

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)

和佛法律學校

(巻 / Volume)

3-27

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

45

(発行年 / Year)

1902-12-22

明治三十五年十一月四日第三種郵便物認可 毎月十九日三、五、六、八、十、十一日
(三日十五日十六日十八日十九日廿一日廿三日廿五日廿六日廿八日廿九日隔日發行)

明治三十五年十二月二十二日發行

三十五年度 第二學年ノ二十七

和佛法律學校講義錄

第七拾貳號

和佛法律學校

第三學年第二十七號目次

民法相續(自三六八至三六九)

法律學士 掛下重次 耶

民事訴訟法(自一九六至二〇〇)

法學士 松岡義正

國際私法(自二四七至二四八)

法學博士 山田三良

雜報 ○新年宴會と休暇日 ○年齡計算ニ關スル法律ノ改正

090
1902
3-1-29

キ之カ明文ヲ掲ケタルハ他ナシ遺贈カ效力ヲ生スルトキハ遺言者ハ生存セザレハ其意思ヲ確ムルコトヲ得アルヲ以テ當事者間ノ爭ヲ防カンカ爲メニ外ナラサルナリ

又遺贈ノ目的物カ特定物ニシテ瑕疵アリタル場合ニ於テハ其瑕疵アル物ヲ遺贈シタルモノト看ルヘキカ故ニ遺贈義務者ハ此物ニ付キ擔保義務ヲ生スルコトナシト雖モ不特定物ナル場合ニ於テハ最初ヨリ瑕疵アル旨ノ記載ナキトキハ瑕疵ナキ物ヲ與ヘタルモノト看ルヲ得サルヲ以テ若シ遺贈ノ目的物ニ瑕疵アリタルトキハ遺贈義務者カ完全ニ其義務ヲ盡シタリト謂フヲ得ス依テ此場合ニハ瑕疵ナキ物ヲ以テ之ニ代フルコトト爲シタル所以ナリ

○遺贈ノ目的物カ滅失變造シタル場合及ヒ添附ヲ生シタル場合ニ於ケル受遺者ノ權利——第一千一百一條 遺言者カ遺贈ノ目的物ノ滅失若クハ變造又ハ其占有ノ喪失ニ因リ第三者ニ對シテ償金ヲ請求スル權利ヲ有スルトキハ其權利ヲ以テ遺贈ノ目的ト爲シタルモノト推定ス

民法相續 遺言 遺言ノ效力

條 贈與 ○ 贈與とは、自己所有の物を、自己の意思で、他人に無償で譲渡することである。

キ之カ明文ヲ掲ケタルハ他ナシ遺贈カ效力ヲ生スルトキハ遺言者ハ生存セザレハ其意思ヲ確ムルコトヲ得サルヲ以テ當事者間ノ爭ヲ防カンカ爲メニ外ナラサルナリ

又遺贈ノ目的物カ特定物ニシテ瑕疵アリタル場合ニ於テハ其瑕疵アル物ヲ遺贈シタルモノト看ルヘキカ故ニ遺贈義務者ハ此物ニ付キ擔保義務ヲ生スルトナシト雖モ不特定物ナル場合ニ於テハ最初ヨリ瑕疵アル旨ノ記載ナキトキハ瑕疵ナキ物ヲ與ヘタルモノト看ルヲ得サルヲ以テ若シ遺贈ノ目的物ニ瑕疵アリタルトキハ遺贈義務者カ完全ニ其義務ヲ盡シタリト謂フヲ得ス依テ此場合ニハ瑕疵ナキ物ヲ以テ之ニ代フルコト爲シタル所以ナリ

○遺贈ノ目的物カ滅失、變造シタル場合及ヒ添附ヲ生シタル場合ニ於ケル受遺者ノ權利——第一千一百一條 遺言者カ遺贈ノ目的物ノ滅失若クハ變造又ハ其占有ノ喪失ニ因リ第三者ニ對シテ償金ヲ請求スル權利ヲ有スルトキハ其權利ヲ以テ遺贈ノ目的ト爲シタルモノト推定ス

遺贈ノ目的物カ他ノ物ト附合又ハ混和シタル場合ニ於テ遺言者カ第二自四

民法相續 遺言 遺言ノ效力

十三條乃至第二百四十五條ノ規定ニ依リ合成物又ハ混和物ノ單獨所有者又ハ共有者ト爲リタルトキハ其全部ノ所有權又ハ共有權ヲ以テ遺贈ノ目的ト爲シタルモノト推定ス

遺贈ノ目的物カ滅失シ變造セラレ又ハ占有ノ喪失ニ因リ第三者カ償金ヲ支拂フヘキ場合ニ於テ受遺者ハ之カ請求權ヲ有スルヤ將タ遺贈ノ目的物既ニ滅失シタルハ受遺者ハ之カ請求權ヲ有セサルヤハニ遺言者ノ意思ニ依ラサルヘカラサレトモ遺言者ノ意思ニシテ不明ナルトキハ受遺者ニ於テ右請求權ヲ有スルモノト爲セリ其滅失トハ(イ)第三者ノ故意又ハ過失ニ因リ遺贈ノ目的物カ毀滅シタル場合若クハ(ロ)第三者ノ所爲ニ非スシテ毀滅シタルモ其物カ保險ニ付セラレタル場合等ヲ謂ヒ又ハ(遺贈ノ目的物ノ變造トハ附合混和又ハ加工ニ因リテ法律上其物カ滅失シ新ニ生シタル物ハ他人ノ有ニ歸シタルカ如キ場合ヲ謂ヒ(ニ)遺贈ノ目的物ノ占有ノ喪失トハ第三者カ之ヲ保管スル際不注意ニ因リテ紛失シ又ハ竊取セラレ復タ現物ヲ取還スルコト能ハサルカ如キ場合ヲ謂フモノニシテ此等ノ場合ニ於テ(イ)ノ第三者ノ拂フヘキ損害賠償(ロ)ノ保險金(ニ)

ノ他人ノ拂フヘキ償金(ニ)ノ第三者ノ拂フヘキ賠償金等ハ遺贈ノ目的物ヲ代表スヘキモノト謂フコトヲ得ヘケレハ特ニ遺言者カ反對ノ意思ヲ表示セサル以上ハ其代表價額ヲ受遺者ニ與ヘタルモノト推測スルコトヲ得ヘキカ故ニ以上ノ如ク受遺者ニ之カ請求權ヲ與ヘタルナリ

以上遺贈ノ目的物ノ變造ノ場合トシテハ添附ニ因リテ新ニ生シタル物カ他人ノ有ニ歸シタル場合ヲ舉ゲタレトモ遺贈ノ目的物カ同シタ添附シタル場合ニ於テモ遺言者カ添附ニ因リテ生シタル物ノ所有者ト爲ルコトアリ又ハ他人ト其共有者タルコトアリ此場合ニ於テハ遺言者ハ添附ノ爲メ物ノ所有權ヲ失ヒタル他人ニ對シテ償金ヲ支拂ハサルヘカラス而シテ此場合ニ於テハ遺贈ノ目的物ハ添附ニ因リテ消滅シタルモノノ如シト雖モ遺贈ノ目的物ト他物トニ因リテ成リタル物ハ舊物ニ代リタルニ外ナラサルカ故ニ遺言者ハ之ヲ受遺者ニ與ヘタルモノト推測スルコトヲ得ヘケレハ法律ハ合成物又ハ混和物ノ所有權又ハ共有權ハ遺贈ニ因リ受遺者ニ移轉シタルモノト爲シタリ但此場合ニ於テ遺言者カ別段ノ意思ヲ表示セサルトキハ遺言者カ他人ニ支拂フヘキ償金ハ受

遺言者ニ於テ負擔セサルヘカラス然レトモ遺言者カ惡意ニテ附合セシメタル場合ニ於テ第七百四條ノ規定ニ依リ支拂フヘキモノハ遺言者ノ相續人ニ於テ負擔セサルヘカラス而シテ此場合ニ於テ受遺者ハ第七百四條ノ規定ニ依リ其受ケタル利益ノ限度ニ於テノミ償金ヲ支拂フニ過キサルナリ

以上モ亦遺言者ノ意思ヲ推測シタルニ外ナラサルカ故ニ若シ遺言者ニシテ特ニ別段ノ意思ヲ表示シタルトキハ之ニ從フヘキヤ勿論ナリトス

○遺贈ノ目的物カ第三者ノ權利ノ目的タル場合ニ於ケル受遺者ノ權利——第一千二百條 遺贈ノ目的タル物又ハ權利カ遺言者ノ死亡ノ時ニ於テ第三者ノ權利ノ目的タルトキハ受遺者ハ遺贈義務者ニ對シ其權利ヲ消滅セシムヘキ旨ヲ請求スルコトヲ得ス但遺言者カ其遺言ニ反對ノ意思ヲ表示シタルトキハ此限ニ在ラス

遺贈ノ目的タル物又ハ權利カ遺言者死亡ノ時ニ在リテ第三者ノ權利ノ目的タルコトアリ例ヘハ地上權永小作權地役權質權抵當權貸借權又ハ留置權ノ目的タルトキ受遺者ハ此等權利ノ附著シタル儘ニテ遺贈ヲ受クヘキカ將タ遺贈

義務者ニ對シテ其消滅ヲ請求スルコトヲ得ヘキヤノ問題起レルカ此場合ニ於テモ遺言者ノ意思ヲ推測シテ遺言者ハ此等權利ノ附著シタル儘ニテ受遺者ニ遺贈ノ目的物ヲ與ヘント欲スル意思ナリト解スルコト當然ナリ若シ斯ル場合ニ於テ遺言者ニシテ何等負擔ナキ物又ハ權利ヲ與ヘント欲スルニ在ランカ遺言者自ラ負擔ヲ消滅セシムルニ非スンハ遺贈義務者ニ於テ之ヲ消滅セシムヘキ義務アリトノ特別ナル意思ヲ表示セシナラン是ヲ以テ原則トシテハ此場合ニ於テ受遺者ハ遺贈義務者ニ對シ此等權利ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得サルモノト爲セリ然レトモ遺言者カ其遺言書ニ反對ノ意思ヲ表示シタルトキ例ヘハ遺贈ノ目的物ニ附著セル負擔ハ遺贈義務者ニ於テ消滅セシムヘキ旨ヲ記載シタルトキハ受遺者ハ其負擔ノ消滅ヲ遺贈義務者ニ對シテ請求スルコトヲ得ヘキナリ

○債權ヲ以テ遺贈ノ目的ト爲シタル場合ニ於ケル受遺者ノ權利——第一千二百三條 債權ヲ以テ遺贈ノ目的ト爲シタル場合ニ於テ遺言者カ辨濟ヲ受ケ且其受取リタル物カ尙ホ相續財産中ニ存スルトキハ其物ヲ以テ遺贈ノ目的ト爲シタ

ルモノト推定ス

金錢ヲ目的トスル債權ニ付テハ相續財産中ニ其債權額ニ相當スル金錢ナキトキト雖モ其金額ヲ以テ遺贈ノ目的ト爲シタルモノト推定ス

遺贈ノ目的カ債權ナルコトアリ而シテ其債權ノ目的カ金錢物品ナルコトアリ又ハ行爲ナルコトアリ其目的ノ行爲ナル場合例ヘハ債務者カ角力ヲ又ハ演劇ヲ爲スヘクシテ遺言者カ其辨濟ヲ受ケタルトキ即チ債務者カ角力ヲ爲シ演劇ヲ爲シタルトキハ此等遺贈ノ目的ハ既ニ消滅シテ存在セサルヲ以テ其遺贈ハ效力ヲ生セス然レトモ行爲以外ノ物カ債權ノ目的ニシテ遺言者カ其辨濟ヲ受ケ其物ニシテ相續財産中ニ存在スルトキハ其物ハ債權ニ代リタルモノナレハ此物ヲ以テ遺贈ノ目的タルモノト爲セリ蓋シ此場合ニ於テモ債權ノ辨濟アリタルトキハ其物ヲ受遺贈者ニ與ヘント欲セシ意思ナラント推測スルコトヲ得ヘケレハナリ若シ然ラサルニ於テハ反對ノ意思ヲ表示セシナラント見ルコトヲ得ヘシ但遺言者カ受取リタル債權ノ目的ヲ或ハ消費シ或ハ他ニ讓渡シ又ハ其他ノ原因ニテ遺言者死亡ノ時既ニ相續財産中ニ存在セサルトキハ遺贈ハ其目

的ナキニ至リテ其效力ナキモノト爲セリ是レ亦遺言者ノ意思ノ推測ヨリ出タル規定ナリ何トナレハ此場合ニ於テ遺言者カ辨濟ノ爲メ受取リテ自ラ消費シ又ハ讓渡シタル物ニ代ルヘキ物ヲ受遺者ニ與ヘント欲セシナランニハ特ニ其意思ヲ表示セシナラント見ルコトヲ得ヘケレハナリ

以上ハ法律ノ推定ニ過キサルカ故ニ若シ遺言者ニシテ之ト異ナリタル意思ヲ有セシコト明カナルトキハ其意思ニ從フヘキハ當然ナリ例ヘハ遺言者カ既ニ債權ノ辨濟ヲ受ケタル以上ハ最早遺贈ハ其效力ヲ生セス又ハ其反對ニ於テ遺言者カ受取リタル物カ既ニ消費セラレ讓渡サレテ相續財産中ニ存在セザルトキハ其代價ヲ受遺者ニ與フヘキモノトノ意思表示アルカ如キ場合はナリ債權ノ目的カ辨別シ易キ物ナルトキハ遺言者カ辨濟トシテ受取リタル物カ相續財産中ニ現存スルヤ否ヤハ容易ニ知ルコトヲ得ヘシト雖モ金錢ヲ目的トスル債權ニ付キ遺言者カ之カ辨濟ヲ受ケタルトキ例ヘハ貸金賣買代金若クハ保險金等ノ辨濟ヲ受ケタルトキ一旦相續財産中ニ入りタル以上ハ相續財産ト混シテ復タ辨濟トシテ受取リタルモノナルヤ否ヤヲ知ルコト能ハス是ヲ以テ此

ノ如キ場合ニ於テハ遺言者カ受取リタル金錢カ相續財産ニ現存スルト否トヲ問ハス其金額ヲ以テ遺贈ノ目的ト爲シタルモノト爲セリ而シテ此場合モ亦遺言者ノ意思ヲ推測シタルニ外ナラサルカ故ニ若シ遺言者カ之ニ反スル特別ノ意思ヲ表示シタル證據アルトキハ其意思ヲ尊重シ之ニ從ハサルヘカラサルヤ論ヲ埃タサルナリ

○負擔附遺贈ニ關スル規定——(一)第一千四百條 負擔附遺贈ヲ受ケタル者ハ遺贈ノ目的ノ價額ヲ起スサル限度ニ於テノミ其負擔シタル義務ヲ履行スル責ニ任ス』受遺者カ遺贈ノ拋棄ヲ爲シタルトキハ負擔ノ利益ヲ受ケヘキ者自ラ受遺者ト爲ル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

負擔附遺贈トハ負擔附贈與第五一條第五三條ニ酷似セルモノニシテ例ヘハ遺言者カ其所有不動産若干ヲ遺贈シ受遺者ハ遺族某ニ毎年金若干ツツヲ學資及ヒ生活ノ費用トシテ給付スヘシト云フカ如キモノニシテ遺贈ニ因リテ利益ヲ受クル者ニ一定ノ義務ヲ負擔セシムルモノナリ而シテ元來遺贈ハ受遺者

公證人作成ノ債務名義ニ關シテハ公證人自身ニ裁判長ノ職務ヲ取扱ハシメザルヘカラス蓋シ民事訴訟法第五百二十條ハ此場合ニ適用スルコト能ハサレハナリ

(5) 強制執行命令付與ニ關スル不服申立 強制執行命令ノ付與ニ關シテ不服申立ノ利益ヲ有スル者ハ執行當事者ナリ是ヲ以テ一價權者ハ強制執行命令付與ノ拒絕ニ對シ申請又ハ訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得裁判所書記ハ受訴裁判所ノ機關トシテ其處分ヲ爲ス隨テ其行為ハ裁判所ノ更正スル所ト爲ルヘキモノナルヲ以テ裁判所書記ノ處分ニ對シテ不服アル者ハ該處分ヲ變更スヘキ受訴裁判所ノ裁判ヲ求ムルコトヲ得ヘシ故ニ價權者ハ執行文ノ付與ヲ拒絕シタル裁判所書記ノ處分ニ對シ受訴裁判所ノ裁判ヲ求ムルカ爲メニ申請ヲ爲スコトヲ得第四六五條獨逸舊民事訴訟法第五三九條而シテ執行文ノ付與ハ執行手續ノ一部分ヲ成スモノナリ故ニ價權者ハ民事訴訟法第五百五十八條及ヒ第四百六十六條ノ規定ニ則リ即時抗告ヲ爲スコトヲ得換言セハ價權者ハ執行文付與ノ拒絕ニ對スル不服申立方法トシテ受訴裁判所ニ對シ即時抗告ノ副位

の提起ト爲ルヘキ裁判所書記ノ處分變更ノ裁判ヲ求ムルノ申請ヲ爲スコトヲ得隨テ裁判所書記ノ執行文付與拒絕ノ處分ハ不變期間進行ノ爲メニ之ヲ送達シ又該處分ノ原本ハ之ヲ記錄ニ添附シ置カサルヘカラス該申請ニ對シテハ執行文ノ付與ヲ拒絕シタル裁判所書記ノ所屬裁判所カ裁判ス故ニ或ハ上級裁判所タルコトアリ或ハ下級裁判所タルコトアリ公證人カ執行文ノ付與ヲ拒絕シタルトキハ債權者ハ民事訴訟法第四百六十五條第四百六十六條等ニ依リ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス何トナレハ公證人ノ行動ハ民事訴訟法ニ規定シタル抗告ノ目的ト爲ルモノニ非サルヲ以テナリ隨テ斯ル場合ニ於テハ債權者ハ唯執行文ノ付與ヲ目的トスル訴ヲ債務者ニ對シテ提起シ其目的ヲ達スルコトヲ得ヘキノミ執行文ノ付與ノ拒絕ニ對シ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルニハ該拒絕カ裁判所書記ノ單純ノ處分ナルト裁判長ノ付與ヲ拒ミタルカ爲メナルド區別スルヲ要セサルモノトス何トナレハ執行文付與ノ拒絕ハ外部ニ對シ常ニ裁判所書記ノ處分トシテ表白セララルモノナレハナリ裁判長ノ執行文付與拒絕命令ニ對シテハ不服申立ノ途ナシ何トナレハ前述ノ如ク裁判長ノ命令ハ裁判所

ノ内部ノ行爲ニ外ナラザレハナリ民事訴訟法第五百十八條第二項ニ依リ必要ナル證明ヲ爲シ以テ執行文付與ノ目的ヲ達スルコト能ハサリシ債權者即チ裁判所書記ヨリ執行文付與ノ申請ヲ却下セラレ又該却下ノ決定ニ對シテ抗告ヲ爲シタルモノ之ヲ却下セラレタル債權者及ヒ債務名義ノ執行ノ繫リタル條件ノ履行ヲ適當ニ證明スルコトヲ得サル債權者ハ訴ノ形式ヲ以テ執行文ノ付與ヲ求ムルコトヲ得ヘシ(第五二一條)獨逸舊民事訴訟法第六六七條新民事訴訟法第七三一條(執行文ノ付與)ハ執行文ハ執行力存在ノ證明ニ外ナラサルヲ以テ執行文付與ノ訴ハ確認ノ訴ナリト主張シヘルビ^{ハス・ト・シ・ス・ワ}グ氏ハ給付ノ訴ナリト主張シ又^{フ・エ・ス・ム・ル・ド・氏}ガウブ氏ハ權利設定ノ訴ナリト主張シタル予置ハ後說ヲ正當ナリト信ス何トナレハ執行文付與ハ權利ノ設定ニ關スル裁判所ノ行爲ヲ目的トスル訴ニシテ私法上ノ給付ヲ主張スル給付ノ訴ニ屬セス又訴訟外ニ成立シタル法律關係ノ確定ヲ目的トスル確認ノ訴ニ屬セザレハナリ執行文付與ノ訴ノ目的ハ既ニ存在セル債務名義ノ執行ヲ爲スカ爲メニ執行文

ノ付與ヲ得ルニ在リテ判決ヲ以テ確定スルコトヲ要スル給付ノ負擔ノ言渡ヲ求ムルニ在ラサルヤ明白ナリ故ニ債權者ハ通常訴訟手續ニ依リ起訴スルコトヲ得ルニ止マリ證書訴訟手續ニ依リ起訴スルコトヲ得ス縱令債務名義タル判決カ證書訴訟手續ニ依リ言渡サレタル場合ト雖モ亦然リ蓋シ執行文付與ノ訴ノ目的ハ執行文付與ヲ目的トスル訴訟の請求權ニシテ一定ノ金額ノ支拂其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權ニ非サレハナリ(第四八四條)獨逸民事訴訟法第五五條執行文付與ノ訴ハ第一審ノ受訴裁判所ノ管轄ニ專屬ス(第五二一條第五六三條)是レ執行文付與ノ訴ヲ以テ本案ニ於ケル訴訟事件ノ繼續ト看做シタル結果タリ但債務名義カ執行判決ナルトキハ該判決ヲ言渡シタル裁判所ノ管轄ニ專屬スルヤ當然ナリ執行命令及ヒ公證人作成ノ證書ニ關シテハ民事訴訟法第五百六十一條第三項及ヒ第五百六十二條第四項ニ於テ執行文付與ノ訴ニ關スル管轄裁判所ヲ規定シタレトモ訴ノ提起後ノ和解ニ關シテハ我法律ハ執行文付與ノ訴ニ關スル管轄裁判所ヲ規定セス第三八一條)而シテ該和解ニ付テハ受訴裁判所ナキヲ以テ民事訴訟法第五百

二十一條ヲ適用シテ管轄裁判所ヲ定ムルコトヲ得ス又當事者ハ和解ヲ爲シタルニ依リ和解ニ付キ生スヘキ訴訟事件ニ關シテハ金額ノ如何ヲ問ハス和解ヲ爲シタル區裁判所ヲ以テ管轄裁判所ト爲スノ意思アリタルモノト謂フコトヲ得ス隨テ和解裁判所ヲ受訴裁判所ト同視シ執行文付與ノ訴ノ管轄裁判所ト爲スハ正當ナル見解ト謂フヘカラス故ニ予輩ハ類推解釋ニ依リ民事訴訟法第五百六十一條第三項(獨逸民事訴訟法第七二四條第三項第七九六條第三項)ニ基キ和解ニ關スル執行文付與ノ訴ノ管轄裁判所ヲ定ムヘキモノト爲ス學說ヲ正當ト信ス訴ノ提起後ノ和解ニ關シテハ訴訟カ繫屬シタル第一審受訴裁判所カ執行文付與ノ訴ノ管轄裁判所タルコトハ民事訴訟法第五百二十一條ノ適用トシテ明瞭ナリ執行文付與ノ訴ハ債權者カ執行文付與ノ申請ヲ爲シ又ハ申請却下ノ處分ニ對シ裁判ヲ求メ且即時抗告ヲ爲セルモ其效ナカリシコトヲ前提要件トセス何トナレハ債權者カ執行文付與ノ申請ヲ爲サシテ直チニ執行文付與ノ訴ヲ提起スルハ其權利ナレハナリ唯民事訴訟法第七十四條ノ適用ニ依リ訴訟費用ヲ負擔スルコトアルノミ又債權者カ執行文付與申請却下ノ裁判ニ對シ抗

告ヲ爲スハ其權利ニシテ其義務ニ非サレハナリ隨テ債權者ハ執行文交付與ノ訴ヲ提起スルニ際シ民事訴訟法第五百十八條ニ規定シタル證明書ヲ有セサル旨ヲ立證スル責任ナク又裁判所ハ債權者カ執行文交付與ノ訴ニ依ラスシテ却テ執行文交付與申請却下ノ裁判ニ對スル抗告ヲ以テ其目的ヲ達スルコトヲ得ルモノト思料シタルノミニ依リ執行文交付與ノ訴ヲ却下スルコトヲ得ス故ニ民事訴訟法第五百二十一條ニ所謂能ハサルトキハ下ノ文意ニ拘泥スヘカラス執行文交付與ノ訴ニ於ケル被告ハ債務者ニシテ官廳又ハ公證人ニ非ス何トナレハ強制執行ハ債務者ニ對シテ爲スモノナレハナリ執行文交付與ノ訴ノ原因ハ執行文交付與請求權ノ發生原因ナリ即チ債務名義ノ執行ノ際リタル條件ノ到來ナリ故ニ債權者ハ通常ノ證據方法ヲ以テ條件ノ到來ヲ立證セサルヘカラス又債權者ハ債務者ノ民事訴訟法第五百四十六條ニ基ク訴ニ對シ反訴トシテ執行文交付與ノ訴訟的請求權ヲ主張スルコトヲ得ヘシ何トナレハ法律上別ニ此種ノ反訴ヲ禁止スル旨ノ明文ナケレハナリ(第二〇一條)獨逸新民事訴訟法第三三條本訴ノ訴訟代理人ハ執行文交付與ノ訴ニ關シ訴訟ニ從事スル權利ヲ有ス何トナレハ執行文

交付與ノ訴ハ強制執行ニ因リテ生スル一ノ訴訟行為ナレハナリ(第六五條)獨逸舊民事訴訟法第七七條新民事訴訟法第八一條執行文交付與ノ訴ノ内容ハ學者間ニ爭アル所ナリ「コーレル」「ヘルマン」氏等ノ主張スル見解ニ從ヘハ執行文交付與ノ訴ニ於ケル辯論ハ執行文ノ交付與カ際ル所ノ事實ノ確認ニ制限セラルヘキモノト主張シ「ゾ・フニエルド」「マイエル」其他多數學者ノ主張スル說ニ依レハ執行文交付與ノ訴ニ付テハ裁判ハ執行文交付與ノ際ル事實ト綜合シタル債務名義ニ基キ被告ニ對スル原告ノ請求正當ナルヤ否ヤノ點ニマテ擴張スヘキモノナリト曰ヘリ予輩ハ後說ヲ正當ト認ム何トナレハ前說ノ如キハ事實上原告ノ請求カ消滅シタルニモ拘ハラズ執行ヲ許スカ爲メニ債權者ニ執行文ヲ交付與シ且債務者ヲシテ執行ニ對スル新訴ヲ提起スルヲ得サルニ至ラシムルカ如キ結果ヲ來シ執行文交付與ノ訴ハ甚タ適當ノ程度ヲ超越シタル形式的不服申立方法タルヲ以テナリ執行文交付與ノ訴ハ執行文ノ交付與ヲ目的トシ義務ノ履行ヲ目的ト爲ササルコトハ前述シタル所ナリ然レトモ之カ爲メニ債權ノ成立ニ對スル抗辯ノ提出カ禁止セラレタルコトノ論結ヲ生セサルナリ唯執行スヘキ判決ノ確定力ヲ動かサスコ

ト能ハサルノ制限ナルノミ故ニ債務者ハ執行交付與ノ訴ニ對シ判決ノ確定ニ依リテ絶止セラレサル總テハ抗辯ヲ有效ニ提出スルコトヲ得ヘシ殊ニ民事訴訟法第五百四十五條第一項ニ規定シタル判決ニ依リ確定シタル請求ニ關スル異議ヲ民事訴訟法第五百四十五條第二項ノ制限ノ下ニ於テ主張スルコトヲ得ヘシ蓋シ該異議ハ執行交付與ノ訴ニ於テ原告タル債權者カ執行交付與ノ爲メニ申立ツヘキ執行力アル旨ノ陳述ヲ否認スルニ足ルヲ以テナリ然レトモ債務者ハ斯ル異議ヲ申立ツルノ義務ナシ故ニ執行交付與ノ訴ニ於テ斯ル異議ヲ提出セサルモ爲メニ爾後民事訴訟法第五百四十五條ノ異議ノ訴ヲ提起スルノ妨ト爲ルコトナシ

裁判所ハ債權者ノ請求ヲ正當ト認メタルトキハ債務者ニ對シ更ニ無條件ノ給付ヲ命スルノ判決ヲ言渡スモノニ非ス却テ執行文ヲ付與スヘキ旨ノ判決ヲ言渡スモノナリ而シテ此判決ヲ確定シ又ハ此判決ニ假執行ノ宣言アリタルトキハ執行交付與ノ職責アル裁判所書記ハ適當ノ證明ヲ得タル後執行ノ債務名義タルヘキ判決ニ執行文ヲ付與スヘシ此場合ニ於テハ執行文ニ執行交付與ノ判

決ニ依リタル旨ヲ記載スヘシ裁判所カ債權者ノ請求ヲ不當ト認メタルトキハ原告タル債權者ノ訴ヲ却下ス此場合ニ於テハ原告ハ上訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ヘキヤ當然ナレトモ執行交付與ノ訴ノ再提起ハ敗訴者カ新事實ニ基クニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得ス(二)債務者ハ執行文ノ付與ニ對シ異議又ハ訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得法律ハ債權者ノ利益ノ爲メニ執行文ノ付與ヲ廢除スル方法トシテ異議ヲ認メタリ異議ハ手續上抗告ト同種ノ救済方法ニシテ法律上別段ノ方式ナク單ニ裁判所ニ對スル申立ニ因リテ之ヲ爲シ又之ニ關スル裁判ノ形式ハ決定ナリ而シテ相手方ノ審訊ハ法律上要件ニ非スシテ單ニ許スヘキモノナリ口頭辯論亦然リ然レトモ異議ハ抗告ト異ニシテ上訴裁判所ニ爲サスシテ却テ執行文ヲ付與シタル裁判所書記ノ屬スル裁判所ニ之ヲ爲シ異議ニ對スル裁判ハ抗告ヲ以テ攻撃スルコトヲ得ルモ再抗告ヲ以テ攻撃スルコトヲ得ス又異議ノ提起ニハ不變期間ナルモノナシ異議ノ形式ニ關シテハ法律上何等ノ明文ナシト雖モ類推解釋ニ依リ民事訴訟法第四百五十七條ヲ準用シテ其異議ニ對スル裁判ヲ合議裁判所ニ爲ス場合ニ於テハ書面ニテ異議ニ

關スル申請ヲ爲スヘク又區裁判所カ爲ス場合ニ於テハ書面又ハ口頭ニテ異議ニ關スル申請ヲ爲スモノト信ス執行文付與ニ對スル異議ハ其前提要件トシテ執行文カ債權者ノ爲メニ付與セラレタルコトヲ要ス蓋シ執行文付與以前ニ異議ヲ申立ツルノ必要ナクレハナリ隨テ執行文付與以前ニ於テハ債權者ノ爲メニ執行文ノ付與ヲ豫メ防止スルノ途ナキモノト謂フヘシ執行文ノ付與アリタル以上ハ裁判所書記カ單獨ニ又ハ裁判長ノ命令ト共ニ執行文ヲ付與シタル場合ナルト抗告ノ結果トシテ抗告裁判所カ執行文ヲ付與シタル場合ナルトハハス執行文付與ニ對スル異議ヲ申立ツルコトヲ得執行文付與ニ對スル異議タルノ性質ヨリ推理原因ニハ法律上明文ナシト雖モ執行文付與ニ對スル異議タルノ性質ヨリ推理シテ二種アリト謂フコトヲ得ヘシ其第一ハ執行文付與ニ關スル形式的な前提要件ノ欠缺ニシテ假執行ノ宣言ナキ判決カ未タ確定セサルコト判決カ未タ言渡サレサルコト裁判所書記カ裁判長ノ命令ヲ要スヘキ場合ナルニモ拘ハラズ裁判長ノ命令ナクシテ執行文ヲ付與シタルコト提出セラレタル證明書ハ條件ノ到來ヲ證セサルコト等ノ如キハ之ニ屬シ其第二ハ執行文付與ニ關スル實體的

前提要件ノ欠缺ニシテ到來シタルモノトシテ證明セラレタル事實カ事實上到來セサルコト和解若クハ公證人作成ノ公正證書カ債權者ノ無能力ノ爲メニ又ハ債務者ヲ代理スルノ權限ナキ者ノ意思表示ニ因リ成リタルカ爲メニ法律上有效ナラサルコト等ノ如キハ之ニ屬ス異議ノ原因數箇アルトキハ同時ニ之ヲ主張スヘキモノト信ス第五四五條第三項準用但事實ノ到來ノ認定ニ關スル執行文付與ノ要件ノ欠缺ハ尙ホ民事訴訟法第五百四十六條ニ基キ異議ヲ申立ツルノ權能アルニモ拘ハラズ通常ノ訴ヲ以テ前示ノ欠缺ヲ主張スルコトヲ得ヘシ然レトモ債權者カ民事訴訟法第五百二十一條ニ基キ執行文付與ノ判決ヲ受ケタル以後ハ債務者ハ民事訴訟法第五百二十二條並ニ第五百四十六條ニ基キ異議ヲ主張スルコトヲ得サルヤ言フ埃タズ執行文ノ付與以後請求ニ對スル抗辯ノ發生若クハ相續ニ基キ權利承繼ノ如キ原因ニ依リ執行文カ其效力ヲ喪失シタルカ如キ事實ハ執行文付與ニ對スル異議ノ原因ト爲ラス何トナレハ前者ノ場合ニ於テハ民事訴訟法第五百四十五條ニ基キ又後者ノ場合ニ於テハ民

事訴訟法第五百四十四條ニ基キ債務者ノ其利益ヲ防禦スヘキモノナレヲ以テ、
ナリ、執行文付與ニ對スル異議ハ、執行文ヲ付與シタル裁判所書記ノ所屬裁判所
ハ管轄ニ屬ス何トナレハ該裁判所カ其機關タル裁判所書記ノ爲シタル處分ヲ
變更スルノ權限アルヲ以テナリ(第五二二條第五一六條第二項第四六五條第一
項)獨逸舊民事訴訟法第六六八條第六六二條第五三九條新民事訴訟法第七三二
條第七二四條第五七六條公證人カ付與シタル執行文ニ對スル異議ハ公正證書
ノ原本ヲ保管スル公證人ノ職務上ノ住所ヲ管轄スル區裁判所ノ管轄ニ屬ス(第
五六二條第二項)獨逸舊民事訴訟法第七〇五條第三項新民事訴訟法第七九七條
第三項裁判長ノ執行文付與命令其モノニ對シテハ異議ヲ申立ツルコトヲ得ス
何トナレハ道ハ前述ノ如ク裁判所内部ノ行爲ニ外ラサルヲ以テナリ合議裁判
所カ執行文付與ニ對スル異議ニ付テノ裁判ヲ爲ストキハ辯護士ニ非サレハ當
事者ヲ代理スルコト能ハス又本案ニ付テノ訴訟委任ハ執行文付與ニ對スル異
議ニ付テノ代理權ヲ授クルモノトス(第六三條第六五條)
管轄裁判所ハ債務者ノ異議ヲ不當ト認メタルトキハ縱令債權者カ裁判以前ニ

形式的法定要件ノ欠缺ヲ補正シタルニ因リ異議ヲ不當ト認メタル場合ト雖モ
債務者ノ異議ヲ却下シテ裁ニ付與シタル執行文ヲ維持シ之ニ反シテ債務者ノ
異議ヲ正當ト認メタルトキハ執行文ヲ取消シ且強制執行ヲ許ササル旨ノ裁判
ヲ爲スヘシ此異議ノ當否ヲ判斷シタル裁判ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ
得ヘシ(第五五八條第四六六條)獨逸舊民事訴訟法第七〇一條第五四〇條該裁判
ハ即時抗告ヲ以テ攻撃スルコトヲ得ル法意ヨリ推理シテ執行文付與ニ關スル
形式上ノ理由ニ基キ異議ヲ爾後申立ツルコトヲ得セシメサルノ效力アルモノ
ト認メサルヘカラス隨テ當事者ハ執行文付與ニ對シ單ニ形式上ノ理由ヲ原因
ト爲ス特別ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス然レトモ詐害其他延期ノ特約等ノ原因
ニ基キ訴ハ此限ニ在ラサルヤ當然ナリ民事訴訟法第五百四十六條ニ基キ訴亦
然リ何トナレハ此種ノ訴ハ民事訴訟法第五百二十二條ニ依レル裁判ヲ以テ豫
斷セラレタルモノニ非サレハナリ執行文付與ニ對スル債務者ノ異議ノ申立ハ
執行停止ノ效力ナキ故ニ法律ハ急速ニ事情ニ適スル處分ヲ爲サシムルノ目
的ヲ以テ裁判長ニ許スニ執行文付與ノ當否ニ關スル裁判前ニ假令令ヲ發スル

ヲ得セシメタリ此假命令第五二二條第二項、第四六〇條第五〇〇條第五一二條、第五四七條、第五四九條、第五六五條等ハ民事訴訟法第七百五十五條ニ規定シタル假處分ト同シカラス假命令ハ強制執行ノ制限ヲ目的トシ後者ハ強制執行ノ保全ヲ目的トス隨テ民事訴訟法第五百二十二條第二項ニ所謂假處分ナル用語ニ拘泥スヘカラス此假命令ノ内容トシテ強制執行カ既ニ著セラレタルトキハ保證ヲ立テシメ若クハ立テシメスシテ強制執行ノ一時停止ヲ命シ又ハ保證ヲ立テシメテ強制執行ノ續行ヲ命スルコトヲ得ヘシト雖モ民事訴訟法第五百十二條、第五百條ニ基ク假命令ト異ニシテ既ニ爲シタル執行處分ノ取消ヲ許サス蓋シ民事訴訟法第五百二十二條第一項ノ裁判ハ決定ノ形式ナルヲ以テ其性質上裁判ニ多クノ時間ヲ要スルノ虞ナク隨テ又斯ル處分ヲ爲スノ要ナクレハナリ此假命令ハ其性質上即時ニ執行スルコトヲ得ヘク且執行文ヲ要セス單ニ民事訴訟法第五百五十條第二號ニ從ヒ執行機關ニ提出スルニ因リテ行ハル債務者ハ民事訴訟法第五百十八條第二項ノ場合ニ於テ執行文付與ノ際證明セラレタルモノトシテ認メラレタル債務名義ノ執行ノ繫リタル條件ノ履行ヲ爭

ヒ以テ既ニ付與セラレタル執行文付與ノ許スヘカラサル旨ノ宣告ヲ求メント欲セハ恰モ債權者カ執行文ノ付與ヲ求ムルカ爲メニ執行文付與ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルト同シタ執行文付與ノ許スヘカラサル旨ノ宣告ヲ求ムルカ爲メニ執行文付與ニ對スル異議ノ訴ヲ提起スルコトヲ得執行文付與ニ對スル實體的異議ナルモノ即チ是ナリ(第五四六條獨逸舊民事訴訟法第六八七條新民事訴訟法第七六八條此訴ハ執行文付與ノ許スヘカラサル旨ノ判決ヲ受クルコトヲ目的トス故ニ債務者ハ證明書ノ眞否ヲ爭ヒ之ニ對スル反證ヲ提出シ執行文付與ノ不當ナルコトヲ主張スルモノトス又此訴ノ性質ハ執行文付與ノ拒絕ニ對スル異議ノ訴ト同シタ權利設定ノ訴ニシテ執行權不成立ノ確認ノ訴ニ非ス執行文付與ニ對スル異議ノ訴ニ關シテハ債務者ハ該訴提起ノ當時ニ主張スルコトヲ得ヘキ總テハ異議ノ原因異議ヲ生セシムルニ足ル事實ヲ同時ニ主張セサルヘカラス(第五四六條前條ノ規定ハ……準用ス)獨逸舊民事訴訟法第六八七條隨テ異議ノ原因ニ關スル爾後ノ主張ハ縱令相手方ノ承諾アル場合ト雖モ法律上之ヲ許スコトヲ得ス又裁判所ハ職權ヲ以テ異議ノ主張ニ關スル權利

ノ喪失ヲ調査セサルヘカラス蓋シ總テノ異議ノ原因ヲ同時ニ主張スヘキ債務者ノ義務ハ獨リ債權者ノ利益ヲ慮リタルカ故ノミニ非スシテ却テ公益上訴訟ノ錯雜ト執行ノ延滞トヲ避クルカ爲メニ存スルニ外ナラサレハナリ然レトモ債務者ハ執行文付與ノ訴ノ當時主張スルコト能ハサリシ異議ノ原因即チ該訴訟以後ニ成立シタル異議ノ原因ハ勿論該訴訟提起以前ニ於テ成立シタルモノト雖モ訴ニ於テ提出スルコト能ハサリシ旨ヲ證明シタル異議ノ原因ハ爾後之ヲ新ニ提起スヘキ執行文付與ニ對スル異議ノ訴ノ原因トシテ有效ニ主張スルコトヲ得但斯ル異議ノ原因ヲ一旦提起シタル執行文付與ニ對スル異議ノ訴ニ於テ有效ニ主張スルニハ相手方ノ同意ヲ必要トス何トナレハ訴狀ニ於テ表示セラレタル異議ノ原因カ訴ノ基礎ナルヲ以テ新ニ異議ノ原因ヲ主張スルトキハ訴ノ變更ト爲ルヲ以テナリ又債務者ハ強制執行ノ終結以前ニ於テ斯ル訴ヲ提起セサルヘカラス(第五百四十五條ニ關スル後述ノ說明參考然レトモ債務者ハ前述シタル執行文付與ニ對スル異議ノ申請第五二二條ヲ爲サスシテ直チニ執行文付與ニ對スル異議ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘク債務者カ異議ノ申立ヲ

爲スヲ得ヘキコト(第五二二條異議ノ申立ノ裁判ニ對シ抗告ヲ爲スコトヲ得ヘキ地位ニ在ルコト(第五五八條及ヒ抗告裁判所ノ裁判ニ依リ異議ノ申立ノ不當ナルコトヲ宣言セラレタルコトハ毫モ該訴提起ノ妨ト爲ラス蓋シ債務者ハ執行文付與ニ對スル異議ノ申請ト訴トヲ併用スルノ權アルヲ以テナリ(第五二二條、第五四六條)但債權者カ民事訴訟法第五百二十一條ノ規定ニ則リ執行文付與ノ訴ヲ提起シ勝訴ノ確定判決ヲ得タルトキハ債權者ハ該判決ニ基テ抗辯ヲ執行文付與ニ對スル異議ノ訴ニ於テ主張スルコトヲ得ヘシ又債務者ハ民事訴訟法第五百四十五條第二項ニ規定シアル制限ヲ受クルコトナシ何トナレハ該條ハ執行文付與ニ對スル異議ノ訴ニ付テハ其適用ノ目的ヲ缺タヲ以テナリ其他ノ要件並ニ效果等ハ民事訴訟法第五百四十五條ノ說明ニ讓ル執行文付與ニ對スル異議ノ訴ハ執行文付與ニ對スル異議ノ申請ト同シタ第一審ノ受訴裁判所ノ管轄ニ專屬ス(第五四六條、第五四五條、第五六三條債務名義カ和解執行命令若クハ公證人作成證書ナルトキハ如何ナル裁判所ノ管轄ニ專屬スルヤハ民事訴訟法第五百四十五條、第五百六十條ノ說明ヲ參考セラルヘシ(第五六一條第三項、

第五六二條 第三項執行文付與ニ對スル異議ノ訴ニ付テノ判決カ合議裁判所ノ爲スヘキモノナルトキハ辯護士ニ非シハ當事者ヲ代理スルノ權限ナシ又本案ニ付キ訴訟代理權アル者ハ當然執行文付與ノ訴ニ付キ代理權アルモノトス

(第六三條第六五條)

管轄裁判所カ執行文付與ニ對スル異議ノ訴ヲ正當ト認メタルトキハ執行文付與ノ許スヘカラサル旨ヲ宣告ス強制執行ヲ許スヘカラサル旨ノ特別ナル宣告ハ不必要ナリ何トナレハ這ハ執行文ノ不存在ニ因リ當然解セラルルヲ以テナリ(ガツブ氏ハ斯ル見解ニ反對セリ)第五五〇條第一項執行力アル正本ノ抹消亦然リ何トナレハ債務者ハ執行文ヲ廢棄シタル裁判ノ提出ニ依リ完全ニ保護セラルルヲ以テナリ之ト同一ノ理由ニ依リ執行力アル正本ノ引渡ヲ強制スルコトヲ得ス但執行文付與ノ要件ニシテ條件タル事實カ未タ執行文付與ノ當時ニ於テ到來セサルモ判決言渡以前若クハ第二審繫屬中ニ於テ到來シタルトキハ執行文付與ノ訴ハ其理由ナキモノトシテ之ヲ却下セサルヘカラス是レ判決ハ起訴當時ノ事情ニ依ラサル訴訟法上ノ大原則ノ適用ナリ然レトモ條件タル事

實ノ到來以前ニ於テ著手セラレタル強制執行行為ハ無効ナルヤ言フ疑タス故ニ債務者及ヒ第三者ハ其利益ノ爲メ無効ヲ主張シ差押ノ表示ノ除去ヲ請求スルコトヲ得ヘシ

(ロ) 強制執行命令ノ效力 通常裁判所ニハ大審院ヲ除テ外特定セル管轄區域アリト雖モ其裁判權ノ效力ハ此區域内ニ止マラス何トナレハ裁判權ノ行使ハ唯一ナル司法權ノ行使トシテ外部ニ表示セララルモノニ外ナラサレハナリ執行權ハ前述ノ如ク裁判權ノ一内容ナリ隨テ執行權ノ行使即チ強制執行命令ハ裁判權ノ行使トシテ即チ唯一ナル司法權ノ行使トシテ外部ニ發表セラル隨テ強制執行ハ受訴裁判所ノ管轄内又ハ公證人ノ受特區内ニ止マラス司法權ノ行ハル範圍内ニ於テ行ハルルヤ明瞭ナリ(第五二五條)

(ハ) 執行力アル正本數通ノ付與及ヒ前ニ付與シタル正本ヲ返還セスシテ更ニ爲ス同一判決ノ執行力アル正本ノ付與 執行力アル正本ハ債權者カ完済ヲ得タル後債務者ニ交付スヘキモノナルヲ以テ債權者カ其權利ノ執行ヲ爲スニ當リテハ數通ノ執行力アル正本ヲ必要トセサルヲ原則トス(第五三五條第一項然

レトモ債務者ハ數通ノ執行力アル正本アルニ非スシハ自己ノ權利ヲ執行スルコト能ハス又ハ其執行ヲ爲スニ困難ナル場合アリ是ニ於テカ法律ハ例外トシテ數通ノ執行力アル正本ノ付與ヲ禁セスシテ却テ債權者保護ノ爲メニ裁判長ノ命令ノ下ニ於テ之ヲ許シタリ

一〇〇〇 債權者ハ同一債務者カ同一請求ノ強制執行ヲ全ウセンカ爲メニ同時ニ執行力アル正本ノ數通ヲ求メ或ハ前ニ付與シタル正本ヲ返還セシテ更ニ同一判決ノ正本ヲ求ムルノ必要アル場合ハ種種アレトモ主トシテ(1)強制執行ノ目的物カ數箇ノ地ニ散在シ又ハ住所ヲ異ニスル運搬債務者多數アリテ且一箇ノ地ニテ強制執行ヲ爲スモ完全ナル辨濟ヲ受クルコト能ハサルカ故ニ或ハ債務者カ動産不動産及ヒ債權ヲ有シ且動産差押ノ如キ一方法ニテ強制執行ヲ爲スモ完全ナル辨濟ヲ受クルコト能ハサルカ故ニ同時ニ數箇ノ方法ニテ強制執行ヲ爲スノ必要アル場合第五二六條(2)擬ニ付與セラレタル執行力アル正本ヲ喪失シタルカ故ニ更ニ執行力アル正本ヲ必要ト爲ス場合(3)執達吏カ法律ニ違背シ完全ナル辨濟ヲ受クル以前ニ於テ執行力アル正本ヲ債務者ニ交付シタル

カ爲メニ更ニ執行力アル正本ヲ必要ト爲ス場合(4)執達吏ハ適法ニ執行力アル正本ヲ債務者ニ交付シタルモ取立テタル金錢若クハ唯利類ノミニ依リテ特定シアル物件カ債務者ニ屬セス隨テ之ヲ第三者ニ返還セサルヘカラサルヲ以テ更ニ執行力アル正本ヲ必要ト爲ス場合殊ニ差押ヘテ賣却シタル物件カ第三者ノ所有ニ屬シ差押フヘキモノニ非サルコト顯然タル場合此場合ニ於テハ判決ニ依リ確定セラレタル請求權カ消滅シ之ニ代リテ新ナル請求權カ生シタルニ非ス却テ従前ノ請求權カ存續スルモノタリ然レトモ屬ヲ以テ特定シアル物件カ一旦債權者ニ交付セラレタル後ニ追奪セラレタルトキハ判決ハ之ニ因リテ執行不能ト爲ル隨テ更ニ執行力アル正本ヲ付與スルノ必要ナキニ至ルハ言ヲ俟タス(但ウ^ルモ^スキ^一及ヒ^ハル^タマン^氏等^ハ以上ノ如ク論結ス^{レトモ}ガウ^ブシユ^タウ^ブ氏^等ハ新事實ニ基キ新ニ起訴スルコトヲ要スル旨ヲ主張シタリ(5)前主ニ執行文ヲ付與シタルモ爾後承繼アリタルカ爲メニ民事訴訟法第五百十九條ニ依リ後主ニ承繼ノ爲メニスル執行文ヲ必要ト爲ス場合ニ於テハ數通ノ執行力アル正本ノ付與ヲ要スルコト明白ナリ是ニ於テカ法律ハ

債權者ニ執行力アル正本ノ數通ヲ求メ又ハ前ニ付與シタル執行力アル正本ヲ返還セシテ更ニ同一判決ノ執行力アル正本ヲ求ムルノ訴訟の權利ヲ認メタル第五二三條第一項獨逸舊民事訴訟法第六六九條第一項(一)同ノ請求ニ非サル請求若クハ同一請求ノ同一部分ニ非サル部分ニ關シテハ當然債權者ノ申請ニ因リ執行文ヲ付與スヘキモノナルヲ以テ民事訴訟法第五百二十三條ノ關係スル所ニ非サルヤ言フ埃タス故ニ盡ニ數箇ノ請求中ノ一又ハ一箇ノ請求ノ一部ニ付キ執行力アル正本ヲ付與シ後ニ數箇ノ請求中ノ他ノ一又ハ一箇ノ請求ノ他ノ部分ニ付キ執行力アル正本ヲ付與スルカ如キハ固ヨリ該條ノ豫想スル所ニ非ス當事者ヲ同。一ニセザル場合。亦然リ故ニ(1)多數ノ債務者カ共同訴訟ニ於テ負擔ヲ言渡サレタル場合ニ付テハ債務者ノ數ニ應シタル執行力アル正本ヲ交付スルコトヲ要ス何トナレハ各債務者ハ完全ナル支拂ヲ爲シタル後執行力アル正本ノ交付ヲ請求スルコトヲ得レハナリ多數債務者カ連帶債務ヲ有シタルトキハ一通ノ執行力アル正本ヲ以テ足レリ何トナレハ各債務者ノ支拂ハ該正本ニ記載シ得ヘキモノナレハナリ而シテ此場合ニ於テ

ハ最後ノ支拂ヲ爲シタル債務者ニ執行力アル正本ヲ交付スヘキモノトス(2)多數ノ債權者カ各一ノ債務名義ニ於テ確定セラレタル請求權ノ特定部分ヲ專有シタルトキハ執行力アル正本ハ各債權者ニ其持分ニ應シタル請求額ニ關シテ付與セザルヘカラス多數債權者カ一ノ債務名義ニ於テ確定セラレタル請求權ヲ共有シタル場合ニ於テ債權者ノ一人ニ執行力アル正本ヲ付與シタルトキハ民事訴訟法第五百二十三條ノ規定ニ依ルニ非スシテ他ノ債權者ニ執行力アル正本ヲ付與スルコトヲ得ス何トナレハ此場合ニ於テハ多數ノ當事者カ共同シテ一當事者タルヲ以テナリ又當事者カ各自他ノ一方ニ對シ一ノ債務名義ニ於テ確定セラレタル請求權ヲ有スルトキハ各當事者ニ其請求權ニ應シタル執行文ヲ付與セザルヘカラス執行力アル正本ヲ付與シタル後債權者承繼アリタルカ如キ場合ニ於テ承繼人ノ爲メニ執行文ヲ付與スルニハ前ニ付與シタル執行力アル正本ヲ返還スルヲ原則トス蓋シ承繼人モ亦法律上同一當事者タレハナリ承繼カ請求ノ一部分ニ付キ生シタルトキハ債權者ヨリ前ニ付與シタル執行力アル正本ヲ提出セシメ承繼アリタル部分ヲ控除スルノ意味ノ變更ヲ加ヘ之ヲ返

付シ承繼人ニ對シテハ承繼ノ部分ニ付キ執行力アル正本ヲ付與ス然レトモ事情ニ從ヒ適當ナリト認ムル場合ニハ裁判長ノ命令ニ基キ前ニ付與シタル執行力アル正本ヲ提出スルコトナクシテ承繼人ニ對シ更ニ執行文ヲ付與スルコトヲ得ヘシ

執行文ハ強制執行命令ニシテ其存在ノミニ因リ強制執行ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ執行力アル正本數通付與ノ濫用ヲ防止シ以テ債務者ノ利益ヲ保護スルノ必要アリ此目的ヲ達スルカ爲メニ執行力アル正本數通ノ付與ニハ裁判長ノ命令債務者ノ爲メニスル通知及ヒ執行文ニ執行力アル正本數通付與ノ旨ヲ記載スルコトノ三要件アリ裁判長ノ命令ノ性質及ヒ其效力ハ前述シタル所ナルヲ以テ茲ニ之ヲ省ク裁判長ハ數通ノ執行力アル正本付與ノ命令ヲ爲スニ際シテハ一方ニ於テ數通ノ執行力アル正本ノ爲メニ二重ニ強制執行ヲ受クル危險ニ關スル債務者ノ利害ヲ慮リ他ノ一方ニ於テハ數通ノ執行力アル正本ヲ付與スルニ非スルハ債權者ノ權利ノ實行カ或ハ無效ト爲リ或ハ困難ト爲ルカヲ慮リテ取扱ハサルヘカラス而シテ此等ノ點ヲ調査シ執行力アル正本ノ數通付與

ノ必要ナルヤ否ヤヲ明カニスルカ爲メニ命令前ニ書面又ハ口頭ヲ以テ債權者ハ勿論債務者ヲモ審訊スルコトヲ得第五二二條第三項獨逸舊民事訴訟法第六六九條第二項同時ニ執行力アル正本ノ數通ヲ交付シ又ハ更ニ正本ヲ付與シタルトキハ裁判所書記ハ其旨ヲ相手方タル債務者ニ通知セサルヘカラス我民事訴訟法ハ相手方ヲ審訊セスシテト明言スルヲ以テ反對推理ニ依リ相手方ヲ審訊シタル場合ニ於テハ通知ヲ不必要ト爲スニ似タリ獨逸ニ於テハ口頭辯論ニ依レル審訊ノ結果トシテ再度以上ノ正本ノ付與ヲ命スル裁判長ノ裁判力言渡サレサルトキニ限り相手方ニ通知ヲ爲スヘキモノニ似タリ然レトモ審訊ハ必スシモ執行力アル正本ノ數通ヲ交付シタル旨ヲ認識スルノ原因ト爲ラサルカ故ニ立法上失當ト認ム通知ノ形式ニ關テハ法律上別ニ明文ナシ隨テ遼遠ニ限ルト謂フコト能ハス通知ノ目的ハ債務者ヲシテ民事訴訟法第五百二十二條第四百六十五條第四百六十六條末項ニ基キ不變期間ヲ遵守スルコトナクシテ不服申立ヲ爲スヲ得セシムルニ在リ執行文ニ正本ノ數通ヲ付與シ又ハ更ニ正本ヲ付與シタル旨ヲ明記スルハ支拂ヲ爲シタル債務者ニ付與セラレタル執行力

正本ノ交付ヲ求ムルノ途ヲ確保スルニ在リ然レドモ支拂ヲ爲シタル債務者ニ付與セラレタル總テノ執行力アル正本ノ交付ヲ求ムル權アルカ爲メニ非ス何トナレハ獨リ前ノ正本紛失ノ爲メニ又ハ前ノ正本ヲ返還セスシテ更ニ執行力正本ヲ付與スル場合アルノミナラス總令數通ノ正本ヲ同時ニ交付シタル場合ト雖モ執達吏カ受取證ト共ニ執行力アル正本一通ヲ交付スルニ依リテ法律上更ニ他ノ正本ニテ執行セラルルゴトナキ旨ヲ保護スルニ足レハナリ裁判所書記ハ民事訴訟法第五百二十三條ニ基キ執行力アル正本ヲ付與シタル場合ニ於テ尙ホ民事訴訟法第五百二十四條ノ手續ヲ盡ササルヘカラス

債務者ハ數通ノ執行文付與ニ對シテ民事訴訟法第五百二十二條ノ規定ニ基キ異議ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ何トナレハ數通ノ執行力正本付與ニ對スル異議ハ其性質上執行文付與ニ對スル異議ニ外ナラサルヲ以テナリ隨テ直チニ抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得スハルクマン「ストロクマン」氏等ハ之ニ反シテ我民事訴訟法第五百二十二條ニ該當スル獨逸民事訴訟法第七百三十二條ハ單ニ執行文ノ付與ニ對スル異議ヲ規定シタルニ止マルヲ以テ數通ノ執行文付

與ノ場合ニ適用ナシ隨テ債務者ハ我民事訴訟法第五百五十八條ニ該當スル獨逸民事訴訟法第七百九十三條ニ從ヒ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘキ所ナリト主張シタリ然レトモ道ハ「ガウブ」「ウキル」「モースキ」「氏」等ノ探ラサルモノナリ債權者ハ數通ノ執行文付與申請却下ノ處分ニ對シテ民事訴訟法第四百六十五條第一項第四百六十六條末項及ヒ第五百五十八條ニ則リ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ隨テ此場合ニ於テハ送付ヲ必要トス(第二四五條第三項)(執行文付與拒絶處分ニ對スル債權者ノ不服申立ノ說明参照此不服申立立法ニ依リ其目的ヲ達スルコト能ハサリシ債權者ハ民事訴訟法第五百二十一條ニ規定セル訴ノ如キ特別ノ訴ヲ爲スコトヲ得ス唯通常ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルノミ

區裁判所ノ管轄事件ニ付テハ裁判長ナキヲ以テ區裁判所カ裁判長ノ職務ヲ取扱ヒ公證人作成ノ公正證書ニ付テハ公證人自身カ數通ノ執行力正本ヲ付與スルノ當否ヲ調査スヘク又執行命令ニ關シテハ執行力正本數通ノ付與ノ能否ニ付キ學者間ニ爭アリト雖モ法律上別ニ除外スル旨ノ明文ナキヲ以テ原則ニ從ヒ積極的ニ論結セサルヘカラス其付與方法ニ關シテ執行命令ノ原本ハ通常之ヲ

債權者ニ交付スルヲ以テ唯債權者カ執行命令ヲ提出シタル際ニ數通ノ執行力アル正本ヲ作成シテ付與スルコトヲ得ルノミ隨テ該原本ノ現存セザルトキハ新ニ債務名義ヲ作成セザルヘカラス執行命令ニ關スル記錄ニ基キ數通ノ執行力アル正本ヲ作成スルカ如キハ不適法ナリ何トナレハ第二ノ正本ニ非スシテ民事訴訟法ノ認メサル債務名義ノ再興ニ外ナラサレハナリ

(乙) 強制執行開始條件成就ノ證明 強制執行ノ開始ト強制執行ノ手續トハ之ヲ混同スヘカラス執行行為ノ實施ニ關スル執行機關ノ著手ハ強制執行ノ開始ニ屬シ執行文ノ付與申請並ニ其付與及ヒ民事訴訟法第五百三條ニ規定セル必要ナル保證ヲ供託スルコト等ノ事項ハ強制執行ノ手續ニ屬スルモ強制執行ノ開始手續ニ屬セス然レトモ法律カ強制執行ノ開始ノ條件トシテ規定シタル左ニ説明スル事項ハ強制執行ノ開始ニ先スルモノナルヲ以テ強制執行開始ノ準備處分ニシテ強制執行ノ開始其モノニ非ス

強制執行ヲ開始スルニハ其條件トシテ債務名義ノ種類ト強制執行ノ方法トニ拘ラス債務者ニ利益保護ノ爲メニ民事訴訟法第五百二十八條乃至第五百三十

條ニ規定シタル事項ヲ完備セザルヘカラス蓋シ該規定ハ唯リ執達吏ニ對スル訓示タルニ止マルノミナラスシテ之ニ依ラサル強制執行ヲ不適法トシ且法定效力ヲ發生セシメサル命令ヲ包含ス該條件ハ強制執行開始以前ニ存在スルコトヲ要スルヲ以テ強制執行開始以後ニ於テ欠缺セル條件ヲ補充スルモ既に開始シタル無効ノ強制執行ヲ有效ナラシムルニ足ラス又該條件欠缺ニ基テ強制執行ノ無効ハ唯リ差押債權者ト利害ノ衝突アル債權者及ヒ差押物ヲ賣得シタルカ如キ第三者トノ關係ニ於テ存スルノミナラス債務者ニ對シテモ亦存スルモノタリ而シテ斯ル不適法ノ強制執行ニ對シテハ民事訴訟法第五百四十四條ノ適用ニ依リ異議ヲ以テ攻撃スルコトヲ得ルヤ言フ埃タス左ニ強制執行開始ノ條件ヲ分説スヘシ

(a) 強制執行ヲ求ムル者及ヒ之ヲ受クル者ノ氏名ノ表示 執行機關ハ債務名義外ニ於テ存スル前提要件ノ調査ヲ爲スノ職權ナシ故ニ強制執行ハ唯債務名義ニ於テ表示セラレタル者ノ爲メニ又ハ之ニ對シテノミ開始セララルルヲ當然トス隨テ強制執行カ其債務名義ヲ表示セラレタル者以外ノ人ノ爲メニ又ハ之

ニ對シテ行ハルルニハ此等ノ人カ執行文ニ於テ新債權者若クハ新債務者トシテ表示セラレサルヘカラス、判決又ハ之ニ附記スル執行文ニ表示スヘキ強制執行ヲ求ムル者及ヒ之ヲ受クル者ノ氏名ハ權利ノ主體即チ債權者及ヒ債務者ノ氏名ナルコトヲ要ス是レ執行當事者ノ人違ナキコトヲ確保スルノ法意ニ基ケリ故ニ執行當事者ノ變更ハ執行文ノ變更ヲ必要ト爲スト雖モ婚姻離婚養子縁組其他行政上ノ認可ニ因レル單純ナル氏名ノ變更執行當事者カ無能力ト爲リタルカ爲メニ爲シタル法定代理人ノ任設及ヒ判決文又ハ執行文ニ表示シアル法定代理人ノ變更若クハ其代理權ノ消滅等ハ執行文ノ變更ヲ必要トセス隨テ又強制執行ヲ實施スルノ妨ト爲ラス、執行機關ハ債務名義又ハ之ニ附記スル執行文ニ表示シタル者以外ノ人ニ對シ又ハ之カ爲メニ強制執行上ノ助力ヲ供セサルノ責任アルヲ以テ債權者ノ提出シタル執行力正本ニ基キ執行當事者表示ノ存否ヲ調査シ若シ斯ル表示ヲ缺キ又ハ斯ル表示ニ錯誤アリト認メタルトキハ執行上ノ助力ヲ拒絕セサルヘカラス故ニ斯ル欠缺カ執行文ニ有スルトキハ債權者ハ受訴裁判所ノ書記ニ對シ執行文ノ更正ヲ求メ又斯ル欠缺カ判決ニ

存スルトキハ債權者ハ受訴裁判所ニ對シ民事訴訟法第二百四十一條ニ基テ更正ヲ求メ若シ執行文及ヒ判決ノ更正ノ目的ヲ達スルコト能ハサルトキハ執行當事者ノ確認ノ訴ヲ以テ其目的ヲ達スルコトヲ得ヘシ執行當事者ノ氏名カ債務名義又ハ之ニ附記スル執行文ニ表示セラレサルニモ拘ハラス開始シタル強制執行ハ無効ナリ何トナレハ民事訴訟法第五百二十八條第一項ハ一ノ命令的法規ナレハナリ隨テ執行機關殊ニ執達吏ハ之カ爲メニ生シタル損害ニ付キ責任ヲ負フ然レトモ執行當事者カ民事訴訟法第五百四十四條ニ規定シタル異議ノ申立ヲ爲サス又ハ債權者ノ代理人カ執行ノ委任ヲ爲スニ際シ債權者カ既ニ死去シタルコトヲ認シタルカ如キ原因ニ基キ執行ヲ爲シタル場合ハ執行機關ノ宥恕者ハ錯誤ニ出テタルモノナルヲ以テ責任ナキヤ當然ナリ

執行當事者カ商人ナル場合ニ於テハ其商法上ノ氏名即チ商號ハ民法上ノ氏名ニ代用セラル蓋シ民事訴訟法第五百二十八條ハ唯當事者ノ氏名の表示ヲ必要トスルノミ而シテ商號ハ當事者ノ商法の氏名ナレハナリ獨逸ニ於テハ嘗テ此點ニ付キ學者間ニ爭アリタレトモ現行商法第十七條カ積極的ニ論結シタルコ

トハ人ノ皆知ル所ナリ此場合ニ於テ商號ヲ以テ表示スルモノハ起訴ノ當時該商號ヲ有シタル商人ニシテ其營業其モノニ非サルヤ瞭然タリ故ニ商號ヲ以テ表示セラレタル債權者カ商號ト共ニ營業ヲ讓渡シタルトキハ讓受人ハ民事訴訟法第五百十九條ノ規定ニ從ヒテ新ナル執行文ヲ得ルニ非スハ強制執行ヲ爲スコトヲ得ス又商號ヲ以テ表示セラレタル債務者カ商號ト共ニ營業ヲ讓渡シタルトキハ強制執行ハ唯起訴ノ當時ニ於ケル商號ヲ有スル者ノミニ對シテ行ハレ爾後ノ商號權利者ニ對シテ行ハルルモノニ非ス但讓受人カ債務者ノ一般承繼人ナルトキハ此限ニ在ラス(第五一九條)債權者ハ執行機關カ判決ニ表示セラレタル商號ヲ求ムル者即チ自己若クハ執行ヲ受クル債務者カ有シタルコトヲ調査スルニ當リテ商業登記簿原本ノ提出其他ノ方法ヲ以テ之ヲ立證セサルヘカラス執行機關ヲシテ之ヲ確認セシムルコト能ハサルトキハ之カ爲メニ判決ヲ受クルコトヲ要ス隨テ裁判所書記カ商業登記簿若クハ訴訟記録ニ基キテ商號ヲ以テ表示セラレタル當事者ノ民法上氏名ヲ發見シ執行文ニ於テ之ヲ表明スルモノナリトノ說ハ裁判所書記ニ職權外ノ行爲ヲ強フル不當ノ見解

トシテ排斥セサルヲ得ス(第五二八條第一項前段)獨逸舊民事訴訟法第六七一條「常備現役ノ軍人軍屬陸海軍ニ對スル強制執行ニ付テハ其上班司令官廳ニ通知ヲ爲スコトヲ要ス豫備後備ノ軍籍ニ在ラサル即チ常備現役ノ軍人軍屬ニ對シテ爲ス強制執行ハ其上班司令官廳ニ執行前ニ通知ヲ爲スニ非スンハ強制執行ヲ開始スルコトヲ得ス是レ軍事上ノ規律ヲ保持スルニ在リ通知ハ總テノ種類ノ強制執行ニ付キ必要ナリ(民事訴訟法第五百三十條ノ位地即チ總則中ニ規定シアル法意ニ依ル)通知ヲ爲ス者ハ債權者ノミナラス執達吏並ニ執行裁判所ナリ(法文ニ區別ナシ)債權者カ通知ヲ爲シタル場合ニハ執行機關ニ其旨ヲ證明セサルヘカラス是ヲ以テ法律ハ通知ヲ受ケタル上班司令官廳ニ債權者ノ求ニ因リ通知ノ受取證ヲ付與スヘキコトヲ命シタリ軍人軍屬並ニ上班司令官廳ノ意義ハ陸海軍刑法治罪法等ニ就キ研究セラルヘシ第五三〇條獨逸民事訴訟法第六七三條」

(b) 判決其他ノ債務名義ヲ既ニ送達シ又ハ同時ニ送達シタルコト 強制執行ハ假差押命令及ヒ假處分命令ノ執行ヲ除ク外(第七四九條第七五六條執行スヘ

キ判決其他ノ債務名義カ其執行前ニ既ニ送達セラレタルカ又ハ其執行ト同時ニ送達セラレタルトキニ非スハ開始スルコトヲ得ス是レ債務者ニ執行スヘキ債務名義ノ内容及ヒ其存在ヲ認識セシメスシテ強制執行ヲ爲スコトヲ許サルノ法意ニ基ケリ送達ハ民事訴訟法第三百三十七條第二百三十八條ノ規定ニ從ヒテ爲スヲ以テ足レリトシ執行力アル正本ヲ送達スヘキニ非ス何トナレハ遺ハ民事訴訟法第五百三十三條ニ從ヒ債務者カ其義務ノ完済シタル場合ニ於テ債務者ニ交付スヘキモノナレハナリ債務名義ノ送達ハ債務者ニ完全ナル債務名義ノ存在ヲ認識セシムルニ在リ故ニ送達カ債務者ノ申立ニ因リ爲サレタルモノナルト又ハ判決確定ノ爲メニスルモノナルト否トヲ問ハサルナリ是レ法律カ送達ノミヲ以テ足レリトシ送達ヲ申立テタル者ノ區別ヲ問ハス又強制執行ノ爲メニスル特別ノ送達ヲ必要トセサル所以ナリ(上告審ノ對席判決ノ執行ニ關シテハ特ニ執行ノ爲メニスル送達アリ)判決其他ノ債務名義ヲ既ニ送達シタルトキトハ強制執行以前ニ送達ヲ爲シタルノ謂ニシテ同時ニ送達シタルトキトハ強制執行開始ノ際ニ送達ヲ爲スノ謂ナリ隨テ同時ノ送達ハ執行行為ヲ

爲ス場所及ヒ其時ニ於テ行ハルモノト謂フヲ得ヘシ故ニ執行機關カ執達吏ニ非スシテ裁判所ナルトキハ裁判所ハ執達吏ト異ニシテ送達ヲ施行スルノ職權ナキヲ以テ同時送達ノ場合ナカルヘク隨テ債權者ハ常ニ既ニ送達カ爲サレタルコトヲ立證セサルヘカラス送達カ一旦有效ニ爲サレタルトキハ強制執行開始前ニ爲サレタルモノナルト其開始ト同時ニ爲サレタルトニ拘ハラス同一債務名義ニ基キ強制執行ヲ實施スルニ付キ又當事者間互ニ執行ヲ爲スニ付キ更ニ送達ヲ爲スノ要ナシ何トナレハ債務者ハ送達ニ依リテ既ニ完全ナル債務名義ノ存スルコトヲ知リタレハナリ(第五二八條第一項後段、第五六〇條、第一四二條債務名義カ適法ニ送達セラレタルヤ否ヤハ債權者ヨリ助力ヲ求メラレタル執行機關カ獨立のニ調査セサルヘカラス故ニ上訴審カ上訴ノ提起ニ因リ送達ヲ無効ト認メ上訴ヲ棄却シタル判決ニ於ケル理由ニ拘束セラルルコトナク又上訴審ニ於テ適法ト認メタル送達ヲ無効ト認ムルコトヲ得ヘシ唯當事者ハ民事訴訟法第五百四十四條ノ規定ニ則リ執行機關ニ對シ異議ヲ申立ツルコトヲ得ヘキノミ)

債務名義ノ送達ナクシテ開始セラレタル強制執行ハ不適法ニシテ法理上何等ノ效力ヲ發生セス故ニ債務者ハ勿論差押物ニ付キ爾後權利ヲ取得シタル第三者ハ該無効殊ニ差押權ノ不成立ヲ主張スルコトヲ得ヘシ隨テ爾後債務名義ヲ送達スルモ既往ニ遡リテ既ニ開始セラレタル強制執行ヲ有效ト爲サス何トナレハ債務名義ノ送達ノ必要ナルコトハ執行機關ニ對スル訓示タルニ止マラサレハナリ然レトモ債務者カ債務名義ノ送達ナクシテ強制執行ヲ受クルコトノ意思表示即チ權利ノ拋棄ハ有效ナリト謂ハサルヲ得ス何トナレハ債務名義ノ送達ハ債務者ノ利益保護ノ爲メニ必要ナルモノトシテ設ケラレタルニ外ナラサレハナリ

(c) 執行文及ヒ證明書ノ謄本ノ送達 執行文ノ送達ハ原則トシテハ強制執行開始ノ要件ニ非ス然レトモ例外トシテ債務名義ノ執行カ其旨趣即チ内容ニ從ヒテ民事訴訟法第五百十八條第二項ニ規定シタル事實ノ到來ニ繫リ或ハ執行ヲ民事訴訟法第五百十九條ニ規定シタル承繼人ノ爲メニ又ハ承繼人ニ對シテ爲ス場合ニ於テハ債務名義ノ外ニ尙ホ之ニ附記スル執行文ヲ強制執行開始以

前ニ又ハ同時ニ送達セサルヘカラス(債務名義カ未タ送達セラレサルトキハ債務名義ト共ニ送達シ又既ニ送達セラレタルトキハ唯執行文ノミヲ送達ス)證明書ニ因リテ執行文ヲ付與シタルトキハ其證明書ノ謄本ヲモ強制執行開始以前ニ又ハ同時ニ送達セサルヘカラス(第五二八條第三項第一四二條(民事訴訟法第五百二十八條第二項ニ於テ執行文ニ限リ強制執行ヲ始ムル前ニ送達スルコトヲ要スルハ其理由ヲ知ルニ苦ム獨逸舊民事訴訟法第六百七十一條第二項(新民事訴訟法第七百五十條第二項ハ同時ノ送達ヲ認メタリ)是レ債務者ヲシテ執行文付與ノ當否ヲ調査シ民事訴訟法第五百二十二條ニ基ク異議ヲ申立ツルノ機會ヲ得セシムルカ爲メナリ判決執行カ其旨趣ニ從ヒ債務者ノ保證ヲ立ツルコトニ際ル場合ニ於テハ執行文送達ノ必要ナシ何トナレハ此場合ニ於テハ保證ヲ立ツルコトノ證明ナクシテ執行文ヲ付與スヘキモノナレハ執行文付與ノ送達ハ債務者ニ對シ何等ノ目的ナク又債務者ハ法律上當然無條件ニ執行文ノ付與アル旨ヲ知ルヘケレハナリ此要件ヲ缺キテ爲シタル強制執行ハ無効ナルコト前述ノ如シ

(d) 日時ノ到來又ハ保證ヲ立タルコト 養料請求權其他特定ノ日時ニ於テ
辨濟セラルヘキ將來ノ給付ヲ目的トスル請求權ノ如キ請求ノ主張カ或日時ノ
到來ニ繫ルトキ(獨逸民事訴訟法第二五七條以下)又ハ債務名義ノ執行カ債務者
ノ保證ヲ立ツルコトニ繫ルトキハ日時ノ到來ノ有無又ハ保證ヲ立タルコト
ノ有無ニ關スル調査ノ容易ナルノ故ヲ以テ法律ハ之カ調査ヲ執行機關ニ委任
シタリ故ニ裁判所書記ハ日時ノ到來又ハ債權者ノ保證ヲ立ツル以前ニ執行文
ヲ付與スルコトヲ得ヘク執行機關ハ強制執行開始以前ニ此等ノ要件ノ存否ヲ
調査セサルヘカラス日時ノ到來ハ曆ニ依リテ之ヲ知リ保證ヲ立タルコトハ
債權者ノ提出スル保證ヲ立タル旨ノ公正證明書即チ供託ヲ取扱フ官府ノ作
成シタル證明書ニ基キ之ヲ調査ス而シテ債務名義ノ執行カ債權者ノ保證ヲ立
ツルコトニ繫ルトキハ尙ホ前示證明書ノ原本カ執行前ニ又ハ執行ト同時ニ債
務者ニ送達セラレタルコトヲ要件トス(第五二九條第五六〇條第七四九條第七
五六條)然レトモ債務名義カ假差押及ヒ假處分命令ナルトキハ執行以後ニ於ケ
ル送達ヲ以テ足レリトス何トナレハ保證ヲ立タル旨ノ公正證明書ノ原本ノ

送達ハ債務名義其モノノ送達ノ補充ニ外ナラサルヲ以テ後者ト同一ノ手續ニ
於テ送達スルコトヲ得ヘケレハナリ(第七四九條第七五六條)此要件ニ反シテ開
始セラレタル強制執行ハ無効ニシテ又債務者ハ民事訴訟法第五百四十四條ニ
從ヒ異議ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ

(二) 承繼ノ場合ニ於ケル特別ノ前提要件 承繼トハ權利主體ノ變更ナリ從前
ノ權利主體ノ地位ヲ他ノ權利主體カ占ムルトキハ茲ニ承繼ヲ生ス請求權ニ關
シテハ唯リ權利ヲ有スル主體ノ變更ノミナラス義務ヲ負フ主體ノ變更ニ因リ
テ茲ニ承繼ヲ生ス總テノ權利ハ其主體ヲ悉ク變更スルコトヲ得ルモノニ非ス
然レトモ財產權ハ其主體ヲ變更スルコトヲ得ルヲ原則トス而シテ包括財產ト
シテ財產權ヲ承繼スル者ヲ一般承繼人ト謂ヒ特定財產トシテ財產權ヲ承繼ス
ル者ヲ特定承繼人ト謂フ此意味ニ於ケル承繼カ訴訟手續ノ開始以後訴訟當事
者ニ生シタルトキハ其判決ニ基テ強制執行ハ承繼人ヲ表示シタル執行力アル
正本ニ依ルニ非スシハ之ヲ爲スコトヲ得ス(第五一九條第一項)獨逸民事訴訟法
第六六五條第一項是レ判決ハ訴訟手續開始以後ニ於ケル當事者ノ承繼人ノ爲

メニ又ハ之ニ對シテ效力アリト雖モ判決又ハ之ニ附記スル執行文ニ氏名ヲ表示セラレタル者以外ノ人ノ爲メニ又ハ之ニ對シ執行スルコトヲ得サレハナリ(前述ノ説明參考權利拘束後判決ノ確定又ハ假執行宣言附言渡マテニ於テ當事者カ死○シタルトキハ訴訟手續ノ中断ヲ來シ債務者ニ對スル強制執行ノ開始ナキニ似タリト雖モ第一七八條訴訟代理人ヲ以テ訴訟ヲ爲ス場合ニ於テハ當事者死亡ノ爲メニ生シタル承繼ノ有無ヲ斟酌スルコトナク判決ヲ言渡スコトアルカ故ニ)第一八三條獨逸舊民事訴訟法第二二三條第二三六條(民事訴訟法第五百十九條ニハ判決言渡以前ニ於ケル當事者ノ承繼ヲ包含セザルモノト斷言スルコト能ハス隨テ訴訟手續開始以後ニ當事者ノ承繼アリタルトキハ其承繼カ訴訟事件ノ繫屬中ニ又ハ其終局後ニ生シタルノ區別ヲ問フコトナク強制執行ノ爲メニ民事訴訟法第五百十九條第一項ニ規定シタル執行文ヲ必要トスト謂ハサルヲ得ス判決力確定シタルモノナルト又假執行宣言附タルトノ區別ハ民事訴訟法第五百十九條ノ適用上何等ノ影響スル所ナシ何トナレハ假執行宣言附判決ノ強制執行ニ關シテ亦法律上反對ノ明文ナキ限ハ強制執行ノ規定ヲ

ルカ如キ特殊ノ場合ニハ本國法ヲ適用スヘシトノ通則ヲ制限シテ內國法律ヲ適用スヘキモノトセルカ故ニ裁判官カ斯ル規定ニ依リテ我國ノ能力ニ關スル法律ヲ適用スルハ即チ是レ我法例ヲ適用シタルモノニシテ外國ノ國際私法ノ規定ニ從ヒタルモノニ非サレハナリ(註釋書ニキテ「國際私法」ハ「國際私法」ノ反致法ノ原則ニ付テ佛蘭西ノ「ウエー」スハ其根據ヲ説明シテ曰ク國際私法ナルモノハ元來法律ノ抵觸ヲ解釋スルノ學問ナリ而シテ總テ法律ハ一方ニ於テ屬人的效力ヲ有シ他方ニ於テ屬地的效力ヲ有スル結果トシテ法律ノ抵觸發生スルモノナレハ各國ノ立法者ハ孰レカノ一方ニ重キヲ置キ他ノ一方ヲ犧牲トセサルヘカラス而シテ本國法主義ヲ探ル國ニ於テハ屬人的效力ニ重キヲ置キ屬地的效力ヲ犧牲ニ供シタルモノナリ然ルニ今當事者ノ本國ニ於テ屬人的效力ヲ付與セラルルコトヲ豫期セスシテ屬地的效力タル住所地法ニ依ルヘキモノトセル以上ハ本國法ニ依ラサルモ決シテ法律ノ抵觸ナルモノ存在セザルナリ果シテ然ラハ本國法主義ヲ探リタル立法者カ其豫想セル屬人的效力ヲ付與スルノ必要存セザルカ故ニ法律ノ他シ一面ノ效力タル屬地的效力ニ依リテ自國

法ヲ適用スルコト當然ナリトスト尙ホ一理由ヲ附加シテ曰ク此ノ如クシテ始メテ判決ノ同一ヲ期スルコトヲ得ルカリ何トナレハ若シ英吉利ノ如ク住所地位ヲ探ル國民ニ對シテ強テ其本國法ヲ適用シ英國法ニ依リテ判決セハ英吉利ニ於テハ斯ル判決ヲ執行スルコトヲ許ササルコトト爲ルカリ且又若シ其訴訟カ英吉利ニ於テ起リタル場合ニハ住所地位タル內國ノ法律適用セラレバコト爲ルヲ以テ內國ニ於テ裁判スル場合ニ於テモ等シク內國法ヲ適用スヘキモノトシ以テ其判決ノ同一ニ出ヅヘキコトヲ期セサルヘカラサルヲ以テナリ尙ホ此反致法ノ原則ニ反對スル説ニ曰ク斯ル原則ヲ認ムルトキハ循環論法ニ陥リ遂ニ適用スヘキ法律ヲ定ムルコト能ハサルニ至ルヘシ何トナレハ住所地位ノ國際私法ハ本國法ニ依ルヘシト命シ其本國ノ國際私法ハ住所地位ニ依ルヘシト命シ互ニ其適用スヘキ法律ヲ他ニ讓ル結果トシテ遂ニ適用スヘキ法律定マラサレハナリト「レセ」及「ヒ」チ「アルマン」等此説ヲ唱ヘリ然ルニ此批難ハ其當ヲ得ス何トナレハ我國法例ニ於テ本國法ニ依ルヘキ場合ニ其本國ノ國際私法カ住所地位タル我國ノ法律ニ依ルヘキモノトセルトキハ則チ我法律ヲ適用ス

ヘシト規定セルヲ以テ適用セラルヘキ法律ハ直チニ疑ニ確定シ毫モ循環スル所ナケレハナリ又或ハ反致法ノ原則ニ反對シテ曰ク斯ル原則ヲ認ムルトキハ住所地位主義ヲ維持セシムルノ便宜ヲ與フルモノニシテ本國法主義カ一般ニ行ハルルニ至ルコトハ到底期スヘカラサルコトト爲ル弊アリト然ルニ此反對説モ亦當ラサルモノニシテ素ト此原則ヲ認ムル所以ハ住所地位主義ヲ探ル國ノ爲メニ認ムルニ非スシテ本國法主義ヲ探ル立法者カ自己ノ便宜ノ爲メニ之ヲ認ムルモノナルカ故ニ之カ爲メニ決シテ住所地位主義ヲ獎勵ストノ批難ヲ奏スヘキ理由ナキノミナラス此原則ノ如何ニ拘ハラスシテ住所地位主義ヲ認ムル國實際現存スル以上ハ斯ル國際私法ノ規定ノ抵觸ヨリ發生スル不便ハ一國ノ立法權ノ範圍内ニ於テ出來得ヘキ限リ之ヲ減少スルコトヲ期スヘキ必要アルヲ以テ予ハ毫モ此原則ヲ不當トスヘキ理由ヲ發見セサル者ナリ尙ホ終ニ注意スヘキハ法例第二十九條ニ依リテ本國法ノ代リニ我國法律ヲ適用スヘキ外國人ハ英吉利亞米利加丁扶諸威及ヒ南亞米利加諸國ノ如キ住所地位主義ヲ探ル諸國ニ屬スルモノナリ其他ノ外國人ニ付テハ本國法ノミニ依リ

我國ノ法律ヲ以テ之ニ代フルコトナシ又法例第二十九條ニ依リテ我國ノ法律ヲ適用スヘキ機會ノ發生スヘキ事項ハ能力法例第三條婚姻第一三條乃至第一六條親子同第一七條乃至第二〇條後見保佐同第二三條第二四條相續遺言第二五條第二六條等ナリ

第二章 總則

第一節 能力

能力ニ付テハ各國ノ法律區區ニシテ一定セサルヲ以テ斯ル抵觸ニ對シテ孰レノ法律ヲ適用スヘキカノ問題ハ古來國際私法學者ノ最深ク研究セル所ニシテ古今大ニ其法理ヲ異ニセリ今少シク能力ノ實質ニ付テ説明セントスニ抑モ能力ニハ權利能力ト行爲能力トノ區別アルコトハ既ニ諸君ノ知ラル所ナリ而シテ外國人カ我國ニ於テ如何ナル權利能力ヲ有スルヤノ問題ハ我國ノ法律ニ依リテ之ヲ判定スヘキモノニシテ外國人カ我國法上如何ナル權利能力ヲ有スルヤハ既ニ前編ニ於テ之ヲ説明セリ故ニ茲ニ研究ヲ要スルモノハ唯行

爲能力ノミナリトス
現今ニ於テハ何レノ國ニ於テモ人ノ年齡身體又ハ精神上ノ狀態等ニ據リ行爲能力ノ有無ヲ定ムルト雖モ古代ニ在リテハ身分ト能力ト相待テヲ始メテ能力問題カ決セラレタリ蓋シ古代ニ在リテハ人事百般ノ關係ハ身分ヲ主トシテ定メタルモノニシテ身分ハ公法上ニ於テモ又私法上ニ於テモ極メテ重要ナル地位ヲ占メタルモノナリ隨テ國際私法上ニ於テモ身分ト能力トハ相離ルヘカラサルモノナルカ如ク考ヘ常ニ此二者ヲ相並ヘテ説明スルヲ以テ例ト爲セリ然ルニ近世ニ於テハ私法上ノ法律關係ハ概テ箇人ノ意思又ハ契約ニ依リテ定マリ彼ノ「メイン」氏ノ言ヘル如ク社會ノ狀態カ身分ヨリ契約ニ進ミタルカ故ニ身分ハ親子夫婦等ノ親族關係ヲ除ク外殆ト何等ノ意味ヲモ有セサルニ至レリ然ルニ彼ノ佛國民法ヲ首メトシ和蘭伊太利等ノ法例白耳義民法草案及ヒ我舊法例第三條ニ於テ「人ノ身分及ヒ能力ハ云云」ト規定シ或ハ英吉利合衆國佛蘭西伊太利等ノ諸學者カ常ニ其著書ニ於テ身分及ヒ能力ト並ヒ記セル所以ノモノハ一方ニ於テハ上述ノ如キ沿革的ノ慣習ヲ脱スルコト能ハサルト他ノ一方ニ

於テハ此等ノ諸國ニ於テ親族關係ニ關スル國際私法的ノ法則缺如セルカ爲メナリ故ニ我現行法例ニ於テハ斯ル意味ナキ文字ハ之ヲ排斥シテ單ニ「能力」ハ云ト規定セリ茲ニ所謂人ノ能力トハ自然人ノ行爲能力ヲ謂フモノニシテ自然人ノ權利能力ヲ謂フモノニ非ス又法人ノ行爲能力ヲ謂フモノニモ非サルナリ人ノ能力ハ其本國法即チ當事者ノ屬スル本國ノ法律ニ依リテ之ヲ定ムトハ法例第三條第一項ニ認メラレタル原則ナリ抑モ人ハ能力ヲ有スルヲ以テ通則トスト雖モ種種ノ原因ニ依リテ完全ナル行爲能力ヲ有スルコトヲ得サルコトハ各國法律ノ認ムル所ナリ故ニ能力ト云ヘハ則チ能力ノ有無ヲ豫想セル規定ニシテ人カ無能力者ト爲ル原因ハ種種アリ第一、年齡ニ基ク無能力者未成年者第二、心神喪失ニ基ク無能力者禁治產者第三、身體精神ノ不完全ニ基ク無能力者即チ心神耗弱者盲者聾者啞者及ヒ浪費者準禁治產者及ヒ婚姻ニ基ク無能力者等是ナリ

以上ノ無能力ハ民法第一編第一章第二節能力ノ規定中ニ認メラレタル原因ナリ尙ホ此他刑罰ノ結果トシテ能力ヲ剝奪セラレタル者即チ刑事上ノ禁治產者

或ハ政治上又ハ宗教上ノ原因ヨリ能力ヲ有セサル者アリ或ハ破產ノ宣告ニ因リテ能力ヲ制限セララル者アリ此ノ如ク人ハ種種ノ原因ニ由リテ無能力者ト爲ルカ故ニ法例第三條ニ所謂能力ノ問題ヲ研究スルニ當リテハ先ツ此等各種ノ無能力ヲ包含スルモノナリヤ否ヤヲ考究セサルヘカラス

第一ニ宗教上又ハ政治上ノ原因ニ基ク無能力ハ我國法ニ於テハ之ヲ認メサルカ故ニ法例第三條ハ假ニ斯ル原因ニ基ク無能力ヲモ包含スルモノトスルモ法例第三十條ノ規定ニ從ヒ斯ル本國法ニ依ルコトヲ得サルモノナリ第二ニ刑罰ニ基ク無能力モ亦本國法ニ依ルコトヲ得サルモノニシテ後ニ禁治產ヲ説明スル際刑事上ノ禁治產ヲ合併セテ之ヲ説明スヘシ第三ニ破產ノ宣告ニ因ル能力ノ制限ノコトハ後ニ國際破產ノ章ニ於テ説明スヘシ故ニ法例第三條ノ能力ハ民法上ノ能力及ヒ無能力ヲ謂フモノニシテ民法上ノ無能力ニ付テモ尙ホ妻ノ無能力ハ本條ニ規定スル所ニ非スシテ法例第十四條ノ規定ニ依リテ定マルモノナリ蓋シ妻カ能力ヲ有スルヤ否ヤハ婚姻ノ效力ノ問題ナルヲ以テ他日婚姻ニ關スル説明中ニ之ヲ説明スヘシ尙ホ禁治產者ノ無能力ニ付テ別ニ禁治產ニ

關スル規定アリ準禁治產者ニ付テモ亦同シ隨テ法例第三條ノ適用ヲ受クヘキ能力ノ問題ハ一ラ年齡ニ基ク無能力即チ成年未成年ノ區別ノミニ關スルモノナリト謂ハサルヘカラス換言セバ法例第三條ノ精神ハ成年年齡ニ關スル各國ノ規定相異ナル結果トシテ能力ノ有無ニ關スル抵觸問題發生スルカ故ニ之ニ對シテ何レノ法律ニ依ルヘキカヲ定ムルニ在リトス

今假ニ各國ノ成年年齡ヲ比較スルニ我國民法第三條ハ之ヲ滿二十年トスルモ歐米諸國ノ中我民法ト同一ノ成年年齡ヲ認ムルモノハ獨リ瑞西ノ二國アルノミニシテ歐米諸國ニ於テハ概テ滿二十一歳ヲ以テ成年トセリ即チ伊露英佛奧米獨葡希等ハ皆之ニ屬ス南米アルゼンチン國ハ二十二年和蘭及ヒ西班牙ハ二十三年奧太利及ヒ匈牙利ハ二十四年智利丁抹ハ羅馬法ノ完全成年主義ニ依リ二十五年トセリ之ト反對ニ土耳其ハ十六年波斯ハ十五年ヲ以テ成年トセリ此ノ如ク成年年齡ヲ異ニスルカ故ニ内外人間又ハ外國人間ノ法律行為ニ付キ當事者ノ行為能力ノ有無ヲ判定スルニ當リ何國ノ法律ニ準據スヘキヤノ問題ニ付テ諸國ノ採用セル立法主義ヲ大別スルトキハ凡ソ四主義アリ即チ本國法

主義住所地法主義行為地法主義屬地法主義是ナリ而シテ屬地法主義ハ唯南米智利一國ニ行ハルルノミニシテ學說上一般ニ排斥スル所ナレハ深ク之ヲ説明スルノ要ナシ行為地法主義ハ素ト北米合衆國ニ於テ住所地法主義ノ缺點ヲ補ハンカ爲メニ漸ク發達セントスルモノニシテ今日ノ現況ニテハ未タ廣ク行ハレサルモ英米ノ學說上ニ於テハ將來廣ク行ハルヘキ傾向アリ次ニ住所地法主義ハ古來歐洲大陸一般ニ行ハレタリシカ近世諸國カ法律統一策ヲ採リ地方特別法ヲ打破スルニ至リシ以來漸ク跡ヲ潛ムルニ至レリ即チ佛國ニ於テ法典編纂ノ際民法第三條ニ本國法主義ノ規定ヲ掲ケタル以來本國法主義漸ク諸國ニ行ハレ特ニ近世伊太利學派ノ發達ト共ニ學說上ニ於テモ亦一般ニ認メラルルニ至リタルカ故ニ現今統一的法典ヲ有スル諸國ニ於テハ皆住所地法主義ヲ排斥シテ本國法主義ヲ採用スルニ至リタリ隨テ住所地法主義ハ唯地方ニ依リテ法律ヲ異ニスル英米瑞西及ヒ南米諸國ニ行ハルモノニ而モ英米ニ於テハ漸ク行為地法主義ヲ以テ之ニ代ヘントスルニ至レルコトハ既ニ述ヘタル所ノ如シ

之ヲ要スルニ住所地主義ト本國法主義トノ區別ハ其沿革ニ徴シテ明カナルカ如ク一國數法ト統一的法律トノ差異ヨリ由來セルモノニ過キスト雖モ學者往往二者ノ利害得失ヲ論究スル者アリ今之ヲ茲ニ詳論スルノ必要ナキモ其大要ヲ示サシニ住所地主義ヲ採ル者ハ曰ク住所ハ人ノ生活ノ本據中心ニシテ百般ノ法律關係亦此地ニ發生スルヲ以テ通常トスルカ故ニ其者ノ能力ノ有無ハ住所地主義ニ從ヒテ之ヲ定ムルニ非サレハ其者ノ意思ニ反スル結果ヲ來シ且能力無能力ヲ區別スル立法ノ精神ニモ反スト云フニ在リ然ルニ此說ニ據レハ人カ住所ヲ有セサル場合又ハ二箇以上ノ住所ヲ有スル場合ニハ何レノ法律ニ依ルヘキヤ明カナラス固ヨリ本國法主義ヲ採ル場合ニ於テモ國籍ハ必スシモ常ニ唯一ナルニ非スシテ積極的若クハ消極的ノ國籍抵觸發生スルヲ免レサルコトハ既ニ述ヘタルカ如シト雖モ二箇ノ住所又ハ住所ナキ場合ハ二箇ノ國籍又ハ無國籍ノ場合ヨリモ遙ニ多ク且住所ノ變更ハ國籍ノ變更ヨリハ遙ニ容易ニシテ當事者ノ意思ノミニ依リテ自由ニ之ヲ變更スルコトヲ得ルモノナレハ當事者ヲシテ自由ニ準據法ヲ選定スルコトヲ得セシムルノ弊アリ之ニ反シ

テ國籍ハ箇人ノ意思ノミニ依リテ妄ニ變更スルコトヲ得サル永久の性質ヲ有スルノミナラス人カ何レノ國籍ヲ有スルヤヲ知ルコトハ何處ニ住所ヲ有スルヤヲ知ルヨリモ更ニ容易ナルカ故ニ能力ノ有無ヲ定ムルノ準據法ハ國籍ニ依リテ之ヲ定ムルヲ以テ安全且正確ナリトセサルヘカラス加之元來人ノ年齢ニ依リ能力ノ有無ヲ區別スル所以ハ人ノ精神及ヒ身體發育ノ狀態ニ由來スルモノニシテ國民ノ人種教育民情風俗氣候等ニ因リテ異ナルカ故ニ一國ノ立法者カ人ノ發育ノ程度如何ニ依リテ能力ノ有無ヲ定ムルハ唯其國民ノ爲メニ之ヲ定メタルモノニシテ人種風俗ヲ異ニスル外國人ノ爲メニ之ヲ定メタルニ非ス此立法ノ目的ヨリシテ外國人ノ能力ハ內國法ニ依ラスシテ外國法ニ依ルヘキモノトスルニ在リ而シテ外國人ノ所屬國ニ於テ統一的法律行ハルルトキハ其外國人カ何レノ地方ニ住所ヲ有スルヲ論セス同一ノ法律ニ從フカ故ニ外國法ニ依ルヘキモノトセハ則チ其本國法ニ依ルヘキモノト爲リ茲ニ本國法主義發生セルノミ問題トスル所ハ外國人ノ能力ニ關シ內國法ヲ適用スヘキヤ將タ外國法ヲ適用スヘキヤニ在リ既ニ外國法ヲ適用スヘキモノトスル以上ハ內國ニ

住所ヲ有スル外國人ニハ內國法ヲ適用シ內國ニ住所ヲ有セサル外國人ニ付テハ其住所ノ外國法ヲ適用スルコトスルカ如キハ甚多失當ナルコトヲ知ルニ足ルヘシ

以上述ヘタルカ如ク人ノ能力ノ有無ヲ定ムルニ當リテハ原則トシテ本國法主義ヲ採ルコト正當ナルモ此原則モ亦必スシモ完全無缺ナルニ非ス隨テ之ヲ絕對的ニ適用スルコトヲ得ス即チ內國ニ於ケル取引ノ安全ヲ保護スルニ必要アリシテ此原則ノ適用ヲ制限セサルヘカラス現今ノ如ク內國人ノ交通發達シ隨テ内外人間ノ取引益頻繁ニ且敏速ヲ要スル社會ニ於テハ取引ヲ爲ス當事者カ其相手方ハ何國ノ人民ナルヤ其者カ果シテ本國法ニ從ヒ能力ヲ有スルモノナルヤ否ヤヲ豫メ取調ヘサルヘカラストスルカ如キコトハ實際上望ミ得ヘキ事ニ非ス故ニ內國ニ於ケル内外人間ノ取引ノ安全ヲ期スル以上ハ其者カ假令本國法ニ從ヒテ能力ヲ有セサル場合ニ於テモ苟モ其行爲地タル內國法ニ從ヒテ能力ヲ有スル限ハ其者ノ法律行爲ハ有效ニ成立シタルモノニシテ之ヲ取消スコトヲ得サラシムル必要アリトス我法例第三條第二項ハ即チ此必要ヨリ出

タルモノニシテ近來ノ立法例又ハ學說ニ認メラル主義ヲ採リ第三條第一項ノ原則ヲ制限セリ此主義ハ法例ニ於テ始メテ認メラレタルモノニ非ス我國民事訴訟法第四十四條ニ規定セル訴訟能力ノ如キモ亦既ニ此主義ニ依リテ之ヲ定メタルモノナリ

尙ホ法例第三條第二項ニ付テ説明スルトキハ本國法主義ノ原則ノ制限ハ内外人間ノ保護ヲ異ニスルノ主意ニ非スシテ內國ニ於テ爲シタル法律行爲ヲ保護スルノ精神ナルカ故ニ其行爲ノ當事者ノ一方ノミカ外國人タルト雙方共ニ外國人又ハ同國ニ屬スル外國人タルト均ハ適用スヘキモノトス或ハ斯ル制限ハ善意ノ場合ニ限り惡意ノ場合ニハ原則ニ依リテ本國法主義ヲ貫カサルヘカラスト曰フ者アリト雖モ此ノ如キ區別ハ我法例ノ精神ニ非ス蓋シ意思ノ善惡ヲ證明スルハ頗ル困難ナルノミナラス無能力者タルヲ知リテ法律行爲ヲ爲スカ如キハ常識ヲ以テ想像シ得ヘカサルカ故ニ法例ハ斯ル區別ヲ認メサリシナリ或ハ又第二項ノ制限ハ舊法例ノ如ク合意ニミ適用スヘキモノナリト説ク者アルモ內國ニ於ケル取引ヲ保護スルノ必要ハ獨リ合意即チ相對

の行為ニ限ラサルノミナラス爲替行為其他ノ單獨行為ニ付テモ亦同シキカ故ニ現行法例ハ廣ク我國ニ於ケル法律行為ニ付テ此制限ヲ認メタルモノナリ此能力制限ノ例外ハ素ト取引即チ商行為及ヒ民事財產權ニ關スル法律行為ヲ保護スルノ必要ヨリ由來セシモノニシテ其必要以外ニ斯ル例外ハ認ムヘカラサルノミナラス相續法及ヒ親族法ノ規定ニ依ルヘキ法律行為ノ能力ニ付テハ全ク本國法主義ニ依ルヘキ必要アルヲ以テ法例第三條第三項ハ第二項ノ例外の規定ヲ制限シテ斯ル法律行為ニ付テハ第二項ノ例外ニ依ラス第一項ノ原則ニ依ルヘキモノトセリ加之外國ニ在ル不動産ニ關スル法律行為ニ付テモ亦第二項ノ例外ヲ適用スルヲ得サルモノトセリ何トナレハ外國ニ在ル不動産ハ其所在地法ニ依リテ支配スヘキモノナレハ我國法ニ依リテ之ヲ支配スルコトヲ得サルモノナレハナリ唯茲ニ注意スヘキハ外國ニ在ル不動産ニ關スル法律行為ノ能力ハ常ニ本國法ナリキ又ハ所在地法ニ依ルヘキ場合アリキ否キハ同條第三項ニ規定セサル所ニシテ第十條ノ規定ト相映テテ説明スヘキモノトス尙ホ終ニ臨ミ一言注意スヘキコトハ國籍ヲ變更シタル場合ニ能力モ亦變更ス

ヘキヤ否ヤノ問題ナリ即チ舊國籍ノ本國法ニ於テ成年者タリシトキハ新國籍ノ本國法ニ從ヒ未成年者ナルトキト雖モ尙ホ能力者タルヤ否ヤ此點ハ獨逸民法施行法第七條第二項ニ於テハ明カニ舊國籍ノ下ニ能力ヲ有シタル者カ獨逸ノ國籍ヲ取得シタルトキハ獨逸法ニ從ヒ無能力者タルヘキ場合ニ於テモ仍ホ有能力者ト看做スト規定セリ我國法例第三條ニ於テ之ト同一ノ規定ヲ設ケサル所以ハ我國ハ二十年ヲ以テ成年トシ歐米諸國ニ於テハ二十一年以上二十五年ヲ以テ成年トスルカ故ニ外國人カ我國籍ヲ取得シタル場合ニ其本國法ニ從ヒ成年者タリシ者カ我國法ニ從ヒ未成年者ト爲ルカ如キコトハ殆ト絶無ノ事ニ屬ス隨テ之ニ對シテ特別ノ規定ヲ設クルノ必要ナシト認メタルカ爲メナリ今若シ假ニ成年者タリシ外國人カ我國籍ヲ取得シ我國法ニ依レハ未成年者ナルヘキ者アリトセハ如何ト云フニ法律ニ特別ハ既得權ナキカ故ニ苟モ我國法ヲ決スルコト極メテ容易ナリ即チ能力ニ付テハ既得權ナキカ故ニ於テハ之ニ依リテ未成年者ナルトキハ其者ハ未成年者即チ無能力者ト爲ルヘシ唯其者カ舊國籍ノ下ニ成年者トシテ既ニ完了シタル法律行為ニ付テハ既得權發生セ

第二節 禁治產及準禁治產

本節ニ於テ精神ノ喪失ニ基ク無能力即チ禁治產ト精神發達ノ不完全ニ基ク無能力即チ準禁治產トヲ併セテ説明スヘシ茲ニ所謂禁治產トハ民法上ノ禁治產ニシテ刑法上ノ禁治產ニ非ス(此事ハ後ニ説明スヘシ)精神喪失又ハ其發達ノ不完全ナル者ニ付テ能力ヲ制限スル諸國ノ規定ハ區區ニシテ一定セス即チ我國民法第七條ニ於テハ心神喪失ノ常況ニ在ル者ニ付テハ裁判所ハ禁治產ヲ宣告スルコトヲ得ルモノトシ禁治產者ハ無能力者ニシテ其法律行為ハ取消スコトヲ得ルモノトセリ又民法第十一條以下ニ於テ心神耗弱者雖者匿者盲者及ヒ浪費者ニ付テハ準禁治產トシ第十二條ニ列舉セル行為ニ付テハ若シ保佐人ノ同意ナキトキハ之ヲ取消シ得ヘキモノトセリ獨逸民法第六條ノ如キハ斯ル區別ヲ設ケサルノミナラス精神病者精神耗弱者浪費者及ヒ飲酒ノ慣行ニ因リ其財產ヲ管理スル能力ナク自己又ハ其家族ヲ困窮ニ陥ラシムルノ危險アリ或ハ他

人ノ安寧ヲ害スルノ恐アル者ハ禁治產ニ付スルコトヲ得ルモノトシ精神病ニ因ル禁治產者ハ全ク無能力者トシ其行為ハ無效トセリ其他ノ禁治產者ハ七歲以上ノ未成年者ト同シク能力ヲ制限セラレタル者ニシテ其行為ハ取消シ得ヘキモノトセリ(獨逸民法第六條第一〇四條乃至第一一五條佛國民法第四百八十九條ニ於テハ精神病者白痴者ハ未成年者ト同シク無能力者トシ其行為ハ取消シ得ルモノトシ精神耗弱者ニ付テハ一部分ノ能力ヲ制限スヘキモノトシ保佐人ヲ附スルモノトセリ伊太利民法第三百二十四條以下ニ於テモ亦同様に規定アリ其他白耳義和蘭等モ略ホ同シ西班牙民法ニ於テハ精神病者及ヒ瘡痼者白痴者浪費者等ハ禁治產ヲ宣告スルコトヲ得ルモノトシ禁治產及ヒ準禁治產ノ區別ヲ認メス埃太利匈牙利モ亦同シ英國ニ於テハ精神病者白痴者ニ付テハ精神病者管督官ノ決定ニ依リテ其行為能力ヲ剝奪スルコトヲ得ルモノトシ其行為ハ之ヲ無効トス之ニ反シ浪費者ニ付テハ行為能力ヲ制限スルコトナシ此ノ如ク禁治產及ヒ準禁治產ノ原因及ヒ效力ニ付テ各國ノ法律其規定ヲ異ニスルノミナラス禁治產ニ付スルニハ何レノ國ニ於テモ裁判所若シハ其他ノ官

廳ノ宣告ヲ要スルモノニシテ箇人ノ利益ヲ保護スルト同時ニ社會ノ公益ヲ維持スルノ必要ヨリ出テタル制度ナルカ故ニ外國人ニ付テハ國家ハ禁治產ヲ宣告スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題モ亦發生スヘシ故ニ之ヲ二項ニ分チ先ツ第一、一國ハ在留外國人ニ對シテ禁治產ヲ宣告スルコトヲ得ルヤ否ヤ即チ管轄權ヲ説明シ第二、禁治產ヲ宣告スルコトヲ得ルモノトセハ其原因ハ何レノ國ノ法律ニ依リテ決定スヘキモノナルヤ第三、禁治產ヲ宣告シタル場合ニ其效力ハ何國ノ法律ニ依リテ之ヲ定ムヘキヤノ問題ヲ説明セントス

以上三箇ノ問題ニ付テ國際私法學者ハ皆深ク之ヲ研究シテ各國立法ノ統一ヲ希望シ千八百九十二年以來國際法協會ハ屢此問題ヲ討論シ遂ニ千八百九十五年英國「ケンブリッヂ」會議ニ於テ之ヲ決定シタリ我國法例ノ規定ハ此決議ヲ重要ナル材料ト爲シタリ

第一 禁治產ノ管轄權

禁治產ノ制度ハ其本人ノ利益ヲ保護スルト同時ニ第三者ノ利益ヲ保護シ併セテ社會ノ安寧ヲ維持スルノ必要ヨリ起ルモノニシテ所謂國際公安ニ關スル規

定ナルヲ以テ何レノ國ニ於テモ禁治產ト爲スヘキ狀況ノ者カ發生シタルトキハ必ス行政處分トシテ假ニ之ヲ保護シ監督スルノ途具ハラサルハナシ唯此假處分ヲ更ニ進メテ愈禁治產ヲ宣告シ其能力ヲ剝奪スルコトヲ得ルヤ否ヤト云フ點ニ付テハ學說及ヒ立法例必スシモ一致セス或ハ其者ノ屬スル本國ノミカ禁治產ヲ宣告スル管轄權ヲ有スルモノト主張スル者アリ或ハ又其者ノ本國ノミナラス其者ノ居住スル國モ亦此管轄權ヲ有スルモノト爲ス說アリ國際法協會ニ於テハ議場ノ多數ヲ以テ本國ノ專屬管轄權主義ヲ採リ他國ノ官廳ハ外國人ニ對シ禁治產ヲ宣告スル管轄權ヲ有セサルモノトセリ〔同決議第二條然レトモ若シ其本國官廳カ或事情ノ爲メニ禁治產ノ宣告ヲ爲スコトヲ得サル場合ニ限リ例外トシテ外國人ノ居住地國ノ官廳ハ禁治產ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ルトセリ〕同第四條即チ第四條ハ到底本國專管主義ヲ絕對のニ適用スルコトヲ得サルコトヲ認メタルモノナリ

元來禁治產ノ宣告ハ人ノ能力ヲ剝奪シ或ハ場合ニ依リ其者ノ身體自由ヲ束縛シ監督スルノ效力ヲ生スルモノナルカ故ニ斯ル人事上ノ重大ナル效力ヲ生ス

ルコトハ宜シク其本國ノ管轄權ニ屬セシメサルヘカラサルコト固ヨリ明カナ
リト雖モ前述ノ如ク禁治產ハ社會ノ公安ニ關スル制度ニシテ外國人モ亦內國
人ト等シク居住國ノ管轄權ニ服從セサルヘカラサルモノナリ加之我國ニ居住
スル外國人ニ付テ其本國ノ官廳ハ果シテ精神喪失者ナリヤ否ヤヲ必スシモ一
一確知スルコトヲ得サル場合アリ且我國ニ駐在スル其本國領事ハ特別ノ條約
アルニ非スンハ我國ニ於テ其國民ノ能力ヲ剝奪シ禁治產ヲ宣告スルコトヲ得
サルカ故ニ一方ニ於テ外國人ノ利益ヲ保護スルト同時ニ他方ニ於テ我國ノ公
益ヲ保護スルノ必要ヨリ我國ニ居住スル外國人ニ付テハ我國裁判所ハ禁治產
宣告ノ管轄權ヲ有スルコトヲ認メサルヘカラス是レ我法例第四條ニ於テ本國
ノ管轄權ヲ認ムルト同時ニ居住地國タル我國ノ管轄權ヲモ認メタル所以ナリ
トス諸國ノ實例ニ於テモ亦概テ我國法例ト略ホ一致セリ

第二 禁治產ノ原因

外國人居住地ノ裁判所カ外國人ニ對シ禁治產ノ管轄權ヲ有スル場合ニ何レノ
法律ニ依リテ禁治產ノ原因ヲ定ムヘキモノナリヤ即チ禁治產者ノ本國法ニ依

ルヘキヤ將タ之ヲ宣告スル法廷地ノ法律ニ依ルヘキヤノ問題發生スヘシ此點
ニ付テモ亦絕對の本國法主義ト絕對的法廷地法主義トノ二說アリ國際法協會
ニ於テハ十二ニ對スル十四即チ僅ニ二票ノ多數ヲ以テ本國法主義ヲ採リ本國
法ノ認ムル原因アルニ非サレハ禁治產ヲ宣告スルコトヲ得サルモノトセリ同
會決議第七條第三項然ルニ少數說ハ法廷地主義ヲ採リ既ニ外國人居住地ノ裁
判所カ禁治產管轄權ヲ有スル以上ハ本國法主義ニ一大例外ヲ認メ裁判所カ自
國法ニ規定スル原因ニ付キ禁治產ノ宣告ヲ爲スコトヲ認メサルヘカラス且斯
ル管轄官廳ハ概テ下級裁判官ナレハ斯ル裁判官ニ各國ノ法律ヲ悉ク知得スヘ
キ義務ヲ負擔セシムルコトハ望ミ得ヘカラサルコトナリ故ニ實際上ノ必要ヨ
リ法廷地法ニ依ルコトヲ認メサルヘカラストセリ蓋シ本國法主義ニ依レハ裁
判所ハ內國ノ法律ニ認メサル原因ニ付テモ尙ホ外國人ノ禁治產ヲ宣告シテ其
者ノ能力ヲ剝奪スルカ如キハ裁判所所在地ノ公益ニ反對スルノ結果ヲ免レサ
ルヘシ是レ絕對の本國法主義ノ一大缺點ニシテ本國法ニ認ムル原因ト雖モ苟
モ自國法律ニ認メサル原因ニ付テハ禁治產ヲ宣告スルコトヲ得ストセサルヘ

カラス

然ルニ法廷地法主義ニモ亦缺點アリ彼ノ獨逸民法施行法第八條ノ如ク獨逸ニ住所又ハ居所ヲ有スル外國人ニ付テハ獨逸法律ニ從ヒ禁治產ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ルモノトシ其本國ニ於テ之ト同一ノ原因ヲ認メサル場合ニ於テモ尙ホ居住地ノ裁判所カ禁治產ヲ宣告シ其者ノ能力ヲ剝奪スルコトヲ得ルトスルカ如キハ人ノ能力ハ本國法ニ依ルトノ原則ヲ認メタル精神ニ抵觸スルモノナリ是レ實ニ法廷地法主義ノ缺點ニシテ絕對的ニ此主義ニ依ルコトヲ得サル所以ナリ故ニ我法例第四條ハ此兩主義ヲ折衷シ本國法ヲ原則トシ法廷地法ヲ以テ之ヲ制限スルモノトシ禁治產ヲ宣告スヘキ原因ハ原則上其本國法ニ依リテ之ヲ定ムルトスルモ苟モ法廷地法タル我國法律ニ於テ之ヲ認メサル限ハ縱令本國法ニ認ムル原因ニ付テモ禁治產ヲ宣告スルコトヲ得サルモノトセリ尙ホ禁治產宣告ノ手續ニ付テハ一般ノ訴訟手續ト同シ法廷地法ニ依ルヘキコトハ學說及ヒ立法例ノ共ニ一致スル所ナリトス人事訴訟手續法第三章參照

第三 禁治產宣告ノ效力

禁治產ヲ宣告シタル效力ハ何レノ法律ニ依リテ之ヲ定ムヘキヤ禁治產ノ效力ニ付テハ前述ノ如ク或ハ之ヲ後見裁判所ノ監督ニ付シテ其行爲ヲ無効トスルモノアリ或ハ單ニ後見ニ付シ其行爲ヲ取消シ得ヘキモノトスルモノアリ或ハ唯保護人ヲ附スルノミナルコトアリ此ノ如ク各國ノ法律ニ規定セル效力相異ナルカ故ニ何レノ法律ニ依リテ禁治產ノ效力ヲ定ムヘキカヲ決定セサルヘカラス此點ニ付テモ亦絕對的本國法主義ヲ採ルモノト法廷地法主義ヲ採ルモノトアリ我國法例ニ於テハ禁治產宣告ノ效力ハ宣告ヲ爲シタル國ノ法律ニ依リテ之ヲ定ムヘキモノトシ絕對的法廷地法主義ヲ採レリ是レ既ニ禁治產ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ルモノトスル以上ハ其宣告ノ效力ハ尙ホ裁判所ノ效力ト同シテ之ヲ宣告シタル國ノ法律ニ依ルモノトセザレハ一國ノ裁判所ノ宣告シタル禁治產ニ其本國法ノ如何ニ從ヒ種種ノ效力ヲ生シ或禁治產者ハ全ク無能力者トシテ其行爲ヲ無効トシ或禁治產者ハ唯能力ヲ制限セラルルニ過キスシテ單ニ其行爲ヲ取消シ得ヘキモノトスルカ如キ結果ヲ來シ畢竟內國ニ於ケル取引ノ安全ヲ害スルニ至ルノ弊害ヲ生スヘケレハナリ

終ニ刑事上ノ禁治産ニ付テ一言スヘシ法例ノ禁治産ハ民法上ノ禁治産ニシテ刑法上ノ禁治産ニ非サルコトハ前述ノ如シ然ラハ刑事上ノ禁治産ハ如何ナル原則ニ依リテ支配セラルルヤノ問題ヲ生ス元來刑事上ノ禁治産トハ其本人ヲ保護スルノ必要ニ出テタルモノニ非ス寧ロ其刑ヲ完全ニ執行スルカ爲メニ科スル附加刑ナルカ故ニ刑罰ノ效力ハ之ヲ宣告シタル國ノ領域内ニ限り他國ニ其效力ヲ及ホスヘキモノニ非ストノ原則ニ從ヒ外國人カ其本國又ハ外國ニ於テ刑罰ノ結果トシテ受ケタル無能力ハ我國ニ於テ之ヲ認ムルノ必要ナキモノトス

第三節 失踪

人ノ生存ナルモノハ一ノ事實ニシテ其終滅期タル死亡モ亦一ノ事實ナレハ人カ死亡スレハ何人モ此事實ヲ認メサルヘカラサルコトハ明カナルカ故ニ人格消滅ノ自然の原因タル死亡ニ付テハ國際私法上ニ於テ別ニ何等ノ法則ヲモ要スルコトナシ然ルニ現今諸國ノ法律ニ於テ失踪ヲ認メ人カ果シテ死亡シタル

ヤ否ヤ明カナラサル場合ニ死亡シタルモノナリト宣告シ自然ノ死亡ト同一ノ效果ヲ發生セシムルモノアリ或ハ單ニ不在ノ宣告ヲ爲スモノアリ又或ハ斯ル宣告ヲ認メサルモノアルカ故ニ生死不明ナル者ノ生存ニ關スル諸國ノ法律ノ抵觸ヲ解釋スヘキ必要アリトス左ニ先ツ諸國ニ行ハルル重ナル立法例ヲ簡單ニ比較スレハ凡ソ三種ニ分ツコトヲ得

第一 佛國法系諸國 此法系諸國ニ於テハ人ノ生死明カナラサル者ニ付テハ唯不在ノ宣告ヲ爲スノミニシテ死亡ノ推定ヲ認メサルナリ例ヘハ佛國ノ失踪制度ハ之ヲ三期ニ區別シ第一期ニ於テハ不在者ノ尙ホ生存セルコトヲ豫想シテ其不在者ノ利益ノ爲メニ財産ヲ管理スルコトヲ努メ第二期ニ於テ即チ不在者カ尙ホ四年間生死死不明ナルトキ又ハ不在者カ財產管理人ヲ置ケルトキハ十年間經過ノ後尙ホ生死死不明ナル場合ニ於テ始メテ失踪即チ不在ノ宣告ヲ爲ス此時期ニ於テモ不在者カ死亡セルヤ否ヤハ未定ナレハ其財産ヲ管理シテ不在者ノ利益ヲ保護スルト同時ニ其承繼人即チ推定相續人ヲシテ假ニ其財産ヲ占有セシムルモノナリ其後三十年ヲ經過シテ第三期ニ至リ失踪者ノ推測カ

漸ク強クナルニ從ヒ始メテ先ニ相續人ノ爲シタル假占有ヲ確定占有ト爲シ其財產ヲ相續セシムルナリ但此場合ニ於テモ尙ホ未ダ不在者ノ死亡ヲ推定スルノ效力ヲ生セサルカ故ニ其結果トシテ不在者ノ配偶者ハ離婚ノ請求ヲ爲シ又ハ再婚ヲ爲スコトヲ得サルナリ白耳義伊太利西班牙等ハ皆此主義ヲ採リ其期間ニ多少ノ差異アルノミ

第二 獨逸法系諸國 此法系諸國ニ於テハ人カ一定ノ期間生死不明ナルトキハ申立ニ因リ裁判所ハ其者ヲ死亡者ト宣告ス隨テ此死亡ノ宣告ハ實際ノ死亡ト同一ノ效力ヲ有シ相續ハ之ニ由リテ開始シ親族關係ハ之ニ由リテ消滅ス隨テ其配偶者ハ當然再婚スルコトヲ得又失踪者カ死亡シタルコトヲ證明シテ權利ヲ得義務ヲ免ルル場合ハ悉ク此宣告ニ依リテ之ヲ證明スルコトヲ得ヘシ獨逸和蘭及ヒ我民法等ハ皆此主義ヲ採用セリ固ヨリ其年限及ヒ推定ノ效果等ニ付テハ多少差異アリトス

第三 英國法系諸國 英米諸國ニ於テハ大陸トハ稍ヤ其趣ヲ異ニシ裁判所ハ不在者カ七箇年間生死不明ナルトキハ推定相續人ヲシテ相續財產ノ利益ヲ

取得セシメ即チ唯用益權ノミヲ與ヘ其後六箇年ニシテ最初ヨリ十三年目相續人ハ其動產ヲ取得シ更ニ其後六箇年ニシテ始メテ其不動產ヲモ取得スルモノトセリ又蘇格蘭ニ於テハ此年限ヲ短縮シ不在者ノ生死カ明カナラサルコト七箇年ニ及フトキハ推定相續人ハ裁判所ノ公示方法ニ依リテ生存制限ノ推定條例ニ基キテ一切ノ財產ヲ相續スルモノトセリ然レトモ英國ノ法律ニ於テハ如何ナル場合ニ於テモ死亡ノ推定ヲ下サルモノナルカ故ニ若シ離婚ノ請求ヲ爲シ若クハ生命保險ノ利益ヲ請求セントスル者ハ自ラ積極的ニ不在者ノ死亡ヲ證明スヘキモノトセリ此ノ如ク失踪ニ關スル各國ノ法律制度異ナルヨリシテ之ニ關スル抵觸ハ如何ニシテ解釋スルヤノ問題ヲ生ス今左ノ三箇ニ區別シテ之ヲ説明スヘシ即チ第一、失踪宣告ノ管轄權第二、失踪宣告ノ條件及ヒ效力第三、外國ニ於テ宣告シタル失踪ノ效力是ナリ

第一 失踪宣告ノ管轄權

失踪ハ人カ果シテ死亡シタルヤ否ヤ尙ホ明カナラサル者ニ對シテ死亡ヲ推定シ人格ヲ喪失セシムルカ如キ重大ナル結果ヲ來スヘキモノナルカ故ニ其本國

ノ管轄權ニ屬セシメサルヘカサルヤ明カナルノミナラス國家ハ其外國ニ在
ル臣民ヲ保護スルノ權利ヲ有シ且臣民ハ終身間其本國ニ服スヘキ義務ヲ負擔
スルカ故ニ若シ一國カ漫ニ他國ノ臣民ヲ死亡シタルモノト推定スルカ如キハ
若シ其者カ尙ホ生存スルトキハ獨リ一箇人ノ權利ヲ害スルノミナラス又本國
ノ主權ヲ侵害スルノ結果ヲ免レサルモノナリ故ニ失踪宣告ノ管轄權ハ失踪者
ノ本國裁判所ニ屬スルモノトスルヲ正當ナリトス
我國法例ハ日本人ニ對スル失踪ノ宣告ハ日本ノ裁判所ノミ之ヲ管轄スルコト
ヲ特ニ法文ニ規定スル所ナシ論者或ハ獨逸民法施行法第九條第一項ニハ失踪
者カ失踪開始ノ當時ニ獨逸人ナリシトキハ獨逸國ニ於テ獨逸法ニ從ヒ死亡ノ
宣告ヲ爲スコトヲ得ト特ニ規定セルニモ拘ハラヌ我法例ニ於テハ斯ル規定ヲ
設ケタルカ故ニ若シ日本人タル失踪者カ外國ノ國籍ヲ有スルトキハ失踪ノ宣
告ヲ爲スコト能ハサルヘシト曰フ者アルモ若シ既ニ外國國籍ヲ有スルコト明
瞭ナル者ニ對シテハ失踪ノ問題發生セサルナリ隨テ失踪宣告ノ必要ナル場合
ハ失踪ノ當初我臣民タリシ者カ生死尙ホ不明ナル場合ノミニシテ斯ル場合

雜 報

○新年宴會ト休暇日 一月五日ヲ新年宴會ト定メ一般ノ休暇日ト爲スコトハ
明治六年第三百四十四號布告ノ明示スル所ナリ而シテ此布告ハ憲法第七十六
條ニ依リ一般ニ遵由ノ效力ヲ有スルコト論ヲ埃タス此布告ニ定メタル休暇日
ハ宮内省ノ告示ヲ以テ之ヲ變更スルコトヲ得サルコトハ是レ亦何人モ認ムル
所ナルヘシ然ラハ右布告ハ實際ノ新年宴會ノ日ヲ一般ノ休日ト定メタルモノ
ニシテ一月五日トアルハ不必要ノ註釋ニ止マルモノト解スヘキカ此問題ハ些
鎖ナル問題ナルカ如クニシテ決シテ然ラヌ(民法第一四二條民事訴訟法第一六
六條第二項參照此問題ニ對シ大審院ハ東京控訴院ト見解ヲ異ニシ原判決ヲ破
毀シテ曰ク明治六年第三百四十四號布告ニハ年中祭日祝日等ノ休暇日左ノ通
候條云云新年宴會一月五日云云トアリテ恰モ毎年一月五日ハ一定不變ノ休暇
日ナルカ如キ觀ナキニ非スト雖モ其一月五日カ休暇日タル所以ハ宮中ニ於テ
新年宴會ノ御催アリテ祝日タルニ因ルモノト云ハサルヲ得ズ然レハ若シ新年

宴會ノ御催ナシトスレハ一月五日ハ祝日ニ非ス隨テ休暇日ニ非スト云ハサル
ヘカラス故ニ前掲布告ハ新年宴會ハ通例一月五日ニ御催アルヘキコトヲ定メ
タルニ過キス然ルニ明治三十四年十二月宮内省告示第十七號ヲ以テ明治三十
五年新年式中ニ其一月六日ヲ新年宴會ノ當日ト定メテ告示シタルコトハ原院
モ認メタル公知ノ事實ナリトス夫レ然リ然ラハ明治三十五年ニ在テハ一月六
日カ祝日即チ民事訴訟法第六十六條ニ所謂一般ノ祝祭日ニシテ一月五日ハ
祝日ニ非スト云ハサルヘカラスト（大審院明治三十五年三月三十一日東京
部第一民事部判決）此解釋ノ如クセハ實際ノ新年宴會カ何日ナルカハ之ヲ官報等ニ據リ
テ確知シタル後ニ非サレハ一月五日カ果シテ休暇日ナリヤ否ヤヲ知ルコト能
ハサルニ至リ而シテ其變更ノ告示カ何時發表セラルルヤモ豫知スヘカラサル
カ故ニ六年ノ布告ハ此點ニ付キ實際上一般的ノ效力ヲ失スルモノト謂ハサル
ヘカラサルニ至ルヘシ是レ豈ニ正當ノ結果ト謂フコトヲ得ヘキカ要スルニ右
ノ判決ノ如キハ理論並ニ實際上共ニ妥當ヲ缺キタルモノナリト信ス
○訴ノ原因ト目的 民事訴訟法ニ所謂訴ノ原因又ハ請求ノ原因民事訴訟法第

一九五條第三號第一九六條第一九七條第一九〇條第二號第二二八條第三八四
條第二項第二號第四二二條第四號參照ナル文字ハ同意義ノ文字ナルコト異論
ナキ所ナルニ拘ハラス其如何モノヲ指スカハ學者間議論一定セサル所ナルカ
之ト訴ノ目的若クハ訴ハ目的物同第三八一條第一項第三八四條第二項第二號
第四八條第二項第三項參照トハ如何ナル關係ニ立ツモノナルカ隨テ訴ハ變更
トノ關係如何ニ付キ大審院ノ判例ヲ見ルニ曰ク「民事訴訟法第九十五條第三
號ニハ原告ハ訴ノ原因ヲ變更スルノ權利ナシ但變更シタル訴ニ對シ本案ノ口
頭辯論前被告カ異議ヲ述ヘサルトキハ此限ニアラズ」ト規定セリ該條文ノミニ
依ルトキハ訴ノ原因ヲ變更スルコトヲ許ササル迄ニシテ訴ノ目的ノ變更ハ權
利拘束ニ關係ナキモノノ如クナルモ同第四百十三條ニハ訴ノ變更ハ相手方ノ
承諾アルトキト雖モ之ヲ許サズトアリテ訴ノ原因ノ變更ト云ハスシテ訴ノ變
更ト云ヘリ是ニ由テ之ヲ觀レハ訴ハ原因ト目的ト相埃ツテ成立スルモノナル
カ故ニ第九十五條第三號ノ規定中ニハ訴ノ變更ハ自ら包含シ第四百十三條
ノ規定中ニハ訴ノ原因ハ自ら包含シアルモノト解釋スルヲ相當トス故ニ原判

決カ訴ノ變更ト云ハスシテ訴ノ原因ノ變更ト説明シタレハトテ本案ニ影響ア
クコトナシト(大審院明治三十四年十月八日民事部判決書)

○年齡計算ニ關スル法律ノ改正 年齡計算ニ關スル法律ハ本月一日ノ官報ヲ
以テ公布セラレタリ即チ左ノ如シ

法律第五十號

年齡ハ出生ノ日ヨリ之ヲ起算ス

民法第四百三十三條ノ規定ハ年齡ノ計算ニ之ヲ準用ス

明治六年第三十六號布告ハ之ヲ廢止ス

舊法ニ於テハ年齡ノ計算ハ月ヲ單位トセルニ由リ眞ノ滿一年ヨリハ六十日間
モ早クシテ既ニ滿ヲ以テ算スル如キコトアリシナリ然ルニ右ノ新法ニ依レハ
日ヲ以テ單位トスルカ故ニ眞ノ滿一年ヨリハ多クトモ二十三時間餘ノ差ヲ見
ルニ過キササルコトト爲ル

稟告

三十五年度第三學年第二十八號ハ印刷上ノ都合ニ因リ休刊要
候就テハ來ル一月合冊ノ上發行可致候

十二月

和佛法律學校編輯局

決カ訴ノ變更ト云ハスシテ訴ノ原因ノ變更ト説明シタレハトテ本案ニ影響ア
クコトナシト(大審院明治三十四年十月八日民事部判決書)

○年齡計算ニ關スル法律ノ改正 年齡計算ニ關スル法律ハ本月一日ノ官報ヲ
以テ公布セラレタリ即チ左ノ如シ

法律第五十號

年齡ハ出生ノ日ヨリ之ヲ起算ス

民法第四百十三條ノ規定ハ年齡ノ計算ニ之ヲ準用ス

明治六年第三十六號布告ハ之ヲ廢止ス

舊法ニ於テハ年齡ノ計算ハ月ヲ單位トセルニ由リ眞ノ滿一年ヨリハ六十日間
モ早クシテ既ニ滿ヲ以テ算スル如キコトアリシナリ然ルニ右ノ新法ニ依レハ
日ヲ以テ單位トスルカ故ニ眞ノ滿一年ヨリハ多クトモ二十三時間餘ノ差ヲ見
ルニ過キサレコトト爲ル

稟 告

三十五年度第三學年第二十八號ハ印刷上ノ都合ニ因リ休刊致
候就テハ來ル一月合冊ノ上發行可致候

十二月

和佛法律學校編輯局

法學志林

第三十八號

十二月十五日發行

志林

○最近判例批評 法學博士 梅 謙次郎

纂論

○外國會社 法學士 松岡義正

批評

○在廷議員職權ノ申出ト裁判 法學士 遠藤忠次

解疑

○公選接頭請求ノ訴ヲ登記抹消ノ訴ニ變更スルコト 法學士 遠藤忠次

其他

○判例、雜報、記事 數十件 法學士 谷 野 格

發行所 和佛法律學校

明治三十五年十二月廿一日印刷
明治三十五年十二月廿二日發行 (定價金貳拾五錢)

編輯者

東京市牛込區牛込北町十番地 藤 原 敬 之

印刷者

東京市牛込區矢來町三番地 小 宮 山 信 好

印刷所

東京市芝區西ノ久保町第十一番地 金 子 活 版 所

發行所

司 法 省

東京市麹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)

(明治三十二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) 毎月十九回三十五日六日八日十日十一日十
(三十五年十二月十八日十九日廿一日廿三日廿五廿六日廿八日廿九日發行)