法政大学学術機関リポジトリ
HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2024-07-27

和仏法律学校講義録

加古，貞太郎 / 若槻，禮次郎 / 掛下，重次郎 / 前田，孝階 / 遠藤，忠次

(出版者 / Publisher)
和佛法律學校
(巻 / Volume)
1-21
(開始ページ / Start Page)
1
(終了ページ / End Page)
43
(発行年 / Year)
1899-12-05

私法學會講義錄

第壹編

毎月貳回

第貳拾壹號

目次

民事訴訟法（自第三編至第五編）（自一三頁至三六頁）法律學士 前田孝階

强制執行（自八五頁至九六頁）法學士 遠藤忠次

親族法（自一八九頁至二〇四頁）法律學士 掛下重次郎

民法物權（物上擔保）（自一〇五頁至一二〇頁）法學士 加古貞太郎

相續法（自一六九頁至一八〇頁）法學士 若槻禮次郎

ス隨テ控訴狀ニ當事者ノ氏名ナキモ別ニ差支ヲ生スルコトナカルヘシ之ニ反シ我カ民事訴訟法ニ於テハ其第百三十六條ニ送達ハ裁判所書記職權ヲ以テ之ヲ爲サシムトアリ此規定ニ依リテ考フルニ送達ハ當事者ノ意思如何ニ關セス裁判所書記職權ヲ以テ之ヲ爲スヘキモノニシテ所謂職權送達ノ制ニ依リタルモノナリ故ニ訴又ハ控訴ノ提起ハ訴狀又ハ控訴狀ノ送達ノ時ニ於テ其効力ヲ生セシメス之ヲ裁判所ニ提出シタル時ニ於テ已ニ其効力ヲ生セシムルニ至リタルモノナルヘシ隨テ第一審判決ノ確定モ亦當事者カ控訴狀ヲ控訴裁判所ニ提出シタル時ニ於テ遮斷セラルヽニ至リタルモノナリ然ルニ裁判所書記職權ヲ以テ控訴狀ノ送達ヲ爲スニ際シ當事者ノ氏名ナキトキハ實際其送達ヲ爲スコト能ハサルニ至ラン蓋シ控訴狀ニ當事者ノ氏名ヲ表示スヘキハ所謂注意的要件ノ内ニ包含セラルヽモノナリト雖モ其表示タルヤ所謂必要事項ニアラサルヲ以テ當事者ノ氏名ナキモ控訴狀タルニ妨ナシ隨テ理論上ニ於テハ送達ヲ爲スコト能ハサルノ場合ヲ生スルノ懼ナシト云フコトヲ得ス幸ニ今日ノ實際ニ於テハ控訴狀ニ當事者ノ表示ナキモノ非サルヲ以テ實際上敢テ不都合ヲ感

スルコトナシト雖モ少クモ法律ノ文面上ニ於テハ不都合ヲ生シ得ヘキモノナリ之ニ反シテ控訴裁判所ノ表示ハ別ニ其必要ヲ見ス何トナレハ控訴狀ヲ相手方ニ送達スル際ニハ裁判長ハ辯論期日ヲ定メテ當事者ヲ呼出スヘキモノナルカ故ニ控訴裁判所ノ何レナルヤハ常ニ當事者ニ於テ之ヲ知ルコトヲ得ヘキヲ以テナリ

控訴狀ニハ必要事項ノ外準備事項ヲ記載スヘキモノトス而シテ其準備事項ニ付テハ準備書面ニ關スル一般ノ規定ニ從フヘキモノナリ特ニ準備事項トシテ掲クヘキハ第一審判決ニ對スル不服ノ程度及ヒ第一審判決ヲ如何ニ變更スヘキヤノ申立是ナリ但此等ノ事項ハ必要的事項ニ非サルカ故ニ控訴狀ニ其記載ヲ缺クモ敢テ控訴狀タルヲ妨ケス唯一ノ制裁トモ云フヘキハ控訴人カ控訴狀ニ準備事項ヲ掲ケサリシカ爲メ辯論ノ延期又ハ辯論續行ノ期日ヲ定ムル必要ヲ生シタル場合ニ於テハ控訴狀ニ準備事項ヲ掲ケサル當事者ハ訴訟ノ勝敗如何ニ拘ハラス其過失ニ因リテ生シタル訴訟費用ヲ負擔セサルヘカラス然レトモ此事項ノ記載ナキトキト雖モ之カ爲メニ當事者ハ實體上ノ權利ヲ害セラルヽコトナキモノナリ

控訴期間ハ一个月トス此期間ハ所謂不變期間ニシテ裁判所ノ休暇ニ因リテ停止スルコトナク又當事者ノ合意ニ因リテ短縮又ハ伸張セラルヽコトナシ

控訴期間ノ起算點ハ不服ヲ申立テラレタル判決ノ送達ナリ此送達ハ當事者ノ住所ノ遠近ニ因リテ自ラ遲速アルヲ免レス故ニ控訴期間モ亦各當事者ニ對シテ獨立シテ進行スルモノトス獨乙民事訴訟法ハ此點ニ付キ我カ民事訴訟法ト同シカラス即チ獨乙民事訴訟法第百九十八條ニ曰ク「送達ヨリ起算スル法定期間及ヒ判事ノ定メタル期間ノ進行ハ送達ヲ爲サシメタル原告若クハ被告ニ對シテモ亦其送達ヲ以テ始マル」ト此規定ニ依レハ裁判所カ職權ヲ以テ判決ノ送達ヲ爲ス場合ヲ除キ申立ニ因リテ送達ヲ爲ス場合ニ於テハ控訴期間ハ當事者双方ニ對シ同時ニ進行スルモノナリ之ニ反シ我カ民事訴訟法ニ於テハ送達ハ裁判所書記職權ヲ以テ之ヲ爲ス丿ミナラス獨乙民事訴訟法第百九十八條ノ如キ規定ナキヲ以テ控訴期間モ亦當事者ニ對シ判決送達ノ日ヨリ各別ニ進行スヘキモノナリ

一个月ノ不變期間ハ狹義ニ之ヲ解スヘシ即チ其期間ノ經過後及ヒ其期間ノ進行前ニ於テハ控訴ヲ爲スヲ得ス此規定ニ反シタル控訴ハ不適法タルモノトス（第四百條第二項）

然レトモ第一審ノ判決ニ對シ其控訴期間內ニ追加裁判（第二百四十二條）ノ言渡ヲ爲シタル場合ニ於テハ第四百條第三項ニ於テ特別ノ規定ヲ設ケ控訴期間ノ進行ハ最初ノ判決ニ對シテモ追加裁判ノ送達ヲ以テ始マルモノト爲セリ蓋シ追加判決ナルモノハ獨立シタル一部判決ニシテ最初ノ判決ノ一部ヲ爲スモノニ非サルヲ以テ追加判決ニ對スル控訴ノ期間ハ其判決ニ付キ獨立シテ進行ス即チ最初ノ判決ノ送達ヨリ一个月ノ期間經過ノ後追加判決ノ言渡アルカ又ハ追加判決ノ申立ヲ却下シタルトキハ控訴期間ハ追加判決ニ對シ獨立シテ進行ス但最初ノ判決ノ控訴期間內ニ追加判決ノ言渡アリタルトキハ當事者カ已ニ最初ノ判決ニ對シ控訴ヲ爲シタルト否トニ關セス控訴期間ハ右二箇ノ判決ニ對シ追加判決ノ送達ヲ以テ始マル

此規定ノ目的タルヤ當事者ヲシテ右二箇ノ判決ニ對シ各別ニ控訴ヲ爲スノ手

數ヲ省略セシムルニ在リ然レトモ此規定タルヤ極メテ不都合ノ結果ヲ來タスコトアリ蓋シ控訴期間內ニ追加判決ノ言渡アリタルトキハ控訴期間ハ最初ノ判決ニ對シテモ送達ヲ以テ始マルト規定セルカ故ニ追加判決ノ送達前ニ於テハ最初ノ判決ニ對シテモ未タ控訴期間ノ進行ヲ始メサルモノト云ハサルヲ得ス是ヲ以テ最初ノ判決ニ對シ控訴ヲ提起シ而シテ其後控訴期間ノ未タ經過セサル前ニ於テ追加判決ノ言渡アリタルトキハ最初ノ判決ニ對シ提起シタル控訴ハ控訴期間ノ始マラサル前ニ於ケル控訴ナルカ故ニ其控訴ハ無効ニ歸セサルヲ得ス（第四百條第二項）假リニ獨逸民事訴訟法第四百七十八條ノ如ク追加判決ノ言渡アリタルトキハ控訴期間ハ最初ノ判決ニ對シテモ追加判決ノ送達ヨリ更ニ之ヲ起算スルノ意ナリト爲シ隨テ追加判決前ニ爲シタル控訴ハ無効ナラストスルモ尙ホ不道理ノ結果ヲ生スルニ至ラン如何トナレハ一月一日ニ最初ノ判決ノ送達ヲ受ケ一月三十日ニ追加判決ノ言渡アリ而シテ二月二十日ニ追加判決ノ送達ヲ受ケタリトセハ二月一日ヨリ十九日ノ間ニ於テハ最初ノ判決ニ對シテハ控訴期間ノ經過シタルカ爲メ控訴ヲ爲スヲ得サルニ拘ハラス二月二

十日ニ追加判決ノ送達アリタルカ爲メ二月二十日ヨリ一个月間ハ最初ノ判決ニ對シ更ニ控訴ヲ爲スヲ得ルニ至レハナリ

以上陳述シタル控訴狀ノ方式、控訴期間及ヒ控訴ヲ爲スノ要件ハ裁判所ノ職權調査ニ係ルモノトス我カ訴訟法第四百二條ニ依レハ裁判長ハ左ノ點ニ關シ職權上調査ヲ爲シ若シ其違法ナルコト明カナルトキハ命令ヲ以テ控訴ヲ却下スヘク之ニ反シテ其控訴ヲ適法ナリト認ムルトキハ口頭辯論ノ期日ヲ定メ書記ヲシテ當事者ヲ呼出サシムヘキモノトス

口頭辯論ノ期日ニ呼出スハ控訴人及ヒ被控訴人ナルコト勿論ナリ而シテ共同訴訟ノ場合ニ於テモ權利關係カ合一ニノミ確定スヘキモノニ非サル以上ハ共同訴訟人ハ各別ニ訴訟行爲ヲ爲スモノナルカ故ニ控訴ヲ爲シタル共同訴訟人若クハ被控訴人タル共同訴訟人ノミヲ呼出スヘシ然レトモ共同訴訟ノ場合ニ於テ權利關係カ合一ニノミ確定スヘキモノナルトキハ控訴ヲ爲シタル共同訴訟人ノミヲ呼出スヘキモノナルヤ又ハ第一審ニ於ケル總テノ共同訴訟人ヲ呼出スヘキモノナルヤニ付テハ大ニ疑ノ存スル所ナリ獨逸民事訴訟法ニ於テハ

此點ニ付テ敢テ疑ヲ存セサルモノヽ如シ如何トナレハ其第六十條ニ於テ「共同訴訟人カ相手方ヲ期日ニ呼出ストキハ其他ノ共同訴訟人ヲモ亦呼出スコトヲ要ス」ト規定スレハナリ然レトモ我カ訴訟法ニ於テハ此ノ如キ規定ナクシテ單ニ第五十條第四項ノ規定アルノミナルヲ以テ共同訴訟人ノ一人カ控訴ヲ爲シタルトキハ他ノ共同訴訟人ヲモ呼出スヘキモノナルヤ否ヤノ疑ヲ生ス現行ノ手續ニ依レハ他ノ共同訴訟人ヲ呼出スコト無キノミナラス現行訴訟法ノ規定ニ於テモ場合ニ依リ他ノ共同訴訟人ヲ呼出スニ困難ナルコト無キニシモ・アラス然レトモ共同訴訟ニ關スル第五十條ノ規定ニ依リ之ヲ推究スルトキハ他ノ共同訴訟人ヲモ呼出スヲ正當ナリト信ス但此點ニ關シテハ共同訴訟ニ關スル說明ヲ參照スヘシ

第三節　附帶控訴

前ニ述ヘタル如ク第一審ノ終局判決ニ對シテ不服アル當事者ハ原告タルト被告タルトヲ問ハス控訴ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ故ニ第一審ノ判決ニ對シテ原告カ控訴ヲ爲シタル場合ニ於テ其判決ニ對シ不服ヲ懷ク所ノ被告モ亦之ニ

對シテ控訴ヲ爲スコトヲ妨ケス斯ノ如ク當事者ノ雙方ヨリ控訴ヲ爲シタル場合ニ於テハ控訴裁判所ハ其二个ノ控訴ニ付キ辯論並ニ裁判ヲ併合スヘキモノナリ然レトモ當事者ノ一方カ判決ニ對シテ控訴ヲ爲シタル場合ニ於テ相手方モ亦之ニ對シテ不服ノ申立ヲ爲スニ付テハ必スシモ獨立シタル控訴ノ方法ニ依ルコトヲ要セスシテ訴訟法上其不服申立ニ關スル一ノ便法ヲ認メタリ即チ當事者ノ一方カ控訴ヲ爲シタル場合ニ相手方モ同ク不服ノ申立ヲ爲サントスルトキハ控訴ノ口頭辯論ニ於テ該判決ニ對スル不服ヲ申立テ同時ニ原判決ノ覆審ヲ求ムルコトヲ得セシメタリ之ヲ附帶控訴ト云フ

斯ノ如ク當事者ノ一方ヨリ控訴アリタル場合ニ相手方カ其控訴ニ附帶シテ不服ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルニハ既ニ自己ノ控訴期間ノ經過シタル後ナルト自ラ控訴權ヲ拋棄シタル場合ナルトヲ問ハサルナリ然レトモ附帶控訴ヲ爲スニハ普通控訴ヲ爲シ得ヘキ事件ナラサルヘカラス換言セハ附帶控訴ヲ爲サントスル事件ニシテ元來控訴ヲ爲シ得サルモノナルトキハ附帶控訴ノ方法ニ依ルモ亦不服ヲ申立ツルコトヲ得ス例ヘハ闕席判決ニ對シ故障ヲ以テ不服ヲ申立テ得ルモノハ之ニ對シテ獨立ノ控訴ヲ爲スコトヲ得ス又訴訟費用ノ點ノミニ限リタル判決ニ對シテハ獨立ノ控訴ヲ許サヽルモノナリ故ニ此等ノ事件ニ付テハ縱令附帶控訴ノ方法ニ依ルモ之ニ對シテ不服ヲ申立ツルコトヲ得サルモノトス此等ノ場合ヲ除キテハ被控訴人ハ常ニ控訴權ヲ有ス從テ附帶控訴ヲ爲スコトヲモ得ルモノトス唯茲ニ一ノ疑問ト爲ルヘキハ若シ被控訴人カ自己ノ控訴ヲ取下ケタル場合ニ於テモ尙ホ附帶控訴ヲ爲シ得ヘキヤ否ヤ是ナリ民事訴訟法第四百五條ニハ被控訴人カ自己ノ控訴ヲ拋棄シタル場合並ニ控訴期間ヲ經過シタル場合ニ於テモ尙ホ附帶控訴ヲ爲シ得ヘキコトヲ規定スルモ控訴取下ノ場合ニ付キテハ何等ノ規定スル所ナシ飜テ控訴取下ニ關スル訴訟法ノ規定ヲ見ルニ上訴ノ取下ニ付テハ特別ノ効果ヲ認メ上訴ノ取下ハ上訴權ヲ喪失セシムルモノト爲セリ此趣旨ヨリ觀察スレハ被控訴人カ一度控訴シタル後之カ取下ヲ爲ストキハ最早控訴ヲ爲スコトヲ得ス從テ附帶控訴ヲモ爲スコトヲ得サルノ結果ヲ生ス然レトモ又之ヲ他ノ方面ヨリ見ルニ被控訴人ハ控訴權ヲ拋棄シタル場合及ヒ一个月ノ不變期間ヲ經過シテ控訴權ヲ失シタル場合ニ

於テモ尚ホ附帯控訴ヲ爲スコトヲ許セル以上ハ取下ヲ爲シタル場合モ當然附帯控訴ヲ爲スコトヲ得ト云フモ敢テ不當ノ論決ニアラス余ハ暫ク之ヲ疑問トシテ諸君ノ研究ニ資セントス

附帯控訴ハ必スシモ控訴ノ全部ニ對シテ爲スコトヲ要セス其一部ニ對シテモ亦之ヲ爲スコトヲ得加之控訴人カ控訴ニ依テ前判決ノ變更ヲ求メサル部分ニ付テモ尚ホ附帯控訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ蓋シ控訴人カ不服ノ申立ヲ爲シタルハ實際原判決ノ或一部ニ限レルトキト雖モ特別ノ場合ノ外ハ其控訴ハ第一審判決ノ全部ニ對シテ爲サレタルモノト看做サヽルヘカラサレハナリ而シテ所謂特別ノ場合トハ控訴人カ爲シタル控訴カ原判決ノ全部ニ對セサルコト明ナル場合例ヘハ控訴人カ判決ノ全部ニ付キ控訴シナカラ後日ニ至テ其一部ニ對スル控訴ノ取下ヲ爲シタル場合ノ如シ此等ノ場合ニ於テハ其取下ケタル部分ニ付テハ被控訴人ハ附帯控訴ヲ爲スコトヲ得サルヘシ然レトモ前判決ノ全部カ當然控訴審ニ移ルカ如キ場合ニ於テハ控訴人ヨリ何等變更ノ申立ナキ部分ニ付テモ被控訴人ハ附帯控訴ヲ爲スコトヲ妨ケス

元來附帯控訴ハ其文字ノ示スカ如ク控訴ニ附帯シテ生スルモノナルカ故ニ常ニ附帯ノ性質ヲ失フ能ハサルモノトス從テ附帯控訴ハ必ス本訴ト其運命ヲ共ニス其結果トシテ本控訴カ不適法トシテ却下セラルヽカ又ハ其取下アリタルトキハ附帯控訴モ亦當然消滅ニ歸スルモノトス何トナレハ控訴カ不適法ナルトキハ控訴ハ決シテ其効力ヲ生セス又控訴ノ取下アルトキハ其控訴ハ始ヨリ提起セラレサルト同一ニ歸スヘキヲ以テ何レノ場合ニ於テモ附帯スヘキ本控訴ナケレハナリ斯ノ如ク本控訴ノ取下ハ附帯控訴消滅ノ原因ト爲ルヲ以テ訴訟法ハ被控訴人ノ利益ヲ保護スル爲メ控訴ニ付キ辯論アリタル後ニ於テハ相手方ノ承諾ヲ得サレハ控訴ノ取下ヲ爲スコトヲ得スト爲セリ蓋シ至當ノ規定ナリトス然レトモ此點ニ付テモ亦取除ノ場合アリ即チ被控訴人カ其控訴期間内ニ附帯控訴ヲ爲シタル場合是ナリ此場合ニ於テハ縱令本控訴カ取下ケラルヽモ又不適法トシテ却下セラルヽモ被控訴人カ爲シタル附帯控訴ハ獨立ノ控訴トシテ有効ニ存立スルモノトス斯ノ如ク附帯控訴カ被訴人ノ控訴期間内ニ提起セラレタルト否トハ其消長ニ重大ノ關係アルカ故ニ附帯控訴ハ何レノ時

期ニ於テ提起セラレタリト看做スヘキヤ詳言スレハ附帯控訴ノ提起ハ辯論ノ際其申立ヲ爲シタル當時ニ在ルヤ將タ答辯書ニ附帯控訴ヲ爲ス旨ヲ掲ケ之ヲ提出シタル時ニ在ルヤヲ定ムルコトヲ要ス

此問題ニ關シテハ訴訟法上何等ノ明文ナキヲ以テ學者間ニ多少議論アル所ナリ今一般ノ規定ヨリ觀察スルニ附帯控訴ニ因テ判決ヲ受ケントスル事項ハ口頭辯論ニ於テ申立テサルヘカラサルカ故ニ附帯控訴モ亦辯論ニ於テ申立ヲ爲シタル時ニ始メテ提起セラレタルモノト看做スヲ妥當ト信ス從テ附帯控訴ノ提起カ被控訴人ノ控訴期間内ニ在ルヤ否ヤハ被控訴人カ辯論ニ於テ之ヲ申立テタル時期ヲ標準トシテ定ムヘキモノトス然レトモ附帯控訴ノ申立ヲ爲シタル時期カ被控訴人ノ控訴期間經過後ニ在リタルトキハ其附帯控訴ハ常ニ本控訴ニ伴テ消滅スト云フコトヲ得スシテ此場合ニ於テハ更ニ被控訴人カ附帯控訴ヲ爲ス旨ヲ掲ケタル答辯書又ハ他ノ準備書面カ控訴狀ニ必要ナル事項ヲ具備シタルヤ否ヤヲ區別シテ論セサルヘカラスト信ス若此等ノ書面カ附帯控訴ニ關シ控訴狀トシテ掲クヘキ必要事項ヲ具備セルトキハ單ニ其控訴カ附帯ナル名稱ノ下ニ提起セラレタル點ニ因リ直チニ本控訴ト共ニ消滅ニ歸セシムヘキモノニアラスシテ其準備書面提出ノ時期ニシテ被控訴人ノ控訴期間内ニ在ル以上ハ附帯控訴ハ之ヲ獨立ノ控訴ト看做スコトヲ妨ケサルナリ

右述フルカ如ク附帯控訴ハ本控訴ト其運命ヲ共ニスルモノニシテ本控訴カ取下又ハ却下ト爲リタル場合ニハ附帯控訴モ亦其効力ヲ消滅スルモノナレトモ附帯控訴カ被控訴人ノ控訴期間内ニ提出セラレタルトキハ本控訴ノ如何ニ關セス獨立シテ殘存スルモノナリ然レトモ其獨立シテ殘留スル所ノ控訴ハ勿論法律上控訴シ得ヘキ事件ナラサルヘカラス例ヘハ民事訴訟法ノ規定ニ依リ本案ノ判決ニ對シテ控訴アリタル場合ニ於テ相手方カ費用ノ點ニ關シ附帯控訴ヲ爲シタルニ後日ニ至リ本控訴カ取下又ハ却下ト爲リタルトキハ其附帯控訴ハ縱令被控訴人ノ控訴期間内ニ提起セラレタリトスルモ裁判所ハ不適法トシテ其控訴ヲ却下セサルヘカラス何トナレハ民事訴訟法ノ規定ニ依レハ訴訟費用ノ點ノミニ關スル控訴ハ獨立シテ之ヲ提起スルコトヲ許サヽレハナリ

附帯控訴ハ訴訟ノ辯論終結ニ至ル迄之ヲ提起スルコトヲ得ヘシト雖モ控訴人

カ辯論期日ニ闕席シタルトキハ被控訴人ハ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ附帶控訴ハ前述ヘタルカ如ク被控訴人カ辯論ニ於テ其申立ヲ爲スニ因テ効力ヲ生スルモノナルカ故ニ控訴人カ闕席シタル場合ハ訴訟ニ付テノ辯論アルコトナケレハナリ

第四節　控訴ノ効力

適法ニ提起セラレタル控訴ハ二个ノ効力ヲ生ス即チ停止及ヒ移審ノ効力是ナリ

第一、停止ノ効力

停止ノ効力トハ第一審判決ノ形式上ノ確定ヲ停止スルニ在リ而シテ判決カ訴訟手續上ニ於テ確定セサルトキハ從テ左ノ効果ヲ生ス

(一) 判決ノ實質上ノ確定ヲ停止スルコト

判決カ訴訟手續上ニ於テ未タ確定セサルトキハ其判決ヲ受ケタル事項モ亦自ラ確定スルコトヲ得ス故ニ若當事者ノ一方カ控訴ヲ爲シタルニ拘ハラス更ニ同一事件ニ付キ訴ヲ起ストキハ其相手方ハ民事訴訟法第百九十五條ノ規定ニ依リ權利拘束ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ルノミナラス其實質ノ確定セサル點ヨリ其訴訟ニ對シテハ一事再理ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得サルモノトス換言スレハ其訴訟ノ目的ハ裁判上未タ確定セサルカ故ニ一事不再理ノ原則ニ因リ更ニ同一事件ニ付キ裁判ヲ受クルコトヲ得ストノ抗辯ヲ爲スコトヲ得サルヘシ

(二) 第一審判決ノ趣旨ニ從テ爲スヘキ手續ヲ停止スルコト

民事訴訟法第二百七條及ヒ第二百二十八條ノ規定ニ依レハ妨訴ノ抗辯ヲ理由ナシトスル中間判決ヲ下シ又ハ請求ノ原因及ヒ數額ニ付キ爭アル場合ニ裁判所カ先ツ其原因ニ付キ正當ナリトノ判決ヲ爲シタルトキハ裁判所ハ進テ其後ノ手續ヲ爲サヽルヘカラス即チ前ノ場合ニ在テハ本案ニ付キ審理裁判ヲ爲シ後ノ場合ニ在テハ爭アル數額ニ付テノ裁判ヲ爲サヽルヘカラス然レトモ此等ノ中間判決ニ對シテハ特ニ上訴ヲ爲スコトヲ許シアルカ故ニ若シ其判決ニ對シテ控訴ヲ爲ス者アルトキハ控訴本來ノ性質トシテ第一審裁判所ハ其判決ノ趣旨ニ從テ爲スヘキ後ノ訴訟手續ヲ停止

スヘキコト素ヨリ論ヲ俟タス然レトモ民事訴訟法ハ此場合ニ對スル特別ノ規定ヲ設ケ第一審裁判所カ其後ノ手續ヲ繼續スルコトヲ許セリト雖モ其性質ハ全ク條件附ノモノニ過キサルカ故ニ控訴裁判所ノ判決ノ趣旨如何ニ因リ其手續ハ總テ無効ニ歸スルコトナキヲ保セス例ヘハ第二審裁判所カ前ノ第一審裁判所ノ中間判決ヲ變更シ妨訴抗辯ヲ理由アリトシ又ハ訴ノ原因ナシトノ判決ヲ下シタル場合ノ如シ

又强制執行ハ確定判決ニ因テ爲スコトヲ一般ノ原則トス然レトモ或場合ニ於テハ判決ノ確定ヲ待タスシテ之カ執行ヲ爲シ得ヘキ場合アリ即チ民事訴訟法第五百一條以下ニ規定シタル所ノ假執行ノ宣言ヲ付シタル場合是ナリ此點ヨリ考フルトキハ控訴ハ第一審判決ノ趣旨ニ從テ爲スヘキ手續ヲ停止スルコトナキカ如シ然レトモ此場合トテモ前述ヘタル所ト同一趣旨ニ歸スルモノニシテ即チ其執行ハ全ク假定ノ性質ヲ有スルモノナルカ故ニ控訴裁判所ニ於テ其判決ヲ變更シタルトキハ既ニ爲シタル假執行ハ當然消滅ニ歸セサルヲ得ス故ニ當事者ノ一方ノ申立アルトキハ假執行

ヲ停止シ又ハ自ラ爲シタル執行々爲ヲ取消スコトヲ得ルモノナリ

第二、移審ノ効力

移審ノ効力トハ訴訟ノ一定ノ範圍ニ於テ控訴裁判所ノ審理裁判ヲ受クルコトヲ云フ此効力モ亦控訴カ適法ニ提起セラレタル場合ニ生スヘキモノニシテ控訴カ法律上許サレサルモノナルトキハ之ニ依リテ移審ノ効力ヲ生スルコトナシ而シテ適法ナル控訴ノ提起ニ因テ生スル移審ノ効力ハ必スシモ當事者カ第一審ニ於テ爲シタル辯論ノ總テノ爭點及ヒ第一裁判ノ全部ニ對シテ其効力ヲ生スルモノニアラスシテ此點ニ付テハ法律上二樣ノ制限ヲ受ケサルヘカラス左ニ之ヲ分說スヘシ

(一) 控訴裁判所ハ控訴ニ係ル判決ノ事項ニ付テノミ裁判ヲ爲スヘキモノトス此制限ヨリ左ノ結果ヲ生ス

(イ) 控訴セラレタル判決ニ於テ棄却若クハ認可セラレサリシ請求ハ控訴審ノ裁判ノ目的ト爲ルコトヲ得ス

故ニ第一審裁判所ニ於テ判決ヲ脫漏シタルトキハ控訴裁判所ハ其脫漏

ノ部分ニ對シテ審理裁判スルコトヲ得ス但當事者カ第一審裁判所ニ補充判決ノ申立ヲ爲シ其判決ヲ受ケタルトキハ更ニ之ニ對シ控訴ヲ爲シ得ルコト明カナリ

(ロ) 控訴セラレタル判決前ノ裁判ニシテ不服ヲ申立ツルコトヲ得ストノ規定アルモノ及ヒ抗告ヲ以テノミ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルモノハ控訴審ノ審査ヲ受クヘキ限ニ在ラス

前述ヘタルカ如ク控訴ハ終局判決ノミニ對シ爲スコトヲ得ヘキモノニシテ或場合ヲ除クノ外ハ中間判決其他ノ裁判ニ對シテ控訴ヲ爲スコトヲ得サルモノトス然レトモ是レ唯タ獨立シテ控訴ヲ爲スコトヲ得スト云フニ止マリ終局判決ニ對シテ控訴アルトキハ控訴裁判所ハ其終局判決前ニ言渡サレタル中間判決ニ關スル事項ニ付テモ亦審査スルコトヲ得ヘシ蓋シ前ニ陳述シタルカ如ク中間判決中ニハ特ニ上訴ニ關シテ終局判決ト看做サルヽモノアリ此種ノ中間判決ニ對シ控訴期間内ニ獨立ノ控訴ヲ爲サヽルトキハ其中間判決ハ茲ニ確定スルカ故ニ縱令終局判決ニ對シテ控訴アリタル場合ニ於テモ既ニ確定シタル中間判決ニ關シテハ決シテ控訴裁判所ノ審査ヲ受ケサルコト明ナリ加之法律上不服ヲ申立ツルコトヲ得スト規定シタル裁判(民事訴訟法第二十八條第百二十七條第百九十七條第百七十一條第二百七十三條及ヒ第五百六十八條等)及ヒ特別ノ訴訟手續並ニ强制執行ニ關シテ法律上明文アルモノ又抗告ヲ以テノミ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判即チ訴訟手續ニ關スル申請ヲ口頭辯論ヲ經スシテ却下シタル裁判ニ關シテハ控訴審ノ審理ヲ受クルコトヲ得サルモノナリ

(ハ) 移審ノ効力ハ控訴セラレタル判決ノ事項中控訴人カ不服ヲ申立タル部分ニ限ルモノトス

此結果ニ依レハ縱令判決ノ全部ニ對シテ控訴アリタル場合ナルモ控訴人カ變更ヲ申立テタル部分以外ニ付テハ控訴裁判所ハ審理裁判ヲ爲ス能ハサルモノナリ例ヘハ第一審裁判所ハ主タル請求ト從タル請求トニ付キ判決ヲ爲シタル場合ニ其判決ノ全部ニ對シ控訴アルモ控訴人カ單ニ其主タル請求ノミニ付キ變更ノ申立ヲ爲シタルトキハ控訴裁判所ハ

其從タル部分ニ付テハ審理裁判ヲ爲スコトヲ得ス然レトモ相手方ヨリ更ニ此點ニ關シ附帶控訴ニ依リ不服ノ申立ヲ爲シタルトキハ控訴裁判所ハ其總テノ部分ニ付キ審理裁判ヲ爲シ得ヘキヤ論ヲ俟タス又控訴人カ第一審ニ於テハ貸金千圓ノ辨濟ヲ請求シタルニ控訴審ニ於テハ單ニ八百圓ノ辨濟ヲ請求シタルトキハ控訴裁判所ノ審理判決ハ八百圓ヲ超過スルコトヲ得ス之ヲ要スルニ控訴審ニ移審ノ効力ヲ生スルハ控訴人カ變更ヲ申立テタル部分ニ限ルモノナリ

(二) 控訴裁判所ニ於テ審理ノ末第一審判決ヲ廢棄若クハ變更スベキモノニアラスト認メタルトキハ控訴裁判所ハ其控訴ヲ棄却スヘキモノナリ之ニ反シテ控訴裁判所カ控訴ヲ理由アリト認メタルトキハ第一審ノ判決ヲ廢棄若クハ變更シ訴訟ニ付キ自ラ裁判ヲ爲サヽルヘカラス

控訴裁判所カ控訴ヲ理由ナシトシテ棄却スル場合ハ單純ニシテ手續上別ニ疑問ヲ生スル點ナシ之ニ反シテ原裁判ヲ廢棄若クハ變更シタル場合ニハ總テノ事件ニ付キ自ラ裁判ヲ爲スコト得スシテ之ヲ原裁判所ニ差戻ス場合アリ而シテ此場合ハ亦二个ニ分ツコトヲ得即チ控訴裁判所カ訴訟事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スコトヲ得ル場合及ヒ之ヲ差戻サヽルヘカラサル場合是ナリ

(イ) 控訴裁判所カ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スコトヲ得ル場合

此場合ハ民事訴訟法第四百二十三條ノ規定スル所ニシテ即チ第一審裁判所カ訴訟手續ニ關スル規定ニ違背シ其違背シタル手續ニ基キ判決ヲ下シタルトキハ其判決及ヒ違背シタル訴訟手續ヲ廢棄シ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スコトヲ得ルモノトス而シテ控訴裁判所カ此理由ニ依テ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ先ツ第一審裁判所カ違背シタル訴訟手續ノ性質ニ因テ之ヲ定メサルヘカラス若其訴訟手續カ第一審判決ノ基本タリシモノナルカ又ハ控訴裁判所ノ判決ノ基本タルヘキ訴訟手續ニ違背シタルトキハ控訴裁判所ハ其事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スコトヲ得之ニ反シテ其訴訟手續カ第一審ノ判決ニ何等ノ影響ナキトキハ控訴裁判所ハ其事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スノ必

要ナカルヘシ

又訴訟手續ヲ廢棄スルニ付テモ控訴裁判所ハ必スシモ第一審ノ訴訟手續ノ全部ヲ廢棄セサルヘカラサルニアラスシテ單ニ違法ナル訴訟手續ノミヲ廢棄スルヲ以テ足ル例ヘハ初ノ口頭辯論期日ニ當事者本人カ出頭シテ辯論ヲ爲シ其辯論延期日ニ於テ當事者ノ一方カ訴訟代理人ヲシテ辯論ヲ爲サシメ而シテ裁判所ハ其辯論ニ基キ裁判ヲ下シタルニ訴訟代理人ハ其實訴訟代理ノ權限ヲ有セサリシカ如キ場合ニ於テハ最初ノ辯論ハ何等ノ瑕瑾ナキモノナルカ故ニ唯續行ノ期日ニ於ケル辯論手續ノミヲ廢棄シ事件ヲ第一裁判所ニ差戻スノ類ナリ

(ロ) 左ニ掲クル場合ニ於テ事件ニ付キ尙ホ辯論ヲ必要トスルトキハ控訴裁判所ハ其事件ヲ第一審裁判所ニ差戻サヽルヘカラス

(一) 控訴ニ係ル判決カ闕席判決ナルトキ

闕席判決ニ對シテハ控訴ヲ爲シ得サルコトヲ一般ノ原則トス然レトモ之カ闕席判決ニ對シ故障ヲ許サヽルモノナルトキハ闕席判決ヲ受ケタル者ハ懈怠ナカリシコトヲ理由トスルトキニ限リ控訴ヲ爲シ得ヘキコトハ民事訴訟法第三百九十八條ノ規定スル所ナリ例ヘハ闕席判決ニ對シテ故障ノ申立ヲ爲シ其辯論期日ニ故障ヲ爲シタル者カ再ヒ闕席スルトキハ裁判所ハ申立ニ依リ闕席判決ヲ以テ其故障ヲ棄却スヘキモノトス而シテ此闕席判決ハ訴訟法ニ於テ新闕席判決ト稱スルモノニシテ之ニ對シテハ故障ヲ爲スコトヲ許サス故ニ此新闕席判決ヲ受ケタル者ハ懈怠ナカリシコトヲ理由トスルトキハ其判決ニ對シテ控訴ヲ爲スコトヲ得ルモノトス此場合ニ於テ控訴裁判所カ其控訴ヲ理由ナシト認メ之ヲ棄却スル場合ニハ其訴訟ニ付キ最早辯論ヲ爲スノ必要ナキカ故ニ其事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スノ要ナシ之ニ反シテ控訴裁判所カ其控訴ヲ理由アリトシテ第一審ノ闕席判決ヲ變更シタルトキハ故障ハ有効ト爲ルカ故ニ訴訟ハ闕席前ノ程度ニ復スルモノナリ從テ訴訟ノ本案ニ付キ當事者ヲシテ更ニ辯論ヲ爲サシメサルヘカラス而シテ其本案ニ付テノ辯論ハ第一審裁判所ニ於テ爲ス

ヘキモノナルカ故ニ控訴裁判所ハ其事件ヲ第一審裁判所ニ差戻サヽルヘカラサルナリ

(二) 控訴セラレタル判決カ故障ヲ不適法トシテ棄却シタルトキ

闕席判決ニ對シテ故障ヲ爲シタル場合ニ於テ裁判所カ其故障ヲ不適法トシテ却下シタルトキハ其判決ハ闕席判決ニアラス故ニ此判決ニ對シテハ前一ノ場合ニ於ケルカ如キ條件ヲ要スルコトナクシテ當事者ハ控訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ而シテ此控訴ニ對シ控訴裁判所カ理由ナシトシテ之ヲ棄却スルトキハ別ニ當事者ヲシテ辯論ヲ爲サシムルノ必要ナシト雖モ若シ其控訴ヲ理由アリト爲ストキハ當事者ヲシテ本案ニ付キ更ニ辯論ヲ爲サシムルノ必要アルカ故ニ控訴裁判所ハ其事件ヲ第一審裁判所ニ差戻サヽルヘカラス

(三) 控訴セラレタル判決カ妨訴ノ抗辯ノミニ付キ裁判ヲ爲シタルモノナルトキ

此場合ニ尙ホ辯論ヲ必要トスルハ控訴裁判所カ妨訴抗辯ヲ理由ナシヘキハ言ヲ俟タス而シテ本問ノ場合ハ恰モ訴訟手續ノ中途ニ於テ被告カ死亡セルトキト同シク其承繼人ニ對シ直チニ訴訟手續ヲ續行スルコトヲ得サルカ故ニ右被承繼人ニ對スル支拂命令ハ承繼人カ訴訟手續ヲ受繼クニアラサレハ其効力ヲ承繼人ニ及ホスヘキモノニアラス隨テ承繼人ニ對シ直チニ執行命令ヲ發スヘカラスト云フニ在リ

第三說　ハ承繼人ニ對シテハ被承繼人ニ對スル支拂命令ハ全然無効ナルモノトシ承繼人ニ對シテ更ニ支拂命令ヲ發シタル後ニアラサレハ承繼人ニ對シ執行命令ヲ發スヘカラスト爲ス其理由ハ第五百五十三條ニ「强制執行ノ開始後ニ戶主タリシ債務者カ其地位ヲ辭シ又ハ之ヲ失ヒタルトキハ此變更ノ生セシ當時債務者ノ所持シタル財產ニ付キ前條ノ規定ヲ準用ス」トアリ而シテ其前條ニハ「强制執行ノ開始後ニ債務者カ死亡スルトキハ强制執行ハ遺產ニ對シ之ヲ續行ス可シ」トアリ右條文ヲ裏面ヨリ解釋スルトキハ債務者ノ身分上ノ變更カ强制執行開始後ニ生シタルニアラスシテ其以前ニ生シタルトキハ直チニ承繼人ニ對シ執行ヲ爲スコトヲ許サヽルノ精神タルコトヲ推知スル

ニ足ル故ニ此問題ノ場合ニ於テモ更ニ承繼人ニ對シ支拂命令ヲ發シタル後ニアラサレハ執行命令ヲ發スルヲ得サルヘク結局被承繼人ニ對シ已ニ發シタル支拂命令ハ承繼人ニ對シテハ其効力ヲ有セサルモノナリト云フニ在リ

予ハ右三說中第一說ニ贊成スル者ナリ縱令第三說ノ所謂第五百五十三條ノ反對推理ヲ以テ理論上正確ナリトスルモ未タ以テ事態同シカラサル本問ニ於テ支拂命令ヲ全ク無効ナラシムルノ理由ト爲スニ足ラサルナリ故ニ承繼人ハ被承繼人ノ繼續ナリトノ立論ヲ基トシ被承繼人ニ對シ發シタル支拂命令ノ効力ヲ判決ノ効力ト同シク承繼人ニ對シテ保有セシムルハ民法上ノ理論ニ適スルノミナラス實際ニ於テモ手續ヲ簡便ニスルノ利アレハ苟モ反對ノ規定ナキ以上ハ第一說ノ如ク斷定スルヲ最モ穩當ナリト信ス

終リニ執行命令ハ裁判所ノ職權ヲ以テ債務者ニ送達スヘキモノナリヤ否ヤノ疑問アリ一說ニ依レハ本來執行命令ノ性質ハ形式上一ノ決定ニシテ且言渡スヘキモノニアラサルカ故ニ第二百四十五條第三項ノ規定ニ從ヒ職權ヲ以テ之ヲ當事者ニ送達セサルヘカラスト云ヒ又之ニ反對スル者ハ執行命令ハ假執行ノ宣言ヲ付シタル闕席判決ト同一ナリトノ第三百九十四條ノ規定アル以上ハ當事者ノ申立ヲ俟タス職權ヲ以テ送達スヘキモノニアラス若シ此點ニ於テ闕席判決ト異ナル所アリトセハ更ニ法文ニ之ヲ明示セサルヘカラスト論ス斯ク學說ハ二派ニ分レ各一理アレトモ今日ノ實際ニ於テハ第二說ニ從フモノヽ如シ

第三款　和解

和解トハ當事者カ互ニ讓步ヲ爲シ其間ニ存スル爭ヲ止ムルノ約束ナリ故ニ和解ハ當事者双方ノ合意ノミニ因リテ成立スルヲ通例トスレトモ時トシテハ第三者ノ仲介ニ由リテ成立スルコトアリ而シテ强制執行ノ名義ト爲ル和解ハ裁判所ノ仲介ニ由リテ成立シタルモノ爲ラサルヘカラス强制執行ノ名義タルヲ得ヘキ和解ハ之ヲ別チテ左ノ三種ト爲ス

(一)訴ノ提起後受訴裁判所ニ於テ又ハ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ於テ爲シタル和解(第二二一條)

(二)和解ノ申請ニ基キテ區裁判所ニ於テ爲シタル和解(第三八一條)

行政裁判所ニ於テ爲シタル和解ハ本欵ノ執行名義ト爲ルヤ否ヤ

余ノ信スル所ニ據レハ右ノ和解ハ民事訴訟法ニ所謂和解ト謂フコトヲ得ス行政裁判法第四十三條ニ「行政訴訟手續ニ關シ此法律ニ規程ナキモノハ行政裁判所ノ定ムル所ニ依リ民事訴訟ニ關スル規程ヲ適用スルコトヲ得」トノ規定アレトモ和解ハ純然タル民事訴訟手續ニアラサルカ故ニ行政裁判所ハ自己カ訴ヲ受ケタル事件ニ付キ職權トシテ和解ヲ試ムルコトヲ得サルヘシ今一歩ヲ讓リテ假ニ此條文ニ所謂民事訴訟手續ノ規程ナル文字中ニ和解ニ關スル規定ヲ包含ストスルモ行政裁判所ニ於テ成立シタル和解ハ民事事件ニ付キ成立シタルモノニアラサレハ民事訴訟法ノ規定ニ依リテ執行名義タルコト能ハサルハ論ヲ俟タサルナリ

次ニ領事ノ面前ニ於テ爲シタル和解ハ民事訴訟法上ノ執行名義ト爲ルコトヲ得ルヤ領事官ノ職務ニ關スル明治三十二年法律第七十號第六條ニ「條約又ハ慣例ニ因リ領事裁判權ヲ行フコトヲ得ル領事官ハ第七條乃至第十七條ノ規定ニ從ヒ訴訟事件竝非訟事件ニ關スル事務及登記事務ヲ行フ」トアリ次ノ第七條ニハ「前條ノ事務ニ關シテハ領事官ハ法令條約及慣例ニ抵觸セサル範圍ニ於テ地方裁判所及區裁判所ノ職務ヲ行フ」トアルヲ以テ領事ハ或場合ニ於テハ通常裁判所ノ裁判官タル權限ヲ有シ民事事件ハ民事訴訟法ニ依リテ裁判スルモノナレハ領事官カ右法條ニ依リ司法裁判所ノ職務ヲ行フ場合ニ於テ其面前ニ於テ當事者ノ爲シタル和解ハ民事訴訟法上ノ執行名義ト爲ルモノト謂ハサルヲ得ス

次ニ刑事裁判所ニ於テ私訴ニ付キ當事者ノ爲シタル和解ハ執行名義ト爲ルコトヲ得ルヤ刑事訴訟法ノ規定ノ上ニ於テハ多少ノ疑ナキニアラサレトモ私訴ニ關スル同法規定ノ旨趣ハ畢竟便宜上刑事裁判所ヲシテ當事者ノ申立ニ因リ犯罪ニ原因スル民事訴訟ヲ公訴ト共ニ審判スルヲ得セシムルニ在リテ其事件ノ刑事裁判所ニ繫屬スルト民事裁判所ニ繫屬スルトニ由リテ和解ヲ試ムル裁判所ノ權能及和解ノ効力ニ差別ヲ生スル理由ナキヲ以テ刑事裁判所ニ於テ私訴ニ付キ爲シタル和解モ所謂訴ノ提起後受訴裁判所ニ於テ爲シタル和解トシテ執行名義ト爲ルモノト斷定セサルヘカラス

受訴裁判所又ハ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ於テ爲シタル和解カ執行名義ト爲ルニハ四個ノ條件ヲ要ス

(一)訴訟ノ受訴裁判所ニ繫屬中ニ爲シタルコト

故ニ受訴裁判所カ終局判決ヲ言渡シタル後又ハ訴ノ提起前例ヘハ原告カ假處分ヲ申請シテ其裁判所ニ於テ假處分ノ申請ニ付テノ口頭辯論中ニ爲シタル和解ハ執行名義トシテハ無効ナリ然レトモ證書訴訟ニ於テ被告カ原告ノ請求ヲ爭ヒ敗訴シタルトキハ其判決後ト雖モ尙ホ事件ハ通常ノ訴訟トシテ其裁判所ニ繫屬スルヲ以テ當事者ハ爾後執行名義トシテ有効ナル和解ヲ爲スコトヲ得ヘシ

(二)和解ノ目的タル法律關係カ其裁判所ニ繫屬セル訴訟ノ原因ト同一ナルコト

一ノ訴ノ繫屬セル裁判所ニ於テ其當時他ノ裁判所ニ繫屬セル訴訟ヲ合セテ和解ヲ爲スコトヲ得ス然レトモ甲ノ訴訟ニ付テ和解ヲ爲ス條件トシテ乙ノ訴訟ニ於ケル權利ヲ拋棄シ或ハ又乙ノ訴訟ニ於ケル抗辯ヲ拋棄スルコトハ妨ケナシ此等ノ場合ニハ二ノ和解成立スルニアラスシテ一ノ和解ノミ成立スルモノナルカ故ニ此條件ニ反スルモノニアラス

(三)受訴裁判所ニ於テ又ハ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ於テ和解ノ成立シ且調書ヲ以テ之ヲ明確ナラシメタルコト

訴ノ提起後當事者カ任意ニ裁判所外ニ於テ和解ヲ爲シタル場合ハ勿論假令口頭辯論ニ於テ裁判所ヨリ和解ヲ爲スヘシトノ說諭ヲ受ケテ而シテ當事者カ裁判所外ニ於テ和解ヲ爲シタル場合ト雖モ其和解ハ執行名義ト爲ルモノニアラス其執行名義タルヲ得ルニハ必ス受訴裁判所自ラ和解ヲ試ミタルカ又ハ受命判事若クハ受託判事ニ依リ和解ヲ試ミタルニ際シ判事ノ面前ニ於テ和解成立シ而シテ調書ニ記載セラレテ明確ト爲リタルヲ要ス然ラサレハ其ニ裁判所ノ仲介ニ由リテ成立シタルモノト謂フコトヲ得サルナリ

(四)爭訟カ通常裁判所ノ管轄ニ屬スルモノタルコト

民事訴訟法ノ規定ハ通常ノ民事訴訟ニノミ適用スヘキモノナレハ其以外ノ爭ニ付テハ裁判所ハ和解ヲ試ムルノ職權ナク隨テ其爭ニ付キ爲シタル和解ハ同法ニ規定スル執行名義タル能ハス例ヘハ第二百六條第一號無訴權ノ抗

辯ヲ爲シ得ヘキ訴訟ニ付テ受訴裁判所ニ於テ爲シタル和解ハ執行名義トシテハ其効力ナキモノナリ

和解ノ申請ニ基キ區裁判所ニ於テ爲シタル和解モ亦一ノ執行名義タレトモ前者ト異ナリ訴訟ノ未タ始マラサル以前ニ於テ當事者ノ申立ニ因リ區裁判所ノ仲介ヲ以テ成立スルモノニシテ其申請ヲ爲スニ付テハ左ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス

(一)和解セントスル爭カ未タ訴訟トシテ何レノ裁判所ニモ繫屬セサルコト

已ニ訴ヲ提起シテ其訴訟物ノ權利拘束ト爲リタルトキハ同一ノ爭ニ付キ區裁判所ニ和解ヲ申請スルコトヲ得サルハ第三百八十一條第一項ノ規定ニ依リ明カナリ蓋シ此場合ニ於テハ已ニ訴訟ノ繫屬セル裁判所ニ於テ和解ヲ爲シ得ヘキヲ以テ殊更ニ他ノ裁判所ニ和解ノ申請ヲ爲スノ必要ナケレハナリ

(二)和解ノ目的タル法律關係カ民事訴訟ノ原因タルヘキモノナルコト

係爭事件ノ性質カ民事訴訟トシテ通常裁判所ニ提起スル能ハサルモノナルトキノ裁判所ハ其爭ニ付キ和解ヲ試ムルノ職權ナク又假令當事者カ和解ヲ爲スモ其和解ハ執行名義タルノ効力ヲ有セサルハ言ヲ俟タス

以上陳述シタル條件ヲ具備スル場合ニ於テ當事者カ區裁判所ニ申請ヲ爲シタル末和解ヲ爲シ而シテ裁判所ニ於テ之ヲ調書ニ記載シテ明確ナラシメタルトキハ其和解ハ訴訟中判事ノ面前ニ於テ爲シタル和解ト同シク一ノ執行名義トナリ其効力確定判決ト異ナル所ナシ

第四欵　公正證書

公正證書モ亦或條件ヲ以テ一ノ執行名義タルヘキコトハ第五百五十九條第五號ニ規定セリ今其强制執行ノ名義ト爲ルニ必要ナル條件ヲ擧クレハ左ノ如シ

(一)公證人カ其權限内ニ於テ成規ノ方式ニ從ヒ作リタルコト

茲ニ所謂公證人ノ權限内ニ於テ作リタルトハ左ノ意義ヲ包含ス

(イ)民事ニ關シテ作リタルコト(公證人規則第一條)

(ロ)公證人受持區内ニ於テ作リタルコト(同前第七條)

(ハ)公證人規則第四條第三十六條第三十七條ニ抵觸セスシテ作リタルコト

右三件ニ背キテ公證人ノ作リタル書類ハ公正ノ効ヲ有セサルヲ以テ其執行名義タル能ハサルハ勿論ナリ又茲ニ所謂方式トハ公證人規則第二十八條以下ニ規定スル所ノモノナリ

(二)一定ノ金額ノ支拂又ハ他ノ代替物又ハ有價證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ以テ目的トスル請求ニ付キ作リタルコト(公證人規則第三條第四三條參看)

有價證券トハ法律上債權ヲ代表シテ獨立スル一ノ財產ト認メラレ市場ニ於テ相場アル證書ヲ謂フ各種ノ公債證書株券ノ如キ是ナリ

(三)債務者ニ於テ直チニ强制執行ヲ受クヘキ旨ノ記載アルコト

公正證書中債務者カ直チニ强制執行ヲ受クヘキ旨ノ記載ナキトキハ後日債務者カ其公正證書ニ依リ執行ヲ受クルコトヲ諾約シテ別ニ書面ヲ作リタルトキト雖モ尙ホ右公正證書ハ執行名義タルノ効力ヲ有セス必ス公正證書自體ニ右ノ記載アルヲ要ス

尙ホ公正證書ニ付キ一言センニ公證人規則第三條ニ曰ク「公證人ノ作リタル公正證書ハ完全ノ證據ニシテ其正本ニ依リ裁判所ノ命令ヲ得テ執行スル力アル者トス」ト此規定ニ依レハ公正證書ナル者ハ恰モ外國裁判所ノ判決カ執行判決ヲ經ルニアラサレハ執行シ得ヘカラサルカ如ク裁判所ノ命令ヲ得ルニアラサレハ執行スルコト能ハサルモノヽ如シ殊ニ普通ノ解釋ニ依レハ公證人規則ナル法律ハ民事訴訟法ニ對シテハ特別法ノ地位ニ在ルモノナルカ故ニ公證人ノ作成シタル公正證書ヲシテ執行名義タラシムルニハ裁判所ノ命令ヲ必要トスルカ如ク解セラルヽモ公證人規則ハ明治十九年八月ノ公布ニ係リ而シテ其以後ニ公布セラレタル民事訴訟法第五百五十九條ノ第五號ニ依レハ公正證書カ執行名義タルノ力ヲ有スル爲メ特ニ裁判所ノ命令ヲ要スルノ規定ナシ故ニ此民事訴訟法ノ規定ニ依リテ公證人規則第三條前段ハ廢滅ニ歸シタルモノト解釋セサルヘカラス是レ今日實際ノ取扱方ニ於テモ命令ヲ付スルノ方法ニ由ラサル所以ナリ

尙ホ同第三條後段ニ「刑事裁判所ニ僞造ノ訴アルトキハ其證書ノ執行ヲ中止ス可シ又民事裁判所ニ僞造ノ申立アルトキハ其證書ノ執行ヲ中止スルコトヲ得」ト規定セリ而シテ民事訴訟法ニ依レハ强制執行ノ中止ナルモノヲ規定

セス唯第五百五十條ニ執行ノ停止及ヒ制限ノ規定アリ故ニ條文ヲ嚴格ニ解セハ公正證書ニ依ル强制執行ニ付テハ第五百五十條ノ規定ニ依リテ停止又ハ制限スル外ニ尙ホ之ヲ中止スルノ場合アリト謂ハサルヘカラス然レトモ今日一般ニ行ハルヽ學者ノ說ニ從ヒ右公證人規則同第三條ニ所謂中止ハ民事訴訟法第五百五十條ニ所謂停止ト同一ナリト解スルノ外ナク其間ニ實質上ノ差異ヲ發見スル能ハサルナリ

第五欵　仲裁判斷

仲裁判斷トハ仲裁契約ニ因リテ或爭ノ判斷ヲ委ヌラレタル者カ法律ノ規定ニ從ヒテ當事者間ノ係爭關係ニ付キ下シタル判定ナリ

仲裁手續ハ第七百八十六條以下ニ規定スル所ニシテ第七百九十四條ノ規定ニ依レハ仲裁人ハ仲裁判斷ヲ爲スニ付テハ豫メ當事者ヲ審訊シ且必要アル場合ニ於テハ爭ノ原因タル事實ノ關係ヲ探知スヘキモノトス又第七百九十九條ニ依レハ仲裁判斷ニハ年月日ヲ記載シテ仲裁人署名捺印スルコトヲ要ス而シテ其正本ニモ仲裁人署名捺印シテ之ヲ當事者ニ送達シ其原本ハ管轄裁判所ノ書

ム可キヤヲ規定シ第三節ヲ後見ノ事務トシ後見人ノ職務權限及ヒ責任等ヲ明カニシ第四節ヲ後見ノ終了トシ其職務カ終了シタル場合ニ於ケル後見人ノ權利義務ヲ規定シタリ

第一節　後見ノ開始

後見開始ノ場合(第九〇〇條)

後見ハ左ノ場合ニ於テ開始ス

一　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

二　禁治產ノ宣告アリタルトキ(第八條人事編第一六一條第二二四條第一項)

後見ニ付セラルヽ者ハ未成年者及ヒ禁治產者ニ限ルモノニシテ此他ニ於テハ如何ナル場合ニ於テモ後見ニ付セラルヽコト絕ヘテアラサルナリ例ヘハ成年者ニシテ自ラ其身體財產ノ保護ヲ爲スコト能ハサルトキニ於テ若シ其者カ準禁治產者(心神耗弱者聾者啞者盲者及ヒ浪費者)タル可キ者ナルトキハ第十一條ノ規定ニ從ヒ法律上特別ノ保護ヲ受クレトモ其場合ニハ保佐人ヲ附スルモノ

ニシテ後見ニハアラサルナリ

第一　未成年者ノ後見

曩キニ親權ノ性質ニ付キ說キタルカ如ク未成年者ハ親權ニ依リテ保護ヲ受ケ亦後見ニ依リテモ保護ヲ受クレトモ同時ニ兩者ノ保護ヲ受クルニ非ス未成年ノ子カ其家ニ於テ父又ハ母ヲ有スルトキハ親權ニ依リテノミ保護ヲ受ケ若シ其父及ヒ母カ知レサルトキ、死亡シタルトキ、父及ヒ母カ最初ヨリ子ノ家ニ在ラサルトキ、其家ヲ去リタルトキ其他父及ヒ母カ家ニ在ルトモ其ニ親權ヲ行フコト能ハサルトキニ於テノミ後見ノ開始アルモノトス又ハ親權ヲ行フ者カ管理權ヲ有セサルトキニ於テモ開始アルモノトス曩キニ第八百九十七條ニ付キ說キタルカ如ク親權ヲ行フ父又ハ母カ管理ノ失當ニ因リテ其子ノ財產ヲ危クシタルトキハ其管理權ヲ喪失セシメラルヽコトアリ又母ハ子ノ財產ノ管理ヲ辭スルコトヲ得ル(第八九九條)モノニシテ此等ノ場合ニ於テ親權ヲ行フ者カ管理權ヲ有セサルヲ以テ他ニ子ノ財產ヲ管理スル者ナカル可カラス是ヲ以テ子ノ保護ノ爲メニ後見開始スルコトヽシタリ但シ此第二ノ場合ニ於テハ後見ノ事務ハ制限セラレ未成年者ノ財產ニ關スル權限ノミヲ有シ其他未成年者ノ身上ニ關スル事ニ關シテハ權限ヲ有セサルナリ(第九三五條)曩キニモ說キタルカ如ク親權ヲ行フ父又ハ母カ未成年ノ子ノ財產ノ管理權ヲ喪失シタリトモ其身上ニ關スル保護ハ依然親權者ニ於テ爲ス可キモノトス

第二　禁治產者ノ後見

心神喪失ノ常況ニ在ル者カ禁治產者タルニハ第七條ノ規定ニ依リテ裁判所ノ宣告ヲ受ク而シテ此宣告ヲ受ケタル者ハ第八條ニ依リテ後見ニ付セラルヽモノニシテ其之ニ付セラルヽ時期ハ禁治產ノ宣告アリタル時トス而シテ禁治產ヲ宣告シタル決定ハ人事訴訟手續法第五十二條ニ依リ禁治產者ノ法定代理人又ハ法律ニ依リ後見人ト爲ルヘキ者カ其送達ヲ受ケタル日ヨリ其効力ヲ生シ又法定代理人又ハ法律ニ依リ後見人ト爲ルヘキ場合ニ於テハ檢事カ送達ヲ受ケタル日ヨリ其効力ヲ生スルモノトス

第二節　後見ノ機關

後見ノ機關ハ四アリ第一後見人第二後見監督人第三親族會第四裁判所是レナ

リ其親族會ハ後見ノ爲メノミニ設ケラレタルニ非スシテ其他後見ノ事務ニ屬セサル多クノ事務ヲモ掌ルヲ以テ之ヲ後見ノ章中ニ置カスシテ別ニ一章ヲ設ケ之ヲ規定セリ

(一)後見人ハ後見ノ最モ重モナル機關ニシテ其理事者ナリ(二)後見監督人ハ後見人ノ事務ヲ監督スルモノナレトモ時トシテハ之ニ代ハルコトアリ(第九一五條)(三)親族會ハ親族其他本人又ハ其家ニ緣故アル者ノ合議體ヨリ成ル機關ニシテ或ハ後見人後見監督人ヲ選定シ或ハ之ヲ監督シ或ハ之ヲ指揮シ右第一第二ノ機關ヲシテ十分ニ其職務ヲ盡サシムルコトヲ謀ルモノトス(四)裁判所ハ總ヘテ此等ノ機關ニ對シテ最上ノ監督權ヲ有スルモノニシテ國家ヲ代表シ公益ノ名義ニ依リテ無能力者ヲ保護スル任ニ當ルモノナリ而シテ裁判所ハ裁判所構成法非訟事件手續法等ノ規定アリテ民法中ニ之ヲ規定スルノ必要アラサルナリ故ニ本節ニ於テハ後見人及ヒ後見監督人ノ二機關ノミヲ規定シ之ヲ二款ニ分テリ

第一款　後見人

遺言後見人(第九〇一條)

未成年者ニ對シテ最後ニ親權ヲ行フ者ハ遺言ヲ以テ後見人ヲ指定スルコトヲ得但管理權ヲ有セサル者ハ此限ニ在ラス

親權ヲ行フ父ノ生前ニ於テ母カ豫メ財產ノ管理ヲ辭シタルトキハ父ハ前項ノ規定ニ依リテ後見人ノ指定ヲ爲スコトヲ得(人事編第一六四條第一六五條)

此規定ハ親權ヲ行フ者カ遺言ヲ以テ未成年者ノ後見人ヲ指定シタル場合ニシテ法律ハ親權ヲ行フ父又ハ母ハ未成年者ノ後見人タル可キ者ヲ指定スル權ヲ有スルコトヽセリ然レトモ父又ハ母カ一時親權ヲ有セシコトアルニ於テハ之ヲ喪失シタル後ニ於テモ後見人指定ノ權アルモノニ非ス又父及ヒ母共ニ順次親權ヲ行ヒタル場合ニ於テ其順ノ前後ヲ問ハス孰レノ指定シタル後見人モ有効ナリト云フニ非ス法律ハ唯タ最後ニ親權ヲ行ヒタル者カ指定シタル者ヲ以テ有効ナルモノトセリ最後ニ親權ヲ行フ者ハ父ナルコトモアレハ母ナルコトモアル可シ父母共ニ生存スルトキハ父親權ヲ行ヒ父死亡シ家ヲ去リ又ハ親權ヲ喪失シタルトキハ母之ヲ行フヲ以テ後見人ヲ指定スルコトヲ得ル者ハ其中

ノ一人タラサル可カラス蓋シ最後ニ親權ヲ行フ者カ後見人ヲ指定スルコトヲ得ルハ後見人ハ畢竟親權ノ延長シタルモノニ外ナラサルヲ以テ父カ死亡スルモ母カ親權ヲ行フトキハ別ニ後見人ヲ置クノ必要ナシ父ハ豫メ後見人ト爲ル可キ者ヲ指定シ置キテ母ノ死後ニ之ヲ後見人ト爲ストスルトキハ二人ノ親權ヲ行フカ如キ者ヲ生セサルモ何年ノ後ニ在リテ後見人ト爲ル可キカハ豫メ之ヲ知ルコトヲ得ス母カ長ク生存スルトキハ其間ニハ曾テ父ノ指定シタル後見人ハ死亡スルコトモアル可ク又其他身上ニ非常ノ變動ヲ生スルコトモアル可クシテ常ニ親權ヲ行フ父ヲシテ後見人ヲ指定セシムルコトトスルトキハ此ノ如ク不都合アルヲ以テ最後ニ親權ヲ行フ者ヲシテ後見人ヲ指定セシメ成ル可ク實際ノ必要ニ應シテ適當ノ人ヲ舉クルヲ得セシメタル所以ナリ

最後ニ親權ヲ行フ者ニ限リ後見人指定ノ權利ヲ有シ又最後ニ親權ヲ行フ者ハ何人ト雖モ其指定ノ權利ヲ有ストノ原則ニ對シ二個ノ例外アリ

第一最後ニ親權ヲ有スル者ト雖モ管理權ヲ有セサルトキハ後見人ヲ指定スルノ權ナシ曩キニモ說キタルカ如ク親權ノ中ニハ子ノ身上權及ヒ管理權ノ二者ヲ包含スレトモ父又ハ母カ管理ノ失當ニ因リテ(第八九七條管理權ノ喪失ヲ宣告セラレタルトキ又ハ母カ財產ノ管理ヲ辭シタルトキハ親權ヲ行フ者ハ其一部身上權ノミヲ行フニ過キサルナリ而シテ親權ヲ行フ者カ後見人ヲ指定スルハ其承繼人ヲ定ムルニ外ナラサルニ此場合ニ於テ管理權ヲ行フ後見人ヲ指定スルコトヲ得ルモノトスルトキハ親權ヲ行フ者ハ自己ノ有セサル職務ニ付キ其承繼人ヲ指定スルモノト云フ可シ是レ全ク本條ノ精神ニ背クモノナルヲ以テ此例外ヲ設ケタルナリ

第二ノ例外ハ親權ヲ行フ父ノ生前ニ於テ母カ豫メ財產ノ管理ヲ辭シタルトキハ父ハ遺言ヲ以テ後見人ヲ指定スルコトヲ得ルコト是レナリ母カ最後ニ親權ヲ行フトキハ父ト同シク後見人ヲ指定スルコトヲ得ルコトハ前ニ述ヘタルカ如シ然レトモ若シ其母ニシテ父ノ生前ニ於テ豫メ管理權ヲ辭シタルトキハ母カ父ノ死後殘存シテ親權ヲ行フトモ是レ其一部(身上權)ヲ行フニ過キスシテ財產ノ管理權ハ有セサルヲ以テ母ハ此場合ニ於テハ第一ノ例外ニ付キ叙述シタル理由ニ依リ自己管理權ヲ有セスシテ管理權ヲ有スル後見人ヲ指定スルコト

ヲ得セシム可キ理アラサルヲ以テ此場合ニ於テハ母アルニ拘ハラス母ナキ場合ト同シク父カ後見人ヲ指定スルコトヲ得可キモノトシタリ

親權ヲ行フ者カ後見人ヲ指定スルコトヲ得ルハ遺言ヲ以テスル場合ニ限ルヲ法律カ遺言ニ限リタルハ元來後見人ノ自己ノ死亡後ノ爲メニスルニ非サレハ爲スコトヲ得サルモノナレハナリ故ニ親權ヲ行フ父又ハ母カ其家ヲ去リタルニ因リ其子ニ後見人ヲ要スル場合ニ於テハ從來親權ヲ行ヒタリシ者カ其家ヲ去ルニ臨ミ後見人ヲ指定スルノ權アラサルナリ此場合ニ於テハ第九百五條ノ規定ニ從ヒ親族會之ヲ選任スルモノトス又遺言指定ハ遺言者カ遺言ノ當時ニ於テ指定ノ權利アルモノナルコトヲ要スルコトハ論ヲ俟タス(第一〇六三條)故ニ遺言ヲ爲ス當時ニ於テ本條ノ資格ヲ有セサルトキハ其遺言ハ全ク効力ヲ生セス又其指定ハ遺言者カ其死亡ノ當時ニ於テ指定ノ權利アルモノナルコトヲ要ス例ヘハ遺言指定ヲ爲シタル後父又ハ母カ親權又ハ管理權ヲ喪失シ又ハ其家ヲ去リタル後ニ於テ死亡シタルトキハ其遺言ハ全ク効力ヲ生セサルナリ」

禁治產者ノ後見人(第九〇二條)

親權ヲ行フ父又ハ母ハ禁治產者ノ後見人ト爲ル

妻カ禁治產ノ宣告ヲ受ケタルトキハ夫其後見人ト爲ル夫カ後見人タラサルトキハ前項ノ規定ニ依ル

夫カ禁治產ノ宣告ヲ受ケタルトキハ妻其後見人ト爲ル妻カ後見人タラサルトキ又ハ夫カ未成年者ナルトキハ第一項ノ規定ニ依ル(人事編第二二四條第二項、第三項)

本條ハ禁治產者ニ對シテ法律上當然後見人ト爲ル者ヲ規定シタルモノナリ未成年者ノ後見人ハ既ニ說キタルカ如ク先ツ之ヲ指定スル親權者ノ指定ニ依リテ定マル可シト雖モ禁治產者ノ後見人ハ之ニ反シテ先ツ法定後見人ヲ定メ其後見人ナキ場合ニ於テ始メテ親族會之ヲ選任スルモノトス

禁治產ノ宣告ハ成年者ニ對シテ爲スヲ通例ナリトスレトモ然レトモ未成年者ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得サルモノニ非サレハ未成年者ニ對シテモ其宣告ヲ爲スコトアル可シ而シテ未成年者ニ對シテハ父又ハ母アルトキハ父又ハ母カ之ニ對シテ親權ヲ行ヒ父又ハ母ナキトキハ後見人アリテ之ヲ保護スルヲ以テ

別ニ未成年ノ子ニ對シテハ禁治産ノ宣告ヲ爲スコトノ必要ナキモノヽ如シト雖モ未成年者ノ行爲ハ其成年ニ達シタル後五年ヲ經過スルトキハ最早之ヲ取消スコトヲ得ス(第一二四條第一項、第一二六條禁治産者ノ行爲ハ禁治産取消ノ後其行爲ヲ爲シタルコトヲ覺知シタル時ヨリ五年ヲ經過スルニ非サレハ其取消權ハ消滅セサルナリ(第一二四條第二項、第一二六條)又未成年ノ間ニ禁治産ノ請求ヲ爲サヽレハ其者カ成年ニ達シタル後禁治産ノ宣告ヲ受クルマテ其者ハ能力者ニシテ其保護ヲ缺クニ至ル可シ然レトモ未成年ノ間ニ禁治産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ成年ニ達スルトモ其宣告ノ取消サレサル間ハ禁治産者トシテ保護ヲ受クルノ利益アリ是ヲ以テ未成年者ニ對シテモ禁治産ノ宣告ヲ爲ス所以ナリ

未成年者カ禁治産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於テハ父又ハ母アルトキハ父又ハ母カ未成年者ニ對シテ親權ヲ行ヒテ之ヲ保護スルヲ以テ未成年者カ成年ニ達スル迄ノ間ハ父又ハ母ハ後見人ノ名稱ヲ有スルノミニシテ其實ヲ行フコトアラサルナリ故ニ父又ハ母ハ禁治産者カ未成年ノ間ハ總テ後見人ニ關スル規定

ノ適用ヲ受クルコトナシト雖モ禁治産者カ成年ニ達シタルトキハ爾後一般ノ後見人ト同シク總テ後見人ニ關スル規定ノ適用ヲ受クルモノトス例ヘハ父ハ未成年ノ禁治産者ノ不動産ヲ自己ノ獨斷ニテ處分スルコトヲ得可シト雖モ禁治産者カ成年ニ達シタル後ハ親族會ノ同意ヲ得ルニ非サレハ之ヲ處分スルコトヲ得サルナリ又禁治産者カ未成年中ハ其父又ハ母ノ後見監督人ノ監督ヲ受クルコトナシト雖モ禁治産者カ成年ニ達シタル後ハ其監督ニ服スルコトヲ要ス」

以上ノ如ク成年ノ禁治産者ニ對シテ其父又ハ母ヲ以テ法定ノ後見人ト爲シタルハ家ニ在ル父又ハ母ハ子ノ爲メ最モ能ク利益ヲ保護スル者ナルヲ以テナリ」

以上ハ一般ノ原則ナリト雖モ既ニ婚姻セル成年者カ禁治産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於テハ其配偶者ヲ以テ後見人ト爲セリ蓋シ夫婦ハ互ニ共同ノ生活ヲ爲シテ互ニ相愛スルノ情アリテ又互ニ相扶クルノ義務アルモノニシテ父母ニ比シテ一層親密ノ關係ヲ有スルヲ以テ之ヲシテ後見人ノ職務ヲ行ハシムルハ最モ其當ヲ得タリト云フ可シ但シ配偶者禁治産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於テ他ノ一方カ第九百七條ノ規定ニ依リ後見人タルコトヲ辭シ又第九百八條ノ規定

ニ依リ後見人タルコト能ハサルトキハ亦親權者ヲシテ其後見人タラシムルコトヽセリ

又夫カ未成年者ナルトキハ妻其後見人タラスシテ親權者其後見人ト爲ル是レ他ナシ子カ未成年ナルトキハ禁治産ノ宣告ヲ受ケサル場合ニ於テハ父又ハ母カ親權ヲ行フモノナレハ禁治産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於テモ親權者カ其後見人ト爲リテ之ヲ保護スルハ至當ノ事タルヲ以テナリ

未成年者及ヒ禁治産者ノ後見ニ共有ナル規定(第九〇三條)

前二條ノ規定ニ依リテ家族ノ後見人タル者アラサルトキハ戸主其後見人ト爲ル(人事編第一六六條第二二四條第三項)

本條ノ規定ハ未成年者及ヒ禁治産者ニ共通スルモノナルカ未成年者ニ對シテハ遺言ヲ以テ指定セラレタル者ヲ以テ第一順位ノ後見人ト爲シ禁治産者ニ對シテハ其禁治産者ノ何者タルカニ依リ父母夫若クハ妻ヲ以テ第一順位ノ後見人ト爲スコトハ前二條ニ規定スルカ如シ然レトモ時トシテハ遺言ヲ以テ後見人ヲ指定セサルコトアル可ク或ハ父母夫妻ノ何レモナキ場合アル可シ良シ之アルトモ後見人タルコト能ハサル場合アル可キヲ以テ此場合ニ於テ後見人タル可キ者ヲ定メサル可カラサルモノニシテ本條ハ此等ノ場合ニ於テ其無能力者カ家族ナルトキハ其戸主ヲ以テ後見人ト爲スコトヽシタリ

戸主ト爲ルニハ成年者タルヲ要セス之ニ反シテ後見人ト爲ルニハ成年者タルヲ要ス(第九〇八條第一號)故ニ戸主カ未成年者タル場合ニハ家族ノ後見人ト爲ルコト能ハサルコトハ論ヲ俟タサルナリ然レトモ戸主カ未成年者ナル場合ニハ戸主ニ對シテ親權ヲ行フ者カ若クハ其後見人タル者アル可クシテ此場合ニ於テハ戸主ニ對シテ親權ヲ行フ者若クハ戸主ノ後見人カ第八百九十五條又ハ第九百三十四條ニ從ヒ當然家族ニ對シテ後見人タル可キナリ然レトモ此場合ニハ親族會ニ於テ別ニ後見人ヲ選定ス可シトノ說ナキニシモアラサルナリ(民法修正案參考書)

選定後見人(第九〇四條)

前三條ノ規定ニ依リテ後見人タル者アラサルトキハ後見人ハ親族會之ヲ選任ス(人事編第一六七條第二二四條第四項)

前三條ニ規定スル遺言後見人又ハ法定後見人アラサルトキ若シ之アルトモ第九百七條ノ規定ニ依リ後見ヲ辭シタルカ又ハ第九百八條ノ規定ニ依リ後見人タルコトヲ得サルトキハ親族會ニ於テ後見人ヲ選任スルコトヽセリ此ノ如キ場合ニ裁判所ヲシテ後見人ヲ選任セシムル立法例ナキニ非スト雖モ此場合ニ後見人ノ選任ヲ親族會ニ委スルハ吾邦ノ人情ニ最モ適セルヲ以テナリ

後見人選任ノ爲メ親族會招集ノ義務(第九〇五條)

母カ財產ノ管理ヲ辭シ、後見人カ其任務ヲ辭シ、親權ヲ行ヒタル父若クハ母カ家ヲ去リ又ハ戶主カ隱居ヲ爲シタルニ因リ後見人ヲ選任スル必要ヲ生シタルトキハ其父、母又ハ後見人ハ遲滯ナク親族會ヲ招集シ又ハ其招集ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ要ス(人事編第一六八條、第二二四條第四項)

本條ハ現在後見人タリ又ハ親權ヲ行フ者カ自己ノ意思ニ因リテ其任務ヲ場合ニ於テハ直チニ後見人ヲ選任ス可キ必要アルヲ以テ之ヲ選任スル親族會ヲ招集セサル可カラス此場合ニ於テ親族會ヲ招集スルニ付キ義務ヲ有スル者ハ第一、親權ヲ行フ母カ財產ノ管理ヲ辭シタルトキ、羅キニ說キタルカ如ク(第八九九條)

親權ヲ行フ母ハ財產ノ管理ヲ辭スルコトヲ得ルヲ以テ此場合ニ於テハ第九百條第一號ニ依リ後見開始セラルヽニ付キ從來親權ヲ行ヒタル母カ親族會ヲ招集スルハ當然ナリ第二、後見人カ其任務ヲ辭シタルトキ、後見人ハ其就任ノ前後ヲ問ハス婦女ヲ除クノ外ハ正當ノ事由アルトキハ其任務ヲ辭スルコトヲ得ル(第九〇七條)カ故ニ後見人カ之ヲ辭シタルトキハ其後任ノ者ヲ選任スル爲メニ之ニ親族會招集ノ義務ヲ負ハシムルハ當然ナリ第三、親權ヲ行ヒタル父若クハ母カ家ヲ去リタルトキ、父又ハ母カ親權ヲ行フハ子ト同一ノ家ニ在ルトキニ限ル(第八七七條)然ルニ父又ハ母カ養子緣組、婚姻、本家相續、再興其他ノ原因ニ因リテ家ヲ去リタルトキハ親權ヲ失フヲ以テ此場合ニ於テハ後見人選任ノ必要アルニ付キ從來親權ヲ行ヒタル者ニ之カ選任ノ爲メ親族會招集ノ義務ヲ負ハシムルモ亦當然ナリ第四、後見人タル戶主カ隱居ヲ爲シタルトキ、戶主カ法律上家族ノ後見人タルハ戶主タルノ資格アルノ故ヲ以テナリ故ニ若シ隱居ヲ爲シ戶主ノ地位ヲ退クトキハ之ト同時ニ後見人タルノ資格ヲモ失フ可キヲ以テ此場合ニ於テハ後任後見人ヲ選任ス可キ必要アリ而シテ此場合ニ於テモ前戶主ヲ

シテ親族會ヲ招集セシムルハ相當ナリ

以上ノ場合ハ總テ親權者又ハ後見人ノ意思ニ因リテ無能力者ノ後見人ヲ選任ス可キ必要生シタルカ故ニ法律ハ此等ノ者ニ親族會招集ノ義務ヲ負ハシメタル所以ナリ其意思ニ非スシテ後見人ヲ選任ス可キ必要ノ生シタルトキ例ヘハ親權者カ親權若クハ管理權喪失ノ宣告ヲ受ケタル場合又ハ後見人カ後見人タル能力ヲ失ヒ若クハ免黜セラレタル場合ニ於テハ法律ハ此等ノ者ニ後見人ノ選任ヲ要求スルノ義務ヲ負ハシム可キ理由ナキヲ以テ此場合ニ於テハ後見監督人ヲシテ之ヲ請求セシムルコトヽセリ(第九一五條第二號)

親權者又ハ後見人カ自ラ親族會ヲ招集スル場合ハ既ニ親族會ノ設ケアル場合ナリ(第九四九條)之ニ反シテ被後見者ノ爲メニ未タ親族會ノ設ケナクシテ始メテ之ヲ招集スル場合ニハ之ヲ裁判所ニ請求セサル可カラス

後見人ノ員數(第九〇六條)

後見人ハ一人タルコトヲ要ス(人事編第一六二條第二二六條)

羅馬法及ヒ外國ノ立法例ニ於テハ往々二人以上ノ後見人ヲ許ルセトモ(佛民法キ觀念ヲ以テスルハ固ヨリ擔保ノ要ヲ全ウスル能ハサルヲ以テ別ニ權利質ナルモノヲ設ケ信用ノ保護ヲ全カラシメンコトヲ計レリ

不動產質ハ抵當制度ノ發達完備スルニ從ヒ漸次其跡ヲ絕ツヘキモノナルヘシ外國ニ於テハ用益質ハ尙ホ或程度ニ於テハ行ハルヽト雖モ純然タル不動產質ハ殆ト存在セスト雖モ我國ニ於テハ不動產質ハ從來盛ニ行レ今尙ホ其習慣ヲ存スルヲ以テ新民法ニ於テモ之ヲ認ムルコトヽ爲セリ

第一節　總則

第一　質權ノ定義及ヒ其性質　第三百四十二條ハ質權ノ効力及ヒ其性質ヲ規定セシモノナリ曰ク「質權者ハ其債權ノ擔保トシテ債務者又ハ第三者ヨリ受取リタル物ヲ占有シ且其物ニ付キ他ノ債權者ニ先チテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クル權利ヲ有ス」ト即チ質權ハ當事者ノ意思ニ因リ設定セラルヽ擔保物權ニシテ其最モ著シキ特質ハ有體物ニ付テハ其設定ノ要件トシテ占有ノ移轉ヲ必要トシ且其効力トシテ質物ノ代價ノ上ニ優先權ヲ有スルコト是ナリ

質權ハ物上擔保ナレハ其結果トシテ優先權追及權及ヒ不可分權ヲ生ス而シテ

其優先權ハ最モ強力ナレハ質權ハ物上擔保中最モ有力ナルモノナリト謂フコトヲ得ヘシ即チ優先權行使ニ際シ質權者カ他ノ權利者ヲ凌キ得ル場合多シト雖モ質權者ヲ凌クモノハ極メテ尠シ又或制限内ニ於テハ第二取得者ニ對シテ追及權ヲ生ス而シテ不可分權ニ付テハ第三百五十條ニ於テ第二百九十六條ヲ準用スルニ依リテ明白ナリト謂フヘシ

質權ハ必ス契約ニ因リテ發生スルモノナリ此點ハ留置權、先取特權ト大ニ異ナル所ニシテ又抵當權トモ異ナル所ナリ留置權、先取特權ハ當事者ノ意思ヲ俟タス法律ノ規定ニ依リ或種類ノ債權ニ當然附着スルモノナリ而シテ質權抵當權ハ共ニ法律ノ規定ニ依リテ當然或種類ノ債權ニ附着セシムルモノニ非スシテ當事者ノ意思ニテ之ヲ設定スルモノナリト雖モ質權ハ契約ニ因ラスシテ當事者一方ノ意思ノミニテハ之ヲ設定スルコトヲ得ス即チ質權ノ設定ニハ目的物ノ引渡ヲ要シ引渡ヲ爲スニハ當事者双方ノ意思即チ債務者又ハ第三者ハ占有拋棄ノ意思又債權者又ハ其代理人ハ占有取得ノ意思アルコト必要ナリ然ルニ抵當權ヲ設定スルニハ其目的物タル不動產ノ占有ヲ移轉スルコトヲ要セサルヲ以テ理論上當事者一方ノ意思ノミニテ即チ遺言ニ因リテモ之ヲ設定スルコトヲ得ヘキモノナリ是レ質權ト異ナル點ナリ

第二　質權設定ノ要件

(一)占有ノ移轉　質權ヲ設定セント欲セハ質權ノ目的物タル物ノ引渡ヲ爲スコトヲ要ス單ニ質權ヲ設定スヘシトノ合意ハ質權設定ノ豫約ニ過キサルナリ(第三四四條參觀)而シテ占有ノ目的ト爲ル物ハ動產又ハ不動產ニシテ占有ヲ要素ト爲スコトハ留置權ト同シト雖モ留置權者ハ其目的物ノ代價ノ上ニ優先權ヲ有セス是レ質權者ト異ナル所ナリ亦質權者カ其目的物ノ代價ノ上ニ優先權ヲ有スルコトハ先取特權、抵當權者ト同一ナリト雖モ此二箇ノ物上擔保ト異ナル所ハ茲ニ講述スル所ノ占有ノ移轉ヲ要スルコトヲ是ナリ但權利質ニ付テハ其目的ノ性質上此要件ハ存在セサルナリ後ニ説明スルノ機會アルヘシ

質物ノ占有ハ一般ノ原則ニ從ヒ代理人ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得(第一八一條乃至第一八四條參觀)然レトモ此ニ對スル一例外アリ即チ質權者ハ質權設定者ヲシテ自己ニ代リテ質物ノ占有ヲ爲サシムルコトヲ得ルコトヲ是ナリ(第三四五

條)蓋シ質權ハ質權者ヲシテ質物ノ占有ヲ得セシムルト共ニ債務者カ辨濟ヲ爲サヽルトキハ直チニ其物ヲ競賣シテ其代金ヲ先取セシメント爲スモノナリ然ルニ質權設定者ヲシテ債權者ノ代理人トシテ占有ヲ爲サシムルコトヲ得セシムレハ質權者ハ質物ヲ留置スルコトヲ得サルノミナラス債權ノ辨濟ヲ受ケサルニ當リ實際質物ヲ競賣ニ付スル能ハサルニ至リ殆ト質權ノ目的ヲ達スル能ハサルヘク加之專ラ第三者ヲ保護スル爲メニ設ケタル第三百五十二條ノ規定ノ如キモ爲メニ空文ニ屬シ第三者ヲ誤ルノ弊害ヲ生ス是レ此制限アル所以ナリ

(二)讓渡スコトヲ得ル物ナルコト　此要件ハ第三百四十三條ノ明規スル所ニシテ即チ「質權ハ讓渡スコトヲ得サル物ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得ス」ト如何トナレハ質權ノ畢竟ノ目的ハ其目的物ヲ賣却シテ代價ヲ先取スルニ在リ然ルニ質物ニシテ若シ之ヲ讓渡スコトヲ得サレハ實際其上ニ質權ヲ行フコトヲ得ス是レ質權ノ目的ハ必ス讓渡スコトヲ得ル物タルコトヲ要スル所以ナリ

(三)債權ノ現存　質權ハ債權ノ擔保タル從タル物權ナリ隨テ主タル債權ニシテ存在セサレハ之ヲ擔保スル質權成立スルコトヲ得サルハ當然ノ事理ナリト謂フヘシ故ニ債權ニシテ存在スル以上ハ如何ナル債權ト雖モ之カ擔保トシテ質權ヲ設定スルコトヲ得ヘシ唯茲ニ一言說明スヘキハ條件附債權及ヒ將來ノ債權ノ擔保トシテ質權ヲ設定スルコトヲ得ルヤ否ヤ是ナリ

條件附法律行爲ノ性質ニ付テハ古來學者間ニ議論紛々タリト雖モ我新民法ニ於テ採用シタル主義ニ依レハ條件附法律行爲ナルモノハ(茲ニハ說明ノ煩雜ヲ避ケ停止條件ニ付キ講述ス)佛國一般ノ學者ノ唱道スルカ如ク條件ノ成否未定ノ間ト雖モ其條件ノ附着セル行爲ノ成立ヲ妨ケスシテ只履行ヲ停止スルモノナリトノ見解ヲ採ラスシテ條件成就ノ時マテハ當事者ノ目的トスル効力ヲ發生セスト爲ス(第一二七條第一項參觀)ト雖モ又羅馬法學者等ノ主張スルカ如ク單純ナル希望ヲ生スルニ止マルモノナリトノ見解ヲ採ラスシテ直チニ一種特別ノ權利關係ヲ發生スルモノト爲セシコトハ第百二十八條乃至第百三十條ニ依リテ明白ナリ殊ニ此一種特別ノ債權モ質權等ニ依リテ之ヲ擔保スルコトヲ得ルハ第百二十九條ノ明規スル所ニシテ一點ノ疑ヲ挿ムノ餘地ナシ

將來ノ債權ノ爲メニ質權ヲ設定スルヲ得ルヤ否ヤノ問題ニ關シテ新民法ハ特別ノ明文ヲ規定セサリシヲ以テ之ニ對スル學者ノ見解モ歸一セサルナリ獨逸民法ノ如キハ經濟上ノ必要ヨリシテ將來ノ債權ト雖モ質權ヲ以テ之ヲ擔保スルコトヲ得ヘキ旨ヲ定メ且其順位ハ設定ノ時ヲ以テ之ヲ定ムル標準ト爲スト規定セリ(獨乙新民法第一二〇四條第二項及ヒ一二〇九條參觀)ト雖モ主タル債權ノ存在セサルニ當リ縱令質契約ヲ爲スモ質權設定ノ豫約トシテハ有効ナルヘシト雖モ質契約ハ成立セサルモノナリト爲スコト正當ノ見解ナリト信ス然ルニ今日ノ商業社會ニ於テ極メニ頻繁ニ行ハルヽ所ノ信用契約ノ擔保トシテ設定セラルル質權即チ所謂根抵當ヲ以テ將來ノ債權ニ對シテ質權ノ設定ヲ認メタルモノニシテ債權ノ現存スルコトヲ要ストノ原則ニ對スル一例外ナリト論定スル學者アリト雖モ信用契約ハ條件附契約ニシテ爲メニ條件附債權ヲ發生ス而シテ條件附債權モ亦債權タルヲ失ハス故ニ此場合ニ質權ヲ設定スルコトヲ得ルハ債權設定ノ第三要件トシテ債權ノ存在ヲ必要ト爲ス例外ニ似タリト雖モ其實例外ニ非スシテ條件附債權ハ信用契約ノ當時ヨリ發生スルヲ以テ債權ハ決シテ存在セサルニ非サルナリ

質權設定ノ第三要件タル債權ノ現存ノ說明ヲ終ルニ臨ミ質權ニ由リテ擔保セラルヘキ債權ノ範圍ニ付キ一言スヘシ第三百四十六條ハ規定シテ曰ク「質權ハ元本、利息、違約金、質權實行ノ費用、質權保存ノ費用及ヒ債務ノ不履行又ハ質物ノ隱レタル瑕疵ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ヲ擔保ス但設定行爲ニ別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス」ト蓋シ質權ハ常ニ契約ヲ以テ設定セサルヘカラサルコトハ前述セシ如クナルヲ以テ質權ニ依リテ擔保セラルヘキ債權ノ範圍モ亦當事者ノ意思ニ依リテ決定スヘシト雖モ當事者カ其範圍ヲ定メサリシトキハ如何ニ解釋スヘキヤ豫メ法律ニ明規スルニ非サレハ紛爭ノ種子ト爲リ延テ社會ノ經濟上ニ影響ヲ及ホスコト無キヲ保セス是レ第三百四十六條ノ規定アル所以ニシテ同條ニ依レハ當事者カ反對ノ意思ヲ表示セサル以上ハ債權ノ利息其他一切ノ附從ノ債權ヲ擔保スルモノト爲セリ是レ最モ能ク當事者ノ意思ニ適合シ且抵當權ノ場合ト異ナリ(第三七四條參觀)債權者ハ質物ヲ占有スルヲ以テ他ノ債權者ハ之ニ依リテ辨濟ヲ受クヘシト豫期セサルヘシ是レ元本ノ債權ニ

止マラスシテ之ニ附從スル一切ノ債權ヲ擔保セシムル所以ナリ

第三　質權ノ効力

一言ニシテ之ヲ說明スレハ物上擔保ノ一般ノ効力ヲ有ス故ニ再ヒ茲ニ講述スルノ必要ナシ唯質權ニ特別ナル事項ヲ講述セント欲ス

(一)優先權　第三百四十二條ニ依レハ質權者ハ質權ノ目的タル物ニ付キ他ノ債權者ニ先チテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クル權利ヲ有ス而シテ茲ニ所謂他ノ債權者トハ絕對ニ總テノ債權者ヲ包含スルモノニ非ス動產質權者ハ略ホ最優ノ權利ヲ有スト雖モ不動產質ニ付キテハ抵當權ニ關スル規定準用セラルヽヲ以テ其順位ハ登記ノ順序ニ依ルモノ爲ルコトヲ注意スヘシ

質權ハ物ニ關スル權利ナリト雖モ第三百五十條ニ於テ先取特權ニ關スル第三百四條ノ規定ヲ質權ニ準用スルヲ以テ物ノ代價ノ上ニ優先權ヲ行フコトヲ得ヘキナリ然リト雖モ民法ニ於テハ第三百五十四條及ヒ第三百六十七條ノ外質權實行ニ關スル一般ノ方法ヲ規定セス蓋シ質權實行ノ方法ハ抵當權實行ノ方法又ハ先取特權實行ノ方法等ト同一ノ手續ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得而シテ民事訴訟法ニ規定スル强制執行ニ比シテ簡便ナラサルヘカラス故ニ總テ之ヲ特別法ニ讓リ民法中ニ規定セサルナリ(明治三十一年法律第一五號競賣法參觀)

質權實行ノ普通ノ方法ハ競賣ノ手續ニ依ルコト是ナリ勿論競賣ハ之ヲ爲スニ多額ノ費用ヲ要シ加之實際ニ於テハ其目的物ヲ比較的廉價ニ賣却スルコトハ事實ナリト雖モ他ニ公平ヲ得ヘキ方法ナキヲ以テ此手續ニ依ルヘキモノト爲セシナリ然リト雖モ質權者ハ質權設定者ノ承諾アレハ競賣ノ方法ニ依ラサルモ其實行ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論ニシテ通俗ニ之ヲ流質ト稱スト雖モ法理上其性質ハ代物辨濟ナリト謂フヘシ代物辨濟ノ有効ナルハ辯ヲ俟タサル所ナリ然ラハ所謂流質ノ豫約即チ代物辨濟ノ豫約ハ有効ナルヤ否ヤ此ニ關シテハ諸國ノ法律ニ明文ノ規定アリ我新民法ニ於テモ第三百四十九條ニ於テ流質ヲ許サヽル旨ノ禁止的規定ヲ設ケタルヲ以テ一言辯明スヘシ

第三百四十九條ノ規定ハ公益上ノ理由ニ依リ設ケラレタル命令的規定ナリ隨テ當事者ハ特約ヲ以テ此規定ヲ動カスコトヲ得ス尙ホ近時ノ編纂ニ係ル進步シタル法律ニ於テモ同樣ノ規定アルヲ見ル獨乙新民法第千二百二十九條

ノ如キ其一例ナリ蓋シ本條ヲ規定セシ立法上ノ理由ヲ案スルニ質權設定者ハ金錢ヲ得ル急遽ノ必要ニ迫ラレ自己ニ不利益ナル條件ニ甘シシテ流質契約ヲ爲スコト勘シトセス是レ公益上默視スヘキニ非スト爲シテ斷然之ヲ禁止セシモノナルヘシト雖モ是レ深ク思ハサルモノニシテ若シ之ヲ禁止スヘシト爲セハ買戻特約附賣買モ亦禁止セサルヘカラス然ルニ我新民法ハ買戻特約附賣買ヲ認ムルヲ以テ狡猾ナル金錢貸付業者ノ如キハ本條ノ禁止アルヲ以テ流質契約ヲ締結セスシテ買戻特約附賣買ノ方法ニ依リテ同一ノ實益ヲ收ムルコトヲ得ヘシ故ニ斯ノ如キ規定ハ其豫期セシ實効ヲ奏スルコト極メテ困難ニシテ理論上ヨリ觀察スレハ固ヨリ其理由ナキヲ以テ政府案ニ於テハ斯ル規定存セサリシニ拘ハラス衆議院ニ於テ挿入セラルヽニ至リ遂ニ確定セシモノナリト雖モ其理由ヲ發見スルニ困シマサルヲ得ス殊ニ我新商法ハ第二百七十七條ニ於テ本條ノ規定ハ商行爲ニ因リテ生シタル債權ヲ擔保スル爲メニ設定シタル質權ニハ之ヲ適用セスト規定セシヲ以テ商事ニ關シテ全然其適用ヲ見サルコトト爲リ其適用ノ範圍ハ極メテ狹隘ナルニ於テヲヤ故ニ本條ノ規定ハ實際有名無實ノ徒法空文ナルノミナラス會金錢ヲ得ント欲スル者ヲシテ此規定アルカ爲メニ流質契約ヲ爲ス能ハスシテ其需用ニ應セントスル債權者ヲシテ之ニ應セサラシムルニ至リ反テ此等ノ者ヲシテ金錢ヲ得ルニ困難ヲ感セシメ有害ノ結果ヲ生スルニ至ルノ虞ナシトセサルナリ

(二)留置權　質權ハ留置權ヲ生スルコトハ第三百四十七條ノ明規スル所ナリ即チ質權者ハ前條ニ揭ケタル債權ノ弊濟ヲ受クルマテハ質物ヲ留置スルコトヲ得ト是レ前述セシ如ク占有ノ移轉ヲ以テ質權設定ノ要件ト爲セシ以上ハ當然言ヲ俟タサルカ如シト雖モ新民法ニ於テハ留置權ヲ以テ當事者ノ意思表示ヲ必要トセサル別種ノ物權ナリト規定セシヲ以テ質權ハ當然留置權ヲ包含スルモノニ非スト爲スコト正當ノ見解ナリト謂フヘシ然リト雖モ實際上ニ於テハ留置權ヲ有スルト同一ナラサルヘカラサルヲ以テ第三百五十條ニ於テ第二百九十六條乃至第三百條及ヒ第三百四條ノ規定ハ質權ニ之ヲ準用スト規定シ留置權ニ關スル多數ノ規定ヲ準用セリ然レトモ第三百四十七條ノ但書ニ依リ唯一點一般ノ留置權ト異ナル所アリ是レ他ナシ質權者ノ有スル留置權ハ之ヲ以テ

自己ニ對シ優先權ヲ有スル債權者ニ對抗スルコトヲ得サルコト是ナリ而シテ其優先權者ハ既ニ說明セシ如ク多數ナラスシテ質權者ヲ凌ク者ハ極メテ尠シ(第三三〇條第二項第三三四條參觀)其稀ナル場合ニ於テ優先權ノ行使ニ付キ質權者ノ保護ヲ後ニセシ所以ハ既ニ說明セシ如ク此等ノ優先權者ハ其債權ノ性質上特ニ法律ノ保護ヲ受クヘキ理由ヲ有スルヲ以テ質權者ニ於テ其留置權ヲ行使シテ此順序ヲ有名無實ナラサラシメンコトヲ計ルニ出テタルモノナリ

(三)不可分權　質權ハ不可分權ヲ生スルコトハ第三百五十條ニ於テ第二百九十六條ヲ準用スルニ依リテ明白ナリ而シテ不可分權ノ何物タルハ前ニ留置權ノ條下ニ於テ詳說セシヲ以テ茲ニ再ヒ贅セス

(四)轉質權　質權者ハ質物ヲ轉質ト爲ス權ヲ有ス(第三四八條抑モ質權ハ或債權ノ擔保トシテ之ヲ設定セシモノナレハ之ヲ他ノ債權ノ擔保トシテ移轉シ得ヘカラサルカ如シト雖モ斯ノ如クナレハ實ニ不便ナルノミナラス財產ノ効用ヲ縮少シ延テ社會ノ經濟上其發達ヲ阻害スルコトナキヲ保セス故ニ財產ヲシテ最モ多クノ効用ヲ爲サシメンカ爲メ且我國從來ノ慣習ニ徵シ又諸國ノ立法例ニ鑑ミ新民法ニ於テモ轉質權ヲ認メタリ然リト雖モ爲メニ質權設定者ニ損害ヲ生セシムヘカラス是レ第三百四十八條ニ於テ二箇ノ條件ヲ附シタル所以ナリ即チ

一、自己ノ權利ノ存續期間內ニ限ルコト

二、轉質ヲ爲サヽレハ生セサルヘカリシ損害ニ付テハ縱令其損害ハ不可抗力ニ因ルモ之ヲ賠償スヘキコト是ナリ

第四　第三者カ質物ヲ供シタル場合　是レ講學上所謂物上保證ニシテ此場合ニ於テハ其性質稍保證契約ニ類スルモノアリ是レ物上保證ノ稱アル所以ナルヘシ而シテ第三百五十一條ハ質權ニ關スル物上保證ヲ規定セシモノナリ即チ他人ノ債務ヲ擔保スル爲メ質權ヲ設定シタル者カ其債務ヲ辨濟シ又ハ質權ノ實行ニ因リテ質物ノ所有權ヲ失ヒタルトキハ保證債務ニ關スル規定ニ從ヒ債務者ニ對シテ求償權ヲ有スト故ニ債務者ト物上保證人トノ關係ハ主タル債務者ト保證人トノ關係ト同シ而シテ此場合ニ準用セラルヘキ規定ハ第四百五十九條乃至第四百六十四條是ナリ

第五　質權ノ消滅　質權消滅原因ニシテ他ノ權利ト共通ナルモノヲ擧クレハ拋棄目的物ノ滅失添附混同時効ニシテ質權ニ特別ナル消滅原因ヲ示セハ(一)主タル債權ノ消滅(二)質權實行ノ終了及ヒ(三)質權ノ滌除是ナリ

第二節　動產質

前節ニ講述セシ事項ハ總テ皆動產質ニ適用セラルヘキモノナリ故ニ本節ニ於テハ動產質ニ關スル特殊ノ事項ニ付テノミ説明スヘシ

第一　動產質權ノ定義

動產質權トハ債權者カ債務者又ハ第三者ヨリ債權ノ擔保トシテ動產ノ引渡ヲ受ケ且其動產ニ付キ他ノ債權者ニ先チテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クル權利ナリト謂フヘシ前節ニ於テハ一般ニ質權ノ定義ヲ揭ケタルヲ以テ廣ク物ト云ヒタルモ動產質權ノ定義トシテハ之ニ代フルニ動產ナル語ヲ以テセシニ過キスシテ他ニ説明ヲ要スヘキ點ナシ

第二　動產質權設定ノ要件

動產質權設定ノ當事者間ニ於ケル要件ハ前節ニ於テ説明セシ如シト雖モ動產質權ヲ以テ第三者ニ對抗スルニ必要ナル新條件アリ是レ占有ノ繼續ニシテ第三百五十二條ノ規定スル所ナリ即チ動產質權者ハ繼續シテ質物ヲ占有スルニ非サレハ其質權ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」ト蓋シ動產ニハ登記ノ如キ公示方法ナキヲ以テ占有ヲ以テ公示方法ト爲スハ諸國ノ立法例ノ等シク採用スル所ナリ故ニ動產質權ノ設定セラレシニ當リ質權者カ其動產ノ占有ヲ喪失セシ間ニ第三者カ之ニ付キ權利ヲ取得セハ第三者ハ何ヲ以テカ其動產カ質權ノ目的物タルコトヲ知悉スルヲ得ンヤ然ルニ動產質權者ハ其三者ニ對シテ質權ヲ對抗スルコトヲ得トセハ第三者ノ迷惑察スルニ餘リアリト謂フヘシ是レ此條件ノ規定アル所以ナリ

此占有ノ繼續ニ付キ注意スヘキハ第三百五十二條ヲ嚴正ニ解釋シテ動產質權者カ縱令一日ナリトモ占有ヲ喪失スレハ是レ占有ノ不繼續ナルヲ以テ後ニ占有ヲ回復スルモ最早第三者ニ對シテ質權ヲ對抗スルコトヲ得サルヘシト爲ス議論ヲ生スルコトヲ保セサルヘシト雖モ是レ深ク思ハサルノ甚シキモノナリ如何トナレハ占有ノ繼續ハ第三者ニ對抗スル要件ニシテ占有ヲ喪失スルモ當

事者間ニハ質權成立シ居ルモノナリ故ニ再ヒ占有ヲ回復スレハ亦第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノナリ尙ホ第三百五十二條ハ固ヨリ代理占有ヲ無効トスルノ意ニ非ス舊民法債權擔保篇第百二條ニ於テハ現實ニシテ且繼續シタル占有ヲ必要ト爲セリ現實トノ意義如何或ハ代理占有ヲ許サヽルカ如ク解セラルヽ虞アルヲ以テ新民法ニ於テ現實ナル語ヲ削除セリ

動產質權者カ自己ノ意思ニ反シテ占有ヲ失ヒタルトキハ之ニ因リテ直チニ質權ヲ失フヤ否ヤ第三百五十三條ハ規定シテ曰ク「動產質權者カ質物ノ占有ヲ奪ハレタルトキハ占有回收ノ訴ニ依リテノミ其質物ヲ回復スルコトヲ得」ト故ニ此場合ニ於テ動產質權者ハ直チニ質權ヲ失フコトナク占有回收ノ訴ニ依リテ質物ヲ回復スルコトヲ得ヘシ但侵奪ノ時ヨリ一年內ニ之ヲ提起スルコトヲ要ス(第三〇一條第三項參觀)

第三　動產質權ノ効力

動產質權ノ効力ニ關シテハ二箇ノ特別規定ヲ說明セサルヘカラス其一ハ動產質權ノ實行方法ニシテ其二ハ動產質權ノ順位是ナリ

續人ハ之ヲ讓受クルコトヲ得ルヤ相續分ノ或ル部分ヲ讓渡シタル場合ニ於テモ相續分ノ全部ヲ讓渡シタル場合ト同ジク第三者カ遺產ノ分割ニ干與スヘキカ故ニ相續分全部ノ讓渡アリタル場合ニ共同相續人ヲシテ之ヲ讓受クルコトヲ得セシムル以上ハ其一部分ニ付キ讓渡アリタル場合ニ於テモ亦之ト同一ノ規定ニ從ハシムルコト或ハ立法ノ主義ヲ一貫スルモノナルヘシ然レトモ元來第千九條ノ規定ハ例外ノ規定ニ屬スルカ故ニ嚴正ナル解釋ニ依ラサルヘカラス法文カ相續分ニ關シテ規定スルニ拘ハラス之ヲ相續分ノ一部ニ關シテ適用スルハ例外規定ヲ解釋スル所以ニアラス故ニ予ハ部分ノ讓渡ノ場合ニ於テハ第千九條ノ適用ナキモノナリト信ス

包括受遺者ノ遺產ヲ承繼スル權利ハ相續人ノ相續分ト殆ント異ル所ナシト雖モ受遺者ノ權利ハ之ヲ相續分ト謂フ能ハサルヘキカ故ニ包括受遺者カ其權利ヲ他人ニ讓渡スモ共同相續人ハ之ヲ讓受クルコトヲ得サルヘシ

然レトモ苟モ相續分ノ讓渡ナル以上ハ其讓渡ノ有償ナルト無償ナルトハ問フ所ニアラス佛國民法ノ如キハ有償ノ讓渡ノ場合ニ於テノミ他ノ共同相續人ニ

譲受ノ權利ヲ有セシムト雖モ遺產ノ分割ニ第三者ノ干與スルヲ防クノ趣旨ニ出テタル第千九條ノ規定ハ譲渡ノ無償ナルカ爲メニ其必要ヲ減スルモノニアラス第千九條ノ如キ規定ノ必要アルヤ否ヤハ別問題トシ既ニ之ヲ必要トシタル以上ハ我民法カ譲渡ノ有償ト無償トニ依リ區別ヲ設ケサリシハ主義ヲ一貫シタルモノト謂ハサルヘカラス

二　共同相續人ノ一人カ其相續分ヲ譲渡シタルコトヲ要ス　共同相續人以外ノ者カ譲渡シタル相續分ハ共同相續人ニ於テ之ヲ譲受クルコトヲ得ス共同相續人ノ一人カ遺產分割前ニ死亡スルトキハ其者ノ相續人ハ總テ其權利義務ヲ承繼スルモノナリト雖モ之ニ依テ前相續ニ對シ共同相續人ト爲ルモノニアラス且前相續ノ共同相續人カ受クヘカリシ相續分ハ其相續人之ヲ相續スルモ其相續分タルヤ前相續ノ共同相續人タリシ者ノ相續分ニシテ其相續人ノ相續分ニアラス故ニ前相續ノ共同相續人カ死亡シ其相續人カ其者ニ屬スル相續分ヲ相續シ之ヲ他人ニ譲渡スモ他ノ共同相續人ハ之ヲ譲受クルコト能ハサルモノトス

共同相續人ノ一人カ其相續分ヲ第三者ニ譲渡シタル場合ニ於テ其第三者カ更ニ之ヲ他ノ第三者ニ譲渡シタルトキハ尚ホ第千九條ノ規定ヲ適用スルコトヲ得ルヤ第千九條ハ共同相續人ノ一人カ其相續分ヲ譲渡シタルコトヲ必要條件トス然ルニ此場合ニ於テハ第三者カ共同相續人ノ一人ノ相續分ヲ譲渡シタルモノナルヲ以テ該條ヲ適用スルコト能ハサルモノナリ人或ハ曰ハン第千九條ハ一タヒ共同相續人ノ一人カ其相續分ヲ譲渡シタルコトアレハ之ニ依テ他ノ共同相續人ニハ譲受ノ權利ヲ生スルコトヲ定ムルヲ以テ其後其第三者カ更ニ其譲受ケタル相續分ヲ他ニ譲渡スルト否トハ該條ノ問フ所ニアラス若シ此ノ如ク解セサルトキハ相續分ヲ譲受ケタル第三者ハ常ニ之ヲ他ニ譲渡シ以テ第千九條ノ適用ヲ免ルヽコトヽ爲リ法律ノ精神ハ全ク沒了セラルヽニ至ルヘシト然リ此結果ハ或ハ免ルヽヲ得サルヘシ然レトモ此議論ノ如ク解釋スルトキハ例外ノ規定ヲ法文以外ニ敷演シテ適用スルコトヽ爲ルヲ以テ予ハ之ヲ取ラス特ニ論者ノ說ヲ一貫セムトセハ一タヒ共同相續人ノ一人カ第三者ニ其相續分ヲ譲渡シタルコトアレハ之ニ依テ他ノ共同相續人ニハ譲受ノ權利ヲ生スルヲ

以テ其第三者カ之ヲ他ノ共同相續人ノ一人ニ讓渡スモ其他ノ共同相續人ハ之ヲ讓受クルコトヲ得ヘク甚シキハ之ヲ再ヒ原共同相續人ニ讓渡シタル場合ニ於テモ尚ホ他ノ共同相續人ハ其相續分ヲ讓受クルヲ得ルモノト謂ハサルヘカラス是レ豈ニ第千九條ノ趣旨ナラムヤ而シテ該條ノ此點ニ關シ何等規定スル所ナキヲ以テ觀レハ第三者ヨリ更ニ他ニ讓渡シタル場合ハ該條ノ關係セサル所ナルコト知ルヘシ

共同相續人ノ一人カ其相續分ヲ他ノ共同相續人ノ一人ニ讓渡シ其共同相續人カ更ニ之ヲ第三者ニ讓渡シタルトキハ共同相續人カ第三者ニ相續分ヲ讓渡シタル場合トシテ他ノ共同相續人ハ之ヲ讓受クルコトヲ得ヘキヤ予ハ第千九條ヲ以テ例外規定ト爲スカ故ニ此場合ニ於テモ亦消極說ヲ取ラサルヲ得ス此場合ハ共同相續人ノ一人カ相續分ヲ第三者ニ讓渡シタル場合ナルコトハ明カナリ然レトモ其相續分ハ讓渡ヲ爲シタル共同相續人ノ相續分ニアラスシテ他ノ共同相續人ノ相續分ナリ第千九條ハ單ニ相續分ノ讓渡ナルコトヲ必要トスルノミナラス其相續分カ讓渡ヲ爲ス共同相續人ノ相續分タルコトヲ必要トス而シテ此場合ニ於テハ此條件缺如スルヲ以テ該條ヲ適用スル能ハサルモノトス

以上第二ノ條件ニ付キ論シタル所ハ法文ノ規定上此ノ如ク解セサルヘカラスト爲シタルナリ然レトモ之ヲ立法論トシテ論スルトキハ既ニ共同相續人ノ讓受ノ權利ヲ必要トスル以上ハ右ニ擧ケタル場合ニ付キ區別ヲ設ケテ規定シ共同相續人ノ權利ノ實行ヲ確保スルニアラサレハ其精神ヲ一貫スル能ハサルモノナルヘシ

三　第三者ニ讓渡シタルコトヲ要ス　故ニ共同相續人ノ一人カ他ノ一人ニ其相續分ヲ讓渡シタル場合ニ於テハ其他ノ共同相續人ハ之ヲ讓受クルコトヲ得ス共同相續人ノ一人ニ讓渡シタルニアラスシテ其相續人ハ讓渡シタルトキハ如何相續人ハ被相續人タル共同相續人タリシ者ノ權利義務ヲ承繼スルモノナリト雖モ之ニ依テ自ラ共同相續人ト爲ルモノニアラサルカ故ニ(相續開始ノ後遺產分割前ニ共同相續人ノ一人カ死亡シ其遺產相續人カ更ニ相續ヲ爲シタル場合ヲ想像ス)一見此場合ニハ他ノ共同相續人ハ讓受ノ權利ヲ有スルカ如シ然レトモ第千九條ハ共同相續人以外ノ者ニ讓渡シタルトキ」ト云ハスシテ「第三者

ニ讓渡シタルトキ」ト云ヘリ第三者ト云ヘハ相續ニ關シ何等ノ關係ナキ者ナリ共同相續人ノ相續人ノ如キ被相續人ノ權利義務ヲ承繼スル者ハ縱令其人自ラ共同相續人ト爲ルモノニアラスト雖モ之ヲ以テ第三者ナリト謂フコト能ハサルカ故ニ予ハ此場合ニ於テハ他ノ共同相續人ニ讓受ノ權利ナキモノナリト信ス但既ニ共同相續人ノ遺產ヲ相續シタル相續人ニアラスシテ唯其遺產ヲ相續スル希望ヲ有スル推定遺產相續人タル者ニ相續分ヲ讓渡シタルトキハ推定遺產相續人カ尙ホ之ヲ第三者ト稱スルコトヲ得ヘキカ故ニ他ノ共同相續人ハ之ニ對シテ相續分讓受ノ權利ヲ實行スルコトヲ得ルモノナリ

共同相續人ヨリ相續分ノ讓渡ヲ得タル第三者ノ讓渡ヲ得タル後遺產分割前ニ共同相續人ノ一人ノ遺產ヲ相續シタルトキニ於テモ他ノ共同相續人ハ其相續分ヲ讓受クルコトヲ得ルヤ共同相續人カ相續分ヲ讓渡シタル時ハ讓受者ハ現ニ第三者ニシテ相續人ニアラス而シテ其第三者カ相續分ヲ得タルハ讓渡ニ因リタルモノニシテ相續ニ因リタルモノニアラス故ニ此場合ハ正シク第千九條ノ所謂相續分ヲ第三者ニ讓渡シタルトキニ該當スルカ如シ然レトモ仔細ニ第千九條ノ規定ヲ翫味スルトキハ同條ハ共同相續人ハ讓受ノ權利ヲ實行セムトスル時ニ於テ相續分カ現ニ相續ニ關シテ第三者タル者ノ手ニ在ルコトヲ想像スルモノナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ同條ハ共同相續人ノ一人カ相續分ヲ第三者ニ讓渡シタルトキハ他ノ共同相續人ハ之ヲ讓受クルコトヲ得ト規定シ第三者ヲシテ遺產ノ分割ニ干與セシムルコトヲ避ケントスルニ在ルヲ以テナリ果シテ此觀察ヲ以テ誤ナキモノトセハ他ノ共同相續人カ讓受ノ權利ヲ實行セムトスル時ニ於テ其相續分カ既ニ第三者ニアラサル者ノ手ニ在ルトキハ同條ノ規定ハ之ヲ適用スル能ハサルコト其當然ノ結果ニアラスヤ故ニ予ハ本問題ノ場合ニ於テハ他ノ共同相續人ニハ讓受ノ權利ナキモノナリト信ス

包括受遺者ハ讀テ字ノ如ク受遺者ニシテ相續人ニアラス然レトモ之ヲ相續ニ關シテ第三者ト稱スヘキモノナルヤ第千九條ニ於テ用ヰタル第三者ナル文字ハ用語甚タ明瞭ヲ缺クト雖モ相續ト密接ノ關係アル包括受遺者ヲ以テ之ヲ相續ニ關スル第三者ナリト謂フハ事實ニ當ラサルヲ以テ予ハ包括受遺者ハ第千九條ノ所謂第三者ニアラスト信ス人或ハ非難シテ曰ハム若シ包括受遺者ヲ以

テ相續ニ關係アルカ故ニ第三者ニアラスト謂ハヽ包括受遺者ニアラサル受遺者ノ如キモ亦相續ト關係ヲ有スル者ナルヲ以テ之ヲ第三者ト謂フ能ハサルヘク債權者モ亦然リト謂ハサルヘカラス是レ豈ニ第千九條ノ意ナラムヤト然レトモ包括受遺者ニアラサル受遺者又ハ債權者ハ唯相續財産ニ付テ利害ノ關係ヲ有スト謂フニ過キス之ヲ以テ相續ノ關係者ナリト謂フコト能ハス之ニ反シテ包括受遺者ハ遺産相續人ト同一ノ權利義務ヲ有シ其相續ニ對スル關係ハ共同相續人ノ關係ト異ル所ナシ相續ニ對スル關係ニシテ相續人ト同一ナル者ハ之ヲ相續ニ關スル第三者ナリト謂フ能ハサルカ故ニ等シク受遺者ナリト雖モ獨リ包括受遺者ノミハ之ヲ以テ第千九條ノ所謂第三者ト爲スコト能ハス隨テ之ニ對シテ相續分ヲ讓渡シタルトキハ他ノ共同相續人ニ於テ之ヲ讓受クルコト能ハサルモノトス

（ロ）何人カ此權利ヲ行フコトヲ得ルヤ

共同相續人ハ總テ第三者ニ讓渡サレタル相續分ノ讓受ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ唯自ラ讓渡ヲ爲シタル共同相續人カ此權利ヲ有セサルハ無論ナリ但自己ノ相續分ヲ讓渡シタル共同相續人ト雖モ他ノ共同相續人カ第三者ニ讓渡シタル相續分ヲ讓受クルコトハ之ヲ妨ケス何トナレハ共同相續人ハ其相續分ヲ他人ニ讓渡スモ之ニ依テ共同相續人タルコトヲ失フモノニアラサルヲ以テナリ

包括受遺者ハ遺産相續人ト同一ノ權利義務ヲ有スル者ナリ故ニ遺産相續人ノ有スル相續分讓受ノ權利ハ包括受遺者モ亦之ヲ有スヘシ相續ノ抛棄ヲ爲シタル者又ハ相續人タルヘキ者ニシテ相續人タルコトヲ得サルカ若クハ廢除セラレタル者ハ共同相續人ニアラサルカ故ニ相續ハ讓受ノ權利ヲ有セサルコト論ヲ須タス

第四百二十三條ニ依レハ債權者ハ債務者ニ屬スル權利ニシテ其一身ニ專屬セサルモノヲ行フコトヲ得ルモノナリ共同相續人ノ有スル相續分讓受ノ權利ハ其一身ニ專屬スルモノトシテ共同相續人ノ債權者ニ於テ之ヲ行フコトヲ得ルヤ相續分讓受ノ權利ニ關スル規定ハ法律カ共同相續人間ノ和協ヲ謀ルカ爲メニ定メタルモノニシテ共同相續人ノ金錢上ノ利益ヲ保護スルノ目的ニ出テタ

ルモノニアラス故ニ其權利ハ共同相續人ノ一身ニ專屬スルモノト謂ハサルヘカラス隨テ共同相續人ノ債權者ハ之ヲ行フ能ハサルモノトス共同相續人ノ相續人ハ如何相續人ハ其被相續人タル共同相續人ノ爲シタル相續分讓受ノ權利ヲ行フコトヲ得ルヤ相續人ハ被相續人ニ屬スル權利義務ヲ承繼スルモノナリト雖モ是レ亦其一身ニ專屬スル權利ハ承繼スヘキ範圍ニ屬セサルカ故ニ相續分讓受ノ權利ノ如キ被相續人タル共同相續人ノ一身ニ專屬スル權利ハ之ヲ承繼セサルモノトス人或ハ曰ハン第四百二十三條ト第千一條トハ等シク一身ニ專屬スル權利ナルモノヲ例外トスト雖モ該兩條ノ規定セラレタル所以ノ趣旨ヨリ推考スルトキハ兩條ニ於ケル一身ニ專屬スル權利ナルモノハ其字義相同シカラス第四百二十三條ハ債權者ヲ保護スル目的ヲ以テ設ケラレタルモノナルカ故ニ債權者ノ行ヒ得ル權利ハ此目的ヲ達スルニ適當ナル性質ヲ有スルモノナラサルヘカラス隨テ同條ノ例外トスル所ハ此目的ヲ達スルニ適當ナル性質ヲ有セサル權利即チ金錢上ノ利益ヲ主トセサル權利ナルモノヲ指スモノト謂ハサルヘカラス之ニ反シテ第千一條ハ相續ノ効力ヲ定メ相續人ヲシテ被相續人ノ有セシ一切ノ權利義務ヲ承繼セシムルヲ目的トシ唯權利義務ノ性質カ相續人ヲシテ行ハシムルニ適セサルモノヽミヲ除外セムトシタルモノナリ故ニ金錢上ノ利益ヲ主トセサル權利ト雖モ相續人ヲシテ之ヲ行ハシムルニ適セサルモノニアラサル以上ハ第千一條ノ所謂被相續人ノ一身ニ專屬スルモノト爲スヘカラス相續分讓受權利ハ親族間ノ和協ヲ紊ラサラシムルヲ主トスル權利ニシテ金錢上ノ利益ヲ主トスル權利ニアラス故ニ此權利ハ第四百二十三條ノ所謂債務者ノ一身ニ專屬スル權利ナルモノニ正シク該當シ債權者ハ之ヲ行フ能ハスト雖モ共同相續人ノ相續人ノ如ク相續ニ關係ナキ者ヲシテ相續財產ノ分割ニ干與セシメサルコトニ付テハ大ニ利害ノ關係アルコト敢テ共同相續人其人ト異ル所ナキ者ヲシテ此權利ヲ承繼セシムルコトハ相續ノ性質ニ反スル所ナキノミナラス之ヲシテ此權利ヲ行フコトヲ得セシムルコト却テ法律ハ共同相續人ヲシテ相續分讓受ノ權利ヲ行ハシムル所以ノ趣旨ニ適スルモノト謂ハサルヘカラス即チ此權利ハ第千一條ノ所謂被相續人ノ一身ニ專屬スルモノニハ該當セス第千一條ノ規定ハ共同相續人ノ相續人カ相續分讓受ノ權利ヲ承

繼スルヲ妨クルモノニアラサルナリト予モ亦立法論トシテハ共同相續人ノ相續人ヲシテ此權利ヲ行ハシメテ可ナリト爲スモノナリ然レトモ法文ノ解釋トシテハ此說ヲ取ルコト能ハス同一法律ノ下ニ於テ二箇ノ條文ニ於テ同一ノ文字ヲ用ヰタル場合ニ於テ一ノ條文ニ於ケル字義ト他ノ條文ニ於ケル字義ト相異ルモノナリト謂フヲ可トスル場合ハ此ノ如ク解スルニアラサレハ現實法律ノ適用ヲシテ不條理ニ陷ラシムルカ如キトキナラサルヘカラス第千九條ノ場合ニ於テ共同相續人ノ相續人ニハ相續分讓受ノ權利ナシト爲ストキハ同條ノ適用ノ範圍ハ幾分狹小ト爲ルニハ相違ナシト雖モ之ニ依テ同條ノ全ク無意義ノ條文ト爲ルニハアラス而シテ尙ホ變例ニ屬スル解釋法ヲ用ヰントスルハ予ノ取ラサル所ナリ況ンヤ遺產相續ハ當初ヨリ財產ニ屬スル權利義務ノ承繼ヲ爲スヘキモノナルヲ以テ金錢上ノ利益ヲ主トセサル權利ハ遺產相續人之ヲ承繼セスト謂フモ差支ナキニ於テヲヤ

第千九條ハ他ノ共同相續人ハ其相續分ヲ讓受クルコトヲ得ト云ヘリ相續分ノ讓渡ヲ爲シタル共同相續人以外ノ共同相續人カ多數ナルトキハ讓受ノ權利ハ

○編輯上ノ用向ハ必ス編輯部宛ニテ通信スヘシ

○質疑ハ半紙又ハ罫紙ニ問題ト其疑點トヲ簡明ニ認ムヘシ

用紙ハ一問題毎ニ別紙ヲ用フヘシ

半切葉書又ハ他ノ用事ト共ニ認メタル質疑ハ回答セス

亂筆讀ミ難キモノ趣意不明ナルモノ亦同シ

○落丁補充ノ請求ノ際ハ必ス其講義錄ヲ返戻スヘシ

○編輯用ト會計用トハ必ス別封タルヘシ

葉書ノ場合モ之ニ準ス

明治三十二年十二月四日印刷
明治三十二年十二月五日發行

編輯兼發行者　東京市四谷區四谷仲町三丁目六番地　小田幹治郎

印刷者　東京市芝區四ノ久保明舟町十一番地　金子鐵五郎

印刷所　東京市芝區四ノ久保明舟町十一番地　金子活版所

發行所　司法省指定　和佛法律學校
所在（東京市麴町區富士見町六丁目十六番地）
電話（番町百七十四番）

明治廿二年十二月九日內務省許可