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

PDF issue: 2025-07-04

# 和仏法律学校講義録

松岡，義正 / 掛下，重次郎 / 塚田，達二郎 / 兩角，彥六 / 荒井，賢太郎 / 岩田，一郎 / 棟居，喜九馬 / 若槻，禮次郎

(出版者 / Publisher)
和佛法律學校
(巻 / Volume)
1-9
(開始ページ / Start Page)
1
(終了ページ / End Page)
53
(発行年 / Year)
1900-06-05

私立法律學校圖書館

# 和佛法律學校講義錄

第壹部

第九號

民法總則（自四章至六章）（自六九至八四）法學士塚田達二郎

民法物權（自一章至六章）（自一一七至二二四）法學士荒井賢太郎

民法債權（自二章一節至同二節）（自一〇九至二二〇）法學士棟居喜九馬

民法債權（自二章三節至五章）（自三三至四〇）法學士兩角彦六

民法親族（自六九至七六）法律學士掛下重次郎

民法相續（自六一至七六）法學士若槻禮次郎

民事訴訟法第一編（自四九至六四）法學士岩田一郎

民事訴訟法（自六編至八編）（自九九至一四）法學士松岡義正

090
1900
1-1-9


# 法學志林

第八號　六月五日發行

毎月一回發行
定價一冊金拾錢郵稅一冊金壹錢十冊前金壹圓郵稅不要
校友生徒校外生ニ限リ
特價一冊八錢郵稅壹錢十冊前金六拾錢郵稅不要



新條約ニ於ケル最惠國條欵ヲ論ス、法學士秋山雅之介○刑ノ執行猶豫法ニ就テ、法學博士富井政章
◎志林
瑞西將來ノ民法ニ於ケル婦人ノ地位ヲ論ス、校友木村誠次郎
◎纂論
陳述期日變更申請ノ決定ニ對スル抗告、辯護士佐々木茂三郎
◎批評
民法及ビ商法問題解答二、法學博士梅謙次郎
◎解疑
商法第四百五十四條ニ就テ、校友渡邊武左衛門
◎寄書
○司法事務ニ關スル御下問○司法官某氏ノ司法談○司法大臣ノ演說○湯屋ノ責任○愛民ノ罪ト捕盜ノ功
◎雜報
擬律問題○講談會○講師會○懇話會○名古屋通信○圖書閲覽室資金寄附者氏名○校友異動○校友死亡
◎記事



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


ニ代理人ノ上ニ置キタル信用ハ全ク消滅スルモノナルカ故ニ代理權モ亦消滅スルヲ至當トスレハナリ其他委任ニ因ル代理權ハ委任ノ終了ニ因リテ消滅スヘク又後見ノ如キハ被後見人ノ成年ニ達シタルニ因リ消滅スヘキモノナリ代理權ハ右ニ述ヘタル理由ニ因リテ消滅スルモ第三者ハ其消滅ヲ知ラスシテ代理權アリト信シテ取引シタル場合ニ其法律行爲ハ代理權消滅セルヲ以テ本人ニ對シテ效力ヲ生セサルモノトセハ第三者ハ爲メニ損害ヲ被ルコトアルカ故ニ第三者ト本人トノ利害ヲ調和シテ之カ權衡ヲ保タサルヘカラス殊ニ委任ニ因ル代理權ハ委任者ニ於テ何時ニテモ之ヲ取消シ又ハ委任シタル權限ヲ減殺スルコトヲ得ルモノナルヲ以テ代理人ニ對スル通知ニ因リテ絶對ニ代理權消滅ノ效力ヲ生セシムルモノトセハ善意ナル第三者ハ尠カラサル損害ヲ被ルコトアリ隨テ佛國民法ニ於テハ本人カ代理人ニ對シテ委任ヲ取消スモ委任狀ノ返還ヲ受クルマテハ委任ハ繼續セリト信シテ取引シタル第三者ニ對シテ其責ヲ免ルルコトヲ得スト規定シ以テ善意ノ第三者ヲ保護セリ然レトモ此規定ニ依レハ代理人カ委任狀ヲ返還セサル間ハ本人ヲシテ責任ヲ負ハシムルカ故

ニ本人ニ於テハ甚タ不利益ナル結果ヲ受ケサルヘカラス故ニ瑞西債務法ニ於テハ本人カ代理人ニ委任狀ヲ交付セサルトキハ委任者カ其委任取消ヲ公示スルニ因リ第三者ニ對シテ其責ヲ免レ委任狀ヲ交付シタルトキハ其委任狀ヲ取戻シテ始メテ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘキモノトセリ獨逸民法ハ本人カ委任狀ヲ交付シタル場合ニ若シ代理人ニ於テ委任ノ取消アリタルニ拘ラス委任狀ヲ返還セサルトキハ本人ハ廣告ニ依リテ委任狀ノ無效ナルコトヲ表示シ其表示ヲ爲シタルヨリ一箇月ヲ經過シテ代理權ハ消滅スヘキモノト規定セリ獨逸民法第一七六條佛民法第二〇〇五條

我民法ニ於テハ單ニ代理權ノ消滅ハ第三者カ自己ノ過失ニ因リテ之ヲ知ラサリシ場合ヲ除ク外ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得スト規定セルカ故ニ代理人カ委任狀ヲ返還セスシテ之ヲ善意ノ第三者ニ示シテ取引シタル場合ニハ本人ハ代理權消滅ヲ以テ對抗スルコトヲ得ス佛國民法ト同一ノ缺點アリト謂ハサルヘカラス即チ本人ヲ保護スル點ニ付テ缺クル所アリト謂ツヘキナリ

## 第四款　代理權ヲ有セサル者カ代理人トシテ爲シタル法律行爲ノ效力

代理ニ依ル法律行爲ノ當事者ハ本人ニシテ代理人ハ其意思ヲ傳達スル機械ナリトノ理論ヨリ之ヲ論セハ代理權ヲ有セスシテ代理人トシテ爲シタル法律行爲ハ意思ナキ行爲トシテ無效ナルカ故ニ追認ニ因リテ其效力ヲ生セシムルコトヲ得サルモ第一節ニ於テ述ヘタル如ク代理人ハ本人ノ機械ニアラス自己ノ意思ヲ以テ法律行爲ヲ爲スモノニシテ其行爲ノ當事者ハ代理人ナルカ故ニ法律行爲ハ存在スルモ元來代理權ヲ有セサル者ナルヲ以テ其行爲ニ付テ代理ノ效力ヲ生シ本人ニ對シ權利義務ノ關係ヲ惹起スヤ否ヤハ未確定ノ狀態ニ在ルモノニシテ本人ノ追認アリテ始メテ其效力ヲ生スルモノナリ今之ヲ契約及ヒ單獨行爲ニ分チテ說明セント欲ス

第一　契約　代理權ヲ有セス又ハ權限ヲ超越シテ他人ノ爲メニスルコトヲ示シテ爲シタル契約ハ本人ノ追認ナクンハ本人ニ對シテ效力ヲ生スルコトナシ然ルニ契約ノ效力ヲシテ永久不確定ノ狀態ヲ繼續セシムルハ當事者ニ甚タ不

利益ナルヲ以テ獨逸民法瑞西債務法、我民法等ニ於テハ相手方ニ追認ヲ爲スヤ否ヤヲ催告スルノ權利ヲ與ヘ追認有無ノ確答ヲ催告スルコトヲ得ル旨ヲ規定セリ獨逸民法ニ於テハ追認ハ本人カ催告ヲ受ケテヨリ二週間内ニ之ヲ爲ササルヘカラス若シ此期間内ニ追認セサルトキハ之ヲ拒絶シタルニ同シトセリ唯我民法ト異ナル點ハ追認ノ確答ヲ爲ス期間ヲ相手方ニ定メシメスシテ法定期間ヲ設ケタルニ在リ期間内ニ確答ヲ爲スコトハ追認又ハ拒絶ノ返答ヲ發スルヲ以テ足レリトスルヤ若クハ相手方ニ返答ノ到達セサルヘカラサルヤ蓋シ確答ヲ爲ストハ意思表示ノ完了スヘキコトヲ意味スルモノニシテ必スシモ相手方ニ到達又ハ了知セシムルコトヲ必要トセス若シ其確答ハ一定ノ期間内ニ相手方ニ到達スルコトヲ必要トセハ本人カ相手方ニ到達シ得ヘキ相當ノ期間内ニ於テ確答ヲ發シタルニ拘ラス不慮ノ事變ノ爲メニ期間經過ノ後ニ相手方ニ到達シタルトキハ追認ノ效力ヲ生セサルコトト爲リ本人ノ過失ナクシテ不利益ヲ招クノ結果ヲ生スルニ至ルヲ以テナリ(第一一四條)

本人カ契約ノ追認又ハ拒絶ヲ爲スニハ相手方ニ對シテ直接ニ爲ササルヘカラス然ラサレハ契約ノ有效又ハ無效ヲ以テ相手方ニ對抗スルコトヲ得サルナリ然レトモ本人ヲシテ直接ニ相手方ニ對シ追認又ハ拒絶ヲ爲サシムルノ理由ハ其事實ヲ相手方ニ知ラシムルヲ以テ目的トスルカ故ニ相手方ニ於テ既ニ其事實ヲ知ルトキハ自己ニ對シテ追認又ハ拒絶ノ表示ナキコトヲ理由トシテ其契約ヨリ生スル責務ヲ免ルルコトヲ得ス(第一一三條第二項)

代理權ヲ有セサル者ノ爲シタル契約ハ本人ニ依リテ追認セラレサル間ハ相手方ニ於テ代理權ナキコトヲ知ラサリシ場合ト之ヲ知リタル場合トニ因リテ取消シ得ヘキト否トノ差異ヲ生ス

第一ノ場合ニ於テハ相手方ハ自稱代理人ニ代理權アリト信シテ契約ヲ爲シタルモノニシテ其契約ハ直チニ本人ニ對シ效力ヲ生スヘキモノト認メタルニ本人ノ追認ナクンハ其效力ヲ生セサル不完全ノ契約ナルカ故ニ決意ノ原因ニ錯誤アリト謂フヘキモノニシテ相手方ヲシテ之ヲ取消スコトヲ得ルトスルハ理論上當ニ然ルヘキコトナリ然レトモ右ノ取消權ヲ行使セシムルハ本人ノ利益ヲ害セサル範圍内ニ於テ之ヲ爲サシムヘキモノナルカ故ニ本人ニシテ其契約

ヲ追認セサル間ニ限リテ之ヲ取消スコトヲ得ヘキモノナリ契約ノ取消ハ本人ニ對シテ之ヲ爲スニアラサレハ效力ヲ生セサルモノナルヤ又ハ代理人ニ對シテ之ヲ表示シテ可ナルモノナリヤ我民法ニハ何等ノ規定ナシト雖モ法文ノ解釋トシテハ第百十三條ノ追認又ハ拒絶ノ如ク相手方ニ對シテ之ヲ爲ササルヘカラスト謂ヘル明文ナキカ故ニ代理人ニ對シテモ猶ホ之ヲ表示シ得ヘキモノト解釋セサルヘカラス(獨逸民法第一七八條參照)

第二ノ場合ニ於テハ相手方ハ契約ヲ爲ス時ニ於テ自稱代理人ノ代理權ナキコトヲ知リタルモノナルカ故ニ決意ノ原因ニ於テ錯誤アルコトナク初ヨリ契約ノ效力ハ本人ノ追認ニ關係スルモノナルコトヲ知リテ契約ヲ爲シタルモノナルカ故ニ之ニ對シテ取消ヲ許スヘキ理由ナキナリ

追認ハ遡及ノ效力ヲ生スルモノナリ蓋シ意思表示ハ表示ヲ爲シタル後ニ於テ其效力ヲ生スヘキモノナレトモ追認ハ申込ニ對スル承諾ニアラスシテ既往ニ存在セル行爲ヲ認ムルモノニシテ法律行爲アリシ時ヨリ其效力ヲ生セシムルノ意思ナルノミナラス相手方モ亦契約ヲ爲シタル時ヨリ效力ヲ生セシムヘキ意思ナルコト通例ナリ若シ追認ノ時ニ於テ始メテ將來ニ對シ契約ノ效力ヲ生スルモノトスレハ契約ノ時ト追認ノ時トノ間ニ於テハ當事者間ニ權利義務ノ關係ヲ生セスシテ契約ハ追認ニ因リテ成立スルト同一ノ結果ヲ生シ追認ニアラスシテ新ニ契約ヲ爲シタルト異ナルコトナシ故ニ法律ハ追認ノ性質トシテ契約ノ時ニ遡リテ其效力ヲ生スヘキモノナルコトヲ規定セリ然レトモ此規定ハ追認ノ性質ニ依リ當事者ノ意思ヲ推測シタルモノナルカ故ニ當事者間ニ特別ノ意思表示ヲ爲シタルトキハ其意思表示ニ依リテ契約ノ效力ヲ生スヘキ時期ヲ定メサルヘカラス民法第百十六條ハ公ノ秩序ニ關係セサル規定ナルヲ以テ當事者間ニ於テ之ニ異ナリタル意思ヲ表示シタルトキハ民法第九十一條ノ規定ニ依リテ其意思ニ從フヘキハ當然ナルヲ以テ「別段ノ意思表示ナキトキハ」ト云フ文字ハ全ク無用ノモノト謂ハサルヘカラス

右ノ如ク追認ハ契約ノ時ニ遡リテ行爲ノ效力ヲ生セシムルモノナレトモ之カ爲メニ第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ許サス例ヘハ相手方カ追認ノ通知ヲ受ケサル前ニ於テ契約ノ目的物ヲ第三者ニ賣入シタルトキハ本人カ契約ヲ追認ス

ルモ爲メニ第三者ノ取得シタル質權ヲ害スルコトヲ得サルカ如シ

他人ノ代理人トシテ契約ヲ爲シタル者カ代理權ヲ有セス又ハ其代理權ヲ證明スルコト能ハス且ツ本人カ其契約ヲ追認セサルトキハ自稱代理人ハ如何ナル責任ヲ有スルヤ之ニ關シテハ左ノ場合ニ分チテ之ヲ說明セサルヘカラス

(一)相手方カ代理權ナキコトヲ知ラス又ハ之ヲ知ラサルコトニ付テ過失ナキ場合　此場合ニ於テハ自稱代理人ハ相手方ノ選擇ニ從テ契約ノ履行若クハ損害賠償ノ責ニ任セサルヘカラス蓋シ代理權ヲ有セサル者カ他人ノ代理人トシテ爲シタル契約ハ本人ニ對シ其效力ヲ生セシムルニハ其追認ヲ要スヘキモノナレトモ其行爲ハ初ヨリ存在スルノミナラス相手方ニ於テ惡意又ハ過失ナキモノナルカ故ニ代理人ニ對シ契約ノ履行ヲ請求セント欲セハ之ヲシテ其履行ノ責ニ任セシヘキハ當然ナリ或ハ曰ク民法第百十七條ハ相手方ニ與フルニ無效ナル契約ノ履行ヲ求ムル選擇權ヲ以テシタルモノナリト然レトモ無效ナル契約ニ付テ履行ヲ請求シ得ルコトハ如何ニ法律ノ擬制ト雖モ餘リ不論理ナルカ故ニ法律ノ解釋トシテハ自稱代理人ト相手方トノ間ニハ本人ニ對シテ效力ヲ生セシムヘキ契約ハ存在シ而シテ本人ノ追認ヲ得サルカ爲メニ本人ニ對シテ其效力ヲ生セシムルコトヲ得サルト當時ニ自稱代理人ニ對シ損害賠償ト直接履行ノ請求權ヲ有セシメ相手方ヲシテ其兩者ノ內其一ヲ選擇シテ行使シ得ヘキコトヲ定メタルモノト解スヘキナリ又自稱代理人ヲシテ損害賠償ノ責ニ任セシメタル所以ノモノハ本人ニ對シ效力ヲ生セシムル目的ヲ以テ爲シタル契約ハ自稱代理人カ代理權ナク又本人ノ追認ナカリシカ爲メニ其效力ヲ生セサルニ至リタルモノニシテ畢竟自稱代理人ノ過失ニ基クカ故ナリ

茲ニ注意スヘキハ相手方ノ有スル損害賠償請求權ノ範圍是ナリ法文ニハ單ニ損害賠償トアルヲ以テ例ヘハ契約ノ目的物ノ價額カ騰貴シタルカ爲メニ相手方ハ之ヲ轉賣シタルトキハ相當ノ利益ヲ得ヘカリシニ本人ニ於テ追認ヲ爲サス隨テ契約ノ效力ヲ生セサルカ故ニ得ヘカリシ利益ヲ得サリシカ如キ損害マテモ包含スヘキカノ疑アルヘキモ法文ノ解釋トシテハ斯ル廣キ損害ヲモ賠償スヘキモノニアラサルコトヲ忘ルヘカラス若シ相手方ニ於テ契約ノ成立ニ付キ利益アリトスルトキハ代理人ニ對シ直接履行ヲ請求シ得ヘキカ故ニ先ツ此

請求ヲ爲シ代理人ニ於テ之ニ應セサルニ當リテ始メテ前例ノ如キ契約ノ履行ニ因リテ得ヘカリシ利益マテモ賠償トシテ請求スルコトヲ得ヘキハ勿論ナレトモ(第四一五條)茲ニ所謂損害賠償トハ直接履行ヲ爲ササルニ因リテ被リタル損害ヲ賠償セシムルニアラスシテ相手方カ代理人ニ代理權アルヲ信用シタルカ爲メニ被リタル損害即チ契約ニ要シタル費用ノミヲ賠償セシムヘキモノナリ

(二)相手方カ自稱代理人ノ代理權ナキコトヲ知リ若クハ之ヲ知ラサルニ付キ過失ノ責アル場合　此場合ニ於テハ自稱代理人ハ相手方ニ對シテ何等ノ責任ヲ有セス是レ相手方ハ契約ヲ爲スニ當リ本人ノ追認アルニアラサレハ其效力ヲ生セサルモノナルコトヲ豫期シタルモノナルカ故ニ本人ノ追認ナカリシカ爲メニ不慮ノ損害ヲ被ルカ如キコトナケレハナリ若シ縱令契約當時ニ於テ代理權ヲ有スルコトヲ知ラス本人ノ追認ヲ要セスシテ本人ニ對シ契約ノ效力ヲ生セシムヘキモノト信シ爲メニ不慮ノ損害ヲ被リタルコトアリトスルモ是レ自己ノ過失ニ因リ自ラ招キタル損害ナルカ故ニ法律ニ於テ之ヲ保護スヘキ理由ナキカ故ナリ

(三)自稱代理人カ能力ヲ有セサリシ場合　代理人トシテ契約ヲ爲シタル者カ能力ヲ有セサルトキハ第二ノ場合ト同シク相手方ニ對シテ何等ノ責任ヲ有セス蓋シ能力ヲ有セサル者ヲシテ他人ノ爲メニ爲シタル契約ニ因リ能力者ト同一ノ責務ヲ有セシムルモノトセハ自己ノ爲メニ爲シタル契約ニ付キ取消權ヲ與ヘテ之ヲ保護スル制度ト權衡ヲ保タサルコトアルヲ以テナリ若シ無能力者カ法定代理人ノ同意ヲ得テ他人ノ代理人トシテ契約ヲ爲シタル場合ニ於テハ其行爲ニ付テハ第一ノ場合ニ該當スルトキハ能力者ト同一ノ責任ヲ有スヘキヤ否ヤ我民法ノ解釋トシテハ法定代理人ノ同意ヲ得テ爲シタル場合ニモ猶ホ之カ責任ヲ有セサルモノトセサルヘカラス獨逸民法ニ於テハ第百七十九條ニ於テ無能力者カ法定代理人ノ同意ヲ得テ爲シタル場合ニハ能力者カ爲シタルトキト同一ノ責任ヲ有スヘキコトヲ規定セリ

第二　單獨行爲　單獨行爲ハ相手方ノ同意ヲ必要トセスシテ一方ノ意思ノミニ因リテ成立スヘキモノナルカ故ニ代理權ナクシテ之ヲ爲シタル場合ニ本人

ノ追認アリタルトキハ相手方ニ對シテ其效力ヲ生スヘキモノトセハ相手方ハ甚タ不利益ノ結果ヲ受クルコトアルカ故ニ獨逸民法及ヒ我民法等ニ於テハ原則トシテ代理權ナクシテ代理人トシテ爲シタル法律行爲ノ效力ヲ認メス然レトモ自稱代理人ニ於テ單獨行爲ヲ爲スニ際シ相手方カ代理人ノ主張セタル代理權ニ付キ抗議セス若クハ權限ナキコトヲ知リテ其行爲ヲ爲スコトニ同意シタルトキハ相手方ニ於テ之ヲ認メタルモノナルヲ以テ相手方カ自稱代理人ト契約セタル場合ト事情相同シキカ故ニ之ニ付テハ契約ニ關スル規定ヲ準用シ其法律關係ヲ定ムヘキモノト規定シタリ茲ニ注意スヘキハ我民法第百十八條ニハ「其代理權ヲ爭ハサリシトキニ限リ」トアルヲ以テ相手方カ自稱代理人ノ代理權ナキコトヲ知リテ爭ハサル場合ノミニ限ルカ如キ疑アランモ法文ニ別段ノ制限アラサルヲ以テ相手方カ代理權ノ欠缺ヲ爭ハサリシ一切ノ場合ヲ包含スルモノナリト解釋セサルヘカラス

以上ハ自稱代理人カ相手方ニ對シテ單獨行爲ヲ爲シタル場合ヲ述ヘタルモノナルモ相手方カ自稱代理人ノ同意ヲ得テ之ニ對シ單獨行爲ヲ爲シタルトキモ亦契約ニ關スル規定ヲ準用シテ其效力ヲ定ムヘキモノナリ(第一一八條獨逸民法第一八〇條參照)

## 第六節　法律行爲ノ無效及ヒ取消

### 第一款　無效又ハ取消シ得ヘキ法律行爲ノ性質

無效ノ法律行爲トハ表面上ニ於テハ法律行爲ノ形式ヲ備フルモ其要素ヲ欠缺セルモノニシテ法律行爲タル實體ナキモノナリ即チ法律行爲ノ成立要素ノ一ヲ欠缺スルモノハ無效ノ行爲ニシテ法律上ニ於テハ行爲ノ存在セサルト同一ノモノナリ例ヘハ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スルコトヲ目的トスル意思表示ノ如キ法律行爲ノ要素ニ錯誤アル意思表示ノ如シ

茲ニ注意スヘキハ無效ナル行爲ハ法律上ノ存在ヲ有セサルモノナルカ故ニ論理上ニ於テハ常ニ絕對的無效ナラサルヘカラサルコトハ當然ナリト雖モ法律ハ實際ノ便宜ヲ圖リ關係的無效ナル行爲ヲ認メ或事情ノ下ニ於テハ其行爲ヲシテ效力ヲ有セシムルモノアリ絕對的無效ノ行爲ハ法律上存在セサルモノナ

ルヲ以テ其無效ハ法律行爲ノ當事者及ヒ其相續人承繼人ニ對シテ適用セラルルノミナラス其行爲ニ關シ利害關係ヲ有スル第三者ニ對シ一般ニ適用セラルルモノナリ之ニ反シテ關係的無效ノ行爲ハ其無效ヲ主張スヘキ當事者ヲ限定シテ或當事者間ニ於テハ其行爲ハ有效ニ存在スルモノト同一ノ效力ヲ有セシムルモノナリ(民法第九四條第二項、第九五條獨逸破產法第六條)

取消シ得ヘキ法律行爲トハ法律行爲ノ成立要素ニ於テ缺クル所ナキモ其行爲ハ瑕疵アルカ爲メニ或當事者ノ一方ノ意思ニ因リテ其行爲ヲ無效ナラシムルコトヲ得ヘキモノナリ蓋シ法律行爲ノ取消ナルコトハ瑕疵アル意思ヲ表示シタル當事者ヲ保護スルカ爲メ又ハ無能力者ヲ保護スルカ爲メニ設ケタルモノナルヲ以テ取消權ヲ行使スルト否トハ全ク當事者ノ自由ナリ而シテ取消シ得ヘキ行爲ハ取消サルル迄ハ有效ナルヲ以テ若シ當事者ニ於テ取消權ヲ行使セサルトキハ法律行爲ハ有效ノ儘ニ於テ確定スヘシ今無效行爲ト取消シ得ヘキ行爲トノ結果ノ差異ヲ述フレハ左ノ如シ

第一　取消シ得ヘキ行爲ハ取消ノ意思ヲ表示セサル迄ハ有效ナルモ無效ノ行爲ハ始ヨリ效力ヲ生スルコトナシ無效ノ行爲ハ法律ノ規定ニ依リ當事者ノ意思ヲ俟タスシテ當然無效ナルカ故ニ其行爲ニ因リテ法律上ノ效力ヲ生セサルモ取消シ得ヘキ行爲ハ其取消ナキ間ハ有效ニシテ法律關係ヲ生スルモノナルヲ以テ之カ取消ナキトキハ當事者ハ其行爲ニ因リテ權利ヲ得義務ヲ負フヘキモノタリ舊民法ニ於テハ取消ノ請求ハ裁判所ニ之ヲ爲ササルヘカラサル主義ヲ採用セシモ現行民法ハ單ニ當事者ノ意思表示ノミヲ以テ足レリトセリ而シテ法律行爲ノ相手方カ確定シタル場合ニハ相手方ニ對シテ其取消ヲ表示シ相手方カ確定セサルトキハ取消ノ意思ヲ一般ニ知ラシムルコトヲ得ル方法ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得(第一二三條、第五三〇條參照)尤モ債務者ノ詐害行爲ニ關シテ債權者ヨリ爲ス取消ハ裁判所ニ請求スルコトヲ要スレトモ茲ニ所謂取消行爲トハ其性質ヲ異ニスルモノナリ(第四二四條參照)

第二　無效ノ行爲ハ當事者ノ意思ニ因リテ有效ト爲スコトヲ得サルモ取消シ得ヘキ行爲ハ追認ニ因リテ其瑕疵ヲ除却スルコトヲ得ヘシ無效ノ行爲ハ初ヨリ法律上ノ存在ナキヲ以テ之ヲ追認スルモ其效力ヲ生セシムルコトヲ得

ス若シ當事者ニ於テ其行爲ノ無效ナルコトヲ知リテ追認シタルトキハ當事者ノ意思ハ新ナル行爲ヲ爲スニアリト看做シ其行爲ノ效力ヲ定メサルヘカラス例ヘハ法律行爲ノ要素ニ錯誤アリタル場合ニ其錯誤アルコトヲ知リテ追認ヲ爲シタルトキハ其時ヨリ新ニ完全ナル行爲ヲ爲シタルモノト看做シテ之ニ因リテ權利義務ヲ生セシムルカ如キ是ナリ(第一一九條)取消シ得ヘキ行爲ハ之ニ反シテ追認ニ因リテ其行爲ニ附著セル瑕疵ヲ除却スルコトヲ得ヘシ追認ハ即チ取消權ノ明示又ハ默示ノ拋棄ニシテ言語文書若クハ行爲ニ依リテ表示セラルルモノナリ而シテ取消シ得ヘキ行爲ニ對シテ適法ノ追認アリタルトキハ其行爲ハ最早當事者ノ一方ノ意思ニ因リテ其效力ヲ阻却セシムルコトヲ得サルナリ

第三　取消シ得ヘキ行爲ハ時效ニ因リテ完全ナル行爲ト爲ルモ無效ノ行爲ハ時效ニ因リテ有效ト爲ルコトナシ取消權ハ追認ヲ爲スコトヲ得ル時ヨリ五年間又ハ其行爲ノ成立シタル時ヨリ二十年間之ヲ行ハサルトキハ時效ニ因リテ消滅シ同時ニ取消シ得ヘキ行爲ハ完全ノ行爲ト爲ルモ無效ノ行爲ハ如何ナル場

三十條第一項ニ之ヲ規定セリ曰ク「一棟ノ建物ノ部分ヲ成ス疆界線上ノ牆壁ニハ前條ノ規定ヲ適用セス」ト蓋シ建物ノ牆壁ハ建物ノ一部ヲ成シ全ク建物ノ用ヲ爲スモノナルカ故ニ縱令疆界線上ニ在ルトキト雖モ之ヲ相隣間ノ共有ト推定スルノ理由ナシ又同條第二項ニ「高サノ不同ナル二棟ノ建物ヲ隔ツル牆壁ノ低キ建物ヲ踰ユル部分亦同シ」ト規定シ此場合ニ於テモ亦共同ノ推定ヲ許サス是レ亦其低キ建物ヲ踰ユル部分ニ付テハ其牆壁ハ唯高キ建物ノ用ヲ爲スニ過キサルニ由リ共有ト推定スルノ理由ナケレハナリ之ヲ要スルニ疆界線上ニ設ケラレタル牆壁等ヲ以テ相隣者ノ共有ト推定スル所以ハ相隣者雙方ノ利益ノ爲メニ設ケラレタル形跡アルカ爲メナルニ由リ前二箇ノ場合ノ如キ全ク一方ノ相隣者ノ利益ノ爲メノミニ設ケラレタルモノニ共有ノ推定ヲ下スヲ得サルモノトス牆壁ノ低キ建物ヲ踰ユル部分ト雖モ防火牆壁ナルトキハ第二百二十九條ノ本則ニ立戻リ共有ノ推定ヲ下スヘキモノトス何トナレハ防火牆壁ハ其性質上建物ヨリ高キヲ要スルヲ以テ單ニ相隣者一方ノ者ノ爲メニ作リタルモノト謂フヲ得サレハナリ

第二百三十一條ハ相隣者ノ一人カ共有ノ牆壁ノ高サヲ增スヲ得ルコトヲ規定セリ蓋シ相隣者ノ一人ニシテ建物ヲ增築スルカ如キコトアルトキハ其共有ノ牆壁ノ高サヲ增加スルノ必要アルヘシ然ルニ普通共有物ニ關シテハ之カ變更ヲ許ササルニ由リ殊ニ本條ノ規定ヲ設ケテ牆壁ノ場合ニ關スル特例ヲ認メタリ故ニ本條ノ場合ニ於テハ相隣者ノ一人カ他ノ相隣者ノ承諾ヲ經スシテ其共有ニ係ル牆壁ノ高サヲ增加スルコトヲ得ルモノナリ牆壁ノ高サヲ增スニ際シ從來ノ牆壁ノ構造カ此工事ニ堪ヘサルトキハ牆壁ノ改築其他新工事ニ堪フルニ必要ナル工作ヲ施ササルヲ得ス此ノ如キ場合ニ於テ障壁ヲ高メントスル相隣者ハ自費ヲ以テ此等ノ工事ヲ爲スノ義務アリ而シテ牆壁ノ高サヲ增シタル部分ハ共有ノ性質ヲ脫シ其工事ヲ爲シタル者ノ專有ニ屬スルモノナリ

第二百三十一條ニ依リ牆壁ノ高サヲ增シタルカ爲メ隣人カ損害ヲ受ケタルトキハ償金ヲ請求スルヲ得ルコトハ第二百三十二條ニ規定セリ元來疆界線上ニ施ス所ノ工事ハ相隣者雙方ノ利害ニ關係スルモノナルカ故ニ雙方ノ協議ニ成ルヲ本則トス然ルニ第二百三十一條ハ一方ノ相隣者ノ爲メニ特例ヲ開キタルモノナルカ故ニ之カ爲メ他方ノ相隣者ニ損害ヲ及ホシタルトキハ之カ賠償ヲ爲サシムルハ當然ノコトナリトス且ツ第二百三十一條ハ廣ク相隣者ノ一人ニ共有ノ牆壁ノ高サヲ增スコトヲ許スト雖モ是レ相隣者ノ利益ノ爲メニ設ケタル規定ナルカ故ニ其牆壁ノ增加ハ何等自己ニ利益スル所ナキノミナラス其結果徒ニ隣人ニ損害ヲ與フルニ止マルトキハ共有者ノ一人ハ其權利ヲ濫用シテ隣人ノ權利ヲ害スルモノニシテ寧ロ正當權利ノ行使ト謂フヲ得サルニ由リ此ノ如キ場合ニ於テハ始メヨリ牆壁ノ高サヲ增スコトハ之ヲ許スヘカラサルモノトス

共有ノ界標圍障牆壁及ヒ溝渠ノ設置保存ニ要スル費用ハ共有者間ニ分擔スヘキハ論ヲ俟タス而シテ其分擔ノ割合ニ付テハ界標及ヒ圍障ニ付テハ第二百二十四條及ヒ第二百二十六條ノ規定ニ依リ相隣者間ニ平分スヘキヲ原則トス牆壁及ヒ溝渠ノ費用ノ負擔ニ付テハ本節ニ何等ノ明文ナキヲ以テ共有物ニ關スル普通ノ規定ニ從フヘキモノニシテ實際ニ於テハ相隣者間ニ平分ノ結果ヲ見ルコト多キニ居ラン但シ數人ニテ一棟ノ建物ヲ區分所有スル場合ニ於テ其

分界線ニ當ル牆壁ノ費用ハ第二百八條第二項ノ規定ニ從ヒ各自所有部分ノ價格ニ應シテ分擔スヘキモノナリ又第二百三十一條ニ依リ相隣者ノ一人カ共有牆壁ヲ高ムルニ際シ從來ノ牆壁ニ工作ヲ施シ又ハ之ヲ改築シタルニ因リ其牆壁ノ保存費用ノ增加ヲ來シタル場合ニハ其增加額ハ工事者ノ分擔スヘキモノナラン尤モ隣人カ工作又ハ改築ニ因リ利益ヲ受ケタルトキハ其利益ノ割合ニ應シテ之ヲ分擔スヘキハ當然ナリ

八　疆界線ノ近傍ニ於ケル竹木及ヒ工作物

第二百三十三條以下ハ疆界線ノ近傍ニ於ケル竹木及ヒ工作物ニ關シ相隣者ノ間ニ生スヘキ關係ヲ規定セリ舊民法ハ疆界線ノ近傍ニ於テ竹木ヲ栽植セントスルトキハ土地所有者ハ竹木ノ種類ニ依リ疆界線トノ間ニ一定ノ距離ヲ保チテ之ヲ栽植スヘキモノト爲シタルモ新民法ハ竹木ノ栽植ニ關シテハ別ニ制限ヲ置カス唯竹木ノ枝及ヒ根ノ疆界線ヲ越エタル場合ニ付テノミ規定セリ蓋シ疆界線ノ近傍ニ於ケル竹木ノ栽植ハ各地其慣習ヲ異ニシ又ハ其土地ノ狀況ニ依リ趣ヲ異ニスル點アルヘキニ由リ法律ヲ以テ一定ノ制限ヲ設クルハ却テ不便ナルノミナラス時ニ所有者ノ權利ヲ不當ニ制限スルノ結果ヲ來スコトナキヲ保セス新民法ハ竹木ノ栽植ニ關シ別ニ法律上ノ制限ヲ設ケス當事者ノ意思ニ一任シタルハ當ヲ得タルノ規定ナリ然レトモ竹木ノ枝若クハ根カ疆界線ヲ踰越シテ隣地ニ至リシトキハ隣地ノ所有者ニ之ヲ除去スルノ途ヲ與フルハ是レ亦當然ノコトナリ而シテ疆界線ヲ踰越シタル竹木ノ枝ニ付テハ隣地ノ所有者ニ竹木ノ所有者ヲシテ其枝ヲ剪除セシムルコトヲ要求スル權ヲ認メ竹木ノ根カ疆界線ヲ越ユルトキハ隣地ノ所有者自ラ之ヲ截取スルコトヲ許セリ枝ト根トノ間ニ此ノ如キ差異ヲ設ケタル所以ハ其物質ノ價格ニ高低ノ差アルノミナラス根ハ地中ニ在ルモノナルカ故ニ土地ノ所有者ハ其土地ヲ耕作スルノ結果自然ニ之ヲ截リ取ルコトアルハ勢ヒ免レサル所ニシテ一一竹木ノ所有者ヲシテ之ヲ截取セシムル如キハ實際ニ於テ爲シ能ハサル所ナルヲ以テ隣地ノ所有者自ラ之ヲ截取スルコトヲ許シタルモノニシテ枝ハ之ニ反シテ外部ニ顯ハレ居ルヲ以テ其妨害ヲ感スルニ際シ之カ剪除ヲ要求シ得ルノ途ヲ開キ置クハ敢テ隣地ノ所有者ニ損害ヲ及ホスノ虞ナケレハナリ

第二百三十四條ハ建物築造ノ場合ニ關シテ規定セリ建物ヲ築造スルニハ疆界線上ヨリ一尺五寸以上ノ距離ヲ存スルコトヲ要ス是レ建物ハ隣地トノ間ニ空地ヲ存セサルトキハ他日建物ノ修繕改築等ヲ爲スニ際シ常ニ隣地ニ立入ラサルヲ得サルニ至ルヘク且ツ隣地ニ於テ同シク建物ヲ築造スルニ當リテハ此等ノ空地ヲ存セシムル必要アルカ爲メ勢ヒ隣地ノ所有者ハ疆界線ヲ距リテ其建物ヲ築造セサルヲ得サルニ至ルヘシ此ノ如キハ獨リ相隣者ノ一方ノミ權利ノ行使ヲ制限スルコトト爲リ不公平ノ結果ニ陷ルヘキヲ以テ總テ建物築造ノ場合ニハ疆界線トノ間ニ一尺五寸以上ノ距離ヲ存セシムルコトトセリ故ニ若シ此規定ニ違反シテ建物ヲ築造シタルトキハ隣地ノ所有者ハ其建築ヲ廢止シ又ハ其位置ヲ變更セシメ以テ成規ノ距離ヲ存セシムルコトヲ得ルモノナリ然レトモ若シ建物カ竣成シ若クハ未タ竣成セサルモ建築著手後一年ヲ經過スルトキハ最早建物ノ廢止又ハ變更ヲ請求スルコトヲ得ス唯損害賠償ノ請求ヲ爲スヲ得ルノミ(第二三四條第二項)是レ既ニ建物ノ竣成シ若クハ著手後一年ヲ經過シタル後ニ於テモ尚ホ其廢止變更ノ請求ヲ許ストキハ建物ノ所有主ニ過大ノ損害ヲ被ラシムルニ至ルヘキヲ以テ此場合ニ於テハ唯損害賠償ノ請求ノミヲ許セリ而シテ此損害賠償ハ不法行爲ニ基因スルモノナルカ故ニ第七百二十四條ニ規定シタル期間之カ請求權アルモノトス

第二百三十五條ハ他人ノ宅地ヲ觀望スヘキ窓又ハ椽側ヲ設クルコトニ付キ制限ヲ規定セリ疆界線ヨリ三尺未滿ノ距離ニ於テ他人ノ宅地ヲ觀望スヘキ窓又ハ椽側ヲ設クルトキハ目隱ヲ附スルコトヲ要スト本條ハ他人ノ宅地ヲ觀望スヘキ窓又ハ椽側ニ限リ適用スヘキモノナルカ故ニ單ニ明取リノ爲メニ設ケタルモノニシテ觀望ニ適セサルモノノ如キハ固ヨリ目隱ヲ附スルニ及ハス又他人ノ宅地ヲ觀望スヘキ場合ニ限ルニ由リ田畑ノ如キモノニ付テハ固ヨリ本條ノ適用ナシ然レトモ其所謂宅地トハ如何ナル土地ヲ稱スルヤハ全ク事實ノ問題ニ屬スルモノナリ三尺ノ距離ハ窓又ハ椽側ノ隣地ニ最モ近キ點ヨリ直角線ニテ測算ス(第二三五條第二項)

以上建物ノ築造及ヒ宅地ノ觀望ニ付テハ若シ本法ノ規定ニ異ナリタル慣習アル場合ニ於テハ必スシモ本法ノ規定ニ依ラシムルノ必要ナキヲ以テ其慣習ニ

從フコトヲ許セリ(第二三六條)

第二百三十七條ハ井戸、用水溜、下水溜、肥料溜ヲ穿チ又ハ水樋ヲ埋メ溝渠ヲ穿ツニ付キ所有者ノ守ルヘキ制限ヲ規定セリ此等ノ工作物ハ隣地ニ損害ヲ及ホシ易キ性質ノモノナルニ由リ各相當ノ制限ヲ附シタリ而シテ此等ノ工事ヲ爲スニ當リテハ隣地ニ損害ヲ及ホササル樣相當ノ注意ヲ爲スヘキハ是レ亦當然ノコトニシテ別ニ說明ヲ要セスシテ明カナリ

## 第二節　所有權ノ取得

所有權ハ相續、遺贈、賣買、贈與其他時效等ニ因リ之ヲ取得スルヲ得ルコト他ノ物權ニ於ケルト異ナルコトナシ又法律ノ效力ニ因リ直接ニ之ヲ取得スル場合アリ善意ノ占有者カ占有物ノ果實ヲ取得スルカ如キ是ナリ此等ノ取得方法ノ外所有權ニ特別ナル取得ノ方法アリ本節ハ此特別ノ場合ニ關シテ規定セリ即チ第一、無主物ノ先占第二、遺失物ニ關スル所有權ノ取得第三、埋藏物ニ關スル所有權ノ取得第四、添附ニ因ル所有權ノ取得是ナリ今逐次之ヲ說明スヘシ

同時ニ其行爲ヲ完了シタルトキ例ヘハ人ノ行衛ヲ報知スルノ書面同郵便ニ依リテ同時刻ニ廣告者ニ到達シタル場合ノ如キニ於テハ其先後ヲ分ツコト能ハサルカ故ニ何人カ其報酬ヲ受クルノ權利ヲ有スルヤ容易ニ之ヲ決スルコトヲ得ス從來此點ニ關シテハ各國ノ法制中或ハ常ニ抽籤ヲ以テ報酬ヲ受クヘキ人ヲ定ムヘキモノト爲スモノアリ或ハ其數人ニ於テ平等ノ割合ヲ以テ報酬ヲ受クルヲ原則ト爲シ若シ其報酬ノ性質上分割ニ不便ナルカ又ハ廣告ニ於テ單ニ一人ノミ之ヲ受クヘキモノト定メタル場合ニ限リ抽籤ヲ以テ之ヲ受クヘキ者ヲ決定スヘキモノト爲スモノアリ今廣告者ノ意思ヲ尋繹スレハ縱令數人同時ニ其行爲ヲ爲ス場合ト雖モ各自ニ廣告ノ報酬ヲ與フルノ意思アリタルニ非サルコト明カニシテ、亦數人中抽籤ノ結果ニ依リ偶然之ヲ或一人ニ與フルモ廣告者ノ本意ニ非サルヘシ故ニ寧ロ平等分割主義ニ基キ其報酬ヲ同等ノ割合ヲ以テ各自ニ之ヲ分配スルヲ至當ト爲スヘシ我法典ハ實ニ此主義ヲ採用シ數人カ同時ニ行爲ヲ爲シタル場合ニ於テハ各平等ノ割合ヲ以テ報酬ヲ受クル權利ヲ有スルモノト爲シ其報酬ノ性質上分割ニ不便ナルトキ例ヘハ一箇ノ器具ヲ以

タ報酬ト爲スカ如キ場合又ハ廣告ニ於テ單ニ一人ノミニ對シ報酬ヲ與フヘキ旨ヲ明言シタル場合ニ限リ抽籤ノ方法ニ依リ其報酬ヲ受クヘキ者ヲ定ムルコトト爲セリ是レ蓋シ何レモ廣告者ノ意思ヲ推測シテ之ヲ保護スルカ爲メニ設ケタル規定ナリトス(第五三一條第二項)

以上陳述シタル所ハ何レモ廣告中ニ別段ノ意思ヲ表示セサル場合ニノミ之ヲ適用スヘキ所ニシテ若シ夫レ廣告者カ反對ノ意思ヲ廣告シタル場合例ヘハ其行爲ヲ爲シタル各人ニ一一一定ノ報酬ヲ與フルコトヲ定メタルカ如キ又ハ行爲ヲ爲スヘキ期間内ニ行爲ヲ爲シタル者ノ間ニノミ一定ノ報酬ヲ分割スヘキコトヲ定メタル如キ場合ニ於テハ何レモ其意思ニ從フヘキハ勿論ナリトス(第五三一條第三項)

第四　優等懸賞廣告

廣告者カ指定シタル行爲ヲ爲シタル者ノ中ニ付キ優等者ヲ定メ其優等者ノミニ一定ノ報酬ヲ與フヘキ旨ヲ廣告スルハ所謂優等懸賞廣告ト稱スルモノニシテ學術ノ研究上ニハ往往利用セラルルモノナリ例ヘハ一定ノ條件ヲ以テ最モ優等ナル論文ヲ投稿シタル者若クハ一定ノ目的ヲ有スル最モ便利ナル器械ヲ發明シタル者ニ若干ノ報酬ヲ與フヘキ旨ヲ廣告シタル場合ノ如シ此場合ニ於テハ時ノ長短ニ依リ優劣ヲ判定スヘキ範圍ニ廣狹アルヲ以テ若シ初ヨリ應募ノ期間ヲ定メサルトキハ廣告者ノ意思ニ因リ妄ニ其期間ヲ伸張シ從テ自ラ優等ナリト信スル者モ廣告者ヲシテ報酬ヲ拂ハシムルニ詮ナク又應募者ハ廣告者ニ對シ優劣ノ判定ヲ强フルヲ得スシテ實際優等者ヲ確定スルコト能ハサルニ至ルヘキヲ以テ法律ハ此種ノ廣告ニハ必ス應募ノ期間ヲ定ムルコトヲ要スト爲セリ蓋シ通常ノ懸賞廣告ニ於テハ前ニ述ヘタル如ク最初ニ行爲ヲ完了シタル者ニ報酬ヲ與フルヲ以テ別段應募ノ期間ヲ定ムル必要ナシト雖モ優等懸賞廣告ハ實ニ以上ノ理由ニ因リ其期間ヲ定ムルヲ要シ其期間内ニ行爲ヲ爲シタル者ノ中ニ就キ優等者ノミニ報酬ヲ與フヘキモノナリ是レ通常懸賞廣告ト優等懸賞廣告ト其規定ヲ異ニスル所以ナリ(第五三二條第一項)果シテ然ラハ應募者中何レノ行爲カ最モ優等ナルカハ何人ニ於テ之ヲ判定スルヤト云フニ其判定者ヲ廣告中ニ指定シタル場合ニハ其指定者又廣告中ニ其選定方法ヲ定メタ

ル場合ニハ其方法ニ依リ選定セラレタル者之ヲ判定シ別段廣告中ニ其判定者ヲ定メサリシトキハ廣告者之ヲ判定スヘキモノト爲セリ(第五三二條第二項)而シテ應募者ハ廣告中ニ定メタル者カ其判定ヲ爲シタルト又廣告者カ其判定ヲ爲シタルトヲ問ハス其判定ニ對シテハ決シテ異議ヲ述フルコトヲ得サルモノトス(第五三二條第三項)

右ノ場合ニ於テ數人ノ行爲カ同等ニ優等ナリト判定セラルルコトアリ此場合ニ於テハ原則トシテ前ニ述ヘタル平等分配主義ニ基キ各自平等ノ割合ヲ以テ報酬ヲ受クヘキモノトシ唯其報酬ノ性質分割ニ不便ナルトキ又ハ廣告ニ於テ一人ニノミ之ヲ與フヘキ旨ヲ定メタルトキニ限リ抽籤ヲ以テ之ヲ受クヘキ者ヲ定ムルコトト爲セリ例ヘハ最優等ノ論文二篇アリタリトシ其報酬金二百圓ナリト假定セハ兩論文ノ編者各百圓ヲ受クヘク若シ其報酬カ一ノ物品ナルカ又ハ廣告ニ於テ必ス一人ニ金二百圓ヲ與フヘキ旨ヲ定メタルトキハ抽籤ヲ以テ之ヲ受クヘキ者ヲ定ムル類ノ如シ(第五三二條第四項)而シテ又數名ノ應募者アル場合ニ優等者ノ外次等以下ノ者モ亦順次差等ヲ附シ報酬ヲ與フヘキ旨ヲ定メタル場合ニハ前述ノ規定ヲ適用スルコトヲ得スシテ各廣告ノ趣旨ニ從ヒ其報酬ヲ定ムヘキモノトス

## 第六章　契約ノ效力

契約ノ效力ハ私法上ノ效果ヲ生スルニ在リ之ヲ換言スレハ或ハ債權ヲ創設、移轉、變更、消滅セシメ或ハ物權ヲ創設、移轉、變更、消滅セシメ或ハ身分上ノ法律關係ヲ創設、變更、消滅セシムルニ在リ此ノ如ク契約ノ效力ハ權利ノ得喪變更ニ在リ其取得シタル權利ノ效力如何ハ契約ノ效力ニ非ス佛法及ヒ舊民法ニ於テハ契約ノ效力ト債權ノ效力トヲ混同セル譏アリ抑モ契約ノ效力トシテ論スヘキ所ノモノハ雙務契約ノ效力及ヒ第三者ノ利益ノ爲メニスル契約ノ效力ヲ以テ其重要ナルモノト爲ス蓋シ此二箇ノ場合ニ於テハ債權ノ效力ト區別スルノ必要アレハナリ今左ニ之ヲ細說スヘシ

### 第一款　雙務契約ノ效力

第一　雙務契約ノ性質

雙務契約ヨリ生スル所ノ雙方ノ債務關係ニ付テハ從來左ノ三說アリ

第一說　雙務契約ヨリ生スル雙方ノ債務ハ全ク相獨立シテ其間ニ何等ノ關係ナク隨テ契約ヲ取結ヒタル後ハ雙方ノ債務其運命ヲ共ニスルモノニ非スト論スルモノ是ナリ

第二說　雙務契約ニ於テハ雙方ニ請求權ヲ生スト雖モ此請求權ハ相互ニ獨立セルモノニ非サルノミナラス又純然タル二箇ノ請求權ニモ非ス二箇合シテ一箇ノ完全ナル請求權ヲ成ス即チ二箇ノ債務關係ノ兩面ニ過キスト謂フモノ是ナリ

第三說　雙務契約ハ二箇ノ債務ヲ生ス此債務ハ相待チテ存立シ相關聯ス故ニ自己ノ債務ヲ履行セスシテ相手方ニ債務履行ヲ請求スルコトヲ得ス又相手方カ其債務ヲ履行セサル間ハ自己ノ債務ヲ履行スルコトヲ要セスト說クモノ是ナリ

以上三說中何レヲ以テ正當ト爲スヘキヤト云フニ第一說ハ當事者ノ意思ニ適合セサルノ譏アリ何トナレハ雙務契約ニ於ケル當事者ノ意思ハ各自ノ債務ヲ以テ獨立セルモノト爲サスシテ相手方ヨリ反對給付ヲ受クルニ因リ自己モ亦給付ヲ爲スヘキコトヲ承諾シタルモノナレハナリ第二說ハ雙務契約ノ事實ニ反ス何トナレハ雙務契約ニ於テハ事實上債權者アリ又債務者アルモノナレハ二箇ノ請求權ノ存在スルコトハ之ヲ非認スルコト能ハサレハナリ獨リ第三說ハ右ノ種種ノ非難ヲ避ケ善ク當事者ノ意思ニ適合シ法理上又正當ノ見解ト謂フヘシ我法典ハ實ニ此最後ノ主義ニ基キ相手方カ債務ヲ履行セサル間ハ其抗辯方法トシテ自己ノ債務ノ履行ヲ拒絕スルコトヲ得ルノ法理ヲ採用セリ

第二　履行ニ關スル雙務契約ノ效力

雙務契約ノ性質ニ關シテハ前ニ述ヘタル如ク學說區區ニ渉ルト雖モ當事者雙方カ同時ニ相互ニ其債務ヲ履行スルコトヲ要スルノ點ニ至リテハ學說及ヒ立法例トモ其揆ヲ一ニスル所ナリ蓋シ此同時ノ履行ハ善ク當事者ノ意思ニ適スルノミナラス又頗ル公平ナル結果ヲ生スルヲ以テナリ尤モ此原則ハ當事者雙方ノ債務カ共ニ辨濟期ニ在ル場合ニ限リ適用スヘキモノト知ルヘシ

第三　不履行ニ關スル雙務契約ノ效力

甲　當事者雙方各其債務ヲ履行セサル場合　雙務契約ニ於テハ契約ニ因リテ直チニ當事者雙方ニ義務ヲ生スルモノナルカ故ニ若シ其一方ハ其義務ヲ履行スルニ拘ラス他ノ一方ハ其履行ヲ怠ルトキハ同一ノ契約ノ履行ニ付キ義務ヲ遵守スル者ハ損害ヲ被リ義務ヲ怠慢ニ付スル者ハ利益ヲ受クルノ不公平ヲ來スヘシ故ニ此場合ニ於テハ當事者ノ一方ハ相手方カ其債務ノ履行ヲ提供スルマテ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得ルモノト爲セリ(第五三三條是レ雙務契約ノ性質ヨリ來ル當然ノ結果ニシテ一ノ抗辯ノ權利ナリトス佛民法及ヒ舊民法ニ於テハ之ヲ一種ノ留置權ト爲シタルモ是レ誤謬ノ甚シキモノト謂フヘシ而シテ當事者一方ノ履行拒絕ノ權利ハ單ニ相手方カ其債務ノ全部ヲ履行セサル場合ノミナラス其履行ノ完全ナラサル場合ニ於テモ亦權利ヲ有スルモノトス以上ハ雙方ノ債務共ニ辨濟期ニ在ル場合ニ限ル若シ相手方ノ債務ニシテ未タ辨濟期ニ在ラサルトキハ其履行ヲ爲ササルハ固ヨリ論ヲ俟タサル所ニシテ然ラスンハ一方ノ有スル期限ノ利益ハ爲メニ水泡ニ屬スヘク且ツ相手方ハ第百三十七條ノ規定ニ基キ期限ノ利益ヲ主張スルコトヲ得サルニ拘ラス遂ニ其利益ヲ占ムルニ至ルヘク隨テ不公平ノ結果ヲ生スヘケレハナリ(第五三三條但書)

乙　當事者ノ一方カ其債務ヲ履行セサル場合　此場合ニ於テハ履行ヲ爲シタル當事者ノ一方ハ他ノ一方ニ對シテ履行ヲ强制シ若クハ損害ヲ賠償セシムルコトヲ得ヘシ然レトモ若シ當事者ノ一方カ相手方ハ已ニ履行ヲ爲シタルモノト信シ若クハ相手方ヲシテ引替ニ履行ヲ爲サシムルノ意思ナリシトキハ一方ノ履行ハ所謂無原因ノ行爲ト爲ルカ故ニ不當利得ノ原則ニ基キ一旦爲シタル給付ヲ取戻シ相手方カ其債務ヲ履行スルマテ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得ヘシト信ス

第四　履行ノ不能ニ關スル雙務契約ノ效力

前ニ述ヘタル如ク雙務契約ニ於ケル雙方ノ債務ハ相互ニ離ルヘカラサル關係ヲ有スルモノナルカ故ニ若シ一方ノ債務カ履行不能ニ歸シタルトキハ其結果契約ノ效力ニ多少ノ影響ヲ來スヘキハ當然ナリ然レトモ特定物ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉ヲ以テ目的ト爲ス場合ト否ラサル場合ト自ラ區別ナキ能ハス

又其履行ノ不能ヲ來シタル原因カ債務者若クハ債權者ノ責ニ歸スヘキカ將タ又當事者雙方ノ責ニ歸スヘカラサルカニ付キ區別スルヲ要ス左ニ各場合ニ就キ細論セン

一　特定物ニ關スル物權ノ設定又ハ移轉ヲ以テ目的ト爲ス雙務契約　此場合ニ付キ其特定物ノ滅失即チ全部ノ滅盡又ハ毀損即チ一部ノ滅失カ債權者ノ責ニ歸スヘキ場合ニ於テハ其損失ハ債務者ノ負擔ニ歸シ又債務者ノ責ニ歸スヘキ場合ニ於テハ其損失ハ債務者ノ負擔ニ歸スヘキハ當然言フヲ俟タサル所ナレトモ若シ夫レ當事者雙方ノ責ニ歸スヘカラサル場合ニ於テハ當事者中果シテ何人カ其損失ヲ負擔スヘキカ之ヲ換言スレハ雙務契約ニ於テ天災地變其他不可抗力ノ爲メ當事者ノ一方カ履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキハ其相手方ハ果シテ履行ヲ爲ス責アルヤ否ヤ是レ所謂危險負擔問題ト稱スル有名ナル法律上ノ問題ニシテ學者間ニ大ニ議論ノ存スル所ナリ從來此問題ニ付テハ左ノ三大主義アリ

甲　危險ノ負擔債權者ニ在リト爲ス說　此主義ハ危險ハ債權者之ヲ負擔スヘク即チ危險ノ負擔ハ物權得喪ノ結果ニ非スシテ契約ノ效力ナリト爲ス說ナリ其理由ハ法理上ノ理由トシテ學者ノ說明スル所一ナラスト雖モ要スルニ特定物ヲ引渡スマテ之ヲ保存スル爲メ盡スヘキ注意ヲ爲シタルニ尙ホ損失ヲ生シタルモノナレハ債務者ニ何等ノ責任ナク且ツ反對ノ給付ハ尙ホ可能ナルヲ以テ債權者ハ自己ノ債務ヲ履行セサルヘカラスト爲スモノニシテ其衡平上ノ理由トシテ契約成立シタル後目的物ノ增加改良等ノ利益ハ債權者ニ歸スルヲ以テ其損失ノ場合ニモ亦之ヲ負擔スヘキハ當然ナリト謂フニ在リ

乙　危險ノ負擔所有者ニ在リト爲ス說　此主義ハ羅馬法以來行ハルル「物ハ所有者ニ死ス」(Res perit domino)トノ原則ヲ適用シ危險ハ物權ヲ有スル者ニ於テ之ヲ負擔スヘシト謂フ說ニシテ近世ノ法律ニ於テハ物權ノ設定又ハ移轉ハ意思表示ノミニ因リテ其效力ヲ生スヘキモノナルカ故ニ契約成立後ノ危險ハ物權取得者之ヲ負擔スヘキモノト爲スモノナリ其理由ハ法律上ノ理由トシテハ特定物ニ付キ契約ナキ間ハ物權ヲ有スル者危險ヲ負擔スルカ故ニ契約ヲ取結ヒタル後ト雖モ又物權ヲ有スル者之ヲ負擔スヘキハ當然ナリト謂フニ在リ其衡

平上ノ理由トシテハ當事者ハ其意反對給付ヲ以テ物權ヲ取得スル報酬ト爲スモノナルカ故ニ若シ物權ヲ取得セスシテ尙ホ報酬ヲ與フルハ公平ニ反スルモノナリト謂フニ歸ス

丙　危險ノ負擔債務者ニ在リト爲ス說　此主義ハ動產ニ付テハ引渡マテ不動產ニ付テハ登記マテ債務者ニ於テ危險ヲ負擔スヘシト爲ス說ナリ其理由ハ法律上ノ理由トシテハ讓渡ノ契約ハ債務者ニ引渡義務ヲ負擔セシメ隨テ其義務ヲ履行スルマテハ其危險ヲ負擔スヘキハ當然ナリト謂フニ在リ其衡平上ノ理由トシテハ債務者カ自己ノ債務ヲ履行スルマテ危險ヲ負擔スルハ雙務契約ノ性質上然ラシムル所ナリト謂フニ在リ

此ノ如ク右三說ニ付テハ學者間ニ種種ノ議論アリ又各說トモ迭ニ利害得失ナキニ非スト雖モ我法典ハ實ニ第一ノ主義ニ基キ危險ノ負擔ハ債權者ニ在リトノ說ヲ採用シ天災地變其他不可抗力ノ爲メ目的物滅失毀損シタルトキハ債權者ハ債務者ニ對シ債務ノ履行ハ勿論損害賠償ヲモ請求スルコトヲ得サルモ却テ自己ハ債務者ニ對シテ反對給付ヲ爲ササルヘカラスシテ其減少又ハ免除ヲ請求スシテ主トシテ權利ノ全部又ハ一部ヲ喪失シタル場合ニ適用ス可キ法則ナルヲ知ル可シ追奪擔保ノ義務ハ二ツノ場合ニ分說ス可シ

(一)全部追奪ノ場合　此場合ヲ細別シテ又二箇ト爲ス

甲　賣買ノ目的タル權利カ他人ニ屬スル爲メ買主ニ權利ヲ移轉スルコトヲ得サル場合

買主ハ此場合ニ於テハ契約ノ當時其權利ノ賣主ニ屬セサルコトヲ知リタルト否トヲ問ハス常ニ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得(第五六一條)是レ一般契約ノ總則ノ適用ニシテ當事者ノ一方カ其債務ヲ履行セサルトキハ相手方ハ相當催告期間ノ後契約ヲ解除スルノ權アリ(第五四一條)然レトモ此場合ニハ買主ハ契約ヲ解除スルカ爲メニ特ニ相當ノ期間ヲ定メテ催告ヲ爲スコトヲ要セス何トナレハ催告ハ債務ノ履行ヲ强要スル方法ナルモ既ニ賣主ニ於テ權利ヲ移轉スルコトノ事實上不能ナルニモ拘ラス更ニ其權利移轉ノ催告ヲ爲スカ如キハ全ク效力ナキ無用ノ手續ナレハナリ

買主カ解除權ヲ行使スルニ付テハ其權利ノ賣主ニ屬スルコトヲ知レルト否ト

ハ毫モ關スル所ニ非スト雖モ損害ノ要償權ニ至リテハ全ク其結果ヲ異ニス可シ本來契約解除ノ通則トシテハ解除權ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケス(第五四五條第三項)ト雖モ此通則ハ賣買ニ於テハ唯買主カ其目的タル權利ノ賣主ニ屬セサルコトヲ知ラサル場合ニ限リ適用セラル可ク契約ノ當時買主ニ於テ其事實ヲ知リタル以上ハ損害賠償ヲ求ムルコトヲ得ス蓋シ買主ニ於テハ賣主ヨリ格段ノ注意ナキ限リハ普通ノ事實トシテ賣主ニ屬スル權利ナリト思考シテ買受クルハ順當ノ所信ニシテ毫モ間然ス可キニ非ス而シテ賣主ハ少クトモ不注意ノ責ヲ免ル可キニ非サルカ故ニ買主ニ於テ其權利ノ賣主ニ屬セサリシコトヲ知ラサリシ以上ハ其被害ニ對シテ賠償ノ請求權ナカル可カラス之ニ反シテ買主カ買受ノ當時其權利ノ賣主ニ屬セサルコトヲ知レル場合ニ於テハ賣主カ第三者ヨリ之ヲ取得シテ買主ニ移轉スルコトヲ得ルヤ否ヤハ固ヨリ不定ノ事實ニシテ買主ノ豫見スル所ナレハ自ラ知リテ而シテ誤マルル筋合ナク縱令現實ニ損害ヲ被リタリトスルモ亦其豫期スル所甘諾スル所ト謂ハサルヘカラス故ニ此場合ニ賠償ノ請求權ヲ與ヘサルハ固ヨリ其所ナリトス

此ノ如ク賣主ニ於テ其權利ノ自己ニ屬セサル事實ヲ知ルト知ラサルトニ論ナク常ニ契約ノ解除ヲ免ルコトヲ得ス且ツ買主ニ於テ其事實ヲ知ラサル以上ハ損害賠償ノ責ニ任セサル可カラスト雖モ他人ニ屬スル權利ナルコトヲ知ラスシテ賣渡シタル善意ノ賣主ト其事實ヲ知レル惡意ノ賣主トハ法律上同一視ス可キモノニ非ス寧ロ法律ハ善意ノ賣主ニ對シテ一段寛容スル所ナカル可カラス是レ第五百六十二條ニ於テ善意ノ賣主ニ限リ契約ノ解除權ヲ與フル所以ナリ而シテ賣主ヨリ其解除權ヲ行使スルニハ買主ニ於テ權利ノ他人ニ屬スルコトヲ知ラサリシ場合ニハ買主ノ損害ヲ賠償シタル後ニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得ス買主ニ於テ其事實ヲ知レル場合ニハ單ニ權利ヲ移轉スルコト能ハサル旨ヲ通知シテ契約ヲ解除スルコトヲ得可シ何レニスルモ賣主ニ於テ到底其物ノ權利ヲ取得シテ買主ニ移轉スルコト能ハサルニモ拘ラス猶ホ之ヲ引渡ササル可カラス若クハ一旦之ヲ引渡シタル以上ハ取戻スコトヲ得ストスルハ善意者ヲ遇スルノ途ニ非サルナリ

乙　賣買ノ目的タル不動產上ニ存シタル先取特權又ハ抵當權ノ行使ニ因リ買

主カ其不動產ノ所有權ヲ失ヒタル場合(第五六七條)

此場合ニ於テハ買主ハ契約ヲ解除シ且ツ損害アリタルトキハ賠償ヲ求ムルコトヲ得其目的物ノ上ニ抵當權又ハ先取特權ノ存スルコトヲ買主ニ於テ知リタルト否ト又賣主ニ於テ之ヲ知リタルト否トヲ論セス常ニ賣主ハ擔保ノ責ニ任ス蓋シ先取特權又ハ抵當權ノ如キハ一朝債務者ヨリ債務ヲ辨濟スルト共ニ消滅ス可キ附從ノ擔保權ナルカ故ニ縱令買主ニ於テ物上擔保權ノ設定アルコトヲ知レルモ債務者タル賣主ニ於テ早晩辨濟ヲ遂行スルナラント思考スルハ順當ノ所信ナルカ故ニ之ヲ知リタルカ爲メニ解除權ヲ與ヘサルノ理由ナシ然レトモ又買受ケケル不動產上ニ物上擔保權ノ設定アリタリトテ買主ハ之カ爲メニ使用收益ノ權利ヲ妨ケラルルモノニ非サレハ其擔保權ノ設定アル一事ノミニテハ未タ以テ契約ヲ解除セシムル原因ト爲ラス其擔保權ノ行使セラレタル結果買主カ目的物ノ所有權ヲ失ヒタル場合ニ於テ始テ買主ノ爲メニ解除權及ヒ要償權ヲ發生スルモノトス尤モ買主ニ於テ追奪ノ結果ヲ免レント欲セハ買主ヨリ進ンテ賣主ノ爲メニ其債務ヲ辨濟スルカ然ラスンハ法律ノ規定ニ從ヒ抵當權ノ滌除ヲ爲ササル可カラス此場合ニハ最早契約ヲ解除スルノ要ヲ見スト雖モ買主ハ賣主ニ對シテ其辨濟又ハ滌除ノ爲メ支出シタル費用ノ辨償ヲ求メ尙ホ損害アルトキハ之ヲ賠償セシムルコトヲ得可シ

猶ホ一言注意ス可キハ賣買ノ目的物ノ上ニ存スル抵當權又ハ先取特權ハ賣主ノ債務ノ爲メニ存スルニ非スシテ第三者ノ債務ノ擔保トシテ設定セラルルコトナシトセス此場合ニ於テモ賣主ハ買主ニ對シテ追奪ノ結果ニ付キ其責ニ任セサル可カラス何トナレハ此場合ト雖モ買主ハ順當ノ所信ヲ以テ買受ヲ爲シタル者ニシテ理由ニ彼此ノ差異ヲ見ル可キ筋合ナケレハナリ

(二)一部追奪ノ場合　此場合モ亦之ヲ二箇ニ分說ス可シ

甲　賣買ノ目的タル權利ノ一部カ他人ニ屬スルカ爲メ賣主ヨリ買主ニ其一部ヲ移轉スルコト能ハサル場合(第五六三條)

此場合ニ於テハ契約ノ當時買主カ目的物ノ一部ハ他人ニ屬スルヲ知ルト否トヲ問ハス其不足部分ノ割合ニ應シテ代金ノ減額ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス例ヘハ甲ハ目的物ニ付キ三分ノ二ノ共有權ヲ有スルニモ拘ラス其全所有權

ヲ乙ニ代金三萬圓ニテ賣渡シタリトセヨ甲ハ他ノ共有者ニ屬スル三分一ノ共有權ヲ自已ニ取得シテ之ヲ乙ニ移付セサル可カラサルニ其之ヲ移轉スルコト能ハサルカ爲メ乙ハ其不足部分ノ割合(即チ三分一)ニ相當スル代金一萬圓ノ減額ヲ請求スルコトヲ得ルカ如シ故ニ言ハハ其不足部分ノミニ付テノ契約ノ一部解釋ト認ムルモ可ナリ然レトモ若シ買主ニ於テ其權利ノ他人ニ屬スルコトヲ知ラス且ツ買主ノ手ニ殘存スル部分ノミニテハ買主ハ初ヨリ其物ノ買受ヲ爲ササリシモノト認メラルルトキハ買主ハ契約全部ノ解除ヲ爲スコトヲ得可シ(第五六三條)換言スレハ一部追奪ノ場合ニ全部ノ解除ヲ爲スニハ二箇ノ條件ヲ要ス(一)契約ノ當時買主カ善意ナルコト(二)一部ノ追奪アルトキハ初ヨリ買受ケサル可キ事實ノ存在是ナリ而シテ其事實ハ買主ヨリ之ヲ立證セサル可カラス之ヲ要スルニ善意ノ買主ハ或ハ代金ノ減額ヲ請求スルコトヲ得可ク或ハ法律ニ認ムル事實アルニ於テハ契約全部ノ解除ヲ爲スコトヲ得可ク而シテ何レノ場合ニ於テモ併テ損害賠償ヲ求ムルコトヲ得ルモノトス之ニ反シテ惡意ノ買主ハ單ニ代金ノ減額ヲ請求スルコトヲ得ルニ止マル蓋シ一部ノ追奪ヲ受クルハ惡意ノ買主ニ在リテハ其豫期スル所ト看做サル可ク隨テ殘存部分ノミニテハ買受ヲ爲ササリシトノ事實モナク又損害ヲ生ス可キ筋合ナケレハナリ

善意ノ買主ノ代金減額ノ請求權及ヒ契約解除權竝ニ之ニ伴フ損害要償權ハ買主ニ於テ其事實ヲ知リタル時ヨリ一箇年內ニ之ヲ行使スルコトヲ要ス又惡意ノ買主ノ代金減額請求權ハ契約ノ時ヨリ一箇年內ニ行使スルコトヲ要ス然ラサレハ何レモ失權ノ制裁ヲ受ク蓋シ代金減額ノ割合ト云ヒ殘存部分ノミニテハ買受ヲ爲ササリシ事實ト云ヒ將タ損害額ト云ヒ多年月ノ後ニハ漸ク其證據ノ湮滅シテ立證査定ニ困難ナルノミナラス一箇年ヲ空過シテ尙ホ權利ヲ行使セサルハ買主ニ於テ之ヲ抛棄シタルモノト推定シ得可キ餘地モ亦之ナキニ非サレハナリ左レハ法律上ヨリ特ニ其權利ノ行使ヲ制限セルモノニシテ之ヲ以テ特別ノ短期時效ト看ルハ非ナリ即チ其期間ハ不變期間ニシテ時效ノ中斷又ハ停止ニ關スル法則ニ依リテ延長セラル可キモノニ非ス若シ本條ノ規定ヲ以テ第七百二十四條第六百條等ノ法文ト對照セハ法律ノ明文上亦此ノ如ク論定

ス可キ理由アルヲ見ル可シ

法律ハ一部追奪ノ場合ニ準シテ當事者カ數量ヲ指定シテ賣買シタルニ其目的物ノ不足ナル場合若クハ賣買ノ目的物ノ一部カ契約ノ當時既ニ滅失ヲタル場合モ同一ノ規定ニ依ラシメタリ蓋シ數量ノ不足ハ一部ノ追奪ト云ハンヨリハ寧ロ目的物ニ瑕疵アルモノト云フ可ク又契約ノ當時既ニ一部ノ滅失セルト後ニ一部ヲ追奪セラレタルトハ全ク別事ナルコト論ヲ俟タスト雖モ而モ數量不足ノ爲メ又ハ既ニ目的物ノ一部カ滅失セル爲メニ買主ノ被ル損害ニ至リテハ宛モ一部追奪ノ場合ト同一ノ狀況ニ在ル可キカ故ニ法律ハ之ニ對スル救濟方法モ亦同一ノ規定ニ依ラシメタルニ外ナラス故ニ數量ノ不足若クハ其物ノ一部カ既ニ契約ノ當時滅失シタル場合ニ於テハ善意ノ買主ハ或ハ代金ノ減額ヲ請求シ又ハ契約ノ全部ヲ解除シ併テ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得可シ之ニ反シテ惡意ノ買主ハ單ニ代金ノ減額ヲ請求スルコトヲ得ルノミ其權利行使ノ期間モ亦一部追奪ノ場合ニ於ケルト同シ舊民法ニハ此等ノ點ニ付キ數多細密ノ規定アリ參照ス可シ(舊民法財產取得編第四八條乃至五四條)

トヲ得ス(第七六五條人事編第三〇條)

此規定ハ實體上ノ要件ナリ蓋シ男女身體ノ發達ハ人ニ因リ又國ニ因リテ異同アリト雖モ一般ニ論スルトキハ或年齡ニ至ラサレハ未タ十分ニ發達セサルモノニシテ一般ノ情況ニ從ヒ法律上一定ノ年齡ヲ定メ其年齡ニ達セサレハ婚姻スルコトヲ許ササルト爲スハ立法上ノ必要ナリ若シ法律カ婚姻ヲ爲スコトヲ得可キ年齡ヲ定メサルトキハ人人生理上婚姻ヲ爲スコトヲ得ルニ至ルトキハ婚姻ヲ爲ス可シテ早婚ヲ防クコトヲ得ス而シテ早婚ハ種種ノ弊害アリテ識者ノ夙ニ痛論スル所ナリ是ヲ以テ立法者ハ我邦ニ於テハ男ハ滿十七年女ハ滿十五年ニ至ルトキハ婚姻ヲ爲ストモ差支ナキモノト認メタルナリ佛民法ニ於テハ男ハ滿十八年女ハ滿十五年)

第三ノ要件　配偶者アル者ハ重ネテ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス(第七六六條人事編第三一條)

重婚ハ刑法(第三五四條)ニ於テモ禁スル所ニシテ此規定ハ一夫一婦ノ制度ヲ公認シタルナリ

第四ノ要件　女ハ前婚ノ解消又ハ取消ノ日ヨリ六个月ヲ經過シタル後ニ非サレハ再婚ヲ爲スコトヲ得ス(第七六七條人事編第三二條第一項)

男ハ前婚ノ解消セラレ若クハ取消サレタルトキハ直ニ再婚ヲ爲スコトヲ得可シト雖モ女ハ懷胎シタル儘前婚姻カ解消セラレ若クハ取消サルルコト往往アル所ニシテ若シ此場合ニ於テ若干月日ヲ經過セスシテ前婚ノ解消若クハ取消後直ニ再婚ヲ爲スコトヲ得ルモノトスルトキハ再婚後若干日内ニ分娩シタル子ハ前夫ノ子ナリヤ將タ後夫ノ子ナリヤ知ルコト能ハサルヲ以テ法律ハ血統ノ混同ヲ豫防スルカ爲メニ第四ノ要件トシテ女ハ前婚ノ解消又ハ取消ノ日ヨリ六箇月ヲ經過セサレハ再婚ヲ爲スヲ得サルコトトセリ

婚姻ノ解消トハ夫ノ死亡又ハ離婚ニ因リテ婚姻ノ消滅シタル場合ニシテ其取消トハ第七百七十九條以下ノ規定ニ從ヒテ婚姻ヲ取消シタル場合ヲ謂フ而シテ此禁止ハ婚姻解消ノ總テノ場合ニ適用セラルルモノニシテ舊民法人事編第三十二條ノ如ク夫ノ失踪ニ原因スル離婚ノ場合ノ如キヲ除外例ト爲ササルナリ何トナレハ妻カ失踪セル夫ト事實上同居ヲ爲スモ其證據ヲ擧クルヲ得サルコトアレハナリ

法律カ右期間ヲ前婚ノ解消若クハ取消後六箇月ト定メタル所以ハ醫學上ノ說ニ依ルモノニシテ懷胎ノ最長期ハ三百日其最短期ハ百八十日ナルヲ以テ若シ婚姻ノ解消前ニ懷胎シタルモノナルトキハ七箇月ヲ經過スルトキハ其懷胎ノ子カ何人ノ子ナルコトヲ推知スルコトヲ得可キヲ以テナリ

然レトモ右ノ規定ニハ一ノ例外アリ即チ女カ前婚ノ解消又ハ解消ノ前ヨリ懷胎シタル場合ニ於テハ其分娩ノ日ヨリハ再婚ニ關スル制限ヲ適用セス若シ前婚中ニ懷胎シタルモノヲ其解消若クハ取消後例ヘハ一箇月ニシテ分娩シタル場合ニ於テハ分娩後直ニ再婚スルコトヲ許ストモ前夫ト後夫トノ血統ノ混同ヲ生スルコトアラサルナリ

第五ノ要件　姦通ニ因リテ離婚又ハ刑ノ宣告ヲ受ケタル者ハ相姦者ト婚姻ヲ爲スコトヲ得ス(第七六八條人事編第三三條)

姦通ハ風俗ヲ害スルコト最モ大ナルモノニシテ刑法(第三五三條)ニモ規定スル所ナレハ法律ハ相姦者間ニハ婚姻ヲ爲スコトヲ許ササルモノトセリ若シ其間

ニ婚姻ヲ爲スコトヲ許ストスルトキハ此ノ如キ悖德者ハ姦通ヲ以テ離婚ノ方法ト爲シ却テ惡緣ヲ遂ケントスル弊ニ陷ヰルコトナシトセス然レトモ法律ハ相姦者ニハ如何ナル場合ニ於テモ絶對ニ婚姻ヲ禁スルモノニ非ス姦通ニ因リテ離婚ノ宣告ヲ受ケタル場合ト姦通ニ因リテ刑ノ宣告ヲ受ケタル場合トニ限レリ

第一　姦通カ裁判上ノ離婚ノ原因タルコトハ第八百十三條第二號ニ規定スル所ナリ然レトモ其場合ハ有夫ノ婦カ姦通シタルトキニ限ルモノニシテ夫カ他ノ婦ト姦通ヲ爲シタルトモ是レ婦ノ爲メニ離婚ノ原因タラサルナリ故ニ此場合ニ於テ適用ヲ受クル者ハ有夫ノ婦カ他ノ男ト通シタル場合ニ限ルナリ而シテ法律カ此場合ニ於テ夫婦ノ間ニ規定ヲ同シウセサルハ有夫ノ婦カ姦通シタル場合ハ刑ニ處セラルルコトナキモ單ニ其行爲サヘアレハ離婚ノ原因ト爲ルニ反シテ夫カ有夫ノ婦ト姦通シタル場合ニ於テハ單ニ之ヲ爲シタルノミニテハ離婚ノ原因ト爲スニ足ラス其原因ト爲ル爲メニハ刑ニ處セラレタル場合ナラサル可カラサルモノニシテ夫婦ノ間ニ離婚ノ原因ニ此ノ如ク寛嚴ノ差アルト同シク我邦從來ノ慣習及ヒ現在ノ情態ニ於テ未タ此點ニ關シ男女ヲ同一規定ノ下ニ置クコトヲ得サルヲ以テ此場合ニ於テ法律ハ特ニ妻ニ限リ姦夫ト婚姻ヲ爲スコトヲ得サルモノトシタリ

此場合ノ適用ヲ受クルハ裁判上ノ宣告アルコトヲ要ス若シ實際姦通シタルコトアリテ之カ爲メニ協議上ノ離婚ヲ爲シタリトモ右禁婚ノ制裁ヲ受ク可キモノニ非ス是レ他ナシ此ノ如キ忌ム可キ內事ノ陰秘ハ法律カ敢テ干涉シテ之ヲ外ニ摘發スルトキハ却テ風俗ヲ害スルニ至ルヲ以テ法律ハ此ノ如キモノハ當事者ヨリ摘發シテ裁判上公認セラレタルモノノミニ止メ敢テ問ハサルコトトシタリ

第二　姦通ニ因リテ刑ノ宣告ヲ受ケタル場合刑法第三百五十三條ノ規定ニ依リテ有夫ノ婦姦通シタルトキハ其婦並ニ其相姦者ハ六月以上二年以下ノ重禁錮ニ處セラルルモノナレハ此場合ニ於テ姦通者ノ雙方宣告ヲ受ケタルトキハ勿論縱令其一方之カ宣告ヲ受ケタルトキニ於テモ後ニ至リ他ノ原因ニ因リテ離婚ノ宣告ヲ受ケタルト或ハ夫ノ死亡シテ婚姻ノ解消シタルト又ハ協議上ノ

離婚ヲ爲シタルトヲ問ハス姦通者ハ婚姻ヲ爲スコトヲ許サレサルナリ之ヲ要スルニ姦通ニ因リテ離婚ノ宣告ヲ受クルモ刑ノ制裁ヲ受ケサルコトアリ又刑ニ處セラレタルモ之ヲ原因トシテ離婚セラレサルコトアレトモ以上叙述シタル場合ノ一ニ該當スルトキハ婚姻ヲ爲スコトヲ得サルナリ

第六ノ要件　婚姻ヲ爲スニハ左ノ親族關係ヲ有セサルコトヲ要ス

(一)　直系血族又ハ三親等内ノ傍系血族ノ間ニ於テハ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス(第七六九條人事編第三四條第三五條)

法律ハ或親族間ニ婚姻ヲ爲スコトヲ禁シタリ其親族ノ種類ニ依リテ絶對ニ禁シタルモノト否ラサルモノトアリ血族ハ直系ナルトキハ如何ニ其親等遠シト雖モ絶對ニ之ヲ許サス然レトモ其傍系ト姻族トニ付テハ絶對ニ婚姻ヲ許ササルモノニ非ス或親等ヲ限リテ之ヲ禁シタリ姻族ニ付テハ以下續テ叙述ス可ク傍系ノ血族ハ三親等以下ノ者ニ非サレハ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス直系血族間ノ婚姻ハ亂倫ニシテ禽獸ノ所行ニ同シク人心ニ戻リ吾人ノ忍容スルコトヲ得サル所ナリ又傍系親モ其親等ノ近キ者ハ直系親ニ於ケルト同シキモノニシテ近親間ノ婚姻ハ啻ニ倫理ヲ亂タスノミナラス血統ヲ惡クシ人種ノ衰弱ヲ致スカ如キ弊アルヲ見ル

法文ニハ單ニ血族トアリテ其意味汎博ナレハ天然ノ血族間ハ勿論準血族ト雖モ其中ニ包含スルモノト謂ハサル可カラス故ニ繼父母ト繼子、嫡母ト庶子トノ間及ヒ養親及ヒ其直系尊族ト養子トノ間ハ同シク婚姻ヲ爲スコトヲ得サルナリ」

然レトモ法律ハ養子ニ付テハ一ノ例外ヲ設ケタリ即チ養子ト養方ノ傍系血族トノ間ニ於ケル婚姻是ナリ蓋シ養子ト養方ノ傍系血族トノ間ハ元來血緣アラサルモ法律上之ヲ血族ト看做シタル以上ハ養子ノ亡妻ノ姉妹又ハ其伯叔母ト婚姻スルカ如キハ名義上妥當ナラサレトモ從來ニ在リテモ此等ノ者ノ間ニハ或ハ其家ノ子女ヲ一旦他家ニ入レテ其養子女トシ或ハ養子ヲ離緣シテ兄弟姉妹若クハ叔姪ノ稱ヲ絶テ更ニ再ヒ之ヲ養子ト爲スカ如キコトハ實際上往往見ル所ニシテ此等ノ者ノ間ニ婚姻ヲ許ストモ之カ爲メニ毫モ亂倫ト謂フ可キモノニ非サルヲ以テ實際上ノ必要アルヲ慮リ法律ハ此例外ヲ設ケタルナリ

(二)　直系姻族ノ間ニ於テハ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス(第七七〇條人事編第三六條)

姻族關係カ直系ナルトキハ其關係カ繼續スル間ハ勿論縱令離婚ニ因リ若クハ夫婦ノ一方カ死亡シタル場合ニ於テ生存配偶者カ其家ヲ去リタルニ因リテ姻族關係カ止ミタル場合ト雖モ其間ニ婚姻ヲ爲スコトヲ許サス例ヘハ亡妻ノ母離婚シタル妻ノ母又ハ子ノ遺妻ト婚姻スルコトハ許サレサルナリ是レ婚姻ニ因リ親族關係ヲ生ジ親子ニ等シキ關係ヲ生シタル者ノ間ニ婚姻ヲ許スハ人倫ニ背クヲ免レサレハナリ然レトモ姻族關係ノ傍系ニ付テハ之ト異ナリテ其親等ノ遠近ヲ問ハス例ヘハ亡妻ノ姉妹伯叔母ト婚姻ヲ爲スカ如キハ從來ノ慣習上許シタル所ニシテ又實際ノ必要上妻カ子ヲ遺シテ死亡シタル場合ニ於テ其妹ト婚姻シ之ヲシテ血緣アル甥姪(子)ヲ養育セシムルカ如キハ子ノ利益ニシテ一家ノ幸福タルト此ノ如キ婚姻ヲ許ストモ血統ヲ亂スノ虞ナク亦人倫ニ背クコト至テ微少ナルトヲ以テ此規定ヲ設ケタルナリ

(三) 養子縁組ヨリ生スル親族關係ニ付キ左ノ場合ニ於テハ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス(第七七一條、人事編第三七條)

養子、其配偶者、直系卑屬又ハ其配偶者ト養親又ハ其直系尊屬トノ間ニ於テハ養

(三) 特別選定家督相續人

(四) 直系尊族

(五) 選定家督相續人

右ニ擧ケタル順序ニハ女戸主ノ入夫婚姻ニ因ル相續開始ノ場合ニ於テ一ノ例外アリ即チ此場合ニ於テハ入夫カ第七百三十六條ノ規定ニ依リテ其家ノ戸主ト爲ルモノナリ蓋シ入夫婚姻ヲ以テ家督相續開始ノ原因ト爲シタルハ從來ノ慣習ニ基キテ入夫ヲシテ其家ノ戸主タラシムルニ在リ然ルニ若シ相續順位ノ本則ニ依リ相續ヲ爲スモノト爲シ入夫以外ノ者カ家督相續ヲ爲ストセハ法律カ入夫婚姻ヲ以テ家督相續開始ノ原因ト爲シタル趣意ヲ失フヲ以テナリ但シ第九百七十一條ハ獨リ入夫婚姻ノ場合ノミニ付テ規定シ入夫ノ離婚ノ場合ニ付テハ何等ノ規定ナキヲ以テ入夫ノ離婚ニ因リ家督相續カ開始シタルトキハ其妻タリシ者カ代リテ戸主ト爲ルモノニ非スシテ民法規定ノ原則ニ戻リ入夫タリシ者ノ直系卑族又ハ其他ノ家族ニ於テ相續ヲ爲スヘキハ勿論ナリ

(一) 直系卑族

相續ノ順位ニ付テ成ルヘク自然ノ順序ニ從ヒ又成ルヘク被相續人ノ意思ニ從ハントセハ先ツ第一ニ顯ハルル者ハ被相續人ノ直系卑族ナルヘキハ論ヲ俟タス故ニ第九百七十條ハ家督相續ノ順位ヲ定メテ直系卑族ヲ以テ其最先ニ置キタリ然レトモ家族制度ヲ認メタル社會ニ於テ法規ヲ定ムルニ當リテハ家ノ存續ヲ維持スルコト立法者ノ第一ニ努メサルヘカラサルモノナルヲ以テ家督相續ノ順位ニ關シテモ一ニ被相續人ニ對スル箇人的ノ關係又ハ愛情ノミニ因リ之ヲ定ムルコト能ハス亦其家トノ關係ヲモ顧ミサルヘカラス而シテ家ニ對スル關係ニ付テ云ヘハ家族タル者カ其家ト最モ密接ノ關係ヲ有スルカ故ニ家族タルト否トハ家督相續ノ順位ニ於テ自ラ區別ノ線由ト爲ルハ當然ナリ是レ第九百七十條カ家督相續ノ第一順位ニ來ルヘキ直系卑族ハ被相續人ノ家族タルコトヲ必要ト爲シタル所以ナリ

戸主ハ一人ノ外二人アルコトヲ許ササルヲ以テ之カ家督相續人タル者モ亦常ニ必ス一人ナラサルヘカラス故ニ若シ被相續人ノ家族タル直系卑族カ多數ナル場合ニ於テハ勢ヒ其間ニ於テ更ニ其順位ヲ定メサルヘカラス民法ニ於テハ親等男女嫡庶年齢ノ四者ニ依リテ直系卑族ノ間ニ家督相續ノ順序ヲ立テタルカ故ニ以下之カ解說ヲ爲サン

一　親等ノ異ナリタル者ノ間ニ在リテハ其近キ者ヲ先ニス

親等ノ近キ者ヲシテ先ツ家督相續ヲ爲サシムルハ相續ノ自然ノ順序ナリ故ニ子ト孫トノ間ニ在リテハ子ハ孫ニ先チテ相續ヲ爲シ孫ト曾孫トノ間ニ在リテハ孫ハ曾孫ニ先チテ相續ヲ爲ス

二　親等ノ同シキ者ノ間ニ在リテハ男ヲ先ニス

一家ノ長タル戸主ノ任務ヲ盡スニハ男子カ自ラ女子ニ優ル所アリト謂ハサルヘカラス故ニ家族制度ヲ有スル社會ニ於テハ常ニ男子ニ相續ノ優先權ヲ與ヘタリ我國從來ノ慣習モ亦然リ第九百七十條第一項第二號ハ畢竟此慣習ヲ襲用シタルニ過キス

三　親等ノ同シキ男又ハ女ノ間ニ在リテハ嫡出子ヲ先ニス

相續ニ關シテ正婚ノ間ニ生レタル子ト婚姻外ニ生レタル子トヲ同一視スルハ社會ノ道義心ノ許ササル所ナルヲ以テ其間ニ區別ヲ設クルコトハ我國古

來ノ習俗ナルノミナラス又各國ノ立法例モ此ノ如シ故ニ第九百七十條第一項第三號ハ嫡出子タル者ハ常ニ先順位ニ在ルヘキコトヲ定ム唯同號ニハ「男又ハ女ノ間ニ在リテハ」トアルカ故ニ兄弟ニシテ嫡庶ノ區別アルトキ又ハ姉妹ニシテ嫡出私生相異ナルトキハ常ニ嫡出子ヲ以テ先順位ト爲スヘキモノナレトモ兄ト妹ノ間又ハ姉ト弟トノ間ニ於テ嫡庶ノ區別アルトキハ同號ヲ適用スル能ハス此場合ハ前號ニ依リテ常ニ男子ヲ先ニスヘキモノナリ例ヘハ兄カ庶子ニシテ弟カ嫡出子ナルトキハ弟タル者カ家督相續人ト爲ルヘキモノニシテ姉カ庶子ニシテ妹カ嫡出子ナルトキハ妹ニ於テ家督相續ヲ爲スヘキモノナレトモ姉カ嫡出子ニシテ弟カ庶子ナルトキハ庶子タル弟ハ家督相續ニ關シテハ嫡出子タル姉ヨリモ先順位ニ居ルヘキモノナリ

四　親等ノ同シキ嫡出子、庶子及ヒ私生子ノ間ニ在リテハ嫡出子及ヒ庶子ハ女ト雖モ之ヲ私生子ヨリ先ニス

私生子ナルモノハ婚姻外ニ生レタル者ニシテ而モ父ノ認知セサルモノナルカ故ニ法律ノ眼中ニ於テハ最モ擯斥サルモノナリ故ニ家督相續ニ於テハ成ルヘク男子ヲシテ先順位ニ居ラシムルコトハ法律ノ望ム所ナルニモ拘ラス其男子カ私生子ナルトキハ法律ハ之ヲ嫡出子又ハ庶子タル女子ヨリモ後位ニ置キタルナリ例ヲ以テ示セハ私生子タル男子アル女戸主カ入夫婚姻ヲ爲シテ第七百三十六條但書ノ規定ニ依リテ依然トシテ其家ノ戸主タル場合ニ於テ婚姻中ニ女子ヲ生ミタルトキハ他日女戸主カ死シテ相續ノ開始シタル場合ニ於テ嫡出子タル妹ハ私生子タル兄ヨリモ先ツテ家督相續ヲ爲ス權利ヲ有スルモノナリ第九百七十條第一項第四號ハ「嫡出子及ヒ庶子ハ女ト雖モ之ヲ私生子ヨリ先ニス」ト規定シテ女子ト雖モ嫡出子又ハ庶子ナル以上ハ私生子タル男子ニ先タシムルモノナルカ故ニ男又ハ女ノ間ニ在リテ庶子カ私生子ニ先ツモノタルコトハ勿論ナリ然レトモ同號ハ女子タル嫡出子及ヒ庶子ヲ男子タル私生子ニ對シテ規定スルカ故ニ嫡出子タル女子ト庶子タル男子トノ間ニ於テハ同號ヲ適用スルコト能ハス第二號ノ規定ニ依リテ此場合ニハ男子ヲ以テ先順位ト爲スヘキハ前ニ述ヘタルカ如シ

五　前四號ニ掲ケタル事項ニ付テ相同シキ者ノ間ニ在リテハ年長者ヲ先ニス」

家督相續ニ付テ年長者ニ特權ヲ有セシムルコトハ猶ホ男子ニ優先ノ地位ヲ與フル如ク家督相續ノ性質自ラ然ラシムル所ナリ故ニ兄弟ノ間ニ在リテハ兄ヲ先ニシ姉妹ノ間ニ在リテハ姉ヲ先ニスヘキハ我國古來ノ慣習法ナリ而シテ新民法ハ此習慣法ヲ是認シテ第九百七十條第一項ノ第一號乃至第四號ノ事項相同シキ場合ニ於テハ年長者ニ優先ノ權利ヲ與フルコトト爲セリ年長者ト云ヘハ事實ヲ言ヒ表ハス詞ナルヲ以テ事實生年月カ一日長シタル者ハ家督相續ニ關シテ優先ノ權利ヲ有スヘキモノナリ唯父母ノ婚姻若クハ父母カ婚姻中ニ爲シタル認知ニ因リテ嫡出子タル身分ヲ取得シタル者又ハ養子緣組ニ因リテ嫡出子タル身分ヲ取得シタル者ハ家督相續ニ付テハ其嫡出子タル身分ヲ取得シタル時ニ生レタルモノト看做スコトハ第九百七十條第二項ノ規定スル所ナルカ故ニ家督相續ノ順位ニ關シテ此ノ如キ者ノ年齡ヲ算スルニハ事實ノ年齡ニ依ラスシテ其嫡出子タル身分ヲ取得シタル後ノ年月ニ依ルヘキモノナリ例ヘハ甲ナル嫡出ノ男子ヲ有スル者カ結婚ニ因リテ其妻タル者トノ間ニ曾テ婚姻前ニ於テ生レタル乙ナル私生子カ嫡出子タル身分ヲ取得シタル場合ニ於テ乙カ甲ヨリモ事實年長者ナルトキハ若シ第九百七十條第二項ノ如キ規定ナカリセハ乙ハ甲ニ先チテ家督相續ヲ爲スノ權利ヲ有スヘキモノナレトモ同項ノ規定アルニ依リ乙ハ嫡出子タル身分ヲ取得シタル時ニ生レタルモノト看做サレ家督相續ニ關シテハ法律上乙ハ甲ヨリモ年少者タラサルヲ得ス隨テ甲ニ先チテ家督相續ヲ爲スヲ得ス又例ヘハ一人ノ女子ト二人ノ男子ヲ有スル者カ其女子ノ爲メニ婿養子ヲ爲シタルニ其養子カ二人ノ男子ヨリモ年長者ナル場合ニ於テ推定家督相續人タル長男ハ之カ爲メニ其相續權ヲ害セラルルコトナキハ第九百七十三條ノ明カニ規定スル所ナレトモ若シ第九百七十條ノ第二項ノ如キ規定ナカリセハ長男カ死シタル場合ニ次テ家督相續人ト爲ル者ハ次男ニ非スシテ其姉ノ婿養子ナリト謂ハサルヘカラス然ルニ本項ノ規定アルカ爲メニ次男ハ其姉ノ婿養子ヲ排シテ家督相續人ト爲ルコトヲ得ルモノナリ此規定ハ頗ル事情ニ適セリト信ス何トナレハ若シ此ノ如キ規定ナカリセハ法律ハ一方ニ於テハ父母ノ婚姻又ハ其婚姻中ノ認知ニ因リテ庶子又ハ私生子ニ嫡出子タル身分ヲ得セシメ

テ以テ人事上ノ必要ニ滿足ヲ與フルモ之ト同時ニ他ノ一方ニ於テハ年少者タル嫡出子ノ既得ノ利益ヲ害スル結果ヲ生スルヲ以テナリ

以上ニ述ヘタル所ハ原則ナリ此原則ニハ三箇ノ例外アリ即チ左ノ如シ

第一ノ例外　是レ第九百七十二條ニ規定スル所ニシテ第七百三十七條又ハ第七百三十八條ノ規定ニ依リ家族ト爲リタル直系卑屬ハ嫡出子又ハ庶子タル他ノ直系卑屬ナキ場合ニ非サレハ家督相續人ト爲ルコトヲ得ス此條ハ世俗ニ所謂連レ子ノ相續權ヲ規定シタルモノナリ所謂連レ子ナルモノハ縱令男子ニシテ且ツ年長者ナルモ他ノ嫡出子又ハ庶子タル女子ニシテ而モ年少者ニ對シテモ猶ホ相續ノ順位ヲ讓ラサルヘカラス本條立法上ノ趣意ハ大體ニ於テ第九百七十條第二項ノ規定ト同シク他ヨリ入リテ家族ト爲リタル直系卑屬ヲシテ其家ニ生レタル嫡出子又ハ庶子ノ利益ヲ害セシメサルニ出テタルモノナリ

第九百七十二條ハ「嫡出子又ハ庶子タル他ノ直系卑屬ナキ場合ニ限リ云云」トアリ本條ノ意味ハ相續カ開始シタルトキ此等ノ直系卑屬ノナキ場合ヲ謂フカ又ハ第七百三十七條及ヒ第七百三十八條ノ規定ニ依リテ家族ト爲リタル直系卑屬カ其家族ト爲リタル時ニ於テ此等ノ直系卑屬ナキトキヲ謂フカ若シ前ノ意味ナリトセハ第七百三十七條又ハ第七百三十八條ノ規定ニ依リテ家族ト爲リタル者ハ其家族ト爲リタル時ニ於テハ他ニ直系卑屬ナカリシモ後ニ嫡出子又ハ庶子ノ生レタルトキニ於テモ尙ホ之ニ對シテ相續ノ順位ヲ爭フコト能ハサルヘシ若シ又後ニ述ヘタル意味ナリトセハ其家族ト爲リタル當時ニ於テ他ニ嫡出子又ハ庶子ナキ以上ハ後ニ生レタル嫡出子又ハ庶子ニ對シテハ第九百七十條ノ規定ニ依リ男女、嫡庶、年齢ノ如何ニ從ヒ相續ノ順位ヲ定ムヘキモノナリ第九百七十二條ノ規定ハ此點ニ於テ稍〻明瞭ヲ缺キタリ若シ此條ヲ以テ他ヨリ入リテ家族ト爲リタル者ヲシテ嫡出子又ハ庶子タル他ノ直系卑屬ノ既得ノ地位ヲ害セサラシムルヲ以テ趣意ト爲スモノナリトセハ第七百三十七條又ハ第七百三十八條ノ規定ニ依リ家族ト爲リタル者ヨリモ後レテ生レシ嫡出子又ハ庶子ハ其者ニ對シテ既得ノ地位ヲ有セサルカ故ニ他ヨリ入リテ家族ト爲リタル者ハ其當時ニ於テ他ニ嫡出子又ハ庶子ナキ以上ハ相續權ヲ得ルニ於テ何等ノ妨ケアルモノニ非ス何トナレハ同シク既得ノ地位ヲ保護スルノ規定ナル第九

百七十條第二項ハ第八百三十六條ノ規定ニ依リ又ハ養子縁組ニ因リテ嫡出子タル身分ヲ取得シタル者ニ付テハ其適出子タル身分ヲ取得シタル時以後ニ生レタル嫡出子ニ對シテ優先ノ地位ヲ有セシメタレハナリ然レトモ第九百七十二條ノ規定ノ趣意ハ大體ニ於テハ第九百七十條第二項ト相似タリト雖モ全然之ト同一ナリト謂フコトヲ得サルヘシ第九百七十條第二項ノ場合ハ其嫡出子タル身分ヲ取得シタル者ハ父母ノ雙方ニ對シテ實子ナルカ又ハ實子ニ準セラルヘキ者ナルカ故ニ成ルヘク婚姻中ニ生レタル實子ト權利ヲ同シウセシメテ可ナリ唯既得ノ地位ヲ有スル者ヲシテ其地位ヲ失ハシムルハ穩當ナラサルヲ以テ之ニ對シテノミ優先ノ權ナキモノト爲シ以テ既得ノ地位ヲ有スル嫡出子ヲ保護スルノ趣意ニ出テタルモノナリト雖モ第九百七十二條ノ場合ハ然ラス所謂連レ子ナルモノハ戸主ノ直系卑屬ナリト雖モ其配偶者ニ對シテハ血族ノ關係アル者ニ非ス故ニ此ノ如キ者ヲシテ家督相續ヲ爲サシムルハ他ニ全ク直系卑屬ノ相續ヲ爲スヘキ者ナキ場合ノミニ限ルヲ以テ相當トス換言セハ同條ハ既得ノ地位ヲ有スル者ヲ保護スルヨリハ寧ロ他ヨリ入リシ者ニ對シテ其家ニ生レタル者ヲ保護スルノ精神ニ出テタルモノト謂フコトヲ得ヘシ果シテ然ラハ其家ニ生レタル嫡出子又ハ庶子カ他ヨリ入リテ家族ト爲リタル者ノ其家ニ入リタル當時ニ於テ既ニ生レタルト將タ其後ニ生レタルトニ由リ區別スヘキ理由毫モ存スルコトナシ加之元來相續ニ關スル規定ヲ解釋スルニハ明文ヲ以テ除外セサル限リハ常ニ相續開始ノ時ニ在テ觀察セサルヘカラス家督相續ノ順位ニ關スル規定タル第九百七十二條ハ明カニ時期ヲ掲記スル所ナキカ故ニ之ヲ解釋スルニハ相續開始當時ノ現狀ニ據リ觀察スルコト當然ナリ隨テ相續開始ノ當時ニ於テ嫡出子又ハ庶子タル直系卑屬ノ存スル以上ハ他ヨリ入リテ家族ト爲リタル直系卑屬ハ相續ヲ爲スコト能ハス殊ニ以上ノ如ク解セサルトキハ甚タ奇ナル結果ヲ生スルニ至ルヘシ即チ若シ戸主カ其女子ニシテ他家ニ在ル者ヲ自己ノ家ニ入レテ家族ト爲シタル後チ嫡出ノ一女ヲ擧ケ其後ニ至リテ更ニ其男子ニシテ他家ニ在ル者ヲ入レテ家族ト爲シタルトキハ反對ノ解釋ニ從ヘハ初ニ家族ト爲リタル女子ハ其家ニ生レタル嫡出ノ女子ニ先チテ家督相續人ト爲ルヲ得ルモ其後ニ家族ト爲リタル男子ハ之ニ先ツコトヲ得ス然ル

ニ其男子ハ當初家族ト爲リタル女子ニ對シテハ相續上優先ノ地位ヲ有スルヲ以テ其家ニ於テ女子ノ生ルル以前ニ於テ他ヨリ入リタル女子アリシ爲メニ後ニ其家ニ入リテ家女ニ先ツ能ハサル者カ却テ之ニ先ツニ至ルヘシ或ハ曰ハン當初家族ト爲リタル女子ハ其當時嫡出子ナカリシ爲メ當然家督相續人タル權利ヲ得タル者ナリ後ニ家族ト爲リタル男子ハ其當時嫡出子アリタル爲メニ家督相續人ト爲ルコトヲ得ス而シテ其男子ニシテ相續ニ關シ其家ニ生レタル嫡出ノ女子ニ勝ツコト能ハストセハ其家女スラ尙ホ勝ツコト能ハサル當初家族ト爲リタル女子ニ對シテハ無論之ニ勝ツコト能ハスト然レトモ此論ヲ採ルニハ第九百七十二條ノ所謂他ノ直系卑屬ナキ場合ニ限リ第九百七十條ニ定メタル順序ニ從ヒテル法文ノ意義ヲ解シ他家ヨリ戶主ノ直系卑屬ヲ入レタル當時ニ於テ他ノ直系卑屬ナキ場合ハ第九百七十條ニ定メタル順序ニ從フヘキモノナリト雖モ他ノ直系卑屬アリタル場合ニハ之ニ從ハサルモノト爲ササルヘカラス若シ此ノ如ク解スルトキハ他家ニ在ル女子ヲ入レテ其家族ト爲シタル後ニ嫡出ノ男子カ生レタル場合ニモ其男子ハ女子ヲ排スル能ハスト謂ハサルヘカラス然ルニ第九百七十條ハ初ヨリ其家ニ生レタル女子スラ男子ニ對シテハ其地位ヲ讓ラサルヘカラスト定メタルニ他ヨリ入リタル女子ニシテ其家ニ生レタル男子ヲ排スルカ如キ結果ヲ見ルニ至ルハ斷然法律ノ精神ニ非サルヘシ

嫡出子又ハ庶子タル他ノ直系卑屬ナキ場合ニ於テ他ヨリ入リテ家族ト爲リタル直系卑屬ノ相續ノ順位ハ本則ニ依リ第九百七十條ニ定メタル順序ニ從フヘキモノナリ而シテ其順序ハ其家ニ入リタル前後ニ因リ變更セラルルコトナシ故ニ後ニ其家ニ入リタル直系卑族ニテモ男子ナルトキハ前ニ入リタル女子ヨリモ先チ年長者ナルトキハ年少者ヨリ先ツモノナリ

第二ノ例外　是レ第九百七十三條ノ規定スル所ニシテ法定ノ推定家督相續人ノ姉妹ノ爲メニスル婿養子ハ推定家督相續人ノ相續權ヲ害スルコト能ハス第八百三十九條ニ依リテ觀レハ女婿ト爲ス場合ノ外ハ推定家督相續人タル男子アル者ハ男子ヲ養子ト爲スコト能ハス此規定ヨリ推論セハ推定家督相續人ヲ有スル者ニテモ次ニ述フル如キ場合ニ於テハ猶ホ養子ヲ爲スコトヲ得

(イ)推定家督相續人カ男子ナルトキハ女子ヲ養子ト爲スコトヲ得

(ロ)推定家督相續人カ男子ナルトキニテモ其女子ノ爲メニ男子ヲ婿養子ト爲スハ妨ケス

(ハ)推定家督相續人カ女子ナルトキハ其婿養子トシテ男子ヲ養子ト爲スコトヲ得

(ニ)推定家督相續人カ女子ナルトキハ其姉妹ノ爲メニ男子ヲ婿養子ト爲スコトヲ得

(ホ)推定家督相續人カ女子ナルトキハ婿養子トセスシヲ男子ヲ養子ト爲スコトヲ得

(ヘ)推定家督相續人カ女子ナルトキハ女子ヲ養子ト爲スコトヲ得

第九百七十三條ノ規定ハ右ニ述ヘタル中ノ(ニ)ノ場合ニ對スル例外ニシテ此ノ如キ場合ニ於テハ其婿養子タル者ハ養子縁組ニ因リテ嫡出子タル身分ヲ取得スルモ既ニ推定家督相續人タル所ノ女子ノ相續權ヲ害スルコトヲ得ス即チ法律ハ其者ノ既得權ヲ保護シタルモノナリ前述(イ)(ロ)ノ二ツノ場合ニ於テ法律カ何等ノ例外ヲモ設ケサルハ怪ムニ足ラス何トナレハ(イ)ノ場合ニ於テハ養子ハ女子ナルカ故ニ全然男子ニ勝ツコト能ハス(ロ)ノ場合ニハ婿養子ハ第九百七十條第二項ノ規定ニ依リテ年少者ナルヲ以テ年長者ニ勝ツコト能ハス隨テ例外ヲ設ケテ既得權ヲ保護スルノ必要ナシ又(ハ)ノ場合ニ於テ例外ノ適用セラレサルコトモ亦理由アリト謂ハサルヘカラス何トナレハ推定家督相續人タル女子ノ爲メニ婿養子縁組ヲ爲ス場合ニ於テ其女子ヲシテ相續權ヲ其婿養子ニ讓ラシムルハ恰モ女戸主ノ入夫婚姻ノ場合ニ於テ女戸主ヲシテ戸主ノ地位ヲ入夫ニ讓ラシムルト同一ニシテ養子縁組ノ目的ハ初ヨリ其意思ノ茲ニ存シタルモノナレハナリ唯獨リ茲ニ怪ムヘキハ既得權ノ保護ニ十分注意シタル法律ニシテ何故ニ前述(ホ)(ヘ)ノ二場合ニ相當ノ例外規定ヲ設ケテ既得權ノ保護ヲ努メサリシヤ例ヘハ推定家督相續人タル女子ヲ有スル者カ婿養子ノ爲メニ非スシテ男子ヲ養子ト爲シタルトキハ其男子ハ家女ヲ排シテ家督相續人ト爲ルモノナリ而シテ他日若シ其家女ニ婿養子ヲ爲スモ其婿養子ハ家督相續ニ關シテハ前ニ養子ト爲リタル者ノ後ニ立タサルヘカラス又例ヘハ推定家督相續人タル女子カ庶子ナル場合ニ於テ女子ヲ養子ト爲シタルトキハ養子ハ實子ヲ排シテ家督相續人ト爲ルコトヲ得或ハ曰ハン男子ハ女子ニ比スレハ戸主ト爲ルニ適

當ナリトシタル以上ハ女子ノ存スルニモ拘ラス之ヲ措キテ男子ヲ養子ト爲シタルトキハ被相續人ノ考ニ於テハ其養子タル男子ヲシテ家督相續人ト爲スノ意思ナリト謂ハサルヘカラス又庶子私生子ハ法律カ好意ヲ以テ之ヲ迎ヘサルモノナリ故ニ養子ト雖モ嫡出子タル身分ヲ取得シタル以上ハ之ヲシテ庶子又ハ私生子ヨリモ優先ノ地位ヲ與フルハ當然ナリト然レトモ若シ此ノ如キ理由ヲ以テ第九百七十三條ノ規定カ前述(ホ)(ヘ)二ツノ場合ニ及ホサヽリシモノトセハ(ニ)ノ場合ト雖モ猶ホ同一ノ理由ヲ以テ攻擊スルコトヲ得ヘシ何トナレハ婿養子ハ却テ推定家督相續人タル女子ヨリモ戸主ト爲ルニ適當ナルヘク又女子ニシテ庶子タル推定家督相續人ノ姉妹ニ婿養子ヲ爲シタル場合ニ於テハ嫡出子タル身分ヲ取得スル者ハ庶子ニ優ラシムルヲ以テ可ナリトスレハナリ

或ハ曰ハン(ホ)ノ場合ニ例外ヲ適用セサルハ推定家督相續人タル女子ヲ有スル者カ直チニ之ヲ婿養子ト爲スニ非スシテ他日之ニ結婚セシムル目的ヲ以テ男子ヲ養子ト爲シタル場合ニハ其養子ヲシテ推定家督相續人ト爲ラシムルコト從來ノ慣習ナリシヲ以テ此慣習ヲ其儘襲用セシモノナリト若シ然リトセハ其ニ區裁判所カ事物ノ管轄逸ナリトシテ事件ノ言渡ヲ爲シ其判決確定スルトキハ其所屬地方裁判所ハ其判決ニ服從スヘキモノニシテ再ヒ事物ノ管轄ニ關スル點ニ付キ判斷ヲ爲スコトヲ得ス地方裁判所カ判決ヲ爲シタル場合モ亦同一ナリ然レトモ事物ノ管轄ニ付キ羈東セラルルニ止マリ土地ノ管轄其他無訴權等ノ理由ニ基キ原告ノ訴ヲ却下スルコトヲ妨ケサルナリ

## 第四項　土地ノ管轄即チ裁判籍

裁判所ノ土地ノ管轄トハ既ニ裁判權ノ限界ノ節ニ於テ說明シタルカ如ク訴訟事件ノ數量ニ基キ管轄ヲ定メタルモノナリ詳言スレハ事物ノ管轄ニ基キ裁判權ヲ有スル同級裁判所ノ中ニ於テ特定ノ土地ノ區域內ニ生シタル事件ヲ處理スル權限ヲ謂フ蓋シ法律ニ於テ單ニ事物ノ管轄ヲ定ムルノミニテハ多數ノ訴訟事件ヲ圓滿ニ處理スルヲ得ス既ニ法律カ區裁判所、地方裁判所、控訴院各一箇ノミニテハ全國ノ訴訟事件ヲ處理スルヲ得スト爲シ幾多ノ裁判所ヲ設ケタル以上ハ各裁判所ハ同種ノ事物中ノ如何ナルモノヲ管轄スヘキヤニ付キ權限ヲ

定ムルノ必要ヲ生ス是レ法律カ土地ノ管轄ヲ定メタル所以ナリ故ニ土地ノ管轄ハ一定ノ土地ヲ區畫シテ其區域内ニ生シタル事件ヲ其土地ノ裁判所ノ管轄ニ屬セシムルノ方針ヲ以テ定ムルモノナリ

裁判管轄ヲ裁判所即チ國家機關ノ方面ヨリ觀察スルトキハ一ノ權限ナリ之ヲ訴訟當事者即チ訴ヲ起ス者及ヒ訴ヲ起サルル者ノ方面ヨリ觀察スルトキハ實在的ノ訴訟ニ付キ管轄ノ法規ニ從ヒ事物及ヒ土地ノ管轄ヲ有スル特定ノ裁判所ノ裁判權ニ服從スルコトヲ意味スルモノナリ隨テ其各箇人カ或一定ノ裁判所ノ裁判權ニ服從スル所ノ關係ヲ名ケテ裁判籍ト謂フ是ヲ以テ訴訟當事者ノ原告ト爲ル者ハ被告ト爲ル者ノ裁判籍ヲ有スル裁判所ニ訴ヲ提起スヘキコトヲ法律上强制スト雖モ原告ニ關スル裁判籍ナルモノ存在セス而シテ被告カ裁判權ニ服從スル義務アル裁判所ニ訴ヲ提起セサレハ原告ノ欲スル私權保護ノ要求ヲ容レラレサルナリ蓋シ訴訟當事者ハ管轄權ナキ換言スレハ裁判籍ナキ裁判所ノ裁判權ニ服從スル義務ナキハ憲法ノ明文ヨリ生スル當然ノ論決ナルカ故ニ原告ハ私權保護ヲ要求スルニ當リテ相手方カ裁判權ニ服從スヘキ義務アル裁判所ニ要求セサルヘカラス之ヲ被告タル者ノ方面ヨリ觀察スレハ自己ノ服從スヘキ裁判所ノ裁判權ニアラサレハ自己ノ意思ニ關係ナクシテ他人ヨリ其裁判權ニ服從スルコトヲ强制セラレサルモノナリ故ニ原告ハ如何ナル裁判所ニモ訴ヲ起スヲ得レトモ被告ノ裁判籍アル裁判所ニ訴ヲ提起セサレハ有效ノ訴ト云フヲ得ス被告ハ裁判權ナキ裁判所ニ付テハ後ニ述フル如ク合意ニ因リ裁判籍ヲ設クルヲ得レトモ其合意ナキ場合ニハ被告ハ其裁判所ノ裁判權ニ服從スル義務ナキヲ以テ妨訴ノ抗辯ヲ以テ管轄違ヲ主張シ原告ノ訴ヲ有效ニ排斥スルコトヲ得ルモノナリ

裁判所ノ管轄權ハ訴訟ノ被告ト爲ル者カ自己ノ土地ノ管轄區域内ニ繼續的ニ存在スル場合ニ管轄權ヲ及ホスヲ以テ原則トス然レトモ是レ裁判所ノ管轄權ニ服從スル唯一ノ原因タルニアラス權利主體カ管轄權ニ從屬スルニハ其他便宜ニ基キ種種ノ原因ニ由ルコトアリ之ヲ換言スレハ一ノ權利主體ニ關スル裁判籍ハ必スシモ一箇ニ限定セラルルモノニアラス一箇ノ權利主體ニ關シテハ數箇ノ裁判籍竝立スル場合アリ之ヲ分類スレハ次ノ如シ

第一　普通裁判籍及ヒ特別裁判籍

第二　權能的裁判籍及ヒ專屬的裁判籍

右二箇ノ區別ハ觀察ノ方面ヲ異ニスルヨリ生シタルモノニシテ必スシモ此區別ハ各獨立ナルモノニアラス普通裁判籍トハ專屬的裁判籍ノ定メアル場合ヲ除キ總テノ訴訟事件ニ關スル權利主體ノ裁判籍ヲ謂ヒ特別裁判籍トハ特定セル種類ノ訴訟事件ニ關スル權利主體ノ裁判籍ヲ謂フ普通裁判籍ノ基礎ハ權利主體ノ所在ニ關シ特別裁判籍ノ基礎ハ訴訟事件ニ關スルモノナリ故ニ權利主體ノ所在ト訴訟事件ノ種類ト相一致スル場合ハ裁判籍ハ一ナレトモ之ヲ異ニスル場合ハ裁判籍ハ二箇以上存在スルノ結果ヲ生ス特別裁判籍ノ中ニ於テモ其訴訟事件ノ種類相異ナルトキハ特別裁判籍ハ相竝立スルモノナリ是レ普通裁判籍ト特別裁判籍トノ大樣ナリ權能的裁判籍トハ右ニ述ヘタル普通裁判籍ト特別裁判籍ト相竝立シ若クハ數箇ノ裁判籍竝立セル場合ニ訴訟ノ被告ト爲ル者カ數箇ノ裁判籍ノ何レニモ服從スル關係ヲ謂フ數箇ノ裁判籍竝立スル場合ニハ原告ハ其何レノ裁判籍ニモ自己ノ選擇ニ依リテ適法ニ訴ヲ提起スルヲ得ヘシ故ニ權能的ト稱ス專屬裁判籍トハ權利主體カ特定ノ訴訟ニ付キ唯一ノ裁判所ノ裁判權ニ從屬スヘキ關係ヲ謂フ後ニ述フルカ如ク或訴訟事件ニ付テハ一ノ裁判所ノミ管轄權ヲ有スル場合アリ此場合ニ於テハ訴訟當事者ハ合意ヲ以テ變更スルコトヲ得ス專屬的裁判籍カ普通裁判籍ト一致セハ同時ニ普通裁判籍若クハ專屬的裁判籍ナレトモ普通裁判籍ノ外ニ專屬裁判籍アルトキハ專屬管轄ニ屬スル事件ヲ普通裁判籍ニ訴フルコトヲ得サルナリ

以上述ヘタル所ニ依リテ觀レハ普通裁判籍ト特別裁判籍トハ被告ト爲ル者ヨリ觀察シタル區別ニシテ權能的裁判籍專屬的裁判籍ハ其訴訟事件カ或特定ノ裁判所ノ管轄ニ限定セラルルヤ否ヤノ方面ヨリ觀察シタル區別ナリトス

裁判管轄ノ各論ニ入ルニ先チ我法律ニ於ケル裁判籍ヲ列擧スレハ次ノ如シ

第一　普通裁判籍(第一〇條乃至第一四條)

第二　特別裁判籍

(一)　財產權上ノ請求ニ付テノ裁判籍(第一五條乃至第一七條)

(二)　義務履行地ノ裁判籍(第一八條)

(三)會社其他ノ社團ヨリ社員ノ資格ニ基ク訴ノ裁判籍(第一九條)
(四)不法行爲ニ基ク訴ノ裁判籍(第二〇條)
(五)辯護士、執達吏ノ手數料及ヒ立替金ニ關スル訴ノ裁判籍(第二一條)
(六)不動產ニ關スル訴ノ裁判籍(第二二條、第二三條)
(七)相續ニ關スル訴ノ裁判籍(第二四條)
(八)反訴ノ裁判籍(第二〇〇條)
(九)主參加ノ訴ノ裁判籍(第五一條)
(一〇)證據保全ノ裁判籍(第三六六條)
(一一)再審ノ訴ノ裁判籍(第四七二條)
(一二)督促手續ノ裁判籍(第三八三條)
(一三)爲替訴訟ノ裁判籍(第四九五條)
(一四)强制執行ニ關スル裁判籍(第五一四條、第五二一條、第五四三條、第五四五條等)
(一五)假差押及ヒ假處分ノ裁判籍(第七三九條、第七五七條、第七六一條)
(一六)仲裁手續ノ裁判籍(第八〇五條)
(一七)公示催告ノ裁判籍(第七六四條、第七七九條)
(一八)婚姻事件ノ裁判籍(人事訴訟手續法第一條)
(一九)親子關係事件ノ裁判籍(同第二七條)
(二〇)相續人ニ關スル事件ノ裁判籍(同第三一條)
(二一)隱居事件ノ裁判籍(同第三五條)
(二二)禁治產、準禁治產事件ニ關スル裁判籍(同第四〇條、第六三條、第六七條)
(二三)失踪事件ノ裁所籍(同第七一條)

以上述ヘタル二十三箇ハ所謂法定ノ特別裁判籍ナリ右ノ外尙ホ當事者ハ訴訟事件ニ付テ特別裁判籍ノ合意ヲ爲スコトヲ得ヘシ其詳細ハ後段ノ說明ニ讓ル」

普通裁判籍ハ一ナルヤ否ヤハ民法ノ解釋ニ依リテ定マル特別裁判籍ハ必スシモ一ニアラス例ヘハ財產權上ノ請求ノ訴ト不法行爲ニ基ク訴ト竝立スルトキハ特別裁判籍ハ二箇アリ尙ホ其他ニ普通裁判籍存スルトキハ裁判籍ハ三箇アルモノトス原告ハ自己ノ選擇ニ從ヒ普通裁判籍ト特別裁判權トヲ問ハス數箇

ノ裁判所ノ何レニモ訴ヲ起スコトヲ得ヘシ此關係ヲ稱シテ權能的裁判籍ト稱スルコトハ前ニ說明シタリ之ニ反シテ專屬的裁判籍ハ一箇ニ限定セラル今專屬的裁判籍ヲ列擧スレハ次ノ如シ

(一) 不動產上ノ物權ニ關スル訴ノ裁判籍(第二二條)

(二) 證據保全ノ裁判籍(第三六六條)

(三) 再審ノ訴ノ裁判籍(第四七二條)

(四) 督促手續ノ裁判籍(第三八三條)

(五) 强制執行ニ關スル裁判籍(第五六三條等)

(六) 公示催告ノ裁判籍(第七七九條)

(七) 人事訴訟ノ裁判籍(前ニ述ヘタル(六)以下ノ裁判籍)

右ノ外當事者ハ合意ヲ以テ特ニ專屬的裁判權ヲ定ムルコトヲ得ヘシ

以上述ヘタル專屬的裁判籍ハ公益ニ基キ特定ノ訴訟事件ニ付キ其裁判權限定セラルルモノナルカ故ニ此裁判籍ハ當事者ノ合意ヲ以テ變更スルコトヲ得ス又其規定ノ範圍內ノ事件ニ付テハ原告ハ其專屬的裁判籍アル裁判所以外ノ裁判所ニ訴ヲ起スコトヲ得サルナリ之ヲ被告ヨリ言ヘハ其特定ノ事件ニ付テハ專屬的裁判籍以外ノ裁判權ニ服從スル義務ナシ是ヲ以テ專屬的裁判籍ヲ定メタル結果トシテ

一　專屬的裁判籍ハ合意ヲ以テ變動スルコトヲ得ス原告カ若シ此裁判籍ニ其種類ノ訴ヲ提起セスシテ他ノ裁判所ニ提起シタルトキハ其裁判所ハ職權ヲ以テ其訴訟事件ニ付キ管轄權アリヤ否ヤヲ調査シ管轄權ナキトキハ不適法トシテ訴ヲ却下セサルヘカラス

二　專屬的裁判籍ナキ裁判所ニ原告カ專屬管轄ニ屬スル訴ヲ提起シタルトキハ被告カ提出スル裁判所管轄違ノ妨訴抗辯ハ被告ニ於テ之ヲ抛棄スルコトヲ得ス縱令之ヲ抛棄スルモ裁判所ニ管轄權ヲ生スル效果ヲ來ササルナリ

三　專屬的裁判籍ノ定メアル事件ヲ反訴トシテ提起スル塲合モ亦同シク專屬的ノ管轄裁判所ニ提起セサルヘカラス

專屬的裁判籍ニ付テハ以上ノ三箇ノ效果アルモノナリ

右ニ述ヘタル各裁判管轄ハ如何ナル時ニ於テ確定スルモノナルヤト云ヘハ事

物ノ管轄ニ付テ説明シタルカ如ク訴訟物ニ付キ權利拘束ノ效力發生シタル時ニ於テ確定ス(第一九五條訴訟物ノ權利拘束ハ訴狀ノ送達ニ因リテ生ス其效力ヲ發生スル際ニ被告カ其裁判所管轄區域内ニ住居スルカ若クハ或種類ノ管轄權アルコト定マレハ其後被告カ何處ニ住所ヲ轉スルモ管轄ニハ變更ナシ裁判管轄ハ裁判所ノ職權ヲ以テ調査スヘキ事項ナリ我民事訴訟法ハ不干涉主義ヲ原則トスレトモ公益ニ關スルモノハ干涉主義ヲ採レリ裁判管轄モ亦公益ニ關スルモノナレハ干涉主義ニ依リ裁判所ノ職權ヲ以テ調査スヘキモノトス故ニ原告ハ訴ヲ起スニ當リテハ其裁判所ハ被告ノ裁判籍タルヲ主張シ又必要アル場合ニハ之ヲ證明セサルヘカラサル責任アルモノトス例ヘハ訴狀ニ被告ノ住所ヲ掲クルハ裁判籍ノ主張ト爲リ又口頭辯論ニ於テ被告ノ住所ヲ陳述シ若クハ區役所ノ戸籍證明其他ノ方法ニ依リテ主張スルコトヲ得ヘシ

## 第一段　普通裁判籍

普通裁判籍ハ人ノ住所ニ依リテ定マル(第一〇條普通裁判籍ノ基礎ハ人ノ所在ニ關スルモノニシテ繼續的ニ裁判所ノ土地ノ限界内ニ權利主體ノ存在スルヲ必要トス何故ニ被告ノ住所ヲ以テ普通裁判籍ト爲スヤト云フニ沿革的ノ原則ニ基クモノナリ羅馬法以來物ノ所在地ノ裁判所ニ訴追ストノ原則アリ此原則ハ獨逸民事訴訟法ノ採用スル所ト爲リ我民事訴訟法ニ於テモ採用セラレタルモノナリ普通裁判籍ハ住所ニ依リテ定マルモノト爲スモ訴訟ノ被告ト爲ル者カ必スシモ住所ヲ有スルモノニアラス例ヘハ旅商人ノ如ク生活ノ本據定マラサル者アリ或ハ又外國ニ渡航シテ住所ヲ有セサル者アリ此等ノ者ニ對シテ訴ヲ提起セントスルトキハ其人ノ現在地ヲ以テ住所ト看做シ普通裁判籍ニ包含セシム又住所モ現在地モ我帝國國權ノ及ハサル所ニ在ルコトアリ此場合ニハ最後ノ住所ヲ以テ裁判籍ト爲ス故ニ普通裁判籍ハ住所現在地及ヒ最後ノ住所ノ三箇ニ別ツコトヲ得次ニ之ヲ説明スヘシ

第一　住所　住所ハ民法第二十一條以下ノ規定ニ依リテ定マル故ニ普通裁判籍ハ此ノ如キ地ヲ管轄スル裁判所ナリト謂フコトヲ得ヘシ民事訴訟法ニ於テハ民法ノ規定ノミニテハ當事者カ訴ヲ起スニ不便ナリトシテ法定ノ住所ヲ定

メタリ即チ左ノ如シ

(一)軍人軍屬ノ住所　軍人軍屬トハ武官ト爲ルコトヲ自己ノ職業ト爲ス者ヲ指ス兵役義務履行ノ爲メニ服役スル者ハ此中ニ包含セス軍人軍屬ハ民事訴訟事件ニ付テハ通常裁判所ノ管轄ニ屬スルモノニシテ軍事裁判所ノ管轄ニ屬セス其普通裁判籍ハ兵營地即チ師團旅團等ノ所在地及ヒ軍艦定繫所即チ軍港ヲ以テ民事訴訟上ノ住所ト認メタリ若シ此等ノ場所カ生活ノ本據ナレハ第十條ニ包含セラルルモノナリ軍人軍屬ノ中ニ於テモ豫備後備ノ軍籍ニ在ル者及ヒ兵役義務履行ノ爲メニ服從スル軍人軍屬ハ法定ノ住所ナク第十條ノ普通裁判籍ノ外訴ヲ起スヲ得サルナリ

(二)外國ニ在リテ治外法權ヲ有スル者ノ住所(第一二條)　外國ニ在リテ治外法權ヲ有スル者即チ帝國ノ公使及ヒ公使館ノ官吏並ニ其家族從者等ハ外國ノ裁判權ニ服從スヘキモノニアラス外國ニ在ルモ我國ノ裁判權ニ服從スヘキ者ナルカ故ニ特ニ裁判權ヲ定ムルノ必要アリ故ニ此等ノ者ニ對シテハ本人カ日本ニ於テ最後ニ有セシ住所ヲ以テ普通裁判籍即チ裁判籍上ノ往所ト爲セリ若シ此等ノ者最後ノ住所ナキトキニ於テハ司法大臣ハ命令ヲ以テ東京市內ノ區ヲ以テ其住所ト定ム茲ニ治外法權ヲ有スル官吏トハ繼續的ニ外國ニ駐在スル者ヲ謂フ單ニ外國視察ノ爲メニ一時派遣セラレタル官吏ノ如キハ此規定ニ從ハスシテ第十條ニ依ルモノトス

第二　現在地　現在地ト云フハ民法ノ居所ト異ナル民法ニ所謂居所ハ第一ノ住所ニ包含セラルヘク現在地トハ民事訴訟法ニ於テ住所ト認メタルモノナリ現在地ノ裁判權ニ服從スヘキ者ハ內國ニ住所ヲ有セサル者即チ狹義ノ住所(民法第二一條廣義ノ住所(同法第二三條)共ニ存セサル內國人及ヒ外國人等ノ普通裁判籍ハ其訴訟ノ主體カ我國內ニ於ケル現在地ヲ以テ裁判籍トス(第一三條)現在地ハ居所ト意味ヲ異ニシ繼續シテ其場所ニ在ルコトヲ必要トセス學說ニ依レハ訴狀送達ノ時間存在スレハ現在地ト認ムヘキモノト爲セリ例ヘハ一定ノ住所ナクシテ常ニ旅行ヲ爲ス者カ宿泊シタル場合ニ訴狀ヲ送達シタルトキハ其地ハ裁判籍ト爲ル然レトモ此現在地ニ付テハ一ノ例外アリ即チ現在地ノ裁判所ニ訴ヲ起ス場合ハ外國ニ住所ヲ有スル者ニ對シテハ我帝國內ニ於テ發

生シタル法律關係ニ限ルモノトス外國ニ於テ發生シタル法律關係ニ付テハ之ヲ適用スルコトヲ得ス此ノ如キ場合ハ國際上其土地ノ裁判權ニ服從スルカ故ニ我國權ハ右等ノ場合ニ於ケル外國ノ取引ニ及フコトナシ

第三　最後ノ住所　內國ニ住所ヲ有セサル者ニシテ現在地ノ知レサル者或ハ外國ニ在ル者ニ對シ訴ヲ起ス場合ハ其者カ我國ニ最後ニ有セシ住所ヲ以テ裁判籍ト爲ス然レトモ前第二ニ述ヘタル所ト同シク外國ニ住所ヲ有スル者ニ對シテハ內國ニ於テ生シタル法律關係ニ限リ最後ノ住所ヲ以テ裁判籍ト爲ス住所現在地又ハ外國ニ住所ヲ有スル者ニ對シ訴ヲ起スニハ訴狀ハ被告ニ送達セラルルモ最後ノ住所ニ訴ヲ提起スル場合ハ訴狀ハ公示送達ノ方法ニ依リテ送達セラレサルヘカラス故ニ原告ハ住所現在地ノ知レサルコトヲ證明セサルヲ得ス

以上述ヘタル住所現在地最後ノ住所ノ三箇ハ自然人ニ關スル裁判籍ナリ國其他公私ノ法人ニ關スル裁判籍ニ付テハ尙ホ特別ノ規定アリ即チ左ノ如シ

第一　國ノ普通裁判籍　國ノ普通裁判籍ハ其訴訟ニ付キ國ヲ代表スル官廳ノ所在地ニ依リテ定マル(第一四條)國ヲ代表スル者ニ付テハ勅令ヲ以テ定ム(明治二十四年勅令第三號)此勅令ニ依レハ各省大臣ハ所管事務ニ關シテ民事訴訟ニ付キ國ヲ代表シ又北海道廳長官府縣知事ハ各所管事務ニ付キ國ヲ代表シ又各省大臣ハ省令ヲ以テ民事訴訟ニ付キ國ヲ代表スル權利ヲ所屬官廳ニ委任スルコトヲ得トセリ元來國ハ公法上ノ人格ヲ有スル者ナレトモ亦私法上ノ主體ト爲ル場合アルカ故ニ法律カ特ニ此裁判籍ヲ定メタルモノナリ

第二　公又ハ私ノ法人及ヒ其資格ニ於テ訴ヘラルルコトヲ得ル會社其他ノ社團又ハ財團等ノ普通裁判籍　此等ノ者ノ普通裁判籍ハ其所在地ニ依リテ定マル(第一四條第二項)其所在地ハ別段ノ定メナキトキハ事務所ノ所在地ト爲ス事務所トハ會社法人等カ事務ヲ取扱フ中心點ヲ指スモノナリ事務所ナキトキ又ハ數箇所ニ於テ事務ヲ取扱フトキハ其首長若クハ事務擔當者ノ住所ヲ以テ事務所ト看做ス資格ニ於テ訴ヘラルルコトヲ得ル會社其他ノ社團又ハ財團等ハ法人ニアラスシテ當事者能力アル者ヲ謂フ故ニ其資格ニ於テ訴ヘラルルコトヲ得ル者ナリヤ否ヤハ實體法ノ規定ニ從テ定マルモノナリ

## 第二段　特別裁判籍

第一　財產權上ノ請求ニ付テノ裁判籍　財產權上ノ請求ニ付テノ裁判籍ハ第十五條乃至第十七條ニ規定セル所ナリ財產權上ノ請求トハ物權的ノ請求債權的ノ請求債務ノ成立原因カ法律行爲タルト若クハ不法行爲タルトヲ問ハス又相續法上或ハ親族法上ヨリ發生シタル財產上ノ關係ヲ有スル總テノ請求ヲ包含ス此特別裁判籍ニ屬スヘキ請求ハ專屬裁判籍ノ定メナキ場合ニ限ル財產權上ノ請求ニ付テノ特別裁判籍ハ三種ニ區別スルコトヲ得

(一)永寓地ノ裁判籍　永寓地ノ裁判籍ニ屬スル者ハ內國人ナルト外國人ナルトヲ問ハス日本國內ノ一定ノ場所ニ寓在スルコトヲ必要トシ苟モ之ニ寓在スル者ハ訴訟能力ノ有無ヲ問フコトナシ(第四三條、第四四條、第四七條參考)此裁判籍ハ普通裁判籍即チ被告ノ住所ノ裁判籍ト並立スルモノニシテ財產權上ノ請求ニ付テハ原告ハ普通裁判籍ニモ永寓地ノ裁判籍ニモ訴ヲ起スコトヲ得ヘク所謂權能的裁判籍ノ一ニ屬スルモノナリ寓在地ノ裁判籍ノ必要條

申立ヲ却下シ且ツ債權者カ保證ヲ立ツルコトヲ條件トシテ假執行ノ宣言ヲ爲ササルヘカラス債權者ハ此ノ如クニシテ債權者ノ立ツヘキ保證又ハ爲スヘキ供託ニ因リテ判決ノ即時執行ノ停止ヲ耐忍スルカ又ハ自己カ保證ヲ立テテ以テ判決ノ即時執行ヲ爲スカヲ選擇スルノ權アリ債權者ハ此選擇權ヲ假執行ノ宣言ヲ付スヘキ判決ノ基本タル口頭辯論終結以前ニ於テ行使セサルヘカラス(第五〇六條何トナレハ民事訴訟法第五百條ニ所謂「債權者カ執行ノ前ニ保證ヲ立ツルコトヲ申出テサルトキハ」ノ文言ハ「許スヘシ」ノ文言ニ關係ス隨テ債權者カ保證ヲ立ツルコトヲ申出テタルトキハ假執行ノ免除ヲ許ササルノ結果ヲ生スルヤ當然ナレハナリト謂フニ在リ消極論ノ要旨ハ債務者カ保證ヲ立テ又ハ供託ヲ爲シテ執行ヲ免レンコトヲ求ムル申立ヲ爲シ又債權者カ執行前ニ保證ヲ立ツルコトノ申出ヲ爲シタルトキハ裁判所ハ判決ニ假執行ノ宣言ヲ付シ且ツ債權者カ執行前ニ保證ヲ立テサル場合ニ限リ債務者ハ保證ヲ立テ又ハ訴訟ノ目的物ヲ供託シテ執行ヲ免ルルコトヲ許ス旨ノ言渡ヲ爲シ以テ債權者及ヒ債務者ノ申立ヲ是認セサルヘカラス斯ル言渡ヲ爲スニ因リテ債權者ハ强制執

行ヲ爲シ債務者ハ保證ヲ立テ又ハ訴訟ノ目的物ヲ供託シテ執行ヲ免レ又債權者ハ保證ヲ立テテ執行ノ停止ヲ除去シテ强制執行ヲ續行スルコトヲ得ヘシ而シテ各當事者ハ其申立ヲ判決ノ基本タル口頭辯論終結マテニ爲ササルヘカラス(第五〇六條)何トナレハ若シ斯ル趣旨ニ於ケル方法ヲ是認セサレハ債務者ノ保證ヲ立テ又ハ訴訟ノ目的物ヲ供託スル口頭一片ノ供述ニ因リテ債權者ニ保證ヲ立テスンハ假執行宣言ニ基ク執行ヲ爲スコト能ハサルノ不利益ヲ被ラシムルニ至ルヘシ隨テ法律カ債務者ノ申立ヲ却下スヘキ旨ヲ明示セスシテ却テ其申立ノ實效ナキモノト爲スニ止メタルナリト謂フニ在リ此兩說中何レヲ是トスルヤハ固ヨリ諸君ノ研究ニ委スレトモ余輩ハ我民事訴訟法ノ解釋トシテ積極論ヲ正當ト認ム何トナレハ「ワッハ」氏モ謂フ如ク「債務者ノ申立ニ因リ債務者ニ保證ヲ立テシメ又ハ供託ヲ爲サシメテ執行ヲ免ルルコトヲ許ス」裁判ヲ爲スニハ「債權者カ執行ノ前ニ保證ヲ立ツルコトヲ申出テサルトキ」タルコトヲ前提要件ト爲スヤ文理解釋上一片ノ疑ナケレハナリ

(d)假執行宣言ノ手續　假執行宣言ノ手續ハ職權的假執行宣言ノ場合ヲ除クノ外當事者ノ申立ニ因リテ始マリ裁判所ノ之ニ對スル判決ヲ爲スニ因リテ終ルモノトス左ニ之ヲ分說スヘシ

第一假執行宣言ヲ求ムル申立　假執行宣言手續ハ債權者ノ假執行ノ宣言ヲ求ムル申立ニ因リテ開始シ職權ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ爲ス場合ハ(第五〇一條)債權者ノ明示的申立ヲ要セス何トナレハ法律ハ斯ル場合ニ於テハ當事者カ其判決ニ假執行宣言ヲ付スヘキコトヲ欲シタルモノト看做シタレハナリ假執行ノ宣言ヲ求ムル申立ハ「判決ニ接著スル口頭辯論ノ終結前ニ」之ヲ爲シ事情ノ疏明ニ依リ假執行ノ宣言ヲ爲ス場合(第五〇三條第二項)ニ於テハ適當ニ之ヲ疏明セサルヘカラス(第五〇六條、獨逸舊民事訴訟法第六五三條、同新民事訴訟法第七一四條)隨テ終局判決言渡以後ハ(一部判決ヲ包含ス)勿論口頭辯論終局後判決言渡以前ト雖モ假執行宣言ノ申立ヲ爲スヲ許ササルモノトス何トナレハ假執行ノ宣言ハ訴訟物ノ一部分ナルヲ以テ本案ト共ニ口頭辯論ヲ爲ササルヘカラサルヲ以テナリ隨テ假執行宣言ノ申立ハ縱令訴訟的請求權タルニ止マリ實體的請求權タル內容ヲ缺クト雖モ終局判決ノミヲ以テ裁判スルコトヲ得ル所以ニシテ

又上訴方法ヲ以テノミ之ヲ攻擊スルコトヲ得ル所以ナリ之ヲ換言セハ執行力ノ判斷ハ判決ノ成分ナルヲ以テナリ(第五〇六條口頭辯論ノ終結前ト云ヒ民事訴訟法第五百九條ニ規定セルカ如ク「口頭辯論ノ進行中」ト云ハサルハ民事訴訟法第五百九條ノ場合ト異ニシテ假執行宣言ヲ本案ノ判決ト共ニ爲スヘキヲ以テナリ)而シテ假執行ノ宣言カ訴又ハ反訴ノ提起ト共ニ申立テラレスシテ却テ其以後ニ申立テラレタルトキハ訴又ハ反訴ノ擴張トシテ取扱ハルヘキモノナリヤ言ヲ俟タヌ假執行ノ申立ヲ爲スヘキ時期ヲ失シタル當事者ハ假差押又ハ假處分ノ方法ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ受クルト同一ノ實ヲ享有スルコトヲ得可シ」民事訴訟法第五百二條乃至第五百五條ニ規定シタル假執行ノ宣言ニ關スル申立ハ判決ヲ受クヘキ事項ノ申立(第二二二條)ニ外ナラス何トナレハ判決ノ執行ハ訴訟ノ目的ノ一部分ヲ成スモノナレハナリ隨テ此種ノ申立ハ書面ニ依リ準備セラレサルヘカラス(第一〇四條)而シテ「ブランク」氏ノ論旨ハ原告ハ被告ニ對シ敗訴ノ言渡ヲ求ムルノミナラス必要ノ場合ニ强制執行ヲ爲スコトヲモ求ムルモノナルヲ以テ訴ノ提起ト共ニ强制執行ノ許可ニ於ケル訴訟的請求ヲ爲シタルモノト謂ハサルヘカラス隨テ原告ヲシテ其强制執行ノ許可ニ於ケル訴訟的請求權ヲ通則的方法ニ於テ主張セント欲セハ故ラニ判決カ確定セハ强制執行ヲ爲スコトヲ得ヘキ旨ノ宣言ヲ求ムル申立ヲ爲シテ以テ强制執行許可ニ關スル明示的裁判ヲ受クルノ要ナシ然レトモ變則的方法ニ於テ主張セント欲セハ即チ判決ノ未確定ナルニモ拘ラス即時執行ヲ爲サント欲セハ須ク假執行宣言ヲ求ムルノ申立即チ訴訟的請求權ノ實行ヲ爲ササルヘカラス而シテ假執行宣言ヲ求ムル申立ハ法律上(第五〇六條、第五〇七條)口頭辯論ヲ爲シ且ツ終局判決ノ形式ニ依リ裁判スヘキモノナルヲ以テ被告ヲシテ送達セラレタル書面ニ基キ準備スルコトヲ得セシメサルヘカラス蓋シ被告ハ多クノ場合ニ於テ法律上(第五〇二條、第五〇三條)原告ノ假執行ノ宣言ヲ求ムル申立ヲ爲スコトヲ得ル旨ヲ知ルト雖モ果シテ原告カ之ニ關スル申立ヲ爲シタルヤヲ確知セス隨テ之ニ對シ防禦方法ヲ講スルノ要アレハナリト謂フニ在リ最モ理論ニ適シタル見解ト認ム是ヲ以テ原告カ豫メ被告ニ對シ假執行ノ宣言ヲ求ムル申立ヲ記載シタル書面ヲ送達セサルトキハ(一)出頭シタル被告ハ原告ノ申立ニ反對シ辯論延

期ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘシ(第二〇四條)然レトモ裁判所カ之カ爲メニ被告ハ即時ニ防禦方法ヲ決斷シ之カ實行ヲ爲スコト能ハサルヘシトノ意見ヲ有シタルトキニ於テノミ其效ヲ奏スルモノタリ(原告カ假執行ノ宣言ノ申立ヲ豫メ書面ヲ以テ被告ニ通知セサルカ爲メニ被告ハ民事訴訟法第五百四條ニ基キ假執行ノ免除ヲ申立ツルニ必要ナル疏明方法ヲ準備セサル場合ノ如キ最モ著シキ適例タリ)(二)被告カ闕席シタル場合ニ於テ原告ハ本案ニ付キ闕席判決ヲ求ムルコトヲ得ルモ假執行宣告ヲ求ムル申立ニ付テノ闕席判決ノ申立ハ民事訴訟法第二百五十二條第一項第二號下段ノ適用トシテ本案ニ於ケル闕席判決ニ附屬セル裁判即チ決定ヲ以テ却下セサルヘカラス(第二五二條第一項、第二五三條「闕席判決ノ申立ヲ却下シタル決定」獨逸舊民事訴訟法第三〇〇條第三項、同新民事訴訟法第三三五條)然レトモ假執行宣言ヲ求ムル申立其モノヲ正當ナラサルモノトシテ民事訴訟法第二百四十八條ノ適用ニ依リ却下シタルトキハ其裁判ハ控訴ヲ以テ不服ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘキ一部判決タルヤ當然ナリ「ヘルマン」其他二三ノ法學者ハ被告闕席ノ場合ニ於テ假執行ノ宣言ヲ言渡スカ爲メニ豫メ假執行宣言ヲ求ムル申立ノ通知アルコトヲ要セス何トナレハ斯ル申立ハ事件ニ付テノ裁判ニ關スル申立トシテ又斯ル申立ニ付キ闕席判決アリトシテ取扱ハルヘキモノニ非スシテ却テ訴訟上附加セラレタル單純ノ附加的申立トシテ取扱ハルヘキモノナレハナリト主張スレトモ多數ノ法學者ノ否認シタル學說ニシテ又余輩ノ贊成セサル所ナリ

第二假執行ノ宣言ニ對スル防禦ノ申立　口頭辯論期日ニ出頭シタル被告ハ原告ノ明示的又ハ默示的職權的假執行宣言ヲ爲ス場合假執行宣言ヲ求ムル申立ニ對シ前述セルカ如キ假執行宣言ニ對スル防禦的申立ヲ爲スコトヲ得ヘシ此申立ハ判決ノ基本タル口頭辯論終結前ニ於テ之ヲ爲スヘク隨テ終局判決言渡後ハ勿論口頭辯論終結以後ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ス(第五〇六條「假執行ニ關スル申立……」獨逸舊民事訴訟法第六五三條同新民事訴訟法第七一四條)其理由ハ判決ノ執行カ訴訟ノ目的ノ一部ニシテ此種ノ申立カ民事訴訟法第二百二十二條ノ意味ニ於ケル申立ニ外ナラスト謂フニ非ラスシテ寧ロ原告ノ假執行宣言ヲ求ムル申立ニ對スル防禦方法ニ外ナラサルヲ以テ判決ノ基本タル口頭辯論

以前ニ斯ル申立ヲ爲サザルニ於テハ全然其效能ナキヲ以テナリ口頭辯論期日ニ闕席シタル被告ハ縱令書面ヲ以テ此防禦的申立ヲ爲ス旨ヲ豫メ表示スト雖モ其懈怠ノ結果トシテ此防禦的申立ニ對スル不利益的判斷ヲ受クルヤ言ヲ俟タス」

第三「假執行宣言ニ關スル裁判　假執行ノ宣言ヲ爲スニ熟セル場合ニ於テハ本案ニ付テノ終局判決ト共ニ債權者ノ假執行宣言ヲ求ムル申立ニ關シ相手方ノ出頭シタルト否トニ從テ判決又ハ闕席判決ヲ爲サザルヘカラス而シテ前述シタルカ如ク判決ノ執行ハ訴訟物ノ一部分ニシテ又假執行ノ宣言ヲ求ムル明示的申立(第五〇二條)第五〇三條及ヒ默示的申立(第五〇一條)ハ共ニ民事訴訟法第二百二十二條ニ所謂判決ヲ受クヘキ事項ノ申立ニ外ナラサルヲ以テ「假執行ニ付テノ裁判ハ判決主文ニ之ヲ揭ク」ヘキヤ當然ナリ(第五〇七條)

民事訴訟法第五百二條、第五百三條ニ規定セル假執行ノ宣言ヲ求ムル債權者ノ申立ヲ看過シ又ハ第五百一條ニ規定セル假執行ノ宣言ヲ求ムル默示的申立ヲ看過シ即チ職權ヲ以テ判決ノ假執行ヲ宣言スヘキ場合ニ於テ假執行ニ付テノ裁判ヲ爲サザルトキハ之ニ因リテ損害ヲ被リタル當事者ハ補充判決ヲ求ムルコトヲ得(第五〇八條、第二四二條、第二四三條、獨逸舊民事訴訟法第六五四條、同新民事訴訟法第七一六條)此判決ハ其性質上一部判決タリ何トナレハ訴訟的ノ一部分ヲ目的トスレハナリ(第二二六條)又此判決ハ本案ニ付キ言渡シタル終局判決ニ關係ナク當事者ノ一方ノ闕席シタルトキハ闕席判決タリ(第二四六條、第二四八條)假執行ノ宣言ニ付テノ判決ハ不完全ナル場合例ヘハ債權者ノ立ツヘキ保證額ヲ判決ニ於テ定メサルカ如キ場合ニ於テハ之ニ因リテ損害ヲ受クル當事者ハ民事訴訟法第五百八條ニ從ヒ補充判決ヲ求ムルコトヲ得ルヤ否ヤ「ブランク」氏ハ獨逸民事訴訟法第二百八十九條(第二四二條)ヲ論據トシ斯ル判決ハ大缺點アル判決ナリト雖モ債權者ノ訴訟的請求權ニ付キ裁判シタルニ外ナラサルヲ以テ補充判決ニ依リ欠缺ヲ補充スルコトヲ得ス唯之ニ因リ損害ヲ受クヘキ當事者ハ結局判決ニ對スル通常不服申立方法ヲ以テ攻擊スルコトヲ得ルニ止マルト論結シ「ガウブ」氏ハ獨逸判例ヲ引用シ我民事訴訟法第五百八條ト同樣ナル獨逸民事訴訟法ノ規定カ此場合ニ適用アリト論結シタリ前說ハ理論ニ適シ後說ハ便利タリ余敢ハ前說ニ贊成ヲ表ス補充判決申立期間(第二四二條第

二項ヲ懈怠シタルトキハ訴訟物ノ一部タル假執行ノ宣言ニ關スル裁判ノ存セサルコトト爲ルカ故ニ上訴ヲ以テ裁判所ノ不行爲ヲ攻擊シ前示ノ懈怠ヲ除去スルコトヲ得ス蓋シ上級審ハ前審ノ判決ノ目的ト爲ラサル請求ニ付キ裁判ヲ爲スコトヲ得サレハナリ然レトモ當事者ノ一方カ本案ニ付キ控訴ヲ提起シタル場合ニ於テハ債權者ハ更ニ上級審ニ於テ言渡サルヘキ判決ニ假執行ノ宣言ヲ付スヘキコトヲ控訴又ハ附帶控訴ヲ以テ申立ツルコトヲ得ヘシ何トナレハ「フッチンク」氏ノ說明スルカ如ク假執行宣言ノ申立ハ各審級ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ヘケレハナリ假執行宣言ニ關スル補充判決ヲ受クル場合ニ於テ債務者ハ該判決ニ付テノ口頭辯論終結前ニ民事訴訟法第五百四條及ヒ第五百五條ニ規定シタル防禦的申立ヲ爲スコトヲ得

假執行宣言ニ對スル債務者ノ防禦的申立ヲ看過シタルトキハ上訴又ハ故障ニ依リテ之カ欠缺ヲ矯正スルコトヲ得ヘキモ之カ爲メニ補充判決ヲ求ムルコトヲ得ス何トナレハ此場合ニ於テハ被告ニ對シ防禦方法ヲ判斷セサル判決ノ存在シタルモノト謂ハサルヲ得サルヲ以テ補充判決ヲ爲スコトヲ得ヘキモノト爲ストキハ結局民事訴訟法第二百四十條ノ規定ニ反シテ既ニ言渡シタル判決ヲ變更スルニ至レハナリ「ウヰルモースキー」「サルベイ」「ストロンクマ」氏等ハ以上ノ見解ニ反對シテ民事訴訟法第五百八條第二百四十二條(獨民事訴訟法第二九二條)ノ一般ノ原則及ヒ假執行ノ宣言カ訴訟物ノ一部分タル事情ヨリ出テタルモノナルコトヲ理由トシテ民事訴訟法第五〇四條第五百五條ノ防禦的申立看過ノ場合ヲ適用スルコトヲ得ヘシト論結シタリト雖モ正當ノ見解ニ非サルナリ何トナレハ斯ル場合ニ於テハ「ヘルマン」氏モ明言スルカ如ク主タル請求若クハ附帶ノ請求又ハ費用ノ全部若クハ一部(第二四二條)ニ關係スルモノニ非サルヲ以テ補充判決ノ途ヲ取ラントスルハ假執行ノ宣言ノ申立ヲ看過シタル場合ニ於ケルカ如ク(第五〇八條)明文ヲ以テ民事訴訟法第二百四十二條ヲ準用スヘキ旨ヲ規定スルコトヲ要スレハナリ

第四、上告、控訴及ヒ故障ノ不服申立ノ假執行宣言手續ニ關シ呈スル特色　上訴提起又ハ故障ノ申立アリタルトキハ假執行ノ宣言ノ手續ニ關シ法律上左ノ特色ヲ呈ス

一、當事者カ本案ニ關スル終局判決ニ對シ控訴ヲ爲シタル場合ニ於テハ第一審ニ於テ假執行ノ宣言ヲ求ムル申立ヲ爲サザリシ當事者ハ控訴又ハ附帶控訴ノ申立ト共ニ假執行ノ宣言ヲ求ムル申立ヲ爲スコトヲ得何トナレハ假執行宣言ノ申立ハ前述ノ如ク一ノ新ナル請求ニ非スシテ已ニ第一審ヲ於テ提起セラレ且ツ本案ニ付キ言渡サレタル終局判決ノ强制執行許可ニ關スル訴訟的請求權主張ノ一形式ニ外ナラサレハナリ之ヲ換言セハ控訴審ヲ於ケル判決ヲ求ムル申立ニ關スル手續ノ再施ト共ニ之ヲ當然包含セラルル假執行宣言ノ申立手續ノ亦再施セラルヘキヤ當然ナルヲ以テナリ第一審ニ於テ假執行宣言ノ申立アリタルモ裁判所カ之ヲ看過シタル場合ニ於テハ何ホ同一理由ニ依リ更ニ控訴審ニ於テ假執行宣言ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘシ然ルニ當事者カ已ニ前審ニ於テ假執行ノ宣言ニ關スル補充判決ヲ求ムル申立ヲ爲シタルトキハ之ヲ取下ケタル以後ニ非スンハ控訴審ニ於テ更ニ假執行宣言ノ申立ヲ爲スコトヲ得サルヤ言ヲ俟タサルナリ當事者カ本案ニ關スル終局判決ニ對シ上告ヲ爲シタルトキハ控訴審ニ於テ假執行宣言ノ申立ヲ爲ササリシ當事者ハ之ヲ上告審ニ於テ申立ツルコトヲ得ス何トナレハ上告審ノ權限ハ控訴審ノ判決カ法律ニ違背シタルヤ否ヤヲ裁判スルニ止マレハナリ控訴審ニ於テ假執行ノ申立ヲ看過シタル場合亦然リ何トナレハ假執行宣言ニ關スル控訴審ノ判決ニハ不服ノ申立ヲ爲スコトヲ得サルカ故ニ(第五一一條)上告ヲ以テ不服ノ申立ヲ爲スコトヲ得ル判決ハ單ニ假執行ニ關スル本案ニ付テノ一分判決ナリト謂ハサルヲ得サレハナリ

當事者カ本案ニ付キ言渡サレタル闕席判決ニ對シ故障ヲ申立テタル場合ニ於テハ當事者カ其爲ササリシ假執行宣言ノ申立又ハ其爲シタルモ裁判所カ看過シタル假執行宣言ノ申立ヲ直ニ故障ノ適法ナルコトト共ニ闕席前ノ程度ニ復シタル訴訟ニ於テ(第二六〇條)爲スコトヲ得ヘシ

二、前示ノ法則ニ關係ナク控訴審又ハ上告審ハ下級審ノ判決ニシテ不服申立ナキ部分ニ付キ口頭辯論進行中ニ爲サレタル當事者ノ申立ニ因リ無條件ニ假執行ノ宣言ヲ付ス隨テ保證ヲ立テ以テ假執行ヲ許サシメサル相手方ノ反對的防禦方法ハ法律上此場合ニ許サレサルモノト知ルヘシ

三、以上論述シタル勝訴者即チ債權者ノ利益ノ爲メニスル特則ニ對シ敗訴者即チ債務者ノ利益ノ爲メニスル特則アリ「假執行ニ宣言ヲ付シタル判決ニ對シ故障ヲ申立又ハ上訴ヲ起シタルトキハ其債務者ハ訴訟事件ニ關係スル裁判所即チ故障又ハ上訴ヲ受ケタル裁判所ニ對シ防禦方法トシテ特則處分ヲ求ムルコトヲ得(第五一二條獨逸舊民事訴訟法第六五七條同新民事訴訟法第七一九條)」詳細ハ强制執行ノ制限ヲ說明スル塲合ニ於テ說明スヘシ

四、假執行宣言ハ前審ニ於テハ訴訟ノ目的ノ一部分ニシテ又其判決ノ一部分ナルカ故ニ當事者ハ或ハ新ニ假執行宣言ノミニ對シ或ハ本案ト共ニ假執行宣言ニ對シ控訴ヲ以テ不服ノ申立ヲ爲スコトヲ得假執行ノ宣言ノミニ對シ控訴ヲ爲スニ付テハ債權者ハ多クノ塲合ニ利益ヲ有セス何トナレハ債權者ハ之ニ因リテ自己ノ利益ニ歸シタル本案ニ付テノ判決ノ確定ヲ妨ケ又相手方ヲシテ附帶控訴ヲ爲スヲ得セシムレハナリ唯本案ニ付キ勝訴判決ノ言渡ヲ受ケタルモ假執行ノ宣言ヲ排斥セラレタル塲合ニ於テ急速的ニ判決ヲ受クルノ利益ナルノミ之ニ反シテ假執行ノ宣言ノ言渡ヲ受ケタル敗訴債務者ハ先ツ成ルヘク急速ニ假執行ノ宣言ニ付テ裁判ヲ受ケ本案ニ關シテハ徐ニ完全ナル取調ヲ爲シ且ツ準備ヲ爲スノ利益ヲ有スヘシ假執行ノ宣言ハ前述ノ如ク判決ノ一部分タルカ故ニ假執行宣言ノミニ付キ控訴ヲ爲シタル當事者ハ爾後口頭辯論ニ於テ本案ニ付テ控訴擴張ヲ爲スコトヲ得又本案ニ付テ控訴アリタル塲合ニ於テハ相手方ハ假執行ノ宣言ニ付キ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得

以上述ヘタル如ク當事者雙方ノ控訴又ハ附帶控訴ニ因リ前審ノ爲シタル本案竝ニ假執行ノ宣言ニ關スル判決カ控訴ノ目的ト爲リタル塲合ニ於テハ當事者雙方ニ其判決ニ基キ强制執行カ著手セラレタルトキ又ハ强制執行カ終局セラレタルト否トニ拘ラス「假執行ニ付キ辯論及ヒ判決ヲ爲ス」コトヲ求ムルノ權利アリ(第五一一條第一項獨逸舊民事訴訟法第六五六條第一項同新民事訴訟法第七一八條第一項蓋シ急速的ニ假執行ニ付キ辯論及ヒ判決ヲ爲スハ當事者雙方ノ利益ナレハナリ(一)控訴審ニ於テ先ツ假執行ニ付キ辯論及ヒ判決ヲ爲スニ當リテハ本案ニ付テノ下級審判決ノ當否ニ關係ナク獨立シテ假執行ノ宣言ニ付キ法定要件カ具ハルヤ否ヤヲ調査シ以テ之カ當否ヲ判決セサルヘカラス而シ

ヲ假執行ノ宣言ニ關スルモノナル以上ハ縱令保證ヲ立ツルコト又ハ其數額ノミカ不服申立ノ目的タルニ過キサル場合ト雖モ等シク口頭辯論ヲ爲シ判決ヲ以テ其當否ヲ裁判セサルヘカラス是レ假執行ノ宣言ノ控訴ノ目的タル判決ノ一部分ニ外ナラサルヨリ生スル當然ノ論結ナリ假執行宣言ニ付テノ判決ハ終局的一部判決ニシテ中間判決ニ非ス殊ニ假執行宣言ヲ是認シタル判決ハ民事訴訟法第五百十條第一項ノ規定ノ適用ニ依リ爾後當然失效スルコトアルヲ以テ解除條件附判決ナリト謂フヲ得ヘシ(二)假執行宣言ノ辯論ニ關シテハ民事訴訟法第四百十條ノ規定ヲ適用セス何トナレハ假執行ニ付テノ裁判ハ當事者雙方ノ利益ノ爲メニ急速ニ終了スルコトヲ要スレハナリ然レトモ之カ爲メニ本案ノ辯論ニ付キ同條ノ適用ヲ妨クルモノニ非ス何トナレハ此場合ニ於テハ毫モ前示ノ理由ノ存在セサルヲ以テナリ故ニ當事者カ前審ノ本案並ニ假執行ノ宣言ニ關スル判決ニ付キ不服申立ヲ爲シタルトキハ民事訴訟法第五百十條第一項ニ則リ先ツ假執行ニ付キ辯論ヲ制限シタル場合ニ於テ民事訴訟法第四百十條ノ適用ナキモノト知ルヘシ(第五一一條第二項、獨逸舊民事訴訟法第六五六

## 校外生規則摘要

一 講義錄ハ毎月二回發行シ滿一ヶ年ヲ以テ卒業トス

一 講義錄ハ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 校外生ハ本校講談會、討論會ニ出席傍聽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驗ノ上校內生三年級ニ編入セラルルコトヲ得

一 校外生ハ講義錄中ノ疑義ニ付キ質問スルコトヲ得

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

明治三十三年六月一日印刷
明治三十三年六月五日發行

東京市四谷區四谷仲町三丁目六番地
編輯兼發行者 小田幹治郎

東京市芝區四ノ久保明舟町十一番地
印刷者 金子鐵五郎

東京市芝區四ノ久保明舟町十一番地
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 司法省指定 和佛法律學校
（電話番町百七十四番）