法政大学学術機関リポジトリ
HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2025-03-14

和仏法律学校講義録

岩田，一郎 / 松岡，義正 / 遠藤，忠次 / 掛下，重次郎 / 若槻，禮次郎

(出版者 / Publisher)
和佛法律學校
(巻 / Volume)
1-19
(開始ページ / Start Page)
1
(終了ページ / End Page)
53
(発行年 / Year)
1900-11-05

私佛法律學校講義錄

第壹部

民法親族（自一三七至一五二）法律學士掛下重次郎

民法相續（自一四一至一六四）法學士若槻禮次郎

民事訴訟法第二編（自一一九至一三八）法學士遠藤忠次

民事訴訟法第三編（自一八一至九六）法學士岩田一郎

民事訴訟法第六編（自二八三至三〇六）法學士松岡義正

第拾九號

090
1900
1-1-19

十八條ニ付キ既ニ說キタル所ナリ若シ夫カ戸主タルトキハ第七百四十八條ノ規定アルニ依リ之ヲ以テ夫ト妻及ヒ妻以外ノ家族トノ間ニ於ケル財產上ノ關係ヲ定ムルコトヲ得可ケレハ妻モ戸主タル夫ノ家族タルヲ以テ夫婦ノ爲メニハ本條ハ重複ノ規定タル可シト雖モ夫カ戸主タラサル場合ニ於テハ夫婦間ニ於ケル財產ノ推定ハ本條ニ依リテ定マル可キナリ

第四節　離婚

婚姻ハ死亡又ハ離婚ニ因リテ解消ス其死亡ニ因リテ婚姻ノ解消スルコトハ分明ナルカ故ニ別ニ法律ノ規定ヲ要セス是レ自然ニ行ハルルナリ然レトモ離婚ニ付テハ法律ノ規定ヲ俟チテ始メテ行ハルルモノナルカ故ニ法律ハ特ニ本節ヲ設ケタリ而シテ佛法(佛民法第二二九條第二三一條千八百八十四年七月改正第二三〇條第二三二條)ノ如キハ裁判上ノ離婚ヲ認ムルニ止マリ協議上ノ離婚ハ許ササレトモ本法ハ其二者共ニ之ヲ認メタリ是レ吾國從來ノ慣習ニ基ク所ナレハ法律ニ之ヲ設クルハ極メテ必要ナリ

離婚ニ關スル外國ノ法制ハ區區ニシテ之ヲ畧說スレハ左ノ如シ

(一) 自由離婚制　此制ハ當事者ノ意思ニ因リテ離婚ヲ爲スコトヲ許スモノナリ此種ノ制度ハ又別レテ二ト爲ル其一ハ配偶者一方ノ意思ヲ以テ離婚ヲ爲スヲ許スモノナリ(此離婚法ハ昔時羅馬ニ行ハレタレトモ近代文明諸國ニ行ハルルコトナシ其二ハ配偶者雙方ノ合意ヲ以テ離婚ヲ許スモノ(白耳義、墨馬諾威、普漏西、巴丁、羅馬尼、墺太利、耶蘇正教以外ノ宗徒等)是ナリ

(二) 裁判上ノ離婚制　此制ハ法律ニ定メタル一定ノ事由アルニ因リ裁判所ニ於テ離婚ヲ宣告スルモノナリ此制モ亦二ニ分ル其一ハ裁判上ノ離婚ヲ認ムルト同時ニ夫婦ノ協議ヲ以テスル自由離婚ヲモ認ムルモノ(白耳義、墨馬、諾威、普漏西等)是ナリ其二ハ裁判所ニ於テ宣告スル外協議ニ因リテ離婚ヲ爲スコトヲ許ササルモノ(英、佛、瑞西、瑞典、露西亞、塞耳比亞、索遜其他獨逸ノ或州及ヒ和蘭等)是ナリ

(三) 離婚禁止制　此制ハ當事者ノ協議ヲ以テスルハ勿論裁判所ノ宣告ヲ以テスルモ一切離婚ヲ許ササルモノ(西班牙、葡萄牙、伊太利及ヒ千八百十八年ヨリ千八百八十四年ニ至ル佛國等)ナリ(佛國ハ現行千八百七年ノ民法ニハ裁判上ノ離婚ヲ認メタルモ其後千八百十八年ヨリ千八百八十四年マテハ離婚ハ一切之ヲ禁シ千八百八十四年ニ至リ復タ裁判上ノ離婚ヲ許ス千八百七年ノ民法ヨリ少シク其場合ヲ擴張シタリ)

第一款　協議上ノ離婚

○協議離婚——第八百八條　夫婦ハ其協議ヲ以テ離婚ヲ爲スコトヲ得(人事編第七八條)

協議離婚トハ夫婦雙方ノ承諾ニ依リ婚姻關係ヲ解除スルノ謂ナルヲ以テ協議上ノ離婚ハ配偶者雙方ノ意思ニ基クコトヲ要ス是レ第一要件タルナリ若シ配偶者ノ雙方又ハ一方ニ於テ意思欠缺スルトキ若クハ意思ニ瑕疵アリタルトキハ總則ノ規定ニ依リ其離婚ハ無效ト爲リ又ハ取消スコトヲ得而シテ離婚ニ付テハ婚姻ニ關スルカ如ク取消ノ原因ヲ限定セサルカ故ニ一般ノ法律行爲ノ原

則ニ從ヒ之ヲ取消スコトヲ得可シ(第一二〇條乃至第一二六條蓋シ當事者ノ眞意ニ出テタル協議上ノ離婚ハ夫婦カ互ニ共同生活ヲ持續スルコトヲ欲セサルモノナルカ故ニ此場合ニ法律ヲ以テ之ヲ拘束スルモ到底婚姻ノ目的ヲ達スルコト能ハス而シテ婚姻ハ素ト當事者ノ契約ニ成ルカ故ニ又其契約ヲ以テ之ヲ解除スルコトヲ得可キハ理ノ當然ナルヲ以テ協議上ノ離婚ヲ認メタリ)

○父母親族會、後見人ノ同意――第八百九條　滿二十五年ニ達セサル者カ協議上ノ離婚ヲ爲スニハ第七百七十二條及ヒ第七百七十三條ノ規定ニ依リ其婚姻ニ付キ同意ヲ爲ス權利ヲ有スル者ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス(人事編第七九條)

此規定ハ滿二十五年ニ達セサル者カ離婚ヲ爲スニ付キ要スル第二ノ條件ナリ滿三十年ニ達セサル男子二十五年ニ達セサル女子カ婚姻ヲ爲スニハ父母又或場合ニ於テハ後見人及ヒ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要スルニ付キ此等ノ者カ離婚ヲ爲スニ付テハ亦父母後見人又ハ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要スルハ至當ナリ而シテ婚姻ト離婚トニ付テハ唯年齡ニ差異アルノミ蓋シ滿二十五年ニ達セサル者ハ自己ノ意思ノミニ依リ離婚ノ如キ重大ナル行爲ヲ爲スハ其當ヲ得サルコト猶ホ婚姻ヲ爲スニ於ケルカ如シ

○禁治產者ノ離婚　禁治產者カ離婚ヲ爲スニハ猶ホ其婚姻ヲ爲ス場合ニ後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セサルカ如ク其同意ヲ得ルコトヲ要セサルナリ(第八一〇條第七七四條)

禁治產者ノ後見人ノ職務ハ曩ニ說キタルカ如ク專ラ禁治產者ノ療養看護ト財產上ノ行爲トニ止マリ其身分上ノ行爲ニハ關セサルナリ而シテ其身分上ノ行爲ニ關シテハ禁治產者カ事實上心神ヲ恢復セル時ニ於テハ完全ノ能力ヲ有スルカ故ニ其間ニ爲シタル離婚ハ有效タル可ク而シテ之ニ反シテ其心神喪失中ニ爲シタル離婚ハ意思ノ欠缺セルモノナレハ無效タル可シ仍テ此場合ハ婚姻ノ場合ト異ナルコトナキヲ以テ之ニ關スル規定ヲ茲ニ準用スルコトトシタリ

○離婚ノ方式上ノ要件　協議上ノ離婚ハ婚姻ニ於ケルト同ジク之ヲ要式ノ行爲トシ戶籍吏ニ屆出ツルニ因リテ其效力ヲ生ス若シ此方式ヲ缺キ離婚ノ屆出ヲ爲ササルトキハ其離婚ハ絕對無效ナリトス而シテ其屆出ハ當事者雙方及ヒ成年ノ證人二人以上ヨリ口頭ニテ又ハ署名シタル書面ヲ以テ之ヲ爲スコト

ヲ要スト爲セリ蓋シ離婚ハ婚姻ノ效力ヲ解除スルモノナルヲ以テ婚姻ニ於ケルト同一ノ方式ヲ以テ爲サシム可キコト當然ナレハナリ(第八一〇條人事編第八〇條第八九條)

○離婚屆出ニ對スル戸籍吏ノ義務――第八百十一條　戸籍吏ハ離婚カ第七百七十五條第二項及ヒ第八百九條ノ規定其他ノ法令ニ違反セサルコトヲ認メタル後ニ非サレハ其屆出ヲ受理スルコトヲ得ス戸籍吏カ前項ノ規定ニ違反シテ屆出ヲ受理シタルトキト雖モ離婚ハ之カ爲メニ其效力ヲ妨ケラルルコトナシ(人事編第八〇條第八九條)

此規定ハ婚姻ニ關スル第七百七十六條及ヒ第七百七十八條第二號ノ規定ト其趣旨ヲ同シウスルモノニシテ戸籍吏カ婚姻ノ場合ニ於ケルカ如ク離婚カ法令ノ規定ニ違反セサルコトヲ認メタル後ニ非サレハ其屆出ヲ受理スルコトヲ得ス而シテ戸籍吏ハ離婚ノ屆出ヲ受理スル際其屆出カ第七百七十五條第二項ニ規定スル條件ニ適合スルヤ否ヤ又其屆出ヲ爲シタル者カ滿二十五年ニ達セサル者ナルトキハ離婚ニ付キ父母後見人又ハ親族會カ同意ヲ表シタルヤ否ヤヲ調査シ若シ其屆出ニシテ以上ノ規定ニ違反スルモノアルトキハ之ヲ受理スルコトヲ得ス尙ホ其外戸籍法其他ノ法令ニ付テハ戸籍吏ニ於テ注意セサル可カラス而シテ戸籍吏ノ注意ニシテ周到ナルニ於テハ違法ノ離婚アルコトナカル可キカ如シト雖モ戸籍吏ニ於テ離婚ノ違法ナルニ氣付カスシテ其屆出ヲ受理スルコトナシトセス其場合ニ於テ一一離婚ヲ以テ無效ナリト爲ストキハ實際既ニ夫婦ノ關係ヲ絶チタル當事者カ再ヒ夫婦ト爲リ又離婚後既ニ再婚ヲ爲シタル者モ之ナシトセサルニ此等ノ再婚カ重婚ト爲ルカ如キハ實ニ不便ナリトス故ニ此等ノ場合ニ於テハ之ヲ單ニ戸籍吏ノ責任ト爲シ離婚ハ之カ屆出ヲ爲シタル以上ハ其效力ヲ妨ケラルルコトナキモノトセリ然レトモ縱令離婚ノ屆出ヲ爲シ且ツ之カ受理セラルルトモ當事者ノ一方又ハ雙方離婚ヲ爲スノ意思ナカリシトキハ絶對ニ無效タルコトハ猶ホ婚姻ニ於ケルト同一ナリ又其外總則ノ規定ニ從ヒ無效ノ原因アルトキハ他ノ法律行爲ト同シク無效タルヤ論ヲ俟タサルナリ

法律ハ婚姻ニ付テハ數多ノ取消原因ヲ認メ之ヲ第七百七十九條以下ニ規定シ

タリト雖モ離婚ニ付キ之ヲ明言セサルハ法律カ此等ノ原因ヲ認メナルモノニシテ離婚ハ一般ノ法律行爲ト同シク總則ノ規定ニ從ヒ詐欺强迫等ニ因リタルトキニ非サレハ取消スコトヲ得サルナリ法律カ婚姻ト離婚トニ付キ此ノ如ク差異ヲ設ケタルハ婚姻ヲ爲シ夫婦關係ヲ生セントスルコトヲ妨クルハ之ヲ離婚ヲ爲サントスル當事者ヲ强テ夫婦タラシムルニ比スレハ其害尙ホ輕キヲ以テナリ

○協議上ノ離婚後ニ於ケル子ノ監護――第八百十二條　協議上ノ離婚ヲ爲シタル者カ其協議ヲ以テ子ノ監護ヲ爲スヘキ者ヲ定メサリシトキハ其監護ハ父ニ屬ス父カ離婚ニ因リテ婚家ヲ去リタル場合ニ於テハ子ノ監護ハ母ニ屬ス（前二項ノ規定ハ監護ノ範圍外ニ於テ父母ノ權利義務ニ變更ヲ生スルコトナシ（人事編第九〇條）

離婚ノ效力ニ付キ離婚ニ因ル親族關係ノ消滅ハ第七百二十九條ニ之ヲ規定シ又離婚ニ因ル家族關係ノ變更ハ戶主及ヒ家族ノ章中ニ之ヲ規定セルヲ以テ本欵ニハ復タ此等ノ規定ヲ揭ケス唯親子ノ關係ニ對スル離婚ノ效力ノミヲ茲ニ規定セリ

人事編ノ規定ニ依レハ子ノ監護ハ夫婦ノ協議ヲ許サヽレトモ法律カ協議上ノ離婚ヲ許ス以上ハ子ノ監護モ亦之カ協議ヲ許サヽルトキハ協議離婚ノ性質ニ悖リ且ツ實際上甚タ不便トルヲ以テ本法ハ夫婦ノ協議ヲ以テ子ノ監護ヲ定ムルヲ得ルコトトセリ故ニ夫婦離婚ヲ爲シ妻カ夫ノ家ヲ去リタルトキ子ノ戶籍ハ父ノ家ニ存シナカラ協議上其家ヲ去リタル母其子ヲ監護スルコトヲ得可ク又入夫若クハ婿養子ノ場合ニ於テハ子ノ戶籍ハ母ノ家ニ置キテ其家ヲ去リタル入夫若クハ婿養子其子ヲ引取リテ之カ監護ヲ爲スコトヲ得可キナリ然レトモ若シ夫婦ノ協議調ハサルトキ其子ノ監護ハ父母孰レカ之ヲ爲ス可キヤ蓋シ子ノ監護ハ婚姻中ニ在リテハ親權ヲ有スル父之ヲ爲スヲ原則トシ父カ親權ヲ行ハサル場合ニ限リ母其監護ヲ爲スハ親權ヨリ生スル普通ノ原則ナリ（第八七七條第八七九條）而シテ夫婦離婚ヲ爲シタル場合ニ於テモ子ノ監護ハ妻カ離婚ニ因リテ婚家ヲ去リタルトキハ父ニ屬シ夫カ入夫又ハ婿養子ノ場合ニ於テ婚家ヲ去リタルトキハ母ニ屬スルモノタリ

以上ノ規定ハ單ニ子ノ監護ノミニ關スルモノニシテ其監護以外ニ於テハ毫モ親權ニ影響ヲ及ホササルコト固ヨリナリ故ニ親權ノ他ノ效力其他父母ノ權利義務等ハ以上ノ規定ノ爲メニ毫モ變更アルモノニアラス是ヲ以テ第五章ノ規定ニ從ヒ親權ヲ行フ者ハ或ハ子ノ監護權ヲ失ヒ其義務ヲ免ルルコトアルモ其教育ヲ爲スノ權利義務子ノ懲戒其代表及ヒ其財產ノ管理ノ如キハ親權ヲ有スル者ノ權內ニ屬ス可クシテ本條ノ規定ニ依リテ監護權ヲ有スル者ニ屬セサルナリ

第二款　裁判上ノ離婚

夫婦間如何ニ不和ヲ生シ離婚ヲ爲サント欲スルトモ其一方カ之ヲ承諾セサルトキハ他ノ一方ハ之ヲ强ユルコトヲ得ス其場合ニ於テハ裁判所ニ之カ請求ヲ爲スヨリ外アラサルナリ然レトモ協議上ノ離婚ニ付テハ如何ナル原因ニ基キテ之ヲ爲ストモ當事者ノ自由ニ委ゼ唯其間ニ協議サヘ調ヘハ離婚ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ法律ハ毫モ其間ニ干涉ヲ爲ササレトモ當事者カ裁判所ニ訴ヘテ離婚ヲ爲スニハ法律カ定メタル原因アルニ非サレハ許ササルナリ

○裁判上ノ離婚ノ原因――第八百十三條　夫婦ノ一方ハ左ノ場合ニ限リ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得

一　配偶者カ重婚ヲ爲ゼタルトキ

二　妻カ姦通ヲ爲ゼタルトキ

三　夫カ姦淫罪ニ因リテ刑ニ處セラレタルトキ

四　配偶者カ僞造賄賂猥褻竊盜强盜詐欺取財受寄財物費消贓物ニ關スル罪若クハ刑法第百七十五條第二百六十條ニ揭ケタル罪ニ因リテ輕罪以上ノ刑ニ處セラレ又ハ其他ノ罪ニ因リテ重禁錮三年以上ノ刑ニ處セラレタルトキ

五　配偶者ヨリ同居ニ堪ヘサル虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ

六　配偶者ヨリ惡意ヲ以テ遺棄セラレタルトキ

七　配偶者ノ直系尊屬ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ

八　配偶者カ自己ノ直系尊屬ニ對シテ虐待ヲ爲シ又ハ之ニ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルトキ

九　配偶者ノ生死カ三年以上分明ナラサルトキ

十　壻養子縁組ノ場合ニ於テ離縁アリタルトキ又ハ養子カ家女ト婚姻ヲ爲シタル場合ニ於テ離縁若クハ縁組ノ取消アリタルトキ（人事編第八一條、第八七條、第一四八條）

第一ノ原因　配偶者カ重婚ヲ爲シタルトキ　配偶者カ重婚ヲ爲シタルトキハ他ノ一方ハ第七百八十條ノ規定ニ從ヒ其重婚ヲ取消スコトヲ得ト雖モ夫婦ハ互ニ愛情ヲ有シ誠實タラサル可カラサルニ既ニ其義務ニ背キ重子ヲ他人ト婚姻ヲ爲ス者ニ對シ他ノ一方カ離婚ヲ求ムルハ固ヨリ當然ナリ而シテ此場合ニ於テハ重婚ヲ取消シタルト否トヲ問ハサルナリ

此場合ニ於テハ必ス姦通アル可ケレハ重婚ノ場合ハ第二ノ原因タル姦通ノ中ニ包含スルヲ以テ別ニ一原因トシテ存スルノ必要ナシト云フ者アル可シト雖モ夫ノ姦通ノ如キハ離婚ノ原因ト爲ラス且重婚ハ曩ニ說キタルカ如ク當然無效タルモノニ非ス若シ之ヲ取消ササルトキハ有效タル可ク而シテ重婚者ハ夫婦トシテ通スル者ナレハ之ヲ以テ姦通ト稱スルヲ得サルナリ故ニ重婚ヲ獨立ノ原因ト爲シタル所以ナリ

第二ノ原因　妻カ姦通ヲ爲シタルトキ　夫婦ハ互ニ貞操ヲ守リ誠實ナラサル可カラサルニ妻カ他ノ男ト通スルハ婚姻ヨリ生スル重大ナル義務ニ背クモノナルカ故ニ法律カ姦通ヲ以テ離婚ノ原因ト爲シタルハ當然ナリ姦通ハ配偶者ノ孰レカ爲シタルトモ同シク婚姻ヨリ生スル義務ノ違背ナレハ夫婦ノ間ニハ差異ヲ設クル理ナシト云フ者アランカナレトモ吾邦從來ノ慣習トシテハ夫カ其妻ノ外ニ妾ヲ蓄フルコトヲ許セトモ有夫ノ婦カ他ノ男ト通スルコトヲ許ササルヲ以テ此點ニ付テハ夫婦同一ナル能ハス（歐米諸國ニ於テハ昔時ハ本法ト同シク妻カ姦通シタル場合ノミニ於テ姦通ヲ離婚ノ原因ト爲シタレトモ近來ハ之ヲ改メテ夫ニ對シテモ此制裁ヲ加フルコトトシタル所多シ）且ツ妻ノ姦通ハ血統ノ混亂ヲ生スルノ虞アリテ夫ノ姦通ヨリ其弊害重大ナルヲ以テ姦通ハ夫ニ對シテハ夫カ他ノ有夫ノ婦ト通シ刑ニ處セラレタル場合（第三ノ原因）ノ外ハ離婚ノ原因タラサルモノト爲シタリ而シテ姦通ハ妻ニ對シテハ妻カ之ニ因リテ刑ニ處セラレタルト否トヲ問ハス離婚ノ原因タルナリ

第三ノ原因　夫カ姦淫罪ニ因リテ刑ニ處セラレタルトキ　姦淫罪ハ刑法第三

百四十八條、第三百四十九條及ヒ第三百五十三條ニ規定スルモノニシテ夫カ有夫姦強姦又ハ幼女姦淫ノ罪ヲ犯シテ刑ニ處セラレタル場合ニ於テハ妻ハ之ヲ理由トシテ離婚ヲ求ムルコトヲ得可シ此場合ハ第一第二ノ原因ト同シク夫ハ婚姻ヨリ生スル義務ニ背キタルノミナラス之ニ因リテ刑ニ處セラレタルトキハ事既ニ一家内ノ私事ニ止マラス國家ノ認メテ罪惡ト爲シタルモノニシテ直接ニ妻ノ名譽ヲ害スルコト大ナルヲ以テ之ヲ離婚ヲ求ムルコトヲ得ル原因ト爲シタリ

第四ノ原因　配偶者カ僞造、賄賂、猥褻、竊盜、強盜、詐欺取財、受寄財物費消、贓物ニ關スル罪若クハ刑法第百七十五條、第二百六十條ニ掲ケタル罪ニ因リテ輕罪以上ノ刑ニ處セラレ又ハ其他ノ罪ニ因リテ重禁錮三年以上ノ刑ニ處セラレタルトキ　凡ソ犯罪ハ皆其者ノ爲メ恥辱ナルノミナラス其恥辱ヲ親族ニ迄及ホスモノナルカ故其配偶者カ犯罪人ト夫婦タルコトヲ欲セサルハ普通ノ人情ナリ然レトモ如何ナル微罪ニテモ之ヲ犯シタルトキハ離婚ノ原因ト爲ストキハ離婚ヲ濫ニスル嫌アリ而シテ又罪ニ依リテハ他ノ一方ノ恥辱タラサルモノモアル可ケレハ法律ハ破廉恥罪ニ因リ輕罪以上ノ刑ニ處セラレタルトキ及ヒ其他ノ罪ニ因リテ重禁錮三年以上ノ刑ニ處セラレタルトキノミ之ヲ原因トシテ離婚ヲ求ムルコトヲ得ルモノトセリ以上列記シタル罪ハ破廉恥罪ト稱スルモノナリ

第五ノ原因　配偶者ヨリ同居ニ堪ヘサル虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ　夫婦タル者ハ互ニ相親和シ相信愛シテ同居ヲ爲スノ權利義務アルモノナルニ一方カ他ノ一方ニ對シ虐待ヲ爲シ例ヘハ毆打暴行ノ如キ所爲ヲ爲シテ肉體上ノ痛苦ヲ感セシメ或ハ侮辱ヲ爲シテ其名譽ヲ毀損シ其程度ニシテ同居ヲ爲スニ堪ヘサルカ如ク重大ナルトキハ之ヲ離婚ノ原因トシテ許ササル可カラス而シテ如何ナル所爲カ同居ニ堪ヘサル虐待又ハ侮辱ナルカハ事實問題ニ屬スルヲ以テ一ニ裁判官ノ判定ニ任セサル可カラス

第六ノ原因　配偶者ノ惡意ノ遺棄　夫婦ハ互ニ扶養ノ義務アリ(第七九〇條)又同居スルノ義務アリ(第七八九條)然ルニ其一方カ他ノ一方ヲ遺棄スルカ如キハ其義務ニ背クモノナルヲ以テ之ヲ離婚ノ原因ト爲スハ當然ナリ唯此場合ニハ

遺棄シタル者ニ惡意アルコトヲ要ス何トナレハ例ヘハ夫カ商業ニ失敗シ一時妻子ヲ遺棄シテ其影ヲ隱スカ如キハ止ムヲ得サル事情ニシテ此ノ如キハ惡意ヲ以テ妻ヲ遺棄シタルモノト見ルヲ得サレハ之ヲ以テ離婚ノ原因ト爲スコトヲ得サレハナリ然レトモ此ノ如キ塲合ニ於テモ夫カ妻ニ對シ音信ヲ通シ給養ヲ爲スコトヲ得ルニ拘ラス之ヲ爲サスシテ他ニ家ヲ構ヘ妾ヲ蓄ヘテ妾ヲ顧ミサルカ如キコトアルトキハ惡意ノ遺棄ト謂フ可キナリ又妻カ夫ニ對スル塲合モ亦同シキナリ例ヘハ妻カ貧困ニ迫リ病床ニ呻吟スル夫ヲ遺シテ逃亡スルカ如キモ惡意ヲ以テ夫ヲ遺棄シタルモノト謂フコトヲ得可キナリ

第七ノ原因　配偶者ノ直系尊屬ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受クタルトキ

此塲合ノ原因ハ尊屬親ノ行爲ニシテ配偶者ノ行爲ニ非サレトモ吾邦ノ慣習トシテ直系尊屬親ハ實際上殆ト親子ノ如ク居住ヲ同シウシテ永久ニ仕事ス可キ者ナレハ若シ配偶者ノ直系尊屬親ヨリ虐待セラレ若クハ重大ナル侮辱ヲ受クルトキハ是レ殆ト配偶者ヨリ直接ニ虐待セラレ若クハ侮辱ヲ受クルニ同シクシテ家内ノ平和ハ到底之ヲ維持スルコト能ハサルノミナラス其者カ之カ痛

普通ノ狀態ナルカ故ニ其相續分ヲシテ相均シカラシムルコト最モ被相續人ノ意思ニ適スルモノト謂ハサルヘカラス是レ第千四條カ同順位者ノ相續分ヲ相均シキモノト爲シタル所以ナリ但シ庶子私生子ノ如キ正當ノ婚姻外ニ生レタル者ハ諸種ノ關係ニ於テ常ニ正婚ノ間ニ生レタル嫡出子ヨリモ其權利ヲ少ク爲スコト從來ノ慣例ニシテ現ニ家督相續ノ順位ニ於テモ庶子私生子ハ嫡出子ニ讓ラシメタリ故ニ遺産相續ニ於テモ同順位ニテ之ヲ相續スルコトハ則チ之ヲ許スト雖モ第千四條ハ其相續分ハ常ニ嫡出子ノ相續分ノ二分ノ一ナルモノト爲シタリ故ニ嫡出子一人ト庶子一人トニテ相續スルトキハ嫡出子ノ相續分ハ相續財産ノ三分ノ二ニシテ庶子ノ相續分ハ其三分ノ一ト爲ルナリ嫡出子三人ト私生子二人トニテ相續スルトキハ嫡出子各自ノ相續分ハ相續財産ノ四分ノ一ニシテ私生子各自ノ相續分ハ其八分ノ一ト爲ルナリ佛蘭西民法ニ於テハ私生子ノ相續分ハ若シ其私生子カ嫡出子ナルトキハ受クヘカリシ相續分ノ三分ノ一ト爲セリ伊太利民法モ亦其規定ノ趣旨ハ佛蘭西民法ト同一ナリ唯三分ノ一ヲ二分ノ一ト爲スノ差アルニ過キス今佛蘭西民法ニ從ヒ嫡出子一人ト私

生子一人ニテ相續スル場合ノ相續分ヲ算出センニ嫡出子ハ相續財産ノ六分ノ五ヲ得私生子ハ僅ニ其六分ノ一ヲ得ルノミ此點ニ於テハ我民法ハ佛蘭西、伊太利民法ニ比シ庶子、私生子ノ權利ヲ認ムルコト多キモノト謂ハサルヘカラス

以上述ヘタル所ハ直系卑屬又ハ直系尊屬カ自己ノ順位ニ於テ相續ヲ爲ス場合ニ於ケル相續分ナリ遺産相續人タルヘキ直系卑屬カ相續ノ開始前ニ死亡シ又ハ其相續權ヲ失ヒタルニ因リ第九百九十五條ニ依リテ其者ノ直系卑屬カ其者ノ順位ニ於テ相續人ト爲ル場合ニ於テハ其直系卑屬ノ相續分ハ恰モ其直系尊屬ヲ代表スルカ如キ有樣ニテ定マルモノトス即チ直系卑屬一人ナルトキハ其相續分ハ直系尊屬ノ受クヘカリシモノト同一ナリ若シ直系卑屬數人ナルトキハ其各自ハ直系尊屬カ受クヘカリシ部分ニ付テ嫡出子カ一ヲ得ルトセハ庶子私生子ハ二分ノ一ヲ得ルノ割合ニテ相續財産ヲ承繼スルモノナリ

(乙) 被相續人ノ意思ニ依ル相續分　同順位ノ相續人カ多數アルトキハ法律ハ各自ノ相續分ハ均一ナリトシ唯庶子及ヒ私生子カ嫡出子ト競爭スル場合ニ限リテ其相續分ヲ嫡出子ノ二分ノ一ト定メタリ而シテ此規定ハ多クノ場合ニ於テハ被相續人ノ意思ニ適合スルモノナリト謂フコトヲ得ヘシ然レトモ諸般ノ事情ニ因リ被相續人ハ或相續人ニハ法律ノ定メタル所ヨリ多クノ財産ヲ取得セシメ又他ノ相續人ニハ法律ノ定メタル所ヨリ少キ財産ヲ取得セシムルコトヲ望ム場合ナキニ非ス相續ニ付テハ成ルヘク被相續人ノ意思ヲ斟酌スルヲ以テ其宜キヲ得タリトスレハ被相續人カ明カニ右ノ如キ意思ヲ表示シタルトキハ之ヲ有效トシ其望ム所ニ從ヒ各相續人ノ相續分ヲ定ムルハ正シク相續ニ關スル立法ノ精神ニ適合スルモノト謂ハサルヘカラス是レ第千六條カ被相續人ハ自ラ相續人ノ相續分ヲ定メ又ハ第三者ヲシテ之ヲ定メシムルコトヲ得ト爲シタル所以ナリ被相續人又ハ第三者カ共同相續人ノ相續分ヲ定ムルニハ其適當ナリト信スル所ニ依リ自由ニ之ヲ定ムルコトヲ得法定ノ相續分ハ均一ナルニモ拘ラス之ト異ナル割合ニ從ヒ各相續人ノ相續分ヲ定ムルコトヲ得ルハ勿論各自ノ受クヘキ財産ヲ指示シテ相續分ヲ定ムルモ亦相續分ノ指定タルニ於テ妨ケナキモノトス此場合ニ於テハ相續分ノ指定ト共ニ相續財産ノ分割ヲ同時ニ指定シタルモノト謂フコトヲ得ヘシ但シ被相續人又ハ第三者カ相續分ヲ定ムト

ハ相續人ノ受クヘキ相續財產ノ全部ヲ定ムルコトヲ謂フモノナルカ故ニ或相續人ニ對シ相續財產ニ屬スル或物ヲ特ニ指示シテ之ヲ與フヘキコトヲ定ムルモ其物カ其相續人カ相續人トシテ受クヘキ財產ノ全部ナラサル以上ハ遺贈トシテハ或ハ有效ナランモ之ヲ以テ其相續分ヲ定メタルモノト謂フコトヲ得ス被相續人又ハ第三者カ共同相續人各自ノ相續分ノ定ムルニ當リ一定ノ割合ヲ以テシタルトキハ各相續人カ被相續人ノ義務ヲ承繼スル程度モ亦其割合ニ應シテ承繼スヘキコトハ第千三條ノ定ムル所ナレトモ被相續人又ハ第三者カ各相續人ノ相續スヘキ財產ヲ指示シテ其相續分ヲ定メタルトキハ各共同相續人ハ如何ナル割合ニ從ヒ被相續人ノ義務ヲ承繼スヘキモノナルヤ予ハ此場合ニ於テモ亦第千三條ノ規定ニ依リテ各自ノ相續分ノ割合ニ於テ被相續人ノ義務ヲ承繼スヘキモノナリト言ハント欲ス而シテ此場合ニ於ケル各自ノ相續分トハ被相續人又ハ第三者カ指定シタル當時ニ於テハ其財產ノ價額ニ依リテ定ムルノ外他ニ方法ナキモノナルカ故ニ各相續人ハ其受クル財產ノ價額ニ應シテ被相續人ノ義務ヲ負擔スヘキモノト謂ハサルヘカラス

共同相續人ノ相續分ヲ定メタリト謂ハンニハ各相續人カ相續スヘキ財產ハ悉ク指定シタルモノナラサルヘカラス然ラサルトキハ指定ナキ相續人ノ相續分ハ竟ニ之ヲ定ムル能ハサルニ至ル故ニ嚴格ニ論スルトキハ被相續人又ハ第三者カ相續人中ノ一人若クハ數人ノ相續分ノミヲ定メテ其他ノ相續人ノ相續分ヲ定メサルトキハ其指定ハ無效ナリト謂ハサルヘカラス然レトモ斯ル規定ヲ爲ストキハ推理嚴重ニ過キテ却テ被相續人ノ意思ヲ害スルコト尠カラサルニ至ル若シ被相續人ノ死後ニ於ケル其財產ノ歸屬ハ成ルヘク被相續人ノ意思ニ從フヲ可ナリトスレハ被相續人又ハ第三者カ相續人中ノ一人若クハ數人ノ相續分ヲ定メタル場合ニ於テハ少クトモ其相續人ノミノ相續分ハ被相續人又ハ第三者ノ定メタル所ニ從フヲ以テ大體ノ立法ノ趣意ニ適スルモノト謂フコトヲ得故ニ第千六條第二項ハ此ノ如キ場合ニ於テ被相續人又ハ第三者カ特ニ其相續分ヲ指定シタル相續人以外ノ相續人ノ相續分ハ法律ノ定メタル所ニ依ルノ意思ナリシト看做シ其指定ヲ有效トシ他ノ相續人ノ相續分ハ第千四條第千五條ノ規定スル所ニ依リ定ムヘキモノト爲セリ故ニ例ヘハ嫡出子二人庶子一

人ヲ有スル被相續人カ一人ノ嫡出子ノ相續分ヲ遺產ノ五分ノ三ナリト定メタルトキハ其他ノ共同相續人ハ殘餘ノ遺產部分ニ付テ法定ノ割合ニ從ヒ其相續分ヲ受クヘキモノナリ即チ嫡出子ハ相續分ノ十五分ノ四ヲ受クルコトヲ得庶子ハ十五分ノ二ヲ受クルコトヲ得ヘシ

被相續人ノ意思ニ依リテ相續分ヲ定ムル場合ニ於テハ左ノ三條件ニ從フコトヲ要ス

(イ) 被相續人カ其意思ヲ表示スルニハ必ス遺言ヲ以テ爲ササルヘカラス　被相續人カ相續人ノ相續分ヲ定メ又ハ第三者ヲシテ之ヲ定メシムルニハ必ス遺言ヲ以テセラルヘカラスシテ生前行爲ヲ以テ爲スコトヲ得ス蓋シ生前行爲ヲ以テ相續分ヲ定ムルコトヲ得トセハ各相續人ノ相續分ヲ定メタル後更ニ他ノ相續人ヲ生シタルトキ又ハ相續人中被相續人ニ先チテ死亡シ別ニ直系卑屬ヲ殘ササリシ場合ニ於テ既ニ定メタル相續分ヲ無效ト爲スカ又ハ之ヲ變更セサルヘカラス故ニ被相續人ノ死亡ノ時即チ相續人カ確定シタル時ニ於テノミ相續分ヲ定ムルコトヲ得セシムルヲ以テ實際ノ便宜ナリトス是レ第千六條第一項ニ於テ相續分指定ノ意思ハ必ス被相續人ノ遺言ヲ以テ爲ササルヘカラサルコトヲ規定シタル所以ナリ或ハ生前行爲ヲ以テ相續分ヲ定ムルコトヲ得ヘシトセハ種種ノ弊害ヲ生スル虞アルカ故ニ此ノ如ク規定シタルモノナリト論スル說アレトモ予ハ此說ニ服スルコトヲ得ス若シ相續分指定ニ付テ弊害アリトスレハ指定者カ偏頗ナルコトヲ爲スカ又ハ相續人間ニ於テ不和ヲ生スルカ如キコトモアラン然レトモ右ノ如キ結果ヲ生スルハ法律ノ定ムル所ノ公平ナル割合ヲ棄テテ被相續人ノ意思ニ依リテ自由ニ之ヲ定ムルコトヲ得ト爲シタルヨリ來ルモノニシテ相續分ノ指定ヲ禁スルニ非スンハ其弊害ハ到底免ルルコトヲ得サルナリ遺言ヲ以テ定ムルハ生前行爲ヲ以テスル場合ヨリモ弊害少シト謂フハ予ノ解スルコト能ハサル所ナリ

(ロ) 被相續人ハ自ラ相續分ヲ定ムルニ非サレハ必ス第三者ヲシテ之ヲ定メシムルコトヲ要ス　被相續人ヲシテ相續人ノ相續分ヲ定ムルコトヲ許シタル以上ハ被相續人ノ意思ヲ以テ他人ニ之ヲ定メシムルコトヲモ亦認メサルヘカラス何トナレハ被相續人カ他人ニ委託シテ其相續人ノ相續分ヲ定メシムルハ其

人ノ定メタル所カ最モ被相續人ノ意思ニ適スルモノト爲ススカ故ナリ但シ法律ハ一ノ制限ヲ設ケ被相續人ヨリ委託スヘキ者ハ必ス相續ニ關シテハ第三者ナラサルヘカラストセリ故ニ被相續人ハ共同相續人ノ一人ニ委託シテ各相續人ノ相續分ヲ定メシムルコトヲ得サルナリ蓋シ共同相續人ハ相續分ノ定メ方ニ付テハ直接ニ利害ノ關係ヲ有スル者ナルカ故ニ其指定ハ往往公平ヲ缺クノ虞アリ斯ル者ヲシテ相續分ヲ定メシムルトキハ相續人間ノ平和ヲ害スルコトナキニ非サルカ故ニ右ノ如ク定メタルナリ

包括名義ノ受遺者ハ遺産相續人ト同一ノ權利義務ヲ有シ相續財産ニ關シ直接ノ利害關係ヲ有スル者ナレトモ之ヲ以テ相續人ト謂フコトヲ得ス故ニ包括名義ノ受遺者ニ委託シテ共同相續人ノ相續分ヲ定メシムルハ毫モ妨ケナキナリ事實ニ付テ之ヲ觀ルモ包括名義ノ受遺者ハ相續分ヲ定ムルニ公平ヲ缺クノ嫌ナキナリ何トナレハ此ノ如キ受遺者ハ相續財産ニ對シテハ利害關係ヲ有スルモ相續人ノ相續分ニ付テハ利害相關スル所ナケレハナリ

(八) 相續分ノ指定ハ相續人ノ遺留分ニ關スル規定ニ違反セサルコトヲ要ス

遺留分トハ法律ニ相續人ヲシテ必ス受ケシメトスル所ノ相續財産ノ部分ニシテ被相續人タル者ハ其部分ヲ侵シテ財産ヲ處分スルコトヲ得サルモノナリ被相續人ニシテ遺留分ヲ害シテ其財産ヲ他人ニ讓與スルコト能ハサル以上ハ或相續人ノ相續分ヲ多クセンカ爲メニ他ノ相續人ノ遺留分ヲ害スル能ハサルコト言ヲ俟タサル所ナリ故ニ被相續人又ハ第三者カ共同相續人ノ相續分ヲ定ムルニハ常ニ相續人ノ遺留分ヲ害セサル範圍内ニ於テ爲ススコトヲ要ス例ヘハ嫡出子二人庶子一人ヲ有スル被相續人カ其相續人ノ相續分ヲ定ムルニ當リテ嫡出子一人ノ相續分ヲ遺産ノ十分ノ五トシ他ノ一人ノ嫡出子ノ相續分ヲ十分ノ一トシ庶子ノ相續分ヲ十分ノ四ト爲ススカ如キ定メ方ヲ爲ススコトヲ得ス何トナレハ此場合ニ於テ嫡出子各自ノ遺留分ハ相續財産ノ十分ノ二ニシテ庶子ハ十分ノ一ナルカ故ニ嫡出子ノ相續分ヲ十分ノ二ヨリ以下ニ定ムルコトハ遺留分ノ規定ニ反スルカ故ニ之ヲ爲ススコトヲ得サルモノトス

被相續人又ハ第三者カ定メタル相續分カ遺留分ニ關スル規定ニ違反シタルトキハ其結果ハ如何若シ被相續人カ遺言ヲ以テ相續分ヲ定メタルトキハ其遺言

ハ法律ノ規定ニ違反スルモノナルカ故ニ無效ナリ隨テ相續人ノ相續分ハ遺言ナキ場合ト同シク法定ノ相續分ニ依ルヘキモノナリ若シ又被相續人ノ委託ヲ受ケタル第三者カ定メタルトキハ其定メタル相續分ハ效力ヲ有スルコト能ハサルハ勿論ナレトモ被相續人ハ其第三者ヲシテ相續分ヲ定メシムルコトヲ遺言シタルモノナルカ故ニ相續人ハ直チニ法定ノ相續分ニ依ルコトヲ得ス其第三者ニ對シ更ニ適法ノ相續分ヲ定メンコトヲ請求スル外ナキモノナリ

(二)　特別ノ場合ニ於ケル相續分

普通ノ場合即チ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ニ於テハ既ニ述ヘタル如ク共同相續人ノ相續スヘキ財產ノ割合ハ法律ノ規定又ハ被相續人ノ意思ニ依リテ定マルモノナルカ故ニ遺產ノ價額ヲ各自ノ相續分ニ按分スレハ即チ其相續スヘキ財產ノ價額ヲ知ルコトヲ得ルハ勿論ナレトモ共同相續人中ニ被相續人ヨリ贈與又ハ遺贈ヲ受ケタル者アルトキハ其贈與又ハ遺贈ヲ酌酌シテ各自ノ相續スヘキ財產ヲ定ムヘキモノナルヤ否ヤニ關シテハ法律ヲ制定スル上ニ於テ大ニ考慮スヘキ所ナリ立法論トシテ之ヲ言ヘハ此ノ如キ場合ニ於テハ凡ソ左ノ三方法ノ一ニ依ルヲ得ヘシト信ス

第一　贈與又ハ遺贈ハ全ク眼中ニ置カスシテ被相續人ノ遺產ニ付キ各共同相續人ヲシテ更ニ相續分相當ノ財產ヲ受ケシムルコト

第二　贈與又ハ遺贈ヲ一旦相續財產中ニ返還セシメ更ニ各相續人ノ相續分ニ應シテ其受クヘキ財產ヲ定ムルコト

第三　贈與又ハ遺產ノ價額ヲ遺產ノ價額ニ加算シテ各自ノ相續分ヲ定ムレトモ如何ナル場合ト雖モ返還ヲ爲サシメサルコト

第一ノ方法ハ特別ノ場合ト雖モ普通ノ場合ト何等ノ差異ヲ設クルノ必要ナシトスルモノニシテ理論ニハ最モ適合スルモノナリ何トナレハ相續トハ被相續人カ處分セサリシ財產ヲ繼ノ謂ナルカ故ニ被相續人ノ生存中ニ於テ處分シタル財產及ヒ其遺言ヲ以テ處分シタル財產ハ他人ニ向テ爲シタルト共同相續人ニ對シ爲シタルトヲ問ハス其ニ之ヲ顧ミサルヲ以テ相當ト爲セハナリ然レトモ此方法ニ依ルトキハ同シク相續人ニシテ被相續人ヨリ受クル所ニ甚シキ厚薄ヲ生スルコトアルカ故ニ其間自然ニ融和ヲ缺クコトナシトセス

第二ノ方法ハ相續分ハ普通ノ場合ト異ナルコトナシト雖モ共同相續人カ被相續人ヨリ受ケタル物ヲ一旦相續財產ニ返還セシムル點ニ於テ第一ノ方法ト異ナルナリ此方法ハ相續人間ノ公平ヲ保ツニハ最モ適切ナリト雖モ永ク財產上ノ法律關係ヲ確定セサルノ不都合アルヲ免レス或ハ分割上差引又ハ先取ト謂フカ如キ方法ヲ設クルニ於テハ幾分カ此不都合ヲ免ルルコトヲ得ヘシト雖モ相續分以上ノ贈與ヲ受ケタル者ハ必ス其過剩ノ部分ヲ返戻セサルヘカラス若シ相續開始ノ時ニ於テ既ニ其物ヲ消費シタル場合ニ於テハ其相續人タル者ハ意外ノ迷惑ヲ感スルコトアルヘシ

第三ノ方法ハ稍ヤ第二ノ方法ト類スル所アレトモ如何ナル場合ニ於テモ返還セシメサル點ニ於テ異ナレリ隨テ此方法ニ依ルトキハ各自ノ相續分ハ事實論トシテ之ヲ言ヘハ多クノ場合ニ於テ普通ノ場合ニ於ケルト異ナル所ナシト雖モ法律論トシテハ全ク之ト異ナル所ノモノナリ此方法ニ依ルトキハ各相續人間ノ公平ヲ保ツ點ハ第二ノ方法ノ如ク嚴正ナラスト雖モ又第一ノ方法ノ如ク全ク之ヲ度外視スルモノニ非ス而シテ第二ノ方法ノ不都合ナル點ハ之ヲ免ルルコトヲ得ルモ其特色ハ之ヲ失フモノナリ

羅馬法ハ第二ノ方法ヲ採リ佛蘭西伊太利ノ民法モ亦然リ唯羅馬法伊太利民法ハ贈與ノ返還ハ之ヲ認ムルモ遺贈ニ付テハ返還ヲ認メス之ニ反シテ佛蘭西民法ハ贈與遺贈共ニ之ヲ返還セシメタリ我民法ハ第三ノ方法ヲ採リ贈與又ヲ遺贈ノ返還ハ如何ナル場合ト雖モ之ヲ爲サシメスト雖モ相續分ヲ定ムル爲メ計算上ニ於テハ其價額ヲ加除スヘキモノト爲シタリ然レトモ相續分ヲ定ムルニ方リテハ成ルヘク被相續人ノ意思ニ依ルヲ以テ其宜キヲ得タリト云フハ此場合ニモ亦言ヒ得ヘキモノナルカ故ニ被相續人カ別ニ計算ノ方法ヲ定メタルトキハ其意思ニ從フヘキモノト爲セリ故ニ特別ノ場合ニ於ケル相續分モ亦法律ノ規定ニ依ルモノト被相續人ノ意思ニ依ルモノトノ二アリト謂ハサルヘカラス

(甲)、法定ノ相續分　共同相續人中ニ被相續人ヨリ遺贈又ハ贈與ヲ受ケタル者アリタルトキハ被相續人カ相續開始ノ時ニ有セシ財產即チ遺贈ヲ控除セサルモノノ價額ニ當テ被相續人ヨリ共同相續中ノ一人又ハ數人ニ贈與シタルモノノ價額ヲ加ヘタル合計額ヲ假ニ相續財產ト看做シ普通ノ場合ニ於ケル各自

ノ相續分ニ應シ之ヲ按分シタル價額カ即チ各自ノ受クヘキ財產ノ價額ナリ但シ遺贈又ハ贈與ヲ受ケタル者ハ其價ヲ差引キ殘リノ額ニ相當スル財產ヲ受クヘキモノニシテ若シ遺贈又ハ贈與ノ價カ其受クヘキ財產ノ價ト同一ナルカ又ハ之ニ超過シタル場合ハ其者ハ相續財產ヲ受クルコトヲ得サルモノナリ例ヘハ甲乙二人ノ嫡出子ト丙ナル庶子トヲ有スル者カ二萬五千圓ノ財產ヲ遺シ死シタル場合ニ於テ被相續人カ甲ニハ其生前ニ於テ婚姻ノ資料トシテ五千圓ノ價アルモノヲ贈與シ乙ニハ遺言ヲ以テ八千圓ノ價アルモノヲ遺贈シタルトキハ遺產ノ價額ニ五千圓ヲ加ヘタルモノヲ以テ假ニ相續財產ト看做シ第千四條ニ依リ各自カ受クヘキ財產ノ價額ヲ計算スルトキハ甲乙二人ハ各一萬二千圓ヲ受ケ丙ハ六千圓ヲ受クヘシ然レトモ甲ハ贈與ニ因リ既ニ被相續人ヨリ五千圓ヲ受ケ居リ乙ハ遺贈ニ因リ八千圓ヲ得タルカ故ニ其丈ケハ各自ノ受クヘキ財產ノ額ヨリ控除セサルヘカラス故ニ相續ノ效力トシテハ甲ハ七千圓乙ハ四千圓丙ハ六千圓ノ價アル財產ヲ受クヘキモノナリ今此例ニ於テ若シ乙ノ受クヘキ遺贈ノ價カ一萬二千圓ナルトキハ其價額ハ相續分ノ價額ト均シキヲ以テ

乙ハ相續ニ因リテ何等ノ財產ヲ受クルコトヲ得ス若シ乙ノ受クヘキ額カ一萬五千圓ナルトキハ乙ハ相續分ヲ受クルコトヲ得サルハ勿論甲丙ノ相續ニ因リ受クヘキ財產ノ額ニモ亦影響ヲ及ホスモノナリ何トナレハ前例ノ甲丙ノ受クヘキ財產ノ價ハ合シテ一萬三千圓ト爲ルニ遺產ノ價額二萬五千圓ノ中ヨリ乙ニ遺贈シタル一萬五千圓ヲ控除スルトキハ殘額ハ一萬圓ト爲ルヲ以テ之ニ應スルコト能ハサレハナリ故ニ此場合ニ於テハ甲丙ハ其相續分即チ七千圓ト六千圓トノ割合ヲ以テ一萬圓ノ價アル財產ヲ承繼スヘキモノニシテ即チ甲ハ五千三百八十餘圓丙ハ四千六百十餘圓ヲ受クヘキモノナリ

第千七條第一項ハ「共同相續人中被相續人ヨリ遺贈ヲ受ケ又ハ婚姻養子緣組分家廢絕家再興ノ爲メ若クハ生計ノ資本トシテ贈與ヲ受ケタル者アルトキハ被相續人カ相續開始ノ時ニ於テ有セシ財產ノ價額ニ其贈與ノ價額ヲ加ヘタルモノヲ相續財產ト看做シ前三條ノ規定ニ依リテ算定シ云云」ト規定シ而シテ第千三條ハ「各共同相續人ハ其相續分ニ應シテ被相續人ノ權利義務ヲ承繼ス」ト規定セリ第千七條第一項ハ前三條ノ規定ニ依リ算出シタルモノヲ稱シテ相續分ト

爲スト同時ニ其中ヨリ遺贈又ハ贈與ノ價額ヲ控除シタル殘額モ亦相續分ト稱セリ故ニ共同相續人中被相續人ヨリ遺贈又ハ贈與ヲ受ケタル者アルトキハ各自ハ如何ナル割合ニテ被相續人ノ義務ヲ承繼スルヤハ稍ヤ疑ナキ能ハス然レトモ第千七條第一項ヲ熟讀スルトキハ同項ノ規定ハ共同相續人中被相續人ヨリ遺贈又ハ贈與ヲ受ケタル者アルトキハ被相續人ノ遺產ノ價額ニ其贈與ノ價額ヲ加ヘタルモノヲ以テ假ニ相續財產ト看テ前三條ノ規定ニ依リ一應各自ノ相續分ヲ算出シ共同相續人中被相續人ヨリ遺贈又ハ贈與ヲ受ケサル者ニ對シテハ其算出シタルモノヲ以テ直チニ其者ノ相續分トシ其贈與又ハ遺贈ヲ受ケタル者ニ對シテハ算出ニ因リ一應得タル相續分中ヨリ其遺贈又ハ贈與ヲ控除シタル殘額ヲ以テ其者ノ相續分ト爲スニ在ルコトハ明カナリ果シテ然ラハ被相續人ノ義務ニ關シテモ亦遺贈若クハ贈與ヲ受ケサル相續人ハ一應算出シタル相續分ノ割合ニテ之ヲ承繼シ贈與又ハ遺贈ヲ受ケタル者ハ一應算出シタル相續分ノ中ヨリ遺贈又ハ贈與ノ價額ヲ控除シタルモノ即チ其相續分ノ割合ニテ之ヲ承繼スルモノト謂ハサルヘカラス而シテ第千七條第二項ニ依レハ遺贈又ハ贈與ノ價額カ一應算出シタル價額ト同一ナルカ或ハ之ヲ超過シタルトキハ受遺者又ハ受贈者ハ相續分ナキヲ以テ隨テ被相續人ノ義務モ亦之ヲ承繼スルコトナキモノナリ第千七條ハ共同相續人中被相續人ヨリ遺贈又ハ贈與ヲ受ケタル者アルトキハ其價額ヲ加除シテ各自カ受クヘキ相續財產ヲ定ムヘキモノナルカ故ニ一見スレハ公平ヲ得タル如キ規定ナルモ被相續人ノ義務ノ承繼ニ關シテハ第千三條ハ各自カ受クヘキ相續財產ニ依ラシメ其受ケタル遺贈又ハ贈與ノ價額ヲ見サルカ故ニ實際ニ於テハ頗ル不公平ノ結果ヲ生スヘシ

共同相續人中被相續人ヨリ贈與ヲ受ケタル者アルトキハ其贈與ノ價額ヲ遺產ニ加算シテ各自ノ相續分ヲ算出シ其贈與ヲ受ケタル者ニ限リ更ニ其贈與ノ價額ヲ控除シテ其相續分ヲ定ムルコトハ第千七條ノ規定スル所ナリト雖モ如何ナル贈與モ皆總テ斯ル取扱ヲ受クルモノニ非ス法律ハ婚姻養子緣組分家廢絕家再興ノ爲メ若クハ生計ノ資本トシテ相續人カ被相續人ヨリ受ケタル贈與ニ限リ之ヲ加算スヘキモノト爲シタリ故ニ以上ニ述ヘタル如キ事由ニ依ラサル贈與ハ其價額ヲ相續財產中ニ加フヘキモノニ非ス蓋シ相續人ト爲ルヘキ者カ

婚姻養子緣組分家廢絕家再興ヲ爲ストキ又ハ獨立シテ生計ヲ營マントスル如キ場合ニ於テハ相當ノ資本又ハ資料ヲ要スルモノナリ故ニ其機會ニ於テ恰モ被相續人ヨリ相當ノ財產ノ贈與ヲ受クルコトハ相續人タルヘキ者カ最モ希望スル所ニシテ被相續人カ此ノ如キ場合ニ於テ之ニ贈與ヲ爲スハ多クハ前述シタル如キ必要ヲ充タサントスルノ考ニ出ツルモノナリ之ニ因リ特ニ其者ニ厚ウスルノ意思アルニ非ス換言セハ多クノ場合ニ於テハ相續ニ因リテ移ルヘキ財產ヲハ此ノ如キ場合ニ於テ前渡ヲ爲スモノト看ルコト被相續人及ヒ相續人ノ意思ニ反スルモノニアラサルナリ故ニ法律ハ此ノ如キ贈與ニ限リ其價額ヲ相續財產中ニ加算シテ以テ相續人間ノ公平ヲ計リシナリ之ニ反シテ此ノ如キ事由ニ因ラサル贈與ハ多クハ特ニ其者ニ與フル意思ヨリ出ツルモノニシテ而モ多クノ場合ニ於テハ其價額ハ餘リ多カラサルヲ以テ常トス故ニ此ノ如キ財產ハ相續財產中ニ加算セサルヲ以テ受贈者及ヒ被相續人ノ意思ニ適スルモノト謂ハサルヘカラス且ツ之ヲ加算セサルモ相續ノ公平ヲ害スルカ如キ結果ヲ來スモノニ非ス是レ第千七條ニ於テ相續財產ニ加算スヘキ贈與ヲ限定シタル

所以ナリ

贈與ノ價額ヲ遺產中ニ加算スルハ共同相續人間ニ公平ヲ得セシメントノ趣意ヨリ出テタルモノナリ然ルニ贈與セラレタル物カ相續開始ノ時ニ既ニ滅失シタル場合ニ於テハ之ヲ加算セサルモ贈與ヲ受ケタル者ノ利益カ他ノ相續人ノ利益ニ比シテ特ニ多キノ結果ヲ生スルコトナキノミナラス若シ之ヲ加算ストセハ其者ハ甚タ不利益ナル地位ニ立ツニ至リ却テ相續人間ノ不公平ヲ來スニ至ルヘシ故ニ贈與ノ價額ヲ遺產ノ價額ニ加算スル規定ハ相續人ノ行爲ニ因ラスシテ相續開始ノ時既ニ滅失シタル物ニ付テハ自ラ例外ヲ有スト謂ハサルヘカラス此事ハ法文中ニ明言セサルモ第千八條カ受贈者ノ行爲ニ因リ滅失シタル財產ニ付テハ其價額ノ定メ方ヲ規定シアルモ其行爲ニ因ラスシテ滅失シタル物ニ付テハ何等ノ規定ヲ設ケサルヲ以テ觀レハ法律ハ受贈者ノ行爲ニ因ラスシテ滅失シタル物ハ初ヨリ其價額ヲ遺產ニ加算スヘキモノニ非サルコトヲ認メタルモノナリト謂フコトヲ得ヘシ唯受贈者ノ行爲ニ因リ滅失シタル物又ハ其行爲ニ因リ價額ヲ減少シタル物ニ至リテハ第千七條第一項ノ

例外ト爲ルコト能ハサルハ多言ヲ要セス何トナレハ何人ト雖モ自己ノ故意又ハ過失ノ結果ハ自己ニ於テ之ヲ引受ケサルヘカラサルハ當然ノコトナレハナリ受贈者カ其受ケタル贈與物ヲハ有償又ハ無償ニテ他ニ讓渡シタルトキハ其價額ハ之ヲ遺産ノ價額ニ加算スルコトヲ要スルヤ否ヤ第千八條カ此場合ニ付テ何等ノ規定ナキヲ以テ觀レハ法律ハ或ハ受贈者ノ行爲ニ因ラスシテ物カ滅失シタル場合ト同一ニ取扱フヘキモノト爲シタルカ如シト雖モ決シテ此ノ如ク論スルヲ得サルヘシ贈與物カ受贈者ノ行爲ニ因ラスシテ滅失シタルトキハ受贈者ハ贈與ノ利益ヲ受ケサルモノト謂フコトヲ得ヘキモ受贈者カ之ヲ讓渡シタルトキハ其有償ナルトキハ受贈者カ贈與ノ利益ヲ全然收メタルハ勿論其無償ノトキニ在リテモ受贈者ハ自ラ好ミテ他人ニ贈與ヲ爲シタルモノナレハ之ニ依リテ恩惠ヲ施サントスル欲望ヲ完ウシタルモノナリ故ニ贈與ノ利益ヲ收メタリト謂ハサルヘカラス贈與ノ利益ヲ收メタル者ニシテ其價額カ遺産ニ加算セラレサル特典ヲ有スルニ至レハ其相續人ハ特別ナル利益ノ地位ニ立ツニ至ルカ故ニ法律カ希望スル相續人間ノ公平ヲ維持スルハ其目的ヲ達スル能

ハサルニ至ル故ニ贈與ヲ受ケタル相續人カ其贈與物ヲ他人ニ讓渡シタル場合ハ當然第千七條中ニ包含セラルルモノニシテ第千八條中ニ其價額ノ定メ方ヲ規定セサリシハ讓渡サレタル物ハ滅失シタル物ト異ニシテ世界ノ何レノ處ニカ存在スルモノナルカ故ニ特ニ其價額ノ定メ方ヲ規定スルノ必要ナシト爲シタルモノナリト謂ハサルヘカラス

第千七條ニ依リテ贈與ノ價額ヲ遺産ノ價額ニ加算スヘキ場合ニ於テ其贈與ノ價額ハ相續人カ贈與ヲ受ケタル時ノ狀態ニ依リ其時ノ價格ニ依リテ之ヲ定ムヘキモノナルカ將タ相續開始ノ時ノ狀態ニ依リ其時ノ價格ニ依リテ之ヲ定ムヘキモノナルカ凡ソ法律カ別ニ說明ヲ加ヘスシテ二箇以上ノ物ノ價額ヲ加算スルコトヲ規定シタルトキハ其物ノ價額ハ總テ同時ノ狀態ニ依リ同時ニ於テ評定シタルモノタルヘキハ論ヲ俟タス第千七條ハ相續開始ノ時ニ於テ被相續人カ有スル財産ノ價額ニ其相續人ニ與ヘタル贈與ノ價額ヲ加フルコトヲ規定スルカ故ニ遺産ノ價額ハ相續開始ノ時ニ於ケル狀態ニ依リ其時ノ時價ニ依リ定マルヘキハ何等ノ疑ヲ容レス遺産ノ價額ニシテ相續開始ノ時ノ狀態ニ依リ其

時ノ時價ヲ以テ定ムヘキモノナリトセハ之ニ加算スヘキ贈與ノ價額モ亦其時ノ狀態ニ依リ其時ノ時價ニ依ルヘキハ解釋上當然ノコトナリトス而シテ是レ最モ相續人間ノ公平ヲ維持スルニ適セルモノナリ但シ價額ノ評定ニ關シテハ常ニ相續開始ノ時ノ時價ニ依ルヘキモノニシテ此點ニ關シテハ除外例ナシト雖モ相續開始ノ時ニ於ケル贈與物ノ狀態ニ依リ其價額ヲ定ムルコトハ贈與ノ目的タル財產カ受贈者ノ行爲ニ因リ滅失シタルカ又ハ其價額ヲ減少シタルトキ若クハ其價額ヲ增加シタル場合ニ於テハ例外アリ第千八條ニ依レハ此ノ如キ場合ニ於テハ其財產ハ相續開始ノ時ニ於テ尙ホ原狀ニテ存スルモノト看做サルルモノナリ故ニ其價額ヲ定ムルハ相續開始ノ時ノ狀態ニ依ルニ非スシテ滅失又ハ價額增減ノ生スル前ノ狀態ニ依ルヘキモノナリ蓋シ此等ノ場合ニ於テ若シ相續開始ノ時ノ狀態ニ依リテ價ヲ定ムヘキモノトセハ滅失又ハ價額減少ノ場合ニ於テハ受贈者ハ故意又ハ過失ノ結果ヲ他人ニ嫁スルニ至リ又價額增加ノ場合ニ於テハ受贈者ノ行爲ニ因リテ得タル利益マテ他人ニ分ツニ至リ共ニ相續人間ニ公平ヲ維持スルノ精神ニ背馳スルニ至ルヲ以テナリ

(乙) 被相續人ノ意思ニ依ル相續分　法律ハ共同相續人カ被相續人ヨリ受タル財產ノ或ルヘク公平ニシテ彼此ノ間ニ偏頗ナキコトヲ欲シ共同相續人中被相續人ヨリ遺贈又ハ贈與ヲ受ケタル者アルトキハ其價額ハ之ヲ遺產ノ中ニ加算スヘキコトヲ規定スト雖モ元來普通ノ場合ニ於テハ被相續人ノ意思ヲ以テ隨意ニ各相續人ノ相續分ヲ定ムルコトヲ許スカ故ニ此場合ニ於テモ亦之ヲ許ササルノ必要ナシ故ニ第千七條ノ第三項ハ被相續人カ法定ノ相續分ニ異ナリタル意思ヲ表示シタルトキハ其意思表示ハ有效ナルモノトセリ故ニ被相續人ハ其爲シタル遺贈又ハ贈與ハ總テ遺產ノ價額ニハ計算セストノ意思ヲ表示スルコトヲ得ヘク又或相續人ニ爲シタル遺贈又ハ贈與ハ之ヲ遺產ニ加算セサルモ他ノ相續人ニ爲シタルモノハ之ヲ加算スヘシトノ意思ヲ表示スルコトヲ得ヘシ但シ相續人ノ遺留分ナルモノハ相續人ヲ保護スルカ爲メニ設ケタル規定ニシテ一種ノ公ノ秩序ニ關スルモノナルヲ以テ何人モ之ニ違背スルコトヲ得ス故ニ被相續人カ遺贈又ハ贈與ノ價額ヲ遺產ニ加算スルヲ免除スルニハ常ニ相續人ノ遺留分ヲ害セサル範圍內ニ於テ爲ササルヘカラス若シ免除ノ結果相續

人ノ遺留分ヲ害スルカ如キトキハ其意思表示ハ無效ナリ

第二　共同相續人ノ相續分讓受ノ權利

第千九條ニ依レハ「共同相續人ノ一人カ遺算ノ分割前ニ其相續分ヲ第三者ニ讓渡シタルトキハ他ノ共同相續人ハ其價額及ヒ費用ヲ償還シテ其相續分ヲ讓受クルコトヲ得」ト爲ス元來遺産ハ分割前ニ於テハ共同相續人ノ共有ニ屬シ而シテ共有權ナルモノハ共有者ニ於テ他ニ之ヲ讓渡スコトハ其自由ナルカ故ニ共同相續人ノ各自ハ遺産ノ分割前ニ在リテモ其共有權即チ相續分ヲ他ニ讓渡シ得ルハ勿論ナリ而シテ若シ共同相續人ノ一人カ其相續分ヲ第三者ニ讓渡シタルトキハ遺産ノ分割ヲ爲スニ當リテ其第三者カ之ニ干與シ自己ニ利益ナル主張ヲ爲スコトハ之ヲ覺悟セサルヘカラス相續財産ノ分割ハ近親間ニ於ケル財産ノ分配ナルカ故ニ其間ニ於ケル平和ノ維持ニハ最モ注意セサルヘカラス隨テ當事者カ圓滑ノ分割ヲ爲スハ最モ望マシキコトナルニモ拘ラス利益ヲ得ル目的ノミヲ以テ相續分ヲ讓受ケタル所ノ第三者カ其分割ニ參與シテ自己ノ利益ノミヲ計ルカ如キ意見ヲ主張スルニ於テハ遂ニ紛糾ノ結果ヲ得ルコト能ハ

第三　證據方法ヲ申立テタル原告若クハ被告ノ表示

右ノ外受命判事又ハ受託判事ニ依リテ證據調ヲ爲スヘキトキハ其旨ヲモ併セテ決定セサルヘカラス而シテ此受命判事又ハ受託判事ヲシテ證據調ヲ爲サシムル決定ニ對シテハ不服ノ申立ヲ許サス(第二七三條末項其理由ハ此證據調ノ方法ハ實際ノ便宜ニ應シテ法律ノ許ス所ニシテ當事者ノ利害ニ影響ヲ及ホササルヲ以テナリ

凡ソ證據決定ノ施行ハ裁判所ノ職權ヲ以テ爲スヘキモノナリ故ニ例ヘハ證據決定ニ基キ訊問スヘキ證人出頭シタルトキハ當事者出頭セサルトキト雖モ其訊問ヲ爲スヘキハ勿論ナリ然レトモ此決定ハ絶對ニ變更ヲ許ササルモノニアラスシテ其施行以前ニ在リテハ當事者ノ申立ニ因リテ之ヲ變更スルコトヲ得但シ之ヲ變更スルニ付テハ新ナル辯論ニ基クヲ要ス例ヘハ一旦證據決定ヲ爲シタルモ其證據調ヲ要スル係爭關係ニ付テハ當事者カ和解ヲ爲シ又ハ其係爭事實ヲ自白シタル等ノ新事實ヲ生シテ證據調ノ必要ナキニ至リタルトキ又ハ前ニ決定シタル所ノ證據方法ヨリモ尙ホ有力ナル證據方法ヲ發見シタルトキ

ノ如キ新辯論ニ於テ之ヲ主張シ其變更ヲ申立テタルトキハ裁判所ハ前證據決定ヲ變更スルコトヲ得第二七九條又證據決定施行ノ後未タ裁判ヲ爲スニ熟セサルトキハ裁判所ハ證據調ノ補充ノ決定ヲ爲スコトヲ得第二八五條)

尙ホ我民事訴訟法ノ證據調ニ關スル著シキ原則ノ一ハ第二百七十四條ノ第一項ニ規定スル所ノモノナリ曰ク「當事者ノ申立テタル數多ノ證據中其調フ可キ限度ハ裁判所之ヲ定ム」ト即チ裁判所ハ當事者カ數多ノ證據方法ヲ提出シタルトキハ必スシモ悉ク之ヲ取調フルニ及ハス場合ニ從ヒテ其中ノ或モノノミヲ取調ヘ他ハ之ヲ取調ヘサルノ權アリ此條文ハ廣ク規定シタルヲ以テ必スシモ同一事實ニ付キ同一種類ノ證據方法ヲ數多提出シタル場合ノミニ限ラス今例ヲ以テ說明セハ簡單ナル貸金請求事件ニ於テ原告カ其請求金額ヲ被告ニ貸與スル現場ヲ目擊シタル者甲乙丙三人アリトシ此三人ノ證人訊問ヲ求メタルトキハ裁判所ハ其一二ニ制限スルコトヲ得ルハ勿論又此例ト少シク異ニシテ貸借ニ付テハ證書アリテ之ヲ第三者ニ預ケ置キタルヲ以テ其證書ヲ取寄センコトノ申立ヲ爲シ尙ホ其他ニ貸借ノ事實ヲ目擊シタル證人ノ訊問ヲ求メタル場合ノ如キモ亦其一ニ限ルコトヲ得尙ホ又證據數多アリテ各異ナリタル事實ヲ證明セントスル場合ニテモ其中ノ一二ニシテ爭ヲ決スルニ適切ナル事項ヲ證スヘキモノアリタルトキハ同シク證據調ヲ其一二ニ制限スルコトヲ得ルモノナリ例ヘハ右ニ例示シタル貸借ヲ目擊シタル證人ノ訊問其貸金ニ付テ辨濟ノ延期ヲ求メタル證書ノ取寄セノ二ツヲ求メタルトキノ如シ又例ヘハ損害要償ノ訴ニ於テ被告カ其損害ノ賠償金ヲ支拂フ義務ヲ認メタル證書アリ尙ホ其他ニ被告カ原告ノ家宅ニ侵入シテ暴行ヲ爲シタルコトヲ目擊シタル證人アリテ此二ツノ證據方法ヲ提出シ併セテ損害ノ狀況ノ檢證ヲ求メ若クハ損害額ニ付テノ鑑定ヲ求メタル場合ノ如キハ例ヘハ其中ノ書證ノミニテ損害ノ原因數額ヲ明カニスルコトヲ得ルモノト認メタルトキハ裁判所ハ其證書ノ取調ノミヲ爲シテ他ノ證書調ヲ爲ササルコトヲ得ヘシ

此ノ如ク裁判所カ一旦證據調ノ限度ヲ定メタル後ハ如何ナル事情ノ存スルモ當事者ハ其以外ノ證據ノ取調ヲ申立ツルコトヲ得サルヤ如何曰ク然ラス何トナレハ一方ニ於テハ當事者ハ口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ證據方法ヲ申立ツル

コトヲ得ヘキ旨ノ第二百十四條ノ規定アリ又他ノ一方ニ於テハ裁判所ハ事件ノ未タ判決ヲ爲スニ熟セサルトキハ證據調ノ補充ヲ決定スルコトヲ得ヘキ旨ノ第二百八十五條ノ規定アルヲ以テ裁判所ノ定メタル限度内ノ證據ノミニテハ豫想ニ反シテ未タ十分ノ證明ヲ得サルトキハ當事者ハ再ヒ他ノ證據方法ヲ申出テ裁判所ハ其取調ヲ爲スコトヲ得而シテ其補充ノ證據方法ハ前ニ一旦提出シテ取除ケラレタルモノタルト新ニ申出テタルモノタルトヲ問ハサルナリ」當事者ノ申出テタル證據方法カ必要ナリト認メラレタルトキト雖モ若シ其證據調ヲ爲スニ付テ不定時間ノ障碍アルトキハ直チニ取調ヲ爲スコトヲ得ス又何時ニ至レハ果シテ取調ヲ爲シ得ルヤハ豫メ知ル能ハス然レトモ此場合ハ證人カ死亡シタル場合ノ如ク絶體ニ證據調カ不能ニ歸シタルニアラスシテ或期間内ニ其障碍ノ除去セラルルコトアルヘキヲ以テ裁判所ハ直チニ其證據方法ヲ却下セスシテ當事者ノ申立ニ因リ相當ノ期間ヲ定ムヘキモノナリ(第二七五條但シ此期間ハ第百七十條ノ規定ニ依リ當事者ノ合意又ハ其一方ノ申立ニ因リテ之ヲ伸縮スルコトヲ得又右障碍ハ證據決定ノ前ニ生シタルトキニテモ其後ニ生シタルトキニテモ常ニ同一ノ規定ニ從フモノナリ若シ右裁判所ノ定メタル期間内ニ障碍カ消滅シタルトキハ勿論其證據調ヲ爲スヘキモ其期間内障碍カ繼續スルトキハ證據調ヲ爲サスシテ裁判ヲ爲スヘキモノトス但シ此規定ノ旨趣ハ畢竟訴訟ノ遲延ヲ防止スルニ在レハ期間經過後ト雖モ訴訟手續ヲ遲延セシメサル限リハ猶ホ其證據方法ヲ用フルコトヲ許ス例ヘハ證人ノ居所不明ニシテ訊問ノ爲ニ呼出スコト能ハサル場合ニ右ノ期間内ニ當事者カ證人ノ居所ヲ取調ヘ届出ツルニ於テハ其證人ノ訊問ヲ爲スヘク又此期間經過後ニ於テモ辯論續行ノ期日ヲ定メタル場合ニ其期日マテニ證人ノ居所判明シテ其辯論期日ニ證人訊問ヲ爲シ得ヘキトキ又ハ其期日マテニ第三者ヨリ取寄セ得タル書證ヲ當事者カ提出シタルトキノ如キハ訴訟ノ遲延ヲ來ササルカ故ニ尚ホ裁判所ニ於テ其證據調ヲ爲スヘキモノトス

當事者ノ申立ニ因リ裁判所カ一旦證據決定ヲ爲シタルトキハ其施行ハ裁判所ノ職權ヲ以テ爲スヘキモノタルハ第二百七十七條第二項ニ定ムル所ニシテ若シ受訴裁判所ニ於テ直チニ證據調ヲ爲スコト能ハスシテ別ニ其期日ヲ定ムヘ

キトキハ職權ヲ以テ之ヲ定ムヘク而シテ通常ノ場合ニハ其期日ハ證據決定ニ於テ之ヲ定ムルモノトス其他既ニ定メタル期日ニ至リテ證據調ヲ爲スコト能ハスシテ更ニ新期日ヲ定メ又ハ其證據調ヲ始メタルモ結了ニ至ラスシテ其續行期日ヲ定ムルノ必要アルトキハ舉證者又ハ當事者ノ雙方カ前期日ニ出頭セサルトキト雖モ亦同シク裁判所ノ職權ヲ以テ之ヲ定ムヘキモノトス例ヘハ證人又ハ鑑定人カ差支ノ爲メ出頭セス又ハ出頭シタルモ其訊問ヲ結了セスシテ再ヒ新期日ニ其證據調ヲ完結スルコトヲ要スル場合ノ如シ(第二八六條)又證據調ノ期日ニ當事者ノ一方又ハ雙方カ出頭セサルモ事件ノ程度ニ因リ爲シ得ル限リハ證據調ヲ爲スヘキモノナリ例ヘハ證人カ出頭シタルトキハ當事者出頭セサルモ其證人ヲ訊問スルコトヲ得ルカ如シ唯證人ニ示スヘキモノアリテ之ヲ持參スヘキ當事者カ出頭セサリシトキノ如キハ其物件ヲ證人ニ示シテ訊問スルコトヲ得ス爲メニ證明ノ不足ヲ生スルコトアルヘキモ出頭セサル舉證者ハ自ラ其過失ノ責ヲ負ハサルヘカラス即チ其證據方法ニ依リテ證明ヲ爲スノ權利ヲ失フヘシ其他或物件ノ檢證若クハ鑑定ヲ爲スヘキ場合ニ於テ其目的物ヲ提出スヘキ當事者カ出頭セサルトキハ其證據調ハ全ク之ヲ爲スコトヲ得スシテ前同樣ノ結果ヲ生ス然レトモ此ノ如ク當事者カ出頭セサリシ爲メ全ク證據調ヲ爲ス能ハス又ハ不完全ニ爲シタル場合ニ於テ當事者ハ左ノ條件ノ一アルトキハ其證據調ノ追完又ハ補充ヲ判決ニ接著スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ申立ツルコトヲ得(第二八四條)

第一　訴訟手續ノ遲滯ヲ來ササルトキ　例ヘハ追完又ハ補充ノ申立ヲ爲シタル辯論期日ニ於テ直チニ其證據調ヲ爲シ得ヘキトキノ如キ是ナリ

第二　舉證者ノ出頭セサリシハ其過失ニアラサルコトヲ疏明スルトキ　例ヘハ證據調ノ期日ノ通知ヲ受ケサルカ爲メ出頭セサリシコトヲ疏明スルトキノ如キ是ナリ

受訴裁判所ニ於テ爲ス證據調ノ期日ハ同時ニ口頭辯論續行ノ期日ナリトハ第二百八十七條第一項ニ規定スル所ナルヲ以テ此期日ニ出頭セサル當事者ハ當ニ前ニ述ヘタル所ノ證據上ノ不利益ヲ被ルノミナラス第二百八十六條ノ場合ヲ除ク外若シ相手方カ出頭シテ闕席判決ヲ求メタルトキハ闕席判決ヲ受クル

ノ不利益ヲ見ルニ至ルヘシ(第二四九條第二四六條若シ又當事者雙方カ出頭セサルトキハ第百八十八條第二項ニ依リ訴訟ハ休止ト爲ルモノナリ但シ受命判事又ハ受託判事ニ依リテ爲ス所ノ證據調ノ期日ハ辯論ノ期日ニアラサルヲ以テ此ノ如キ結果ヲ生スルコトナシ唯前ニ述ヘタル證據上ノ結果ヲ生スルノミ隨テ又受訴裁判所ハ其證據決定ヲ爲ス際同時ニ辯論續行ノ期日ヲ定ムルカ又ハ其證據調ノ結了後職權ヲ以テ辯論續行期日ヲ定メテ之ヲ當事者ニ通知セサルヘカラス(第二八七條第二項)

證據調ハ受訴裁判所ニ於テ爲スヲ原則トシ法律ノ許ス場合ニ於テハ受命判事又ハ受託判事ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得又必要ノ場合ニ於テハ外國ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ得ヘク而シテ受訴裁判所ニ於テ口頭辯論ニ引續キ直チニ證據調ヲ爲スコト能ハサルトキハ證據決定ヲ以テ其期日ヲ定ムヘキハ前ニ述ヘタル所ノ如シ若シ受訴裁判所カ其部員ヲシテ證據調ヲ爲サシムヘキトキハ裁判長ハ其證據決定ヲ言渡ス際ニ證據調ヲ爲スヘキ判事ヲ指名ス之ヲ受命判事ト謂フ此指名後受命判事カ例ヘハ病氣其他ノ差支ニ因リ證據調ヲ爲メコトヲ得サルトキハ更ニ他ノ部員ニ命スヘシ此場合ニ於ケル證據調ノ期日ハ亦裁判長之ヲ定ムルヲ本則トスレトモ便宜上其期日ノ指定ヲ受命判事ニ讓ルコトヲモ得ヘシ則チ受命判事ハ裁判長カ其期日ヲ定メサル總テノ場合ニ於テ自ラ之ヲ定ムルコトヲ得ルモノトス(第二七八條又他ノ裁判所ニ於テ證據調ヲ爲スヘキトキハ裁判長ハ如何ナル事項ノ證據調ヲ爲スヤヲ表示シタル囑託書ヲ發ス此方法ハ所謂法律上ノ共助ニ依ルモノニシテ其囑託ヲ受ケテ證據調ヲ爲ス判事ヲ受託判事ト云フ受託判事カ其囑託ニ從ヒ證據ノ取調ヲ爲シタルトキハ其書類ノ原本ヲ受訴裁判所ノ書記ニ送付セサルヘカラス例ヘハ證人訊問調書檢證調書ノ如キ其謄本ノミヲ送付シテ原本ヲ保存スルモノニアラス而シテ之ヲ受取リタル書記ハ其旨ヲ更ニ當事者ニ通知シテ其結了ヲ知ラシム(第二七九條受託判事カ證據調ヲ爲ス期日ハ常ニ受託判事自ラ之ヲ定ムルモノニシテ決シテ受訴裁判所ニ於テ定ムルモノニアラス是レ即チ便宜ノ爲ラシムル所ニシテ受命判事ニ依ル證據調ノ手續ニ於ケルト異ナル點ナリ

受託判事及ヒ受命判事ノ定メタル證據調ノ期日ハ其證據調ヲ爲ス場所ト共ニ

之ヲ當事者ニ通知シ當事者ヲシテ證據調ニ立會フコトヲ得セシメサルヘカラス(第二八〇條)

右ノ如ク受命判事ハ裁判長カ證據調ノ期日ヲ指定セサル場合ニ又受託判事ハ常ニ自ラ證據調ノ期日ヲ定ムルノ權ヲ有スルノミナラス他ノ裁判所ニ於テ其證據調ヲ爲スノ至當ナル原因カ證據決定以後ニ生シタルトキハ自ラ證據調ヲ爲サスシテ之ヲ更ニ他ノ裁判所ニ囑託スルコトヲ得例ヘハ訊問スヘキ證人若クハ鑑定人カ遠隔ノ地ニ轉居シタル場合ノ如シ是レ亦實際ノ便宜ニ出テタル規定ニシテ訴訟ノ遲延及ヒ無用ノ時間ト費用トヲ節センカ爲メナリ但シ此囑託即チ再囑託ハ之ヲ當事者ニ通知セサルヘカラス(第二八二條)又右權能ハ囑託ニ限リテ付與セラレタルモノニシテ如何ナル理由アルモ受命判事受託判事ハ自ラ受命判事ヲ定ムルコトヲ得サルナリ

受命判事受託判事ハ證據調ノ際ニ爭ヲ生シタルトキハ其權限內ニ於テ爭ヲ決スルコトヲ得例ヘハ證據調ノ期日ノ指定變更ニ關スル爭ハ第百七十二條ノ規定ニ依リ受命判事又ハ受託判事之ヲ裁判スルコトヲ得ヘシ其他第三百十九條第一項ニ於テ證人ニ對シ或裁判ヲ言渡スノ權利ヲ受命判事及ヒ受託判事ニ付與セリ鑑定人ニ付テハ特別ノ規定ナキ限リハ第三百二十二條ノ規定ニ依リ證人ノ規定ヲ準用ス又若シ證據調ノ際ニ生シタル爭カ受命判事及ヒ受託判事ニ於テ裁判スルノ權限ヲ有セサルモノニシテ且ツ其爭カ完結スルニアラサレハ證據調ヲ爲ス能ハサル場合例ヘハ證人カ理由ヲ開示シテ證言ヲ拒ミ又ハ宣誓ヲ拒ミ問ニ對シテ答辯ヲ拒ミタルトキノ如キ此拒絕ノ當否ニ付テハ第三百十九條第二項ノ規定ニ依レハ受命判事受託判事ハ自ラ裁判スルコト能ハス而シテ同條第三項ノ場合モ亦同一ニシテ此等ノ場合ニハ受命判事若クハ受託判事ハ受訴裁判所ニ於テ其爭ヲ完結スルヲ待チ證據調ヲ爲スノ外ナシ(第二八三條)

我民事訴訟法ハ外國ニ於テモ證據調ヲ爲スコトヲ許セリ是レ其手續ニ關スル規定ヲ設ケタルニ依リテ自ラ明カニシテ又毫モ之ヲ禁スルノ理由アラサルナリ故ニ凡テ外國ニ於テ證據調ヲ爲スヲ必要トスル場合例ヘハ證人カ外國ニ在ル場合檢證若クハ鑑定ノ目的物カ外國ニ在ル場合其他外國ニ於テスルニアラサレハ鑑定ヲ爲ス能ハサル場合ノ如キハ當事者ハ外國ニ於テ證據調ヲ爲スヘ

キコトヲ申立ツルヲ得ヘシ而シテ其手續ハ第二百八十一條ニ規定スルヲ如ク受訴裁判所ヨリノ外國ノ管轄官廳又ハ其外國駐在ノ帝國公使若クハ領事ニ囑託シテ爲スヘキモノナリ尙ホ其囑託ニ付テハ第百五十二條及ヒ第百五十五條ノ規定ヲ準用スヘキモノトス但シ外國官廳ニ囑託スルヲ得ルヤ否ヤハ國際條約ニ依リテ之ヲ定メサルヘカラス

第二欵　證據方法

第一項　人證

人證トハ第三者ヲシテ其實驗シタル事項ヲ裁判所ニ於テ陳述セシメ以テ係爭事實ヲ證明スル證據方法ヲ謂フ

右ノ定義ニ依レハ當事者ハ勿論共同訴訟人從參加人ハ其訴訟ニ於テ自ラ證人タルコトヲ得サルハ明カニシテ當事者ノ法律上代理人ニ於ケルモ亦同シ故ニ未成年者ノ父カ其法律上代理人トシテ訴訟ヲ爲ス場合ニ於テハ其未成年者ハ勿論父モ亦證人ト爲ルコトヲ得ス會社ノ代表者カ會社ノ爲メニ訴訟ヲ爲ス場合ニ於テモ亦同一ナリ又右ノ定義ニ依レハ證人ハ其現ニ見聞シタル事實ヲ陳述スルモノナルカ故ニ其推測判斷ノ如キハ之ヲ證言ト稱スルコト能ハサレトモ證人タルヲ得ルノ能力ニ付テハ何等ノ制限ナキヲ以テ未成年者ト雖モ亦之ヲ證人トシテ訊問スルコトヲ得但シ滿十六歲ニ達セサル者宣誓ノ何モノタルヲ了解スルニ必要ナル精神上ノ發達ヲ缺キタル者其第三百十條ニ列擧スル者ハ參考ノ爲メニ宣誓ヲ爲サシメスシテ訊問スルコトヲ得ルニ過キス然レトモ此等ノ者ノ陳述ニシテ果シテ信ヲ置クニ足ルトキハ裁判所ハ之ヲ採リテ證據ト爲シ以テ係爭事實ノ判斷ニ資スルコトヲ得ヘキナリ

此ノ如ク證人タルノ能力ニハ制限ナキヲ以テ彼ノ意思能力ナキ者即チ瘋癲白痴者其他精神喪失者幼兒ノ如キ事實上證人タルコトヲ得サル者ヲ除キ苟モ意思能力ヲ有スル者ニシテ訴訟ニ對スル第三者ナル以上ハ皆證人ト爲ルコトヲ得而シテ法律ハ各人カ證人トシテ證言スルノ權能ヲ行使スルト否トヲ各人ノ隨意ニ任セス即チ我民事訴訟法ハ公益上一般人民ニ證言ノ義務ヲ負ハシメ而シテ之ニ制裁ヲ付シタリ第二百八十九條ノ規定ニ曰ク『何人ヲ問ハス法律ニ別

段ノ規定ナキ限リハ民事訴訟ニ關シ裁判所ニ於テ證言スル義務アリ」ト此故ニ原則トシテハ苟モ我帝國ノ領土内ニ在住シ我帝國ノ裁判權ニ服從スル所ノ者ハ何人ト雖モ裁判所ニ於テ當事者ノ爲メニ其實驗シタル事實ヲ陳述スルノ義務アリ其國籍ノ如何ハ決シテ問フ所ニアラサルナリ

第一則　證人ノ義務

證人ノ義務ハ之ヲ細別セハ二ト爲ル一ハ出頭ノ義務即チ呼出ニ應シテ指定ノ期日ニ裁判所ニ出頭スルノ義務ニシテ一ハ證言ノ義務即チ見聞シタル事實ヲ陳述スルノ義務是ナリ左ニ之ヲ分別シテ說明セン

(甲)　出頭ノ義務

證人トシテ呼出ヲ受ケタル者ハ呼出狀ノ趣旨ニ從ヒテ受訴裁判所又ハ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ出頭セサルヘカラス若シ合式ノ呼出ヲ受ケ正當ノ理由ナクシテ出頭セサルトキハ第二百九十四條ニ定ムル所ノ制裁ヲ受ク合式ノ呼出トハ第二百九十二條ノ方式ニ適合シタル呼出狀ヲ第百三十六條以下ノ規定ニ依リテ適法ニ送達シタルコトヲ謂フ又出頭セサル正當ノ理由アル場合トハ例ヘハ天災其他ノ不可抗力疾病等ノ爲メニ出頭スルコト能ハサル場合ヲ謂フ證人カ果シテ出頭シタリヤ否ヤヲ判定スルニハ何レノ時ヲ以テ標準トスヘキヤト云フニ其呼出ノ時刻ニノミ拘泥スヘキモノニアラス其事件ノ呼上ノ時ニ於テ出頭シタルヤ否ヤヲ定メサルヘカラス是レ第百六十三條ノ規定ヨリ生スル結論ナリ

證人カ出頭ノ義務ヲ怠リタル場合ニ於ケル制裁及ヒ其制裁言渡ノ形式ハ第二百九十四條第一項ニ規定シ其再度不出頭ノ制裁ハ同條第二項ニ規定セリ此再度ノ制裁ヲ加フルハ既ニ第一回制裁ノ言渡ヲ爲シタル場合ニ限ルモノナリ又右決定ニ對シテハ抗告ヲ許スコト及ヒ其抗告ノ執行停止ノ效力アルコトハ同條第三項ニ規定スル所ナリ但シ豫備後備ノ軍籍ニ在ラサル軍人軍屬ニ對スル右不出頭ノ制裁タル罰金ノ言渡及ヒ其執行竝ニ拘引ノ手續ハ同條第四項ニ規定セル如ク總テ軍事裁判所又ハ其軍人所屬ノ長官又ハ隊長ニ囑託シテ爲ササルヘカラス

右ノ如ク出頭セサル證人ニ對シ罰金及ヒ費用ノ賠償ヲ言渡シタル決定ハ抗告

ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ許スノミナラス其言渡ヲ受ケタル證人カ後日ニ其出頭セサリシハ正當ノ理由ニ基クコトヲ辯明シタルトキハ其決定ヲ言渡シタル裁判所又ハ受命判事若クハ受託判事ハ之ヲ取消ササルヘカラス此ノ如ク抗告ノ途ニ依ラスシテ裁判ノ取消ヲ求ムルヲ許スハ一ノ例外ニ屬スル便法ナリ而シテ此罰金及ヒ賠償ノ決定取消ノ申請ヲ爲スニ付テハ別段ニ期限ノ定メナキカ故ニ其決定ノ執行以前ナレハ何時ニテモ爲スコトヲ得ルモノト解釋セサルヘカラス又其申請ハ書面又ハ口頭ヲ以テ爲スコトヲ得證人ノ不參屆モ亦同シ(第二九五條)

證人ノ出頭ノ義務ハ固ヨリ證言ノ義務ト相關聯スレトモ決シテ分離スヘカラサルモノニアラス寧ロ各獨立ノモノト謂フヘシ故ニ證言ヲ拒ムコトヲ得ル者ニシテ出頭ノ義務アル者アリ又出頭ノ義務ナキ者ニシテ證言ノ義務アル者アリ唯通常多クノ場合ニ於テ證人ハ此二ツノ義務ヲ併有スルモノナリ而シテ其例外トシテ或者ハ一方ノ義務ノミヲ負ヒ他ノ一方ノ義務ヲ免除セラレ或ハ制限セラル今先ツ其例外者中證言ノ義務アリ而モ出頭義務ノ免除又ハ制限ノ利益ヲ受クル者ヲ擧クレハ左ノ如シ

第一　皇族　皇族モ證言ノ義務アルヲ免レサレトモ各人ノ最モ尊敬ヲ加ヘサルヘカラサルモノニシテ其威嚴ヲ保ツ爲メニ法律ハ出頭ノ義務ヲ免除シタルナリ故ニ皇族ヲ證人トシテ訊問スルニ當リテハ受命判事又ハ受託判事其所在ニ出張シテ訊問セサルヘカラス(第二九六條第一項)

第二　大臣　大臣ハ國家樞要ノ職務ヲ執ル者ニシテ其職務ノ妨害ヲ生スルコトヲ恐ルルヨリ法律ハ之ヲ遠隔ノ場所ヘ呼出スコトヲ許サス各大臣ヲ證人トシテ訊問スルニハ其官廳ノ所在地ニ於テ爲ササルヘカラス又其官廳ノ所在地外ニ滯在スルトキハ其現在地ニ於テ爲ササルヘカラス但シ大臣ハ皇族ノ如ク受命判事若クハ受託判事ヲシテ其所在ニ就テ訊問セシムルニ及ハス受訴裁判所カ大臣ノ所在地ニ在ルトキハ其裁判所ニ呼出シテ訊問スルコトヲ得又受訴裁判所ノ在ル地ニ居ラサルトキハ其所在地ノ裁判所ニ囑託シ其囑託ヲ受ケタル大臣所在地ノ裁判所ハ之ヲ呼出シテ訊問ヲ爲スコトヲ得要スルニ大臣ニ付テハ其出頭ノ義務ニ制限ヲ設ケ之ヲ遠隔ノ地ニ呼出スヲ禁

スルニ過キス(同條第二項)

第三　帝國議會ノ議員　是レ亦大臣ニ於ケルト同一ノ理由ヲ以テ其職務ヲ執リ居ル間ハ大臣ト同樣ニ取扱フヘキモノトス即チ議會ノ開會期間中タルト其議會ノ所在地ニ滯在中タルトノ二條件アルトキハ大臣ト同樣其所在地ノ裁判所ニ於テノミ召喚訊問スルコトヲ得(同條第三項)

右ノ外何人ト雖モ證人トシテ訊問ノ爲メ裁判所ヨリ呼出ヲ受ケタルトキ正當ノ理由ヲ辯明シテ不參居ヲ爲シ裁判所ノ認可ヲ受ケタル者ハ臨時出頭ノ義務ヲ免ルルハ勿論ナリ又證言ヲ拒ムコトヲ得ル者カ訊問期日ノ前ニ豫シメ適法ノ拒絶ヲ申立テタルトキハ出頭ノ義務ヲ免ルルハ第三百條第二項ニ明示スル所ノ如シ

(乙)　證言ノ義務

既ニ述ヘタル如ク出頭ノ義務ハ必スシモ證言ノ義務ニ結合シテ離ルヘカラサルモノニアラスシテ出頭ノ義務アル者又ハ其義務ナキ者トヲ問ハス證言ノ義務アルハ亦一ノ原則ナリ若シ正當ノ理由ナクシテ此證言ノ義務ニ違背シタルトキハ第三百二條第一項ニ規定スル裁判ヲ受ケサルヘカラス其制裁ヲ言渡シタル決定ニ對シテハ抗告ヲ爲スコトヲ得而シテ抗告ハ執行停止ノ效力ヲ有スルコトハ同條第二項第三項ニ規定スル所ニシテ出頭義務違背ノ制裁ノ決定ニ於ケルト異ナル所ナシ又現役ノ軍人軍屬ニ對シ證言拒絶ノ制裁トシテ罰金ノ言渡ヲ爲シ及ヒ其執行ヲ爲スヘキトキハ之ヲ軍事裁判所ニ囑託セサルヘカラス(第三〇二條第四項)

右證言ノ義務ニ付テモ亦人及ヒ事項ニ關スル例外アリ即チ或特定ノ者ハ證言ヲ拒絶スルコトヲ得又或特別ノ事項ニ付テハ證書ヲ拒ムコトヲ得ヘシ左ニ之ヲ擧示セン

第一　當事者ト左ノ如キ身分上ノ關係アル者ハ證言ヲ拒ムコトヲ得

(イ)　原告若クハ被告又ハ其配偶者ノ親族但シ姻族ニ付テハ婚姻ノ解除シタルトキト雖モ亦同シ

(ロ)　原告若クハ被告ノ後見ヲ受クル者

(ハ)　原告若クハ被告ト同居スル者又ハ雇人トシテ之ニ仕フル者第二九七條

右三者ヲシテ證言ヲ拒ムコトヲ得セシメタルハ蓋シ此等ノ者ハ訴訟ノ當事者タル親族後見人同居人雇主等ノ者ニ不利益ナル事實ヲ證言スルコトヲ厭フハ自然ノ情ニシテ强テ之ニ證言セシムルモ眞實ヲ得難ク却テ僞證ヲ生スルノ虞アリ而シテ此僞證ヲ罪トシテ罰セサルヘカラサルニ至ルハ人情ノ上ニ於テ頗ル苛酷ナリト謂ハサルヘカラス加之若シ此等ノ者ニシテ偶〻眞直ニ其親族若クハ後見人ニ不利益ナル事實ヲ忍ヒテ陳述スルコトアリトセンカ爲メニ一家ノ平和ヲ破ルコトナシトセス故ニ實益ノ上ニ於テモ又公安ノ上ニ於テモ寧ロ此等ノ者ニ證言ノ義務ヲ免除スルニ如カサルヲ以テナリ

證人ト當事者トノ間ニ於ケル親族關係ノ有無ハ民法ノ規定ニ從ヒテ定ムヘキヤ將タ刑法ノ親族例ニ依ルヘキヤハ現時一疑問タルヲ免レス何トナレハ民事訴訟法施行條例第九條ニハ「民事訴訟法ニ於テ親族ト稱スル者ハ當分ノ內刑法ノ親屬例ニ依ル」トアリ而シテ以後民法親族編ノ實施セラレタルヲ以テナリ或ハ曰ク刑法ノ親屬例ト今日實施セラルル民法ノ親族ニ關スル規定トハ兩兩相對立スルモノニシテ各別ニ之ヲ適用スルニ於テ毫モ差支ヲ生セス故ニ此民事ハ被上告人之ヲ自白シタルモノト看做シテ闕席判決ヲ爲スコトヲ得ヘシ

第三章　抗告

抗告ハ訴訟手續ニ關スル訴訟當事者ノ申請ヲ口頭辯論ヲ經スシテ却下シタル裁判其他本法ニ於テ特定シタル裁判ニ對シテ爲ス不服申立ノ方法ナリ抗告ハ上訴ノ一種ナリト雖モ控訴上告トハ全ク其性質ヲ異ニシ控訴上告ハ口頭ヲ經テ爲シタル事件ニ付テノ裁判ニ對シ訴訟當事者ヨリ爲スヘキ不服申立ノ方法ナレトモ抗告ハ事件ニ付テノ裁判ナルコトヲ要セサルノミナラス口頭辯論ヲ經サル裁判ニ對シテ其申立ヲ爲スコトヲ得ヘク又獨リ訴訟當事者ノミナラス第三者モ亦其申立ヲ爲シ得ヘキ場合アリトス例ヘハ檢事又ハ罰金ノ言渡ヲ受ケタル證人又ハ鑑定人ヨリ爲ス申立ノ如キ是ナリ「ヘルマン」ノ說明スル所ニ據レハ抗告ノ性質タル控訴若クハ上告ニ依ル不服申立ノ方法ヲ補充シ若クハ簡易ナラシムルニ在リトセリ而シテ之ヲ補充スル場合ハ左ノ三箇ニ區別スルコトヲ得

(一)　抗告ハ控訴若クハ上告ニ依リテ上級裁判所ノ裁判ヲ受クルコト能ハサル裁判ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ例ヘハ民事訴訟法第百九十二條ニ依リ原告ノ提出シタル訴狀ニ對シ裁判長ヨリ其欠缺補正ヲ命セラレタルニモ拘ラス之ニ從ハサルニ由リ爲シタル訴狀差戻ノ命令ハ終局判決前ノ裁判ニアラサルヲ以テ控訴ノ方法ニ依リテ審査ヲ受クルコト能ハス故ニ即時抗告ヲ許スカ如キ又同法第八十三條ニ依リ裁判所書記法律上代理人等ニ費用辨濟ヲ命スル決定ノ如キモ亦終局判決前ノ裁判ニアラサルヲ以テ終局判決ニ對シテ上訴ヲ爲スモ上訴裁判所ハ其決定ニ對シ判定ヲ爲スコト能ハサルカ故ニ之ニ對シテ即時抗告ヲ爲スコトヲ許シ以テ控訴上告ニ依ル不服申立ノ方法ヲ補充ス

(二)　抗告ハ終局裁判ヲ爲スコトヲ妨ケ又ハ遲延セシムル裁判ニ對シテ爲スコトヲ得即チ訴訟手續ノ指揮若クハ續行ヲ拒ム裁判ニ對シテ申立ツルコトヲ得例ヘハ裁判長カ訴訟事件ニ付キ當事者ヨリ爲シタル口頭辯論期日指定ノ申請ヲ却下シタル場合ノ如キ是ナリ

(三)　抗告ハ終局判決ノ執行ニ付キ爲シタル裁判ニ對シテ申立ツルコトヲ得例ヘハ費用額確定決定ニ對シテ爲ス抗告申立ノ如シ(第九九條)

以上ハ抗告カ控訴若クハ上告ヲ補充スル場合ナリ尙ホ抗告ハ控訴若クハ上告ヲ簡易ナラシムルコトヲ目的トスルモノナリ即チ一ノ裁判ニ對シテ控訴若クハ上告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ヘキ場合ト雖モ其裁判ニ對シテ特ニ抗告ヲ以テスル不服ノ申立ヲ許シ控訴又ハ上告裁判所ニ於テハ其點ニ付キ裁判ヲ爲ササラシムルコトアリ例ヘハ判事忌避ノ申請アリタル場合ニ於テ裁判所カ其申請ヲ不當ナリト認メ其事件ニ付キ終局判決ヲ爲シタルトキノ如キ若シ民事訴訟法第三十八條ノ規定ナキトキハ其判決ニ對シテ控訴若クハ上告ノ申立ヲ爲シ上訴裁判所ハ其申請ノ當否ニ付キ裁判ヲ爲シ得ヘキヤ勿論ナリ然レトモ同條末段ノ規定ニ依リテ上訴裁判所ヲシテ其裁判ヲ爲スコトヲ得サラシムルカ如キ是レ控訴若クハ上告ヲ簡易ナラシムル所以ナリ

第一節　抗告ノ種類及ヒ條件

抗告ハ之ヲ分チテ普通抗告即時抗告及ヒ再抗告ノ三種ト爲ス普通抗告トハ一定ノ期間ニ羈束セラルルコトナク苟モ其審級ニ於テ訴訟事件ノ完結セサル間ハ何時ニテモ爲スコトヲ得ヘキ抗告ヲ謂ヒ即時抗告トハ裁判ノ言渡若クハ送達ヨリ七日ノ不變期間内ニ申立ツルコトヲ要スル抗告ヲ謂ヒ再抗告トハ抗告裁判所ノ裁判ニ對シテ申立ツル抗告ヲ謂フナリ

即時抗告及ヒ普通抗告ハ左ノ二場合ニ該當スル裁判ニ對シテ爲スコトヲ得ルモノトス

一　訴訟手續ニ關スル申請ヲ口頭辯論ヲ經スシテ却下シタル裁判所ノ決定若クハ裁判長ノ命令ニ對シテ不服ナルトキ然レトモ法律ニ於テ不服ヲ申立ツルコトヲ得スト規定セル場合ハ此限ニ在ラス例ヘハ第百二十七條及ヒ第二百四十一條ノ如キ是ナリ

二　法律ニ於テ特ニ抗告ヲ許シタル場合

第一　普通抗告　普通抗告ハ一般ニ訴訟手續ニ關スル申請ヲ口頭辯論ヲ經スシテ却下シタル裁判ニ對シテ申立ツルコトヲ得ルモノニシテ特ニ法律ニ規定セル場合ハ特別代理人任設ノ申請却下ノ裁判(第四六條)訴訟費用救助ニ關スル裁判(第一〇二條)訴訟手續中止ノ裁判(第一八九條)證人不參又ハ證言拒絶ニ因リテ生シタル費用ノ賠償及ヒ罰金ヲ言渡ス裁判(第二九四條、第三〇二條)鑑定人ニ對スル費用賠償及ヒ罰金ヲ言渡ス裁判(第三二二條、第三二八條)等是ナリ

第二　即時抗告　即時抗告ハ法律ニ於テ「即時抗告ヲ申立ツルコトヲ得」ト規定シタル場合ニ限リ申立ツルコトヲ得即チ判事裁判所書記忌避ノ申請却下ノ裁判(第三八條、第四一條)主參加訴訟ニ於テ本訴訟中止ノ裁判(第五二條)從參加許否ノ裁判(第五七條)裁判所書記、辯護士等ニ對スル費用負擔ノ裁判(第八二條)訴訟費用確定決定(第八五條)訴訟手續中止ヲ拒ム裁判(第一八九條)訴狀差戻命令(第一九二條)判決ヲ更正スル裁判(第二四一條)證人ノ證言拒絶當否ノ裁判(第三〇一條)證人忌避ノ申請却下ノ裁判(第三〇五條)執行命令申請却下ノ裁判(第三九三條)控訴狀却下命令(第四〇二條)再審ノ訴却下ノ命令(第四七六條)强制執行手續ニ於テ口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得ル裁判(第五五八條)不動產競落許否ノ決定(第六八〇條)假差押取消決定(第七五四條)除權判決申立ニ關スル決定(第七六九條)是

ナリ

第三　再抗告　再抗告トハ抗告裁判所ノ裁判ニ對シテ爲ス抗告ヲ謂フ抗告裁判所ノ裁判ニ對シテハ其裁判ニ因リ新ナル獨立ノ抗告理由ノ生シタルトキニ限リ抗告ヲ申立ツルコトヲ得第四五六條第二項即チ再抗告ニ付テハ新ナル獨立ノ理由ニ基クコトヲ必要條件トス再抗告ハ唯リ抗告裁判所ノ裁判ニ對シテ申立ツルコトヲ得ルノミナラス獨立ノ新ナル理由ヲ生シタルトキハ其後ノ裁判ニ對シテモ申立ツルコトヲ得ヘシ如何トナレハ民事訴訟法及ヒ裁判所構成法ニ於テ抗告ハ第四審ニ及ホスコトヲ得ストノ規定ヲ存セサルヲ以テナリ故ニ例ヘハ區裁判所ノ裁判ニ對スル抗告裁判所即チ地方裁判所ノ裁判ニ因リテ新ナル獨立ノ理由ヲ生シタルトキハ控訴院ニ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘク控訴院ノ裁判ニ因リテ再ヒ新理由ノ發生シタルトキハ更ニ大審院ニ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ茲ニ所謂新ナル獨立ノ理由トハ要スルニ抗告裁判所ノ裁判ニ於テ新ナル不服ノ點アルコトヲ謂フモノナリ左ニ一二ノ場合ヲ想像シテ之ヲ説明スヘシ

一　抗告裁判所カ抗告ヲ不適法トシテ棄却シタルトキ、即チ抗告裁判所ニ於テ抗告ヲ形式上許スヘカラサルモノトシテ棄却ノ裁判ヲ爲シタルトキハ其裁判ニ對シテハ再抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ如何トナレハ此裁判ハ抗告裁判所カ原裁判所ノ裁判ヲ認可シタルニアラスシテ却テ抗告ヲ申立テタル裁判ノ内容ニ立入リ審査ヲ爲サストノ裁判ニ外ナラサレハ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生シタルモノト謂フヘキナリ右裁判ニ對シ再抗告ヲ爲シタルトキ再抗告裁判所カ第一ノ抗告ヲ許スヘキモノト認メタルトキハ抗告裁判所ノ裁判ヲ廢棄シ更ニ抗告裁判所ニ對シ第一抗告ノ内容ニ付キ裁判ヲ爲スヘキコトヲ指示スルニ止マリ自ラ第一ニ抗告ヲ申立テタル事件ノ内容ニ立入リ裁判スルコトヲ得サルモノナリ若シ再抗告裁判所カ右事件ノ内容ニ付キ審査ヲ爲シ裁判ヲ下シタルトキハ其裁判ハ更ニ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生シタルモノナレハ更ニ再抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ第一審裁判所ノ裁判カ抗告裁判所ノ抗告ヲ不適法トシテ棄却シタルト同一ノ理由ニ基キタルモノナルトキハ抗告裁判所ノ裁判ハ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ缺クモノナレハ其裁判ニ對シテハ再抗告ヲ爲スヲ

得ス又抗告裁判所カ前審ノ抗告ヲ不適法トシテ棄却シタル裁判ヲ認可シタル場合ノ如キハ其裁判ニ對シテ再抗告ヲ申立ツルコトヲ得ス

二　抗告裁判所カ抗告ヲ實質上理由ナキモノトシテ棄却シタルトキハ前審ノ裁判ト抗告裁判所ノ裁判ト同一ニ歸著スルモノナレハ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生セス而シテ抗告裁判所ノ裁判ノ理由ト前審ノ裁判ノ理由ト同一ナラサルモ裁判カ同一ニ歸著スルトキハ新ナル獨立理由ヲ生シタルモノト謂フコトヲ得ス故ニ抗告裁判所ニ於テ抗告人カ原裁判所ニ提出セサリシ事實及ヒ證據方法ヲ主張シ之ニ依リテ抗告棄却ノ裁判アリタル場合モ亦同一ナリトス抗告裁判所カ原裁判ノ一部ヲ變更シタルトキハ其變更シタル部分ニ付テノミ更ニ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ抗告裁判所ノ裁判ト原裁判ト全ク同一ナル場合ト雖モ抗告裁判所ノ裁判カ訴訟手續ニ付テノ規定ニ違背シタルモノナルトキハ其裁判ニ對シ更ニ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ例ヘハ抗告裁判所ノ構成カ不適法ナリシ場合若クハ抗告裁判所カ管轄違ナリシ場合ノ如キハ新ナル獨立ノ抗告理由ノ發生ト稱スヘキナリ

三　抗告裁判所カ抗告ヲ理由アリトシテ原裁判ヲ變更シタルトキハ其裁判ニ對シテ抗告人ノ相手方ハ再抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ即チ相手方ニ對シテハ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生シタルモノト稱スヘキヲ以テナリ然レトモ其裁判ニ對シテハ法律上抗告ヲ爲シ得ヘキモノナラサルヘカラス例ヘハ原裁判所カ假差押ノ申請ヲ却下シタル裁判ニ對シ抗告裁判所カ假差押ヲ許シタルトキハ其裁判ニ對シテハ相手方ハ再抗告ヲ爲スコトヲ得ス又原裁判所カ判事忌避ノ申請ヲ却下シタル裁判ニ付キ抗告裁判所カ其忌避申請ヲ正當ナリト爲シタルトキノ如キハ其裁判ニ對シテ再抗告ヲ爲スコトヲ得サルナリ

以上第一乃至第三ニ說明シタルカ如ク抗告ハ其種類ニ依リ申立ヲ爲シ得ヘキ場合ヲ異ニスト雖モ抗告人ハ抗告申立ニ付キ何レモ權利上ノ利益アルコトヲ要スルハ控訴上告ノ場合ト同シク各抗告ニ共通ノ要件トス

第二節　抗告ノ效力

抗告モ亦他ノ上訴ト同シク移審ノ效力及ヒ停止ノ效力ヲ生ス

第一　移審ノ效力

抗告ノ申立アリタルトキハ其申立ヲ爲シタル裁判ニ依リテ裁判シタル目的物ノ全部ヲ抗告審ニ繫屬セシム抗告ハ相手方ニ對スルモノニアラズシテ抗告人ノ利益ノ爲メニノミ效力アルモノナレハ相手方ハ其裁判ニ不服ナルトキハ獨立シテ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘキモ他ノ上訴ノ如ク抗告人ノ抗告ニ附帶シテ抗告申立ヲ爲スコトヲ得ス抗告裁判所ハ原裁判ノ一部ニ對シテ抗告申立ノアリタルトキハ其一部ニ付テ審理裁判ヲ爲スコトヲ得ヘク不服申立ナキ部分ニ付テハ其裁判ヲ變更スルコトヲ得ス

第二　停止ノ效力

抗告ハ不服ヲ申立テラレタル裁判ニ對シテ停止ノ效力ヲ生セサルヲ原則トス法律上別段ノ規定ヲ設ケタル場合ニ限リ執行停止ノ效力ヲ生スルモノナリ(第四六〇條第一項別段ノ規定アル場合トハ第二百九十四條第三項、第三百二條第二項、第三百二十八條等是ナリ故ニ其他ノ場合ニ於テハ訴訟手續ノ申請ヲ却下シタル裁判ニ對シテ抗告ヲ爲スモ裁判所ハ事件ノ辯論ヲ進行シ且ツ裁判ヲ爲スコトヲ得ヘク又第五百五十九條第一號ノ規定ニ該當スル裁判ニ對シテハ抗告申立ニ拘ラス强制執行ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ此等ノ裁判カ後日抗告裁判所ニ於テ廢棄若クハ變更セラレタルトキハ恰モ假執行ノ宣言アリタル判決ヲ廢棄又ハ變更シタル場合ト同一ニ歸ス(第五一〇條參照)

抗告ハ停止ノ效力ヲ有セサルヲ原則トスレトモ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ裁判長ハ抗告ニ付テノ裁判アルマテ其裁判ノ執行ノ中止ヲ命スルコトヲ得ヘク又抗告裁判所ハ抗告ニ付テノ裁判ヲ爲ス以前ニ於テ自由ナル意見ニ依リ不服ヲ申立テラレタル裁判ノ執行中止ヲ命スルコトヲ得ルモノトス(第四六〇條第二項第三項)

第三節　抗告ノ手續

第一　抗告ニ付テノ管轄裁判所ハ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所ノ直近上級裁判所トス(第四五六條第一項)

第二　抗告申立ノ方式ハ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ裁判長ノ屬スル裁判所ニ抗告狀ヲ差出シテ之ヲ爲スヲ原則トス抗告狀ニ揭クヘ

キ事項ハ法律ニ於テ規定スル所ナシ故ニ如何ナル裁判ニ對シテ抗告ヲ申立ツルヤノ事項ヲ明瞭ニ認メ得ヘキ程度ニ於テ記載スルヲ以テ足レリトス抗告狀ヲ原裁判所ニ差出スコトヲ原則トスルハ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ裁判長カ再度ノ考案ニ因リ抗告ヲ理由アリトスルトキハ其裁判ヲ變更スヘキ機會ヲ與フルモノニシテ殊ニ新ナル事實又ハ證據方法ヲ以テ抗告ノ憑據ト爲シタルトキハ前裁判ヲ變更スルコトアルヘキヲ以テナリ右原則ノ例外トシテ訴訟カ區裁判所ニ繫屬シ若クハ嘗テ繫屬シタルトキ又ハ證人鑑定人ヨリ抗告ヲ申立ツルトキ或ハ證書ヲ提出スルノ義務アリト宣言セラレタル第三者ヨリ抗告ヲ爲ストキハ抗告狀ノ差出ヲ要セス口頭ヲ以テ申立ツルコトヲ得(第四五七條第二項)又抗告ハ急迫ナル場合ニ於テ直チニ抗告裁判所ニ抗告狀ヲ差出シテ申立ツルコトヲ得(第四六一條第一項)

第三　抗告ニ付テハ即時抗告ノ場合ヲ除キ一定ノ期間ナシ故ニ普通抗告ハ何時ニテモ提起スルコトヲ得ヘシ然レトモ時期ヲ失シタル抗告ハ實體上必要ナキニ至ルヲ以テ之ヲ棄却セラルルコトアルヘシ

即時抗告ハ七日ノ不變期間内ニ申立ツルコトヲ要ス此期間ハ裁判ノ送達ヨリ始マリ第二百五十三條第六百八十條第七百六十九條第三項ノ場合ニ於テハ裁判ノ言渡ヨリ始マリ此等ノ場合ニハ何レモ言渡ヲ以テ當事者ハ其裁判アリタルコトヲ知ルモノナレハ其時ヨリ期間ヲ起算スヘキナリ七日ノ不變期間以後ニ申立テタル抗告ハ不適法ノモノナレトモ期間前ニ申立テタル抗告ハ有效ト爲ササルヘカラス又抗告人カ急迫ナリト認メテ抗告裁判所ニ抗告ヲ爲シタルトキハ抗告裁判所カ其事件ヲ急迫ナラスト認メテ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所若クハ裁判長ニ事件ヲ送付スル場合ニ於テ縱令事件送付ノ時期マテニ抗告期間經過セル場合ト雖モ抗告申立ノ時カ七日ノ不變期間内ナルトキハ適法ノ時期ニ抗告ヲ申立テタルモノト看做ス(第四六六條第二項)又抗告ノ理由カ再審ノ訴ノ要件ヲ備フルモノナルトキハ抗告期間ハ延長セラレ再審ノ訴ノ爲メニ定メラレタル期間ノ滿了マテニ抗告期間ヲ存スルモノトス是レ決定ニ對シテハ再審ノ途ナキヲ以テ期間ヲ伸長シテ再審ノ原因アル決定ヲ取消サシメントスルニ外ナラス

第四　不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所ニ抗告狀ヲ提出シタルトキハ其裁判所又ハ裁判長ハ再度ノ考案又ハ新ナル事實及ヒ證據方法ニ基キ其抗告ヲ理由アリト認メタルトキハ其不服ノ點ヲ更正シテ更ニ裁判ヲ爲シ若シ抗告ヲ理由ナキモノト認メタルトキハ裁判所又ハ裁判長ハ其意見ヲ付シテ三日ノ期間內ニ抗告ヲ抗告裁判所ニ送付シ又適當トスル場合ニ於テハ其事件ニ關スル訴訟記錄ヲ抗告裁判所ニ送付スヘシ(第四五九條)

第五　當事者カ急迫ナリト認メテ直チニ抗告裁判所ニ抗告ヲ申立テタルトキハ抗告裁判所ハ直チニ裁判ヲ爲スコトヲ得ヘク又ハ其裁判ヲ爲ス前ニ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ裁判長ノ意見ヲ求メ且ツ訴訟事件ノ記錄ノ送付ヲ要求スルコトヲ得ヘシ(第四六一條第二項)抗告裁判所カ事件ヲ急迫ナラスト認メタルトキハ原裁判所又ハ原裁判長ニ其事件ヲ送付シ且ツ其旨ヲ抗告人ニ通知スヘシ(第四六一條第三項)原裁判所若クハ裁判長ハ其事件ノ送付ヲ受ケタルトキハ第四ニ於テ述ヘタル所ト同一ノ手續ヲ爲スヘシ

第六　受命判事若クハ受託判事ノ裁判又ハ裁判所書記ノ處分ノ變更ヲ求ムルニハ先ツ受訴裁判所ノ裁判ヲ求メ然ル後受訴裁判所ノ裁判ニ對シテ不服ナルトキハ其裁判ニ對シテ抗告ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ(第四六五條第二項)受訴裁判所ノ裁判ニ對シテ申立ツル抗告カ即時抗告ナルトキハ受訴裁判所ノ求ムルニハ抗告提出ノ爲メ定メタル方法ニ依リ七日ノ不變期間內ニ其裁判ヲ求ムルコトヲ要ス受訴裁判所カ其申請ヲ正當ト認メサリシトキハ其受訴裁判所ニ於ケル當事者ノ申請ハ抗告ト同一ノ效力ヲ有シ之ヲ抗告裁判所ニ送付スヘシ(第四六六條第四項)大審院ニ於テ受命判事若クハ受託判事ノ裁判又ハ裁判所書記ノ處分ノ變更ヲ求ムルニハ大審院ノ裁判ヲ受クルコトヲ要ス(第四六五條第三項)

第七　抗告裁判所ハ口頭辯論ヲ經スシテ裁判ヲ爲スヲ通例トス抗告裁判所ハ抗告人ト反對ノ利害關係ヲ有スルモノニ對シ抗告アリタルコトヲ通知シテ書面上ノ陳述ヲ爲サシムルコトヲ得利害關係人ノ陳述ハ口頭ヲ以テ抗告ヲ爲シ得ヘキ場合ニ於テハ亦口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ又抗告裁判所ハ口頭辯論ヲ經テ裁判ヲ爲スコトヲ得ヘク此場合ニハ當事者ヲ呼出スコトヲ得ヘシ

(第四六二條)抗告人ハ原裁判所ニ提出セサリシ事實又ハ證據方法ヲ以テ抗告ノ基本ト爲スコトヲ得ヘシ(第四五八條)

第八　抗告申立アリタルトキハ抗告裁判所ハ之ヲ許スヘキヤ否ヤ又法律上ノ方式ニ從ヒ若クハ其期間ニ於テ提出シタルヤ否ヤヲ職權ヲ以テ調査シ其要件ノ一ヲ缺クトキハ抗告ヲ不適法トシテ棄却スヘシ(第四六三條)抗告カ適法ナルモ其理由ナキトキハ之ヲ棄却シ其適法ニシテ且ツ理由アリトスルトキハ抗告裁判所ハ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ廢棄シテ自ラ更ニ裁判ヲ爲シ又ハ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ裁判長ニ委任シテ裁判ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシ(第四六四條第一項)抗告裁判所ノ裁判ハ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ裁判長ニ之ヲ通知スヘシ(第四六四條第二項)

再審

緒論

終局判決カ確定シタル場合ニ於テモ其裁判ハ絶對ニ確定スルモノニアラス民議ニ付キ裁判ヲ爲ス以前ニ於テ假處分殊ニ假ニ執行文ヲ付與セス若クハ已ニ付與シタル執行文ヲ取消ス旨ノ裁判ヲ爲シ保證ヲ立テシメ若クハ之ヲ立テシメスシテ强制執行ヲ一時停止シ(民事訴訟法第五百條第一項ニ規定シタル所ト民事訴訟法第五百五十條第二項參考又ハ保證ヲ立テシメテ强制執行ヲ續行スヘキコトヲ命スルヲ得其他保證ヲ立テシメヲ已ニ爲シタル執行處分ノ取消ヲ命スルコトヲ得然レトモ保證ヲ立テシメスシテ已ニ爲シタル執行處分ノ取消ヲ命スルコトハ假處分ノ範圍外ニ涉ルヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ債權者ハ斯ル假處分ニ因リテ完全ニ取消シタル權利ノ全然喪失スルニ至ルヲ以テナリ强制執行ノ方法ニ對シ異議ノ申立アリタル場合ニ於テ執行裁判所ハ前示ノ如キ假處分ヲ發スルコトヲ得ヘシ(第五二二條第二項第五四四條第二項)其詳細ハ前ニ述ヘタル所ナルヲ以テ參考ヲ求ム

(ハ)債務名義ニ於テ確定シタル請求ハ以上ノ異議ノ訴ノ提起アリタルトキハ管轄裁判所ハ强制執行ヲ制限スルカ爲メニ特別ノ命令ヲ發スルコトヲ得ルハ前ニ述ヘタル所ナリ此特別命令ヲ發スルニハ第一ニ當事者ノ申立(申請アルヲ要

ス而シテ此申立ヲ正當ナラシムルニ必要ナル事實ハ之ヲ疏明セサルヘカラス此申立ハ相手方ニ交付スヘキ訴狀ニ記載スルコトヲ要セス然レトモ事實上ノ疏明ハ假差押命令假處分命令ニ於ケルカ如ク保證ヲ立ツルコトニ依リテ補充スルコトヲ得ス第二ニ異議ノ訴ノ適法ナルニ必要ナル總テノ要件ヲ疏明セサルヘカラス故ニ受訴裁判所ハ民事訴訟法第五百四十五條ニ規定シタル前提要件ノ存否殊ニ管轄權ノ有無ヲ職權ヲ以テ調査セサルヘカラス(例外タルカ故ニ斯ル嚴格ノ要件アリ)裁判所ハ該二要件ノ存スル場合ニ特別ノ命令トシテ執行ノ停止(第五百條ニ規定シタル所ト異ナル所アリ同條第二項參考)續行又ハ執行處分カ取消ノ命ヲ發スルコトヲ得ヘシ(第五四七條第二項)前條ノ命令ハ變則トシテハ急迫ナル場合即チ受訴裁判所ノ裁判ヲ求ムルノ遑ナキ場合ニ於テハ裁判長カ之ヲ發シ又訴ノ提起ノ前後ニ拘ラス執行裁判所カ之ヲ發スルコトヲ得然レトモ此場合ニ於テハ執行裁判所ハ訴ノ提起ヲ前提要件トスル特別命令ヲ求ムル申立ニ付テノ受訴裁判所ノ裁判ヲ提出セシムルカ爲メニ相當ノ期間ヲ定メサルヘカラス蓋シ遑ハ急迫ノ事情ニ應スル一ノ變則ニ過キサレハナリ而シテ此場合ニ於テハ急迫ノ事情ノ外ニ申立ヲ正當ナラシムル事實上ノ主張ヲ疏明セサルヘカラサヤ明白ナリ當事者カ前示期間ニ受訴裁判所ノ裁判ヲ提出セサルトキハ執行裁判所ノ特別命令ハ當然其效力ヲ喪失シ特別ニ執行裁判所ノ決定ヲ要スルコトナク債權者ノ申立ニ因リ執行ヲ續行スルモノタリ前示ノ期間經過後受訴裁判所ノ裁判(特別命令)アリタルトキハ執行裁判所ノ特別命令ノ失效ニ關係ナク民事訴訟法第五百五十條第二號ノ規定ニ從ヒ將來ニ向ヒテ其效力ヲ生ス執行裁判所ノ裁判カ抗告ノ結果トシテ消滅シタル場合亦然リ特別命令ニ關スル受訴裁判所竝ニ執行裁判所ノ裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ爲ス(急速處分ヲ爲スノ必要ニ基因ス故ニ民事訴訟法第五百五十八條ニ從ヒテ當事者ハ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ(第五四七條第三項獨逸民事訴訟法第六八八條第三項)受訴裁判所ハ異議ノ訴ニ付キ判決ヲ爲ス場合ニ於テ其發シタル特別命令ヲ認可シ變更シ又取消スコトヲ得ルハ前述シタル處ナリ前示ノ法則ハ執行處分ノ取消ニ付キ保證ヲ立テシムルコトヲ要セサル者ノ差異ヲ以テ第三者ノ執行ニ對スル異議ノ訴ニモ亦適用セラル(前述ノ說

明參考)(第五四九條末項)

(C)執行ヲ免ルル爲メ保證ヲ立テ又ハ供託ヲ爲シタル旨ヲ記載シタル公正證明書ノ提出　執行ノ停止又ハ取消カ保證ヲ立テ又ハ供託ヲ爲スコトニ繫ル場合ニ於テ保證ヲ立テ又ハ供託ヲ爲シタルコトニ付キ或信用アル公正ノ說明書ヲ提出シタルトキハ强制執行ヲ停止シ又ハ之ヲ制限セサルヘカラス(第五五〇條第三,第五〇〇條第五一二條第二項,第五二二條,第五四七條乃至第五四九條,蓋シ執行ノ停止又ハ制限ニ付テノ條件カ到來シタルヲ以テナリ(第五五〇條第三,獨逸舊民事訴訟法第六九一條第三)

(D)執行スヘキ裁判(判決執行命令,抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判)成立後又ハ其他ノ執行スヘキ債務名義ノ成立後(裁判上ノ和解又ハ公證人作成ノ公正證書)ニ債務者カ債權者ニ對シ辯論ヲ爲シ又ハ債權者ヨリ義務履行猶豫ノ承諾ヲ受ケタル旨ヲ記載シタル公正又ハ私署ノ證書ノ提出　斯ル證書ヲ提出シタルトキハ執行ヲ爲スコトヲ得ス又ハ執行ヲ猶豫スヘキモノナルヲ以テ執行ノ停止又ハ其制限ヲ爲スヘキヤ當然ナリ法律ハ單ニ「證書」ト明言スルヲ以テ

債權者カ債務者ニ交付シタル私署證書ヲモ包含スルモノト謂ハサルヘカラス蓋シ債權者カ債務者ニ交付シタル私署證書ハ其信用ノ程度ヲ公正證書ト同シウスルヲ以テナリ民事訴訟法第六百一條ニ規定シタル轉付命令ハ債權者ノ權利ヲ消滅セシムルモノナルヲ以テ該命令ニ關スル書面ハ債權者カ辨濟ヲ受ケタル旨ヲ記載シタル證書ト謂フコトヲ得ヘシ債務者ハ疏明其他ノ方法ヲ以テ執達吏ニ對シ證書ノ眞正ナルコトヲ證セサルヘカラス若シ債權者カ證書ノ眞正ヲ爭ヒタルトキハ執達吏ハ執行ヲ續行セサルヘカラス何トナレハ辨濟又ハ履行猶豫ニ關スル證書ニシテ適當ノ證明ナク又ハ債權者ノ爭ヒニ係ルトキハ執行ヲ停止シ又ハ制限スルニ適當ナルモノト謂フコト能ハサレハナリ(第五五〇條第四,獨逸舊民事訴訟法第六九一條第四)

(E)債權者カ破產宣告ヲ受ケタルトキ　破產財團タルヘキ債務者ノ財產ニ付キ破產手續ノ開始アリタルトキハ其繼續中該財產ニ對シ破產債權者各箇人ノ利益ノ爲メニ强制執行ノ續行開始ハ勿論ヲ爲スコトヲ得ス(商法第九八六條)故ニ執行機關ハ執行ヲ停止セサルヘカラス然レトモ執行カ別除請求權若クハ別離

請求權ノ執行トシテ取扱ハルヘキモノナルトキハ此限ニ在ラス何トナレハ此等ノ權利ハ破產手續ノ外ニ於テ主張スルコトヲ得ヘケレハナリ

(二)效果　强制執行ノ停止及ヒ其制限ハ唯强制執行ノ續行ヲ止ムルノミ之カ爲メニ已ニ發生シタル執行行爲ヲ存在セサルモノト爲スヲ得ス隨テ債權者ノ差押權ハ依然存續ス而シテ前述シタル(A)及ヒ(C)ノ場合ニ於テハ執行機關ハ唯リ其行動ヲ停止スルノミナラス已ニ爲シタル執行處分(執行行爲ノ結果)ヲモ取消ササルヘカラス(差押權ノ效力ノ排去ノ如キ何トナレハ此場合ニ於テハ債務名義ノ執行力ハ確定的除去セラレタレハナリ(B)ノ場合ニ於テハ裁判所カ其裁判ヲ以テ從前ノ執行行爲ノ取消ヲ命ゼタルトキニ限リ(從前ノ執行行爲ノ取消トハ執行處分ノ取消ヲ指示スルモノタリ)第五〇〇條第五一二條第五一二條第五四七條第二項第五四九條末項等參考)之カ取消ヲ爲シ反對ノ場合ニ於テハ已ニ爲シタル執行處分ヲ一時保持ス何トナレハ(B)ノ場合ニ於ケル停止ハ執行ノ一時ノ停止ナレハナリ(D)ノ場合ニ於テハ已ニ爲シタル執行處分ヲ一時保持セシムヘク即チ已ニ爲シタル執行處分ハ債權者カ執行委任ヲ取下クルカ若クハ執行處分ノ取消ヲ命スル執行シ得ヘキ裁判ノ正本ノ提出アルマテ其效力ヲ有スルモノトス債權者カ執行委任ヲ取下ケスシテ却テ執行ノ續行ヲ爲サントスルニ當リテハ債務者ハ管轄裁判所ニ對シ强制執行ヲ一時停止スヘキコト又ハ之ヲ許ササル旨ノ裁判ヲ求メ其正本ヲ執行機關ニ提出スルコトヲ得ヘシ(第五四四條第一項第五四五條)執達吏其他ノ執行機關カ不當ニ執行處分ノ取消ヲ拒ミ又ハ之ヲ承認ゼタルトキハ民事訴訟法第五百四十四條ニ依リ執行裁判所ノ救濟ヲ求ムルコトヲ得ルヤ言ヲ俟タス(第五五一條獨逸舊民事訴訟法第六九二條)

(三)手續　强制執行ノ停止又ハ制限ノ爲メニ適法ナル書面ヲ提出(交付ハ必要ニ非ス)シタル者アルトキハ執達吏ハ調書ニ提出シタル書面ノ趣旨ヲ記載シ以テ適當ナル處分ヲ爲ササルヘカラス(第五四〇條)而シテ强制執行ノ停止又ハ制限アリタルトキハ之ヲ債權者ニ通知スヘシ何トナレハ債權者ハ之ニ付キ大ナル利害ノ關係アレハナリ執達吏カ適法ナル書面ノ提出アリタルニモ拘ラス强制執行ノ停止又ハ制限ヲ拒絕ゼタルトキハ提出者タル債務者又ハ第三者ハ民

事訴訟法第五百四十四條ニ基キ執行裁判所ノ裁判ヲ求ムルコトヲ得ヘク又執達吏カ不當ニ强制執行ノ停止又ハ制限ヲ爲シタルトキハ債權者亦同條ニ基キ執行裁判所ノ裁判ヲ求ムルコトヲ得ヘシ

停止又ハ制限セラレタル强制執行ノ續行ニ關シテハ法律ハ何等ノ明文ナシ然レトモ强制執行ノ停止又ハ制限ノ原因カ裁判ナルトキハ(第五五〇條第一乃至第三)當然强制執行ノ續行ヲ命スル裁判ヲ要スヘシ之カ爲メニ新ナル執行文ノ付與ヲ要セス但シ民事訴訟法第五百四十六條末項及ヒ第五百四十九條末項ノ規定ニ基キ執行裁判所ノ特別命令ヲ認可スル受訴裁判所ノ裁判ヲ提出スヘキカ爲メニ相當期間ノ定メアル場合ニ於テハ該期間ノ徒過ニ因リ又强制執行ノ續行カ債權者ノ保證ヲ立ツヘキ條件ニ繫リタルトキハ(第五〇〇條第五一二條第五四七條第五四九條債權者カ執行機關ニ保證ヲ立テタルコトヲ之ニ付テノ公正ノ證明書ヲ提出シテ證明シ且ツ其謄本ヲ相手方ニ送達シタルコトヲ證明シタルニ依リテ(第五二九條準用强制執行ヲ續行スルモノタリ又强制執行ノ停止若クハ其制限ノ原因カ猶豫(第五五〇條第四)ナルトキハ猶豫ニ期限ナルト否トニ從ヒテ區別ヲ爲ササルヘカラス猶豫ニ期限ナキコトハ債權者カ自己ノ欲スル時ニ於テ執達吏ニ對シ新ニ强制執行ヲ續行スヘキ者ノ申立ヲ爲スニ因リテ强制執行ヲ續行シ又猶豫ニ期限アル時ハ執達吏ハ通常期限經過ノミニ因リ債權者ノ申立ヲ要スルコトナク强制執行ヲ續行スルコトヲ得ヘシ

第三編　手續ノ進行

强制執行手續ノ進行ハ之ヲ分チテ强制執行ノ著手手續(强制執行手續ノ開始及ヒ强制執行ノ實施手續(强制執行ノ開始前手續强制執行ノ開始及ヒ終了)ノ二トス

(一)强制執行手續ノ開始ハ債權者カ受訴裁判所ニ對シ執行文ノ付與即チ强制執行命令ヲ求ムル申立ヲ爲スニ因リテ始マルモノトス債權者カ强制執行ヲ爲スニ必要ナル前提要件ヲ具備スルカ爲メニ行フ行爲殊ニ債務名義ヲ得ントシ假執行宣言ヲ求ムル申立ヲ爲シ執行判決ヲ求ムル申立ヲ爲シ判決確定ノ證明書ヲ求ムル申立ヲ爲スカ如キ行爲ハ强制執行手續ヲ開始スルモノニ非ス何トナレハ這ハ唯强制執行ノ準備手續ニ外ナラサレハナリ

執行文ノ付與ヲ求ムル申立ノ形式ハ申請タルヲ原則トシ訴タルヲ例外トス該申立ニ關スル裁判ハ單純ナル場合ハ裁判所書記カ或ハ單獨ニ或ハ裁判長ノ命ノ下ニ於テ之ヲ爲シ其他ノ場合ニハ裁判所カ決定ノ形式ヲ以テ或ハ判決ノ形式執行文付與ノ訴アリタルトキヲ以テ之ヲ爲ス該裁判ニ對スル攻擊方法ハ裁判ノ形式ニ從ヒテ各異ナレリ裁判所書記ノ處分ニ對シテハ其所屬裁判所ニ對シ處分變更ノ要求ヲ爲スニ因リ決定ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スニ因リ又判決ニ對シテハ控訴ヲ提起スルニ因リテ之ヲ攻擊スルコトヲ得ルヤ前述ノ如シ執行文ヲ付與セラレタルトキハ强制執行命令ノ發セラレタルモノニ外ナラサルヲ以テ該命令ノ實施手續ノ存スルハ當然ナリ

(二)强制執行ノ實施手續ハ債權者カ執行機關ニ對シ强制執行ヲ開始スヘキ旨ヲ求ムル申立ヲ爲スニ因リテ開始スルモノトス故ニ(イ)執達吏カ執行機關タル場合ニ於テハ債權者ハ職權アル執達吏ニ(裁判所構成法第九七條)執行力アル正本ヲ交付シテ債權者ノ希望スル强制執行ノ方法ニ付キ其職權ヲ行使スルコトヲ求ム執達吏ハ該申立ニ付キ土地上又事物上職務ヲ取扱フヘキ權限アルカ强制執行ノ實施ニ缺クヘカラサル要件ノ存スルヤ否ヤヲ調査シ其結果不適法ナリト認メタルトキハ執行委任ヲ拒マサルヘカラス債權者ハ該執行委任拒絶ニ對シテ執行裁判所ノ裁判ヲ求メ又必要ノ場合ニハ該裁判ニ對シ即時抗告ヲ爲スコトヲ得(第五四三條第五四四條第二項第五五八條)(ロ)執行裁判所カ執行機關タル場合ニ於テハ債權者ハ執行力アル正本ヲ提出シ且ツ口頭又ハ書面上ノ申請ヲ以テ其希望スル執行方法ヲ表示シテ强制執行ノ實施ヲ求メサルヘカラス執行裁判所ハ該申請ニ付キ裁判ヲ爲スニ當リテ相手方ヲ審訊スルハ原則上任意タリ(第五百九十七條ハ唯一ノ例外ナリ)債權者ハ其申請ヲ却下シタル執行裁判所ノ裁判ニ對シ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得但シ新事實ニ基キ更ニ實施手續開始ノ申請ヲ爲スコトハ即時抗告ヲ爲ササリシ事實ノ爲メニ妨ケラレスハ(受訴裁判所カ執行機關ナル場合ニ於テハ代理人ヲ以テ申請ヲ爲スニハ辯護士ヲ代理人ト爲ササルヘカラス)債權者ハ受訴裁判所ニ對シ執行力アル正本ヲ提出シテ其希望スル執行方法ヲ表示シテ强制執行ノ實施ヲ申請セサルヘカラス受訴裁判所ハ該申請ノ裁判ヲ爲スニ當リテハ相手方ヲ審訊セサルヘカ

ラス(第七三五條)其審訊ノ形式ハ裁判所ノ意見ニ從テ書面上ノ審訊タルコトアリ或ハ口頭上ノ審訊タルコトアリ受訴裁判所ノ裁判ニ對シテハ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得(第五五八條)

(甲)强制執行ノ實施即チ强制執行ハ執行機關カ債權者ノ申立ニ基キ債務者ニ對シ執行行爲ヲ爲ゼタルトキニ於テ開始セラルルモノトス故ニ(A)執達吏カ執行機關ナルトキハ差押フヘキ有體動產ヲ占有シ(第五六六條)第五六七條第六〇三條)引渡スヘキ物件ヲ債務者ヨリ取上クルトキニ於テ强制執行ヲ開始シ(第七三〇條)(B)執行裁判所カ執行機關ナルトキハ執行裁判所カ債權其他ノ財產差押命令ヲ發シタルトキ(第五九八條)第六一四條)第六二五條)又ハ不動產ノ强制執行ヲ命シタルトキニ於テ强制執行ヲ開始ゼ(C)受訴裁判所カ執行機關ナルトキハ該裁判所カ債權者ノ申立ヲ認メタル決定ヲ口頭辯論ニテ相手方ヲ審訊ゼタルト否トニ從テ言渡シ又ハ職權送達シタルトキニ於テ强制執行ヲ開始ス、强制執行開始ノ時期ハ債務者及ヒ第三者ノ異議ノ訴ノ能否(第五四五條)第五四九條)遺產ニ對スル强制執行續行ノ能否(第五五二條)等ノ問題ニ付キ重大ナル關係アリ

(乙)一旦開始シタル强制執行其終了マテ之ヲ續行シ第三者及ヒ債務者ノ異議其他執行ノ方法ニ對スル異議等ノ爲メニ當然續行ヲ妨ケラルルモノニ非サルコト前述ノ如シ而シテ强制執行ハ各執行處分ノ效果ナキ者ノ確定債權者ノ(差押權ノ放棄(差押ノ解放取立權ノ放棄(第六一二條)債權者ノ全部又ハ一部ノ滿足(執行ノ目的物カ債權者ニ完全ナル滿足ヲ供セサルカ如キ)享有ニ依リテ終了ス故ニ(A)執達吏カ執行機關ナルトキハ執達吏カ執行上ノ滿足ニ供スル金錢ヲ受領シ引渡スヘキ物件ヲ占有シタルトキニ於テ强制執行ヲ終了セシシテ却テ執達吏カ之ヲ債權者若クハ其代理人ニ交付シタルトキニ於テ强制執行ヲ終了ス是レ蓋シ執達吏カ債權者ノ純然タル受任者ニ非スシテ却テ法定ノ範圍ニ於テ債權者ノ利益ノ爲メニ之ヲ代表スル官吏タルノ法理ヨリシテ明瞭ナルノミナラス民事訴訟法第五百九十三條及ヒ第六百二十六條ノ法意ヨリシテ債務者カ執達吏ノ現金取立又ハ賣得金領收(第五七四條)第二項、第五七九條)ニ基キ免責スルニモ拘ラス尙ホ訴訟上强制執行ノ完全ニ終了セサルコト瞭然ナレハナリ

(B)執行裁判所カ執行機關ナルトキハ債權者ハ轉付命令ヲ發スルコトニ因リテ滿足セラルヘキモノナルヲ以テ强制執行カ此時ニ於テ終了シ又債權者ハ取立命令ニ基キ取立ヲ爲シタルニ因リテ滿足スヘキモノナルヲ以テ强制執行カ此取立ヲ爲シタル時ニ於テ終了ス(ガウブ)氏カ取立命令ノ送達ニ因リ强制執行ハ終了スルモノタリ唯此場合ニ於テハ第三債務者ニ對スル債權ノ取立手續カ債務者ニ對スル强制執行以外ニ於テ存スルノミト言ヘル論旨ハ多數ノ學者ノ排斥スル所ニシテ余輩亦之ヲ贊セス(C)受訴裁判所カ執行機關ナルトキハ民事訴訟法第七百三十三條ノ場合ニ於テハ授權決定ノ確定ニ因リテ又民事訴訟法第七百三十五條ノ場合ニ於テハ命シタル執行處分ノ實行ニ因リテ强制執行カ終了ス而シテ民事訴訟法第五百五十條第一ニ基ク裁判ニ基キ事實上强制執行ヲ取消シタルトキハ茲ニ强制執行ノ終了ヲ來スハ當然ナリ但シ債權者カ他ノ財產ヲ差押フルコトヲ得ルコトハ强制執行終了ノ妨トナラス是レ蓋シ一ノ新ナル執行ヲ開始スルモノトナルニ過キサレハナリ

强制執行終了ノ時期ハ其開始ノ時期ト同シク民事訴訟法上之ヲ確知スルコトヲ必要トス何トナレハ債務者及ヒ第三者ノ異義ノ訴ノ能否强制執行ノ方法ニ關スル異議ノ能否モ重大ナル關係アレハナリ

第一章　通則

第一節　執達吏ノ權限（ヂーチカイト）

執達吏ハ强制執行ニ關スル職務ヲ施行スルニ當リテハ左ノ權限ニ關スル法規アルコトヲ注意セサルヘカラス

(一)强制權　獨逸ノ大憲(カウブ)氏ノ解スル所ニ依レハ執達吏ハ可成的執行ヲ迅速ニ實行シ債務者ノ爲メニ無益ノ費用ノ生セサルコトニ注意セサルヘカラス是ヲ以テ執達吏ハ執行ノ目的ニ危害ナク且ツ無益ノ費用ヲ要セサル限ニ於テ債權者及ヒ債務者ノ希望ヲ貫徹セシムルコトニ努メサルヘカラス故ニ法律ハ獨逸民事訴訟法第六百七十八條(第五三六條)ニ規定セル例外ヲ以テ前示ノ明白ナル原則ノ適用ヲ職務規則ニ委任シタリ(執達吏職務施行細則第五十六條ウルランベルヒ執達吏職務施行細則第五四條參考該則ニ從ヘハ執達吏ハ執行ニ著手ス

ル以前ニ債務者若クハ其家族ニ出頭ノ目的ヲ通知シ且ツ債務者ニ任意ノ履行ヲ求メサルヘカラスト此法理的說明ハ强制執行ノ性質上當然ノ原則ヲ說明シタルモノニシテ又我國法ノ解釋ニ充ツルニ足ル故ニ强制權即チ搜索權及ヒ威力使用權ハ重大ノ例外ト謂ハサルヘカラス(第五三六條第一項……執行ノ爲メ必要ナル場合ニ於テハ……)憲法第二五條執達吏ハ執行ノ爲メ必要ナル場合ニ於テハ債務者ノ住居倉庫及ヒ筐匣ヲ搜索スルノ權能ヲ有ス(第五三六條第一項)猶舊民事訴訟法第六七八條第一項第二項同新民事訴訟法第七五八條)住居トハ住所ナル觀念ニ關係ナク債務者カ事實上居所トシテ一時的タルト繼續的タルトヲ問ハス利用スル場所タリ故ニ債務者カ起臥スル權利アリテ債務者自身又ハ其物件カ現在スル場所ハ行政官廳ニ屆出ヲ爲シ了ルト否トニ拘ラス債務者住所ト謂フヘシ是ヲ以テ家屋ハ勿論庭園其他ノ附屬物ハ住居ニ包含セラレ又家屋主又ハ旅店主ハ賃借人又ハ旅客ヘ貸與シタル居室ニ於テ其之ニ對スル執行ノ爲メニ執達吏ノ搜索ヲ妨害スルノ權能ナシ倉庫トハ物ノ貯藏ノ爲メニ使用シ且ツ債務者ノ監守スル空間ナリ木造又ハ土造ノ外包アルト否トハ倉庫ノ意義

ニ關係ナシ故ニ通俗ノ物置ト同義ナリト爲スヲ正當ノ見解ト認ム筐匣トハ住居又ハ倉庫內ニ於テ債務者ノ資產ヲ貯藏スルカ爲メニ使用スル有體動產ナリ故ニ金屬製又ハ木造ノ函類ノミナラス衣類袖隱袋其地身體ニ附著スルモノヲモ包含ス是ヲ以テ執達吏ハ債務者カ著用セル衣服等ニ就キ身體的搜索ヲ爲スノ權アリ債務者ノ住居又ハ倉庫ノ扉及ヒ筐匣カ閉鎖シアリタルトキハ執達吏ハ搜索實行ノ方法トシテ之ヲ開クノ權ヲ有ス而シテ其之ヲ開ク方法ニ關シテハ法律上別ニ明文ナシ然レトモ執達吏ハ執行ニ際シ可成的執行費用ヲ節畧スヘキ職責ヲ有スルコトハ前述ノ如キヲ以テ不必要ノ費用損害等ヲ生セサル方法ヲ以テ之ヲ開クヘシ例ヘハ相當ノ職工ヲ此カ爲メニ雇フカ如キ是ナリ執達吏ハ債務者ノ住居倉庫及ヒ筐匣ニ非スンハ搜索ヲ爲スノ權ナシ(第五三六條……債務者ノ……)然レトモ債務者ト同住シ又ハ倉庫及ヒ筐匣ヲ共同使用スル第三者ハ搜索ヲ拒ムノ權ナカルヘシ

執達吏ハ抵抗ヲ受クタル場合ニ於テ自ラ威力ヲ用ヒ且ツ之カ爲メニ警察上ノ援助ヲ求ムルノ權アリ又必要ノ場合ニハ執行裁判所ノ共助ヲ以テ兵力ヲ要求

スルノ權アリ(第五三六條第二項獨逸舊民事訴訟法第六七八條第三項同新民事訴訟法第七五八條第三項)威力使用ノ爲メ抵抗即チ官吏タル執達吏ノ職務行使ノ妨害ハ執達吏ニ對スル暴行脅迫ニ因リ成立ス(刑法第一三九條)此抵抗アル場合ニ於テハ法律ハ正當ニ職務執行ノ職責ヲ全ウスルノ必要上執達吏ハ自ラ威力ヲ用フルコト即チ抵抗ヲ排斥スルニ足ル腕力ヲ用フルヲ許シタリ但シ身體ノ自由拘束即チ監禁ノ如キハ執達吏ノ威力使用權ノ作用トシテ法律ノ許ス所ニ非サルヘシ是レ蓋シ適當ノ限度ヲ超越スレハナリ執達吏ハ自力ノミヲ以テ其職務上ノ目的ヲ全ウスルコト能ハサルトキハ他力即チ警察權ノ執行機關ノ援助ヲ求メ又兵力ノ援助ヲ求ムルコトヲ得而シテ兵力ノ援助要求ニ付キ執行裁判所ノ媒介ヲ必要ト爲シタルハ事重大ニ渉レハナリ(第五四三條第二項第五九五條第六二一條第六二二條第六二七條第六四一條第七五〇條)執達吏ハ債務者ナルト否トヲ問ハス抵抗ヲ爲ス者ニ對シテ威力ヲ行使スルコトヲ得然レトモ第三者カ債務者ニ對スル執行ノ妨害ヲ爲シタルニ非スシテ却テ自己ノ財產上ニ於ケル强制執行ノ擴張ヲ不當トシテ抗拒シタルカ如キ場合ニハ執達吏ハ其第三者ニ對シ威力ヲ行使スルコト能ハサルヘシ(第五二八條獨逸民事訴訟法第六七一條抵抗者ハ刑法第百三十九條ノ制裁ヲ受クルヤ言ヲ俟タス

(二)證人立會　執達吏ハ强制執行ノ際抵抗ヲ受ケタルトキ又ハ債務者ノ住居ニ於テ强制執行ヲ爲スノ際債務者又ハ成長シタル其家族若クハ雇人ニ出會ハサルトキハ成丁者二人又ハ市町村若クハ警察ノ吏員一人ヲ證人トシテ立會ハシメサルヘカラサルノ義務アリ(第五三七條獨逸民事訴訟法第六七九條「ウ非ルモースキー」ノ見解ニ依レハ同條ハ訓示的規定ニ非スト獨逸民事訴訟法第七五九條)(第一)抵抗ヲ受ケタル場合又ハ(第二)債務者又ハ成長シタル其家族若クハ雇人ニ出會ハサル場合ニ證人ノ立會ヲ要スル理由ハ第一ノ場合ニ於テハ執達吏カ威力ヲ濫用シ第二ノ場合ニ於テハ專横ニ流ルルノ虞アルヲ以テ職務執行ヲ監督(コントロール)スルニ在リ抵抗及ヒ住居ノ意義ハ前ニ陳述セリ成長シタルトハ成年ニ達シタルノ謂ニ非スシテ肉體上ノ發達ニ因リ通常事理ヲ解シ得ルニ足ルト認ムル狀態ニ在ルノ謂ナリ家族ノ意義ハ民法ノ規定ニ依リ研究スヘシ(民法第四編第二章)但シ送達ノ場合ト異ニシテ同居ノ親族タルコトヲ要件ト爲ササルコト

ニ注意スヘシ(第一四五條)雇人トハ小使車掌等ノ如キ繼續的性質アル雇傭上ノ勞務ニ服スル者ニシテ彼ノ一時ノ日雇人ノ如キハ茲ニ所謂雇人ニ非ス但シ使用者ト同住スルコト此雇人タルノ要件ニ非サルヘシ獨逸民事訴訟法第六百七十八條ニハ「一家(ファミリー)ニ於テ雇使セラルル成年者」ト明言ス故ニ必スシモ債務者ノ雇人タルヲ要セサルナリ然レトモ我民事訴訟法第五百三十七條(成長シタル其家族若クハ雇人……)ト明言スルカ故ニ文理解釋上債務者ノ雇人タルコト疑ヲ容レス立法上ノ見解トシテハ狹キニ失スト謂フヘシ(立會ノ場合)證人ノ資格トシテハ法律上成丁者二人又ハ市町村若クハ警察吏員一人ナルコトヲ要ス蓋シ未成年者ハ通常事理ヲ解スルノ力ナキヲ以テ成丁者ニ限定シ又市町村若クハ警察吏員ハ抽象的ニ通俗人ヨリモ容易ニ事理ヲ解スルノ力アルヲ以テ證人ノ資格アルモノト規定スルハ同時ニ一人ニテ足レリトシタリ(二人以上ト爲ストキハ本職執行ノ妨害ト爲ル虞アルカ故ナリト主張スル者アリ)而シテ證人ニハ立會フヘキ事件ニ關シ利害關係ナク又執行地近傍ニ居住スル者ヲ選擇スヘキモノタルコトハ立會證人ノ性質即チ後日證言的證人タルヘキ者ナルト(第二九九條費用節略及ヒ迅速終了ヲ重スル法意遠隔地居住ノ人ヲ選擇スルコトハ此法意ニ適セス)ノ適當ナル要求ナルヘシ(立會證人ノ資格證人ハ所謂立會證人即チ後日ノ證據ト爲ルヘキ裁判外ノ證人ニシテ(第二九九條第一項第三)係爭事實ヲ供述スル裁判上ノ證人即チ證言的證人ニ非ス(第二八九條以下故ニ宣誓等ノコトナカルヘシ(證人ノ性質)

(三)執行ノ時期　執達吏ハ夜間及ヒ日曜日並ニ一般ノ祝祭日ニ執行行爲ヲ爲スニ付キ執行裁判所ノ許可ヲ受クル義務アリ(第五三九條第一項)獨逸舊民事訴訟法第六八一條第一項(同新民事訴訟法第七六一條第一項)蓋シ夜間及ヒ日曜日並ニ一般ノ祝祭日ハ安息休養ノ時間ナルヲ以テ法律ハ妄ニ執行行爲ヲ爲スコトヲ禁シタリ夜間ノ意義ニ關シ獨逸民事訴訟法第六百八十一條第三項ハ之ヲ規定シタリト雖モ我民事訴訟法第五百三十九條ハ之ヲ規定セス然レトモ類推(アナロギー)ニ依リテ「夜間トハ日沒ヨリ日出マテノ時間ヲ謂フ」ヤ明瞭ナリ(第一五〇條第二項)一般ノ祝祭日ノ意義ニ關シテモ亦我法文上之ヲ規定セス然レトモ法律上又ハ慣習上執行行爲ヲ爲ス地ニ於テ住民ノ多數カ休業スル日ヲ指示スルヤ言ヲ

埃タス

執行行爲ニ非スシテ執行ニ關スル命令ノ送達(第五九八條第六二九條)ハ民事訴訟法第百五十條ノ規定ニ依ルヤ言ヲ俟タス此義務ニ反シテ爲シタル執行行爲ハ無效タリ故ニ此行爲ハ民事訴訟法第五百四十四條ノ規定ニ則リ利害關係者ヨリ攻擊セラルヘシ然レトモ債務者カ此義務ニ反スル執行行爲ヲ爲スコトニ同意シタルトキハ此行爲ハ無效ト爲ラス蓋シ此命令的規定ハ債務者ノ利益ヲ保護スルニ止マレハナリ(第一五〇條第五項引用)

執行裁判所ハ其自由ナル意見ニ依リ執行行爲ノ許可ノ當否ヲ判定ス而シテ法意上多クハ急速ヲ要スル事情ノ存スルニ非スンハ許可スヘキモノニ非サルヘシ獨逸民事訴訟法第六百八十一條ハ「執行行爲ヲ爲スヘキ地ヲ管轄スル區裁判所判事ノ許可」ト明言シ我民事訴訟法第五百三十九條ノ如ク「執行裁判所」ト言ハス執行裁判所ハ必スシモ區裁判所ニ非サルコトハ前述ノ如シ故ニ執行地ノ事情ヲ熟知スルコトト迅速ニ許可ノ當否ヲ判定スルノ利益アルトニ據リ立法上獨逸民事訴訟法ノ規定ノ如ク改ムルヲ可ナリト信ス

許可ハ執行行爲ヲ爲スノ方法ナルカ故ニ執達吏又ハ當事者カ之ヲ申立ツヘキモノトス此許可ニ關スル決定ニ對シテハ法律上不服申立ノ途ナシ何トナレハ該決定ハ民事訴訟法第四百五十五條ノ前掲要件ヲ缺キ又民事訴訟法第五百五十八條ニ規定セル裁判ニ非サレハナリ(許可ハ執達吏ノ爲メニハ授權ニ過キス)

法律ハ執行吏カ强制執行ノ際夜間等ノ執行許可決定ヲ債務者ニ示スヲ以テ足レリトシ決定ノ謄本ヲ送達スルカ如キハ之ヲ必要トセス蓋シ不服申立ノ途ナキヲ以テ其必要ナケレハナリ而シテ執行許可決定ヲ債務者ニ示スヘキ規定ハ一ノ訓示的規定ニ止マルカ故ニ之ヲ遵守セサルトキハ債務者カ單ニ異議ノ申立ヲ爲シ得ルニ止マリ强制執行ヲ無效ト爲スモノニ非ス(第五三九條第二項)可シ獨逸民事訴訟法第六八一條第二項)

(四)調書ノ作成　執達吏ハ各執行ヲ爲スニ付キ調書ヲ作成セサルヘカラス(第五四〇條第一項)是レ蓋シ執行ノ情況ヲ知ルヲ得セシムルカ爲メナルヘシ調書ニ記載スヘキ執行行爲ハ執達吏カ執行吏タル資格ニ於テ强制執行ノ爲メニ爲ス行爲ノミヲ指示ス故ニ債務者ノ住所搜索ノ如キ準備行爲及ヒ送達行爲ニ外ナ

ラサル執行ニ關スル命令ノ送達(第五九八條、第六〇九條、第六二五條)ハ執行行爲ニ非サルヤ言ヲ俟タス執行調書ハ執行ノ情況ヲ證明スルカ爲メニ調製スルモノナルヲ以テ其調製ハ執行行爲ヲ有效ナラシムル要件ニ非ス然レトモ執行調書ハ一ノ公正證書ナルヲ以テ完全ニ調製セラレタルトキハ公正證書タルノ證據力ヲ有ス而シテ執行調書ニ不完全ノ處即チ法律上ノ規定ニ適セサル處アルトキハ實體的證據力ノ存否ノ問題ヲ惹起スヘキモノナルヤ當然ナリ執行調書ハ執行ノ際ニ調製スヘキモノナルコトハ民事訴訟法第五百四十條第五ノ明文ニ依リ瞭然タリ執行調書ニハ民事訴訟法第五百四十條第二項第一號以下ニ規定シタル事項ヲ記載セサルヘカラス場所及ヒ時(年月日ト云フハ非ナリ)ヲ記載スルハ差押等ニ關スル紛爭ヲ避クルカ爲メナリ執行行爲ノ目的物トハ唯リ差押物ノ如キ執行行爲ノ直接ノ目的物ヲ指示スルノミナラス又執行ノ原因竝ニ目的殊ニ請求權竝ニ執行名義ノ表示ヲモ指示ス重要ナル事情トハ民事訴訟法第五百三十六條(第五百三十七條ニ規定セルカ如キ事情其他差押物ノ存在セシ場所差押物ヲ執達吏自ラ占有シタルヤ否ヤノ事情ヲ指示スルヤ當然ナリ民事

校外生規則摘要

一 講義錄ハ毎月二回發行シ滿一ヶ年ヲ以テ卒業トス

一 講義錄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 校外生ハ本校講談會、討論會ニ出席傍聽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驗ノ上校內生三年級ニ編入セラルルコトヲ得

一 校外生ハ講義錄中ノ疑義ニ付キ質問スルコトヲ得

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內務省許可

明治三十三年十一月一日印刷
明治三十三年十一月五日發行

編輯兼發行者　東京市四谷區四谷仲町三丁目六番地　小田幹治郎

印刷者　東京市芝區四ノ久保明舟町十一番地　金子鐵五郎

印刷所　東京市芝區四ノ久保明舟町十一番地　金子活版所

發行所　司法省指定　東京市麴町區富士見町六丁目十六番地　和佛法律學校
（電話番町百七十四番）