

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, 彦六 / 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



和佛法律學校

講義錄

第 壹 部

第 拾 壹 號

民法總則 自第四章 至〇四三	民法債權 自二章 至五章三節 自四九 至六四九	民法 相 續 自九七 至一二七	民事訴訟法 第二編 自三一 至三二七	民事訴訟法 自五三 至五三編 自二五 至四八	民事訴訟法 自八六 至八六編 自三一 至四六
法學士塚田達二郎	法學士兩角彦六	法學士若槻禮次郎	法學士遠藤忠次	法學士岩田一郎	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ラル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ラルモノハ法律行為ノ意思ニシテ條件成就セ
ザ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為ノ
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カ成就シタル時
ハ表示ノ當時ニ於テ意思アリト謂フヘ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
條件附法律行為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為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為ニ附加スル主義
ヲ採用スルヲ以テ條件附法律行為ナルモノハ意思表示ノ當時ニ於テ存在シ唯

其行為ノ目的タル法律上ノ效果即チ權利義務ノ發生又ハ消滅ヲシテ不確定ノ狀態ニ在ラシムルモノト謂フヘシ
 條件ハ不確定ノ事實ヲ要件ト爲スモノナルカ故ニ未來ノ事實ト雖モ成就スル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ト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為ノ當時ニ於テ其事實カ客觀的ニ確定セルトキハ法律行為ノ效力ハ直チニ發生スルモノナレハナリ即チ停止條

件ナルトキハ法律行為ハ無條件ト爲リ解除條件ナルトキハ法律行為ハ無効ト爲ルナリ例ヘハ奈破翁(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為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三百三十一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三百二十八條及ヒ第三百二十九條ノ規定ヲ適用スト云ハス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

第二項 條件ノ種別

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為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ヘハ何年何月マテニ代價ヲ辨濟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為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為ノ發生セサルコトヲ以テ條件ト爲スモノナリ例ヘ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ザ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ヘハ餓饑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繋ルモノノ例ヘハ汝カ欲スルナラハト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ヘ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ヒ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効トセリ(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ザ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ヘ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

方モ亦義務ヲ履行ニ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(第五四一條參照)

第六 不能條件 不能條件トハ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の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ヲ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の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サルコトヲ以テ條件ト爲スモノニシテ例ヘハ賭博ヲ爲テハ竊盜ヲ爲サハ終身結婚セサレハ或狼狽ノ行為ヲ爲サハ又ハ證人トシテ裁判所ヨリ召喚セララルモ答辯セサレハト云フカ如キ是

ナリ

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得サルヲ以テ若シ強テ之ヲ附加セ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サ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フ

ハシ然ルニ民法第三百三十二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ト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繫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サ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サ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之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ハ甲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サルコト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埃タス

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ト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ル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ハ予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トシテ附加シタルモノハ既ニ行為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單純無條件ニシテ直チニ行為ノ效力ヲ生スルコトハ論ヲ埃タス之

ニ反シテ解除條件ナルトキハ行為ノ當時ニ於テ既ニ解除スヘキ事由ノ到達セ
 ルヲ以テ其法律行為ノ存在ヲ認メテ之ヲ保護スヘキ理由ナキナリ
 第四條件ノ不成就カ行為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為ハ無効ナリ又解除條件ナリシトキハ無條件タリ法律行
 爲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為ハ條件
 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為ハ無効ナリ此事ニ就テ
 ハ前説ニ於テ既ニ述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為ハ無効ト爲ササルカ蓋シ解除條件附法律行為
 ハ其行為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
 效力ヲ失ハシムル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
 雖モ爲メニ法律行為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
 爲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

停止條件附法律行為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
 務ハ未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セタル如ク法律行為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普通ニ之ヲ條
 件附權利義務ト謂フ或ハ條件附法律行為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讓渡買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テ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産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効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セムルカ爲メ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(第一二九條不動産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享有スヘキ利益ヲ害スルコトヲ得ス條件成就ノ結果トシテ相手方ノ受タヘキ利益トハ例ヘ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セル物ノ引渡ヲ受タヘキカ如キ又

ラハ隠レタル瑕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瑕疵ヲ知ラザリシ場合ノミニ限ル然レトモ賣主カ其瑕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瑕疵アルコトヲ知ラザ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瑕疵アル物ニ對シ瑕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瑕疵ヲ知リタルト否トニ拘ラス常ニ其責ニ任セサル可カラス

瑕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キモノト爲セリ故ニ買主ニ於テハ其隠レタル瑕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其瑕疵ノ爲メ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モ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內ニ之ヲ行使ス

ルコトヲ要ス

瑕疵擔保ハ總テ任意買賣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ラレハ其債務者ヲシテ隠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屬ス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買賣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鵠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ザル可カラス即チ追奪擔保ト云ヒ瑕疵擔保ト云ヒ均シク買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縱令債務者ノ干與セサル所ナリト雖モ既ニ任意買賣ニ於テハ買主ノ知ルト知ラサルトヲ問ハス瑕疵擔保ノ責任ヲ負ハ

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テ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フ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トスルトキハ強制競賣ハ徒ニ手數ノ煩雜ヲ加ヘ爲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の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實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了スルニ臨ミ尙ホ附則トシテ説明ス可キ法則ニアリ

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サルトキハ買主
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サルトキハ賣主モ亦
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權ノ原因ヲ異ニスルヲ以テ若シ
此法律ノ規定ナカリモハ雙方互ニ其請求ヲ拒ムコトヲ得スシテ孰レカ先ニ履
行シタル一方ノ者ハ後日測ラレタ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私益上ノ
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セ
サル旨ノ特約アルトキト雖モ追奪又ハ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ルコトヲ得ス是レ一ノ詐欺行爲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ら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ら擔保
ノ責任アル者ハ自ら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

第二項 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ハ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絕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ヲ受ク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ヲ論フ埃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絕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對ノ特約ヲ妨タ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センカ爲メ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ノ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るルコトナシ何トナレハ法律上ノ推定ハ法律ノ明文ヲ埃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權者タル賣主ノ現在ノ住所ニ於テ支拂フ可キモノトス然レトモ目的物ノ引渡ト同時ニ代金ヲ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ト代金ノ支拂ヲ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ス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來シタル時ヨリ買主ハ遲滞ノ責ニ任セ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モ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來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ン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買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縱令其所有權ノ移轉ヲ延期セル場合ト雖モ買主ハ契約上ノ債權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ザル可カラズ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隨ス可キヲ以テ隨テ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ザリシナリ若シ純然タル理論ヲ貫徹シ行ンカ賣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ザル可カラズ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ズ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ル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ザ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來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爲ニ出テ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或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ザラシメンカ爲メニ外ナラス而シテ支拂

拒絕ノ理由此ノ如キヲ以テ其結果トシテ(第一)買主ヨリ買主カ後日被ルコト
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親易キノ理ニシ
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險ヲ豫防ス可キ義務
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絕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
拂拒絕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認見タルヲ免

レヌ

(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
不動産上ニ先取特權、抵當權又ハ質權ノ登記セラレタルモノアルカ爲メニ之ヲ
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産ニ付キ其不動産ノ
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スル金額ヲ
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産ニ付キ所有權、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スシテ唯其擔保物ノ代價
ノ上ニ於テ優先シテ辨濟ヲ受クルノ權利ヲ有スル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
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テ
第三取得者ハ滌除ニ依リテ其取得シタル不動産ノ負擔ヲ除クコトヲ得ルカ故

ニ不動産ノ取引モ其濫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濫除權ヲ行ヒ債權者ニ辨濟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濫除ノ爲メニ支拂拒絶權ヲ與フル所以ナリ然リト雖モ濫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權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濫除權ノ行使ニ藉リテ長ク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滞ナク濫除ヲ爲スコ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濫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絶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サ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 買戻ノ性質

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リ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ハ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ニ賣主ノ任意ニ屬スルカ故ニ賣主ニ於テ買戻權能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

爲ハ總テ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買賣ハ未タ曾テナカリシ以前ノ位地ニ復スルモノトス
右ノ如ク賣主カ買戻權ヲ行使スルトキハ其效力既往ニ遡ルヲ以テ隨テ第三者ニ利害關係ヲ及ボスコト甚ク大ニシテ且ツ買戻特約アルカ爲メ所有權ノ所在ヲ不確定ノ状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戻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戻サルルヤ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産ハ所有權ノ不確定ナラモノナレハ何人モ讓受ク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ク忌ム可キ所ニシテ法律カ買戻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戻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産ノ實際ノ價額ヨリ一層高價ナル代金ノ下ニ買戻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

場合ニ限リ相當ノ規定ヲ設ケレハ可ナリ必スシモ一般ニ總テ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ビ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權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屬ヲ代表シテ其權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尊屬カ代表ニ依リ相續ヲ爲セ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ルニ過キス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ス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ニ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尊屬ナルコトヲ要ス故ニ被相續人ノ直系尊屬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屬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ス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思ニ重キヲ置クハ無論ナレトモ必ス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ザリシヲ以テ其結果トシテ其直系卑屬ヲシテ其順位ニ於テ相續ヲ爲サシムルコトヲ得サルナリ

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ノ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ス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ス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

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りテ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說明シテ曰ク相續權ヲ失ヒタル者ハ自己ニ相續權ヲ有セザ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ザ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ル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外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兇惡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外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ザ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外セラレタル者ノ直系卑屬ハ除外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懐胎セラレ居ラサルヘカラスハ勿論法律上ノ資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ス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ス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ヤ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又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キ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ス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為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シ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隱居ニ因ル家督相續ノ場合ナルコトヲ要ス、死亡又ハ隱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メ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婦姻ヲ爲シタルトキハ其入夫ヲ戸主トスル爲メ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隱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續開始ノ場合ニ在リテ一家ノ存立ノ爲メ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レ第九百七十九條第三項カ限定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續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單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ザル者ハ之

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テ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リ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(第七百六十二條第二項)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リ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効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ト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其效力ヲ生セサルハ勿論ナリ

乙 家督相續人指定ノ效力

(1) 效力ノ範圍 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ニ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縱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カ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ト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種ノ單獨行爲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タモ之ヲ指定スルコトヲ得故ニ成人ノ家督相續人ニ爲ルコトヲ好マサル者カ其人ノ爲メニ家督相續人ニ指定セラレタルトキハ相續ノ開始ヲ待チテ之ヲ拋棄スルニ非サレハ自己ノ好マサルニモ拘ラズ其家督相續ヲ爲ササルヘカラサルモノナリ但シ隱居ハ其家督相續人カ單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隱居ニ因ル家督相續ノ場合ニ於テハ相續ヲ欲セサル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リテ其者ヲシテ彼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ク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フ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ノ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相續 家督相續 家督相續人

法ハ指定ノ取消ニ關スル規定ヲ設ケス蓋シ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ルヘカラスシテ生前行爲ヲ以テ爲スコトヲ許サザ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シ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コリ家督相續人ト爲リシコトナカリシト同一ノ狀態ニ至ルモノトス

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ク異ナル所アリ生前行爲ヲ以テスル場合ニ於テハ指定

期日ヲ定ムル爲メ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二三三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テ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一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力ヲ生セサルハ疑ナカルヘシ例ヘバ民法第五百十條ニ規定スル支拂命令ノ如キモ其時效中斷ノ效力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權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五百十一條ニ規定スル和解ノ爲メニスル呼出モ其申請ヲ爲シタル時ニ時效中斷ノ效力

生スルモノニアラスシテ其相手方ニ達シタル時ニ於テ始メテ其效力ヲ生スルナリ其他時効中斷ノ效力ヲ生スル行爲ハ何レモ時効ノ利益ヲ受クヘキ者ヲヤ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効中斷ノ效力ヲ生スルモノト爲スヘカラス

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「債務ノ履行ニ付キ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ス

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ラルニ至リシ狀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 權利拘束ノ抗辯ヲ生セシムルコト 權利拘束ノ抗辯ハ第二百六條ニ規定スル所ノ抗辯ノ一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

第九十五條第一號ノ注文ニハ「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」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ヤ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問フノ必要ナク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一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二百一十一條ノ規定ニ依リ原告若クハ被告カ訴訟ノ進行中ニ爭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テ其權利拘束中被告カ同一ノ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爭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二百一十一條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 權利拘束カ一旦發生シタルトキハ

縦令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ヘ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ヘ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權利義務ヲ生シ被告ハ管轄違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ク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ク不都合ナル結果ヲ生ス例ヘハ訴ノ提起即チ

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違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ス訴狀ノ送達アリテ始メテ發生スルモノナル以上ハ甚タ不穩當ノ感アルニ拘ラス積極ノ論決ヲ取ラサルヲ得ヌ又例ヘ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ク被告ハ管轄違ノ抗辯ヲ爲シ得ルモノトセサルヲ得ヌ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違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權利拘束發生ノ時期トヲ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力確定不動ト爲ルハ權利拘束ノ效力ニ由ルモノトス若シ然ラストセハ權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レシムルコト 訴訟物ノ權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ヲシテ不當ニ防禦ノ困難ニ陥ラザラシ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サ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チ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

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寔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テ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買賣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權利關係成立ノ確定ノ訴ヲ起シタル後之ヲ同一權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權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ノ變更ニアラスシテ第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サザ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口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尙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ゲタル事實上ノ申述ヲ不十分ナリト思惟シテ

ルトキニ之ヲ補足詳述スルコトヲ謂フ故ニ縱令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ヘハ債務ノ辨濟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所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テ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テ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ザレハナリ

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ス

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要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爭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二百一十一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濟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減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り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ス請求ノ變更ヲ許サストモ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晝ヲ捕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場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ス又變更ニモアラス然レ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ハ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ケタル他人ニ對シ強制執行ヲ爲スコ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シノ訴ハ一旦取下ケ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モ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況ヤ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告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リト謂ハサルヲ得サルニ於テヤ

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

變更スルヲ得サ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權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告被告間ニ訴ノ原因ノ變更ノ有無ニ付キ争ヲ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ト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ヲ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常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述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ヲセトノ裁判ニ至リテハ

(三) 控訴取下ノ效力

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状態ニ復スルモノナリ隨テ控訴期間經過後ニ申立テ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ツ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途達ニアラサル以前ニ於テ申立タル控訴ハ之ヲ取下ケ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途達ヲ待テテ控訴申立ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ

控訴ノ取下ケ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サ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闕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 附帯控訴

附帯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ノ終局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ラ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帯控訴ト謂フ
 附帯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

帯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帯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帯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の事項ニ過キサレバ以テ控訴人ハ口頭辯論ニ記載セサル部分ニ付テモ不服ヲ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セ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) 附帶控訴提起ノ條件

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關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テ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拋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權ヲ喪失スルモノニシテ附帶控訴ヲ爲スノ權ヲ喪失スルモノニアラサルナリ

(二) 附帶控訴提起ノ方式

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ル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口頭辯論期日ニ關席セル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獨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關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合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サルヘキヤ否ヤニ關セス若シ主タル控訴カ不合法トシテ棄却セラレタルトキハ附帶控訴ハ其效力ヲ生シ若シ不合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合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シ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ラレタルトキ 控訴取下ハ控訴提起ノ初ニ過リ始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トス主タ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カ控訴ノ取下ヲ承諾セザ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ヘシ

(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ラレサ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ヤ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り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セ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又前ニ述ヘタル如ク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たる控訴申立ヲ取下ケ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拋棄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ザレハナリ獨立シタル附帶控訴ノ取下ニ關シテハ主たる控訴ノ取下ト同シク第三百九十九條ヲ適用セラルルモノトス

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の確定ヲ停止スルコトヲ謂フ第一審判決ハ控訴期間ノ滿了前ニハ形式の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の確定ハ不變期間ノ中斷ト共ニ遮斷セラレ(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サ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の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テ執行ヲ停止ス總テ判決ハ形式の確定力ヲ生セサルトキハ實質的の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の確定力ノ發生ヲ停止セラル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の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)隨テ控訴申立ニ因リ第一審判決ノ形式の確定力ノ發生ヲ遮斷セラル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ハ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バ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請求ニ關スル争點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ズ又裁判ヲ受ケサル争點タリトモ是認シ若クハ非認シタル請求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(第四二一條故ニ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タ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(第四一一條而シテ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申不服ノ申立ナキ若クハ不利益ニ變更スルヲ得ヌ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サルモノトス(第四二五條)

次に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サルモノトス(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レトモ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(第四二一條)
 (イ) 不服ヲ申立テラレタル判決カ關席判決ナルトキ(第二六三條第一七七條)故障ヲ許ツ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テ
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サ
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ザリトキニ限ル第一審ニ於テ本案ニ付テノ
辯論アリタルキ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ス
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
 カ第一審判決ヲ正當ト爲シ即チ控訴ノ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
 ニ關セズ控訴裁判所カ被告ノ提出セ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

(ニ) 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セタルモノナルトキ 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セ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ツ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
 控訴ノ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ノ理由
 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擧ケザ
 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
 タ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
 キモノナリ控訴審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ト雖モ其辯論ニ付テ裁判ナキトキヲ意味セルモノナリ例
 ヘ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

以上述ヘ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ザ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當事者ノ利益ヲ害セザ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ヲ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、證據調ノ違背、裁判ニ理由ヲ付セザリシトキ又判決ニ事實ノ摘示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メタ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縱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部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

トス但シ財産權上ノ請求ノミニ制限セラル何トナレハ財産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同新民事訴訟法第七二二條第二項第八〇二條)

當事者ハ執行判決言渡以前ニ於テ適當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ツ立證シ又裁判所ハ外國裁判所判決ノ實體的眞實形式の當否ヲ調査セシメテ唯判決ノ形式の確定ノ有無ト本邦ニ於テ此判決ノ執行ヲ許スヘキ要件ノ存否トヲ調査シ適當手續ニ於テ執行判決ヲ言渡スモノタリ(第五一五條)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七二三條第一項佛國同國民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の主義即チ内外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爲ハ内國ニ於テ之ヲ有效視スル主義カ國際法家及ヒ獨逸民事

訴訟法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效視シ以テ其内容ノ當否ニ付キ再調査ヲ爲スコトヲ許サザリシ是ヲ以テ内國ノ裁判官ハ外國裁判所ノ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ヘカラス)然レトモ外國ニ於テ司法權行使ノ爲メニ設ケ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ザルノ要件ニ觸レ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ヘ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

我帝國内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)而シテ執行文ハ外國裁判所ノ判決ノ正本ニ付與スルニ非ス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ク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

ラス斯ル論結ハ獨リ該條ノ文言ニ基キ文理解釋上當然ナルノミナラス左ニ說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明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テ左ニ說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我民事訴訟法ハ人事訴訟事件ヲ除ク外職權ヲ以テ係爭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ツルコトヲ得ヘシ

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ニ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內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繫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內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ト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內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の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の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タ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內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シ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ル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レ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ス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力條件ニ繋ル場合ニ於テ亦然リ第五一九條第五一八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「ストロンクマン」氏及ヒ「ガウズ」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査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(第五一九條)第五二一條第五四六條獨逸民事訴訟法第六六五條第六六七條第六八七條ト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(第五一四條)第五一五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)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ザ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ス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ルヲ認メザ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專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五百十四條及ヒ第五百十五條ニ於テハ單ニ判決トアルモ「ブラント」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埃タス而シテ終局判決即チ當事

者雙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「ブラント」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の請求「ブラント」氏ハ訴訟費用負擔ニ付テノ請求ヲ包含スト曰ヒ「グアッハ」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五百十四條及ヒ第五百十五條ニ所謂判決ニ非スト曰フ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關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内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ハ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違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四九一條第三項ノ如キ中間判決執行判決^{（一）}ブランク^{（二）}民ハ訴訟ノ請求ノミニ關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サ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ザルヘカラス(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ヲ妨グ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屬國ノ法律ニ從テ判斷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ス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ケ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ス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ノ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の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フ族タス

(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ザ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の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セシムルニ於テハ我帝國ノ生存ヲ危ツスルヲ以テナリ獨逸ノ大家ソツハ民ノ説明ヲ借リ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ザレハナリ強テ爲サシムルコトヲ得ル行爲ハ法禁的行爲ノミナリト限定スヘカラス何トナレハ法禁的行爲ニ非サルモ強制執行ニ依リ強制スルコトヲ得ザ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爲及ヒ不徳義ノ行爲ハ其最モ著シキモノナリ夫婦同居ヲ目的トスル訴訟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

法律ニ從ヘハ訴テ許ササルカ若クハ法禁的行爲賭博富職ノ類ニ屬スルノ事實ハ執行判決ヲ拒絕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クハナリ

(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之ヲ定ム(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サ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斷スルコトヲ得ザ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斷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ジ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ハ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ヘ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テ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「ワット」「ヘルマン」「ゾキフ」「ヘルド」「フッテン」「ジ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證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テ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ザルノミナラス外國判決裁判所カ管轄權ヲ有セザ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「ブラント」「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」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證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ザルトキハ本題ノ要件ヲ缺クモノトシテ執行判決ヲ拒絕セザ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サ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ザ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語ハ實際上判決ヲ爲ササ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キ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「ライプチヒ」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氏ハ後說ノ民事訴訟法理由書及ヒ議會ノ委員會討議録ニ徴シ正當ナル旨ヲ主張シ「ワッ」氏ハ法律ハ委員會ニ於ケル趣旨ヲ明カニ認メザ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縱令外國裁判所カ其所属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の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闕

注意

- 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 講義録ニ關スル質疑ノ疑點ハ何年度第何部第何號何科何頁ニ在ルコトヲ明示スヘシ
- 一 右質疑ハ一問題毎ニ別紙ニ認ムヘシ
- 一 尚返信用郵便切手ハ一問題毎ニ一音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

明治三十三年七月一日印刷

明治三十三年七月五日發行

東京市四谷區四谷仲町三丁目六番地

編輯者

小田 幹 治 郎

東京市芝區四ノ久保町舟町十一番地

印刷者

金子 鐵 五 郎

東京市芝區四ノ久保町舟町十一番地

印刷所

金子 活 版 所

東京市麴町區富士見町六丁目十六番地

發行所 司法省 和佛法律學校

指定

(電話番町百七十四番)

