

### 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)

和仏法律学校

(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

# 和佛法律學校

## 講義錄

學 部

號外之拾四

民法 物權 自七章(元)至十章(无) (自二六七至三〇四) 法學士加古貞太郎

表紙及七目次四頁

民法 原理 總債 則權 (自三三至四四八) 法學士梅 謙次郎

民事訴訟法 第一編 (自三〇一至三三六) 法學士岩 田 一 郎

民事訴訟法 自八編(自六九三至七〇八) 法學士松 岡 義 正



090

1900

1-2-14

埃タヌシテ明カナリ随テ第三百七十四條ニ所謂利息ハ遅延利息ヲ包含スルモ  
トニ非サルナリト云々其旨ハ其後ノ法律ニ於テ明ニ示セラルル事ナリ  
甲乙兩論者ノ説孰レカ正鵠ヲ得タルヤハ明治三十四年法律第三十六號ニ依リ  
テ判斷スルコトヲ得ヘシ今茲ニ其全文ヲ掲ケ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フ三百七十五條ニ於テ附當ルノ前項其  
前項ノ規定ハ抵當権者カ債務ノ不履行ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ヲ請  
ム求スル權利ヲ有スル場合ニ於テ其最後ノ二年分ニ付テモ亦之ヲ適用ス但  
利息其他ノ定期金ト通シテ二年分ヲ超ユルコトヲ得スニテ利息ハ但  
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遅延利息ヲ包含セサルモノト爲セシ乙論者ノ説  
ハ同條ノ解釋トシテ正當ナリシナリ随テ所謂遅延利息モ最後ノ二年分ニ付テ  
ハ抵當権ヲ行使スルコトヲ得セシムルモハ第二項ノ追加ヲ必要ト爲セシモノ  
ナリト云々此間誤ルレバ其旨ハ其後ノ法律ニ於テ明ニ示セラルル事ナリ  
右ノ追加ニ依リテ尙第一ノ議スヘキモノアリ即チ所謂遅延利息モ第一項但書

ニ依リテ最後ノ二年分以前ノ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 抵當權ハ其擔保スル債權ヲ離レテ存在スルコトヲ得ルヤイハレバ、  
 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ズ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増加セラレ社會ノ經濟上利益スル所尠少ニ非ズナルナリ是レ諸國ノ法制上或範圍ニ於テ皆其處分ヲ認メザ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其全文ヲ讀ム則チ其旨ヲ知ラズモ可シ

(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ゲ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メ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

不動産ノミニテハ抵當ノ目的物トシテ價格不足スルカ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ルキハ自ラ有セザル權利ハ之ヲ處分スルコトヲ得ザ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來スルニ非ズレバ其抵當權ヲ實行スルコトヲ得ザルモノナリ

(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ヘハ甲乙兩人共ニ丙者ノ債務者ニシテ甲者ハ其債權ノ擔保トシテ抵當權ヲ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是ナリ

(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ヘハ甲乙丙ノ三人各丁者ニ對シテ金一萬圓宛テ債權ヲ有シ而シテ



甲者一人ノミ價格一萬圓ヲ有スル不動産ノ上ニ抵當權ヲ設定セシメタルト假  
 定シ甲者カ乙者ノ利益ノ爲メ抵當權ヲ拋棄セントスルハ乙者ハ甲者カ抵當權  
 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産ヲ有スル債務者ニ  
 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  
 非ス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産ノ價格金  
 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  
 權ノ順位ヲ讓渡セバ乙者ハ金五千圓ヲ受取ル代リニ金一萬圓ヲ受取ルコト

ヲ得ヘキモノナリ

(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産ノ價格金一  
 萬五千圓ト假定セバ甲者先ツ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  
 テ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バ  
 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

第三十六條  
 以上列舉セシ事項ハ單ニ當事者ノ契約ノミニ由リテ絕對ニ效力ヲ生スルモノ  
 トセハ第三者ノ迷惑計ヲ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  
 者ノ權利ノ順位ハ抵當權ノ登記ニ附記ヲ爲シタル前後ニ依ルモノト爲セシ所

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讓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サ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タ不都合ヲ醸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於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コト能ハサルニ至ルヘク極メテ不公平ノ結果ヲ發生スルニ至ルヘシ是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

第四 追及權ノ範圍

抵當權ハ物上擔保ノ一種ナリ隨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産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シ然ルニ一方ニ於テハ抵當不動産ノ第三取得者ハ第一、辨濟第二、滌除第三、競賣ノ三種ノ方法ニ依リ抵當權ノ效力ヲ免ル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ル權利ニ非スシテ社會ノ實際ニ於テ實行セラレザル場合多キニ拘ラス抵當ニ供セラレタル不動産カ爲メニ融通ヲ停止セラレルニ至ルモノトセハ不動産ノ利用ノ範圍ヲ狹限ナラシメ經濟上ノ不利尠少ニ非ザ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産其物ヲ取得セントスルモノニ非スシテ其不動産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雙互

ノ便益之ニ過キタルハナシ而シテ此方法ハ他ナシ滿除ノ手續即チ是ナリ  
 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ザル滿除ニ似テ而モ  
 滿除ニ非ナ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はナリ  
 (甲) 辨濟 抵當權ノ附著スル不動産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サ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コトヲ得サルモノナリ而  
 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産ノ權  
 利移轉シ居ルカ爲メニ抵當權者カ抵當不動産ヲ差押ヘタル場合ニ於テ手續上  
 被差押者ノ地位ニ立クノミナラ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  
 ヲ爲シ以テ抵當權ノ效力ヲ免ルルコトヲ計ル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  
 ツル場合モアルヘク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シムルコトヲ得ルハ  
 明文ヲ缺タスマ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  
 缺タスマ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産ノ賣却ニ因リテ債務者カ受  
 タヘキ金銭ニ對シテ之ヲ行フコトヲ得ルヲ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二重ニ抵當權ヲ行使スルモノト謂フヘ  
 シ第三取得者ニ對シテ極メテ苛酷ニ失シテ不公平ノ結果ヲ來スモノト謂フヘ

レ是レ第三百七十七條ノ明規アル所以ニシテ抵押不動産ニ付キ所有權又ハ地上權ヲ買受ケタル第三者カ抵押權者ノ請求ニ應シテ之ニ其代價ヲ辨済シタルトキハ抵押權ハ其第三者ノ爲メニ消滅スト是レ其當ヲ得タル規定ト謂フヘレ而シテ此場合ニ於テハ二箇ノ條件ヲ要スルモノナルコトヲ注意スヘシ

(4) 第三者ハ必ス抵押權者ノ請求ニ應シテ代價ヲ辨済スルコトヲ要ス 第三者カ抵押權者ノ請求ニ應シテ代價ノ辨済ヲ爲シタルニ非スシテ任意ニ之ヲ辨済シタル場合ニ於テハ抵押權者ハ之ヲ以テ一部ノ辨済ト看做スコトヲ得ヘク其殘額ニ付テハ向ホ進ミテ抵押權ノ行使ヲ爲スコトヲ得サルヘカラス勿論抵押權ニ依リテ擔保セラルル債權ノ全額ニ當ル金額ヲ辨済セシトキハ抵押權ノ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押權者ノ請求ニ應シテ其代價ヲ辨済シタルトキハ其代價ハ抵押權者ノ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押權ハ其第三者ノ爲メニ消滅スト爲スハ當然ノ事理ナリト謂フコトヲ得ヘシ

(5) 第三者カ抵押不動産ニ付キ所有權又ハ地上權ヲ買受ケタル場合ナルコト

ヲ要ス 何故ニ所有權又ハ地上權ヲ買受ケタル場合ニ限リタルヤ是レ他ナレ永小作權地役權ノ如キハ其代價ハ所有權又ハ地上權ニ比シ極メテ少額ナルモノナレハ其代價ヲ辨済スルモ之カ爲メニ其第三者ニ對シテ抵押權ヲ消滅セザルハ抵押權者ニ對シテ苛酷ニ失スルノ甚シキモノナレハナリ

(乙) 抹除 抹除トハ第三取得者カ抵押權者ノ承諾ヲ得タル一定ノ金額ヲ提供シテ抵押權ヲ消滅セシムルヲ謂フモノニシテ抵押不動産ノ第三取得者カ抵押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押權ノ效力ヲ微弱ナラシムルノ甚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押權者並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押權ノ效用ハ其目的物タル不動産ニ付テ權利ヲ取得スルニ非スシテ不動産ノ價格ニ依リテ辨済ヲ得ルニ在リ隨テ第三取得者ヲシテ抵押權者カ相當ト認メタル價格ヲ提供セシメ以テ其負擔ヲ免ルルコトヲ得セシムルモ抵押權者ニ

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クモコトヲ得  
 (シ)即チ濫除ハ雙方ノ利益ヲ保護シ其調和ヲ圖ルニ出テアル便宜方法ナリト  
 謂フヘシ是レ我新舊民法共ニ濫除ヲ認メタル所以ナリ  
 (1) 濫除ヲ行使シ得ヘキ人 濫除權ヲ行使シ得ヘ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 抵當ヲ濫除シ得ヘキ者ハ抵當權設定行爲ヨリ觀  
 察シテ第三者ナラサルヘカラサ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ヘキモノトセハ  
 其不法背理ナルハ言フ埃タヤレハナリ隨テ抵當權設定者ハ濫除ヲ行使シ得ヘ  
 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濫除ヲ爲スコトヲ得サ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モ新民法ニ於テハ言フ埃  
 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ラサルコトヲ要ス 前通セシ

如ク濫除權ヲ行使シ得ル者ハ第三者ナラサルヘカラス而シテ是レ抵當權ヲ設  
 定行爲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タル場合ニ  
 於テハ債務者モ亦抵當權ノ設定行爲ヨリ觀察セハ第三者ナリト謂ハサルヘカ  
 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濫除權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サ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  
 擲セハ全然無關係ナル者ト異ナレ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ン債務者ハ第三取得者タル資格ニ於テ濫除ノ方法ヲ  
 請求スルヲ得ヘシト然リ資格ハ異ナルト雖モ義務ヲ盡サ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サルモノナレハナリ保證人モ債  
 務者ニ於テ債務ヲ辨済セザレハ自ラ之ヲ辨済セザルヘカラサル者ナルヲ以テ

亦除却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スル權利カ發生スルヤ否ヤ不確定ノモノナリ隨テ消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ルコトヲ要ス 所有權地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル第三者ニ限定セ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ノ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消除ノ如キ特權ヲ付與スルノ必要アレハナリ

(2) 消除ノ手續 第三取得者カ抵當權ノ消除ヲ爲ス手續ヲ説明スルニ先テ一言講述スヘキ必要アリ是レ他ナシ消除ノ如何ナル時ニ於テ之ヲ行フコトヲ得ルヤノ問題はナリ原則トシテ第三取得者ハ何時ニテモ消除ヲ爲スコトヲ得ヘ

シ然ラト雖モ抵當權者ノ不知ノ間ニ消除行ハルトモ抵當權者ノ意識計ルベカラズ亦反對ニ第三取得者カ消除ヲ行ハントスルニ當リ既ニ抵當權實行セラレ最早消除ヲ爲スヘキ抵當權存在セザ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消除ヲ行フ便宜ヲ計リ一方ニ於テハ永久ニ消除權アリトモ抵當權者ノ權利ヲ無視シ其保護ヲ缺クニ至ルヲ以テ消除ヲ行フ期間ノ起算點ヲ定ムルカ爲メナリ

第三取得者ハ原則トシテ何時ニテモ抵當權ノ消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消除權行使ノ期間ハ限定モ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ナレハ消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産ノ所有權ノ移轉又ハ其不動産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消除權如何抵當權者ノ利益ヲ計レハ第三取得者ハ消除權ナシト爲スニ在ルヘシト雖モ是レ第三取得者ニ對シテ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消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ニ通知ヲ受ケタル第三取得者カ消除ヲ爲スコトヲ得ル期間内ニ限リ消除ヲ爲スコトヲ得ルモノトモリ第三八二條第三項)ノ規定ニ依リテ抵當權實行ノ以上説明セシ所ハ第三取得者カ消除ヲ爲シ得ル期間ニ關スル問題ヲ決定セシ

モノニシテ消除ノ手續ヲ本體ニ至リテハ左ニ詳述スル所ニ依リテ之ヲ知悉スルコトヲ得ヘシ(附書七ノ表)附書ニモ其ノ別項又ハ附書ニ規定スルモノニ關シテ第三取得者カ消除ヲ爲スル付キ必要ナル手續ハ第三八十三條ニ規定セル三種ノ書面ヲ作成シ之ヲ登記ヲ爲シ各債權者ニ送達スルニ在リテ第三八十三條ニ規定セル三種ノ書面トモ左ノ如ク之ヲ爲スルハ第三項所定ノ一取得ニ關スル要領書是レ第三八十三條第一號ニ規定スル所ニ依リテ取得ノ原因年月日讓渡人及ヒ取得者ノ氏名住所抵當不動産ノ性質所在代價其他取得者ノ負擔ヲ記載シタル書面ニ關シテハ其ノ要領書ニ對シテ取得ノ原因トシテ第三取得者カ其不動産ヲ取得スルニ至ラシ所以ヲ明カニスルモノニシテ例ヘハ買賣交換贈與等ノ如キ是ナリ(附書八ノ表)是レ抵當權者取得ノ年月日ハ第三取得者カ不動産ヲ取得セシ時期ヲ謂フモノニシテ其當時ニ於ケル讓渡人ノ能力ヲ知ルニ供スルカ爲メナリトモ其時ニ讓渡人及ヒ取得者ノ氏名住所不動産讓渡ノ當事者雙方ノ何人タルカヲ示スルカ爲メニシテ讓渡人トモ單ニ所有權ヲ移轉セシ者ノモヲ謂フニ止マラス



シテ地上權、永小作權、譲渡人ヲモ包含スルモノナリトス。但シニ此等ノ抵當不動産ノ性質所在ノ目的物ノ錯誤セザルコトヲ證明スルカ爲メナリ。譲渡ノ代價其他取得者ノ負擔ハ第三取得者カ消除ヲ爲スカ爲メニ提供セシ價格カ相當ナルヤ否ヤヲ判定スルニ必要ナレハナリ。

二 登記簿ノ謄本 是レ第三百八十三條第二號ニ規定スル所ニシテ、抵當不動産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揭タルコトヲ要セズト蓋シ登記簿ノ謄本ヲ送達セシムルノ必要ハ各債權者アリテ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。

三 提供ノ陳述書 是レ第三百八十三條第三號ノ規定スル所ニシテ、債權者カ一个月内ニ次條ノ規定ニ從ヒ増價競賣ヲ請求セザ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ノ順位ニ從ヒテ辨濟又ハ供託スヘキ旨ヲ記載シタル書面ニテ、第三百八十三條ニ規定セシムルニ是レ消除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ニ賣買ノ場合ニ非アレハ代價ナキカ故ナリ。

第三取得者カ以上三種ノ書面ヲ作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消除行ハルルモノナリ。
- 二 債權者カ第三百八十三條ニ規定セル三種ノ書面ノ送達ヲ受ケタル後一箇月内ニ増價競賣ヲ請求セザ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ザルヲ以テ暗黙ノ承諾アリタルモノト謂フコトヲ得ヘシ。是レ第三百八十四條第一項ニ於テ「第三取得者ノ提供ヲ承諾シタルモノト看做ス」ト規定セル所以ニシテ消除ハ此場合ニ於テモ亦行ハルルモノナリ。
- 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 附屬權ハ第三取得者ノ發給セザルニ依リ賣買ノ前未ダ發給セザル  
 増價賣買ノ請求權トハ第三取得者カ提供セシ金額ヲ不相當ナリトシ第三取  
 得者ノ提供ヲ拒絕シ更ニ高價ニ其不動産ヲ賣買セシコトヲ要求スル權利ナ  
 リ蓋シ第三取得者カ消除ノ提供ヲ爲スニ當リ債權者ハ必ズ之ヲ承諾セザル  
 ヘカラストセハ抵當不動産ノ賣價ヲ得ルコト能ハサルヘク抵當權ノ效力モ  
 亦薄弱ナリト謂ハサルヘカラス是ニ於テカ法律ハ債權者ニ付與スルニ増價  
 賣買ノ請求權ヲ以テシ第三取得者カ提供スル不當ノ消除ヲ拒絕スルコトヲ  
 得ヘシ然リト雖モ又一方ヨリ觀察スレハ債權者カ第三取得者カ消除ノ提供  
 ヲ無條件ニ拒絕スルコトヲ得ルモノトセハ法律カ第三取得者ニ付與セシ消  
 除權ハ全ク有名無實ニ歸シ毫モ實效ヲ奏スルコト能ハサルニ至ルヘシ故ニ  
 債權者カ増價賣買ノ請求權ヲ行使セント欲セハ嚴重ナル條件ニ服從セザル  
 ヘカラス是レ第三百八十四條第二項及ヒ第三項ノ規定アル所以ニシテ債權  
 者ハ

(1) 若シ賣買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抵

當不動産ヲ賣却スルコト能ハサルトキハ十分ノ一ノ増價ヲ以テ自ラ其不動  
 産ヲ買受クヘキ旨ヲ附言セザルヘカラス蓋シ増價賣買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産ヲ賣却セシ  
 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ハ當初ノ意思ヲ貫徹シテ其目的ヲ達スルコト  
 能ハサルノミナラス賣却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ルハ賣買ニ要  
 セシ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サルヘシ而  
 シテ債權者カ利益ヲ享受スル能ハサルハ自業自得ニシテ取テ之ニ干渉スル  
 ノ必要ナシト雖モ爲メニ消除ノ提供ヲ拒絕シ第三取得者カ法律上享有スル  
 權利ヲ無視セシムルニ至リテハ之ヲ不同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ハ債權者自ラ十分ノ一ノ増價ヲ以テ其

不動産ヲ買受ケタルヘカラサルモノト規定シ以テ債權者カ増價就賣請求權ヲ濫用スルコトヲ防止セリ

(ロ) 増價就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就賣ノ請求ハ第三取得者ノ排除ハ提供ヲ拒絕シテ之ヲ爲スモノナレハ第三取得者ヲシテ或ハ自ら競奪人ト爲リ或ハ就賣ノ正當ニ實行セラレムルカヲ監視センカ爲メニ就賣ノ實行セラレム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就賣ノ請求ヲ爲スコトヲ要スト規定セシ所以ナリ

(ハ) 債權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サルトキハ債權者自ら十分ノ一以上ノ増價ヲ以テ其不動産ヲ買受ケタルヘカラサル義務ヲ負擔スルモノナリ然ルニ其債權者ニシテ十分ノ賣力ナク爲メニ之ヲ買受ク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權者ニ損害ヲ被ラシムルニ至ルヘシ是レ

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總テ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ク擔保ノ裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得サルハ就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權者カ増價就賣ヲ請求スルニ付テノ必要事項ニシテ債權者ハ以上ノ條件ヲ履踐スルニ非サレハ第三取得者ノ排除ヲ免ルルコトヲ得サルモノナリ而シテ民法ハ増價就賣ニ關スル詳細ナル手續ハ自ら之ヲ規定セスシテ特別法ニ讓レリ即チ明治三十一年法律第十五號就賣法是ナリ而シテ同法ハ其第五章ヲ増價就賣ト題シ第四十條乃至第四十九條ノ十箇條ニ於テ詳細ナル規定ヲ設ク就キテ觀ルヘシ

増價就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チ「債權者カ増價就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スルコトヲ要ス」蓋シ既ニ説明セシ第三百八十四條

本規定セラレタル三條件ハ其ニ増價就賣ノ要素ナリ。若シ此等ノ手續ヲ履行スルコトヲ怠リ又ハ此等ノ手續ニ違背セシトキハ増價就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就賣ノ請求ニ關スル附從ノ條件タルニ過キテ此手續ヲ爲ササルモ爲メニ増價就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シハ抵當不動産ノ讓渡人ニ損害ヲ被ラシムレハ債權者ハ其賠償ノ責任ヲ負擔セサルヘカラズ而シテ所謂附從ノ條件トハ何ソヤ他ナレ債權者カ消除ニ關スル迄速テ受テ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就賣請求ハ通知ヲ爲スヘキコト是ナリ惟フニ債務者ハ最も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タル場合ナルモ債務者ハ第三取得者ノ求價ヲ受ケサルヘカラサルニ至ルヘク隨テ債務者ハ自己ノ債務ヲ他人ノ辨濟スルニ放任シ後ニ求價ヲ受クルニ至ルヨリモ事ハ最初ヨリ自ラ辨濟スルノ利益ナルニ若カサルヲ以テ債務者ハ増價就賣請求ヲ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産

前ノ讓渡人ハ所謂擔保ノ義務ヲ負擔スルヲ以テ其通知ヲ受クルニ付キ等シテ利害ヲ成スル者ナリ是レ第三百八十五條ノ規定アル所以ナリ而シテ同條ニ於テ所謂抵當不動産ノ讓渡人トハ管見ニ所有權ノ讓渡人トシテ止マラスシテ地上權權水小作權ノ讓渡人トモ包含スルモノナルコトヲ注意スヘシ

増價就賣ノ請求ハ消除ノ提供ヲ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ル場合ニ於テハ債權者カ請求シタル就賣ハ其ハニ總債權者ヲ利スルモノナリ隨テハ債權者カ増價就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敢テ自ラ繁雜ナル手續ヲ爲ササルヘキハ社會人事ノ普通ノ状態ナリト謂フヘシ然ルニ増價就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モトモ他ノ債權者ノ迷惑計ルヘカラズ故ニ第三百八十六條ニ於テ増價就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ルコトヲ得スルノ規定ヲ以テ取消權ヲ制限セリ

(丙) 就賣 第三取得者カ債務ヲ辨濟ヲ爲サズ又消除ノ通知ヲ受ケズハ尙ホ抵

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擔濟ヲ爲ラス又ハ適法ノ期間内ニ抹除ノ通知ヲ爲サザルトキハ抵當權者ハ抵當不動産ノ就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三十一年法律第十五號就賣法ニ就キテ觀ルヘシ蓋シ就賣ハ唯抵當權實行ノ場合ノモ限ラズ留置權者先取特權者質權者モ就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就賣ヲ爲スヘキ場合尠カラサルヘキヲ以テ就賣ニ關スル規定ハ地テ之ヲ特別法ニ讓リ就賣法ハ一括シテ之ヲ規定セリ而シテ民法ハ第三百八十八條及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ケ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ルモノナリ

我邦ニ於テハ從來建物ノ土地ノ一部ヲ爲スモノト看做サスレ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ノ目的ト爲スコトヲ得又社會ノ實際ニ於テモ頻頻行ハル所ナリト雖モ抵當權實

行セラレ之ヲ就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就賣ニ付セハ從來同一人ニ屬セシ建物及ヒ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スルコトヲ得スレテ之ヲ除去セサルヘカラス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ス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ト看做スド規定シ以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ノ範圍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通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カ抵當地ニ建物ヲ築造シテ

ルトキハ如何ニ爲スヘキヤ前述セシ場合ニ於テカ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ランカ其土地ハ到底之ヲ相當ノ價格ニ競賣スルコトヲ得ナルヘキモ然レトモ競賣人ヲシテ其建物ノ除去ヲ請求スルヲ得ルニ放任セハ社會ノ經濟上極メテ不利ナルハ前述セシ場合ニ異ナラサルヲ以テ第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サルヲ以テ競賣ニ因リテ得タル代價ノ全部ヲ收ムルコトヲ得ルモノトセハ故ナク不當モ利得セシムルモノト謂ハサルヘカラス故ニ同様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フ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ルヤ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産ノ第三取得者ハ通常抵當不動産ノ所有者ナレハ自己ノ所有物ノ譲受人ト爲ルコトハ論理上甚タ奇異ノ感ナキニ非ス是以テ第三百九十

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豫防セリ

第三取得者カ抵當不動産ニ付キ必要費又ハ有益費ヲ支出セシ場合 抵當不動産カ競賣セラレタルニ當リ第三取得者カ既ニ抵當不動産ニ付キ費用ヲ支出セシ場合ニ於テハ此等ノ費用ハ不動産ノ競買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サルナリ蓋シ第三取得者カ抵當不動産ニ付キ必要費又ハ有益費ヲ支出セハ爲メニ其不動産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サ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ザ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産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ハ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ザリシナラハ抵當不動産ハ其全部若クハ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タ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隨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増加セシメ而シテ其價格ノ増加カ現存スル場合ニ限り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 抵當債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濟セサ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濟スルニ足ルトキハ毫モ困難ナル問題ヲ生セスト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ヲ以テ債務ノ全部ヲ辨濟スルニ足ラサルトキハ抵當債權者相互ノ間ニ於テ或ハ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ナ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スヘキ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)ハ甲者アリ各一萬圓ノ價格ヲ有スル二箇ノ不動産ヲ第一位ニ於テ抵當トシタル一萬圓ノ債權ヲ有セ又乙者同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圓ノ債權ヲ有セリ此場合ニ於テ若シ甲者ヲシテ其欲スル所ノ不動産ヨリ配當ヲ受タルコトヲ得ヘキモノトセリ乙者ヲシテ抵當不動産ニ依リ辨濟ヲ受ク

甲コトヲ得ルト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  
 ナ危険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ハ乙者カ第二位ニ於テ抵押權ヲ有スル不動産ノ競買代價  
 ヲ殘餘ノ五千圓ハ他ノ不動産ノ競買代價ヨリ辨濟ヲ受クヘキモノト爲セリ  
 隨テ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ヘシ是レ  
 甲債權者ニ毫モ不利益ヲ與フルモノニ非ス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セシムルノ利益アルモノト謂フヘシ  
 同時ニ其代價ヲ配當セシメテ或不動産ノ代價ノミヲ配當スヘキ場合ニ是レ第  
 三百九十二條第二項ノ規定スル所ニシテ抵押權者ハ其代價ニ付キ債權ノ全部  
 ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得此場合ニ於テハ次ノ順位ニ在ル抵押權者ハ前項ノ規  
 定ニ從ヒ右ノ抵押權者カ他ノ不動産ニ付キ辨濟ヲ受クヘキ金額ニ滿ツルマテ  
 之ニ代價シテ抵押權ヲ行フコトヲ得蓋シ此場合ニ於テハ同時ニ代價ノ配當  
 ヲ爲サナルカ故ニ各不動産ノ價額ニ準シテ其債權ノ負擔ヲ分ツコトヲ得ナル  
 ヲ以テ抵押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

定セリト雖モ次ノ順位ニ在ル抵押權者ヲシテ不安ノ地位ニ立タシムルモノ  
 前述セシ場合ト異ナラナルヲ以テ代價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シコトヲ期セリ即チ例ハ前例ニ於テ乙  
 者カ第二位ニ於テ抵押權ヲ有スル不動産ノ代價ノミヲ配當スヘキトキハ甲者  
 ハ其代價タル一萬圓ヲ以テ債權全額ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得而シテ乙者ハ甲  
 者カ他ノ不動産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  
 價シテ抵押權ヲ行フコトヲ得ルモノナリ  
 以上說明セシ場合ニ於ケル乙者ハ法律カ當然代價ノ權利ヲ與フルモノナレバ  
 特ニ其代價ヲ抵押權ノ登記ニ附記スルヲ要セズト雖モ之ヲ附記スルハ代價者  
 ノ爲メニ極メ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  
 位者ハ其抵押權ヲ登記ニ其代價ヲ附記シ以テ其利益ヲ享受スルコトヲ得ヘシ  
 即チ抵押權消除ノ通知ヲ受クルコトヲ得ヘク(第三八三條參觀)又抵押不動産ノ  
 代價配當ニ滿ルモノ憂ナク且テ代位者カ自己ノ承諾ナクシテ登記ノ辨濟又ハ  
 減少ヲ爲ササルコトナキ等ノ如キ是カリ



抵當不動産ノ代價カ辨濟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権者ハ抵當不動産ノ代價ヲ以テ辨濟ヲ受ケタル債權ノ部分ニ付テハ他ノ財産ヲ以テ辨濟ヲ受ケルコトヲ得ルハナリ例ヘバ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バ二千圓ハ抵當不動産ノ代價ヲ以テ辨濟ヲ受ケナ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他ノ財産ニ依リ辨濟ヲ受ケルコトヲ得ルモノナリトス以上説明セシ所ハ先ツ抵當不動産ノ代價ニ配當アリタル場合ナリト雖モ抵當不動産ノ代價ニ先テ他ノ財産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ザルモノトシ唯他ノ債權者ヨリ第一項ノ規定ニ從ヒ辨濟ヲ受ケシムル爲メ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リ

本節ノ説明ヲ終ルニ臨ミ尙ホ一ノ講述スヘキ事項アリ即チ抵當権者ニ對スル

賃借人ノ權利是ナリ蓋シ舊民法ニ於テハ賃借權ヲ以テ物權ナリト爲セシカ故ニ賃借人モ亦第三取得者ノ一人ナリシト雖モ新民法ハ賃借權ハ債權ナリト爲セシテ以テ賃借人ハ第三取得者ニ非ス然リト雖モ不動産ノ賃借ハ之ヲ登記セハ爾後其不動産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リコトハ第六百五條ノ規定スル所ナリ隨テ賃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サル賃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権者ニ對抗スルコトヲ得ト言ヘリ蓋シ第六百二條ニ定メタル期間ヲ超エサル賃借ハ皆短期ノモノニシテ短期ノ賃借借ノ如キハ不動産ノ主要ナル利用方法ナリ隨テ此等ノ賃借借ニシテ繼令抵當權ノ登記後ニ登記シタル場合ニテモ抵當権者ニ對抗シ得ルモノト爲サザレハ或ハ爲メニ其不動産利用ノ途ヲ杜絶シ延テ抵當権者ノ不利益ヲ來スコトナキヲ保セズ而シテ抵當権者ハ債權ノ辨濟ヲ確定セシメカ爲メニ抵當權ヲ設定セシモノニシテ抵當不動産ノ價格ヲ低塞セシメザルハ其擔保



ヲ鞏固ナラシムルモノニシテ短期貸借ハ不動産ノ價格ノ低落セシムルノ手段ナリト謂フヘシ是レ法律上抵當權ノ登記後ハ登記シタルモノト雖モ之ヲ以テ抵當權者ニ對抗スルモノト得ト爲セシ所以ナリ然リト雖モ其實貸借カ抵當權者ニ損害ヲ及ホストキハ前述セシ理由ノ一半ヲ亡失スルモノナリ隨テ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モノト得ヘ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權利ニ共通ナルモノト抵當權ニモ特別ナルモノトノ二種アリ而シテ一般ノ權利ニ共通ナル消滅原因即チ目的物ノ滅失抵當權ノ拋棄債權ノ消滅混同等ニ付テハ特ニ茲ニ說明スルノ必要ナク又抵當權ノ特別消滅原因中辨濟滌除及ヒ競賣ノ三者ニ付テハ既ニ前節ニ於テ詳述セシヲ以テ再ヒ茲ニ贅セス唯本節ニ於テハ時効及ヒ他ノ一事項ニ付テ詳述スヘシ抵當權モ亦一種ノ財產權ナリ隨テ第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ヲ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効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對シテ其擔保スル債權ト同時ニ非サレハ消滅時効ニ罹ラズ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ナル者ニ對シテハ全ク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産ニ付テ取得時効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拋棄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

リト雖モ此ノ如キハ專斷極メテ不當ニシテ抵當權者ヲ害スルノ甚シキモノアリト  
 謂ハナルヘカラス是レ第三百九十八條ノ規定アル所以ニシテ其拋棄ハ之ヲ以  
 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  
 ヲ計ラタリ

又、第三百九十九條ノ規定ニ依リテ、抵當權者ノ專斷極メテ不當ニシテ抵當權者ヲ害スルノ甚シキモノアリト謂ハナルヘカラス是レ第三百九十八條ノ規定アル所以ニシテ其拋棄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ラタリ

又、第三百九十九條ノ規定ニ依リテ、抵當權者ノ專斷極メテ不當ニシテ抵當權者ヲ害スルノ甚シキモノアリト謂ハナルヘカラス是レ第三百九十八條ノ規定アル所以ニシテ其拋棄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ラタリ

又、第三百九十九條ノ規定ニ依リテ、抵當權者ノ專斷極メテ不當ニシテ抵當權者ヲ害スルノ甚シキモノアリト謂ハナルヘカラス是レ第三百九十八條ノ規定アル所以ニシテ其拋棄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ラタリ

民法物權(自第七章 終)

民法物權(自第七章 終)

(三十三年度講義録)

法學士 加古貞太郎 講述

民法物權 (自第七章 至第十章)

和佛法律學校發行

民法物權(自第七章)目次

# 民法物權(自第七章)目次

著者 岡田 武 吉 貞 太 須 藤 憲

三十三平製本

## 民法物權(自第七章)目次

緒論	一
第七章 留置權	一四
第一節 緒言	一四
第二節 留置權ノ定義及其要件	一六
第三節 留置權ノ效力	二四
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
第一款 一般ノ先取特權	五三

民法物權目次

第三次 動産ノ先取特權……………五九  
 第三款 不動産ノ先取特權……………八〇  
 第三節 先取特權ノ順位……………八四  
 第四節 先取特權ノ效力……………九五  
**第九章 質 權**……………一〇七  
 第一節 總 則……………一〇八  
 第二節 動産質……………一一一  
 第三節 不動産質……………一二七  
 第四節 權利質……………一三二  
**第十章 抵當權**……………一四三  
 第一節 總 則……………一五〇  
 第二節 抵當權ノ效力……………一六一  
 第三節 抵當權ノ消滅……………二〇二  
**民法物權(自第七章)目次終**

多クナリ又多少論議アルモ納税ノ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税ノ義務ハ債務ニテラストノ論アルモ予ハ明ニ債務ナリ  
 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ノミヲ示ス  
 止ムヘシ  
 以上ヲ以テ債權發生ノ原因ヲ説明セリ以下法典ノ規定ニ入リテ順次説明  
 ヲ爲サントス  
 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當事者ノ  
 債權第四節債權ノ讓渡第五節債權ノ消滅トス  
**第一節 債權ノ目的**  
 債權ノ要素ハ緒論ニ於テ説明シタル如ク要スルニ三アリテ債權者三債務者三債務者三  
 目的是ナリ予ハ債權ノ定義ヲ下シテ債權トハ或人カ或他ノ人ニ對シテ一定ノ  
 行爲又ハ不行爲ヲ要求スル權利トス言フニ是レ其權利ヲ有スル者即チ債權  
 者其相手方即チ債務者及ヒ其行爲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。○  
債權ノ要素ト法律行爲ノ要素トハ之ヲ混同セサルコトヲ要ス蓋シ債權ハ多クハ法律行爲ヨリ生スルモノナリト雖モ必スシモ然ラス而シテ其法律行爲ヨリ生スル場合ニ於テモ債權ノ要素ト法律行爲ノ要素トハ固ヨリ同シカラザルナリ即チ法律行爲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爲ノ要素タル目ハ債權ノ要素タル目ノ比スレハ其範圍廣キモノナリ隨テ法律行爲ノ要素タル目ノヲ狹義即チ債權ノ要素タル目ノ同一ノ意義ニ解スルトキハ法律行爲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ヘハ贈與等ニ在リテハ受贈者即チ債權者ノ誰タルコトハ法律行爲ノ要素タルカ如シ然レトモ法律行爲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ク居ルカ故ニ例ヘハ法律行爲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權ノ要素ハ必ス當事者ヲ包含シ債權者及ビ債務者ノ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も注意スヘキ點ニシテ豫ク此區別ヲ明ニスルニアラザレハ法律ノ解釋ヲ爲スニ際リ往往ニシテ誤認ニ陥ルコトヲ免レシテ而シテ法律行爲アル文字ハ法律行爲ノ章ニ於テ使用シ又債務ノ要素ニ債權ノ要素ト云フニ同シナル文字ハ後ニ説明スヘキ更改ノ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權者債務者及ビ目的ヲ三者ヲ包含セラルモノナリ也。○  
尙ホ純然タル要素ノ外能力ノ問題ハ債權ニ付テ屬シ生スルコトアリ即チ債權ノ要素タル債權者又ハ債務者効果シテ債權者ト爲リ債務者ト爲ル能力ヲ有スルヤ否ヤノ問題はナリ蓋シ廣シ債權ヲ論スルニ方リテハ能力ノ問題ノ如キモ併モ之ヲ論スルノ必要アリト雖モ能力ノ説明ハ總則編ノ講義ニ屬スルカ故ニ此ニハ之ヲ論セス。○  
債權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舊民法ヲ模範トセシカ故ニ之ニ關スル規定ハ辨。其他

ノ部ニ散在セリ蓋シ後ニ説明スル如ク辨濟ナラズモハ履行ニ因テ債權ノ消滅  
 ニシテ履行ト辨濟トハ其實體ニ於テハ實ニ異ナルモノトナリ而シテ履行ハ畢竟  
 目的ノ實行ニ外ナラザルカ故ニ債權ノ目的債務ヲ履行及セ債權ヲ辨濟ハ其名  
 ヲ異ニシテ始ト其實ヲ同シウスルモノナリト云フモ不可アルコトナシ隨テ辨  
 濟ノ部ニ債權ノ目的ニ關スル規定ヲ置クモ強テ理論ニ反シテモト云フコト  
 ヲ得スト雖モ新民法ハ便宜上獨逸民法等ヲ參考シテ目的ヲ規定履行ノ規定及  
 ヒ辨濟ノ規定ヲ各別ニ掲ケタリ  
 前述ノ如ク債權ノ目的債務ノ履行及セ債權ノ辨濟ハ其實體ニ於テハ同一若ク  
 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テ消滅セズ正ニ存在セル状態ニ於テ觀察シタルモ  
 ノニシテ此場合ニ於テハ未タ履行アラズ又辨濟ナラズ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ク履行ノ問題ナリ而シテ履行ヲ了リ債權消滅セタル場合  
 ニ於テ其結果如何ノ問題ハ即チ辨濟ナラズ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ザリヤハ予ノ遺憾トスル所ナリ例ヘハ辨濟ノ部ニ存  
 スル多クノ規定ノ如キハ予ノ見解ニ據レハ專一之ヲ履行ノ部ニ移スヘキモノ  
 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ホ繼續セル間  
 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濟ノ問題  
 トスルヲ以テ最モ學理ニ適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ス彼ノ獨逸民  
 法ノ如キハ頗ル之ニ近キモノナリト雖モ予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予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予ノ標準ト相  
 一致セルカ故ニ敢テ變更ヲ加ヘサルヘシ  
 本節ヲ分テテ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ヲ得ル  
 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 何ヲ以テ債權ノ目的ト爲スコトヲ得ルカ

何ヲ以テ債權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サレハ債權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圍ヲ異ニシ羅馬法ニ於テハ金錢ニ見積ルコトヲ得ナリシモノニシテ今ハ之ヲ金錢ニ見積ルコトヲ得ルモノノ少カラサ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カ爲メ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ズ若シハ夫ノ殺サレタルカ爲メ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テハ名譽痛苦ノ如キ無形ノモノニ雖モ之ヲ金錢ニ見積ルヲ賠償ヲ爲サシムルカ故ニ天下ノ事物一トシテ金錢ニ見積ルコトヲ得サルモ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ヌ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済ノ途ナキヲ以テ已ムコトヲ得ヌ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ヲ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テ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ヲ以テ直チニ債權ノ目的トスルコトヲ認メスルハアルヘカカラス歐ニ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債權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カラス債權ノ目的ニ對シテ抑歐洲ノ學者間ニ於テ動モスルハ議論ノ種子ト爲ルハ教師辯護士等ノ勤勞ニシテ之ヲ金錢ニ見積ルコトヲ得ルヤ否ヤ若シ金錢ニ見積ルコトヲ得スト

之ヲ債權ノ目的ト爲スロト得ルヤ否ヤト云フニ在リ而シテ歐洲諸者ハ彼ノ名譽痛苦等ヲ金錢ニ見積ル得ヘキモノトモ拘ラズ右ノ勤勞ヲ以テ金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノトモル者多シ蓋シ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキモノト云フコトヲ得サルハ即チ教授上ヨリ生ズル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説ニ依リハ教師醫師辯護士等ノ勤勞ハ金錢ニ見積ルコトヲ得サルモノトシテ固ク債權ノ目的ト爲スコトヲ得サルモノトモ然レドモ是レ實際上頗ル不便ナル所ナリ即チ此説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ルモ可ナリ即チ所謂ハサルコトヲ得ヌ且其勤勞ノ目的トシタル契約ヲ無効ナリトスル以上ハ之ニ由リテ報酬ヲ約シタルモ亦無効ナリト謂ハサルハカラス故ニ例ヘハ教師カ一定ノ報酬ヲ約シテ教授ヲ爲セタル場合ニ於テ相手方カ其報酬ヲ拂ハサルモキハ法律上之ヲ訴フルニ越テ又醫師ノ如キモ其診察ヲ受ケ治療ヲ受ケタル者カ約セタル報酬ヲ爲サズ現場會場於

テ之ヲ訴フルコトヲ得ヌ辯護士ノ謝金ニ付テモ亦然リ例ヘハ一定ノ成功謝金ヲ約シタル場合ニ於テ依頼者カ之ヲ支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従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事口歎スヘキコトナリト雖モ世上悉ク吾人君子ノミニアヲサルヲ以テ教師醫師辯護士等ノ強欲ナル者アルト同時ニ之ヨリモ一層強慾ナル相手方アルコトヲ免レヌ殊ニ救ヲ受ケテ少カラサル利益ヲ得タルニ拘ラス其約シタル報酬ヲ拂ハヌ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禮ヲ爲サヌ又辯護士ノ力ニ因リ多額ノ財産ヲ失ハタ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總令教師醫師辯護士等ニ於テ強テ之ヲ訴ヘサ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煥タス而シテ日本人ノ思想ニ於テハ醫師カ其謝禮ニ付テ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排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  
 教師等カ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  
 アラサレハ全ク無制裁ニ了ルニ笑アル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ノ保護ヲ與フヘキ  
 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法律ハ同  
 舊民法ノ起草者タル「ボツァンナード」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サ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  
 學藝教師ハ雇傭人ト爲ラズ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メタル世話ヲ繼續スルモノ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ヲ得タル後其世話ヲ受ケル責

ニ任セス」規定セルモ此ノ如キハ實際ノ不便ニ堪ヘタルヲ以テ其第二項以下  
 ニ於テハ然レドモ實際世話ヲ與ヘタルトキハ相互ノ界限ヲ償費及ヒ合意トテ  
 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第二項ト云ヒ又  
 「此等ノ者ノ世話ヲ受ケルコトヲ諾約シタル後正當ノ原因ナクシテ之ヲ受ケル  
 コトヲ拒絕シタル者ハ其拒絕ヨリ此等ノ者ニ金錢上ノ損害ヲ生セシメタルト  
 キハ其賠償ノ責ニ任ス」第三項ニ之ニ反シテ世話ヲ與フルコトヲ諾約シタル後  
 正當ノ原因ナクシテ之ヲ拒絕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カ契約ヲ履行セザ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殆ト異ナル  
 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ヲ債權ノ目的ト爲スニアラザレハ不便  
 少カラサルコトヲ知ルニ足レリ  
 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ル問題ニシ  
 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

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即チ財産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ナルトキハ其要約ハ之ヲ要約者ニ於テ金銭ニ見積ルコトヲ得ヘキ利益ヲ有セナルモノト看做ス」下規定シ其第一項ニ「要約者カ合意ニ付キ金銭ニ見積ルコトヲ得ヘキ正當ノ利益ヲ有セナ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

尙キ教師、醫師、辯護士等ノ勤勞ノ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銭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コトヲ得ス即チ雇傭トハ一定ノ報酬ニ對シテ使用者ノ命スル勤勞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勤勞ニ服スルコトヲ約シ相手方カ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次ニ請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「請負ハ當事者ノ一方カ或任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」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ノ教授ヲ囑託セラレテ之ヲ教授スル場合又醫師カ或病人ノ診察ヲ依頼セラレテ其診察ヲ爲シ又辯護士カ或事件ノ鑑定ヲ依頼セラレテ之カ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請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モアラスト雖モ予ハ毫モ疑ナシト信スト雖モ例ヘハ辯護士カ訴訟事件ノ鑑定ヲ託セラレ若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ク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センコトヲ約スルカ如ク場合云々請負ニ屬シ又  
 醫師カ或病人ヲ全癒セシムルコトヲ約シ若シ全癒セザルトキハ謝禮ヲ受クス  
 ト云フカ如キモ亦請負ナリ即チ病ヲ癒ヤスト云ハル仕事ノ結果ニ對シテ報酬  
 フ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完ムル場合  
 ノ如キハ勤モスレハ請負タルコトアリ殊ニ收訴セハ全ク謝金ヲ受クスト云フ  
 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ヲ目的トスル契  
 約ハ實際ニ於テハ雇傭ノ場合多カルヘシト雖モ請負タル場合亦少シトセス又  
 辯護士ノ勤勞ヲ目的トスル契約ハ委任ナルコト多シトス又辯護士カ或事件ノ  
 委任ト雇傭トハ時トシテ頗ル區別シ難キコトアリ辯護士ノ勤勞ヲ目的トスル  
 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傭入ルル契約  
 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  
 問題ニシテ其實ニ依リテ之ヲ判斷スルノ外アラザルナリト云フ可キ  
 以上述ヘタル如キ場合ニ於テ勤勞ヲ目的トスル契約ハ果シテ有效ナルヤ否ヤ  
 舊式ノ法律ニ於テハ大抵之ヲ無効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モ等シ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步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ザルコトヲ明言セリ即チ第三百九十九條ニ曰  
 ク「債權ノ目的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スコトヲ  
 得ルモノトス」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サル  
 モノノミヲ舉ゲレハ足レリ而シテ公ノ秩序ヲ害スルモノモハ債權ノ目的ト爲ス  
 コトヲ得サルカ故ニ彼ノ選舉權ノ如キハ固ヨリ債權ノ目的ト爲スコトヲ得ス  
 又親權若ク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バ  
 吾ニ金何百圓ヲ與フレハ親權ヲ拋棄セシト云ヒ若クハ親權ヲ汝ニ讓ラント云  
 フカ如キ契約ハ無効ナリ是レ他ナシ親權ハ親タル者ノ有スル權利ナルト雖モ

同時ニ其義務ナルカ故ニ之ヲ處分スルコトヲ得サレハナリ後見モ亦然リ例ハ自己ハ法律上後見人ノ地位ニ在ルモ之ヲ汝ニ讓ラント約スルカ如キハ法律ノ許ササ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ク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ニハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル云云トアルモ予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ナシト雖モ其公ノ秩序中ニ入ルト善良ニ首ハハ婦人ノ貞操ノ如キモ之ヲ債權ノ目的ト爲スコトヲ得サルハ一ナリ故ニ一般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ヌカ如キハ公ノ秩序ニ反スルモノナルカ故ニ無効ノ契約ナリ隨テ法律ノ定ムル期間ノ經過セ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嫁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リ有テ即チ法定證據主義ニ依リテ裁判ヲ爲シトシテ或ハ書面審理主義ニ依ルコトヲ得ルモ自由心證主義ニ依リテ事件ノ裁判ヲ爲サシムルニ付口頭審理主義ヲ採用セナルヘカラスト法定證據主義ニ依ル事ハ事實ヲ異否ト付キ判断ヲ爲スニ自由ナル心證ニ依ルコトヲ要セザルカ故ニ書面又ハ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スルト時當事者及ヒ證人ノ陳述等ハ裁判官ノ心證ニ非常ニ影響ヲ與ルモノナレバ訴訟事件ノ審理ヲ爲スニ口頭ヲ以テ手續ヲ行ハカレバ其目的ヲ達スルコトヲ得サレハ故ニ自由心證主義ヲ採用セバ以上ハ訴訟手續モ勢ヒ口頭審理主義ヲ採用セタルヘカラスト

我民事訴訟法ハ判決裁判所ニ於テ訴訟ニ付テノ當事者ヲ辯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辯論ニ臨席シタル判事ニ限リ之ヲ爲ス第二三二條ト規定シ以テ口頭審理主義ヲ原則トシ然レモ口頭審理

主義ヲ採用スルモ絕對ニ書面ヲ用ヒザルモノ非ス即チ訴ヲ提起ニ付テハ原  
 則トシテ訴狀ヲ裁判所ニ差出テ其效力ヲ生ズル第一〇四條裁判所ヲシテ訴訟ノ如  
 何ヲ知ラシムル爲メ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レトモ  
 此等書面ハ訴訟ノ準備ニ過キナレハ書面ニ記載シタル事項如何ニ關テハ裁判  
 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ザル事項ハ勿論其記載事項ト相違セザル事  
 項ヲ陳述スルモ其陳述シタル事項ハモカ裁判ノ材料ト爲ルモノトス口頭辯論  
 口頭審理ノ原則ハ判決ヲ以テ裁判スベキ手續ニ付テハ絕對ニ適用セラレト雖  
 モ判決以外ノ形式ヲ以テスル裁判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  
 ラスレテ爲スコトヲ得ルモノナラザル自由心證主義ニ對シテ訴訟手續ニ對  
 第五 公開審理主義及ヒ秘密審理主義

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聽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メザ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若シ書面審理主義ヲ採用スルトキハ總令公開  
 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ニ當リ書面ヲ基  
 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事  
 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聽シテ訴訟ノ  
 狀態ヲ知り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セ  
 タルヘ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止スルコトヲ得ト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

ニ於テ言渡ササルヘカラス唯其必要ニ依リ判審ヲ秘密ニスルコトヲ得ルニ過  
 キス又裁判所ニ於テ對審ノ公開ヲ停ムルノ決議ヲ爲サズトキハ其決議ハ如  
 何ナル理由ニ基キタルカ公衆ヲ退カシムル前之ヲ言渡ササルヘカラス裁判所  
 構成法第一〇五條故ニ公開セラル法廷ニ於テ言渡シタル判決ハ不違法ナレハ  
 無効ノ判決ナリ又裁判所カ對審ノ公開ヲ停止スル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ル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り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秘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)何人  
 事訴訟手續ニ於テハ或場合ニ公開ヲ禁ズルコトアリ例ヘハ禁治産ノ宣告ニ關  
 スル手續ノ如キ是ナリ

## 第二章 訴訟手續進行ノ通則

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

口頭辯論トハ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ニ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  
 スト否トヲ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一百一十條第一百八十五條第二百四十一條第  
 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等ノ裁判是ナリ此  
 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

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テハ訴訟手續ニ於テ全ク書面ヲ使用セザルモノニ非ズ法律上一定ノ範圍内ニ於テハ訴訟行為ニ關シテ又書面ヲ必要トス凡ソ口頭辯論ニ基ク訴訟ニ付テ使用セラルル書面ハ二ノ種類アリ訴訟ノ基礎ヲ確定スル書面及ヒ口頭辯論ノ準備ヲ爲ス書面是ナリ訴訟ノ基礎ヲ確定スル書面トハ訴訟行為ニ付テ書面ヲ必要トスルモノニシテ例ヘハ訴ノ提起故障上訴ノ提起等ニ關スル書面ノ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ザルニ於テハ訴訟法上何等ノ效力ヲ發生セザルモス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ルモノニシテ單ニ口頭辯論ノ準備ヲ爲ス目的ニ出ダサルモノニ非ズ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口頭辯論ノ準備ヲ爲スノ目的ニ供セラルルニ過キタルナリ

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ヲシテ知ラシメ置ク必要ナリ如何トナレハ突然裁判所ノ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シテ適當ナル答辯ヲ爲ス能ハサ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豫メ知ラセテ得ズ隨テ秩序のニ口頭辯論ヲ進行スルコトヲ得ス故ニ口頭辯論ニ於テ當事者カ提出セシムル事項ハ豫メ書面ヲ以テ之ヲ相手方並ニ裁判官ヲシテ知ラシメ其口頭辯論ニ際シテハ相手方ハ適當ナル攻撃若シテ防禦ヲ爲シ裁判官ハ適當ニ訴訟上ノ指揮ヲ爲シ秩序のニ訴訟ヲ進行シ以テ其訴訟ノ終局ヲ速ナラシメザルベカラズ準備書面ハ此目的ノ爲メニ設ケラレタルモノニシテ即チ口頭辯論ノ準備ヲ爲スノ書面ニ外ナラサルナリ第一〇四條(一)口頭辯論ニ於テ當事者ハ其相手方ニ對シテ豫メ其主張ノ要旨ヲ述べ前ニ述ヘ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ハ基礎ヲ確定スル書面



タルト同時ニ準備書面ノ性質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ザルモノナルヲ以テ其書面ニ記載セラレタル事項ト雖モ當事者カ口頭辯論ニ於テ演述セザレハ裁判ノ材料ト爲スコトヲ得ザルモノトス隨テ裁判所カ裁判ノ材料ト爲スモノハ口頭辯論ニ於テ表ハレタル事項ノミニ關スルモノナルカ故ニ準備書面ヲ提出セザルヲ爲メニ其當事者カ訴訟法上不利益ヲ受タルモノニ非ス即チ準備書面ヲ裁判所相手方ニ交付セズ若クハ準備書面ヲ交付スルモノニ記載セラレタル事項ヲ口頭辯論ニ於テ陳述スルモ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ザルカ爲メニ不利益ノ效果ヲ生スルモノニ非ザルナリ然レトモ準備書面ヲ交付セザルカ爲メニ相手方ニ即時ニ答辯ヲ爲スコト能ハス爲メニ取調ヲ必要トスル場合ノ如キハ勢ヒ口頭辯論ヲ續行セザルヲ得ザルニ至ルカ故ニ之ニ因リテ特別ノ訴訟費用ヲ生シタル場合ニ於テハ縱令本案ノ勝訴者ト爲ルモ其訴訟費用ハ準備書面ヲ交付セザリシ者ニ於テ負擔セザルヲカスルニ依リテ二〇四條第七五條殊ニ相手方ニ適當ノ時期ニ準備書

面ヲ以テ口頭辯論ニ於テ陳述セントスル事項ヲ通知セザラシ場合ニ於テハ相手方カ出頭セザル爲メ關席判決ノ申立ヲ爲スモ其申立ハ却下セラルルコトアルヘシ(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トモ訴訟ノ進行ヲ秩序のナラシメ且ツ速ナラシムル爲メ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) 當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
- (二) 原告若クハ被告カ法廷ニ於テ爲サント欲スル申立
- (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ク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
- (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



法及ヒ相手方ノ申立ヲタル證據方法ニ對スル陳述

(六) 原告若クハ被告又ハ訴訟代理人ノ署名及ヒ捺印

(七) 年月日申立ノ裁判官ノ署名及ヒ捺印

右準備書面ニ掲クヘキ事項ハ簡短明瞭ニ記載スルコトヲ要シ事實上ノ關係ノ說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說明ヲ必要トスル場合ニハ裁判官ハ之ヲ釋明シテ知ルコトヲ得ヘク又法律上ノ意見ハ當事者ノ說明ヲ要セスシテ裁判所ノ判斷スヘキ事項ナルヲ以テナリ

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タルヘカラス

(一) 訴訟ヲ爲スヘキ資格ヲ付テ人證明書第一〇七條ノ例ヘハ法定代理人カ訴訟ヲ爲ス場合ニハ法定代理人タル資格ヲ證明スル書面ヲ添附スルカ如シ

(二) 原告若クハ被告ノ手中ニ存スル證書ニシテ口頭辯論ニ於テ使用セントスル書面ノ原本 其書面ノ原本ハ原本ノ全部ヲ謄寫シタルモノナルコトヲ原則

トスル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ラ

ズキハ如何ナル證書ナルモ表ハシ且ツ相手方ニ之ヲ閱覽セシムル旨ヲ記載スルヲ以テ足ル第一〇七條ノ規定ニ依リテ其別紙ニ依リテ

前掲セル準備書面ハ原本及ヒ相手方ノ員數ニ應ジタル原本ヲ裁判所書記課ニ差出スヘキモノナリ其原本ハ裁判所ニ準備書面トシテ訴訟記録ニ保存シ原本

各相手方ニ送達ノ手續ヲ以テ交付スルモ第一〇八條面シテ此準備書面ニ付テハ地方裁判所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ノ訴訟事件ハ概テ簡單ナルヲ以テ特ニ口頭辯論ヲ準備ヲ爲スノ必要ナシト認メタルカ故ナリ第三七

五條第三七六條ノ規定ニ依リテ第一〇七條ノ規定ニ依リテ日本裁判官及書記官

第二款 口頭辯論

口頭辯論ハ豫メ受訴裁判所ノ裁判長カ指定シタル期日ニ於テ法律上定メラル

タル場所即チ裁判所ノ開廷ニ於テ之ヲ爲スモノナリ(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)當事者カ判決ヲ受テヘキ事項ノ申立ヲ爲  
スニ因リテ口頭辯論始マル(第一〇一條)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ヘキモノトス(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ヘシ(裁判所構  
成法第一二五條第一二六條)而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ク口頭ノ演述ニ代  
テ書類ヲ援用スルコトヲ許サ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り朗讀スルコトヲ許サル(第一〇一條)何ホ各當事者ハ相手  
方ノ主張シタル事實ニ對シテ陳述ヲ爲ササルヘカラス若シ其陳述ヲ爲ササル  
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  
ト同一ノ結果ヲ生ス(第一〇一條)第一一條(口頭辯論ニ於ケル訴訟當事者ノ行  
爲ニ關スル事項ハ第二編ノ說明ニ讓リ茲ニハ裁判長及ヒ裁判所ノ職權ニ付テ

説明セシ

第一 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管  
察權トノ二トス

(一) 裁判長ノ訴訟指揮權

(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斷ナク  
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)

(ニ) 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同ヲ發シテ事實ヲ明カニスヘシ

(第一一二條)第二項辯論ニ應答シタル陪席判事ハ自ら當事者ニ對シテ問ヲ發ス

ル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一一〇二條第三項)  
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問ニ  
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一一〇二條第五項)

(二) 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  
隨テ警察權ニ付テハ裁判長ハ左ノ權限ヲ有ス(一) 開廷中ニ於テハ  
(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  
又或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 (二) 退廷中  
(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一七一條 (三) 辯護士ノ演述中ニ於テ  
裁判長カ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

記載スヘキモノトス(裁判所構成法第一一三條) (四) 訴訟中ニ於テハ或ニ必要ナル

第二 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メ

ル權訴訟ノ指揮ヲ爲ス權及ヒ警察權是ナリ(訴訟事件ノ關係ヲ明カナラシムル

(一) 事件ノ關係ヲ明カナラシムル權(一) 本審ノ關係ニ關スル事實ハ證據

(二) 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(訴訟事件ノ關係ヲ明カナラシムルノ權第一一九條)

(ロ) 原告若クハ被告カ訴訟上ニ於テ採用シタル證書ニシテ若シ其證書ヲ提出

セタ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テ譯書ヲ提出

スルコトヲ命スルコトヲ得第一一五條第二項) (三) 訴訟中ニ於テハ或ニ必要ナル

(二) 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) (四) 訴訟中ニ於テハ或ニ必要ナル

(二) 裁判所ハ職權ヲ以テ檢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リ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ヲ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テ辯護士ヲシテ演述セシムヘキコトヲ命スルコトヲ得第一二七條第一項

(二) 裁判所ノ訴訟指揮權

(イ) 辯論ノ分離  
一ノ訴ニ於テ主張シタル數箇ノ請求ヲ各請求ニ付テノ辯論ヲ分離スルコトヲ得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テ各別ニ判決ヲ爲ササルヘカラズ然レトモ且ツ分離シタル辯論ト雖モ裁判所ハ復タ之ヲ取消スルコトヲ得ルヤ當然ナリ此場合ニ於テハ先ニ分離セラレタ

ル辯論ハ全然分離セラレサルモノト同一ノ狀態ニ復ス第一一八條第一二五條

(ロ) 辯論ノ制限  
同一ノ請求ニ對シテ數箇ノ獨立ナル攻撃防禦ノ方法ヲ提出セラレタルトキニ  
一 裁判所ハ先ツ辯論ヲ其方法ノ一若クハ二三制限スルコトヲ得而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ヘ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)

(二) 辯論ノ併合

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ヲ命スルコトヲ得然レト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テ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





カセ又ハ閱覽ノ爲メニ之ヲ關係人ニ示シ而シテ調査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)

右ノ調査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査ハ公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査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)

口頭辯論ノ調査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査ニモ亦適用セララルモノトス(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尠カラズ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ノ效果ヲ發生スル行為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サルヘカラス而シテ送達ノ目的ハ書類ノ交付ニ在リ即チ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

送達ニハ主義アリ職權送達及ヒ當事者送達はナリ凡ソ訴訟上ニ於ケル書類ノ送達ニハ裁判所ノ行為トシテ書類ノ送達ヲ爲スヘキモノト當事者ノ行為トシテ送達ヲ爲スヘキモノトニアリ裁判所ノ行為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トモ當事者ノ行為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間接送達ト稱シ後者ハ所謂當事者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サ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モ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ズ必ス裁判所書記ノ媒介ヲ要スルコトト爲シタリ

第一ノ送達機關ニ於ケル送達機關ハ執達吏及ヒ郵便ノ二種トス

民事訴訟法ニ於ケル送達機關ハ執達吏及ヒ郵便ノ二種トス

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構成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ニ依リテ送達ヲ爲サシムルコトヲ得ヘク此場合ニ於テハ郵便ハ即

テ送達機關ニシテ郵便配達人ハ送達吏ト爲ス執達吏ト同一手續ヲ以テ其送達ヲ實施スヘキモノトス第一三六條第三項第四項

右ノ外裁判所書記モ公示送達ノ場合ニ於テハ送達機關タルモノトス第二項第三項

第二項送達スヘキ書類ハ當事者ノ書類ニシテハ送達吏ハ之ヲ送達スヘキ書類ハ正本若クハ認證シタル謄本ヲ交付スヘキ規定アルトキハ正本若クハ認證謄本ヲ交付ヲ以テ之ヲ爲シ其他ノ場合ニハ謄本ノ交付ヲ以テ之ヲ爲スヘキモノトス第一三七條) 正本ノ交付ヲ爲スヘキ場合トハ期日又呼出狀(第一六一條判決第二三八條第四〇八條第四四四條第四七三條)送達ニシテ認證謄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)送達是ナリ其他ノ場合ハ總テ謄本ノ送達ヲ爲スヘキモノトス而シテ送達スヘキ書類ニシテ裁判所ノ職權ヲ以テ送達スヘキモノナルトキハ裁判所書記之ヲ作成シテ送達ノ手續ヲ爲スヘキ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ジテ交付スルニ必要ナル謄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ハ、其送達ノ日ヨリ起算シテ、八日以内ニ於テ、其送達ノ不備ニ對シテ、其送達ノ不備ヲ聲明スルハ、其送達ノ効力ヲ發生セザルモノトス。其前ハ、原告ノ代理人ニ對シテ送達ヲ爲スルハ、其送達ノ効力ヲ發生セザルモノトス。

(一) 當事者數人ノ爲メ一人ノ代理人アルトキ若クハ當事者ノ代理人數人アルトキハ、正本又ハ謄本ノ一通ヲ其代理人ニ交付スルヲ以テ足レリトス(第一三七條第二項)。

(二) 訴訟能力ヲ有セザル原告若クハ被告ニ對スル送達ハ、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ヲ爲スルハ、其送達ノ効力ヲ發生セザルモノトス。其前ハ、原告ノ代理人ニ對シテ送達ヲ爲スルハ、其送達ノ効力ヲ發生セザルモノトス。

(三) 被告又ハ私ノ法人及ヒ其資格ニ於テ訴ヘ又ハ訴ヘラルルモノトシテ得ル會社又ハ社團ニ對スル送達ハ、其首長又ハ事務擔當者ニ對シテ送達スヘク若シ此等ノ者數人アルトキハ、其一人ニ送達スルヲ以テ足レリトス(第一三八條第二項第三項)。

(四) 對差押後備ノ軍艦ニ在ラザル下士以下ノ軍人軍屬ニ對スル送達ハ、其所屬長

下ニ繫ラシムルコトヲ得蓋シ債務者ノ利益ヲ爲スニ假差押命令ヲ變更スル總  
 タ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說明ヲ參照スヘシ(裁判手續ニ  
 (C) 假差押執行ノ取消ニ執行裁判所ハ債務者カ假差押命令ニ於テ定メタル金  
 額ヲ供託シ又ハ債權者カ假差押ノ執行ニ付キ必要ナル費用ヲ豫納セザル場合  
 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ノ權限ハ假差押命令ノ取消ニ非ズシテ假差押  
 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  
 局判決第七百四十四條乃至第七百四十七條ノ形式ヲ以テ爲スル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クセス假差押被告ハ  
 假差押ノ執行ノ取消アリタルニモ拘ラス假差押命令ニ對スル異議第七百四十四條

第七四五條其他民事訴訟法第七百四十六條及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ノ判決ヲ受クルニ非スルハ假差押ノ執行ヲ免ルルガ爲メニ申立ヲタル保證ノ免責ヲ得ス(第七四三條)又ハ從前ハ假差押命令ニ基キ新ニ假差押ノ執行ヲ受クルハ危險ヲ除去スルコトヲ得ス是レ假差押命令ガ其執行ノ取消以後ニ於テ尙ホ有效ニ存続スルカ故ナリ(意義)第七四三條假差押被告カ假差押ノ執行ヲ免ルルガ爲メ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ノ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)書面ノ申請ヲ以テ之ヲ爲ス本人ニ非スルハ辯護士ノ代理人タルコトヲ要ス債權者カ假差押ノ執行ノ取消ニ付キ執行裁判所ノ其力ヲ要スル場合ニ於テ該裁判所ニ假差押ノ執行ノ取消ヲ申請シ同裁判所カ該申請ニ基キテ假差押ノ取消ヲ命スルコトヲ得ルヤ當然カ別條(第七四十五條)代位執行(第七四十五條)見取(第七四十五條)假差押原告ハ假差押ノ執行ヲ維持ス付特種別費用ヲ要シ且チ之カ爲メニ必要ナル

金額ヲ豫納セサルヘカラス蓋シ假差押物ノ保存ニ必要ナル費用(說賣費用等)ハ假差押物若クハ其賣得金ニ於テ支辨スヘキモノニ非ス假差押ノ債權者ノ利益ノ爲メニ存スルハナリ故ニ執行裁判所ハ債權者カ斯ル豫納ヲ爲サザリシ場合ニ職權ヲ以テ假差押ノ執行ヲ取消スルコトヲ得裁判前手續(附言)執行保全(假差押)ノ執行取消ノ裁判ハ口頭辯論ヲ經ス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ノ適用ニ外ナラス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……任意的口頭辯論ニ基ケル裁判ノ形式ハ決シテ終局判決ニ非ナルコトハ我民事訴訟法ノ通則ナレハナリ第七百四十二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ノ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ノ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ザレハナリ隨テ「ガウプ」(ストロククマン)氏等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ハ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爲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權利關係ノ假ノ地位ヲ定ムルカ爲メニ私人ノ自由及ヒ財産ニ於ケル裁判所ノ干渉ナリ(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)係争物ニ關スル假處分……係争權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……ト謂フ

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スシテ却テ財産權上ノ性質ヲ有スルト否ト又作爲ヲ目的トスルト不作爲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ク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參考スヘシ

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スシテ權利關係ノ係争ノ狀態ヨリ生スヘキ著シキ損害ヲ避ケ急迫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ンヲ以テ假差押ノ及ハサル所ヲ補充スルト同シク係争權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クシトシテ得セシメ以テ假差押及ヒ保爭物ニ關スル假處分ノ及ハサル所ヲ補充シタリ該請求ハ私法的請求權各箇ノ保護ニ非スシテ却テ保爭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保爭權利關係ニ關スル假處分ハ唯モ特定ノ給付ヲ目的トスル請求ノ爲メノモノナラス金錢ノ給付ヲ目的トスル請求ヲ爲メニモ亦行ハレ同一ノ作用ヲ爲スモノト謂ハサルヘカラス意義及ヒ種類ニ依リテ保爭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ヲ以テ第一ニ保爭物ニ關スルコトヲ要ス保爭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舊ニ述ベ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ズ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ヘ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問フ所ニ非ス道ハ民事訴訟法第七

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保爭物ニ關スル請求ノ實行カ不能ト爲リ又ハ困難ト爲ルノ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産關係ノ變更ニ於テ存スルコトヲ要セザ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ル此危險ノ遮止ハ裁判所カ事實問題トシテ自由ニ判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壊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ラ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) 民事訴訟法第六編 附言 執行保全 假處分 第六十條 保爭權利關係ニ關スル假ノ地位確定ノ假處分ハ主トシテ權利關係ノ關係的状態ヨリ生スヘキ損害ヲ避クル目的ニ於テ成立スル假處分ナルヲ以テ第一ニ保爭權利關係ニ關スルコトヲ要ス權利關係(法律關係)ト云フヲ正當トシトハ或人

ト他ノ或人若クハ貨物トノ間ニ於ケル法律上ノ效力ヲ生スヘキ關係ニシテ財產の法律關係及ヒ身分の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事訴訟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ハ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テ當否ノ調査ヲ爲スコトヲ得ヘシ假ノ地位確定ノ目的ハ雖ニ逆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……殊ニ繼續スル權利關係……)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參考故ニ占有關係歸地關係、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ク例外的處分ナルヲ以テ單ニ假處分ヲ爲

スコトナクシハ損害ヲ生スルコトアルヘキ事情ヲ以テ足レリトモ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スルヲ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斷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ハ一ツ例示タリ第七六〇條「……又ハ其他ノ理由ニ因リ……」夫ノ行為ニ因リテ妻ノ財産ノ損害ヲ避ケ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ハ前掲ニ依リ(二)假處分ノ手續其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サ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ヲ準用ス(第七五六條)是レ立法上ノ煩雜ヲ避ケルノ目的ニ出ツ故ニ第一ニ假處分ノ手續即チ其命令及ヒ執行ニ關シテ之ヲ言ハハ

假處分ノ命令ハ唯申立ニ因リテ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チ申請ノ内容ハ民事訴訟法第七百四十條ニ則テ請求ノ表  
 示假處分ノ理由タル事實ノ表示及ヒ其疏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ハ條件附カ  
 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權者ヲ請求及ヒ其假處分理由ノ疏明ヲ爲  
 ナサ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ラシメ假處分  
 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ト否トニ從ヒテ決定  
 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リテ明白ナリ其他  
 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  
 (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法文上  
 明瞭タリ然レト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ヲ

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  
 條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ザレハナリ  
 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ザルヲ通則  
 ト爲スコトハ民事訴訟法第七百四十八條第七百四十九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カ債務者ニ對スル命令(特定  
 ノ金額ノ支拂ヲ命シタルカ如キ)禁止若クハ特定ノ處分又ハ特定ノ狀態ヲ耐忍  
 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控達ハ同條第二項ノ期間遵守ノ用ニ供スルニ足ル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條第五百二十二條第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ヲ執行ニ適用アルヤ言フ埃タス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七百四十四條第七百四十五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メ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係争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七百六十一條第三ニ假處分ノ取消ニ關シテ之ヲ言ハハ本案カ未ダ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七百五十九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(第七百五十九條假處分ニ基キテ給付シタル物ノ返却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ルモノニ非ス

(三) 假處分ノ特別

假處分ニ關スル特別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(第七百五十七條第一項第七百六十一條第一項第五百六十三條假差押裁判所ト異ナル點ハ本案ノ管轄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ト原則及ヒ例外ヲ爲ストニ在リ第七百三十九條……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指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口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口頭辯論ノ爲メニ相手方ヲ呼出ササルヘカラス(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頭セザルトキハ關席手續ニ於テ之ヲ處分シ(第二四六條以下)又裁判ノ形式カ終局判決ナルヲ以テ其判決ノ關席ナルト對席ナルトニ從ヒテ故障控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口頭辯論ヲ經テ發セハ其目的ヲ達セザルノ危險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)ニ於テハ規則トシテ口頭辯論ヲ經ス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ヲ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口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權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口頭辯論ヲ命スルコトヲ得蓋シ急迫ナル場合ニ於テ口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ザルモノ即チ急迫ナル場合ト認メ且ツ口頭辯論ヲ要セスト認メタルモノニ限り管轄合議







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

編輯者  
小田 幹 治 郎  
東京市四谷區四谷仲町三丁目三十八番地

印刷者  
金子 鐵 五 郎  
東京市芝區四，久保町舟町十一番地

印刷所  
金子 活 版 所  
東京市芝區四，久保町舟町十一番地

發行所  
司法省  
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