

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

遠藤, 忠次 / 松岡, 義正 / 岩田, 一郎 / 塚田, 達二郎 / 兩角, 彥六 / 若槻, 禮次郎

(出版者 / Publisher)

和仏法律學校

(巻 / Volume)

1-11

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

53

(発行年 / Year)

1900-07-05

和佛律法學校  
講義錄

第一壹號

第一壹部

民法總則自六四章（至一〇三）法學士塙田達二郎

民法債權自二五三節（至四九）法學士兩角壹六

民法相續（自七七）法學士若槻禮次郎

民事訴訟法第二編（至一七）法學士遠藤忠次

民事訴訟法自三編（至二五）法學士岩田一郎

民事訴訟法自六編（至一四六）法學士松岡義正



090  
1900  
1-1-11

ト云フカ如キ場合ニ於テハ條件ニ付セラルモノハ百圓ヲ贈與セントスルノ  
意思ナリヤ若クハ百圓ヲ交付スヘキ義務ナルカトノ點ナリ從來多數學者ノ主  
張スル所ニ依レハ條件ニ付セラルモノハ法律行爲ノ意思ニシテ條件成就セ  
サレハ其意思ハ存在セス隨テ條件ノ成就シタル時ニ始メテ條件附法律行爲ノ  
存在アリト云フニ在リ或ハ曰ク條件附意思表示ヲ爲シタル當時ニ於テ意思ノ  
存在スルヤ否ヤハ未來ニ於テ定マルヘキ問題ニシテ若シ條件力成就シタル時  
ハ表示ノ當時ニ於テ意思アリト謂フハク之ニ反シテ條件成就セサルハ意思ナ  
シト然リト雖モ吾人ノ意思ナルモノハ決定セラレタル時ニ存在スルモノニシ  
テ一度決定セラレタル意思ハ將來ノ事實ニ由リテ變スヘキモノニアラス蓋シ  
條件附法律行爲ハ或事實ニ由リテ其效力ノ發生ヲ制限スル特別ノ意思ヲ表示  
スルモノニシテ條件ニ依リテ關係セラルモノハ意思ノ存在ニアラスシテ意  
思表示ノ目的タル法律行爲ノ效力ノ發生ニ在リト謂フヘキナリ殊ニ佛國民法  
我舊民法獨逸民法及ヒ現行民法ノ如キハ條件ヲ以テ法律行爲ニ附加スル主義  
ヲ採用スルヲ以テ條件附法律行爲ナルモノハ意思表示ノ當時ニ於テ存在シ唯

其行爲ノ目的タル法律上ノ效果即チ権利義務ノ發生又ハ消滅ヲシテ不確定ノ状態ニ在ラシムルモノト謂ツヘシ。コトノ明カナル場合例ヘハ某カ死亡スレハト云フカ如キ來年ヲ經過スレハト云フカ如キハ條件ニアラスシテ期限ナリ之ニ反シテ甲カ乙ヨリ前ニ死セシナラハト云フカ如キハ甲及ヒ乙ノ死亡スヘキコトハ明カナル事實ナルモ甲カ果シテ乙ヨリ前ニ死スヘキモノナルヤ否ヤハ不確定ノ事實ニ屬スルヲ以テ之ヲ條件ト爲スコトヲ得而シテ所謂不確定ノ事實トハ當事者間ニ於テ不確定タルヲ以テ足レリトスヘキヤ或ハ客觀的不確定ノモノナラサルヘカラサルヤ或ハ曰ク既ニ確定セル事實ト雖モ當事者ニ於テ之ヲ知ラサル間ハ條件ト爲スコトヲ得ヘシト然レトモ我民法ノ解釋トシテハ當事者カ之ヲ知ラサルノミニテハ條件ト爲スコトヲ得スト謂ハサルヲ得ス何トナレハ縱令當事者カ其事實ノ確定セルコトヲ知ラサル場合ニ於テモ法律行爲ノ當時ニ於テ其事實カ客觀的ニ確定セルトキハ法律行爲ノ效力ハ直チニ發生スルモノナレハナリ即チ停止條ト謂ハサルヘカラサレハナリ。

## 第一項 條件ノ種別

件ナルトキハ法律行爲ハ無條件ト爲リ解除條件ナガトキハ法律行爲ハ無效ト爲ルナリ例ヘハ奈翁翁カ「オートルロー」ノ戰ニ於テ敗北シタルトキハ汝ニ金百圓ヲ贈與スヘシト云フカ如キハ直チニ贈與ノ效力ヲ生スルカ如キ是ナリ(第一三一條)是レ法律行爲ノ效力ノ發生ヲ或條件ニ繫ラシメタルモノニアラスシテ隨テ附加セラレタル其モノハ條件ニアラサルコトヲ證スルニ足ル加之我民法第一百三十一條第三項ニ於テ當事者カ條件ノ成就又ハ不成就ヲ知ラサル間ハ第一百二十八條及ヒ第二十九條ノ規定ヲ適用スト云ハシシテ準用スト爲シタル理由ハ此場合ニ於ケル法律關係ハ理論上條件ニアラサルコトヲ明示スルモノト謂ハサルヘカラサレハナリ。

第一 停止條件及ヒ解除條件 條件ノ重要ナル區別トシテハ普通ニ停止條件及ヒ解除條件ノ二ト爲ス停止條件トハ法律行爲ノ效力ノ發生ヲ止ムルモノニシテ條件ノ成就ニ因リテ始メテ其效力ヲ生スルモノヲ謂フ例ヘハ甲カ乙ト結婚

スルトキハ此物品ヲ買取ルヘシト云フカ如シ解除條件トハ法律行為ノ效力ノ消滅ヲ目的トスルモノニシテ條件ノ成就ニ因リテ其效力ヲ失ハシムルモノナリ例へハ何年何月マテニ代價ヲ辨済セサルトキハ賣買ヲ解除スト云フカ如キ是ナリ

第二 積極條件及ヒ消極條件 條件ハ又之ヲ積極ト消極トニ區別スルコトヲ得積極條件トハ或事實若クハ行爲ノ存在ヲ以テ法律行為ノ效力ヲ制限スルモノニシテ條件ノ成就スルコトハ必ス積極的ノ出來事ノ存在スルヲ必要トス消極條件トハ之ニ反シテ或事實又ハ行爲ノ發生セサルコトヲ以テ條件ト爲メモノナリ例へハ某家カ燒失セハト云フトキハ積極的條件ニシテ某家カ燒失セサレハト云フトキハ消極的條件ニ屬スルカ如シ

第三 偶成條件 偶成條件トハ當事者ノ意思ニ關係セサル偶然ノ事實又ハ第三者ノ意思ニ關係スルモノニシテ例へハ餓饉アリシナラハ若シ地震アリタラハ又ハ乙カ結婚セハト云フトカ如キ是ナリ

第四 隨意條件 隨意條件トハ一方ノ意思ヲ以テ成就セシムルコトヲ得ルモ

ノナレトモ之ヲ細別スレハ全ク當事者ノ意思ノミニ繫ルモノ例へハ汝カ欲スルナラハド云フカ如キ又主トシテ當事者ノ意思ニ關係スレトモ全ク意思ノミニテハ成就スルコトヲ得サルモノ例へハ何月何日マテニ長崎マテ行キシナラハト云フカ如キ之ヲ成就セシムルニハ身體ノ健全交通機關ノ發達並ニ時及び費用等ニ關係スルモノナルカ故ニ偶成條件ト比較シテ大ナル差異ナキモ前者ニ於テハ條件ノ成就スルト否トハ單ニ當事者ノ意思ニ關係シ權利義務ヲ發生セシムルト否トハ當事者一方ノ意思ニ因リテ定マルモノナリ殊ニ停止條件附法律行為ニ於テ其條件カ債務者ノ意思ニ關係スル場合ハ法律行為ノ效力ヲ發生セシムルト否トハ債務者ノ意思ニ因リテ決セラルコトト爲リ法律行為ノ強制的性質ヲ失ハシムルモノナルカ故ニ法律ハ之ヲ無效トセリ(第一三四條)

第五 默示條件 默示條件トハ當事者カ附加スヘキ條件ヲ明示セサレトモ法律行為ノ性質上當然ニ條件附ナルモノヲ稱スルモノニシテ一ニ之ヲ法律上ノ條件ト謂フ例へハ遺贈ノ如キ受遺者カ遺言者ヨリモ長ク生存スルコトヲ條件トスルモノナリ(第一〇九六條又雙務契約ハ一方カ義務ヲ履行セサルトキハ他

方モ亦義務ヲ履行ユルコトヲ要セサルノミナラス解除ヲ爲スコトヲ得ルカ如キ是ナリ(第五四一條参照)

第六 不能條件 不能條件トヘ事件ノ性質上成就スルコトヲ得サルモノヲ謂フ所謂不能トハ關係的不能ニアラスシテ絕對的不能ヲ謂フモノナリ即チ當事者ニ於テ不能ナルノミナラス其當時ノ狀態ニ於テ何人モ皆不能ナリトスル事項ヲ以テ條件ト爲シタルカ如キ例ヘハ地下ヲ通シテ亞米利加ニ行キシナラハト云フカ如シ尤モ人智ノ發達ハ窮極スルモノニアラサルガ故ニ今日不能ナリト雖モ明日可能ト爲ルヤモ計リ知レサレハ如何ナル事件カ永久及ヒ絕對ニ不能ナリヤ否ヤフ斷定スルコトヲ得サレトモ法律行為ノ當時ニ於テ其時ノ狀態ニ照シテ客觀的不能ナル事項ヲ以テ絕對的不能ト謂ハサルヘカラス

第七 不法條件 不法條件トハ法律ノ禁止的條項ニ違反シ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反シ若クハ法律ノ命令シタルコトヲ爲サツルコトヲ以テ條件ト爲スモノニシテ例ヘハ賭博ヲ爲サハ、竊盜ヲ爲サハ、終身結婚セサレハ、或猥褻ノ行爲ヲ爲サハ又ハ證人トシテ裁判所ヨリ召喚セラルルモ答辯セサレハト云フカ如キ是

### ナリトモ不法條件の成立する事由は法律行為の不法性に依る事

### 第三項 條件ノ通則

法律行為ニ條件ヲ附スルコトヲ得ルハ一般ノ原則ナレトモ左ノ種類ノ如キ條件ハ之ヲ附加スルコトヲ以テ若シ強テ之ヲ附加シタルトキハ爲メニ法律行為ノ無効ヲ生シ或ハ無條件トシテ直チニ法律行為ノ效力ヲ生スルモノナリ

第一 法律行為ニ不法ノ條件ヲ附シタルトキ又ハ不法行為ヲ爲サツルコトヲ以テ條件ト爲シタルトキハ其法律行為ハ無効ナリ、或ハ曰ク不法條件ヲ附シタル法律行為ハ不法ヲ目的トスルモノナルカ故ニ無効ナリト然レトモ此場合ニ於ケル不法ナルコトハ法律行為ノ目的ニ在ラスシテ其行為ニ附加セラルル條件ニ在ルモノナルヲ以テ目的ノ不法ヲ以テ之ヲ説明スルハ其當ヲ得タルモノニアラス若シ不法條件附法律行為ノ目的ハ不法ナリトセハ民法第九十條ノ規定ニ依リテ當然無効ト爲ルモノニシテ特ニ法律ノ規定ヲ要セサルモノト謂ツ

ハシ然ルニ民法第三十二條ニ於テ其行為ノ無効ナルコトヲ規定シタルハ條件ノ不法ナルコトニ附加セラルル法律行為ノ目的ノ不法ナルコトトハ關係ナキ事項ナレハナリ蓋シ法律行為ノ效力ヲ不法ノ條件ニ繋ラシムルハ不法行為ノ存在ヲ前提トスル意思表示ナルヲ以テ之ヲ保護シ法律上ノ效力ヲ附スヘキ理由ナキヲ以テナリ又不法ノ行為ヲ爲サナルコトヲ以テ條件ト爲シタル場合ハ自己ノ國法ニ從フヘキ義務ヲ盡スニ外ナラナルヲ以テ之ニ依リテ利益ヲ得ヘキ理由ナキノミナラス條件ノ不成就アルヘキ理ナク若シ不成就ナルコトアリトセハ是レ不法行為ヲ爲シタルモノニシテ公ノ秩序ヲ害スルカ故ナリ或ハ曰ク不法ノ解除條件トハ條件タル不法行為ヲ爲スヲ目的トスルモノニアラスシテ若シ條件成就セハニ伴フテ制裁アルカ故ニ之ヲ有效トシテ何等ノ不可ナルナシト例ヘアカ乙ニ物品ヲ賣渡シ若シ乙カ人ヲ殺サハ賣買ヲ無効トスト云フカ如シ然レトモ是レ不法行為ヲ爲サナルコドヲ以テ條件ト爲シタルト同一ニシテ之ヲ有效トスヘキ理由ナキヤ論ヲ俟タス

第二不能ノ停止條件ヲ附シタル行為ハ無効ニシテ不能ノ解除條件ヲ附シタル

トキハ其行為ハ無條件ナリ停止條件附法律行為ニ不能ノ事項ヲ以テ停止條件トシタルトキハ多クノ場合ニ於テハ法律行為ノ當事者ハ之ニ因リテ權利義務ノ關係ヲ生セシムルノ意思ナキモノ認ムルコトヲ得又當事者ハ不能ナルコトヲ知ラスシテ時トシテハ條件成就スルコトアルヘキヲ信シテ法律行為ヲ爲シタリトスルモ條件ノ性質上成就スヘキモノニアラサル以上ハ其行為ノ效力ヲ生スル時期ナキヲ以テ之ヲ無効ト爲スハ當然ナリ右ト同一ノ理由ヲ以テ不能ノ解除條件附法律行為ニ在リテハ條件ノ不能ナルカ爲メ永久ニ解除ノ效力ヲ生セサルカ故ニ其法律行為ハ條件ナキモノトセサルヘカラス例ヘヘ子カ今ヨリ千年ノ間生活セルトキハ此賣買ヲ解除スト云フカ如キ是ナリ  
第三確定セル事實ヲ以テ條件ト爲スコトヲ得ス若シ之ヲ以テ條件ト爲シタルトキハ其條件カ停止條件ナルトキハ其法律行為ハ無條件ニシテ解除條件ナルトキハ無効ナリ當事者カ停止條件シテ附加シタルモノハ既ニ行爲ノ當時ニ於テ成就セルモノナルトキハ法律行為ノ效力ヲ停止スヘキ要件ナキヲ以テ其法律行為ハ電純無條件ニシテ直チニ行爲ノ效力ヲ生スルコトハ論ヲ俟タス之

ニ反シテ解除條件ナルトキハ行爲ノ當時ニ於テ既ニ解除ヘキ事由ノ到達セルヲ以テ其法律行爲ノ存在ヲ認メテ之ヲ保護スベキ理由ナキナリ。第四條件ノ不成就カ行爲ノ當時ニ既ニ確定シタル場合ニハ其條件カ停止條件ナルトキハ其法律行爲ハ無効ナリ又解除條件ナリシトキハ無條件タリ。法律行為ノ當時ニ於テ條件不成就ノ確定セルトキハ恰モ不能條件ヲ附シタルト同一ニシテ停止條件ニ在リテハ其效力ヲ生スル時期ナキカ故ニ之ヲ無効トシ解除條件ニ在リテハ解除ノ效力ヲ生セサルコト明カナルカ故ニ其法律行爲ハ條件ナキモノトセリ。

第五單ニ債務者ノ意思ノミニ繫ル停止條件附法律行爲ハ無効ナリ此事ニ就テハ前説ニ於テ既ニ解除ヘタルヲ以テ茲ニ再ヒ説明セサルモ何故ニ債務者ノ意思ノミニ繫ル解除條件附法律行爲ハ無効ト爲ササルカ蓋シ解除條件附法律行爲ハ其行爲ニ因リテ直チニ法律上ノ效果ヲ生シ條件成就ニ因リテ既ニ發生セル效力ヲ失ハシムモノナルカ故ニ其條件ノ成就カ債務者ノ意思ノミニ繫ルト雖モ爲メニ法律行爲ノ拘束力ヲ失フモノニアラス加之債務者カ解除セントス

ル意思ヲ表示セスシテ死亡シタルトキハ條件ハ不成就ト爲ルモノニシテ其行為ノ效力ハ永久消滅スルコトナケレハナリ。

#### 第四項 條件成就未定ノ間ニ於ケル法律關係

##### 第一目 停止條件ノ場合

停止條件附法律行爲ハ條件成就未定ノ間ニ於テハ其行為ノ目的トセル權利義務ハ本タ發生セサルナリ故ニ條件附債務者ハ條件成就シタルモノト信シテ履行ヲ爲シタリトスルモ債務ナキ履行ナルコトヲ證明シテ之カ返還ヲ要求スルコトヲ得但シ第一款ニ説明シタル如ク法律行爲ハ其行為ノ時ヨリ存在セルモノナルヲ以テ之ニ因リ一種ノ權利義務ノ關係ヲ生スルモノトス普通ニ之ヲ條件附權利義務ト謂フ或ハ條件附法律行爲ニ因リテ當事者ノ有スルモノハ一種ノ希望ニシテ未タ權利ト爲ラサルモノナリト主張スル者アリト雖モ是レ我民法ノ規定ト相容レサル見解ナリ何トナレハ我民法ハ明カニ其權利ヲ認メ之ヲ保護スルヲ以テナリ。

第一、條件附權利ハ之ヲ處分相續スルコトヲ得條件附權利モ一種ノ權利ナルカ故ニ之ヲ譲渡、質入スルコトヲ得又條件成就前ニ於テ當事者ノ一方又ハ雙方カ死亡シタルトキハ條件附權利義務ハ他ノ權利ト同シク相續人ニ移轉スヘキモノナリ

第二、條件附權利ハ之ヲ保存シ擔保スルコトヲ得條件附債權者ハ條件成就ニ因リテ不動產上ノ權利ヲ取得スヘキ場合ニハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ假登記ヲ爲シ又條件附法律行為ノ目的トスル權利カ條件成就前ニ於テ時效ニ因リテ消滅セントスルトキハ之カ中斷ヲ爲スコトヲ得又債務者ヲシテ條件成就ノ後ニ於ケル義務ノ履行ヲ確實ナラシムルカ爲ミニ保證人ヲ立テシメ質權又ハ抵當權ヲ設定セシムルコトヲ得又停止條件附債權ニ對シテハ配當額ヲ定メテ之ヲ供託スヘキ義務アリ(第一二九條不動產登記法第二條民事訴訟法第六三〇條)

第三、條件附債務者ハ條件成就ニ因リテ相手方ノ受タヘキ利益トハ例へハ法律行為ノ目的物カ特定物ナルトキハ契約ノ趣旨ニ適合ヒル物ノ引渡ス受タヘキカ如キ又

ラハ隱レタル環疵ニ付テ賣主ニ擔保ノ責任アルハ契約ノ當時買主ニ於テ其環疵ヲ知ラサリシ場合ノミニ限ル然レトモ賣主カ其環疵ヲ知リタルヤ否ヤハ毫モ擔保ノ責任ニ影響スルコトナシ是レ畢竟目的物ニ環疵アルコトヲ知ラナルハ賣主ニ取リテハ常ニ一ノ過失ト謂ハサルヲ得サレハナリ本來一物ヲ完全無瑕トシテ賣買スルヤ買主ノ支拂フ代金モ亦之ニ相當スル金額ト看做スヲ當然トスルカ故ニ今其環疵アル物ニ對シ環疵ナキ物ニ相當スル代金ヲ受取リタル賣主ハ恰モ其代金ノ幾分ニ付テ不當ノ利得ヲ爲シタルモノト謂ハサルヲ得ス是ヲ以テ賣主ハ其環疵ヲ知リタルト否トニ拘ラス當ニ其責ニ任せサル可カラス

環疵擔保ノ責任ニ付テハ法律ハ一部追奪ノ場合ニ關スル第五百六十六條ノ規定ヲ準用ス可ギモノト爲セリ故ニ買主ニ於テハ其隱レタル環疵ニ付テハ賣主ニ對シテ常ニ損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得若シシ其環疵ノ爲ミニ買主ノ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサルトキハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得而シテ其要價權及ヒ解除權ハ買主カ其事實ヲ知リタル時ヨリ一年内ニ之ヲ行使ス

## パコトヲ要ス

瑕疵擔保ハ總テ任意賣買ノ場合ニノミ適用シテ強制競賣ノ場合ニハ全ク之ヲ適用セス(第五七〇條但書何カ故ニ之ヲ適用セサルカ他ナシ強制競賣ハ債務者ノ干與スル所ニ非ナレハ其債務者ヲシテ隱レタル瑕疵ヲモ擔保セシムルハ條理上穩當ノコトニ非ス又競賣ノ請求者タル債權者ト雖モ其物ハ素ト他人ニ属性ルカ故ニ一般ノ事實トシテ其瑕疵ヲ知ラサルモノト謂ハサル可カラサルカ故ニ債權者ニ責任ヲ負ハシムルモ亦不條理ナリ加之競賣ニ於ケル競落人ハ任意賣買ノ買主ト異ナリ多少ノ瑕疵ハ常ニ豫期シテ買受ヲ爲スモノナレハ特ニ瑕疵ニ付キ擔保權ヲ與フルコトヲ要セスト云フニ在リ然レトモ果シテ此等ノ理由ニシテ正鶴ヲ得タルモノトセハ追奪ノ場合ニ於テモ同一ニ論下シ得ラレサル可カラス即チ追奪擔保ト云ヒ均シク賣主ノ本然ノ義務タル權利移轉ノ義務ヨリ生スル責任ニ外ナラス其之ヲ負擔スル原因及ヒ理由ニ於テ彼此異ナル所アルヲ見ス且ツ夫レ縦合債務者ノ干與セサル所ナリト雖モ既ニ任意賣買ニ於テハ賣主ノ知ルト知ラサルトヲ問ハス瑕疵擔保ノ責任ヲ負ハル可キナリ

シムルニアラスヤ又追奪擔保ニ付テハ債權者ニモ其責任ヲ負ハシムルニアラスヤ然ルニ法律ハ此論理ヲ無視シク強制競賣ノ場合ニ瑕疵ノ擔保ヲ除外シタルハ規定ノ上ニ於テ少クトモ理論上權衡ヲ失スルモノト謂ア可シ惟フニ法律ハ競賣物ノ瑕疵ニ付テモ猶ホ競落人ニ擔保權アリストキハ強制競賣ハ徒ニ手數ノ煩雜ヲ加ヘハメニ時日ヲ遷延シテ永ク終結ヲ得サルノ不都合アルヲ以テ可成的迅速ニ結了セシメントノ實際上ノ便宜ヲ慮リタルモノナル可キカ然レトモ此理由ト雖モ一面ニ追奪擔保ヲ認メタルニモ拘ラス他ノ一面ニ瑕疵擔保ヲ採ラサル所以ノ相當理由ナリヤ否ヤ立法論トシテハ尙ホ大ニ論究ノ餘地アル可キナリ

以上ヲ以テ賣主ノ追奪擔保資力擔保及ヒ瑕疵擔保ノ責任ヲ說了セリ今此賣主ノ擔保義務ヲ講丁スルニ臨ミ尙ホ附則トシテ説明ス可キ法則二アリ  
第一法則 總テ擔保權ノ行使トシテ買主ヨリ賣主ニ對シテ損害賠償ヲ求ムルコトヲ得ルトキハ雙務契約ニ於ケル同時履行ノ法則ヲ準用ス(第五七一條既ニ前述セシ如ク同時履行ノ原則トハ雙務契約ニ於テハ當事者ノ一方ヨリ債務ノ

履行ヲ提供スルマテハ他ノ一方ハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒絶スルコトヲ得(第五三三條)ルカ故ニ賣買ニ於ケル賣主ニシテ若シ目的物ヲ引渡サナルトキハ賣主ハ代金ヲ支拂フヲ要セス又買主ニシテ若シ代金ヲ支拂ハナルトキハ賣主モ亦目的物ノ引渡ヲ爲スニ及ハス然ルニ擔保ノ責任トシテ賣主ノ負擔スル損害賠償ノ義務ハ賣主カ權利移轉ノ義務ヨリ生スル結果ナルカ故ニ賣買其モノヨリ生スル買主ノ代金支拂ノ義務トノ間ニハ其債権ノ原因ヲ異ニスルヲ以テ若シ此法律ノ規定ナカリセハ雙方互ニ其請求ヲ拒ムコトヲ得シテ孰レカ先ニ履行シタル一方ノ者ハ後日測ラレザル損害ヲ被ルコトアル可シ法律ハ此ノ如キ不結果ナカラシメンカ爲メニ雙務契約ニ於ケル同時履行ノ法則ヲ茲ニ準用セルナリ

第二法則 追奪擔保及ヒ瑕疵擔保ハ法律上賣主ニ於テ當然負擔ス可キモノナリ然レトモ賣主ノ此責任ハ公益上ノ理由ニ基クモノニ非スシテ全ク公益上ノ一ノ推定ニ外ナラス故ニ當事者ハ契約ヲ以テ追奪及ヒ瑕疵擔保ノ責任ヲ負ハサルコトヲ約シ或ハ又法律ノ規定ヨリモ猶ホ其負擔ヲ重カラシムルコトヲ約

スルコトヲ得ヘシ是レ敢テ法律ノ禁スル所ニ非ス但シ賣主カ擔保ノ責ニ任せサル旨ノ特約アルトキト雖モ追奪又ヒ瑕疵アル事實ヲ知リテ之ヲ告ケサルトキハ擔保ノ責任ヲ免ルコトヲ得ス是レーノ詐欺行為ニシテ詐欺ハ法律ノ保護ス可キ限ニ在ラス又賣主ニ於テ自ラ第三者ノ爲メニ權利ヲ設定シ若クハ讓渡シタルトキハ無擔保ノ特約ハ當然無効ニ歸ス可シ是レ法語ニ所謂自ラ擔保ノ責任アル者ハ自ラ追奪ノ行爲ヲ爲スコトヲ得スト云ヘル原則ニ基因ス故ニ一旦買主ニ權利ヲ移轉シタルモ其後ノ行爲ニ因リテ買主ノ權利ヲ侵害スルヤ即チ不法行爲トシテ通常損害賠償ノ責ニ任スルノミナラス擔保ノ責任ヲ負ハサル可カラス

## 第一項 買主ノ義務

賣買ノ當然ノ效力トシテ買主ハ賣主ニ對シテ代金支拂ノ義務ヲ負擔ス是レ買主ノ負擔スル契約上唯一ノ義務ナリ尤モ或場合ニ於テ代金支拂ノ義務ノ外尙ホ其利息ヲ支拂フノ義務アルコトアリ又賣主ノ目的物引渡ニ對シ買主ハ之

ヲ受取ル可キ義務アリト雖モ此等ハ皆附隨ノ義務タルニ過キス之ヲ以テ法律ニ於テモ亦單ニ代金支拂ノ義務ノミニ付テ規定セリ  
代金支拂ノ義務ニ付テ研究ス可キハ左ノ諸點ニ在リ即チ第一、代金ハ如何ナル時期ニ於テ支拂フコトヲ要スルカ第二、代金ハ如何ナル場所ニ於テ支拂フコトヲ要スルカ第三、若シ代金ヲ支拂ハサリシトキハ買主ニ對シテ如何ナル制裁アルカ第四買主ハ如何ナル場合ニ於テ代金ノ支拂ヲ拒絶寧ロ停止スルコトヲ得ルカノ點是ナリ以下逐次之ヲ説明ス可シ

## 第一 代金支拂ノ時期

代金支拂ノ時期ハ當事者間ニ期限ノ定メアルトキハ其期限ノ到リタル時買主ヨリ之ヲ支拂ハサル可カラサルハ勿論若シ其期限ニ付キ特約ナキトキハ賣主ヨリ目的物ノ引渡フ受タルト同時ニ之ヲ支拂フコトヲ要ス是レ第四百十二條第三項及ヒ第五百三十三條ニ於ケル一般原則ノ適用ニ外ナラス蓋シ賣買ハ雙務契約ナルカ故ニ代金支拂ノ時期ニ關シ特約ナキ以上ハ賣主ハ何時ニテモ其代金ノ支拂ヲ要求スルコトヲ得ヘシト雖モ而モ同時履行ノ原則ノ適用ニ依リ

賣主ヨリ目的物引渡ノ提供アリタル以上ハ買主モ亦代金ヲ支拂ハサル可カラサルヤ論ヲ俟タス然リト雖モ法律ハ目的物ノ引渡ニ付キ期限ノ定メアルトキハ代金ノ支拂ニ付テモ亦同一ノ期限ヲ付シタルモノト推定セルヲ以テ其引渡時期マテハ代金ノ支拂ヲ拒絶スルコトヲ得可シ是レ固ヨリ單純ナル法律上ノ推定ニ外ナラサレハ毫モ當事者カ反対ノ特約ヲ妨クルモノニ非ス唯立法者ハ雙務契約ニ於ケル同時履行ノ原則ヲ認メタルト同一理由ニ依リ當事者雙方ノ利害ニ關シ權衡ヲ維持ゼンカ爲ミニ外ナラス而シテ是レ亦當事者ノ豫期スル所ト謂フ可シ然レトモ之ニ反シテ代金ノ支拂ニ特ニ期限ノ定メアルモ目的物ノ引渡ニ付キ同一ノ期限ヲ付シタルモノト推定セラルコトナシ何トナレハ法律上ノ推定ハ法律ノ明文ヲ俟チテ始メテ生スル所ナルニ此場合ニハ法律ノ明文ナク且ツ賣主ニ於テ目的物ヲ引渡スモ其代金ノ支拂ヲ受ケサル間ハ賣主ハ其目的物ニ付キ先取特權ヲ有スルカ故ニ決シテ買主カ目的物ノ引渡ヲ受ケサルニ拘ラス代金ノ支拂ヲ爲スカ如ク危險ヲ感スルコトナキヲ以テナリ

## 第二 代金支拂ノ場所

代金支拂ノ場所ニ付テモ特ニ契約アルトキハ其契約ニ依ル可キハ勿論ナリト  
雖モ若シ特約ナキトキハ第四百八十四條ノ一般法則ニ從ヒ債権者タル賣主ノ  
支拂フ可キ場合ニ於テハ其引渡ノ場所ニ於テ支拂フ可キモノトス(第五七四)  
條故ニ此場合ニ於テハ其目的物カ特定物ナルトキハ賣買ノ當時其物ノ存在セ  
シ場所ハ即チ目的物ノ引渡ノ場所ナルヲ以テ隨テ代金支拂ノ場所タリ又不特  
定物ナルトキハ買主ノ現在ノ住所ハ其引渡ノ場所ナルカ故ニ亦代金支拂ノ場  
所ナリト知ル可シ蓋シ目的物ノ引渡フ代金ノ支拂フ同一ノ場所ニ於テ取引ス  
ルハ實際最モ利便トスル所ニシテ隨テ又當事者ノ意思ニ適フモノト謂フ可キ  
ナリ

### 第三 代金不拂ノ制裁

買主ニ於テ代金支拂ノ義務ヲ怠リタルトキハ其制裁トシテ代金ニ對スル利息  
ヲ負擔セサルヲ得代金支拂ノ義務ハ即チ金錢ノ支拂ヲ目的トスル債務ナルカ  
故ニ一般ノ通則ニ從ヒ其支拂ニ付キ期限ノ定メアラサルトキハ賣主カ支拂ノ

要求ヲ爲シタル時ヨリ又其期限ノ定メアリタルトキハ其期限ノ到来シタル時  
ヨリ買主ハ遅滞ノ責ニ任シ以後法定ノ利息ヲ支拂ハサル可カラス(第四一二條  
第四一九條)

右ノ原則ニ付キ多少變例ノ規定アリ第五百七十五條第二項ニ依レハ賣買ノ目  
的物ノ引渡ヲ要スル場合ニ於テハ買主ハ其引渡ノ日ヨリ代金ノ利息ヲ負擔ス  
可シト雖セ其引渡以前ニ於テハ利息ヲ負擔スルコトナシ故ニ既ニ代金支拂ノ  
期限ハ到来スルモ未タ目的物ノ引渡ヲ受ケサル間ハ其代金支拂ノ時期ト引渡  
ノ時期トノ間ニ於ケル利息ハ之ヲ負擔ス可キモノニ非ス是レ該條第一項ニ於  
テ引渡前ノ果實ヲ賣主ノ所得ト定メタルニ依リ其所得タル果實ト代金ノ利息  
トヲ相殺シテ共ニ損益ナシト認メタルカ故ニ外ナラス然レトモ引渡前ノ果實  
ヲ賣主ノ所得ト爲スコトハ法理上頗ル非難ナキニ非ス何トナレハ賣買ノ目的  
物ニシテ特定物ナルトキハ所有權ハ契約ト同時ニ買主ニ移轉スルカ故ニ其實  
主ノ所有物ヨリ生スル果實ヲ以テ賣主ノ所得ト爲スノ理由ナカル可ク繼令其  
所有權ノ移轉ヲ延期也爾場合ト雖モ買主ハ契約上ノ債権者ナルカ故ニ一般ノ

通則ニ從ヒ目的物ニ付テノ危險ハ買主之ヲ負擔セナル可カラス既ニ其物ノ危險ヲ以テ買主ノ負擔ス可キモノトセハ利害ハ相追随ス可キヲ以テ隨ナ其物ノ果實ハ買主ニ歸屬セシムルヲ以テ最モ條理ニ適シ權衡ヲ得タルモノト謂フ可シ然レトモ法律ハ唯實際ノ便宜ヲ慮リテ此理論ヲ採ラサリシナリ若シ純然タル理論ヲ貫徹シ行ンカ買主カ目的物ヲ引渡スマテニ支出シタル修繕其他保存ノ費用ハ總テ清算シテ買主ヨリ之ヲ償還セサル可カラス又賣主カ收得シタル果實及ヒ使用料ハ總テ之ヲ清算シテ買主ニ支拂ハサル可カラス此ノ如キハ實際ノ計算上頗ル煩雜ニシテ而モ之カ清算ヲ遂ケタル結果ハ當事者ニ利益スル所極メテ輕微ナリ可キカ故ニ寧ロ賣主ノ收得シタル果實及ヒ使用料ト買主ヨリ支拂フ可キ利息及ヒ保存費トハ之ヲ相殺シテ過不足ナキモノト看做シ相互ニ請求權ヲ與ヘサルニ如カスト爲シタルモノナレハ理論上ヨリ其當否ヲ論難スルハ寧ロ法律ノ精神ニ添フモノニ非スト知ル可シ

目的物引渡ノ後ト雖モ代金支拂ニ付キ特ニ期限ノ定メアルトキハ其期限ノ到来スルマテハ利息ヲ支拂フコトヲ要セス是レ第五百七十五條第二項但書ニ規定

完スル所ニシテ此場合ニ於ケル支拂ノ延期ハ賣主カ買主ニ對スル恩惠的行為ニ出タルモノト看ルコトヲ得可ク或ハ又支拂ヲ延期シタル代金中ニ自ラ其間ニ相當スル利息ヲ算入シタルモノト看ルコトヲ得可ケレハナリ

第四 代金支拂ノ拒絶

代金ノ支拂ハ賣買ニ因リ買主ノ負擔スル當然且ツ唯一ノ義務ナリト雖モ成場合ニ於テハ買主ノ利益ノ爲メ一時其支拂ヲ拒絶スルヲ得ルコトアリ其場合ハ二アリ

(一) 目的物ノ全部又ハ一部ニ付キ追奪ヲ受クルノ恐アル場合第五七六條(此場合ニ於テハ買主ハ其危險ノ限度ニ應シテ代金ノ全部又ハ一部ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得即チ第三者ノ爲メニ目的物ノ全部ヲ追奪セラル恐アルトキハ代金全部ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得可ク又若シ目的物ノ上ニ地上權抵當權等ノ設定アルカ爲メ一部ノ追奪ヲ受クル恐アルトキハ其損害ノ割合ニ應シテ代金ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得可シ是レ買主ニ於テハ代金ヲ完済シタルニモ拘ラス後日權利ノ全部又ハ一部ヲ失フノ不利益ヲ受ケサラシメンカ爲メ外カラス而シテ支拂

拒絶ノ理由此ノ如キヲ以テ其結果トシテ(第一)賣主ヨリ買主カ後日被ルコトアル可キ損害ヲ豫防スル爲メ相當ノ擔保ヲ供スルトキハ買主ハ代金ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得ス(第二)賣主ニ於テ其追奪ノ原因ヲ除却シタルトキハ亦買主ハ代金支拂ヲ拒ムコトヲ得ス第三當事者ノ特約ニ依リ賣主カ追奪擔保ノ責任ヲ負ハサル場合ニハ亦買主ハ代金ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得ス是レ最モ観易キノ理ニシテ既ニ追奪ニ付キ其責任ヲ負ハサルニモ拘ラス追奪ノ危険ヲ豫防ス可キ義務アル可キ理ナケレハナリ

代金支拂停止中ニ於ケル利息ハ買主ニ於テ之ヲ負擔ス可キモノナリヤ否ヤ或說ニ依レハ買主ノ支拂ヲ拒絶スルハ法律ノ付與シタル權利ノ實行ナルカ故ニ買主ハ支拂停止中ノ代金ノ利息ヲ支拂フ義務ナシト言ヘリ然リト雖モ予輩ハ此場合モ亦買主ニ於テ利息ヲ負擔スルヲ以テ相當ナリト信ス何トナレハ買主ハ目的物ノ引渡ヲ受クル以上ハ之カ使用收益ヲ爲スコトヲ得ヘシ若シ利息支拂ノ義務ナシトセハ獨リ買主ノミ利得スルニ至レハナリ或說ノ如キハ畢竟支拂拒絶ノ權利ト利息負擔ノ義務トノ根據ヲ混淆セルモノニシテ謬見タルヲ免

レス  
 (二)買主ニ於テ滌除權ヲ行使セントスル場合第五七七條 買主ハ其取得シタル不動產上ニ先取特權、抵當權又ハ質權ノ登記セラレタルモノアシカ爲メニ之ヲ滌除セント欲スルトキハ其滌除ノ手續ノ終ルマテ代金ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得滌除トハ要スルニ先取特權抵當權又ハ質權ノ存スル不動產ニ付キ其不動產ノ所有權地上權、永小作權等ヲ取得シタル第三者ヨリ自ラ相當ナリトマル金額ヲ債權者ニ提供シテ右ニ述ヘタル物上擔保權ヲ消滅セシムル方法ヲ謂フ故ニ此滌除權ハ賣買ニ於テモ不動產ニ付キ所有權地上權又ハ永小作權ヲ取得シタル買主ニノミ存スル權利ナリ蓋シ先取特權者ト云ヒ抵當權者、質權者ト云フモ皆擔保ノ目的物其物ニ付キ直接ニ利害ヲ感スルモノニ非シテ唯其擔保物ノ代價ノ上ニ於テ優先シテ辨済ヲ受クルノ權利ヲ有スルニ過キス是ヲ以テ今第三者ニ於テ其相當代價ヲ債權者ニ提供スル以上ハ債權者ハ毫モ利益ヲ害セラルモノニ非ス却テ競賣其他ノ手續及ヒ費用ヲ省クノ便益ヲ受クルモノナリ而シテ第三取得者ハ滌除ニ依リテ其取得シタル不動產ノ負擔ヲ除クコトヲ得ルカ故

ニ不動産ノ取引モ其滌除ニ依リテ益敏活ニ行ハルヲ得可ク隨テ財產融通ノ途ヲ開キ國家經濟上頗ル利益アル所ナリ加之買主ニ於テ滌除權ヲ行ヒ債権者ニ辨済シタル金額ハ賣買代金ヨリ之ヲ差引クコトヲ得ルヲ以テ買主ノ爲メニハ一舉兩得ノ方法ナリト謂ハサル可カラス是レ滌除ノ爲メニ支拂拒絶權ヲ與フル所以ナリ然リト雖モ滌除權ノ行使ハ第三百八十一條及ヒ第三百八十二條ニ依レハ債権者ヨリ其特權ヲ實行スル旨ノ通知アルマテハ何時ニテモ之ヲ爲スコトヲ得ルヲ以テ本則トスルカ故ニ其時期ハ頗ル不確定ナリトス故ニ或ハ狡猾ナル買主ハ名ヲ滌除權ノ行使ニ藉リテ長タ支拂ヲ爲ササルノ恐アリ爲メニ賣主ニ不利益ヲ與フルコト必然ノ事實ナルカ故ニ法律ハ賣主ヨリ買主ニ對シテ遲滯ナク滌除ヲ爲ス可キ旨ヲ請求スルコトヲ得セシメタリ(第五七七條)右ノ如ク追奪ノ恐アルカ又ハ滌除ノ必要アル場合ニ於テハ買主ハ代金支拂ヲ拒ムコトヲ得可シト雖モ其拒絕中ニ於テ買主カ無資力者ト爲ルカ又ハ其拒絶ハ單ニ支拂ヲ遲延スルノ口實ニ過ナルコトナキヲ期セサルヲ以テ法律ハ此點ニ付キ又賣主ノ利益ヲ保護スルカ爲メ買主ニ對シテ代金ノ供託ヲ請求スルコト

## ヲ得セシメタリ(第五七八條)

## 第三款 買 戻

## 第一項 買 戻 の 性 質

買戻トハ不動産ノ賣買ト同時ニ後日賣主ニ於テ買主ヨリ受取りタル代金及ヒ契約ノ費用ヲ返還シテ賣買ノ解除ヲ特約スルヲ謂フ(第五七九條)此特約ハ從來俗間ニ所謂受戻或ハ賣戻ト稱スルモノ是ナリ多クノ場合ニ於テ賣買證書ニ之ヲ記入スルヲ通常ノ事實トス然レトモ法律上ヨリ觀ルトキハ證書ノ作成ハ必要條件ニ非ス舊民法財產取得編第八四條參看故ニ買戻ノ特約ヲ附帶スル賣買バ恰モ賣主ノ利益ニ賣買解除ノ條件ヲ留保スルモノニ外ナラス換言スレハ解除條件ノ附帶スル賣買契約ト謂フヘシ左レハ此解除權ヲ行使スルト否トハ一二賣主ノ任意ニ屬スルカ故ニ賣主ニ於テ買戻權ヲ行使スルヤ其結果トシテ賣買ハ初ヨリ不成立ノモノト看做サレ賣買後買戻權行使ノ間ニ賣買ノ目的物ニ付テ買主ノ爲シタル行為ハ全然無効ニ屬ス可ク又其反對ニ賣主ノ爲シタル行

爲ハ總ヲ有效ト看做サレサル可カラス即チ其效力ハ既往ニ遡リテ賣買ハ未タ  
曾テナカリシ以前ノ位地ニ復スルモノトス  
右ノ如ク賣主カ買戾權ヲ行使スルトキハ其效力既往ニ遡ルヲ以テ隨ラ第三者  
ニ利害關係ヲ及メスコト甚タ大ニシテ且ツ買戾特約アルカ爲ノ所有權ノ所在  
ヲ不確定ノ狀態ニ置クコトハ一般ノ經濟上最モ憂フ可キコトタリ之ヲ詳言ス  
レハ買戾特約附ノ賣主ハ既ニ其物ハ買主ノ所有權ニ屬スルヲ以テ何等ノ行爲  
ヲモ爲スコトヲ得ス又買主ハ何時賣主ヨリ買戾サルヲモ測ラレサルカ故  
ニ其物ノ改良保存ニ力ヲ盡スコトナカル可ク又其不動產ハ所有權ノ不確定ナ  
リモノナレハ何人モ讓受タルコトヲ欲セサル可ク隨テ財產融通ノ途ヲ杜絶ス  
ルニ至リ國家ノ經濟上甚タ忌ム可キ所ニシテ法律カ買戾契約ヲ認ムルニハ頗  
ル注意ヲ加フルコトヲ要ス加之我現行法ニ於テハ金錢ノ貸借ニ付テ利息制限  
法ヲ認メタリ然ルニ此制限法ヲ免ルルカ爲メニ名ヲ買戾契約ニ藉リテ法網ヲ  
脱スル者ナキニ非ス何トナレハ其不動產ノ實際ノ價額ヨリ一層高價ナル代金  
ノ下ニ賣買契約ヲ爲シタリトセハ此制限法ヲ破ルコト容易ナリ又民法第三百

場合ニ限り相當ノ規定ヲ設クレハ可ナリ必シモ一般ニ總ヲノ推定家督相續  
人タル女子ノ相續權ヲ害セシムルノ要ナカルヘシ

第三ノ例外 第九百七十四條ノ規定スル所ニシテ法定ノ推定家督相續人カ家  
督相續開始前ニ死亡スルカ又ハ其相續權ヲ失ヒタル場合ニ於テ其者ニ直系卑  
屬アルトキハ其直系卑屬ハ其者ノ順位ニ於テ家督相續人ト爲ルモノナリ例ヘ  
ハ推定家督相續人カ一女ヲ遺シテ家督相續開始前ニ死亡シタル場合ニ於テ其  
者ニ弟アリタルトキハ若シ本條ノ規定ナカリセハ弟ハ最近親ナルノ故ヲ以テ  
又男子ナルノ故ヲ以テ推定家督相續人タリシ者ノ女子ニ先チテ家督相續ヲ爲  
スヘキモノナレトモ本條ノ規定アルカ故ニ推定家督相續人タリシ者ノ女子ハ  
恰モ其者自ラ家督相續ヲ爲ス場合ト同一ノ順位即チ推定家督相續人タリシ者  
ノ弟ヨリモ先順位ニ於テ相續ヲ爲スノ權利ヲ有スルモノナリ

第九百七十四條ノ規定ハ外國ノ立法例及ヒ學者カ唱ヘテ代表相續ト爲ス所ノ  
モノニ該當セリ然レトモ茲ニ注意スヘキハ代表相續ナル名稱ハ立法者又ハ學  
者カ適宜ニ選ヒシモノニシテ事實ト符合シタルモノニ非ス佛蘭西及ヒ伊太利

ノ民法ニ於テハ所謂代表相續ナルモノニ付テ規定ヲ設ケ明カニ代表者ト被代表者ノ地位階級及ヒ権利ニ代ルモノナリトセリ此ノ如キ明文アル法規ノ下ニ於テ解釋ヲ爲スモ猶ホ代表相續ヲ以テ相續人ハ直系尊属ヲ代表シテ其権利ヲ行フ者ナリトハ事ノ實際ヲ得タルモノニ非ス何トナレハ相續開始ノ當時既ニ死亡シタル者ハ相續權ナキヲ以テ其直系卑属カ代表ニ依リ相續ヲ爲サントスルモ代表スヘキ相續權ナルモノナケレハナリ故ニ佛伊等ノ民法ノ解釋トシテモ所謂代表相續ナルモノハ相續ノ順位及ヒ相續分ニ關スル一種ノ法律規定タリニ過キシテ代表又ハ代理ナル意味ヲ有スルモノニ非ス第九百七十四條ハ嘗テ代表又ハ代理ト云フカ如キ文字ヲ用ヒ斯故ニ我民法ニ於テハ法文上既ニ相續權ノ代表ナル意義ヲ想像スルノ餘地ナシ殊ニ嫡孫承祖ナルコトハ家督相續ノ順位ニ關スル我國古來ノ慣習ニシテ第九百七十四條ノ趣意ハ一二此慣習ヲ認メテ之ヲ法典ニ掲ケタルニ過キス故ニ同條ノ規定ハ全ク家督相續ノ順位ニ關スルモノニシテ第九百七十條及ヒ第九百七十二條ニ規定シタル相續順位ニ對スル一ノ例外ナリト謂ハサルヘカラス其結果自ラ同條ノ規定カ外國ノ

立法例ト異ナルカ如キ點アレトモ此等ノ點ハ本條ノ規定ヲ分析スレハ明カナルヲ以テ以下之ヲ細説スヘシ

一 第九百七十四條ノ規定ニ依リテ家督相續人ト爲ルニハ推定家督相續人タリシ者カ被相續人ノ直系卑属ナルコトヲ要ス故ニ被相續人ノ直系尊属カ家督相續人ト爲ルヘキ場合ニ於テ相續開始前ニ死亡スルカ又ハ相續權ヲ失フモ其直系尊属ハ其者ノ順位ニ於テ相續ヲ爲スモノニ非ス外國ノ學者中ニハ此規定ヲ説明シテ愛情ハ下ルモノニシテ上ルモノニ非サルカ故ナリト云ヘリ子ニ對スル愛情ハ亦其孫ニ對シテモ移リ行クコトハ一般ノ人情ナレトモ父母ニ對スル愛情ト祖父母ニ對スル愛情トハ必シモ同一ナラサルコトハ多クノ場合ニ於テ見ル所ナリ學者ノ論ハ此事實ヲ根據トシタルモノナリ然レトモ相續ノ順位ヲ定ムルニハ被相續人ノ意恩ニ重キヲ置クハ無論ナレトモ必シシモ之ニ依ラサルヘカラサルモノニ非ス隨テ被相續人ノ愛情如何ニ依リテノミ此規定ヲ説明スルハ有力ナル議論ナリト謂フヲ得ス我邦ニ於テ寧ロ本條ノ規定ノ如キハ從來ノ慣例ニ依リタルモノナリト説明スルヲ簡單明瞭ナリト信ス

二 第九百七十四條ニ依リ家督相續人ト爲ル者ハ家督相續人タルヘキ者ノ直系卑屬タルコトヲ要ス、外國ノ立法例ニ於テハ被相續人ノ兄弟ノ直系卑屬ニモ亦其順位ニ於テ相續人ト爲ラシムルノ例アリト雖モ我民法ハ此ノ如キ規定ヲ採ラス是レ我國ニ於テハ右様ノ慣例ナカリシノミナラス法律ハ兄弟ヲ以テ推定家督相續人ト爲サシムシヲ以テ其結果トシテ其直系卑屬ヲヤテ其順位ニ於テ相續ヲ爲サシムコトヲ得サルナリ

三家督相續人タルヘキ者ノ直系卑屬カ其者ノ順位ニ於テ家督相續人ト爲ルニハ其者カ家督相續ノ開始前ニ死亡スルカ又ハ相續權ヲ失ヒタルコトヲ要ス、家督相續人タルヘキ者カ相續開始ノ時ニ生存スルニ於テハ縱令其一瞬間後ニ死亡スルモ其者ノ直系卑屬ハ其者ノ順位ニ於テ家督相續ヲ爲スモノニ非ヌ家督相續人タルヘキ者カ相續權ヲ失ヒタル場合モ亦然リ何トナレハ同一ノ相續ニ付テハ二人ノ相續人アルコトヲ許サルヲ以テナリ而シテ相續ヲ失ヒタル場合トハ唯リ裁判上ノ失權ノミヲ謂フニ非ヌシテ法律上ノ資格ナキ場合ヲモ包含スルハ無論ナリ何トナレハ法律上資格ナキ者ト雖モ資格ヲ缺ク如キ原因發含スルハ無論ナリ

生スルマテハ家督相續人タリシニハ相違ナキカ故ニ缺格ノ原因カ發生シタルニ因リ相續權ヲ失ヒタルモノナレハナリ佛國民法ニ於テハ代表相續ナルコトハ相續人タルヘキ者カ相續ノ開始前ニ死亡シタル場合ニ限リ之ヲ許シ失權ノ場合ニハ之ヲ許サス我舊民法ニ於テハ家督相續人タルヘキ者カ相續開始前ニ死亡スルカ又ハ廢除セラレタル場合ニ限リテ其者ノ直系卑屬ヲシテ其者ノ順位ニ於テ家督相續ヲ爲サシメタリ佛國學者ハ佛蘭西民法ノ規定ヲ説明シテ曰ク相續權ヲ失ヒタル者ハ自己ニ相續權ヲ有セアルモノナルカ故ニ又其子孫ヲシテ自己ニ代ハリテ相續權ヲ行ハシムルコトヲモ得サルナリト然レトモ此理由ハ甚タ淺薄ナリ此理由ニシテ相當ノ根據アリトセハ死亡シタル者モ亦自己ハ相續權ヲ有セアルカ故ニ其子孫ヲシテ其順位ニ於テ相續ヲ爲サシムルコトヲ得スト謂ハサルヘカラス然ルニ佛蘭西民法ハ死亡ノ場合ニ於テハ所謂代表相續ナルモノヲ認メ學者モ亦其規定ノ不當ヲ唱フル者一人モナシ之ニ由リテ觀レハ其議論ノ矛盾スルコト明カナリ我舊民法ノ規定ハ佛民法ニ比スレハ一段進歩セリト謂ハサルヘカラス何トナレハ家督相續人タルヘキ者カ相續權ヲ失

ヒタル場合ニ於テモ之ヲ其死亡ノ場合ト異ニスルノ理由ナキコトニ心付キタレハナリ唯惜ムヘキハ今一步進ミテ失權ノ場合ハ悉ク死亡ノ場合ト同一ノ取扱ヲ爲スト云フ規定ヲ採ラスシテ法律上家督相續人ト爲ルコトヲ得スト爲シタル場合ヲ除外シタルコト是ナリ舊民法ニ於テハ新民法ト異ナリ法律上相續ヨリ除斥セラレタル者ハ被相續人ヲ死ニ致シ又ハ死ニ致サントシタルカ爲メニ刑ニ處セラレタル者ニ限リタルカ故ニ其起草者ノ考ニ於テハ此ノ如キ兎悪ノ徒ニ對シテハ唯リ其者ノ相續權ヲ奪フノミナラス其子孫ニ對シテモ相續ニ付テハ好意ヲ以テ之ヲ遇セサルヲ可ナリトシタルモノナラン然レトモ罪惡ヲ惡ミテ其子孫ニ及ホスハ連坐ノ主義ヲ排シタル立法ノ主義ニ一致シタルモノト謂フコトヲ得ス殊ニ舊民法ニ於テモ法律上相續ヨリ除斥セラレタル者ノ子孫ハ家督相續ヲ爲スコトヲ得スト規定セサリシカ故ニ其子孫ノ外ニ最近親ノ者ナキトキハ相續ヨリ除斥セラレタル者ノ直系卑屬ヘ除斥セラレタル者ノ順位ニ於テ相續ヲ爲サストモ自己ノ順位ニ於テ相續ヲ爲スコトヲ得ルナリ果シテ然ラハ順位ノ點ニ於テノミ不利益ノ規定ヲ爲シタルハ根據アル規定ト謂フコ

トヲ得ス此點ニ於テ新民法カ佛法ニ倣ハス又舊民法ヲ採ラス失權ノ場合ハ總テ死亡ノ場合ト同一ニ取扱ヒタルハ相當ノ規定ト謂ハサルヘカラス  
四 家督相續人タルヘキ者ノ直系卑屬ハ自ラ家督相續人ト爲ルコトヲ得ル資格ヲ有スルコトヲ要ス家督相續人ナル資格ハ相對的ノモノナルカ故ニ家督相續人タルヘキ者ノ直系卑屬カ其者ノ順位ニ於テ家督相續人ト爲ルニハ其相續ニ付テ相續人ト爲ル資格ナカラサルヘカラス故ニ其家督相續開始ノ時ニ存在セサルヘカラス即チ少クトモ懷胎セラレ居ラサルヘカラサルハ勿論法律上ノ缺格裁判上ノ失權ナキコトヲ要ス然レトモ苟モ其家督相續ニ付テ相續人タル資格ヲ有スル以上ハ家督相續人タルヘキ者ニ對シ其遺產ヲ相續スル資格ナキコトハ決シテ其者ノ順位ニ於テ家督相續ヲ爲スコトヲ妨ケヌ是レ其直系卑屬ハ家督相續人タルヘキ者ノ相續人トシテ家督相續ヲ爲スニ非シテ法律ノ規定ニ依リテ直接ニ家督相續ヲ爲スモノナルカ故ニ家督相續人タルヘキ者ノ遺產ニ對シテ相續權ノ有無ハ家督相續ヲ爲スニ付テ何等ノ關係ナキヲ以テナリ』

## (二) 指定家督相續人

子孫ヲシテ其後ヲ繼カシムルハ相續上自然ノ順序ニシテ而モ又被相續人ノ意ニ適スルモノト謂フコトヲ得ヘシト雖モ若シ自然ノ定メタル相續人タル子孫ナキトキハ被相續人カ其意思ヲ表示シテ明カニ相續人ト指定シタル者ヲシテ其家督ヲ繼カシムヘキコト近世立法例ノ傾向タル相續ノ順位ハ可成的被相續人ノ意ニ從フノ主義ト一致スルモノト謂ハサルヘカラス是レ第九百七十九條カ家督相續人タルヘキ直系卑屬ナキトキハ被相續人ハ家督相續人ヲ指定スルコトヲ得ト規定シタル所以ナリ

家督相續人ノ指定ニ付テハ指定ヲ爲シ得ル場合、指定ノ效力、指定文ハ其取消ノ手續ノ三段ニ分チテ説明セサルヘカラス

#### 甲 家督相續人ヲ指定シ得ル場合

(イ) 家督相續人ヲ指定スルハ法定ノ推定家督相續人ナキ場合タルコトヲ要ス、家督相續人ハ一人ノ外二人アルヘカラサルモノナルカ故ニ既ニ法定ノ家督相續人アルトキハ他ニ家督相續人ヲ指定スル必要ナキナリ故ニ家督相續人ヲ指定シ得ル場合ハ常ニ法定ノ推定家督相續人ノナギ場合ナラサルヘカラス

家督相續人ヲ指定スルニハ法定ノ推定家督相續人ノ存セサルコトヲ要セルハ前述ノ如シ而シテ其時期ニ關シテハ其指定カ效力ヲ有ヌヘキ時ニ於テ法定ノ推定家督相續人ノ存セサルコトヲ要スルハ明文上疑ノ存セサル所ナリ何トナレハ第九百七十九條ハ被相續人カ家督相續人ヲ指定スルヲ得ルコトヲ規定スルト同時ニ其指定ハ法定ノ推定家督相續人アルニ至レハ效力ヲ失フヘキコトヲ定メタルカ故ニ同條ハ推定家督相續人アルニ至ル以前ニ於テ既ニ指定カ有效ナルコトヲ想像スルモノナリ而シテ指定カ有效ト爲ルニハ法定ノ推定家督相續人ノ存セサルコトヲ要件ト爲スモノトセハ指定ヲ爲ス時ニ之ナキコトヲ要スルノ意ナルコト明カナルヲ以テナリ故ニ若シ生前行爲ヲ以テ指定ヲ爲ス場合ニ於テハ其指定當時ニ於テ法定ノ推定家督相續人ノ存セサルコトヲ要セ效ナルコトヲ遺言ヲ以テ家督相續人ヲ指定スル場合ニ於テハ遺言カ效力ヲ生スルトキ即チ遺言ヲ以テ家督相續人ヲ指定スル場合ニ於テハ遺言カ效力ヲ生スルトキ即チ被相續人カ死亡シタル時ニ法定ノ推定家督相續人ノ存セサルコトヲ要ス(ロ)家督相續人ヲ指定スルハ死亡又ハ隠居ニ因ル家督相續ノ場合ナルコトヲ要ス、死亡又ハ隠居以外ノ相續開始ノ原因ニ在リテ、女戸主ノ入夫婚姻ノ場合ヲ

除クノ外ハ家督相續ヲ開始スルコトハ被相續人カ歎ヒテ迎フル如キ事實ニ因リ發生スルモノニ非ス故ニ被相續人ハ多クハ其家ノ利益ト共同ノ關係ヲ有スルモノニ非ス此ノ如キ者ヲシテ其家督相續人ヲ指定セシムルニ於テハ一家ノ利益ハ爲ミニ犠牲ニ供セラルルカ如キコトナキヲ保セス故ニ法律ハ此等ノ原因ニ由ル家督相續ノ場合ニ於テハ相續人ノ指定ヲ許サス又女戸主カ入夫婚姻ヲ爲シタルトキハ其入夫戸主トスル爲ミニ家督相續カ開始スルモノナレハ此場合ニ家督相續人ノ指定ノアルヘキ道理ナシ故ニ家督相續人ノ指定ハ死亡又ハ隠居ノ如キ自然ノ力又ハ被相續人ノ任意ニ因リテ發生スル事實ニ因ル相続開始ノ場合ニ在リテ一家ノ存立ノ爲ミニ家督相續人カ必要ナルトキニ限り許スヘキモノナリ是れ第九百七十九條第三項カ限定期的規定ヲ設ケタル所以ナリ」(ハ)被指定者カ被相續人ノ家督ヲ相続スルコトヲ得ル者ナルコトヲ要ス法律上家督相續人ト爲ルコトヲ禁シタル者ハ之ヲ指定スルモ無効ナルコトハ勿論ニシテ其理由ハ前ニ直系卑屬ノ場合ニ付テ述ヘタルト同一ナリ他家ノ戸主法定ノ推定家督相續人又ハ其他ノ家族タル者若クハ日本ノ國籍ヲ有セリ者ハ之

ヲ指定シテ家督相續人ト爲スコトヲ得ルヤ否ヤ新ニ家ヲ立タル者ハ其家ヲ廢シテ他家ニ入ルヲ得ルコトハ第七百六十二條第一項ニ規定スル所ナリ故ニ此ノ如キ者ハ被相續人ノ家ニ入りテ其家督ヲ相續スルコトヲ得ルモノナルカ故ニ此ノ如キ者ヲ指定シタルトキハ其指定ハ有效ナリ家督相續ニ因リテ戸主ト爲リタル者ハ其家ヲ廢スルコトヲ得サルモ正當ノ事由アルトキハ裁判所ニ於テ其家ヲ廢スルノ許可ヲ與フルコトヲ得ルモノナルカ故ニ(第七六二條第二項裁判所ノ許可アルニ於テハ以上ノ如キ者ハ被相續人ノ家ニ入りテ其家督相續ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ故ニ家督相續ニ因リテ一家ノ戸主ト爲リタル者ヲ家督相續人ニ指定シタルトキハ其指定ハ裁判所カ廢家ノ許可ヲ與フルト云フ條件附ヲ以テ有效ナリト謂フコトヲ得ヘシ一家ノ法定推定家督相續人タル者ニ至リテハ本家相續ノ場合ノ外ハ他家ニ入ルコトヲ得サルモノナルヲ以テ本家ノ戸主カ指定スル場合ノ外ハ之ヲ家督相續人ト指定スルモ其指定ハ無效ナリト謂ハサルヲ得ス但シ分家ノ法定推定家督相續人ハ本家相續ノ必要アルトキハ戸主ノ同意アレハ本家ニ入りテ其家ノ家督相續ヲ爲スコトヲ得ルモノナ

ルヲ以テ本家ノ戸主カ分家ノ法定推定家督相續人ヲ其家督相續人ニ指定シタルキハ戸主ノ同意ヲ得ルト云フ條件附ヲ以テ有效ナルモノナリ他家ノ家族ヲ指定シタルトキモ亦然リ日本ノ國籍ヲ有セサル者ニ至リテハ予ハ相續ノ資格ナキモノナリト前ニ論定シタルヲ以テ之ヲ指定スルモノ其效力ヲ生セサルハ勿論ナリ

## 乙 家督相續人指定ノ效力

(イ) 效力ノ範囲 指定ノ效力ハ被指定者ヲシテ家督相續人ト爲ラシムルニ在ルハ勿論ナリ唯茲ニ研究セサルヘカラサルハ被指定者カ家督相續人ト爲ルニハ被相續人ノ指定ノミヲ以テ足レリトスルカ將タ指定ニ對シテハ被指定者カ承諾ノ意ヲ表スルコトヲ必要トスルカノ點ニ在リ蓋シ家督相續人ナルモノハ法律ノ定メタル一種ノ身分ナリ身分ノ取得ハ自然ノ結果ニ因ルモノノ外一二法律ノ規定ニ依ルモノナルカ故ニ法律ニ於テ當事者ノ意思ノ合致アルコトヲ必要ナリトスル規定アルニ非サレハ縦令二人ノ者ノ間ニ一ノ關係ヲ生スルカ如キ身分ノ取得ニ關シテモ意思ノ合致ヲ要スルモノニ非ス家督相續人ノ指定ナ

ルモノハ指定ナル用語其物カ示セルカ如ク被相續人ノ決定シタル意思ノ發表ナリ被相續人力自己ノ相續人ト爲サント欲スル者ヲ定メテ其意思ヲ表示シタルキハ法律ハ其效力ヲ認メテ家督相續人ナル身分ヲ生スルモノト爲シタリ故ニ相續人ノ指定ハ法律カ認メタル所ノ一一種ノ單獨行為ニシテ被指定者ノ承諾アルコトハ必要ニ非ス被相續人カ指定ヲ爲シタル以上ハ縱令被指定者ハ其事ヲ知ラサルモ猶ホ指定ノ效力ハ生スルモノナリ一步ヲ進メテ言ヘハ家督相續人ノ指定ハ唯リ被指定者ノ承諾ヲ要セサルノミナラス又其意思ニ反シテモ之ヲ指定スルコトヲ得故ニ或人ノ家督相續人ニ爲ルコトヲ好マサル者カ其人ノ爲ミニ家督相續人ニ指定セラレタルキハ相續ノ開始ヲ待テ之ヲ拠棄スルニ非サレハ自己ノ好マサルニモ拘ラス其家督相續ヲ爲ササルヘカラサルモノナリ但シ隠居ハ其家督相續人カ置純ノ承認ヲ爲スニ非サレハ之ヲ爲スコト能ハサルカ故ニ隠居ニ因ル家督相續ノ場合ニ於テハ相續ヲ欲セサル被指定家督相續人アルコトハ實際ニ於テ存セサル所ナリ

第九百七十九條ハ被相續人ハ家督相續人ヲ指定スルコトヲ得ト規定スルノミ

ナルヲ以テ指定ノ效力ハ家督相續人ト爲ラシムルニ止マツテ其者ヲシテ被相續人ノ家ニ入ラシムルマテノ效力ヲ生スルモノニ非ス故ニ他家ニ在ル者ヲ指定シテ家督相續人ト爲シタルトキハ民法ノ規定ニ依リテ其家ニ入ラシムル手續ヲ爲シタル場合ノ外ハ其者ハ家督相續カ開始スルコトニ因リテ戸主ト爲リ始メテ其家ニ入ルモノナリト謂ハサルヘカラス

(ロ) 指定ノ失效 家督相續人ノ指定ハ法定ノ推定家督相續人カ生シタルトキハ其效力ヲ失フモノナリ是レ家督相續ハ成ルヘタ法定ノ推定家督相續人ヲシテ之ヲ爲サシムルコト法律ノ望ム所ナルヲ以テ法定ノ推定家督相續人ナキノ故ヲ以テ家督相續人ヲ指定シタル者カ其後推定家督相續人ヲ生スルニ至リタルトキハ指定ノ效力ヲ消滅セシメ以テ其法定ノ家督相續人ヲシテ相續權ヲ有セシムルコト家督相續ニ於テハ法定ノ推定家督相續人ニ重キヲ置クノ趣意ニ適スルヲ以テナリ而シテ此ノ如キハ又實ニ被相續人カ家督相續人ヲ指定シタル趣意ニモ適フモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ相續人ハ法定ノ推定家督相續人ナキノ故ヲ以テ他ノ者ヲ指定シタルモノナレハ法定ノ推定家督相續人アル

ニ至レハ無論其者ヲシテ家督相續ヲ爲サシムルノ意思ナリシト謂アコトヲ得ヘケレハナリ

家督相續人ノ指定カ效力ヲ生シタル後ニ生レタル法定ノ推定家督相續人カ家督相續開始ノ時ニハ既ニ死亡シタルカ又ハ相續權ヲ失ヒタルトキハ既ニ指定セラレタル者ハ當然家督相續人ト爲ルモノナルヤ家督相續人ノ指定ハ法定ノ推定家督相續人ノ生シタルコトニ因リテ其效力ヲ失フモノナリ一旦效力ヲ失ヒタル指定ハ法律ノ規定ヲ待タスシテ當然效力ヲ回復スルモノニ非サルカ故ニ家督相續開始ノ時ニ於テ法定ノ推定相續人カ死亡シタルカ又ハ相續權ヲ失フモ前ニ指定セラレタル者ハ當然家督相續人ト爲ルモノニ非ス但シ遺言ヲ以テ家督相續人ヲ指定シタル場合ハ指定ノ效力ハ被相續人ノ死亡ノ時ニ於テ發生スルカ故ニ遺言ヲ爲シタル後法定ノ推定家督相續人アルニ至ルモ相續開始ノ時ニ存在セサルカ又ハ相續權ヲ失ヒタル場合ニ於テハ遺言ニ因ル指定ハ有效ナルモノナリ

(ハ) 指定ノ取消 家督相續人ノ指定ハ被相續人ニ於テ之ヲ取消スコトヲ得舊民

法ハ指定ノ取消ニ關スル規定ヲ設ケス蓋々舊民法ニ於テハ家督相續人ノ指定ハ必ス遺言ヲ以テ爲ササロヘカラシシテ生前行爲ヲ以テ爲スコトヲ許ササリシカ故ニ一旦爲シタル遺言ハ何時ニテモ之ヲ改ムルコトヲ得ルカ故ニ別ニ取消ナルコトヲ規定スルノ必要ナカリシナリ新民法ニ於テハ家督相續人ノ指定ハ生前行爲ヲ以テモ之ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ取消ニ關スル明文ナキトキハ一旦有效ニ爲シタル相續人ノ指定ハ之ヲ變更スルコトヲ得ス然ルニ一度指定シタル家督相續人ハ之ヲ變更スルコトヲ得スト爲ストキハ時トシテ家督相續人トシテ不適當ナルニ至ルモ猶ホ之ヲシテ家督相續ヲ爲サンメサルヘカラサルニ至ルノ不都合アルヲ以テ第九百七十九條第二項ヲ以テ指定ノ取消ヲ爲スコトヲ許セリ而シテ指定カ取消サレタルトキハ家督相續人ト爲リタル者ハ初ヨリ家督相續人ト爲リシコトナカリシト同一ノ状態ニ至ルモノトス

丙 家督相續人ノ指定又ハ指定取消ノ手續  
家督相續ノ指定又ハ指定取消ノ手續ハ生前行爲ヲ以テスル場合ト遺言ヲ以テスル場合トニ依リ少シ異ナル所アリ生前行爲ヲ以テスル場合ニ於テハ指定

期日ヲ定ムル爲ミニ裁判所書記ニ差出シ期日ノ定マリタル後ニ原告自ラ訴狀送達ノ手續ヲ爲スヘキモノトシ其送達ヲ爲シタル時ヲ以テ訴ノ提起アリトス獨逸民事訴訟法第三三條第二三〇條故ニ訴狀ノ提出ハ受訴裁判所ヲシテ口頭辯論ノ期日ヲ定メシムルノ外何等ノ效力ナク訴ノ提起ハ訴狀ノ送達ニ在リ而シテ訴ノ總チノ效力ハ此送達ノ時ヲ以テ生ス隨テ右ノ如キ不理ノ結果ヲ生スルコトナシ加之我民事訴訟法ニ所謂訴ノ提起ニ因リ時效中斷ノ效力ヲ直チニ發生スルモノトセハ相手方ノ不知ノ間ニ其效果ヲ生スルニ至ルヘシ抑モ請求ハ相手方ニ對シテ爲スヘキノ意思表示ニシテ其方法ノ裁判所ヲ介スルト否トニ從ヒ裁判上ノ請求ト裁判外ノ請求トノ區別ヲ生スルニ過キス故ニ之ヲ相手方ニ知ラシムルノ手續ヲ盡シタル後ニアラサレハ時效中斷ノ效ヲ生セサルハ疑ナカルヘシ例ヘハ民法第一百五十條ニ規定スル支拂命令ノ如キモ其時效中斷ノ效ヲ生スルハ之ヲ債務者ニ送達シタル時ニ在リテ債務者カ知ラサル場合ニ於テ債務者カ支拂命令ノ申請ヲ爲シタル時ニ在ラサルヘシ又同法第一百五十一條ニ規定スル和解ノ爲ミニスル呼出モ其申請ヲ爲シタル時ニ時效中斷ノ效ヲ

生スルモノニアラシテ其相手方ニ達タル時ニ於テ始メテ其效ヲ生スルナ  
リ其他時效中斷ノ效ヲ生スル行爲ハ何レモ時效ノ利益ヲ受クヘキ者ヲタテ必  
ス之ヲ知ラシムルヲ要スルハ同法ノ規定及ヒ其行爲ノ性質ニ依リ推知スルヲ  
得ヘシ是ヲ以テ訴狀ノ提出ニ依リ爲ス訴ノ提起ハ未タ以テ時效中斷ノ效ヲ生  
スルモノト爲スヘカラズ

尙ホ裁判上ノ請求ノ一ノ民法上ノ效力ハ民法第四百十二條第三項ニ規定スル  
所ノモノ是ナリ同條項ニ曰ク「債務ノ履行ニ付き期限ヲ定メサリシトキハ債務  
者ハ履行ノ請求ヲ受ケタル時ヨリ遲滞ノ責ニ任スト」債權者カ此履行ノ請求ヲ  
爲スニ訴ヲ以テシ訴狀ヲ裁判所ニ提出シタルトキハ固ヨリ訴ノ提起アリト謂  
フヘキモ債務者タル被告ハ訴狀ノ送達ヲ受ケサル以上ハ未タ履行ノ請求ヲ受  
ケタルモノト謂フコトヲ得サルハ明カニシテ其遲滞ノ責ハ之カ爲メ不知ノ間  
ニ發生スルノ理ナシ故ニ此場合ニ於テモ亦訴狀ノ送達アリテ後始メテ遲滞ノ  
責任ヲ生スルモノト論定セサルヘカラズ  
之ヲ要スルニ訴ノ提起アリタルトキハ受訴裁判所ニ於テ口頭辯論ノ期日ヲ定

メテ訴狀ヲ被告ニ送達スヘキモ訴狀ノ送達以前ニ在リテハ訴ノ重要ナル效力  
ヲ生セサルモノト謂ハサルヘカラス即チ其訴訟法上ノ效力ノ如キモ訴ノ提起  
ニ因リテ直チニ生スルモノニアラスシテ訴狀ノ送達ニ因リ生スルモノナルコ  
トハ法文ノ明定スル所ナリ  
訴ノ訴訟法上ノ效力トハ訴訟物ノ權利拘束ヲ生スルコト是ナリ權利拘束トハ  
訴訟物カ訴ニ因リテ拘束セラルニ至リシ状態ヲ謂フ而シテ其發生ノ時期ハ  
訴狀ノ送達ニ在ルコト第百九十五條ノ明文ニ依リ一點ノ疑ナシ今其效力ヲ左  
ニ説明スヘシ

第一 権利拘束ノ抗辯ヲ生セシムルコト 権利拘束ノ抗辯ハ第二百六條ニ規定スル所ノ妨訴ノ抗辯ノニシテ即チ一ノ訴カ提起セラレ且ツ訴狀ノ送達アリタル後原告若クハ被告カ其同一訴訟物ニ付テ別ニ本訴ヲ起シ又ハ反訴ヲ以テ請求ヲ爲シタルトキハ相手方ハ權利拘束ノ妨訴ノ抗辯ヲ提出シテ本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得ヘシ此抗辯ニシテ正當ナルトキハ新ナル訴ハ直チニ却下セラルヘキモノナリ故ニ此抗辯アリタルトキハ其訴訟ヲ中止スヘキニアラサルナリ

第一百九十五條第一號ノ法文ニハ同一ノ訴訟物ニ付キ他ノ裁判所ニ於テ本訴又ハ反訴ヲ以テ請求ヲ爲シタルトキハ云云トアレトモ他ノ裁判所ナル文字ハ之ニ重キヲ置クヘカラス何トナレハ權利拘束ノ抗辯ヲ爲シ得ルニハ一ノ訴ニ於テ既ニ權利拘束ト爲リタル同一ノ訴訟物ニ付キ原告若クハ被告カ更ニ本訴又ハ反訴ヲ爲シタルコトヲ要スルノミニシテ其之ヲ他ノ裁判所ニ於テ爲シタルト同一ノ裁判所ニ於テ爲シタルトヲ問フノ必要ナケレハナリ故ニ此抗辯ノ當否ヲ決スルニハ主トシテ前後兩訴ノ訴訟物ノ果シテ同一ナリヤ否ヤノ事實ヲ判定セサルヘカラス而シテ其訴訟物ニシテ同一ナル以上ハ後ノ訴ト初ノ訴トカ其訴訟手續ヲ異ニスルカ如キハ此抗辯ヲ用フルノ妨ケト爲ラス故ニ同一債權ニ付テ一ノ訴ハ通常訴訟トシテ起シ他ノ一ハ證書訴訟トシテ起スモ或ハ又督促手續ニ依リ請求スルモ常ニ權利拘束ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ或債權ニ付テ履行請求ノ訴ヲ起シ訴狀ノ送達アリテ權利拘束ヲ生シタル後別ニ原告カ其債權ノ成立確定ノ訴ヲ起シ又ハ被告カ不成立確定ノ訴ヲ起シタルトキハ相手方ハ權利拘束ノ抗辯ヲ爲シ得ルヤ否ヤ是レーノ疑問ニ屬スト雖モ履

行請求ノ訴ニ於テハ自然其債權ノ存否ヲ斷定セサルヘカラサルヲ以テ履行ノ請求ノ訴ニ之ヲ包含スルモノト謂ハサルヘカラス果シテ然ラハ權利拘束ノ抗辯ヲ爲シ得ルモノト論決スルヲ以テ至當トス但シ第二百十一條ノ規定ニ依リ原告若クハ被告カ訴訟ノ進行中ニ争ト爲リタル權利關係ノ存否確定ノ申立ヲ其同一訴訟ニ於テ爲スハ固ヨリ法律ノ許ス所ニシテ此場合ニ權利拘束ノ抗辯ヲ爲スコト能ハサルハ勿論ナリ然ラハ原告カ權利關係成立確定ノ訴ヲ起シ其權利拘束中ノ被告カ同一ノ權利關係ニ付テ不成立確定ノ訴ヲ起シ又ハ原告カ不成立確定ノ訴ヲ起シ其權利拘束中被告カ同一之權利關係成立確定ノ訴ヲ起シタルトキハ如何ト云フニ此場合ニ於テ權利拘束ノ抗辯ヲ爲シ得ルコトハ學者間ニ争ナキ所ナリ之ニ反シテ確定ノ訴ノ權利拘束中原告若クハ被告カ履行ノ訴ヲ起シタル場合ニハ前者ハ後者ヲ包含スト謂フヲ得サルカ故ニ隨テ權利拘束ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得サルハ亦疑ヲ容ルヘカラス此場合ニハ唯第百二十一条ノ規定ニ從ヒテ後ノ訴ヲ前ノ訴ノ完結ニ至ルマテ中止スヘキノミ

第二 管轄裁判所ヲ確定セシムルコト 一 権利拘束カ一旦發生シタルトキハ

総合其後ニ至リ訴訟物ノ價額若クハ被告ノ住所ニ變動ヲ生シ又ハ其他裁判所ノ管轄ヲ定ムヘキ事情ノ變更アルモ爲メニ受訴裁判所ノ管轄ヲ變スルコトナシ故ニ例へハ現役ノ軍人軍屬ヲ第十一條ノ規定ニ依リテ兵營地若クハ軍艦定繫所ノ管轄裁判所ニ訴へ權利拘束ノ生シタル後其者カ現役ノ軍人軍屬タル身分ヲ喪ヒタル場合ノ如キ裁判所ノ管轄ヲ定ムヘキ事情ノ變更シタルトキト雖モ訴狀送達ノ當時即チ權利拘束ノ始マリタル時ニ受訴裁判所カ管轄權ヲ有スレハ茲ニ其管轄ハ確定スヘキカ故ニ最早訴訟ニ付テハ受訴裁判所ニ於テ之ヲ裁判スルノ権利義務ヲ生シ被告ハ管轄達ノ抗辯ヲ爲スコト能ハス條文第一九五條第二號ニハ單ニ訴訟物ノ價額ノ増減トアルモ物カ其實質ノ變更又ハ相場ノ變動ニ因リテ其價ヲ増減シタル場合ノミナラス原告ノ申立ノ擴張又ハ減縮ニ因リテ訴訟物ノ價額ニ増減ヲ來シタル場合モ亦同シタ受訴裁判所ノ管轄ニ變動ヲ來ササルモノトス

我民事訴訟法ハ前述ノ如ク訴ノ提起ノ時期ト訴訟物ノ權利拘束ヲ生スル時期トヲ異ニシタルヲ以テ茲ニ少シタ不都合ナル結果ヲ生ス例へハ訴ノ提起即チ

訴狀提出ノ當時ハ訴訟物ノ價額百圓ナルカ故ニ區裁判所ニ訴ヲ起シタルトセシニ訴狀送達ノ際ニ至リ其物ノ價額騰貴シテ百五圓ト爲リシトキ又ハ百五圓ノ價額アル目的物ニ付テ地方裁判所ニ訴ヲ起シタルニ訴狀送達ノ際ニ至リテ其物ノ價額百圓ニ下落シタルトキハ何レモ其訴ハ管轄達ノ訴ナルヤ否ヤ蓋シ右所謂管轄ノ確定ハ權利拘束ノ效果ニシテ而シテ權利拘束ハ訴ノ提起ニ因リテ生セヌ訴狀ノ送達アリテ始メテ發生スルモノナル以上ハ甚ダ不穩當ノ感アルニ拘ラス積極ノ論決ヲ取ラサルヲ得ス又例へハ訴ノ提起後訴狀ノ送達前ニ被告カ住所ヲ變更シタルカ爲メ土地ノ管轄ノ變更ヲ生シタルトキモ同シタ被告ハ管轄達ノ抗辯ヲ爲シ得ルモノトセサルヲ得ス或ハ第三條ノ訴訟物ノ價額ハ起訴ノ日時ニ於ケル價額ニ依リ之ヲ算定スト云フ規定及ヒ第十條以下ノ裁判籍ニ關スル規定ニ依リ起訴ノ當時ニ於テ管轄裁判所ヲ定メサルヘカラストノ理由ニ基キ且ツ一旦右ノ規定ニ從ヒ正當ニ訴ヲ提起シタルニ拘ラス後ニ生シタル事情ニ因リ其訴ヲ管轄達タルニ至ラシムルハ難キヲ責ムルモノナリトノ論據ニ依リ右ノ論決ヲ避タルヲ得ヘキカ如シト雖モ抑モ此ノ如キ論決ヲ生

スル所以ハ訴ノ提起ノ時ト権利拘束發生ノ時期ト異ニシタルカ爲メニシテ解釋上之ヲ如何トモスル能ハス第三條及ヒ裁判籍ニ關スル規定ノ如キハ訴ヲ起ス際ニ何レノ裁判所ニ之ヲ起スヘキヤ其管轄ヲ知ルノ標準ヲ示スニ過キス一旦提起シタル訴訟ニ付テノ裁判所ノ管轄カ確定不動ト爲ルハ権利拘束ノ效力ニ由ルモノトス若シ然ラストセハ権利拘束ノ效力ノ一トシテ特ニ受訴裁判所ノ管轄ノ確定ヲ來ス旨ヲ規定スルノ理由アラサルナリ

第三 訴ヲ變更スルヲ得サラシムルコト 訴訟物ノ権利拘束ノ生シタル後ハ原告ハ其訴ヲ變更スルコトヲ得ス然レトモ此事タル固ヨリ公益ニ關スルモノニアラスシテ法律カ之ヲ禁スルハ被告ラシテ不當ニ防禦ノ困難ニ陷ラサランムルノ趣意ニ外ナラス即チ被告ノ利益ヲ保護スルカ爲メニ過キナレハ被告カ口頭辯論ニ於テ之ヲ承諾スルニ於テハ原告ハ訴ヲ變更スルコトヲ得又被告ハ原告カ訴ヲ變更シタルニ拘ラス何等ノ異議ヲ唱ヘスシテ本案ノ辯論ヲ爲シタルトキハ即ナ暗黙ニ之ヲ承諾シタルモノト看做サル但シ第二審ニ於テハ縱令相手方ノ承諾アルモ原告ハ訴ヲ變更スルコト能ハス然リ而シテ原告カ其訴ノ

新  
審

原因ヲ變更スルトキハ即チ訴ノ變更アリト謂フヘシ(第一九五條第二項第三號)

第四一三條此規定ノ旨趣ハ寛ニ明瞭ニシテ疑ヲ生スヘカラスト雖モ實際ニ於テハ果シテ訴ノ原因ニ變更アリヤ否ヤノ問題ニ付テハ議論ヲ生スルコトアルヲ免レス蓋シ訴ノ原因トハ訴權ノ因リテ生シタル主要ノ事實即チ前ニ述ヘタル請求ノ一定ノ原因ニシテ例ヘハ貸金請求ノ訴ニ於テハ貸借契約ヲ爲シタル事實ノ如シ今此事實ヲ原因トシテ貸金請求ノ訴ヲ起シタル後之ヲ不正ノ損害ヲ蒙リタル爲メニ賠償ヲ求ムルノ訴ト爲シ請求權發生ノ事實ヲ變更セハ是レ即チ訴ノ原因ノ變更ナリ又例ヘハ物ノ引渡ヲ求ムル訴ニ於テ賣買契約ニ因リ其物ヲ買受ケタル事實ヲ原因トシテ請求ヲ爲シタル後更ニ唯自己ノ占有ヲ奪ハレタルニ因リ其占有ヲ回復スルノ請求ニ變シタルトキハ是レ亦訴ノ原因ノ變更タルコトハ明カナリ茲ニ多少疑ヲ生スル場合ハ権利關係成立ノ確定ノ訴ヲ起シタル後之ヲ同一権利關係ニ基ク履行請求ノ訴ニ變更シタルトキ若クハ同一権利關係ニ基キ履行ノ訴ヲ確定ノ訴ニ變更シタルトキ是ナリ此ノ如キハ訴ノ原因ニアラスシテ第百九十六條第二號ニ所謂申立ノ擴張及ヒ減縮

ノ範圍内ニ屬スルモノトスルヲ妥當ナリト信ス我國大審院並ニ獨逸國大審院ノ判決例モ是ヲ以テ訴ノ變更ニアラストセリ又初ニ或債權アルコトヲ主張シ其相殺ヲ請求シタル後更ニ其金額ノ支拂ヲ求ムルコトニ變更シタルトキハ是レ亦原因ノ變更ト謂フヲ得サルナリ要スルニ新ナル請求ニ付キ其以前ノ請求ニ關スル判決カ既判力ヲ生スヘカラサルトキハ原因ノ變更アリト謂フコトヲ得ヘシ

右ノ如ク法律ハ訴ニ必要ナル一定ノ原因ハ被告ノ利益ノ爲メニ之ヲ變更スルコトヲ許ナサレトモ其他訴訟ニ關スル諸般ノ事實ハ既ニ訴狀ニ記載シロ頭辯論ニ於テ之ヲ述ヘタルモノト雖モ尙ホ變更スルコトヲ得ルモノナリ第百九十六條ハ訴ノ變更ノ有無ニ關スル爭論ヲ豫防スルノ目的ヲ以テ訴ノ變更ト爲スヘカラサル三箇ノ事項ヲ規定セリ即チ原告ハ苟モ訴ノ原因ヲ變更セサル以上ハ被告ノ承諾ヲ得シテ左ノ諸件ヲ爲スコトヲ得ヘシ

甲 事實上又ハ法律上ノ申述ヲ補充シ又ハ更正スルコト 事實上ノ申述ヲ補充スルトハ原告カ既ニ書面ニ掲グタル事實上ノ申述ヲ不十分ナリト思惟シタ

ルトキニ之ヲ補足詳述スルコトヲ謂フ故ニ縦合一定ノ原因ニ直接間接ノ關係アル事實ト雖モ之ヲ補充スルハ妨ケナキモノナリ例へハ債務ノ辨済ノ請求ニ於テ訴狀ニ其債務ノ期限ヲ掲ケサリシトキニ其後期限ハ何月何日ニシテ既ニ到達シタリトノコトヲ附加申述シ又ハ被告カ其債務ヲ認諾シタリトノ申述ヲ追加シ或ハ又物件取戻シノ訴ニ於テ被告カ其物件ヲ不當ニ占有シタルハ何時ナルコトヲ附加シ若クハ原告カ其物ノ所有權ヲ何月何日何人ヨリ取得セリト云フカ如キコトヲ後ニ附加補充スルノ類ヲ謂フ此等ハ何レモ事實上ノ申述ノ補充ニ過キサルコト異論ナキトナリ又多少ノ疑アルヘキモ同シク訴ノ原因ノ變更ニアラスシテ事實上ノ補充ニ過キサル一例ハ貸金請求ノ訴ニ於テ原告カ單ニ何年何月何日貸借契約ヲ爲シタルコトヲ訴狀ニ記載シ其後ニ至リ此債權ハ元來不法行爲ヨリ生シタル損害ノ賠償ニ關スル債權ナリシヲ其當時支拂ニ換ヘテ貸借契約ヲ爲シ此ノ如ク貸金證文ト爲シタルモノナリト云フカ如キ事實ノ補充ハ更ニ一步ヲ進メハ原因ノ變更ト爲ルヘシト雖モ猶ホ其訴ハ依然トシテ貸借契約ニ基ク貸金請求ノ訴タルヲ失ハサルカ故ニ是レ亦事實上申述ノ

補充ニ外ナラス何トナレハ貸借ナル原因ヲ不法行爲ナル原因ニ全ク改メタルニアラサレハナリ

事實上ノ申述ノ更正トハ前ニ述ヘタル如キ事項ヲ新ニ附加スルニアラスシテ更正スルヲ謂ヒ書損違算等ノ正誤ハ勿論訴ノ原因ヲ變更スルニ至ラサル事實上ノ申述ノ變更ヲ包含ズ

法律上ノ申述ノ補充トハ例ヘハ利息ノ請求ニ關シ初メ何等ノ法律上ノ理由ヲ付セザリシニ其後ニ至リ其利息ハ何法ノ規定ニ依リ被告ニ於テ當然支拂ノ義務アリト法則ヲ示シテ其理由ヲ補足スルノ類ヲ謂ヒ又法律上ノ申述ノ更正トハ例ヘハ初メ民法ノ規定ニ依リ利息ヲ求ムルノ權利アリト主張シ後ニ商法ノ規定ニ依リテ其請求權アリト法律上ノ理由ヲ變更スルカ如キヲ謂フ

乙 本案又ハ附帶請求ニ付キ訴ノ申立ヲ擴張シ又ハ減縮スルコト申立ノ擴張トハ例ヘハ貸金又ハ損害賠償ノ訴ニ於テ其原因ヲ變更セスシテ一萬圓ノ請求ヲ一萬五千圓ト爲シ又ハ元金ノミ請求シタルニ後ニ利息ヲ加ヘテ請求シ又ハ元利金ノ請求ニ其後更ニ生シタル利息ノ請求ヲ追加スルノ類ナリ

又原告カ申立ノ擴張トシテ訴訟ノ進行中ニ争ト爲リタル權利關係ノ成立若クハ不成立ノ確定ヲ申立ツルコトヲ得ルハ第二百十一條ニ明定スル所ナリ申立ノ減縮トハ之ト反對ノモノニシテ其原因或ハ違算ニ出ツルコトアリ或ハ又辨清其他ノ事由アリテ請求ノ一部ニ付キ權利ナキコトヲ發見シタルニ出ツルコトアルヘク原告ハ其理由ノ如何ヲ問ハス常ニ申立ノ減縮ヲ爲スコトヲ得ヘシ故ニ例ヘハ原告カ或權利關係ニ基ク債務ノ不履行ヲ原因トシテ其履行ニ併セテ損害ノ賠償ヲ請求シタル後其中ノ一方ニ請求ヲ減スルカ如キハ訴ノ原因ノ變更ヲ生セサルカ故ニ被告ハ權利拘束ノ效力ニ基キテ之ニ對シ異議ヲ述フルコトヲ得ス但シ申立ノ減縮ニシテ訴ノ一分ノ取下ニ出ツルトキハ第二百九十八條又其拋棄ニ出ツルトキハ第二百二十九條ノ規定ニ從フヘキハ勿論ナリ

丙 最初求メタル物ノ減盡又ハ變更ニ因リテ賠償ヲ求ムルコト例ヘハ原告カ訴ヲ起シテ或物件ノ取戻シヲ求メタルニ被告カ其後之ヲ費消シ其他滅失セシメタル場合又ハ請求ノ目的物タル米ヲ酒ト爲シ木材ヲ以テ家屋或ハ器物ヲ作リ之ヲ他物ニ變更シタルカ爲メ原告カ其請求ノ權利ヲ有セサル

ニ至リタル場合ノ如キハ原告ハ初ノ訴ヲ賠償ノ訴ニ變更スルコトヲ得ルモノ  
トス蓋シ此等ノ場合ニ於テ原告ニ何等ノ責ムヘキ過失ナキニモ拘ラズ請求ノ  
變更ヲ許サストセハ原告ヲシテ一旦先ノ訴ヲ取下ケ更ニ賠償ノ訴ヲ起ササル  
ヘカラサルノ不利益ヲ蒙ラシムルニ至ルヘキヲ以テ斯ル不當ナル結果ヲ避ケ  
ンカ爲メ右ノ場合ニ於テ嚴格ニ云ヘハ訴ノ原因ノ變更ト爲ササルヘカラサル  
事項ヲ許スノ規定ヲ設ケタルモノナリ

法文ニハ最初求メタル物トアリ此物トハ有體物ニノミ限ラス一般ニ訴訟ノ目  
的ト爲ル事物ト解釋スルヲ至當ナリトス故ニ原告カ被告ニ對シ或行爲ヲ求メ  
タルトキ例ヘハ工事ヲ爲シ或ハ畫ヲ描ク等ノ行爲ヲ以テ訴訟ノ目的ト爲シタ  
ル場合ニ被告ノ過失ニ因リ其行爲ヲ爲スコト不能ニ至リタルトキハ前述ノ協  
合ト同シク原告ハ初ノ訴ヲ變シテ賠償ヲ求ムル訴ト爲スコトヲ得ヘシ尙ホ又  
被告カ訴訟ノ目的物ヲ他人ニ讓渡シ他人カ其所有權ヲ取得シタル場合ハ嚴格  
ニ云ヘハ物ノ滅盡ニモアラズ又變更ニモアラズ然シテ原告カ此場合ニ最初ノ  
物件取戻シノ訴ヲ持續シテ勝訴シタルトキハ或バ被告ニ於テ其物件ヲ他人ヨ

リ取戻シ原告ニ引渡スコトアルヤモ知レサレトモ此ノ如キコトハ實際ニ於テ  
極メテ稀ニ見ル所ニシテ被告カ任意ニ其引渡ヲ爲ササルトキハ原告ハ其物ヲ  
讓受クタル他人ニ對シ強制執行ヲ爲シト能ハサルカ故ニ更ニ被告ニ對シ損  
害要償ノ訴ヲ提起セサルヘカラス故ニ若シ此場合ヲ訴訟ノ目的物ノ滅盡變更  
シタル場合ト同視セサルトキハ原告ハ初ノ物ノ取戻ノ訴ハ一旦取下ヲ爲シ更  
ニ賠償ノ訴ヲ起ササルヘカラス此ノ如クナルトキハ過失ナキ原告ヲシテ不當  
ノ損失ヲ被ラシムルニ至ルコト毫モ物ノ滅盡變更シタル場合ニ請求ノ變更ヲ  
許ササルト異ナル所ナシ已ニ物ノ滅盡變更ノ場合ニ原告ノ利益ヲ保護スル爲  
メ請求ノ變更ヲ許スモノトセハ右ノ場合ニモ亦之ヲ許ササルノ理ナキヲ以テ  
寧ロ目的物ノ讓渡アリタル此場合ヲ其滅盡變更ノ中ニ包含セシムルノ法意ナ  
リト解スルヲ可トス况キ此場合ニハ物ハ物質的ニ消滅シ又ハ變更セラレタル  
ニアラサレトモ原被告間ニ於テハ恰モ消滅シタルカ如ク又其物ノ法律上ノ狀  
態ヨリ云ヘハ正ニ變更ヲ來シタルト謂ハサルヲ得サルニ於テヲヤ  
訴訟物ノ權利拘束ノ一旦生シタル後ハ原告ハ被告ノ承諾ナクシテ訴ノ原因ヲ

變更スルヲ得ナルハ前述ヘタル所ノ如シ然レトモ被告カ其變更ニ同意ヲ表スルカ若クハ本案ノ口頭辯論前ニ異議ヲ述ヘサルトキハ最初ノ訴ハ自然取下ケラレタルモノニシテ新ナル請求ハ口頭辯論ニ於ケル申立ニ因リ権利拘束ヲ生ス之ニ反シ被告カ其變更ニ對シ適當ナル時期ニ異議ヲ述ヘタル場合ニ原告カ之ヲ取消シタルトキハ最初ノ訴ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲スヘキハ勿論ナレトモ若シ原被告間ニ訴ノ原因ノ變更ノ有無ニ付キ争フ生シタルトキハ如何ナル裁判ヲ爲スヘキヤノ問題ヲ生ス即チ訴訟中ニ原告カ新ナル事實ヲ申述シタルトキ被告ハ之ニ異議ヲ唱ヘテ原因ノ變更ナリシ原告ハ之ヲ以テ原因ノ變更ニアラスト主張シ中間ノ争フ生シタルトキニ爲スヘキ判決ハ果シテ終局判決ナリヤ將タ中間判決ナリヤ此區別ノ實益ハ終局判決ハ當ニ獨立ノ上訴ニ依リ攻撃スルコトヲ得ト雖モ中間判決ニ對シテハ特別ノ明文ナキ場合ニハ獨立ノ上訴ヲ爲スヲ得ス本案ノ判決ト同時ニ上訴ヲ爲ササルヘカラサルニ在リ故ニ本問題ハ已ニ此點ニ於テ實益アルノミナラス尙ホ後ニ逃フル如ク最大ナル權利上ノ利害ヲ生スルモノナリ然レトモ訴ノ原因ニ變更ナシトノ裁判ニ至リテハ

## (三) 挑訴取下ノ效力

適法ニ控訴カ取下ケラレタルトキハ恰モ第一審ノ終局判決ニ對シ控訴申立ナカリシ以前ノ狀態ニ復スルモノナリ隨テ控訴期間經過後ニ申立タル附帶控訴ハ當然消滅スルモノトス(第四〇六條但シ例外ノ場合アリ後節ニ説明スヘシ又控訴カ適法ニ取下ケラレタルトキハ控訴人ハ上訴權ヲ喪失スルノ結果ヲ生ス第三九九條第二項即チ第一審ノ終局判決ハ控訴期間内ニ在ルト否トヲ問ハス控訴人ニ對シ直チニ確定力ヲ生スルモノナリ故ニ再ヒ其判決ニ對シテ控訴ヲ申立シルコトヲ得サルモノトス然レトモ第一審ノ終局判決カ適法ナル送達ノアラサル以前ニ於テ申立タル控訴ハ之ヲ取下クルモ上訴權ヲ喪失スルモノニアラスシテ却テ第一審判決ノ適法ナル送達ヲ待テ控訴申立ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ

控訴ノ取下ヲ爲シタル後ハ訴訟當事者ハ合意ヲ以テ取下ノ效力ヲ消滅セシムルコトヲ得ス即チ當事者ノ合意ニ因リ再ヒ第一審判決ニ對シ控訴申立ヲ爲スヲ得タルナリ何トナレハ控訴ノ取下ニ因リ其部分ニ關スル第一審判決ハ其當事

者ニ對シ確定力ヲ生スルモノナレハ當事者ノ合意ニ因リ判決ノ確定力ヲ消滅セシムルコトヲ得サレハナリ  
控訴ヲ取下ケタル控訴人ハ其控訴申立ニ因リ生シタル費用ヲ負擔スル義務アルモノトス然レトモ相手方ノ闘席等ニ因リ生シタル費用ハ其當事者ノ負擔ト爲ササルヘカラス(第七七條第七五條第七二條)

#### 第四節 附帶控訴

附帶控訴トハ當事者ノ一方ヨリ控訴申立ヲ爲シタル場合ニ相手方カ其控訴ニ附隨シテ申立ツル控訴ヲ謂フ第一審判決ニ對シテハ各當事者ハ獨立シテ控訴ヲ申立ツルコトヲ得ヘシト雖モ當事者ノ一方カ獨立シテ控訴申立ヲ爲シタル場合ニ其相手方カ同一ノ判決ニ對シ不服ヲ申立テントスルニハ必スシモ獨立シテ控訴ノ申立ヲ爲スコトヲ要セス主タル控訴ニ附隨シテ控訴申立ヲ爲スコトヲ得ヘシ之ヲ稱シテ附帶控訴ト謂フ  
附帶控訴ハ主タル控訴ノ存在シタル場合ノミニ限り成立シ得ヘキモノナリ附

帶控訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル事項ハ主タル控訴申立ノ範圍内ニ限定セラルモノニアラス主タル控訴カ第一審判決ノ全部ニ不服申立ヲ爲シタル場合ナルトキハ附帶控訴モ亦其全部ニ對シテ申立ツルコトヲ得ルハ勿論ナリト雖モ第一審判決ノ一部ニ對シテ主タル控訴ノ申立アリタル場合ト雖モ附帶控訴ハ其判決ノ全部ニ對シテ申立ツルコトヲ得ヘシ何トナレハ第一審判決ニ對シテ主タル控訴ノ申立アリタルトキハ縱令一部ニ對シテ控訴ヲ申立テタル場合ト雖モ第一審判決ニ依リテ裁判セラレタル訴訟事件ハ控訴審ニ全部繫屬スルモノナレハナリ故ニ控訴狀中ニ第一審判決ノ一部ニ對シテ如何ナル變更ヲ爲スヘキヤノ申立ヲ掲ケタルトキト雖モ控訴狀ニ於ケル此記載ハ一ノ準備的事項ニ過キナルヲ以テ控訴人ハ口頭辯論ニ於テ控訴狀ノ記載ニ禍東セラルコトナク第一審判決ノ全部若クハ控訴狀ニ記載セサル部分ニ付テモ不服申立ツルコトヲ得ヘク又口頭辯論ニ於テ第一審判決ノ一部ニ對シテノミ不服ナルコトヲ陳述タルトキト雖モ判決ニ接著シタル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテハ控訴人ハ不服申立ノ範圍ヲ擴張スルコトヲ得ルヲ以テナリ

## (一) 附帶控訴提起の條件

附帶控訴ノ申立ヲ爲スニハ客觀的條件トシテ主タル控訴申立アリタル第一審判決ニ對スルコトヲ必要トス然レトモ被控訴人カ自ラ其判決ニ對シテ獨立シテ控訴ヲ申立テ得ヘキ判決ナラサルヘカラス故ニ其主タル控訴申立ノアリタル判決カ被控訴人ニ對シテ闕席判決ナルトキハ被控訴人カ懈怠ナカリシコトヲ理由トスルトキニ限リ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得ルモノトス(第四〇五條第二項)次ニ費用ノ點ニ限リタル裁判ニ對シテハ獨立シテ上訴ヲ爲スコトヲ得スト雖モ第八二條第一項附帶控訴ハ之ヲ許サルモノトス第八二條第二項何トナレハ附帶控訴ハ主タル控訴ノ存在スルトキニ限リ提起シ得ヘキモノニシテ隨チ獨立シタル控訴ニアラサレハナリ

附帶控訴申立ノ主觀的條件トシテハ被控訴人ヨリ申立ツルコトヲ要ス被控訴人ハ自己ノ控訴ヲ棄棄シタルトキト雖モ附帶控訴ヲ申立ツルコトヲ得第四〇五條第一項即チ被控訴人カ獨立シテ申立テタル控訴ヲ取下ケタル後控訴人ヨリ控訴申立アリタルトキハ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ控訴ノ取下ニ因ル上

訴權ノ喪失ハ獨立シテ上訴ヲ爲スノ権ヲ喪失スルモノニシテ附帶控訴ヲ爲スノ権ヲ喪失スルモノニアラサルナリ

## (二) 附帶控訴提起の方式

附帶控訴提起ノ方式ニ關シテハ法律ニ規定スル所ナシ故ニ附帶控訴ハ控訴裁判所ニ於ケル口頭辯論ニ於テ第二百二十二條ノ規定ニ從ヒ書面ニ基キ附帶控訴ヲ爲ス旨ノ申立ヲ爲シテ始メテ提起セラルルヲ原則トス附帶控訴ヲ爲ス旨ノ申立ヲ主タル控訴ニ對スル答辯書若クハ其他ノ書面ヲ以テ表示スルモ其書面ハ準備的性質ヲ有スルニ止マムヲ以テ附帶控訴申立ノ效ナキモノトス是ヲ以テ主タル控訴人カ控訴ニ關スル口頭辯論開始前ニ控訴ノ取下ヲ爲スカ若クハ第一回頭辯論期日ニ闕席セハ附帶控訴ヲ申立ツルコトヲ得サルナリ然レトモ例外トシテ被控訴人カ控訴期間内ニ答辯書又ハ其他ノ書面ヲ以テ附帶控訴ノ申立ヲ爲シタルトキハ其書面上ノ陳述ハ準備書面ノ性質ヲ有スルニ止マラス独立シテ控訴申立ヲ爲シタルト同一ノ效力ヲ生シ主タル控訴ノ取下若クハ主タル控訴人ノ闕席等ニ關係セス效力ヲ有スルモノトス此場合ニ於ケル書面

ニハ第四百一條ニ規定セル控訴狀ノ要件ヲ備ヘタルモノナラサルヘカラス若シ答辯書若クハ其他ノ書面ニ控訴狀ニ記載スヘキ要件ヲ缺キタルトキハ獨立シテ控訴ノ申立アリタルモノト看做スコトヲ得ス即チ其控訴ハ不適法トシテ棄却セサルヘカラス

附帶控訴ハ條件的ニ申立ヲ爲スコトヲ得ヘシ即チ主タル控訴カ許サルヘキモノナルトキハ附帶控訴ヲ申立ツル旨ヲ陳述スルモ其申立ハ有效ニシテ附帶控訴カ獨立ノ控訴ト看做ナルヘキヤ否ヤニ關セス若シ主タル控訴カ不適法トシテ棄却セラレサルトキハ附帶控訴ハ其效力ヲ生シ若シ不適法トシテ棄却セラレタルトキハ附帶控訴ハ當然消滅スルモノトス

附帶控訴ニ對シテ控訴人ハ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得ス附帶控訴ニ對シテ附帶控訴ヲ爲スコトハ反訴ニ對シテ反訴ヲ提起スルコトヲ得サルト同シク法律上許サレサルモノトス但シ主タル控訴カ不適法トシテ棄却セラレ若クハ主タル控訴カ取下ケラレタルトキ附帶控訴カ獨立ノ控訴ト看做サレタル場合ハ此限ニ在ラス被控訴人ノ附帶控訴ニ對シテ控訴人カ附帶控訴ヲ爲スハ主タル控訴

ノ申立及ヒ控訴ノ理由ヲ變更スルニ外ナラサルモノニシテ此等ノ事項ハ判決ニ接著スルロ口頭辯論ノ終結ニ至ルマテハ主タル控訴人ニ於テ之ヲ爲スコトヲ許サレタル所ナレハ主タル控訴ノ存在セル場合ニ於テ附帶控訴アリタルトキ主タル控訴人ハ附帶控訴ヲ爲スノ必要ナキモノナレハナリ

附帶控訴申立ニ關シテハ一定ノ期間存在セス故ニ被控訴人ニ對シ控訴申立期間ノ經過後ト雖モ控訴審ニ於ケル判決ニ接著セルロ口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ被控訴人ハ何時ニテモ附帶控訴ヲ申立ツルコトヲ得ヘタ又控訴審ニ於ケル第二審ノ判決カ上告申立ニ因リ一タヒ上告裁判所ニ繫屬シタル後上告裁判所カ其判決ヲ破毀シ事件ヲ控訴審ニ差戻シタルトキト雖モ控訴審ニ於ケル辯論ニ於テ被控訴人ハ附帶控訴ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘシ何トナレハ上告審ニ於ケル差戻ノ判決ニ依リ事件ハ再ヒ控訴審ニ繫屬スルモノナレハナリ

### (三) 附帶控訴ノ消滅

附帶控訴ハ獨立シタル控訴ニアラスシテ主タル控訴ニ附隨セルモノナレハ主タル控訴ト其運命ヲ共ニスルモノナリ隨テ次ノ場合ニハ附帶控訴ハ當然其效

力ヲ失フモノトス

(イ) 主タル控訴カ有效ニ取下ケラレタルトキ　控訴取下ハ控訴提起ノ初二週リ恰モ第一審判決ニ對シ控訴申立ナカリシ以前ノ狀態ニ復スルモノナレハ主タル控訴ノ取下ニ因リ之ニ附隨セル附帶控訴モ亦消滅スルモノナレハル控訴カ其口頭辯論開始前ニ取下ケラレタルトキハ前ニ説明セル如ク附帶控訴ハ未タ其提起ナキモノナリ之ニ反シテ被控訴人カ主タル控訴ニ關シテ口頭辯論ヲ開始シタル後主タル控訴ノ取下ヲ承諾シタル場合ニ於テ既ニ附帶控訴ノ提起アリタルモノナルトキハ被控訴人ハ既ニ提起シタル附帶控訴ヲ拋棄シタルモノニシテ若シ附帶控訴ノ提起ナカリシ場合ナルトキハ附帶控訴ヲ申立ツル權利ヲ被控訴人カ拋棄シタルモノト謂フヘキナリ又若シ被控訴人が控訴ノ取下ヲ承諾セサリシトキハ控訴審ニ於ケル訴訟手續ハ繼續シテ其口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ被控訴人ハ附帶控訴ヲ申立ツルコトヲ得知シ

(ロ) 主タル控訴カ不適法トシテ判決ヲ以テ棄却セラレタルトキ　控訴ヲ不適

法トシテ棄却シタルトキハ第四百十九條ノ場合ヲ謂フモノナリ此場合ニ於ケル控訴棄却ノ判決ハ控訴カ適法ニ申立ヲラレナルモノトシテ棄却スルモノナレハ隨テ附帶控訴カ附隨スヘキ主タル控訴カ存在セサルモノナリ故ニ附帶控訴モ當然其效力ヲ失フモノトス之ニ反シテ控訴カ實質上理由ナキモノトシテ棄却セラレタルトキハ附帶控訴ハ其效力ヲ失ハス又控訴審ニ於テハ口頭辯論續行期日ニ於テ控訴人カ闕席シタル爲メ控訴棄却ヲ言渡サルルモ亦附帶控訴ハ有效ニ存在スルモノナリ蓋シ此等ノ判決ハ主タル控訴ノ成立セル後ニ於テ言渡サルヘキモノナレハナリ

以上述ヘタル原則ノ例外トシテ被控訴人カ控訴期間内ニ書面若クハ口頭辯論ヲ以テ附帶控訴ヲ爲シタルトキハ主タル控訴ハ右(イ)(ロ)ノ場合ニ於テ消滅スルモノ附帶控訴ハ獨立ノ控訴ト看做サレ其效力ヲ失フモノニアラス第四〇六條第二項然レトモ控訴裁判所ハ主タル控訴ノ取下若クハ不適法トシテ棄却アリタルトキハ附帶控訴ハ果シテ獨立シテ控訴ノ許サルヘキモノナルヤ否キヲ審査シ之ヲ許スヘカラサルモノト認ムルトキハ不適法トシテ棄却セサルヘカラ

ス即チ控訴ノ申立カ控訴期間ノ開始前ナリシ場合又ハ被控訴人ハ既ニ獨立ノ控訴ヲ爲シ之ヲ取下ケタル場合若クハ附帶控訴カ費用ノ點ニ限リタル裁判ニ對シテ申立テタル場合ノ如キハ附帶控訴ヲ不適法トシテ棄却ヒサルヘカラス又前ニ述ヘタル如ク附帶控訴カ口頭ヲ以テセス書面ヲ以テ提起セラレタル場合ナルトキハ其書面ハ第四百一條ノ要件ヲ備ヘサルヘカラス

次ニ附帶控訴カ職權調査ノ結果獨立セル控訴ノ條件ヲ備ヘタルモノナルトキハ控訴裁判所ハ附帶控訴申立ノ範圍内ニ於テ事件ヲ審理スヘク而シテ主タル控訴申立ヲ取下フ若クハ不適法トシテ棄却セラレタル控訴人ハ獨立シタル附帶控訴ニ對シ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ何トナレハ控訴取下ノ場合ニ付テハ第四百五條第一項前段ニ規定セル如ク自己ノ控訴ヲ棄却シタルトキト雖モ附帶控訴ヲ爲スヲ得ヘケレハナリ又控訴ヲ不適法トシテ棄却セラレタル場合ニ於テモ其控訴人ハ適法ノ期間内ハ上訴權ヲ喪失スルモノニアラサレハナリ獨立シタル附帶控訴ノ取下ニ關シテハ主タル控訴ノ取下ト同シク第三百九十九條ヲ適用セラルモノトス

## 第五節 控訴ノ效力

第一審裁判所ノ判決ニ對シテ控訴ノ申立アリタルトキハ二ノ效力ヲ生ス即チ停止ノ效力及ヒ移審ノ效力是ナリ

### 第一 停止ノ效力

停止ノ效力トハ第一審判決ノ形式的確定ヲ停止スルコトヲ謂フ第一審判決ハ控訴期間ノ満了前ニハ形式的確定力ヲ生セサルモノニシテ其期間内ニ控訴申立アリタルトキハ判決ノ形式的確定ハ不變期間ノ中斷ト共ニ遮断セラル(第四九八條)而シテ第一審判決ノ一部ニ對シテ控訴ノ申立アルモ停止ノ效力ハ其判決ノ全部ニ對シテ及ホスモノトス何トナレハ縱令最初ニ第一審判決ノ一部ニ對シテ不服ノ申立ヲ爲スモ控訴審ニ於ケル口頭辯論終結ニ至ルマテハ控訴人ハ不服申立ノ部分ヲ擴張スルコトヲ得ヘシ又被控訴人ハ控訴人ノ不服申立ヲ爲サツル部分ニ關シ附帶控訴ノ方法ニ依リ不服申立ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナレハナリ

控訴申立ニ因リ第一審判決ノ形式的確定ヲ停止スル結果トシテ其判決ノ實質的確定ヲ停止シ且ツ其判決ニ基ク執行ヲ停止ス總て判決ハ形式的確定力ヲ生セタルトキハ實質的確定力ヲ生スルモノニアラス隨テ第一審判決ニ對シ控訴ノ申立アリタルトキハ實質的確定力ヲ生スルモノナリ故ニ相手方カ控訴アリタル事件ト同一ノ訴訟ヲ提起スルモ權利拘束ノ抗辯ヲ爲シ得ルニ過キスシテ一事再理ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得サルモノトス次ニ強制執行ハ形式的確定力ヲ發生シタル終局判決ニ基キテ爲スコトヲ原則トス(第四九七條)テ控訴申立ニ因リ第一審判決ノ形式的確定力ノ發生ヲ遮断セラル以上ハ其判決ニ基キ強制執行ヲ爲スコトヲ得ス然レトモ其判決ニ對シ假執行ノ宣言アリタルトキノ判決カ確定力ヲ生セサルモ即チ控訴ノ申立アリタルモ第一審判決ハ之ヲ執行スルコトヲ得ヘシ此場合ニ於ケル執行ハ條件的ノ執行ニシテ控訴カ理由アリテ第一審判決カ變更セラルニ至ルトキハ其執行ハ全ク無効ニ屬シ已ニ爲シタル執行ハ之ヲ取消ササルヘカラス

## 第二 移審ノ效力

移審ノ效力トハ控訴申立ニ因リテ第一審裁判所カ判決シタル訴訟ノ全部ヲ第一審裁判所ノ繫屬ヲ離脱シ控訴裁判所ニ繫屬セシムルコトヲ謂フ換言スレハ控訴人ノ攻撃スル判決ヲ以テ裁判シタル訴訟ノ全部カ控訴審ニ繫屬シ控訴人ハ勿論被控訴人ハ附帶控訴ノ方法ヲ以テ其判決ヲ攻撃スル地位ニ至リタルコトヲ謂フモノナリ右ノ如ク控訴申立ニ因リテ第一審ニ於テ判決セラレタル訴訟事件全部ヲ控訴裁判所ニ繫屬セシムルハ適法ナル控訴ノ申立アリタル場合ニ限ルモノトス不適法ナル控訴ノ申立ハ控訴裁判所ハ控訴ヲ不適法トシテ棄却スヘキヲ以テ移審ノ效力ヲ生セス

右ノ如ク適法ナル控訴申立アリタルトキハ第一審ノ判決ニ依リテ裁判セラレタル事件ノ全部ヲ控訴審ニ繫屬セシムト雖モ控訴審ニ於テ其事件ヲ審理裁判スルニ付テハ左ノ法則ニ從フヘキモノトス  
(一) 第一審ニ於テ是認シ若クハ非認シタルトキハ第一審ノ判決ニ限リ控訴裁判所ノ辯論及ヒ裁判ノ目的物タルモノトス第一審ニ於テ辯論ヲ爲サス又裁判ヲ受ケナル争點タリトモ是認シ若クハ非認シタルトキハ第一審ノ判決ニ關スルモノナルトキハ

第二審ニ於ケル辯論及ヒ裁判ノ目的ト爲ル(第四二一條)<sup>故ニ</sup>第一審判決ニ於テ主タル請求若クハ附帶ノ請求ニ付キ判決ヲ脱漏シタルトキハ控訴裁判所ハ其脱漏シタル請求ニ關シテ審理裁判ヲ爲スコトヲ得ス右ノ如ク控訴裁判所ニ於テ審理及ヒ裁判ヲ爲スコトヲ得ル範圍ハ第一審ニ於テ是認若クハ非認シタル請求ニ關スルモノナレトモ控訴裁判所カ審理及ヒ裁判ヲ爲スヘキ範圍ハ不干涉主義ノ原則ニ從ヒ第一審判決ニ對シ不服ヲ申立ツル當事者ノ趣旨ニ因リテ定マル即チ控訴裁判所ハ當事者ヨリ不服ヲ申立テタル範圍ニ於テ審理ヲ爲スヘキモノトス(第四一一條)<sup>而シテ</sup>第一審ノ裁判ハ當事者ヨリ變更ヲ申立テタル部分ニ限リ之ヲ變更スルコトヲ得第四二〇條故ニ第一審判決中不服ノ申立ナキ部分ニ於テ控訴裁判所カ不當ノ判決タルコトヲ發見スルモ之ヲ當事者ノ利益若クハ不利益ニ變更スルヲ得ス又控訴申立アリタル第一審判決ヲ控訴人ノ不利益ニ變更スルヲ至當ト認メタル場合ニ於テモ相手方カ控訴若クハ附帶控訴ノ方法ヲ以テ不服ヲ申立テタル以上ハ之ヲ控訴人ノ不利益ニ變更スルコトヲ得ナルモノトス(第四二五條)

次ニ控訴ヲ申立テラレタル終局判決前ニ爲シタル裁判ニシテ法律ニ於テ不服ヲ申立ツルコトヲ得スト明記シタルトキ又ハ抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ト規定シタルモノハ控訴裁判所ノ審理及ヒ裁判ノ目的ト爲スコトヲ得ナルモノトス(第三九七條)

(二) 控訴裁判所ニ於テ不服申立ノ範圍ニ付キ審理ヲ爲シタル末第一審判決ヲ正當ト認メ控訴ヲ理由ナシトスルトキハ終局判決ヲ以テ控訴ヲ棄却シ(第四二四條第一審判決ヲ不當ト爲シ控訴ヲ理由アリト認メタルトキハ第一審判決ヲ廢棄若クハ變更シテ更ニ自ラ終局判決ヲ爲スヘキモノトス移審ノ效力ノ結果トシテ控訴裁判所ハ事件ニ付キ裁判ヲ爲スヘキ義務アルモノナビトエ次ノ場合ニ於テハ其事件ヲ判決ヲ以テ第一審裁判所ニ差戻スヘキモノトス(第四二二條)

(イ) 不服ヲ申立テラレタル判決カ終局判決ナルトキ第二六三條第一七七條)故障ヲ許サタル關席判決ニ對シ懈怠ナカリシコトヲ理由トシテ控訴申立ヲ爲シタルトキ其控訴申立カ不適法ナルカ若クハ其理由ナキトキハ第一審判決ハ其效力ヲ失ハサルヲ以テ更ニ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スコトヲ要セ

ス然レトモ控訴カ理由アルトキ即チ第一審ノ闕席判決ニ對シテ故障カ許ケルヘキモノナルトキハ第一審判決ヲ廢棄シ事件ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲シムル爲メ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキモノナリ何トナレハ故障許否ニ付テノ辯論裁判ハ事件ノ本案ニ付テノ辯論裁判ニアラサルヲ以テ本案ニ付キ第一審ノ辯論及ヒ裁判ヲ爲スコトノ必要アレハナリ

(ロ)不服ヲ申立テラレタル判決カ闕席判決ニ對スル故障ヲ不適法トシテ棄却シタルモノナルトキ第二五九條(第二百五十九條ノ場合ニ於テ故障ヲ不適法トシテ棄却スル判決ニ對シ控訴ノ申立アリタルトキ第一審ノ判決ニシテ正當ナルトキハ控訴ヲ棄却スヘキヲ以テ進ミテ辯論及ヒ裁判ヲ爲スノ必要ナシト雖モ控訴カ理由アリト認メラレタルトキ即チ故障カ適法ナルモノト認メラレタルトキハ進ミテ事件自體ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲スノ必要アルヲ以テ第一審ノ辯論及ヒ裁判ヲ爲サシムル爲メ第一審裁判所ニ差戻スヘキモノナリ

(ハ)不服ヲ申立テラレタル判決カ妨訴ノ抗辯ノミニ付キ裁判ヲ爲シタルモノ

ナルトキ即チ第一審裁判所カ被告ノ提出シタル妨訴抗辯ノミニ付キ裁判ヲ爲シ本案ニ付キ裁判ヲ爲サシリシトキニ限ル第一審ニ於テ本案ニ付テノ辯論アリタルヤ又裁判所カ職權ヲ以テ辯論ヲ分離シタルカ被告カ本案ノ辯論ヲ爲スコトヲ拒ミタルヤ否ヤニ關セス第一審裁判所カ妨訴抗辯ノミニ付キ爲シタル裁判ニ對シ控訴申立アリタルトキハ差戻ノ必要ヲ生スルコトアリ第一審裁判所カ妨訴抗辯ヲ理由アリトシテ訴ヲ却下シタル場合ニ其判決ニ對シ控訴ノ申立アリテ控訴裁判所ハ其判決ヲ至當ナリトスルトキハ其後ニ辯論ヲ爲スノ必要生セサルヲ以テ事件ヲ第一審ニ差戻スヘキモノニアラヌ之ニ反シテ第一審裁判所カ妨訴抗辯ヲ理由アリトシテ訴ヲ却下シタル判決ヲ控訴裁判所カ妨訴抗辯ヲ理由ナシトシテ棄却スヘキモノト認メタルトキハ第一審裁判所ヲシテ本案ノ辯論ヲ爲サシムルノ必要アルヲ以テ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘシ又第一審裁判所カ被告ノ提出シタル妨訴抗辯ヲ理由ナシトシテ妨訴抗辯棄却ノ中間判決ヲ爲シ控訴裁判所カ其判決ヲ不當ト認メ即チ妨訴抗辯ヲ理由アリトスルトキハ控訴裁判所ハ直チニ訴ヲ却下ノ判

決ヲ爲スヘク第一審裁判所ニ事件ヲ差戻スノ必要ナシ然レトモ控訴裁判所カ第一審裁判決ヲ正當ト爲シ即チ控訴ヲ理由ナシトスルトキハ本案ニ付キ辯論ヲ爲サシムルノ必要アルヲ以テ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキモノトス之ヲ要スルニ第一審裁判所カ妨訴抗辯棄却シタルト若クハ採用シタルトニ關セス控訴裁判所カ被告ノ提出シタル妨訴抗辯ヲ理由ナシト認メタル場合ニハ本案ノ辯論ヲ爲サシムル必要アルヲ以テ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキモノナリ

(二) 請求ノ原因及ヒ數額ニ付キ争アル場合ニ於テ不服ヲ申立テラレタル判決カ先ツ其原因ニ付キ裁判ヲ爲シタルモノナルトキ 請求ノ原因數額ニ付キ争アルトキハ第一審裁判所ハ先ツ其原因ニ付キ裁判ヲ爲スコトヲ得ヘク請求ノ原因アリトスル判決ハ上訴ニ關シテ終局判決ト看做サル此判決ニ對シテ控訴申立アリタルトキ之ヲ第一審裁判所ニ差戻ス場合ハ第一審裁判所カ爲シタル請求ノ原因アリトスル判決ヲ控訴裁判所カ至當ト認ムル場合ナリトス若シ不當ト認ムルトキハ請求ヲ却下スヘキヲ以テ差戻ノ必要ナシ第

一審裁判所カ原因及ヒ數額ニ付キ辯論ヲ分離セスシテ爲シタル請求ノ原因ナシトスル判決ハ請求ヲ却下スルモノナレハ先フ原因ノミニ付キ裁判ヲ爲シタルモノニアラス故ニ其判決ニ對シ控訴申立アリタルトキ控訴裁判所カ控訴ヲ理由アリト認ムルモ事件ヲ差戻スヘキモノニアラス又第一審裁判所カ請求ノ原因ノミニ付キ辯論ヲ爲シ請求ノ原因ナシトシテ請求ヲ却下ノ判決ヲ爲シタルトキ其判決ニ對シテ控訴ノ申立アリテ控訴裁判所カ控訴ヲ理由アリトスルトキハ數額ニ付テノ辯論ヲ爲サシムルノ必要アルヲ以テ差戻ノ判決ヲ爲スヘシ故ニ差戻スヘキ場合ハ第一審裁判所カ請求ノ原因ノミニ付キ爲シタル判決ニシテ控訴裁判所カ請求ノ原因アリト認メタル場合ハ常ニ差戻ノ必要アルモノトス

(ホ) 不服ヲ申立テタル判決カ證書訴訟及ヒ爲替訴訟ニ於テ敗訴ノ被告ニ別訴訟ヲ以テ追行ヲ爲ス權ヲ留保シタルモノナルトキ 證書訴訟ニ於テハ適法ノ證據方法ヲ以テ被告カ其義務タル證據ヲ申出テス又ハ完全ニ之ヲ舉ケタリシトキハ被告ノ異議ハ證書訴訟ニ於テ許ササルモノトシテ之ヲ却下ス

ク且ツ原告ノ主張シタル請求ヲ争ヒタル被告ニハ敗訴ノ言渡ヲ受ケタル總テノ場合ニ於テ其權利ノ行使ヲ留保スヘキモノナリ被告ニ權利ノ行使ヲ留保セラレタルトキハ訴訟ハ通常ノ訴訟手續ニ於テ其裁判所ニ繫屬スルモノトス而シテ留保ヲ掲ケタル判決ハ上訴及ヒ強制執行ニ關シテハ終局判決ト看做サル此留保ノ判決ニ對シ控訴ノ申立アリタルトキ其控訴ヲ理由ナシトスルトキハ事件ニ付キ尙ホ裁判ヲ爲サシムル爲メ第一審裁判所ニ差戻スヘキモノナリ控訴ニ於テ第一審判決ヲ變更シテ訴ノ却下若クハ請求ノ却下ヲ言渡ス場合ハ差戻スヘキモノニアラス若シ其判決ニシテ留保ヲ掲ケサリシトキハ其判決ハ差戻スコトヲ得サルモノトス爲替訴訟ニ於テモ亦同一ナリ

以上述ヘタル所ハ控訴裁判所カ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキ場合ナリ此場合ニ於テハ當事者ノ申立如何ニ拘ラス事件ニ付キ辯論ヲ必要トスル場合ナルヲ以テ職權ヲ以テ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキモノナリ何トナレハ此等ノ場合ニ於テハ控訴裁判所カ事件ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲ス基礎ヲ缺クモ

ノナレハナリ  
控訴裁判所カ事件ノ差戻ヲ爲スニハ事件ニ付キ辯論ヲ必要トスル場合ナラサルヘカラス辯論ヲ必要トスルトハ第四百二十二條第一乃至第五ニ規定セル裁判ノ基礎ト爲リタル訴訟材料以外ニ於テ辯論ヲ必要トスルコトヲ意味スルモノナリ即チ訴訟材料ニ付テ未タ判決ノアラサル部分ニ付テノ辯論ヲ謂フモノナリ而シテ辯論ヲ必要トスルトハ事實上辯論ヲ必要トスル場合ノミヲ意味スルモノニアラス事實上ヨリスレハ未タ訴訟材料ニ付テ辯論ナキトキハ勿論既ニ辯論アリタルトキ雖モ其辯論ニ付テ裁判ナキトキヲ意味セルモノナリ例へハ第一審裁判所カ無訴權ノ抗辯若クハ裁判所管轄違ノ抗辯ヲ理由アリトシテ原告ノ訴ヲ却下シタルモ控訴裁判所ハ右等ノ抗辯ニ付テハ理由ナキモノトシテ之ヲ棄却スヘキモノトスルトキハ既ニ第一審ニ於テ右妨訴抗辯以外ノ本案ニ付テノ辯論カ完全ニ爲サレ且ツ控訴裁判所ハ其辯論ニ從ヘハ本案ノ判決ヲ爲スニ熟シタルモノト認メタル場合ト雖モ尙ホ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキモノナリ

以上述へタル所ハ控訴裁判所カ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スコトヲ必要トスル場合ナリト雖モ尙ホ控訴裁判所ハ控訴申立アリタル事件ヲ第一審裁判所カ審理裁判スルニ當リ訴訟手續ニ付テノ規定ニ違背シタルコトアルトキハ控訴裁判所ハ其判決及ヒ違背シタル訴訟手續ノ部分ヲ廢棄シ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スコトヲ得(第四二三條)此場合ニ於ケル事件ノ差戻ハ控訴裁判所ノ意見ニ從フヘキモノニシテ必ス控訴裁判所ハ差戻スコトヲ必要トスルモノニアラス而シテ其差戻ノ理由ハ訴訟手續ノ規定ニ違背シタルコトヲ要件トスルモノナリ訴訟手續ノ違背ハ訴訟事件ニ付キ民事訴訟法ヲ適用セサルカ若クハ不當ニ適用シタル場合ニ生スルモノナリ故ニ訴訟手續ノ規定ニ違背シタルモノナルトキハ如何ナル場合ト雖モ事件ヲ差戻スコトヲ得ルヤ否ヤト云フニ我民事訴訟法ニ於テハ特別ノ制限ナキヲ以テ苟モ訴訟手續ノ規定ニ違背シタル以上ハ如何ナル場合ト雖モ差戻スコトヲ得ルモノト謂フヲ得ヘシ然レトモ法律ノ精神ヨリスレハ控訴裁判所ハ差戻ノ爲メニ当事者ノ利益ヲ害セサルコトヲ注意スヘキナリ獨逸ノ新舊民事訴訟法ニ依レハ訴訟手續ニ重要ナル缺點アル場合

ニ限リ差戻スコトヲ得ルモノト規定セルモ尙ホ同國ノ訴訟法ニモ如何ナル訴訟手續ノ違背カ重要ナル欠缺ナルヤ否ヤハ規定スル所ナシ故ニ之ニ關スル學說區區タリ或ハ我民事訴訟法第四百三十六條ノ場合ヲ謂フモノナリトシ或ハ判決ノ基本タル訴訟手續ナルコトヲ要スト爲シ或ハ判決ノ實質ニ關係ヲ有スル訴訟法規ノ違背並ニ控訴裁判所カ裁判ヲ爲スニ付キ基礎ト爲ルヘキ訴訟手續ノ違背ヲ謂フモノナリト主張シ殆ト一定スル所ナシ我民事訴訟法ノ解釋ニ依レハ其手續カ當事者ノ行爲タルト裁判所ノ行爲タルト問ハス第一審判決ノ實質ニ關係ヲ有スルモノナルトキ若クハ控訴裁判所カ判決ヲ爲スノ基礎ト爲スヘキ訴訟手續ノ違背ノ場合ヲ意味スルモノト解釋スルヲ至當ナリト信ス例ヘハ訴狀ノ送達證據調査ヲ違背裁判ニ理由ヲ付セサリシトキ又判決ニ事實ノ摘要ヲ缺キタル場合ノ如キハ差戻ノ理由ト爲スコトヲ得ルモノナリ何トナレハ此等以外ノ場合ニ於テハ第一審裁判所ヲタ更ニ事件ノ審理ヲ爲サシムルノ必要ナキノミナラス徒ニ訴訟ノ終局ヲ遲延シ無用ノ手數ヲ勞スルモノナレハナリ而シテ此等ノ手續カ公益ニ關スルモノナルト否トヲ問ハス即チ當事者

ノ處分權ニ依リテ左右シ得ヘキモノナルト否トヲ問ハス且ツ控訴裁判所ニ於テ其手續ノ補正ヲ爲シ得ヘキ場合ナルト否トヲ問ハス差戻ヲ爲スコトヲ得ヘシ此等ノ場合ニ於ケル事件ノ差戻ハ控訴裁判所カ差戻ヲ爲スノ權ヲ有スルニ止マリ差戻ヲ爲スヘキ義務アルモノニアラス故ニ縱令重要ナル訴訟手續ニ欠缺アルトキト雖モ控訴裁判所カ自ラ裁判ヲ爲スコトヲ至當ト認ノホルトキハ事件ニ付テノ裁判ヲ爲スモ違法ニアラス隨テ上告ノ理由ト爲ルモノニアラサルナリ若シ控訴裁判所カ事件ノ差戻ヲ至當ト爲ストキハ其違背シタル手續ニ基キタル判決及ヒ其違背シタル訴訟手續ノ部分ヲ廢棄スヘキモノトス縦令訴訟手續ノ違背カ判決ノ全部ニ關係スル場合ト雖モ判決ハ其不服申立アリタル部分ノミヲ廢棄スヘキモノナリ又訴訟手續ノ違背カ第一審ノ口頭辯論全節ナルトキハ訴訟手續ノ全部ヲ廢棄シ若シ一部ナルトキハ其部分ノミヲ廢棄スルモノナリ例ヘハ第一審裁判所ニ於テ數回ノ口頭辯論アリテ第二回ノ口頭辯論カ辯論公開ノ規定ニ違背シタルモノナルトキハ第二回ノ口頭辯論ヲ廢棄スルノミヲ以テ足レリトス

トス但シ財產權上ノ請求ノミニ制限セラル何トナレハ財產權ニ關係ナキ強制執行ニ付キ民事訴訟第十七條ニ規定シタル裁判籍ニ依ルノ實益ナレハナリ(第一五一四條第二項第五六三條獨逸舊民事訴訟法第六六〇條第二項第七〇七條)新民事訴訟法第七二二條第二項第八〇二條)

当事者ハ執行判決言渡以前ニ於テ通常ノ手續ニ從ヒ辯論ヲ爲シ原告ハ後述ノ要件ノ存在ヲ主張シ且フ立證シ又裁判所ハ外國裁判所判決ノ實體的並ニ形式的當否ヲ調査セシシテ唯判決ノ形式的確定ノ有無ト本邦ニ於テ此判決ノ執行ヲ許ヘキ要件ノ存否ヲ調査シ通常手續ニ於テ執行判決ヲ言渡スモノタリ(第一五一五條第一項獨逸舊民事訴訟法第六六一條第一項同新民事訴訟法第七二二三條第一項佛國同國民事訴訟法第四六條同民法第二二二三條第二二二八條)「バイエルン」同國民事訴訟法第八二四條等ハ外國裁判所判決ノ内國ニ於ケル強制執行許可ニ付キ實體的當否ノ調査ヲ爲ス主義ヲ認メタレトモ近時ニ於テハ其反對的主義即ヒ内國ノ訴訟法ヲ同等但シ相互擔保ナル條件ノ下ニ於テ外國裁判所カ其法規ニ從ヒ爲シタル訴訟行為ハ内國ニ於テハ有效視スル主義カ國際法家及ヒ獨逸民事

訴訟法舊第六六一條第一項新第七二三條第一項ノ是認スル處ト爲レリ我民事訴訟法モ亦之ヲ是認シ外國裁判ノ判決ハ内國ニ於テモ之ヲ有効視シ以テ其内容ノ當否ニ付キ再調査ヲ爲スコトヲ許サナリシ是ヲ以テ内國ノ裁判官ハ外國裁判所判決ノ實體的當否ヲ調査スルノ職權ナク隨テ外國ノ實體法並ニ訴訟法ニ反スルヤ否ヤ又ハ自國若クハ外國ノ命令法ニ反シ禁止法ヲ侵シタルヤ否ヤヲ調査スルノ職權ナシ(民事訴訟法第五一五條第一項ニ「…當否…」ト規定スルニ止マリ實體的及ヒ形式的當否ノ區別ヲ設ケス故ニ實體的ノ當否ノミト斷定スカラス然レトモ外國ニ於テ司法權行使ノ爲メニ設クラレタル機關タル裁判所ノ判決ニシテ且ツ確定シタルコト及ヒ外國裁判所ノ判決ニ因レル強制執行ヲ許サナルノ要件ニ觸ル所ナキコトヲ調査セサルヘカラス何トナレハ執行判決ハ形式上確定シタル外國裁判所ノ判決カ提出セラレ且ツ内國ニ於テハ該判決ニ因レル強制執行ノ法定禁止要件ニ反スル所ナキ旨ヲ確定スルコトヲ目的トスレハナリ執行判決ノ主文ニハ強制執行ヲ許スベキ旨ヲ明示セサルヘカラス而シテ我國法ニ從テ強制執行ヲ許スニ在ルコトハ言ヲ埃タサル所ナリ蓋シ外國ノ法律ニ從テ

我帝國內ニ於テ強制執行ヲ爲スハ主權唯一ノ觀念上認ムルコトヲ得サルヤ當然ナルヘケレハナリ執行判決ハ外國裁判所ノ判決全體ニ及フヲ以テ訴訟費用ニ關シテモ亦強制執行ヲ爲スコトヲ許シタルモノト謂フヘシ執行判決モ亦一ノ終局判決ニ外ナラサルヲ以テ故障又ハ上訴ヲ以テ不服ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘク又強制執行ヲ爲スニハ他ノ判決ト同シク確定シタルコト(第四九七條若クハ假執行ノ宣言第五〇一條以下)アルコトヲ必要トシ且ツ執行命令即チ執行文ノ付與アルヲ必要トス(第五一六條以下)シテ執行文ハ外國裁判所ノ判決ノ正本ニ付與スルニ非シテ執行判決ノ正本ニ付與ス何トナレハ民事訴訟法上執行文ハ我帝國ノ判決ノ執行ノ爲メニ付與スヘキモノナレハナリ執行ヲ爲スニ急迫ヲ要スル場合ニ於テハ訴訟手續進行ヨリ生スヘキ遲延ニ對スル危害ヲ避タルカ爲メニ假差押ノ途ヲ取ルコトヲ得ヘキヤ言ヲ埃タス執行判決ヲ求ムル訴ハ左ニ説明スル要件ヲ具備セサルトキハ之ヲ却下ス可シ而シテ裁判所ハ被告カ辯論期日ニ出頭シタルト否トヲ問ハス前示ノ訴カ民事訴訟法第五一五條第二項ニ規定シタル要件ヲ具備シタルヤ否ヤヲ職權ヲ以テ注意セサルヘカ

ラスル論結へ獨り該條ノ文言ニ基キ文理解釋上當然ナルノミナラス左ニ説明スル要件ノ法律上ノ性質ヨリ當然生スルモノト謂フヘシ隨テ要件ノ有無ニ關スル問題ハ當事者ノ處分特ニ自白及ヒ認諾ニ放任セラレタルモノトス然レトモ之カ爲メニ裁判所ハ職權ヲ以テ調査ヲ爲スヘキモノナリト論結スヘカラス原告ハ通則ニ從フ左ニ説明スル要件具備ノ事實ヲ立證セサルヘカラス何トナレハ民事訴訟法ハ人事訴訟事件ヲ除ク外職權ヲ以テ係争事實ヲ確定スヘキ主義ヲ認メサレハトリ但シ民事訴訟法第五百十五條第二項第五ノ場合ニ於テハ外國法ノ立證ニ關スル民事訴訟法第二百十九條ノ適用ヲ見ルヤ當然ナリ執行判決ヲ求ムル訴却下ノ判決モ亦一ノ終局判決ナルヲ以テ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ故障又ハ上訴ヲ申立タルコトヲ得ヘシ。

我帝國ノ裁判官ハ外國裁判所ノ裁判ノ當否ヲ調査スルノ職權ナシ故ニ第一、二外國ノ訴訟法ニ從テ執行スヘキ判決ノ取消ヲ主張セント欲セハ之ヲ管轄外國裁判所ニ於テ爲ササルヘカラス唯内國裁判所ニ於ケル執行判決ヲ求ムル手續ハ執行判決ヲ爲スヘキ一前提要件タル外國裁判所ノ判決ニ對スル再審ノ訴ノ

如キ非常手段カ管轄外國裁判所ニ繁屬シタルトキニ於テ民事訴訟法第十三條ニ於テ中止スヘキノミ然レトモ内國裁判所ニ於テ言渡シタル執行判決ノ確定以後ニ於テ外國裁判所ノ確定判決カ前示非常手段ノ結果シテ廢棄セラレタルトキハ債務者ハ其廢棄ヲ理由トシテ民事訴訟法第五百四十五條ニ則リ執行判決ヲ爲シタル内國裁判所ニ其執行判決ノ廢棄ヲ目的トスル訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ何トナレハ執行判決ヲ爲ス場合ニ於テハ外國裁判所ノ判決ヨリ生シタル執行上ノ訴訟法的請求ハ民事訴訟法第五百四十五條ニ所謂判決ニ因リテ確定シタル請求ニシテ又新ニ成立シタル異議ハ外國裁判所ノ判決ノ廢棄ト共ニ斯ル請求ノ消滅ヲ主張スルモノニ外ナラサレハナリ第二、ニ外國裁判所ノ判決ノ言渡以後ニ於テ此判決ニ因リ確定セラレタル實體的請求ニ對シ成立シタル異議ハ執行判決ヲ求ムル訴訟ニ於テハ其辯論繼續マテ抗辯トシテ之ヲ主張スルコトヲ得ヘク又爾後成立シタル異議ハ民事訴訟法第五百四十五條ニ則リ執行判決ヲ爲シタル内國裁判所ニ受訴裁判所トシテ訴ヲ以テ主張スルコトヲ得ヘシ何トナレハ民事訴訟法第五百四十五條ニ規定タル訴ハ確定シタル外

國裁判所ノ判決ヲ廢棄スルニ非スシテ唯内國ニ於ケル執行ノ除去ヲ目的トスモノナレハナリ而シテ此訴ノ單純ナル訴訟的性質ヨリシテ此訴ヲ以テ主張セラル強制執行ヲ許ササル宣言ヲ求ムル訴訟的請求ハ執行判決ヲ求ムル訴訟中強制執行ノ許可ヲ求ムル請求ニ對スル抗辯タルコトヲ得ヘキ旨ヲ理解スルコトヲ得ヘケレハナリ第三ニ實體的反訴ハ執行判決ヲ求ムル手續ニ於テハ許サレサルモノトス何トナレハ内國ニ於ケル執行上ノ訴訟的請求ト支拂ヲ目的トスル請求ト相殺スルコトヲ得サレハナリ第四ニ執行判決言渡以後ニ於テハ民事訴訟法第五百十八條第二項及ヒ第五百十九條ノ場合ニ付キ民事訴訟法第五百四十六條ニ於テ規定シタル訴ハ外國裁判所ニ非スシテ却テ執行判決ヲ爲シタル裁判所ニ之ヲ提起ス又執行判決言渡以前ニ於テハ外國裁判所ノ判決ニ表示シタル債權者ノ承繼人ヨリ又ハ債務者ノ承繼人ニ對シ執行判決ヲ求ムル訴ヲ提起スルコトヲ得シシテ此場合ニ於テハ承繼人ノ成就ニ關シテモ辯論ヲ爲シ裁判所ハ其結果ニ依リ執行判決ヲ與ヘ又ハ之ヲ拒ム判決ノ執行カ條件ニ繫ル場合ニ於テ亦然リ(第五百九條第五百八十八條第二項何トナレハ此等ノ事項

ハ内國ニ於ケル強制執行ノ許否ニ關スルモノナレハナリストロシクマン氏及ヒダウブ氏等ハ執行判決言渡以後ニ成立シタル請求ニ對スル異議ハ一般ノ原則ニ從ヒ(第五四五五條獨逸民事訴訟法第六八六條外國ノ受訴裁判所ノ管轄ニ屬シ内國裁判所ノ調查スル所ニ非ス執行判決以後ニ生シタル承諾ノ調査ニ關シテ亦然リ(第五百九條第五百二一條第五百六條獨逸民事訴訟法第六六五條、第六七條第六八七條)下曰ヘリ然レトモ這ハ通説ニ非サルナリ

(b) 特定ノ要件 執行判決ヲ言渡スニハ左ノ前提要件ヲ具備スルコトヲ要ス  
 (1) 外國裁判所ノ終局判決タルコトヲ要ス 外國裁判所即チ外國ニ於テ民事的請求權ニ付キ非行政的即チ訴訟的裁判ヲ爲ス職務アル官府ノ裁判タルヲ要ス之ヲ約言スレハ民事的裁判ノ判決タルヲ要ス(第五百四條第五百五條外國裁判所ノ判決何トナレハ我民事訴訟法ノ強制執行ハ私法的請求權ノ満足ヲ得セシムルカ爲メニ存在ス隨テ民事訴訟法第五百十四條第一項ニ所謂強制執行モ之カ限界ヲ超越スルコトヲ得サレハナリ故ニ損害賠償ヲ目的トスル民事的請求ニ關スル刑事的裁判所ノ判決私訴判決ノ類ハ内國ニ於テ執行判決ニ因リ強制

執行ヲ爲スノ材料ト爲ラス何トナレハ此判決ハ損害賠償ノ爲メニスルモノナレトモ民事訴訟法ヲ適用セナル刑事的裁判所ノ判決ニ外ナラサレハナリ外國ニ於ケル行政裁判所ノ裁判若クハ行政官廳ノ處分ニ對シテモ亦然リ然レトモ外國ニ裁判所ノ裁判タル以上ハ其裁判ノ材料カ内國ノ法律ニ從ヘハ司法ニ屬セシシテ却テ行政ニ屬スルカ如キハ敢テ問フ處ニ非サルナリ何トナレハ國際私法ニ所謂法廷地法ノ適用トシテ(獨立國ハ其國內ニ他國ノ主權ノ行ハルヲ認メサルカ故ニ國家ノ權力ノ作用タル司法權ヲ行使スル機關タル裁判所ハ自國法ニ認メタル權限及ヒ手續ニ於テ裁判スヘキモノナルヲ以テ他國ノ法理ニ於テ認メラレタル權限及ヒ手續ニ於テ裁判スルコトヲ得ス是ヲ以テ訴訟ハ専ラ法廷地法ニ支配セラルヘキ國際私法上ノ原則ヲ生ス外國裁判所ノ判決ニ於テ認メラレタル請求カ更ニ訴訟ノ目的ト爲リ又審理セラルルト云フハ解スヘカラサルヲ以テナリ外國裁判所ノ終局判決タルヲ要ス民事訴訟法第五百四十九條及ヒ第五百五十二條ニ於テハ單ニ判決トアルモブランク氏ノ言ノ如ク民事訴訟法第四百九十七條ト相對照シ終局判決ヲ指示スルコト言フ候タス而シテ終局判決即チ當事

者双方ヲ審問スヘキ訴訟手續ニ因リ訴訟事件ニ確定的ニ終局シタル裁判所ノ裁判之ヲ換言セハブランク氏ノ所謂確定事實ニ法律ヲ適用シテ生シタル係争民事訴訟的請求(ブランク氏ハ訴訟費用負擔ニ付テノ請求ヲ包含スト曰ヒガウブランク氏等ハ訴訟費用ニ關スル裁判ハ事件ノ裁判ナルモ民事訴訟法第五百四十九條及ヒ第五百五十條ニ所謂判決ニ非スト曰ヒニ似タリニ付テノ裁判ノ保有スル請求タル以上ハ判決ノ名目ノ如何訴訟手續ノ如何(公開審理不公開以理口頭審理書面審理正則手續變則手續等)ヲ問ハス執行判決ヲ求ムルノ一要件ト爲ル是ヲ以テ判決及ヒ闕席判決ハ勿論執行命令ト雖モ民事訴訟法第三百九十四條ニ規定シタル效力ヲ有スルニ至リタルトキハ執行判決ヲ言渡スノ妨ケト爲ラス又我帝國內ニ於テ執行ヲ爲スニ適當ナル以上ハ請求ノ形式及ヒ其内容ノ如何ヲ問ハス執行判決ヲ言渡スノ妨ケト爲ラス故ニ形式ニ於テノ判決ヲ爲シタル者ノ書面ヲ要シ内容ニ於テハ敗訴者ニ對シ執行ニ依リ達スルコトヲ得ヘキ給付ヲ求ムルモノタルヲ要スルノミ隨テ確認判決訴却下ノ判決ハ執行判決ヲ言渡スノ材料ト爲ルヲ得ス其他訴訟事件ヲ確定的ニ終局スル判決タル

ヲ要スルヲ以テ外國裁判所ノ特別終局判決民事訴訟法第四二六條第三項第九一條第三項ノ如キ)中間判決執行判決「ブランク氏ハ訴訟の請求ノミニ闘スル終局判決ハ執行判決ヲ言渡スノ材料ト爲ラスト主張シ外國裁判所ノ執行判決ヲ以テ其一例ト爲セリ假差押假處分判決等ノ如キ判決ニハ執行判決ヲ與フルコトヲ得ス何トナレハ特別終局判決ノ如キハ假ニ執行力ヲ享有スルニ過キナルヲ以テ民事訴訟法第五百十五條第一ノ要件ヲ缺キ其他ノ判決ハ事件ニ付テノ判決ニ非サルヲ以テナリ

(2) 形式上確定ノ證明アルコトヲ要ス。外國裁判所ノ判決ハ形式上確定セサルヘカラス第五一五條第二項第一號獨逸舊民事訴訟法第六六一條第一項外國裁判所ノ判決ハ外國ノ法律ニ從ヒ我民事訴訟法ニ於ケル形式的確定ノ意義ヲ有スル特質ヲ備ヘサルヘカラス我民事訴訟法ノ用語ニ基キテ之ヲ言ヘハ審判ノ終局妨ク且ツ一定不變期間ニ爲スヘキ通常不服申立方法即チ上訴若クハ故障ニ依リ攻撃スルコト能ハサル終局判決ナルコトヲ要ス(第四九八條何トナレハ外國裁判所ノ判決タルノ故ヲ以テ我民事訴訟法第四百九十七條ノ原則ヲ無視スル

ノ理ナケレハナリ此形式的確定ノ存否ハ判決ヲ爲シタル外國裁判所所属國ノ法律ニ從テ判断セサルヘカラス何トナレハ外國裁判所ノ判決ノ攻撃ニハ唯其外國ノ法規ノミカ適用セラレ得ヘキモノナレハナリ形式的確定ヲ必要ト爲スカ故ニ外國裁判所ノ單純ナル執行力アル判決獨逸ノ假執行宣言附判決佛國ニ於ケル確定前ノ判決ノ如キニハ執行判決ヲ與フルコトヲ得ス通常不服申立方法ニ非シテ已ニ終結シタル手續ヲ再施セシムル非常不服申立方法再審ノ如キノ可能ハ執行判決ヲ與フルノ妨ゲト爲ラス何トナレハ此非常不服申立方法カ有效ニ提起セラルニモ已ニ發生シタル形式的確定ヲ消滅セシムルモノニ非サレハナリ然レトモ非常不服申立方法ノ提起ハ判決ノ形式的確定ノ繼續ノ能否ニ疑惑ヲ惹起セヤ當然ナルヲ以テ自國ニ提起セシムル執行判決ヲ求ムル訴訟中止ノ原因ト爲ルハ蓋シ確定シタル外國裁判所ノ判決ノ消滅ハ執行判決ニ於ケル訴訟的請求權ヲ消滅セシムレハナリ同一ノ理由ニ依リ執行判決確定以後外國裁判所ニ於テ執行判決ノ原因タル判決ヲ非常不服申立方法ニ依リ廢棄シタルトキハ被告ハ民事訴訟法第五百四十五條ノ規定ニ則リ異議ノ訴ヲ提起ス

ルコトヲ得ヘシ外國裁判所ノ判決ノ形式的確定ハ執行判決ヲ求ムル訴訟ニ於ケル原告カ普通ノ原則ニ從テ證明セサルヘカラサルヤ言ヲ候タス  
(3) 強テ爲サシムルコトヲ得ヘキ行爲ニ付テノ判決ナルヲ要ス 我國法上強テ爲サシムルコトヲ得サル行爲則チ強制執行不能ノ行爲ニ付テノ外國裁判所ノ判決ニハ執行判決ヲ與フルコトヲ得ス(第五一五條第二項獨逸舊民事訴訟法第六六一條第二項何トナレハ彼我各國家的生存ノ條件ヲ異ニスルヲ以テ我國法上執行不能ノ行爲ヲ執行ゼシムルニ於ラハ我帝國ノ生存ヲ危シスルヲ以テナリ獨逸ノ大家ソゾハ氏ノ説明ヲ借りテ之ヲ言ヘハ外國ノ法律ハ自國裁判所ノ執行上ノ權限ヲ擴張スルコトヲ得サレハナリ「強テ爲サシムルコトヲ得ル行爲」法禁的行為ノミナリト限定スヘカラス何トナレハ法禁的行為ニ非サルモ強制執行ニ依リ強制スルコトヲ得サル行爲アルヲ以テナリ如何ナル行爲カ之ニ屬スルヤハ本邦ノ法律殊ニ民法ニ依リテ之ヲ定ム法禁的行為及ヒ不徳義ノ行爲ハ其最モ著シキモノナリ夫婦ト同居ヲ目的トスル訴ニ付テノ判決ノ如キ亦之ニ屬ス然レトモ實體的請求權若クハ外國裁判所ノ判決ニ於テ言渡サレタル給付カ内國ノ

法律ニ從ヘハ訴ヲ許ササルカ若クハ法禁的行為賭博富錫ノ類ニ屬スルノ事實ハ執行判決ヲ拒絶スルノ理由ト爲ラス何トナレハ前述ノ如ク内國裁判所ハ外國裁判所判決ノ當否ヲ調査スルノ職權ナケレハナリ  
(4) 管轄權アル外國裁判所ノ終局判決タルコトヲ要ス 外國裁判所ノ管轄ノ有無ハ「本邦ノ法律ニ從ヒ乏シ定ム(第五一五條第三項獨逸舊民事訴訟法第六六一條第三項何トナレハ執行判決ヲ求ムル訴訟ニ付テハ外國裁判所ノ裁判ノ當否ヲ調査セザルカ故ニ我帝國ノ裁判官ハ其外國ノ法律ニ從ヒ管轄權ノ有無ヲ判断スルコトヲ得セレハナリ判決ヲ爲シタル外國裁判所ハ我國法ニ從テ土地ノ管轄權ヲ有セサルヘカラス何トナレハ我國ニ於テハ唯外國ノ司法權ノ行使ニ因リ自國ノ裁判權ノ侵害ヲ來スコトナキヤ否ヤヲ判断スルコトヲ得ルノミナレハナリ事物ノ管轄權ヲ有セサルモ執行判決ヲ拒ムノ理由ト爲ラス何トナレハ事物ノ管轄權ハ我國法ニ從ヒ外國ノ受訴裁判所ニ缺クノ所アルモ必ス其外國ニ存在スレハナリ故ニ民事訴訟法第五百十五條第二項第三號ニ所謂管轄權トハ土地ノ管轄權ヲ指示スルモノト知ルハシ民事訴訟法第五百十五條第二項第三

號ニ所謂外國裁判所ナル用語ハ曖昧ナルヲ以テ獨逸ニ於ケルト同シク我國ニ於テ亦學者間ノ論争ノ種子ナリト認ム外國裁判所トハ判決ヲ爲シタル外國裁判所ヲ指示スルカ或ハ總ラノ外國裁判所ヲ指示スルカ之ヲ換言セハ自國裁判所ハ外國裁判所ノ管轄ヲ現實的ニ調査スヘキカ或ハ抽象的ニ調査スヘキカノ問題ナリ「ワーフ・エルマン」「ゾキフ・ヘルド」「フッチング氏等ハ外國裁判所ヲ總外國裁判所ト解釋シ抽象的調査ヲ必要ト爲スニ似タリ而シテ其論據ハ執行判決ヲ求ムル訴訟ニ於テハ自國ノ裁判所ハ自國ノ法律ニ從ヒ判決ヲ爲シタル外國裁判所所屬國ノ總ラノ裁判所カ管轄權ヲ有セス隨テ其國家カ裁判權ヲ有セサル場合ニ於テノミ本題ノ要件ヲ缺クモノトシテ執行判決ノ言渡ヲ拒ムコトヲ得外國判決裁判所ノ管轄ノ有無ハ問フ所ニ非サルナリ何トナレハ法文上特定ノ一外國裁判所カ土地ノ管轄權ヲ有スルヤ否ヤヲ調査スヘキ旨ヲ要件トセサルノミナラス外國裁判所カ管轄權ヲ有セサルモ外國ノ他ノ裁判所ニ於テ管轄權ヲ有スルニ於テハ結局自國ノ裁判權ヲ害スルコトナキヲ以テナリ「ブランク」「ガウブ」「ウキルモスキー」「ストロシクマン」「エンデマン」「ペーテルゼン氏等ハ

「外國裁判所ヲ判決ヲ爲シタル裁判所ト解釋シ現實的調査ノミヲ以テ足レリト爲スニ似タリ其論據ハ自國裁判所ハ判決ヲ爲シタル外國裁判所カ管轄權ヲ有セサルトキハ本題ノ要件ヲ缺クモノトシテ執行判決ヲ拒絶セサルヘカラス其理由ノ(一)ハ外國裁判所ノ判決ニ共助即チ執行判決カ要求セラレタルモノナルヲ以テ判決ヲ爲サアル他ノ外國裁判所カ管轄權ヲ有スルコトハ敢テ問フノ必要ナシ(二)文理解釋上裁判所ハ判決ヲ爲ササリシ他ノ外國裁判所ヲ含有スルモノト云フコト能ハス(三)總裁判所ノ管轄權即チ國家ノ管轄權ナル觀念ハ民事訴訟法ニ於テ認メサルモノナルノミナラス土地ノ管轄權ハ元來現實的裁判所ニ關係ヲ有スルノミニシテ外國カ管轄權ヲ有スルヤ否ヤノ調査ハ民事訴訟法ノ原則ニ反スル所ナリ殊ニ民事訴訟法第五百十五條第二項第三號ニ所謂裁判所ナル用語ハ實際上判決ヲ爲サアルモ若シ之ヲ爲シタルニ於テハ管轄權ヲ有スト云ヘルカ如ギ裁判所ヲ指示スルモノニ非ス(四)管轄權ノ要件ニ關スル裁判官ノ調査ハ判決ヲ爲シタル裁判所ニノミ制限セラレザルヘカラス他ノ裁判所ノ管轄權ノ有無ハ之ヲ調査スルヲ得ス何トナレハ其裁判所ノ行爲ハ當事者ヨリ要求セ

ラレサルヲ以テ之ヲ調査スルハ民事訴訟法ノ原則ニ反スルヲ以テナリ又自國ノ法律ニ從ヘハ判決ヲ爲シタル外國裁判所例ヘハ伯林裁判所カ管轄權ヲ有セシテ却テ他ノ裁判所例ヘハ「ライブナヒ」裁判所カ管轄權ヲ有スヘキモノナルニモ拘ラス尙ホ伯林裁判所ノ判決ニ執行判決ヲ與フルハ理論ニ反ス其他ガウブ民ハ後說ノ民事訴訟法理由書及ヒ議會ノ委員會討議錄ニ徵シ正當ナル旨ヲ主張シ「ワッハ」氏ハ法律ヘ委員會ニ於ケル趣旨ヲ明カニ認メサル旨ヲ主張シ前說ノ正當ナルコトヲ斷言シタリ此兩說ノ何レヲ正當ト認ムヘキヤノ問題ハ諸君ノ研究ニ委ス余輩ハ我民事訴訟法ノ解釋トシテ後說ヲ正當ト信ス外國裁判所ノ管轄權ノ有無ハ本邦ノ法律ニ從ヒ管轄權ヲ有スルヤ否ヤニ依リ定ムルモノトス故ニ我民事訴訟法第二十九條以下ニ規定シタル合意管轄亦民事訴訟法第三十一條ノ規定ニ觸レサル以上ハ雖令外國裁判所カ其所屬國法ニ從ヘハ毫モ管轄權ヲ有セサル場合ト雖モ其外國裁判所カ管轄權ヲ有スルノ原因ト爲ル然レトモ被告カ外國裁判所ニ於ケル辯論期日ニ出頭セサルノ一事ハ默示的合意管轄アリタルモノト認ムルニ足ラス寧ロ外國裁判所ノ爲シタル關

注 意

明治三十三年七月一日印刷

明治三十三年七月五日發行

一 校外生ヨリ本校編輯部又ハ會計課宛ニテ發

送スル書信ニハ必ス何年度第何部校外生タ

ルコトヲ明記スヘシ

一 講義錄ニ關スル質疑ノ疑點ハ何年度第何部

第何號何科頁ニ在ルコトヲ明示スヘシ

右質疑ハ一問題毎ニ別紙ニ認ムヘシ

尙返信用郵便切手ハ一問題毎ニ一晉信ニ要

スル切手ヲ添附スヘシ

明治廿二年十二月九日內務省許可

東京市四谷區四谷仲町三丁目六番地  
編輯者

東京市芝區西ノ久保明舟町十一番地

小田幹治郎

東京市芝區西ノ久保明舟町十一番地  
印刷者

金子鑑五郎

東京市芝區富士見町六丁目十六番地  
印 刷 所

金子活版所

發行所 司法省 和佛法律學校

(電話番町百七十四番)