

和仏法律学校講義録

デュモラル / 松岡, 義正

(出版者 / Publisher)

和佛法律學校

(巻 / Volume)

1

(号 / Number)

号外の17

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

47

(発行年 / Year)

1901-10-05

和佛法律學校

講義錄

爭 壹 部

號外之拾七

民事訴訟法自六編完（至七三） 法學士 松岡義正
表紙及び目次 八頁

人事訴訟法手續（自二〇） 法學士 松岡義正

羅馬法（自九五） 法學士 松岡義正
表紙及び目次 四頁



090
1900
1-2-17

仲裁契約ノ性質上明白ナリ仲裁人ノ忌避ニ關シテハ法律カ當事者ニ廣キ範圍ニ於テ仲裁人忌避權ヲ認メタリ是レ國家カ仲裁人ノ選定ニ付キ職權ヲ以テ調査ヲ爲スハ無益ナルヲ以テ選定ノ錯誤及ヒ其選定權濫用ニ對スル救済ヲ當事者ノ申立ニ因リテ爲スヲ以テ足レリト認メタレハナリ當事者ハ第一ニ判事ヲ忌避スルノ權利アルト同一ノ理由(第三三條)及ヒ條件ヲ以テ(第三四條第三五條)故ニ當事者カ其知リタル忌避ノ原因ヲ主張セスシテ仲裁人ノ面前ニ於テ申立及ヒ陳述ヲ爲シタルトキ及ヒ當事者カ仲裁契約ニ從ヒテ又ハ第七百七十七條ノ規定ニ從ヒテ仲裁人ヲ選定スルニ際シ其忌避ノ原因ヲ知レルトキハ忌避ヲ爲スコトヲ得ス但シ仲裁人選定ノ後忌避ノ原因カ成立シ若クハ當事者カ之ヲ知リタルトキハ此限ニ在ラス)仲裁人ヲ忌避スルコトヲ得第二ニ無能力者(民法第三條以下)墮者(墮者及ヒ公權ノ剝奪又ハ停止中ノ者タル仲裁人ヲ忌避スルコトヲ得)此等ノ者ハ裁判所構成法第六十六條及ヒ行政上ノ法則ニ依リ判事タルコト能ハサル者ナルヲ以テ仲裁人トシテモ不適任者タリト謂ハサルヲ得(第三三條)第三ニ仲裁契約ヲ以テ選定シタルニアラサル仲裁人カ其債務ノ履行ヲ不當ニ

遅延スルトキハ之ヲ忌避スルコトヲ得單純ナル遅延ハ忌避ノ原因ト爲ラス遲延ノ不當ナルヤ否ヤハ管轄裁判所ノ判斷スル所ナリ(第七九二條忌避ノ手續ハ法律ノ規定セサル所ナリ故ニ當事者ハ特定ノ形式ニ依ラズシテ相手方若クハ仲裁人ニ對シ忌避スヘキ意思ヲ表示スルコトヲ得但シ忌避ノ理由ヲ證明スヘキ責任ヲ有スルヤ當然ナリ當事者ノ一方カ相手方ニ對シ忌避ノ意思ヲ表示シタル場合ニ於テ相手方カ之ニ同意シ以テ忌避問題ヲ有效ニ結局シタルトキハ(仲裁人ノ引受ハ當事者ノ合意ニ基ク仲裁人ノ解任ヲ妨タルモノニアラス)爾後何等ノ忌避手續ノ存スルコトナシト雖モ斯ル結局ヲ告ケサルトキハ民事訴訟法第八百五條ノ規定ニ從ヒ忌避ヲ主張スル當事者ハ不同意ナル當事者ニ對シ忌避ノ理由アル旨ノ確證ノ訴ヲ若クハ後者カ前者ニ對シ忌避ノ理由ナキ旨ノ消極的確證ノ訴ヲ提起セサルヘカラス(第三十五條第一項第二項第三十七條後段第三十六條第三十八條第三十九條ハ適用ナシ)當事者ノ一方カ仲裁人ニ對シ忌避ノ意思ヲ表示シタル場合ニ於テ仲裁人カ辭任シタルトキハ之ニ依リ忌避問題ノ結局ヲ告ケ(第七九一條第七九三條參照)爾後何等ノ忌避手續ノ存スルコ

トナシト雖モ仲裁人カ其辭任ヲ拒絕シ且ツ當事者カ該仲裁人ノ解任ニ付キ同意セサルトキハ仲裁人ハ仲裁人忌避ヲ目的トスル訴ノ結局マテ仲裁手續ヲ停止シ其訴ノ結果ニ因リ進退ヲ決スルコトヲ得又ハ仲裁手續ヲ續行シ且ツ仲裁判斷ヲ爲スコトヲ得(第七九七條後者ノ場合ニ於テハ忌避ヲ爲シタル當事者ハ仲裁判斷取消ヲ申立テ(第八〇一條第一號若クハ執行判決ヲ求ムル訴ニ於テ)仲裁手續ヲ許スヘカラサリシ旨ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得ヘシ)

(三) 手續及ヒ判斷

仲裁人ハ裁判官ニアラサルヲ以テ仲裁ノ手續及ヒ其判斷ニ付キ實體法及ヒ民事訴訟法ノ法則ニ羈束セラレルコトナク自己ノ意見ヲ以テ手續ヲ定メ條約ニ槪ヒテ判斷ヲ爲スヲ原則トス然レトモ(1)當事者ハ仲裁契約又ハ爾後ノ契約ヲ以テ仲裁人ヲシテ實體法及ヒ手續法ノ特定ノ規定ニ依ラシムル旨ヲ定メ仲裁人ノ自由ヲ制限スルコトヲ得殊ニ民事訴訟法ノ規定ノ一部殊ニ關席手續ニ關スル規定ヲ仲裁手續ニ準用シ上級仲裁人ヲ選定シ民事訴訟法ノ上訴規定ニ準シテ不服ヲ申立テ又下級仲裁人ノ判斷ハ假執行力ヲ有シ且ツ之カ爲メニ上級

仲裁人ノ判斷ヲ爲ス以前ニ裁判所ニ執行判決ヲ求ムルコトヲ得ル旨並ニ上級仲裁人カ下級仲裁人ノ判斷ニ基キテ給付シタル金銭其他ノ物件ヲ返還スヘキ旨ヲ約定スルコトヲ得ル斷ノ變更ハ執行判決取消ノ原因ト爲ラス但シ當事者ハ民事訴訟法ニ規定シタル上訴若クハ再審ノ訴ヲ以テ裁判所ニ仲裁判斷ニ對スル不服ヲ申立ツルコトヲ得ル旨ヲ約定スルヲ得ス蓋シ斯ル契約ハ仲裁契約ノ本質ニ反シ且ツ之アルカ爲メニ裁判所カ管轄權ヲ有スルニ至ルコトナキヲ以テナリ隨テ斯ル契約ヲモ内容トスル仲裁契約ハ無効タルヤ當然ナリ(2)仲裁人ハ法定制限トシテ(3)仲裁判斷前ニ當事者代理人ヲモ包含ス(4)審訊セサルヘカラス審訊ニハ法律上特定ノ形式ナシ故ニ仲裁人カ當事者ニ書面又ハ口頭ニテ其主張ヲ爲スノ機會ヲ得セシムルヲ以テ足レリトシ當事者カ該機會ヲ利用シタルト否トヲ問ハサルモノトス(第八〇一條第一項第四號參考但シ仲裁人ハ當事者カ別段ノ約定ヲ爲シタルトキハ該審訊ヲ省略スルコトヲ得(5)自由ナル意見ヲ以テ必要ノ程度及ヒ方法ノ適否ヲ判定シ爭ノ原因タル事件關係ヲ探知セサルヘカラス是ヲ以テ(甲)仲裁人ハ探知ノ爲メニ其面前ニ於テ任意ニ出頭シ

タル證人及ヒ鑑定人ヲ宣誓セシムルコトナクシテ訊問スルコトヲ得仲裁人ハ裁判官ニアラサルヲ以テ證人及ヒ鑑定人ニ對シ強制權ヲ有セス隨テ罰金ノ裁判ヲ付シタル出頭ヲ命スルコトヲ得ス其他之カ爲メニ裁判所ニ法律上ノ補助ヲ求ムルコトヲ得ス裁判所構成法第一三一條裁判所ニ「互ニ」故ニ證人及ヒ鑑定人カ任意ニ出頭セサルトキハ仲裁人ハ唯自己ノ指示シタル證人若クハ鑑定人員數ノ指定及ヒ選定ヲモ包含ス(7)特定ノ事項ニ付キ訊問スヘキコトヲ必要ト思料スル旨ノ意思ヲ表示スルニ止メ當事者ニ民事訴訟法第七百六十二條ニ從ヒテ爲ス裁判所ニ依レル證人及ヒ鑑定人ノ訊問ヲ申立ツルコトヲ委セサルヘカラス又證人及ヒ鑑定人ヲシテ宣誓ヲ爲サシムルコトヲ得ス故ニ仲裁人ハ宣誓ヲ必要ナリト認メタルトキハ宣誓スヘキ旨及ヒ宣誓ヲ以テ確實ナラシムル事項ヲ指示スルニ止メ當事者ニ民事訴訟法第七百六十二條ニ則リ爾後ノ手續ヲ爲スヘキコトヲ委セサルヘカラス隨テ仲裁人ハ任意ニ出頭シタル證人及ヒ鑑定人ヲ訊問シタル後其供述ニ付キ宣誓ヲ爲スヘキ旨ヲ表示シ若クハ當初ヨリ宣誓ヲ必要ナリト認メタル場合ニ於テ指定ノ訊問事項ニ付キ特定ノ證人

及ヒ鑑定人ニ對スル宣誓付訊問ヲ爲スヘキ旨ヲ表示スルコトヲ得而シテ仲裁人ハ此二者中ノ一ニ從ヒテ爲シタル探知方法カ終局シタル後即チ民事訴訟法第七百九十六條ニ基キ爲シタル證據調ノ終局後ニ仲裁判斷ヲ爲ス若シ管轄裁判所カ民事訴訟法第七百九十六條ノ手續ヲ爲スコトヲ拒絕シタルトキハ仲裁人ハ自己ノ判斷ヲ取消シ終局的ニ判斷ヲ爲スカ或ハ自己ノ判斷ヲ維持シ之ト共ニ引受義務ヲ終局スルコトヲ得仲裁判斷ヲ爲スコトヲ得サレハナリ(第七九五條其他仲裁人ハ探知ノ爲メニ強制權ノ行使ヲ要セサル各種ノ方法殊ニ當事者本人ノ出頭ヲ求メ書類ノ提出筆蹟ノ對照並ニ檢證ヲ爲ス等ノ如キ方法ヲ用フルコトヲ得當事者ノ一方カ斯ル方法ニ應セサルトキハ仲裁人ハ之ニ基キ適當ノ判定ヲ爲スコトヲ得ヘシ又仲裁人ハ第三者ノ手及ヒ官廳ニ存スル書類ノ提出ヲ必要ナリト認ムル場合ニ於テ其第三者若クハ官廳カ任意ニ提出セサルトキハ立證責任ヲ負フ當事者ニ訴ヲ以テ裁判所ニ書類ヲ提出スヘキ旨ヲ申立ツルコトヲ注意スヘシ蓋シ第三者及ヒ官廳ハ其保存スル書類ヲ裁判所ニ提出スヘキ義務ノミヲ負ヘハナリ(第七九六條第三四三條第三四六條第三項)(乙)仲裁

人ハ探知ノ爲メ必要ト認ムル判斷上ノ行爲ニシテ自己ノ權内ニ屬セサルモノニ付キ管轄裁判所ヲシテ當事者ノ申立ニ因リ之ヲ相當ト認メタルトキニ限リ取調ヲ爲サシムルコトヲ得是レ蓋シ仲裁人ハ裁判所ニアラサルヲ以テ法律上ノ共助ヲ裁判所ニ囑託スルコトヲ得ス裁判所構成法第一三一條故ニ民事訴訟法第七百九十六條ヲ設ケ管轄裁判所ヲシテ當事者ノ申立ニ因リ仲裁人ノ權内ニ屬セサル判斷上ノ行爲ヲ爲シタルモノタリ該條ニ規定シタル前提要件ノ第一ハ仲裁人ノ爲スヲ得サル判斷上ノ行爲タルコトヲ要ス判斷上ノ行爲トハ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ裁判官ノ職權ニ屬スル行爲ニシテ裁判所書記若クハ執達吏ノ權内ニ屬スル行爲ト相對スルモノタリ仲裁人ノ爲スヲ得サルモノトハ獨リ民事訴訟法第七百九十五條ニ規定シタル行爲ノミナラス行爲ノ實施ニ付キ仲裁人カ強制スルコトヲ得サル總テノ行爲ヲ謂フ其第二ハ當事者ノ申立ニ因ルコトヲ要ス該申立ノ形式ハ申請ニシテ訴ニアラス何トナレハ仲裁手續ニ於テ訴ノ形式ヲ探ルコトヲ要スル總テノ事項ヲ規定シタル民事訴訟法第八百五條ニ於テ訴タルヘキ旨ヲ明示セサレハナリ該申立ハ管轄裁判所即チ訴訟事

件トシテ總則ニ基キ事物及ヒ土地ノ管轄權ヲ有スル裁判所カ多數學者カ當然第八百五條ヲ適用シ無條件ニ同條ニ規定シタル裁判所ヲ以テ管轄裁判所ナリト主張スルハ同條ヲ不當ニ擴張シタル失當ノ見解ナリ決定ノ形式ヲ以テ裁判シ職務の口頭辯論ニ基キ判決ノ形式ヲ以テ裁判スルモノニアラス蓋シ民事訴訟法第七百九十六條第一項ニ規定シタル裁判所ノ行為ハ法律上ノ共助ノ一種ニシテ判決行為ニアラス故ニ裁判所ハ裁判所構成法ニ於ケル法律上ノ共助ト同シキ職務の口頭辯論ニ基キ判決ノ形式ヲ以テ行動スルモノニアラサレハナリ但シ當事者ヲ審訊スルコトヲ得ルハ勿論ナリ(多數學者カ職務の口頭辯論ニ基キ判決ノ形式ヲ以テ裁判スルモノナリト主張スルハ仲裁手續ニ關シ仲裁人ノ權内ニ屬スル判斷上ノ行為ニ付キ裁判所ノ補助ヲ供スルコトヲ目的トスル民事訴訟法第七百九十六條第一項ノ法意ヲ誤解シタルモノナリ)裁判所カ調査ノ結果申立ヲ不當ナリト認メタルトキハ之ヲ却下ス第四五五條正當ナリト認メタルトキ即チ申立ニ關シ管轄權ヲ有シ前示ノ要件及ヒ仲裁人カ裁判所ヲシテ取調ヘシムルコトヲ必要ナリト認メタル意思表示第七百九十六條ニ規定セ

タル手續進行ノ基礎タリ存在シ且ツ仲裁人ヨリ表示セラレタル事實カ裁判上調査スルコトヲ得ヘキモノタルトキハ申立ヲラレタル行為ヲ爲ササルヘカラス(裁判所ハ申立ヲラレタル行為カ必要ナリヤ又適當ナルヤヲ調査スルノ權限ナシ道ハ仲裁人カ專斷スル所ナレハナリ)故ニ裁判所ハ證據決定アル場合ト同シテ證人鑑定人等ヲ呼出シ(第二九二條第三二二條取調ヲ爲シ證言及ヒ鑑定拒絕ノ場合ニ於テ民事訴訟法第三百一一條第三百二二條第三百二十八條ニ從ヒテ裁判ヲ爲シ(第七九六條第二項)又出頭セサル場合ニ於テ民事訴訟法第二百九十四條第二百九十五條第三百二十八條ニ從ヒテ裁判ヲ爲ス此等ノ權限ハ仲裁人ノ必要ト認ムル判斷上ノ行為ヲ爲スヘキ裁判所ノ職權ノ結果トシテ當然裁判所ニ屬スヘキモノナリ探知ハ仲裁人ノ自由意見ニ因ルモノナルヲ以テ(第七九四條)……必要トスル限リハ……之ヲ爲サスシテ仲裁判斷ヲ爲スモ取消ノ理由ト爲ラス仲裁人カ民事訴訟法第七百九十五條ニ規定シタル權限外ニ涉リ又ハ管轄裁判所ノ行為カ(第七百九十六條ニ基ケル行為訴訟法ニ違背スル所アルモ仲裁判斷取消ノ理由ト成サス何トナレハ民事訴訟法第八百一一條第一項第一號ハ

仲裁手續カ其全體ニ於テ許スヘカラサリシトキニ仲裁判斷ノ取消ヲ許スノ法
意ナレハナリ(ウキルモースキ)其他少數ノ學者ハ同條第一「第一號」意義ニ
スル制限ナキヲ理由トシテ反對ノ見解ヲ探レリ(3)仲裁判斷ハ後述ノ如ク原本
ヲ作成シ當事者ノ合意ニ因リ別段ノ定ナキ以上ハ理由ヲ付シ當事者ニ送達シ
且ツ管轄裁判所書記課ニ原本ヲ送達證書ヲ添ヘテ預ケ置カサルヘカラス第七
九九條其他仲裁人ハ裁判官ノ有スル強制權ノ行使ニ外ナラサル權限ヲ有セス
故ニ各種ノ執行行為及ヒ假差押並ニ假處分ヲ爲スコトヲ得ス又當事者間ニ於
テ別段ノ定ナキ限リハ強制力アル命令ヲ命シ不利益ヲ被ルヘキ結果ヲ結付ケ
タル行為ヲ命シ殊ニ關席手續ニ依ルコトヲ得ス仲裁人ハ當事者ノ一方カ仲裁
手續ニ應セサルトキニ於テモ事情ヲ探知スルノ義務ナキモノニアラス但シ仲
裁手續ニ應セサル事實ヲ事情確定ノ材料ト爲スノ權能アルハ論ヲ待タス
當事者カ仲裁手續ヲ許スヘカラサルコト即チ仲裁手續ノ全體カ許スヘカラサ
ルコト(仲裁手續ニ關スル各箇ノ法定若クハ約定事項ノ違背ニアラズ)主張ス
ルトキ(第八〇一條第八〇五條)殊ニ法律上有効ナル仲裁契約ノ成立セサルコト

仲裁契約カ判斷スヘキ爭ニ關セサルコト又ハ仲裁人カ其職務ヲ施行スル權ナ
キコト例ヘハ仲裁人ノ選定カ不適法ナルコト仲裁人カ適法ニ忌避セラレタル
コトヲ主張シタルトキハ仲裁人ハ其選擇ニ從ヒ該主張ニ關スル訴ニ付キ管轄
裁判所ノ判決(第八〇五條)マテ仲裁手續ヲ停止シ或ハ之ヲ續行シ且ツ仲裁判斷
ヲ爲スコトヲ得而シテ後者ノ場合ニ於テハ當事者ハ仲裁判斷ニ對シ仲裁手續
ヲ許スヘカラサル旨ノ理由ヲ以テ取消ノ訴ヲ提起シ(第八〇一條第一項第一號)
又ハ仲裁判斷ニ因レル執行力ニ對シ同一ノ理由ヲ以テ抗辯ヲ爲スコトヲ得此
ノ如ク仲裁人カ選擇權ヲ有スルハ蓋シ一方ニ於テハ仲裁人ハ仲裁手續ヲ許サ
サル旨ノ主張ニ關スル訴ニ付キ判斷スルノ權ナク他ノ一方ニ於テスル前提問
題アル毎ニ仲裁手續ノ進行ヲ停止スヘキモノトセハ手續遲延ノ弊害ヲ生スル
恐アルヲ以テ仲裁人ノ適當ナル意見ニ委手タルニ外ナラス
數名ノ仲裁人カ仲裁判斷ヲ爲スヘキ場合ニ於テ其評決方法ニ付キ當事者カ仲
裁契約ニ於テ別段ノ定ヲ爲ササリシトキハ過半数ヲ以テ其判斷ヲ爲ス是レ裁
判所構成法第二百二十三條ヲ準シタルモノタリ(第七九八條第七九三條第二號評

議ノ方法ニ關シテハ特ニ規定ナキヲ以テ仲裁人ハ口頭又ハ書面ニテ適宜ニ評議ヲ爲スコトヲ得評決方法ノ欠缺ハ仲裁判斷取消ノ理由ト爲ラス(第八〇一條)且ツ仲裁人之ニ署名捺印スルコトヲ要ス判斷ノ理由ハ仲裁契約ニ於テ別段ノ定ナキトキニ限り原本ニ附記セサルヘカラス仲裁判斷ノ言渡ヲ以テ原本ノ作成及ヒ仲裁人ノ署名捺印ニ代フルコトヲ得ス第二ニ仲裁人カ各當事者ニ總テノ仲裁人ノ署名捺印シタル判斷ノ正本ヲ送達セサルヘカラス故ニ仲裁人ノ求ニ因ラスシテ(當事者ノ求ニ因リ)爲シタル送達數名ノ仲裁人アル場合ニ於テハ委任ニ依リ其一人ヲシテ送達ヲ申請セシムコトヲ得若クハ仲裁人ノ署名捺印シタル正本ニアラサルモノノ交付(原本ノ交付ハ茲ニ所謂送達タルノ效力ナシ送達ハ民事訴訟法第百三十六條以下ノ規定ニ從テ外國送達及ヒ公示送達ニ於テ必要ナル手續ヲ爲ス裁判所ハ民事訴訟法第百五條ニ規定シタル裁判所ニアラスシテ總則ニ依リテ定マル裁判所タリ)第三ニ仲裁人ハ仲裁判斷ノ原本ヲ送達證書ニ添ヘテ管轄裁判所第百五條ニ規定シタル裁判所ニアラスシテ

總則ニ依リ定マル裁判所ナリ)ノ書記課ニ預ケ置カサルヘカラス數名ノ仲裁人アル場合ニ於テハ其一人カ他ノ明示若クハ默示ノ同意ニ依リ預ケ置ノ行爲ヲ有效ニ爲スコトヲ得此ノ如キ三要件ヲ要スルハ仲裁判斷ノ正確ナルコトト仲裁手續ノ形式的終局トヲ擔保スルカ爲メナリ當事者ハ仲裁契約ヲ以テ該要件ヲ除去シ又ハ變更スルコトヲ得ス又裁判所ハ職權ヲ以テ執行判決ヲ爲スニ際シ該要件ノ存否ヲ調査セサルヘカラス而シテ該要件カ存シタルトキハ形式上完全ナル仲裁判斷カ法律上成立シ當事者ハ仲裁判斷ノ確定力ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得又仲裁手續ハ其終局ヲ告ケ故ニ仲裁人ノ死亡其無能力署名捺印ノ拒絕及ヒ預ケ置手續ノ拒絕等ハ仲裁判斷ノ完成ヲ妨ケ(第七九一條第七九三條第一號民事訴訟法第百三十七條ヲ適用シテ補正スルコトヲ得ス但シ該要件施行ニ關スル期間ノ定ナキヲ以テ送達及ヒ預ケ置等ハ執行判決ヲ求ムル訴ノ提起後ト雖モ有效ニ爲スコトヲ得ツキルモ一スギハ該訴カ第二審ニ繫屬シタルトキ亦有效ニ爲スコトヲ得ト主張スレトモガッブ氏ハ第一審ノ判決以後ハ有效ニ爲スコトヲ得サルモノト反對シタリ當否ハ諸君ノ研究ニ委スヘシ余ハ

後説ニ從フ(前説ニ依レハ其當然ノ結果トシテ第一審カ執行判決ヲ爲スニ際シ
要件ノ存否ヲ調査スルトナシ)

仲裁判斷ハ確定判決ト同シク訴訟事件ヲ實體上終局セシムルモノタリ故ニ當
事者間(承繼人ヲ包含ス)於テ確定シタル裁判所ノ判決ト同一ノ效力ヲ有ス故
ニ當事者ノ一方ハ他ノ一方ニ對シ確定判決ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得第八〇
〇條第二四四條該效力ハ當事者間ニ於テ制限セラルルヲ以テ實體法ニ從ヒ判
決カ第三者ニ對シ效力ヲ及ホスヘキ例外則ハ仲裁判斷ニ付キ適用ナシ外國ニ
於ケル仲裁判斷ニ關シテハ該判斷カ民事訴訟法ノ規定殊ニ第五百十四條ニ適
スル場合ニ限リ第八百條ノ適用アリ

(四) 判斷ノ取消

仲裁判斷ハ確定判決ト同一ノ效力ヲ有スルヲ以テ(1)之ニ對シ上訴ヲ以テ不服
ヲ申立ツルコトヲ得ス仲裁契約其他ノ行爲ニテ仲裁判斷ニ對シ上訴ヲ爲スコ
トヲ得ヘキ旨ヲ特約シタルトキハ獨リ該特約カ無効タルノミナラス仲裁契約
カ無効タルノ結果ヲ生ス蓋シ斯ル特約ノ無効ニ因リ當事者ノ意思カ合致シタ

ルコトヲ保スルヲ得サレハナリ仲裁人カ其判斷スヘキ請求ヲ看過シタルトキ
ハ當事者ハ仲裁判斷ヲ補缺スル目的ニテ仲裁手續ノ再施ヲ求ムルコトヲ得之
カ爲メニ新ナル仲裁契約ヲ要セサルモノトス但シ當事者ノ一方カ仲裁手續ノ
再施ニ助力スルコトヲ拒ミ又ハ仲裁人カ該手續ノ再施ヲ拒絕シタルトキハ當
事者ハ訴ヲ以テ管轄裁判所ニ對シ仲裁判斷カ完全ナルヤ否ヤノ裁判ヲ求ムル
コトヲ得(2)法律ハ原狀回復及ヒ取消ノ訴ニ應當スル特定ノ理由ニ因リ取消ノ
訴ヲ認メ當事者ヲシテ仲裁判斷ノ取消ヲ求ムルコトヲ得セシム(3)其理由ノ第
一ハ仲裁手續ヲ其全體ニ於テ許スヘカラザリシトキニシテ仲裁契約カ成立セ
ス無効又ハ取消シ得ヘキモノナルコト、仲裁契約カ合意其他ノ原因ニ因リ效力
ヲ失ヒタルコト(第七九三條)仲裁契約カ仲裁判斷ニテ判定シタル訴訟事件ニ關
係ナキコト、仲裁判斷カ仲裁人ノ判斷スヘキ權内ニ屬セサル爭點ニ關係シタル
コト、仲裁人ノ職務ニ關スル法定若クハ約定ノ規則カ遵守セラレザリシトキ第
七八八條、第七九一條殊ニ忌避ニ依リ權限ナキ仲裁人カ仲裁判斷ニ干與シ又ハ
選定セラレタル仲裁人カ仲裁判斷ニ干與セザリシトキ等ノ如キ即チ是ナリ故

ニ全體ニ於テ許スヘキ仲裁手續ニ關スル各箇行爲ノ缺點ハ民事訴訟法第八百一條第一項第三號乃至第六號ニ該當セサルモノナル以上ハ取消ノ訴ノ理由ト爲ラス「ワキルモースキー」(ヘルマン)氏等ハ斯ル見解ニ反對シ手續上各區畫ナキヲ以テ手續カ或一點ニ於テ法律上許スヘカラサルモノナルトキハ其全體カ缺點アルモノト爲リ仲裁判斷カ取消サルヲ當然トス又法律上仲裁手續カ其全體ニ於テ許スヘカラサリシトキヲ制限セサルヲ以テ手續ニ於ケル各箇ノ行爲ノ缺點亦民事訴訟法第八百一條第一項第一號ノ理由ニ屬スト主張スルニ似タレトモ「ガブ」氏ノ明言スルカ如ク斯ル反對說ハ民事訴訟法第八百一條第一項第四號ヲ贊文ト爲スノ論結ヲ生スルヲ以テ第八〇一條第一項第一號ニ包含スルコト爲ル採用スヘカラス其第二ハ仲裁判斷カ法律上禁止ノ行爲ヲ爲スヘキ旨ヲ當事者ニ言渡シタルトキニシテ法律上禁止ノ行爲トハ強制執行ヲ禁止セラレタル總テノ行爲即チ強テ爲サシムルコトヲ得サル行爲ヲ指示ス(第五一五條第二號其第三ハ當事者カ仲裁手續ニ於テ法律ノ規定ニ從ヒ代理セラレサリシトキニシテ民事訴訟法第四百三十六條第五號及ヒ第四百六十八條第一項第四

號ニ應當ス其第四ハ仲裁契約ニ於テ當事者ヲ審訊セサリシトキニシテ民事訴訟法第七百九十四條ノ規定遵守ヲ確保スルカ爲メタリ其第五ハ仲裁判斷ニ理由ヲ付セサリシトキニシテ民事訴訟法第四百三十六條第七號ニ應當ス但シ理由カ正當ナルヤ完全ナルヤ否ヤハ法律ノ問フ所ニアラス民事訴訟法第二百三十六條第三號及ヒ第四百三十六條第七號ハ此點ニ付キ適用ナシ其第六ハ第四百六十九條第一項第一號乃至第五號ノ場合ニ於テ原狀回復ノ訴ヲ許ス條ニ存スバトキニシテ取消ノ訴ヲ許ス條件ニ關スル規定ハ茲ニ準用スルコトヲ得ス又第四百六十九條第一項第六號及ヒ第七號ノ規定ハ茲ニ適用ナシ蓋シ同號ノ原因ノ爲メニ仲裁判斷ヲ取消スニ至リテハ裁判所ヲシテ事件ノ判決ヲ爲サシムルニ至ルヲ以テナリ以上ノ理由中第四號及ヒ第五號ニ關シテハ當事者カ別段ノ合意ヲ以テ該理由ニ基キ取消ノ訴ヲ爲スヘキ權利ヲ拋棄スルコトヲ得レトモ其他ノ理由ニ關シテハ之ニ反シ當事者カ別段ノ合意ヲ以テ取消ノ訴ヲ排斥スルコトヲ得ス蓋シ前者ハ單純ニ私益ニ關シ後者ハ公益ニ關スレハナリ(b)其訴ノ提起ハ民事訴訟法ノ通則ニ從フ而シテ取消ハ前示ノ理由ニ基クコト

ヲ要スルヲ以テ訴ノ原因トシテ前示ノ理由タル事實ヲ表示セサルヘカラス若シ事此ニ出テスシテ訴ノ提起後他ノ理由ヲ原因トシテ提出シタルトキハ訴ノ變更ト爲ル但シ他ノ理由ヲ原因トシ別ニ提起シタルトキハ判決確定ノ抗辯ヲ以テ對抗セラルルコトナキヤ當然ナリ(c)其訴ノ管轄裁判所ハ民事訴訟法第八百五條ノ規定ニ從テ而シテ當事者ハ該裁判所ニ取消ノ訴ニ併合シテ本案ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ蓋シ仲裁人ノ職務ハ判斷ヲ爲スニ依リ終局スレハナリ但シ仲裁判斷取消ノ後尙ホ仲裁契約カ存續スル場合前示第一參照ハ此限ニ在ラス(d)其訴ノ提起ニ關シテハ民事訴訟法上ノ期間ノ定ナシ(民法第百六十七條第二項ニ依ルヘキモノカ茲ニ疑ヲ存ス然レトモ執行判決ノ言渡ヲ求ムル起訴アリタルトキハ其判決言渡以前ニ於テ取消ノ訴ヲ提起セサルトキハ當事者ハ其訴提起ノ權利ヲ喪失シ(當事者カ取消ノ理由ヲ知レリヤ否ヤハ之ヲ問ハス第一審ニ於テ執行判決ヲ言渡シ未タ確定セサル場合ニ唯之ニ對スル上訴若クハ故障ニ依リ取消ノ理由ヲ主張スルヲ得ルノミ上訴審ニ於テ執行判決ヲ取消シタルトキハ執行判決ノ言渡ナキコト爲ルヲ以テ當事者ハ何等ノ制限ナ

ク取消ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ又執行判決ノ言渡ヲ拒ム判決ノ確定シタルトキハ取消ノ訴カ目的ナキコト爲ル何トナレハ仲裁判斷カ取消ナレタルト同一ナレハナリ但シ例外トシテ執行判決ヲ爲シタル後ト雖モ民事訴訟法第八百一條第一項第六號ニ掲ケタル理由ニ因ル取消ノ訴ハ當事者カ自己ノ過失ニアラスシテ前手續ニ從ヒテ取消ノ理由ヲ主張スルコト能ハリシ旨ヲ疏明シタルトキニ限リ提起スルコトヲ得(第八〇三條第四七〇條又該訴ハ當事者カ取消ノ理由ヲ知リタル日ヨリ起算シ且ツ執行判決確定後ニ於テ進行スヘキ一箇月ノ不變期間内ニ提起セサルヘカラス但シ執行判決確定後五箇年ヲ經過シタルトキハ該訴ヲ起スコトヲ許サス(第八〇四條第一項第二項第四七四條第一項乃至第三項管轄裁判所ハ訴ヲ理由アリト認メタルトキハ仲裁判斷ヲ取消スト同時ニ執行判決ノ取消ヲ言渡スヘシ(第八〇四條第三項又訴カ適法ナルトキハ強制執行ノ一時停止ヲ命スルコトヲ得ヘシ(第五〇〇條準用)民事訴訟法第八編 仲裁手続

(五) 判斷ノ執行 仲裁判斷ハ外國裁判所ノ判決ト同シテ我帝國裁判所ノ判決ニアラス當事者間

ニ於テ裁判所ノ判決ト同一ノ效力ヲ有スルニ止マリ判決其モノニアラス故ニ
仲裁判斷ニ因リ爲ス強制執行ハ債務名義トシテ之ヲ許ス旨ヲ言渡シタル執行
判決アルコトヲ要ス(第八〇二條第一項)執行判決ハ獨リ強制執行トシテ執行機
關ノ執行行爲ヲ要スル場合ニ必要ナルノミナラス民事訴訟法第七百三十六條
ニ基テ執行ノ爲メ仲裁判斷カ唯法律關係ノ確認ヲ言渡シタルモノナルトキハ
該判斷ヲ裁判上認諾セシメ且ツ仲裁判斷取消ノ訴ニ一定ノ限界ヲ付スルカ爲
メ(第八〇三條)又仲裁判斷ニ於テ定メタル仲裁手續費用取立ノ爲メニ必要ナル
ヤ言フ待タス)而シテ執行判決ハ訴ノ形式ニ依レル當事者ノ申立ニ因リ管轄裁
判所カ言渡スモノタリ(a)該訴ハ請求ノ一部分又ハ費用ノミニ制限スルコトヲ
得又民事訴訟法第五百十九條ノ意味ニ於ケル承繼人ヨリ又ハ之ニ對シテ提起
スルコトヲ得其他該訴ハ通常訴訟手續ニ則リテ提起スヘキヤ疑ヲ容レズ(b)該
訴ノ管轄裁判所ハ民事訴訟法第八百五條ノ定ムル所ナリ該裁判所ハ先ツ職權
ヲ以テ管轄權ノ有無及ヒ形式上完全ナル仲裁判斷ノ存否第七九條ヲ調査シ
(内國ニ於テ爲シタル仲裁判斷タルト外國ニ於テ爲シタル仲裁判斷タルトヲ區

別セス蓋シ仲裁判斷ハ當事者ノ意思ニ根據シ國家ノ主權ニ根據セサルヲ以テ
民事訴訟法第五百十五條ノ適用ナケレハナリ但シ外國ニ於テ爲シタル仲裁判
斷カ内國ニ於テ執行判決ヲ言渡スノ要件タル民事訴訟法第七百九十九條ノ規
定ニ適セサルトキハ該仲裁判斷ノ民法上ノ效力ニ基キ内國ノ管轄裁判所ニ仲
裁判斷ニ於テ定メラレタル給付ノ履行ヲ求ムル訴ヲ提起スルコトヲ得(シ)次
ニ仲裁判斷取消ノ理由ノ存否ヲ調査ス(第八〇二條第二項、第八〇一條)該理由中
公益ニ關スルモノ例ヘハ民事訴訟法第八百一條第二號仲裁契約カ當事
者ノ和解ヲ爲ス權利ナキ係爭物ニ關スルカ如キ當事者ノ意思ヲ以テ左右スル
コトヲ許ササル法則ニ反スルカ故ニ仲裁手續ヲ許スヘカラサル理由ハ職權ヲ
以テ調査シ公益ニ關セサルモノ例ヘハ仲裁人ノ選定ニ付キ錯誤アリシヲ以テ
仲裁手續ヲ許スヘカラスト云フカ如キ理由ハ當事者ノ申立ニ因リ調査ス仲裁
判斷其モノノ當否ハ之ヲ調査スルコトヲ得(第五一五條第一項)外國ニ於テ爲
シタル仲裁判斷ニ關シテ亦然リ)而シテ裁判所カ訴ヲ理由アリト認メタルトキ
ハ終局判決タル執行判決ヲ言渡ス該判決ノ確定若クハ假執行ノ宣言アルニ因

リ執行力ヲ生シ執行判決ノ正本ニ執行文ヲ付シテ執行ヲ爲ス又執行判決言渡以後當事者ハ取消ノ訴ヲ提起スル權利ヲ喪失ス(第八〇三條)然レトモ執行判決ニ對シ民事訴訟法第五百四十五條ニ從ヒ實體上ノ異議ヲ主張スルコトヲ得ヘシ裁判所カ訴ヲ理由ナシト認メタルトキハ訴ヲ却下シ執行判決ノ言渡ヲ拒絕ニ此判決カ確定シタルトキハ仲裁判斷力取消サレタルト同一ノ效力ヲ有ス仲裁手續ヲ終了スルニ臨ミ一言スヘキモノハ民事訴訟法第八百三條ノ説明是ナリ同條ハ仲裁人ノ選定第七八九條第七九一條若クハ忌避第七九二條仲裁契約ノ消滅第七九三條仲裁手續ノ許サレサルコト(第七九七條)仲裁判斷ノ取消第八〇一條第八〇三條(第八〇四條)又ハ執行判決ノ言渡ヲ目的トスル訴ニ付テノ管轄裁判所ヲ規定シタルモノニシテ該訴ノ外向ホ仲裁手續ニ於ケル裁判上ノ行為第七百九十九條ニ規定シタル預ケ置若クハ仲裁判斷ノ公示送達若クハ外國送達及ヒ第七百九十六條ニ規定シタル裁判上ノ行為ニ付テノ管轄裁判所ヲ規定シタルモノニアラス(フツング)ガワビ氏等ハ第八百五條第二項ニ該當スル獨逸舊民事訴訟法第八百七十一條第二項ヲ引用シ反對說ヲ主張シ其他多數ノ

學者亦反對說ヲ主張スレトモ這ハ法文ヲ不當ニ擴張シタルモノト思フ該訴ハ給付ヲ目的トシ又ハ確認ヲ目的トシ忌避原因ナキ旨ノ消極的確認訴訟ヲ包含ストスルコトアリ又該管轄裁判所ハ第一ニ仲裁契約ニ指定シタル區裁判所又ハ地方裁判所ニシテ獨逸民事訴訟法ノ如キ書面ヲ以テ指定スルノ權限ナシ當事者ハ仲裁契約ニ於テ前示ノ訴ノ爲メニ訴訟物ノ價額ニ拘ラス區裁判所又ハ地方裁判所ヲ指定シ或ハ裁判上主張セハ甲裁判所ノ管轄ニ專屬スヘキ場合タルニモ拘ラス乙裁判所ヲ指定スルコトヲ得第二ハ仲裁契約ニ於テ指定シタル裁判所ナキトキハ請求ヲ裁判上主張スル場合ニ管轄ヲ有スヘキ區裁判所又ハ地方裁判所ニシテ其事物ノ管轄ハ仲裁手續並ニ仲裁判斷ニ於ケル請求ノ價額ニ從ヒテ之ヲ定ム(第八〇五條第一項)

仲裁契約ニ於テ管轄裁判所ヲ指定セス又ハ仲裁契約ニ於テ指定シタル裁判所ヲ附後合意ヲ以テ廢止シタル場合ニ於テ數箇ノ管轄裁判所アルトキハ當事者又ハ仲裁人カ最初ニ關係セシメタル裁判所カ前示シタル總テノ訴ヲ管轄ス第八〇五條第二項本項ハ土地ノ管轄ニ適用アルノミ當事者カ最初ニ關係セシメ

タル裁判所トハ民事訴訟法第八百三條第一項ニ規定シタル訴ノ一ヲ提起シタル裁判所タリ他ノ訴ハ爾後該裁判所ニ提起セサルヘカラス仲裁人カ最初ニ關係セシメタル裁判所トハ仲裁人カ民事訴訟法第七百九十九條第二項ニ從ヒ當事者ノ爲メニ仲裁判斷ノ原本ヲ預ケ置クニ際シ管轄裁判所ノ選定スル權限行使ノ結果トシテ定マリタル裁判所タリ是レ民事訴訟法第八百三條第一項ニ規定シタル訴カ互ニ關聯シ且ツ仲裁判斷ノ取消及ヒ執行判決ノ言渡ヲ容易ナラシムルカ爲メニ外ナラス

民事訴訟法第八百三條ニ規定シタル管轄ハ專屬管轄ニアラス故ニ當事者カ合意ヲ以テ管轄ヲ變更スルコトヲ妨ケス

民事訴訟法(自第六編)終
(至第八編)

(三十三年度講義録)

法學士 松岡義正 講述

民事訴訟法(自第六編)
(至第八編)

和佛法律學校發行

民事訴訟法(白第六編)目次

民事訴訟法(白第六編)目次

緒論

三十三

民事訴訟法(白第六編)目次

緒論

第一編 總論

第一章 沿革及ヒ法源

第二章 強制執行ノ性質及ヒ強制執行法ノ性質

第三章 強制執行法ト他ノ諸法律トノ關係

第二編 總則

第一章 執行事件ノ管轄裁判所

第一節 強制執行ノ命令

第二節 強制執行ノ實施

第二章 執行機關

第三章 執行ノ要件

第一節 強制執行命令ニ關スル要件

民事訴訟法(白六編至八編)目次

第二章 強制執行ノ實施ニ關スル要件……………一六六

第四章 執行ノ異議……………一三八

第一節 強制執行ノ方法ニ關スル異議……………一三九

第二節 債務名義ニ於テ確定シタル請求ニ關スル異議……………一四〇

第三節 執行ノ目的物ニ關スル第三者ノ異議……………一四五

第五章 執行ノ停止及其制限……………一五九

第三編 手續ノ進行……………一七六

第一章 通則……………一九一

第一節 執達吏ノ權限……………一九七

第二節 現役軍人軍屬ニ對スル強制執行……………二〇七

第三節 相續財産ニ對スル強制執行ノ續行……………二一三

第四節 專屬裁判籍強制執行ノ……………二二三

第五節 強制執行ノ手續ニ關スル裁判ニ對スル不服……………二四四

民事訴訟法(第六編至八編)目次……………三一六

第一章 申立……………三一八

第六節 保證供託及ヒ送達……………三二二

第七節 強制執行ノ費用……………三二六

第八節 強制執行ノ效力……………三二六

第九節 判決ニ基ク強制執行法規ノ他債務名義ニ於ケル準用ノ限界……………三二六

第二章 特別……………三二八

第一節 金錢ノ債權ニ付テノ強制執行……………三三三

第一款 動産ニ對スル強制執行……………三三六

第一項 通論……………三三六

第二項 有體動産ニ對スル強制執行……………三四六

第三項 債權及ヒ他ノ財産權ニ對スル強制執行……………三九二

第四項 配當手續……………四六一

第二款 不動産ニ對スル強制執行……………四八二

第三款 船舶ニ對スル強制執行	五七二
第二節 金銭ノ支拂ヲ目的トセサル債權ニ付テノ強制執行	五六一
第一款 物ノ引渡又ハ給付ヲ目的トスル債權ニ付テノ強制執行	五八三
ノ強制執行	五八五
第二款 債務者ノ作為ヲ目的トスル債權ニ付テノ強制執行	五九六
制執行	六一一
第三款 債務者ノ不作爲ヲ目的トスル債權ノ強制執行	六一二
附言 執行保全假差押及ヒ假處分	六一二
總論	六一二
第一章 假差押	六一五
第二章 假處分	六九六
公示催告手續及ヒ仲裁手續	七一七

第一章 公示催告手續	七一七
第二章 仲裁手續	七四八

民事訴訟法(自第六編至第八編)目次 終

民事訴訟法(新編八訂)目次

第一章 總論

第二章 訴訟手續

第三章 訴訟費用

第四章 訴訟上之和解

第五章 訴訟上之調解

第六章 訴訟上之鑑定

第七章 訴訟上之宣誓

第八章 訴訟上之假處分

第九章 訴訟上之保全

第十章 訴訟上之執行

第十一章 訴訟上之其他

第十二章 附則

第十三章 終局

民事訴訟手續法

法學士 松岡義正 講述

緒言

民事訴訟手續ハ婚姻事件養子縁組事件親子關係事件相續人廢除事件隱居事件、禁治産、準禁治産及ヒ失踪ニ關スル訴訟手續ヲ總稱シ又民事訴訟手續法ハ該訴訟手續ニ關スル法規ノ全體ヲ總稱ス而シテ該手續ハ督促手續及ヒ證書訴訟爲替訴訟手續等ト同シク特別訴訟手續ノ一種ニシテ又該手續ニ關スル法規ハ獨逸民事訴訟法ニ於ケルカ如ク民事訴訟法中ノ一編ト爲スヲ理論上正當トス我國ニ於テ民事訴訟手續ニ關スル法規ヲ民事訴訟法中ニ規定セスシテ單行獨立ノ一法律ト爲シタルハ立法上ノ便宜ニ基キタルモノニシテ民事訴訟法ニ屬セ

サルカ故ニアラサルコトハ疑ヲ容レサル所ナリ(舊民法中人事ニ關スル部分ト財産ニ關スル部分トハ其成立期ヲ異ニシタルヲ以テ當時人事訴訟手續ニ關スル法規ヲ包含スル民事訴訟法ヲ公布スルハ立法上其當ヲ得タルモノニアラス)

第一章 婚姻事件ニ關スル手續

(一) 婚姻事件ノ意義及ヒ手續ノ特質 婚姻事件トハ婚姻ノ無效若クハ取消離婚又ハ夫婦ノ同居ヲ目的トスル訴訟事件ヲ總稱ス第一條民法第七七八條以下、第八一三條以下、第七八九條而シテ婚姻事件ハ一ノ民事訴訟事件タルカ故ニ民事訴訟法ニ規定シタル通常民事訴訟手續カ適用セラルルヤ當然ナリ然レトモ婚姻ハ社會の生活上必要ナル制度ナルヲ以テ國家ハ婚姻ニ關スル各訴訟ノ結果ニ付キ公益上少カラサル關係ヲ有シ殊ニ一旦有效ニ成立シタル婚姻ハ當事者ノ自由處分ニ因リテ容易ニ解クコトヲ得セシメヌ又婚姻結合ノ無效ナルヲ明白ナラシムルハ公益タリ是ヲ以テ國家ハ婚姻事件ニ關シ特別ノ手續ヲ設ケ該手續ニ觸レサル限度ニ於テハ通常民事訴訟手續ノ適用アルコトト爲シタリ

其特別手續ノ概略ヲ一言スレハ國家ハ婚姻事件ヲ以テ通常民事訴訟事件ニ關スル手續ノ原則トシテ認メタル當事者訴訟進行主義ヲ制限シテ職權訴訟進行主義ヲ是認シ婚姻ノ取消離婚及ヒ夫婦ノ同居ヲ目的トスル訴訟ニ於テハ裁判所ヲシテ真正ナル事情ニ反シ當事者ノ行動ニ基キテ婚姻ノ維持若クハ夫婦ノ同居拒絕ノ目的ニ添ハサル裁判ヲ爲スコトヲ得セシメヌ又婚姻ノ拒絕若クハ夫婦ノ同居維持ノ目的ノ爲メニ職權ヲ以テ適當ノ調査ヲ爲スヘキ旨ヲ命シ又婚姻無效ノ訴訟ニ於テハ裁判所ヲシテ當事者ノ行動ニ拘ラス職權ヲ以テ婚姻ノ無效原因ノ存否ヲ調査シ其結果トシテ顯ハレタル事情ニ從ヒ適當ノ裁判ヲ爲サシム其他檢事ヲシテ國家ノ代表者トシテ意見ヲ陳述シ婚姻事件ニ關シ其助ヲ爲サシム且ツ事情ニ從ヒ事件ノ當事者タラシムルカ如シ

(二) 管轄裁判所及ヒ檢事ノ共助 婚姻事件ハ夫カ内國人タルト外國人タルトヲ問ハス又原告タル場合ト被告タル場合トヲ問ハス普通裁判籍ヲ有スル地又其死亡ノ時ニ之ヲ有シタル地ノ地方裁判所ノ管轄ニ專屬スルヲ原則トス該普通裁判籍ハ内國ニ住所ナキトキ又ハ内國ノ住所ノ知レサルトキハ居所ニ依

リ居所ナキトキ又ハ居所ノ知レサルトキハ最後ノ住所ニ依リテ定マリ最後ノ住所ナキトキ又ハ其住所ノ知レサルトキハ司法省令ヲ以テ指定シタル住所ニ依リテ定マルモノナリ(第一條)此ノ如ク事物ノ管轄トシテ地方裁判所カ婚姻事件ニ付キ管轄ヲ有スルハ裁判所構成法第二十六條ノ適用ニシテ又土地ノ管轄トシテ夫ノ普通裁判籍所在地ヲ管轄スル裁判所カ婚姻事件ニ付キ管轄ヲ有スルハ管カ通常夫ト異ナル住所ヲ有スルコトナキト民事訴訟法カ裁判籍ニ關シ原則トシテ國籍主義ヲ捨テ屬地主義ヲ採リタルトニ依ル而シテ法律カ普通裁判籍ヲ擴張シタルハ婚姻事件ニ付キ裁判籍ナキカ如キ缺點ヲ防止シタルニ外ナラス(民事訴訟法第一〇條第一三條民法第二一條第二三條)然レトモ例外トシテ縁組事件ニ附帶シテ婚姻ノ取消又ハ離婚ノ請求ヲ爲ス場合ハ此限ニ在ラス(第一條)蓋シ然ラスンハ附帶訴訟ヲ許スノ法意ニ反スルニ至レハナリ(第二四條)

檢事ハ國家ノ代表者トシテ公益ノ爲メニ訴訟事件ニ付キ意見ヲ陳述シ又ハ當事者ト爲ル機關ナリ故ニ事件ノ專屬シタル裁判所ニ附置セラレタル檢事局ノ

檢事ハ婚姻事件ニ關シテ亦此二者ノ行動ニ依リテ共助ヲ爲ス即チ(四)檢事ハ總テノ婚姻事件ノ辯論ニ立會ヒテ意見ヲ述フルコトヲ要シ(第五條第一項)要ス」トハ檢事ノ職責タルコトヲ示スニ止マリ婚姻事件ニ付キ檢事カ斯ル共助ヲ爲サルトキハ違法ト爲ル旨ヲ示スモノニアラス獨逸ニ於テハ民事訴訟法草案ニ於テ檢事ノ共助ヲ職務ト爲シタルトモ確定法文ニ於テ之ヲ職權ト爲シタル隨テ檢事カ辯論ニ參加セサルモ爲メニ違法ノ結果ヲ生スルコトナシ受命判事又ハ受託判事ノ審問ニ立會ヒテ意見ヲ述フルコトヲ得第五條第二項得ハ檢事ノ自由意見ニ委スル法意ヲ示ス此ノ如ク檢事ハ辯論若クハ審問ニ立會ヒテ意見ヲ述フル職權アルカ故ニ裁判所並ニ裁判所書記ハ職權ヲ以テ辯論若クハ審問ニ關スル總テノ期日(言渡期)ヲモ包含ス」ヲ適當ノ方法ヲ以テ檢事ニ通知セサルヘカラス(檢事カ前ニ開始シタル辯論期日ニ立會ハサル場合ニ於テ然リ若シ斯ル通知ナキトキハ職權ヲ以テ延期シ又斯ル通知ヲ爲サスシテ裁判ヲ爲シタルトキハ該裁判ニハ檢事ノ共助ニ依リ他ノ結果ヲ見ルニ至ルトキ例ヘハ通知ヲ爲ササルニ依リ檢事ノ知リタル事實及ヒ證據方法ヲ知ラスシテ裁判シタル

カ如キ場合ニ於テ法律ニ違背シタルモノト爲リ當事者カ之ニ對シ上訴スルコトヲ得民事訴訟法第四三四條第四三五條檢事ハ唯口頭辯論ニ於テノミ意見ヲ陳述スルコトヲ得書面ヲ裁判所ニ差出シテ之ニ代フルコトヲ得又檢事ノ申立ハ書面ニ基クコトヲ要セス(民事訴訟法第二二條唯調書ニ之ヲ記載スルヲ以テ足ル但シ檢事ヨリ申立ヲ記載シタル書面ヲ送付シ調書ニ添附スルコトヲ妨ケス)民法第一三〇條立會ヒタル檢事ノ氏名ハ其權限ヲ有スル者タルコトヲ明カニスルカ爲メニ調書ニ記載スヘシ(第五條第三項)ヘシ(訓示的規定ナリ)(b)檢事ハ原告トシテ婚姻ノ取消ヲ目的トスル訴ヲ提起スルコトヲ得民法第七八〇條又婚姻ノ無效又ハ取消ノ訴ニ於テ相手方タルヘキ者カ死亡シタル後ニ於テ相手方タルコトアリ(第二條第三項其他檢事ハ當事者ト爲ラサルトキト雖モ婚姻ヲ維持スル爲メ即チ婚姻ノ無效取消及ヒ離婚ノ訴ヲ却下シ若クハ夫婦ノ同居ヲ命スル判決ヲ爲サシムルカ爲メニ職權ヲ以テ調査シタル事實及ヒ證據方法ヲ提出スルコトヲ得第六條是レ公益ノ爲メニ檢事ヲシテ婚姻ノ掩護者タラシムルノ法意ナリ檢事ノ提出シタル事實及ヒ證據方法カ當事者ニ對シ豫メ書

面ヲ以テ通知セラレザリシトキハ當事者ハ辯論ノ延期ヲ申立ツルコトヲ得民事訴訟法第二〇四條又裁判所ハ該事實ニ付キ當事者ヲ訊問スルコトヲ得第一二條但シ檢事カ提出シタル事實ノ重要ナルヤ又ハ證據方法ニ付キ取調ヲ爲スヘキヤ否ヤハ裁判所ノ判斷スル所ナルヤ言フ埃タス

(三) 訴訟能力及ヒ訴 未成年者其他ノ無能力者ハ婚姻事件ニ於テハ訴訟行爲能力ヲ有シ法定代理人保佐人又ハ夫ノ同意ヲ得ルコトヲ要セス第三條第一項)是レ婚姻カ其性質上專屬的ニシテ又夫婦ノ意思ニ反シ同意權ヲ濫用スルノ虞アレハナリ然レトモ無能力者ハ事實上婚姻事件ニ關スル訴訟行爲ヲ爲スニ不適當ナルコトアルヲ以テ受訴裁判所ノ裁判長ハ申立ニ因リ辯護士ヲ訴訟代理人ニ選任スルコトヲ要シ又無能力者カ申立ヲ爲ササルトキト雖モ辯護士ヲ訴訟代理人ニ選任スヘキ旨ヲ命シ又ハ職權ヲ以テ其選任ヲ爲スコトヲ得裁判長カ辯護士ヲ訴訟代理人ニ選任シタル場合ニ於テハ其意見ヲ以テ定ムヘキ適當ノ報酬ヲ辯護士ニ與ヘシムルコトヲ得第三條但シ禁治產者ハ他ノ無能力者ト異ニシテ後見人ニ依ルニアラスンハ法律行爲ヲ爲スコトヲ得サルモノナルヲ

以テ民法第八條夫婦ノ一方カ禁治產者ナルトキハ其後見人又ハ其後見監督人
(禁治產者ノ配偶者カ後見人ナル場合ニ於テハ利益相反スルヲ以テ後見監督人
カ被後見人ヲ代表スルヤ當然ナリ民法第九一五條カ親族會ノ同意ヲ得テ離婚
ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルノミ)(第四條離婚ノ訴ニ限定シ婚姻ノ無效取消又ハ
同居ノ訴ヲ除外シタルハ蓋シ訴訟ハ專屬的性質ヲ有スト認メタルニ外ナラス
(獨逸民事訴訟法第六百十二條第二項ハ離婚ノ訴ノ外向ホ取消ノ訴ヲ法定代理
人ニ依リテ提起スルコトヲ得セシメタリ)隨テ禁治產ノ繼續中ハ同居ノ訴ヲ提
起アルコトナシト知ルヘシ

國家ハ公益上婚姻事件ノ増加ヲ防止シ一ノ婚姻訴訟ニ於テ其當時提起スルコ
トヲ得ヘキ總テノ婚姻事件ニ屬スル訴ヲ消盡セシムルコトヲ欲シタリ故ニ(1)
婚姻ノ無效ノ訴其取消ノ訴離婚ノ訴及ヒ同居ノ訴ハ其目的ヲ同シウセス且ツ
其實上ノ前提要件ヲ異ニスト雖モ之ヲ合併シ又ハ反訴トシテ之ヲ提起スル
コトヲ得(第七條第一項但シ反訴カ本訴ト同種ナルト否トノ區別ヲ問ハス然レ
トモ扶養ノ請求前示ノ訴ノ原因タル事實ニ因リテ生シタル損害賠償ノ請求及

ヒ民法ノ規定ニ依リ婚姻事件ニ附帶シテ爲スコトヲ得ル緣組ノ取消又ハ離婚
ノ請求ニ關スル訴ヲ除ク外他ノ訴殊ニ妻ノ財産引渡若クハ小兒ノ引渡並ニ養
育ヲ目的トスル訴ハ之ヲ前示ノ訴ニ併合シ又ハ其反訴トシテ提起スルコトヲ
得(第七條第二項蓋シ後者ノ訴ハ婚姻事件ニ屬スル訴ト全然其手續ヲ異ニス
レハナリ是ヲ以テ裁判所ハ職權ヲ以テ併合又ハ反訴ノ法律上許スヘキモノナ
ルヤ否ヤヲ調査シ不適法ニ併合シテ又ハ反訴トシテ提起セラレタル訴ヲ却下
セラレタル場合ニ於テハ裁判所ハ辯論ノ制限ヲ爲スコトヲ得レトモ民事訴訟
法第一一九條辯論ノ分離ヲ命スルコトヲ得(民事訴訟法第一一八條蓋シ辯論
ノ分離ハ同一ノ婚姻關係ニ付キ異ナレル裁判ヲ下スニ至リ人事訴訟手續法第
七條ノ注意ニ反スルヲ以テナリ但シ斯ル法則ハ同居ノ訴ニ關シテ適用ナキヤ
言ヲ埃タス)(2)婚姻事件ニ付テハ第一審又ハ控訴審ニ於ケル辯論ノ終結ニ至ル
迄訴ヲ變更シ(例ヘハ離婚ノ訴ヲ取消ノ訴ニ變更シ訴ノ事由ヲ變更シ(例ヘハ從
來ノ原因ニ代リテ新ニ原因ヲ主張シ又ハ從來ノ原因ニ新原因ヲ附加シ訴ヲ併

台シ例ハ離婚ノ訴ニ取消ノ訴ヲ併合シ又反訴ヲ提起スルコトヲ得第八條但シ上告審ニ於テハ其性質上斯ル事項ヲ爲スコトヲ得サルヤ當然ナリ(3)婚姻ノ無効若クハ取消又ハ離婚ノ訴ニ付キ實體的請求棄却ノ言渡アリタル場合ニ於テ原告ハ其以前ノ訴訟事件ニ於テ訴ノ變更訴ノ原因ノ變更又ハ訴ノ併合ニ依リ主張スルコトヲ得ヘカリシ事實ニ基キテ獨立ノ訴ヲ提起スルコトヲ得又被告ハ其以前ノ訴訟事件ニ於テ反訴ノ事由トシテ主張スルコトヲ得ヘカリシ事實ニ基キテ獨立ノ訴ヲ提起スルコトヲ得第九條是ヲ以テ婚姻ノ無効若クハ取消又ハ離婚ノ訴ニ付キ取下ヲ爲シタル後存續シタル反訴ニ付キ實體的請求棄却ノ言渡アリタル場合ニハ人事訴訟手續法第九條ノ適用ナシ原告又ハ被告カ其以前ノ訴訟事件ニ於テ主張スルコトヲ得ヘカラサリシ事實即チ請求棄却ノ判決以後ニ於テ成立シ又ハ當事者カ知リタル事實ニ關シテハ人事訴訟手續法第九條ノ適用ナシ又獨立ノ訴若クハ反訴ノ原因ヲ爲スニアラスシテ適法ナル婚姻ノ無効若クハ取消又ハ離婚ノ新訴ノ附帶ノ原因トシ又ハ之ニ對スル抗辯ノ理由トシテ主張スルコトハ人事訴訟手續法第九條ノ反對スル所ニアラス

解カ人事訴訟手續法第九條ニ反セサルヤ否ヤハ裁判所カ職權ヲ以テ調査スヘキ事項ニシテ當事者ノ意思ニ依リ之ヲ左右スルコトヲ得ス而シテ調査ノ結果訴カ人事訴訟手續法第九條ニ反スト認メタルトキハ理由ナキモノトシテ請求ヲ棄却セサルヘカラス若シ第二ノ訴ノ提起ノ當時ニ於テ第一ノ訴ニ關スル判決カ未タ確定セサルトキハ裁判所ハ職權上權利拘束ノ效力ヲ是認シ又當事者ハ權利拘束ノ抗辯ヲ提出シテ獨立シテ提起シタル新訴ヲ却下シ又却下セシムルコトヲ得ヘシ何トナレハ婚姻ノ無効若クハ取消又ハ離婚ノ訴ハ同一ノ婚姻ニ付キ同時ニ成立シタル總訴訟的材料ヲ包含スルヲ以テ此種ノ訴ノ一カ繁屬シタルトキハ同時ニ他ノ訴ニ對スル權利拘束ノ抗辯ヲ成セハナリ同居ノ訴ヲ人事訴訟手續法第九條ニ規定セサルハ蓋シ此訴ノ棄却及ヒ是認ハ婚姻ノ無効若クハ取消又ハ離婚ノ訴ニ何等ノ影響ヲ及ホササレハナリ(4)婚姻ノ無効又ハ取消ノ訴ハ夫婦ノ一方ヨリ若クハ第三者ヨリ提起スルコトヲ得又取消ノ訴ハ檢事ヨリ提起スルコトヲ得夫婦ノ一方カ婚姻ノ無効ヲ目的トスル訴ヲ提起スルコトヲ得ルハ取テ疑ナシト雖モ第三者カ斯ル訴ヲ提起スル

ニハ婚姻カ無効ナルコトニ因リテ特定ノ權利例ハハ相續權ヲ有スルニ至リ若クハ婚姻ノ有效ナルコトニ因リテ特定ノ義務例ハハ嫁資ノ贈與ヲ負フニ至ルコトヲ要ス蓋シ法文上斯ル事項ヲ規定セスト雖モ利益ナクシテ訴權ヲ有スルコトナケレハナリ夫婦ノ一方若クハ第三者又ハ檢事カ取消ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルハ民法第七百八十條以下ニ規定スル所ナリ各當事者第三者及ヒ檢事ノ有スル起訴ノ權能ハ互ニ獨立セルモノニシテ檢事カ取消ノ訴ヲ提起スルコトヲ拒絕シタル場合ニ於テ第三者カ斯ル訴ヲ提起スルコトヲ得又反對ニ第三者カ斯ル訴ヲ提起スルコト能ハサル場合ニ於テ檢事カ起訴スルコトヲ得ト論結スヘカラス然レトモ檢事ハ第三者ト又第三者ハ他ノ第三者ト共同シテ取消ノ訴ヲ提起スルコトヲ得民事訴訟法第四八條(夫婦ハ第三者又ハ檢事ノ提起シタル訴ニ於テ相手方ト爲ルモノナルヲ以テ第三者又ハ檢事ト共同シテ起訴ヲ爲スコトナシ)其他第三者ハ檢事其他ノ者夫婦ノ一方又ハ他ノ第三者ノ提起シタル訴ニ付キ從參加ヲ爲スコトヲ得ヘシ(檢事ハ法律上明文ナキヲ以テ從參加ヲ爲スコトヲ得サルヘシ)婚姻ノ無効又ハ取消ノ訴ハ夫婦ノ一方カ提起スル場

合ニ於テハ他ノ一方カ相手方ニシテ第三者又ハ檢事カ提起スル場合ニ於テハ夫婦カ相手方ニシテ第二條第二項第二〇條其夫婦間ニ於テ既ニ無効ノ訴若クハ取消ノ訴カ繫屬シタルト否トヲ問ハサルナリ此ノ如ク夫婦ヲ以テ相手方ト爲スハ權利關係カ合一ニシテ確定スヘキモノナルヲ以テナリ隨テ夫婦ハ必要的共同訴訟人ナリト云フヘシ(民事訴訟法第五〇條夫婦ノ一方又ハ第三者ノ提起スル婚姻ノ無効又ハ取消ノ訴ニ於テ相手方トスヘキ者カ死亡シタル後ハ(第三者ノ提起スル婚姻ノ無効又ハ取消ノ訴ニ於テ夫婦ノ一方カ死亡シタル後ハ)其生存者ヲ以テ相手方トス(第二條第二項檢事ヲ以テ相手方トシ又檢事カ當事者ト爲リタル後相手方カ死亡シタルトキハ本案ノ訴訟手續受繼ノ爲メ裁判所ハ辯護士ヲ承繼人トシテ選定スルコトヲ要ス此場合ニ於テハ裁判所ハ其意見ヲ以テ定ムル報酬ヲ辯護士ニ與ヘシムルコトヲ得第二條第三項乃至第五項)是レ公益上檢事カ婚姻ノ維護者ナルト公益上相當ノ學識ヲ有スル辯護士ヲシテ相手方ノ死亡ニ因リ中斷シタル訴訟ヲ終局セシムルト又無報酬ニテ職務ヲ取扱ハシムルハ不當ナルトノ法意ニ基ケリ離婚及ヒ同居ノ訴ハ夫婦ノ一方カ

他ノ一方ニ對シテ提起スヘキモノナルヤ言フ埃タス
(四) 裁判所ノ職權及ヒ當事者ノ權能 婚姻事件ニ於テハ前述ノ如ク公益上職權訴訟進行主義ヲ是認シ當事者訴訟專行主義ヲ制限シタルヲ以テ(1)裁判所ハ婚姻及ヒ夫婦同居ヲ維持スル爲メ檢事並ニ當事者ノ提出セサル事實ヲ斟酌スルコトヲ得又職權ヲ以テ證據調ヲ爲スコトヲ得婚姻結合ノ無効ナル旨ヲ明白ニスル亦公益ナリ故ニ婚姻無効ノ訴ニ於テ婚姻カ無効ナルヤヲ調査セシムルカ爲メニ亦檢事並ニ當事者ノ提出セサル事實ヲ斟酌スルコトヲ得又職權ヲ以テ證據調ヲ爲スコトヲ得セシメサルヘカラス獨逸民事訴訟法第六百二十二條第三項ハ斯ル法意ヲ是認シタリ(第一四條、檢事ハ前述ノ如ク人事訴訟手続法第六條ニ依リ婚姻ヲ維持スル爲メ事實及ヒ證據方法ヲ提出スルコトヲ得ルヲ以テ本條ハ一見不必要ニ似タリト雖モ檢事カ婚姻事件ニ共助ヲ爲スコトハ其自由意思ニ依ルヘキモノナルヲ以テ共助ヲ爲ササルコトアリ又共助ヲ爲スモ不十分ナルコトアルヲ以テ本條ヲ設ケ裁判所ニ職權調査ヲ爲サシムルハ甚タ必要ナリ)如何ナル事實カ婚姻維持ノ爲メニ必要ナルヤハ民法ニ依リテ之ヲ定ム

而シテ職權調査ハ裁判所ノ自由ナル意思ニ依ルヘキモノナルヲ以テ裁判所ハ其偶然ニ假處分ニ關スル裁判(第一六條)ヲ爲スニ際シ覺シタル事實ヲ斟酌シ又自白シタル事實ニ付キ尙ホ證據調ヲ爲スコトヲ得然レトモ裁判所カ職權調査ヲ爲スニ適當ナリト認メタル場合ニ職權調査ヲ爲サザリシコトハ違法ナルヲ以テ上訴ノ理由ト爲ル(民事訴訟法第四三四條第四三五條又裁判所ハ職權上利用セント欲スル事實及ヒ職權ヲ以テ取調ヲ爲シタル證據調ノ結果ニ付キ裁判所ニ當事者ヲ訊問スヘシ即チ當事者ニ口頭辯論ニ於テ意見ヲ陳述スルノ機會ヲ與ヘサルヘカラス裁判所カ斯ル訊問ヲ爲スコトナクシテ事實及ヒ證據調ノ結果ヲ斟酌シテ裁判ヲ爲シタルトキハ上訴ノ理由ヲ成ス(民事訴訟法第四三四條第四三五條)(2)裁判所ハ支拂責任及ヒ推定ニ關スル法則ニ羈束セララルコトナシ必要ナル場合ニハ自働的ニ心證ヲ得ルコトヲ工夫スルコトヲ得ヘシ故ニ裁判所ハ自白若クハ認諾ヲ利用スルコトヲ得羈束セララルコトナシ又裁判手續ノ目的トシテ當事者ヲ利用スルコトヲ得即チ裁判所ハ當事者ニ自身出頭ヲ命ジ當事者又ハ檢事カ提出シタル事實ニ付キ訊問ヲ爲スコトヲ得民事訴訟

法第一一四條此命令ハ決定ノ形式ヲ以テシ口頭辯論ニ基クトキハ之ヲ言渡シ
反對ノ場合ニハ職權ヲ以テ送達ヲ爲ス(民事訴訟法第二四五條又此訊問ハ民事
訴訟法第一百四條ニ從ヒ口頭辯論ニ於テ之ヲ爲ス證人訊問ニ關スル規定ノ適
用ナキハ言ヲ缺タス若シ當事者カ出頭スルコト能ハサルトキ又ハ遠隔ノ地ニ
在ルトキハ受命判事又ハ受託判事ヲシテ訊問ヲ爲サシムルコトヲ得受命判事
又ハ受託判事ノ爲ス訊問期日ニ關シテハ民事訴訟法第二百六十七條第二百七
十八條第三百三十三條ヲ準用ス若シ當事者カ出頭セサルトキハ證人ニ關スル民
事訴訟法ノ規定ヲ準用シ強制出頭ヲ爲サシムルコトヲ得民事訴訟法第二九四
條第二九五條若シ出頭シタル當事者カ訊問ニ對シ答辯ヲ爲ササルトキハ何等
ノ強制手段ナシ唯心證ヲ得ルノ用ニ供スルコトヲ得ルノミ(第一一二條)裁判所
ハ當事者訴訟進行主義ニ關スル法則ニ羈束セラレシテ當事者ノ提出シタル
主張カ實體上真實ナルヤ否ヤヲ調査スルノ職務ヲ負フ故ニ控訴審ニ於テ被告
ノ提出シタル防禦方法ヲ時機ニ後レテ提出シタルモノトシテ却下スルコトヲ
得ヌ又之ヲ被告ニ留保スルコトヲ得ヌ(第一〇條民事訴訟法第二一〇條第四二

六條)裁判所ハ公益上婚姻ヲ維持スルカ爲メニ職權ヲ以テ和譜ヲ圖フヘキ見
込アルトキハ一回ニ限リ一年ヲ越ニサル期間離婚ノ訴ニ關スル手續ヲ中止ス
ルコトヲ得(第一三條中止ノ效力及ヒ手續ノ受繼ニ關シテハ民事訴訟法第八
十六條第八十七條第八十九條ノ規定ヲ參考スヘシ)裁判所ハ其審級ノ上下
ヲ問ハス一回ニ限リ手續ヲ中止スルコトヲ得ルモノナルヲ以テ下級裁判所カ
手續ヲ中止シタルトキハ同一ノ訴訟事件ニ付キ更ニ手續ヲ中止スルコトヲ得
ヌ又中止ハ併合シタル離婚ノ訴若クハ離婚ノ反訴ニ關シテ之ヲ爲スコトヲ得
ルハ當然ナリ(五)裁判所ハ職權ヲ以テ婚姻ノ無效若クハ取消又ハ離婚ヲ言渡シ
タル判決ヲ當事者ニ送達スヘシ(第一五條)是レ此種ノ判決ノ確定ヲ當事者ノ行
爲ニ委セサルカ爲メナリ隨テ婚姻ノ無效若クハ取消又ハ離婚ヲ言渡シタル判
決ニ對スル反訴ヲ棄却シタル判決及ヒ婚姻ノ無效若クハ取消又ハ離婚ヲ言渡シ
タル判決ニ對スル上訴ヲ棄却シタル判決亦職權ヲ以テ當事者ニ送達セサルヘ
カラス(法文ハ狹義ニ失ス)而シテ該判決ノ送達ヲ職權ヲ以テ爲サスシテ當事者
ノ申立ニ因リテ爲シタルトキハ法律上效力ナキコト當事者ノ申立ニ因リ送達

ヲ求ムルコトヲ要スル判決ノ送達ヲ職權ヲ以テ爲シタル時ニ於テハ法律上效力ナキト同一ナリ各當事者ニ對スル送達ノ當否ハ之ヲ獨立のニ判斷スヘキモノシテ相手方ニ對スル送達ノ當否ハ何等ノ關係ヲ有セサルナリ婚姻事件ニ於テハ當事者ハ訴訟ノ目的ニ付キ公益ニ觸ルル限リハ直接及ヒ間接ニ處分ヲ爲スノ權能ナシ故ニ裁判上ノ自白推定自白(民事訴訟法第一一條第二項事實及ヒ證書ニ關スル陳述ノ不爲若クハ其拒絕民事訴訟法第一一條第三項第三三三條乃至第三四一條並ニ請求ノ認諾ニ付テハ法則民事訴訟法第二二九條(第一)〇條)ハ婚姻事件ニ適用ナシ裁判所ハ裁判上ノ自白推定自白陳述ノ不爲若クハ拒絕並ニ請求ノ認諾ニ付キ自由ニ證據トシテノ價值ノ有無ノ判斷ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ請求ノ拋棄ニ關スル法則ハ請求ノ拋棄ニ因リ婚姻ノ當否ニ關スル問題ヲ惹起スルコトナキノミナラス檢事ノ共助アルニ因リ公益上ノ目的ヲ達スルヲ以テ婚姻事件ニ適用ナシ

(五) 判決及ヒ假處分 婚姻事件ニ於テ原告カ辯論ノ期日ニ出頭セサルトキハ民事訴訟法第二百四十六條第二百四十七條以下ノ規定ニ從ヒテ訴却下ノ開席

判決ヲ言渡シ被告カ第一審ニ於ケル最初ノ辯論期日ニ出頭セサルトキハ被告カ公示送達ニ依リテ呼出ヲ受ケタル場合ヲ除ク外更ニ新期日ヲ定ムルコトヲ要シ辯論及ヒ開席判決ヲ爲スコトヲ得ス此ノ如ク被告ニ對シ二重ノ呼出ヲ爲スハ後述スルカ如ク婚姻事件ニ於テ被告ニ開席判決ヲ爲スコトナク即チ故障申立權ヲ認メサルノ代價ニ外ナラサルナリ故ニ出頭シタル原告ハ一定ノ申立ヲ爲スコトヲ得ス且ツ辯論ハ之ヲ延期スルコトナシ民事訴訟法第二五四條(第二五二條)唯裁判所ハ被告ノ出頭セサル旨ヲ調査ニ記載シ職權ヲ以テ被告ヲ新期日ニ呼出スノ手續ヲ爲ス(キノミ)(民事訴訟法第二百五十條ノ規定ハ婚姻事件ニ於テ出頭シタル被告カ辯論ヲ爲ササルトキニ適用アルヤ否ヤハ學者ノ爭フ所ナリ然レトモ民事訴訟法第二百四十八條ノ規定ヲ適用シテ被告ニ懈怠ノ結果ヲ被ラシメサル事由ヨリ推究スレハ民事訴訟法第二百十五條ノ規定ノ適用ナキ旨ヲ解スヘカラス)而シテ被告カ新期日ニ出頭セス又ハ最初ノ辯論期日ニアラサル期日(最初ノ辯論期日ニハ出頭シ辯論ヲ爲シ)出頭セサルトキ其他第二審ニ於ケル辯論ノ期日ニ出頭セサルトキハ出頭シタル原告ノ片面的辯論ニ

基キ判決ヲ言渡シ更ニ期日ヲ指定シテ呼出ヲ爲スコトナク又關席判決ヲ爲スコトナシ蓋シ婚姻事件ニ於テハ前述ノ如ク推定自白ニ關スル法則ノ適用ナキヲ以テ民事訴訟法第二百四十八條ヲ適用シ被告ニ對シ關席判決ヲ爲スコト能ハサルノミナラス裁判所ノ職權調査並ニ檢事ノ共助ニ依リ被告ノ利益ハ其懈怠意ニ拘ラス十分ニ保護セラルレハナリ公示送達ニ依リ呼出ヲ受ケタル被告カ第一審ニ於ケル最初ノ辯論期日ニ出頭セサルトキハ更ニ期日ヲ定ムルコトナク辯論ヲ爲シ且ツ判決ヲ言渡ス蓋シ斯ル場合ニ於テハ二重ノ呼出ヲ爲スモ多クハ其效ヲ奏スルコトナケレハナリ(第一條)以上ノ法則ハ反對ノ被告ニ之ヲ適用ス(第一條)蓋シ反訴ハ反訴被告ノ出頭セサル場合ニ於テ有效ニ提起スルコトヲ得ルカ故ニ民事訴訟法第二一二條若シ反訴被告カ出頭セハ反訴ニ付キ辯論スヘキ期日ニ於テ人事訴訟手續法第十一條第一項ノ意味ニ於ケル期日ヲ懈怠アルヲ以テナリ婚姻事件ニ於ケル訴訟費用ニ關シテハ檢事カ敗訴シタル場合ニ國庫ノ負擔ニ屬シ(第一七條)其他ハ民事訴訟法第七十二條以下ノ規定ニ依ル婚姻ノ無效若クハ取消又ハ離婚ノ訴ニ付キ言渡シタル判決ハ婚姻ノ本質ニ從

渡ニ因リテ所有權ヲ生スル爲メニハ種種ノ要件ヲ充タスコトヲ要セリ先其ツ讓渡人ノ方面ヨリ觀察スレハ

(イ) 讓渡人ハ所有者タル資格ヲ有セサルヘカラス即チ所有權ナキ者ハ讓渡ノ權利ナキナリ

(ロ) 讓渡ノ意思

(ハ) 讓渡ノ能力

是ナリ次ニ讓受人ノ方面ヨリ觀察スレハ

(一) 取得ノ意思

(ニ) 取得ノ能力

(三) 目的物カ或方法ニ依リテ讓渡人ヨリ讓受人ニ對シ有形上處分シ得ル狀態ニ置カレタルコト

ヲ必要トセリ尙ホ引渡ニ因リテ移轉シ得ル目的物ニ付テ云ヘハ

(イ) 「レス、チク、マンシビト」所有權ハ市民法ニ依ル引渡ノ方法ニ依リテ移轉セリ但シ伊太利外ノ土地ハ私人ノ所有ヲ許サザリシカ故ニ例外トス

(ロ) 無體物ハ初メ其占有ヲ許サザリシカ故ニ引渡ニ因リテ取得スルコトヲ得
サリシモ後無體物ニ關シテ準占有ヲ許スニ至リタルニ由リ爾來無體物モ亦
準引渡ニ因リテ取得スルコトヲ得ルニ至レリ

(ハ) 「レス、マンシビー」ニ關シテバ引渡ノ方法ヲ適用スルコトヲ得サリキ然レト
モ若シ「レス、マンシビー」ニ付キ引渡アリタル場合ニ於テハ其引渡ハ全然效力
ナキニ非スシテ之ニ對スル所有者ノ總テノ利益ヲ其取得者ニ與ヘタリ而シ
テ其占有者ハ市民法ニ依ル取得時効ニ因リテ所有權ヲ取得スルコトヲ得ル
モノトセリ

第四 「マンシバシヨ」

「マンシバシヨ」トハ擬制ニ依ル一ノ賣買ナリ此賣買ハ讓渡人ト讓受人トカ裁判
所ニ出席ノ上儀式上ノ舉動ト式語トヲ用ヒ且ツ衡及ヒ羅馬ノ市民權ヲ有シタ
ル成年者五人ノ證人ノ立會ヲ必要トセリ而シテ此取得方法ハ自由人ニシテ且
ツ「レス、マンシビー」ヲ目的トスル場合ニノミ適用セラレタルモノナリ

第五 擬訴棄權

擬訴棄權ハ一ノ擬制的訴訟ニシテ讓渡ノ當事者雙方カ裁判所ニ出頭シ取得者
ハ其取得セント欲スル物ヲ自己ノ所有物ナリトシテ請求ヲ爲シ讓渡人ハ默シ
テ毫モ其請求者ノ主張ヲ爭ハス是ニ於テ裁判官ハ所有權カ取得者ニ屬スルモ
ノト認定シ其係爭物ヲ請求者ニ與フルノ方法ナリシナリ蓋シ讓渡人ノ沈黙セ
ルハ裁判官ノ前ニ其權利ヲ拋棄シタルモノト推定スヘキモノト爲シタルナリ
而シテ此場合ニ於ケル裁判官ノ認定ハ羅馬人民ノ許可ト其效力ヲ同シウセリ
此所有權取得方法ハ其適用甚タ廣ク「レス、マク、マンシビー」下ルト「レス、マンシビ
ー」下ルトヲ問ハス又有體物ナルト無體物ナルトヲ問ハスシテ適用セラレタル
モノナリ而シテ此方法ハデユスチニア「帝ノ時ニ至リテ消滅セリ

第六 分配ノ言渡

分配ノ言渡トハ相續物又ハ共有物ノ分配ノ訴訟及ヒ土地境界ノ認定訴訟ニ於
テ裁判官カ所有權ノ歸屬者ヲ判定スル方法ナリ此取得方法ニ依リテ間接ニ「レ
ス、マンシビー」ヲ取得スルコトヲ得タルモノナリ

第七 時効

取得時效ハ或時間物ノ占有ヲ爲スニ因リテ其物ノ所有權ヲ取得スル方法ナリ
此方法ハ「レス・マン・シビ」或ニ「レス・チク・マン・シビ」ニ適用セラレタルモノナリ
此點ニ關シテハ後ニ詳述スル所アラントス

第八 法律ニ依ル取得

羅馬ニ於テハ法律カ多クノ場合ニ於テ所有權取得ノ方法ト認メラレタリ例ヘ
「和積」ノ場合ノ如キ是ナリ

第二節 地役權

予ハ今ヤ地役權ノ説明ヲ爲スヘキ場合ニ達セリ地役權ノ研究ハ羅馬法ニ於ケ
ル極メテ重要ナル部分ニ屬ス

羅馬法ニ於テハ地役權ヲ二種ニ分類セリ

(一) 物的地役權

(二) 人的地役權

是ナリ今此順序ニ從ヒテ研究セン

第一款 物的地役權

物的地役權トハ不動産ノ利益ノ爲メニ他ノ不動産ニ對シテ存在スル權利ヲ謂
フ即チ物的地役權ハ所有權者ノ異ナル二箇ノ不動産ノ間ニ於ケル權利關係ニ
外ナラス此地役ノ義務ヲ有スル不動産ヲ承役地ト曰ヒ地役ノ權利ヲ有スル不
動產ヲ要役地ト曰ヘリ

物的地役權ハ又分チテ二種トセリ

(一) 田舎ニ於ケル物的地役權土地ニ關スル物的地役權

(二) 市街ニ於ケル物的地役權建物ニ關スル物的地役權

是ナリ

田舎ニ於ケル物的地役權トハ全ク建築物ニ關係セスシテ單ニ土地ノミニ附屬
セル地役權ナリ此地役權ハ農業ニ便益ヲ與ヘ且ツ土地ノ生産力ヲ増スノ目的
ヲ以テ存スルモノトセリ例ヘハ通行ノ地役權水道ニ關スル地役權牧畜ニ關ス
ル地役權ノ如キ是ナリ

市街ニ於ケル物の地役權トハ必ス建築物ナル觀念ニ伴フ所ノ地役權ナリ故ニ此種ノ物の地役權ハ性質上地上權ニ關係ヲ有セリ雨滴ヲ流下スルノ地役權日光ヲ遮ラサルノ地役權觀望ニ關スル地役權ノ如キハ之ニ屬セリ又、
物の地役權ヲ右二種ニ區別スルニ付テハ極メテ重大ナル三箇ノ利益アリテ存セリ

其一 田舎ニ於ケル物の地役權ハ「レス、マンシビー」ニ關シテ存セシモノニシテ市街ニ於ケル物の地役權「レス、チク、マンシビー」ニ關シテ存セシモノナリ
其二 權利ノ設定方法竝ニ消滅ニ關シテ二者其法則ヲ異ニセリ
其三 田舎ニ於ケル地役權ハ質權又ハ抵當權ノ目的ト爲スコトヲ得シモ市街ニ於ケル地役權ハ之ニ反セリ

田舎ニ於ケル物の地役權ニ屬スル主ナル種類ヲ舉クレハ左ノ四種アリ
第一「イターヤ」小通行權 是レ歩行又ハ騎馬ニテ他人ノ地上ヲ通行シ得ル權利ニシテ此權利ヲ有スル者ハ家畜ヲ牽キ又ハ家畜ヲシテ轆カシムルヘキ車ヲ轆キテ通行スルコトヲ得サリキ

第二「ラクチウス」中通行權 此通行權ヲ有スル者ハ家畜ヲ牽キ又ハ車ヲ轆キテ通行スルコトヲ得タリ

第三「ヴァー」天通行權 是レ其方法ノ如何ヲ問ハス道路トシテ通行シ得ルノ權利ナリ

第四 水道權 是レ他人ノ地上ニ水ヲ通流セシムルコトヲ得ルノ權利ナリ
次ニ市街ニ於ケル物の地役權ニ屬スル類例ヲ示サンニ此中ニハ種種アリ左ノ如シ

第一 自己ノ建築物ヲ隣人ノ建築物ニ依リテ支持セシムル權利 此地役權ハ全ク特種ノモノタリ凡ソ地役權ノ一般ノ性質ハ其承役地ノ所有者ヲシテ或行爲ヲ爲サシメサルカ若クハ一定ノ範圍内ニ於テ自己ノ爲スカ儘ニ任セシムル所ノ承役地ニ對スル制限ニシテ承役地ノ所有者ニ對シテ積極的ノ行爲ヲ要求スルモノニ非ス然ルニ例外ノ場合即チ建築物ヲ支ヘシムル地役權ノ場合ハ承役地ノ所有者ハ自己ノ建築物ヲ常ニ善良ナル有様ニ置カサルヘカラス換言スレハ要役地ノ建築物ヲ支持シ得ルノ狀態ヲ保續セサルヲ得サリ

キ故ニ此場合ニ於ケル承役地ノ所有權者ハ其建築物ニ破損ヲ生スル等ノ場合ニ於テハ之ニ修繕ヲ加フルコトヲ要スルモノトス此承役地ノ義務ヲ免ルル方法ハ唯其土地ヲ委棄スルニ在ルノミナリキ

第二 自己ノ建築物ノ柱又ハ他ノ物體ヲ隣地ノ建築物ノ壁中ニ挿入シ得ル權利

第三 屋根ヨリ流下スル雨滴ヲ直チニ隣地ニ注瀉シ又ハ其地上ヲ流過セシムル權利

第四 隣地ノ建築物ヲ一定ノ高サニ制限シ得ル權利
等はナリ

地役權設定ノ方法
羅馬法ニ於ケル地役權設定ノ方法左ノ如シ

第一 擬訴棄權 擬訴棄權ノ如何ナルモノナルヤハ前ニ所有權取得方法ヲ説明セル際ニ述ヘタル所ナリ唯其目的ハ彼ハ所有權ニ存シ此ハ地役權ニ在ルノミ此方法ハ普通ニ用ヒラレタル一ノ法律行為タリ

第二 分配ノ言渡 是レ分割シ能ハサル物ナルカ又ハ相續財產ヲ二人間ニ分割スル場合ニ一人ハ所有權ヲ得一人ハ地役權ヲ得ルノ方法タリシモノナリ

第三 遺言 遺言ハ特ニ物的地役權ニ關シテノミ行ハレタルモノナリ例ヘハ遺言ニ因リテ甲ニ家屋ヲ與ヘ而シテ乙ニ其家屋ノ壁中ニ柱ヲ挿入スル權利ヲ與フル場合ノ如キ即チ是ナリ

裁判官ノ法律ニ依リテ地役權ヲ取得シ得ル場合ハ左ノ如クナリキ

(イ) 引渡

(ロ) 所有權ノ引渡ニ於ケル留保 例ヘハ家屋ノ賣買ニ際シテ賣主カ住居權ヲ留保スルカ如キ是ナリ

(ハ) 長期間ノ準占有 是レ市民法ニ於ケル取得時効ノ如ク或期間善意ニ占有スルコトヲ條件トセリ

(ニ) 裁判官ノ分配ノ言渡 前ニ舉ケタル分配ノ言渡ハ市民法ニ依ルノ言渡ナリ此方法ハ裁判官ノ制定スル法律ニモ亦行ハレタリ即チ裁判官ノ法律ニ依ル訴訟ニ於テ裁判官カ分配ノ言渡ヲ爲シタルモノナリ茲ニ注意スヘキコトアリ

他ナシ古代ニ於テハ伊太利外ノ土地ニ付テハ地役權ヲ設定スルコト能ハサリシコト是ナリ蓋シ伊太利外ノ土地ハ市民法ニ依ル所有權ヲ許サリシカ故ニ地役權モ亦設定スルコト能ハサリシナリ即チ地役權ハ市民法ニ依ル土地ノ上ニノミ設定セラレタルモノナリ然ルニ伊太利外ノ土地ニ於テモ亦地役權ニ類似スル權利ヲ設定スルカ爲メニ一種ノ設定方法巧ミニ行ハレタリデユスチミアン帝ノ時ニ至リテ「マンシバシヨ」及ヒ擬訴棄權ハ其ニ消滅セリ其結果トシテ裁判官ノ法律ニ依ル地役權設定ノ方法ハ總テ市民法ニ依ルニ至レリ地役權ハ以上ノ方法ニ依リテ設定セラレタルノミナラス尙ホ左ノ方法ニ依リテ設定セラレタリ

(イ) 準引渡

(ロ) 遺贈

(ハ) 長期間ノ使用(時效)

等はナリ

右ノ中時效ニ因リテ地役權ノ設定セラレルニハ下ノ如キ條件ヲ必要トセリ

一 地役權ノ準占有ヲ爲セルコト

二 正權原ニ基クコト

三 正當ナル方法ニ依リテ準占有ヲ爲スニ至レルコト即チ詐欺又ハ強迫ニ出テタルニ非サルコト

四 其準占有者ハ善意ナルコト

是ナリ而シテ其準占有ノ期間ハ現在者ニ對シテハ十年不在者ニ對シテハ二十年間繼續スルコトヲ必要トセリ

地役權ノ消滅

地役權ハ左ノ如キ原因ニ由リテ消滅セリ

第一 物ノ不使用 其期間ハ初ハ二年ナリシモ「デユスチミアン」帝ノ時ニ至リテ現在者ナルトキハ十年不在者ナルトキハ二十年ト爲レリ而シテ其期間ノ起算點ハ土地ニ關セル地役權ニ付テハ權利者カ其地役權ヲ行使スルコトヲ停止シタル時ニシテ家屋ニ關シテハ地役權ヲ否定スル行為カ承役地ノ所有者ニ由リテ行ハレ其行為カ終了シタル時ナリトス

茲ニ注意スヘキハ地役權ノ使用ハ地役權設定當時ノ方法ニ依リテ爲ササルヲ得サリシヨト是ナリ例ヘハ徒歩ニテ通行スルノ地役權ヲ得タル者ハ車馬等ヲ以テハ通行スルコトヲ得サリシヨト是ナリ故ニ車馬等ヲ用フルトキハ正當ノ行使ニ非サルナリ尙ホ地役權ヲ不規則ニ行使スル者ハ行使セサルモノト看做サレタリ

第二 承役地若クハ要役地ノ消滅又ハ土地ノ根本的ノ變化 此場合ハ常ニ地役權ノ消滅ト爲リシモ若シ其土地ハ以前ノ有様ニ於テ回復セラレ且ツ消滅又ハ變化シタル時ヨリ回復セラルルマテノ期間カ不使用ニ因ル消滅時効ニ罹ラサルトキハ地役權ハ復活スルコトヲ得タリ

第三 混同 即チ要役地ト承役地ノ所有權カ一人ニ歸シタル場合ナリ此場合ハ縱令前二地カ分離セラルルモ地役權ハ復活スルコト能ハサリキ

第四 要役地ノ所有者ノ權利ノ拋棄

第五 地役權設定行爲ノ解除

以上ハ物的地役權ニ關ス以下人的地役權ニ付テ講述スヘシ

第二款 人的地役權

人的地役權トハ自然人又ハ法人ノ爲メニ動産又ハ不動産ノ上ニ設定セラレタルモノニシテ人ノ死亡又ハ或期間ヲ限リ消滅スル所ノモノナリ此種ノ地役權ニ三種アリキ

一 用益權

二 使用權

三 住居權

即チ是ナリ順次之ヲ説明セン

第一項 用益權

用益權トハ他人ノ物ヲ使用シ且ツ果實ヲ收益スル所ノ權利ナリ
用益權設定ノ方法
用益權ハ下ノ三種ノ方法ニ依リテ設定セラレタリ(一)所有者ノ法律行爲(二)裁判

所ノ判決(三)法律是ナリ然リ而シテ所有者ノ行爲ニ因ル設定方法最モ行ハレ且
ツ最モ重要ナルモノナリシカ故ニ主トシテ之ニ付テ説明スヘシ
所有權者ノ法律行爲ニ因ル用益權ノ設定方法ニ種種アリテ且ツ羅馬ノ各時代
ニ隨ヒテ變化シ殊ニ「デユスチニアン」帝ノ前後ニ於テ著シキ差異アリキ

「デユスチニアン」帝以前ニ於テハ用益權設定方法ニ二種アリキ

- 一 擬訴棄權 是レ主トシテ生存者間ニ於テ用ヒラレタルモノナリ
- 二 遺言 是レ用益權ノ設定ニ付テ最モ頻繁ニ行ハレタリ蓋シ用益權ハ所有
權者ノ死後ニ於テ或者ノ爲メニ與フルノ必要アルニ由リテ行ハレタルモノニ
シテ用益權ノ設定ハ普通最後ノ意思ニ因ル法律行爲ト認メラレタリ
羅馬ノ市民法ニ於テハ引渡ニ因リテ用益權ヲ設定スルコト能ハナリキ何トナ
レハ引渡ナルモノハ有體物ノ移轉ニ關スル手續ナリシヲ以テナリ然レトモ裁判
官ハ斯ル峻嚴ナル法律ヲ適用スルニ方リテ中和ノ方法ヲ取リ所謂準引渡ニ因
リテ用益權ヲ設定スルコトヲ得セシメタリ即チ準引渡ニ因リテ設定シタル權
利ニ訴權ヲ與ヘテ之ヲ保護シタリ準引渡ノ方法トハ手ヨリ手ニ引渡スコト能

ハサル無體物ヲ意思表示ニ因リテ權利ヲ引渡シタルモノト看做シタルモノナ
リ而シテ準引渡ヲ受ケタル者ハ其權利カ自己ニ在ルコトヲ裁判所ニ向テ主張
スルコトヲ許サレタリ

「デユスチニアン」帝ノ時ニ至リテハ用益權設定ノ方法トシテ下ノ五種ヲ認メタ
リ(一)引渡(二)遺贈(三)法律(四)信託(五)要式口約是ナリ以下順次説明セン

(イ)引渡 「デユスチニアン」帝ノ時ニ至リテ羅馬ノ市民法ニ依ル引渡ヲ以テ用
益權設定ノ方法ト認メラレタリ

(ロ)遺贈 是レ「デユスチニアン」帝以前ニモ行ハレタル方法ナリ唯「デユスチニ
アン」帝以前ニ於テハ遺贈ニ因ル用益權ハ單ニ受遺者ノ爲メニ債權ヲ生スルニ
過キナリシモ帝以後ニ於テハ之ニ因リテ物上擔保ノ權利ヲ取得シ得ルコト
ト爲レリ

(ハ)法律ニ依ル用益權設定ノ方法 羅馬法ニ於テハ初メ家族及ヒ奴隸ノ財產
所有權ヲ認メナリシモ後此等ノ者ニ對シテモ亦財產ヲ所有スルコトヲ許スニ
至リテ家長ハ其家族及ヒ奴隸ニ屬スル財產ノ用益權ヲ得ルコトト爲レリ

(ニ) 信託 是レ遺言ノ一種ニシテ死後ニ於ケル財産ヲ分配スルコトヲ第三者ニ委託スルノ方法ナリ此方法ニ依ル用益權設定ノ方法モ亦「デユスチニアン」帝ノ時ニ至リ認メラレシモノナリ

(ホ) 要式口約 是レ一定ノ式ヲ履ム所ノ合意ニ因ル用益權設定ノ方法ナリ茲ニ「デユスチニアン」法典ニ依ル用益權ノ時効期間ニ關シ現今羅馬法ヲ研究スル學者ノ間ニ議論アリテ或ハ十年ナリト曰ヒ或ハ二十年ナリト主張シ未タ一定セズ

用益權ノ目的物

用益權ハ有體物ニシテ商業上融通シ得ル總テノ動産、不動産ニ付テ設定スルコトヲ得タリ即チ土地家屋、奴隸等皆其目的物タリキ然レトモ次ニ論スル如キ準用益權ノ目的物ハ例外ナリ

準用益權ノ目的物

用益權ハ總テノ有體物ニ付テ行ハレシニ非ス例ヘハ一回ノ使用ニ因リテ消費セラルル物即チ消費物ニ對シテハ純粹ノ用益權ハ之ヲ設定スルコトヲ得ツリ

キ蓋シ消費物ノ使用ハ必ス最後ノ使用ナルカ故ニ其性質自ラ異ナラサルヲ得サレハナリ

古代ノ羅馬法ニ於テハ金錢上ノ用益權ヲ遺贈ニ因リテ設定セントスル行爲ハ無効ナリキ然ルニ實際上此種ノ遺贈屢起リ實際其效力ヲモ認メラレタリシカ後法律ヲ發布シテ此種ノ用益權ヲ公然認ムルニ至レリ即チ遺贈ニ因リテ消費物ノ用益權ヲ設定スルニハ其目的物ノ所有權ヲ用益權者ニ移轉シ其用益權者カ死亡セハ其用益權ノ目的ト同種同額ノ物ヲ返還スルコトヲ必要トセリ此返還ノ義務ニ付テハ從タル義務者アリテ之ヲ擔保セリ保證人ノ如キ是ナリ此ノ如クニシテ羅馬法ニ於テハ消費物ニモ用益權ノ設定ヲ認メタルナリ羅馬法ノ註釋家ハ此種ノ權利ヲ稱シテ準用益權ト曰ヘリ

準用益權ト通常ノ用益權トノ間ニハ左ノ如キ重要ナル差違アリキ第一ノ差違ハ設定方法ニ關ス 用益權ノ設定方法ハ生存者間ニ設定セラルルモノト遺言ニ因リテ設定セラルルモノトアリシモ準用益權ハ遺言ニ因ルニ非サレハ設定スルコトヲ得サリキ

第二ノ差違ハ權利ノ範圍ニ關ス 即チ用益權ニ於テハ用益權者ノ爲メニ所有權ノ一支分權ヲ與フルニ過キサリシモ準用益權ニ於テハ準用益權者ノ爲メニ管ニ所有權ノ一支分權ヲ與フルノミナラス完全ナル所有權ヲ與ヘシモノナリ蓋シ準用益權ナルモノハ消費物ニ付キ設定セラレシモノナルカ故ニ完全ナル所有權ヲ與フルニ非サレハ使用スルコト能ハサレハナリ

第三ノ差異ハ危險問題ニ關ス 用益權者ハ其使用セル目的物ニ類似セル他物ヲ以テ返還スルヲ以テ十分ナリトセス必ス其用益權ヲ設定シタル物自體ヲ返還スルコトヲ要セリ其結果トシテ若シ其用益權ノ目的物カ不可抗力又ハ偶然ノ出來事ニ因リテ滅失セハ用益權者ハ其物ヲ返還スル義務ヲ免ルコトト爲レルモ準用益權ニ於テハ其設定當時ニ引渡ヲ受ケタル物自體ヲ返還スルコトヲ要セスシテ他ノ同種同額ノ物ヲ返還スルカ若クハ其對價ヲ排償スレハ則チ足ルコトト爲レルヲ以テ初メ受ケタル目的物カ不可抗力ニ因リテ滅失スルト否トヲ問ハス返還ノ義務ヲ免ルコト能ハサルコトト爲レリ

第四ノ差異ハ權利ノ消滅ニ關ス 即チ用益權ニ在リテハ物ノ滅失ニ因リテ權

利ノ消滅ヲ來セリト雖モ準用益權ニ在リテハ其權利者ノ死亡又ハ準用益權者カ精神ヲ喪失スルニ非サレハ消滅スルコトナカリキ

用益權者ノ權利

用益權者ハ用益權ノ目的物ヨリ生スル總テノ果實ヲ取得スル權利ヲ有シタリ然ラハ羅馬法ニ於テハ何ヲカ果實ト謂ヒシカヲ説明セン

羅馬法ニ於テ果實トハ定期ニ且ツ必然的ニ產出スル物ヲ謂ヘリ故ニ若シ地中ヨリ寶石ヲ發見シタリトスルモ是レ果實ニ非ストナレハ其寶石ハ定期ノ產出物ニ非ス又必然的ニ產出スルモノニ非サレハナリ之ニ反シテ耕地ヨリ產出スル收穫ハ則チ一ノ果實ナリ何トナレハ其田畑ナルモノハ多少一定シタル期間ヲ隔テ且ツ其土地ノ價ヲ變化スルコトナクシテ必然ニ產出スルヲ以テナリ是ヲ以テ總テノ果實ハ皆產出物ナリト雖モ總テノ產出物ハ悉ク果實タルニ非サルヲ知ルヘキナリ羅馬法ニ於テハ果實ニ非サル產出物ハ用益權者ノ所有ニ屬セスシテ用益權ノ目的物ノ所有者ノ所有ニ屬セリ

次ニ果實ノ分類ニ付テ説明センニ羅馬法ニ於テハ果實ヲ法定果實及ヒ自然果

實ノ二種トセリ自然果實トハ土地自體ニ天然又ハ人力ヲ加ヘテ產出スル物ヲ謂ヒ法定果實トハ物ヨリ產出スル收穫ニ非スシテ物ノ使用ニ因リテ生スル收入ヲ謂ヘリ例ヘハ馬ヲ使用シテ得タル駄賃ノ如キ是ナリ
右二種ノ果實ノ間ニハ其收穫ニ付キ重大ナル差別アリ即チ自然果實ハ之ヲ產出スル物ヨリ分離セラレタル場合ニ於テ之ヲ取得アリト云ヘシナリ隨テ茲ニ三箇ノ問題ヲ生ス

第一 果實ノ收取前ニ用益權者カ死亡セル場合 此場合ニ於テハ用益權者ノ死亡ト同時ニ用益權ハ消滅セシヲ以テ其未タ收取セサル果實ノ收穫權ハ全ク用益物ノ所有者ニ屬セリ

第二 用益權者カ果實ノ收取後ニ死亡セル場合 此場合ハ全收穫物ハ其用益權者ニ屬セリ

第三 用益權者カ果實收取中ニ死亡セル場合 此場合ニハ用益權者カ既ニ收取シタル部分ハ用益權者ニ屬シ其未タ收取セサル部分ハ所有權者ニ屬セリ
法定果實ハ日時ニ從ヒテ取得スルモノ即チ用益權ノ存續スル時間ノ割合ニ依

リテ取得シタルモノナリ

用益權者ノ義務

用益權者ハ善良ナル家父ノ注意ヲ以テ其用益物ヲ使用スルコト換言スレハ注意深キ管理者トシテ其目的物ノ使用ヲ爲ササルヘカラサルコトト爲レリ

一 善良ナル家父トシテ其物ヲ使用セサルヘカラサルカ故ニ其用益權ノ目的タル財産ノ管理保存ヲ爲スノ義務アリキ例ヘハ用益權ノ目的物ヲ第三者カ竊奪セントスルトキハ其實事ヲ所有者ニ通告スル義務ノ如キ是ナリ

二 其不動産ニ附著シタル地役權アル場合ニハ其用益權者カ之ヲ行使シテ以テ不行使ニ因ル消滅ナカラシムルノ義務ヲ有セリ

三 不動産ノ保存ノ爲メニ必要ナル費用ハ其果實ヲ以テ支辨スルコトヲ要スルコトト爲レリ

四 用益權ノミニ關スル訴訟費用ハ用益權者自ラ之ヲ負擔スルノ義務ヲ有セリ

五 物ヲ使用スルコトニ因リテ果實ノ取得者ノ當然ノ負擔タルヘキ租稅ヲ拂

ハサルヘカヲサルコト爲レリ

六 用益權者ハ保證ヲ立ツルノ義務アリキ即チ用益權者カ所有者ニ對シテ自ラ支拂ヲ爲シ得サル場合ニ於テ之ニ代リテ其負擔其他賠償ノ責ニ任スヘキ有實力ノ者ヲ保證人トシテ提供スルコトヲ要セリ此保證ヲ立ツルノ義務ハ命令的ノ規定ニシテ遺言ヲ以テ用益權ヲ設定スル場合ニ於テモ亦免ルルコトヲ得サリキ但シ所有者即チ用益權設定者ハ自己ノ利益ノ爲メニ保證ヲ立ラシムルモノナルカ故ニ之ヲ拋棄スルコトヲ得タリ

用益權消滅方法

用益權ハ左ノ方法ニ因リテ消滅シタルモノナリ

第一 用益權者ノ死亡

第二 身分ノ變化

第三 物ノ滅失又ハ變形 例ヘハ土地カ流失シタル場合ノ如シ

第四 物ノ不使用 是レ或期間内使用セサルハ消滅時効ニ因リテ消滅セリ

第五 混同 是レ用益權者ノ身分ト所有者ノ身分カ同一人ニ集合シタル場

合ナリ

第六 讓渡 用益權者カ其用益權ヲ所有者ニ讓渡スニ因リテ消滅セリ

第七 期限又ハ條件ノ到來 用益權カ或期限ヲ定メ又ハ條件ヲ附シテ設定セラレタル場合ニ於テ其期限又ハ條件ノ到來ニ因リテ消滅セリ

第二項 使用權

使用權トハ果實ヲ取得スルコトナクシテ或物ヲ使用スル權利ナリ使用權ハ用益權ト同一方法ニ因リテ設定セラレ又消滅セリ但シ設定ニ關シテ唯一ノ差異アリキ即チ用益權ハ法律ニ依リテ設定セラレタリト雖モ使用權ハ立法者ノ意思ヲ以テ設定セラレルコトナカリキ

第三項 住居權

住居權ハ人的地役權ノ一種ニシテ用益權又ハ使用權ニ比シテ一種ノ特質ヲ有セリ住居權ハ單一ナル權利ヲ生スルノミニ非スシテ多種ナル幾多ノ權利ヲ生

セリ即チ受遺者ノ生存間年月又ハ日ニ從ヒテ區分セラルル幾多ノ權利ヲ生シ、此各箇ノ權利ヲ繼續スルモノト看做サレシナリ換言スレハ住居權ナルモノハ日日設定セラレタ日日取得セラルル所ノ權利ナリシナリ

羅馬法ニ於テ住居權カ遺贈ニ因リテ設定セラルル場合ハ如何ナル範圍ニマテ及フカニ付キ議論アリキ然ルニデユスチニアン帝ニ至リテ此點ニ關スル議論ヲ一掃シ住居權ノ受遺者ハ自己ノ家族ト共ニ住居シ又第三者ニ貸與スルコトヲ得ルコトトセリ

以上ヲ以テ地役權ノ説明ヲ了ルト同時ニ物權ノ説明ヲ了レリ

第二章 債權

予ハ今ヨリ羅馬法ニ於ケル債權ノ原理ヲ講述スヘシ是レ羅馬法中ニ於テ最重要ナル事項ニ屬シ且ツ有益ニシテ而モ興味アル部分タリ蓋シ羅馬法中債權ノ部分ハ近世各國ノ立法上ノ模範ト爲リテ多少採用セラルル所タリ

債權トハ二人間ノ法律關係ニシテ其一人カ他人ノ爲メニ利益若クハ勞務ヲ負

擔スル所ノモノナリ(原語「オブリガーション」ハ羅句語「リガレ」ヨリ來ル「リガレ」ハ結附タルノ意ナリ)

債權ノ要素

總テノ債權ノ存在スルニハ主體ト目的トヲ必要トス債權ニハ少クとも二人ノ主體アリ即チ債權關係ニ於テ他人ニ或義務ヲ負ハシムル者ハ之ヲ債權者ト名ケ其義務ヲ盡スノ必要ヲ負フ者ヲ債務者ト曰フ
債權ノ目的ハ畢竟人ノ行爲ナリ茲ニ謂フ所ノ行爲トハ或給付ヲ爲ササルヘカラサルヲ謂フ其給付ヲ要スル中ニ就テモ亦種種ノ性質ノモノアリ今債權關係ニ於ケル債務者ノ債務ヲ分析スレハ左ノ如シ

第一 與フルノ義務 即チ此場合ニハ債務者ハ所有權又ハ其支分權ヲ移轉スル義務ヲ有ス例ヘハ賣買ニ於テ買主ハ與フルノ義務即チ代價ヲ成ス一定ノ金銀ノ所有權ヲ賣主ニ移轉セサルヘカラサルカ如キ是ナリ

第二 爲スノ義務 爲スノ義務トハ或事實ヲ實行スルカ又ハ或事ヲ爲ササルノ義務ヲ負フ場合是ナリ之ヲ爲スノ義務ヲ有スト曰フ例ヘハ受任者カ委任者

ノ爲メニ或事務ヲ執行スルカ如キ是ナリ
第三 爲ササルノ義務 即チ債權者ノ爲メニ或事務ヲ爲ササルヲ云フ
債權ノ種類

第一 市民法ニ依ル債權及ヒ裁判官ノ制定セル法律ニ依ル債權 此區別ハ其
債權ノ效力ヲ認ムル所ノ權力ノ區別ニ依リテ生ヅタルモノナリ即チ市民法ニ
依ル債權ハ市民法ニ依リテ訴權ヲ與ヘラレタル債權ナリ裁判官ノ制定セル法
律ニ依ル債權トハ裁判官ノ制定セル法律ニ依リテ設定セラレ且ツ效力ヲ認メ
ラレタルモノナリ
第二 普通債權及ヒ自然義務 此區別ハ法律關係ノ效力ニ依リテ生ゼシモノ
ナリ普通債權ハ訴權ヲ與ヘラレシモノ自然義務ハ債權者ノ利益ニ於テ訴權ヲ認
メラレサリキ然ラハ自然義務ノ必要如何蓋シ此義務ノ必要ハ種種ノ點ニ存セ
リ第一自然義務ヲ有スル債權者カ若シ其債權ヲ辨濟センカ其辨濟ハ縱令過失
ニ出ツルモ有效ナル辨濟ト看做サレ第二相殺ノ抗辯ニ依リテ其實行ヲ要求ス
ルコトヲ得第三種種ノ擔保權設定ノ基礎ト爲スコトヲ得タリ例ヘハ自然義務

ノ爲メニ質權、抵當權等ヲ設定スルトキハ其質權、抵當權等ハ有效ニ成立スルモ
ノトセリ

尙ホ自然義務ノ關係ヲ生シタル場合ニ於テ其自然義務者カ之ヲ認ムルトキハ
普通ノ債務關係成立スルモノトセリ夫レ然リ然レトモ此場合ニ於テハ贈與ニ
因ル法律關係ノ成立セルニ非ス蓋シ自然義務ナルモノカ法律上至モ其效力ヲ
認メラレサルモノナリトセハ之ヲ履行スルハ贈與ヲ爲スニ異ナラサルヘキモ
然レトモ自然義務モ亦一ノ法律上ノ義務ナリシカ故ニ之ヲ履行スルモ贈與ト
ハ自ラ差異ナクシハ非サルナリ

第三 主タル債務及ヒ從タル債務 主タル債務トハ他ノ債務ニ關係ナク獨立
シテ成立スル債務ヲ謂ヒ從タル債務トハ他ノ債務ノ效力ニ倚リテ成立スル債
務ヲ謂ヘリ

第四 單純ナル債務及ヒ體様附債務 單純ナル債務トハ債務ノ成立スルト同
時ニ履行ノ義務ノ發生スル債務ヲ謂ヒ體様附債務トハ其債務ノ效力カ當事者
ノ意思ニ隨ヒテ種種ノ變化ヲ來スモノヲ謂ヘリ羅馬法ニ於テ債務ニ附シ得ル

コトト爲レル重ナル體様ハ期限條件及ヒ過怠約款是ナリ

(一) 期限 期限トハ必ス到著スヘキ或日時是ナリ而シテ其日時ノ到來スルマ
チ權利ヲ行使シ得サル場合ハ之ヲ停止期限ト曰ヒ之ニ反シテ或日時ノ到來ス
ルマチ權利ヲ行使シ得ル場合ハ之ヲ消滅期限ト曰ヘリ

(二) 條件 條件トハ當事者ノ意思ヲ以テ權利關係ノ成立又ハ消滅ヲ繫ラシメ
タル未來ニシテ且ツ不確定ナル事實ヲ稱セリ條件ニハ左ノ數種アリキ

(イ) 停止條件及ヒ解除條件 停止條件トハ債務ノ成立カ或事實ノ成就ニ繫ル
ヲ謂ヒ解除條件トハ債務ノ消滅カ或事件ノ成就ニ繫ルヲ謂ヘリ

(ロ) 積極的條件及ヒ消極的條件 此條件ノ區別ハ法律行為ノ效力ノ發生カ繫
ル所ノ條件タル事實カ成就スルコトニ在ルト不成就ニ在ルトニ由リテ生ゼシ
區別ナリ

(ハ) 隨意條件偶成條件及ヒ混成條件 隨意條件トハ其條件ノ成就カ全ク諸約
者ノ意思ニ繫ルヲ謂ヘリ例ヘハ與ヘント欲セハ與フヘント云フカ如シ偶成條
件トハ人ノ意思ニ關スルコトナク全ク事實ノ成否ノミニ繫ルヲ謂ヒ混成條件

トハ條件ノ成就カ要約者ノ意思及ヒ外部ノ事實ニ繫ルヲ謂ヘリ

(ニ) 不能條件不法件及ヒ善良ノ風俗ニ反スル條件 別ニ説明ヲ要セス

(三) 過怠約款 過怠約款トハ債權ノ行使ヲ確保スル爲メ即チ債務者カ其義務

ヲ履行セサルカ若クハ不完全ナル履行ヲ爲シタル場合ニ於テ一定ノ金額ヲ支

拂フヘキ義務ヲ負ハシムルヲ謂ヘリ故ニ過怠約款附債權ハ條件附債權ノ一種ナ

リ然レトモ自ラ特別ノ性質ヲ有シタリ

第五 選擇債務 選擇債務トハ債權ノ目的カ數種アル場合ニ於テ其中ノ一種

ノミヲ給付スルニ在ルヲ謂ヘリ選擇債務ニ於テハ其選擇權ハ義務者ニ屬セリ

而シテ其目的ノ一カ不可抗力ニ因リテ滅失スルモ之カ爲メニ債務ヲ免ルルコ

ト能ハスシテ其殘存セル物ヲ以テ辨濟ニ充テザルヲ得ナルコトト爲レ

第六 全部義務及ヒ連帶債務 此二種ノモノハ其ニ債務者ノ多數ナル場合ニ

生ゼリ即チ債務ノ全部ヲ辨濟スルコトニ付キ各債務者同地位ニ在ル場合ナリ

第七 可分債務及ヒ不可分債務 此區別ハ債務ノ目的カ分割シテ辨濟スルコ

トヲ許スモノナルト否トニ依リテ生シタルモノナリ

債權ノ原因

債權ハ契約又ハ犯罪其他ノ事由ニ因リテ發生セリ契約トハ法律ノ認ムル所ノ訴權ニ依リテ保護セラルル所ノ債權ヲ生シ得ルノ力ヲ與ヘラレタル二人以上ノ合意ニシテ犯罪トハ法律上豫想シテ禁止セラレタル有意ノ行爲ヲ謂ヘリ契約ヲ訴權ノ發生原因タル法律上ノ事實ニ付テ分類セハ物的契約口頭契約書式契約合意契約ニ分ツコトヲ得今順次之ヲ研究セン

(一) 物的契約 物ノ引渡ニ因リテ生スル債權即チ物的契約ニ四種アリキ消費貸貸使用貸借寄託及ヒ質是ナリ

(一) 消費貸借 消費貸借トハ當事者ノ一人カ消費物ノ所有權ヲ他ノ者ニ移轉シ其所有權ヲ得タル者カ或期限ノ後其引渡ヲ受ケタル物ト同種同量同品質ノ物ヲ返還スル義務ヲ負フ契約ナリ消費貸借ニハ二箇ノ要素ヲ含ム(一)貸主ハ物ヲ讓渡スル義務ヲ負ヒ(二)借主ハ自己ニ受取リタル物自體ニ非スシテ之ト同種同量同品質ノ物ヲ返還スル義務是ナリ此ノ如ク消費貸借ハ貸主ヲシテ物ヲ讓渡スヘキ義務ヲ負ハシムルカ故ニ第一貸主ハ其目的物ノ所有者タルコトヲ要

シ第二貸主ハ讓渡スル能力ヲ要セリ例ヘハ被後見人ハ其後見人ノ許諾ヲ得スシテ貸金ヲ爲シタルトキハ其被後見人ハ消費貸借ニ因ル債權者タルヲ得ナリキ何トナレハ消費貸借ニ於ケル債權ハ物ノ讓渡ノ結果ナルカ故ニ其債權者タラントスル者ハ其目的物ヲ讓渡スル權利ヲ有セサルヘカラス然ルニ被後見人ハ物ヲ讓渡スル能力ナカリシヲ以テナリ其結果トシテ被後見人ハ直チニ其貸付シタル金銭ノ返還ヲ請求スルコトヲ得タリ

消費貸借ニ於テ物ヲ讓渡スル能力ハ借主ニ付テノ要件タリシノミナラス借主モ亦此能力ヲ必要トセリ要スルニ消費貸借ニ於ケル能力ハ(第一)自ら債務ヲ負フ所ノ一般的能力ヲ要シ(第二)消費貸借ニ因リテ負フ所ノ特別能力ヲ必要トシタリシナリ

消費貸借ハ右能力ノ條件ノ外ニ尙ホ形式上ノ條件ヲ必要トセリ即チ此合意ヲ爲スニ付キ種種ノ形式ヲ用ヒタリ蓋シ消費貸借ハ常ニ讓渡ノ行爲ヲ含ムヲ以テナリ

本學年ノ學期盡キタルヲ以テ茲ニ講筵ヲ閉チン

羅馬法目次

緒言	一
第一編 司法制度	三
第二編 訴訟手續	一七
第三編 民法	四七
第一章 物權	四七
第一節 所有權	六六
第一款 所有權ノ性質	六七
第二款 所有權ノ取得方法	八五
第二節 地役權	九八
第一款 物的地役權	九九
第二款 人的地役權	一〇七
第一項 用益權	一〇七

第二項 使用權	一一七
第三項 住居權	一一七
第二章 債 權	一八

羅馬法目次終

校外生規則摘要

- 一 講義録ハ各部毎月二回發行シ滿一今年ヲ以テ卒業トス
- 一 一今年ヲ以テ完了セサルトキハ號外ヲ發ス
- 一 講義録之ヲ三部ニ分ツ其發行定日左ノ如シ
 - 第一部 毎月五日 二十日
 - 第二部 毎月十日 廿五日
 - 第三部 毎月十五日 三十日
- 一 月謝金ハ全部壹圓、各一部四十錢トス但シ入學金ヲ要セス
- 一 校外生ハ本校講議會、討論會ニ出席傍聴スルコト及ヒ本校ノ出版ニ係ル書籍雜誌ハ特別ノ廉價ヲ以テ購求スルコトヲ得
- 一 校外生全部卒業證書ヲ有スル者ハ試験ノ上校內生三年級ニ編入セラルコトヲ得
- 一 校外生ハ講義録中ノ疑義ニ付キ質問スルコトヲ得問題ハ一問毎ニ別紙ニ認メ且一問毎ニ返信用郵券ヲ封入スルコトヲ要ス
- 一 三個月以上月謝不納ノ者ハ退學者ト看做ス
- 一 月謝ハ東京飯田町郵便支局拂和佛法律學校會計係宛トスヘシ

明治二十二年十二月九日內務省許可

明治三十四年十月一日印刷

明治三十四年十月五日發行

東京市四谷區四谷仲町三丁目三十八番地

編輯者 小田 幹治郎

印刷者 金子 鐵五郎

東京市芝區西久保町舟町十一番地

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

發行所 司法省 和佛法律學校

(電話番町百七十四番)