

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

PDF issue: 2025-07-04

和仏法律学校講義録

岩田, 一郎 / 松岡, 義正 / 梅, 謙次郎 / 加古, 貞太郎

(出版者 / Publisher)

和仏法律學校

(巻 / Volume)

1

(号 / Number)

号外の14

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

53

(発行年 / Year)

1901-08-20

和佛法律學教義講錄

第一卷

號外之拾四

民法物權(自七章起)至二〇四(自一六七)法學士加古貞太郎

表紙及七目次四頁

民法原理債則(自三三八)法學博士梅謙次郎

民事訴訟法第一編(自二二六)法學士岩田一郎

民事訴訟法自八編(自六九三)法學士松岡義正

090
1900
1-2-14

換タスシテ明カナリ隨テ第三百七十四條ニ所謂利息ハ遲延利息ヲ包含スルモノニ非ナルナリトキ懷持未逾一萬圓者其後猶未逾一年又或逾年甲乙兩論者ノ說孰レカ正鶴ヲ得タルオハ明治三十四年法律第三十六號ニ依リ
ヲ判斷スルコトヲ得ヘシ今茲ニ其全文ヲ掲ク併セテ批評ヲ試ミシト欲ス
民法第三百七十四條ニ左ノ一項ヲ加テ三百零十五條ニ就く當事者間對其前項ノ規定ハ抵當權者カ債務ノ不履行ニ因ルヲ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スル權利ヲ有スル場合ニ於テ其最後ノ二年分ニ付ラモ亦之ヲ適用ス但モ利息其他ノ定期金ト通シテ二年分ヲ起ユルコトヲ得スカモ當然ム
立法者カ第三百七十四條ニ右ノ一項ヲ追加セシヨリ觀レハ同條ニ所謂利息ト
ハ性質上損害ノ賠償タル所謂遲延利息ヲ包含セナルモノト爲セシ乙論者ノ說
ハ同條ノ解釋トシテ正當力ナリ隨テ所謂遲延利息モ最後ノ二年分ニ付テ
ハ抵當權ヲ行使スルヨリ又得主シタルモハ第二項ノ追加ヲ必要ト爲セシモノ
ナリトス
右ノ追加ニ依リテ尙余一人議スヘキモノアリ即チ所謂遲延利息モ第一項但書

ニ依リテ最後ノ二年分以前モノニ付テハ特別ノ登記ヲ爲シ得ヘキヤ否ヤ是ナリ而シテ此問題ニ對シテハ消極的ニ答フヘキモノト信ス

第三章抵當權の其擔保スル債權ヲ離レテ存在スルコトヲ得ルヤシ
抵當權ハ債權ヲ擔保スル附從ノ權利ナリ隨テ純然タル理論ヲ貫徹スレハ之ヲ他ノ債權ニ移轉スルカ如キ處分ヲ爲スコトヲ得スト雖モ是レ實際上非常ニ不便ナルノミナラス抵當權ハ先取特權ト異ナリ債權ノ性質ニ基キテ法律上附著セシメタル擔保權ニ非ナルヲ以テ主タル債權ヨリ分離シテ之ヲ處分スルコトヲ許スモ事ニ害ナクシテ抵當權ノ效用ハ爲メニ增加セラレ社會ノ經濟上利益スル所歟少ニ非ナルナリ是レ諸國ノ法制上或範圍ニ於テ皆其處分ヲ認ヌサルモノナキ所以ニシテ我民法ニ於テモ亦第三百七十五條ニ於テ抵當權ノ讓渡其他ノ處分ヲ許セリ即チ左ノ如シ是全文ニ載セバ足矣

(一)抵當權ハ之ヲ以テ他ノ債權ノ擔保ト爲スコトヲ得ル一例ヲ舉ヌテ之ヲ説明スレハ甲者乙者ニ對シテ金一萬圓ヲ貸與シ其擔保トシテ抵當權ヲ設定セシタリ然ルニ其後甲者必要アリテ丙者ヨリ金一萬五千圓ヲ借用シ自己所有ノ

不動產ノミニテハ抵當ノ目的物トシテ價格不足スルタ如キ場合ニ於テ甲者ハ自己カ乙者ニ對シテ有スル抵當權ヲ以テ丙者カ自己ニ對シテ有スル債權ノ擔保ニ供スルコトヲ得ルカ如キ是ナリ唯茲ニ注意スヘキハ自ラ有セナル權利ハ之ヲ處分スルコトヲ得サルヲ以テ此場合ニ於テモ甲者ハ自己カ乙者ニ對シテ有スル債權額即チ一萬圓ニ對シテノミ擔保ニ供スルコトヲ得隨テ丙者ハ甲者ニ對シテ有スル債權ノ金額金一萬五千圓ノ中金一萬圓ニ付テノミ抵當權ヲ行フコトヲ得ヘキモノナリ又丙者ハ甲者カ乙者ニ對スル債權ノ期限到来スルニ非ナレハ其抵當權ヲ實行スルコトヲ得サルモノナリムニヨリ是後大變是ナリ

(二)抵當權ハ同一ノ債務者ニ對スル他ノ債權者ノ利益ノ爲メ之ヲ讓渡スコトヲ得三例ハ甲乙兩人共ニ丙者ノ債權者ニシテ甲者ハ其債權ノ擔保トシテ抵當權アリ有スル場合ニ於テ乙者ノ爲メニ其抵當權ヲ讓渡スコトヲ得ヘキカ如キ

(三)抵當權ハ同一ノ債務者ニ對スル他ノ債權者ノ利益ノ爲メ之ヲ拋棄スルコトヲ得三例ハ甲乙丙ノ三人各丁者ニ對シテ金一萬圓宛ノ債權ヲ有シ而シテ

甲者一人ノミ價格一萬圓ヲ有スル不動產々上ニ抵當權ヲ設定セシモタリト假定シ甲者カ乙者ノ利益ノ爲メ抵當權ヲ拋棄セントモシベ乙者ベ甲者カ抵當權ヲ有セサル者ト看做スコトヲ得ルヲ以テ恰モ一萬圓ノ財產ヲ有スル債務者ニ對シ一萬圓宛ノ債權ヲ有スル無擔保債權者三人アル場合ト同一視シテ金三千三百三十三圓餘ヲ受取ルコトヲ得ヘシ而シテ丙者ハ自己ノ利益ノ爲メ抵當債權者タル甲者カ抵當權ヲ拋棄セサルヲ以テ一錢モ受取ルコトヲ得スシテ甲者ハ一萬圓ノ三分ノ二即チ六千六百六十六圓餘ヲ受取ルコトヲ得ヘキナリ

(四) 抵當權者ハ同一ノ債務者ニ對スル後ノ債權者ノ利益ノ爲メ其抵當權ノ順位ヲ讓渡スコトヲ得。此場合ニ於テハ讓渡人ハ勿論讓受人モ無擔保債權者ニ非シテ讓渡人ヨリ下位ニ於ケル抵當債權者ナルコトヲ注意スヘシ例ヘハ甲乙兩人各丙者ニ對スル抵當權者ニシテ甲者ハ第一順位者トシテ金一萬圓ヲ貸與シ乙者ハ第二順位者トシテ又一萬圓ヲ貸與セリ而シテ抵當不動產ノ價格金一萬五千圓ナル場合ニ於テ第一順位者ナル甲者カ乙者ノ利益ノ爲メニ抵當權ノ順位ヲ讓渡セハ乙者ハ金五千圓ヲ受取ル代リニ金一萬圓ヲ受取ルコト。

不得ヘキモノナリ

(五) 抵當權者ハ同一ノ債務者ニ對スル他ノ債權者ノ利益ノ爲メ其抵當權ノ順位ヲ拋棄スルコトヲ得。例ヘハ甲乙丙三人ノ抵當債權者各金一萬圓宛ヲ丁者ニ貸與シ甲者第一順位乙者第二順位丙者第三順位トシ抵當不動產ノ價格金一萬五千圓ト假定セハ甲者先フ金一萬圓ヲ受取リ次ニ乙者金五千圓ヲ受取ルコトヲ得丙者ハ全ク一錢ヲモ受取ルコトヲ得サルヘキナリ然ルニ第一順位ニ於ケル甲者カ第三順位ニ於ケル丙者ノ爲メニ其抵當權ノ順位ヲ拋棄セントセハ第二順位ニ於ケル乙者ハ爲メニ毫モ利害ヲ感セサルヘキヲ以テ結局金五千圓ヲ受取ルニ止マルヘシト雖モ丙者ハ大ニ利益ヲ得テ殘餘ノ金一萬圓ヲ甲者ト折半シテ各金五千圓宛ヲ受取ルコトヲ得ルニ至ルモノナリ

以上列舉セシ事項ハ單ニ當事者ノ契約ノミニ由リヲ絕對ニ效力ヲ生スルモノトセハ第三者ノ迷惑計リ知ルヘカラス是レ第三百七十五條第二項ニ於テ「抵當權者カ數人ノ爲メニ其抵當權ノ處分ヲ爲シタルトキハ其處分ノ利益ヲ受クル折半シテ各金五千圓宛ヲ受取ルコトヲ得ルニ至ルモノナリ」

以ナリ尙ホ此等ノ處分ヲ以テ債務者保證人抵當權設定者及ヒ其各自ノ承繼人ニ對抗スルコトヲ得ルニハ債權譲渡ノ規定ニ從ヒ主タル債務者ニ抵當權ノ處分ヲ通知シ又ハ其債務者カ之ヲ承諾スルコトヲ要ス然ラサレハ債務者ハ此等ノ處分アリシコトヲ知ラナルカ爲メ抵當權ノ處分ヲ爲シタル者ニ對シテ辨濟ヲ爲ス等ノ結果ヲ生シ甚ダ不都合ヲ腹スニ至ルヘケレハナリ第三七六條第一項參觀

主タル債務者カ以上列舉セシ五箇ノ事項アリタルコトノ通知ヲ受ケ又ハ之ニ承諾ヲ與ヘタル後ニ于テ抵當權ノ處分ヲ爲シタル者ニ辨濟ヲ爲シタルトキ之ヲ以テ其受益者ニ對抗スルコトヲ得ルモノトセハ抵當權ノ處分ヲ受クル者ハ爲メニ何等ノ利益ヲモ享受スルニトキはレ第三百七十六條第二項ニ於テ抵當權ノ處分ノ利益ヲ受クル者ノ承諾ナクシテ爲シタル辨濟ハ之ヲ以テ其受益者ニ對抗スルコトヲ得スト規定セシ所以ナリ昔ニ日本國有財産入庫契約書等に記載せらるる事例有

第四 追及權ノ範圍

抵當權ハ物上擔保ノ一種ナリ總テ追及權ヲ生ス故ニ抵當權設定後第三者カ如何ナル權利ヲ其抵當不動產ニ付キ取得スルニモ拘ラス抵當權者ハ抵當權ヲ實行スルコトヲ得ヘン然ルニ一方ニ於テハ抵當不動產ノ第三取得者ハ第一、辨濟第二、消除第三、就賣ノ三種ノ方法ニ依リ抵當權ノ效力ヲ免メルコトヲ得ルモノナリ蓋シ抵當權ハ所有權、地上權等ト異ナリ常ニ必ス行ハズル權利ニ非シテ社會ノ實際ニ於テ實行セラレナル場合多キニ拘ラス抵當ニ供セラレタル不動產カ爲メニ融通ヲ停止セラルニ至ルモノトセハ不動產ノ利用ノ範圍ヲ狹隘ナラシメ經濟上ノ不利较少ニ非サルナリ故ニ抵當權者ニ損害ヲ加ヘスシテ而シテ第三取得者ヲ保護セントスル思想ヨリシテ遂ニ佛蘭西民法ニ於テ所謂滌除ノ方法ヲ案出スルニ至レリ我新舊民法共ニ滌除方法ヲ採用セリ抑モ抵當權者ハ抵當ニ供セラレタル不動產其物ヲ取得セントスルモノニ非シテ其不動產ノ代價ニ依リテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クルコトヲ目的トスルモノナリ而シテ相當ノ代價ハ競賣ニ依リテ得ルモノナリト雖モ競賣ハ幾多ノ費用ト時間トヲ徒費スルモノナレハ之ニ依ラスシテ相當ノ代價ヲ收納スルコトヲ得ハヌ瓦

ノ便益之ニ過キタルハナシ而シテ此方法ハ他ナシ溢除ノ手續即チ是ナリ。且
我新民法ハ舊民法ヲ首メ諸國ノ立法例ニ多ク其比ヲ認メタル溢除ニ似テ而モ
溢除ニ非サル一種ノ權利ヲ伊太利民法ニ倣ヒテ認メタリ是レ他ナシ第三百七
十七條ニ規定セシ抵當權ノ效力ヲ免ルル辨濟ノ方法是ナリ。此小節
(甲) 辨濟 抵當權ノ附著スル不動產ニ付キ權利ヲ取得セシ第三者カ抵當債務ヲ
辨濟スル義務ヲ有スルヤ否ヤハ一ノ疑問ナリ我舊民法ハ佛蘭西民法等ニ倣ヒ
テ第三取得者ハ抵當權者ニ對シ辨濟ノ義務アルモノナルコトヲ認メタリト雖
モ是レ其當ヲ得タル規定ト謂フコトヲ得ナルモノナリ隨テ抵當權者ハ抵當權
者トシテ第三取得者ニ對シテ債務ノ辨濟ヲ請求スルヨクトラ得ナルモノナリ而
シテ新民法ハ實ニ此理論ヲ認メタルモノナリ唯第三取得者ニ抵當不動產ノ權
利移轉シ居ルカ爲メニ抵當權者カ抵當不動產ヲ差押ヘタル場合ニ於テ手續上
被差押者ノ地位ニ立ヌミナリト謂フヘシ然リト雖モ抵當權行使ノ結果第三
取得者ハ自己ノ權利ヲ喪失スルニ至ルヘキヲ以テ之ヲ保存スルカ爲メニ辨濟
ヲ爲シ以テ抵當權人效力ヲ免ムトア計リニ至ルヘシ而シテ第三取得者カ

爲ス所ノ辨濟ニ二種アリ其一ハ債務ノ辨濟ニシテ其二ハ取得代價ノ辨濟是ナ
リ而シテ債務ノ辨濟ヲ爲ス場合ハ特ニ債務者ト約束シテ債務ヲ引受タルニ出
ツル場合モアルヘタ又特約ナキ登記簿ニ依リテ抵當權ノ存在ヲ知悉シ代價ノ
一部又ハ全部ヲ債務ノ辨濟ニ充テ以テ其所有權ヲ保全セント爲スニ出ツルモ
ノニシテ畢竟第三取得者ノ任意ノ辨濟ナリ而シテ第四百七十四條ニ依リ債務
者ニ代リテ辨濟ヲ爲スモノニシテ因リテ抵當權ヲ消滅セリムバコトヲ得ルハ
明文ヲ埃タヌシテ明カナリ然リト雖モ抵當權者ハ第三取得者ノ任意ノ辨濟ヲ
埃タヌシテ第三百七十二條ニ於テ第三百四條ノ規定ヲ抵當權ノ場合ニ準用セ
ラルルカ爲メニ抵當權ハ其目的物タル抵當不動產ノ賣却ニ因リテ債務者カ受
クヘキ金錢ニ對シテ之ヲ行フコトヲ得ル以テ抵當權者ハ第三取得者ニ對シ
テ其代價ノ辨濟ヲ請求スルコトヲ得ヘシ而シテ抵當權者ハ其代價ノ辨濟ヲ請
求シテ之ヲ收納スルモ尙ホ債務ノ全部ニ充タサルトキハ進ミテ更ニ抵當權ヲ
行使スルコトヲ得ヘシ然リト雖モ是レニ重ニ抵當權ヲ行使スルモノト謂フヘ
タ第三取得者ニ對シテ極メテ苦酷ニ失シテ不公平ノ結果ヲ來ス也ノト謂フ。

ジ是レ第三百七十七條ノ明規アル所以ニシテ抵當不動產ニ付キ所有權又ヘ地上權ヲ買受ケタル第三者カ抵當權者ノ請求ニ應シテ之ニ其代價ヲ辨濟シタルトキハ抵當權ハ其第三者ノ爲ニ消滅スト是レ其當ヲ得タル規定ト謂フハシ而シテ此場合ニ於テ二箇ノ條件ヲ要スルモノナルミトヲ注意スヘシ
 (イ) 第三者ハ必ス抵當權者ノ請求ニ應シテ代價ヲ辨濟スル事モ要者
 第三者カ抵當權者ノ請求ニ應シテ代價ノ辨濟ヲ爲シタルニ非スシテ任意權之ヲ辨濟シタル場合ニ於テハ抵當權者ハ之ヲ以テ一部ノ辨濟ト看做スコトヲ得ヘタ其殘額ニ付テハ尙ホ進ミテ抵當權ノ行使ヲ爲スコトヲ得サルヘカラス勿論抵當權ニ依リテ擔保セラルル債權ノ全額ニ當ル金額ヲ辨濟セントキハ抵當權人消滅スヘキハ嘗テ説明セシ所ナリ然リト雖モ第三者カ抵當權者ノ請求ニ應シテ其代價ヲ辨濟シタルトキハ其代價ハ抵當タル所有權若クハ地上權ノ價格トシテ之ヲ支拂ヒタルモノナレハ抵當權ハ其第三者ノ爲ニ消滅スト爲スハ當然ノ事理ナリト謂フコトヲ得ヘシ
 (ロ) 第三者カ抵當不動產ニ付キ所有權又ヘ地上權ヲ買受タル場合ナムコト

ヲ要ス 何故ニ所有權又ヘ地上權ヲ買受ケタル場合ニ限リタムヤ是レ他ナジ永小作權地役權ノ如キハ其代價ハ所有權又ヘ地上權ニ比シ極メテ少額ナルモノナレハ其代價ヲ辨濟スルモニカ爲メニ其第三者ニ對シテ抵當權ヲ消滅セヌムルハ抵當權者ニ對シテ苛酷ニ失スルノ甚シキモノナレハナリヘ
 (乙) 滅除・滅除トハ第三取得者カ抵當權者ノ承諾ヲ得タル一定ノ金額ヲ提供シテ抵當權ヲ消滅セシムルヲ謂フモノニシテ抵當不動產ノ第三取得者カ抵當權ノ效力ヲ免ルル一大方法ナリ而シテ此ノ如キ權利ヲ第三取得者ニ付與セハ物權タル抵當權ノ效力ヲ微弱ナラシムルノ基シキモノニシテ理論上其當ヲ失スルモノノ如シ然ルニ佛蘭西國ニ於テ始メテ此制度ヲ認メタリシ以來諸國ニ於テ之ヲ採用スルニ至リシ所以ハ他ナシ此制度タルヤ極メテ實際ノ便宜ニ適シ抵當權者竝ニ第三取得者相互ノ利益ヲ保護スルニ足ルモノナレハナリ蓋シ抵當權ノ效用ハ其目的物タル不動產ニ付テ權利ヲ取得スルニ非スンテ不動產ノ價格ニ依リテ辨濟ヲ得ルニ在リ隨テ第三取得者ヲシテ抵當權者カ相當ト認タル價格ヲ提供セシメ以テ其負擔ヲ免アルコトヲ得セシムルモ抵當權者ニ

- 損害ヲ生セシメスシテ而シテ第三取得者ハ其取得ノ目的ヲ全々不取ニシテ得
ヘシ即チ滌除ハ雙方ノ利益ヲ保護シ其調和ヲ圖ルニ出ヌキル便宜方法ナリト
謂フヘシ是レ我新舊民法共ニ滌除ヲ認タル所以ナリ
- (1) 滌除ヲ行使シ得ベキ人ハ滌除権ヲ行使シ得ベキ人ハ左ノ四條件ヲ具備ス
ルコトヲ要ス即チ
- (a) 第三者ナルコトヲ要ス
 - (b) 滌除シ得ベキ者ハ抵當權設定行爲日リ観察シテ第三者ナラナルヘカラナルハ當然ノ事理ナリト謂フヘシ如何トナレハ
自ラ抵當權ヲ設定シ而モ後日ニ至リ自由ニ其債務ヲ消滅シ得ベキモノトセハ
其不法背理ナルハ言ヲ埃タサレハナリ隨テ抵當權設定者ハ滌除ヲ行使シ得ベ
キモノニ非ス故ニ他人ノ債務ノ爲メニ自己ノ不動產ヲ抵當ニ供シタル者即チ
所謂物上保證人モ亦滌除ヲ爲スコトヲ得ナルハ勿論ナリ舊民法ハ債權擔保編
第二百五十七條第二項ニ於テ特ニ之ヲ明規セシト雖毛新民法ニ於テハ言ヲ埃
タスト爲シテ之ヲ削除セリ
- (b) 主タル債務者保證人及ヒ其各自ノ承繼人ナルナルトヲ要ニ基前述セシ

如ク滌除権ヲ行使シ得ル者ハ第三者ナラナルヘカラス而シテ是レ抵當權ノ設
定行為ヨリ觀察シタルモノナルヲ以テ債務者自ラ抵當權ヲ設定セナル場合ニ
於テハ債務者モ亦抵當權ノ設定行為ヨリ觀察セハ第三者ナリト謂ハナルヘカ
ラス而シテ主タル債務ヲ保證セシ保證人ノ如キ勿論第三者ナリ隨テ特別ノ明
規ナキトキハ此等ノ者モ亦滌除権ヲ行使シ得ヘシト主張スルニ至ルヘシト雖
モ是レ極メテ不當ノ甚シキモノト謂ハナルヘカラス如何トナレハ主タル債務
者ハ債務ノ全額ヲ辨済スヘキ者ニシテ普通ノ第三取得者ノ如ク其不動產ヲ放
却セハ全然無關係ナル者ト異ナリ然ルニ其債務ヲ辨済セスシテ之ヲ擔保ス
ル抵當ヲ消滅セシメント爲スハ債權者ノ擔保ヲ不法ニ剝奪スルモノト謂ハサ
ルヘカラス論者或ハ曰ハシ債務者ハ第三取得者タル資格ニ於テ滌除ノ方法ヲ
請求スルヲ得ヘシト然リ資格ハ異ナルト雖モ義務ヲ盡ナスシテ權利ヲ主張ス
ルコトヲ許ササルハ當然ノ法理ナレハナリ加之債權ハ其當事者間ニハ不可分
ナレハ債務者ハ一部ノ辨済ヲ強フルコトヲ得ナルモノナレハナリ保證人モ債
務者ニ於テ債務ヲ辨済セナレハ自ラ之ヲ辨済セサルヘカラナル者ナルヲ以テ

- 亦濫除ヲ行フコトヲ得ス是レ第三百七十九條ノ明規アル所以ナリ
- (c) 條件ノ成否未定ノ間ニ於ケル停止條件附第三取得者ナラサルコトヲ要ス
停止條件附權利ハ其條件ノ成就スルマテハ一種特別ノ債權ニシテ條件ノ成否
未定ノ間ニ於ケル停止條件附第三取得者ノ權利ハ極メテ微弱ニシテ畢竟其目
的トル權利カ發生スルヤ否ヤ不確定ノモノナリ隨テ濫除ノ如キ強力ナル權
利ヲ付與スヘキモノニ非サルナリ(第三八〇條參觀)
- (d) 所有權、地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル第三者ナムコトヲ要ス 所有權、
地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル第三者ニ限任シ所以ハ他ナシ此等ノ三種
ノ權利ハ物權中最モ強力ナル權利ニシテ隨テ其代價モ亦相當ハ價格ニ上リ且
ツ通常一時ニ支拂フモノナレハ抵當權ノ效力ヲ殺キ濫除ノ如キ特權ヲ付與ス
ルノ必要アレハナリ
- (2) 濫除ノ手續 第三取得者カ抵當權ノ濫除ヲ爲ス手續ヲ説明スルニ先ナ
言講述スヘキ必要アリ是レ他ナシ濫除ハ如何カル時ニ於テ之ヲ行フコトヲ得
ルヤノ問題是ナリ原則トシテ第三取得者ハ何時ニテモ濫除ヲ爲スコトヲ得ヘ

シ然リト雖モ抵當權者ノ不知ノ間ニ濫除行ハルトセバ抵當權者ノ迷惑計アヘ
カラス亦反對ニ第三取得者カ濫除ヲ行シントスルニ當リ既ニ抵當權實行セラ
レ最早濫除ヲ爲スヘキ抵當權存在セナルカ如キ場合アリテ第三取得者ノ失望
思フヘキナリ是レ第三百八十一條ニ於テ抵當權者カ其抵當權ヲ實行セント欲
スルトキハ豫メ第三百七十八條ニ掲ケタル第三取得者ニ其旨ヲ通知スルコト
ヲ要スト規定セシ所以ニシテ一方ニ於テハ第三取得者カ濫除ヲ行フ便宜ヲ計
リ一方ニ於テハ永久ニ濫除權アリトセハ抵當權者ノ權利ヲ無視シ其保護ヲ缺
クニ至ルヲ以テ濫除ヲ行フ期間ヲ起算點ヲ定ムルカ爲メナリトキハ當當計
第三取得者ハ原則トシテ何時ニテモ抵當權ノ濫除ヲ爲スコトヲ得ルハ前述シ
カ如シ(第三八二條第一項參觀)ト雖モ抵當權者カ第三百八十一條ノ規定ニ從ヒ
抵當權實行ノ通知ヲ第三取得者ニ爲シタル場合ニ於テハ濫除權行使人期間ハ
限定セラルルニ至ルモノニシテ第三取得者カ其通知ヲ受ケタルトキハ通知ヲ
受ケタル時ヨリ起算シテ一箇月内ニ第三百八十三條ニ規定セル書面ヲ送達ス
ルニ非サレハ濫除權消滅スルモノナリ(第三八二條第二項)

抵當權者カ抵當權實行ノ通知ヲ第三取得者ニ爲シタル後其抵當不動產ノ所有權ノ移轉又ハ其不動產ノ上ニ設定セラレタル地上權又ハ永小作權ノ移轉若クハ創設アリタルカ爲メ第三取得者發生シタル場合ニ於ケル其第三取得者ノ濫除權如何抵當權者ノ利益ヲ計レハ第三取得者ハ濫除權ナシト爲スニ在ビヘント雖モ是レ第三取得者ニ對シ苛酷ニ失スルモノト謂フヘシ然リト雖モ此等ノ第三取得者ニ對シテモ亦抵當權實行ノ通知ヲ爲スヘキモノト爲シ然ル後一箇月ヲ經過スルマテハ其第三取得者ハ濫除ヲ爲スコトヲ得ルモノトセハ抵當權者ハ容易ニ抵當權實行ノ機會ヲ得ル能ハス抵當權者ニ對シ保護ヲ缺クモノト謂ハナルヘカラス然ラハ第三取得者及ヒ抵當權者雙方ノ利益ヲ調和スルノ方策如何是レ極メテ困難ニシテ到底良好ノ方法ナシ是ニ於テカ法律ハ一刀兩斷抵當權者ヲ保護スルコトト爲シ其第三取得者ハ更ニ通知ヲ受ケルノ權ナク唯既元通知ヲ受ケタル第三取得者カ濫除ヲ爲スコトヲ得ル期間内ニ限り濫除ヲ爲スコトヲ得ルモノトセリ第三八二條第三項

以上説明セシ所ハ第三取得者カ濫除ヲ爲シ得ル期間ニ關スル問題ヲ決定セシ

モハシテ濫除ノ手續ノ本體ヨリアヘ左ニ詳述スル所ニ依リテ之ヲ知悉スルヨトテ得ヘシ證書ニ異表記セシム書面ニシテ外賣又ハ神ニ證宣タヌ金額ミ第三取得者カ濫除ヲ爲ス時付キ必要ナル手續ハ第三百八十三條ニ規定セル三種ノ書面ヲ作成シ之ヲ登記ヲ爲シテ各債權者ニ送達スル即チ浦シテ第三百八十三條ニ規定セル三種ノ書面ト以左ノ如シ事例モイモヘ第三項指掌セ第一 取得ニ關スル要領書類是レ第三百八十三條第一號ニ規定スル所屬契約ノ一 取得ノ原因、年月日、譲渡人及ヒ取得者ノ氏名住所、抵當不動產ノ性質所在、代價其他取得者ノ負擔ヲ記載シタル書面、添狀ナシニシテ必要ヘ存算済務シム取得ノ原因トハ第三取得者カ其不動產ヲ取得スルニ至ラシ所以ヲ明カニスモノニシテ例ヘハ賣買、交換、贈與等ノ如キ是ナリ其家火災遇キテ其妻當事者モハシテ譲渡人ノ能力ヲ知ルハ用ニ供スルカ爲メナリト又ニ墨契ナシ譲渡人及ヒ取得者ノ氏名住所、不動產譲渡ノ當事者雙方ノ何人アルカヲ示スルカ爲メシテ譲渡人ノ單ニ所有權ヲ移轉セシ者ノミヲ謂フニ止マラス

第三者地上権、永小作権ノ讓渡人ヲモ包含スルモノナリトスニ當てニ並べ
抵當不動產ノ性質所在ハ目的物ノ錯誤セナルコトヲ證明スルカ爲メナリ
讓渡ノ代價其他取得者ノ負擔ハ第三取得者カ溢餘ヲ爲スカ爲ミニ提供セシ
價格カ相當ナルヤ否ヤア判定スルニ必要ナレハナリモ額ニシテ又其額
ニ登記簿ノ謄本是レ三百八十三條第二號ニ規定スル所ニシテ近當不
動產ニ關スル登記簿ノ謄本但既ニ消滅シタル權利ニ關スル登記ハ之ヲ掲ク
ダコトヲ要セシト蓋シ登記簿ノ謄本ヲ送達セシムルノ必要ハ各債權者ヲシ
ナ自己ノ資格及ヒ其順位等ヲ知悉セシムルカ爲メナリトスニ當てニ並べ
三 提供ノ陳述書是レ三百八十三條第三號ニ規定スル所ニシテ債權者
百九一个月内ニ次條ノ規定ニ從ヒ増價競賣ヲ請求セナルトキハ第三取得者ハ
第一號ニ掲ケタル代價又ハ特ニ指定シタル金額ヲ債權人順位ニ從ヒテ辨済
諸又ハ供託スヘキ旨ノ記載シタル書面ハ平時ニ三百八十三號ニ異宗ナリ
是レ溢餘ノ本體骨子ヲ表明セシ書面ニシテ代價又ハ特ニ指定シタル金額ヲ
記載スヘキモノト爲セシ所以ナ賣買ノ場合ニ非ナレバ代價ナキカ故ナリ
是レ

第三取得者カ以上三種ノ書面ヲ成シ之ヲ各債權者ニ送達セシ場合ニ當リ債
權者カ之ニ對シテ爲シ得ヘキ方法三種アリ即チ左ノ如シ
一 債權者ハ第三取得者カ送致セシ三種ノ書面ヲ材料ト爲シ第三取得者カ
提供セシ金額ヲ受諾スルコトヲ以テ自己ニ利益アリト思料セハ債權者ハ其
提供ヲ承諾スヘキモノナリ是レ明示ノ承諾ノ場合ニシテ隨テ抵當權ノ溢餘
行バアルモノナリ
二 債權者カ第三百八十三條ニ規定セル三種ノ書面ヲ送達ヲ受ケタル後一
箇月内ニ増價競賣ヲ請求セナルトキハ法律ハ第三取得者ノ提供ヲ承諾シタ
ルモノト看做セリ是レ債權者カ明カニ承諾ノ意思ヲ表示シタル場合ニ非ス
ト雖モ債權者ニ付與セラレタル増價競賣ノ請求權ヲ行使セサルヲ以テ暗狀
ノ承諾アリタルモノト謂フコトヲ得ヘン是レ三百八十四條第一項ニ於ア
「第三取得者ノ提供ヲ承諾シタルモノト看做スト規定セシ所以ニシテ溢餘ハ
此場合ニ於テモ亦行ハルモノナリ」
三 債權者ハ第三取得者ノ提供ヲ承諾セシテ増價競賣ノ請求ヲ爲スコト

ヲ得
增價競賣ノ請求權トハ第三取得者ニ其不動産ヲ競賣ニシテ之ヲ承諾セタル
得者ノ提供ヲ拒絶シ更ニ高價ニ其不動産ヲ競賣シニコトニ要求スル權利ナ
リ蓋シ第三取得者カ溢除ノ提供ヲ爲スニ當リ債權者ハ必ス之ヲ承諾セタル
ヘカラストセハ抵當不動産ノ實價ヲ得ルコト能ハツルヘモ抵當權ノ效力モ
亦薄弱ナリト謂ハツルヘカラス是ニ於テカ法律ハ債權者ニ付與タルニ増價
競賣ノ請求權ヲ以テ第三取得者カ提供スル不當ノ溢除ヲ拒絶スルコトヲ
得ヘシ然リト雖モ又一方ヨリ觀察スレハ債權者キ第三取得者ノ溢除ノ提供
ア無條件ニ拒絶スルコトヲ得ルモノトセハ法律カ第三取得者ニ付與タルニ増價
溢除ハ全タ有名無實ニ歸シ毫モ實效ヲ奏スルコト能ハツルニ至ルヘシ故ニ
債權者カ增價競賣ノ請求權ヲ行使セント欲セハ嚴重ナル條件ニ服從セタル
ヘカラス是レ第三百八十四條第二項及第三項ノ規定アル所以ニシテ債權
者ハ

(イ)若シ競賣ニ於テ第三取得者カ提供シタル金額ヨリ十分ノ一以上高價ニ採

營不動產ヲ賣却スルコト能ハサルトキハ十分ノ一以上高價ナシテ自ナ其不動
產ヲ買受クヘキ旨ヲ附言セナルヘカラス蓋シ増價競賣ヲ請求スル所以ハ第
三取得者ノ提供セシ金額ヲ寡少ナリトシ一層高價ニ抵當不動產ヲ賣却ゼン
コトヲ目的トスルモノナレハ少クトモ第三取得者カ提供セシ金額ヨリ十分
ノ一以上ノ高價ニ賣却セシムハ當初ノ意思ヲ貫徹シテ其目的ヲ達スルコト
能ハナルノミナラス競賣ハ多額ノ費用ヲ要スルモノナレハ第三取得者カ提
供シタル金額ヨリ十分ノ一以上ノ高價ニ賣却スルコト能ハサレハ競賣ニ要
セン費用ノ爲メニ却テ債權者ハ第三取得者ノ提供セシ金額ヨリ少額ヲ得ル
ニ結果ト爲ルヘク債權者ハ爲メニ何等ノ利益ヲモ享受スル能ハナルヘシ而
シテ債權者カ利益ヲ享受スル能ハナルハ自業自得ニシテ敢テ之ニ干涉スル
ノ必要ナシト雖モ爲メニ溢除ノ提供ヲ拒絶シ第三取得者カ法律上ニ有スル
權利ヲ無視セシムニ至リテハ之ヲ不問ニ付スルコトヲ得タルモノナリ故
ニ第三百八十四條第二項ニ於テハ第三取得者ノ提供金額ヨリ十分ノ一以上
ノ高價ニ賣却スルコト能ハサルトキバ債權者自ラ十分ノ一ノ高價ヲ以テ當

不動産ヲ買受ケナルヘカラナルモノト規定シ以テ債権者カ増價競賣請求權ア濫用スルコトヲ防止セリ

(ロ) 増價競賣ノ請求ハ必ス先ツ第三取得者ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ要ス第三八四條第二項蓋シ増價競賣ノ請求ハ第三取得者ノ濫除ノ提供ヲ拒絕シテ之ヲ爲スモノナレハ第三取得者ニシテ或ハ自ラ競落人ト爲リ或ハ競賣ノ正當ニ實行セラルルカヲ監視センカ爲ミニ競賣ノ實行セラルルコトヲ知ラシムルノ必要アリ是レ先ツ第三取得者ニ對シテ増價競賣ノ請求ヲ爲スコトヲ要スト規定セシ所以ナリ

(ハ) 債権者ハ代價及ヒ費用ニ付キ擔保ヲ供スルコトヲ要ス(第三八四條第三項)蓋シ第三取得者ノ提供金額ヨリ十分ノ一以上ノ高價ニ賣却スルコト能ハナリトキハ債権者自ラ十分ノ一以上ノ増價ヲ以テ其不動産ヲ買受ケナルヘカラナル義務ヲ負擔スルモノナリ然ルニ其債権者ニシテ十分ノ賣力ナク爲ミニ之ヲ買受タルコト能ハサルトキハ此等ノ義務ヲ負擔セシメタル規定ハ空文ニ歸シ第三取得者若クハ他ノ債権者ニ損害ヲ被ラシムベニ至ガヘシ是レ

〔代價及ヒ費用ニ付キ擔保ヲ供スルコトヲ要ス〕ト規定シ以テ豫メ此等ノ場合ニ備フル所以ナリ而シテ擔保ハ對人擔保タル保證人物上擔保タル質抵當等鶴ヲ裁判所ノ認定ニ從フヘキモノニシテ裁判所ハ擔保ノ許否ニ付キ期日ヲ定メ決定ヲ以テ其裁判ヲ爲スヘタ擔保ノ裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ナルハ競賣法第四十二條第一項及ヒ第三項ノ規定スル所ナリ
以上講述セシ三條件ハ債権者カ増價競賣ヲ請求スルニ付テノ必要事項ニシメ債権者ハ以上ノ條件ヲ履践スルニ非ナレハ第三取得者ノ濫除ヲ免ルルコトヲ得ナルモノナリ而シテ民法ハ増價競賣ニ關スル詳細ナル手續ハ自ラ之ヲ規定セスシテ特別法ニ譲レリ即ち明治三十一年法律第十五號競賣法是ナリ而シテ同法ハ其第五章ヲ增價競賣ト題シ第四十條乃至第四十九條ノ十箇條ニ於テ精細ナル規定ヲ設ク就キヲ觀ヘシバノ結果ニ依附競賣ノ請求を増價競賣ノ請求ニ關スル附從ノ條件ハ民法第三百八十五條ノ規定スル所ナリ即テ「債権者カ増價競賣ヲ請求スルトキハ前條ノ期間内ニ債務者及ヒ抵當不動産ノ讓渡人ニ通知狀ルヲ要ス」玉蓋シ既ニ説明セシ第三百八十四條

本規定セラシタル三條件ヘ共ニ増價競賣ノ要請ナレバ若シ此等ノ手續ア違背セリキハ増價競賣ノ請求ハ當然無効ナリト雖モ第三百八十五條ニ規定スル事項ハ増價競賣ノ請求ニ關スル兩從ノ條件タルニ過ギナレハ此手續ヲ爲ナツルモ爲メニ増價競賣ノ請求ヲシテ無効ニ歸セシムルコトナク唯之カ爲メニ若シ債務者若クハ抵當不動産ノ讓渡人ニ損害ヲ被ラシムルハ債權者ハ其賠償ノ責任ヲ負擔セツルヘカラヌ而シテ所謂附從ノ條件トハ何ソキ他ナシ債權者カ濫除ニ關スル送達ヲ受ケタル後一箇月ノ期間内ニ債權者及ヒ抵當不動産ノ讓渡人ニ増價競賣請求ノ通知ヲ爲スヘキコト是ナリ惟フニ債務者ハ最モ多クノ場合ニ於テ抵當不動産ノ讓渡人ナルヘシト雖モ若シ債務者ニシテ讓渡人ニ非ナル場合ナルモ債務者ハ第三取得者ノ求償ヲ受ケタルヘカラツルニ至ルヘク隨テ債務者ハ自己ノ債務ヲ他人ノ辨済スルニ放任シ後ニ求償ヲ受クルニ至ルヨリセ寧ロ最初ヨリ自ラ辨済スルノ利益ナルニ若カナルヲ以テ債務者ハ増價競賣請求ノ通知ヲ受クルニ付キ重大ノ利益ヲ有スルモノト謂フヘシ又抵當不動產

前ノ讓渡人ハ所謂擔保の義務ヲ負擔スルヲ以テ其通知ヲ受クルニ付キ等シテ
財利害ヲ感スル者ナリ是レ第三百八十五條ニ規定アル所以ナリ而シオ同條ニ
依所謂抵當不動産ノ讓渡人はハ當ニ所有權ノ讓渡人ノミニ止マラスシテ地上
車橋水小作權ノ讓渡人ヲモ包含スルモノナルコトヲ注意スヘシ
ヘ増價競賣ノ請求ハ源除ヲ提供ノ通知ヲ受ケタル債權者ハ皆之ヲ爲スコトヲ
得ヘシト雖モ數人ノ債權者アケ場合ニ於テ一債權者カ請求シタル競賣ハ其
人ニ總債權者ヲ利スルモノナリ隨タ一債權者カ増價競賣ヲ請求ヲ爲セハ他ノ
債權者ハ其利益ニ浴スルコトヲ得ヘキニ安シテ數ヲ自ラ繁雜ナル手續ヲ爲
シナルヘキハ社會人事ヲ普通ノ狀態ナリト謂フヘシ然ルニ增價競賣ヲ請求
シタル債權者カ後日自由ニ其請求ヲ取消スコトヲ得ルモノトセハ他ノ債權
者ノ迷惑計ルヘカラヌ故ニ第三百八十六條ニ於テ^(ア)増價競賣ヲ請求シタル債
權者ハ登記ヲ爲シタル他ノ債權者ノ承諾ヲ得ルニ非ナレハ其請求ヲ取消ス
^(ア)コトヲ得ス下規定レハ取消權ヲ制限セリ^(イ)但思當斟酌ヘ相當不嚴重^(ア)
^(イ)競賣—第三取得者ノ債務ヲ辨済ヲ爲ナメ又源除ノ通知ヲモ鷲サヌ尙可抵

當權者ヨリ第三百八十一條ノ通知ヲ受ケタルニモ拘ラス債務ノ辨済ヲ爲す又ハ適法ノ期間内ニ拂除シ通知ヲ爲サヌルトキハ抵當權者ハ抵當不動産ノ競賣ヲ請求スルコトヲ得ルモノナリ而シテ其詳細ノ手續ハ明治三十二年法律第十五號競賣法ニ就キ之觀ガヘシ蓋シ競賣ハ唯抵當權實行ノ場合オニ限ラス留置權者先取特權者質權者競賣ヲ爲スコトアルヘク其他民法又ハ商法ノ規定ニ依リテ競賣ヲ爲スキ場合妙カラヅルヘキヲ以テ競賣ニ關スル規定ヘ總チ之ヲ特別法ニ譲リ競賣法ハ括シテ之ヲ規定セリ而シテ民法ハ第三百八十八條及ヒ第三百八十九條ノ兩條ニ於テ或特別ノ場合ニ關スル規定ヲ設ヌ即チ第三百八十八條ハ建物ノ存スル土地ニ付キ土地又ハ建物ノミヲ抵當ト爲シタル場合ニ關スル規定ニシテ第三百八十九條ハ抵當權設定後抵當地ニ建物ヲ築造シタル場合ニ關スル規定ナリトスモレバ可也諸種ルヘシ我邦ニ於テハ從來建物ノ土地ノ一部ヲ爲スモノト看做ナスシテ各之ヲ別箇ノ物ト爲シ隨テ建物土地共ニ同一人ニ屬スル場合ニ於テ各別ニ之ヲ抵當權又目的ト爲スコトヲ得又社會ノ實際ニ於テモ頻繁行ハル所ナリト雖モ抵當權實

行セラレ之ヲ競賣ニ付シタル場合ニ於テハ極メテ困難ナル問題ヲ生スルニ至ルヘシ即チ建物又ハ土地ヲ競賣ニ付セハ從來同一人ニ屬セシ建物及び土地ハ各其所有者ヲ異ニスルニ至ルヘク而シテ建物ノ所有者ハ土地ノ上ニ何等ノ權利ヲモ有セサルヲ以テ依然建物ヲ其土地ノ上ニ存立セシムルコトヲ得スシテ之ヲ除去セサルヘカラズ然リト雖モ是レ社會ノ經濟上極メテ不利益ニシテ建物ノ所有者ニ對シテ苛酷ノ甚シキモノト謂ハサルヘカラズ故ニ法律ハ此場合ニ於テ抵當權設定者ハ地上權ヲ設定シタルモヲト看做スト規定セリテ困難ヲ排除セリ而シテ此地上權ハ存續期間ノ定ナキ場合ナルヲ以テ第二百六十八條ノ適用ヲ受ケ別段ノ慣習ナキトキハ地上權者ハ何時ニテモ其權利ヲ拋棄スルコトヲ得ヘタ若シ之ヲ拋棄セサルトキハ當事者ノ請求ニ因リ各般ノ事情ヲ斟酌シテ裁判所ハ二十年以上五十年以下ヲ範囲ニ於テ其存續期間ヲ定ムルモノナリ又地代ニ付テモ當事者ノ請求ニ依リ裁判所之ヲ定ムルコトト爲セリ前述セシ所ハ抵當權設定ノ當時ニ於テ土地ノ上ニ建物ノ存在セシ場合ニ關スルモノナリト雖モ抵當權設定ノ後ニ至リ其設定者が抵當地ニ建物ヲ築造シタ

ルトキテ如何ニ爲スヘキヲ前述セシ場合ニ於テルカ如ク抵當權設定者ハ競賣ノ場合ニ付キ地上權ヲ設定シタルモノト看做スト爲サンカ其土地ハ到底之ヲ相當ノ價格ニ競賣スルコトヲ得サルヘキモ然レトモ競賣人ニシテ其建物ノ除去ヲ請求スルヲ得ルニ放任セシ社會ノ經濟上極メテ不利ナリ前述セシの場合ニ異ナラナルヲ以テ三百八十九條ハ抵當權者ヲシテ土地ト共ニ其建物ヲモ競賣スルコトヲ得ルモノト爲セリ而シテ抵當權者ハ元來土地ニ對シテノミ抵當權ヲ有スルニ過キザルヲ以テ競賣ニ因リテ得タル代價ノ全部ヲ收ムガアリヲ得ルモノトセハ故ナク不當ニ利得セシムルモノト謂ハサルヘカラズ故ニ同條ハ但書ヲ以テ抵當權者ノ優先權ハ土地ノ代價ニ付テノミ之ヲ行コトヲ得ト規定セリ是レ當然ノ事理ナリト謂フヘシ

第三取得者ハ競買人ト爲ルコトヲ得ケリ否ヤニ競賣モ亦一種ノ賣買ナリ隨テ特別ノ規定ニ依リテ除外セラレタル以上ハ何人ト雖モ競買人ト爲ルコトヲ得ト雖モ抵當不動產ノ第三取得者ハ通常抵當不動產ノ所有者ナレハ自己ノ所有物ノ讓受人ト爲ルコトハ論理上甚タ奇異ノ感ナキニ非ス是ヲ以テ三百九十二

條ハ第三取得者ハ競買人ト爲ルコトヲ得ト明規シ以テ疑義ノ生スルコトヲ防セリ

第三取得者カ抵當不動產ニ付キ必要費又ハ有益費ヲ支出ゼン場合 抵當不動產カ競賣セラレタルニ當リ第三取得者カ既ニ抵當不動產ニ付キ費用ヲ支出セシ場合ニ於テハ此等ノ費用ハ不動產ノ競賣代價ヲ以テ償還セシムヘキハ當然ニシテ是レ不當利得ノ原則ノ適用ニ過キザルナリ蓋シ第三取得者カ抵當不動產ニ付キ必要費又ハ有益費ヲ支出セハ爲メニ其不動產ノ毀損又ハ消滅ヲ防止シ或ハ其價格ヲ増加スヘキヲ以テ抵當權者ハ之ニ因リテ利益ヲ享受スルモノト謂ハナルヘカラス然ルニ此等ノ費用ヲ第三取得者ニ償還セシムルコトヲ要セナルモノトセハ抵當權者ヲシテ第三取得者ノ損失ニ因リテ不當ノ利益ヲ取得セシムルモノニシテ公平ヲ保持スヘキ法律ノ目的ニ反スルモノト謂フヘシ是レ第三百九十一條ノ規定アル所以ニシテ第三取得者ハ不動產ノ代價中ヨリ最モ先ニ其償還ヲ受クルコトヲ得ルモノト爲セリ而シテ其償還請求權ニ付テ之必要費ト有益費トヲ區別シテ説明スルヲ要ス

必要費トハ抵當不動産ノ毀損又ハ消滅ヲ防止スル爲メニ支出セラレタル費用ニシテ第三取得者カ費用ヲ支出セナリシナラハ抵當不動産ハ其全部若ク一部ヲ保存スルコト能ハサリシモノナルヲ以テ第三取得者ハ其全部ニ付キ不動産ノ代價ヨリ先取權ヲ有ス尙ホ注意スヘキハ第三取得者ハ其不動産ヲ所有スル間ハ其果實ヲ取得スヘシ故ニ所謂通常ノ必要費ハ第三取得者自ラ之ヲ負擔セナルヘカラス蓋シ通常ノ必要費ハ普通果實ヲ以テ之ニ充ツルモノナレハ兩者相殺セシムルノ趣旨ナリ

有益費トハ不動産ノ改良ノ爲メニ支出セシ費用ニシテ不動産ノ保存ノ爲メニ必要ナル費用ニ非ス雖テ其全部ヲ償還セシムヘキモノトセハ抵當權者ノ利益ヲ害スルノ虞アリ故ニ法律ハ第三取得者カ有益費ヲ支出セシカ爲メニ不動産ノ價格ヲ增加セシメ而シテ其價格ノ增加カ現存スル場合ニ限リ債權者ノ選擇ニ從ヒ其費シタル金額又ハ増價額ヲ償還スヘキモノト爲セリ

競賣代價ノ配當方法 抵當權者カ抵當權ヲ實行シ不動産ヲ競賣シテ其代價ヲ得タルトキハ之ヲ以テ債權者ニ辨済セザルヘカラス而シテ抵當不動産ニシ

テ唯一箇ナル場合ニシテ其代價ヲ以テ抵當不動産カ負擔スル債務ヲ辨済スルニ足ルトキハ毫モ困難アル問題ヲ生セヌド雖モ一人若クハ數人ノ債權者カ數箇ノ不動産ニ付テ抵當權ヲ有スル場合及ヒ抵當不動産ノ代價別以テ債務ノ全部ヲ辨済スルニ足ラサルトキハ抵當債權者相互ノ間ニ於テ或テ抵當債權者ト普通ノ無擔保債權者トノ間ニ於テ利害ノ衝突ヲ生ス是ニ於テ此等ノ債權者ノ利益ヲ調和シ配當ノ平衡ヲ得セシムルカ爲メニ明文ノ規定ヲ要ス是レ第三百九十二條及ヒ第三百九十四條ノ規定アル所以ナリ以下順次之ヲ説明スヘシ
債權者カ同一ノ債權ノ擔保トシテ數箇ノ不動産ノ上ニ抵當權ヲ有スル場合ニ於テ同時ニ其代價ヲ配當ズヘキ場合ニ此場合ニ於テハ其各不動産ノ價額ニ準シテ其債權ノ負擔ヲ分ツヘキモノト爲セリ(第三九二條第一項例)甲者アリ各一萬圓ノ債權ヲ有スル二箇ノ不動産ヲ第一位ニ於テ抵當トシタル十萬圓ノ債權ヲ有シ又乙者ヨリ其中ノ一箇ノ不動産ヲ第二位ニ於テ抵當ト爲シタル五千元ノ債權又有セリ此場合ニ於テ若シ甲者ヨリテ其欲スル所ノ不動産ヨリ配當ヲ受タルコト可得ヘキモ不計セバ乙者又計テ抵當不動産ニ依テ辨済ヲ受ク

コトヲ得ル否トハ全然甲者ノ自由ニ左右シ得ル所ト爲リ乙者ヲシテ極メ
テ危險ナル地位ニ立タシムルモノト謂フヘシ故ニ此場合ニ於テハ甲者ハ其債
權ノ半額ナル五千圓ヘ乙者カ第二位ニ於テ抵當權ヲ有スル不動產ノ競賣代價
ヨリ殘餘ノ五千圓ヘ他ノ不動產ノ競賣代價ヨリ辨濟ヲ受クヘキモノト爲セリ
隨フ此場合ニ於テハ乙者モ亦債權全額ニ付キ辨濟ヲ受クルコトヲ得ベシ是レ
甲債權者ニ毫モ不利益ヲ與フルモニ非シテ他ノ債權者ヲシテ全部若クハ
一部ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得シムルノ利益アルモノト謂フヘシスル場合ニ
同時ニ其代價ヲ配當セシムテ或不動產ノ代價ノミヌ配當スベキ場合ニ是レ第
三百九十二條第二項ノ規定スル所ニシテ抵當權者ハ其代價ニ付キ債權ノ全部
ノ辨濟ヲ受タルコトヲ得此場合ニ於テハ次ノ順位ニ在ル抵當權者ハ前項ノ規
定ニ從ヒ右ノ抵當權者カ他ノ不動產ニ付キ辨濟ヲ受クヘキ金額ニ滿ツルマテ
之ニ代位シテ抵當權ヲ行フコトヲ得ド蓋シ此場合ニ於テハ同時ニ代價ノ配當
ヲ爲サヌルカ故ニ各不動產ノ價額ニ準シテ其債權ノ負擔ヲ分ソコトヲ得ナル
ヲ以テ抵當權者ヲシテ其代價ニ付キ債權ノ全部ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ト規

定セラト雖モ次ノ順位ニ在ル抵當權者ヲシテ不安ノ地位ニ立タシムルハ遠セ
前述セシ場合ト異ナラナルヲ以テ代位ノ方法ニ依リ第三百九十二條第一項ノ
規定スル所ト同一ノ結果ヲ生セシメントヲ期セリ即チ例ヘバ前例ニ於テ乙
者カ第二位ニ於テ抵當權ヲ有スル不動產ノ代價ノミヌ配當スベキドキハ甲者
ハ其代價タル一萬圓ヲ以テ債權全額ノ辨濟ヲ受タルコトヲ得而シテ乙者ハ甲
者カ他ノ不動產ニ付キ辨濟ヲ受クヘキ金額即チ五千圓ニ滿ツルマテ甲者ニ代
位シテ抵當權ヲ行フコトヲ得ルモナリ
以上説明セシ場合ニ於ケル乙者ハ法律カ當然代位ノ権利ヲ與スルモノナレバ
特ニ其代位ヲ抵當權ノ登記ニ附記スルヲ要セスト雖モ之ヲ附記スルハ代位者
ノ爲メニ極シテ利益アル所ナリ是レ第三百九十三條ノ規定アル所以ニシテ代
位者ハ其抵當權ヲ登記シ其代位ヲ附記シテ其利益ヲ享受スルコトヲ得ヘシ
即チ抵當權消除ヲ通知ヲ受クルコトヲ得ヘク(第三八三條參觀)又抵當不動產ノ
代價配當ニ漏だルノ憂ナク且ツ代位者ハ自己ノ承諾タクシテ登記ノ辨濟又ハ
減少ヲ爲すサルヨトナキ等之如キ是ガリ

抵當不動産ノ代價カ辨済ヲ爲スニ不足ナル場合 是レ第三百九十四條ニ規定スル所ニシテ其第一項ニ依レハ抵當權者ハ抵當不動産ノ代價ヲ以テ辨済又受ケナル債権ノ部分ニ付テノミ他ノ財產ヲ以テ辨済ヲ受タルコトヲ得ル者ナリ例ヘ六甲者乙者ニ對シテ金一萬圓ヲ貸與シ其抵當トシテ乙者所有ノ不動産ヲ供セシメタリ然ルニ其不動産ノ代價八千圓ナリシトセハ二千圓ハ抵當不動産ノ代價ヲ以テ辨済ヲ受ケヌリシモノナリ隨テ此二千圓ニ付テハ無擔保債權者ト共ニ債務者ノ財產ニ依リ辨済ヲ受タルコトヲ得バモ人九ノトス以上説明セシ所ハ先ツ抵當不動産ノ代價大配當アリタル場合ナリト雖モ抵當不動産ノ代價ニ先チテ他ノ財產ノ代價ヲ配當スヘキ場合ニハ如何ニ爲スヘキヤ是レ第三百九十四條第二項ノ規定スル所ニシテ此場合ニ於テハ同條第一項ノ規定ヲ適用セタルモノトシ唯他ノ債權者ヨリ第一項ノ規定ニ從ヒ辨済ヲ受ケシムル爲モ抵當債權者ニ配當スヘキ金額ノ供託ヲ請求スルコトヲ得ルモノト爲セラ

本節ノ説明ヲ終ル而臨ミ爾ニ一人講述スヘキ事項アリ即チ抵當權者ニ對スル

質借人ノ權利是ナリ蓋シ舊民法ニ於テハ質借權ヲ以テ物權ナリト爲セシカ故ニ質借人モ亦第三取得者ノ一人ナリシト雖モ新民法ハ質借權ハ債權ナリト爲セシフ以テ質借人ハ第三取得者ニ非ス然リト雖モ不動產ノ質貸借ハ之ヲ登記セハ爾後其不動產ニ付キ物權ヲ取得シタル者ニ對シテモ其效力ヲ生スルモノナルコトハ第六百五條ノ規定スル所ナリ隨テ質借人ハ抵當債權者ニ對シテ第三取得者類似ノ地位ニ立ツ者ナリト謂フコトヲ得ヘシ是レ第三百九十五條ノ規定アル所以ニシテ同條ニ依レハ「第六百二條ニ定メタル期間ヲ超エナル質貸借ハ抵當權ノ登記後ニ登記シタルモノト雖モ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得」下言ヘリ蓋シ第六百二條ニ定タル期間ヲ超エナル質貸借ハ皆短期ノモニニシテ短期ノ質貸借ノ如キハ不動產ノ主要ナル利用方法ナリ隨テ此等ノ質貸借ニシテ総合抵當權ノ登記後ニ登記シタル場合ニテモ抵當權者ニ對抗シ得ルモノト爲ナサレハ或ハ爲メニ其不動產利用ノ途ヲ杜絶シ延テ抵當權者ノ不利益ヲ來スコトナキヲ保セス而シテ抵當權者ハ債權ノ辨済ヲ確定セシカ爲メニ抵當權ヲ設定セシモノニシテ抵當不動產ノ價格ヲ低落セシメサルハ其擔保

ヲ鞏固ナラシムルモノニシテ短期貸貸借又不動産ノ價格ヲ低落セシメ其財産
手段ナリト謂フヘシ是レ法律上「抵當權」登記後ニ登記シタルモノト雖モ之ヲ
以テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得ト爲キシ所以ナリ然リト雖モ其實貸借カ抵
當權者ニ損害ヲ及ボストキハ前述セシ理由メ一半ヲ亡失スルモノナリ體ヲ此
場合ニハ裁判所ハ抵當權者ノ請求ニ因リ其實貸借ノ解除ヲ命スルコトヲ得ベ
キモノナルコトハ同條但書ノ規定スル所ナリ

第三節 抵當權ノ消滅

抵當權ノ消滅原因ニハ一般ノ権利共通ナルモノト抵當權ニ有ミ特別ナムモ
ノトメ二種アリ而シテ一般ノ権利ニ共通ナル消滅原因即チ目的物ノ滅失抵當
權ノ抛弃債權ノ消滅混同等ニ付テハ特ニ茲ニ説明スルノ必要ナク又抵當權人
特別消滅原因中辨済遅延及ヒ競賣ノ三者ニ付テハ既ニ前節ニ於テ詳述セシム
以テ再ヒ茲ニ賛セス唯本節ニ於テハ時效及ヒ他ノ一事項ニ付キ講述スヘシ
抵當權モ亦一種ノ財產權ナリ體テ第一百六十七條第二項ノ規定ニ依リ二十年間

之ヲ行ハサルニ因リテ消滅スヘキモノナリト雖モ抵當權ハ質權ノ從タル物權
ニシテ且ツ之ヲ擔保スル以テ其目的ト爲スモノナレハ債權關係ノ上ヨリ主
タル債權ト離レテ先ニ時效ニ罹リテ消滅スヘキモノナルコトヲ認メス是レ第
三百九十六條ノ規定アル所以ニシテ抵當權ハ債務者及ヒ抵當權設定者ニ非
テハ其擔保スル債權ハ同時ニ非ナレハ時效ニ因リテ消滅セサルナリ

抵當權カ債務者及ヒ抵當權設定者ニ對シテハ其擔保スル債權ト同時ニ非ナレ
ハ消滅時效ニ罹フスト爲セシハ當然ナリト雖モ債務者又ハ抵當權設定者ニ非
テル者ニ對シテハ全タ異ナリタル觀察ヲ下ササルヘカラス即チ抵當權ノ場合
ニ限リテ其占有ヲ保護セサル理由ナシ是レ第三百九十七條ノ規定アル所以ニ
シテ債務者又ハ抵當權設定者ニ非サル者カ抵當不動產ニ付キ取得時效ニ必要
ナル條件ヲ具備セル占有ヲ爲シタルトキハ完全ナル所有權ヲ取得シタルモノ
ト爲リ其結果抵當權ハ消滅スヘキモノナリ

地上權又ハ永小作權ヲ抵當ト爲シタル場合ニ於テ地上權者又ハ永小作權者
其權利ヲ抛弃シタルトキハ抵當權モ亦之ニ伴ヒ消滅スヘキモノナルヤノ疑ア

リト雖モ此ノ如キハ寧能メテ不當ニシテ抵當權者ヲ害スルノ甚ゾキモ然ナ
謂ハナルヘカラズ是レ第三百九十八條ノ規定アル所以ニシテ其抛弃ハ之ヲ以
テ抵當權者ニ對抗スルコトヲ得サルモノト爲シ以テ抵當權者ヲ保護スルコト
ヲ計リタラリ前ホ古事記爰定義也而曰家主を領有する者即ち其所有者也
クモ越後守又及近習御内侍者等也亦或不體制の者乎遺傳權者也其
ノ居宅也其占領も空屋也モ又或由セヨ張弓三百六十石猶々豊主て久留邊ニ
シテ於ニ居テ之を空也置てしも又雖寒々可ヤキヤハシヒニシテ其眼を疾苦附く其舌
ハ齧瘡發発ニ感ニシテ之に當附也ニ雖未始也計又ニ其舌附到家主ニ其
舌子孫傳也而家主之舌附到家主ニ其舌附到家主ニ其舌附到家主ニ其舌附到家主ニ
其舌附到家主ニ其舌附到家主ニ其舌附到家主ニ其舌附到家主ニ其舌附到家主ニ
其舌附到家主ニ其舌附到家主ニ其舌附到家主ニ其舌附到家主ニ其舌附到家主ニ
其舌附到家主ニ其舌附到家主ニ其舌附到家主ニ其舌附到家主ニ其舌附到家主ニ
民法物權 (自第十七章) 総

民法物權 (自第十七章) 目次

(三十三年度講義錄)

法學士 加古貞太郎 講述

民法物權 (自第十七章)

和佛法律學校發行

第一卷 先秦兩漢

第二卷 大唐宋元

第三卷 明清

第四卷 清末民初

第五卷 民國

民法物權

(自第十七章)

著者　眞古貞太郎
編者

(三十二章)

民事法律學講義

民法物權

(三十二章)

民法物權(自第十七章)目次

緒論	一
第七章 留置權	一四
第一節 緒言	一
第二節 留置權ノ定義及其要件	一六
第三節 留置權ノ效力	一四
第四節 留置權ノ消滅	三八
第八章 先取特權	四一
第一節 總則	四一
第一款 先取特權ノ性質	四一
第二款 先取特權ノ定義	四四
第二節 先取特權ノ種類	五二
第二款 一般人先取特權	五三

第二款 不動產ノ先取特權	五九
第三款 不動產ノ先取特權	八〇
第三節 先取特權ノ職位	八四
第四節 先取特權ノ效力	九五
第九章 質權	
第一節 總則	一〇七
第二節 物質質	一一八
第三節 不動產質	一二七
第四節 權利質	一三二
第十章 抵當權	
第一節 總則	一四三
第二節 抵當權ノ效力	一五〇
第三節 抵當權ノ消滅	一六一
民法物權	
(自第七章) 目次終	一〇二

馬ノナリ又多少爾論アバモ納稅有義務ノ如キモ税法ニ於テ直接ニ定メタル債
務ナリト信ス即チ納稅ノ義務、之債務ニアストノ論アバモ子ヘ明ニ債務ナリ
ト信シテ疑ハサルナリ其詳細ハ講義ノ範圍外ニ涉ルヲ以テ唯決定ムヲ示テ
テ止ムヘシ。此政事部モテマニ其詳義を付御シ要請セラモ常事務ニ屬する事で間
以上ヲ以テ債權發生ノ原因ヲ説明メ丁レリ以下法典ノ規定ニ入リテ順次説明
ヲ爲ナントス。案ヘ目録ノ後觀之。要當本旨を明白に示す所也。ナニモナシハモ
第一章總則ヲ分チテ第一節債權ノ目的、第二節債權ノ效力、第三節多數当事者ノ
債權、第四節債權ノ譲渡、第五節債權ノ消滅上卷體例實務等、各々題目にて解説
其目録、案ヘ目録ノ後觀之。要當本旨を明白に示す所也。

第一節 債權ノ目的

債權ノ要素ハ緒論ニ於テ説明シタ後細々要スル元三アリ。債權者三、債務者三
目的是ナリ。予ハ債權ノ定義ヲ下シテ債權トヘ或人カ或他ノ人ニ對シテ一定ノ
行為又ハ不行爲ヲ要求スル權利ナリト言御リ是ヒ其權利又有無者開テ債權
者其相手方即チ債務者及ヒ其行為若クハ不行爲即チ目的ヲ以テ債權ノ要素ト

爲ス所以ナリ。要素ト法律行為ノ要素トふ之ヲ混同セサルコトヲ要ス蓋シ債権ハ多ク法律行為ヨリ生スルモノナリト雖モ必シモ然ラス而シテ其法律行為ヨリ生スル場合ニ於テモ債権ノ要素ト法律行為ノ要素トハ固ヨリ同シカラナルナリ即チ法律行為ノ要素ハ予ノ取ル所ノ主義ニ據レハ畢竟目的ニ歸著シ而シテ其目的ハ場合ニ因リ當事者ノ誰タルコトヲモ包含スルカ故ニ法律行為ノ要素タル目的ハ債権ノ要素タル目的ニ比スレハ其範囲廣キモノナリ隨テ法律行為ノ要素タル目的ヲ放義即チ債権ノ要素タル目的ト同一ノ意義ニ解スルトキハ法律行為ノ要素ハ目的ノ外時トシテ當事者ヲモ包含スルコトアリト云ハナルヘカラス例へハ贈與等ニ在リテハ受贈者即チ債権者ノ誰タルコトハ法律行為ノ要素タルカ如シ然レトモ法律行為ノ要素トシテ當事者ノ誰タルコトヲ問ハサル場合寧ロ多ギニ居ルカ故ニ例へハ法律行為ノ要素ニ錯誤アル場合ノ如キハ通常其要素中ニ當事者ノ誰タルコトヲ包含セサルモノトス之ニ反シ債権ノ要素ハ必ス當事者ヲ包含シ債権者及ヒ債務者ハ目的ト共ニ常ニ其要素ヲ成ス

モノナリ是レ法律ヲ讀ム者ノ最善注意スヘキ點ニシテ豫メ此區別ヲ明ニスルニアラテハ法文ノ解釋ヲ爲スニ際リ往往ニシテ誤認ニ陷ルヨリ免レントシテ「法律行為」アル文字ハ法律行為ノ章ニ於テ使用シ又「債務ノ要素」ニ「債権ノ要素ト云フニ同シナル文字ハ後ニ説明スヘキ更改ヲ節ニ於テ使用セリ即チ第五百十三條ニ所謂債務ノ要素アル文字ハ債権者債務者及ヒ目的ヲ三者ヲ包含セシモノナリテ要するに其該債権又異ニ不同ニ財物ノ目的に對應せん人當初尙ホ純然タル要素ノ外能力ノ問題ハ債権ニ付テ屬生スルコトアリ即チ債権ヲセラ之ヲ論スルノ必要アリト雖モ能力ヲ説明ハ總則編ノ諸義ニ屬スルカ故ニ此ニハ之ヲ論セス當リ既ニ財物ノ目的有リテ不當アリヨリモ可也然ニ證據ノ目的ニ關スル規定ハ多クノ法典ニ於テ之ヲ一括シテ規定スルコトナシ獨逸ノ法典中ニハ稀ニ之ヲ一括シテ規定セルモノアリト雖モ他ニ殆ト其例ヲ見ス我舊民法ノ如キモ佛民法ヲ模範トセシカ故ニ之ニ關スル規定ハ辨濟其他

ノ部ニ散在セリ蓋シ後ニ説明スル如ク辨済ナシモ之ハ履行。ニ因次債權の消滅エシテ履行ト辨済トハ其實體ニ於テ充満エ異ナルコトナシ而シテ履行ハ畢竟目的ノ實行ニ外ナラナルカ敷ニ債權の目的的債務メ履行及セ債權メ辨済ナ其名ヲ異ニシテ殆ト其實ヲ同シウスルモノナリト云フミ不可アルコトナシ隨ラ辨済ノ部ニ債權ノ目的ニ關スル規定ヲ置クモ強チ理論ニ反駁シモリト云フシトア得スト雖モ新民法ハ便宜上獨逸民法等ヲ参考シテ目的ノ規定履行ノ規定及び辨済ノ規定ヲ各別ニ掲ケタリ々も割離不能也辨済ナシモ之ハ履行又當ク前述ノ如ク債權ノ目的債務ノ履行及セ債權メ辨済ハ其實體ニ於テ同様若クハ殆ト同一ナリト雖モ各其觀察點ヲ異ニス即チ債權ノ目的ハ債權發生ノ當時及セ債權カ未タ履行ニ因リテ消滅セス正ニ存在セル狀態ニ於テ觀察シタルモノニシテ此場合ニ於テ未タ履行アラズ又辨済ナシ次ニ債務ヲ履行セントシ又ハ正ニ履行シツツアル場合ハ履行ノ範圍ニ屬シ如何ナル方法ニ依リテ履行スヘキカノ如キハ全之履行ノ問題ナリ而ガラ履行アリ債權消滅シタル場合ニ於テ其結果如何ノ問題か即ち辨済ナリトス然ルニ新民法カ此嚴格ナル學理

上ノ區別ヲ十分ニ應用セナリシハ子ノ遺憾トスル所ナリ例へ辨済ノ部ニ存スル多クノ規定ノ如キハ子ノ見解ニ據レハ寧ロ之ヲ履行メ部ニ移スヘキモノナリ要スルニ債權ノ發生シタル時ヨリ債權ノ正ニ存在セル間ノ事項ハ債權ノ目的ノ方面ヨリ之ヲ觀察シ債務ヲ履行セントシ乃至其履行ノ尙キ繼續セル間ノ事項ハ之ヲ履行ノ問題トシ而シテ履行ヲ終リシ後ノ事項ハ之ヲ辨済ノ問題トスルヲ以テ最モ學理ニ通シタルモノト信ス然レトモ此ノ如キ嚴格ナル學理上ノ區別ヲ應用シタル例ハ或ハ未タ之アラサルヤモ保スヘカラズ彼ノ獨逸民法ノ如キハ煩ル之ニ近キモノナリト雖モ子ヲ以テ之ヲ見レハ尙ホ多少ノ誤アルコトヲ免レサルニ似タリ而シテ子ハ法文ノ順序ニ拘ラス專ラ此標準ニ據リテ説明ヲ爲サント欲ス但債權ノ目的ニ付テハ法文ニ掲タル所ト子ノ標準ト相一致セルカ故ニ敢テ變更ヲ加ヘサルヘシ
本節ヲ分ナラ三款ト爲シ第一款ニ於テ何ヲ以テ債權ノ目的ト爲スコトア得ルカヲ論シ第二款ニ於テ債權ノ目的物ニ關スル問題換言スレハ物ニ關スル債權ニ付テ生スル問題ヲ論シ第三款ニ於テ選擇債務ヲ論セントス

第一款 何ヲ以テ債権ノ目的ト爲スコトヲ得ルカ

何ヲ以テ債権ノ目的ト爲スコトヲ得ルカハ古來頗ル議論ノ存スル所ニシテ羅馬法ニ於テハ凡ソ金錢ニ見積ルコトヲ得ルモノニアラナレハ債権ノ目的ト爲スコトヲ得ストノ格言アリ而シテ此格言ハ今日尙ホ一般ニ歐洲ノ法學界ヲ支配シ歐洲ノ法律家ノ多數ハ之ヲ以テ金科玉條ノ如ク信スルカ如シ然レトモ之カ適用ニ至リテハ大ニ其範囲ヲ異ニシ羅馬法ニ於テハ金錢ニ見積ルコトヲ得サリシモノニシテ今ハ之ヲ金錢ニ見積ルコトヲ得ルモノ少カラナルカ如シ試ニ其最モ著シキ例ヲ示セハ人ノ名譽痛苦ノ如キハ羅馬法ニ於テハ之ヲ金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノトセシモ現今ニ於テハ之ヲ金錢ニ見積ルコトヲ得ルモノトシテ疑ハス即チ名譽ヲ害セラレタルトキハ之ヲ金錢ニ見積リテ損害賠償ノ額ヲ定メ又親ノ生命ヲ害セラレタルカ爲ミニ子ノ感スル痛苦普通生命ヲ金錢ニ見積ルモノナリト云フモ生命ヲ金錢ニ見積ルニアラス若クハ夫ノ殺サレタルカ爲ミニ妻ノ感スル痛苦ヲ金錢ニ見積リテ損害賠償ノ額ヲ定ムルカ如

シ此ノ如ク今日ニ於クハ名譽痛苦ヲ如キ無形ノモノニ体難モ之ヲ金錢ニ見積リテ賠償ヲ爲サシムルカ故ニ天下ヲ事物一トシラ金錢ニ見積ルコトヲ得サル非ノアルコトナシト雖モ若シ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキモノト云ヘル文字ヲ嚴格ニ解スルトキハ決シテ此ノ如キモノヲ包含スルコトヲ得ス即チ普通ノ意味ヲ以テスレハ名譽痛苦等ハ其性質金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノナリ然リト雖モ名譽ヲ害セラレ痛苦ヲ與ヘラレタル場合ニ於テハ他ニ救濟ノ途ナキヲ以テ已ムコトヲ得ス其損害ヲ金錢ニ見積リテ之カ賠償ヲ爲サシメ以テ法律ノ力ノ及ハサル所ヲ補ヘルナリ而シテ既ニ名譽生命等ヲ害シタル者ニ對シナ財產上ノ制裁ヲ加フル以上ハ此等ノ無形ノ價值ヲ有スルモノノ以之面ナニ債権ノ目的トスルコトヲ認ヌンハアルヘカラス故ニ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘモトト云ヘル文字ヲ嚴格ニ解スルトキハ債権ノ目的ヲ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキモノニ限ルハ頗ル狹キニ失スルモノト云ハサルヘカラス

抑歐洲ノ學者間ニ於テ勸モスルヘ議論ノ種子ト爲ルハ教師・醫師・辯護士等の勤勞ニシテ之ヲ金錢ニ見積ルコトヲ得バ否ヤ若シ金錢ニ見積ルコトヲ得バト

セハ之ヲ債權ノ目的ト爲スロトヲ得バヤ否ヤ未云考ニ在リ而シテ歐洲之學者ハ彼ノ名譽痛苦等ヲ金錢ニ見積ル無事コトヲ得ヘキ也ノトセルニ拘乙ム右之勤勞ヲ以テ金錢ニ見積ルノコトヲ得サシモソトアル者多シ蓋シ金錢ニ見積ルコトヲ得ハキモノト云ヘル文字狹義ニ解スルトキハ教師等ノ勤勞ハ之ヲ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキモノト云ヘコトヲ得ナルヘシ即チ教授上ヨリ生スビ利益ハ金錢ヲ以テ計算スルコトヲ得ヌ又醫師カ病ヲ治シ生命ヲ救ヒタル場合モ同一ナリ是ヲ以テ歐洲ニ於ケル從來ノ通說ニ依ルハ教師醫師辯護士等ノ勤勞ハ金錢ニ見積ルコトヲ得サシモノトシ體シ債權ノ目的ト爲スロトヲ得ナルヘシト然レモ是レ實際上頗ル不便ナル所ナリ即チ此說ニ據レハ教師醫師辯護士カ其勤勞ヲ約シナカラ之ヲ實行セサシモ可ナリト謂ハナルコトヲ得ス且其勤勞ヲ目的トシタル契約ヲ無効ナリトスル以上ハ之ニ由ラテ報酬ヲ約シタルモ亦無効ナリト謂ハサルヘカラス故ニ例ヘテ教師カ一一定ノ報酬ヲ約シタル教授ヲ爲セタル場合ニ於テ相手方カ其報酬ヲ拂ナシセキナハ法律上之ヲ訴フダニ述ナシ又醫師ノ如キニ其診療ヲ受ケ治療ヲ受カタシ居カ如クタル謝禮ヲ爲す事立場發見於

テ之ヲ訴フルヨトヲ得ス辯護士ノ謝金ニ付テモ亦然リ例ヘテ一定ノ成功謝金ヲ約シタル場合ニ於テ依頼者カ之ヲ承拂ハサルトキハ結局德義上ノ問題タルニ止マリ法律上之ヲ如何トモスルニ由ナシト謂ハサルコトヲ得ヌ而シテ此等ノ職業ニ從事スル者ハ世人ノ看テ以テ或ハ人ヲ教育シ或ハ仁術ヲ施シ或ハ他人ノ權利ヲ伸張シ若クハ枉屈ヲ救フヲ任トスル者ト爲スモノナルカ故ニ裁判所ニ訴ヘテ其報酬ヲ請求スルカ如キハ寧ロ歎スヘキコトナリト雖モ世上悉ク聖人君子ノミニアラサルヲ以テ教師醫師辯護士等ノ強慾ナル者アルト同時ニ之ヨリモ一層強慾ナル相手方アルヨトヲ免レス殊ニ救フ受ケテ少カラナル利益ヲ得タルニ拘ラス其約シタル報酬ヲ拂ハス又醫師ノ施療ニ因リテ九死ニ一生ヲ得タルニ拘ラス其謝ヲ爲ヌ又辯護士ノ力ニ因リ多額ノ財産ヲ失ハナルコトヲ得タルニ拘ラス其約シタル謝金ヲ拂ハサルカ如キハ縱令教師醫師辯護士等ニ於テ強テ之ヲ訴ヘナルモ法律上之カ相當ノ制裁ヲ認メサルヘカラス故ニ少クトモ之ニ訴權ヲ認ムルノ必要アルコト論ヲ換タス而シテ日本人ノ思想ニ於テハ醫師カ其謝禮ニ付キ訴訟ヲ爲スハ不徳義ノ如ク感スルモ辯護士

カ謝金ニ付テ訴訟ヲ提起スルハ却テ之ヲ怪シム者ナシ然ルニ歐洲ニ於テハ全
タ之ニ反シ辯護士カ此ノ如キ訴訟ヲ爲スハ一般ノ横斥スル所ナリ佛國ニ於テ
ハ辯護士會ノ規則ヲ以テ裁判所ニ對シテ謝金ヲ請求シタル辯護士ヲ除名スル
ノ例アリ隨テ依頼者ニ於テモ謝金ヲ違約スルカ如キコト殆トナシ之ヲ要スル
教師等ガ訴訟ヲ爲スハ固ヨリ希望スヘキコトニアラスト雖モ訴權ヲ認ムルニ
アラナレハ全ク無制裁ニ了ルノ矣アリト同時ニ一方ヨリ之ヲ言ヘハ此等ノ者
ノ受クヘキ報酬ニ付テモ訴訟ヲ許シ他ノ權利ト同シク十分ヲ保證ヲ與フヘキ
理由アルヲ以テ之ニ訴權ヲ認ムルヲ以テ至當トセザルヘカラス蓋マハイ同種
舊民法ノ起草者タル「ボフアンナード」氏ハ佛國ノ通説ヲ採用シ教師・醫師・辯護士
等ノ勤勞ハ債權ノ目的ト爲スコトヲ得ガルヲ本則トセシモ又間接ノ方法ヲ以
テ之ヲ保護セリ即チ財產取得編第二百六十六條第一項ニ於テ醫師・辯護士及ヒ
學藝教師ハ雇傭人ト爲ス此等ノ者ハ其患者訴訟人又ハ生徒ニ諾約シタル世
話ヲ與ヘ又ハ與ヘ始タル世話ヲ繼續スルコトニ付キ法定ノ義務ナシ又患者、
訴訟人又ハ生徒ハ此等ノ者ノ世話ヲ求メテ諾約不得タ所後其世話ヲ受クル責

ニ任セヌト規定セルモ此ノ如キ少く實際ノ不便ニ堪ヘアルヲ以テ其第二項以下
ニ於テハ然レドモ實際世話ヲ與タルキハ相互立分限ト蓄習及七合意トヲ
酌量シテ其謝金又ハ報酬ヲ裁判上ニ於テ要求スルコトヲ得ニ第二項ト云セ又
「此等ノ者ノ世話ヲ受クルコトヲ諾約シタル後正當ノ原因ナクシテ之ヲ受クル
コトヲ拒絶シタル者ハ其拒絶ヨリ此等ノ者ニ金錢上ノ損害ヲ生セシムタルト
キハ其賠償ノ責ニ任ス〔第三項〕之ニ反シテ世話ヲ與タルコトヲ諾約シタル後
正當ノ原因ナクシテ之ヲ拒絶シタル者ハ因リテ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ
任ス〔第四項〕ト言ヘリ此ノ如ク相手方タ契約ヲ履行セナル場合ニ於テ損害賠
償ヲ求ムルコトヲ得ル以上ハ之ヲ債權ノ目的ト爲スコトヲ得ルト異ナル
所ナク且此規定ニ由リテ羅馬法ノ原則カ如何ニ勢力ヲ有スルカヲ知ルコトヲ
得ルト同時ニ實際ニ於テ此ノ如キモノノ債權ノ目的ト爲スニアラナレハ不便
少カラサルコトヲ知ルニ足レリ〔第四項〕之ノ實質ニ於テ之ヲ得ルト異ナル
右ノ外第三者ノ利益ノ爲メニスル契約ノ有效ナルヤ否ヤモ議論アノ問題ニシ
テ舊民法ハ之ヲ無効トセリ而シテ其理由トスル所ハ金錢ニ見積ルコトヲ得ル

キ利益ナキカ故ニ債權ノ目的ト爲スコトヲ得スト云フニ在リ細ナ財產編第三百二十三條第二項ニ於テ「第三者ノ利益ノ爲メニ要約ヲ爲シ且之ニ過意約款ヲ加ヘサルトキハ其要約ハ之ヲ要約者ニ於テ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキ利益ヲ有セサルモノト看做ス」下規定シ其第一項ニ「要約者カ合意ニ付キ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキ正當ノ利益ヲ有セサルトキハ其合意ハ原因ナキ爲メ無効ナリ」ト規定セリ是レ亦羅馬法ノ格言ノ結果ニ外ナラス。夫ニ文書無イ事ノ最大尙ホ教師醫師辯護士等ノ勤勞ヲ目的トスル契約ノ性質ニ付テハ雇傭若クハ請負ノ部ニ於テ説明スヘキモノナリト雖モ是レ亦金錢ニ見積ルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ト關係ヲ有スルカ故ニ此ニ一言スヘシ即チ此等ノ勤勞ヲ以テ契約ノ目的ト爲スコトヲ得ルモノトセハ其契約ノ性質如何換言スレハ其契約ハ雇傭ナルカ將タ請負ナルカ予ノ見解ニ據レハ此種ノ契約ハ場合ニ因リテ其性質ヲ異ニシ一概ニ之ヲ斷定スルヨトヲ得ス即チ雇傭トハ一定ノ報酬ニ對シ使用者ノ命スル勞務ニ服スルヲ謂ヒ法文ニハ雇傭ハ當事者ノ一方カ相手方ニ對シテ勞務ニ服スルコトヲ約シ相手方カ之ニ報酬ヲ與フルヨトヲ約スルニ因リオ

其效力ヲ生ス〔第六二三條〕ト定義セリ次ニ諸負トハ一定ノ仕事ノ結果ニ對シテ一定ノ報酬ヲ與フル契約ニシテ第六百三十二條ニハ諸負ハ當事者ノ一方カ或仕事ヲ完成スルコトヲ約シ相手方カ其仕事ノ結果ニ對シテ之ニ報酬ヲ與フルコトヲ約スルニ因リテ其效力ヲ生ス〔第六二三條〕ト定義セリ故ニ教師醫師辯護士等ノ勤勞ノ目的トスル契約ハ場合ニ因リ或ハ雇傭タルコトアリ又請負タルコトアリト云ハサルヘカラス例ヘハ教師カ或事項ヲ教授ヲ教誨セラレタ之ヲ教授スル場合又醫師カ或病人ノ診察ヲ依頼セラレタ其診察ヲ爲シ又辯護士カ或事件ノ鑑定ヲ依頼セラレタ之ヲ鑑定ヲ爲スカ如キハ雇傭ナリ又或事件ノ談判ヲ依頼セラレテ之カ談判ヲ爲スカ如キハ畢竟委任ニシテ雇傭又ハ諸負ニアラス隨テ此場合ハ右ノ問題外ニ屬ス但此場合カ委任ナルヤ否ヤニ付キ多少議論ナキニアラスト雖モ子ハ毫モ疑ナシト信スト雖モ例ヘハ辯護士ヲ訴訟事件ノ鑑定ヲ記セラレ者クハ貸金ノ取立方ヲ一任セラルルカ如キ場合ニ於テハ雇傭ナルコト多シ然ラハ如何ナル場合ニ於テ請負ナルカト云フニ例ヘハ教師カ一年間ニ或英書ノ全部ヲ理會スルヤウ教授センコトヲ約スルカ如キ又二年間ニ佛語ノ

普通ノ會話ヲ爲シ得ルヤウ教授ゼンコトヲ約ハズ又如其場合ニ請負ニ屬シ又醫師カ或病人ヲ全愈セシムルコトヲ約シ若シ全愈セサヘトキニ請負ヲ受ケスト云フカ如キモ亦諸負ナリ即チ病ヲ愈ヤスト云ヘル仕事ノ結果ニ對シテ報酬ヲ拂フモノナリ又辯護士カ或訴訟ノ必勝ヲ確約シ所謂成功謝金ヲ定ムル場合ノ如キハ勤モスレハ請負タルコトアリ殊ニ敗訴セハ全ク謝金ヲ受ケスト云フカ如キハ純然タル請負ナリトス故ニ教師・醫師・辯護士等ノ勤勞ノ目的トスル契約ハ實際ニ於テハ雇傭ノ場合多カドヘシト雖モ請負タル場合亦少シトセス又辯護士ノ勤勞ノ目的トスル契約ハ委任ナル古ト多シトス又辯護士・裁判官・委任ト雇傭トハ時トシテ顔ノ區別シ難キコトアリ辯護士ノ勤勞ノ目的トスル契約ノ如キモ其通例ニシテ又商人ノ使用スル番頭ノ如キモ之ヲ借入ル契約ハ雇傭ナリト雖モ之ニ商業ヲ營マシムルハ即チ委任ナリ要スルニ是等ハ事實問題ニシテ其事實ニ依リテ之ノ判断スルノ外アラナルナリ

以上述ヘタル如キ場合ニ於テ勤勞ノ目的トスル契約ハ某シテ有效カアル否ナ高式ノ法律ニ於テハ大抵之ヲ無效トセリ然ルニ獨逸民法等ニ於テハ金錢ニ見

積ルコトヲ得サルモノト雖セシムク債權ノ目的ト爲スコトヲ得ヘキモノトスル主義ヲ取レリ新民法ニ於テハ此進歩シタル主義ヲ採用シ債權ノ目的ハ金錢ニ見積ルコトヲ得ルモノニ限ラサルコトヲ明言セリ即チ第三百九十九條ニ曰
「債權ハ、金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノト雖モ之ヲ以テ其目的ト爲ハシム」
得ヘタルモノハ一也之ヲ例示スルコトヲ要セズ唯債權ノ目的ト爲スコトヲ得ルモノミヲ舉タルハ足レリ而シテ公ノ秩序ヲ害セサルモノハ債權ノ目的ト爲スコトヲ得サルモノト雖モ債權ノ目的ト爲スコトヲ得ヘシ隨テ債權ノ目的ト爲スコトヲ得ルモノハ二也之ヲ例示スルコトヲ要セズ唯債權ノ目的ト爲スコトヲ得ルモノミヲ舉タルハ足レリ而シテ公ノ秩序ヲ害スルモノハ債權ノ目的ト爲スコトヲ得サルカ故ニ彼ノ選擇權ノ如キハ固ヨリ債權ノ目的ト爲スコトヲ得ス又親權若タハ後見ノ如キ親族權ノ類モ亦債權ノ目的ト爲スコトヲ得ス例ヘハ吾ニ金何百圓ヲ與ズレハ債權ヲ棄棄セシト云ヒ若タハ親權ヲ汝ニ譲ラント云ブカ如キ契約ハ無効ナリ是レ他ナシ親權ハ親父者ノ有スル權利六點ト體モ

同時ニ其義務ナルカ故ニ之ヲ處分ス所ニトテ得ナリハナリ後見者亦然リ例ヘバ自己ハ法律上後見人ノ地位ニ在ルモ之ヲ汝ニ譲ラント約タルカ如キハ法律ノ許アナル所ナリ即チ此ノ如キ契約ハ全然無効ナリ此他風俗ヲ害スルカ如キ事項モ等シタ公ノ秩序ヲ害スルカ故ニ之ヲ債權ノ目的トスルコトヲ得ス而シテ法文第九〇條干ハ「公ノ秩序又ニ善良ノ風俗ニ反スル云云トアルセ子ハ「善良ノ風俗ナル文字ハ全ク蛇足ナリト信ス唯右ノ法文ノ存スル以上ハ之ヲ善良ノ風俗ニ反スル場合ニ包含セシムルノ外オシト雖モ其公ノ秩序中ニ入ルト善良ノ風俗中ニ入ルトヲ問ハス債權ノ目的ト爲スコトヲ得サルハ一カリ故ニ一般ニ言ヘハ婦人ノ直探ノ如キモ之ヲ債權ノ目的ト爲スコトヲ得ス又日本ノ慣習ニ於テハ多少疑アルカ如キモ其無効ナルコト明カナル契約ハ夫カ病ニ臥シ將ニ絶命セントスルノ際妻ニ向ヒ我カ死後ニ於テ再嫁スヘカラスト曰ヒ妻モ之ヲ諾シテ二夫ニ見エサルコトヲ誓スカ如キヤ公ノ秩序ニ反スルモノナルカ故ニ無効ノ契約ナリ確ア法律ノ定ムル期間ノ經過シタル後ハ直チニ再嫁ヲ爲シテ可ナリ夫ノ相続人ハ其契約ヲ提出シテ妻ノ再婚ヲ妨ケ又ハ損害賠償ヲ要求

直接ニ訊問ヲ爲シテ其陳述ニ依リ心證ヲ得テ以テ裁判ヲ爲ス方法ナリ此口頭審理主義ト書面審理主義トハ前述セシ自由心證主義ト法定證據主義トニ關係ナ有ス即テ法定證據主義ニ依リテ裁判ヲ爲シメント或シニ成ニ書面審理主義ニ依ルコトヲ得バモ自由心證主義ニ依リテ事件ノ裁判ヲ爲テシ固スル當ル口頭審理主義ヲ採用セナルヘカヌ法定證據主義ニ依ル至キハ事實ノ眞否ニ付キ判断ヲ爲スニ自由心證ニ依ルコト莫要セガルカ故ニ書面又ノ口頭ヲ以テ訴訟手續ヲ爲スコトヲ得之ニ反シテ自由心證主義ヲ採用セアルトキニ當事者及ロ證人人陳述等ハ裁判官ノ心證ニ非常ニ影響ヲ與ナルモノナレハ訴訟事件ノ審理ヲ爲スニ口頭ヲ以テ手續ヲ行ハサレ其目的ヲ達スルニテラ得タルナリ故ニ自由心證主義ヲ採用セシ以上ハ訴訟手續ニ勢ヒ口頭審理主義ヲ採用セナルベカラスハ然レテ取扱書面ニ同一書面ニ數種種々提出スルモノハ斯モ我民事訴訟法ハ「判決裁決所ニ於ケル訴訟ニ付テの当事者ノ辨論ハ口頭ナリトス」第一〇三條ト規定シ又判決ハ其基本タル口頭辨論ニ隨席シタル裁判事に限り之ヲ爲ス第三三條ト規定シ以テ口頭審理主義ヲ原則トス然レモ口頭審理

主義ヲ採用スルモ絕對ニ書面ヲ用ヒサルモノニ非ス即チ訴ノ提起ニ付テハ原則トシナ訴狀ヲ裁判所ニ差出ナシヒベ其效力ヲ生セス(第一九〇條)惟當事者口頭辯論前書面ヲ交換シテ訴訟ノ準備ヲ爲シ第一〇四條裁判所ヲシテ訴訟ノ如キ何ヲ知ラシムル爲ノ準備書面ト同一書面ヲ裁判所ニ差出ス(第一〇八條)カ如キ訴ノ基礎ヲ確定シ又ハ訴訟ノ準備ヲ爲スニ書面ヲ使用スルコトアリ然ビト此等書面ハ訴訟ノ準備ニ過キナレバ書面ニ記載シタル事項如何ニ關キス裁判ノ材料ト爲ルハ當事者カ口頭辯論ニ於テ演述シタル事項ノミトス故ニ當事者ハ口頭辯論ニ於テ書面ニ記載シアラタル事項ハ勿論其記載事項ト相違セガ事項ヲ陳述スルモ其陳述シタル事項ハミカ裁判ノ材料ト爲ルモノトス口頭辯論ノ原則ハ判決スヘキ手續ニ付カハ絕對ニ適用セラルト雖モ判決以外ノ形式ヲ以テスル裁判ニ書面ニ基キテ爲スコトアリ例ヘハ督促手續ニ於ケル支拂命令執行命令或ハ假差押假處分ノ命令ノ如キハ口頭辯論ニ依ラスシテ爲スコトアリ得バモハ人情ナシカ歎カ由山心造主導イ居安寧難主導イ開封第五 公開審理主義及ヒ秘密審理主義ミ併セ及ヒ既開示後再び開封

訴訟ヲ公開シテ審理スルハ裁判ノ公平ヲ得セシムル點ニ於テ極メテ必要ナリ然レトモ若シ之ヲ公開スレハ國家ノ安寧秩序ヲ妨害スルノ虞アルトキハ秘密ニ審理ヲ爲スコト亦必要ナリトス所謂公開審理主義トハ訴訟ニ付テノ辯論ヲ其訴訟ニ關係ナキ者ニ對シ傍聴セシムルコトヲ許ス主義ヲ稱シ秘密審理主義トハ訴訟關係者以外ノ者ニ對シ辯論ヲ知ラシムサル主義ヲ稱ス此公開審理主義ハ口頭審理主義ト相牽連セリ者シ書面審理主義ヲ採用スルトキハ裁判令公開審理主義ヲ採用スルモ何等ノ效力ナシ蓋シ訴訟ノ審理ヲ爲スム當リ書面ヲ基礎トスルトキハ訴訟進行ノ程度ヲ知ルコトヲ得サレハ何等ノ利益ナシ我民車訴訟法ハ口頭審理主義ヲ採用スルカ故ニ訴訟ニ關係ナキ者カ傍聴シテ訴訟ノ狀態ヲ知リ得ヘシ故ニ公開審理主義ヲ採用スル以上ハ口頭審理主義ヲ採用スルハカラス我憲法ハ此公開審理主義ヲ認メ其第五十九條ニ於テ裁判ノ對審判決ハ之ヲ公開ス但シ安寧秩序又ハ風俗ヲ害スルノ虞アルトキハ法律ニ依リ又ハ裁判所ノ決議ヲ以テ對審ノ公開ヲ停ムルコトヲ得下規定セリ而シテ裁判所構成法ノ規定ニ依レハ判決ノ言渡ハ如何ナル場合ニ於テモ公開シタル法廷

ニ於テ言渡ササルカラス唯其必要ニ依リ裁判審テ秘密ニシムル事由ヲ得ルニ過
キス又裁判所ニ於テ對審ノ公開ヲ停セバノ決議ヲ爲シタルトキハ其決議ハ如
何ナル理由ニ基キタルカ公衆ヲ退カシムル前之ヲ言渡シタルイ判決ヘ不適法ナレハ
構成法第一〇五條故ニ公開ナム法廷ニ於テ言渡シタルノ決議ヲ爲スニ當リ公衆ヲ
無効ノ判決ナリ又裁判所カ對審ノ公開ヲ停止スレバノ決議ヲ爲スニ當リ公衆ヲ
退廷セシムル以前ニ於テ其決議ノ理由ヲ言渡ササレハ訴訟手續ニ違背スルノ
結果ヲ生スヘシ又裁判長ハ公開ヲ停止シタルトキト雖モ入廷ノ許可ヲ與フル
コトヲ至當ト認ムル者ニ限リ特ニ入廷セシムルコトヲ妨ケス(裁判所構成法第
一〇六條又裁判所ノ評議及ヒ議決等ハ祕密ニ之ヲ爲スヘキモノトス此等ノ點
ニ關スル詳細ノ事項ハ裁判所構成法ヲ參照セラルヘシ同法第一二一條尙未人
事訴訟手續ニ於テハ或場合ニ公開ヲ禁スルコトアリ例ハ禁治產ノ宣告ニ關
スル手續ノ如キ是ナリ)但ニテ裁判所構成法第一二一條ノ規定ニ依リ未だ三十日
後迄未開廷セシムル時ニ於テ公衆ヲ退カシムル事由ヲ明示せしム

第一章 評議手續進行ノ通則

民事訴訟法第一編第三章ノ規定ハ各種ノ訴訟手續ニ適用セラルモノニシテ
訴訟手續ノ通則ト稱スヘキモノナリ以下法典ノ順序ニ從ヒ之ヲ説明スヘシ

第一節 口頭辯論及ヒ準備書面

口頭辯論トヘ訴訟當事者カ裁判所ニ於テ訴訟材料ヲ口頭ヲ以テ演述スルコト
ヲ謂フモノニシテ判決ノ形式ヲ以テ裁判スヘキ事項必ス口頭辯論ニ基カサ
ルヘカラス(第一〇三條決定若クハ命令ノ形式ヲ以テ裁判スヘキ事項ハ口頭辯
論ヲ經ルト否トハ全ク裁判所ノ意見ニ依ルモノトス口頭辯論ヲ經テ裁判ヲ爲
スト否ト)裁判所ノ意見ニ任セタル場合ハ民事訴訟法第二十八條第三十七條
第八十三條第八十五條第一百一條第一百七十一條第一百八十五條第二百四十一條
二百五十五條第三百六十八條第四百六十二條第五百條第五百四十三條第五百
四十七條第五百四十九條第五百六十五條第七百三十五條第七百四十一條第七
百五十四條第七百五十七條第七百六十一條第七百六十五條ノ裁判是ナリ此
等ノ場合ニハ裁判所ハ全ク書面上ノ審理ノミヲ以テ裁判ヲ爲スコトヲ得ルセ

ノトス判決ハ口頭辯論ニ基クコトヲ必要トスルモ判決裁判所ニ於ケル訴訟手續ニ於テ全ク書面ヲ使用セツルモノニ非ス法律上一定ノ範圍内ニ於テハ訴訟行爲ニ關シテ又書面ヲ必要トス凡ソロ口頭辯論ニ付テ使用セラル書面ニハ二ノ種類アリ訴訟ノ基礎ヲ確定スル書面及ヒロ口頭辯論ノ準備ヲ爲ス書而是ナリ訴訟ノ基礎ヲ確定スル書面トハ訴訟行爲ニ付キ書面ヲ必要トスルモノニシテ例へハ訴ノ提起故障上訴ノ提起等ニ關スル書面ヲ如キヲ謂フ訴ノ提起故障上訴等ハ書面ヲ以テ訴訟當事者カ其意思表示ヲ爲サナルニ於テハ訴訟法上何等ノ效力ヲ發生セタルモノナリ此等ノ書面ハ訴上訴等ノ基礎ヲ確定スルカ爲メニ用ヒラルモノニシテ單ニ口頭辯論ノ準備ヲ爲ス目的ニ出ヲタムモノニ非スロ口頭辯論ノ準備ノ目的ヲ以テスル書面ハ法律上之ヲ準備書面ト稱シ單ニロ口頭辯論ノ準備ヲ爲スノ目的ニ供セラルルニ遇キナルナリ

第一款 準備書面

民事訴訟法ハ口頭辯論主義ヲ採用スルモ訴訟當事者カ口頭辯論ニ於テ如何ナル事項ヲ陳述スルヤ即チ如何ナル訴訟材料ヲ提出スルヤハ豫メ相手方並ニ裁判所フシテ知ラシメ置ク必要ナリ如何トカレハ突然裁判所ノロ口頭辯論ニ於テ攻撃防禦ノ方法等ヲ提出スル場合ハ其相手方ハ直チニ之ニ對テ適當ナル答辯ヲ爲ス能ハナル場合アリ又裁判所ニ於テモ如何ナル方針ヲ以テ訴訟ヲ進行スヘキヤフ豫側スルコトヲ得ス隨テ秩序的ニロ口頭辯論ヲ進行スルコトヲ得ス故ニロ口頭辯論ニ於テ當事者カ提出セントスル事項ハ豫メ書面ヲ以テ之ヲ相手方並ニ裁判官フシテ知ラシメ其ロ口頭辯論ノ準備ヲ爲スノ書面ニ外ナラナルナリ第一〇四條)

前ニ述べタル訴ノ基礎ヲ確定スル書面即チ訴狀、控訴狀上告狀等ニ付テモ亦之ニ一定ノ事項即チ準備事項ヲ掲ケタル場合ニハ其書面が基礎ヲ確定スル書面

タル上同時三準備書面ノ性質外有スルモノナリ而シテ準備書面ハ口頭辯論ノ準備ヲ爲スニ外ナラナルモノナリテ以テ其書面ニ記載セラレバタル事項ト雖モ當事者カ口頭辯論ニ於テ演述セサレハ裁判ノ材料ト爲スコトヲ得サルモノトス隨テ裁判所カ裁判ノ材料ト爲スモノト口頭辯論ニ於テ表ヘレタル事項人ニニ關スルモノナルカ故ニ準備書面ヲ提出セサル所爲ヨニ其當事者カ訴訟法上不利益ヲ受タルモノニ非ス即テ準備書面ヲ裁判所相手方共交付セス若クヤ準備書面ヲ交付スルモノ之ニ記載セラレバタル事項又口頭辯論ニ於テ陳述スルモノ裁判所ハ其口頭ヲ以テ演述セラレタル事項ノミヲ裁判ノ材料ト爲スモノナリ故ニ訴訟法上ニ於テハ準備書面ヲ交付セオルカ爲スニ不利益ノ效果ヲ生スルモノニ非オルナリ然レトキ準備書面ヲ交付セサルカ爲スニ相手方又即時ニ答辯ヲ爲スコト能ハス爲スニ取調ヲ必要トスガ場合メ如キハ勢ヒ口頭辯論ヲ緩行セサルヲ得タルニ至ルカ故ニ之セ因リア特別人訴訟費用ハ生ジタ場合モ於テハ総合本集ノ勝訴者ト爲シモ其訴訟費用ハ準備書面ヲ交付セオリ者ニ於テ負擔セサル[○]カニ[○]第二〇四條第七五條[○]相手方ニ適當ノ時期モ準備書

面ヲ以テ口頭辯論ニ於テ陳述セントタル事項ヲ通知セナリシ場合ニ於テハ相手方カ出頭セサル爲メ開席判決ノ申立ヲ爲スモ其申立ハ却下セラルゴトアムヘシ第二五三條要スルニ準備書面ハ訴訟上ニ於テ之ヲ必要トスルモノニ非ナレドモ訴訟ノ進行ヲ秩序的ナラシメ且ツ速ナラシムル爲テ其交付ヲ爲スコトヲ適當トス是レ法律カ準備書面ニ關スル規定ヲ設ケタル所以ナリ

第一 準備書面ニ記載スヘキ事項

- (一) 同当事者及ヒ其法律上代理人ノ氏名身分職業住所、裁判所、訴訟物及ヒ附屬書類ノ表示並地圖又は模型等を用ひて其狀況を詳細に記載する事項
- (二) 原告若クハ被告カ法廷ニ於テ爲サント欲スル申立を書面表示する事項
- (三) 申立ノ原因タル事實上ノ關係申立ノ原因タル事實上ノ關係トハ判決ヲ受外ヘキ申立ノ起因タル事實關係ヲ謂フ
- (四) 相手方ノ事實上ノ主張ニ對スル陳述[○]又[○]證明
- (五) 原告若クハ被告カ事實上主張ノ證明又ハ攻撃ノ爲メ用ヒントスル證據方

(六) 原告若クヘ被告又ハ訴訟代理人ノ署名及ヒ捺印

(七) 今年月日 中文へ翻訳を付す者又ハ抄写者ノ署名及ヒ捺印

右準備書面ニ掲タルヘキ事項ハ簡短明瞭ヲ記載スルコトヲ要シ事實上人關係人説明並ニ法律上ノ討論等ハ之ヲ準備書面ニ掲タルコトヲ得ス何トナレハ事實上ノ關係ノ説明ヲ必要トスル場合ニハ裁判官ハ之ヲ説明シテ知ルコトヲ得ヘム又法律上ノ意見ハ当事者ノ説明ヲ要セシテ裁判所ノ判断スヘキ事項ナルヲ以テナリ又深入討論ヲ欲セム者ハ「本件」の記述

第二 準備書面ニ添附スヘキ書面

準備書面ニハ左記ノ書面ヲ添附セサルヘカラス

- (一) 訴訟ヲ爲ス（其資格ヲ付ス人證明書（第一〇七條））例ヘ法定代理人カ訴訟乙爲斯場合ニハ法定代理人ノタル資格ヲ證明スル書面ヲ添附スバカラシ
- (二) 原告若クヘ被告ノ手中ニ存スル證書ニシテ口頭辯論干於テ使用セントス書面ノ原本其書面ノ原本ハ原本ノ全部ヲ謄寫シタルモノハユリヲ原則

トスノモ若シ其證書ノ一部分ノミヲ必要トスル場合ニハ其事件ニ屬スル部分、終尾日附ヲ記載シタルモノニテ足ル又證書カ既ニ相手方ニ知レタルモノナルトキハ如何ナル證書ナムガラ表ハシ且ツ相手方ニ之ヲ閲覽セシムル旨ヲ記載スルヲ以テ足ル（第二〇七條）取扱を以テシテハシハシナム其期日ヲ記載シタルモナム前述セル準備書面ハ原本及ニ相手方ノ員數ニ應シタル謄本ヲ裁判所書記課ニ差出スヘキモノナリ其原本は裁判所ヒ準備書面トシテ訴訟記録ニ保存シ謄本ハ各相手方ニ送達シ手續ヲ以テ交付スルモノ耳（第一〇八條）而シテ此準備書面ハ付テハ地方裁判所以止ノ訴訟手續ニ於テ必要トスルモノニシテ區裁判所ニ在リテハ準備書面ヲ必要トセス其理由ハ區裁判所ヲ訴訟事件ハ概子簡單ナルヲ以テ特ニ口頭辯論ヲ準備シテ爲スヲ必要ナシト認メタルカ故ナリ（第三七五條第三七六條）

第一款 口頭辯論

口頭辯論ハ訴訟手續進行ノ通則 口頭辯論及ヒ準備書面二二一

タル場所即チ裁判所又開廷ニ於テ之ヲ爲スモノアリ(裁判所構成法第一〇三條)
口頭辯論ノ期日ハ訴訟事件ノ呼上ヲ以テ始マリ(第一六三條)而シテ裁判長カ辯
論ヲ開始スヘキ旨ヲ告ケ(第一〇九條)當事者カ判決ヲ受クヘキ事項ノ申立ヲ爲
スニ因リテ口頭辯論始マル(第一一〇條)第一項裁判所ノ用語ハ日本語ナルヲ以
テ口頭辯論ニ於テハ總テ日本語ヲ用フベキモノトス裁判所構成法第一一五條
第一項必要ナル場合ニハ通事ヲ用ヒ又外國語ヲ用フルコトアルベシ裁判所構
成法第一一二五條第一一二六條面シテ口頭辯論ニ於テハ各當事者ハ申立ヲ爲シ事
實上並ニ法律上ノ點ニ付キ訴訟關係ヲ包括シテ演述スヘタロ頭ノ演述ニ代ヘ
テ書類ヲ援用スルヨキヲ許ナス然レトモ文字上ノ旨趣ヲ必要トスル場合ニハ
其必要ナル部分ニ限リ朗讀スルヨキヲ許ナル(第一一〇條)尚ホ各當事者ハ相手
方ノ主張シタル事實ニ對シテ陳述ヲ爲サナルヘカラス若シ其陳述ヲ爲サナル
場合ニ於テハ不利益ナル結果ヲ受ケ相手方ノ主張スル事項ヲ自白シタルモノ
ト同一ノ結果ヲ生ヌ第一一一〇條第一項口頭辯論ニ於ケル訴訟當事者ヲ行
爲ニ開スル事項ハ第二編ノ説明ニ譲リ茲ニハ裁判長及ヒ裁判所ノ職權ニ付テ

- 説明セントス(一)裁判長ハ口頭辯論ヲ開キ且ツ其進行ヲ指揮ス第一〇九條第一項
第一〇九條第一項口頭辯論ニ於ケル受訴裁判所ノ裁判長ノ職權ハ訴訟ノ指揮權ト法廷警
察權トノ二トス(二)各當事者ニ對シテ發言ノ許否ヲ爲ス權ヲ有ス同條第二項
(一)裁判長ノ訴訟指揮權(二)各當事者ニ對シテ訴訟事件ニ付テ十分ナル説明ヲ爲サシメ且
(イ)裁判長ハ口頭辯論ヲ開キ且ツ其進行ヲ指揮ス第一〇九條第一項
(ロ)各當事者ニ對シテ發言ノ許否ヲ爲ス權ヲ有ス同條第二項
(ハ)各當事者ニ對シテ訴訟事件ニ付テ十分ナル説明ヲ爲サシメ且ツ問断ナク
訴訟ノ終了スヘキコトニ注意スヘキモノナリ若シ辯論カ期日ニ終ラサル場合
ニ於テハ裁判所ノ意見ニ依リテ辯論ノ續行ヲ必要ト認メタルトキハ裁判長ハ
更ニ續行ノ期日ヲ定ムヘキモノトス(同條第三項)
(二)裁判長ハ訴訟事件ニ關シテ釋明權ヲ有ス即チ職權上調査スヘキ事項ニ付
テ疑ノ存スル場合ニハ當事者ヲ訊問シテ其疑ヲ明カニシテ各當事者ヲシテ十分
ナル説明ヲ爲サシメ不明瞭ナル事項ニ付テハ問フ發シテ事項ヲ明カニシヘシ
(第一一二條第二項辯論ニ臨席シタル陪席判事ハ自ラ當事者ニ對シテ問ヲ發ス

（ア）コトヲ得ヘント雖モ裁判長ノ許可ヲ得ルコトヲ必要トス（第一一五條第三項）
當事者ハ自ラ相手方若クハ證人ニ對シテ問フ發スルコトヲ得スト雖モ裁判長
ヲ經テ自己ノ問ハント欲スル所ニ付テ答ヲ求ムルコトヲ得若シ當事者ノ間ニ
對シテ相手方カ答辯ヲ爲ササルトキハ相手方ノ利益ト爲ルベキ答ヲ爲シタル
モノト看做スコトヲ得（第一一二條第五項）

（乙）裁判長ノ警察權

口頭辯論ニ於ケル開廷中ノ秩序維持ハ裁判長ニ屬ス（裁判所構成法第一〇八條）
隨テ警察權ニ付テバ裁判長ハ左ノ權限ヲ有ス（裁判所構成法第一〇九條）

（イ）訊問ヲ妨クル者又ハ不當ノ行狀ヲ爲ス者ヲ法廷ヨリ退カシムル權ヲ有ス
又威場合ニハ之ヲ拘留スルコトヲ得（裁判所構成法第一〇九條）

（ロ）婦女兒童及ヒ相當ノ衣服ヲ著セサル者ヲ法廷ヨリ退カシムル權ヲ有ス（裁
判所構成法第一〇七條又不當ノ言渡ヲ用ヒタル辯護士ニ對シ引續キ演述ヲ爲
スコトヲ禁スルコトヲ得（裁判所構成法第一一七一條）

裁判長が右ノ警察權ヲ行ヒタル場合ニハ之ヲ訴訟記録ニ記入シ且ツ其理由ヲ

記載スヘキモトス（裁判所構成法第一一三條）合ニ號文ハ証ニ依頼せん（一）
第二章 口頭辯論ニ於ケル受訴裁判所ノ職權ハ訴訟事件ノ關係ヲ明カナラシム
ケ標訴訟ノ指揮ヲ爲ス權及ヒ警察權是ナリ（監査會ニハ公職者ヲ除く外ハ監査員ニ
（ア）當事者ノ關係ヲ明カナラシム權及本權ハ監査員ニ付託ス
（イ）當事者自身ノ出頭ヲ命スルノ權第一一九條）訴訟事實ノ眞實ヲ發見スル
ニ付キ若シ訴訟代理人カ訴訟ヲ爲ス場合ニハ當事者本人ノ陳述ヲ聽キテ其事
實ノ眞否ヲ定ムルノ必要アリ此場合ニ於テハ裁判所ハ何時ニテモ當事者本人
ノ出頭ヲ命スルコトヲ得（民法第一二二條）

（ロ）原告若クハ被告カ訴訟上ニ於テ被用シタル證書ニシテ若シ其證書ヲ提出
セナル場合ニ於テハ裁判所ハ何時ニテモ其證書ノ提出ヲ命スルコトヲ得第一

一五條第一項外國語ヲ以テ作リタル證書ニ付テハ其證書ニ付テノ譯書ヲ提出
スルコトヲ命スルコトヲ得（第一一五條第二項）

（ハ）當事者ノ所持スル訴訟記録ニシテ事件ノ辯論及ヒ裁判ニ關係ヲ有スルモ
ノヲ提出スルコトヲ命スルコトヲ得（第一一六條）

(二) 裁判所ハ職權ヲ以テ検證又ハ鑑定ヲ命スルコトヲ得第一一七條

檢證トハ係争物ヲ裁判官カ自己ノ五官ニ依シテ實見スルコトヲ謂フ鑑定トハ或事項ニ付テ裁判官ノ智識ノ不十分ナルカ爲メニ特別ノ智識ヲ有スル者ヲシテ或事項ニ付テ意見ヲ述ヘシムルコトヲ謂フ

(ホ) 裁判所ハ訴訟ノ演述ヲ爲スノ能力ノ缺ケタル原告若クハ被告又ハ辯護士ニ非ナル訴訟代理人補佐人ニ對シテ演述ヲ禁シ且ツ新期日ヲ定メ辯護士ヲレテ演述セシムベヨコトヲ命スルコトヲ得第一一七條第一項

(二) 裁判所ノ訴訟指揮權ヲ以テ合ニ付セハ體裁ノ間接ニ及ぶ當事者本人

(イ) 訴論ノ分離ノ假人ニ付セハ當事者本人ノ體裁ニ及ぶ其眞實又本訴ト反訴ト存在シタル場合ニ於テハ本訴ト反訴ニ關スル辯論ヲ各特別ニ進行スルコトヲ得而シテ辯論ヲ分離シタル場合ニハ分離セラレタル請求ニ付キ各別ニ判決ヲ爲ナシルヘカラヌ然レドモ一旦分離シタル辯論ト雖モ裁判所ハ復タ之ヲ取消スコトヲ得バヤ當然ナリ此場合ニ於テハ先ニ分離セラレタ

ノ辨論ハ全然分離セラレサルモノト同一ノ状態ニ復ス(第一一八條第一二五條)
(ロ) 辩論ノ制限
同一ノ請求ニ對シテ數箇ノ獨立ナル攻撃防禦ノ方法カ提出セラレタルトキニ
裁判所ハ先ツ辯論ヲ其方法ノ一若クバニシテ制限スルコトヲ得シテ此攻撃
防禦ノ方法ニシテ理由アリト認メタル場合ニハ裁判所ハ終局判決ヲ以テ其事
件ヲ終結スベシ若シ理由ナシト認メタル場合ニハ中間判決ヲ以テ其申立ヲ却
下スヘキモノトス(第一一九條)
(ハ) 辩論ノ併合

裁判所ハ同一ノ人又ハ別異ノ人ノ數箇ノ訴訟ニシテ其裁判所ニ繫屬スルモノ
ノ辯論及ヒ裁判ヲ併合スヘキコトヲ得然レドモ此併合ヲ爲スノ條件
トシテハ訴訟ノ目的物タル請求ヲ本來一箇ノ訴ニ於テ主張シ得ヘキトキニ限
ル例ヘハ同一ノ原告ヨリ數人ノ被告ニ對シ請求ヲ爲ス場合即チ第四十八條第
一號乃至第三號ノ規定ニ該當セル請求ヲ各別ノ訴ヲ以テ提起シタル場合ニ於
テ裁判所ハ其數人ノ被告ヲ合セテ共同被告ト爲シ以テ訴訟ヲ進行スルコトヲ

得ルカ如キ是ナリ(第一二〇條然レトモ此場合モ亦裁判所ハ併合ノ命令ヲ取消スコトヲ得第一二三條)。然シテハ裁判所ハ被告者ノ権利を尊重する事に於ては、
裁判所ハ繫属シタル訴訟ノ辯論ヲ次々本場合ニ於テハ中止スル事トヲ得。期
(1) 訴訟ノ全部又ハ一部ノ裁判カ他ニ繫属シタル訴訟ノ法律關係ノ成立又ハ
不成立ニ關スルトキヘ此場合テ於テハ其訴訟ノ完結ニ至ルマテ訴訟手續ヲ中
止スヘキモノカリ。

(2) 繫属シタル訴訟中ニ於テ間スヘキ行爲ノ嫌疑生シ其行爲ニ付キ刑事訴訟
手續ノ開始セラベタル場合、此場合ニ於テハ刑事訴訟手續ノ完結ニ至ルマテ
民事訴訟ノ辯論ヲ中止スヘキモノトス但シ其制スヘキ行爲カ訴訟ノ裁判ニ影
響ヲ及ホストキニ限ル例ヘハ原告ヨリ提出シタル私署證書カ偽造若クハ變造
ナリトシテ被告カ原告本人ヲ告訴シ之ニ因リテ原告本人ニ對シテ刑事訴訟手
續カ開始セラレタルトキニ於テハ其證書ノ偽造若クハ變造ナリヤ否ヤハ原告
ノ請求ノ當否ニ關係ヲ及ホスモノナルカ故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ其訴訟事

件ノ完結ニ至ルマテ民事ノ訴訟手續ヲ中止スヘキモノトス是シ刑事ノ裁判ハ
民事裁判所ヲ轄東スルモノニ非スト雖モ裁判官ノ心證ヲ動カスニ足ルモノア
ルヲ以テ法律カ之カ中止ナ命シタル所以ナリ第一二一條、第一二二條。

(ホ) 辯論ノ再開、當事者若葉其人若葉其人又ヨ體制人、其證書又ヨ證書
訴訟事件カ裁判ヲ爲スニ熟シタル場合ニ於テハ裁判所ハ其事件ノ辯論ヲ閉ツ
ヘキモノナリ然レトモ尙ホ訴訟關係ニ付テ不明ノ點アルガ若クハ尙ホ調査ヲ
必要トル所アル場合ニハ再ヒ辯論ヲ開キ口頭辯論ノ手續ヲ進行スルコトヲ
得第一二四條)。更に別紙第一二五號

第三六 裁判所ノ警察權 裁判所モ亦訴訟ニ關シ警察權ヲ有ス左ノ如シ

(イ) 裁判所ニ於テ辯論ヲ業トスル辯護士ニ非サム訴訟代理人又ハ輔佐人ニ退
席ヲ命スルコトヲ得。此場合ニ於テハ原告若クハ被告カ其辯論期日ニ出頭セ
ナリシ場合ナルトキハ新期日ヲ定メテ更ニ原告被告ヲ呼出シ且ツ又退席ヲ命
シタル決定ヲ當事者ニ對シテ送達スヘキモノトス第一二七條第二項。

(ロ) 裁判所ハ當事者證人、鑑定人等ヲ罰スルコトヲ得裁判所構成法第一一〇條)

以上述ヘタル受訴裁判所ノ職權ノ裁判所々之ヲ行使スル場合ハ其の決定ノ形式ヲ以テ裁判スヘキモノト參照スハシテニシテ二二五漏題ニ依リ。

第三款 調書

口頭辯論ニ於テハ裁判所書記ハ調書ヲ作成セサルヘカラスロ頭辯論人調書ニ記載スヘキ事項ニ形式的ノモノト實體的ノモノトノ別ア浮メ置ケル。

第一 形式的記載事項ハ左ノ如シ第一二九條

- 一、辯論ノ場所年月日
- 二、判事裁判所書記及ヒ立會ヒタル檢事若クヘ通事ノ氏名
- 三、訴訟物及ヒ當事者ノ氏名
- 四、出頭シタル當事者法定代理人訴訟代理人及ヒ輔佐人ノ氏名若シ原告若クハ被告開席シタルトキハ其開席シタルコトニ一括記入二二二漏題
- 五、公ニ辯論ヲ爲シ又ハ公開ヲ禁シタルコトニ在リセ間ヌニ思ひカレバ

第二 實體的記載事項ハ當事者ノ辯論ノ實質ヲ記載スヘキモノナシトモ其要領

ノミヲ記載スルヲ以テ足レリトス但シ左ノ事項ハ必ス調書ニ記載シテ之ノノ
確ニセサルヘカラス(第一二三〇條)

一、自白認諾拋棄和解

二、明確ニスヘキ規定アル申立及ヒ陳述書例言ハ民事訴訟法第二百二十二
條、第二百二十三條、第二百六十八條、第二百六十九條、第二百七十二條、第三百
八十一條等是ナリ

三、證人及ヒ鑑定人ノ供述

四、検證ノ結果

五、書面ニ作リ調書ニ添附セサル裁判判決決定命令

右實體的記載事項ニ付テハ調書ニ記載セラレナルモ附錄トシテ調書ニ添附シ
且ツ調書ニ附錄トシテ表示シタル書類ニ於ケル記載ハ調書ニ於ケル記載ト同
一ノ效力ヲ有ス本件も實體的記載事項ニ於ケル記載ハ調書ニ於ケル記載ニ
實體的記載事項ノ内一乃至四ニ掲ケタル部分ハ法廷ニ於テ之ヲ關係人ニ讀聞

カセ又ハ閱覽ノ爲メニ之ヲ關係人ニ示シ而シテ調書ニハ其手續ヲ履ミタルコト及ヒ關係人カ承諾ヲ爲シタルコト又ハ承諾ヲ拒ミタル理由ヲ記載スヘキモノトス(第一三一條)

右ノ調書ニハ裁判長及ヒ裁判所書記署名捺印スヘク裁判長差支アルトキハ官等高キ陪席判事之ニ代リ署名捺印スヘキモノトス區裁判所判事ノ差支アルトキハ其裁判所書記ノ署名捺印ヲ以テ足レリトス(第一三二條)

以上ノ方式ニ依リ作成セラレタル調書ハ公正正證書トシテ完全ナル證據力ヲ有シ特ニ口頭辯論ニ於ケル方式ノ遵守ハ唯リ此調書ノミニ依リテ證明スルコトヲ得ヘキモノトス(第一三四條)

口頭辯論ノ調書ニ關シ前段説明セル所ハ受託判事、受命判事若クハ區裁判所判事カ法廷外ニ於テ爲ス審問ニ關シ裁判所書記ノ作ルヘキ審問調書ニモ亦草用セラルモノトス(第一三三條)

第二節 送 達

送達トハ訴訟ニ關スル書類ヲ訴訟關係人ニ交付スル手續ヲ謂フ民事訴訟ニ於テ當事者若クハ裁判所ノ爲スヘキ訴訟行為ニ付キ書類ノ交付ヲ要スル場合アルコトハ民事訴訟法中規定スル所勘カラス此場合ニ於テハ當事者ヨリ裁判所ニ對スル場合ヲ除キ裁判所ヨリ當事者ニ對シ若クハ當事者間ニ於テ或ハ當事者ヨリ第三者ニ對シ書面ノ交付ニ依リ訴訟法上ソ效果ヲ發生スル行爲ヲ爲サントスルニ當リテハ其書類ノ交付ハ必ス送達ノ手續ニ依ラナルヘカラス而シテ送達ノ目的ハ書類ノ交付ニ在リ却テ送達ヲ受クル者ヲシテ其書面ニ記載レタル事項ヲ知ラシムル爲メ之ヲ交付スルモノトス而シテ書類ノ交付ハ一定ノ國家機關ニ依リテ爲サレ且ツ書類ノ交付ヲ證明スヘキ一定ノ手續ヲ爲スヘキモノトス

送達ニハ主張を察知シ難解の點候者並御見聞者に於テ送達ヲ爲スモノアリテ送達ヲ爲スヘキモノトノニアリ裁判所ノ行爲トシテ送達ヲ爲スモノハ裁判所ノ職權ヲ以テ送達ヲ爲スモノナレントモ當事者ノ行爲トシテ送達ヲ爲スモノ

ニ付テハ裁判所書記ノ媒介ヲ經テ送達ヲ爲ス主義ト當事者ヨリ直接ニ送達機關ニ依頼シテ之ヲ爲ス主義トアリ前者ハ所謂職權送達ニシテ一ニ之ヲ直接送達ト稱ス獨逸新舊民事訴訟法ニ於テハ原則トシテ當事者送達ノ主義ヲ採用セルモ我民事訴訟法ニ於テハ職權送達ノ主義ヲ採用シ送達ハ裁判所書記職權ヲ以テ之ヲ爲ナシムト規定シ(民事訴訟法第一三六條第一項送達ニ付テハ當事者ノ行爲トシテ爲ス場合ト雖在當事者ヨリ直接ニ送達機關ニ依頼シテ之ヲ爲スコトヲ許サヌ必ス裁判所書記ノ媒介ヲ要スルニコトト爲シタリ既經此定めタルモ其書記ノ職權ヲ第一ニ送達機關ハ其書記ノ媒介ハ參照取扱文書ハ此處不備語未詳未備語執達吏ハ送達及ヒ強制執行ヲ爲サシムル爲メ設ケラレタル國家ノ機關ニシテ裁判所書記ノ委任ニ依リテ書類ノ送達ヲ施行ス(第一三六條第二項裁判所書記法第九八條此場合ニ於テハ執達吏ヲ送達吏ト爲ス第一三六條第四項又裁判所書記ハ郵便ハ依リテ送達ヲ爲オシム者ハトヲ得ヘタ此場合ニ於テハ郵便ハ郵

テ送達機關ニシテ郵便配達人ハ送達吏ト爲ハ執達吏ト同ニ手續共以テ其送達ヲ實施スヘキモノトス(第一三六條第四項)

右ノ外裁判所書記モ公示送達ノ場合ニ於テハ送達機關然ル五人ト或二員居三第二回送達スヘキ書類其實封文ニ事務課署名捺印又ハ蓋シ此等ハ送達スヘキ書類ハ正本若クハ認證シタル勝本ヲ交付スヘキ規定アルトキハ正本若クハ認證勝本ノ交付ヲ以テ之ヲ爲シ其他ノ場合ニハ勝本ノ交付ヲ以テ之ヲ爲スヘキモノナス(第一三七條)正本ノ交付ヲ爲スヘキ場合トハ期日ヲ呼出狀(第一六一條判決第二三八條第四回八條第四四四條第四七三條ノ送達ニシテ認證勝本ノ交付ヲ爲スヘキ場合トハ日曜日祝祭日若クハ夜間ニ書類ノ送達ヲ爲スノ許可命令第一五〇條ノ送達はナリ其他ノ場合ハ總テ勝本ノ送達ヲ爲スヘキモノトス而メク送達スヘキ書類ニシテ裁判所ノ職權ヲ以テ送達スベキモノアルトキハ裁判所書記ヲ作成シテ送達ノ手續ヲ爲スヘク當事者ノ書面ヲ送達スヘキ場合ニハ當事者ヨリ相手方ノ員數ニ應する交付ス所ニ必要ナル勝本ヲ裁判所ニ提出セシメ之ヲ送達スヘキモノトス(第一〇八條)

第三項 送達ヲ受タル人ニ對シテ告白スル者又ノオミテ一〇八通
送達ハ之ヲ受タル本人ニ對シテ爲スラ原則トス然レトモ之ニ關シ次ニ述フル
數多ノ法則アリトス固ム。當知シテ數多ノ事例又當細々而詳説シテ書簡を以
(一) 嘗事者數人ノ爲メ一人ノ代理人アルトキ若ク嘗事者ノ代理人數人アル
トキハ正本又ガ原本の一通ヲ其代理人ニ交付スルヲ以テ足シリトス(第一三七
條第二項)。其旨を要スハチ當合ス。日猶有類似日本外國亦皆然ヘ。其餘ヘ當盡を以
(二) 訴訟能力ヲ有セナル原告若クハ被告又ハ訴訟スル送達ヲ其法定代理人ニ對シ
テ爲スコトヲ要ス第一三八條第一項無能力ナル本人ニ對シテ送達リ爲ス。此送
法共送達ノ效力ヲ發生セナルモトス。其由、場合ニハ理由、交渉を以テ
(三) 事公又ハ私ノ法人及ヒ其資格ニ於テ訴訟又ハ訴セナルモトヲ得ル會社又
ハ社團三對スル送達其首長又ハ事務擔當者ニ對シテ送達スヘク若シ此等ノ
數人アルトキ其一人ニ送達スルヲ以テ足ビリ。尚第第一三八條第二項第三
項(前款大ヘテモ不文義)一三六條第三項參照。

(四) 到達後備ノ軍籍ニ在ラナム下士以下ス軍人軍屬ニ對スル送達ハ其所屬長

トニ繋ラシムルコトヲ得蓋シ債務者ノ利益ナ爲メニ假差押命令ヲ變更スル總
チノ判決ハ民事訴訟法第七百四十五條乃至第七百四十七條ニ規定シタル假差
押ヲ取消ス判決ナレハナリ判決ノ執行及ヒ之ニ對スル不服申立方法等ニ關シ
テハ前述シタル民事訴訟法第七百四十五條ノ説明アリ参照スベシ(裁判手續)
(5) 假差押執行ノ取消ス執行裁判所ハ債務者ガ假差押命令ニ於テ定メタル金
額ヲ供託シ又ハ債権者カ假差押ノ履行ニ付キ必要ナル費用ヲ豫納セナル場合
ニ於テ決定ヲ以テ假差押執行ノ取消ヲ命スルコトヲ得民事訴訟法第七百五十
四條ニ於テ規定セル執行裁判所ハ假差押命令ノ取消キ非スシテ假差押
執行ノ取消タルコトハ同條カ假差押ノ執行ニ關スル民事訴訟法第七百五十九條
乃至第七百五十三條ノ後ニ在ル地位同條第一項ト民事訴訟法第七百四十三條
トノ關係及ヒ同條ニ於ケル裁判ハ決定ノ形式ヲ以テシ假差押命令ノ取消ハ終
局判決第七四四條乃至第七七四七條ノ形式ヲ以テ爲スノ法意ヨリシテ明白ナリ
假差押ノ執行ノ取消ハ假差押命令ノ取消ト其效力ヲ同シウセス假差押被告ハ
假差押ノ執行ノ取消アリタルニモ拘ラズ假差押命令ニ對スル異議第七四四條

第七四五條 其他民事訴訟法第七百四十六條及ヒ第七百四十七條ニ規定シタル申立ヲ爲シテ假差押命令取消ル判決ヲ受クルニ非スンハ假差押ノ執行ヲ免ハルカ爲ミニ申立ヲタル保證ノ免責ヲ得ス(第七四三條又ハ從前ノ假差押命令存シ基キ新ニ假差押ノ執行ヲ受クルノ危險ヲ除去スルコトヲ得ス是レ假差押命令が其執行ノ取消以後ニ於テ尚ホ有效ニ存続スルカ故ナリ(意義)日理十三年假差押、被告ノ假差押ノ執行ヲ免ルルカ爲ミニ假差押命令ニ於テ定メタル金額ヲ供託シタルトキハ(第七四三條其證明書ヲ添ヘテ執行裁判所ニ假差押ノ執行ノ取消ヲ求ムル申立ヲ爲ス該申立ハ執行裁判所カ區裁判ナルトキハ書面又ハ口頭ハ申請ニテ之ヲ爲スコトヲ得合議裁判所ナルトキハ(第七五〇條書面的申請ヲ以テ之ヲ爲ス本人ニ非スンハ辯護士ノ代理人タルトヲ要ス債権者カ假差押ノ執行ノ取消ニ付キ執行裁判所ノ其力ア要スル場合ニ於テ調停裁判所ニ假差押ノ執行ノ取消ヲ申請シ同裁判所が該申請ニ基キカ假差押ノ取消ヲ命スルコトア得ルヤ當然ナリ(民事訴訟法第百四十九条ニ見テ)但シ假差押、原告ノ假差押ノ執行ニ付モ特別ノ費用ヲ要シ風ツ之カ爲ミニ必要ナル

金額ヲ豫納セタルヘカラス蓋シ假差押物ノ保存ニ必要ナル費用、競賣費用等ハ假差押物若クハ其賣得金ニ於テ支拂フヘキモノニ非ス假差押シ債権者ノ利益ノ爲ニ存スビハナリ故ニ執行裁判所ハ債権者カ斯ル豫納ヲ爲サヌリシ場合ニ職權ヲ以テ假差押ノ執行ヲ取消スルヲ得裁判前手續(民事訴訟法第百四十九条ニ見テ)假差押ノ執行取消ノ裁判ハ即頭辯論ヲ經エシテ之ヲ爲スコトヲ得第七五四條第三項是レ民事訴訟法第五百四十三條第三項ノ原則ヲ適用ニ外ナラヌ又其裁判ノ形式ハ決定ニシテ判決ニ非ス(第七五四條第四項)「決定」(民事訴訟法第百四十二條第七百五十六條ハ斯ル通則ニ對スル變則ヲ爲ス)假差押ヲ取消ス決定及ヒ假差押ノ取消ヲ求ムル申請ヲ却下シタル決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得蓋シ該裁判ハ何レモ假差押ノ執行ニ關スルモノナレハナリ(第五五八條而シテ民事訴訟法第七百五十四條第四項ハ民事訴訟法第五百五十八條ノ適用ニ外ナラサレハナリ隨テガウブ「ストロフクマン氏著ノ主張スルカ如ク假差押ノ取消ヲ求ムル申請ヲ却下スル裁判ニ對シテハ通常

ノ抗告ヲ爲スヘキモノナリト論結スヘカラス(此反對論ハ曩ニ示シタル論結カ
民事訴訟法第七百五十四條第四項ヲ無用條文ト爲スニ至ルヲ理由トシテ攻撃
シタリ)即時抗告ハ執行停止ノ效力ナキヲ以テ決定カ即時ニ執行セラルノ妨
ト爲ラス第四六〇條(裁判手續及ヒ不服申立)

第二章 假處分

(一) 意義及ヒ要件

假處分トハ特定ノ給付(特定物ノ引渡、作爲不作為ヲ目的トスル請求ノ強制執行
保全ノ爲メニ又ハ著シキ損害ヲ避ケ若クハ急迫ナル強暴ヲ防ク目的ニテ又ハ
其他ノ理由ニテ係争権利關係ノ假ノ地位ヲ定ムルカ爲メニ「私人」の自由及ヒ
財產ニ於ケル裁判所ノ干涉ナリ(第七五五條第七六〇條強制執行保全ノ爲メニ
スルモノヲ係争物ニ關スル假處分ト謂ヒ(第七五五條丁・係争物ニ關スル假處
分……)係争権利關係ノ假ノ地位ヲ定ムルカ爲メニスルモノヲ假ノ地位確定ニ
關スル假處分第七六〇條……假ノ地位……)」上謂フ

係争物ニ關スル假處分ハ假差押ト異ニシテ金錢ノ給付ノ將來ニ於ケル成功ヲ
保全スルモノニ非シテ却テ財產權上ノ性質ヲ有スルト否ト又作為ヲ目的ト
スルト不作為ヲ目的トスルトニ拘ラス特定ノ給付ノ將來ニ於ケル成功ヲ保全
スルモノナリ然レトモ假差押ト同シタル強制執行ノ保全ヲ目的トスルヲ以テ殆
ト其前提要件ヲ假差押ニ於ケルモノト同シウス(第七五五條第七三八條對照特
別法ニ規定シタル假處分ニ關シテハ民事訴訟手續法第十六條、第二十六條第三
十九條等ヲ参考スヘシ)

假ノ地位確定ニ關スル假處分ハ係争物ニ關スル假處分及ヒ假差押ト異ニシテ
將來ニ於ケル強制執行ノ保全ヲ目的トセシシテ権利關係ノ係争的狀態ヨリ生
スヘキ著シキ損害ヲ避ケ急追ナル強暴ヲ防キ又裁判所ノ意見ニ從ヒテ定マル
ヘキ他ノ結果ヲ遂クルコトヲ目的トス而シテ法律ハ假差押カ金錢ノ給付ヲ目
的トスル請求ニ關スル執行保全ニ止マルヲ以テ係争物ニ關スル假處分ナル制
度ヲ設ケ特定ノ給付ヲ目的トスル請求ニ關スル執行ヲ保全スルコトヲ得セシ
メ以テ假差押ノ及ハサル所ヲ補完スルト同シタル係争権利關係ノ假ノ地位確定

二關スル假處分ナル制度ヲ設ケ該請求ノ爲メ他ノ結果ヲ遠タル事ト得セ
メ以テ假差押及ヒ保争物ニ關スル假處分ノ及ハカル所ヲ補完シタリ該請求ハ
私法的請求權各箇ノ保護ニ非シテ却ア係争權利關係ニ關スル當事者ノ權能
範圍ノ全體ノ保護タリ隨テ係争權利關係ニ關スル假處分ハ唯特定ノ給付ヲ
目的トスル請求ノ爲メヌミナラス金錢ノ給付ヲ目的トスル請求ヲ爲メニモ亦
行ヘレ同一ノ作用ヲ爲スモノト謂ハナルヘカラス(意義及ヒ種類) 此處缺 關係
争物ニ關スル假處分ハ特定ノ給付ヲ目的トスル請求ノ強制執行ノ保全ナル
ア以テ第一ニ係争物ニ關スルコトヲ要ス、係争物トハ金錢ノ給付ト相對スル特
定ノ給付ニシテ人物作爲及ヒ不作爲ニ關スル給付ヲ包含ス假差押ハ義ニ違ヘ
タルカ如ク金錢ノ給付ヲ目的トスル請求ノ執行保全ニ止マリテ特定ノ給付ヲ
目的トスル請求ノ執行保全ト爲ラス是レ法律カ假處分ナル制度ヲ設ケ特定ノ
給付即チ兒女ノ引渡、特定シタル有體物ノ引渡及ヒ作爲不作爲ヲ目的トスル請
求ノ執行保全ヲ爲スコトヲ得セシムル所以ナリ但シ該請求カ既ニ權利拘束ニ
繫リタルト否トハ假差押ニ於ケルト同シク間フ所ニ非ヌ這ハ民事訴訟法第七

百五十六條カ假差押ノ命令及ヒ手續ニ關スル規定殊ニ第七百四十六條ヲ假處
分ニ準用スル法意ニ依リテ疑ヲ容レサル所ナリ第二ニ假處分ノ原因トシテ當
事者ノ權利即チ係争物ニ關スル請求ノ實行カ不能ト爲リ又ハ困難ト爲ルニ危
險ノ存スルコトヲ要ス、斯ル危險カ現狀ノ變更既ニ變シタルト其恐アルニ止マ
ルトノ區別ヲ問フコトナクニ因リ特定ノ給付ニ於テ存スルコトヲ要ス假差押
ニ於ケルカ如ク債務者ノ財產關係ノ變更ニ於テ存スルコトヲ要セサルハ假處
分ノ性質上明白ナル所ナリ此危險ノ存否及ヒ他ノ擔保處分ニ依レバ此危險ノ
避止ハ裁判所カ事實問題トシテ自由ニ辨斷スル所ナリ而シテ特定ノ給付ノ目
的物ノ本質ヲ變更シ破壞シ其形體ヲ變更シ又ハ目的物ヲ讓渡シ之ニ他物權ヲ
設定スルノ恐アル場合其他兒女ノ引渡ヲ困難ナシムル事情ハ特定ノ給付ニ
於ケル危險ニ關係ヲ有スルヤ當然ガリ(第七五五條)

係争權利關係ニ關スル假處分地位確定ノ假處分ハ主トシテ權利關係ノ關係的狀
態ヨリ生スヘキ損害ヲ避ケル目的ニ於テ成立スル假處分ナルヲ以テ第一ニ係
争權利關係ニ關スルコトヲ要ス、權利關係法律關係ト云々正當トストハ或人

ト他ノ或人若クハ貨物トノ間に於ケル法律上ノ效力ヲ生スヘキ關係ニシテ財産的法律關係及ヒ身分的法律關係ニ分タル面シテ係争權利關係ハ民事訴訟法第七百五十五條及ヒ第七百六十條ノ意義ニ於ケル係争物ヲ包含スルヲ以テ民訴法第七百五十五條ノ要件ノ存スル場合ニ於テ民事訴訟法第七百六十條ニ規定シタル係争權利關係ニ關スル假處分ヲ發スルコトノ妨ト爲ラス隨テ控訴裁所判ハ民事訴訟法第七百五十五條ニ基キ發シタル假處分ヲ民事訴訟法第七百六十條ニ基キヲ當否ノ調査ヲ爲スコトヲ得ヘシ假ノ地位確定ノ目的ハ擅ニ遂ヘタル權利關係ノ地位ニシテ一回ノ行使ニ因リテ消滅スヘキ行為ニ非ス然レトモ之カ爲メニ繼續スル權利關係タルコトヲ要件トセス第七六〇條。・繼續スル權利關係……其他係争權利關係ニ付キ訴訟カ既ニ繫屬シタルト否トハ法律上問フ所ニ非ス第七五六條第七四六條参考故ニ占有關係隣地關係、年金關係扶養及ヒ教育關係等ハ主トシテ之ニ屬ス第二ニ著シキ損害ヲ避ケ若クハ急迫ナル強暴ヲ防キ又ハ其他ノ理由ニ因リ假ノ地位確定ヲ必要トスルコトヲ要ス是レ假處分ハ假差押ト同シタ例外的處分ナルヲ以テ單ニ假處分ヲ爲

スコトナクンハ損害ヲ生スルコトアルヘキ事情ヲ以テ足レットセス假處分ヲ爲スコトヲ必要トスル程度ニ達シタル事情ノ存スルヲ要不ルナ當然ナリ第七六〇條「……之ヲ必要トスルトキニ限ル」假ノ地位確定ヲ必要ト爲ス此前提要件ノ存否ハ裁判所カ自由ニ判断スル所ナリ著シキ損害ヲ避ケ若クハ急迫ナル強暴ヲ防ク爲メニ假ノ地位確定ニ關スル假處分ヲ爲スコトヲ「例示タリ」第七六〇條……又ハ其他ノ理由ニ因リテ夫ノ行爲ニ因リテ妻メ財產ヲ損害ヲ避ケタルカ爲メニスル處分民法第七九六條ハ著シキ損害ヲ避ケルカ爲メニスル假處分ニ屬シ係争占有關係ニ付キ建築ノ停止若クハ續行ニ付キ地役權ノ行使等ニ付キ爲ス處分ハ急迫ナル強暴ヲ防クカ爲メニスル假處分ニ屬ス(要件)。・假處分ノ手續攻撃及ヒ取消ニ關シテハ民事訴訟法第七百五十七條乃至第七百六十一條ノ規定ニ於テ差異ヲ生セナル限ハ假差押ノ命令及ヒ其手續ニ關スル規定第七三七條乃至第七五四條ア準用ス(第七五六條は立法上ノ煩雜ヲ避ケルノ目的ニ出ツ故ニ第一三假處分ノ手續即チ其命令及ヒ執行ニ關シテ之ヲ言ハバ

假處分ノ命令ハ唯申立ニ因リテノミ之ヲ發シ裁判所カ職權ヲ以テ之ヲ發スルコトヲ得ス其申立即ナ申請ノ内容ハ民事訴訟法第七百四十條ニ則り請求ノ表示假處分ノ理由タル事實ノ表示及ヒ其説明タリ請求ノ金額若クハ其價額ヲ表示スルコトナキハ假處分ノ性質上疑ナキ所ナリ請求カ期限附若ク不候併附ナル場合ト雖モ假處分ヲ以テ保全スルコトヲ得ルハ民事訴訟法第七百三十七條第二項ノ適用ニ依リ明白ニシテ又債権者カ請求及ヒ其假處分理由ノ説明ヲ爲ナザル場合ニ裁判所カ其自由ナル意見ニ從ヒテ定ムル保證ヲ立テシメ假處分命令ヲ發スルコトヲ得ルハ民事訴訟法第七百四十一條第二項及ヒ第三項ノ準用ニ依リテ明白ナリ假處分命令ノ形式カ口頭辯論ヲ經ル否トキ從ヒテ決定又ハ判決タルコトハ民事訴訟法第七百四十二條ノ準用ニ依ラリ明白ナリ其他本訴訟ノ爲メニスル訴訟委任カ假處分ノ訴訟手續ニ關スル訴訟委任ヲ包含スル第六五條又假處分手續カ休暇事件(裁判所構成法第一二九條)タルコトハ後文上明瞭タリ然レドモ假處分申請ニ關スル管轄裁判所ハ特ニ民事訴訟法第七百五十七條及ヒ第七百六十一條ノ規定スル所ナルヲ以テ第七百三十九條ノ適用ナ

キヤ當然ニシテ假處分申請ニ關スル裁判手續ハ特ニ民事訴訟法第七百五十七条第二項ニ規定スル所ナルヲ以テ第七百四十一條第一項ノ適用ナキヤ當然ニシテ又第七百四十三條第七百五十四條ハ假處分手續ニ準用ナシ蓋シ該規定ハ裁判所ニ對シ其裁判ニ無條件ニ債務者カ執行ヲ免ルル金額ヲ記載スヘキ旨ヲ命シタルモノナルヲ以テ民事訴訟法第七百五十九條ニ依リテ假處分ノ爲メニ廢セラレタルモノト謂ハサルヲ得オレハナリ
假處分命令ハ即時ノ執行力ヲ有シ且ツ其執行ニ付キ執行文ヲ要セオルヲ通則ト爲スコトハ民事訴訟法第七百四十八條第7百四十九條ノ準用ニ依リテ明白ニシテ假處分命令ノ執行ハ其命令ヲ言渡シ又ハ申立人ニ送達シタルヨリ十四日ノ期間ヲ徒過シタルトキ之ヲ爲スコトヲ得サルハ民事訴訟法第七百四十九條第二項ノ準用ニ依リテ明白ナリ但シ假處分命令合カ債務者ニ對スル命令(特定ノ金額ノ支拂フ命令シタルカ如キ)禁止若クハ特定ノ處分又ハ特定ノ状態ヲ耐忍スヘキ旨ノ命令ニ於テ成立シタルトキハ該命令ヲ債務者ニ送達シタルニ依リテ執行ノ著手ト爲ルヲ以テ爾後ノ執行手續ノ施行殊ニ執行處分ハ民事訴訟法

第七百四十九條第二項ノ期間ニ拘束セラルルコトナシ債務者ニ對スル送達ハ同條第二項ノ期間遵守ノ用ニ供スルニ足ル又假處分命令ノ性質ニ從ヒ其執行ヲ債務者ニ對スル命令ノ送達以前ニ爲スコトヲ得ル場合ニ限リ民事訴訟法第七百四十九條第三項ノ準用アリ民事訴訟法第七百三十九條第五百二十二條五百四十四條第五百四十五條ノ規定ハ第七百四十八條ニ依リ假處分ノ執行ニ適用アルヤ言ヲ埃タヌ其他第七百五十條乃至第七百五十三條ハ假處分ノ執行ニ準用セラル第二ニ假處分命令ノ攻撃ニ關シテ之ヲ言ハハ其命令ノ形式カ決定ナルトキハ異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルモ抗告ヲ爲スコトヲ得ス第七四五條第七四五條準用(但シ民事訴訟法第七百四十五條第二項ニ於ケル假差押命令取消ノ爲ニスル保證ニ關スル規定ハ第七百五十九條ニ規定シタル制限ヲ受クルヤ當然ナリ然レトモ保證物所在地ヲ管轄スル區裁判所カ假處分命令ヲ發シタルトキハ該命令ニ對シテ異議ヲ申立ツルヲ得ス(第七六一條第三ニ假處分ノ取消ニ關シテ之ヲ言ハハ本案カ未タ繫屬セサルトキハ民事訴訟法第七百四十六條ノ適用ニ依リテ假處分命令ヲ取消スコトヲ得又情況ニ變更アルトキハ民

事訴訟法第七百四十七條ニ基キテ假處分命令ヲ取消スコトヲ得、第七五九條其他民事訴訟法第七百五十四條第二項及ヒ第三項ノ準用ニ依リ假差押ノ施行ヲ取消スコトヲ得ヘシ然レトモ民事訴訟法第七百五十四條第一項ハ假處分手續ニ準用セラルヘキモノニ非ス第七五九條假處分ニ基キテ給付シタル目的物ノ返還及ヒ假處分ニ基キテ生シタル損害賠償ノ請求ハ失當ナル假差押ノ執行ニ於ケルト同シク民法ニ從ヒテ之ヲ定メ民事訴訟法第四百二十七條第四百九十二條第五百十條第五百五十四條ヲ準用シテ之ヲ定ムモノニ非ス

(三) 假處分ノ特別

假處分ニ關スル特則ノ第一ハ假處分ノ命令カ原則トシテ本案ノ管轄裁判所ノ管轄ニ專屬シ例外トシテ係争物ノ所在地ヲ管轄スル區裁判所ノ管轄ニ專屬スルコト是ナリ第七五七條第一項第七六一條第一項第五六三條假差押裁判所ト異ナル點ハ本案ノ管理裁判所ト目的物所在地ヲ管理スル區裁判所トカ並行スル原則及ヒ例外ヲ爲ストニ在リ第七三九條……又ハ……(本案ノ管轄裁判所トハ假處分ニ依レル保護ヲ必要トスル本案ノ請求ニ關シ審理ヲ爲シ若クハ審

理ヲ爲スヘキ裁判所ニシテ第七六二條本案カ既ニ繫屬シタルコトヲ前提要件ト爲ナス其詳細ハ假差押裁判所ノ説明ニ際シテ講述シタルヲ以テ茲ニ之ヲ省略ス其他假處分命令ニ對スル異議ノ申立(第七四四條、第七四五條起訴期間ノ裁定及ヒ該期間ノ徒過ニ依レル假處分ノ取消第七四六條及ヒ情況ノ變更ニ依レル假處分ノ取消第七四七條)ハ本案ノ管轄裁判所ニ專屬ス第七五六條是レ假處分ノ命令及ヒ其取消カ本案ニ關聯スルヲ以テナリ。

本案ノ裁判所ニ於ケル假處分命令ニ關スル裁判ハ通則トシテハロ頭辯論ヲ經テ終局判決ノ形式ヲ以テ爲ス是レ審理ノ鄭重ヲ欲シタルノ法意ニ外ナラス故ニ裁判所ハロ頭辯論ノ爲メニ相手方ヲ呼出サナルヘカラズ(第七百四十二條ノ説明參考)此辯論ハ民事訴訟法第七百四十二條ニ規定シタル假差押命令ニ關スル辯論ト同シク義務的口頭辯論ノ性質ヲ有シ任意的口頭辯論ノ性質ヲ有セス故ニ當事者ノ一方カ期日ニ出現セサルトキハ闕席手續ニ於テ之ヲ處分シ(第二四六條以下又裁判所ノ形式カ終局判決ナルヲ以テ其判決ノ開席ナムト對席ナムトニ從ヒテ故障證訴又ハ上告ヲ爲スコトヲ得本案裁判所ニ於ケル假處分ノ命令

合ニ關スル裁判ハ急迫ナル場合即チ裁判所カ假處分ノ命令ヲロ頭辯論ヲ經テ發セハ其目的ヲ達セザルノ危険アリト認メタル場合第七百六十三條ニ於ケル急迫ナル場合ト異ナルコトヲ注意スヘシニ於テハ變則トシテロ頭辯論ヲ經エシテ決定ノ形式ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得該決定ニ對シテハ假差押手續ニ於ケルカ如ク異議ノ申立て爲スコトヲ得レトモ第七四四條、第七四五條抗告ヲ爲スコトヲ得ス蓋シ急迫ナル場合ハロ頭辯論ヲ經ヘキヤ否ヤノ問題ヲ決定スルニ關スルニ止マリ手續自體ニ關スルモノニ非ナレハナリ(第七五六條假處分ノ申請ヲ却下シタル決定ニ對シテハ債権者カ民事訴訟法第四百五十五條ニ從ヒテ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ而シテ本案ノ裁判所ハ急迫ナル場合ニ於テモ亦ロ頭辯論ヲ命スルコトヲ得蓋シ急迫ナル場合ニ於テロ頭辯論ヲ經スシテ裁判ヲ爲スコトハ裁判所ノ自由意見ニ屬スレハナリ第七五七條第二項……得……)其他裁判長ハ本案ノ管轄裁判所カ合議裁判所タル場合ニ於テ假處分ノ申請ニ關スル裁判ヲ裁判所ノ評決ヲ經テ爲スニ至リテハ假處分ノ目的ヲ達セアルモノ即チ急迫ナル場合ト認メ且ツロ頭辯論ヲ要セスト認メタルモノニ限り管轄合議

裁判所ニ代リテ裁判ヲ爲スコトヲ得第七六三條其詳細ハ假差押裁判所ヲ講述
スルニ際シテ説明シタルヲ以テ之ヲ省略ス原則。係争物即チ本案訴訟ニ於テ請求スル給付ノ目的物其他爭及ヒ申立アラレタル
處分ニ關スル目的物人若クハ物ノ所在地債権カ目的物ナムトキハ第十七條ニ
從ヒテ其所在地ヲ定ムラ管轄スル裁判所ハ假差押手帳ト異ニシテ其自由ナル意
見ヲ以テ急迫ナル場合即チ假處分申請ヲ本案ノ管轄裁判所ニ爲サヘ係争物若
クハ假ノ地位ノ維持ヲ害スヘキ延滞ヲ生スヘキ處アリト認メタル場合ニ於テ
假處分命令ニ關スル裁判ヲ爲スコトヲ得本案訴訟カ既ニ管轄裁判所ニ繫屬シ
タルト否トノ區別ハ之ヲ問フコトナシ是レ當事者ノ利益ノ爲ミニ設ケラレタ
ル例外タリ隨テ本案管轄裁判所カ該裁判所ト同一ノ場所ニ在ルトキハ斯ル危
險ナキヲ以テ此例外法規ノ適用ナシト謂フヘシ但シ係争物所在地ヲ管轄スル
裁判所カ不當ニ急迫ナル場合ナリト認定シテ假處分命令ニ關スル決定ヲ爲シ
タルコトハ決定ニ對スル異議ノ理由ト爲ラスシテ却テ管轄權欠缺ノ理由ト爲
ルヤ當然ニシテ又該裁判所カ假ノ地位確定ニ關スル假處分ニ關シテモ亦管轄

明治三十四年八月十六日印刷

明治三十四年八月二十日發行

東京市四谷區四谷仲町三丁目三十八番地

小田幹治郎

金子鐵五郎

東京市芝區西ノ久保町十一番地

印刷所

金子活版所

東京市麹町區富士見町六丁目十六番地

和佛法律學校

(電話番町百七十四番)

明治二十二年十二月九日內務省許可

