

權利ノ享有ト行使ノ區別ハ右ノ如シ然ラハ如何ナル人カ私權ヲ享有スルコトヲ得ルカ此點ニ付テハ各國ノ法制殆ト一致シ苟モ反對ノ規定ナキ限りハ人ハ私權ヲ享有スルヲ以テ原則トス彼ノ政權ノ如キハ特ニ享有ヲ許スノ規定ナキ限りハ之ヲ享有セサルヲ以テ原則トスレトモ私權ハ全ク之ニ反セリ舊民法人專編第一條ニ於テハ特ニ之ヲ明示シ凡ソ人ハ私權ヲ享有シ云々ト規定セシモ是レ殆ト言フヲ待タサルヲ以テ新民法ニハ此ノ如キ規定ヲ設ケス故ニ如何ナル種類ノ人カ如何ナル種類ノ權利ヲ享有スルカハ一ニ之ヲ特別ノ規定ニ求メ

ナルヘカラス而シテ私法中此特別ノ規定アルモノ極メテ尠シト雖モ今其二三ヲ舉クレハ外國人ハ土地ノ所有權ヲ有スルコト能ハス或種類ノ人ハ後見人ト爲ルノ權利ヲ有セス又或種類ノ人ハ裁判所ニ於テ證人ト爲ルコトヲ得サル等ノ如シ行政法ニ於テハ政權ニ屬セザルモノト雖モ權利能力ヲ制限スルコト多シ例ヘハ言論ノ自由ニ付テ種々ノ制限ヲ加ヘ又集會ノ自由ニ關シテ種々ノ制限ヲ爲スカ如シ此等ノ權利ハ其制限外ニ於テハ當ニ之ヲ行使スルコトヲ得サルノミナラス之ヲ享有スルコトヲモ許ササルナリ

人ハ私權ヲ享有スルコトヲ得ルヲ以テ原則トス而シテ其享有ハ何時ヨリ始マルカ又外國人ハ内國人ト等シク之ヲ享有スルコトヲ得ルカ是レ此ニ研究スヘキ問題ナリトス

第一 人ハ何時ヨリ私權ヲ享有ヲ始ムルカ此問題ニ付テハ殆ト論スルノ價値ナキカ如シ何トナレハ既ニ權利ノ主体カ人ナル以上ハ必ス人ノ生存スルコトヲ要ス而シテ人ノ生存ハ出生ニ因リテ始マリ死亡ニ因リテ終ルカ故ニ權利能力ハ出生ニ因リテ之ヲ得死亡ニ因リテ之ヲ喪フヘキコト殆ト自明ノ理

ナレハナリ然ルニ獨逸法ニ於テハ特ニ權利ノ享有ハ出生ニ始マリテ死亡ニ終ルコトヲ規定セル者多シ是レ果シテ無用ノ贅文ナルカ否決シテ然ラサルナリ蓋シ人ハ出生ニ因リテ現世ニ出ツルモノナリト雖モ生理學上ノ見解ヲ以テスレハ懷妊ノ初ニ遡リテ其存在ヲ認メサルヘカラス而シテ懷妊ノ期間ハ三百日ヲ以テ通例トスルカ故ニ例ヘハ本年四月ニ生レタル者ハ昨年七月ニ於テ既ニ存在シタルモノナリ然レトモ法律上ノ觀察ニ於テハ未タ其存在ヲ認ムルコトヲ得ス其懷妊中ハ寧ロ母体ノ一部ヲ成スモノナリ隨テ胎兒ハ獨立シテ權利ノ主体ト爲ルコトヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス然ルニ實際ニ於テハ其結果ノ望マシカラサルモノアリ例ヘハ予ニ妻アリテ懷妊シ將ニ數日ノ後ニ於テ分娩セントスルニ當リ予ハ不幸ニシテ死亡セリト假定セシニ予カ遺產ハ何人ニ移轉スヘキカ懷妊中ノ子ハ未タ法律上權利ノ主体ト爲ルコトヲ得サルカ故ニ其遺產ヲ相續スルコトヲ得ス隨テ他ノ親族ヲシテ之ヲ相續セシメサルヘカラス是レ果シテ至當ノ事ナリト云フコトヲ得ルカ抑モ予ノ財產ハ予カ勞力ノ結果ニシテ實ニ辛苦經營ノ上ニ得タルモノ多シ

而シテ其辛苦ヲ辭セザリシ所以ノモノハ一ニ子孫ノ後ヲ思ヒ之ヲ愛子ニ遣サント欲シタルニ因ル然ルニ予カ死亡スルコト僅ニ數日疾カリシ爲メ其財產ヲ擧ケテ他人ノ手ニ委セサルヘカラストセハ啻ニ人情ニ戻ルノミナラズ公平ノ點ヨリ觀ルモ社會ノ利益上ヨリ觀ルモ實ニ其當ヲ得サルモノナリ是ニ於テ法律上胎兒ヲ以テ既ニ出生シタル者ト看做シ之ヲシテ權利ノ主體タルコトヲ得シムルノ必要アリ是レ羅馬法以來各國ノ法律ニ於テ胎兒ニ權利能力ヲ有セシメタル所以ナリ然リト雖モ胎兒カ權利ノ主體ト爲ルコトヲ得ルヲ以テ原則ト爲スヘキカ將タ例外ト爲スヘキカニ付テハ頗ル疑アルカ故ニ獨逸法ハ右ノ規定ヲ設ケ胎兒カ權利ノ主體タルヲ得サルヲ以テ原則ト爲スコトヲ明示シタルモノナリ我新民法モ之ト主義ヲ同シウレ第一條ニ於テ左ノ如ク規定セリ

私權ハ享有ハ出生ニ始マル

舊民法人事編ニ於テハ前掲第一條ノ規定ヲ以テ人ニ非サレハ權利ヲ享有セサルコトヲ示セルニ拘ラス第二條ニ於テ胎内ノ子ト雖モ其利益ヲ保護スル

ニ付テハ既ニ生マレタル者ト看做ス下規定セシカ故ニ何レヲ以テ原則トス
ヘキカニ付キ稍疑アリシト雖モ一般ノ學說及ヒ沿革上ヨリ之ヲ論スレハ固
ヨリ右ノ規定ヲ以テ例外ト視サルヘカラス而シテ此例外ハ頗ル廣キニ失ス
ルカ故ニ新民法ニ於テハ之ヲ採用セス

舊民法ノ如キ廣キ例外ヲ認ムルモノハ外國ニ於テモ其例多シ即チ羅馬法ニ於
テモ子ノ利益ニ關シテハ胎兒モ既ニ出生シタルモノト看做ストノ格言アリ而
シテ此格言ハ舊民法ノミナラス獨逸其他獨逸法系ノ國ニ於テ多ク認メラル
、所ナリト雖モ予ハ此格言ヲ以テ或特別ノ場合ヲ説明スル爲ニ用フレハ可
ナルモ一般ノ場合ニ之ヲ適用スルノ不可ナルヲ信スル者ナリ何トナレハ子
ノ利益ノ爲ニノミ既ニ出生シタルモノト看做シ他人ノ利益ノ爲ニハ常ニ之
ヲ認メストスルニ於テハ甚タ不公平ナル結果ヲ生スルノミナラス往々ニレ
テ困難ナル問題ヲ生スルコトアレハナリ故ニ予ハ一概ニ利益ヲ以テ標準ト
セス章ニ權利ノ種類ニ因リテ此例外ヲ認ムルト否トヲ定ムヘキモノナリト
思考ス例ヘハ前例相續權ノ如キモ其一ニシテ其他受遺權即チ胎兒ニ對シテ

第一章 司法制度

第一法官 羅馬ノ法官ニハ數多ノ階級アリ而シテ近世ノ法官ト異ニシテ其實
格ニ於テ政治上ノ權力行政上ノ權力及ヒ司法上ノ權力ヲ收攬セリ故ニ司法權
ノ如キハ實ニ其權限ノ一部ニ過キザリシナリ羅馬ノ古代ニ於テハ此法官ノ職
務ハ全ク王ニ屬セリ王ハ民事上ニ於テハ最終裁判權ヲ有レ刑事上ニ於テモ人
民ニ對シテハ最終ノ裁判權ヲ有セリ王制廢セラレ共和制ト爲ルニ及ヒテ執行
權及ヒ司法權ハ最初ニ統領官コンシユルニ與ヘラレタリ羅馬市ノ漸々擴張ス
ルニ隨ヒ統領官ノ軍事上ノ權力及ヒ行政上ノ權力大ニ擴張シ勢イ其司法權ハ
之ヲ分離セサルヲ得サルニ至レリ其結果トシテ羅馬建國三百八十七年ノ法律
ニ由リテ裁判官ブレイトル法官ノ最上官ヲ置キテ從來統領官ノ有セシ司法權
ヲ託スルコトホナレリ此裁判官ハ初メハ唯內事裁判官タルニ過キサリシモ後
又一種ノ裁判官即チ外事裁判官ヲ置クニ至レリ一國ニ由リテ其權限ハ
第二種ノ裁判官即チ外事裁判官ハ羅馬人ト外國人トノ間ニ起レル訴訟或ハ外
國人間ニノミ起リタレ訴訟ヲ裁判スルノ權限ヲ有セリ其他重ナル職權ハ法帝

ヲ發布シ裁判人ノ表ヲ作ルニテ此裁判官ハ其初メ少數ナリシ漸々増殖
シテ十八人ト爲レリ
第二種裁判官ノ外ニ市長(エヂール)アリ亦裁判官ノ一種ナリ市長ハ警察其他行
政上ノ權力ノ外ニ奴隸及ヒ家畜ノ賣買ニ付テ司法上ノ權力ヲ有セリ又僧官亦
シテ一ト云ヘル裁判官アリテ訴訟ノ形式ヲ準備シ訴訟人ノ探ラサルヘガテ
ナル手續ヲ示シ法律ヲ解釋シ訴訟ノ適目及ヒ不適日ヲ定メ宜警ヲ爲サレムル
等ニ付キ司法權ヲ有セリ次ニ家族間ニハ其親族ヨリ組織セル一種ノ裁判所ア
リシモ其職權ハ今日之ヲ明確ニ稽査シ難シ唯刑事上ニ付テ裁判シタルコトハ
明カナルカ如シ
以上述ル所ハ羅馬市ニ於ケル裁判制度ニシテ敢テ伊太利全部ニ且リテ然ルニ
アテチリシナリ蓋シ當時以太利國ニ於テハ裁判權ハ市町村吏員ニ屬セシカ帝
政ト爲ルニ及ヒテ此權力ハ統領官ヨシニシユルノ手ニ歸セリ其他羅馬ノ州及ヒ
殖民地ニ於テハ司法權ハ他ノ權力ト共ニ地方長官ノ手ニ收攬セリ此地方長官
ヲ一般ニ代統領(プロコンソル)ト稱セリ

皇帝ハ最終ノ裁判官トシテ司法權ヲ有シ宮内大臣ヲシテ代理セシムルコトヲ
得タリ
第二裁判人 裁判人ハ長ク一個市民ニ過キサリキ法官自ラ訴訟ヲ判決セザン
トキハ裁判人ヲシテ裁判セシメシモノナリ裁判人ニ二種アリ第一種ハ法官ニ
由リテ或ル事件ノ爲メ特別ニ任命セラレタレタレ其任命セラレタル判決ヲ了レ
ハ其職權ヲ失フモノニシテ第二種ハ全ク之ニ反シテ終身職ノ團體ニ屬セリ第
一種ニ屬セシモノハ(一)單獨裁判官(二)仲裁人(三)レキニベラトリスニシテ第二種
ニ屬セシハ(一)僧官(二)百人制裁判所ノ裁判官(三)十人制裁判所ノ裁判官是ナリ
裁判人ハ法官ニ由リテ任命セラレタル者ナルト終身職ノ者タルトニ拘ハラズ
總テ訴訟當事者ノ選擇ニ委テシモノナリ蓋シ此制度ハ極メテ古キ彼ノ社會學
上ニ所謂私裁判制度ノ殘物タリ此ノ如ク裁判人ヲ任命スル者ハ官吏ニアラス
又國家ニモアラス其裁判ヲ受クヘキ訴訟當事者ナリ法官ハ唯其選定ニ基キテ
任命ヲ爲シタルノミ然ラハ則チ此等ノ制度ハ如何ニ實行セラレタルカ
若シ訴訟カ終身職ニ非サル裁判人ノ裁判ニ委任セラレヘキトキハ當事者ハ每

年法官ノ定ムル裁判人一覽表ニ就キテ其裁判人ヲ選定シタリ又經合其訴訟ニ終身職ノ裁判所ニ繫ルモノ相離モ亦當事者カ裁判官ヲ選ムノ原則ハ變更セザリシナリ何トナレハ彼ノ百人制裁判所ノ裁判官ハ人民ノ投票ニ由リテ任命セラル、者ナルカ故ニ取モ直サス人民ハ豫メ裁判官ヲ選定シタルモノナリト云フコトヲ得ヘシ以下各裁判官ニ付キテ詳説セシムルニ付テハ其ノ旨ヲ述ビテ甲 非終身職ノ裁判人 卅餘ノコトニシテ其ノ選任ハ法律ニ依リテ行ハレシメイ 單獨裁判人 卅一事件ニ付キテ特別ニ任命セラレハ裁判人ニシテ單獨ニテ其訴訟ノ判決ヲ爲セテ當時此裁判人ハ三百人ノ市民表中ヨリ任命セラレタリ而シテ此表ハ每年法官ニ由リテ貴族及ヒ武士中ヨリ選出セラレタルモノナリ此等ノ裁判人ハ正當ノ理由ナクシテ其選任ヲ辭スルコトヲ得ス此裁判人ハ「ホロム」ト云ヘル公開場ニ於テ宣誓ヲ行ヘリ而シテ裁判ハ常ニ公開セラレタリ

(イ) 仲裁人 仲裁人モ亦裁判人ノ一種ナリ唯其異ナル所ハ其權限大ナリシノミ此裁判人ハ訴訟ノ基礎ニ爭ナク唯賠償ノ金額ニ付キテ見積ルコトヲ要スル

場合ニ選任セラレタルモノナリ

(ハ) 「レキユベラトル」此裁判人ハ訴訟カ羅馬人及ヒ外國人間ニ係ル場合ニ任命セラレタルモノナリ而シテ此ノ如キ訴訟アルトキハ法官ハ單獨ノ裁判人ヲ任命スル代リニ數多ク「レキユベラトル」ヲ任命セリ此裁判人ハ單獨裁判人ノ選任セラルヘキ一覽表外ノ羅馬人ヨリ任命セラレ且其一部分ハ外國人ヨリ任命セラレタリ即チ其裁判人ハ兩國國民ヨリ組織セラレタルモノナリシナリ蓋シ「レキユベラトル」ハ二國間ノ境界ニ盜賊犯アリテ其事ノ結果戰爭ヲ惹起スノ恐れアルトキ其訴訟ノ裁判ヲ爲ス爲ニ任命セラレタルモノニシテ初メハ單ニ國際訴訟ノミヲ裁判セシモ後羅馬ニ關セサル未開外國人間ノ事件ナルモ亦之ヲ裁判レ終ニハ羅馬人ノミノ訴訟ト雖モ若シ其裁判ノ急速ヲ要スルトキハ之ヲ裁判スルコトヲナレリ

乙 終身職ノ裁判人 此種ニ屬スル者三曰ク僧官十人制裁判所ノ裁判人及ヒ百人制裁判所ノ裁判人はナリ就中百人制裁判所ノ裁判人ニ就テ説明スヘシ此裁判人ハ初メ百五人ヨリ組成セラレシモ後百八十人ト爲レリ此裁判人ハ四

部ニ分レ或ハ各別ニ或ハ合同シテ裁判セリ一ノ事件ヲ裁判スルニハ少クモ七人ノ裁判人ヲ以テ一部ヲ爲レテ裁判セリ此裁判人ハ最初所有權ノ爭身分上ノ爭相續ノ爭等ニ付テ裁判スル權限ヲ有シタリシモ其職務漸々減シテ相續ノ爭ノミト爲リ竟ニ全ク消滅ニ歸セリ

次ニ法官ノ職權ヲ述ヘン
近世ニ於ケル三種分立ノ理論ハ勿論當時ノ羅馬ニ行ハレタリキ是ヲ以テ羅馬ノ法官ハ司法權ノ外ニ宗教上行政上軍事上ノ權力ヲ併有セリ就中司法權ノミヲ研究セントス
司法權ハ三種ニ區別セラル(一)裁判權(二)執行權(三)委任權是ナリ
第一裁判權 裁判權ハ總テ民事上ノ爭ヲ判決スル所ノ權利ナリ此權利ハ法官自ラ之ヲ行フモ又ハ之ヲ裁判人ニ行ハシムルモ其ニ法官ノ隨意ナリキ
第二執行權 執行權ハ羅馬市ノ名ニ於テ總テ裁判ノ執行ニ付キ必要ナル處分ヲ爲スノ權利ナリ
第三委任權 法官カ民法上ノ訴訟ニ付キ或ハ他ノ法官ニ或ハ一私人ニ其裁判

權ヲ委任スル權利ナリ此委任權ハ之ヲ刑事上ニ適用スルコトヲ得ザリキ
次ニ訴訟當事者及ヒ其代理人ニ付テ一言セシ羅馬ニ於テハ當事者ハ常ニ原告及ヒ被告ノ二人アリ而シテ古代ノ訴訟ハ常ニ本人自身ニ依リテ爲スコトヲ要シタリシモ後代理人ヲ以テ爲スコトヲ得ルニ至レリ
次ニ權限規則ニ付キテ說明セシ
權限規則ハ各個ノ事件ニ付キ裁判スル所ノ職權ノ何タルヲ定メタルモノナリ此等ノ職權ハ羅馬ノ時代ニ隨テ變遷シタリト雖モ要スルニ左ノ三種ニ區別スルコトヲ得ヘシ
第一土地ニ關スル管轄權 或一定ノ土地以外ニ於テハ其裁判官カ裁判權ヲ有スルコトヲ得ナル範圍ナリ而シテ唯皇帝及ヒ宮内大臣ノ除外例アルノミ即チ此二者ハ其權限全帝國ニ及ヒタリ
第二事物ニ關スル管轄權 訴訟目的物ノ價格ノ多少ニ隨テ定マル所ノ權限ナリ即チ或法官ハ或程度ノ價格以上ノ訴訟ハ判決スルコトヲ得ザリシナリ
第三人ニ關スル管轄權 或ル原告ハ其本國若クハ住所ノ裁判所ニ起訴スルニ

アラサレハ訴訟ヲ爲スコト能ハス是ニハ例外アリ
 以上示ス所ノ管轄以外ノ裁判所ニ對シテ起訴シタルトキハ其訴訟ハ如何ニ看
 做サルヘキヤ他ナレ被告ハ其訴訟ニ對シテ管轄違ノ申立ヲ爲スナリ若シ此中
 之ヲ爲サ、レハ其申立ヲ爲ス權利ヲ拋棄シタルモノト看做サレタリ裁判人ハ
 其訴訟ノ本案ニ付テ裁判スル前ニ管轄違ナキヤ否ヤニ付テ裁判セリ訴訟ハ常
 ニ口頭ニテ爲サレ法廷ハ常ニ公開シ其判決ハ公開場ニ於テ言渡サレタリ訴訟
 ハ「ホロム」ト云ヘル公開場ニ於テ爲サレ或特別ナル場合ニ於テ「ハブレアル」ト
 云ヘル建物ニ於テ爲サレタリ此處ニハ重ナル市民ノ外入ルコトヲ許サス裁判
 官ノ評議ハ幕ノ内ニテ決セラレタリ訴訟ヲ爲スニハ其初メ訴訟用ヲ要セザリ
 シモ後之ヲ要スルコト、爲レリ尤モ貧民ハ訴訟上ノ救助ヲ受ケタリ羅馬ニ於
 テハ訴訟ハ常ニ訴訟適日ニ於テ爲サレタリ訴訟適日ハ最初每九日目ナリシト
 雖モ其次ノ時代ニハ三種ノ訴訟日ヲ生セリ
 第一訴訟適日 此日ニ於テハ訴訟ハ日没マテ爲スコトヲ得タリ
 第二半適日 此日ハ其半日間訴訟ヲ爲スコトヲ得タリ

第三訴訟不適日 此日ニ於テハ全ク訴訟ヲ爲スコトヲ得ザリキ漸次耶蘇教ノ羅
 馬ニ入り其國教ト爲ルヤ日曜日及ヒ宗教ノ祭日ハ之ヲ訴訟日中ヨリ除キタリ
 以上ヲ以テ羅馬ノ司法制度ノ大體ヲ説キ了レリ次ニ羅馬ノ訴訟法ヲ講述スヘ
 ン

第二章 訴訟手續

羅馬史ヲ緝ケハ羅馬人ハ訴訟手續ニ付テ三段ノ變化ヲ經過シ來レルヲ知ラン
 此變化タルヤ各時代ニ於ケル實体法ノ性質及ヒ社會ノ趨向ヲ反映シテ表出ス
 ルモノナリ其各段ノ訴訟手續ヲ詳説スル前ニ總体ノ變化ニ付テ説明スヘシ
 第一ハ「法律ニ依ル」ノ訴訟手續ナリ此訴訟手續ハ其起源甚タ遠ク古ノ或ル儀式
 ニ基キタルモノニシテ所謂私裁判制度ノ面影ヲ止メシモノナリ此訴訟手續ニ
 於テハ當事者ハ非常ニ嚴格ナル儀式ノ束縛ヲ受ケタリ其儀式ハ一定ノ舉動ト
 一定ノ式語トヨリ成レルモノナリ法官ハ此訴訟手續ニ於テハ主タル職分ヲ爲
 サスシテ唯從タル作用即チ其訴訟當時者ノ追行スル訴訟手續ヲ監督スルニ適
 キサリキ此訴訟手續ハ繼續シテ共和制時代ノ末世ニ至リ漸々消滅シテ次ニ第

二ノ訴訟手續即チ書式的ノ訴訟手續システムロミレルヲ生セリ此訴訟手續ノ變化ハ決シテ急激ニ起リシモノニアラス漸々變化シ來リタルモノニシテ此第二ノ訴訟手續ノ行ハル、前ニハ第一第二兩手續ノ併セ行ハレタルコトアリキ

訴訟手續ハ嚴格ナル儀式ノ範圍ヲ脫スルニ從フテ自ラ第二ノ訟訴手續ノ起ラサルヲ得ナリシナリ此第二ノ訴訟手續即チ書式ニ依ル訴訟手續ニ於テハ前時代ト異ニシテ訴訟ニ關シテ大ニ公平ヲ尙フニ至レリ而シテ第二ノ訴訟手續ノ起ルヤ裁判人ノ必要ヲ生セリ蓋シテ第二訴訟手續ノ時代ニ於テ羅馬法ハ著シキ進歩ヲ爲セリ此時代ハ共和制ノ末ヨリ、デヲクレチヤン帝ノ時代ニ至レリ後法官ト裁判人トノ混淆ヲ生スルニ至リテ次ニ第三ノ特別訴訟手續ヲ生セリ以上ハ其大要ナリ請フ各個ノ訴訟手續ニ付テ詳説セン

第一、法律ニ依ルノ訴訟手續 此訴訟手續ハ羅馬ノ最モ古代ニ起リ六世紀ノ間繼續レテ行ハレタリ法律ニ依ル訴訟手續トハ或ル法律ニ依リテ訴訟ノ判決又ハ判決ノ執行ヲ爲ス所ノ手續ト云フ意ナリ此手續ハ蹂躪セラレタル權利ヲ

保護スルニ在リ此種ニ屬スル訴訟手續ハ皆一定ノ原則ニ據リテ支配セラレタルモノナリ即チ此手續ハ徹頭徹尾儀式的ニシテ且羅馬人ノミ此手續ニ依ルコトヲ得タルモノナリ要スルニ法律上ノ嚴格ナル形式ヲ履行セサルヘカラサル手續ナリ此手續ニ於テハ富ニ言語上ノ嚴格ナル式語ヲ用ヒサルヘカラサルミナラス又其舉動ニ於テモ一定ノ式アリキ此舉動ハ羅馬人カ古キ傳説ニ從ヒテ或ル意味ヲ表ハス所ノ一ノ舉動タリ蓋シテ此形式ノ起源ハ羅馬人ヨリ尙ホ其以前ニ遡ルモノナルカ如シ羅馬ノ有名ナル法律家ガイユス「ア説夕所ニ據レハ此式語ハ古昔希臘ノ有名ナル武人「アシューユ」盾ニ書シタル語ト同一ナリト云ヘリ「アシューユ」ノ語ハ「ホメール」ノ詩中ニ見ユ蓋シ「アシューユ」ハ此時代ヨリ尙ホ三千年以前ノコトニ屬ス此等ノ儀式的言語及ヒ舉動ハ悉ク合シテ一ノ「レキスアタチオ」即チ法律ヲ行ハシムル訴訟手續ヲ爲スモノナリ而シテ當事者ハ其訴訟ヲ爲スニ付キ其適用セント欲スル法律ヲ指示シ且訴訟手續中ニ其法律文ヲ其文字ノ如ク引用セサルヘカラス若シ其引用スル言語カ違フカ若クハ省略スルトキハ皆敗訴ノ原因ト爲レリ之ニ就テ「ガイユス」ハ奇ナル例ヲ示セリ其例ニ曰ク

「甲カ乙ノ葡萄ノ樹ヲ伐レリ依テ乙ハ原告ト爲リ甲被告ハ予カ葡萄ノ樹ヲ伐リタルヲ以テ訴タリ然ルニ法律上一般ニ木ト云フ語ヲ用フヘカリシニ乙ハ明カニ葡萄ノ樹ト云フ語ヲ用タルカ故ニ敗訴ニ歸セリト此ノ如ク嚴格ナル言語ヲ用ヒタル理由ハ他ナシ羅馬人ハ本來非常ニ規則正シキ人間ニシテ其特質ハ非常ニ極端ニ走リタルノ結果此ノ如クナルニ至レルナリ即チ人ハ法律ニ依テ許サレタル範圍内ニ於テノミ活動スルコトヲ得ルト云フ觀念ニ支配セラレ訴訟手續ニ於テモ必ス或ル法律ニ從ヒテ爲サル、コトヲ示スカ爲メニ其法律ノ語ヲ引用セサルヘカラスト爲セタルナリ之ヲ要スルニ裁判官ノ專斷及ヒ不公平ヲ拒クカ爲ニ斯ル嚴格ナル手續ヲ用ヒタルモノナリ即チ裁判官ハ法律ヲ知ラサルカ爲ニ裁判ヲ拒ムコトヲ得ス又原告ハ其訴狀中ニ法律ヲ摘示セサル場合ニハ裁判スルコトヲ得サリキ蓋シ今日ニ於テモ若シ其裁判カ非常ニ嚴格ナル形式ヲ用ヒントセハ法律文ヲ朗讀採用スル場合多ク又刑事上ノ裁判ニ於テハ常ニ適用スル法律ノ條文ヲ朗讀採用セサルヘカラサルト其趣ヲ同シラスルモノナリ

以上ヲ以テ第一性質タル儀式的ナルコトヲ説了セリ次ニ第二ノ性質ナル對人的ナルコトニ付テ説明セン此訴訟手續ニ於テハ代理者ヲ以テ訴訟ヲ爲スコトヲ得ス訴訟人自ラ其儀式ヲ履行セサルヘカラサリキ
第三ノ性質トシテ擧クヘキハ訴訟手續ハ終局的ノモノナルコト是ナリ即チ訴訟カ一タヒ起レハ其結果ノ如何ニ拘ラス再ヒ訴訟ニ爲スコトヲ得サル性質ナリ

此訴訟手續ニ於テハ裁判ニ公ノ性質ヲ與フル爲ニ法官ノ出席ヲ必要トセリ然ルニ其法官ハ從タル職務ヲ爲スニ過キス法官ハ口頭辯論ニ出席スト雖モ其辯論ノ進行ヲ指導スルヲ爲サヌ又法官ハ其用語ヲ示シ其舉動ヲ教フルコトヲ爲サヌ其ノ訴訟ニ於テ權利ヲ主張スル者ハ當事者ナリ法官ハ唯監督ノ責アルノミ
以上ヲ以テ第一ノ法律ニ依ル訴訟手續ノ重ナル性質ヲ説了セリ
次ニ逆フヘキハ其訴訟手續ニ於ケル訴訟進行ノ有様ニ關ス會テ述ヘタル如ク羅馬ノ總テノ訴訟手續ハ二ツノ部分ニ分コトヲ得即チ第一ハ法官ニ對スル

ノ訴訟手續ニシテ第二ハ裁判人ニ對スル訴訟手續是ナリ

第一 法官ニ對スル訴訟手續 此手續ニ於テハ訴訟當事者ハ法官ノ前ニ在ルコトヲ想像セサルヘカラス故ニ其以前ニ又或手續アルコトヲ想像シ得ヘシ他ナシ召喚手續是ナリ召喚手續トハ被告ヲ或儀式的ノ言語ヲ以テ自ラ法廷ニ出頭スルコトヲ命スルノ訴訟手續ナリ此召喚ノ手續ハ能ク此時代ノ風俗ノ粗暴ナリシコトヲ表示セリ近世法律ニ於テハ出廷ヲ命スル所ノ人ハ一個ノ官吏ナリト雖モ此時代ニ於テハ之ト異ニシテ原告自ラ其被告ヲ召出シタルモノナリ然ルニ原告ハ被告ノ家屋ニ侵入シテマテモ之ヲ召出スコトヲ得ス故ニ原告ハ被告ヲ其家屋以外ニ待受ケタリ若シ原告ハ被告ノ來ルヲ見ルトキハ之ニ對シテ法官ノ前ニ出廷センコトヲ要求セリ若シ被告カ不具者ナルトキハ原告ハ之ニ籠或ハ車ヲ供セサルヘカラス若シ被告カ其要求ヲ肯セサルトキハ暴力ヲ以テ引致スルコトヲ得ヘク被告ハ保證人ヲ立ツルニアラサレハ必ス出廷スルノ義務ヲ有セリ此法官ノ前ニ原告被告相集リテ先ツ「ジュエ」ト云フ手續ヲ始ム而シテ彼等

原被兩造ハ式語ヲ用ヒテ裁判人ノ選任ヲ爲セリ此場合ハ最モ其儀式ノ嚴格ナルヲ代表シタルモノナリ原被兩造ハ此場合ニ於テ其訴訟ノ要求ノ種類ニ隨フテ變スル種々ナル舉動ヲ爲セリ

法官ノ前ニ於ケル訴訟手續ニ三種アリ

第一 賭ニ依ル訴訟手續 (per sacramentum)

第二 「ヂユデ」イヌボスチユラシニ (judicis postulatio)

第三 「コンシユクマ」ニ (Condictio)

第二第三ハ左程緊要ナラサルカ故ニ第一ノ賭ニ依ル訴訟手續ニ付テ述フヘシ此ノ訴訟手續ハ法官ノ前ニ於テ當事者ハ賭ヲ爲スニ由リテ此名ヲ生セリ此訴訟ニ於テ敗訴者ハ其賭金ヲ失フ其訴訟ノ賭金ハ之ヲ僧官ニ委託セリ僧官ハ敗訴者ノ賭金ヲ以テ祭祀ノ料ニ供セリ此訴訟ニ於テ最モ奇怪ナルハ裁判官ハ其何レカ理アリヤ否ヤヲ判決セスシテ唯何レカ正シク賭金ヲ爲シタルヤヲ判決セリ故ニ法官カ本案ノ争ヲ決スルハ間接ノ方法ニ依リシナリ此賭金ノ制度ハ古代其例多シ

此時代ノ訴訟ニ於テハ賭金ニ依ル手續ハ固ヨリ其大部分ヲ占メタリト雖モ其他ニ於テモ尙ホ對人的對物的ノ手續アリキ而シテ今日傳ハル所ハ唯對物的ノコトノミナリ以下其訴訟ノ有様ヲ述ヘン

原被告兩造カ一物ノ所有權ヲ爭フニ各其手ニ持テル一ノ棒ヲ以テセリ其棒ハ即チ其物件ノ所有者タルコトヲ表セリ蓋シ羅馬ニ於テハ槍ヲ以テ他人ノ物品ヲ分捕セシニ基クモノナリ而シテ此棒ヲ其物体ニ觸レ一定ノ式語ヲ用ヒテ自己ノ所有物ナルコトヲ爭ヘリ是レ恰モ此時代ノ所有權ハ多ク暴力ニ因リテ得ラレタルヲ表明スルモノナリヤカテ法官ハ原被告兩造ニ對シテ其物ヲ離スコトヲ命セリ其物ヲ離シタル以後ノ手續ハ前ニ述ヘタル賭金ナリ其賭金ヲ爲サシメタル後ニ其物件ヲ假ニ原被告兩造ノ何レカニ占有セシム次ニ原被告兩造ハ裁判人ヲ選定ス此法官ヲ選定セタル後原被告兩造ハ法官ノ面前ニ出席スルヲ約ス故ニ此訴訟ニ最モ必要ナルハ原被告兩造ノ一致ニ在リキ

次ニ原被告兩造ハ出席セル證人ニ對シテ立證ヲ求ム是ニ至リテ訴訟ハ「リチス、コ
ンテスタレム」(Litis contestatio)即チ爭ト爲リタリト云ヘリ

判決確定ノ證明ヲ受クルヲ得可キ者ハ何人ナルヤ其權利ヲ有スル者ハ第一審ニ於テ原告タリシ者及ビ被告タリシ者并ニ原被告ノ承繼人原被告ノ法律上代理人是ナリ此承繼人ノ中ニハ一般ノ承繼人及ビ特定ノ承繼人ヲ含ム特定ノ承繼人トハ判決ノ確定セル後ニ原告ヨリシテ其權利ヲ讓受ケタル者ヲ云フ第四百九十九條ノ規定ヲ一讀スルトキハ單ニ原告若クハ被告トノミアリテ承繼人及ビ法定代理人ニ及ハス然ラハ如何ナル理由ニ依リテ右ノ斷言ヲ爲スヤ予ノ信スル所ハ茲ニ原告又ハ被告トアルハ事實上訴訟ニ於テ原告ト爲リタル者被告ト爲リタル者ト云フ狹義ノ意義ニ用ヒラレタルモノニアラス何トナレハ民法ニ於テ權利承繼人ハ被承繼人ト同一ナリトノ原則ヲ下セリ相續人ハ民法ニ於テハ被相續人ノ繼續ナリ又法定代理人ハ本人ノ利益ノ爲ニ其本人ニ屬スル權利ヲ行フノ義務ヲ有スル者ナリ故ニ法定代理人カ本人ニ屬スル權利ヲ實行スルニ付テハ法律上本人ト同一ニ看做サルヘキナリ

右ノ如ク原被告ノ承繼人及ビ法律上代理人モ亦民法上ノ理由ニ依リ第四百九十九條ノ規定ニ包含セラルモノトスルハ因ヨリ正當ニシテ若シ反對ノ論結ヲ

採ルトキハ甚シキ不都合ヲ生ス例ハ原告カ勝訴ノ判決ヲ受ケテ死亡シタルトキハ其相續人ハ被相續人ノ權利ヲ承繼シテ右判決ヲ執行スル能ハサルヘシ殊ニ第五百十九條ノ規定ニ依ルモ債權者ノ承繼人云々トアリテ此點ニ付テハ更ニ疑ヲ存スルノ餘地ナキナリ

判決確定ノ證明書ハ何人ノ付與スルモノナリヤ通常第一審裁判所ノ書記之ヲ付與ス此ノ如ク第一審裁判所書記ニ此權限ヲ付與シタル理由ニアリ第一審裁判所ノ所在ハ通常當事者ノ住所ノ地タルノ便アリ第二訴訟記録ハ第一審裁判所書記ノ保管スヘキモノナレハ之ヲ調査スルニ最モ便利ニシラ且誤謬少ナキヲ得ヘケレハナリ然レトモ記録カ第一審裁判所ニ在ラサル場合アリ即チ訴訟カ上級審ニ繫屬スルトキ是ナリ此場合ハ其上級審ノ書記ニ於テ證明書ヲ付與ス例ハ原告カ第一審ニ於テ二個ノ請求ヲ爲シ買物引渡ノ請求ト其引渡ス可キ物品ノ修繕ノ請求勝訴ノ判決ヲ受ケタルニ被告ハ物ノ引渡ニハ異議ナキモ修繕ニ對シテハ不服ヲ唱ヘ控訴セリ故ニ引渡ノ判決ハ茲ニ確定シ修繕ノ請求ニ關スル事件ハ第二審ニ繫屬シタリトセンニ訴訟記録ハ總テ第二審ニ

移送スルヲ以テ第一審ノ書記ハ右確定トナリタル判決ノ證明書ヲ付與スルヲ得ス依テ上級審ノ書記之ヲ付與ス

次ニ第四百九十九條ハ強制執行ノ爲ニスル場合ニ於テノミ適用スヘキモノナリヤ此問題ニ付テハ左ノ學說アリ

第一說第四百九十九條ニ規定セル證明書ハ強制執行ノ爲ニ付與スルモノニシテ他ノ場合ニ適用シテ付與スヘキモノニアラス

第二說強制執行ノ爲ニスル場合ハ勿論其他正當ノ理由アルトキハ本條ヲ適用スヘキモノナリ

第三說本條ノ證明書ハ強制執行ノ爲ニ求ムルモノニアラス之ヲ求ムル目的ハ例ヘハ判決ノ確定ノ證明シテ戸籍ヲ確定シ登記ヲ證明スルノ用ニ供シ或ハ證據書類ヲ破却スルモ後害ナキヲ保障スルニアリ

本問ノ實益ハ第一說ニ從ヘハ強制執行以外ノ目的ノ爲ニ判決確定ノ證明書ヲ求ムル者アルモ書記ハ其付與ヲ拒ムヲ得ヘク又第三說ニ依レハ強制執行ノ爲ニ右證明書ヲ求ムルモ書記ハ其付與ヲ拒ムヲ得ルノ論決ヲ生スルニ在リ第一

説ノ理由ハ單ニ第四百九十九條ハ第六編第一章總則中ノ規定ナルカ故ニ嚴格
 ニ強制執行ノミニ適用スヘシト云フニ在リ第二説ハ該條ノ自休ニ付テ見ルモ
 第一説ノ如ク之ヲ狹義ニ解スヘカラス尙モ判決確定ノ證明書ヲ得ルニ正當ノ
 理由ヲ有スル當事者ニハ其證明書ヲ付與スルノ趣旨ナリト云フニ在リ第三説
 ノ理由ハ判決確定ノ證明書ヲ求ムルコトハ強制執行ニ付テハ實際上必要ヲ感
 セス尙ホ詳言スレハ判決確定シテ訴訟記録カ第一審裁判所ニ存スル間ハ執行
 ヲ爲サントスル當事者ハ執行力アル正本ヲ直ニ同裁判所ニ申請スルコトヲ得
 ヘク又訴訟カ上級審ニ繫屬中ハ判決ノ確定シタル部分ニ付テハ執行力アル正
 本ヲ上級裁判所ニ對シ請求スルコトヲ得ルヲ以テ右證明書ハ即チ強制執行以
 外ノ目的ニ於テ其付與ヲ求ムヘキモノナリト云フニ在リ
 右三説中予ハ第二説ニ贊同ス其理由ハ左ノ如シ
 第四百九十九條ニハ三項ノ規定アリ曰ク
 原告若クハ被告カ判決ノ確定ニ付キ證明書ヲ求ムルトキハ第一審裁判所
 ノ書記ハ記録ニ基キ之ヲ付與ス

訴訟カ猶ホ上級審ニ於テ繫屬中ナルトキハ上級裁判所ノ書記ハ判決ノ確
 定ト爲リタル部分ノミニ付キ證明書ヲ付與スルコトヲ得ル
 判決ニ對シ上訴ノ提起ナキ場合ニ非サレハ證明書ヲ付與スルコトヲ得
 ルトキニ限リ上訴ヲ管轄スル裁判所ノ書記カ不變期間内ニ上訴ノ提起ナ
 キコトヲ認メタル證明書ヲ以テ足ル
 ト即チ第一項第二項ニハ判決ノ確定ニ付キ證明書ヲ付與スルコトヲ規定シ第三
 項ニハ上訴ノ期間内ニ上訴ノ提起ナキコトヲ認メタル證明書ヲ付與スルコトヲ
 規定ス而シテ本項ハ執行力アル正本ヲ求ムル目的ニ出タル場合ニモ又其他ノ
 場合ニモ右證明書ヲ付與スヘキコトヲ規定シタルモノナリ其理由ハ上訴ノ提
 起ナキ旨ノ證明書ハ執行力アル正本ヲ求ムル爲ニ必要ナルコトアリ例ヘハ第
 一審ニテ被告敗訴ノ判決ヲ受ケ而シテ其判決ノ遂達アリタル後控訴期間ヲ經
 過シ敗訴者タル被告カ控訴ヲ申立サルカ爲ニ原告ハ右判決ノ確定セルコトヲ
 知レル場合ニ第一審裁判所ニ執行力アル正本ヲ付與セラレンコトヲ申立ツル
 モ第一審裁判所ノ書記ハ判決ノ確定ヲ證明セヨト命スルコトアルヘン何トナ

レハ上訴期間後四五日位經過シタルモ仍ホ訴訟ハ上級審ニ繫屬シタルヤモ知
ルヘカヲサレハナリ元來控訴ノ提起ハ控訴狀ヲ控訴裁判所ニ差出シテ爲スモ
フナレハ通常第一審裁判所ハ控訴ヲ提起アリタルコトヲ知ラス故ニ控訴期間
後僅カノ日數ヲ經過シタルトキニ執行力アル正本ヲ求ムルモ第一審裁判所ノ
書記ハ正本ノ付與ヲ拒ムコトヲ得ヘシ此ニ於テ先ツ第四百九十九條ノ第三項
ニ依リ上訴ノ提起ナキ旨ノ證明書ヲ求ムル必要ヲ感ス右ノ理由ニ依リ本條第
三項ハ執行力アル正本ヲ求ムル爲メニモ又其他ノ場合ニモ適用アル條文ナリ
ト云ハサルヲ得ス

反對論者ハ或ハ曰ハン右ノ説明ノ如シトセハ何故ニ第六編強制執行中ニ本條
ヲ規定スルノ要アリヤト予之ニ答ヘテ曰ハン本條第一項第二項ハ執行力アル
正本ヲ求ムルニ必要ナル事項ヲ規定シタルニアラス然ルニ茲ニ之ヲ設ケタル
ハ第三項ノ規定ト牽聯セルヲ以テ條文ノ體裁上否便宜ノ爲ニ設ケタルモノニ
レテ殊ニ第一編ヨリ第六編ニ至ル間ニ本條第一項第二項ノ規定ヲ置ク適當ナ
ル所ナキヲ以テナリ

尙ホ本條即チ第四百九十九條中ニ訴訟ノ繫屬ナル文字アリ此ノ文字ニ付テハ
種々ナル解釋アリ左ニ之ヲ陳ヘシ其事實ハ強制執行ニ關スルモノニ依リテ
第一說 訴訟ノ繫屬ハ訴狀ヲ相手方ニ送達シタル時ニ始マリテ判決言渡ニ終
ハル

第二說 訴訟ノ繫屬ハ訴狀ヲ裁判所ニ提出シタル時ニ始マリテ判決言渡ニ終ハ
ル

第三說 訴訟ノ繫屬ハ訴狀ノ送達ニ始マリテ訴訟記録カ裁判所ヲ離レタル時
ニ終ハル

第四說 訴訟ノ繫屬ハ訴狀ヲ裁判所ニ提起シタル時ニ始マリテ訴訟記録カ裁判
所ヲ離レタル時ニ終ハル

○ 以上各說ハ、訴訟ノ繫屬ニ關スルモノニ依リテ、第一、第二、第三、第四各說、同シ
トシ、其始期ニ付テハ第一、第二、第三、第四各說、同シトシ、今日一般學者ノ解釋ニ從
テハ、訴訟ノ繫屬ハ訴狀ノ提出ニ始マリテ訴訟記録ノ裁判所ヲ離レタルトキニ終
ハルモノトシ、即チ第四說ヲ是認セリ、蓋シ訴訟繫屬ノ始期ハ

訴狀ノ送達ニ在リトスル説ハ獨乙國民事訴訟法ノ解釋トシテハ可ナルモ我民事訴訟法ノ解釋トシテハ少シク不穩當ノ嫌アリ何トナレハ獨逸國民事訴訟法ニ依レル訴ノ提起ハ訴狀ヲ相手方ニ送達スルニ因リ始メテ其効力ヲ生スルモ我民事訴訟法ハ訴狀ヲ裁判所ニ提出スルヲ以テ訴ノ提起ト爲セハナリ(第一九〇條)而シテ其終期ヲ訴訟記録カ裁判所ヲ離レタル時ト爲スハ實際上種々ノ便宜アリ

第二款 假執行ノ宣言アル判決

判決ニ假執行ノ宣言ヲ附スルハ法律ノ特定メタル場合ニ限ル今此假執行ノ宣言ヲ附スヘキ特定ノ場合ヲ説明スルニ先テ一言注意ヲ要スルモノアリ即チ左ノ五個ノ判決ニハ假執行ノ宣言ヲ附スヘカヲサルト是ナリ
 第一 言渡ト同時ニ確定スル上告審ノ本案ノ判決是レ前已ニ説明シタル所ニレテ假執行ノ宣言ヲ附スル必要ナキモノナリ

第二 控訴裁判所ノ判決ヲ破毀シテ其事件ヲ原裁判所ニ差戻スカ又ハ他ノ裁判所ニ移送スル上告裁判所ノ判決

婚姻ノ解消又ハ取消後六ヶ月ヲ經過スルトキハ其再婚取消ノ請求ヲ許ス可キ理由最早存在セザルカ故ニ此取消權請求ノ期間ヲ右ノ如ク制限シタリ又前婚ノ解消又ハ取消後未ダ六ヶ月ヲ經過セスニテ再婚シタリト雖モ其再婚後懐胎シタルトキハ右六ヶ月ヲ經過セザルニ拘ラス其取消ヲ請求スルコトヲ得ス
 女ノ懐胎ニシテ再婚後ニ生シタルコト明確ナルニ於テハ血統ノ混淆ヲ生ス可キ虞ナキヲ以テ此場合ニ於テハ婚姻ノ取消ヲ許ス可キ理由消滅シタレハ懐胎後ハ六ヶ月ノ期間内ト雖モ取消ヲ許サ、ルナリ
 以上叙述シタル所ハ公益上ノ取消原因アルモノニ係ル是ヨリ説ク所ハ専ラ私益保護ノ目的ニ出テタル婚姻ノ取消ナリ其場合ハ(一)法律ノ定メタル場合ニ於テ父母後見人及ヒ親族會ノ同意ヲ得サリシ婚姻第七七二條(二)法律ノ規定ニ因リテ同意ヲ爲ス權利ヲ有スル者ノ同意カ詐欺又ハ強迫ニ因リタル場合(三)當事者ノ一方又ハ雙方ノ意思カ詐欺又ハ強迫ニ因リテ生シタル婚姻(四)婿養子縁組ノ場合ニ於テ其縁組カ無効ト爲リ又ハ取消サレタルトキ是ナリ
 第二子カ婚姻ヲ爲スニ當リ家ニ在ル父母又ハ後見人及ヒ親族會ノ同意ヲ經可

キニ第七七二條之ヲ經ナリシトキハ此等ノ者ハ婚姻ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得(第七八三條)

子カ婚姻ヲ爲スニ付キテハ家ニ在ル父母又ハ後見人及ヒ親族會ノ同意ヲ要スルニ子カ其同意ヲ經サルトキハ此等ノ者ハ其權利ヲ毀損セラレタルニ付キ之ニ其婚姻ノ取消權ヲ與フルハ至當ナリ舊民法人事編ハ此場合ニ於テ許諾ヲ受ク可キ者ニモ自己ノ爲シタル婚姻ノ取消ヲ請求スルコトヲ許シタリ(第六〇條)

ト雖モ此場合ハ意思能力ノ不充分ナル婚姻不適齡者カ自ラ爲シタル婚姻ヲ取消ス場合ト異ナリテ自ラ父母後見人等ノ同意ヲ經スシテ爲シタル婚姻ヲ取消スコトヲ許スハ婚姻ヲ輕視スルニ至ルノ虞アリテ之ヲ許ス可キ理ナキヲ以テ新法ハ此場合ニ於テ同意ヲ得スシテ婚姻ヲ爲シタル者ニハ其取消ヲ請求スルコトヲ許サ、ルナリ

第二右ノ場合ニ於テ同意ヲ爲ス可キ者ノ同意カ詐欺又ハ強迫ニ因リタルトキ此同意ハ真正ノ同意ニ非サルヲ以テ父母後見人及ヒ親族會ニ婚姻ノ取消權ヲ與ヘサル可カラス

以上二ケノ場合ノ取消權ハ左ノ場合ニ於テ消滅ス(第七八四條)

- 一 同意ヲ爲ス權利ヲ有セシ者カ婚姻アリタルコトヲ知リタル後又ハ詐欺ヲ發見シ若クハ強迫ヲ免レタル後六ヶ月ヲ經過シタルトキ
 - 二 同意ヲ爲ス權利ヲ有セシ者カ追認ヲ爲シタルトキ
 - 三 婚姻届出ノ日ヨリ二年ヲ經過シタルトキ
- (一) 同意ヲ爲ス權利ヲ有セシ者即チ父母又ハ後見人及ヒ親族會カ自己ノ同意ヲ爲サ、ル婚姻アリタルコトヲ知リテヨリ六ヶ月ヲ經過シ又ハ詐欺又ハ強暴ニ因リテ同意ヲ爲シタルモ詐欺ヲ發見シ又ハ強暴ヲ免レテヨリ六ヶ月ヲ經過スルモ其取消權ヲ行使セサルトキハ之ヲ拋棄シタルモノトシ最早其時間後ハ婚姻ノ取消ヲ請求スルコトヲ許サス
- (二) 此婚姻ノ取消ハ其婚姻ヲ爲スニ付キ必要ナル同意ナキニ原因スルモノナレハ同意ヲ爲ス可キ者後ニ至リ其婚姻ヲ追認スルトキハ是レ同意ヲ爲シタルニ等シキヲ以テ此場合ニ於テ同意ヲ爲ス權利ヲ有セシ者ニ婚姻ノ取消ヲ許ス可キ理アラサルナリ

(三) 婚姻届出ノ日ヨリ二年ヲ經過スルトキハ継令ヒ其間ニ在リテ詐欺ヲ發見セ
 ス又ハ強迫ヲ免カレスト雖トモ婚姻ノ取消權消滅スルモノトシタルハ婚姻ハ
 人事其他種々ノ關係ヲ有スルニ付キ婚姻シタル者ヲシテ長ク曖昧不定ノ地位
 ニ置テ可ラサルヲ以テ法律ハ此場合ニハ二年ヲ經過シタルトモハ婚姻ノ取消
 ヲ許サ、ルコトトシタリ

以上擧ケタル第一ノ場合ノ六ヶ月第三ノ場合ノ二年ハ孰レモ取消權行使ニ付
 キ法律ノ設ケタル豫定期間ニシテ時効ニ非アルナリ故ニ以上ノ期間ハ如何ナ
 ル事由アリトモ之ヨリ延長スルコトアラサルナリ例之ハハ時効停止又ハ中斷
 ノ如キ事由アリトモ之ニ關セズ右ノ期間ニテ消滅スルモノトス

第三詐欺又ハ強迫ニ因リテ婚姻ヲ爲シタル者ハ其婚姻ノ取消ヲ裁判所ニ請求
 スルコトヲ得(第七八五條)

一般ノ法律行為ヲ爲スニ付キ其意思表示カ詐欺又ハ強迫ニ因ルトキハ之ヲ取
 消スコトヲ得ルト同シク婚姻ニ付キテモ其意思表示カ詐欺又ハ強迫ニ因ルト
 キハ之カ取消ノ請求ヲ爲スコトヲ許サ、ル可カラズ而シテ此場合ハ普通ノ場

合ト同シク詐欺又ハ強迫ヲ受ケタル者ノミカ此取消權ヲ有スルモノニシテ其
 相手方ハ否ラサルナリ

此取消權ハ當事者カ詐欺ヲ發見シ若クハ強迫ヲ免レタル後三ヶ月ヲ經過シ又
 ハ追認ヲ爲シタルトキハ消滅スルモノトス而シテ是レ曩キニ説キタル同意ヲ
 爲ス權利ヲ有セシ者ニ關スル規定ト其理由異ナルコトナシ

第四婿養子縁組ノ場合ニ於テハ各當事者ハ縁組ノ無効又ハ取消ヲ理由トシテ
 婚姻ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但縁組ノ無効又ハ取消ノ請求ニ附帶
 シテ婚姻取消ヲ請求スルコトヲ妨ケズ(第七八六條)

婿養子縁組ナルモノハ一方ニ於テハ普通ノ養子縁組ノ性質ヲ有シ他ノ一方ニ
 於テ婚姻ノ性質ヲ有シ而シテ其結果ハ養家ニ於テ父母トノ間ニ親子ノ關係ヲ
 生スルト同時ニ家女ノ間ニ夫婦ノ關係ヲ生スルモノニシテ縁組ノ無効又ハ取
 消トハ互ニ相密着セタル關係ヲ有ス故ニ養子縁組カ無効ト爲リ又ハ取消サレ
 タル場合ニ於テ婚姻ノミ繼續シ又婚姻ノ無効ト爲リ又ハ取消サル、場合ニ養
 子縁組ノミ繼續スルコトトスルハ當事者ノ意思ニ反シ相互ニ厭忌スルヲ通例

トスルヲ以テ各當事者ハ婿養子縁組ノ無効ト爲リ又ハ取消サレタルトキハ之ヲ理由トシテ婚姻ノ取消ヲ請求スルコトヲ得ルモノト爲シ又婚姻ノ無効ト爲リ又ハ取消サレタルトキハ之ヲ理由トシテ養子縁組ノ無効又ハ取消ヲ請求スルコトヲ得ルモノトセリ(第八五八條然レトモ是レ唯タ一方ノ無効又ハ取消ヲ原因トシテ他ノ一方ノ無効又ハ取消ヲ請求スルコトヲ得ト云フニ止マリ之ヲ請求スルト否トハ固ヨリ當事者ノ任意ナレハ婚姻ノ無効ト爲リ又ハ取消サレタルニ拘ハラヌ養子縁組ハ依然繼續スルコトヲ得可キ又養子縁組ノ無効ト爲リ又ハ取消サレタル場合ニ婚姻ハ之ヲ繼續スルコトヲ得可キナリ以上ノ場合ニ於ケル婚姻ノ無効又ハ取消ノ訴訟ハ獨立ノ本訴トシテ之ヲ提起セスシテ縁組ノ無効又ハ取消ノ請求ニ附帶シテ提起スルコトヲ得可シ民事訴訟法ノ規定ニ從フトキハ同一ノ被告ニ對スル原告ノ請求數箇アル場合ニ於テ其各請求ニ付キ受裁判所カ管轄權ヲ有シ且法律ニ於テ同一種類ノ訴訟手續ヲ許ストキハ原告ハ其請求ヲ一箇ノ訴ニ併合スルコトヲ得民事訴訟法第一九一條ルニ付キ例之婚姻無効ノ訴ト禁治産ニ關スル訴ト其訴訟手續同一種類ナ

ルヲ以テ其管轄同一ナルトキ同一ナラサルコトアリハ此二者ヲ併合シテ提起スルコト許サル可キモノナレトモ民事訴訟手續法明治三十一年六月法律第十三號ニ於テ婚姻ノ無効又ハ取消ノ訴ハ法律カ例外ヲ設ケタル場合ノ外ハ之ヲ他ノ訴ト併合シテ提起スルコトヲ許サレサルヲ以テ右兩訴ノ如キハ之ヲ併合シテ提起スルコトヲ得サルナリ然レトモ婚姻ノ無効又ハ取消ノ訴ト及ヒ養子縁組ノ無効又ハ取消ノ訴ハ之ヲ併合シ若クハ互ヒニ反訴トシテ提起スルコトヲ得ルナリ(民事訴訟手續法第七條)

茲ニ説キタル取消權ハ實際ナク長ク存セシム可キモノニアラス當事者カ縁組ノ無効ナルコト又ハ其取消アリタルコトヲ知リタル後三ヶ月ヲ經過シ又ハ其取消權ヲ拋棄シタルトキハ消滅ス可シ而シテ時ノ經過ハ曩キニモ説キタルカ如ク取消權ノ暗黙ノ拋棄ト見ルコトヲ得可キナリ

婚姻ノ取消ノ効力 隠居ハ曩ニ説キタルカ如ク之ヲ取消シタルトキハ總則ノ規定第一二一條ニ從ヒ最初ヨリ隠居セサルモノ、如ク無効ト爲ルモ婚姻ハ之ヲ取消ストモ其効力ハ將來ニノミ存シ既往ニハ溯及セサルナリ(第七八七條今

之ヲ詳言スレハ婚姻ハ取消サルルトモ其以前ノ關係ハ依然有効タルモノニシテ夫婦ハ則夫婦ナリ其間ニ生シタル子ハ嫡出子ニシテ婚姻ノ取消サレタル爲メ毫モ變更スルコトナシ若シ此場合ニ於テ普通ノ法律行爲ノ如ク最初ヨリ無効ナルモノトスルトキハ其婚姻ニ因リテ生シタル子ノ如キハ最初嫡出子ナリシ者モ私生子ト爲ルモノニシテ之カ爲メ其享受ス可キ利益ヲ失ヒ其不幸云フ可カラサルナリ

以上ハ婚姻ノ取消カ身分關係ニ及ホス効力ナルカ婚姻取消ノ効ニシテ財産上ニ及フモノアリ其財産ニ關スル取消ノ効力モ亦既往ニ溯及セサルヲ原則トスルナリ若シ婚姻取消ノ効力ヲ既往ニ溯及スルモノトスルトキハ當事者ノ各自ヨリ婚姻中ニ得タル物ヲ悉ク返還シ其他總ヘテ舊狀ニ復セサルヲ得サルモノニシテ頗ル混雜ヲ生スルヲ以テ本法ハ財産ニ關シテモ婚姻取消ノ効力ハ將來ニノミ生スルコト、爲セリ故ニ例ヘハ夫カ從來其配偶者ノ財産ヨリ得タル果實第七九九條ハ之ヲ返還スルコトヲ要セス又妻ハ夫ノ負擔シタル婚姻中ノ費用第七九八條ヲ賠償スルコトヲ要セサルヲ原則トシ唯タ婚姻取消ノ當時ニ有

セル當事者各自ノ特有財産第八〇七條ヲ分離スルニ止マル無レトモ之カ爲メ當事者ノ一方カ不當ノ利得ヲ爲スコトハ許ス可カラサルカ故ニ善意ナル當事者即チ婚姻ノ當時其取消原因ヲ存スルコトヲ知ラザリ該當事者カ婚姻ニ因リテ財産ヲ得タルトキハ現ニ利益ヲ受タル限度ニ於テ之カ返還ヲ爲ス可キコト

ノシタリ

惡意ノ當事者即チ婚姻ノ當時其取消原因ヲ存スルコトヲ知リタル當事者ハ善意ノ當事者ト異ナリテ婚姻ニ因リテ得タル利益ノ全部ヲ返還セ向ホ其相手方カ善意ナリシトキハ其損害賠償ノ責ニ任ズ蓋シ取消原因アルコトヲ知リテ婚姻セタル者ハ惡意ノ受益者ナレハ之ヲ善意ノ當事者ノ如ク保護スルノ必要カク毫モ之ニ取消ノ爲メ利益ヲ受ケシム可キ理由存セザルナリ是ヲ以テ此場合ニ於テハ婚姻ニ因リテ得タル一切ノ利益例ヘハ其財産ニ因リテ自己ノ債務ヲ辨濟シタルトキハ其債務額及ヒ其法定ノ利息婚姻中ノ費用ヲ相手方カ負擔セタルトキハ其費用ノ自己ノ部分ニ屬スルモ及ヒ其法定ノ利息等ヲ返還スルコトヲ要ス

第二節 婚姻ノ効力

九八

本節ニ規定スル所ハ妻カ夫ノ家ニ入ルコト夫婦ノ權利義務及ヒ夫婦ノ契約ニ關スル原則ヲ過キス而シテ法律カ夫婦ノ權利義務ニ付キテ規定シタル所ハ最も必要ニシテ且強行シ得キ性質ノモノトシテ揭タルニ過キスシテ其道徳上ノ範圍ニ屬スルモノ、如キハ全ク之ヲ規定セス而シテ婚姻ノ効力ノ發生時期及ヒ妻ノ能力ニ關シテモ本節ニ於テ規定ス可キモノナリト雖モ既ニ婚姻ヲ成立ト題スル節中ニ婚姻ノ効力ヲ生スル時期ヲ規定シ又妻ノ能力ニ關スルコトハ民法ノ總則編ニ規定シタルヲ以テ茲ニ之ヲ規定セザル所以ナリ又婚姻ニ因リテ親族關係ヲ生スレトモ是レ本編總則ノ規定スル所ナレハ復タ茲ニ説カザルナリ

夫婦家ヲ同フスル義務 婚姻ヲ爲シタルトキハ妻カ夫ノ家ニ入ルコトアリ又タ夫カ妻ノ家ニ入ルコトアリ普通ノ場合ニ於テハ妻ハ婚姻ニ因リテ夫ノ家ニ入ル然レトモ入夫及ヒ婚養子ハ妻ノ家ニ入ル(第七八八條)夫婦ハ共同生活ヲ爲ス可キモノナレハ事實上生活ノ場所ヲ同ニスルト共ニ亦法律上ノ家ヲ同ヌセ

ナル可カラズ是ヲ以テ就レカ一方ノ家ニ入ラザル可カラズ也 論ヲ俟タザルナリ而シテ家族制度ヲ維持スル爲ニハ普通ノ場合ニ於テハ妻ハ夫ノ家ニ入ル然レトモ家ノ血統ニ屬スル男子ナキトキハ其血統ヲ有スル女子ニ於テ之ヲ承繼スルコトアリ是レ婚養子又ハ入夫ノ必要アル場合ニシテ其場合ニ於テ夫ニシテ妻ノ家ニ入ルハ家族制度ニ關スル自然ノ結果ナリ 妻カ夫ノ家ニ入ルコトハ夫婦中ノ孰レカ其一方ノ家ニ入りタルトキハ其入リタル家ノ氏ヲ稱シ其家ニ屬スル身分待遇等ヲ受クルモノトス例ヘハ妻平民ナルモ其入リタル夫ノ家ニシテ華族ナルトキハ華族ノ待遇ヲ受ク可シ 蓋シテ其宗族中ニ屬スルモノトシテ夫婦ノ同居ニ關スル義務 妻ハ夫ト同居スル義務ヲ負フ又夫ハ妻ヲシテ同居ヲ爲サシムル義務アリ第七百八十九條)夫婦ノ同居ヲ爲スコトハ其相互ノ權利タリ義務タリ妻ハ夫ニ隨從ス可キモノナレハ夫カ選定シタル居所ニ隨フ可キモノニシテ繼令ヒ其居所カ外國ナリトモ之ニ隨從スルコトヲ拒ムヲ得ザルナリ又夫ハ妻ヲ引取ルノ義務ヲ負フカ故ニ其選定シタル居所ニ妻カ隨從セントスル場合ニ之ヲ拒ムコトヲ得ス 換言スレハ妻ノ意ニ反シテ之ト別居ヲ爲スコ

親族法

九九

トヲ得タルオリ
 夫婦之右ノ義務ニ背戻シタルトキ換言スレバ妻カ夫ト同居スルコトヲ背セザルトキ又ハ夫カ妻ヲシテ同居ヲ爲サシメタルトキハ如何ナル制裁アリヤ妻カ夫ト同居ヲ爲スコトヲ背セサルトキハ夫ハ妻ニ對シ扶養ノ義務ヲ負ハサルコトハ疑ヲ容レス何シトナレハ第九百六十一條ノ規定ニ隨ヘハ扶養ノ義務者ハ扶養權利者ヲ引取リテ之ヲ養ヒ又ハ之ヲ引取ラヌシテ生活ノ資料ヲ給付ス可キ選擇權ヲ有スルニ其ノ權利者カ扶養義務者ノ意ニ反シテ其家ニ引取ラレサルヲ以テ此場合ニ於テ扶養權利者ハ自カラ扶養ノ權利ヲ主張スルコトヲ得サルハ言フヲ俟タサルナリ又タ夫カ妻ヲシテ同居ヲ爲サシメタル場合カ若シ第八百十三條第六號ノ場合即チ配偶者ヨリ惡意ヲ以テ遺棄セラレタルモノナルトキハ妻ハ之ヲ理由トシテ離婚ヲ請求スルヲ得可キコトモ亦論ヲ俟タサルナラシメ未タ以テ足レリトセサルナリ換言スレハ此制裁ハ義務ノ直接履行ヲ求

メントスル配偶者ノ爲ニハ毫モ効力ヲ有セサルナリ若シ妻カ夫ト同居スルコトヲ頑然拒ミタルトキハ強力ヲ用非テ同居ヲ強制スルコトヲ得可キ此問題ハ佛民法ニ於テモ存スル所ナルカ積極論カ一般ニ認容セラル、所ナリ凡ソ義務ニシテ法律ニ規定セラレタル以上ハ有効ナル制裁ナカラサル可カラサルモノニシテ若シ其制裁ナシトスルトキハ其義務ニ有名無實ナリ是ニ於テ若シ妻カ夫ト同居ヲ爲スコトノ義務ニ背キタル場合ニハ妻ヲ強制シテ夫ト同居セシムル一方法アルノミ面シテ其方法ハ公力ヲ假ルヨリ外アラサルナリ是レ同居ノ義務ノ違背ニ對スル最モ有力ノ制裁タルナリ普通法ニ隨フトキハ或ル事ヲ爲ス可キ義務ヲ負フ者カ其義務ヲ履行セサル場合ニ於テ公力ヲ假リ之ヲ強制レテ其履行ヲ爲サシムルコトヲ得サルハ勿論ナリト雖モ然レトモ此原則ハ財產權ニ關スル義務ニ違背シタル場合ニ非サレハ適用スルコトヲ得サルナリ然ルニ今茲ニ論スル所ノ問題ハ財產權ニ關セサル義務違背ナリ而シテ債務者カ債權者ニ對シテ負フタル財產權上ノ義務ニ違背シタル場合ニ於テ債務者ノ自由及ヒ身體ヲ拘束ス可カラサルコトハ論ヲ俟タサレトモ此場合ニ於テ其義務ノ違

背ニ對シテハ他ノ對價ヲ以テ償フコトヲ得可キ換言スレハカ爲メ生シタル損害ハ金錢ヲ以テ賠償スルコトヲ得可シト雖モ妻カ同居ノ義務ニ違背シタルトキハ其權利者ノ爲メハ如何ナル對價アルカ金錢ヲ以テ損害賠償ヲ爲ス可キヤ此場合ニ於テハ夫ノ受ケタル害ハ金錢ヲ以テ賠償スルコト能ハス他ノ適當ナル方法ヲ以テセサル可カラサルモノニシテ其方法ハ公力ヲ置キテ他ニ適當ナルモノアラサルナリ然レトモ此說ニハ反對說ナキニ非サルナリ

扶養ノ義務 夫婦ハ互ニ扶養ヲ爲スノ義務ヲ負フ(第七九〇條夫婦ハ苦樂ヲ共ニス可キモノナレハ一方ハ資力ヲ有シ裕カニ生活ヲ爲スコトヲ得ルニ他ノ一方ノ貧困ニ迫マルヲ顧ミサルモノニアラス是ヲ以テ夫婦ハ相互ニ扶養ノ義務ヲ負フコトヲシタリ而シテ扶養ノ義務ニ關スルコトハ本編第八章トシテ別ニ詳細ナル規定ヲ設ケアルヲ以テ今茲ニ細說セサルナリ

妻ノ後見人タル義務 妻カ未成年者ナルトキハ成年ノ夫ハ其後見人ノ職務ヲ行フ(第七九十一條未成年者ニ對シテ親權ヲ行フ者ナキトキ又ハ親權ヲ行フ者カ管理權ヲ有セサルトキ(第九〇〇條未成年者ハ後見ニ服スルコトヲ要スルモ

ノニシテ其後見人ハ第九百一條ノ規定ニ隨ヒ親權ヲ行フ者遺言ヲ以テ之ヲ指定シ第九百三條ノ規定ニ隨ヒ戸主其後見人ト爲リ又ハ第九百四條ノ規定ニ隨ヒ親族會ニ於テ後見人ヲ選任スルヲ例トスルヲ以テ若シ妻ニシテ未成年者ナルトキハ普通ノ規定ニ隨ヘハ夫以外ノ者ニ於テ右ニ掲タルカ如ク親權ヲ行ヒ又ハ後見人ノ職務ヲ行フヲ得可ケレトモ妻ノ爲ニハ夫カ最能ク其利益ヲ保護ス可キ者ナレハ此場合ニ於テ他ノ者ヲ擯キ夫ヲシテ妻ノ後見人ノ職務ヲ行ハシムルヲ可トシ此規定ヲ設ケタリ然レトモ夫自身カ未成年ナルカ若クハ禁治產者ナルトキハ妻ノ爲ニ後見人ノ義務ヲ行フコト能ハサルヲ以テ場合ニ於テハ他ニ後見人ヲ選定スルコトヲ要スルハ論ヲ俟タサルナリ

夫婦間ニ於テ爲シタル契約 夫婦間ニ於テ契約ヲ爲シタルトキハ其契約ハ婚姻中何時ニテモ夫婦ノ一方ヨリ之ヲ取消スコトヲ得但第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス(第七九二條夫婦間ニ於テハ他人間ニ於ケルト異ナル關係アリテ契約ヲ爲スニ當リテモ或ハ妻ハ夫ニ威壓セラレテ十分ナル意思ヲ述フルヲ得サルコトアリ又夫ハ妻ノ愛ニ陷溺シテ不知ノ間ニ意思ノ自由ヲ奪ハル、等ノコ

トアルヲ以テ夫婦間ニ爲シタル契約ハ婚姻中何時ニテモ夫婦ノ一方ヨリ之ヲ取消スコトヲ得キモノトシタリ他國ノ立法例ニ於テハ或ル法律行爲ヲ限リテ夫婦間ニ之ヲ爲スコトヲ禁スルモノアリ例ヘハ佛民法第九十六條第九百九十五條ニ於テハ夫婦間ニ於テ爲シタル贈與及ヒ賣買ハ之ヲ禁セリ又賣買ハ許スモ贈與ハ禁スルモノアリ或ハ二者共ニ禁スルニハアラサルモ之カ取消ヲ許スモノアリ本法ハ賣買贈與其他總ヘテ契約ハ有償タルト無償タルト問ハス又其目的物ノ金錢タルト金錢以外ノ物タルト問ハス原則トシテハ之ヲ爲スコトヲ許スモ婚姻中ハ一方ノ意思ヲ以テ之カ取消ヲ爲スコトヲ得ルモシトセリ

右契約ノ取消ハ婚姻中ニ在リテノミ之ヲ許ス可キモ婚姻ノ解消又ハ取消後ニ在リテハ當然有効ノモノト爲リ最早取消スコトヲ得サルナリ

又右契約ノ取消ハ夫婦ノ間ニ於テノミ之ヲ許スト雖モ之カ爲メ第三者ニ効力ヲ及ホシ其權利ヲ害スルコトハ許ス可キニアラサレハ但書ノ規定ヲ設ケタリ故ニ例ヘハ妻カ所有セシ不動産ヲ夫ニ賣渡シ夫ハ之ヲ第三者ニ賣渡シタリト

ヲ待テ初テ成立スルモノナルカ故ニ其必然ノ順序トシテ消費貸借ノ成立スル以前ニ於テ必ス消費貸借ノ豫約ナルモノ成立セサル可カラス此豫約ノ不履行ヨリ貸主ニ於テ借主ニ對シテ責任ヲ負擔スルコトアリ法律ノ所謂瑕疵擔保ノ責任是ナリ今便宜上借主ノ義務ト共ニ左ニ項ヲ分テ説明スヘシ

第一項 貸主ノ義務瑕疵擔保ノ責任

瑕疵擔保ノ責任ニ付テハ既ニ賣買ニ於ケル賣主ノ義務トシテ説明シタル所アリ然レトモ消費貸借豫約ニ於テ貸主ノ負擔スル瑕疵擔保ノ責任ハ賣主ノ負擔スル瑕疵擔保ノ責任ト大ニ其趣ヲ異ニスルモノアリ蓋シ消費貸借ノ目的タルヤ目的物ヲ消費スルニアリテ后日借主ハ全種類全品等全數量ノ他物ヲ返還スヘキモノナルカ故ニ何レノ場合ニ於テモ目的物特定物ナルモ不特定物ナルモ當事者ノ意思ニ於テハ其目的物常ニ代替物ナルヲ以テナリ法律ニ於テ貸主ノ責任トシテ規定セルモノ亦此根本ノ差異ヨリ流出シタルモノニ外ナラサルナリ但其責任ハ貸借ノ利息付ナルト否トニ因リ法律ノ規定ヲ異ニス

第一利息付消費貸借

利息付貸借ニ於テ若シ貸主カ隠レタル瑕疵アル物ヲ借主ニ交付シタル時ハ其瑕疵ヲ知リタルト否トヲ問ハズ瑕疵ナキ物ヲ以テ之ニ代ヘサルヘカラス(第五九〇條第一項)是レ貸借ノ利息付ナル以上ハ貸主モ其契約ニ因リ利益ヲ受タル者ナルカ故ニ相手方タル借主ニモ亦契約ノ目的ヲ達セシメ以テ對等ノ利益ヲ得セシメサルヘカラサルヲ以テナリ加之何等ノ特約ナキモ尙モ或ル物ヲ給付スル義務アル者ハ完全無瑕疵ノ物ヲ給付スヘキモノト推定スルハ當然ナルカ故ニ貸主ニ於テ瑕疵ナキ良好ノ物ヲ給付セサルヘカラス故ニ貸主ニ於テ瑕疵アリ生スル貸主ノ本然ノ義務ナリト云ハサルヘカラス故ニ貸主ニ於テ瑕疵アル物ヲ給付スルモ其給付ハ以テ適當ニ其義務ヲ履行シタルモノト云フコトヲ得タルナリ果シテ然ラハ其瑕疵ヲ知レルト否トヲ問ハズ瑕疵ナキ物ヲ以テ之ニ代ヘサルヘカラサルハ蓋シ條理上當然ノコト、云ハサルヘカラス去レハ先キノ給付ハ完全ニ其義務ヲ履行シタルモノニアラサルカ故ニ后ノ給付アリテ初メテ消費貸借ハ成立スルモノト云フヲ至當トスヘシ斯ノ如ク貸主ハ當ニ代物ヲ給付スルノ義務アルニ止ラス瑕疵アル物ヲ給付シタルニ因リ借主ニ損害ヲ

蒙ラシメタルトキハ亦之レカ賠償ノ責ニ任セサルヘカラス若シ貸主ニ於テ適當ナル代物ヲ給付スルコト能ハサルトキハ如何一般ノ法則ニ從ヒ借主ハ貸主ノ義務不履行ヲ理由トシテ契約ヲ解除スルノ外ナシ其解除ノ結果トシテ合併損害賠償ヲ求ムルコトヲ得ヘシ(第五四〇條以下參照)

第二 無利息消費貸借

無利息貸借ノ場合ニ於テハ貸主ニ於テ豫メ物ノ瑕疵ヲ知レルト之ヲ知ラザリントニ因リ責任ノ有無ヲ異ニス即チ(一)貸主ニ於テ瑕疵アルコトヲ知ラザリシ場合ニ於テハ貸主ハ其瑕疵ニ付キ責任ヲ負ハス何トナレハ無利息貸借ハ全ク一ノ贈與トモ見ルコトヲ得ヘク貸主ヨリ借主ニ對スル恩惠的ノ行為ナルニ其恩惠的ノ行為ヲ爲シタル貸主ヲシテ尙ホ瑕疵擔保ノ責ヲ負ハシムルハ恩人ヲ遇スルノ道ニ非サルノミナラス經合ヒ物ニ瑕疵アリトスルモ借主ハ爲メニ利益ヲ受ケサルコトハアルヘシト雖モ決シテ損失ヲ蒙ルコトナカルヘキカ故ナリ然レトモ右ノ如ク瑕疵アル物ヲ給付セラレタル借主ハ亦瑕疵アル物ノ價額ヲ支拂ヒテ實物返還ノ義務ヲ免ル、コトヲ得可シ本來消費貸借ニ於ケル借主ハ

後日全種類全品等全数量ノ他物ヲ返還セザルハカラザル者ナルカ故ニ其借受ケタル物ニシテ瑕疵アル場合ニ亦全一ノ瑕疵アル他物ヲ返還シテ其義務ヲ免ル、コトヲ得ヘキハ論ヲ竣タスト雖モ全一ノ瑕疵アル他物ヲ返還スルハ事實上頗ル困難ノコトナル可キカ故ニ法律ハ此實際上ノ困難アルヲ慮カリテ前述ノ規定ヲ爲セリ要スルニ右ノ場合ニ於テハ實物ヲ返還スヘキヤ若クハ相當價額ヲ返還スヘキヤハ借主ノ選擇權能ニ屬スヘキナリ(第五九〇條第二項)借主ニ於テ豫メ瑕疵アルコトヲ知リタル場合ニ於テハ縱令モ無利息貸借ノ場合ト雖モ貸主ハ利息付貸借ノ場合ニ於ケルト全シク擔保ノ責ニ任セザルヘカラス故ニ第一借主ノ請求ニ對シテハ瑕疵ナキ物ヲ以テ之ニ代ヘサルヘカラス第二若シ損害アルトキハ之ヲ賠償セザルヘカラス蓋シ知テ告ケザルハ惡意ナルヘク忘レテ告ケザルハ不注意懈怠ナルヘキヲ以テ右ノ責任アルハ當然ナリト云フヘシ

第二項 借主ノ義務

消費貸借ヨリ生スル當然ノ義務ニシテ而カモ借主ノ負擔スル唯一ノ義務ハ即

チ返還ノ義務ナリ今此義務ニ付キ順次其法則ヲ説明スヘシ

第一 借主ノ返還スヘキ物ハ借受ケタル物ト全一ノ種類品等數量ノ物ナラザルヘカラス換言セバ借主ハ敢テ其借受ケタル物ヨリ多ク又ハ其以上ノ物ヲ返還スルノ義務ナク又之ヨリ少ナク又ハ其以下ノ物ヲ返還シテ義務ヲ免ル、コトヲ得ス若シ借受ケタルヨリ多ク返還セザルヘカラストモハ此場合ハ其差額ヲ以テ貸主ニ對スル報酬ト見做サ、ルヘカラス又之レヨリ少ク返還シテ其義務ヲ免ル、コトヲ得トモハ是レ其差額ヲ目的トスル一種ノ贈與ニ外ナラザルヘキナリ故ニ消費貸借トシテハ必ス全種類全品等全數量ノ物ヲ返還セザルヘカラザルナリ然ルニ此法則ハ金錢ノ貸借ニ付テ例外ヲ見ル金錢ノ貸借ニ於テハ最初貸主ヨリ交付シタル通貨ノ種類如何ニ拘ラス借主ハ自己ノ選擇スル通貨ヲ以テ其借受ケタル金圓ノ名價ニ相當スル額ヲ返還シテ其義務ヲ免ル、コトヲ得ルナリ是レ法律カ通貨即チ強制流通ノ貨幣制度ヲ設ケタルヨリ必然避クヘカラザル結果タリ但此點ト雖モ特約アルトキハ格別ナリ(第四〇二條第四〇三條加之若シ利息付貸借ナルトキハ借主ハ元本ノ外尙ホ其利息ヲ支拂ハサ

ルヘカラス然レトモ消費貸借ニ於ケル借主ハ當然利息ヲ負擔スルモノニアラ
 ス唯特約アル場合ニ限リテ之ヲ負擔スルノミ
 第二 實物返還ノ不能ナル場合ニ於テハ其不能ト爲リタル時ニ於ケル物ノ價
 格ヲ償還セサルヘカラス(第五九二條)既ニ述ヘタル如ク消費貸借ノ目的物ハ當
 事者ノ意思ニ於テ常ニ代替物ナルカ故ニ所謂物ノ種類ハ盡ルコトナク多クノ
 場合ニ於テハ常ニ全種類全品等全數量ノ他物ヲ返還スルニ於テ差支ヲ生スル
 ヲ見ス然レトモ或ハ戰爭ニ因リ或ハ非常ノ凶歳ナルニ因リ或ハ法律ノ規定ヲ
 以テ特ニ或ル種類ノ物ヲ不融通物トセルニ因リテ全種類全品等全數量ノ他物
 ヲ得ルコト全ク不能ナルコトナシトセス今若シ契約ノ目的物ニシテ特定物ナ
 ルトキハ債務者ノ責ニ歸スヘカラス(事由ニ因ル物ノ滅失ハ債權者ノ負擔ニ
 歸スルモノニシテ債務者ハ履行不能ノ爲ニ其義務ヲ免ル)ト雖モ消費貸借ハ
 前述ノ如ク當事者ノ意思ニ於テ常ニ代替物ヲ目的トスルモノナルカ故ニ借主
 ニ於テ縱令ヒ全種類全品等全數量ノ他物ヲ得ルコト能ハストスルモ之レカ爲
 ニ借主全ク其義務ヲ免ル)トセハ此借主ハ不當ノ利得ヲ爲スモノト云ハサル

ヘカラス故ニ此場合ニ於テハ其物ノ價額ヲ返還スルコトヲ要ス而シテ其價額
 ハ目的物ヲ得ルコトノ不能ト爲リタル時ノ價額ニ依ラサルヘカラス尤モ事ノ
 公平ナランコトヲ望ムニ於テハ借主ノ返還スヘキ時ニ於ケル其物ノ相場ニ依
 ルコト相當ナル可シト雖モ其返還スル時ニハ既ニ其種ノ物消滅シテ相場ヲ知
 ルニ由ナキカ故ニ法律ハ返還ノ時期ニ最モ接近セル時即チ實物ヲ得ルコトノ
 不能ト爲リタル時ノ相場ヲ以テ其價額ヲ返還スヘキモノトセリ此點ニ於テモ
 金錢ノ貸借ニ付テハ例外アリ即チ金錢貸借ノ場合ニ於テハ縱令ヒ其目的物
 通貨カ辨濟ノ時期ニ於テ強制通用ノ効力ヲ失フモ借主ハ他ノ通貨ヲ以テ辨
 濟セサルヘカラスナルナリ
 第三 借主ハ返還ノ時期ノ定アルト否トニ拘ラス何時ニテモ實物返還ノ義務
 ヲ果スコトヲ得之ニ反シテ貸主ハ縱令返還時期ノ定ナキ場合ト雖モ相當期間
 ノ後ニアラサレハ返還ヲ請求スルコトヲ得(第五九一條)元來債務履行ノ期
 間ナルモノハ概シテ債務者ノ利益ノ爲ニ設ケラル、モノナルカ故ニ債務者ハ
 何時ニテモ其利益ヲ拋棄シ辨濟ヲ爲スコトヲ得サルヘカラス消費貸借ニ於テ

ル借主カ返還期限ノ存スルニ拘ラス何時ニテモ返還ヲ爲スコトヲ得ルハ亦此
 法則ノ適用ニ外ナラサルナリ又貸主ノ請求權ニ付テモ若シ一般ノ法則第四一
 二條第三項ヲ適用スルトキハ尙モ返還時期ノ定メナキ以上ハ貸主ハ何時ニテ
 モ返還ヲ求ムルコトヲ得サルヘカラスト雖モ此法則ハ消費貸借ノ場合ニハ之
 ヲ適用スルコトヲ得ス何トナレハ消費貸借ノ目的ハ借主ヲシテ物ヲ利用シ消
 費セシムルニアルカ故ニ若シ何時ニテモ返還ヲ請求スルコトヲ得ルトセハ借
 主ハ其契約ヲ爲レタル目的ヲ達スルコト能ハス斯ノ如クシテハ寧ロ初ヨリ借受
 ケサルノ勝レルニ若カサル可ク加之既ニ其物ヲ消費シタル後ニ於テ更ニ他物
 ヲ返還スル爲メニハ自ラ多少ノ時日ノ之ヲ準備スル餘容ナカルヘカラスト故ニ
 舊法典(財産取得編第一七九條)ニ於テモ當事者カ返還ノ時期ヲ定メザリシトキ
 ハ裁判所ヲシテ相當ノ期間ヲ定メシムルコト、セリ新法典ニ於テハ貸主ヨリ
 相當ノ期間ヲ定メテ催告ス可キモノトシ兩者各其規定ヲ異ニスト雖モ其理由
 ハ前述シタル所ニ外ナラサルナリ而カモ新法典舊法ノ規定ヲ採用セザル所以
 ハ蓋シ舊法典ノ如ク一々裁判所ノ裁定ヲ仰クノ煩ヲ避ケテ唯貸主ノ相當ト認

メタル期間ニ付キ爭アル場合ニ限リ裁判所ヲ煩スコトトスルヲ以テ宜シキニ
 適シタリト認シタルヲ以テナリ
 第四 返還ノ場所ニ付キ當事者間ニ特約ナキ限りハ一般ノ法則ニ從ヒ貸主ノ
 住所ニ於テ返還セザルヘカラスト(第四八四條)是レ一般ノ法則ニ屬スルカ故ニ特
 ニ茲ニ掲クルヲ要セザル所ナリト雖モ舊法典ト異ル點ナルカ故ニ一言附加セ
 ルノミ舊法典ハ利息付ナルト無利息ナルトニ因リ之レカ返還ノ場所ヲ異ニセ
 リ

第六節 使用貸借

第一款 使用貸借ノ本義並ニ其性質
 法典ノ規定スル所ニ依リ使用貸借ノ如何ナルモンヤヲ見ンニ、其
 使用貸借トハ當事者ノ一方カ相手方ヨリ受取リタル或ル物ヲ無償ニテ使用
 一利益ヲタル後返還スヘキコトヲ約スルニ因リテ効力ヲ生スル契約ナリ(第五
 九三條)其性質則チ、

使用貸借

借主ヲシテ目的物ノ使用収益ヲ爲スコトヲ得セシムルニアリ隨テ使用借主ハ後日ニ至リ其曾テ借受ケタル原物ヲ返還セサルヘカラス之ニ反シテ消費貸借ニ於テハ借主ハ全種類全品等全數量ノ他物ヲ返還セサルヘカラス故ニ契約ノ目的物モ消費貸借ニ於テハ常ニ代替物ナリト雖モ使用貸借ニ於テハ常ニ特定物ナリ斯クノ如キ差異アルヨリシテ尙ホ種々ノ規定ノ異ナルモノアルヘシ其ハ以後ノ説明ニ就テ之ヲ徴知ス可シ

右ノ本義ニ基キ使用貸借ノ性質ヲ列舉センニ
 第一 使用貸借ハ無償契約ナリ即チ使用貸借ハ全ク貸主ノ慈惠心ニ出テ又好誼上ヨリ貸主ヲシテ目的物ヲ使用収益セシムルモノナルカ故ニ如何ナル場合ニ於テモ其契約ハ無償ナリトス若シ借主ヨリ使用収益ノ對價トシ報酬トシテ金錢其他ノ物ヲ給付スルニ於テハ多少ノ場合ニ於テ其契約ハ貸借トナル可ク然ラサル場合ニ於テモ或ハ雇借契約トナリ或ハ其他ノ有償契約トナルヘシ何レニスルモ使用貸借トシテハ常ニ無償ノモノナラサルヘカラサルナリ此點モ消費貸借ト異ル一點ニシテ消費貸借ニ於テハ當事者ノ意思ニ依リ有償ナ

ルコトヲ得ルハ曾テ知ル所ノ如シ
 第二 使用貸借ハ要物契約ナリ 此點ハ消費貸借ト相同シ故ニ實物ノ授受ナキ間ハ契約ハ成立セス當事者ノ意思表示サルノミニテハ使用貸借ノ一ノ豫約タルニ過キス此使用貸借ノ要物契約ナリト云フノ點ハ後ニ説明スル貸借ト相異ナル一點ナリ第六〇一條參照何故ニ二者斯ノ如ク相異ルヤ或ハ曰ク貸借ニ於テハ貸貸人ハ貸借人ニ對シテ目的物ヲ使用収益セシムルノ義務ヲ負擔セザルニ對シテ借貸人ハ亦貸貸人ニ對シテ借貸ヲ支拂フノ義務ヲ負擔ス而シテ此當事者双方ノ義務ハ初ヨリ物ノ引渡ヲ挾タスシテ有効ニ成立スルコトヲ得ルカ故ナリト然レトモ此理由ハ未以テ兩者規定ノ相異ヲ説明スルニ不十分ナルカ如シ詳シキハ後ニ讓ル

第三 使用貸借ハ双務契約ナリ 是レ消費貸借ト相異ル一點ニシテ亦反對論ノ存スル所ナリ使用貸借ニ於ケル貸主ニ於テハ借主ヲシテ目的物ノ使用収益ヲ爲サシムル義務ヲ負ヒ又借主ニ於テハ使用収益ヲ爲シタル後其物ヲ返還セサルヘカラサル義務ヲ負フカ故ニ其契約ハ雙務契約ナリトス是レ普通ノ見解

ニシテ此點ハ舊法典ニ於テモ既ニ認メラレタル所ナリ(財產取得條第一九五條
 第一項)然ルニ或學說ニ從ストキハ使用貸借ハ尙ホ消費貸借ノ如ク單ニ借主ヲ
 シテ返還ノ義務ヲ負ハシムルニ止マリ貸主ハ何等ノ義務ヲ負フモノニアラス即
 チ貸主ノ貸付ヲ爲スハ全ク德義上ニ出テ決シテ法律上一ノ義務ヲ負擔スルモ
 ノニアラス故ニ使用貸借ハ亦一ノ片務契約ナリト云ヘリ然レトモ果シテ貸主
 ニ何等ノ義務ナレトモ其目的物ハ貸主ノ所有物ナルカ故ニ貸主ハ何時ニテ
 モ自己ノ所有物タルコトヲ理由トシ其物ノ取戻ヲ爲スコトヲ得サルヘカラス
 然ルニ其之ヲ取戻スコトヲ得サルハ即チ借主ヲシテ使用収益ヲ爲サシムル義
 務アルカ故ニアラスヤ勿論此義務タル故チ貸借ノ場合ニ於ケルカ如ク進シ
 テ借主ヲシテ使用収益ヲ爲スコトヲ得セシムルカ如キ積極的ノモノニアラザ
 ハヘシト雖モ然レトモ借主ノ使用収益ヲ妨ケサルノ消極的ノ義務ヲ負擔スル
 コト疑ナキ所ナリ而シテ消極的ノ義務ハ義務ニアラスト云フコトヲ得サルカ
 故ニ此契約ハ亦一ノ雙務契約ナリ此見解ハ新法典モ亦採用シタル所ナリト信
 ス何トナレハ法律ハ貸主カ自己ニ如何ナル必要ヲ生スルモ契約ヲ無視シテ目

の物ヲ取戻シ得ヘキコトヲ認メサルヲ以テナリハ
 第二款 使用貸借ノ効力
 使用貸借ハ雙務契約ナルカ故ニ契約ノ効力トシテ當事者双方ニ義務ノ發生ス
 ルヲ見ル可シ

第一項 貸主ノ義務
 使用貸借ニ因リ貸主ノ負擔スル義務ハ左ノ如シ

第一 目的物ヲ以テ借主ノ使用収益ニ委スルノ義務
 是レ契約上貸主ノ當然負擔スル所ナリト雖モ然レトモ此義務タルヤ敢テ積極
 的ニ進シテ借主ヲシテ使用収益ヲ爲スコトヲ得セシムルモノニアラスシテ唯
 借主ノ使用収益ヲ妨ケサル消極的ノ義務ニ外ナラサルカ故ニ貸主トシテハ繼
 令目的物カ使用収益ヲ爲スニ堪ヘサル状態ニ陥ルモ借主ニ對シ之レカ修繕ヲ
 爲スノ責ナシ之レニ反シテ例ヘハ既ニ其物ヲ借主ニ貸付ツ、アルニ拘ラス更
 ニ之ヲ他人ニ賣渡シタルカ爲メ借主ハ使用収益ノ目的ヲ達スルコト能ハサル
 ニ至リタリトセンカ貸主ハ正サシク此第一ノ義務ニ背反セルモノナレハ隨テ

借主ニ對シテ損害賠償ノ責ヲ免ル、コトヲ得ス是レ後ノ貸貸借ト相異ナル一點ニシテ使用貸主ノ義務ノ斯ノ如ク消極的ニシテ貸貸人ノ義務ノ積極的ナルハ要スルニ一ハ全ク無償ノ行爲ナルト一ハ常ニ有償ノ行爲ナルカ故ニ外ナラズ

右ノ如ク貸主ハ契約上當然目的物ヲ借主ノ使用收益ニ供スル義務アルヲ以テ若シ契約ニ於テ其使用收益ノ期間ヲ定メタルトキハ其期間ノ終了前ハ目的物ノ返還ヲ請求スルコトヲ得サル、勿論縱令ハ契約ヲ以テ使用收益ノ期間ヲ定メサル場合ト雖モ借主ニ於テ契約ニ定メタル目的ニ從ヒ使用收益ヲ爲シ終リタルカ又ハ事實其使用收益ヲ爲スニ足ルヘキ期間ヲ經過シタル後ニアラザレハ返還ヲ求ムルコトヲ得ス蓋シ縱令期間ニ付キ當事者間ニ其定メナキ場合ト雖モ契約ニ使用收益ノ目的ノ定メラレアル以上ハ其目的ヲ達スルニ足ル可キ期間内契約關係ヲ繼續スルハ當事者ノ意思ト看做サ、ルヲ得ザレハナリ第五九七條然レトモ使用收益ノ期間ノ定メナキ又使用收益ノ目的ノ定メナキ場合ニ限リテ貸主ハ何時ニテモ目的物ノ返還ヲ求ムルコトヲ得可シ是レ事實止

ムヲ得ザル場合ニ屬スル特例タリ此點ニ付キ或ル論者ハ曰ク何時ニテモ返還ヲ求ムルコトヲ得ル以上ハ貸主ハ此第一ノ義務ヲ負フモノニアラスト之ニ對シテ他ノ或ル論者ハ曰ク縱令目的物ヲ引渡シ直ニ之ヲ取戻スコトヲ得トスルモ其間亦一瞬時ノ猶豫ナキニアラス然ラハ其一瞬時ハ又契約ノ目的ニ供セラレタルモノナルカ故ニ貸主ハ此場合ニ於テモ此第一義務ヲ負擔スルモノト云ハサル可カラスト然レトモ右ノ如ク議論ニ拘泥スルコトヲ要セスシテ唯此場合ハ一ノ特例ナリト説明スルヲ以テ是レリ

第二 目的物ノ瑕疵ニ付テノ擔保ノ義務

既ニ賣買ニ於テ知ラル、如ク擔保ノ責任ナルモノハ凡テ有償契約ニ付キ一般ニ適用セラルヘキモノニシテ無償ノ行爲ニ付テ擔保ノ責任ヲ負フハ却テ特例ニ屬スルモノナリ使用貸借モ亦無償行爲ナルカ故ニ貸主ニ此擔保ノ責任アルハ唯貸主カ契約ノ當時目的物ニ隠レタル瑕疵アルコトヲ知レルニモ拘ラス之ヲ借主ニ告ケザリシ場合ニ限ル而シテ法律ハ此點ニ付キ全ク贈與契約ト同一ノ規定ヲ爲シタリ是レ均シク無償ノ行爲ナレハナリ故ニ使用貸主ハ猶ホ贈與

者ノ如ク本則トシテハ特約ナキ以上物ノ瑕疵又ハ欠缺ニ付キ擔保ノ責任ヲ負フモノニ非ス是レ消費貸借ノ規定ト全ク其原則ヲ異ニスル所ニシテ且消費貸借ノ目的物ハ常ニ代替物ナルカ故ニ目的物ニ瑕疵アル場合ニハ貸主ハ他ノ完全ナル物ヲ以テ之ニ代ヘサルヘカラサルコト曾テ説明スル所ノ如シト雖モ使用貸借ノ目的物ハ常ニ特定物ナルカ故ニ他物ヲ以テ之ニ代フルコトヲ得ス左レハ使用貸主カ此擔保ノ責任ハ結極借主ニ對シテ損害ヲ賠償スルノ一點ニ歸ス可キナリ

第三 目的物ニ關スル費用負擔ノ義務

貸主ハ目的物ニ付キ其臨時ノ必要費及ヒ有益費ヲ負擔セサルヘカラス故ニ借主ニ於テ若シ之ヲ支辨セタルトキハ貸主ニ對シ之レカ償還ヲ求ムルコトヲ得ルハ勿論目的物ニ付キ臨時ノ必要費ヲ要スルニモ拘ラス貸主ニ於テ之ヲ不問ニ付セル場合ニハ借主ヨリ其費用ヲ支出ヲ請求スルコトヲ得サルヘカラス一見或ハ第一ノ義務ト低觸スルカ如シト雖モ決シテ然ラス凡ソ一物ニ要スル費用ハ法律上之ヲ區別シテ必要費有益費及ヒ冗費ト爲スコトヲ得可シ其必要費

則ノ適用ニ外ナラス抑モ土地ノ所有者ハ隣地ヨリ自然ニ流レ來ル水ヲ受クルノ義務アリト雖モ人爲ヲ以テ自然ヲ變更シタル水ヲ受クルノ義務ナシ然ルニ今工作物ヲ以テ雨水ヲ隣地ニ注瀉スルトキハ其隣地ハ爲ニ集合シタル水ニ因リテ損害ヲ受クルコト明ナリ此ノ如キハ決シテ正當ナル所有權ノ限界ト云フコトヲ得ス是レ右ノ法則アル所以ナリ但シ雨水ハ土地ノ所有者カ添附ノ方法ヲ以テ取得シタルモノナルカ故ニ之ヲ隣地ニ放流セズヤテ自ラ使用シ若クハ他人ニ讓渡スコトヲ得ヘキハ論テ埃タス

(二) 水流ノ變更 水流カ所有者ヲ異ニスル兩個ノ土地ヲ通過スル場合ニ一方ノ土地ノ所有者ハ他ノ一方ノ土地ノ所有者ノ承諾ナクテ其水流ノ通路幅員ヲ變更スルコトヲ得ス(第二九條第一項)此ニ所謂水流トバ公法人ノ支配ニ屬スルカ又ハ一個人ノ私有ニ屬スル水流以外ノ水流ヲ指スモノナリ今夫レ水流大ニシテ公法人ノ支配ニ屬スルカ若クハ小ニシテ一個人ノ私有ニ屬スル場合ニ於テハ所有者以外ノ沿岸者カ恣ニ水路幅員ヲ變更スルヲ得サルハ固ヨリ言フテ埃タス之ニ反シ公法人ノ支配ニ屬セズ若クハ一個人ノ私有ニモ屬セサル

場合此場合ニハ水流ハ或ハ二人以上ノ互有タル性質ヲ有スルコトアルヘク或ハ無主ノ不動産トシテ國家ニ屬スルモ國家ハ之ヲ支配スルノ勞ヲ取ラサル場合ナルヘシニ於テハ沿岸者ハ農業用等ノ爲メニ其水ヲ使用スルコトヲ得ヘシト雖モ恣ニ其水路幅員ヲ變更スルコトハ亦其爲シ能ハサル所ナリ如何トナレハ其變更ハ同權者又ハ他ノ土地所有者ノ利益ヲ害スルヲ免レサレハナリ

兩岸ノ土地カ水流地ノ所有者ニ屬スルトキハ其所有者ハ水路及ヒ幅員ヲ變更スルコトヲ得但シ下口ニ於テ自然ノ水路ニ復スルコトヲ要ス(第二一九條第二項右ノ場合ニ於テハ水流ノ敷地ハ或ハ土地所有者ノ所有タルコトヲ得ト雖モ其然ルト否トヲ問ハズ土地ノ所有者ハ隨意ニ其土地内ニ於テ水流ノ幅員及ヒ水路ヲ變更スルコトヲ得可シ蓋シ何人ニモ利害ヲ及ホスコトナキヲ以テナリ尤モ所有者ハ自己ノ所爲ニ因リ下流地ノ利益ヲ害スルコトヲ得サルヲ以テ下口ニ於テハ自然ノ水路ニ復スルコトヲ要ス

(ホ) 水ノ通過 高地ノ所有者カ浸水地ヲ乾カズ爲メ又ハ家用農工業用ノ餘水

ヲ排泄スル爲メニ必要アルトキハ低地ノ所有者ハ公路公流下水道等ニ到ルマテ高地ノ水ヲ通過セシムル義務アリ(第二二〇條此法則ハ高地ノ爲メニ其經濟上衛生上ノ利益ヲ保護スルヲ以テ目的トス夫レ土地ノ所有者ハ農業ノ爲メ若クハ建築等ノ爲メニ其所有地ヲ乾カサハルヘカラサルニ因リ水ヲ他ニ排泄スルノ必要ヲ感スル場合アルヘク又新ニ工業場ヲ設立スル者又ハ工業場ヲ有スル者ト雖モ其工業ノ都合ニ因リ若クハ其土地ノ形勢ニ因リ其工業ニ使用セシ餘水ヲ他ニ排泄スルノ必要アル場合ニ於テ若シ隣接地ノ所有者カ絕對的ニ水ノ通過ヲ拒絶スルコトヲ得ヘシトセハ右ノ農業工業若クハ建築等ハ非常ノ不便ヲ感スルノミナラス遂ニハ全然之ヲ廢止スルノ止ムヲ得サルニ至ルヘシ是以テ法律ハ經濟上ヨリ又衛生上ヨリ其利益ヲ保護センカ爲メニ低地ノ所有權ニ前述ノ制限ヲ加ヘ其土地ノ所有者ニ水ノ通過ヲ承諾スルノ義務ヲ負ハシメタリ而シテ此法則ト第二十四條ニ規定シタル法則トハ全ク別異ニシテ決シテ矛盾スルモノニアラス即チ第二十四條ニ於テハ天然水ノ自然ニ隣地ニ流入ル場合此場合ニハ或ハ隣地内ニ水ノ止マルコトアルヘシヲ想像スト雖モ

之ニ反シ第二百二十條ハ人工ニ因ル水カ人工ニ因リテ隣地ヲ通過スル場合ヲ想像スルモノナリ又第二百十四條ノ場合ニ於テハ水ヲ受クル土地ノ所有者ハ償金ヲ受クル權利ヲ有セスト雖モ第二百二十條ノ場合ニ於テハ通過地ノ所有者ハ排水地ノ所有者ニ對シ償金ヲ求ムルノ權利アリ尙ホ第二百二十條ノ場合ニハ第二百十四條ノ場合ト異リ低地ニ大小ノ工事ヲ施スコトヲ要ス加之法律ハ水量、水質等ニ關シ一切制限ヲ爲サ、ルカ故ニ如何ニ便宜ナルモ又如何ニ健康上有害ナル水ヲ排泄スルモ低地ノ所有者ハ決シテ異議ヲ唱フルコト能ハサルナリ又法律ハ右ノ水ノ通過ヲ承認スル義務ヲ低地所有權ノ限界トシテ一般ニ絕對的ニ規定シタルヲ以テ裁判所ハ例ヘハ高地ノ得ル利益カ低地ノ被ル損害ニ比シテ小ナリトノ理由ヲ以テ爲ニ高地所有者ノ請求ヲ棄却スルコト能ハサルナリ尤モ裁判所タルモノハ可及的低地ノ損害ヲ減殺スルコトヲ努ムルヲ要ス(第二二〇條但書是故ニ例ヘハ裁判所ハ低地ノ建物ノ下若クハ庭園ヲ通過セシムルカ如キハ之ヲ避ケサルヘカラス又健康上有害ナル水ノ通過ニ付テハ必ス蓋ヲ施サシムルコトヲ要ス一言ニシテ之ヲ言ヘハ低地ノ爲メニ損害最

モ少キ場所及ヒ方法ヲ選フコトヲ要スルモノトス

(ハ) 他人ノ工作物ノ使用 通水用ノ工作物掘堀樋ノ類ヲ有スル土地ノ所有者ハ隣接地ノ所有者カ其所有地ノ水ヲ通過セシムル爲メ該工作物ヲ使用スルコトヲ許ス義務アリ(第二二一條第一項此法則ノ適用ニ關シ實際ノ場合ヲ想像スルトキハ此所有權ノ限界ニ關スル訴訟ヲ裁判スル者ハ大ニ其斟酌權ヲ應用スル必要アルヲ知ルヘシ例ヘハ工作物ノ使用ヲ請求スル者ノ土地カ工作物所在地ニ何程接近セルモノナラサルヘカラサルカヲ判定セサルヘカラス) 里二里ヲ隔ツル土地所有者カ工作物ノ使用ヲ請求スルモ棄却ヲ免レサルナリ又工作物カ新ナル使用ニ適スル否ヤヲ判定セサルヘカラス工作物カ其大サノ點若クハ力ノ點等ニ於テ不適當ナルトキハ請求ハ同シク棄却セラルヘシ加之新ニ通過セシメントスル水カ其工作物ヲ損害セサルヤ否ヤ及ヒ如何ナル程度マテ之ヲ損害スルヤヲ判定シ而シテ或ル程度マテ之ヲ損害スヘキトキハ其請求ハ棄却スルヲ要ス其他裁判官ハ使用ノ爲ニ受クル利益ノ割合ヲ判定シ之ニ應シテ其工作物ノ設置及ヒ保存ニ關スル費用ヲ分擔セシムルコトヲ要スルナリ(第二

二一條第二項

(ト) 堰 水流ニ沿ヘル沿岸地ノ所有者カ堰ノ水準ヲ高ムル爲メニ堰ヲ設ケル必要アル場合ニ於テハ對岸地ノ所有者ハ堰ニ關スル工作物ヲ自己ノ土地ニ附者スルコトヲ許スノ義務アリ第二二條第一項但シ之カ爲メニ對岸地ニ大ナル損害ヲ被ラシムヘキトキハ堰ヲ設ケルコトヲ得サルヘシ

堰ノ附着ヲ許シタル場合ニ於テ對岸地ノ被ムル損害ハ堰ノ設置者ニ於テ之ヲ負擔セサルヘカラス第二二條第一項但書又對岸地ノ所有者カ堰ノ使用ヲ求ムルトキハ堰設置者ハ之ヲ承諾スルノ義務アリ(第二二條第二項然レトモ對岸地所有者カ之カ爲ニ受クル利益ノ割合ニ應ジテ其堰ノ保存若クハ設置ニ關スル費用ヲ分擔セシムルコトヲ得ヘシ)

第四項土地ノ疆界標示ニ關スル限界

相隣セル兩個ノ土地カ其疆界ニ界標ヲ有セサルコトハ所有者ニ取リテ不便宜ナルノミナラス公益ノ爲メニモ亦憂フヘキコトナレハ界標ヲ有セサルコトハ種々ノ爭論ヲ生シ困難ナル訴訟ヲ生スルノ原因タレハナリ故ニ土地

所有者ハ何時タリトモ隣地ノ所有者ニ對シ之ト共全ノ費用ヲ以テ界標ヲ設立スルコトヲ得第二二三條界標訴權ナルモノハ既ニ羅馬法ニ於テ認メラレタルモノナルニ拘ラス今日各國ノ法典ニ於テ其規定ヲ見サル所ナリ唯我舊法典ニ於テ稍ヤ精密ナル規定ヲ掲ケタルノミ而シテ新法典ニ於テハ之ニ關スル規定ヲ存セサルニアラスト雖モ大ニ之ヲ節畧シタルヲ以テ學說若クハ實際ニ於テ之カ不足ヲ補充セサルヘカラサルナリ

界標ニ如何ナル物ヲ用フヘキヤニ至リテハ裁判所ハ地方ノ慣習ニ從ヒ之ヲ定メサルヘカラス例ヘハ原告ニ於テハ工事ヲ施シタル石柱ノ如キ高價ナル物ヲ用フヘキヲ主張シ被告ニ於テハ苗木ノ如キ廉價ナル物ヲ用フヘシト主張スル場合ニ於テハ裁判所ハ地方ノ慣習ニ從ヒ或ハ原告ノ出張ヲ採用シ或ハ被告ノ主張ヲ採用シ又或ハ原被告兩造ノ主張以外ニ於テ木柱ヲ用フヘキコトヲ命スル場合アルヘシ唯我國ニ於テハ歐米諸國ト異リ田畑ノ界標ニ立木ヲ用フルコト一般ニ行ハルカ故ニ概シテ之ヲ命スルコト多カルヘシ但シ當時者ノ合意ヲ以テ界標ヲ設置スル場合ハ如何ナル材料ヲ用フルモ其當事者ノ隨意タルヘシ

然レトモ兩個ノ土地カ塀牆ノ類ヲ有セ疆界ノ表示セラル、場合ニハ一方ノ所有者ハ更ニ界標設置ヲ請求スルコトヲ得ス又此ノ如キ場合ニ一方ノ所有者カ他ノ一方ノ所有權其物ノ一部ヲ爭ハントスルトキハ眞ニ界標訴權ヲ行使スルコトヲ得スシテ先ツ取戻訴權、回收訴權ヲ提起スルコトヲ要ス此事ニ付テハ尙ホ後ニ述フル所アルヘシト雖モ兩個ノ土地ノ中間ニ公路公流ノ存在スル場合ニハ界標訴權ヲ提起スルコト能ハス然レトモ兩個ノ土地カ一方ノ所有者ノ私所有ニ屬スル道路若クハ水流ニ因リテ隔テラル、場合ニ於テハ各所有者ハ界標訴權ヲ有スト爲サ、ル可カラズ蓋シ此場合ハ兩個ノ土地相隣接スルニ外ナラスシテ而モ兩地間界標ナキモノト看做サ、ルヲ得ザレハナリ

界標訴權ハ時効ニ因リテ消滅スルコトナシ其理由ハ第一、界標訴權ハ土地所有者ノ私益ヲ保護スルト同時ニ公益ヲ保護スルモノナルカ故ニ時効ニ權ルコトナク第二、界標訴權ハ土地所有權ノ從タル權利ナルカ故ニ主タル所有權ニ時効ニ權ラザル間ハ亦時効ニ罹ルノ理由ナク第三、界標訴權ハ界標ノ現在セザル間ハ時々新ニ其原因ヲ生スルモノト看做サルルヲ以テ隨テ時効ニ罹

テ唯一ノ債務者ノ如ク看做スハ全ク債權者ノ權利ニ屬スルモノナレハ債權者ニシテ之ヲ不利益ナリト思慮セハ敢テ之ニ拘泥スルヲ要セスシテ債權者ハ同時ニ債務者全員ニ對シテ請求ヲ爲スコトヲ得ヘク又其選ム所ニ從ヒ分割シテ請求スルコトヲ得ヘク又一債務者ヨリ順次他ノ債務者ニ請求スルコトヲ得ヘシ尤モ最後ノ一點ニ關シテハ從來異論アリ其基ク所ハ羅馬法ニ淵源セリ羅馬法ニ於テハ一債務者ニ對シテ訴訟ヲ提起シ訴訟手續ニ於ケル或時期ヲ經過セハ他ノ債務者ハ債務ヲ免ルルト爲セリ隨テ其一債務者ヨリ十分ノ辨濟ヲ得サルモ他ノ債務者ハ債務ヲ免カレタレハ最早之ニ對シテ請求スルコトヲ得ザリシナリ而シテ此沿革的基礎ニ更ニ選擇債務ノ理論ヲ附加シ一層錯雜ナル異論ヲ生シタリト雖モ選擇債務ノ性質ハ管テ述ヘタル如ク數個ノ條件付債務ノ相牽連スルモノナリ而シテ一度選擇ヲナセハ一ノ債權ハ無條件ニテ成立シ他ノ債權ハ消滅スルモノナリ故ニ十分ノ辨濟ヲ得サルモ最早他ノ債權ハ消滅セシカ故ニ更ニ再ヒ之ヲ請求スルヲ得サルモノナリト雖モ連帶債務ニ在リテハ數人ノ債務者ハ各一個ノ債務ヲ負擔スルモノニシテ債務ノ辨濟アリテ初メテ各

債務者ヲ債務者ニ對シ債務ヲ免ル、モノナレハ一債務者ニ請求セシ故ヲ以テ他ノ債務者ハ爲メニ債務ヲ免ル、ニアラス況ヤ羅馬法ニ於テモ後世ニ至リテハ訴訟手續ニ於ケル或時期ノ經過ハ他ノ連帶債務者ノ債務ヲ免レシムルモノニアラスシテ全部ノ辨濟ヲ待テ初メテ債務消滅ストノ適正ナル法理適用セラハ、ニ至リシニ於テヲヤ然リト雖モ從來ノ沿革ニ鑑ミ又異論モアリタルヲ以テ第四百三十二條ハ順次テ爾文字ヲ明記シ以テ一點ノ疑ナカラシメタル所以ナリ

又連帶債務者間ニハ代理關係存在ストノ說明ハ最モ廣ク行レタリト雖モ一連帶債務者カ全部ノ履行ヲ爲スハ他ノ債務者ノ委託ヲ受ケ之ヲ代表シテ爲セシト云フニアラスシテ其債務者ハ自ら全部ノ債務ヲ負擔スルカ故ニ全部ノ履行ヲ爲セシナリ而シテ一連帶債務者カ全部ノ辨濟ヲ爲セタルニ當リ他ノ債務者ニ對シテ求償ヲ爲スハ代理又ハ委任ニ基クニアラスシテ不當所得ノ原則ニ基クモノナリ

連帶債務ニ於テハ債務ノ數單一ナルカ或ハ復數ナルカニ付テハ從來大ニ議論

アル所ナリト雖モ新民法ハ各債務者ニ付キ一個ノ債務ヲ生スルモノト見タルコト明ナリ蓋シ債務ノ要素ハ當事者ト其目的トニアルコトハ何人モ爭ハサル所ナリ然ラハ數人ノ債務者アル以上ハ其各自カ負擔スル所ノ債務ハ必ス別異ナラサルヲ得サルハ當然ノ事理ト云ハサルヲ得サルナリ勿論數人ノ債務者ニテ單一ノ債務ヲ負擔スル契約ヲ爲セハ強テ之ヲ禁スルノ理由ナリ當事者ノ自由ニ放任シテ差支ナカルヘシト雖モ此場合ニ於テハ理論上債權者ハ債務者ノ一人ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス必ス債務者全体ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲サ、ルヲ得ス又一債務者モ單獨ニテ履行ヲ爲スノ責任ナク共同シテ履行セサルヘカラス故ニ債權者ハ各債務者ニ對シテ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、ルヘカラサル責任ヲ負擔スト爲ス第四百三十二條ノ規定ノ如キハ到底單一債務ノ理論ト相容レサルモノナリ舊民法ハ連帶債務ハ單一債務ナリトノ主義ヲ採用セシカ如シト雖モ債務ノ體様ヲ異ニスルモ連帶債務タルヲ害セスト爲スニ至リテハ原則トシテ採用セシ單一主義ヲ滅却セシモノト云ハサルヘカラス新民法ノ如ク債務關係ニシテ複數ナリト

爲ス以上ハ債務ノ原因目的体様等皆同一ナルヲ要セザルコト自然ノ結果ニシ
テ又連帶債務者ノ一人ニ付キ法律行爲ノ無効又ハ取消ノ原因存スルモ他ノ債
務者ノ債務ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナク其効力ヲ妨ケザルコト勿論ナリ如
何トナレハ各連帶債務者ハ各一個ノ債務ヲ負擔スレハナリ(第四三三條)

第二 連帶ノ原因 連帶ハ契約ヨリ發生スルコト最モ多シト雖モ往々ニシ
テ法律ノ規定ヨリ生スルコトアリ例ヘハ民法第四十四條第二項第七百十九條
ノ如ク又極メテ稀ナルヘシト雖モ遺言ニ因リテ連帶ヲ發生スルコトアルヘシ

第二項 連帶ノ効力

債權者ハ各債務者ニ對シテ全部ノ履行ヲ請求シ得ルコト是レ連帶ノ基本的効
力ナリ即チ債權者ハ連帶債務者中ノ自ラ選擇スル一人ニ對シテ債務全部ノ實
行ヲ要求スルヲ得ヘク其要求ヲ受ケタル者ハ檢索又ハ分別ノ抗辨ヲ爲スコト
ヲ得ズ是レ連帶ノ保證ト相異ナル要點ナリ羅馬法以來保證人ハ各檢索及ヒ分
別ヲ對抗スルノ權利ヲ有スルヲ以テ定則トスト雖モ之レ畢竟保證人ハ從タル
債務者タルニ過キサルニ因ルモノニシテ連帶債務者間ニハ主從ノ差別ナク又

連帶ハ其分別ヲ避クルノ目的ヲ以テ之ヲ創設スルモノニ外ナラザレハナリ隨
テ債權者ハ他ノ債務者ト連合シテ又ハ一人ニテモ債務全部ヲ履行セザルヘカ
ラス債權者カ債務者中ノ一人ニ對シテ既ニ訴ヲ起シタル後ト雖モ他ノ債務者
ニ對シテ起訴スルコトヲ得例ヘハ甲ナル債務者ヲ訴ヘタルモ全部ノ辨濟ヲ得
ザリシトキハ更ニ乙ヲ訴ヘ又丙ヲ訴フルコトヲ得ヘシ而シテ連帶債務者ノ全
員又ハ其中ノ數人カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ債權者ハ其債權ノ全額ニ付
キ各財團ノ配當ニ加入スルコトヲ得ルモノナリ是レ第四百十一條ノ規定スル
所ニシテ舊民法ノ規定ニ比スレハ債權者ヲシテ縱令債務者ノ全員カ破産ノ宣
告ヲ受ケタル場合ニ於テモ尙ホ全部ノ辨濟ヲ受ケルコトヲ得セシムル場合多
カルヘク連帶ノ効力ヲ確實ナラシムルモノナリ連帶債權者ハ恰モ質債權者或
ハ抵當債權者ノ如ク強力ナル權利ヲ得シコトヲ欲シ殊ニ債務者ノ無資力ナル
場合ニ生スルコトアルヘキ損失ヲ避ケンコトヲ欲シ爲ニ連帶ヲ約スルモノナ
レハ第四百四十一條ニ於テ採用シタル主義ハ最モ當事者ノ意思ニ適合シ連帶
ノ効力ヲ正當ノ範圍ニ認メタル規定ナリト謂フヘシ

連帶債務ハ數個ノ債務ニシテ各連帶債務者ハ各一個ノ債務ヲ負擔スルモノナ
レハ連帶債務者中法律行為ノ當時精神錯亂ニ居リタル者又ハ無能力者アルモ
其者ノ行為不成立ナルニ止リ又ハ其者ニ限リ之ヲ取消シ得ルニ止リ他ノ債務
者ノ債務ニハ毫モ何等ノ影響ヲ及ボサザルコト當然ノ事理ナリ然リト雖モ各
連帶債務者ハ各別箇ノ債務ヲ負擔スルモノナリトノ理論ヲ一貫スルトキハ往
々當事者ノ意思ニ反シ實際ノ不便ヲ生シ加之不公平ノ結果ヲ來スヲ以テ左ノ
六事項ニ限リ他ノ債務者ニ對シテモ其効力ヲ生スルモノト爲セリト雖モ之レ
實ニ明文ノ規定アリテ始メテ生シ得ヘキモノナレハ其他ノ事項ハ決シテ他ノ
債務者ニ對シテ其効力ヲ生セザルコト勿論ナリ(第四四〇條)

一 履行ノ請求 連帶債務者ノ一人ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲セハ總債務者
ニ對シテ爲セシト同シク總テノ債務者ニ對シテ其効力ヲ生ス連帶債務ニ於テ
ハ債權者ハ各債務者ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ一債務者ニ
對スル履行ノ請求ハ他ノ債務者ニ對シテモ亦其効力ヲ生スルモノトナサズ
ハ債權者カ一債務者ニ對シテ履行ノ請求ヲ爲シ得ルトノ權利ハ實益ヲ生セザ

ルノ虞ナシトセス隨テ連帶ノ効力ヲシテ薄弱ナラシム是レ第四百三十四條ノ
規定アル所以ナリ而レテ此規定ノ結果トシテ時効中斷及ヒ付遲滞ノ二事項ヲ
生ス即チ請求ハ第四百七條第一號ニ因リ時効中斷ノ原因ナレハ一債務者ニ
對シテ請求ヲ爲セハ同時ニ各債務者ノ爲ニ時効ヲ中斷スルノ効力ヲ生ス又債
務ニ期限ノ定ナキ場合ニ於テハ一債務者ニ對シテ請求ヲ爲セハ同時ニ各債務者
ノ爲ニ遲滞ノ責任ヲ生ス(第四三四條)

二 更改 連帶債務ハ數個ノ債務ナリトノ理論ヲ貫徹スレハ連帶債務者ノ
一人カ債權者ニ對シ更改契約ヲ爲セハ其債務者ノ債務ハ消滅スヘシト雖モ其
更改ニ關與セザル他ノ債務者ノ債務ハ何等ノ影響ヲ受クルコトナク依然存在
スヘキモノナリ然リト雖モ此場合ニ於ケル當事者ノ意思ハ舊債務ヲ全然消滅
セシメ之ニ代フルニ新債務ヲ發生セシムルニアルコト普通ナレハ法律ハ一債
務者ト債權者トノ間ニ更改アリタルトキハ債權ハ總債務者ノ利益ノ爲ニ消滅
スト規定シ(第四三五條)更改ノ効力ヲ他ノ債務者ニモ及スモノト爲セリ勿論當
事者カ反對ノ意思ヲ有セシトキハ其意思ヲシテ効力ヲ有セザル而シテ更改ニ

因リテ生シタル新債務ハ更改ヲ爲シタル債務者ノミ之ヲ負擔ス
 更改ヲ爲シタル債務者ハ自己ノ出捐ヲ以テ共同ノ免責ヲ得タルモノナルカ故
 ニ他ノ債務者ニ對シ各自ノ負擔部分ニ付キ求償權ヲ有ス而シテ更改ニ因リテ
 發生シタル債務カ舊債務ヨリ大ナルトキト雖モ舊債務ノ負擔部分ニ付テノミ
 求償スルコトヲ得ルモノナリ又更改ニ因リテ發生シタル債務カ舊債務ヨリ小
 ナルトキハ他ノ債務者ニ對スル求償權ノ範圍ハ新債務ノ割合ニ應スヘキモノ
 ナラサルヘカラス否ラサレハ更改ヲ爲シタル債務者ハ却テ更改ヲ爲レタルカ
 爲ニ利益ヲ得ルノ結果ヲ生スヘケレハナリ

三 相殺 相殺ハ債權消滅ノ一原因ナリ隨テ債權者カ一債務者ニ對シ履行
 ノ請求ヲ爲シタルニ當リ請求ヲ受ケタル債務者カ債權者ニ對シ債權ヲ有レ而
 シテ其相殺ヲ對抗シタルトキハ連帶債務ハ相殺ニ因リテ全ク消滅シ總債務者
 ノ利益ト爲ルヘキハ恰モ一債務者カ辨濟ヲ爲シタルト一般ナリ然リト雖モ履
 行ノ請求ヲ受ケタル債務者カ相殺ノ原因ヲ有セスシテ他ノ債務者カ相殺ノ原
 因ヲ有スルトキハ其債務者ハ他ノ債務者ノ債權者ニ對スル債權ヲ以テ相殺ヲ

新商法ノ施行ト我講義錄

新商法ノ施行期日ハ本年六月十六日ト確定シ舊商法ハ新商法ノ施行ト同
 時ニ其効力ヲ失フヘシ此際新商法ノ研究ハ一日モ忽ニスヘカラサルナリ
 我講義錄ハ新商法ノ公布ト同時ニ其講義ヲ掲載シ始メ今ヤ各編共ニ漸ク
 佳境ニ入レリ而シテ梅博士ノ商法修正要領ハ前號(二部六號)ヨリ掲載シ來
 リ尙ホ次號ヨリハ富谷博士ノ手形法及ヒ粟津學士ノ保險法ヲ掲載スヘシ

○既刊講義錄 先月廿五日卅日ニ發行シタル二部三部ノ目次左ノ如シ

第二部

第六號 商法修正要領梅博士
 破產法 鈴木學士
 海商法 加藤學士
 商法總則 杉本學士
 對清貿易擴張有賀學士
 經濟學 金井博士
 財政學 高野學士
 經濟學 高野學士

第三部

第六號 國際公法 秋山學士
 行政法 竹井學士
 刑法總論 古賀學士
 刑法各論 勝本學士
 憲法 副島學士

明治三十二年五月四日印刷
明治三十二年五月五日發行

編輯者 東京市芝區矢來町三番地
上野政雄

印刷者 東京市芝區西ノ久保町北町十一番地
金子鐵五郎

印刷所 東京市芝區西ノ久保町北町十一番地
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)

明治廿二年十二月九日內務省許可

○入學志望者ハ此際至急入學スルコトヲ要ス若シ
シ滿員ニ達スル時ハ入學ヲ謝絶スルコトアル
ヘシ

○月謝ハ滞ナク前納スルコトヲ要ス月謝前納ノ
分ニ對シテハ必ス發行期日ニ發送スヘシト雖
モ月謝前納ナキ分ニ對シテハ發送ヲ停止ス

○月謝金ノ切レタルトキハ封皮ニ月謝切ノ印ヲ
押捺スヘキニ固リ至急送金スヘシ

若シ二ヶ月以上送金ナキトキハ缺本ヲ生シタ
ル場合ニ於テ送本セサルモ異議ヲ申立ツルコ
トヲ許サス