

### 和仏法律学校講義録

掛下, 重次郎 / 松岡, 義正 / 岩田, 一郎 / 鶴, 丈一郎 / 荒井, 賢太郎 / 棟居, 喜九馬

---

(出版者 / Publisher)

和佛法律學校

(巻 / Volume)

1-5

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

53

(発行年 / Year)

1900-04-05

和佛法律學校

第五號

講義錄

第一部

|       |           |           |
|-------|-----------|-----------|
| 民法總則  | 至自三章(自一〇) | 法律學士鶴丈一郎  |
| 民法物權  | 至自六章(自五三) | 法律學士荒井賢太郎 |
| 民法債權  | 至自二節(自六八) | 法律學士棟居喜九馬 |
| 民法    | 至自二節(自四九) | 法律學士掛下重次郎 |
| 民事訴訟法 | 至自五編(自二四) | 法律學士岩田一郎  |
| 民事訴訟法 | 至自六編(自四三) | 法律學士松岡義正  |

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

# 法學志林

第六號 四月五日發行

每月一回發行  
定價一冊金拾錢郵稅一冊金壹錢十冊前金壹圓郵  
校友生不  
特價一冊八錢郵稅壹錢十冊前金六拾錢郵稅不

破產宣告ノ效力、法學士松岡義正●株金ノ拂金ヲ論ス、法學士杉本貞治郎●外遊所感、法  
學士有賀長文  
無政府主義ト其鎮壓策、在法科大學松本浩治  
橫領ノ意思ヲ以テ爲シタル家屋ノ登記、辯護士信岡雄四郎  
朝鮮土產、法律學士秋月左都夫  
民法及ヒ商法問題解答、法學博士梅謙次郎  
○民法施行前ノ婚姻○控訴期間進行始期ニ關スル問題○破產宣告ニ就テ○裁判ノ濫濫○控訴審ニ  
於ケル證書訴訟○控訴判決ノ文例○陳述禁止事件ノ成行○裁判官ト素人○私立法律學校出身者聯  
合大會○記事

○送迎會兼講師會○講談會○編入試驗問題○仙臺ニ於ケル校友懇親會○長野通信○圖書閱覽室實  
金寄附者氏名○校友異動

發行所 東京市麹町區富士見町六丁目 司法省指定 和佛法律學校  
(電話番町一七四)

090  
1900  
1-1-5

ク支拂停止ノ一事ヲ以テ直チニ宣告セラルヘキモノニ非ス然リ而シテ第七十  
條ニ依レハ理事ハ法人カ債務ヲ完済スルコト能ハサルニ至リタルコトヲ知ル  
トキハ直チニ破產宣告ノ請求ヲ爲スノ義務アリトシ若シ理事又ハ債權者ニ於  
テ請求セサルモ裁判所ノ職權ヲ以テ破產ノ宣告ヲ爲スヘキモノトセリ又第八  
十一條ニ依レハ清算人モ同様ノ場合ニ於テ破產宣告ヲ請求スヘキモノトシタ  
リト雖モ右等ノ規定ハ家資分散法ニ適合セサルヲ以テ今日ニ於テハ之ヲ適用  
スルヲ得サルヘシ

(四) 設立許可ノ取消

元來法人ハ定款又ハ寄附行爲ヲ以テ定メタル目的ニ從ヒ主管官廳カ公益ニ害  
ナシト認メテ其設立ノ許可ヲ爲スモノナリ故ニ若シ其法人カ設立ノ許可ヲ得  
タル後目的以外ノ事業ヲ爲ストキハ即チ官廳カ許可セタル旨趣ニ背クモノト  
云フヘク若シ又官廳ニ於テ設立ヲ許可スルニ付キ或條件ヲ附シタル場合ニ其  
法人之ニ背キタルトキノ如キ共ニ其設立許可ヲ取消スルヲ得ヘク其他公益ヲ害  
スヘキ行爲アルトキ例ヘハ騷亂ヲ煽動シ風俗ヲ壞亂スルカ如キコトアラハ其

民法總則 法人ノ解散

設立許可ノ理由消滅シタルモノト云フヘク隨テ其許可ノ權アル官廳ハ之ヲ取消シ得サルヘカラス而シテ主務官廳カ設立ノ許可ヲ取消スハ一ノ行政處分ナルカ故ニ若シ其處分ヲ以テ不當トスルトキハ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得是レ民法施行法第二十五條ノ規定スル所ナリ

以上四ノ解散原因ハ社團及ヒ財團法人ニ共通ノモノナリ尙ホ其他社團法人ニ特別ナル解散原因アリ

### (一) 總會ノ決議

社團法人ハ社員ヲ以テ基礎トスルモノニシテ社員全體ノ一致ニ因リテ成立ス故ニ其社員ノ意思ヲ以テ解散シ得ヘキハ當然ノコトナリ然ラハ其成立ニ付キ總社員ノ一致ヲ要スルカ故ニ之ヲ解散スルモ總社員ノ一致ヲ要スヘキヤ曰ク否第六十九條ニ依レハ總社員四分ノ三以上ノ承諾アレハ解散ノ議決ヲ爲スコトヲ得トアリ蓋シ總社員ノ一致ヲ得ルコトハ頗ル難事ニシテ若シ法律又ハ定款ニ規定ナクンハ社員中ノ八九ハ解散セサルヘカラストノ意見アルニモ拘ラス一ニノ異議者ノ爲メニ解散スルコト能ハサルニ至リ縱令之ヲ繼續スルモ其目的

ヲ達スルコトハ能ハサルノミナラス反テ社員間ニ紛擾ヲ醸シ公益ヲ害スルニ至ルヘレハナリ

法律ハ定款ニ別段ノ定メナクンハ總社員四分ノ三以上ノ承諾ヲ以テ解散スルコトヲ得トセルヲ以テ若シ定款ニ異ナレル規定アレハ之ニ依ルヘキヤ明カナリ故ニ定款ニ於テ總社員ノ一致ヲ要スル旨ヲ定ムルカ又ハ二分ノ一ノ同意ヲ以テ解散シ得ヘキコトヲ定メタルトキハ之ニ依ルヘキモノトス

### (二) 社員ノ缺亡

前ニ述フル如ク社團法人ハ社員ヲ以テ基礎トスルモノナレハ社員ナキ社團法人アルヘキ道理ナシ而シテ法律ニハ社員ノ缺亡トアルカ故ニ社員全ク無キコトヲ意味スルモノト云ハサルヘカラス若シ一人ニテモ存スル以上ハ缺亡ト云フコトヲ得ス然レトモ已ニ社團法人ト云ハハ一ノ集合體ヲ意味シ其設立ニハ必ス二人以上ノ社員ヲ要スルコトハ言フ埃タス然ルニ解散ノ事由トシテ社員ノ缺亡ノ場合ノミヲ規定シタルカ故ニ社員一人ノ社團法人アルコトト爲リ一見奇ナルカ如シト雖モ已ニ設立セラレタル法人ハ其設定者タル社員外ニ獨立

シテ存スルモノナレハ尙モ其機能ヲ失ハスニテ公益ノ目的ヲ遂ケ得ル以上ハ社員ノ一人ト爲リタルカ爲メニ之ヲ解散セシムルノ要ナシ唯全ク社員ナキニ至レハ其基礎ヲ失フカ故ニ解散スヘキモノトス  
法人ハ設立者ヲ離レ獨立シテ存在スル人格ナルヲ以テ其解散ノ場合ニハ之ニ屬シタル財産ハ果シテ如何ニ處分スヘキヤ凡ソ人ノ死亡シタルトキハ其遺産ハ相続人ノ所有ニ歸シ又ハ遺言ヲ以テ他人ニ遺贈スルコトアリト雖モ法人ニハ相続人ナル者ナク又遺言ヲ爲スノ能力ナシ故ニ若シ此場合ニ何等ノ規定存セザルトキハ其財産ハ無主物ト爲ルニ至ルヘシ然レトモ法人カ解散スル毎ニ其財産ヲ無主物ト爲スコトハ善良ナル制度ト云フコトヲ得ス是ニ於テ乎法律ハ其第一ノ處分法トシテ定款又ハ寄附行爲ヲ以テ其財産ノ歸屬スヘキ者ヲ指定シタルトキハ其定款又ハ寄附行爲ニ從フ(第七二條モノトセリ)素ト法人ノ財産ハ社員ノ資財ヲ以テ成リ或ハ寄附者ノ資財ヨリ出ツ然レトモ已ニ資財ヲ投シテ公益ノ爲メ法人ニ歸セシメタルトキハ其設定者ノ財産ニ非サルコト言フ埃タス然レトモ其法人カ一旦解散セタルトキハ其法人ノ財産ヲ舊所有者タル

社員又ハ寄附者ノ意思ヲ以テ處分スルコトヲ許スハ不當ノコトニ非サルノミナラス設立者ノ意思ヲ重シスルハ一面法人ノ設立ヲ獎勵スル所以ナリ  
若シ定款又ハ寄附行爲ヲ以テ歸屬權利者ヲ指定セス又ハ其指定ノ方法ヲモ定メザルトキハ其財産ハ如何ニスヘキカ法律ハ第二ノ方法トシテ第七十二條第二項ニ於テ理事ハ法人ノ目的ニ類似セル目的ノ爲メニ其財産ヲ處分シ得ヘキコトヲ規定セリ而シテ此場合ニハ理事ハ隨意ニ處分スルコトヲ得ス必ス主務官廳ノ許可ヲ得サルヘカラス又社團法人ニ在リテハ特ニ總會ノ決議ヲ經サルヘカラス抑モ定款又ハ寄附行爲ヲ以テ歸屬權利者ヲ定メザルトキハ其財産ノ處分ニ付キ前所有者ハ其意思ヲ發表セザリシナリ其意思ヲ發表セサルモ素ト法人ヲ設立セルハ公益ヲ計ルニ在リシコトハ明カナリ故ニ設立者カ法人ヲ設立シタル意思ヲ尊重スルトキハ其法人ノ目的ニ類似セル目的ノ爲メニ其財産ヲ處分スルコトハ設立者ノ素志ニ反セスト云フコトヲ得ヘシ例ヘハ學校ヲ設立シ其廢校スルニ至リタル場合同種類ノ學校例ヘハ其學校カ法律學校ナルトキハ他ノ法律學校ニ其財産ヲ寄附スルカ如シ本條第二項但書ニハ社團法人ニ在

リテハ總會ノ決議ヲ經ルコトヲ要ス」トアルカ故ニ社團法人ニ付テハ主務官廳ノ許可ノ外總會ノ決議ヲモ要スルモノト解セサルヘカラス  
法律カ法人解散ノ場合ニ於ケル財産處分ニ關シテ規定シタル二種ノ方法ヲ說明セリ然ルニ尙ホ之ニ依テ處分シ得サルトキハ如何此場合ニ於テハ第三ノ方法トシテ第七十二條第三項ハ國庫ニ歸屬スルモノトセリ是レ全ク已テ得サルニ出テタル處分タリ法人ノ財産ハ公益ヲ計ル爲メノ財産ナリ故ニ其法人ノ財産ヲ公益ノ爲メニ使用スルコトハ設立者ノ意思ト云ハサルヘカラス而シテ國ハ最モ廣キ意味ニ於テ公益ヲ計ルモノナレハ法人ノ財産ヲ國庫ニ歸屬セシムルハ法人設立者ノ直接ノ目的ニ非スト雖モ而モ全然其意思ニ反スルモノト云フヘカラス是レ此規定アル所以ナリトス

法人解散シタルトキハ其財産ハ第七十二條ニ依リ處分シ得ルト雖モ素ト法人ハ一ノ人格者ナルヲ以テ債權ヲ有シ債務ヲ負擔スルコト通例ナリ故ニ歸屬權利者ニ之ヲ引渡サシニハ先ツ以テ此等ノ清算ヲ爲ササルヘカラス然ルニ法人ハ其目的ノ爲メニ設立セラレタルモノニシテ其解散ト同時ニ目的ヲ失ヒ隨テ法人

モ消滅スルコトハ條理上明カナリ然レトモ若シ此ノ如シトセハ法人ノ債權者ハ其權利ヲ行使スルコト能ハス又法人ノ債權モ共ニ消滅スルコトト爲リ初ヨリ法人ナル人格ヲ認メサルニ如カサルナリ假リニ法人ニ付テハ法律ニ於テ清算人ヲ設クルカ故ニ其權利義務消滅ノ虞ナシトスルモ法人消滅スレハ其住所モ共ニ消滅スルヲ以テ清算ニ付テハ清算人ノ住所ヲ以テ其住所ト爲ササルヘカラス隨テ裁判管轄ニ變更ヲ來スヲ以テ不便尠カラス又法人消滅スレハ總會等ノアルヘキ理ナクレハ總會ヲ以テ清算人ノ監督機關ト爲スヲ得ス然ルニ社團法人ニ在テハ社員ニ於テ清算人ノ事務ヲ監督スルハ最モ利トスル所ナリ故ニ法律ハ法人ハ其清算中尙ホ存續スルモノト看做スト規定セリ第七三條而シテ其存續スルハ清算ノ目的ノ範圍ニ限ラルルカ故ニ清算人ハ決シテ新ナル事業ヲ爲スコトヲ得ス

清算トハ法人ノ殘務ノ取扱ナリ此清算ニハ何人カ其職ニ當ルヤ法人ノ存續中ニ於テ其業務ハ理事之ヲ司ル然ルニ其法人ニシテ解散セハ法人ノ業務ナク隨テ理事ノ職務モ共ニ終了ス故ニ理事其資格ヲ以テ清算ヲ爲スコトヲ得ス故ニ

第七十四條ハ規定シテ曰ク「法人カ解散シタルトキハ破産ノ場合ヲ除ク外理事其清算人ト爲ル但定款若クハ寄附行爲ニ別段ノ定アルトキ又ハ總會ニ於テ他人ヲ選任シタルトキハ此限ニ在ラス」凡ソ營利ヲ目的トスル社團法人ニ於テハ清算人ハ社員之ヲ選任スルヲ常トス然レトモ財團法人ニハ社員ナク社團法人ニハ社員アルモ其數少ク又營利ヲ目的トスル會社ノ社員ノ如ク利益ニ熱心ナラサルカ故ニ此社員ヲシテ清算人ヲ選定セシムルヲ便トセス依テ理事ヲ以テ清算人ト爲スヘキモノトシタルナリ然レトモ若シ定款又ハ寄附行爲ニ別段ノ定ヲ爲シタルトキ又ハ總會ノ決議ヲ以テ理事以外ノ者ヲ定メタルトキハ敢テ法律ノ干涉スル所ニ非サルナリ

本條ニ於テハ破産ノ場合ニ付キ規定シタレトモ已ニ述ヘタル如ク破産ハ家資分散ト讀マサルヘカラサルカ故ニ破産ノ規定ヲ適用スルコトヲ得ス而シテ本條カ破産ノ場合ヲ除外シタルハ破産ノ場合ニハ管財人アリテ清算人ノ業務ヲ執ルカ故ニ別ニ清算人ヲ置クノ必要ナケレハナリ然ルニ家資分散ニハ管財人ナキカ故ニ今日ハ未タ此除外例ヲ實行スルコトヲ得ス

理事カ清算人ト爲リタル後ニ於テ死亡其他ノ事由ニ依リ欠缺シタル場合ニ其定款又ハ寄附行爲ニ何等ノ定ナク又總會ノ決議ヲ以テ選定セサルトキハ如何ニスヘキヤ此場合ニモ法人ハ尙ホ存続スルモノト看做サルカ故ニ清算人ヲ選定セ得サルノ理ナキナリ然レトモ若シ其選定遲延スルカ爲メ損害ヲ生スル虞アルトキハ速ニ其欠缺ヲ補ヘサルヘカラス故ニ法律ハ此場合ニ於テハ裁判所ニ其選定權ヲ與ヘタリ(第七五條)而シテ裁判所カ清算人ヲ選定スルニハ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ依リ又ハ職權ヲ以テ爲スモノトス裁判所ニ此選定權ヲ與ヘタルハ素ト裁判所ハ法人ノ清算ノ監督ヲ爲ス職權アリ隨テ其損害ノ虞アル場合ノ如キハ默示スヘキモノニ非サレハナリ之ト同シク若シ一旦選定セラレタル清算人ニシテ其職權ヲ濫用シ又ハ其職務ヲ曠廢シ其他不都合ナル所爲アルトキハ裁判所ハ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ又ハ自ら職權ヲ以テ之カ解任ヲ爲スヘキモノトス(第七六條)

清算人ハ清算事務ヲ執ル前ニ於テ登記ヲ爲シ且ツ之ヲ主務官廳ニ届出ラサルヘカラ(第七七條)此規定ニ依レハ登記及ヒ届出ヲ爲スヘキ事項ハ清算人自ラノ民

名住所法人解散ノ原因及ヒ其年月日ナリ然レトモ若シ清算人就職ノ時已ニ清算ノ開始セルトキ即チ補欠ノ場合ニハ法人解散ノ原因及ヒ年月日ハ前清算人ヨリ登記并ニ届出ヲ爲シタルモノナルヲ以テ後ノ清算人ハ單ニ自己ノ住所氏名ノミヲ登記シ届出ツレハ足ルモノナリ其登記ヲ爲スヘキ期間ハ解散後一週間内ニシテ若シ其登記ヲ怠レルトキハ第八十四條ノ制裁ヲ受ケサルヘカラス清算人ノ登記及ヒ届出ヲ爲ス必要如何元來法人ハ法律ノ假制ニ成ルモノニシテ無形ノモノナレハ其設立ノ如キモ登記ヲ必要トシ其他法人ノ變遷ニ付テハ皆登記シテ之ヲ公示セサルヘカラス而シテ清算人ハ法人解散ノ時ニ當リ殘務ヲ執ルモノナルカ故ニ縱令其法人ハ清算中存続スルモノト看做サルルモ清算人何人ナルヤ如何ナル原因ニ因テ解散シタルカ及ヒ其時期等ハ登記セザレハ他人ハ之ヲ知ルコトヲ得ス而モ他人ハ之ヲ知ルノ必要アルモノナレハ之カ公示方法トシテ登記ヲ命シ且ツ其設立ニ付キ許可ヲ與ヘタル官廳ニ届出ヲ爲サシメタルナリ

本條モ亦破産ノ場合ヲ除外セリ是レ畢竟破産ノ場合ハ別段ノ手續アルカ故ナ

リト雖モ前説明ノ理由ニ依リ今日ハ未タ此除外例ヲ適用スルヲ得ス

以上登記并ニ届出ハ清算人カ先ツ以テ盡スヘキ義務ナリ而シテ清算人カ清算人トシテ取ルヘキ職務如何ハ第七十八條ノ規定スル所ニシテ包括的ニ云ヘハ殘務ノ取扱ナル簡單ナル語ヲ以テ足ル唯實際上ニ於ケル事務ノ繁簡ハ其法人ノ規模大小ノ如何ニ存スルノミ

清算人ハ解散シタル法人ノ殘務ヲ行フ爲メ必要ナル一切ノ行爲ヲ爲スコト得例ヘハ督促ヲ爲シ訴訟ヲ提起シ又ハ契約ヲ爲ス等ニシテ其權限極メテ廣シト雖モ殘務ヲ行フニ必要ナル範圍ヲ超越スルコトヲ得ス若シ清算人越權ノ處置ヲ爲シ爲メニ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ其賠償ノ責ニ任セサルヘカラス倍テ現務ヲ終了シ又ハ債權ヲ取立ツルニハ種種ナル行爲ヲ要スルコトアランモ此等ハ法律ニ規定スル要ナシ唯債務ノ辨濟ニ付テハ清算ノ本務ヲ妨ケスナ債務者ノ利益ヲ保護スル必要アルカ故ニ法律ノ規定ヲ要ス而シテ法人ノ債務ハ多クハ其帳簿ヲ一見スレハ知ルコトヲ得ヘシト雖モ必スシモ之ニノミ依ルヘキモノニ非ス法人ニシテ眞ニ債務ヲ負フコト明カナレハ之ヲ辨濟セサル

へカラスニハ總テノ債權者ヲ公平ニ満足セシムル方法トシテ知レサル債權者ノ爲メニハ公告ヲ爲シテ其請求ノ道ヲ開カサルヘカラス然ラズンハ清算ノ終了後債權者申出ヲ爲スモ已ニ法人ハ消滅シ其財産ハ歸屬權利者ニ移リテ請求ヘキ人ナシ故ニ若シ法律ニ何等ノ規定ナクンハ歸屬權利者ニ對シテ請求シ得ヘシトスルモ其者ハ必スシモ相當ノ實力アル者ニ非ス又假ニ實力アリトスルモ其者ノ多數ナルトキノ如キハ手數ト費用ヲ要スルコト多カルヘキヲ以テ充分ノ實行ヲ爲シ得サルコトナキニ非ス此ノ如キハ債權者ヲ公平ニ満足セシムル所以ニ非サルナリ故ニ此弊ナカラシメンカ爲メニ第七十九條ノ義務ヲ負ハシメタリ即チ清算人ハ其就職ノ日ヨリ二个月内ニ少クモ三回ノ公告ヲ爲ササルヘカラス而シテ其公告ハ債權者ニ對シテ一定ノ期間内(二个月ヲ下ルコトヲ得ス)ニ請求ヘキ旨ヲ催告スヘキモノナリ此ノ如ク債權者ニ充分ノ猶豫ヲ與ヘタルハ若シ此期間ヲ空過スルトキハ其清算ヨリ除斥セラルルコトト爲ルカ故ニ出來得ル式ケ債權者ノ權利ヲ保護スルナリ茲ニ三回ノ公告トハ

同一ノ公告ヲ繰返スニ過キス又一一定ノ期間トハ當初ノ公告ノ日ヨリ起算スヘキモノナリ而シテ此公告ニハ若シ期間ヲ經過セハ其債權ハ清算ヨリ除斥セラレヘキ旨ヲ附記スルコトヲ要ス此ノ如ク債權者ノ爲メニ計リテ尙ホ申出ヲ爲ササルトキハ其債權者ハ權利ヲ拋棄シタルモノト看做ス然レトモ除斥ハ知レサル債權者ニ付テ云フモノニシテ若シ夫レ清算人カ已ニ知リタル債權者ニ付テハ除斥ヲ爲スコトヲ得ス(第七九條但書故ニ第一項ノ公告ハ重ニ知レサル債權ヲ保護スルニ在リ)

清算人ノ定メタル期間内ニ請求ノ申出ヲ爲ササル債務者ハ其清算ヨリ除斥セラレト雖モ絶對的ノ失權ニ非ス第八十條ニ依リテ期間後ニ申出タル債權者モ他ノ債權者ニ辨濟ヲ爲シタル後其殘存スル財産ニシテ未タ歸屬權利者ニ引渡サレサル財産ニ付キ辨濟ヲ受タル權利アリ然レトモ多クハ失權ト同一ノ結果ニ至ルモノナリ元來法律ノ旨趣タル債權者ノ爲メ公告ヲ催告ヲ爲シ最モ公平ナル辨濟ヲ受クシメシトスルニ在リト雖モ之カ爲メ清算ノ結了ヲ見ルノ時期ナカラシメ又一旦引渡シタル財産ヲ取戻スガ如キハ歸屬權利者ノ權利ヲ

不確定ナラシムルノ不都合アルカ故ニ期間經過後ニ申出タル債權ハ清算日  
ヲ除外スルハ蓋シ止ムヲ得サルニ出タル處分ナリトス  
第八十一條モ亦破産ニ關スル規定アリト雖モ已ニ述ヘタル如ク今日ハ其適用  
ヲ見サルモノトス  
第八十二條ニ於テハ清算ノ場合ニ於ケル裁判所ノ監督權ヲ認メタリ已ニ監督  
權ヲ認ムル以上ハ其第二項ハ當然ノ規定ト云フヘシ  
清算人カ第七十八條ニ掲ケタル業務ヲ終リタルトキハ其旨ヲ主務官廳ニ届出  
テ之ヲ以テ其清算人ノ任務ハ終了スルモノトス

## 第四節 罰 則

本節ニ規定スル罰則ハ刑法上ノ制裁ニ非ス一ノ民法上ノ制裁ナリ凡ソ法律ノ  
規定ニ反シ他人ニ損害ヲ加フルハ之カ賠償ノ責ヲ負フハ勿論尙ホ之カ爲メニ  
其行爲ノ無效ニ歸スルコトアリ此等ノコトモ亦一ノ制裁ニ外ナラス然レトモ  
此他尙ホ重要ナル規定ニ反スルトキハ他ノ制裁ヲ加フルヲ必要トシテ本節ヲ

設ケタルナリ

第八十四條ニ所謂過料ハ如何ナル手續ニ依リ如何ナル所ニ於テ命スルヤハ本  
法ノ規定セサル所ニシテ非訟事件手續法ノ規定スル所ナリ即チ該法第二百六  
條ニ於テ管轄裁判所ヲ定メ第二百七條ニ其手續及ヒ費用ニ關シテ規定セ終ニ  
第二百八條ハ其裁判執行ニ付テ規定セリ

茲ニ一ノ疑問ノ存スルモノアリ曰ク右第二百六條ニ依レハ單ニ「過料ニ處セラ  
ルヘキ者」ノ住所地ノ地方裁判所ノ管轄トス「下」アリテ其民事刑事何レノ部ニ於  
テ言渡スヘキヤヲ明カニセス然レトモ前述セル如ク過料ハ刑事上ノ制裁ニ非  
スシテ民事上ノ制裁ナリ已ニ民事上ノ制裁ニシテ刑罰ニ非サル以上ハ民事部  
ニ於テ決定ヲ生スヘキハ相當ナリ加之第二百七條ニ依レハ決定ノ手續カ民事  
手續ニ依ルヘキ旨趣ヲ視フニ足ル即チ即時抗告ハ民事訴訟法ノ規定スル所ナ  
レハ之ニ依テ觀ルモ民事部ニ於テ爲スヘキモノタルヤ蓋シ疑ヲ容レス  
如何ナル場合ニ制裁ヲ受クヘキヤハ第八十四條第一號乃至第六號ノ規定スル  
所ニシテ即チ左ノ如シ

一 本章ニ定メタル登記ヲ爲スコトヲ怠リタルトキ  
二 第五十一條ノ規定ニ違反シ又ハ財産目録若クハ社員名簿ニ不正ノ記載  
ヲ爲シタルトキ  
三 第六十七條又ハ第八十二條ノ場合ニ於テ主務官廳又ハ裁判所ノ検査ヲ  
妨ケタルトキ  
四 官廳又ハ總會ニ對シ不實ノ申立ヲ爲シ又ハ事實ヲ隱蔽シタルトキ  
五 第七十條又ハ第八十一條ノ規定ニ反シ破産宣告ノ請求ヲ爲スコトヲ怠  
リタルトキ  
本號ニ破産ニ關スル規定アリト雖モ屬ス連フル如ク民事ニ  
ハ未タ破産ナルモノナキヲ以テ今日本號ノ適用ナキモノトス  
六 第七十九條又ハ第八十一條ニ定メタル公告ヲ爲スコトヲ怠リ又ハ不正  
ノ公告ヲ爲シタルトキ  
右第一號乃至第六號ニ付テハ一説明スルノ要ナシト信ス

## 第三章 物

第一章及ヒ第二章ニ於テハ權利ノ主體タル人并ニ法人ニ付キ規定シタリ故ニ  
本章ニ於テハ其權利ノ客體即チ目的タル物ニ付テ規定セリ尤モ權利ノ目的ハ  
必スシモ常ニ物ニ限ラス時ニハ其權利ノ性質ニ因リ人ヲ目的トスルコトアリ  
即チ親權夫權ノ如キ權利ノ目的ハ人ニシテ物ニ非ス或ハ又人ノ行爲勞力等ヲ  
目的トスルコトアリ例ヘハ雇主ノ權利ノ如キハ物ヲ目的トスルモノニ非スシ  
テ勞力ヲ目的トス然レトモ多クノ權利ハ物ヲ以テ其目的トシ縱令直接ニ物ヲ  
以テ目的トセサルモ最終ノ目的トスル所ハ物ナリ是レ人ニ關スル規定ニ次テ  
物ニ關スル規定ヲ設ケタル所以ナリ  
舊民法ニ於テハ總則ヲ設ケス物ニ付テハ財産編ニ於テ甚タ詳密ナル規定ヲ爲  
セリ然ルニ新民法ハ舊民法ノ規定ヲ削リテ大ニ簡單ナルモノトセリ  
物ナル文字ハ其意義甚タ廣漠ニシテ凡テ天地間ニ存スル森羅万象悉ク物ニ非  
タルナシ然レトモ民法ニ於テハ物ノ意義ヲ狹ク限ラレタリ即チ第八十五條ニ  
曰ク本法ニ於テ物トハ有體物ヲ謂フト故ニ物トハ有體物ニ限り無形ノモノハ  
物ノ中ニ含まレス然ラハ有體物ハ舊民法ニ所謂物ニ中ニ入ルヤト云フニ本條

ノ定義ニ依レハ有體ナル以上ハ如何ナル物ト雖モ悉ク物ナルカ如シ然ルニ第八十六條ニ依レニ土地及ヒ其定著物ハ之ヲ不動產トス此他ノ物ハ總テ之ヲ動產トストアルヲ以テ不動產及ヒ動產ノ外物ナルモノナキコト明カナリ故ニ日月星辰ノ如キハ有體物ナレトモ不動產ニモ動產ニモ非ス隨テ權利ノ目的トナリ得サルモノナリ要スルニ本法ニ物トハ不動產又ハ動產ニシテ權利ノ目的トナルモノ換言スレハ財產ヲ指シタルモノナルコトハ明白ナリ

舊民法ニ於テハ有體物ノミナラス無體物モ亦物ト爲シタリ然ルニ無體物ヲ物トシテ認ムルトキハ權利モ亦物ノ中ニ入ラサルヘカラス至リ亦舊法典モ無體物トハ專ラ權利ヲ指シタルナリ然ルニ權利ヲ以テ物ノ中ニ包含スルコトトスレハ物ハ權利ノ目的トナルモノナレハ其權利ノ目的タル物ノ中ニ亦權利アリト云ハサルヘカラス隨テ物權カ他ノ物權ノ上ニ存スルコト爲リ其シキニ至リテハ所有權ノ所有權ヲモ認メサルヲ得サルニ至リ權利ノ種類ヲ混亂ス故ニ此ノ思ヲ避クルカ爲メ權利ヲ物トセス物ハ有體物ニ限ルトセハナリ前ニモ述フル如ク權利ノ目的ト爲ルモノハ強テ物ノミニ限ラス場合ニ依リ權利

モ亦權利ノ目的ト爲ルヘキ場合アリ然レトモ權利ナル以上ハ他ノ權利ノ目的ト爲ルモ亦權利ニシテ物ニ非ス是レ猶ホ人ノ行爲ハ權利ノ目的ト爲ルモノニ非サルカ如シ

舊法典ハ物ニ付キ數多ノ區別ヲ爲セリ新民法ハ舊法ノ如ク物ノ區別ヲ細密ニ規定セズ唯其區別中重要ナルモノノミニ付キ規定セリ物ノ區別ニシテ最重要ナルモノハ動產及ヒ不動產ノ區別ナリ動產ノ區別ハ古ヨリ存スル所ナリ然レトモ其區別ヲ設クルノ理由ニ至リテハ同シカラス古ハ不動產ハ貴キモノニシテ動產ハ賤シキモノナリトノ觀念ニ基キ不動產ハ特ニ重ク保護セサルヘカラスルモノトセリ然ルニ世ノ進歩スルニ從ヒ動產ノ價額大ニ昂進シ不動產ト軒輊ナク或ハ不動產ノ價格ヲ超過スルヤモ測リ難キニ至レルヲ以テ古ノ精神ハ茲ニ一變セサルヲ得サルノ場合ニ遭遇セリ但シ今日猶ホ古ノ精神ニシテ繼續スルモノナキニ非ス即チ今日ト雖モ各物ヲ取リテ一一之ヲ比較セハ概シテ不動產貴ク動產ハ賤シ故ニ人ノ能力若クハ權限等ニ付テ動產ト不動產トノ上ニ其規定ヲ異ニスル場合ナキニ非ス然レトモ別ニ此區別ヲ爲ササルヘカ

ラサル重大ナル理由アリテ存ス何ソヤ曰ク其性質ノ異ナル所アルヲ以テナリ  
即チ不動産ハ一定ノ場所ニ存シテ其所在ヲ變スルモノニ非ス之ニ反シテ動產  
ハ容易ニ其場所ヲ變シテ其所在ニ一定セス是ヲ以テ此二者ニ付キ法律上其規定  
ヲ異ニスル必要生ズ例ヘハ能力權限ニ關スル規定其他差押ノ方法賣買讓渡ノ  
公示方法物ニ關スル權利ノ爭ニ付テノ裁判管轄及ヒ先取特權質權時効等ニ付  
キ皆其規定ヲ異ニシ殊ニ抵當權ノ如キハ動產ニ付テハ之ヲ認メス又場合ニ依  
リ國際私法ノ問題ニ付テモ動產不動産ニ因リ其規定ヲ異ニスルモノアリ法例

## 第三條

此ノ如ク動產ト不動産トハ其性質上自然ノ區別アリテ其規定ヲ異ニスヘキ必  
要アルカ故ニ隨テ其物ヲ區別スル必要アル所以ナリ  
動產不動産ノ區別ハ一見明瞭トルカ如キモ決シテ然ラス凡ソ物ハ牛馬ノ如ク  
自ラ動ク者アリ舟車ノ如ク他ヨリ動かサル者アリ全ク動カスヘカラサル者  
アリ又全ク動カスヘカラサルニ非サルモ容易ニ動カスヘカラサルモノアリ而  
シテ法律ハ絶對的ニ動カサルニ非サルモ殆ト動カシ得サルモノニ付テハ尙ホ

ノ過失ニ因ルニ非ス而シテ其占有者カ其者ノ權利ヲ十分確メスシテ之ヲ取得  
セタルハ多少不注意ノ點ナキニ非ス故ニ法律ハ此場合ニ於テハ回復者ヲ十分  
保護シ絶對的ニ其回復訴權ヲ許シタルモノナリ  
第百九十四條ニ依レハ「占有者カ盜品又ハ遺失物ヲ競賣若クハ公ノ市場ニ於テ  
又ハ其物ト同種ノ物ヲ販賣スル商人ヨリ善意ニテ買受ケタルトキハ被害者又  
ハ遺失主ハ占有者カ拂ヒタル代價ヲ辨償スルニ非サレハ其物ヲ回復スルコト  
ヲ得スト」蓋シ此等ノ場合ニ於テハ占有者ハ取引上最も普通ノ方法ニ因リ其占  
有物ヲ取得シタルモノナルニ由リ占有者ニ毫末ノ不注意ナキノミナラス此ノ  
如キ場合ニマテ猶ホ絶對的ニ回復訴權ヲ許スモノトストキハ取引ノ安全ヲ  
害スルコト甚シキニ因リ此場合ニ於テハ權利者ハ其代價ヲ辨償スルニ非サレ  
ハ其物ノ回復ヲ請求スルヲ得サルモノトシ以テ一方ニ於テ權利者ヲ保護スル  
ト同時ニ一方ニ於テ占有者ヲ保護シ占有物ノ回復ヲ受ケタルカ爲メニ損失ヲ  
蒙ルコトナカラシメタリ

民法物權 占有權 占有權ノ效力

畜外ノ動物ヲ占有スル者ハ其占有ノ始メ善意ニシテ且ツ逃失ノ時ヨリ一个月  
内ニ飼養主ヨリ回復ヲ請求セサルトキハ其動物ノ上ニ行使スル權利ヲ取得ス  
トアリテ是レ亦第九十二條ノ例外ナリ舊民法ハ財産取得編第十三條ニ於テ  
本條ト殆ト同様ノコトニ關シテ規定セリ即チ不動産上ノ添附ニ因リテ動物ノ  
所有權ヲ取得スト爲セリ  
本條ニ於テ第一ニ注意スヘキハ本條ノ適用ハ家畜以外ニ適用スルコト家畜即  
チ牛馬鶏犬ノ類ハ普通動物ト同シク第九十二條ノ適用ヲ受クルモノナリ次  
ニ注意スヘキハ家畜外ノ動物ニテ既ニ飼養セラレタルモノニ限ルコト是ナリ  
故ニ未タ飼養セラレサル動物ニ至リテハ純粹ノ野生動物ナルヲ以テ縱令他人  
ノ地上ニ居ルモノヲ捕獲スルモ差支ナク所謂先占ニ因リテ所有權ヲ取得スル  
モノナリ尤モ特別法例ヘハ狩獵法等ニ從フヘキハ勿論ナリ  
本條ノ規定ハ舊民法ノ規定ト大ニ其精神ヲ異ニス舊民法財産取得編第十三條  
ニ依レハ私有池ノ魚又ハ鳩舍ノ鳩ハ計策ヲ以テ誘引セラレ又ハ停留セラレタ  
ルニ非スシテ他ノ池又ハ鳩舍ニ移リタルトキ其所有者ハ自己ノ所有ヲ證シテ

一週日間ニ之ヲ請求セサレハ其魚又ハ鳩ハ現在ノ土地ノ所有者ニ屬ス同第二  
項ニ群ヲ爲シテ他ニ移轉シタル蜜蜂ニ付テハ一週日間之ヲ追求スルコトヲ得  
トアリ舊民法ハ私有池ノ魚鳩舍ノ鳩及ヒ蜜蜂ハ之ヲ用方ニ因ル不動産ト看倣  
シタルカ爲メ此等ノ動物カ舊來ノ場所ヨリ他ニ轉シタルトキハ不動産上ノ添  
附トシテ移轉先ノ不動産ノ所有者ニ屬スルモノトセリ舊民法ノ母法タル佛國  
民法ニ於テモ私有池ノ魚鳩舍ノ鳩ハ用方ニ因ル不動産ト看倣シ其他處ニ移轉  
スル場合ニ於テハ不動産上ノ添附ニ因リ移轉先ノ不動産ノ所有者ニ屬スルモ  
ノトセリ蓋シ此等ノ動物ハ土地ノ所有者ニシテ鳩舍ヲ設ケ私有地ニ餌ヲ充テ  
ル等適當ノ設備ヲ爲シ其地ニ止マルヘキモノナリトスルモ元來自由ノ行動ヲ  
爲スモノナルカ故ニ其意ニ滿タサルトキハ何時ニテモ去リテ他所ニ移轉スル  
性質ヲ有シ所謂野栖動物ト家畜ノ中間ノ性質ヲ有スルヲ以テ之ニ棲居スル間  
ハ其土地ノ所有者ハ土地ノ附屬物トシテ所有スルヲ得レトモ其土地ヲ離ルル  
以上ハ最早之カ所有權ヲ主張スルコトヲ得ス隨テ其移轉先ノ土地所有者ノ所  
有トシテ不動産所有者ニ屬スヘキモノナリトノ理由ニ因リ之ヲ不動産上ノ添

附ト看做シタルナリ故ニ佛國民法ニ於テハ私有池ノ魚又ハ鳩舎ノ鳩ハ隨意ニ他所ニ移轉スルトキハ其移轉ノ時ヨリ直チニ新所有者ニ屬スヘキモノトス我舊民法ニ於ケルカ如ク一週日間所有者ノ請求權ヲ認メス若シ此等ノ動物ノ移轉ヲ以テ不動産上ノ添附ト看做ス以上ハ佛國民法ノ如ク舊所有者主ノ追索權ヲ認メサルハ却テ理由ヲ得タルモノナリ

新民法第九十五條ハ舊民法財産取得編第十三條第一項第二項ノ動物即チ私有池ノ魚鳩舎ノ鳩及ヒ蜜蜂ノ移轉ノ場合ヲ包含スルヤ否ヤ明瞭ナラスト雖モ此等モ亦飼養セラレタル家畜外ノ動物トスルコトヲ得ルモノトスルトキハ之ヲ包含スルコト明カニシテ又民法ノ理由書ニ徵スルモ亦此場合ヲ含ムモノトセリ果シテ然ラハ新民法ハ之ヲ以テ動産ノ占有ノ效果ニ歸セルヲ以テ舊民法ニ於テハ計策ヲ以テ誘引セラレ又ハ停留セラレタルニ非サル以上ハ移轉先ノ土地所有者ノ善意タルト否トヲ問ハス一週間ノ後ハ等シク其有ニ歸セシモノト爲セシニ反シ新民法ニ於テハ善意ノ占有者ニシテ始メテ其權利ヲ取得スルヲ得ルモノトセリ是レ全ク一ハ之ヲ不動産上ニ因ル添附ノ取得ト爲シ一ハ之

ヲ動産ノ占有ニ因ル取得ト爲シタル差異ナリ

舊民法財産取得編第十三條第三項ノ「飼馴タレタルモ逃ケ易キ野栖ノ禽獸ニ付テハ善意ニテ之ヲ停留セタル者ニ對シ一ヶ月間其回復ヲ爲スコトヲ得ト」規定ハ善ク新民法第九十五條ノ規定ニ相當ス本項ノ規定ハ之ヲ不動産上ノ添附ト看做スハ不理ノ嫌アリ故ニ舊民法モ之ヲ以テ不動産上ノ添附ト看做セシニ拘ラス私有池ノ魚鳩舎ノ鳩及ヒ蜜蜂ノ場合ニ於ケルト異ナリ此場合ニ於テハ善意ノ停留者ニ限リ一ヶ月ノ後其所有權ヲ取得スルモノト爲シ其實之ヲ占有ノ效果ニ歸シタルモノノ如シ

之ヲ要スルニ新民法ハ家畜外ノ動物ニ付キテハ永久所有主ノ占有權ヲ認ムルモノニシテ唯占有ノ效果ニ因リ占有者カ其權利ヲ取得スルヲ得ル場合アルモノトセリ而シテ占有者カ其動物ノ上ニ行使スル權利ヲ取得スルニハ第一ニ其占有ノ始メニ於テ善意ナルコトヲ要ス故ニ占有後ニ於テ其動物ノ犯人ノ所有ニ屬スルコトヲ知ルモ苟モ之ヲ占有スル當時ニ於テ善意ナレハ差支ナキモノトス第二ニ逃失ノ時ヨリ一ヶ月内ニ飼養主ヨリ回復ノ請求ヲ受ケサルコトヲ

要ス故ニ盜品又ハ遺失物ノ場合ニ於ケルト同シク占有者ノ占有期間ノ長短ニ關セズ逃失ノ時ヨリ起算シ一個月間飼養主ハ回復ヲ請求スルコトヲ得ルノミ  
第百九十六條ハ回復者ハ占有者ニ對シ占有物ニ關シテ占有者カ支拂ヒタル費用ニ關シテ規定セリ凡ソ費用ニ三種アリ必要費即チ物ノ維持保存ニ要スル費用有益費即チ物ノ改良ニ要スル費用奢侈費即チ單ニ自己ノ娛樂ノ爲メニ要スル費用是ナリ而シテ必要費ハ物ノ毀損滅失ヲ防ク爲メニ要シ有益費ハ之ニ因リテ價格ヲ増加スルモノナルカ故ニ此二費用ハ何人カ之ヲ支拂フモ物ノ所有者ニ利益ヲ與フルモノナリ故ニ若シ占有者カ之ヲ支拂ヒタルニ於テハ其物ノ回復者ハ之ヲ償還セサルヘカラス然ラサレハ回復者ハ不當ノ利得ヲ得ルニ至ルヘケレハナリ之ニ反シテ奢侈費ハ唯其支拂ヒタル者ノ娛樂ヲ得ルニ過キスシテ之カ爲メ敢テ他人ヲ利スルモノニ非ス故ニ縱令占有者ハ奢侈費ヲ支拂ヒタルコトアリトスルモ回復者ハ之カ爲メ何等ノ利益スルコトナキヲ以テ奢侈費ハ之ヲ返還スルノ義務ナシ

第百九十六條第一項ハ必要費ノ償還ニ對シテ占有者カ占有物ヲ返還スル場合

ニ於テハ其物ノ保存ノ爲メニ費シタル金額其他ノ必要費ヲ回復者ヨリ償還セシムルコトヲ得但占有者カ果實ヲ取得シタルトキハ通常ノ必要費ハ其負擔ニ歸スト規定セリ必要費ハ之ニ因リ回復者利益ヲ得タル爲メ不當利得ノ法理ニ依リ其償還ノ責ニ任スヘキモノナリ故ニ其之ヲ支拂ヒタル占有者ハ善意ノ占有者タルト惡意ノ占有者タルト問ハサルナリ但シ占有者カ占有ノ果實ヲ取得シタルトキハ其支拂ヒタル通常必要費用ハ其負擔ニ歸スルモノトス是レ普通通ノ場合ニハ果實ノ利益ヲ以テ通常ノ維持費ヲ支辨スルモノナルカ故ニ若シ占有者ニ於テ果實ヲ取得シタル上ニ尙ホ其通常維持費ノ償還ヲ請求スルコトヲ得ルモノトセハ謂レナク占有者ハ利益ヲ回復者ハ損失ヲ受クルカ故ニ此場合ニ於テハ占有者ニ必要費ノ償還權ヲ與ヘサリシナリ而シテ第百八十九條ニ依レハ善意ノ占有者ハ果實ヲ取得スルノ權利ヲ有スルカ故ニ其果實ヲ取得スル間ノ通常ノ必要費ハ其負擔ニ歸スルモノトス  
第百九十六條第二項ハ有益費償還ノコトニ關シ占有者カ占有物ノ改良ノ爲メニ費シタル金額其他ノ有益費ニ付テハ其價格ノ増加カ現存スル場合ニ限り回

復者ノ選擇ニ從ヒ其費シタル金額又ハ増加額ヲ償還セシムルコトヲ得但惡意ノ占有者ニ對シテハ裁判所ハ回復者ノ請求ニ依リ之ニ相當ノ期限ヲ許スルコトヲ得ト規定セリ有益費ヲ償還スル場合ハ有益費ヲ支出シタルカ爲メニ増加シタル價格ノ占有物返還ノ當時ニ於テ現存シ居ル場合ニ限ルモノナリ是レ有益費ノ償還ハ不當利得ノ原則ニ基クモノナルカ故ニ若シ其増加額ノ現存シ居ラサル場合ニ回復者ハ何等ノ利益スル所ナケレバナリ而シテ其有益費償還ノ場合ニ當リ回復者ハ占有者カ實際支出シタル金額ト現在ノ増加額トノ間ニ選擇權ヲ有スルモノナリ是レ占有物回復ノ際ニ於ケル増加額ニシテ實際占有者ノ支出シタル有益費ノ額ヨリ大ナル場合アルニ當リテハ其増加額ヲ償還スルモノトスルトキハ占有者ハ之ニ因リ利益スルコト爲ルヲ以テ此場合ニハ回復者ニ選擇權ヲ有セシメタルナリ蓋シ此ノ如キ回復者ニ有益費ト増加額トノ間ニ選擇權ヲ有セシムルモノトスルトキハ占有者ハ損失ヲ受クルコトナシト雖モ亦決シテ利益スル所ナキニ反シ回復者ハ時ニ大ニ利益スル所ナキニ非ス

ト雖モ法律ハ此ノ如キ場合ニ於テハ寧ロ眞ノ權利者ヲ保護スルノ精神ヨリシテ回復者ニ選擇權ヲ與ヘタルモノナラン

有益費償還ノ場合ニ於テハ惡意ノ占有者ニ對シ裁判所ハ回復者ノ請求ニ因リ相當ノ期限ヲ許スルコトヲ得ルモノトセリ是レ有益費ハ時トシテ巨額ニ登ルコトアリテ一時ニ之ヲ償還スルハ回復者ニ取リ非常ニ困難ナル場合アルヘク殊ニ惡意ノ占有者ハ其物ノ返還ヲ拒ムノ手段トシテ故ラニ多額ノ有益費ヲ支出スルコトナキヲ保セス斯クテハ回復者ハ其物ノ權利者ナルニ拘ラス之カ返還ヲ受クルヲ得サルニ至ルヘキヲ以テ裁判所ヲシテ其償還ニ相當ノ猶豫ヲ與ヘシムルコトヲ許シタルモノナリ(第二九五條參照)

#### 第四 占有ノ訴

占有者ハ其占有權保護ノ爲メ三個ノ訴權ヲ有ス即チ占有ニ對スル現在ノ障害ニ付テハ占有保持ノ訴其將來ノ障害ニ付テハ占有保全ノ訴其過去ノ障害ニ付テハ占有回收ノ訴是ナリ而シテ此等ノ占有ノ訴ハ占有者自身之ヲ提起スル外尙ホ代理占有ノ場合ニ於テ其代理人モ亦之ヲ提起スルヲ得ルモノトス是レ占

有ノ訴ハ急速ヲ要スルモノナルカ故ニ訴ノ提起ヲ本人ニノミ限リ其代理人ニ許ササルトキハ實際ノ不便少カラシメシテ占有保護ノ趣旨ヲ達セサルノ虞アルヲ以テナリ(第一九七條)

占有保持ノ訴ニ付テハ第九十八條ニ之ヲ規定ス曰ク占有者カ其占有ヲ妨害セラレタルトキハ占有保持ノ訴ニ依リ其妨害ノ停止及ヒ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得下例ヘハ他人カ故ナク予ノ占有物ヲ奪取セントスルカ如キ所爲アリタルトキハ予ハ其所爲ヲ停止セシメ又ハ其所爲ニ因リ損害ヲ受ケタルトキハ其損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ルカ如シ

占有保持ノ訴ノ出訴期限ハ第二百一條ニ之ヲ規定セリ即チ占有者ハ妨害ノ存スル間ハ常ニ占有保持ノ訴ヲ提起スルヲ得レトモ其妨害ノ止ミタルトキハ其時ヨリ起算シテ一年ヲ過クルトキハ之ヲ提起スルヲ得サルモノトス蓋シ占有ノ保護ハ素ト占有ノ事實ヲ保護スルニ過キサレカ故ニ現實占有ノ事實ヲ妨害セラルル間ハ占有保持ノ訴ヲ提起シ以テ其妨害ノ停止ヲ計ルハ固ヨリ當然ノコトナリト雖モ既ニ妨害ノ去リタル後ニシテ再ヒ妨害セラルル虞ナキニ至

リタル以上ハ之カ訴ヲ提起スルノ要ナシ故ニ占有保持ノ訴ハ妨害ノ止ミタル後一年ヲ經過スルトキハ之ヲ起スヲ得サルモノト爲シタルナリ又妨害ニ基因シタル損害賠償ノ如キモ苟モ占有者カ真正ノ權利者ナルニ於テハ不法行爲ノ原則ニ從ヒ損害賠償ヲ求ムルコトヲ得ルニ由リ占有保持ノ訴トシテ妨害ノ止ミタル後一年間ニ其出訴期限ヲ定メタリ

他人ノ工事ニ因リ自己ノ占有物ニ損害ヲ受ケタル場合ニ於テハ占有保持ノ訴ハ其工事着手ノ時ヨリ起算シ一年ヲ經過スルカ又ハ其工事カ竣成シタルトキハ之ヲ提起スルコトヲ許サス蓋シ他人ノ工事ニシテ着手後一年ヲ經過スルカ又ハ既ニ其竣成ヲ告ケタルニ於テモ猶ホ其工事ヲ停止シ又ハ其取除ヲ命スルカ如キハ却テ占有ノ保護スルカ爲メ相手方ニ過大ノ損害ヲ被ラシムルコトナルヲ以テ其未タ竣成モサルカ着手後一年ヲ經過セサル間ニ保持訴權ヲ提起スルコトヲ要スト爲シタル所以ナリ此場合ニ於テモ占有ノ訴權トシテハ工事ノ爲メニ生シタル損害賠償モ亦工事ノ竣成前又ハ工事着手後一年間ニ非サレハ之ヲ要求スルヲ得スト雖モ所有者トシテハ一般ノ原則ニ從ヒ損害

賠償ヲ要求シ得ル場合アリ(第二三四條參照)  
占有保全ノ訴ニ付テハ第九十九條ニ之ヲ規定セリ曰ク占有者カ其占有ヲ妨害セラルル處アルトキハ占有保全ノ訴ニ依リ其妨害ノ豫防又ハ損害賠償ノ擔保ヲ請求スルコトヲ得下占有保全ノ訴ハ占有ニ對スル將來ノ妨害ニ對スル救濟手段トシテ占有者ニ許ス所ノ訴權ナリ例ハ隣地ノ建物カ將ニ傾覆シテ占有者ノ占有物ニ妨害ヲ與ヘントスル處アル場合ニ於テハ占有者ハ該建物ノ修理ヲ請求スルカ又ハ豫シメ其傾覆ノ場合ニ生スヘキ損害賠償ノ擔保ヲ請求スルコトヲ得ルカ如シ此訴權ハ妨害ノ危險ノ存スル間ハ何時ニテモ之ヲ提起スルコトヲ得レトモ工事ニ因リ占有物ニ損害ヲ生スル處アルトキハ占有保持訴權ニ於ケルカ如ク工事ノ竣成前又ハ工事着手後一個年間ニ非サレハ之カ提起ヲ許サス其理由ハ保持訴權ニ於ケルト異ナルコトナシ  
占有保持ノ訴及ヒ占有保全ノ訴ニ於テ工事ニ關スルモノ前述ノ如ク工事着手後一個年ヲ經過スルカ又ハ工事竣成後ニ於テハ之ヲ提起スルヲ許サス此規定ハ舊民法ニ比較セハ大ニ嚴格ニ傾キタルノ感アリ舊民法財產編第二百六條第

二項ニ依レハ「新工告發」訴ハ其工事ノ竣成セサル間ハ之ヲ受理ス但其工事ニ付キ占有者カ妨害ヲ受ケタルトキハ其工事竣成ノ前後ニ拘ハラズ妨害ヨリ一個年內ニ於テ保持訴權ノミヲ行フコトヲ得トアリタルニ由リ工事ニシテ占有ノ妨害ト爲ルヘキ恐アルトキハ其工事ノ竣成セサル間ハ占有者ハ何時ニテモ新工告發訴權ニ依リ其工事ヲ廢止又ハ變更セシムルコトヲ得タルノミナラス其工事ニ因リ實際妨害ヲ受ケタルトキハ工事竣成ノ前後ニ拘ハラズ妨害ノ事實アリタル時ヨリ一個年內ハ保持訴權ニ依リ其妨害ヲ止マシメ又ハ損害賠償ヲ要求スルコトヲ得セシメタリ然ルニ新民法ハ如何ナル場合ニ於テモ工事着手後一個年ヲ經過スルトキハ新ノ提起ヲ許ササルノミナラス若シ工事ノ竣成シタルトキハ着手後一個年內ト雖モ訴ヲ提起スルコトヲ得サルモノトセリ故ニ工事ノ模様ニ因リ着手ノ當時ニ於テハ敢テ占有ノ妨害ト爲ルカ如キ恐ナキ觀アリシニ拘ハラズ漸次工事ノ進行スルニ從ヒ占有ヲ妨害スルノ恐アルニ至リタルカ若クハ實際占有ヲ妨害スルニ至リシヲ以テ占有者ハ俄ニ保持ノ訴若クハ保全ノ訴ヲ提起シ以テ自己ノ占有ノ保護ヲ計ラントスルモ既ニ

着手後一個年ヲ經過シタルトキハ復タ如何トモスル能ハサルニ至ルヘシ或ハ工事ノ進行上占有ノ妨害ト爲ルヘキ虞アリタルヲ以テ工事着手ノ時ト看做シ此時ヨリ一個年ヲ起算スレハ不可ナカルヘシトノ說アルヤモ知ルヘカラスト雖モ工事ノ種類ニ因リテハ此ノ如キ分界ヲ付スルヲ得ヘキモ多數ノ工事ニ在リテハ之カ分界ヲ定ムルコト難ク知ラス識ラヌノ間ニ起訴ノ權ヲ失フニ至ルヘシ故ニ我輩ハ占有保護ノ點ヨリ之カ妨害ヲ防クノ途ヲ開ク以上ハ舊民法ニ於ケルカ如キ規定ヲ探ルニ非サレハ完全ニ其目的ヲ達スルコトヲ得サルヘシト信ス然レトモ是レ固ヨリ立法上ノ問題ナルニ由リ本條ノ解釋ニ關係ナキモノトス

工事ニ因リ占有物ニ妨害ヲ與フルハ工事ノ性質上占有ノ妨害ト爲ルヘキトキニ限ルモノナリ故ニ建物カ自然ニ腐朽シテ傾覆ノ恐アリ爲メニ占有ニ妨害ヲ與フルノ虞アルカ如キ場合ハ是レ工事ノ性質上ヨリ來ル占有ノ妨害ニ非サルカ故ニ固ヨリ建物ノ建築着手又ハ竣成ノ如何ニ拘ラス其傾覆ノ危險ニ存スル間ハ占有保全ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノトス

占有回收ノ訴ハ占有ニ關スル過去ノ妨害ニ對スル救済手段トシテ提起スルコトヲ得ル所ノモノナリ(第二〇〇條)占有回收ノ訴ハ占有物ノ返還及ヒ占有ヲ奪ハレタル爲メ損害ヲ生スルトキハ其賠償ヲ目的トスル所ノ訴ナリ抑モ占有權ハ物權ナルヲ以テ占有ノ訴權ハ物上訴權ノ一ニシテ損害賠償ノ場合ヲ除キテハ占有妨害ノ事實アル以上ハ其妨害ノ現實ニ存在スル所ニ向テ提起スルコトヲ得ルモノナリ然ルニ占有回收ノ訴ニ限り侵害者ノ特定承繼人カ善意ナルトキハ之ニ對シテ提起スルコトヲ許サス蓋シ占有回收ノ訴權ヲ認ムル所以ハ現在ノ占有者ヲ保護スルカ爲メナルヲ以テ縱令前主ノ占有カ他人ノ占有物ヲ侵害シタルニモモセヨ其特定承繼人タル買受人若クハ受贈者等カ其事實ヲ知ラサルニ於テハ是レ其正當ニ其占有權ヲ取得シタルモノナルニ因リ若シ此等善意ノ占有者ニ對シテモ尙ホ占有回收ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノトスルトキハ是レ却テ現在ノ占有者ヲ害スルノ結果ヲ生ス現占有者ヲ保護スル精神ヨリ占有回收ノ訴權ヲ認メシ趣意ニ反スルカ故ナリ尤モ特定承繼人ト雖モ惡意ナルトキハ之ヲ保護スル理由ナキニ因リ第二百條第二項ノ但書ヲ以テ之ヲ除外セ

リ故ニ占有有訴權ハ物上權ナルニ拘ラス占有回收ノ訴ハ善意ノ特定承繼人ニ對シテハ之ヲ提起スルコトヲ得サルモノトス占有回收ノ訴ハ侵奪ノ時ヨリ一年ヲ經過スルトキハ之ヲ提起スルコトヲ得ス第二〇一條第三項以上ヲ以テ占有保持ノ訴占有保全ノ訴及ヒ占有回收ノ訴ノ何タルヤヲ説明シ了レヲ要スルニ此等ノ占有ノ訴ハ占有ヲ一ノ權利トスルヨリ生スル當然ノ結果ニシテ各獨立シタル一個ノ訴權ナリ故ニ本權ノ訴ト相關係セサルコトハ明カナリ然ルニ法律ハ殊ニ第二百二條ニ於テ占有ノ訴ハ本權ノ訴ト互ニ相妨タルコトナシト規定シタルモノハ從來占有有其物ノ性質ニ對シテハ之ヲ一ノ事實ト看做ヤタル爲メ之ヲ一ノ權利ト認ムルニ拘ラス尙ホ諸國ノ法律ニ於テ其本權トノ間ニ何等カノ關係ヲ存シタルカ如キ規定少ナカラサルヨリ新民法ハ占有ハ一ノ完全ナル權利ナルヲ認ムルト同時ニ其訴ハ全ク獨立シテ本權ノ訴ト何等ノ關係ナキコトヲ表明スル爲メ殊ニ本條ノ規定ヲ置キタルモノナラン第二百二條第二項ニ占有ノ訴ハ本權ニ關スル理由ニ基キテ之ヲ裁判スルコトヲ得スト規定シタリ是レ亦占有ノ訴ヲ一個獨立ノ訴ト視ルヨリ生スル當然ノ

是ナリ

## 第二 承諾

### (一) 承諾ノ要件

承諾ニ因リテ契約ヲ成立セシムルニハ左ノ要件ヲ具備スルコトヲ要ス

(イ) 申込ニ對シ承諾ヲ爲スノ意思アルヲ要ス 申込アルコトヲ知ラスシテ承諾ト看做スヘキ行爲ヲ履行スルモ承諾ト云フコトヲ得ス從テ契約成立セサルモノトス

(ロ) 申込ノ全部ヲ無條件ニテ承諾スルコトヲ要ス 若シ申込ヲ受ケタル者其申込ニ對シテ新ニ條件ヲ加フルカ或ハ條項ヲ變スルトキハ承諾ト爲ルヘキモノニ非ス此場合ニ於テ申込ヲ爲シタル者ハ其申込ノ拒絶ト看做スカ又ハ新ニ申込ヲ受ケタルモノト看做スヘキモノトス

(ハ) 申込ノ條件ニ從ヒ承諾ヲ爲スコトヲ要ス 申込中ニ承諾ノ方法時間等ヲ指定シタルトキハ之ニ從ヒテ承諾ヲ爲スコトヲ要ス故ニ若シ其條件ニ從ハズシテ承諾ヲ爲シタルトキハ契約ハ成立セサルモノトス

(二) 承諾ハ申込ノ効力ヲ有スル間ニ之ヲ爲スコトヲ要ス 故ニ申込ノ効力ヲ生スル前又ハ其効力ヲ失ヒタル後契約ヲ爲スモ契約成立セサルヲ原則トス尤モ此點ニ關シテハ一ノ例外アリ即チ第五百二十七條第二項ノ場合はナリ

## (二) 承諾ノ効力

承諾ノ効力ハ之ニ因リテ契約ヲ成立セシムルニ在リ此効力ハ相手方ノ意思カ申込者ニ通知セラルルニ因リテ發生ス尤モ申込者ノ意思表示又ハ取引上ノ慣習ニ因リ承諾ノ通知ヲ必要トセサル場合ニ於テハ契約ハ承諾ノ意思表示ト認ムヘキ事實アリタル時ニ成立スルモノトス(第五二六條第二項參照)此効力ヲ生スル時期ヲ法律上契約成立ノ時期ト稱シ學說上及ヒ法制上大ニ議論ノ存スル所ナリ此點ニ關シテハ後ニ至リテ之ヲ詳論セントス

## 第二項 契約阻却ノ原素

既ニ述ヘタル如ク契約成立ノ要素タル二個ノ意思表示ハ各其表示セラレタル意思ト眞ノ意思ト相一致シ且ツ其意思ハ任意ニ表示セラレサルヘカラス若シ

其表示セラレタル意思眞實ナラス又任意ナラサルトキハ縱令表面上契約成立スルカ如キモ其實無効ノ契約ナルカ又ハ取消シ得ヘキ契約ナリトス即チ前者ハ契約ヲ阻却スルモノニシテ後者ハ契約ノ瑕疵ヲ爲スモノナリ今左ニ契約阻却ノ原素ニ付キ説明セン

契約阻却ノ原素ニ四アリ

第一 相手方ノ認知セル意中ノ留保

第二 虛偽ノ意思表示

第三 意思ノ欠缺ニ基ク錯誤

第四 意思ノ欠缺ニ基ク強迫

是ナリ

第一 相手方ノ認知セル意中ノ留保(第九三條參照)

意中ノ留保トハ當事者カ故意ニ其意思ニ非サルコトヲ表示スルヲ云フ例ヘキ甲カ乙ニ對シ其所有ノ書籍ヲ贈與スヘキ旨ヲ表示シタルモ是レ唯一時ノ戲言ニシテ其實眞ニ之ヲ贈與スルノ意思ナカリシ場合ノ如シ此場合ニ於テ乙ハ甲

ノ言ヲ信シテ其約束ヲ爲シタルニ後日ニ至リ甲ハ其真正ノ意思ニ非サルコトヲ唱ヘテ其贈與ヲ拒ムコトヲ得ルモノトスレハ乙ハ甲ノ爲メニ欺カレテ損害ヲ被ルコトアルヘシ故ニ此場合ニ於テハ相手方ヲ保護スル爲メ縱令意思ト表示ト相合致セサルニ拘ラス法律上之ヲ有效ノモノト爲セリ然レトモ若シ相手方カ意思表示ノ當時其當事者ノ真意ニ非サルコトヲ認知セル場合若クハ事情ニ因リテ之ヲ認知シ得ヘキ場合ニ於テハ法律上其意思表示ヲ無効ノモノト爲セリ例ヘハ甲カ平素好シテ戲言ヲ弄スルモノニシテ且ツ乙ハ甲ヨリ贈與ヲ受クヘキ理由ナキニ或高價ナル物品ノ贈與ヲ受クル申込ニ接シ之ヲ約シタルトキハ乙ハ甲ノ申込カ其戲言ニ出ツルモノナルコトヲ知ルヘカリシモノト看做ササルヘカラス故ニ縱令乙カ此戲言ヲ眞實ナリト誤信スルモ其贈與ヲ以テ有效ナリト爲スコトヲ得ス即チ斯ル場合ニハ契約阻却ノ一原因ト爲ルモノナリ但シ其戲言ニ因リテ乙ニ損害ヲ加ヘタルトキハ不正ノ損害ノ原則ニ從テ甲ニ於テ其賠償ノ責ニ任スヘキハ勿論ナリトス

第二 虛偽ノ意思表示第九四條舊民法證據編第五〇條乃至第五二條參照

虛偽ノ意思表示トハ當事者カ相手方ト通謀シテ特ニ真ノ意思ニ異ナリタル表示ヲ爲スモノヲ云フ例ヘハ議員ノ資格ヲ得ル爲メ表面上他人ノ田地ヲ讓受タルモ真ニ之ヲ讓受クルノ意思ナキ場合ノ如キ此場合ニ於テハ讓受人ノ讓受ノ意思表示及ヒ相手方ノ讓渡ノ意思表示ハ其ニ虛偽ノ意思表示ニシテ真ノ意思ヲ表示シタルモノニ非ナルカ故ニ其契約ハ法律上無効ナリトス尤モ此場合ニ於テ善意ノ第三者ニ對シ其無効ヲ對抗シ得ルモノトスレハ第三者ハ爲メニ妙カラサル迷惑ヲ被ルコトアルヘシ故ニ縱令當事者間ニ於テハ其契約ハ無効ナリトスルモ善意ノ第三者ニ對シテ全然其效力ヲ生スルモノト爲ササルヘカラス但シ此場合ニ於テモ讓受人カ讓渡人ニ對シテ損害ヲ生セシメタルトキハ讓渡人ハ其賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘキハ勿論ナリトス

第三 意思ノ欠缺ニ基ク錯誤第九五條舊民法財產編第三〇九條乃至第三一一條舊商法第三〇一條參照

錯誤トハ當事者ノ誤解ニ因リ其真ノ意思ト其表示トカ相齟齬スルコトヲ云フ而テ當事者雙方ノ意思カ各其表示ト相齟齬スルトキハ之ヲ雙面ノ錯誤ト云

ヒ當事者何レカ一方ノ意思カ其表示ト相齟齬スルトキハ之ヲ片面ノ錯誤ト云フ面シテ錯誤カ契約阻却ニ關スルハ敢テ雙面ト片面トニ關係スルコトナシ錯誤カ契約ヲ阻却スルハ如何ナル場合ナルヤト云フニ即チ意思ノ欠缺ニ基ク錯誤アル場合ニ生スルモノトス意思ノ欠缺ニ基ク錯誤トハ契約ノ要素タル當事者及ヒ目的ノ上ニ錯誤ヲ來ス場合ヲ云フ是レ蓋シ一般法律行為ノ無効ヲ生スル錯誤ノ場合ト異ナルコトナシ民法第九十五條ニ曰ク「意思表示ハ法律行為ノ要素ニ錯誤アリタルトキハ無効トスト」而シテ法律行為ノ要素ハ即チ當事者及ヒ目的ナルコトハ已ニ述ヘタル所ナリ此法律行為ノ要素ニ錯誤アルトキハ即チ意思全ク欠缺セルモノニシテ所謂意思表示ハ眞ノ意思表示ニ非ス故ニ其意思表示ヲ無効ト爲スナリ契約カ意思欠缺ノ錯誤ニ因リ阻却セラルルモ全ク此原則ニ基クモノナリ而シテ斯ル場合ニハ當事者ノ何レヨリモ其無効ヲ主張スルコトヲ得ルヲ當然ト爲スト雖モ若シ其意思ヲ表示スルモノニシテ重大ナル過失アルトキハ其意思表示者ハ不法行為ノ原則ニ依リ其無効ヨリ生スル一切ノ損害ヲ賠償セサルヘカラス然レトモ損害賠償ハ其標準ニ付キ不確實ナ

ルヲ免レサルニ依リ法律ハ之ニ代フルニ其意思表示ノ無効ハ過失アル意思表示者ヨリ之ヲ對抗スルコトヲ得サルモノト爲セリ

契約ノ錯誤ノ爲メニ阻却セラルルハ全ク以上ノ原因ニ基クモノニシテ若シ夫レ理由ノ錯誤若クハ緣由ノ錯誤等ノ如キニ至リテハ契約ノ要素ニ錯誤アリト云フコトヲ得サルカ故ニ契約ノ成立ニハ何等ノ關係ナキコトト知ルヘシ尙ホ左ニ場合ヲ分チテ細說セン

(一) 當事者ノ身上ニ關スル錯誤 當事者ノ身上ニ關シテハ左ノ三級ノ區別ヲ爲スコトヲ要ス

(イ) 當事者ノ身上カ契約ノ主要ナルモノニシテ且ツ確定ノ原因ト爲ル場合例ヘハ贈與寄託代理等無償契約ノ場合はナリ

(ロ) 當事者ノ身分又ハ職業上ノ技藝ヲ特ニ必要トスル場合 例ヘハ勞役ヲ爲ス契約ノ如シ

(ハ) 契約ニシテ當事者ノ身上ヲ全ク問フコトヲ要セサル場合 例ヘハ賣買抵當等ノ如シ

當事者ノ身上ニ關スル錯誤カ契約ヲ阻却スル場合ハ以上述べタル(イ)及ヒ(ロ)場合ニシテ特定ノ人ト契約ヲ爲スニ際シ其人ノ身分分限等異ナルトキハ其契約ヲ無効トス換言スレハ當事者ノ身上ノ錯誤カ契約ノ主眼ニ關スル錯誤ナルトキハ契約ヲ阻却スルモノナリ然レトモ當事者ノ身上カ果シテ契約ノ主要ノ理由ヲ爲スヤ否ヤノ問題ハ事實問題ニ屬シ各場合ニ接シ當事者ノ意思ニ基キテ定メサルヘカラス大體ヨリ之ヲ云ヘハ一般ニ無償契約ハ報酬ヲ受クルコトナクシテ純然恩惠ヲ與フルノ意ニ出ツルモノナルカ故ニ多クハ人ヲ以テ主タル目的ト爲スモノト云ハサルヘカラス有償契約中ニテモ例ヘハ代理組合若クハ或技藝ヲ目的トスル契約ノ如キハ當事者ノ身上ニ重キヲ置クモノナリ買賣貸貸ノ如キハ敢テ當事者ノ何人タルヲ論セサルカ如キモ若シ貸主カ或借主ノ實着ナルヲ信シテ貸借契約ヲ結ビ若クハ賣主カ或買主ノ代價ノ支拂ニ於テ時ヲ誤ラサル等ノ爲メニ賣買ノ契約ヲ爲シタルカ如キ場合ニ於テハ當事者ノ身上カ契約ノ主要ナル理由ヲ爲スモノト云ハサルヘカラス畢竟當事者ノ身上カ決意ノ原因ヲ爲シタルヤ否ハ一ニ裁判官ノ判定ニ任セサルヘカラス

ナリ

(二) 契約ノ目的ニ關スル錯誤 契約ノ目的ニ關スル錯誤カ契約ヲ阻却スル場合モ亦其錯誤カ目的ノ主眼ニ關係セサルヘカラス而シテ契約ノ目的ニ關スル錯誤ニ二アリ目的ノ成立ニ關スル錯誤及ビ目的ノ本體ニ關スル錯誤即チ是ナリ

(イ) 目的ノ成立ニ關スル錯誤トハ例ヘハ甲カ乙ニ對シ舶來ノ米ヲ賣ランコトヲ約シタルモ其米ハ途中ニ於テ船長カ之ヲ他ニ賣却シ了リタル場合ノ如シ

(ロ) 目的ノ本體ニ關スル錯誤トハ例ヘハ金瓶ヲ買フノ意思ニシテ誤テ眞鍮ノ瓶ヲ買ヒタル場合ノ如シ

舊民法ニハ事實上合意ノ性質ニ錯誤アルトキハ意思ノ欠缺アリタルモノト看做シ契約阻却ノ一原因ト爲シタリ例ヘハ贈與ト賣買トヲ誤リタル場合ノ如シ然レトモ此場合ハ之ヲ贈與ナリト信スル者ハ一方ヨリ權利ヲ移轉スルノミニシテ他ノ一方ヨリ之カ報償ヲ出スコトナシト思ヒ之ヲ賣買ナリト信スル者ハ一方ヨリ權利ヲ移轉スルノミナラス他ノ一方ヨリ代價ヲ拂フモノナリト思ヒ

タルニテ契約ノ目的ノ一ナル代價ノ有無ニ付キ錯誤アルモノニシテ即チ目的ノ成立ニ錯誤アルモノニ外ナラス又舊民法ニテハ法律上ノ合意ノ性質ニ錯誤アル場合例ヘハ連帶ト保證トヲ誤ルカ如キトキニハ契約ヲ阻却スルモノナリト爲セリ然レトモ此場合モ亦同シテ目的ノ錯誤ニ外ナラス即チ連帶ナリト信スル者ハ債務者カ他ノ債務者ト共ニ債權者ニ對シテハ己レ一人債務者タル如ク義務ヲ負フモノナリト思ヒ之ヲ保證ナリト信スル者ハ他ノ者カ履行ヲ爲ササルトキニ限り其責ニ任スヘキモノナリト思ヒタルニテ即チ當事者ノ間ニ彼此相異ナリタル契約ヲ爲スノ意ナルコト明カニシテ廣義ヲ以テスレハ又契約ノ目的ノ錯誤アルモノト云フヘシ

以上ノ外物ノ品質價格ニ關スル錯誤契約履行ノ時期又ハ場所ニ存スル錯誤其他算數氏名證書ノ日附又ハ場所ノ錯誤等ハ何レモ契約ノ要素ニ關係ナキカ故ニ契約ヲ阻却スルモノニ非ス其他舊民法ニテハ合意ノ原因ニ錯誤アルトキハ承諾ヲ阻却ストアルモ原因ノ契約ニ必要ナラサルコトハ既ニ陳述シタル所ナレハ今又更メテ之ヲ云フノ要ナシ又舊民法ニテハ事實ノ錯誤ト法律ノ錯誤

トヲ區別セシト雖モ之ヲ區別スルコトハ頗ル困難ニシテ法律ノ錯誤ハ往往事實ノ錯誤ト同一ニ看做ササルヘカラサル場合多クレハ法律上別ニ之ヲ區別スルノ必要ナシト信ス

#### 第四 意思ノ欠缺ニ基ク強迫舊民法財産編第三一三條及ヒ第三一七條參照

強迫トハ他人ノ暴行脅迫ニ因リ當事者カ其真意ト異ナリタル意思表示ヲ爲スヲ云フ而シテ意思ノ欠缺ニ基ク強迫アルトキハ契約ノ無效ヲ來スモノトス例ヘハ甲カ乙ニ對シ短銃ヲ差向ケテ或契約ヲ爲スコトヲ迫リ若シ乙之ニ應セサルトキハ必ス甲ノ爲メニ銃殺セラレコト明カナル場合ニ於テ乙ハ毫モ其契約ヲ爲ス意思ナシト雖モ表面其意思アルモノノ如ク假裝シ契約ヲ爲ス旨ヲ答ヘタリトセンニ是レ全ク契約ヲ爲スノ意思欠缺セルモノニシテ從テ契約成立セサルモノトス舊民法ニハ當事者ノ一方カ不可抗力ニ出テタル急迫ノ災害ヲ避ケル爲メ熱慮スルノ暇ナクシテ過度ナル義務ヲ約シ又ハ無思慮ナル讓渡ヲ爲シタルトキハ承諾ヲ阻却ストアリ例ヘハ水ニ溺レ若クハ火災ニ際シ救ヲ求めンカ爲メ巨額ノ金銭ヲ與ヘント約シタル場合ノ如シ然レトモ此場合ニ於テハ其

災害カ當事者ノ意思ニ如何ナル影響ヲ及ボシタルヤ換言スレハ當事者ノ畏怖ノ程度ニ付キ區別セサルヘカラスト信ス畏怖最モ甚シクシテ全ク意思ノ錯亂ヲ來シタル場合ニハ即チ意思欠缺スルモノニシテ其契約ハ不成立ナレトモ單ニ畏怖ノ爲メ充分ナル意思ノ自由ヲ有セサルノ程度ナリトスレハ其當時ニ於テ其金額ヲ與フルノ意思ハ確ニ存在セシモノニシテ之ヲ救ヒタル者ハ其金額ヲ得ンカ爲メニ自ラ危險ヲ侵シテ之ヲ救助シタルモノナレハ後日之ニ金額ヲ與フルヲ要セスト爲ストキハ遂ニ斯ノ如キ場合ニ危急ヲ救フ者ナキニ至ルヘシ故ニ多クノ場合ニ於テハ此等ノ天災地變等不可抗力ニ出テタル災害ヲ避クルカ爲メニ威契約ヲ爲シタルトキハ之ヲ有效トス而シテ新民法ニ於テハ此等ノ不可抗力ニ出ツルモノヲ以テ強迫ト看做サス強迫ハ常ニ相手方ノ同意ヲ得ルノ目的ヲ以テ他人ノ暴行脅迫ノ所爲ヲ要スル場合ノミニ付キ規定セリ

強迫カ契約ヲ阻却スルニハ左ノ三ノ條件ヲ要ス

(一) 強迫ノ程度 強迫ノ契約ヲ阻却スルモノハ抵抗スルコトヲ得サル暴行ニシテ畏怖ノ念其極度ニ達シ全ク意思ノ自由ヲ缺クニ至ルコトヲ要ス蓋シ暴行

ヲ爲ス方法ハ一ナラスト雖モ畢竟強迫ヲ受ケタル者カ強迫ヲ爲ス者ノ需ニ應セサルトキハ必ス危害ヲ被ルコト明カナル強迫アルニ因リ非常ニ畏懼恐怖ノ念ヲ生シ遂ニ其意思ニ非サル契約ヲ爲ス場合ナリ而シテ果シテ意思欠缺ニ基ク強迫アルヤ否ハ關係のノモノナルカ故ニ裁判官ハ各場合ノ事情ニ從ヒ之ヲ査定セサルヘカラス

(二) 強迫ノ主體 強迫ヲ加フル人ハ當事者ノ一方ナルト第三者ナルトヲ問ハス且ツ第三者カ當事者ノ一方ト通謀セシヤ否ハ關係ナキモノトス其理由ハ「強迫ハ強迫自體ヲ審查シ詐欺ハ當事者自身ヲ審理ス」トノ格言ニ基クモノニシテ強迫ハ其之ヲ爲ス者ノ主體ニ重キヲ置カサルモノトス且ツ強迫ハ主體重大ニシテ相手方ヲシテ全ク意思ノ自由ヲ缺クニ至ラシムルモノナルカ故ニ詐欺ニ比シテ一層法律ノ保護ヲ厚クシタルモノナルヘシ

(三) 強迫ノ目的 強迫ノ目的ハ或ハ身體ナルコトアリ或ハ財産ナルコトアリ然レトモ強迫カ契約ヲ阻却スル場合ニ於テハ其身體財産ハ必ス其強迫ヲ受クル者ノ身體財産ナラサルヘカラス蓋シ他人ノ身體財産ニ對スル強迫ハ未タ以

ヲ當事者ノ意思ヲ欠缺スルノ程度ニ達スルコトヲ得サルヘクレハナリ

### 第三項 契約瑕疵ノ原素

契約ノ瑕疵トハ契約ハ成立スルモ其契約ニ瑕疵アルモノニシテ當事者ハ其選擇ニ依リ之ヲ取消シ若クハ追認ヲ爲シ得ル場合ヲ云フ此場合ニ於テ取消アレハ契約ハ初メヨリ成立セサルモノト同一ニ看做サレ追認アレハ契約ハ最初ヨリ完全ニ成立セルモノト看做スヘキモノトス契約瑕疵ノ原素ニ三アリ(一)欺詐ニ基ク錯誤(二)自由ノ欠缺ニ基ク強迫(三)無能力即チ是ナリ

第一 詐欺ニ基ク錯誤第九六條舊民法財産編第三一二條乃至第三一七條

詐欺ヲ以テ契約ノ瑕疵ト爲スハ詐欺ニ因リ錯誤ヲ生スルニ起因ス蓋シ當事者ノ一方カ詐欺ヲ行フ場合ニハ其相手方ハ或ハ毫モ過失ナク或ハ又過失アルモ惡意アルニ非ス而シテ詐欺者ハ故意ニ相手方ヲ欺キ以テ自己ノ利ヲ計ル者ニシテ詐欺ニ遭ヒタル者ハ之カ爲メニ契約ノ錯誤ヲ來スモノナルカ故ニ若シ之ヲ取消スコトヲ得サルモノトスレハ爲メニ非常ノ損害ヲ被ルコトヲ免レサル

ヘシ即チ詐欺ニ基ク錯誤ヲ以テ契約取消ノ原因ト爲セタルハ詐欺者ト被詐欺者トノ地位ヲ比較シ被詐欺者ヲ保護スルノ趣意ニ出ツルモノナリ故ニ之ヲ取消ス場合ハ必ス其相手方カ詐欺ヲ行フヲ必要トシ若シ第三者カ詐欺ヲ行ヒタルカ如キ場合ニハ契約ノ效力ニ關シテハ何等ノ影響ナキヲ原則トス然レトモ第三者カ詐欺ヲ行ヒタル場合ニ於テ相手方カ其詐欺ノ事實ヲ知リタルトキハ表意者カ自由ニ其意思ヲ表示シタルニ非サルヲ知ルヘキカ故ニ其契約ヲ取消スモ相手方ハ別ニ損害ヲ被ラサルニ因リ法律上之ヲ取消スコトヲ得ルモノト爲セリ而シテ詐欺ニ基ク錯誤ニ依リ契約ヲ取消セ其結果第三者ニ及フコトヲ得ルモノトセハ頗ル取引ノ安全ヲ害スルモノナルカ故ニ善意ノ第三者ニ對シテハ其取消ノ效力ヲ對抗スルコトヲ得サルモノトス舊民法ニハ當事者ノ一方カ詐欺ヲ行ヒ其詐欺カ他ノ一方ヲシテ台意ヲ爲スコトヲ決意セメタルトキハ其一方ハ補償ノ名義ヲ以テ合意ノ取消ヲ求ムルコトヲ得トアリト雖モ元來此等ノ場合ニハ當事者カ充分自由ニ其意思ヲ定メタルモノト云フコトヲ得サルカ故ニ意思ニ瑕疵アルモノトシテ其契約ヲ取消スコトヲ得ルモノト爲スヲ至當

トス蓋シ補償ノ名義ヲ以テ契約ヲ取消スト云フハ詐欺ニ因リ損害ヲ受ケタル  
カ故ニ原狀回復ノ方法トシテ契約ノ取消ヲ求ムルモノニシテ彼ノ契約ノ瑕疵  
ニ因リ其契約ヲ取消スコトハ異ナレリ即チ補償名義ニテ取消ヲ要求スルハ  
契約ニ瑕疵アルカ故ニ要求スルモノニ非スシテ契約ハ成立シ其效力完全ナレ  
トモ唯一方カ詐欺ヲ行ヒタルカ爲メニ損害賠償トシテ之カ取消ヲ許スモノナ  
リ故ニ詐欺ニ依リ契約ヲ爲スコトニ決意セシメタル場合ノ如キハ補償名義ニ  
テ取消ヲ要求スルモノニ非ス契約ノ瑕疵アルモノトシテ之ヲ取消サシムルヲ  
穩當トス又舊民法ニハ詐欺ニ基ク錯誤ニシテ承諾ヲ阻却スル場合ヲ認ムレト  
モ凡ソ錯誤カ契約ヲ阻却スルハ意思ノ欠缺ニ基クヲ要スルモノナルニ此場合  
ニハ純然意思欠缺スルニ非ス單ニ自由ノ意思ヲ表示セサルニ過キサレカ故ニ  
契約ノ瑕疵ヲ爲スモノト云ハサルヘカラス其他舊民法ニハ合意ノ附隨ノ原因  
ヲ爲ス身上ノ錯誤又ハ物ノ品質價格ニ關スル錯誤合意ノ履行ノ時期又ハ場所  
ニ關スル錯誤并ニ物ノ資格人ノ分限ニ關スル法律上ノ錯誤等ヲ以テ承諾瑕疵  
ノ原因ト爲セトモ新民法ニ於テハ以上ノ錯誤カ苟モ契約ノ要素ニ關係シテ契

更ニ他家ノ養子ト爲スコトアルハ從來往往見ル所ナルヲ以テ此ノ如キ場合ニ  
於テハ依然其親族關係ヲ繼續セシメント欲シタルニ外ナラサルナリ

(二) 一旦婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入りタル者カ更ニ婚姻又ハ養子縁  
組ニ因リテ其家ヨリ他家ニ入りタル場合ニ於テ離婚又ハ離縁ヲ爲シタルトキ  
ハ最初ノ實家ニ復歸セスシテ初メ婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ入りタル家第一  
ノ婚家又ハ養家ニ復歸スヘキナリ蓋シ第二ノ婚姻又ハ養子縁組ニ付テハ右ノ  
家ハ實家ト看做スヘケレハナリ

再婚姻又ハ再縁組ハ婚家養家又ハ實家ノ戸主カ同意ヲ爲ササル場合ト雖モ之  
ヲ爲スコトヲ得然レトモ此場合ニ於テ同意ヲ爲ササル戸主ノ爲メニ再婚姻又  
ハ再縁組ヲ爲サント欲スル者ニ對シテ制裁ヲ與ヘサルヘカラス是ヲ以テ同意  
ヲ爲ササル戸主ハ婚姻又ハ養子縁組ノ日ヨリ一箇年内ニ自家ニ復歸スルヲ拒  
ムコトヲ得ルモノト爲シタリ

○離婚及ビ復籍ヲ拒絕セラレタル家族 法律ハ離婚ニ付キ二個ノ場合ヲ規定  
セリ其一ハ家族カ戸主ノ同意ヲ得シテ居所ヲ定メタル場合第七四九條第三

項他ノ一ハ家族カ戸主ノ同意ヲ得スシテ婚姻又ハ養子縁組ヲ爲シタル場合第七五〇條第二項是ナリ又復籍拒絶ニ付テハ藝ニ説キタル第七百四十一條ノ場合及ヒ家族カ戸主ノ同意ヲ得スシテ婚姻又ハ養子縁組ヲ爲シタル場合第七五〇條第二項ヲ規定セリ此等ノ場合ニ於テ離籍セラレタル家族及ヒ實家ニ入ルヘキ者ニシテ復籍ヲ拒絶セラレタル家族ハ入ルヘキ家アラサルヲ以テ一家ヲ創立スルヨリ外ニ途アラサルナリ他家ニ入リタル後復籍ヲ拒マレタル者カ離婚又ハ離縁ニ因リテ其家ヲ去リタルトキモ亦同一ナリ(第七四二條人事編第二四九條第二五〇條)

○他家相續分家及ヒ廢絶家再興 第七百四十三條 家族ハ戸主ノ同意アルトキハ他家ヲ相續シ分家ヲ爲シ又ハ廢絶シタル本家分家同家其他親族ノ家ヲ再興スルコトヲ得但未成年者ハ親權ヲ行フ父若クハ母又ハ後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ得ス

此規定モ我邦ノ慣習上認ムル所ナリ今規定ノ各場合ニ付キ一言セン

(一) 他家相續 第九百七十九條ノ規定ニ從ヒ家督相續人トシテ指定セラレタ

ルトキ又ハ第九百八十二條及ヒ第九百八十五條ノ規定ニ從ヒ家督相續人トシ

テ選定セラレタルトキニ於テハ家族カ他家ノ家督相續人ト爲ルコトアリ

(二) 分家 從來戸主ノ籍ニ從屬セシ者其羈絆ヲ脱シ自ラ獨立シテ一家ヲ創立スルハ分家ナリ而シテ法定ノ推定家督相續人ハ分家ヲ爲スコトヲ得ス第七四四條然シトモ其他ノ場合ニ於テハ分家ヲ爲スコトヲ得

(三) 廢絶家 廢家ト絶家トハ同一ナルモノニ非ス廢家トハ戸主カ故ラニ其家ヲ消滅セシメタルモノヲ云フ例ヘハ分家シテ一家ヲ創立セシ者カ本家ニ復歸シテ其家ヲ廢セシカ如キモノ是ナリ又絶家トハ戸主ヲ失ヒタル家カ相續スヘキ者ナクシテ自然ニ消滅セシモノヲ云フ

(四) 同家 同家トハ同一ノ家ヨリ岐レタル數多ノ分家アル場合ニ於テ其分家間ヲ云フ

家族ハ廢絶シタル本家分家同家其他親族ノ家ヲ再興スルコトヲ得然レトモ之カ爲メニハ戸主ノ同意アルコトヲ要ス

成年ノ者ハ單ニ戸主ノ同意アルニ於テハ以上ノ如ク他家ヲ相續シ分家ヲ爲シ

廢絶シタル家ヲ再興スルコトヲ得ヘシト雖モ若シ未成年者ナルトキハ戸主ノ  
外尙ホ親權ヲ行フ父若シハ母又ハ後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス未成年者カ  
此等ノ者ノ同意ヲ得ルコトハ疊ニ第七百三十七條第二項ニ付キ説キタルカ如  
ク此等ノ者カ未成年者ノ法定代理人タルハ其財産ニ付テノミ然ルモノナルヲ  
以テ特ニ本條ノ如キ規定ナキニ於テハ當然總則ノ規定ヲ適用スルコト能ハサ  
レハナリ

家族中普通ノ者ハ右ニ叙述スルカ如ク戸主ノ同意アルニ於テハ他家ニ入り又  
ハ一家ヲ創立スルコトヲ得可シト雖モ法定ノ推定家督相續人ハ他家ニ入り又  
ハ一家ヲ創立スルコトハ許サレサルナリ(第七百四十四條)是レ他ナシ我邦ハ古來家  
ヲ重シスルノ風俗ナルヨリシテ法律ノ規定ニ依ルノ外ハ法定ノ家督相續人ノ  
廢除ヲ爲シ(第九七五條)又ハ其相續權ノ拋棄ヲ爲ス(第一〇二〇條)コトヲ許サザ  
ルモノナレハ縱令戸主ノ同意アルトキト雖モ法定ノ推定家督相續人ニハ他家  
ニ入り又ハ一家ヲ創立スルコトヲ許サザルナリ然レトモ此原則ニハ二個ノ例外アリ其一ハ分家ヨリ入りテ本家ヲ相續スル場

合他ノ一ハ戸主ノ同意ヲ得シテ婚姻シ又ハ養子ヲ爲シタルニ因リ離婚セラ  
レタル場合はナリ第一ノ場合ハ從來ノ習慣ニ基クモノニシテ本家分家ノ間ニ  
於テハ本家ヲ重シシ本家ヲ相續スル必要アル場合ニ於テハ分家ノ戸主スラ裁  
判所ノ許可ヲ得テ本家ニ入ルコトヲ得第七百六十二條)ルモノナレハ本家相續ノ必  
要アル場合ニ於テハ法定ノ推定家督相續人ト雖モ之ヲ相續スルコトヲ許サザ  
ル可カラス第二ノ場合ニ於テハ家族カ戸主ノ同意ヲ得シテ自ラ婚姻ヲ爲シ  
又ハ養子縁組ヲ爲ストキハ或ハ戸主ノ不當ナリト信スル配偶者又ハ養子ヲ  
迎ヘ之カ爲メニ其家ノ血統ヲ紊リ或ハ相續權ヲモ戸主ノ不當ナリト信スル  
者ニ與フルニ至ル可キカ故ニ此場合ニ於テ戸主ハ法定ノ推定家督相續人タリ  
ト雖モ其家族ヲ離婚シ又ハ其家族カ婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入りタ  
ルトキハ其復籍ヲ拒絶スルコトノ權利ヲ戸主ニ與ヘサレハ戸主權ニ制裁ナキ  
ヲ以テ此第二項ノ規定ヲ設ケタル所以ナリ  
夫カ他家ニ入り又ハ一家ヲ創立シタルトキハ妻ハ之ニ隨ヒテ其家ニ入ル―第  
七百四十五條

夫婦ハ居テ同シウシ家ヲ同シウスルコトヲ要スルモノナレハ夫カ他家ニ入リ若クハ一家ヲ創立スル場合ニ於テ離婚セザル以上ハ妻カ之ニ隨從ス可キモノナルコトハ夫婦タル性質ノ上ニ於テ然ル可キノミナラス亦從來ノ慣習ニ於テモ然ルヲ以テ此規定ヲ設ケタリ

## 第二節 戸主及び家族ノ權利義務

本節ニ於テハ戸主ト家族トノ權利ヲ明カニシタルモノニシテ戸主權ノ範圍、其行使ノ方法等ヲ定メタリ

○氏——第七百四十六條 戸主及び家族ハ其家ノ氏ヲ稱ス(人事編第二四三條第二項)

氏ハ家ニ屬スル名稱ニシテ之ヲ以テ他家ト區別ヲ爲ス我邦從前ノ慣習ハ支那ニ倣ヒ嫁シテ人ノ妻ト爲リタル後ト雖モ仍ホ生家ノ氏ヲ稱セシカ本法ハ氏ヲ以テ専ラ家ニ屬スル名稱ト爲シ同一ノ家ニ在ル者ハ皆同一ノ氏ヲ稱スルコトヲ要セシメタリ此ノ如クスルトキハ同家族内異ナリタル氏ヲ稱スル者ナキニ

至リ紛ハシキコトアラサルナリ

○戸主ノ義務——第七百四十七條 戸主ハ其家族ニ對シテ扶養ノ義務ヲ負フ(人事編第二四四條)

扶養ノ義務トハ自己ノ資産又ハ勞務ニ依リテ生活ヲ爲スコト能ハサル者又ハ自己ノ資産ニ依リテ教育ヲ受クルコト能ハサル者ニ對シ其生活ノ資料ヲ供シ又ハ引取リテ之ヲ養ヒ又ハ教育ヲ受ケシムルノ義務ナルコトハ第九百五十九條ニ依リテ明瞭ナリ蓋シ戸主ハ家督相續ニ因リテ家ニ屬スル財産ノ全部ヲ相續スルヲ常トセルヲ以テ家族ニ對シテ此義務ヲ負ハシムルハ當然ノコトニ屬セリ

○家族ノ財産權——第七百四十八條 家族カ自己ノ名ニ於テ得タル財産ハ其特有財産トス

戸主又ハ家族ノ孰レニ屬スルカ分明ナラサル財産ハ戸主ノ財産ト推定ス(人事編第二四五條)

家族ハ自ラ職業ヲ爲シテ財産ヲ取得スルコトアリ又ハ遺産相續遺贈若クハ贈

與其他ニ因リテ財産ヲ取得スルコトアリ而シテ家族カ其名義ヲ以テ財産ヲ取得シタルコト明カナルトキハ之ヲ其所屬ト爲スハ條理上ニ於テモ亦從來ノ慣習ニ於テモ然ルヲ以テ此規定ヲ設ケタリ而シテ家族ノ有スル財産ハ戸主ニ關保ナキヲ以テ戸主又ハ他ノ家族ノ負擔シタル債務ノ辨濟ニ當テラハルコトナキナリ然レトモ戸主家族ハ通常一家ニ同居スルカ故ニ一家中其孰レニ屬スル財産ナルヤ分明ナラサルモノアル場合ニ於テ法律ハ之ヲ戸主ニ屬スルモノト推定セリ何トナレハ我邦從來ノ家族制度ヨリ云ヘハ戸主ハ祖先傳來ノ家産ヲ舉ケテ之ヲ相續スルヲ常トスルカ故ニ一家中ノ財産ハ皆其有ニ屬スルヲ本則ト認メサルヲ得タレハナリ

○家族ノ居所ヲ指定スル權 第七百四十九條 家族ハ戸主ノ意ニ反シテ其居所ヲ定ムルコトヲ得ス(人事編第二四四條)

戸主ハ家族ニ對シ監督權ヲ有スルカ故ニ戸主ノ自ラ指定シタル居所ニ在ラサレハ之ヲ行使スルコトヲ得サルヲ以テ家族ハ戸主ト同居シ若クハ其許諾ヲ得タル所ニ居ラサル可カラス

此規定アルニ拘ラス家族カ戸主ノ指定シタル居所ニ在ラスシテ自己隨意ノ所ニ居ルコトアリ此場合ニ於テハ之ニ加フル制裁ナカル可カラス即チ戸主ノ家族ヲ扶養スル義務ハ戸主權ト相伴フ可キモノナレハ若シ戸主ニシテ事實上其戸主權ヲ行フコト能ハサルニ拘ラス尙ホ扶養ノ義務ノミヲ負ハシム可キ理ナキヲ以テ此場合ニ於テハ家族カ戸主ノ指定シタル居所ニ在ラサル間ハ戸主ハ之ニ對シテ扶養ノ義務ヲ免ルルコトトセリ

法律ハ右ノ外戸主ノ命ニ從ハサル家族ニ對シテ制裁ヲ加ヘタリ即チ戸主カ其命ニ從ハスシテ居所ヲ定メタル家族ニ對シテ相當ノ期間ヲ定メ其指定シタル場所ニ居所ヲ轉ス可キ旨ヲ催告スルモ尙ホ其催告ニ應セサルトキハ戸主ハ之ヲ離籍スルコトヲ得ルモノトセリ此場合ニ於テ家族ノ意思ハ戸主權ヲ脱セシト欲スルモノナルコトヲ推定シ得ヘキモノニシテ家族ヲ自活スルコトヲ得ル間ハ隨意ニ其戸主權ヲ脱シテ自己ノ欲スル所ニ居リ其自活スルコト能ハサルニ至リタル場合ニ於テハ其家ニ歸リテ戸主ノ扶養ヲ受クルカ如キコトヲ得セシメハ戸主權ハ實際毫モ行ハレサルニ至ル可キヲ以テ此場合ニ於テハ戸

主權ニ服セサル家族ヲ家族中ヨリ脱セシムルコトヲ得ルモノト爲シタル所以ナリ。然レトモ離籍スルコトヲ得ル此戸主權ニハ一ノ例外アリ即チ家族カ未成年者ナル場合はナリ未成年者カ擅ニ其家ヲ出テ戸主ノ指定シタル居所ニ在ラサルコトアルトモ是レ未タ其思慮充分ニ定マラサレハ之ヲ以テ戸主權ヲ脱セント欲スル完全ノ意思アリト云フヲ得ス此場合ニ於テ之ニ成年者ト同一ノ制裁ヲ加フルコトスルトキハ無賴ノ徒ヲ増スノ虞アルヲ以テ此例外ヲ設ケタリ親權ヲ有スル者ハ其效力トシテ第八百八十條ニ從ヒ未成年ノ子ヲ以テ其指定シタル場所ニ居所ヲ定メシム可キ權ヲ有シ戸主モ亦右叙述シタルカ如ク家族ニ對シ同一ノ權利ヲ有スルヲ以テ其家族カ未成年者ナルトキハ親權者ト戸主ト意見同一ナラサル場合ニ於テハ二者權利ノ衝突ヲ見ルニ非サルナキカノ疑起ル可ケレハ此問題ハ親權ノ效力ニ於テ叙述スルコトトモシテハ其旨ヲ達スル所ナリ

○家族ノ婚姻及ヒ養子縁組ノ場合ニ於ケル戸主ノ權利 第七百五十條第一項 家族カ婚姻又ハ養子縁組ヲ爲スニ於テ戸主ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス人事編第

## 二四六條第二五〇條

家族ハ總テ戸主ノ監督ノ下ニ在リ且ツ其扶養ヲ受クル者ナレハ其尊屬ナルト卑屬ナルトヲ問ハス又成年者ナルト未成年者ナルトヲ問ハス婚姻ヲ爲シ又ハ養子縁組ヲ爲スニ付テハ戸主ノ同意ヲ得サル可カラス殊ニ他ヨリ妻又ハ養子ヲ迎ヘ其家ニ入レタルトキハ之カ爲メニ戸主ノ扶養ノ義務ヲ増シ又養子ニ付テハ戸主ノ不適當ト認ムル者カ其相續權ヲモ得シトスルカ如キハ不都合ノ結果ヲ生ス可シ是ヲ以テ家族ノ婚姻又ハ養子縁組ニ付テハ戸主ノ同意ヲ得ルコトヲ要スト爲シタリ然レトモ戸主ノ同意ハ婚姻又ハ養子縁組ヲ爲スコトヲサルヲ以テ家族ハ戸主ノ同意ノ有無ニ拘ラス婚姻又ハ養子縁組ヲ爲スコトヲ得可キナリ

右ノ場合ニ於テモ制裁ナカル可カラス若シ之ナキニ於テハ戸主權ハ實際行ハレサルニ至ル可キヲ以テ法律ハ家族カ戸主ノ同意ヲ得シテ婚姻又ハ養子縁組ニ因リ他家ニ入リタルトキハ其復籍ヲ拒ムコトヲ得ルト爲シ又他家ヨリ妻又ハ養子ヲ其家ニ入レタルトキハ之カ離籍ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲シタリ

親權者モ成年齡ノ子カ其同意ナクシテ婚姻又ハ養子縁組ヲ爲シタルトキハ之  
カ取消ヲ請求スルコトヲ得第七七二條第七八三條第八四四條第八五七條

戸主ハ右戸主權ニ服從セサル者カ普通ノ家族タル場合ト法定ノ推定家督相續  
人タル場合トヲ問フコトナク離籍ヲ爲スコトヲ得可キナリ

家族カ養子ヲ爲シタル場合ニ於テ戸主ヨリ離籍セラレタルトキハ其養子ハ養  
親ニ隨ヒテ其家ニ入ル第七百五十條第三項

此規定ハ養子ノミニ關スルモノナリ婚姻ニ付テハ養ニ説キタルカ如ク第七百  
四十五條ノ規定アルヲ以テ茲ニハ重複シタル規定ヲ設ケサルナリ

○戸主權ノ代理行使 第七百五十一條 戸主カ其權利ヲ行フコト能ハサルト  
キハ親族會之ヲ行フ但戸主ニ對シテ親權ヲ行フ者又ハ後見人アルトキハ此限  
ニ在ラス人事編第二五七條第二五九條

戸主カ不在ニシテ其權利ヲ行フヲ得サルコトアリ又ハ意思欠缺シテ之ヲ行フ  
ヲ得サルコトアリ其他ノ原因ニテ戸主カ其權利ヲ行フヲ得サルコトアリ此等  
ノ場合ニ於テ親族會戸主ニ代ハリテ其權利ヲ行フコトヲ原則トス然レトモ戸

主ニ對シテ親權ヲ行フ者アルトキハ第八百九十五條ノ規定ニ依リ又後見人アル  
トキハ第九百三十四條ノ規定ニ依リ親權ヲ行フ者又ハ後見人ニ於テ戸主權  
ヲ行フカ故ニ其場合ニ於テハ親族會ヲシテ戸主權ヲ代理セシメサル所以ナリ

### 第三節 戸主權ノ喪失

戸主權ハ一家組織ノ至重ノ要素ニシテ戸主ニ屬スル權利義務ノ得喪ハ極メテ  
明確ナルヲ要ス然レトモ分家ヲ爲シ其新ニ一家ヲ立ツルニ因リテ戸主權ヲ取  
得スル場合ノ如キハ左程重要ナル事ニ非サレハ別ニ民法上ノ規定ヲ要セス又  
家督相續ニ因ル戸主權ノ取得ハ相續編ノ規定ニ依リテ明白ナルヲ以テ本章ニ  
ハ特ニ戸主權ノ取得ニ關スル規定ヲ設ケル必要アルコトナシ之ニ反シテ戸主  
權ノ喪失ニ付テハ其原因種種ニシテ法律ノ明文ヲ以テ特ニ之ヲ規定スルコト  
ヲ必要トスル事項少シトセサルナリ而シテ戸主權ノ喪失ハ戸主ノ死亡失跡又  
ハ國籍ノ喪失ニ依リテ生スルコトアリ女戸主カ入夫婚姻ヲ爲シ若クハ入夫婚  
姻ニ因リテ戸主ト爲リタル者カ離婚ヲ爲スニ因リテ生スルコトアリト雖モ此

等ハ他ニ特ニ規定スル所アルヲ以テ別ニ明文ヲ以テ茲ニ之ヲ規定スルノ必要アラサルナリ然レトモ之ニ反シテ戸主カ隱居ヲ爲セ又ハ一家ヲ廢絶セシムルコトニ因リテ戸主權ヲ喪失スル場合ノ如キハ他ニ之ヲ規定ス可キ適當ノ場所ナキヲ以テ本章ニ其規定ヲ設ケ隨意ニ其戸主權ヲ拋棄シテ濫ニ公私ノ利益ヲ害スルコトナカラシムルヲ要ス是ヲ以テ此第三節ヲ設ケタルナリ

○隱居 第七百五十二條 戸主ハ左ニ掲ケタル條件ヲ具備スルニ非サレハ隱居ヲ爲スコトヲ得ス

一 滿六十一年以上ナルコト

二 完全ノ能力ヲ有スル家督相續人カ相續ノ單純承認ヲ爲スコト(財産取得

## 編第三〇六條

隱居ハ我邦古來ノ慣習ニシテ戸主カ隱居ヲ爲スノ原因ハ種種アル可ク昔時ニ在リテ士族ハ身體老衰シテ奉公ヲ爲ス能ハサルヨリ戸主權ヲ其子ニ讓リテ退隱セタリ又一般ニ於テハ老衰シタル戸主カ自ラ家政ヲ執ルコト能ハサルニ至ルトキハ退隱スルヲ常トスレトモ或ハ然ラズシテ少壯有爲ノ若主自己ノ安逸ヲ計リ隨意ニ其戸主權ヲ讓リ其力ヲ公私ノ利益ニ盡ササルカ如キコト之ヲトセス又商業ヲ營ム者失敗ノ際其財産ヲ悉ク債權者ヨリ差押ヘラレ失敗ノ影響ヲ家産ニ及ホサンコトヲ恐レテ戸主權ヲ讓ルコトアリ而シテ其原因ノ少壯有爲ノ者カ安逸ヲ計リ又ハ不正ニ債權者ヲ害スル等公益ヲ害セ惡弊アルモノハ許スコトヲ得可カラスト雖モ之ニ反シテ老年病氣等其原因ノ正當ナルモノハ之ヲ禁ス可キモノニ非サレハ新法ハ之ヲ許シテ弊害ノ生セサランコトヲ慮リ或條件ヲ設ケテ之ヲ認メタリ其各條件ニ付キ之ヲ左ニ詳述セン

第一 戸主ノ年齡滿六十一年以上ナルコト

此年齡ニ達スルトキハ老衰シテ自ラ家政ヲ處理スルコト能ハサルモノト認メタルニ出ツルナリ

第二 完全ノ能力ヲ有スル家督相續人カ單純承認ヲ爲スコト

右第一ノ條件ノミ存スルト雖モ戸主ニ家督相續人ナキトキハ隱居ヲ爲スコトヲ許サス而シテ其家督相續人ハ完全ノ能力ヲ有スル者タラサル可カラズ蓋シ戸主ニ隱居ヲ許スハ専ラ老衰ニ依リ自ラ家政ヲ執ルコト能ハサルニ由ルカ故

ニ之ニ代ハル可キ新戸主モ亦自ラ家政ヲ執ルノ能力アラサル者ナルトキハ隱居ヲ許スノ理由存セサルヲ以テナリ然レトモ其相續者カ實際果シテ家政ヲ執ルニ堪フルヤ否ヤハ一ニ事實問題ニ屬シ之ヲ判別スルハ至難ナレハ法律ハ完全ナル能力ヲ有スル家督相續人タルヲ以テ足レリトシ其能力者ナルト無能力ナルトハ能力ニ關スル一般ノ規定ニ從ヒテ定ム可キモノナレハ未成年、禁治產者、華禁治產者及ヒ妻等ヲ相續人トシテ隱居ヲ爲スコトヲ得サルナリ又縱令其家督相續人ハ完全ナル能力ヲ有スルト雖モ相續ニ付キ單純承認ヲ爲シタル場合ナラサル可カラス若シ相續人カ無限ニ被相續人ノ權利義務ヲ承繼單純承認第一〇二三條)シタルニ非スレバ相續ニ因リテ得タル財産ノ限度ニ於テノミ相續ヲ承認限定承認第一〇二五條)シタルトキハ其隱居ニ因リテ債權者ハ損害ヲ被ルヘキヲ以テナリ

隱居ヲ爲スニ付キ本人ノ任意ニ出ツルコトヲ要スルハ論ヲ俟タサルヲ以テ新法ハ舊民法ノ如ク之ヲ條件ト爲サスシテ隱居ノ取消ヲ規定スルニ當リ本人ノ任意ニ出テサル隱居ハ之ヲ取消スコトヲ得可キ旨ヲ規定セリ(第七五九條舊民

ナントシテ棄却スル判決ハ中間判決ナリ故ニ此判決ニ對シテハ獨立シテ上訴ヲ爲スコトヲ得サルモノナリ然レトモ第二百七條第二項ニ於テ妨訴抗辯ヲ棄却スル判決ハ上訴ニ關シテ終局判決ト看做セルヲ以テ此明文ノ結果トシテ獨立シテ上訴スルコトヲ得ルモノトス

二 請求ノ原因ト數額トニ付テ爭アル場合ニ請求ノ原因アリトスル中間判決 請求ノ原因ト數額トニ爭アリタル場合ニ請求ノ原因ナシトスル判決ハ其判決ヲ以テ訴ヲ却下スルニ至ルヲ以テ其判決ハ終局判決ナリ故ニ獨立シテ控訴スルコトヲ得ヘキモノナリ然レトモ請求ノ原因ヲ正當ナリトスル判決ハ數額ニ付キ尙ホ訴訟ヲ進行スヘキモノナルヲ以テ其判決ハ中間判決タリ然レトモ第二百二十八條第二項ニ於テ請求ノ原因ヲ正當ナリトスル判決ハ上訴ニ關シテハ終局判決ト看做ストノ法律ノ規定アルヲ以テ獨立シテ控訴スルコトヲ得ルモノトス

右二個ノ中間判決ノ外其他ノ中間判決ニ對シテハ控訴申立ヲ爲スコトヲ得スニ以上説明セル如ク控訴ハ終局判決及ヒ上訴ニ關シテ終局判決ト看做スヘキ規

定アル中間判決ニ對シテノミ申立ツルコトヲ得ルモノニシテ從テ決定命令及ヒ控訴ヲ許ササル中間判決ニ對シテハ訴訟當事者ハ不服ナルモ控訴申立ヲ爲スコトヲ得ス然レトモ終局判決ニ對シテ控訴申立ヲ爲セタルトキハ當事者ヨリ右等ノ裁判ニ對シテ同時ニ不服ヲ申立ツルヲ得ヘク從テ覆審ノ效力ハ右等ノ裁判ニ及フモノナリ故ニ此場合ニ於テハ終局判決前ニ爲シタル裁判ハ總テ控訴裁判所ノ判斷ヲ受クヘキモノトス(第三九七條但シ法律ニ於テ不服ヲ申立ツルコトヲ得スト明記シタル裁判及ヒ抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判并ニ已ニ確定シタル中間判決(第二〇七條第二二八條ハ此限ニ在ラサルナリ

第二 訴訟當事者ヨリ申立ツルコトヲ要ス

第一審ニ於ケル訴訟當事者及ヒ其相續人ハ控訴申立ヲ爲シ又控訴ノ相手方ト爲ルコトヲ得ルモノナリ訴訟當事者以外ノ第三者ハ控訴申立ヲ爲ス權ヲ有セス主參加人ハ訴訟當事者ナルヲ以テ控訴ヲ爲シ得ヘク從參加人ハ第三者ナレトモ訴訟當事者ノ一方ヲ輔助スル爲メ訴訟ニ關係ヲ有スルモノナルヲ以テ自己ノ補助スル原告又ハ被告ノ爲メニ控訴申立ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(第五

四條但シ當事者ノ陳述及ヒ行爲ト從參加人ノ陳述又ハ行爲カ相抵觸スルトキハ當事者ノ陳述及ヒ行爲ヲ標準トスルモノナルヲ以テ第五四條第二項當事者カ控訴申立ヲ爲ス意思ニ反シ從參加人ノ申立タル控訴ハ控訴申立ノ効ナキモノナリ告知參加モ亦從參加ノ規定ヲ適用セラルルモノナレハ從參加人ニ於ケルト同一ノ權利ヲ有ス普通ノ共同訴訟人(第四八條)ハ各自ニ控訴申立ヲ爲スヲ得ルハ勿論各獨立シテ控訴人ノ相手方ト爲ルコトヲ得ルモノナリ必要ノ共同訴訟第五〇條即チ權利關係カ合一ニノミ確定スヘキ共同訴訟ニ於テハ共同訴訟人ノ一人カ控訴ヲ申立タルトキハ他ノ共同訴訟人ニ對シテモ其效力ヲ及ホスモノナリ然レトモ共同訴訟人中ノ一人ニ對シテ控訴申立ヲ爲スハ許スヘキモノニアラス共同訴訟人ノ一人カ控訴ヲ申立テラレ即チ控訴ノ相手方ト爲リタル場合ニ於テハ控訴ヲ受ケサル共同訴訟人ニ對シテハ其效力ヲ及ホスコトナシ蓋シ必要ノ共同訴訟ニ於テハ共同訴訟人ノ一人ノ行爲ハ他ノ共同訴訟人ノ利益ニ於テ効ヲ生スルモノナレトモ控訴ノ相手方ト爲ル如キハ利益ニアラサルヲ以テ控訴ヲ申立テラレサル共同訴訟人ハ控訴ノ相手方ト爲ルコトナシ

故ニ共同訴訟人ノ一人ニ對シテ控訴ヲ申立ツルトキハ其一人ニ對シテハ第一審ノ判決ヲ確定セスト雖モ他ノ共同訴訟人ニ對シテハ判決確定スルニ至ルヘシ此場合ニ於テ控訴裁判所カ審理ノ末控訴申立ヲ爲シタル第一審判決ノ不當ナルコトヲ認ムルニ至ルトキハ第一審判決ヲ變更シ他ノ共同訴訟人ニ對シテ確定シタル判決ト抵觸スル判決ヲ爲ササルヲ得ナルニ至ルヘシ是ヲ以テ必要的共同訴訟ノ場合ニ於テハ其共同訴訟人ノ一人カ控訴ヲ申立ツルコトヲ得ルモ共同訴訟人ノ一人ニ對シテ申立ツル控訴ハ許スヘキモノニアラスト認ム以上述ヘタル客觀的及主觀的條件ノ外尙ホ控訴申立ノ條件ノ一トシテハ法律ニ何等ノ規定ナキモ訴訟當事者カ控訴ヲ爲スニ付キ權利上利益アルヲ必要トス換言スレハ第一審ノ判決カ控訴人ニ權利上不利益ヲ與ヘタルモノナルコトヲ要ス故ニ第一審判決カ原告ノ申立ノ如ク判決アリタルトキハ原告ハ其判決ニ對シテ控訴申立ヲ爲スコトヲ得ス又請求若クハ訴ノ却下アリタルトキハ被告ハ其判決ニ對シテ控訴申立ヲ爲スコトヲ得ス如何トナレハ其第一審判決ハ控訴申立ヲ爲サント欲スル者ニ不利益ヲ與ヘタルモノト云フヲ得サレハナリ

## 第二節 控訴提起ノ方式及ヒ期間

控訴ノ提起ハ控訴狀ヲ管轄控訴裁判所ニ差出シテ之ヲ爲ス(第四〇一條)即チ控訴審ニ於ケル訴訟手續ヲ開始スル控訴ノ提起ハ一定ノ要件ヲ具備シタル書面即チ控訴狀ヲ控訴ニ付キ管轄權ヲ有スル裁判所ニ差出シテ之ヲ爲スモノナリ控訴ハ訴ノ提起ノ如ク口頭ヲ以テ提起スルコトヲ得ル場合ナシ控訴狀ノ差出トハ控訴人若クハ其代理人カ控訴狀ヲ裁判所ニ交付スルコトヲ意味スルモノニシテ控訴人カ第一審判決ノ變更ヲ求ムル爲メ控訴裁判所ニ訴訟事件ニ付キ干渉ヲ要求スル意思ノ實行ナリトス

控訴狀ハ控訴裁判所ニ對シ第一審判決ニ不服ナル旨ヲ表示シタル書面ニシテ之ニ掲クヘキ要件次ノ如シ

一 控訴セララルル判決ノ表示 判決ノ表示ハ如何ナル程度ニ於テ爲スヘキヤハ裁判所ノ認定ニ任ス要スルニ如何ナル判決ニ對シテ控訴ヲ爲スヤヲ明カニスルヲ以テ足レリトス故ニ當事者及ヒ判決ヲ爲シタル裁判所ノ表示判決言渡

ノ期日訴訟物ノ表示等其訴訟事件ニ付キ如何ナル判決アリタルヤ判決主文ヲ掲クル等ノ判決タルコトノ特徴ヲ表示スルヲ以テ足レリトス

二 控訴ヲ爲ス旨ノ陳述 控訴ヲ爲ス旨ノ陳述ヲ掲クルトハ控訴ナル文字ヲ掲クルコトヲ要セス控訴ヲ爲サントスルノ意思表示換言スレハ控訴裁判所ニ於テ第一審裁判ヲ覆審セラレンコトノ希望ヲ表彰スルニ足ル文字アルヲ以テ足レリトス如何ナル程度ニ於テ第一審裁判ニ不服ナルヤヲ掲クルハ控訴狀ノ要件ニアラス而シテ條件的ニ控訴ヲ爲ス旨ノ陳述ヲ掲ケタルトキハ之ヲ完全ナル控訴申立ト云フコトヲ得ス

右二ノ要件ヲ缺キタルトキハ控訴狀ハ其効ナキモノニシテ從テ控訴申立ハ其効ナキモノトス故ニ口頭辯論ヲ開キ判決ヲ以テ之ヲ却下スルカ若クハ裁判長ノ命令ヲ以テ之ヲ却下スヘキモノトス(第四〇二條)

控訴狀ニハ準備書面ニ關スル規定ニ準據シテ之ニ一定ノ事項ヲ掲ケ第一〇五條以下且ツ第一審ノ裁判ニ對シテ如何ナル程度ニ於テ不服ナルヤ又第一審ノ判決ニ付キ如何ナル變更ヲ要求スルヤノ申立ヲ掲ケ又第一審ニ於テ主張シタル

以外ノ事實ヲ控訴審ニ於テ主張セントスルトキハ其事實又新ナル證據方法ヲ申出ラントスルトキハ其證據方法ヲモ掲ケヘキモノトス(第四〇一條然レトモ此等ハ準備の事項トシテ記載スルニ止マリ控訴狀ノ要件ニアラサレハ縱令此等ノ事項ノ記載ナキモ控訴ハ效力ヲ有スルモノナリ

控訴狀ニハ民事訴訟用印紙法ニ從ヒ印紙ヲ貼用ス若シ印紙ノ貼用ナキトキハ同法ニ從ヒ無効ト爲リ其控訴狀ヲ差出スモ控訴提起ノ効力ナキモノトス

控訴申立ハ一個月ノ期間内ニ爲スヘキモノトス(第四〇〇條期間ノ計算ハ第六十六條ニ從フ控訴期間ハ不變期間ナルヲ以テ當事者ノ合意ニ依ルモ亦裁判所ニ於テモ之ヲ伸張シ若クハ短縮スルコトヲ得ス(第一七〇條第一項又裁判所ノ休暇ニ因リテ停止セラルルコトナク(第一六八條第一項第二項當事者カ訴訟手續休止ノ合意ヲ爲シタルニ因リテ停止セラルルコトナシ(第一八八條第一項然レトモ訴訟手續ノ中断又ハ中止アリタルトキハ其期間ハ進行ヲ止メ中止又ハ中断ノ終リタル後更ニ前期間ノ進行ヲ始ムルモノトス(第一八六條天災又ハ避クヘカラサル事變ノ爲メニ控訴期間ノ遵守ヲ妨ケラレタル原告若クハ被

告ニハ其申立ニ依リ原狀回復ヲ許サル(第一七四條)

控訴期間ハ第一審ノ判決ノ送達ヲ以テ始マル第四〇〇條判決ノ送達ハ當事者ノ申立ニ依リ判決ノ正本ヲ送達スヘキモノトス(第二三八條判決正本ノ送達カ各當事者ニ對シ時期ヲ異ニシタル場合ニハ控訴期間ハ各當事者ニ對シ各別ニ進行スヘキモノナリ言渡ナキ判決カ送達セラレタルトキハ其判決ニ對シテハ控訴ヲ申立ツルコトヲ得ス蓋シ判決ハ言渡ヲ以テ外部ニ對シテ判決タルノ效力ヲ生スルモノナルヲ以テ言渡サレサル判決ハ訴訟當事者ニ對シ判決タルノ效力ナキモノナレハナリ而シテ判決ノ言渡アリタルヤ否ハ裁判所ノ職權調査ノ事項ニ屬シ口頭辯論調査ノミヲ以テ證明シ得ヘキモノトス(第一三〇條第六條一三四條)

控訴期間ハ判決ノ送達ヲ以テ始マル故ニ判決送達前ニ於テハ控訴期間ハ未タ進行ヲ始メサルモノナリ從テ判決ノ送達前ニ提起シタル控訴ハ無効トス第四〇〇條第二項判決ノ送達カ不適法ナルトキハ其送達ハ無効ナルヲ以テ從テ不適法ナル送達アルモ控訴期間ハ進行ヲ始メサルモノナリ

控訴期間ニ付テ尙ホ説明スヘキコトハ第二百四十二條ニ依リ判決ノ追加ニ關スル裁判アリタル場合はナリ追加裁判ニ依リテ言渡サレタル判決カ前判決ノ補充ノ申立ヲ採用セラレタルモノナルト又補充ノ申立ヲ却下セラレタルモノナルトヲ問ハス其判決ハ前判決ノ一部ニアラスシテ一ノ獨立シタル一分判決ナリトス故ニ追加裁判ニ依リ言渡サレタル判決ニ對シテハ獨立シテ控訴ヲ提起シ得ヘク且ツ控訴期間ハ其判決ノ送達ニ依リ前判決ニ關係ナク獨立シテ進行スヘキモノナリ然レトモ第四百條第三項ノ規定ニ依リ前判決ノ控訴期間内ニ追加裁判ニ依リ補充判決ノ言渡アリタルトキハ當事者ヲシテ二個ノ判決ニ對シテ各別ニ控訴ヲ申立ツルノ手數ヲ省ク爲メ前判決ニ於ケル控訴期間モ亦補充判決ノ送達ヲ以テ始マルモノト爲セリ故ニ前判決ノ控訴期間内ニ補充ノ申立カ却下セラレタル判決若クハ前判決ノ控訴期間經過後ニ又ハ前判決ノ控訴期間前ニ言渡サレタル補充判決ニ對シテハ第四百三條第三項ノ適用ナキモノト謂フヘク前判決并ニ補充判決ニ對シテ控訴期間ハ各獨立シテ進行スヘキモノナリ

第四百條第二項ノ規定ニ依レハ控訴期間内ニ追加判決ノ言渡アリタルトキハ控訴期間ハ最初ノ判決ニ對スル控訴ニ付テモ追加裁判ノ送達ヲ以テ始マルト規定セルヲ以テ控訴期間内ニ追加裁判言渡アリタルトキハ其裁判ノ送達前ニハ前判決ハ假令送達セラレタリトスルモ控訴期間ノ進行ヲ始メサルモノト云ハサルヲ得ス從テ最初ノ判決ニ對シ控訴ヲ提起シ其後控訴期間經過前追加裁判ノ言渡アリタルトキハ最初ノ判決ニ對スル控訴ハ無効ト爲ルヘキヤノ疑ナキ能ハス然レトモ此場合ニ於テハ最初ノ判決ニ對スル控訴ハ適法ノ法定期間内ニ提起セラレタルモノナレハ追加裁判ノ送達ニ依リ新ニ控訴期間ヲ開始シタルカ爲メ前判決ニ對スル控訴ノ無効タル理由ナキモノトス又「ガウプ」ツルモウス「キーレビ」等ノ主張スル所ニ依レハ前判決ニ對シ控訴期間ノ開始シタル後追加裁判ノ言渡アリタルトキハ前判決ニ對スル控訴ノ期間ハ補充判決ニ對スル控訴期間ノ開始ニ至ルマテ中斷セラレルモノナリト云ヘリ故ニ最初ノ判決ハ補充判決ノ言渡ト其送達トノ間ニ在リテハ確定力ヲ生セス其結果其判決ニ基キ強制執行ヲ爲スコトヲ得ス又中斷ノ期間内ニハ最初ノ判決ニ對

シ控訴申立ヲ爲スコトヲ得サルモノトス

### 第三節 控訴權ノ拋棄

控訴權ノ拋棄ニ付テハ三ノ場合アリ

- 一 第一審裁判所ノ終局判決言渡前ニ拋棄スルコト
  - 二 第一審裁判所ノ終局判決言渡後ニ拋棄スルコト
  - 三 第一審裁判所ノ終局判決ニ對シテ控訴ヲ申立タル後ニ拋棄スルコト
- (第二) 第一審裁判所ノ終局判決言渡前ニ於ケル控訴權ノ拋棄ハ獨逸民事訴訟法及ヒ我民事訴訟法ニ在テハ特別ノ規定ヲ設ケス故ニ第一審裁判所ノ口頭辯論ニ於テ控訴權拋棄ノ意思表示ヲ爲スモ又訴ノ提起後裁判外ニ於テ控訴權拋棄ノ意思表示ヲ爲スモ其意思表示ハ訴訟法上ノ效果ヲ生スヘキニアラス第一審ノ終局判決言渡前ニ控訴權ヲ拋棄スルコトハ條件的ノ拋棄ニシテ訴訟當事者間ニ於テ爲シ得ヘカラサル所ニアラサルヲ以テ其意思表示ノ效果如何ハ直接ニ訴訟法上ノ問題ニアラスト雖モ民法ニ從テ判斷スヘキモノナリ故ニ第一

審ノ當事者間ニ於テ判決言渡前ニ控訴權拋棄ノ合意アリタル場合ト雖モ其當事者ハ第一審ノ終局判決ニ對シ完全ニ控訴申立ヲ爲スコトヲ得ヘク唯相手方ハ控訴裁判所ニ於テ控訴權拋棄ノ合意アリタルコトヲ理由トシテ抗辯ヲ提出シ得ルニ過キス此場合ニ於テハ控訴裁判所ハ果シテ控訴權拋棄ノ合意アリタルヤ否ヤヲ審查シ若シ民法ノ規定ニ從テ適當ニ合意アリタルモノナルトキハ控訴ヲ理由ナキモノトシテ棄却セサルヘカラス

(第二) 第一審裁判所ノ終局判決言渡後ニ於ケル控訴權ノ拋棄ニ關シテハ獨逸民事訴訟法ニハ其規定アリ即チ判決ノ言渡後ニ陳述シタル控訴權拋棄ノ效力ハ相手方カ其拋棄ヲ承諾シタルヤ否ヤニ關係ナシ(獨逸民事訴訟法第四七五條同新民訴第五一三條)トアリテ即チ第一審判決言渡後ニ於テ當事者ノ一方カ控訴權拋棄ノ意思表示ヲ爲シタルトキハ相手方カ之ヲ承諾シタルト否トニ關セス效力アルモノト爲ル而シテ其控訴權ヲ拋棄スル方法ハ受訴裁判所ニ於ケル口頭辯論若クハ受命判事受託判事ノ審問ニ於テ其意思表示ヲ爲スカ若クハ準備書面ヲ以テ之ヲ爲スニ在リ如何ナル場合ニ第一審判決ノ言渡後ニ受訴裁判所ニ於ケル

口頭辯論若クハ受命判事受託判事ノ審問ニ於テ控訴權拋棄ノ意思表示ヲ爲シ得ルカト云フニ訴訟ニ關シテ上訴ニ付キ終局判決ト看做サルヘキ中間判決若クハ一分ノ終局判決ノ言渡アリタル場合ニ其後ノ口頭辯論ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ控訴權ヲ拋棄シタルトキハ其拋棄シタル當事者ハ上訴權ヲ喪失シ判決ハ其當事者ニ對シテ確定的ノ效力ヲ生スルニ至ル

裁判外ニ於ケル控訴權拋棄ノ合意ハ獨逸民事訴訟法ニ於テモ訴訟法上ノ效力ヲ生スルモノニアラスシテ單ニ民法上ノ效果ヲ生スルニ過キサリナリ

我民事訴訟法ニ於テハ第一審裁判所ノ終局判決言渡以後ニ於ケル控訴權拋棄ニ關スル特別ノ規定ヲ存セス第一審ノ判決言渡前ニ控訴權ヲ拋棄シタルト同シク民法ニ從テ判斷スヘキモノトス

(第三) 控訴申立以後ニ於ケル控訴權ノ拋棄ハ控訴ノ取下ナリ(第三九九條獨逸民事訴訟法第四七六條同新民訴第五一五條)控訴ノ取下トハ控訴人カ訴訟事件ニ付キ控訴提起ニ依リ求メタル裁判ヲ拋棄スル意思表示ナリ而シテ控訴ノ取下ハ控訴ノ全部ニ關スルコトアリ若クハ一部ニ關スルコトアリ

## (一) 控訴取下ノ要件

控訴ノ取下ハ被控訴人カ控訴審ニ於テ口頭辯論ヲ爲ササル以前ニ於テハ被控訴人ノ承諾ヲ要セスシテ之ヲ爲スコトヲ得訴ノ取下ハ被告カ本案ノ辯論ヲ爲ササル以前ナレハ原告ノ同意ニ取下クルコトヲ得ト雖モ控訴ニ付テハ被控訴人カ其本案タルト否トニ關セズ口頭辯論ヲ始メタルトキハ被控訴人ノ承諾ナクシテ取下クルコトヲ得サルモノトス然レトモ被控訴人カ控訴申立ノ實質ニ關セズ單ニ控訴ヲ許サルヘキモノナルヤ否ヤニ關シテ辯論ヲ爲シタル場合ニハ假令被控訴人カ口頭辯論ヲ始メタル後ト雖モ被控訴人ノ承諾ヲ要セスシテ控訴ノ取下ヲ爲スコトヲ得ヘシ如何トナレハ被控訴人カ控訴ノ可否ニ關シテ辯論ヲ爲シタルハ未タ被控訴人ノ申立タル不服申立ノ實質ニ付キ控訴裁判所ノ裁判ヲ要求シタルモノニアラス從テ被控訴人ハ控訴申立ニ付キ裁判ヲ受クルノ權ヲ取得シタルモノニアラサレハナリ

被控訴人カ口頭辯論ヲ開始セタルトキハ被控訴人ハ被控訴人ノ明示的若クハ默示的ノ承諾ヲ得テ之ヲ取下クルコトヲ得ヘシ被控訴人カ控訴申立ノ實質内ニ

立入り辯論ヲ爲シタルトキハ被控訴人ハ控訴申立ニ付キ控訴裁判所ノ裁判ヲ要求セタルモノニシテ從テ被控訴人ハ控訴裁判所ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ取得シタルモノナリ故ニ被控訴人ノ隨意ニ取下クルコトヲ得サルモノトス

被控訴人ノ承諾アル場合ト雖モ控訴ノ取下ハ控訴審ニ於ケル口頭辯論ノ終結前ナルコトヲ必要トス口頭辯論終結後ニ在リテハ控訴ヲ取下クルコトヲ得ス如何トナレハ訴ノ取下ハ第一審ニ於ケル口頭辯論ノ終結前ニ限リ許サルヘキモノニシテ(第一九八條)此規定ハ控訴審ニ於テモ亦準用セラルルモノト云フヘキモノナレハナリ(第四〇八條)

## (二) 控訴取下ノ方式

控訴ノ取下ハ口頭辯論ニ於テスル口頭ノ陳述若クハ準備書面ヲ提出シテ爲スヘキモノトス書面ヲ以テスル場合ハ被控訴人ノ控訴狀未タ被控訴人ニ送達セラレサル以前ナルトキハ裁判所ニ取下ノ書面ヲ提出スルヲ以テ足り(第一九八條第二項第四〇八條)控訴狀送達以後ニ在テハ其書面ヲ被控訴人ニ送達セサルヘカラス(第一九八條參照第四〇八條)口頭辯論ニ於テ被控訴人ノ陳述ニ依ル控訴

ノ取下ハ被控訴人ノ口頭辯論開始前ナレハ被控訴人ノ闕席セルト否トニ關セ  
ス有效ナリ書面ヲ以テ取下ヲ爲ス場合ニハ被控訴人ノ口頭辯論開始前ナレハ  
被控訴人ニ取下書面ノ送達アリタルト否トニ關セス裁判所ニ取下書面ヲ差出  
ストキハ有效ナリトス

被告カ口頭辯論ヲ開始シタル後ナルトキハ口頭辯論ニ於テ被控訴人ノ承諾ヲ  
得テ取下タルコトヲ得ルハ勿論ナレトモ被控訴人カ取下ヲ承諾シタル書面ト  
共ニ控訴取下ノ書面ヲ裁判所ニ差出ストキハ有效ナル控訴ノ取下アリト云フ  
ヘシ如何トナレハ控訴ノ取下ニ被控訴人カ承諾スルハ必スシモ口頭辯論ニ於  
テ爲スコトヲ要セサルモノナレハナリ

控訴人ニ對シテ闕席判決アリタル場合即チ控訴審ニ於ケル第一口頭辯論期日  
ニ於テ控訴人カ闕席シ被控訴人ノ申立ニ依リ控訴人ニ對シテ闕席判決アリタ  
ル後控訴人ヨリ故障ヲ申立タルトキハ亦被控訴人ノ承諾ヲ要セスシテ控訴ヲ  
取下タルコトヲ得ヘキナリ如何トナレハ控訴人ノ故障申立ニ依リ闕席前ノ程  
度ニ回復スルモノナレハナリ(第二六〇條)

抗告ノ形式ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得第五八條故ニ債務者ハ勿論債權  
ノ差押ノ場合ニ於テハ第三債務者又ハ裁判ニ因リ責任ヲ負フニ至ルヘシ又執  
達吏ハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ(第五四三條第三項)

## (二) 執達吏

執達吏ノ意義及ヒ職權ニ關スル詳細ナル説明ハ民事訴訟法ノ總則及ヒ裁判所  
構成法ノ講義ニ於テ諸君ノ研究スル所ナレハ茲ニハ其大要ヲ説述スルニ止メ  
ント欲ス

### (1) 意義

執達吏ハ送達及ヒ執行ノ實施ヲ職務トスル官吏ナリ執達吏ノ官吏タルコトハ  
獨逸法ノ學者及ヒ判決例ノ一致スル所ニシテ亦我國法上一點ノ疑ナキ所ナリ  
(裁判所構成法第九條同第二編裁判所及ヒ檢事局ノ官吏第五章執達吏獨逸裁判  
所構成法第一五五條第一五六條執達吏ハ官吏トシテ國家ノ強制權ヲ行使ス執  
行ハ勿論送達ト雖モ苟モ法定ノ要件ヲ具ヘ且ツ法定ノ形式ヲ具ヘタル以上ハ  
受取人ノ拒絕シタルニモ拘ラス其受取ヲ強制スルモノナリ(第一四九條)而シテ

強制權ハ裁判權ニ包含セラルルカ故ニ執達吏ノ職權の行爲ハ裁判權ノ行使ニ外ナラサルヘシ是ヲ以テ「ブランク」及ヒ「ヘルマン」氏等ハ裁判官裁判所書記及ヒ執達吏ヲ總稱シテ裁判所ノ職員ト云ヘリ性質執達吏ハ裁判官ニ對シテハ法律上上官ノ命令ヲ遵奉スヘキ下官ノ地位ヲ有ス執達吏ハ裁判官ノ機械トシテ裁判權ニ包含セラルル強制權ノ實效アラシムルカ爲メニ即チ命令ノ實效ノ爲メ行動ス當事者ヨリ行動ヲ申立テラレタル執達吏ノ職權の行動ハ尙ホ常ニ受訴裁判所タルト執行裁判所タルトニ拘ラス裁判官ノ命令ノ執行行爲タルノ性質ヲ失ハサルコトハ前ニ述ヘタルカ如シ裁判官ニ對スル執達吏ノ地位執達吏ハ強制執行上ノ行動ヲ要求セラレタル債權者ニ對シテハ法律上如何ナル關係ヲ有スルヤノ問題ハ獨逸ニ於テ學者ノ爭フ所ナリ「ブランク」ニ「ヘルマン」氏等ノ解スル所ニ依レハ執達吏ト之ニ職權の行動ヲ要求シタル債權者トノ間ニハ訴訟當事者ト之ヨリ訴訟ヲ委任セラレタル辯護士トノ關係ニ於ケルカ如キ民法的意味ニ於ケル委任關係ヲ發生スルモノニ非ス執達吏ノ職權の行動ハ官吏トシテノ行動ナリ民法的受任者トシテ行動スルモノニ非ス却テ法律上授權セラレ

タル裁判所ノ補助機關トシテ法定ノ權限内ニ於テ自己ノ責任ヲ以テ行動ス故ニ執達吏ト之ニ職權の行動ヲ要求メタル債權者トノ間ニハ他ノ官吏特ニ裁判官又ハ裁判所書記ト之ニ法定要件ノ具備ヲ證明シ且ツ法定ノ方法ニ從テ職權の行動ヲ要求メタル當事者トノ間ニ生スルモノト同一ノ關係ノ外ニ何等ノ關係ヲモ生スルモノニ非サルナリ債權者カ多數ノ執達吏アル場合ニ於テ之ニ職權の行動ヲ要求スルニ關シ選擇權ヲ有スルト執達吏カ債權者ヨリ手数料ヲ受クルトハ債權者ト執達吏トノ關係ニ對シ何等ノ影響ヲ及ホスモノニ非サルナリ債權者ト執達吏トノ關係ハ畢竟執達吏ノ職權ノ内容ヲ標準トシテ之ヲ定ムヘシ面シテ此内容ハ權力ノ行動ナルカ故ニ民法的の關係ヲ成立スト云フハ解スヘカラサルノ論旨ナリト云フニ在リ「ガウプ」「ツルモスキ」「フツチン」氏等及ヒ千八百八十六年六月十日獨逸帝國裁判所ノ判決例ハ前ニ述ヘタル見解ヲ排斥シタリ此排斥派ノ論旨ニ依レハ執達吏ハ官吏タルト同時ニ債權者ノ受任者ナリ執達吏ト債權者トノ關係ハ訴訟ノ當事者ト辯護士トノ關係ニ於ケルカ如ク民法的委任關係ナリ隨テ執達吏ノ職務ハ債權者ノ委任ニ因リテ開始セラレ（債權

若ノ事後認諾ハ執達吏ノ行為ヲ有效ナラシムルニ足ラス執達吏ハ民法上ノ原則ニ從ヒ自己ノ過失ヨリ生スル損害ニ付キ債權者ニ對シテ責任ヲ負ヒ又債權者ニ對シテ法定額ニ超過セサル手數料及ヒ立替金ヲ請求スルノ權利アリ(執達吏手數料規則第三條)執達吏ト債權者トノ關係ヲ專ラ執達吏ノ官吏タル性質ニ依リテ説明シ民法上ノ委任關係ヲ認メスシテ法律上ニ明言セル債權者ノ委任ハ官吏ニ對スル申立ニ外ナラストノ見解ハ獨逸民事訴訟法理由書審查委員會議事筆記錄等ノ趣旨ニ反スルノミナラス獨逸民事訴訟法ノ法意ニ反ス蓋シ獨逸民事訴訟法第六百七十四條乃至第六百七十六條第七百二十七條第七百四十六條第七百五十二條第五三一一條乃至第五三四條第五八六條第六一五條第一三六條等ニ於テハ委任ナル語ヲ用ヒ執達吏ハ債權者ノ受任者ナルコトヲ明白ニ證明シ獨逸民事訴訟法第七百十六條第七百二十二條第五七二條第五七九條ノ如キハ其内容ニ於テ債權者ト執達吏トノ關係ハ委任契約ノ原則ニ基クモノタルコトヲ前提トシ其當然ノ結果ヲ示シタルコトヲ證明スルニ餘リアレハナリト云ヘリ余輩ハ前者ノ見解ヲ正當ト認ム何トナレハ權力ノ行使ヲ以テ私法の委

任契約上ノ目的ト爲スハ法律上失當ナルノミナラス執達吏ハ特定ノ前提要件ト當事者ノ意思等ニ因リ確定スヘキ限界トニ依リテ當事者ニ代リテ其利益ノ爲メニ行動スヘキ旨ヲ命シタル法律ニ依リテ行動スルモノナルヲ以テ債權者ノ職權的代理人ニシテ委任の代理人ニ非ザレハナリ之ヲ換言スレハ執達吏ノ代理權ノ基ク所ハ當事者ノ意思ニ在ラスシテ法律其者ニ在ルヲ以テ執達吏ノ債權者ノ委任の代理人ト認ムルコト能ハサレハナリ債權者ニ對スル執達吏ノ法律上ノ地位

## (ロ) 職權

執達吏ハ送達及ヒ執行ヲ實施スルノ職權ヲ有ス裁判所構成法第九條第九四條以下然レトモ送達ノ施行カ執達吏ノ專權ニ屬セサルト同シク執行ノ實施モ亦執達吏ノ專權ニ屬セサルナリ執達吏ハ法律ニ於テ別段ノ規定ナキトキニ限り強制執行ヲ實施スルノ職權ヲ有ス(第五三一一條)故ニ執達吏ハ有體動產ノ差押及ヒ其販賣ヲ爲シ(第五六六條以下第六一五條)第二項但シ配當手續ハ執行裁判所ヲシテ之ヲ司ラシム第五九三條第二項第六二六條以下手形其他裏書ヲ以テ讓渡

スコトヲ得ル證券ニ因レル債權ノ差押ヲ爲シ(第六〇三條但シ其債權ノ換價ハ他ノ債權ノ如ク執行裁判所ヲシテ之ヲ司ラシム、第五九五條第六〇〇條第六〇一條債權者ノ爲メニ動産ノ不動産ノ引渡ヲ受ク(但シ第三者カ目的物ヲ占有シタルトキハ裁判所ノ轉付命令ヲ必要トス、第七三〇條第七三一條第六〇六條第七三二條)ノ權利アリ民事訴訟法第五百九十四條第六百四十一條第七百十七條第七百十八條第七百三十三條ハ執行ノ實施ヲ執達吏ニ爲サシメサル法律ニ於テノ別段ノ規定ナリ左ニ執達吏カ執行實施ノ職權ヲ行使スルニ付テノ前提要件其職權ノ内容及ヒ責任ニ付テ略述スヘシ

甲 前提要件 執達吏カ強制執行ヲ實施スルニハ其前提要件トシテ債權者カ執達吏ニ執行力アル正本ヲ交付シテ強制執行ヲ委任シタルコトヲ要ス(第五三三條債權者ノ委任トハ「ブランク」ヘルマン氏等ノ解スルカ如ク債權者カ執達吏ニ對シテ其職權ヲ法定ノ方法ニ於テ債權者ノ爲メニ行使スルコトヲ求ムル申立ニシテ民法上ノ委任ヲ意味スルモノニ非ス而シテ強制執行ノ實施ニ債權者ノ申立ヲ必要ト爲スハ不干涉主義ノ適用ノ結果ナリ債務名義ノ内容ニ從ヘハ

債權者多數アリテ其持分ノ程度分明ナラサルトキハ總債權者カ共同シテ申立ヲ爲ス、キモノタルヤ言ヲ待タス此申立ハ法律上別ニ方式ヲ規定セサルカ故ニ書面又ハ口頭ヲ以テ債權者又ハ其代理人カ直接ニ又ハ間接ニ職權實施ノ要求ヲ容易ナラシムルノ目的ヲ以テ區裁判所書記ヲ補助ヲ得テ執達吏ニ對シテ之ヲ爲ス如何ナル區裁判所ノ書記カ斯ル補助ヲ爲スヘキヤノ點ニ付テハ法律上別ニ明文ナシ然レトモ「ガウプ」ヘルマン「ウ非ル」モスキ「氏等ノ解スルカ如ク執行裁判所ノ書記ト解スルヲ正當ト認ム何トナレハ這ハ執行ノミノ爲メニスルモノナレハナリ而シテ間接ノ申立ノ爲メニ執達吏ト債權者トノ關係ニ變更ヲ生スルコトナキハ明文上疑ナキ所ナリ(第六七四條第二項第三項執行力正本ヲ執達吏ニ交付スルハ執達吏ノ授權ノ確實ヲ期スルカ爲メナリ執行力正本トハ執行文ヲ付シタル判決ノ正本其他ノ債務主義ノ正本及ヒ執行文ヲ必要トセサル執行命令假差押命令及ヒ假處分命令ノ正本ヲ總稱ス此正本ノ交付ナキ以上ハ執達吏ハ訴訟上有效ニ其職權ヲ行使スルコトヲ得ス故ニ執達吏ハ債權者ノ同意アリト雖モ執行力正本ヲ所持セザレハ強制執行ヲ開始スルノ權ナシ

然レトモ債務者ノ執達吏ノ授權ノ當否ヲ調査セスシテ執行力正本ヲ所持セザル執達吏ニ對シテ支拂ヲ爲シタルトキハ其債務者ハ何等ノ異議ヲ申立ツルコトヲ得サルモノトス何トナレハ這ハ任意ノ履行ニシテ訴訟の執行ニ非サレハナリ以上ノ申立アリタルトキハ執達吏ハ獨立的ニ即チ裁判所ノ指揮ヲ仰カスシテ債權者ノ申立ニ應スヘキ職責アリヤ否ヤヲ判斷ス而シテ其判斷ノ結果タル執達吏ノ處分カ法律上失當ナルトキハ執行裁判所ハ利害關係人ノ申立ニ因リ執達吏ノ處分ヲ更正ス(第五四四條)而シテ執達吏ハ此方法ニ於テ其職權ヲ行使スルモノタリ又執達吏ノ職權行使ノ授權ハ前ニ示シタル要件ヲ前提トスルヲ以テ債權者カ其委任ヲ取下ケタルカ又ハ此意味ニ於テ執行力正本ヲ返戻セシメタルトキハ執達吏ノ職權行使ノ權限ハ消滅スルヤ當然ナリ

乙 職權ノ内容 執達吏ハ前ニモ述ヘタル如ク職權の代理人ナルカ故ニ法律上ノ授權ニ因リ獨リ債務者ニ代リテ其財産ヲ處分スルノミナラス第五七二條等又債權者ニ代リテ法律上許サレタル職權ヲ行使スル第五三三條第五三四條執達吏カ債權者ニ代リテ其職權ヲ行使スルニハ内部ノ關係ト外部ノ關係トアリ

内部ノ關係即チ執達吏ト債權者トノ關係ニ於テハ執達吏ハ前ニ述ヘタルカ如キ執行力正本ノ交付ト執行ノ委任トノ二ノ前提要件ヲ具備スルニ因リ債務者ニ對シテ強制執行ヲ爲スノ外特別ノ委任ヲ受ケスシテ即チ法律ノ力ヲ以テ債務者ヨリ支拂其他ノ給付ヲ受取リ之ニ其受取リタルモノニ付キ有效ナル受取ノ證書ヲ作り之ヲ交付シ且ツ債務者ニ於テ其義務ヲ完全ニ盡シタルトキハ之ニ執行力正本ヲ交付スルノ權能ヲ有ス此權能ノ制限ハ執達吏ト債權者トノ間ニ於テハ有效ナリト雖モ債務者及ヒ第三者ニ對シテハ無効ナリ第五三四條第一項後段又執達吏ハ此權能以外ノ權能ヲ有セサルナリ故ニ執達吏ハ支拂ニ代ヘテ手形其他ノ物件ヲ受取り和解ヲ爲シ其他免除延期更改及ヒ執行處分ノ取消等ヲ爲スノ權能ナシ又外部ノ關係即チ執達吏ト債務者及ヒ第三者トノ關係ニ於テモ執達吏ハ前ニ示シタル前提要件ヲ具備スルニ因リテ債務者及ヒ第三者ニ對シテ強制執行及ヒ民事訴訟法第五百三十三條ニ規定セル法定ノ權能ヲ實施スルノ權アルヲ原則トス然レトモ法律ハ執達吏カ官吏タル性質ヲ有スル所以下強制義務ニ對スル債務者ノ安全ヲ期スルヲ必要トスル理由トニ基キ債務

者若クハ第三者カ前ニ示セタル前提要件タル執行ノ委任者タル債權者ノ執行文ノ交付ノ證明ヲ求メサル限ニ於テ執達吏ハ執行力正本所持ニ由リ執行及ヒ前示ノ法定セル權能ノ實施ヲ爲スニ足ルノ意味ニ於テ執達吏ハ執行力アル正本所持スルヲ以テ債務者及ヒ第三者ニ對シ強制執行及ヒ前條第五三三條ニ揭ケタル行爲ヲ實施スルノ權利ヲ有ス下規定シタルト否トヲ問ハス執行力債務者カ強制執行開始ノ前後ニ拘ラス又任意ニ出テタルト否トヲ問ハス執行力正本所持スル執達吏ニ對シテ支拂其他ノ給付ヲ爲シタルトキハ此暫時ヨリ給付ノ目的物ハ債權者ノ財産ニ屬シ債務者ハ其責ヲ免ル隨テ執達吏ノ背信ニ基ク損害ハ債權者ノ負擔ニ歸ス國家ハ之カ爲メニ債權者ニ對シテ其責ニ任セタルコトハ後ニ述ヘントスル所ナリ(第二)ニ債權者ハ執達吏カ不法ニ執行力正本ヲ占有シタルコト又ハ強制執行以外ノ目的ノ爲メニ執行力正本ヲ交付シタルコト即チ委任ノ欠缺又ハ執達吏ニ對シ制限ヲ付シタル申立ヲ爲シタルコト即チ委任ノ制限アルコトヲ證明シテ執行力正本所持スル執達吏ノ行爲ヲ攻撃スルコトヲ得ス之ヲ換言スレハ債權者ハ執行力正本所持スル執達吏ノ權

能ナキ旨ノ反證ヲ舉ケテ之ヲ爭フコトヲ得ス債務者及ヒ第三者カ委任ノ欠缺又ハ制限ヲ知リタル場合ト雖モ亦然リ唯債權者ハ執達吏ト債務者及ヒ第三者トカ自己ヲ詐害スル目的ニ出テタルトキニ限り民法ノ規定ニ則リ之ヲ攻撃スルコトヲ得ルノミ(民法第四二四條然レトモ債務者ハ強制執行ヲ避ケルカ爲メ執行力正本所持ノ執達吏ニ對シテ委任ノ欠缺及ヒ其制限ヲ主張スルコトヲ得ヘシ隨テ反證ヲ以テ執達吏ノ權能ノ有無ヲ爭フコトヲ得ヘシ何トナレハ前ニ述ヘタルカ如ク民事訴訟法第五百三十四條ハ債務者ノ安全ヲ保護スルヲ目的ト爲スニ在ルヲ以テ債權者ハ此等ノ者ニ對シ委任ノ欠缺又ハ制限ヲ主張スルコトヲ得スト明言スルニ止メ債務者カ此等ノ主張ヲ爲スコトヲ禁セサルヲ以テナリ隨テ債務者及ヒ第三者ハ縱令法律上有効ニ支拂其他ノ給付ヲ爲スコトヲ得ルト雖モ尙ホ委任ノ欠缺又ハ制限ニ基キ異議ヲ申立テ自己ノ權利ヲ全ウスルコトヲ得ルモノト云フヘシ(第五四四條)執達吏ハ執行力正本所持スルヲ以テ執行行爲ヲ爲スノ權能アルモノナルカ故ニ債務者及ヒ第三者ハ之ヲ所持セサル執達吏ノ執行行爲ヲ認容スルノ義務ナク又債權者ニ對シテ其行爲ヲ主張

スルコトヲ得ス是ヲ以テ執達吏ハ常ニ執行力アル正本ヲ攜帶シ關係人ノ求  
アルトキハ其資格ヲ證スルカ爲メニ之ヲ示ス(第五三四條第二項)  
丙 責任 執達吏ハ官吏ナリ故ニ執達吏ハ其職務上ノ義務ニ違背シタルトキ  
ハ國家ニ對シテ官吏タルノ責任ヲ有スルコト當然ナリ執達吏ハ其職務上ノ義  
務ニ違背シテ或ハ債務者ノ委任ニ因リテ爲ス行爲例ヘハ執行行爲第五四條  
第二項第五三三條ヲ履行セス或ハ完全ニ之ヲ履行セサルニ因リ(職務上ノ義務  
違背ノ場合ノ一ニ外ナラス)債權者債務者及ロ第三者ニ對シテ生シタル損害ヲ  
賠償スルノ責任ヲ負フヤ否ヤ之ヲ換言スレハ執達吏ハ職務上ノ義務違背ニ因  
リテ生シタル損害ニ付キ民法上賠償ノ責任アルヤ否ヤノ問題ニ關シテハ我民  
事訴訟法第五百三十二條ハ積極的ニ論結セリ故ニ執達吏ハ權限外ノ行爲不行  
爲ニ因リテ生シタル損害及ヒ權限内ノ行爲ヲ行フニ當リテ犯シタル過失ニ因  
リ生シタル損害ニ付キ責任ヲ負フ是レ蓋シ執達吏ニ對シテ其職務執行ニ付キ  
極メテ周到ナル注意ヲ促スノ注意ニ基クモノナルヘシ彼ノ執達吏ハ債權者ノ  
受任者ナルカ故ニ債權者ニ對シテハ其委任ニ因リテ爲ス行爲ニ付キ受任者ト

シテノ責任ヲ負フモノナリトノ論旨ハ余輩ノ探ラサル所ナリ執達吏ハ過失ニ  
出テタルト故意ニ出テタルトヲ問ハス第一ニ賠償ノ責任ニ任ス故ニ執達吏カ差  
押ヲ爲ス場合ニ當リテ封印ヲ施シタル堅固ナル倉庫ニ保管セサルカ爲メニ債  
務者カ封印ヲ破毀シ差押物ヲ消費シタルカ如キ場合ニ於テハ債務者ハ其責ニ  
任スヘキヤ當然ナリト雖モ道ハ執達吏ノ職務上ノ義務違背ニ基クモノナルヲ  
以テ執達吏ハ先ツ債權者ニ對シテ損害ヲ賠償スヘキモノトス官吏ノ不行爲  
ヨリ生シタル民事上ノ損害ニ關シテハ特別ノ明文ナキ以上ハ國家ハ被害者ニ  
對シ賠償責任ヲ負フモノニ非サルヲ我國法ノ原則トス故ニ執達吏ノ職務違背  
ヨリ生シタル損害ニ關シテハ國家ハ被害者ニ賠償ヲ爲スノ責任ナシ蓋シ官吏  
殊ニ執達吏ノ權限外ノ行爲不行爲ニ因リ又ハ權限内ノ行爲ヲ行フニ當リテ犯  
シタル過失ニ因リテ生シタル損害ハ國家カ官吏殊ニ執達吏ニ委任シタル行爲  
ニ因リテ生シタルモノニ非スシテ却テ官吏殊ニ執達吏タル一私人ノ不行爲  
ニ因リテ生シタルモノナレハナリ

## 第三章 執行ノ要件

強制執行力適法ニ行ハルルニハ強制執行ノ命令ニ關スル要件ト其實施ニ關スル要件トヲ具ヘサルヘカラス前者ハ執行事件ノ管轄裁判所カ執行力アル正本即チ強制執行命令ヲ付與スルニ必要ナル條件ニシテ後者ハ執行機關ノ行動スルニ必要ナル條件ナリ左ニ之ヲ分説スヘシ

## 第一節 強制執行命令ニ關スル要件

當事者カ執行事件ノ管轄裁判所ニ對シテ強制執行ニ關スル命令ヲ求ムルニハ國家ノ強制力ノ適用ニ依リ實在の滿足ヲ享有セント欲スル請求カ終局判決其他ノ債務名義ニ依リテ確認セラレタルコトヲ要ス是レ強制執行ハ債務者ノ意思ニ關係ナク債權者ニ實在の滿足ヲ得セシムルモノナルヲ以テ債權者カ債務者ニ對シテ有スル請求ノ確實ナルヲ期スルカ爲メナリ故ニ執行事件ノ管轄裁判所カ強制執行命令ヲ債權者ノ爲メニ發スルニハ執行シ得ヘキ終局判決其他ノ

債務名義ノ存在ヲ前提要件トスルハ當然ナリト云ハサルヘカラス左ニ債務名義ノ意義ト其種類トヲ略述スヘシ

(一) 意義

執行シ得ヘキ債務名義トハ強制執行ヲ爲スニ適當ナル債務者ノ義務ヲ確認シタル公正證書ナリ(第四百九十七條ニ所謂判決ハ第五百十六條及ヒ第二百三十八條ニ依レハ判決書ヲ意味スルモノタルヲ明白ナリ隨テ第五百六十條ニ所謂債務名義モ亦公正證書ヲ指示スルモノト云フヘシ)公正證書ハ公ノ官廳又ハ公ノ信用ヲ具フル一私人(例ヘハ公證人)カ其權限内ニ於テ法定ノ形式ヲ履ミテ作成シ且ツ特別ナル過去ノ事實ヲ傳フル書面ナルヲ以テ其性質上公ノ信用アルモノト云ハサルヘカラス是ヲ以テ法律ハ債務者ノ義務ヲ確認シタル公正證書ヲ強制執行ノ債務名義即チ實體的要素ト爲タリ故ニ言渡サレタルモ未タ適法ナル書面ニ記載セラレサル判決調書ニ未タ記載セラレサル裁判其他裁判上ノ和解ニシテ未タ調書ニ記載セラレサルモノハ強制執行ノ債務名義ト云フコトヲ得ス隨テ此等ノ事項ニ基キテ強制執行ヲ爲スコトヲ得サルナリ強制執行ヲ

爲スニ適當ナル債務名義トハ法律上強制執行力許サルヘキ債務名義ナリ我法律ニ從ヘハ強制執行ハ確定シタル終局判決假執行ノ宣言アル終局判決其他民事訴訟法第五百五十九條ニ規定シタル公正證書ニ基キテ之ヲ爲スコトヲ得余輩カ左ニ種類トシテ説明スル所ノモノ即チ是ナリ

## (二) 種類

我民事訴訟法ニ規定セル強制執行ヲ爲スニ適當ナル債務名義ハ我帝國通常裁判所ノ執行シ得ヘキ終局判決和解抗告ノミヲ以テ不服ノ申立ヲ爲スコトヲ得ル裁判執行命令假差押并ニ假處分命令及ヒ公證人作成ノ公正證書是ナリ第四

九七條第五五九條第九四八條左ニ之ヲ分説スヘシ

(甲) 我帝國通常裁判所ノ執行シ得ヘキ終局判決第四九七條

(イ) 終局判決 判決ニハ終局判決ト中間判決トノ區別アリ(第二二五條第二二七條終局判決ハ訴又ハ反訴ノ全部又ハ一部ニ付キ裁判ヲ爲シ以テ各審級ニ於ケル訴訟事件ヲ終局スルノ判決ナリ而シテ訴訟事件ノ一部ヲ終局スルモノヲ法律上一部ノ判決ト云ヒ第二二六條其全部ヲ終局スルモノヲ學理上之ヲ全部判

# 校外生規則摘要

- 一 講義録ハ毎月二回發行シ滿一今年ヲ以テ卒業トス
- 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、討論會ニ出席傍聽スルコトヲ得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内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
- 一 但シ返信用郵券ヲ封入スルコトヲ要ス
- 一 三ヶ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トスヘシ

明治廿二年十二月九日內務省許可

明治三十三年四月一日印刷

明治三十三年四月五日發行

編輯者  
東京市四谷區四谷仲町三丁目六番地  
小田 幹 治 郎

印刷者  
東京市芝區四ノ久保明光町十一番地  
金子 鐵 五 郎

印刷所  
東京市芝區四ノ久保明光町十一番地  
金子 活 版 所

東京市麴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)