

和仏法律学校講義録

遠藤, 忠次 / 松岡, 義正 / 岩田, 一郎 / 棟居, 喜九馬 / 若槻, 禮次郎

(出版者 / Publisher)

和佛法律學校

(巻 / Volume)

1-17

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

53

(発行年 / Year)

1900-10-05

和佛法律學校

講義錄

第一部

第七拾號

民法債權（自第二章第一節至第四章）法學士陳居喜九馬

民法相續（自第二章第一節至第四章）法學士若槻禮次郎

民事訴訟法第一編（自第二章第一節至第四章）法學士岩田一郎

民事訴訟法第二編（自第四章第一節至第四章）法學士遠藤忠次

民事訴訟法（自第二章第一節至第四章）法學士松岡義正

0 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 1 2 3 4

東京帝國大學 法學博士 梅謙次郎先生序文
 法科大學教授 事 法學士 入江良之先生譯述
 (九月十五日發行)

アゼル、リウエー 國際私法要論

全 正價金七拾五錢
 一 特價(校友生徒ニ限リ)金六拾五錢
 郵税金八錢
 郵券代用一割増

近時涉外事件日ヲ遂アラ多ク國際私法ノ研究ハ實ニ刻下ノ最急務ナリ然ルニ我邦之ニ關スル良著ニ乏シク學者頗ル不便ヲ感セリ本書ノ原著ハ嘗テ久シク萬國國際法協會長タリシ故白耳義アリユクセル大學教授リウエー氏カ有名ナル和蘭ノ碩學アラセム氏ノ著述ニ増註シタルモノニシテ原著ノ眞價ハ此ニ喋々スルヲ要セス歐洲ノ學者間既ニ定評アリ而シテ我カ入江氏ハ斯法專攻ノ士ナリ之ヲ譯スルニ精練ノ文ト的權ノ語ヲ以テス惟フニ斯法研究者ノ急需ニ應スルコトヲ得ン

發行所 東京總町區富士見町六丁目十六番地 和佛法律學校
 發賣所 東京市神田區裏神保町七番地 明法堂

090
 1900
 1-1-17

約ニシテ羅馬法ニ所謂解除約款ナルモノナリ蓋シ羅馬法ニ於テハ近世ノ法制ノ如ク一方ノ債務不履行ニ因リ法律ノ規定ヲ以テ他方ニ解除權ヲ與ヘテリシカ故ニ此契約ノ必要頗ル大ナリシト雖モ近世ノ法制ニ於テハ多ク此場合ニ解除權ヲ認ムルカ故ニ漸次其必要ノ程度ヲ減少セリト雖モ尙ホ此解除權ヲ行使スルニ先テ種種面倒ナル手數ヲ要スルカ故ニ今日ト雖モ尙ホ未タ絶對的ニ此契約ノ必要ヲ絶滅シタルモノト謂フヘカラサルナリ

二 法律ノ規定ニ因リ生スル解除權 法律ノ規定ヲ以テ解除權ノ原因ト爲スモノニ二種アリ(甲)一般ノ原因(乙)特別ノ原因是ナリ一般ノ原因即チ各種ノ契約ニ普通ナル原因ハ債務ノ不履行又ハ債務履行ノ不能ニ關スル場合はナリ(第五四一條乃至第五四三條特別ノ原因即チ格段ナル契約ニ特別ナル原因ハ各種ノ契約ニ付キ一ニ之ヲ規定セリ(第五六二條第五六三條第二項第五六五條乃至第五六八條第五七〇條第五九四條第三項第六〇七條第六一〇條乃至第六一二條第六二一條第六二六條第六二八條第六三一一條第六三五條第六四一條第六四二條第六五一條第六六二條第六七八條第六八三條等參照)

第三款 解除ノ方法

契約不履行ノ場合ニ於ケル解除ノ方法ニ關シテハ從來三主義アリ即チ(一)一定ノ時期ヲ過キテ履行ヲ爲ササルトキハ當然解除アルモノト爲スモノ(二)裁判所ニ請求シテ解除ヲ爲スモノ(三)單ニ解除權ヲ有スル者ノ意思表示ヲ以テ解除アルモノト爲スモノ等是ナリ右ノ中第一主義ハ極メテ簡單ナルカ如シト雖モ當事者ヲシテ或ハ怠慢過誤等ノ爲メ不知ノ間ニ其權利ヲ失ハシムルノ不利益アリ又當事者カ尙ホ契約ノ履行ヲ欲スルニ拘ラス強テ解除ヲ爲スカ如キ當事者ノ意思ニ適合セタル場合アリ故ニ商法ニ於ケルカ如ク或特別ノ場合ニハ己ムヲ得ス此主義ヲ採用スヘシト雖モ一般ノ原則トシテハ決シテ適當ノ立法ニ非ス又第二主義ハ最も確實鄭重ニシテ時トシテハ不幸ナル債務者ヲ保護スルノ利アリト雖モ一裁判所ニ依ラサルヘカウストスルハ當事者ヲシテ却テ無益ノ費用ト手數トヲ要セシムルモノニシテ且ツ裁判所ヲシテ契約ヲ左右シテ濫ニ猶豫期限ヲ與フルカ如キ干涉ニ流レシムルノ弊アリ唯リ第三主義ハ前二主

義ノ缺點ヲ補ヒ最も實際ノ便宜ニ適シ且ツ取引ノ確實ヲ保ツモノナリ故ニ我民法ニテハ實ニ此最後ノ主義ニ基キ單ニ解除權ヲ有スル者カ意思表示ノ通則ニ依リ解除ノ意思ヲ表示シタルトキハ解除ヲ爲スモノト爲セリ而シテ右ハ解除權カ法律ノ規定ヨリ生スル場合ノ最も主ナルモノ即チ契約不履行ノ場合ニ對スル原則ナレトモ此不履行ノ場合ノ外法律上當事者ニ解除權ヲ與フル場合其他當事者カ契約ニ因リテ解除權ヲ有スル場合ニモ皆同一ノ方法ニ依リテ解除ヲ爲スヘキモノト爲セリ(第五四〇條第一項然レトモ右ハ單ニ一般ノ原則ヲ定メタルモノナレハ若シ契約又ハ法律ノ規定中反對ノ定アルトキハ之ニ從フヘキハ勿論ニシテ或ハ意思表示ニ依ラスシテ當然解除ヲ爲スコトヲ得ヘキ場合アリト知ルヘシ

解除ノ意思表示ハ如何ナル方法ヲ以テ爲スモ可ナリト雖モ唯之ヲ爲スハ必ス其相手方ニ對シテ之ヲ爲ササルヘカラサルモノトス蓋シ相互間ニ成立シタル契約ヲ解除シテ其關係ヲ絶タント欲スルモノナルカ故ニ相手方ニ對シテ其意思表示ヲ爲スヘキハ當然ナレハナリ尤モ相手方カ數名アル場合ニ於テハ其各

自ニ對シテ意思表示ヲ爲スヘキモノトス而シテ何ノ場合ニ於テモ相手方カ其解除ノ意思表示ヲ承諾スルト否トハ敢テ關係ナキモノトス。其凡ソ意思表示ハ之ヲ取消スコトヲ得ルハ一般ノ原則ナリト雖モ解除ノ場合ニ於ケル意思表示ハ其結果契約關係ヲ解除スルモノニシテ事體頗ル重大ナルカ故ニ若シ當事者ヲテ隨意ニ之ヲ取消スコトヲ得ルモノト爲セハ却テ取引ヲ煩雜ナラシメ相手方ノ權利上ノ位置ヲ不安ナラシムルモノナルカ故ニ各國ノ法制並ニ學說トモ皆此場合ニ於テハ其意思表示ヲ取消スコトヲ得サルモノト爲セリ我民法モ此主義ヲ採用シ解除權ヲ有スル當事者ノ一方ヨリ相手方ニ對シ一旦契約解除ノ意思表示ヲ爲シタルトキハ其意表示ハ最早取消スコトヲ得サルモノト爲セリ(第五四〇條第二項)而シテ民法第四百七條第二項ノ選擇債務ノ場合ニハ選擇ノ意思表示ハ相手方ノ承諾アルトキハ之ヲ取消スコトヲ得トアルモ解除ノ場合ニハ此等ノ例外ヲ認メス是レ畢竟一旦解除ヲ爲ストキハ當事者ノ契約關係全ク廢絶スルモノナレハ更ニ相手方ノ承諾アルモ其解除ヲ了シタル契約ヲシテ再ヒ有效ナラシムルコトヲ得サレハナリ

第四款 解除ノ條件

第一 債務不履行ノ場合ニ於ケル解除ノ條件

法律ノ規定ヲ以テ解除權ノ原因ト爲スモノノ中最モ普通ナルモノハ債務不履行ノ場合ニナリ抑モ相手方カ債務ノ本旨ニ從ヒ債務ヲ履行セサルニ當リテハ債權者ハ其債權ノ效力トシテ或ハ履行ヲ強制シ若シ損害アレハ併セテ損害賠償ヲ請求シ又ハ單ニ損害賠償ノ請求ヲ爲シ得ヘキハ當然ナリト雖モ強制ノ履行並ニ損害賠償ハ時ニ依リ満足ノ結果ヲ奏セスシテ或ハ契約本來ノ目的ヲ達スルコト能ハサル場合アルヘキニ因リ此場合ニ於テハ寧ろ其契約ヲ解除シ恰モ契約ナキ以前ノ狀態ニ回復セシメ以テ債權者ニ不利益ナカラシムルノ道ヲ開カサルヘカラス故ニ佛蘭西民法瑞西債務法伊太利「ババリア」和蘭普瀾西等ノ民法並ニ我民法等ニ於テモ皆債務不履行ノ場合ニ於ケル解除權ヲ認メタリ羅馬法其他埃太利索遜並ニ獨逸民法草案等ニ於テハ此解除權ヲ認メサルヲ原則ト爲セトモ是レ當事者ノ意思ニ反スルヲ以テ我新民法ハ右ノ佛蘭西法等ニ倣

不履行ニ基ク契約ノ解除ヲ許セリ是レ前ニ述ヘタル雙務契約ノ同時履行ノ原則即チ雙務契約當事者ノ一方ハ相手方ノ債務辨濟期ニ在ルニ際シ其相手方カ債務ノ履行ヲ提供スルマデハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得ト云フ第五百三十三條ノ規定ト其精神ヲ同シウスルモノニシテ當事者ノ一方カ自己ノ債務ヲ履行セザルニ強テ相手方ヲシテ其債務ヲ履行セシムルハ公平ヲ失スルトノ理由ニ基クモノナリ佛蘭西伊太利及ヒ我舊民法ハ此解除ヲ單ニ雙務契約ニ限リ且ツ相手方ノ不履行ノ場合ニ於テハ常ニ解除條件ヲ包含スルモノト爲スト雖モ元來契約ノ解除ハ必スシモ雙務契約ノ場合ニ限ラス委任ノ如キ片務契約ノ場合ニモ亦其適用ヲ見ルヘキニ由リ舊民法ノ如ク之ヲ雙務契約ニ限ルハ其理由ヲ發見スルニ苦ム且ツ舊民法ノ如ク雙務契約ニハ常ニ解除條件ヲ包含スルモノト爲ストキハ不履行ノ場合ニハ當然解除セラルヘキモノト認メザルヘカラス然ルニ前ニモ述ヘタル如ク當然ノ解除ハ當事者ノ意思ニ適合セザルノ嫌アリ又若シ之ヲ裁判所ニ請求シテ解除ヲ許スヘキモノト爲サンカ是レ亦無益ノ手數ト費用トヲ要スルモノニシテ適當ノ方法ニ非ス故ニ我民法ハ瑞西

債務法ニ倣ヒ解除ヲ爲スノ前先ツ相當ノ期間ヲ定メテ履行ヲ催告シ尙ホ其期間内ニ履行ナキトキニ限リ契約ヲ解除スルコトヲ得ルモノト爲セリ蓋シ解除ハ其性質契約ノ履行ト正反對ナルヲ以テ縱令當事者ノ一方カ之ヲ履行セザルモ直チニ契約ノ解除ヲ爲スハ殘酷ニ失スルモノト認ムルカ故ニ右ノ手數ヲ爲シ以テ實際佛蘭西民法及ヒ舊民法等カ希望セザル恩惠期限ノ特典ヲ與ヘタルモノナリ(第五四一條)而シテ法律ハ單ニ相當ノ期間ト言ヒテ一定ノ法定期間ヲ設クタルハ蓋シ契約ノ性質ニ依リ自ラ其履行ニ難易アルヲ以テ當事者ヲシテ各場合ニ對シ適當ノ期間ヲ定メシメントスルノ趣意ニシテ若シ夫レ其相當ナルルヤ否ヤハ事實問題ニ屬シ裁判官ノ判定ニ依ルヘキモノトス若シ不相當ナル期間ヲ定メテ催告ヲ爲セタルトキハ裁判所ハ之ヲ相當ノ期間ニ延長セシムルコトヲ得ヘシ其他普漏西民法等ニ於テハ正當ノ理由アリテ履行ヲ爲セザル場合ニハ解除ヲ許サス又獨逸法系ノ諸國ニ於テハ催告ニ應シテ爲シタル履行カ利益ナキトキニ限リ解除ヲ許スト爲セトモ右ハ何レモ理由ナキ所ナレハ我民法ハ此等ノ區別ヲ爲サス

右ハ不履行ノ場合ニ於ケル解除ノ條件ナリ之ニ一ノ例外アリ即チ契約ノ性質又ハ當事者ノ意思表示ニ因リ一定ノ時日又ハ一定ノ期間内ニ履行ヲ爲ササルトキハ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサル場合例ヘハ或祭日ニ入用ナル食物等ヲ買受クル契約若クハ旅行ヲ爲サント欲スル者カ其旅行ニ必要ナル器具ヲ買受クル契約其他當事者カ意思表示ヲ以テ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルカ爲メニハ必ス一定ノ時期ニ履行ヲ爲スコトヲ要スル旨ヲ定メタル場合ノ如キニ於テハ其祭日又ハ旅行出發前若クハ其指定シタル時期ニ履行ヲ受クルニ非サレハ更ニ契約ノ目的ヲ達スルコト能ハサルヘク此場合ニ於テ右ノ原則ニ從ヒ必ス相當ノ期間ヲ以テ催告ノ手數ヲ爲シ其相手方カ催告ニ應ジテ履行ヲ爲スコトアリトスルモ之ニ因リテ其注文者ニ契約ノ利益ヲ與ヘスシテ却テ當事者ヲ迷惑ナラシメ隨テ契約ノ趣旨ニ背反スルノ結果ヲ來スヘシ故ニ此場合ニ於テハ右ノ原則ノ例外トシテ何等ノ催告等ノ手數ヲ爲サズ單ニ履行ノ時期ノ經過ノミニ因リテ直チニ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲セリ(第五四二條)

第二 債務履行不能ノ場合ニ於ケル解除ノ條件
我民法ハ第四百十五條ニ於テ債務不履行ノ場合ト同シク債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ債務ヲ履行スルコト能ハサル場合ニハ相手方ハ損害賠償ヲ請求シ得ルコトヲ定ム是レ蓋シ債務者カ自ら履行ヲ不能ナラシメタルモノナルカ故ニ又一ノ不履行ニ外ナラサレハナリ然レトモ是レ唯損害賠償ノ請求權ヲ認メタルニ過キス之ニ依リテ未タ相手方ニ解除權ヲ付與シタルニ非ス而シテ損害賠償ノ點ニ於テ既ニ此ノ如ク債務不履行ノ場合ト履行不能ノ場合ト同一規定ノ下ニ置キタル以上ハ解除ノ場合ト雖モ亦同一原則ニ依リテ支配セラレヘキモノト謂ハサルヘカラス之ヲ換言スレバ既ニ債務不履行ニ基キ契約ヲ解除シ得ルコトヲ認ムル以上ハ債務履行ノ不能ヲ生シタル場合ニモ亦契約ヲ解除スルコトヲ許ササルヘカラス何トナレハ債務者カ自ら債務ヲ履行セザルモ亦其債務ノ履行ヲ不能ナラシムルモ等ク債權者ニ對シテハ其債務ヲ完了スルコト能ハサルモノナルカ故ニ民法第五百三十三條ニ規定セル債務ノ履行時履行ニ關スル原則ノ精神ニ依リ債權者ヲシテ其契約ヲ解除セザルヲ以テ公平

ヲ維持セシムルノ必要アレハナリ尤モ履行ノ不能ニ基キ契約ヲ解除スル場合ハ其不能ノ一時ナルト永久ナルト又全部ナルト一部ナルトニ論ナク唯其不能ト爲リタル事由カ債務者ノ責ニ歸スヘキ場合ナルコトヲ要ス故ニ當事者雙方ノ責ニ歸スヘカラサル事由又ハ債權者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行カ不能ト爲リタルトキハ解除ヲ爲スコトヲ得サルモノトス

彼ノ獨逸民法第一章案同第二章案及ヒ索遜民法等ニ於テハ一部不能ノ場合ニ於テ其可能部分ノ履行カ自己ノ爲メ利益ナキトキニ非サレハ不能ヲ理由トシテ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ許サスト規定スレトモ前ニ不履行ニ因ル解除ノ場合ニ於テ述ヘタル如ク斯ル規定ハ頗ル理由ナキコトナルカ故ニ新民法ハ此等ノ例外ヲ認メスシテ一般ニ債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ履行ノ全部又ハ一部カ不能ト爲リタルトキハ債權者ハ直チニ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ルコトト爲セリ而シテ此履行不能ノ場合ニ於テ契約ノ解除ヲ爲スニハ不履行ノ場合ニ於ケルカ如ク催告等ノ手數ヲ要セサルモノトス是レ蓋シ此場合ニ於テハ既ニ履行カ不能ト爲リタルモノナルカ故ニ縱令催告等ヲ爲シテ其履行ヲ求

ムルモ或ハ全ク其履行ヲ得ルコト能ハサルカ或ハ不完全ノ履行ノ外求ムルコトヲ得スシテ單ニ形式ニ止マリ却テ無益ノ手數ト爲ルニ歸スレハナリ故ニ此場合ハ第五百四十一條ノ債務不履行ノ場合ニ於ケル通則ニ對スル一種ノ例外ト看做シテ可ナリ例ヘハ甲カ乙ニ對シ或物品ヲ引渡スノ債務アリタリトセンニ甲カ自己ノ過失ニ因リ其物品ノ全部又ハ一部ヲ破壊シタルトキハ乙ハ何等催告等ノ手數ヲ爲テス其履行不能ノ事實アリタルノミニテ直チニ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ル類ノ如キ是ナリ(第五四三條)

第五款 解除權ノ不可分

解除權ノ性質ハ可分ナリヤ將タ不可分ナリヤニ關シテハ古來學者間ニ議論アル所ナリ理論上ヨリ之ヲ言ヘハ我民法ニ於テハ現ニ第四百二十七條ニ於テ債權又ハ債務ハ別段ノ意思表示ナキトキハ各債權者又ハ各債務者間ニ平等ノ割合ノ以テ分割スルヲ原則ト爲スカ故ニ若シ解除權ヲ有スル者若シハ其相手方カ數人ナルトキニ於テハ右ノ通則ニ從ヒ解除權モ亦當然平等ノ割合ヲ以テ分

制セラレ各其一部ニ付テ解除權ヲ有スル者ト謂ハサルヘカラス然レトモ各自別別ニ契約ノ一部ヲ解除シ或ハ解除ノ請求ヲ受クル如キハ實際上極度ヲ不便ナルノミナラス當事者ノ意思ニ反シ又往往事理ニ背クノ結果ヲ生ズルヲ恐リ故ニ便宜上通則トシテハ解除權ヲ以テ不可分ト爲ス至當トス

新民法モ實ニ此主義ヲ採用セ契約又ハ法律ノ規定中別段ノ定ナキトモハ解除權ノ不可分ナルコトヲ明定セリ即チ解除權ヲ有スル者數人アル場合ニ於テハ其全員ヨリ解除ヲ請求スヘク相手方カ數人アル場合ニ於テハ其全員ニ對シテハ解除權ヲ行フコトヲ得ルモノト爲セリ尤モ最初ヨリ數人ナルト將タ最初ハ一人ナルモ數人ノ遺產相續人之ヲ相續シタル等ノ爲メ數人ト爲リタルトハ敢テ問ハサル所トス第五四四條第一項而シテ右ノ解除權不可分ノ結果トシテ其原因ノ何タルヲ問ハス解除權カ當事者中ノ一人ニ付キ消滅シタルトモハ他ノ者ニ付テハ縱令消滅ノ原因ナシト雖モ亦均シテ其解除權消滅スルモノトス蓋シ此ノ如ク爲ササレハ間接ニ一部ノ解除權ヲ生シ遂ニ前陳ノ解除權不可分ノ原則ヲ破壞スルノ恐アルニ至レハナリ例ヘハ解除權者カ數人アル場合ニ其

一人ノ拋棄又ハ相手方數人アル場合ニ其一人ニ對スル拋棄ニ因リテ解除權消滅シタルトモハ他ノ解除權者ヨリ解除ヲ請求スルコトヲ得ス又ハ他ノ相手方ニ對シテモ解除ヲ求ムルコトヲ得ス又解除權者數人アル場合ニ其一人カ時效ヲ中斷セサルカ爲メ解除權ヲ失ヒタルトモハ縱令他ノ解除權者カ時效ヲ中斷シテ尙ホ其權利ヲ行フコトヲ得ルモ第一ノ解除權者カ解除權ヲ失ヒタル結果トシテ其解除權ハ消滅スヘク又相手方カ數人アル場合ニ於テ其一人ニ對シテ解除ヲ中斷スルモ若シ他ノ者ニ對シテ之ヲ中斷セサルトモハ又全員ニ對シテ解除權ヲ行フコトヲ得タル類ノ如シ第五四四條第二項

茲ニ注意セサルヘカラサルコトアリ即チ解除權ノ不可分ト純然タル不可分債權ト同一視スルコトヲ得サルコト是ナリ解除權ノ不可分ハ單ニ第五百四十四條ニ規定セラルルニ止マリ之ニ對シテ第四百二十八條以下ノ不可分債權ノ規定ヲ適用スルコトヲ得ス又解除權行使ノ後其效力カ各當事者間ニ分ルルコトノ如キハ解除權不可分ノ問題トハ自ラ別問題ナリト知ルヘシ

第六款 解除ノ效力

解除權ヲ有スル當事者ノ一方カ解除權ヲ行使シタル效果ニ關シテハ多數ノ法制各其規定ヲ異ニシ佛蘭西伊太利和蘭奧太利「モンテチグロ」普漏西及ヒ我舊民法等ハ此效力ヲ以テ解除條件ノ成就ト同一ノモノト爲シ常ニ既往ニ遡リテ法律行為ヲ全ク根本ヨリ消滅セシメ物權上ノ效果ヲ生スルモノト爲セリ然レトモ此主義ノ如キハ繼令公示ノ方法ヲ設クルト雖モ猶ホ且ツ往往善意ナル第三者ヲ害スルコトアルノミナラス爲メニ取引ノ安全ヲ妨ケ第三者ヲシテ解除ノ結果ヲ顧慮スルノ餘其取得シタル物ノ保護改良ニ躊躇セシメ一般經濟上ノ利益ヲ害スルコト尠シト爲ナス故ニ獨逸民法草案ノ如キニ於テハ解除條件成就ノ效果ニ付テハ其成就ノ時ニ生スルヲ通則トシ唯當事者ヲ別段ノ意思ヲ表示シタル場合ニ限り當事者間ニ於テノミ其效果ヲ既往ニ遡ラシムヘキ債務關係ヲ生スルモノト爲シ而シテ契約解除ノ效果ニ付テハ特別ノ規定ヲ設ケ當事者間ニ於テハ契約ヲ取結ハサリシカ如ク爲スノ權利義務アルモノト爲セリ蓋シ

此規定ハ能ク前述ノ弊害ヲ免ルルコトヲ得極メテ適當ノ法制ナルヲ以テ新民法ハ之ヲ採用シ解除權ノ行使ハ單ニ人權上ノ效果ノミヲ生シ之ニ依リテ各當事者ハ其相手方ヲ原狀ニ回復セシムル義務ヲ負擔スルニ止マリ第三者ハ之カ爲メニ其權利ヲ害セラルルコトナキヲ認メ以テ取引ノ安全ヲ保チ經濟上ノ利益ニ適合セシメタリ而シテ此義務ハ債權法上ノ法律關係ニシテ當事者ヲシテ恰モ契約ナキ初メニ於ケルト同一ノ位置ニ復セシムルモノナルカ故ニ隨テ未タ履行セサル債務ヲ履行アルコトヲ請求スルヲ得又既ニ之ヲ履行シタルトキハ之ヲ返還スルコトヲ要ス例ヘハ甲カ乙ニ對シ物ヲ引渡スノ義務アリトセシニ其債務解除セラルルトキハ物ノ引渡ヲ要セス又既ニ甲カ乙ヨリ金錢ヲ支拂テ受ケタルトキハ又之ヲ償還セサルヘカラサルカ如シ(第五四五條第一項)而シテ其物件カ果實ヲ生シタルトキハ其果實モ亦返還セサルヘカラサルコトハ固ヨリ疑ナシト雖モ若シ解除ノ結果トシテ返還スヘキ物カ金錢ナル場合ニハ單ニ元本ノミヲ返還シテ可ナルヲ將タ利息ヲモ其ニ返還スヘキヤニ付テハ稍ヤ疑ナキ能ハス然ルニ凡シ金錢ハ自ラ之ヲ使用スルト又他人ヲシテ之ヲ使用

セシムルトニ拘ラス當然或利益ヲ生スルモノナルカ故ニ解除ノ場合ニ於テモ
單ニ元本ノミヲ返還スルニ止マラス最初之ヲ受取リタル者カ縱令之ヲ他ニ貸
與シテ利息ヲ取ラサルモ猶ホ之ニ對シテ其受取リタル日以後返還ノ時ニ至ル
マテノ利息ヲ附スヘキヲ當然トス而シテ其利率ニ付テハ當事者カ意思表示ヲ
以テ之ヲ定メサルトキハ民法第四百四條ニ基キ年五分ノ利息ヲ附スヘキモノ
トス第五四五條第二項又獨逸民法ノ如キハ物ヲ使用シタル者ハ其使用ノ對價
ヲモ支拂ハサルヘカラストノ規定ヲ設クルト雖モ是レ嚴密ニ過キ不便尠カラ
サルノミナラズ金錢以外ノ物ハ金錢ノ如ク其使用ニ因リテ必ズモ一定ノ利
益ヲ得ルモノト爲シ難キカ故ニ我民法ハ之ヲ採用セス
又債務ノ不履行又ハ履行ノ不能ニ際シ當事者ノ一方ヨリ他ノ一方ニ對シテ解
除權ト損害賠償ノ請求權トヲ併有スルトキハ同時ニ之ヲ行使スルコトヲ得ヘ
キヤ此點ニ關シテモ古來種種ノ學說アリ或ハ解除ノ效果ハ契約關係ヲ全ク解
除スルモノナルカ故ニ損害賠償ノ基本タル權利モ解除ノ效果ノ爲メ初ヨリ存
セザリシモノト看做スヘク隨テ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得スト論スル者ア

リ或ハ普爾西民法佛蘭西民法瑞西債務法獨逸商法「ババリア」民法草案「ドレスレ
ン」民法草案獨逸民法草案ノ如ク解除權ト損害賠償請求權ト併存スル場合ニハ
當事者ノ意思ニ因リ此二者中其一ヲ選擇スヘキモノト爲スモノアリ然レトモ元
來解除權ノ行使ハ單ニ契約關係ヲ解除スルヲ目的ト爲シタルモノニシテ之カ
爲メ毫モ損害賠償ノ請求權ヲ拋棄スルノ意思ヲ合著スルモノニ非ス故ニ當事
者ノ一方カ其不履行ニ因リ同時ニ又損害賠償ヲモ請求スルコトヲ得ヘキハ理
論上實際上頗ル正鵠ヲ得タルモノト謂ハサルヘカラスト故ニ新民法ハ此點ニ付
テハ舊民法ノ主義ヲ襲ヒ解除權ト損害賠償ノ請求權ト併存スル場合ニハ其ニ
之ヲ行使スルコトヲ得ヘキモノト定メタリ又他ノ契約上ノ解除權ヲ行使スル
場合又不履行ニ因ラサル解除ノ場合ニ於テモ若シ同時ニ契約ノ全部又ハ一部
ノ不履行ノ事實アルトキハ右ノ債務ノ不履行又ハ履行ノ不能ノ場合ニ對シテ
述ヘタルト同シク損害賠償ノ請求權ヲ行使スルヲ妨ケサルモノトス第五四五
條第三項(獨逸民法第四百四條)ニ依リテハ「損害賠償ノ請求權」ハ「解除ノ效
力」ニ關スル效力ノ說明ナリ次ニ第三者ニ對スル解除ノ效

力如何ヲ説明センニ前ニ述ヘタル如ク舊民法ノ如キハ解除權ノ效果ヲ以テ解除條件ノ成就ト同一ノ效力ヲ生スルモノト爲シ既往ニ遡リテ第三者ニ對シテモ其效力ヲ及ホスモノト爲セリト雖モ此ノ如キハ第三者ヲ以テ往往不慮ノ損失ヲ被ラシメ爲メニ取引ノ安固ヲ缺キ實際ノ不便頗ル尠カラサルカ故ニ新民法ニ於テハ獨逸民法草案等ニ倣ヒ解除ノ效力ハ單ニ既往ニ遡リテ各當事者ノ位置ヲ原狀ニ回復セシムルノミニシテ第三者ニ對シテハ其效果ヲ及ホサス即チ原狀回復ノ結果ハ單ニ其發生ノ日以後之ヲ以テ第三者ニ對抗シ得ルニ過キスシテ發生以前即チ解除權ヲ行使スル以前ニ第三者カ取得シタル權利ハ縱令第三者カ解除權ノ存在スルコトヲ知ルト否トニ關セス之ヲ妨害スルコトヲ得ス且ツ又第三者ニ對シテ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得サルモノト爲セリ例ハ甲カ乙ヨリ家屋ノ所有權ヲ移轉ヲ受ケタル後之ヲ丙ニ轉賣シタルトキハ後日甲カ乙ニ對シ其家屋ノ代價ヲ支拂ハサルカ爲メニ乙ヨリ其契約ヲ解除スルコトアルモ丙カ取得シタル所有權ハ毫モ侵害セララルコトナキカ如シ第五四五條第一項但書

解除權ヲ行使スルトキハ各當事者相互ニ原狀回復ノ義務ヲ負フモノニシテ而シテ此義務ハ恰モ雙務契約ニ於ケル當事者雙方ノ義務ノ如ク互ニ相對立スルモノナルカ故ニ其履行ニ關シテモ亦雙務契約ニ關スル規定ニ從フヲ至當トス即チ當事者雙方ヨリ互ニ返還スヘキ物アル場合ニハ一方ノ履行ヲ爲シ他ノ一方之ヲ履行セサルトキハ不公平ナルカ故ニ民法第五百三十三條ノ同時履行ニ關スル規定ニ從ヒ相手方カ其履行ヲ提供スルマテ他ノ一方ハ自己ノ履行ヲ拒ムコトヲ得ヘキモノト謂ハサルヘカラス然レトモ此雙務契約ニ基ク債務ノ履行ニ關スル規定ハ解除權ノ行使ニ因リテ生スル法律上ノ債務ノ履行即チ當事者各自ニ不當ノ利得ヲ返還スヘキ義務ノ履行ニ對シ當然適用セララルヘキモノニ非サルカ故ニ我新民法ハ獨逸民法草案並ニ普漏西民法等ニ倣ヒ新ニ規定ヲ設ケ此場合ニハ雙務契約ニ關スル第五百三十三條ノ規定ヲ準用スヘキコトヲ明示セリ(第五四六條)

第七款 解除權ノ消滅

解除權消滅原因ニ四種アリ(一)解除ノ爲メ期間ノ定アルトキニ於ケル期間ノ満了(二)期間ノ定ナキトキニ於ケル解除權ノ除斥(三)解除權ノ明示ノ拋棄(四)解除權ノ默示ノ拋棄等是ナリ以下順次之ヲ説明セン

(一) 法律ノ規定又ハ當事者ノ意思表示ニ依リ解除ヲ行フヘキ期間ノ定アルトキハ解除權ヲ有スル當事者其期間内ニ解除ヲ行フコトヲ要スルモノニシテ若シ其期間内ニ解除權ヲ行使セスシテ期間ヲ満了セシメタルトキハ其期間ノ經過ニ因リ當然解除權消滅スルモノトス是レ多言ヲ要セスシテ明白ナリ

(二) 法律ノ規定又ハ當事者ノ意思表示ニ依リ解除權ノ行使ニ付キ期間ノ定ナキトキハ原則トシテハ解除權カ時効ニ罹ラサル間ハ解除權者ハ何時ニテモ其權利ヲ行使スルコトヲ得ヘク隨テ相手方ハ何時解除權ノ行使セラルルヤ豫メ測リ知リ難ク其地位頗ル不確定ナルヲ免レス此ノ如ク若シ解除權者ヲシテ何時ニテモ期限ナク解除權ヲ行使スルコトヲ許ストキハ當ニ相手方ニ不利益ナルノミナラス不確定ナル法律關係ヲシテ永ク存續セシムルコト爲リ爲メニ取引ノ安全ヲ妨ケ公益上經濟上頗ル不利益ナル結果ヲ生スルモノト謂フヘシ

故ニ此場合ニ於テハ相手方ハ解除權ヲ有スル者ニ對シ相當ノ期間ヲ指定シ其期間内ニ解除權ヲ行使スルヤ否ヤヲ確答スヘキ旨ヲ催告スルコトヲ得セシメ解除權ヲ有スル者カ若シ其期間内ニ之ヲ行使セザルトキハ單ニ其相當期間ノ經過ノミニ因リテ解除權ヲ消滅セシムルモノト爲セリ解除權ノ除斥ト稱スルモノ即チ是ナリ(第五四七條)而シテ此場合ニ於ケル意思表示モ亦一般ノ原則ニ從ヒ受信主義ニ依ルヘキモノナルカ故ニ其解除ノ通知カ必ス期間内ニ相手方ニ到達スルコトヲ要スルモノト知ルヘシ而シテ解除權ヲ行使スヘキ期間ニ付テハ或ハ法律ヲ以テ其期間ヲ一定スル法例アリ例ヘハ賣買ニ付キ我舊民法ハ之ヲ八日ト爲シ伊太利民法ハ之ヲ十五日ト爲シ獨逸民法草案ハ四週間ト爲スカ如シ此法制ハ頗ル明瞭ニシテ一見爭鬭ヲ防クニ妙ナルカ如シト雖モ各種ノ契約ニ通シテ此ノ如ク期間ヲ一定スルハ甚タ不便ナルヲ免レサルカ故ニ我新民法ニ於テハ單ニ解除權者カ解除ヲ爲スニ利アルヤ否ヤヲ勸考スルニ十分ナル期間ヲ相手方ヲシテ指定スルヲ得ルモノト爲シ以テ實際ノ便宜ニ適セシメタリ而シテ其期間ノ相當ナルヤ否ヤハ事實問題ニ屬スルモノニシテ若シ其期間

短小ニ過タルトキハ解除權者ハ之ニ對シ異議ヲ唱ヘ以テ解除權ノ消滅ヲ防クコトヲ得ヘシ

(三) 解除權ヲ有スル者カ明示ニテ其權利ヲ拋棄シタルトキハ解除權ノ消滅スヘキコトハ喋喋ヲ要セスシテ明瞭ナリ

(四) 解除權ヲ有スル者カ默示ニテ其權利ヲ拋棄シタルトキハ亦解除權消滅スヘキモノトス而シテ如何ナル場合ヲ以テ默示ノ拋棄ノ場合ト爲スヤト云フニ例ヘハ解除權ヲ有スル者カ其行爲又ハ過失ニ因リテ契約ノ目的物ヲ滅失セシメタル如キ場合ニ於テハ假令理論上契約ヲ解除スルコトヲ得ルトスルモ原狀ニ回復セシムルコトハ到底不能ニシテ若シ強テ之ヲ解除スルモノト爲セハ相手方ノ利益甚シカルヘク又相手方ハ其目的物ノ滅失ニ對シテハ損害賠償ヲ請求シ得ヘキカ如シト雖モ前ニモ述ヘタル如ク損害賠償ナルモノハ極メテ不完全ナル救済方法ナルカ故ニ此場合ニ於テハ寧ろ解除權ヲ失ハシメ以テ損害ノ全部ヲ賠償セシムルヲ至當トス即チ此場合ニ於テハ解除權者ハ其目的物ノ保存ニ對シ注意ヲ缺キタルモノニシテ解除權ヲ行フテ其物ヲ相手方ニ返還セサル

コトヲ期スルト同一ノ結果ニ歸著スルモノナレハ其行爲ハ即チ解除權ノ拋棄ヲ默示シタルモノト看做スヘキモノトス其他契約ノ目的物ヲ他人ニ讓渡シ或ハ之ニ第三者ノ權利ヲ設定シテ爲メニ之ヲ相手方ニ返還スルコト能ハサルニ至ラシメタルトキ又ハ解除權ヲ有スル者カ自己ノ行爲又ハ過失ニ因リテ契約ノ目的物ヲ著シク毀損シタルトキ若クハ其目的物ニ工作ヲ加ヘ或ハ之ヲ變造シテ依リテ以テ之ヲ他ノ種類ノ物ニ變シタルトキノ如キモ亦同シク解除權ヲ默示ニテ拋棄シタルモノト看做スヘキモノトス第五四八條第一項例ヘハ家屋ヲ買受ケタル者カ其家屋ノ一室若クハ數室ヲ取崩シ又ハ銀塊ヲ讓受ケタル者カ之ヲ他ノ器具ニ變造シタルトキ又ハ指輪ヲ讓受タル者カ之ヲ改造シテ他ノ裝飾品ト爲シタル場合ノ如シ論者或ハ曰ク解除權者カ契約ノ目的物ヲ毀損シタルトキハ縱令其毀損力著大ナラサル場合ト雖モ又契約解除ヲ拋棄シタルモノト看做スヘキモノナリト然レトモ其毀損ノ程度輕少ナル場合ニ於テハ相手方カ其目的物ノ返還ヲ受クルモ別段甚シキ損害ヲ受クルモノニ非ス隨テ當事者モ亦毫モ解除ノ意思ヲ有スルモノニ非サルカ故ニ此場合ニ於テハ單ニ損害

ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルニ止メ契約ノ解除ヲ認メサルハ立法ノ宜キヲ得タルモノト信ス其他普通西民法「ババリーヤ民法草案及ヒ佛蘭西民法等ニ於テハ解除ハ各當事者ヲシテ原狀ニ回復セシムルヲ以テ目的ト爲ス故ニ若シ契約ノ目的物カ既ニ滅失シ去ルトキハ到底原狀回復ノ目的ヲ達スルコト能ハス即チ解除權ヲ有スル者カ其受領シタルトキト同一ノ狀態ニ於テ其契約ノ目的物ノ返還ヲ受タルコト能ハサルカ故ニ目的物ノ滅失カ唯リ解除權ヲ有スル者ノ行爲又ハ過失ニ出ツル場合ニ限ラス其他ノ原因ニ由リテ滅失スル場合ト雖モ亦等シク解除權ヲ消滅セシムヘキモノト爲スノ法制ヲ採用スト雖モ是レ當事者ノ意思ニ反スルノ結果ヲ來スモノナルカ故ニ我民法ハ獨逸民法草案並ニ索運民法等ニ倣ヒ契約ノ目的物カ解除權ヲ有スル者ノ行爲又ハ過失ニ因ラスシテ滅失シタル場合ニハ解除權ハ消滅セサルモノト爲セリ蓋シ解除カ各當事者ヲシテ原狀ニ回復セシムルヲ目的ト爲スハ固ヨリナリト雖モ若シ物ノ滅失カ解除權ヲ有スル者ノ行爲以外ナル場合ニ於テハ縱令最初ヨリ契約ヲ締結セザルトキト雖モ尙ホ且ツ其目的物ノ滅失ハ到底免レ得ヘキモノニ非サルカ故ニ縱令

相手方カ契約ノ解除ニ因リテ其目的物ヲ取戻スコトヲ得ストスルモ是レ即チ原狀ニ外ナラスシテ此場合ニ於テハ解除權ヲ有スル者ハ毫モ自己ノ解除權ヲ拋棄スルノ意思ヲ有スルモノニ非ス故ニ解除權者ノ行爲以外ノ原因ニ因リテ其目的物滅失シタル場合ニハ解除權ヲ有スル者ハ尙ホ其權利ヲ行使シテ契約ノ解除ヲ請求スルコトヲ得ト爲スト至當トス既ニ全部ノ滅失ニ於テ然ル以上ハ一部ノ滅失即チ毀損ノ場合ト雖モ亦解除權ノ上ニ毫モ影響スル所ナシト謂ハサルヘカラス(第五二八條第二項)

第二編 贈與

第一章 贈與ノ法典上ニ於ケル位置

贈與ノ法典上ニ於ケル位置ニ關シテハ古來學說及ヒ立法例區區ニシテ一定セズ或ハ羅馬法及ヒ羅馬法系ニ屬スル諸國ノ法典並ニ我舊民法等ノ如ク所有權取得方法ノ中ニ之ヲ規定スルモノアリ或ハ奧太利索運「テューリヒ」民法及ヒ獨逸民法草案等ノ如ク之ヲ債權編中ニ規定フルモノアリ或ハ「ババリーヤ民法草案

ノ如ク贈與ハ唯リ無償ニテ所有權ヲ與フルノミナラス又勞役ヲ供給シ寄託ヲ受ケ若クハ事務管理ヲ爲スカ如キ方法ニ依ルモ亦能ク贈與ヲ爲シ得ヘキモノナリトノ理由ヲ以テ之ヲ民法總則中ニ規定スルモノアリ然レトモ此最後ノ主義ノ如キ廣漠タル意義ハ贈與ノ適當ナル意義ニ非ス或ハ之ヲ財產取得ノ方法ト認ムルハ可ナルニ似タリト雖モ贈與ハ又賣買貸借等ノ如ク一種特別ノ法律行爲トシテ義務發生ノ原因ヲ爲スモノナレハ寧ロ之ヲ債權編中ニ規定スルヲ最モ穩當ナリトス而シテ等々債權編中ニ規定スト爲スモ或ハ前ニ掲ケタル埃太利以下ノ諸國ノ民法ニ於ケルカ如ク之ヲ各種ノ契約ノ首位ニ置クモノアリ或ハ又「ツセシ」民法草案「ドレスレン」民法草案等ノ如ク之ヲ賣買交換ノ後ニ置クモノアリ然ルニ贈與ノ規定ハ他ノ契約ノ規定ニ比シ最モ簡單ナルモナルカ故ニ之ヲ各種契約ノ冒頭ニ置クハ立法ノ體裁上亦頗ル適當ナルモノトス故ニ我新民法ハ右ノ埃太利索遜及ヒ獨逸民法草案等ノ編纂方法ニ倣ヒ之ヲ債權編中ニ編入シ同時ニ又各種契約中劈頭第一ニ之ヲ規定セリ是レ近時ノ立法思想ニ伴ヘル適當ノ編纂ナリト謂フヘシ

第二章 贈與ノ定義

贈與トハ當事者ノ一方カ他方ノ財產ヲ増加セシムル意思ヲ以テ自己ノ財產ヲ無償ニテ他方ニ與フル契約ヲ謂フ(第五四九條左ニ之ヲ細說セン)

一 贈與ハ契約ナリ

贈與ノ性質ニ關シテハ古來學說區區ニシテ或ハ索遜民法及ヒ「ババリア」民法草案ノ如ク贈與者ノ單獨行爲即チ片務約束ト爲シ贈與ノ實行ニ際シテハ必スシモ受贈者ノ意思表示ヲ必要トセス之ヲ換言スレハ受贈者ノ承諾ナキモ贈與ナル行爲ハ成立スルモノト爲スモノアリ或ハ佛蘭西及ヒ普漏西民法並ニ獨逸民法第一草案等ノ如ク之ヲ契約ト爲シ當事者雙方ノ意思表示ノ合致アルコトヲ要ス之ヲ換言スレハ受贈者ノ承諾ヲモ必要ト爲スモノアリ又契約說中ニ於テモ二種アリテ或ハ義務ヲ生スルモノト爲サシテ單ニ權利移轉ノ方法ト爲スモノアリ或ハ又之ヲ義務發生ノ原因ト爲スモノアリ我新民法ハ實ニ此最後ノ主義ニ基キ贈與ヲ以テ義務發生ノ原因ナル契約ノ一種ト爲シ贈與者カ贈與ヲ

爲スノ意思ヲ表示シ受贈者カ契約一般ノ通則ニ從ヒ之ヲ受諾スルニ因リテ始メテ其效力ヲ生スルモノト爲シ此受諾アルマテハ贈與者ハ亦一般ノ原則ニ基キ其意思表示ヲ取消スコトヲ得ヘキモノト爲セリ故ニ或法制ノ如ク相手方カ拒絕ノ意思ヲ表示スルマテ贈與者ハ自己ノ意思表示ニ拘束セラレルモノト爲シ若クハ贈與者ハ相當ノ期間ヲ定メテ受諾ヲ催告シ其期間内ニ拒絕ナキト爲トハ受諾シタルモノト看做スト爲スカ如キハ新民法ノ採ラザル所ナリ

二 贈與ハ當事者ノ一方カ自己ノ財産ヲ他方ニ與フル契約ナリ

贈與ハ當事者ノ一方即チ贈與者ノ財産ヲ減少シ他方即チ受贈者ノ財産ヲ増加スルコトヲ要ス故ニ若シ他方ノ財産ヲ増加スルコトナクシテ單ニ無償ニテ擔保ヲ供與シ又無償ニテ勞役ヲ給付シ無償ノ貸借ヲ爲シ若クハ債務ノ免除權利ノ拋棄等ヲ爲シ以テ他方ニ或利益ヲ與フルモ贈與ニ非ス又他人ノ財産ヲ管理シタルノ結果偶々其收益ヲ増加シタルカ如キ又單ニ物ノ使用ヲ他人ニ放任シ若クハ自ら取得スルコトヲ得ヘキ財産ヲ他人ノ利益ノ爲メニ取得セサルカ如キハ別段之カ爲メニ一方ノ財産ヲ減少セサルカ故ニ贈與ニ非ス要スルニ贈與ノ

目的物ハ必ズ贈與者ニ專屬シ且ツ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキ財産ニ限ルモノトシテ而モ其財産絕對ニ他方ニ讓與スルヲ要スルモノトス而シテ既ニ贈與者ニ屬スル財産ナル以上ハ其種類數量等ノ如何ハ敢テ關係スル所ニ非ス即チ其財産カ物體ナルト權利ナルト又物權ナルト債權ナルト其他ノ權利ナルト又動産ナルト不動産ナルトヲ問ハス又包括財産ノ全部ナルト一部ナルト又箇箇ノ財産ナルトヲ問ハス又其現在ノ財産ナルト將來ノ財産ナルトヲ問ハサルモノトス我舊民法ハ原則トシテハ贈與ノ目的物ハ現在ノ財産ニ限り將來ノ財産ヲ贈與スル契約ハ無効ナリト爲セリ蓋シ其理由ハ將來ノ財産ハ輕忽ニ之ヲ贈與スルコト多ク殊ニ此ノ如キ贈與ハ受贈者ヲシテ贈與者ノ死亡ヲ冀ハシムルカ如キ弊害アルヲ以テ之ヲ無効トスル必要アリト爲セタルモノニシテ諸國ノ法制ニ於テモ亦此等ノ理由ニ基キ或ハ將來ノ財産ノ贈與ヲ無効トシ或ハ包括財産ヲ贈與スルヲ禁シ若クハ自己ノ生活ニ必要ナルモノハ之ヲ殘存スヘシト云フカ如キ種種ノ規定ヲ設ケルモノアリト雖モ是レ何レモ理由ナキコトニシテ箇箇ノ財産ヲ贈與スルハ縱令將來ノ財産ナリト雖モ敢テ之ヲ禁スルノ理由ナク

又包括財産ノ贈與ヲ禁スルアルモ現在ノ財産ニ關シテハ勿論其數量ノ如何ニ拘ラス之ヲ禁スルノ理由ヲ發見セス又將來ノ包括財産ニ付テハ或ハ契約ノ目的カ不法ナルニ因リ又ハ公益ニ反スルニ因リ若クハ目的物カ不確定ナルニ因リテ無効ニ歸セシメラルルコト多カルヘク殊ニ贈與トシテ之ヲ禁止セサルモ之カ爲メニ別ニ弊害ヲ醸成スル虞ナキノミナラス更ニ進ミテ契約ノ目的カ果シテ不法ナラス又ハ公益ニ反セサル限りハ包括財産ノ贈與タリトモ更ニ之ヲ禁スルノ理由ナク其結果或ハ贈與者ニ豫想外ノ不利益ヲ生セシムルコトアリトスルモ法律ハ此ノ如キ不法ノ法律行爲ヲ爲シタル者ヲモ保護スル必要ナシ故ニ新民法ニ於テハ一切此等ノ區別ヲ認メサルナリ

三 贈與ハ當事者ノ一方カ無償ニテ自己ノ財産ヲ他方ニ與フル契約ナリ

贈與ハ贈與者カ全ク反對給付ヲ受ケス且ツ義務ヲ負擔セスシテ絶對的ニ受贈者ノ財産ヲ増加スルモノナルコトヲ要ス故ニ例ヘハ他方ノ財産ヲ得テ其代リニ自己ノ財産ヲ與ヘ又ハ他方ヲシテ或給付ヲ爲スコトヲ約セシメ其代リニ自己ノ財産ヲ與フルカ如ク或對價ヲ得テ受贈者ノ財産ヲ増加スルトキハ贈與ニ

非ス

四 贈與ハ當事者ノ一方カ他方ノ財産ヲ増加セシムル意思ヲ以テ自己ノ財産ヲ無償ニテ他方ニ與フル契約ナリ

贈與ハ無償ニテ自己ノ財産ヲ他方ニ與フル意思ノ存在スルコトヲ要ス故ニ例ヘハ低價ニテ或物品ヲ賣渡シ又ハ低價ニテ買受タルカ如ク又債務ノ一部分ノ辨済ヲ得ルカ爲メ他ノ部分ヲ免除スルカ如キ他人ノ財産ヲ増加セシムルノ意思ナク單ニ自己ノ財産ヲ減少セントスルノ結果他人ノ財産ヲ増加スルコトアルモ贈與ニ非ス

第三章 贈與ノ體様

贈與ノ體様ニ種種アリ(一)單純ナル贈與(二)條件附贈與(三)期限附贈與(四)負擔附贈與(五)定期贈與是ナリ

一 單純ナル贈與

單純ナル贈與トハ何等ノ體様ノ附帶ナキ贈與ニシテ直チニ效力ヲ生スルモノ

ナリ

二 條件附贈與

條件附贈與トハ或ハ贈與ニ停止條件ヲ附シ或ハ解除條件ヲ附スルモノヲ謂フ我舊民法ニハ先死條件即チ贈與者ニ先テ受贈者死亡シタルトキハ其贈與ヲ廢除スヘキ條件ヲ認ムト雖モ此ノ如キ條件ハ我邦ノ慣例ニ於テ其例乏シキカ故ニ新民法ハ之ヲ採用セス

三 期限附贈與

期限附贈與トハ或ハ贈與ノ效力ヲ發生スヘキ時期即チ始期ヲ定ム或ハ其效力ヲ失フヘキ時期即チ終期ヲ定ムモノヲ謂フ

四 負擔附贈與

負擔附贈與トハ贈與者カ贈與ヲ爲スニ當リ自己若クハ第三者ノ利益又ハ公益ノ爲メニ受贈者ヲシテ或給付ヲ爲スノ責ニ任セシムルモノヲ謂フ然レトモ此責任ハ條件ト異ナリ贈與ト密著離ルヘカラサル法律行爲上ノ約款ヲ爲スモノニ非ス之ヲ換言スレハ其負擔ヲ以テ贈與ニ對スルノ對價ト爲スモノニ非ス隨

ニ非サル者カ死亡シ財産ノ主體ナキニ至リタル場合ニ於テノミ開始ス而シテ第九百九十二條ハ單ニ「家族ノ死亡」ト言ヘリ家督制度ヲ認ムル我國ニ於テハ戶主ニ非サル者ハ常ニ家族ナルカ故ニ家族トノミ言ヘハ總テ戶主ニ非サル者ヲ指示スルモノナリトノ意味ニテ此ノ如ク規定セラレタルモノナルヘシ日本人ニ對シテハ此觀念ハ強チニ誤レリト云フニ及ハスト雖モ民法ハ唯リ日本人ニ對シ適用セララル効力アルノミナラス日本人ニ非サルモ日本ノ國土内ニ住所又ハ居所ヲ有シ何レノ國ノ國籍ヲモ有セサル者ニ對シテモ亦之ヲ適用セサルヘカラス而シテ國籍ヲ有セサル者ニ對シテハ戶主又ハ家族ナル用語ノ適當ナラサルノミナラス此ノ如キ者ノ相續ハ家ノ主人タルト否トヲ問ハス總テ遺產相續ノ規定ニ從ハシムルハ當然ナルカ故ニ予ハ遺產相續ノ開始スヘキ總テ遺產場合ヲ概括スル用語トシテハ家族ノ死亡ト言ハンヨリハ寧ロ戶主ニ非サル者ノ死亡ト謂フノ穩當ナルニ如カスト信ス

第二節 遺產相續人

第一 遺產相繼人ノ資格

遺產相繼人ト爲ルニハ左ノ三條件ヲ備フルコトヲ要ス

一 相繼開始ノ時生存スルコト

二 法律上ノ缺格ナキコト

三 裁判上失權ナキコト

第一ノ條件ハ家督相繼ニ必要ナル條件ト全ク同一ナルカ故ニ茲ニ詳述スルヲ要セス

第二ノ條件モ亦殆ト家督相繼人ニ必要ナル條件ト同一ナリ唯遺產相繼ニ關シテハ相繼人複數制ヲ採用シタル結果トシテ同順位ノ者ヲ殺シテ相繼ノ利益ヲ多カラシメント謀リタル者ヲモ尙ホ相繼ヨリ排斥スル必要アルカ故ニ第九百九十七條カ之ヲ加ヘタル點ニ於テ二者ノ間ニ稍異ナル所アリトス

第三條件ニ至リテハ遺產相繼人ニ關シテモ亦家督相繼人ト等シク之ヲ要スルモノナレトモ遺產相繼人ヲシテ裁判上權利ヲ失ハシメ得ル場合ハ家督相繼人ニ關スル場合ノ如ク廣汎ニ非スシテ法律ハ極メテ狭キ範圍ニ之ヲ限レリ第九

百九十八條ニ依リ之ヲ觀レハ被相繼人カ推定遺產相繼人ノ廢除ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得ルハ推定遺產相繼人カ被相繼人ニ對シ虐待ヲ爲シ又ハ之ニ重大ナル侮辱ヲ加ヘタル場合ニ限ル故ニ此場合ノ外ハ縱令推定遺產相繼人ノ身體又ハ精神ニ異常アルモ若クハ犯罪ニ因リ刑ニ處セラレタルコトアルモ浪費ヲ爲シ產ヲ治ムルニハ堪ヘサル者ト雖モ被相繼人ハ之カ廢除ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得ス蓋シ家督相繼ハ戶主タル身分ヲ承繼スルモノナルカ故ニ戶主ト爲ルニ適セサル者ハ之ヲ廢除スルコト已ムヲ得タルモノナリト雖モ遺產相繼ハ財產ヲ繼カシムルニ在ルカ故ニ現ニ虐待ヲ爲シ又ハ重大ナル侮辱ヲ爲シタルカ如ク被相繼人ノ感情ニ於テ相繼人ト爲スコト能ハスト爲ス者ノ外ハ之ヲシテ其遺產ヲ相繼セシムルコトハ毫モ相繼ノ目的ト背馳セサルノミナラス多クノ場合ニ於テハ此ノ如クスルコト被相繼人ノ意思ニ適合スルモノナリ又第九百九十八條ハ遺留分ヲ有スル推定遺產相繼人ニ限リテ其廢除ヲ認メタリ故ニ直系卑屬、配偶者及ヒ直系尊屬ハ之ヲ廢除スルコトヲ得ルト雖モ戶主ハ之ヲ廢除スルコトヲ得ス但シ戶主ハ遺留分ヲ有セサル者ナルカ故ニ戶主カ相繼

人タルヘキ場合ニ於テハ被相續人ハ其財産ノ全部ヲ他人ニ贈與シ又ハ遺贈スルコトヲ得随テ被相續人ハ之ヲ廢除スルヲ得サルモ全財産ヲ他人ニ與ヘ事實上之ヲ廢除シタルト同一ノ結果ニ歸セシムルコトヲ得ルナリ遺產相續人廢除ノ請求廢除ノ取消及ヒ廢除又ハ廢除取消中必要ノ處分ニ關シテハ其手續全ク家督相續ノ場合ト同一ナルカ故ニ茲ニ之ヲ述ヘス
家督相續ニ關シテハ以上三條件ノ外日本ノ國籍ヲ有スル者タルコトヲ要スト述ヘタレトモ遺產相續ニ付テハ之ヲ要セス何トナレハ法令又ハ條約ニ特ニ禁止アル場合ノ外外國人ト雖モ私權ヲ享有スルモノナルカ故ニ財産ノ承繼ヲ爲スニ何等ノ妨ナケレハナリ

第二 遺產相續人ノ順位

遺產相續人ノ順位ハ大體ニ於テ次ノ順序ニ從フ

一 直系卑屬

二 配偶者

三 直系尊屬

四 戶主

右ノ順位ヲ以テ之ヲ家督相續人ノ順位ニ比スルトキハ左ノ二點ニ於テ甚シキ差異アルヲ認ム

(イ) 家督相續ニ於テハ法定相續人ノ外ニ指定又ハ選定ノ相續人アレトモ遺產相續ニ於テハ法定相續人ノ外ハ指定又ハ選定相續人ヲ認メス故ニ遺產相續ノ場合ニ於テハ被相續人ノ直系卑屬配偶者又ハ直系尊屬ナキトキハ縱令其兄弟姉妹若クハ甥姪ノ如キ近親ノ者アルモ此等ノ者ハ遺產ヲ相續スル權ナクシテ遺產ハ常ニ戶主ノ承繼スル所ト爲ルモノトス而シテ右ニ掲ケタル順位ハ法律ノ規定スル所ナルカ故ニ法律ニ特ニ規定アル場合ノ外ハ被相續人ノ意思ヲ以テ之ヲ變更シ又ハ此等ノ者ノ相續權ヲ奪フコト能ハス随テ被相續人カ遺產相續人ヲ規定スルモ其指定ハ全ク無効ト謂ハサルヘカラス外國ノ立法例ニ於テハ被相續人カ相續人ヲ指定スルトキハ被指定者ヲ以テ包括名義ノ遺贈ヲ受ケタル者ト看做ストノ規定ヲ設ケタルモノアレトモ我民法ニ於テハ斯ル規定ナキカ故ニ戶主ニ非サル者カ相續人ヲ指定スルモ其指定ハ被指定者ヲシテ被相

續人タラシムルノ效力ナキノミナラス之ヲシテ包括名義ノ受遺者タル資格ヲ與フルコト能ハス但シ用語ヲ以テ意思ヲ枉クヘカサルカ故ニ被相續人カ遺產相續人ヲ指定シタル場合ニ其意思ハ自己ノ遺產ノ全部ヲ之ニ遺贈スルニ在ルコト明カナルトキハ包括名義ノ遺贈ヲ爲シタルモノトシテ之ヲ有效トスヘキコト論ヲ俟タス

(ロ) 家督相續ニ於テハ多クノ場合ニ於テ相續人ト爲ルニハ被相續人ノ家族タルコトヲ必要トスレトモ遺產相續ニ於テハ相續人ハ被相續人ト家ヲ同シウスルコトヲ必要トセス家族制度ノ結果タル家督相續ニ於テハ相續人ヲ定ムルニ付テハ唯リ其被相續人トノ關係ヲ見サルヘカサルノミナラス其家トノ關係モ亦之ヲ見サルヘカラス而シテ家ニ對スル關係ハ其家ノ家族タルニ於テ最も密接ノ關係ヲ有スルモノト謂ハサルヘカラス是ヲ以テ法律ハ多クノ場合ニ於テ相續人タルノ條件トシテ被相續人ノ家族タルコトヲ要ストセリ然ルニ箇人ノ特立ヲ確定シ其特有財産ヲ認メタル結果トシテ生シタル遺產相續ハ家ナル觀念ト何等ノ關係ナキモノナルカ故ニ遺產相續人ト爲ルニハ被相續人ト家ヲ

同シウスルヲ必要トスル理由毫モ存セサルナリ故ニ舊民法カ遺產相續人ノ要件トシテ被相續人ト家ヲ同シウスル者ナラサルヘカラスト規定シタルハ理由ナキ規定ト謂ハサルヘカラス新民法カ此點ニ於テ改正ヲ加ヘ遺產相續人タル要件トシテ被相續人ト家ヲ同シウスルヲ要スルコトヲ規定セサルハ極メテ正當ナル規定ト謂フヘシ

配偶者及ヒ戸主ハ常ニ一人ナラサルヘカラス故ニ此ノ如キ者カ相續人タル場合ニ於テハ順位ノ問題ヲ生スルコトナシト雖モ直系卑屬及ヒ直系尊屬ハ二人以上存スルコトアルカ故ニ此等ノ者カ相續人タルヘキ場合ニ於テ數人ノ直系卑屬又ハ直系尊屬ノ存スルトキハ其間ニ相續ノ順位ヲ定ムル必要アリ第九百九十四條及ヒ第九百九十六條第一項ハ其順位ヲ左ノ如ク定メタリ

(一) 親等ノ異ナリタル者ノ間ニ在リテハ其近キ者ヲ先ニス故ニ子ハ孫ニ先チ父母ハ祖父母ニ先ヲモノナリ最近親ノ者ヲ以テ先順位ニ置クコトハ相續ニ關スル自然ノ順序ニシテ相當ノ規定ト謂ハサルヘカラス

(二) 親等ノ同シキ者ハ同順位ニ於テ遺產相續人ト爲ル故ニ苟モ親等ノ同シ

キ以上ハ其長幼男女嫡庶ノ區別ナシ總テ同時ニ相續人ト爲ルモノナリ一家ノ
統督者ハ二人以上存スヘカラサルモノナルカ故ニ家督相續人カ必ス一人タル
ヘキコトハ勿論ナレトモ財産ハ之ヲ數人ニ分配スルヲ得ルヲ以テ遺產相續人
ハ二人以上存スルモ何等ノ妨ナキモノトス況ヤ生日ノ前後性ノ男女ニ因リテ
同親等ノ間ニ區別ヲ設クルハ不公平ノ最モ甚シキモノナリ故ニ遺產相續ニ於
テハ單數相續制ヲ採ラスレバ複數相續制ヲ採ルコトハ實際ノ事情ニ適シ而モ
最モ相當ノ理想ニ適スキモノト謂フコトヲ得或ハ複數相續制ニ依ルトキハ財
產ノ細分ヲ生ス財産細分スレハ其利用ヲ減少スルカ故ニ複數相續制ハ經濟上
ヲ發達ヲ害スト曰フ者アレトモ是レ稍杞憂ニ屬スト謂ハサルヘカラス何トナ
レハ人ハ案外利ヲ見ルニ明カナルモノナルヲ以テ相續人カ遺產ヲ分配スルニ
ハ常ニ各自ニ最モ利益ナル方法ヲ選フモノナリ例ヘハ相續人中事業家タルニ
適スル者ニハ動產ヲ配當シ農業家ニ適スル者ニハ不動產ヲ分配スルカ如キ方
法ヲ採ルカ若シ相續財產カ總テ不動產ニシテ之ヲ分割スルトキハ各自ノ財產
ハ其境界狹隘ト爲リ十分利用ヲ爲スコト難キ場合ニ於テハ相續人間ニ於テ代

價ヲ受取リ相續分ノ讓合ヲ爲スカ又ハ其不動產ヲ第三者ニ賣却シ其代金ヲ分
配スル等分配ノ上ニ於テ必ス相當ノ注意ヲ取ルモノナルカ故ニ事實ニ於テ資
本ノ利用ヲ減少スルカ如キ結果ヲ生スルコト少キカ故ナリ現ニ佛國ノ如キハ
大革命以來分頭主義ノ相續制ヲ採用スレトモ今日佛國ニ於テ土地ノ細分ヲ來
シ經濟上ニ害アリト論スル者殆ト之ナキヲ以テ觀ルモ論者ノ說ハ必スシモ事
實ニ非ラルヲ知ルニ足ル故ニ予ハ新民法カ遺產相續ニ關シテハ舊民法ノ採用
シタル單數相續制ヲ棄テテ斷然複數相續制ヲ採用シタルヲ相當ト認ム
直系卑屬及ヒ直系尊屬多數ノ場合ニ於テ其間ニ於ケル順位ハ右述ヘタル如シ
唯直系卑屬ニ付テハ之ニ一ノ例外アリ即チ遺產相續人タルヘキ直系卑屬カ相
續ノ開始前ニ死亡シタ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遺產相續人ト爲ルモノナリ若シ
其直系卑屬多數ナルトキハ親等ノ近キ者其直系卑屬ノ順位ニ於テ相續シ同親
等ナルトキハ同時ニ其順位ニ於テ相續人ト爲ルモノナリ此點ハ大體ニ於テ家
督相續ノ場合ト同一ナルカ故ニ茲ニ之ヲ再說セス

第三節 遺產相續ノ效力

法律ハ本節ヲ三款ニ分チ第一款ニ於テハ總則トシテ遺產相續ノ效力ノ大綱及ヒ其效力發生ノ時期ヲ定メ第二款ニ於テハ各相續人ノ承繼スヘキ財産ノ部分及ヒ共同相續人ノ相續分讓受ノ權利ヲ規定シ第三款ニ於テ遺產分割ノ方法分割ノ禁止及ヒ分割ノ效力ヲ規定セリ

第一款 總則

第一 遺產相續ノ效力ノ範圍

遺產相續ハ相續人ヲシテ被相續人ノ財産ニ屬シタル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(第一〇〇一條) 被相續人ハ死亡ナル事ニ由リテ其存在ヲ失フモノナルカ故ニ其有セシ權利義務ハ總テ遺產相續人ニ移轉スルモノナリ故ニ相續開始ノ後ハ被相續人ノ債權者タリシ者ハ其相

續人ニ向ヒテ債權ノ辨濟ヲ請求スルコトヲ得被相續人ノ債務者タリシ者ハ相續人ニ對シ債務ノ辨濟ヲ爲ササルヘカラス而シテ遺產相續ハ其名稱ノ示ス如ク遺產ノ承繼ヲ爲ス目的ト爲スカ故ニ相續ニ因リテ相續人ハ被相續人ノ權利義務ヲ承繼スルノミニテ其身分ヲ承繼スルモノニ非ス 遺產相續人カ一人ナルトキハ被相續人ノ權利義務ヲ承繼スルノ結果相續人ヲシテ被相續人ト同一ノ地位ニ居ラシムルモノニテ主體ノ變更ハ權利義務ノ狀態ニハ何等ノ影響ヲ及ホサスト雖モ遺產相續人多數ナルトキハ被相續人ノ有セシ各權利義務ヲ數人ニテ承繼スルカ故ニ其權利義務ノ狀態ハ自然變更ヲ受ケサルヲ得サルニ至ル而シテ原則トシテハ數人ノ者カ或權利ヲ取得シタルトキハ其權利ハ數人ノ共有ト爲リ又數人ニテ或義務ヲ負擔セタルトキハ其義務ハ數人ニ分擔セラルルモノナルカ故ニ遺產ノ承繼ノ場合ニ於テモ法律ハ此原則ヲ適用シテ權利ハ共同相續人ノ相續分ニ應ジテ其共有ト爲シ義務モ亦其相續分ニ應ジテ分擔スヘキモノト爲セリ(第一〇〇二條第一〇〇三條)故ニ被相續人ノ權利ニ關シテハ分割アルマデハ各相續人ハ共有者トシテ權利ヲ行フコト

ヲ得其義務ニ關シテハ各相續人ハ唯其分擔シタルモノノミヲ履行スレハ足レリ外國ノ立法例中ニハ共同相續人間ニ於テハ義務ハ分擔スベキモノナレトモ權利者ニ對シテハ各相續人ハ全部ニ付テ履行ヲ爲ス責ニ任スト爲スモノズルモ我民法第千三條ハ單ニ各相續人ハ其相續分ニ應シテ義務ヲ承繼スヘキコトノミヲ定メ其他何等ノ規定ヲ設ケサルカ故ニ荷モ義務ノ目的ニシテ不可分ナラサル限リハ各相續人ハ其承繼シタル部分ノミヲ履行スレハ可ナルモノニシテ全部ノ履行ヲ強要セラルルコトナキモノナリ元來當事者間ニ於テハ債務ノ履行ハ不可分ナルカ故ニ被相續人ノ債權者ハ被相續人ニ對シテハ全部ノ履行ヲ強要スルコトヲ得ルモノナルニモ拘ラス一朝債務者ノ死シタルカ爲メニ其債權ノ執行カ分割セラルルト云フハ甚タ不利益ノ地位ニ立ツモノナリ然レトモ若シ相續ニシテ債務ノ全部ニ付テ履行ノ責アリトスレハ辨濟ヲ爲シタル相續人ハ他ノ相續人ノ無資力ト爲リタルカ爲メニ償還ヲ爲スコト能ハサルニ至ルトキハ甚シキ損失ヲ被ルニ至ルモノトス斯ク兩者ノ利害互ニ相反シ雙方共ニ之ヲ保護スルコト能ハサルカ故ニ法律ハ死亡ノ如キ不時ノ事故ニシテ人爲ノ

結果ニ非サルモノハ已ムヲ得ス其結果ヲ債權者ニ歸セシメ相續人ニ對シテハ原則ニ依リテ多數債務者アル場合ノ規定ト同一ナラシムルヲ相當ト認メタルナリ

(ロ) 遺產相續ハ被相續人ノ財産ニ屬セシ權利義務ノ承繼ナリ 民法ノ規定ハ私法上ノ關係ヲ定メタルモノナルカ故ニ民法中ニ規定セシ所ハ偶々公法上ノ關係ニモ適用セラルル如キ文字ヲ用ヒタル場合ニ於テモ其字義ハ私法的ニ限リテ解釋スルヲ正當トス此事ハ家督相續ノ效力ヲ述フル際ニ詳述セシ所ナリ遺產相續ノ場合ニ於テモ亦此ノ如ク解釋セラルヘカラム第千一條ニハ「被相續人ノ財産ニ屬セシ一切ノ權利義務」トアルカ故ニ公法上ノ權利義務ヲ包含セサルハ勿論私法上ノ權利義務ト雖モ財産ニ屬セサルモノハ遺產相續人ノ之ヲ承繼スル限ニ在ラス財産ニ屬セシ權利義務ト謂フハ明瞭ナル語ト謂フ能ハサルモノ子ノ解スル所ニ依レハ財産ニ屬セシ權利義務トハ之ヲ身分ニ屬スル權利義務ニ對シテ稱シタルモノニシテ被相續人ノ權利義務中或身分ヲ有スルカ爲メニ其結果トシテ有スルカ如キ權利又ハ義務ニ非サルモノヲ指稱スルモノノ如シ

語ヲ換ヘテ言ヘハ遺產相續人ハ被相續人ノ遺產ヲ承繼シ且ツ被相續人ノ身分ニ作フ所ノ法定義務以外ノ義務ヲ承繼スルモノナリ

(一) 遺產相續ハ被相續人ノ權利義務ニシテ其一身ニ專屬セサルモノノ承繼ナリ 一身ニ專屬スル權利義務ハ被相續人ノ身上ニ著目シテ發生スルモノナルカ故ニ被相續人ニ非サレハ其權利ヲ享有スルコトヲ得ス又其義務ヲ負擔スルニ及ハサルモノナリ故ニ此ノ如キ權利義務ハ相續人ニ移轉セサルモノナリ身分ニ伴フ權利義務ハ總テ其人ノ一身ニ專屬スルコトハ前ニ述ヘタリ若シ予ノ述フル所ニシテ誤ナカラシメハ第一千一條カ被相續人ノ一身ニ專屬セシ權利義務ハ相續人ニ移ラサルコトヲ定メタルニ拘ラス尙ホ其承繼スル權利義務ハ特ニ財産ニ屬スルモノノミナルコトヲ明言セシハ稍蛇足ヲ添ヘタルノ嫌ナキニ非ス

第二 遺產相續ノ效力發生時期

第一千一條ハ遺產相續人ハ相續開始ノ時ヨリ被相續人ノ權利義務ヲ承繼スルコトヲ定メタリ故ニ遺產相續ノ效力ハ相續開始ノ時即チ被相續人ノ死亡シタル

時ヨリ發生スルモノナリ此事ハ家督相續ノ場合ニ違ヘタル所ト同一ナルカ故ニ茲ニ再說セス

第二款 相續分

第一 相續分

遺產相續人カ一人ナルトキハ被相續人ノ財産ハ悉ク之ヲ承繼スルモノナルカ故ニ別ニ相續分ナル問題ヲ生セスト雖モ直系尊屬又ハ直系卑屬カ相續人ナル場合ニ於テハ相續人ハ數人存スルコトヲ得ルモノナルカ故ニ此場合ニ於テハ各自如何ナル割合ニテ相續財産ヲ承繼スルモノナルカハ法律之ヲ定メサルヘカラス民法ハ斯ル場合ニ於テ其共同相續人中ニ於テ被相續人ヨリ遺贈又ハ贈與ヲ受ケタル者アル場合ト此ノ如キ者ナキ場合トニ依リテ區別ヲ設ケタリ故ニ予モ亦此區別ニ依リテ共同相續人中被相續人ヨリ遺贈又ハ贈與ヲ受ケタル者ナキ場合ヲ普通ノ場合ト稱シ之ヲ受ケタル者アル場合ヲ特別ノ場合ト稱シ以テ各自ノ相續分ヲ論セントス

(一) 普通ノ場合ニ於ケル相續分

民法ノ定ムル所ニ依レハ普通ノ場合ニ於テ各相續人ノ受クヘキ相續財産ノ割合ハ被相續人ノ意思ニ因リテ定マルモノナリ而シテ被相續人カ其意思ヲ表示セサルトキハ法律ノ定メタル割合ニ從ヒテ各自ノ相續分ヲ定ムヘキモノトセリ予ハ先ツ法定ノ相續分ヲ前ニ説明シ然ル後被相續人ノ意思ニ依ル相續分ニ及ハント欲ス

(甲) 法定ノ相續分 第一千四條ニ依リテ之ヲ觀ルニ同順位ノ相續人數人アルトキハ其各自ノ相續分ハ相均シキモノトス故ニ直系卑屬カ相續スヘキ場合ニ於テ相續人三人ナルトキハ各相續財産ノ三分ノ一ヲ承繼スヘキモノナリ又直系尊屬カ相續スヘキ場合ニ於テ二人ナルトキハ各相續財産ノ二分ノ一ヲ受クヘキモノナリ元來相續ニ關シテハ成ルヘク被相續人ノ意思ニ從フヘキモノナルカ故ニ縱令被相續人カ明カニ其意思ヲ表示セサルカ故ニ法律ニ於テ適宜ニ其相續分ヲ定ムル場合ニ於テモ法律ハ成ルヘク被相續人ノ意思ニ適スルコトヲ主トセサルヘカラス而シテ同順位者ニ對シテハ被相續人ハ一視同仁ナルコト

モ此期間ハ不變期間ニアラサルヲ以テ當事者ノ合意ノ申立ニ因リ之ヲ短縮又ハ伸張スルコトヲ妨ケス又必スシモ裁判所ノ定メタル期間内ニ欠缺ヲ補正スルコトヲ要セス口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ之ヲ追完スルコトヲ得ヘシ欠缺ヲ補正シタルトキハ欠缺アリタル者ノ爲シタル訴訟行為ハ民事訴訟法上全ク有效ト爲レ爲レトモ然ラサルトキハ先ニ爲シタル條件附ノ訴訟行為ハ全ク無效ト爲ル而シテ裁判所ハ欠缺補正ノ爲メ定メタル期間ノ滿了前ニ於テハ縱令其事件ノ全部タルト一部タルト問ハス判決ヲ爲スコトヲ得ス

訴訟能力ノ説明ヲ終ルニ臨ミ一言スヘキハ民事訴訟法第四十六條、第四十七條ノ規定是ナリ同條ニ依レハ受訴裁判所ノ裁判長ハ左ノ場合ニ於テ訴訟行為ヲ爲スニ付キ特別代理人ヲ任命スルコトヲ得ルナリ

第一 法定代理人ナキ訴訟無能力者又ハ相續人未定ノ遺產又ハ不分明ナル相續人ニ對シテ訴ヲ起サントスルニ際シ遲滯ノ爲メ危害ノ恐アルトキ(第四十六條第一項)

第二 訴訟無能力者ノ何モノタルコトハ已ニ述ベタリ相續人未定ノ遺產トハ遺產ハ

存在スルモ未タ相續人ノ定マラサルモノヲ謂ヒ不分明ナル相續人トハ相續人ハ存在スルモ何人カ相續人ナルヤノ不明ナル場合ヲ謂フ此等ノ者ニ對シ訴訟ノ原告タル者ヨリ訴ヲ起サントスルニ該リ若シ無能力者ノ法定代理人ノ任設セラレ或ハ相續人ノ確定スルニ至ルマテ訴ヲ起スコトヲ猶豫スルトキハ之カ爲メ原告ノ權利ニ損害ヲ及ホスコトアル場合ニ於テ特別代理人ノ任設ヲ申請スヘキモノナリ

第二 生徒、雇人、商業使用人、其他職工、習業者ノ如キ第十五條ニ掲ケタル性質上永ク一定ノ地ニ寓在スル者ニ對シ其寓在地ノ裁判所ニ訴ヲ起サントスルトキ及ビ兵役義務履行ノ爲メニノミ服役スル軍人軍屬ニ對シテ其兵營地若タハ軍艦定繫所ノ裁判籍ニ訴ヲ起サントスルトキ此等ノ者ハ無能力者ニシテ其法定代理人他ノ地ニ住スル場合第四七條第一項ニ規定スル如ク右二箇ノ場合ニ於テ其訴訟事件ノ繫屬スヘキ裁判所ノ裁判長ハ申立ニ因リ特別代理人ヲ任命スルコトヲ得此二箇ノ場合ニ特別代理人ヲ任命スルハ訴訟ノ被告ト爲ル者ノ爲メニノミ選任スルコトヲ得ルモノニシテ原告ノ爲メニハ特

別代理人ノ任命ヲ許ササルモノナリ第四十六條ノ明文ニハ「訴ヲ起ス可キ場合ニ於テ」ト規定シ又第四十七條ニハ「訴ヲ受ク可キ場合ニ於テ」ト規定セリ此等ノ文字ニ依リテ疑ナキノミトラス特別代理人ヲ必要トスル立法上ノ理由ハ原告カ私法上ノ利益ニ付キ權利ヲ行使セントスルモ其相手方タルヘキ者無能力者若タハ未定ノ遺産相續人又ハ不分明ノ相續人ナルニ因リテ完全ニ訴ヲ提起スルコトヲ得ス隨テ其權利ノ救済ヲ求ムルコト能ハス又第十五條ノ規定ニ基キ永ク一定ノ地ニ寓在スル者ニ對シ訴ヲ起スヘキ場合ニ於テ其訴訟無能力者ノ法定代理人カ寓在地以外ノ地ニ住スルトキハ被告ノ普通裁判籍ニ訴ヲ起スヘキモノトセハ此特別裁判籍ヲ設ケタル立法上ノ趣旨ニ反スルコトナシトセス即チ原告ノ便宜上特別裁判籍ヲ定メタルニ拘ラス其法定代理人カ他ノ地ニ居住スルノ理由ヲ以テ無能力者等ノ寓在地ニ訴ヲ起スコトヲ得サルニ至ルハ立法上ノ趣旨ニ戾ルカ故ニ特別代理人ヲ任スルコトヲ得ルノ規定ヲ設ケタルナリ故ニ被告ノ爲メニノミ特別代理人ヲ任設スヘキモノナルコトハ疑ナキ所トス次ニ原告カ其寓在地ニ在ル無能力者ニ對シテ訴ヲ起サントスル場合ニ限リ

特別代理人ノ任命ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナレハ訴訟ノ進行中被告カ訴訟能力ヲ失ヒ若クハ法定代理人カ代理權ヲ失フカ或ハ法定代理人カ他ノ地ニ居住スルコトアル場合ト雖モ特別代理人ヲ任命スヘキモノニアラス訴訟進行中訴訟能力又ハ代理權ヲ失ヒタルトキハ訴訟手續ノ中断ヲ生スルモノニシテ本條ノ場合ニ該當セス

右ニ違ヘタル第一ノ場合ニ於テ特別代理人ノ任命ヲ求ムルニハ
一 被告カ無能力者ニシテ法定代理人ヲ有セサルコト
二 訴訟ノ遲滞ノ爲メ原告ニ危害ノ恐アルコト
ノ二條件ヲ必要トシ第二ノ場合ニ於テハ

一 財産權上ノ請求ニ限ルコト 即チ民事訴訟法第十五條ノ規定ハ財産權上ノ請求ニ限リ特別裁判籍ヲ設ケタルモノナレハナリ
二 第十五條ノ規定ニ所謂寓在地ノ裁判籍ニ訴ヲ起スヘキ場合ナルコト
三 訴訟無能力者カ法定代理人ヲ有スルモ其代理人カ寓在地ニ居住セザルコト

ノ三條件ヲ必要トス而シテ第二ノ場合ハ法定代理人カ無能力者ノ寓在地以外ノ地ニ住スルコトヲ要件トセルモ其法定代理人ノ存セサル場合ハ之ニ該當セス又第一ノ場合ニ於テハ訴訟遲滞ノ爲メニ危害ノ恐アルコトヲ要件トスルニ反シ第二ノ場合ニ於テ之ヲ要件トセザルハ蓋シ寓在地ノ裁判籍ハ特別裁判籍トシテ原告ノ利益ヲ計リタル場合ナレハナリ
特別代理人任命ノ申立ハ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得(第四六條第二項書面ヲ以テスル場合ハ其中立ヲ訴訟ノ繫屬スヘキ裁判所ニ訴狀ヲ差出ス以前ニ提出スルコトヲ要シ口頭ヲ以テスル場合ハ原告カ其訴訟事件ノ繫屬スヘキ裁判所ニ於テ陳述ヲ爲シ裁判所書記ハ第三百三十五條ノ規定ニ從ヒ其申立ニ付テノ調書ヲ作ルモノトス此特別代理人ノ任命ニ關スル裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ訴訟ノ繫屬スヘキ裁判所ノ裁判長其命令ヲ以テ爲スヘキモノナリ而シテ其裁判ハ申立ヲ許容シタル場合ナルト之ヲ排斥セタル場合ナルトヲ問ハス申請人ニ送達スヘク又申請ヲ許容シテ特別代理人ヲ任設シタルトキハ之ニ對シテモ亦其裁判長ノ命令ヲ送達スヘキモノトス

特別代理人任命ノ申立ヲ却下シタル裁判ニ對シテハ其申立人ヨリ第一ノ場合ニ限リ第四百五十五條以下ノ規定ニ從ヒ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘク第二ノ場合即チ寓在地ノ裁判籍ニ訴ヲ起スヘキ場合ニ於テハ抗告ヲ許サス蓋シ此場合ニ於テハ其法定代理人他ノ地ニ存在スルヲ以テ更ニ相當ノ手續ニ依リ適法ニ訴ヲ起スコトヲ得ルカ故ナラン(第四六條第三項第四七條第二項)獨逸民事訴訟法ニ於テハ此區別ヲ設クルコトナク何レノ場合ニ於テモ申請ヲ却下セラレタルトキハ抗告ヲ許セリ而シテ第二ノ場合ニ於テ其法定代理人カ他ノ地ニ居住スルコトヲ條件ト爲サス我民事訴訟法ハ之ニ反スルヲ以テ獨逸民事訴訟法ニ比シ其適用狹シ然レトモ第二ノ場合ニ於テ特別代理人ノ任命ヲ許ス以上ハ申請ヲ却下セタル裁判ニ對シテ抗告ヲ禁スルハ立法上ノ趣旨ヲ貫徹シタルモノト云フコトヲ得ス

裁判長ヨリ任命セラレタル特別代理人ハ無能力者ノ法定代理人若クハ相續人ノ出頭スルマテ訴訟行爲ニ付キ法定代理人ノ權利及ヒ義務ヲ有ス故ニ特別代理人ノ爲シタル訴訟行爲ハ法定代理人若クハ相續人ノ爲シタルモノト同一ノ效

力ヲ有シ後日訴訟ニ加ハリタル法定代理人若クハ相續人ハ特別代理人ノ爲シタル訴訟行爲ヲ否認スルコトヲ得サルモノトス特別代理人ハ後ニ無能力者ノ爲メ法定代理人カ任命セラレ或ハ第四十七條ノ場合ニ於テ法定代理人カ無能力者ノ寓在地ニ居住シタルカ爲メニ特別代理人ノ任務終了スルモノニアラス法定代理人若クハ相續人カ裁判所ニ出頭シテ自ラ訴訟行爲ニ加ハリタルトキハ當然特別代理人ノ任務終了スヘキモノナリ(第四六條第四項第四七條第二項)

第三章 訴訟代理人及ヒ輔佐人

訴訟代理人トハ訴訟能力者又ハ無能力者ノ法定代理人ノ委任若クハ裁判長ノ命令ニ因リ訴訟本人ニ代ハリテ訴訟行爲ヲ爲ス者ヲ謂ヒ輔佐人トハ訴訟能力者タル本人自ラ訴訟ヲ爲シ又ハ訴訟能力者ノ法定代理人カ訴訟ヲ爲ス場合ニ於テ此等ノ者ト共ニ裁判所ニ出頭シ口頭辯論ニ於テ其權利ノ伸張若クハ防禦ヲ爲ス爲メ原告若クハ被告ヲ補助スル者ヲ謂フ

並ニ行爲不行爲ノ結果ヲ指示誘導シ得ルコトヲ規定シ以テ本人訴訟主義ノ缺點ヲ補ヘリ我民事訴訟法ニ於テハ本人訴訟主義ヲ原則ト爲シ唯地方裁判所以ニ於テハ訴訟代理人ヲシテ訴訟ヲ爲サシムルトキハ辯護士ニ委任スヘキコトヲ規定セリ

第一 訴訟代理ノ方式

地方裁判所以以上ニ於テハ原告若クハ被告自ラ訴訟行爲ヲ爲ササルトキハ辯護士ヲ以テ訴訟代理人ト爲スヘキコトヲ本則トス若シ辯護士在ラサル場合ニハ訴訟能力者タル親族若クハ雇人ヲ以テ訴訟代理人ト爲シ若シ此等ノ者在ラサルトキハ他ノ訴訟能力者ヲ以テ訴訟代理人ト爲スコトヲ得第六三條第一項第二項

區裁判所ニ於テハ辯護士在ル場合ト雖モ訴訟能力者タル親族若クハ雇人ヲ以テ訴訟代理人ト爲スコトヲ得ヘシ然レトモ親族若クハ雇人ナキトキハ辯護士ヲ以テ訴訟代理人ト爲ササルヘカラス若シ辯護士ナキ場合ニ於テ始メテ訴訟能力者タル他人ヲ訴訟代理人ト爲スコトヲ得ルモノトス(第六三條第三項)

訴訟代理人ハ當事者本人即チ行爲能力アル當事者本人若クハ其法定代理人又ハ受訴裁判所ノ裁判長ヨリ任命スルコトヲ得而シテ本人並ニ法定代理人ヨリ訴訟代理人ヲ任設スルハ民法ノ規定ニ從ヒ委任契約ニ基クモノナリ又裁判長ヨリ訴訟代理人ヲ任設スルハ其命令ヲ以テ爲スモノナリ例ヘハ人事訴訟手續法第三條ニ於テ辯護士ヲ訴訟代理人ニ選任スル場合ノ如キ尙ホ受訴裁判所ハ訴訟上ノ救助ヲ受ケタル原告若クハ被告ニ對シテ辯護士ノ附添ヲ命スルコトヲ得此場合ニ於テハ救助ヲ受ケタル本人ト辯護士トノ間ノ委任契約ニ因リ辯護士ハ訴訟代理人ト爲ルモノトス(第九七條第二項)

訴訟代理人ヲシテ訴訟行爲ヲ爲サシメントスル場合ニハ當事者一人ニシテ一人若クハ數人ノ代理人ヲ任設スルコトヲ得又當事者ノ多數カ一人ノ代理人ヲ設タルコトモ自由ナリ尙ホ數人ノ代理人ハ必スシモ同時ニ任設スルコトヲ要セス時ヲ異ニスルモ妨ナシトス訴訟代理人ヲ任設スルニハ別段ニ方式ヲ必要トセス法律行爲ノ委任ニ關スル規定ニ從ヒ當事者ノ意思表示ノミヲ以テ足レリ然レトモ訴訟委任ハ裁判所ノ記録ニ備フヘキ書面ヲ以テ證明セラル

ヘカラス(第六四條第一項委任契約ニ因ル訴訟代理權ヲ證明スヘキ書面ハ私署證書タルト公正證書タルトヲ問ハス然レトモ私署證書ナルトキハ必ス原本ヲ裁判所ニ差出スコトヲ要ス(第三四九條第二項)原本若クハ認證アル原本ヲ差出スコトヲ得ス若シ公正證書ナルトキハ正本若クハ認證アル原本ヲ裁判所ニ差出ササルヘカラス而シテ其委任ヲ證明スヘキ書面ハ裁判所ノ記録ニ備フヘキモノナリ此ノ如ク訴訟委任ヲ書面ヲ以テ證明スヘキコトヲ要スト爲シ且ツ裁判所ノ記録ニ備フヘキモノト爲シタルハ訴訟代理權ノ欠缺アルヤ否ヤハ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス裁判所ノ職權ヲ以テ調査スヘキ事項ニ屬シ若シ欠缺アリタルトキハ其者ノ爲シタル訴訟行爲ハ全然無効ト爲ルカ故ナリ然レトモ訴訟委任ヲ證明スル方法ハ必スシモ當事者ヨリ提出スル書面ヲ以テスルコトヲ必要トセス口頭辯論ノ期日又ハ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ於テ當事者カ代理ヲ委任スル人ト共ニ出頭シ其者ニ對シテ訴訟代理ヲ委任スルコトヲ陳述シ之ヲ裁判所ノ調査ニ記載セシムレハ書面委任ト同一ノ效力ヲ有スルモノトス即チ訴訟委任ヲ證明スル方法ハ書面ヲ以テスルト口頭委任ノ調

書ヲ以テスルノ外之ヲ許サス故ニ右二箇ノ方法ニ依リテ證明シ能ハサルモノハ訴訟代理人ニアラサルノ結果ヲ生ス(第六四條第三項)

訴訟委任ヲ私署證書ヲ以テ證明スル場合ニハ相手方ノ請求ニ因リ之ヲ認證セシメサルヘカラス其認證ヲ爲スハ公證人若クハ相當官吏之ヲ爲スヘキモノナリ私署證書ノ認證ハ必ス相手方ノ請求ニ因ルコトヲ要シ裁判所ハ之ヲ爲サシムルコトヲ得ス(第六四條第二項)

第二 訴訟代理權ノ範圍

訴訟代理權ノ範圍ハ民法ノ原則ヨリスレハ訴訟代理人ト當事者トノ間ニ於ケル委任契約ノ範圍ニ從テ定マルモノニシテ其代理權アリヤ否ヤハ實體法ノ規定ニ依リテ判斷スヘキモノナリ然ルニ民事訴訟法ハ反對ノ當事者即チ相手方ニ對シ擔保ヲ爲スカ爲メ又訴訟ノ進行ヲ速ナラシムルカ爲メニ當事者ノ意思ニ關セス訴訟委任ノ範圍ヲ定メタリ即チ其代理權ノ範圍ハ訴訟代理人カ其訴訟事件ヲ完結スルカ爲メニ必要ニセテ且ツ其訴訟事件ヲ處理スルニ當リ自由ノ行動ヲ要スルカ爲メ必要ナル範圍ヲ定メタリ民事訴訟法ノ規定ニ基テ代理

權ノ範圍ヲ普通委任ト特別委任トニ區別スルコトヲ得ヘシ訴訟委任ヲ爲ストキハ裁判所及ヒ相手方ニ對シ當然一定ノ權限アルモノト看做サルヘキモノハ普通委任ニシテ或行爲ヲ爲ス爲メ特別ノ委任ヲ要スルモノハ特別委任ナリ

(一) 普通委任 普通ニ訴訟代理權ヲ與フレハ其訴訟ニ關スル一切ノ訴訟行爲ヲ爲スノ權即チ本訴ニ關スル辯論、取下、故障抗告ヲ爲シ反訴、主參加、假差押、假處分及ヒ強制執行ヲ爲スニ必要ナル代理權ヲ有ス其他訴訟費用ニ付キ相手方ヨリ辨濟ヲ受タルノ權ヲ有ス故ニ訴訟委任ヲ爲シタル場合ハ委任ヲ受ケタル者ハ當然此等ノ行爲ヲ爲スコトヲ得ルナリ(第六五條第一項)

右訴訟委任ニ關シテ定メタル法律上ノ範圍ハ當事者ト代理人トノ間ニ於テ之ヲ制限スルモ其制限ハ相手方ニ對シテ效力ナシ即チ訴訟ヲ委任セル本人ト代理人トノ間ニ在リテハ委任契約ノ法律關係ニ依リテ定マルカ故ニ本人ハ代理人ニ對シテ之ヲ制限スルコトヲ妨ケスト雖モ代理人ト相手方トノ關係ハ全ク之ニ異ナリ法律ノ必要ト認メタル權限ヲ制限シテ有效ナリト爲ストキハ相手方ハ完全ニ訴訟行爲ヲ實行スルコトヲ得ス故ニ普通委任ノ範圍ヲ本人ト代理

人トノ間ニ於テ制限スルモ相手方ニ於テ之ヲ知ルト否トニ關セス總テ無効ナリトス但シ本人ト代理人トノ間ニ於テ委任契約ノ趣旨ニ基キ損害賠償ノ請求權生スルヤ否キハ民法ニ依リテ定マル問題ナリトス一ノ例外ト爲スヘキハ辯護士ニアラサル訴訟代理ノ場合はカリ辯護士ニアラサル訴訟代理人ニ關シテハ各箇ノ訴訟行爲ニ付キ委任ヲ爲スコトヲ得ヘシ故ニ辯護士以外ノ者ニ對スル訴訟委任ヲ證スヘキ書面ニハ代理權ノ範圍ヲ明示スルコトヲ必要トス(第六六條)

(二) 特別委任 訴訟代理人カ特別ノ委任ヲ受ケタルニアラサレハ控訴若クハ上告ヲ爲シ、再審ヲ求メ、代人ヲ任シ和解ヲ爲シ、訴訟物ヲ拋棄又ハ相手方ヨリ主張スル請求ヲ認諾スルノ權ヲ有セス(第六五條第二項)此特別委任モ書面ニ依リテ證明セラレサルヘカラス而シテ之ヲ委任スルニハ一ノ事項ノミヲ委任スルモ數箇ノ事項ヲ委任スルモ當事者ノ隨意ナリト雖モ委任ヲ證スヘキ書面ニハ如何ナル事項ヲ委任セラレタルヤ各事項ニ付キ明記スルヲ要ス特別委任ハ普通委任ヲ爲スト同時若クハ時ヲ異ニシテ之ヲ爲スコトヲ妨ケス特別委任ヲ普通

委任ノ中ニ包含セシメザリシハ此等ノ事項ハ當事者ノ權利ニ重大ナル關係ヲ有スルヲ以テ特別ノ委任アリタル場合ニ限り代理人カ之ヲ爲スコトヲ得ト定メタル所以ナリ獨逸新舊民事訴訟法ニ於テハ特ニ普通委任及ヒ特別委任ノ區別ヲ設ケス訴訟委任ヲ爲ストキハ其委任ハ當然我民事訴訟法ノ普通委任ト特別委任ヲ包含スルヲ原則トシ唯代理權ノ範圍ニ有效ニ制限ヲ加ルコトヲ得ルモノハ和解訴訟物ノ拋棄及ヒ請求認諾ノ場合ニ限レリ故ニ右等ノ事項ハ本人ノ意思ニ因リテ有效ニ制限スルコトヲ得ルモ其他ノ事項ハ本人ノ特別ニ委任スルコトヲ必要トセス又代理權ヲ制限スルモ無効ナリトセリ

訴ノ取下ハ我民事訴訟法ノ規定ニ依レハ普通委任ヲ受クタル訴訟代理人ハ有效ニ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ訴ノ取下ハ訴訟終局ノ一方法ニシテ訴訟ノ拋棄ナリ控訴上告ヲ特別委任中ニ包含セシメタル以上ハ取下モ當事者ノ權利義務ニ重大ナル關係ヲ及トスモノナレハ特別委任中ニ包含セシメサレハ立法ノ趣旨ニ反スルカ如シ

第三 訴訟委任ノ效力

本人ト代理人トノ間ニ於ケル訴訟委任ノ關係ハ委任契約ノ規定ニ依リテ定マルモノナリ故ニ訴訟代理人ハ民法ノ規定ニ從ヒ委任者ノ爲メ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ訴訟事務ヲ處理スルノ義務ヲ負フモノニシテ若シ委任事務ヲ處理スルニ當リ代理人ノ過失等ニ因リテ生シタル損害ハ代理人ハ委任者ニ對シテ賠償セサルヘカラス茲ニ注意スヘキハ民法ノ規定ニ從ヘハ委任契約ハ當事者ノ一方カ法律行為ヲ爲スコトヲ相手方ニ委託スルモノナレハ訴訟行為ヲ法律行為ニアラストセハ訴訟委任ハ民法ニ所謂純然タル委任契約ニアラス法律行為ニアラサル事務ノ委託トスヘキナリ訴訟委任ニ關スル訴訟法上ノ效果ハ左ノ如シ

(一) 訴訟代理人數人アルトキハ共同若クハ各別ニテ代理スルコトヲ得第六七條同時若クハ時ヲ異ニシテ委任シタル數人ノ代理人ハ共同ニテ代理スルコトヲ得ルハ勿論一人ニテ完全ニ當事者ヲ代表シテ訴訟行為ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ故ニ數人ノ訴訟代理人中一人カ口頭辯論期日ニ缺席スルモ他ノ代理人カ缺席セサルトキハ當事者ハ訴訟行為ヲ懈怠ナキモノト看做サル要スルニ數

人ノ訴訟代理人ハ共同シテ當事者ヲ代理スルノ權ヲ有スルト同時ニ獨立シテ代理スルノ權ヲ有シ而シテ此數人ノ代理人ヲ任設シタル場合ニ當事者カ其代理人ニ對シテ共同ニテ代理スヘカラストノ制限ヲ加ヘタリトスルモ當事者ト代理人トノ關係ニ付テノミ其效力ヲ有スルニ止マリ裁判所又ハ相手方ニ對シテ其制限ノ效力ナキモノトス(第六七條但書又數人ノ代理人ヲ任設シタル場合ニ其數人ノ代理人ノ行爲カ相抵觸シタル場合アルトキハ何レノ行爲ヲ以テ本人ヲ代表シタルモノト認ムヘキヤ否ヤ即チ數人ノ陳述カ相抵觸シタルトキハ何レノ陳述ヲ以テ本人ノ行爲ト看做スヘキヤ否ヤニ付テハ恰モ本人ノ陳述若クハ一人ノ代理人ノ陳述カ前後相矛盾シタル場合ト同一ナレハ裁判所ハ自由ナル心證ヲ以テ取捨スルノ外ナシトス

(二) 訴訟代理人カ委任ノ範圍内ニ於テ爲シタル訴訟上ノ行爲若クハ不行爲ハ原告若クハ被告ニ對シテ其本人ノ爲シタル行爲不行爲ト同一ナリトス第六八條第一項故ニ代理人カ口頭辯論期日ニ出頭セザレハ當事者本人ノ出頭セザルト同一ニシテ本人ノ懈怠ト看做スモノトス其結果トシテ判決ハ必ス當事者ノ

名義ヲ以テ言渡シ代理人ニ對シテ言渡スヘキモノニアラス且ツ當事者ニ對シテノミ判決確定ノ效力ヲ生スヘシ然レトモ代理人ノ事實上ノ陳述ハ其代理人ト共ニ裁判所ニ出頭シタル原告若クハ被告ヨリ即時ニ之ヲ取消シ又ハ更正セタルトキニ限り其效力ヲ失フ(第六八條第二項代理人ノ行爲カ當事者本人ノ更正若クハ取消ニ因リ效力ヲ失フモノハ單ニ事實上ノ陳述ノミニ限ル故ニ判決ヲ受クヘキ事項ノ申立證據方法ノ申出等法律上ノ點ニ關スル代理人ノ陳述ハ縱令當事者本人カ之ヲ更正又ハ取消スモ其效力ナシ又事實上ノ陳述ノ更正取消ニ付テモ本人之ヲ即時ニ爲サザレハ其效力ナシ故ニ代理人カ第一口頭辯論期日ニ於テ陳述セル事實ヲ本人カ其後ノ辯論期日ニ出頭シテ更正若クハ取消ヲ爲スモ其效力ヲ生セス

(三) 訴訟代理ハ委任者ノ死亡訴訟能力若クハ法律上代理ノ變更委任ノ廢罷代理ノ謝絕等ニ因リテ消滅スルトキハ相手方ニ對シテ其消滅ヲ通知スルヤテ效力ヲ生セス即チ代理權消滅ノ事由發生ト同時ニ代理權消滅ノ效力ヲ生スルモノニアラスシテ裁判所及ヒ相手方ニ對シテハ其通知ヲ爲シタルトキニ於テ始

メテ發生ス其通知ハ委任者タル原告若クハ被告ヨリ受訴裁判所ニ書面ヲ差出シ裁判所ハ之ヲ相手方ニ送達スヘキモノナリ第六九條第一項第二項故ニ口頭辯論ニ於テ消滅ノ通知ヲ爲スモ其效力ナキハ勿論其書面ヲ裁判所ニ差出スモ之ヲ相手方ニ送達セサル間ハ其效力ヲ生セス然レトモ代理人ノ謝絶ニ因ル代理權ノ消滅ハ之ヲ相手方ニ通知シタル後ニ於テモ本人カ他ノ代理人ヲ任設スルカ若クハ自ラ訴訟行爲ヲ爲シテ自己ノ權利防衛ヲ爲スニ至ルマデハ代理人ハ委任者ノ爲メニ有效ニ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ第六九條第三項故ニ委任者カ相當ノ方法ヲ以テ自己ノ權利ノ防衛ヲ爲ササル間ハ代理權ノ消滅シタル代理人ハ法律上代理權アルモノト看做サルノ結果ヲ生ス

(四) 委任ノ欠缺 委任ノ欠缺ハ原告若クハ被告ノ爲メ其代理人ナキモノト看做ス第七〇條第一項委任ノ欠缺トハ訴訟法上ニ於テノ欠缺ヲ謂フモノニシテ即チ訴訟委任カ書面ニテ證明セラレス或ハ當事者本人カ裁判所ニ出頭シテ口頭委任ヲ爲ササルニモ拘ラス或一人カ原告若クハ被告ノ代理人トシテ訴訟ニ參與シタル場合ノ如キヲ謂フ故ニ實體法上ニ於テ縱令委任契約カ成立セル場

合ト雖モ右二箇ノ方法ヲ以テ證明セラレサルトキハ委任ノ欠缺アルモノト爲ササルヘカラス此等ノ證明ヲ盡ササル場合ニ代理人ト稱シテ口頭辯論ニ出頭シタル者アルトキハ之ヲ退廷セシムヘキモノト又書面委任若クハ口頭委任ナキモ者代理人ト稱シテ爲シタル行爲不行爲ハ當事者ノ行爲ト看做サス隨テ其自稱代理人ノ爲シタル行爲不行爲ノ效力ハ當事者ニ對シテ及フモノニアラス故ニ口頭辯論ノ期日ニ適式ノ委任ナキ者カ出頭シタルトキハ第七十條第二項ノ場合ヲ除キ相手方ノ申立ニ因リテ關席判決ヲ言渡スコトヲ得ヘシ然レトモ關席判決ノ言渡ヲ爲スハ訴ノ提起カ適法ナル場合ナルコトヲ要ス故ニ適式ノ委任ナキ訴訟代理人ヨリ訴ヲ提起シタル場合ノ如キハ適法ノ起訴ナキモノナレハ本案ノ裁判ヲ爲スコトヲ得ス訴ヲ不適法トシテ却下セサルヘカラス

委任ノ欠缺ハ裁判所カ職權ヲ以テ調査スヘキ事項ニ屬ス即チ第一審タル第二審タルト問ハス又受命判事ト受託判事ト問ハス又強制執行ヲ爲ス場合ニ於テモ之ヲ調査セサルヘカラス此委任ノ欠缺ハ第二百六條ノ妨訴抗辯ニ屬

セス然レトモ訴訟行為ヲ無効ニ歸スルモノナレハ當事者ハ之ヲ質問スルコトヲ得ヘク即チ訴訟委任カ私署證書ナルトキハ認證ヲ求ムルコトヲ得ルカ如キモ此趣旨ニ基クモノナリ而シテ委任ノ欠缺アルニ拘ラス訴訟事件ヲ進行シ其判決確定スルニ至リタルトキハ委任ノ欠缺ヲ理由トシテ再審ノ訴ヲ以テ其判決ヲ覆スコトヲ得ヘシ(第四六八條第四號)

裁判所カ委任ノ欠缺ノ有無ヲ調査シテ訴訟代理人トシテ出頭シタル者カ全ク委任ナキカ或ハ適式ノ委任ナキ場合ニ於テハ事情ニ因リ費用及ヒ損害ノ保證ヲ立テシメ又ハ之ヲ立テシメスシテ假ニ訴訟行為ヲ爲スコトヲ許スコトヲ得(第七〇條第二項)假ニ訴訟行為ヲ爲スヲ許スト否トハ裁判所ノ意見ニ依ル裁判所ハ假ニ許シタルモノナレハ何時ニテモ其許可ヲ取消スコトヲ得ヘシ而シテ假ニ訴訟行為ヲ爲ス許可ヲ與フルニ付テ相手方異議ヲ述ヘタルトキハ別ニ裁判ヲ必要トセサルモ若シ異議ヲ述ヘタルトキハ中間判決ヲ以テ其異議ノ如何ヲ裁判スルカ或ハ終局判決ノ理由中ニ於テ其當否ヲ判定スヘキモノナリ此等ノ場合ニ許可ヲ與フルハ裁判所ノ意見ニ一任スト雖モ其條件トシテ後日委任

ノ欠缺カ補正セラルル見込アル場合ナルコトヲ要ス若シ其見込ナキニ假ニ其訴訟行為ヲ爲スコトヲ許スモ當事者ニ對シ何等ノ利益ナキモノナレハナリ前述ノ如ク委任ノ欠缺ハ審級ノ如何ヲ問ハス調査スヘキモノナレハ其結果第二審ニ於テ第一審裁判所カ委任ノ欠缺ヲ看過シタルコトヲ發見スルトキハ原判決ヲ廢棄シテ訴ノ却下ヲ言渡スカ或ハ口頭辯論ニ於テ欠缺アル代理人カ出頭シテ辯論シタルコト明カナルトキハ其以後ノ訴訟手續ヲ廢棄セテ更ニ辯論ヲ爲サシムルカ爲メ事件ヲ第一審ニ差戻スノ判決ヲ爲スヘシ裁判所カ假ニ訴訟行為ヲ爲スコトノ許可ヲ與ヘタルトキハ其委任欠缺ノ補正ヲ爲ス期間ヲ定メサルヘカラス其期間ノ經過シタルトキト雖モ判決ニ接著スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマデハ當事者ハ訴訟行為ヲ追完スルコトヲ得ヘシ期間内ニ委任ノ欠缺カ補正セラレ又ハ口頭辯論ノ終結マデニ追完セラレタルトキハ訴訟代理人カ假ニ爲シタル行為ハ初ヨリ有效ト爲ルヘシト雖モ若シ委任ノ欠缺カ補正セラレサルカ或ハ追完セラレサレハ其行為ハ盡ク無効タリ此ノ如キ關係アルヲ以テ判決ハ委任カ補正セラレタルカ若クハ之ヲ補正スル爲メ裁判所ノ定メタ

ル期間ノ満了後ニ限リ言渡スヘキモノトス(第七〇條第三項)

第二節 輔佐人

輔佐人トハ權利ノ伸張若クハ防禦ヲ爲スカ爲メ主タル當事者若クハ其法定代理人ト共ニ口頭辯論ニ出頭スル者ヲ謂フ故ニ輔佐人ハ原告若クハ被告ノ代理人ニアラス當事者ノ辯論ヲ補助スル者ナレハ其結果本人ト共ニ裁判所ニ出頭スルコトヲ要ス輔佐人ニ二種アリ辯護士及ヒ然ラサル訴訟能力者是ナリ辯護士ヲ輔佐人トシテ裁判所ニ出頭セントスルニハ裁判所ノ許可ヲ要セス當事者隨意ニ之ヲ選定スルコトヲ得唯原告若クハ被告ハ準備書面又ハ口頭ヲ以テ裁判所ニ對シ輔佐人ヲ選任シタル旨ヲ陳述スルヲ以テ足レリトス辯護士ニアラサル訴訟能力者ヲ以テ輔佐人トスルニハ裁判所ノ許可ヲ要ス其許可ハ何時ニテモ之ヲ取消シ得ヘキモノナリ蓋シ辯護士ニアラサル訴訟能力者中ニハ本人ヨリ智能不十分ナル者ナレトセス而シテ演述ヲ爲シタル上ニアラサレハ裁判所ハ其如何ヲ知ルコトヲ得ス此ノ如キ場合ニ於テハ寧ろ本人ヲシテ陳述セシ

無訴權ノ抗辯ハ前ニ述ヘタル如ク爭カ性質上司法裁判所ノ裁判ヲ受クルコト能ハサル場合ニ爲スヘキモノニシテ仲裁契約ノ抗辯ハ其事件ノ性質カ司法裁判所ノ救済ヲ求ムルコトヲ得サルヲ理由トスルモノニアラス元來其性質ハ司法裁判所ノ裁判ヲ受クルコトヲ得ヘキ爭ヲ故ラニ司法裁判所ニ依ラス仲裁判斷ニ依リテ決スヘシトノ當事者ノ合意ニ基キテ爲スモノナリ而シテ此二ツノ抗辯ハ其性質ノ相異ナル結果當事者ノ隨意ニ拋棄スルコトヲ得ルト否トノ差異ヲ生ス仲裁契約ノ抗辯ハ單ニ當事者ノ合意ニ基因シ公益ニ何等ノ關係ナキヲ以テ當事者ノ隨意ニ拋棄スルコトヲ得ルハ勿論ナレトモ無訴權ノ抗辯ハ國家ノ機關ノ權限ニ關スルモノニシテ當事者ノ隨意ニ拋棄スルコト能ハス隨テ訴訟ノ性質無訴權ノモノナルヤ否ヤハ裁判所ニ於テモ亦常ニ職權ヲ以テ調査セサルヘカラス約言スレハ仲裁契約ノ抗辯ハ妨訴抗辯ニ類スル所アリト雖モ其性質第二百六條ニ列舉シタル妨訴抗辯中ノ何レニモ屬セサルヲ以テ一ノ獨立ノ抗辯ト爲スコトヲ得ルニ過キスヤ固ヨリ妨訴抗辯ノ效力ヲ有スルモノニアラサルナリ

又右妨訴ノ抗辯ヲ爲シ得ル場合ノ外ハ訴訟カ他ノ要件ヲ缺クトキト雖モ被告ハ此欠缺ニ基キ應訴ヲ拒ムコト能ハス例ヘハ訴狀ノ必要條件ヲ具備セサルトキ又ハ訴ノ併合カ違法ナルトキ或ハ又訴ノ原因ノ變更アリタルトキ證書訴訟ニ於テ其要件ヲ具備セサルトキノ如キハ第一百十九條ニ從ヒ此點ニ付テ辯論ヲ制限スルノ命令ヲ受ケ而シテ別ニ第二百二十七條ニ依リテ裁判ヲ受クルコトヲ得レトモ此場合ニ於テ妨訴ノ抗辯ヲ許スノ規定ナキヲ以テ被告ハ右要件ノ欠缺ヲ抗辯トシテ本案ノ辯論ヲ拒ムコト能ハス尤モ此ノ如キ場合ニハ裁判所ニ於テモ成ルヘク本案ノ辯論前ニ其點ニ付キ調査ヲ爲シ判決ヲ爲スモノナリ何トナレハ本案ノ辯論ヲ爲サシムルモ全ク無用ニ歸スルコトアレハナリ

次ニ妨訴抗辯提出ノ條件ヲ述ヘン

第一條件 被告ノ本案ニ付テノ辯論前ニ提出スルコト

第二條件 數多ノ妨訴抗辯アルトキハ之ヲ同時ニ提出スルコト

右第一條件ノ理由ハ妨訴ノ抗辯ハ其效力被告カ本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得ルニ在レハ其本案ノ辯論以前ニ之ヲ提出スルハ至當ノ順序ナルノミナラス其後

ニ提出スルコトヲ許ストキハ前ニ爲シタル本案ノ辯論ハ全ク無用ニ歸スルコトアルヲ以テナリ第二〇六條第一項第二條件ノ理由ハ要スルニ訴訟ノ遅延ヲ防クニ在リ若シ被告ヲシテ先ツ其提出シタル一ノ妨訴ノ抗辯ノ棄却セラレハ待テ順次ニ他ノ妨訴ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得セシメハ爲メニ多クノ時間ト費用トヲ要シ爭訟ノ落著ヲ遅延セシムルニ至レハナリ

右二條件ニ反スルトキハ妨訴ノ抗辯ハ之ヲ提出スルコトヲ得サルヲ原則トス然レトモ被告カ有效ニ拋棄スルコトヲ得サル妨訴ノ抗辯ハ裁判所カ職權ヲ以テモ調査セサルヘカラサル事項ニ關スルヲ以テ既ニ被告カ本案ノ辯論ヲ爲シタル後ニ至リテモ尙ホ之ヲ提出スルコトヲ得ヘシ何トナレハ右妨訴ノ抗辯ハ經令被告カ之ヲ提出セサルモ裁判所ニ於テ其原因アルヲ發見スルトキハ何時ニテモ此點ニ於テ訴ヲ却下セサルヲ得サレハナリ然ラハ妨訴ノ抗辯中何レカ拋棄シ得ヘク何レカ拋棄シ得サルモノナルカ此區別ハ民事訴訟法中明文ヲ以テ規定セス然レトモ抗辯ノ性質上之ヲ知ルコト容易ナリ即チ無訴權ノ抗辯財產權上ノ請求ニ非サル訴及ヒ專屬管轄ノ定アル訴ニ付テノ管轄違ノ抗辯訴訟

能力欠缺ノ抗辯、法律上代理欠缺ノ抗辯ノ如キハ、就レモ公益ニ關スルモノニシテ裁判所カ職權調査ヲ以テ其抗辯ノ原因アルコトヲ知ルトキハ、當事者ノ意思如何ニ關セス本案ノ裁判ヲ爲サスシテ直チニ訴ヲ却下スヘキモノナルカ故ニ當事者ノ隨意ニ拋棄シ能ハサルモノニ屬ス之ニ反シテ合意管轄ヲ許ス訴ニ付テノ管轄違ノ抗辯ノ如キハ、既ニ合意ヲ以テ其管轄ヲ動カスコトヲ許ス以上ハ、當事者ノ此抗辯ヲ拋棄シテ暗ニ管轄違ノ裁判所ニ於テ裁判ヲ受クルコトヲ承認スルヲ禁スルノ理由ナシ又權利拘束ノ抗辯ノ如キモ公益ニ關スルモノニアラスシテ之ヲ用フルト否トハ被告ノ隨意ナルコトハ、第九十五條ノ規定ニ依ルモ明カナリ其他訴訟費用未済ノ抗辯訴訟費用保證ノ欠缺ノ抗辯、延期ノ抗辯ハ就レモ被告一箇ノ利益ニ關スルモノニシテ此抗辯ヲ爲スト否トハ被告ノ隨意ニ在リテ裁判所ノ干渉スルニ及ハサルモノナリ

又右被告ノ拋棄スルコトヲ得ル妨訴ノ抗辯ト雖モ被告カ此抗辯ヲ有スルコトヲ知リツツ又ハ之ヲ知ルヘカリシニ拘ラス本案ノ辯論前提出セザリシニアラスシテ全ク被告ノ過失ナクシテ以前ニ提出スルコト能ハザリシ理由ヲ疏明ス

ルトキハ本案ノ辯論後ニ於テモ猶ホ之ヲ提出スルコトヲ得(第二〇六條第三項) 次ニ妨訴ノ抗辯ノ效力ヲ説明セシ

妨訴ノ抗辯ノ效力ハ要スルニ被告カ之ヲ提出シテ本案ノ辯論ヲ拒ミ直チニ訴ノ却下ヲ求ムルヲ得ルニ在リ(延期ノ抗辯ハ之ニ基キテ訴ノ却下ヲ求ムヘキノ限ニ在ラス)但シ妨訴ノ抗辯ヲ提出スルモ之ニ基キテ本案ノ辯論ヲ拒ムト否トハ被告ノ隨意ニシテ被告ハ場合ニ從ヒ本案ノ辯論ニ應スルコトヲ得而シテ被告カ本案ノ辯論ヲ拒ムトキハ裁判所ハ其抗辯ニ付テ別ニ辯論ヲ爲サシメ判決ヲ與ヘサルヘカラス其他被告カ本案ノ辯論ヲ拒マサルトキト雖モ裁判所ハ當事者ノ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ妨訴ノ抗辯ニ付キ別ニ辯論ヲ命シ此點ニ付テノ判決ヲ爲スコトヲ得(第二〇七條第一項)蓋シ妨訴ノ抗辯ノ正當ナルトキハ本案ノ辯論ハ全ク無益ニ歸スヘケレハナリ又被告カ數多ノ妨訴ノ抗辯ヲ提出シタルトキハ、第九十九條ノ規定ノ適用ニ依リ其中ノ一二ニ限リテ辯論ヲ命スルコトヲ得ヘシ

右妨訴抗辯ノ辯論ノ結果其理由アルトキハ延期ノ抗辯ノ場合ヲ除ク外直チニ

訴ヲ却下スルノ判決ヲ爲スヘキモノナリ此訴却下ノ判決ハ終局判決ニシテ直
チニ上訴ヲ爲スコトヲ得ルハ疑ナキ所タリ唯事物ノ管轄違ノ訴ニ付テハ總則
第九條ノ規定ニ依リ申立ニ因リテ訴ノ却下ト同時ニ之ヲ管轄裁判所ニ移送ス
ルノ言渡ヲ爲スヘキモノナリ而シテ右却下ノ判決ハ本案ニ立入りテ爲シタル
判決ニアラサルカ故ニ本案ニ付キ既判力ヲ生セス故ニ妨訴抗辯ノ原因ヲ消滅
セシメタル後ハ原告ハ再ヒ同一ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ但シ無訴權ノ抗
辯ノ如キハ事件ノ性質ニ附著セル抗辯ニシテ法律ノ力ニ依ルニアラサレハ其
原因ヲ除去スルコト能ハサルハ明カナリ

右ノ場合ニ反シテ妨訴ノ抗辯ヲ理由ナシトスルトキハ則チ之ヲ棄却スルノ判
決ヲ爲スヘキモノナリ此判決ハ一ノ中間判決ナルカ故ニ法律ニ別段ノ規定ナ
キ以上ハ裁判所ハ此判決ノ後直チニ進ミテ本案ノ辯論ヲ爲サシメ而シテ本案
ノ判決ヲ爲ササルヘカラス然レトモ我民事訴訟法ハ便宜上之ヲ終局判決ト看
做シ之ニ對シテ獨立ノ上訴ヲ爲スコトヲ許セリ法文ニ上訴ニ關シテハ終局判
決ト看做ストアリ是レ即チ其性質ハ中間判決ナレトモ上訴ヲ許ス點ニ於テ終

局判決ト同一視スルモノナリ故ニ此判決ノアリタル後ハ通例裁判所ニ於テハ
本案ノ辯論ヲ中止シ其判決ノ確定ヲ待テ當事者ノ申立ニ因リ更ニ期日ヲ定メ
テ本案ノ辯論ヲ爲サシムルモノナリ是レ即チ上訴ノ結果妨訴ノ抗辯ヲ棄却シ
タル判決カ廢棄セララルニ於テハ本案ニ付テノ辯論及ヒ判決等總テノ本案ノ
手續カ無効ニ歸スルノ虞アルヲ以テナリ然レトモ右判決後本案ノ辯論ヲ中止
スルコトハ必スシモ法律ノ命スル所ニアラス事件カ急速ヲ要スルカ如キ場合ニ
裁判所ニ於テ相當ト認メタルトキハ申立ニ因リ妨訴ノ抗辯棄却ノ判決ヲ爲シ
タル後直チニ本案ノ辯論ヲ命シ本案ノ判決ヲ爲スコトヲ得ルナリ(第二〇七條
第二項)

右ノ如クナルヲ以テ裁判所カ妨訴ノ抗辯棄却ノ判決ヲ爲シタル後被告カ之ニ
對シ上訴ヲ爲シタル場合ニモ第一審裁判所ハ續キテ本案ノ裁判ヲ爲スコトヲ
得ヘシ此場合ニ若シ控訴審ニ於テ第一審裁判所ト同シク妨訴ノ抗辯ヲ理由ナ
シトシテ控訴棄却ノ判決ヲ爲シタルトキニハ何等ノ不都合ヲ生セスト雖モ若
シ然ラスシテ控訴ヲ理由アリト爲シ即チ妨訴抗辯ノ理由アリトシテ之ヲ棄却

シタル第一審ノ判決ヲ廢棄シ原告ノ訴ヲ却下スルノ判決ヲ爲シタルトキハ其結果如何蓋シ第一審ノ本案ノ判決カ原告ノ請求ヲ不當ナリトシ之ヲ棄却シタル場合ニハ結局原告ノ敗訴ニ歸シ何等ノ抵觸ヲ生セサルカ如キモ一ハ本案ニ付テノ判決ニシテ一ハ本案ノ判決ヲ爲スヘカラストシテ訴ヲ却下スル判決ナレハ其相矛盾シテ兩立スヘカラサルハ爭フヘカラス其效果ニ至リテモ實體權上ノ確定ヲ生スルト否トノ差異アリ又若シ第一審判決ニシテ原告ノ請求ヲ正當ナリトシ本案ニ付キ被告ニ敗訴ヲ言渡シタルモノナルトキハ其上級審ニ於ケル訴却下ノ判決ト矛盾スルコト一目瞭然タリ此等ノ場合ニ於テ第一審ノ本案ノ判決ハ更ニ控訴ニ依リ不服ノ申立ヲ爲シ廢棄セラレタル間ハ其效力ヲ存スルヤ將タ又上級審ノ訴却下ノ判決ノ爲メニ當然其效力ヲ失フヘキモノナリヤ此點ニ付テハ法律ニ明文ナキヲ以テ一ノ疑問ニ屬スト雖モ多數ノ學者ハ右第一審ノ本案ノ判決ハ條件附判決ノ性質ヲ有スルモノトセリ即チ妨訴抗辯ノ理由ナキコトノ確定ヲ條件トシ而シテ第一審裁判所ハ自ラ妨訴抗辯ヲ理由ナシト斷定シテ本案ノ判決ヲ爲シタルモ上級審ニ於テ其斷定ヲ誤レリトモ妨訴

訴ヲ提起スルコトヲ得ト主張スト雖モ余輩ノ探ラサル所ナリ

強制執行カ債權者ノ満足享有ニ因リテ已ニ終局シタルトキハ債務者ハ本節ノ異議ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス何トナレハ法律ハ債務者ニ唯開始セタル強制執行ヲ排斥セシムルヲ得セシムルノ目的ヲ以テ斯ル異議ノ訴ヲ提起スル權ヲ認メタルニ外ナラサレハナリ然レトモ本節ノ異議ヲ主張セサリシ債務者ハ不法行為又ハ不當利得ノ原則ニ基キ已ニ辨濟シタルモノノ取戻並ニ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルヤ言ヲ待タス訴ノ形式ヲ以テ本節ノ異議ヲ主張スル理由ハ蓋シ本節ノ異議ハ實體上ノ權利義務ニ關係スレハナリ此訴ノ原因ハ執行ヲ排斥スルニ足ル異議ノ原因其モノタリ前述説明參考故ニ該原因ヲ訴狀ニ記載セタルヘカラス其原因數箇アルトキハ之ヲ訴狀ニ記載セサルヘカラス此訴ノ申立ハ債務者カ判決ニ於テ確定シタル請求ニ關スル異議ヲ認メ且ツ之ニ基キ債權者ニ對シ強制執行ヲ許ササル旨ノ宣言ヲ求ムル意思表示ナリ(第五〇條第一號第五一條執行ノ停止及ヒ執行處分ノ取消ハ該申立ヲ認メタル判決ノ結果ナリ隨テ申立及ヒ判決ニ於テ新ニ之ヲ表示スルノ必要ナシ

強制執行力異議ノ訴訟進行中ニ終結シタルトキハ債務者ハ民事訴訟法第五百十條第二項類推適用ニ依リ辨濟シタルモノニ返還ヲ附加シテ申立ツルコトヲ得ヘシ何トナレハ斯ル申立ニ因リ異議アル請求ヲ確認シタル判決其モノノ效力ヲ除去シ執行開始前ノ狀態ヲ回復シ以テ債務者ヲシテ本節ノ異議ノ訴ヲ提起シタル目的ヲ達スルコトヲ得セシムレハナリ

(二)效果 請求ニ關スル異議ノ訴ハ時效ヲ中斷スルモノニ非ス何トナレハ民事訴訟法ニ於ケル實體の請求權ヲ主張シタルモノニ非スシテ却テ訴訟の請求權ヲ主張シタルモノナレハナリ又此訴ノ提起ハ原則トシテ執行ノ續行ヲ妨グルモノニ非ス是レ債務者カ名ヲ異議ノ訴ニ藉リ以テ執行ヲ延滞セシメントスルノ弊害ヲ防止スルカ爲メナリ然レトモ例外トシテ決定第五四七條又ハ判決第五四八條第一項前條ニ揭ケタル命令ヲ發シ……ヲ以テ特別ノ命令ヲ發シテ執行ヲ制限スルコトヲ得第五四七條獨逸舊民事訴訟法第六八八條該特別命令ハ民事訴訟法第七百五十五條以下ニ規定シタル假處分ニ非リルコトハ一點ノ疑ナキ所ナリ

(三)裁判 債務者又ハ其訴訟代理人ハ第六五條第一項請求ヲ確定シタル債務名義カ終局判決ナルトキハ請求ニ關スル異議ノ訴ヲ第一審ノ受訴裁判所ニ提起セタルヘカラス該裁判所ハ民事訴訟ニ付キ事物上訴訟物ノ價額ニ關係ナク並ニ土地上ノ專屬管轄權ヲ有ス(第五六三條)是レ該裁判所ヲシテ管テ裁判シタル實體的請求權ノ繼續トシテ取扱ハシムルカ爲メナリ隨テ受訴裁判所トハ事務分配ノ規則ニ關係ナク管テ裁判ヲ爲シタル部ヲ指示シタルモノト謂フヲ得ヘシ何トナレハ之ニ依リテ始メテ執行事件ニ付キ生シタル總テノ問題ニ關スル裁判ヲ之ト牽連シタル裁判ヲ爲シタル受訴裁判所ニ爲サシムルノ法意ヲ達スルコトヲ得ヘケレハナリ之ヲ換言セハ請求ニ關スル異議ノ訴ハ管テ受訴裁判所ノ裁判シタル訴訟事件ノ一部分ニ付キ判決ヲ求ムルノ一形式ニ外ナラサルヲ以テナリ

請求ヲ確定シタル債務名義カ執行命令ナルトキハ執行命令ヲ發シタル區裁判所ニ請求ニ關スル異議ノ訴ヲ提起スヘク若シ其請求カ事物上區裁判所ノ管轄ニ屬セザルトキハ「ガウプ」ウヰルモースキ「氏等ノ主張スルカ如シ執行命令

ヲ發シタル區裁判所ノ上級地方裁判所ニ起訴スヘク「ブツウシ」氏ノ主張スルカ如ク民事訴訟法第三百九十一條ノ規定ノ意味ニ於ケル地方裁判所ニ起訴スヘキモノニ非サルナリ何トナレハ這ハ民事訴訟法第五百四十五條類推解釋トシテ正當ナルノミナラス蓋シ然ラスンハ債權者カ外國ニ居住シタル場合ニ於テハ債務者カ請求ニ關スル異議ノ訴ヲ提起シタルカ爲メニ相手方ノ裁判籍ヲ見出スコト能ハサルニ至ルヘケレハナリ

請求ヲ確定シタル債務名義カ公證人作成ノ公正證書ナルトキハ受訴裁判所ナルモノナシ故ニ法律ハ新請求ニ關スル異議ノ訴ノ土地ノ管轄ヲ定メタリ事物ノ管轄ニ關シテハ裁判所構成法ノ規定ニ依ルヘキヤ當然ナリ第五六二條第四項第五六三條

管轄裁判所ハ通常ノ手續ニ從ヒテ判決ヲ爲ス此場合ニ於テ裁判所ハ職權ヲ以テ判決中ニ民事訴訟法第五百四十七條ニ規定シタル命令ヲ發シ或ハ已ニ發シタル命令ヲ取消シ變更シ若クハ之ヲ認可スルコトヲ得認可ノ宣言ナキトキハ已ニ發シタル特別命令ハ判決ノ確定又ハ其假執行宣言ニ因リ當然消滅ス民事訴

訟法第五四七條判決ヲ爲スニ至ルマデ……而シテ判決中ニ斯ル特別命令ニ關スル裁判ヲ爲シタルトキハ其裁判ハ判決ノ一部分ト爲リ控訴ヲ以テスルニ非ナレハ之ヲ攻撃スルコトヲ得ス是ヲ以テ第一審裁判所ノ爲シタル判決ニ於テ已ニ發シタル特別命令カ取消サレタルトキハ唯控訴ヲ提起シ同審裁判所ノ判決ニ於テ特別命令ノ取消ヲ除去スルコトヲ得ルニ過キス特別命令ニ關スル裁判ノ部分ハ迅速執行ヲ期スルカ爲メニ裁判所ハ職權ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ爲スヘキモノトス故ニ控訴審ニ於テハ民事訴訟法第五百十一條ノ規定ノ適用ニ依リ假執行ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲ス而シテ此裁判ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス(第五四八條)

(四)不服申立 請求ニ關スル異議ノ訴ニ對スル裁判ノ形式ハ判決ナリ(第五四八條)……判決……故ニ當事者ハ之ニ對シ控訴又ハ上告ヲ以テ不服申立ヲ爲スコトヲ得

第三節 執行ノ目的物ニ關スル第三者ノ異議

強制執行ノ目的物ニ關スル第三者ノ異議トハ強制執行ノ目的物ニ關シ讓渡若クハ引渡ヲ妨クル權利ヲ有シ[○]第三者カ其目的物ヲ強制執行ヨリ除外スヘキ裁判上ノ宣言即チ強制執行ヲ許サストノ宣言ヲ求ムルカ爲メニ債權者並ニ債務者ニ對シテ主張スル異議ヲ謂フ強制執行ハ唯債務者ノ財産ニ對シテ之ヲ爲スノミ何トナレハ他人ノ財産ハ債務者ノ辨濟ノ用ニ供スルコト能ハサレハナリ然レトモ故意又ハ過失ニ因リ強制執行力債務者ニ非サル第三者ノ財産上ニ行ハルル事實上ノ關係ノ存スルコトアリ此場合ニ於テハ第三者ハ第一ニ強制執行力自己ノ權利ヲ侵害シタルヤ否ヤノ調査ヲ執行機關ニ求メ執行機關ハ之ニ付キ決定ノ形式ヲ以テ裁判ヲ爲スコトヲ得而シテ此方法ニ於ケル異議ハ民事訴訟法上特別ノ明文ヲ要セスシテ當然爲スコトヲ得ルモノタリ第二ニ強制執行力自己ノ民法上ノ權利ヲ侵害シタリト認メタルトキハ侵害者ニ對シテ前示ノ異議ニ關係ナク獨立ノ民法上[○]ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルハ疑ナシ第三ニ民事訴訟法ノ特別ニ認メタル權利ニ依リテ強制執行力其效力ヲ及ボスコト能ハサル自己ノ財産上ニ行ハレタルヨリ生スル異議ノ訴ノ形式ヲ以テ執行機關ニ

非スシテ却テ強制執行ノ實施ヲ要求シタル債權者ニ對シテ主張シ以テ附帶訴訟ノ方法ニテ實施セラレタル強制執行ノ許スヘキモノナルヤ否ヤニ付テノ判決ヲ求ムルコトヲ得此後者ノ權利ヲ強制執行ノ目的物ニ對スル第三者ノ異議(學說上ニ所謂執行參加訴訟ト謂フ是レ我民事訴訟法カ強制執行權ノ行動ノ法規ニ適合スルコトヲ擔保スルカ爲メニ認メタル一ノ訴訟的權利ニシテ民法ノ全ク關係セサル所ナリ故ニ此執行參加ノ訴訟物ハ強制執行ノ目的物ニ關スル權利即チ第三者ノ有スル民法上ノ權利ニ非スシテ却テ實施セラレタル強制執行ノ方法ニ對スル異議即チ執行ノ目的物カ債權者ノ執行上ノ満足ノ用ニ供スルコトヲ得サル者ヲ要求スルノ權利ナリ此執行參加ハ主參加ト異ニシテ異議ノ原因タル權利其モノノ實行ヲ目的トスルモノニ非スシテ却テ執行ノ目的物ヲ執行ヨリ除外スルヲ目的トス蓋シ第三者ハ之ニ依リテ強制執行ニ對スル自己ノ權利ヲ全ウスルコトヲ得レハナリ故ニ此訴訟ニ於テハ單ニ強制執行ノ許否即チ訴訟的權利ニ付キ裁判ヲ爲スニ過キスシテ第三者ノ民法的權利其モノノ當否ハ之ヲ裁判セサルナリ(第五四九條第五〇條第一號強制執行ヲ許サス

トシテ宣言スルモノナリ

強制執行ノ實施ニ際シテハ迅速進行ヲ期スルカ爲メニ執行前ニ執行ノ目的物カ債務者ノ權利ニ屬スルヤ否ヤヲ裁判上調査スルコトナク又執行行為ヲ要求スル申請者ヲシテ執行機關ニ對シ差押フヘキ目的物カ債務者ノ權利ニ屬スル旨ノ證明ヲ爲サシメス却テ債務者カ執行ノ目的ニ對シテ有スル事實上ノ勢力的關係ヲ理由トシテ強制執行ヲ開始スルモノナルヲ以テ異議ヲ主張セントスル第三者ハ自己ノ財產權防禦ノ爲メニ原告トシテ脅迫セラレタル危害ヲ明示セサルヘカラス故ニ第三者ハ本節ノ異議ヲ主張セサルヲ得ス然レトモ第三者カ執行ノ目的物ヲ占有セタルトキハ自ラ權利防禦ノ爲メニスル訴ヲ提起セスシテ其權利ヲ全ウスルコトヲ得ヘシ(第五六六條第五六七條第五四四條左ニ執行參加訴訟ノ要件效果裁判及ヒ不服申立方法ヲ畧述スヘシ

(一)要件 執行參加訴訟ノ有效ナルニハ左ノ要件ヲ具備セサルヘカラス
(イ)原告タル第三者カ強制執行ノ目的物上ニ其讓渡若クハ引渡ヲ妨クル權利ヲ有スルコトヲ要ス 第三者トハ執行名義ノ執行力ヲ及ホスコト能ハサル各人

ヲ謂フ故ニ債權者其一般ノ承繼人及ヒ債務者ハ勿論民事訴訟法第六十二條第四項及ヒ民事訴訟法第五百十九條ノ意味ニ於ケル債務者ノ承繼人ハ茲ニ所謂第三者ニ非ス破產管財人ハ破產債權者團體ノ代理人トシテ職務ヲ取扱フ場合ニ於テハ破產手續開始以前ニ破產シタル債務者ニ對シ著手セラレタル差押ニ對シテハ法律上第三者ノ地位ニ在ルモノト謂ハサルヘカラス之ニ反シテ債權差押ノ場合ニ於ケル第三債務者ハ茲ニ所謂第三者ニ非ス故ニ第三債務者ハ債務ノ成立ヲ爭フトキト雖モ執行參加訴訟ヲ爲スコトヲ得ス執行參加訴訟ノ原因タル強制執行ノ目的物上ニ第三者カ有スル讓渡若クハ引渡ヲ妨クル權利ハ債權者ノ爲メニスル強制執行ヲ排斥スル各種ノ權利ナリ金錢債權ノ執行ノ爲メニ差押ヘタル有體物若クハ債權執行ノ目的物或ハ金錢ノ支拂ヲ目的トナル權利ノ執行トシテ債權者ニ引渡スカ爲メニ執達吏カ債務者ヨリ取上ケタル物件上執行ノ目的物ニ於テ債務者ト第三者トノ間ニ債務者カ有效ニ目的ノ處分ヲ爲スコト能ハサルノ法律關係カ存スルトキニ於テ民事訴訟法第五百四十九條ニ所謂讓渡ノ讓渡ハ訴訟ノ意義トシテ承繼ヲ指示ス若クハ引渡ヲ妨ク

ル權利ナリ隨テ執行ノ目的ヲ達スルカ爲メニ目的物ノ讓渡有體物ニ對スル強制執行若クハ目的物ノ引渡第七三〇條第七三一條ヲ必要ト爲ササル財產權ニ對スル強制執行(第五九四條)ニ於テ亦第三者ノ執行參加ヲ爲スコトアルヘシ(例ヘハ)第三者カ執行前ニ差押ヘラレタル債權ヲ讓受ケタルコトヲ理由トシテ執行ノ異議ヲ爲スカ如キ即チ是ナリ蓋シ法文上目的物ノ讓渡若クハ引渡ヲ妨クル權利ヲ主張スルトキハ……トアルヲ以テ金錢債權ノ執行トシテ目的物ノ讓渡或ハ非金錢的債權ノ執行トシテ目的物ノ引渡ヲ要スル強制執行ノミニ關スル場合ヲ指示スルノ觀アリト雖モ執行參加ニ關スル規定カ第五四九條總則中ニ在ル點ヨリ推理スレハ總テノ強制執行ニ於テ其目的物ニ關シ債務者ノ處分ヲ妨ケ隨テ執行機關ノ處分ヲ妨クルニ足ル各種ノ權利ニ基キテ爲ス異議ヲ包含スルモノナルコト瞭然ナリト謂フヘシ

讓渡若クハ引渡ニ從事スル執行機關ヲシテ執行ノ目的物ヲ債務者ノ財產ヨリ除去シ若クハ之ヲ債權者又ハ代價ヲ支拂フ第三者ノ財產ニ移轉スルコト能ハサラシムル第三者ノ權利カ存スルトキハ茲ニ讓渡若クハ引渡ヲ妨クル第三者

ノ權利アリ是ヲ以テ第三者カ執行ノ目的物上ニ有スル所有權其他主タル物權ハ民事訴訟法第五百四十九條ニ所謂讓渡若クハ引渡ヲ妨クル權利ニ屬ス(第五四九條)……所有權……何トナレハ此場合ニ於テハ執行ノ目的物ニ關スル權利全體ハ債務者ノ財產ニ屬セサルヲ以テ之ヲ債務者ノ財產ヨリ除去シ債權者ノ利益ノ爲メニ強制執行上ノ處分ヲ爲スコトヲ得サレハナリ執行カ第三者ト債務者ノ共有權ノ目的物タル有體動產ノ差押又ハ不動產ノ競賣ニ依リ行ハルヘキ場合ニ於テ第三者ノ有スル共有權モ亦執行參加訴訟ノ原因タル權利ニ屬ス何トナレハ差押ノ目的物ノ賣却ニ因リ第三者ノ共有權ハ侵害セラルヘキヲ以テナリ)第三者ノ執行ノ目的物上ニ有スル占有權モ亦然リ何トナレハ物件ヲ占有スル者カ民事訴訟法第五百六十六條第五百六十七條ニ從ヒ執行機關ノ攻撃ニ對シテ保護セラルルカ如ク第三者ノ占有權モ亦此攻撃ニ對シテ保護セラレサルヘカサレハナリ然レトモ債權擔保ノ爲メニスル第三者ノ從タル他物權ハ之ニ反シテ執行參加ノ原因タル權利ニ屬セサルヘシ何トナレハ斯ル權利ハ差押及ヒ賣却ヲ妨クルモノニ非サレハナリ(第五六五條債務者ノ債權其他ノ財

產權第六二五條ニ關スル第三者ノ權利債權讓渡ノ場合ニ於ケル讓渡人タル權利ノ如キ執行參加ノ原因タル權利ニ屬ス何トナレハ此權利ト雖モ第三者ノ財產權ニシテ強制執行ノ爲メニ其主張ヲ審ハルモノニ非サレハナリ第三者カ債務者ニ對シ其財產ニ屬セサル物件ノ引渡ヲ求ムル權利モ亦執行參加ノ原因タル權利ニ屬ス何トナレハ債務者カ第三者ヨリ信託セラレタル物件ハ之ヲ處分スルコト能ハサルヲ以テ執行機關モ亦有效ニ之ヲ處分スルコト能ハサレハナリ故ニ委任寄託貸借等ノ契約ニ依リ第三者カ債務者ニ交付シタル物件上ニ執行力實施セラレタルトキハ第三者ハ執行ノ目的物カ自己ノ財產ニ屬ス隨テ債務者ニ對シ之カ引渡ヲ求ムル權利アル者ヲ證明シテ執行參加ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ債務者ノ財產ニ屬スル目的物ノ給付ヲ目的トスル第三者ノ單純ナル對人的權利買賣交換等ノ法律關係ニ基キ第三者タル相手方ニ所有權等ノ移轉セサル場合ニ於ケル權利ノ類ハ執行力該目的物上ニ行ハレタル場合ニ於テ執行參加ニ原因タル權利ト爲ラサルヘシ何トナレハ第三者ハ未タ執行ノ目的物ニ對シ處分ヲ妨クヘキ權利ヲ有セサレハナリ

之ヲ要スルニ執行參加ノ訴ハ第三者カ執行ノ目的物上ニ民法上ノ權利ヲ有シ且ツ之ニ基キ該目的物ヲ債權者ノ執行上ノ需足ニ供スル關係ヨリ脫離セシムル旨ノ二ノ主張ニ因リテ成立シ如何ナル民法上ノ權利ヲ訴訟法上第三者ニ執行參加ノ訴ヲ爲ス權利ノ原因タルヤノ問題ニ關シテハ法律ハ「……所有權ヲ主張シ其他目的物ノ讓渡若クハ引渡ヲ妨タルノ權利……」ト明言スルニ止メタリ故ニ先ツ實體法ニ依リ第三者カ執行ノ目的物上ニ財產權ヲ有スルヤ否ヤヲ確定シ後ニ民事訴訟法ノ法理ニ依リ該權利カ執行參加權ノ原因タルヤ否ヲ確定セサルヘカラス

(ロ)執行ノ參加ハ強制執行ノ繼續中訴ノ形式ヲ以テ之ヲ主張スルコトヲ要ス執行參加ノ訴ヲ提起スルニハ強制執行力已ニ開始セラレ執行ノ目的物カ差押ヘラレタルコトヲ要ス是レ前述シタル執行參加ノ目的ヨリ生スル當然ノ結果ナリ執行參加ノ目的物カ差押ヘラレタルヤ否ヤハ執達吏ノ作成ニ係ル差押調書若クハ差押命令等ニ依リテ之ヲ知ルコトヲ得ヘシ又執行參加ノ訴ヲ提起スルニハ強制執行ノ未タ終局セサルヲ要ス是レ執行參加ノ訴カ強制執行ノ取消

若クハ停止ヲ求ムル訴タルノ性質ヨリ生スル當然ノ結果ナリ強制執行ノ終局シタルヤ否ヤハ民事訴訟法第五百七十四條第五百七十九條第六百一十一條第六百八十八條第六百九十五條第七百三十條等ニ依リテ之ヲ定メサルヘカラス執行力執行參加ノ訴訟繼續中ニ終局シタルトキハ異議ヲ申立テタル第三者ハ其申立ヲ民法ノ規定ニ從ヒテ主張スルコトヲ得ヘキ目的物ノ取戻賃得金ノ償還及ヒ損害賠償ヲ求ムル申立ヲ變更スルコトヲ得ヘシ(第一九六條第三號又執行ノ終局以後ニ於テハ第三者ハ民法ノ規定ニ從ヒ或ハ第三取得者ニ目的物ノ追及ヲ爲シ(物權關係ノ一作用タリ或ハ債權者ニ不法行為又ハ不當利得ニ基ク損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得ヘシ)

執行參加ハ訴ノ形式ヲ以テ之ヲ主張セサルヘカラス蓋シ執行參加ニ於テハ單ニ執行手續ノ當否ヲ調査スルニ非スシテ却テ所有權其他執行ノ目的物ノ讓渡若クハ引渡ヲ妨クル權利ノ存否ヲ調査スヘキモノナレハナリ此訴ノ原因ハ債務者ノ財産ニ屬セサル物件上ニ於ケル強制執行ノ不當ノ擴張ニシテ此訴ノ目的ハ原告ノ實體的權利ノ認定ニ非スシテ却テ執行機關ノ不當ナル差押ノ除去

ニシテ又此訴ノ申立ハ執行ノ停止並ニ執行處分ノ取消即チ強制執行前ノ狀態ノ回復ヲ求ムルニ在リ何トナレハ執行參加ハ前述シタルカ如ク第三者カ執行ノ目的物上ニ於ケル權利ヲ主張シ以テ執行ヲ許ササル旨ノ宣言ヲ求ムルニ在レハナリ執行參加ノ訴ハ執行ノ一部分ニ非サル獨立の訴訟ナルヲ以テ裁判所構成法ニ所謂休暇事件ニ非サルナリ裁判所構成法第一二九條)

(ハ)執行ノ參加ハ常ニ債權者ヲ被告ト爲ササルヘカラス執行參加ハ債權者カ特定ノ財産上ニ爲シタル執行ヲ妨クル目的トスルヲ以テ第三者ハ常ニ債權者ヲ被告ト爲ササルヘカラサルコトハ疑ナキ所ナリ又債權者ハ承繼アリタルトキハ執行文ニ表示シタル其承繼人ヲ被告ト爲ササルヘカラス何トナレハ強制執行ハ此承繼人ノ爲メニ行ハルルモノナレハナリ(第一九一條債務者ハ執行參加訴訟ノ原因タル債權者ノ爲メニシタル不當ナル強制執行ノ擴張ニ關係ナキヲ以テ本訴ノ被告ト爲ルモノニ非ス第三者ハ債務者カ異議ヲ爭ヒタルト否トニ拘ラス債權者ニ對スル執行參加ノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘシ但シ債務者ハ原告タル債權者勝訴ノ場合ニ於テハ他ノ物件上ニ強制執行ノ擴張セ

ラブルコトナクシテ債權者カ執行上ノ満足ヲ得隨テ自己ノ債務カ消滅スルノ意義ニ於テ成立スル利益ヲ有スルトキハ債權者ノ從參加入トシテ執行參加訴訟ニ加ハルコトヲ得ルハ瞭然タリ然リ而シテ第三者カ執行ニ對スル異議ニ依ラスシテ執行ノ目的物ノ引渡ヲ求ムルカ如キ執行訴訟ヲ以テ或ハ確認訴訟ヲ以テ自己ノ實體的財產權ヲ主張スル場合ニ於テ債務者カ之ヲ爭ヒタルルトキハ(民事訴訟法第五四九條)……債務者ニ於テ其異議ヲ正當ナリトセザルトキハ……引用但シ此法文ハ甚タ失當ナリ何トナレハ本條ノ異議ハ實體上ノ權利ヲ主張スル訴ニ非サレハナリ被告ニ對シ訴ヲ提起セザルヲ得サルニ至ルヘシ斯ル場合ニ於テハ債權者ニ對スル訴訟的異議ノ訴ト債務者ニ對スル私法的訴占有者トシテ返還義務者トシテ或ハ積極的確認訴訟ノ相手方トシテノ訴ノ類トノ二者並存スルニ至ルヘシ此兩者ハ事實上及ヒ法律上ノ原因ヲ異ニスルカ故ニ之ヲ併合スルトキハ民事訴訟法第四十八條ニ規定シタル要件ヲ缺キ適法ナル共同訴訟ト認ムルコト能ハサルヤ明白ナリ然レトモ法律ハ同一訴訟ニ於テ辯論及ヒ裁判ヲ爲スヲ得セシムルカ爲メニ前示兩訴ノ併合ヲ許シ以テ

債權者及ヒ債務者ヲ共同被告ト爲シタリ此併合訴訟ハ民事訴訟法第五十條ノ意味ニ於ケル合一的の確定ノ共同訴訟ニ非ス何トナレハ執行參加訴訟ニ於テハ第三者ノ實體的請求ハ訴訟ノ目的物ヲ爲ラサルヲ以テ債權者及ヒ債務者ニ對シ同一ニ確定スヘキモノニ非サレハナリフツチング氏カ之ヲ必要の共同訴訟ト解シタルハ失當ノ見解ナリト謂フヘシ隨テ民事訴訟法第五十八條ハ之ヲ適用スルコトヲ得サルヘシ隨テ出頭シタル共同被告中ノ一人ニ對シ一部判決ヲ爲スコトヲ得ヘタ又債權者ニ對スル異議ヲ正當トシ債務者ニ對スル訴ヲ却下スルコトヲ得ヘシ

執行參加訴訟ニ於ケル防禦方法トシテハ第三者ハ執行ヲ妨タル財產權ノ不成立ヲ正當ナラムル異議ノミカ適法ナルヘシ第三者ノ實體的權利ノ執行ヲ妨タル被告ノ反對的權利ノ如キハ防禦方法タルノ價值ナシ何トナレハ實體的權利ノ實行カ執行參加訴訟ノ目的ヲ成スモノニ非サレハナリ

(二)效果 執行參加訴訟ノ提起ハ已ニ開始シタル執行ノ續行ヲ妨クルモノニ非スシテ却テ民事訴訟法第五百四十七條及ヒ第五百四十八條ノ規定ノ準用ニ依

リ停止或ハ取消ヲ爲スコトアルノミ而シテ執行參加訴訟ニ於テハ民事訴訟法第五百四十七條ト異ニシテ執行處分ノ取消保證ヲ立テシメスシテ爲スコトヲ得蓋シ第三者ニ對スル強制執行ハ一般ニ之ヲ許スヘキモノニ非サレハナリ執達吏ハ民事訴訟法第五百五十條第一號第三號ニ該當スル書面ヲ提出スル者アルトキハ係争目的物ニ關スル執行ヲ止ムヘキ言ヲ竣タス

(三)裁判 執行參加ノ訴ヲ提起セント欲スル第三者ハ其訴ヲ管轄裁判所ニ提起セサルヘカラス土地ノ管轄ハ執行手續ヲ爲スヘキ地又ハ爲シタル地ヲ管轄スル裁判所ニ屬ス執行ノ目的物カ債權者ノ申立ニ因リ執行機關ヨリ差押ヘラレタル地ノ管轄裁判所而シテ此管轄ハ專屬ナルカ故ニ合意ヲ以テ之ヲ變更スルコトヲ得ス(第五四九條第三項第五四三條第五六三條蓋シ此地ノ管轄裁判所ハ最モ執行參加訴訟ヲ爲スニ便利ヲ有スレハナリ事物ノ管轄ハ訴訟物ノ價額ニ從ヒテ之ヲ定ム故ニ區裁判所或ハ地方裁判所アリ訴訟物ハ執行シタル目的物ニ對スル差押權ノ不成立其モノタリ蓋シ執行參加訴訟ノ目的物ハ執行ヲ妨クル財產權ニ非スシテ執行ニ對スル異議其モノナレハナリ隨テ訴訟物ノ價額ハ民事

訴訟法第六條ニ依リ之ヲ定ムヘシ事物ノ管轄ニ關シテハ民事訴訟法第五百六十三條ノ規定ニ拘ラス合意變更ヲ許ス何トナレハ土地ノ管轄ニ於ケルカ如キ特別ナル利益ナケレハナリ執行參加訴訟ノ訴狀ハ債權者ノ本訴ニ於ケル訴訟代理人ニ送達スルコトヲ得ルハ民事訴訟法第六十五條第一項ノ明言スル所ナリ(第五四九條第三項)

受訴裁判所ハ辯論ノ結果執行參加ノ訴ヲ理由ナシト認メタルトキハ他ニ併合シタル前項ノ如キ訴訟ニ不當ノ差押ニ基ク損害賠償請求ノ訴ナキニ於テハ判決ニ於テ執行ヲ許ササル旨ノ宣言並ニ執行ノ停止及ヒ執行處分ノ取消ヲ意味スル判決ヲ下ササルヘカラス此判決ハ別ニ民事訴訟法第五百二十八條ノ意味ニ於ケル送達ヲ爲スコトナクシテ直サニ執行機關ニ之ヲ提出スルニ依リテ執行セラル(第五五〇條第五五一條然レトモ之カ爲メニ執達吏並ニ債權者ハ執行開始以前ノ狀態ニ復スヘキ義務ヲ負フモノニ非ス唯執達吏ハ判決ノ結果トシテ執行ヨリ除去セラレタル目的物ヲ債務者若クハ其受取ルヘキ權利アル者ノ處分ニ委セサルヘカラスルノミ

執行參加ノ訴ヲ理由ナシト認メタルトキハ之ヲ却下シ同時ニ民事訴訟法第五百四十七條ニ基キ發シタル特別命令ヲ取消ササルヘカラス此判決ヲ確定シ又ハ假執行ノ宣言アリタルトキハ債權者ハ執行機關ニ對シ裁判ノ正本ヲ提出スルニ依リ其目的ヲ達スルコトヲ得ヘシ(第五〇條第一號)第三者ハ此場合ニ於テハ執行ノ遅延ヨリ生シタル損害ニ付キ賠償責任ヲ負フ

(四)不服申立 參加訴訟ニ對スル裁判ノ形式ハ判決ナルヲ以テ當事者ハ控訴又ハ上告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルハ當然ナリ

本節ヲ講了スルニ臨ミ一言ノ注意スヘキモノハ主參加訴訟ト執行參加訴訟トノ差異是ナリ主參加トハ第五一條第三者カ他人間ニ權利拘束ト爲リタル訴訟ノ目的物ノ全部又ハ一部ヲ自己ノ爲メニ請求スル目的ヲ以テ本訴訟ノ繫屬中其訴訟ハ第一審ニ於テ繫屬シタル裁判所ニ提起シタル其本訴訟ノ原告及ヒ被告ニ對スル訴ヲ謂フ故ニ(1)主參加ノ訴訟物ハ當事者間ニ權利拘束ト爲リタル訴訟物ニ對スル第三者ノ權利ナリ隨テ主參加ハ第三者カ此權利ヲ主張スルカ爲メニスル民法の訴訟ナリ執行參加ノ訴訟物ハ前述ノ如ク執行ノ目的ニ對ス

法學志林

第十二號 十月五日發行

◎志林

交通方法ノ觀念及ヒ分給、法學士下村宏○獨逸大學ニ於ケル法政學科(講演)久保無二雄○緊急狀態及ヒ意思自由、法學士岡田朝太郎

◎批評

民法第三百七十四條ハ遲延利息ニモ適用スヘキモノナルヤ否ヤ、法學博士梅謙次郎

◎散錄

署名ニ關スル考證、洋學人○仙臺紀行(信岡雄四郎)

◎雜報

○判決執行奇聞○參ラレキ鑑定○官吏ノ俸給請求權ニ關スル判例○奇論斷延ニ需カス○刑事檢察費用第一回筆記試驗問題○判決正本ノ複製ニ付テハ縮減ノ復原○郡山ノ法令通信研究會

◎記事

校友會東京支部發會式○仙臺講演會及懇親會○松島遊覽招待及慰勞會○講師會○編入試驗○圖書閱覽室資金附者氏名○校友員

發行所

東京市麩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

毎月一回發行
定價一冊金拾錢郵稅一冊金壹錢十冊前金壹圓郵稅不要

校友生徒校外生ニ限テ
特價一冊八錢郵稅壹錢十冊前金六拾錢郵稅不要

校外生規則摘要

- 一 講義録ハ毎月二回發行シ滿一個年ヲ以テ卒業トス
- 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ヘ特別ノ廉價ヲ以テ購求スルコトヲ得
- 一 校外生全部卒業證書ヲ有スル者ハ試驗ノ上校內生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 三個月以上月謝不納ノ者ハ退學者ト看做ス
- 一 月謝ハ東京飯田町郵便支局拂和佛法律學校會計係トスヘシ

明治廿二年十二月九日內務省許可

明治三十三年十月一日印刷

明治三十三年十月五日發行

東京市西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明光町十一番地

印刷者

金子 鐵 五 郎

東京市芝區四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)