

## 法政大學講義録

遠藤, 忠次 / 松岡, 義正 / 上杉, 慎吉 / 富井, 政章 / 若槻, 禮次郎

---

(出版者 / Publisher)

法政大學

(巻 / Volume)

3-13

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

53

(発行年 / Year)

1904-02-18

1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 1 2 3 4 5 6 7 8 9 20 1 2 3

（明治三十六年十月十二日第三種郵便物認可）  
（毎月十日一日三日五日八日十一日十五日十八日廿一日廿五日廿八日發行）

三十七年度

明治三十七年二月十八日發行

第三學年ノ十三

# 法政大學講義録

第四拾號



法政大學發行

第三學年第十三號目次

民法物權 自第七章(自八九) 至第十章(自九六) 法學博士 富井 政 章

民法 相續 自三三(自三三) 至四六(自四六) 法學士 若槻 禮 次 郎

行政法 各論 自二二(自二二) 至二六(自二六) 法學士 上 杉 慎 吉

民事訴訟法 自第三編(自二二) 至第五編(自二六) 法學士 遠 藤 忠 次

民事訴訟法 自第六編(自二八) 至第八編(自三一) 法學士 松 岡 義 正

破產法 自二七(自二七) 至三三(自三三) 法學士 松 岡 義 正

雜報 ○離婚事由ノ認定○歐米主要國ノ戰時及ヒ平和年數並ニ歐洲七大強國ニ於ケル戰爭關係

090  
1904  
3-1-13

抑モ流質ヲ禁ズル目的ハ高利貸ヲ禁ズルト同一ノ趣旨ニ出デタモノデアルト  
思フ然ルニ利息制限法ハ近世文明諸國ニ於テハ一般ニ之ヲ廢シタ偶、之ヲ廢セ  
ザル國アルモ學者ハ殆ド擧テ之ヲ廢スベキモノトスル說ヲ唱ヘテ居ル其レニ  
モ拘ハラズ流質ヲ禁ズル規定ハ今日尙ホ殆ド諸國ノ法典ニ見ル所デアル是ハ  
實ニ奇觀デアラモ理由ナキコトト思フ即チ此二ノ制度ハ存廢共ニ運命ヲ一  
ニスベキモノデアルト信ズル抑モ何故ニ利息制限法ハ今日一般ニ廢スルコト  
ト爲タカト云フニ第一實際ニ決シテ行ハルモノデナイ百方手段ヲ用ヒテ法  
律ノ適用ヲ免レントスルハ日常見ル所ノ事實デアラト到底一制裁ヲ加フルコ  
トヲ得ベキモノデナイ又一方ヨリ言ヘバ大凡物價殊ニ金錢ノ價ナルモノハ全  
ク比較的ノモノデアラテ高キ利息ヲ拂フチモ借ルコトヲ望ム以上ハ即チ需要者ニ  
取テ金ガ其レダケ必要デアルト見ナケレバナラヌ即チ金ノ價ガ高キ譯デアル、  
若シ其條件ニ耐ヘラレヌト思ヘバ借ラヌマデノコトデアル然ルニ無能力者ニ  
モ非ザル者ガ任意ニ高キ利息ヲ拂フコトノ條件ヲ以テ金ヲ借リタトスレバ有  
效ノ貸借デナケレバナラヌ

民法物權 質權 規則

流質ニ付イテモ全ク同一デアル、當事者ハ買戻ノ特約ヲ附シタル賣買其他種種ノ方法ヲ以テ法ヲ潜ルコト容易デア、禁令ハ決シテ行ハレテ居ラヌ、其レ故ニ民法ヲ制定スルニ際テ法典調査會ニ於テハ此等ノ制限ヲ設クルコトニ付イテ大ニ議論ガア、タガ利息制限法ヲ廢シタイト云フ起草委員等ノ意見ハ遂ニ行ハレナシ、併シ流質ヲ禁ズル規定ハ之ヲ置カザルコトニ議定セラレタ、故ニ初メ政府ヨリ議會ニ提出セラレタ原案ニハ第三百四十九條ノ規定ハチカッタ、是ハ衆議院ノ委員會ニ於テ實際上必要デアルト云フ理由ニ據テ加ヘラレテ竟ニ法律ト爲ツタノデアリマス

一旦民法中ニ此規定ヲ置カレタ以上ハ民事ト商事トノ間ニ差別ハナイ、其レ故ニ民法改正案ヨリモ後ニ提出セラレタ商法改正案ニハ民法第三百四十九條ハ商事ニモ當然適用セラルベキモノトシテ別段ノ規定ヲ置イテナカ、然ルニ商法改正案カ將ニ提出セラレントスルニ當テ各地ノ實業者、殊ニ銀行營業者ヨリ類ニ反對意見ヲ提出シテ、其運動ノ結果遂ニ民法第三百四十九條ノ規定ハ商行爲ニ因リテ生シタル債權ヲ擔保スル爲メニ設定シタル質權ニハ之ヲ適用セズ

ト云フ規定ガ出來タ(商法第二七七條其レハ主トシテ株券其他ノ有價證券ヲ觀賣法ニ依ラズシテ簡便ナル方法ニ依テ處分セント欲スル趣意ニ出デタモノデアルト思フ、小生等ハ初ヨリ此ノ如キ禁止法ヲ設クルコトニハ反對デアッタガ、一旦民法ニ之ヲ置カレタ以上ハ商事ニ之ヲ適用セザル理由ハ殆ドナイト思フ

### 第五款 質權ノ消滅

質權消滅ノ原因ニ二種アリマス、一ハ他ノ物權ニモ共通ナルモノ又一ハ質權ニ特別ナルモノデアアル、其一般ノ性質ヲ有スルモノハ拋棄、目的物ノ滅失、公用物ト爲ルコト、添附混同等デアリマス  
質權ニ特別ナル消滅ノ原因ハ之ニ因テ擔保セラルル債權ノ消滅、質權ノ實行並ニ滌除デアアル、但滌除ハ不動産質ニ付イテ起ルモノデアリマス

### 第二節 動産質

質權ノ設定ニ關スル合意ト、占有ノ移轉トニ因テ質權ガ成立シタル以上ハ爾後



占有ヲ繼續スルコトハ當事者間ニハ必要デナイ、唯故意ニ占有ヲ中止シタルトキハ質權ノ拋棄ト見ラルルコトガアルマデノコトデアアル、此權利ノ存在ニ關シテ占有ノ繼續ヲ必要トセザル點ハ留置權ト少シク相異ナル所デアリマス、然レドモ動產質ニ在ッテハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ繼續シテ質物ヲ占有スルコトガ必要デアアル、此要件ハ恰モ不動産質ニ於ケル登記ニ當ルモノト思フ質權者ハ繼續シテ質物ヲ占有スルコトナキトキハ第三者ハ質權ノ存在ヲ知ルコトガ出來ナイ、又或時期ニ於テ適ク占有シタルノミヲ以テハ充分ナル公示ト爲ラヌ夫故ニ此要件ヲ必要トシタル譯デアアル、但此繼續ト云フ要件ハ其文字ニ拘泥シテ解釋シテハナラスト思フ、即チ寸時間ト雖モ質物ヲ手放シタコトガアレバ直チニ質權ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ザル結果ヲ來スモノト解スベキデナイ、占有ガ繼續セシヤ否ヤヲ決定スルハ全ク事實問題デアアルト思フ、又此要件ハ決シテ代理占有ヲ許サザル趣意デナイ質權設定者ニ非ザル限ハ質權者ニ代ハテ質物ヲ占有スルコトヲ得ルハ曩ニ説明シタ通りデアリマス、舊民法ノ如キハ動產質權者ノ占有ハ繼續ニシテ且現實ナルコトヲ要ストシタルガ

代理占有ヲ許サザル如クニ聞エテ穩當ナラザルガ故ニ民法ニハ採用セラレナシ、現ニ第三百五十五條ノ如キハ代理占有ヲ有效トスルニ因テ始メテ了解スルコトヲ得ル規定デアアル

質權者ガ故意ニ占有ヲ失フタトキハ通常質權ノ拋棄ト見レベキデアリマセウ、少クモ第三者ニ對抗スルコトヲ得ザルコトニ爲ルト思フ、若シ何等ノ規定モナケレバ自己ノ意思ニ反シテ占有ヲ失フ場合、即チ他人ヨリ暴力ヲ以テ占有ヲ奪ハレタ場合ニモ占有ハ繼續セザルコトト爲ルニ因テ質權ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ザル結果ヲ來ス譯デアアル、然ルニ若シ此ノ如クナルトキハ質權ノ效力ハ極メテ薄弱ト爲テ法律ノ保護ヲ缺クコトニ爲ル、故ニ此場合ニハ質權者ハ占有回復ノ訴ニ依テ質物ノ占有ヲ回復スルコトヲ得ルモノト定メテアル(第三五三條)是ハ一見言フヲ埃タザルコトノ如クデアアル、即チ質權者ハ立派ナル占有者デアアルニ因テ占有ヲ奪ハレタ場合ニハ占有回復ノ訴ニ依テ之ヲ回復スルコトヲ得ベキハ當然ノコトデハナイカ、然レドモ此規定ヲ置カレタ所以ハ既ニ前條ニ於テ占有ノ繼續ヲ必要トスルコトヲ揭グタ以上ハ占有ノ通則ニ依ルベ

キモノトスルノミヲ以テハ甚ダ疑ヲ生ズルコトデアル故ニ第三百五十三條ノ規定ヲ置カレタ譯デアル而シテ此規定ニ付イテ一ノ説明ヲ要スルコトハ占有同收ノ訴ニ依リテハ云云トアルコトデス是ハ如何ナル意義デアるかト云フニ外國ノ法律ニ於テハ質權者ハ所有者ニ等シイ權利ヲ有スルモノトシタル例ガアル例ヘバ獨逸民法第千二百二十七條ノ如キデアアル我民法ハ質權ニ此ノ如キ效力ヲ認メナイ質權者ハ質權者トシテ占有ヲ有スルニ止マルガ故ニ占有ノ保護ヲ受クルモノトスレバ十分デアアル其結果トシテ一年ト云フ短期間ニ取戻ヲ爲サシバナラヌコトト爲ル(第二〇一條第三項)但其期間内ニ占有同收ノ訴ヲ起セバ一日モ占有ヲ失ハザリシモノト看做サルル即チ占有ハ繼續セシモノト看做サルル譯デアアル

質權實行ノ方法ハ前ニ述ベタ如ク質物ヲ競賣ニ付シテ其代金ヲ得ルコトデアリマス然ルニ競賣ナルモノハ巨多ノ費用ト手數トヲ要シ且時價ヲ以テ賣却スルコト能ハザル場合ガ往往アリマス動産ニ付テハ最モ不便ヲ感ズルコトガアル故ニ民法ハ動産質ニ付テハ例外トシテ質物ヲ以テ直チニ辨済ニ充ツルコト

ヲ得ルモノトシテ而シテ之ニハ四箇ノ要件ガ具ハラチバナラス

第一 正當ノ理由アル場合ニ限ルコト 即チ例ヘバ今申シタ如ク或事情ヨリシテ時價ニ賣レル見込ナイ場合ノ如キヲ謂フ

第二 鑑定人ノ評價ニ從フコト

第三 裁判所ニ請求スルコト

第四 豫メ債務者ニ其請求ヲ通知スルコト(第三五四條)

右ハ全ク特別ノ實行方法デアルニ由ラ此ノ如クニ種種ノ方面ヨリ此適用ヲ制限シタノデアリマス

質權ニハ占有ヲ必要トスルニ由テ同時ニ二箇以上ノ質權ガ一ノ動産上ニ存スルコト能ハザル如クニ解セラレマスガ既ニ代理占有ヲ認ムル以上ハ此事實ノ生ジ得ルコトヲモ認メチバナラス例ヘバ茲ニ一タビ甲ナル者ノ爲メニ質入シタ物ヲ更ニ乙ナル者ノ爲メニ質入シテ其中ノ一人又ハ丙ナル者ガ雙方ノ代理人ト爲テ之ヲ占有スル場合ハ明カニ生ジ得ルコトデアリマス而シテ是ハ債務者ノ爲メニ甚ダ必要ナルコトデアアル何トナレバ凡ソ擔保ニ供スベキモノハ通

常其擔保スベキ債權額ヨリモ多クハ價格ヲ有スルモノデアラハ故ニ質物ノ價額ガ果シテ遠ク債權額ニ超ユル場合ニハ更ニ其物ヲ擔保トシテ資金ヲ借入ルルコトガ出來テバ甚ダ不便デアアル而シテ此目的ハ代理占有ノ作用ニ依テ達セラ

ルルコトデアアル  
此場合ニ二箇以上ノ質權ノ順位ヲ如何ニ定ムベキカト云フニ民法ハ設定ノ前後ニ依ルトシテ(第三五條)此規定ハ或ハ疑義ノ生ゼンコトヲ慮テ設ケラレタモノデアリマス、實ハ分リ切ツタ事柄デアアル、即チ一般物權ノ效力タル優先權ノ作用ニ外ナラス、其譯ハ何人ト雖モ其有スル以上ノ權利ヲ他人ニ移スコトヲ得ナイ、一タビ或物ノ上ニ物權ヲ設定シテ以上ハ其物權ヲ負擔スル限度ニ於テ所有權ノ内容ハ減殺セラレタモノデアアル、其レ故ニ此規定ハ獨逸民法ニ於テハ最初第一草案第一一五一條ニ載テ居マシタガ確定案ニ於テハ言フヲ埃タスト云フ理由ヲ削ラレマシタ

第三節 不動産質

二 承認又ハ拋棄ハ相續人之ヲ爲スコトヲ要ス 承認又ハ拋棄ハ一ノ相續權ノ作用ナリ故ニ相續權ナキ者ハ承認又ハ拋棄ヲ爲スコトヲ得ス相續ニ關シテ次ノ順位ニ在ル者ハ先順位者カ拋棄ヲ爲ストキハ相續人ト爲ル望アル者ナレトモ未タ之ヲ相續人ナリト謂フコト能ハス隨テ次ノ順位者カ承認又ハ拋棄ヲ爲スモ其承認又ハ拋棄ハ無効ナルヲ以テ他日先順位者カ拋棄ヲ爲シタル爲ノニ其者カ相續人ト爲リタルトキハ前ニ表示シタル意思ニ拘束セララルコトナク更ニ自由ニ相續ニ對スル決意ヲ爲スコトヲ得  
三 承認又ハ拋棄ハ無期限ニシテ且ツ無條件ナルコトヲ要ス 相續ニ關スル決意ハ確定ナラサルヘカラス何トナレハ承認又ハ拋棄アレハ之ニ因リテ相續人及ヒ次ノ順位者ノ地位確定スルモノナルカ故ニ後ニ説明スルカ如ク一旦表示シタル意思ハ取消スコトヲ許ササルモノナリ然ルニ不確定ナル決意ノ表示ヲ認ムルトキハ法律ノ望ム所ハ之ヲ達スルコトヲ得タレハナリ故ニ條件附及ヒ終期ヲ定メタル決意ハ法律上其效力ナキモノナリ始期ヲ定メタル決意ニ付テハ稍疑ナキニ非ザルモ是レ亦無効ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ始期ア

ル決意ヲ爲シタル場合ニ於テモ期限ノ到來スルマテハ相續人及ヒ次順位者ノ地位ヲ不確定ナラシメ隨テ被相續人相續人及ヒ次順位者ノ債權者並ニ受遺者ノ利益ヲ害スルコト終期ヲ定メタル決意ノ表示アリタル場合ト異ナラサレハナリ佛國ニ於テハ相續ノ根基ヲ財產處分權ニ置ク學者ノ外ハ條件附決意ヲ無効ト爲スコトニハ學說殆ト一致スト謂フモ可ナリト雖モ期限附ノ決意ニ關シテハ學者ノ議論ニツニ岐レ一ハ此ノ如キ決意ハ無効ナリト主張シ他ノ一ハ期限ナキ決意ト同一視スヘキモノナリト爲ス期限ヲ附シタル決意ハ期限附ノ儘ニテ有效ナリト云フナラハ一ノ議論トシテ見ルコトヲ得ヘシ然レトモ期限附ノ決意ハ期限ナキ決意ニ同シト云フハ法律ノ規定ヲ待チテ始メテ之ヲ明言スルコトヲ得法律ニ明文ナキ以上ハ此ノ如キ假定ハ之ヲ容スヘキモノニ非サルカ故ニ予ハ期限附決意ハ無効ナリトスルヲ正當ナリト信ス

四 承認又ハ拋棄ハ相續ニ付テ之ヲ爲スコトヲ要ス 承認又ハ拋棄ハ相續ニ對シテ爲スヘキモノニ非ス相續ハ包括的權利義務ノ移轉ナリ之ニ對スル決意ハ包括的ニ之ヲ認ムルカ

將タ包括的ニ之ヲ拒ムカノ二者其一アルノミ故ニ相續スヘキ包括的權利義務ノ全部ヲ承認スルニ非サレハ即チ其全部ヲ拋棄セサルヘカラス一部ヲ承認シテ他ノ一部ヲ拋棄スルカ如キハ相續ニ對スル決意アリト謂フコトヲ得ス隨テ此ノ如キ決意ハ之ヲ無効ナリトセサルヘカラス此點ニ付テモ期限附ノ決意ト同シク佛國ニ於テハ一部ノ承認ハ之ヲ無効ト爲スモノト之ヲ全部ノ承認アリト看做スヘキモノナリトニアレトモ予ハ期限附ノ決意ヲ無効ト爲スト同シク部分ノ決意モ亦無効ナリト爲ス者ナリ

五 承認又ハ拋棄ニハ無効ト爲ルヘキ原因ナキコトヲ要ス 意思表示ハ法律行爲ノ要素ニ錯誤アリタルトキハ無効ナリ此事タル相續ノ承認又ハ拋棄ニ付テモ亦同シ故ニ甲ノ相續ヲ爲ス意思ニテ事實乙ノ相續ノ承認ヲ爲シタルカ又ハ丙ノ相續ヲ拋棄スル考ニテ丁ノ相續ヲ拋棄シタルカ如キハ其決意ハ效力ヲ生セス

相續ニ對シテハ原則トシテ相續人ハ其自由ニ單純承認限定承認拋棄ノ三ノ決意中其一ヲ擇ヒテ爲スコトヲ得ト雖モ此原則ニハ一ノ例外アリ第一千二十條ニ

依レハ法定家督相續人ハ相續ノ拋棄ヲ爲スコトヲ得ス故ニ法定家督相續人ニハ承認ノ内ニ於テ單純又ハ限定ノ二者其一ヲ擇ブノ自由存スレトモ拋棄ヲ爲スノ自由ナシ蓋シ我國諸般ノ制度ハ現今尙ホ家族制度ヲ基礎トシ家ナル小團體ノ存在ニ依リテ諸般ノ秩序ヲ保ツカ故ニ家ノ廢絶ヲ防クニ勉ムルハ公益上必要ノ事ト爲ス然ルニ若シ相續人ハ總テ拋棄ヲ爲スコトヲ得トセハ家督相續開始ノ場合ニ於テ相續人カ拋棄シタル爲メニ一家ハ遂ニ廢絶ニ歸スル場合ヲ生スルヤモ知ルヘカラス故ニ法律ハ法定家督相續人ニ限リテハ必ス相續ノ承認ヲ爲スヘキモノトシ一家ノ存立カ容易ニ廢絶ニ歸セサルコトニ努メタリ是レ家族制度ヲ認メタル結果ヨリ來ルモノニシテ唯リ我國ニ於ケル特例ニ非ス家族制度ヲ認メタル古代羅馬ニ於テモ必然相續人ナルモノヲ認メタルヲ以テ知ルヘシ

第一千二十條ノ規定ハ法定家督相續人ニ限レルカ故ニ法定ニ非サル家督相續人即チ指定又ハ選定ノ家督相續人ハ拋棄ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論ナリ單ニ家ノ存立ヲ計ル點ノミヨリ觀レハ家督相續人ナレハ其法定ナルト將タ指定又ハ選

定ナルトヲ間ハス總テ相續ノ拋棄ヲ爲スヲ得スト爲スヲ以テ目的又達スルニハ適當ナルヘキモ元來家督相續人ノ指定又ハ選定ハ被指定者又ハ被選定者ノ承諾ヲ要セス指定又ハ選定者ノ單獨行爲ニテ直チニ其効力ヲ生スルモノナルニ若シ指定又ハ選定セラレタル者ハ必ス相續セタルヘカラストモハ其者ノ利益ハ甚タ害セラルルニ至ルヘシ家ノ存立ヲ附ルハ公益上必要ナリト雖モ其意ニ反シテハ各人ノ利益ヲ害セサルコトモ亦公益上必要ノコトナリ故ニ必然相續人ナルモノハ之ヲ法定家督相續人ノ如ク生レナカラ其家ト最モ密接ノ關係アリテ現ニ其家ニ於テ扶養セラレタル者ニ限レリ而シテ法律ハ更ニ一步ヲ進メテ法定家督相續人ト雖モ直系尊屬ハ拋棄ヲ爲シ得ルモノト爲シタリ是レ從來ノ慣例ヲ斟酌シタルモノナリト云フ故ニ民法ノ認メタル必然相續人ハ被相續人ノ直系尊屬ニシテ家族タル者ノミト謂フコトヲ得ヘシ第七百三十六條ノ規定ニ依リ戸主ト爲ル入夫ハ婚姻後ニ於テハ必ス戸主ト爲ルモノナルカ故ニ必然相續人ナルカ如キモ婚姻ノ當時反對ノ意思ヲ表示シテ相續ヲ爲ササルコトヲ得ルヲ以テ之ヲ必然相續人ト爲スコトヲ得ス

相續人カ承認又ハ拋棄ヲ爲スシテ死亡シタルトキハ其者ノ相續人ニ於テ前相續ニ對スル承認又ハ拋棄ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ何トナレハ相續人ハ被相續人ニ屬シタル權利義務ハ一切之ヲ承繼スルモノニシテ相續ノ承認又ハ拋棄ヲ爲ス權利モ亦相續ニ因リテ之ヲ承繼スレハナリ故ニ後ノ相續人カ後ノ相續ヲ承認シタルトキハ其效力トシテ前相續ニ對シテ單純若クハ限定ノ承認又ハ拋棄ノ何レカ其一ヲ擇ヒテ決意ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ而モ一方ヨリ言ヘハ其決意ヲ爲ス義務アルモノナリ此場合ニ於テ後ノ相續人カ一人ナルトキハ其欲スル所ニ從ヒテ選擇ヲ爲スコトハ自由ナリ後ノ相續人カ多數ナルトキト雖モ前ノ相續ニ對シテ承認ヲ爲スカ又ハ拋棄ヲ爲スカニ付キ協議調ヒタルトキハ其一致シタル決意カ即チ前相續ニ對スル決意ト爲ルハ疑ナシ唯後ノ相續人カ多數ニシテ其間ニ於テ前相續ニ對スル決意ヲ爲スニ付テ意見ヲ異ニシタルトキハ各自ハ箇箇別別ノ決意ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤ是レ問題ナリ民法ハ此點ニ付テ何等ノ規定ナキヲ以テ此事タル稍疑アリト雖モ第一千八百三二條ニ依レハ後ノ相續人カ決意ヲ表示スベキ期間ハ常ニ其者カ自己ノ爲メニ相續

ノ開始アリタルコトヲ知リタル時ヨリ起算スルキモノトシテ相續人カ一人ナルト數人ナルトニ付テ區別セザルヲ以テ觀レハ法律ノ趣意ハ相續人ハ此場合ニ於テ各自隨意ニ其決意ヲ爲スコトヲ得ルヲ以テ其決意ヲ表示スベキ期限モ亦必スシモ一定ノ時ニ爲スヘシト爲サザリシナリト謂フコトヲ得ヘシ換言セハ第一千八百條ニ後ノ相續人カ數人ナルトキ其間ニ於テ前相續ニ對スル決意ニ付テ意見ヲ同シウセザル場合ニ於テハ各自別箇ノ決意ヲ爲スコトヲ前提トシテ規定セラレタル條文ナリト謂ハサルヘカラス果シテ然ラハ死亡シタル相續人ノ相續分ハ其遺産ノ中ニ特別財産ヲ形成シテ後ノ相續人ノ相續分ニ應シテ他ノ遺産ト共ニ之ニ歸屬スルモノニシテ後ノ相續人ハ其特別財産ニ附隨スル選擇權ヲ各別ニ取得スルモノト謂フコトヲ得ヘシ或ハ曰ハン相續ナルモノハ被相續人ノ有シタル權利義務ヲ相續人ニ移轉スルモノナリ被相續人タル前相續人ハ承認ヲ爲スカ又ハ拋棄ヲ爲スカノ一ノ選擇權ヲ有スルノミナリ然ルニ其相續人ニシテ各別ノ決意ヲ爲スニ付テ得トセハ被相續人ノ有スル權利ヨリモ多クノ權利ヲ取得スルモノト謂ハサルヘカラス是レ相續ノ原理ニ反ス且

ヲ承認又ハ拋棄ハ包括的財産ノ全部ニ付テ爲スモノナリ若シ後ノ相續人ニシテ其一人ハ承認ヲ爲シ他ノ一人ハ拋棄ヲ爲スコトヲ得ルモノトセハ包括的權利義務ノ一部ヲ承認シテ他ノ一部ヲ拋棄スルモノニテテ相續ニ對スル決意ニ非ス故ニ此ノ如キ決意ハ無効ナリトセサルヘカラスト然レトモ凡ソ一ノ相續カ開始シタルトキハ相續人ハ其決意ヲ表示セサルモ被相續人ノ權利義務ハ法律ノ力ニ由リテ當然其相續人ノ權利義務ト爲ルモノナリ唯法律カ相續人ノ決意ニ因リテ其權利義務ヲ全ク承繼セサルカ又ハ限定シテ之ヲ承繼スルカヲ定ムルコトヲ得ト爲シタルカ故ニ相續人カ決意ヲ表示スルマテハ其權利義務ハ相續人ノ決意ニヨリ左右セラルヘキ條件ノ下ニ於テ之ニ屬シタルナリ而シテ相續人カ未タ決意ヲ爲ササル内ニ死亡シタルトキハ此ノ如キ條件附ノ權利義務ハ其者ノ固有ノ權利ト共ニ其相續人ニ移轉スルモノニシテ若シ後ノ相續人多數ナルトキハ此ノ如キ條件附ノ權利義務ハ其各自ニ分屬スルニ至ルモノナリ既ニ權利義務カ各自ニ分屬シタル以上ハ各自ニ分屬シタル權利義務ニ付テ之ニ附隨シタル選擇ヲ行フハ當然ナリ即チ此場合ニ於テハ相續人ハ被相續人

ノ有セタル權利ヲ取得シタルニ非スシテ其有セタル權利ヲ分取シタルナリ且テ包括的權利義務ノ一部ニ對シテ決意ヲ爲シタルニ非スニテテ包括的權利義務カ更ニ分割セラレタルカ故ニ其分割セラレタル包括的權利義務ノ全部ニ對シテ其決意ヲ表示シタルモノナリ故ニ前述ノ如キ非難アルヘト雖モ後ノ相續人ハ各自各別ニ決意ヲ爲スコトヲ得ヘシト信ス、故ニ被相續人ノ遺言ニ依テハ其第二ニ相續ニ對スル決意ヲ爲スヘキ期間、遺言ニ對シテ其遺言ニ對シテ相續人カ相續ニ對シテ其決意ヲ爲スニハ先ツ以テ被相續人ノ資產負債ノ狀況ヲ明カニシテ相續ヲ承認スルヨリ生スル所ノ利害得失ヲ熟考セサルヘカラスト故ニ第一千七百七條第二項ハ相續人ハ承認又ハ拋棄ヲ爲ス前ニ先ツ相續財産ノ調査ヲ爲スコトヲ得ル旨ヲ定ム而シテ相續財産ノ調査ヲ爲スニハ相當ノ時日ヲ要スルコトハ勿論調査カ結了セタル後ト雖モ利害得失ヲ考ヘ其決心ヲ爲スマテニハ相當ノ猶豫ナカルヘカラスト故ニ同條第一項ハ相續人ハ自己ノ爲メニ相續ノ開始アリタルコトヲ知リタル時ヨリ三箇月内ニ承認又ハ拋棄ヲ爲スヘキモノト爲シタリ第一千七百七條第一項ハ自己ノ爲メニ相續ノ開始シタルコトヲ知

ヲタル時トアルヲ以テ相續人カ相續開始ノ時ニ現ニ相續スヘキ順位ニ在ルトキハ三箇月ノ期間ハ相續人カ相續開始ヲ知リタル時ヨリ起算スヘキモノナリ若シ又相續人カ指定若クハ選定ニ因リ又ハ先順位者ノ拋棄ニ因リテ相續スヘキ順位者ト爲リタルモノナルトキハ相續ノ開始シタルコトヲ知リタル時ヲ以テ直チニ期間計算ノ起點ト爲スコトヲ得ス必ス其者カ併セテ自己ノ爲メニ相續ノ開始シタルコト即チ指定若クハ選定ニ因リ又ハ先順位者ノ拋棄ニ因リテ自ラ其相續ニ付テ相續人ト爲リタルコトヲ知リタル時ヨリ之ヲ起算セサルヘカラス相續財産ノ状態ニシテ單純ナレハ相續人カ調査ヲ爲シ其決意ヲ定ムルニ普通三箇月ノ時日アレハ十分ナルヘシト雖モ相續財産ノ狀況カ錯雜ヲ極メタルトキ又ハ相續人カ相續開始地ニ居ラサル時ノ如キ特別ノ場合ニ於テハ法定ノ期間内ニ相續財産ノ調査ヲ終ルコトハ時トシテ事實能ハサルコトアリ若シ此ノ如キ場合ニ於テモ必ス期間内ニ決意ヲ定メサルヘカラストセハ法律カ特ニ猶豫ノ期間ヲ與ヘテ調査熟考ヲ爲サシメシトセタル趣意ハ之ヲ達スルコトヲ得ス故ニ第一千七百七條第一項但書ハ三箇月ノ期間内ニ調査熟考ヲ爲スコト

能ハサル事情アルトキハ裁判所ニ請求シテ之カ伸長ヲ請求スルコトヲ得ト規定セリ而シテ期間伸長ノ請求ハ利害關係者カ之ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論公益ノ保護者タル檢事モ亦之ヲ爲スコトヲ得ヘシトシテハ其ノ旨ニ對シテ二箇ノ以上述ヘタル所ハ普通ノ場合ニ適用スヘキ規定ナリ法律ハ之ニ對シテ二箇ノ場合ニ例外ヲ設ケタリ

第一ノ例外 相續人カ承認又ハ拋棄ヲ爲サスシテ死亡シ其者ノ相續人カ決意ヲ爲スヘキ場合 第一千八百條ニ依レハ此場合ニ於テハ後ノ相續人カ自己ノ爲メニ相續開始ノアリタルコトヲ知リタル時ヨリ期間ノ起算ヲ爲スヘキモノナリ後ノ相續人ノ爲メニ開始シタル相續トハ後ノ相續ニ外ナラサルヲ以テ三箇月ノ期間ハ後ノ相續人カ後ノ相續カ其者ノ爲メニ開始シタルコトヲ知リタル時ヨリ起算セサルヘカラス故ニ後ノ相續人カ後ノ相續ニシテ其者ノ爲メニ開始シタルコトヲ知リタル時ハ前ノ相續カ其被相續人タル前相續人ノ爲メニ開始シタルコトヲ知ラサルモ猶ホ期間ハ進行スルモノト謂ハサルヘカラス此事ハ法律カ第一千七百七條ニ於テ調査熟考ノ期間ハ調査熟考ヲ爲スヘキ權利アルコト



ヲ知リタル時ヨリ進行セシムヘキモノナリトシタル趣旨ニ適ハサルモ第一千  
八條ノ明文ニ對シテハ此解釋ヲ採ラサルヘカラス  
第二ノ例外 相續人カ無能力者ナル場合 無能力者ハ單獨ニテ相續ノ承認又  
ハ拋棄ヲ爲スコトヲ得サルモノナリ承認又ハ拋棄ヲ爲スコトヲ得サル者ハ承  
認又ハ拋棄ヲ爲スコトヲ得ル事實カ發生シタルコトヲ知ルモ直チニ調査熟考  
シテ決意ヲ爲スコトヲ得サルヲ以テ其時ヲ以テ期間ノ起算點ト爲スハ猶豫期  
間ヲ定メタル趣旨ニ適セス故ニ第一千七條ハ相續人無能力ナル場合ニ於テハ  
其法定代理人カ無能力者ノ爲メニ相續開始ノアリタルコトヲ知リタル時ヨリ  
起算スヘキモノトセリ

第三 相續ニ對スル決意アルマテノ間ニ於ケル相續財産ノ管理

相續人ハ相續ニ對シテハ三種ノ決意中何レカ其一ヲ選ヒテ決意ヲ爲スコトヲ  
得ルモノナリ若シ相續人カ單純承認ヲ爲シタルトキハ相續債權者及ヒ受遺者  
ハ其固有財産ニ係リテモ尙ホ權利ヲ行フコトヲ得ルヲ以テ相續財産ノ管理ニ  
付テハ利害ノ關係ヲ有スルコト大ナラスト雖モ若シ限定承認又ハ拋棄ヲ爲シ

タルトキハ相續債權者及ヒ受遺者ハ相續財産ノ限度ニ於テノミ辨濟ヲ受ケル  
カ又ハ其限度ニ於テノミ辨濟ヲ受ケルノ虞アルカ故ニ相續財産カ善良ニ管理  
セラレルト否トハ其利害ニ關係スルコト大ナリ而シテ調査熟考ノ期間内ニ於  
テハ相續人カ如何ナル決意ヲ爲スヤ未定ナルヲ以テ相續債權者及ヒ受遺者ヲ  
保護スルカ爲メニハ法律ハ此場合ニ關シテ相當ノ規定ヲ爲ササルヘカラス是  
レ第一千二十一條第一項ニ於テ其間ハ相續人ヲシテ相續財産管理ノ責ニ任セシ  
メテ其財産カ相當ニ保存セラレルコトヲ勉メタル所以ナリ然レトモ相續人ヲ  
シテ相續財産管理ノ責ニ任セシムルハ其決意未定ナルカ爲メニ相續債權者及  
ヒ受遺者ヲ保護スルノ必要ニ出テタルモノナルカ故ニ相續人カ單純承認又ハ  
拋棄ヲ爲シ爲メニ相續債權者カ相續財産ニ對スル利害ノ關係餘リ大ナラザル  
ニ至ルカ又ハ他ニ代リテ財産ヲ管理スル者ヲ得ルニ至ラハ其單純承認又ハ拋  
棄ヲ爲シタル相續人ノ管理ノ責任ハ自ラ終了セサルヘカラス第一千二十一條但  
書ハ廣ク相續人カ承認又ハ拋棄ヲ爲シタルトキハ管理ノ責任ハ終了スルカ如  
ク規定スルモ第一千二十八條ハ限定承認ノ場合ニ於テハ管理ノ責任繼續スルコ

トヲ定ムルカ故ニ該但書ノ意義ハ自ラ右ニ述ヘタル範圍ニ限ラルルモノト謂ハサルヘカラス相續人カ相續財産ヲ管理スルニハ自己ノ財産ニ加フルト同一ノ注意ヲ以テ之ヲ管理スヘキモノナリ隨テ自己固有ノ財産ニ加フルト同一ノ注意ヲ缺キタル場合ニ於テノミ損害賠償ノ責ニ任スヘキモノナリ過失ノ程度論ハ古來學者ノ多ク論議スル所ナレトモ民法ハ原則トシテ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ標準ト爲シ之ヲ缺キタル場合ニ過失アリト爲シ例外トシテ自己ノ財産ニ加フルト同一ノ注意ヲ要ストシ之ヲ缺キタル場合ニ過失アリトセリ而シテ相續人カ相續財産ヲ管理スルニ付テハ其例外ニ屬スル規定ヲ相當トセリ蓋シ相續財産ハ相續ニ因リテ相續人ニ移轉スルモノナルカ故ニ相續人ハ決意ヲ爲ス前ニ於テモ既ニ一種ノ條件ノ下ニ於テ其財産ノ權利者タルモノナリ故ニ其管理ニ付テモ亦自己ノ財産ニ加フルト同一ノ注意ヲ加フルコトハ人情ノ自然ニシテ何等ノ責ムヘキ所アルモノニ非ス加之相續財産管理ノ責任ハ法律カ強制的ニ相續人ニ命シタル義務ナリ強制ヲ以テ管理ヲ命シ而モ其管理ニ用フル注意ハ自己ノ財産ニ加フル注意ヨリモ周到ナルヲ望ムハ其望ヤ少シク大

ニ失スト謂ハサルヘカラス故ニ民法ハ此場合ニ於ケル注意ハ相續人カ其固有財産ニ加フルト同一ナルヲ以テ適當ナリトセリ然レトモ相續人ニ依リテハ其性質粗暴ニシテ治産ノ事等ニハ格別意ヲ用ヒサル者ナシトセス此ノ如キ者ヲシテ其固有財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ以テ相續財産ヲ管理セシムルトキハ相續財産ノ保存ハ其宜キヲ得スシテ其結果相續債權者及ヒ受遺者ハ甚シキ損害ヲ受クルニ至ルヘシ加之相續人ノ性情ハ事物ニ對シテ注意深シトスルモ若シ其地ニ居ラサルトキハ事實ニ於テ相當ノ管理ヲ爲スコトヲ得ス然ルニ如何ナル場合ニ於テモ必ス相續人ヲシテ相續財産ヲ管理セシムルコトトセハ唯リ相續債權者及ヒ受遺者ノ保護十分ナラサルノミナラス時トシテハ相續人其人ノ保護モ亦之ヲ缺クト謂ハサルヘカラス故ニ法律ハ利害關係人又ハ檢事ノ請求アルトキハ裁判所ハ何時ニテモ相續財産ノ保存ニ必要ナル處分ヲ命スルコトヲ得トセリ裁判所カ相續財産ノ保存ノ爲メニ必要ナリトシタルトキハ如何ナルコトヲ命スルモ其自由ナルカ故ニ或ハ相續人ヲシテ財産目錄ヲ作ラシムルコトモアルヘク或ハ管理上ニ制限ヲ設タルコトモアルヘシト雖モ多クノ場

合ニ於テハ相當ノ管理人ヲ選ヒテ之ヲシテ相續財産ノ管理ヲ爲サシムルノ方法ヲ取ルモノナルヘシ而シテ裁判所カ管理人ヲ選任シタル場合ニ於テハ第二十七條乃至第二十九條ヲ準用スヘキモノナリ

第四 相續ニ對スル決意ノ取消

相續ニ對スル決意ハ相續人ノ單獨行爲ナルカ故ニ一旦之ヲ表示シタルトキハ之ニ因リ直チニ其效力ヲ生シテ相續債權者受遺者相續人ノ債權者及ヒ相續ニ付テ次ノ順位ニ在ル者ト相續人トノ關係ヲシテ確定ナラシムルモノナリ他人ノ地位既ニ確定ト爲リタルトキハ相續人カ其意ヲ以テ之ヲ動スコトヲ得サルハ當然ナルカ故ニ相續ノ承認又ハ拋棄ヲ爲スノ意思ハ之ヲ翻スコトヲ得サルモノナリ「一度相續シタル者ハ常ニ相續シタル者ナリ」トハ羅馬以來ノ格言ニシテ之ヲ反面ヨリ言ヘハ一度相續セスト爲シタル者ハ常ニ相續ヲ爲ササル者ナリト謂フコトヲ得ヘシ第一千二十二條第一項ハ實ニ此原則ヲ掲ケタルモノニシテ一度爲シタル承認又ハ拋棄ハ之ヲ取消スコトヲ得サルモノナリ而シテ同項ハ此原則ハ相續人カ尙ホ調査熟考ノ期間内ニ於テ承認又ハ拋棄ヲ爲シタル

トキト雖モ其適用ヲ有スト明言セリ是レ甚タ至當ナリ何トナレハ一旦表示シタル決意ニ因リ他人ノ地位確定スルコトハ相續人カ決意ヲ爲ス猶豫期間内ニ於テ之ヲ爲シタルト其滿了後ニ爲シタルトニ由リ差異アルヘキモノニ非サレハナリ然レトモ此原則ハ承認又ハ拋棄ニ缺點アル場合ニ於テモ尙ホ適用セラレヘキモノニ非ス雙方行爲ニ因リテ當事者間ノ法律關係確定シタル後ニテモ缺點アル場合ニ於テハ之ヲ取消スコトヲ得ルト同シク單獨行爲ナル承認又ハ拋棄ニ因リテ他人ノ地位確定シタル場合ニ於テモ缺點アルトキハ之ヲ取消シ得ルハ當然ナリ何トナレハ法律カ缺點アル法律行爲ヲ取消スコトヲ得ト爲シタルハ公益ニ關スル規定ナルカ故ニ如何ナル場合ニ於テモ之ヲ適用スルコトヲ得レハナリ故ニ左ノ場合ニ於テ承認又ハ拋棄ハ之ヲ取消スコトヲ得ルモノナリ

- 一 未成年者、準禁治産者又ハ妻カ法定代理人若クハ保佐人ノ同意又ハ夫ノ許可ヲ得スシテ相續ノ承認又ハ拋棄ヲ爲シタルトキ
- 二 禁治産者カ相續ノ承認又ハ拋棄ヲ爲シタルトキ

三 詐欺又ハ強迫ニ因リテ相續ノ承認又ハ拋棄ヲ爲シタルトキ  
 四 親權ヲ行フ母カ親族會ノ同意ヲ得シテ未成年ノ子ニ代リテ相續ノ拋棄  
 ヲ爲セ若クハ未成年ノ子カ之ヲ爲スコトニ同意シタルトキ  
 五 後見人カ親族會ノ同意ヲ得シテ被後見人ニ代リ相續ノ承認又ハ拋棄ヲ  
 爲シ若クハ未成年者ノ之ヲ爲スコトニ同意シタルトキ  
 此五ツノ場合ニ於テハ一度爲シタル承認又ハ拋棄ヲ取消スコトヲ得ルモノナ  
 リ取消權ハ通常ハ稍長キ時効ノ期間ニ從ハシムルモ相續ノ承認又ハ拋棄ノ取  
 消ハ種種ノ方面ニ於テ法律關係ニ變更ヲ與フルモノナルカ故ニ不確定ナル法  
 律關係ヲ長ク存在セシメサルノ理由ハ相續ノ承認又ハ拋棄ノ取消權ヲ以テ通  
 常ノ取消權ノ時効ニ從ハシメスシテ特別ノ時効ニ從ハシムルヲ相當トセリ即  
 チ取消權ハ追認ヲ爲スコトヲ得ル時ヨリ六箇月間之ヲ行ハサルトキハ時効  
 ニ因リテ消滅スルモノニシテ承認又ハ拋棄ノ時ヨリ十年ヲ經過シタルトキモ  
 亦時効ニ因リテ消滅スルモノナリ

## 第二節 承認

### 第一款 單純承認

#### 第一 單純承認ノ效力

相續ノ單純承認トハ相續ニ付テ法律ノ定メタル效力ヲ全然認ムルノ意思ヲ表  
 ハスヲ謂フ一ノ相續開始スレハ被相續人ノ權利義務ハ當然其相續人ニ移轉ス  
 ルモノニシテ相續人ノ意思ヲ待チテ始メテ之ニ歸スルモノニ非スト離モ法律  
 ハ一方ニ於テ相續人ヲ保護スル爲メニ限定承認又ハ拋棄ヲ爲シ得ルモノト爲  
 シタルカ故ニ相續ニ對シテハ相續人ハ全然法律ノ定メタル效力ヲ認ムルノ意  
 ナルカ若クハ之ヲ限定シテ認ムルモノナルカ將タ又全ク之ヲ拋棄スルノ意ナ  
 ルカハ何レカノ方法ヲ以テ之ヲ示ササルヘカラス依ニ全然法律ノ定メタル所  
 ニ從フノ意思アル場合ニ於テモ法律ハ尙ホ其決意ヲ表示スヘキモノト爲シタ  
 リ而シテ民法ノ定メタル所ニ依レハ相續ハ被相續人ノ一切ノ權利義務ヲ相繼  
 人ニ移轉スル效力ヲ生スルハ原則ナルカ故ニ相續人カ單純承認ヲ爲シタルト

キハ被相續人ノ權利義務ハ無限ニ之ヲ承認スルモノナルハ勿論ナリ隨テ若シ其義務ノ額カ權利ノ額ニ超過スルトキハ相續人ハ自己ノ財産ヲ以テモ尙ホ之ヲ辨濟セサルヘカラス但シ第一千二十三條ハ廣ク無限ニ被相續人ノ權利義務ヲ承認スルコトヲ規定シ如何ナル場合ニ於テモ單純承認ハ常ニ右ノ如キ效力ヲ生スト爲スモノノ如クナレトモ國籍喪失ニ因ル家督相續ノ場合ハ自ラ其例外タルヘキハ多言ヲ埃タス何トナレハ此場合ニ於ケル家督相續ニ於テハ法律カ既ニ明文ヲ以テ債務ノ辨濟ハ相續人ノ取得セタル財産ノ限度ニ於テスルコトヲ定メタルカ故ニ單純承認ハ此ノ如キ效力ヲ生スルニ過キサルヲ以テナリ

第二 單純承認ノ手續

單純承認ハ相續人ノ明示ノ意思又ハ法律ノ規定ニ因リテ生スルモノナリ便宜ノ爲メ此場合ヲ二ツニ分チテ説明セン

甲 相續人ノ明示ノ意思 意思ノ表示ハ表意者カ明カニ之ヲ示セタルコトヨリ確實ナルモノナキカ故ニ相續人カ明カニ單純承認ヲ爲スコトヲ示セハ之ニ因リテ其決意ハ單純承認ナルコト明瞭ナリ而シテ法律ハ別ニ意思表示ノ方法

ヲ定メタルカ故ニ如何ナル方法ヲ以テスルモ效力ヲ生スル點ニ於テハ異ナルコトナシ故ニ公正證書又ハ私署證書ノ如キヲ以テ單純承認ヲ爲スコトヲ明カニシタル場合ハ勿論手紙ナリ口頭ナリヲ以テ其意ヲ示スモ亦效力ヲ生ス唯口頭ヲ以テ單純承認ヲ爲スコトヲ示シタル場合ハ他日其有無ニ付キ争アル場合ニ於テ之ヲ立證スルハ困難ナルヘシ然レトモ是レ立證ノ問題ニシテ效力ノ問題ニ非サルナリ

乙 法律ノ規定 第一千二十四條ハ相續人カ單純承認ヲ爲シタリト看做ス場合ヲ定メテ三箇トセリ然レトモ規定ノ精神ヨリ觀レハ更ニ之ヲ二ツノ場合ニ細別スルコトヲ得ヘシ即チ一ハ法律カ相續人ノ默示ノ意思ヲ推定スル場合ニシテ他ノ一ハ法律カ不正行爲ノ制裁トシテ單純承認者ト爲ス場合はナリ

(イ) 默示ノ意思ニ因ル單純承認 默示ノ意思ニ因ル單純承認ハ相續人ハ書面又ハ口頭ヲ以テ單純承認ヲ爲スヘキコトヲ明カニ表示セサルモ其行爲又ハ不行爲ヲ見ルトキハ自ラ單純承認ヲ爲シタルモノナルコトヲ想像セサルヘカラザル場合ヲ謂フ相續人ノ行爲ニ因リテ單純承認ヲ推定スヘキ場合トハ相續人カ相

續ヲ承認シタルニ非サレハ爲スコトヲ得サル行爲ヲ爲シタルトキナリ第千二十四條第一號ニ依レハ相續人カ相續財産ノ全部又ハ一部ヲ處分シタルトキハ單純承認ヲ爲シタルモノト看做サルヘシ故ニ相續人カ其相續分ヲ他人ニ讓渡シタル場合又ハ相續財産ニ屬スル或物ヲ賣却シ贈與シ又ハ消費スルカ若クハ之ニ甚キ變更ヲ加ヘタル如キ場合若クハ相續財産ノ上ニ物權ヲ設定シタルカ如キ場合ニ於テハ相續人ハ自ら單純承認ヲ爲シタルコトハ明言セサルモ法律ハ之ヲ以テ單純承認ヲ爲シタルモノト看做ス蓋シ財産ノ處分ハ其權利者ニ非サレハ爲スコトヲ得ス相續ノ開始シタルトキハ相續人ハ法律ノ力ニ依リテ相續財産ニ對シテ一應ノ權利者ト爲ルモ此權利ハ相續人カ拋棄ヲ爲ササルコトヲ條件トスル權利ナリ故ニ相續人カ其決意ヲ定ムルマテハ其者ハ相續財産ヲ絶對ニ處分スルノ權利ナキモノナリ然ルニ若シ相續人ニシテ相續財産ヲ處分セシナラハ是レ自ら相續ヲ承認シテ相續財産ノ權利者ト爲リタルカ故ニ此ノ如キ行爲ヲ爲スコトヲ得タルモノナリト謂ハサルヘカラス即チ此場合ニ於テハ相續人ハ文書又ハ口頭ヲ以テ單純承認ヲ爲シタルコトヲ明言セサルモ事

實ヲ以テ法律ノ定メタル效力ヲ認ムルコトヲ示シタルモノト謂フコトヲ得ヘシ然レトモ保存行爲又ハ第六百二條ニ定メタル期間ヲ超エサル貸貸ヲ爲シタルノミノ行爲ハ之ヲ以テ單純承認ヲ爲セタリト看做スヲ得ス蓋シ保存行爲ハ管理ノ責任アル者ノ當然爲スヘキ義務ニシテ若シ之ヲ怠レハ賠償ノ責ヲ免レヌ又第六百二條ハ處分ノ能力又ハ權限ヲ有セサル者カ爲スコトヲ得ル貸貸ヲ定メタルモノニシテ同條ノ定メタル期間ヲ超エサル貸貸ハ是レ亦一ノ保存行爲ナリト謂ハサルヘカラス相續人ノ如キ管理ノ責任アル者カ保存行爲ヲ爲スハ其權利ナリト謂ハンヨリハ寧ロ其義務ナリト謂フコトヲ得ヘシ果シテ然ラハ當然ノ責任ヲ盡シタルヲ以テ相續ニ對スル決意ナリトスルヲ得サルハ勿論ナリ第千二十四條第一號但書カ保存行爲ヲ除外シタルハ其當ヲ得タリト謂フヘシ然レトモ此ノ如キ但書ヲ特ニ規定スル必要アリヤ否ヤハ稍疑ナキニ非ス何トナレハ保存行爲ハ處分行爲ニ非サルカ故ニ處分行爲ニ關スル規定ヲ爲シタル場合ニ於テ保存行爲ヲ除外スルノ必要アルヲ見サレハナリ相續財産中ニ損敗シ易ク又ハ保存スルニ著シキ費用ヲ要スルカ如キ物品アルトキハ舊民法ハ

相續人ハ區裁判所ノ認可ヲ得テ之ヲ賣買ニ附スルコトヲ得タリ新民法ハ此規定ヲ設ケス然レトモ此ノ如キ物品ハ之ヲ賣却シテ金錢ニ換ヘテ保管スルハ却テ所有者ニ利益ナルモノナレハ善良ナル管理者ハ必ス此ノ如ク爲スヘシ故ニ新民法ノ規定ノ下ニ於テモ相續人カ相續ニ對スル決意ヲ定メサル中ニ此ノ如キ物品ヲ賣却シテ其代金ヲ保管スル方法ヲ採ルモ之ヲ以テ相續ノ單純承認ヲ爲シタルモノナリト看做スヘカラサルハ言フ埃タス

第一千二十四條第一號ハ單ニ相續人カ相續財產ノ處分ヲ爲シタルトキニ付テノミ規定スルモ予ハ此規定ハ少シク狹キニ失スト考フ相續人カ承認又ハ拋棄ヲ爲サスシテ死亡シタル場合ニ於テ其者ノ相續人カ前相續ノ承認又ハ拋棄ヲ爲スコトヲ得ルハ前既ニ之ヲ逃ヘタリ而シテ前相續ノ承認又ハ拋棄ヲ爲スニハ後ノ相續ヲ承認セタル者ニ非サレハ爲スコト能ハサルカ故ニ後ノ相續ニ付テ未タ何等ノ決意ヲ明示セサル者カ前相續ニ付テ承認又ハ拋棄ヲ爲シタルトキハ唯其一事ニ由リテ其者ハ當然後ノ相續ヲ承認シタルモノナリト謂ハサルヘカラス而シテ相續人カ明カニ限定承認ヲ爲ス手續ヲ爲サスシテ相續ヲ承認シ

テ施シ共同經濟的ノ經濟的活動ヲ行ハシメントスル所謂社會主義ノ主張ノ如キハ實行スルコト固ヨリ困難ニシテ箇人自由ノ趣旨ニハ極端ニ正ニ相反スルモ今日ノ經濟上社會上ノ秩序ノ範圍内ニ於テ各種ノ強キ干渉ヲ試ムルハ固ヨリ國家ノ爲シ能フ所ナリ是レ即チ國家社會主義又ハ講壇社會主義ナルモノニシテ獨逸ニ源ヲ發シテ今日各國政府ノ熱心ニ行フ所ナリ經濟行政ノ政策ハ國家社會主義ノ趣旨ニ依リテ其作用ハ唯私人ノ力足ラサル所ニ必要ナル施設ヲ爲ス所ノ補充的保護的ノ活動ニ止マラス進ミテ國家ノ經濟生活其モノニ干渉ヲ加ヘ國民經濟ノ發達ヲ期スルヲ現今ノ經濟行政ト爲ス

### 第一節 農業

農業ニ關スル行政事務ハ之ヲ助長ノ事務ト警察トニ分ツコトヲ得農業警察ノ作用ハ人及ヒ天然力ヨリ生スル農産物ニ對スル障礙ヲ驅除シ及ヒ農事ノ改良ヲ勸ムルカ爲メニ行ハル農業ニ關スル現行法規ノ重ナルモノ左ノ如シ

(一) 明治二十九年三月法律第十七號害蟲驅除豫防法ハ農作物ニ有害ナル農業

ノ驅除豫防ノ目的ノ爲メニ警察的ノ規定ヲ設ク害蟲田畑ニ發生シ又ハ發生ノ虞アルトキハ地方長官ハ田畑作人ヲシテ驅除豫防ヲ行ハシメ之カ爲メニ代執行ヲ爲ス方法ヲ設ク害蟲蔓延シ又ハ蔓延ノ兆候アルトキハ地方長官ハ市町村ノ費用ヲ以テ驅除豫防ヲ行ヒ又市町村ニ命ジテ夫役ヲ市町村ノ全部又ハ一部ノ田畑ノ作人及ヒ所有者ニ課セシムルコトヲ得

(二) 明治三十二年四月法律第九十七號肥料取締法ハ農産物ノ肥料ニ供スル物料ノ製造販賣ニ關スル取締ノ規定ヲ爲シ其製造販賣ニハ許可ヲ要スルモノトシ地方長官ハ何時タリトモ官吏ヲ派シテ肥料ノ検査ヲ爲サシムルコトヲ得ルノ規定ヲ設ク

(三) 明治三十三年三月法律第四十五號蠶種検査法ハ蠶種ハ検査ニ合格セル原種ヨリ產生シタル繭ヲ用フルニ非サレハ之ヲ製造スルコトヲ得ス又法定ノ條件ニ適ハサル繭ヲ以テ之ヲ製造スルコトヲ得ス蠶種ニ對シテハ検査ヲ行ヒ検査ニ合格セサルモノハ之ヲ燒棄シ合格シタルモノハ證印ヲ附シ證印ナキモノハ之ヲ讓渡スコトヲ得サル等其地不良ノ蠶種ヲ取締ルニ必要ナル規定ヲ設ク

(四) 明治三十六年三月法律第八十二號耕地整理法ハ土地ノ利用ヲ十分ナラシムルカ爲メ耕地ノ整理ヲ爲スニ付テ必要ナル規定ヲ設ク耕地ノ整理ヲ爲サントスルトキハ整理地區内ニ於ケル土地ノ面積地價ノ三分ノ二以上ヲ所有スル土地所有者ノ三分ノ二以下ノ同意ヲ以テ之ヲ發起シ設計書及ヒ規約ヲ作り發起ノ認可ヲ經テ創業總會ヲ開キ設計書及ヒ規約ヲ議決シ更ニ整理施行ノ認可ヲ得再ヒ創業總會ヲ開キ參加土地所有者整理委員ヲ互選ス整理委員ハ整理工事ヲ執行シ整理總會ヲ開キテ土地ノ交換分合等ニ關スル處分ヲ議決シ此議決ハ農商務大臣ノ認可ヲ受クヘク整理工事ノ完了シタルトキハ整理總會ノ承認ヲ受クヘキノト爲ス其他第三權利者ニ對スル關係費用等ニ付キ詳細ノ規定ヲ設ク

農業ニ關スル助長事務的ノ施設ハ甚タ多シ例ヘバ模範農場農事試驗場農業學校農業組合ヲ設立スルカ如キ是ナリ明治三十二年六月法律第百三號農會法同三十三年二月勅令第三十號農會令同三十二年六月法律第百二號府縣農事試驗場圖書館補助法等ノ規定アリ



土地ノ利用ヲ增進スルカ爲メニスル水利土功ノ事業ノ爲メニ組合ヲ設置スルハ明治三十三年六月法律第四十六號水利組合條例ノ規定スル所ナリ水利土功ノ事務ハ一般ノ地方公共ノ事務ト同シク其事項ノ屬スル區域ノ一般地方公共團體カ之ヲ處理スルヲ通則トセサルヘカラス然レトモ其事業カ府縣稅又ハ郡費ノ支辨ニ屬セスシテ其利害關係ヲ有スル區域ノ市町村ノ區域ト符合セザルモノ又ハ符合スルモ二市町村以上ニ亙ルモノニシテ特別ノ事情ニ因リテ市町村若クハ町村組合ノ事業ト爲スコトヲ得サルモノアル場合ニハ特ニ此目的ノ爲メニ地方公共團體ヲ設ケテ之カ處理ヲ爲サシムルコトヲ得是レ即チ水利組合ナリ水利組合ハ分チテ二種ト爲ス普通水利組合及ヒ水害豫防組合是ナリ普通水利組合ハ用惡水等専ラ土地ノ保護ニ關スル事業ノ爲メニ設立スルモノニシテ水害豫防組合ハ水害防禦ノ爲メニスル堤防浚渫防等ノ工事ニシテ普通水利組合ノ事業ニ屬セザルモノノ爲メニ設置スルモノナリ水利組合ハ組合員ニ對シテ強制權ヲ有シ前ニ述ヘタル事務ヲ自己ノ事務トシテ處理スルノ公共團體ナリ普通水利組合ハ組合事業ノ爲メニ利益ヲ受クル土地又ハ舊慣ニ依

ル區畫ヲ以テ其區域トシ其土地所有者ヲ以テ組合員ト爲ス水害豫防組合ハ水害ヲ受クヘキ地及ヒ之ニ接近スル地ニ付テ又ハ舊慣ニ依リテ府縣知事ノ定メタル區域ヲ以テ其區域ト爲シ此區域内ニ在リテ土地家屋ヲ所有スル者ヲ組合員ト爲ス普通水利組合ハ之ヲ設立スルト否トハ隨意ナリ組合員タルコトヲ得ル者五名以上ノ情願アリタルトキ又ハ組合事業ニ關係アル郡長又ハ市町村長ノ具情アリタルトキハ府縣知事ニ於テ公益上設置スヘキモノト認ムルニ於テハ創立委員ヲ命シ其議決ニ依リテ府縣知事ノ認可ヲ經タル上之ヲ設立スルモノトス之ニ反シテ水害豫防組合ハ強制シテ設立ヲ爲サシム即チ府縣知事カ一定ノ手續ヲ經テ關係者ノ異議ニ拘ハラス之ヲ設立ス其廢止ニ付テモ普通水利組合ニ在リテハ組合員ノ議決ニ依リ水害豫防組合ニ於テハ府縣知事之ヲ廢止ス然レトモ普通水利組合ハ其設立ハ隨意ナリト雖モ其加入ハ隨意ナルコトヲ得スシテ一タヒ設立セラレタルトキハ之ニ異議アル者ト雖モ必ス加入セザルヘカラス即チ加入ハ強制的ナリ水利組合ニハ組合會ヲ置キ以テ議決機關ト爲ス又執行機關トシテハ組合ノ管理者アリ管理者ハ市町村長又ハ郡長ヲ以テ之

ニ當テ水利組合ニ關スル重要ナル事項ハ組合規約ヲ以テ之ヲ定ム

## 第二節 牧畜

牧畜ニ關スル行政ハ家畜飼養ノ保護獸疫ノ豫防及ヒ獸類ノ醫療ノ三箇ノ目的ヲ有ス

### 第一 家畜飼養ノ保護

家畜飼養ノ保護ニ關スル行政ハ或ハ官設家畜飼養所ノ設立家畜展覽會ノ開設又ハ種牛馬ノ飼養ノ如キ事實上ノ作用アリ家畜ノ改良ニ關スル現行法規ノ重ナルモノハ一ハ明治三十年三月法律第十二號種牡馬検査法ナリ此法律ニ依レハ牡馬ハ毎年検査ヲ受ケ合格セルモノニ非サレハ種付クニ使用スルコトヲ得サルモノト爲ス又一ハ明治三十四年四月法律第二十二號馬匹去精法ナリ此法律ニ依レハ牡馬ハ種牡馬ヲ除ク外總テ強制シテ去精ヲ行フ其他牛馬ノ改良ヲ圖ル目的ノ爲メニ產牛馬組合ヲ設置スルコトヲ得ルハ明治三十三年二月法律第二十號產牛馬組合法ノ規定スル所ナリ

ニスルモ猶ホ再審ノ訴ニ於テ不服ヲ申立ツルコトヲ得サルヤト云フニ終局判決ノ根據ト爲リタル其以前ノ中間判決其他ノ裁判ニ再審ノ訴ノ原因存スルトキハ終局判決ニ對シ再審ノ訴ヲ起シテ右ノ原因ヲ主張スルコトヲ得ルモノニシテ其再審ノ原因アル裁判カ終局判決ヲ爲シタル裁判所ニ於テ爲サレタルトキト下級審ニ於テ爲サレトキトヲ問ハサルナリ(第四七一條)

### 第二 法定ノ方式ニ從ヒテ爲スコト

再審ノ訴ノ提起ハ管轄裁判所カ區裁判所ニ非サルトキハ其方式トシテ訴狀ヲ提出シテ爲スコトヲ要ス而シテ其訴狀ニ記載スヘキ必要事項ハ控訴上告ニ於ケルト殆ト同一ニシテ不服ヲ申立ツル判決ノ表示ヲ取消ノ訴又ハ原狀回復ノ訴ヲ起ス旨ノ陳述トノ二箇ニシテ之ニ付テハ控訴ニ關スル説明ヲ茲ニ應用スヘシ其他訴狀ハ一般準備書面ノ規定ニ從ヒテ作成シ殊ニ準備事項トシテ不服ノ理由ヲ表示シ且其理由及ヒ木變期間ノ遵守ヲ明白ナラシムル事實ニ付テノ證據方法及ヒ如何ナル程度ニ於テ原判決ニ不服アリテ其廢棄若クハ破毀ヲ求ムルヤ又本案ニ付キ更ニ如何ナル裁判ヲ求ムルヤノ申立ヲ揭クヘキモノトス

此等ノ事項ハ訴狀ニ記載スヘキ要件ニ非サルヲ以テ訴狀ニ記載ナキモ訴ノ效力ニ何等ノ影響ナク口頭辯論ニ於テ始メテ之ヲ陳述スルモ可ナリ又一旦訴狀ニ記載シタル場合ニ口頭辯論ニ於テ之ヲ變更スルモ可ナリ而シテ其口頭辯論ニ於ケル陳述ハ常ニ判決ノ標準ト爲スヘキモノナリ但訴狀ニハ取消ノ訴ヲ起スヤ又ハ原狀回復ノ訴ヲ起スヤヲ明記確定スルヲ要スルヲ以テ一旦取消ノ訴ヲ起ス旨ヲ掲ケタル訴狀ヲ提出シタル後口頭辯論ニ於テ之ヲ原狀回復ノ訴ニ變更スルカ如キハ初ヨリ提起セラレサル訴ヲ主張スルモノニシテ固ヨリ許サルヘキモノニ非ス(第四七五條)

訴ノ提起其他ノ手續ハ別段ノ規定ナキ限ハ其訴ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲スヘキ裁判所ノ訴訟手續ニ關スル規定ヲ準用スヘキヲ以テ第四七三條其訴ノ管轄裁判所カ區裁判所ナルトキハ必スシモ訴狀ヲ差出スコトヲ要セス右訴狀ニ記載スヘキ要件ヲ口頭ヲ以テ陳述シ以テ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ

第三 法定ノ不變期間内ニ提起スルコト

此期間ハ原則トシテハ一箇月ニシテ再審ノ訴ヲ起スヘキ原告若クハ被告カ不

服ノ理由ヲ知リタル日ヲ以テ始マル判決ノ確定以前ニ在リテハ固ヨリ再審ノ訴ヲ許ササルヲ以テ其確定以前ニ原告若クハ被告カ不服ノ理由ヲ知リタル場合ニ於テハ其確定ヲ以テ始マルモノトス但後ノ場合ニ於テハ原狀回復ノ訴及ヒ第四百六十八條第一號第三號ノ原因ニ由ル取消ノ訴ハ同條末項及ヒ第四百七十條ノ規定アルカ爲メ之ヲ起スコトヲ得サルコトアリ又判決確定ノ日ヨリ起算シ五箇年ノ満了シタルトキハ縱令不服ノ理由ヲ知リタル日ヨリ起算シ一箇月ノ期間經過セザルトキ又ハ五箇年以後ニ於テ始メテ不服ノ理由ヲ知リタルトキト雖モ再審ノ訴ヲ起スコトヲ得ス(第四七四條第一項乃至第三項)

第四百六十八條第四號ノ場合ニ於ケル取消ノ訴ニ付テノ一箇月ノ不變期間ハ右ノ規定ニ依ラス例外トシテ單ニ其原告若クハ被告又ハ其法律上代理人カ送達ニ因リ不服アル判決アリタルコトヲ知リタル日ヨリ始マルモノナリ故ニ不服ノ理由ヲ判決送達前ニ知リタルトキト雖モ其送達アルマテハ不變期間ノ進行ヲ始メス又判決確定後五箇年ヲ經過シタルトキト雖モ同シク其判決ノ送達ニ因リテ之ヲ知リタル日ヨリ起算シ一箇年ノ期間満了セザル間ハ此訴ヲ提起

スルコトヲ妨ケス即チ原告若クハ被告カ法律上代理人若クハ訴訟代理人ニ依リ代理セラレテ判決ヲ受ケ其代理人カ判決ノ送達ヲ受ケ上訴期間經過シテ判決カ形式上確定シタルモ右ノ代理人カ真正ノ代理人ニ非サリシトキハ其原告若クハ被告又ハ其真正ノ法律上代理人カ送達ヲ受ケテ其判決ヲ知ルマテハ事實上之ヲ知ルト否トヲ問ハス不變期間ノ進行ヲ始ムルコトナシ(第四七四條末項)然ラハ右判決カ形式上確定スル以前ニ於テ適法ニ代理セラレサリシ原告若クハ被告自身又ハ其真正ノ法律上代理人カ送達ヲ受ケテ其判決アリタルコトヲ知リタルトキハ不變期間ノ進行ハ何時ヨリ始マルヘキモノナルカ是レ一ノ疑問ナリ第四百七十四條末項ハ判決ノ確定前ニ不服ノ理由ヲ知リタルトキハ不變期間ハ判決ノ確定ヲ以テ始マルトノ同條第二項ノ規定ヲ右取消ノ訴ニ適用セサル旨ヲ明言スルヲ以テ判決ノ確定以前ニ送達ニ因リテ之ヲ知リタルトキト雖モ其確定後ニ於ケルト同シク送達ノ日ヨリ不變期間ヲ起算スヘキハ解釋上疑ヲ容ルルノ餘地ナキカ如キモ果シテ然リトセハ判決ノ送達後確定前ニ在リテハ故障若クハ上訴ヲ爲スコトヲ得ルト同時に再審ノ訴ヲモ亦爲スコト

ヲ得ヘキヤノ疑問ヲ更ニ生スヘシ若シ此時期ヲ以テ所謂不變期間中ナリトシ再審ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノトセハ確定判決ニ對シテノミ再審ノ訴ヲ許ス立法ノ旨趣ト相反スルニ至ル故ニ或ハ右不變期間ハ常ニ判決ノ送達ヨリ始マルモノト解スルト同時ニ他ノ一方ニ於テ尙ホ判決ノ確定後ニ非サレハ再審ノ訴ヲ爲スコトヲ得サルモノトシ例ヘハ初メ訴訟行為ヲ爲シタル真正ノ代理人ニ非サル者ニ判決ヲ送達シタルヨリ二十日ヲ過キテ更ニ被代理者又ハ其真正ノ法律上代理人ニ判決ヲ送達シタリトセハ爾後十日間即チ其判決カ形式上確定スルマテハ取消ノ訴ノ不變期間中ナルニ拘ハラズ故障若クハ上訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ヘキカ爲メニ取消ノ訴ヲ起スコトヲ得サルモ其確定後二十日間ハ之ヲ提起スルコトヲ得ヘク若シ又右二ツノ送達カ同時ニ爲ザレタルトキハ結局取消ノ訴ハ之ヲ提起スルコトヲ得スト論決スルコトヲ得ヘキカ如キモ此訴ノ爲メニ設ケタル不變期間ノ經過中ニ之ヲ起スコトヲ得サルコトアリトスルハ頗ル其當ヲ得サルヲ以テ結局本問ノ場合ハ他ノ原因ニ由ル再審ノ訴ト同シク不變期間ハ判決ノ確定ヨリ始マルモノト解スルノ外ナシ

### 第三章 再審ノ手續

第一 同一ノ確定判決ニ取消ノ訴ノ原因ト原狀回復ノ訴ノ原因トカ並ヒ存スルトキハ當事者ノ一方又ハ雙方ヨリ此二箇ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ然レトモ若シ此二箇ノ訴カ同時ニ提起セラレタルトキハ原狀回復ノ訴ニ付テノ辯論及ヒ裁判ハ取消ノ訴ニ付テノ裁判カ確定スルマテ職權ヲ以テ之ヲ中止スヘキモノトス(第四六七條第三項)是レ即チ取消ノ訴ハ訴訟手續ノ重大ナル違法アルヲ理由トスルモノナレハ若シ其理由アルトキハ不服ヲ申立テタル原判決ハ常ニ廢棄セララルヘキカ故ナリ

第二 凡ソ再審ノ訴ノ提起アリタルトキハ裁判長ハ先ツ其訴ノ適法ナルヤ否ヤ即チ前章ニ説明シタル規定ニ從ヒ其訴ノ許スヘキモノナルヤ法律上ノ方式ニ適合スルヤ不適合期間内ニ提起シタルモノナルヤ管轄違ニ非サルヤ否ヤヲ審查シ其不適法ナルコト判然タルトキハ裁判長ノ命令ヲ以テ直チニ之ヲ却下スヘキモノナリ但此却下ノ命令ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得(第四七六條)

第三 裁判長カ右ノ規定ニ依リテ再審ノ訴ヲ却下セザリシ場合ニ期日ヲ定メテ口頭辯論ヲ開キタルトキハ裁判所ハ亦職權ヲ以テ前同一ノ事項ヲ調査シ其訴ヲ不適法ト認めタルトキハ之ヲ棄却スルノ判決ヲ爲スヘキモノナリ(第四七八條)

第四 口頭辯論ニ於テハ再審ノ訴ノ原告ハ相手方カ陳述ヲ爲シタルト否トニ拘ハラズ自己ノ主張スル再審ヲ求ムル理由及ヒ法律上ノ不適合期間ノ遵守ヲ明白ナラシムル事實ヲ説明セザルヘカラス(第四七七條)

第五 再審裁判所ハ申立ノ有無ヲ問ハズ便宜ニ從ヒ本案ニ付テノ辯論前ニ先ツ原告ノ主張スル再審ノ理由ハ眞實ニシテ且適法ナルヤ否ヤ及ヒ其訴ハ適法ニシテ許スヘキモノナルヤ否ヤ即チ第四百六十七條第一項第四百七十一條第四百六十八條乃至第四百七十條ノ規定ニ適合スルヤ否ヤノ點ニ辯論ヲ制限シテ此點ニ付キ裁判ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テ裁判所ハ再審ノ訴ヲ適法ノ理由ナシトシ又ハ許スヘカラサルモノト認めタルトキハ直チニ其訴ヲ棄却スルノ終局判決ヲ爲スヘク之ニ反シテ其訴ヲ適法ノ理由アリ且許スヘキモノト認

ヲタルトキハ其旨ノ中間判決ヲ爲スカ又ハ本案ノ終局判決ノ理由中ニ其旨ノ判斷ヲ掲クヘキモノナリ此中間判決ニ對シテハ特別ノ明文ナキヲ以テ獨立ノ上訴ヲ爲スコトヲ得ス本案ノ終局判決ニ對シテ上訴ヲ提起シタル場合ニ於テ同時ニ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルニ過キス此ノ如ク辯論ヲ分離シタル場合ニ於テハ本案ノ辯論ハ再審ヲ求ムル理由及ヒ許否ニ付テノ辯論ノ續行ト看做ナル本案ニ付テノ辯論及ヒ裁判ハ不服申立ノ理由ノ存スル部分ニ限り更ニ之ヲ爲スヘク例ヘハ數箇ノ請求ニ關スル判決ニ對シ其一箇ノ請求ニ關スル部分又ハ一箇ノ請求ノ一部分ノミニ付キ再審ヲ求ムル理由ヲ主張シタルトキハ其部分ニ付テノミ辯論及ヒ裁判ヲ爲スヲ以テ足レリトス(第四七九條)

第六 不服ヲ申立テラレタル原判決ハ之ヲ變更シテ再審ノ訴ノ原告ノ不利益ト爲スコトヲ得ス相手方カ原告ノ不利益ニ原判決ヲ變更センコトヲ求ムルニハ更ニ己レ自ラ原告トシテ獨立ノ再審ノ訴ヲ起スコトヲ要シ控訴若クハ上告ニ於ケルカ如ク附帶ノ申立ヲ爲スコトヲ得ス

第七 上告審ノ判決ニ對シ再審ノ訴アリ隨テ再審裁判所カ上告裁判所ナルト

キハ上告審ノ手續ニ依ルヘキハ勿論ナレトモ再審ヲ求ムル理由及ヒ其訴ノ許否ニ關スル必要ノ係爭事實ニ至リテハ其裁判所自ラ之ヲ判斷斟酌シテ判決ヲ爲スヘキモノトス(第四八一條)

第八 再審裁判所ノ判決ニ對シテハ其裁判所ノ判決ニ對シ一般ニ爲スコトヲ得ヘキトキハ上訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ(第四八二條)又其上訴ヲ許ササルモノト雖モ再審ノ原因アルトキハ更ニ再審ノ訴ヲ爲スコトヲ妨ケス

右ノ外再審ノ訴訟手續ニハ其訴ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲スヘキ裁判所ノ訴訟手續ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノナリ即チ再審裁判所カ第一審地方裁判所タルト區別裁判所タルト又控訴裁判所タルト上告裁判所タルトニ從ヒ各其裁判所ノ通常ノ訴訟手續ニ關スル規定ニ準シ訴ヲ起シ辯論ヲ爲シ攻撃防禦ノ方法ヲ提出シ及ヒ裁判ヲ爲スヘキモノナリ(第四七三條)故ニ關席判決ノ規定モ亦再審ノ訴ニ準用セラルルノ結果原告カ辯論期日ヲ懈怠シタルトキハ第二百四十七條ニ依リ訴却下ノ判決ヲ爲スヘキハ勿論ナレトモ若シ再審ノ訴ノ被告カ辯論期日ヲ懈怠シタルトキハ單純ニ第二百四十八條ノ規定ノミヲ適用スヘキニ

非ス其被告カ再審ノ理由ヲ生シタル前訴訟手續ニ於テ原告タルト被告タルト控訴人タルト被控訴人タルト上告人タルト被上诉人タルトニ從ヒ各其場合ニ關スル規定ニ依リ闕席判決ヲ爲スヘキモノナリ但再審ノ訴ノ許スヘキヤ否ヤ再審ヲ求ムル適法ノ理由存在スルヤ否ヤノ點ハ再審裁判所ノ職權ヲ以テ調査スヘキモノニシテ若シ其訴ノ要件ニ欠缺アリ又ハ適法ノ理由ナシト認メタルトキハ常ニ訴ヲ棄却スルノ判決ヲ爲スヘク本案ニ付テノ闕席判決ヲ爲スコトヲ得サルナリ

次ニ再審ノ訴ノ取下ニ關シテハ何等特別ノ規定ナキヲ以テ訴ノ取下ニ關スル規定ヲ準用スルノ外ナカルヘシ  
終ニ一言スヘキハ第四百八十三條ニ依レハ原告及ヒ被告カ共謀シテ第三者ノ債權ヲ詐害スル目的ヲ以テ故ラニ之ニ不利益ヲ及ホスヘキ判決ヲ受ケ而シテ其判決確定シタルトキハ詐害ヲ受クヘキ第三者ハ原告及ヒ被告ヲ共同被告トシテ其事由ヲ主張シ該確定判決ノ取消ヲ求ムル訴ヲ起スコトヲ得ヘシ此場合ニ於テハ原狀回復ノ訴ニ因レル再審ノ規定ヲ準用スヘキモノトス但右詐害訴

訟ノ繫屬中之ヲ知リタルトキハ第三者ハ第五十一條第二項ニ依リ主參加訴訟ヲ爲スコトヲ得ヘク而シテ第三者カ主參加訴訟ニ於テ敗訴シタルトキハ同一理由ニ因リテ再審ノ訴ヲ起スコトヲ得サルハ勿論ナリ

### 第五編 證書訴訟及ヒ爲替訴訟

#### 緒言

證書訴訟及ヒ爲替訴訟ニ關スル特別ノ規定ハ通常最モ明確ト認ムヘキ債權ニ基ク請求ニ付キ簡易迅速ナル手續ニ依リテ訴訟ヲ終結シ以テ債權者ヲシテ長時日ヲ要スルコトナク容易ニ執行名義ヲ得セシムルノ目的ニ出ツ即チ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ハ其必要ノ事實ヲ證書ニ依リテ證明スルコトヲ得ルトキニ限り此手續ヲ以テ之ヲ主張スルコトヲ許セリ證書訴訟及ヒ爲替訴訟ニ於テハ原告ノ主張ニ付テノ證據方法ヲ書證ニ限レルノミナラス被告ノ抗辯ニ付テノ證據方法モ亦書證ノミニ制限セララルモノナリ此ノ如ク簡易迅速ノ手續ニ依リテ爲シタル判

決ハ管ニ執行名義タルヲ得ルノミナラス第五百一條ノ規定ニ從ヒ裁判所ノ職權ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ付スヘキモノナルヲ以テ其判決ハ確定ヲ待タスシテ直チニ強制執行ヲ爲スコトヲ得ヘク勝訴ノ判決ヲ受ケタル原告ニ利便ヲ與フルコト尠カラサルニ反シ適法ノ證據方法ナキカ爲メ敗訴ノ言渡ヲ受ケタル被告ノ不利益甚タ大ナルヲ知ルヘシ是ニ於テカ原告ノ主張シタル請求ヲ爭ヒタル被告ニ對シテ敗訴ノ言渡ヲ爲ストキハ更ニ通常ノ訴訟手續ニ於テ之ヲ爭フノ權ヲ留保スヘキモノトセリ故ニ此場合ニ於ケル被告敗訴ノ判決ハ其性質中間判決ニシテ唯上訴及ヒ強制執行ニ關シテ終局判決ト看做サルルニ過キス隨テ爾後通常訴訟手續ニ於テ被告ノ抗辯ノ理由アリト認メラレタルトキハ廢棄セラルヘキモノトス

## 第一章 證書訴訟

### 第一節 證書訴訟ノ要件

證書訴訟ヲ提起スルニハ一般ノ訴訟條件ノ外左ノ特別ノ條件ヲ必要トス

第一 請求カ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コト(第四八四條)

右種類ノ請求ハ其原因ノ如何ヲ問ハス證書訴訟ヲ以テ主張スルコトヲ得ヘキモ不動産又ハ特定動産ノ引渡ヲ求ムル訴法律關係ノ成立不成立ノ確定ヲ求ムル訴ノ如キハ證書訴訟トシテ提起スルコトヲ得サルモノナリ然ラハ金錢其他ノ代替物ノ一定ノ數量ノ給付ヲ目的トスル請求ニシテ反對給付ヲ條件トスルモノハ之ヲ主張スルコトヲ得ルヤ如何督促手續ニ付テハ斯ル請求ヲ許ササル旨ノ明文ヲ掲ケタルニ拘ハラス第三八二條第二項證書訴訟ニ付テハ同一ノ規定ナシ而モ證書訴訟ノ性質上此ノ如キ複雑ナル請求ハ之ヲ除外シタルモノナルヤノ疑ナキニ非サレトモ解釋上積極說ニ從ハサルヲ得ス

第二 請求ヲ起スノ理由タル總テノ必要ナル事實ヲ證書ニ依リテ證スルヲ得ルコト(第四八四條)

請求ノ理由トシテ主張スル事實ハ其主タル請求ニ關スルト從タル請求ニ關スルトヲ問ハス總テ證書ヲ以テ證明スルコトヲ得ルトキニ非サレハ證書訴訟ヲ



起スコトヲ得ス然レトモ訴訟能力若クハ法律上代理權ノ有無又ハ裁判所ノ管轄ヲ定ムルニ必要ナル事實ノ如キハ所謂請求ヲ起スノ理由タル事實ニ包含セラルヲ以テ必スシモ證書ノミヲ以テ之ヲ證明スルヲ要セス

第三 訴狀ニハ一般ノ要件ノ外證書訴訟トシテ訴フル旨ノ陳述ヲ掲ケ其請求ノ理由タル事實ヲ證スル爲メノ證書ノ原本又ハ謄本ヲ添附スルコト(第四八五條)

證書訴訟ト雖モ之ヲ區裁判所ニ提起スルトキハ必スシモ訴狀ヲ差出スコトヲ要セス口頭ヲ以テ之ヲ起スコトヲ得唯此場合ニ於テハ證書訴訟トシテ訴フル旨ノ陳述ヲ調書ニ記載セシメ且證書ノ原本又ハ謄本ヲ差出シテ之ニ添附スルコトヲ要ス其他訴狀ヲ差出ス場合ニ於テ證書訴訟トシテ訴フル旨ノ陳述ヲ掲ケナリシトキハ證書訴訟ノ提起トシテ其效ナキハ勿論ナレトモ通常訴訟トシテ起訴シタルモノト看做スヘク爾後書面又ハ口頭辯論ニ於テ之ヲ追完シ以テ證書訴訟ト爲スコトヲ得又訴狀ニ證書訴訟トシテ訴フル旨ノ陳述ヲ掲ケナカラ必要ノ證書ヲ添附セザルトキハ證書訴訟トシテ不適法ノモノト爲リ其訴

ハ却下セラルヘキモノナリ但訴狀ニ證書ノ謄本ヲ添附シタル場合ニ於テ其謄本ニ多少ノ誤謬アルトキト雖モ大體ニ於テ原本ト同一ニシテ其謄本ト認メ得ヘキトキハ訴ノ效力ニ影響ヲ及ボナス又其證書カ果シテ原告ノ請求ノ理由トシテ主張スル事實ヲ證明スルニ足ルヤ否ヤ問題ハ訴狀ノ形式ヲ缺クヤ否ヤヲ定ムルニ必要ナラス

## 第二節 證書訴訟ノ手續

證書訴訟ニハ特別ノ規定ノ外總テ通常訴訟手續ノ規定ヲ適用スヘキモノナリ今其特別ノ規定ヲ舉クレハ左ノ如シ

第一 被告ハ妨訴ノ抗辯ニ基キテ本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得ス唯裁判所ハ被告カ妨訴ノ抗辯ヲ提出シタルトキハ便宜ニ從ヒ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ此抗辯ニ付キ辯論ノ分離ヲ命スルコトヲ得ル(第四八六條)又證書訴訟ニ於テハ外國人ニシテ原告又ハ原告ノ從參加人タル者ハ第八十八條ノ規定ニ依リ訴訟費用ノ保證ヲ立ツル義務ヲ免除セラレタルヲ以テ被告ハ其欠缺ニ基ク妨訴

ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得サルノ結果ヲ生ス

第二 證書訴訟ニ於テハ反訴ハ絕對ニ之ヲ起スコトヲ得ス故ニ此手續ニ於テハ請求ノ相殺シ得ヘキ場合ニ於テモ又其請求ヲ證書ノミニ依リテ證明シ得ヘキ場合ニ於テモ之ヲ反訴トシテ提起スルコトヲ得ス若シ反訴ヲ起シタルトキハ常ニ許スヘカラサルモノトシテ之ヲ却下スヘキモノナリ(第四八七條第一項)

第三 原告ノ主張スル請求ノ理由タル事實ハ勿論被告ノ抗辯其他雙方ノ事實上ノ主張並ニ證書ノ真否ニ付テモ總テ書證ノミヲ適法ノ證據方法トシテ許シ且書證ノ申出ハ證書ノ提出ヲ以テノミ爲スコトヲ得ヘク第三百三十五條第三百四十二條ニ依ル書證ノ申出其他ノ證據方法ハ一切之ヲ許サス(第四八七條第二項第三項)

第四 證書訴訟ノ提起ハ初ヨリ特別ノ方式ヲ要スルノ結果一旦通常訴訟トシテ起訴シタルトキハ如何ナル場合ニ於テモ之ヲ證書訴訟ニ變更スルコトヲ得テレトモ之ニ反シ初ヨリ證書訴訟トシテ起訴シタルトキハ口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ被告ノ承諾ヲ得スシテ原告ハ隨意ニ之ヲ通常訴訟ニ更ムルコトヲ得

差押ノ執行ニ要スル處分ヲ超過スル強制執行開始ノ虞アルトキト雖モ之ヲ爲スコトヲ得又斯ル申立ニ因リテ發セラレタル命令ハ民法第十七條ニ規定セル期間假差押ノ執行ニ要スル處分ニ非サレハ執行ヲ爲スコトヲ得サル旨ノ執行上ノ制限ヲ命シタル裁判ナルヲ以テ斯ル期間差押ノ如キ保全ノ行爲ハ之ヲ爲スコトヲ得レトモ競賣ノ如キ保全ノ目的ヲ超過スル行爲ハ之ヲ爲スコトヲ得ス(民事訴訟法第七百三十條及ヒ民事訴訟法改正案第九百十條ニ規定セル金銭ノ支拂ヲ目的トセサル債權ノ如キ假差押ヲ以テ保全スルコトヲ得サル債權ノ強制執行ニ於テ相續人ノ申立ニ因リ斯ル命令ヲ發スルコトヲ得ルヤ否ヤハ頗ル疑アリト雖モ予輩ハ民事訴訟法第六百七十九條ノ規定ヲ準用シ積極的ニ論決スルヲ正當ト思フ)隨テ相續人ハ斯ル命令ヲ提出シ假差押ノ執行ニ要スル處分ヲ超過スル不適法ノ執行處分ノ取消ヲ求ムルコトヲ得ヘシ(第五〇條第一項第五一條民事訴訟法改正案第六七五條第一項第六七六條但民法第一千七條ニ規定セル期間經過後ニ在リテハ斯ル命令ニ關係ナク強制執行ヲ爲スコトヲ得ルヤ言フ埃タス同一ノ法則ハ民法第一千二十九條ノ規定ニ依リテ定マリ

タル期間内ニ在ル相續人ニ對シテモ適用アルヲ當然トシ又民法第一千七百七條ニ規定セル期間及ヒ民法第一千九條ノ規定ニ依リテ定マリタル期間前ニ破産法案ノ規定ニ從ヒ相續財産ニ對シ破産宣告ノ申立アリタル場合ニ於テハ相續人ノ利益ヲ保護シ且各破産債權者ニ平等ナル満足ヲ擔保スルカ爲メニ破産宣告ノ裁判アルマテ前述ノ強制執行ノ制限ヲ維持スルヲ當然トス民事訴訟法改正案ニ於テ斯ル趣意ノ明文ヲ缺クハ立法上失當ナルニ似タリ

(B) 債權者ハ強制執行ノ手續ニ於テ異議ヲ申立ツルノ權利ヲ有シ第五四四條第五四五條第五二二條又民事訴訟法第七百三十五條ニ規定セル場合ニ於テ審訊ニ應シ陳述ヲ爲スノ權利ヲ有ス前者ハ執行ノ異議中ニ之ヲ略述シ後者ハ之ヲ執行ノ方法中ニ略述スルヲ適當トスルヲ以テ茲ニ之ヲ省略スヘシ

### 第二編 執行ノ要件及ヒ執行ノ異議

公法的強制執行權カ有效ニ成立スルニハ法律上一定セル執行ノ要件存スルトヲ要ス法律上一定ノ要件存スルニ非ツレハ債權者ハ執行ノ機關ニ對シ執行

行爲ヲ債務者ニ對シテ爲スヘキ旨ヲ求ムルノ訴訟的請求權ヲ有スルコトナク又執行ノ機關ハ債權者ノ申立ニ因リテ執行行爲ヲ實施スヘキ職責ヲ負フコトナシ是レ蓋シ國家カ或一私人ノ利益ノ爲メニ其中立ニ因リテ他ノ一私人ノ權利範圍ニ干渉スルニハ之ニ依リテ毫モ實體上不正ノ存在スルニ至ラサル旨ノ十分ナル擔保アルコトヲ要スルニ由ル故ニ民事訴訟法ニ於テハ斯ル擔保ノ爲メニ執行ノ機關カ其職務ヲ實施スル以前ニ實在スルコトヲ必要トスル種種ノ前提要件ヲ規定シタリ是ヲ以テ執行ノ機關ハ職權ヲ以テ斯ル要件ノ存否ヲ調査シ其結果斯ル要件ニ欠缺アリト認メタルトキハ執行行爲ノ實施ヲ求ムル債權者ノ申立ヲ却下スルコトヲ要シ又債務者ハ強制執行ノ終結以前ニ在リテ斯ル要件ニ欠缺アリト認メタルトキハ異議又ハ抗告ニ依リテ斯ル要件ノ欠缺アルニ拘ハラス實施セラレタル執行行爲ニ對シ不服ヲ申立ツルコトヲ得強制執行ノ終結後ニ在リテハ斯ル執行行爲ヲ爲シタル者ニ對シ民法ノ規定ニ從ヒ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ而シテ或執行行爲實施ノ當時斯ル要件完備セタルトキハ其實施アリタル執行行爲ハ法律上當然無効ニシテ爾後要件ノ追完

ニ依リ該執行行為ヲ法律上有效ト爲スコトヲ得ス  
 強制執行ハ法律上許スヘカラサル方法ニ依リテ之ヲ實施シ又ハ債務者若クハ  
 第三者ノ權利ヲ侵害スルニ至ルコトアリ斯ル場合ニ於テ既ニ強制執行ノ終結  
 アリタルトキハ債權者カ強制執行ノ實施ニ依リテ利得シタルモノヲ返還スル  
 コトヲ要スルヤ否ヤノ私法の問題ヲ惹起シ又未タ強制執行ノ終結ナキトキハ  
 之ニ關スル違法事項ヲ除去スルカ爲メニ異議ヲ申立ツルコトヲ得ルヤ否ヤノ  
 訴訟法の問題ヲ惹起スルモノナリ而シテ斯ル異議ハ或ハ訴訟上強制執行ノ失  
 當タルコトヲ原因トシ或ハ私法上強制執行ノ失當タルコトヲ原因トス民事訴  
 訟法第五百二十二條及ヒ第五百四十六條ニ規定セル執行文ノ付與ニ對スル債  
 務者ノ異議及ヒ民事訴訟法第五百四十四條ニ規定セル執行ノ方法ニ關スル異  
 議ハ前者ニシテ民事訴訟法第五百四十四條ニ規定セル確定シタル請求ニ關ス  
 ル異議及ヒ民事訴訟法第五百四十九條ニ規定セル執行ノ目的物ニ關スル異議  
 ハ後者ニ屬ス

左ニ執行ノ要件及ヒ執行ノ異議ヲ略述スヘシ

## 第一章 執行ノ要件

債權者カ國家ニ對シ強制執行手續ニ依ル法律保護ヲ求ムルニハ三箇ノ前提要  
 件存在セサルヘカラス執行シ得ヘキ債務名義執行力アル正本及ヒ債務名義ノ  
 送達是ナリ前者ハ學說上之ヲ強制執行ノ實體的要件ト稱シ後二者ハ學說上之  
 ヲ強制執行ノ形式的要件ト稱ス左ニ之ヲ分説スヘシ

### 第一節 執行シ得ヘキ債務名義

強制執行ヲ實施スルニハ國家ノ強制力ノ適用ニ依リテ實在の満足ヲ享有セシ  
 ト欲スル債權者ノ實體的請求カ執行シ得ヘキ終局判決其他ノ債務名義ニ依リ  
 テ確定セラレタルコトヲ要ス是レ畢竟強制執行ハ債務者ノ意思ニ關係ナク債  
 權者ニ實在の満足ヲ得セシムル方法ナルヲ以テ債權者カ債務者ニ對シテ有ス  
 ル實體的請求權ノ確實ナルコトヲ期スルニ在リ故ニ執行シ得ヘキ債務名義存  
 在セスシテ實施シタル執行行為ハ法律上當然無効ニシテ債務者ノ追認又ハ實

體上ノ請求權存在スル旨ノ立證ニ依リテ斯ル執行行為ヲ有效ト爲スコトヲ得  
ヌ又執行シ得ヘキ債務名義ノ存否ハ執行機關職權ヲ以テ之ヲ調査シ其結果執  
行シ得ヘキ債務名義存セザルモノト認メタルトキハ縱令債權者及ヒ債務者カ  
共同シテ執行ニ關シ債務名義ヲ要セザル旨ヲ申立フルモ執行機關ニ於テ強制  
執行ヲ開始スルコトヲ得ス左ニ執行シ得ヘキ債務名義ノ意義ト其種類トヲ略  
述スヘシ

(一) 意義 執行シ得ヘキ債務名義トハ執行スヘキ請求權ヲ確定シタル公正證  
書ニシテ法律上執行シ得ヘキ債務名義ト表示セラルルモノナリ(1)債務名義ハ  
證書其モノニシテ證書ニ依リテ確定セラレタル請求其モノニ非ス元來強制執  
行ニ關シテハ國家ノ機關又ハ國家ノ機關ノ指揮ノ下ニ於ケル當事者ノ國家ニ  
依リテ如何ナル債務者カ如何ナル債權者ニ對シテ如何ナル債務ヲ負ヒタルカ  
ヲ何時ニテモ認識スルコトヲ得ヘキカ爲メニ書面ニテ確定シアルコトヲ要ス  
ルハ羅馬法以來ノ確定不動ノ法則ニシテ又強制執行手續ニ依リテ満足ヲ享ク  
ヘキ請求權存否ノ調査ハ私權確定ノ手續ニ關シ行ハルヘキ法則ト同一ノ法則

ニ依リテ之ヲ爲スカ如キハ唯リ不必要ナルノミナラス強制執行ノ效用ヲ害シ  
執行手續ヲ迅速ニ實施スルノ妨ト爲リ且執行ノ機關殊ニ執達吏ニ適當セザル  
所ナリ故ニ近世ノ訴訟法ニ在リテハ執行ノ機關カ執行前ニ爲スヘキ調査ハ法  
律上一定シタル執行ノ前提要件ノ存否ノミニ制限シ強制執行ノ法律保護ニ依  
リテ受クヘキ請求權ノ存否ニ關スル實體的調査ヲ爲サシメス而シテ我民事訴  
訟法ハ獨逸民事訴訟法ト同シク斯ル法則ヲ是認シ執行ヲ正當ナラシムル事<sup>メリス</sup>  
實<sup>メリス</sup>ヲ記載セル公正證書ヲ以テ債務名義ト稱シ其存在ヲ以テ執行ノ前提要件ト  
爲セリ是レ債務名義ハ證書ナリト云フ所以ナリ(2)債務名義ハ公正證書ナリ故  
ニ私署證書ハ債務名義ト爲ラス元來公正證書ハ公ノ官廳又ハ公ノ信用ヲ具フ  
ル一私人(例ヘハ公證人)カ其權限内ニ於テ法定ノ形式ヲ踐ミテ作成シ且特別ナ  
ル過去ノ事實ヲ傳フル書面ナルヲ以テ其性質上公ノ信用アルモノト謂ハサル  
ヘカラス是ヲ以テ法律ハ債務者ノ債務ヲ確定シタル公正證書ヲ債務名義ト爲  
シタリ故ニ言渡サレタルモ未タ適法ナル書面ニ記載セラレタル判決調書ニ未  
タ記載セラレタル裁判其他裁判上ノ和解ニシテ未タ調書ニ記載ナキモノハ強

制執行ノ債務名義ト謂フコトヲ得ス是レ債務名義ハ公正證書ナリト云フ所以ナリ(3)執行シ得ヘキ債務名義ハ法律上執行シ得ヘキ債務名義トシテ表示セラレ且執行スヘキ請求權ヲ確定シタルモノナリ元來強制執行手續ニ關シテハ執行スヘキ請求權即チ強制執行ノ目的タル請求權カ執行ヲ爲スニ熟スルコト即チ執行シ得ヘキモノナルコトヲ要ス而シテ執行スヘキ請求權カ執行ヲ爲スニ熟スルニハ法律上執行シ得ヘキ債務名義トシテ表示セラレタル公正證書ニ依リ執行スヘキ請求權ノ確定アリタルコトヲ要ス蓋シ然ラサレハ強制執行ヲ正當ナラシムル法定ノ原因存セサルヲ以テナリ是レ執行シ得ヘキ債務名義トハ執行スヘキ請求權ヲ確定シタル公正證書ニシテ法律上執行シ得ヘキ債務名義トシテ表示セラレタルモノナリト云フ所以ナリ

(二) 種類 債務名義ニハ民事訴訟法ニ於テ規定セルモノト他ノ法律ニ於テ規定セルモノトアリ民事訴訟法ニ規定セル債務名義ハ我帝國通常裁判所ノ執行シ得ヘキ終局判決和解抗告ノミヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判執行命令假差押並ニ假處分命令及ヒ公證人作成ノ公正證書第四九七條第五九條第

七四八條民事訴訟法草案第六三二條第六八五條第九三三條ニシテ又他ノ法律ニ於テ規定セル債務名義ハ破産手續ニ於テ確定シタルニ因リテ得タル權利名義商法第一〇四九條破産法案第二八二條刑事部ニ於テ賠償及ヒ訴訟關係人ニ辨済スヘキ訴訟費用ニ付キ爲シタル判決(刑事訴訟法第三二三條行政裁判所ノ判決行政裁判法第二一條軍法會議私訴裁判(陸海軍軍法會議私訴裁判強制執行法第一條第五條等ナリ)左ニ民事訴訟法ニ規定セル債務名義ヲ略述スヘシ

(A) 我帝國通常裁判所ノ執行シ得ヘキ終局判決 民事訴訟法ノ規定ニ依レハ債務名義タル判決ハ我帝國通常裁判所ノ言渡シタル終局判決ニシテ執行シ得ヘキモノナルコトヲ要ス左ニ之ヲ分説スヘシ

(甲) 終局判決タルコトヲ要スル判決ニハ終局判決ト中間判決トノ區別アリ(第二二五條第二二七條終局判決トハ各審級ニ於テ訴訟ヲ終局セシムル判決ナリ而シテ訴訟ハ或ハ訴訟法上ノ理由ニ基キ訴又ハ反訴ヲ以テ主張シタル請狀ニ付キ裁判ヲ爲スコトヲ拒絕スル裁判ニ因リテ終局シ又或ハ實體法上ノ理由ニ基キ訴又ハ反訴ヲ以テ主張シタル請求ニ付キ裁判ヲ爲スニ因リテ

終局ス故ニ妨訴ノ抗辯正當ナルカ爲メニ若クハ訴訟方式ノ不適法ナルカ爲メニ原告ノ訴ヲ却下シタル判決事物ノ管轄違フルカ爲メニ區裁判所ヨリ地方裁判所ニ又ハ後者ヨリ前者ニ事件ヲ移送シタル判決第九條故障上訴再審等ヲ不適法トシテ棄却シタル判決第二五九條第四一九條第四三九條第四七八條上級裁判所ニ於テ下級裁判所ノ判決ヲ廢棄シ更ニ辯論及ヒ裁判ヲ爲メシムルカ爲メニ事件ヲ原裁判所ニ差戻ス判決並ニ事件ヲ原裁判所ト同等ノ裁判所ニ移送スル判決(第四二二條、第四二三條、第四四八條)差戻判決ハ其之ヲ爲シタル上級審ニ於テ訴訟ヲ終局セシムル裁判ナルヲ以テ終局判決タルコト洵ニ明白ナリ我大審院ニ於テ之ヲ中間判決ト爲シタルハ失當ナリ)如キ訴訟法上ノ理由ニ基キ訴又ハ反訴ヲ以テ主張シタル請求ニ付キ裁判ヲ爲スコトヲ拒絕スル裁判ハ勿論訴又ハ反訴ヲ以テ主張シタル請求ノ一部若クハ全部又ハ一箇若クハ數箇ノ當否ヲ確定シタル裁判ハ何レモ終局判決ニ屬ス(第二二五條、第二二六條中間判決トハ必要的口頭辯論ニ基キ將來言渡サルヘキ終局判決ノ基礎タル争點ニ付キ豫メ爲シタル裁判ナリ故ニ中間ノ争點

ヲ訴訟ノ進行中ニ於テ必要的口頭辯論ニ基キ裁判スヘキ訴訟上ノ攻撃及ヒ防禦ノ方法ニ付キ爲シタル裁判(第二二七條、第三五一條)妨訴ノ抗辯ヲ棄却シタル判決(第二〇六條、第二〇七條)各箇ノ獨立ナル攻撃及ヒ防禦ノ方法即チ分離シテ裁判スルコトヲ得ヘキ實體上ノ攻撃及ヒ防禦ノ方法ニ付キ爲シタル裁判(第二二七條)請求ノ原因並ニ數額ニ付キ争アル場合ニ於テ先ツ其原因ニ付キ爲シタル裁判(第二二八條)及ヒ被告ニ權利ノ行使ヲ留保シタル判決(第四二九條、第四九一條)何レモ中間判決ニ屬ス此ノ如ク中間判決ハ終局判決ヲ爲スカ爲メニ判斷スルコトヲ必要トスル争點ニ付キ豫メ裁判シタル判決ニシテ各審級ニ於ケル訴訟ノ全部又ハ一部ヲ終局スル判決ニ非サルヲ以テ將來言渡スヘキ終局判決準備ノ爲メニスル判決即チ終局判決理由ノ構成成分ニシテ豫メ判示シタルモノト謂ハサルヲ得ス故ニ中間判決ニ於テハ訴訟費用ニ付キ裁判ヲ爲スコトヲ得ス又中間判決ハ獨立シテ上訴ノ目的ト爲リ及ヒ強制執行ノ債務名義ト爲ルコトヲ得サルヲ當然ナリトス是レ民事訴訟法第四百九十七條ニ於テ「強制執行ハ……終局判決ニ因リテ之ヲ爲ス」ト規定シタ

ル所以ナリ(民事訴訟法改正案第六三二條)但シ(四)式ニ因リテモ(五)式ノ利息及ビモ被告ニ權利ノ行使ヲ留保シタル判決ハ各審ニ於ケル訴訟ヲ終局セシメ且テ却テ訴訟ハ斯ル判決ヲ爲シタル裁判所ニ繫屬スルヲ以テ(第四二七條、第四九二條)中間判決ニシテ終局判決ニ非サルコト前述ノ如シ故ニ留保ヲ掲ケタル判決ハ強制執行ノ債務名義ト爲ラス是ヲ以テ法律ハ留保ヲ掲ケタル判決ヲ強制執行ニ付キ終局判決ト看做シ勝訴者ノ爲メニ迅速ニ其權利ヲ實行スルコトヲ得セシメタリ(第四二六條、第四九一條)獨逸ニ於テ「ガウプ」ウキルモ「スキ」フツチング氏等ハ留保ヲ掲ケタル判決ハ解除條件附判決ニシテ中間判決ニ非スト主張シ其理由トシテ留保ヲ掲ケタル判決ハ爾後ノ手續ニ於テ之ヲ廢棄スルコトヲ得ルヲ以テ將來言渡スヘキ終局判決ノ或元素ニ付キ豫メ裁判ヲ爲シタル判決ト謂フコトヲ得スト云ヘリ參考ノ爲メユ一言ス)

(乙) 執行シ得ヘキ終局判決タルコトヲ要ス 執行シ得ヘキ終局判決トハ事實上及ヒ法律上強制執行ヲ爲スニ適當ナル終局判決ナリ

(1) 事實上強制執行ヲ爲スニ適當ナル終局判決トハ債務者ニ對シ強制履行

ヲ爲サシムルニ足ル内容ヲ存スル終局判決ナリ是ヲ以テ現在ニ於テ又ハ將來ニ於テ第五一八條第二項、第五二九條或一定ノ給付ヲ爲スヘキコトヲ命シタル判決即チ給付判決ハ事實上強制執行ヲ爲スニ適當ナル終局判決ナリト謂フコトヲ得ヘント雖モ其他ノ終局判決ハ斯ル判決ナリト謂フコトヲ得ス蓋シ或一定ノ給付ヲ爲スヘキコトヲ命シタル判決ニ非サレハ民事訴訟法ニ規定シタル強制執行ノ方法ニ從ヒテ執行ヲ爲スコトヲ得サレハナリ故ニ被告ニ對シ原告ニ一定ノ金額ノ支拂ヲ命シタル判決ノ如キ或一定ノ行為ヲ爲スヘキコトヲ命シタル判決又被告ニ對シ原告ノ爲メニ一定ノ建物ヲ築造スヘカラサル旨ヲ命シタル判決ノ如キ或一定ノ不行爲ヲ命シタル判決ハ何レモ事實上強制執行ヲ爲スニ適當ナル終局判決ナリト雖モ第六編第二章第三章、民法施行法第五〇條、民法第四一四條或一定ノ法律關係ヲ確定スル判決即チ確認判決、離婚判決ノ如キ已存ノ法律的状态ヲ變更スルノ效力ヲ發生スル判決即チ設定判決、原告ノ訴及ヒ假差押並ニ假處分ノ申請ヲ却下シタル判決、數額ヲ定メシテ損害賠償ノ義務アル旨ノ言渡シタル判決、債務ノ一定



ノ目的物ノ表示ヲ缺キタル判決例へハ給付ノ種類及ヒ數量ニ付キ一定ノ表示ヲ缺キタル判決多數ノ債務者ニ對スル共同責任關係ニ付キ負擔部分ノ表示ナキ判決ノ如シ但此種ノ判決ハ爾後新ニ訴ヲ提起シ債務ノ目的物及ヒ負擔部分ヲ確定スルニ因リテ執行シ得ヘキ判決ト爲ル假差押並ニ假處分ヲ取消シタル判決第五〇一條第四強制執行ヲ停止スル判決第五〇一條第一號民事訴訟法第五百一條第四及ヒ第五百五十條第一ニ規定シタル判決ハ強制執行ヲ停止スル判決ニシテ之ヲ爲スニ適當ナル判決ニ非サルコト言ヲ換タスハ何レモ事實上強制執行ヲ爲スニ適當ナル判決ト爲ラス然レトモ之カ爲メニ或一定ノ給付ヲ命ジタル各給付判決ハ總テ事實上強制執行ヲ爲スニ適當ナル判決ナリト速斷スルコト勿レ夫婦ノ同居ヲ目的トスル訴ニ基キ原告ノ勝訴ヲ言渡シタル判決及ヒ被告ニ對シ第三者ヲシテ代リテ爲サシムルコト能ハサル雇傭契約上ノ勞務ニ服スヘキ旨ヲ言渡シタル判決ハ給付契約ナリト雖モ債務ノ性質カ強制履行ヲ許ササルモノナルヲ以テ事實上強制執行ヲ爲スニ不適當ナル判決ナリ

終局判決カ事實強制執行ヲ爲スニ適當ナル内容ヲ有スルヤ否ヤハ判決主文ニ依リテ之ヲ定ム判決理由ハ判決主文ヲ解釋スルノ用ヲ爲スニ過キス是レ單ニ判決理由中ニ存スル給付ヲ爲スヘキ旨ノ命令ハ強制執行ノ債務名義ト爲ラサル所以ニシテ又後述ノ如ク執行文ハ完全ナル正本ニ基キテ之ヲ付與シ單ニ判決主文ニ基キテ之ヲ付與セサル所以ナリ

(2) 法律上強制執行ヲ爲スニ適當ナル終局判決トハ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ確定シタル終局判決又ハ假執行ノ宣言アル終局判決ナリ(第四九七條民事訴訟法改正案第六三二條然レトモ例外トシテ第一民事訴訟法第二百七條第二項但書ノ規定ニ基キテ言渡シタル本案ノ判決ハ確定シ又ハ假執行ノ宣言アルトキト雖モ民事訴訟法第二百七條ノ規定ニ基キテ言渡シタル妨訴抗辯棄却ノ判決確定スルマテハ法律上強制執行ヲ爲スニ適當ナル終局判決ト爲ラス民事訴訟法第二百二十八條第二項後段ノ規定ニ基キテ言渡シタル數額ノ判決ハ確定シ又ハ假執行ノ宣言アルトキト雖モ民事訴訟法第二百二十八條第一項ニ基キテ言渡シタル請求ノ原因ヲ正當ナリトスル判決確定スルマ

テハ法律上強制執行ヲ爲スニ適當ナル終局判決ト爲ラヌ何トナレハ前示本案ノ判決及ヒ數額ノ判決ハ其性質上其前提タル妨害抗辯棄却ノ判決及ヒ請求ノ原因ヲ正當ナリトスル判決ノ確定ヲ執行ノ條件ト爲スモノナルヲ以テナリ換言スレハ前示本案ノ判決及ヒ數額ノ判決ハ曩ニ言渡アリタル妨害抗辯棄却ノ判決及ヒ請求ノ原因ヲ正當ナリトスル判決ト共ニ一ノ完全ナル判決ヲ成シ後者ノ判決カ上訴ノ結果變更若クハ破毀セラルルトキハ當然其效力ヲ失フヲ以テナリ而シテ後者ノ判決確定ノ存否ハ執行文件與ノ際ニ之ヲ調査スヘキモノトス(第五一六條)第二假執行ノ宣言アル判決又ハ假執行ノ宣言ヲ破毀又ハ變更スルノ判決及ヒ假差押並ニ假處分ヲ命シタル判決(第五一〇條)第一項第七四九條第七五六條第七四四條第三項ハ假執行ノ宣言ナクシテ直チニ執行スルコトヲ得ヘキ終局判決ナリ蓋シ法律ハ前者ノ判決ニ關シテハ明示的ニ又後者ノ判決ニ關シテハ默示的ニ即時ノ執行力ヲ是認シタルヲ以テナリ左ニ判決ノ確定ト假執行ノ宣言トヲ説明スヘシ

(四) 判決ノ確定ニ強制執行ハ通則トシテ判決ノ確定ヲ前提要件トス(第四

九七條)第五〇一條乃至第五〇五條)第五〇九條)判決カ形式的ニ確定シタルトキ即チ上訴又ハ故障ヲ以テ不服ヲ申立ツルコト能ハサルニ至リタルトキハ執行スヘキ請求權ノ存在確實ナルヲ以テ債權者ノ爲メニ強制執行ヲ實施スルヲ正當トス是レ判決ニ基ク強制執行ハ該判決ノ形式的確定ヲ必要トスル所以ナリ左ニ判決ノ形式的確定期ト其證明方法トヲ略述スヘシ

第一 判決ノ形式的確定期 判決ハ強制執行ノ債務名義タルニ適當ナルモノナルト否トニ拘ハラス上訴又ハ故障ヲ以テ不服ヲ申立ツルコト能ハサルニ至リタルトキニ於テ形式的ニ確定ス判決ニ斯ル形式的確定アル理由ハ蓋シ判決ハ訴訟ノ終結ヲ目的トスルモノナルヲ以テナリ而シテ各判決ハ對席判決ナルト關席判決ナルトニ從ヒ其形式的確定期ヲ異ニセリ(第四九八條)民事訴訟法改正案第二八二條(判決ノ形式的確定期ニ關スル規定ハ單ニ強制執行ノ債務名義タル判決ニ適用アルニ非サルヲ以テ之ヲ民事訴訟法改正案ニ於ケルカ如クニ強制執行中ニ規定セサルヲ立法上正當ナリトス)先ツ對席判決ニ關シテ之ヲ言ハハ適法ナル上訴カ法律上許サルル

間ハ判決ノ形式の確定ノ發生ヲ停止ス蓋シ判決ノ形式の確定ハ上訴又ハ故障ヲ以テ不服ヲ申立ツルコト能ハサルニ至リタルノ事實ナルヲ以テ適法ニ上訴ヲ提起スルコトヲ得ル間ハ判決カ形式のニ確定セザルコト固ヨリ當然ナレハナリ然レトモ上訴以外ノ不服申立即チ再審ノ訴及ヒ原狀回復ノ申立ヲ爲シ得ヘキコトハ判決ノ形式の確定ニ何等ノ關係ナク却テ此不服申立方法ハ判決カ形式のニ確定シタルコトヲ前提トスルモノナリ(第五〇〇條、第四六七條、第一七四條以下)而シテ確定判決カ再審ノ訴又ハ原狀回復ノ申立ニ因リテ取消サレタルトキハ既往ニ遡リテ其效力ヲ生スルト言フ埃タス是ヲ以テ(第一)上訴ヲ許ササル判決ハ言渡ニ因リテ確定シ判決正本ノ送達ハ之ヲ必要トセス何トナレハ上訴ヲ許ササル判決ニ關シテハ其送達ヨリ開始スヘキ上訴期間ナク(第四〇〇條第一項、第四三七條第一項)唯強制執行ノ爲メニ判決正本ノ送達ヲ必要トスルノミナレハナリ(第五二八條)而シテ上告審ニ於テ言渡シタル對席判決(第四五二條)上告人ノ陳述ニ基キ上告ヲ棄却シタル判決(第四三九條)及ヒ訴訟費用ノミニ付テノ判決

(本案カ和解取下若クハ任意履行ニ因リテ終結シタルヲ以テ單ニ訴訟費用ニ付キ爲シタル判決)(第八二條)ハ何レモ言渡ニ因リテ確定スル判決ナリ(第二)上訴ヲ許ス判決ハ上訴期間ノ徒過ニ因リテ確定ス何トナレハ當事者カ上訴ヲ許ス判決ニ對シ上訴ヲ提起セザルトキハ之ニ依リテ上訴權ヲ喪失スルヲ以テ上訴ヲ許ス判決ハ當事者雙方ノ上訴期間ノ徒過ニ因リテ確定スルモノト謂ハサルヲ得サレハナリ當事者ノ一方カ上訴期間ヲ徒過シタルニ止マル場合ニ在リテハ他ノ一方ハ前審判決ニ對シ上訴ヲ提起スルコトヲ得隨テ又上訴期間ヲ徒過シタル當事者ハ附帶控訴ヲ提起スルコトヲ得故ニ前審判決ノ確定セザルコト言フ埃タス(第四八九條第一項、第四一九條、第四〇五條)又上訴ヲ許ス判決ハ上訴權ノ拋棄又ハ上訴ノ取下ニ因リテ確定ス何トナレハ當事者カ上訴權ヲ拋棄シ又ハ上訴ヲ取下ケタルトキハ上訴期間ヲ徒過シタルトキト同シク之ニ依リテ上訴權ヲ喪失スルヲ以テ當事者雙方カ上訴權ヲ拋棄シ又ハ上訴ヲ取下ケタルトキハ判決確定スルモノト謂ハサルヲ得サレハナリ(第三九九條第二項、第四〇五條)控訴ノ拋

棄」第二六四條「控訴ノ拋棄及ヒ其取下」(上訴ノ取下ハ上訴權喪失ノ結果ヲ生スルモノニシテ單ニ提起シタル上訴ヲ追行スルノ權利ヲ喪失スルモノニ非ス故ニ唯上訴ノ期間經過後ノ上訴取下ノミカ判決ノ形式的確定ヲ發生スルモノニ非ス又適法ナル上訴ノ取下カ上訴權ヲ喪失スルノ結果ヲ發生スルノミ故ニ上訴期間前ニ爲シタル上訴ノ取下ハ判決ノ形式的確定ヲ發生スルモノニ非ス當事者ノ一方カ上訴權ヲ拋棄シ又ハ上訴ヲ取下ケタル場合ニ在リテハ他ノ一方ハ尙ホ上訴ヲ提起スルコトヲ得隨テ又上訴權ヲ拋棄シ又ハ上訴ヲ取下ケタル當事者ハ附帶上訴ヲ爲スコトヲ得(第四〇五條(第四四二條(民事訴訟法第四百五條ニ於テハ控訴ノ取下ニ關スル明文ヲ缺クト雖モ理論上上訴ノ取下カ上訴權ノ拋棄ヨリ不利益ナル效力ヲ發生スヘキノ理由ナキヲ以テ上訴ノ取下ヲ爲シタル當事者ト雖モ附帶控訴ヲ爲スノ權利ヲ有スト論決セサルヘカラス故ニ前審判決ノ確定セサルコト言ヲ埃タス當事者ノ一方カ上訴權ノ拋棄又ハ上訴ノ取下ノ他ニ尙ホ附帶上訴權ヲモ拋棄シタル場合ニ在リテハ唯斯ル當事者ノミカ上訴ヲ爲スコ

トヲ得サルノミ隨テ片面ナル形式的確定アルニ止マリ強制執行ノ前提要件タル形式的確定存スルコトナシ次ニ關席判決ニ關シテ之ヲ云ハハ(第二七七條(第二六三條第二項)ハ上訴期間ノ徒過上訴權ノ拋棄又ハ上訴ノ取下ニ因リテ確定ス(第四九八條第一項(第三九九條第二項(第四〇五條)控訴ノ拋棄(第二六四條)控訴ノ拋棄及ヒ其取下)而シテ上訴期間ハ故障期間ヨリ長期トシテ以テ故障ニ依リ不服ヲ申立ツルコトヲ得ヘキ關席判決ノ確定ヨリ延引スルノ奇觀ヲ呈スルヲ以テ法律ハ斯ル關席判決ヲ第二ノ關席判決ニ裁判所職權ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ付スルモノトシ斯ル奇觀ヨリ生スル效用ナカラシメタリ(第五〇一條第三號之ニ反シテ上訴ヲ許ササルモノナルトキハ言渡ニ因リテ確定ス上告審ニ於テ爲シタル新關席判決ノ如キ即チ是ナリ(第二六三條第二項(第二)故障ヲ許ス關席判決ハ故障期間ノ徒過故障申立權ノ拋棄又ハ故障ノ取下ニ因リテ確定ス(第四九八條第一項(第二五五條(第二六四條)何トナレハ故障期間ヲ徒過シ故障申立權ヲ拋棄シ又ハ

故障ヲ取下ケタル當事者ハ故障申立權ヲ喪失スルニ至ルヲ以テナリ  
判決ノ確定ハ適法ナル上訴若クハ故障ヲ其期間内ニ提起シ若クハ申立ツ  
ルニ因リテ妨ケラルルモノナリ(第四九八條第二項)蓋シ適法ナル上訴ノ提  
起若クハ故障ノ提起アリタルトキハ上訴期間若クハ故障期間ノ徒過ナキ  
ヲ以テナリ不適法ナル上訴ノ提起若クハ故障ノ申立ハ判決確定ヲ妨タル  
ノ效力ヲ有セス蓋シ不適法ナル上訴若クハ故障ハ判決ヲ以テ單ニ之ヲ不  
適法トシテ棄却スルニ過キサルヲ以テ第四三九條第四一九條第二五九條  
斯ル上訴若クハ故障ニ依リテ不服ヲ申立テラレタル判決ハ上訴期間若ク  
ハ故障期間ノ滿了ニ因リテ確定スト謂ハサルヲ得サレハナリ上訴若クハ  
故障カ其不變期間後原狀回復ノ申立ト共ニ提起セラレ若クハ申立テラレ  
タルトキ亦然リ蓋シ此場合ニ於テハ法律ハ民事訴訟法第五百條ノ規定ニ  
從ヒ不服ヲ申立テタル當事者ヲ保護スルニ止マレハナリ但共同訴訟ニ在  
リテハ合一的確定ヲ必要トスル場合ニ限リテ當事者ノ一人カ上訴ヲ提起  
シ又ハ故障ヲ申立テタルニ因リテ他ノ當事者ノ爲メニ判決ノ確定ヲ妨ク

ルノ效力ヲ生ス何トナレハ共同訴訟人中ノ或人ノ攻撃及ヒ防禦ノ方法ハ  
他ノ共同訴訟人ノ利益ニ於テ其效力ヲ生スレハナリ(第五〇〇條)適法ナ  
ル上訴ノ提起及ヒ故障ノ申立ハ判決ノ全部ニ付キ其確定ヲ妨タルノ效力  
ヲ有ス上訴狀若クハ故障申立書ニ於テ判決全部ニ付キ不服アル旨ヲ表示  
シタル場合ハ勿論其一部ニ付キ不服アル旨ヲ表示シタル場合亦然リ其理  
由ハ先ツ適法ナル上訴ニ關シテ之ヲ言ハハ上訴ヲ提起シタル當事者ハ上  
訴狀ニ於テ表示シタル不服申立ノ範圍ニ拘ハラヌ上訴權ノ喪失及ヒ附帶  
上訴權ノ拋棄等ニ因リテ判決ニ確定シタル部分存セサル以上ハ口頭辯論  
ノ終結ニ至ルマテ前審判決ノ全部ニ付キ上訴ノ申立ヲ擴張スルコトヲ得  
ヘク(控訴審ニ事件ノ差戻アリタル場合ニ在リテモ第一審判決ノ全部ニ付  
キ控訴ヲ擴張スルコトヲ得ルハ言ヲ俟タサル所ナリ(第四〇一條、第四三八  
條)又相手方ハ前審判決中自己ノ不利益ニ歸シタル部分即チ上訴提起者ノ  
利益ニ歸シタル部分ニ付キ上訴期間ヲ徒過シタルトキト雖モ尙ホ有效ニ  
附帶上訴ヲ提起スルコトヲ得ルヲ以テナリ(第四〇五條、第四四二條)而シテ

民事訴訟法第五百九條ハ上訴ヲ以テ不服ヲ申立テサル部分ニ限リテ假執行ノ宣言ヲ付スヘキ旨ヲ規定シ以テ間接ニ適法ナル上訴ノ提起カ判決ノ全部ニ付キ確定ヲ妨クルノ效力ヲ有スル法理ヲ證明シタリ次ニ適法ナル故障ニ關シテ之ヲ言ハハ關席判決ノ一部ニ付キ故障ヲ申立テタル當事者ハ其故障ヲ以テ申立テタル不服ノ範圍ニ拘ハラヌ口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ判決ノ全部ニ付キ故障ノ申立ヲ擴張スルコトヲ得ヘキヲ以テナリ

第二 形式的確定ノ證明 判決ノ形式的確定ニ付キ爭アルトキハ當事者ハ舉證責任ノ原則ト適法ノ證據方法トニ依リテ之ヲ證明セサルヘカラス其證據方法ノ一トシテ判決ノ形式的確定ニ關シ官廳ニ於テ作成シタル證明書ヲ法律上是認スルハ極メテ必要ナリ何トナレハ之ニ依リテ當事者ハ容易ニ有力ナル判決確定ノ證據方法ヲ有スルコトヲ得訴訟記録存セサルトキニ於テモ正確ニ判決ノ確定ヲ立證スルコトヲ得ルヲ以テナリ是レ民事訴訟法第四百九十九條ノ規定アル所以ナリ民事訴訟法改正案第二八三條判決ノ確定ニ關シ官廳ニ於テ作成シタル證明書アル理由判決確定ノ證

契約ヲ以テ發行權讓渡ノ禁止アリタルトキハ此限ニ在ラス而シテ發行人ノ破産ノ爲メニ發行カ不能ト爲リタルトキハ著作者ハ其契約ヲ解除シ損害賠償權ニ付キ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得又著作者カ返還シタル報酬ハ破産財團ニ屬ス特許ヲ受クルハ權利ハ發明者又ハ其承繼人ノ一身ニ專屬スル權利即チ發明シタル事項ニ付キ特許ヲ得ヘキヤ否ヤハ其發明者又ハ其承繼人ノ自由ナル判斷ニ屬スルモノナルヲ以テ差押ノ目的ト爲ラス又破産財團ニ屬スル財産ト爲ラス故ニ管財人ハ破産宣告ノ當時未タ特許ヲ受ケサリシ破産者ノ發明ニ關シ特許ヲ受ケシムルノ權利ヲ有セス然レトモ特許ヲ受ケタル發明ニ關スル權利ハ其利用製作使用等又ハ其讓渡ニ依リテ法律上有效ニ換價スルコトヲ得ル財産ナルヲ以テ破産財團タル財産タルヤ當然ナリ又意匠ノ登録ヲ受クルノ權利ハ其性質上按出者又ハ其承繼人ノ一身ニ專屬スル權利ナルヲ以テ管財人ハ破産財團ノ爲メニ該權利ノ行使ヲ強制スルコトヲ得ス然レトモ登録ヲ受ケタル意匠專用權ハ按出者又ハ其承繼人ノ單純ナル財産ナルヲ以テ管財人カ破産財團ニ屬スル財産トシテ之ヲ換價スルコトヲ得ルヤ言ヲ竣タス破産

者ノ有スル探掘權狩獵權等ノ如キ其成立ニ付キ行政上ノ認可ヲ必要トスル權利カ破産財團ニ屬スルヤ否ヤノ問題ハ行政上ノ認可カ破産者ニ專屬シ隨テ該權利カ破産者ノ一身ニ專屬スル權利ナルヤ否ヤノ審究ニ依リテ定マルモノナリ予輩ハ探掘權ハ營業條例第二十條ニ則リ破産財團ニ屬シ又狩獵權ハ狩獵法ニ於テ狩獵權ノ讓渡ヲ認メタル旨ノ明文ナキコト及ヒ同法第十一條ノ規定ニ依リ反對ニ論決スルヲ正當ト認ム(2)身體、生命、名譽、自由ノ如キ財產以外ノ權利ヲ侵害セラレタルニ因リテ發生シタル損害賠償權ハ其性質上破産者ノ一身ニ專屬スル權利ナルヲ以テ之ヲ讓渡シ又ハ相續スルコトヲ得サルモノナリ(獨逸民法第八四七條故ニ破産財團ニ屬スル財產ト爲ラス破産法案第五三條第三號)獨逸民法及ヒ破産法ノ趣意ニ依レハ財產以外ノ權利ノ侵害ニ因リテ成立シタル損害賠償權ハ其權利者カ破産ノ宣告ヲ受ケタル以後ニ於テ契約ヲ以テ承認セラレ又ハ權利拘束ト爲リタルトキハ破産財團ニ屬セスト雖モ其權利者カ破産ノ宣告ヲ受ケタル以前ニ於テ契約ヲ以テ承認セラレ又ハ權利拘束ト爲リタルトキハ破産財團ニ屬スルモノノ如シ蓋シ獨逸破産法第一條ニ依レハ破産財

團タルニハ破産宣告ノ當時ニ於テ強制執行ノ目的物タルヲ得ルコトヲ要シ又獨逸民法第八百四十七條及ヒ第一千三百條ニ依レハ該請求權ハ承認又ハ權利拘束ト爲リタルニ依リ讓渡スルコトヲ得ルモノト爲レハナリ但斯ル損害賠償權ノ行使ノ結果タル利益其モノハ破産財團ニ屬スルヤ言ヲ待タス

(D) 破産手續ノ終結マテニ破産者ニ歸屬シタル一切ノ財產 破産財團ニ屬スヘキ債務者ノ財產ハ破産宣告ノ當時ニ於テ破産者ニ屬セシ一切ノ財產ニ止マルヤ又ハ破産手續中ニ破産者ニ歸屬シタル財產ヲモ包含スルヤ否ヤノ問題ニ關シテハ立法上二大主義アリ獨逸主義及ヒ羅馬主義即チ是ナリ獨逸主義即チ獨逸破産法第一條第一〇八條第一四條ハ破産手續開始ノ當時ニ於テ破産者ニ屬セル一切ノ財產ノミカ破産財團タルコトヲ明示シタリ其理由ハ(1)破産手續ノ進行ヲ容易ナラシメ(2)破産者及ヒ其家族ノ爲メニ其地位ニ適當ナル斟酌ヲ爲シ(3)債權者ノ利益ノ爲メニ破産者ヲシテ破産手續中ニ歸屬シタル財產ニ付キ完全ナル權利ヲ有シ信用ヲ回復シ新ニ經營ヲ爲シ以テ其地位ヲ改良スルノ機會ヲ得セシメ債權者ニ爾後ノ辨濟ヲ保スルヲ經濟上正當トシ(4)以テ產手續開

始前ノ債權者ニ其後ノ債權者トノ關係ヲ明白ニシ一方ニ於テ破産債權者ヲ破産宣告ノ當時債務者ニ對シ財産上ノ請求權ヲ有スル者ニ限定シ他ノ一方ニ於テ破産手續中破産者ニ歸屬シタル財産ヲ破産財團ニ加フルノ不當ヲ避クト云フニ在ルモノノ如シ此主義ニ依レハ其當然ノ結果トシテ破産宣告後破産者ノ取得シタル財産ニ付キ第一ノ破産手續中第二又ハ其後ノ破産手續開始ヲ認メ第一ノ破産手續開始後破産者ニ對シ財産上ノ請求權ヲ有スルニ至リタル債權者カ第二又ハ其後ノ破産手續ニ參加スルノ法理ヲ認メナルヲ得ス但第一ノ破産宣告後破産者ニ歸屬シタル財産ハ第二ノ破産手續ニ於テ參加シタル破産債權者ノ配當ニ供セラレ第一ノ破産債權者ノ配當ニ供スルコトヲ得ス羅馬主義即チ羅馬法獨逸古法普魯西破産法第一條佛國商法第四四三條英國破産法第四四條墮國破産法第一條瑞西破産法第一九七條第三項其他伊、白葡等ノ立法ハ何レモ破産手續中破産者ニ歸屬シタル財産ヲモ破産財團ト爲ス旨ヲ明示シタリ我現行破産法商法第一〇一九條第五號第八號ノ明文引用及ヒ破産法案第四一條亦然リ其理由ハ成ルヘク破産債權者ニ完済ヲ得セシムルノ目的ニ出テタル

モノト認ム此主義ニ依レハ其當然ノ結果トシテ一旦開始セラレタル破産手續ノ繼續中ハ更ニ破産手續ヲ開始スルコトナシ是レ佛國法系諸國ニ於テ重複破産ハ之ヲ許サス (*faillite sur faillite ne vaut*) トノ法則アル所以ナリ立法上ノ見解トシテハ獨逸主義ヲ正當ト認ム蓋シ獨逸主義ハ羅馬主義ヨリモ理論ニ適シ且重複破産ノ結果ヲ生スルカ爲メニ破産手續カ迅速ニ終結スルノ妨害ト爲ラサルヲ以テナリ此ノ如ク我現行破産法及ヒ破産法案ハ羅馬主義ヲ是認シタルヲ以テ破産宣告ノ時ニ於テ破産者ニ屬セル一切ノ財産及ヒ破産手續中ニ破産者ニ歸屬シタル財産ハ何レモ破産財團ト爲ル(破産法案第四一條)而シテ或財産カ破産者ニ屬セシヤ否ヤハ民法ニ依リテ定マル所ナリ故ニ破産手續ノ終結以前ニ於テ破産者ニ屬セル財産タルニハ該手續ノ終結前ニ於テ破産者ノ爲メニ財産取得ノ要件ノ存在スルコトヲ要ス(契約ノ申込アルノミニテハ未タ財産ノ取得アリト謂フコトヲ得ス)換言スレハ破産者ノ財産取得ノ原因カ破産手續ノ終結前ニ於テ發生セル以上ハ縱令取得行為ノ實行カ破産手續開始後ニ在リタル場合ト雖モ其取得シタル財産ハ破産手續終結前ニ破産者ニ歸屬シタル財産トシテ破産財團



ニ屬スト謂ハサルヲ得ス蓋シ破産手續ノ終結前ニ於テ破産者ノ爲メニ成立シタル財産取得ノ權利ハ破産者ニ屬スル財産ノ成分ナレハナリ是ヲ以テ(1)期限附權利即チ破産手續ノ終結マテニ未タ期限ノ到來セザル權利ハ破産財團ニ屬シ管財人ハ斯ル權利ノ行使ニ依リテ取得シタル財産ヲ破産財團ニ歸セシムルコトヲ得ヘシ始期附權利ハ縱令其期限カ破産手續ノ終結後ニ到來スヘキ場合ト雖モ破産財團ニ屬スルヤ當然ニシテ又終期附權利ハ破産財團ニ屬スト雖モ其期限カ破産手續中ニ到來シタルトキハ當然破産財團ニ屬スルコトヲ止メテ取戻權ヲ成立セシメ(民法第一三五條又ハ返還請求權ヲ發生セシム定期ノ給付目的トスル破産者ノ權利ニシテ破産者ノ行働ニ對スル反對給付ト認ムヘキモノハ破産手續ノ終結マテニ破産者カ其行働ニ因リテ取得シタル部分請求權又ハ該請求權ノ實行トシテ取得シタル財産ニ限り破産財團ニ屬シ破産者ノ行働ニ對スル反對給付ト認ムヘカラサルモノハ破産手續ノ終結後ニ於テ到來スヘキ每期ノ給付ヲモ包含シテ破産財團ニ屬ス何トナレハ破産手續ノ終結後ニ於テハ破産財團ノ存スヘキ理ナキヲ以テ破産手續ノ終結後ニ於ケル破産者ノ

行働ニ因リ取得シタル財産カ破産財團ニ屬スルコトナキヤ言フ埃タサレハナリ故ニ破産者ノ有スル終身定期金ノ債權恩給民事訴訟法第六百十八條ノ制限ヲ受クルヤ言フ埃タス)及ヒ俸給民事訴訟法第六百十八條ノ制限ヲ受クルヤ言フ埃タス)ハ破産手續終結後ニ受クヘキ部分ト共ニ破産財團ニ屬ス殊ニ俸給ハ國家カ官吏ニ給付スル養料ニシテ任官ナル法律關係ニ伴ヒテ生スル官吏ノ終身定期金タルノ性質ヲ有シ官吏カ國家ニ對シテ給付スル勞務ニ對スル報酬ニ非サレハナリ(民事訴訟法第六百四條第六百五條ノ準用ニ依リ以上ノ如ク論決スルノ論旨ハ正當ニ非サルヘシ何トナレハ破産の執行ハ民事訴訟法ニ規定セル強制執行ト異ニシテ債務者カ一定ノ時期ニ取得シタル財産ニ制限セラレルモノニ非サレハナリ)然レトモ雇傭契約ニ基ク報酬ハ其性質上勞務者カ其服シタル勞務ノ割合ニ應シテ反對給付トシテ取得スルモノナルヲ以テ破産者カ破産手續終結後ニ服シタル勞務ニ對スル報酬ハ破産財團ニ屬セス(2)條件附權利ハ縱令其條件カ破産手續終結後ニ於テ成就スヘキトキト雖モ破産財團ニ屬ス(民事訴訟法第六一三條解除條件附權利ハ前述ノ如ク權利ノ消滅カ條件ノ成就ニ繫ルヲ

以テ未タ條件ノ成就ナキ間ハ無條件權利ト同シク破産財團ニ屬ス但解除條件カ破産手續繼續中ニ成就シタルトキハ破産財團ニ屬セサルニ至ル隨テ取戻權ノ發生ノ原因ト爲ル停止條件附權利ハ前述ノ如ク權利ノ發生カ條件ノ成就ニ繫ルモノナルヲ以テ未タ條件ノ成就ナキ間ハ條件ニ繫リタル權利其モノカ破産財團ニ屬セサルヤ勿論ナリト雖モ條件ノ成就未定ノ間ニ於ケル破産者ノ權利取得ノ希望權ハ之ヲ處分シ又ハ之ヲ差押フルコトヲ得ヘキモノナルヲ以テ(民法第一二九條)破産財團ニ屬スルヤ疑ヲ容レヌ但停止條件カ破産手續ノ繼續中ニ成就シタルトキハ之ニ因リテ發生シタル權利ハ破産財團ニ屬シ又破産手續ノ終結後ニ成就シタルトキハ之ニ因リテ發生シタル權利ハ破産財團ニ屬スルモノニ外ナラザルヲ以テ管財人カ更ニ之ヲ配當スヘキモノナリ(商法第一〇四八條)全ク(引用)然レトモ管財人カ破産手續ノ繼續中停止條件附權利ヲ讓渡シタルトキ(通常射倖契約ヲ以テス)ハ當然斯ル結果ヲ生スルコトナシ故ニ破産者カ破産手續終結前ニ抽籤ニ依リテ財產ヲ取得スル權利(一種ノ停止條件附權利)ヲ取得シ破産手續終結後ニ之ニ依リテ財產ヲ取得シタルトキハ其財產ハ破産

財團ニ屬ス又保險料ノ繼續支拂ヲ以テ條件トシ且死亡ヲ以テ期限トスル破産者ノ生命保險契約ニ基ク保險金額請求權亦破産財團ニ屬スルヲ以テ破産者タル被保險者カ破産手續ノ繼續中ニ死亡シ又其相續財產ニ付キ破産手續ノ開始アリタル場合ニ於テ保險金額カ破産財團ニ屬スルハ勿論被保險者カ破産手續終結後ニ死亡シタル場合ニ於テ亦保險金額カ破産財團ニ屬スヘシ然レトモ保險契約カ第三者ノ利益ノ爲メニ成立セル場合ニ於テハ此第三者ハ自己ヨリ以前ニ被保險者カ死亡シタル一事ニ因リテ保險金額ノ支拂ヲ受クル權利ヲ取得スルヲ以テ保險金額ノ請求權カ死亡シタル被保險者ノ相續財產ニ付キ開始アリタル破産手續ニ於ケル破産財團ニ屬スルコトナシ(3)破産手續ノ終結マテニ破産者ノ爲メニ相續ノ開始アルトキハ其相續財產及ヒ遺産ハ何レモ破産財團ニ屬ス何トナレハ斯ル財產ハ相續人タル破産者カ爾後拋棄ヲ爲スコトヲ得ルノ留保ヲ以テ相續開始ノ時ヨリ承繼スルモノナレハナリ民法第九八六條第一〇〇一條第一〇一七條等)但相續債權者及ヒ受遺者ノ權利ハ縱令財產分離ナキトキト雖モ之ヲ尊重シ相續財產ヲ以テ他ノ債權者ニ先テテ辨濟スルヲ當然

ナリトス元來相續ノ拋棄及ヒ其承認ハ其性質上相續人ノ一身ニ專屬スル權利ニシテ財產權ニ屬スルモノニ非ス又相續ノ拋棄ハ相續力之ヲ拋棄シタル者ニ對シ開始セラレザリシ效力アルニ過キス故ニ一旦取得シタル權利ノ拋棄ニ非スシテ却テ提供セラレタル權利ノ不取得ナリ是ヲ以テ相續ノ承認及ヒ其拋棄ハ獨逸破産法第九條ニ於ケルカ如ク相續人タル破産者ヲシテ之ヲ行使セシメ又相續人ノ拋棄シタル相續財產ハ之ヲ破産財團ニ屬セサルモノト認ムルヲ當然ナリトス然レトモ佛蘭西商法及ヒ我破産法第一〇一九條第五號第九號ハ相續ノ拋棄又ハ其承認ニ關スル權利ヲ財產上ノ權利ト認メ相續人タル破産者ヲシテ却テ管財人ヲシテ之ヲ行使セシメタリ立法上ノ見解トシテ其當ヲ得サルモノト認ム以上ノ法理ハ破産者ノ爲メニ成立セル遺贈ニ關シテ亦行ハル(商法第一〇一九條第五號第九號破産法案ニ於テハ破産手續ノ終結マテニ破産者ノ爲メニ家督相續ノ開始アリタルトキハ相續人タル破産者カ破産宣告後ニ於テハ相續ノ拋棄又ハ承認ヲ爲スヘキモノトシ若シ破産宣告後ニ承認ヲ爲ストキハ限定承認ヲ爲スヘキモノト規定セリ是レ一面ニ於テハ家督相續ノ拋棄又ハ

其承認ニ關スル權利カ相續人ノ一身ニ專屬スルノ權利タルノ法則ニ基キタルモノニシテ又他ノ一面ニ於テハ破産債權者ノ利益ヲ保護シ且單純承認ヨリ生スヘキ手續上ノ煩累ヲ避クルノ目的ニ出テタルモノニ外ナラス(破産法案第四五條民法第一〇一七條第一〇二〇條第一〇二五條乃至第一〇三七條破産手續ノ終結マテニ遺產相續ノ開始アリタル場合ニ於テ破産者カ破産宣告ノ當時未タ承認又ハ拋棄ヲ爲サザリシトキハ管財人カ破産者ニ代リテ限定承認又ハ拋棄ヲ爲スヘキモノナリ若シ管財人カ破産者ノ爲メニ遺產相續ノ開始アリタルコトヲ知リタル後三箇月内ニ承認ヲ爲ササルトキハ拋棄ヲ爲シタルモノト看做セリ是レ一面ニ於テハ遺產相續ノ承認及ヒ拋棄ニ關スル權利ハ單純ナル財產ニ關スル權利ニシテ破産者ノ一身ニ專屬スルモノニ非ストノ法則ニ基キタルモノニシテ又他ノ一面ニ於テハ民法第二百二十四條第二項ト同一ノ法意ニ出テタルモノナリ單純承認ヲ爲スコトヲ許ササルハ前述ノ理由ニ同シ(破産法案第四六條民法第一〇一七條乃至第一〇一九條第一〇二五條乃至第一〇三九條包括遺贈ハ遺產相續ト其權利狀態ヲ同シウス故ニ破産者カ包括遺贈ヲ受ケタル

トキハ遺産相續ニ關スル法則ヲ準用シテ其關係ヲ定ム(破産法案第四七條民法第一〇九二條特定遺贈ノ承認又ハ拋棄ニ關スル權利ハ財産權ニ屬シ破産者ノ一身ニ專屬スルモノニ非ス故ニ破産手續ノ終結マテニ破産者カ特定遺贈ヲ受ケタル場合ニ於テ破産宣告ノ當時未タ承認又ハ拋棄ヲ爲ササルトキハ管財人ハ破産者ニ代リテ其承認又ハ拋棄ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ民法第千八百九條ノ準用ニ依リ管財人カ一定ノ期間内ニ承認又ハ拋棄ノ意思ヲ表示セザルトキハ承認ヲ爲シタルモノト看做セリ(破産法案第四八條民法第一〇八八條第一〇八九條遺贈ノ負擔アルトキハ破産法案第九條第十條第十二條第十四條ノ規定ニ從ヒ之ヲ計算シテ遺贈ノ目的物ロリ控除シ其殘額ヲ破産財團ニ屬セシム蓋シ然ラサレハ破産財團ニ於テ不當利得ヲ爲スニ至ルヲ以テナリ破産手續ノ終結マテニ破産財團ニ屬スルニ至リタル目的物ノ贈與ノ負擔ノ計算ニ關シテ亦同シ(破産法案第四九條)又破産手續ノ開始後其終結マテニ破産者カ爲シタル營業ノ結果トシテ取得シタル純益ハ破産財團ニ屬ス元來破産宣告ハ禁治産ノ宣告ニ非ス又破産者ニ營業ヲ爲スコトヲ得セシムルモ之カ爲メニ破産債

權者ニ對シ何等ノ損害ヲ被ラシムルモノニ非サルヲ以テ換言スレハ破産者カ其宣告後自己及ヒ家族ノ生活ヲ維持シ且復權ノ準備ノ爲メニ營業ヲ爲スコトハ法律ノ禁スル所ニ非サルヲ以テ破産者カ其宣告後ニ營業ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論ナリ此場合ニ於テ破産者カ自己及ヒ家族ノ生活費ノ外ニ財産ヲ取得スルニ至リタルトキハ之ヨリ營業上負擔シタル債務ヲ辨濟シ其殘額即チ營業上ノ純益ヲ破産財團ニ組入ルルモノナリ蓋シ然ラズシハ破産財團ニ於テ不當利得ヲ爲スニ至ルヲ以テナリ其他破産者ノ勤勞ニ因リテ取得シタル報酬亦理論上破産財團ニ屬ス然レトモ這ハ甚タ嚴酷ニ失スルヲ以テ破産法案第五十三條第二號及ヒ埃太利破産法第一條ニ於テハ斯ル報酬ハ之ヲ破産財團ニ屬セザルモノト定メタリ(4)破産手續ノ終結マテニ破産者カ他人ト財産權ヲ共有スルニ至リタルトキハ民法第二四九條第二六九條第六八八條第一〇〇二條等破産者ノ持分ハ破産財團ニ屬ス若シ破産者カ共有物ニ付キ管理費用ノ如キ負擔アルトキハ之ヲ辨濟シタル殘餘ノ持分カ破産財團ニ屬シ又共有者ノ一人カ共有物ニ付キ破産者ニ對シテ有スル債權アルトキハ之ヲ完済シタル殘餘ノ持分カ破

産財團ニ屬ス蓋シ共有物ニ關シ破産者ノ負ヒタル負擔及ヒ債務ニ關シテハ其性質上破産者ニ屬スヘキ共有物ノ部分ヲ以テ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘキヲ以テ斯ル債權ヲ共有物ノ部分ト分離シ前者ハ破産債權トシテ之ヲ主張シ後者ハ其全額ニ於テ破産財團ニ屬スルモノト爲スハ甚タ不當ナルヲ以テナリ此ノ如ク破産者ノ持分ハ破産財團ニ屬スルヲ以テ破産手續ニ依ラスシテ共有物ノ分割ヲ爲シ以テ破産者ノ持分ヲ確定セサルヘカラス而シテ破産者ハ破産財團ニ屬スル財産ノ處分權ナキヲ以テ分割手續ニ於テハ管財人カ破産者ヲ代表ス(民法第二五三條第二五九條破産法案ニ依レハ法令ノ規定ニ依リテ分割スルコトヲ得サルモノニ非サル以上ハ破産手續ニ依ラスシテ分割ヲ爲スヘク分割ヲ爲ササル旨ノ特約ハ破産債權者ニ對シテ其效ナシ是レ獨逸破産法ニ於ケルカ如ク執行ヲ容易ナラシムルノ法意ニ外ナラス又他ノ共有者ハ相當ノ償金ヲ支拂ヒテ破産者ノ持分ヲ取得スルコトヲ得是レ破産債權者ノ利益ヲ害セスシテ共有者ノ利益ヲ保護スルノ法意ニ外ナラス(破産法案第四四條民法第二五三條第二項第二五六條乃至第二六二條破産手續ノ終結マテニ破産者カ親又ハ夫タル

親族關係ニ基キテ有スル收益權(民法第七九九條第八四條第八九〇條行使ノ結果トシテ得タル利益)ハ讓渡スルコトヲ得ルヲ以テ破産財團ニ屬ス故ニ配偶者ノ財産上ニ收益ヲ爲スノ權利ヲ有スル夫カ破産シタル場合ニ於テハ法律上ノ負擔タル配偶者ノ債務ノ利息ヲ支拂ヒタル殘額ハ破産財團ニ屬シ又子ノ財産上ニ管理權又ハ有スル親カ破産シタル場合ニ於テ法律上ノ負擔タル子ノ養育費用及ヒ財産ノ管理費用ヲ控除シタル殘額ハ破産財團ニ屬ス收益權其モノハ讓渡スルコトヲ得サルモノナルヲ以テ破産財團ニ屬セサルヤ言フ埃タス又破産手續ノ終結マテニ破産財團ニ屬スル財産ヨリ發生シタル果實(民法第八八條)破産財團ニ屬スル財産ノ竊取其他之ニ對スル損害ニ因リテ生シタル損害賠償請求權ノ如キ破産財團ニ屬スル從前ノ財産ニ代ルヘキ財産破産財團ノ管理及ヒ換價ニ因リテ取得シタル財産破産財團ニ屬スル請求權ノ實行ニ因リテ取得シタル財産取得時効ノ完成ニ因リテ取得シタル財産ハ何レモ破産財團ニ屬ス但破産手續ノ終結前ニ於テ進行ヲ始メタル取得時効ノ完成ニ依レル財産取得ノ希望ハ權利ニ非サルヲ以テ破産財團ニ屬セサルナリ然レトモ獨逸ノフツチン

グ氏ハ反對ノ見解ヲ主張シタリ  
 (二) 破産財團ト破産當事者トノ關係 破産債權者ハ團體關係ニ於テ破産財團ニ付キ差押權ヲ有シ又破産者ハ破産財團ニ付キ管理及ヒ處分ヲ爲スノ權能ヲ喪失ス

(A) 破産財團ト破産債權者トノ關係 破産財團ト破産債權者トノ關係ヲ説明スル學者ノ見解ハ極メテ區區ニ涉レリ獨逸ニ於テハ普通法ノ解釋トシテ破産債權者ハ破産者ノ一般承繼人又ハ破産者ニ屬スル財産ニ關スル特定承繼人ナリトノ學說行ハレタリト雖モ現行獨逸破産法ニ於テハ獨逸破産法第一條第三條第六條破産者カ破産財團ノ權利主體ニシテ破産財團ニ關シテ生スル一切ノ利害得失ハ皆破産者ニ歸屬スルヲ以テ斯ル學說ハ獨逸ノ現行破産制度ヲ説明スルヲ得ス故ニ現今ニ於テハ斯ル學說ヲ主張スル者ナキハ固ヨリ當然ナリ然レトモ現行獨逸破産法ニ於テハ明確ニ破産團體ト破産債權者團體トノ關係ヲ規定シタル條文ヲ缺クリ故ニ學者ハ種種ノ見解ヲ主張シ頗ル論争アリ其主たる學說ノ第一ハ破産手續ノ開始ニ因リテ總破産債權者ハ法人ニ非スシテ權利

## 雜 報

○離婚事由ノ認定 裁判上離婚ノ事由ハ民法第八百十三條ニ列記セル所ナリ今原告カ或事實ヲ舉ケ且之ニ法律上ノ見解ヲ附シテ離婚ヲ請求シタル場合ニ於テ裁判所カ其見解ヲ不當ト認メタルトキハ如何ニ處置スヘキカ大審院ハ原院東京控訴院カ原告カ或事實ヲ惡意ノ遺棄ナリト主張シタルヲ否認シタルノミニテ他ノ事由ニ合致スルヤ否ヤヲ判斷セサルヲ不當トシ説明シテ曰ク「所謂家ヲ出テ看護ノ義務ヲ缺キタル事實ハ上告人ノ見解ノ如ク惡意ノ遺棄ト爲ラサルモ民法第八百十三條ニ規定セル他ノ場合例ヘハ虐待ナルモノニ該當スヘキ事實タラサリシヤ否ヲ審究シ斷定ヲ下スニ非サレハ本訴ノ請求ニ對スル裁斷ヲ爲シタルモノト云フヘカラス何トナレハ當事者ノ主張セル事實ノ有無ヲ斷定シ之ニ法律ヲ適用スルコトハ裁判所ノ職責ニシテ裁判所ハ當事者ノ主張セル法律の見解ニ羈束セラルヘキモノニ非ス而シテ重病ニ罹リ起居進退不自由ナル夫ヲ顧ミス家ヲ出テ看護ヲ爲ササル妻ノ行爲ハ惡意ノ遺棄タラサル

トキト雖モ夫ニ對シテハ同居ニ堪ヘサル處待ノ場合ト爲ルコトアルヲ妨ケテ  
 ルヲ以テ原院カ如上事實ノ存在ヲ認メタル上ハ當事者ノ關係ニ於テハ所謂處  
 待ノ場合ト爲ルヘキ事實ナリシヤ否ヤラモ判斷セサルヘカラザレハナリト(審  
 判院明治三十六年(才)第四百三十二日第一民事部請求事)  
 ○歐米主要國ノ戰時及ヒ平時年數並ニ歐洲七大強國ニ於ケル戰爭關係(第  
 十九世紀以降今日ニ至ル百三年間ニ於ケル歐米主要國ノ戰時及ヒ平時年數左  
 ノ如シト云フ時節柄記シテ參考ニ供ス

| 國名  | 戰時年數 | 平時年數 | 戰時一年中<br>對スル平和 |
|-----|------|------|----------------|
| 土耳其 | 三八   | 六五   | 一年七            |
| 西班牙 | 三二   | 七一   | 二二             |
| 佛蘭西 | 二七   | 七六   | 二八             |
| 露西亞 | 二四   | 七九   | 三二             |
| 英吉利 | 二四   | 七九   | 三二             |
| 伊太利 | 二三   | 八〇   | 三五             |

又同歲月間ニ於ケル歐洲七大強國ノ戰爭關係左ノ如シ

|               |    |    |     |
|---------------|----|----|-----|
| 埃匈國           | 一七 | 八六 | 五〇  |
| 和蘭            | 一四 | 八九 | 六三  |
| 獨逸(普國ヲ<br>除ク) | 一三 | 九〇 | 七〇  |
| 普瀋西           | 一二 | 九一 | 七六  |
| 葡萄牙           | 一二 | 九一 | 七六  |
| 米國            | 一一 | 九一 | 七六  |
| 瑞典            | 一〇 | 九三 | 九三  |
| 丁抹            | 九  | 九四 | 一〇四 |

|     |    |     |    |     |    |
|-----|----|-----|----|-----|----|
| 埃對佛 | 六回 | 埃對露 | 一回 | 埃對普 | 一回 |
| 露對佛 | 五回 | 露對英 | 一回 |     |    |
| 露對土 | 四回 | 普對露 | 一回 |     |    |
| 埃對伊 | 三回 | 伊對露 | 一回 |     |    |
| 英對佛 | 二回 | 伊對佛 | 一回 |     |    |



未タ一同モ對戰セサルモノ

奧對英

奧對土

普對伊

普對英

普對土

伊對土

尙ホ第十九世紀ニ於ケル戰爭關係ノ繼續期間ヲ見ルニ最モ長カリシハ英佛第二次戰役十一年十三日即チ千八百二年五月十八日ニ開始シ千八百十四年五月三十日終局シタル戰爭ニシテ最モ短カリシハ奧伊第二戰役六日即チ千八百四十八年三月二十日ヨリ二十六日マテノ戰爭ナリトス彼ノ最モ激戰タリシ千八百七十年ノ獨佛戰役ノ如キハ同年七月十九日開戰シ翌年一月二十八日終局シ此間六箇月九日ニ過キヌ又千八百六十六年ノ普奧戰役ハ六月十六日ヨリ七月二十二日ニ至ル三十六日間ニ過キサレトモ此等短期間ノ戰爭ニ於テハ概シテ大兵ヲ動スモノノ如シ即チ普奧戰役ニ於テハ普國ハ三十萬ノ精兵ヲ戰場ニ輸リ奧國ハ三十六萬ノ兵ヲ動シ獨佛戰役ニ於テハ獨軍ノ主力ハ六十三萬ニ達シ佛國ハ六十萬ニ上レリト云フ

# 法政大學廣告

## ○專門部

正科生別科生共缺員アリ臨時入學ヲ許ス

專門部生徒ニハ當該學年級講義録ヲ無代價ニテ頒與ス

## ○高等研究科

隨時入學ヲ許ス

## ○校外講義生

隨時入學ヲ許ス

## ○特別法講義録

隨時入學ヲ許ス

本大學ノ創刊ニ係ル講義録ニシテ其科目ハ府縣制、郡制、市制、町村制、現行租稅法論、戶籍法、不動産登記法、供託法、非訟事件手續法、人事訴訟手續法、競賣法、特許法、意匠法、商標法、著作權法、公證人規則、軌道規則トス

## ○法學志林

梅博士每號執筆

毎月一回發行本大學講師其他專門家ノ論說及纂論、質疑ノ解答、寄書、散錄、漫評、判例、雜報、記事等ヲ掲載シ收法家ノ參考資料トス

三十七年二月

司法部指定  
文部省認定

私立  
法政大學



未タ一同モ對戰セサルモノ

奧對英

奧對土

普對伊

普對英

普對土

伊對土

尙ホ第十九世紀ニ於ケル戰爭關係ノ繼續期間ヲ見ルニ最モ長カリシハ英佛第二次戰役十一年十三日即チ千八百二年五月十八日ニ開始シ千八百十四年五月三十日終局シタル戰爭ニシテ最モ短カリシハ奧伊第二戰役六日即チ千八百四十八年三月二十日ヨリ二十六日マテノ戰爭ナリトス彼ノ最モ激戰タリシ千八百七十年ノ獨佛戰役ノ如キハ同年七月十九日開戰シ翌年一月二十八日終局シ此間六箇月九日ニ過キヌ又千八百六十六年ノ普奧戰役ハ六月十六日ヨリ七月二十二日ニ至ル三十六日間ニ過キサレトモ此等短期間ノ戰爭ニ於テハ概シテ大兵ヲ動スモノノ如シ即チ普奧戰役ニ於テハ普國ハ三十萬ノ精兵ヲ戰場ニ輸リ奧國ハ三十六萬ノ兵ヲ動シ獨佛戰役ニ於テハ獨軍ノ主力ハ六十三萬ニ達シ佛國ハ六十萬ニ上レリト云フ

# 法政大學廣告

## ○專門部

正科生別科生共缺員アリ臨時入學ヲ許ス

專門部生徒ニハ當該學年級講義録ヲ無代價ニテ頒與ス

## ○高等研究科

隨時入學ヲ許ス

## ○聽講生

隨時入學ヲ許ス

## ○校外生

隨時入學ヲ許ス

## ○特別法講義録

毎月一回發行月謝金拾五錢

本大學ノ創刊ニ係ル講義録ニシテ其科目ハ府縣制、郡制、市制、町村制、現行租稅法論、戶籍法、不動産登記法、供託法、非訟事件手續法、人事訴訟手續法、競賣法、特許法、意匠法、商標法著作權法、公證人規則、執達吏規則トス

## ○法學志林

梅博士每號執筆

毎月一回發行本大學講師其他專門家ノ論說及纂論、質疑ノ解答、寄書、散錄、漫評、判例、雜報、記事等ヲ掲載シ攻法家ノ參考資料トス

三十七年二月

司法部指定  
文部省認定

立私

# 法政大學

# 法學志林

一部定價金十二錢郵費一錢  
持友、生徒、校友共一圓二十錢  
價郵稅共十一錢十部則金郵  
稅共一圓

## 第五十三號目次 (二月十五日發行)

### 志林

- 實戰 法學博士 中村 進午
- 專賣ノ性質ヲ論ス 法學士 上杉 慎吉
- 大審院ノ失態事件 辯護士 富岡雄四郎
- 最近判例批評(其十七) 法學博士 梅謙次郎
- 民法第七百九十一條ニ關シ志方殿君ニ答フ 法學博士 梅謙次郎
- 意國の商法 法學博士 松澤仁一郎

### 纂論

- 爲國新刑法(三) 法科大學生 佐竹 三吾
- 養神ノ爲メ供託シタル保證金ニ對スル債務 法學士 松岡 義正
- 有ノ有スル權利 法學士 松岡 義正

### 解疑

- 日本銀行ノ利率ハ市場利率ヨリ低ク歐洲諸國中央銀行ノ利率ハ市場利率ヨリ高キ理由 法學士 山崎覺次郎
- 追徴金ノ性質 法學士 谷野 楢

### 散錄

- 大審院新判決例 十二件 公平 概史

### 其他雜報、記事等

發行所 司法部指定 文部省認定 私立法政大學

明治三十六年十月十二日第三種郵便物認可  
每月十四日、三日、五日、八日、十一日、十五日、十八日、廿一日、廿五日、廿八日發行

明治三十七年二月十五日印刷 (定價金貳拾錢)  
明治三十七年二月十八日發行

編輯兼 發行所 東京市牛込區牛込北町十番地 萩原敬之

印刷者 東京市牛込區大塚町三番地 小宮山信好

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 司法部指定 東京市麴町區富士見町六丁目十六番地 法政大學 (電話番町百七十四番)