

和仏法律学校講義録

松岡, 義正 / 若槻, 禮次郎 / 兩角, 彦六 / 荒井, 賢太郎 /
岩田, 一郎 / 遠藤, 忠次 / 棟居, 喜九馬

(出版者 / Publisher)

和佛法律學校

(巻 / Volume)

1-15

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

53

(発行年 / Year)

1900-09-05

和佛法律學校



講義錄

第壹部

第拾五號

民法物權	至自六章章(自一九六)	法學士荒井賢太郎
民法債權	至自二章二節(自一四四)	法學士棟居喜九馬
民法債權	至自三章三節(自八〇五)	法學士兩角彥六
民法相續	至自二章四節(自二〇九)	法學士若槻禮次郎
民事訴訟法第一編	至自二章四節(自二〇九)	法學士岩田一郎
民事訴訟法第二編	至自七章六節(自七六一)	法學士遠藤忠次
民事訴訟法	至自八章編(自二〇三)	法學士松岡義正



法學志林

第十一號 九月五日發行

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

◎志林
證議論 法學士棟居喜九馬○豫審辯護論 古賀氏ノ所見ニ就テ辯護士信岡雄四郎○臺灣法院ヲ論
ス、法學士鈴木宗言
◎纂論
假執行ニ關スル諸國ノ法制ヲ論ス(續)、校友木村誠次郎
大審院ノ法理、呂芳坊
民法及ヒ商法問題ニ法學博士梅謙次郎
◎寄書
民法第七百四十九條三項ニ付テ、校友山本德太郎○戰爭ト國際法トノ關係ヲ論ス、校友珀石江人
◎雜報
○振山ト漢書人ノ義務○東京辯護士常議員官ノ談話ニ關スル辯護士信岡雄四郎○胡毅羅漢契約ノ效力○臺南通信○飯田玄都對檢察ノ法
學研究○阿モ仕中シタコトハアリマセン○法律ト茶代廢止
◎記事
○圖書閱覽室寄附者氏名○時友吳郎

發行所

東京市麴町區富士見町六丁目
(電話番町一七四)

司法省指定

和佛法律學校

090
1900
1-1-15

コトヲ許スハ徒ラニ無用ノ勞費ヲ要シ經濟上ノ不利ヲ招クモノナレハナリ本
條ノ規定ハ若シ之ニ異ナリタル慣習アルトキハ之ニ從フヘキハ敢テ妨ナキモ
ノトシ法律ハ本條第二項ニ於テ之ヲ規定セリ

第五章 永小作權

永小作權トハ小作料ヲ拂ヒテ他人ノ土地ニ耕作又ハ牧畜ヲ爲ス權利ニシテ地
上權ト同シク他人ノ土地ニ對シテ有スル所ノ物權ナリ唯二者ノ異ナル所ハ地
上權ハ工作物又ハ竹木ヲ所有スル目的ヲ以テ他人ノ土地ヲ使用シ永小作權ハ
耕作又ハ牧畜ヲ爲スノ目的ヲ以テ他人ノ土地ヲ使用スルモノニシテ一言之ヲ
蔽ヘハ其使用ノ目的ヲ異ニスルニ在リ其他地上權ハ必スシモ有償行為ヲ以テ
設定スルヲ要セスト雖モ永小作權ハ必ス有償行為ヲ以テ設定スルコトヲ要ス
又地上權ノ存續期間ニハ一定ノ制限ナシト雖モ永小作權ノ存續期間ニハ一定
ノ制限アリ

永小作權ハ耕作又ハ牧畜ヲ爲ス土地ノ賃貸借トノ間ニ於ケル差異ハ永小作權

民法物權 永小作權

ハ物權ニシテ賃借權ハ債權ナリ隨テ永小作權者ハ唯其土地ヲ使用スル權利ヲ有スルニ過キスト雖モ賃借人ハ賃貸人ニ對シ其土地ヲ使用セシムルコトヲ要求スル債權ヲ有ス又永小作權ノ存續期間ハ二十年以上五十年以下ナルモ賃借權ノ存續期間ハ二十年ヲ超ユルヲ得サルカ如キハ其重ナル區別ナリ

永小作人ハ其權利ノ對價トシテ必ス地主ニ小作料ヲ支拂フノ義務アリ小作料ハ金錢又ハ其他ノ物品ヲ以テ定期ニ支拂フ所ノ土地使用料ニシテ心ス永小作權ニ伴フ所ノ義務ナリ

永小作權者ハ耕作及ヒ牧畜ヲ爲スノ權利ヲ有スト雖モ其權利ノ範圍ハ自ラ制限セララル所アリ第二百七十一條ハ此權利ノ範圍ニ付テ規定セリ曰ク「永小作人ハ土地ニ永久ノ損害ヲ生スヘキ變更ヲ加フルコトヲ得スト」永小作者ハ耕作又ハ牧畜ヲ爲スニ必要ナル變更ヲ土地ニ加フルハ敢テ不可ナシト雖モ之カ爲メ永久ニ損害ヲ遺スカ如キ變更ヲ加フルコトヲ得ス蓋シ永小作權者ハ權利消滅ニ際シ土地ヲ原狀ニ復シテ土地所有者ニ返還スルノ義務アリ然ルニ土地ニ永久ノ損害ヲ生スヘキ變更ヲ加フルトキハ權利消滅ニ際シ之ヲ原狀ニ復スル

コトヲ得ス爲メニ地主ハ永小作權者ノ所爲ニ因リ永小作權消滅ノ後ニ於テ尙ホ損害ヲ受クルノ結果ト爲リ地主ノ利益ヲ害スルコト甚シキヲ以テ法律ハ兩者ノ利益ヲ調和スルカ爲メニ永小作權者ニ其權利行使ノ爲メ必要ナル土地ノ變更ヲ許スト同時ニ之カ爲メ後日ニ地主ノ損害ト爲ルヘキ行為ハ之ヲ禁シタリ但シ其如何ナル變更ヲ以テ永久ノ損害ト看ルヘキヤハ事實ノ問題ニ屬スト雖モ其變更アリタルカ爲メ永小作權消滅ノ際ニ原狀ニ復スルヲ得ス地主ニ損害ヲ遺ス所ノモノノ如キハ之ヲ永久ノ損害ヲ生スヘキ變更ト看做シテ不可ナシト信ス

第二百七十二條ハ永小作權ノ讓渡及ヒ其賃貸借ニ關スル規定ナリ永小作權ハ物權ナルカ故ニ他ノ物權ニ於ケルト同シク權利者ハ原則トシテ隨意ニ之ヲ處分スルコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカラス但シ永小作人ハ前ニ説明シタル如ク土地ニ永久ノ損害ヲ加フルカ如キ使用ヲ爲スヲ得サルヲ以テ永小作人ノ何人ナルヤハ地主ノ利害ニ關係ヲ有スルノミナラス小作料ノ如キモ地主ト永小作人トノ間ニ於ケル特別ノ關係ニ依リ定マルモノ少シトセサルヲ以テ地主ハ

永小作人ノ選定ニ重キヲ置クノ事情アルモノナルニ由リ若シ地主ニ於テ永小作權ノ讓渡又ハ貸貸ヲ欲セサルトキハ設定行爲ヲ以テ之ヲ禁スルハ敢テ妨クナシ是レ第二百七十二條但書ノ規定ヲ説ケタル所以ナリ

永小作人ハ設定行爲ヲ以テ禁セラレサル限りハ其權利ヲ他人ニ讓渡スルコトヲ得永小作權ノ讓渡アリタルトキハ爾後讓受人ハ地主ニ對シテ直接ニ永小作人ノ地位ヲ占ムルモノナルカ故ニ永小作人ノ有スル權利ハ讓受人總テ之ヲ有スルモノトス權利ノ讓渡アリタルトキハ義務モ亦讓受人ニ移轉スルヤ否ヤ即チ小作料支拂ノ義務ハ永小作權讓渡アリタルトキハ讓受人タル後ノ永小作人ノ負擔スヘキモノナルヤ將タ依然讓渡人タル前ノ永小作人ニ於テ負擔スヘキモノナルヤ此問題ヲ決スルニハ小作料ハ契約ヨリ生じタル一ノ債務ニ過キサズ將タ永小作權ニ附隨スル一ノ負擔例ヘハ通行權ニ於ケル通行他ノ償金ノ如ク土地ノ負擔ナルヤヲ決セサルヘカラス小作料ヲ以テ契約ヨリ生スル債務ト看ルトキハ債務者ハ隨意ニ之ヲ第三者ニ移轉スルヲ得サルヘク之ニ反シテ小作料ヲ以テ一ノ負擔ト看ルトキハ何人ヲ問ハス其土地ニ耕作又ハ牧畜ヲ爲

ス者ハ之ヲ負擔セサルヲ得サルヘキニ由リ永小作權ノ讓渡アリタルトキハ其小作料支拂ノ義務モ亦移轉シタルモノト看サルヘカラス舊民法ハ財産編第三百三十四條第三項ニ於テ貸借權ノ讓渡ニ因リ賃借人ハ其義務ヲ免ルヲ得サルコトヲ規定セリ是レ舊民法ハ貸借權ヲ一ノ物權ト爲シタルニ拘ラス其借貸支拂ノ義務ハ貸借契約ヨリ生スル一ノ債務ト看タルカ爲メナリ財産編第一百十五條ノ規定ニ徴スルトキハ借貸ノ支拂ハ一ノ債務ニ過キサズルコト明瞭ナリ新民法ニハ舊民法ノ如キ規定ナキノミナラス第二百七十七條ノ規定ヨリ觀ルモ小作料ハ單純ノ債務ニ非シテ永小作權ニ附隨スル一ノ負擔ナルカ如シ果シテ然ラハ永小作權ト同時ニ小作料支拂ノ義務モ亦讓受人ニ移轉スルヲ以テ地主ト前ノ永小作人トノ間ニハ全ク永小作權ノ關係ヲ絶テ讓受人ト地主トノ間ニ其關係ヲ生スルニ至ルヘク爾後地主ハ新小作人ヨリ其小作料ノ支拂ヲ受ケ又小作料ノ支拂ヲ怠ルトキハ之ニ對シテ第二百七十六條ニ依リ永小作權ノ消滅ヲ請求スルヲ得ヘシ但シ新民法ハ永小作權ノ讓渡ノミナラス債權債務ノ關係ヲ生スルニ過キサズル貸借債ニ於テ貸借權ノ讓渡モ亦其義務ノ移轉ヲ伴フ

モノト爲シタルカ如シ之ニ付テハ意見ナキニ非スト雖モ賃貸借ノ章ニ於テ説明スヘキモノナルニ由リ茲ニ之ヲ省ク

永小作人ハ其土地ヲ他人ニ賃貸スルコトヲ得此場合ハ永小作人カ其有スル所ノ權利ノ上ニ賃貸借契約ニ因リ第三者ニ賃借權ヲ與フルニ過キス故ニ永小作人ノ有スル權利ノ範圍ヲ超エテ賃借權ヲ與フルヲ得サルハ論ヲ俟タス隨テ賃借權ノ存續期間ハ永小作權ノ存續期間ヲ超ユルヲ得ス又賃貸借ノ目的ハ永小作權ノ目的タルヘキ耕作若クハ牧畜ニ限ルヘキモノトス

永小作權ノ讓渡ト永小作人カ其借地ヲ賃貸シタル場合トニ於ケル差異ハ永小作權ノ讓渡ハ物權ノ移轉ナルモ借地ノ賃貸ハ債權ノ關係ヲ生スルニ在リ故ニ永小作權ノ讓渡アリタルトキハ前ニ説明シタル如ク地主ト讓渡人トノ間ニハ永小作ノ關係消滅シ新ニ地主ト讓受人トノ間ニ永小作ノ關係生スルモノナリト雖モ賃貸ハ永小作人ト賃借人トノ間ニ賃貸借ノ關係ヲ生スルニ過キス永小作ノ關係ハ依然地主ト永小作人トノ間ニ存續スルモノナリ又賃貸ノ場合ニハ永小作人ハ賃貸人ノ位地ニ在ルモノナルカ故ニ其賃借人ニ對シ第三百十三條

ノ先取特權ヲ有スルモ讓渡ノ場合ニ於テハ永小作人ハ之ヲ有セス若シ有價行爲ヲ以テ永小作權ヲ讓渡シタルトキハ永小作人ハ賣主ノ地位ニ在ルニ由リ其代價ニ付キ第二百九十五條ノ規定ニ依リ留置權ヲ有スルモノナリ

右ニ述ヘタルカ如ク永小作權ノ讓渡ハ地主ト讓受人トノ間ニハ永小作ノ關係ヲ生スルモノナルカ故ニ其間直接ニ權利義務ノ關係ヲ生スルモ賃貸ノ場合ニハ永小作ノ關係ハ舊來ノ儘ニ存續シ永小作人ト賃借人トノ間ニ成立シタル賃貸借契約ニ付テハ地主ハ第三者ノ位地ニ立ツモノナルカ故ニ法理上ヨリ言フトキハ地主ト賃借人トノ間ニハ直接ニ權利義務ノ關係ヲ生スルコトナキカ如シ故ニ若シ地主カ賃借人ニ對シテ權利ヲ行ハントスルトキハ第四百二十三條ニ依リ其債務者タル永小作人ニ屬スル權利ヲ行フノ外ナシ所謂間接訴權ニ依ルノ外權利行使ノ途ナキモノトス然ルニ新民法ハ賃貸ノ場合ニ於テモ地主ヲ保護スル點ヨリ地主ト賃借人トノ間ニ直接ノ權利關係ヲ生セシメタリ即チ第六百十三條ニ依レハ「賃借人カ適法ニ賃借物ヲ轉賃シタルトキハ轉借人ハ賃貸人ニ對シテ直接ニ義務ヲ負フ」トアリ此規定ハ永小作權ニモ準用セラルヘキ

モノナルヲ以テ永小作人カ其土地ヲ貸貸シタルトキハ賃借人ハ地主ニ對シテ直接ニ義務ヲ負フモノトス此ノ如キ特例ヲ設ケタル所以ハ全ク地主ヲ保護スル趣旨ニ外ナラス其理由ハ貸賃借ノ章ニ譲リ茲ニ之ヲ省ク此ノ如ク賃借人ハ地主ニ對シテ直接ニ義務ヲ負フト雖モ其義務ハ自己カ貸賃人即チ永小作人ニ對シテ負フ所ノ義務ノ範圍ニ止マルヘキハ論ヲ埃タス例ヘハ地主ハ永小作人ニ對シ一箇年百圓ノ小作料ヲ請求スル權利ヲ有スルトキト雖モ賃借人カ永小作人ニ對シテ支拂フヘキ借貸八十圓ニ過キサルトキハ地主ハ八十圓マテノ額ニ對シテ請求權ヲ有スルノミ地主ト賃借人トノ間ニ直接ニ權利關係ヲ生スルコト右ニ説明スルカ如シト雖モ此規定ハ地主ヲ保護スル爲メニ設ケラレタル特例ニ過キス之カ爲メ地主ト永小作人トノ間ニ存スル權利關係ノ消滅スルモノニ非ス故ニ地主カ賃借人ヲ措キテ永小作人ニ對シテ其權利ヲ行使スルハ固ヨリ其隨意ナリ第六百十三條第二項ニ前項ノ規定ハ貸賃人カ賃借人ニ對シテ其權利ヲ行使スルコトヲ妨ケスト規定シタルハ之カ爲メナリ

以上永小作人ノ權利ニ付キ説明セリ以下其義務ニ付キ説述セン

利ヲ取得セシメントスルカ如キハ法理ヲ遠ルコト更ニ甚シキニ及ビ又實際ノ上ヨリ之ヲ觀察スルモ契約ノ當時ヨリ直チニ第三者ニ其權利ヲ取得セシムルノ必要ヲ發見セス故ニ我民法カ第三者ノ承諾ヲ爲シタル時ヨリ其契約ノ效力ヲ第三者ニ及ホスト爲スノ主義ハ頗ル穩當ナルモノト信ス果シテ然ラハ第三者ノ意思表示ハ何人ニ對シテ之ヲ爲スヘキヤト云フニ元來債務者ハ當事者間ノ契約ニ因リ第三者ニ對シテ給付ヲ爲スヘキ債務ヲ負擔スル者ニシテ此契約ニ因リ最モ利害ノ關係ヲ有スル者ハ債務者ナリ而シテ債務者ハ第三者カ契約ノ利益ヲ享受スル意思ヲ表示スルヲ以テ一ノ停止條件ト爲シ此條件成就スルトキニ於テ債務發生スヘキモノナレハ第三者ハ債務者ニ對シテ其契約ノ利益ヲ享受スルノ意思ヲ表示スヘキモノト爲シ敢テ債權者ニ對シ其意思ヲ表示スルト否トハ關係スル所ナキコトト爲セリ(第五三七條第二項)

第三者カ債務者ニ對シ權利ヲ得ルノ條件ハ以上述ヘタル所ノ如シ然レトモ之ト同時ニ此契約ノ要約者即チ債權者モ亦債權ヲ有スルヤ否ヤハ一問題ナリ若シ或論者ノ如ク此第三者カ權利ヲ得ル法理上ノ理由ヲ以テ債權ノ默示ノ讓渡

トシテ説明スルニ於テハ既ニ債權ヲ第三者ニ譲渡シタルモノナルカ故ニ債權者ハ別ニ債權ヲ有セスト論セサルヲ得スト雖モ余輩ハ前ニモ述ヘタル如ク元來此關係ヲ以テ單ニ公益上ノ理由ニ基クモノト爲スカ故ニ當事者カ反對ノ意思ヲ表示セサル限りハ原則トシテハ第三者カ權利ヲ有スルト同時ニ當事者ノ他ノ一方モ亦債權ヲ有スト爲スヲ穩當ト認ムル者ナリ現ニ獨逸第一及ヒ第二民法草案瑞西債務法等モ此主義ヲ採用セリ例ヘハ甲カ乙ト契約シ丙ニ年若干圓ノ年金ヲ支拂ハシムルコトヲ約束スルカ如キ又甲カ乙保險會社ト保險契約ヲ結ヒ甲死亡ノ後丙ニ保險金ヲ支拂ハシムルコトヲ約束スルカ如キ若クハ甲カ丙ナル子女ノ誕生ニ際シ乙保險會社ト契約ヲ結ヒ丙ノ成年ニ達セタル時金若干圓ヲ支拂ハシムルコトヲ約束スルカ如キ若シ乙カ其契約ヲ履行セサルトキハ甲若クハ其承繼人ハ他ノ普通契約ノ如ク乙ニ迫リテ其履行ヲ爲サシムルコトヲ得ルノミナラス丙ハ此契約ノ利益ヲ受クルコトノ意思ヲ乙ニ表示シタルトキハ其意思表示ノ時ヨリ乙ニ對シ直接ニ債權ヲ取得スルカ故ニ丙モ亦乙ニ對シテ其契約ノ履行ヲ求ムルコトヲ得ル類ノ如シ

以上述ヘタル所ニ依リ第三者ニ利益ヲ得セシムル目的トスル契約ノ有效ナルコトハ明カナリ之ニ反シテ第三者ニ義務ヲ負擔セシムル目的トスル契約ハ無効ナリ何トナレハ是レ前ニ述ヘタル(或人ノ間ニ爲シタル事ハ他人ヲ害シ又ハ利益スルコトヲ得スト云ヘル原則ニ基キ自己ニ關係ナキ者ノ結ヒタル契約ノ爲メ第三者カ損害ヲ被ルヘキ謂ナキモノニシテ法理上竝ニ公益上均シク其效力ヲ認ムルノ理由ヲ有セサレハナリ

第三者カ未タ契約ノ利益ヲ享受スルノ意思ヲ表示セサル間ハ債務者ニ對シテ直接ニ給付ヲ請求スル權利發生セサルヲ以テ當事者カ其合意ヲ以テ契約ノ目的ヲ變更シ若クハ其效力ヲ消滅セシムルモ敢テ第三者ハ之カ爲メニ權利ヲ害セラルルコトナシト雖モ前ニ述ヘタル如ク一旦第三者カ契約ニ因ル利益ヲ享受スルノ意思ヲ債務者ニ表示シタリトセハ債務者ニ對シテハ所謂停止條件成就シ債務者ハ第三者ニ對シ履行スヘキノ債務ヲ負擔シ第三者ハ債務者ニ對シ直接ニ權利ヲ取得スヘキノナレハ其契約關係ハ最早當事者間ニ止マラス第三者モ實ニ其關係中ニ加入セタルモノト謂ハサルヘカラス故ニ此第三者ノ

權利カ最初當事者間ノ契約ニ基キ發生シタルカ爲メニ其承諾後即チ第三者カ一旦權利ヲ取得シタル後尙ホ當事者間相互ノ契約ニ因リ其權利ヲ左右スルコトヲ得セシムルニ於テハ第三者ノ權利ハ遂ニ有名無實ニ歸スルニ至ルヘシ故ニ我民法ニテハ第三者カ債務者ニ對シ一旦契約ノ利益ヲ享受スルノ意思ヲ表示シ第三者ノ權利發生シタル後ハ當事者ハ自己ノ意思ヲ以テ漫ニ此第三者ノ權利ヲ變更シ若クハ相殺免除其他ノ方法ニ依リ其權利ヲ消滅スルコトヲ得サル旨ヲ規定セリ第五三八條是レ固ヨリ事理ノ當然ニシテ敢テ言フ埃タサル所ナリト雖モ或ハ第三者ハ當事者カ自由ニ契約ヲ變更シ又ハ廢棄スルコトヲ得ル範圍内ニ於テ權利ヲ取得シタルモノト解スルコトヲ得ヘケレハ法律ハ其疑惑ヲ避ケンカ爲メ特ニ明文ヲ以テ之ヲ規定スルノ必要ヲ認メタル所以ナリ我舊民法財産編第三百二十五條ニ第三者又ハ相續人ノ爲メニ爲シタル要約ハ享益者ノ之ヲ承諾セサル間ハ要約者ハ自己ノ利益ノ爲メニ之ヲ廢罷シ又ハ之ヲ他人ニ移轉スルコトヲ得トアリ佛蘭西民法第千二百一十一條末項ニ第三者要約ノ利益ヲ受ケント欲スルノ意思ヲ表示シタルトキハ要約者ハ其要約ヲ取消ス

コトヲ得ス」トアルモ皆其文ヲ異ニシテ其意ヲ同シウスルモノナリ尙ホ又第三者ハ契約ノ利益ヲ享受スルノ意思ヲ表示シタルトキハ直接ニ債務者ニ對シテ獨立ノ債權ヲ得ルト雖モ素ト其債權ハ當事者間ノ契約ヨリ生シタル權利ナルヲ以テ債務者ハ其契約ニ基キ當事者ノ他ノ一方ニ對抗シ得ヘキ抗辯ヲ以テ總テ之ヲ第三者ニ對抗シ得ヘキヤ勿論ナリ例ヘハ當事者ノ契約カ債務者ノ無能力ノ爲メ取消シ得ヘキモノナルトキハ第三者カ其權利ヲ行ハントスルニ當リ債務者ハ其契約ヲ取消スコトヲ得ヘキカ如キ又契約中第三者カ利益ヲ受クルニ付テハ反對給付ヲ爲スヘキコトヲ定メタルトキハ第三者ハ其反對給付ヲ爲スニ非サレハ自己ノ權利ヲ行フコト能ハサルカ如キ又保險契約中債權者カ保險料支拂ノ義務ヲ怠リタルトキハ保險契約ヲ解除ストアル場合ニ債權者カ其保險料ヲ支拂ハサルトキハ債務者ハ第三者ニ對シ保險金ヲ拂渡サタルコトヲ得ルノ類ノ如キ是ナリ其他契約ニ基キ權利ヲ變更シ又ハ之ヲ消滅セシムヘキ事實ノ主張ヲモ皆對抗シ得ヘキモノトス然レトモ右ハ單ニ契約ニ基因スル抗辯ノミヲ指スモノニシテ契約成立後當事者ニ生シタル抗辯ヲ以テ

第三者ニ對抗スルコトヲ得サルハ勿論ナリトス第五三九條

第七章 契約ノ解除

第一欸 解除ノ性質

契約ノ解除トハ契約ニ因リテ生シタル所ノ法律關係ヲ解キテ當事者間ニ於テ恰モ契約ヲ締結セザリシモノノ如ク爲スヲ謂フ此契約ノ解除ニ二種アリハ解除條件ノ成就ニ因ル解除ニシテ他ハ解除權ノ行使ニ因ル解除是ナリ解除條件ノ成就ニ因ル解除トハ當事者カ最初契約ノ際或事件ヲ條件ト爲シ其條件到來スレハ契約ヲ解除スヘシト拘束シタル場合ニ其條件成就スルトキハ其契約ヲ解除スルモノニシテ解除權ノ行使ニ因ル解除トハ當事者ノ意思若クハ法律ノ規定ニ因リ解除權ヲ有スル者カ此權利ヲ行使シ契約締結以前ノ原狀ニ回復セシムルモノヲ謂フ而シテ解除條件ノ成就ニ因ル解除ト解除權ノ行使ニ因ル解除トハ大ニ其性質ヲ異ニス今其主要ナルモノヲ舉ゲンニ

一 解除條件ノ成就ニ因ル解除ハ其解除條件成就スルトキハ契約ハ當然解除

セラルヘシト雖モ解除權ノ行使ニ因ル解除ハ縱令解除權ノ原因タルヘキ事實發生スルモ解除ノ意思表示アルニ非サレハ契約解除ノ效力ヲ生セス

二 解除條件ノ成就ニ因ル解除ハ其條件タル事實發生スルトキハ契約ハ必ス解除セラレ當事者ノ意思ヲ以テ之ヲ左右スルコトヲ得スト雖モ解除權ノ行使ニ因ル解除ハ其解除ヲ爲スト否トハ一ニ解除權ヲ有スル當事者ノ意思ノ如何ニ存ス

三 解除條件ノ成就ニ因ル解除ハ當事者カ反對ノ意思ヲ表示セサル限りハ既往ニ遡ラサルヲ原則トスレトモ解除權ノ行使ニ因ル解除ハ常ニ既往ニ遡ルヲ通例トスルノ諸點是ナリ

解除條件ノ成就ニ因ル解除ハ民法總則編第二百二十七條第二項ニ規定スル所ナレハ茲ニ論セス故ニ以下契約ノ解除ト題シ説明スル所ハ凡テ解除權ノ行使ニ因ル解除ニ限ルモノト知ルヘシ

第二欸 解除權ノ原因

解除權ハ(一)契約即チ當事者ノ意思ニ因リテ生スルコトアリ(二)法律ノ規定ニ因リテ生スルコトアリ左ニ之ヲ細說セン

一 契約ニ因リテ生スル解除權 解除權ヲ生スル契約ニ二アリ

(甲)或ハ契約ヲ以テ各當事者若クハ一方ノ爲メニ解除權ヲ留保スル場合 例ヘハ買戻ノ場合ノ如キ是ナリ此場合ニ於テハ當事者ハ何時ニテモ解除ヲ爲スコトヲ得ヘシ

(乙)或ハ契約ヲ以テ或事實ノ發生シタル場合ニ於テ解除權ヲ與フル場合 此場合ニ於テハ其事實ノ發生シタルトキニ限り解除ヲ爲スコトヲ得ヘシ此場合ニ亦二種アリ

(イ)其事實ノ發生確實ナル場合 此場合ニハ始期ヲ附シテ解除權ヲ與フルモノトス

(ロ)其事實ノ發生ニシテ不確定ナル場合 此場合ニハ停止條件ヲ附シテ解除權ヲ與フルモノトス而シテ此停止條件附ニテ解除權ヲ與フル主要ナル場合ハ即チ一方ノ債務不履行ノトキ他ノ一方カ契約ヲ解除スルコトヲ得トスル契

四十九條ニ於テ流質ヲ禁止シタリ其法意ハ金錢ノ必要ニ急迫セラレル借主ハ前後ヲ顧慮スルニ迫ナク甘シテ不利益ナル條件ヲ承諾スルコトナシトセス又貸主ハ借主ノ急迫セルニ乘シテ適當ナル利息ヲ貪リ其他不利益ナル條件ヲ約セシムルコトアル可キカ故ニ此弊害ヲ防止センカ爲メ流質ヲ禁止セルモノナルモ買戻契約ニ依ルトキハ此禁止ヲ破ルコト容易ニシテ名ヲ買戻ニ借り其實流質ノ契約ヲ爲スモ之ヲ判別スルコト頗ル困難ナリトス(利息制限法並ニ流質禁止ハ立法上其ニ非難ス可キ法制ナルモ茲ニハ陳ヘス)

以上ノ如ク買戻契約ハ現行法規ヲ參照シ將タ一段經濟上ヨリ觀察シテ其弊害決シテ渺シト爲ナス然レトモ又他ノ一面ヨリ觀察スレハ多少ノ利便ヲ與フルモノナキニ非ス法律ハ實ニ此利便ニ基キ買戻契約ヲ認メタリ

買戻ハ從來廣ク行ハレタル行爲ナルノミナラス又金錢融通ノ一便宜方法タルコトハ爭フ可カラス即チ自己ノ不動產ヲ永久ニ他人ニ移付スルコトヲ欲セザルモ金錢ノ必要ニ迫ラレ融通ヲ得ルノ方法トシテハ或ハ之ヲ不動產質トシ又ハ之ニ抵當ヲ設定シテ金錢ヲ借入レント欲スルモ其不動產ノ實價ニ相當スル金額

ヲ借入ルルコトヲ得ス且ツ其借入金ニ付テハ利息ヲ支拂ハサル可カラス是レ債務者ニハ一ノ煩累タルヲ免レス又債權者ニ於テモ債務者カ辨濟セサルトキハ其擔保物ヲ競賣シテ其代金ヨリ辨濟ヲ受ク可キモ不動産ノ競賣ハ多數ノ日時ヲ要スルノミナラス其手續ハ頗ル煩雜ナリ然ルニ今買戻ノ特約ヲ附シテ賣渡ストキハ賣主ハ一ニハ質權者クハ抵當權ヲ設定スルヨリモ一層多額ノ金錢ヲ調達スルコトヲ得一ニハ後日所有權ヲ回復スルノ便宜アリ又買主ニ於テハ債權ノ辨濟ヲ受クルニ競賣ノ如キ煩雜ノ手續ヲ避クルコトヲ得可ク且ツ若シ賣主カ買戻ヲ爲ササルトキハ其物ノ全ク自己ノ所有ト確定シ而シテ別ニ所有權移轉ノ行爲ヲ要セサルカ故ニ不動産質又ハ抵當ノ外一ノ融通方法トシテ實際頻繁ニ行ハルルノ實用アリ然レトモ法律ハ其弊害ヲ慮リテ買戻條件ノ範圍ヲ限定シテ頗ル契約ノ自由ヲ制限セリ

第二項 買戻特約ノ制限必要條件

買戻契約ノ制限ハ上述セシ所ノ定義中ニ自ラ包含セラル其制限ヲ舉クレハ左

ノ如シ

第一制限 買戻特約ノ目的物ハ不動産ノミニ限ル 故ニ動産ニ付テハ法律ハ買戻特約ヲ認メス左レハ當事者カ動産ニ付キ這般ノ契約ヲ爲シタルトキハ其意思ニ從ヒ或ハ一ノ新ナル賣買ト看做スコトヲ得ルモ法律ノ所謂買戻契約ト爲ラス其理由ハ從來ノ慣行ヲ觀ルモ動産ニ付テ買戻ノ特約ヲ見ルハ稀有ノコトニ屬シ且ツ又動産ノ占有ハ權限ニ均シキ效力アリテ縱令買戻特約ヲ爲スモ第三占有者ニ之ヲ對抗スルコトヲ得サレハナリ之ニ反シテ其物カ不動産ナルトキハ此特約ヲ登記スルコトヲ得可ク其登記ニ據リテ第三者ハ一般ニ告知セラレ可ク其告知ノ結果第三者ニ之ヲ對抗スルコトヲ得可キナリ

第二制限 買戻特約ハ賣買契約ト同時ニ之ヲ爲スコトヲ要ス 賣買契約以後ノ買戻契約ハ法律ノ所謂買戻ナルモノニ非ス是レ畢竟買戻權ヲ行使スルトキハ特約ノ當時ニ過リ其賣買ハ初ヨリ成立セサリシモノト看做サルルカ故ニ其效力ヲ完全ナラシメンニハ第三者ニ對シテ猶ホ有效ナラシメサルヲ得ス而シテ第三者ニ對シテ有效ナリトスルニハ之ニ告知スル方法トシテ登記ヲ爲サ

ル可カラス然ルニ賣買契約以後ノ買戻ハ賣買ト同時ニ登記スルコト能ハス隨
テ第三者ハ之ヲ知ルニ由ナキヲ以テ其效力ヲ及ホスコトヲ得ス之ヲ要スルニ
賣買後ノ買戻ハ賣買ノ當時ニ遡ルモノニ非スシテ一ノ再賣買ニ過キサレナリ
又買戻ハ賣買ト同時ニ登記スルニ非サレハ一般ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得
ス尤モ賣買後特約ヲ以テ賣主ニ解除權ヲ留保スルハ固ヨリ有效ノ契約ナリ然
レトモ其解除權行使ノ效力ハ一般契約解除ノ效力ニ關スル通則ニ從フ可キナ
リ(第五四五條)

第三制限 賣主ヨリ買主ニ買戻ノ爲メ返還ス可キ金額ハ賣買ノ代金及ヒ契約
費用ニ限ル 買戻ヲ爲スニハ賣買ノ代金及ヒ契約ノ費用額ヨリ過不足アル可
カラス是レ買戻ハ當事者ヲ付テ賣買ナキ以前ノ地位ニ復スルモノナルヲ以テ
賣買ノ金額及ヒ費用ト同一額ヲ支拂フノ外アラス但シ買主ノ支拂ヒタル代金
ハ賣主カ買戻ヲ爲スマタニ之ヲ利用シ買主ハ其目的物ヲ使用シテ果實ヲ收得
セルカ故ニ特約ナキトキハ代金ノ利用ト目的物使用ヨリ生スル果實ト差引過
不足ナキモノト看做シ相互ニ請求スルコトヲ許サス但シ特約アリタルトキハ

其特約ニ從フ可キハ勿論ナリ

目的物ニ要スル通常費ノ如キハ其果實ヲ收得スル買主ニ於テ之ヲ支拂ハサル
可カラスト雖モ若シ目的物ニ改良費又ハ必要費ヲ加ヘタルトキハ其臨時ノ必
要費及ヒ改良費ハ賣主ニ於テ返還セサル可カラス(第一九六條此費用ノ返還ナ
キトキハ買主ハ留置權ヲ有ス然レトモ之ヲ辨償セサリシト買戻ヲ爲シ得サ
ルニ非ス唯留置權者トシテ此擔保ヲ有スルニ過キスシテ買戻權行使ノ必要要
件ニ非ス

第四制限 買戻ハ法定ノ期間内ニ之ヲ行使スルコトヲ要ス 法律ハ買戻契約
ノ期間ハ如何ナル場合ニ於テモ十年ヲ超ユルコトヲ得スト爲セリ又特ニ期間
ノ定ナキトキハ五年ヲ超ユルコトヲ得ス若シ又十年以上ノ特約アレハ之ヲ十
年ニ短縮シ又一旦定メタル期間ハ再ヒ之ヲ延長スルコトヲ得サルモノトス此
ノ如ク法律カ其期間ヲ制限シタルモノハ蓋シ上ニ述ヘタル如ク買戻特約アル
カ爲メ權利ノ所在ヲ不確定ナラシメ物ノ改良保存ヲ妨クルカ如キ一般ノ經濟
上ノ利益ニシテ最モ忌ム可キ狀態ヲ永ク繼續セシメサルニ基因スルモノナリ

(第五八〇條)

第三項 買戻權ノ行使

賣主ニ於テ買戻權ヲ行使スルニハ期間内ニ代金及ヒ契約ノ費用ヲ提供セサル可カラス又之ヲ提供スルノミヲ以テ足ル(第五八三條第一項)是レ畢竟雙務契約ニ於ケル法則ノ應用ニシテ賣主買主雙方ノ利益ヲ慮リタルニ外ナラス之ヲ賣主ノ方面ヨリ觀レハ必ス期間内ニ代金及ヒ契約費用ヲ支拂ハサレハ買戻ヲ爲スコトヲ得ストセハ賣主ニ於テ之ヲ履行スルモ買主ハ目的物ノ引渡ヲ爲サス又ハ登記ノ抹消ヲ爲ササルカ如キ處ナシトセス又買主ノ方面ヨリ觀レハ賣主ヨリ代金及ヒ費用ノ提供ナキニ拘ラス買戻ノ意思表示ノミニ因リテ買戻サルルモノトセハ其物ハ賣主ノ所有ト爲ルモ買主ハ其代金及ヒ費用ノ返還ヲ受ルコトナク賣主カ無資力者ト爲リタル結果竟ニ之カ履行ヲ得スシテ止ムノ不利益ヲ見ル可シ是レ雙務契約ニ於ケル同時履行ノ原則ヲ茲ニ適用スル所以ナリ買戻權モ固ヨリ一ノ財產權ナルヲ以テ賣主ヨリ他人ニ讓渡スコトヲ得ルハ勿

論賣主ノ債權者ハ賣主ニ代ハリテ買戻權ヲ行使スルコトヲ得サル可カラス(第四二三條參照)然レトモ賣主ノ債權者カ賣主ニ代ハリテ買戻權ヲ行使スルニ付テハ法律ハ一ニハ買主ノ利益ヲ慮リ一ニハ無用ノ手數ヲ省畧セシメンカ爲メ特ニ第五百八十二條ノ規定ヲ設ケタリ元來賣主ノ債權者カ賣主ニ代ハリ買戻權ヲ行使スルハ目的物ノ價格ヨリ買戻ノ代金及ヒ費用ヲ控除シタル差額ノ上ニ自己ノ債權ニ付キ幾分ノ辨濟ヲ受ケンカ爲メニ行フ手段ナリ左レハ債權者ノ利益ヲ害セサル範圍ニ於テハ買主ノ爲メニ其目的物ノ所有ヲ失ハシメサルハ敢テ不當ノコトニ非ス而シテ買主ノ利益ハ言ヲ俟タサルモノアリ是ヲ以テ賣主ノ債權者カ買戻權ヲ行使セントスルトキハ買主ハ裁判所ニ評價ヲ求メ其鑑定ノ價格ヨリ賣主カ支拂フ可キ代金及ヒ費用ヲ控除シ其殘額ヲ債權者ノ債務辨濟ニ充當シテ尙ホ殘餘アレハ賣主ニ支拂ヒテ買戻權ヲ消滅セシムルコトヲ得故ニ賣主ノ債權者カ賣主ニ代ハリ買戻權ヲ行使スルコトヲ得ルハ目的物ノ現時ノ價格カ代金及ヒ費用ノ合算額ヲ引去リテ尙ホ剩餘アル場合ニ限ルモノト知ル可シ

第四項 買戻ノ效力

買戻權ノ行使ハ即チ買賣契約ノ解除ニ外ナラサレハ之ヲ行使シタル效果モ亦買賣契約ヲ解除シタ書テ買賣ナカリシモノト看做スニ在リ故ニ買戻後ニ買主カ取得シタル果實ハ之ヲ賣主ニ引渡ササル可カラズ又賣主カ收受シタル代金ニハ利息ヲ附シテ之ヲ返還セサル可カラズ然レトモ法律ハ代金ノ利息ト取得シタル果實トハ互ニ過不足ナキモノト看做シ相互ニ返還ノ義務ナキモノトセリ但シ反對ノ特約ヲ妨タルモノニ非ス

此致反ノ效力ヲ以テ全然第三者ニ對抗センニハ買戻ト同時ニ買戻ノ特約ヲ登記スルコトヲ要ス登記ハ第三者ニ對スル公示方法ニシテ第三者ハ之ニ依リテ豫告セラル可キ故ニ誤信ノ下ニ損害ヲ被ル虞ナシト雖モ若シ此登記ノ手續ヲ要セスト假定センカ其目的物ニ付テ後日權利ヲ取得賣買擔保シタル者ハ何等ノ特約ナシト信セテ取得シタルニモ拘ラス一朝買戻ノ爲メニ之ヲ追奪セララルヲ見ル可ク第三者ヲ保護スル所以ニ非サルコト論ナシ是ヲ以テ買戻ノ效力

力ヲ全然第三者ニ及ホサンニハ必ス買戻ト同時ニ買戻ノ特約ヲ登記スルコトヲ要ス

此ノ如ク買戻ト同時ニ登記セラレアル以上ハ買戻權ノ行使ニ依リテ當事者雙方ヲ膏テ賣買ナカリシ以前ノ位他ニ復セシムルカ故ニ其結果トシテ買主カ賣買後買戻間ニ於テ目的物ニ付キ爲シタル行為ハ總テ無効ニ屬ス可ク之ニ反シテ賣主カ其間ニ目的物ニ付キ爲シタル行為ハ全然有效ノモノト爲ル若シ期間内ニ買戻權ノ行使ナキトキハ全ク反對ノ結果ヲ見ル可シ然レトモ此點ニ關シテハ第五百八十一條第二項ニ一ノ例外規定アリ即チ買主カ賣主ノ買戻ヲ爲ス以前ニ第三者ニ其目的物ヲ貸貸シタル場合ニ於テ其貸貸力買戻前既ニ登記セラレタル以上ハ買戻後一年間ニ限り賣主ニ之ヲ對抗スルコトヲ得ルコト是ナリ蓋シ貸貸借ハ物ノ利用方法ナルニ一朝買戻權ノ行使ニ因リ直チニ消滅スルモノトセハ何人モ進ミテ貸借スルコトヲ爲サスシテ物ノ利用方法ヲ杜絶スル如キ經濟上忌ム可キ結果ヲ見ルナキニ非サレハナリ且テ期間ノ定ナキ貸貸借ニ關スル第六百十七條ノ規定トノ權衡上ニ於テ亦然ラサルヲ得サル所ナリ

ト謂フ可シ唯登記セラレサル貸賃借モ仍ホ有效ナリトセハ第三者ト買主ト相
結託シテ事實貸賃借ノ存セサルニ拘ラス其之アルカ如ク假裝シテ賣主ニ損害
ヲ及ホス虞ナキニ非ナルカ故ニ法律ハ一ニ登記セラレタル貸賃借ニ限リテ有
效ナリトシ而モ其期間ヲ一箇年ニ制限セタリ然レトモ賣主ヲ害スル目的ヲ以
テ爲シタル貸賃借ハ固ヨリ詐害ノ行爲ナルヲ以テ縱令登記アルトキト雖モ賣
主ニ之ヲ對抗スルコトヲ得サルハ勿論ナリトス
以上説明セシ所ハ一人ノ所有者カ自己ノ不動產ヲ買戻特約附ニテ買賣シタル
普通ノ場合ナリ然ルニ若シ其賣買ノ目的物ニシテ二人以上ノ共有ニ屬スルト
キハ買戻權ニ如何ナル變更ヲ來スヤ

共有物ノ場合ト雖モ其不動產ノ各共有者カ共同シテ買戻ノ特約ヲ以テ各自ノ
持分ヲ賣渡シ又ハ其共有者ノ一人ノミカ自己ノ持分ヲ買戻ノ特約ヲ以テ賣渡
シタル場合ニ於テ未タ其共有物カ分割セラレサルトキハ普通ノ場合ト嘗テ異
ナル所ヲ見ス即チ前ノ場合ニ於テハ總テノ共有者カ共同シテ其持分ヲ讓渡シ
タルモノナルカ故ニ各共有者ハ亦共同シテ買戻權ヲ行使シ賣買以前ノ狀態ニ

復シムルコトヲ得可シ又後ノ場合ニ於テハ共有者中ノ一人ノミカ自己ノ持分
ヲ賣渡シタルヲ以テ其持分ノミヲ買戻シテ以前ノ共有ノ狀態ニ復スルコトヲ
得可キナリ然レトモ若シ賣主タル共有者カ未タ買戻權ヲ行使セサル前ニ其不
動產カ分割又ハ競賣セラレタルトキハ勢ヒ法律上特別ノ規定ナカルヘカラス
何トナレハ物ノ共有ハ一般ノ經濟上有利ノ現象ニ非サルカ故ニ共有物ニ付テ
ハ各共有者ハ何時ニテモ分割ヲ求ムルコトヲ得可ク縱令之カ分割ヲ爲ササル
特約ヲ爲スモ其期間ハ五箇年ヲ超ユルコトヲ得ス第二五六條トハ法律カ公益
上ノ理由ヨリ採用スル根本ノ法則ナルニ今買戻權ヲ行使シテ一タヒ分割シタ
ル物ヲ更ニ共有ノ舊態ニ復スルハ法律ノ精神ニ反スルモノナルコト論ヲ俟タ
ス之ヲ以テ一面ニハ賣主ノ利益ヲ保護スルト同時ニ他ノ一面ニ於テハ共有ト
云ヘル不經濟ナル現象ヲ繼續セシメサルコトヲ折衷シテ共有物ニ關スル特別
規定ナカル可カラス第五百八十四條第五百八十五條ハ即チ此必要ヨリ來レル
特則ナリ而シテ兩條ノ規定ハ二箇ノ場合ニ分説ス可シ

第一 賣主カ買戻ノ特約ヲ以テ其持分ヲ賣渡シタルニ買戻前ニ共有物ノ分割

アリタル場合又ハ競落ニ因リ買主以外ノ者カ競落人ト爲リタル場合
此場合ハ尙ホ二箇ニ細別ス

(一) 賣主ニ分割若クハ競賣ヲ通知シタル場合 此通知ヲ受ケタルトキハ賣主ハ
管テ賣渡シタル持分ニ付テ買戻ヲ爲スコトヲ得ス然レトモ其分割セラレタル
場合ハ買主カ分割ニ依リテ得タル部分ニ付キ買戻ヲ爲スコトヲ得又競賣セラ
レタル場合ニ共有者以外ノ者カ競落人ト爲リタルトキハ買主カ得タル代金ノ
上ニ買戻ヲ爲スコトヲ得是レ買戻ノ本然ノ性質ニ添ハサルノ嫌ナキニ非スト
雖モ若シ此場合ニ其賣渡シタル持分ニ付キ買戻ヲ爲スコトヲ得ルトセハ再ヒ
共有ノ狀態ニ復セサルヲ得ス此ノ如キハ法律ノ忌ム所ナルノミナラス縱令買
戻權ヲ行使シテ再ヒ共有ノ狀態ニ復スルモ共有者ハ又何時ニテモ之カ分割ヲ
求ムルコトヲ得可キカ故ニ其賣渡シタル持分ニ付キ買戻權ヲ賣主ニ保有セシ
ムルモ其效ナキノ結果ヲ見ル可シ故ニ買主カ分割ニ依リテ得タル部分又ハ競
賣ニ因リテ受ケタル代金ヲ賣主ニ交付セシメテ以テ賣主ノ利益ヲ保護セルナ
リ然レトモ賣主ニ於テ若シ此ノ如キ結果ヲ厭ハハ法律ハ分割並ニ競賣ハ必ス

之ヲ賣主ニ通知スヘキモノトセルカ故ニ賣主ハ其通知ニ依リ分割若クハ競賣
ニ參加シテ十分自己ノ利益ヲ保護スルノ機會アル可ケレハ此場合ニ持分其モ
ノノ買戻權ヲ失ハシムルモ強テ不當ノコトニ非ス此代金ニ付キ買戻ヲ爲ストハ
用語穩當ヲ缺クモ要スルニ買主ノ得タル代金ヨリ賣買代金及ヒ契約ノ費用ヲ
控除シタル殘額ヲ賣主ニ交付セシムルノ謂ニ外ナラスト知ル可シ然ルニ舊民
法ハ之ヲ認メス舊民法財産取得編第九〇條第九一條參照)

(二) 賣主ニ分割又ハ競賣ヲ通知セサリシ場合 其分割又ハ競賣ハ全ク賣主ニ對
抗スルコトヲ得ス是レ賣主カ通知ヲ受ケサルトキハ其競賣若クハ分割ニ付テ
自己ノ權利ヲ保護スルノ手段ヲ盡スコト能ハサルノミナラス或ハ故ラニ賣主
ニ不利益ナル分割又ハ競賣ヲ爲シタルヤモ計ラレサレハナリ

第二 競賣ニ因リ買主カ不動產ノ競落人ト爲リタル場合

買主カ買戻特約附ニテ買受ケタル不動產カ競賣セラレ而シテ買主カ競落人ト
爲リタルトキハ其競賣カ買主ノ請求ニ出テタルト買主以外ノ共有者ノ請求ニ
出テタル場合トニ依リ法律ノ規定ヲ異ニス

(一) 買主ヨリ競賣ヲ請求シタル場合 此場合ハ賣主ハ其實讓シタル持分ノミニ付テ買戻權ヲ行使スルコトヲ得即チ買戻ノ一般ノ通則ニ依リ賣主ハ自己ノ賣讓シタル持分ノミニ付キ買戻權ヲ行使スルニ何等ノ制限アルコトナシ然レトモ上述セシ如ク賣主カ持分ノミヲ買戻ストキハ再セ共有ノ狀態ニ復スルカ故ニ法律ハ此現象ヲ厭フテ賣主ニ持分ノ買戻權ノ外ニ不動產全部ノ買戻權ヲモ付與セリ但シ不動產全部ヲ買戻スニ付テハ無論買主ニ對シテ競落ノ代金ト其費用トヲ支辨セサルヘカラス第五八五條第一項左レハ賣主ハ自己ノ賣讓シタル持分ノミヲ買戻スカ若クハ不動產全部ヲ買戻スカ全ク選擇ノ自由ヲ有ス可シ是レ舊民法ハ舊民法財產取得編第九九條此場合ニ持分ノミニ付テ買戻權ヲ付與セス然レトモ買主ノ所爲ニ依リテ賣主ノ權利ニ消長ヲ來スハ固ヨリ不條理ナルヲ以テ新民法ハ賣主ノ買戻權ヲ制限セサルノミナラス全部ノ買戻權ヲモ認メタリ

(二) 買主以外ノ者ヨリ競賣ヲ請求シタル場合 此場合ニ於テハ賣主ハ持分ノミニ付テ買戻權ヲ行使スルコトヲ得ス若シ買戻ヲ爲サント欲セハ必ス不動產ノ全部ニ付テ爲ササルヘカラス此ノ如ク賣主ニ持分ノミニ買戻權ヲ失ハシムル所以ノモノハ其目的物ノ分割ハ第三者ノ請求ニ係ルモノナレハ固ヨリ買主ニ何等ノ責任ナキノミナラス又縱令持分ノミヲ買戻シテ共有ト爲スモ後ニ分割ヲ免ル可キニ非ザレハナリ

第四節 交換

交換ニ付テハ殆ト説明ヲ要スルモノナシ故ニ法律ノ規定モ唯第五百八十六條ノ一條存スルノミ該條ニ依レハ交換トハ當事者カ互ニ金錢ノ所有權ニ非サル財產權ヲ移轉スル義務ヲ負擔スル契約ヲ謂フ故ニ唯一方ヨリ或財產權ヲ移轉スルニ對シテ相手方ヨリ金錢以外ノ財產權ヲ移轉スルノ點カ交換ノ特色ニシテ又賣買ト相異ナル唯一ノ點ナリトス若シ其實用上ヨリ言ヘハ全ク賣買ト異ナル所アルヲ見ス言ハバ交換ハ通貨ノ媒介ニ因リテ二重ノ賣買ヲ爲ス代ハリニ物ト物ト交易シテ相互需給ノ目的ヲ達スルニ在ルモノナレハ或場合ニ於テハ金錢ノ媒介ヲ藉ラサル點ヨリ却テ實用ヲ感スルコトナキニシモ非スト知ル可シ

又實際ノ事實トシテハ當事者ノ一方ヨリ金錢以外ノ財産權ヲ移轉スルニ對シ相手方ヨリ金錢以外ノ財産權ト金錢トヲ併セテ移付スルコトアリ即チ物トノ價格ノ差額ヲ計算スルカ爲メニ金錢ヲ併用スル場合ハ尠カラズ此ノ如キ場合ニハ其契約ハ賣買ナリヤ將タ交換ナリヤ此問題ハ結局當事者ノ意思ニ依リテ判定スルノ外ナシ尤モ第五百八十六條第二項ノ規定アルヲ以テ全ク實用ナキノ問題ナリ即チ其一方ヨリ差額ヲ補充スルカ爲メ金錢ヲ支拂フトキハ賣買ニ於ケル代金ノ規定ヲ適用スレハナリ此點ニ關シ舊民法ノ下ニ於テ疑問ト爲リタルハ賣買ハ配偶者間ニハ爲スコトヲ得サルモ交換ハ之ヲ禁セストノ區別ヲ設ケタルニ由ル舊民法財産取得編第三五條第一〇九條此規定ハ全ク佛國法ヲ襲套シタルモノニシテ其理由トスル所ハ夫婦間ニハ名ヲ賣買ニ借り其實ハ贈與ヲ爲セ以テ債權者ヲ害スルノ虞アリ然ルニ交換ハ物ト物トノ交易ナレハ此虞ナシト云フニ在レトモ假想的賣買ハ唯リ夫婦間ニノミ限ルモノニ非ス總テノ血族親姻族親間ニモ又交友知人間ニモ此虞ナキコトヲ必セスシテ夫婦間ニ特有ノ理由ニ非サレハ寧ロ如何ナル場合ニ於テモ當事者ノ意思ノ虛實如何

ルモノト爲スト雖モ其權利ノ一部分ナル其或期間ニ對スル恩給受領ノ權利ハ之ヲ讓渡ヲ爲スコトハ法律ノ禁セサル所ナルノミナラス之ヲ許スノ趣意タルコトハ民事訴訟法ノ規定ニ依リ間接ニ想像スルコトヲ得ヘシ果シテ然リトセハ恩給受領ノ權利ニ對スル家督相續ノ效力ハ一ニ法律ヲ讓渡スコトヲ得スト爲シタル部分ニ付テノミ前戸主ニ專屬スルモノト爲シ法律ヲ讓渡スコトヲ禁セサル部分即チ既ニ經過シタル期間ニ對スル恩給金受領ノ權利ハ第九百八十六條ノ本文ニ從ヒテ家督相續人ニ移轉スト謂フヲ以テ却テ法律ノ趣旨ニ適スルモノナリト信ス

以上ニ述ヘタル所ハ家督相續ノ效力ニ關係シタル原則ナルカ故ニ法律中ニ之ニ異ナリタル效力ヲ生セシムル特別ノ規定アル場合ノ外ハ家督相續ハ以上ニ述ヘタルカ如キ效力ヲ生スルモノナリ而シテ民法ハ其第九百八十九條以下數條ニ於テ右ノ原則ニ對スル例外ヲ掲グルカ故ニ以下其特別ニ付キ説明セン

甲 隱居ニ因ル家督相續ノ特別

隱居ニ因リテ開始シタル家督相續ノ場合ニ於テハ家督相續ノ效力ノ原則ニ對

シテ二箇ノ特例アリ 其一ハ隱居者カ留保シタル財産ハ家督相續人ニ移轉セサルコト、他ノ一ハ隱居者ノ債權者ハ隱居者ニ對シテモ辨濟ノ請求ヲ爲シ得ルコト是ナリ

一 隱居者カ留保シタル財産ハ家督相續人ニ移轉セス 隱居者ハ隱居ニ因リ戸主タル身分ヲ失フモ其人格ハ決セテ之ヲ失フモノニ非ス故ニ其一身ニ專屬スル權利義務ハ隱居ヲ爲スモ依然之ヲ有スルノミナラス隱居シタル後ニ於テ新ニ權利ヲ取得シ義務ヲ負擔シ得ルコトハ勿論ナリ然ルニ權利ヲ取得シ義務ヲ負擔スルニ付テハ自ラ相當ノ財産ヲ有スルノ必要ナルコトアリ又必要ナラサルモ少クモ之ヲ便宜トスルコトハ言フヲ俟タサルヲ以テ法律ハ隱居者ニ其財産ノ留保ヲ爲スコトヲ許セリ而シテ其留保シタル財産ハ家督相續人ニ移轉セサルモノナリ隱居者カ財産ヲ留保スルニハ左ノ二條件ヲ要ス

(イ) 隱居者ハ確定日附アル證書ニ依リ財産ノ留保ヲ明カニスルヲ要ス 家督相續ナルモノハ原則トシテ前戸主ノ財産ヲ家督相續人ニ移轉スルモノナルカ故ニ隱居ニ因ル家督相續アリタルトキハ隱居者及ヒ家督相續人ノ債權者タル

者ハ一應ハ隱居者ノ財産ハ悉ク相續人ニ移リタルナルヘシト信スルモノナリ然ルニ其信シタル所ニ反シ事實財産ノ一部カ隱居者ノ手ニ殘リ居ルカ如キコトアラハ債權者ハ往往見込ヲ誤リ爲メニ少カラサル損害ヲ受クルコトアルヘシ故ニ留保ハ確定日附アル證書ヲ以テセサルヘカラス蓋シ隱居者ト家督相續人トハ多クノ場合ニ於テ近親ノ關係ヲ有スルモノナルカ故ニ單ニ證書ヲ作り財産ヲ留保シ置クヘシト定ムルノミニテハ實際ニ於テ隱居ノ際ニハ財産ヲ留保セザリシモ後日其利益アル場合ニ當リテハ其謀シテ一片ノ證書ヲ作り財産ヲ留保シタルカ如ク裝ヒ容易ニ第三者ニ損害ヲ被ラシムルコトヲ得ルカ故ニ法律ハ確定日附ノ證書ヲ要スト爲シ以テ第三者ヲ保護セリ眞ニ第三者ヲ保護スルニハ公示ノ方法ヲ設クルコト最モ確實トスル所ナリト雖モ此方法ヲ採ラサルニ於テハ確定日附ノ證書ヲ要スト爲シタルハ相當ナリ

(ロ) 財産ノ留保ハ家督相續人ノ遺留分ヲ害セサルコトヲ要ス 隱居者カ他日死亡スルトキハ其遺産ハ遺産相續ノ規定ニ依リ相續セラルモノナルカ故ニ隱居ノ際ノ財産留保ニ制限ヲ加ヘサルトキハ隱居者ハ其留保ニ因リ家督相續

人ノ遺留分ヲ害スルニ至ルヘシ然ルニ遺留分ハ家族ヲ扶養スル義務ヲ負フ所ノ家督相續人ヲシテ前戸主ノ財産ノ或部分マテハ必ス承繼セシメントスル法律ノ趣旨ニ出テタルモノナルヲ以テ被相續人ハ遺言ヲ以テ遺留分ヲ害スルコトヲ得サルカ如ク亦財産ノ留保ニ因リテモ之ヲ害スルコトヲ得ス故ニ財産ノ留保ハ家督相續人ヲ害セサル限度ニ於テ之ヲ爲ササルヘカラス若シ隱居者ノ爲シタル留保ニシテ家督相續人ノ遺留分ヲ害シタルトキハ其遺留分ニ必要ナル限度マテハ其留保ハ無効ナリ第九百八十八條但書ヲ見レハ家督相續人ノ遺留分ノ規定ニ違反スルヲ得スト規定ヨ財産ノ留保ノコトニ關シテハ後ニ説タ所ノ第百三十四條ノ如キ規定ナキヲ以テ一見スレハ家督相續人ノ遺留分ヲ害シタル財産ノ留保ハ全部無効ナルカノ如クナレトモ第九百八十八條但書ハ家督相續人ノ遺留分ヲ保護スルノ規定ニ止マルカ故ニ其規定ヲ解釋スルニハ一ニ遺留分保護ノ趣旨ヲ全ウスルニ止メサルヘカラス隨テ遺留分ヲ害セサル限度ニ於テハ其留保ハ有效ナリト謂ハサルヘカラス

二 隱居者ノ債權者ハ隱居者ニ對シテモ辨濟ノ請求ヲ爲スコトヲ得 隱居者

ノ義務ハ隱居ニ因リ家督相續人ニ移轉スルモノナルカ故ニ隱居者ノ債權者タリシ者ハ隱居ノアリタル後ニ於テハ其家督相續人ニ對シテ債權ノ辨濟ヲ求ムルコトヲ得而シテ若シ特別ノ規定ナキ以上ハ既ニ義務カ他ニ移轉シタル後ニ於テハ隱居者ニ對シテ辨濟ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルモノナリト爲スヲ以テ理論ニ適スト謂ハサルヘカラス然レトモ隱居ハ死亡ト異ナリ現ニ隱居シタル後ニ於テモ財産ヲ有シ又其財産ヲ増殖シ得ルモノナリ而シテ元來隱居者ノ債權者ハ隱居者ヲ信用シテ之ト取引ヲ爲シタル者ナレハ隱居者ニ辨濟ヲ爲ス實力アルトキハ之ニ對シテ辨濟ヲ爲スハ當然ナリ況ヤ此ノ如ク爲ササルハ甚シキ弊害アルニ於テヤ何トナレハ隱居者ハ財産ノ留保ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ多額ノ負債ヲ有スル者カ其財産ノ一部分ヲ留保シテ隱居シタルトキハ財産ノ一部分ハ隱居者ノ手ニ殘リ居ルニモ拘ラス負債ハ無實力ノ家督相續人ニ移轉スルカ如キ場合ナキニ非サルヲ以テナリ故ニ第九百八十九條ノ第一項及ヒ第三項ハ隱居者ノ債權者ハ家督相續人ニ對シテ辨濟ヲ請求シ得ルハ勿論ナレトモ隱居者ニ對シテモ亦其請求ヲ爲シ得ルモノト爲シ以テ理論ト實際トノ適合ヲ計レ

リ而シテ同條ハ廣ク隱居ニ關シテ規定シ何等ノ區別ヲ設ケサルヲ以テ財產ノ留保ヲ爲シタルト否トハ隱居者ニ對スル辨濟請求權ニ何等ノ差別ヲ生スルモノニ非サルナリ

乙 入夫婚姻ニ因ル家督相續ノ特例

女戸主カ入夫婚姻ヲ爲ストキハ當事者間ニ反對ノ意思表示ナキ限りハ女戸主ハ其戸主タリシ身分ヲ失ヒ入夫ハ代リテ戸主ト爲ルモノナリ法律ハ此場合ニ於テ特ニ女戸主ヲ隱居シタルモノトハ言ハサルモ其戸主タル身分ヲ失フハ隱居シタル者ト異ナルコトナシ故ニ入夫婚姻ニ因ル家督相續ノ場合ニ在リテ其效力ノ一般家督相續ト異ナル點ハ全ク隱居ニ因ル家督相續ノ場合ニ同シ即チ戸主タル身分ヲ失ヒシ女戸主ハ確定日附アル證書ヲ以テ其財產ノ留保ヲ爲スコトヲ得又女戸主ノ債權者ハ戸主タル身分ヲ失ヒタル女戸主ニ對シテモ辨濟ヲ請求スルコトヲ得ヘシ

丙 入夫ノ離婚ニ因ル家督相續ノ特例

入夫カ戸主タリシ間ニ負擔シタル債務ハ離婚ニ因リ家督相續人ニ移ルモノナ

レハ其辨濟ハ之ヲ其家督相續人ニ對シテ請求スルコト當然ナレトモ元來債務ハ多クノ場合ニ於テ債務者ノ一身カ著眼點ト爲リテ生ヅタルモノナリ故ニ自己ノ爲メニ債務ヲ生セシメタル者カ現ニ存在スルニ於テハ之ニ對シテ辨濟ヲ請求シ得ルコトト爲スハ當事者ノ意思ニ適フモノト謂ハサルヘカラス故ニ第九百八十九條第二項及ヒ第三項ハ入夫カ戸主タリシ間ニ負擔シタル財產ハ家督相續人ニ對シテ之カ請求ヲ爲シ得ルノミナラス其入夫ニ對シテモ亦辨濟ヲ請求シ得ルモノト爲シタルナリ戸主タル者カ其戸主中ニ負擔セタル債務ハ家ニ屬スルモノナルカ將タ其人ニ屬スル債務ナルカハ從來議論ノ存スル問題ニシテ判決例ハ之ヲ以テ家ニ屬スルモノト爲スコトニ傾キタリシカ如シ民法モ亦大體ニ於テハ戸主中ニ負擔シタル債務ハ家ニ屬スルモノト爲シ其相續人ニ移轉スヘキモノト爲シタリ唯債權者ヲ保護スルカ爲メニ嘗テ戸主タリシ者ニ對シテモ亦請求シ得ヘキモノト爲シ以テ必要ニ應シタルナリ

丁 入夫婚姻ノ取消ニ因ル家督相續ノ特例

入夫婚姻取消ノ效力ハ既往ニ遡ラサルモノナルカ故ニ他ノ點ニ於テハ悉ク同

一 ナリト謂フヲ得サルモ之ニ因リテ開始スル家督相續ノ效力ニ至リテハ全然
入夫ノ離婚ニ因ル家督相續ト同一ナリトス

戊 國籍喪失ニ因ル家督相續ノ特例

國籍喪失ヲ以テ家督相續開始ノ原因ト爲シタルハ日本ノ國籍ナキ者ハ本籍ヲ
定ムルコトヲ得ス隨テ戸主ト爲ルコトヲ得サルニ由リ戸主ト爲ルコトヲ得ル
者ヲシテ家督相續ヲ爲サシメ以テ其家ノ存立ヲ繼續セシムルノ止ムヲ得サル
ニ出テタルモノナリ然レトモ元來國籍ノ異動ノ爲メニ相續ノ開始セララルコ
トハ多クノ場合ニ於テ被相續人ノ意思ニ反スル事柄ナルカ故ニ其效力ヲ定ム
ルニ付テハ單ニ家ノ存立ヲ繼續シ得ル範圍ニ止メ成ルヘク之ヲ制限スルヲ可
トス故ニ國籍喪失ニ因ル家督相續開始ノ場合ニ於テハ其效力ノ特例ニ係ルモ
ノ頗ル多シ是ヲ以テ第九百九十條第九百九十一條ハ他ノ家督相續ノ場合ノ如
ク特例ニ係ルモノノミヲ規定スル方法ヲ採ラス國籍喪失ニ因ル家督相續ノ効
力全部ヲ規定シテ其裏面ニ於テ其規定ノ外ハ特例ニ係ルコトヲ示スノ方法ヲ
採レリ故ニ茲ニハ便宜上國籍喪失ニ因ル家督相續ノ效力全部ヲ述ヘン

國籍喪失ニ因ル家督相續ノ場合ニ於テハ家督相續人ハ次ノ權利義務ヲ承繼ス
ルモノトス

- 一 戸主權 家督相續ハ戸主タル身分ノ承繼ナルカ故ニ戸主權ノ移轉ハ如何
ナル場合ニ於テモ家督相續ノ效力トシテ離ルヘカラサルモノナリ
- 二 戸主ノ義務 戸主タル身分ノ承繼ハ戸主權ノミナラス戸主ノ義務モ亦必
ス之ヲ伴フモノナリ民法ハ家督相續ノ效力ヲ定ムルニ戸主タル身分ノ承繼ナ
ルコトヲ明言セシテ戸主權及ヒ戸主ノ義務カ移轉スレハ自ラ戸主タル身分
ヲ有スルニ至ルト云フ理論ヲ採リタルコトハ既ニ述ヘタル所ナリ新民法ノ採
リタル理論ニ從フモ家督相續ノ效力中ニハ必ス戸主ノ義務ヲ承繼スルコトハ
之ヲ明言セサルヘカラス何トナレハ戸主タル身分ニハ必ス戸主權及ヒ戸主ノ
義務ヲ伴フカ故ニ戸主權ノミヲ承繼シテ戸主ノ義務ヲ承繼セザルトキハ戸主
タル身分ノ承繼アリト謂フヲ得サルヲ以テナリ故ニ第九百九十條カ其規定中
ニ戸主ノ義務ヲ承繼スルコトヲ明言セサリシハ一ノ缺點ナリト謂フヘシ然レ
トモ既ニ家督ヲ相續スル以上ハ戸主ノ義務ヲ負フハ無論ナルカ故ニ第九百九

十條ニ其明言ナキニ拘ラス予ハ戸主ノ義務ハ必ス之ヲ承繼スルモノナリト爲ス

三 家督相續ノ特權ニ關スル權利 系譜祭具及ヒ墳墓ハ人ニ屬スト云ハンヨリハ事口家ニ屬スト云フヲ不可ナキモノナルヲ以テ家督相續ヲ爲シ一家ヲ統御スル以上ハ其家ノ系譜祭具墳墓ノ如キモノノ所有權ハ之ヲ取得スルコト當然ニシテ又必ス之ヲ取得セシメサルヘカラス

四 遺留分 遺留分ナルモノハ法律カ被相續人ノ人格ヲ承繼スル者ニ人格ノ承繼ト其ニ必ス其財産ノ一定ノ部分ヲ承繼セシムルカ爲メニ定メタルモノナリ殊ニ家族制度ヲ認メタル社會ニ於テハ戸主ノ財産ハ戸主其人ニ屬スト云フト雖モ其實ハ家ニ屬スト謂フモ可ナルヲ以テ家督相續ニ於ケル遺留分ナルモノハ戸主タル身分ヲ繼ク者カ必ス受クヘキ家産ノ部分ニシテ前戸主ハ其部分以外ニ非サレハ他人ニ遺贈シ又ハ自ラ留保スルヲ得サルモノナリト謂ハサルヘカラス 國籍喪失カ相續ヲ開始セサレハ則チ已ム苟モ家督相續ヲ開始スル以上ハ如何ニ其效力ヲ限ラントスルモ法律カ家ノ存立ヲ繼續スル者ナリトシテ家

督相續人ヲシテ受ケシムル所ノ遺留分丈ハ必ス之ヲ承繼セシメサルヘカラス而シテ遺留分ハ第百三十條ノ規定ニ依リ家督相續人ノ當然受クヘキ相續財産ナルカ故ニ法律ヲ以テ特例ヲ定メサル以上ハ家督相續人カ之ヲ承繼スルハ勿論ナリ是レ第百九十條ノ但書アル所以ナリ

五 前戸主カ特ニ指定シタル財産 相續ニ付テハ成ルヘタ被相續人ノ意思ニ從フヲ以テ可ナリトセハ被相續人タル前戸主カ特ニ其意思ヲ表示シテ相續スヘキ財産ヲ指定シタルトキハ其效力ヲ認ムヘキコト當然ナリ

六 前戸主ノ有セタル日本人ニ非サレハ享有スルコトヲ得サル權利ニシテ國籍喪失ノ時ヨリ一年内ニ日本人ニ讓渡セラレサルモノ 第百九十條第二項ハ國籍喪失者カ日本人ニ非サレハ享有スルコトヲ得サル權利ヲ有スル場合ニ於テ一年内ニ之ヲ日本人ニ讓渡ササルトキハ其權利ハ家督相續人ニ歸屬スルコトヲ規定セリ 國籍喪失者カ土地所有權續物探掘權等ノ如キ日本人ノミ享有スルコトヲ得ル權利ヲ有スルトキハ法律ニ特別ノ規定アルニ非サレハ權利享有者カ國籍ヲ喪失スルト同時ニ此ノ如キ權利ハ主體ナキニ至リ隨テ其權利ハ

消滅ストハサルヘカラス此ノ如キハ權利者ノ迷滅少カラサルヲ以テ法律ハ公ノ秩序ニ關スル精神ヲ害セサル程度ニ於テ權利者ノ利益ヲ保護スルコトヲ努メ權利者ハ國籍喪失ノ時ヨリ一年内ハ此ノ如キ權利ノ享有ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲シ其間ニ相當ノ處分ヲ爲ス餘地ヲ與ヘタルナリ此事ハ唯法律ノ與ヘタル一ノ特典ニ過キスシテ元來法規ニ於テ或權利義務ハ日本人ニ限り享有スルコトヲ得ト定メタルハ日本人ニ非サル者カ之ヲ享有スルコトヲ以テ公ノ秩序ニ反スト認メタルモノト謂ハサルヘカラス故ニ國籍喪失者カ一年内ニ右ノ如キ權利ヲ日本人ニ讓渡ササルトキハ日本人タル其家督相續人ニ歸屬スト爲シ公ノ秩序ニ關スル法規ノ適用ヲ完ウシタルモノナリ而シテ此ノ如キ規定ハ權利者ヨリ觀ルモ甚シク其權利ヲ害セラレタルモノニ非スト謂フヘシ

第九百九十一條ニ依レハ「國籍喪失ニ因ル家督相續ノ場合ニ於テ前戶主ノ債權者ハ家督相續人ニ對シテハ其受ケタル財産ノ限度ニ於テノミ辨濟ノ請求ヲ爲スコトヲ得」ルモノナリ蓋シ國籍喪失ニ因ル家督相續ノ場合ニ於テハ權利ノ移轉ヲ制限シタルカ故ニ義務ノ負擔モ亦之ヲ限定スルハ條理上然ラサルヲ得サ

レハナリ第九百九十一條ハ家督相續人ハ其受ケタル財産ノ限度ニ於テ前戶主ノ債務ヲ辨濟スヘキモノナリト定ムルモ其受ケタル財産ノ限度ニ於テ前戶主ノ債務ヲ承繼スルコトヲ定メス故ニ前戶主ハ依然トシテ債務ノ全額ヲ負擔スヘキモノニシテ債權者ハ之ニ對シテ全額ノ請求ヲ爲スコトヲ得唯第九百九十一條ノ規定アル爲メニ前戶主ノ債權者ハ家督相續人ニ對シテモ亦其受ケタル財産ノ限度ニ於テハ辨濟ノ請求ヲ爲シ得ルト云フニ過キスシテ一見スレハ前戶主ハ甚タ不利益ナル如シト雖モ遺留分ハ財産ノ内ヨリ債務ヲ控除シテ計算スルカ故ニ多クノ場合ニ於テハ甚シキ不利益ナカルヘシ第九百九十一條ハ相續ノ場合ニ關スル規定ナルカ故ニ其受ケタル財産トハ家督相續人カ相續財産トシテ受ケタルモノノミヲ指スモノニシテ相續財産ニ非サルモノハ之ヲ含まスト解セサルヘカラス故ニ家督相續人カ相續開始前贈與ニ因リ受ケタル財産アルモ其價額ハ前戶主ノ債務ヲ辨濟スヘキ限度ニ加フヘキモノニ非ス前戶主ノ有セシ日本人ニ非サレハ享有スルヲ得サル權利ニシテ一年内ノ日本人ニ讓渡サレサルモノノ家督相續人ニ歸屬スルハ予ハ民法ノ解釋トシテハ家督相續

ノ效力ニ因ルモノト爲スモノナルカ故ニ此ノ如キ權利ハ仍ホ相續財産ナリト謂ハナルヘカラス故ニ家督相續人ハ其價額ノ限度内ニ於テ前戸主ノ債務ヲ辨濟セサルヘカラス

第二 家督相續效力發生ノ時期

家督相續ハ前戸主ノ有セシ權利義務ヲ相續人ニ移轉セシムルモノナルヲ以テ前戸主カ權利義務ヲ有スル能ハサルニ至リタルトキハ之ト同時ニ家督相續人カ之ヲ取得セサルヘカラス故ニ家督相續ノ效力ハ前戸主カ戸主タル身分ヲ喪失シタル時ニ發生スルモノトス是レ相續ナル文字其モノノ意義ニ據リ明カニシテ法文ヲ待チテ始メテ知ルヘキニ非スト雖モ民法ハ第九百八十六條ニ於テ此事ヲ明言セリ即チ第九百八十六條ハ家督相續ノ效力ヲ定ムルト同時ニ其效力カ相續開始ノ時ヨリ發生スルモノトシ疑ヲ客ルルノ餘地ナカラシメタリ唯第九百九十条第二項ニ依テ權利ノ家督相續人ニ歸屬スルハ相續開始ノ時ヨリ一年ヲ經過シタル後ナルカ故ニ此場合ニ於テハ家督相續ノ效力ハ其權利ニ付テノミハ相續開始ノ時ヨリ發生セスト雖モ此ノ如キハ同項ノ規定ヨリ生ス

ル當然ノ結果ニシテ同項ハ唯リ效力ニ付テ原則ノ例外タルノミナラス其發生時期ニ付テモ亦自ラ例外ヲ爲スモノト謂ハサルヘカラス

第二章 遺産相續

此章ヲ第一節總則第二節遺産相續人第三節遺産相續ノ效力ニ分チテ論スヘシ

第一節 總 則

本節ニ於テハ遺産相續ニ關スル相續開始ノ原因開始ノ時期開始ノ場所回復請求權ノ時效相續財産ニ關スル費用及ヒ胎兒ヲ既生者ト看做ス規定ヲ掲ケタリ本節ノ規定ハ相續開始ノ原因ニ關スルモノヲ除ク外ハ悉ク家督相續ニ關スル規定ヲ準用スルカ故ニ茲ニハ説明ヲ省キ總テ之ヲ家督相續ノ説明ニ讓ル唯相續開始ノ原因ハ稍異ナル所アルカ故ニ之ヲ畧述スヘシ
第九百九十二条ニ依レハ遺産相續ハ家族ノ死亡ニ因リテ開始スルモノナリ此規定ヲ分析スレハ二ノ要素ヲ含ムモノナルコトヲ知ル

一 遺產相續ハ被相續人ノ死亡ニ因リテノミ開始スルモノナリ身分ノ承繼ヲ目的トスル家督相續ニ於テハ被相續人カ戸主タル身分ヲ失ヒタルトキハ茲ニ相續ナルモノヲ生スト雖モ財產ノ承繼ヲ目的トスル遺產相續ニ於テハ被相續人カ財產ノ主體ト爲ルコトヲ得サルニ至リ始メテ相續ヲ開始スルモノナリ戸主タル身分ノ喪失ハ死亡ノ外種種ノ原因ニ因リテ生スルカ故ニ隨テ家督相續ハ種種ノ開始原因ヲ有スルコト前既ニ之ヲ述ヘタリ然ルニ私權ノ享有ヲ禁シタル刑罰ヲ認メサル今日ニ於テハ何人ト雖モ財產ノ主體ト爲ルコトヲ得サル者ナキカ故ニ遺產相續ノ開始ハ被相續人ノ死亡ノ場合ニ限ルモノナリ

二 遺產相續ハ戸主ニ非サル者ノ死亡シタル場合ニノミ開始スルモノナリ法人ノ解散シタル場合ニ於テ其權利義務ノ歸屬スル所ハ法律ノ特別ニ規定スル所ナルカ故ニ法人ニ關シ相續ナルモノノナキコトハ言フヲ缺タス而シテ自然人ニ於テモ一家ノ戸主タル者カ死亡シタルトキハ茲ニ家督相續ナルモノノ開始シ前戸主ニ屬セシ財產ハ家督ヲ相續スル當然ノ結果トシテ家督相續人ニ移轉スルモノナルカ故ニ別ニ遺產相續ヲ生スル餘地ナキナリ故ニ遺產相續ハ戸主

右四箇ノ場合ハ法律上裁判官ノ裁判ヲ爲スノ權ヲ奪フモノナリ故ニ當事者ノ忌避スルト否トニ拘ラス其訴訟事件ニ干與スルコトヲ得ス若シ之ニ反シテ裁判ヲ爲シタルトキハ其點ヲ以テ訴訟當事者ハ上告ヲ爲スコトヲ得ヘシ又若シ除斥ノ原因アル判事カ干與シタル裁判確定シタルトキハ再審ノ訴ノ原因ト爲ル(第四六八條第二號)

以上四箇ノ場合ニ適合スルヤ否ヤ換言スレハ除斥ノ原因アリヤ否ヤハ裁判所ノ職權ヲ以テ調査スヘキ事項ニ屬ス蓋シ其原因アル判事ノ爲シタル訴訟行爲ハ當然無効ニ屬スルヲ以テナリ

第二忌避 判事ノ忌避ハ當事者ノ申請ニ因リ判事所屬ノ裁判所ニ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲ス(第三五條)忌避ノ理由ハ判事カ法律ニ依リ職務ノ執行ヨリ除斥セラルヘキコト又ハ偏頗ノ裁判ヲ爲スノ恐アルコトニ基クモノトス而シテ前者ヲ理由トスル忌避ノ申請ハ其訴訟事件ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス之ヲ爲スコトヲ得第三四條後者ヲ理由トスル忌避ノ申請ハ判事カ不公平ナル裁判ヲ爲スコトヲ疑フニ足ルヘキ事情アルトキ之ヲ爲スコトヲ得第三三條第二

項例へハ當事者ノ一方ヲシテ十分ナル陳述ヲ爲サシメサル場合ノ如シ此不公
平ナル裁判ヲ爲ス理由ニ基キ忌避ノ申請ヲ爲スニハ左ノ要件ヲ必要トス

(一) 判事ノ面前ニ於テ申立ヲ爲シ又ハ相手方ノ申立ニ對シ陳述ヲ爲シタル
場合ハ其判事ヲ忌避スルコトヲ得ス(第三四條第二項但シ忌避ノ原因即チ不
公平ナル裁判ヲ爲スコトヲ疑フニ足ルヘキ事情カ其申立又ハ陳述ヲ爲シタ
ル後ニ生スルカ或ハ當事者カ其後ニ於テ忌避ノ原因アルコトヲ知リタル場
合ハ必スシモ其申立又ハ陳述ヲ爲シタルニ因リ忌避ノ申請ヲ爲シ得サルモ
ニアラス

(二) 忌避ノ原因ハ之ヲ疏明スルコトヲ要ス(第三五條第二項忌避セラレタル
判事ノ職務上ノ陳述ハ疏明ノ用ニ供スルコトヲ得忌避ノ原因ニシテ當事者
ノ申立又ハ陳述ヲ爲シタル後ニ生スルカ若クハ其後ニ覺知シテ其申請ヲ爲
サントスルトキハ其後ニ生シタルコト又ハ知リタルコトヲ疏明セサルヘカ
ラス(第三五條第三項)

(三) 忌避ノ申請ハ其判事所屬ノ裁判所ニ爲スコトヲ要ス

以上ハ忌避ニ付テノ要件ナリ忌避ハ裁判所ノ構成員タル判事ニ對シテ爲スヘ
キモノニシテ裁判所ヲ忌避スルコトヲ得ス判事忌避セラレタルトキハ合議裁
判所ニ於テハ其裁判所ハ決定ヲ以テ其申請ノ理由アルヤ否ヤヲ裁判ス又忌避
セラレタル判事カ區裁判所ニ屬スルトキハ上級ノ地方裁判所ハ其申請ニ付キ
裁判ヲ爲ス若シ區裁判所判事カ其申請ヲ正當ト認ムルトキハ裁判ヲ爲スヲ要
セス合議裁判所判事ノ忌避セラレタルトキハ其判事ハ其裁判ニ參與スルコト
ヲ得ス其裁判所カ忌避セラレタル判事ノ退去ニ因リテ裁判ヲ爲スコト能ハサ
ルトキハ直近上級裁判所其申請ニ付キ裁判ヲ爲スモノトス(第三六條忌避ノ申
請ニ付キ裁判所ハ口頭辯論ヲ經スシテ其裁判ヲ爲スコトヲ得忌避セラレタル
判事ハ申請ノ理由ニ付キ職務上意見ヲ陳述スヘシ(第三七條忌避ノ申請ニ付キ
裁判所カ之ヲ正當ナリト裁判シタルトキハ其裁判ニ對シテハ上訴ヲ爲スコト
ヲ得ス之ニ反スルトキハ訴訟當事者ヨリ其決定ニ對シ即時抗告ヲ爲スコトヲ
得第三八條法律上除斥ノ理由アリ又忌避ノ申請カ理由アリト認メラレタルニ
拘ラス判事カ訴訟ニ干與スルトキハ其行爲ハ無効ナリ故ニ忌避セラレタル判

事ハ其申請ノ完結ニ至ルマテ總テノ訴訟行為ヲ避クヘキモノトス然レトモ偏頗ノ原因ニ依リ忌避セラレタル判事ハ急速ヲ要スル行為ニ限り之ヲ爲スコトヲ得ヘシ(第三九條)

次ニ判事自ラ法律上除斥ノ理由アリト認メタルトキ或ハ忌避ノ原因タル狀況アルカ爲メ自ラ訴訟事件ニ干與スルコトヲ避クルコトヲ得ヘシ之ヲ稱シテ回避ト謂フ回避ニ付テモ前述セル手續ニ依リテ裁判ヲ爲スヘキモノトス此裁判ヲ爲スニ付テハ當事者ヲ審訊スルコトヲ要セス又其裁判モ之ニ送達スルコトヲ必要トセス(第四〇條)

以上除斥忌避回避ノ三ツニ關スル法則ハ之ヲ裁判所書記ニ準用スルモノトス但シ其裁判ヲ爲ス裁判所ハ書記所屬ノ裁判所ニシテ上級裁判所ニ於テ之ヲ爲スモノニアラス(第四一條)

附言 講義ノ順序トシテハ裁判所ノ機關即チ辯護士執達吏及ヒ檢事ニ付キ説明スヘキモノナレトモ時間切迫セルノミナラス重要ナル部分ニモアテサルカ故ニ之ヲ省畧ス

第二編 當事者

第一章 當事者能力

民事訴訟法ニ於テ當事者トハ訴訟ノ主體ヲ謂フ訴訟ノ主體トハ自己ノ名ニ於テ且ツ其計算ニ於テ訴訟行為ヲ爲ス所ノ權利主體ヲ謂フモノナリ當事者ノ主體タル者ハ原告及ヒ被告ニシテ原告トハ自己ノ私法上ノ利益ニ付キ裁判ヲ要求スル所ノ權利主體ヲ謂ヒ被告トハ裁判所ヨリ答辯即チ應訴ヲ爲シ且ツ裁判ニ服従スヘキコトヲ強制セラルル權利主體ヲ謂フ然レトモ原告及ヒ被告ハ訴訟ノ審級ニ依リ其名稱ヲ異ニシ控訴審ニ於テハ裁判ヲ要求スル者ヲ控訴人ト謂ヒ其反對ノ地位ニ立ツ者ヲ被控訴人ト謂フ又上告審ニ於テハ上告人若クハ被上告人ト稱ス是レ通常訴訟手續ニ用フル法語ニシテ本案以外ノ訴訟手續即チ強制執行又ハ假差押假處分若クハ督促手續等ニ於テハ當事者ヲ稱シテ債權者又ハ債務者ト謂フ民事訴訟法ニ於テ債權者又ハ債務者ト稱スルハ民法上ノ債權者又ハ債務者ト同一意義ニアラスシテ裁判所ノ手續ヲ要求スル者ヲ指シ

ヲ債權者ト稱シ是ト反對ノ地位ニ在ル者ヲ稱シテ債務者ト謂フニ過キス當事者中主タル者ト附隨ノ者トノ二種アリ前者ハ是ニ由リテ始メテ訴訟ノ成立スヘキ權利主體ヲ謂ヒ即チ原告、被告、債權者、債務者等之ニ屬シ後者ハ他人間ニ成立セル訴訟ニ於テ其一方ノ勝敗ニ依リ權利上ノ利害ヲ有スル爲メ原告若クハ被告ヲ補助スルノ目的ヲ以テ參加スル權利主體ヲ謂フモノニシテ從參加人はナリ訴訟ハ附隨ノ當事者ヲ缺クモ其成立ヲ害スルモノニアラス

當事者能力即チ訴訟主體タルコトヲ得ヘキ能力ハ私法上ノ權利主體タルコトヲ得ル結果ナリ蓋シ自ラ私法上ノ利益ヲ享有スヘキ場合ニ於テ始メテ其保護ノ要求ヲ裁判所ニ對シテ爲シ得ヘキモノニシテ自己カ私法上ノ利益ヲ享有スル能力即チ權利主體タル能力ナクシテ私法上ノ利益保護ヲ裁判所ニ要求スルコトヲ得サレハナリ是ヲ以テ私法上ノ權利主體タルコトヲ得サル者ハ當事者能力ヲ有スルコト能ハス之ニ反シ私法上ノ權利主體タル能力ヲ有スル者ハ必ス當事者能力ヲ有スト謂ハサルヘカラス獨逸民事訴訟法ニ於テハ權利能力ヲ有スル者ハ當事者能力ヲ有スト規定セリ我民事訴訟法ハ特ニ此ノ如キ規定

ヲ存セサレトモ其同一精神タルコト疑ナシ而シテ當事者能力ヲ有スルニハ自ラ訴訟行爲ヲ爲シ或ハ法律行爲ヲ爲スノ能力アルコトヲ必要トセサルヤ明カナリ私法上權利主體タル能力ノ有無ハ實體法ニ依リテ定マルヘキヲ以テ當事者能力アルヤ否ヤノ判斷ニ付テモ實體法ノ規定ニ基キ之ヲ定メサルヘカラス我民法ノ規定ニ依レハ當事者能力ヲ有スル者ハ自然人及ヒ法人ニシテ唯疑ノ存スルハ民事訴訟法第十四條、第三百三十八條ノ規定ニ依リ其資格ニ於テ訴ヘラルコトヲ得ル會社又ハ社團是ナリ一ハ其裁判籍ニ付テ規定セ一ハ其送達ニ付テ規定セリ此兩條ニ所謂資格ニ於テ訴ヘラルコトヲ得ル會社、社團ハ私法上權利ノ主體ニアラスセテ訴訟主體即チ當事者タリ得ル者ヲ謂フ獨逸ノ「ツッパ」ハ之ヲ稱シテ形式的當事者ナリト言ヘリ獨逸商法ニ依レハ合名會社、合資會社ノ如キハ法人トシテ認メラレサルモ裁判所ニ訴ヘ若クハ訴ヘラルコトヲ得ルモノト爲セリ其他營業組合ノ如キ亦然リ我國ニ於テハ實體法上人格ナクシテ訴訟當事者ト爲リ得ヘキ規定存セサルカ如シ民事訴訟法第十四條、第三百三十八條ハ裁判籍ヲ定ムルノ必要ト送達ヲ爲ス便宜上ノ規定ニ外ナラサルヲ以テ人格

ナキ社團等ニ對シ民事訴訟法ニ於テ當事者能力ヲ與ヘタルモノト謂フコトヲ得ス要スルニ資格ニ於テ訴ヘ若クハ訴ヘラルコトヲ得ル社團財團等ノ如何ハ實體法ニ依リテ定マルモノトス

當事者能力ト訴訟能力トヲ混同スヘカラス前者ハ訴訟主體タルノ能力ニシテ後者ハ自ラ訴訟行爲ヲ爲スノ能力ナリ故ニ訴訟能力ヲ有スル者ハ當事者能力ヲ有スルコト勿論ナルモ當事者能力ヲ有スル者ハ訴訟能力ヲ有スル者ト謂フコトヲ得

第二章 訴訟能力

訴訟能力トハ當事者カ訴訟行爲ヲ爲スノ能力ニシテ即チ自ラ訴訟行爲ヲ爲シ又ハ其委任ヲ爲シタル訴訟代理人ヲシテ訴訟行爲ヲ爲サシムルノ能力ヲ謂フ訴訟行爲ヲ爲スノ能力ハ裁判所ニ於テ訴訟行爲ヲ爲スノ能力ナルノミナラス總テノ訴訟當事者即チ主タル當事者若クハ附隨ノ當事者トシテ裁判外ニ於テモ訴訟行爲ヲ爲スノ能力ヲ包含スルモノナリ例ヘハ辯護士ニ對シテ訴訟行爲

ヲ委任シ又ハ執達吏ニ對シテ執行行爲ヲ委任スルカ如キ總テノ訴訟行爲ヲ爲スノ能力ヲ謂フナリ訴訟無能力者カ自ラ爲ス訴訟行爲或ハ訴訟無能力者カ委任シタル訴訟代理人ノ行爲或ハ執行行爲ノ如キハ我民事訴訟法ノ精神ヨリスレハ全ク無効ナルモノナリ民事訴訟法第四十三條ニ依レハ原告若クハ被告カ自ラ訴訟行爲ヲ爲スノ能力又ハ訴訟代理人ヲシテ之ヲ爲サシムルノ能力ト法定代理人ニ依レル訴訟無能力者ノ代表ト法定代理人カ訴訟ヲ爲シ又ハ一ノ訴訟行爲ヲ爲スニ付テノ特別授權ノ必要トハ民法ノ規定ニ從フトアルヲ以テ訴訟能力ノ有無ハ民法ノ規定ニ從ヒテ定メサルヘカラス民法ノ規定ニ依リテ之ヲ知行爲ヲ以テ法律行爲ノ一種ト爲セルコトハ其第十二條ノ規定ニ依リテ之ヲ知ルコトヲ得ヘシ而シテ法律行爲ナルモノハ訴訟行爲ヲ包含スルヤ否ヤニ付テハ議論ナシトセス然レトモ民事訴訟法カ訴訟能力ニ關スル規定ヲ民法ニ一任シタル以上ハ之ニ依リテ判斷セサルヘカラス故ニ民法上行爲無能力者ハ訴訟無能力者ナリト謂ハサルヘカラス民法ニ於テ行爲無能力者ト爲セル者ハ左ノ如シ

第一 未成年者 意思能力ナキ者ハ行爲能力ナキヲ以テ訴訟能力ナキヤ明カナリ意思能力アル未成年者カ法律行爲ヲ爲スニハ法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ要シ之ヲ得スシテ爲シタル法律行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ故ニ未成年者カ法定代理人ノ同意ヲ得スシテ訴訟ヲ提起シ或ハ其他ノ訴訟行爲ヲ爲シタルトキハ其訴訟行爲ハ有效ニ成立シ唯未成年者若クハ法定代理人ハ之ヲ取消スコトヲ得ルノミ未成年者ノ法定代理人カ未成年者ノ訴訟行爲ヲ爲スコトニ同意スルニハ場合ニ依リ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要シ若シ之ヲ得スシテ未成年者ノ訴訟行爲ヲ爲スコトニ同意シタルトキハ法定代理人又ハ未成年者ニ於テ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ

未成年者ハ法律行爲ニ付キ特別能力ヲ有スル場合アリ即チ民法第五條ニ依リ法定代理人カ目的ヲ定メテ處分ヲ許シタル財産ハ其目的ノ範圍内ニ於テ未成年者隨意ニ之ヲ處分スルコトヲ得ヘク目的ヲ定メスシテ處分ヲ許シタル財産ニ付テモ亦同シ右ノ如ク處分ヲ許サレタル財産ニ關シテ生シタル訴訟行爲ニ付テハ未成年者ハ法定代理人ノ同意ヲ得スシテ之ヲ爲シ得ルカ如シト雖モ民

法ニ於テ法定代理人ノ同意ヲ要セスト爲セシハ單ニ財産ノ處分ノミヲ許シタルニ止マリ訴訟行爲モ亦之ヲ許シタルモノト解釋スルコトヲ得ス隨テ法定代理人ノ同意ヲ經サレハ其財産ニ關スル法律行爲ヲ爲スコトヲ得ス之ニ反シ民法第六條ニ依リテ一種又ハ數種ノ營業ヲ許サレタル未成年者ハ其營業ニ關シテハ成年者ト同一ノ能力ヲ有スルヲ以テ其營業ニ關スル訴訟ニ付テハ法定代理人ノ同意ヲ得ルコトナク獨立シテ有效ニ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ヘシ

第二 禁治產者

第三 準禁治產者

第四 妻

右ノ三者ニ付テハ民法ノ規定ヲ參照スヘシ

第五 法人 法人ハ公法人タルト私法人タルト問ハス法定代理人ニ依ルニアラサレハ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ス

以上五ツノ者ハ民法上行爲無能力者ニシテ隨テ訴訟法上ニ於ケル訴訟行爲ノ無能力者ナリ法人以外ノ無能力者カ法定要件即チ同意若クハ許可ヲ得スシテ

爲シタル訴訟行爲ハ民法ノ規定ニ基キ之ヲ取消スコトヲ得ヘク而シテ其取消ヲ爲シタル場合ニ於テ如何ナル結果ヲ生スヘキヤハ問題ナリ無能力者カ訴ノ提起ヲ爲シタル場合ニ於テ其取消ヲ爲ササル間ハ其行爲ハ有效ナルヲ以テ裁判所ハ口頭辯論期日ヲ定メ訴狀ヲ被告人ニ送達セサルヲ得ス而シテ其辯論ニ際シ無能力者又ハ其法定代理人ニ於テ前ニ爲シタル訴ノ提起ヲ取消シタルトキハ取消シタル行爲ハ初ヨリ無効ナリシモノト看做ストノ民法第百二十一條ノ規定ニ依リテ初ヨリ訴ナカリシモノト同一ノ結果ヲ生スルカ故ニ裁判所ハ判決ヲ以テ其訴ヲ却下シ訴訟費用ヲ負擔セシムヘキモノナリ但シ無能力者ハ其行爲ニ因リ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テ償還ノ義務ヲ負フヘキモノナルヲ以テ相手方ハ訴訟費用ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルノ結果ヲ生スヘシ尙ホ一步ヲ進メテ第一審ノ判決ヲ爲シタル後ニ右等ノ取消ヲ爲シタルトキハ民法ノ規定ヨリスレハ其判決モ亦無効ト爲ササルヘカラス若シ其判決確定ノ後其取消アリタルトキハ確定判決ノ性質上縱令其基本ト爲リタル當事者ノ行爲ノ無効ヲ來スコトアルモ其效力ニ影響ヲ及ホササルモノト謂ハサルヲ得ス

民事訴訟法ノ精神ヨリスレハ訴訟無能力者ハ絕對ニ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得サルモノニシテ一旦訴ノ成立シタルトキハ當事者ノ意思如何ニ依リ無効ト爲リ又其判決ノ無効ト爲ルカ如キハ其豫想セザリシ所ナルヘシト雖モ民法ノ規定ニ依リ右ノ結果ヲ生スルニ至リタルモノナリ

民事訴訟法ノ規定ニ依レハ訴訟無能力者ハ法定代理人ニ依ルニテラサレハ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ス而シテ法定代理人カ其權限内ニ於テ當事者ヲ代表シテ爲シタル訴訟行爲ハ本人ニ對シテ其效力ヲ生スルモノナリ法定代理人ノ如何ハ實體法ニ依リテ定マル民法ニ於テハ親權ヲ有スル父母又ハ後見人ノ如キ是ナリ國ヲ代表スル規定ニ付テハ明治二十四年勅令第三號ヲ參照スヘシ

民事訴訟法ニ於テ外國人ニ關スル訴訟能力ニ付テハ第四十四條ノ規定セル所ナリ即チ外國人ハ自國ノ法律ニ從ヒ訴訟能力ヲ有セサルモ本邦ノ法律ニ從ヒテ訴訟能力ヲ有スル者ナルトキハ之ヲ有スルモノト看做ス又法例第三條ニ依レハ人ノ能力ハ本國法ニ從フト規定シ訴訟能力ニ付テモ此規定ヲ適用スヘキヤ論ヲ竣タス尙ホ獨逸民事訴訟法ニ倣ヒ其範圍ヲ擴張シテ外國人カ其本國法

ニ依リ無能力者ナルトキト雖モ本邦ノ法律ニ從ヒテ能力者タルトキハ之ヲ訴訟能力者ト看做シタルモノナリ而シテ此規定ハ外國人カ日本ニ住所ヲ有スル場合ナルト否トヲ問ハス日本ニ於テ訴訟行為ヲ爲ス場合ニ適用スルモノナリ日本ノ法律ニ從ヘハ訴訟能力者タル外國人ニシテ本國法ニ從ヒ訴訟能力ヲ有セサルカ爲メ其法定代理人ヨリ日本ノ裁判所ニ起訴スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ニ付テハ其法定代理人ハ我國ニ於テ訴訟行為ヲ爲スコトヲ得スト謂ハサルヘカラス蓋シ右ノ法文ノ解釋上本國ニ於テ無能力者タル外國人ト雖モ日本ノ法律ニ從ヒ能力ヲ有スルトキハ之ヲ訴訟能力者ト認ムルモノナルヲ以テ我國ニ於テハ其法定代理人アルコトヲ認メサルニ由ル

以上説明シタル訴訟能力ニ付テハ裁判所ハ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス職權ヲ以テ訴訟能力法律上代理人タル資格及ヒ訴訟ヲ爲スニ必要ナル授權ニ欠缺ナキヤ否ヤヲ調査セサルヘカラス第四五條蓋シ右等ノ欠缺アル者ノ爲シタル行為ハ民事訴訟法上無効ニ歸スルヲ以テナリ

以下民事訴訟法ノ精神ニ基キ第四十五條ノ規定ヲ説明スヘシ

訴訟能力法律上代理人タル資格及ヒ訴訟ヲ爲スニ必要ナル授權ハ訴訟行為ヲ爲スノ要件ナルヲ以テ此等欠缺アル者ノ爲シタル訴ノ無効タルハ勿論訴ノ提起後爲シタル訴訟行為モ亦無効タルノミナラス其當事者ノ行為ニ基キテ爲シタル裁判所ノ行為モ盡ク無効ト爲ルモノナルカ故ニ裁判所ハ訴訟ノ如何ナル程度即チ其第一審タルト第二審タルトヲ問ハス又口頭辯論ニ於ケルト否トニ拘ラス職權ヲ以テ之ヲ調査セサルヘカラス而シテ此等ノ點ニ於テ欠缺アルトキハ裁判所ハ口頭辯論ニ基キ判決ヲ於テ其訴ヲ却下スヘキモノトス又右等ノ欠缺ニ付キ疑ノ存スルトキハ受訴裁判所ノ裁判長ハ釋明權ヲ以テ之ヲ注意スルコトヲ得ヘシ

訴訟能力並ニ法律上代理權ノ欠缺アルトキハ相手方ハ第二百六條ノ規定ニ依リ妨訴抗辯ヲ提出スルコトヲ得ヘシ而シテ此等ノ抗辯ハ有效ニ拋棄スルコトヲ得サルカ故ニ被告ニ於テ之ヲ默許シ又ハ認許スルモ其欠缺ヲ補フコトヲ得サルハ勿論決シテ裁判所ヲ羈束スルモノニアラス隨テ裁判所ハ職權ヲ以テ之ヲ調査セサルヘカラス又右ノ欠缺ニ付テハ裁判上ノ自白ヲ以テスルモ亦裁判

所ヲ稱東スルモノニアラサルカ故ニ裁判所ハ原告若クハ被告カ自白ヲ爲スモ之カ調査ヲ爲ササルヲ得ス而シテ其調査方法ニ付テハ當事者ヨリ裁判所ニ提出シタル證據ニ依リテ判斷ヲ爲シ或ハ欠缺ニ付キ疑アル當事者ニ對シ戸籍簿謄本ノ提出其他ノ方法ニ依リ立證ヲ命スルコトヲ得ヘシ故ニ此場合ニ於テハ自白ニ關スル第一百十一條第二項及ヒ第二百四十八條等ノ規定ノ如キハ其適用ナキモノトス

右ノ如ク裁判所カ右等ノ欠缺アル者ノ爲シタル訴訟行爲ヲ無効トシ訴ヲ却下スルトキハ當事者ハ新ニ訴ヲ起シ裁判所ハ更ニ就審期間ヲ存セテ訴狀ノ送達ヲ爲ササルヘカラサルニ至ル此ノ如キハ當ニ訴訟ヲ遲延スルノ弊害アルノミナラス私權保護ノ目的ヲ達スルコト能ハサルノ虞ナシトセス故ニ法律ハ第四十五條第二項ニ於テ裁判所ハ遲滞ノ爲メ原告若クハ被告ニ危害アリ且ツ其欠缺ノ補正ヲ爲シ得ルモノト認ムルトキハ原告若クハ被告又ハ其法定代理人ニ欠缺ノ補正ヲ爲スル條件トシ即チ條件附ニテ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ許セリ此場合ニ於テハ裁判所ハ欠缺補正ノ爲メ相當ノ期間ヲ定ムルコトヲ要ス然レト

告ハ訴狀ノ送達ヲ受ケタル後ニ非サレハ反訴ヲ提起スルコトヲ得サルヲ通則トス然レトモ一旦本訴ノ權利拘束力發生シ其未タ消滅セサル間ニ反訴ヲ適法ニ提起シタルトキハ縱令其後ニ至リテ本訴ノ權利拘束力消滅スルモ反訴ハ爲メニ消滅セサルヲ以テ原則トス例ヘハ本訴ハ反訴ト辯論ヲ分離シ別ニ裁判スルコトヲ得ルハ第一百十八條第二百二十六條ノ規定ニ依リテ明カナリ而シテ此規定ニ依リ本訴ノミニ付キ判決ヲ爲シ其判決力確定シタル場合ニ於テモ固ヨリ反訴ノ消滅セサルハ論ヲ俟タス當事者カ本訴ノミニ付キ和解ヲ爲シタルトキ亦同シ但シ被告カ反訴ヲ提起シタル後原告カ本訴ヲ有效ニ取下ケタルトキハ本訴アルノ故ヲ以テ其管轄裁判所ニ繫屬スルニ至リタル反訴ハ爲メニ其裁判籍ヲ失ヒ自ラ消滅ニ歸スルモノナリ何トナレハ取下ハ判決及ヒ和解ノ如ク將來ニ向テノミ權利拘束力消滅セシムルノミニアラスシテ初ヨリ起訴ノナカリシト同一ノ狀態ニ復スルノ效力アリ即チ既往ニ遡リテ權利拘束力消滅セシムルモノナレハ反訴ノ當時存在シタル本訴ノ權利拘束力未タ嘗テ發生セザリシモノト看做ササルヘカラサレハナリ然レトモ反訴ノ請求カ本訴ナキモ當然

其裁判所ノ管轄ニ屬スヘキトキハ本訴ノ取下ハ反訴ノ權利拘束ヲ消滅セシムヘキニアラス又其他ノ場合ニ於テモ原告カ被告ノ承諾ヲ得テ本訴ヲ取下タルニ當リ合意ヲ以テ反訴ノ繫屬ヲ留保スルハ法文ノ禁スル所ニアラスシテ合意管轄ヲ認許スルノ推論トシテ之ヲ適法ノ行為ナリト斷定スルヲ得ヘシ

第二條件 財産權上ノ請求ニ非サル請求又ハ專屬管轄ノ規定アル請求ニ付キ反訴ヲ起スニハ其本訴タルトキニ於テ當然管轄權ヲ有スル裁判所ニ於テスルコト(第二〇〇條第二項)

凡ソ財産權上ノ請求ニシテ別ニ專屬管轄ノ定ナキモノハ請求ノ價額ノ如何ト反訴ノ被告即チ原告ノ裁判籍ノ如何トヲ問ハス常ニ本訴ノ裁判所ニ之ヲ反訴トシテ提起スルコトヲ得例ヘハ原告カ價額百圓以下ノ請求ニ付キ區裁判所ニ起訴シタル場合ニ被告ハ價額百圓ヲ超過スル請求ヲ反訴トシテ其區裁判所ニ起スコトヲ得又其反對ニ原告カ訴訟物ノ價額百圓ヲ超過スル訴ヲ地方裁判所ニ起シタル場合ニ被告ハ價額百圓以下ノ請求ヲ反訴トシテ同一地方裁判所ニ起スコトヲ得ヘシ又此場合ニハ其裁判所ノ所在地ニ原告カ普通裁判籍ヲ有

スルト否トヲ問ハサルナリ此ノ如ク反訴ニ付テハ普通ノ管轄ニ於ケル制限ヲ適用セサルハ畢竟便宜上ノ規定トシテ反訴ヲ許シタル目的ヲ貫徹スル爲メニ外ナラス然リ而シテ右反訴ノ管轄ニ制限ナキ場合ハ常ニ合意上ノ管轄ヲ許ス場合ナルカ故ニ他ニ支障ヲ生セスト雖モ唯非財産權上ノ請求及ヒ專屬管轄ノ定アル訴ニ至リテハ公益上當事者ノ合意ヲ以テ別ニ裁判管轄ヲ定ムルコトヲ許サス第三一條即チ此二種ノ訴ハ必ス法定ノ管轄裁判所ニ於テ審理判決スヘキモノナルヲ以テ此種ノ請求ヲ目的トスル反訴ハ本訴ノ權利拘束ト爲リタル裁判所ニ於テ其反訴ノ請求ニ付キ元來管轄權ヲ有スルニアラサレハ之ヲ提起スルコトヲ得ス是レ合意管轄ヲ許ササル規定ヨリ生スル當然ノ結果ニシテ若シ然ラストセハ合意ヲ以テ變更ヲ許ササル管轄ニ關スル公益上ノ規定ニ反スルニ至ルヘシ財産權上ノ請求ニシテ專屬管轄ノ定アルモノトハ例ヘハ第二十

二條ノ第一項及ヒ第二項ニ規定スルモノノ如キ即チ是ナリ

第三條件 本訴カ反訴ヲ許ササルモノニ非サルコト

法律カ或訴訟ニ對シテハ反訴ヲ許ササルコトアリ例ヘハ民事訴訟法ノ規定中

ニ於テハ證書訴訟ノ如キ是ナリ(第四八七條其他人事訴訟手續法第七條第二十
六條第三十九條第五十八條等ニ於テ反訴ヲ許ササル規定ヲ設ケタリ又我民事
訴訟法カ反訴ニ對シテ更ニ反訴ヲ爲スコトヲ禁シタルハ前述セル所ノ如シ
茲ニ研究スヘキ問題ハ反訴ヲ起スニハ右三條件ノ外其請求ノ性質本訴トノ關
係ニ付キ制限アリヤ否ヤ是ナリ獨逸佛蘭西兩國ノ民事訴訟法ニ依レハ反訴ノ
請求ハ本訴ノ請求ト相聯繫スルコトヲ要件トセリ我民事訴訟法ハ此點ニ付キ
何等ノ規定ヲ設ケス然レトモ多クノ學者ハ反訴ノ請求ハ其目的物カ本訴ノ目
的物ト同一種類ニシテ相殺シ得ヘキカ又ハ本訴ノ請求ト相牽連スルモノニアラ
サレハ之ヲ許サスト論セリ即チ金錢ノ請求ニ對シ金錢ノ請求ヲ以テ反訴ト爲
スハ其請求ノ互ニ關係ナキト雖モ相殺シ得ヘキノ故ヲ以テ之ヲ適法ト爲
スヘキモ其他ノ相殺シ得ヘカラサル請求ニ至リテハ本訴ノ請求ト相牽連スル
モノ例ヘハ同一權利關係ニ基ク反對給付ノ請求又ハ第二十一條ニ規定スル
本訴請求ノ裁判ニ影響ヲ及ボスヘキ先決的反對請求ノ如キニ非サレハ之ヲ反
訴トシテ提起スルコトヲ得スト故ニ此說ニ依レハ例ヘハ貸金請求ノ訴ヲ受ケ

タル場合ニ被告ハ之ト何等ノ關係ナキ家屋明渡ノ訴訟ヲ反訴トシテ起スコト
ヲ得ス蓋シ其證據トスル所ハ反訴ナルモノハ一ノ防禦方法トシテ許サレタル
モノナリ而シテ其目的物カ本訴ノ目的物ト相殺シ得ヘキトキ又ハ其請求カ本
訴ノ請求ト相牽連スル場合ニ於テコン防禦方法タル性質ヲ有スルモノト謂フ
ヘキモ若シ其反訴請求カ原因目的ノ上ニ於テ本訴ト何等ノ關係ヲ有セザルト
キハ本訴ニ對シテ防禦方法タル性質ヲ具有セザルコト明白ニシテ全ク別箇獨
立ノ請求タリ法律ノ精神ハ決シテ斯ル本訴ニ緣故ナキ請求ヲモ反訴トシテ提
起スルヲ許シ故ラニ訴訟ヲ錯雜ナラシムルノ意ニアラスト云フニ在リ此說ハ理
論上或ハ正當ナルヘシト雖モ如何セン我民事訴訟法ハ單ニ第二百條第一項ニ
訴力管轄裁判所ニ於テ權利拘束ト爲リタルトキハ被告ハ原告ニ對シ其裁判所
ニ反訴ヲ起スコトヲ得ト規定シタルノミニシテ右ノ如キ制限アルヲ明示セス
既ニ本來獨立ノ訴ヲ以テスヘキ請求ヲ本訴ノ權利拘束中同一裁判所ニ反訴ト
シテ起スコトヲ許シ且ツ之ニ特別ノ規定ナキ限りハ本訴ノ規定ヲ適用スヘキ
モノト爲シタル第二百二條ノ規定ニ依リテ之ヲ觀レハ蓋シ立法ノ精神ハ單ニ

防禦方法トシテノミ反訴ヲ許スニアラスシテ既ニ原被告ノ間ニ一ノ訴ヲ生シタル以上ハ其訴訟中ニ於テ被告ヨリ原告ニ對スル請求アルトキハ其本訴ト相牽連スルト否トヲ問ハス反訴トシテ之ヲ提起スルヲ許シ其ニ審理ヲ受ケシメ一舉ニ二箇ノ争訟ヲ決スルノ便利ヲ與ヘント欲シタルニアルヘシ又斯ル立法ノ趣旨ナリトスルモ強チ不當ナリト謂フヘカラス彼ノ相殺シ得ヘキ請求ナルトキハ本訴ノ請求ト相牽連セサルモ之ヲ反訴トシテ提起スルコトヲ許スハ何人モ異議ナキ所ナリ是レ一ノ防禦方法ニシテ被告ノ損失ヲ未然ニ防クニ必要ナルヲ以テナリ果シテ然ラハ原告カ金錢ノ請求ニ付キ訴ヲ起シタル場合ニ被告カ原告ニ對シ原告ノ占有スル不動産ノ引渡ヲ請求スル權利ヲ有スルトキノ如キハ縱令其雙方ノ請求相牽連スル所ナキト雖モ被告カ自己ノ損害ヲ防キ或意味ニ於テ原告ニ對スル防禦方法ト爲セン爲メ其請求ヲ反訴トシテ提起スルノ必要ニ至リテハ前例ノ場合ト異ナル所ナシ即チ被告ハ原告ニ對シ債務アルカ故ニ自己ノ不動産ノ請求ニ付キ未タ訴ヲ起サザリシヤモ知ルヘカラス換言セハ被告ノ心裡自己ノ債務ヲ以テ其權利ノ擔保ノ如ク考ヘ居リシヤモ知ル

ヘカラス然ルニ原告カ其債務ニ付キ訴ヲ起セシニ拘ラス被告ハ自己ノ請求ヲ反訴トシテ提起スルコト能ハスシテ原告ノ請求ノミニ關スル判決ヲ受ケ原告ニ其請求金額ヲ支拂ヒタリトセンカ後或ハ原告カ被告ノ權利ノ目的タル不動産ヲ他ニ賣渡シ終ニ全ク無實力ト爲リ不動産引渡ノ請求モ又其損害賠償ノ請求モ共ニ其效ナキニ至ルノ虞アリ或ハ曰ハン被告ハ自己ノ請求ヲ別ニ本訴トシテ提起スルモ能ク其損失ヲ防止スルヲ得ヘシト夫レ或ハ然ラン然レトモ之ヲ反訴トシテ提起スルノ簡便ニシテ且ツ其目的ヲ達スルノ容易ナルニ如カサハナリ何トナレハ二箇ノ獨立ノ訴ハ常ニ其進行ヲ同シウスルコトヲ保スル能ハナレハナリ是故ニ被告ニ訴ヲ受クハト同時ニ反訴ヲ提起スルノ便法ヲ許スハ縱令其反訴ノ請求カ本訴ノ請求ト相牽連セサルトキト雖モ敢テ不當ナリト謂フヘカラス之ヲ要スルニ反訴ハ既ニ前ニ述タル如ク或ハ本訴ノ性質ノ如何ニ依リテ絕對ニ之ヲ許サス或ハ又其管轄ニ關スル制限アリテ爲メニ大ニ其範圍ヲ狭メラレ別ニ論者ノ云フ如キ制限ヲ置カサルモ敢テ差支ナキノミナラス若シ尙ホ斯ハ制限アリトセハ必ス其明文ナカルヘカラス故ニ我民事訴訟法ノ解

釋ノ上ニ於テハ論者ノ主張ヲ得サルモノト信スルナリ
第二 反訴提起ノ方式及ヒ期間

第二百一條ノ規定ニ依レハ反訴ノ提起ハ答辯書提出期間内ニ答辯書若クハ特別ノ書面ヲ以テ爲スヲ本則トス是レ即チ相手方ヲシテ反訴ニ付テハ陳述ヲ爲スニ準備期間ヲ有セシメ以テ訴訟ノ著著ヲ遅延セテラシムルノ趣旨ニ出テタルナリ但シ全部若シハ一分ノ相殺ヲ爲シ得ヘキ請求ニシテ且ツ被告カ過失ナクシテ答辯書提出期間ニ提起スル得ナリシコトヲ疏明スルトキニ限り其期間後書面ヲ以テ又ハ口頭辯論中相手方ノ面前ニ於テ反訴ヲ起スコトヲ得即チ右請求ノ目的物ノ相殺シ得ヘキコトト被告ニ過失ナカリシコトノ二條件ヲ具スルトキハ第二百九條ノ規定ニ依リテ口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ反訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノトス

反訴ノ本質ハ元來一ノ獨立ナル訴ヲ以テ爲スヘキモノニシテ便宜上本訴ト併合シテ本訴ノ裁判所ニ之ヲ提起スルコトヲ許スニ過キサレハ以上説明シタル反訴ニ特別ナル規定ニ牴觸セザル限りハ本訴ニ關スル規定ヲ總テ適用スヘキモノナリ故ニ例ヘハ第九十三條第九十四條ノ規定ノ如キハ自然反訴ニ適用スルコトヲ得ス反訴ノ辯論期日ハ通常本訴ノ辯論期日ト同一ナリ之ニ反シテ第九十條ノ記載事項原因ノ變更申述ノ補充更正申立ノ擴張減縮訴ノ取下等ノ規定ハ皆反訴ニ適用スヘキハ勿論ナリ

第二節 準備書面ノ交換

我民事訴訟法ハ第三百三條ニ於テ判決裁判所ニ於ケル訴訟ニ付テハ當事者ノ辯論ハ口頭ナリトスト規定シ所謂口頭辯論主義ヲ採リタルモノナリ然レトモ訴ノ提起アルヤ直チニ口頭辯論ヲ開始スルモノトセハ當事者雙方ノ申立ントスル事柄ハ相互ニ其如何ナル事ナルヤヲ知ラス裁判所モ其如何ナル點ニ於テ爭アルヤヲ知ラス爲メニ辯論ノ進行ヲ遅延セシムルノ憂アリ即チ一方ニ於テ突然或攻撃方法及ヒ證據方法ヲ提出スルトキハ相手方ハ調査ヲ爲シタル後ニアラサレハ其攻撃方法證據方法ニ付キ陳述ヲ爲スコト能ハスシテ辯論ヲ延期スルノ止ムヘカラサルニ至ルコトアルヘク又裁判所ニ於テモ辯論ヲ指揮シ其進行

終結ニ注意スルニ不便ヲ感スヘシ故ニ此辯論ノ進行ヲ遅延セシムル弊害ヲ防止スル爲メニ豫シテ當事者雙方ヲシテ書面ニ其法廷ニ於テ爲サントスル申立證據方法其他必要ナル陳述ヲ表示シ之ヲ相互ニ交換セシムル爲メ裁判所ニ差出サレメ裁判所ハ之ヲ相手方ニ送達シ以テ辯論ノ準備ヲ爲サレメ第一〇四條第一〇八條其書面ヲ稱シテ準備書面ト謂フ其記載事項ハ第一百五條ニ定メ又之ニ添附スヘキ書類ハ第一百七條ニ定メタリ然リ而シテ地方裁判所ニ於ケル訴ノ提起ハ前述ノ如ク訴狀ヲ差出スコトヲ必要トシ訴狀ニハ訴ノ要件ノ外ニ尙ホ第一百五條以下ニ從ヒ準備事項ヲ記載スヘキモノニシテ訴狀ニ記載スヘキ必要事項ニ至リテモ多クハ同時ニ準備事項タルモノナリ故ニ訴狀ハ訴ノ提起ニ必要ナル書面ニシテ且ツ最重要ナル準備書面タル性質ヲ有スルモノナリ訴狀ノ記載事項ニ對シテハ被告ヨリ同セク準備書面ヲ以テ答辯ヲ爲スヘキモノトス故ニ原告カ適法ナル訴狀ヲ差出シタルトキハ裁判長ハ口頭辯論ノ期日ヲ定メ裁判所書記ヲシテ訴狀ノ謄本ニ呼出狀ヲ添ヘテ之ヲ被告ニ送達セシム而シテ此訴狀ノ送達ト口頭辯論ノ期日トノ間ニハ少クトモ二十日ノ期間ヲ存

セサルヘカラス是レ被告カ答辯ヲ爲スニ付キ調査ヲ要スルコトアルヲ以テナリ第一九三條第一九四條此期間ヲ稱シテ準備期間又ハ就審期間ト謂フ被告ハ此期間内ニ於テ訴狀ノ送達ヲ受ケタルヨリ十四日内ニ答辯書ヲ差出シ原告ヲシテ其後ノ期間ニ於テ辯論ノ準備ヲ爲サシメサルヘカラス此十四日間ニ答辯書ヲ差出スヘシトノ催告ハ訴狀送達ノ際ニ呼出狀ヲ以テス而シテ答辯書ニモ亦第一百五條乃至第八條ノ準備書面ノ規定ヲ適用スヘキモノナリ第一九九條

右準備期間ハ不變期間ニアラサル法定期間ナリ但シ裁判長ハ當事者ノ申立ニ因リ場合ニ從ヒテ答辯書提出ノ期間ヲ相當ニ短縮シ又ハ之ヲ伸張スルコトヲ得又訴狀ノ送達ヨリ口頭辯論ニ至ル期間ハ通常二十日以上ニ於テ裁判長ノ適宜定ムヘキモノナレトモ同シテ當事者ノ申立ニ因リ切迫ナル危險アリテ至急口頭辯論ヲ要スル場合ニ限リ二十四時間マテニ之ヲ短縮スルコトヲ得是レ固ヨリ非常ノ場合ニ於テ危險ヲ防止スルノ目的ニ出ツルモノナルカ故ニ縱令其期間短縮ノ爲メ被告カ答辯書ヲ差出スコト能ハサルトキニテモ之ヲ斟酌セシシ

ラ期間ヲ短縮スルコトヲ得然レトモ被告ヲシテ事實上口頭辯論ノ爲メ裁判所ニ出頭スルコトヲ得サラムルカ如クスルハ全ク其權利ヲ伸張シ若クハ保護スルノ途ヲ失ハシムルモノナレハ裁判所所在地ト當事者ノ居住地ト相遠隔セル場合ニハ其距離ニ從ヒ期間ヲ伸張スヘキ第百六十七條ノ規定ハ何レノ場合ニ於テモ適用セサルヘカラス(第二〇三條)

口頭辯論ノ準備事項ハ右述ヘタル如ク原告ハ之ヲ訴狀ニ被告ハ之ヲ答辯書ニ揭ケテ其送達交換ニ因リテ各辯論ノ準備ヲ爲スヲ通例ト爲セトモ若シ訴狀又ハ答辯書ニ事實上ノ主張若クハ證據方法等ヲ掲クルコトヲ遺脱シタル場合ニ其事項ニ付テハ相手方カ豫メ穿鑿調査ヲ爲スニアラサレハ陳述ヲ爲スコト能ハサルヘキコトヲ豫知スルトキハ口頭辯論ノ前ニ書面ニ掲ケテ之ヲ差出シ相手方ヲシテ調査ノ時間ヲ得セシメサルヘカラス又口頭辯論ノ期日ニ至リテ準備十分ナラサルカ爲メ辯論ヲ延期スルニ至リタルトキハ裁判所ハ辯論前ニ於テ相當ノ準備書面提出ノ期間ヲ定ムルコトヲ得第二〇四條

準備書面ヲ交換セシムルハ畢竟口頭辯論ノ終結ヲ迅速ナラシムル爲メニシテ

特ニ其規定ヲ設ケタルノ旨趣ハ單ニ當事者雙方ノ便宜ヲ計ルニ出テ之ヲ以テ訴訟ノ必要條件ト爲シタルニアラス隨テ準備書面ノ交換ハ之ヲ爲ササルモ訴訟ノ成立ニ影響ヲ及ボスヘキモノニアラス例ヘハ訴狀ハ原告ノ起訴ニ必要ナル書面ニシテ其訴狀ノ必要事項ハ必ス之ヲ掲ケサルヘカラサルモ假ニ其他ノ準備事項ハ一切記載セストスルモ毫モ訴ノ成立ヲ妨ケス又當事者カ準備書面ノ提出ヲ怠ルモ訴訟事件ニ關シテ不利ナル推定ヲ受ケ或ハ失權ヲ來スモノニアラス唯之ヲ提出セサリシカ爲メニ相手方カ調査ノ時間ヲ要シ辯論ヲ延期スルニ至リタルトキハ之ニ因リテ生シタル訴訟費用ハ第七十五條ノ規定ニ依リ訴訟ノ勝敗ニ拘ラス準備書面ノ提出ヲ怠リタル者ニ於テ負擔セサルヘカラス又準備書面ニ記載シタル事項ハ直チニ判決ノ基礎ト爲ルモノニアラス例ヘハ準備書面ニ於テ義務ヲ認諾スル旨ヲ記載シアルモ之カ爲メニ直チニ認諾判決ヲ爲スコト能ハス其之ヲ爲スニ付テハ必ス口頭辯論ニ於テ認諾アリタルヲ要ス其他如何ナル事項ト雖モ當事者カ口頭辯論ニ於テ陳述スルニアラサレハ判決ノ基本ト爲ルモノニアラス故ニ若シ當事者カ準備書面ニ掲ケタル重要ナル

事項ニ付キ陳述ヲ爲ササルトキハ裁判所ハ其陳述ヲ爲スヤ否ヤニ付キ注意ヲ與フルヲ得ルニ過キス是レ口頭辯論主義ヨリ生スル結果ナリ

第三節 口頭辯論

我民事訴訟法カ口頭辯論主義ヲ採用セシコトハ前節ニ述ヘタル所ナリ故ニ彼ノ口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得ル決定ノ如キハ格別ナレトモ凡ソ裁判所カ訴訟ニ付テ判決ヲ下スニハ必ス口頭辯論ヲ以テ判決ノ基礎ト爲ササルヘカラス隨テ當事者カ判決ヲ受クル爲メ特ニ裁判所ノ注意ヲ求ムル事項ハ總テ口頭ヲ以テ陳述セサルヘカラス即チ一定ノ申立ハ勿論攻撃防禦ノ方法及ヒ其主張ヲ正當ナリトシ若クハ不當ナリトスル理由ノ如キニ至ルマテ苟モ各自ニ利益ナル判決ヲ受クル爲メニ有用ナル事項ハ必ス口頭ヲ以テ之ヲ陳述セサルヘカラス

口頭辯論ハ總則第百九條以下ノ規定ニ從ヒテ爲スヘキモノニシテ前ニ述ヘタル裁判長ノ定ムル辯論期日ニ開キ當事者カ申立ヲ爲スニ因リテ始マル(第一一

〇條茲ニ所謂申立ハ如何ナル判決ヲ受ケント欲スルヤニ付テノ當事者ノ陳述ニシテ第二百二十二條ニ規定スル申立即チ是ナリ今同條ノ規定ニ依レハ右判決ヲ受ケヘキ事項ノ申立ハ書面ニ基キテ爲スコトヲ要ス故ニ當事者カ口頭辯論ニ於テ此申立ヲ爲スニハ先ツ訴狀其他ノ準備書面ニ之ヲ掲ケ置キ而シテ後其書面ニ依リテ申立ノ旨趣ヲ陳述スルコトヲ要ス若シ準備書面ニ掲ケサル新ナル申立ヲ爲サントセハ調書ニ附録トシテ添附スヘキ書面ヲ差出シテ爲スコトヲ要ス例ヘハ口頭辯論中ニ起スコトヲ得ル反訴又ハ申立ノ擴張ニ因レル權利關係ノ確定ノ申立ノ如キ(第二一條)又以前ニ爲シタル申立ト異ナレル申立例ヘハ最初ノ申立ヲ擴張シ若クハ減縮シテ其請求額ヲ變更シタルトキノ如キ又ハ最初求メタル物ノ減盡ニ因リテ損害賠償ノ訴ニ變更シタル場合ノ如キハ何レモ別段ニ書面ヲ差出シテ其申立ヲ爲ササルヘカラス而シテ此書面ニ基キテ申立ヲ爲スト云フコトハ其口頭陳述カ書面ト符合セサルヘカラサルコトヲ意味スルハ勿論ナリ故ニ書面ノミ在リテ口頭陳述ナキトキハ無論其申立ハ效力ナク又縱令口頭ニテ陳述スルモ苟モ書面ナクレハ其效力ナシ書面ト口頭

陳述ト相異ナルトキモ其異ナル部分ハ無効ニシテ其符合スル點ノミヲ以テ有效ナリト謂ハサルヘカラス是レ判決ヲ受タヘキ事項ノ申立ハ訴訟中最モ重要ナル事項ニシテ其誤ナカラシメンカ爲メ特ニ此ノ如キ鄭重ナル規定ヲ設ケタルモノナリ此規定ハ本訴ハ勿論反訴ニモ又中間ノ争ニモ常ニ之ヲ適用スヘキモノニシテ之ニ背キタル申立ハ初ヨリ申立ナキモノト看做サレ其申立ニ付テハ裁判所ニ於テ決シテ判決ヲ爲スヘカラス(第二二二條)

當事者ハ辯論期日ニ於テ先ツ右ニ述ヘタル如ク如何ナル判決ヲ求ムルヤノ申立ヲ爲シタル後更ニ其理由ニ付キ辯論ヲ爲ササルヘカラス辯論ハ之ヲ區別シテ二種ト爲スコトヲ得一ハ訴訟ノ要件ニ關スル辯論ニシテ一ハ本案ノ辯論是ナリ凡ソ訴訟カ其要件ヲ缺キタルトキハ被告ハ其欠缺ニ基テ抗辯ヲ提出シ得ルハ勿論ニシテ裁判所ニ於テ其欠缺アリトスルトキハ本案即チ實體上ノ權利ニ付キ裁判ヲ爲サスシテ直チニ其訴ヲ却下スルコトヲ得且ツ其要件ノ或モノヲ缺キタル場合ニ於テハ裁判所ハ職權ヲ以テ其欠缺ヲ調査スルコトヲ得ルモノトス

キハ執行文ヲ取消シ且ツ強制執行ヲ許ササル旨、裁判ヲ爲スヘシ此異議ノ當否ヲ判斷シタル裁判ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ(第五五八條第四六六條)獨逸舊民事訴訟法第七〇一條第五四〇條該裁判ハ即時抗告ヲ以テ攻撃スルコトヲ得ル法意ヨリ推理シテ執行文付與ニ關スル形式の異議ヲ終局セシムルモノト認メサルヘカラス隨テ執行文付與ニ對スル不合法ヲ原因ト爲ス特別ノ訴ヲ許ササルノ效力アリ然レトモ詐害其他ノ延期ノ特約等ノ原因ニ基テ訴ハ此限ニ在ラサルヤ當然ナリ民事訴訟法第五百四十六條ニ基テ訴亦然リ何トナレハ此種ノ訴ハ民事訴訟法第五百二十二條ニ依レル裁判ヲ以テ豫斷ラレタルモノニ非サレハナリ

執行文付與ニ對スル債務者ノ異議ノ申立ハ執行停止ノ效力ナキヲ以テ法律ハ事情ニ從ヒ急速ニ處分セシムルノ目的ヲ以テ裁判長ニ許スニ執行文付與ノ當否ニ關スル裁判前ニ假命令ヲ發スルヲ得セシメタリ此假命令第五二二條第二項第四六〇條第五〇〇條第五一二條第五四七條第五四九條第五五六條等ハ民事訴訟法第七百五十五條ニ規定シタル假處分ト同シカラス假命令ハ強制執行

ノ制限ヲ目的トシ後者ハ強制執行ノ保全ヲ目的トス隨テ民事訴訟法第五百二十二條第二項ニ所謂假處分ヲ用語ニ拘泥スヘカラス此假命令ノ内容トシテ強制執行カ已ニ著セラレタルトキハ保證ヲ立ラシメ若クハ立ラシメスシテ強制執行ノ一時停止ヲ命シ又ハ保證ヲ立ラシメテ強制執行ノ續行ヲ命スルコトヲ得ヘシト雖モ民事訴訟法第五百十二條第五百條ニ基ク假命令ト異ニシテ已ニ爲シタル執行處分ノ取消ヲ許サス蓋シ民事訴訟法第五百二十二條第一項ノ裁判ハ法定ノ形式ヲ以テスルカ故ニ性質上裁判ニ多クノ時間ヲ消費スルノ虞ナキヲ以テ斯ル處分ヲ爲スノ要ナケレハナリ此假命令ノ執行トシテハ其性質ト目的トニ從ヒ即時ニ執行スルコトヲ得ヘク且ツ執行文ヲ要セス民事訴訟法第五百五十條第二號ニ從ヒ執行機關ニ提出スルニ因リテ行ハル

債務者ハ民事訴訟法第五百十八條第二項ノ場合ニ於テ執行文付與ノ際證明セラレタルモノトシテ認メラレタル債務名義ノ執行ノ繫リタル條件ノ履行ヲ爭ヒ以テ已ニ付與セラレタル執行文付與ノ許スヘカラサル旨ノ宣告ヲ求メント欲セハ恰モ債權者カ執行文ノ付與ヲ求ムルカ爲メニ執行文付與ノ訴ヲ提起ス

ルコトヲ得ルト同シク執行文付與ノ許スヘカラサル旨ノ宣告ヲ求ムルカ爲メ訴ヲ提起スルコトヲ得執行文付與ニ對スル實體的異議ナルモノ即チ是ナリ第五四六條獨逸舊民事訴訟法第六八七條同新民事訴訟法第七六八條此訴ハ執行文ノ不適法ナル旨ヲ判決ニ於テ言渡スコトヲ目的トス故ニ債務者ハ證明書ノ眞否ヲ爭ヒ之ニ對スル反證ヲ提出シ執行文付與ノ不當ナルコトヲ主張スルモノトス

執行文付與ニ對スル異議ノ訴ニ於テハ債務者ハ該訴提起ノ當時ニ主張スルコトヲ得ヘキ總テノ異議ノ原因ヲ同時ニ主張ヒサルヘカラス是レ強制執行ノ勢力ヲ擔保スルカ爲メナリ第五四六條前條ノ規定ハ………準用ス獨逸舊民事訴訟法第六八七條隨テ異議ノ一原因ニ關スル爾後ノ主張ハ縱令相手方ノ承諾アル場合ト雖モ法律上之ヲ許スコトヲ得ス蓋シ總テノ異議ノ原因ヲ同時ニ主張スヘキ債務者ノ義務ハ獨リ債務者ノ利益ヲ慮リタルカ故ノミニ非スシテ却テ公益上訴訟ノ錯雜ト執行ノ延滞トヲ避クルカ爲メニ存スルニ外ナラサレハナリ然レトモ債務者ハ執行文付與ノ訴ノ當時主張スルコト能ハサリシ異議ノ原因

即チ該訴訟以後ニ成立シタルモノハ勿論該訴訟提起以前ニ於テ成立シタルモノト雖モ訴ニ於テ提出スルコト能ハサリシ旨ヲ證明シタル異議ノ原因ハ爾後有效ニ新ナル執行文付與ニ對スル異議ノ訴ノ原因トシテ主張スルコトヲ得而シテ疑ニ提起シタル執行文付與ニ對スル異議ノ訴ニ於テ有效ニ前示ノ原因ヲ主張スルニハ相手方ノ同意ヲ必要トス何トナレハ訴狀ニ於テ表示セラレタル異議ノ原因カ訴ノ基礎ナルヲ以テ新ニ異議ノ原因ヲ主張スルトキハ訴ノ變更ト爲ルヲ以テナリ又債務者ハ強制執行ノ終結以前ニ於テ起訴セザルヘカラス(第五百四十五條ニ關スル後述ノ說明參考然レトモ債務者ハ前述シタル執行文付與ニ對スル異議ノ申請第五二條ヲ爲サシテ執行付與ニ對スル異議ノ訴ヲ提起スルコトヲ得債務者カ異議ノ申立ヲ爲スヲ得ヘキコト(第五二條)異議ノ申立ノ裁判ニ對シ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘキ地位ニ在ルコト(第五八條)及ヒ抗告裁判所ノ裁判ニ依リ異議ノ申立ノ不當ナルコトヲ宣言セラレタルコトハ毫モ該訴提起ノ妨ケト爲ラス蓋シ債務者ハ執行文付與ニ對スル異議ノ申請ト訴トヲ併用スルノ權アルヲ以テナリ(第五二條第五四六條)但シ債權者カ民事

訴訟法第五百二十一條ノ規定ニ則リ執行文付與ノ訴ヲ提起シ勝訴ノ確定判決ヲ得タルトキハ債權者ハ該判決ノ抗辯ヲ執行文付與ニ對スル異議ノ訴ニ於テ主張スルコトヲ得ヘシ又債務者ハ民事訴訟法第五百四十五條第二項ニ從フコトヲ要セス何トナレハ該條ハ其適用ノ目的ヲ缺クヲ以テナリ其他ノ要件並ニ效果等ハ民事訴訟法第五百四十五條ノ說明ニ讓ル

執行文付與ニ對スル異議ノ訴ハ執行文付與ニ對スル異議ノ申請ト同シク第一審ノ受訴裁判所ノ管轄ニ專屬ス(第五四六條第五四五條第五六三條)債務名義和解執行命令若クハ公證人作成證書ナルトキハ如何ナル裁判所ノ管轄ニ專屬スルヤハ民事訴訟法第五百四十五條第五百六十條ノ說明ヲ參考セラルヘシ(第六一條第三項第五六二條第三項)

執行文付與ニ對スル異議ノ訴ニ付テノ判決カ合議裁判所ノ爲スヘキモノナルトキハ辯護士ニ非スシハ當事者ヲ代理スルノ權限ナシ又本案ニ付キ訴訟代理權アル者ハ當然執行文付與ノ訴ニ付キ代理權アルモノトス(第六三條第六五條)管轄裁判所カ執行文付與ニ對スル異議ノ訴ヲ正當ト認メタルトキハ執行文付

與ノ許スヘカラサル旨ヲ宣告ス強制執行ノ許スヘカラサル旨ノ特別ナル宣告ハ不必要ナリ何トナレハ道ハ執行文ノ不存在ニ因リ當然解セラルヲ以テナリ執行力アル正本ノ抹消亦不必要ニ屬ス何トナレハ債務者ハ執行文ヲ廢棄シタル裁判ノ提出ニ依リ完全ニ保護セラルヲ以テナリ之ト同一ノ理由ニ依リ執行力アル正本ノ引渡ヲ強制スルコトヲ得ス執行文付與ノ要件タル條件ノ履行カ未タ執行文付與ノ當時ニ於テ存セザリシト雖モ判決言渡以前若クハ第二審繫屬中ニ於テ到來シタルトキハ執行文付與ノ訴ハ其理由ナキモノトシテ却下セサルヘカラス是レ判決ハ起訴當時ノ事情ニ依ラサル訴訟法上ノ大原則ノ適用ナリ然レトモ條件ノ到來以前ニ於テ著手セラレタル後強制執行ハ無効ナルヲ言フ埃タス故ニ債務者及ヒ第三者ハ其利益ノ爲メ無効ヲ主張シ差押ノ表示ノ除去ヲ請求スルコトヲ得ヘシ

(b) 強制執行命令ノ效力 通常裁判所ニハ大審院ヲ除ク外特定セル管轄區域アリト雖モ其裁判權ノ效力ハ此區域内ニ止マラス何トナレハ裁判權ノ行使ハ唯一ナリ司法權ノ行使トシテ外部ニ表示セラルルモノニ外ナラサレハナリ執行

權ハ前述ノ如ク裁判權ノ一内容ナリ隨テ執行權ノ行使即チ強制執行命令ハ裁判權ノ行使トシテ即チ唯一ナル司法權ノ行使トシテ外部ニ發表セラルル強制執行ハ受訴裁判所ノ管轄内又ハ公證人ノ受持區内ニ止マラス司法權ノ行ハルル範圍内ニ於テ行ハルルヤ明瞭ナリ(第五二五條)

(c) 執行力アル正本數通ノ付與及ヒ前ニ付與シタル正本ヲ返還セスシテ更ニ爲ス同一判決ノ執行力アル正本ノ付與 執行力アル正本ハ債務者カ完済ヲ得タル後債務者ニ交付スヘキモノナルヲ以テ債權者ノ執行ヲ爲スニ當リテハ數通ノ執行力アル正本ヲ必要トセサルヲ原則トス(第五三五條第一項)然レトモ債務者ハ數通ノ執行力アル正本アルニ非スンハ自己ノ權利ヲ執行スルコト能ハス又ハ其執行ヲ困難ナラシムル場合アリ是ニ於テカ法律ハ例外トシテ數通ノ執行力アル正本ノ付與ヲ禁セスシテ却テ債權者保護ノ爲メニ裁判長ノ命令ノ下ニ於テ之ヲ許シタリ

債權者ハ同一當事者間ニ於テハ同一請求ノ強制執行ヲ命センカ爲メニ同時ニ執行力アル正本ノ數通ヲ求め或ハ前ニ付與シタル正本ヲ返還セスシテ更ニ同

一判決ノ正本ヲ求ムルノ必要ナル場合ハ種種アレトモ主トシテ(1)強制執行ノ目的物カ數箇ノ地ニ散在シ又ハ住所ノ異ニスル連帶債務者多數アリ且ツ一箇ノ地ニテ強制執行ヲ爲スモ完全ナル辨濟ヲ受クルコト能ハサルカ故ニ或ハ債務者カ動産不動産及ヒ債權ヲ有シ且ツ動産差押ノ如キ一方法ニテ強制執行ヲ爲スモ完全ナル辨濟ヲ受クルコト能ハサルカ故ニ同時ニ數箇ノ方法ニテ強制執行ヲ爲スノ必要アル場合第五二六條(2)屢ニ付與セラレタル執行力アル正本ヲ喪失シタルカ故ニ更ニ執行力アル正本ヲ必要ト爲ス場合(3)執達吏カ法律ニ違背シ完全ナル辨濟ヲ受クル以前ニ於テ執行力アル正本ヲ債務者ニ交付シタルカ爲メニ更ニ執行力アル正本ヲ必要ト爲ス場合(4)執達吏ハ適法ニ執行力アル正本ヲ債務者ニ交付シタルトモ取立ヲタル金錢若クハ唯種類ノ特定シタル物件カ債務者ニ屬セサルノ理由ニ基キ第三者ニ返還セサルヘカラサルヲ以テ更ニ執行力アル正本ヲ必要ト爲ス場合殊ニ差押ヲ賣却シタル物件カ第三者ノ所有ニ屬シ差押フヘキモノニ非サルコト顯然タル場合此場合ニ於テハ判決ニ依リ確定セラレタル請求ハ消滅シ之ニ代ハリテ新ナル請求ノ生シタルニ非

ス却テ從前ノ請求カ存續スルモノタルヤ疑ヲ容レス然レトモ判決ヲ以テ強テ特定セラレタル目的物カ債權者ニ對シテ交付セラレタル後追奪セラレタルトキハ判決ハ之ニ因リテ執行不能ト爲リ爲メニ更ニ執行力アル正本ヲ付與スルノ必要ナキハ言ヲ缺タス(但シ「ウ」ルモ「スキ」及ヒ「ハル」クマン「氏」等ハ以上ノ如ク論結スレトモ「ガウブ」シ「ユタワ」氏等ハ新事實ニ基キ新ニ起訴スルコトヲ要スル旨ヲ主張シタリ(5)前主ニ執行文ヲ付與シタルモ爾後承繼アリタルカ爲メニ民事訴訟法第五百十九條ニ依リ後主ニ承繼ノ爲メニスル執行文ヲ必要ト爲ス場合ニ於テハ數通ノ執行力アル正本ノ付與ヲ要スルコト明白ナリ是ニ於テカ法律ハ債權者ニ執行力アル正本ノ數通ヲ求メ又ハ前ニ付與シタル執行力アル正本ヲ返還セスシテ更ニ同一判決ノ執行力アル正本ヲ求ムルノ訴訟的權利ヲ認メタリ(第五二三條第一項獨逸舊民事訴訟法第六六九條第一項)同一ノ請求ニ非サル請求若クハ同一ノ請求ノ同一部分ニ非サル部分ニ關シテハ當然債權者ノ申請ニ因リ執行文ヲ付與スヘキモノナルヲ以テ民事訴訟法第五百二十三條ノ關係スル所ニ非サルヤ言ヲ缺タス故ニ屢ニ數箇ノ請求中ノ一又

ハ一箇ノ請求ノ一部ニ付キ執行力アル正本ヲ付與シ後ニ數箇ノ請求中ノ他ノ一又ハ一箇ノ請求ノ他ノ部分ニ付キ執行力アル正本ヲ付與スルカ如キハ固ヨリ該條ノ豫想スル所ニ非ス當事者ヲ同一ニセサル場合亦然リ故ニ(1)多數ノ債務者カ共同訴訟ニ於テ負擔ヲ言渡シレタル場合ニ就テハ債務者ノ數ニ應ジタル執行力アル正本ヲ交付スルコトヲ要ス何トナレハ各債務者ハ完全ナル支拂ヲ爲シタル後執行力アル正本ノ交付ヲ請求スルコトヲ得レハナリ多數債務者カ連帶債務ヲ有シタルトキハ一通ノ執行力アル正本ヲ以テ足レリ何トナレハ各債務者ノ支拂ハ該正本ニ記載シ得ヘキモノナレハナリ而シテ此場合ニ於テハ最後ノ支拂ヲ爲シタル債務者ニ執行力アル正本ヲ交付スヘキモノトス(2)多數ノ債務者カ一ノ債務名義ニ於テ確定セラレタル請求ヲ專有シタルトキハ執行力アル正本ハ各債務者ニ其持分ニ應ジタル請求額ニ關シテ付與セサルヘカラス之ニ反シテ多數債務者カ一ノ債務名義ニ於テ確定セラレタル請求ヲ共有シタル場合ニ於テ債權者ノ一人ニ執行力アル正本ヲ付與シタルトキハ民事訴訟法第五百二十三條ノ規定ニ依ルニ非スンハ他ノ債權者ニ執行力アル正本ヲ

付與スルコトヲ得ス何トナレハ此場合ニ於テハ多數ノ當事者カ共同シテ一當事者タルヲ以テナリ當事者ノ一人カ他ノ一人ニ對シ債務名義上執行スルコトヲ得ヘキ義務ヲ負ヒタルトキハ各當事者ニ對シ其請求ニ應ジタル執行文ヲ付與セサルヘカラサルハ言フ埃タサルナリ但シ執行スルコトヲ得ヘキ義務ニ非スシテ未確定ナルモノナルトキハ執行文ヲ付與スルコト能ハサルハ敢テ疑ナキ所ナリ然レトモ執行力アル正本ヲ付與シタル後債權者承繼アリタルカ如キ場合ニ於テハ原則上承繼人ノ爲メニスル執行文付與ニ關シテハ前ニ付與シタル執行力アル正本ヲ返還セサルヘカラス蓋シ承繼人モ亦法律上同一當事者タレハナリ承繼カ請求ノ一部分ニ付キ生シタルトキハ債權者ヨリ前ニ付與シタル執行力アル正本ヲ提出セシメ承繼アリタル部分ヲ控除スルノ意味ノ變更ヲ加ヘ之ヲ返付シ承繼人ニ對シテハ承繼ノ部分ニ付キ執行力アル正本ヲ付與ス然レトモ適當ノ場合ニハ裁判長ノ命令ニ基キ前ニ付與シタル執行力アル正本ヲ提出スルコトナクテ承繼人ニ對シ更ニ執行文ヲ付與スルコトヲ得ヘシ

執行文ハ強制執行命令ニシテ其存在ノミニ因リ強制執行ヲ爲スコトヲ得ルカ

故ニ法律ハ執行力アル正本數通付與ノ濫用ヲ防止シ以テ債務者ノ利益ヲ保護セサルヘカラス此目的ヲ以テ執行力アル正本數通ノ付與ニハ裁判長ノ命令債務者ノ爲メニスル通知及ヒ執行文ニ執行力アル正本數通付與ノ旨ヲ記載スルコトノ三要件アリ裁判長ノ命令ノ性質ハ及其效力ハ前述シタル所ナルヲ以テ茲ニ之ヲ省テ裁判長ハ數通ノ執行力アル正本付與ノ命令ヲ爲スニ際シテハ一方ニ於テ數通ノ執行力アル正本ノ爲メニ二重ニ強制執行ヲ受クル危險ニ關スル債務者ノ利害ヲ慮リ他ノ一方ニ於テハ數通ノ執行力アル正本ヲ付與スルニ非スルハ債權者ノ權利ノ實行力或ハ無效ト爲リ或ハ困難ト爲ルカヲ慮リテ取扱ハサルヘカラス而シテ此等ノ點ヲ調査シ執行力アル正本ノ數通付與ノ必要ナルヤ否ヤヲ明カニスルカ爲メニ命令前ニ書面又ハ口頭ヲ以テ債權者ハ勿論債務者ヲモ審訊スルコトヲ得第五二二條第三項獨逸舊民事訴訟法第六六九條第二項

同時ニ執行力アル正本ノ數通ヲ交付シ又ハ更ニ正本ヲ付與シタルトキハ裁判所書記ハ其旨ヲ相手方タル債務者ニ通知セサルヘカラス我民事訴訟法ハ相手

方ヲ審訊セスシテ下明言スルヲ以テ反對推理ニ依リ相手方ヲ審訊シタル場合ニ於テハ通知ヲ不必要ト爲スニ似タリ獨逸ニ於テハ口頭辯論ニ依レル審訊ノ結果トシテ再度以上ノ正本ノ付與ヲ命スル裁判長ノ裁判力言渡サレサルトキニ限り相手方ニ通知ヲ爲スヘキモノニ似タリ然レトモ審訊ハ必スシモ執行力アル正本ノ數通ヲ交付シタル旨ヲ認識スルノ原因ト爲ラサルカ故ニ立法上失當ト認ム通知ノ形式ニ關シテハ法律上別ニ明文ナシ隨テ送達ニ限ルト謂フコト能ハス通知ノ目的ハ債務者ヲシテ民事訴訟法第五百二十二條第四百六十五條第四百六十六條末項ニ基キ不變期間ヲ遵守スルコトナクシテ不服申立ヲ爲スヲ得ヒシムルニ在リ

執行文ニ正本ノ數通ヲ付與シ又ハ更ニ正本ヲ付與シタル旨ヲ明記スルハ支拂ヲ爲シタル債務者ニ付與セラレタル執行力正本ノ交付ヲ求ムルノ途ヲ確保スルニ在リ然レトモ支拂ヲ爲シタル債務者ニ付與セラレタル總テノ執行力アル正本ノ交付ヲ求ムル權アルカ爲メニ非ス何トナレハ獨リ前ノ正本紛失ノ爲メニ又ハ前ノ正本ヲ返還セスシテ更ニ執行力正本ヲ付與スル場合アルノミナラ

ス。經令數通ノ正本ヲ同時ニ交付シタル場合ト雖モ執達吏カ受取證ト共ニスル正本一通ノ交付ニ依リ法律上更ニ他ノ正本ニ依リ執行セラルルコトナキ旨ヲ保護スルニ足レハナリ裁判所書記ハ民事訴訟法第五百二十三條ニ基キ執行力アル正本ヲ付與シタル場合ニ於テ尙ホ民事訴訟法第五百二十四條ノ手續ヲ盡ササルヘカラス

債務者ハ數通ノ執行文付與ニ對シテ民事訴訟法第五百二十三條ノ規定ニ基キ異議ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ何トナレハ數通ノ執行力正本付與ニ對スル異議ハ其性質上執行文付與ニ對スル異議ニ外ナラサルヲ以テナリ然レトモ抗告ヲ爲スヲ得ス何トナレハ債務者ハ不服申立方法トシテ前示ノ如ク民事訴訟法第五百二十二條ニ基キ異議ヲ申立ツルコトヲ得レハナリ債權者ハ數通ノ執行文付與申請却下ノ處分ニ對シテ民事訴訟法第四百六十五條第一項第四百六十六條末項及ヒ第五百五十八條ニ則リ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ隨テ此場合ニ於テハ遂達ヲ必要トス(第二四五條第三項)執行文付與拒絕處分ニ對スル債權者ノ不服申立參考此不服申立方法ニ依リ其目的ヲ達スルコト能ハサリシ債權

者ハ民事訴訟法第五百二十一條ノ如キ特別ノ訴ヲ爲ス自衛方法ヲ有セス唯通常ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルノミ

區裁判所ノ管轄訴訟事件ニ付テハ裁判長ナキヲ以テ區裁判所判事カ裁判長ノ職務ヲ取扱ヒ公證人作成ノ公正證書ニ付テハ公證人自身カ數通ノ執行力正本ヲ付與スルノ當否ヲ調査スヘク又執行命令ニ關シテハ執行力正本數通ノ付與ノ能否ニ付キ學者間ニ爭アリト雖モ法律上別ニ除外スル旨ノ明文ナキヲ以テ原則ニ從ヒ積極的ニ論結セサルヘカラス其付與方法ハ通常執行命令ノ原本ヲ債權者ニ交付スルヲ以テ債權者カ執行命令ヲ提出シタル際ニ數通ノ執行力アル正本ヲ作成シテ付與スルコトヲ得ルノミ隨テ該原本ノ現存セサルトキハ新ニ債務名義ヲ作成セサルヘカラス執行命令ニ關スル記錄ニ基キ數通ノ執行力アル正本ヲ作成スルカ如キハ不適法ナリ何トナレハ第二ノ正本ニ非スレタ民事訴訟法ノ認メタル債務名義ノ再興ニ外ナラザレハナリ

(B)強制執行開始條件成就ノ證明 強制執行ノ開始ト強制執行手續トハ之ヲ混同スヘカラス執達吏若クハ執行裁判所即チ執行機關ノ執行行為ノ實施ニ關ス

ル著手ハ強制執行ノ開始ニ屬シ執行文ノ付與申請並ニ其付與及ヒ民事訴訟法第五百三條ニ規定セル必要ナル保證ヲ供託スルコト等ノ如キ未タ強制執行ノ開始ト認ムルニ足ラサル行爲ハ強制執行ノ手續ニ屬ス然レトモ強制執行ノ開始ノ條件トシテ規定シタル左ニ説明スル事項ハ強制執行ノ開始ニ先ツルモノナルヲ以テ強制執行開始ノ準備處分ニシテ強制執行ノ開始其モノニ非ス又強制執行手續ニモ屬スルモノニ非サルヘシ

強制執行ヲ開始スルニハ其條件トシテ債務名義ノ種類ト強制執行ノ方法トニ拘ラス債務者ニ利益保護ノ爲メニ民事訴訟法第五百二十八條乃至第五百三十條ニ規定シタル事項ヲ完備セサルヘカラス蓋シ該規定ハ唯リ執達吏ニ對スル訓示タルニ止マルノミナラスシテ之ニ依ラサル強制執行ヲ不適法トシ且ツ法定效力ヲ發生セシメサレ命令ヲ包含ス該條件ハ強制執行開始以前ニ存在スルコトヲ要スルヲ以テ強制執行開始以後ニ於テ欠缺セル條件ヲ補充スルモ已ニ開始シタル無効ノ強制執行ヲ有效ナラシムルニ足ラス又該條件欠缺ニ基テ強制執行ノ無効ハ唯リ差押債權者ト之ト權利ノ衝突アル債權者及ヒ差押物ヲ賣得

シタルカ如キ第三者トノ關係ニ於テ存スルノミナラス債務者ニ對シテモ亦存スルモノタリ而シテ斯ル不適法ノ強制執行ニ對シテハ民事訴訟法等五百四十四條ノ適用ニ依リ異議ヲ以テ攻撃スルコトヲ得ルヤ言フ埃タス左ニ強制執行開始ノ條件ヲ分説スヘシ

(a) 強制執行ヲ求ムル者及ヒ之ヲ受クル者ノ氏名ノ表示 執行機關ハ債務名義外ニ於テ存スル前提要件ノ調査ヲ爲スノ職權ナレ故ニ強制執行ハ唯債務名義ニ於テ表示セラレタル者ノ爲メニ又ハ之ニ對シテノミ開始セララルヲ當然トス隨テ強制執行力其債務名義ヲ表示セラレタル者以外ノ人ノ爲メニ又ハ之ニ對シテ行ハルルニハ此等ノ人カ執行文ニ於テ新債權者若クハ新債務者トシテ表示セラレサルヘカラス判決文ハ之ニ附記スル執行文ニ表示スヘキ強制執行ヲ求ムル者及ヒ之ヲ受クル者ノ氏名ハ權利ノ主體即チ債權者及ヒ債務者ノ氏名ナリ是レ執行當事者ノ人違アラサルコトヲ確信スルノ法意ナリ故ニ執行當事者ノ變更カ執行文ノ變更ヲ必要ト爲スノミ婚姻離婚養子縁組其他行政上ノ認可ニ因レル單純ナル氏名ノ變更執行當事者カ無能力ト爲リタルカ爲メニ法

定代理人ノ任設アリタルコト及ヒ判決文又ハ執行文ニ表示シタル法定代理人ノ變更若クハ其代理權ノ消滅等ハ毫モ強制執行ニ影響ナシトナラザル機關ハ債務名義又ハ之ニ附記スル執行文ニ表示シタル者以外ノ人ニ對シ又ハ其爲メニ強制執行上ノ助力ヲ供セサルノ責任アルヲ以テ債權者ノ提出シタル執行力正本ニ基キ執行當事者表示ノ存否ヲ調査シ表示ヲ缺キ又ハ表示ニ錯誤アリト認メタルトキハ執行上ノ助力ヲ繼續セサルヘカラス此場合ニ於テハ債權者ハ前者ノ場合ニ於テハ受訴裁判所書記ニ對シ執行文ノ補充又ハ更正ヲ求メ又後者ノ場合ニ於テハ受訴裁判所ニ民事訴訟法第二百四十一條ニ基テ更正ヲ求ムルニ至ルヘシ

執行當事者ノ氏名カ債務名義又ハ之ニ附記スル執行文ニ表示セラレサルニモ拘ラス開始シタル強制執行ハ無効ナリ何トナレハ民事訴訟法第五百二十八條第一項ハ一ノ命令的法規ナレハナリ隨テ執行機關殊ニ執達吏ヘ之カ爲メニ生シタル損害ニ付キ責任ヲ負フ然レトモ執行當事者カ民事訴訟法第五百四十四條ニ規定シタル異議ノ申立ヲ爲サヌ又ハ債權者ノ代理人カ執行ノ委任ヲ爲スニ際

シ債權者カ已ニ死去シタルコトヲ秘シタルカ如キ原因ニ基キ執行ヲ爲シタル場合ハ執行機關ノ有恕者ハ錯誤ニ出ラタルモノナルヲ以テ責任ナキヤ當然ナリ」執行當事者カ商人ナル場合ニ於テハ其商法上ノ氏名即チ商號カ民法上ノ氏名ニ代用セラレ蓋シ民事訴訟法第五百二十八條ハ唯當事者ノ氏名の表示ヲ必要トスルノミ而シテ商號ハ當事者ノ商法的氏名ナレハナリ(獨逸ニ於テハ嘗テ此點ニ付キ學者間ニ爭アリタレトモ現行商法第十七條カ積極的ニ論結シタルコトハ人ノ皆知ル所ナリ)此場合ニ於テ商號ヲ以テ表示スルモノハ起訴ノ當時該商號ヲ有シタル商人ニシテ其營業其モノニ非サルヤ瞭然ナリ故ニ商號ヲ以テ表示セラレタル債權者カ商號ト共ニ營業ヲ讓渡シタルトキハ讓受人ハ民事訴訟法第五百十九條ノ規定ニ從ヒテ新ナル執行文ヲ得ルニ非スンハ強制執行ヲ爲スコトヲ得ヌ又商號ヲ以テ表示セラレタル債務者カ商號ト共ニ營業ヲ讓渡シタルトキハ強制執行ハ唯起訴ノ當時ニ於ケル商號ヲ有スル者ノミニ對シテ行ハレ爾後ノ商號權利者ニ對シテ行ハルルモノニ非ス但シ讓受人カ債務者ノ一般ノ承繼人ナルトキハ此限ニ在ラヌ(第五一九條債權者ハ執行機關カ判決

ニ表示セラレタル商號ヲ求ムル者即チ自己若クハ執行ヲ受クル債務者カ有シタルコトヲ調査スルニ當リテ商業登記簿原本ノ提出其他ノ方法ヲ以テ之ヲ立證セサルヘカラス執行機關ヲシテ之ヲ確認セシムルコト能ハサルトキハ之カ爲メニ判決ヲ受クルコトヲ要ス隨テ裁判所書記カ商業登記簿若クハ訴訟記録ニ基キテ商號ヲ以テ表示セラレタル當事者ノ民法的氏名ヲ發見シ執行文ニ於テ之ヲ表明スルモノナリトノ說ハ裁判所書記ニ職權外ノ行爲ヲ強フル不當ノ見解トシテ排斥セサルヲ得ス(第五二八條第一項前段)獨逸舊民事訴訟法第六七一條

常備現役ノ軍人軍屬陸海軍ニ對スル強制執行ニ付テハ其上班司令官廳ニ通知ヲ爲スコトヲ要ス豫備後備ノ軍籍ニ在ラサル即チ常備現役ノ軍人軍屬ニ對シテ爲ス強制執行ハ其上班司令官廳ニ執行前ニ通知ヲ爲スニ非スンハ強制執行ヲ開始スルコトヲ得ス是レ軍事上ノ規律ヲ保持スルニ在リ通知ハ總テノ種類ノ強制執行ニ付キ必要ナリ(民事訴訟法第五百三十條ノ位地即チ總則中ニ規定シアル法意ニ依ル)通知ヲ爲ス者ハ債權者ノミナラス執達吏並ニ執行裁判所ナ

○生徒募集廣告

本校ハ來學年(九月)ヨリ更ニ講師ヲ増聘シ最新ノ學理ニ基キ懇切熱心ニ法律學ヲ教授ス入學志望者ハ速ニ申込マルヘシ

入學試驗

甲種普通入學試驗 九月九日午前八時執行

編入試驗

九月二十日午前八時執行但第二年級ヘノ編入試験ニ限ル

入學志望者ハ右試験前日

マテニ願書及ヒ履歷書ヲ差出スヘシ

授業開始

九月十一日各級其授業開始

校外生

ハ何時ニテモ入學ヲ許ス

規則入用

ノ向ハ郵券貳錢ヲ送ルヘシ

明治三十三年八月

司法部指定
文部省認可

私立

和佛法律學校

校外生規則摘要

- 一 講義録ハ毎月二回發行シ滿一今年ヲ以テ卒業トス
- 一 講義録ハ之ヲ三部ニ分ツ其發行定日左ノ如シ
 - 第一部 毎月 五日 二十日
 - 第二部 毎月 十日 廿五日
 - 第三部 毎月 十五日 三十日
- 一 月謝金ハ全部壹圓、各一部四十錢トス但シ入學金ヲ要セス
- 一 校外生ハ本校講議會、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内生三平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拂和佛法律學校會計係トスヘシ

明治廿二年十二月九日内務省許可

明治三十三年九月一日印刷

明治三十三年九月五日發行

東京市四谷區四谷仲町三丁目六番地

編輯者 小田 幹 治 郎

東京市芝區西ノ久保明光町十一番地

印刷者 金子 鐵 五 郎

東京市芝區西ノ久保明光町十一番地

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 指定 **和佛法律學校**

(電話番町百七十四番)