

法政大学学術機関リポジトリ

HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2024-07-27

法政大学講義録

板倉, 松太郎 / 山田, 三良 / 松岡, 義正

(出版者 / Publisher)

法政大学

(巻 / Volume)

33

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

85

(発行年 / Year)

1905-09-25

(明治三十七年十一月十日第三種郵便物認可)
每月三回(五日、十五日、二十五日發行)

明治三十八年九月二十五日發行

三十八年度

法政大學講義錄

第三十三號

法政大學發行



第三十三號目次

國際私法(自一七六)至(自二七六)

法學博士 山田 三 良

民事訴訟法(自三三〇)至(自三三〇)

法學士 松岡 義 正

表紙及目次 四頁

民事訴訟法(自一四三)至(自一四三)

法學士 板倉 松 太郎

破産法(自二五八)至(自二五八)

法學士 松岡 義 正

雜報

○大審院判例要旨 ○判事檢事登用第一回試驗及辯護士試驗ノ豫備試驗問題 ○文官高等試驗ノ迅速作文試驗問題

090
1905
1-33

故ニ本人ニ對シテモ亦官報ニ告示ノ時ヨリ效力ヲ發生スルモノト謂フコトヲ得(シ果シテ然ラハ第二項ハ畢竟無用ノ規定ト謂フヘシ) 國籍ノ變更ハ本人ニ對シテハ商人の效力ヲ生ズルモノトシテハ歸化ノ效力ハ外國人ヲシテ我國ノ國籍ヲ取得セシメ我國臣民タルノ權利ヲ享有シ義務ヲ負擔セシムルニ在リ然ルニ近世諸國ノ立法例ニ於テハ歸化ハ特リ商人の效力即歸化ヲ出願シタル者ニ對シテ國籍變更ノ效力ヲ生ズルノミナラス尙包括の效力即歸化出願人ノ妻及子ニ對シテモ亦國籍變更ノ效力ヲ生ズルモノトモテリ蓋夫婦親子國籍ヲ同クシ一家ノ統一ヲ完ウセシムルノ必要ヨリ出テタルモノナリ故ニ歸化ノ效力ハ之ヲ左ノ三點ニ別テテ説明セントス

一 本人ニ及スス效力

二 其妻ニ及スス效力

三 其子ニ及スス效力

第一 歸化ノ本人ニ及スス效力 歸化ハ歸化人ニ生來ノ臣民ト同シテ臣民タルノ資格ヲ付與スルモノナリルカ故ニ從テ臣民トシテ享有スヘキ權利ヲ付與シ臣民トシテ負擔スヘキ義務ヲ負擔セシムルモノナリ何レノ國ノ國籍法ニ於テモ義務負擔ノ點ニ於テハ生來ノ臣民ト毫モ異ナル所ナキヲ以テ原則トスレトモ權利享有ノ點ニ付テハ必シモ生來ノ臣民ト同一ナルヲ得ケルモノニシテ殊ニ公權就中參政權ニ至テハ歸化人ハ或ハ終身間或ハ一定ノ年限間内國臣民ト同一ノ權利ヲ享有スルコトヲ得サルヲ以テ原則トス我國籍法第一六條ニ於テモ斯ル制限ヲ設ケタリ即

二 樞密院ノ議長、副議長又ハ顧問官、爲ルコト

國籍及國籍ノ歸屬 國籍ノ取得 歸化ノ國籍取得

三 宮内勅任官ト爲ルコト
 四 特命全權公使ト爲ルコト
 五 陸海軍ノ將官ト爲ルコト
 六 大審院長、會計検査院長
 七 帝國議會ノ議員ト爲ルコト

是ナリ至此等公權ハ重大ナル權利ニシテ其忠實ナル愛國者ト爲ルコトヲ要スルカ故ニ我國ニ歸化タル者カ果シテ生來ノ臣民ノ如ク我國ニ忠實ナリヤ否ニ依テ之ヲ區別シテ諸外國ノ立法例ノ如ク十年間ニ於テ之ヲ必要トスル所ナラシメテ之ヲ制限スルナリ然レトモ歸化人ノ中ニ於テ我國ニ特別ノ功勞アル者ナルトキハ五年ノ後ニ於テ内務大臣ノ勅裁ヲ經テ之ヲ解除スルコトヲ得セシメ其他ノ國籍取得者ニ付テハ十年ノ後ハ均シク之ヲ解除スルコトヲ得ルモノト爲セリ是國籍法第一七條ニ規定スル所ナリ

尙如此公權ノ制限ハ獨リ歸化人ノミニ止ラズシテ歸化ノ效力トシテ我國籍ヲ取得シタル者即歸化人ノ子ニ對シテモ亦均シク斯ル制限ヲ設ケタリ又歸化ノ手續ニ依ラスシテ我國籍ヲ取得シタル者即日本人ノ養子ト爲リ又ハ入夫ト爲リテ我國籍ヲ取得シタル者モ均シク此等ノ制限ニ從ハサルヘカラス此等ノ其原因ヲ異ニスレトモ外國人タリシ者カ我國籍ヲ取得シタルノ點ニ於テハ歸化ト異ナル所ナキモノナルカ故ニ同一ノ制限ニ從ハシメ兩者間ノ權衡ヲ保タシメタルナリ

歸化ノ效力ハ以上ニ述フルカ如ク唯歸化ヲ爲シタル本人ニ對シテ簡人的效力ヲ生スルノミニ非スシテ亦其家族ニ對シテモ國籍變更ノ效力ヲ發生スルモノナリ學者ハ或ハ之ヲ稱シテ歸化ノ概括的效力ト謂

ベリ如此效力ハ夫婦親子ヲシテ同一ノ國籍ヲ有セシメ一家ノ統一ヲ保タシムルノ必要ヨリ出テタルモノナリ故ニ歸化ノ效力ヲ説明スルニ當テハ尙此概括的效力即歸化ノ妻ニ及ス效力及子ニ及ス效力ヲモ併セテ説明セサルヘカラス

第二 歸化ノ妻ニ及ス效力 妻ハ夫ノ歸化ニ因テ歸化國ノ國籍ヲ取得スルコトハ近世諸國ノ國籍法ニ於テ概認ノラルル所ナレトモ其方法ニ至テハ之ヲ異ニス即英吉利、亞米利加、獨逸、伊太利、澳地利等ニ於テハ妻ハ夫ノ歸化ニ因テ當然其國籍ヲ變更スルモノトセリ唯此等ノ諸國ノ中ニハ或ハ妻カ夫ト共ニ歸化人ノ妻ハ夫ト共ニ我國籍ヲ取得スルモノト爲セリ然レトモ露西亞、葡萄牙等ノ諸國ニ於テハ夫ノ歸化ハ妻ノ國籍ニ當然變更ヲ及ボサズトスルヲ以テ我國籍法第一三條第二項ニ於テ若妻ノ本國法ニ反對ノ規定アルトキ即妻カ當然我國籍ヲ取得スルコトヲ認メサル場合ニ於テハ第一項ノ原則ハ之ヲ適用セザルモノトシスル妻ハ夫ノ歸化ニ拘ラス尙其本國ノ國籍ヲ保有スルモノトセリ尙佛蘭西法系ノ諸國ニ於テハ妻ハ夫ノ歸化ト同時ニ自ラ歸化スルコトヲ請求スルニ非ケルモノトシテ我國籍ヲ取得スルコトヲ得サルモノト爲セリ從テ斯ル國ニ屬スル夫カ我國ニ歸化スルニ當テモ亦第一三條第二項ノ規定ニ依テ其妻ハ當然我國籍ヲ取得スルモノニ非ス然レトモ如此制限ハ無キニ付テハ夫ノ歸化ニ對シテ我國籍ヲ取得セシメタル場合ニ妻カ當然我國籍ヲ取得セザルモノモ若其後ニ至リ夫ハ自ラ我國籍ヲ取得セシメタルモノトシキハ歸化ノ手續ニ依テ我國ニ歸化ヲ爲スコトヲ得ルノミナラス斯ル歸化ニ付テハ一般ノ歸化ノ規定ハ一切ノ條件ヲ必要トセザルコトハ國籍法第一四條ニ規定スル所ナレハナリ從テ若妻ノ本國法ニ反對ノ規定アルトキ即妻カ當然我國籍ヲ取得スルモノト同一ノ結果ヲ來スカ故ニ第一三條第二項ノ制限



三 宮内勅任官ト爲ルコト
 四 特命全權公使ト爲ルコト
 五 陸海軍ノ將官ト爲ルコト
 六 大審院長、會計検査院長又ハ行政裁判所長官ト爲ルコト
 七 帝國議會ノ議員ト爲ルコト

是ナリ蓋此等公權ハ重大ナル權利ニシテ最忠實ナル愛國心ヲ有スルコトヲ要スルカ故ニ我國ニ歸タル者カ果シテ生來ノ臣民ノ如ク我國ニ忠實ナリヤ否ヤハ尙充分ニ信用スルコトヲ要スルカ故ニ如ク十年間或ハ五年間ト年限ヲ限ラサルナリ然レトモ歸化人ノ中ニ於テ我國ニ特別ノ功勞アル者ナルトキハ五年ノ後ニ於テ内務大臣ノ勅裁ヲ經テ之ヲ解除スルコトヲ得セシメ其他ノ國籍取得者ニ付テハ十年ノ後ハ均シク之ヲ解除スルコトヲ得ルモノト爲セリ是國籍法第一七條ニ規定スル所ナリ

尙如此公權ノ制限ハ獨リ歸化人ノミニ止ラスシテ歸化ノ效力トシテ我國籍ヲ取得シタル者即歸化人ノ子ニ對シテモ亦均シク斯ル制限ヲ設ケタリ又歸化ノ手續ニ依ラスシテ我國籍ヲ取得シタル者即日本人ノ養子ト爲リ又ハ入夫ト爲リテ我國籍ヲ取得シタル者モ均シク此等ノ制限ニ從ハサルヘカラス此等ハ其原因ヲ異ニスレトモ外國人タリシ者カ我國籍ヲ取得シタルノ點ニ於テハ歸化ト異ナル所ナキモノナルカ故ニ同一ノ制限ニ從ハシメ兩者間ノ權衡ヲ保タシメタルナリ

歸化ノ效力ハ以上ニ述フルカ如ク唯歸化ヲ爲シタル本人ニ對シテ簡人的效力ヲ生スルノミニ非スシテ亦其家族ニ對シテモ國籍變更ノ效力ヲ發生スルモノナリ學者ハ或ハ之ヲ稱シテ歸化ノ概括的效力ト謂

ヘリ如此效力ハ夫婦親子ヲシテ同一ノ國籍ヲ有セシメ一家ノ統一ヲ保タシムルノ必要ヨリ出テタルモノナリ故ニ歸化ノ效力ヲ説明スルニ當テハ尙此概括的效力即歸化ノ妻ニ及ス効力及子ニ及ス効力ヲモ併セテ説明セサルヘカラス

第二 歸化ノ妻ニ及ス効力 妻ハ夫ノ歸化ニ因テ歸化國ノ國籍ヲ取得スルコトハ近世諸國ノ國籍法ニ於テ概認ノラルル所ナレトモ其方法ニ至テハ之ヲ異ニス即英吉利、亞米利加、獨逸、伊太利、澳地利等ニ於テハ妻ハ夫ノ歸化ニ因テ當然其國籍ヲ變更スルモノトセリ唯此等ノ諸國ノ中ニハ或ハ妻カ夫ト共ニ歸化人ノ妻ハ夫ト共ニ我國籍ヲ取得スルモノト爲セリ然レトモ露西亞、葡萄牙等ノ諸國ニ於テハ夫ノ歸化ハ妻ノ國籍ニ當然變更ヲ及ホサラスルヲ以テ我國籍法第一三條第二項ニ於テ若妻ノ本國法ニ反對ノ規定アルトキ即妻カ當然我國籍ヲ取得スルコトヲ認メサル場合ニ於テハ第一項ノ原則ハ之ヲ適用セサルモノトシ斯ル妻ハ夫ノ歸化ニ拘ラス尙其本國ノ國籍ヲ保有スルモノトセリ尙佛蘭西法系ノ諸國ニ於テハ妻ハ夫ノ歸化ト同時ニ自ラ歸化スルコトヲ請求スルニ非サレハ夫ノ國籍ヲ取得スルコトヲ得サルモノト爲セリ從テ斯ル國ニ屬スル夫カ我國ニ歸化スルニ當テモ亦第一三條第二項ノ規定ニ依テ其妻ハ當然我國籍ヲ取得スルモノニ非ス然レトモ如此制限ハ無要ノ規定ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ此場合ニ妻カ當然我國籍ヲ取得セサルモ若其後ニ至リ夫同シク我國籍ヲ取得セント欲スルトキハ歸化ノ手續ニ依テ我國ニ歸化ヲ爲スコトヲ得ルノミナラス斯ル歸化ニ付テハ一般ノ歸化ニ要スル一切ノ條件ヲ必要トセサルコトハ國籍法第一四條ニ規定スル所ナレハナリ從テ妻ニ其本國法ノ規定如何ニ拘ラス夫ノ歸化ニ因テ當然我國籍ヲ取得スルコト同一ノ結果ヲ來スカ故ニ第一三條第二項ノ制限ハ



其起旨ヲ貫徹セラルモノニシテ第一四條ノ規定ト措著スルモノト謂フヘシ

第三 歸化ノ子ニ及ス効力 父又ハ母ノ歸化ハ其未成年ノ子ノ國籍ヲ變更スヘキ効力ヲ發生スルモノニシテ斯ル効力ハ諸國ニ於テ概認メラル所ナリ唯英吉利、亞米利加、埃地利、伊太利、佛蘭西等ノ諸國ニ於テハ未成年ノ子カ成年ニ達シタル後其自由意思ニ因テ父又ハ母ノ舊國籍ヲ選擇スルコトヲ得ルモノト爲シ子ニ國籍選擇權ヲ付與セリ故ニ斯ル子ハ國籍選擇ト云フ解除條件ニ從ヒ父又ハ母ノ歸化ノ當初ヨリ新國籍ヲ取得スルモノナリ從テ其者カ成年ニ達シタル時トハ新國籍法ノ成年未成年ノ區別ニ從テ成年ニ達シタル時ヲ謂フナリ我國籍法第一五條ニ於テハ子カ其本國法ニ從テ未成年ナルトキハ父又ハ母ノ歸化ニ因テ當然且無條件ニ我國籍ヲ取得スルモノト爲シ又成年ノ子ニ付テハ其任意ニ我國ニ歸化スルコトヲ必要ト爲シ父又ハ母ノ歸化ノ効力トシテハ何等ノ影響ヲ及ササルモノト爲セリ而シテ第一五條第二項ニ於テモ亦未成年ノ子ノ本國法ニ反對ノ規定アルトキハ此限ニ在ラスト規定シ斯ル子ハ我國籍ヲ取得セサルモノトセリ此規定モ亦甚曖昧ナル規定ニシテ若其本國法ニ條件附國籍取得ヲ認ムルトキハ之ヲ適用スルコトヲ得サルナリ

第三款 領地割讓ニ因ル國籍ノ取得

以上述ヘタル國籍取得ノ原因即親族法上ノ原因及歸化ハ我憲法第一八條及我國籍法ニ規定スル原因ニシテ法律ノ結果トシテ外國人カ我國籍ヲ取得スル場合ハ以上二箇ノ原因ニ因テ之ヲ盡セリ然レニ外國人カ我國籍ヲ取得スル原因ハ管ニ此等ノ場合ノミニ限ラサルモノニシテ尙國際法上ノ原因ニ因テ我國籍ヲ取得スル場合アルコトヲ認メサルヘカラス斯ル場合ハ憲法第一八條ノ豫想セサル所ニシテ事憲法

第一三條ノ豫想スル所ナリ即宣戰、媾和及條約締結ノ大權ト國際法ノ原則トヨリシテ國籍ノ變更ヲ發生スル場合ナリ斯ル國籍ノ變更ハ主トシテ領地割讓ノ場合ニ發生スルモノナレトモ領地全體ノ併合即一國カ他國ヲ併合シタル場合ニ於テモ亦固ヨリ發生スル所ナリ今國家ノ滅亡ノ場合ニ付之ヲ云ヘハ一國カ他國ニ併合シタル場合ニ於テハ併合セラレタル國家ハ其國家タルノ人格ヲ失フト同時ニ其國家ニ屬シタル臣民ハ當然併合國ノ臣民ト爲ルモノナリ更ニ領地ノ割讓即國土ノ一部分ノ割讓ノ場合ニハ割讓國ニ屬シタル臣民ハ讓受國ノ臣民ト爲ルヤ否ヤト云フニ國家滅亡ノ場合ト均シク其住民ハ皆讓受國ノ臣民ト爲ルモノナリ然ラハ何故ニ斯ル國籍ノ變更ヲ發生スルヤト問ヘハ國家ノ領地割讓ナルコトハ領地其モノノ割讓ニハ非スシテ其領地ノ上ニ行ルル國家主權ノ割讓ナリ即民法ノ言葉ニ於テハ物ノ讓渡ナル語ハ俗人間ノ語ニシテ之ヲ法律的ニ云ヘハ物ノ所有權ノ讓渡ナルカ如ク國際法上ニ於テモ領地割讓ナル言葉ハ領地ノ上ニ行ルル主權ノ割讓ヲ意味スルモノニシテ其結果トシテ主權ニ服従スル臣民割讓ナル讓受國トノ間ニ於ル主權ノ讓渡ニ因テ當然其國籍ヲ變更スヘキモノナリ故ニ斯ル國籍ノ變更ニハ箇人ノ同意ヲ要セサルナリ割讓地住民ハ國家間ノ條約ニ依テ拘束セラレヘケレバナリ

領地ノ割讓ノ場合ニ於テハ主權割讓ノ結果トシテ其臣民ハ當然國籍ヲ變更スルモノナレトモ斯ル住民ハ往往ニシテ讓受國ノ國籍ヲ嫌忌シ動モスレバ新政府ニ反抗スル者アリ從テ讓受國ヨリ云フトキハ斯ル住民ヲ放逐若クハ退去セシメ以テ一般ノ住民ヲ統治スルノ便利ヲ圖ルノ必要アルト同時ニ人權ノ自由思想ヲ認メ無辜ノ民ヲシテ強テ其意ニ反シテ國籍ヲ變更セシムヘキ必要ナキコトヲ自覺シ近世ノ國際條約ニ於テハ一定ノ條件ヲ以テ舊國籍ヲ引續キ保有シ新國籍ヲ取得セサルコトヲ得ルノ自由ヲ認ムルニ至レリ此自由ヲ稱シテ選擇權(Option)ト稱シ斯ル權利ヲ規定セル條項ヲ稱シテ割讓條約ノ選擇條

款ト稱ス其條件ハ即通常一定ノ期間内ニ割讓地ヲ退去スルコトヲ要スルヲ以テ例ト爲シ退去セザル限
 リハ絶對的ニ新國籍ヲ取得スルモノト爲ス而シテ若其期間内ニ退去スルトキハ舊國籍ヲ曾喪失スルコ
 トナシテ之ヲ引續キ保有スルモノト爲セリ隨テ新國籍ヲ取得セザルモノト看做スナリ於是新ル選擇
 權トハ何シヤト云フコトヲ論定スルノ必要アリ學者ニ依テハ種種其說明ヲ異ニスレトモ選擇權トハ退
 去即移住ノ特權ニシテ領地割讓ノ結果トシテ當然取得シタル新國籍ヲ解除スルノ條件ナリト説明スル
 ヲ以テ最至當ナリト信ス即新ル條件ハ讓受國ヨリ云フトキハ當然取得スヘキ國籍ヲ解除ヲ來スモノニ
 シテ又割讓國ヨリ云フトキハ領地ノ割讓ニ因テ國籍ヲ喪失シタル者ヲシテ舊國籍ヲ恢復セシムルニ當
 リ或ハ歸化ノ手續ニ依リ或ハ國籍恢復ノ手續ニ依リ國籍ヲ恢復ヘル必要ヲ免除シ引續キ舊國籍ヲ享有
 シタルモノト看做ス便宜上ノ規定タルニ過キヌ又斯ル退去者ノ財產保護ニ關シテハ古來第十七世紀ノ
 終ニ至ル迄ハ退去者ニ自ラ其動產ヲ携帶スルコトヲ許シタルノミニシテ其餘ノ財產ハ皆之ヲ沒收スル
 ヲ以テ例ト爲セシモ第十八世紀ノ後半以來ハ退去者ハ其不動產ヲ自由ニ賣却シテ退去スルコトヲ認ム
 ルニ至レリ更ニ第十九世紀以來外國人ト雖不動產ヲ所有スルコトヲ得ルニ至リタルカ故ニ退去者ハ退
 去スルモ尙其不動產ヲ所有スルコトヲ認マラルニ至レリ併シ千八百七十八年及千八百七十九年ノ露
 土條約及明治二十七年日清條約ニハ退去者ハ退去前ニ其不動產ヲ賣却スルコトヲ要シタリ故ニ賣却ス
 ルコトヲ得ザリシ不動產ハ我國庫ニ歸シタルモノトス
 次ニ如何ナル住民ハ領地ノ割讓ニ因テ國籍ヲ變更スヘキヤヲ説明センニ領地ノ割讓ハ前ニモ述ヘタル
 カ如ク割讓國ノ主權讓渡ノ結果トシテ國籍ヲ變更スヘキモノナルカ故ニ隨テ割讓國ニ屬セザル人民ハ
 縱令割讓地ニ住所ヲ有スル場合ニ於テモ其國籍ヲ變更セザルコトハ明ナリ是猶契約ハ第三者ニ效力ヲ

及チナルカ如ク領地割讓ノ條約モ亦第三國及第三國ノ臣民ニ何等ノ影響ヲ及スヘキモノニ非ス此點
 付テハ疑ハ存セザル所ナレトモ割讓國ニ屬スル臣民ニ付テハ疑義屢發生スルモノナリ元來割讓地ニ屬
 スル人民ニシテ割讓地ト關係ヲ有スルモノハ凡四種類ニ區別スルコトヲ得ヘシ其一ハ割讓地ニ住所ヲ
 有スル者ニシテ本籍ヲ有セザル者、其二ハ割讓地ニ本籍ヲ有スレトモ現ニ住所ヲ有セザル者、其三ハ
 割讓地ニ本籍ヲ有シ且現ニ住所ヲ有スル者其四ハ本籍又ハ住所ヲ有セザルモ單ニ居所ヲ有スル者是
 テ此四種類ノ中ニテ單ニ居所ヲ有スル割讓國ノ臣民ニ付テハ領地ノ割讓ハ何等ノ變更ヲ及チザルヲ以
 テ通例トス唯或ハ讓受國ノ政治上ノ都合ニ依リ斯ル人民ニ一定ノ期間又ハ永久居所ヲ有スルコトヲ許
 ササルコトアルノミ換言スレバ退去ヲ命スルコトアルノミ然レトモ他ノ三種ノ臣民ニ付テハ國籍ヲ變
 更スヘキモノナリヤ否ヤノ問題ヲ生今單ニ條約ノ明文ニ割讓地ノ住民トアル場合ニ以上ノ三種類ノ
 人民ヲ悉包含スルヤ否ヤト云フニ學說上ニ種種ノ異論アリテ之ヲ五箇ニ分ツコトヲ得今其大要ヲ左
 略述スヘシ
 一 割讓國ノ國體ニ依テ或ハ住所主義或ハ本籍主義 即若割讓國カ統一的ノ國體ニシテ地方ニ依テ法
 律ヲ異ニセザル場合ニ於テハ所謂割讓地ノ住民ナル語ハ現ニ割讓地ニ住所ヲ有スル者ノミヲ謂フモ
 ノニシテ住所ヲ有セザル者ハ縱令其地ニ本籍ヲ有スル場合ニ於テモ尙國籍ヲ變更スルコトナシト
 ス反之若讓渡國カ聯邦國ナルカ又ハ地方ニ依テ法律ヲ異ニスル國例之北米合衆國、瑞西ノ如ク各地
 方ニ依リ特殊ノ法律ヲ有スル國ナルトキハ住所ノ如何ニ拘ラス割讓地ニ本籍ヲ有スル者ノミカ國籍
 ヲ變更スヘキモノナリトスル主義ナリ
 二 住所主義 領地ノ割讓ニ因テ國籍ヲ變更スヘキ住民トハ割讓ノ當時現ニ割讓地ニ住所ヲ有スル臣

民ノミナリトスル説ニシテ此説ノ根據トスル所ハ領地割讓ノ目の上讓受國ハ唯其新領地ニ住所ヲ有スル者ヲ以テ足レリトシ割讓地ニ本籍ヲ有スルモ現ニ他ノ地方ニ住所ヲ有スル者ハ國籍ヲ變更セシムヘキ理由ナシ反之現ニ他ノ地方ニ本籍ヲ有スル者ナリト雖荷現在ノ住所割讓地ニ在ル以上ハ國籍ヲ變更スヘキモノトセサルヘカラストスルナリ領地主權ノ目的ヨリ云フトキハ此主義カ最正當ナルモノニシテ且割讓地ノ住民ナル語ト相照應スルモノナリ

三 本籍主義 此主義ハ住所ノ割讓地ニ在ルト又其他ノ地方ニ在ルトヲ問ハスシテ割讓地ニ本籍ヲ有スル者即多ク場合ニ於テハ其地ニ出生シタル者ハ皆國籍ヲ變更スヘキモノトスルナリ此説ノ根據トスル所ハ領地割讓ノ結果トシテ國籍ヲ變更スヘキ者ハ其領地ト最密著ナル關係ヲ有スル者ニ限ラサルヘカラストシテ斯ル密著ナル關係ヲ有スル者ハ住所ヲ有スルモノニ非スシテ其地ニ出生シタル者即本籍ヲ有スル者ナリト謂フニ在リ然レトモ住民ナル語ハ住所及居所ノ觀念ト相俟テ離ルヘカラストルモノニシテ寧本籍ノ如何ニ拘ラサルモノナリ隨テ住民ト明言セルニモ拘ラス住所ノ如何ヲ問ハスシテ本籍ヲ有スル者ノミト解釋スルコトハ穩當ナラサルモノト謂ハサルヘカラスト

四 住所及本籍主義 此主義ハ割讓地ニ本籍ヲ有シ且現ニ住所ヲ有スル者ノミカ國籍ヲ變更スヘシトスル説ニシテ領地ノ割讓ニ因テ國籍ヲ變更スヘキ運命ニ遭過スル者ヲシテ可成少クセントスル主義ナリ是佛國ノ學者カ獨逸ニ割讓シタル「エルザス」ロートリンゲンニ州ニ於ル住民ノ國籍變更ヲ減少セシメンカ爲ニ盛ニ主張セシ所ナリ(例之佛國ノ「ワニス」ルノー等ノ如シ)然レトモ此説ハ穩當ナラズ

五 住所又ハ本籍主義 此主義ハ割讓地ニ住所ト併有スル者ハ勿論本籍ヲ有セサルモ現ニ住所ヲ有スルカ又住所ヲ有セサルモ其地ニ本籍ヲ有スル者ハ悉國籍ヲ變更スヘキモノトスルナリ即第四ノ主義ノ正反對ニシテ領地ノ割讓ニ因テ國籍ヲ變更スヘキ者ヲ可成多クセントスル主義ナリ從來ノ實例ニ於テモ亦此主義ヲ認ムルモノ多ク現ニ昔佛領地割讓條約ノ結果ニ依リ「エルザス」「ロートリンゲン」ニ州ノ人民ニ對シテ獨逸政府ノ固ク主張シタル所ナリトス

以上述ヘタル如ク領地割讓ノ場合ニ於ル國籍變更ハ五主義アリト雖現行一般ニ各國ノ學者間ニ唱道セラルルハ多クハ第二或ハ第五ノ主義ニシテ其第二ヲ採ルカ第五ヲ採ルカハ割讓條約締結當時ノ狀態又ハ國情ニ因リ決スヘキモノトス

第二章 國籍ノ喪失

古代ニ於テハ一國ノ臣民ハ或ハ國家ヨリ國籍ヲ剝奪セラレ爾後外國ニ追放セララルコトアリシモ自己ノ任意ニ因テ國籍ヲ脫スルコトハ認ラレサリキ從テ一度臣民タル者ハ永久臣民タリトノ格言發生シ我國ニ於テモ西洋諸國ニ於テモ極テ近來迄ハ商人カ自由ニ國籍ヲ喪失スルコトヲ許サザリシナリ然ルニ近世ニ至リ商人カ自由ニ國籍ヲ移住スルコトヲ認メラルルニ至リタルト同時ニ内外國ノ交通ハ益發達シ各開國主義ヲ採リ外國ノ移住民ヲ國內ニ來住セシムルコトカ一般ニ認メラルルニ至リタルノミナラス或ハ北米合衆國或ハ南米諸國ノ如ク外國ノ移住民ニ依テ國家ノ富榮ヲ圖リ國民ノ増加スルコトヲ希望スル諸國ハ其本國ニ於テ國籍ヲ喪失スルコト否トニ拘ラス移住民ニ自國ノ國籍ヲ付與スルニ至リタル以來近世諸國ニ於テハ漸ク商人カ國ヲ去リ籍ヲ脫スルノ自由ヲ一般ニ認ムルニ至レリ現今尙此自由ヲ認メサル國ハ露國ノミナリ

我國籍法ノ規定ニ依レハ我臣民カ國籍ヲ喪失スル原因ハ凡四箇アリ今左ニ國籍喪失ノ原因及制限並ニ



其效果ノ二節ニ分テ之ヲ略説セントス

第一節 國籍喪失ノ原因

第一 婚姻 國籍法第一八條ニ依レハ日本ノ女カ外國人ト婚姻シ外國人ノ妻ト爲リタルトキハ日本ノ國籍ヲ喪失スヘキモノトセリ此國籍喪失ノ原因ハ明治六年布告第一〇二號ニ依リ始テ認メラレタルモノニシテ現今文明諸國ニ於テ一般ニ認メラルル喪失原因ナリトス斯ル國籍喪失ノ原因ハ夫婦別ニテ國籍ヲ同クセシムルノ必要ヨリ出テタルモノナレトモ我國籍法第一八條ノ如ク如何ナル場合ニ於テモ絕對的ニ國籍ヲ喪失スヘキモノトスルハ極テ少キ立法例ナリ我輩ハ此規定ニ對シテ聊缺點ヲ鳴ラササルヲ得ス他ノ諸國ニ於テハ皆妻カ其夫ノ國籍即外國ノ國籍ヲ取得スヘキコトヲ條件トシテ從來ノ國籍ヲ失フヘキモノトセリ我國籍法ニ於テモ國籍ノ喪失ハ外國ノ國籍ヲ取得スルコトヲ條件トスルニモ拘ラス獨此場合ニ限リテ如此制限ヲ設クルコトヲ爲サザリシハ日本ノ女カ無効外國人ニ嫁スヘキ場合アルコトヲ忘レタルモノニシテ其當ヲ失シタルモノト謂ハサルヘカラス

第二 離婚又ハ離縁 外國人タル者カ入夫婚姻又ハ養子縁組ニ因テ我國籍ヲ取得スルコトハ既ニ國籍ノ取得ニ付テ述ヘタル所ナリ今如此者カ離婚又ハ離縁ニ因テ日本ノ家ヲ出ツル場合ニ於テハ引續キ日本人ト看做スヘキ必要ナキカ故ニ斯ル者ハ其國籍取得ノ原因タリシ婚姻關係又ハ養子關係ノ消滅ト共ニ我國籍ヲ喪失スルモノトセリ然レトモ若此等ノ外國人カ再其舊國籍ヲ回復シ得サル場合ニ於テハ遂ニ無籍人ト爲ルニ至ルカ故ニ斯ル弊害ヲ避ケンカ爲メ我國籍法第一九條ニ於テハ外國ノ國籍ヲ取得スヘキモノニ限リ我國籍ヲ喪失スヘキモノトセリ又此國籍喪失ノ原因ハ我國固有ノ原因

ニシテ歐米諸國ニ其例ヲ見サル所ナリ

第三 認知 日本ノ國籍ヲ有スル子カ外國人タル父又ハ母ノ認知ニ因テ外國ノ國籍ヲ取得スルトキハ我國籍法ハ父子國籍ヲ同ウセシムルノ精神ヨリシテ我國籍ヲ喪失スルモノトセリ(國籍法二三條)茲ニ所謂日本人タル子ハ國籍法第三條ニ規定セカ私生子及第四條ニ規定セル棄兒ヲ謂フ斯ル子カ日本ノ國籍ヲ取得セルハ素例外トシテ母ノ血統主義ニ依リ又ハ出生地主義ニ依リ日本人ノ子ナルヘシト推定セシ結果ナルカ故ニ今其子カ外國人ヨリ認知セラルルニ至ルトキハ強テ我國籍ヲ保有セシムルノ必要ナキヲ以テナリ然レトモ若其子カ認知前既ニ日本人ノ妻ト爲リ又ハ日本人ノ入夫或ハ養子ト爲リテ他ノ家ニ在ル場合ニ於テハ外國人ノ認知如何ニ拘ラス我國籍ヲ喪失セサルモノトス何トナレハ此場合ニ於テハ綜合件來ノ外國人ニテモ尙我國籍ヲ取得スヘキモノナレハナリ

第四 歸化 我日本人カ自己ノ志望ニ因テ外國ノ國籍ヲ取得スルトキハ我國籍ヲ失フヘキモノトス自己ノ志望ニ因テ外國ノ國籍ヲ取得スル者トハ我國籍法ノ所謂歸化ナリ故ニ綜合外國ノ國籍ヲ取得スルモ若外國ノ法律上強テ國籍ヲ付與スルモノニシテ箇人任意ノ志望ニ出テタルモノニ非ザルトキハ之カ爲ニ我國籍ヲ喪失スヘキモノニ非ス又既ニ自己ノ希望ニ因テ外國ノ國籍ヲ取得スルモノナレハ斯ル法律關係ヲ爲スヘキ能力ヲ有セサルヘカラサルハ明ナリ隨テ無能力者ハ自己ノ單獨ノ意思ニ因テ我國籍ヲ喪失スルコトヲ得サルモノニシテ唯能力者ノミズル條件ニ依テ我國籍ヲ喪失スルノ自由ヲ認メラレタルモノナリ(國籍法二〇條)

以上ハ我國籍法ニ認メラレタル國籍喪失ノ原因ナレトモ我舊民法(人二二條及一五條)ニ於テハ我政府ノ允許ナクシテ外國政府ノ官職ニ就キタル者又ハ外國軍隊ニ入りタル者ハ當然我國籍ヲ喪失スヘキモノ

ノトスル規定ヲ設ケタリ斯ル原因ハ歐洲諸國ニ於テ概認メラルル所ニシテ唯其條件ヲ異ニスルノミ
 伊大利、希臘、和蘭、葡萄牙等ノ諸國ニ於テハ之ヲ以テ當然國籍ヲ喪失スヘキモノトシ佛國ノ如キハ辭
 職ノ命令ヲ受タルモ之ニ從ハサルトキハ當然國籍ヲ喪失スヘキモノトシ獨逸、埃地利、匈牙利ノ如キハ
 一定ノ期間内ニ辭職ノ命令又ハ歸國ノ命令ニ從ハサル場合ニハ其國籍ヲ剝奪スルコトヲ得ヘキモノト
 シ露西亞ノ如キハ之ヲ以テ犯罪トシ政府ノ命令ニ從ハサルトキハ再國ニ入ルコトヲ許ササルノミナラ
 ス重罪ノ刑ニ處スヘキモノトセリ我現行國籍法ニ於テ如此原因ヲ認メサリシ理由ハ果シテ何レニ存シ
 タルヤハ我輩ノ知ル所ニ非サルモ國際法上ノ局外中立ノ義務ヲ顧ミルトキハ寧之ヲ認ムルヲ以テ正當
 ナリト信ス尙歐洲諸國ノ法制ニ於テハ政府ノ許可ナクシテ一定ノ期間外國ニ滞在スルコトニ因テ國籍
 ヲ喪失スルコトヲ認ムルモノアリ例之獨逸、匈牙利、メキシコ等ニ於テハ十ヶ年間政府ノ許可ナクシ
 テ外國ニ滞在スル者ハ國籍ヲ失フヘキモノトシ又和蘭、諸威等ニ於テハ五ヶ年間歸國ノ意思ナクシテ
 外國ニ滞在スル者ハ國籍ヲ喪失スルモノトセリ我國ニ於テハ此種ノ原因ヲ認メサル結果トシテ縱令終
 身間外國ニ住居シ又歸朝スル意思ナキ場合ニ於テモ之カ爲ニ我國籍ヲ喪失スルノ結果ヲ生スルコトナ
 シ

尙終ニ注意スヘキコトハ以上四箇ノ原因ニ因リ我臣民カ國籍ヲ喪失スヘキ場合ニ於テハ、大制限アルコ
 トヲ知ラサルヘカラサルコト是ナリ即國籍法第三四條ニ規定スル所ニシテ若我國籍ヲ喪失スヘキ者カ
 十七歳以上ノ男子ニシテ陸海軍兵役ノ義務ヲ有スルトキハ縱令以上ノ原因ニ因テ我國籍ヲ失フヘキ者
 ト雖先兵役ノ義務ヲ履行シ若クハ之ヲ免除セラルルニ非サレハ我國籍ヲ喪失スルコトヲ許サス(國籍
 法二四條)蓋斯ル規定ヲ設ケタルハ極ヲ明白ナル事理ニシテ如此者カ自由ニ我國籍ヲ喪失スルコトヲ

得ルモノトスルトキハ兵役ノ義務ヲ免レシカ爲メ故ラニ外國ニ歸化スルニ至ル者アルヲ以テ之ヲ豫防
 スルコトヲ要スレハナリ尙此規定ハ現今國民皆兵主義カ一般ニ行ルルト共ニ諸國ニ於テ廣ク認メラレ
 タル國籍喪失ノ制限ナリ而シテ尙一ノ制限アルハ國籍ヲ喪失スヘキ者カ若文武ノ官職ヲ廣ク得ル者ニシ
 テ我國家ノ官吏ナルトキハ先其官吏タル資格ヲ失ヒタル後ニ非サレハ我國籍ヲ喪失スルコトナシトス
 外國人トシテ一日モ我官吏タルコトヲ得サルノ結果ナリ

第二節 國籍喪失ノ效果

以上述ヘタル所ハ國籍喪失ノ大要ナレトモ尙終ニ一言國籍喪失ノ效果ヲ説明セン此效果ニ付テモ喪失
 者自己ニ及ス效果ト其妻及子ニ及ス效力ト二分テ述ヘサルヘカラス

本人ニ及ス效果 國籍喪失者自己ニ及ス效果トハ我國籍ヲ失フコト即日本臣民タル資格ヲ失ヒ外國人
 ト爲ルコトヲ謂フ隨テ外國人トシテ享有スヘカラサル一切ノ權利義務又ハ日本臣民ニ非サレハ享有ス
 ルコトヲ得サル權利ハ國籍ノ喪失ト同時ニ之ヲ喪失スヘキモノナルヲ以テ一切ノ公權公職ハ國籍ノ喪
 失ニ因リ何等ノ手續ヲ要セスシテ當然之ヲ喪失スルナリ又私權ト雖外國人トシテ享有シ得ヘカラサル
 權利ハ當然之ヲ喪失スルヲ以テ原則トス然レトモ若如此スルトキハ實際上甚公平ヲ失スヘキ恐アルカ
 故ニ財產權ニ付テハ我國家ハ權利喪失ノ上ニ於テ一定ノ猶豫期間ヲ與ヘ其期間内ニ之ヲ内國人ニ賣却
 スルコトヲ得セシメタリ(三二年法律四九號國籍喪失者ノ權利ニ關スル件参照)

其妻ニ及ス效果 我國籍ヲ喪失シタル者ノ妻ハ其夫ト共ニ我國籍ヲ失フヘキモノトス但此場合ニ於テ
 ハ其妻カ夫ノ國籍即外國人ノ國籍ヲ取得スルコトヲ條件トシ斯ル條件ノ具備スヘキ場合ニ限リ我國籍



ヲ喪失スヘキモノトセリ是夫婦國籍ヲ同ウセシムルノ精神ヨリ出テタルモノナリ
 其子ニ及ス效果 我國籍ヲ失ヒタル者ノ子カ其父ト共ニ外國ノ國籍ヲ取得シタルトキハ我國籍ヲ喪失
 スヘキモノトセリ即國籍法第二一條ノ規定是ナリ此法文ニ付テハ立法上ニ箇ノ大ナル批難スヘキ點アリ
 其第一ハ單ニ其子ハ我國籍ヲ喪失スヘキモノト規定シ其子ノ成年者タルト未成年者タルト問ハサル
 點ニシテ外國人カ我國ニ歸化スル場合ニ於テハ唯其未成年者タル子ノミ當然我國籍ヲ取得ストセルニ
 拘ラス我國民カ外國ニ歸化スル場合ニハ此第二一條ノ規定ニ依リ成年ノ子ト雖亦父ト共ニ當然我國籍
 ヲ喪失スルモノトスルハ甚權衡ヲ得サルモノナリ其第二ハ單ニ其子ト謂ヒテ其子カ或ハ日本人ノ妻ト
 爲リ或ハ入夫ト爲リ或ハ他家ニ養子ト爲リタル場合ニ於テモ當然我國籍ヲ喪失スヘキモノトシ國籍法
 第二三條ノ如ク此等ノ者ニ付テ國籍ノ喪失ヲ制限スヘキコトヲ明言スルヲ忘レタルハ最大ナル缺點ト
 謂ハサルヘカラス

以上ニ述ヘタル國籍喪失ノ妻子ニ及ス效果ハ日本人ソ入夫又ハ養子タリシ外國人カ離婚又ハ離縁ニ因
 テ我國籍ヲ喪失シタル場合ニハ之ヲ適用セサルコトヲ注意スヘシ即斯ル場合ニ入夫タリ養子タリシ外
 國人カ其本國ノ國籍ヲ取得スルモ其妻タリ子タル日本人カ日本ノ家ニ止ル限リハ我國籍ヲ喪失セシム
 ヘキ理由ナケレハナリ尤其子カ父ニ隨ヒテ日本ノ家ヲ去リ又其妻カ離縁ト共ニ離婚ヲ爲サス夫ト共ニ
 其家ヲ去リタルトキハ我國籍ヲ保有セシムルノ必要ナキカ故ニ父子夫婦國籍ヲ同ウセシムルノ精神ヨ
 リ我國籍ヲ喪失スヘキモノトセリ(國籍法第二二條)

第三章 國籍ノ回復

前章ニ述ヘタル所ニ依テ我國籍ヲ喪失シタル者カ更ニ再我國籍ヲ回復シ我臣民ト爲ラント欲スル者ア
 ルハ豫想シ得ヘキコトナルカ故ニ何レノ國ニ於テモ國籍喪失者カ一定ノ條件ノ下ニ國籍ヲ回復シ得ル
 コトヲ認メサルモノハナシ蓋斯ル者ハ縱令一旦外國人ト爲リタリト雖皆自國國籍ヲ有シタル者ナルヲ
 以テ自國トノ關係密ナリトノ理由ニ因リ普通歸化ノ手續ニ依ラス輕易ノ方法ニ依リ再自國ノ國籍ヲ回
 復セシムルハ至當ト認ムルヲ以テナリ唯獨リ英國ニ於テハ之ヲ認ムルコトナク一旦英國ノ國籍ヲ喪失
 シタル者ハ全ク外國人ト爲ルモノニシテ再英國ノ國籍ヲ取得スルニハ純粹ノ外國人カ英國ノ國籍ヲ取
 得スルト同一ノ條件ニ依リ歸化ノ手續ヲ踐マサルモノトセリ我國籍法ニ於テハ第二五條乃至第二七條
 ニ於テ簡單ナル條件ニ依リ我國籍ヲ回復シ得ルコトヲ認メタリ而シテ國籍喪失ノ原因ハ四箇アリト雖
 認知又ハ離婚、離縁ニ依テ我國籍ヲ喪失セシ者ハ之ヲ回復スルコト能ハサルカ故ニ國籍回復ノ原因ハ
 唯二箇アルノミ今之ヲ國籍回復ノ條件ト國籍回復ノ效果トノ二節ニ分テ左ニ略説スヘシ

第一節 國籍回復ノ條件

第一 婚姻ニ因テ國籍ヲ喪失シタル者ノ國籍回復ノ條件 婚姻ニ因テ國籍ヲ喪失スル者トハ即日本ノ
 女子カ外國人ノ妻ト爲リタルカ爲ニ國籍法第一八條ノ規定ニ因テ我國籍ヲ喪失シタル場合ヲ謂フモノ
 ニシテ斯ル女子カ我國籍ヲ回復スルニハ左ノ三條件ヲ必要トス
 一 婚姻ノ解消シタルコト 如此女子カ我國籍ヲ喪失シタル原因ハ婚姻ナリシヲ以テ我國籍ヲ回復
 スルカ爲ニハ先其婚姻カ止ミタルコト即解消シタルコトヲ必要トス元來婚姻ニ因テ國籍ヲ喪失スル
 モノト定メタル所以ハ夫婦國籍ヲ同ウセシムルノ主意ヨリ妻ヲシテ夫ノ國籍ヲ取得セシメタルモノ



ナレハ既ニ其婚姻ヲ解消シテ妻カ全ク獨立ノ身分ヲ回復シタル以上ハ夫ノ國籍ト我國籍トノ間ニ利害ノ抵觸ヲ來スモノニ非サルカ故ニ其自由ノ希望ニ從テ再我國籍ヲ回復シ得ルコトヲ認ムルヲ以テ正當ト謂ハサルヘカラス茲ニ注意スヘキハ婚姻ノ解消ハ夫ノ死亡ニ因リ或ハ離婚ニ因リ發生スルモノニシテ死亡ニ因ル解消ノ場合ニ於テハ別ニ難問ノ發生スヘキコトナシト雖離婚ニ因テ婚姻關係ノ解消スル場合ニ付テハ離婚カ果シテ有效ニ成立セリヤ否ヤノ難問ヲ發生スルコトアリ此問題ハ法例第一六條ノ規定ニ依テ之ヲ決定スヘキモノニシテ他日説明スル所ニ依テ諸君ノ了解セラルヘキ事ナリ唯茲ニ一言附加スヘキハ婚姻ノ解消スルコトヲ必要トスルモノナレハ婚姻關係ヲ解消スルニ足ラサルモノ即歐洲諸國ニ認メラレタル別居ノ制度ノ如キハ縱令終身間ノ別居ト雖我婚姻關係ヲ解消スルニ足ラサルモノナルカ故ニ別居ノ宣告ヲ得タル妻ハ我國籍ヲ回復スルコトヲ得サルモノナリ

二 日本ニ住所ヲ有スルコト 我國籍ヲ回復セントスル女子ハ我國ニ歸來シ我國ニ於テ現ニ住所ヲ有スルコトヲ必要トス即住所ト年限ノ長短ハ敢問フ所ニ非サレトモ我國ヲ以テ再生活ノ中心トシ本國トスルノ意思ヲ確メンカ爲ニ我國ニ住所ヲ有スルコトヲ必要トス故ニ尙我國ニ住所ヲ有スルノ意思アル以上ハ外國ヨリ我國ニ上陸シタル當日ニ於テモ我國籍ヲ回復スルコトヲ得ルナリ

三 內務大臣ノ許可アルコト 外國ニ於テハ國籍ノ回復ハ以上ノ二條件ヲ以テ足レリトスルモノアレトモ我國ニ於テハ以上ノ二條件ノ外尙內務大臣ノ許可ヲ必要トス即チ我國籍ヲ喪失シタル者ナリト雖尙我國籍ヲ付與スルニ足ラスト認ムル者ハ國籍ノ回復ヲ許可セラレサルコトヲ豫想シタルモノナリ

以上ハ國籍法第二五條ニ規定スル所ニシテ此三條件ヲ具備シタル女子ハ我國籍ヲ回復スルコトヲ得ヘシ尙茲ニ所謂日本ノ國籍ヲ失ヒタル者ノ中ニハ生來ノ日本女子ト生來外國人ナリシモ我國籍ヲ取得シタル女子ニシテ後ニ我國籍ヲ失ヒタル者トノ二種アリ國籍法第二六條但書ノ精神ヨリ言ヘハ生來ノ日本人ニ非サリシ女子ハ縱令婚姻カ解消スルモ我國籍ヲ回復スルコトヲ許ササルノ精神ナルカ如シト雖第二五條ノ規定ハ絕對的ノ規定ニシテ第二六條ノ如キ但書ナキカ故ニ解釋上ニ於テハ斯ル女子モ亦我國籍ヲ回復シ得ルモノト謂ハサルヘカラス而シテ第二五條ノ如キ但書ヲ設ケザリシハ或ハ此場合ニ於テハ國籍ヲ回復スル者ハ女子ノミニシテ隨テ歸化人ノ權利制限ニ關スル事項ハ概其適用ヲ見サルモノナレハ斯ル者ニ國籍ヲ回復セシムルモ別ニ弊害ナシトシテ之ヲ揭ケザリシモノナラン然レトモ或ハ之ヲ揭タルコトヲ遺忘シタルヤ知ル能ハサルナリ

第二 歸化ニ因テ國籍ヲ失ヒタル者ノ國籍回復ノ條件 生來ノ臣民カ自己ノ志望ニ因テ任意ニ外國ノ國籍ヲ取得スルコトキハ我國籍ヲ喪失スルコトハ國籍法第二〇條ニ規定スル所ナリ斯ル舊日本人カ後日ニ至テ再故國ニ歸ラント欲スル場合ニ國籍ヲ回復スルコトヲ許スヘキヤ否ヤノ問題發生ス此場合ニ於テ諸國ノ立法例ハ前ニ述ヘタル妻ノ國籍回復ノ場合ヨリハ稍嚴重ナル條件ヲ必要トスルヲ以テ例トス我國籍法第二六條ニ於テハ前ノ場合ト之ヲ同一ニ看做シ我國ニ住所ヲ有スルコトヲ內務大臣ノ許可トノ二條件ヲ以テ我國籍ヲ回復シ得ルモノトセリ

我國籍法第二六條ニ依テ國籍ヲ回復シ得ル者ノ中ニハ前ノ中ニハ前ノ場合ト同ク生來ノ日本人タリシ者ト歸化其他ノ原因ニ因テ我國籍ヲ取得シタル者トノ二種アリ此後段ノ場合即本來外國人タリシ者カ其後ニ至テ我國籍ヲ喪失シタル場合ニ於テハ第二六條ノ但書ニ依リ我國籍ヲ回復スルコトヲ得サル

モノトス是固ヨリ正當ナル制限ニシテ若斯ル者ニ國籍ノ回復ヲ許ストキハ後ニモ述フルカ如キ國籍回復ノ效力ハ歸化ノ效力ヨリモ更ニ強大ナルモノナレハ歸化人ハ國籍回復ノ手續ニ依テ歸化人ノ受クヘキ制限ヲ免レ我臣民ト全ク同一ト爲ルノ弊害ヲ來スモノナルカ故ニ如此制限ヲ設ケタリ

第二節 國籍回復ノ效力

國籍回復ノ效力モ亦之ヲ三分テ叙述スヘシ

一 本人ニ及ス效力 國籍ノ回復ハ其文字ノ表明スルカ如ク我臣民タルノ資格ヲ再取得スルコトヲ謂フモノニシテ生來ノ臣民ト全ク同一ト爲ルモノナリ隨テ國籍回復者ハ我臣民タル一切ノ權利特典ヲ享有シ得ルモノナレハ歸化ノ場合ノ如ク公權享有ノ制限ナキナリ而シテ國籍ノ回復ハ回復ノ時即内務大臣ノ許可ノ時ヨリ唯將來ニ對シテノミ其效力ヲ發生スルモノニシテ既往ニ遡ルノ效果ヲ有セザルモノトス故ニ曾國籍喪失シタルコトナキ者ト看做スヘキモノニ非ス

二 妻ニ及ス效力 我國籍ヲ回復シタル者ノ妻ハ夫婦國籍ヲ同ウセシムルノ趣意ヨリシテ我國籍ヲ取得セシムヘキモノトス國籍回復者ノ妻カ日本人タリシ場合ニ於テハ我國籍ヲ回復スルモノナレトモ若生來ノ外國人ナルトキハ其夫ノ國籍回復ニ因テ尙夫ノ歸化ノ場合ト同ク新ニ我國籍ヲ取得スルモノナリ即國籍法第二七條ノ規定ニ依リ第一三條第一四條ヲ準用セララルル結果トシテ妻カ我國籍ヲ取得スルニ至ルモノナリ

三 子ニ及ス效力 國籍ヲ回復シタル者ノ子ハ或ハ我國籍ヲ回復シ或ハ我國籍ヲ取得ス即國籍回復者カ我國籍ヲ喪失スル前ニ生ミタル子ニ付テハ父ノ國籍回復ノ效力トシテ其子ノ國籍ヲモ回復スルモノトスルナリ

ナリ若其子カ父ノ外國人ト爲リシ後ニ於テ生レタル者ナルトキハ國籍法第二六條ノ規定ニ依リ我國籍ヲ回復スルモノニ非スシテ同法第二七條ノ規定ニ依リ同法第一五條カ準用セララルル結果トシテ新ニ我國籍ヲ取得スルナリ隨テ前ノ場合ニ於テハ其子ハ成年者タルト未成年者ナルトヲ問ハス等シク我國籍ヲ回復スヘキ結果ヲ來スモノナレトモ後ノ場合ニ於テハ唯未成年ノ子ノミ我國籍ヲ取得スルモノニシテ成年ノ子ニ付テハ國籍法第一〇條ノ規定ニ依リ新ニ歸化ノ形式ヲ踐ミ我國籍ヲ取得スルコトヲ必要トスルナリ

第四章 國籍ノ抵觸

前三章ニ述ヘタル所ニ依テ我國籍法ハ如何ナル條件ニ依リ我國籍ヲ取得シ或ハ之ヲ喪失シ之ヲ回復スルコトヲ得ヘキモノナルヤヲ説明セリ然ルニ諸國ノ國籍法ハ必シモ同一ノ主義同一ノ規定ニ依テ成ルモノニ非サルカ故ニ我國籍法ヲ有スル人類カ亦同時ニ外國ノ國籍ヲ有スル場合ナシトセス如此一箇人カ同時ニ或ハ二箇以上ノ國籍ヲ有シ或ハ何レノ國籍ヲモ有セザルコトヲ稱シテ國籍ノ抵觸ト謂フ即國籍ノ抵觸ニハ積極的の抵觸ト消極的の抵觸ト二箇ノ場合アリ積極的の抵觸トハ特定ノ一箇人ニ付テ二箇若クハ二箇以上ノ國家カ同時ニ自國ニ屬スル臣民タルコトヲ主張スル場合ニシテ斯ル抵觸ハ或ハ生來ノ國籍取得ニ付テ發生シ或ハ又傳來ノ國籍取得ニ付テモ發生スルコトアリ又所謂消極的の抵觸トハ特定ノ一箇人ニ對シテ何レノ國家モ自國ニ屬スル臣民ナルコトヲ認メザル場合ニ發生スルモノニシテ斯ル抵觸ハ或ハ傳來ノ國籍取得ノ場合ニ發生スルモノナリト雖生來ノ國籍ニ付テモ亦發生スルコトアリ得ヘキモノナリ我國籍法ハ此二箇ノ抵觸ニ付可成之ヲ避クルコトヲ努メ外國人カ我國籍ヲ取得スル場合ニ

在テハ先其本國ノ國籍ヲ喪失スヘキコトヲ條件トシ又我臣民カ我國籍ヲ喪失スル場合ニ在テハ先外國ノ國籍ヲ取得スルコトヲ條件トスルカ故ニ消極的國籍ノ抵觸ハ大ニ之ヲ豫防シ得タリト雖積極的抵觸ニ至テハ如此完全ニ豫防シ得サルノミナラス我家族制度ヲ維持スルノ必要ヨリ入夫婚姻又ハ養子等ノ場合ニ於テハ國籍ノ抵觸ヲ發生スルコトヲ避ケルニ違アラサル場合アリテ抵觸ノ原因ヲ増加セリ今若斯ル國籍ノ抵觸カ發生スルトキハ何レノ國籍ヲ以テ其者ノ本國ヲ定ムヘキモノナリヤ又何レノ國ノ法律ヲ以テ其者ノ本國法ナリト看做スヘキモノナリヤノ困難ナル問題ヲ發生ス左ニ斯ル國籍ノ抵觸ニ適用スヘキ法則ヲ説明スルニ先テ如何ナル場合ニ國籍ノ抵觸カ發生シ得ルモノナリヤ其原因ノ大要ヲ說述スヘシ

第一節 國籍抵觸ノ原因

第一款 積極的國籍ノ抵觸

第一 生來ノ國籍ノ抵觸

生來ノ國籍ニ付抵觸ノ生スル所以ハ血統主義ヲ採ルモノト出生地主義ヲ採ルモノトノ結果トシテ生スルモノカ其重ナル場合ナレトモ尙之ヲ仔細ニ觀察スルトキハ同主義ヲ採ル國ノ間ニ於テモ亦斯ル抵觸アルヲ免レス今左ニ之ヲ分類シテ述ヘン

(イ) 血統主義ヲ採ル國ノ間ニ於テハ各國ノ法制カ皆或ハ血統主義或ハ出生地主義ヲ採ルトキハ其間ニ國籍ノ抵觸ナルモノ發生セサルカ如ク思考セララルモノ同一ノ原則ハ必シモ各國ニ於テ其適用

ヲ同ウセサル結果トシテ尙國籍ノ抵觸カ發生ス即等シク血統主義ヲ採ル法律ノ間ニ於テモ我國籍法第二條ノ如ク懷胎當時ノ血統主義ヲ採ルモノアリ又或ハ同法第一條ノ如ク出生當時ノ血統主義ヲ採ルモノアリ今假ニ佛國人カ日本人ノ入夫ト爲リテ其子ノ出生前ニ離婚ニ因テ我國籍ヲ失ヒタル場合ニ付テ云ヘハ佛國法ヨリ之ヲ見レハ其子ハ其父ノ出生當時ノ血統主義ニ依テ佛國人ナリ反テ我國籍法第二條ニ於テハ懷胎當時ノ血統主義ニ依テ其子ハ之ヲ日本人トセリ隨テ斯ル子ハ出生ニ因テ二箇ノ國籍ヲ有スル者ト爲ルナリ

(ロ) 血統主義ヲ採ル法律ト出生地主義ヲ採ル法律トノ間ニ於テハ抵觸 斯ル法律ノ間ニ於テハ國籍ノ抵觸カ發生シ得ルコトハ最著シキモノニシテ國際條約又ハ外交上ノ方法ニ依テ之ヲ一定セサル以上ハ其抵觸ハ避ケ得ヘカラサルモノナリ即我國ノ如ク血統主義ヲ採ル國ノ人民カ南米諸國ノ如ク出生地主義ヲ採ル國ニ於テ子ヲ生ムトキハ其子ハ常ニ出生ニ因テ二箇ノ國籍ヲ取得スルノ結果ヲ生スヘシ

(ハ) 血統主義ヲ採ル法律ト血統主義及出生地主義ノ折衷ヲ採ル法律トノ間ニ於テハ抵觸 斯ル抵觸ハ露西亞ノ如ク臣民ノ脱籍ヲ許ササル國ノ法律ト佛國ノ如ク國內ニ生レタル外國人カ國內ニ於テ生ミタル子ハ之ヲ内國人トストスル國ノ法律トノ間ニ最甚シキ國籍ノ抵觸ヲ生スヘシ我國ニ於テモ亦外國ニ出生スルト將滞在スル年月ノ長短如何ニ拘ラス單ニ是ノミニ因テ我國籍ヲ喪失スヘキモノニ非サルカ故ニ佛國ニ於テ生レタル日本人カ佛國ニ於テ生ミタル子モ亦日本人ナリ然ルニ佛國ニ於テハ之ヲ内國人ト見ルヲ以テ我國ト佛國トノ間ニ於テモ國籍ノ抵觸ヲ發生ス尙又佛國及英國ノ如ク外國人ノ内國ニ於テ生ミタル子カ成年ニ達スル迄内國ニ住居スルトキハ之ヲ内國人ト看做スヘキモノトシ唯成年ニ達シタル後ニ父ノ國籍ヲ選擇シ外國人ト爲ルノ宣言ヲ爲スコトヲ認ムル諸國ニ於テ法律ト我國籍法トノ



間ニ國籍ノ抵觸ヲ發生ス何トナレハ我國籍法ハ外國ニ於テ生レタル子ニ付テモ其滞在年限ノ如何ニ長キニ拘ラス之ヲ日本人トスルモノナルカ故ニ成年ニ達スル迄英佛諸國ニ於テ之ヲ内國人トスルコトト相互ニ抵觸スルナリ

(三) 折衷主義ヲ採ル國法ノ間ニ於テ抵觸ノ雙方共ニ折衷主義ニ採ルトキハ國籍ノ抵觸ハ發生セザルカノ如キ觀アレトモ其實ハ斯ル法律ノ間ニハ最著シキ國籍ノ抵觸ヲ發生ス例之佛國民法ニ依レハ國內ニ生レタル外國人ノ子ハ之ヲ内國人ト看做シ唯成年ニ達シタルトキハ父ノ國籍ヲ選擇スルノ自由ヲ有スルノミ然ルニ佛國民法ハ他ノ一方ニ於テ内國人ノ外國ニ於テ生ミタル子ハ血統主義ニ依テ之ヲ絕對的ニ内國人トスルナリ白耳義ニ於テモ亦之ト同一ノ主義ヲ採リ隨テ佛國人ノ白耳義ニ於テ生レタル子ハ佛國ヨリ云ヘハ絕對的ニ佛國人ナルニモ拘ラス白耳義ヨリ云ヘハ内國ニ生レタル内國人ノ子ハ之ヲ内國人ト看做スヲ以テ斯ル子ハ二箇ノ國籍ヲ有スルニ至ルヘシ

第二 傳來ノ國籍ノ抵觸

生來ノ國籍ニ付テハ唯血統主義ト出生地主義トノ差異アルノミナルニモ拘ラス既ニ以上述ヘタルカ如ク抵觸ヲ生スルモノトスレハ傳來ノ國籍取得ニ付テハ更ニ之ヨリモ一層甚シキ國籍ノ抵觸發生スヘキコトヲ想像スルニ足レリ何トナレハ國籍ノ變更ヲ定ムル規定ハ各國ノ法律ニ於テ各其主義其規定カ異ナル結果トシテ一國ニ於テ國籍ヲ喪失セザルニモ拘ラス他國ニ於テハ既ニ其國籍ヲ取得シタルモノト看做スコト甚多キヲ以テナリ今斯ル抵觸ヲ一ニ枚舉スルノ邊テキヲ以テ其重ナル原因ノ二三ニ付テ如何ニ抵觸カ發生シ得ヘキヤヲ指示セント欲ス

(イ) 妻 我國籍法ノ規定ニ依レハ日本人ノ妻ト爲リタル女ハ常ニ我國籍ヲ取得スヘキモノトス然ル

ニ南米諸國ニ於テハ女子カ外國人ト婚姻スルモ必シモ之カ爲ニ國籍ヲ喪失スヘキニ非ストセリ又米國ノ法律ニ依レハ米國ノ女子ハ外國人ト婚姻スルモ外國ニ移住セザル限リハ尙米國ノ國籍ヲ失ハサルモノトスルナリ隨テ我國ノ臣民カ斯ル國ノ女子ト外國ニ於テ結婚スルトキハ其妻ハ我國籍ヲ取得スルト同時ニ其本國ノ國籍ヲ有シ茲ニ國籍ノ抵觸ヲ生スヘシ

(ロ) 入夫 外國ノ男子カ日本人ノ入夫ト爲ルトキハ當然我國籍ヲ取得ス而シテ此場合ニ於テハ其夫カ其本國ノ國籍ヲ喪失スヘキコトヲ條件トセザルナリ然ルニ歐米諸國ニ於テハ前ニモ述ヘタルカ如ク入夫婚姻ノ制度ヲ認メザルモノナレハ入夫ニ因テ國籍ヲ喪失スヘキモノトセザルカ故ニ斯ル入夫ハ其本國ヨリ特ニ脱籍ノ許可ヲ受ケザル以上ハ我國籍ヲ取得スルト同時ニ尙外國ノ國籍ヲ保有スルナリ隨テ茲ニ國籍ノ抵觸ヲ生スヘシ

(ハ) 養子 外國人カ日本人ノ養子ト爲リタルトキハ當然我國籍ヲ取得スルコトハ我國籍法ニ明言スル所ナリ然ルニ歐米諸國ニ於テハ養子ハ國籍變更ノ原因ト爲ルヘキモノニ非サレハ歐米人カ日本人ノ養子ト爲ルトキハ其本國ヨリ特ニ脱籍ノ許可ヲ得ザル限リハ茲ニ國籍ノ抵觸ヲ生スヘシ

(ニ) 私生子ノ認知 私生子ハ父又ハ母ノ認知ニ因テ我國籍ヲ取得スルモノナレトモ我國ニ於テハ父母ノ認知ハ時ノ前後ニ依テ其效力ヲ決スヘキモノトセリ然ルニ獨逸、奧地利、匈牙利又ハ瑞典等ニ於テハ私生子ハ常ニ母ノ國籍ヲ取得スルモノトシ父ノ認知ハ子ノ國籍ニ何等ノ影響ヲ與ヘザルモノトシ或ハ又伊太利、西班牙、和蘭等ノ諸國ノ如ク私生子ノ認知ハ時ノ前後如何ニ拘ラス常ニ父ノ認知ニ重キヲ置キ父ノ國籍ヲ取得スヘキモノトスルアリ隨テ今日日本人タル母カ先認知シタル後ニ至テ伊太利人タル父カ其私生子ヲ認知スルトキハ我國籍法ヨリ云ヘハ母ノ認知ニ因テ日本ノ國籍ヲ取得スルトモ伊太利



民法ヨリ云ヘハ父ノ認知ニ因テ私生子ハ伊太利ト爲ルノ結果ヲ生シ隨テ國籍ノ抵觸ヲ發生スヘシ
(ホ) 歸化 歸化ニ因テ國籍ノ抵觸スルコト傳來ノ國籍ノ抵觸ニ付テ最著シキ原因ナリ而シテ我國
法ニ於テハ第七條第五號ニ依テ本國ノ國籍ヲ喪失スヘキコトヲ一條件トセルヲ以テ歸化ノ場合ニ國籍
ノ抵觸ハ發生スルコトナシ唯國籍法第一一條ノ規定ニ依テ歸化スル者ニ付テハ斯ル條件ヲ必要トセザ
ル結果トシテ或ハ國籍ノ抵觸ヲ發生シ得ルナリ

第二款 消極的國籍ノ抵觸

前ニモ述ヘタルカ如ク我國籍法ニ於テハ外國ノ國籍ヲ取得スルニ非サレハ我國籍ヲ喪失スルコトナシ
トスルカ故ニ消極的國籍ノ抵觸ヲ發生スルコト極テ稀ナリ然レトモ必シモ絶無ナルニ非スシテ尙一二
ノ發生シ得ヘキ場合アリ其一ハ日本ノ女カ外國人ノ妻ト爲リタル場合ニシテ國籍法第一八條ノ規定ニ
依レハ此場合ニ於テハ外國ノ國籍ヲ取得スルコトヲ條件トセサルモノナルカ故ニ若無籍外國人又ハ和
蘭「ルー」ニヤ」其他南米ノ二三國ノ如ク内國人ニ嫁シタル外國ノ女ハ婚姻ニ因テ當然ノ國籍ヲ取得ス
ルモノニ非スル諸國ノ男子ト婚姻ヲ爲ストキハ斯ル日本ノ女ハ外國ノ國籍ヲ取得セサルニモ拘ラ
ス仍日本ノ國籍ヲ失フモノナルヲ以テ茲ニ無籍人ト爲ルナリ其二ハ我國ノ男女カ外國ニ歸化シタル場
合ニ於テ我國ニ再一定ノ期間滞在スルコトニ因リ其本國ヨリ歸化ヲ無効ト看做シタル場合ニ若其者カ
我國籍ノ回復ヲ得サルトキハ茲ニ無籍人ト爲ルノ結果ヲ生スヘシ
消極的國籍ノ抵觸ニ付テハ如此唯一ノ場合ニノミ發生スルモノニシテ深ク論スルニ足ラス

第二節 國籍ノ抵觸ニ適用スヘキ原則

一箇人ノ國籍カ抵觸セル場合ニ如何ニシテ其抵觸ヲ解決シ其者ノ屬人法ヲ定ムヘキヤ之ヲ解釋スルニ
當リ便宜ノ爲メ抵觸ノ性質如何ニ依リ區別シテ說明セントス

第一款 積極的國籍ノ抵觸ニ適用スヘキ原則

凡一箇人ハ同時ニ二箇以上ノ國家ノ臣民タルコトヲ得ス必何レカノ一國ニ臣從セサルヘカラサルモノ
ナリ故ニ國際私法上國籍ナルモノハ常ニ唯一ナラサルヘカラス國籍カ二箇以上存在スヘキ場合ハ決シ
テアルコトナシ隨テ一箇人カ二箇以上ノ國籍ヲ有ストスルハ唯各國ノ國籍法ヲ比較シタル上ニ於テ二
箇以上ノ國籍併存スト言フニ止リ何レカ一國ノ法律上ヨリ觀察スレハ如何ナル場合ニ於テモ國籍ハ常
ニ唯一ナラサルヘカラス何トナレハ特定ノ一箇人カ内國ハタルト同時ニ外國人ナリトスルハ文字上ニ
於テモ既ニ抵觸シタル觀念ニシテ決シテ認ムヘキコトニ非サレハナリ隨テ國籍ノ抵觸問題ヲ解決スルニ
當テ第一ニ注意スヘキコトハ國籍ノ有無ニ關スル規定ハ獨一箇人ノ利益ニ關スルノミナラス國家成立
ノ一要素タル臣民ノ資格ヲ定メタルモノニシテ國家ノ公益ニ關スルコト最重大ナル公法ナリト謂ハサ
ルヘカラサルコト是ナリ國籍ニ關スル規定ハ如此絶對的ニ公ノ秩序ニ關スル規定ニシテ佛伊學者ノ所
謂國際公安ニ關スル規定ナルガ故ニ今一箇人カ我國籍法ノ規定ニ從ヒ苟我國籍ヲ有スル限ハ絶對的ニ
日本人ニシテ日本臣民タル權利ヲ有スルコト同時ニ日本臣民タル義務ヲ負擔スルモノナリ隨テ其者カ或
外國ノ國籍法ノ規定ニ從ヒ外國ノ國籍ヲ有スルヤ否ヤハ問フコトヲ要セサルノミナラス斯ル外國法ノ



規定ハ我國ノ公ノ秩序ニ關スル國籍法ノ規定ニ反スルカ故ニ法例第三〇條ノ規定ニ依リ如何ナル場合ニモ我國ニ於テ之ヲ適用スルコトヲ得サルモノトス故ニ國籍ノ消極的抵觸アル場合ニ於テ若其一カ日本ノ國籍ナルトキハ常ニ日本ノ國籍法ニ依テ其者ノ本國ヲ定メ以テ其法律關係ヲ決定セサルヘカラス彼ノ法例第二七條第一項但書ノ規定ハ即此原則ノ一部分ヲ明言シタルニ外ナラサルナリ
以上ノ原則ノ結果トシテ若內國ノ國籍ト外國ノ國籍ト相抵觸スル場合ニハ其原因ノ如何ヲ論セス又其抵觸セル國籍取得ノ前後如何ヲ問ハス常ニ我國籍ヲ認ムレハ可ナリ隨テ茲ニ國籍抵觸ニ關シ特ニ說明ヲ要スヘキ場合ハ相抵觸セル國籍カ共ニ外國ノ國籍ノ場合ノミナリトス今或外國人ニ付二箇以上ノ國籍抵觸スル場合ニ何レノ國籍ニ依テ其外國人ノ本國法ヲ定ムヘキヤト云フニ其抵觸ノ原因如何ニ依テ之ヲ區別セサルヘカラス

第一 生來ノ國籍抵觸ノ場合

若外國人カ二箇以上ノ生來ノ國籍ヲ有セル場合ニ其者ノ國籍ヲ定メ其本國法ヲ決定スヘキ必要アリトセハ斯ル外國人ノ本國カ何レノ一方ニ在リトスルモ共ニ我國ノ公ノ秩序ニ關セサカ故ニ唯各國ノ認ムヘキ國際私法上ノ原則ヲ基トシ最正當ト認ムヘキ一方ヲ以テ其者ノ本國法ヲ定メサルヘカラス然ルニ今血統主義ト出生地主義ト相抵觸シタル場合ニハ未達ニ何レノ主義カ優レルヤヲ決定スルコトヲ得ス場合ニ依テ之ヲ區別セサルヘカラス

(甲) 其外國人カ何レカノ一方ニ現ニ住所ヲ有スル場合 即若甲國ト乙國トノ國籍ヲ有スル外國人カ甲國カ又ハ乙國ニ於テ住所ヲ有スルトキハ其住所地在ル所ノ國籍ヲ以テ其者ノ本國法ヲ定ムヘキモノナリ何トナレハ斯ル外國人ハ雙方ノ國籍ヲ有スルニモ拘ラス其一方ニ住居スル以上ハ其國ノ

法律ニ從フヘキコトヲ特ニ選ヒタルモノナリト看做スヘキモノナルカ故ニ住所所在地ニ重キヲ置キ其國ノ國籍ヲ認ムルヲ以テ當事者ノ意思ト其國籍法ノ精神トニ適合スルモノト謂ハサルヘカラサレハナ

(乙) 何レノ一方ニモ住所ヲ有セサル場合 若其外國人カ爭アル國籍ノ何レノ一方ニモ住所ヲ有セスシテ我國若クハ第三國ニ住所ヲ有スルトキハ如何ニ之ヲ決定スヘキヤト云フニ此場合ニハ學者或ハ二箇ノ國籍ニ輕重優劣ノ區別ヲ認ムヘキ理由ナシトシテ之ヲ無籍人ト同一視シ寧法例第二七條第二項ニ依リ其者ノ住所地位ヲ以テ本國法ト看做スヘキモノナリト主張スル者アレトモ現ニ國籍ヲ有スルノミナラス二箇以上ノ國籍ヲ有スル者ヲ無籍人ト同一視スルハ事實ニ適セサルカ故ニ斯ル解釋ヲ認ムルコトヲ得サルコト明ナリ然ラハ何レノ國籍ヲ取得スヘキヤト云フニ此場合ニハ當事者ハ果シテ何レノ一方ニ重キヲ置キタルヤ之ヲ知ルニ由ナキカ故ニ全ク雙方ノ國籍法ノ主義如何ヲ比較シテ之ヲ取舍セサルヘカラス從テ斯ル場合ニハ已ムコトヲ得ス我國籍法ノ主義ニ近キモノ若クハ同一ナルモノヲ優レリトシ前例ニ付テ言ハハ佛國ハ血統主義ヲ採リ我國モ亦血統主義ヲ採ルカ故ニ佛國法ヲ採ルコトニ決定スヘキモノナリト信ス

第二 傳來ノ國籍抵觸ノ場合

此場合ニ於テモ二箇以上ノ國籍ノ一カ若日本ノ國籍ナルトキハ其國籍取得ノ前後如何ニ拘ハラス常ニ日本ノ國籍法ニ依テ其者ノ本國ヲ定ムヘキコトハ既ニ説明セシカ如ク法例第二七條第一項但書ニ明言スル所ナリトス然ルニ二箇以上ノ國籍カ共ニ外國ノ國籍ナルトキハ如何ニ之ヲ決定スヘキヤ此場合ニ於テハ生來ノ國籍ノ抵觸ト異ナリテ二箇以上ノ國籍取得ノ原因カ出生ノ事實ノ如ク同時ニ發生スルモ

0021

ノニ非ス必時ヲ異ニシテ發生ヘキモノナリ即傳來ノ國籍ノ抵觸ノ場合ニハ相抵觸セル國籍ハ時ヲ異ニシテ發生スルカ故ニ我法例第二十七條第一項ニ於テハ「後法ニ優ル」トノ格言ヨリ最後ニ取得シタル國籍ニ依リ其本國法ヲ定ムヘキモノトセリ例之國籍ノ喪失ヲ認メタル露國人カ獨逸ニ歸化シ獨逸ノ國籍ヲ取得セル場合ニ於テハ獨逸ノ國籍尙存スルモ我國ニ於テ其者ノ國籍ヲ判定スヘキ場合ニハ生來ノ國籍ヨリモ其後歸化ニ依テ取得シタル獨逸ノ國籍ヲ認メ獨逸人ト決定スヘキモノナリ何トナレハ現今ニ於テハ移住脫籍ノ自由ハ文明諸國ノ一般ニ認ムル所ニシテ縱令露國ニ於テ斯ル自由ヲ制限シ他ノ國籍ヲ取得シ得サルモノトスルモ是露國ノ公ノ秩序ニ關スル規定タルニ過キスシテ國際間一般ニ認メラルヘキモノニ非ザレハナリ之ト同一ノ理ニ依リ其者カ獨逸ヨリ更ニ他國ニ移住シタル場合ニ於テモ亦常ニ最後ノ國籍ヲ以テ其者ノ國籍ト定ムヘキモノナリ法例第二十七條第一項ハ即此原則ヲ規定セルモノニシテ此場合ニ關スル諸國ノ法例概一致スル所ナリトス

第二款 消極的國籍ノ抵觸ニ適用スヘキ原則

消極的國籍ノ抵觸即全ク國籍ヲ有セサル者ニ付テハ何レノ法律ヲ以テ其者ノ本國法ト看做スヘキヤト云フニ無籍人モ亦外國人ニシテ日本人ニ非ナルカ故ニ日本ノ法律ヲ以テ其者ノ本國法ト爲スヘカラサルハ勿論ナリ然ルニ斯ル外國人ハ其所屬本國ヲ有セサルカ故ニ元來本國法ナルモノアルヘキノ理ナシ果シテ然ラハ斯ル無籍人ニ付テハ當事者ノ本國法ニ依ルヘキ規定ハ如何ニ適用スヘキモノナリヤトノ問題ヲ生ス學者或ハ斯ル場合ニ於テハ舊本國法ニ依ルヘシト主張スル者アリトモ無籍外國人ノ舊本國ヲ知り得ヘキ場合ハ極テ稀ニシテ又之ヲ知り得ルトスルモ當事者自ラ既ニ其舊本國ヲ去リ舊本國ノ法

律ニ服從スヘキコトヲ拋棄シタルニ拘ラス第三國タル我國ニ於テ再舊本國法ヲ以テ其者ノ本國法ト爲スカ如キハ當事者ノ意思ニ反スルノミナラス本國法ヲ認メタルノ主義ニモ反スルモノナルカ故ニ多數ノ立法例及學說ニ於テハ斯ル場合ニハ已ムヲ得タル結果トシテ其者ノ住所法ヲ以テ本國法ト看做シ若住所不明ナルトキハ其者ノ所在地法ヲ以テ本國法ト看做スヘキモノトセリ我法例第二十七條第二項モ亦此主義ヲ認メタリ

第三款 一國數法

國籍ノ抵觸ニ關スル說明ヲ終ルニ際シ更ニ一言スヘキコトハ一國ニ數多ノ法律並ニ行ルル場合ニ於テハ何レノ法律ヲ以テ本國法ト看做スヘキヤ是ナリ蓋當事者ノ本國法ニ依ルヘキ場合ニ國籍ノ抵觸問題既ニ決定セラレ當事者ノ本國明白ナル場合ニテモ若其本國ニ於テ地方ニ依リ異ナル法律並ニ行ルル場合ニハ本國ノ何レノ法律ヲ以テ本國法ト看做スヘキモノナルヤトノ問題ヲ發生ス例之瑞西ノ如キ或ハ北米合衆國ノ如キ聯邦ヲ組織スル各州カ私法上ニ於テハ猶獨立國ト同シク他ノ聯邦ト異ナル法律ヲ有スルカ故ニ瑞西人タリ米國人タルコトハ明カナルモ其者ノ本國法ハ何レノ法律ナリヤハ仍未決ノ問題ナリトス英國ニ於テモ此點ニ付テハ米國ト同一ニシテ獨リ英國ニ於テ英國ニ屬關愛國ノ異ナル法律行ルルノミナラス各殖民地ニ於テモ亦特別ナル法律行ルルカ故ニ單ニ英國臣民タルコトヲ知リタルノ一事ノミニテハ未何レノ法律カ果シテ本國法トシテ適用セラルヘキ法律ナルヤヲ知ルコトヲ得サルヘシ舊法例ニ於テハ斯ル場合ニハ其當事者ノ住所地ノ法律ニ從フト規定セシカ故ニ若其字義ヨリ解釋スルトキハ本國ノ領地内ニ於テ住所ヲ有スル場合ニハ其本國法ノ一種タル住所地ヲ適用スヘキモ若當事



者カ第三國ニ住所ヲ有スルトキハ住所ノ法律即第三國ノ法律カ當事者ノ本國法トシテ適用セラルヘキモノト解セサルヘカラナリシカスノ如キ結果ハ舊法例ノ精神ニ非ナリシト明ナリ但獨逸ノ一派ノ學者ハ斯ル主義ヲ正當トシ當事者ノ本國ニ數多ノ法律行ルルトキハ之ヲ國籍ヲ有セサル者ト同一視シ如何ナル場合ニ於テモ皆現在ノ住所地法ニ從フヘキモノナリトスル者アレトモ斯ル説ハ其當ヲ得ザルモノトス何トナレハ當事者ノ本國明ニシテ且其本國法存在スルニモ拘ラス本國法ナキ者ト同一ニ看做スカ如キハ實際ノ事實ニ反スルノミナラス第三國ノ住所地法ヲ適用スルカ如キハ本國法ヲ認メタル趣意ニ反スレハナリ故ニ現行法例ハ之ヲ改メテ當事者ノ屬スル地方ノ本國法ニ依ルヘキモノト規定シ如何ナル場合ニテモ實際ニ適用セラルヘキ法律ハ其當事者ノ本國ニ行ハルル法律中ノ一ナラサルヘカラストセリ而シテ斯ル當事者カ其本國ノ何レノ地方ニ屬スル者ナルカハ我法律ニ於テ決定スヘキ問題ニ非スシテ其本國ノ憲法行政法其他ノ公法ノ規定ニ依リ定ルヘキモノナリトス

第五章 住所及住所ノ抵觸

本編ヲ終ルニ先テ尙住所及住所ノ抵觸ニ付テ一言説明スル所アラントス抑人ノ住所ニ付テハ現今文明諸國ノ民法ハ皆羅馬法ノ原則ニ從テ二箇ノ條件ヲ要スルモノトセリ即意思及一定ノ事實是ナリ詳シク言ヘハ一定ノ土地ニ於テ生計ヲ營ムノ事實ト其地ヲ生計ノ中心トシテ定住スルノ意思トヲ要スルモノナリ住所ノ性質ニ付テハ各國概一定セル所ナルモ此原則ノ適用ニ至テハ大ニ異ナルモノアリ特ニ英米法系ノ諸國ニ於テハ法律適用ノ基礎ヲ國籍ニ置カスシテ住所ニ置カカ故ニ此等ノ諸國ニ於テハ住所ナルモノハ頗重要ナルモノナリ且英米人ハ他國ノ國民ヨリ外國ニ長ク居留スル者多キカ故ニ住所ニ關スル觀念及之ヲ研究スルノ必要他ノ諸國ニ比シテ一層重大ナルヲ以テ英米ノ法學者ハ頗精密ナル研究ヲ爲セリ今簡單ニ住所ニ關スル英米法ノ原則ヲ説明セン

- 第一 總テノ人ハ必住所ヲ有セサルヘカラス
- 第二 其住所ハ唯一ナラサルヘカラス即何人モ同時ニ二箇以上ノ住所ヲ有スルコトヲ得ス
- 第三 一タヒ取得シタル住所ハ他ニ新住所ヲ取得スルニ非サレハ之ヲ失フコトナシ
- 第四 獨立ノ者即完全ナル能力ヲ有スル者ノミ自由ニ住所ヲ選定スルコトヲ得
- 以上ノ四原則ヲ基礎トシテ英米ノ學說ニ於テハ住所トハ人カ永久ノ生活ヲ營ム場所ナリト説明シ且住所ヲ三ニ區分シテ第一、生來ノ住所即チ人カ出生ノ當時ニ取得セル住所(例之嫡出子ハ父ノ住所、私生子ハ母ノ住所ヲ取得スルカ如シ)第二、法定住所即チ法律ノ規定ニ依リ住所ト定メタル場合(例之未成年ノ子ハ父又ハ母ノ住所、妻ハ夫ノ住所、禁治產者及官吏ノ住所等ノ如シ)第三、選定住所即獨立ノ者カ自由ニ選定シタル住所ノ三種トナスヲ以テ例トス
- 此三種中所謂生來ノ住所ハ第二種ノ法定住所ト異ナルモノニ非スシテ法定住所ノ最重要ナルモノナルヲ以テ畢竟住所ト選定住所ト法定住所ト二種ニ過キス歐洲諸國ノ民法ニ於テハ概此二種ノ住所ヲ認ムト雖我民法ニ於テハ住所ノ有無ハ事實上ノ認定ニ一任スヘキモノトシ法律ノ規定ニ依テ住所ヲ推定スル主義即法定住所ヲ排斥セシカ故ニ我民法上住所ハ唯任意的事實の住所ノ一種アルノミ且我民法ノ主義ニ依レハ住所ハ各人ノ生活ノ本據ナルヲ以テ住所ハ唯一ニシテ同時ニ二箇ノ住所ヲ有スルコトヲ得サルト同時ニ住所無キ者即無住所者ノ存在ヲ認ムルモノナリ國際私法上ニ所謂住所トハ此意義ノ住所ノミヲ云フモノニシテ民法第二三條又ハ民事訴訟法等ニ於テ居所ヲ以テ住所ト看做シタル住所ヲ



包含セラルモノトス(民二三條但書參照)獨逸法系ノ諸國ニ於テハ我國ト同シク生活ノ本據ヲ以テ住所トナスモ尙一人ニシテ同時ニ二箇以上ノ住所ヲ有スルコトヲ認メタリ如此住所ノ觀念ニ付テ諸國ノ立法主義必シモ同一ナラサルヲ以テ住所ニ對シテモ亦抵觸スル場合ヲ生ス加之住所ヲ選ビタル場合ニ於テ果シテ住所ノ要件ヲ充タセルヤ否ヤハ一ノ事實問題ニシテ甲國ノ裁判官カ住所ト判定スルモ乙國ノ裁判官ハ之ヲ認メテ住所トナササルコトアリ殊ニ英美主義ノ如ク如何ナル場合ニ於テモ人ハ必住所ヲ有スヘキモノトシ且新ニ住所ヲ取得セザル限リハ本來ノ住所ヲ失フコトナシトセル國ノ人民カ若我國ニ來リテ住所ヲ有スルニ由リ我國ニ於テハ住所ヲ有スル者ト認ムルニ拘ラス其本國ニ於テハ我國ニ滞在セル事實ハ住所ヲ取得スルニ足ラサルモノト認メ其本國ヲ住所地ナリト主張スルコトアリ斯ノ如キ場合ニハ住所ニ關シテモ亦積極的抵觸ヲ生ス

如此住所ノ抵觸スル場合ニ當事者ノ住所地法ニ依ルヘキ法律關係ニ付テ何レノ住所ヲ以テ其住所地法ヲ定ムヘキヤ此問題ニ付テハ國籍ノ抵觸ニ關スル問題ト同一ニ取扱ハルルモノニシテ法例第二八條第二項ニ於テ同法第二七條ヲ準用スヘキコトヲ規定セリ即若當事者ノ有セル二箇以上ノ住所中其一カ日本ニ在ルトキハ住所取得ノ前後如何ニ拘ラス常ニ我國ノ住所ヲ以テ其者ノ住所ト定メ之ニ依テ其適用スヘキ法律ヲ定ムヘキモノトス

若其當事者カ有セル二箇以上ノ住所カ皆外國ニ在ルトキハ之ヲ如何ニ判定スルカト云フニ此場合ニハ最後ニ取得シタル住所ヲ以テ標準ト爲スヘキモノナリ然ルニ獨逸ノ二三ノ學說ニ依レハ斯ル場合ニハ舊住所ニ依ルヘキモノトセリ其理由トスル所ハ先第一ニ取得シタル住所ノ法律ニ從テ其者カ尙住所ヲ繼續スル限ハ他ニ新ナル住所ヲ取得シタル場合ニ於テモ仍其效力ヲ及スヘキモノナルヲ以テ若從來ノ

法律ニ從テ新ナル住所ノ取得カ認メラレザル限ハ後ノ住所ハ未存在セザルモノナルカ故ニ第一ノ住所

ニ依ルヘキモノナリト云フニ在リ「ニー、イ、エル」コチータルマン」等是レ其當ヲ得タルモノナリ蓋住居及移轉ノ自由ハ今日諸國ノ憲法ノ認ムル所ニシテ又國外ニ移住スルノ自由モ國際間ニ認マラルル所ナリ既ニ國籍ヲ變更スルノ自由ヲ認ムル以上ハ國籍ノ變更ニ關係ナキ住所ノ變更ノ如キハ移住者各自ノ自由ニ放任スヘキコト固ヨリ言フヲ俟タサルナリ此移住自由ノ原則ノ結果トシテ各人カ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從テ新ナル住所カ取得セラレタル以上ハ其者ノ住所ヲ定ムルニ付第三國ノ採ルヘキ主義ハ最後ノ住所ヲ標準トスルヲ以テ最終自由ノ原則ニ適合セルノ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サルヘカラス是我法例カ最後ノ住所ヲ以テ其者ノ住所ト認ムルノ主義ヲ採用シタル所以ナリ

尙當事者ノ住所地法ニ依ルヘキ場合ニ若其當事者カ何レノ國ニモ住所ヲ有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此他ノ方法ナキヲ以テナリ我法例ニ於テモ第二八條一項ニ於テ若當事者ノ住所カ知レザル場合即チ存在セザルカ若クハ總合存在スルモ事實上不明ナル場合ニ於テハ其居所地ノ法律ニ依ルヘキモノト規定セリ

0024

第三編 法律ノ抵觸

本編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テ總論トシテ此等ノ全體ニ通スル二三ノ原則ヲ説明シ第一卷國際民法ニ於テ民法法典ノ順序ニ從ヒ總則、物權、債權、親族及相續ニ關スル抵觸問題ヲ説明シ第二卷以下ニ國際商法、國際破産及國際民事訴訟法ヲ説明セントス

總論

第一章 外國法ノ適用

第一節 外國法適用ノ意義及性質

我法例ノ國際私法の規定ニ依レハ法律關係ノ性質ニ從ヒ我裁判所カ外國法ヲ適用スヘキ場合少シトセス今斯ル場合ニ適用セラルヘキ外國法律ハ法律ナリヤ將事實ナリヤトノ問題ヲ生ス此問題ニ付テ英米ノ學派ハ外國法律ハ內國ニ於テハ法律トシテ效力ヲ有スルニ非スシテ單純ノ事實タルニ過キサルモノナリ從テ當事者自ラ之ヲ援用スルニ非サレハ裁判官ハ外國法律ヲ適用スヘキ職權及職務ヲ有セサルモノトセリ反之歐洲大陸ニ於テハ中世以來斯ル主義ヲ認メタリシモ彼ノ「サビニー」カ外國法律ヲ適用スヘキコトハ裁判官ノ任意ノ事柄ニ非スシテ裁判官ハ外國法律ヲ適用スヘキ職務ヲ有スルモノナリト主張セシ以來外國法律モ亦法律ニシテ事實ニ非スト認ムルニ至レリ今此二ノ主義ニ付テ考フルニ英米ノ學說ノ如クニ外國法律ハ事實ナルカ故ニ裁判官ハ自ラ進テ之ヲ適用スルノ義務ナシト云フハ固ヨリ誤

解ナレトモ又大陸學說ノ如クニ外國法律モ亦法律ナルカ故ニ裁判官ハ法律トシテ之ヲ適用スヘキ職務ヲ有スト云フモ必シモ正當ニ非ス我輩ノ見ル所ニ依レハ外國法ヲ適用スルコトハ更ニ他ノ方面ヨリ觀察セサルヘカラス先英米ノ學說ヲ批難センニ法律ノ效力ハ國境ヲ踰ユサルモノニシテ外國法律ハ內國ニ於テハ一ノ事實タルニ過キサルモノナレハ外國法律カ當然法律トシテ內國ニ於テ行ルヘキコトナキコトハ固ヨリ論ヲ俟タサル所ナリ此點ニ付テハ英米ノ學說ノ根據ハ正當ナリ大陸ノ學說ニ於テ外國法ハ法律ナリト云フハ若外國法律カ當然法律トシテ內國ニ行ルヘキモノト考フルナラハ大ナル誤ナリト謂ハサルヘカラス併シ又英米ノ學說ノ如クニ外國法律ハ當事者ノ證明ヲ要スヘキ事實ナルカ故ニ裁判官ハ之ヲ適用スルノ職務ナシト云フハ外國法ノ適用ト外國法ノ證明トヲ混同スルモノニシテ甚當ヲ得サルコトナリ蓋一ノ事實タル外國法ノ規定ヲ以テ或法律關係ヲ判定スヘキ標準ト爲シ得ヘキコトハ各國立法權ノ範圍內ニ屬スルカ故ニ我法例ノ如ク立法者自ラ事實タル外國法ヲ適用スルハ即我法例ノ規定ノ準據法トスヘキコトヲ規定セル場合ニ於テハ其準據法タル外國法律ヲ適用スルハ即我法例ノ規定ヲ適用スル所以ニシテ裁判官ハ必之ヲ適用セラルヘカラサル職務ヲ有スルモノナリ例之外國人ノ能力ニ關スル本國法ノ規定ハ我國ニ於テハ一ノ事實タルニ過キサルモノナレトモ我立法者カ當事者ノ本國法ノ能力ニ關スル規定ヲ我國ニ於テモ亦其外國人ノ能力ノ規定トシテ適用スヘキコトヲ規定シ得ルコトハ固ヨリナリ例之英米人、佛國人又ハ獨逸人等カ當事者タル場合ニ於テハ二十一歳ヲ以テ成年トシ瑞西人カ當事者タル場合ニハ二十歳ヲ以テ成年トシ埃太人カ當事者タル場合ニハ二十四歳ヲ以テ成年トスト規定スルカ如クニ各外國人ニ就キ一ニ成年齡ニ關スル特別規定ヲ揭タル代リニ我立法者ハ概括的ニ人ノ能力ハ本國法ニ依ルト規定シ從テ各外國人ノ能力ハ其本國ノ法律ニ於テ定メタル年齢ニ

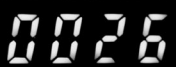
0025

依リ其者ノ能力ノ有無ヲ判定スヘキモノト規定セザルカ如シ今此ノ如キ概括の規定ニ依リ我裁判官力能カニ關スル外國法ノ規定ヲ適用スルハ外國法ヲ法律トシテ我國ニ行ルルニ非スシテ我法例ノ準據法ノ内容實質トシテ適用セラルルニ過キサルナリ既ニ我立法者ノ定メタル準據法ナル以上ハ裁判官ハ當事者カ之ヲ援用スルト否トニ拘ラス其職權職務上斯ル準據法ヲ適用セサルヘカラスコトモ亦明ナリトス從テ我法例ノ如キ成文法アル諸國ニ於テハ裁判官ハ外國法ヲ適用スルノ職務アリキ否ヤト云フ如キ問題ハ之ヲ研究スヘキ餘地ヲ存セザルモノト謂ハサルヘカラス

第二節 外國法ノ證明

若外國法律ヲ我法例ニ規定セル準據法ノ内容トシテ適用スヘキ以上ハ彼ノ「裁判官ハ法律ヲ知ルルト」ヲ終言ニ基キ當事者ノ證明ヲ俟タスシテ之ヲ適用スヘキモノナリヤ將當事者ノ證明ヲ要スルキ否ヤノ問題ヲ生ス英米ノ學說ニ於テハ此點ニ付テモ亦外國法ハ單純ノ事實ニ過キストノ論點ヨリシテ凡テノ事實問題ハ之ヲ主張スル當事者自ラ證明セサルヘカラスモノナレハ若當事者カ外國法ヲ援用スルモ之ヲ證明セザルトキ若クハ證明シ能ハザルトキハ一般ノ事實問題ト同ク其當事者ノ敗訴ニ歸スヘキモノトスルナリ且此點ヨリシテ外國法ヲ法律トシテ適用スヘキモノトスル學說ヲ批難セリ併シ斯ル批難ハ固ヨリ理由ナキモノナリ蓋英米裁判所ノ如クニ裁判所ハ自ラ外國法ヲ適用スルコトヲ得ザルモノトシ自ラ外國法ヲ調査シ得ザルモノトスヘキキ否ヤハ其國ノ訴訟法上ノ便宜問題トシテ暫斷ハサルモ外國法ハ當事者ノ證明ヲ要スルカ故ニ當然事實ナラサルヘカラスナルトノ結論ニ未發生セヌ元來事實證明ノ點ヨリ云ヘハ法律ノ規定即法則ハ事實ニ非ザレトモ法律ノ規定ノ存在自體ハ一ノ事實タルニ過キス

然ルニ羅馬法以來內國法律ノ存在ニ付テハ裁判所ハ顯著ナル事實トシテ之ヲ自ラ知ルモノト看做シ從テ當事者ノ證明ヲ要セザルモノトスルナリ(我民事訴訟法第二一八條ニ於テモ此主義カ認メラル)然ルニ裁判官ハ萬能力ヲ有セザレハ其適用スヘキ一切ノ法則ヲ舉ゲテ悉ク之ヲ知ルヘキモノトスルカ如キハ元來望ミ得ヘカラス事ナリ故ニ內國ノ法律ニ在ラモ特ニ其存在ヲ知ルコトノ困難ナル法律ハ諸國ノ訴訟法上ニ於テ皆當事者ニ之カ證明ノ責任ヲ負ハシム我民事訴訟法第二一九條ニ於テモ亦然リ即一國內ノ地方慣習法又ハ商慣習法ノ如キモノハ內國法律タル點ニ付テハ成文法ト同一ナリト雖其存在自體カ不明瞭ナルカ故ニ當事者ヲシテ之ヲ證明セシムルハ一ニ訴訟法上ノ便宜ニ出テタル規定ナリ若內國法ニ於テ然リトセハ裁判官ニ世界各國ノ現行法ヲ悉知ルコトヲ求ムルハ固ヨリ望ミ得ヘカラスモノナレハ外國法ノ規定ヲ內國ノ國際私法ノ規定ノ内容トシテ從テ法則トシテ適用スヘキ場合ニ於テ其外國法ノ存在及内容ノ如何ハ之ヲ主張シ或ハ之ニ由テ利害ノ關係ヲ受クヘキ當事者ヲシテ先證明ノ責任ヲ負ハシムルハ訴訟法上ノ便宜問題ニ過キスシテ當事者カ證明スルコトヲ要スルカ故ニ法則ニ非スシテ事實ナリト認定スルコトヲ得ザルナリ況外國法ノ證明ハ必シモ當事者カ負担スヘキモノニ非ス裁判官ハ當事者ノ提出セル證據方法ニ拘束セラルルコトヲ自進ミテ之ヲ調査シ或ハ外國成文法或ハ著書或ハ外國裁判所ノ證明等一切ノ方法ニ依テ自ラ之ヲ知得スルコトヲ要スルモノナルニ於テオ



ルニ至ラシコトヲ希望セリ又外國法ノ證明ニ付千八百九十一年ノ會議ニ於テ若當事者間ニ外國法ノ存
在及内容ニ付争アルトキハ裁判官ハ當事者ノ請求ニ依リ又ハ職權上ヨリ先決問題トシテ先適用スヘキ
法律如何ヲ宣告シ其適用スヘキ法律ヲ或ハ司法省或ハ外務省ヲ經テ外國司法省ニ囑託書ヲ送り問題ト
爲レル法律ニ關スル證明ヲ求ムヘキコトヲ決議スルニ至レリ斯ル規定ハ歐洲大陸ニ於テハ千八百九十
九年以來國際條約トシテ現ニ行レ居ルナリ

我國及英米二國ニ於テハ未斯ル條約カ存セザル結果トシテ外國法ヲ明カニスル爲ニハ直接ニ外國政府
ノ補助ヲ受クルコトヲ得サルモノナレハ裁判所ハ一切ノ方法ヲ盡シタル後ニ於テモ仍到底外國法ヲ知
リ得ヘカラサル場合發生スルコトヲ免レザルナリ若外國法ヲ適用スヘキ場合ニ當事者モ裁判官モ其適
用スヘキ外國法ノ規定ヲ到底知り得ヘカラサル場合ニ於テハ如何ニシテ此問題ヲ解決スヘキヤノ難問
ヲ生ス此問題ヲ解釋スル方法ハ唯左ノ二ノ方法アルノミ

(一) 我法例ノ規定ニ於テ外國法ニ準據スヘキコトヲ規定セル場合ニハ其他ノ法律ニ準據スルコトヲ
許ササル強行の規定ト看做スニ在リ從テ若其外國法ヲ知ルコトヲ得サル場合ニハ實際上準據スヘキ法
律カ存在セザル結果トシテ裁判官ハ其争點ヲ判決スルニ由ナキモノト爲シ當事者ノ請求ヲ却下スヘキ
モノトスルニ在リ斯ル解釋ハ千八百七十九年ノ獨逸高等商事裁判所ノ認メタル主義ナリ又獨逸國際私
法學者ニモ「チーデルマン」ノ如キハ此說ヲ贊成セリ

(二) 第二ノ方法ハ外國法ノ内容ヲ知ルコトヲ得サル場合ニ於テ內國法律ト同一法ノ規定ナリト推定
シ且法例ノ規定ニ於テ外國ノ法律ニ依ルヘキコトヲ規定セルハ必スシモ其他ノ法律ニ依ルコトヲ禁止
シタルモノニ非スト看做シ從テ斯ル場合ニハ內國法ニ依テ其争點ヲ判決スヘキモノトスルニ在リ

今此二ノ方法ニ付孰カ果シテ正當ナルヤヲ考フルニ第一ノ方法ハ理論上正當ナレトモ其實際上ノ結果
ニ付テ考フレバ裁判所ハ適用スヘキ法律ノ不明ナルコトヲ口實トシテ妄ニ裁判ヲ拒絕スルト同一ノ結
果ヲ來スモノナレハ近世諸國ノ司法制度ノ主義ト相容レザルモノト謂ハサルヘカラサルナリ從テ斯ル
場合ニ於テハ第二ノ方法ニ依リ內國法ヲ適用シ內國法ニ依テ之ヲ判定スルノ外ナキナリ又諸國ノ實際
上ニ於テモ概第二ノ方法ヲ採用セリ其理由トスル所ハ裁判所ハ單ニ其適用スヘキ法律ノ不明ナルコト
ヲ理由トシテ既ニ法廷ニ現ハレタル訴訟ニ付裁判ヲ拒絕シ救済ヲ與ヘサルコトヲ不當トセルニ由ルナ
リ今我法例ノ解釋上如何ニ之ヲ解決スヘキヤト云フニ舊法例ノ規定ニ於テハ裁判官ハ裁判ヲ拒絕スル
コトヲ得ストノ明文アリシモ現行ノ法例ニ於テハ斯ル規定ハ寧裁判所構成法若クハ裁判官ノ職務上ノ
規定ニシテ法例ニ規定スヘキモノニ非ストシテ之ヲ削除スルニ至リシモ其精神ハ我國ノ現行法上尙斯
ル原則ヲ認メラレタルモノト謂ハサルヘカラス近世諸國ノ司法制度ニ於テハ彼ノ古代ノ羅馬法又ハ英
國慣習法ノ如ク訴訟手續法自體ヲ裁判官カ自ラ制定スルコトヲ得サルモノニシテ裁判所ハ唯訴訟法ノ
範圍内ニ於テノ裁判スヘキモノナルモ其裁判ノ準則ト爲ルヘキ法則ハ必シモ明文ニノミ依ルモノニ
非シテ成文法ナキ場合ニハ慣習ニ依リ條理ニ依リ裁判官カ自ラ立法ノ目的トシ正當トスヘキ考ニ依
テ必裁判ヲ與ヘサルヘカラサルモノナリ即「法律ノ不備缺點ヲ理由トシテ裁判ヲ拒絕スルコトヲ得ス」
トノ格言ハ司法權運用上當然認メタルモノト謂ハサルヘカラス加之我法例カ外國法ヲ適用スヘキコト
ヲ規定シタルハ後ニ陳述スルカ如ク其法律關係ノ性質上外國法ニ依ルヲ以テ寧立法ノ趣旨ニ適スヘキ
モノト看做シタル通常ノ場合ヲ豫想シタル規定ナルモ元來外國法ニ依ルヘキコトハ寧外ニシテ內國
ニ於テハ其當事者ノ外國人タルト內國人タルトヲ問ハス寧內國法ニ依ルヲ以テ原則ト看做スヘキモノ

0027

ナリ從テ今例外ノ爲ニ外國法ニ依ルヘキコトヲ規定セル場合ニ其依ルヘキ外國法ノ存在セタル場合ハ立法者ノ他ノ法律ニ依ルコトヲ禁止シタルモノト解釋スルコトヲ得スシテ法律ノ適用上本來ノ原則タル内國法律ヲ適用スヘシト解釋セザルヘカラサルナリ

第三節 外國法ヲ不當ニ適用シタル判決ハ上告ノ理由ト爲ルヤ否ヤ

此問題ハ之ヲ二箇ニ區別シテ説明スルヲ要ス

第一 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之契約ニ付テハ當事者ノ意思明ナラサルトキハ行為地法ニ據ルト規定セルニモ拘ラス裁判所カ履行地法又ハ住所地法ニ據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テ判決シタル場合ノ如キ即是ナリ斯ル場合ニ外國法ヲ適用セザル裁判ハ即斯ル準據法ヲ定メタル法例ノ規定自體ニ違反シタルモノナルカ故ニ民事訴訟法第四三五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ナリトス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レノ國ニ於テモ之ヲ上告ノ理由ト認メザルハナシ

第二 法例ニ規定セル準據法タル外國法ノ解釋ヲ誤リ又ハ不當ニ之ヲ適用シタル場合ニ於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内國ノ裁判

ヲ統一シ法律ノ解釋ヲ一定スル爲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ノ統一ヲ期スル大審院アルカ故ニ他國ニ於テ外國法律ノ解釋ヲ一定スルノ必要ナク又之ヲ一定スルコト能ヘテ從テ外國法ノ解釋、適用ヲ誤ルモ之ヲ以テ上告ノ理由トナスヘキモ之ニ非ストセリ佛蘭西、白耳義、和蘭、瑞西等ノ裁判例及學說ハ皆此主義ヲ採ルモノナリ獨リ「クエニス」ハ上告說ヲ爲セリ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コトヲ得ルモノトセリ例之ヲ「フュジタリ」「ビエラントニー」氏等ナリ獨逸ニ於テハ「パール」氏上告說ヲ採リ大審院ハ内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内國各裁判所カ外國法ノ解釋ヲ異ニシ判決ヲ異ニスル爲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寧上告ノ途ヲ開クヲ以テ正當トナスヘキコトヲ主張セリ我法例ノ解釋上此種ノ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依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我國法例ノ規定ノ内容ヲ一定スル所以ナレハ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ノ内容トシ準據法トシテ適用セラルル場合ニ其外國法ノ規定自身ヲ誤ルハ即我法例ノ規定ノ内容トシ準據法トシテ適用セラルル場合ニ不當ニ適用シタル裁判タルヲ免カレザレハナリ

第二章 外國法適用ノ制限

外國法ヲ適用スルニ當テ當ニ裁判官ノ注意スヘキコトハ若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内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ニスルヲ以テ例トセリ例之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體テノモノヲ拘束スト規定セルカ如シ和蘭法例及白耳義ローラン案等之
亦ニ微ヘリ斯ル規定ハ素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從テ或種ノ内國法律ハ内外人
ヲ問ハス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ノ規定ト
雖一國ノ法律ハ元來内國人タルト外國人タルトヲ問ハス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内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
ノトメ果シテ然ラハ立法者ハ特別ノ内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
スル規定ヲ設ケルノミニテハ未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

行スヘキ内國法律カ存在セザル場合ニ於テモ若外國法ノ規定カ内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 是ヲ以テ佛蘭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
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如此規定ハ一段ノ進歩ヲ爲シタルモ
尙變遷ノ中間ニ位スルモノニシテ其一半即内國法強行ノ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
若其規定カ國家ノ公益ト兩立セザルトキハ之ヲ適用スヘカラサルコトノミヲ規定スルニ至レリ而シ
テ之ヲ規定スルノ標準トシテ或ハ内國法ノ目的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
俗ニ反スルト云ヒ或ハ内國法律ノ目ノニ反スル外國法律ト云ヒ其規定ノ文字ニ至テハ一概ナラスト
雖最近ノ立法例ハ皆外國法適用ノミヲ明言スルヲ以テ例トセリ我法例第三〇條モ亦此主義ヲ採リ外
國法ニ依ルヘキ場合ニ若其規定カ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルトキハ外國法ヲ適用スヘカラサ
ルコトヲ明言スルニ至レリ

法例第三〇條ヲ適用スルニ當リ甚困難ナルコトハ所謂公ノ秩序トハ何ヲ意味スルヤヲ一定シ難キコ
ト是ナリ凡法律ハ公法タルト私法タルトヲ問ハス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善良ノ風俗ニ關スル規定ナリ果シテ然ラハ若
一切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サルモノトセ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ヘシ然ルニ如此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
 國人ヲ問ハス絶對的ニ強行スヘキモノトノ二種アルコトヲ主張シ茲ニ國際公安(公序)ト國內公安(公
 序)トノ區別ヲ説明スルニ至レリ此名稱ハ素瑞西ノ「プロシエ」ノ創造セシモノニシテ内國人ニ對
 シテノミ公益ニ關スル規定トスルモノヲ稱シテ國內公安ノ規定トシ内外人ヲ問ハス公益ニ關スル規
 定トシテ絶對的ニ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之成年年齢ハ内國ニ對
 シテハ公益ニ關スル規定ナルニ由リ當事者ノ意思ニ依テ之ヲ變更スルコトヲ得サルモノ外國人ニ付テ
 ハ必シモ斯ル年齢ニ依ルコトヲ要セサルノミナラス却其本國法ニ依ルヘキコトヲ認ムルカ故ニ如此
 規定ハ國際公安ニ非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モ同一ナリ即一定ノ
 年齢ニ達セサル者カ婚姻スルコトハ内國人ニ付テハ善良ノ風俗ニ反スルモノトスルモノ外國人ニ付テ
 ハ其本國法ニ規定セル年齢ニ達スルトキハ内國法ノ定ムル年齢ニ達セサルモノ内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
 ストセリ反之奴隸及一夫多妻ノ制度ノ如キハ内國人ナルト外國人ナルト問ハス之ヲ認ムサルカ故ニ
 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サルモノトスル
 ニ在リ

此區別ハ一見甚明瞭ナルカ如キモ其實唯公序ヲ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サルナリ故ニ「ヴェニス」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個人ノ自由ニ關スル公法又ハ刑罰の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ズ絶對的ニ之ヲ適用ス從テ之ニ反スル外國法ノ適用ヲ
 認ムヘカラサ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
 リヤ將テ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
 而シテ裁判官カ之ヲ判斷スルニ當テハ其法律ノ規定カ必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目的ニ徴シテ之ヲ判斷スヘキモノトセリ
 要之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成ササルカ故
 ニ或ハ一案ヲ出シテ此區別ノ代リニ相對的公安及絶對的公安ノ名稱ヲ用キ所謂國際公安トハ内外人
 ノ間ハス絶對的ニ之ヲ適用スヘキ公益規定ヲ云フニ外ナラサルカ故ニ之ヲ絶對的公安ト稱シ所謂國
 內公安トハ唯内國人ニ對シテノミ公安ト爲ルヘキ規定ナルカ故ニ之ヲ相對的公安ト稱セントスル者
 アリ例之巴里大學教授「レチ」ノ如キハ即是ナリ

或ハ又此區別ヲ排斥シ凡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公安及國內公安
 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ズト主張シ
 其他ノ公序ニ關スル規定ハ皆内外人ヲ問ハス適用セラルヘキモノトシ之ヲ單ニ公ノ秩序ニ關スル規
 定ト云ヘハ足レリトスル者アリ巴里大學教授「ピエ」ノ如キ即是ナリ
 我輩ノ見ル所ニ依レハ凡公安又ハ公序如何ノ程度ノ問題ニシテ之カ爲ニ學理上一定ノ標準ヲ立ツル
 コト能ハスト雖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通常法例第三〇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ナルモノト論定セサルヘカラス果シテ然ラハ法例第三〇條ニ所謂公序トハ「マニール」所謂絕對の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如此公序又ハ善良ノ風俗ニ反スルヤ否ヤハ「ウエニス」云ヘルカ如ク我國法ノ精神若クハ目的ニ依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ユ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之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説明スヘキヤ或ハ法例第二十條ニ所謂公ノ秩序トシテ説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。

第三章 反致法

反致法トハ獨逸語ノ「リユクツフェルワイズング」即「送り返す」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ノ規定ニ於テハ外國ノ實質法ヲ以テ準據法トセル場合ニ該外國ノ國際私法ノ規定ニ依レハ却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云フナリ蓋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ニ發達シ來リタルコトハ既ニ説明セシ然ルニ國際私法ハ今尙幼稚ニシテ學說上

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タラシメント企圖スルコト比年益盛ナルモ尙近キ將來ニ於テハ斯ル希望ハ實行セラルルヲ希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法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居スル英國人ニ就テ考フルニ或法律關係ニ付我國法例ニ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ノ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ナセリ如此内外國際私法ノ原則カ相抵觸スル場合ニ若我國ノ裁判官カ本國法主義ノ原則ノニ依テ必英國法ヲ適用セサルヘカラストセハ其結果唯リ當事者ノ本國法タル外國法ノ主義ニ反スルノミナラス又我國ニ於テ強ヒテ本國法ヲ適用スヘキ必要ナキモノ拘ラス尙外國法律ヲ適用スルニ至ルノ批難ヲ免カレサルヘシ於是斯ル國際私法ノ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此原則ニ依リ本國法主義ヲ探ル諸國ノ立法者ハ住所地法主義ヲ探ル國ノ人民ニ付テハ若內國ニ住所ヲ有スルトキハ普通ノ場合ヲ豫想セル本國法主義ノ規定ニ拘ラスシテ依テ佛國ノ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テ始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テ其身分及能力ヲ定ムヘキモノトナ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タルモノアリ又立法例ノ實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二七條ニ明ニ之ヲ認ムルニ至レリ我法例第二九條ハ此原則ヲ最廣ク認メタル立法例ナリ又學說トシテハ佛蘭西ノ「ウニース」伊太利ノ「フイオレ」獨逸ノ「フォンバル」英吉利ノ「ウニーストレイキ」等ノ先輩ハ皆此原則ヲ贊成セリト雖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ノ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多數ヲ制シ遂ニ左ノ決議ヲ爲セリ曰ク

一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(即實質法ヲ云フ)ヲ指定スヘキモノニシテ其事項ノ抵觸問題ニ關ルス外國法律ノ規定即國際私法ノ規定ヲ云フヲ指定セサルコトヲ希望ス

此決議ハ我法例ノ如キ國際ノ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ノ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サルヘ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法ト云ヘル「法」ナル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ノ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伊太利ノ裁判例又ハ學說ニ於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ノ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ニスルノ力アルモノナリ

今反致法ノ原則ニ對シテ最有力ナル反對說ノ大要ヲ述ブレハ元來身分及能力ハ本國法ニ依ルトノ規定

ハ國家カ裁判官ニ命ジ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ノ適用セラルヘキ強行ノ規定ナレハ其本國ノ法律如何ニ依テ其適用ヲ異ニスヘキモノニ非ス且身分及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本國法ニ依ラサルヘカ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採ルト否トニ拘ラス絕對ノ本國法ニ依ラサ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アリ此議論ノ一部分ハ極テ正常ナリ何トナレハ一國ノ立法者カ國際私法ノ規定ヲ設クルニ當テハ他國ノ國際私法ノ規定ノ如何ニ拘ラザルモノニシテ唯内外實質ノ異同ヲ研究シ或ハ本國法或ハ住所法ヲ適用スヘキ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スレハナリ此點ニ付テハ反對說ハ極テ正常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ノ規定ノ如何ニ依テ內國法律ヲ適用ヲ命ジ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別ノ場合ニ於テ其本國ノ國際私法ノ規定ヲ參酌シ其本國立法者カ住所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ヲ正當トスルコトヲ認ム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テ我國ノ能力ニ關スル法律ヲ適用スルハ即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ナレハナリ

反致法ノ原則ニ付テ佛蘭西ノ「ウニース」ハ其根據ヲ說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ノ效力ヲ有シ他方ニ於テ屬地ノ效力ヲ有スル

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採ル國ニ於テハ屬人の效力ニ重キヲ置キ屬地の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の效力ヲ付與セラルコトヲ豫期セシテ屬地の效力タル住所地法ニ依ルヘキモノト爲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採リタル立法者カ其豫想セル屬人の效力ヲ付與スルノ必要存セザルカ故ニ法律ノ他ノ一面ノ效力タル屬地の效力ニ依テ自國法ヲ適用スルコト當然ナリトス尙一理由ヲ附加シテ曰ク如此シテ始テ判決ノ同一ヲ期スルコトヲ得ルナリ何トナレハ若英吉利ノ如ク住所地法ヲ採ル國民ニ對シテ強テ其本國法ヲ適用シ英國法ニ依テ判決セハ英吉利ニ於テハ住所地法ヲ適用セザル判決ハ英國法ノ認メサル判決ナルカ故ニ之ヲ執行スルコトヲ許ササルコトト爲ルナリ且又若其訴訟カ英吉利ニ於テ起リタル場合ニハ住所地法タル内國ノ法律適用セララルコトト爲ルヲ以テ内國ニ於テ裁判スル場合ニ於テモ等シク内國法ヲ適用スヘキモノトシ以テ其判決ノ同一ニ出ツヘキコトヲ期セザルヘカラサルヲ以テナリ

尙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法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ラザレハナリト「レチ」及「チ」テアルモノ等此説ヲ唱ヘタ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法タル我國ノ法律ニ依ルヘキモノトスルトキハ即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ニ茲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法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ルニ至ルコトハ到底期スヘカラサルコトト爲ルノ弊アリト然ルニ此反對説モ亦當ラサルモノニシテ素此原則ヲ認ムル所以ハ住所地法主義ヲ採ル國ノ爲ニ認ムルニ非スシテ本國法主義ヲ採ル立法者カ自己ノ便宜ノ爲メ之ヲ認ムルモノナルカ故ニ之カ爲メ決シテ住所地法主義ヲ獎勵ストノ批難ヲ來スヘキ理由ナキノミナラス此原則ノ如何ニ拘ラスシテ住所地法主義ヲ認ムル國實際現存スル以上ハ斯ル國際私法の規定ノ抵觸ヨリ發生スル不便ハ一國立法權ノ範圍内ニ於テ出來得ヘキ限り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ザル者ナリ

尙終リニ注意スヘキハ法例第二九條ニ依テ外國人ノ本國法ノ代リニ我國法律ヲ適用スヘキ場合ハ英吉利亞米利加、丁抹、諾威及南亞米利加諸國ノ如キ住所地法主義ヲ採ル諸國ニ屬スル外國人カ我國内ニ住所ヲ有スル場合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二九條ニ依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(法例三條)婚姻(同一二三條乃至一六條)親子(同一七條乃至二〇條)後見、保佐(同一三條二四條)相續、遺言(同一三五條二六條)等ナリ

第四編 國際民法

第一章 總則編

第一節 能力

國際私法 國際民法 總則編 能力

能力ニ付テハ各國ノ法律區區ニシテ一定セラルヲ以テ斯ル抵觸ニ對シテ何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既明セントス

抑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テ之ヲ判決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齢、身體又ハ精神上ノ狀態等ニ據リ行爲能力ノ有無ヲ定ムト雖古代ニ在テハ身分ト能力ト相持テ始テ能力問題カ決セラレタリ蓋古代ニ在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亦私法上ニ於テモ極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箇人ノ意思又ハ契約ニ依テ定リ彼ノ「メーン」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何等ノ意味ヲモ有セザルニ至レリ然ルニ彼ノ佛國民法ヲ首トシ和蘭、伊太利等ノ法例、白耳義民法草案及我舊法例第三條ニ於テ「人ノ身分及能力ハ云云」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脫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の規定ノ欠缺スルカ爲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非サルナリ

人ノ能力ハ其本國法即當事者ノ屬スル本國ノ法律ニ依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人ハ能力ヲ有スルヲ以テ通則トスト雖種種ノ原因ニ依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能力ノ有無ヲ豫想セル規定ニシテ諸國ノ民法ニ於テ人カ無能力者ト爲ルコトヲ認メタル原因ハ種種アリ

第一 年齢ニ基ク無能力者(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心神耗弱者、盲者、啞者及浪費者(準禁治產者)

第四 婚姻ニ基ク無能力者(妻)

是ナリ

以上ノ無能力ハ我民法第一編第一章第二節「能力」ノ規定中ニモ認メラレタル原因ナリ尙此他刑罰ノ結果トシテ能力ヲ剝奪セラレタル者即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ザル者アリ或ハ破産ノ宣告ニ因テ其能力ヲ制限セララル者アリ如此人ハ種種ノ原因ニ因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テハ先此等各種ノ無能力ヲ包含スルモノナルヤ否ヤヲ考究セザルヘカラス

(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三〇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)ニ刑罰ニ基テ無能力モ亦本國法ニ依ルコトヲ得タルモノニシテ後ニ禁治産ヲ
 説明スル際刑事上ノ禁治産ヲモ併セテ之ヲ説明スヘシ(第三)ニ破産ノ宣告ニ因ル能力ノ制限ノコトハ
 後ニ國際破産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無能力ヲ謂フ者ニシテ民
 法上ノ無能力ニ付テモ尙妻ノ無能力ハ本條ニ規定スル所ニ非スシテ法例第一四條ノ規定ニ依テ定ルモ
 ノナリ蓋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
 スヘシ又禁治産者ノ無能力ニ付テハ別ニ禁治産ニ關スル規定アリ準禁治産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專年齡ニ基テ無能力即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ハ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民法第三條ハ之ヲ滿二十年トスルモ歐米諸國中我民法ト同一
 ノ成年年齡ヲ認ムルモノハ獨リ瑞西ノ一國アルノミニシテ歐米諸國ニ於テハ概滿二十一歳ヲ以テ成年
 トセリ即伊、露、英、佛、白、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、和蘭及西班
 牙ハ二十三年、埃太利及匈牙利ハ二十四年、智利、丁抹、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

如此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爲ニ付當事者ノ行爲能力ノ有無ヲ判定
 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四主
 義アリ即(一)本國法主義(二)住所地法主義(三)行爲地法主義(四)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爲
 地法主義ハ素北米合衆國ニ於テ住所地法主義ノ缺點ヲ補ハンカ爲ニ漸發達セントスルモノニシテ今日
 ノ現況ニテハ未廣ク行レサルモ英米ノ學說上ニ於テハ將來廣ク行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
 跡ヲ潛ムルニ至レリ即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
 主義漸諸國ニ行ハレテ伊太利學派ノ發達ト共ニ學說上ニ於テモ亦一般ニ認マ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テ法律ヲ異ニスル英、米、瑞西及南米諸國ニ行ルルノミニ而モ英、米ニ於
 テハ漸ク行爲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
 要之住所地法主義ト本國法主義トノ區別ハ其沿革ニ徴シテ明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學者往往二者ノ利害得失ヲ論究スル者アリ今之ヲ詳論スルノ必
 要ナキモ其大要ヲ示サンニ住所地法主義ヲ採ル者ハ曰ク住所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ノ法律ニ從テ之ヲ定ムルニ
 非サレハ其者ノ意思ニ反スル結果ヲ來シ且能力ノ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ザ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
 ヘキヤ明ナラス固ヨリ本國法主義ヲ採ル場合ニ於テモ國籍ハ必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ザルコトハ既ニ述ヘタルカ如シト雖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常



事者ノ意思ノミニ依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反之國籍ハ簡人ノ意思ノミニ依テ安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知ルコトハ何處ニ住所ヲ有スルヤ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テ能力ノ有無ヲ定ムルハ唯其國民ノ爲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即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其者ノ本國法ヲ適用スルニ非ス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地ノ外國法ヲ適用スルカ如キハ甚失當ナル結果ヲ來スヘシ

以上述ヘタルカ如ク人ノ能力ノ有無ヲ定ムルニ當テ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シモ完全無缺ナルニ非ス隨テ之ヲ絕對ニ適用スルコトヲ得ス即內國ニ於ル取引ノ安全ヲ保護スルノ必要ヨ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ヤ否ヤヲ豫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テ能力ヲ有セサル場合ニ於テモ其行爲地タル內國法ニ從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此必要ヨリ出テタルモノニシテ近來ノ立法例又ハ學說ニ認メラル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テ認メラレタルモノニ非ス我民事訴訟法第四條ニ規定セル訴訟能力ノ如キモ亦既ニ此主義ニ依テ之ヲ定メタルモノナリ

尙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ハ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ハ均シク適用スヘキモノトス或ハ斯ル制限ハ善意ノ場合ニ限リ惡意ノ場合ニハ原則ニ依テ本國法主義ヲ貫カサルヘカラスト云フ者アリト雖如此區別ハ我法例ノ精神ニ非ス蓋意思ノ善惡ヲ證明スルハ頗困難ナルノミナラス無能力者タルヲ知テ法律行爲ヲ爲スカ如キハ常識ヲ以テ想像シ得ヘカラス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善意ノミニ適用スヘキモノナリト説ク者アルモ內國ニ於ル取引ヲ保護スルノ必要ハ獨合意即相對的行爲ニ限ラサルノミナラス爲替行爲其他ノ單獨行爲ニ付テモ亦同キカ故ニ現行法例ハ廣ク我國ニ於ル法律關係爲ニ付制限ヲ認メタルモノナリ

國際私法 總論編 能力

此能力制限ノ例外ハ素引即商行爲及民事財產權ニ關スル法律行爲ヲ保護スルノ必要ヨリ由來セシモシニシテ其必要以外ニ斯ル例外ヲ認ムヘカラスルノミナラス相續法及親族法ノ規定ニ依ルヘキ法律行



爲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的規定ヲ制限シテ斯ル法律行爲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爲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テ支配スヘキモノナレバ我國法ニ依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爲ノ能力ハ常ニ本國法アリヤ又ハ所在地法ニ依ルヘキ場合アリヤ否ヤハ同條第三項ニ規定セサル所ニシテ第一〇條ノ規定ト相俟テ説明スヘキモノトス

尙終ニ望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アリ即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仍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有能力者ト看做スト規定セリ我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絶無ノ事ニ屬ス隨テ之ニ對シテ特別ノ規定ヲ設ケタルノ必要ナシト認メタルカ爲ナリ今若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ノ規定ナキモ學理上ニ於テハ之ヲ決スルコト極テ容易ナリ即能力ニ付テハ既得權ナキカ故ニ苟我國法ニ依テ未成年者ナルトキハ其者ハ未成年者即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爲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禁治產ノ精神發達ノ不完全ニ基ク無能力即準禁治產トフ併セテ說明スヘシ(民七條乃至一三條)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(此事ハ後ニ說明スヘシ)抑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ズ即我民法第七條ニ於テハ心神喪失ノ狀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爲ハ取消スコトヲ得ルモノトセリ又民法第一一條以下ニ於テ心神耗弱者、噎者、盲者及浪費者ニ付テハ準禁治產トシ第一二條ニ列舉セル行爲ニ付テハ若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爲ハ無效トセリ其他ノ禁治產者ハ七歲以上ノ未成年者トシ同ク能力ヲ制限セラレタル者ニシテ其行爲ハ取消シ得ヘキモノトセリ(獨民六條一〇四條乃至一一五條)佛國民法第四八九條ニ於テハ精神病者、白痴者ハ未成年者トシ同ク無能力者トシ其行爲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三二四條以下ニ於テモ亦同様ノ規定アリ其他白耳義、和蘭等モ略同シ西班牙民法ニ於テハ精神病者及瘡癩者、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監督官ノ決定ニ依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反之浪費者ニ付テハ行為能力ヲ制限スルコトナシ

如此禁治産及準禁治産ノ原因及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産ニ付スルモノハ何レノ國ニ於テモ裁判所若クハ其他ノ官廳ノ宣告ヲ要スルモノニシテ簡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産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三項ニ分チ先第一、國ハ在留外國人ニ對シテ禁治産ヲ宣告スルコトヲ得ルヤ否ヤ即管轄權ヲ説明シ第二、禁治産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テ決定スヘキモノナルヤ第三、禁治産ヲ宣告シタル場合ニ其效力ハ何國ノ法律ニ依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

第一項 禁治産ノ管轄權

禁治産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孰ノ國ニ於テモ禁治産ト爲スヘキ狀況ノ者カ發生シタルトキハ必行政處分ニ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

必要トセス當事者本人又ハ其代理人ノ各過失(輕過失、其他ノ過失)ヲ以テ足レリトス過失ニ非サリ
事實ハ原狀回復ノ訴ヲ提起シタル原告ノ立證スヘキモノナルヤ勿論ナリ又茲ニ所謂「原告若シクハ被告カ自己ノ過失ニ非スシテ前訴訟手續ニ於テ原狀回復ノ理由ヲ主張スルコト能ハザリシトキ」ハ原狀回復ノ理由カ之ヲ原告若クハ被告カ判決前ノ口頭辯論ニ於テ又ハ故障、控訴若クハ附帶控訴ニ依リ主張スルコトヲ得ヘキ時期ニ於テ發生セヌ又ハ發生シタルモ之ヲ當事者本人若クハ其代理人カ其過失ニ非スシテ知ラザリシ場合ニ他ナラス故ニ第四六九條第一號乃至第四號ノ場合ニ於テ未罰セラルヘキ行為ニ付テノ確定判決存セザルトキハ罰スヘキ行為カ已ニ前訴訟手續中當事者ノ知ル所ト爲リタルモ之カ爲ニ原狀回復ノ訴ヲ提起スルヲ妨ケザルコトナシ又原告若クハ被告カ其知り得タル原狀回復ノ理由ヲ前訴訟手續ニ於テ主張スルコトヲ得ヘカリシニモ拘ラシム其過失ニ因リテ主張スルコト能ハザリシトキ例之當事者カ其利益ト爲ルヘキ裁判ヲ爲スニ至ラシムヘキ證書ヲ過失ニ因テ前訴訟手續中發見セザリシトキハ原狀回復ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヌ前訴訟手續ニ於テ原狀回復ノ理由ヲ主張スルコト能ハザリシヤ否ヤハ再審ノ目的タル判決力關席判決ナルトキハ之ニ對スル故障期間ノ經過ヲ以テ第一審判決ナルトキハ之ニ對スル控訴期間ノ經過ヲ以テ又第二審判決ナルトキハ之ニ關スル口頭辯論ノ終結ヲ以テ其標準トシテ之ヲ定ム蓋故障期間ノ經過後控訴期間ノ經過後又第二審判決ニ接スル口頭辯論ノ終結後ニ在テハ當事者ハ原狀回復ノ理由ヲ前訴訟手續ニ於テ陳故故障控訴若クハ附帶控訴ニ依テ主張スルコトヲ得サレハナリ反之當事者カ故障期間若クハ控訴期間ノ懈怠ニ對スル原狀回復(二七四條)ノ許可ニ依リ原狀回復ノ理由ヲ故障若クハ控訴ニ依リ主張スルコトヲ得ヘカリシトキ又ハ再審ノ目的カ留保判決ナル場合ニ於テ其留保ノ内容ニ從ヒ被告カ附後



ノ手續ニ依リ原狀回復ノ理由ヲ主張スルコトヲ得ヘカリシトキハ斯ル理由ニ基キ判決確定ノ後原狀回復ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス(四二六條四九一條)例之證書訴訟手續ニ於テ被告ニ權利ノ行使ヲ留保シテ言渡シタル判決力再審ノ目的タル場合ニ在テハ被告ハ爾後ノ手續ニ於テ第四六九條第三第四第六及第七ニ規定セル理由ハ之ヲ後ノ手續ニ於テ主張スルコトヲ得ヘカリシモノナルヲ以テ斯ル理由ニ基キ留保判決ニ對シテ其確定後原狀回復ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス反之被告ハ爾後ノ手續ニ於テ民訴第四六九條第一及第二ニ規定セル理由ハ留保判決ニ關スルモノナルトキニ限り爾後ノ手續ニ於テ之ヲ主張スルコトヲ得サルヲ以テ該判決確定ノ後之ニ對シテ原狀回復ノ訴ヲ提起スルヲ得ルカ如シ斯ル事由即原告若クハ被告カ其過失ニ非スシテ前訴訟手續ニ於テ原狀回復ノ理由ヲ主張スルコト能ハサリシ事情ノ存否ハ裁判所カ職權ヲ以テ之ヲ調査シ斯ル事由ナキモノト認メタルトキハ不適法トシテ原狀回復ノ訴ヲ却下ス

(乙) 客觀的要件 原狀回復ノ訴ハ法律上一定ノ場合ニ於テ確定ノ終局判決ニ對シテ適當其確定ノ日ヨリ起算シテ五箇年ノ滿了前ニ提起シタルトキニ限り許スヘキモノト爲ル故ニ(四)原狀回復ノ訴ハ法律上一定ノ場合(第四六九條民事訴訟法第五〇二條)ニ規定セル原狀回復ノ原因存スル場合ニ非サレハ之ヲ許サス其原因ノ第一ハ訴訟ニ關シ刑法ニ掲ケタル職務上ノ義務違背罪ヲ犯シタル判事ノ裁判ノ參與ナリ(四六九條第一)刑法ニ掲ケタル職務上ノ義務違背罪ハ刑法第二八六條及第二八七條ニ規定セル犯罪ニ他ナラス故ニ判事懲戒法ニ掲ケタル職務上ノ義務違背ハ原狀回復ノ理由ト爲ラス又刑法ニ掲ケタル職務上ノ義務違背罪ハ原狀回復ノ訴ヲ提起シタル原告ニ對シテ犯サレタルコトヲ要ス故ニ裁判ニ參與シタル判事カ原告甲ノ爲ニ贖職罪ヲ犯シタルトキハ甲ハ斯ル犯罪ノ其犯者タルト否

トニ拘ラス原狀回復ノ訴ヲ爲スコトヲ得ス而シテ此ノ原狀回復ノ理由ニ關シテハ之ト再審ノ目的タル確定判決ト因果ノ關係存スル旨ノ立證ヲ必要トセス是蓋斯ル原因存スルトキハ之ニ依リ法律上當然判決ト因果ノ關係存スルモノト認メタルニ依ル但再審ノ目的タル終局判決前ニ爲シタル裁判ニ關シ參與シタル判事カ刑法ニ掲ケタル贖職罪ヲ犯シタル場合ニ於テハ原狀回復ノ訴ハ適法ナルニ妨ナキモ終局判決カ斯ル裁判ニ根據セザルトキハ之ヲ理由ナシトシテ棄却セザルモノナリ其第二ハ訴訟ニ關シ原告若クハ被告ノ法定代理人若クハ其訴訟代理人又ハ相手方若クハ其法定代理人若クハ其訴訟代理人カ爲シタル罰セザルヘキ行為ナリ(四六九條第二)訴訟ニ關シ當事者ノ代理人(法定代理人、訴訟代理人、及特別代理人)(民四三條六三條四六條四七條)カ爲シタル罰セザルヘキ行為ハ例之賄賂ヲ以テ僞證又ハ詐欺ノ鑑定ヲ爲サシメ(刑二二五條)若クハ證書ヲ竊取シ(刑三九〇條)又ハ官印若クハ私印ヲ僞造シ(刑一九四條乃至二二六條)タルカ如キ犯罪ニ他ナラス故ニ辯護士法ニ依テ懲戒セザルヘキ訴訟代理人タル辯護士ノ行為ハ原狀回復ノ理由ト爲ラス又當事者ノ人ハ當事者ニ代リテ訴訟行為ヲ爲ス權限アル者ナルコトヲ要ス故ニ斯ル權限ナキ代理人ハ茲ニ所謂代理人ニ包含セズ蓋斯ル代理人ハ判決ヲ言渡サシムヘキ地位ニ在ラサルヲ以テナリ而シテ此原狀回復ノ理由ニ關シテハ前示第一ノ理由ト異ニシテ原狀回復ノ訴ヲ以テ不服ヲ申立タル確定判決ト因果ノ關係アル旨ノ立證ヲ必要トス蓋斯ル原狀回復ノ理由ニ關シテハ法律上當然因果ノ關係アルモノト看做スコトヲ得サレハナリ但罰セザルヘキ行為アリタル以上ハ之ニ付相手方カ共謀シタルト又相手方若クハ其代理人カ斯ル行為ヲ爲シタルト否トヲ區別セザルモノナリ其第三ハ判決ノ憑據ト爲リタル證書カ僞造又ハ變造タリシ事實ナリ(四六九條第三、刑二〇二條乃至二二二條)故ニ僞造又ハ變造ノ證書



カ再審ノ目的タル判決ト因果ノ關係アルコトヲ要ス(四六九條第三)………證據………又第四六九條第三項ノ規定ニ依レハ原狀回復ノ原因タルニハ法律上罰セラヘキ行爲タルコトヲ要ス故ニ偽造若クハ變造ノ私署證書ニ關シテハ其行使ヲ必要トス隨テ當事者カ第三者ノ偽造又ハ變造シタル私署證書ヲ知ラスシテ行使シタルトキハ原狀回復ノ理由ヲ成サス而シテ原狀回復ノ理由ニ關シテハ前示第一ノ理由ト異ニシテ原狀回復ノ訴ヲ以テ不服ヲ申立テタル確定判決ト因果ノ關係アル旨ヲ立證スルコトヲ要ス但刑法上罰セラレヘキ行爲アリタル以上ハ相手方若クハ第三者カ偽造又ハ變造ヲ爲シタルト證書ヲ提出シタル者例之代理人カ其情ヲ知リタルト否トヲ區別セス又證書カ直接證據ナルト間接證據ナルト若クハ法定ノ證據力ヲ有スルト否トヲ區別セス其第四ハ證人若クハ鑑定人カ判決ノ證據ト爲リタル供述ニ因リ又ハ通事カ判決ノ證據ト爲リタル通譯ニ因リ偽證ノ罪ヲ犯シタル事實ナリ(四六九條第四、刑二二三條乃至二二五條)故ニ斯ル供述又ハ通譯カ再審ノ目的タル判決ト因果ノ關係アルコトヲ要ス(四六九條第三)………證據………而シテ此原狀回復ノ理由ニ關シテハ前示第一ノ理由ト異ニシテ原狀回復ノ訴ヲ以テ不服ヲ申立テタル確定判決ト因果ノ關係アル旨ヲ立證ヲ要ス但鑑定人及通事ハ裁判所ノ選定シタルモノナルト否ト又證人ハ相手方ノ申出テタルモノナルト否トヲ區別セサルナリ其第五ハ判決ノ證據ト爲リタル刑事上ノ判決カ他ノ確定ト爲リタル刑事上ノ判決ヲ以テ廢棄若クハ破毀セラレタル事實ナリ(四六九條第五)故ニ刑事上ノ判決カ再審ノ目的タル確定判決ノ證據上ノ基礎ヲ成シタル場合極言スレハ民事訴訟ノ裁判ヲ爲スニ際シ判決カ刑事上ノ判決ニ於テ言渡アリタル有罪若クハ無罪ノ事實ヲ心證ノ材料トシテ再審ノ目的タル判決ヲ爲シタル場合ニ於テ斯ル刑事上ノ判決カ控訴、上告若クハ再審ノ訴(刑訴二六一條二項二八六條二八七條二九一

條二項三〇七條)ニ依リ廢棄若クハ破毀セラレ且其廢棄若クハ破毀ヲ言渡シタル判決確定シタルコトヲ要ス蓋斯ル場合ニ於テハ原狀回復ノ訴ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル判決ノ證據上ノ基礎ハ己ニ破壞セラレタルモノナレハナリ(民事訴訟ニ付裁判ヲ爲ス判事ヲ驅逐スルノ效力ヲ有セスト雖斯ル判事ノ心證材料タルニ妨ナキモノナリ)隨テ再審ノ目的タル判決カ關係判決ナルトキハ之ト刑事上ノ判決ト因果ノ關係ナキヲ以テ(二四七條二四八條)茲ニ說明セル理由ニ依リ原狀回復ノ訴成テラレタル確定判決カ現實ニ斯ル理由ニ根據セルヤ否ヤヲ調査スルコトヲ要ス但證據ト爲リタル刑事上ノ裁判カ己ニ確定シタルト否ト有罪ヲ言渡シタルモノナルト否ト内閣裁判所ノ言渡シタルモノナルトノ否トノ區別ヲ同ハサルモノナリ其第六ハ原告若クハ被告カ同一ノ事件ニ付テノ判決ニシテ前ニ確定シタルモノヲ發見シ其判決カ不服ヲ申立テラレタル判決ト牴觸スルノ事實ナリ(四六九條第六)同一事件ニ付テノ判決ニ以前ニ確定シタル判決ノ實體の確定力ニ依テ不服ヲ申立テラレタル不服ヲ申立テラレタル判決ヨリ以前ニ確定シタル判決ノ實體の確定力ニ依テ不服ヲ申立テラレタル判決ノ言渡ヲ妨タルニ至ルヘキ判決ノ正本ヲ謂フ換言スレハ不服ヲ申立テラレタル判決ノ言渡ハ其ノ理由ニ影響ヲ及スヘキ判決ニシテ前ニ確定シタルモノノ正本ヲ謂フ(前ニ確定シタル判決カ原狀回復ノ訴ヲ提起シタル原告ノ利益アル效力ヲ有スルトキ換言スレハ前ニ確定シタル判決ノ不服酌カ原狀回復ノ訴ヲ提起シタル原告ノ敗訴ト因果ノ關係アルコトヲ要スルヤ當然ナリ)又原告若クハ被告カ發見シタルトハ原狀回復ノ訴ヲ提起シタル原告(前訴訟ノ原告若クハ被告)カ不服ヲ申立テタル判決ノ言渡アリタル前訴訟手續ノ終結後ニ斯ル判決ノ正本ヲ認識スルニ至リタルヲ謂フ元來第



四六九條第六及第七ハ新證書ニ依レル原狀回復ノ訴ヲ規定シタルモノニシテ不服ヲ申立テタル判決ト抵觸シ且之ヨリ前ニ確定シタル判決ノ發見ハ原狀回復ノ訴ヲ提起シタル者ヲ利益アルコト證書ノ發見ニ讓ラス故ニ彼ア此ト同視シ原狀回復ノ理由ト爲ス而シテ人證ノ發見及新事實ノ發見ハ證書ノ發見ト同ク原狀回復ノ理由ト爲スニ適セス何トナレハ新事實及人證ハ證書ト異ニシテ事實ヲ確實ニ證スルニ足ラザレハナリ但原告カ不服ヲ申立テタル判決ノ言渡アリタル訴訟ニ於テ前ニ確定シタル判決ノ材料タリシ事實ヲ主張シタルト不服ヲ申立テラレタル判決カ前ニ確定ト爲リタル判決前ニ言渡アリタルト又前ニ確定ト爲リタル判決カ内國裁判所ニ於テ言渡サレタルモノナルト外國裁判所ニ於テ言渡サレタルモノナルトノ區別ヲ問ハサルナリ(外國裁判所ニ於テ言渡サレタル判決ニ關シテハ内國ニ於テ其效力ヲ是認シタルコトヲ前提トスルヤ勿論ナリ)其第七ハ相手方若クハ第三者ノ所爲ニ依リ以前ニ提出スルヲ得ザリシ證書トハ原狀回復ノ訴ヲ提起シタル事實ナリ、相手方若クハ第三者ノ所爲ニ依リ以前ニ提出スルヲ得ザリシ證書トハ原狀回復ノ訴ヲ提起セザリシ證書ニ他ナラス原告若クハ被告ノ利益ト爲ルヘキ裁判ヲ爲スニ至ラシムヘキ證書トハ獨立シテ又ハ前訴訟手續ニ於テ取調ヘラレタル證據ノ結果ト連合シテ原狀回復ノ訴ヲ提起シタル原告ニ利益アル裁判ヲ受ケシムルニ至ルヘキ證書ニ他ナラス(利益ト爲ルヘキ裁判ヲ爲スニ至ラシムトハ現實ニ原狀回復ノ訴ヲ提起シタル原告ニ利益アル裁判ヲ爲スニ至ル事實ノ存在カ原狀回復ノ訴ノ適法要件タル旨ヲ意味セシテ單ニ斯ル主張カ原狀回復ノ訴ノ適法要件タル旨ヲ意味スルニ過キス故ニ斯ル主張カ其理由ナキ場合ニ於テハ原狀回復ノ訴ヲ理由ナシトシテ棄却シ不適法

トシテ棄却スルコトヲ得ス)故ニ證書カ前訴訟手續ニ於テ提出セラレザリシ證據方法即新ニ提出セラルル證據方法ト連合シテ原狀回復ノ訴ヲ提起シタル原告ニ利益アル判決ヲ受ケルニ至ラシムヘキ場合ハ原狀回復ノ訴ヲ許スニ足ラス反之證書カ前訴訟手續ニ於テ未曾テ主張セラレザリシ新事實ノ立證トシテ必要ナル場合換言スレハ證書カ一旦前訴訟手續ニ於テ主張セラレタル事實ノ立證ニ供セラレザル場合ハ原狀回復ノ訴ヲ許スコトヲ妨ケス例之貨金ノ支拂ヲ目トスル前訴訟ニ於テ未曾テ支拂濟ナル旨ヲ主張セザリシ被告ハ新ニ發見シタル受領證ニ基キ支拂完了ノ新事實ヲ主張シ適法ニ原狀回復ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルカ如シ蓋法文ニハ單ニ原告若クハ被告ノ利益ト爲ルヘキ裁判ヲ爲スニ至ラシムヘキ證書ト云フニ止リ新ニ發見シタル證書カ前訴訟ニ於テ未曾テ主張セラレザリシ新事實ヲ證スル場合ニ於テハ原狀回復ノ訴ヲ許ササル旨ヲ明示セザレハナリ(斯ル見解ハ獨逸ニ於テモ多數ノ學者ノ探ル所ナリト雖獨リ「ブランク」氏ハ法文ニ於テ單ニ證書ト謂フニ止メ證書ニ依テ證書コトヲ得ヘキ新ナル攻擊及防禦ノ方法ト謂ハサルヲ理由トシテ發見セラレタル證書カ前訴訟ニ於テ主張セラレザリシ事實ノ立證トシテ必要アル場合ニハ原狀回復ノ訴ヲ許スニ足ラズト云ヘリ)又證書カ前訴訟手續ニ於テ相手方ノ主張シタル事實ノ不真正ナル旨ヲ證スルノ用ヲ爲ス場合ニ於テハ原狀回復ノ訴ヲ許スニ足ル但原狀回復ノ訴ヲ提起シタル原告カ前訴訟手續ニ於テ斯ル事實ヲ自白シタルトキハ其錯誤ニ出テタル旨ヲ立證スルニ非サレハ斯ル原狀回復ノ訴ヲ正當ト爲スヲ得ス又證書ヲ發見シタルトハ原狀回復ノ訴ヲ提起シタル原告カ第四七〇條ノ規定ニ從ヒ使用スルコト能ハサル時期ニ於テ不服ヲ申立テタル判決アリタル前訴訟手續ノ終結前ニ作成セラレタル證書ヲ認識シ若クハ之ヲ使用スルコトヲ得ルニ至リタルヲ謂フ故ニ原狀回復ノ訴ヲ提起シタル原告カ證書ノ存

在スル旨ヲ知ルモ其所在不分明ナルカ若クハ證書ノ所持者ニ對シ之ヲ提出ヲ求ムル權利ヲ有セザル
 (三四四條三三六條)カ如キ事由ニ依テ證書ヲ使用スルコト能ハサル場合ニ於テハ原狀回復ノ訴ヲ適
 法ニ提起スルノ妨ト爲ラス而シテ發見シタル證書ノ真正ナルコト及其作成ノ目的ハ法律上何等ノ制
 限ナキヲ以テ總テノ證據方法殊ニ人證ヲ以テ之ヲ立證スルコトヲ得又證書ヲ以テ之ヲ立證スルコト
 ヲ得證書カ相手方ノ手ニ存スルトキハ第三三六條以下ノ規定ニ從ヒ之ヲ提出セシムルコトヲ得但
 發見シタル證書カ公正證書タルト認署證書ナルト法定ノ證據力ヲ有スルト否トヲ區別セス
 以上略述シタル原狀回復ノ理由ヲ綜合スレハ原狀回復ノ理由ハ畢竟當事者カ自己ニ利益アル判決ヲ
 受クルコトヲ妨ケラレタル事實ニシテ立法者カ其當事者ニ不利益ナル效力ヲ存續ヲ不正ナリト認メ
 タルモノタリ故ニ其一半ハ爾後到來シタル事情ニ依リ證明セラルル新ナル事實上ノ供述ニシテ不服
 ヲ申立テラレタル判決ノ證據上ノ基礎ヲ不完全ト爲スモノニ過キス(四六九條第五乃至第七)而シテ
 不服ヲ申立テラレタル判決ニ影響アル第三者ノ罰セラルル(キ行爲カ原狀回復ノ理由タルトキハ尙原
 狀回復ノ訴ノ許可ニ關スル要件トシテ罰セラルル(キ行爲ニ關スル有罪ノ判決カ確定セルコト(正犯
 者ニ對スル判決アルコトヲ必要トセス教唆者若クハ從犯者ニ對スル判決アルヲ以テ足レリトス蓋法
 律ハ此點ニ付何等ノ區別ヲ設ケザレハナリ)又ハ證據欠缺外ナル理由ヲ以テ刑事訴訟手續ノ開始若
 クハ實行ヲ爲シ得タルコトヲ要ス元來原狀回復ノ理由タル罰セラルル(キ行爲ニ付爲シタル有罪判決
 ニ於テ有罪事實ノ確定ハ民事訴訟ノ裁判ヲ爲ス刑事手續カ効力ナシト雖事實上其有力ナル證
 據タルノ價值アルヤ疑ヲ容レヌ是法律カ斯ル有罪ノ確定判決ノ存在ヲ以テ確定判決ノ效力ヲ動かカス

ニ極テ非常ナル不服申立タル原狀回復ノ訴ノ許可ノ要件ト爲シタル所以ナリ(法律ハ判決ニ付内國
 裁判所ニ於テ言渡シタルモノナルト否トヲ區別セス故ニ外國裁判所ニ於テ言渡シタル刑事ノ判決ニ
 基キ原狀回復ノ訴ヲ提起スルコトヲ得蓋民事訴訟ニ關シテハ判決ハ之ヲ同視ス(キモノナレハナリ
 但「ブラント、ウキルモースキー」氏反對ニ論結シタリ)又罪證欠缺外ノ理由殊ニ公訴ノ時效、犯人ノ
 死亡等ノ如キ公訴權消滅ノ事由(刑訴六條ニ依リ又ハ知覺精神ノ欠缺ニ依リ刑七八條刑訴一八三條)
 其他檢事ノ不起訴ニ依リ(刑訴二四條)刑事訴訟手續ノ開始若クハ實行ヲ爲シ得タル場合ニ於テハ
 罰セラルル(キ行爲ノ存否判然セス隨テ不服ヲ申立テラレタル判決カ不正ナルヤ否ヤ不明ナラサルヲ
 以テ斯ル事情ノ爲ニ原狀回復ノ訴ヲ許ササルハ獨逸民訴理由書ニ明示セルカ如ク正當ニ非ス是法律
 カ公訴ヲ提起セス又裁判所カ無罪ノ判決ヲ爲シタル場合ニ於テハ其證據欠缺ヲ確認スル裁判ハ事實
 上罰セラルル(キ行爲ナキ旨ノ有力ナル證據ナルヲ以テ原狀回復ノ訴ヲ許ササルヲ正當ナリトス是法
 律カ「證據欠缺外」ト云フ所以ナリ(四六九條二項民事訴訟五〇二條二項)

- (b) 原狀回復ノ訴ノ目的即確定ノ終局判決及(c) 原狀回復ノ訴ヲ提起ス(キ期間ニ關シテハ取消ノ訴ニ付説明シタル所ニ同シ)
- (2) 原狀回復ノ訴ノ法定ノ方式ニ關スル要件 原狀回復ノ訴ノ方式ニ關シテハ取消ノ訴ノ方式ノ說明ヲ參照スヘシ唯原狀回復ノ訴ニ在テハ訴訟ニ原狀回復ノ訴ヲ受タル判決ヲ表示シ且原狀回復ノ訴ヲ起ス旨ノ陳述ヲ掲グルコトヲ要スルノミ(四七五條民事訴訟五〇八條)
- (3) 原狀回復ノ訴ノ期間ニ關スル要件 原狀回復ノ訴ノ期間ニ關シテハ取消ノ訴ノ期間ニ關スル說明

ヲ参照スヘシ而シテ原狀回復ノ訴ニ在テハ其不變期間ハ原狀回復ノ訴ヲ提起シタル原告カ其理由ヲ知
 リタル日即原狀回復ノ訴ヲ以テ不服ヲ申立ルニ付必要ナル一切ノ要件ノ存在ヲ知リタル日ヨリ進行
 スヘキモノナルヲ以テ原狀回復ノ訴カ第三者ノ罰セラルヘキ行為(四六九條第一乃至第四)ヲ理由トス
 ルトキハ之ニ關スル有罪ノ確定判決アルコトヲ知リタル日若クハ證據欠缺以外ノ理由ニ依リ刑事訴訟
 手續ノ開始若クハ實行ヲ爲シ得サルコトヲ知リタル日ヨリ進行スルモノニシテ犯行アリタルコトヲ知
 リタル日及之ニ關スル證據ヲ知リタル日ヨリ進行スルモノニ非サルナリ

(三)原狀回復ノ訴權ノ喪失 原狀回復ノ訴權ハ其起訴期間ノ懈怠及其拋棄ニ因テ之ヲ喪失スルコトハ取訴
 ノ訴權ニ同シ故ニ此點ニ關シテハ前ニ舉ケタル取消ノ訴權ノ喪失ニ關シ説明セル所ヲ参照スヘシ

(四)原狀回復ノ訴提起ノ效力 原狀回復ノ訴ハ取消ノ訴ト同ク停止ノ效力及移審ノ效力ヲ發生セス故
 ニ此點ニ關シテハ取消ノ訴提起ノ效力ニ付説明シタル所ヲ参照スヘシ

(五)原狀回復ノ訴ノ訴訟手續 原狀回復ノ訴ノ訴訟手續ニ關シテハ取消ノ訴ノ訴訟手續ニ關シ説明シタ
 ル所ヲ参照スヘシ而シテ原狀回復ノ訴ノ訴訟手續ハ取消ノ訴訟手續ト同ク之ヲ分テ正則手續及懈怠手
 續ト爲スコトヲ得

(1)正則手續 原狀回復ノ訴ノ正則手續ハ取消ノ訴ノ正當手續ニ比スレバ事實上多クノ場合ニ於テ本
 案ニ付テノ辯論及裁判ノ範圍カ前訴訟手續ノ一部ニ制限セラレ其全部ニ涉ラサルモノナリ蓋原狀回復
 ノ理由中第四六九條第一ニ規定セルモノハ通常前訴訟手續ノ全部ニ關スルモノナリト雖其他ノ理由ハ
 多ク前訴訟手續ノ一部ニ關スルモノナリ而シテ原狀回復ノ理由カ前訴訟手續ノ一部分ニ存スル
 場合ニ於テハ本案ノ辯論及裁判ノ範圍ハ原狀回復ノ理由存スル部分ニ制限セラルルモノニシテ其他ノ

部分ノ其效力ヲ存積スルヤ前述べ如シ故ニ原狀回復ノ理由カ訴ノ原因抗辯其他ノ攻撃及防禦ノ方法又
 ハ其證據ニ關スル場合ニ於テハ斯ル理由ノ存スル攻撃及防禦ノ方法又ハ其證據カ新辯論ノ目的ト爲ル
 例ノ原狀回復ノ訴カ第四六九條第六ニ規定シタル理由ニ基キタル場合ニ於テハ既判力ノ抗辯即確定判
 決ヲ以テ己ニ裁判セラレタルヤ否ヤノ問題カ新辯論ノ目的ト爲ルニ過キス隨テ此場合ニ於テハ原告ハ
 他ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得ス(被告カ確定判決ノ效力ノ範圍ヲ明白ナラシムルカ爲ニ其必要ナル各
 種ノ新事實ヲ主張シ且新證據方法ヲ提出スルコトヲ得ルヤ言フ俟タス)又原狀回復ノ訴カ第四六七條
 第三第四及第七ニ規定シタル理由ニ基キタル場合ニ於テハ之ニ依テ排斥セント欲スル證據方法カ新辯
 論ノ目的ト爲ルニ過キス隨テ此ノ場合ニ於テハ原告及被告ハ斯ル證據方法ノ關係スル争點ノ立證及反
 證トシテ各種ノ新證據方法ヲ提出スルコトヲ得レトモ新ナル請求原因ヲ主張シ新ナル抗辯及再抗辯ヲ
 提出スルコトヲ得ス尙此點ニ關シテハ取消ノ訴ニ付説明セル所ヲ参照スヘシ

(2)懈怠手續 懈怠手續ニ關シテハ取消ノ訴ニ付説明シタルモノト異ナラサルヲ以テ之ヲ茲ニ省略
 ス

再審ノ法則ヲ講了スルニ臨ミ注意スヘキモノハ我民事訴訟法第四八三條ニ規定セル再審即是ナリ再
 審ノ訴ハ前述べ如ク當事者カ其間ニ言渡アリタル確定判決ノ廢棄ヲ求ムル不服申立方法ナルヲ以テ當
 事者ニ非サル者ハ再審ノ訴ヲ以テ斯ル確定判決ヲ攻撃スルコトヲ得タルヲ當然ナリトス然レトモ債務
 者カ債權者ヲ詐害スル目的ヲ以テ第三者ト共謀シテ敗訴ノ判決ヲ受ケ其確定アリタルトキハ債權者ノ
 利益ノ爲ニ之ヲシテ原狀回復ノ訴ニ因レル再審ノ規定ニ準用ニ依テ該判決ノ取消ヲ請求スルコトヲ得
 セシムルヲ適當ナリトス此不服申立方法ヲ稱シテ再審ト謂フ故ニ再審ニハ第一ニ原告及被告ノ共

謀アリタルコト第二ニ許審行爲アリタルコト(債務者カ原告タルト被告タルトノ區別ヲ問ハス)第三ニ確定判決アリタルコト(判決確定前ニ在テハ主參加ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルヲ以テ再審ヲ許スノ必要ナシ)及第四ニ原告及被告ヲ共同被告ト爲スコト(五〇條)ヲ要ス立法上ノ見解トシテハ斯ル制度ハ全然不必要ナリト信ス何トナレハ確定判決ハ當事者間ニ非サレハ其效力ナキヲ以テ前示ノ如キ確定判決ノ存在ハ毫モ債權者カ民法第四二四條ノ規定ニ從ヒ債務者ノ行爲ノ取消ヲ請求スルノ妨ト爲ラサルヲ以テナリ故ニ民事訴訟ニ於テ斯ル法則ヲ削除シタリ

附言 附帶的再審ノ訴

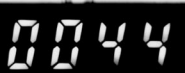
附帶的再審ノ訴 被告ハ再審ノ訴ニ附帶シテ再審ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス何トナレハ法律ハ斯ル附帶ノ訴ヲ許ス旨ヲ規定セサレハナリ故ニ被告カ同一ノ判決ニ對シ再審ノ原因ヲ主張シ之ヲ攻撃セント欲スル場合ニ於テハ更ニ獨立シテ再審ノ訴ヲ提起スルコトヲ要ス(四八〇條)立法上ノ見解トシテハ相手方ノ訴ニ因テ開始セラレタル辯論利用ノ爲ニ斯ル附帶ノ訴ヲ許スヲ正當ト思フ

第五編 證書訴訟及爲替訴訟

緒言

(一)證書訴訟及爲替訴訟ノ本質及意義 法律關係ノ訴訟上ノ確定ハ當事者雙方ヲシテ其利益ナル總テノ事實ヲ主張シ且之ヲ立證スルコトヲ得セシメタル後ニ於テ之ヲ爲スヲ當然ノ法則ナリトス故ニ通常訴訟手續ニ於テハ斯ル法則ニ隨テ法律關係ヲ確定シ然レトモ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ニ關シテハ其請求ノ理由タル總テノ必要ナル事實ヲ證書ニ依リ證スルコトヲ得ヘキトキニ限リ原告ヲシテ迅速ニ法律保護ヲ受ケ被告ノ即時ニ證スルコトヲ得ナル防禦方法ノ提出即調査ニ付多クノ時間ヲ必要トスル防禦方法ノ提出ニ於テ法律保護ヲ受ケルコトヲ遅延セラレルノ危険ヲ避ケルヲ得セシムルカ爲ニ辯論及裁判ヲ訴ノ原因タル事實及即時ニ立證スルコトヲ得ヘキ被告ノ防禦方法ニ制限シ其他ノ防禦方法ハ之ヲ爾後ノ訴訟手續ニ於テ主張スルノ權利ヲ被告ニ留保スルコトヲ立法上必要ナリトス蓋證書ヲ以テ證スルコトヲ得ヘキ請求ハ通常多クノ場合ニ於テハ現實ニ存在スルモノナルカ故ニ斯ル簡易ノ手續ニ依テ之カ實行ヲ爲スコトヲ得セシムルモ失當ナリト謂フコトヲ得サレハナリ故ニ證書訴訟ノ本質ハ即時ニ證スルコトヲ得サル被告ノ防禦方法ヲ排斥シ之ヲ爾後ノ訴訟手續ニ於テ主張スルノ權利ヲ被告ニ留保スルニ在テ單ニ訴訟手續ノ進行ヲ迅速ニスルニ非ス換言スレハ原告ヲシテ其權利ヲ迅速ニ實行スルコトヲ得セシムルカ爲ニ被告ニ對シ防禦方法ヲ制限スルニ在リ但爲替訴訟ニ在テハ尙訴訟手續ノ進行ヲ迅速ニスルノ本質ヲ有スルコトハ第四九六條第一項及第二項ノ規定ニ依テ明白ナリ是ヲ以テ證書訴訟ハ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ニシテ證書ニ依テ證スルコトヲ得ヘキモノヲ有スル債權者カ證書ヲ以テ證スルコトヲ得ヘキ抗辯カ相手方ニ存セサル場合ニ於テ直ニ執行シ得ヘキ判決ヲ求ムルノ方法ニシテ又爲替訴訟ハ手續假差押訴訟、破産手續等ト同ク特別訴訟ニ屬スト謂フヘシ故ニ證書訴訟及爲替訴訟ハ督促手續、假差押訴訟、破産手續等ト同ク特別訴訟ニ屬スト謂フヘシ(二)證書訴訟及爲替訴訟ニ依レル起訴ノ自由及之ニ對スル制限 原告ハ其自由ナル意思ニ從ヒ證書訴訟及爲替訴訟手續ニ依テ起訴スルコトヲ得然レトモ斯ル訴訟手續ニ依テ法律ノ保護ヲ受クヘキ權利ノ



拋棄ハ公益ニ觸ルルモノニ非ス故ニ當事者ハ合意ヲ以テ證書訴訟及爲替訴訟手續ニ依テ起訴セザル旨ヲ約定スルコトヲ得ヘシ故ニ原告カ斯ル約旨ニ反シ證書訴訟及爲替訴訟手續ニ依テ起訴シタルトキハ被告ハ斯ル訴ヲ却下ヲ求ムルコトヲ得

(三) 證書訴訟及爲替訴訟ノ效力 證書訴訟及爲替訴訟ノ手續ニ依テ訴ヲ提起シタル原告ハ口頭辯論ノ終結ニ至ル迄ハ被告ノ承諾ヲ要セスシテ通常ノ手續ニテ訴訟ヲ繫屬セシムルノ效力ヲ存シテ證書訴訟及爲替訴訟ヲ止ムルコトヲ得又斯ル手續ニ依テ主張シタル請求ヲ争ヒタル被告ハ敗訴ノ言渡ヲ受ケタル總テノ場合ニ於テ訴訟カ通常ノ訴訟手續ニ於テ續行セラルルノ效力ヲ存シテ權利ノ行使ヲ留保セラ

ルモノナリ(四八八條四九一條四九二條民事訴訟法五二二條五二六條)

證書訴訟及爲替訴訟ノ效果ハ或場合ニ於テハ確定的ニシテ又或場合ニ於テハ假定的ナリ換言スレバ斯ル訴訟ノ提起ニ依テ裁判所カ本案即實體の請求權ニ付爲シタル裁判ハ被告カ期日ヲ懈怠シ若クハ原告ノ請求ヲ認諾シ又ハ原告ノ請求理由ナキ場合ニ於テハ通常ノ手續ニ於テ爲シタル終局決判ト同一ニシテ被告カ原告ノ請求ヲ争ヒ且敗訴シタル場合ニ於テハ通常ノ手續ニ於テ爲シタル終局決判ト同シカラス何トナレハ前者ノ場合ニ於テハ被告ニ其權利ノ行使ヲ留保スルコトナクシテ訴訟ヲ終結スルコトヲ得ルト雖後者ノ場合ニ於テハ被告ニ權利ノ行使ヲ留保シ且其權利ノ行使ハ獨立シタル第二ノ訴訟ニ於テ之ヲ爲スニ非スシテ反テ證書訴訟及爲替訴訟ノ續行ニ過キサル爾後ノ訴訟手續ニ於テ之ヲ爲スモノナレハナリ但被告ニ其權利ノ行使ヲ留保シタル場合ニ於テモ攻撃及防禦ノ方法ヲ理由ナシトシテ判斷シタル判決ハ證書訴訟及爲替訴訟ニ於テ斯ル攻撃及防禦ノ方法ニ付終局のニ裁判ヲ爲シタルモノナルヲ以テ當事者及裁判所ヲ羈束スルヤ言フ俟タス

第一章 證書訴訟

(一) 性質 證書訴訟トハ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目的トスル請求權ニシテ證書ニ依テ證スルコトヲ得ヘキモノヲ有スル債權者カ證書ヲ以テ證スルコトヲ得ヘキ抗辯相手方ニ存セザル場合ニ於テ直ニ執行スルヲ得ヘキ判決ヲ求ムルコトヲ得ヘキ特別ノ訴訟ナリ(四八四條民事訴訟法五一五條)

(1) 證書訴訟ハ特別訴訟ノ一種ナリ特別訴訟ハ當事者雙方ヲシテ其利益ナル總テノ事實ヲ主張シ且之ヲ立證スルコトヲ得セシメタル後ニ於テ法律關係ヲ確定スル法則ニ全然依ラザル訴訟手續ニシテ證書訴訟及爲替訴訟、督促手續、假差押並ニ假處分手續、公示催告手續被産手續及人事訴訟手續ヲ總稱ス元來我民事訴訟法ニ於テ訴訟手續ヲ分テ通常ノ訴訟手續(二八三條四九三條)通常ノ訴訟手續……………(四八八條)……………通常ノ手續……………(二) 特別ノ訴訟手續ト爲スハ獨逸民事訴訟法ニ依リタルモノナリ獨逸國ニ於テハ特別ノ訴訟手續ノ一半ハ獨逸普通法ニ根據シタルモノニシテ他ノ一半ハ獨逸民事訴訟法ニ於テ創設シタル所ナリ獨逸ノ普通法ニ於テハ所謂「Bestimmte summarischen process」(一定ノ事件ニ付一應理由アリト認ムヘキ請求ニ對シ即時ニ證スルコト能ハサル防禦方法ヲ制限シテ之ヲ爾後ノ手續ニ於テ主張スルノ權利ヲ被告ニ留保シ以テ裁判ヲ爲スノ訴訟手續及「Konkursproceß」(破産訴訟)ヲ特別ノ訴訟手續ト爲シタリ而シテ獨逸民事訴訟法ニ認メラレタル督促手續ハ該簡易訴訟ノ一種タル「Mandatsproceß」(證書ニ依テ原因ヲ證スルコトヲ得ヘキ訴訟ニ基キ被告ニ對シ強制執行ヲ避クルカ爲ニ辨濟其他ノ方法ニ依テ訴ノ目的ヲキニ至ラシメ又ハ債權ニ對スル異議ヲ申立ツルコ

トヲ命シ且該命令ノ送達後十四日ノ期間内ニ斯ル行爲ヲ爲スコトヲ命スル訴訟ニ該當シ假差押及假處分ハ該簡易訴訟ノ一種タル「Arrestprozess」(假差押訴訟)ニ該當シ破産ハ該簡易訴訟ノ一種タル「Konkursprozess」(破産訴訟)ニ該當シ又證書訴訟及爲替訴訟ハ該簡易訴訟ノ一種タル「Ementio pro cess」(請求原因ヲ證スルコトヲ得ヘキ證書ニ執行文ヲ附シ債務者ニ對シ即時ニ執行ヲ爲スコトヲ得ヘキ訴訟)ニ該當ス又獨逸ノ普通法ニ於テハ婚姻事件ハ之ヲ宗教上ノ裁判權ニ委テ民事裁判權ニ屬セシメザリシ禁治產事件及公示催告手續ハ之ヲ非訟事件トシテ民事訴訟事件ト爲サザリシ獨逸民事訴訟法ニ於テハ反之何レモ民事訴訟事件ニ屬スルモノト爲シタリ故ニ證書訴訟ハ特別訴訟ノ一種ナルコト洵ニ明白ナリト謂フヘシ

- (2) 證書訴訟ハ執行スルコトヲ得ヘキ判決ヲ求ムル訴訟ナリ故ニ證書訴訟手續ニ依レル訴ハ給付ヲ目的トスル訴(Geltungsstage)タルコトヲ要ス隨テ法律關係ノ確認ヲ目的トスル訴(Feststellungsstage)及トスル權利狀態ノ變更ヲ目的トスル訴(Bewirkungsstage)ハ證書訴訟手續ニ依テ之ヲ提起スルコトヲ得ス又證書訴訟ノ進行中ニ爭ト爲リタル法律關係ヲ確認スルカ爲ニ第二一條ニ規定セル附帶的權認ノ申立ヲ爲スコトヲ得ス蓋給付ヲ目的トスル訴ニ基キ言渡シタル判決即被告ニ對シテ或給付ヲ請求スルコトヲ得ヘキ原告ノ實體的權利ノ存在ヲ確認シ且被告ニ斯ル權利ニ基テ請求ニ應スヘキ旨ヲ命シタル判決ハ強制執行ノ債務名義トシテ執行シ得ヘキモノナレトモ其他ノ判決ハ強制執行ノ債務名義トシテ執行スルコトヲ得ヘキモノニ非ザレハナリ

- (3) 證書訴訟手續ニ依レル訴ハ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ヲ有スル者カ之ヲ證書ニ依テ證書スルコトヲ得ヘキトキニ限り有效ニ提起スルコトヲ

得又相手方カ證書ヲ以テ證スルコトヲ得ヘキ防禦方法ヲ有效ニ提出セザルトキニ限り其目的ヲ達スルコトヲ得是前述シタル證書訴訟ノ本質ニ徴シ洵ニ明白ナル所ナリ

(二) 要件 證書訴訟手續ニ依レル訴ヲ以テ特別ノ法律保護ヲ受クルニハ特別ナル二箇ノ要件アリ實體的要件及形式的要件即左ニ之ヲ分説スヘシ

(1) 實體的の要件 證書訴訟手續ニ依レル訴ノ實體的の要件ハ原告ノ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及原告ノ請求ノ理由タル總テノ必要ナル事實ヲ證書ニ依テ證スルコトヲ得ヘキコト是ナリ(四八四條民事訴訟法五一五條)

(甲) 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 一定ノ金額ノ支拂ヲ目的トスル請求ハ内國ノ通貨ノ一定ノ金額ノ支拂ヲ目的トスル請求及外國ノ通貨ノ一定ノ金額ノ支拂ヲ目的トスル請求ニ他ナラス故ニ特種ノ通貨ノ給付ヲ目的トスル請求(債務ノ金額ヲ明確ニ表示スルカ爲ニ特ニ貨幣ノ種類ヲ表示シタルニ過キタル債權ハ特種ノ通貨ノ給付ヲ目的トスル請求ニ非シテ單ニ一定ノ金額ノ支拂ヲ目的トスル請求タリ)及不確定ノ金額ノ支拂ヲ目的トスル請求(破産一四條)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取引上度量衡及數ヲ以テ量定スルコトヲ得ヘキ動産ノ一定ノ數量ノ給付ヲ目的トスル請求及有價證券即通常ノ證書ト異ニシテ單ニ債權ノ立證ニ供セラルルニ止ラスシテ却テ財産的價額ヲ有スル紙片ニシテ其所持者カ債權者タルモノ(獨逸 於テハ多數ノ學者ハ記名ノ有價證券ト雖茲ニ所謂有價證券ニ包含スト主張シ「ジーベンハール」氏ハ之ニ反對シタリ)ノ一定ノ數量ノ給付ヲ目的トスル請求ニ他ナラス故ニ確定

ノ有價證券ノ引渡ヲ目的トスル請求ハ茲ニ屬セス隨テ斯ル請求ニ基キ證書訴訟手續ニ依レル訴ヲ提起スルコトヲ得ヘキコト(例之金千圓ニ對スル數量ノ確定セルコト(例之金千圓ト云フカ如キ)及數理上算定スルヲ得ヘキコト(例之金千圓ニ對スル明治三十年六月一日ヨリ明治三十六年六月二日迄年一割ノ利金ト云フカ如キ)ヲ謂フニ他ナラス故ニ清算スルニ非テハ給付ノ數量ヲ確定スルコト能ハサル請求ハ茲ニ屬セス隨テ斯ル請求ニ基キ證書訴訟手續ニ依レル訴ヲ提起スルコトヲ得ス然レトモ數量モ一箇ノ代替物若クハ有價證券ノ給付ヲ目的トスル請求(代替物若クハ有價證券ノ一箇ハ一定シタニ外ナラス)選擇的請求ニシテ其總テノ給付ノ目的物カ一定ノ金額又ハ代替物若クハ有價證券ノ一定ノ數量ナルモノ(斯ル選擇的請求ハ其選擇權カ債務者ニ在ルト債權者ニ在ルトノ區別ヲ問ハス證書訴訟手續ニ依ル訴ノ目的タルニ足ル)及雙務契約ニ依テ發生シタル引換の請求換言スレバ同時履行ノ請求(例之代金百圓ト引換ニ米五十俵ノ引渡ヲ目的トスル請求)(斯ル請求カ證書訴訟ニ依ル訴ノ目的タルニ足ルコトハ第四八四條ニ於テ第三八二條第二項ニ於ルカ如クニ禁止ノ明示ナキコト及斯ル請求ヲ目的トスル訴モ亦給付ヲ目的トスル訴ニシテ確認ヲ目的トスル訴ニ非アルコトニ微シ明白ナリ獨乙ニ於テハ「ガゴ、ウキルモースキ、ストロクマン」氏等ノ如キ多數ノ學者ハ斯ル見解ヲ是認シタリト雖少數ノ學者殊ニ「ジキフヘルド、ザルハイ」氏等ハ主トシテ沿革上ノ理由及斯ル請求ハ煩雜ニシテ簡易訴訟手續ニ適セサルモノナリトノ理由ニ基キ斯ル見解ヲ否認シタリ)ニ基キ證書訴訟手續ニ依レル訴ヲ提起スルコトヲ得而シテ如此請求ノ目的カ證書訴訟手續ニ依ルニ適スル以上ハ其成立原因カ法律行為ナルト契約違背不法行為ナルトノ區別ヲ問ハサルモノナリ

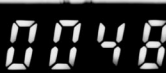
(乙) 原告ノ請求ノ理由タル總テノ必要ナル事實ヲ證書ニ依テ證スルヲ得ヘキコト 請求ノ理由タル總

テノ必要ナル事實トハ原告カ實體法ノ規定ニ從ヒ成立シタルモノトシ若クハ成立セサルモノトシテ主張シタル法律上ノ效力ヲ發生セシムル事實ノ全體ニ他ナラサルヲ以テ狹義ノ訴ノ原因タル事實及甲カ原告トシテ乙ニ對シテ之ヲ被告トシテ一定ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘキ權利ノ原因タル事實(英catholic kagsand und schlegelion)ヲ包含ス而シテ如何ナル事實カ之ニ屬スルヤ問題ハ實體法ノ規定ニ依テ之ヲ定ム故ニ狹義ノ訴ノ原因タル事實ニ關シテ之ヲ例示セハ(1)請求權發生ノ事實殊ニ期限ノ到來、條件ノ成就、返還ノ催告(民五九一條附運滯民四二條四二條)等ハ之ニ屬シ(2)雙務契約ニ基キ原告カ特ニ被告ニ先テ債務ノ履行ヲ爲ス義務ヲ負ヒタル場合ニ於テハ其履行ヲ爲シタルノ事實ハ之ニ屬シ(其他ノ場合ニ於テハ原告カ其義務タル債務ノ履行ヲ若クハ之ト同一ノ效力ヲ有スル行為ヲ爲シタルノ事實ハ之ニ屬セス)(民五三三條獨民三三〇條三〇二條(3)原告若クハ被告ノ代理人カ爲シタル行為ニ基テ請求ニ關シテハ代理ノ授權ニ付テノ事實及無能力者ノ爲シタル行為ニ基テ請求ニ關シテハ法定代理人若クハ保佐人ノ同意若クハ夫ノ許可ニ付テノ事實(民四條一二條一四條)等ハ之ニ屬シ(4)手形上ノ權利ニ關シテハ償還請求ノ通知ヲ發シタル事實及手形ヲ呈示シタル事實ハ斯ル權利ノ主張ニ付必要アルトキニ限リ殊ニ償還請求ヲ爲ストキ以テ遲延ノ利息ヲ請求スルトキニ於テ之ニ屬ス然レトモ(1)顯著ナル事實ハ之ヲ證スルノ必要ナキヲ以テ(二)八條證書訴訟ニ於テモ亦之ヲ證書ニ依テ證スルコトヲ要セス(2)地方慣習法、商慣習及規約又ハ外國ノ現行法ハ裁判所ニ於テ之ヲ知ラス隨テ之カ立證ヲ要スルトキト雖茲ニ所謂請求ノ理由タル總テノ必要ナル事實ニ屬セス實驗即亦然リ蓋此等ノ事項ハ其性質上茲ニ所謂事實ト云フコト能ハサレハナリ又甲カ原告トシテ乙ニ對シテ之ヲ被告トシテ一定ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘキ權利ノ原因タル事實ニ關シテ之ヲ言ハハ



相續、讓渡等ニ依テ甲カ前主ノ權利ヲ承繼シ又ハ乙カ前主ノ義務ヲ承繼シタルコト及乙カ從タル債務ヲ負ヒタルコト等ハ何レモ之ニ屬スト雖原告ハ其債權ヲ讓渡シタルト被告ノ抗辯ニ對シ爲シタル讓渡ヲ爲シタル旨ノ原告ノ主張ハ再抗辯ニ屬シ茲ニ所謂事實ニ屬セス又當事者ノ表示ハ請求ノ理由タル總テノ必要ナル事實ニ屬セス故ニ氏名若クハ商號ヲ表示シテ證書訴訟手續ニ依リ訴ヲ提起シタル原告ハ豫表示シタル氏名若クハ商號ヲ有スル者ト原告ト同一人ナルヤ否ヤ爭アルコトヲ慮リテ表示ノ正當ナル旨ヲ證スルノ證書ヲ訴狀ニ添付スルヲ要セス隨テ商號ノ記載ニ依テ手形ノ裏書讓渡セラレタル所持人ハ證書訴訟手續ニ依レル訴ヲ提起スル場合ニ於テ斯ル商號ヲ有スル者タル旨ヲ訴狀ニ添付スヘキ證書ヲ以テ立證スルコトヲ要セス但原告ノ請求ノ理由タル總テノ必要ナル事實ナル以上ハ其請求カ主タルモノナルト附帶スルモノナルト(例之利息ノ請求)ヲ問ハス又補正シタル事實ナルト否ト(一九六條第一)ヲ問ハス訴狀ニ添付スヘキ證書ヲ以テ之カ立證ヲ爲スコトヲ要ス(訴訟費用ニ關シテハ例外トシテ斯ル立證ヲ要セス何トナレハ訴訟費用ノ負擔ハ職權ヲ以テ裁判スヘキコト第二三一條ニ依リ明白ナレハナリ)反之斯ル事實ニ屬セザルモノ殊ニ裁判所ノ裁判ヲ受クル權利成立ニ必要ナル前提要件即訴訟ノ前提要件ニ關スル事實ニ付テハ訴狀ニ添付スヘキ證書ヲ以テ之カ立證ヲ爲スコトヲ要セス故ニ裁判所ノ管轄原告ノ訴訟能力及法律上代理人タル資格ニ關スル事實ハ訴狀ニ添付スヘキ證書ヲ以テ之ヲ立證スルコトヲ要セス蓋斯ル事項ハ裁判所カ口頭辯論ニ於テ職權ヲ以テ調査スルコトヲ得ヘキモノナレハナリ原告ノ請求ノ理由タル總テノ必要ナル事實ヲ證スルコトヲ得ヘキ證書ハ法律上證據力ノ定ル證書及裁判所ノ自由ナル心證判斷ニ則リテ舉證ノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘキ各種ノ書證(二編一章八節)ナリ(第四八四條ニ所謂「證スルコトヲ得ヘキ」)

文意ハ證書訴訟手續ニ依リ訴ヲ證據法ニ從ヒ完全ナル證據ヲ成ス證書ニ依テ舉證ノ目的ヲ達スルコトヲ得ヘキ書證ニ依ルコトヲ得ヘキ趣意ヲ示シタルモノナリ(二一七條)故ニ通常ノ文字ヲ以テ記載セラレタル證書ナルト、速記ノ文字ヲ以テ記載セラレタル證書ナルト、印刷セラレタル證書ナルト(記載ノ方法)材料カ紙片ナルト、布片ナルト、革類ナルト(書證ノ材料)又公正證書ナルト私署證書ナルト、直接ニ必要ナル證書ナルト間接ニ必要ナル證書(徵憑)ナルト設備證書(法律關係ノ存在ト證書ト分離スヘカラサル關係アル證書)ナルト債務者カ作成ニ干與シタル證書ナルト(手形)如キ實體法ノ規定ニ從ヒ作成ニ付債務者ノ干與ヲ要スルモノハ斯ル證書ニ依ルニ非サレハ證書訴訟手續ニ依ルコトヲ得ス(舉證者自己ノ作成シタル證書ナルト(例之商業帳簿ノ如キ)第三者ノ作成シタル書面ナルト(例之債權讓渡證書、證人訊問調書)不完全又ハ署名捺印ノ欠缺ニ依リ十分ナル證據力ヲ有セザル證書ナルト(例之商業帳簿ノ抄抄ノ如キ)否トノ區別ヲ問ハス各種ノ書證)何レモ之ニ屬ス而シテ原告ノ請求ノ理由タル總テノ必要ナル事實ニ關スル總テノ證書ハ必シモ之ヲ提出スルコトヲ要セス甲證書ノ提出ニ依テ乙證書ノ内容ヲ同時ニ證スルコトヲ得ヘキ場合ニ於テハ單ニ甲證書ノ提出ヲ以テ足レリトス例之債權證書ノ内容ヲ證スルコトヲ得ヘキ抵當權設定證書ヲ提出シテ債權ノ内容ヲ證スルコトヲ得ヘキ證書ヲ提出セザルカ如シ又指圖證券若クハ無記名證券ニ依リ證書訴訟ニ於テハ原告ハ該證券ノ所持者タル旨ヲ證スル特別ノ證書ヲ提出スルコトヲ要セス蓋辯論期日ニ於テ當事者又ハ其代理人カ該證券ヲ證據トシテ提出シタルトキハ之ニ依テ證書ノ所持ニ關スル完全ノ證明アルモノナレハナリ但當事者又ハ其代理人カ該證券ヲ證據トシテ提出セザルトキハ當事者カ該證券ノ所持者タル旨ヲ證スルコトヲ要スルヤ言フ俟タス



以上ニ於テ略述シタル(甲)及(乙)ノ實體的要件ノ存スル場合ニ於テハ原告ハ其自由ナル意見ニ從テ通常ノ
訴訟手續ニ依リ起訴スヘキカ又ハ證書訴訟手續ニ依テ起訴スヘキカヲ選擇スルコトヲ得執行ノ債務名
義タル公正證書ノ存スル場合ニ於テモ亦然リ裁判所ノ職權ヲ以テ又ハ被害ノ申立ニ因リ原告ノ意思ニ
反シ證書訴訟手續ヲ開始スルコトヲ得ス何トナレハ斯ル選擇ハ原告ノ權利ナレハナリ又此要件ハ當事
者ノ處分ニ依テ變更セラルルコトナシ何トナレハ道ハ證書訴訟手續ニ於ル訴ノ適否ニ關スル要件ナレ
ハナリ

(○)形式的要求 證書訴訟手續ニ於ル訴ノ形式的要求ハ訴狀ニ證書訴訟トシテ訴フル旨ノ陳述ヲ掲グル
コト及之ニ證書ノ原本及謄本ヲ添付スルコト是ナリ(四八五條民事訴訟法五二七條)

(甲) 訴狀ニ證書訴訟トシテ訴フル旨ノ陳述ヲ掲タルコト 證書訴訟トシテ訴フル旨ノ陳述ハ原告カ
證書訴訟手續ニ依ル特別ノ法律保護ヲ求ムル旨ノ意思表示ナリ而シテ斯ル特別ノ法律保護ヲ求ム
ルコトハ單ニ原告ノ權利ナリ是當事者訴訟專行主義ノ法則ニ從ヒ原告カ斯ル意思表示ヲ訴狀ニ掲
グルコトヲ要スル所以ナリ故ニ原告カ訴狀ニ斯ル意思表示ヲ掲ケサルトキハ訴訟ハ通常ノ訴訟手
續ニ於テ裁判所ニ繫屬ス蓋斯ル意思表示ヲ掲ケサル訴狀ノ差出ハ通常ノ訴訟手續ニ於ル訴狀ノ差
出ト其效力ヲ異ニスルノ理ナキヲ以テナリ隨テ原告ハ爾後書面ノ送達又ハ口頭辯論ニ於テ證書訴
訟トシテ訴フル旨ノ陳述ヲ補充シテ證書訴訟ト爲スコトヲ得ス(被告カ責問權ヲ拋棄シタルトキ
ト雖)何トナレハ原告ハ一旦通常訴訟ノ手續ニ依リ訴ヲ提起シ又督促手續ニ依レル申請ヲ爲シタ
ル以後ハ之ニ依テ發生シタル權利拘束ノ效力トシテ斯ル訴訟手續ヲ爾後證書訴訟手續ニ變テスコ
トヲ得サレハナリ又裁判所ハ證書訴訟手續ニ依レル原告ノ訴ヲ不適法トシテ棄却スルコトヲ得ス

何トナレハ證書訴訟手續ニ依レル訴ハ未提起セラレサルヲ以テナリ斯ル陳述ハ判決ヲ受クヘキ事
項ノ申立ニ非サルヲ以テ第二二條ノ適用ナク口頭辯論ニ於テ再之ヲ爲スノ必要ナク又證書訴訟
トシテ訴フル旨ノ文言ニ依ルコトヲ要セス之ト同意ノ文言ニ依テ表示スルコトヲ得ルヤ疑ヲ容
レズ

(乙) 訴狀ニ原告ノ請求ノ理由タル總テノ必要ナル事實ヲ證スルコトヲ得ヘキ證書ノ原本又ハ謄本ヲ
添付スルコト 實體的請求權ノ理由タル總テノ必要ナル事實ヲ證スルコトヲ得ヘキ證書(前述ノ
説明參考)ハ之ヲ訴狀ニ附録トシテ添付スルコトヲ要ス隨テ又訴狀ト共ニ被告ニ送達セラルルコ
トヲ要ス(第一〇七條ニ於ルカ如ク訓示の規定ニ非ス)是被告ヲシテ準備スルコトヲ得セシムルカ
爲ナリ爾後ニ爲シタル請求ノ理由タル事實ヲ證スル證書ノ送達ハ訴狀ノ添付ニ代用スルニ足ラス
獨逸新民訴訟法第五九三條第二項ニ於テハ斯ル嚴酷ノ結果ヲ避クルカ爲ニ尙口頭辯論期日前ニ
送達スル準備書面ニ於テ斯ル證書ノ原本又ハ謄本ヲ添付スルコトヲ許シ且此場合ニ於テハ準備書
面ノ送達ト口頭辯論期日トノ間ニ於テ應訴期間ト同一ノ期間存スルコトヲ要ス(一〇七條第二項)ヲ訴狀ニ添付シタ
リ(然レトモ之カ爲ニ請求ノ理由タル事實ヲ證スル證書ノ抄本(一〇七條第二項)ヲ訴狀ニ添付シタ
ルコトヲ以テ直ニ要件ヲ缺クモノト速斷スルコト勿レ苟抄本ニシテ請求ノ理由タル總テノ必要ナ
ル事實ヲ證スルニ足ル以上ハ適法ナル訴訟手續ニ依ル訴ノ提起ト認ムルニ足ル又訴狀ニ添付セル
證書ノ原本又ハ謄本カ外國文タルノ故ヲ以テ直ニ要件ヲ缺クモノト速斷スルコト勿レ蓋斯ル場合
ニ於テハ裁判所ハ口頭辯論中ニ於テ第一一五條第二項ニ依リ譯書ノ添付ヲ命スルコトヲ得ヘキモ
ノナレハナリ如此訴狀ニ證書ノ原本又ハ謄本ヲ添付スルコトハ被告ノ利益ノ爲ニ設ケラレタル訴

ノ要件ナルヲ以テ證書ノ原本又ハ謄本カ訴狀ト共ニ適法ニ被告ニ對シテ送達セラレザルトキハ訴
 ハ不法法タルコトヲ免レズ故ニ被告カ期日ヲ懈怠シ原告カ闕席判決ヲ求ムルノ申立ヲ爲シタル
 場合ニ於テハ裁判所ハ假令原告カ證書ヲ提出シタルトモキト雖不法トシテ訴ヲ却下シ(四八九條
 二項)闕席判決ノ申立ヲ却下スルノ裁判ヲ爲スヘキモノニ非ス(二五二條第二)反之被告カ原告ノ爲シ
 出頭シ原告カ證書ヲ提出シタル場合ニ於テ被告カ訴訟手續ノ欠缺ヲ責問セズ即被告カ原告ノ爲シ
 タル欠缺ノ補正ニ付異議ヲ主張セザルトキハ第一九五條第三ノ場合ニ於ルカ如クニ訴訟手續ノ欠
 缺カ補充セラレルコトト爲ル隨テ裁判所ハ不法法トシテ訴ヲ却下スルコトヲ得ス(我民事訴訟法
 ノ解釋トシテ責問權ナキ說ヲ是認セハ斯ル論結ヲ生セザルコト固ヨリ當然ナリ又責問權ヲ是認シ
 タル獨逸民事訴訟法ノ解釋トシテモ斯ル問題ハ大ニ學者ノ論争スル所ナリ「ウキルモースキー」
 「ヘルマン」氏等ハ證書訴訟ハ公法的规定ニ基クモノナルヲ以テ其要件ハ當事者カ之ヲ左右スルコ
 ト能ハサルモノナリトノ理由ヲ以テ消極的ニ論結シ又「ガウプ」「グキフヘルト」氏等ノ如キ多數ノ
 學者ハ主トシテ證書ノ原本及謄本ノ添付ハ元來被告ノ利益ノ爲ニ存スル起訴ノ形式の要件ニシテ
 證書訴訟トシテ訴フル旨ノ陳述ノ如クニ缺クヘカラサルノ要件ニ非ストノ理由ヲ以テ積極的ニ論
 結シタリ)同一ノ場合ニ於テ被告カ訴訟手續ノ欠缺ヲ責問シタルトキハ裁判所ハ不法法トシテ訴
 ヲ却下スルコトヲ要ス(四八九條二項)原告カ適法ニ訴ヲ變更シ(一九五條第三)若クハ訴ヲ擴張シ
 タル場合(一九六條)ニ於テ亦其ノ性質上同一ノ法則ニ從テ訴ノ適否ヲ定ム故ニ訴訟ニ添付セシ證
 書ノ原本又ハ謄本カ變更アリタル請求若クハ擴張アリタル請求ノ理由タル總テノ必要ナル事實ヲ
 證スルニ足ル場合ニ於テハ證書訴訟手續ニ付訴ヲ變更シ若クハ訴ヲ擴張スルコトヲ得反對ノ場合

ニ於テハ被告カ訴訟手續ノ欠缺ニ付責問權ヲ行使シタルトキニ限リ斯ル變更若クハ擴張ヲ爲スニ
 ヲ得サルコトト爲ル但第一九六條第三ノ規定セル訴ノ目的物ノ變更ハ訴訟手續ニ於テ適法ニ之
 ヲ爲スコトヲ得何トナレハ訴狀ニ添付セシ證書ノ原本又ハ謄本ハ何レモ第一九六條第三ノ規定セ
 ル請求ヲ證スルニ適當ナルモノナリ又裁判所ニ存シ被告ニ送達セザル訴狀ノ原本ニ添付セラレタ
 ル證書ノ謄本ハ完全ナルモ被告ニ送達セラレタル訴狀ノ謄本ニ添付セラレタル證書ノ謄本カ不完
 全ニシテ到底證書ノ謄本ト認ムルコト能ハサル場合ニ於テハ被告ハ不法法トシテ訴ヲ却下スヘキ
 旨ヲ請求スルコトヲ得(四八九條)反之證書ノ謄本ト認ムルコトヲ得ヘキ場合ニ於テハ被告ハ單ニ準備
 書ノ原本又ハ謄本ヲ添付シルコトトハ被告ノ利益ノ爲ニ設ケラレ然レ訴訟ノ要件カセテ以テ訴狀ニ添付セ
 ラレタル證書ノ謄本カ訴ヲ提起ノ爲ニ適當ナリト雖之カ爲ニ原告ハ口頭辯論期日ニ於テ證書ノ原
 本ヲ提出スルノ必要ナシト速訴スルコト勿レトナレハ斯ル提出ハ口頭辯論ニ於ル證據ノ申出ト
 爲シテ必要ナルモノナレハナリ(二二七條)

(三) 手續 證書訴訟ハ特別訴訟ニ屬ス故ニ證書訴訟手續ニハ法律上別段ノ定ナキ場合ニ於テハ通常訴
 訟手續ニ關スル法則ノ適用アルヤ當然ナリ(民事訴訟法五二七條)故ニ裁判所ノ管轄當事者ノ代理、共同訴
 訟及參加訴訟起訴ノ方式、口頭辯論、權利拘束、懈怠手續及上訴手續ニ關スル法則ハ何レモ證書訴訟手
 續ニ適用アリ例之證書訴訟手續ニ依レル訴ノ提起ハ訴訟ノ目的物カ地方裁判所ノ管轄ニ屬スル場合ニ
 於テハ第一九〇條ノ規定ニ從ヒ訴狀ヲ裁判所ニ差出シテ之ヲ爲シ區裁判所ノ管轄ニ屬スル場合ニ於テ
 ハ第一九〇條ノ規定ニ從ヒ訴狀ヲ裁判所ニ差出シテ之ヲ爲シ區裁判所ノ管轄ニ屬スル場合ニ於テハ第



三七四條及第一三五條ノ規定ニ從ヒ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得(證書訴訟手續ニ依ル訴ノ提起ハ理論上第三七八條ノ規定ニ從テ亦之ヲ爲スコトヲ得ルハ學者間ニ爭ナキカ如シ)準備書面ノ交換ハ第一二〇條以下第一九九條ノ規定ニ從テ之ヲ定メ(爲替訴訟ニ關シテハ第四九六條ニ規定セル特別ニ從テ)又證書訴訟手續ニ依ル訴ノ提起ニ依リ訴訟ノ目的物タル實體的請求權ノ權利拘束發生スルカ如シ但通常訴訟手續ニ依テ提起セラレタル訴ニ對シテ反訴トシテ證書訴訟手續ニ依ル訴ヲ提起スルコトヲ得ス何トナレハ互ニ異ナレル訴訟手續ニ於テ同時ニ辯論ヲ爲スコト能ハサレハナリ(一九二條四八七條)左ニ證書訴訟手續ニ關スル特別ヲ略述スヘシ(民事訴訟ニ於テハ證書訴訟ノ目的ヲ達スルカ爲ニ第五一八條第一項ノ規定ヲ設ケタリ)

(1) 妨訴抗辯ニ基キ本案ノ辯論ヲ拒ムヲ得サルコト 本案ノ辯論ハ妨訴ノ抗辯ニ基キ之ヲ拒ムコトヲ得ス然レトモ裁判所ハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ此抗辯ニ付辯論ヲ分離ヲ命スルコトヲ得(四八六條)證書訴訟ノ前述ノ如ク原告ヲシテ其權利ヲ迅速ニ實行スルコトヲ得セシムルカ爲ニ被告ニ對シ其防禦方法ヲ制限スルヲ目的トス故ニ證書訴訟手續ニ於テ被告ノ爲ニ妨訴ノ抗辯ニ基キ本案ノ辯論ヲ拒ムノ權利ヲ認ムルハ斯ル目的ト相容レズ是證書訴訟手續ニ於テハ第三七九條第二項及第四一四條第二項ノ規定セル場合ニ於テカ如クニ被告ノ爲ニ妨訴ノ抗辯ニ基キ本案ノ辯論ヲ拒ムノ權利ヲ認メタル所以ナリ然レトモ妨訴ノ抗辯理由アリト見ユル場合ニ於テハ裁判所ヲシテ被告ノ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ妨訴ノ抗辯ニ付分離シタル辯論ヲ命スルコトヲ得セシメ無益ナル手續ノ進行ヲ避ケルヲ正當ナリトス是證書訴訟手續ニ於テモ亦第三七九條第二項及第四一四條第二項ノ規定セル場合ニ於テカ如クニ裁判所ニ妨訴ノ抗辯ニ付分離シタル辯論ヲ命スルノ職權ヲ認メタル所以ナリ是ヲ以

テ第一ニ被告カ妨訴ノ抗辯ヲ提出シ本案ノ辯論ヲ拒ミタル場合ニ於テハ被告ハ妨訴ノ抗辯棄却ト共ニ直ニ不完全ナル辯論ニ基キ判決ヲ受ケルノ危険ヲ負擔スルニ至ル(第二五〇條ニ所謂辯論ヲ爲ササルトキ)ハ本案ニ付辯論ヲ爲ササルトキノ法意ニ非ス故ニ原告ノ申立ニ因テ關席判決ヲ受ケルノ危険ヲ負擔スルニ至ルト論結スルコト勿レ)第二ニ證書訴訟カ地方裁判所ニ繫屬スル場合ニ於テハ第二〇六條及第二〇七條第二項ノ適用ニ依テ被害者ハ本案ニ付テ辯論前ニ各妨訴抗辯ヲ同時ニ提出スルコトヲ要シ又裁判所ハ提出アリタル妨訴抗辯ニ付辯論ヲ分離ヲ命シタルトキハ先妨訴抗辯ニ付裁判ヲ爲スヘキモノアリ證書訴訟カ區裁判所ニ繫屬スル場合ニ於テハ尙第三九七條第一項ノ適用アルヤ言フ俟タズ而シテ妨訴ノ抗辯中訴訟費用保障ノ欠缺ヲ抗辯ハ證書訴訟ノ場合ニ存セザルコトハ第八八條ノ規定ニ依リ明白ナリ(民事訴訟ニ在テハ妨訴抗辯ノ規定ヲ刪除シタルヲ以テ斯ル趣意ノ規定ナシ)

(2) 反訴ノ提起ヲ許ササルコト 證書訴訟ニ在テハ反訴ハ假令其ノ請求ノ原因タル總テノ事實ヲ證書ニ依テ證スルコトヲ得ルトキト雖之ヲ提起スルコトヲ得ス(四八七條ノ項民事訴訟五二二條ニ蓋反訴ノ提起ヲ許ストキ)證書訴訟ノ特質タル手續ノ簡易ヲ減却スルニ至ルヲ以テナリ第二一一條ニ規定セル附帶的反訴ハ法律關係ノ確認ヲ目的トスルモノナルヲ以テ證書訴訟ニ於テ之ヲ爲スコトヲ許ササルハ證書訴訟ノ性質ニ微シテ疑ヲ容レズ(前述ノ說明參考)故ニ反訴ヲ提起スルモ之カ爲ニ權利拘束ノ效力存在スルコトナシ然レトモ被告ハ爾後ノ手續ニ於テ(四九二條)有效ニ反訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ蓋反訴ハ證書訴訟ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得サルニ止レバナリ但通常訴訟ニ在テハ附書訴訟手續ニ依ル反訴ヲ提起スルヲ得サルコト前述ノ如シ

(3) 書證以外ノ證據ヲ證據方法トシテ使用スルヲ得ナルコト 證書訴訟ハ前述ノ如ク直ニ證スルコトヲ得ヘキ各攻撃及防禦ノ方法ニ辯論及裁判ヲ制限スルノ特色ヲ有スル簡易訴訟手續ナルヲ以テ第一ニ請求ノ理由タル總ラノ必要ナル事實ニ關シテハ唯書證ノミヲ適法ノ證據方法ト爲スコトヲ得第二ニ其他ノ事實即證書ノ真否及第四八四條ニ掲ケタル以外ノ事實殊ニ抗辯及再抗辯ニ關シテモ亦證書ノミヲ以テ適法ノ證據方法ト爲スコトヲ得(四八七條二項、民訴案五一九條)但斯ル事實ニ關スル書證ニ依レル立證ハ請求ノ理由タル總テノ必要ナル事實ニ關スル書證ニ依レル立證ト異ニシテ證書訴訟手續ニ依ル法律保護ヲ要求スルニ必要ナル前提要件ニ非スシテ單ニ係争事實ニ關スル立證トシテ必要ナルモノニ過キタルヲ以テ被告ノ自白若クハ争ハサル事實ニ依テ必要ナキニ至ルコト他ノ證據ニ同シ(證書ノ真否ハ假令原告ノ請求ノ理由タル總テノ必要ナル事實ニ付テハ證書ニ關スルコトキト雖斯ル事實其者ニ屬スルモノニ非ス隨テ唯當事者間ニ於テ争アル場合ニ限り之カ立證ヲ要スルニミ)然レトモ之カ爲ニ私署證書ノ真否ニ付争アル場合ニ於テハ書類ノ對照ニ依レル檢眞ノ方法ヲ以テ證據方法ト爲スコトヲ得ルモノト論結スルコト勿レ蓋我民事訴訟法ニ於テハ斯ル積極的論結ヲ是認セサルコト第四八七條第二項ノ法意ニ微シ疑ヲ容レザレハナリ(四八七條二項)……證書ノミヲ以テ……(獨逸ニ於テハ我檢眞ノ方法ニ該當スル書類ノ對照ニ依テ證書ノ真否ニ付立證ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤハ學者ノ争フ所ナリ「ヘルマン」氏ハ積極的ニ又「ガウプ」ゾキフ「ヘルド」氏等ノ如キ多數ノ學者ハ消極的ニ論結シタリ參考ノ爲ニ一言ス)第三ニ書證ノ申出ニ唯證書ノ提出ノミヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得故ニ第三三五條第三四二條及第三四六條ニ規定セル書證ノ申出ハ證書訴訟ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ス(四八七條三項民訴案五二〇條)然レトモ受訴裁判所ニ現存スル訴訟記録ノ引

用ニ依レル書證ノ申出ハ證書訴訟ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ得蓋第四八五條第三項ニ所謂「證書ノ提出ヲ以テノミ」ハ單ニ第三三五條第三四三條及第三四六條ニ規定セル證書ノ申出ヲ許サザルノ法草ヲ示スニ止リ證書ノ提出ハ原本又ハ正本(三四九條)ヲ提出スルモノナリ隨テ舉證者ノ占有者タルコトヲ要スルノ法意ヲ示スモノニ非サレハナリ又請求ノ理由タル總テノ必要ナル事實ニ非サルモノヲ立證スルニハ當事者ハ第一〇七條及七第一〇八條ノ規定ニ從ヒ未相手方ニ付與セザリシ證書ヲ使用スルコトヲ得蓋第四八五條ノ規定ハ書證ノ申出ニ付關係ヲ有セザレハナリ其他當事者カ認證ヲ受ケタル公正證書ノ原本ヲ提出シタル場合ニ於テハ裁判所ハ其正本ノ提出ヲ命スルコトヲ得又第三四八條第一項ノ場合ニ於テハ裁判所ハ受命判事又ハ受託判事ノ而前ニ於テ證書ヲ提出スヘキ旨ヲ命スルコトヲ得(三四九條三四八條)蓋第三四九條ハ證書訴訟ニ於テ適用アル規定ニシテ又第三四八條ハ證據ノ申出ニ關スル特種ノ方法ヲ定メスシテ反テ證書提出ノ施行ヲ指示シタルニ過キサレハナリ以上略述シタル證據ニ關スル制限(四八七條二項及三項)ハ訴訟ノ前提要件ノ存否ニ關スル事實ニ付適用ナキコト宛モ第四八四條ノ規定カ訴訟ノ前提要件タル事實ニ付適用ナキニ同シ故ニ當事者ハ書證以外ノ證據ヲ以テ訴訟ノ前提要件ノ存否ニ付立證ヲ爲スコトヲ得而シテ訴訟ノ前提要件ハ其性質上裁判所カ職權ヲ以テ調査スヘキモノナルト否トノ區別ヲ問ハサルモノナリ蓋訴訟ノ前提要件ハ事裁判所ニ對シ官體上ノ審判ヲ求ムルノ權利アルヤ否ヤノ問題ニ關シ且此問題ハ簡易手續ニ依テ之ヲ審判スルコトヲ得ルモノニ非サルヲ以テ以上略述シタル證據ニ關スル制限規定ハ之ヲ訴訟ノ前提要件ノ存否ニ付適用スルコト能ハサルノミナラス我民事訴訟法ニ於テ被告ノ爲ニ訴訟上ノ防禦方法ニ



付權利ノ行使ヲ留保スヘキ判決ヲ爲スコトヲ認メタル法意ニ依テ之ヲ觀レハ訴訟ノ前提要件ノ存否ニ關シテハ被告ヲシテ總テノ證據方法ヲ以テ其主張ヲ立證スルコトヲ得セシメ以テ確定的ニ判決ヲ爲スノ趣意タルコトヲ認ムルニ足レハナリ

(4) 通常ノ訴訟手續ニテ訴訟ヲ繫屬セシメテ證書訴訟ヲ止ムルコト 證書訴訟手續ニ依ル訴ノ提起ニ依テ發生シタル權利拘束ハ將來施行スルコトアルヘキ通常ノ訴訟手續ノ爲ニモ亦タ發生スルモノ換言スレハ事件ハ證書訴訟手續ニ依ル訴ノ提起ニ依リ通常ノ訴訟手續ニ於テモ亦裁判所ニ繫屬スルモノナルヲ以テ原告ハ「通常ノ手續ニテ訴訟ヲ繫屬セシメテ」即證書訴訟ヲ止ムルコト「即簡易訴訟タル證書訴訟手續ニ依テ求メタル法律保護ニ代ヘ通常訴訟手續ニ依ル法律保護ヲ求ルコトヲ得」(四八八條民事訴訟法五二二條)故ニ證書訴訟ヲ止ムル行為ハ「訴ノ取下ト異ニシテ權利拘束ヲ存續セシメ權利拘束ヲ消滅セシメントスル原告ハ唯訴ノ取下ニ依リ之レヲ爲スコトヲ得ルノミ」又訴ノ變更ト異ニシテ實體上ノ請求ニ付何等ノ變更ヲ生スルコトナシ而シテ原告カ證書訴訟ヲ止ムルニハ左ノ要件ヲ具備スルコトヲ要ス

(甲) 證書訴訟ヲ止ムル旨ノ意思表示ハ單純ニシテ何等ノ留保ナキコトヲ要ス故ニ原告カ若裁判所ニシテ證書訴訟ヲ不合法ナリト認メタルトキハ訴訟ヲ通常ノ訴訟手續ニ隨テ審判スヘキ旨ヲ裁判所ニ委ヌルト云フカ如キ意思ヲ表示シタル場合ニ於テハ斯カル意思表示ハ訴訟ヲ通常訴訟手續ニ移シテ足ラス隨テ裁判所ニ證書訴訟ヲ不合法ナリト認メタルトキハ不合法トシテ訴ヲ却下スルコトヲ要ス

(乙)

證書訴訟ヲ止ムル旨ノ意思表示ハ之ヲ口頭辯論ニ於テ爲スコトヲ要ス(一〇三條)故ニ斯ル意思ヲ表示シタル書面ノ送達ハ唯準備的効力アルニ過キナルモノト知ルヘシ而シテ斯ル意思表示ハ訴ノ取下ト同視ス(キモノニ非ス)故ニ變更ト同視ス(キモノナリ)故ニストロウクマン(コザル)ノイ氏等ノ如キ少數學者ノ主張スルカ如クニ「獨逸民事訴訟法第二七」條第二項「我民訴ニ九八條二項及三項」ノ準用ニ依リ書面ヲ以テ亦之ヲ有效ト爲スコトヲ得ルト云ヘル見解ハ我民訴ノ解釋トシテ之ヲ正當ナリト云フコトヲ得ヌ又斯ル意思表示ハ判決ノ主文ヲ確定スルノ用ヲ爲ス申立ニ非タルヲ以テ書面ニ基キテ之レヲ爲スコトヲ要セス(二二二條)又證書訴訟ヲ止ムル旨ノ意思表示ハ被告ノ承諾ヲ要セスシテ(四八八條)之ヲ爲スコトヲ得故ニ原告ハ被告カ期日ニ出頭セナル場合ニ於テモ亦有效ニ斯ル意思ノ表示ヲ爲スコトヲ得蓋被告ハ斯ル行為ニ依テ不利益ヲ受タルコトナクシテハナリ

(丙)

證書訴訟ヲ止ムル旨ノ意思表示ハ第一審口頭辯論ノ終結ニ至ル迄ニ之ヲ爲スコトヲ要ス(四八八條)故ニ原告ハ第一審ノ口頭辯論ノ終結ニ至ル迄ハ何時ニテモ殊ニ待障申立以後ノ辯論ニ於テ證書訴訟ヲ止ムルコトヲ得ルト雖上新審ニ於テ斯ル行為ヲ爲スコトヲ得ヌ蓋斯ル原告ノ一方行為ニ依テ第一審判決ニ包含セラルル裁判所ノ行為ヲ無効ナリト爲スコト能ハサルノミナラス控訴ノ提起ニ依テ證書訴訟手續ニ依ル判決及其執行ノ結果ヲ迅速ニ除去スル被告ノ權利ヲ剝奪シ且強制執行ノ取消ヲ爾後ノ訴訟手續ノ終結迄遲延セシムルコトヲ得テハナリ(民訴五〇一條二項四九一條三項)獨逸ニ於テ「ヘルマン」其他少數ノ學者ハ主トシテ我民訴四八八條ニ該當スル獨民訴五九六條ノ意義第一審ニ限ラサルコトヲ理由トシ反對ニ論結ヲ爲シタリ

以上ノ要件存スルトキハ原告ハ當然主タル請求又ハ附帶請求ノ全部タルト一部タルトニ拘ラスニ付證書訴訟ヲ止ムルコトヲ得又證書訴訟ノ適否ニ拘ラス證書訴訟ヲ止ムルコトヲ得蓋證書訴訟ヲ止ムル原告ノ權利ハ「シユミツト」氏ノ主張スルカ如ク畢竟原告ヲシテ不合法トシテ訴ヲ却下スル判決ヲ避クルコトヲ得セシムルカ爲ニ存スルモノナレハナリ蓋然證書訴訟手續終結シ且當事者雙方カ證書訴訟ヲ止ムルノ意思ヲ表示シタルトキハ之ニ依テ法律上當然證書訴訟手續終結シ且當事者雙方カ繁屬セシメタル訴訟ヲ通常訴訟手續ニ從テ進行スルコトヲ得ルノ效力即證書訴訟手續ニ依ル訴ノ提起ニ依テ發生シタル權利拘束ハ法律上當然通常ノ訴訟手續ニ於テ存續スルノ效力ヲ生ス是ヲ以テ

(甲) 當事者雙方ノ出頭シタル辯論期日ニ於テ原告カ證書訴訟ヲ止ムル旨ノ意思ヲ表示シタルトキハ即時ニ通常ノ訴訟手續ニ依レル口頭辯論ヲ爲スコトヲ得但被告ハ民事訴訟法第一六九條ノ規定ニ隨ヒ有效ニ辯論ノ延期ヲ申立タルコトヲ得蓋被告ハ證書訴訟手續ニ依レル辯論ニ付呼出サレタルニ過キタルヲ以テ延期ヲ爲スノ顯著ナル理由存スレハナリ

(乙) 被告ノ闕席シタル辯論期日ニ於テ原告カ證書訴訟ヲ止ムル旨ノ意思ヲ表示シタルトキハ原告カ民事訴訟法第二五一條第二項ノ規定ニ從ヒ適當ナル時期ニ書面ヲ以テ被告ニ斯ル意思ヲ表示シタル場合ニ限り即時ニ通常訴訟手續ニ依レル闕席判決ヲ原告ノ申立ニ因テ爲スコトヲ得蓋反對ノ場合ニ於テハ被告ハ通常ノ訴訟手續ニ依レル口頭辯論ヲ爲ニ呼出サレタルコトナキヲ以テ(二五二條一項二項)ノ規定ニ從テ被告ハ通知シ且裁判所カ新期日ニ被告ヲ呼出サレタル場合ニ

於テ第一ノ期日呼出ニ付證書訴訟手續ニ於ル適法ナル應訴期間存スルトキハ特ニ呼出狀ノ送達ヨリ新期日マテ應訴期間ヲ存スルノ必要ナシ(一九四條三七七條)蓋斯ル場合ニ於テハ被告ハ證書訴訟手續ニ依リ繁屬シタル訴訟ノ履行ノ爲ニ呼出サレルモノナレハナリ(爲替訴訟ヲ止ムル場合ニ於テハ其應訴期間カ通常訴訟ノ應訴期間ヨリ短キ結果爾後ノ手續タル通常訴訟カ其ノ必要ナル應訴期間經過前ニ開始セラルルニ至ル事情ハ毫モ前示ノ法則ノ適用ヲ妨タルニ足ラス)證書訴訟手續ニ依ル訴ノ提起ニ依テ發生シタル權利拘束ノ存續ハ斯ル訴ノ提起ニ依テ發生シタル權利拘束ノ訴訟上(一九五條二二條)及實體上(第一四七條第一四九條)規定セル效力ノ如キノ效力カ通常訴訟手續ニ於テモ亦存續スルコトヲ云フニ他ナラス(權利拘束存續ノ效力)是ヲ以テ

(甲) 當事者ノ一方カ同一ノ訴訟物ニ付他ノ裁判所ニ於テ請求ヲ爲シタル時ハ他ノ一方ハ權利拘束ノ抗辯ヲ提起スルコトヲ得(一九五條一項)受訴裁判所ノ管轄ハ之ヲ定ムル情況ノ變更ニ依テ變換スルコトナシ(一九五條三項)(爲替訴訟ニ依ル訴カ第四九五條ノ規定ニ從ヒ斯ル訴ニ付特別ノ管轄權ヲ有スル裁判所ニ提起セラレタル場合ニ於テハ其裁判所ノ管轄ハ爾後爲替訴訟ヲ止ムルモ尙通常ノ訴訟手續ノ爲ニ存續ス)

(乙) 證書訴訟手續ニ依テ爲シタル訴訟行為ハ通常訴訟手續ニ於テ亦其效力ヲ存ス故ニ本案ニ付テハ口頭辯論裁判上ノ自白認諾拋棄爭ヒタル旨ノ陳述證據調失權(例之何等ノ留保ヲ爲スコトナシ)本案ニ應訴シタルニ因テ裁判所管轄違ノ抗辯權ヲ喪失シタルカ如キ又ハ異議ヲ述(シ)シテ變更アリタル訴ニ付應訴シタルカ爲ニ異議申立權ヲ喪失シタルカ如キ)及證書訴訟手續中ニ言渡サレタル中間判決ハ何レモ通常訴訟手續ニ於テ其效力ヲ存ス

(丙) 原告ハ證書訴訟ヲ止メタルカ爲ニ證書訴訟手續ニ關スル訴訟費用ヲ法律上當然負擔スヘキ義務ヲ負フモノニ非ス事嗣後ノ手續タル通常ノ訴訟手續ニ於テ之ニ關スル訴訟費用ト證書訴訟費用トヲ一體トシテ取扱ハサルヘカラス民事訴訟法第七二條第二項第七六條及第七七條ニ依リ證書訴訟ヲ止メタル原告ニ對シ證書訴訟手續ニ關スル訴訟費用ヲ負擔セシムルコトヲ得ス。

證書訴訟手續ニ依ル判決手續 證書訴訟手續ニ於テ適法ナル訴訟材料(二二五條)ニ基キ裁判ヲ爲スニ熟スル場合ニ於テハ裁判所ハ通常ノ訴訟手續ニ於ル場合ト同ク原告敗訴又ハ原告勝訴ノ判決ヲ爲ス先原告敗訴ノ判決ヲ言渡ス場合ハ通常訴訟手續ニ於テ原告敗訴ノ判決ヲ言渡ス場合ニ同ク之ヲ原告ノ請求ヲ實體上理由ナシトシテ棄却スルモノト原告ノ請求ヲ形式上不適法トシテ棄却スルモノトスルコトヲ得

(5) 第一 原告ノ請求ヲ實體上理由ナシトシ棄却スル場合 原告カ辯論期日ヲ懈怠シタルトキハ被告ノ申立ニ因リ闕席判決ヲ以テ原告ノ請求ヲ棄却ス(二四六條二四七條)原告カ其請求ヲ拋棄シタルトキハ被告ノ申立ニ依リ判決ヲ以テ原告ノ請求ヲ棄却ス(二一九條)請求カ原告ノ主張目體ニ微シテ理由ナキトキハ假令被告カ辯論期日ヲ懈怠シタルトキト雖判決ヲ以テ原告ノ請求ヲ棄却ス(四八九條)一項後段民事訴訟法五二三條)又請求カ被告ノ提出シタル抗辯ニ依テ理由ナシト認メタルトキ例之被告カ行爲無能力者タルコト又ハ債權カ時効、辨済、免除、相殺等ノ原因ニ依テ消滅シタルコト明瞭ナルトキハ判決ヲ以テ原告ノ請求ヲ棄却ス(四八九條)一項後段民事訴訟法五二三條)然レトモ原告カ適法ノ證據方法ニ依リ請求ノ理由タル事實、證書ノ真否ニ關スル事實及再抗

辯タル事實ヲ立證セザルコトノ爲ニ判決ヲ以テ原告ノ請求ヲ棄却スルコトナシ(四八九條)二項民事訴訟法五二三條)而シテ此場合ニ於ル原告ノ請求ノ棄却ノ判決ハ其性質上通常訴訟手續ニ於ル原告ノ請求棄却ノ判決ト異ルコトナキヲ以テ其效力トシテ原告ハ爾後同一ノ請求ニ付通常訴訟若クハ證書訴訟手續ニ依リ訴ヲ以テ新ナル主張ヲ爲スコトヲ得ス

第二 原告ノ請求ヲ形式上不適法トシテ棄却スル場合 原告ノ訴ニ於テ通常訴訟手續及證書訴訟手續ニ共通スル一般ノ訴訟要件ヲ缺キタルトキ殊ニ民事訴訟法第一九〇條ニ規定セル訴ノ要件ヲ缺キタルトキノ他ニ尙事件カ通常裁判所ニ訴フルコトヲ得サルモノナルトキハ無訴權ナルトキハ裁判所ニ管轄權ナキトキハ當事者能力者若クハ訴訟能力ノ欠缺アルトキ法律上ノ代理者若クハ委任上ノ代理ニ欠缺アルトキハ裁判所ハ職權ヲ以テ又ハ被告ノ責問權ノ行使ニ因テ斯ル欠缺ヲ斟酌シ通常訴訟手續ニ於ル法則ト同一ノ法則ニ從ヒ不適法トシテ原告ノ訴ヲ却下ス又原告ノ訴ニ於テ證書訴訟手續ニ特別ナル訴訟要件ヲ缺キタルトキ殊ニ第一原告ノ請求カ一定ノ金額ノ支拂其他代替物若クハ有價證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ目的トセザルトキ若クハ原告ノ請求ノ理由タル總テノ必要ナル事實ヲ證書ニ依リ證シタルコトヲ得サルトキ(四八四條)第二訴訟ニ於テ證書ノ原本若クハ謄本ノ添付ナキトキ(四八五條)第三原告カ證書ノ真否及第四八四條ニ掲ケタル以外ノ事實ニ付適法ニ立證セザルトキハ證書訴訟ニ於テ許ササルモノトシテ原告ノ訴ヲ却下ス第一ノ場合ニ在ラハ裁判所ハ假令被告カ原告ノ請求ノ理由タル總テノ必要ナル事實上ノ供通ヲ自白シ若クハ之ヲ爭ハス又ハ期日ヲ懈怠シタルトキト雖職權ヲ以テ訴訟要件ノ欠缺ヲ斟酌シ證書訴訟ニ於テ之ヲ許ササルモノトシテ原告ノ訴ヲ却下スルコトヲ要ス何トナレハ原告ノ請求カ一

民事訴訟法第三編 再審 原告訴訟及被告訴訟 被告訴訟

二五七

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及原告ノ請求ノ理由タル總テノ必要ナル事實ヲ證明スルコト得ヘキコトハ原告訴訟ノ要件ニシテ當事者ノ處分權ノ範圍内ニ屬スルモノニ非サレハナリ(四八九條二項前段)民事訴訟法五三條(隨テ被告ヲ請求ノ理由タル總テノ必要ナル事實ヲ明白シ又ハ爭ハサルコトト雖原告ハ斯ル事實ヲ證明スルニ足ルヘキ證書ヲ裁判所ニ提出シ又裁判所ハ其提出アリタル證書カスル事實ヲ證明スルコトヲ得ヘキモノナルヤ否ヤヲ調査シ且證明スルコトヲ得サルモノト認メタルトキハ不合法トシテ原告ノ訴ヲ却下スルコトヲ要ス(獨逸ニ於テハ原告ノ請求ノ目的物カ證書訴訟ニ適セサル場合ニ在テハ假令被告カ訴ノ原因タル事實ヲ明白シタルトキト雖訴ヲ不適當トシテ却下スルモノナリトノ論結ニ關シテハ學者間ニ爭ナシ然レトモ原告ノ請求ノ理由タル事實カ被告ノ明白スル所ト爲リタル場合ニ於テ單ニ該事實ヲ證明スルコトヲ得ヘキ證書ヲ缺ク理由ニ依リ訴ヲ却下スルモノナルヤ否ヤニ關シテハ學者間ニ爭アル所ナリ消極說ハ主トシテ「ストロツクマン」(「ペーア」)ハ「ハル」氏等ノ如キ少數學者ノ主張スル所ニシテ其論旨ハ元來被告カ自白シタル事實若クハ爭ハサル事實ニ關シテハ原告ノ立證スルノ必要ナシ故ニ我民事訴訟法第四八九條ニ所謂「原告ノ義務タル證據ヲ申出ラ」タルモノトシテ訴ヲ却下スルヲ得スト云フニ在リ積極說ハ主トシテ「ガウプ」(「ゾキフヘルド」)氏等ノ如キ多數學者ノ主張スル所ニシテ其論旨ハ元來原告ノ請求ノ理由タル總テノ必要ナル事實ヲ證明スルコトヲ得ルコトハ證書訴訟手續ニ依レル起訴ノ要件ニシテ請求ノ原因ニ關スル舉證ノ必要ニ基クモノニ非ス故ニ被告ノ自白ニ依リ原告カ其請求ノ原因タル事實ニ付舉證ノ必要ナキニ至リタルカ爲ニ受訴裁判所カ證書訴訟ノ適否ヲ調査ス

ル職務ヲ免脱スルモノニ非スト云フニアリ予輩ハ我民事訴訟ノ解釋トシテ後說ヲ正當ナリト信ス(1)被告カ期日ニ出頭セザルトキト雖原告ハ其請求ノ理由タル事實ヲ證明スルニ足ルヘキ證書ヲ裁判所ニ提出スルコトヲ要シ又裁判所ハ其提出アリタル證書カスル事實ヲ證明スルニ足ラザルトキ若クハ證書ヲ提出ナカリシトキハ不合法トシテ原告ノ訴ヲ却下スルコトヲ要ス而シテ民事訴訟法第二四八條ノ規定ニ從ヒ自白シタルモノト看做スヘキ事項ハ單ニ訴狀ニ添付セル證書(四八五條)ノ真正ナルコトニシテ其他ノ事實殊ニ請求ノ理由タル事實ニ非ス故ニ證書訴訟手續ニ於テ被告ノ懈怠ニ基キ言渡ス闕席判決ハ被告カ原告ノ事實上供述ヲ自白シタルモノト看做シテ之ヲ爲スニ非スシテ反テ被告カ原告ノ裁判所ニ提出シタル證書ノ真正ナルコトヲ自白シタルモノト看做シタル證書ニ依リ原告ノ請求ノ理由タル事實立證セラレ且之ニ基テ原告ノ請求ヲ正當ナリト認メテ之ヲ爲スモノナリ第二ノ場合ニ在テハ裁判所ハ被告カ期日ヲ懈怠シ若クハ被告カ訴訟手續ノ欠缺ニ附屬權ヲ行使シタルトキニ限り職權ヲ以テ訴訟要件ノ欠缺ヲ斟酌シ證書訴訟ニ於テ許ササルモノトシテ原告ノ訴ヲ却下ス(四八九條二項前段)(證書訴訟ノ形式ノ要件ニ關スル(乙)ノ說明參照)第三ノ場合ニ在テハ裁判所ハ期日ニ出頭シタル被告カ許ササルモノトシテ因テ必要ト爲リタル證據ヲ原告ニ於テ學ケザルトキニ限り證書訴訟ニ於テ許ササルモノトシテ却下ス(四八九條二項前段)(三)(3)參照)而シテ原告ノ請求ヲ形式上不適法トシテ棄却シタル判決ハ其性質上妨訴抗辯ニ關スル判決ト同ク訴訟要件ニ關スル判決即訴訟判決ニシテ本案ニ關スル判決即實體判決ニ非ス故ニ其確定ノ效力トシテ緊屬セル證書訴訟及之ニ基テケル實體上ノ請求ニ關スル權利拘束ヲ終結セシム即訴訟ヲ確定ニ終結セシムト雖實體的確定力ヲ發生ス

ルコトナシ(二四四條)隨テ原告ハ通常訴訟手續又ハ證書訴訟手續ニ從ヒ同一ノ請求ニ付訴ヲ提起スルコトヲ得被告ハ之ニ對シ判決ノ實體の確定力ノ抗辯即既判力ノ效力ヲ主張スルコトヲ得ス(スタイン)氏ノ見解ニ依レハ證書訴訟ニ於テ許ササルモノトシテ原告ノ訴ヲ却下シタル判決ヲ確定シタルトキハ其判決ハ原告ノ請求ヲ證書訴訟手續ニ依ル法律保護ヲ求ムルニ適セザル理由ニ基ク場合ニ於テ同一ノ請求ニ關スル新ナル證書訴訟ヲ排斥シ又原告カ其義務タル證據ヲ適法ニ舉ケサル理由ニ基ク場合ニ於テ同一ノ證據方法ニ依レル新ナル證書訴訟ヲ排斥スルノ效力アルモノノ如シ參考ノ爲ニ一言ス(四八九條二項)但訴訟ニ於テ證書訴訟トシテ訴フル旨ノ陳述ヲ揭ケサル場合ニ在テハ訴訟ハ通常訴訟手續ニ於テ整屬シ證書訴訟手續ニ於テ整屬セザルヲ以テ裁判所ハ訴訟要件欠缺ノ爲ニ證書訴訟ニ於テ許ササルモノトシテ原告ノ訴ヲ却下スルコトヲ得故ニ被告カ期日ニ出頭セザル場合ニ於テハ裁判所ハ通常訴訟手續ニ從ヒ關席判決ヲ言渡スコトヲ得レトモ證書訴訟手續ニ從ヒ關席判決ヲ受クルコトヲ得ス隨テ原告カ訴手續ニ依レル關席判決ヲ求ムル申立ヲ爲シタルトキハ單ニ斯ル申立ヲ却下スルノミ證書訴訟手續ニ依レル訴ノ提起ナキヲ以テ訴其モノヲ却下スルコト能ハサルヲ勿論ナリ(民事四八五條)(證書訴訟ノ形式の要件ニ關スル(甲)ノ說明參照)被告カ異議即訴ニ反對スル被告ノ總テノ陳述ヲ以テ抗辯ヲ爲シタルトキハ裁判所ハ證書訴訟ノ適否ヲ調査シ其結果證書訴訟ヲ不適法ナリト認メタルトキハ異議カ法律上理由ナク若クハ證書訴訟ニ於テ許ササルモノナルトキト雖證書訴訟ニ於テ許ササルモノトシテ原告ノ訴ヲ却下ス反之被告ノ異議カ實體上理由アルトキハ證書訴訟ノ不適法ナルニモ拘ラス(後述ノ說明參照)第四八九條第一項ニ則リ原告ノ請求却下ノ判決ヲ爲ス(四

八九條二項)……法律上理由ナキ異議若クハ證書訴訟ニ於テ許ササル異議ノミヲ以テ訴ニ對シ抗辯シタルトキト雖……同條ニ所謂證書訴訟ニテ許ササル異議ハ適法ニ立證セラレザル總テノ異議ト解スヘシ何トナレハ證書訴訟ニ於テモ總テノ異議ヲ許スモノナレハナリ)然レトモ被告カ原告ノ請求ヲ認諾シタルトキハ裁判所ハ單ニ認諾ニ基キ判決ヲ爲スヘキモノナルヲ以テ證書訴訟カ不適法ナル場合ト雖原告ノ訴ヲ却下スルコトヲ得ス換言スレハ被告カ原告ノ請求ヲ認諾シタルトキハ裁判所ハ證書訴訟ノ適否ニ付調査ヲ爲スノ機會ヲ有セザルモノナリ(裁判所カ職權ヲ以テ調査スヘキ一般ノ訴訟要件ノ欠缺アルトキハ被告カ原告ノ請求ヲ認諾シタルトキト雖認諾判決ヲ爲スコトヲ得サルヤ言フ俟タス)

(乙)

以上略述シタル原告ノ請求却下ノ總テノ理由カ集合シタル場合ニ於テハ裁判所ハ先一般ノ訴訟要件ノ欠缺ニ基キ原告ノ請求却下ノ判決ヲ爲スヘキモノトス何トナレハ一般ノ訴訟要件欠缺スル場合ニ於テハ裁判所ハ實體上ノ裁判ヲ爲スコトヲ得サレハナリ又證書訴訟手續ニ依ル法律保護ヲ求ムルニ必要ナル訴訟要件ノ欠缺アルコト及原告ノ請求理由ナキコト明白ナル場合ニ於テハ裁判所ハ先原告ノ請求ノ理由ナキヲ根據トシテ實體の判決ヲ爲ス何トナレハ證書訴訟ニ關スル訴訟要件ハ單ニ原告勝訴ノ判決ヲ受クルニ付必要ナル訴訟要件ニ過キサレハナリ

被告ニ敗訴ヲ言渡ス場合ニハ之ヲ分テ被告ニ單純ニ敗訴ヲ言渡ス場合ト被告ニ權利ノ行使ヲ留保シテ敗訴ヲ言渡ス場合ト爲スコトヲ得

第一 被告ニ單純ナル敗訴ヲ言渡ス場合 被告カ辯論期日ニ出頭セズ若クハ辯論ヲ爲サス(二四八條二四六條二五〇條)且之ニ依テ被告ニ對シ關席判決ヲ言渡スコトヲ得ル場合及被告カ原告



ノ請求ヲ認諾シタル場合ニ於テハ被告ニ對シ其權利ノ行使ヲ留保セスシテ單純ナル敗訴ノ判決ヲ言渡ス(四九一條民事訴訟法五二五條)……請求ヲ争ヒタル被告ニハ……ノ反對推測)而シテ被告ニ對シ證書訴訟手續ニ依リ闕席判決ヲ言渡スコトヲ得ル場合及被告ノ認諾ニ基キ敗訴ノ判決ヲ言渡スヘキ法律ハ前述シタル所ナルヲ以テ茲ニ之ヲ贅セス此二箇ノ場合ニ於テ言渡ス判決ニハ假執行ノ宣言ヲ付スルコト民事訴訟法第五〇一條第一項及第二ノ法文ニ依リ疑ヲ容レズ

第二 被告ニ其權利ノ行使ヲ留保シテ敗訴ヲ言渡ス場合 證書訴訟手續ニ依レル法律ノ保護ヲ求ムルニ缺タヘカラサル要件存在シ(四八四條四八五條四八七條二項)且被告カ原告ノ主張シタル請求即爾後ノ手續タル通常訴訟手續ニ於テ無制限ニ主張シタルコトヲ得ヘキ防禦方法ノ行使ヲ留保シテ敗訴ヲ言渡ス(四九一條民事訴訟法五二五條一項)(4)原告ノ請求ニ對スル争ハ證書訴訟ニ於テ許スヘカラサル異議(民事訴訟法四九〇條)若クハ法律上理由ナキ異議ヲ原因トシテ之ヲ爲シ又何等ノ原因ヲ表示セスシテ之ヲ爲スコトヲ得蓋斯ル争ハ被告カ口頭辯論ニ於テ爲ス單純ナル意思表示ニシテ(三)三條法律上何等ノ方式ニ依ルコトヲ要セザルモノナレハナリ(四九〇條)民事訴訟法五二四條ニ規定セル證書訴訟ニ於テ許ササル被告ノ異議ハ被告カ立證責任ヲ負フ各種ノ防禦方法ニシテ顯著ナルモノ若クハ原告ノ自白シタルモノニ非サルカ爲ニ被告カ立證スルコトヲ要スル場合ニ於テ證書訴訟ニ於テ適法ノ證據方法ヲ以テ被告ノ義務タル證據ヲ申出ラス又ハ完全ニ之ヲ舉ケサルモノヲ謂フ故ニ狹義ノ抗辯ハ勿論證書ノ不真實ナル旨若クハ偽造ナル旨ノ主張ノ如キ被告カ原告ノ請求ヲ争フ旨ノ總テノ陳述ハ皆之ニ屬ス何トナレハ被告ニ於テ之ヲ立

證スルコトヲ要スルモノナレハナリ而シテ斯ル異議ハ單ニ證書訴訟ニ於テ許ササルモノトシテ之ヲ却下シ確定ノ之ヲ却下スルモノニ非ス何トナレハ原告ノ權利カ訴訟ノ目的ト爲リタルモノナルヲ以テ被告ノ異議ハ獨リ證書訴訟ノ爲ニ提出セラレタルモノト認ムルコトヲ得ス反テ全訴訟ノ爲ニ提出セラレタルモノト認ムヘク隨テ爾後ノ手續タル通常訴訟手續ニ於テ被告ヲシテハ同一ノ異議ヲ主張スルコトヲ得セシムルヲ當然ナリトスレハナリ又斯ル被告ノ異議ノ却下ハ判決ノ理由ニ於テ之ヲ表示シ判決ノ正文ニ於テ之ヲ表示スルモノニ非ス(二四四條)但被告ノ妨訴抗辯ハ第四五〇條ノ適用ヲ受クルコトナシ蓋該條ニ規定セル被告ノ妨訴抗辯ハ第四五〇條ノ適用ヲ受クルコトナシ蓋該條ニ規定セル被告ノ異議ハ唯原告ノ實體的請求ニ對スルモノニ限ルヲ以テナリ法律上理由ナキ異議ハ第四九〇條ニ規定セル證書訴訟ニ於テ許ササル被告ノ異議ニ非サルモノヲ云フ故ニ法律上理由ナシトシテ却下スヘキ狹義ノ抗辯ハ勿論法律上ノ理由ニ基ク他ノ防禦方法ハ皆之ニ屬ス而シテ斯ル異議ハ實體上理由ナシトシテ之ヲ却下スル場合ニ於テハ其異議ニ關スル裁判ハ爾後ノ手續タル通常訴訟手續ニ於テ其效力ヲ存續スルヲ當然ナリト雖被告ニ其權利ノ行使ヲ留保スルコトキハ之ニ依テ被告ハ爾後ノ手續タル通常訴訟手續ニ於テ他ノ防禦方法ヲ提出スルコトヲ得ヘシ是被告ノ異議カ法律上理由ナキカ爲ニ實體上失當ナルモノトシテ却下スル場合ニ於テ其裁判ノ效力カ爾後ノ手續タル通常訴訟手續ニ於テ存續スルニモ拘ラス被告ニ其權利ノ行使ヲ留保スル所以ナリ又何等ノ原因ヲ表示セスシテ爲ス被告ノ異議トハ例之被告カ口頭辯論期日ニ於テ原告ノ實體的請求權ヲ認諾セスト雖證書訴訟ニ於テ適法ナル防禦方法ヲ提出スルコト能ハサルヲ以テ證書訴訟手續ニ依レル敗訴ノ判決ヲ受クルコトト止ヲ得

ナル所ナリト云フカ如キ被告カ爾後ノ手續タル通常訴訟手續ニ於テ其防禦方法ノ行使ヲ留保シテ證書訴訟手續ニ於テ敗訴判決ヲ受クルコトヲ欲スル旨ノ陳述ニ他ナラズ(B)權利ノ行使ノ留保ハ被告カ證書訴訟ニ於テ提出シタル各箇ノ防禦方法ノ行使ニ限定セスシテ一般ニ防禦方法ノ行使ヲ留保スルモノナルコト第四二六條ニ規定セル場合ト同シカラス又權利ノ行使ノ留保ハ被告カ原告ノ實體的請求ヲ争ヒタル以上ハ特ニ被告ノ申立ニ因ルコトヲ要セスシテ判決ノ主文中ニ於テ之ヲ表示スヘキモノナリ(四九一條一項、二二六條四項民訴案五二五條一項)而シテ判決ニ斯ル留保ヲ掲ケタルトキハ被告又ハ原告ハ第二四二條ノ規定ニ依リ判決ヲ補充ヲ申立ツルコトヲ得(四九一條二項民訴案五二五條一項)又ハ第二四二條ニ規定セル期間前ト雖上訴ニ依リ判決ノ補充ヲ申立ツルコトヲ得蓋被告カ原告ノ主張シタル請求ヲ争ヒタルニモ拘ラス被告ノ爲ニ其權利ノ行使ヲ留保セザリシ判決ハ法則違背ノ裁判タルヲ以テ之ニ對シ當事者ハ上訴ヲ爲スコトヲ得ルヲ原則トシ第二四二條ノ規定ニ依リ補充ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルヲ例外トシ且留保ヲ掲ケザリシ判決ハ主たる請求若クハ附帶ノ請求ヲ脱漏シタルモノニ非サルヲ以テ第二四二條ニ規定セル失權ノ結果ノ法則ヲ適用スルコトヲ得ナレハナリ(四二六條ノ說明參照)上訴ノ結果上訴裁判所カ上訴ノ理由アリト認メタルトキハ被告ニ其權利ノ行使ヲ留保スヘキ旨ヲ宣言ス(上告裁判所カ斯ル宣言ヲ爲スハ畢竟控訴裁判所ニ於テ單ニ留保ヲ掲ケザリシ場合ハ第四五一條一項ニ規定セル場合ニ屬スレハナリ)又適法ナル上訴ノ提起ナキ時ハ留保ヲ掲ケタル判決確定シ被告ハ爾後ノ手續タル通常訴訟手續ニ依リ何等ノ行爲ヲ爲スコトヲ得ス其他控訴裁判所ハ證書訴訟手續ニ依リ原告ノ訴却下ノ判決ニ對スル控訴ヲ理由アリト認メタルトキハ該判決ヲ廢棄シ

第四九一條ニ從ヒ留保判決ヲ言渡スコトヲ得此場合ニ於テハ訴訟ハ通常ノ訴訟手續ニ於テ控訴裁判所ニ繫屬ス(四二七條)又上告裁判所カ證書訴訟手續ニ依レル原告ノ訴却下ノ判決ニ代ヘ留保判決ヲ爲ス正當ナリト認メタルトキハ民事訴訟法第四五一條第一項ノ規定ニ從ヒ裁判ヲ爲スニ熟スト認メタル場合ニ於テ留保判決ヲ言渡ス此場合ニ於テハ訴訟ハ通常訴訟手續ニ於テ控訴裁判所ニ繫屬ス蓋上告裁判所ハ事實上ノ判斷ヲ爲スノ職權ヲ有セサル結果通常訴訟手續ニ於ル辯論及裁判ヲ爲スコトヲ得ナレハナリ尙此點ニ關シテハ爾後ノ訴訟手續ニ關スル裁判所ノ管轄ヲ參照スヘシ(O)留保ヲ掲ケタル判決ハ上訴及強制執行ニ關シテハ法律上之ヲ終局判決ト看做ス(四九一條三項民訴案五二五條三項)故ニ留保判決ニハ形式的確定力發生スルニ足ル隨テ留保判決ノ形式的確定後ニ於テハ之ニ對シ被告ハ上訴ヲ提起スルコトヲ得ス又之ニ基キ原告ハ爾後ノ手續タル通常訴訟手續ニ於テ證書訴訟手續ニ依リ爲シタル該判決ヲ廢棄スル判決カ執行力ヲ有スルニ至ルマテ確定ニ強制執行ヲ爲スコトヲ得(四九二條二項五〇條一項)但被告カ假差押若クハ假處分ニ依リ將來行フコトアルヘキ給付ノ返還請求權ニ對スル危害ヲ防止スルコトヲ妨ケス留保判決ノ形式的確定力發生前ニ於テハ之ニ對シ被告ハ上訴ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ上訴裁判所ハ第一審裁判所ニ於ルコトヲ證書訴訟手續ニ從テ審判ヲ爲ス換言スレバ證書訴訟ノ特質ハ上訴審ニ於テモ亦存續ス又之ニ基キ原告ハ後ノ手續タル通常訴訟ノ手續ニ於テ證書訴訟手續ニ依リ爲シタル該判決ヲ廢棄スル判決カ執行力ヲ有スルニ至ル迄(四九二條二項五〇條一項)假執行ヲ爲スコトヲ得(五〇一條二項)但被告カ第五〇四條第五〇五條及第五一二條ノ規定ニ依リ假執行ニ對スル防禦ヲ爲スコトヲ妨ケス然レトモ留保判決ハ實體的確定力ヲ發生ス

ルニ足ラス何トナレハ原告ノ請求ハ未タ確定的ニ裁判セラレタルヲ以テナリ(二四四條)如此留
 保判決カ終局判決ト看做サルル理由ハ證書訴訟ノ立法上ノ目的ニ基キ原告ヲシテ迅速ニ權利ノ
 實行ヲ爲スコトヲ得セシメ又當事者ヲ同視スル訴訟法ノ法則ニ基キ被告ノ爲ニ上訴ヲ爲スコ
 トヲ得セシムルニ在リ留保判決ノ性質ニ關シテハ第四二六條ノ說明ヲ參照ス可シ強制執行ニ付
 テモ終局判決ト看做スヘキ中間判決ニハ其性質上例外トシテ假ニ即爾後ノ手續ヲ留保シテ訴訟
 費用ニ關シ裁判ヲ爲スモノナリ故ニ留保判決ヲ中間判決ト稱スレハ訴訟費用ノ裁判ヲ爲スヲ得
 ストノ理由ヲ以テ留保判決ニ非スト云ヘル見解ハ其當ヲ得ス

(6) 訴訟カ通常ノ訴訟手續ニ於テ繫屬スルコト 被告ニ權利ノ行使ヲ留保シタルトキハ訴訟ハ通常ノ
 訴訟手續ニ於テ繫屬ス(四九二條一項民事訴訟法五二六條一項)左ニ斯ル通常訴訟手續ノ性質、管轄裁判
 所及進行ヲ略述ス可シ

(甲) 性質 爾後ノ手續タル通常訴訟手續ノ目的ハ原告ノ實體上ノ請求ノ當否ヲ確定スルニ在テ前判
 決ニ基キ被告ヨリ支拂又ハ給付シタルモノノ辨濟ヲ原告ニ對シテ言渡スニ非ス是第四九二條二
 項ニ所謂「……主張シタル請求ノ理由ナカリシコト……」ノ法文ニ徴シ一點ノ疑ヲ容レザル所ニ
 シテ又斯ル訴訟手續ハ證書訴訟手續ノ續行ニシテ當事者カ新ニ訴ヲ提起スルニ依テ開始セラルヘ
 キ獨立ノ訴訟手續ニ非ス是訴訟手續ヲ簡易ニ爲スノ法意ニ出テタルモノナリ故ニ左ノ結果ヲ生
 ス

第一 當事者ノ地位ニ變更ナシ故ニ證書訴訟ニ於ル原告ハ爾後ノ訴訟ニ於テモ亦原告ニシテ證書
 訴訟ニ於ル被告ハ爾後ノ訴訟ニ於テモ亦被告ナリ

第二 證書訴訟手續ニ依レル訴ノ提起ニ依テ發生シタル權利拘束ノ訴訟上及實體上ノ效力ハ爾後
 ノ手續ニ於テモ亦存續ス故ニ(1)原告若クハ被告カ同一ノ訴訟物ニ付同一裁判所又ハ他ノ裁判所
 ニ於テ新ニ訴ヲ提起シテ請求ヲ爲シタルトキハ相手方ハ權利拘束ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得
 (一九五條二項第一)(2)裁判所ノ土地及事物ノ管轄ハ之ヲ定ムル情況ノ變更ニ因テ變換セルコト
 ナシ是ヲ以テ證書訴訟ノ繫屬シタル地方裁判所ハ被告ノ異議アル訴訟物カ金百圓ヲ超過セルコト
 トキト雖爾後ノ訴訟ニ於テ裁判ヲ爲スノ權限ヲ有ス受訴裁判所ハ己ニ留保判決ニ依テ管轄ニ付
 裁判ヲ爲シタルヲ以テ當事者ハ爾後ノ訴訟手續ノ爲ニ管轄ヲ爭フコトヲ得サルハ言テ俟タザル
 所ナリ(一九五條二項第二)(3)原告ハ第一審ニ在テハ被告カ異議ヲ述ハサルトキニ限り訴ノ原因
 ヲ變更スルコトヲ得ルト雖第二審ニ在テハ之ヲ變更スルコトヲ得ス(一九五條二項第三、四一三
 條參照)

第三 證書訴訟ニ於ル訴訟行為(當事者及裁判所ノ)及證書訴訟ニ於ル口頭辯論ノ終結前ニ於テ訴
 行爲ヲ爲ササルニ因テ確定的ニ發生シタル失權ノ結果ハ爾後ノ訴訟手續ニ於テモ亦其效力ヲ
 存續ス故ニ(1)證書ノ承認其他ノ裁判上ノ自白ノ如キ證書訴訟ニ於テ爲シタル當事者ノ意思表示
 ハ爾後ノ訴訟手續ニ於テモ其效力ヲ存續シ當事者カ其錯誤ニ出テタル旨ヲ立證シ之ヲ取消シタ
 ル後ニ非サレハ其效力ヲ失フコトナシ第二〇六條ノ規定ニ從ヒ適法ニ抗辯ヲ提出セザル
 カ爲ニ發生シタル抗辯提出ノ失權モ亦然リ(訴訟費用保證欠缺ノ抗辯ハ其性質上爾後ノ訴
 訟ニ於ル本案ノ辯論終結前ニ之ヲ提出スルコトヲ得ヘシ)然レトモ單ニ證書訴訟ニ於ル辯論
 ノ終結ニ依テ爲スノ權利ヲ喪失シタル訴訟行為ハ爾後ノ訴訟手續ニ於テ有效ニ之ヲ追完スルコ
 ト



ト得是ヲ以テ當事者ハ證書訴訟ニ於テ民事訴訟法第一一條第二項ノ規程ニ從ヒ自白シタルモノト看做サレタル事實ニ付爾後ノ訴訟ニ於テ之ヲ爭フコトヲ得(2)證書訴訟手續ニ依テ言渡シタル判決ハ該訴訟手續ニ於テ證據ニ關スル固有ノ制限ニ根據セサルモノニ限リ中間判決トシテ爾後ノ訴訟手續ニ於テ其效力ヲ有シ裁判所ヲ羈束スレハ爾後ノ手續ニ於テ裁判所ハ留保判決ニ於テ判示シタル法律上ノ判斷ニ羈束セラル(三四〇條)是ヲ以テ留保判決ニ於テ法律上失當ナルカ爲ニ又ハ事實關係ニ副ハサルカ爲ニ實體上理由ナシトシテ却下シタル防禦方法ハ之ヲ被告カ爾後ノ手續ニ於テ提出スルコトヲ得スト雖留保判決ニ於テ「證書訴訟ニ於テ許ササルモノトシテ却下」シタル防禦方法(四九〇條)ハ之ヲ被告カ爾後ノ手續ニ於テ提出スルコトヲ得且證書訴訟ニ於テ提出シタルモ裁判所ニ於テ裁判セザリシ防禦方法ニ關シテ亦然リ

第四 各當事者ハ爾後ノ訴訟手續ニ於テ之ニ基ク判決ニ接若スル口頭辯論ノ終結ニ至ル迄證書訴訟ノ手續ニ從ヒ言渡サレタル終局判決ノ維持若クハ廢棄ノ爲ニ新ナル攻撃及防禦ノ方法ヲ提出シ又ハ各種ノ證據方法ヲ提出スルコトヲ得(二〇九條)但第三ニ說明シタル制限ヲ受クルヤ言フ俟タサルナリ

(乙)

管轄裁判所 爾後ノ手續タル通常訴訟手續ハ留保ヲ言渡シタル裁判所ノ管轄ニ屬ス是民事訴訟法第四九二條第一項ニ所謂「權利ノ行使ヲ留保シタルモトキハ訴訟ハ通常ノ訴訟手續ニ於テ繫屬ス」トノ法意及爾後ノ訴訟手續ハ證書訴訟ノ續行タル性質ニ徴シテ明白ナリ(「ガツ」(ワフ)氏等ハ前述ノ如ク爾後ノ手續ハ第一審裁判所ニ繫屬スト主張シ其理由ハ主トシテ爾後ノ手續ハ民事訴訟法第四二一條ニ該當スル漏逸民事訴訟法第五三七條ニ所謂「請求ニ關スル紛争點以外ノ

モノナリ故ニ爾後ノ手續ヲ控訴審ニ繫屬セシムルハ漏逸民事訴訟法第五三七條ノ法意ニ反ス又爾後ノ手續カ控訴審ニ繫屬スルモノトシ被告ニ反訴提起ノ權利ヲ制限スルハ酷ニ失スト云フニ在リ參考ノ爲ニ一言ス故ニ第一、第一審裁判所カ留保判決ヲ言渡シタルトキハ爾後ノ手續ハ同裁判所ニ繫屬ス第二、控訴裁判所ニ於テ留保判決ヲ言渡シタルトキ殊ニ原告ノ訴ヲ却下シタル第一審判決ニ對スル控訴ヲ理由アリト認メ留保判決ヲ言渡シ若クハ留保ヲ遺脱シタル第一審判決ニ對スル控訴ヲ理由アリト認メ留保判決ヲ言渡シタルトキハ爾後ノ手續ハ控訴裁判所ニ繫屬ス隨テ民事訴訟法第四二二條第四ニ從ヒ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スコトヲ得ス第三、上告裁判所ニ於テ原告ノ訴ヲ却下シタル第一審判決ヲ認可シタル控訴審判決ヲ失當ナリト認メ若クハ留保ヲ遺脱シタル控訴審判決ニ對スル上告ヲ理由アリト認メ留保判決ヲ言渡ス(キモノト思料シタルトキハ自ラ留保判決ヲ言渡スコトナク事件ヲ控訴裁判所ニ(控訴裁判所カ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スコトナク留保判決ヲ言渡スコトヲ要スルトキ又ハ第一審裁判所ニ(控訴裁判所カ事件ヲ第一審ニ差戻スコトヲ得ル場合ニシテ且上告裁判所カ之ヲ適當ナリト認メタルトキ)差戻ス而シテ爾後ノ手續ハ斯ル差戻ニ基キ留保判決ヲ言渡シタル裁判所ニ繫屬ス上告裁判所カ自ラ留保判決ヲ爲ササルハ畢竟留保判決ハ民事訴訟法第四五一條第一ニ所謂「裁判即終局判決ニ屬セサルヲ以テナリ」手續ノ進行

(丙)

(1) 手續ノ開始 爾後ノ手續タル通常訴訟手續ハ證書訴訟手續ニ於テ被告ニ權利ノ行使ヲ留保シタルトキヨリ開始セラレ留保判決ノ形式ノ確定力發生ノトキヨリ開始セラルモノニ非ス換言スレハ被告ハ留保判決ヲ言渡アリタルトキヨリ爾後ノ手續トシテ訴訟ヲ續行スルコトヲ得留保



判決ノ形式の確定力ノ發生後ニ非アレハ爾後ノ手續トシテ訴訟ヲ續行スルヲ得タルモノニ非ス
 是民事訴訟法第二三五條第二項ノ適用ノ然ラシムル所ナリ(獨逸ニ於テハ斯ル論結ハ多數ノ學
 者ノ是認スル所ナリト雖「フツチン」(「グガウバ」氏等ハ其舊版ノ著書ニ於テ留保判決ハ爾後ノ手
 續ノ基礎ヲ成スモノナルヲ以テ爾後ノ手續ヲ進行スルカ爲ニハ留保判決ノ確定ヲ前提トスト主
 張シ或ハ爾後ノ手續ハ留保判決ノ效力ナルヲ以テ該判決ノ形式の確定ニ依テ開始セラルモノ
 ナリト主張シタリ民事訴訟法第五二六條第一項亦然リ參考ノ爲ニ一言ス)又爾後ノ手續タル
 通常訴訟手續ノ進行ハ民事訴訟法第一二二條ノ規定ニ從ヒ留保判決ノ確定ニ至ル迄之ヲ中止ス
 ルコトヲ得ス是證書訴訟ハ同條ニ所謂「他ノ」訴訟ト云フコト能ハサルニ依ル但留保判決ノ確定
 前ニ爾後ノ手續ヲ進行スルニ因テ生スルコトアルヘキ煩雜ハ留保判決ノ確定スル迄爾後ノ手續
 ニ關スル辨論ヲ延期シテ之ヲ避クルコトヲ得ヘシ

(2) 期日ノ指定 原告若クハ被告ハ通常訴訟手續トシテ爾後ノ手續ヲ續行スルカ爲ニ裁判所ニ對
 シ期日ノ指定ヲ申請スルコトヲ得裁判所カ職權ヲ以テ期日ヲ指定スルヲ得サルハ當事者訴訟專
 行主義ノ法則ニ徴シ明白ニシテ又應訴期間ヲ存スルノ必要ナキコトハ(一九四條)爾後ノ手續カ
 證書訴訟手續ノ續行タル性質ニ徴シ明白ナリ

(3) 手續ノ終結

第一、爾後ノ手續ハ判決ノ確定ニ依テ終結ス當事者雙方カ期日ニ出頭シ辨論ヲ爲シタル結果被
 告ノ異議即爭(四九一條一項)ヲ理由ナシト認メタルトキハ原告ノ請求ヲ終局的ニ是認スルコト
 ヲ要ス隨テ前判決即證書訴訟ニ於テ言渡シタル判決ヲ被告ニ權利ノ行使ヲ留保スルコトナク認
 可スルコトヲ要ス又爾後ノ訴訟費用ハ民事訴訟法第七二條以下ノ規定ニ從ヒ之ヲ裁判スルコト
 ヲ要ス反之原告ノ請求ヲ理由ナシト認メタルトキハ前判決ヲ廢棄シ原告ノ請求ヲ却下スルコト
 ヲ要シ(四九二條二項前段民事訴訟法五二六條二項)又證書訴訟及爾後ノ手續ニ關スル訴訟費用ハ之
 ヲ一體トシ民事訴訟法第七二條以下ノ規定ニ從ヒ之ヲ裁判スルコトヲ要ス(四九二條二項)……
 費用ノ全部又ハ一部……隨テ被告カ證書訴訟ニ於テ提出スルコトヲ得ヘカリシ抗辯ヲ新ニ提
 出スルニ因リ勝訴者ト爲リタルトキハ裁判所ハ民事訴訟第七八條第二項ノ準用ニ依リ其被告ニ訴訟
 費用ノ全部又ハ一部ヲ負擔セシムルコトヲ得ヘシ而シテ原告ノ請求ヲ却下スル場合ニ於テハ被
 告ノ申立ニ因リ(此申立ハ判決ヲ受クヘキ事項ノ申立ニ屬スルヲ以テ民事訴訟一〇三條ノ規定ニ從
 ヒ口頭辯論ニ於テ之ヲ爲シ且民事訴訟第二二條及第二五二條第二ノ適用ヲ受クルモノナリ)又此申
 立ハ民事訴訟第二二條ノ規定ニ從ヒ口頭辯論ニ於テ之ヲ主張シタル時ヲ以テ權利拘束ト爲ル但反
 訴ニ非ルヲ以テ爾後ノ手續カ控訴審ニ繫屬スルトキト雖之ヲ爲スコトヲ得)被告カ前判決ニ基
 キ任意上又ハ強制執行上原告ニ支拂ヒ又ハ給付シタルモノ(故ニ執行費用ヲ包含スレトモ前判
 決ノ執行ニ因リ又ハ之ヲ避クルカ爲ニ給付ヲ爲シタルモノ)因テ被告ニ生シタル損害賠償ハ之ニ包
 合セズ蓋這ハ通常容易ニ確定スルヲ得サルヲ以テ通則ニ從ヒ原告ノ方法ヲ以テ之カ請求ヲ爲サシ
 ムルヲ正當ナリトスレハナリ)辨濟ヲ原告ニ言渡ス是被告ノ爲ニ簡易ナル方法ニ依テ給付シタ
 ルモノノ返還ヲ受クルコトヲ得セシムルモノ)法意ナリ斯ル申立ヲ爲サザラシ被告ハ特ニ訴ヲ提起
 シ損害賠償トシテ其給付シタルモノノ辨濟ヲ請求スルコトヲ得ルハ疑ハ容レズ、留保判決ヲ認
 可シ又ハ廢棄シタル裁判並ニ給付シタルモノノ辨濟ヲ言渡シタル判決ハ上訴ヲ以テ之ヲ攻撃ス



ルコトヲ得故ニ爾後ノ手續カ控訴審ニ於テ繫屬シタル場合ニ於テハ控訴審ノ言渡シタル前示ノ判決ニ對シテ上告ヲ爲スコトヲ得之反原告若クハ被告カ辯論期日ニ出頭セザルトキハ關席判決ニ關スル規定ヲ準用シテ關席判決ヲ爲シ期日ヲ懈怠シタル當事者カ證書訴訟手續ニ於テ爲シタル陳述ハ爾後ノ手續ニ於テ關席判決ヲ爲スニ際シ之ヲ斟酌スルコトナシテ蓋爾後ノ訴訟手續ニ在テモ常ニ原告ノ提起シタル訴ニ付當否ヲ審判スルニ也ナラサルヲ以テナリ(四九二條三項民訴案五二六條三項)故ニ被告カ辯論期日ニ出頭セザルトキハ被告之ヲ自白シタルモノト看做シ(二四八條)被告敗訴ノ關席判決ヲ爲ス(被告ニ權利ノ行使ヲ留保スルコトナク前判決ヲ認可ス)被告カ證書訴訟手續ニ於テ原告ノ請求ヲ争ヒ且其異議ヲ法律上理由ナシトシテ棄却スル旨ノ裁判即爾後ノ手續ニ於テ裁判所ヲ羈束スルニ足ルヘキ被告ノ抗辯ニ關スル裁判アル場合ト雖亦然リ蓋斯ル裁判ハ中間判決ト同ク關席判決ニ依リ吸收セラルルモノナレハナリ(二四九條)然レトモ原告ノ訴ニ關スル法律上ノ理由殊ニ原告ノ請求ハ法律上正當ナル旨及可法裁判所ニ訴アルヲ得ヘキ旨ノ判斷ニ關シテハ留保判決ハ前述ノ如ク爾後ノ訴訟ニ於テ裁判所ヲ羈束スルノ效力ヲ有スルヲ以テ原告ノ陳述カ證書訴訟ニ於テ爲シタル陳述ト異ナラサル限りハ被告ニ對スル關席手續ニ於テ原告ノ訴ヲ却下スル判決アルコトナシ(二四八條)原告カ辯論期日ニ出頭セザルトキハ前判決ノ廢棄ト共ニ原告ノ請求却下ノ關席判決ヲ言渡ス(二四七條)

以上ノ法則ハ控訴審ニ於テ爾後ノ手續ヲ開始シタル場合ニ適用アリ蓋控訴審ニ於テ留保判決ヲ言渡シタル場合ニ在テハ爾後ノ手續ハ初テ控訴裁判所ニ開始セラルルモノナルヲ以テ前審ヲ前提トスル民事訴訟法第四二八條及四二九條ノ適用アルコトヲ得ザレハナリ

第二 爾後ノ手續ハ留保判決ノ確定前ニ之ヲ開始スルコトヲ得ルヲ以テ證書訴訟手續ニ隨テ言渡サレタル留保判決カ爾後ノ手續終結前ニ留保ナキ判決(被告カ上訴審ニ於テ認諾シタルカ爲ニ認諾判決又ハ原告カ其請求ヲ拋棄シタルカ爲ニ拋棄判決若クハ原告ノ請求棄却ノ判決)ト爲ルコトアリ此場合ニ於テハ斯ル判決ノ形式ノ確定力ノ發生ト共ニ爾後ノ手續消滅ス反之證書訴訟手續ニ隨テ言渡サレタル留保判決カ上訴審ニ繫屬シ未確定セザル以前ニ於テ爾後ノ手續ニ於テ言渡サレタル判決カ確定スルコトアリ此場合ニ於テハ爾後ノ手續ニ依レル判決カ實體上留保判決ニ根據セザルトキ例之原告ノ拋棄若クハ其關席又ハ被告ノ認諾若クハ其立證セラレタル抗辯ニ基クトキハ留保判決ニ對スル上訴手續ヲ終結ス何トナレハ上訴審ニ於テ斯ル確定判決ノ效力ヲ無視スルコトヲ得ザレハナリ然レトモ爾後ノ手續ニ依レル判決カ實體上留保判決ニ根據セルトキ例之留保判決ニ於テ被告ノ或ル異議ヲ實體上理由ナシトシテ棄却シタルカ爲ニ爾後ノ手續ニ依レル判決アルニ至リタルトキハ此判決ハ假令確定シタル場合ト雖留保判決ノ廢棄ニ依テ其效力ヲ喪失ス何トナレハ爾後ノ手續ニ於テハ裁判所ハ留保判決ニ於テ列シタル法律上ノ理由ニ羈束セラルルモノナレハナリ(獨逸ニ於テハ「シユミット」氏カ斯ル區別ヲ設ケスシテ總テノ場合ニ於テ留保判決ニ對スル上訴手續ヲ終結セシメントスル見解ヲ主張ストモ道ハ通説ニ非ス)

(7) 民事訴訟法第四二六條及第四二七條ノ適用ナキコト 證書訴訟カ控訴審ニ繫屬スル場合ニ於テハ民事訴訟法第四二六條及第四二七條ノ適用ナク反テ民事訴訟法第二一〇條ノ適用アルモノナリ是蓋證書訴訟ニ在テハ原告ノ主張シタル請求ヲ争タル被告ニ權利ノ行使ヲ留保スルヲ以テ(四九一條)之



ニ依リ十分ニ被告ノ利益ヲ保護スルコトヲ得ヘク隨テ重テ民事訴訟法第四二六條及第四二七條ノ規定ニ則リ被告ニ其主張シタル防禦方法ヲ主張スルノ權利ヲ留保スルノ必要ナキノミナラス留保ハ徒ニ訴訟手續ヲ煩雜ナラシムルニ過キサルカ故ナリ(民事訴訟法九三條民事訴訟案ニ在テハ民事訴訟二六條四二七條ノ如キ規定ナキヲ以テ民事訴訟四九三條ノ如キ規定ナシ)反之爾後ノ手續カ控訴審ニ繫屬スル場合ニ於テハ斯ル理由存セサルヲ以テ民事訴訟二六條及四二七條ノ適用アルモノナリ是民事訴訟四九三條ニ於テ「證書訴訟……」ト明示セル所以ナリ而シテ控訴審ニ於テ留保判決ヲ言渡シタルカ爲ニ爾後ノ手續カ利ヲ控訴審ニ開始セラレタル場合ニ於テモ亦民事訴訟法第四二六條及第四二七條ノ適用アリ何トナレハ此場合ニ於テ言渡サレタル判決ハ控訴審判決ニ他ナラサルヲ以テ之ニ對シ控訴ヲ爲スコトヲ得隨テ被告ニ其主張シタル防禦方法ヲ主張スルノ權利ヲ留保シ之ヲ保護スルヲ正當トスレハナリ

第二章 爲替訴訟

(1)(一)

性質 爲替訴訟トハ爲替證券ニ因ル請求即手形ニ因ル請求ヲ主張シタル證書訴訟ナリ
 爲替訴訟ハ證書訴訟ノ一種ナリ元來手形金額若クハ償還金額ノ支拂ヲ目的トスル手形上ノ權利ハ通常訴訟手續ニ隨テ之ヲ主張シ一定ノ金額ノ支拂ヲ目的トスル請求トシテ證書訴訟手續ニ隨テ之ヲ主張シ又爲替證券ニ因ル請求トシテ爲替訴訟手續ニ隨テ之ヲ主張スルコトヲ得而シテ此爲替訴訟ハ證書訴訟ノ一種ナルコトハ民事訴訟法第四九四條ニ所謂「證書訴訟ヲ以テ」ノ法文ニ微シ明白ナルノミナラス爲替訴訟ヲ法律上獨立ノ訴訟ト爲ササル獨逸民事訴訟法ノ沿革ニ微シ明白ナル所ナリ故ニ

證書訴訟ノ規定ハ法律上別段ノ定ナキ場合ニ於テ爲替訴訟ニ準用アリ是獨逸ノ「シュミット」氏カ爲替訴訟ヲ以テ證書訴訟ニ關スル特別ナル適用ノ場合ヲ示シタルニ他ナラスト云フ所以ナリ

(2)

爲替訴訟手續ニ依レル訴訟ハ手形金額若クハ償還金額ノ支拂ヲ目的トスル手形上ノ權利ヲ有スル者カ之ヲ證書ニ依テ證スルコトヲ得ヘキトキニ限り有效ニ提出スルコトヲ得又相手方ハ證書ヲ以テ證スルコトヲ得ヘキ防禦方法ヲ有效ニ提出セザルトキニ限り其目的ヲ達スルコトヲ得是レ前述シタル爲替訴訟ノ本質ニ微シ疑ナキ所ナリ而シテ獨逸ニ於テハ沿革上手形金額及償還金額ノ支拂ヲ目的トセザル手形上ノ權利殊ニ手形ノ原本ノ返還請求(獨手七二條同商五二三條)引受ヲ求ムルカ爲ニ送付シタル複本ノ返還請求(獨手六八條同商五二二條二項)亦爲替訴訟ヲ以テ主張スルコトヲ得タリシヲ以テ爲替證券ニ由ル請求ハ假令一定ノ金額ノ支拂ヲ目的トセザルモノト雖爲替訴訟ヲ以テ之ヲ主張スルコトヲ得換言スレハ獨逸民事訴訟法第五九二條(四八四條)ニ規定セル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タルコトヲ要スル旨ノ制限ハ爲替訴訟ニ存セザルモノナリトノ學說多數ヲ占メタリト雖斯ル沿革ナキ我民事訴訟法ノ解釋トシテハ爲替訴訟ニ於テモ亦之ニ依テ主張スルコトヲ得ヘキ手形上ノ權利ニ付民事訴訟法第四八四條ニ規定セル前示ノ制限存スルモノト論結スルヲ正當ナリト認ム隨テ手形金額又ハ償還金額ノ支拂ヲ目的トスル手形上ノ權利ニ非ツレハ之ヲ爲替訴訟ヲ以テ主張スルヲ得スト主張セント欲ス何トナレハ民事訴訟法第四九四條ニ所謂「證書訴訟ヲ以テ」ノ法文ハ文理解釋上爲替訴訟ニ在テモ其實體的前提要件ニ關シテハ民事訴訟法第四九四條ノ外ニ尙民事訴訟法第四八四條ノ法則行ハルル旨ヲ明示スルモノナリ隨テ民事訴訟法第四九四條ハ民事訴訟法第四八四條ニ關係ナク爲替訴訟ノ實體的要件ヲ規定シ且單

0054

ニ證書訴訟ノ手續ニ關スル法則ノミ爲替訴訟ニ準用アル旨ヲ明示スルモノト解スルコトヲ得サレハナリ(民事訴訟法第四八八條ノ如キ規定ナキニ因リ疑ヲ容レズ立法上ノ見解トシテハ反對說ヲ採用スルヲ正當ト認ム)

(二) 要件 爲替訴訟手續ニ依レル訴ヲ以テ特別ノ法律保護ヲ求ムルニハ特別ナル二箇ノ要件アリ實體的要件及形式的要件即是ナリ左ニ之ヲ分説ス可シ

(1) 實體的的要件 爲替訴訟ニ依レル訴ノ實體的的要件ハ原告ノ請求カ手形上ノ權利ニ基クモノニシテ一定ノ金額ノ支拂ヲ目的トスルコト及原告ノ請求ノ理由タル總ノ必要ナル事實ヲ證書ニ依テ證スルヲ得ヘキコト即是ナリ(四九四條四八四條)

(甲) 一定ノ金額ノ支拂ヲ目的トスル手形上ノ權利ニ基ク請求 手形上ノ權利ニ基ク請求トハ手形證券(四三三條)ヲ根據トシ其以外ノ法律關係ヲ根據セザル權利ニ基キテ主張スル請求ニ他ナラス故ニ手形金額若クハ償還金額ノ支拂ヲ目的トスル請求(商四八二條四九一條等)擔保ノ請求(商四七四條)以下手形ノ原本返還請求(商五二三條)引受ヲ求ムルカ爲ニ送付シタル複本ノ返還請求(商五二一條等)ハ手形上ノ權利ニ屬スト雖不當利得金ノ償還請求(商四四一條)支拂タル手形及之ニ關スル拒絶證書ノ返還請求(商四八三條)手形取得者ニ對スル返還請求(商四四一條)等ハ之ニ屬セス一定ノ金額ノ支拂ヲ目的トスル請求トハ前述ノ如ク内國ノ通貨ノ一定ノ金額ノ支拂ヲ目的トスル請求及外國ノ通貨ノ一定ノ金額ノ支拂ヲ目的トスル請求ニ他ナラス故ニ手形金額若クハ償還金額ノ支拂ヲ目的トスル手形上ノ權利ハ爲替訴訟ニ依テ之ヲ主張スルコトヲ得ルト雖其他ノ手形上ノ

權利及之爲替訴訟ニ依テ主張スルコトヲ得ス(獨逸手形法二六及條二九條ニ於テハ明文ヲ以テ擔保ノ請求ヲ爲替訴訟ヲ以テ主張スルコトヲ許シタリ參考ノ爲ニ言ス)

(乙) 原告ノ請求ノ理由タル總ノ必要ナル事實ヲ證書ニ依テ證スルヲ得ヘキコト 此要件ニ關シテハ證書訴訟ニ付說明シタル所ヲ參照スヘシ手形カ原告ノ請求ノ理由タル總ノ必要ナル事實ヲ證スルニ足ラサルトキハ各種ノ證書ヲ以テ之ヲ立證スルコトヲ要ス

(3) 形式的要件 爲替訴訟手續ニ於テ訴ノ形式的要件ハ訴狀ニ爲替訴訟トシテ訴フル旨ノ陳述ヲ掲ケルコト及之ニ證書ノ原本又ハ謄本ヲ添付スルコト是ナリ(四八五條四九六條一項)故ニ單ニ爲替訴訟ト云ヘル表示ハ爲替訴訟ノ形式的要件トシテ不十分タリ何トナレハ斯ル表示ハ通常訴訟手續ニ依レル手形上ノ訴ニモ亦使用セラルヲ以テナリ其他ノ說明ニ關シテハ證書訴訟ノ形式的要件ニ關スル說明ヲ參照ス可シ(民事訴訟法第四八八條一項ノ如キ規定ナシ)

(三) 手續 爲替訴訟ハ證書訴訟ノ一種ナリ故ニ民事訴訟法第四九五條及第四九六條ニ於テ別段ノ定ナキ限りハ民事訴訟法第四八六條乃至第四九三條ノ規定ヲ準用ス(四九四條)而シテ爲替訴訟ニ基キ言渡シタル判決ニ對シテハ假執行ノ宣告ヲ付スルコト民事訴訟法五〇一條二項ノ規定ニ依リ明白ニシテ爲替訴訟カ破産手續ニ於テ債權確定ノ手續ニ不適當ナルコト證書訴訟ニ關シ說明シタルト同一ノ法理ニ依リ明白ニシテ爲替訴訟ノ休假日裁判所構成法第一二八條ノ規定ニ依リ明白ニシテ(通常訴訟手續ニ依ル手形事件亦然リ)爲替訴訟手續ハ之ヲ通常訴訟手續ニ爲スコトヲ得ルハ勿論(四八八條)證書訴訟手續ニ爲スコトヲ得ルハ民事訴訟法第四八八條ノ類推解釋上明白ナル所ニシテ(此場合ニ於テハ

爲替訴訟手續ニ依ル訴ヲ受理シタル裁判所ハ書面訴訟手續ニ依ル訴ニ關シテモ亦管轄權アリコトヲ要ス又被告ハ爲替訴訟ノ爲ニ定マラレタル應訴期間カ證書訴訟ニ關スル應訴期間トシテ短ニ失スルトキニ限り延期ヲ申立ツルコトヲ得又被告ハ爾後ハ訴訟手續ニ於テハ(四八八條四九一條四九二條)唯高法第四四〇條ノ規定ニ隨テ對抗スルコトヲ得ヘキ抗辯ノミヨ主權スルコトヲ得ルヤ明白ナリ其ノ他ノ說明ニ關シテハ證書訴訟ノ手續ヲ參考スヘシ左ニ爲替訴訟ノ特則ヲ略述ス可シ

(1) 爲替訴訟ノ裁判籍 爲替ノ訴即爲替訴訟手續ニ依ル訴ハ手形ノ支拂地ノ民訴第四九五條ニ所謂「支拂地」トハ國ノ内外ヲ問ハス手形法ノ規定ニ隨ヒ定マルヘキ手形金額ヲ支拂フヘキ地ニシテ民法及民訴法ニ隨ヒ所謂履行地ニ非ス而シテ何レノ地ニ於テモ支拂ヲ爲スヘキ旨ノ手形ニ於ケル表示ハ支拂地ヲ特定シタルモノトナラサルヤ言フ俟ス又ハ被告カ其普通裁判籍ニ依ル訴訟ヲ迅速ニ終結スル條(二五條)ノ裁判所ニ之ヲ起訴スルコトヲ得是成ル可ク爲替訴訟手續ニ依ル訴訟ヲ迅速ニ終結スルコトヲ得セシムルカ爲ニ原告ニ斯ル選擇權ヲ認メタルノ法意ニ外ナラス(四九五條)……又ハ……然レトモ此二個ノ裁判籍ハ專屬管轄ニ非ラサルヲ以テ原告ハ民事訴訟法第一五條乃至第一七條ノ規定ニ隨テ被告カ其特別裁判籍ヲ有スル地ノ裁判所ニ爲替ノ訴ヲ提起スルコトヲ得又合意上定メタル裁判籍ヲ有スル地ノ裁判所ニ爲替ノ訴ヲ提起スルコトヲ得(二九條乃至三二條)事物ノ管轄ハ裁判所構成法ノ定ムル所ニ依ル故ニ爲替訴訟手續ニ依ル訴ニ固有ナル特別裁判籍ハ手形支拂地ノ裁判籍ナリト云フヘシ(民事訴訟一九條)

數人ノ爲替義務者カ(引受人並ニ振出人裏書人保證人)其同ニテ爲替ノ訴ヲ受クヘキトキハ(例之支拂若クハ管返ノ請求)支拂地ノ裁判所又ハ被告ノ各人カ其普通裁判籍ヲ有スル地ノ裁判所各之ヲ管

轄ス故ニ原告カ數人ノ爲替義務者ニ對シ共同ニテ爲替ノ訴ヲ提起スルカ爲ニ甲被告ノ普通裁判籍ヲ有スル地ノ裁判所ヲ選擇シタル場合ニ於テハ其裁判所ハ他ノ乙被告其他ノ被告ニ對スル訴ニ付管轄權ヲ有セザルトキト雖裁判ヲ爲スコトヲ得被告中ノ一人カ外國人タルト外國ニ住所ヲ有スルト又手形ノ支拂地カ外國ニ在ルト否ト問ハサルモノナリ反之數人ノ爲替義務者ニ對シ順次ニ爲替ノ訴ヲ提起スル場合ニ於テハ斯ル法則ノ適用ナシ又原告カ數人ノ爲替義務者ニ對シ爲替ノ訴ヲ提起スルカ爲ニ支拂地ノ裁判所ヲ選擇シタル場合ニ於テハ共同ニテ起訴シタルト順次ニ起訴シタルトニ拘ハラスルル裁判所カ管轄權ヲ有スルコトハ民事訴訟法第四九五條一項ノ適用ニ依リ明白ナリ(四九五條二項四八條民事訴訟一九條)

以上略述シタル裁判籍ハ爲替訴訟手續ニ依ル訴ニ固有ナルモノナルヲ以テ督促手續及通常訴訟手續ニ依ル手形上ノ請求ニ關シテハ適用ナシ然レトモ爲替訴訟手續ニ依ル訴ヲ受理シタル裁判所ノ管轄ハ爾後爲替訴訟ヲ止メテ之ヲ通常ノ訴訟手續ニ繫屬セシメタル場合ニ於テモ變更ナシ(前述ノ說明參照)

(2) 辯論期日ノ指定 適法ナル爲替ノ訴ノ提起アリタルトキハ裁判長ハ即時ニ口頭辯論期日ヲ定ムヘシ(四九六條二項)是爲替訴訟ヲ迅速ニ終結スルコトヲ得セシムルノ法意ニ外ナラス(民事訴訟ニ於テハ)斯ル規定ナシ道ハ蓋ニ必要ナルヲ以テナリ

(3) 應訴期間 爲替ノ訴ニ關シテハ地方裁判所ノ管轄ニ屬スルト區裁判所ノ管轄ニ屬スルトニ拘ハラズ辯論ト期日ト訴訟送達トノ間ニ存スヘキ時間即應訴期間ニハ少クトモ二十四時ノ時間ヲ存スルコトヲ要ス(四九六條三項民事訴訟五一八條二項)其理由ハ辯論期日ノ指定ニ付說明シタル所ニ同シ故ニ



二十四時間ノ制限ニ觸レタル範圍ニ於テ適當ナル應訴期間ヲ存スルコトヲ得但訴狀ヲ外國ニ送達スル場合ニ於テハ相當ノ期間ヲ定ム(四九條二項三七七條二項)而シテ斯ル應訴期間ニ關スル特別ハ上訴審ニ於ケル應訴期間ニ適用ナシ(四〇三條)何トナレハ民事第四九六條三項ハ單ニ訴ノ爲ニ設ケラレタルモノナレハナリ(四九六條三項)……訴狀……(民事案五一八條二項)……訴……(一)

民事訴訟法(自第三編 至第五編)畢

(三十八年改訂版)

法學士 松岡義正 講述

民事訴訟法(自第三編 至第五編)

法政大學發行

民事訴訟法(自第三編至第五編)目次

第三編 上訴

緒言

第一章 控訴

附言 附帶控訴

第二章 上告

附言 附帶上告

第三章 抗告

附言 再抗告及附帶抗告

第四編 再審

緒言

第一章 總論

第二章 取消ノ訴

第三章 原狀回復ノ訴

附言 附帶的再審ノ訴

第五編 證書訴訟及爲替訴訟

緒言 一三四

第一章 證書訴訟 一三七

第二章 爲替訴訟 一七四

證書 一八四

第四編 再審 一八四

第一章 再審 一八四

第二章 再審 一八四

第三章 再審 一八四

第四章 再審 一八四

第五章 再審 一八四

第六章 再審 一八四

民事訴訟法(自第三編)目次

第一 債權者債務者及裁判所ノ表示 茲ニ所謂債務者ニハ不動産ノ所有者ヲモ包含スルモノナリ

第二 不動産ノ表示 此表示トハ不動産ノ所在及性質ヲ明ニスル記載ヲ謂フ

第三 執行名義

此申立ニハ第六四三條ニ規定セル證書類ヲ添付セサルヘカラス其重要ナルモノハ執行力アル正本ナリ

其他各號ノ規定ノ説明ハ之ヲ省ク

第六四三條ニ掲ケル所ノ各證書類ハ既ニ強制管理ノ爲ニ不動産ヲ差押ヘタル場合ニ於テ其執行記録存

スル場合ニハ之ヲ添付スルコトヲ必要トセザルナリ是實際ノ便宜ニ適セシメンカ爲メ設ケタル規定ニ

シテ既ニ強制管理ノ場合ニ於テ是等ノ證書ノ記録ノ中ニ存スルニ於テハ強制競賣ノ場合ニ於テ取調フ

ヘキ事項ハ之ニ依テ明ニスルコトヲ得ルヲ以テナリ而シテ同一債權者カ強制管理アリタル不動産ニ對

シテ強制競賣ノ申立ヲ爲ス場合ト他ノ債權者カ競賣ノ申立ヲ爲ス場合トヲ區別スルコトナシ

競賣ノ申立ハ未以テ不動産ニ對スル強制執行ノ開始ト云フ能ハス換言セハ此申立ノミニ依テハ未差押

ノ效力ヲ生セザルナリ唯其效力ハ裁判所ヲシテ執行手續ノ開始決定ヲ爲サシムルニ在ルノミ又此競賣

ノ申立ニ第三者ヨリ爲ス差押ヲ妨ケルコトヲ得サルモノナリ

第二款 競賣手續開始決定

競賣開始決定ハ不動産ニ對スル差押ノ方法ナリ此決定ノ送達ニ因テ差押ノ效力ヲ生スルモノナリ此決
定ヲ爲スニハ口頭辯論ヲ經ルコトヲ必要トセス此決定ハ即強制執行ノ方法ナルカ故ニ之ニ對シテ不服
ナル利害關係人ハ第五四四條ニ依テ抗告ヲ以テ異議ヲ申立ツヘキモノナリ其異議ノ裁判ニ對シテハ第

五五八條ニ依リ即時抗告ヲ爲スヘキモノナリ此申請ヲ却下シタル裁判ハ強制執行ノ方法ニ非ス然レトモ強制執行ノ手續ニ於テ爲スコトヲ得ル裁判ナルカ故ニ同シテ第五八條ニ依リ即時抗告ヲ爲スヘキモノナリ形式上此決定ニハ如何ナル事項ヲ具備スヘキヤ第六四四條ニ之ヲ規定セリ即第一ハ競買手續ヲ開始スル旨ノ宣言第二ハ債權者ノ爲ニ不動産ヲ差押フル旨ノ宣言之レナリ此決定ハ債權者ニ職權ヲ以テ送達スヘキモノナリ其送達ニ依テ始メテ差押ノ效力ヲ生スルモノナリ又此送達ニ依リ不動産ニ對スル執行手續開始セラルモノナリ故ニ第五二八條ニ規定スル判決ノ送達ハ競買ノ申立ト同時ニ爲スコトヲ必要トセサルモノニシテ此決定ノ債務者ニ送達セラルル迄ノ間ニ其判決ヲ送達スレハ足レリ換言セハ申立以後ニ送達スレハ足レリ又第五四六條ニ規定スル如ク請求ノ主張カ日時ノ到來ニ擊レル場合ニ於テ此決定ヲ債務者ニ送達スルトキニ於テ條件タル日時ノ到來スルアラハ適法ノ執行手續ト爲ルカ故ニ競買ノ申立ハ執行ノ條件タル日時ノ到來前ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ

競買開始決定
 (一) 差押ノ效力ヲ生スルモノナリ此效力ノ生スルニハ既ニ述ヘタルカ如ク決定ヲ債務者ニ送達スルコトヲ要ス其差押ノ效力ヲ分拆スルトキハ第一ニ差押債權者ニ不動産ノ競買代價ニ付辨濟ヲ受クル權利ヲ與フルモノナリ第二ニ債務者ノ差押不動産ヲ讓渡シ又ハ擔保ニ供シ或ハ其他ノ物權ヲ設定スルコトヲ禁スルモノナリ(六四四條二項)第三ニハ不動産ニ對シテ物權ヲ取得シタル第三者ニシテ差押アリタルコトヲ知リタルトキ又ハ競買申立アリタルコトヲ知リタルトキハ競買ヲ妨グルコトヲ得サラシム而シテ既ニ競買申立ヲ登記簿ニ記入スルトキハ物權ヲ取得シタル第三者ヲシテ競買申立アリタルコトヲ知リタル場合ト同一ノ效力ヲ生スルモノナリ第四ニハ差押ノ原因タル債權カ差押不動産ニ對シテ

擔保權ヲ有スルトキハ開始決定ノ債務者ニ對スル送達後權利ヲ取得シタル善意ノ第三者ヲシテ競買手續ノ續行ヲ妨グルコトヲ得サラシム第五ニハ競買ノ申立ヲ登記簿ニ記入シタル後ハ差押ハ總テノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノナリ
 (二) 競買開始決定アリタル不動産ニ對シテ他ノ債權者ハ更ニ競買ノ申立ヲ爲スベシ第六四五條一項ニ不動産ニ對スル假差押ハ強制執行ノ障害ト爲ルヘキ原因トナラス換言セバ債權者ハ假差押ノ目的物ニ對シテ競買開始決定ヲ申立ツルヲ得ルナリ何トナレハ假差押ナルモノハ其ノ強制執行ノ手續ニ非ラサルカ故ニ假差押ノ爲メ未タ不動産ノ強制競買手續ヲ開始スルニ至ラザレハナリ故ニ同一債權者ニ於テハ勿論他ノ債權者ヨリモ競買開始決定ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ此點ハ議論ヲ避ケンカ爲メ第六四五條三項ニ定タリ反之假處分ヲ爲シタル不動産ニ付テハ競買手續ヲ開始スルコトヲ得ヌ何トナレハ假處分ハ係争ノ不動産ヲ自己ノ爲ニ請求スル所ノ原告ヨリ之ヲ爲スモノナルカ故ニ若シテ對シテ競買手續ヲ開始セバ假處分申請者ハ後日ニ至リ回復スヘカラサル損害ヲ受ク可クレハナリ又競買手續ヲ開始シタル不動産ニ對シテハ假處分ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ此場合ニ假處分ヲサントセハ第五四九條ニ基キ異議ノ訴ヲ起シテ假處分ノ申請ヲ爲スヘキモノトス
 既ニ述ヘタル如ク不動産ノ差押ハ競買開始決定ノ債務者ニ對スル送達ニ依テ其效力ヲ生スルモノナリ而シテ此效力ハ左ノ場合ニ於テ消滅スルモノナリ
 第一 競買申立ノ取下アリタルトキ是差押ノ原因カ消滅スルヲ以テ隨テ結果タル差押モ消滅スルモノニシテ第六五〇條第三項ノ規定スル所ナリ但此配當要求ノ效力ヲ生スヘキ強制競買ノ申立又ハ配當要求ノ申立ナカリシコトヲ要ス何トナレハ此場合ニハ差押ノ原因ハ消滅セザルヲ以テナリ(六四五條二

項)
第二 強制執行ノ目的タル不動産ニ對シテ申立タル異議ニ當ナリト確定判決アリシトキ此異議ヲ區別セハ即第一ニハ第五四九條ノ異議第二ニハ第五四五條ノ異議ニシテ是等ハ訴ヲ以テスル異議ナリ第三ハ第五四四條ノ異議ニシテ即執行方法ノ異議ナリ
第三 第六五三條ニ依テ競賣手續ヲ取消シタルトキ
第四 第六五六條ニ依テ競賣手續ノ取消シタルトキ
第六四八條ニハ不動産ニ對スル強制執行ノ手續ニ關スル利害關係人ヲ限定セリ此利害關係人トハ差押ノ效力ニ依テ利害ノ影響ヲ受タルモノヲ總稱スルモノナリ第一種ハ債權者ナリ之ヲ別テ二トス其第一ハ差押債權者第二ニハ執行力アル正本ニ依テ配當ヲ要求スル債權者第三種ハ債務者ナリ第三種ハ登記簿ニ記入アル不動産上權利者ナリ第四種ハ不動産上權利者トシテ其債權ヲ證明シ執行記録ニ供フヘキ届出ヲ爲シタルモノ換言セハ登記簿ニ記入ナキ不動産上權利者ヲ指スモノナリ例ノ一般ノ先取特權者租稅其他ノ公課ノ債權ヲ主張スル者例之國稅府縣稅市町村稅ノ如シ
以上述ヘタル債權者中ニハ執行力アル正本ニ依ラスシテ配當ヲ要求スル債權者及假差押債權者ヲ包含セス其理由ハ之等ノ債權者ハ執行力アル名義ヲ有セサルヲ以テ利害關係人トシテ保護ヲ與フルノ必要ナシト云フニ在リ

第三款 競賣ノ實施

第一項 競賣前ノ手續

不動産ニ對スル差押ノ效力ヲ生スルモ直ニ競賣ヲ實施スヘキモノニ非ス其理由ハ若直ニ實施スルトキハ或ハ其不動産ニ對シテ多額ノ債權ニ基ケル擔保權ヲ有スルモノアリ或ハ其不動産ニ對シテ他ノ物權ヲ主張スルモノアリテ差押債權者ノ爲メ競賣手續ヲ無効ナラシムル結果ヲ生スヘキヲ以テ法律ハ競賣前ニ或手續ヲ盡スヘキコトヲ規定セリ却之ヲ左ニ説明スヘシ
第一 競賣手續ノ開始決定ヲ執行裁判所ヨリ登記判事ニ通知シテ競賣申立アリタルコトノ記入ヲ囑託スヘキモノナリ茲ニ一ノ問題トスヘキハ登記判事ハ競賣申立ノ記入ノ囑託ヲ受ケタル後ニ於テ不動産ニ對スル賣買又ハ抵當權等物權ノ設定ノ登記ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤ此問題ニ付テ學者ノ解釋ニ派別レ其甲說ニ曰ク之等ノ物權設定ノ登記ヲ爲スコトヲ得スト其理由トスル所ハ曰ク差押ナルモノハ配當ヲ受ケル權利ヲ生スルニ過キサルカ故ニ差押以後ノ登記ニ效力アリトスルトキハ新ニ配當加入者ヲ增加シテ爲メ差押債權者ニ損害ヲ及ホスヘシ若又此登記ヲ效力ナシトセハ後ノ登記ハ全ク無用ニ歸スヘケレハナリ或ハ曰ハン後ノ登記ハ差押ノ取消トナリタル場合ニ效力ヲ生スヘキヲ以テ無用ニ非スト然レトモ登記ハ如此偶然發生スヘキ效果ヲ目的トシテ爲スモノニ非ス如此偶然發生スヘキ效果ヲ目的トシテ登記ヲ許ストキハ登記判事ハ第一賣買ノ取消若クハ解除ヲ豫期セルニ重三重ノ賣買登記ノ申請ヲ却下スル能ハスト言ハサル可カラス如此ハ徒ニ登記機關ヲ勞スルニ過キサルヲ以テ許スヘキモノニ非ス反之乙說ハ曰ク後ノ登記ハ許スヘカサル理由ナシ何トナレハ債務者ハ其債權者ヲ害セサル範圍ニ於テ其財產ニ關シテ法律行為ヲ爲スヲ得ヘキモノニシテ此問題ニ於ケルカ如キ登記ハ差押債權者ヲ害スルコトナケレハナリ甲說ノ第一段ノ論據トスル所ハ後ノ登記ハ差押債權者ヲ害スルモノナリト主張スレトモ差押ニシテ賣買ヲ生セサル以上ノ配當加入ノ増加スルアルヲ以テ法律上差押債權者ヲ害ス

ルモノト謂フヲ得サルナリ又他ノ方面ヨリ觀察スルニ如此登記ハ實際ニ於テ最必要ナリトスル場合ニ生スルモノナリ若如此登記ヲ許サストセハ差押ノ解除アルヘキコトヲ豫想シテ賣買ヲナシ又ハ抵當權ヲ設定シタル者ハ差押ノ取消トナリタル瞬間ニ債務者ノ惡意ニ依テ他ノ者ニ賣却セラレ若クハ他ノ債權者ノ爲ニ抵當權ヲ設定セラレ而シテ其登記ヲ爲シタルカ爲ニ損害ヲ受クル結果ヲ生スヘシ如此弊害ヲ生スルヲ避ケンカ爲ニハ差押財産ニ關スル賣買又ハ物權設定ノ登記ハ實際上必要ナルモノト言ハサレヘカラス而シテ甲說ハ此點ニ對シテ一ノ駁論ヲ與フルモ其論旨ハ根柢ニ於テ誤レルモノナリ差押ナルモノハ假令其登記アルモ所有權ヲ差押債權者ニ移轉スルモノニ非ス又差押債權者ニ物權ヲ得セシムルモノニ非ス債務者ハ差押後ニ於テ債權者ニ辨濟ヲ爲シ以テ差押ノ效力ヲ消滅セシムルコトヲ得ルモノニシテ債權者ハ右ノ場合ニ於テ其辨濟ヲ拒ムコトヲ得サルモノナリ反之既ニ賣買ノ登記ヲ經タル不動產ニ付第三者ハ舊所有者ヨリ之ヲ買受クルモ其所有權ヲ取得スルコトハ其不確實ナルモノナリ何トナレハ新所有者ハ賣買ノ解除ヲ拒ム權利ヲ有スルヲ以テナリ故ニ完全ニ成立シタル賣買ノ登記ヲ許取消ヲ豫想シテ賣買ヲナスモ其目的物ノ所有權ヲ得ルコトハ不確實ナレハ二重三重ノ賣買ノ登記ヲ許スヘキモノニ非ス反之差押不動産ヲ買取タルモノハ債務者ニ代リテ差押手續ニ加入スル債權者ニ辨濟ヲ爲ストキハ確實ニ其所有權ヲ取得スルコトヲ得ヘキモノナリ右ノ如ク反對論者ノ援用スル事例ハ差押ノ場合トハ法律上其性質ヲ異ニスルヲ以テ其論據ハ誤レルモノトナリ

第二 登記判事ハ該賣申立ノ記人ヲ爲シタル後登記簿ノ謄本ヲ執行裁判所ニ送付スヘキモノナリ而シテ若不動産上權利者ヨリ差出シタル證書アルトキハ其抄本ヲ送付スヘキモノナリ是第六五二條ニ規定スル所ニシテ其理由ハ競賣ノ必要アリヤ否ヤヲ決スルノ憑據トナルヘキ事實ヲ執行裁判所ニ知ラシメ

シカ爲ナリ

第三 登記判事ノ通知ニ依テ競賣手續ノ開始ヲ妨クヘキ事實ヲ了知シタルトキハ執行裁判所ハ事情ニ因テ直ニ手續ヲ取消スヘク又ハ差押債權者ニ對シテ一定ノ期間ヲ指シテ右ノ障礙ノ消滅シタルコトヲ證明スヘキコトヲ命スルモノナリ若此期間内ニ債權者カ其障礙ノ消滅シタル證明ヲ爲ササルトキハ期間ノ滿了後ニ執行手續ヲ取消スヘキモノナリ(六五三條)

第四 執行裁判所ハ競賣開始決定ヲ爲スト同時ニ又ハ之ヲ爲シタル後租稅其他ノ公課ヲ主管スル官廳ニ通知シテ不動産ニ對スル債權ノ有無及其債權ノ限度ヲ申出ツヘキコトヲ催告スルモノナリ(六五四條)此催告ニハ申立ニ付テノ期間ヲ定メテ之ヲ爲スモノナリ此規定ハ第六五四條ニ存スルモノニシテ即此等ノ官廳ヲシテ其債權ヲ取立ツルニ困難ヲ生セザラシメンカ爲ナリ此手續ニ關シテ一ノ問題ヲ生スヘキハ若催告ノ期間内ニ此等ノ官廳ヨリ其債權ノ申出ヲ爲サザラシトキハ右債權ノ失權ヲ來スモノナリヤ否ヤニアリ然レトモ予ハ信ス債務者ニ對シテ失權ヲ來ササルハ勿論尙不動産ニ對シテモ失權ヲ來スモノニ非ス又執行手續ノ上ニ於テモ失權ヲ來スモノニ非ス即之等ノ債權ハ競落期日ノ終リニ至ル迄申出ツルコトヲ得ルモノナリト何トナレハ此催告ヲ爲ス規定タルヤ公益上ノ理由ニ依テ其債權ヲ處理スル官廳ヲシテ徵收ノ機會ヲ失ハナラシメンカ爲ニ注意ヲ與フルノ規定ニ外ナラス而シテ配當要求ハ第六四六條ニ依レハ競落期日ノ終リニ至ル迄之ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナルカ故ニ右ノ債權ニ付テモ亦通常ノ債權ト同一ノ保護ヲ與フヘカラサルノ理由ノ存セザレハナリ

第五 執行裁判所ハ登記判事ハ租稅其他ノ公課ヲ主管スル官廳ヨリ通知ヲ受ケタル後又ハ右ノ官廳ニ對スル催告期間ノ滿了後鑑定人ヲシテ之ノ不動産ノ評價ヲ爲サシムルモノナリ此手續ハ最低競賣價額ヲ定

ムル爲ニ必要ナルモノナリ即其評價シタル金額ヲ以テ最低競賣價額ト爲スモノナリ而シテ最低競賣價額ナルモノハ何等ノ必要アリテ定ムルヤト云フニ競賣ノ必用アリヤ否ヤヲ決スルカ爲ナリ換言セハ最低競賣價額ヲ以テ差押債権者ニ對シテ優先アル債権者ニ辨濟スルニ足ラサルトキハ競賣ヲナス必要存セサルガ故ナリ

右ノ如ク最低競賣價額ヲ以テ差押債権者ニ先タツ不動産上ノ負擔及手續ノ費用ヲ辨濟シテ剩餘ヲ得ル見込ナキ場合ニハ差押債権者ニ其趣ヲ通知スルモノナリ之ニ差押債権者ヲシテ競賣ヲ求ムルノ適當ナルヤ否ヤヲ判断セシムルカ爲ナリ故ニ差押債権者ハ此通知ヲ受ケタル後競賣ノ續行ヲ求ムルコトヲ得ルナリ但之ヲ爲スニハ第六五六條二項ニ從テ保證ヲ立テサルヘカラス

第六 共有ノ持分ニ關スル特別ノ手續アリ共有物ノ持分ニ對シ強制競賣ノ申立アリタルトキハ以上手續ノ外他ノ共有者ニ對シテ競賣ノ申立ヲ通知スヘキモノナリ又最低競賣價額ヲ定ムルニハ不動産ノ全部ニ付評價ヲ爲サシムルモノナリ如此評價ヲ爲サシムルハ精確ナル評價ヲ得セシメンカ爲ナリ登記簿ニハ單ニ不動産ニ對シテ競賣申立アリタルモノト記入スヘキモノニ非シテ持分ニ對シテ競賣申立アリシコトヲ特記スヘキモノナリ

第七 競賣期日及競落期日ヲ定メテ公告スルモノナリ其公告ニ具備スヘキ要件ハ第六五八條ニ規定スル所ナリ而シテ茲ニ問題トナルハ此競賣期日ノ要件ニ缺クル所アリ而シテ之ニ心付カスシテ競落許可決定ヲ爲シタルトキハ其決定ハ無効ヲリヤ否ヤ是ナリ後ニ説明スル如ク競落許可ニ付テハ異議及競落決定ニ對スル抗告理由ニ付テハ第六七二條以下ニ規定スル所ニシテ若異議ヲ稱ヘスシテ又裁判所方職權ヲ以テ此點ノ調査ヲ爲ナスシテ決定ヲ爲シタルトキハ其效力ハ完全ニ生スルモノナリ(大審院判例)

尙之ニ就テハ後ニ詳述スヘシ

競賣期日、競落期日ノ公告、其期日ノ起算ニ關シテハ第六五九條六六〇條期日ヲ開クヘキ場所ニ關シテハ第六五九條ニ規定スル所ナリ

第二項 競賣前ニ於ル手續ノ取消

第六五三條ハ競賣前ニ於ケル強制執行ノ手續ヲ取消ス場合ヲ規定ス即之ヲ區別セハ第一 豫メ知ルニ於テハ手續ノ開始ヲ妨クヘキ事實カ登記判事ノ通知ニ因テ顯ハレキ事實ハ絕對ニ競賣ヲ妨クヘキモノナルトキ例セハ華族ノ世襲財產

第二 右ノ事實カ債権者ヲシテ其消滅ヲ爲サシメ得ヘキ場合ニ裁判所ヨリ指定シタル期間内ニ其妨礙タル事實ノ消滅ヲ證明セザルトキ 例迄不動産ニ對シテ假處分ノ決定アリタルトキ

第三 最低競賣價額ヲ以テ不動産上ノ總テノ負擔及手續ノ費用ヲ辨濟シテ剩餘ヲ得ル見込ナキ場合ニ於テ債権者カ剩餘アルヘキ價額ヲ定メ若他ニ競賣人ナキ場合ニ於テハ右價額ヲ以テ不動産ヲ引受クヘキ旨ヲ七日ノ法定期間内ニ申出テザルトキ

縱令右ノ申立ヲ爲スモ其申出價額ニ付十分ノ保證ヲ立テザルトキハ法律上效力ナシ以上ノ場合ニ於テハ競賣ノ手續ヲ取消スヘキモノナリ其理由トスル所ハ第二ノ場合ニ於テハ競賣ヲ爲スコト不能ナルカ爲ナリ又第三ノ場合ニ於テハ競賣ヲ爲スノ實益ナキヲ以テナリ注意應ニ一言スヘキコトハ第三ノ場合ニ於テ保證ヲ立ツルコト申立ヲ爲スコトトハ之ヲ同時ニ爲スコトヲ必要トセズ期間内ナレハ別別ニ之ヲ爲スモ有效ナリ



競賣期日ニ至リ競賣ノ障礙タル原因カ判明シタル場合或ハ新ニ發生シタル場合ニ於テハ競賣期日ヲ開
始スヘキモノニ非ス例之登記判事ヨリ不動産ニ對スル優先權ノ公告漏レアリテ更ニ完全ナル登記簿ノ
原本ヲ送付シ來リテ之ニ依レハ最低競賣價額ヲ以テ全部ノ優先權ヲ辨濟スルニ足ラサルカ如キ場合或
ハ又競賣期日ノ公告後不動産ニ著シキ毀損ヲ生シテ最低競賣價額ニテ賣却シ得ル見込ナキニ至リタル
カ如シ是等ノ場合ニ於テハ競賣ノ準備手續ヲ再施スルモノナリ

第三項 競賣

競賣ハ競賣期日ノ開始ヲ以テ其手續ノ第一著手ト爲スモノナリ此期日ハ競賣期日ノ開始スヘキモノニシ
テ執行裁判所ノ定メタル場所ニ於テ其開始ヲ爲スモノナリ(六五五條)其開始ノ手續トシテハ先執
達吏ハ期日開始ノ告知ヲ爲シ特別ノ賣却條件アルトキハ之ヲ各人ニ告知スヘキモノナリ之ト同時ニ執
行記録ヲ各人ノ閱覽ニ供スヘキモノナリ而シテ後ニ競賣價額ノ申出ヲ催告スルモノナリ
競賣手續ニ於ル賣却條件トハ競賣人ノ權利義務ヲ定ムル法律ノ規定又ハ利害關係人ノ合意ヲ謂フ此賣
却條件ハ學說上或ハ法定ノ賣却條件及任意ノ賣却條件トニ區別ス此法定ノ賣却條件ヲ更ニ細別シテ合
意ヲ以テ變更スルコトヲ許ササル賣却條件及合意ヲ以テ變更ヲ許ス賣却條件トス其第一ノ例ヲ舉ケレ
ハ即第六二條ニ定メタル最低競賣價額ノ如シ是ハ合意ヲ以テ變更ヲ許ササルモノナリ競賣許可決定
ニ依レル不動産所有權ノ取得(六八六條)亦同シ第二ノ例ヲ舉ケレハ競賣代金ノ支拂ノ方法ノ如キモノ
ヲ謂フ而シテ任意ノ賣却條件ノ例ヲ舉ケレハ競賣人ハ其目的タル不動産ノ上ニ隣地ノ爲ニ地役權ヲ設
定スヘシトスルカ如キモノ是ナリ

或ハ又此賣却條件ヲ區別シテ競賣ノ成立ニ關スル賣却條件ノ效力ニ關スル賣却條件ノ二トス成立ニ關
スル賣却條件トハ例之最低競賣價額ノ設定競賣人ヨリ爲ス保證、供託ノ如キモノヲ謂フ效力ニ關スル
賣却條件トハ第六四九條ニ規定セルカ如ク先取特權、抵當權等不動産上ニ存スル負擔ノ消滅或ハ競賣
人ノ代金支拂義務ノ如キヲ謂フ

特別ノ賣却條件トハ合意ヲ以テ變更シタル法定條件ヲ謂フ
競賣期日カ開始セラレタルトキハ利害關係人ハ競賣人ニ對シテ保證ヲ立テテ申出ヲ求ムルノ權利ヲ有
スルモノナリ(六六四條)此申立ハ競賣價額ノ申出アリタル後直ニ之ヲ連フルコトヲ要ス而シテ其申立
ノ效力ハ新競賣又ハ再競賣ノ場合ニ於テモ存續スルモノナリ如此競賣人ニ對シテ保證ヲ立ツルコトヲ
求ムル權利ヲ利害關係人ニ與ヘタル理由ハ競賣人ニ資力ナク投機心ヨリシテ競賣申立ヲナシ後ニ至リ
代金ヲ支拂フ能ハサルカ爲メ更ニ競賣ヲ爲ス場合ニ於テ生シタル損害ヲ擔保センカ爲ナリ一言ニシテ
之ヲ盡サハ第六六四條ハ利害關係人ノ利益ヲ保護センカ爲ニ設ケタル規定ナリ競賣人ハ自己ノ申立價
額ヨリ高價ナル競賣ノ申出アル迄申出價額ニ付拘束ヲ受クルモノナリ故ニ更ニ自己ノ申出ヨリ高價ナ
ル競賣人ノ呼上アリタルトキニ於テ其拘束ヲ解カルモノナリ
競賣申立ニ付テハ問題アリ即不動産所有權ハ競賣人トナルヲ得ルハ否ヤニ在リ競賣モノノ賣買ナル
カ故ニ其目的物ノ所有者ハ賣主ノ地位ニ立ツヘキモノナルヲ以テ競賣人トナルヲ得ヘカラサルカ如キ
疑存スルモノ一般ノ學者ノ解スル所ニ依レハ所有者ハ競賣人タル資格ヲ有スルモノナリトセリ而シテ所
有者カ競賣人ト爲ル場合ニ於テハ競賣ノ目的物ノ所有權ヲ得コトヲ目的トスルモノニ非スシテ不動産
ニ對スル差押ヲ消滅セシムルノ權利ヲ得ルヲ以テ目的トスルモノナリ

競賣ノ終局ニ關シテハ第六六五條及第六六六條ニ規定スル所ニシテ即競賣價額ノ申出ノ催告後滿一時間ヲ過タルニ非サレハ之ヲ終局スルヲ得サレドモ一時間ヲ經過セハ競賣價額ノ申出ナシトモ之ヲ終局シ得ルモノナリ競賣價額ノ申出アリタル場合ニハ執達吏カ最高價額ノ呼上ヲ爲シテ競賣ノ終局ヲ告知スルモノナリ而シテ競賣手續ヲ終局シタル場合ニ於テハ其調書ヲ作成スヘキモノナリ調書ニ具備スヘキ要件ニ付テハ第六六七條一號乃至八號ニ規定スル所ナリ而シテ同條二項ニ依ルトキハ最高價競買人及出頭シタル利害關係人ニ調書ニ署名捺印スヘキコトヲ命シ又調書ヲ作成前ニ此等ノ者カ退席シタルトキハ其旨ヲ附記スヘキコトヲ命セリ而シテ此等ノ人カ署名捺印シ能ハサル場合ニ於テハ如何ナル手續ヲ爲スヘキモノナリ規定ナキハ法律ノ不備ト謂ハサルヘカラス常識ヲ以テ判斷スレハ調書ヲ作成者ハ利害關係人カ署名捺印スル能ハサル理由ヲ附記スルヲ以テ足レリトスヘシ

執達吏カ競賣調書ヲ作成シタルトキハ之ヲ執行裁判所ノ書記ニ三日以内ニ交付スヘキモノナリ若或競買人ニ保證ヲ立テシメタル場合ニ於テ其保證トシテ受取リタル金銀又ハ有價証券等アルトキハ亦裁判所書記ニ引渡スヘキモノナリ(六六八條)

如此競賣ノ實施セラレタル後ニ於テ競賣手續ニ移ルヘキモノナレトモ法律ハ尙其前ニ於テ種種ナル手續ヲ命セリ

- (一) 最高價競買人ハ假任所ヲ選定シテ執行裁判所ニ届出ツヘキモノナリ其便宜ニ依リ執達吏ニ對シテ口頭ヲ以テ届出ヲ爲スヲ以テモ足レリトス此手續ハ最高價競買人カ執行裁判所ノ所在地ニ住居又ハ事務所ヲ有スル場合ニ於テハ之ヲ爲スコトヲ必要トセサルナリ(六六九條)
- (二) 各債權者ハ競落期日迄ニ其債權ニ關スル計算書ヲ執行裁判所ニ差出スヘキモノナリ(六九二條)

競落期日ニ於テハ利害關係人ニ競落ノ許可ニ就テノ陳述ヲ爲スヘキモノナリ而シテ競落期日前ニ於テ競賣手續ヲ取消ス場合生スルコトアリ即若競落人ノ責任ニ依ルヘカラサル原因ニ依リ不動産ノ毀損スルコトアリテ其毀損ノ著シキ場合ニ於テハ最高價競買人ハ其競賣申出ヲ取消スヘキ權利ヲ有スルモノナリ(六七八條)此場合ニ於テ裁判所ハ其毀損ノ程度ノ定ムル職權ヲ有スルモノニシテ而シテ決定ヲ以テ其申出ノ適否ヲ決スルモノナリ此決定ニ對シテハ最高價競買人及利害關係人ハ總則ノ第五八條ニ依リ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ競賣取消ヲ許可スルノ決定カ確定シタル場合ニ於テハ不動産ニ對シテ新競賣手續ヲ開始スルモノナリ

第四項 競落ニ關スル異議

利害關係人ハ競落期日ニ出頭シテ競落ノ許可ニ付テ陳述ヲ爲ス權利ヲ有スルモノナリ競落ヲ許スヘカラスト主張スル場合ニ於テハ之ヲ競落ニ關スル異議ト稱ス我訴訟法ハ其異議ノ理由ヲ限定セリ即第六七二條ニ規定スルモノ是ナリ

第一 強制執行ヲ許スヘカラサルコトキハハ執行ヲ續行スヘカラサルコト此ニ所謂執行ヲ許スヘカラサルコトトハ執行ノ實體的及形式的要件ノ欠缺ヲ謂フ例之執行ノ原因タル債權ノ消滅シタルコト或ハ目的タル不動産カ讓渡スヘカラサルモノノ如キハ實體的の要件ノ欠缺ナリ執行裁判所カ管轄權ヲ有セザルコト執行名義ノ欠缺セルコト或ハ債務者ノ承継カ證明セラレサルコトノ如キハ形式的の要件ノ欠缺ナリ強制執行ヲ續行スヘカラサルコトノ例ヲ舉クレハ第五〇〇條第五四七條五五〇條等ニ規定スル執行停止ノ命令アリタル場合はナリトス

0075

第二 最高價競買人カ競買ニ付テ無能力者タルコト即未成年者禁治産者或ハ外國人ノ如キモノナリ
 第三 法律上ノ賣却條件ニ抵觸シテ競買ヲ爲シタルコト又ハ總テノ利害關係人ノ合意ヲ得シテ法定
 ノ賣却條件ヲ變更シタルコト例之最低競買價額以下ニ於ル競買仲立人ヲ最高價競買人ト爲シタル場合
 ノ如キハ賣却條件ニ抵觸シタル競買ナリ其變更ノ例ヲ舉ケレハ例之代金ノ支拂期限ニ付テ既ニ定メタ
 ルモノヲ變更シタルカ如キヲ謂フ
 第四 競買期日ノ公告ニ第六五八條ニ掲ケタル要件ノ記載ナキコト
 第五 競買期日ノ公告ト法律ニ規定シタル方法ニ依ラ之ヲ爲ササルコト即第六六一條ノ規定ニ反シタ
 ルコトヲ謂フ
 第六 第六五九條ニ規定シタル期間ヲ存セサルコト
 第七 第六六五條第一項及第六六六條第一項ノ規定ニ違背シタルコト
 第八 第六六四條ノ規定ニ違背シテ最高價競買人ナリト呼上ケタルコト

異議ノ理由ハ利害關係人ノ自己ノ權利ニ關スルモノタルコトヲ必要トス換言セハ競落前ノ手續カ法律
 ノ規定ニ違反スルモ之カ爲ニ何等ノ損害ヲ受クヘカラサル利害關係人ハ異議ヲ主張スルコトヲ得サル
 モノナリ例之甲債權者ヨリ或競買人ニ對シテ保證ヲ立ツヘキコトノ申出ヲ爲シタル場合ニ於テ保證ヲ
 立ラシメスシテ裁判所カ其競買人ヲ最高價競買人ナリト爲シタル場合ニ於テ乙債權者ハ異議ヲ申立
 ルコトヲ得サルモノナリ何トナレハ乙債權者ハ右競買人ニ資力アリト信シテ保證ノ要求ヲ爲サザリシ
 モノト看做スヘキヲ以テナリ(但此理由アルトキハ職權ヲ以テ競落ヲ許サス第六七四條第二項)異議申立
 ハ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ而シテ異議ノ申立ラ不當ナリトスル他ノ利害關係

人ハ之ニ對シテ陳述ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ異議及異議ニ對スル陳述ハ競落期日ノ終リニ至ル迄之
 ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ右期日ヲ經過スレハ失權ヲ來スモノナリ其理由ハ法律ハ競落ノ當否ヲ口
 頭審理ニ依テ裁判ヲ爲サシムルコトヲ命シタルカ故ニ競落期日以後ニ於テハ此口頭審理ヲ爲スヘキ期
 日存セザルヲ以テナリ
 競落ノ許可ヲ決スルニ付裁判所ハ必要ナル證據調ヲ爲ス職權ヲ有ス而シテ其結果競落ノ許否ヲ決定ス
 ルモノニシテ而シテ其決定ハ之ヲ言渡スコトヲ必要トスルモノナリ

第四款 競落ニ關スル決定

第一項 競落許可決定

競落期日ニ於テ異議ノ申立ナク又職權ヲ以テ調査スヘキ競落不許ノ原因ナク或ハ異議ノ申立アリタル
 場合ニ於テ其異議ノ理由ナカリシトキハ競落ヲ許ス決定ヲ言渡スヘキモノトス而シテ此許可決定ニ掲
 クヘキ要件ハ第一競買ノ目的ト爲リシ不動産第二競落人ノ氏名第三競買價額トス而シテ特別ノ賣却條
 件アリタルトキハ其條件ヲモ揭クヘキモノナリ決定ニ以上ノ要件ヲ具備スヘキモノト爲シタル理由ハ
 競落許可決定ハ不動産ノ所有權移轉ノ效力ヲ生スルモノニシテ通常ノ賣買ニ於ル賣主ノ意思表示ニ代
 ルモノナルヲ以テ法定ニ要件ヲ具ヘサランカ不動産ノ所有權移轉ノ效力ヲ生シタルコトヲ知ル能ハサ
 ルヲ以テナリ我民事訴訟法第六九三條ニ依レハ競買代金ノ支拂期日ハ許可決定ニ之ヲ掲ケスシテ決定
 ノ確定後ニ裁判所カ之ヲ定ムヘキモノトセリ惟フニ決定中ニ此期日ヲ定ムルコトハ甚便利ナルモノノ
 如シ然ルニ此期日ノ指定ヲ許可決定確定後ニ爲スヘキモノトシタル理由ハ決定ノ確定前ニ之ヲ定ムル



モ決定ノ取消サルコトアルヘク取消サレタルトキハ其期日ハ實施セラルルコトナクシテ終ルヘキモノナルヲ以テ無益ノ手續ヲ爲サラシメンカ爲ナリ又他ノ一面ニ於テ代金ノ支拂アル直ニ配當スルヲ得セシメンカ爲ナリ而シテ此決定ハ言渡ヲ爲スヘキモノナリ此決定ノ效力ハ言渡ニ因テ生スルモノナリ

競落許可決定カ最高價競買人ノ爲ニ生スル效力ヲ舉クレハ即左ノ如シ

第一 不動産ノ所有權ヲ移轉スルニ在リ此所有權移轉ノ效力ハ不動産ノ所有者ト競落人トノ關係ニ於テ生スルノミニ止ラス第三者ニ對シテモ其效力ヲ生スルモノナリ故ニ此決定ニシテ確定セシカ後日ニ至リテ其所有者ト認メラレシ者カ真正ノ所有者ニ非サルコト明ニナリタル場合ト雖競落人ハ所有權ヲ所得スルモノナリ此效力ハ不動産ヨリ生スル事實其他金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキ利益ニ迄モ及フモノナリ

第二 不動産上ニ存スル一切ノ先取特權及抵當權ヲ消滅セシムルモノナリ但留置權ハ消滅セシムルノ效力ヲ有セサルナリ又質權モ同様ナリ故ニ右ノ權利ヲ消滅セシメント欲セハ競落人ハ留置權者及質權者ノ有スル債權ヲ辨濟セサルヘカラス又質權ニ優先スル權利アリタル場合ニ於テハ競落人ハ尙此權利者ニモ辨濟ヲ爲ササルヘカラス(滯納國稅ノ如シ)

第三 競落人ハ競落物ノ引渡ヲ受クル迄不動産ノ保全處分ヲ求ムルコトヲ得ルモノナリ(六八七條例之管理人ニ其管理ヲ爲サシムルカ如シ此申立ニ對シテ債務者其他ノ利害關係人ハ拒絕スルノ權利ヲ有セサルモノナリ裁判所モ亦之ヲ拒絕スルヲ得ヌ又債務者カ管理人ニ引渡スコトヲ拒ミタル場合ニ於テハ強制ノ方法ヲ以テ債務者ノ占有ヲ解クコトヲ得

競落許可決定カ競落人ニ對シテ生スル效力ハ競落人ニ代金支拂ノ義務ヲ生セシムルニアリ此代金ハ訴訟法第六九三條ノ規定スル如ク競落許可決定ノ確定後裁判所カ職權ヲ以テ定ムル期日ニ於テ之ヲ爲スモノナリ若此期日ニ支拂ノ義務ヲ履行セサルトキハ不動産ハ再競買ニ附セラルルモノナリ
此競落許可決定ハ言渡ヲ爲スノ外裁判所ノ揭示板ニ揭示シテ公告ヲ爲スヘキモノナリ(第六七九條二項)而シテ此手續ハ一ノ訓示ノ規定タルニ過キサルカ故ニ若裁判所カ此手續ヲ履行セサルモ玆ニ決定ノ效力ニ影響ヲ及スヘキモノニ非ス後ニ説明スルカ如ク法律ハ此手續ノ欠缺ヲ以テ此決定ニ對スル抗告ノ理由ト爲ササルナリ

第二項 競落不許可決定

競落不許可ノ決定ヲ爲スヘキ場合ニハ競落期日ニ於テ申立タル異議ノ理由アリシトキ及第六七四條ニ規定セル裁判所ノ職權ヲ以テ調査スヘキ不許可ノ原因アリシトキナリ
第一 強制執行ヲ許ササルコト第二 執行ヲ續行スヘカラサルコト第三 最高價競買人カ不動産ヲ取得スルノ能力ナキコト第四 競買カ法律上ノ賣却條件ニ抵觸シタルコト第五 總テノ利害關係人ノ合意ヲ得スルヲ法律上ノ賣却條件ヲ變更シタルコト第六 競買期日ノ公告カ第六五八條各號ノ要件ヲ欠缺セルコト第七 第六六一條ノ規定ニ從ヒテ競買期日ノ公告ヲ爲サリシコト第八 競買期日ノ公告ト期日開始トノ間ニ二十四日ノ期間ヲ存セザリシコト第九 競買ノ催告ヲ爲シタル後一時間ヲ過キスシテ競買ヲ終局シタルコト第十 執達吏カ最高價競買人ノ氏名又ハ其價額ヲ呼上ケスシテ競買ヲ終局シタルコト第十一 立保證請求ヲ受ケタル競買人カ第六六四條ニ定メタル保證ヲ立テサルニ拘ラス之ヲ最高價競買人ナリト呼上

ケタルコト第十二號賣期日ヨリ競落期日ニ至ル間ニ於テ不動産カ天災其他ノ時變ニ因リ著シク毀損シタル爲メ最高價競買人カ其競買ヲ取消シタルコト

以上掲ケタル理由ノ一ヲ異議ノ原因トシテ利害關係人ヨリ主張シタルトキ及最高價競買人ヨリ第十二號ノ理由ヲ主張シタルトキハ不許可ノ決定ヲ爲スヘキモノナリ裁判所ハ又職權ヲ以テ調査ヲ爲シタル結果以上第一乃至第十一ノ理由アルコトヲ認メタルトキハ職權ヲ以テ不許可ノ決定ヲ爲スヘキモノナリ而シテ職權ヲ以テ此決定ヲ爲ス場合ニハ左ノ制限アリ

第一號ノ場合ニ於テハ強制執行ヲ許スヘカラサル理由ハ不動産ヲ讓渡スル能ハサルニ在ル場合ニ限ル
第三號ノ場合ニ於テハ競落許可ヲ決定スヘキ時期ニ於テ最高價競買人ノ不動産取得ノ能力欠缺カ除去セラレザリシ時ニ限ル故ニ競買申出ノ時ニ於テ最高價競買人カ不動産取得ノ能力ナカリシトモ雖決定ヲ爲ス時ニ於テ其能力ヲ有スルニ至リシ場合ニ於テハ職權ヲ以テ不許可ノ決定ヲ爲スヘキモノニ非ス

第四號第五號ノ場合ニ於テハ利害關係人カ手續ノ續行ニ付承諾セザリシトモ限ル故ニ法律上ノ賣却條件ニ抵觸セル競買手續ナリシトモ又ハ總テノ利害關係人ノ合意ヲ得スシテ此條件ヲ變更シタルトモト雖後ニ至テ利害關係人カ異議權ヲ放棄シタル場合ニ於テハ職權ヲ以テ不許可ノ決定ヲ爲スヘキモノニ非ス

如此職權ヲ以テ不許可ノ決定ヲ爲スヘキ場合ニ付制限ヲ設ケタル理由ハ競落ノ不許可ヲ爲スハ利害關係人ノ利益ヲ保護スルノ趣旨ニ出テタルモノナルカ故ニ利害關係人ニ於テ其利益ヲ捨テテ競買手續ノ續行ヲ希望スル場合ニ裁判所ハ干渉ヲ爲スノ必要ナクレハナリト謂フニ在リ

右ノ外ハ第六七五條ニ不許可ノ決定ヲ爲スヘキ他ノ原因ヲ規定セリ即數箇ノ不動産ヲ競買ニ付シタル場合ニ於テ其一ノ不動産ノ代價ヲ以テ各債權者ヲ満足セシメ及手續ノ費用ヲ償フコトヲ得ル場合ニ於テハ他ノ不動産ニ付テハ競落スルコトヲ許ササルモノトス是動産ニ關スル第五六七條ノ規定ト其精神ヲ同ウスルモノニシテ必要ナキニ債務者ヲシテ其財産ヲ失ハシムヘキ理由ナシト謂フニ出テタルモノナリ而シテ數箇ノ不動産ヲ競買ニ付シタル場合ニハ債務者ニ與フルニ賣却スヘキ不動産ヲ指定スルノ權ヲ以テセリ是同條第二項ニ規定スル所ニシテ亦債務者ヲ保護スルノ趣旨ニ出テタルモノナリ

此決定ハ許可決定ト同シク當渡ヲ爲スヘキモノニシテ而シテ確定シタルトモハ左ノ效力アリ
第一 競落人及他ノ競買人ヲシテ其責務ヲ免レシムルモノナリ但此責務ノ免脱ノ效力ノ確定スルハ決定ノ確定シタルトキニ在リ隨テ決定シタル場合ハ競買人ニ立テシメタル保證ハ確定ト同時ニ返還セラルヘカラス

第二 差押ノ效力ヲ消滅セシムルモノナリ隨テ登記簿ニ於ケル差押ノ記入ヲ抹消スヘキモノナリ此手續ハ執行裁判所ヨリ登記判事ニ囑託シテ之ヲ爲スモノナリ而シテ此效力ノ生スルニハ競落ノ不許可カ強制的ニ確定シタルコトヲ必要トスルモノナリ詳言スレハ不動産カ讓渡スヘカラサルモノナリシトモ又ハ債務者ノ辨濟或ハ競買開始手續ノ申立ノ取下其他ノ原因ニ依テ手續ノ完結シタルトモ謂フ換言セハ新競買ヲ爲スニ至ラヌシテ終局スル場合ヲ謂フモノナリ

第五款 新競買

競落不許可ノ決定カ確定シタル場合ニ於テ更ニ競買手續ヲ開始スヘキモノナルトモキハ其新期日ヲ定メ



テ競賣手續ヲ再施スルモノナリ而シテ新競賣ヲ開始スル原因ハ左ノ如シ
 第一 競賣期日ニ於テ許スヘキ競賣價額ノ申出ナキトキ、而シテ此場合ニハ第六四九條第一項ニ反セテ
 ル範圍ニ於テ最低競賣價額ヲ相當ニ低減スルモノナリ期日ノ公告其他ノ手續ハ總テ通常ノ競賣手續ト
 異ナル所ナシ而シテ此理由ニ基テ新競賣期日ハ第六四九條第一項ニ反セサル限ハ數回之ヲ行フコトヲ
 得ルモノナリ(六七〇條)
 第二 第六七二條及第六七四條ノ場合ニ於テ更ニ競賣ヲ許スヘキモノナルトキハ新競賣期日ヲ定テ公
 告スルモノナリ(六七六條)許スヘキ場合トハ如何ナル場合ナリヤト云フニ(イ)法律ニ於テ最高價競買人
 ニ不動産取得ノ能力ナシトスル場合ニ其欠缺ノ除去セラレザリシトキ(ロ)強制執行ノ手續カ第五四五條
 第五四九條第五七條ノ原因アルニ依テ執行ヲ停止セラレタル場合ニ於テ不許可ノ決定確定シタル後
 執行停止ノ原因消滅シタルトキ(ハ)法律上ノ賣却條件ニ低額シテ競賣ヲ爲シタル爲メ競落ヲ許サザリシ
 トキ(ニ)總テノ利害關係人ノ合意ヲ得シテ法律上ノ賣却條件ヲ變更シタルカ爲メ競落ヲ許サザリシト
 キ(ホ)競賣期日ノ公告ニ第六五八條ノ要件記載ナカリシ爲メ競落ヲ許サザリシトキ(ヘ)第六六一條ニ違背
 シタルカ爲メ競落ヲ許サザリシトキ(ト)競賣期日ノ公告ト競落ヲ許サザリシトキ(リ)第六六一條第一項ノ
 リシトキ(チ)第六六五條第二項ノ手續ヲ盡テザリシトキ(ニ)利害關係人ヨリ保證ヲ求メラレタル最高價競買人ニ
 手續ヲ盡テザリシカ爲メ競落ヲ許サザリシトキ(ス)利害關係人ヨリ保證ヲ求メラレタル最高價競買人ニ
 保證ヲ立テシメスシテ競落シタルカ爲メ競落ヲ許サザリシトキ(セ)等是ナリ
 第三 最高價競買人タル者カ天災其他ノ障礙ニ因テ不動産ニ著シキ毀損ヲ生シタルノ理由ニ依リ其競
 買取消ノ申立ヲ採用シテ不許可ノ決定ヲ爲シタルトキ(法文ニハ)此場合ニ付テ新競賣ノ手續ヲ爲スヘキ

コトヲ明定セシメ然レトモ其毀損ヲ來シタル不動産カ價額ヲ有スル場合ニ於テ執行費用及執行ノ原因タ
 ル債權ヲ辨濟シテ剩餘ヲ得ヘキトキハ債權者ノ利益ノ爲メ其不動産ヲ換價スルノ必要アルモノナリ故
 ニ學說及判例ニ於テモ此場合ヲ以テ新競賣ノ一ノ原因ト認メタリ
 以上ノ場合ニハ職權ヲ以テ新競賣ヲ命スヘシ新競賣期日ハ少クトモ十四日ノ後タルヘシ其他ノ手續ハ
 競賣ノ場合ニ同シ(六七〇條六七六條)

第六款 再競賣

再競賣トハ競賣許可決定アリタル不動産ノ代金ヲ競落人カ支拂期日ニ完納セザル場合ニ於テ實施スル
 手續ナリ(六八八條)此再競賣ハ裁判所カ職權ヲ以テ之ヲ命スルモノナリ再競賣ヲ爲スニ當テハ更ニ其
 期日ノ公告ヲナスモノナリ而シテ競賣ノ實施ハ公告ノ日ヨリ十四日ノ後ニ於テ之ヲ爲スヘキモノナリ
 最初ノ競賣實施ノ爲メ定メタル最低競賣價額其他ノ賣却條件ハ其儘再競賣手續ニ適用スルモノナリ其
 他競賣ノ手續ハ通例ノ場合ト異ナル所ナシ而シテ再競賣ヲ開始シタル不動産ニ付テ新競賣又ハ第二第
 三ノ再競賣ヲ實施スル場合ヲ生スルコトアルヘシ
 再競賣ノ手續ヲ開始スルモ前ノ競落人ハ競落期日開始ノ三日前述ニ其競賣代金及再競賣手續ノ費用ヲ
 提供シテ此手續ノ取消ヲ求ムルコトヲ得ルモノナリ然レトモ此手續ニ於テハ競買人ト爲ルコトヲ得ス
 (六八八條ノ五)而シテ再競賣ヲ實施シタル結果競賣代金カ前ノ競落代金ヨリ低キトキハ其差額ヲ負
 擔スヘキ其多キ場合ニ於テハ其差額ヲ自己ノ爲メ請求スルコトヲ得ス學者間ニ問題トナレルハ再競
 賣ノ法律上ノ性質ナリ第一說ハ再競賣ヲ第一ノ競落ノ解除ナリ詳言セハ再競賣期日ノ公告ハ競落人ニ



對スル所有權ノ移轉ヲ解除シテ債務者其他ノ所有者ノ權内ニ復歸シタル不動産ノ競賣手續ナリト云ヒ
 第二說ハ競落人ノ所有ニ歸シタル不動産ノ競賣手續ナリト云フ此問題ノ實益ハ例之再競賣決定以後天
 災ニ依テ不動産ノ滅失シタル場合ニ於テハ第一說ニ從ハ其損失ハ舊所有者タル債務者其他ノ第三者
 ニ歸ス反之第二說ニ從ハ其損失ハ競落人ニ於テ負擔セラルヘカラルモノナリ其第一說ノ理由トス
 ル所ハ買賣ノ原則トシテ買主カ其義務ヲ盡サザリシ場合ニ於テハ賣主ハ其契約ヲ解除スルノ權利ヲ有
 スルモノナリ此理論ハ競賣ノ場合ニ於テモ其適用ヲ爲スヘキコトハ當然ナリ而シテ再競賣手續ノ開始
 ハ即普通ノ買賣ノ場合ニ於ル賣主ノ解除ノ意思表示トシ又其他ノ手續ヲ盡ササルヘカラス而シテ執行
 方法ナリ強制執行ヲ爲スニハ執行名義ノ存在ヲ必要トシ又其他ノ手續ヲ盡ササルヘカラス而シテ執行
 名義ハ其名義又ハ執行文ニ表示セラレタル債務者以外ノ者ニ對シテハ強制執行ヲ爲スノ效力ヲ有セザ
 ルモノナリ然ルニ今再競賣ヲ以テ競落人ノ所有ニ歸シタル不動産ノ競賣ナリトセンカ必然ナル執行名
 義ノ存セザルニ拘ラス又強制執行ノ要件タル其他ノ手續ヲ履行セシテ執行ヲ爲スモノナルカ故ニ我
 訴訟法ノ主義ニ反スルモノト謂ハサルヘカラス其第三ノ理由ハ法文ニ再競賣ノ文字ヲ使用セルハ其目
 的タル不動産債務者或ハ第三者タル舊所有者ニ屬スルヲ以テナリ競落人ニ對スル強制執行ナランニ
 ハ法文ニ再競賣ナル文字ヲ用フル謂レナキナリ其第四ノ理由トシテハ第六八八條第五項ハ再度ノ競賣
 代價カ最初ノ競賣代價ヨリ低キトキハ前競落人ハ不足ノ額及手續ノ費用ヲ負擔シ其高キトキハ剩餘ノ
 額ヲ請求スルコトヲ得スト規定セリ若競落代價ヲ執行原因トシテ競落人ニ對シテ強制執行ヲ爲スモノ
 ナランニハ不足ノ額及手續ノ費用ヲ競落人ヲシテ負擔セシムル規定ヲ設クルノ必要ナシ何トナレハ此
 不足額ハ競落人ノ債務ノ一部分ナルヲ以テナリ然ルニ如此法文ニ規定セルハ即再競賣ノ手續ハ前キノ

強制執行禁止ノ效力ハ此等ノ權利者ニ對シテ及フコトナシ(商九八七條)……優先權ノ存スルニ非サレ
 ハ……(破産三二條三八條七四條獨破一二條)反之破産債權者ハ破産手續中民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ訴
 假差押ノ執行及假處分ノ執行ヲ許ササルノミヲ以テ其目的ヲ達スルコトヲ得ヘケレハナリ元來破産宣
 告ハ破産債權者ノ爲ニ新ナル法律保護ノ請求權ヲ成立セシムルモノニ非ス法律上一定シタル前提要件
 ノ下ニ於テ破産手續ニ依レル法律保護ノ請求權ハ既ニ破産宣告前ニ存在シ破産宣告ハ單ニ斯ル要件ノ
 存在ヲ確認シタルモノニ外ナラス然レトモ之カ爲ニ各破産債權者ハ破産手續中破産手續ニ依レル法律
 保護ノ請求權ノ外ニ何等ノ法律保護ノ請求權ヲ有セザルモノト速斷スルコト勿レ各破産債權者ハ破産
 手續中普通及特別ノ民事訴訟手續ニ依リ若債權カ私訴ノ目的ト爲ルコトヲ得ヘキモノナルトキハ刑事
 訴訟手續ニ依リ裁判所ニ對シテ法律保護ヲ請求スルコトヲ得故ニ各破産債權者ハ其債權ノ爲メ破産者ニ
 對シテ確認ノ訴ハ勿論給付ノ訴ト雖之ヲ提起スルコトヲ得(獨逸ニ於テハ「フツァンダ」氏カ破産債權者ハ
 破産手續中破産者ニ對シテ確認ノ訴ヲ提起スルコトヲ得レトモ給付ノ訴ハ之ヲ提起スルコトヲ得スト主
 張シタリ是畢竟被告タル破産者ハ執行ノ訴ノ目的物タル給付ヲ爲スコト能ハサルヲ以テ斯ル訴ハ之ヲ
 不適法トシテ却下スヘキモノトストト趣意ニ基クト雖前述ノ如ク強制執行ヲ許ササルノ一事ヲ以テ破
 産ノ目的ヲ達スルコトヲ得ルカ故ニ「フツァンダ」氏ノ見解ハ破産宣告ニ立法上ノ目的ヲ超過スル效力
 ヲ付メルト謂ハサルヲ得ス隨テ同氏ノ見解ハ正當ナリト認メ難シ)隨テ破産ノ宣告ハ破産債權者ニ對
 シテ破産手續ニ依ルノ外ニ何等ノ法律保護ヲ請求スルコトヲ許ササルノ效力ヲ有スルモノニ非スト謂
 フヘシ然レトモ同一ノ權利ノ爲ニ同時ニ二箇ノ法律保護ヲ請求スルコトハ勢力ノ費用及時間ノ節約ヲ

破産法 債權規定 破産ノ效力

主眼トスル民事訴訟法ノ原則ニ觸ルヲ以テ之ヲ許ササルヲ當然ナリトス故ニ破産債權者カ其債權ノ届出ヲ爲シタル後尙破産者ニ對シ起訴シタルトキハ破産者ハ權利拘束ト防禦方法ヲ提出シテ訴ノ許否ヲ争フコトヲ得(破産者カ債權調査會ニ於テ届出アリタル債權ヲ争ヒタルトキハ此限ニ在ラズ何トナレハ破産手續ハ破産者ノ異議ヲ成功セシムルカ爲ノ手段ニ非サレハナリ)又破産債權者カ其債權ニ付破産手續中破産者ニ對シ訴ヲ提起シタル後尙同一債權ノ届出ヲ爲シタルトキハ管財人及利害關係アル各債權者ハ其届出ニ對シ異議ヲ申立ツルコトヲ得(權利拘束ハ裁判所カ職權ヲ以テ調査スヘキモノニ非サルカ故ニ訴又ハ債權ノ届出ヲ却下スヘキヤ否ヤノ論點ハ職權ヲ以テ裁判スヘキモノニ非ス)民事一九五條二〇六條(但債權者ハ法律保護ノ請求ヲ變更シ債權ノ届出即破産手續ニ依ル權利ノ主張ヲ取下ケテ破産者ニ對シ訴ヲ提起シ又反對ニ破産者ニ對シテ提起シタル訴ヲ取下ケテ債權ノ届出ヲ爲スコトヲ得ヘシ何トナレハ法律ハ斯ル變更ヲ禁止セザレハナリ而シテ破産者、管財人及利害關係アル各債權者カ前示ノ如キ防禦方法ヲ提出セス又ハ破産債權者カ法律保護ノ請求ヲ變更セザル場合ニ於テハ同一ノ債權カ破産手續ニ在テハ破産者ニ對シ存在スルモノトシテ確定シ又訴訟手續ニ在テハ反之破産者ニ對シテ存セザル旨ノ判決確定スルカ如キ彼此矛盾スルノ結果ヲ生スル場合ニ於テハ民事訴訟ニ於テ當事者カ權利拘束ノ妨訴抗辯ヲ提出セザリシカ爲ニ同一事件ニ付二箇以上ノ異ナリタル判決アリタル場合ニ於テ行ルル法則ニ基キテ實體の效力ヲ判定セザルヘカラス(「ゾキフルド」氏ハ我民事訴訟法第四六九條第六號即獨逸民事訴訟法第五八〇條第七號(a)ニ基キテ以後ノ行爲ヲ攻撃スルコトヲ得者之ヲ爲サタルトキハ我民事訴訟法第五四五條即獨逸民事訴訟法第七六七條ニ基キテ以前ノ行爲ヲ攻撃スルコトヲ得ヘシト論決シタリ予輩ハ新法ハ舊法ヲ廢止スル法則ト同趣意ニ依テ以後ノ行爲

カ國家ノ新ナル行爲トシテ效力ヲ有スト信ス但我民事訴訟法第四六九條第六號ノ規定ニ則リ之カ取消ヲ求ムルコトヲ得ルハ言ヲ俟タズ「コッレル」氏獨逸民事訴訟法ノ解釋トシテ亦斯ル見解ヲ採レルニ似タリ)

破産宣告前ニ於テ一旦破産者ニ對シ開始シタル強制執行手續ハ爾後ノ破産手續開始ニ因テ其續行ヲ妨ケラルモノ即中斷スルモノニ非ス(民事五五二條參照)然レトモ破産手續中ハ前述ノ如ク各破産債權者ノ爲ニ強制執行ヲ爲スコトヲ許ササルヲ以テ管財人カ破産債權者團體ノ爲ニ強制執行ヲ續行スルコトヲ得ルニ止リ差押債權者タル破産債權者カ之ヲ續行スルコトヲ得ス是差押ニ因テ生シタル利益ヲ破産債權者團體ニ授與スルノ法意ニ外ナラス例之甲カ乙ノ財産ヲ差押ヘタル後ニ於テ乙ハ甲ノ差押ヲ書セザル範圍内ニ於テ差押物上ニ抵當權ヲ設定シ且爾後破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ斯ル抵當權ハ破産債權者團體ニ對シテ其效力ナキカ如シ(破産七一條)獨逸、奧地利ノ破産法ニ於テ差押債權者ハ別除權者トシテ管財人ニ對シ強制執行ヲ續行スルコトヲ得蓋同國ニ於テハ差押質權ヲ認メタルヲ以テナリ)

(塊一)一條(二條獨破)四條(白耳義商法、和蘭商法ノ如キ破産法ニ於テハ執行手續ト執行費用トヲ全ク無用トシタルムルカ如キ不經濟ノ結果ヲ避ケル目的ヲ以テ執行手續ト破産手續トノ關係ヲ詳細ニ規定シタリ)(白商四五三條、蘭商七七一條、西民訴一七三條、一八六條、一七六條瑞典破一〇條等)反之破産宣告前ニ於テ破産者タル債務者ト破産債權者タル債權者トノ間ニ於テ其有スル債權ニ付訴訟ノ繫屬アリタルトキハ其手續ハ爾後ノ破産宣告ニ因テ中斷スルモノナリ(民事一七九條破産六九條、獨民訴二四〇條)是蓋單ニ破産手續ノ開始ノミヲ以テ訴訟ノ當事者タル債權者カ其相手方ノ破産手續ニ參加シ且之ニ依テ當然破産手續ト民事訴訟手續トノ衝突ヲ惹起スルモノニ非ス然レトモ債權者ハ破産手

續ニ依テ其權利ヲ行フコトヲ欲スル者アリト推定スルヲ適當ナリトス故ニ新ル推定ニ基キ警屬訴訟ヲ中斷セシムルニ外ナラサルヘシ而シテ中斷アリタル訴訟ハ債權者カ破産手續ニ参加シタル場合ニ於テハ債權者ハ其届出テタル債權(訴訟ノ目的)ニ對シ債權調査會ニ於テ破産者カ異議ヲ申立テタルトキニ破産者ニ對シテ之ヲ受繼スルコトヲ得(破産六九條、獨破一四四條二項)反之債權者カ破産手續ニ参加セタル場合ニ於テハ直ニ破産者ニ對シテ之ヲ受繼スルコトヲ得是破産債權者團體ノ利益ヲ害セサル範圍内ニ於テ債權者ニ對シテ訴訟ヲ續行シタル債權者カ爾後破産手續ニ参加スルノ權利ヲ拋棄シタルモノト認ムルヲ得ス故ニ訴訟ヲ續行シタル債權者カ爾後破産手續ニ参加シタルトキハ同一ノ債權ニ付同時ニ二箇ノ法律保護ノ請求ヲ爲シタルモノトシテ之ヲ取扱ハサルヘカラス訴訟ノ受繼ナキ場合ニ於テハ訴訟ノ中斷ハ破産手續ノ終結ニ因ラ終了ス(民訴一七八條)

各破産債權者ハ破産手續中ニ在テハ唯強制執行、假差押ノ執行及假處分ノ執行ヲ爲スコト能ハサルニ止ルヲ以テ新訴ノ提起又ハ警屬訴訟ノ續行ニ依リ破産者ニ對シテ勝訴ノ判決ヲ受タルコトヲ得而シテ新ル判決カ法律關係ヲ確認シタルモノニ非スシテ却テ義務ノ履行ヲ命シタルモノナルトキハ破産手續終結後ニ於テ之ニ基キ強制執行ヲ爲スコトヲ得如此該判決ハ破産手續ノ終結後ニ非アレハ之ニ基キテ強制執行ヲ爲スコトヲ得サルモノナリト雖之カ爲ニ假執行ノ宣言ヲ付スルコトヲ妨ケス何トナレハ假執行ハ單ニ判決カ故障又ハ上訴ニ關係ナク執行シ得ヘキ旨ヲ宣言スルニ止レハナリ(新ル宣言ハ破産手續カ判決確定前ニ終結シタル場合ニ於テ強制執行ヲ爲サシムルノ實益アルヲ以テ實益ナキ理由トシテ反對ニ論決スルコト勿レ)又執行文付與ヲ妨ケス何トナレハ執行文付與即強制執行命令ハ抽象的

ニ執行ヲ許スヘキ旨ヲ表示スルニ止リ破産手續中ナルカ爲ニ強制執行ヲ實施スルコトヲ得サルカ如キ現實的調査ハ執行機關カ之ヲ爲ス所ナレハナリ

(B) 財團ニ對スル利息ノ停止 破産債權ノ利息ハ其法定タル(民四〇四條、商二七六條)約定タルトニ拘ラス破産宣告ノ日ヨリ破産財團ニ對シテ其發生ヲ止ム(商九八九條、佛商四四五條一項、商四五一條、伊商七〇條、西八八四條)是現行破産法ニ於テハ佛法系諸國ニ行ルル法則ニ從ヒ計算上ノ便益及債權者間ニ於テ平等ノ關係維持ノ必要等ニ基キ斯ル事項ヲ破産宣告ノ效力トシテ規定シタルモノナリ(佛國商法大家、タアレ「ボアステル」ローレン「リオンカン」氏等ノ說明スル所ニ依レハ破産債權中ニ無利息ノモノト否トアリ又其利息ノ高低アリ斯ル場合ニ於テハ破産手續ノ終結ニ付多數ノ日時ヲ要スルト否トニ從ヒ右利息若クハ高利息ノ債權者ハ利益ヲ受ケ他ノ債權者ハ不利益ヲ受タルノ不公平ナル結果ヲ生ス又計算上不便ヲ來シ破産手續ノ終結ヲ滯滞セシムルノ虞アリ)然レトモ破産宣告後ニ發生スヘキ利息ハ破産宣告ノ當時ニ存在スル債權ニ非スシテ却テ將來成立スルコトアルヘキ債權ナルヲ以テ破産債權トシテ之ヲ主張スルコトヲ得サルヲ前述べ如シ故ニ財團ニ對スル破産債權ノ利息ノ停止ハ破産宣告ノ效力ニ非スシテ却テ破産債權ニ非サルカ爲ナリト謂ハサルヲ得ス是ヲ以テ我破産法案ニ於テハ獨法系諸國ニ行ルル法則ニ從ヒ斯ル事項ヲ破産宣告ノ效力トシテ規定セス(埃太利破産法第一七條同民法第一三三條第一三三四條等)ハ反對ニ利息ヲ發生スト規定シタル又千八百六十九年英吉利破産法第三六條ニハ利息ノ發生停止ノ規定アリタリト雖現行英吉利破産法ニハ斯ル明文ヲ缺ケリ然レトモ同一ノ法意ナルコトハ疑ヲ容レズ(信ス)

債務ノ支拂トシテ破産財團ニ對シ當然無効ナリトス(商九九〇條)故ニ利息ノ前拂ヲ受取リタル債權者ハ破産宣告後ニ發生スヘキ利息額ヲ破産財團ニ返還セサルヘカラス第二ニ元本ノ利息ヲ加算シ其合額ヲ券面ニ記載シタル場合(例之金百圓ノ貸借ノ爲ニ手形ヲ振出し其手形面ニ利息ヲ加算シテ金百六圓ノ支拂金額ト爲シタル場合)ニ於テ債務者カ其債務履行期前ニ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ債權者ハ券面額ヨリ破産宣告後債務履行期迄ノ利息ヲ控除シタル部分ニ非サレハ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ス但手形ノ如キ特別ナル法律關係ニ基キ債權ヲ取得シタル第三者ハ之ニ對シ直接ニ對抗スルコトヲ得ヘキ事由存セザル限ハ券面ノ額ヨリ利息額ヲ控除セラルルコトナカルヘシ(商四三七條、四四〇條)(佛國ニ於テハ多數ノ學者殊ニ「リオンカン」「アロゼー」「ブラバル」氏等ハ實際上債權額中ヨリ主從ノ區別ヲ爲シ之カ減額ヲ行フハ困難ニシテ且煩雜ナリト云フ理由トニ基キ反對ニ論決シ券面額ヨリ破産宣告後タル第三者ニ對シ之カ減額ヲ爲スハ失當ナリト云フ理由トニ基キ反對ニ論決シ券面額ヨリ破産宣告後債務履行期迄ノ利息ヲ控除スルモノニ非スト主張スレトモ利息カ券面上元本ト合記セラレタルノ一事ヲ以テ財團ニ對シテ其發生ヲ停止セスト云フハ故ナク學者カ前示ノ原則ニ對スル例外ヲ設クルニ外ナラサルヲ以テ斯ル見解ハ我破産法ノ解釋トシテ予輩ノ採ラサル所ナリ又同國ニ於テハ千八百三十八年利息減額ヲ爲スヘキ旨ノ修正案ヲ提出アリタルモ議會ニ於テ否決スル所ト爲リタリ是予輩ノ大ニ遺憾トスル所ナリ)第三ニ期限附債權ヲ其期限到來前ニ支拂ハシムルカ爲ニ割引ヲ以テ取引ヲ爲シタル場合ニ於テ債務者カ破産宣告ヲ受ケタルトキハ債權者ハ其債權全額ニ付即割引ヲ以テ取引ヲ控除スルコトナク破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ蓋割引ハ一定ノ期間内ニ支拂アリタルトキハ一定ノ金額ヲ減少スヘキ旨ノ條件附行爲ニ過キスシテ又破産宣告若クハ破産手續ニ依ル配當ハ斯ル支拂ト

同視スルコトヲ得サルヲ以テ割引ヲ爲スヘキ條件未成就シタルモノト認ムルコトヲ得ス隨テ債權者ハ割引ヲ爲スコトヲ要セザルモノト謂ハサルヲ得アレハナリ(斯ル論決ハ佛國ニ於テ「リオンカン」「ブラバル」又白國ニ於テ「ナミュル」氏等ノ是認スル所ナリト雖少數ノ學者ハ斯ル論決ヲ否認シ其理由トシテ割引ヲ約定シタル結果トシテ債權額ハ債權者ニ於テ元本ノ使用ニ因テ生スヘキ利息ヲモ包含シ單純ナル元本額ヲ表示セズ隨テ割引スヘキ金額ヲ控除シタル殘額ニ非サレハ破産手續ニ參加スルコト能ハスト云フニ在リ然レトモ斯ル見解ハ當事者ノ意思ニ適セザルモノナルヲ以テ我破産法ノ解釋トシテ採ルヘカラス)第四ニ主タル債務者ノ支拂ノヘキ利息ノミヲ擔保シタル保證人カ破産宣告ヲ受ケタルトキハ主タル債務者カ又支拂期ニ支拂フヘキ利息ノ總額ハ破産者タル保證人ニ對シテハ元本ナルヲ以テ債權者ハ斯ル利息ノ總額ニ付破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得但主タル債務者カ利息ヲ支拂ヒタルトキハ保證人ノ破産ニ於テ債權者ニ支拂フカ爲ニ供託セシ配當額ハ之ヲ各破産債權者ニ配當ス(保證人ノ破産ニ關スル說明參照)又如此破産宣告後ニ發生スヘキ破産債權ノ利息ハ唯破産財團ニ對シテ其發生ヲ停止スルニ止ルヲ以テ破産債權ノ利息ハ破産者、保證人及他ノ共同債務者ニ對シテ其發生ヲ止ムルモノニ非ス故ニ破産者ハ破産宣告後ニ發生スヘキ利息ヲ支拂フヘキ又之ヲ支拂フニ非サレハ復權ノ許可ヲ受ケルコトヲ得ス(商一〇五五條)……利息……破産三五三條(債務ノ全部ノ免責……)(佛國ニ於テハ「リオンカン」氏ハ破産財團ヲ以テ各破産債權ノ配當ニ充テタル後尙剩餘アリタルトキハ之ヲ管財人カ破産宣告後ニ發生シタル各破産債權ノ利息ヲ支拂ニ充用スト曰フト雖斯ル利息ニ對スル辨濟ハ管財人ノ職權外ニ涉ルヲ以テ予輩ハ我破産法ノ解釋トシテ之ヲ正當ト認ムルヲ得ス)而シテ破産者ノ支拂フヘキ利息ハ法定ナルト約定ナルト又破産宣告前ニ既ニ發生ヲ始メタル破産宣告後ニ



發生ヲ始メタルト問ハサルナリ故ニ無利息ノ債權ニ關シテ亦付遲滞後ニシテ且破産宣告後ニ發生ス
 へキ利息ハ(民四一二條)但同條未項ノ履行ノ請求ハ債權ノ届出ニ該當ス破産者之ヲ支拂フノ義務ア
 リ又保證人及他ノ共同債務者亦破産宣告後ニ發生スル利息ヲ辨濟セサルヲ得ス
 質權、抵當其他ノ優先權ヲ以テ擔保セラレタル破産債權カ其擔保ノ目的物ノ賣拂代金ヲ以テ辨濟ヲ受
 賈場合ニ於テハ破産宣告後ノ利息ハ其發生カ既ニ破産宣告前ニ在ルト又ハ破産宣告後ニ在ルトヲ問
 タル場合ニ於テハ破産宣告後ノ利息ハ先ニ支拂ハサルヲ得ス(民四九一條)蓋優先權ハ債務者カ
 ハス賣拂代金ノ存スル限ニ於テ之ヲ元金ヨリ先ニ支拂ハサルヲ得ス(民四九一條)蓋優先權ハ債務者カ
 財產上不如意ノ地位ニ陥リタル場合ニ依テモ債權ノ辨濟ヲ擔保スル手段ナルヲ以テ斯ル支拂ハ之ヲ優
 先權ノ效果ト謂フヘケレハナリ(斯ル論決ハ賣拂代金カ元利金完済ニ不足ナル場合ニ在テハ其不足部
 分ニ付優先權ヲ有スル債權者カ普通ノ破産債權者トシテ破産手續ニ參加スルヲ以テ結局對關ニ對スル
 利息ノ停止ハ優先權者ノ利益ニ歸著スルノ結果ヲ生ス故ニ元本ヲ先ニ支拂フヘシトハ反對說アレトモ
 正當ノ見解ニ非ス)但優先權アル債權者ハ優先權ノ目的物ノ賣拂代金ノ外ニ在テハ普通ノ破産債權者
 ニ外ナラサルヲ以テ破産出團ニ對シ破産宣告後ノ利息ヲ請求スルコトヲ得サルヤ言フ俟タス(商九八
 九條)

(O) 破産債權ノ請求權發生ノ辨濟期ノ未到來セサル債權ハ債務者ノ破産宣告ニ因テ辨濟期ニ至リタル
 モノト爲ル(商九八八條一項、民一三七條一號、破案九條)其理由ハ前述シタル所ナルヲ以テ茲ニ之ヲ贅
 セス而シテ現行破産法ハ獨逸破産法(六五條一項)及瑞西破産法(二〇八條)等ノ立法例ニ依リ破産手續
 ニ參加スルカ爲ニ辨濟期ノ未到來セサル債權ヲ債務者ノ破産宣告ニ因テ辨濟期ニ至リタルモノト看做
 シタルニ過キスト雖民法ハ佛法系諸國ノ立法例ニ依リ破産ノ宣告ヲ受ケタル債務者ハ期限ノ利益ヲ主

張スルコトヲ得タルモノト規定シタリ故ニ破産手續ニ依テ完全ナル辨濟ヲ受ケタリシ債權者ハ破産手
 續ノ終結辨濟期ノ未到來セサル債權ニシテ破産債權タルモノニ付破産者ニ對シテ其權利ヲ行フコト
 ヲ得ルモノト論決セサルヲ得ス是蓋期限ハ債務者ノ支拂實力上ノ信用ニ依ルモノナルヲ以テ債務者ハ
 破産宣告ニ因テ期限ノ利益ヲ失フヲ當然ナリトスト云ヘル思想ニ出テタルニ外ナラズト雖道ハ債務者
 ニ對シテニ失シ且破産債權ノ請求權發生ノ立法上ノ目的ヲ超過スルヲ以テ其當ヲ得スト謂フヘシ(破
 産債權ノ請求權發生ハ破産ノ目的内ニ制限スルヲ以テ足レトス)(佛國ニ於テハ民法第一一八八條ニ
 於テ債務者ハ破産宣告ヲ受ケタルトキハ期限ノ利益ヲ主張スルコトヲ得スト規定シ又商法第四四條
 ニ於テ破産ノ宣告ハ第三者ニ對シ其未期限ノ到ラサル債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノト爲ス
 ト規定シタリ此二箇ノ規定ハ其觀念ヲ同クセサルモノナリ蓋前者ハ期限カ債務者ノ支拂實力上ノ信用
 ニ基クテノ觀念ニ根據シ後者ハ未期限ノ到來セサル債權ノ爲ニ其之ニ對スル配當額ヲ供託スルモノト
 セシムルカ爲ニ破産手續ノ終結ヲ遲滞スルニ至ル故ニ之ヲ避クルカ爲ニ破産宣告ニ債務者ノ期限ヲ消滅
 セシムルノ效力ヲ有セシムルノ觀念ニ根據スレハナリ民法及破産法案ハ前者ノ觀念ヲ依リ現行破産法
 及獨逸破産法ハ後者ノ觀念ニ依ル故ニ民法及破産法案ニ於テハ債務者カ破産宣告ニ因テ期限ノ利益ヲ
 喪フハ破産宣告ノ效力ニ非スシテ期限ノ性質ニ基クテ當然ノ效果ナリ反之現行破産法及獨逸破産法ニ於
 テハ破産債權ハ其期限カ未破産宣告ノ當時到來セサルトキト雖之ヲ破産手續ニ於テ主張スルコトヲ得
 ルハ期限ノ性質ニ基クテ當然ノ結果ニ非スシテ寧破産宣告ノ效力ナリ是破産法案ニ於テ破産債權ノ請求
 權發生ニ付何等ノ規定ヲ設ケタル所以ニシテ又現行破産法ニ於テ斯ル事項ニ付別段ノ規定アル所以ナ
 リ立法上ノ見解ニシテハ現行破産法ノ立法ヲ正當ト思フ)



以上略述セル如ク現行破産法ニ依レハ破産宣告ノ效力トシテ期限ノ未到來セザル破産債權ハ破産手續ニ從ヒテ之ヲ主張スルコトヲ得換言スレハ期限ハ破産財團ニ對シテ到來シタルモノト看做ス又民法及破産法案ノ注意ニ依レハ破産者カ期限ノ利益ヲ喪フ換言スレハ期限ハ破産者ニ對シテ到來シタルモノナラサルヲ以テ何レノ論決ニ依ルモ期限ノ未到來セザル債權ハ破産者ノ保證人其他ノ共同債務者ニ對シテ辨濟期ニ到リタルモノト爲ラス何トナレハ破産手續ノ外ニ於テハ辨濟期ノ未到來セザル債權ニ付其請求權ヲ發生セシムルノ必要ナク又他人ノ行爲ニ因テ利益ヲ被ルヘキ理ナキヲ以テナリ唯例外トシテ爲替手形及約束手形ノ主タル義務者(爲替手形ノ引受人又ハ引受ナキ爲替手形ノ振出人及外トシテ爲替手形ノ振出人)カ破産宣告ヲ受ケタルトキハ手形ノ償還請求權ニ付辨濟期ノ到來シタルモノトシ所持人ハ振出人及裏書譲渡人ニ對シテ償還請求ヲ爲スコトヲ得ルノミ是手形ノ確實ヲ期スルカ爲ノミナラス主タル義務者ノ破産ニ因テ信用ヲ喪失シタル手形トシテ存在セシムルモ其效用ヲ全ウスルコト能ハサレハナリ(商九八八條二項)元來此例外規定ハ舊商法第七七九條及第八一五條ノ規定ヲ前提トシテ行ル而シテ現行商法第四八〇條及第五二九條ハ舊商法ト其趣意ヲ異ニス故ニ斯ル例外規定ハ全然其適用ヲ見サルヘシ)保證人カ破産宣告ヲ受ケ無資力ト爲リタル場合ニ於テハ主タル債務者カ債權者ノ衆ニ因リ也ノ有資力ナル保證人ヲ立ツキ義務ヲ負フキ民法第四五〇條ノ規定ニ依リ明白ナリ又期限ノ未到來セザル債權ハ之ヲ擔保セル優先權ノ實行ニ關シテハ期限ニ到リタルモノト爲ラス何トナレハ優先權ノ實行ハ別除權トシテ破産手續ニ依ラサルヲ以テナリ(斯ル論決ハ獨派ノ立法殊ニ佛國商法第四四條ノ解釋トシテハ學者間ニ爭アル所ナリ或學者ハ佛國商法第四四條ニ於テハ通常ノ債權者ト優

先權アル債權者トノ間ニ何等ノ區別ヲ設ケサリシテ理由トシテ債權のニ論決シ或ハ質權、抵當權ノ如キ優先權アル債權者カ其優先權ヲ實行スルニハ破産手續ニ依ラサルモノナルヲ以テ辨濟期ニ到リタルモノト看做スノ法則ヲ適用スルハ不當ナリト理由ヲ以テ反對ニ論決シタリ我商法第九八八條第一項亦佛國商法第四四條ト同ク「破産者ノ債務」ト云フニ止メタルヲ以テ優先權ノ實行ニモ亦同條ノ適用アルカ如キ觀アリト雖理論上優先權ノ實行ハ別除權トシテ破産手續ニ依ラサルモノナルヲ以テ前示ノ如ク消極的ニ論決スルヲ正當ト思フ)

(二) 破産者ノ債務者ニ對スル效力 破産者ノ債務者ニ對スル破産宣告ノ效力ニ二アリ其第一ハ債務者カ債權者ニ對シテ其破産宣告後ニ爲シタル債務ノ辨濟カ破産債權者團體ニ對シテ無効ナルコト(商九八五條二項、破案五七條)ニシテ其第二ハ債務者カ債權者ニ對シテ其破産宣告後ニ於テ相殺ヲ爲スト得ルコトナリ(商九九五條、破案七九條以下、獨破五三條乃至五六條)前者ハ破産者ノ權利行爲ニ關スル效力ヲ説明スルニ當リテ詳述スルヲ適當ナリトス故ニ茲ニ之ヲ讓リ相殺ノ法則ヲ略述スルニ止ムヘシ

(1) 相殺權ノ意義 相殺ナル觀念ハ佛法系ト獨法系ト其趣意ヲ異ニセリ佛法系諸國ニ於テハ相殺ヲ以テ單純ナル節略辨濟ト認メタルカ故ニ債務者ハ債權者ニ對シテ其破産宣告ニ於テ相殺ヲ爲スコトヲ得ス是蓋債權者ハ其破産宣告ニ因テ破産財團ニ屬スル財產ニ付管理及處分ヲ爲スノ權能ヲ喪失セルニ由ル(商九八五條一項)反之獨法系諸國ニ於テハ相殺ヲ以テ單純ニ單純ナル辨濟節略ノ方法トセシテ尚他ニ債務者ニシテ債權者タル者ノ債權擔保ノ方法タル性質アルモノトシ其法理ハ留置權ニ關スル法理ト異ナルコトナシ換言スレハ留置權ハ債權者カ自ら占有スル債務者ノ有體物ニ對シテ他ノ債權者ヨリ優先シテ支拂ヲ受クル權利ニシテ相殺權ハ債務者ニシテ債權者タル者カ其負ヒタル債務ヲ他ノ債權者ノ利益

ノ爲ニ辨濟スルコトヲ却テ之ヲ自己ノ債權ニ對スル辨濟ニ充テ、對權利ナリ故ニ債務者ハ債權者ニ對シ其破産宣告後ニ於テ相殺ヲ爲スコトヲ得我現行破産法及破産法案ニ於テハ此點ニ關シ獨法系ノ法則ヲ是認シタルコトハ起草者ノ説明及破産法案第一編第六章相殺權ナル用語ニ依テ洵ニ明白ナリト認ム故ニ現行破産法及破産法案ニ所理相殺權ハ單ニ節略辨濟ノ方法タルニ止ラヌシテ甲債權者ニ對シテ債權ヲ有スル乙債務者ノ爲ニ甲債權者ノ破産宣告ニ因テ受クルコトアルヘキ損失ヲ避クル手段トシテ存スル防禦權(Dokingsrecht)ナリ換言スレバ破産宣告ヲ受ケタル債權者ニ對シ債權ヲ有スル債務者カ其擔保シタル債務ヲ他ノ債權者ノ利益ノ爲ニ辨濟スルコトヲ却テ之ヲ自己ノ有スル債權ニ充ツルコトヲ得ル權利ナリ是ヲ以テ債權者ハ或ハ民法ニ規定セル相殺ノ要件存セザルコト雖破産法ノ規定ニ從テ相殺ヲ爲スコトヲ得或ハ民法ニ規定セル相殺ノ要件存スルトキト雖破産法ノ規定ニ從テ相殺ヲ爲スコトヲ得サル場合アリ左ニ此各場合ヲ略述スヘシ

(1) 相殺ヲ爲スコトヲ得サル場合及之ヲ爲スコトヲ得サル場合

(2) 相殺ヲ爲スコトヲ得ル場合 債權者カ破産宣告ヲ受ケタル場合ニ於テハ其當時之ニ對シ債權ヲ有スル債務者ハ破産宣告ノ時ニ於テ未民法ニ規定セル相殺ノ要件存セザルコト雖破産法ノ規定ニ從テ相殺ヲ爲スコトヲ得是ヲ以テ

(a) 相殺ハ民法上同種ノ目的ヲ有シ且辨濟期ニ到リタル二箇ノ債權カ各當事者間ニ存スル場合ニ行ル債權消滅ノ方法ナリト雖(民五〇五條、獨民三八七條)債權者カ破産宣告ヲ受ケタル場合ニ在テハ之ニ對スル債務者ノ債權及債務カ期限附ナルトキト雖債務者ハ相殺ヲ爲スコトヲ得(商九五條一項)期限ニ至ラザル債權……、破産七九條、獨破五四條一項)債務者ノ債權カ期限附ナル場合ニ於テハ其債

權ハ商法第九八八條第一項ノ適用ニ依テ辨濟期ニ至リタルモノト爲ル(民一二七條一號)又債務者ノ債務カ期限附ナル場合ニ於テハ債務者ハ其權利トシテ期限前ニ辨濟ヲ爲スコトヲ得(期限カ債務者ノ利益ノ爲ニ存スルモノナルトキハ債務者之ヲ拋棄スルヲ得ルコト固ヨリ當然ナリ)隨テ債務者ハ其期限附債務ヲ相殺ノ用ニ供スルコトヲ得但破産法案ニ從テハ貸入カ破産宣告ヲ受ケタル場合ニ於テハ貸借入ハ其前拂ヲ爲シタル借貸中破産宣告ノ時ニ於ル當期及次期ノ借貸ニ付テハ相殺ヲ爲スコトヲ得是蓋破産宣告後ノ借貸ハ破産財團ニ屬スル財產ヨリ生スル果實ナルヲ以テ破産財團ニ屬シ之ヲ相殺ノ用ニ供スルコトヲ得サルヲ當然ナリトスト雖貸借人ノ利益ヲ保護シ破産宣告ノ時ニ於ル當期及次期ノ借貸ニ付相殺ヲ爲スコトヲ得ザラシメタルモノナリ(破産八〇條、民三一五條、獨破案二一條二項)債權及債務カ條件附ナルトキハ債務者ハ相殺ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤニ關シテハ現行破産法ニ於テハ別段ノ規定ナシト雖論理解釋上之ヲ爲スコトヲ得ト云フヲ正當ノ見解ナリト思フ但債務者ノ債權ヲ停止條件附ナル場合ニ於テハ債務者ハ其停止條件成就前ニ在テ停止條件ノ成就ニ因テ成立スヘキ債權ヲ相殺ノ用ニ供スルヲ得サルコト固ヨリ當然ニシテ債務者ハ管財人ニ對シテ自己ノ債務ノ辨濟ヲ爲サザルヲ得スト雖債務者ハ將來條件ノ成就ニ際シテ之ニ因テ成立スルコトアルヘキ債權ヲ相殺ノ用ニ供スル旨ノ意思ヲ表示シテ後日相殺ヲ爲スニ因リ受クヘキ利益ト同一ノ利益ヲ受クルコトヲ得(換言スレバ斯ル意思ヲ表示シテ自己ノ辨濟シタル債權額中其有スル停止條件附債權額ノ限度トシタルモノノ返還ヲ目的トスル條件附請求權(停止條件成就ノ際ニ斯ル返還ヲ受クヘキ請求權)ヲ自己ノ爲ニ存在セシメ且斯ル請求權ニ付擔保ヲ立ツヘキ旨ヲ請求スルコトヲ得(民二二九條、獨破五四條三項)而シテ後日相殺ヲ爲スヘキ旨ノ意思表示及後日返還ヲ求ムルコトヲ得ヘキ請求權ニ付テハ擔保ヲ立ツヘキ旨ノ意



意思表示ハ遅クモ自己ノ債務ヲ履行スルト同時ニ之ヲ爲ササルヘカラス蓋單純ニ債務ヲ辨濟シタル以後
 ハ其效果トシテ前述ノ如キ請求權カ債務者ノ爲ニ存スルコトナキヲ以テナリ(擔保トシテ供託シタル
 金額ハ停止條件成就セザル場合ニ於テ破産財團トシテ之ヲ配當スルキ言ヲ俟タス)又債務者ノ債權カ
 解除條件附ナル場合ニ於テハ債務者ハ無條件債權者ト同ク之ヲ以テ相殺ノ用ニ供スルコトヲ得此場合
 ニ於テ管財人ハ債務者ニ對シ將來解除條件ノ成就ニ因テ返還ヲ受クヘキ給付ノ爲ニ擔保ヲ請求スルコ
 トヲ得ルキ否キハ民法ノ規定ニ依テ之ヲ定ム(民二一九條)反之債務者ノ債權カ停止條件附又ハ解除條
 件附ナル場合ニ於テハ其法理ハ破産法案ノ解釋トシテ後述スルモノニ同シ故ニ之ヲ省略ス破産法案ニ
 從ヘハ債權及債務カ條件附ナルトキ又ハ將來ノ請求權ニ關スルトキト雖債務者ハ相殺ヲ爲スコトヲ得
 (破案七九條、八〇條、編破五四條一項)將來ノ請求權ノ意義ニ關シテハ破産債權ノ説明ヲ參照ス(シ)
 但債務者ノ債權カ停止條件附ナル場合又ハ將來ノ請求權ニ關スル場合ニ於テハ債務者ハ其債務ヲ辨濟
 スルト同時ニ後日相殺ヲ爲ス爲メ其債權額ヲ限トシ辨濟額ノ寄託ヲ請求スルコトヲ得ルニ止リ直ニ其
 有スル停止條件附債權又ハ將來ノ請求權ヲ相殺ノ用ニ供スルコトヲ得ス破案八二條、獨破五四條三項)
 蓋停止條件附債權ハ條件ノ成就前ニ在テハ未成立セザルヲ以テ停止條件附債權者ハ條件ノ成就ニ際
 シ之ニ因テ成立セル權利ノ目的ニ付満足ヲ享クルニ必要ナル行為ヲ爲スノ權利ヲ有スルニ過キス(民
 二二七條)又將來ノ請求權ハ前述ノ如ク停止條件附債權ト其法律上ノ狀態ヲ同クスレハナリ又債務者
 ノ債權カ解除條件附ナル場合ニ於テハ債務者ハ其債務ニ付相殺ヲ爲スト同時ニ其相殺額ニ付擔保ヲ供
 シ又ハ寄託ヲ爲スコトヲ要ス蓋解除條件附債權ハ條件ノ成就前ニ在テハ未消滅セザルヲ以テ解除條件
 附債權者ハ無條件債權者トシテ其負ヒタル債務ニ付直ニ相殺ヲ爲スコトヲ得ヘク又條件成就ニ際シテ

ハ解除條件附債權者ハ一旦相殺ノ用ニ供シタル債務ヲ履行セザルヘカラス隨テ其不履行ニ因テ損害ヲ
 被ルコトナカラシムルカ爲ニ破産債權者其他ノ利害關係人ノ利益ヲ保護スルコトヲ要スルヲ以テナリ
 破産法案第二七條乃至第二九條ノ規定ニ依リ他ノ債權者ヨリ後ニ辨濟ヲ受クヘキ者カ相殺ヲ爲ストキ
 亦然リ蓋斯ル債權者ハ解除條件附債權者ト其法律上ノ狀態ヲ同クスルヲ以テナリ(破案八三條)反之債
 務者ノ債權カ停止條件附ナル場合ニ於テハ債務者ハ其債務ニ付直ニ相殺ヲ爲スコトヲ得蓋條件ノ成就
 ニ關スル機會(Chance)ニ付テノ利益ヲ拋棄スルハ債務者ノ自由ニシテ又他ノ破産關係人ノ利益ヲ害ス
 ルコトナキヲ以テナリ而シテ債務者ハ其負ヒタル停止條件附債權ヲ直ニ相殺ノ用ニ供セスシテ却テ條
 件ノ成就後破産手續ニ依リ受ケタル配當額ヲ控除シタル破産債權ノ總額ト相殺スルコトヲ得ルキ言ヲ
 俟タス又債務者ノ債權カ解除條件附ナル場合ニ於テハ債務者ハ其債務ニ付直ニ相殺ヲ爲スコトヲ得蓋
 解除條件附債權ハ無條件債權トシテ之ヲ取扱フヘキモノナレハナリ而シテ相殺ヲ爲シタル場合ニ於テ
 ハ債務者ハ管財人ニ對シ將來解除條件成就ノ爲メ相手方ヨリ受クヘキ給付ニ付擔保ヲ請求スルコトヲ
 得ルキ否キハ民法ノ規定ニ依テ之ヲ定ム又債務者ハ將來解除條件成就ノ爲ニ相殺ノ效力ナカリシ結果
 トシテ復行使スルニ至ルヘキ破産債權ニ付破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得蓋解除條件附債權
 ヲ相殺ノ用ニ供シタル債務者ハ解除條件ノ成就ヲ停止條件トシタル破産債權ヲ有スル者ニ外ナラザレ
 ハナリ債務者ノ債權及債務カ共ニ未辨濟明ニ至ラザリシコトハ直ニ相殺ヲ爲スノ妨ト爲ルコトナク債
 務者ノ債權及債務カ共ニ條件附ナルコト亦然リ但停止條件附ナル場合ニ於テハ一方ノ條件成就後ニ非
 テレハ相殺ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ若然ラサルトキハ前述ノ法則ヲ適用スルコト能ハサレハナリ
 一方ノ停止條件成就セザルコト確實ナルニ至リタルトキハ相殺ノ目的欠缺スルヲ以テ相殺權ヲ行使ス



ルコトヲ得サルヤ言フ俟タヌ又相殺權ハ以上路通シタルカ如ク債務者ニシテ債權者タル者ノ有スル擔保方法ナルヲ以テ債務者カ破産者ニ對シ多數ノ債權ヲ有シ又債務ヲ負ヒタル場合ニ於テハ其相殺ヲ爲スヘキ債權及債務ヲ選擇スルコトヲ得

(b) 相殺ハ民法上同種ノ目的ヲ有シ且辨濟期ニ至リタル二箇ノ債權カ各當事者間ニ存スル場合ニ行ル債權消滅ノ方法ナリト雖債權者カ破産宣告ヲ受ケタル場合ニ在テハ之ニ對シテ有スル債務者ノ債權カ一定ノ金額ノ支拂ヲ目的トセザルトキト雖債務者ハ其金錢債務ト相殺ヲ爲スコトヲ得(商九九五條「金額未定ノ債權……」)破産七九條蓋債務者カ破産宣告ヲ受ケタル債權者ニ對シテ有スル債權ニシテ破産債權タルモノハ前述ノ如ク破産宣告當時ノ金額ニ於ル金錢債權ニ變性スルモノナレハナリ而シテ破産債權ノ價額ハ鑑定ニ依テ之ヲ定ム(破産八一條)債務者カ破産宣告ヲ受ケタル債權者ニ對シテ有スル債權ニシテ破産債權ニ非サルモノハ斯ル債權者ニ對シテ負ヒタル債務ト相殺スルコトヲ得ルヤ否ヤハ民法ノ規定ニ依テ之ヲ定メ破産法ニ於テ認メラレタル相殺ノ法則ニ依テ之ヲ定ムルヲ得サルモノナリ)

(乙) 相殺ヲ爲スコトヲ得サル場合 破産ハ前述ノ如ク損失ノ分擔ヲ目的トス故ニ各破産債權者ノ地位ハ破産宣告ニ依テ確定シ其有スル破産債權ニ對スル配當額ヲ受ケルニ止リ爾後ノ事情ニ基キテ之ヲ變更スルコトヲ得ス隨テ破産宣告後ニ於テ破産者ト其相手方トノ間ニ於テ民法上相殺ヲ許スヘキ要件存スルニ至リタルトキト雖相殺ヲ爲スコトヲ得ス是ヲ以テ

(a) 破産債權者カ破産宣告ノ後管財人ト取引ヲ爲シタル結果トシテ破産債權者團體ニ對シ債務ヲ負擔シタル場合ニ於テハ斯ル債務ト破産債權ト相殺スルコトヲ得ス蓋斯ル債務ハ破産債權者團體ノ

雜 錄

○大審院判例要旨

二三三 實親子ノ關係 實親子ノ關係ハ自然ノ血縁ニ因ルモノナルカ故ニ其血縁アル者ノ間ニ親子ノ關係存スルハ勿論ニシテ血縁アルコトノ知レサルカ如キ又ハ届出ヲ爲サス若クハ不實ノ届出ヲ爲シタルカ如キ場合ニハ唯其關係ヲ認メ得サルニ過キス(三十八年四月二十日第一民事部)

二三四 親族會員ノ職責違背 幼者保護ノ爲ニ開催シタル親族會ニ於テ其會員タル者幼者ノ利害ヲ顧サルカ又ハ不利益ヲ來スヘキ行爲ヲ敢スルカ如キハ親族會員ノ職責ニ違背シタルモノトス而シテ其行爲ハ議題ニ贊同スル方法ヲ以テ之ヲ爲スト自ラ進テ行フト將法定代理人ト共謀シテ爲ストハ之ヲ問フノ要ナシ(同年六月六日第一民事部)

二三五 民法第九二九條ノ法意 民法第九二九條ハ公益上未成年者ヲ保護センカ爲ニ設ケラレタルモノナレハ後見人ノ爲シタル法律行爲ハ親族會ノ決議ニ因ル授權ニ相伴ヒテ成立セシムルノ旨趣ニシテ固ヨリ後見人ノ爲シタル法律行爲カ該授權ヲ離レ獨立シテ適法ニ成立シ得ヘキ法意ニ非ス(同年五月二十四日第二民事部)

二三六 婿養子ノ離縁ト相續權ノ歸屬 民法旅行前法定ノ推定家督相續人タル長女ノ婿養子ト爲リタル者離縁シテ家ヲ去リ其婚姻中懐胎シタル子女亦出生セザルトキハ其家ノ相續權ハ戸主ノ最近卑屬ナル長女ニ復歸シテ直ニ胎兒ニ移轉スルコトナシ故ニ戸主カ再婿養子ヲ迎ヘ其長女ニ配偶セシメ



タルトキハ其婿發子ハ養嗣子ト爲リ家督相續人タルノ身分ヲ取得スルモノトス(同年六月一日第一民事部)

○判事檢事登用第一回試驗及辯護士試驗ノ豫備試驗問題 同試驗ハ本年ヨリ豫備試驗ヲ行フコトト爲レルカ去十一月司法省內ニ於テ施行セラレタル同試驗ノ問題左ノ如シ

司法官試驗ノ豫備試驗問題(三題中一題選擇、假名交普通文體)
余ハ何故ニ司法官タルコトヲ願フヤ
品性論

德川幕府ノ政治

辯護士試驗ノ豫備試驗問題ハ右ノ第一問題中司法官ヲ辯護士ニ更ヘタルノミニシテ他ハ同一ナリ
○文官高等試驗ノ迅速作文試驗問題 本年施行ノ同試驗ハ同十二日衆議院內ニ於テ施行セラレタルカ其問題左ノ如シ

憲法 法律ヲ以テ觀ニ其子ノ信教ヲ強要シ若クハ信教ヲ禁止スルノ權ヲ與フルコトヲ得ルカ憲法
第二十八條ニ照シ解答スヘシ

刑法 「ベツカリアル」死刑廢止論ヲ叙セヨ
民法 我邦ノ出訴期間ト現行民法ニ於ケル消滅時效トノ異同ヲ説明スヘシ

行政法 道路ノ使用料ノ性質及使用料ノ歸屬スヘキ主體ヲ論スヘシ
經濟學 手形割引ノ何タルヲ説キ其利益ヲ述フヘシ

國際法 英米分離ノ際米國ノ得タル條約上ノ漁業權ハ其後ノ英米戰爭ニヨリ消滅スヘキヤ

法學志林

第七卷 第八號 每月一回十日發行
定價一冊拾貳錢
郵稅拾錢
十冊前金 郵稅共
壹圓貳拾錢
發行 法學博士 謙次郎

◎志林 ○最近判例批評(其三十二).....法學博士 梅 謙次郎
○體權ニ就テ.....法學士 乾 政 彦
○精神病者ト民事責任.....法學士 牧 野 英 一

◎解疑 ○他人カ婦女ノ手足ヲ制縛シアルヲ.....法學士 豐 島 直 通
○奇貨トシ森シタル者ノ處分.....法學士 豐 島 直 通
○上告裁判所ニ於ケル刑ノ執行猶豫.....法學士 栗 田 貞 三

◎散錄 ○手形ハ有價證券ナリヤ否ヤ.....法學士 栗 田 貞 三
○鮎魚二日ノ遊.....水 去 堂 主 人
○自惚論.....碧 江 學 人

◎寄書 於清國釐金稅之可否.....法政大學 楊 運成科學生
其他判例、雜報、記事等 數十件

發行所

法政大學

校外生規則摘要

- 一 一ヶ年引續キ校外生タル者ニシテ本大學ニ入學スル者ハ入學金ヲ免除ス
- 一 講義錄ヲ講習ナシタリタル者ハ手數料金二十錢ヲ納メテ校外生修業證書ヲ請求スルコトヲ得
- 一 校外生ハ少クトモ翌月分ノ月謝ヲ毎月末日迄ニ納付スヘシ月謝金不納三ヶ月ニ及フトキハ退學ト看做ス
- 一 校外生ハ講義錄ニ記載スル所ノ學科科目中ニ修業アルトキハ相當返信料(郵券)ヲ封入シテ質問スルコトヲ得
- 一 質問書ニハ講義科目、頁數及疑問ノ要點ヲ記載スヘシ
- 一 質問書ハ本大學編輯局ニ宛テ送付スヘシ

明治三十七年十一月十日第三種郵便物認可
毎月三回五日十五日二十五日發行

明治三十八年九月廿二日印刷
明治三十八年九月廿五日發行 (定價金三十錢)

東京市牛込區牛込北町十番地

編輯者 萩原敬之

東京市牛込區矢來町三番地

印刷者 小宮山信好

東京市芝區四ノ久保明舟町十一番地

印刷所 金子活版所

東京市麹町區富士見町六丁目十六番地

發行所 司法省 法政大學

(電話番町百七十四番)