

和仏法律学校講義録

山田, 三良 / 掛下, 重次郎 / 松岡, 義正

(出版者 / Publisher)

和仏法律学校

(巻 / Volume)

3-26

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

49

(発行年 / Year)

1902-12-02

（明治三十五年十一月四日第三種郵便物認可 毎月十八日、三日、五日、六日、八日、十日、十一日、十三日、十五日、十六日、十八日、廿一日、廿三日、廿五日、廿六日、廿八日、廿九日、卅日發行）

明治三十五年十二月二日發行

三十五年度 第三學年ノ二十六

和佛法律學校講義錄

第拾次號

和佛法律學校

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

第三學年第二十六號目次

民法相續 (頁三四〇)

法律學士 掛下重次郎

民事訴訟法 (頁一五五)

法學士 松岡義正

國際私法 (頁二九三)

法學博士 山田三良

雜報 ○毒藥ニ因ル誤殺未遂○第三年級特別試驗問題

090
1902
3-4-26

入タルコトアリ又相續人ナクシテ包括受遺者カ一人若クハ數人アルトキハ特
定受遺者ニ對シテハ其一人若クハ數人ノ包括受遺者カ遺贈義務者タルコトア
リ蓋シ此場合ニ於テ當然遺言者ノ權利義務ヲ包括的ニ承繼シ遺贈義務ヲ履行
スヘキ者ハ即チ遺贈義務者タレハナリ

○受遺者カ承認又ハ拋棄ヲ爲サシテ死亡シタル場合ニ於ケル其相續人ノ權
利 第一千九十條 受遺者カ遺贈ノ承認又ハ拋棄ヲ爲サシテ死亡シタルト

キハ其相續人ハ自己ノ相續權ノ範圍内ニ於テ承認又ハ拋棄ヲ爲スコトヲ得
但遺言者カ其遺言ニ別段ノ意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從フ

遺贈ハ總ニ敘述シタルカ如ク遺言者ノ死亡ニ因リテ效力ヲ生シ其目的タル財
產ハ其時ニ受遺者ニ移轉スルヲ通例ト爲スカ故ニ遺贈者死亡ノ際受遺者ニシ
テ生存セルトキハ其後ニ至リ受遺者死亡スルトモ相續人ハ被相續人ノ權利ヲ
相續開始ノ當時ノ狀態ニテ承繼スルモノナルカ故ニ若シ受遺者カ遺贈ノ承認
又ハ拋棄ヲ爲サシテ死亡シタルトキハ其受遺者ノ權利即チ遺贈ニ付キ承認
又ハ拋棄ヲ爲スコトハ受遺者ノ相續人ノ承繼シタルモノナルヲ以テ其相續人

第三學年第二十六號目次

民法 相続 (野村浩一)

民事訴訟法 (野村浩一)

國際私法 (野村浩一)

雜報 ○遺言の因らば遺言者○第三學年第二十六號目次

090
1902
3-1-26

入タルコトアリ又相続人ナクシテ包括受遺者カ一人若クハ數人アルトキハ特
 定受遺者ニ對シテハ其一人若クハ數人ノ包括受遺者カ遺贈義務者タルコトア
 リ蓋シ此場合ニ於テ當然遺言者ノ權利義務ヲ包括的ニ承繼シ遺贈義務ヲ履行
 スヘキ者ハ即チ遺贈義務者タルハナリ且依テ遺言者ノ遺言ニ依テ遺言者ノ
 ○受遺者カ承認又ハ拋棄ヲ爲サスシテ死亡シタル場合ニ於ケル其相続人ノ權
 利 第一千九十条 受遺者カ遺贈ノ承認又ハ拋棄ヲ爲サスシテ死亡シタルト
 キハ其相続人ハ自己ノ相続權ノ範圍内ニ於テ承認又ハ拋棄ヲ爲スコトヲ得
 但遺言者カ其遺言ニ別段ノ意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從フ
 遺贈ハ曩ニ叙述シタルカ如ク遺言者ノ死亡ニ因リテ效力ヲ生シ其目的タル財
 産ハ其時ニ受遺者ニ移轉スルヲ通例ト爲スカ故ニ遺贈者死亡ノ際受遺者ニシ
 テ生存セルトキハ其後ニ至リ受遺者死亡スルトモ相続人ハ被相続人ノ權利ヲ
 相續開始ノ當時ノ狀態ニテ承繼スルモノナルカ故ニ若シ受遺者カ遺贈ノ承認
 又ハ拋棄ヲ爲サスシテ死亡シタルトキハ其受遺者ノ權利即チ遺贈ニ付キ承認
 又ハ拋棄ヲ爲スコトニ受遺者ヲ相続人ノ承繼シタルモノナルヲ以テ其相続人

民法附錄 遺言ノ效力

ハ何時ニテモ遺贈ノ拋棄ヲ爲スコトヲ得ヘク又遺贈義務者其他利害關係人ヨリ期間ヲ定メテ承認又ハ拋棄ニ付キ意思表示ヲ爲スヘキコトノ催告ヲ受クルモ其期間内ニ何等ノ意思表示ヲ爲ササルトキハ承認シタルモノト看做サルモノトス然レトモ承認又ハ拋棄ハ其相續人ノ相續權ノ範圍内ニ於テスルニ非ナレハ之ヲ爲スコトヲ得ス例ヘハ家督相續ニ付キ受遺者ノ相續人ト一ノ受遺者ト各全財産ノ二分ノ一ツツヲ相續スヘキ場合ニ於テハ受遺者ノ相續人ハ遺贈ノ二分ノ一ニ付キ承認又ハ拋棄ヲ爲スコトヲ得ヘキモ自己ニ權利ナキ全財産ニ付キ承認又ハ拋棄ヲ爲スコトヲ得ス而シテ此場合ニ於テ他ノ二分ノ一ニ付テハ受遺者ニ於テ承認又ハ拋棄ヲ爲スコトヲ得ルモノトス又遺産相續ノ場合ニ於テハ右ト同一ノ例ニ於テ相續人數人アルコトアリテ例ヘハ嫡出子二人ト庶子一人アルトキハ各嫡出子遺贈ノ五分ノ二ニ付キ權利ヲ有スルカ故ニ承認又ハ拋棄ヲ爲スモ其五分ノ二ニ對スルニ過キス而シテ殘ル五分ノ一ニ付テハ庶子カ承認又ハ拋棄ヲ爲スヘキモノニ係レリ

然レトモ遺言者カ受遺者ニ於テ遺贈ノ承認又ハ拋棄ヲ爲サスシテ死亡シタル

トキハ其遺贈ハ無効ナル旨ノ特別ノ意思表示ヲ爲シタルトキハ此意思表示ハ敢テ公益ヲ害スルモノニ非サルカ故ニ有效ナレハ此場合ニ於テハ受遺者ノ相續人ハ其遺贈ニ對シテハ權利ヲ有セサルモノニシテ隨テ承認又ハ拋棄ヲ爲スコトヲ得サルモノトス又相續人數人アルトキ其中ノ或者ヲ特ニ指定シテ其者ニ限り承認又ハ拋棄ヲ爲スコトヲ得ヘシトスルコトアルヘク又相續人數人アル場合ニ於テ其總員舉テ承認ヲ爲スニ非サレハ拋棄シタルモノト看做スヘキコトノ意思ヲ表示スルコトアリ然レトモ此等ノ場合ノ意思表示ハ相續人ノ羈束スルコトヲ得ス何トナレハ數人ノ相續人相一致シテ承認又ハ拋棄ヲ爲ササルヘカラサルト云フカ如キハ遺言者ノ意思ヲ以テ受遺者ノ相續人ノ自由ヲ拘束スルモノニシテ此ノ如キハ受遺者自身スラ拘束スルコトヲ得サルニ其權利ノ承繼人タル相續人ニ對シテ權利ヲ有セサルコト勿論ナレハナリ又受遺者ノ相續人ハ遺贈ノ拋棄ヲ爲スコトヲ得スト云ヘルカ如キモ亦同一ナリ

本條ノ規定ハ相續ノ承認及ヒ拋棄ニ關スル第一千八百條ノ規定ト其趣旨ヲ同シクスルカ故ニ茲ニ叙述シタル外ハ同條ニ就キ觀ルヘシヨ

○承認及ヒ拋棄ノ取消 第一千九十一條 遺贈ノ承認及ヒ拋棄ハ之ヲ取消スコトヲ得ス

第一千二十二條第二項ノ規定ハ遺贈ノ承認及ヒ拋棄ニ之ヲ準用ス

此規定ハ相續人ノ承認又ハ拋棄ニ關スル第一千二十二條ノ規定ト同意旨ニシテ遺贈ノ承認及ヒ拋棄ハ一ノ法律行為ニシテ單獨行為ナルヨリ一旦之ヲ爲ストモ取消スコトヲ得ルモノニ非サルナキカノ疑生スル恐ナシトセス然レトモ相續ノ承認又ハ拋棄ヲ爲シタルカ如ク之ニ因リテ受遺者タルヤ否ヤヲ確定スルモノナルカ故ニ一旦受遺者カ其意思表示ヲ爲シタル以上ハ取消スコトヲ得サルモノト爲シ之ヲ明言シタルナリ

然レトモ以上ハ受遺者ノ意思表示ノ完全ナル場合ニ於テノミ適用セラルルモノニシテ若シ意思表示ニ瑕疵アルカ如キトキ又ハ無能力者ノ法定代理人カ親族會ノ同意ヲ得ルコトナクシテ意思表示ヲ爲シタルカ如キトキハ總則編及ヒ親族編ノ規定ニ從ヒ一旦承認又ハ拋棄ヲ爲シタル意思表示ヲ取消スコトヲ得ヘク而シテ其追認及ヒ時効等ニ關スル規定ハ相續ノ承認又ハ拋棄ニ關スル規

定ト同シカラシムルコト當然ナルヲ以テ茲ニ第一千二十二條第二項ヲ準用スルコトト爲シタル所以ナリ

○包括遺贈ノ效力 第一千九十二條 包括受遺者ハ遺産相續人ト同一ノ權利義務ヲ有ス(舊民法財産取得編第三九〇條第一項)

包括名義ノ遺贈トハ特定名義ノ遺贈ニ對スルモノニシテ總括ニモ敘述スル如ク遺言者ノ遺産ノ全部若クハ其何分ノ一(例ヘハ二分ノ一三分ノ一)ヲ遺贈スルモノニシテ遺贈ノ目的タル財産ニ付キ箇箇ニ之ヲ指定セス遺言ヲ以テ總括的ニ贈與スヘキ意思表示ヲ爲シタルモノヲ謂ヒ之カ遺贈ヲ受ケタルモノハ包括受遺者タリ而シテ遺贈カ包括名義ナルト又ハ特定名義ナルトヲ問ハズ遺言者ノ死亡ニ因リテ遺贈ノ目的タル財産ヲ受遺者ニ移轉スル效力ニ至リテハ其間毫モ差異アルコトナシト雖モ遺贈ノ包括ナルトキ即チ遺贈者ノ財産ノ全部若クハ其幾分ヲ包含スルトキハ受遺者ハ其財産ニ付キ權利ヲ有スルト同時ニ其財産額ニ相當スル義務ヲ負擔スルモノトス例ヘハ遺贈者ノ他ノ相續人アラスタ受遺者カ其財産ノ全部ノ遺贈ヲ受ケタル場合ニ於テハ之ト同時ニ遺贈者カ

他ニ對シテ負擔セシ債務ノ全部ヲ負擔シ若シ受遺者ノ受ケタル遺贈ニシテ遺贈者ノ財産ノ三分ノ一ナルトキハ其債務ノ三分ノ一ヲ負擔セサルヘカラス而シテ此場合ニ於テ受遺者ノ受ケヘキモノハ財産ノミニシテ債務ニ及ハサルモノト爲ストキハ遺贈者ノ意思ニ反スルモノト謂フコトヲ得ヘシ又財産全部若クハ其何分ノ一ト定メタル場合ニ於テ受遺者ニハ財産ノミヲ贈與スルトキハ遺留分權利者アルニ當リ其者ノ受ケヘキ部分ト受遺者ノ受ケヘキ部分トノ關係ニ於テ受遺者ハ利益ノミヲ受ケ遺留分權利者ハ其受ケタル財産トノ割合ヲ超過シテ義務ヲ負擔スルコトヲ爲リ其間權衡ヲ失スヘク又遺留分權利者ナクシテ受遺者カ財産ノ全部ヲ受ケタリトセンカ此財産ハ遺贈者ノ債權者ノ一般擔保タルモノナレハ其債權者ハ一般擔保ヲ失ヒ爾後其債權ノ辨濟ヲ受クルコト能ハサルニ至ルヘケレハ包括受遺者カ其受ケタル權利ノ割合ニ應シテ義務ヲ負擔スルハ當然ナリ是ヲ以テ包括受遺者ヲ遺產相續人ノ如ク之ト同一ノ權利義務ヲ有スルモノト爲セリ

承認ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲ササルヘカラス夫レ遺產相續ニ於テ被相續人ノ債務カ其財産ニ超過スル場合ニ於テ其相續人カ相續ニ付キ不利益ヲ受ケタラント欲スルトキハ限定承認ヲ爲ス如ク包括受遺者ニ於テモ遺贈者ノ財産カ其債務ヨリ少キトキハ單純ニ之ヲ承認スルニ於テハ不利益ヲ受ケヘキカ故ニ其不利益ヲ受ケサラント欲セハ限定承認ヲ爲シ遺贈財産ヲ限トシテ遺贈者ノ債務ヲ負擔スルモノトス然ラズンハ相續人及ヒ特定受遺者ハ利益ヲ得獨リ包括受遺者ノミ損害ヲ受クルノ不幸ヲ見ルヘキヲ以テナリ

○受遺者ノ遺贈義務者ニ對スル擔保請求權 第一千九十三條 受遺者ハ遺贈カ辨濟期ニ至ラサル間ハ遺贈義務者ニ對シテ相當ノ擔保ヲ請求スルコトヲ得

停止條件附遺贈ニ付キ其條件ハ成否未定ノ間亦同シ

遺贈ニ期限ノ附シアリテ其期限ノ未タ到達セザル間ハ普通ノ法律行爲ニ期限ノ附シアル場合ノ如ク遺贈カ效力ヲ生スルトモ直チニ之カ履行ヲ求ムルヲ得サルコト又遺贈ニ停止條件ノ附シアルトキハ遺言ノ效力ハ其條件成就ノ時ニ非サレハ生セサルコトモ屢ニ叙述シタルカ如クニシテ受遺者カ期限ノ到來及

條件ノ成就ヲ待ツ間ニ遺贈ノ目的タル財産ヲ遺贈義務者例ヘバ遺贈者ノ相續人ニ於テ費消シ受遺者カ遺贈ノ履行ヲ求ムルコトヲ得ルニ至リタルトキハ遺贈義務者カ無資力ト爲リテ遺贈ノ履行ヲ爲スヲ得サルコトアルヘシ故ニ此場合ニ於テ受遺者ヲ保護セント欲シハ受遺者ノ爲メ遺贈義務者ニ對シテ相當ノ擔保ヲ請求スル權利ヲ認メサルヘカラス而シテ擔保ノ種類ニ付テハ別ニ制限スル所ナキカ故ニ保證質抵當等受遺者ノ權利ヲ擔保スルニ足ルモノヲ以テスレハ可ナルモノト爲セリ

○受遺者ノ遺贈財産ニ對スル果實ノ取得權——第九十四條 受遺者ハ遺贈ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ル時ヨリ果實ヲ取得ス但遺言者カ其遺言ニ別段ノ意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從テ(舊民法財産取得編第三九二條)遺贈ハ屢、叙述スルカ如ク遺言者ノ死亡ニ因リテ其效力ヲ生ジ其權利ハ普通ノ場合ニ於テハ遺贈者死亡ノ時ヨリ受遺者ニ移轉スルモノナレバ隨テ其權利ノ結果タル果實ノ取得權モ亦遺贈者死亡ノ時ヨリ受遺者ニ歸ルコトト爲ラサルヘカラス然レトモ若シ遺言ニ期限ヲ附シ若クハ條件ヲ附シタルトキ期限ノ到

連シタル時若クハ條件ノ成就シタル時ヨリ後ニ非サレバ果實ヲ取得スルコトヲ得ス是レ恰モ此時ニ遺言者ノ權利カ受遺者ニ移轉スルコト相續人承繼ノ效力發生ノ時ト相同シケレハナリ但遺言者ニ於テ受遺者ノ果實取得權ニ付キ別段ノ意思ヲ表示セルトキハ其意思ニ從ハサルヘカラス遺贈者ハ遺贈ノ目的物ノ引渡マテハ其相續人ニ果實ヲ得セシメ其引續後始メテ受遺者ニ之ヲ得セシメント欲スルコトアルヘク又期限アルニ拘ハラス果實ハ遺言カ效力ヲ生シタル時ヨリ直チニ受遺者ニ得セシメント欲スルコトアルヘク而シテ本條ノ規定ハ公益規定ニ非サルカ故ニ遺贈者ノ特別ノ意思ニ從ハシムルコトト爲シタルナリ

○遺贈義務者ノ出シタル費用ノ償還請求權——第九十五條 遺贈義務者カ遺言者ノ死亡後遺贈ノ目的物ニ付キ費用ヲ出シタルトキハ第二百九十九條ノ規定ヲ準用ス

果實ヲ收取スル爲メニ出シタル通常ノ必要費ハ果實ノ價格ヲ超エサル限度ニ於テ其償還ヲ請求スルコトヲ得舊民法財産取得編第三九三條第二項

遺贈ノ目的物ハ遺言者ノ死亡ニ因リ受遺者ニ屬スヘキガ故ニ遺贈義務者カ遺言者ノ死亡後ニ於テ費用ヲ出シタルトキハ是レ受遺者ノ利益ヲ爲メニ出シタルニ外ナラサルカ故ニ受遺者ヲシテ之ヲ遺贈義務者ニ償還セシムルハ固ヨリ當然ナリ若シ此場合ニ於テ受遺者カ費用ノ償還ヲ爲ササルコトト爲ストキハ之カ爲メニ不當ノ利得ヲ爲シヘケレハナリ而シテ此場合ニ於テ受遺者カ如何ナル程度ニ於テ償還スヘキヤハ留置權ニ關スル第二百九十九條ニ依リ必要費ノ場合ト有益費ノ場合トニ付テ區別ヲ爲セリ即チ遺贈義務者カ遺贈ノ目的物ニ付キ必要費ヲ出シタルトキハ其高ノ如何ニ拘ハラズ之カ金額ヲ償還セシムヘク若シ又遺贈義務者ノ出シタルモノカ有益費ナルトキハ遺贈ノ目的物ノ價格ノ增加カ現存スル場合ニ限リ受遺者ノ選擇ニ從ヒ其費用額又ハ増加額ヲ償還セシムヘキモノト爲セリ又裁判所カ受遺者ノ請求ニ因リ有益費ノ償還ニ付キ相當ノ期限ヲ許與スルコトモ亦留置權ノ場合ニ同シキモノトス而シテ必要費ハ遺贈ノ目的物保存ノ爲メ已ムヲ得ナル費用ナレハ受遺者カ其金額ヲ償還スヘキハ當然ナリ然レトモ有益費ニ付テハ受遺者カ其金額ヲ必スシモ拂ハナ

ルモノト爲ストキハ已ムヲ得ナル改良ノ爲メ受遺者ハ不利益ヲ負擔セシメラルルコトト爲ルカ故ニ以上ノ如キ區別ヲ爲シタルナリ
遺贈義務者カ遺言者ノ死亡前ヨリ遺贈ノ目的物ヲ占有シ之ニ費用ヲ出スコトアリ例ヘハ遺贈義務者カ遺言者ノ生前遺贈ノ目的物ノ保管人若クハ賃借人ニシテ包括遺贈ヲ受ケ特定受遺者ニ對シテ遺贈義務者タルカ如キ場合はナリ此ノ如キ場合ニ此等ノ者カ費用ヲ出シタルハ受遺者ノ爲メニ非スシテ全ク遺贈ニ關係ヲ有セサルナリ故ニ其費用ハ相續債務トシテ相續財產全體ヨリ償還セシムヘキモノナレトモ受遺者ニ償還義務ナシ受遺者カ費用ニ付キ償還義務ヲ有スルハ遺言者死亡後ニ於テ遺贈義務者カ出シタル費用ニ限ルナリ
受遺者カ果實ヲ收取スル場合ニ遺贈義務者カ果實收取ノ爲メニ費用ヲ出シタルトキハ其費用ハ受遺者ノ負擔スヘキモノナレハ受遺者ヲシテ之ヲ償還セシムヘキモノト爲セリ但費用額中受遺者カ取得シタル果實ノ價格ヲ超エタルモノハ受遺者ニ於テ償還義務ナシ然ラサルニ於テハ受遺者ハ其費用ノ爲メニ利益ヲ受ケスシテ却テ損失ヲ被ルヘクシテ此ノ如キハ遺贈義務者ノ處置宜キヲ

得サルヨリ出テタルモノト謂フコトヲ得ヘケレハ其費用ハ受遺者ヲシテ償還セシムヘキ義務アラサルカ故ニ受遺者ハ果實ノ價格ヲ越エサル限度ニ於テ通常ノ必要費ヲ償還スヘキモノト爲セリ

○遺言ノ效力ヲ生セザル場合 第一千九十六條 遺贈ハ遺言者ノ死亡前ニ受遺者カ死亡シタルトキハ其效力ヲ生セス

停止條件付遺贈ニ付テハ受遺者カ其條件ノ成就前ニ死亡シタルトキ亦同シ但遺言者カ其遺言ニ別段ノ意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從フ舊民法財產取得編第四〇四條

法律ハ遺贈カ效力ヲ生セザル場合ヲ規定セリ即チ遺言者ノ爲シタル遺言自體ハ何等ノ缺點アルニ非ス例ヘハ遺言者ハ遺言能力ヲ有シ遺言ノ方式ノ完全ナルモ其成立後未タ遺言カ效力ヲ生サル前受遺者カ死亡シタルトキハ遺言ハ效力ヲ生セザルモノト爲セリ蓋シ遺贈ハ遺言相續ニ外ナラサルモノニシテ遺言者ノ財產ヲ受遺者ニ移轉スル方法タリ而シテ遺贈ハ遺言者ノ死亡ト同時ニ效力ヲ生シ其目的物ハ此時ニ受遺者ニ移轉スルモノナルニ受遺者生存セザルト

キハ遺贈ノ目的物ニ付テハ之カ主體ヲ缺クモノナレハ無條件ノ遺贈ニ付テハ遺言者ノ死亡前ニ受遺者カ死亡シタルトキハ其遺言カ效力ヲ生セザルモノト爲スハ當然ナリ又此場合ニ於ケル遺言者ノ意思ヲ考察スルニ受遺者其人ニ著服シテ遺贈ヲ爲スモノナルカ故ニ遺言カ效力ヲ生セザル前ニ在リテ受遺者カ死亡シタルトキ受遺者ヲシテ之カ利益ヲ受ケシメス其相續人ヲシテ之ヲ受ケシメント欲スルモノトスレバ受遺者ノ相續人ニ對シテ更ニ遺贈ヲ爲シテ可ナリ然ルニ生前此ノ如キ遺贈ヲ爲サザリシ所ヲ以テ觀レハ其生前死亡シタル受遺者ノ相續人ヲシテ之カ利益ヲ受ケシムヘキ意思アリタルモノト見ルコトヲ得ヘカラサレハナリ

以上ハ無條件遺贈ノ場合ナリ若シ遺贈ニ停止條件ノ附セラレタルトキ受遺者ハ縱令遺言者死亡ノ後マテ生存スト雖モ其條件成就前ニ死亡シタル場合ニ於テハ受遺者ハ遺言カ效力ヲ生セザル以前ニ死亡シタルモノニシテ此場合ハ前ノ場合ニ於テ受遺者カ遺言者ノ死亡前ニ死亡シタル場合ト同シケレハ遺言ハ效力ヲ失ヒ受遺者ノ相續人ハ此遺贈ノ利益ヲ受クルコト能ハサルモノト爲セ

然レトモ停止條件附遺言ニ付キ遺言者カ別段ノ意思ヲ表示シテ條件カ後ニ成就シタルトキハ遺言ハ受遺者ノ死亡ノ時若クハ遺言者死亡ノ時ニ遡リテ效力ヲ生スヘキモノト爲シタルトキハ此意思表示ハ有效ナルモノト爲セリ是レ公益規定ニ非サルカ故ニ當事者ノ意思ヲ尊重シタルナリ

○遺贈失効ノ場合ニ於ケル其利益ノ歸屬者 第一千九十七條 遺贈カ其效力ヲ生セサルトキ又ハ拋棄ニ因リ其效力ナキニ至リタルトキハ受遺者カ受クヘカリシモノハ相續人ニ歸屬ス但遺言者カ其遺言ニ別段ノ意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從テ舊民法財産取得編第四〇五條ノ規定ニ依リテ遺贈カ效力ヲ生セサルニ至リタルトキ又ハ拋棄ニ因リテ其效力ナキニ至リタルトキハ其遺贈ノ目的タル權利即チ受遺者ノ受クヘカリシ部分ハ何人ニ歸屬スヘキヤ他ニ受遺者アルトキハ其者ニ歸屬スヘキヤ將テ遺言者ノ相續人ニ歸屬スヘキヤ蓋シ此問題ニ付テハ本條ノ如キ規定ナキニ於テハ他ノ受遺者ニ歸屬スルモノニ非サルナキカノ疑ヲ生スヘシ何ト大レハ外國ノ立法例ニ於テハ一

人ノ受遺者ノ拋棄シタル部分ハ他ノ受遺者ニ歸屬スルモノトセラルベシ探ルモノアリ又第一千九十二條ニ於テ包括受遺者ハ遺産相續人ト同一ノ權利義務ヲ有スル旨ノ規定アリテ第一千九十九條第二項ノ規定ニ從ヘハ一人ノ遺産相續人カ拋棄シタル相續分ハ他ノ遺産相續人ニ歸屬スル旨ノ規定セルヲ以テ少クモ包括受遺者ニ付テハ一人ノ受遺者ノ受クヘカリシ部分ハ他ノ受遺者ニ歸屬スル旨ノ規定セルヲ得サルニケレバナリ然レトモ遺贈カ效力ヲ生セサルトキハ其遺贈ノ目的タル權利ハ固ヨリ相續財産ニ屬スヘキモノニシテ相續財産ハ相續人ノ財産ナルカ故ニ受遺者ノ受クヘカリシ部分ハ本則トシテ相續人ニ歸屬スルモノト爲ササルヘカラス而シテ此規定亦公益ニ關スルモノニ非ナルカ故ニ遺言者ハ別段ノ意思表示ヲ以テ或受遺者ノ受クヘカリシ部分ハ他ノ受遺者ニ歸屬スルモノト定メ又ハ特定ノ第三者ニ歸屬スルモノト定ムルコトヲ得ルモノト爲ササルヘカラス

○遺贈ノ目的タル權利ノ他人ニ屬セル場合ニ於ケル遺贈ノ效力 第一千九十八條 遺贈ハ其目的タル權利カ遺言者ノ死亡ノ時ニ於テ相續財産ニ屬セザル

トキハ其效力ヲ生セス但其權利ヲ相續財産ニ屬セザルコトハ拘ハラズ
 ○之ヲ以テ遺贈ノ目的ト爲シタルモノト認ムヘキトキハ此限ニ在ラス式十八
 外國ノ立法例ニ於テハ遺言者ノ知ルト否トニ關セス他人ノ權利ヲ目的トスル
 遺贈ヲ無効トスルモノアリ佛國民法第一二一條和蘭遺言者カ遺贈ノ目的タル
 權利カ他人ニ屬スルコトヲ知リタル場合ニ限リ他人ノ權利ヲ目的トセル遺贈
 ト雖モ效力ヲ生スルモノト爲スモノアリ白耳義草案西班牙又ハ遺言者カ遺贈
 ノ目的タル權利ノ他人ニ屬スルコトアルニ拘ハラズ之ヲ以テ遺贈ノ目的ト爲
 ス意思ヲ有シタルモノト認ムヘキトキハ其遺贈ヲ有效ト爲スモノアリ(獨逸民
 法第二一六九條)而シテ何人ト雖モ自己ニ屬スル權利ニ非サレハ處分スルコト
 ヲ得ズルハ法ノ原則ナレハ自己ニ屬セザルモノヲ遺贈スルカ如キハ誤リテ自
 己ニ屬スルモノト信シタル場合カ或ハ自己ニ屬セザルモノトヲ知セルモ他人
 ヲリ取得スルノ見込アルヲ以テ之ヲ取得シテ遺贈スル意思ヲ有スル場合カ又
 ン此第一ノ場合ニ於テ遺言者カ自己ニ屬セザルコトヲ了知セシナランニハ之
 ヲ以テ遺贈ノ目的ト爲サオクシテ明白カナラ故ニ遺贈ノ目的タル權利カ遺言者

死亡ノ當時相續財産ニ屬セスシテ他人ニ屬セシトキハ其遺贈ハ效力ヲ生セザ
 ルモノト定ムルハ固ヨリ當然ナリ而シテ此理ヲ以テ推ストキハ右第二ノ場合
 ニ於テモ遺言者死亡ノ當時遺贈ノ目的タル權利ハ相續財産ニ屬セザルカ故ニ
 其遺贈ハ無効ト爲ササルヘカラサルモノノ如シト雖モ本法ニ於テハ成ルヘタ
 遺贈ヲ有效トスル主意ニ基キ一般ノ事情ニ依リテ遺言者ノ意思ヲ推測シ遺言
 者カ遺贈ノ目的タル權利ノ相續財産ニ屬セザルコトアルニ拘ハラズ之ヲ以テ
 遺贈ノ目的ト爲シタルモノト認ムヘキトキハ他人ノ權利ヲ目的トスル遺贈ト
 雖モ向ホ其效力ヲ生スルコトヲ得ルモノト爲セリ(遺言者ノ意思ニ依リテ)蓋
 此規定ハ他人ニ屬スル權利ヲ以テ目的ト爲シタル賣買ヲ有效ト爲シタル第五
 百六十條ノ規定ニ精神ニ似タル所アリ蓋シテ遺言者ノ意思ニ依リテ遺贈者ハ
 ○他人ニ屬セザル權利ヲ目的トスル遺贈ノ有效ナル場合ニ於ケル遺贈義務者ハ
 遺言者ニ依リテ有效ナルトキハ遺贈義務者ハ其權利ヲ取得シテ之ヲ受遺
 者ニ移轉スル義務ヲ負フ若シ之ヲ取得スルコト能ハサルカ又ハ之ヲ取得ス

ル遺贈物ヲ特定シ之ヲ受遺者ニ移轉スベキ義務者ハ遺贈義務者ニシテ遺言者ハ此者ヲシテ此義務ヲ盡シシモノトスルニ在ルモハト謂ハサルベカラズ而シテ遺贈義務者カ此義務ヲ盡シ遺贈ノ目的物ノ權利ヲ受遺者ニ移轉シタリトモ受遺者カ追奪ヲ受クルニ至リ又ハ其物ニ瑕疵アリタル場合ニ於テハ遺贈義務者ハ實際其義務ヲ盡ササルト同一ナル故ニ追奪ノ場合ニ於テハ賣主ト同シク擔保ノ責任アリ瑕疵アル場合ニ於テハ瑕疵ナキ物ヲ以テ之ニ代フルコトヲ要スルモノト爲セリ

右追奪ニ關スル規定ハ遺贈ノ目的物カ不特定ナル場合ニモニ關シ其目的物ノ確定セル場合ニ於テ其所有權第三者ニ屬シ受遺者之カ追奪ヲ受クルカ如キトキハ第一千九十八條ノ原則ニ從ヒ遺贈其モノカ效力ヲ生セザルヲ以テ遺贈義務者ニ於テ擔保ノ責任ヲ負フコトアラサルナリ而シテ此場合ハ贈與ニ關スル第五百五十一條ノ規定ト同一ノ趣旨ニ基キタルナリ然ルニ遺贈ノ目的物カ不特定ナル場合ハ遺贈ニ關シテノミ特ニ明文ヲ掲ケ贈與及ヒ賣買ニ關シテ同一ノ明文ヲ掲ケサルハ是レ當然ニシテ殆ト言フヲ埃タサルニ依レトモ遺贈ニ付

テ確實ナルニ因リテ存在ス其形式ニ關シテハ獨逸民事訴訟法ニ於テハ我民事訴訟法ニ於ケルカ如ク國際條約ニ於テハ明文ナキヲ以テ多數ノ學者例ヘハ「ブラント」(フツハニ)「ガウブ」(ヘルマン)「ストロ」(クマシ)「ラナル」(モリスキ)氏等ハ唯リ外國ノ法律若クハ國際條約判決ノ相互執行ニ關スル議定書若クハ本邦ノ裁判所ノ判決ヲ執行セシムル外國裁判所ノ慣行ニ依リテ擔保ノ存在ヲ見ルヲ得ヘシト我民事訴訟法ニ於テハ「國際條約ニ於テハ明文アルカ故ニ論争ノ餘地オシ但未タ我國ト外國トノ間ニ於テ斯ル條約ナキヲ以テ執行判決ニ關スル實際問題ヲ生スルコトナカルヘシ立法上ノ見解トシテ狹キニ失スト認ム

(6) 外國裁判所ノ判決ニ於ケル「敗訴」ノ債務者本邦人ナルトキハ以上ノ要件ノ外ニ尙ホ其訴訟ニ「應」シタルコトヲ要ス(第五一五條第二項第四號獨逸舊民事訴訟法第六六一條第四號、新民事訴訟法第七二三條第三二八條)本邦人ノ應訴セザリシ外國裁判所ノ判決ニ執行判決ノ言渡ヲ拒ム理由ハ開始シタル訴訟ヲ知ラシメ且何等ノ審理ヲ爲スコトナクシテ本邦人ニ敗訴ヲ言渡シタル外國裁判所ノ判決ニ對シテ其敗訴ノ本邦人ヲ保護スルニ在リ隨テ執行判決ノ言渡ヲ拒ム外

國裁判所ノ判決ハ我民事訴訟法ノ意味ニ於ケル關席判決ニ非シテ敗訴ノ債務者タル本邦人ノ應訴ナキ判決タリ而シテ此立法上ノ理由ト本邦人ナル明文トニ據リ推究スレバ本題ノ要件ハ本邦人タル國法上ノ資格ニ關係シ住所ニ關係セシ故ニ外國ニ於ケル訴訟開始ノ當時外國ニ住居スルヲ必要トセス又前示立法上ノ理由ト民事訴訟法第五百十五條第二項第四號ノ全文トニ據リ本題ノ要件ハ唯訴訟開始ノ時ニ本邦人タルコトヲ必要トシ外國裁判所判決言渡ノ當時感ハ執行判決ヲ求ムル訴訟提起ノ當時ニ於テ本邦人タルコトヲ必要トセス故ニ外國ニ於ケル訴訟開始後外國人カ被告タル自國人ヲ承繼シタル場合ニ於テハ本邦ニ於ケル執行判決ヲ求ムル訴訟ニ於テ本題ノ要件ノ保護ヲ享スルモ自國人カ被告タル外國人ヲ承繼シタル場合或ハ被告タル外國人カ本邦人タル身分ヲ取得シタル場合ニ於テ之ニ反スト謂フヘシ應訴トハ外國裁判所ニ於テ訴ノ防禦ヲ爲シニ口頭若シハ書面手續ニ於テ著手シタル各訴訟行為ニ外テラサザルモ應訴期間ニ關シ民事訴訟法第九十四條第三百七十七條第四百九十六條ノ文意同部百九十八條末項ノ應訴及ヒ同條第一項本案ニ付キ被告ノ第一口頭

辯論ノ反對推理等ニ依リ明確ナキト認ム故ニ唯リ本案ニ付テノ應訴ハ本邦人ノ訴ニ對スル各關與殊ニ答辯書ノ提出訴訟上ノ見解ハ止テハ妨訴抗辯ノ主張ノ如キ亦民事訴訟法上ノ應訴ト認ムルニ足ル是レ民事訴訟法第五百十五條第二項第四號ニ於テ單ニ應訴ト言ヒ本案ニ付キ應訴ト言ハサル所以ナリ而シテ敗訴ノ債務者タル本邦人カ應訴シタル以上ハ外國裁判所ノ判決カ上級又ハ下級ノ關席判決タルシ場合ト雖モ本題ノ要件ヲ適用スルコト能ハサルヤ當然ナリ法律ハ債務者タル本邦人ノ應訴シタルコトヲ原則ト爲シタルトモ例外トシテ應訴ニ代スルモ本邦人ニ對シ爲シタル應訴ニヘキ適法ノ催告ヲ以テシタリ適法ノ催告ハ訴訟ヲ開始スヘキ呼出又ハ命令ヲ受訴裁判所所屬國ニ於テ自國人又ハ之ト同視スヘキ法定若クハ約定ノ代理人其人ニ又ハ法律上ノ其助ニ依リ本邦ニ於テ本邦人ニ送達セラレタルニ依リ成立ス此ノ如ク受訴裁判所所屬國ニ於テハ送達ハ本邦人若クハ之ト同視スヘキ代理人其人ニ獨逸舊民事訴訟法第六十條第四號參考ニ爲スヘキモノナルヲ以テ之ヲ其人ニ爲ササルヘカラス(第十一三八條第一項ニ條舊ニ補充送達第一四五條第一四七條及ヒ公示條

達第一五七條ハ適法ノ催告ヲ爲ラシ然レトモ本邦人及セ代理人其人ニ送達セラレタル以上ハ受訴裁判所内ニ於テ送達セラレタル下否トヲ問ハズ又送達カ本邦ノ送達ニ適合第三六條以下スルヲ必要トセス蓋シ催告ノ目的ハ被告ヲシテ訴訟開始ヲ知ラシムルニ在レハナリ又共助送達ハ本邦裁判所ノ共力ノ下ニ成ル送達ニシテ單純ナル本邦ニ於ケル送達ニ非サルヲ以テ民事訴訟法第五百十三條ニ規定シタル意義ニ於ケル送達ニ共助送達トシテ不適當ナリ然レトモ補充送達ヲ以テ足レリトス何トナレハ補充送達ト雖モ均シク我帝國裁判所ノ爲ス送達ナルヲ以テ效力ニ差等ヲ設ルノ理ナケレバナリ故ニ獨逸民事訴訟法第六百六十一條第四號ニ於テハ明文上共助送達ヲ本人ニ爲スコトヲ必要トセス我民事訴訟法第五百十五條第二項第四號ニ於テハ共助送達ヲ本人ニ爲スベキコトニ限定シタルハ立法上失常ナリ法律上共助ノ有無ハ國際條約ニ依リテ定マルモノトス

以上ノ要件ノ完備アリタルカ爲メニ執行判決ヲ以テ外國裁判所ノ判決ニ自國内ニ於テ強制執行ヲ爲スコトヲ得セシメタルトキハ之下同時ニ外國裁判所判

決ノ確定力ヲ是認シタルモノト謂フコトヲ得是ヲ以テ債權者カ執行判決ヲ求ムルコトヲ得ルニモ拘ハラス斯ル權利ヲ行使セスシテ反テ内國ニ於テ同一法律關係ニ付キ訴ヲ提起シタルトキハ債務者ハ判決確定ノ抗辯ヲ以テ一事再理ヲ拒ムコトヲ得ヘシ然レトモ執行判決ヲ以テ執行ヲ爲スコトヲ得サルトキ若クハ執行上ノ訴訟の請求權ヲ排斥セラレタルトキハ外國裁判所判決ノ確定力ヲ否認シタルニ外ナラサルヲ以テ債權者ハ外國ニ於テ既ニ裁判シタル同一ノ法律關係ニ付キ内國ノ管轄裁判所ニ起訴シ債務者ヨリ判決確定ノ抗辯ヲ對抗セラルルコトヲ判決ヲ受タルコトヲ得ヘシ

(ハ) 我帝國通常裁判所ノ判決タルコトヲ要ス我帝國ノ通常裁判所即チ民事訴訟法ニ依リ民事裁判權ヲ行使スル官府ノ判決タルヲ要ス裁判所構成法第一條第二條故ニ特別裁判所同法第二條ノ裁判ハ民事訴訟法ニ所謂強制執行ノ債務名義ニ非サルナリ第一編第三章參照何トナレハ民事訴訟法第四百九十七條ニ所謂終局判決ハ通常裁判所ノ判決ニ外ナラザレハナリ而シテ此判決ハ民事訴訟法ニ認メラレタル強制執行ノ債務名義ナルカ故ニ法律上共助ノ必要ナク

(裁判所構成法第一三)一條民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ我帝國内ニ執行スルモノトシテ得我帝國ノ領事及他島司ノ裁判ハ亦法律上指示判決ト同視セラレル結果トシテ強制執行ノ債務名義ト爲シテ得同法施行條例條一二條第一五條)一(乙)和解調書和解ノ意義ハ民法ノ定ムル所ニ依ル(民法第六九五條)而シテ當事者カ其雙方ノ讓歩ニ因リ請求權ニ付キ成立セル不確實又ハ其實行ニ不安全ヲ除去スルヲ目的ト爲ス契約タルコトハ學者間ニ爭ナシ起訴以前又ハ以後ノ訴訟的和解調書ハ確定ノ終局判決ト同シク強制執行ノ債務名義ト爲ル何トナレハ訴訟的和解即チ裁判所ニ於テ爲ス和解ハ判決ト同シク一ノ爭訟ヲ終局トシムルモノナレバナリ左ニ又分説スヘシ(第一三〇條第二項第一號第三八一條第二項)一(丙)提起後受訴裁判所ニ於テ又ハ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ於テ爲シタル和解調書此種ノ和解調書ハ債務名義ト爲ルニ止マレカ故ニ單純大ニ請求ノ認諾又ハ拋棄ハ債務名義ト爲ラズ蓋シ請求ノ認諾又ハ拋棄ハ債務名義ト爲ルカ爲メ民事訴訟法第二百二十九條ニ基テ判決ヲ必要ト爲セバナラ

然レドモ請求ノ一部認諾又ハ一部拋棄ハ和解ノ内容ヲ爲スモノタルヤ言フ堪タズ和解調書其モカ債務名義ト爲ル蓋シ債務名義ノ前述ノ如ク公正證書ヲ指示スルモノトシテ外ナラザレハナリ和解調書ハ債務名義ト爲ルニハ左ノ要件ヲ具備セザルベカラズ一(第一)受訴裁判所ニ於テ又ハ之ト同視スヘキ受命判事又ハ受託判事ノ面前ニ於テ爲シタル和解タルヲ要ス一故ニ外國裁判所又ハ特別裁判所ノ如キ我帝國ノ通常裁判所ニ非サル裁判所ニ於テ成立シタル和解ハ強制執行ノ債務名義ト爲ラス何トナレハ民事訴訟法第五百五十九條第三號ニ所謂受訴裁判所トシテ我帝國ノ通常裁判所ヲ指示スレハナリ執行裁判所及ヒ非訟事件ノ管轄裁判所タル裁判所ニ於テ成立シタル和解亦然リ何トナレハ該裁判所ハ之ヲ受訴裁判所ト謂フコト能ハサレハナリ我帝國ノ司法權行使ノ職權アル領事又ハ島司ノ面前ニ於テ爲シタル和解ハ債務名義アリ何トナレハ此種ノ和解ハ受訴裁判所ニ於ケル和解ト法律上同視スヘキモノナレハナリ但受訴裁判所ニ於テ爲シタル和解ナル以上ハ受訴裁判所カ和解ヲ終結シタル事件ニ付キ管轄權アルヲ必

要トモス何トナレハ此場合ハ受訴裁判所ハ事件ニ付キ裁判ヲ爲スモノニ非テレハナリ

(第二) 訴ノ提起後其訴訟ヲ終結スルカ爲メニ爲シタル和解ナルヲ要ス故ニ執行裁判所ニ於テ執行ヲ避クルカ爲メニ成立シタル和解並ニ假差押及ヒ假處分手續ニ於テ成立シタル和解ハ此種ノ和解ニ屬セス然レトモ之カ爲メニ和解ノ目的ハ訴訟ノ目的ニ限定スヘカラス當事者ハ其提起シタル訴訟ヲ終結スルカ爲メニハ訴訟ノ目的以外法律關係殊ニ未タ起訴セザル同一請求ノ或部分又ハ他ノ裁判所ニ繫屬セル同一請求ノ或部分ヲ和解ノ目的ト爲スコトヲ得又反對ニ訴訟ノ目的ノ一部分殊ニ一分判決ヲ爲スニ適當ナル部分ヲ和解ノ目的ト爲スコトヲ得又第三者ハ訴訟ヲ終結スルカ爲メニ和解ニ參加シ執行上ノ債權者若クハ債務者ト爲ルコトヲ得蓋シ和解ハ單ニ訴訟ヲ終結スルモノニシテ判決ニ於ケルカ如ク訴訟關係ヲ確定スルノ效力ヲ有セザレハナリ其他當事者ハ條件附ニテ和解ヲ爲スコトヲ得唯停止條件附和解ニ關シテハ條件成就後ニ執行力アル正本ヲ付與シ解除條件附和解ニ關シテハ即時ニ執行力アル正本ヲ付

與シ解除條件成就ノ場合ニ相手方カ民事訴訟法第五百四十五條ニ規定シタル異議ヲ申立ツルノ權利ヲ有スルノミ而シテ民事訴訟法第三百八十七條ニ規定セル支拂命令ノ送達ハ訴ノ提起ニ同シ故ニ其以後ノ和解ハ訴ノ提起後ヲ和解ト爲ル

(第三) 執行ニ適當ナル給付ヲ目的ト爲ス和解ナルヲ要ス何トナレハ若シ然ラザレハ強制執行ヲ爲スヲ得ザレハナリ隨テ其給付ハ特定セザルヘカラス然レトモ當事者ハ第三者カ如何ナル給付ヲ引受ケタルヤ又何人カ和解上債權者ト爲リタルヤノ區別ハ之ヲ問ハサルナリ

(b) 民事訴訟法第三百八十一條ノ規定ニ從ヒ區裁判所ニ於テ爲シタル和解當事者雙方カ區裁判所ニ出頭シ判事ノ面前ニ於テ和解ヲ爲シタルトキハ其和解圖書ハ強制執行ノ債務名義ト爲ル(第三八一條)獨逸民事訴訟法第四七一條(丙) 抗告ヲ以テノミ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判原本又ハ圖書抗告ヲ以テノミ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判トハ尙ホ抗告ヲ以テ攻撃シ得ヘキ裁判ノミナラス最高審ニ於テ爲シタル裁判其他不服申立期間經過ニ因リ確定シタ

ル裁判ノ如ク抗告ヲ以テ不服申立ヲ爲スコト能ハサルニ至リタル裁判ヲ指示
 ス何トナレハ民事訴訟法第五百五十九條第一號ニ所謂抗告ヲ以テノミ不服ヲ
 申立ツルコトヲ得ル裁判ナル用語ハ裁判ノ形式及ヒ内容カ民事訴訟法ニ從ヒ
 抽象的ニ抗告ヲ以テ不服申立ヲ爲スコトヲ得ルヲ以テ是レリトシ現實的ニ抗
 告ヲ申立ツルコト能ハサルニ至リタル事情ニ無關係ナル旨ヲ表示スルニ外ナ
 ラサレハナリ此種ノ裁判カ強制執行ノ債務名義ト爲ルニハ左ノ二條件ヲ具備
 セサルヘカラス

(第一) 強制執行ニ適當ナル裁判ナルヲ要ス 故ニ訴訟費用確定決定(第八五條
 獨逸民事訴訟法第九九條其他民事訴訟法第八十三條第一千條第一千二百九
 十四條第二項)第三百二條第三百二十八條第六百六條第七百三十三條等獨逸民
 事訴訟法第九九條第一一六條第一一八條第一二六條第二項第三四五條第三五
 五條第三七四條第七三七條第二項第七七三條以下ニ基テ決定ハ之ニ屬ス
 (第二) 抗告ヲ以テ不服ヲ申立タラレタル裁判ノ執行停止又ハ執行中止ナキヲ
 要ス 民事訴訟法第四百六十條ノ規定ニ從ヘバ裁判ニ付タル抗告及ビ其執行停

止ノ效力ヲ有セサル以上ハ前審裁判所其裁判長又ハ抗告裁裁所ハ抗告ノ申立
 アリタル場合ニ裁判ノ執行ノ效力ヲ中止スルノ權限ヲ有ス面シテ此執行停止
 又ハ執行中止ハ強制執行ヲ妨タルモノナルヲ以テ抗告ニ依リ不服ヲ申立タラ
 レタル裁判カ其執行ヲ停止シ又ハ中止セラレタルトキハ抗告ノ不變期間カ經
 過シタルカ抗告ノ途ヲ盡シ終リタルカ又ハ抗告ヲ取下ケタルカノ前提要件ア
 ルニ非スハ強制執行ヲ爲スヲ許サス此債務主義ニ基テ強制執行ヲ爲スニハ
 裁判ニ假執行宣言アルヲ必要トセス(第四六〇條第一項)然レトモ終局判決ト同
 シク執行力アル裁判ノ正本ニ基キ之ヲ爲スヲ必要トス此正本ハ裁判ノ效力カ
 停止又ハ中止セラレタル場合又ハ停止若クハ中止カ消滅シタル場合ニ於テノ
 ミ裁判ノ書記ノ付與スヘキモノトス抗告ヲ以テノミ不服ヲ申立ツルコトヲ得
 ル裁判ノ執行ハ抗告ノ結果トシテ前審又ハ抗告審カ執行スヘキ裁判ヲ廢棄又
 ハ變更シタル裁判ヲ爲スニ因リ消滅ス訴訟費用確定決定ハ其他訴訟費用確定
 手續ノ原因タル判決ノ假執行ノ消滅ト共ニ消滅ス此消滅ノ效力ハ強制執行ノ
 着手ヲ禁シ其執行ヲ許サス又ハ既ニ爲シタル執行處分ヲ取消スニ在リ前審ノ

敗訴者ハ執行スヘキ裁判ノ廢棄若クハ執行スヘキ請求ノ却下ト先ニ取立テラレタルモノノ辨濟ヲ目的トスル裁判ヲ求ムルヲ得ルヤ否ヤニ關シテハ學說二派ニ岐ル第一說ニ曰ク民事訴訟法第五百六十條ニ則リ民事訴訟法第五百十條第二項ハ抗告ヲ以テノミ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判タル債務名義ニ準用スルコト能ハス何トナレハ民事訴訟法第十條ハ判決ノミニ適用スヘキモノナレハナリト第二說ハ反對ニ準用スヘキ旨ヲ主張シ其理由トシテ民事訴訟法第四百二十七條第二項第四百九十二條第二項第五百十條第二項ノ各規定ハ前審ノ敗訴者ハ判決タルト決定タルトニ論ナク苟モ強制執行ノ基本タル債務名義ヲ確定のニ廢棄シタルトキハ取立テラレタルモノノ辨濟ヲ目的ト爲ス裁判ヲ同時ニ求メ得ルノ訴訟の請求權アル原則ノ適用ヲ示シタリ隨テ此原則ノ適用トシテ前審ノ敗訴者ハ不服ヲ申立テタル裁判ノ取消ト共ニ取立テラレタルモノノ辨濟ヲ目的ト爲ス裁判ヲ同時ニ求ムルコトヲ得ヘキナリト曰ヘリ予輩ハ後說ニ贊成ス敗訴者ハ假執行宣言附判決ノ確定の廢棄ト同時ニ該判決ヲ根據トセル訴訟費用確定決定ニ基キ取立テラレタル費用ノ返還ヲ目的ト爲ス裁

判ヲ求ムル申立ヲ爲スコトヲ得何トナレハ民事訴訟法第五百十條第二項ハ強制取立力直接ニ取消サレタル判決ニ基クト之ヲ根據トセル訴訟費用額確定決定ニ基クコトノ區別ヲ問ハサルヲ以テ同條ハ斯ル場合ニモ適用アリト謂ハサルヲ得サレハナリ

(丁) 執行命令原本 民事訴訟法第三百九十三條ニ從ヒ督促手續ニ於テ債務者ニ與ヘタル執行命令即チ假執行宣言附支拂命令ノ原本ハ強制執行ノ債務名義ト爲ル第五五九條第二號第三九三條獨逸民事訴訟法第六三九條第七〇二條第四號第七〇四條ニ依リテ公證人即チ公衆ノ委託ニ因リ民事ニ付キ證書ヲ作成スル職權ヲ有スル公吏カ其權限内ニ於テ法定ノ方法ニ依リテ一定ノ金額ノ支拂又ハ他ノ代替物若クハ有價證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ目的トスル請求ニ付キ當事者カ直チニ強制執行ヲ受クヘキ旨ヲ記載シタル證書ハ強制執行ノ債務名義ト爲ル是レ此種ノ請求ハ困難ナル法律關係ヲ生スルコトナク且當事者ハ之ヲ甘諾セルヲ以テ強制執行ノ債務名義ト爲スニ何等ノ妨害ナキヲミナラ

ス却テ費用ト手續トヲ省略スルノ便アレハナリ(第五九條第五號)獨逸民事訴訟法第七〇二條第五號)公證人作成ノ執行證書ノ要件ハ左ノ如シキニ且當該(第一)公證人カ其權限内ニ於テ成規ノ方式ニ依リ作成シタル證書オラサルヘカラス(方式ノ適否權限ノ有無ハ公證人規則ニ依リ之ヲ定ム)公證人規則第一條第二條、第四條、第七條、第三十六條、第三十七條ハ權限ニ關係シ第十三條、第三章第一節及ヒ第二節ニ規定セル條文ハ方式ニ關係ス權限外ニ於テ又成規ノ方式ニ依ラスシテ作成シタル證書ハ權限竝ニ方式ヲ設ケタル法意ニ反スルヲ以テ公證人作成證書トシテ法律上無効ナルヤ言フ換タス(第六三條)第六三條第一節(第二)一定ノ金額ノ支拂又ハ他ノ代替物若クハ有價證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ以テ目的ト爲ス請求ニ關スル證書オラサルヘカラス(第一)一定ノ金額トハ必スシモ金錢的ノ數量カ明示セラルルヲ必要トセス特定期間年五分ノ利息ト云フカ如キ證書ノ文字ヨリ計算的ニ其數量ヲ認識シ得ルヲ以テ是レリトス又金錢ノ種類ヲ明示スルモ之カ爲メニ一定ノ金額ノ支拂ヲ目的ト爲ス請求ニ非テ金錢ノ請求ト爲ラス何トナレハ他ノ種類メ金錢ヲ以テ對價ヲ供給スルヲ得レハナ

カ故ニ一定ノ金額ノ支拂トハ一定ノ金額の價額ノ支拂ト解スルヲ不當ト認ム(6)代替物ノ一定ノ數量ノ給付トハ通常取引ノ慣習ニ從ヒ一定ノ種類ニ屬スル物ヲ以テ對價ト爲シ得ル物ノ數量ノ給付ヲ指示ス然レトモ當事者カ特定物トシ且之ヲ義務ノ目的物トシテ表示シタルトキハ其給付ハ代替物ノ一定ノ數量ノ給付ニ非ス但種類ヲ以テ目的物ヲ表示シタルモ之カ爲メニ代替物ノ意義ヲ變更スルモノニ非ス(6)有價證券ノ一定ノ數量ノ給付トハ公債株券手形等ノ如キ所持者其モノヲ權利者ト爲ス證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ指示ス以上三種ノ給付ヲ目的ト爲ス請求ナル以上ハ其請求發生原因ノ一方の法律行為ナルト雙方の法律行為ナルト其請求ノ性質ハ物權的ナルト債權的ナルト其請求ノ體様カ期限附ナルト條件附ナルト反對給付ニ繫ルト否トヲ問ハサルナ

(第三)證書ニ直チニ強制執行ヲ受クヘキ旨ヲ記載スルヲ要スニ直チニ強制執行ヲ受クヘキ旨ヲ記載スルヲ必要ト爲スカ故ニ請求權ハ現存ノ請求權ニ限ル將來ノ請求權ニテハ不可才ト謂フヘシ現存ノ請求權タル以上ハ條件附又ハ

期限附身ノ妨妨ケス同一證書中ニ於テ即時執行ノ目的物ヲ限定スルコトヲ得ルヤ言フ埃タズニシテ強制執行ノ要件ニ對シテハ、
 權利者ハ義務者ニ對シ公證人作成ノ執行證書有スルカ爲メニ通常又ハ特別訴訟手續ニ於テ訴ヲ爲スヲ妨ケス唯之カ爲メニ生シタル無益ノ訴訟費用ヲ負擔スヘキノミ限リテ、
 (己) 假差押及ヒ假處分命令原本其判決ノ形式又ハ決定ノ形式ヲ以テスルトニ區別ナク強制執行保全ノ爲メニスル假差押及ヒ假處分命令原本ハ強制執行ノ債務名義タリ故ニ假差押及ヒ假處分命令ノ執行ニハ強制執行ニ關スル規定ヲ準用ス(第七四二條第七四八條第七四九條第七五六條第七七七條)獨逸民事訴訟法第八〇二條第八〇八條第八〇九條第八一五條第八一六條、
 (B) 強制執行實施ニ關スル要件ニ我民事訴訟法ハ強制執行ノ實體的要素タル債務名義ノ存在ノミヲ以テ強制執行權ノ行使ヲ爲スヲ得セシメス當事者カ強制執行權ヲ行使スルニハ換言スレバ執行機關カ債權者ノ爲メニ行動スルニハ從前ノ債權者カ從前ノ債務者ニ對シ強制執行ヲ爲ス場合即チ正則的ノ場合ニ

於テ必要ナル一般前提要件カ存在シ又當事者ニ承繼アリタル場合即チ變則的ノ場合ニ於テ必要ナル特別ノ前提要件カ存在セタルヘカラス此二者ヲ強制執行ノ實施要件ト謂フ左ニ之ヲ分説スヘシ
 (一) 一般前提要件 強制執行ヲ實施スル一般的前提要件ニ二種アリ執行力正本ノ提出及ヒ強制執行開始條件成就ノ證明是ナリ左ニ之ヲ説明スヘシ
 (甲) 執行力正本ノ提出 債權者ハ強制執行ノ形式の要素トシテ執行力正本之ヲ詳言セハ執行文ヲ附記シタル判決其他ノ債務名義ノ正本即チ受訴裁判所カ發シタル書面的強制執行命令ヲ強制執行機關ニ提出セタルヘカラス(第二編第一章第二節參考)而シテ執行機關ハ此提出セラレタル執行力正本ニ基キ強制執行ノ目的タル給付及ヒ此給付カ正本ニ表示シタル債權者即チ正本提出者ノ爲メニ正本ニ表示サレタル債務者ニ對シテ存在スルコトノ瞭然タル場合ニ於テ債權者ノ申立ニ應ジ強制執行ノ實施ニ著手シ然ラサル場合ニ於テハ債權者ノ要求ヲ拒絶セサルヘカラス(第五一六條第一項第五二八條)獨逸舊民事訴訟法第六六二條第一項第六七一條、新民事訴訟法第七二四條第七五〇條執行力正本ハ

執行機關ニ對スル強制執行命令トシテ必要ナルコト前述ノ如シ(第二編第一章第二節)參考然レトモ「ガウプ」「フツチング」「ストロクマン」氏等ハ之ニ反シテ民事訴訟法ハ些少ノ例外ヲ除ク外第七三三條第七三四條執行ヲ通則トシテ執達吏並ニ受訴裁判所ト異ナレル執行裁判所ニ委任シタルカ故ニ又其結果トシテ執達吏並ニ執行裁判所ハ受訴裁判所ト異ニシテ判決其他債務名義カ執行ニ適當ナルヤ否ヤヲ容易ニ調査スルコトヲ得ヘキ地位ニ在ラサルヲ以テ強制執行ヲ爲スニ付キ執行文ヲ附記シタル判決ノ正本執行力正本即チ公ノ證明ヲ以テ債務名義ノ存在ト其執行力トヲ確保シタル正本ニ基クテ必要ト爲スモノナリト論結セリ然レトモ斯ル論結ハ受訴裁判所カ執行機關トシテ強制執行ニ從事スル場合ニ何故ニ執行文付與ヲ必要ト爲スカヲ證明スルコト能ハサルヲ以テ予輩ノ贊成セザル所ナリ強制執行命令ハ執行機關ニ對スル命令ナルヲ以テ強制執行ヲ爲スニ際シ之ヲ必要ト爲ス旨ノ當事者ノ明示的又ハ默示的ノ意思表示ハ無效タリ又強制執行機關ハ民事訴訟法第五百二十九條ニ規定シタル場合ヲ除ク外強制執行命令ヲ前掲タル債務名義ニ執行力ニ對シ調査ヲ爲スコト能ハ

ス唯強制執行命令ニ基キ強制執行ニ著手スヘキノミ
 強制執行命令ハ裁判所又ハ公證人カ債權者ノ申立ニ因リ執行文ヲ附記シタル強制執行債務名義ノ正本ヲ付與シテ之ヲ爲ス手續此命令ハ法律上特定ノ效力ヲ有ス(效力)
 (1) 強制執行命令付與ハ手續強制執行命令ハ裁判所又ハ公證人カ勝訴者又ハ債權者ノ申立ニ因リ執行文ヲ附記シタル強制執行債務名義ノ正本ヲ付與シテ之ヲ爲ス更ニ之ヲ分説スヘシ
 (1) 強制執行命令付與ノ機關強制執行命令ハ裁判所又ハ公證人カ之ヲ付與ス第五一六條第二項第五六〇條第五六二條獨逸舊民事訴訟法第六六二條第二項第七〇三條第七〇五條
 (a) 判決ニ關スル強制執行命令ハ受訴裁判所カ其所屬裁判所書記ヲ機關トシテ之ヲ付與ス而シテ其裁判所ハ通常第一審裁判所ニシテ訴訟カ上級審ニ屬セルトキハ其上級裁判所ナリトス何トナレハ強制執行命令ノ付與ニ關スル要件ノ存否ハ訴訟記録ニ基キ容易ニ調査スルコトヲ得ヘキヲ以テ訴訟記録現存

ノ裁判所ヲシテ強制執行命令ヲ發セシムルヲ最モ便宜ト爲セハナリ(第五一六條第二項)然レトモ法律ハ裁判官ノ職務ヲ輕減スルノ目的ヲ以テ更ニ裁判所書記ヲ受訴裁判所ノ機關トシテ執行文付與ノ職務ヲ取扱ハシメタリ何トナレハ執行文付與ニ關スル法定要件ノ存否ハ容易ニ訴訟記録ニ基キ調査スルコトヲ得ヘキ問題ナルヲ以テ訴訟記録ニ基キ判決確定ノ證明書ヲ付與スルコトヲ得ル裁判所書記ニ(第四九九條同一原因ニ基キ判斷スルコトヲ得ヘキ執行力アル正本付與ノ處分ヲ委任スルモ敢テ失當ニ非サルヲ以テナリ)隨テ判決確定ノ證明書付與ト同シテ訴訟記録現存ノ裁判所所屬ノ書記即チ通常訴訟記録ヲ保存スル第一審裁判所ノ書記ニ又訴訟カ上級裁判所ニ繫屬シタルトキハ訴訟記録ハ此裁判所ニ現存スルカ故ニ其裁判所書記ニ執行力アル正本ヲ付與セシム而シテ茲ニ所謂繫屬ハ判決確定ノ證明書付與ニ於テ説明シタルモノト同一意義ヲ有スルヲ以テ上級審ニ於テ判決ヲ言渡シタル後猶ホ訴訟記録ヲ第一審ニ返還セザルトキハ其上級裁判所書記カ執行力アル正本ヲ付與スヘキモノタリ隨テ執行力アル正本付與ハ其性質上裁判ヨリモ寧ロ執行力存在ノ證明ナリトノ理

由及ヒ付與手續ノ進行ヲ迅速ナラシムル理由トニ依リ法律カ裁判所書記ニ執行力存否ノ裁判ヲ委任シタリトノ見解ハ予輩ノ採ラザル所ナリ裁判所書記カ執行力アル正本ヲ付與スル前提要件トシテハ第一ニ判決カ言渡アレ且其言渡カ調書上明確ナラサルヘカラス何トナレハ若シ然ラスンハ判決ハ法律上完全ニ存在セザルヲ以テ之ニ基テ強制執行ハ無効ナレハナリ(第一三〇條第一三四條第二ニ判決原本ニ判事ノ署名捺印アルコトヲ要ス何トナレハ判決ニ署名捺印ヲ具備セザル原本ハ判決原本ノ草案ニシテ判決原本其モノニ非ス隨テ之ニ基テ強制執行ハ適法ナル債務名義ニ因ラサルモノトシテ無効ナレハナリ(第二三七條第二三九條)獨逸舊民事訴訟法第二八六條第二八八條新民事訴訟法第三一五條第三一七條然レトモ原本ニ判事ノ署名捺印アル以上ハ縱令送達シタル正本ニ於テ署名及ヒ捺印ノコトヲ表示セザリシ場合ト雖モ執行力アル正本ヲ付與スルニ妨ナシ第三ニ判決カ確定シタルカ又ハ之ニ假執行ノ宣言アリタルコトヲ要ス蓋シ未確定ノ判決ニシテ假執行ノ宣言ナキモノハ執行力ヲ有セザレハナリ而シテ執行文ハ外國裁判所ノ判決ニ付與スヘキモノニ非スシテ却

ヲ執行判決ニ付與スヘキモノナルコトハ前述ノ法理ニ據リテ明白ナリ民事訴訟法第五百十六條第二項ノ判決ハ内國裁判所ノ判決ヲ指示ス隨テ執行判決ヲ爲シタル裁判所所屬ノ書記カ執行文ヲ付與スルモノト謂フヘシ和解抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判執行命令第五六一條並ニ假差押及ヒ假處分命令第七四九條第七五六條ニ關シテハ之ニ關スル記録ノ現在スル裁判所所屬ノ書記カ其裁判所機關トシテ執行力アル判決ノ正本ヲ付與スルト同一ノ法則ニ從ヒ前示債務名義ノ執行力アル正本ヲ付與スヘキモノタリ(第五六〇條、獨逸舊民事訴訟法第七〇三條)

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

(2) 強制執行命令付與申請者、勝訴又ハ債權者ハ申請ノ形式ヲ以テ口頭又ハ書面ニテ執行力アル正本ヲ付與ヲ求ムルコトヲ得第五一六條第三項第一三五條又辯護士ニ非サル者ヲ代理人トシテ該申請ヲ爲スコトヲ得ヘシ(民事訴訟法第五一七條)爲メニ交付シタル正本ニ執行文ヲ附記スル實際上ノ慣行ハ適當ト謂フヘカラス何トナレハ民事訴訟法第五百三十三條ノ規定ニ從テハ執達吏ハ債務者カ其義務ヲ完済シタルトキハ之ニ執行力アル正本ヲ交付スヘキヲ以テ送達ノ爲メニ交付シタル正本ヲ債務者ニ交付スルコトヲ爲リ其結果債權者ハ判決確定ノ證明等ニ送達證書ヲ使用スルコトヲ得サルニ至ルヲ以テナリ

(3) 強制執行命令ノ方式、判決ニ關スル強制執行命令ハ判決。正本ノ末尾ニ執行文ヲ附記シ且裁判所書記カ署名捺印シ並ニ裁判所ノ印ヲ押シテ之ヲ爲ス第五七一條、獨逸舊民事訴訟法第六六三條執行文ノ文式ハ民事訴訟法第五百十七條第二項、獨逸舊民事訴訟法第六六三條第二項ニ明記セラレタリ此文式ハ執行文ノ如何ナルモノナルヤヲ認識セシムルノ目的ヲ以テ一般ニ至要ナル文例ヲ示シタルニ止マルカ故ニ特定ノ場合ニ於テ尙ホ他ノ特別ノ附記ヲ必要ト爲ス

コトアルキ言フ埃タス例ヘハ判決ニ包含セラレタル執行ノ目的タル訴訟物ノ一部又ハ特定財産ニ於ケル執行上ノ制限ヲ附シ執行當事者ノ承繼人ヲ表示シ相續人又ハ讓受人トシテノ承繼關係ヲ表示シ承繼ノ明白ナル旨ヲ表示シ第五一九條保證ヲ立ツルコトニ關スル執行ノ制限ヲ表示シ假執行又ハ確定執行トシテノ執行力ヲ表示シ裁判長ノ命令ヲ表示スルカ如キ第五二〇條即チ是ナリ「ハルクマン」氏ハ民事訴訟法ハ或目標ヲ執行文ト認ムルコトヲ得ヘキヤ否ヤノ疑惑ヲ除去スルノ目的ヲ以テ執行文ノ文式ヲ規定シタルモノナルカ故ニ執行文カ執行文トシテノ效力ヲ有スルニハ法定ノ文例ニ適セサルヘカラス隨テ裁判所書記ノ任意ノ表示ハ縱令法定ノ文例ト同一ノ意義ヲ有スト雖モ執行文タルノ效力ナシト主張シ「ウ」ルモトスキ「一」氏ハ執行文ノ法定文例ハ法律上必要の文面ニ非ス隨テ同一ノ意義ヲ有スル他ノ文面ヲ以テ有效ニ執行文ノ法定文例ニ代フルコトヲ得ト主張シタリ予輩ハ後説ヲ適當ト信ス蓋シ民事訴訟法第五百十七條第二項ハ唯リ文意ノ爲メノミナラス文面ノ爲メニモ規定セラレタルモノト解スルコト能ハサルハナリ執行文ニハ裁判所書記ノ署名捺印及ヒ裁

判所ノ捺印ヲ必要トス是レ適法ノ機關カ付與シタル強制執行命令タル性質ヲ明確ナラシムルノ目的ニ基ケリ(第五一七條第三項)獨逸舊民事訴訟法第六六三條第一項執行文ハ判決正本ノ末尾ニ附記スヘキヤ法文上一點ノ疑ナシト雖モ(第五一七條第一項)獨逸舊民事訴訟法第六六三條第一項如何ナル判決正本ノ末尾ニ附記スルモノナリヤハ法文上甚タ不分明タリ然レトモ強制執行ノ性質上負擔ヲ言渡シタル判決正本末尾ニ附記スヘキコトハ學者間ニ爭ナキ正當ノ見解ナリ而シテ負擔ヲ言渡シタル下級審ノ判決カ上級審ノ判決ニ依リ是認セラレタルトキ即チ上訴カ適法ナラス又ハ理由ナシトシテ棄却セラレタル場合ニ於テ「ウ」ルモトスキ「一」ハルクマン「氏」等ハ下級審ノ判決正本ノ末尾ニ執行文ヲ附記スヘキモノトシ(訴訟費用ニ關シテ)ハ上級審ノ判決正本ノ末尾ニ執行文ヲ附記ス「ガ」ウ「ブ」氏ハ上級審ノ判決正本ニ於テ下級審ノ判決ノ主文ヲ附記シ(此場合ニ於ケル)上級審ノ判決ニハ負擔ヲ言渡シタル判決ヲ包含セサルヲ以テ且上級審ノ判決ノ正本カ強制執行ノ目的ノ爲メニ付與セラレタル旨ヲ執行文中ニ明記シテ爲スモノナリト曰ヘリ予輩ハ前説ヲ正當ト認ム同一ノ場合ニ於テ

訴訟費用ノ爲メニ上級審ノ判決ヲ正本ニ執行文ヲ附記スルハキモノナリト見解ハ學理上正當ナリ蓋シ訴訟費用ノ負擔ヲ言渡シタルモソハ判決ニシテ訴訟費用確定決定ニ非ス隨テ該決定ハ獨立シタル債務名義ト認ムルコトヲ得サレハナリ是ヲ以テ訴訟費用ノ執行ニ關シテハ訴訟費用確定決定ナル債務名義アルヲ以テ執行力アル判決正本ヲ要オシトシ學說ハ正當ヲ見解ニ非サルナリ之ニ反シテ下級審ノ判決カ廢棄セラレタルトキハ負擔ヲ言渡シタル上級審ノ判決ノ正本ニ又一部分ノ變更アリタルトキハ負擔ヲ言渡シタル上級審ノ判決又負擔ヲ言渡シタル關係判決カ爾後ノ新辯論ニ基テ判決ニ依リ維持セラレタル場合ニ於テハ後者ノ判決カ前者ノ判決ノ實體的裁判タルヲ以テ前者ノ判決ハ唯判決ノ形式ヲ保ツニ止マリ判決カ維持力ヲ失ヘリ故ニ維持判決ハ強制執行ノ債務名義ト爲ル隨テ維持判決ノ正本ノ末尾ニ執行文ヲ付記ス(第二六一條)獨逸舊民事訴訟法第三〇八條新民事訴訟法第三四三條假執行ノ宣告カ特別ノ判決ヲ以テ言渡サレタルトキハ(第五〇八條)第五一條獨逸舊民事訴訟法第六五四條第六五六條第六九六條第五二二條判決ニ添附スルキ正本ヲ作

リ之ニ執行文ヲ記載スルコトヲ要セス唯執行文ニ於テ斯ル裁判ヲ附記スルヲ以テ足レリトス裁判所書記ハ執行力アル正本ヲ付與スル前ニ於テ其職責ヲシテ判決原本ニ原告若クハ被告ノ爲メニ付與シタル旨ヲ付與ノ時第五百二十四條日時……一年ヲモ包含スルヤ當然ナリ)トテ記載セザルベカラズ(第五二四條)獨逸民事訴訟法第六七〇條蓋シ執行文カ強制執行ノ形式的要求トシテ收領者又ハ債務者ヲ強制スルノ力アルカ故ニ付與手續ヲ明確ニシ債權者カ不法ニ數回ノ執行力アル正本ノ付與ヲ求メ之ニ基キ數回執行ヲ爲スコトヲ防止スル法意ニ出ツルモノト認ム判決ノ原本トハ訴訟録ニ存スル判事ノ署名捺印アル判決ニ付テノ書面ヲ指示スト雖モ下級審ノ書記カ上級審ノ判決ニ執行文ヲ付與スル場合ニ於テハ判決ノ原本ナキヲ以テ之ニ代用スル上級審ノ認證原本ニ之カ記載ヲ爲スベキモノト思ハル(第二三七條第四三一條)獨逸舊民事訴訟法第二八六條第五〇六條而シテ上級審ニ於テ執行文ヲ附記シタルトキニ其所屬裁判所書記カ認證原本ニモ其旨ヲ附記シ下級審ニ送付スルヲ適當トス何トナレバ認證原本ハ民事訴訟法第五百二十四條ノ手續ヲ爲ス場合ニ於テハ判決原本

ト其效力ヲ同シタスレハナリ執行文ハ執行機關カ裁判所ナルト執達吏ナルト
 之間ハス各種ノ強制執行ニ於テ必要ナルコトハ民事訴訟法第五百十七條カ民
 事訴訟法第六編ニ於テ占メタル位置ニ依リテ明確ナリ又執行文ハ各種ノ債務
 名義ニ關シテ必要ナルコトハ民事訴訟法第五百六十條ニ依リテ明確ナリ故ニ
 強制執行命令付與機關ハ前示ノ方式ニ準シ判決以外ノ債務名義ニ關シテモ亦
 執行文ヲ付與セタルヘカラス但例外トシテ執行命令假差押命令及ヒ假處分命
 令ニ關シテハ執行當事者ノ承繼アル場合ヲ除クノ外執行文ノ付與ヲ必要トセ
 ス第五六一條第七四九條第七五六條蓋シ此種ノ債務名義ニハ當然強制執行命
 令ヲ包含スレハナリ

(4) 強制執行命令ヲ付與スル場合、強制執行ハ執行文ヲ附シタル判決ノ正本
 ニ基キ之ヲ爲ス(第五一六條第一項)故ニ執行力アル正本ハ單ニ債務名義ヲシテ
 強制執行ヲ爲スノ用ニ充ツルヲ得セシムルニ止マルモノト謂フヘシ隨テ執行
 力アル正本ハ執行ヲ爲スコトヲ得ル場合ニ非スモノト付與セザルモノト論結セ
 らルヘカラス是ヲ以テ原告請求棄却ノ判決負擔又言渡シタル判決ニ非ズ法律

關係ノ確認判決性質上執行スヘキモノナシ婚姻ヲ爲スヘキ旨ヲ言渡シタル判
 決負擔ヲ言渡シタル判決ナレトモ其強制執行ハ法律上除外セラレタルモノナ
 リ等ニ關シテハ執行文ヲ付與スヘキモノニ非ス但此等ノ判決中訴訟費用ノ負
 擔ヲ言渡シタル部分ニ關シテハ執行文ヲ付與スヘキモノトス何トナレハ該部
 分ハ負擔ヲ言渡シタル判決即チ強制執行ノ債務名義ナルヲ以テナリ然レトモ
 執行文ノ付與ハ判決ニ於テ認メラレタル給付ノ目的物カ消滅シタリト云フカ
 如キ事實上強制執行ヲ爲スコト能ハサル判決外ニ存スル理由アルニ依リテ又
 給付ノ目的物カ判決ニ於テ明確ニ表示セラレズ或ハ數多ノ債務者ノ負擔部分
 ノ明確ナル表示ヲ缺クト云フカ如キ強制執行ノ實施ヲ困難ナラシムル判決中
 ニ存スル理由アルニ依リテ其他執行文付與申請ノ當時債權者カ債務者ノ貧困
 或ハ所在不明ナルカ爲メニ執行ニ付キ毫モ利益ヲ有セザルカ如キ理由アルニ
 依リテ拒絕スルコト能ハサルナリ何トナレハ道ハ執行文付與ノ際ニ完全ニ調
 査スルコトヲ得ヘキモノニ非サレハナリ又執行力アル正本ノ付與ハ形式的執行
 カラ證明スルニ過キス故ニ債權ノ實體の當否及ヒ時效其他債權ニ對スル支拂

等ノ如キ債權ヲ消滅セシムル事實ハ執行交付與ノ際ニ調査スルコトヲ得ヘキモノニ非ス隨テ斯ル事項ニ基キ執行文ヲ付與シ拒絶スルコトヲ得ス(債務者ハ之カ爲メニ異議ヲ申立ツルコトヲ得ス然レトモ債務名義タル裁判カ爾後ノ裁判ニ依リテ其效力ヲ失ヒ或ハ上訴ノ提起ニ依リテ執行ヲ中止第四六〇條セラレタルカ如キ債務名義自體ニ付キ其執行ノ不當ナルコト明確ナル以上ハ執行文ヲ付與スルコトヲ得ス故ニ此等ノ事項ノ存スルヤ否キハ執行交付與ノ際ニ調査スヘキモノトス但停止命令ニ依レル強制執行ノ停止ノ有無ハ執行文ノ付與ニ際シテ調査スヘキ必要アルモノニ非ス何トナレハ停止命令ハ執行力アル正本付與ノ手續ヲ包含スル執行手續ノ中止ヲ目的トスルモノニ非スシテ却テ執行ノ實施行為ノ中止ヲ目的ト爲スモノナレバナリ又ハ執行文ノ付與ニ際シテ執行力アル正本ハ執行ハ債務名義カ提出セラレタル場合ニ於テ之ヲ付與スルハ通則トス故ニ裁判所書記ハ判決ノ確定シタルトキ又ハ假執行ノ宣言アリタルトキニ執行力アル正本ヲ付與ス第五一八條第一項判決ノ確定ハ民事訴訟法第五百四十四條ニ依リテ之ヲ證明シ判決ニ附シテ假執行ノ宣言ハ民事訴訟法

第五百七條ニ基キ判決主文ニ於テ之ヲ認識シ判決ニ執行力或日時ノ到来ニ際シ又ハ債權者ノ保證ヲ立ツルコトニ繫ルトキハ亦單純ニ執行文ヲ付與スルコトヲ得蓋シ此等ノ事項ハ容易ニ調査スルコトヲ得ス以テ執行機關ニ執行ノ前提要件タル該事項ノ調査ヲ委任シ執行着手ノ際ニ之ヲ調査セシムルヲ以テ足レハナリ第五一八條第二項第五二九條獨逸舊民事訴訟法第六四四條第六七二條新民事訴訟法第七〇四條第七五一條判決以外ノ債務名義ニ關シテモ亦然リ第五六〇條然レトモ(一)債務名義ノ内容ニ從ヒ執行力保證ヲ立ツルコトニ繫ル以外ノ條件ニ繫ル場合ニシテ債務名義カ判決其他裁判アルトキハ裁判所書記ハ該條件履行ノ證明及ヒ裁判長ノ命令アルニ非スハ執行文ヲ付與スルコトヲ得ス(第五一八條第二項第五六〇條)獨逸舊民事訴訟法第六六八條新民事訴訟法第七二六條蓋シ前示條件ノ履行ノ存否ハ執行機關ニ於テ容易ニ調査スルコト能ハサルヲ以テナリ判決其他ノ裁判ノ執行力其内容ニ從ヒ債權者ノ證スヘキ條件ニ繫ル判決其他ノ裁判トハ條件附給付ヲ言渡シタル裁判即チ敗訴者ノ給付カ裁判ノ主文ニ從ヒ債權者ノ證スヘキ保證ヲ立ツルコト以外ノ事實ノ到来

ニ繫ル裁判ヲ指示依ニ敗訴者ノ給付カ勝訴者ノ豫告ニ繫リ特定人ノ死亡又ハ成年ニ達シタルコトニ繫リ又ハ勝訴者ノ豫先的反對給付ニ繫ル裁判ハ之ニ屬ス保證人ニ對スル裁判モ亦然リ何トナレハ保證人ハ主タル債務者カ支拂ヲ爲ササル場合ニ履行ノ責任スル者ナルヲ以テ債權者ハ保證人ニ對スル執行力アル正本ノ付與ニ關シ斯ル事實ヲ證明スルノ責任アルヲ以テナリ利息其他定期金ヲ適當ナル時期ニ支拂ハサルトキハ元金若クハ元本ノ皆濟ヲ爲スヘキ旨ノ條款ヲ包含スル裁判ハ裁判ノ執行力其内容ニ從ヒ債權者ノ證スヘキ事實ニ繫ル債務名義ナルヤ否ヤノ問題ニ關シテハ學者間ニ爭アリ「ハルクマン」氏其他二三ノ學者ハ主トシテ沿革上ノ理由ニ基キ積極的ニ論結シ債務者カ適當時期ニ利金若クハ定期金ヲ支拂ハサルノ事實ハ總令實體法ノ原則ニ從ヘハ債務者ニ立證ノ責任アリト雖モ民事訴訟法第五百十八條第二項獨逸民事訴訟法第七二六條ノ場合ニ於テハ債權者ニ立證ノ責任アリト主張シ「ラウブ」氏「モリス」氏「タルンブルヒ」氏等ハ斯ル條款ハ債務者ニ適當ノ時期ニ於ケル利息若クハ定期金ノ支拂ニ依リ元金若クハ元本ノ請求殊ニ執行ヲ避ケルコトヲ得ルノ權利ヲ

與ヘタルノ意味ヲ有スルニ外ナラサルヲ以テ債權者ハ不支拂ノ立證ヲ爲スル義務ナク却テ債務者ハ適當時期ニ支拂ヲ爲シタルコトヲ立證スルノ義務アリトノ理由ニ基キ消極的ニ論結シ裁判所書記ハ執行力アル正本ヲ直チニ交付スヘキモノナリト主張セリ予輩ハ我民事訴訟法ヲ解釋トシテ後説ニ依ルヲ正當ト信ス何トナレハ民事訴訟法第五百十八條第二項ハ舉證ノ責任ニ關スル原則ヲ變更シタルモノト謂フコト能ハサルヲ以テ債權者ハ執行文ノ付與以前ニ於テハ唯執行文付與ノ訴ヲ提起シタル場合ニ舉證スヘキ責任アル事實ノ立證ヲ爲スノミヲ以テ足レハナリ隨テ實體法上ノ原則ニ從ヒ債務者ニ舉證責任アル場合ニ於テハ直チニ執行文ヲ付與スルコトヲ得ヘシ副位的法律關係ニ基キ複數ノ給付ノ負擔ヲ言渡シタル判決米百俄ヲ引渡スヘシ若シ之カ引渡ヲ爲スコト能ハサルトキハ其對價トシテ金五百圓ヲ支拂フヘシ若クハ選擇的法律關係ニ基キ複數ノ給付ノ負擔ヲ言渡シタル判決ニ關シテハ民事訴訟法第五百十八條第二項ノ適用ナシ蓋シ副位的給付ニ關シテ之ヲ言ヘハ同條ニ所謂條件ハ主位

民事訴訟法第六編 總則 執行ノ要件及執行ノ異議 執行ノ要件

機關カ公然認識スルコトヲ得ヘキ事實ヲ指示セサルヲ以テ執行文ハ主位的給付ニ對スルト同時ニ副位的給付ニ對シテ付與スルコトヲ得ヘク又選擇的給付ニ關シテ之ヲ言ヘハ選擇權ノ行使ハ選擇權カ債權者又ハ債務者ニ屬セルヤノ區別ナク強制執行ノ前提要件ニ非サレハナリ解除條件附給付ヲ言渡シタル裁判モ亦民事訴訟法第五百十八條第二項ノ適用ナシ何トナレハ解除條件附給付ニ關シテハ債務者カ其事實ノ到來ヲ立證スヘキモノナレハナリ養料請求權ニ關スル裁判亦然リ何トナレハ養料請求權ハ債權者カ死亡セサル旨ヲ適當ニ證明スルニ非スシハ存續スルニト能ハサル條件附請求權ニ非サレハナリ債務者ニ引換の給付當事者雙方ノ同時履行(獨逸新民事訴訟法第二七四條第三二二條第三四八條第四六七條第五四六條第五三三條ヲ言渡シタル裁判ニ關シテ民事訴訟法第五百十八條第二項ノ適用アルヤ否ヤハ獨逸舊民事訴訟法ニ於テ學者間ニ爭アリタレトモ獨逸新民事訴訟法ニ於テ第七百二十六條第二項第七百五十六條第七百六十五條ヲ以テ債務者ノ給付カ意思ノ陳述ナル場合ヲ除クノ外消極的ニ規定セラレタリ我民事訴訟法ニ於テハ未タ斯ル明文ナキヲ以テ論爭ノ餘

地ヲ存ス子輩ハ我民事訴訟法ノ解釋トシテ消極的ニ論結スルヲ正當ト認ム何トナレハ債權者カ執行文付與以前ニ於テ其給付ヲ爲シタルコトヲ證明スヘキモノトモハ引換的給付ニ代ヘテ豫先的給付ヲ要求スルコトト爲リ債權者ニ債務者カ其義務タル給付ヲ爲スマラ自己ノ反對給付ヲ留置スルノ權能ヲ奪フニ至ルヲ以テナリ然レトモ「ヘルマン」「ワッハ」氏等ハ獨逸舊民事訴訟法ノ解釋トシテ債權者ハ豫先的給付ヲ爲スニ非スシテ却テ現實ノ提供ヲ爲シ以テ其證明ヲ爲サンカ爲メニ給付ヲ爲スモノナレハ引換的給付カ豫先的給付ト爲ルノ理由ハ失當ナリト主張シテ反對シタルコトハ世人ノ知ル所ナリ而シテ此反對說ハ「ガウプ」「ウキルモー」「スキュー」「フランク」「デルンブルヒ」及ヒ帝國裁判所ノ採用セザル所ナリ但反對給付トシテ債務者カ意思ノ陳述ヲ爲スヘキモノナルトキハ獨逸民事訴訟法ニ於テハ(獨逸舊民事訴訟法第七七九條新民事訴訟法第八九四條第七二六條第二項例外トシテ)債權者カ豫先的給付ヲ爲スヘキ場合ト同シク債務者カ満足セラレンコト若クハ民法上満足セラレタルト同一ナル遲滞ニ付セラレタル(獨逸民法第二七四條)コトノ證明アルトキニ限り執行文ヲ付與ス我民事

訴訟法ニ於テハ獨逸民事訴訟法ト異ナリ反對給付ノアリタル後下明言セラルカ故ニ斯ル例外ナシト論結セサルヲ得ス立法上ノ見解トシテハ夫當ナリト謂フヘシ第七三六條引換の給付ヲ言渡シタル債務名義ノ執行ハ債權者カ執行手續ニ參與シ反對給付ヲ提供シ若クハ其提供ヲ執達吏ニ委任スルニ依リ行ハル但執達吏ハ該委任ニ應スヘキ法律上ノ義務ナキヤ言フ埃タス而シテ執行カ民事訴訟法第五百六十六條第七百三十條ニ規定シタルモノニ非サルトキハ債權者ハ其義務タル給付ノ準備ヲ受訴裁判所若クハ執行裁判所ニ證明セサルヘカラス又反對給付ノ目的カ土地ノ明渡ノ如キ強制執行地ニ於テ爲スコト能ハサル行爲ナルトキハ債權者ハ執達吏其他ノ執行機關ニ反對給付準備ノ證明書ヲ交付ス債權者カ適當ニ準備シタル意思表示ニ關スル公證人ノ證明書ハ此種ノ證明書トシテ最モ適當ナルニ似タリ而シテ強制執行ニ際シ提供シタル反對給付ニ付キ争ヲ生シ其争タル異議カ強制執行ノ方法ニ關スルトキハ民事訴訟法第五百四十四條ニ依リ實體的ノ請求ニ關スルトキハ民事訴訟法第五百四十五條ニ依リ主張セサルヘカラス受取證ノ交付ハ債權者カ其債務完済以後請求スル

コトヲ得ルモノナルヲ以テ反對給付ト謂フヘカラス支拂ハレタル手形ノ交付亦然リ債權者ハ執行交付與ニ關シテ債務カ判決ノ言渡以後尙ホ消滅セサル事實ヲ證明スルコトヲ要セス何トナレハ斯ル事實ハ債務名義ノ執行ノ繫リタル條件ト認ムルコト能ハサルハナリ債權者ハ執行交付與ニ關シテ債務者ノ爲メニ執行ノ全部又ハ一部ヲ免ルヘキ法律行爲ノ存セサル事實ヲ證明スルヲ要セス何トナレハ債務名義ノ内容ニ從ヘハ其執行ハ無條件ニ許スヘク斯ル事實ノ不存ニ繋ラサレハナリ債務名義タル裁判ノ執行ノ繫リタル條件ノ履行ハ執行交付與申請者カ證明書ヲ以テ立證セサルヘカラス故ニ我民事訴訟法ハ獨逸新民事訴訟法第七百二十六條第一項ニ於ケルカ如ク公ノ證明書即チ官廳カ其職權内ニ於テ作成セル所ノ證明書並ニ公ノ信用アル證書ノミニ限ラス私署證書ヲ以テ足レリトシタリ是レ證明ヲ容易ナラシムルノ目的ニ出ツ而シテ該證明書ノ證據力ハ執行文ヲ付與スル書記カ民事訴訟法第二百十七條ヲ準用シテ判斷スヘキモノタリ債權者カ斯ル證明書ヲ以テ證明スルコト能ハサルトキハ執行交付與ノ訴ヲ提起スルヲ得ルコト民事訴訟法第五百二十一條ニ依リテ明白ナ

リ(第一要件) 裁判所書記ハ裁判長ノ付與命令ヲ求メサルヘカラス獨逸民事訴訟法草案ハ獨逸舊民事訴訟法第六六九條新民事訴訟法第七三三條我民事訴訟法第五二三條ヲ除ク總テノ場合ニ於テ裁判所書記ニ執行文付與ノ職務ヲ一任シタリ而シテ國會ノ委員會ニ於テハ執行文付與ニ關スル前提要件ノ調査ニ付キ裁判所書記ノ權ニ於ケル意見互ニ歧レ或委員ハ草案ノ採用シタル主義ヲ正當トシ或委員ハ總テノ場合ニ裁判官ノ同意ヲ得ルヲ要スル旨ヲ主張シタレトモ結局ストロクマン氏ノ提議ヲ採用セラレ執行ニ付キ形式上ノ調査ニ伴ヒテ尙ホ實體上ノ前提要件ノ判斷ヲ必要トスル事實ノ到來及ヒ當事者ノ承繼第五一八條第五一九條獨逸舊民事訴訟法第六六四條第六六五條新民事訴訟法第七二六條第七二七條ノ場合ニ於テノミ裁判官ノ同意ヲ必要ト爲シ而シテ急速ニ處分シ且合議裁判所ヲシテ此等ノ問題ヲ審判セシメサルカ爲メニ執行文付與ノ同意ヲ裁判長ニ委任シタリ獨逸舊民事訴訟法第六百六十六條新民事訴訟法第七百三十一條及ヒ我民事訴訟法第五百二十條ハ實ニ此法理ニ依リ生シタルモノナリ是ヲ

以テ判決ノ外ニ存スル執行文付與ノ爲メニスル實體ノ前提要件ヲ存スルヤ否キハ獨リ裁判長ノミノ能ク判斷スル所ニシテ裁判所書記ノ判斷シ能ハサル所ナリ然レトモ其他ノ前提要件殊ニ形式ノ前提要件ハ裁判所書記ノ獨リ調査シ能ク所ニシテ裁判長ノ調査シ得ル所ニ非ス故ニ裁判所書記ハ裁判長カ執行文付與命令ヲ拒絕シタルトキハ執行文ヲ付與スルコトヲ得ザレトモ反對ニ裁判長カ執行文付與命令ヲ發シタルトキハ或ハ裁判長ノ命令ニ基キ付與スル旨ヲ附記スル執行文ヲ付與シ或ハ裁判長ノ付與命令ニ拘ハラズ自己ノ職權内ニ屬スル事項ヲ調査上不適當ナリト思料シタル場合ニ執行文ヲ付與ヲ拒絕スルコトヲ得此ノ如ク裁判長ノ付與命令ヲ必要ト爲ス理由ハツルモノモ一スキー氏ノ如ク裁判所書記ノ過失豫防ノ目的ニ在リト云フヨリモ寧ロ「ハルクマン氏ノ如ク困難ニシテ裁判所書記ノ判斷シ能ハサル執行文付與ニ付テハ實體ノ前提要件ノ存否ニ關スル問題ヲシテ裁判所書記ノ判斷事項ヨリ除外スル目的ニ出ヅト云フヲ以テ正當ト信ス又裁判長ノ付與命令ヲ執行文ニ記載スル理由ハ當事者並ニ執達吏等ニ對シ法定ノ調査カ行ハレタルコトヲ確認セシムルノ目的ニ出

ツ故ニ裁判長ノ執行交付與命令ハ形式上ニシテ裁判長與相違ナシト雖モ其實質ハ他ノ裁判ノ如ク直接ニ當事者ニ對スル裁判所ノ訴訟行為ニ非スニテ却テ裁判所内部ノ行為タルニ止マテ (Interim) 執行文ヲ付與ハ常ニ外部ニ對シ裁判所書記ノ處分トシテ現ハルルモノタリ隨テ裁判長ノ付與命令ハ之ヲ遠達スルコトヲ要セザルナリ第五二〇條第一項第三項第二四五條獨逸舊民事訴訟法第六六六條第一項第三項新民事訴訟法第七三〇條而シテ裁判長ノ命令ヲ執行文ニ附記セザルトキハ執行文タルノ效力ナシ何トナレハ此種ノ命令ハ裁判所内部ノ行為ニ外ナラザレトモ而モ外部ニ對シテハ裁判所書記カ執行文ヲ付與スルニ付テハ前提要件ノ一ヲ爲スモノナレハナリ執行交付與ニ際シ事情ヲ明カニスルカ爲メニ當事者ヲ審訊スルノ必要アルトキハ裁判長ハ書面又ハ口頭ニテ債權者ハ勿論債務者ヲモ審訊スルコトヲ得第五二〇條第二項債務者ハ審訊ニ際シ條件ノ履行ニ關スル證明書ノ效力ヲ攻撃スルコトヲ得(第二要件) (三) 區裁判所事件即チ和解及ヒ區裁判所ノ爲セル裁判タル債務名義ニ關シテハ裁判長ナルモノナキカ故ニ區裁判所判事カ裁判長ノ職務ヲ扱フベク(第五六〇條)又

ムル以上ハ國籍ノ變更ニ關係ナキ住所ノ變更ノ如キニ移住者各自ノ自由ニ放任スヘキコト固ヨリ言フヲ換タナルナリ此移住自由ノ原則ノ結果トシテ各人新ニ住所ヲ取得シタル場合ニ於テハ舊來ノ住所ノ法律ニ依リテ新ナル住所ヲ取得シタルヤ否ヤヲ決定スヘキモノニ非スシテ新ナル住所地ノ法律ニ從ヒテ其者カ果シテ住所ヲ有セルモノト認ムヘキヤ否ヤヲ決定スヘキモノナリ隨テ新ナル住所カ取得セラレタル以上其者ハ住所ヲ定ムル付キ第三國ヲ取ルヘキ主義ニ最後ノ住所ヲ標準トスルヲ以テ最モ移住自由ノ原則ニ適合セルミナラス本人ノ住所選定ノ自由ニモ亦適合セルモノト謂ハザルヘカラス是レ我法例カ最後ノ住所ヲ以テ其者ノ住所ヲ認ムルノ主義ヲ採用シタル所以ナリ然ラハ若シ住所カ何レノ國ニモ存セザル場合即チ住所ニ關スル消極的抵觸ノ場合ニ於テハ如何ニシテ其據ルヘキ法律ヲ定ムヘキカト云フニ此場合ニ於テハ國籍ノ消極的抵觸ノ場合ニ住所地法ヲ適用スルカ如ク居所地ノ法律ヲ以テ住所地ノ消極的抵觸ヲ補フヘキナリ是レ此地ニ方法ナキヲ以テナリ我法例ニ於テモ第二十八條第一項ニ於テ若シ當事者ノ總テノ住所カ知レザル場合即チ

登テ存在スルガ若ク露縱存存種スルモ事實不明出所場合ニ於テ其居所
地ノ法律ニ依ルテ定ムルモ亦ト規定セテ其ノ適用ニ代ルルモ亦モ其ノ
適用ニ代ルルモ亦モ其ノ適用ニ代ルルモ亦モ其ノ適用ニ代ルルモ亦モ

第二編 國際民法

緒言 國際民法ノ適用及ビ制限 外國法ノ適用 外國法ノ適用及ビ制限 外國法ノ適用

本編以下ニ於テ民法商法破産法及ヒ民事訴訟法上ノ抵觸問題ヲ説明スルニ先
チ此等ノ全體ニ通スル二三ノ原則ヲ考究スルコトヲ要スルガ故ニ左ニ第一章
トシテ外國法ノ適用及ヒ其制限ニ關スル法理ヲ説明シ第二章以下ニ於テ民法
法典ノ順序ニ從ヒ總則物權債權親族及ヒ相続ニ關スル抵觸問題ヲ説明セリト
ス

第一章 外國法ノ適用及ビ制限
第一節 外國法ノ適用
第一項 外國法ノ適用ノ意義及ビ性質

我法例ノ國際私法の規定ニ依リハ法律關係ノ性質ニ從ヒ我國裁判所ハ外國法
ヲ適用セサルヘカラサル場合甚タ多キコトヲ知ルニ足ルヘシ今斯ル場合ニ適
用セラルル外國法ハ法律ナルヤ若クハ事實ナルヤノ問題發生ス此問題ニ付キ
英美ノ學說及ヒ判決例ニ於テハ外國法ハ法律タルノ效力ヲ有スルモノニ非
シテ單純ナル事實タルニ過キス隨テ當事者自ラ進テ之ヲ援用スルニ非ス此
裁判官ハ外國法ヲ適用スルニ職權ナク又職務ヲ有セサルモノトモ然ルニ此
主義ハ外國法ノ適用ト外國法ノ證明トヲ混同スルモノナリ元來法律ハ其國ノ
國境ヲ越エテ當然效力ヲ有スルモノニ非サルヲ以テ外國ノ法律ハ我國ニ於テ
ハ一ノ事實タルニ過キスシテ外國法カ法律トシテ我國ニ行ハルルコトナキハ
固ヨリ論ヲ俟タサルモ我立法者カ一ノ事實タル外國ノ規定ヲ採リテ我國裁判
所ノ適用スヘキ法則ノ實質トシ内容トスルコトヲ得ルモノナリ各種法律關係
係ノ準據法ヲ定ムタル法例ノ規定ハ此事實タル外國法ノ規定ニ我裁判所ノ適
用スヘキ法則ノ内容タル效力ヲ與ヘタルモノナリ例ハ我法例ニ於テ能力ノ
準據法ヲ當事者ノ本國法トスル規定ハ我國ニ於テ佛蘭西人又ハ獨逸人等當事

者タルトキハ二十一歳ヲ以テ能力者トシ和蘭人當事者ハ其ノ國ニ於テ十四歳ヲ以テ能力者トスル等外國人ニ依リテ一異ナル規定ヲ列舉スル代リニ廣ク各當事者ノ本國ニ行ハルル能力ニ關係ル規定ヲ認メ之ヲ以テ我國裁判所ノ適用スヘキ法則タル内國法ノ内容トセルナリ換言セバ外國人ノ能力ニ關係スル本國法ノ規定カ外國法律トシテ我國ニ行ハルルニ非スシテ我立法者ノ規定スル法例ノ内容トシテ之ヲ適用スルモノナラズ既ニ我立法者カ之ヲ準據法ト定メタル以上ハ我裁判官ハ當事者ノ主張ヲ採タスシテ當然之ヲ適用セザルヘカラサル職務ヲ負擔スルモノニシテ之ヲ單純カル事實ト同一視スル事トヲ得以テ故ニ彼ノサビニ以テ來學者カ大ニ論究スル問題即チ外國法ノ適用ハ裁判官ノ義務ナルヲ將タ任意ナルキトノ問題ハ我國法例ノ如キ規定アル國ニ於テハ何等ノ必要ナシ

第二項 外國法ノ證明

外國法ヲ準據法トシテ適用スルニ當リ裁判官ハ法律ヲ知ル國然格言ニ據テ當事者ノ證明ヲ採タスシテ外國法ヲ知ルヘキモノナルカ又ハ當事者身之證明スルコトヲ要スルヤノ問題發生スル外國然格言ニ據テ當事者ノ證明ヲ採ルナル事實ナルヲ以テ之ヲ主張スル當事者ニ於テ證明セザルヘカラストスルモノナリ隨テ當事者カ若シ外國法ヲ採用スルモ自ラ之ヲ證明セザルトキハ敗訴スヘキモノトスルモノナリ且斯ル證據ヨリシテ外國法ヲ法律トシテ採用スヘキ主義ヲ攻撃セリ然ルニ此最後ノ批難ハ全ク其理由ナキモノナリ何トオレハ英美兩國ニ於テ裁判官カ職權上ヨリ外國法ヲ適用スルコトヲ得ストモ其國訴訟法上ノ主義問題トシテ始テ措クモ外國法ハ當事者ノ證明ヲ要スルカ故ニ必ス事實ナリトノ論結ヲ主張スルコトヲ得サレハナラシ蓋シ事實證明ノ責任ヨリ云フトキハ法律ハ事實ニ非サルモ法律ノ存在自身ハ一事實ナリ即チ外國法ノ存在モ内國法ノ存在モ等シク事實ナリ然ルニ内國法律ノ存在ニ付テハ前述ノ格言ニ基キテ法律ノ存在ハ顯著ナル事實トシテ裁判所ヲ知ル所ナルカ故ニ當事者ニ於テ之ヲ證明スルコトヲ要セストスルモノナリ(民事訴訟法第三一

八條然ルニ裁判官ハ萬能ニ非サルカ故ニ裁判所ノ適用スヘキ初メ法律ヲ舉
 ケテ悉ク之ヲ知悉スルニ義務ヲ負擔セシムルカ如キ然元來望得ルカラサル
 旨トナリ故ニ內國法律ト雖モ地方慣習法ヲ如キ其存在ヲ知ルコト困難ナル
 ノニ付テハ諸國ノ訴訟法ニ於テ皆當事者ニ之ヲ證明ノ責任ヲ負ハシメサル
 ナシ民事訴訟法第二一九條一國ノ慣習法ニシテ且然リトスレバ世界各國ニ現
 行ノ成文法慣習法ヲ悉ク裁判官ヲシテ知ラシムルカ如キ旨トナリ裁判官ニ命スル諸
 ノ事ニ屬スルカ故ニ外國法ヲ法則トシテ適用スヘキコトヲ裁判官ニ命スル諸
 國ニ於テモ實際ノ必要上ヨリ裁判官ハ法律ヲ知ルルノ格言ニ拘ムルハ外國法
 ノ存在及ヒ内容ニ付テハ當事者ニ之ヲ證明ノ責任ヲ負ハシムルヲ以テ例トセリ
 我民事訴訟法第二百十九條ニ於テモ亦之ト同一ノ趣旨ニ基キテ地方慣習法商
 慣習法及ヒ規約又ハ外國ノ現行法ハ當事者ニ於テ之ヲ證明ス可シト規定セリ
 然レトモ裁判所ハ單純ノ事實ヲ如ク當事者ノ提出スル證據方法ニ拘束セラル
 ルモノニ非スシテ裁判所ハ自ら進テ外國法ノ存在及ヒ内容ヲ調査スヘキ職權
 及ヒ職務ヲ有スルモノナリ隨テ裁判所ハ初メノ方法ニ依リテ外國法又規定

調査セザルベカラス即チ外國ノ成文法著書學說悉クハ鑑定又ハ外國政府ノ證
 明其他ノ方法ニ依リテ自ら之ヲ調査セムルヘカ列強歐洲大陸諸國ニ於テモ昔日
 ハ英米ノ如ク當事者ノミ之ヲ證明スヘシトセシモ近來斯ル主義ハ全ク行ハレ
 ナルニ至リ當事者ノ證明ハ唯裁判官ノ調査ヲ補充スルカ爲メニノミ必要ナリ
 トスルニ至レリ日本ノ法律ニ當リテモ亦之ノ趣旨ニ基キテ之ヲ規定セリ
 外國法ノ存在及ヒ内容ニ付テ之ヲ證明シ之ヲ知得スルコトノ困難ナル場合ハ
 舉ゲテ數フヘカラス若シ當事者之ヲ證明スルコト能ハス且裁判官亦職務上ヨ
 リ之ヲ調査スルモ到底外國法ノ規定如何ヲ知ルコトヲ得サル場合ニ於テハ其
 系争問題ヲ如何ニ取扱フヘキヤト云フニ此問題ヲ解釋スルノ方法ハ唯左ノ二
 途アルモノニ歸スルニ外國法ノ適用ニ關係スルモノハ其ノ趣旨ニ基キテ之ヲ
 一 我法例ニ於テ外國法ニ準據スヘキコトヲ規定セル場合ハ之ニ關シテ內國
 二 法ニ依ルコトヲ許ササルモノナリ然ルニ今外國法ニ準據スヘキコトヲ命ス
 ルニ係拘ハラス其準據スヘキ外國法ヲ到底知ルコトヲ得サルカ故ニ實際上
 外國法完全ニ存在セサル場合ト看做シテ當事者ノ請求ヲ却下スルコト其

次以實例ニ於テハ獨逸ノ高等裁判所嘗テ之ヲ採用シテトサルマシ氏亦此主義ヲ贊成セリハ其單據ハ一ノ代價或ハ既述ノ如キモノトシテ其意ヲ宣明ス

二 其他ノ一ノ方法ハ斯ル場合ニハ外國法實際存在セザルニ非スシテ唯事實上之ヲ知ルコトヲ得ザルノミ故ニ内國ノ裁判所ハ此知ルコトヲ得ザル外國法ニテ内容實質ハ内國法ノ實質ト同一ナリト推定シ内國法ヲ適用シテ之ヲ判決スルニ在リ

今此二方法ニ付テ何レカ果シテ正當ナルヤヲ考フルニ先ツ第一ノ方法ハ理論上ニ於テハ極メテ正當ナルモ其結果ヨリ云フトキハ法律ノ規定カ明カナラザルコトヲ口實トシテ裁判ヲ拒絕スルト同一ノ弊害ヲ生シ國際私法ノ規定ヲ要スルニ至リタル根本ノ精神ニ背反スヘシ故ニ立法論トシテハ第二ノ方法ヲ採ラサルヘカラス且現今多數ノ學者亦之ヲ認メリ即チニ「マイン」¹「ラウス」²「マイン」³等皆此説ヲ爲セリ全「マイン」氏カ米國ニ於テモ亦反對ノ證據ナキ限ハ外國法ハ内國法ト同一ナリト推定ハ一ノ原則トシテ認メラルベトテ其說明セザル理由ヲ見ルニ斯ル原則ハ裁判所ニ唯其適用スヘキ法律ノ不明ナルベク

ヲ理由トシテ法廷ニ現ハセタル訴訟ノ救済ヲ拒絕スルヲ欲セザルヨリ由來セラルモノトセリ我國法例ノ解釋トシテ如何ニ此問題ニ答フヘキヤト云フニ等シク第二ノ方法ニ依リ到底外國法ヲ知ルコトヲ得ザルトキハ裁判所ハ内國法又規定ヲ適用シテ其訴訟ヲ判決スヘキモノトス而シテ其理由トスル所ハ以上說明セシ理由ノ外更ニ法例第三十條ノ精神ヨリ由來スルモノナリ

第三項 外國法ヲ不當ニ適用シタル判決ハ上訴

斯ル問題ニ付テハ之ヲ二箇ニ區別シテ說明スルヲ要ス即チハ其理由ハ大

第二 其判決カ我法例ニ規定シタル準據法ニ違反シタル場合

第二 法例ノ規定ニ從ヒ準據法タル外國法律ノ解釋ヲ誤リ又ハ不當ニ之ヲ適用シタル場合

第一 我法例ニ規定セル準據法ニ違反シタル裁判トハ例ヘハ契約ニ付テハ當事者ノ意思明カナラザルトキハ行爲地法ニ據ルル規定セルニモ拘ハラズ裁判所カ履行地法又ハ住所地法ニ據リテ之ヲ判決シタル場合又ハ能力ニ付テ法例

第三條ノ規定ニ反シテ我國法律ノ規定ニ據リテ判決スル場合ト如キ即チ是ナリ斯ル場合ニ外國法ヲ適用セザル裁判ト即チ斯ル準據法ヲ定メタル法例ノ規定自體ニ違反スルモノナリ故ニ民事訴訟法第四百三十五條ニ依リ法律ニ違背シタル裁判トシテ上告ノ理由ト爲ルコト固ヨリ明カナリトス斯ル場合ハ學者ノ所謂國際私法ノ原則ニ違反シタル裁判ニシテ何國ノ國ニ於テモ之ヲ上告ノ理由ト認メザルハナシ

第二國法例ニ規定セル準據法タル外國法ヲ不當ニ適用シタル場合ニ付テハ歐洲多數ノ學者ハ皆之ヲ上告ノ理由ト爲ラサルモノトセリ其理由トスル所ハ大審院ノ制度ハ素々內國ノ裁判ヲ統一シ法律ノ解釋ヲ一定スル爲メニ存在スルモノナリ然ルニ外國法ノ解釋ニ付テハ各其本國ニ於テ其解釋ヲ統一スル必要ナク又之ヲ一定スルコト能ハス隨テ外國法ヲ解釋適用ヲ誤ルモノ之ヲ以テ上告ノ理由ト爲スヘキモノニ非ス

佛蘭西、白耳義、和蘭、瑞西等ノ裁判例及ヒ學說ニ皆此主義ヲ採ルモノナリ獨リウエニスハ上告說ヲ爲セテ伊太利法學者ハ外國法モ亦

法律ナリトノ理由ニ基キ上告ヲ爲スモト得ルモノトセリ例ヘバ「*フエント*」民等ナリ獨逸ニ於テ「*バト*」氏上告說ヲ採リ大審院ハ內國ノ他ノ裁判所ヨリモ外國法ヲ知ルノ便宜ヲ有シ且他ノ一方ニ於テ內國各裁判所カ外國法ノ解釋ヲ異ニシ判決ヲ異ニスルカ爲メニ發生スル弊害ハ大審院カ外國法ノ解釋問題ニ關スル上告ヲ受理スルノ不便煩雜ト比較スルトキハ事口上告ノ途ヲ開クヲ以テ正當トスヘキコトヲ主張セリ我法例ノ解釋トシテ外國法ノ解釋ヲ誤リタル裁判ハ上告ノ理由ト認ムヘキヤ否ヤト云フニ我輩ノ見ル所ニ據レハ我大審院ハ我國内ニ於ケル外國法ノ解釋ヲ一定スルノ義務ヲ有シ且外國法ノ解釋ヲ一定スルハ即チ我國法例ノ規定ノ内容ヲ一定スル所以ナレバ外國法ヲ不當ニ適用シ又ハ其解釋ヲ誤リタル裁判ハ我法例ノ規定ヲ不當ニ解釋シタルモノトシテ當然之ヲ上告ノ理由ト爲スヘキモノト信ス蓋シ外國法カ我法例ノ規定ノ内容トシ準據法トシテ適用セララル場合ニ其外國法ノ規定自身ヲ誤ルハ即チ我法例ノ規定自體ヲ誤ルモノニシテ內國法タル準據法ヲ不當ニ適用シタル裁判タルヲ免レザレハナリ

第二節 外國法適用ノ制限

外國法ヲ適用スルニ當リテ常ニ裁判官ノ注意スヘキコトハ若シ其外國法ヲ適用スヘキモノトセハ我國ノ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルノ結果ヲ來ササルヤ否ヤヲ先決問題トシテ判定セサルヘカラサルコト是ナリ蓋シ何レノ國ニ於テモ立法者ハ自國ノ公益ニ反スル場合ニ於テモ仍ホ且外國法ヲ強ヒテ適用セシムルカ如キ規定ヲ設ケタリトハ想像シ得サルヲ以テ法律全體ノ精神目的ニ反シ國家ノ公益ヲ害スルカ如キ外國法ノ適用ヲ制限セサルヘカラス今諸國ノ實例ニ就テ外國法適用ノ制限ニ關スル規定ヲ見ルニ時代ニ依リ自ラ三種ノ區別アルコトヲ知ル

第一 古キ法典ニ於テハ一定ノ內國法ヲ絕對的ニ強行スヘキコトヲ明言シ以テ間接ニ之ニ抵觸スル外國法ノ適用ヲ認メサルコトヲ明カニスルヲ以テ例トセリ例ヘハ佛蘭西民法第三條ニ於テ警察又ハ安寧ニ關スル法律ハ國內ニ在ル總テノモノヲ拘束スト規定セルカ如シ和蘭法例及ヒ白國「Code de Commerce」案等亦之

ニ倣ヘリ斯ル規定ハ素ト所謂屬人法ヲ以テ原則トスル思想ヨリ由來セシモノニシテ外國人ノ本國法ハ國內ノ公安ニ關スル規定ニ抵觸セサル限ハ當然行ハルヘキモノトシ隨テ或種ノ內國法律ハ内外人ヲ問ハズ如何ナル場合ニ於テモ絕對的ニ強行スヘキコトヲ明言スルノ必要アリトセル結果ナリトス然ルニ斯ル規定ハ一國立法ノ觀念ニ反スルモノナリ何トナレハ刑法其他ノ公法ハ勿論私法の規定ト雖モ一國ノ法律ハ元來內國人タルト外國人タルトヲ問ハズ其國權ノ及フ場所ニ當然行ハルヘキモノニシテ反對ノ規定ナキ以上ハ內國法ノ適用ハ原則ニシテ外國法ノ適用ハ例外ナラサルヘカラス即チ外國法ハ唯立法者ノ明示又ハ默示ニ依リ特ニ之ニ據ルヘキコトヲ認メタル場合ニノミ之ヲ適用スヘキモノトス果シテ然ラハ立法者ハ特別ノ內國法ヲ絕對的ニ強行スルコトヲ特ニ規定スルノ必要ナシ加之斯ル規定ヲ設ケルニミテハ未タ以テ外國法ノ適用ヲ制限スルニ足ラサルナリ何トナレハ絕對的ニ強行スヘキ內國法律ハ存在セサル場合ニ於テモ若シ外國法ノ規定カ內國ノ公益又ハ善良ノ風俗ニ反スルトキハ之ヲ適用スヘカラサルモノナレハナリ

第二 是ヲ以テ佛國民法ヲ模倣シタル諸國ノ法典ニ於テハ特殊ノ内國法ノ絕對的強行ヲ規定スルト同時ニ内國ノ公益又ハ善良ノ風俗ニ反スル外國法ハ之ヲ適用スヘカラサルコトヲ明言スルニ至レリ即チ伊太利民法、西班牙民法、白耳義民法草案等ノ如キ是ナリ然ルニ此ノ如キ規定ハ一段ノ進歩ヲ爲シタルモ尙ホ變遷ノ中間ニ位スルモノニシテ其一半即チ内國法強行の規定ハ全ク無用ノ規定ナリトス故ニ近來ノ立法例ニ於テハ更ニ一步ヲ進メ第三ノ立法ヲ採ルニ至レリ

第三 此方法ハ直接ニ外國法ノ適用制限主義ヲ採リ外國法ノ規定ニ依ルコトヲ認メタル場合ニ於テモ若シ其規定カ國家ノ公益ト兩立セサルトキハ之ヲ適用スヘカラサルコトヲ明言スルニ至レリ而シテ之ヲ規定スルノ標準トシテ或ハ内國ノ公益公安ニ反スル外國法ト云ヒ或ハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルトキト云ヒ或ハ内國法律ノ目的ニ反スル外國法律ト云ヒ其規定ノ文字ニ至リテハ一概ナラズト雖モ最近ノ立法例ハ皆外國法適用ノ制限ノミヲ明言スルヲ以テ例トセリ我法例第三十條モ亦此主義ヲ採リ外國法ニ依ルヘキ場合

ニ若シ其規定カ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル下ニ外國法ヲ適用スヘカラサルコトヲ明言スルニ至レリ

法例第三十條ヲ適用スルニ當リ甚タ困難ナル事トハ所謂公ノ秩序トハ何ヲ意味スルヤラニ定シ難キコト是ナリ凡ツ法律ハ公法タルモ私法タルトモ問ハズ或意味ニ於テハ總テ公ノ秩序ニ關係スルモノナリ又私法上ノ規定ニ於テモ親族法上ノ規定ノ如キハ概テ善良ノ風俗ニ關スル規定ナリ果シテ然ラバ若シ一物ノ内國法律ハ或ハ公ノ秩序或ハ善良ノ風俗ニ關スルモノニシテ此等ノ規定ニ反スル外國法ハ皆之ヲ適用スルコトヲ得タルモノトモハ法例第三條以下ニ於テ外國法ニ依ルヘキ場合ヲ規定セル法文ハ竟ニ空文ト爲ルニ至ルベシ然ルニ此ノ如キハ法例ヲ制定セル立法ノ目的ニ反スルモノニシテ到底之ヲ認ムルコトヲ得サルカ故ニ此難問ヲ解釋スルノ一方法トシテ學者ハ公ノ秩序ニ内國人ニ限ルモノト内外人ヲ問ハス絕對的ニ強行スヘキモノト二種ヲ認ム

主唱シ茲ニ國際公安公序ト國內公安公序トノ區別ヲ説明スルニ至レバ此名稱ハ素ト瑞西ノ「プロシエ」ニ創設セシモノト爲シテ内國人ニ對シテ之ヲ爲公益ニ關

スル規定トスルモノヲ稱シテ國內公安ニ規定トシ内外人ヲ問ハス公益ニ關スル規定トシ等シク適用スヘキ法律ヲ稱シテ國際公安ニ關スル規定ト云ヘリ例ヘハ成年年齢ハ內國人ニ對シテハ公益ニ關スル規定ナルニ由リ當事者ノ意思ニ依リテ之ヲ變更スルコトヲ得ズルモ外國人ニ付テハ必スシモ斯ル年齢ニ依ルコトヲ要セス却テ其本國法ニ依ルヘキコトヲ認ムルカ故ニ此ノ如キ規定ハ國際公安ニ非スシテ國內公安ニ關スル規定ナリトス又婚姻ノ年齢ニ付テハ同一ナリ即チ一定ノ年齢ニ達セザル者カ婚姻スルコトハ內國人ニ付テハ善良ノ風俗ニ反スルモノトスルモ外國人ニ付テハ其本國法ニ規定セル年齢ニ達スルトキハ內國法ノ定ムル年齢ニ達セザルモ內國ニ於テ結婚スルコトヲ得ルモノト認ムルヲ以テ斯ル規定ハ國內公安ニ關スル規定ニシテ國際公安ニ關スル規定ニ非ストセリ之ニ反シテ奴隸及ヒ一夫多妻ノ制度ノ如キハ內國人ナラズ外國人ナルトヲ問ハス之ヲ認メタルカ故ニ斯ル規定ハ之ヲ國際公安ニ關スル規定トシ之ニ反對スル外國法ハ適用スルコトヲ得ザルモノトスルニ在リ

此區別ハ一見甚々明瞭ナルカ如キモ其實唯公序及ニ二種ニ區別シタル結果ニ付

テ與ヘタル名稱タルニ過キスシテ如何ナル公益規定カ果シテ國際公安ニ關スル規定ニシテ如何ナル規定カ國內公安ニ關スル規定ナルヤヲ説明スルニ足ラザルナリ故ニフエースノ如キハ此根本ノ問題ニ付テ説明ヲ爲シテ曰ク憲法行政法裁判所構成法等ノ公法及ヒ各人ノ自由ニ關スル公法又ハ刑罰的性質ヲ有スル法律ハ皆國際公安ニ關スル規定ニシテ内外人ヲ區別セス絕對的ニ之ヲ適用ス隨テ之ニ反スル外國法ノ適用ヲ認ムヘカラザルモノトセリ今一步ヲ進メ此他ノ公益ニ關スル規定カ果シテ國內公安ニ關スル法律ナリヤ將タ國際公安ニ關スル法律ナリヤヲ判定スルコトハ唯裁判官ノ自由ノ判斷ニ一任スルノ外ナシ面シテ裁判官力之ヲ判斷スルニ當リテハ其法律ノ規定カ必スシモ強行的又ハ命令的性質ヲ有スルヤ否ヤノミヲ標準トスルコト能ハス宜シク此等ノ法律ノ精神及ヒ目的ニ徴シテ之ヲ判斷スヘキモノトセリ第一ニ「二」又之ヲ要スルニ國際公安ト國內公安トノ區別ハ畢竟問題ヲ以テ問題ニ答フルモノニシテ其意義ヲ爲サザルカ故ニ或ハ一案ヲ出シテ此區別ノ代リニ相對的公安及ヒ絕對的公安ノ名稱ヲ用ヒ所謂國際公安トハ内外人ヲ問ハス絕對的ニ之

ヲ適用スルハ公益規定ヲ云フニ外ナラサル故ニ之ヲ絕對的公安トシ所謂國內公安トシ唯內國人ニ對シテのみ公安ト爲ルヘキ規定ナルカ故ニ之ヲ相對的公安ト稱セシトスル者アリ例ヘハ巴里大學教授レテ如キハ即チ是ナリ或ハ又此區別ヲ排斥シ凡シ公安又ハ公ノ秩序ト云ヘハ唯一ニシテ二ナラス又彼ノ國際及ヒ國內公安ノ區別ハ主トシテ能力ニ關シテ發生スルカ故ニ身分能力ニ關スル規定ハ毫モ公安ニ關セスト主張シ其他ノ公序ニ關スル規定ハ皆內外人ヲ問ハズ適用セラルヘキモノトシ之ヲ單ニ公ノ秩序ニ關スル規定ト云ヘハ是レリトスル者アリ巴里大學教授ビエテ如キ即チ是ナリ我輩ノ見ル所ニ依レハ凡ソ公安又ハ公序如何ハ程度ノ問題ニシテ之カ爲メニ學理上一定ノ標準ヲ立ツルコト能ハスト雖モ我法例カ外國人ノ能力ニ付テ既ニ外國法ニ依ルヘキコトヲ認メタル以上ハ身分又ハ能力ニ關スル規定ハ法例第三十條ニ所謂公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ關スル規定ト看做ササルモノト論定セサルヘカカキ果シテ然ラハ法例第三十條ニ所謂公序トハ「デビニ」ノ所謂絕對的強行ノ性質ヲ有スルモノト謂フヘシ唯如何ナル外國法ノ規定カ果シテ

我國ノ此ノ如キ公序又ハ善良ノ風俗ニ反スルヤ否ヤハ「ウエース」云ヘルカ如ク我國法ノ精神若クハ目的ニ依リテ解釋スヘキモノニシテ裁判官ノ判定ニ一任スルノ外ナシ今假ニ國際公安ナル文字ヲ用フヘキモノトセハ裁判官カ法例第三十條ニ規定セル公ノ秩序ニ反スルモノト決定シタル外國法ヲ以テ國際公安ニ反スト云フニ過キス例ヘハ奴隸ノ如キ或ハ一夫多妻ノ如キ或ハ不動產所有權禁止ノ如キ規定ハ何人モ法例第三十條ニ規定セル公ノ秩序ニ關スルモノト看做スカ故ニ之ヲ國際公安トシテ說明スヘキヤ或ハ法例第三十條ニ所謂公ノ秩序トシテ說明スヘキヤハ名稱上ノ問題ニ過キサレトモ我輩ハ法例第三十條ノ法文ニ依リテ之ヲ決定スルニ足ルコトヲ信スルカ故ニ故ラニ意義不正確ナル國際公安ナル語ヲ使用スヘキ必要ヲ認メサルモノナリ

第三節 反致法

反致法トハ獨逸語ノ「ルユンダフエルワイズング」即チ送リ返シノ意義ヲ有スル術語ヨリ由來セシ原則ニシテ我國ノ國際私法規定ニ於テハ外國ノ實質法ヲ以

ヲ準據法トセル場合ニ該外國ノ國際私法の規定ニ依レテ却テ我國ノ實質法ヲ以テ準據法トスルトキハ此反致ヲ認メ我國ノ實質法ヲ適用スヘキコトヲ定ムル規定ヲ謂フナリ蓋シ國際私法ハ内外諸國ノ實質的法律各其規定ヲ異ニスル結果トシテ發生スヘキ抵觸ヲ解釋スルカ爲メニ發達シ來リタルコトハ既ニ説明セシカ如シ然ルニ國際私法ハ今尙ホ幼稚ニシテ學說上ニ於テモ立法上ニ於テモ諸國ニ行ハルル主義區區一定スル所ナシ固ヨリ諸國ノ法學者ハ或ハ著書或ハ學會ノ決議ニ依リ諸國ノ立法者ハ屢列國會議ヲ開キ國際條約ニ依リ國際私法上ノ原則ヲ一定シテ各國共通ノ法則ヲラシメント企圖スルコト比年益々盛ナルモ尙ホ近キ將來ニ於テハ斯ル希望ハ實行セラズルハ望少ク現在ノ有様ニテハ諸國ノ實質法相抵觸スルカ如ク諸國ノ國際私法モ亦各其規定ヲ異ニシ相抵觸スル所アルヲ免レス而シテ此抵觸ハ主トシテ國際私法ノ一大原則タル屬人法ノ主義相異ナル點ニ存ス即チ我國ニ於テハ歐羅巴大陸諸國ト同シク當事者ノ本國法ヲ以テ屬人法トスルモ英米ニ於テハ當事者ノ住所地法ヲ以テ屬人法トセリ故ニ今假ニ我國ニ住所スル英國人ニ就テ考フルニ或法律關係ニ付キ

我國法例ノ規定ハ當事者ノ本國法タル英國ノ法律ヲ適用スヘキモノトスルモ翻テ英國ノ國際私法の規定ニ依レハ其者ノ住所地法タル我國ノ法律ニ依ルヘキモノト爲セリ此ノ如ク内外國際私法ノ原則カ相抵觸スル場合ニ若シ我國ノ裁判官カ本國法主義ノ原則ノミニ依リテ必ス英國法ヲ適用セザルハハラサストセハ其結果唯リ當事者ノ本國法タル英國法ノ主義ニ反スルノミナラス又我國ニ於テ強テ本國法ヲ適用スヘキ必要ナキニモ拘ハラサ尙ホ外國法律ヲ適用スルニ至ルノ批難ヲ免レザルヘシ是ニ於テ斯ル國際私法の規定ノ抵觸ヲ解釋スル一方法トシテ近來諸國ノ裁判例又ハ立法例ニ於テ所謂反致法ノ原則ヲ認ムルニ至レリ即チ此原則ニ依リ本國法主義ヲ採ル諸國ノ立法者ハ住所地法主義ヲ採ル國ノ人民ニ付テハ若シ內國ニ住所ヲ有スルトキハ普通ノ場合ヲ豫想セテ本國法主義ノ規定ニ拘ハラサシテ內國法ヲ適用スヘキモノトスルニ至レリ實例ニ於テハ千八百七十五年佛國ノ大審院カ有名ナル判決ニ依リテ始メテ佛國ニ住所ヲ有スル英國人ニ付テハ住所地法タル佛國法ニ依リテ其身分及ヒ能力ヲ定ムヘキモノト爲シタル以來一般ニ裁判例トシテ之ヲ認ムルニ至リタル

モノナリ又白耳義ニ於テハ千八百八十一年以來伊太利ニ於テハ千八百八十四年以來漸ク裁判上ニ認メラルルニ至レリ獨逸ニ於ケル裁判例ハ區區ニシテ或ハ之ヲ認ムルモノアリ或ハ之ヲ認メサルモノアリ又實際ノ立法例トシテハ瑞西ノ二三州ノ民法ニ於テハ明文ヲ以テ之ヲ認メ次テ獨逸民法施行法第二十七條ニ明カニ之ヲ認ムルニ至レリ我法例第二十九條ハ此原則ヲ最モ廣ク認メタル立法例ナリ又學說トシテハ佛蘭西ノウエロース伊太利ノソイオレイ獨逸ノフラン、パール英吉利ノウニストレイキ等ノ先輩ハ皆此原則ヲ贊成セリト雖モ又多クノ反對論者アリテ千八百九十六年以來屢、國際法協會ノ問題ト爲リ千九百年(昨年)會期ニ於テ之ヲ議決スルニ當リ反對ノ意見ヲ持スル者却テ多數ヲ制シ遂ニ左ノ決議ヲ爲セリ曰ク

「本國法ニ依リテ解決スルべき案件ニ對シテハ、本國法ニ依リテ解決スルべし。但シ、本國法ニ依リテ解決スルべしと雖モ、他國ノ法律カ私法ニ關スル法律抵觸問題ヲ規定スル場合ニハ各事項ニ適用セラルヘキ規定即チ實質法ト謂フヲ指定スヘキモノニシテ其事項ノ抵觸問題ニ關スル外國法律ノ規定即チ國際私法的规定ヲ謂フヲ指定セザルコトヲ希望ス」

此決議ハ我法例ノ如キ國際の規定ニ依リ準據スヘキ法律ヲ指定スルニ當リ外國ノ國際私法の規定ヲ指定セシテ外國ノ民法又ハ商法ノ如キ實質法ノ規定ヲ指定セザルベカラストスルノ主義ナリ此點ハ我法例ニ於テモ亦同一ニシテ法例ニ本國法ト云ヒ或ハ住所地法ト云ヘル法テ爾文字ハ皆其國ノ實質法ノミヲ意味スルモノニシテ其國ノ國際私法の法律ヲ云フモノニ非サルナリ故ニ右ノ如キ決議ハ佛蘭西及ヒ伊太利ノ裁判例又ハ學說ニ於ケルカ如ク當事者ノ本國法ト云フ文字ハ唯リ其本國ノ實質法ヲ意味スルノミナラス又其本國ノ國際私法の規定ヲモ包含シタル規定ナリト解釋スル者ニ對シテ其解釋ノ不當ナルコトヲ明カニスルノ力アルモノナリ

今反致法ノ原則ニ對シテ最モ有力ナル反對說ノ大要ヲ述ブレハ元來身分及ヒ能力ハ本國法ニ依ルトノ規定ハ國家カ裁判官ニ命シタル法律適用ノ大原則ナレハ純然タル公法ナリ公法ハ其性質上絕對的ニ適用セラルヘキ強行の規定ナレハ其本國ノ法律如何ニ依リテ其適用ヲ異ニスヘキモノニ非ス且身分及ヒ能力ハ本國法ニ依ルヘキモノト規定シタル所以ハ立法者カ其性質上必ズ本國法

ニ依ラザルヘカラサル必要ヲ認メタルモノナレハ當事者ノ本國ノ國際私法ニ於テ之ト異ナル主義ヲ探ルト否トニ拘ハラズ絕對的ニ本國法ニ依ラザルヘカラス隨テ反致法ノ原則ヲ認ムルコトヲ得スト云フニ在リ此議論ノ一部分ハ極メテ正當ナリ何トナレハ一國ノ立法者カ國際私法の規定ヲ設クルニ當リテハ他國ノ國際私法の規定ノ如何ニ拘ハラザルモノニシテ唯内外實質的法律ヲ異同ヲ研究シ或ハ本國法或ハ住所地法ヲ適用スヘキモノト規定スルモノナルカ故ニ裁判官カ斯ル規定ニ從ヒ其適用スヘキ法律ヲ定ムルニ當リテハ外國ノ國際私法如何ヲ論セス唯内外實質法ノ中ニ之ヲ求メサルヘカラサレハナリ此點ニ付テハ反對說ハ極メテ正當ナルモ斯ル反對說ハ我國法例ノ如ク立法者自ラ所謂反致法ノ原則ヲ認メ外國ノ國際私法の規定ノ如何ニ依リテ內國法律ノ適用ヲ命シタル場合ニハ當ラサルノ駁論ナリ何トナレハ法例ハ通常ノ場合ニハ内外國ノ實質法ヲ基礎トシテ其適用スヘキ法律ヲ定メタルモノナレトモ或特別ノ場合ニ於テ其本國ノ國際私法の規定ヲ參酌シ其本國立法者カ住所地法タル我國ノ法律ニ依ルヲ以テ其外國人ノ能力ヲ定ムルノ正當ナルコトヲ認ム

雜報

○毒藥ニ因ル誤殺未遂ニ關シテ所謂誤殺罪即チ刑法第二百九十八條ノ罪ノ性質隨テ其構成要件ニ付テハ學者間ニ議論アル所ナルカ今毒藥ニ因ル誤殺未遂ナリト認メタル大審院最近ノ判決要旨ヲ示サンニ曰ク原判決ノ認ムル所ニ依レハ本件ハ被告ニ於テ繼母キタテ殺害センコトヲ決意シ明治三十四年十月二十日居村村社祭禮ニ際シ同社境内露店ヨリ餠餅五錢分ヲ購ヒ之ト外ニ如何ナル方法ニ因リ取得シタルハ詳カナラサルモ豫テ貯ヘ置キタル昇秉ト稱スル毒藥トヲ携ヘ同晚キタテ居住スル村內蓬田文三郎方ニ立越シ其時機ヲ見テ同家前ニ立出テ餠餅ニ致死量以上ノ昇秉ヲ附著シ其宅内ニ立展リキタテ對シ祭禮ノ土産ナリトテ其前ニ供シ類リユ之ヲ俵メタリシカ偶々同家ノ子守相原ヨツカ他ヨリ歸リ來リタル際ナルヲ以テキタテハ先ツ右餠餅内ニ二箇ヲヨツニ分與シタルニ因リヨツハ之ヲ食シタルニヨツハ間モナク煩悶シテ食物ヲ吐出シ云ト云フニ在リテ被告ハ繼母キタテヲ毒殺センコトヲ謀リキタテ居住セル蓬田文三

船方ニ於テ致死量以上ノ昇永ヲ附著シタル餡餅ヲキクニ供シタルニ偶々同家ノ子守相原ヨツカ其壘ニ歸リ合セキタヨリ右餡餅ヲ貰受ケ之ヲ食シタルモ煩悶シテ吐出シタル爲メ遂ニ死ニ至ラサリシモノニシテ被告手自カラ相原ヨツニ右餡餅ヲ與ヘタルニハアラスト雖モヨツヲシテ之ヲ食セシムヘキ状態ニ據キタルモノナレハ刑法第二百九十八條ニ所謂謀殺ヲ行ヒ誤テ他人ヲ殺シルタ罪ノ未遂ナルヲ論テ竣タスト(大審院明治三十五年十月第一五四號刑部事務官告)此判決ハ原院宮城控訴院ニ於テ被害ハ相原ヨツニ對シ殺害行爲ヲ行セタルモノ即チ毒物ヲ同人ニ與ヘタルモノニ非サルヲ以テ誤殺罪ヲ構成セスト認定シタルヲ檢察長カ之ヲ不當トシテ上告シタルモノニテ其上告論旨ハ要スルニ毒殺罪ニ於ケル加害行爲ハ他ノ多クノ殺人罪ノ如ク直接ニ兇器ヲ被害者ノ身體ニ加フヘキモノトハ自ラ其趣ヲ異ニシ犯人ノ行爲トシテハ罪人ヲシテ毒物ヲ飲用セシムヘキ状態ニ之ヲ提供スレハ足ル又毒物ヲ被害者ニ提供シタル場合ニ非サレハ誤殺罪ヲ構成セストスルハ是レ一般ノ殺人罪ト誤殺罪トノ區別ヲ混同シタルモノナリト云フニ在リシ(大審院明治二十八年十一月十五日毒殺未

遂事件ニ對スル判決參照

○第三年級特別試験問題 本校ニ於テ本月十七日ヨリ二十五日マテニ施行シ了リタル第三年級特別試験問題左ノ如シ

民法第一編(自第七章至第十章) (常井博士)

一 物上擔保ノ不可分トハ如何ナルコトヲ意義スルヤ適用ヲ舉ケテ說明スヘシ

二 債權買ハ如何ナル點ニ於テ一般ノ動産買ト其性質ヲ異ニスルヤ

民法第四編 (擲下學士)

一 戸主ハ如何ナル場合ニ家族ヲ驅逐シ又ハ之カ復籍ヲ拒ムコトヲ得ルカ

民法第五編 (若槻學士)

二 後見ハ如何ナル場合ニ附屬スルヤ

商法第四編 (矢部學士)

一 手形上ノ權利ハ獨立ナリト意義ヲ說明スヘシ

二 振出人カ自己ヲ支拂人ト定ムル爲容手形ト約束手形トノ差異ヲ説明スヘシ

商法第五編 (内田學士)

一 船積所有者ト船長トノ間ニ於ケル法律上ノ關係ヲ説明スヘシ

二 船積証券ノ匯流ノ效力ヲ述フヘシ

破産法 (松岡學士)

一 破産事件ノ性質ヲ略述スヘシ
二 破産者ノ身體ヲ侵害シタルガ爲メニ生シタル損害賠償請求權ハ破産財團ニ屬スルヤ否ヤ

民事訴訟法第三編乃至第五編 (遠藤學士)

一 控訴ノ取下ハ如何ナル結果ヲ生スルヤ
二 控訴審級トシテ訴ヲ提起スルノ主要ナル利益ハ如何

民事訴訟法第六編乃至第八編 (吾孫子學士)

一 強制執行ハ如何ナル限度ニ於テ又如何ナル形式ニ於テ之ヲ進行スルコトヲ得ヘキヤ
二 假差押ト假処分トノ異同ヲ論スヘシ

行政法 (清水學士)

一 官吏懲戒ノ制罰ニ異ナル點ヲ示スヘシ
二 行政訴訟ノ既願トノ性質ノ異同ヲ説クヘシ

國際私法 (山田博士)

一 國際私法トハ何ゾヤ
二 外國法適用ノ制限ヲ説明スヘシ

擬律 擬判 (鈴木學士)

甲乙丙ノ三人相共ニ或川ニ沿ヒ散步シテ此際甲ハ川ノ彼岸ニ於テ地上ニ財袋ヲ遺失セシモノアルヲ發見シ之ヲ乙丙ニ告
ク乙ハ直チニ丙ノ大ニ命シテ其財袋ヲ持テ來ラシメントシタルニ因リ大ハ既ニ之ヲ日ニシテ法ヲ論ラントシタルニ因リ丁ノ
彼岸ニ散步スアリ自己ノ大ヲシテ丙ノ大ニ命リ之ヲ奪ハシメ應ニ其財袋ヲ還タリ仍テ甲ハ最初ニ財袋ヲ發見シタルノ故ヲ
以テ乙ハ丙ノ大ヲシテ自己ニ代リ之ヲ占有セシメタルノ故ヲ以テ丙ハ其大ノ自己ニ屬スルノ故ヲ以テ又丁ハ最初ニ之ヲ得
タルノ故ヲ以テ各自財袋ヲ拾得者ナルコトヲ争ヒタリ甲乙丙丁孰レカ果シテ財袋ノ拾得者ナルカ

法學志林

自然主義
至前廿五號

右林及法義概外在ニ以テ非常遺憾ニ原因既經其共二十一年
六編トスヲ以テ實情ニ應ズ但本有第二編

十二月

和佛法律學

破産法 (松岡學士)

一 破産事件ノ性質ヲ略述スヘシ
二 破産者ノ身體ヲ侵害シタルガ爲メニ生シタル損害賠償請求權ハ破産財團ニ屬スルヤ否ヤ

民事訴訟法第二編乃至第五編 (遠藤學士)

一 控訴ノ取下ハ如何ナル結果ヲ生スルヤ
二 控訴ヲ撤回シテ控訴ヲ提起スルノ主要ナル利益ハ如何

民事訴訟法第六編乃至第八編 (吾孫子學士)

一 強制執行ハ如何ナル限度ニ於テ又如何ナル形式ニ於テ之ヲ遂行スルコトヲ得ヘキヤ
二 假差押ト假處分トノ異同ヲ論スヘシ

行政法 (清水學士)

一 官吏懲戒ノ刑罰ニ異ナル點ヲ示スヘシ
二 行政訴訟ノ既決トノ性質ノ異同ヲ説クヘシ

國際私法 (山田博士)

一 國際私法トハ何ゾヤ
二 外國法適用ノ制限ヲ説明スヘシ

擬律 擬判 (鈴木學士)

甲乙丙ノ三人相共ニ或川ニ釣シ散歩シタル際甲ハ川ノ彼岸ニ於テ地上ニ財袋ヲ遺失セルモ乙ノアルヲ發見シ之ヲ乙丙ニ告ク乙ハ直チニ丙ノ犬ニ命シ其財袋ヲ持テ來ラシメントシタルニ丙リ犬ハ既ニ之ヲ口ニ泳キ歸ラントシタルニ俄丁ノ彼岸ニ散歩スルアリ自己ノ犬ヲシテ丙ノ犬ヨリ之ヲ奪ハシメ處ニ其財袋ヲ匿ナリ仍テ甲ハ最初ニ財袋ヲ發見シタルノ故ヲ以テ乙丙ノ犬ヲシテ自己ニ代リ之ヲ占有セシメタルノ故ヲ以テ丙ハ其犬ノ自己ニ屬スルノ故ヲ以テ又丁ハ最初ニ之ヲ得タルノ故ヲ以テ各自財袋ノ拾得者ナルコトヲ爭ヒ公リ甲乙丙丁孰レ因果シテ財袋ノ拾得者ナルカ

法學志林

自第三號 至第廿五號

右校友生徒校外生ニ限リ非常減價一冊四錢郵稅共第二十一號ニ限リ

六錢トスヲ以テ貴需ニ應ス但殘本有高ニ限ル

十二月

和佛法律學校

法學志林

每月一回十五日發行
校友、生徒、役外生二限
一冊特價郵稅共金九錢
十冊買金郵稅共金八十錢

第三十七號

十一月十五日發行

志林

- 最近判例批評 法律學士 梅 謙次郎
- 刑事事件ノ異現象 法律學士 信岡建四郎
- 關領東印度ノ財政一斑 法律學士 岡 實
- 我國ノ亂入 法律學士 若槻禮次郎

海山獵夫

纂論

- 取引所(續)
- 豫審廳發了囑託 法律學士 鶴見守義
- 戶主タル私生子ノ認知 法律學士 鶴 丈一郎

解疑

- 交互計算ノ商行爲上ノ所屬 法律學士 松本滋治
- 鎖鑰權ノ性質 法律學士 鈴木英太郎

其他

判例 雜報 記事 數十件

發行所 和佛法律學校

明治三十五年十二月一日印刷
明治三十五年十二月一日發行

(定價金貳拾五錢)

編輯者 東京市牛込區平松町十番地
發行所 東京市牛込區平松町十番地
印刷者 小宮印刷所

印刷者 東京市牛込區平松町十番地
小宮印刷所

印刷所 東京市牛込區西ノ久保町三番地
金子活版所

發行所 東京市總町區富士見町六丁目內番地
指定省 和佛法律學校
(電話番町百七十四番)

明治二十二年十二月九日內務省許可
明治三十五年十一月四日第三種郵便物認可 每月十八日三十一日六日八日十日十一日
日十三日十六日十八日廿一日廿三日廿五日廿六日廿八日廿九日發行