

和仏法律学校講義録

島田, 鐵吉 / 遠藤, 忠次 / 若槻, 禮次郎 / 塚田, 達二郎 /
岩田, 一郎 / 松岡, 義正 / 荒井, 賢太郎

(出版者 / Publisher)

和佛法律學校

(巻 / Volume)

1-13

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

53

(発行年 / Year)

1900-08-05

和佛法律學校

講義錄

第一部

第拾參號

民法總則	至自六四章	(自二四七)	法學士塚田達二郎
民法物權	至自六一章	(自一五七)	法學士荒井賢太郎
民法	相續	(自九三)	法學士若槻禮次郎
民事訴訟法	第二編	(自五三)	法學士遠藤忠次
民事訴訟法	第三編	(自四九)	法學士岩田一郎
民事訴訟法	至自八六編	(自一七四)	法學士松岡義正
戶籍	法	(自四三八)	法學士島田鐵吉

090
1900
1-1-B

物的ノモノナルヲ以テ擔保ヲ提供スルノ義務例ヘハ質權又ハ抵當權ヲ設定ス
ヘキ義務ヲ負擔シ之ヲ履行セザルトキハ第二ノ場合ト同一ニ期限ノ利益ヲ與
フル根據ヲ失フカ故ニ法律ハ此場合ニ於テモ債務者ヨリ期限ノ利益ヲ剝奪シ
タルモノナリ

第二章 期間

權利ノ得表又ハ義務ノ履行ヲシテ或期間ニ關係セシムル場合尠カラス例ヘハ
一定ノ期間内ニ或行為又ハ意思ヲ表示セザルトキハ其行為ヲ取消又ハ追認シ
タルモノト看做スヘキカ如キ第一一四條第一一九條一定ノ期間内ニ或義務ヲ
履行セザルトキハ或制裁ヲ受タルカ如キ第四五條第四六條第四八條第七四條
第八四條一定ノ期間或物ヲ占有スレハ時効ニ因リテ權利ヲ取得スルカ如キ(第
一二六條第一五八條第一八六條)一定ノ期間權利ヲ行使セザルトキハ權利消滅
ノ效果ヲ生スルカ如キ(第一六七條第一七三條)是ナリ隨テ法律ニ於テ期間ノ計
算法ヲ定メテ疑ハシキ場合ニ於ケル計算ヲ一定セシムル必要アリ

期間ノ計算法ニ二種アリテ第一ハ曆法の計算ニシテ曆ニ定メタル計算方法ニ依ルモノナリ即チ一日トハ午前零時ヨリ午後十二時マテ月トハ初日ヨリ末日マテ年ナレハ一月一日ヨリ十二月末日マテトシ閏年ナルト否トヲ問ハス而シテ此計算ハ日ヲ以テ單位トシテ時分秒ヲ算出セス第二ハ自然的計算法ニシテ或事實ノ發生シタル時ヨリ一日ハ二十四時一月ハ通常三十日一年ハ三百六十五日ト云フカ如ク計算スルモノナリ此二種ノ計算法中其一方ニ偏スルモノナク多クハ折衷主義ヲ探レリ

我民法ハ期間ヲ定ムル時ヲ以テタル場合ニハ瞬間ヨリ起算シテ定メタル時ニ滿チタル時ヲ以テ期間ノ滿了ト爲セリ又期間ヲ定ムルニ週月又ハ年ヲ以テシタトキハ曆ニ從ヒテ計算スヘキモノト爲セリ然レトモ此場合ニ於テハ週月又ハ年ノ始ヨリ期間ヲ起算セサルトキハ最後ノ週月又ハ年ニ於テ最初ノ起算ヲ爲シタル日ニ應當スル日ノ前日ノ滿了ヲ以テ期間ノ滿了ト爲セリ例ヘハ二週間ノ期間ニ於テ火曜日ヨリ起算シタルトキハ最後ノ週ノ月曜日ヲ以テ滿期日トセサルヘカラス月又ハ年ニ在リテモ同一ナリ然レトモ月ニハ二十八日、三十日

三十一日ヲ以テ終ルモノアルカ故ニ最後ノ月ニ於テ應當日ナキ場合ニハ其月ノ末日ヲ以テ滿期日ト爲ス例ヘハ一箇月ノ期間ニ於テ三月三十一日ヲ以テ起算點トスレハ四月ニハ三十一日ナキヲ以テ四月三十日ヲ滿期日ト爲スカ如キ是ナリ(第一四三條又期間ヲ定ムルニ日、週月又ハ年ヲ以テシタルトキハ其實事ノ發生シタル初日ハ算入セサルヲ以テ法トス是レ初日ハ多クハ端數ヲ生シテ計算ニ繁雜ヲ來スカ故ナリ然リト雖モ右ノ場合ニ於テ期間ノ初日カ端數ヲ生セスシテ午前零時ヨリ始マルモノナレハ初日ヲ算入シテ期間ノ末日ノ終ルヲ以テ滿期日ト爲ス若シ又期間ノ末日カ大祭日、日曜日、其他地方一般ノ休日ニシテ而モ其日ニハ取引ヲ爲ササル慣例アル場合例ヘハ銀行取引ノ如キ場合ニ其翌日ヲ以テ滿期日ト爲ス是レ取引ヲ爲ササル日ヲ滿期日トシ權利ノ得喪又ハ義務ノ履行ノ不行ヲ定ムヘキ分界點ト爲スヘキ理由ナケレナリ

第三章 時 效

第一節 時效ノ性質

時效トハ法律ノ定メタル要件ト時ノ經過トニ因リテ權利ヲ取得シ又ハ消滅セシムル制度ヲ謂フ法定ノ期間中占有ヲ繼續シテ之ニ因リテ權利ヲ取得スル時効ハ之ヲ取得期間ト稱シ法定ノ期間中權利ヲ行使セザルニ因リテ之ヲ喪失セシムル時効ハ消滅時効ト稱ス我舊民法ハ時効ヲ以テ法律上ノ推定ノ一ト爲シ證據中ニ規定セリ其理由トスル所ハ時効ハ他ノ權利ノ取得喪失ノ場合トハ大ニ其趣ヲ異ニスルモノニシテ法律上當然ニ其效力ヲ生セスシテ當事者ノ援用スルコトヲ待ツテ始メテ其效力ヲ生シ裁判官ハ自ラ進ミテ職權ヲ以テ之ヲ調査シ判定ヲ下スコトヲ得ス隨テ既ニ消滅時効ニ罹リタル債權ニ對シテ辨濟ヲ爲シタルモ其辨濟ハ有效ナルノミナラス債務ナキヲ理由トシテ辨濟ノ無効ヲ主張スルコトヲ得サルナリ又債務者ニ於テ其債務アルコトヲ認諾セハ債務ハ消滅セスト云フ點ヨリ觀ルモ明カニ反對ノ證據ヲ許ス法律上ノ推定ナリト云フニ歸スルナリ

然レトモ此等ノ理由アルカ爲メニ時効ヲ以テ法律上ノ推定トスルハ誤謬ナルノミナラス時効ノ性質ニ關スル觀念ヲ誤リタルモノト謂ハサルヘカラス蓋シ

時効ヲ設クル立法上ノ理由ハ第一ニ或權利ヲ永ク不確定ノ狀態ニ繼續セシムルコトハ國家經濟上有害ナルト第二ニ永ク時日ヲ過キ去リタルトハ多クノ場合ニハ證據漸次湮滅シテ權利關係ノ實際ヲ知ルコト難ク徒ニ紛爭ヲ招クノ恐アルコト第三ニ若シ時効ノ制度ナキモノトスレハ各人ハ永久ニ證據ヲ保存セサルヘカラスアルコトト爲リ始ト實際ニ行フコト能ハサルト第四ニ久シク其權利ヲ行使セス之カ保存行爲ヲモ爲ササル者ニ對シ之ヲ保護スル必要ナキノ理由ニ據リテ時効ヲ設クタルモノニシテ各人ノ私法上ノ權利ヲ保護スルト同時に併セテ公益ヲ維持セシカ爲メナリ隨テ純然タル公益ニ基ク刑事ニ關スル時効トハ其性質ヲ異ニス刑事ノ時効ハ當事者之ヲ拋棄スルコトヲ得ス縱令犯人ニ於テ其時効ヲ援用セサルモ裁判官ハ職權ヲ以テ之ヲ審查セサルヘカラス之ニ反シテ私法上ノ法律關係ハ公益ヲ害セサル限ハ當事ノ意思ニ從フヘキモノナルカ故ニ當事者ニ消滅時効ニ罹リタルニ拘ラス其義務ヲ盡サント欲シ若クハ取得時効ニ因リテ權利ヲ取得シタルニ拘ラス他人ノ所有物ナルコトヲ知リテ返還スル意思アリタルトキハ其意思ニ依ラシムヘキハ當然ナリ

時效ハ時ノ經過ニ因リテ權利ヲ取得シ又ハ義務ヲ消滅セシムル制度ナルコト前述ノ如シ故ニ時効ニ因リテ權利ヲ得又ハ義務ヲ免レタル者ハ時効ノ完成シタル時ヨリ其效力ヲ用スヘキハ當然ナレトモ元來時効ノ制度ヲ設ケタル理由ハ永久ニ繼續シテ存在セル事實ハ之ヲ認メ其狀態ニ於テ法律關係ヲ確定セシメ之ニ依リテ現狀ヲ維持セントスルニアルヲ以テ其實事ヲ生シタル既往ニ遡リテ其效力ヲ與ヘサレハ此制度ノ趣旨ヲ貫徹スルコトヲ得ス故ニ何レノ立法例ニ於テモ時効ノ效力ハ其起算ノ日ニ遡ルヘキモノト規定セリ即チ時効ニ因リテ權利ヲ取得シタル者ハ時効ノ進行ヲ始メタル時ヨリ其權利ヲ取得シタルモノト爲シ債務ヲ免レタル者ハ時効ノ進行ヲ始メタル時ニ遡リテ其債務ハ消滅シタルモノナリ(第一四四條)

茲ニ注意スヘキハ權利消滅ノ期間ト時効トヲ混同スヘカラサルコト是ナリ或權利ハ創設ノ時ニ於テ其消滅期間ヲ以テ限定セラレ一定ノ期間ノ終了ニ因リ消滅スルモノアリ然レトモ此權利ノ消滅ハ時効ニ因ル消滅ニアラスシテ權利自體ノ性質ヨリシテ時ノ經過ニ因リテ當然ニ消滅スルモノナリ故ニ中斷停止

等ニ因リ其消滅ノ期間ヲ伸長スルコトヲ得ス例ヘハ土地ノ工作物諸負人ノ有スル擔保義務カ五年又ハ十年ヲ經過シテ消滅スルカ如キ是ナリ(第六三八條參照)

第二節 時効ノ通則

第一款 時効ノ援用及ヒ時効ニ罹ルヘキ權利

時効ハ裁判所ノ職權ヲ以テ調査シ之ヲ理由トシテ裁判スルコトヲ得ス必ス當事者ノ援用スルヲ待テテ始メテ之ヲ適用セサルヘカラス是レ時効ヲ設ケタル理由ニ徴スルモ自ラ明カナリ而シテ時効ノ利益ハ時効ノ完成シタルカ爲メニ其利益ヲ受ル者ハ總テ之ヲ援用シテ其權利ヲ主張シ其義務ノ消滅ヲ對抗スルコトヲ得例ヘハ消滅時効ノ成就シタル債務ニ付キ主タル債務者ニ於テ之ヲ援用セサルトキハ從タル債務者ハ之ヲ援用シテ其履行ヲ免ルルコトヲ得又債權者ハ自己ノ債權ヲ保全スルカ爲メニ必要ナルトキハ債務者ヲ代理シテ時効ノ利益ヲ援用スルコトヲ得又連帶債務者中ノ一人ノ爲メニ完成シタル時効ハ他

ノ債務者ニ於テモ之ヲ援用スルコトヲ得ヘキカ如キ是ナリ(第四二二三條第四三九條參照)

時効ハ訴訟事件カ第一審又ハ第二審ニ繼續スル間ハ何時ニテモ之ヲ援用シテ權利ノ取得又ハ消滅ノ抗辯ト爲スコトヲ得ルモ上告審ニ於テハ之ヲ主張スルコトヲ許サス何トナレハ上告審ニ於テハ一定ノ事實ニ對シテ違法ノ裁判ヲ爲シ又ハ法律ヲ適用セス若クハ不當ニ法律ヲ適用シタル場合ニ限リテ審理スヘキモノニシテ新ニ時効ノ利益ヲ援用スルハ事實ニ關スル主張ニ屬スルカ故ナリ

如何ナル權利ハ時効ニ罹ルヘキカ舊民法ニ於テハ公有ノ財産不融通物又ハ譲渡スコトヲ得サル物ハ時効ニ罹ルコトヲ得スト規定セルモノ性質上私權ノ目的ト爲スコトヲ得サル物ハ法律ノ規定ヲ待タスシテ時効ニ因リテ之ヲ取得スルコトヲ得サルハ明白ニシテ苟モ私權ノ目的トスルコトヲ得ヘキ有體物ハ公有財産ナルト私有財産ナルトヲ問ハス時効ニ因リテ之ヲ取得スルコトヲ得サル理由ナキハ勿論ナリ故ニ現行民法ハ此等ノ區別ヲ設クスシテ財産權ハ總

生スルニ由リ第七百三條及ヒ第七百四條ノ不當利得ノ原則ニ從ヒテ其利得ヲ得タル者ハ其損失ヲ受ケタル者ニ對シテ償金ヲ支拂フノ義務アリ

此不當利得ノ原則ニ基ク償金ハ其利得ヲ受ケタル者ノ善意惡意ニ因リテ差異アリ善意ノ受益者ハ其利益ノ存スル限度ニ於テ損失ヲ補償スルノ責ニ任ス之ニ反シテ惡意ノ受益者ハ其受ケタル利益ニ利息ヲ附シテ之ヲ補償シタル上尙ホ損害アルトキハ其賠償ノ責ニ任スルモノトス例ヘハ不動産上ノ添附ニ於テ自己ノ所有ニ屬スルモノト信シテ他人ノ材料ヲ使用シテ家屋ヲ建築スルカ如キ又ハ材料所有者若クハ第三者カ之ヲ建築シ不動産所有者カ關知セサル場合ノ如キハ善意ノ受益者ナルカ故ニ其利益ノ存スル限度ニ於テ材料ノ所有者ニ償金ヲ支拂ヘハ可ナリト雖モ若シ不動産所有者ニシテ他人ノ所有ニ屬スルモノト知リツツ其材料ヲ使用シタル場合ノ如キハ惡意ノ受益者ナルニ由リ受ケタル利益ニ利息ヲ附シテ償還スルノミナラス尙ホ損害賠償ノ責ニ任セサルヘカラスト動産上ノ添附ニ關スル場合モ之ト異ナルコトナシ

不當利得ニ因ル償還ノ義務ハ故ナク他人ヲ損シテ自己ヲ利シタル場合ニ起ル

モノナルカ故ニ其利益ノ現存スルト否トニ關セス利益ヲ受ケタル事實ノ存シタルコトヲ必要トス若シ添附ノ結果何等ノ利益ヲ受ケタルコトナク却テ損失ヲ受ケタルノミナルトキハ如何例ヘハ他人ノ秘藏ノ金屏風ニ拙劣ナル畫工カ漫ニ畫キタルカ如キ之カ爲メ屏風ノ所有者ハ却テ損害ヲ受ケタルモノナリ此場合ハ別ニ規定ナシト雖モ不法行爲ノ原則ニ依リ畫工ニ向ヒ損害賠償ヲ要求シ得ルハ勿論ナリ又第三者ノ所爲ニ因リ添附ヲ生シ之カ爲メ物ノ所有權ヲ失ヒタル者アルトキハ受益者ニ對シテハ第七百三條ニ依リ受益者ノ利益ノ存スル限度ニ於テ償金ヲ要求スルノ外ナシト雖モ第三者ニ對シテハ損害賠償ヲ要求スルヲ得ルモノトス

第三節 共有

共有トハ二人以上ニテ所有權ヲ有スル狀態ヲ謂フモノニシテ換言スレハ所有權ノ主格カ二箇以上アル場合ヲ謂フモノナリ共有ヲ以テ一物ノ上ニ數箇ノ所有權ノ存スルモノト解スヘカラス一物ノ上ニ同時ニ二箇以上ノ性質ヲ同シシ

シ效力ヲ同シウスル權利ノ併存スルノ理ナシ共有ハ一物ノ上ニ數箇ノ所有權ノ存スルニ非スシテ一箇ノ所有權ニ付キ二箇以上ノ主格ノアル場合ヲ謂フモノナリ共有ハ遺産相續第一〇〇二條組合第六六八條其他共同ノ契約ニ因リテ生スルモノナリ

第一 共有者ノ權利

共有權モ亦所有權ニ外ナラス故ニ各共有者ノ有スル權利モ亦所有者ノ有スルモノト異ナルコトナク使用收益及ヒ處分ノ權ヲ有セリ但シ所有權ノ主格タル者カ數人アルヲ以テ權利ノ行使ニ當リテハ各自ノ利害ヲ調和セサルヘカラス共有者ノ權利義務ハ總テ此各自ノ利害ヲ調和スル點ヨリ規定セラレタルモノナリ今各共有者ノ權利ニ付キ細說セハ左ノ如シ

(一) 使用權 第二百四十九條ニ曰ク「各共有者ハ其有物ノ全部ニ付キ其持分ニ應シタル使用ヲ爲スコトヲ得」專屬所有權ノ場合ニ於テハ所有者ハ自由ニ其物ヲ使用スルコトヲ得ト雖モ共有權ノ場合ニ於テハ各共有者ハ自己ノ持分ニ應シテ使用ヲ爲スコトヲ得ルモノトス而シテ持分トハ各共有者カ共有物ニ對

シテ有スル權利ノ割合ヲ謂フ持分ハ特約若クハ他ノ事情ニ由リ其割合ヲ定メサルトキハ常ニ各共有者間ニ均一ナルモノト推定ス(第二五〇條各共有者ハ其持分ニ應ジ共有物全部ノ使用ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ蓋シ各共有者ハ其共有物ノ上ニ有スル所ノ所有權即チ使用、收益、處分ノ權利ハ其物ノ全體ニ涉リテ效力ヲ有スルモノナリ例ヘハ共有物中ノ或僅少ナル部分カ果實ヲ產スルトキニ於テモ各共有者ハ皆該果實ニ付テ權利ヲ有スルモノナリ又共有物ノ一小部分ヲ賣渡サントスルトキモ各共有者ノ同意ヲ求メサルヘカラス是レ物カ不分ノ狀態ニ於テ共有者ニ屬スルヲ以テナリ此ノ如シ各共有者ノ權利ハ共有物ノ全體ニ及フモノナリト雖モ其權利ノ分量ハ各自ノ持分ニ伴フモノトス要スルニ物ハ各共有者ニ對シテ不分ノ有様ヲ呈スレトモ各共有者ノ權利ハ其分量初メヨリ判然一定セリ此點ハ最モ注意ヲ要スヘキ所ナリ

右ノ理由ニ依ルトキハ各共有者ハ物ノ全部ヲ使用スルコトヲ得ト雖モ使用權ノ全部ヲ自己ニ專有スルコトヲ得ス使用權ハ其持分ヲ標準トシテ之ヲ有スルモノトス例ヘハ牛馬ノ如キ分割使用シ得サルモノハ其全部ヲ使用スルヲ得ル

ハ勿論ナレトモ使用ノ度數ヲ定メントスルトキハ必ス各自ノ持分ヲ標準トシテ之ヲ定ムヘキモノトス又共有ニ屬スル土地ヲ使用セントスルトキハ各共有者ハ其持分ニ應ジテ順番ニ之ヲ使用スルコトヲ得ヘク若シ又各共有者同時ニ使用セントスルトキハ勢ヒ其持分ヲ標準トシテ分割使用セサルヘカラスト雖モ是レ決シテ土地ヲ各自ニ分屬セシメタルニ非ス唯持分ニ應ジテ使用ノ割合ヲ定メタルニ過キス

(二) 收益權 共有物ヨリ生シタル果實ハ共有物ト同シタ各共有者ノ共有ニ屬セサルヘカラス舊民法ハ財產編第三十七條第三項ニ於テ天然又ハ法定ノ果實及ヒ產出物ハ各共有者ノ權利ノ限度ニ應シ定規ニ於テ之ヲ分割スト規定シ果實分割ノコトヲ特ニ掲ゲタリト雖モ新民法ハ果實ノ收取ニ付キ特別ノ規定ヲ設ケサルニ由リ原則トシテハ第二百五十六條ノ分割請求ヲ待チテ之ヲ分割スヘキモノナリ然レトモ果實ヲ其原物ト同シタ各共有者ノ共有ニ屬セシメ永シ不分ノ狀態ニ在ラシムルトキハ收益ノ實ヲ舉グルヲ得サルニ由リ實際ニ於テハ各共有者ハ其收取ノ時ニ於テ之ヲ各自ノ間ニ分割スヘキコト多キニ居

ラン而シテ之ヲ分割スルニ當リテハ各共有者ノ持分ニ比例スヘキハ當然ノコトナリ

(三) 處分權 共有物ハ不分ノ狀態ニ於テ各共有者ニ屬スルニ由リ各共有者ハ其物ノ一部分タリトモ獨斷ヲ以テ之ヲ處分スル能ハス處分權ハ各共有者ノ同意ヲ得ルニ非サレハ之ヲ行フコトヲ得ス第二百五十一條ニ「各共有者ハ他ノ共有者ノ同意アルニ非サレハ共有物ニ變更ヲ加フルコトヲ得ス」規定シタルハ此場合ヲ指シタルモノナリ故ニ共有物ニ變更ヲ加ヘ又ハ之ヲ消費スルカ如キハ處分ノ行爲ニ外ナラサルヲ以テ各共有者ハ獨斷ヲ以テ之ヲ爲スヲ得ス
共有物ノ處分ハ縱令一部タリトモ共有者ノ專斷ヲ許サス必ス共有者ノ協同一致ヲ要スト雖モ持分ハ各共有者隨意ニ之ヲ處分スルコトヲ得持分ノ讓渡シアリタルトキハ其讓受人ハ全ク讓渡人ノ權利義務ヲ承繼スルモノトシ持分ノ讓渡ハ共有者ノ隨意ニ爲スコトヲ得ル所ナリト雖モ他ノ共有者ニ對シテ讓渡ノ效力ヲ制限スルコトアリ組合員ノ一人カ其持分ヲ處分シタルトキ又ハ遺産相續人ノ一人カ其相續分ヲ第三者ニ讓渡シタルトキノ如シ(第六六七條第一項第

一〇〇九條參照)共有者カ其持分ヲ拋棄シタルトキハ其持分ハ他ノ共有者ニ歸屬スルモノトス第二百五十五條ニ「此場合ヲ規定セリ曰ク共有者ノ一人カ其持分ヲ拋棄シタルトキ又ハ相續人ナクシテ死亡シタルトキハ其持分ハ他ノ共有者ニ歸屬ス」ト無主ノ動産ハ先占ニ因リ占有者ニ歸シ無主ノ不動産ハ國庫ノ所有ニ歸スルコトハ第二百三十九條ノ規定スル所ナリ然ルニ共有物ノ場合ニ於テハ共有者ノ一人カ其持分ヲ拋棄シタルトスルモ其共有物ノ上ニハ他ノ共有者ノ權利カ尙ホ行ハレ居ルモノナルヲ以テ之ヲ純然タル無主物ト見ルコトヲ得ス故ニ法律ハ其拋棄シタル持分ハ共有物ニ對シテ利害ノ關係ヲ有スル他ノ共有者ノ間ニ分配セラルルモノト爲シタルナリ

(四) 管理權 第二百五十二條ニ「其有物ノ管理ニ關スル事項ハ前條ノ場合ヲ除ク外各共有者ノ持分ノ價格ニ從ヒ其過半数ヲ以テ之ヲ決ス但保存行爲ハ各共有者之ヲ爲スコトヲ得」規定シテ管理行爲ニ關スル共有者ノ權利ヲ定メタリ管理行爲ハ物ノ利用改良及ヒ維持保存ニ區別スルコトヲ得原則トシテハ共有物ニ變更ヲ來ササル限リハ各共有者ハ其持分ノ價格ニ從ヒ過半数ヲ以テ其管理

方ヲ決定スルモノトス若シ管理行為ノ爲メ共有物ニ變更ヲ加フルノ必要アルトキハ其目的ハ綜合管理ヲ爲スニ在リトスルモ實際ハ物ノ一部ヲ處分シタルト同一ノ結果ヲ生スヘキニ由リ此場合ニ於テハ第二百五十一條ノ規定ニ從ヒ各共有者ノ一致ヲ以テスルニ非サレハ能ハス例ヘハ建物ノ利用改良ヲ計ルカ爲メニ新ニ窓戸ヲ設ケ間取ヲ變更スルカ如キ又ハ或團體ノ資本金トシテ保管シタル現金ヲ公債證書ニ換ヘテ利殖ヲ計ルカ如キハ共有物ニ變更ヲ加フルモノナルニ由リ綜合管理ノ目的ニ出ツルモノナリト雖モ各共有者ノ一致ヲ要ス然レトモ物ノ利用改良ニシテ敢テ共有物ニ變更ヲ來ササル限りハ持分ノ價格ニ從ヒ過半數ヲ以テ之ヲ決スルコトヲ得ルモノトス

管理ニ關スル事項中保存行為ハ各共有者カ專斷ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得蓋シ各共有者ハ共有物ノ全般ニ涉リテ利害ノ關係ヲ有スルモノナルカ故ニ苟モ其有物ニ毀損敗滅ノ恐アルトキハ之カ維持保存ヲ計ラサルヘカラス各共有者ニ其物ノ維持保存ニ必要ナル行為ヲ爲スヲ許スハ各共有者ニ自衛ノ途ヲ與フルト同時ニ他ノ共有者ノ利益ヲモ保護スルモノニシテ之カ爲メ共有者全體ノ利

益ハ少シモ害セラルル所ナキヲ以テ保存行為ハ各自之ヲ爲スコトヲ得ルモノトセリ

(五) 分割請求權 共有物ノ分割ヲ請求スル權利ハ各共有者ノ有スル權利ノ一ナリ此分割ノ事ニ關シテハ後ニ詳説スヘシ

第二 共有者ノ義務

管理費用及ヒ其他ノ共有物ノ負擔ニ關スル義務ハ第二百五十三條第一項ニ規定セリ曰ク各共有者ハ其持分ニ應シ管理ノ費用ヲ拂ヒ其他共有物ノ負擔ニ任スト共有物ノ利用改良及ヒ維持保存ニ關スル費用ハ各共有者ノ負擔スヘキハ勿論ノコトニシテ其他共有物ニ賦課セラルヘキ租税ノ如キ負擔ニ至リテモ亦各共有者ノ負擔スヘキモノトス而シテ共有物ニ關スル權利ハ各共有者其持分ニ應シテ行使スルヲ得ルモノナルニ由リ其義務モ亦其持分ニ應シテ負擔スヘキハ當然ナリ

第二百五十三條第二項ニ共有者カ管理費用其他公課等ノ義務ヲ履行ヒサル場合ニ關シテ規定セリ曰ク共有者カ一年內ニ前項ノ義務ヲ履行セザルトキハ他

ノ共有者ハ相當ノ償金ヲ拂ヒテ其者ノ持分ヲ取得スルコトヲ得ト共有者ハ其有物ノ使用收益ヲ爲スノ權利ヲ有スルカ故ニ又其管理費用其他ノ負擔ヲ支拂フノ義務ヲ負フモノニシテ其權利ト義務ト相伴フヘキハ共有ノ性質ヨリ來ル當然ノ結果ナリ然ルニ共有者カ其義務ヲ盡サスシテ獨リ其權利ヲ行使セントスルカ如キハ他ノ共有者ヲ害シテ獨リ自ラ利スルノ結果ニ至ルヘシ故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ法律ハ他ノ共有者ヲシテ義務不履行ノ共有者ノ持分ヲ相當ノ償金ヲ拂ヒテ取得スルコトヲ得セシメタリ素ヨリ義務不履行ノ場合ニ於テ普通ノ手續ニ依リ之カ履行ヲ強制スルノ手段ナキニ非スト雖モ本來此ノ如キ義務ヲ履行セサルハ共同一致シテ共有ノ關係ヲ維持スル趣旨ニ背クモノナルカ故ニ他ノ共有者ノ利益ヲ保護スルカ爲メニ其持分ヲ取得シ以テ之ト共有ノ關係ヲ斷テコトヲ得ルノ途ヲ開キタルモノナリ是レ猶ホ當事者ノ一方カ債務不履行ノ場合ニ契約ヲ解除スルコトアルカ如シ但シ此場合ニ於ケル持分ノ取得ハ法律ノ力ヲ以テ共有者ノ權利ヲ奪フモノナルカ故ニ容易ニ之ヲ行フヘキモノニ非ス唯共有者カ一箇年ヲ經過スルモ尙ホ義務ヲ履行セサルトキニ於テ

ノミ之ヲ爲スコトヲ許セリ

共有者ハ管理費用其他公課等ニ關スル義務ヲ負擔スル外尙ホ分割ノ場合ニ於ケル擔保ノ義務、證書保存ノ義務ヲ負擔スト雖モ此等ハ後ニ分割ノコトヲ説明スルニ當リテ之ヲ説述スヘシ

以上共有者ノ權利及ヒ義務ニ付テハ特約ヲ以テ法律ノ規定ニ異ナリタル權利行使又ハ義務負擔ノ割合ヲ定ムルコトヲ得ルモノアリ即チ第二百四十九條ノ規定ニ關セス使用ノ場合ヲ定ムルコト、五箇年以内ニ於テ分割ヲ爲ササル契約ヲ爲スコト、第二百五十三條ノ規定ト異ナリタル費用負擔ノ割合ヲ定ムルコトノ如キ是ナリ此ノ如キ共有者間ニ存スル債權ハ若シ共有者カ其持分ヲ他人ニ讓渡スカ如キコトアルトキハ其讓受人ニ對シテモ之ヲ行フコトヲ得ルモノトセリ(第二五四條)蓋シ持分ヲ讓受ケタル者ハ先ノ共有者ノ地位ニ代ルモノナルカ故ニ後來其共有物ニ關シテ使用收益ヲ爲シ又ハ費用ノ負擔ニ任スルハ固ヨリ當然ナルモ特別ノ契約ヨリ生スル債權ニ付テハ契約當事者間ニ於テノミ效力ヲ有スルモノナルカ故ニ第三者タル讓受人ニ對シテハ之ヲ對抗スルヲ得

ナルヲ原則トス然ルニ法律カ特ニ共有ニ關シテハ之ヲ共有者ノ特定承繼人ニ對抗スルコトヲ得セシメタルハ共有ニ關スル債權ハ皆共有物ト相離ルヘカラサル關係ヲ有スルモノナルカ故ニ既ニ其持分ヲ讓渡シ共有物關係ヲ離レタル者ニ對シテ債務ノ履行ヲ強ユルハ實際之ヲ爲シ能ハサル場合多ク其結果常ニ他ノ共有者ノ權利ヲ害スルニ至ルヘキヲ以テ特ニ共有ノ關係ヲ承繼シタル特定承繼人ニ對シテ之ヲ對抗スルコトヲ得セシメタル所以ナリ然レトモ此ノ如キ共有物ニ關スル債權ヲ特定承繼人ニ對抗スルヲ得セシメントスルトキハ特定承繼人ヲシテ豫メ其債權債務ノ關係ノ存スルコトヲ知ラシムルノ途ヲ開キ置カサルヘカラス獨逸民法ニ於テ其登記ヲ經タル債權ニ限り特定承繼人ニ對抗スルコトヲ得セシメタルハ至當ノ規定ナリ登記ノ有無ニ關セス常ニ特定承繼人對抗スルコトヲ得セシメタル我民法ノ規定或ハ第三者ヲシテ意外ノ損失ヲ被フラシムルコトナキニ非ルヘキカ

第三 共有物ノ分割

共有物ハ分割ニ因リ共有ノ關係ヲ失ヒ各箇人ノ專有ニ歸スルモノナリ故ニ分

割ハ不分物ニ付テ計算ヲ爲スノ行爲ナリ

(一) 分割請求權 民法ハ各共有者ニ何時ニテモ共有物ノ分割ヲ請求スル權利ヲ與ヘタリ其理由下ノ如シ

第一、各共有者ハ其權利義務ノ關係互ニ相交渉スルモノナルニ由リ權利ノ行使義務ノ負擔ニ關シテ各共有者間ニ紛議ヲ來スコト甚タ多キヲ以テ法律ハ成ルヘク不分ノ狀態ヲ避ケンメント欲シテ各共有者ニ分割請求ノ權ヲ與ヘタリ

第二、共有ハ物ノ利用、改良ヲ爲スコトヲ困難ナラシムルモノナリ各共有者ハ共有物ニ付テハ自己ノ專有物ニ於ケルカ如ク利害ヲ感スルコト深カラサルニ由リ其利用、改良ヲ爲スコトモ亦比較的ニ熱心ナラサルノミナラス偶々共有者ノ一人カ物ノ改良ヲ企ツルモ他ノ共有者ノ同意ヲ得サルヘカラサルノ困難アリ若シ他ノ共有者カ同意セサルニ於テハ遂ニ之ヲ爲スコトヲ得サルニ至ルヘシ故ニ法律ハ經濟上ヨリ觀察シテ成ルヘク共有ノ狀態ヲ避クルヲ利アリト認メ各共有者ニ分割請求ノ權ヲ與ヘタリ

第三共有ハ物ノ融通ヲ困難ナラシムルモノナリ各共有者ハ專斷ヲ以テ共有物ヲ讓渡シ又ハ質入ト爲スコトヲ得ス必ス他ノ共有者ノ同意ヲ得サルヘカラス尤モ各共有者ハ隨意ニ其持分ヲ處分スルコトヲ得ルト雖モ其持分ノ取得者ハ前ノ共有者ノ位地ヲ襲ヒ常ニ紛議ノ絶エサル不分物ノ所有者ト爲ラサルヲ得サルヲ以テ持分ノ讓受人ハ人ノ好マサル所ナリ此ノ如ク共有ノ狀態ハ物ノ融通ヲ妨クルモノナルニ由リ經濟上ヨリ觀察シテ成ルヘシ之ヲ避クルヲ利アリト認メ各共有者ニ分割請求權ヲ與ヘタリ

分割請求權ハ此ノ如ク公益上ノ理由ヨリシテ之ヲ與ヘタルモノナリト雖モ場合ニ因リテハ分割ノ爲メ著シク各共有者ノ利益ヲ害スルノ結果ナキニ非ス此ノ如キ不利益ヲ招クニモ拘ラス尙ホ分割ノ請求アルトキハ直チニ分割セサルヲ得サルモノト爲ストキハ之カ爲メ各共有者ノ利益ヲ全ク其犠牲ニ供セサルヲ得サルニ至ルヘク箇人ノ權利ヲ保護スル趣意ニ適セサルカ故ニ法律ハ原則トシテ公益上何時ニテモ分割ノ請求ヲ許スト同時ニ公益ヲ害セサル範圍ニ於テ各共有者ヲシテ適宜ニ其利益ヲ保護スルヲ得セシムルノ途ヲ設ケタリ即チ

第二百五十六條第一項但書ニ五年ヲ超エサル期間内ハ分割ヲ爲ササルコトヲ妨ケスト規定シタルハ各共有者ノ利益ヲ保護スル趣意ニ出テタル例外ノ規定ナリ例ハハ不可分物ノ如キハ之ヲ分割セントスルトキハ勢ヒ之ヲ賣却シテ其代價ヲ分配スルノ外ナシ然ルニ其物ノ時價著シク低落セタルトキニ際シ之ヲ分割セントスルトキハ各共有者ハ損失ヲ被フルノ不幸ニ陷ルヘキヲ以テ此ノ如キ場合ニ於テハ一時其分割ヲ猶豫シテ以テ市價ノ回復ヲ待ツノ必要アリ是レ法律ハ例外トシテ五箇年ヲ超エサル期間内分割ヲ爲ササル契約ヲ爲スコトヲ許シタル所以ナリ

此分割ヲ爲ササル契約ハ之ヲ更新スルコトヲ許セリ然レトモ其更新ノ契約ノ期間モ亦五年ヲ超ユルコトヲ許サス(第二五六條第二項)是レ前例ニ於テ五箇年間ニ市價ノ回復ヲ期シテ分割ヲ猶豫シタルニ拘ラス其期限ニ至リ市價ノ回復セサル如キ場合ニ於テハ再ヒ分割ヲ延期シテ以テ各共有者ノ利益ヲ傷ケサル手段ヲ取ラシムルハ正當ノコトナルヲ以テ其契約ノ更新ヲ許シタルナリ然レトモ更新ノ契約ノ期限ハ更新ノ時ヨリ起算シテ五箇年ヲ超ユルコトヲ得ス例

ハ最初ノ契約ニ於テ五箇年間分割ヲ爲ササルコトヲ約シケルニ一年ヲ經過シタル後其契約ヲ更新シタルトキハ其時ヨリ起算シテ五年ヲ超ユルコトヲ得ス

五年以上分割ヲ爲ササル契約ヲ爲シタルトキハ違法ノ契約ナルヲ以テ其效力ヲ有セサルハ當然ナリト雖モ其無効ノ範圍ヲ期限ノミニ止メ五年ヲ超過シタル期間ハ之ヲ無効ナルモノトシ唯五箇年間效力ヲ爲スルモノトスルカ將タ契約全體ヲ無効ト爲スヘキヤ民法ノ文例ニ依ルトキハ其無効ノ範圍ヲ期限ノミニ止ムルモノハ永小作權賃借權ノ期間ニ於ケルカ如ク特ニ明文ヲ以テ之ヲ示セリ(第二七八條第六〇四條參照)故ニ特ニ明文ヲ以テ示ササル以上ハ違法ノ契約ハ契約全體ヲ無効ト爲スモノト解セサルヘカラス隨テ五年以上分割ヲ爲ササル契約ハ全然無効ト見ルノ外ナシ何故ニ分割ノ場合ト永小作權賃借權トノ間ニ此ノ如キ差異ヲ置キタルヤ惟フニ永小作權賃借權ノ設定ハ期間ノ長短ニ拘ラス其設定ノ目的ハ常ニ同一ニシテ唯其期間長キニ過タルトキハ之カ爲メ弊害ヲ生スルノ恐アルニ由リ之ヲ適法ノ期間ニ短縮セシムルニ過キスト雖モ

又ハ指定ノ取消ハ被相續人ヨリ之ヲ戶籍吏ニ届出ツレハ之ニ依リテ效力ヲ生スルモ遺言ヲ以テ爲シタル場合ニハ被相續人ヨリ届出ツルコト能ハサルヲ以テ遺言執行者ヨリ遺言ノ效力ヲ生シタル時遲滞ナク戶籍吏ニ届出ツルコトヲ要スルモノナリ(第九八一條)

(三) 特別選定家督相續人

法定又ハ指定ノ家督相續人ナキトキハ被相續人ノ父母又ハ親族會カ被相續人ノ家族タル配偶者兄弟姉妹又ハ兄弟姉妹ノ直系卑屬ノ中ヨリ家督相續人ト選定シタル者カ家督相續ヲ爲スモノナリ(第九八二條)予ハ此者ヲ稱シテ特別選定家督相續人ト名ツク蓋シ民法ハ二種ノ選定家督相續人ヲ認メ一ハ被相續人ト親族關係ノ親密ナル者ノ中ヨリ父母又ハ親族會カ選定シタルモノニシテ其相續順位カ被相續人ノ直系尊屬ニ先ツモノナリ故ニ之ヲ特別選定家督相續人ト稱ス他ノ一ハ被相續人ト親族關係ノ稍遠キ者又ハ全ク親族關係ナキ者ノ中ヨリ親族會カ選定スルモノニシテ其相續順位ハ被相續人ノ直系尊屬ヨリモ後ルモノナリ故ニ予ハ此者ヲ單ニ選定家督相續人ト稱シ以テ直系尊屬ニ先ツ

ヘキ特權アル家督相續人ト區別セシナリ
特別選定家督相續人ニ關シテハ三ツノ問題ヲ研究セサルヘカラス即チ何人カ選定スヘキモノナルカ何レノ時ニ於テ選定セサルヘカサルカ何人カ選定セラルヘキヤ是ナリ

一 何人カ選定ヲ爲スコトヲ得ルヤ 特別選定家督相續人ノ選定ハ被相續人ノ家ニ在ル其父カ爲スヘキモノナリ若シ被相續人ノ父ハ既ニ死亡シタルカ又ハ死セサルモ其家ニ在ラサルカ若クハ其家ニ在ルモ心神喪失等ノ事由ノ爲メニ意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ其家ニ在ル母カ之ヲ爲スヘキモノナリ若シ又母モ死シタルカ又ハ其家ニ在ラサルカ若クハ意思ヲ表示スルコト能ハサル場合ニハ選定權ハ親族會ニ移ルモノナリ

二 何レノ時ニ於テ選定スヘキモノナルヤ 法律ハ單ニ法定又ハ指定ノ家督相續人ナキ場合ニ於テハ家督相續人ヲ選定スルコトヲ定メテ其時期ニ付テハ何等ノ規定ナシト雖モ前ニモ述ヘタル如ク相續ニ關スル規定ハ常ニ相續開始ノ當時ニ於テ爲スヘキモノナリ第九百八十二條第九百七十九條第一項末段

ノ如キ規定アラサルヲ以テ觀ルモ同條ハ相續開始ノ時ニ法定又ハ指定家督相續人ナキ場合ニ限リ相續人ノ選定ヲ爲シ得ルノ意ヲ以テ規定セラレタルハ明カナリ何トナレハ若シ然ラスシテ選定ハ何時ニテモ之ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲スノ意ナリトセハ法律ハ被相續人ノ自ラ指定シタル家督相續人スラ後日法定ノ推定家督相續人ノ存スルニ至レハ其指定ハ效力ヲ失フコトヲ定メタルニ被相續人ノ父母又ハ親族會カ相續人ヲ選定シタル場合ニ於テ後日法定又ハ指定ノ家督相續人アルニ至リタルトキニ於テ其選定カ效力ヲ失フヘキコトヲ定メサルノ理ナケレハナリ況ヤ第九百八十二條ニハ父又ハ母在ラサルトキ云トアルヲ以テ或一定シタル時期ニ於テ父又ハ母ノ存セシヤ否ヤヲ見サルヘカラス而シテ其時期ハ相續開始ノ時ニ在ルヘキコト法文上疑フヘカサルニ於テアヤ」
三 何人カ選定セラルヘキヤ 直系尊屬ニ先チテ家督相續人ニ選定セラルコトヲ得ル者ハ配偶者兄弟姉妹及ヒ兄弟姉妹ノ直系卑屬ニシテ其家族タル者ニ限ル而シテ其選定セラルヘキ順序ハ次ノ如シ

第一 家女ナル配偶者

第二 兄弟

第三 姉妹

第四 家女ニ非サル配偶者

第五 兄弟姉妹ノ直系卑屬

右ノ順序ハ法律ノ定メタル所ナルカ故ニ父母又ハ親族會カ選定ヲ爲スニハ必ス此順序ニ從ハサルヘカラサルモ同順序中ノ者ノ間ニ於テハ法律ハ別ニ順位ヲ定メサルカ故ニ一ニ選定者ノ選フ所ニ任スヘキモノナリ故ニ父母又ハ親族會ハ兄弟ノ間ニ於テ弟ヲ選ビ姉妹ノ間ニ於テ妹ヲ選ビ兄弟姉妹ノ直系卑屬ノ間ニ於テ最モ年少ノ女子ニシテ而モ私生子ヲ選フモ亦其隨意ナリ一見スレハ甚タ不都合ノ如クナレトモ法律ハ父母又ハ親族會ノ如キ被相續人ト利害關係ヲ共ニスル者ニ信用ヲ置キ其選定ヲ自由ナラシムルヲ以テ却テ適當ノ相續人ヲ得ヘルモノト爲シタルモノナリ

第九百八十二條ニ規定シタル選定ノ順序ハ一ノ例外ヲ有セリ即チ正當ノ事由アル場合ニ於テハ選定者ハ其順序ヲ變更スルカ又ハ全ク選定ヲ爲ササルコト

ヲ得法律カ配偶者ノ如キ一人ヨリ外ナキ者ヲモ尙ホ選定家督相續人ノ中ニ入レタルハ恐ラクハ此例外ヲ設ケタルカ爲メナルヘシ而シテ法律ハ家督相續人ノ選定ハ選定者ノ意思ヲ以テ直チニ爲スコトヲ許シタルニ拘ラス選定ノ順序ヲ變更シ又ハ全ク選定ヲ爲ササルコトニ付テハ必ス裁判所ノ許可ヲ受ケサルヘカラスト爲シタリ是レ選定ノ順序變更又ハ全ク選定ヲ爲ササルコトハ選定ニ付キ先順序ニ在ル者ヲ家督相續ヨリ除斥スルト同一ニシテ恰モ法定推定家督相續人ノ廢除ニ比スヘキ重大ノ事項ナルノミナラス父又ハ母カ選定ヲ爲スヘキ場合ニ於テ全ク選定ヲ爲ササルトキハ其結果ハ父又ハ母カ自ラ家督相續人ト爲ルヘクシテ選定ヲ爲スト否トハ父母其人ノ相續權ニ關係スル事柄ナルヲ以テ裁判所ノ許可ヲ必要トシテ常ニ處分ノ公平ナランコトヲ期シタルナリ但シ法定ノ推定家督相續人廢除ハ必ス訴ヲ以テ裁判所ニ請求セサルヘカラサルモ選定ノ順序變更又ハ全ク選定ヲ爲ササルコトハ唯裁判所ノ許可ヲ經ルヲ以テ足レリトモ後者ハ家督相續人ニ選定セララル希望アル者カ選定セラレサルモノナレトモ後者ハ家督相續人ニ選定セララル希望アル者カ選定セラレサル

ニ至ルノミニシテ其間事體ニ自ラ輕重アルヲ以テナリ

(四) 直系尊屬

元來相續ノ順位ニ於テ兄弟姉妹又ハ其他直系卑屬ヲシテ尊屬親ヨリ先タシムルハ從來ノ慣習ニシテ此慣習ハ縱令尊屬親ヲシテ此等ノ者ヨリ先タシムルモ多クノ場合ニ於テハ再ヒ此等ノ人カ其家督ヲ相續セサルヘカラサルモノナルカ故ニ寧ロ直チニ兄弟姉妹又ハ其直系卑屬ヲシテ家督ヲ相續セシムルヲ相當ト爲シタルニ因ル然ルニ若シ配偶者兄弟姉妹又ハ兄弟姉妹ノ直系卑屬ノ如キモ亦之ナキ場合ニ於テハ直系尊屬ヲシテ家督ヲ相續セシムルハ當然ノ順序トス是レ法律カ相續順位ノ第四トシテ直系尊屬ヲ置キシ所以ナリ

直系尊屬カ家督相續人ト爲ルニハ三箇ノ條ヲ要ス

一 第九百八十二條ノ規定ニ依リテ家督相續人タル者ナキヲ要ス 第九百八十二條ニ依リテ家督相續人ト爲ルニハ法定又ハ指定ノ家督相續人ナキ場合ナルカ故ニ同條ノ規定ニ依リテ家督相續人ナキ場合トハ即チ法定指定又ハ特別選定ノ家督相續人ナキ場合ナリ直系尊屬カ家督相續ヲ爲スハ此場合ニ限ルモ

ノナリ

二 被相續人ノ家ニ在ル者ナルコトヲ要ス 家督相續ニ付キ最モ考慮セサルヘカラサルハ其家ノ利害ナリ而シテ家族ハ其家ト最モ深キ利害ノ關係ヲ有スルモノナルカ故ニ法律ハ萬已ムヲ得サル場合ノ外ハ成ルヘク家族ヲシテ相續爲サシムルコト望ムモノナリ故ニ直系尊屬ト雖モ其家ニ在ラサル者ハ單ニ直系尊屬タルノ故ヲ以テ家督相續人ト爲ルコトヲ得サルナリ

三 被相續人ノ家督相續人ト爲ルコトヲ得ル者タルコトヲ要ス 法律カ家督相續人タルコトヲ禁スル直系尊屬ハ被相續人ノ家督ヲ相續スルコトヲ得サルハ勿論ナリト雖モ相續權ノ喪失ハ前ニモ述ヘタル如ク相對的ノモノナルカ故ニ其父ニ對シテ缺格ノ原因アル直系尊屬ト雖モ其子ニ對シテハ其家督ヲ相續スルニ於テ何等ノ妨ケナキナリ

直系尊屬多數ナル場合ニ於テハ其間ニ於ケル相續ノ順位ハ次ノ如シ

一、親等ノ異ナリタル者ノ間ニ於テハ其近キ者ヲ先ニス故ニ父母ハ祖父母ニ先テ祖父母ハ曾祖父母ニ先ツモトス

二、親等ノ同シキ者ノ間ニ於テハ男子ヲ先ニス故ニ父母ノ間ニ於テハ父ヲ先ニシ祖父母ノ間ニ於テハ祖父ヲ先ニス而シテ父ノ繼父タルト否トハ全ク區別ナキモトス

(五) 選定家督相續人

上來述ヘタル家督相續人ナキトキハ親族會ノ選ミタル家督相續人之ヲ相續ス即チ予カ特別選定家督相續人ニ對シ單ニ選定家督相續人ト稱スル者はナリ親族會カ之ヲ選定スルニハ左ノ順序ニ依ルヘキモノトス

一、被相續人ノ親族家族分家ノ戸主本家又ハ分家ノ家族
二、他人

第一ノ者ノ間ニ於テハ法律ハ別ニ順位ヲ定メサルカ故ニ親族會ハ其中ニ於テ最モ適當ト認ムル者ヲ選定シテ可ナリ

直系尊屬ノ後ニ來ルヘキ家督相續人ヲ選定スルニモ尙ホ法律ハ成ルヘク其家ノ血統ヲ有スル者ヲ以テ選定ノ先順序ニ置クコトヲ勉メタリト雖モ場合ニ依リテハ此ノ如キ者ノ中ニハ被相續人ノ家督ヲ相續スルニ適當ナル者ナク却

テ他人ニテモ事情ニ因リテハ被相續人ノ家督ヲ相續セシムルニ適スル者アリ故ニ特別選定家督相續人ノ場合ニ於ケルト同シク親族會ハ裁判所ノ許可ヲ得テ順序ヲ變シテ他人ヲ選定スルコトヲ得ルモノナリ選定ノ時期順序ヲ變更スルニ付テ正當トスヘキ事由ニ至リテハ特別選定家督相續人ニ付テ述ヘタル所ト同一ナルカ故ニ茲ニハ再ヒ之ヲ述ヘス

第三節 家督相續ノ效力

此節ニ於テハ家督相續ノ效力ノ範圍並ニ效力ノ發生スル時期ヲ論セント欲ス
第一 家督相續ノ效力ノ範圍

家督相續ハ家督相續人ヲシテ戸主タル身分ヲ承繼セシメ其結果トシテ前戸主ニ屬セシ私法上ニ權利義務ニシテ其一身ニ專屬セサルモノヲ承繼セシムルモノナリ

(イ) 家督相續ハ戸主タル身分ノ承繼ナリ 家督相續トハ其名稱ノ明カニ示スカ如ク一家ノ統督者タル者ノ地位ヲ承繼スルニ在リ家族制度ヲ認ムル社會ニ

於テハ一箇人ノ外ニ家ナル一ノ小團體ノ存スルコトヲ認メサルヘカラス而シテ凡ソ團體ヲ形成スル以上ハ必ス之カ動作ヲ指揮スヘキ統督者ナカルヘカラスルハ當然ナリ故ニ家ナル小團體ニ於テモ之ヲ代表スヘキ統督者アリ羅馬ニ於テハ之ヲ家父即チ家長ト稱ヘ我邦ニ於テハ之ヲ戸主ト謂フ一家ハ戸主ヲ中心トシテ成立スルモノナリ戸主カ其存在ヲ失フニ於テハ必ス之カ繼續者アルニアラサレハ一家ハ其成立ヲ有ツコト能ハス是ニ於テカ戸主タル身分ヲ承繼スルコトハ家族制度ノ行ハルル社會ニ於テ必要條件ナリ之ヲ沿革ニ徵スルモ相續ノ目的ハ時代ニ隨テ同シカラスト雖モ純然タル家族制度ノ行ハルル時代ノ相續ハ家長即チ戸主ノ承繼ナルコトハ歴史ノ證明スル所ニシテ爭フヘカサル所ナリ前ニ述ヘタル如ク戸主タル身分ヲ取得スルハ必スシモ家督相續ニ限ルモノニアラスト雖モ家督相續ハ必ス戸主タル身分ノ承繼ヲ爲サシムルモノナリ而シテ前戸主ノ有セシ權利義務カ新戸主ニ移轉スルハ身分ノ承繼ヨリ生スル當然ノ結果ナリ第九百八十六條ハ家督相續ノ效力ヲ規定シテ單ニ前戸主ノ有セシ權利義務ヲ承繼ヒシムルモノナリト云ヘリ同條ニ云ヘル權利義務中ニハ

無論戸主權及ヒ戸主ノ義務ヲモ包含スト信スルカ故ニ實質上ヨリ之ヲ云ヘハ或ハ同條ノ規定スル所ハ予ノ今此ニ述フル所ト同一ノ意義ヲ有スルヤモ知ルヘカラスト雖モ予ハ根本ノ觀念ニ於テ同條ノ規定ニ服スルコトヲ得ス第九百八十六條ハ戸主トシテ行フヘキ權利及ヒ盡スヘキ義務移轉スレハ之ニ因リテ戸主タル身分ヲ生スルモノナリトシ權利義務ノ移轉ヲ以テ家督相續ノ效力ト爲スト同時ニ其目的ト爲スト雖モ予ノ見ル所ヲ以テスレハ家族制度ヲ認ムル社會ニ於ケル家督相續ナルモノハ決シテ權利義務ノ移轉ヲ以テ其目的ト爲スヘキモノニアラスト家ノ存在ヲ繼續スル爲メニ其統督者タル身分ヲ承繼スルヲ以テ家督相續ニ於ケル主タル目的ト爲ス而シテ前統督者ニ屬セシ權利義務カ新統督者ニ移轉スルハ是レ家ノ統督者ニ屬スル權利義務ハ前者ニ代ハリ新ニ家ヲ統督スル者アル以上ハ其交代ノ結果トシテ當然附隨シテ之ニ歸著スヘナモノナルニ由ルノミ民法ノ規定ニ依レハ戸主トシテ行ヒ得ヘキ權利及ヒ盡スヘキ義務ノ得喪ニ由リテ戸主タル身分ノ得喪ヲ生スルモノナリトセリ予ノ言フ所ハ戸主タル身分ノ得喪ニ因リテ戸主權及ヒ戸主ノ義務ノ得喪ヲ生スト

爲スモノナリ其結果ハ同一ナルヘシト雖モ事ノ順序ニ於テハ民法ノ規定ハ其當ヲ得サルモノニアラスヤト思考ス況ヤ文字ニ拘泥シテ論スルトキハ同條ノ規定ニ依リテ戸主權及ヒ戸主ノ義務ハ承繼スルコトヲ得ルモ是レ特別ノ明文アルカ故ニ此ノ如キノミ戸主タル身分ノ承繼ハ明文ノ之ヲ定ムルモノナキカ故ニ之ヲ承繼セスト云フコトヲ得サルニアラサルニ於テヤ此ノ如キハ實ニ事實ニ反スルモノナリ此點ニ於テハ舊民法カ明カニ家督相續人ハ相續ニ因リテ戸主ト爲ルト規定シタルニ以テ當ヲ得タルモノナリト謂ハサルヘカラス

(ロ) 家督相續ハ前戸主ノ有セシ權利義務ノ承繼ナリ 家督相續ハ前戸主ノ身分ヲ承繼シテ其人格ヲ繼續スルモノナルカ故ニ前戸主ノ有セシ權利義務ハ總テ家督相續人ニ移轉スルモノナリ故ニ前戸主ノ債務者ハ家督相續人ニ對シテ其債務ノ履行ヲ爲スコトヲ要シ又其債權者ハ家督相續人ニ對シテ債權ノ執行ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ而シテ第九百八十六條ハ廣ク權利義務ヲ承繼スト規定スルカ故ニ單ニ財產上ノ權利義務ノミニ限ラス其他ノ權利義務就中戸主權及ヒ戸主タルノ義務モ亦家督相續ニ因リテ相續人ニ移轉スルモノナリ民法ハ

家督相續ハ戸主タル身分ノ承繼ナリトノ主義ハ探ラサリシカ故ニ舊民法ノ如ク單ニ一切ノ財產ヲ相續ストノミ規定スルコトヲ得ス故ニ廣ク權利義務ヲ承繼スト規定シテ財產權以外ノ權利義務ヲモ包含セシメタルモノナリ

系譜祭具及ヒ墳墓ハ是レ亦一ノ財產ナルカ故ニ家督相續人カ之ヲ相續スルハ言フヲ缺タサルナリ法律ハ尙ホ一步ヲ進メテ此等ノ財產ヲ以テ家督相續人ノ特權ニ屬スルモノナリトシ家督相續人ヲシテ必ス之ヲ相續セシムヘキモノト定ム(第九八七條)蓋シ相續ノ起原ヲ釋スレハ祖先ノ祭祀ヲ絶タスト云フニ出テタルモノニシテ祖先ノ祭祀ト家督相續トハ密接ノ關係アルカ故ニ祖先ノ系統ヲ明カニスヘキ系譜祖先ノ禮祭ニ用フヘキ祭具及ヒ祖先ノ靈ヲ安置セル墳墓ハ家ニ屬スルモノナリトシテ一家ノ戸主タル者ヲシテ常ニ之ヲ保有セシムルヲ以テ當然トシ此ノ如ク規定シタルモノナリ但シ祭具ニ關シテハ第九百八十七條ハ廣ク祭具ト規定シテ特ニ祖先ヲ祭ルヘキ器具ニ限ラサルカ故ニ神佛ノ禮拜ニ用フル器具ハ悉ク包含スルモノナリ且ツ神體佛像又ハ位牌ノ如キ物モ亦祭祀ヲ爲スニ付テ缺クヘカラサルモノナルカ故ニ法律ノ所謂祭具ナル物ハ之

ヲ包含スルコト何等ノ疑ヲ容セス而シテ此等ノ物ハ法律カ家督相續人ヲシテ
必ス相續セシムヘキモノト定メタルカ故ニ被相續人ハ遺言ヲ以テ之ヲ他人ニ
遺贈スルコトヲ得ザルノミナラス生前行為ヲ以テモ亦之ヲ他ニ讓渡スコトヲ
得ス予ハ債權者モ亦強制執行ノ爲メニ之カ差押ヲ爲スコトヲ得サルモノナリ
ト信ス

(ハ) 家督相續ハ前戸主ノ有セシ私法上ノ權利義務ノ承繼ナリ 第九百八十六
條ハ概括的ノ規定ヲ爲シ家督相續人ハ前戸主ノ有セシ權利義務ヲ承繼ストア
ルカ故ニ苟モ前戸主ノ有セシ權利義務タル以上ハ家督相續人ニ於テ總テ之ヲ
承繼スルカ如ク見ユト雖モ凡ソ民法ノ規定ハ總テ其關係ノ私法的ノモノニ止
マラサルヘカラサルハ法律自體カ私法ニ關スル規定タルヲ以テモ明カナルカ
故ニ同條ノ所謂權利義務ハ私法上ノ權利義務ノミヲ指スモノニシテ公法上ノ
權利義務ハ之ヲ包含セサルコト疑ナシ故ニ民法ニ於テ之ヲ論スルトキハ家督
相續ノ效力ハ單ニ前戸主ノ有セシ私法上ノ權利義務ノ承繼ナリト謂ハサルヘ
カラス彼ノ選舉ニ關スル權利又ハ兵役ニ服スル義務ノ如キハ國民カ公法ノ規

定ニ依リテ有スル所ノ權利又ハ義務ナルカ故ニ第九百八十六條ノ力ニ依リテ
ハ家督相續人ニ移轉スルモノニアラス但シ茲ニ注意セサルヘカラサルハ予カ
茲ニ論スル所ハ第九百八十六條ニ依リ家督相續人ニ移轉スル權利義務ハ私法
的ノモノニ限ルモノニシテ公法的ノモノハ之ヲ含マスト謂フニ在ルコト是ナ
リ故ニ公法上ノ權利義務ト雖モ法律カ相續人ニ移轉スヘキモノト爲シタルモ
ノハ家督相續ニ因リテ之ヲ承繼スルハ勿論ナリト雖モ是レ第九百八十六條ノ
力ニ依リテ然ルニアラス各法規ニ定ムル所ニ依リテ然ルモノナルカ故ニ各法
規ニ規定セサル以上ハ第九百八十六條ハ決シテ此ノ如キ效力ヲ有セサルナリ
(ニ) 家督相續ハ前戸主ノ有セシ權利義務ニシテ其一身ニ專屬セサルモノノ承繼
ナリ 家督相續ハ前戸主ノ有セシ權利義務ノ移轉ヲ生スル效力アリト雖モ其
一身ニ專屬セシモノハ家督相續人ニ移ルモノニアラス何トナレハ專屬ノ權
利義務ナルモノハ之ヲ有スル人ノ身上ニ著眼シテ生シタルモノナルカ故ニ其
性質トシテ其人ト存立ヲ共ニスヘキモノナレハナリ前戸主カ身分ニ因リテ有
セシ權利義務ハ其一身ニ專屬セルモノナリ例ヘハ親權夫權又ハ或親族間ノ扶

義ノ義務ノ如キモノナリ故ニ此ノ如キ權利義務ハ家督相續人ニ移ルモノニアラス其他讓渡スコトヲ得サル權利義務ハ多クハ享有者ノ一身ニ專屬スルモノナリ例ヘハ恩給ヲ受クル權利ノ如キ是ナリ唯此ニ一言附加スヘキハ恩給ヲ受クル權利ハ權利其モノハ之ヲ讓渡スコトヲ得サルカ故ニ前戸主ノ一身ニ專屬スルモノナリト雖モ其權利ニヨリテ既ニ經過シタル期間ニ對スル恩給金ヲ受領スル權利ハ法律ニ於テモ讓渡ヲ禁セサルカ故ニ之ヲ前戸主ノ一身ニ專屬スル權利ナリト云フコトヲ得ス隨テ家督相續人ニ於テ此權利ヲ承繼スルコトヲ得ルハ言フヲ俟タサルナリ或ハ曰ハン既ニ經過シタル期間ニ對スル恩給金ノ受領ヲ爲スハ即チ恩給ヲ受クヘキ權利ノ實行ニシテ之ト分離シタル特別ノ權利ニアラス恩給ヲ受クル權利其モノカ移轉セサルモノタル以上ハ其權利ノ實行モ亦移轉セサルヲ當然トスト權利ト權利ノ實行トカ互ニ離ルヘカラサルモノタルコトハ論ヲ俟タス然リト雖モ權利ニヨリ其性質カ一部分ノ處分ヲ爲スコトヲ得ルモノタル以上ハ法律ハ決シテ享有者カ其一部分ノ處分ヲ爲スコトヲ禁スルモノニアラス恩給ヲ受クヘキ權利其モノハ法律ハ之ヲ以テ讓渡スコトヲ得サ

議論ヲ生スルコトアルヘカラス何トナレハ此中間ノ争ニ付キ本案ニ先チテ第二百二十七條ニ依リテ訴ノ原因ニ變更ナシトノ判決ヲ爲シタルトキハ此判決ハ性質上純然タル中間判決ナルコト疑ナク而シテ訴ノ原因ニ變更ナシトスル裁判ニ對シテハ絶體ニ不服ヲ申立ツルコトヲ得サルハ第九十七條ノ明カニ規定スル所ニシテ即チ此裁判ニ對シテハ其何レノ審級ニ於テ爲サレタルト又其中間判決ニ依リテ爲サレタルト本案判決ノ理由中ニ爲サレタルヲ問ハス獨立ノ上訴ヲ爲スヲ得サルハ勿論本案ト共ニスルモ猶ホ不服ヲ申立ツルコトヲ得サレハナリ故ニ右問題ニ付キ疑ヲ生シ而モ其決定ノ如何ニ因リ當事者ニ大ナル利害ヲ生スルハ原因ノ變更アリトスル判決ヲ爲スヘキ場合ノミナリ先ツ原因ノ變更ナシトノ裁判ニ對シ不服ノ申立ヲ許ササル理由ヲ一言セン蓋シ第一審ニ於テ爲シタル右ノ判決ニ對シ上訴ヲ許ストキハ若シ上級審ニ於テ第一審ト其見解ヲ異ニシ訴ノ原因ノ變更アリト爲ストキハ一旦第一審ニ於テ終局ヲ告ケタル事件ニ付テノ辯論及ヒ裁判ハ全ク無益ニ歸シ而モ此新ナル請求即チ原因ヲ變更シタルトノ訴ハ再び提起スルコトヲ得ルモノナレハ再び其

訴ニ付キ辯論及ヒ判決ヲ爲ササルヘカラサルニ至ル故ニ斯ル無用ナル手數ヲ防クカ爲メニ事口右裁判ニ對シテハ不服ノ申立ヲ許ササルニ如カサルナリ右原因變更ノ有無ノ争ニ付キ裁判所カ原因ノ變更アリト認メテ特ニ其旨ノ判決ヲ爲サントスルトキハ如何ナル判決ヲ爲スヘキモノナルカノ問題ハ最も重大ナル問題ノ一ニシテ左ノ數説ヲ生セリ

第一説ハ此場合ニハ純然タル終局判決ヲ爲スヘキモノナリ即チ裁判所カ訴ノ原因ノ變更アリト認メタルトキハ恰モ被告ノ提出シタル防訴ノ抗辯カ理由アリシトキ又ハ請求ノ原因ト數額トニ争アリテ第二百二十八條ニ依リ先ツ原因ノミニ付キ判決スル場合ニ其原因ナシト認メタルトキト同ク原告ノ訴ヲ却下スル判決ヲ下シ以テ訴訟事件ヲ終局セシムヘキモノナリト云フニ在リ而シテ其理由ニ曰ク原告カ訴ノ原因ヲ變更シタルトキハ二箇ノ訴ノ並立スルニ至ル理由ナク先ノ訴ハ後ノ訴ニ變更セラレ前者ハ自然ニ消滅シテ後者ノミ存在スルニ至ルヘシ然ルニ其新ナル訴ニシテ果シテ原因ノ變更アル以上ハ法律上許スヘカラサルモノナレハ直チニ之ヲ却下セサルヘカラサルノ結論ヲ生スル

ハ明カナリ若シ強テ中間判決ヲ爲サントセハ單ニ原因ニ變更アリトノ判決ヲ下シ之ヲ中間判決トシ後別ニ其結論ニ外ナラサル訴却下ノ判決ヲ爲ササルヘカラサルニ至ル此ノ如キハ理由ヲ中間判決トシ斷案ヲ後ノ本裁判決トスルモノニシテ頗ル無用ノ手數ヲ要スルノミナス又極メテ奇異ノ判決方法ナリト謂ハサルヘカラス若シ又原因カ前ノ訴ノ原因ヲ變更シタルモ先ツ其變更アリトノ中間判決ヲ爲シタル後既ニ變更セラレタル以前ノ訴ニ付キ更ニ本案ノ判決ヲ下スヘキモノトセハ益々不當ナルコトト謂ハサルヘカラス何トナレハ凡ソ原告カ訴ヲ爲スニハ必ス一定ノ原因ヲ主張セサルヘカラス今若シ原告カ先ニ一定ノ原因トシテ主張シタル貸借ノ事實ヲ變更シテ買賣契約ヲ爲シタリトノ新原因ヲ主張スルハ是レ即チ前ノ主張ヲ捨テテ後ノ主張ニ換ヘタルナリ之ヲ換ヘテコソ原因變更ノ争ヲ生スルモノナルカ故ニ既ニ原因ノ變更アリト認メナカラ前ノ原因ニ付キ判決ヲ爲スカ如キハ前後二箇ノ矛盾スル原因ニ基ク訴ヲ並行セシムルモノニシテ是レ第百九十條ニ掲クタル一定ノ原因ニ關スル原則ヲ紛更スルモノナリ加之原告ハ新原因ヲ主張シ以テ前ノ原因ノ主張ヲ拋棄シ

タルモノナルヲ以テ之ニ基キテ判決ヲ下スハ所謂申立テサル事物ヲ歸セシムルモノニシテ即チ第二百三十一條ノ規定ニ違反スルモノナリ故ニ原告カ一旦訴ノ原因ヲ變更セハ其訴ハ爾後新原因ノ上ニ立ツモノニシテ若シ之ヲ許スヘカラサルモノトモハ却下スルノ外ナク而シテ他ニ判決ヲ爲スヘキ事項ハ存在セサルナリト

第二說ハ此場合ニ特ニ原因ノ變更ニ付キ裁判ヲ爲スニハ第二百二十七條ニ依リ原告ノ新ニ主張スル所ハ訴ノ原因ノ變更ナリトノ中間判決ヲ爲スヘキモノニシテ決シテ訴ヲ却下スルモノニアラストスルモノナリ即チ第一說ノ正反對ニシテ其理由ハ例ヘハ一旦原告カ貸借ノ事實ヲ原因トシテ或金額ノ請求ノ訴ヲ起シタル以上ハ之ヲ賣買若クハ不法行爲ヲ原因トスル代金若クハ損害金請求ノ訴ニ變更スルハ許スヘカラサルコトニシテ原告カ新原因ヲ主張シ被告カ之ニ異議ヲ唱ヒ而シテ裁判所カ之ヲ訴ノ原因ノ變更ナリト認ムルトキハ原告ハ新ナル原因ニ基キ判決ヲ受ケント欲スルモ得ヘカラス若シ之ヲ主張セント欲セハ別ノ訴ヲ以テスルノ外ナキナリ故ニ原因變更ノ有無ニ付キ中間ノ爭ヲ生

シ裁判所カ原告ノ爲シタル新ナル事實上ノ主張ヲ以テ訴ノ原因ヲ變更スルモノナリト認メ特ニ其旨ヲ判決スルトキハ是レ即チ純然タル中間判決ニシテ此判決ハ原告カ新ニ主張シタル原因ニ基キ判決ヲ求ムルコト能ハサルヲ示スモノナレハ爾後原告ハ前ニ主張シタル一定ノ原因ニ基キテ本案ノ判決ヲ受クルノ外ナキニ至ルナリ何トナレハ新ナル原因ノ主張ハ訴ノ取下若クハ請求ノ拋棄又ハ新訴ノ成立ヲ來スモノニアラスシテ單ニ其主張ノ不適法ナルニ過キサレヲ以テ訴ハ舊態ノ儘依然トシテ存在スヘク隨テ後ニ下スヘキ本案ノ判決ハ此現ニ存在スル前ニ主張シタル原因ノ訴ニ付キ下スヘケレハナリ是レ決シテ第一說ノ非難スル如ク前後矛盾スル二箇ノ訴ノ並立ヲ許スニアラス即チ新ナル訴ノ成立ヲ認ムルニアラス隨テ又其當否ニ付テハ徹頭徹尾判斷テ下スニアラサルナリ又第一說ノ非難スル如ク申立テサル事物ヲ歸セシムルモノニアラス何トナレハ原告カ初ヨリ何等ノ申立テ爲ササルニ判決ヲ與フルニアラスシテ原告ハ一定ノ申立テ爲シ此申立ニ付キ最初ノ一定ノ原因ヲ外ニシ其範圍ヲ脱シテ新原因ヲ主張スルニ止マリ原告ハ或ハ自ラ訴ノ原因ノ變更ニアラスト

シ其事ヲ爲スノ權アリト信スルカ爲メ茲ニ至ルコトアルヘク或ハ又然ラサルコトアルヘキモ之カ爲メニ最初ノ請求ヲ拋棄スルモノト看做スコト能ハサルハナリト

第三説ハ本問ノ場合ニハ訴ノ原因ノ變更アリトノ判決ヲ爲スヘキモノニシテ全訴訟ヲ却下スヘキモノニアラス何トナレハ原告カ訴ノ原因ヲ變更スルモ其元來ノ訴ハ取下方爲サス又其請求ノ拋棄ヲモ爲ササル間ハ依然トシテ存在シ隨テ當事者ハ其訴ニ付テ辯論及ヒ裁判ヲ求ムルコトヲ得サルヘカラサレハナリ故ニ此原因ノ變更アリトノ判決ハ一面最初ノ訴ニ對シテハ其訴ニ付キ裁判スヘキモノナルコトヲ確定スル中間判決ナレトモ他ノ一面ニ於テハ新ナル訴ヲ却下スルノ性質ヲ有スルモノナリト云フニ在リ此説ハ新ナル訴ノミヲ不適法トシテ却下スルノ判決ヲ爲スヘシト云フニ同シタ其結果右判決ハ此點ニ於テ終局判決タルヲ以テ之ニ對シ獨立ノ上訴ヲ爲スコトヲ得ヘク而モ訴訟事件ノ全體ヨリ觀レハ一ノ中間判決タルヲ失ハスト論スルニ在リテ極メテ巧妙ナルモノノ如シト雖モ一ノ訴ニ付キ權利拘束ノ始マリタル後ハ原告ハ被告ノ承

諾ナクシテ其一定ノ原因ヲ變更シ以テ新ナル訴ト爲スコトヲ得サルモノナレハ原告カ新ニ主張シテ請求ノ基礎ト爲サントスル所ノ事實カ最初ノ一定ノ原因ト異ナリ即チ訴ノ原因ノ變更ヲ來スヘキトキハ被告ノ承諾アルニアラサレハ其主張ハ法律上許スヘカラサルモノニシテ縱令原告カ此法律ノ禁止ニ反シテ新原因ヲ主張スルモ之カ爲メニ新ナル訴ノ成立スル理由ナク隨テ之ヲ却下スルノ必要モ生セス唯原告ノ新ナル事實上ノ主張カ原因ノ變更ト爲ルヤ否ヤニ爭アリテ裁判所カ之ヲ原因ノ變更ナリト認メタルトキハ即チ許スヘカラサル原因ノ變更ナリトノ中間判決ヲ與フレハ足レリ而シテ此判決アリタル以後ハ原告ハ新ニ主張シタル事實ヲ以テ請求ノ基礎ト爲スコト能ハス若シ其請求ヲ維持セント欲セハ最初ニ定メタル原因ノ範圍内ニ於テ之ヲ維持セサルヘカラス然ラサレハ訴ノ取下ヲ爲スカ又ハ其請求ヲ拋棄スルノ外ナキニ至ルヘシ故ニ本問ノ判決ハ新ナル訴ヲ却下スル終局判決タルヘシト云フハ心服スル能ハサル所ナリ又果シテ新ナル訴ヲ却下シ最初ノ訴ヲ留保シテ之ニ付キ本案ノ判決ヲ爲スモノトセハ第一説ノ非難スル如ク前後兩訴ノ並立ヲ認ムルノ感ア

リ蓋シ新ナル訴ヲ不適法ナリトシテ却下スルハ是レ即チ原告カ初ノ訴ヲ變更シテ新ナル訴ヲ成立セシメタルコトヲ認ムルモノナレハ既ニ變更セラレテ消滅ニ歸シタル初ノ訴ヲ猶ホ存立スルモノトシ更ニ其訴ニ付キ本案ノ判決ヲ爲スヘシトスルハ矛盾ノ嫌アリト謂ハサルヲ得ス故ニ新ナル訴ヲ却下スルヲ可ナリトセハ寧ロ第一說ノ如ク論決スルノ優レルニ如カス然レトモ予輩ハ前述ノ理由ニ依リ第二說ヲ可トスルモノナリ

以上權利拘束ノ效力ヲ説明セリ次ニ其發生ノ原因ヲ舉示セン
權利拘束ノ發生ハ訴狀ノ送達ニ因リ發生スルヲ以テ本則ナリトス然レトモ訴狀ノ送達ハ權利拘束發生ノ唯一ノ原因ニアラスシテ他ニ權利拘束ヲ發生セシムルノ原因四アリ即チ左ノ如シ

(イ) 區裁判所ニ於ケル口頭演述

第三百七十八條及ヒ第三百八十一條第三項ノ場合ニ於テ口頭演述ハ訴ノ提起ノ效力アリ隨テ其口頭演述ト同時ニ訴訟物ノ權利拘束ノ效力ヲ生ス但シ右二條ノ場合ノ外口頭ヲ以テ區裁判所ニ訴ヲ提起スルニハ裁判所書記ヲシテ訴ノ要

件ヲ調査ニ記載セシメサルヘカラス而シテ其調査ハ訴狀ノ代用ヲ爲スモノナレハ其勝本ヲ被告ニ送達スルニアラサレハ權利拘束ヲ生セサルハ言ヲ俟タサルナリ

(ロ) 口頭辯論中ニ爲サタル請求

訴狀其他準備書面ニ於テ主張セシテ訴訟ノ進行中口頭辯論ニ於テ始メテ主張シ得ル請求ハ其請求ヲ口頭辯論ニ於テ爲シタルトキ直チニ權利拘束ヲ生ス是レ第二百十二條ニ明カニ規定スル所ナリ而シテ口頭辯論中ニ起シ得ヘキ請求トハ例ヘハ第九十六條ノ第二號ノ申立ノ擴張第三號ノ新ナル申立第二百十一條ノ申立ノ擴張又ハ反訴ノ提起第二百一條ノ口頭ヲ以テ爲シ得ル反訴等ヲ謂フ又原告カ口頭辯論中訴ヲ變更シタル場合ニ於テ被告カ之ヲ承諾シ又ハ適當ナル時期ニ異議ヲ述ヘサリシトキハ新ナル訴ノ權利拘束ハ其口頭辯論ニ於テ之ヲ主張シタル時ヨリ發生スルモノトス

(ハ) 支拂命令ノ送達
是レ督促手續ニ於ケル權利拘束ノ始期ニシテ第三百八十七條ニ明定スル所ナリ

(ニ) 反訴申立書ノ送達

第二百一條ニ依リテ答辯書若クハ特別ノ書面ヲ以テ反訴ヲ申立テタルトキハ反訴ノ目的物ノ權利拘束ハ其書面ノ送達ニ因リテ生ズルモノトス蓋シ反訴ニハ本訴ニ關スル規定ヲ適用スヘキモノナルカ故ニ(第二〇二條)反訴申立書ノ送達ハ本訴ニ於ケル訴狀ノ送達ト全ク同一視スヘキナリ

次ニ權利拘束ノ消滅原因ヲ説明セン

訴訟物ノ權利拘束ハ訴訟ノ結果トシテ生ズルモノナルヲ以テ其訴訟ノ終局ニ因リテ自ラ消滅ニ歸スハ當然ノ理ナリ即チ訴訟終局シタルトキハ所謂訴訟物ナルモノ存在スヘカラサルモノナリ故ニ左ノ場合ニ於テハ權利拘束消滅ス

(イ) 終局判決ノ確定シタルトキ

一ノ訴訟ニ付テ終局判決アレハ其事件ハ一旦受訴裁判所ノ手ヲ離ルルモ其判決ニ對スル故障又ハ上訴ノ途アリテ其判決未タ確定ニ至ラザルトキトハ訴訟ハ終結シタリト謂フヲ得ス隨テ猶ホ權利拘束ハ存スルモノトス權利拘束ノ消滅ニ至ルハ判決確定シテ而シテ訴訟カ全ク終局ヲ告ケタル時ニ在リ但シ一旦

確定判決ヲ經タル事件ト雖モ再審ノ訴ニ因リテ再ヒ或裁判所ニ繫屬スルニ至ルコトアルハ法律ノ規定ニ因リテ生ズル結果ニシテ此場合ニハ前同一ノ訴訟物ニ付キ再ヒ權利拘束ヲ生ズルモノトス

(ロ) 原告カ訴ヲ取下ケタルトキ

訴ノ取下ハ實體ノ權利ニ影響ヲ及ボスモノニアラサレトモ全ク訴訟行為ヲ消滅セシムル所ノ裁判上ノ意思表示ナルヲ以テ取下後ハ初ヨリ訴訟ナカリシト同一ノ狀態ニ復スルモノナリ隨テ權利拘束ノ消滅ヲ來スヤ論ヲ竣タス(第一九八條第四項)我民事訴訟法ハ第九十八條ニ明示ノ取下ニ關スル規定ヲ設ケタルノミナラス第百八十八條ノ末項ニ於テ反證ヲ許ササル取下ノ推定ヲ設ケタリ

(ハ) 當事者カ裁判上ノ和解ヲ爲シタルトキ

裁判上ノ和解ハ訴訟事件ヲ落著セシメ且ツ第五百五十九條第三號及ヒ第四號ニ掲タル如ク一ノ執行名義ト爲ルコト確定判決ト同一ナレハ是レ亦權利拘束ノ消滅原因タルヤ明カナリ

(ニ) 督促手続ニ於テ支拂命令ノ送達ニ因リ生シタル權利拘束ハ訴カ地方裁判所ノ管轄ニ屬スヘキ場合ニ於テハ債權者カ異議申立ノ通知書ヲ送達ヲ受ケタル日より起算シ一箇月ノ期間内ニ訴ヲ起ササルトキハ消滅スニ依リテ其支拂命令ハ效力ヲ失フモノナレトモ爲メニ權利拘束ノ效力ハ消滅セスシテ存續スルコトハ第三百八十九條第一項ニ規定スル所ニシテ而シテ第三百九十條ニ依レバ其請求ニ付キ起スヘキ訴カ區裁判所ノ管轄ニ屬スル場合ニ於テ異議ノ申立アリタルトキハ支拂命令ノ送達ト同時ニ其訴カ區裁判所ニ起サレタルモノト看做サルルヲ以テ此場合ニ於ケル權利拘束ハ初ヨリ訴ヲ提起シタルトキト同シク其訴カ確定判決又ハ取下若クハ和解ニ因リテ落著ヲ告クルニアラサレハ消滅セス然レトモ右ノ場合ニ反シテ訴カ地方裁判所ノ管轄ニ屬スヘキトキハ債權者カ第三百九十一條ニ定ムル一箇月ノ期間内ニ管轄裁判所ニ訴ヲ提起セスシテ其期間ヲ徒過スルニ因リ權利拘束ハ消滅ニ歸ス

(ホ) 追加裁判ヲ求ムヘキ請求ニ關スル權利拘束ハ追加裁判ヲ求ムル期間ノ徒過ニ因リテ消滅ス

主タル請求若クハ附帶ノ請求又ハ訴訟費用ノ全部若クハ一部ニ付キ裁判ヲ爲スニ際シ受訴裁判所カ之ヲ脱漏シタルトキハ當事者ハ其判決正本送達ノ日より起算シ七日ノ期間内ニ追加裁判ヲ求ムルコトヲ得是レ第二百四十二條ニ規定スル所ニシテ此脱漏ニ係ル請求ノ權利拘束ハ脱漏ノ爲メニ直チニ消滅スヘキモノニアラス當事者カ期間内ニ追加裁判ヲ求ムルコトナクシテ之ヲ空過シタルトキ始メテ其請求ハ裁判ナクシテ終了シ權利拘束消滅スルモノナリ茲ニ問題アリ即チ口頭辯論ニ於テ原告カ請求ヲ拋棄シ又ハ被告カ原告ノ請求ヲ認諾シタルトキハ權利拘束ハ消滅スルヤ否ヤ蓋シ原告カ一旦訴ヘタル請求ヲ拋棄シ又ハ被告カ原告ノ請求ヲ認諾シタル場合ニ相手方カ其拋棄又ハ認諾ニ基キテ特ニ判決アラントヲ申立テタルトキハ勿論裁判所ニ於テハ第二百二十九條ニ依リ拋棄ノ場合ハ原告ノ請求ノ却下又認諾ノ場合ハ被告敗訴ノ判決ヲ爲スヘキモノナルカ故ニ此判決アリタルトキハ一般判決ノアリタル場合ト同シク其確定ニ至ラサレハ權利拘束消滅セス是レ一點ノ疑ナキ所ニシテ問

題ノ範圍ニ入ラス唯議論ノ生スル點ハ當事者カ請求ノ拋棄又ハ認諾ヲ爲シタル相手方ニ對シテ却下又ハ敗訴ノ判決ノ申立ヲ特ニ爲サザリトキハ訴訟ハ其儘落著スルヤ否ヤ換言スレハ請求ノ拋棄又ハ認諾ハ權利拘束消滅ノ直接原因タルヲ得ルヤ否ヤニ在リ積極說ハ此場合ニ於テハ裁判所ハ原告ノ拋棄又ハ被告ノ認諾ヲ圖書ニ記載スルニ止マリ恰モ和解ノアリシトキト同様ニ判決ヲ爲サシテ訴訟ハ落著シ隨テ權利拘束ハ消滅スト曰ヒ反對ノ消極論者ハ曰ク原告カ其請求ヲ拋棄セ又ハ被告カ之ヲ認諾スルモ荷モ訴ノ取下若クハ裁判上ノ和解ナキ以上ハ訴訟ハ終局スヘキモノニアラサレハ受訴裁判所ハ常ニ其事件ニ付キ判決ヲ爲ササルヘカラス故ニ原告若クハ被告カ相手方ノ爲メタル請求ノ拋棄又ハ認諾ニ基キ第二百二十九條ニ依リ特別判決ヲ求ムル申立ヲ爲ササルトキト雖モ尙ホ通常ノ規定ニ從ヒ判決ヲ爲ササルヘカラスト今第二百二十九條ヲ見ルニ裁判所ハ申立ニ因リ云云トアリ此申立ナル文字ニ重キヲ置クトキハ申立ナケレハ判決ヲ爲スニ及ハスシテ事件カ落著ストノ結論ヲ得ルカ如シト雖モ又一方ヨリ考フレハ原告カ一旦訴ヲ提起シテ判決ヲ求メタル以上

ハ裁判所ニ於テ必ス其事件ニ付キ判決ヲ爲ササルヘカラサル義務ヲ生シ而シテ此義務ハ訴ノ取下又ハ和解アルノ外ハ決シテ消滅スヘキモノニアラス其他ノ場合ニ於テ訴訟カ判決ヲ經スシテ當然終局スト云フハ首肯シ難キ所ナリ且ツ又和解ノ成立シタル場合ニ於テハ第七十九條ノ規定ニ依リテ訴訟費用ハ和解ノ費用ト共ニ當事者雙方ノ間ニ相消セタルモノト看做サルモ請求ノ拋棄又ハ認諾ノ場合ハ此ノ如キ規定ナキヲ以テ假ニ訴訟カ請求ノ拋棄又ハ認諾ニ因リテ終局スルモノトセハ其訴訟費用ノ負擔ハ當事者ノ何レニ歸スヘキヤハ法文上不明瞭ニシテ是レ即チ法律カ之ヲ以テ訴訟終局ノ原因ト認メタルノ一證ト爲スト得ヘシ又元來此場合ヲ和解ノ成立シタル場合ニ比スルハ其當ヲ得ス和解ハ當事者ノ權利義務ヲ確定スル所ノ判決ニ代ル契約ナルヲ以テ其成立ハ訴訟事件ノ終局ヲ來シ一ノ執行名義ヲ生スルハ洵ニ當然ナリ第五九條之ニ反シテ請求ノ拋棄認諾ハ決シテ直チニ執行名義ト爲ルモノニアラスシテ唯之カ爲メ本案請求ノ當否ニ付キ爭ナキニ至ルニ過キス而シテ其爭ナキコトハ訴訟ノ存立ヲ妨クルモノニアラサルナリ故ニ一旦訴ノ成立シテ權利拘束ヲ生

シタル後ニ係争ノ權利ヲ拋棄若クハ認諾ニ因リ争ナキニ至リタルモ之カ爲メ其訴訟カ判決ナクシテ自然ニ終ラ告クト言フハ理論ニ適セサル所ナリ要スルニ第二百二十九條ノ申立ニ因リナル文字ヲ全ク無視スルカ如キハ固ヨリ法文ノ解釋トシテ許スヘカラサレトモ此文字ニ拘泥シテ請求ノ拋棄又ハ認諾アリタルトキハ當事者ノ申立アルニアラサレハ受訴裁判所ニ於テ何等ノ判決ヲ爲スヘカラストシ而シテ此場合ニ於テ訴訟ハ自ラ終局スト論斷スルハ亦前述ノ理論ニ照シテ當ナラサルノ感アリ蓋シ前述消極論者ノ唱フル如ク右申立ハ當事者カ第二百二十九條第五百一條ニ基キ特別ノ判決ヲ受ケント欲スル場合ニ爲スヘキモノニシテ其申立ナキトキハ受訴裁判所ハ通常ノ規定ニ從ヒ判決ヲ爲ササルヘカラスト隨テ請求ノ拋棄又ハ認諾ハ何レノ場合ニ於テモ訴訟ノ終局ヲ來スモノニアラストスルハ事口適當ノ解釋ト謂ハサルヘカラサルカ如シ然レトモ實際ニ於テハ請求ノ拋棄認諾アリタル場合ニ當事者カ之ニ基キ却下若クハ敗訴ノ言渡ヲ求メサルカ如キハ殆ト絶無ト謂フモ可ナルヘク本問ハ一ノ机上ノ議論トシテ生スルニ過キサルヘシ

第三款 訴ノ取下

訴ノ取下トハ既ニ爲シタル訴訟行爲ヲ拋棄スル申述ヲ謂フ詳言スレハ訴ノ取下ハ其訴ニ於テ主張シタル實體上ノ權利ヲ拋棄スルニアラスシテ其權利ニ基キ提起シタル訴ヲ取消シ訴ヲ未タ起サザリシ以前ノ狀態ニ復セシムルニ過キス隨テ訴狀ノ送達ニ因リテ生シタル權利拘束其他總テノ訴ノ效力ヲ消滅セシムルモノナレトモ同一ノ權利ニ基キ再訴ヲ爲スコトヲ妨ケス而シテ取下ハ訴訟ノ全部又ハ其一部ニ付テ之ヲ爲スコトヲ得反訴ニ在リテモ亦然リ

第一 取下ヲ爲スノ必要條件

取下ハ當事者ノ欲スル所ニ從ヒテ訴ノ全部又ハ其一部ニ付キ爲スコトヲ得ルモ相手方ノ利害ニ影響ヲ及ボスヘキトキニ於テハ隨意ニ之ヲ爲スコトヲ得ス即チ之ヲ爲ス時期ノ如何ニ因リテハ制限ナキ能ハス先ツ原告カ無制限ニテ取下ヲ爲スコトヲ得ル時期ハ起訴以後本案ニ付キ被告ノ第一口頭辯論ヲ始ムルマテノ間ナリ此時間ノ取下ハ全ク無制限ニシテ訴狀ノ送達ニ因ル權利拘束

ノ發生ノ前後ヲ問ハス又被告ノ準備書面提出ノ前後ヲ問ハス常ニ原告ノ一方ニテ隨意ニ訴ヲ取下クルコトヲ得此時期ハ被告カ本案ノ口頭辯論即チ請求ノ實體ニ關スル演述ヲ始ムルニ因リテ終了スルモノナルカ故ニ原告カ獨リ本案ノ辯論ヲ爲シタルモ被告ニ於テ未タ全ク辯論ヲ始メサルカ又ハ單ニ妨訴ノ抗辯ヲ提出シ未タ本案ノ辯論ヲ始メサル間ハ被告ノ承諾ヲ得ルヲ要セス原告ノ隨意ニ取下ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ次ニ本案ニ付キ被告カ口頭辯論ヲ始メタル後口頭辯論ノ終結ニ至ルマデハ被告ノ承諾ヲ得ルニアラサレハ訴ノ取下ヲ爲スコトヲ得ス此時期ニ於テハ何故ニ被告ノ承諾ヲ要スルヤト云フニ被告ハ一旦係争ノ權利關係ニ付キ實體上ノ理由ニ基キ辯論ヲ爲シ如何ナル判決ヲ求ムルヤノ申立ヲ爲シタルモノナルニ原告ノ意思ノミニ因リテ此被告ノ申立ヲ全ク無効ニ歸セシムルトキハ被告ノ利益ヲ害スヘキヲ以テナリ何トナレハ取下ハ再訴ヲ爲スコトヲ妨ケサルカ故ニ被告ハ既ニ其訴ニ付クノ準備ヲ爲シ且ツ如何ナル判決ヲ求ムルヤノ申立ヲ爲シタル以上ハ其訴ニ於テ直チニ判決ヲ受クルヲ便利トスルコトアルヘク然ラサレハ原告ノ再訴ニ因リテ再ヒ答辯防

禦ヲ爲ササルヘカラサルノ恐アルヲ以テ殊ニ證據方法ノ後ニ湮滅スルノ虞アル場合ノ如キハ速ニ判決ヲ受クルヲ以テ利益トスヘケレハナリ故ニ被告カ此場合ニ判決ヲ受ケント欲セハ原告ノ取下ニ付キ承諾ヲ唱ヒ辯論ノ續行ヲ求メ判決ヲ受クルコトヲ得ヘク原告ハ之ヲ拒ムコトヲ得サルナリ(第一九八條第一項)

茲ニ研究スヘキ問題ハ被告カ本案ノ辯論ヲ始メタル後原告カ訴ノ取下ヲ爲サントシ被告カ之ヲ承諾セサル場合ニ原告カ辯論ヲ爲ササルトキハ如何ナル判決ヲ爲スヘキモノナルカ此問題ニ對スル第一說ハ即チ默示ノ請求ノ拋棄アリトシテ被告ノ申立ニ因リ第二百二十九條ニ依リ原告ノ訴ヲ却下スル判決ヲ爲スヘキモノナリト第二說ハ第二百五十條ニ依リ原告ハ辯論期日ニ出頭セサルモノト看做シ第二百四十七條ヲ適用シ闕席判決ヲ以テ原告ノ訴ヲ却下ヘスキモノナリト云フニ在リ然ルニ第二百五十條ノ規定ハ辯論期日ニ原告若クハ被告カ出頭セタルニ拘ラス少シモ本案ノ辯論ヲ爲ササル場合ニ適用スヘキ規定ニシテ一旦本案ノ辯論即チ係争ノ權利關係ニ付キ如何ナル事實上及ヒ法律上

ノ理由ニ基キ如何ナル裁判ヲ求ムルカヲ明カニスルニ足ルヘキ演述ヲ爲シテ其後ノ辯論ヲ止メ之ヲ補完スルコトヲ爲サス又ハ其他ノ事實證據若クハ發問ニ付キ陳述ヲ爲ササル場合ハ次ノ第二百五十一條ニ規定スル所ナリ而レテ本問訴ノ取下ノ時期ハ既ニ被告カ本案ノ辯論ヲ爲シタル以後ニ在ルヲ以テ通例原告モ亦其以前ニ於テ既ニ本案ノ辯論ヲ爲シタルモノナルヘキカ故ニ原告ニ於テ爾後陳述ヲ爲ササルモ第二百五十條ノ規定ヲ適用スヘキニアラスシテ次ノ第二百五十一條ノ規定ニ從ヒ對審判決ヲ爲ササルヘカラス隨テ本問ノ場合ニ第二百五十條ヲ適用シテ原告ニ對シ直チニ關席判決ヲ爲スヘシトノ第二說ハ其當ヲ得ス然ラハ第一說ヲ以テ可ナリトスヘキカ是レ亦失當ナルコト一層明白ナルヘシ何トナレハ原告若クハ被告カ期日ニ出頭シ全ク辯論ヲ爲ササルモ單ニ右ニ違ヘタル第二百五十條ニ依リ關席者ト看做ケレ相手方ノ申立ニ因リテ關席判決ヲ受クルニ止マリ法律ハ當事者ノ辯論ヲ爲ササルニ由リテ請求ノ拋棄又ハ認諾ノ推定ヲ下ササレハナリ然リ而シテ本問題ノ場合ハ既ニ原告カ本案ノ辯論ヲ爲シタルモノナレハ第二百五十一條ノ規定ニ該當シ當ニ請求拋

第四百二十二條及ヒ第四百二十三條ニ於ケル差戻ノ裁判ハ中間判決ナリヤ終局判決ナリヤニ付テハ獨逸學者間ニ議論アリ其說ノ歧ルル所ハ終局判決ノ意義如何ニ由ルモノトス差戻ノ判決カ終局判決ナリト主張スル學說ニ從ヘハ終局判決トハ訴訟ヲ其審級ニ於テ完結スル判決ヲ謂フト定義シ差戻ノ裁判モ控訴審ニ於ケル訴訟ヲ完結スルモノナレハ終局判決ナリト云フニ在リ中間判決說ヲ主張スル學說ニ從ヘハ終局判決トハ審級ノ如何ニ關セズ事件ノ全部又ハ一部ヲ完結スル判決ヲ謂フモノナリ然ルニ差戻ノ裁判ハ事件ヲ完結スルモノニアラサルカ故ニ中間判決ナリト云フニ歸著ス終局判決說ノ理由トスル所ハ差戻ノ裁判ニ依リテ控訴裁判所ノ行爲ハ終了シ且ツ控訴審ニ於ケル訴訟ハ完結スルモノナリ殊ニ控訴裁判所カ差戻ノ裁判ヲ爲スハ第二百五十七條ニ規定セル各箇ノ獨立ナル攻撃防禦ノ方法若クハ中間ノ争ニ付キ裁判ヲ爲スモノニアラサルノミナラス差戻ノ裁判ヲ爲スト否トハ普通ノ中間判決ノ如ク控訴裁判所ノ意思ニ依ルモノニアラス第四百二十二條ノ如キハ控訴裁判所ハ差戻ノ裁判ヲ爲ス義務アルモノナレハナリト云フニ在リ

次ニ差戻ノ判決ニ關シテハ特別ノ規定存セスト雖モ第一審裁判所ハ其判決ニ
驅東セラルルモノナリ此點ニ關スル理由ニ付テモ終局判決說ト中間判決說ト
ニ依リ各其論據ヲ異ニス中間判決說ニ依レハ差戻後ノ第一審裁判所ニ於ケル
辯論ハ控訴審ノ辯論ヲ繼續セルモノナリ故ニ第二百四十條ノ規定ニ從ヒテ第
一審裁判所ハ其判決ニ驅東セラルルモノナリトセリ終局判決說ニ依レハ差戻
ノ裁判カ第一審裁判所ヲ驅東スルハ法律ノ根本的觀念即チ審級ノ原則ニ依ル
モノナリ差戻判決後ノ第一裁判所ニ於ケル辯論ハ控訴審ノ辯論ノ繼續ニアラ
ス故ニ第二百四十條ノ規定ニ依ルモノニアラスト云フニ在リ
差戻ノ裁判ヲ爲ス場合ニ於テハ訴訟費用ハ本案ノ第一審ニ於ケル裁判ニ於テ
爲スヘキモノニシテ控訴審ニ於テハ訴訟費用ノ裁判ヲ爲スヘキモノニアラス
(第七八條)

第六節 控訴審ニ於ケル訴訟手續

控訴裁判所ニ於ケル訴訟手續ニ付テハ原則トシテ地方裁判所ニ於ケル第一審

ノ訴訟手續適用セラル(第四〇八條又證書訴訟ニ付テハ第五編ノ規定)人事訴訟
ニ付テハ人事訴訟手續法ノ規定カ適用セラルモノナリ又計算事件財産ノ分
別及ヒ此ニ類スル訴訟ニ付テハ第一審裁判所ニ於テ準備手續ノアリタルト否
トニ關セス控訴裁判所ニ於テモ必要ト認メタルトキハ又準備手續ヲ命スルコ
トヲ得ヘシ

次ニ控訴裁判所ハ第一百十八條ノ規定ニ從ヒ控訴事件ニ關シ辯論ノ分離ヲ命シ
且ツ中間判決一部判決ヲ爲スコトヲ得ヘシ又第一審ニ於テ請求ノ原因數額ニ
付キ辯論ヲ分離セスシテ判決ヲ爲シタル場合ト雖モ控訴裁判所ハ辯論ノ分離
ヲ命シ先ツ請求ノ原因ニ付キ裁判ヲ爲スコトヲ得ヘシ

次ニ控訴審ニ於ケル訴訟手續ニ付キ特種ノ事項ヲ舉ゲレハ左ノ如シ
(一) 控訴審ニ於ケル訴訟手續ハ控訴狀ノ提出ヲ以テ始マル控訴狀ノ提出アリ
タルトキハ其提出アリタル時ヨリ二十四時間内ニ控訴裁判所ノ書記ハ第一審

裁判所ノ書記ニ訴訟記録ノ送付ヲ求ムルコト(第四三一條)
(二) 控訴狀ノ提出アリタルトキハ裁判長ハ控訴ノ適法及ヒ不適法ヲ審査シ判

然許スヘカラサル控訴又ハ判然法律上ノ方式ニ適セス若クハ其期間ノ經過後ニ起シタル控訴ハ裁判長ノ命令ヲ以テ之ヲ却下ス(第四〇二條第一項此却下ノ命令ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ抗告ニ因リテ却下ノ命令ヲ取消サレタルトキハ控訴ハ適法ニ存スト雖モ若シ抗告力理由ナキモノトシテ棄却セラレ既ニ其當時ニ控訴期間ヲ經過セル場合ノ如キハ裁判長カ單ニ法律上ノ方式ニ違背シタル控訴狀ナリトシテ却下シタル場合ト雖モ再ヒ其判決ニ對シ控訴ヲ申立ツルコトヲ得サルニ至ルヘシ

(三) 控訴狀カ適法ナルトキハ裁判長ハ口頭辯論期日ヲ指定ス控訴狀ノ送達ト口頭辯論トノ間ニ存スルコトヲ要スル時間ニ付テハ第九十四條ノ規定ヲ適用シ答辯書ヲ差出スヘキ期間ノ催告ニ付テハ第九十九條ノ規定ヲ適用ス第九十九條ニ定メタル期間ハ之ヲ伸縮スルコトヲ得ヘク又第九十四條ノ期間ハ切迫ナル危險ノ場合ニ限リ二十四時間マテニ短縮スルコトヲ得ヘシ(第四〇三條)

(四) 被控訴人ノ答辯書ハ準備書面ニ關スル規定ニ從ヒ之ヲ作成シ(第一〇五條)

且ツ被控訴人ノ一定ノ申立及ヒ其主張セント欲スル新事實並ニ證據方法ヲ掲クヘシ(第四〇四條)答辯書ニ新事實若クハ證據方法ヲ掲ク又ハ附帶控訴ヲ爲ス旨ノ陳述ヲ掲ケタルトキハ之ヲ控訴人ニ送達スヘキモノナリ(第四〇七條)

(五) 當事者ノ雙方ヨリ控訴ノ提起アリタルトキ各控訴ニ付キ各別ニ辯論及ヒ裁判ヲ爲ストキハ徒ニ手數ト時間トヲ要スルヲ以テ通常其辯論及ヒ裁判ヲ同時ニ爲スヘキモノトス(第四〇九條)然レトモ裁判所ノ意見ニ依リ各別ニ辯論及ヒ裁判ヲ爲スハ其自由ニシテ必スシモ同時ニ之ヲ爲スコトヲ要スルモノニアラス

(六) 控訴ノ口頭辯論期日ニ被控訴人ノ控訴期間未タ經過セザルトキハ其申立ニ因リ期間ノ滿了マテ控訴ノ辯論ヲ延期スヘシ(第四一〇條第一項此規定ノ目的ハ被控訴人ノ爲メニ其控訴期間ヲ保存シ第一審判決ニ對シテ控訴申立ヲ爲スヤ否ヤノ熟考時間ヲ與ヘ若シ控訴申立ヲ爲シタルトキハ其辯論及ヒ裁判ヲ同時ニ爲サントスルニ在リ

開席判決ヲ受ケタル原告若クハ被告ヨリ其判決ニ對シテ故障ヲ申立テ其相手方

ヨリ控訴ヲ提起シタルトキハ控訴ニ付テノ辯論及ヒ裁判ハ相手方ノ申立ヲタル故障ニ付テノ新辯論ノ完結ニ至ルマテ職權ヲ以テ之ヲ延期ス四一〇條第二項蓋シ此場合ニ於テ控訴ノ辯論ヲ延期セサルトキハ同一訴訟事件ニ付キ二箇審級ニ於テ審理ヲ爲スニ至ルノミナラス第一審ニ於ケル故障申立以後ノ新辯論ニ於テ闕席判決ヲ廢棄スルコトアルトキハ控訴ハ其目的ヲ失フニ至レハナリ若シ第一審ニ於テ前闕席判決ヲ廢棄シタルトキハ控訴申立ハ其基礎ヲ失フヲ以テ控訴審ニ於テハ其控訴ヲ棄却セサルヘカラス

(七) 口頭辯論ハ一般ノ規定ニ從ヒテ之ヲ爲シ第一審ノ手續ト同一ニ進行スヘキモノナリ殊ニ控訴ノ申立即チ控訴審ニ於ケル判決ヲ受クヘキ事項ノ申立ハ準備書面若クハ調書ニ附録トシテ添附スヘキ書面ニ基キテ朗讀スルコトヲ要ス妨訴抗辯ハ當事者ノ有效ニ拋棄スルコトヲ得サルモノ即チ合意ヲ許ササル裁判所管轄ニ關スル抗辯無訴權ノ抗辯訴訟能力及ヒ法定代理欠缺ノ抗辯ハ何時ニテモ控訴審ニ於テ之ヲ主張スルコトヲ得ヘシト雖モ其他ノ妨訴抗辯ハ原告若クハ被告カ其過失ニアラスシテ第一審ニ於テ提出シ能ハサルコトヲ疏明

スルトキニ限り之ヲ主張スルコトヲ得ヘシ(第四一四條第一項然レトモ本案ノ辯論ハ妨訴抗辯ニ基キ之ヲ拒ムコトヲ得ス裁判所ハ職權ヲ以テ妨訴抗辯ニ付キ分離シタル辯論ヲ命スルコトヲ得ヘシ妨訴抗辯以外ノ訴訟條件ニ關スル抗辯モ控訴審ニ於テ之ヲ主張スルコトヲ得ヘシ裁判所モ亦此點ニ關シテ中間判決ヲ爲スコトヲ得ルナリ第一審ニ於テ是認シ又ハ非認シタル請求ニ關スル總テノ爭點ニシテ申立ニ從ヒ辯論及ヒ裁判ヲ必要トスルモノハ第一審ニ於テ此等ノ爭點ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲ササルトキト雖モ之ヲ爲ス(第四一二條茲ニ所謂爭點トハ獨立ナル攻撃又ハ防禦ノ方法並ニ總テノ事實上ノ主張證據方法證據抗辯等ヲ謂フモノナリ次ニ各當事者ハ控訴審ニ於テ各其主張事實ヲ陳述スルノミナラス控訴ノ申立及ヒ不服ヲ申立テラレタル裁判ノ當否ヲ明瞭ナラシムル爲メ必要ナル限ハ第一審ニ於ケル辯論ノ結果ヲ演述スヘシ第四一二條第一項當事者ノ演述ニシテ正確ナラサルカ又ハ完全ナラサル場合ニ於テハ裁判長ハ其釋明權ヲ行使シテ其演述ヲ更正或ハ補正ヲ爲サシメ又必要ナル場合ニ於テハ辯論ヲ再開シテ之ヲ爲サシムヘキモノトス(第四一二條第二項)

(八) 當事者ハ第一審ニ於テ主張セサリシ攻撃防禦ノ方法殊ニ新ナル事實及ヒ證據方法ヲ提出スルコトヲ得ヘシ然レトモ新ナル請求即チ第一審ニ於テ本訴若クハ反訴ノ目的ト爲ラサル請求ハ之ヲ控訴審ニ於テ起スコトヲ得ス但シ新ナル請求ト雖モ相殺ヲ爲シ得ヘキモノニシテ且ツ原告若クハ被告カ其過失ニアラスシテ第一審ニ提出シ能ハサリシコトヲ疏明スルトキニ限り之ヲ起スコトヲ得ヘシ(第四一六條)

右ニ違ヘタル新ナル事實トハ第一審ニ提出セサリシ事實上ノ主張ヲ謂フモノナリ故ニ新抗辯新再抗辯等ヲ提出スルコトヲ得ヘシ然レトモ訴ノ基礎タル事實ハ訴ノ變更ヲ生セサル限度ニ於テ提出スルコトヲ許ス尙ホ新事實ノ提出ニ關シテ例外ト爲スヘキハ第一審ニ於テ爲シタル裁判上ノ明示のノ自白ハ第二審ニ於テモ有效ナルヲ以テ(第四一八條)其自白シタル事實ニ反對セル新事實ハ之ヲ提出スルコトヲ得ス又確定セル關席判決ニ依リ或事實カ自白セラレタルモノト看做サルヘキトモハ之ニ反對スル新事實ハ又之ヲ提出スルコトヲ得サルナリ新ナル證據方法ハ全ク當事者カ第一審ニ於テ主張セサリシ證據方法若

書ハ強制執行ノ債務名義ト爲ル(第三八一條)獨逸民事訴訟法第四七一條

(丙) 抗告ヲ以テノミ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判原本又ハ調書

抗告ヲ以テノミ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判トハ唯リ尙ホ抗告ヲ以テ攻擊シ得ヘキ裁判ノミナラス最高審ニ於テ爲シタル裁判其他不服申立期間經過ニ因リ確定シタル裁判ノ如ク抗告ヲ以テ不服申立ヲ爲スコト能ハサル裁判ヲ指示ス何トアレハ民事訴訟法第五百五十九條第一ニ所謂抗告ヲ以テノミ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判ナル用語ハ裁判ノ形式及ヒ内容カ民事訴訟法ニ從ヒ抽象的ニ抗告ヲ以テ不服申立ヲ爲スコトヲ得ルヲ以テ足レリトシ現實的ニ抗告ヲ許ササル要件ニ無關係ナル旨ヲ表示スルニ外ナラサレハナリ此種ノ裁判カ強制執行ノ債務名義ト爲ルニハ左ノ二要件ヲ具備セサルヘカラス

第一強制執行ニ適當ナル裁判ナルヲ要ス 故ニ訴訟費用確定決定第八五條獨逸民事訴訟法第九九條其他民事訴訟法第八三條第一〇〇條第一〇二條第二九四條第二項第三〇二條第三二八條第六〇六條第七三三條等獨逸民事訴訟法第九九條第一一六條第一一八條第一二六條第二項第三四五條第三五五條第三七

四條第七三七條第二項第七三條以下ニ基テ決定ハ之ニ屬ス
第二抗告ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル裁判ノ執行停止又ハ執行中止ナキヲ要ス
民事訴訟法第四百六十條ノ規定ニ從ヘハ裁判ニ付スル抗告カ其執行停止ノ效力ヲ有セサル以上ハ前審裁判所其裁判長又ハ抗告裁判所ハ抗告ノ申立アリタル場合ニ裁判ノ假執行ノ效力ヲ中止スルノ權限ヲ有ス而シテ此執行停止又ハ執行中止ハ強制執行ヲ妨クルモノナルヲ以テ抗告ニ依リ不服ヲ申立テラレタル裁判カ其執行ヲ停止シ又ハ中止セラレタルトキハ抗告ノ不變期間カ經過シタルカ抗告ノ途ヲ盡シ終リタルカ又ハ抗告ヲ取下ケタルカノ前提要件アルニ非スンハ強制執行ヲ爲スヲ許サス此債務主義ニ基テ強制執行ハ裁判ニ假執行宣言アルヲ必要トセス然レトモ終局判決ト同シク執行力アル裁判ノ正本ニ基キ之ヲ爲スヲ必要トハ此正本ハ裁判ノ效力カ停止又ハ中止セラレタサルカ又ハ停止若クハ中止カ消滅シタル場合ニ於テノミ裁判ノ書記ノ付與スヘキモノトス

抗告ヲ以テノミ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判ノ假執行ハ抗告ノ結果トシテ

前審又ハ抗告書カ執行スヘキ裁判ヲ廢棄又ハ變更シタル裁判ヲ爲スニ因リ消滅ス訴訟費用確定決定ハ其他訴訟費用確定手續ノ原因タル判決ノ假執行ノ消滅ト共ニ消滅ス此消滅ノ效力ハ強制執行ノ著手ヲ禁シ續行ヲ許サス又ハ已ニ爲シタル執行處分ヲ取消スニ在リ前審ノ敗訴者ハ執行スヘキ裁判ノ廢棄若クハ執行スヘキ請求ノ却下ト先ニ取立テラレタルモノノ辨濟ヲ目的トスル裁判ヲ求ムルヲ得ルヤ否ヤニ關シテハ學說二派ニ岐ル第一說ニ曰ク民事訴訟法第五百六十條ニ則リ民事訴訟法第五百十條第二項ハ抗告ヲ以テノミ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判タル債務名義ニ準用スルコト能ハス何トナレハ民事訴訟法第五百十條ハ判決ノミニ適用スヘキモノナレハナリト第二說ハ反對ニ準用スヘキ旨ヲ主張シ其理由トシテ民事訴訟法第四百二十七條第二項第四百九十二條第二項第五百十條第二項ノ各規定ニ於テ前審ノ敗訴者ハ判決タルト決定タルトニ論ナク尙モ強制執行ノ基本タル債務名義ヲ確定のニ廢棄シタルトキハ取立テラレタルモノノ辨濟ヲ目的ト爲ス裁判ヲ同時ニ求メ得ルノ訴訟的請求權アル原則ノ適用ヲ示シタリ隨テ此原則ノ適用トシテ前審ノ敗訴者ハ不服ヲ申

立ラタル裁判ノ取消ト共ニ取立テラレタルモノノ辨濟ヲ目的ト爲ス裁判ヲ同時ニ求ムルコトヲ得ヘキナリト曰ヘリ余輩ハ後説ニ賛成ス
次ニ敗訴者ハ假執行宣言付判決ノ確定ノ廢棄ト同時ニ判決ヲ根據トセル訴訟費用確定決定ニ基キ取立テラレタル費用ノ返還ヲ目的ト爲ス裁判ヲ求ムル申立ヲ爲シ得ルヤ言フ族タス何トナレハ此場合ニ於ケル申立ニ民事訴訟法第五百十條第二項ノ適用ヲ受ケ強制取立カ直接ニ取消サレタル判決ニ基クト之ヲ根據トセル訴訟費用額確定決定ニ基クト問ハサレハナリ

(丁) 執行命令原本

民事訴訟法第三百九十三條ニ從ヒ督促手續ニ於テ債務者ニ與ヘタル執行命令即チ假執行宣言付支拂命令ノ原本ハ強制執行ノ債務名義ト爲ル第五五九條第二號第三九三條獨逸民事訴訟法第六三九條第七〇二條第四第七〇四條

(戊) 公證人作成ノ執行證書

公證人即チ公衆ノ委託ニ因リ民事ニ付キ證書ヲ作成スル職權ヲ有スル公吏カ其權限内ニ於テ規定ノ方法ニ依リ一定ノ金額ノ支拂又ハ他ノ代替物若クハ有

價證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ目的トスル請求ニ付キ當事者カ直チニ強制執行ヲ受クヘキ旨ヲ記載シタル證書ハ強制執行ノ債務名義ト爲ル是レ此種ノ請求ハ困難ナル法律關係ヲ生スルコトナク且ツ當事者ハ之ヲ甘諾セルヲ以テ強制執行ノ債務名義ト爲スニ何等ノ妨害ナキノミナラス却テ費用ト手續トヲ省略スルノ便アレハナリ(第五五九條第五號獨逸民事訴訟法第七〇二條第五公證人作成ノ執行證書ノ要件ハ左ノ如シ)

第一公證人カ其權限内ニ於テ成規ノ方式ニ依リ作成シタル證書ナラサルヘカラス 方式ノ適否權限ノ有無ハ公證人規則ニ依リ之ヲ定ム公證人規則第一條、第二條、第四條、第七條、第三十六條、第三十七條ハ權限ニ關係シ第十三條第三章第一節及ヒ第二節ニ規定セル條文ハ方式ニ關係ス權限外ニ於テ又成規ノ方式ニ依ラスシテ作成シタル證書ハ權限並ニ方式ヲ設ケタル決意ニ反スルヲ以テ公證人作成證書トシテ法律上無効ナルヤ言フ族タス

第二一定ノ金額ノ支拂又ハ他ノ代替物若クハ有價證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ以テ目的ト爲ス請求ニ關スル證書ナラサルヘカラス (a) 一定ノ金額トハ必ス

シモ金錢のノ數量カ明示セラルルヲ必要トセス特定期間年五分ノ利息ト云
フカ如キ證書ノ文字ヨリ計算的ニ其數量ヲ認識シ得ルヲ以テ足レリト又金
錢ノ種類ヲ明示サルモ之カ爲メニ一定ノ金額ノ支拂ヲ目的ト爲ス請求ニ非
ザル請求ト爲ラス何トナレハ他ノ種類ノ金額ヲ以テ對價ヲ供給スルヲ得レハナ
リ故ニ一定ノ金額ノ支拂トハ一定ノ金額の價額ノ支拂ト解スルヲ正當ト認ム
(b) 代替物ノ一定ノ數量ノ給付トハ通常取引ノ慣習ニ從ヒ一定ノ種類ニ屬スル
物ヲ以テ對價ト爲シ得ル物ノ數量ノ給付ヲ指示ス然レトモ當事者カ特定物ト
シ且ツ之ヲ義務ノ目的物トシテ表示シタルトキハ其給付ハ代替物ノ一定ノ數
量ノ給付ニ非ス但シ種類ヲ以テ目的物ヲ表示シタルモ之カ爲メニ代替物ノ意
義ヲ變更スルモノニ非ス (c) 有價證券ノ一定ノ數量ノ給付トハ公債株券手形
等ノ如キ所持者其モノヲ權利者ト爲ス證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ指示ス
以上三種ノ給付ヲ目的ト爲ス請求ナル以上ハ其請求發生原因ノ單純的法律行
爲ナルト雙面的法律行爲ナルト其請求ノ性質カ物權的ナルト債權的ナルト其
請求ノ體様カ期限附ナルト條件附ナルト反對給付ニ繫ルト否トヲ問ハサルナ

第三、證書ニ直チニ強制執行ヲ受クヘキ旨ヲ記載スルヲ要ス直チニ強制執行
ヲ受クヘキ旨ヲ記載スルハ必要ト爲スカ故ニ請求權ハ現存ノ請求權ニシテ將
來ノ請求權ハ不可ナリト謂フヘシ現存ノ請求權タル以上ハ條件附又ハ期限附
タルヲ妨ケス同一證書中ニ於テ即時執行ノ目的物ヲ限定スルコトヲ得ルヤ言
フ埃タス

權利者ハ義務者ニ對シ公證人作成ノ執行證書ヲ有スルカ爲メニ通常又ハ特別
訴訟手續ニ於テ訴ヲ爲スヲ妨ケス唯之カ爲メニ生シタル無益ノ訴訟費用ヲ負
擔スヘキノミ

(己) 假差押及ヒ假處分命令原本

判決ノ形式又ハ決定ノ形式ヲ以テスルトニ區別ナク強制執行保全ノ爲メニス
ル假差押及ヒ假處分命令原本ハ強制執行ノ債務名義タリ故ニ假差押及ヒ假處
分命令ノ執行ニハ強制執行ニ關スル規定ヲ準用ス(第七四二條第七四八條第七
四九條第七五六條第七五七條) 獨逸民事訴訟法第八〇二條第八〇八條第八〇九

條第八一五條第八一六條

第二節 強制執行ノ實施ニ關スル要件

我民事訴訟法ハ強制執行ノ實體的要素タル債務名義ノ存在ノミヲ以テ強制執行權ノ行使ヲ爲スヲ得セシメス當事者カ強制執行權ヲ行使スルニハ之ヲ換言スレハ執行機關カ債權者ノ爲メニ行動スルニハ從前ノ債權者カ從前ノ債務者ニ對シ強制執行ヲ爲ス場合即チ正則的ノ場合ニ於テ必要ナル一般前提要件カ存在シ又當事者ニ承繼アリタル場合即チ變則的ノ場合ニ於テ必要ナル特別ノ前提要件カ存在セサルヘカラス此二者ヲ強制執行ノ實施要件ト云フ左ニ之ヲ分説スヘシ

第一 一般前提要件 強制執行ヲ實施スル一般的前規要件ニ二種アリ執行力正本ノ提出及ヒ強制執行開始條件成就ノ證明是ナリ左ニ之ヲ説明スヘシ
(A)執行力正本ノ提出 債權者ハ強制執行ノ形式の要素トシテ執行力正本之ヲ詳言セハ執行文ヲ附記シタル判決其他ノ債務名義ノ正本即チ受訴裁判所カ發

シタル書面の強制執行命令ヲ強制執行機關ニ提出セサルヘカラス(第二編第一章第一節參考)而シテ執行機關ハ此提出セラレタル執行力正本ニ基キ強制執行ノ目的タル給付及ヒ此給付カ正本ニ表示シタル債權者即チ正本提出者ノ爲メニ正本ニ表示サレタル債權者ニ對シテ存在スルコトノ瞭然タル場合ニ於テ債權者ノ申立ニ應ジ強制執行ノ實施ニ著手シ然ラサル場合ニ於テハ債權者ノ要求ヲ拒絕セサルヘカラス(第五一六條第一項第五二八條獨逸舊民事訴訟法第六六二條第一項第六七一條同新民事訴訟法第七二四條第七五〇條)

執行力正本ハ執行機關ニ對スル強制執行命令トシテ必要ナルコト前述ノ如シ(第二編第一章第一節參考然レトモ「ガウプ」「フツチング」「ストロツクマン」氏等ハ之ニ反シテ民事訴訟法ハ些少ノ例外ヲ除ク外第七三三條第七三四條執行ヲ通則トシテ執達吏並ニ受訴裁判所ト異ナレル執行裁判所ニ委任シタルカ故ニ又其結果トシテ執達吏並ニ執行裁判所ハ受訴裁判所ト異ニシテ判決其他債務名義カ執行ニ適當ナルヤ否ヤヲ容易ニ調査スルコトヲ得ヘキ地位ニ在ラサルヲ以テ強制執行ヲ爲スニ付キ執行文ヲ附記シタル判決ノ正本(執行力正本)即チ公

ノ證明ヲ以テ債務名義ノ存在ト其執行力トヲ確保シタル正本ニ基クテ必要ト爲スモノナリト論結セリ然レトモ斯ル論結ハ受訴裁判所カ執行機關トシテ強制執行ニ従事スル場合ニ何故ニ執行文付與ヲ必要ト爲スカラ證明スルコト能ハサルヲ以テ余輩ノ賛成セザル所ナリ

強制執行命令ハ執行機關ニ對スル命令ナルヲ以テ強制執行ヲ爲スニ際シ之ヲ不必要ト爲ス旨ノ當事者ノ明示的又ハ默示的ノ意思表示ハ無効タリ又強制執行機關ハ民事訴訟法第五百二十九條ニ規定シタル場合ヲ除ク外強制執行命令ノ前提タル債務名義ノ執行力ニ對シ調査ヲ爲スコト能ハス唯強制執行命令ニ基キ強制執行ニ著手スヘキノミ

強制執行命令ハ裁判所又ハ公證人カ債權者ノ申立ニ因リ執行文ヲ附記シタル強制執行債務名義ノ正本ヲ付與シテ之ヲ爲ス此命令ハ法律上特定ノ效力ヲ有ス左ニ之ヲ分説スヘシ

(a) 強制執行命令付與ノ手續 強制執行命令ハ裁判所又ハ公證人カ勝訴者又ハ債權者ノ申立ニ因リ執行文ヲ附記シタル強制執行債務名義ノ正本ヲ付與シ

テ之ヲ爲ス更ニ之ヲ分説スヘシ

(1) 強制執行命令付與ノ機關 強制執行命令ハ裁判所又ハ公證人カ之ヲ付與ス(第五一六條第二項第五六〇條第五六二條獨逸舊民事訴訟法第六六二條第二項第七〇三條第七〇五條)

(甲)判決ニ關スル強制執行命令ハ受訴裁判所カ其所屬裁判所書記ヲ機關トシテ之ヲ付與ス而シテ其裁判所ハ通常第一審裁判所ニシテ訴訟カ上級審ニ繫屬セルトキハ其上級裁判所ナリトス何トナレハ強制執行命令ノ付與ニ關スル要件ノ存否ハ訴訟記録ニ基キ容易ニ調査スルコトヲ得ヘキヲ以テ訴訟記録現存ノ裁判所ヲシテ強制執行命令ヲ發セシムルヲ最モ便宜ト爲セハナリ(第五一六條第二項然レトモ法律ハ裁判官ノ職務ヲ輕減スルノ目的ヲ以テ更ニ裁判所書記ヲ受訴裁判所ノ機關トシテ執行文付與ノ職務ヲ取扱ハシメタリ何トナレハ執行文付與ニ關スル法定要件ノ存否ハ容易ニ訴訟記録ニ基キ調査スルコトヲ得ヘキ問題ナルヲ以テ訴訟記録ニ基キ判決確定ノ證明書ヲ付與スルコトヲ得ル裁判所書記ニ(第四九九條同一原因ニ基キ判斷スルコトヲ得ヘキ執行力アル正本付與

ノ處分ヲ委任スルモ敢テ失當ニ非サルヲ以テナリ隨テ判決確定ノ證明書付與ト同シテ訴訟記録現存ノ裁判所所屬ノ書記即チ通常訴訟記録ヲ保存スル第一審裁判所ノ書記ニ又訴訟カ上級裁判所ニ繫屬シタルトキハ訴訟記録ハ此裁判所ニ現存スルカ故ニ其裁判所書記ニ執行力アル正本ヲ付與セシム而シテ茲ニ所謂繫屬ハ判決確定ノ證明書付與ニ於テ説明シタルモノト同一意義ヲ有スルヲ以テ上級審ニ於テ判決ヲ言渡シタル後猶ホ訴訟記録第一審ニ返還セサルトキハ其上級裁判所書記カ執行力アル正本ヲ付與スヘキモノタリ隨テ執行力アル正本付與ハ其性質上裁判ヨリモ寧ロ執行力存在ノ證明ナリトノ理由及ヒ付與手續ノ進行ヲ迅速ナラシムル理由トニ依リ法律カ裁判所書記ニ執行力存否ノ裁判ヲ委任シタリトノ見解ハ余輩ノ採ラサル所ナリ

裁判所書記カ執行力アル正本ヲ付與スル前提要件トシテハ第一ニ判決カ言渡サレ且ツ其言渡カ調書上明確ナラサルヘカラス何トナレハ若シ然ラスンハ判決ハ法律上完全ニ存在セサルヲ以テ之ニ基テ強制執行ハ無効ナレハナリ第一三〇條第一三四條第二ニ判決原本ニ判事ノ署名捺印アルコトヲ要ス何トナレハ判決

ニ署名捺印ヲ具備セサル原本ハ判決原本ノ草案ニシテ判決原本其モノニ非ス隨テ之ニ基テ強制執行ハ適法ナル債務名義ニ因ラサルモノトシテ無効ナレハナリ第二三七條第二三九條獨逸舊民事訴訟法第二八六條第二八八條同新民事訴訟法第三一五條第三一七條然レトモ原本ニ判事ノ署名捺印アル以上ハ縱令送達シタル正本ニ於テ署名及ヒ捺印ノコトヲ表示セザリシ場合ハ執行力アル正本ノ付與ニ付キ法律上何等ノ妨ケナシ第三ニ判決カ確定シタルカ又ハ之ニ假執行ノ宣言ナキモノハ執行力ヲ有セサハナリ而シテ執行文ハ外國裁判所ノ判決ニ付與スヘキモノニ非スシテ却テ執行判決ニ付與スヘキモノナリコトハ前述ノ法理ニ據リテ明白ナリ民事訴訟法第五百十六條第二項ノ判決ハ外國裁判所ノ判決ヲ指示ス隨テ執行判決ヲ爲セタル裁判所所屬ノ書記カ執行文ヲ付與スルモノト謂フヘシ

和解抗告ヲ以テノミ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判執行命令第五六一條假差押及ヒ假處分命令第七四九條第七五六條ニ關シテハ之ニ關スル記録ノ現存スル裁判所所屬ノ書記カ其裁判所機關トシテ執行力アル判決ノ正本ヲ付與スル

ト同一ノ法則ニ從ヒ前示債務名義ノ執行力アル正本ヲ付與スヘキモノタリ(第五六〇條)獨逸舊民事訴訟法第七〇三條)

(乙)公證人作成ノ執行證書ニ關スル執行力アル正本ハ該證書ヲ保存スル公證人カ之ヲ付與ス(第五六二條)獨逸舊民事訴訟法第七〇五條何トナレハ此公證人カ容易ニ執行力アル正本ヲ付與スルニ適當ナルヤ否ヤノ要件ヲ調査スルコトヲ得レハナリ隨テ自ラ執行證書ヲ作成シタル公證人タルコトヲ必要トセス後任者兼任者其他書類ノ引繼ヲ受ケ原本ヲ保存スル公證人ハ何レモ執行力アル正本ヲ付與スルコトヲ得ヘシ公證人規則第五七條以下)

(2)強制執行命令付與申請者 勝訴者又ハ債權者ハ申請ノ形式ヲ以テ口頭又ハ書面ニテ執行力アル正本ノ付與ヲ求ムルコトヲ得第五一六條第三項第一三五條又辯護士ニ非サル者ヲ代理人トシテ該申請ヲ爲スコトヲ得ヘシ送達ノ爲メニスル正本ニ執行文ヲ附記スル實際上ノ慣行ハ適當ト謂フヘカラス何トナレハ民事訴訟法第五百三十三條ノ規定ニ從ヘハ執達吏ハ債務者カ其義務ヲ完済シタルトキハ之ニ執行アル正本ヲ交付スヘキヲ以テ送達ノ爲メニ

シタル正本ヲ債務者ニ交付スルコトヲ爲リ其結果債權者ハ判決確定ノ證明等ニ送達證書ヲ使用スルコトヲ得サルニ至ルヲ以テナリ

(3)強制執行命令ノ方式 判決ニ關スル強制執行命令ハ判決。正本ノ末尾ニ執行文ヲ附記シ且ツ裁判所書記カ署名捺印シ並ニ裁判所ノ印ヲ押シテ之ヲ爲ス(第五七一條)獨逸舊民事訴訟法第六六三條)

執行文ノ文式ハ民事訴訟法第五百十七條第二項獨逸舊民事訴訟法第六六三第二項ニ明記セラレタリ此文式ハ執行文ニ何タルコトヲ認識セシムルノ目的ヲ以テ一般ニ至要ナル文例ヲ示シタルニ止マルカ故ニ特定ノ場合ニ於テ尙ホ他ノ特別ノ附記ヲ必要ト爲スコトアルヤ言フ缺タス例ヘハ判決ニ包含セラレタル執行ノ目的タル訴訟物ノ一部又ハ特定財産ニ於ケル執行上ノ制限ヲ附シ執行當事者ノ承繼人ヲ表示シ相續人又ハ讓受人トシテノ承繼關係ヲ表示シ承繼ノ明白ナル旨ヲ表示シ第五一九條保證ヲ立ツルコトニ關スル執行ノ制限ヲ表示シ假執行又ハ確定執行トシテノ執行力ヲ表示シ裁判長ノ命令ヲ表示スルカ如キ(第五二〇條)即チ是ナリハルクマン民ハ民事訴訟法ハ或目標ヲ執行文ト認ム

ルコトヲ得ヘキヤ否ヤノ疑惑ヲ除去スルノ目的ヲ以テ執行文ノ文式ヲ規定シタルモノナルカ故ニ執行文カ執行文トシテノ效力ヲ有スルニハ法定ノ文例ニ適セサルヘカラス隨テ裁判所書記ノ任意ノ表示縱令法定ノ文例ト同一ノ意義ヲ有スト雖モ執行文タルノ效力ナシト主張シタルモスキ民ハ執行文ノ文式ハ法律上必要の文面ニ非ス隨テ同一ノ意義ヲ有スル他ノ文面ヲ以テ有效ニ執行文ノ法定文面ニ代フルコトヲ得ト主張シタリ余輩ハ後説ヲ適當ト信ス蓋シ民事訴訟法第五百十七條第二項ハ唯リ文意ノ爲メノミナラス文面ノ爲メニモ規定セラレタルモノト解スルコト能ハサレハナリ

執行文ニハ裁判所書記ノ署名捺印及ヒ裁判所ノ押印ヲ必要トス是レ適法ノ機關カ付與シタル強制執行命令タル性質ヲ明確ナラシムルノ目的ノ基ケリ(第五一七條第三項)獨逸舊民事訴訟法第六三條第一項執行文ハ判決正本ノ末尾ニ附記スヘキハ法文上一點ノ疑ナシト雖モ(第五一七條第一項)獨逸舊民事訴訟法第六六三條第一項如何ナル判決正本ノ末尾ニ附記スルモノナリヤハ法文上甚タ不分明タリ然レトモ強制執行ノ性質上負擔言渡タル判決正本末尾ニ附記

コトヲ得ス但シ登記ヲ終結シタル(即チ第四十一條ノ手續ヲ終ヘタル)登記簿ニ付キ裁判所又ハ豫審判事ノ命令アリタルトキハ此限ニ在ラス(第一二條)

(第六) 身分登記簿ノ閱覽又ハ登記ノ謄本若クハ抄本ノ交付

(一) 何人ト雖モ手数料ヲ納付セテ身分登記簿ノ閱覽又ハ登記ノ謄本若クハ抄本ヲ請求スルコトヲ得第一三條面シテ其手数料ニ付テハ第二百十七條ノ規定ニ依リ司法大臣ハ司法省令第十三號ヲ以テ閱覽ハ一回毎ニ金十錢又謄本若クハ抄本ノ交付ハ原本一枚毎ニ金十錢ト定メタリ

登記ノ謄本トハ登記ノ寫ヲ謂ヒ登記ノ抄本トハ登記ノ抜書ヲ謂フ

官吏又ハ公吏カ職務上閱覽又ハ交付ノ請求ヲ爲ストキハ手数料ヲ要セス

納付シタル手数料ハ之ヲ市町村ノ收入トス但シ國庫ヨリ戶籍役場ノ經費ヲ

支辨スル地ニ在リテハ之ヲ國庫ノ收入トス(第二一七條)

(二) 閱覽ヲ請求スル者アルトキハ戶籍吏ハ執務ニ差支ナキ限リハ之ヲ許ササルヘカラス

謄本又ハ抄本ノ交付ヲ請求スル者アルトキハ戶籍吏之ヲ作リ原本ト相違ナキ

旨ヲ附記シ職氏名ヲ署シ職印ヲ押捺シテ之ヲ交付スルコトヲ要ス手数料ノ外郵送料ヲ納付シテ原本又ハ抄本ノ交付ヲ請求スル者アルトキハ戸籍吏之ヲ送付スルコトヲ要ス(第一三條)

(三) 戸籍吏カ閱覽又ハ交付ノ請求ヲ許ササル場合ニ於テハ書面ヲ以テ其旨ヲ請求者ニ告知スルコトヲ要ス(第一三條)

戸籍吏カ閱覽又ハ交付ノ請求ヲ許ササルコトヲ得ルハ手数料又ハ郵送料ノ納付ナキトキ等正當ナル理由アル場合ニ限ル閱覽又ハ交付ノ請求ヲ爲シタル者ハ之ヲ許ササル戸籍吏ノ處分ヲ不當トスルトキハ抗告ヲ爲スコトヲ得抗告ニ付テハ前編第三章ヲ參照スヘシ)

閱覽又ハ交付ノ請求ヲ許ササル旨ノ告知ノ費用ハ其請求ヲ爲シタル者ヨリ之ヲ徴收スルコトヲ得ス

(第七) 身分登記簿ノ再製及ヒ補完

身分登記簿ノ正本若クハ副本ノ全部又ハ一部カ滅失シタルトキハ司法大臣ハ其旨ヲ告示シ且ツ全部カ滅失シタル場合ニ於テハ其再製ニ付キ又其一部カ滅

失シタル場合ニ於テハ滅失シタル全部ノ補完ニ付キ必要ナル處分ヲ命スルコトヲ要ス(第一四條)

(第八) 身分登記簿ニ代用スルコトヲ得ヘカリシ帳簿

戸籍法施行ノ日ヨリ明治三十一年十二月三十一日ニ至ルマテハ従前登記目錄トシテ備ヘタル帳簿ニ限り之ヲ以テ身分登記簿ニ代用スルコトヲ得タリ(第二一九條)然レトモ明治三十二年以後ニ在リテハ他ノ帳簿ヲ以テ身分登記簿ニ代用スルコトヲ得ス

第三章 登記手續

第一節 戸籍吏カ登記ヲ爲スコトヲ要スル場合

身分登記ハ左ノ場合ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要ス

(一) 戸籍吏カ身分ニ關スル届出ヲ受ケタルトキ(第一五條第一號) 身分ニ關スル届出トハ戸籍法第四章第二節乃至第二十節ニ規定シタル事項ニ付テノ届出又ハ本籍分明ナラサル者ノ登記ヲ爲シタル後其者ノ本籍カ分明ト爲リタルコ

トノ届出(第二六條)ヲ謂フ蓋シ届出トハ登記ヲ爲スコトヲ私人ヨリ戸籍吏ニ請求スル行爲ナリ届出ハ書面ヲ以テ之ヲ爲スヲ通則トスレトモ正當ノ事由アルトキニ限リテ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ許ス(第四三條)

(二) 戸籍吏カ身分ニ關スル届書ノ送付ヲ受ケタルトキ(第一五條第一號)

(イ) 外務大臣ヨリ身分ニ關スル届書ノ送付ヲ受ケタルトキ 外國ニ在ル日本人ハ戸籍法ノ規定ニ從ヒ其國ニ駐在スル日本ノ公使又ハ領事ニ身分ニ關スル届出ヲ爲スコトヲ得(第五九條)公使又ハ領事ハ其受取リタル届書ヲ三箇月内ニ外務大臣ニ發送シ外務大臣ハ十日内ニ之ヲ本人ノ本籍地ノ戸籍吏ニ發送スルコトヲ要ス(第六一條)

(ロ) 他ノ戸籍吏ヨリ身分ニ關スル届書ノ送付ヲ受ケタルトキ

(イ) 他ノ戸籍吏カ身分ニ關スル届出ヲ受ケタル場合ニ於テ其戸籍吏ヨリ届書ノ送付ヲ受ケタルトキ(第三三條乃至第三五條參照)

(乙) 他ノ戸籍吏カ外務大臣ヨリ身分ニ關スル届書ノ送付ヲ受ケタル場合ニ於テ其戸籍吏ヨリ更ニ届書ノ送付ヲ受ケタルトキ(第三六條第一項參照)同條

第一項ニ届出トアルハ戸籍吏カ届出ヲ受ケタル場合ノミヲ指スモノニシテ

外國ニ在ル公使又ハ領事カ届出ヲ受ケタル場合ヲ(包含セス)

茲ニ身分ニ關スル届書ト謂フハ書面ヲ以テ届出ヲ爲シタル場合ニ在リテハ其書面ヲ指シ口頭ヲ以テ届出ヲ爲シタル場合ニ在リテハ戸籍法第五十四條及ヒ第五十五條ノ規定ニ從ヒ戸籍吏若クハ外國ニ在ル公使又ハ領事カ作リタル書面ヲ指ス

(注意) 戸籍法ニ在リテハ「届書」ナル文字ハ廣狹二様ノ意義ニ用ヒラル即チ狹義ノ「届書」ハ書面ヲ以テ届出ヲ爲シタル場合ニ於ケル其書面ノミヲ指シ廣義ノ「届書」ハ口頭ヲ以テ届出ヲ爲シタル場合ニ於テ戸籍吏若クハ公使又ハ領事カ作リタル書面ヲモ包含ス而シテ戸籍法第三章ニ在リテハ「届書」ナル文字ハ廣義ニ於テ用ヒラル

(三) 戸籍吏カ身分ニ關スル報告ヲ受ケタルトキ(第一五條第二號) 戸籍法第二百二十九條第三百一十一條又ハ第三百三十二條ノ規定ニ依リ監獄ノ長其他ノ官廳又ハ公署ヨリ死亡ノ報告若クハ死亡者ノ本籍カ公明ト爲リ又ハ其何人タルコト

ヲ認識スルニ至リタルコトノ報告ヲ受ケタルトキヲ謂フ

右ニ掲ケタル場合ヲ除ク外戸籍吏ハ身分ニ關スル報告ヲ受ケタルコトナシ

(四) 戸籍吏カ身分ニ關スル報告ノ送付ヲ受ケタルトキ 戸籍吏カ他ノ戸籍吏
コリ前(三)ノ報告ノ送付ヲ受ケタルトキヲ謂フ

戸籍法ニハ戸籍吏カ前(三)ニ掲ケタル報告ヲ受ケタル場合ニ於テ被登記者ノ本
籍カ其戸籍吏ノ管轄ニ屬セサルトキハ其報告ヲ本籍地ノ戸籍吏ニ送付スルコ
トヲ要ストノ規定ナク(第三十五條)届出ヲ受ケタル場合ニノミ適用スヘキ規
定ナリ)又戸籍吏カ報告ノ送付ヲ受ケタルトキハ身分登記ヲ爲スヘシトノ規定
モナシ然レトモ第百二十九條ニハ「死刑ノ執行アリタルトキハ監獄ノ長ハ(中略)
監獄所在地ノ戸籍吏ニ死亡ノ報告ヲ爲スコトヲ要ストノ規定アリテ死亡者ノ
本籍地ノ戸籍吏ニ其報告ヲ爲スヘキ旨ノ規定ナク故ニ監獄所在地ト本籍地ト
カ異ナルトキハ本籍地ノ戸籍吏ハ監獄ノ長ヨリ死亡ノ報告ヲ受ケタルコトナク
又監獄所在地ノ戸籍吏ヨリ報告ヲ爲ササルニ於テハ本籍地ノ戸籍吏ハ死亡ノ
身分登記ヲ爲スニ由ナシ第三十二條ニ依ル報告ニ付テモ亦同シ又同法第三十

六條第二項末段ニハ「届出以外ノ事由ニ因リ登記ヲ爲シタル場合ニ於テ被登記

者ノ本籍カ戸籍吏ノ管轄ニ屬セサルトキ亦同シトノ規定アル(届出以外ノ事由
トハ報告ヲ包含ス然ルニ報告ニ因リ登記ヲ爲シタルトキ其報告ヲ本籍地ノ戸
籍吏ニ送付スルコトヲ要セサルニ於テハ報告ノ謄本ヲ作ル必要ナシ)ヨリ推究
スルトキハ戸籍吏カ前(三)ニ掲ケタル報告ヲ受ケタル場合ニ於テ被登記者ノ本
籍カ其戸籍吏ノ管轄ニ屬セサルトキハ登記ヲ爲シタル後第三十六條第二項ニ
依リ其報告ノ謄本ヲ作りテ之ヲ其戸籍役場ニ留メ置キ報告ノ原本ハ本籍地ノ
戸籍吏ニ之ヲ送付シ本籍地ノ戸籍吏ハ之ニ依リテ身分登記ヲ爲スヘキモノト
解スルヲ正當ナリトス此事ニ付テハ尙ホ後ニ説明スヘシ

(五) 戸籍吏カ身分ニ關スル證書ノ謄本ヲ受ケタルトキ(第一五條第三號) 日本
人カ外國ニ於テ作ラシメタル身分ニ關スル證書ノ謄本ヲ第六十條第二項ノ規

定ニ依リ本人ヨリ本籍地ノ戸籍吏ニ差出シタル場合はナリ

(六) 戸籍吏カ身分ニ關スル證書ノ謄本ノ送付ヲ受ケタルトキ(第一五條第三號)

(イ) 外務大臣ヨリ身分ニ關スル證書ノ謄本ノ送付ヲ受ケタルトキ 前(五)ニ

掲ケタル證書ノ謄本ヲ第六十一條ノ規定ニ依リ外務大臣ヨリ本籍地ノ戸籍吏ニ送付シタルトキヲ謂フ

(ロ) 他ノ戸籍吏ヨリ身分ニ關スル證書ノ謄本ノ送付ヲ受ケタルトキ(第三六條第一項參照)

(七) 戸籍吏カ身分ニ關スル事項ヲ記載シタル航海日誌ノ謄本ノ送付ヲ受ケタルトキ(第一五條第四號)

(イ) 艦長、船長若クハ外務大臣ヨリ出生又ハ死亡ニ關スル事項ヲ記載シタル航海日誌ノ謄本ノ送付ヲ受ケタルトキ(第七八條第一三〇條參照)

(ロ) 他ノ戸籍吏ヨリ出生又ハ死亡ニ關スル事項ヲ記載シタル航海日誌ノ謄本ノ送付ヲ受ケタルトキ 戸籍吏カ艦長又ハ船長ヨリ(イ)ニ掲ケタル航海日誌ノ謄本ノ送付ヲ受ケタル場合ニ於テ被登記者ノ本籍カ其戸籍吏ノ管轄ニ屬セザルトキハ登記ヲ爲シタル後之ヲ本籍地ノ戸籍吏ニ送付スヘク本籍地ノ戸籍吏ハ之ニ依リテ登記ヲ爲スコトヲ要ス(第七八條第二項第一三〇條第二項第三六條第二項末段及ヒ前(四)ノ說明參照)

戸籍吏ハ外務大臣ヨリ送付ヲ受ケタル航海日誌ノ謄本ヲ更ニ他ノ戸籍吏ニ送付スヘキ場合ナシ

出生又ハ死亡ノ登記ノ外航海日誌ノ謄本ノ送付ヲ受ケタルニ因リ身分登記ヲ爲ス場合ナシ

(八) 戸籍吏カ登記ノ取消ノ請求又ハ申請ヲ受ケタルトキ(第一五條第五號) 登記ノ取消トハ登記ヲ抹消スルヲ謂ヒ請求トハ檢事ヨリ取消ヲ求ムルヲ謂ヒ第一〇六六條第二項申請トハ私人ヨリ之ヲ求ムルヲ謂フ

登記ハ法律ニ特別ノ規定アル場合ヲ除クノ外之ヲ取消スコトヲ得ス(第一七條) 蓋シ濫ニ登記ヲ取消スコトヲ許ササルナリ法律ニ特別ノ規定アル場合ハ之ヲ左ノ二種ニ區別スルコトヲ得

(イ) 登記原因ノ無効又ハ取消ニ因ル登記ノ取消 婚姻ヲ無効トスル判決又ハ婚姻ヲ取消ス判決ヲ確定シタルニ因リ婚姻ノ登記ヲ取消ス場合(第一〇六條ノ如キ)是ナリ其他第九十一條、第九十二條、第百五條、第百二十二條、第百二十四條、第百三十四條、第百三十九條、第百四十四條及ヒ第百四十五條等ヲ參照ス

へシ

(ロ) 未定又ハ知レサル事項ニ付キ爲シタル登記ヲ其事項カ確定シ又ハ明カナルニ至リタルニ因リ取消ストキ 例ヘハ父未定ノ子ノ出生ノ登記アリタル後父カ確定シタルニ因リ其登記ノ取消ヲ申請スル場合第七三條又ハ棄兒即チ父母カ知レサル子ノ發見ノ登記ヲ爲シタル後棄兒ノ父又ハ母カ現出シ其兒ヲ引取リタルニ因リ其登記ノ取消ヲ申請スル場合第七六條ノ如キ是ナリ

(九) 戸籍吏カ登記ノ變更ノ申請ヲ受ケタルトキ(第一五條第五號) 前(八)ニ於ケルト異ナリ檢事ヨリ登記ノ變更ノ請求ヲ受クルコトナシ

登記ハ法律ニ別段ノ規定アル場合ノ外之ヲ變更スルコトヲ得ス(第一七條法律ニ別段ノ規定アル場合ハ左ノ三種ニ之ヲ區別スルコトヲ得)

(イ) 登記ニ付キ錯誤又ハ遺漏アルコトヲ發見シタルトキ之ヲ訂正シ又ハ増減スル爲メニスル變更ノ申請 例ヘハ出生ノ身分登記ニ子ノ生年月日ニ付キ誤謬アルトキ又ハ男女ノ別ノ記載ナキトキ其生年月日ヲ訂正シ男女ノ別ヲ追加スルカ爲メニスル變更ノ申請ノ如キ是ナリ(第一六七條乃至第一六九條)

(ロ) 登記ノ抹消ノ申請ニシテ前(八)ニ掲ケタル取消ノ申請ニアラサルモノ 例ヘハ届出義務者ニアラサル者ノ届出ニ因リテ爲シタル登記又ハ生存中ノ人ニ付キ爲シタル死亡ノ登記ノ抹消ノ申請ノ如キ是ナリ

戸籍法ハ此種ノ抹消ノ申請ヲ許スヤ否ヤハ一大疑問ナリ抑モ此種ノ抹消ノ申請ハ或身分登記ノ全部ヲ抹消スルコトヲ求ムルモノナルヲ以テ前(七)ノ取消ノ申請ト酷タ相似タリ然レトモ取消ノ申請ハ法律ニ特別ノ規定アルニアラサレハ之ヲ許ササルハ既ニ前(七)ニ於テ説明セタル如クニセテ第七十三條第九十一條等法律ニ特別ノ規定アル場合ハ何レモ他ノ特別ナル場合ニ關スルノミナラス取消ノ申請ニ關スル概括的ノ規定ナキカ故ニ取消ノ申請ノ方法ニ依リ此種ノ抹消ノ申請ヲ爲スコトヲ得スト謂ハサルヘカラス次ニ變更ナル文字ハ通例現ニ存在スル或モノヲ訂正シ増補シ又ハ其一部ヲ消除スルコトヲ意味スル文字ニシテ現ニ存在スル或モノノ全部ヲ滅失セシムル場合ニ用ヒラルルコトナシ隨テ此通例ノ意義ニ依ルトキハ(イ)又ハ(ハ)ニ掲クル如キ場合ニ在リテハ變更ノ申請ヲ爲スヲ得レトモ全部ヲ抹消スル爲メニハ變更

ノ申請ヲ爲スコトヲ得サルカ如シ果シテ然リトスレハ此種ノ抹消ノ申請ハ取消ノ申請ノ方法ニ依リテモ將タ變更ノ申請ノ方法ニ依リテモ之ヲ申請スルコトヲ得スト謂ハサルヘカラス現ニ司法省民刑局長ハ高山區裁判所監督判事ノ間合ニ對シ此種ノ抹消ノ申請ハ之ヲ爲スコトヲ得サルモノナル旨ノ回答ヲ爲シタルコトアリ明治三十一年十一月二十九日附高山區裁判所監督判事ノ間合ニ對スル明治三十二年一月二十七日附司法省民刑局長回答參照然レトモ或登記ノ一部ニ錯誤アル場合ニ於テハ變更ノ申請ニ因リ其部分ヲ抹消スルコトヲ申請スルヲ許スニ反シ全部ニ錯誤アル場合ニ於テハ其全部ノ抹消ヲ申請スルコトヲ許サスト云フハ甚タ謂レナク且ツ届出義務者ニアラサル者ノ申請ニ因リテ爲シタル登記又ハ生存中ノ人ニ付キ爲シタル死亡ノ登記ノ如キハ届出ノ手續カ本法ヲ規定ニ違背シ又ハ登記カ事實ト一致セサル爲メ當然登記ノ效力ナキニ拘ラス之ヲ抹消スルニ由ナク隨テ其登記ヲ存在セシメサルヘカラストスレハ國家又ハ一般世人ハ其登記ヲ適法ニシテ且ツ有效ナリト誤信スルコトアルヘク爲メニ身分登記ナル制度ヲ設ケタル

立法上ノ主義ヲ貫徹スルコト能ハサルニ至ルヘシ故ニ或ハ此種ノ抹消ノ申請ハ變更ノ申請ニアラサルヲ以テ戸籍法第六十七條乃至第六十九條ノ規定ヲ適用スルコトヲ得スト雖モ變更ノ申請ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノナリトノ曖昧ナル説明ヲ爲ス者ケルニ至レリ

予惟フニ法律ニ用ヒタル文字ハ常ニ通例ノ意義ニ於テ用ヒラレタリト爲スハ解釋方法ノ當ヲ得サルモノナリ蓋シ其法律ノ或規定又ハ其法律ノ全規定等ヨリ推究スルトキハ其法律中ノ或文字ハ通例ノ意義ニ於ケルヨリモ廣ク若クハ狭ク用ヒラレタルコトヲ知ルヲ得ル場合アレハナリ今本問題ニ付キ考フルニ(ロ)ニ掲ケタル場合ニ於テ登記ノ抹消ヲ許サストスレハ公益ニ反スルコトハ前段ニ説明シタルカ如ク又登記ノ一部ニ錯誤アル場合ニ其錯誤アル部分ノ抹消ヲ許シナカラ其登記ノ全部ニ錯誤アル場合ニ其全部ヲ抹消スルコトヲ許サスト爲スハ甚タ其謂レナキコトモ亦前段ニ説明シタルカ如シ故ニ予ハ戸籍法ニ於テ登記ノ變更ト謂フハ通例ノ意義ニ於ケルヨリモ廣ク用ヒラレ(イ)及ヒ(ハ)ニ掲ケタル場合ハ勿論前(八)ニ掲ケタル登記ノ取消ノ申請

ヲ除キタル以外ノ全部ノ抹消ヲ求ムル申請即チ(ロ)ニ掲ケタル申請ヲモ包含
スト解スルヲ穩當ナリト信シ(ロ)ニ掲ケタル申請ニ付テハ(イ)ニ掲ケタル申請
ト同シク第六十七條乃至第六十九條ノ規定ヲ通用スヘキモノナリト信
ス

(ハ) 其他ノ變更ノ申請 (第一七九條參照)

(十) 戸籍吏カ登記ヲ爲スヘキ旨ノ裁判ヲ受ケタルトキ(第一六條第六號) 戸籍吏
カ届出等ヲ受理セサル場合ニ於テ其處分ニ對シ第二百三條ノ規定ニ依リ抗告
ヲ爲シ裁判所ハ抗告ヲ理由アリト認メ第二百七條第一項ノ規定ニ依リ戸籍吏
ニ登記ヲ爲スヘキコトヲ命シタルトキヲ謂フ(抗告ニ付テハ本講義第一編第三
章參照)

(十一) 戸籍吏カ登記ヲ爲スコトニ付キ裁判所ノ許可ヲ得タルトキ 日本ノ國籍
ヲ失ヒタル者カ國籍喪失ノ届出ヲ爲サザリシトキハ戸籍吏ハ戸籍役場ノ所在
地ヲ管轄スル區裁判所ノ許可ヲ得テ國籍喪失ノ登記ヲ爲スコトヲ要ス(第二
七條)

右ノ場合ノ外裁判所ノ許可ヲ得テ身分登記ヲ爲スヘキ場合ナシ

裁判所ノ許可トハ裁判所カ身分登記ヲ爲スヘキコトヲ戸籍吏ニ命スルニアラ
ス故ニ(十一)ニ在リテハ前(十)ト異ナリ裁判所ノ命ニ因リ登記ヲ爲スニアラスシテ
法律ノ規定ニ依リテ戸籍吏カ自ら進ミテ登記ヲ爲スヘキ場合ニ於テ其前提要
件トシテ裁判所ノ許可ヲ受クルニ過キス

以上(一)乃至(十一)ニ掲ケタル場合ト雖モ届出送付其他ノ手續カ戸籍法ノ規定ニ依
リタルモノニアラザレハ登記ヲ爲スコトヲ得ス(第一六條)

戸籍法ニ規定シタル届出送付其他ノ手續ニ付テハ本章第四節及ヒ第四章ニ於
テ之ヲ説明スヘシ

第二節 登記前ノ手續

(第一) 第一節ニ掲ケタル(一)乃至(十)ノ場合ニ在リテハ戸籍吏ハ届出報告等カ戸
籍法ノ規定ニ依リタルモノナルヤ否ヤヲ審査シ若シ戸籍法ノ規定ニ反スルト
キハ届出報告等ヲ受理スヘカラス(第一六條)

届出報告等カ戸籍法ノ規定ニ依リタルモノナルトキハ之ヲ受理シ其書類ニ受附ノ番號及ヒ年月日ヲ記載シ遲滞ナク登記ノ手續ヲ爲スコトヲ要ス(第一八條)

(第二) 第一節ニ掲ケタル(土)ノ場合ニ在リテ先ツ裁判所ノ許可ヲ求メ其許可アリタルトキハ其書類ニ受附ノ番號及ヒ年月日ヲ記載シ遲滞ナク登記ノ手續ヲ爲スコトヲ要ス(第一八條)

第三節 登記ノ手續

(第一) 登記ヲ爲スヘキ登記簿

身分登記簿ハ本籍人身分登記簿及ヒ非本籍人身分登記簿ノ二種ト爲シ各種ノ登記簿ハ各正副二本ヲ備フ又各種ノ登記簿ハ戸籍法第四章第二節乃至第二十章ニ掲ケタル届出事件ノ區別ニ從ヒ各別冊ト爲シ若クハ之ヲ合綴スルコトハ本編第二章ニ於テ之ヲ説明シタリ而シテ戸籍吏カ登記ヲ爲スニ方リテハ左ノ區別ニ從ヒ相當登記簿ノ正本及ヒ副本ニ登記ヲ爲スコトヲ要ス

一) 從來其戸籍吏ノ管轄區域内ニ本籍ヲ有スル者ニ關スル場合 例ヘハ本籍人

校外生規則摘要

- 一 講義録ハ毎月二回發行シ滿一个年ヲ以テ卒業トス
- 一 講義録ハ之ヲ三部ニ分ツ其發行定日左ノ如シ
 - 第一部 毎月 五 日 二十日
 - 第二部 毎月 十日 廿五日
 - 第三部 毎月 十五日 三十日
- 一 月謝金ハ全部費圓、各一部四十錢トス但シ入學金ヲ要セス
- 一 校外生ハ本校講義會、討論會ニ出席傍聴スルコト及ヒ本校ノ出版ニ係ル書籍雜誌ハ特別ノ廉價ヲ以テ購求スルコトヲ得
- 一 校外生全部卒業證書ヲ有スル者ハ試験ノ上校內生三年級ニ編入セラルルコトヲ得
- 一 校外生ハ講義録中ノ疑義ニ付キ質問スルコトヲ得
- 一 但シ返信用郵券ヲ封入スルコトヲ要ス
- 一 三ヶ月以上月謝不納ノ者ハ退學者ト看做ス
- 一 月謝ハ東京飯田町郵便支局佛和佛法律學校會計係トスヘシ

明治三十三年八月一日印刷
明治三十三年八月五日發行

編輯者 小田 幹治 郎
東京市四谷區四谷仲町三丁目六番地

印刷者 金子 鐵五 郎
東京市芝區四ノ久保明舟町十一番地

印刷所 金子 活版 所
東京市芝區四ノ久保明舟町十一番地

東京市麹町區富士見町六丁目十六番地

發行所 司法省 和佛法律學校

(電話番町百七七四番)