

法政大學講義録

松岡, 義正 / 青木, 徹二 / 加藤, 正治 / 牧野, 菊之助 / 板倉, 松太郎 / 山口, 弘一

(出版者 / Publisher)

法政大學

(巻 / Volume)

3

(号 / Number)

3学年の1

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

135

(発行年 / Year)

1906-10-30

四十年度

法政大學講義錄

第三號

法政大學發行

（明治三十八年十一月九日第三種郵便物認可）
（每月三回、十日、二十日、三十日發行）
明治三十九年十月三十日發行（第參學年ノ一）



四十年 第三號 目次

國際私法	(至四一)	山口 弘
民法親族	(至五六)	法學士 牧野菊之助
民法相續	(至五六)	法學士 牧野菊之助
商法手形	(至四一)	青木 徹二
商法海商	(至一三)	法學博士 加藤 正治
民事訴訟法	自第三編(至七二) 至第五編(至七三)	法學士 松岡 義正
民事訴訟法	自第六編(至三三) 至第八編(至三三)	法學士 板倉松太郎
破産	法(至一六)	法學博士 加藤 正治

雜錄 ○判檢事辯護士試驗問題

國際私法

山口 弘 一 講述

第一編 總論

第一章 國際私法ノ定義及ヒ性質

國際私法ノ定義ハ左ノ如シ

國際私法トハ涉外的私法關係ニ對シ内外法中孰レヲ適用スヘキヤノ問題ヲ定ムル私法ヲ謂フ此定義ヲ分析スレハ左ノ如シ

第一 國際私法ハ涉外的私法關係ヲ定メタル者ナリ 涉外的私法關係トハ内國ノ私法(成文法、不文法)ト外國ノ私法(成文法、不文法)トニ牽聯スル法律關係ヲ謂フ者ニシテ其ノ發生原因五アリ第一ハ當事者ノ國籍ノ差異ナリ例ヘハ日本人カ他ノ日本人ト日本ニ於テ日本ニ存在スル財産ニ付キ取引スルトキハ其法律關係タルヤ日本ノ法律ノミニ關係スル者(内國的法律關係)ナレトモ若シ日本人カ同一ノ取引ヲ外國人ト爲ストキハ相手方カ外國人ナルカ爲メニ其本國

國際私法 總論 國際私法ノ定義及ヒ性質

法カ此法律關係ニ牽聯スヘシ是ニ於テカ此私法關係ハ涉外のナリ第二、法律行為ノ目的物カ外國ニ存在スルトキハ其法律關係ハ涉外のナリ例ヘハ外國ニ存在スル不動産ヲ日本人カ日本ニ於テ他ノ日本人ニ讓渡スルトキ不動産所在地ノ法律ハ此法律關係ニ關係スヘシ第三、行為地カ外國ナルトキハ此私法關係ハ涉外のナリ例ヘハ日本人カ外國ニ於テ他ノ日本人ニ對シ不法行為ヲ爲シタル場合ノ如キ之ニ因リテ生スル私法關係ハ涉外のナリ第四、外國法ノミニ關係アル私法關係ト雖モ爾後之ニ關シ日本ノ裁判所ニ訴ヲ提起スルトキハ此私法關係ハ涉外のナリ第五、事實(例ヘハ死亡)カ外國ニ於テ生スルトキハ私法關係(例ヘハ相続)ハ涉外のナリ

第二、國際私法ハ國法ナリ 國際私法ハ一ノ法規ナル點ニ於テ他ノ國法ト異ナルコトナシ法規トハ抽象的事項ニ結果ノ附著スルヲ謂フモノニシテ涉外的法律關係ナル抽象的事項ニ内外法適用ナル結果カ附著スルカ故ニ一般ノ國法ト其性質ヲ同シウス

第三、國際私法ハ間接法ナリ 國法ニハ直接法ト間接法トノ區別アリ他ノ法律ヲ基礎トセスシテ個人又ハ國家ノ地位ヲ規定スル者ヲ直接法ト謂ヒ他ノ法律ノ爲メニ存在スル法律ヲ間接法ト謂フ國際私法ハ内外法律殊ニ私法ノ衝突ヲ解決スルモノニシテ他ニ民法又ハ商法ノ存在スルコトヲ前提トスルモノナルカ故ニ間接法ナリ

第四、國際私法ハ私法ナリ 國法中公私法ヲ分別スル標準ハ其規定スル所ノ主體ニ在リ法律カ主トシテ個人ノ地位ヲ定ムルトキハ私法ニシテ主トシテ國家ノ地位ヲ定ムルトキハ公法ナリ國

際私法ハ私法ノ適用ヲ定メテ個人ノ地位ヲ定ムルカ故ニ私法ナリ

第五、國際私法ハ涉外の私法關係ノ準據法ヲ定メタルモノナリ 準據法トハ涉外の私法關係ニ適用セラルヘキ法律ヲ謂フ

右ニ示シタル定義ノ分析ニ由リテ國際私法ノ性質モ自ラ分明タルヘシ然ルニ從來ノ學者ハ概ネ國際私法ヲ以テ國際法ト爲セリ其理由ト爲ス所ハ國際私法ハ國家間ニ生シ得ヘキ主權ノ衝突ヲ解決スル規則ナリト云フニ在リ然レトモ各國主權ノ領域ハ劃然トシテ定マル者ナルカ故ニ主權ノ衝突カ起ルヘキ管ナシ今國際私法ト國際法トノ差異ヲ舉クレハ左ノ如シ

第一、國際法ハ國家間ノ關係ヲ定メ國際私法ハ個人間ノ關係ヲ定ム

第二、國際私法ニハ制裁アレトモ國際法ニハ制裁ナシ

第三、各國立法者ハ他國ノ承諾ヲ要セスシテ國際私法ノ規則ヲ定ムルコトヲ得ヘシ然ルニ國際法ノ制定、變更ハ一ニ國際團體員ノ合意ニ因ル

第四、國際法ノ規定ハ統一のナレトモ國際私法ノ規定ハ各國同シカラス

第二章 國際私法ノ名稱

學者カ國際私法ニ下シタル名稱頗ル多シ左ニ其顯著ナル者ヲ紹介スヘシ

第一 International Privatrecht 此ハ族民間ノ私法ト譯スヘキ者ナルカ法律ハ國民ノ所有ニ

國際私法 總論 國際私法ノ名稱

シテ族民ノ所有ニ非ス蓋シ國民トハ一憲法ノ下ニ生息スル人類ノ團體ヲ謂ヒ族民トハ血統ヲ同シウスル人類ノ全體ヲ謂フ假ニ族民ナル文字ハ便宜上國民ナル文字ノ代リニ使用シタリシトスルモ此名稱ハ各國民ヲ統轄スル私法ナリトノ觀念ヲ起サシム是レ國際私法ノ性質ニ反スルモノナリ

第一 Private International Law, droit international privé 此ハ私的國際法ト譯スヘキ者ニシテ「フネリツクス」等ノ例ニ從ヒ國際法ニ公私ノ二種類アルコトヲ認ムル人ノ用フル所ニシテ其不當ナルコト固ヨリ言フヲ俟タス

第二 conflict of laws 法律ノ衝突ト譯スヘシ是レ亦不當ナル文字ナリ何トナレハ主權ノ領域カ劃定セラレタル今日ニ於テ法律ノ衝突カ有リ得ヘキ筈ナシ蓋シ二物同時ニ同一ノ空間ヲ占メントシテ始メテ衝突ヲ生スルモノナレハナリ便宜上法律ノ衝突ナル語ヲ用フルハ不當ニ非ストスルモ國際私法ハ法律ノ衝突自體ニ非スシテ之ヲ解決スル規則ナリ

第四 國際私法 此ハ我國ニ於テ既ニ久シク行ハルル所ナルモ此語タルヤ國家間ニ一種ノ私法カ存在スルコトヲ想像セシムル者ナルカ故ニ不當ナリ

第五 涉外私法 本語ハ余ノ竊ニ案出セシ所ナリ

第三章 國際私法ノ研究法

民法 親族

法學士 牧野菊之助 講述

緒論

第一 親族法ノ概念

親族法ハ民法ノ一部ニシテ親族關係又ハ家族關係ヨリ生スル諸種ノ權利義務ヲ規定スル法規ヲ謂フ
親族關係トハ人ノ血族タリ姻族タリ將タ又配偶者タルノ關係ヲ謂フ父母、子孫、兄弟、姉妹相互ノ關係ハ即チ血族關係ニシテ夫タリ妻タルノ關係アレハ則チ配偶者トシテノ親族關係ヲ生シ既ニ配偶者アレハ其一方ト他ノ一方ノ血族トノ間ニ姻族關係ヲ生スヘシ此等ノ關係タルニ親族法ノ規定ニ俟ツヘキモノニシテ人ノ此社會ニ於ケル位置階級即チ身分ナルモノニ之ニ因リテ定マルモノトス

家族關係トハ戶主ト家族トノ關係ヲ謂フ戶主ハ即チ一家ノ長ニシテ戶主ノ親族ニシテ其家ニ在



ル者及ヒ其配偶者ヲ家族ト稱ス我親族法ノ上ニ於テハ未タ家族制度ヲ採リ一國ノ單位ハ一家ニ在リトノ主義ヲ襲用スルヲ以テ何人ト雖モ家族關係ナキコトヲ許サス一家ヲ親族構成ノ基本ト看做スヘキモノトス蓋シ社會進歩シ簡人カ社會ノ單位ヲ形成スルニ至ラハ親族法ハ單ニ親族關係ヨリ生スル諸種ノ權利義務ヲ規定スルニ止マルヘキモ我親族法カ親族關係及ヒ家族關係ヲ併セ規定セル所以ノモノ亦過渡時代ノ法制トシテ止ムヲ得サルモノアレハナルヘシ

親族關係及ヒ家族關係ハ人ノ出生、婚姻、縁組、離婚、入籍、轉籍、復籍、隱居、廢絶、家再興及ヒ國籍喪失等ノ原因ニ依リ發生シ又消滅スヘシ而シテ此等ノ原因タル事實ハ戶主、親子、夫妻其他各人ノ權利義務ノ異同生滅ノ動機タルヘキモノニシテ親族法ハ總テ此等ノ事項ニ關シテ特別ナル規定ヲ包含ス

物權法、債權法モ亦均シク一私人ノ權利義務ノ關係ヲ規定スルニ外ナラス然レトモ此等ノ法規ハ主トシテ直接ニ人ノ財産上ニ於ケル關係ヲ眼目トス親族法ハ之ニ反シテ主トシテ戶主、家族、夫婦、親子等人ノ身分上ニ於ケル關係ヲ主眼トス從テ彼ト此ト共ニ均シク普通私法タル民法ノ一部ヲ占ムルモノトス

戶主、家族、夫婦、親子ノ關係ニ甚ク必然ノ結果トシテ此等ノ者ノ間ニ於ケル財産上ノ關係モ均シク親族法ノ規定スル所タリ例ヘハ夫婦ノ財産契約ノ如キ扶養ノ義務ノ如キ又ハ親權者又ハ後見人ノ子又ハ被後見人ノ財産ニ對スル權利ノ如キ是ナリ此等ノ事項タル固ヨリ純然タル親族

法ノ範圍ニ入ルヘキモノニ非サルカ如シト雖モ親族關係ト極メテ密接ニシテ且其關係以外ニ獨立シ得サルモノアレハナルヘシ從テ之ヲ親族法ヨリ除外スル能ハサルナリ故ニ學者ハ或ハ親族法ヲ分チテ純正親族法ト親族財産法ノ二トスル者アリ

保佐ハ後見ト異ナリ其權能ハ後見人ノ如ク代表權アルニ非ス唯準禁治產者ノ行爲ヲ保佐シ其智能ノ欠缺ヲ補足スルモノニ過キス從テ其選任黜陟等ノ規定ハ親族法ノ内容タルヘキモノニ非ス然レトモ保佐人モ亦智能ノ欠缺者ヲ保護スヘキモノタルノ點ニ於テハ禁治產者ニ對スル後見人ト其資ヲ一ニス從テ親族法ハ亦保佐人ノ選任等ニ付テハ之ヲ後見ノ章ニ規定スルニ至レリ

然ルニ我親族法ハ親族關係ト相待テ離ルヘカラサルモノノ換言スレハ親族關係ノ發生消滅ニ至大ノ關係アル手續上ノ法規ハ反テ之ヲ除外シ特別ノ法律ト爲セリ彼ノ戶籍法、人事訴訟手續法、非訟事件手續法ノ如キ是ナリ蓋シ我民法ハ主法的规定ヲ爲スニ止マリ助法的规定ハ之ヲ特別法ニ讓ルノ主義ヲ採リタルヨリシテ斯ル結果ヲ來セルノミ固ヨリ親族法ノ規定ハ助法的规定ト相俟テテ其實用ヲ見ルヘキモノナレハ親族法ノ研究上須ク此等附屬ノ諸法律ヲ參照セサルヘカラサルハ亦多言ヲ要セズ

第二 親族法ノ位置

親族法ノ位置ハ其範圍内容ト共ニ社會ノ進運ニ伴ヒ古今自ラ差異アルヲ免レス蓋シ古代社會ニ

於テ人ノ權利義務ハ身分ニ附著スルモノ多ク彼ノ會長タリ家長タル身分地位ハ生命、身體又ハ財産上ニ於ケル重要ナル權利ノ總括者ヲ意味スルカ如ク一切ノ法律關係ハ皆此身分地位ノ如何ニヨリ左右セラレ財産ハ擧テ其身分地位ニ在ル者ノ獨占ニ歸シ財産ノ移轉ハ即チ其身分地位ノ異動ニ隨フヘク人ノ私法的關係ハ一ニ身分地位ニ依リテ定マリ財産法、相続法ノ如キ一ニ親族法即チ人事法ノ範圍ニ屬スルト同時ニ親族法ハ實ニ私法ノ一大部分ヲ占メ其首要ナル部分ヲ構成セリ然ルニ人文漸ク開ケ家族制ハ衰ヘテ個人制ト爲リ家族モ亦財産ヲ特有スルヲ得ルニ至リ或ハ獨立シテ商工業ヲ營ミ之ニ依リテ以テ財産ヲ得又ハ契約ニ因リテ財産ノ移轉、變更ヲ來シ社會經濟上ノ發達ト相俟テテ財産ニ關スル規定ハ人事法以外ニ獨立スルニ至リ親族法ハ其範圍ヲ縮少セラルルニ至レリ又家族制ノ衰頽スルニ從ヒテ相續制モ亦變シテ家長權相續ヨリ財産相續ニ進ミ相續法ノ發達ハ亦遂ニ親族法ノ範圍ヲ狭小ナラシメ人ノ地位カ身分ニ依リテ定マルノ時代ヨリ變遷シテ百般ノ事物ハ契約ニ依リテ定マルモノ多キニ至リ契約法ノ範圍擴大スルト共ニ親族法ハ亦其範圍ヲ減縮セラルルニ至ル從テ親族法ノ位置ハ財産法又ハ契約法ノ次位ニ下ルニ至レリ要スルニ親族法ノ範圍ハ社會ノ進歩ト共ニ縮少スルモノナルコト明カニシテ社會ノ單純ヨリ複雑ト爲ルニ及ヒ法律ノ分化漸ク定マリ遂ニ今日ノ狀態ト爲ルニ至ル而モ我親族法ノ如キ之ヲ歐洲諸國ノ親族法ニ比シ其範圍ノ均シカラサル亦止ムヲ得サルナリ

近世諸國ハ多ク民法ヲ制定シ親族法ヲ民法中ノ一編トス而モ其民法中ニ於ケル位置ニ付テモ自ラ異ナル所アリ佛民法其他ノ佛法系諸國ニ在リテハ私權ノ享有能力等ニ關スル法規ト雖モ之ヲ人事編中ニ規定シ民法ノ首部ニ置クニ反シ獨逸法系ノ諸國ニ於テハ親族法ヲ獨立ノ一編トシ其位置ヲ物權法、債權法ノ次ニ位セシム我民法ハ後者ニ則リ第一編總則、第二編物權、第三編債權、第四編親族、第五編相續トシ全ク獨逸式ニ則リタルハ一ニ社會ノ趨勢ニ鑑ミ親族法ハ特種ノ法律關係ヲ定ムルノ法規ナリトセルニ職由ス

第三 親族法ノ性質

親族法ノ性質モ亦社會ノ變遷ニ伴ウテ自ラ異ナラサルヲ得ス家族制時代ニ於テハ相續法若クハ財産法ト合併シテ人事法即チ身分法トシテ公法的、私法的ノ兩性質ヲ具有シタルコトアリキ然レトモ近世諸國ノ法制ニ依レハ親族法ハ(一)私法ナリ(二)普通法ナリ(三)主法ナリト謂フコトヲ得

一 法ヲ公私ノ二ニ分ツハ一般ニ認メラルル所ニシテ何ヲカ公法ト謂ヒ何ヲカ私法ト謂フヤハ議論ノ存スル所ナリト雖モ法律關係ノ上ニ於テ主體ノ一方若クハ雙方カ直接又ハ間接ニ國家又ハ公法人ナルトキハ其法律ハ公法ニシテ主體ノ一方又ハ雙方トモニ一個人ナルトキハ其法律ハ私法ナリトノ說ニ從ヘハ親族法ハ公法ニシテ主體ノ一方又ハ雙方トモニ一個人ナルトキハ其法律ハ私法ナリトノ說ニ從ヘハ親族法ハ私法ナルコトヲ疑ハス親族法ハ則チ人ノ戸主タリ家族タリ夫タリ妻タリ若クハ親子間又ハ後見人、被後見人間ノ關係ヲ定ムルモノニシテ其法律關

係中毫モ國家若クハ公法人ノ存スルコトナシ尤モ親族上ノ關係ニ於テ檢事、裁判所又ハ戶籍吏ノ如キ國家ノ機關ト一私人トノ關係ヲ定ムルモノアリト雖モ是レ唯立法上ノ便宜ニ出テタルニ過キス其之アルカ爲メニ親屬法ノ私法タル性質ヲ害スルモノニ非サルナリ

二 法律適用ノ範圍ニ於テ特別ノ人又ハ特別ノ場所ニノミ適用スヘキモノハ特別法ニシテ國家ノ一員トシテ何人モ遵奉スヘキモノ又ハ國內一般ニ行ハルモノハ普通法ナリトス親族法ハ人ノ親族關係又ハ家族關係ヲ規定シタルモノニシテ國內ノ或部分又ハ國民ノ或階級ニノミ限リテ適用セラルヘキモノニ非ス故ニ親族法ハ普通ナルコトヲ疑ハス

我皇室ハ固ヨリ私人ト同視スヘキニ非ス故ニ皇族間又ハ皇族ト然ラサル者トノ間ニハ親族法ヲ適用セス皇室典範、皇室婚嫁令又ハ皇室誕生令等ノ設アリ皆親族法ノ範圍外ニ屬ス

華族ニ關シテハ特別ノ理由ニ因リ特種ノ制限ニ遵フノ外總テ親族法ノ規定ニ依ラサルヘカラス

三 法ヲ主法、助法ニ分ツハ其法規ノ性質一ハ權利義務ノ實體ヲ定メ一ハ之カ實行ノ手續ヲ定ムルニ因ル此區別ヨリシテ之ヲ觀レハ親族法ノ主法タルコト論ヲ俟タス是レ一ニ民法編制ノ主義ノ然ラシムル所ナルコト前段論述スルカ如シ

親族法ノ規定セル事項ハ戶主、家族、夫婦、父子、後見人、被後見人等ノ關係ニシテ此等ノ關係ハ一ニ公ノ秩序、善良ノ風俗ヲ維持スルカ爲メニ必然ナルモノニシテ其之ヲ維持スルカ爲メ

ニハ其國固有ノ倫理道德上ノ觀念ト相一致シ其國社會ノ風儀ニ乖戾セザランコトヲ要ス從テ其規定ハ當事者ノ便宜ヲ主トセス一ニ社會ノ公秩良俗ニ適合セシムルヲ眼目トセサルヘカラス是レ實ニ親族法ノ物權法、債權法等ニ於ケルト異ニシテ強要の性質ヲ帶フルモノ多キ所以ナリトス固ヨリ親族法中ニ在リテモ人ノ自由意思ヲ容ルルコトヲ許スモノナキニ非スト雖モ(夫婦財産制ノ如キ其一例ナリ)其主要ナル部分ハ概シテ強要の法規ナリト謂ハサルヘカラス蓋シ人トシテ家ナク家トシテ戶主ナク父ニシテ子ニ對スルノ親權ヲ有セス妻ニシテ夫ト同棲セサルモ可ナリトセハ戶主、家族、夫婦、父子ノ關係ハ如何ニシテ之ヲ持續スヘキカ父子、夫婦ノ關係ハ一國ノ倫理風教ニ影響スルトコロ重且大ニシテ父子相親愛シ夫婦相輯睦スヘキハ倫理上ノ大本ニシテ風教ノ依テ以テ維持セラルル所ナリトス彼ノ輕シク夫婦ノ關係ヲ解消セザラシムルカ爲メニ離婚ノ原因ヲ制限シ戶主カ家族ヲ離籍スルニハ自ラ其原因アルコトヲ要シ親權ノ喪失ニハ裁判ヲ要シ婚姻又ハ縁組ニハ各、其要件ヲ定メ其效果ヲ明示スル所以ノモノ一ニ公秩良俗ノ維持ノ爲メ法律カ之ヲ強要スル所以ノモノニ外ナラスンハアラズ

既ニ親族法ノ規定ハ其國社會ノ狀態ニ適應セシメ倫理風教ニ背戾セザラシメ道義ノ大本ト立國ノ基礎トニ參酌スヘキモノナルカ故ニ親族法上ノ權利例ヘハ夫權、親權、後見權ノ如キモ亦普通一般ノ權利ト多少性質ヲ異ニスルモノアリ此等ノ權利タルヤ權利トシテ權利者ノ利益ノ爲メニ存スルモノタルヤ勿論ナリト雖モ一面其相手方ノ利益ノ爲メニ存シ權利タルト同時ニ義務タ

ルノ性質ヲモ具有スルモノタリ學者ハ曰ク後見ハ公務ナリト夫權、親權將タ戶主權モ亦均シク公務ナリト謂フコトヲ得シカ是レ實ニ財産上ノ權利ト異ナル所ニシテ一ニ親族法ノ性質上然ラシムル所ナリト謂フヘシ

第四 親族法ノ適用

親族法ノ普通私法タルコト前段説明スル如クナルヲ以テ我日本臣民トシテハ其何人ナルト其何レノ地ニ在ルトヲ問ハス均シク親族法ノ適用ヲ受クヘキハ固ヨリ論ナシ蓋シ人ノ身分能力ニ關スル法規ハ概シテ屬人的ナルヲ原則トシ其人ノ到ル所ノ地ノ如何ヲ問ハス其人ノ本國法ヲ適用スヘキモノナレトモ日本國內ニ在ル者ハ其日本人タルト外國人タルトヲ問ハス均シク我親族法ヲ適用スヘキヤ又日本國內ニ於テ發生シタルト日本國外ニ於テ發生シタルトニ依リ親族法ノ適用ヲ異ニスヘキヤ否ヤニ付テハ一概ニ之ヲ論斷シ得ヘキニ非ス往時鎖國主義ヲ採リ他國ト毫モ交通セス孤立ノ地位ヲ守ルニ當リテハ法律關係敢テ複雜ナラザリシト雖モ今日ノ如ク諸國ト交通シ諸國民互ニ相來往スルニ及ヒテハ涉外事項ニ付キ我親族法ノ適用如何ハ實ニ之ヲ研究セサルヘカラス而モ此等ノ點ニ付テハ所謂國際私法ノ範圍ニ屬スル所ナルヲ以テ今別ニ之ヲ詳説スルノ限ニ在ラス

親族法ノ時ニ關スル效力即チ親族法ノ範圍ニ屬スル事項ハ其何レノ時ヨリ之カ適用ヲ受クヘキカノ問題ニ付テハ一般ノ原則ニ從ヒ民法施行以後ニ生シタル事項ニ付テハ我親族法ノ適用ヲ受クヘク此點ニ付キ敢テ別段ノ例外アルヲ見ス我民法ハ明治三十一年七月十六日ヨリ施行セラレタルヲ以テ同日以後發生シタル親族法上ノ事項ハ悉ク之カ適用ヲ受ケサルヘカラスハ論ナシ法律ハ既往ニ遡ルノ效力ナキヲ原則トス然レトモ法律ハ又或特別ノ場合ニ於テ遡及效ヲ認ムルコトアリ斯ノ如キハ畢竟公益ノ必要ニ出ツルニ外ナラス親族法上ノ規定ハ前述スルカ如ク公秩良俗ヲ維持スルヲ眼目トシ從テ民法施行以前ニ於テ生シタル事項ニ付キ尙ホ親族法ヲ適用スヘキ特別ノ場合ヲ定ム即チ民法施行法第五章ノ規定之ナリ其如何ナル場合ニ親族法ヲ適用スヘキカハ今之ヲ論セス後ニ至リ各場合ニ付キ之ヲ指示スルコトアルヘシ

第五 親族法ノ編制

我國從來成文律ナキニ非ザリシモ一部ノ民法トシテ完成セルモノ勿論之ヲ存セス殊ニ其親族ニ關スルモノノ如キ僅ニ二ノ規定ヲ存スルノミニシテ一ニ條理ト舊慣トニ準據シテ之ヲ定ムルノ外ナカリシ維新以降風ニ法典編纂ノ業ヲ企テ遂ニ明治二十三年法律第二八號及ヒ同年法律第九八號ヲ以テ民法全部ヲ公布シ人事編、財產編、財產取得編、債權擔保編、證據編ノ五編ニ分チ親族ニ關スル規定ハ其人事編中ニ之ヲ定メ明治二十六年一月一日ヨリ實施セラルコトト爲レリ然ルニ其ノ實施前ニ於テ實施延期ノ議論紛然トシテ起リ朝野ノ間延期、斷行ノ二派ヲ生シ

議論囂囂決スル所ナカリシカ我帝國議會ハ民法實施延期ノ法律案ヲ可決シ爲メ明治二十九年十二月三十一日マテ其施行ヲ延期セラレタリ、是ニ於テ政府ハ法典調査會ナルモノヲ設ケ朝野ノ法曹ヲ擧ケテ之カ委員トシ民法全部ノ修正ニ著手シタルモ其完成ヲ見ルニ至ラザリシヨ以テ明治二十九年十二月更ニ法律第九四號ヲ以テ明治三十一年六月三十一日マテ民法ノ實施ヲ延期シタリ其間明治二十九年二月民法中第一編乃至第三編ヲ帝國議會ニ提出シ之カ協賛ヲ得同年法律第八九號ヲ以テ公布セラレタリ次テ明治三十年十二月民法第四編、第五編ヲ帝國議會ニ提出シタルモ其解散ニ因リ未タ議ニ上ルニ至ラス翌明治三十一年五月更ニ之ヲ帝國議會ニ提出シ之カ協賛ヲ得同年法律第九號ヲ以テ公布セラレタリ民法全部ノ公布ヲ見ルニ至レリ而シテ同年六月二十一日勅令第二三號ヲ以テ民法全部ハ民法施行法、戶籍法、人事訴訟手續法、非訟事件手續法、競賣法ト共ニ明治三十一年七月十六日ヨリ施行スヘキコトヲ定メラレタリ是レ即チ現行民法ナリトス

今其親族編ノ編制ヲ見ルニ之ヲ分チテ八章トシ第一章總則、第二章戶主及ヒ家族、第三章婚姻、第四章親子、第五章親權、第六章後見、第七章親族會、第八章扶養ノ義務トセリ此編制タル學理ト實際トヲ斟酌シ編別其當ヲ得タルモノニ庶幾シ第一章ニ於テハ親族ノ範圍及ヒ親等ノ算定法ニ關スル規定ヲ掲ク而シテ之ヲ編首ニ置キタル所以ノモノ畢竟本章ノ規定ハ親族法ノ基礎ニシテ他ノ各章ニ掲ケタル規定ニ共通ナルヲ以テナリ

第二章ニ於テハ戶主ト家族トノ關係ヲ示シ其權利義務及ヒ戶主權ノ取得喪失又ハ家族ト爲ル事由、廢絶家ニ關スル規定ヲ掲ク而シテ之ヲ第二章ニ掲ケタル所以ノモノ畢竟我國現時ノ狀態ハ尙ホ家族制ヲ以テ基礎トシ家ノ組織ハ親族關係ノ關鍵ヲ爲スモノナレハナリ

第三章ニ於テハ婚姻ノ要件、效力、婚姻ノ無効、取消又ハ離婚ニ關スル規定ヲ掲ク是レ蓋シ婚姻ハ親族關係ノ發生原因中其最モ主要ナルモノニ屬スルヲ以テナリ其離婚ノ規定ヲ同一章中ニ掲ケタルハ離婚ハ畢竟婚姻ノ效力ヲ失フ一原因トシテ之ヲ見ルヲ得ヘキカ故ノミ

第四章ニ親子ニ關スル規定ヲ置キ第五章ニ親權ニ關スル規定ヲ掲ケタルハ蓋シ親子ノ關係ハ婚姻ノ結果ヨリ生スルモノナルヲ以テナリ勿論親子ノ關係中婚姻以外ニ生スル養子庶子又ハ私生子ノ如キモノアリト雖モ是レ法律ノ擬制ニ由リ止ムヲ得サルニ出ツ而シテ親權ノ規定ヲ親子ノ次ニ掲ケタルハ親子ノ分限定マリテ始メテ親子ニ對スル權利義務ノ範圍ヲ定ムルヲ適當ナリトスレハナリ

第六章ニ於テ後見ノ開始、其機關及ヒ事務又ハ終了ニ關スル規定ヲ掲ケタルハ後見權ハ親權ノ延長ト認ムヘキモノニシテ親權ト相俟テテ所謂家庭權ノ組織ニ關スルモノナレハナリ

次ニ親族會ニ關スル規定ヲ第七章ニ掲ケタルハ民法上親族會ヲ必要トスル總テノ場合ニ關スルモノナルヲ以テ之ヲ獨立ノ一章ト爲シタルモ而モ親族會ハ後見ノ一機關トシテ主要ナル關係ヲ有スルモノナルヲ以テ之ヲ後見ノ次章ニ配列スルニ至レルナリ

最後ニ扶養ノ義務ニ關スル規定ヲ揭ケ其順位、義務ノ範圍、義務履行ノ方法等ヲ定メタルハ此義務ハ親族上及ヒ家族上ノ關係ノ全斑ニ亘ルモノナルカ故ニ之ヲ獨立ノ一章ト爲シ末尾ニ規定スルニ至レルナリ

本論

第一章 親族

第一節 總論

法律上親族ト稱スルモノハ俗間普通ニ稱スル親類ナル語ニ該當スルモノニ者必スシモ同一義ヲ有スルモノニ非ス法律上親族ナル語ニ二様ノ意義アリ狹義ニ之ヲ解スレハ血統ノ相連結セル者ノミヲ謂ヒ廣義ニ之ヲ解スルトキハ單ニ血統ノ相連結セル者ノミナラス婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ血統ノ連結セル者ト均シキ關係ヲ有シ且法律ノ認ムル範圍内ニ在ル者ヲ謂フ我民法ニ於テ親族ト認メタルモノ左ノ如シ

- 一、六親等内ノ血族
- 二、配偶者
- 三、三親等内ノ姻族
- 四、準血族

トアリ知ルヘシ我法律ハ廣義ニ於テ親族ナル語ヲ使用セルコトヲ

蓋シ如何ナル關係アル者ヲ親族トスヘキカ又或關係アル者ハ其間世數ノ遠近如何ニ論テク悉ク之ヲ親族トスヘキヤニ付テハ各國ノ法制自ラ異ナラサルヲ得ス法律上親族タル者ノ間ニハ一定

ノ權利ト義務トアリ此等ノ權利義務ハ法律上親族タル者ノ情誼ト社會ノ狀態トニ鑑ミ適當ナル範圍ニ限局スルノ必要アルヲ以テ我法律ハ親族タルノ要件、範圍ハ右ノ如ク定ムルヲ至當ナリトスルニ至レリ

親族ナル文字ニ對シ親屬ノ語アリ姻族ナル文字ニ對シ姻屬ノ語ヲ用アルコトアリ親屬ト云フハ血統ノ連絡セル關係ヲ稱シ姻屬ト謂フハ姻戚ノ關係ヲ意味ス而シテ此等ノ關係ヲ有スル者ヲ稱シテ親族、姻族ト謂フ然ルニ我民法ハ斯ル用例ヲ存セス血統ノ連結セル關係ヲ言表ハスカ爲メニハ血族關係ト謂ヒ姻戚ノ關係ヲ示スカ爲メニハ姻族關係ト謂ヒ此等ノ關係ヲ有スル者ヲ單ニ血族、姻族ト稱ス

血族(準血族)、姻族及ヒ配偶者ハ之ヲ親族ト謂ヒ親族ニ區別アルコトヲ示シ此等ノ關係ヲ言表ハスカ爲メニハ特ニ親族關係ナル用語ヲ存ス親族關係ハ家族關係ト全ク別種ノモノニシテ戶主ト家族トノ關係以外ニ於テ存在シ全ク人ト人トノ關係ニ外ナラス一方ノ人カ他方ノ親族ナルトキハ其他方ノ人モ亦一方ノ親族ナリ此相互ノ關係即チ所謂親族關係ナリ而シテ此關係ハ血統ノ連絡、婚姻及ヒ養子縁組ノ三原因ニ因リ發生シ家族關係ト相俟テ一家構成ノ基本ト爲ル

親族關係ハ元ト人ト人トノ關係ニシテ此關係ハ一人ニ付キ唯一アルヲ以テ普通トス然レトモ親族ニ數多ノ區別ノ存スルヨリシテ一方ト他方トノ間ニ同時ニ二ノ親族關係ヲ生スルコト往往ニシテ之アリ例ヘハ兄弟ヲ養子トシタルトキ從兄ト從妹ト婚姻シタルトキノ如キ前者ニ在リテ

ハ兄弟タル血族關係ト養父子トシテノ準血族關係存シ後者ニ在リテハ從兄妹タル關係ト配偶者タルノ關係トカ併存スヘシ此ノ如キハ法律上敢テ妨クル所アラサルナリ

第二節 親族ノ區別

第一款 血族

血族トハ血族ノ連絡ヨリ生スルモノニシテ共同ノ始祖ヨリ出テタル所ノ者ヲ謂フ從テ父子兄弟其他血縁アル者即チ是ナリ而シテ此等ノ血縁ハ男女ノ結合ニ因リ出生ナル自然ノ事實ニ由リテ發生ス之ヲ自然ノ血族ト稱シ準血族ト區別セリ

血族ニ二種アリ一ヲ直系ト謂ヒ一ヲ傍系ト謂フ直系トハ彼ヨリ此ニ下ル所ノ人ヲ結合スルモノニシテ例ヘハ父及ヒ子、祖父及ヒ孫ノ如シ傍系トハ共同ノ始祖ヨリ降誕セル人ノ間ニ存スル關係ヲ謂フ例ヘハ兄弟姉妹ノ如シ其共同ノ始祖ハ即チ父ナリ又從兄弟ノ如シ其共同ノ始祖ハ祖父ナリ

血族ニ正出ト庶出トノ別アリ正出ノ血族ハ正當ノ婚姻ヨリ生シ庶出ノ血族ハ婚姻セサル男女ノ私通ヨリ生ス(此區別ノ實益ハ後ニ到リ判明スヘシ)私通ニ基因スル血族ノ間ニハ親族關係ヲ認メサルノ例アレトモ我民法ハ私通ニ因ルモノト雖モ母及ヒ母方ノ血族ニ對シテハ親族關係ヲ認メ父及ヒ父方ノ血族ニ對シテハ父カ私生子ヲ認メタルトキニ非サレハ親族關係ヲ生セサルモ

ノトセリ又血族ニ父系ト母系トノ區別ヲ爲スコトヲ得ヘク父ノ血統ノ連絡セル者ハ父系ノ血統ニシテ母ノ血統ノ連絡セル者ハ母系ノ血族ナリ而シテ人ハ同時ニ父系及ヒ母系ノ血族タルコトアリ或ハ其父又ハ母ノミニ依リテ他ノ一人ト血族タルコトアリ從テ同父兄弟又ハ同母兄弟ナル語ヲ存ス

自然血族ハ事實上血統ノ連絡アル者ヲ謂フモ法律ハ六親等ノ血族ニ限り之ヲ親族トセリ(七ニ五條)蓋シ親族ノ範圍ニ付テハ諸國ノ法律一樣ナラス西班牙、白耳義ニ於テハ六親等以上ノ者ヲ以テ親族トシ佛國ハ相續ニ關シテ十二親等マテノ者ヲ親族トシ伊太利ハ十親等マテノ者ヲ親族トセリ我國ニ於テモ古來親等ニ由リテ親族ト親族ニ非サル者トノ區別ヲ認メタルコト新律綱領ノ五等親屬及ヒ現行刑法ノ親屬例(刑一三四條)等ニ徴シ明カナルヲ以テ本法ハ之ヲ慣習ト實際ノ便宜トニ應シ六親等内ノ血族ニ限り之ヲ親族トセリ

第二款 配偶者

配偶者トハ正當ノ婚姻ニ因リ生シタル夫婦ノ關係ヲ謂フ故ニ夫婦ノ一方ハ互ニ他ノ一方ノ配偶者ナリトス而シテ此關係ハ法律上ノ要件ヲ充タシタル婚姻ニ因ルニ非サレハ決シテ生スルコトナク假令親族近隣ノ者ニ於テ夫婦ト認メ又實際其實アリトスルモ苟モ法律上婚姻ノ有效ナラサル以上ハ配偶者トシテ親族關係ヲ生スルコトナシ明治九年ノ太政官ノ指令ニハ戶籍上登記ナキ

男女ノ結合ヲモ尙ホ且夫婦ト認メタレトモ民法ノ上ニ於テハ決シテ斯ル解釋ヲ用フルヲ容サス
 (七七五條)又我國從來蕃妾ノ風アリ今日稀ニ戸籍上妾ナル名稱ヲ存スルモノアレトモ民法ハ一
 夫一婦ノ制ヲ採ルカ故ニ決シテ之ヲ配偶者トシテ見ルヘキニ非ス唯其家ヲ同シウスル場合ニ於
 テハ民法施行法第二六條ノ規定ニ從ヒ家族トシテ之ヲ認ムヘノミ配偶者ヲ親族ナリトスヘキヤ
 否ヤニ付テハ立法例一ナラスト雖モ元來配偶者ハ親族關係ノ源泉ト謂フヘク權利令ハ夫ヲ一等
 親トシ妻ヲ二等親トシ新律綱領五等親圖ニモ夫ヲ一等親、妻ヲ二等親トシ現行刑法モ同シク夫
 ト妻トヲ親屬トセリ是ニ由リテ之ヲ觀レハ我國ノ慣行ハ夫婦ノ關係ヲ親族關係ト爲セルモノト
 謂フヘシ殊ニ又配偶者ハ生涯ノ同伴トシテ所謂陪老同穴ヲ契リ愛情最モ深ク又最モ密ナルモノ
 ナレハ之ヲ親族トスルハ我國情ニ照シ極メテ至當ナリト謂ハサルヘカラス是レ第七二五條第二
 號ノ規定アル所以ナリ

第三款 姻族

姻族關係ハ婚姻ニ因リ夫婦ノ一方ト其配偶者ノ血族トノ間ニ生スル關係ニシテ此關係ヲ有スル
 者ヲ稱シテ姻族ト謂フ血族關係ハ自然的ノモノニシテ姻戚關係ハ人爲のナリ何トナレハ血統ノ
 連絡ハ造化自然ノ作用ニ係ルモ姻族關係ハ婚姻ナル人の作用ニ基ケハナリ婚姻ハ姻族關係ノ本
 源ニシテ各結婚者ノ血族ハ姻族トシテ其配偶者ノ親族ト爲ルモノトス例ヘハ甲男乙女ト結婚セ

ハ乙女ノ父母兄弟ト甲男トノ間ニハ姻族關係ヲ生シ甲男ノ祖父母又ハ姉妹ハ乙女ノ姻族タルカ
 如シ唯斯ニ注意スヘキハ姻族關係ハ夫婦ノ一方ト其配偶者ノ血統トノ間ニノミ存在スルモノニ
 シテ配偶者雙方ノ血族相互ノ間ニ存スルモノニ非サルコト是ナリ故ニ前例ニ於ケル乙女ノ父母
 兄弟ト甲男ノ祖父母又ハ姉妹トノ間ニハ姻族ノ關係ナキモノトス
 姻族關係ハ婚姻ニ因リテ生スルモノニシテ此關係ハ管ニ婚姻ノ當時一方ノ配偶者ノ血族タリシ
 者ノ間ニ生スルニ止マラス婚姻ノ繼續中ニ配偶者ノ一方ノ血族ト爲リシ者(例ヘハ妻ノ妹出生
 シタルトキノ如シ)トノ間ニモ生スヘク夫婦ノ一方カ死亡スルトモ生存配偶者カ尙ホ其家ニ止
 マル間ハ依然姻族關係ヲ存スヘシ(七二九條)而シテ生存配偶者カ其家ニ在ル間ニ死亡者ノ血
 族アルニ至リタルトキ例ヘハ亡夫ノ弟出生シタルトキノ如キ其者ト生存配偶者トハ均シク姻族
 關係アリト謂ハサルヘカラス

姻族ヲ以テ親族トシタルハ我舊慣ニ準據シタルノミナラス夫婦ノ一方ノ血族ハ其他方ニ對シテ
 モ亦血族ト同一ノ情誼アルヘキヲ普通トセルニ因ル而シテ姻族ハ三親等内ニ於テノミ之ヲ親族
 トス(七二五條)故ニ妻ノ高祖父母又ハ從兄弟姉妹ハ親族ニ非ス夫ノ高祖父母ト妻トノ間亦同シ
 舊民法ハ夫婦ノ一方ノ親屬ハ其親系及ヒ親等ニ於テ配偶者ノ姻族トスト謂ヒ血族ニ於ケルト同
 シク六親等マテヲ親族トシタルモ是レ我舊慣ニ反スルモノトス現行刑法ノ如キ實質上三親等以
 下ノ姻族ヲ以テ親族ト認メス(刑一一四條)法曹至要抄ニハ「親屬内外五等上親若三等以上婚姻

之家」トアリ新律綱領五等親圖ニ依ルモ姻族ノ範圍ヲ擴大セテ民法ハ姻族ニ付テハ三親等ヲ以テ限界トシ血族ニ比シテ其範圍ヲ減縮シタリ

第四款 準血族

準血族トハ本來血統ノ連絡ナキモノナレトモ或原因ノ發生シタルカ爲メ法律カ擬制ヲ以テ血族間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生セシムルモノヲ謂フ或ハ之ヲ法定ノ血族ト稱ス蓋シ是レ又法律上認ムル親族ノ一種ニシテ人的作用ニ基クモノニ外ナラス

準血族ニ三個ノ別アリ依テ之ヲ三項ニ分テ説明セシ

第一項 養子ト養親及ヒ其血族

養子縁組ハ他人ヲ收養シテ自己ノ子ト爲ス法律上ノ擬制ニシテ親子間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生セシムルヲ目的トスル行爲ナリ本來養子制度ハ血統ヲ重シクノ思想ト家名ノ斷絶ヲ防過スルノ必要トニ其起源ヲ發スルモノナレトモ今日此制度ヲ存スルノ目的ハ必スシモ限定スル所アルニ非ス因襲ノ久シキ一朝俄ニ此制限ヲ全減セシムル能ハサルノ事情アルヨリシテ我民法ハ多少ノ條件ノ下ニ之ヲ維持スルニ外ナラス

養子縁組ニ基因スル親族關係ハ人爲的ノモノニシテ養子ト養親及ヒ其血族トノ間ニ於テハ養子

縁組ノ日ヨリ血族ト同シキ親族關係ヲ生スルモノトス(七七七條)此ニ所謂養子トハ養男、養女ヲ總稱シ養親トハ養父、養母ヲ包含シ養親ノ血族トハ養親ノ自然ノ血族及ヒ準血族ヲモ包含ス故ニ養子ト養親トノ間ニハ父子ノ關係ヲ生シ養子ト養親ノ父母トハ祖父母ト孫ノ關係ニシテ養親ノ兄弟姉妹トハ伯叔父母ノ關係ヲ生シ養親ノ他ノ養子トハ兄弟姉妹ノ關係ヲ生スヘシ而シテ此等ノ關係ハ當ニ縁組ノ當時養親ノ血族タリシ者ノ間ニ生スルニ止マラス縁組後養親ノ血族ト爲リシ者(例ヘハ縁組以後ニ養親ノ實子出生シタルトキノ如シ)トノ間ニモ均シク生スヘシ

右ノ如キ準血族關係ヲ生スルハ養子縁組ノ日即チ縁組ノ届出ヲ戶籍吏ニ爲シタル時ナリトス(八四七條、七七五條)而シテ養子縁組ニ因リテ準血族ノ關係ヲ生スルハ養子ト養親及ヒ其血族間ノミニシテ養子ノ實方ニ於ケル血族ト養父母及ヒ血族トノ間ニハ何等ノ關係ヲ生スルコトナシ今日實際上ニ於テハ養家ト實家トノ交際上殆ト親族ニ等シキ觀アルモノ世間往々其例ニ乏シカラスト雖モ法律上ニ於テハ養子ノ實父母ト養親及ヒ其血族トノ間ニ親族關係ヲ認メス茲ニ實方ト稱スルハ養方ニ對スル語ニシテ養子縁組ニ因リ其家ニ入りタル以前ヨリ在在スル其者ノ親族關係アルモノヲ指稱ス例ヘハ養子ノ實父母又ハ實父母ノ養子タル者ノ如シ而シテ實方トハ血縁ヲ基本トシテ立言スルモノナレハ家族關係ヲ基本トシテ立言セル實家ナル語ト混同セザラン

コトヲ要ス

養子、配偶者、直系卑屬又ハ養親及ヒ其血族ト親族關係ヲ生スヘシ(七三〇條二項)即チ養子カ

縁組後ニ他ヨリ妻ヲ迎ヘタル場合ノ如キハ養子ノ配偶者ト養親トノ間ニハ姻族關係ヲ生スヘク
養子ノ直系卑屬例ヘハ養子カ養家ニ於テ設ケタル子又ハ迎ヘタル養子ノ如キハ即チ養親ノ孫
ル關係ヲ生スヘク養子ノ直系卑屬ノ配偶者ト養親及ヒ其血族トノ間ニハ姻族關係ヲ生スヘキカ
如シ唯夫レ此等ノ關係ハ養子ヲ通シテ養親及ヒ其血族トノ間ニ親族關係ヲ生スルモノニシテ養
子縁組ノ直接ノ結果トシテ生ズルモノニ非ス養子ト共ニ養親ノ家ニ在ルカ故ニ親族關係ヲ生ス
ルニ外ナラサルナリ

第二項 繼父母ト繼子

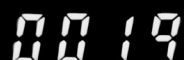
繼父母ト繼子トノ間ニ於テハ親子間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生スルモ(七二八條)其所謂繼
父ト謂ヒ繼母ト謂ヒ又ハ繼子ト謂フハ如何ナル者ヲ指スマ民法上一モ規定スル所ナシ隨テ其範
圍ニ付テハ學說又ハ舊慣ニ因リ之ヲ定ムルノ外ナシ今服忌令ニ存スル所ノモノヲ示サハ左ノ如
シ

- (イ) 養父、養嗣子ヲ爲シタル後チ妻ヲ迎ヘタルトキハ其養嗣子ノ繼母ニ當ル
- (ロ) 嫡母トハ妾腹ノ子ヨリ父ノ正妻ヲ指スノ稱呼ナリ若シ本妻死去シ父後妻ヲ娶リタルト
キハ本妻ノ子ニテモ妾腹ノ子ニテモ父ノ後妻ヲ繼母ト謂フ
- (ハ) 父死後母夫ヲ迎フル者ハ之ヲ繼父ト稱シ母ノ連子ニシテ後夫ニ養ハルル(養子ニ非ス)

ハ又之ヲ繼父ト稱ス但母他ニ再嫁スルモ其家ヘ連レ越サレザルトキハ繼父ノ稱ナシ
(ニ) 先妻ノ子父ノ後妻ヲ呼ンテ繼母ト謂フ

右ハ必スシモ今日ニ於テ同一ノ斷定ヲ下シ難シト雖モ實母ノ後夫ヲ繼父ト謂ヒ實父ノ後妻ヲ繼
母ト稱スルハ疑ナキ所ナリトス隨テ繼父又ハ繼母ト謂フトキハ繼父又ハ繼母ノ義ナルヲ以
テ前父又ハ前母ノ存在ヲ想像セザルヘカラス而シテ繼子ナル語ハ繼父又ハ繼母ニ對スルモノニ
シテ繼子ト云ヘハ必スヤ繼父又ハ繼母ノ存在ヲ想起セシムル元來此語ハ從來俗間ニ於テ
ハ普通用ヒ來リシト雖モ法律上ノ術語トシテ之ヲ用フルニ至リシハ新民法ヲ以テ嚆矢トスヘク
舊民法ノ如キハ前配偶者ノ子ナル文字ヲ以テセリ
繼父、繼母又ハ繼子ト云ヘハ右ノ如ク通常前父、前母又ハ前婚ヲ想起セザルヘカラサルモノナ
レハ此關係ヲ生スルカ爲メニハ必スヤ後婚ナカルヘカラス後婚ノ配偶者ト前婚ノ配偶者ノ子ト
ノ間ニ於テ始メテ繼子ノ關係ヲ生スト謂フヲ得ヘク繼父母ト繼子ト云ヘハ通常前婚、後婚二個
ノ婚姻アリタルコトヲ想起セシムルハアルヘカラス而シテ又此關係ヲ生スルカ爲メニハ前婚、後
婚共ニ法律上正當ノモノタルコトヲ要シ繼子ハ前婚ヨリ生シタル者ニシテ繼父又ハ繼母ハ必ス
ヤ繼子ノ母又ハ父ノ配偶者タラサルヘカラス然レトモ繼子ハ必スシモ自然ノ血族タルコトヲ要
セス準血族ト雖モ此關係ヲ生スルニ妨ナシ

又繼親子ノ關係ハ自然ノ血縁ナキ者ノ間ニ法律ノ擬制上血族關係アリトスルニ外ナラスシテ此



關係ヲ認メタルノ要ハ實ニ一家ノ平和ト情誼トヲ圓滿ナラシメンコトヲ欲シタルニ由ル隨
テ此關係ハ之ヲ同一ノ家ニ在ル者ニ存セシムルヲ適當トス養子ト養親又ハ嫡母ト庶子トノ關係
共ニ等シク準血族關係ニシテ法律上其同一ノ家ニ在ルヲ必要トシタル亦以テ類推スルニ足ラン
此ノ如ク繼父母ト繼子トノ關係ハ普通ノ場合ニ於テ(一)前後二個ノ婚姻アリタルコト(二)
同一ノ家ニ在ルコトノ觀念ヲ必要トスヘキモ各個ノ場合ニ付テ仔細ニ之ヲ觀察スレハ一概ニ然
リトノミ斷定シ難キニ似タリ今試ニ二三ノ場合ヲ舉ケテ之ヲ説明セン

(一) 妻ノ私生子ト其夫トノ間ニハ繼父子ノ關係ヲ生スルヤ 此場合ニハ消極ノ斷定ヲ下スヘ
キモノトス何トナレハ私生子ハ元ト男女野合ノ結果ニ出テタルモノニシテ適法ノ婚姻ニ因リ
生シタルモノニ非サレハナリ勿論私生子ノ出生カ婚姻ノ前ニ在ルト後ニ在ルト將タ又其私生
子カ其母ノ夫ト同一ノ家ニ在ルト否トヲ區別セサルナリ勿論之ニ對シテハ反對論ナキニ非サ
レトモ私生子ト其母ノ夫トノ間ニ繼親子ノ關係ナキコトハ嫡母ト庶子トノ間ニ別ニ法律カ親
子關係ヲ生セシムルヨリシテ之ヲ見ルモ推知スルニ足ルヲ以テ予ハ如上ノ斷定ヲ採ルモノナ
リ

(二) 養母ノ後夫又ハ養父ノ後妻ト養子トノ間ニハ繼親子ノ關係ヲ生スルヤ 此場合ニハ積極
ノ斷定ヲ下スヘシ何トナレハ若シ此場合ニ繼親子ノ關係ヲ生セストセハ養親ノ配偶者ニシテ
養子ニ對シ親ニ非サルノ奇觀ヲ呈スルハ勿論此關係ヲ認メタルノ本旨ニ悖戾スルニ至ルヘケ
レハナリ

(三) 庶子ト父ノ後妻トノ間ニハ繼母子ノ關係ヲ生スルヤ 此場合モ亦積極ノ斷定ヲ下スヘシ
其理由ハ庶子ハ父ニ對シテ其子タルコトノ認メラレタルモノナリ隨テ其父ノ後ノ配偶者ニ對
シ等シク子タルノ關係ヲ生セスハ配偶者ノ一方ハ其一方ノ子ニ對シ親ニシテ親ニ非サルノ
結果ヲ生シ不都合ナルヲ以テナリ

庶子ノ父カ死亡シ其嫡母カ入夫婚姻ヲ爲シタル場合ニ其入夫ト庶子トハ前同一ノ理由ニ依リ
繼父子ノ關係ヲ生スヘシ

(四) 後夫又ハ後妻ヲ迎フル前既ニ養子トシテ他家ニ入り又ハ婚姻ニ因リ他家ニ入りタル子ハ
後夫又ハ後妻ニ對シテ繼親子ノ關係ヲ生スルヤ 此場合ニ付テハ亦多少ノ議論存スルヲ免レ
ス繼親子ノ關係ハ常ニ同一ノ家ニ在ルコトヲ必要トセハ消極ノ斷定ヲ下スヘキモ子ハ斯ル場
合ニ於テモ繼親子ノ關係ヲ生スルモノト謂ハント欲ス蓋シ血族ノ關係ハ家ヲ同シウスルト否
トニ由リ異同アルヘキニ非ス自己ノ子ハ何レノ家ニ在ルトモ自己ノ子ニシテ自己ノ父又ハ母
ハ何レノ家ニ在ルモ等シク父タリ母タルヘシ其父又ハ母ノ後妻又ハ後夫ニシテ自己ノ父又ハ
母ニ非ストハ豈ニ奇怪ナラストセンヤ繼親子ノ關係ニシテ常ニ同一ノ家ニ在ルコトヲ必要ト
セハ父又ハ母カ後妻又ハ後夫ヲ迎フル當時家ニ在リタル子ト其以前他家ニ入りタル子トノ間
ニ於テ前者ハ繼親子ノ關係アルモ後者ハ然ラストノ結果ヲ生シ夫婦ノ間ニ親タリ子タルノ關



係上差異ヲ生スルニ至ラン此ノ如キハ法律上決シテ許容スヘキニ非ス故ニ如上ノ場合ニハ積極ノ斷定ヲ下スヲ相當トス

(五) 實母離婚ニ因リ實家ニ復籍シタル後他ニ再嫁シ又ハ入夫若クハ婿養子ヲ迎ヘタル場合ニ於テ其後夫ト前夫ノ子トノ間ニ繼父ノ關係ヲ生スルヤ 此場合ニハ消極ノ斷定ヲ下スヘキモノトス何トナレハ母ハ離婚ニ因リ婚家トノ關係ヲ絶チ親族關係ハ此ニ消滅シタルモノナレハ父ノ家ニ遺シタル子ト母ノ後夫トノ間ニ繼父子ノ關係ヲ生セシムルノ要ナクハナリ

(六) 父又ハ母カ再婚シテ他家ニ入りタル後民法第七三八條ノ規定ニ依リ前妻又ハ前夫ノ子ヲ引取リタルトキ其子ト後夫又ハ後妻トノ間ニ繼親子ノ關係ヲ生スルヤ 此場合ニ付テハ子ハ積極ノ斷定ヲ下サント欲ス蓋シ民法施行以前ニハ所謂連レ子ト名クルモノアリ母ノ連レ子ト後夫トノ關係ハ繼父トスルコト前示服忌令ノ定ムル所ニシテ親族正名ニ記述スル所共ニ同シ舊慣既ニ然リ面シテ民法ハ所謂連レ子ナルモノヲ認メサレトモ第七三八條ノ規定ハ此連レ子ニ相當スルモノナレハ如上ノ場合ニ積極ノ斷定ヲ下スハ亦舊慣ニ適合スト謂フヘキナリ

(七) 繼父ノ後妻又ハ繼母ノ後夫モ均シク繼父母ナリヤ 曰ク然リ何トナレハ實父ノ後妻又ハ實母ノ後夫ト繼父母ノ後ノ配偶者トノ間ニ何等ノ差別ヲ付スヘキ謂レナクハナリ

以上列舉シタル場合ノ外尙ホ幾多ノ事例ヲ想像スルヲ得ヘシト雖モ前段説明セル所ニ依リテ之ヲ類推スルニ難カラサルヘク要ハ各場合ニ就テ之ヲ斷定スヘキノミ

第三項 嫡母ト庶子

嫡母ト庶子トノ間ニ於テモ亦親子間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生ス(七二八條)茲ニ嫡母ト稱スルハ父ノ正妻ヲ謂ヒ庶子トハ父ノ認知シタル私生子ヲ謂フ蓋シ嫡母ナル語ハ常ニ庶子ニ對シテ用ヒラレ民法上單ニ母ト謂フトキハ私生系統ノ母ヲ指スコトアルカ故ニ(例ヘハ私生子ハ母ノ家ニ入ルト云フカ如シ)之ト區別スルカ爲メニ特ニ父ノ正妻ヲ指シテ嫡母トハ謂フナリ而シテ庶子ト謂フトキハ常ニ父ノ認知シタル私生子ヲ謂ヒ(八二七條)私生子ニシテ母カ認知スルトモ決シテ庶子ト爲ラス

元來嫡母ト庶子トノ關係ハ其性質上ヨリシテ之ヲ觀レハ一ノ姻族關係ニ外ナラスト雖モ我古來ノ慣習上法律ハ亦此親族關係ヲ認ムルニ至レリ而シテ此關係ヲ生スル場合ハ嫡母ノ配偶者ハ必ス庶子ノ實父タラサルヘカラスシテ此庶子タル必スヤ其父ヨリ認知セラレタル者ナラサルヘカラス然レトモ此場合ニ於テハ必スシモ前婚ノ存在ヲ必要トセザルヘク其認知ノ婚姻ノ前ナルト後ナルトヲ問フノ要ナカルヘシ

嫡母ト庶子トノ間ニ準ハ血族關係ヲ生スルカ爲メニハ其同一ノ家ニ在ルコトヲ必要トセザルヤ否ヤ蓋シ庶子カ父ノ家ニ在リテ其父ノ妻トノ間ニ準ハ血族關係ヲ生スルハ普通ノ場合ナルヘシ然レトモ家族ノ庶子ハ戸主ノ同意アルニ非サレハ其家ニ入ルコトヲ得ス庶子カ父ノ家ニ入ルコトヲ

得サルトキハ母ノ家ニ入ルヘキカ故ニ(七三五條)斯ル場合ニ於テモ嫡母ト庶子トノ關係ヲ生スヘキカ想フニ準血族關係ハ前述ノ如ク一家ノ平和ト情誼トヲ保維センカ爲メニ出ツルモノニシテ父ノ家ニ入ルコトヲ得サル庶子ノ如キハ即チ所謂日蔭者ニシテ家族トシテ齒ヒセラレザルモノニ屬ス隨テ斯ル者トノ間ニ親族關係ヲ認ムルハ却テ一家ノ平和ヲ紊ルノ端緒タラン且如上ノ場合ニ於テハ庶子ハ實際上敢テ他人ト毫モ異ナル所ナク多クハ母子相見ユルコトナキヲ常トスルカ故ニ斯ル者ノ間ニ親子關係ヲ生セシムルコト亦人情ノ自然ニ背クモノト謂フヘシ隨テ嫡母ト庶子トノ關係ハ其同一ノ家ニ在ルコトヲ必要トセザルヘカラス

第三節 親系及ヒ親等

第一款 親系

親系トハ世代ノ連續スルヲ謂フ故ニ配偶者ニ親系ナク血族ノ連絡アル血族間及ヒ法律上血族ニ準セラルル者ノ間ニハ親系アリ親系ノ遠近ニ隨ヒ血縁ニ深淺アリ情ニ厚薄アリ故ニ法律ハ親系等ヲ以テ親族ノ範圍ヲ限定スルノ標準トセリ

親系ハ本支ニ由リ之ヲ直系ト傍系トニ分チ直系ニ屬スル親族ヲ直系親ト謂ヒ傍系ニ屬スル親族ヲ傍系親ト謂フ

直系ニ於テハ祖先ト子孫トニ從ヒ或ハ尊屬親ト謂ヒ或ハ卑屬親ト謂フ尊屬親トハ自己ノ出ツル所ノ血族ヲ謂ヒ卑屬親トハ自己ヨリ出ツル所ノ若ヲ謂フ父、母、ニ祖父母ノ如キハ尊屬親ニシテ子、孫、曾孫ノ如キハ卑屬親ナリ換言スレハ直系ハ昇降線ノ間ニ包含スル血縁ノ連絡ニ從ヒ或ハ尊屬親アリ或ハ卑屬親アリト知ルヘシ即チ子ヨリ父ニ、父ヨリ曾祖父、高祖父ニ昇ルハ尊屬親ニシテ父ヨリ子ニ、子ヨリ孫ニ、孫ヨリ曾孫、玄孫ニ降ルハ即チ卑屬親ナリ

傍系ニ於テハ傍系血族ノ連絡ヲ包含ス故ニ傍系ハ複線系ニシテ其起點ハ共同ノ始祖ニ在ルモノトス而シテ尊屬、卑屬ノ區別ハ傍系血族ニ付テモ之ヲ爲スヘク共同始祖ヨリ起算シタル其者ノ親等カ共同始祖ヨリ起算シタル自己ノ父母ノ親等ト同等以內ナルトキハ之ヲ尊屬トシ自己ノ子ノ親等ト同等以下ナルトキハ之ヲ卑屬トスヘシ故ニ例ヘハ伯叔父母ハ傍系尊屬ニシテ甥姪ハ傍系卑屬ナルカ如シ

姻族ニ付テハ配偶者ヲ標準トシテ直系、傍系ノ區別ヲ爲スヘシ故ニ例ヘハ配偶者ノ父母ハ直系ノ姻族ニシテ其兄弟姉妹ハ傍系ノ姻族ナルカ如シ而シテ姻族ニ付テハ法律ハ尊屬、卑屬ノ區別ヲ用ヒス

準血族ニ付テハ自然ノ血族ニ準シテ直系、傍系及ヒ尊屬、卑屬ノ區別ヲ爲スヘキモノトス配偶者ハ血縁ノ連絡ナク且自己ト同列ニ在ルモノナルカ故ニ固ヨリ親系ノ存スルナク又尊屬ニモ非ス卑屬ニモ非サルナリ又傍系血族ニ付テモ前示ノ方法ニ依リ親等ヲ計算シ其自己ト同等同列ニ在ルモノハ均シク尊屬ニモ又卑屬ニモ非スト謂ハサルヘカラス尙ホ次ノ圖解ニ依リ之ヲ推

知スヘシ

第二款 親等

親等トハ世代即チ二人ノ血族間ニ存スル隔離ヲ謂フ親等ハ親系ノ遠近、親疎ヲ定ムルノ標準ニ外ナラス而シテ親族關係ノ效果ハ一ニ親系ノ遠近ニ因リ異ナル所アルヲ以テ法律上之ヲ明カニスルノ要アリトス

親等ハ血族ニ付テ之ヲ定ムルヲ本則トシ此算定方法ハ又之ヲ姻族ニモ適用ス而シテ親等ヲ定ムルノ方法ニ二大區別アリ一ヲ階級ニ依ル親等制トシ一ヲ世數ニ依ル親等制トス

所謂階級ニ依ル親等制トハ親族關係ノ上ニ於テ主トシテ其地位ノ尊卑ト世數ノ遠近トヲ參酌シテ適宜ニ等級ヲ定ムルモノヲ謂ヒ我古來ノ法制ノ如キ之ニ屬ス例ヘハ儀制令ニ於テ父母、養父母、夫、子ヲ一親等トシ祖父母、嫡母、繼母、兄弟姊妹、夫ノ父母、妻、妾、姪、孫、子ノ婦

ヲ二親等トシタルカ如シ新律綱領ノ五等親圖ニ於ケルカ如キ亦之ニ屬ス

所謂世數ニ依ル親等制トハ世數ニ應シテ親等ヲ定ムルモノヲ謂ヒ一世即チ一代ヲ以テ一親等トスルモノ即チ是ナリ而シテ此親等制ニモ羅馬法主義ト寺院法主義トノ區別アレトモ一般ニ羅馬法主義ヲ採用シ我民法モ亦此主義ニ依ル即チ左ノ如シ

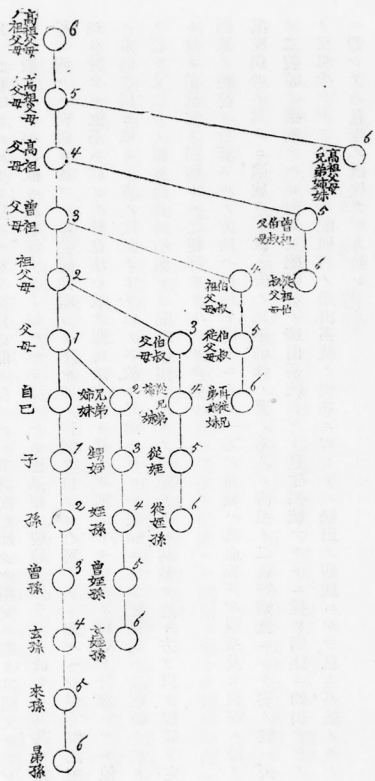
直系ニ於テハ世數ニ應シテ親等ヲ定ムルカ故ニ其計算ハ容易ナリ例ヘハ父ハ一親等ニシテ孫及

ヒ祖父ハ二親等ナルカ如シ傍系ニ在リテハ其計算少シク混雜ニシテ血族ノ一人ヨリ共同始祖ニ廻リ又其共同始祖ヨリ他ノ一人ニ降ル世數ニ準シテ親等ヲ定メサルヘカラス故ニ兄弟間ノ親等ヲ計算スルニハ其共同始祖タル父ニ廻ルヲ一等トシ父ヨリ其子即チ兄弟ニ下ルヲ一等トスルヲ以テ二親等ナルコトヲ知ルヘシ又從兄弟間ニ在リテハ其共同始祖タル祖父ニ廻リ其祖父ヨリ下ル世數ヲ算スルカ故ニ四親等ナリト知ルヘシ要スルニ傍系親ノ親等ヲ知ラント欲セハ其共同始祖ニ廻ルノ世數ニ加フルニ共同始祖ヨリ下ル所ノ世數ヲ以テセハ可ナリト知ルヘシ但寺院法主義ニ於テハ直系ニ於ケル計算法ハ敢テ羅馬法主義ト異ナル所ナキモ傍系ノ親等ヲ計算スルニ他ノ方法ヲ用ヒ單ニ一方ノ代數ノミヲ以テス故ニ兄弟ハ五ニ一親等ニシテ從兄弟ハ二親等ナリトス若シ又二人ノ親族間共同始祖ヨリ隔離不同ナルモノニ至リテハ其最モ遠キ方ヲ以テ親等ヲ定ム故ニ伯叔父ト甥姪トハ二親等ナリトスルカ如シ

姻族ノ親等ヲ計算スルノ方法ハ血族ト同一ニシテ一方ノ血族ハ其血族タル親系及ヒ親等ニ於テ其配偶者ノ爲メニ姻族タリ故ニ夫ノ兄弟姊妹ハ妻ノ爲メニ傍系ノ二親等姻族ニシテ妻ノ甥ハ夫ノ二親等ノ姻族ナルカ如シ又配偶者ノ嫡出系統ナルト私生系統ナルトニ從ヒ姻族ニ嫡出ナルアリ又私生ナルアリ例ヘハ配偶者ノ嫡出系統ノ親族ニ對シテハ嫡出ノ姻族ニシテ私生系統ノモノニ對シテハ私生ノ姻族ナルカ如シ

以上説明セシ所ヲ明カナラシメンカ爲メ左ニ圖解ヲ示サン

0023



凡例

- (一) 圖中ノ數字ハ親等ヲ表示スルモノトス
- (二) 高祖父母ノ祖父母ヨリ下リテ弟孫ニ至ルマテハ即チ直系親ニシテ其他ハ傍系親トス

- (三) 圖中自己ト同列ニ位スルモノハ尊屬ニモ非ス又卑屬ニモ非ス自己ヨリ上列ニ至ルモノハ尊屬ニシテ自己ヨリ下列ニ在ルモノハ卑屬トス
- (四) 親族ノ稱呼ハ圖中記載スル所ヲ以テ正確トス (明治三十七年八月二十六日司法省民刑局長回答)

第四節 親族關係ノ原因

親族關係發生ノ原因ニ付テハ上來説明セル所ニ依リ略々明カナルヘシト雖モ之ヲ大別スルトキハ左ノ三ト爲スコトヲ得

- 第一、婚姻 婚姻ニ因リテ生スル親族關係ハ(一)婚姻ノ當事者間ニ夫妻ノ關係ヲ生セシメ(二)配偶者ノ一方ト其他方ノ子トノ間ニ準血族ノ關係ヲ發生セシム
- 第二、出生 血族關係ハ自然ノ血統ヲ基本トシ血縁ハ實ニ出生ニ因リテ生ス隨テ血族關係ハ出生ヲ以テ原因トセサルヘカラス而シテ此關係ハ正當ナル婚姻ニ因リテ生スルコトアリ或ハ婚姻以外ノ私通ノ結果ナルコトアリ前者ハ即チ嫡出親ニシテ後者ハ庶出親ナルコト前述スルカ如シ

第三、養子縁組 婚姻ニ因ルニ非ス出生ニ因ルニ非スシテ親族關係ヲ生スルモノハ養子縁組ナ

リ養子縁組ハ法律上養子ヲシテ養親ノ子タラシメ之ヲ自然ノ血族ニ擬セシム而シテ又法律ハ養子縁組ニ因リテ嫡出子タル身分ヲ取得シタル者ハ家督相續ニ付テハ其嫡出子タル身分ヲ取得シタル時ニ生レタルモノト看做スト謂ヘリ（九七〇條二項）故ニ縁組ハ親族關係發生ノ原因ヨリシテ之ヲ云ヘハ法律上ノ出生ト謂フモ亦敢テ不可ナカルヘシ

親族關係發生ノ原因ハ右述フルカ如シト雖モ親族關係ハ必スシモ家族關係ト一致スルモノニ非ス親族關係ヲ有スル者ト雖モ同一ノ家族關係ヲ有スルモノト否ラサルモノトアリ親族關係ハ婚姻、出生、縁組ニ基因シ其效果トシテ必ス同一ノ家族關係ヲ保持スルノ要アル場合アリト雖モ家族關係ハ必スシモ親族關係ト相一致スルヲ要スルモノニ非ス故ニ婚姻ハ婚姻ノ當事者即チ夫婦ヲシテ同一ノ家ニ在ルコトヲ要セシメ其同一ノ家族關係ヲ保持セシムルモ婚姻ニ因リテ生スル姻族ノ關係ニ至リテハ必スシモ然ラス婚姻ニ因リ他家ヨリ入リタル妻若クハ入夫ト其夫若クハ其妻家ニ於ケル尊屬親トハ同一ノ家族關係ヲ保持スルコトアルモ他家ヨリ妻ヲ娶リタル夫若クハ入夫ヲ迎ヘタル妻ト其妻若クハ入夫ノ血族トハ當ニ同一ノ家族關係ヲ保持スルモノニ非ス又出生ニ因リテ血族關係ヲ生スルモノニ在リテハ同時ニ家族關係ヲ發生セシムルヲ原則トシテハ父ノ家ニ入り父ノ知レサル子ハ母ノ家ニ入ルヘシト雖モ其父又ハ其母ノ家ニ入ルコト能ハサル場合ニ於テハ唯親族關係ヲ發生セシムルモ同一ノ家族關係ヲ生セシムルモノニ非ス養子縁組ニ因ル親族關係ハ養子ハ必ス養親ノ家ニ入ルヘキモノナルカ故ニ親族關係ト同時ニ家族關係ヲモ發生

セシムヘキモノトス之ヲ要スルニ親族關係ト家族關係トハ各、其效果ヲ異ニスルモノアリ我民法ハ此兩關係ヲ認メタルヲ以テ家族關係ヲ脱スルモ尙ホ親族關係ヲ保有シ親族關係ナキモ家族關係ヲ保有スルモノアリ兩兩相對時シ敢テ互ニ相合セシムルコトヲ爲サス而モ此兩者ノ間其效果ニ差異アルヲ以テ實際上毫モ不都合ヲ見ルコトナシ

第五節 親族關係ノ效果

親族關係ハ法律上或效果ヲ生スルモノニシテ或ハ權利ヲ與ヘ或ハ義務ヲ生シ又或ハ無能力ヲ來ス
所謂權利ヲ與フトハ相續ノ權（九七〇條、九八二條、九九四條）扶養ヲ受クルノ權（九五四條）禁治産、準禁治産ノ宣告ヲ請求スルノ權（七條、一〇條、一三條）親權者タル權（八七七條）後見人タル權（九〇二條、九〇三條）親族會員タル權（九四〇條）等其最モ主要ナルモノトス所謂義務ヲ生ストハ例ヘハ後見人又ハ親族會員タルノ義務（九〇二條、九四五條）又ハ扶養ノ義務（九五四條）同居ノ義務（七八九條）親權ニ服スルノ義務（八七七條）等ノ如シ所謂無能力ヲ來ストハ例ヘハ婚姻ノ障礙ノ如キ（七六九條乃至七七一條）又官吏カ其親族ノ爲メ職務ヲ行フヲ得サルノ不能力（刑訴四〇條二號ノ規定ノ如キ其一例ナリ）ノ如シ其他數多ノ法令中之カ適用アルヲ知ルヘシ

右ニ掲クル效果ハ親族關係ノ種類又ハ家族關係ノ異同ニ因リ多少ノ差異ナキニ非スト雖モ後ニ至リ自ラ判明スヘキヲ以テ今一一之ヲ辯明セズ

親族關係ヨリ生スル效果ハ右ノ如ク種種アルヲ以テ血族又ハ姻族間ニ於テ苟モ多少血縁ノ關係タニアル者ハ悉皆之ヲ親族ナリトセハ隨テ種種ナル不便不都合ヲ生スヘシ故ヲ以テ法律ハ血族ニ付テハ六親等ヲ限リ姻族ニ付テハ三親等ヲ限リテ親族ナリトセリ蓋シ從來ノ慣習ヨリスルモ亦人情ノ自然ヨリスルモ世數ノ遠ク隔リタル者ノ間ニ在リテハ假令血縁アルトモ情誼自ラ薄ク其末葉ニ至リテハ殆ト路人ト異ナルナシ稀ニハ數世連綿トシテ一家ニ居住シ互ニ相親密ナル者アリトスルモ法律カ親族ノ範圍ヲ定ムルニ當リテハ斯ル稀有ノ事例ニ依ルヲ要セス普通ノ人情ニ從ヒ相當ノ限界ヲ付スルハ亦已ヲ得サル所ナリトス

第六節 親族關係ノ消滅

第一、血族 血族ノ相連絡セル者ノ關係即チ所謂血族關係ハ如何ナル場合ト雖モ其關係ヲ消滅セシムルコトナシ何トナレハ血族ノ連絡ハ元ト造化自然ノ作用ニ出テタルモノニシテ如何ナル人爲的ノ行爲ニ依ルトモ此自然の關係ヲ消滅セシムルコト能ハサルハ理ノ當然ナレハナリ故ニ血族關係ハ死亡ニ因リ自然ニ消滅スルコトアルヘシト雖モ其他ノ場合ニ在リテハ如何ナル原因ニ因ルモ決シテ消滅スルコトアルナシ往時外國ノ法制ニ准テ稱シ民事上死亡者ト看做シ親族

關係ヲ消滅セシメタルモノアレトモ今日斯ル法制ヲ存セス又封建時代ニ於テ久離勘當ト稱シ親カ其子ノ非行アルニ際シ親子ノ縁切り即チ親子關係ヲ斷ツコトヲ許シタルノ例アリタルカ如クナレトモ今日ハ此ノ如ク生存者間ニ於ケル血族關係ノ消滅ヲ認容スルコトナシ彼ノ離婚又ハ復籍拒絕ノ如キ勘當ニ類スル所アルモ是レ決シテ血族關係ノ消滅ヲ認容シタルモノニ非サルナリ

第二、配偶者 夫婦ノ關係ハ婚姻ニ因リ發生スルカ故ニ婚姻ノ解消ニ因リ其關係ヲ消滅セシム婚姻ハ配偶者ノ死亡ニ因リ又ハ離婚ニ因リテ解消ス隨テ之ヲ以テ配偶者トシテ親族關係ノ消滅原因トス又婚姻ノ取消ノ將來ニ向テ婚姻ヲ無効ナラシムルモノナルヲ以テ是レ亦夫婦關係ノ消滅原因ナリトス但婚姻以前ヨリ存スル親族關係ハ離婚ニ因ルモ將タ又婚姻ノ取消ニ因ルモ消滅スルコトナシ例ヘハ夫婦カ從兄弟姉妹ノ關係ヲ有スルトキノ如シ

第三、姻族 姻族關係ハ素ト婚姻ニ因リ生シタルモノナルカ故ニ同シク離婚ニ因リテ其關係消滅スヘシ(七二九條一項)

夫婦ノ一方カ死亡シタルトキハ夫婦ノ關係ヲ消滅セシムルモ之カ爲メニ姻族關係ヲ消滅セシムルモノニ非ス例ヘハ子死亡シ其婦尙ホ存スル場合其婦ト亡夫ノ父母兄弟トノ間ノ如シ然レトモ夫ノ死亡後他家ヨリ入りタル妻カ實家ニ復籍シ或ハ他家ノ家族ト爲リ又ハ婚姻ニ因リ更ニ他家ニ入りタルトキノ如キ其家ニ在ルカ爲メニ生シタル姻族關係ハ消滅スヘシ即チ此場合ニハ去家

ヲ以テ姻族關係ノ消滅原因トス(七二九條二項)

右ノ如ク去家ヲ以テ姻族關係ノ消滅原因トスレトモ生存配偶者カ本家相續、分家及ヒ廢絶家再興ノ爲メニ其家ヲ去リタル場合ニハ此限ニ在ラス(七三二條)是レ蓋シ此等ノ家ニ付テハ其家ト家トノ關係上極メテ密接ノモノナレハ此等ノ原因ニ因リ家ヲ去ルコトアリトスルモ仍ホ自家ニ在ルト同一視スヘキモノナレハナルヘシ

第四、準血族 準血族關係ノ消滅ニ付テハ之ヲ養子縁組ニ因ル親族關係ト繼續子間及ヒ嫡母庶子間ノ親族關係トノ消滅原因ヲ區別セサルヘカラス前者ノ消滅原因ハ左ノ如シ

(イ) 養子ノ離縁 養子ハ養子縁組ニ因リテ養親及ヒ其家族トノ間ニ親族關係ヲ生シタルモノナルカ故ニ養子ノ離縁ニ因リテ此關係消滅ス(七三〇條一項) 勿論養子カ離縁スルトモ養家ノ子女トノ婚姻ニシテ繼續スル以上ハ配偶者ノ關係仍ホ存在シ隨テ養親トノ間ニ姻族トシテ親族關係ヲ保有スヘシ又養子カ離婚ト共ニ離縁シタリトスルモ其養家ニ於ケル自己ノ子女ハ依然自己ノ血族タルヲ失ハス

(ロ) 縁組ノ取消 養子縁組ノ取消ハ其效力ヲ既往ニ及ホサス(八五九條、七八七條) 隨テ縁組ノ取消ハ將來ニ向テ養子ト養親及ヒ其血族トノ間ニ於ケル親族關係ヲ消滅セシム

(ハ) 養親カ養家ヲ去リタルトキ 婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ヨリ入リタル養父又ハ養母カ離婚又ハ離縁ニ因リテ養家ヲ去リタルトキハ其者及ヒ其實方ノ血族ト養子トノ親族關係ハ

消滅ス(七三〇條二項) 此場合ニ於テハ養親ハ一方ニ於テ養家ノ爲メ養子ヲ爲シタルカ爲メニ此關係ヲ存續スルモノナレハ去家ノ爲メ此兩種ノ關係同時ニ消滅スルコトト爲ルナリ換言スレハ養親ハ養家ニ對シテハ第七二九條第一項又ハ第七三〇條第一項ニ依リ親族關係ヲ絶テ從テ養子トノ親族關係ヲ絶ツ而シテ養親ノ實方ノ血族ト養子トノ間ニ於テハ第七二七條ノ規定ニ依リ養子縁組ヨリ生シタル關係ナルカ故ニ養親子ノ關係消滅スルノ結果トシテ自然ニ消滅スルナリ

(ニ) 養子ノ離縁ニ因リ養子ノ配偶者直系卑屬又ハ其配偶者カ養子ト共ニ養家ヲ去リタルトキ(七三〇條三項)

養男子ノ配偶者ハ或ハ家女ナルコトアリ或ハ養親ノ他ノ養子ナルコトアリ或ハ他家ヨリ入りテ養子ノ妻ト爲リタル者ナルコトアリ其孰レノ者ト雖モ夫カ離縁ト爲リタルトキハ離婚ヲ爲スニ非サレハ夫ニ隨ヒテ其家ニ入ラサルヘカラス(七四五條) 故ニ養子ノ離縁ニ因リテ夫ト共ニ養家ヲ去リタルトキハ養親ノ他ノ養子ニシテ妻ト爲リタル者及ヒ他家ヨリ入りテ妻ト爲リタル者ハ養親及ヒ其血族トノ親族關係ヲ絶タサルヘカラス勿論家女ニシテ妻ト爲リタル者ハ假令養子タル夫ト共ニ其家ヲ去ルトモ親族關係ヲ消滅セシムルノ限ニ在ラス

養女カ離縁ニ因リ養家ヲ去ルトキハ其夫タル養子ハ離縁ヲ爲スニ非サレハ妻ト共ニ養家ヲ去ルコトナシ從テ此場合ハ本條ノ適用ヲ見ス

養子ノ直系卑屬又ハ其配偶者ト養親及ヒ其血族トノ間ハ養子ヲ通シテ親族關係ヲ生シタル者ナレハ養子ノ離縁ニ因リ之ト共ニ養家ヲ去リタルトキハ從テ親族ノ關係ヲ消滅セシム但自然ノ血縁アル者ハ此限ニ在ラス

右(ハ)(ニ)ノ原因ハ本家相續、分家及ヒ廢絶家再興ノ場合ニハ之ヲ適用セス(七三二條)其理由ハ前ニ姻族關係ニ付テ説述シタル所ト同シ

繼父母ト繼子ト嫡母ト庶子トノ間ニ於ケル親族關係ハ元ト父母ノ婚姻ニ因リ發生スルモノナルカ故ニ其原因タル夫婦關係ノ消滅即チ離婚ニ因リテ止ムヘキモノトス(七二九條一項)其父母ノ一方ノ死亡ハ夫婦關係ヲ消滅セシムト雖モ之カ爲メニ繼親子及ヒ嫡母庶子間ノ親族關係ヲ消滅セシムルモノニ非ス是レ蓋シ離婚ハ親族關係ヲ絶ツノ意思アルモノト推測シ得ヘント雖モ夫婦ノ一方ノ死亡ハ唯事實上夫婦ノ關係ヲ絶テタルニ過キス之カ爲メニ毫モ其家籍ヲ離脱スヘキ謂レナク從テ家族關係ニ重キヲ置ク此等ノ者ノ親族關係ニ影響ヲ及ホスヘキニ非ザルナリ

唯夫レ夫婦ノ一方カ死亡シタル場合ニ於テ生存配偶者カ其家ヲ去リタルトキハ親族關係ハ消滅スヘシ(七二九條二項)即チ去家ヲ以テ親族關係消滅ノ原因トス但去家ノ原因カ本家相續、分家又ハ廢絶家再興ノ爲メナルトキハ此限ニ在ラス(七三二條)

又繼親子及ヒ嫡母庶子間ノ親族關係ハ父母ト繼父母又ハ嫡母トノ婚姻ノ取消ニ因リテモ消滅スヘシ

第二章 家

第一節 總論

家族制ニ於テハ家ヲ以テ社會組織ノ單位トシ個人制ニ在リテハ個人ヲ以テ單位トス我國從來家族制ヲ採用シ維新以降ニ至リテモ尙ホ家ノ存在ヲ認メ親族關係ト相俟ツテ家族關係ヲモ存シ由テ以テ親族構成ノ重要ナル基本トセリ是レ蓋シ我家族制ハ數千百年ノ久シキ由テ以テ一家和睦ノ風ヲ養成シ家庭上親子互ニ相親愛シ夫婦互ニ相輯睦シ授イテ君國ノ事ニ及ホシ忠君愛國ノ美果ヲ收メ來リタルモノニシテ教育ノ方法與テ力アリトハ云ヘ一家ノ組織亦實ニ其業ヲ爲スモノト謂ハサルヘカラス此風習ヤ一朝ニシテ其跡ヲ絶ツヘキニ非ス又我社會組織ノ上ニ於テ今俄ニ之ヲ變更スルヲ許ササルノ事情ノ存スルアリ從テ民法上此制度ニ則リ家ノ存在ヲ認メタル已ムヲ得サルモノト謂フヘシ

蓋シ人ノ此世ニ在ルヤ孤立シテ生活シ得ヘキニ非ス必スヤ同類相集合シ同族相團結シテ一ノ團體ヲ組織セスハアラス人類團體ノ組織ハ如何ナル基礎ニ築造セラレタルヤハ今茲ニ之ヲ論スルノ限ニ在ラサレトモ部落制ヨリ家族制ニ進ミ遂ニ個人制ノ社會ニ變遷進化シタルモノナルハ部落ニ會長アリ一部落ノ全權ハ會長ニ屬シ會長ハ部落ヲ統轄シ其財産ヲ自由ニ自己ノ欲スルカ儘ニ行動シ部落カ分レテ數多ノ家ヲ形成スルニ至リテモ一家ハ家長ト之ニ服従スルモノト

ヨリ成リ部落ニ於ケル會長ノ地位ハ家族制ニ於ケル家長ト其地位ヲ換ヘ家長ハ家族ニ對シ生殺
 與奪ノ全權ヲ有シ或ハ家産ヲ獨擅シ家長獨リ人格ヲ認メラレ家ヲ代表スルノ權利ヲ有シ家族ハ
 人格ナク唯家長ノ隨使ノ儘ニ甘シムルニ至レリ而モ社會ノ進歩ニ伴フテ家長ノ權力ハ漸漸其範
 圍ヲ縮小セラレ家族ノ人格モ漸ク認メラルルニ至ルモ尙ホ且此制度ノ性質トシテ社會組織ノ單
 位トシテ家ノ存在ヲ認メサルヲ得ス

我國ニ於ケル家族制ノ變遷ハ今之ヲ詳ニセスト雖モ律令時代ニ明カニ此制度ノ發達ヲ見ルヘク
 封建武斷ノ世ノ中ニ至リテハ家祿ヲ定メ家祿ト職業トハ之ヲ世襲セシメ總領ノ男子ヲ以テ家督
 ヲ相續セシメ家長權繼承ノ道ヲ存シ純然タル家族制度ノ發展ヲ見ルニ至レリ明治維新以後泰西
 ノ文物制度輸入セラレ個人主義ノ法制漸ク行ハルルニ及ヒ諸種ノ法律關係ノ上ニ於テハ毫モ家
 ナル觀念ノ其間ニ介在スルコトナキモ獨リ親族上ノ關係ニ於テ依然家ノ存在ヲ認メサルヲ得サ
 ル所以ノモノ實ニ前述ノ如ク社會組織ノ上ニ至大ノ關係アルニ職由スト謂ハサルヘカラス
 法律上既ニ家ノ存在ヲ認メ家ヲ以テ親族構成ノ一基本トスルヨリシテ隨テ法律ハ一家ノ興廢滅
 絶ニ重キヲ置キ廢家及ヒ絶家ハ一定ノ場合ニ在ラサレハ生セサルモノトシ又之カ再興ヲモ許可
 シ一家ノ永續ヲ圖ルカ爲メニ家督相續ニ因ル戸主權繼承ノ道ヲ設ケ以テ家ノ萬世ナルヘキコト
 ヲ確保シ一家ノ統緒者トシテ戸主ナルモノヲ存シ之ニ相當ノ權利ヲ付與シ家族ハ戸主ニ隸屬シ
 一定ノ義務ニ服従スヘキコトヲ命セリ

家ニ本家、分家、同家ノ區別アリ本家ハ分家ニ對スルノ語ニシテ分家トハ戸主ノ同意ヲ得タル
 家族カ創立シタル家ヲ謂ヒ其分家ノ出テタル元トノ家ヲ本家ト謂ヒ同一ノ本家ヨリ出テタル分
 家相互ノ關係ニ於テ其家ヲ稱シテ同家ト謂フ又實家、婚家、養家ノ稱アリ婚姻ニ因リテ入りタ
 ル家ヲ婚家ト曰ヒ養子縁組ニ因リテ入りタル家ヲ養家ト謂ヒ此兩家ニ對シテ實家ナル名稱ヲ存
 シ婚姻前又ハ縁組前ニ自己カ籍屬シタル家ヲ指稱セリ此ノ如ク家ニ數個ノ名稱アルハ畢竟各家
 ノ系統ヲ表示スルニ便宜アルニ因ルモノニシテ此等ノ家ト家トノ間ニ於テハ法律ハ恰モ人ノ親
 族關係ニ於ケルカ如ク特種ノ關係アルコトヲ認メタリ即チ本家相續ノ爲メニハ分家ノ法定ノ推
 定家督相續人ニ其家ヲ去ルコトヲ許シ(七四四條)或ハ本家相續ノ爲メニハ分家ノ戸主ニ隱居
 ヲ爲シ又ハ廢家ヲ爲スコトヲ得トシ(七五三條、七六二條)又家督相續ニ因リ戸主ト爲リタル
 者ト雖モ本家相續又ハ再興ノ爲メニハ廢家ヲ爲スコトヲ得ヘク(七六二條)又家族ハ戸主ノ同
 意アルトキハ廢絶シタル本家、分家、同家ヲ再興スルコトヲ得ヘク(七四三條)婚姻又ハ養子
 縁組ニ因リテ他家ニ入りタル者離婚又ハ離縁ノ場合ニ於テ實家ニ復籍スヘキモノトスル(七三
 九條)等其他幾多ノ規定アルコトヲ發見スヘキナリ此等ノ規定タル畢竟一家系統ノ混亂ヲ防遏
 シ家族關係ト親族關係トノ調和ヲ整正ナラシメンコトヲ欲シタルニ由ラスンハアラス

第二節 家ノ本體

第一款 家ノ性質

人ノ住居スル建物ヲ家ト稱スルハ普通ノ觀念ニ於テ我其可ナルヲ知ル木造、石造、煉瓦造ノ家屋ヲ家ト稱スルハ建築學上ニ於テ我其不可ナルヲ見ス此等有形ノ家屋ハ家ト稱スルニ妨ナシト雖モ未タ法律上所謂家ナルモノノ性質ヲ説キ得タリト謂フヘカラス法律上家ト稱スルモノハ斯ル有形ノ家屋ヲ謂フニ非ス又人ノ共同生活ノ團體ヲ指スモノニモ非ス全ク戸主權ノ行ハルル範圍ヲ指稱スルモノニ外ナラサルナリ

蓋シ通常家ニハ戸主アリ以テ一家ヲ統轄シ又家族アリ以テ戸主ニ隸屬シ戸主及ヒ家族カ此ニ一家ヲ構成スルヨリシテ斯ル共同生活ノ團體ヲ指シテ家ト稱スレトモ家族ノ有無ハ敢テ一家ノ存否ニ關係アルモノニ非ス苟モ此ニ戸主權ノ行ハルル所アレハ此ニ一家ノ存在ヲ肯定シ得ヘシ世間往往一家一人ノ例ニ乏シカラス一人一家ヲ構成スルモ法律上家アリト謂フニ妨ナシ既ニ一人一家ヲ構成スルニ於テハ其住居スル建物ノ有無ハ亦敢テ一家ノ存否ニ影響スル所アルナク有形ノ家屋、現住ノ建物ナシトスルモ此ニ一家アリト謂フニ妨ナシ又假令一家ノ戸主及ヒ家族カ各

家屋ヲ別ニ各獨立シテ生計ヲ營ムカ如キコトアリトスルモ唯是レ事實上各別ノ家屋ニ住居スト謂フニ止マリ法律上一家タルコトハ毫モ損スル所アルナシ
家ハ戸主權ノ行ハルル範圍ニシテ一家ハ戸主ニ依リテ表示セラル隨テ此ニ一家在レハ必ス戸主ナクンハアラス而シテ戸主ナル身分ハ一定ノ原因ニ因リテ發生、消滅スルモノニシテ一家ニシテ創立セラルレハ戸主タル身分モ亦創設セラレ一家ニシテ廢絶セハ此身分モ亦消滅ス又一家ノ

戸主其人ニシテ死亡、隱居又ハ其他ノ事由ニ因リ其地位ニ居ル能ハサル場合ニ於テハ戸主タル身分ハ此ニ繼承ノ必要ヲ生シ苟モ一家ニシテ存續スル限、戸主タル身分モ存續シ決シテ滅絶スヘキモノニ非ス此ノ如ク家ハ戸主ニ依リテ表示セラルト雖モ戸主ハ一世ニシテ家ハ萬世ナリ戸主タル身分ヲ有スル人其人ノ變動ハ家ノ存在ニ何等ノ變動ヲ及ボスヘキモノニ非ス唯戸主ヲ失ヒタル家ニ家督相續人ナキトキハ其家ハ絶家シ(七六四條)本家相續又ハ再興其他正當ノ事由ニ因リテ裁判所ノ許可ヲ得タルトキハ其家ハ廢家ト爲ル(七六二條)絶家及ヒ廢家ハ共ニ戸主權ノ存立スル所ナキ所謂無ノ家ナリ法律上家ノ存在ヲ肯定スヘキモノニ非サルナリ
我法律ハ家ナルモノノ存在ヲ認メタルモ之ヲ法人ナリトセス往古家族制ノ嚴正ニ行ハレタル當時ニ在リテハ宛然家ヲ以テ一種ノ法人ト認メタルモノノ如シ然レトモ今日法律ハ家ナルモノノ人格ヲ認メス人ハ親族法上家族關係ヲ離脱スル能ハスト雖モ獨立シテ權利ヲ有シ義務ヲ負ヒ公法上ニ於テモ將タ又私法上ニ於テモ家ナルモノノ人格ヲ認メタルノ痕跡タニ是アルヲ見ス家ハ決シテ法人ナリト謂フヘカラス今日或ハ家督ト謂ヒ或ハ家名ト謂ヒ或ハ家産ト謂ヒ法律上用語各所ニ散見スト雖モ畢竟從來ノ用例ヲ襲ヒタルニ過キス敢テ之ヲ以テ家ナル獨立シタル權利義務ノ主體ヲ認メタルモノトスル能ハサルナリ家ヲ構成スルモノハ通常戸主ト家族トナリ戸主及ヒ家族ハ一家ノ構成組織ニ隨伴スルヲ普通トスレトモ戸主ト家族トノ以外ニ特立シタル法人ノ存スルニ非ス外觀上或ハ家ニ屬スルノ權利ト義務トアルカ如キモ是レ實ニ家ニ屬スルモノ

ニ非サルナリ

第二款 家ノ稱號

家ハ他家ト區別スルカ爲メニ稱號ナクシテハアラズ氏ハ即チ家ノ稱號ニシテ家ニ氏ナキコトハ
我法律ノ認許セサル所ニシテ一家ニ二ノ氏アルコトヲ許ササルハ亦等シク我法律ノ主義トスル
所ナリ

氏ハ「家ノ系統ニ隨ヒテ一族、子孫、相傳ヘテ稱スル號、上古ヨリアルハ大伴、物部、蘇我
等ナリ、別ニ朝廷ヨリ賜ハレルハ、源、平、藤、橘等ナリ、即チ人ノ名ニ對シテ家ノ名ナリ。
後ニ、子孫各、延蔓スルニ及ヒ、別ニ、北條、足利、織田、徳川等地名ナトヲ採リ、稱ヲ作リ
テ分テリ、コレヲ名字、苗字、苗氏ナト云ヒ、亦相繼キテ用ケル、然レトモ、姓ハ尙變ハラサル
ナリ。今、多クハ、源平等ニ、姓ノ字ヲ當テ、苗字ニ氏ノ字ヲ當ツ。」ト(大槻博士著言海)蓋
シ上古氏ナカリシモ人類ノ蕃殖ニ從ヒ一族一家ヲ爲スニ至リ其各自ノ系統ヲ表標スルカ爲メニ
姓氏ヲ定ムルノ必要ヲ生シ其同姓ノ者ニ在リテ末流多キトキハ遂ニ其相互ノ間ヲ識別スルカ爲
メニ地名等ヲ冠シテ各其稱號ヲ別異ニスルノ風ヲ生シタルモノノ如シ而シテ姓ト謂ヒ氏ト謂ヒ
其本來ノ意義ニ於テハ各、異ナル所アリトスルモノ今日ニ在リテハ概シテ同一ノ意義ニ用ヒラレ
一家ノ稱號ヲ指稱スルモノト觀テ大差ナカルヘシ

我國封建時代ニ於テハ士分以上ノ者ノミ姓氏ヲ公稱スルコトヲ許サレ庶民及ヒ僧侶ハ氏ナキコ
トヲ通例トシタリ是レ蓋シ姓氏ヲ以テ尊卑ノ階級ヲ分ツノ主義ニ出テタルモノナルヘシト雖モ
氏ヲ以テ家ノ系統ニ隨ヒテ一族子孫相傳ヘテ稱スル號ナリトセハ人ノ尊卑ノ階級如何ニ論ナ
ク尙モ一家ヲ有スル者ハ其家ノ氏ヲ公稱スルヲ得サルノ理ナシ是ニ於テカ明治三年九月十九日
太政官ノ布告ヲ以テ平民ニ苗字ヲ差許サレ同五年九月十四日ノ布告ハ僧侶ニ苗字ヲ設ケシメラ
レ更ニ同八年二月十三日布告(輪郭附)ニ依リ平民ハ必ス苗字ヲ唱フヘク祖先以來苗字不分明
ノ向ハ新ニ苗字ヲ設クヘキ旨ヲ定メラレタリ故ニ今日ニ在リテハ最早氏ナキ家アルヘキニ非ス
民法カ戸主及ヒ家族ハ其家ノ氏ヲ稱スト規定シタルハ(七四六條)洵ニ當然ニシテ氏ノ使用權
アルコトヲ認メタルモノト謂フコトヲ得ヘシ

姓氏ノ公稱ハ古來血統ノ連絡關係ヲ明確ニシ其所出ヲ明示スルノ用ニ供セラル故ニ從來人ノ子
弟タル者ハ其父兄ト苗字ヲ異ニスルヲ禁シ又別家シタル者ニ更ニ苗字ヲ設クルコトヲ禁セリ
(明治七年一月太政官指令)唯婦女人ニ嫁スルモ尙ホ所生ノ氏ヲ用フヘク夫家ヲ相續シ若クハ分
籍シタル上始メテ夫家ノ氏ヲ稱スヘシトセリ(明治九年二月太政官指令、同二十四年十二月司
法省指令)是レ或ハ支那ノ古制ニ據リタルモノナラン然レトモ既ニ前述スル如ク今日ニ在リテ
ハ氏ハ家ノ稱號ニシテ家ト區別スルノ標準ニ外ナラサレハ婚姻其他ノ事由ニ因リテ一
家ヨリ他ノ家ニ轉屬シタル以上ハ其入リタル家ノ氏ヲ稱セサルヘカラサルハ論ラ俟タス是レ一

ニ其家籍ヲ表標スル所以ノモノナレハナリ
 分家ハ本家ノ氏ヲ稱スヘク廢絶家再興ハ家ノ復興ナルカ故ニ廢絶シタル氏ヲ復興スヘク棄兒發見ノ場合ニ於テハ戸籍吏ハ其兒ニ氏名ヲ命スヘシ（戸七五條）其他ノ一家創立ノ場合ニ於テハ氏ハ如何ニシテ之ヲ定ムヘキカ法律上何等ノ規定ナキヲ以テ多少ノ疑ナクシテハアラスト雖モ一家創立者ニ於テ一家ノ創立ト同時ニ新ニ氏ヲ設クルコトヲ得ヘク其氏ノ名稱ノ如キモ地名ニ依ルモ將タ又他ノ物名ニ依ルモ一ニ創立者其人ノ任意ニ在リト謂フヲ相當ナリト信ス
 氏ニシテ一タヒ定マレル以上ハ猥ニ之ヲ變更スルヲ許サス親子關係、婚姻關係ノ發生、消滅ニ從ヒ變換、異同ヲ生スヘキハ法律ノ認ムル所ナレトモ其以外ニ氏ヲ改稱スルコトヲ許サス唯或場合ニ於テ氏ノ復舊ヲ認ムルニ過キス氏ノ復舊ハ官廳ノ許可ヲ要シ其許可ヲ得タル場合ニハ其旨ヲ戸籍吏ニ届出ツルコトヲ要スヘシ（戸一六四條）

第三款 家籍

船舶ニ船籍アリ其所屬ヲ明カニシ人ニ國籍アリ内外國人ヲ區別ス而シテ我日本ノ國籍ヲ有スル者ニハ所謂戸籍ナルモノヲ附シ以テ其所屬ヲ示ス其所謂戸籍トハ戸籍吏ノ管轄スル土地内ニ本住居人トシテ居住スル者カ有スル本籍即チ本人別ヲ謂ヒ戸籍ハ戸籍吏カ管轄地内ニ本籍ヲ有スル者ニ就キ之ヲ編製シ日本ノ國籍ヲ有セサル者ハ本籍ヲ定ムルコトヲ得ス（戸一七〇條）蓋シ

我法制ノ下ニ在リテハ一家ノ構成ハ國籍ニ伴ヒ我國籍ヲ有スル者ニ非サレハ一家ヲ構成スルコトヲ許サス我國籍ヲ有スル者ニ非サレハ本籍即チ本人別ヲ有セス其本人別ヲ有スル者ニ就キ戸籍ヲ編製シ其家籍ヲ明カナラシム而シテ戸籍ハ一戸毎ニ一本ヲ作り戸主及ヒ家族ノ氏名、本籍地、家ニ於ケル關係、親族關係其他ノ事項ヲ記載シ（戸一七五條、一七六條）地番號ノ順序ニ從ヒ之ヲ編綴シテ帳簿ト爲ス之ヲ稱シテ戸籍簿トハ謂フナリ（戸一七一條）

本籍ハ地ヲ以テ之ヲ定メ本籍ヲ有スル者ニ付テ戸籍ヲ定ムルカ故ニ其戸籍ノ在ル所實ニ家籍ノ存在スル所ニシテ何レノ地ニ本籍ヲ定ムヘキヤハ其家ノ戸主タル者ノ任意ニシテ法律ハ敢テ之ニ干渉セス唯家族ノ本籍地ハ常ニ戸主ノ本籍地ニ依リ之ヲ定メ家督相續ノ場合ニハ新戸主ノ本籍ハ必ス前戸主ノ本籍ニ從フヘシ其他ノ場合ニ在リテハ本籍ノ移轉ハ亦戸主ノ任意ニ在リト謂フヘク轉籍ノ效力ハ即チ家籍ノ移轉ナルヲ以テ管ニ戸主一人ニノミ止マラス家族ノ本籍モ亦隨テ移轉スヘキモノトス

本籍ハ即チ本人別ニシテ住所ト同シカラス本籍ハ甲地ニ在リ住所ハ乙地ニ在ルコトハ法律上毫モ妨ケス是レ本籍ト寄留トノ別アル所以ニシテ寄留即チ本人別ニ對スルノ假人別ナリ假人別ナルカ故ニ寄留地ノ指定及ヒ變換ハ家籍ニ影響スル所アルナク隨テ戸籍法ノ關スル所ニ非サルナリ

我戸籍法ノ規定ニ依レハ人ノ身分ニ關シテハ身分登記簿ナルモノアリ身分ニ關スル事項ヲ公ノ

帳簿ニ登錄シ以テ各人ノ身分ヲ公認スルモ此帳簿ハ届出事件ノ區別(出生、死亡、婚姻等)ニ從ヒ各別ノ登記簿ニ記載スヘキモノトセリ(戸七條)之ニ反シ戸籍簿ナルモノハ前述ノ如ク一戸毎ニ一本ヲ作り戸主、家族ノ氏名其他ノ事項ヲ記載スヘシトセルモノ畢竟家籍ヲ證明スル所以ノモノナレハナリ此ノ如ク戸籍簿ハ一家ノ基本トシ其家族關係ヲ明確ナラシムルモノナル以上ハ我法律ニ所謂家ニ在ル者(七三二條、八七七條、九四八條等ノ如シ)トハ一ニ其戸籍内ニ在ルモノ即チ家籍ヲ等シウスル者ノ意義ナルコトヲ知ラサルヘカラス

第三節 家ノ設立及ヒ消滅

第一款 總論

家族制ノ國ニ在リテハ家ニ重キヲ措クカ故ニ家ノ設立及ヒ消滅ニ付テハ一定ノ準則ニ據ラサルヲ得サルモノトセリ是レ畢竟一家ノ興廢滅絶ハ延テ一國ノ國勢上ニ影響スル所勸カラサレハナリ而シテ家ハ如何ニシテ設立セラルヘキカ又如何ニシテ消滅スヘキモノナルカ其原因、方法ハ一面ニ於テハ戸主權ノ取得、消滅ノ原因、方法タルヘシト雖モ家ナル觀念ヲ基本トシ茲ニ之ヲ説明スルハ亦敢テ無用ニ非サルヲ知ル

茲ニ家ノ設立ト稱スルハ一家ノ創立ヲ謂フ所謂一家ノ創立ニ廣狹二様ノ意義アリ廣義ニ之ヲ解スレハ分家、廢絶家再興ノ如キモ亦此中ニ包含セラルヘシト雖モ我親族法上ノ用語トシテ一家

創立ト謂フハ斯ル廣義ノ解釋ヲ容レズ法律上當然ノ結果トシテ一家ノ新立ヲ要スル場合ニ於テノミ創立ナル語ヲ用ヒ合家及ヒ廢絶家再興ハ共ニ其原因ニ異ナル所アルヲ以テ殊更ニ創立ナル語ヲ避クルニ至レリ而シテ戸主ノ變更ハ戸主其人ノ地位ニ異動アルニ止マリ舊戸主ノ家消滅シテ新戸主ノ家設立セラルルモノニ非サルコト固ヨリ論ヲ俟タス

又茲ニ家ノ消滅ト稱スルハ廢家及ヒ絶家ノ場合ヲ謂フ廢家及ヒ絶家ハ家ノ存在ヲ失ハシムルノ點ニ於テハ二者同一ナリト雖モ戸主ノ意思ニ因ル消滅ハ廢家ニシテ其意思ニ因ラス絶對的戸主權ノ消滅シタル場合ヲ絶家トハ謂フナリ

從前合家ト稱スルモノアリ一ノ家ト他ノ家ト合併シテ一家ヲ爲スヲ謂ヒ明治六年一月第二八號布告ニ「本家分家親戚等ノ内當主病死致シ跡子弟幼年並婦女等ノ尙死者ノ遺言又ハ其父母並重立候親戚及遺妻子執談ノ上合家願出候ハ聞届不苦事」トアリ又同年第三〇一號布告ニハ男女兩戸主結婚ノ上合家ヲ願出ツルトキハ聞届不苦トノ旨ヲ定メラレタレトモ同九年第七五號ニ依リ斷然合家ヲ禁セラレ從前合家シタル者ノ處分方法ヲ定ムルニ至レリ新民法亦合家ナルモノヲ認メズ唯自己ノ家ヲ廢シテ他家ニ入ルコトヲ許スニ過キス是レ實ニ合家ヲ許ストキハ家ノ構成ニ混雜ヲ生シ家督相續其他ノ關係ニ於テ複雜ナル問題ヲ惹起スルノ弊アルヲ以テナリ

第二款 家ノ設立

第一項 分家

分家トハ家族カ其所屬スル家ヨリ分離シテ新ニ一家ヲ創立スルコトヲ目的トスル意思表示ナリ」
分家ヲ爲スニハ左ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス

第一 家族タルコト 戸主ハ一家ノ長ニシテ其所屬ノ家ヨリ分離スルヲ得サルハ論ナシ一旦其
地位ヲ退キ隱居シタル後ニ於テハ分家ヲ爲スニ妨ナシ(七四三條)

女戸主ノ夫ハ其家ノ家族ナルヲ以テ分家ヲ爲スヲ得ヘキカ如クナレトモ若シ夫ニシテ分家ヲ
爲シタルトキハ妻ハ隨ヒテ其家ニ入ラサルヲ得ス此ノ如クセハ女戸主ハ其夫ノ意思ニ因リ自
己ノ家ヲ廢セサルヲ得サルノ結果ト爲ラン若シ女戸主ニシテ其家ヲ去ル能ハサルモノトセン
カ夫婦其家ヲ異ニスルノ結果ヲ生セン孰レニスルモ女戸主ノ夫ヲシテ分家ヲ爲サシムルハ
不條理ナルヲ免レス又之ト同一ノ理由ニ因リ妻モ亦分家ヲ爲スコトヲ得スト謂ハサルヘカラ
ス

第二 法定ノ推定家督相續人タラサルコト 法定ノ推定家督相續人トハ被相續人ノ家族タル直
系單屬ニシテ第一位ニ於テ當然家督相續ヲ爲スヘキ者ヲ謂フ此ノ如ク法定ノ推定家督相續人
ハ戸主タル身分ヲ當然繼承スヘキモノナルカ故ニ分家ニ因リテ其家ヲ去ルコトヲ得サルモノ
トセリ(七四四條)

第三 戸主ノ同意アルコト 戸主ノ同意ヲ必要トスル所以ノモノハ分家ハ其所屬ノ家籍ヲ離脱
スルモノナルニ因ル

第四 未成年者ニ在リテハ親權ヲ行フ父若クハ母又ハ後見人ノ同意アルコト 親權者又ハ後見
人ハ未成年者ノ利益ヲ保護スヘキ者ナルカ故ニ家籍離脱ノ效力ヲ生スル分離ニ付テハ此等保護
者ノ意見ヲ參酌スルノ要アリ然ラサレハ未成年者ノ一身ヲ誤ルノ虞アルヘキニ因ル

分家ヲ爲サント欲スル者ハ戸籍法第一五四條ノ定ムル諸件ヲ具シテ之ヲ戸籍吏ニ届出ツルコト
ヲ要ス故ニ分家ハ届出ヲ以テ爲スヘキ要式ノ意思表示ナリト謂フヘク此届出ニシテ一タヒ受理
セラレタル以上ハ分家ノ意思表示ハ此ニ其效力ヲ生シ届出本人ハ即チ其家ノ戸主タルヘシ
分家ヲ爲スニハ本人ノ意思ニ基クコトヲ要ス意思能力ナキ未成年者ハ法定代理人ニ依リテモ分
家ヲ爲スコトヲ得ス若シ意思能力ヲ有スルトキハ前示ノ如ク法定代理人ノ同意ヲ得テ分家ヲ爲
スコトヲ得但分家ノ届出ニ付テハ戸籍法第四六條ヲ適用スヘシ

分家ヲ爲シタル者ノ妻ハ其夫ニ隨ヒテ其家ニ入ル(七四五條)然レトモ其直系單屬ハ當然父ニ
隨ヒテ其家ニ入ルヘキニ非ス何トナレハ第七三三條ハ生來ノ家籍取得ヲ定メタルモノニ外ナラ
サレハ如上ノ場合ニ適用スヘキモノニ非サレハナリ故ニ子ハ父ノ分家ニ因リ其家ニ入ラントス
ルニハ第七三七條ノ規定ニ據ラスシハアルヘカラス然ルニ斯ル親族入籍ノ手續ニ依リ父ノ家ニ
入リタル直系單屬ハ家督相續順位ノ上ニ於テ至大ノ利害關係アリ(九七二條)場合ニ由リテハ

自己ノ弟妹ノ爲メニ相續順位ヲ先ニセラルルノ不幸ヲ見ルコトアリテ其父其子ノ爲メ情誼上聞然スル所ナキヲ得ヌ是ニ於テ明治三十五年法律第三七號ヲ以テ「家族カ分家ヲ爲ス場合ニ於テハ戸主ノ同意ヲ得テ自己ノ直系卑屬ヲ分家ノ家族ト爲スコトヲ得」前項ノ場合ニ於テ直系卑屬カ滿十五年以上ナルトキハ其同意ヲ得ルコトヲ要ス」トノ二項ヲ第七四三條ニ追加スルニ至レリ

第二項 一家創立

茲ニ一家創立ト稱スルハ狹義ノモノニシテ家ノ設立ヲ目的トスル行爲ニ因ルニ非ス法律規定ニ依ル結果一家ノ設立セラルル場合ヲ指稱スルモノトス

法律規定ノ結果一家ノ設立セラルル場合ハ即チ左ノ如シ

第一 父母共ニ知レサル子ハ一家ヲ創立ス(七三三條三項)
子ハ父ノ家ニ入り父ノ知レサル子ハ母ノ家ニ入ルヲ本則トス然レトモ父母共ニ知レサル子ハ其入ルヘキ家ヲ知ルコト能ハス苟モ日本人トシテ家ナキヲ許ササルハ我國法ノ主義トスル所ナルヲ以テ此等ノ者ハ一家ヲ創立スルノ外ナシ

日本ニ於テ生レタル子ノ父母カ共ニ知レサルトキ又ハ國籍ヲ有セサルトキハ其子ハ之ヲ日本人トス(國籍四條)其所謂父母共ニ知レサル子トハ彼ノ棄兒ノ如キモノヲ謂ヒ戶籍法第七五

條以下ニ於テ棄兒發見ノ場合ニ於ケル規定ヲ存スルカ故ニ棄兒ニ付テハ其出生ノ時ヲ以テ一家ヲ創立スルモノト解スルノ外ナシ而シテ如何ナルモノヲ以テ棄兒ト謂フカニ付テハ一般普通ノ觀念ニ由リ之ヲ認ムルノ外ナク假令父母共ニ知レサル子トスルモ既ニ其者ノ戶籍アルトキハ別ニ棄兒發見ノ届出ヲ爲スコトヲ要セス若シ又假令其者ノ戶籍ナシトスルモ無籍者ハ悉ク皆棄兒ナリト謂フヘキニ非ス要ハ唯戶籍ナク其何人ノ子ナルヤヲ知ル能ハスシテ而モ其者自ラ就籍ノ届出ヲ爲スノ意思能力ナキ者タラズンハアルヘカラス

第二 私生子カ母ノ家ニ入ルコトヲ得サルトキハ一家ヲ創立ス(七三五條三項)

父ノ家ニ入ルコトヲ得サル私生子ハ母ノ家ニ入ルモ母カ戸主ナラサルトキハ戸主ノ同意ヲ得ルニ非ズンハ其家ニ入ルコト能ハス隨テ戸主ノ同意ナキ爲メ母ノ家ニ入ルコトヲ得サル私生子ハ一家ヲ創立セサルヲ得ヌ母タル戸主カ入籍ヲ拒ムトキ亦同シ
庶子ハ父ノ家ニ入り父ノ家ニ入ルコト能ハサルトキハ母ノ家ニ入ルモ前項ト同シク母カ家族ナルトキハ戸主ノ同意ヲ得ルコトヲ要シ戸主ノ同意ナクンハ其家ニ入ル能ハサルカ故ニ等シク一家ヲ創立セサルヘカラス蓋シ私生子ハ父ノ認ニ因リ庶子ト爲ルモ母ニ對シテハ嫡母トノ關係以外依然私生子タルヲ失ハス隨テ第七三五條第三項ニ所謂私生子中ニハ此等ノ者ヲ包含スト謂ハサルヘカラス

第三 實家ニ復籍スヘキ者カ實家ノ廢絶ニ因リ復籍スル能ハサルトキハ一家ヲ創立ス(七四〇

條

婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入りタル者ハ離婚又ハ離縁ノ場合ニ於テ實家ニ復籍スヘキモノトス(七三九條) 復籍ハ即チ復歸ナリ復歸スヘキ家ノ廢絶シタルトキハ其入ルヘキ家ナキモノナルカ故ニ一家ヲ創立スルノ外ナシ但此場合ニ實家ヲ再興スルヲ妨ケス

第四 離籍セラレタル家族ハ一家ヲ創立ス(七四二條)

第七四九條第三項及ヒ第七五〇條第二項ノ規定ニ依リ戸主ヨリ離籍セラレタル家族ハ其家ヲ去ラサルヲ得ス而モ其入ルヘキ家ナキモノナレハ一家ヲ創立セサルヲ得ス但妻ハ夫ニ隨ヒテ其家ニ入り(七四五條) 家族カ戸主ノ同意ナクシテ養子ヲ爲シタルカ爲メ離籍セラレタルトキハ其養子ハ養親ニ隨ヒテ其家ニ入ル(七五〇條三項)

第五 婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入りタル後復籍ヲ拒マレタル者カ離婚又ハ離縁ニ因リテ其家ヲ去リタルトキハ一家ヲ創立ス(七四二條)

第七五〇條第二項ノ規定ニ依リ復籍ヲ拒マレタル者ハ離縁ノ場合ニ於テ實家ニ復籍スル能ハス隨テ是レ亦一家ヲ創立スルノ外ナシ

第六 絶家ノ家族ハ各一家ヲ創立ス(七六四條)

單身戸主ニシテ絶家ト爲リタルトキハ格別苟モ家督相續權ナキ家族一人以上アルトキハ其者ハ一家ヲ創立セサルヲ得ス但妻ハ夫ニ隨ヒテ其家ニ入り子ハ父ニ隨ヒテ父カ知レサルトキ他家

ニ在ルトキ若クハ死亡シタルトキハ母ニ隨ヒテ其家ニ入ル

第七 國籍法ノ規定ニ依リ日本ニ歸化シタル者ハ一家ヲ創立ス(國籍五條)

歸化トハ行政官廳ノ處分ニ依リ日本ノ國籍ヲ許與スルヲ謂ヒ歸化ニ因リテ日本人タルノ分限ヲ有シ日本人トシテ本籍ヲ定ムルコトヲ得而シテ婚姻又ハ縁組ニ因リテ日本ノ國籍ヲ取得シタル者ニ在リテハ其入ルヘキノ家アリト雖モ本人ノ請願ニ基キ歸化シタル者ニ在リテハ其入ルヘキノ家アルナシ隨テ此場合ニハ一家ヲ創立スルノ外ナシ

第三款 家ノ消滅

第一項 廢家

明治十年八月第六〇號達ニハ「男女ノ戸主其家名ヲ廢シ他ヘ入夫縁付或ハ養子女ト爲リ又ハ實家ヘ復籍等願出候ハハ地方廳限リ聞届不苦此旨相達候事」トアリ地方行政官廳ノ許可ヲ受クルニ非スシハ廢家ヲ爲スコトヲ得ス是レ實ニ族制主義ノ觀念ニ於テ家ヲ重ニスルニ因ル我民法ニ於テモ廢家ニ付テハ(一)新ニ家ヲ立テタル者ト(二)家督相續ニ因リ戸主ト爲リタル者トニ由リ其規定ヲ異ニセリ

(一) 新ニ家ヲ立テタル者ハ其家ヲ廢シテ他家ニ入ルコトヲ得(七六二條一項) 茲ニ新ニ家ヲ立テタル者トハ分家ヲ爲シタル者、一家創立者、廢絶家再興者ヲ謂フ蓋シ此等ノ者ニ在リテハ

其家ヲ廢滅セシムルモ敢テ祖先ノ祭祀ヲ絶ツコトナク自己ノ立テタル家ヲ自己カ廢滅スルモノニシテ家ヲ重シスルノ本旨ニ悖ルノ虞ナケレハナリ或ハ廢絶家再興者ハ一旦廢絶シタル家名ヲ復興シタルモノニシテ新家ヲ立テタル者ト謂ヒ難キニ似タリト雖モ廢絶家再興ハ家督相續ニ非ス第七六二條第一項ハ同第二項ノ家督相續ニ因リテ戸主ト爲リタル者ヲ除キタル以外ノ者ヲ指シタルニ外ナラサルヘキカ故ニ再興者モ亦任意ニ廢家ヲ爲スルコトヲ得ルモノトセサルヘカラス

(二) 家督相續ニ因リテ戸主ト爲リタル者ハ其家ヲ廢スルコトヲ得ズ但本家ノ相續又ハ再興其他正當ノ事由ニ因リ裁判所ノ許可ヲ得タルトキハ此限ニ在ラス(七六二條二項) 蓋シ家族制ニ在リテハ家名ヲ絶タサシムルヲ本旨トス從テ猥ニ廢家ヲ爲スコトヲ得セシムルハ祖先ニ對スルノ禮ニ非ス故ニ家ヲ繼續スルノ必要ヨリモ重大ナル正當ノ事由アル場合ニ限り裁判所ヲシテ廢家スルノ己ムナキヤ否ヤヲ判定セシムルコトセリ而シテ其所謂正當ノ事由アル場合トハ分家ノ戸主ニシテ本家ヲ相續シ又ハ本家ヲ再興スルノ必要アルトキノ如キ法律ノ例示トシテ掲タルモノノ外貧困ニシテ獨立ノ一家計ヲ立ツル能ハスシテ他家ノ養子ト爲ルトキ又ハ女戸主カ婚姻ニ因リ他家ニ入ラント欲スルトキノ類ヲ謂フ此等ノ場合ニ於テ裁判所ノ許可ヲ得タルトキハ廢家ヲ爲スコトヲ得

右廢家ノ許可ニ關スル事件ハ廢家セントスル戸主ノ住所地ノ區裁判所ノ管轄トス(非訟九一條)

民法相續

法學士 牧野菊之助 講述

緒論

抑、人ノ死亡ハ權利及ビ義務ノ主體ヲ滅失セシメ其家族上又ハ財産上ノ中心點ヲ失ハシシム故ニ一家ノ戸主ニシテ死亡センカ代リテ家族ヲ董督スル者ヲ求メサルヘカラス財産ノ所有主ニシテ一朝黃泉ノ客ト爲ラハ其財産ノ歸屬ヲ定メサルヘカラス此等ノ死亡ニ起因スル家族上又ハ財産上ニ於ケル諸種ノ關係ヲ定ムルモノ實ニ相續法ノ主要ノ目的ナリトス

相續法ニ於テ相續ト謂ヘハ普通ノ場合ニ於テ死亡ナル觀念ヲ帶フルモノナルコト疑ナシト雖モ我相續法ニ於テハ必スシモ然リト謂フヘキニ非ス思フニ我相續法ニ二種ノ別アリ一ヲ家督相續ト謂ヒ一ヲ遺產相續ト謂フ所謂家督相續ナルモノハ身分ノ繼承ヲ主トシ財産ハ之カ附隨タルニ過キス之ニ反シテ其所謂遺產相續ナルモノハ純然タル財産相續法ニシテ身分ノ如何ハ之ヲ顧慮スルヲ要セサルモノナリ此ノ如ク家督相續ニ在リテハ家族上ニ於ケル身分ノ繼承ヲ主要ノ目的

トスルカ故ニ必スシモ死亡ニ因リテノミ相續ノ開始スルモノニ非ス一定ノ事變即チ戸主タル地位ニ變動ヲ及ボスヘキ事實ノ發生ニ因リ自ラ相續ノ開始ヲ必要トセサルヘカラス從前或ハ家名相續ト謂ヒ或ハ隱居相續ト謂フモノ皆孰レモ戸主權ノ繼承ヲ指稱スルモノニ非サルハナシ故ニ家督相續ハ之ヲ身分相續ト謂フ

家督相續ヲ身分相續ナリト謂フハ社會未開ノ時代ニ於ケル所謂家長權相續ノ遺風ナリト云フニ外ナラス法制沿革史上族制廢レテ個人制ト爲ルニ至リテハ身分相續ハ其跡ヲ絶チテ單ニ財產相續ノ一制ノミヲ存スヘキハ固ヨリ當然ナルヘシ而モ我相續法ニ於テ身分相續タル家督相續ヲ以テ主タル相續制ト爲シ財產相續制タル遺產相續ト併セ規定スル所以ノモノ實ニ親族法上一家ノ存在ヲ認ムルカ故ノミ

我親族法カ今日尙ホ一家ノ存在ヲ認ムル所以ノモノ我今日ノ狀態未タ純然タル個人制ヲ奉スルニ至ラス社會進步ノ趨勢ニ於テ泰西諸國ニ及ハサルノ致ス所ナルヘシト雖モ抑、亦我國體ノ上ニ於テ上ハ萬世一系ノ帝室ヲ戴キ下ハ修身齊家ノ教義俗ヲ爲シ忠君愛國ノ美風ヲ涵養シ來リ國體ノ特殊且ハ世態人情自ラ泰西諸國ト其揆ヲ一ニセサルモノアルニ職由スト謂ハサルヘカラス其家督相續ノ如キ我國固有ノ相續制ニシテ民情風俗上亦自ラ特色ノ存スルモノアリ唯從來家督相續ノ一制ノミヲ認メタレトモ文物進化ノ今日民法上家族ニ財產ヲ別有スルコトヲ許シタルヨリ此ニ家族死亡ノ場合ニ於ケル權利義務ノ承繼ニ關シ財產相續制タル遺產相續ヲ認ムルニ至レ

ルノミ

既ニ相續ハ家督相續ト財產相續トヲ包含スルカ故ニ決シテ之ヲ以テ單純ナル財產取得ノ方法ナリトノミ目スヘカラス又之ヲ以テ戸主權ノ繼承ニ關スルモノトシテ之ヲ親族法ノ範圍ニ屬セシムヘキニ非ス相續ハ獨リ財產ノ包括ノ取得ノ方法タルノミナラス同時ニ身分取得ノ方法ナルカ故ニ財產上及ヒ親族上ノ關係ヲ明カナラシメタル後ニ於テ定マルモノナレハ相續法ハ此等ノ關係ヲ規定スル諸法規ノ後ニ特別ノ一編トシテ掲グルヲ至當トスヘシ是レ我相續法カ民法ノ第五編トシテ法典ノ最後ニ其位置ヲ占ムル所以ナリトス

此ノ如ク相續法ハ民法ノ一部トシテ普通私法タルノ性質ヲ有シ我國民一般之ヲ遵奉スヘク國民ノ或階級又ハ或特別ノ人ニノミ行ハルルニ非サルナリ唯我國體上皇位ノ繼承其他帝室ノ制度ニ關シテハ素ヨリ一私人ニ關スル法規ヲ以テ律スヘキニ非ス隨テ是レ一ニ皇室典範ノ定ムル所ニ依ル又華族ノ相續ニ關シテハ民法ノ規定ニ依ルハ勿論ナレトモ皇室ノ藩屏トシテ特殊ノ場合ニ付キ特別ノ規定ニ遵フコトアルヲ妨ケス

又相續法ノ性質トシテ強行的ナルコトヲ注意セサルヘカラス相續ハ元ト一私人ノ權利義務ノ承繼ニ關スル規定ヲ包含スルモノナレトモ事ハ一家ノ存亡、財産ノ移轉ニ至大ノ關係ヲ有シ公益上恩誼ニ付スヘカラサルモノアリ彼ノ家督相續ニ一人相續主義ヲ採リ遺產相續ニ共同相續ノ主義ヲ用ヒ各相續ノ順位其效力ノ範圍ヲ定ムルカ如キ又遺留分ノ制度ヲ設ケ減殺權ノ規定ヲ存ス

ルカ如キ皆之カ爲メニシテ其人ノ自由意思ヲ容ルルコトヲ許ササル所以畢竟相續其モノノ公益ニ關スルモノアレハナルヘシ勿論相續法ノ規定ハ悉ク強行的法規ニ屬スト云フニ非ス任意的ノ規定存スルモノアルモ相續法ノ大部分ハ強行的ナルコトニ留意セザルヘカラス

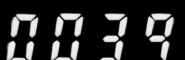
又相續ノ國際的關係ニ付テハ法例ノ規定スル所ニシテ「相續ハ被相續人ノ本國法ニ依ル」法例二五條ト云ヒ又「遺言ノ成立及ヒ效力ハ其成立ノ當時ニ於ケル遺言者ノ本國法ニ依ル」遺言ノ取消ハ其當時ニ於ケル遺言者ノ本國法ニ依ル」(同二六條)ト云ヒ以テ遺言ノ實質及ヒ相續自體ニ關スルモノニ付テハ本國法主義ナルコトヲ表明セリ其詳細ハ國際私法ノ範圍ニ屬スルヲ以テ茲ニ之ヲ論セス

我相續法ハ民法第五編トシテ第一章ヲ家督相續第二章ヲ遺產相續トシテ以テ相續制ニ二大區別アルコトヲ示シ各相續人ノ資格、相續ノ順位、效力等ヲ定メ第三章ヲ相續ノ承認及ヒ拋棄ト題シテ相續人カ相續ヲ確認シ又ハ之ヲ拒否スルノ權能換言スレハ相續人ノ法律上ノ地位ヲ定メ第四章ヲ財產ノ分離トシテ相續債權者又ハ相續人ノ債權者等ニ財產別除權アルコトヲ認メ以テ相續ノ結果ニ因リ損害ヲ避クルノ方法ヲ與ヘ第五章ヲ相續人ノ曠缺ト題シテ相續人ノ分明ナラサル場合並ニ全ク相續人ナキ場合ニ於ケル處分規定ヲ設ケ第六章ヲ遺言トシ人ノ終意處分ニ關スル規定ヲ定メ最後ニ第七章トシテ遺留分ノ規定ヲ設ケ相續人カ法律上當然相續スヘキ財產ノ範圍程度ヲ定メ且遺留分保全ノ制裁權ヲモ規定セリ而シテ遺留分ノ規定ヲ最後ニ爲シタルハ事遺

贈ノ減殺ニ關スルモノアルカ故ニ之ヲ遺言ノ後ニセルモノナリ又遺言ニ關スル規定ノ如キ純然タル相續法ノ範圍ニ屬スルモノニ非サレトモ遺言ハ通常相續ニ關スルモノノ最モ多キニ居ルト民法中他ニ適當ナル位置ナキトノ故ヲ以テ便宜ノ爲メ之ヲ相續法中ニ規定シタルノミ

本講義ハ大體ニ於テ石法典ノ順序ニ從フヘシト雖モ敘事ノ排列ニ理論ノ適否ト致學ノ便否トニ依ルヘキカ故ニ必スシモ法條ヲ逐フニ違アラズ之ヲ三編ニ大別シテ相續、遺言及ヒ遺留分トシ民法第五編第一章乃至第五章ノ規定ハ之ヲ一編中ニ説明シ第六章ノ規定ヲ二編ニ第七章ノ規定ヲ三編トシテ說述スル所アラン而シテ民法ハ元ト主法ノ規定ニ止マリ其手續ニ關スルモノハ人事訴訟手續法、非訟事件手續法、戶籍法其他ノ助法ノ特別法律ニ待ツ所アリ相續ノ如キモ亦其助法ノ規定ハ此等ノ法律ニ依ラサルヲ得サルヲ以テ其ノ運用ヲ知ラントスル者須ク其攷究ヲ解ルヘキニ非ス本講義亦時ニ之ニ論及スル所アルヘシ

相續殊ニ家督相續ニ付テハ親族法ニ關聯スル所アリ親族法ノ規定ハ相續ニ至大ノ關係ヲ有スルヲ以テ其研鑽ハ忽諾ニ付スヘカラサルハ勿論親族、相續ノ二法ハ主トシテ我固有ノ舊規慣例ニ準據スル所多ク民法ノ他ノ部分ト異ニシテ外國法規ノ繼受ハ比較的尠小ナリ隨テ法ノ精神意義ハ反テ不文ノ慣習ニ其淵源ヲ酌マサルヘカラス而モ過渡時代ノ法制トシテ族制主義ト個人主義トカ交互錯綜シ法律ノ規定モ亦時ニ齟齬ノ嫌ナキニ非サルヘシ相續ニ付キ純然タル財產相續制タル遺產相續ヲ定メ相續ノ限定承認トシテ相續人カ相續財產ノ限度ニ於テノミ被相續人ノ債務



及ヒ遺贈ヲ辨濟スヘキコトヲ留保シテ承認スルヲ許スカ如キ或ハ相續ノ拋棄ヲ許シ或ハ財産ノ分離ヲ許シ又或ハ遺留分制度ヲ設ケタルカ如キ均シク舊慣ノ存セサル所ニ係ル其他相續順位ノ如キ共同相續主義ノ如キ新法ノ制定スル所ト舊規ノ襲踏ニ係ル所ト彼此互ニ相錯綜スルヲ見ル或ハ法ノ不備ヲ感得スルコトアルヘク或ハ法ノ缺點ヲ指摘シ得ル所アルヘク相續法ノ研究ハ之ヲ實際ノ事例ニ鑑ミ之ヲ新法ノ規定ニ照シ舊規慣例ト今日社會ノ狀態トニ適合スルヤ否ヲ見ルニ於テ極メテ趣味アル好題目タルヲ失ハサルヘシ殊ニ其社會經濟政策上若クハ宗教道徳ノ觀念上ニ及ホスヘキ利害得失等仔細ニ之ヲ玩味セハ相續法ノ攷究ハ私法中最モ重要ナルモノニ屬スルモノナルコトヲ知ラン

本論

第一編 相續ノ種別及ヒ效力

第一章 總論

我民法ハ總則編以下親族編ニ至ル毎編ノ首ニ總則ナル一章ヲ設ケ共通ノ規定ヲ設ケルニ反シ相續編ニ之ヲ設ケス直チニ家督相續ニ關スル規定ヲ爲シ此規定ニシテ遺產相續ニモ適用スヘキモノニ付テハ一一其旨ヲ明示スルコトセリ然レトモ茲ニハ攻學上ノ便宜ノ爲メ且ハ相續ノ概念ヲ知得セシメンカ爲メ各種ノ相續ニ共通スヘキ規定ヲ一括シ説述スル所アラン而モ相續ノ承

認、拋棄又ハ遺留分ノ規定ノ如キ各種ノ相續ニ關シ起ルヘキモノト雖モ混雜ヲ恐レ後ニ之ヲ詳論スルコトセリ

第一節 相續ノ意義

相續トハ或一定ノ原因ニ因リ人ノ身分又ハ財産ヲ包括的ニ相續人ニ移轉スルヲ謂フ之ヲ分解スレハ左ノ如シ

第一 相續ハ一定ノ原因ニ基カサルヘカラス 法律上此原因ヲ稱シテ相續開始ノ原因ト謂フ而シテ此原因ハ家督相續ト遺產相續トニ由リ自ラ差異アリ家督相續ハ戸主ノ死亡其他戸主タル地位ニ變動ヲ及ホスヘキ一定ノ事實ニ因リテ生シ遺產相續ハ家族ノ死亡ニ因リテ開始ス其詳細ハ後ニ至リ説明スヘシ

第二 相續ハ身分又ハ財産ヲ移轉スルモノナリ 家督相續ハ前戸主ノ有セシ一切ノ權利義務ヲ相續人ニ於テ承繼シ遺產相續ハ被相續人ノ財産ニ屬セシ權利義務ヲ承繼ス前者ハ戸主タル身分ヲ承繼スルニ伴ウテ前戸主カ戸主タル資格ニ於テ有セシ權利義務ヲ承繼シ後者ハ死者ニ屬シタル財産上ノ權利義務ヲ承繼ス故ニ相續ヲ以テ單ニ財産ノ承繼トノミ目スルヲ得ス

第三 相續ハ身分財産ノ包括的移轉ナリ 相續ハ權利主體ハ變更ヲ來シ新權利主體ハ舊權利主體ニ代リ其移轉セラルヘキ權利義務ノ性質内容ヲ變更セス法律上此承繼者ヲ名ケテ相續人ト

謂ヒ被承繼者ヲ被相續人トハ謂フナリ而シテ被相續人ノ總テノ財産ハ相續人ニ移轉シ相續人ハ被相續人ノ義務ヲモ承繼シ殊ニ家督相續ニ在リテハ相續人ハ被相續人即チ前戶主ノ戶主權ヲ承繼スヘキモノトス

第四 相續ハ一定ノ相續人ニ於テ承繼スヘキモノトス 相續ニ因リテ新權利主體タルヘキモノハ必スヤ法律ニ於テ定マリタルモノナラサルヘカラス相續人ノ資格、相續ノ順位ノ如キ法律ハ一定ノ準則ヲ定メ假令被相續人ト雖モ自己ノ任意ニ之ヲ變改スルコトヲ許サス是レ實ニ相續ノコトタル大ニ公益ニ關スルモノアレハナリ

相續 (Succession) ナル語ハ時トシテ移轉者クハ承繼ナル語ト同一ノ意義ニ用ヒラルルコトアリト雖モ我國語ノ上ニ於テハ又此弊ナキヲ得ヘシ而シテ相續法上相續ト云ヘハ必スヤ前示ノ意義ヲ有スルモノト知ラサルヘカラス彼ノ賣買ノ如キ贈與ノ如キ等シク權利ノ移轉承繼ヲ來スモノナレトモ之ヲ以テ相續トハ謂フヘカラス

遺贈 (Legate) モ亦相續ト混同スルナキヲ要ス遺贈トハ或人カ他人ニ財産上ノ利益ヲ與フルノ遺言ヲ謂ヒ之カ利益ヲ受クル者ヲ受遺者ト謂フ而シテ遺贈ニ包括ノ遺贈ト特定ノ遺贈トノ別アリ前者ハ包括ノ權利義務ノ移轉ナリト雖モ之ヲ相續ト謂フヘカラス遺贈ト相續トハ其原因其效力共ニ異ナル所アルヨリ之ヲ混同スヘカラス或ハ相續ヲ分テテ遺囑相續、無遺囑相續トシ被相續人カ遺言ヲ以テ相續人ヲ指定シ又ハ相續分ヲ規定シタル場合ヲ遺囑相續トシ遺贈モ亦廣義ニ於

ケル遺囑相續ノ一種ナルカ如ク解スルナキヲ保セス然レトモ遺贈ハ決シテ相續ノ一種ニ非ザルナリ或ハ又生存者ハ死ニ者ノ權利ヲ承繼スルヲ以テ相續ナリト解センカ遺贈モ亦相續ナリト謂ヒ得ラレザルニ非スト雖モ相續ト遺贈トハ全然之ヲ區別セザルヘカラサルナリ

又國ニ屬スル相續(取一三章三節)ナル語ヲ用ヒ恰モ一種ノ相續制ヲ存スルモノノ如キモ是レ認レルノ太シキモノナリ所謂國ニ屬スル相續トハ相續人ノ曠缺セル財産カ國庫ニ歸屬スル場合ヲ指稱スルモノニシテ全ク措辭ノ不用意ニ外ナラサルナリ

第二節 相續ノ開始

相續ノ開始トハ相續人ノ權利乃チ相續權發生ノ時期ヲ謂フ換言スレハ相續人カ被相續人ノ權利義務ヲ承繼スルノ時期ヲ謂フ而シテ此時期ノ到來スルマテハ相續人ハ其時期ニ於テ相續ヲ爲シ得ヘシト一ノ希望ヲ有スルニ過キス相續ヲ爲スノ權利ハ未ダ發生セザルモノトス相續ヲ爲スノ權利ハ相續開始ノ時ニ至リ初メテ確定ス而モ我法律上相續開始前ニ於ケル希望ヲモ尙ホ且普通ニ相續權ト謂ヘリ

第一款 相續開始ノ時期

相續開始ノ時期ハ家督相續ト遺產相續トニ因リ各其原因タル事實ニ異ナル所アリ家督相續ハ要

スルニ戸主ノ缺ケタル場合(九六四條)ニ開始シ遺產相續ハ家族ノ死亡ニ因リテ開始ス(九九二條)其詳細ハ後ニ説明スル所アルヘシト雖モ要スルニ法律上其原因タル事實ノ效力發生シタル時ヲ以テ相續開始ノ時期トセサルヘカラス故ニ例ヘハ戸主ノ死亡ニ因ル場合ハ死亡ノ時ヲ以テ相續開始ノ時期トシ其届出ノ日ニ在ラス其隠居ニ因ル場合ハ事實上退隱ノ日ニ在ラスシテ隠居届出ノ時ヲ以テ開始ノ時期トシ婚姻又ハ縁組ノ取消ニ因リ家ヲ去リタルニ因ル場合ハ去家ノ届出アリタル日ヲ以テシ失踪ノ宣告ニ因ル場合ハ失踪宣告ノ日ニ在ラスシテ法定ノ期間満了ノ時(三〇條、三一條)ヲ以テ各相續開始ノ時期トスルカ如シ

相續開始ノ時期ヲ一定スルハ極メテ必要ニシテ殊ニ左ノ諸點ニ於テ其實用ヲ見ル

第一 相續人ノ何人ナルカヲ定ムルハ此時期ニ於テス 相續ノ開始ハ相續權發生ノ時期ナレハ此時期ノ前後ニ因リ相續人ノ權利ニ消長ノ關係ヲ來スヘシ例ヘハ被相續人ハ甲、乙、丙ノ三子アリ長男甲ハ法定ノ推定家督相續人タルヘキモ若シ被相續人ニ先ツ僅ニ一日前ニ死亡シタルトセンカ相續ノ順位ハ茲ニ變更ヲ生シ次男タル乙ヲ以テ家督相續人トセサルヘカラス又前例ニ於テ乙ハ既ニ他家ノ養子ト爲リ丙ノミ家ニ在リタリトセンカ乙ハ被相續人死亡ノ翌日離縁復籍シタリトスルモ丙ヲ以テ家督相續人トセサルヘカラサルカ如シ是レニ相續順位ハ相續開始ノ時期ニ於テ確定スヘキモノナレハナリ

第二 相續人ノ資格ノ有無ヲ定ムルハ此時期ニ於テス 相續人カ相續ヲ爲スニハ法律ニ定ムル

相當ノ資格ヲ具有スルヲ要シ若シ之ヲ缺クトキハ相續ヲ爲スコトヲ得ス而シテ此資格ノ有無ハ一ニ相續開始ノ時期ニ於テ判定ス故ニ例ヘハ法定ノ推定家督相續人ト雖モ廢除セラレタルトキハ相續ヲ爲スコトヲ得サルモ若シ相續ノ開始前ニ廢除ノ取消アリタルトキハ家督相續ヲ爲スニ妨ナキカ如シ

第三 相續ノ效力發生ハ此時期ニ於テス 家督相續ト遺產相續トニ論ナク相續人ハ相續開始ノ時ヨリ先人ノ權利義務ヲ承繼スヘキモノトス(九八六條、一〇〇一條)故ニ相續ノ效力ハ相續開始ノ時ヨリ發生スルモノニシテ家督相續ニ在リテハ一家ノ繼承ニ間斷アルコトヲ許サス又彼ノ遺產相續ニ於テ相續開始ノ時期ト遺產分割ノ時期トノ間ニ若干ノ日子ヲ費シタリトスルモ分割ノ效力ハ相續開始ノ時ニ遡リテ發生シ(一〇二條)又相續ノ拋棄ハ相續開始ノ時ニ遡リ同シク其效力ヲ生ストセリ(一〇三九條)

第四 相續財產又ハ遺留分ノ算定ハ此時期ニ於テス 相續人ハ遺留分トシテ被相續人ノ財產ノ半額若クハ三分ノ一ヲ受クルノ權利アリ(一一三〇條、一一三一條)而シテ遺留分ハ被相續人カ相續開始ノ時ニ於テ有セル財產ノ價額ニ其贈與シタル財產ノ價額ヲ加ヘ其中ヨリ債務ノ全額ヲ控除シテ之ヲ算定ス(一一三二條)又相續債權者若クハ受遺者ハ相續人ノ財產中ヨリ相續財產ヲ分離センコトヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得(一一四一條)此等ノ財產ノ算定其他被相續人ヨリ遺贈又ハ贈與ヲ受ケタル遺產相續人ノ相續分ノ算定(一〇〇七條)ノ如キハ皆相

續開始ノ時期ヲ以テ之カ標準トセサルヘカラサルナリ

第五 相續回復ノ請求權ノ時効ハ此時期ヲ以テ其起算點トス 相續回復ノ請求權ハ絕對的ニ相續開始ノ時ヨリ二十年ヲ經過スルトキハ時効ニ因リテ消滅ス(九六六條、九九三條)故ニ相續開始ノ時期ヲ定ムルコトハ此起算點ヲ知ルカ爲メニモ亦實用アリトス

第二款 相續開始ノ場所

相續ハ家督相續ト遺産相續トニ論ナク被相續人ノ住所ニ於テ開始ス(九六五條、九九三條)住所ハ即チ人ノ生活ノ本據ナルヲ以テ權利義務ノ移轉ヲ來スヘキ重大ナル關係アル相續ヲ被相續人ノ住所ニ於テ開始セシムルハ相當ナリ(註)被相續人ノ住所ノ知レサル場合ニ於テハ居所ヲ以テ住所ト看做スヘキカ故ニ相續ハ其居所ニ於テ開始ス(二二條)
相續ニ付テハ時トシテ裁所上爭訟ヲ惹起スコトアリ又家督相續ニ付テハ身分登記ヲ必要トシ相續ノ限定承認又ハ拋棄ヲ爲ストキハ裁判上ノ意思表示ヲ必要トスルコトアリ是等ノ裁判管轄又ハ登記公告ニ付テ法律上其場所ヲ一定スルコト極メテ必要ナルヲ以テ被相續人ノ住所ヲ以テ相續開始ノ場所トセリ故ニ相續權、遺贈其他死亡ニ因リテ效果ヲ生スル處分ニ基ク請求ノ訴ハ遺産者死亡ノ時普通裁判管轄ヲ有セシ裁判所ニ之ヲ起スコトヲ得相續裁判籍ニ於テハ遺産債權者ヨリ遺産者又ハ相續人ニ對スル請求ノ訴ヲ起スコトヲ得(民訴二四條)推定家督相續人若クハ推定

遺産相續人ノ廢除又ハ其廢除ノ取消ヲ目的トスル訴ハ被相續人カ普通裁判管轄ヲ有スル地又ハ其死亡ノ時ニ之ヲ有シタル地ノ地方裁判所ノ管轄ニ專屬シ(人訴三三條)家督相續人ノ選定ノ爲メニ開クヘキ親族會ニ關スル事件(非訟九七條)相續ノ限定承認又ハ拋棄ノ申述(同一〇四條)遺言執行者ノ選任及ヒ解任(同一〇七條)遺言ノ確認(同一〇九條)等ニ付テハ何レモ相續開始地ノ區裁判所ノ管轄トシ由テ以テ相續開始ノ場所ヲ一定セルノ實用ヲ示セリ其他非訟事件手續法第六五條、第八五條、第一〇三條及ヒ第一一二條等ニ參照シ益々其實益アルヲ知ルヘシ

第三節 相續人ノ資格

第一款 總則

凡テ權利能力アル各人ハ何人ト雖モ相續人タル資格アルモノニシテ法律上相續人タルノ資格アルハ一般ノ原則ニシテ其資格ナキハ例外ニ屬ス
我民法ハ開卷第一條ニ「私權ノ享有ハ出生ニ始マル」ト規定シ人ノ權利能力ニ差等ナキノ主義ヲ言明シ唯出生ヲ以テ權利享有ノ初期トシ死亡ヲ以テ終期トスルコトヲ定メタリ相續權亦一箇ノ私權ニ過キサルヲ以テ何人ト雖モ此權利ヲ享有スヘキコト素ヨリ論ナシ故ニ苟モ相續開始ノ時期ニ於テ生存スル以上ハ相續人タルコトヲ得ヘク既ニ死亡セル者ニ在リテハ相續權ヲ得ル能ハサルヤ亦明クシ但外國人ニ付テハ法例第二五條ノ適用ヲ受クヘキモノトス

相續ニ付テハ胎兒ハ之ヲ既生兒ト看做ス(九六八條、九九三條)是レ第七二一條ト同シク公益上ノ必要ノ爲メニ出生以前ト雖モ既ニ生マレタル者ト同一視シ相續權ノ享有ヲ認メタルモノトス蓋シ相續ニ關シ既ニ生マレタル者ニ非サレハ其權利ヲ享有スルコト能ハストセハ被相續人ノ意思ニ反シ其極人情風俗ニ背反スルノ結果ヲ惹起スヘシ殊ニ相續ニ付テハ血族相承クルヲ以テ本來ノ主義トスルヲ以テ胎兒ト同一視スルハ其利益ヲ保護スル上ニ於テモ亦適當ナリト謂フヘキナリ

胎兒カ相續權ヲ取得スルニハ生キテ生マルコトヲ要シ死體ニテ生マレタルトキハ既往ニ遡リテ相續權ヲ失フ或法制又ハ學說ニ於テハ胎兒カ相續權ヲ得ルニハ生キテ産マルコトト生存シ得ヘキ力ヲ具備スルコトノ二條件ヲ要ストセリ然レトモ生存シ得ヘキ力ヲ備フルヤ否ヤハ之ヲ定ムルコトノ困難ナルノミナラス生兒ノ體力ノ強弱ニ因リテ其權利能力ノ有無ヲ定ムルカ如キハ妥當ナリト謂フヲ得ス故ニ我法律ハ唯生キテ産マレタル者ナラシメハ假令直チニ死亡スルコトアリトモ一旦ハ此權利能力ヲ得タルモノトシ必スシモ胎兒カ生存シ得ヘキ力ヲ具備スルコトヲ要セス

胎兒ハ相續ニ付テハ之ヲ既生兒ト看做スヨリ家督相續ニ在リテ胎兒カ唯一ノ相續人ナル場合ニハ其母ハ相續ノ開始アリタルコトヲ知リタル日ヨリ一个月内ニ醫師ノ診斷書ヲ添ヘテ家督相續ノ届出ヲ爲スコトヲ要ス(戸一三五條)然レトモ被相續人ノ直系卑屬數人アル場合ニ於テハ第

九七〇條ノ規定ニ從ヒ相續順位ヲ定ムヘキモノナルカ故ニ胎兒カ第一順位ノ家督相續人タルヘキヤ否ヤハ其出生ノ時ヲ待タサルヘカラス從テ右ノ如キ場合ニ於テハ胎兒ハ往往相續權回復ノ請求ヲ爲ササルヲ得サルヘシ遺產相續ニ在リテハ共同相續ノ主義ヲ採用セルヲ以テ亦同一ノ結果ヲ生スルニ至ラン

又胎兒カ果シテ被相續人ノ子ナルヤ否ヤニ付テ疑義ヲ生シタル場合ニ在リテハ第八二〇條ノ規定ニ依リテ之ヲ定ムルヲ得ヘシ唯佛國ニ於テハ此點ニ關シ學者間ニ異論ヲ生シ佛民法第三二二條ノ推定(我民法八二〇條ニ相當ス)ハ特ニ認知ニ關シテ下シタルモノナレハ之ヲ相續ニ關スル場合ニ援引スルヲ許サスト唱フル者アリト雖モ第八二〇條ノ規定ハ懷胎ノ時期ニ關スル一般法律上ノ推定ニ外ナラサルカ故ニ相續ニ關シ被相續人ノ子ナルコトヲ定ムルカ爲メニ同條ノ規定ニ從ヒ懷胎時期ヲ推測スルニ於テ何等ノ不可力之アラズ

相續人タルノ資格ナキモノニ二種アリ一ハ法律ノ規定ニ依リ相續ヨリ除斥セラルル所ノモノニシテ一ハ被相續人ノ意思又ハ其他ノ事由ニ因リ相續權ヲ喪失スルモノ是ナリ此二者ヲ説明スルニ於テハ相續人ノ資格自ラ明カナルヘシ依テ左ニ之ヲ分說セシ

第一款 缺陷 (Incapable)

相續人ノ缺陷(不適位)トハ法律ノ規定ニ依リ相續ヨリ除斥セラルルモノ換言セハ法律ノ定ム

ル原因ノ存スル場合ニ其相續權ヲ剝奪スルヲ謂ヒ家督相續ト遺產相續トニ付テ多少其原因ニ差異アルニ過キス

第一 缺格ノ原因(九六九條、九九七條)

缺格ノ原因ハ制限的ニシテ法律ノ認ムル原因以外ニ相續人ハ其相續權ヲ剝奪セラルルコトナシ是レ全ク缺格ハ失權ノ效果ヲ來スモノナレハナリ今其原因ヲ列舉セハ左ノ如シ

- 一 故意ニ被相續人又ハ家督相續ニ付キ先順位ニ在ル者(遺產相續ニ付テハ同順位ニ在ル者)ヲ死ニ致シ又ハ死ニ致サントシタル爲メ刑ニ處セラレタルコト 相續ニ付キ被相續人又ハ先順位ニ在ル者遺產相續ニ付テハ同順位ニ在ル者ヲ死ニ致シ又ハ死ニ致サントスル者ハ自己ノ非望ヲ遂ケントスルニ急ナルモノニシテ其心事ノ惡ムヘキモノナルハ勿論德義上、法律上ノ大罪人ナリト謂ハサルヘカラス斯ル大罪人ニ自己ノ相續ヲ爲サシメントコトハ被相續人ノ意思ニ非ス又斯ル非行アル者ニモ尙ホ且相續權アリトセハ法律ハ犯罪ヲ獎勵スルニ等シカルヘシ是レ之ヲ以テ缺格ノ一原因トセル所以ナリ

本號ノ原因ニ基キ缺格ノ效果ヲ生スルニハ左ノ條件ヲ必要トス

- 甲 被相續人又ハ先順位(家督相續ニ付キ)若クハ同順位(遺產相續ニ付キ)ニ在ル者ヲ死ニ致シ又ハ死ニ致サントシタルコト 家督相續ハ一人相續ノ主義ニシテ相續ノ順位ハ一二法律ニ依リテ定マリ第一順位ニ在ル者ハ後順位ノ者ヲ排斥シテ相續スルヲ得ヘク彼此互ニ順

例スルヲ許サス之ニ反シ遺產相續ハ共同相續主義ヲ採用セルヲ以テ相續人ノ員數ノ多寡ニ從ヒ各自ノ相續分ニ影響ヲ及ホスヘシ從來既ニ家屋ヲ自由ニセントノ非望ヲ抱キ戸多タル父ヲ殺シ又ハ相續ヲ爲スヘキ地位ニ在ル現在ノ兄ヲ殺サントシ或ハ弟妹ヲ廢殺シテ獨リ遺產ヲ擅ニセント企ツル等不祥ノ事例ヲ聞クコト稀ナリトセス斯ル不逞ノ行爲アル者ヲ以テ相續人トスルハ決シテ被相續人ノ意思ニ適合スルモノニ非ス故ニ之ヲ以テ相續缺格ノ原因トセルハ相當ナリトス唯我相續制ノ根本主義ノ上ニ於テ兩者ノ間前示ノ如キ差異アルヨリシテ從テ被害者ノ範圍自ラ異ナラサルヲ得サルナリ而シテ此ニ所謂死ニ致シ又ハ死ニ致サントシタルトハ既遂、未遂ノ謂ニシテ謀殺、故殺ヲ指稱スルモノナリ彼ノ毆打致死又ハ制縛監禁致死ノ如キ生命ヲ奪フノ點ニ於テハ彼ト均シトスルモ殺スノ意ニ出ラタルモノニ非ス單ニ制縛監禁又ハ毆打ニ因リテ死ナル結果ヲ誘引シタルニ外ナラサルヲ以テ本號ノ原因ニ入ルヘキニ非ス

相續人カ現ニ自ラ手下シ殺人ノ行爲ヲ敢テシタル場合ハ深ク論スルノ要ナシ其人ヲ殺峻シテ右ノ犯罪ヲ敢テセシメタル場合ハ如何此場合ニ於テハ我刑法上二人以上現ニ罪ヲ犯シタル者トシ以テ正犯トシ各自ニ其刑ヲ科スヘキモノナルヲ以テ均シク缺格ノ原因タルヘシ(刑)〇四條、一〇五條)唯相續人カ刑法上ニ所謂從犯ヲ以テ論スヘキ場合ニ於テハ幫助ノ行爲アルニ止マリ殺人ノ行爲ヲ敢テシタルモノト謂フヘカラス隨テ本號ノ解釋トシテハ固



乙 ヲリ缺格者トシテ論スルヲ得サルヘシ

乙 故意ニ殺人罪ヲ犯シタルコト 斯ニ所謂故意トハ其被害者ノ被相續人又ハ先順位若クハ同順位ニ在ル相續人ナルコトヲ知リテ爲シタルモノナルコトヲ要スルノ義ナリ故ニ知ラスシテ爲シタル場合ハ本號ノ原因ニ適應スルモノニ非ズ人違ノ爲メニ被相續人又ハ先順位若クハ同順位ニ在ル相續人ヲ殺シタルトキハ刑法上誤殺罪ヲ以テ論スヘシト雖モ(刑二九八條)此ニ所謂故意ナル條件ヲ具備スルモノニ非サルナリ又彼ノ過失殺ノ如キ亦同シタ殺スノ意ニ出テタルモノニ非サルカ故ニ缺格ノ原因ト爲ルコトナカルヘシ

丙 刑ニ處セラレタルコト 缺格者トシテ相續權ヲ剝奪スルニハ必ス刑ニ處セラレタルコトヲ要ス苟モ前示殺人ノ罪ニ因リ刑ニ處セラレタル者ナラシメハ假令有テ減輕(刑八〇條二項、八一條、三二三條)酌量減輕(刑八九條、九〇條)ニ依リ其刑ヲ輕減セラルルモ可ナリ唯(イ)刑ニ處セラレタルトキ及ヒ(ロ)處刑シ得ラレタルトキハ缺格ノ原因ト爲ルコトナシ被ノ正當防衛ノ如キ(刑三一四條)又罪ヲ犯ス時十二歳ニ滿タサル者(刑七九條)知覺精神ノ喪失ニ因リ是非ヲ辨別セサル者(刑七八條)ノ如キハ前者ニ屬シ公訴ノ時効ニ罹リタルトキ(刑訴八條)若クハ被告人ノ死亡又ハ大赦ニ因リテ刑ニ處スルコトノ不能ト爲リタルトキノ如キハ後者ニ屬ス此二ノ場合ニ於テハ固ヨリ缺格ノ原因ト爲ラス但刑ノ時効ニ因リ又ハ特赦ニ因リ刑ノ執行ヲ免レタル者ハ此限ニ在ラス

二 被相續人ノ殺害セラレタルコトヲ知リテ之ヲ告發又ハ告訴セザリシコト 告發ト謂ヒ告訴ト謂フハ刑事訴訟法上唯被害者ノ地位ニ立ツト否ラサルトニヨリ其名ヲ異ニスルニ過キス(刑訴四九條、五三條)就レニスルモ犯罪ノ事實ヲ官ニ申告スルヲ謂フ相續人ニシテ被相續人ノ殺害セラレタルコトヲ知リテ之ヲ官ニ申告セサルハ人ノ不幸ヲ傍觀シ自己カ相續ノ時期ヲ早メタルヲ喜フニ均シク其德義ニ反シ人情ニ悖ルノ太甚シキヨリ之ヲ以テ缺格ノ一原因トスルニ至レリ既ニ羅馬法ニ於テハ被相續人ニ對スル身分ノ攻撃(Statissonlevensia)ヲ以テ缺格ノ原因トセリト其所謂身分ノ攻撃トハ自由若クハ市民權ヲ有セスト非議スルヲ云フナリ身體ノ攻撃尙ホ且然リ況ヤ被相續人ノ殺害セラレタルヲ見テ自ラ快シトスル者ニ於テオヤ
告訴又ハ告發ハ唯殺害ノ事實ヲ申告スルヲ以テ足り必スシモ其殺害者ノ何人タルコトヲ明カニスルヲ要セス而モ告訴又ハ告發ニ付テハ我法律上其期間ニ關シ何等ノ規定アルナシ隨テ相續人カ幾何ノ期間内ニ於テ告訴又ハ告發セサルヲ以テ缺格ノ原因アリトスヘキヤ否若シ此期間ニ付キ紛議ノ生シタル場合ニ於テハ之ヲ事實上ノ問題トシテ查察セサルヘカラスハ勿論ナルヘシト雖モ法律上ニ於テハ相續人ハ相當期間内ニ申告セサルヘカラス否ラサレハ本號ノ原因ニ因リ缺格者ト爲ルト解セサルヘカラス
本號ノ原因ニ付テハ左ノ二個ノ例外アリ

甲 相續人ニ是非ノ辨別ナキトキ

乙 殺害者カ自己ノ配偶者若クハ自己ノ直系血族ナリシトキ

右(甲)ノ場合ハ是非ヲ判別スルノ能力ナキモノナルカ故ニ告發又ハ告訴ヲ爲サザリシトノ一事ヲ以テ德義ニ反スルモノトシ相續權ヲ奪フハ酷ニ失スルカ故ニシテ(乙)ノ場合ニ在リテハ被相續人殺害ノ事實ヲ隱蔽シ之ヲ祕スルハ夫婦ノ情トシテ將タ親子ノ誼トシテ忍ヒサル所ナルヘク之ヲ許キテ以テ其非行ヲ公ナラシムルハ寧ロ悖倫ノ所業ナルヘキヲ以テナリ(佛民法七二八條參照)

三 詐欺又ハ強迫ニ因リ被相續人カ相續ニ關スル遺言ヲ爲シ之ヲ取消シ又ハ之ヲ變更スルコトヲ妨ケタルコト

四 詐欺又ハ強迫ニ因リ被相續人ヲシテ相續ニ關スル遺言ヲ爲サシメ之ヲ取消サシメ又ハ之ヲ變更セシメタルコト 詐欺トハ或策略ヲ用ヒ人ヲシテ錯誤ニ陥ラシメ其錯誤ニ因リテ豫期ノ結果ヲ現出セシメタルモノヲ謂ヒ強迫トハ人ヲシテ畏怖心ヲ生セシメ其畏怖ノ結果或行爲ヲ爲スニ至ラシメタルモノヲ謂フ而シテ詐欺又ハ強迫ニ因ル意思表示ハ表意者ノ眞意ニ出ツルモノニ非ス從テ法律ハ之ヲ取消スコトヲ允許セリ殊ニ遺言ハ人ノ最終ノ意思表示トシテ死後ニ其效力ヲ生セシムルモノナレハ法律上其神聖ナルコトヲ希望シ嚴格ナル方式ヲモ一定セリ然ルニ相續ニ關スル遺言ニシテ詐欺又ハ強迫ニ因リテ成レリトセハ如何ニシテ其神聖ヲ保持

シ遺言者ノ意思ヲ徹底セシムルヲ得ンヤ遺言ノ取消又ハ變更ニ付テモ遺言者カ詐欺ニ罹リ又ハ強迫ヲ受ケ之ヲ餘儀ナクセラルルニ於テハ其真正ナル意思ノ發表ヲ阻害セラルルコト亦太甚シ此ノ如ク被相續人ノ利益ヲ害スルノ行爲アル相續人ヲシテ其相續權ヲ剝奪セシムル亦何ノ不可カ之アラン

本號ノ原因ハ被相續人カ相續ニ關スル遺言ヲ爲シ又ハ之ヲ取消シ之ヲ變更スルコトヲ詐欺又ハ強迫ニ因リ餘儀ナクセシメタル場合又ハ妨害シタル場合ニ存シ其遺言成立ノ當時ニ於ケル不法ノ行爲ニ對スル制裁トシテ相續權ヲ剝奪スルモノナリ必スシモ其遺言ノ相續人ノ身上ニ關スルモノタルト否トヲ問ハサルナリ相續人カ詐欺又ハ強迫ヲ用ヒテ自己ニ利益ナル遺言ヲ爲サシメ又ハ自己ニ利益ナル遺言ヲ取消サシメ或ハ自己ノ利益ニ遺言ヲ變更スルコトヲ妨ケタルトキノ如キ固ヨリ缺格ノ原因タルヘシト雖モ法律ハ決シテ斯ル狹義ノ解釋ヲ採ルモノニ非ス要ハ唯遺言ノ神聖ヲ害スルノ點ニ重キヲ置クヘキノミ

又遺言ハ一ノ單獨行爲ニシテ遺言者ハ何時ニテモ之ヲ取消スコトヲ得遺言者ニシテ詐欺ヲ發見シ又ハ強迫ヲ免レタルト否トニ拘ハラズ遺言ノ全部又ハ一部ヲ取消スニ妨ナシ其詐欺又ハ強迫ニ因ル遺言ヲ取消シタリトモ詐欺者タリ強迫者タル相續人ハ爲メニ相續權ヲ回復シ得ヘキニ非ス被相續人カ詐欺ニ出テ又ハ強迫ニ因レルコトヲ知ラス之ヲ排除シ得スシテ死亡シタル場合ハ勿論之ヲ知り之ヲ排除シタリトスルモ相續人ノ非行ヤ一ナリ相續人ニシテ一タヒ此

非行アラハ相續缺格ノ原因タルヘキヤ論ナシ

五 相續ニ關スル被相續人ノ遺言書ヲ偽造、變造、毀滅又ハ藏匿シタルコト 本號モ亦前號ノ原因ト同シク遺言ノ神聖ヲ侵シタル非行ヲ制裁シタルモノニシテ斯ル非行アル相續人ハ德義上及ヒ公私ノ利益上相續ヨリ排斥スルヲ相當ト認メタルニ由ル而シテ何等ノ遺言ナキ場合ニ恰モ遺言アルカ如ク裝ヒ又ハ遺言書ノ字句ヲ改竄シ遺言書ヲ破毀シ滅失シ若クハ之ヲ隱蔽スルハ多クハ遺言成立以後ノ行為ニ屬シ前號ニ於ケルカ如ク事前ノ行為ニ屬セス事後ノ行為ニ屬スルモ遺言ノ神聖ヲ害スルノ點ニ於テハ彼此逕庭アルナシ殊ニ事前ノ行為ニ屬スルモノニ在リテハ被相續人ニ於テ或ハ詐欺ヲ發見シ又ハ強迫ヲ免ルルノ時機アルヘシト雖モ事後ノ行為ニ屬スル藏匿、變造、毀滅等ニ至リテハ容易ニ之ヲ發見スルヲ得サルヘシ從テ害惡ノ程度ハ却テ彼ニ勝ルモノアリト謂フヲ得ンカ

本號ノ原因タルヘキ遺言者ノ偽造變造等モ亦前號ニ於ケルト同シク必スシモ相續人ノ身上ニ關スル遺言書タルコトヲ必要トセス自己ノ利益ヲ圖ルカ爲メニシタル場合ノミヲ以テ本號ノ原因ニ入ルモノト解スヘカラス

以上列舉シタル原因ノ一アル者ハ家督相續ト遺產相續トニ論ナク其相續權ヲ剝奪セラルヘク假令民法施行前ニ於テ右ニ掲ケタル行為ヲ爲シタル者ト雖モ相續人タルヲ得サルモノトス(民法八四條)其理由ノ如キハ立法ノ趣旨ヨリシテ之ヲ推定セハ蓋シ思ヒ半ニ過キン

第二 缺格ノ效力

相續缺格ノ原因ノ一アル者ハ當然缺格者トシテ相續ヨリ排斥セラルヘキヤ否ヤ此問題ニ付テハ佛國ノ學者ハ概シテ消極說ヲ主張シ當然相續ヨリ排斥セラルルニ非スシテ裁判所カ缺格者トシテ宣言スルニ非サレハ其效ヲ生セストセリ而シテ其理由トスル所ハ(一)缺格ノ效力ハ裁判宣告ニ因リ生スルモノトセルコトハ佛國古法ノ是認スル所ナルト(二)缺格ノ原因ニ付テハ事實承審官ノ認定ヲ待ツニ非スンハ果シテ其之アルヤ否ヲ判スル能ハサルモノアレハナリト云フニ歸著ス然レトモ此說ハ移シテ以テ我民法解釋ノ基礎トスルニ足ラス何トナレハ我從來ノ法令又ハ慣習ノ上ニ於テ毫モ所謂相續缺格ノ原因、效力等ニ付テ何等ノ見ルヘキモノナケレハナリ勿論缺格ノ原因ニ付テハ上述ノ如ク事實ノ如何ニ因リ裁判上認定ヲ異ニスヘキモノ多クアルヘシト雖モ我法律上何等ノ形式ニ依リ相續缺格ノ宣言ヲ爲スヘキヤニ付キ規定スル所ナシ獨逸民法ハ其第二三三九條ニ「左ニ掲ケタル者ノ相續ハ無效ト爲ル」ト規定シ我缺格ノ原因ト略、同一ノ項目ヲ掲ケ次條ニ至リ相續ハ無效ハ相續財產取得ノ取消請求ヲ以テ主張スヘキモノトシ而シテ此請求ハ一定ノ期間内ニ於テノミ之ヲ爲スヘキモノトセリ此ノ如ク訴ノ形式ニ依リ一定ノ期間内ニ於テスヘキコトハ我法律ノ毫モ明言セサルノミナラス我第九六九條ニハ左ニ掲ケタル者ハ家督相續人タルヲ得スト云フヨリシテ之ヲ見ルモ(九九七條亦同一ノ筆法ヲ用フ)苟モ同條ニ掲ケタル原因ノ一アルニ於テハ別ニ何等ノ裁判ニ依ルヲ要セス當然缺格者トシテ排斥セラルルモ

ノト解セサルヘカラス

然リト雖モ前示第一ノ原因ノ如キ刑事ノ判決確定シ刑ニ處セラレタルノ後ニ於テ始メテ缺格者タルヘキモノナルカ故ニ判決ノ確定ニ先チ相續開始シタル場合ニ於テハ其者ニ於テ當然相續ヲ爲ササルヘカラサルコトト爲ルヘク又遺言書ノ偽造、變造ト云フモ亦其實質ノ認定ハ之ヲ刑事ノ判決ニ待タサルヲ得サルヘシ斯ル場合又ハ缺格者カ頑然相續ヲ爲シタルカ如キ場合ニ於テハ其者ヲ相續ヨリ除外スルニ付テ利害ノ關係ヲ有スル者ハ訴ヲ以テ相續缺格ノ主張ヲ爲スノ必要ヲ生スヘシ而シテ之カ主張ハ相續ノ無效確認若クハ相續回復ノ請求ニ附帶シ之ヲ爲スニ妨ナカラルヘク又此請求ハ失權ノ宣言ヲ求ムルニ外ナラサレハ固ヨリ民事裁判所ノ管轄ニ屬セサルヘカラサルナリ

相續ノ缺格者ハ相續權ヲ剝奪セララルヲ以テ相續財產ニ付テハ何等ノ權利ナキモノト看做サル隨テ其者カ頑然相續ヲ爲シタル場合ニ於テハ相續財產ノ惡意ノ占有者ト同視セララルヘシ其結果ハ即チ左ノ如シ

一 缺格者ハ相續財產ヲ返還セサルヘカラス

二 缺格者ハ相續開始後ニ於テ相續財產ヨリ生シタル天然又ハ法定ノ果實ヲ併セ返還セサルヘカラス

三 缺格者カ相續財產ニ屬スル債務ノ辨濟ニ要シタル金額及ヒ其辨濟ノ日以後ニ於ケル利息ハ

回復者ヨリ償還セシムルコトヲ得

四 相續ニ因リ生シタル混同ハ失權ノ宣言ニ因リ消滅シ缺格者ト被相續人トノ間ニ於ケル債權

債務ハ未タ替テ消滅セザリシモノト看做サル

之ヲ要スルニ缺格者カ頑然相續ヲ爲シタル後ニ至リ缺格者タルコト確定スルニ於テハ其裁判ハ既往ニ遡リテ其效力ヲ生スヘキモノトセリ唯其第三者トノ關係ニ於ケル缺格ノ效力ニ付テハ佛國一般ノ學說ニ依レハ缺格ノ宣言以後ニ於テノミ其效力ヲ生シ遡及効ナシ隨テ其以前ニ於ケル相續財產上ニ於ケル物權ノ設定又ハ移轉等ノ影響ヲ受クル所ナク缺格者ハ之カ爲メニ得タル利益ヲ返還スヘク又或場合ニ依リテハ損害賠償ノ責ニ任セサルヲ得ストスルニ在ルカ如シ

缺格者ハ自己ノ非行ニ原因シ相續權ヲ剝奪セラレタルモノニシテ失權ノ效力ハ其子ニ及ハス故ニ缺格者ノ子ハ自己ノ父カ除外セラレタル相續ナリトモ適當ノ順位ニ在ルニ於テハ固ヨリ相續スルニ妨ナシ第九七四條ノ規定ニ依ル場合ノ如キ是ナリ

以上説明スルカ如ク缺格ハ相續權剝奪ノ效力ヲ生スルモ是レ唯自己カ相續スヘキ被相續人ニ對シ前示ノ非行アルカ爲メニ其相續ヨリ除外セララルルニ過キス缺格ハ決シテ絕對的ニ相續ノ無能力ヲ惹起スモノニ非ス隨テ此意味ニ於テ缺格ハ相對的ノ相續無能力ノ事由ナリト云ヘリ夫レ此ノ如ク缺格ハ被相續人ノ相續ヨリ除外セララルルモ被相續人ヨリ其生存中ニ贈與ヲ受ケタル場合ノ如キ敢テ相續缺格ノ故ヲ以テ其利益ヲ失フコトナカルヘキナリ唯遺贈ニ付テハ本法ハ第九六九

條ノ規定ヲ準用スルヲ以テ(一〇六五條)前示原因ノ一アル者ハ受遺者タルノ資格ナカルヘシ

第三款 廢除

廢除トハ被相續人ノ意思ヲ以テ法定ノ推定家督相續人又ハ遺留分ヲ有スル推定遺產相續人ニ適法ノ原因存スル場合ニ於テ判決ニ因リ其相續權ヲ剝奪スルヲ謂フ(九七五條、九九八條)

廢除トハ用語新ナルカ如シト雖モ從來普通ニ行ハレタル廢嫡ナルモノニ該當ス唯嫡子ノ相續權ヲ失ハシムル場合ノミナラス苟モ法定家督相續人又ハ遺留分ヲ有スル推定遺產相續人ナラシメハ嫡庶ノ如何ニ拘ハラヌ廢除ノ目的タルヘキカ故ニ廢嫡ノ文字ニ代フルニ廢除ノ二字ヲ以テシタルノミ

廢除ハ缺格ト同シク相續權ヲ喪失セシムルノ點ニ於テ異ナルナキモ二者ノ間少クモ左ノ如キ主要ノ差異アルヲ見ン

第一 廢除ハ家督相續ニ付テハ法定ノ推定家督相續人、遺產相續ニ付テハ遺留分ヲ有スル推定遺產相續人ニ對シテノミ行ハル 所謂法定ノ推定家督相續人トハ當然家督相續ヲ爲スヘキ第一順位ノモノヲ謂フ彼ノ指定又ハ選定ノ家督相續人ノ如キハ指定權又ハ選定權ヲ有スル者ニ於テ適宜ニ其權利ヲ行使シ得ヘキカ故ニ廢除ノ目的タラシムルノ要ナシ又遺留分ヲ有スル推

定遺產相續人ノ相續權ヲ濫ニ剝奪スルコトヲ得セシメハ此者ヲシテ遺留分ノ利益ヲ喪失セシムルノ結果ト爲ルヘキカ故ニ遺留分制度ヲ設ケタル本來ノ趣旨ニ從ヒ廢除ニ因リテノミ其相續權ヲ喪失セシム

第二 廢除ハ被相續人ノ意思ニ基キ裁判所上之カ請求ヲ爲ササルヘカラス 親族其他利害關係ヲ有スル者ニ於テ自己ノ意思ニ因リ之ヲ請求スルノ權利アルコトナシ勿論被相續人ハ自ら之カ請求ヲ爲スヘキヲ普通トスルモ遺言ヲ以テ廢除ノ意思表示ヲ爲スコトヲ妨ケス

第三 廢除ハ確定判決ニ依ラサルヘカラス 何トナレハ廢除ハ被相續人ノ意思表示ニ待ツヘキモノナルノミナラス其事タル一身一家ニ重大ナル關係ヲ惹起スヘキモノナルカ故ニ果シテ其原因アルヤ否ヤヲ定ムルハ事實裁判官ノ判定ニ一任スルヲ至當トスレハナリ

第四 廢除ハ法定ノ推定家督相續人又ハ推定遺產相續人タルノ權利ヲ喪失セシムルニ止マリ絶對的ニ被相續人ヲ相續スルノ權利ヲ失ハシムルモノニ非ス 故ニ例ヘハ廢除セラレタル者ト雖モ選定ニ因リ被相續人ノ家督ヲ相續スルヲ妨ケサルヘシ

第五 廢除ハ其取消ノ裁判確定シタルトキハ舊地位ヲ回復スヘシ 故ニ例ヘハ一旦廢除セララルトモ被相續人ノ生存中廢除ノ取消アリタルトキハ第一位ニ於テ家督相續ヲ爲スニ妨ナキカ如シ

第一 廢除ノ原因(九七五條、九九八條)

民法相續 本論 相續ノ種別及ヒ效力 總論 相續人ノ資格

一 被相續人ニ對シテ虐待ヲ爲シ又ハ之ニ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルコト 虐待トハ殘酷非道ノ取扱ヲ爲シ又ハ之ヲ加ヘント恐嚇スルヲ謂ヒ侮辱トハ言語、動作又ハ文書ヲ以テ名譽面目ヲ毀損スルヲ謂フ被相續人ニ對シ此等ノ行爲アル者ハ不孝ノ最モ太シキモノニシテ仁義忠孝ヲ以テ道義ノ大本トシ依テ風教ヲ維持スル我國體上斯ル者ヲ相續人タラシムルハ人情ヲ害シ秩序ヲ紊ルノ虞ナキ能ハス隨テ法律ハ家督相續及ヒ遺產相續ニ通シ之ヲ以テ廢除ノ一原因トスルニ至レリ

虐待ト謂ヒ侮辱ト謂フモ其所爲ハ千態萬樣今一一之ヲ例示スルヲ得ス畢竟一ノ事實論ニ過キス如何ナル所爲ヲ侮辱トシ如何ナル行爲ヲ虐待トスルカハ被相續人ノ身分地位又ハ相續人ノ行爲等ニ參照シ事實裁判官ノ須ク查察スヘキ所ナルヘシ或ハ一回ノ毆打制縛又ハ一個ノ罵詈譏謗亦以テ本號ノ原因ニ該當ストスルニ妨ナカルヘク唯法律上侮辱ハ必ス其重大ナルヘキコトヲ要スルノミ

又本號ノ原因ハ相續人カ虐待又ハ侮辱ニ因リ刑ニ處セラレタルコトヲ必要トセス

二 疾病其他身體又ハ精神ノ狀況ニ因リ家政ヲ執ルニ堪ヘサルヘキコト 家督相續人ハ戶主ト爲リ一家ヲ經營スヘキ責任ヲ帶フル者ナレハ十分之ニ堪ヘ得ルノ力ナカルヘカラス否ラサレハ家政紊亂シ一家ノ統轄モ亦期スヘカラサルニ至ラン從來ニ於テモ家督相續人癡篤疾ノ故ヲ以テ廢嫡ヲ許シ來レルカ如シト雖モ必スシモ癡篤疾ニ至ラサルモ天性不具ノ爲メ若クハ瘋癲

白痴ノ如キ一家經營ノ任ニ該ルニ堪ヘサルモノニ在リテハ廢除ヲ爲サシムルニ不可ナカルヘシ唯本號ノ原因ニ付テハ疾病其他身體又ハ精神ノ狀況カ家政ヲ執ルニ堪ヘサルヘキコトヲ必要トシ一時ノ疾病ノ如キ又ハ旅行不在等ノ事由ニ因リ家政ヲ執リ得サル場合ノ如キハ包含セサルモノト稱セサルヘカラス又此ニ所謂家政トハ日常ノ家事經濟即チ生活ニ必要ナル萬般ノ處理ヲ指示スルニ過キサルヲ以テ必スシモ父租ノ營業ヲ繼續スルニ堪フルヤ否ヤノ點ニノミ拘泥スヘキニ非ス被相續人ノ職業地位ヲ繼承スルニ堪ヘストスルモ一家ノ經營上ニ支障ナクシハ敢テ廢除ヲ爲サシムルノ要ナシ

心神喪失ノ常況ニ在ル者ハ禁治產者ト爲リ(七條)心神耗弱者、癡者、啞者ノ如キハ準禁治產者ト爲ルモ(一一條)此等ノ者ニ付テハ法定代理人若クハ保佐人ニ依リテ家政ヲ執ルニ堪フルコトアルヘシ故ニ單ニ禁治產又ハ準禁治產ノ宣告アルノミヲ以テ廢除ヲ爲サシムルノ要ナシ又假令此等ノ宣告ナシトスルモ疾病、身體又ハ精神ノ狀況ニ因リ家政ヲ執ルニ堪ヘサルニ於テハ廢除ヲ爲スニ妨クル所ナシ換言スレハ禁治產者又ハ準禁治產者タルヘキ事由アルトキハ場合ノ如何ニ因リテハ廢除ノ原因タルヘキモ禁治產又ハ準禁治產ノ宣告ノミニテハ常ニ廢除ノ原因ト爲ル能ハサルモノトス

三 家名ニ汚辱ヲ及ボスヘキ罪ニ因リ刑ニ處セラレタルコト 家督相續ノ目的ハ一家ヲ維持スルニ在リテ一家ノ系統ヲ重ンシ即チ名ヲ辱カシメサルヲ以テ子孫ノ榮トスルコトハ我國從來

ノ風習ナリトス故ニ家督相続人ニシテ破廉耻罪又ハ背信罪等ニ因リ形ニ處セラレタルトキハ
家名ヲ汚スヘキコト明カナルカ故ニ之ヲ以テ廢除ノ一原因トセリ

舊民法ハ重禁錮一年以上ノ處刑及ヒ重罪ニ因レル處刑ヲ以テ廢除ノ原因トスルモ本法ハ刑期
ノ長短及ヒ重輕罪ノ區別ヲ以テ標準トスルノ適當ナラサルヲ認メ家名ニ汚辱ヲ及ボスヘ
キ性質ノモノナラシメハ其罪名又ハ刑期ノ如何ヲ顧ミサルノ意ヲ示セリ是レ畢竟其家ノ來
歴、社會上ニ於ケル地位又ハ被相続人若クハ相続人ノ身分、地位等各般ノ事情ヲ斟酌スルニ
非サレハ決定シ得サルモノナレハナリ唯夫レ此種ノ罪ニ因リ刑ニ處セラレタルコトヲ必要ト
スルカ故ニ前述ノ如ク公訴ノ時効ニ罹リタルトキノ如キ廢除ヲ爲スニ由ナカルヘク苟モ刑ニ
處セラレタルモノナラシメハ減輕又ハ特赦ノ恩典ニ浴スルモ廢除ヲ爲スニ妨ナカルヘシ

四 浪費者トシテ準禁治産ノ宣告ヲ受ケ改悛ノ望ナキコト 家名ノ維持ト家産ノ保有トハ家督
相続人ノ須ク勉ムヘキ所ニシテ家督相続人ニ其見込ナキトキハ之ヲシテ相続ヲ爲サシムルモ
效ナシ彼ノ一時ノ血氣ニ驅ラレ放蕩三昧ニ時日ヲ往過スルモ一旦訓戒ニ因リ其非ヲ改ムル者
ニ在リテハ敢テ相続權ヲ剝奪スルニ足ラスト雖モ浪費ノ故ヲ以テ準禁治産ノ宣告ヲ受ケ到底
改悛ノ見込ナキ者ニ在リテハ倏忽一家ノ零落ヲ來シ家督相続ノ目的ヲ没却スルノ虞アリ是レ
之ヲ以テ廢除ノ一原因トセル所以ナリ

本號ノ原因ニ付テ準禁治産ノ宣告ヲ必要トスルハ浪費ノ程度劇甚ナル事實ノ確定的ナルコト
ヲ要スルノ義ヲ示スモノニシテ唯此事實ノ確的ナル者ニ付テモ保佐人ニ依リテ一家ノ維持ヲ
爲スニ敢テ支障ナキモノナレハ隨テ別ニ改悛ノ望ナキトノ一條件ノ加ハルコトヲ要スルニ至
レリ

右二以下ノ原因ニ付テハ家督相続人ニノミ之ヲ適用スヘク遺産相続人ニ關シテハ之カ適用ヲ見
ス(九九八條)是レ蓋シ遺産相続ハ純然タル財産相続ナレハ相続ノ性質、目的之上之ヲ以テ其相続
權ヲ剝奪スルノ要ナケレハナリ而シテ家督相続人ニ付テハ以上一乃至四ノ原因タル事實アルニ
於テハ其相続權ヲ剝奪スルニ於テ極メテ正當ナル事由アルモノト認メ得ヘキヲ以テ法律ハ之ヲ
例示シタルニ外ナラサルナリ而シテ家督相続ニ關シテハ實際上種種ナル事情ノ存スルアリテ法律
ノ例示セル以外ノ場合ニ於テ尙ホ廢除ノ止ムヲ得サル場合ナシトセテ隨テ本法ハ法律上豫メ指
示シタル場合ノ外尙ホ正當ノ事由アルトキハ被相続人ハ親族會ノ同意ヲ得テ廢除ヲ請求スルヲ
斷言スルヲ得ヘキニ非サレトモ一ノ例ヲ舉クレハ分家ノ戶主カ其嫡子ヲシテ本家相続ヲ爲サ
シムルトキ一家貧困ノ爲メ其長子ヲ他ヘ養子トシテ入籍セシムルノ止ムヲ得サルトキ又ハ相続
人タル女子カ他家ノ相続人タル男子ト通シ懐胎シタルカ爲メ婚姻ニ因リ其家ニ入ルノ止ムヘカ
ラサルトキノ如キ是ナリ此ノ如キ場合ニ在リテハ被相続人ハ必ス先ツ親族會ノ同意ヲ得テ裁判
所ニ廢除ノ請求ヲ爲スヘキモノトス其獨斷ヲ以テ之ヲ爲スヲ許ササルハ一ニ其濫行ヲ豫防シタ

ルニ外ナラス勿論其親族會ノ同意ヲ得タル場合ナリトモ正當ノ事由アルヤ否ハ一ニ裁判所ノ認定ニ依ルヘキモノトス

以上説明セル廢除ノ原因ハ缺格ノ原因ト異ニシテ制限的ノモノニ非ス又其第一ノ原因ハ被相續人ノ身上ニ關スルモノニシテ第二乃至第四ノ原因ハ專ラ相續人ノ身上ニ關スルモノト謂フコトヲ得ヘシ而シテ此等ノ原因タル事實カ民法施行前ニ生シタルトキト雖モ被相續人ハ廢除ノ請求ヲ爲スコトヲ得(民施八六條)

第二 廢除ノ方法

相續人ノ廢除ハ一ニ被相續人ノ意思ニ因ルモノニシテ被相續人ハ或ハ生存中ニ或ハ遺言ヲ以テ廢除ノ意思ヲ表示スルヲ得ヘク法律ハ敢テ其意思表示ノ方法ヲ限定スルモノニ非ス蓋シ廢除ハ相續開始ノ當時ニ於テ其實用ヲ顯ハスモノナリト雖モ廢除ノ原因タル事實發生スルヤ被相續人ハ直チニ之カ請求ヲ爲スモ敢テ不可ナク或ハ之ヲ爲スノ暇ナク若クハ生前其手續ヲ盡スヲ欲セサル事情アリ死後ニ於テ履行ヲ爲サシメンカ爲メニ遺言ヲ以テ廢除ノ意思ヲ表示シタリトスルモ法律上毫モ之ヲ制限スルノ謂レナカルヘキハ當然ナリトス

然レトモ廢除ハ本來一身一家ニ重大ナル關係ヲ有スルモノナルカ故ニ單純ニ被相續人ノ意思表ノミヲ以テ足レリトスヘキニ非ス從來既ニ廢嫡ハ當該官廳ニ願出テ許可ヲ受クルヲ要ストシテレハ本法ハ更ニ一步ヲ進メ廢除ハ必ス裁判上訴ノ形式ヲ以テ之カ請求ヲ爲ササルヘカラストシ鄭重ナル審理ヲ盡サシムルコトトセリ蓋シ廢除ノ原因ハ多クハ事實上ノ審査ヲ要スルモノニシテ裁判所ヲシテ廢除ノ理由ヲ查察シ之カ當否ヲ判定セシムルハ相續人ノ權利ヲ保護シ併セテ廢除ノ濫行ヲ豫防スルニ最モ適當ナリトス而シテ被相續人カ遺言ヲ以テ廢除ノ意思ヲ表示シタルトキハ遺言ノ效力發生シタル後遺言執行者ニ於テ遲滞ナク裁判所ニ廢除ノ請求ヲ爲スコトヲ要ス(九七六條)遺言ノ效力發生ノ時期ニ付テハ第一〇八七條ヲ又遺言執行者ノ何タルヤニ付テハ第一〇八條第一一二條等ヲ参照スヘシ

推定家督相續人若クハ推定遺產相續人ノ廢除ヲ目的トスル訴ハ被相續人カ普通裁判籍ヲ有スル地又ハ其死亡ノ時ニ之ヲ有シタル地ノ地方裁判所ノ管轄ニ專屬シ(人訴三三條)又此訴ニ付テハ人事訴訟手續法ノ規定ニ從フ

第三 廢除ノ效力

廢除ハ法定ノ推定家督相續人又ハ遺留分ヲ有スル推定遺產相續人ハ相續權ヲ剝奪スルヲ目的トス從テ廢除ノ判決ニ因リ其相續權喪失ノ效力ヲ生ス詳言スレハ廢除ヲ宣言スル判決ハ被廢除者ヲシテ法定ノ推定家督相續人又ハ推定遺產相續人タルノ身分ヲ失ハシムルノ效力ヲ生スルニ止マリ被廢除者ヲシテ絶對ニ被相續人ヲ相續スルノ權利ヲ失ハシムルモノニ非ス是レ廢除カ第九六九條ニ掲グル缺格ト異ナルノ點トス故ニ例ヘハ被廢除者ヲ同一被相續人ノ家督相續人ニ選定シ又ハ指定スルニ妨ナシ

廢除ハ裁判確定ノ日ヨリ始メテ其效力ヲ生スルヲ本則トス唯被相續人カ遺言ヲ以テ廢除ノ意思ヲ表示シタル場合ニ於テハ廢除ハ被相續人ノ死亡ノ時ニ遡リテ其效力ヲ生ス(九七六條、一〇〇條)是レ此場合ニ於テハ廢除ヲ宣言スル判決ハ常ニ相續開始ノ後ニ在ルモノナルカ故ニ遡及效ヲ生セサルモノトセハ廢除セラルヘキ相續人ハ一旦相續スルコトト爲リ次ヲ判決ニ因リ其相續權ヲ喪失スルコトト爲リテ權利義務ノ移動上複雜困難ノ弊ヲ來スヘケレハナリ

又指定家督相續人廢除ノ裁判カ確定シタルトキハ之ヲ戶籍吏ニ届出ツルコトヲ要ス(戶一三七條、一三八條)

第四 廢除ノ取消

廢除ハ相續權喪失ノ結果ヲ惹起シト雖モ廢除ノ原因ハ往往ニシテ消滅スルコトアリ又廢除ヲ繼續スルノ要ナキコトアリ隨テ本法ハ一旦廢除シタル後或場合ニ於テ廢除ヲ取消シ依テ以テ被廢除者ノ相續權ヲ回復セシムルコトヲ許ス而シテ此事タル亦極メテ重大ナル事項ニ屬スルカ故ニ一ニ法律ノ定ムル方式條件ニ依ラサルヘカラス今家督相續人ノ廢除ノ取消ニ必要ナル條件ヲ示サハ即チ左ノ如シ

一 廢除ノ原因止ミタルコト又ハ被相續人ニ於テ相續人ノ行爲ヲ宥恕シタルコト 廢除ノ原因タル事實ニ被相續人ノ身上ニ關スルモノト專ラ相續人ノ身上ニ關スルモノトノ區別アリ其相續人ノ身上ニ關スルモノニ在リテハ相續人ニ相續權ヲ得セシムヘカラス多少繼續ノ原因

アルモノナレハ此原因ノ存スル限ハ相續權ノ回復ヲ得セシムヘカラスアルヲ相當トス隨テ其原因ノ止ミタルトキ例ヘハ疾病、身體又ハ精神狀況舊ニ復シ最早家政ヲ執ルニ堪ユルニ至リタルトキ又ハ浪費者トシテ準禁治產ノ宣告ヲ受ケ改悛ノ望ナシトシ廢除セラレタルモ後日準禁治產ノ宣告ハ取消サレ若クハ改悛ノ實ヲ舉ケタルトキノ如キ廢除ノ取消ヲ爲スニ不可ナカルヘシ故ニ之ヲ以テ一條件トス(九七七條一項)

又其被相續人ノ身上ニ關係スルモノ即チ第九七五條一項第一號ノ原因ニ因ルモノニ在リテハ一旦廢除シタル以上ハ最早其原因ノ止ムコトナカルヘク其原因ヲ消滅セシムルノ途ハ唯被相續人カ相續人ノ行爲ヲ宥恕スルノ一アルノミ被相續人ニシテ之ヲ宥恕セハ廢除ヲ繼續スルノ要ナク寧ろ之ヲ取消スヲ以テ一身一家ノ爲メ利益ナリトセサルヘカラス殊ニ被廢除者ヲ除キテハ他ニ相續人ナキトキノ如キ最モ然リトス故ニ被相續人ニシテ廢除ノ意思ヲ顯スニ於テハ何時ニテモ之カ取消ヲ爲スコトヲ許ス(九七七條二項)

二 家督相續ノ開始前ナルコト 家督相續ニシテ一旦開始セシカ相續人ノ地位ハ最早確定シテ動カスヘカラスルニ至ラン然ルニ相續開始後ニモ尙ホ廢除ノ取消ヲ許サンカ確定ノ相續人ヲ動カシ其既得ノ權利ヲ害スルニ至ルヘシ故ニ相續開始後ニ於テハ廢除取消ノ請求ヲ爲スコトヲ許サス(九七七條三項)既ニ相續ノ開始シタル以後ナラシメハ縱令相續人カ未ダ承認又ハ拋棄ノ意思ヲ表示セサルトキト雖モ亦同シ

推定遺產相續人ノ廢除ノ取消ニ於テハ被相續人ハ何時ニテモ之ヲ裁判所ニ請求スルヲ得(九九九條) 是レ他ナシ推定遺產相續人ノ廢除ハ被相續人ニ對シ虐待ヲ爲シ又ハ之ニ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルトキニ限リ一ニ被相續人ノ身上ニ關スルモノナレハ唯被相續人カ相續人ノ行爲ヲ宥恕スルノ一事ヲ以テノミ廢除取消ノ條件トスルノ外ナキニ因リ且遺產相續ハ常ニ被相續人ノ死亡ニ因リテ相續ノ開始スルモノナルカ故ニ相續開始ノ後ニ於テ廢除ノ取消ヲ爲スコトヲ得サルハ論ヲ待タス

廢除ノ取消ハ廢除ノ方法ト同シク被相續人カ其生存中ニ於テスルト遺言ヲ以テ取消ノ意思ヲ表示スルトモ法律ハ毫モ其自由ヲ制限セス其何レノ方法ニ依ルモ廢除ノ取消ハ重大ナル利害關係ヲ有スルモノナルカ故ニ之ヲ裁判所ニ請求セサルヘカラス其遺言ヲ以テスル場合ニ於テハ遺言其モノニ因リ直チニ效力ヲ生スルニ非ス遺言執行者ヨリ之ヲ裁判所ニ請求スヘキモノトス(七七七條四項)

又廢除ノ取消ハ被相續人ヨリ之カ請求ヲ爲スヘキヲ本則トスレトモ廢除ノ原因止ミタルノ故ヲ以テ之カ取消ヲ求ムル場合ニハ推定家督相續人ヨリ之カ請求ヲ爲スコトヲ得(九九七條一項) 是レ全ク此場合ニ於ケル廢除ハ一ニ相續人ノ身上ニ關スルモノナルカ故ニ之ヲ取消スニ付テ相續人ニ直接ナル利害關係アルヲ以テナリ之ニ反シテ第九七五條第一項第一號ノ場合ニ於テハ被相續人ノ宥恕スルト否トニ因ルヘキモノニシテ相續人ノ如何トモ爲シ得サル所ナレハ被相續人

獨リ之カ取消ヲ請求シ得ルニ過キス

廢除ノ取消ヲ目的トスル訴ハ被相續人カ普通裁判籍ヲ有スル地又ハ其死亡ノ時ニ之ヲ有シタル地ノ地方裁判所ノ管轄ニ專屬シ(人訴三三條) 此訴ニ付テハ廢除ニ因リテ指定家督相續人又ハ推定遺產相續人ト爲リタル者ヲ以テ其相手トス(人訴三四條) 又相續人廢除ノ取消ニ關スル民法ノ規定ハ其施行前ニ廢除シタル相續人ニモ亦之ヲ適用スヘキモノトス(民施八七條)

廢除ノ取消ハ其裁判ノ確定ニ因リテ效力ヲ生シ廢除ヲ取消サレタル相續人ハ舊地位ヲ回復シテ推定家督相續人又ハ推定遺產相續人ト爲ルヘシ又被相續人カ遺言ヲ以テ廢除取消ノ意思ヲ表示シタル場合ニ於テハ被相續人死亡ノ時ニ遡リテ其效力ヲ生スヘシ(九九七條四項、九九六條、一〇〇〇條) 而シテ廢除ヲ取消サレタル相續人カ舊地位ヲ回復スルノ結果場合ニ由リテハ廢除ニ因リ家督相續人又ハ遺產相續人ト爲リタル者ハ其資格ニ於テ得タル相續財產ヲ返還セサルヲ得サルコトアルヘシ

推定家督相續人廢除ノ取消ノ裁判カ確定シタルトキハ先ニ爲シタル廢除ノ登記ノ取消ヲ申請スルコトヲ要ス(戶二二九條)

以上説明スル如ク相續人ノ廢除又ハ其取消ノ請求ハ總テ訴ノ形式ヲ以テ裁判所ニ請求スヘキモノトシ且裁判ノ確定ニ因リ其效力ヲ生スルヲ本則トスルカ故ニ此訴ノ提起後裁判ノ確定以前ニ於テ相續開始シタルトキハ如何若シ如上ノ場合ニ於テ推定家督相續人又ハ推定遺產相續人ニ於

テ相續スルトキハ後日裁判ノ確定ニ因リ權利義務ノ承繼上異動ヲ來スコトト爲リ複雑困難ナル關係ヲ惹起スルニ至ルヘシ隨テ本法ハ斯ル場合ニ於テ裁判所ハ利害關係人、親族又ハ檢事ノ請求ニ因リ戶主權ノ行使及ヒ遺產ノ管理ニ付キ必要ナル處分ヲ命スルコトヲ得ヘキモノトセリ(九七八條、一〇〇〇條)其戶主權ノ行使ニ關シ必要ナル處分ヲ命スルノ要アル所以ノモノハ戶主タルヘキ者ノ未確定ナルカ故ニシテ(遺產相續開始ノ場合ニハ此處分ヲ要セサルコトハ自ラ明カナリ)其遺產ノ管理ニ付キ必要ナル處分ヲ命スル所以ノモノハ之ヲ放擲スルトキハ財產ノ價格ノ減損又ハ其離散ヲ慮リタルニ外ナラス而シテ此等ノ處分ハ裁判所カ職權ヲ以テ之ヲ命スヘキニ非ス唯前示ノ者ノ請求ヲ待テテ始メテ之ヲ命スヘキノミ隨テ此等ノ者ノ請求ナク又裁判所カ必要ナル處分ヲ命セサル場合ニ於テハ廢除ノ請求ヲ受ケタル者又ハ廢除ニ因リテ相續人ト爲リタル者ニ於テ戶主權ヲ行フヘク或ハ遺產ヲ管理スヘキモノトス若シ又被相續人カ遺言ヲ以テ廢除ノ意思ヲ表示シタル場合ニ於テハ遺言執行者カ未タ廢除ノ訴ヲ提起セサル以前ナリトモ裁判所ハ前示ノ者ノ請求ニ因リ必要ナル處分ヲ命スルコトヲ得(九七八條一項末段)而シテ遺言ニ因ル廢除ノ場合ニ於テハ單ニ廢除ノ遺言アルノミニテ足り遺言執行者カ訴ヲ提起スルハ遺言ノ效力發生ノ後ニ在ルカ故ニ或ハ適當ナル時機ヲ失スルノ虞ナシトセテ隨テ本法ハ特ニ訴ノ提起ヲ待タス必要處分ヲ命スルコトヲ得セシム唯夫レ本法ハ遺言ニ因ル廢除ノ場合ニ付テノミ規定スルモ廢除ノ取消ノ遺言アリタル場合ト雖モ亦同様ノ必要ヲ生スヘシ然ルニ事ノ玆ニ出テサ

ルハ蓋シ立法者ノ遺忘ニ出テタルモノナラン

右ノ處分ヲ命スヘキ裁判所ハ相續人ノ廢除又ハ其取消ニ付キ第一審ニ於テ訴ヲ受ケタル裁判所ニシテ(非訟六六條)受訴裁判所ハ財產ノ狀況其他ノ事情ヲ斟酌シテ適當ナリト認ムル處分ヲ命スヘク法律ハ敢テ之ニ干渉セズ唯裁判所カ管理人ヲ選任シタル場合ニ於テハ其管理人ノ職務權限等ニ付テハ之ヲ不在者ノ財產管理人ト同様ナラシムルヲ相當トシ民法第二七條乃至第二九條ノ規定ヲ準用セシム(九七八條二項)

第四節 相續回復ノ請求

相續ノ回復トハ正當ノ相續人カ他人ノ爲メニ其相續權ヲ害セラレタル場合ニ於テ裁判上之カ救濟ヲ求ムルヲ謂ヒ此權利ハ即チ被害者ニ屬ス隨テ家督相續ト遺產相續トニ論ナク苟モ相續權ヲ侵害セラレタル者ハ侵害者ニ對シ之カ回復ヲ圖ルコトヲ得サルヘカラス蓋シ相續ハ被相續人ノ權利義務ヲ包括的ニ相續人ニ移轉スルモノニシテ一旦事實上相續ヲ爲シタル者アル後正當ノ相續人ヲシテ之ヲ回復スルコトヲ得セシムルハ當事者間又ハ第三者トノ關係上極メテ複雑ナル關係ヲ惹起スヘシト雖モ而モ法律上相續人ノ資格、相續ノ順位等ニ付テ強行ノ規定ヲ設ケル以上ハ公私ノ利益ノ爲メ相續ノ回復ヲ得セシムルハ洵ニ相當ナリト謂ハサルヘカラス而シテ相續ノ回復ハ如何ナル場合ニ之ヲ爲シ得ヘキカニ付テハ法律上其原因ニ制限アルナシ故ニ全ク相續ノ

資格ナキ者又ハ廢除ニ因リテ相續權ヲ剝奪セラレタル者或ハ相續ノ順位ニ在ラサル者カ相續ヲ爲シタル等ノ場合ニ於テ真正ニ相續ノ權利アル者ヨリシテ自己ノ權利ヲ主張シテ之カ回復ヲ計ルコトヲ得ヘキナリ

相續ノ回復ヲ得セシムルハ正當ノ相續人ヲ保護スル所以ナリト雖モ何時ニテモ之カ回復ヲ求メ得ヘキモノトセハ相續者ノ權利ハ未來永劫確的ト爲ルヲ得ヌ一家一身ノ爲メ又ハ第三者ノ爲メ重大ナル關係ヲ有スル事項ニ對シ永ク不確定ノ狀態ヲ存セシムルコト亦決シテ得策ナリト謂フヲ得ス故ニ本法ハ相續回復ノ請求權ニ關シテ特別ノ時効ヲ定メ相續人又ハ其法定代理人カ相續權侵害ノ事實ヲ知リタルトキヨリ五年相續開始ノトキヨリ二十年トセリ(九六六條、九九三條)思フニ相續權ハ極メテ貴重ナルモノナルヲ以テ苟モ正當ノ相續人ニシテ自己ノ權利ヲ侵害セラレタリトセハ速ニ之カ救済ヲ求ムヘキハ相當ニシテ其實事ヲ知リタル後尙ホ久シク之ヲ不問ニ付スル如キハ實際稀有ノコトニ屬ス隨テ此場合ニ五年ノ短期時効ニ因リ消滅ストスルモ取テ不都合ナカルヘシ相續開始後十數年ヲ經タル後始メテ相續權侵害ノ事實ヲ知ルモ其時ヨリシテ五年ノ時効ヲ計算スヘク假令五年ノ期間中ナリトモ相續開始ノ時ヨリ起算シテ二十年ヲ經過シタルモノナルトキハ最早之カ請求ヲ爲スヲ得サルモノトス要スルニ相續權侵害ノ事實ヲ知ルト否トニ關セス相續開始後二十年間回復權ノ行使ヲ爲ササルトキハ絶對的ニ時効ニ因リ消滅スルモノトス

法定代理人ヲシテ相續ノ回復ヲ得セシムルハ相續人タル者往任ニシテ未成年者又ハ其他ノ無能力者ナルコトアルニ因リ常ニ本人カ相續權侵害ノ事實ヲ知リタルトキヨリ時効ヲ計算セシムルトキハ徒ラニ其期間ヲ延長セシムルノ弊アルカ故ナリ而シテ此法定代理人カ相續回復ノ請求ヲ爲スハ自己固有ノ權利トシテ之ヲ行使スルモノナルカ將タ未成年者又ハ禁治產者ノ如キ無能力者ヲ代表スルノ資格ニ於テ爲スモノナルカニ付テハ議論ノ存スル所ナルヘキモ後説妥當ナルカ如シ

第五節 相續財産ニ關スル費用

相續財産ハ即チ相續人相續ニ因リテ取得スヘキ一切ノ財産ナリ此財産ニ付テハ種種ナル費用ヲ要ス例ヘハ相續財産管理ノ費用(一〇二一條)限定承認又ハ財産分離ノ場合ニ於ケル清算ノ費用(一〇三一條、一〇四七條)ノ如キ又ハ相續財産ニ關スル訴訟費用若クハ各種ノ租税公課ノ如キ是ナリ此等ノ費用ハ總テ之ヲ相續人ノ負擔ニ歸セシメハ相續債權者及ヒ受遺者ハ爲メニ利益ヲ受クヘキモ相續人ハ自己固有ノ財産ヲ損スルニ至ルヘシ此ノ如ク利害ノ關係スル所大ナルモノアルヲ以テ本法ハ相續財産ニ關スル費用ハ相續財産ヲ以テ之ヲ支辨スヘキヲ本則トセリ(九六七條)

右ノ本則ニ對シテハ左ノ二個ノ例外アルヲ見ル

民法相續 本論 相續ノ種類及ヒ效力 總論 相續財産ニ關スル費用

第一 相續人ノ過失ニ因リテ生シタル費用ハ相續人ノ負擔トス

相續財産ニ關スル費用ヲ其財産ノ負擔トシタルハ正當ニ生シタル費用即チ相續財産ヲ保維スルカ爲メニ生シタル費用ニ付テノミ利害ノ關係アル者ノ間ニ不公平ナカラシメントノ精神ニ出ツルニ外ナラス隨テ相續人ノ過失ニ因リテ生シタルモノノ如キハ相續財産ノ爲メニ必要ナラザリシモノト看做シ相續人ノ負擔ニ歸セシムルヲ相當トス

第二 遺留分權利者カ贈與ノ滅殺ニ因リテ得タル財産ヲ以テ費用ヲ支辨スルヲ要セス

遺留分ハ相續人カ權利トシテ受クル所ノモノニシテ相續財産ノ一部タリ而シテ遺留分權利者カ贈與ヲ滅殺スルヲ得ル場合ハ常ニ被相續人カ遺留分ヲ害シタルトキニ在リ滅殺ハ因テ以テ遺留分ヲ保全スル所以ノモノナレハ因リテ得タル財産ハ均シク相續財産ナリト謂ヒ得ヘシ然レトモ此財産タルヤ性質上全ク相續人獨得ノモノタラサルヘカラス從テ此財産ヲシテ相續財産ニ關スル費用ヲ支辨セシムレハ遺留分權利者カ滅殺ニ因リテ得タル財産ハ毫モ自己ヲ益スルニ足ラサルコトト爲ルヘク法律カ遺留分滅殺ノ制度ヲ設ケタルノ本旨ヲモ貫徹スル能ハサルニ至ルヘケレハナリ

第二章 家督相續

第一節 家督相續開始ノ原因

家督相續開始ノ原因ハ左ノ如シ(九六四條)

第一 戸主ノ死亡

人ノ死亡ハ權利義務ノ主體ヲ消滅セシムルモノナレハ一家ノ戸主ニシテ死亡セハ代リテ戸主タルヘキ者ヲ要スルハ論ヲ俟タス隨テ戸主ノ死亡ヲ以テ家督相續開始ノ一原因トスルハ深ク説明ノ要ナシ而シテ此ニ所謂死亡ハ單ニ事實上ノ死亡ノミナラス法律上ノ死亡即チ失踪宣告ヲモ包含スト知ラサルヘカラス何トナレハ失踪宣告ハ死亡ト同一ノ效力ヲ生ストセルヲ以テ(三二條)戸主カ失踪ノ宣告ヲ受ケタルトキハ代リテ戸主タル者ヲ要スルハ事實上ノ死亡ニ於ケルト敢テ異ナル所ナカルヘケレハナリ唯此場合ニ於テハ失踪宣告ノ日如何ニ拘ハラズ不在者ノ生死カ分明ナラザリシ時ヨリ七年若クハ三年ノ期間滿了ノ時即チ法律上死亡シタルモノト看做サルヘキ時ヲ以テ家督相續開始ノ時期トセサルヘカラス(三〇條、三一條)

第二 戸主ノ隱居

隱居トハ戸主ノ地位ヲ退隱スルヲ謂フ故ニ戸主死亡ノ場合ニ於ケルト同シク代リテ戸主タルヘキ者ヲ要ス

戸主ノ隱居ヲ以テ家督相續開始ノ一原因トスルハ我國固有ノ一制度ニシテ實ニ奇怪ナルモ古來ノ慣習ハ容易ニ打破スルヲ得ス親族法上幾多制限ノ下ニ於テ隱居ヲ認メタルノ結果之ヲ以テ相續開始ノ原因トスルニ至レリ而シテ隱居ニ普通ノモノト(七五二條)特別ノモノト(七五三條)

七五四條、七五五條)ノ區別アリ兩者何レモ隱居者及ヒ其家督相續人ヨリ之カ届出ヲ爲スニ非
サレハ效力ヲ生セス(七五七條)隨テ其届出ニ因リ家督相續開始スヘシ此ノ如ク隱居ハ届出ヲ
以テ一要件トスルモノナルカ故ニ之カ届出ナキトキハ隱居ハ不成立ノモノタリ隨テ家督相續ノ
開始ヲ見ルコトナカルヘシ唯第七五四條第二項ノ場合ニ在リテハ婚姻ノ日ニ於テ隱居ヲ爲シタ
ル者ト看做サルルカ故ニ隨テ家督相續ノ開始ヲ見ル

第三 戸主ノ國籍喪失

國籍ノ喪失トハ日本臣民タルノ分限ヲ喪失スルヲ謂フ戸主ニシテ國民分限ヲ喪失セハ戸主權ヲ
喪失スヘキハ當然ノ結果ナリ何トナレハ我法律ニ於テハ日本ノ國籍ヲ有スル者ニ非サレハ戸籍
ヲ定ムルコトヲ得ス(戸一七〇條)戸籍ナキ戸主ノ存在ヲ認ムル能ハサレハナリ
舊民法ハ戸主ノ國籍喪失ヲ以テ廢家タルヘキモノトセルモ國籍ノ喪失ハ國家ト人民トノ公法的
關係ナルヲ以テ適當ノ相續人アルニモ拘ハラヌ其家ヲ廢シタルモノトシテ其相續人ニ一家ヲ新
立セシムルハ家族制ノ主義ト相容レサルモノナルヲ以テ本法ハ之ヲ相續開始ノ一原因トセリ然
レトモ單身戸主カ國籍ヲ喪失シタル場合ニハ其家ハ絶家ト爲ルヘキカ故ニ(七六四條)家督相
續ノ開始ヲ見ルコトナシ戸主ト其ニ家族カ國籍ヲ喪失シタルトキ亦同シ唯國籍喪失ノ效力ハ通
常其人一人ニ止マリ敢テ他ノ者ニマテ其效力及ホスヘキモノニ非サルヲ以テ戸主ノ國籍喪失ハ
爲メニ其家ノ廢絶ヲ惹起スモノニ非ス適當ノ相續人アルトキハ家督相續開始スヘシ

國籍喪失ノ原因ニ付テハ國籍法第一八條第二〇條等ヲ參照スヘシ

第四 戸主カ婚姻又ハ養子縁組ノ取消ニ因リテ其家ヲ去リタルトキ
婚姻又ハ縁組ノ取消ハ其效力ヲ既往ニ及ホサス(七八七條、八五九條)故ニ婚姻ニ因リテ他家
ニ入リタル者又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入リタル者カ既ニ戸主ト爲リタル後或原因ノ爲メニ
婚姻又ハ縁組ノ取消サルルトキハ其取消ト爲リタル日以後戸主ト爲リタル原因消滅ニ從ウテ其
者ハ勢ヒ其家ヲ去ラサルヘカラサルニ至ル入夫、婿養子又ハ單純ノ養子ニシテ婚家又ハ養家ヲ
去ルニ於テハ代リテ戸主ト爲ル者ヲ要ス故ニ之ヲ以テ家督相續開始ノ一原因トス之ニ反シ婚姻
又ハ縁組ノ取消ト爲ルモ其家ニ止マルヘキモノナルトキハ(戸内婚姻又ハ戸内縁組ノ場合ノ如
シ)相續ノ開始ヲ必要トセス唯此ノ如キ場合ニ在リテハ通常戸主ト爲リタル原因ニ缺タル所ア
ルヘキヲ以テ相續ノ無効ヲ惹起スコトアルヘキナリ

又婚姻又ハ養子縁組ノ無効ハ初ヨリ婚姻又ハ縁組ノ成立セザリシト同一ナルヲ以テ無効ノ婚姻
又ハ縁組ニ因リテ其家ニ入り戸主ト爲リタルトスルモ法律上固ヨリ戸主タルヘキモノニ非サル
カ故ニ其無効ナル故ヲ以テ家督相續ノ開始ヲ見ルコトナカルヘシ即チ此場合モ亦相續ノ無効ニ
歸スルニ外ナラス事實上戸主ニ異動ヲ來スヘキモ法律上舊戸主依然戸主權ヲ行フヘキモノトス
婿養子縁組ニ付テハ婚姻ノ取消ノミニ因リテハ通常其家ヲ去ルヘキニ非ス隨テ此取消ノ爲メニ
家督相續ノ開始セシ養子ハ離縁ニ因リテ實家ニ復籍スヘク離縁ナキ以上ハ其家ヲ去ラサルヲ以

テ戸主ノ地位ニ異動ヲ及ホサス養子ニシテ一旦戸主ト爲リタル以上ハ離縁ヲ爲スコトヲ得サルヲ以テ(八七四條)隱居ニ因ルノ外ハ家督相續ノ開始ヲ見ルコトナカルヘシ

婚姻ノ取消ニ付テハ第七七九條乃至第七七八條ニ線組ノ取消ニ付テハ第八五二條乃至第八五九條ニ規定スル所ナルヲ以テ就テ参照スヘシ

第五 女戸主ノ入夫婚姻

女戸主カ入夫婚姻ヲ爲シタルトキハ入夫ハ其家ノ戸主ト爲ル(七三六條)此ノ如ク入夫カ戸主ト爲ルヲ原則トスルカ故ニ女戸主ハ戸主權ヲ喪失セサルヲ得ス而モ此場合ニ於テ女戸主ハ隱居ヲ爲スヲ要セス法律上當然戸主權ヲ失フヘキモノナルカ故ニ婚姻ヲ以テ家督相續開始ノ原因トセサルヘカラサルハ一家ニ二人ノ戸主アルヲ許ササルニ因リ之ヲ知ルヘシ但女戸主カ入夫婚姻ヲ爲スモ其當時當事者カ入夫ヲ以テ戸主ト爲ササルノ意思ヲ表示シタルトキハ入夫ハ戸主ト爲ルコトナン從テ此場合ニハ家督相續開始セス

民法施行以前ニ在リテハ女戸主カ入夫婚姻ヲ爲スモ之ヲ以テ家督相續ノ一原因ト爲セシヤ否ヤハ疑ナキニ非ス然レトモ戸主權ノ繼承ニシテ相續以外ノ原因ニ因ルモノアルヲ許ササルヨリシテ本法ハ之ヲ以テ相續開始ノ一原因トセリ

第六 入夫ノ離婚

入夫カ婚姻ニ因リテ戸主ト爲ルモ離婚スルトキハ其家ヲ去リ實家ニ復籍スヘキモノナレハ代リテ戸主タル者ナクンハアラス而モ此場合ニ於テ先ニ戸主タリシ配偶者ハ當然其地位ヲ回復スヘキモノニ非ス是レ入夫ノ離婚ヲ以テ家督相續開始ノ原因トスル所以ナリ但入夫カ戸主タラサル場合ニハ離婚ヲ爲ストモ家督相續ニ付テハ別ニ問題ヲ生セス又此ニ所謂離婚ハ其協議上ノモノナルト裁判上ノモノナルトヲ區別セサルナリ

第二節 家督相續人ノ種類及ヒ順位

第一款 汎論

家督相續人ハ其家督相續ヲ爲スノ權原ヨリシテ之ヲ區別スルトキハ左ノ三種ニ大別スルヲ得

第一 法定家督相續人

第二 指定家督相續人

第三 選定家督相續人

第一 法定家督相續人トハ法律ノ規定ニ依リ當然家督相續ヲ爲スヘキ者ヲ謂ヒ此種ノ相續人ヲ分チテ二トシ其第一種ヲ被相續人ノ直系卑屬トシテ其第二種ヲ被相續人ノ直系尊屬トス(九七〇條、九八四條)

第二 指定家督相續人トハ被相續人ノ指定ニ因リテ家督相續人ト爲リタル者ヲ謂ヒ法定ノ推定家督相續人ナキ場合ニ於テ始メテ有效ニ家督相續人ヲ指定スルコトヲ得ルモノトス(九七

九條)

第三 選定家督相續人トハ法律上選定權ヲ有スル者ノ選定ニ因リテ家督相續人ト爲リタル者ヲ謂ヒ此種ノ相續人ヲ更ニ區別シテ第一種ノ選定家督相續人(九八二條)ト第二種ノ選定家督相續人(九八五條)トスルコトヲ得

家督相續ハ一人相續主義ヲ採用シ一家一人ニ限リ一人一家ニ限ル一家一人ニ限ルヲ以テ何人ト雖モ同時ニ二家以上ノ家督相續ヲ爲スコトヲ得ス一人一家ニ限ルヲ以テ遺產相續ニ於ケル如ク數人同時ニ家督相續人タルコトヲ得ス之ヲ從來ノ慣例ニ徵スルモ一家ニ二人若クハ二人以上ノ戸主ヲ置キ又一人ニシテ二家以上ノ家督相續人タルコトナキハ一家ノ存續ニ重キヲ致ス族制主義ノ然ラシムル所トシテ固ヨリ當然ノ事由ニ屬ス此ノ如ク家督相續人ハ一家一人ニ限リ共同相續人ヲ認メス又現ニ戸主タル者ハ他家ノ家督相續人タルコトヲ許ササルヲ以テ家督相續人ニ數種ノ區別アリトスルモ其間自ラ家督相續ヲ爲スヘキ順序ナクシテハアラス此順序ヲ名ケテ家督相續ノ順位ト謂ヒ如何ナル種類ノ家督相續人ナリトモ法定ノ順位ニ在ルニ非サレハ家督相續ヲ爲スコトヲ得ス此順位ハ彼此互ニ相侵スコトヲ得サルモノトス

第一 第一種ノ法定家督相續人
第二 指定家督相續人

第三 第一種ノ選定家督相續人

第四 第二種ノ法定家督相續人

第五 第二種ノ選定家督相續人

右第二以下ノモノハ先順位ノ家督相續人ナキトキ又ハ其者カ相續ノ拋棄ヲ爲シタルトキ始メテ自己カ相續ヲ爲スコトヲ得ヘキモノニシテ前者ニ對シテハ相續權ヲ爭フコトヲ得サルナリ
同順位ニ在ル家督相續人數人アルトキハ其中ニ付テ更ニ相續順位ヲ定メサルヘカラス其順位如何ハ以下ノ説明ニ依リ自ラ判明スヘシ

第二款 第一種ノ法定家督相續人

被相續人ノ家族タル直系卑屬ハ家督相續人ノ種類中主位ヲ占ムルモノニシテ此相續人ニ在リテ家督相續人ノ第一順位ニ在ル者ヲ名ケテ法定ノ選定家督相續人ト謂フ法律ハ法定ノ選定家督相續人ト區別スルカ爲メニ其以外ノ家族タル直系卑屬ヲ單ニ選定家督相續人ト曰ヘリ故ニ法定ノ選定家督相續人ハ選定家督相續人ノ中ニ屬スルモ選定家督相續人ハ必スシモ皆法定ノ選定家督相續人ナリト謂フコトヲ得ス法定ノ選定家督相續人ハ必スヤ一人ナラサルヘカラス而シテ法定ノ選定家督相續人タルニハ(一)被相續人ノ家族ナルコト(二)被相續人ノ直系卑屬ナルコト(三)家督相續人タル資格アル者ナルコトノ三條件ヲ要シ此條件ヲ具備スルモノナラシメハ第一

一 順位ニ於テ當然家督相續ヲ爲スヘク被相續人トノ親等ノ遠近ヲ問フヲ要セス假令親等ノ近キ者ナリトモ既ニ他家ニ入り若クハ一家ヲ創立シタル者ノ如キ法定ノ推定家督相續人ナリト謂フヘキニ非サルナリ被相續人ノ家族ニ非スシテ第一位ニ相續ヲ爲スヘキ者ニ付テハ法律ハ或ハ指定相續人ト謂ヒ或ハ選定相續人ナル名稱ヲ用ヒタリ

被相續人ノ家族タル直系卑屬數人アル場合ニ於テ如何ナル順序ヲ追フテ法定ノ推定家督相續人ト爲ルヘキカ換言スレハ第一種ノ法定家督相續人相互ノ間ニ於ケル相續順位ハ如何ニシテ之ヲ定ムヘキカ之ヲ定ムルニハ左ノ原則ニ依ラサルヘカラス(九七〇條)

第一 親等ノ異ナリタル者ノ間ニ在リテハ其近キ者ヲ先ニス

親等ノ遠近ニ因リテ相續順位ヲ定ムルハ古來諸國ノ相續法ニ於テ認ムル所ニシテ我從來ノ慣習亦同一ナリ而シテ親等トハ世代即チ二人ノ血族間ニ於ケル隔離ヲ謂ヒ此隔離ヲ計算スルニハ代数ヲ以テシ一代即チ一世ヲ以テ一親等トス且直系ノ血族間ニ在リテハ世數ニ因リテ親等ヲ定ムルカ故ニ子及ヒ父ハ一親等ニシテ孫及ヒ祖父ハ二親等ナリ隨テ被相續人ニ子ト孫トアルトキハ子ハ孫ニ先チテ相續スヘキモノトス

此原則ハ男女ノ區別ナク又嫡庶長幼ノ如何ヲ論セス適用セラルヘキモノトス但後ニ説明スル代襲相續ニ於テ之カ例外ヲ見ル

第二 親等ノ同シキ者ノ間ニ在リテハ男ヲ先ニス

男子ヲ以テ戸主トスルコトハ武家時代ノ遺習ナルヘシト雖モ從來普通ニ男子ヲ以テ家督相續人トシ女子ヲシテ戸主タラシムルコトハ異例ニ屬ス明治六年第二八號布告其他幾多ノ何指令等ハ明カニ此主義ヲ採用セリ隨テ本法亦此從來ノ慣例ニ準據シ同親等ノ男女間ニ在リテハ男子ハ女子ニ先ツヘキモノトセリ

第三 親等ノ同シキ男又ハ女ノ間ニ在リテハ嫡出子ヲ先ニス

此原則ハ同親等ノ男子間又ハ女子間ニ在リテハ嫡庶ノ區別ニ因リ前後ヲ定ムヘキコトヲ示シタルモノニシテ同親等ノ男女間ニ於ケル順位ヲ定メタルモノニ非ス故ニ同一親等ノ男子中ニ嫡出子ト庶子トアリタルトキハ嫡出子ヲ先ニシ又同一親等ノ女子ノ中ニ嫡出子ト私生子トアリタルトキハ同シク嫡出子ヲ先ニスヘシ嫡出タル女子ト庶子タル男子トノ間ニ於ケル相續順位ヲ定ムルニハ本則ニ依ルニ非ス前示第二原則ヲ適用セサルヘカラス

嫡出子ニ先位ヲ與ヘタルハ實ニ左ノ如キ理由アルニ因ル

一 一家ノ安寧ヲ保タンカ爲メナリ 從來一家紛争ノ禍源ハ概シテ嫡出子ト庶子トノ相續争ニ基因スルモノ多シ彼ノ御家騒動ナト稱スルモノ比比皆然リ故ニ之カ禍源ヲ免除シ一家ノ安寧ヲ維持センニハ嫡出子ニ先位ヲ與フルニ如カス

二 婚姻ヲ尊重シ著妾ノ弊害ヲ匡正センカ爲メナリ 今日民法上ニ於テハ妾ナルモノノ存在ヲ認メナレトモ若シ庶出子ニ先位ヲ與ヘンカ著妾ノ制度ヲ復舊スルニ等シキノ結果ヲ生シ一夫

一 婦ヲ本旨トセル婚姻ヲ獎勵スルニ妨ナシトセス隨テ婚姻ヲ尊重シ野合ノ結果ヲ防止セシムルニハ嫡出子ニ先位ヲ與フルニ如カス

第四 親等ノ同シキ嫡出子、庶子及ヒ私生子ノ間ニ在リテハ嫡出子及ヒ庶子ハ女ト雖モ之ヲ私生子ヨリ先ニス

男子ハ女子ニ先ツハ第二原則ノ認ムル所ナルカ故ニ嫡出女子ト私生男子トノ間ニ於ケル順位ヲ定メサルトキハ或ハ私生子ト雖モ男子ナルトキハ嫡出女子ニ先ツヘキカノ疑ヲ生セサルヲ得ス然レトモ私生子ハ假令男子ナリトモ嫡出女子ニ先ツコトヲ許スヘキニ非サルハ前示第三原則ニ於ケルト同一ノ理由アリトス是レ即チ本則ノ設アル所以ナリ而シテ本則ハ嫡出子又ハ庶子及ヒ私生子カ同一ノ家ニ在ル場合ニ其適用ヲ見ルヘキモノナリ唯夫レ嫡出子ト私生子トカ其親タル戸主ノ家ニ在リテ家督相續順位ノ關係ヲ生スルハ通常女戸主ノ場合ニ在リ私生子カ既ニ男戸主ノ家ニ在ルトキハ庶子タルヘキニ由リ男戸主ノ家ニ在リテ嫡出子ト私生子トノ相續順位ノ關係ヲ生ズルカ如キハ稀有ノコトニ屬ス

之ヲ要スルニ本原則ハ嫡出子及ヒ庶子カ私生子ニ對スルノ順序ヲ定メタルモノニシテ嫡出子ト庶子トノ間ニ於ケル順序ヲ定メタルモノニ非ス故ニ例ヘハ女戸主カ一男子ト私通シ甲ナル者ヲ舉ケ後ニ至リ入夫婚姻ヲ爲シ更ニ乙ヲ設ケタリトセン甲ハ男子ニシテ乙ハ女子ナリトモ乙女ハ私生ノ甲男ニ先ツヘキカ如シ然ルニ其入夫カ他ノ女ト通シ丙ナル男子ヲ舉ケ之ヲ認知シタリト

セハ如何此場合ニ於テハ丙ハ庶子ニシテ其嫡母タル女戸主ノ家ニ在リテ嫡出ナル乙女ト相續順位ノ關係ヲ生スルニ至ルヘシ而モ此場合ニ於テハ前示第二原則ノ適用上丙男ハ乙女ニ先ツコトト爲ルヘシ蓋シ嫡母ト庶子トノ間ニハ親子間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生スルカ故ニ(七二八條)假令血縁ノ關係ナシト雖モ之ヲ以テ相續人トスルニ妨ナキモノトセルナラン然レトモ血統相承クルヲ以テ家督相續本來ノ主義トセルヨリシテ之ヲ見レハ血縁アル子ヲ措キ血縁ナキ者ニ相續セシムル前示ノ場合ノ如キハ蓋シ異例ナリト謂ハサルヘカラス

男女嫡庶ノ區別ニ從ヒ以上ノ原則ヲ約言セハ左ノ如キ結果ヲ見ルヘシ

- 一 男子ト女子トノ間ニ在リテハ男子ヲ先ニス
- 二 嫡出タル男子ト庶子タル男子トノ間ニ在リテハ嫡男ヲ先ニス
- 三 嫡出タル女子ト庶子タル女子トノ間ニ在リテハ嫡女ヲ先ニス
- 四 庶子タル男子ト嫡出タル女子トノ間ニ在リテハ庶男ヲ先ニス
- 五 嫡出タル女子ト私生男子トノ間ニ在リテハ嫡女ヲ先ニス
- 六 嫡出タル男子ト私生男子トノ間ニ在リテハ嫡男ヲ先ニス
- 七 私生男子ト嫡出女子トノ間ニ在リテハ嫡女ヲ先ニス
- 第五 前四號ニ掲ケタル事項ニ付キ相同シキ者ノ間ニ在リテハ年長者ヲ先ニス

年長者ヲ採ルコトハ我國古來ノ慣例ニシテ一定不變ノ原則ナリ長子相續ノ名稱因テ起ル所ナリ

トス本則ハ即チ同親等ノ者ノ間ニ於テハ年長者ヲ採リ女子又ハ女子ノ間ニ於テモ年長者ノ兄又ハ年長ノ姉ニ先位ヲ與ヘ嫡出子、間庶子間又ハ私生子間ニ在リテモ同シク年長者ヲ以テ相續人トスヘキコトヲ定メタルモノナリ

長幼ノ序ハ一ニ出生ノ前後ニ因リ之ヲ定ム然レトモ第八三六條ノ規定ニ依リ又ハ養子縁組ニ因リテ嫡出子タル身分ヲ取得シタル者ニ付テハ其嫡出子タル身分ヲ取得シタル時ニ生レタルモノト看做シ其時ヲ以テ家督相續順位ヲ定ムルノ基本トセリ(九七〇條二項)蓋シ第八三六條ノ規定ニ依レハ庶子ハ其父母ノ婚姻ニ因リテ嫡出子タル身分ヲ取得シ婚姻中父母カ認知シタル私生子ハ其認知ノ時ヨリ嫡出子タル身分ヲ取得ストアリ所謂准正ノ利益ヲ公認セルモノ是ナリ又第八六〇條ノ規定ニ依レハ養子ハ縁組ノ日ヨリ養親ノ嫡出子タル身分ヲ取得スト云ヘリ此等ノ者ニ在リテハ其出生ノ時ヨリ嫡出子タルノ身分ヲ有スルモノニ非ス從テ此等ノ嫡出子ニ在リテハ往住自己カ嫡出子トナリタル以前ニ於テ既ニ嫡出子タル者アリテ生年月日ノ上ヨリシテ之ヲ見レハ自己カ年長ナルコト勿論ナルヘキモ年少ノ嫡出子カ出生ノ後ニ於テ始メテ自己カ嫡出子タル身分ヲ取得シタル者ナルカ故ニ年少者ノ權利ヲ害スルヲ得サルモノトシ斯ル規定ヲ設ケタルニ至リタルモノトス畢竟正婚ヲ重シ自然ノ親子關係ヲ尊ブノ餘ニ出テタルニ外ナラス故ニ例(ハ)甲男、乙女ト私通シ(イ)ナル子ヲ擧ケ甲之ヲ認知シタル後乙女ト婚姻シ(ロ)ヲ生ミタリトセン然ルニ丙死亡シタルヲ以テ甲ハ乙女ヲ迎ヘテ妻ト爲スモ(ロ)ハ(イ)カ嫡出子タル身分ヲ取得セル以前ニ生レタルモノナルカ故ニ家督相續順位ノ上ニ於テハ(ロ)ハ年長者トシテ先順位ノ相續人タルヘキカ如シ

以上第一乃至第五ノ原則ニ依レハ被相續人ノ家族タル直系卑屬ニ付キ何人カ家督相續人タルヘキカノ相續順位ハ決シテ定マラサルノ理ナシ唯法律ハ此原則ニ對シ幾多ノ除外例ヲ設クルカ故ニ左ニ之ヲ説明セシ

第一例外

女戸主カ入夫婚姻ヲ爲シタルトキハ入夫ハ其家ノ戸主ト爲ル(七三六條)隨テ此場合ニ於テハ假令女戸主ニ法定ノ推定家督相續人タルヘキ者即チ直系卑屬アリトスルモ入夫ハ之ニ先チテ家督相續ヲ爲ササルヘカラス入夫ハ決シテ女戸主ノ直系卑屬ニ非ス而モ他ノ直系卑屬ニ先チテ家督相續ヲ爲スヘキモノナルカ故ニ此場合ニ於テハ勢ヒ第九七〇條ノ除外例タラサルヲ得サルナリ(九七一條)

第二例外

第七三七條及ヒ第七三八條ノ規定ニ依リテ戸主ノ家ニ入リタル直系卑屬ハ即チ戸主ノ子ニシテ其家族タル者ナレハ別段ノ定ナキ限リハ第九七〇條ノ通則ニ從ヒ其相續順位ヲ定ムヘキハ當然ナリ然レトモ此等ノ者ハ元來他家ニ在リタル者ナレハ新ニ戸主ノ家ニ入ルニ先チ嫡出子又ハ庶子タル他ノ直系卑屬カ既ニ法定ノ推定家督相續人トシテ其家ニ在ルニ拘ハラズ之ヲ排除シテ新

ニ家族ト爲リタル者ヲ家督相續人タラシムルコトハ條理ニ反スルノミナラス生來ノ家族タル直系卑屬ノ利益ヲ害スルモノト謂ハサルヘカラス故ヲ以テ此等ノ新ニ家族ト爲リタル直系卑屬ハ嫡出子又ハ庶子タル他ノ直系卑屬ナキ場合ニ限り第九七〇條ニ定メタル順序ニ從ヒ家督相續人ト爲ルト規定セリ（九七二條）蓋シ第七三七條ハ戶主ノ親族ニシテ他家ニ在ル者ハ戶主ノ同意ヲ得テ其家族ト爲ルコトヲ得ト云ヒ第七三八條ハ婚姻又ハ縁組ニ因リテ他家ニ入りタル者ハ其配偶者又ハ養親ノ親族ニ非サル自己ノ親族ヲ其配偶者又ハ養親ノ同意ヲ得テ婚家又ハ養家ノ家族ト爲スコトヲ得ル旨ヲ規定シ所謂親族入籍ノ手續ニ依リ始メテ其家ノ家族ト爲リ得ルニ外ナケレハ其入籍ノ日淺キニ拘ハラズ或ハ男子タルノ故ヲ以テ或ハ年長タルノ故ヲ以テ生來ノ家族トシテ其家ニ關係深キ他ノ嫡出子又ハ庶子ニ先テ相續スルヲ得ヘシトセハ人情ヲ害スルノ弊アルヘキハ明カナリ固ヨリ此場合ニモ第九七〇條第二項ニ於ケルカ如キ規定ノ存スラアラハ格別其否ラサル以上ハ生來ノ家族ノ相續權ヲ保護スルノ關係上斯ル除外例ヲ設クルハ亦實ニ己ムヲ得サル所ナリトス

第七三七條第七三八條ノ規定ニ依リ家族ト爲リタル直系卑屬カ家督相續人タルニハ其家ニ嫡出子又ハ庶子タル他ノ直系卑屬ナキ場合ニ限リタルヲ以テ其家ニ私生子タル直系卑屬アルトキノ如キ入籍者ニシテ嫡出子若クハ庶子タル者ナラシメハ第九七〇條ノ規定ニ依リ相續上先順位ヲ得ルニ妨ナシ又第九七二條ハ親族入籍ノ手續ニ依リ新ニ家族ト爲リタル者ニ付テノミ其適用ヲ

商 法 手 形

青 木 徹 一 講 述

緒 論

手形法ニ關スル法律關係ハ頗ル複雑ヲ極メ而モ一般私法ノ理論ト其趣ヲ異ニスルモノ多キヲ以テ予輩ハ先ツ緒論トシテ手形ニ付テノ大體ヲ茲ニ説明スヘシ

我商法上認メタル手形ハ三種アリ即チ爲替手形、約束手形、小切手ナリ而シテ爲替手形ニ關スル商法ノ規定ヲ見ルニ爲替手形ヲ主位ニ置キ約束手形及ヒ小切手ヲ從位ニ置ケリト雖モ今日ノ實際ニ就テ之ヲ見レハ約束手形ノ流通多ク爲替手形ノ如キニ至リテハ其事例約束手形ニ比シ甚タ其稀ナルヲ見ル加之實際ニ於テ種種ナル問題ノ生スル點ニ於テ確カニ爲替手形ヲ凌駕シ尙ホ約束手形カ爲替手形ノ如ク其當事者三個ヲ生セシテ爲メニ二個ノ當事者ヲ以テ足ル點ニ於テ遙ニ其關係簡明ナリ故ニ予ハ法典ノ排列如何ニ關セス實際ノ必要ニ應シ且講學上所謂簡ヨリ繁ニ入ルノ順序ヲ採用センカ爲メ以下順次約束手形、爲替手形、小切手ノ大體ヲ説明スヘシ

第一 約束手形

約束手形トハ他人ニ對シ一定ノ金額ヲ支拂フコトヲ無條件ニ約束セル證券ニシテ其雛形ヲ示セハ左ノ如シ

約束手形	
一金何圓也	
一滿期日	年 月 日
一支拂地	東京市 何縣何郡何村
一支拂場所	何ノ某方
一振出地	東京市
右ノ金額貴殿又ハ貴殿ノ指圖人 ハ此手形引換ニ支拂可申候也	
年 月 日	甲
乙 殿	

右雛形ニ示スカ如ク約束手形ニ於テハ之ヲ授クルモノ即チ振出人ト之ヲ受クルモノ即チ受取人トノ二當事者ヲ生スルノミニシテ其一定ノ金額ヲ或者ヨリ他ノ者ニ支拂フヘキコトヲ約スル點

ニ於テ決シテ普通ノ借用證書ノ類ト異ナル所ナシ唯其異ナル所ハ其效力ノ點ニ於テ普通ノ借用證書ハ其作成ナシト雖モ權利ノ發生ヲ妨ケス其證書消滅スルモ權利ノ消滅ヲ惹起スルノ效ナシ然リト雖モ此約束手形ハ手形ノ作成カ即チ權利ノ發生ニシテ手形ノ消滅ハ權利ノ消滅ヲ意味ス之ヲ約言スレハ普通ノ證書ハ權利アリテ後其證書ノ作成ヲ見ルト雖モ約束手形ニ於テハ手形作成以前ニ權利ナク手形上ノ權利ハ手形ノ作成ト同時ニ發生スル點ニ於テ大ナル差異アリ隨テ此手形ノ移轉カ權利ノ移轉ヲ意味スルノ結果ヲ生ス

而シテ約束手形カ唯單ニ其效果右ノ如クナルノミニナリトセハ敢テ商法上特別ノ規定ヲ必要トセサルヘシト雖モ其手形ニ金錢の流通性ヲ有タシメンカ爲メ裏書ナル制度ヲ認ム是レ即チ種種複雜ナル規定ノ必要ヲ生シタル所以ナリ即チ約束手形ハ民法上ノ指圖債權ノ如ク其讓渡ニ承諾、通知等ノ形式ヲ要セスシテ單ニ裏書ノ記載手形ノ交付ノミニ因リテ絕對の效力ヲ有セシムルカ如シ而シテ其裏書ヲ爲シタル者ヲ裏書人ト稱シ其交付ヲ受ケタルモノヲ被裏書人ト稱ス此約束手形カ今日ノ如ク商業上缺クヘカラサル有力ナル證券ト爲リシハ第一、其讓渡カ自由ニシテ且簡易ナルコト第二、第一第二第三ト云フカ如ク逐次裏書ヲ爲シタル場合ニ於テ各其前者ハ後者ニ對シテ擔保義務者ト爲リ後者ハ前者ニ對シ其償還請求權利者ト爲リ其手形上ノ債權ヲ益、安固ナラシムルノ性質ヲ有スルコト第三、手形割引ナル方法ニ依リテ資金運轉ノ便宜アルコト等其主要ナル原因ヲ爲スモノナリ

終ニ手形カ若シ満期日ニ至リ振出人ニ依リテ支拂ヲ爲サレサル時ハ實ニ其手形ノ振出人ハ勿論其裏書人ト雖モ商業社會ノ信用ヲ失墜スルニ至ルヘク其場合ニ當リ其裏書人ノ信用失墜ノ厄ヲ救フカ爲メ第三者ニ於テ其支拂ヲ爲スコトアリ之ヲ名ケテ約束手形ノ參加支拂ト稱ス

第二 爲替手形

爲替手形トハ他人ニ對シ一定ノ金額ヲ第三者ニ支拂フヘキコトヲ無條件ニ委託シタル證券ニシテ其雛形ヲ示セハ左ノ如シ

爲替手形

一金何圓也
一滿期日 年 月 日
一支拂地 橫濱市
一支拂場所 何ノ某方
右ノ金額某殿又ハ其指圖人ヘ此手形引換ニ御支拂相成度候也
年月日
甲

乙 殿
引 年月日
受

右雛形ニ示スカ如ク爲替手形ハ約束手形ノ如ク自己カ他人ニ支拂フヘキコトヲ約束スル證券ニ非スシテ第三者ニ其支拂ヲ委託シタル證券ナルヲ以テ其手形關係ノ發生ニハ三個ノ當事者ヲ必要トス振出人受取人、支拂人、即チ是ナリ而シテ此爲替手形ニ於テモ裏書讓渡ナル制度ヲ認メ其償還請求權、擔保義務等ノ關係ハ敢テ約束手形ト異ナル所ナシト雖モ其約束手形ト異ナル主要ノ點ハ其當事者ニ於テ前述ノ如ク特ニ支拂人ナル別個ノ當事者ノ存在ヲ必要トシ而モ約束手形ノ如ク其振出ト同時ニ確的ナル支拂義務者ナルモノノ存在ヲ認ムルコト能ハス然リト雖モ之ヲ以テ直チニ振出人ニ何等ノ義務ナシト速斷セサルコトヲ要ス即チ振出人ハ其振出ノ結果主タル支拂債務者ト爲ラス爲メニ確的ナル支拂義務者ナルモノノ存在セスト云フニ過キスシテ若シ支拂人其支拂ヲ爲ササルトキハ第二次ノ支拂義務者トシテ支拂ヲ爲スヘキコト勿論ナリ而シテ其手形ニ依リテ支拂ノ委託ヲ受ケタル支拂人ト雖モ振出人ノ指定ニ因リテ直チニ其支拂義務ヲ負擔スヘキニ非サルコト勿論ニシテ爲メニ予輩ハ爲替手形ノ振出其モノハ何等確的ノ支拂義務者ナシト謂フ所以ナリ然リト雖モ受取人ニ於テ満期日前ニ支拂人ニ對シ其支拂ヲ諾スルヤ否ヤヲ確ムル爲メ其爲替手形ヲ支拂人ニ呈示シタルトキ即チ法律上ノ所謂引受ノ爲メニスル手形ノ呈示

ヲ爲シタルトキニ於テ若シ其支拂人カ支拂ノ承諾即チ引受ヲ爲シタルトキハ其支拂人ハ名稱ヲ一變シテ法律上ノ所謂引受人ト爲リ支拂義務者ト爲リ茲ニ始メテ爲替手形ノ確的支拂義務ノ存在ヲ見ルニ至ルヘシ

元來普通ノ狀態ニ於テ爲替手形ノ振出ヲ爲ス場合ハ詐欺的行爲ニ非サル以上ハ必ず振出人ト支拂人トノ間ニ於テ其以前ニ一種ノ委任契約ノ締結アルヘク殊ニ今日ノ實際ニ於テハ銀行ト貸越ノ勘定其他ノ契約ヲ爲シ其振出ヲ爲スヲ例トスルヲ以テ支拂人ノ支拂拒絕ハ其例少シト雖モ若シ其引受ヲ爲ササル時ニ於テハ受取人又ハ所持人ノ爲メニ非常ニ危險ナル地位ニ置カルヘキヲ以テ法律ハ特ニ爲替手形ノ受取人ヲ保護スルカ爲メ此場合ニ於テ前者ニ對スル受取人ノ擔保請求權ヲ認メタリ受取人カ此權利ヲ行使シテ前者ヨリ擔保ヲ供セラレタルトキハ支拂滿期日ニ於テ不測ノ損害ヲ被ルノ虞ナク且其支拂滿期日前ト雖モ此擔保アルコトニ因リテ完全ニ手形割引等ノ運轉方法ヲ講スルコトヲ得ヘシ尙ホ此爲替手形ニ於テモ約束手形ニ於ケル參加支拂ノ制度ヲ設ケタルト同一ノ趣旨ニ基キ爲替手形ノ支拂人カ其支拂ノ引受ヲ爲ササル場合ニ於テ第三者カ其手形裏書人ノ信用ヲ失墜セシメサラシメンカ爲メ價還請求ヲ受ケサル以前ニ於テ支拂ヲ引受クル所謂參加引受及ヒ支拂滿期日後引受人カ支拂ヲ爲ササル場合ニ於テ第三者カ其手形裏書人ノ信用ヲ失墜セシメサラシメンカ爲メ價還請求ヲ受ケサル以前其支拂ヲ爲ス所謂參加支拂ノ制度ヲ認メタリ詳細ハ後ニ講述スヘシ

第三、小切手

小切手ハ其實質爲替手形ト同一ニシテ法理上殆ト區別ナシ其雛形ヲ示セハ左ノ如シ

小切手
一金 千圓也
右金額此小切手持參人へ御支拂 相成度候也
一支 拂地 東京市
年月日
何縣何郡何村何番地
何ノ
某
何何銀行殿

右ノ如ク小切手ハ爲替手形ト異ナル所ナク其輕便ナル點ニ於テ簡易ナル爲替手形トモ稱スヘキモノニシテ兩者ノ區別ハ唯其手形ニ小切手ト記載シアルヲ以テ小切手ナリ爲替手形ト記載シア

ルヲ以テ爲替手形ナリトスルノ外ナシ然リト雖モ此兩者ノ間經濟上ノ作用ニ至リテハ決シテ同
一ニ非ス即チ爲替手形ノ主タル作用ハ信用證券トシテ金融ノ具ニ供セラルルモノナリト雖モ小
切手ニ至リテハ其主タル作用ハ支拂證券トシテ現金代用ノ具ニ供セラルルモノナリト雖モ此兩者
ハ法律上ノ性質ヲ同シウスルモノナルニ拘ハラズ其記載要件及ヒ適用法規ニ關シ差異ヲ生スル
所以ナリ而シテ小切手ハ普通銀行取引ヲ爲スモノニ於テ發行セラルルヲ例トス

本論

第一編 總則

第一章 手形ノ性質

手形ハ一定ノ金額ヲ支拂フコトヲ約シ又ハ之ヲ委託セル抽象的ノ流通證券ナリ而シテ手形ハ證
券ノ一種ナリ其表彰セル法律關係ハ一ノ債權關係ナルモ手形其モノハ之ヲ證明スルカ爲メノ證
書ニ非ス換言スレハ紙ト權利トノ間ニ私法上ノ聯絡アルモノニシテ決シテ單純ナル證據法上ノ
問題ニ非ス即チ紙ト權利トノ關係カ密接ニシテ紙ナケレハ權利ナク權利アレハ必ス紙ノ存在ヲ
必要トスルモノナリ故ニ諸種ノ證券ノ内ニ於テ最モ完全ナル證券ト謂ハサルヘカラス

此ノ如ク二者ノ關係離ルヘカラサルモノナルヲ以テ手形ヲ一ノ權利トシテ觀察スルモ或ハ之ヲ
證券トシテ觀察スルモ法律上毫無モ其間ニ於ケル差異ヲ見ルコトナシ然リト雖モ實際手形カ商業

上流通スルハ商品タル證券トシテニアリ故ニ手形ヲ實際ニ適セシムルカ爲メニ之ヲ證券トシテ
ノ點ヨリ觀察スルヲ便トス隨テ予ハ以下此點ヨリ觀察シテ手形ノ特質ヲ列舉スヘシ

第一 手形ハ流通證券ナリ 流通證券トハ裏書又ハ交付ヲ以テ證券上ノ權利ヲ讓渡スコトヲ得
ル證券ヲ謂フ而シテ此流通證券ニハ民法ニ所謂指圖證券、無記名證券及ヒ民法第四七一條ノ
規定セル指名持參人證券ノ三種アリ商法ニ於テモ同様此三種ノ證券ヲ認メタルヲ以テ手形ニ
モ亦指圖手形、無記名手形及ヒ指名持參人手形ノ三種アリ故ニ指圖式ノ手形ハ裏書ニ因リテ
流通シ無記名式或ハ指名持參人式ノ手形ハ各、交付ノミニ因リテ流通スルモノナリトス
如上ノ如ク手形ハ流通證券ナルヲ以テ之ニ因リテ生スル法律上ノ結果ハ手形カ形式證券タル
コトト呈示證券タルコトトノ二者ニ歸ス形式證券トハ證券ノ善意ノ所持人ニ對シテハ證券ノ
文言ノミニ因リテ權利關係ヲ決スヘキコトヲ意味シ民法第四七二條ハ根本的ニ其原則ヲ明カ
ニシ尙ホ商法第四三五條ニ於テモ亦積極的ニ其形式證券タルコトヲ明示セリ次ニ手形カ流通
證券タル結果トシテ呈示證券ナルコトハ商法第二七九條及ヒ第二八〇條ニ於テ一見明瞭ナル
所ナリトス

手形ハ性質上當然流通證券ナルモ當事者カ其性質ヲ好マサルトキハ當事者ヲシテ之ヲ剝奪ス
ルコトヲ許シタリ即チ當事者カ商法第四五五條ノ但書ニ依リテ手形ノ流通性ヲ剝奪シタル場
合ニ限リ手形ハ流通證券ニ非ス

第二 手形ハ設權證券ナリ 獨逸ノ學者ハ權利ノ成立ニ證券ノ作成ヲ要件トスルヤ否ヤニ因リテ證券ヲ設權證券ト其然ラサルモノトニ分類セリ即チ設權證券トハ證券ヲ作成スルコトノミニ因リテ始メテ權利ノ成立スルモノヲ謂ヒ手形ハ此意味ニ於テ設權證券ニシテ證券ナケレハ手形上ノ權利ノ發生ナキナリ

次ニ手形上ノ權利ノ發生ニハ單ニ證券ノ作成ノミヲ以テ十分ナリトセス必ス法ノ列擧セル一定ノ事項ノ記載ヲ要ス即チ其記載事項ノ一ヲ缺クトキハ手形ハ絕對的ニ無効ナリ之ハ商法上ノ他ノ法定ノ證券ト異ナラサル所ナリ故ニ手形ハ設權證券ナルト共ニ要式證券ナリト謂フコトヲ得

第三 手形ハ債權證券ナリ 證券上ノ權利ノ性質ヨリ分類スルトキハ證券ハ團體證券ト債權證券トノ二種ニ區別スルコトヲ得團體證券トハ團體的ノ權利ヲ表彰スル證券ニシテ我國法上株券ハ實ニ唯一ノ事例ニ屬ス債權證券トハ純然タル債權關係ヲ表彰スル證券ニシテ其給付ノ目的物如何ヲ問ハス我商法上ノ手形ヲ始メ其他ノ證券ハ殆ト皆債權證券ナリ實ニ手形ハ此意味ニ於テ債權證券ニシテ即チ一定ノ金額給付ノ債權ヲ表彰スル證券ナリ

債權證券中其給付ノ目的物如何ニ由リテ名稱ヲ異ニスルモノアリ即チ金錢給付ニ係ルモノハ金錢證券ニシテ物品ノ給付ニ係ルモノハ物品證券ナリ而シテ其他物ノ給付ニ關係ナキ行爲ノ目的トスルモノニ關シテハ一定ノ名稱ナシ唯茲ニ注意ヲ要スヘキハ其物品證券中特定物ノ給付ヲ目的トスルモノト不特定物ノ給付ヲ目的トスルモノトアリ各、其法律上ノ效果ヲ異ニス即チ特定物ノ給付ヲ目的トスル證券ニ於テハ其特定物ノ所有權ト證券ノ所有權トヲ合體セシメ證券ノ讓渡ハ即チ特定物其モノノ讓渡ヲ意味ス此場合ニ於テハ證券ノ讓渡ハ物權の效力ヲ有スルヲ以テ學者ハ此點ヨリ觀察シテ證券ヲ債權證券ト物權證券トニ分類セリ勿論手形ハ此意味ニ於テハ純然タル債權證券ナリ

第四 手形ハ抽象的證券ナリ (或ハ不要因的證券ト稱ス) 抽象的權利トハ原因ノ存在ヲ示サスシテ主張シ得ル權利ノ意ナリ抑、一般ノ法律行爲ニ付テハ原因ノ存在ナケレハ其成立ヲ認ムル能ハサルカ少クトモ其行爲ノ效力ヲ主張スルコトヲ許サス然ルニ法律ハ或場合ニ於テハ取引上ノ必要ニ應ジテ原因ヲ法律關係ヨリ分離スルコトアリ即チ原因ナクシテ法律行爲ノ成立ヲ認ムルコトアリ斯ル場合ニ於テ其行爲ヲ抽象的行爲ト稱シ之ヨリ生ズル權利ヲ抽象的權利ト稱ス其權利ヲ表彰スル證券ヲ抽象的證券ト名ク此意味ニ於テ實ニ手形ハ抽象的證券ナリ例ヘハ千圓ノ手形金ヲ請求スルニ付テハ其消費貸借ニ因ルモノナリヤ寄託ニ因ルモノナリヤ等ノ法律上ノ名義ヲ示スコトヲ必要トセス單ニ手形金トシテノミ請求スルコトヲ得此ノ如キハ普通ノ債權ニ於テハ存在セサル現象ニシテ恐ラクハ我國法上手形ノ外其事例ヲ認ムル能ハサルカ如シ

手形カ原因ヲ要セサル證券ナリトノ解釋上ノ根據ハ手形行爲ニ付テ原因ノ記載アルヲ必要ト

セサルヲ以テナリ故ニ商法第四三五條ノ結果ニハ非ス

以上ハ手形ノ法律の性質ナリト雖モ經濟上ノ取引物件タル所謂有價證券ナリヤ否ヤハ一個ノ疑問ニ屬ス抑、商業上現今有價證券ナルモノハ取引上ニ於テ代替物ト同一視セラルルモノヲ意味スルモノニシテ手形ハ此ノ如キ經濟上ノ性質ヲ有セサルヲ以テ素ヨリ之ヲ有價證券ナリト謂フコトヲ得ス殊ニ法律上ニ於テモ有價證券トハ前述ノ意ニ解スヘキモノニシテ民事訴訟法中督促手續及ヒ證書訴訟ノ規定ヲ參照セハ同一意味ナルコトヲ推知スルニ難シト爲サス尙ホ我商法上ニ於テモ同一意義ニ之ヲ解スヘキモノナルヲ以テ手形ハ何レノ點ヨリスルモ之ヲ有價證券ナリト謂フコトヲ得ス然ルニ現今普通ノ學說ニ於テ手形ヲ有價證券ナリト謂フハ此ノ如キ意味ニ於テスルニ非ス唯手形ハ證書ニ非スシテ證券ナリトノ趣旨ヲ言表ハサンカ爲メニ用ヒタル語ニ外ナラス而シテ此意味ニ於テ有價證券ナリト謂フハ明カニ用語ノ濫用ナリ故ニ現行法上有價證券ナル文字アル場合ニ於テハ手形ハ之ニ包含セラレサルモノト解スヘキナリ

第二章 手形行爲ト手形上ノ權利

手形ハ手形上ノ權利ノ爲メニ存在シ手形上ノ權利ノ發生ハ手形行爲ニ原因ス元來手形行爲ナルモノハ一種ノ法律行爲ニシテ此意味ニ於テハ普通所謂民法的行爲ト異ナル所ナシ然リト雖モ手形行爲カ如何ナル實質ノ行爲ナリヤハ手形行爲ノ種類ニ由リテ異ナルヲ以テ一般のニ之ヲ説明

スルコト能ハス唯具體的ニ振出、裏書、引受、保證並ニ參加引受ノ五者ナリト謂フコトヲ得ヘキノミ而シテ振出トハ手形ヲ作成シ之ニ署名シテ受取人ニ交付スル行爲ニシテ裏書トハ手形ノ裏面ニ權利讓渡又ハ其他之ヲ意味スヘキ文句ヲ記載シテ被裏書人ニ交付スル行爲ナリ次ニ引受トハ手形面ニ手形金額支拂ノ意思ヲ表示スルモノニシテ單ニ手形ニ署名スレハ足レリ尤モ相手方ニ之ヲ返還スヘキモノナルモ此返還ハ敢テ法律關係ヲ設定スル意味ニ於ケル交付ニ非ス保證、參加引受亦殆ト同様ナリ詳細ハ後ニ説明ス此五者ヲ通覽セハ手形行爲ハ各、其内容ヲ異ニスル所アリト雖モ妙クトモ其署名ヲ爲スヘキ點ニ至リテ五者共通ナリ故ニ手形行爲ヲ他ノ法律行爲ト區別スル標準ハ手形ニ署名ヲ必要トスルノ點ヲ推スノ外ナシ

手形行爲ノ内容ニ付テノ説明ハ必スシモ學者ノ一致スル所ニ非ス或ハ如何ナル手形ト雖モ單ニ手形ニ署名スレハ足レリト云フモノアリ此學說ハ頗ル有力ナル所ニシテ手形行爲ノ内容ノ解釋如何ハ即チ手形理論ノ岐ルル所タリ而シテ學說ノ傾向ニ於テハ手形行爲ハ署名ヲ以テ足レリトスル學者ハ概シテ單獨行爲說ヲ採リ署名以外ニ交付ヲ必要ナリトスル論者ハ概シテ契約說ヲ採用セリ然リト雖モ此兩說ハ共ニ多少ノ缺點アルヲ免レサル所アルヲ以テ種種ナル折衷說ヲ生スルニ至レリ

手形行爲ノ目的ハ勿論手形權利ノ發生ニ在リ手形上ノ權利ハ抽象の權利ニシテ手形ヲ以テノミ行使スルコトヲ得ル請求權ヲ意味ス故ニ手形上ノ權利ハ常ニ手形ナル證券ノ存在ヲ條件トス故

ニ手形ヲ占有セザルトキハ手形上ノ權利ヲ行使スルコトヲ得ス此意味ニ於テ手形權利ナルモノハ純然タル債權ニシテ民事訴訟法第四九四條ニ所謂「手形ニ因ル請求」ナル意義ニ相等シ我手形法上之ニ屬スルモノハ約束手形ニ於テハ主トシテ所持人ノ振出人ニ對スル權利及ヒ後者ノ前者ニ對スル償還請求權ニシテ爲替手形ニ於テハ所持人ノ引受人又ハ參加引受人ニ對スル權利等ナリ唯茲ニ問題ト爲ルハ擔保請求權ニシテ今日ノ通説ニ依レハ之ヲ以テ等シク手形上ノ權利ナリト解スルカ如シト雖モ是レ手形ヲ以テスル請求權ニ非サルヲ以テ手形上ノ權利ニ非スト解スヘキモノナリトス即チ民事訴訟法ニ於テモ所謂手形ニ因ル請求ニ非ス從テ爲替訴訟ニ依リテ救済ヲ求ムルコトヲ得ス此他手形法ニ於テ諸種ノ權利アリト雖モ必スシモ所謂手形上ノ權利ニ非ス此兩者ヲ區別スル標準ハ之ヲ行使スルニ手形ヲ以テスルヤ否ヤノ點ニ存ス

第三章 手形爲ノ代理

手形行爲ハ普通ノ法律行爲ト等シク他人ヲシテ代理セシムルコトヲ得ルハ勿論ナリ即チ代理振出、代理裏書等ノ如シ而シテ此代理ニ似テ非ナルモノハ代書ナリ他人ノ爲メニ其者ノ名義ヲ記載スルノ勞ヲ採ルハ代筆ニシテ代筆ハ單ニ事實上ノ現象ニ過キス唯其代筆ニ加フルニ依頼者カ之ニ捺印シテ他人ニ交付シ或ハ其代筆ノ下ニ捺印スルノミニ因リテ手形上ノ法律關係ヲ發生スルコトアリ之ニ反シテ手形行爲ノ代理ハ民法代理ノ原則ニ依リテ其代理人ノ行爲カ直チニ本人

商 法 海 商

法學博士 加 藤 正 治 講 述

第一章 船舶

第一節 船舶ノ性質

船舶トハ汎ク之ヲ言ヘハ水上航行ノ用ニ供スル建設物ナリ元來船舶トハ如何ナル物ヲ謂フカニ付キ獨ニ佛ノ商法等ハ何レモ皆之ニ對スル定義の規定ヲ設ケス全ク造船學等ニ依ル社會的觀念ニ一任シタリ英國ノ商船法第七四二條ニハ船舶トハ權ニ依ラスシテ航行ノ用ニ供セラルル舟ノ總稱ナリト定義セルモ畢竟商船法其モノニ於テ船舶トハ如何ナル範圍マテヲ包含スルカ其意義ヲ限定シタルニ過キスシテ船舶其物ノ定義ナリトハ言ヒ難シ我商法モ亦是等ノ例ニ倣ヒ海商編ノ首條即チ第五三八條第一項ニ於テ「本法ニ於テ船舶トハ商行爲ヲ爲ス目的ヲ以テ航海ノ用ニ供スルモノヲ謂フ」ト規定セリト雖モ是レ亦商法ニ所謂船舶ノ範圍ヲ限定シタルニ過キスシテ汎ク船舶其物ニ對スル觀念ハ之ニ依リテ定義セラレタリト云フコトヲ得ス猶ホ土地、建物等ノ

何タルカハ法文ニズル文字ヲ使用スルモ普通觀念ニ基キ之ヲ定メシムルト一般ナリトス即チ船舶ニハ如何ナル形體、運轉力、器具、機械ノ設備ヲ要スルカ等ニ付テハ航海、造船等ニ關スル行政の規定ニ於テ特ニ規定ノ設アル點ニ付テハ格別然ラサレハ造船學等ニ依ル社會的觀念ニ依リテ之ヲ定ムルノ外ナキナリ然ルニ之ニ付テハ英、獨等ニハ既ニ多少ノ判決例ノ存スルアリテ疑ハシキ場合ニ付テハ消極的ニ多少其限界カ明瞭ト爲ルニ至リタリ(1)例ヘハ淺深船ノ如キ自力ニ依ラス挽船ノ力ニ依リテ進行スルモノニ在リテモ普通觀念ニ從ヒテ船舶タルヲ妨ケス尤モ我船舶法施行細則第一條及第二條ニ依レハ船舶ノ種類ハ汽船及ヒ帆船ノ二種トシ淺深船ハ推進器ヲ有セサレハ船舶ト看做サスト規定セリ(2)然ルニ毫モ凹形の狀體ヲ具ヘサル平面板又ハ筏等ハ之ヲ船舶ト謂フコトヲ得ス(3)又船舶ハ必ス航行ノ用ニ供スルモノナラサルヘカラス故ニ浮標、浮橋、燈臺船、沈重箱等ハ船舶ニ非ス尙ホ左ニ船舶ノ法律上ノ性質ヲ説明スヘシ

第一 船舶ハ動産ナリ 船舶ハ航行ノ用ニ供スルモノニシテ船體カ動カスンハ其用ヲ爲ササルカ故ニ動産ナルコトハ最モ明白ナリ(民八六條)既ニ羅馬法ニ於テスラ船舶ノ動産ナルコトヲ明カニ認メタリ(ダイジェスト)法典二〇卷四章四三節二四號)況ヤ今日ノ法律思想ニ於テオヤ然レトモ或ハ概シテ其價ノ貴キ點ヨリ或ハ容易ニ其所有者ヲ變更セサル點等ヨリ後ニ述フル如ク不動産類似ノ取扱ヲ受クルカ故ニ古昔ニ於テハ往往ニシテ之ヲ不動産ノ中ニ算シタル

立法例ナキニ非ス此ノ如キ沿革上ノ理由アルニ因リ其性質上動産タルコト明白ナルニ拘ハラズ千六百八十一年ノ佛國海軍勅令(二卷一〇章一)ヲ始トシテ近世諸國ノ立法例ハ世人ノ疑惑ヲ解クカ爲メニ船舶ハ動産ナリト云フコトヲ法典ニ明示スルヲ常トスルニ至レリ例ヘハ佛國商法第一九〇條並ニ佛法系ノ諸國ノ商法ノ如キ即チ是ナリ我舊商法モ其例ヲ襲ヒ第八三四條ニ於テ「商船其他ノ海船ハ之ヲ動産トス但本法ニ例外ヲ定メタル場合ハ此限ニ在ラス」ト明言セリ然レトモ前述セル如ク今日ノ法律思想ニ於テ何人モ其動産タルコトヲ疑フ者ナク殊ニ民法ノ制定アリテヨリ一層明白ト爲リタルカ故ニ新商法ハ決シテ斯ル贅文ヲ保存セス殊ニ舊商法ノ但書ハ文字極メテ拙ニシテ法律カ時トシテ船舶ニ動産タル性質ヲ失ハシメ不動産ト視ルコトアルカ如ク思ハシムル感アリ然レトモ立法ノ趣意ハ不動産ト看做スニ非スシテ不動産ト同一ノ規定ニ從ハシムルコトアルヲ豫想シタルノミ故ニ新商法カ之ヲ刪除シタルハ頗ル至當ナリトス

第二 船舶ハ不動産ニ類似ス 前述シタル如ク船舶カ動産タルコト最モ明白ナルモ經濟上、公益上其他沿革上ヨリシテ不動産類似ノ取扱ヲ受ケ普通ノ動産ト異ナル規定ノ適用ヲ受クルコト極メテ多シ今其二三ノ點ヲ列舉スレハ

(イ) 不動産物權ノ得喪及ヒ變更ハ不動産登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(民一七七條)之ト同シク船舶所有權ヲ得タル者モ

亦船舶登記規則ニ從ヒ登記ヲ爲シ船舶國籍證書ヲ請受ケサルハカラス又船舶所有權ノ讓渡ニ付テモ其登記ヲ爲シ且船舶國籍證書ニ之ヲ記載スルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(五四〇條、五四一條)

(ロ) 抵當權ノ目的ト爲ルモノハ不動産ニ限ル(民三六九條)然ルニ船舶若クハ製造中ノ船舶ハ抵當權ノ目的ト爲スコトヲ得(六八六條、六八九條)

(ハ) 不動産ノ質貸借ハ之ヲ登記シタルトキハ爾後其不動産ニ付キ物權ヲ取得シタル者ニ對シテモ其效力ヲ生スル(民六〇五條)船舶ノ質貸借モ亦之ヲ登記シタルトキハ爾後其船舶ニ付キ物權ヲ取得シタル物ニ對シテモ其效力ヲ生スルモノナリ(五五六條)

(ニ) 船舶ニ對スル強制執行並ニ競賣ハ原則トシテハ不動産ト同一ノ規定ニ從フ(民訴七一七條以下第三九條)

(ホ) 國際法ニ於テハ學者往往船舶ヲ以テ國土ノ延長ナリトシテ船舶内ニ行ハルル主權ノ說明ヲ爲スコトアリ又以テ船舶ヲ土地ト同一視スル思想ノ一端ヲ知ルニ足ル

第三 船舶ハ人ニ類似ス 英米ノ訴訟法ニ於テハ船舶ヲ以テ恰モ人格アルモノノ如ク看做シ船舶ニ對スル債權アル者例ヘハ船舶ニ對シテ修繕費ヲ掛ケタル者又ハ船舶ノ衝突ニ因リテ損害ヲ受ケ之カ賠償ノ請求權ヲ有スル者ノ如キハ船舶所有者ヲ相手取ラス船舶其物ヲ相手取リテ直チニ訴訟ヲ提起スルコトヲ許ス之ヲ對物訴訟ト謂フ而シテ原告ハ其債權ノ確定前直チニ船舶ヲ差押ヘテ之ヲ裁判所吏員ノ保管ノ下ニ歸セシメ債權確定次第船舶ヲ賣却シ其中ヨリ辨償ヲ受ケシム此ノ如キ特別ナル訴訟手續アル國ノ事ハ之ヲ度外ニ措クモ尙ホ船舶カ人ニ類似スル點ヲ列擧スレハ

(イ) 船舶ハ名稱ヲ有ス猶ホ人カ姓名ヲ有スルカ如シ而シテ其名稱ハ之ヲ船舶ニ標示シ一旦定メタルモノハ管海官廳ノ許可ヲ受クルニ非スンハ之ヲ變更スルコトヲ得ス(船舶法七條、八條)

(ロ) 船舶ハ國籍ヲ有ス猶ホ人ノ國民分限ヲ有スルカ如シ他ノ動産ニ在リテハ決シテ然ルモノアルナシ何カ故ニ船舶ニハ國籍ヲ必要トスルカ是レ他ナシ船舶内ニハ一國ノ主權行ハレ諸外國ノ間ニ往來シテ日毎ニ國際關係ヲ生スルノミナラス各國其政策トシテ造船及ヒ航海業ノ擴張ヲ計リ自國船ニハ特ニ獎勵金又ハ種種ノ特權ヲ與ヘ此他國稅、船稅等納稅ノ上ニ於テモ常ニ彼我ノ區別ヲ設ケルニ由ル而シテ如何ナル資格アル船舶ヲ以テ果シテ日本船舶トシ又ハ日本船舶トスルコトヲ許スカノ問題ハ猶ホ如何ナル人ヲ日本人トシ如何ナル人ニ歸化ヲ許スカノ問題ト略シ其例ヲ同シシ畢竟一國ノ採ル所ノ政策ニ依リテ決スヘキモノトス而シテ人ニ付テハ我國既ニ國籍法ノ定アルト均シク船舶ニ付テハ船舶法ニ於テ既ニ其規定アリ仍テ之ニ付テハ尙ホ後ニ説明スル所アルヘシ(船舶法一條)

テ船籍港ヲ定ムヘキコトハ法律ノ要求スル所ニシテ之ヲ定メタルキハ船舶ニ關スル私權證明ノ登記ハ其船籍港ヲ管轄スル區裁判所ニテ之ヲ爲シ國籍證明ニ關スル登録ハ其船籍港ヲ管轄スル管海官廳ニ於テ之ヲ爲スナリ(船舶登記規則二條、船舶法四條一項前段、五條)其他船籍港ノ作用タルヤ船舶所有者ニ取リテハ商人ノ營業所ニ該當シ船舶所有者ノ該船舶ニ關スル營業ノ中心ヲ成シ獨逸法ニ從ヘハ船舶所有者カ船舶營業ヨリ生シタル債務ハ總テ船籍港管轄ノ裁判所ニ訴ヲ提起スヘキモノニシテ船舶所有者カ船舶及ヒ運送貨ノミヲ以テ責任ヲ負フ場合タルト又ハ無限責任ヲ負フ場合タルト又ハ船舶共有者カ他ノ共有者ヲ訴フル場合タルト將タ第三者ヲ訴フル場合タルト又ハ船舶共有者カ他ノ船舶救護、救助ノ報酬額確定ニ付テハ一ノ例外ヲ成スモ一旦其額確定シタル後ニ在リテハ是レ亦船籍港裁判所ニ訴ヘサルヘカラス(獨商四八八條「エンゲマン」四卷二六頁)此ノ如キ專屬管轄ノ原則ハ佛國ニテモ亦明文ノ存スルナキモ學者並ニ裁判所ノ今日マテ承認スル所ナリ然レトモ我國ニテハ未タ認めラレス

第四 船舶ハ主物及ヒ從物ヨリ成ル

船舶ハ航海ヲ爲スヲ以テ其職トスルカ故ニ唯船體アリタルノミニテハ其用ヲ爲サス或ハ種種ノ屬具ヲ必要トスヘク或ハ燃料、糧食等ノ貯藏ヲモ必要トスヘシ然ルニ船舶ノ賣買、讓與等ノ處分アリタル場合ニ屬具ノ如何ナル範圍マテカ當然新取得者ニ移轉スルカ舊商法第八三八條ハ規定シテ曰ク「船舶ノ所有權ハ別段ノ契約アルニ非ナレハ航海ノ爲メニスル總テノ艦裝物殊ニ桅檣、帆具、網具、機關、碇錨、船用器具、端舟、貯蓄品及ヒ糧食ノ所有權ヲ包含ス但船長又ハ海員ノ一身ニ屬スル所有物ハ此限ニ在ラス」ト然レトモ本條ハ航海ノ爲メニ必要ナル艦裝ノ重ナルモノヲ例示シタルニ止マリ未ダ以テ其全體ヲ盡セリト謂フコトヲ得ス「又別段ノ契約アルニ非サレハ二三」ト云ヒテ契約ニ因リ船舶所有權ノ取得若クハ移轉アル場合ノミヲ豫想セシカ如ク思ハルル嫌アリ且ヤ斯ル艦裝物ヲシテ當然船舶所有權ノ中ニ包含スルモノト法定スルノ必要ナシ若シ其包含スルモノトスル必要アル場合ハ即チ艦裝物ヲ從物トシテ主物ノ處分ニ從ハシムレハ足レリ且屬具目錄ナルモノハ法律力強制シテ船中ニハ必ス之ヲ備ヘ置クコトヲ必要トシ(五六二條一項、船員法四九條一號)其屬具目錄ノ中ニハ航海ノ爲メニ必要ナル艦裝物ハ擧ケテ漏ス所ナク舊商法ノ如ク例示ノ規定ヲ設ケテ其餘ハ事實問題ニ一任スルニ優ルコト萬高ナルカ故ニ新商法ハ右舊商法ノ規定ヲ改メテ左ノ如ク言ヘリ曰ク「船舶ノ屬具目錄ニ記載シタルモノハ其從物ト推定ス」(五三九條)ト是レ能ク右ノ缺點ヲ補ヒ得タルモノト謂フヘシ屬具目錄トハ今日ノ實際ニ於テハ根據帳ト稱シ甲板部、事務部、機械部ノ三部ニ分チ極メテ詳細ニ記載スルヲ常トス若シ船舶ノ賣買讓與アルトキハ屬具目錄ニ依リテ實物ト對照シ以テ之ヲ引繼クヲ常トス故ニ屬具目錄ノ記載不整頓ニシテ實物ト相一致セス又ハ脱漏等多キモノニ在リテハ船舶ノ價格自ラ低廉ナルヘキハ至當ノ事タリ故ニ船舶所有者ハ自己ノ利害ノ休戚上屬具目錄ノ記載ヲ最モ正確且詳密ナ

ラシムルハ自然ノ理ナリ蓋シ人ハ利害ノ點ヲ以テ拘束スル程效力多キモノナケレハナリ尙ハ
屬具目録記載ノ書式ハ新商法實施以後ハ遞信大臣ニ於テ之ヲ定ムルコトト爲セリ故ニ今後ハ
其記載事項モ一定シ一層正確ノモノト爲ルヘキナリ(商施一三〇條)而シテ主物、從物ノ區別
ハ民法第七八條ニ依リテ定マリ從物ハ主物ノ處分ニ從フヘキモノトス然ルニ屬具目録ニ記載
セルモノハ必スジモ法律ニ所謂從物ノミニ限ラス例ヘハ常用ニ供セス臨時ノ使用ニ供フルモ
ノアルヘク又船舶屬具ノ如キハ往往破損シ易キモノナルカ故ニ他船ノ屬具ヲ借用スルコトモ
アルヘシ故ニ從物ト推定スト規定セルナリ然レトモ既ニ屬具目録ニ記載セシモノノ如キハ該
船舶ノ常用ノ爲メニ該船舶所有者カ附屬セシメタリト見ルヘキハ最モ正當ナルコトナルカ故
ニ之ニ對シテ爭ハントスル者ヨリ反對ノ證據ヲ舉クヘキモノトシタルナリ

第二節 船舶ノ種類

船舶ノ種類ハ觀察點ノ異ナルニ依リテ種種ニ之ヲ分ツコトヲ得ヘシト雖モ吾人ノ研究ニ最モ利
益アルモノノミヲ掲クヘシ

一 船舶ヲ其使用ノ目的ニ依リテ區別スレハ之ヲ營利ノ目的ニ供スルモノト然ラサルモノトノ
二種ニ大別スルコトヲ得レ其分類中ノ最モ重要ナルモノナリ營利以外ノ目的ヲ以テ使用ス
ル船舶ノ中ニハ軍艦、軍用運送船、遞信省ニテ海底電線架設其他類似ノ目的ニ使用スル幾多
タルモノハ漁獵船ナリトス

二 海商法ノ適用若クハ準用ヲ受クル船舶ト然ラサルモノトノ區別ハ後節ニ於テ之ヲ詳述スヘ
シト雖モ今茲ニ之ヲ一言スレハ海商法ノ適用ヲ受クル船舶ノ範圍ハ商法第五三八條ニ依リテ
定マレリ即チ商行爲ヲ爲ス目的ヲ以テ航海ノ用ニ供スルモノノ中端舟其他權權ノミヲ以テ運
轉シ又ハ主トシテ權權ヲ以テ運轉スル舟ヲ除外シタルモノ是ナリ又海商法ノ準用ヲ受クル船
船ノ範圍ハ船舶法附則第三五條ニ依リテ定マレリ同條ニ曰ク「商法第五編ノ規定ハ商行爲ヲ
爲ス目的ヲ以テセサルモ航海ノ用ニ供スル船舶ニ之ヲ準用ス但官廳又ハ公署ノ所有ニ屬スル
船舶ニ付テハ此限ニ在ラス」ト故ニ漁船、學術研究、北極探險船、娯遊船等ノ如キハ皆海商
法ノ準用ヲ受クル部類ニ屬スル船舶ナリ

三 船舶ヲ其國籍ニ依リテ分類スレハ日本船舶ト外國船舶トノ二種ト爲スヘシ而シテ如何ナル
資格アルモノヲ以テ日本船舶トスルカハ後ニ之ヲ詳述スヘシト雖モ其日本船舶タルト外國船
船タルトニ因リ權義ノ上ニ非常ナル差異アリ彼ノ船舶法ノ如キハ全ク日本船舶ノ特權並ニ義
務ヲ規定シタル法律ナリ即チ特權ノ主タルモノヲ列舉スレハ日本船舶ニ非ツルハ日本ノ國旗

ヲ掲クルコトヲ得ス又日本船舶ニ非サレハ不開港場ニ寄港シ又ハ日本各港ノ間ニ於テ物品又ハ旅客ノ運送ヲ爲スコトヲ得ス但法律若クハ條約ニ別段ノ定アルトキ、海難若クハ捕獲ヲ避ケントスルトキ又ハ主務大臣ノ特許ヲ得タルトキハ此限ニ在ラス(船舶法二三條)又彼ノ特別輸出港規則ニ於ケル特別輸出港ニハ大藏大臣ノ許可ヲ得テ雇入ヲ爲シタル場合ニ於テノミ始メテ外國船舶ハ入港スルコトヲ得(同規則四條)又航海獎勵法ニ依ル獎勵金ハ日本船舶ノミ授與セラルヘキ所ノモノナリ(同上一條)

四 外國製造ノ船舶ト日本製造ノ船舶トノ區別ハ私法の權義ノ上ニハ大ナル必要ナシト雖モ造船獎勵ノ點ヨリ云ヘハ大ニ其必要アリ即チ造船獎勵法第一條ニ依ルニ該獎勵金ヲ受クルモノハ日本製造船舶ノミニ限ルナリ又航海獎勵法ニ依ル獎勵金ノ授與モ日本製ノ船舶ヲ以テスル航海ト外國製ノ船舶ヲ以テスル航海トニ因リテ其割合ニ非常ナル差異アリ(同法四條同改正法律五條三項)又外國ノ或立法例ニ於テハ船舶製造地ノ外國タルト自國タルトヲ以テ船舶ノ國籍ヲ定ムル標準ノ一ト爲スモノアリ然レトモ我國ノ如キ船舶製造ノ未タ盛ナラサル國ニ在リテハ斯ル立法ハ採用スルコトヲ得ス

五 船舶ヲ其構造ニ依リテ西洋形船舶ト日本形船舶トノ二種ト爲スヘシ二者ノ構造上ニ於ケル重要ナル差異ハ次ノ三點ニ在リ即チ洋船ニハ第一ニ適當ナル距離ニ肋材ヲ供ヘ第二ニ船梁ヲ供ヘ之ニ甲板ヲ張リ第三ニ船尾材ヲ供ヘテ之ニ舵ヲ垂ル然ルニ和船ニ在リテハ總テ此三者ヲ缺ク而シテ洋船ハ其量積ヲ計算スルニ噸數ヲ以テシ和船ハ石數ヲ以テス前者ハ大船製造ヲ獎勵セラレ噸數ヲ増ス毎ニ獎勵金ヲ増加ス(造船獎勵法三條)然ルニ後者ニ在リテハ五百石以上ノ大船ハ明治十八年七月八日第一六號布告ヲ以テ二十年一月一日ヨリ其製造ヲ禁止セラルル所ナリ

六 船舶ヲ其運轉力ニ因リテ汽船、帆船、櫓權船ノ三種ト爲スヘシ或ハ帆力ト櫓トヲ混用スルモノアルヘシト雖モ概言スレハ此三ニ分タル海商法ノ適用ヲ受クルモノハ前二者ノ中ニシテ櫓權船ハ其適用ヲ受ケス(五三八條二項)

七 登記ヲ爲シ且船舶國籍證書ヲ請受クルコトヲ要スル船舶ト然ラサルモノトノ區別ハ商法第五四〇條ニ依リテ定マレリ即チ西洋形船舶ニ在リテハ總噸數二十噸未滿、日本形船舶ニ在リテハ積石數二百石未滿ノモノハ右ノ手續ヲ履ムコトヲ要セサルナリ

第三節 海商法ノ適用ヲ受クル船舶ノ範圍

軍艦其他ノ公法の規定ノ適用ヲ受クヘキ船舶ヲ除キ其以外ノ私法の規定ノ適用ヲ受クヘキ船舶ニ付テ其大小及ヒ使用ノ目的如何ヲ問ハス又其航海區域ノ何レタルヲ問ハス總テ一法一律ノ下ニ之ヲ支配セシムルコトハ立法上多少ノ便宜ナキニ非ス彼ノ英國ノ商船法ノ如キハ稍、此種ノ立法手段ヲ取リ權ヲ以テ運轉スル小舟ヲ除クノ外總テノ船舶ハ皆適用ヲ受クルモノトセリ又我

舊商法モ、商船其他ノ海船ト云ヒ(舊商八二四條)海商法ノ適用ノ下ニ立ツ船舶ハ獨リ商船ノミナラス總テノ海船皆之ニ屬シ其範圍頗ル廣キモノアリ故ニ若シ此ノ如キ立法手段ヲ取ルトキハ我船船法附則三五條ニ於テ海商法ノ準用ヲ受クル船舶ノ範圍ヲ定ムル必要ナキニ至ルノ利益アリ

然リト雖モ英國ノ如ク或ハ慣習法ヲ以テ甘ンシ或ハ各種ノ單行法律ヲ發シ以テ社會ノ急需ヲ充シツツアル時代ハ格別荷モ法典ヲ編纂シテ成文法國ニ進マントスルニ當リテハ一國ノ法律組織ノ全體ノ上ニ於テ各法ノ畛域、地位、本領ヲ明確ナラシムルコトハ最モ須要ノ事ニ屬ス然ラスンハ國法全體ノ上ニ統一ヲ缺キ或ハ重複、脫漏、牴觸等ノ弊ヲ生スルノ虞ナシトセズ現ニ舊民法ト舊商法トノ如キハ即チ此弊弊ニ陥リタルカ故ニ我民法並ニ商法ノ編纂ニ付テハ最モ此點ニ意ヲ留メタルコトハ何人モ認識スル所ナリ即チ商法ノ地位ニ付テハ商行為ニ關スル民法ノ特別法ナリト云フ主義ヲ以テ終結一貫シ一ニハ民法ト其性質ヲ同シウセシムル爲メニ成ルヘク私法的規定ノミヲ收メテ公法的規定ヲ省キ又其原則ノミヲ掲ケテ手續規定ニ及ハス二ニハ民法ニ對スル特別法タルノ地位ヲ保ツ爲メニ民法ノ一般規定ニテ足ルコトハ總テ之ヲ省キ三ニハ其性質トシテ商行為ノミニ關スル規定ヲ設ク是レ實ニ商法立案ノ根本の方針ナリ故ニ海商編ニ至リテモ之ヲ適用ヲ受クル船舶ハ商行為ヲ爲ス目的ヲ以テ航行スルモノナラサルヘカラズ即チ商法第五三八條ノ規定スル所ナリ

民事訴訟法(自第三編至第五編)

法學士 松岡義正 講述

第三編 上訴

緒言

(一) 上訴ノ本質及ヒ意義 裁判ノ正當ナルコトヲ擔保シ兼テ法則ノ解釋ヲ統一スルハ當事者ノ利益ニシテ又國家ノ利益ナリ該目的ヲ達スルカ爲メニハ國家ハ裁判所ニ上級及ヒ下級ノ區別ヲ設ケ上級裁判所ヲシテ當事者ノ申立ニ因リ下級裁判所ノ裁判ヲ調査セシムルコトヲ要シ又唯一ナル中央上級裁判所ヲシテ法則ノ解釋ヲ一定シ之ニ依リテ裁判ヲ爲サシムルコトヲ要ス是レ蓋シ前者ハ善良ナル裁判ヲ爲シ且裁判官ノ專横ヲ防クノ用ヲ爲シ又後者ハ法律生活ノ安全ヲ擔保スルノ用ヲ爲スヲ以テナリ而シテ我民真訴訟法及ヒ文明諸國ノ民事訴訟法ニ於テ上訴ナル制

度ノ存スル理由ハ洵ニ此ニ在ルナリ

上訴ハ當事者カ上級裁判所ニ對シ自己ノ利益ノ爲メニ未タ確定セザル下級裁判所ノ裁判ノ廢棄及ヒ變更ヲ求ムル不服申立ノ方法ナリ

(1) 上訴ハ裁判ノ廢棄及ヒ變更ヲ求ムル不服申立ノ方法ナリ 民事訴訟ノ裁判ニハ之ヲ爲シタル裁判所カ自ら職權ヲ以テ同一ノ手續ニ於テ之カ廢棄若クハ變更ヲ爲スコトヲ得ルモノト判所カ當事者ノ申立ニ因リ開始セララルヘキ新手續ニ基キテ之カ廢棄若クハ變更ヲ爲スコトヲ得ルモノトアリ(例ヘハ判決其他訴訟上ノ請求即チ訴訟上ノ利益ヲ目的トスル請求ニ關スル裁判ノ如キ)(後者ノ申立ヲ不服ヲ申立ト謂フ當事者ハ法律上別段ノ規定ナキ限ハ不利益ヲ受クヘキ裁判ニ對シ不服ヲ申立ゾルコトヲ得上訴ハ斯ル不服申立ノ一種ナリ是レ上訴ハ裁判ノ廢棄若クハ變更ヲ求ムル不服申立ノ方法ナリト謂フ所以ナリ(上訴ニハ不服申立即チ當事者ノ不服及ヒ不服申立ノ手續ノ二義アルコト恰モ訴訟ニ法律保護ヲ求ムル申立ト法律保護ノ手續トノ二義アルカ如シ上訴ハ之ヲ不服ノ申立トシテ研究スルヲ致學上至當ナリトス是レ上訴ヲ不服申立ノ方法ナリト謂フ所以ナリ)

(2) 上訴ハ當事者カ自己ノ利益ノ爲メニ裁判ノ廢棄及ヒ變更ヲ求ムル不服ノ申立ナリ 是レ當事者ノ利益保護ヲ目的トスル上訴ノ本質ノ然ラシムル所ナリ故ニ不服ヲ申立テタル裁判ハ之

ヲ申立テタル當事者ニ不利益ナルコトヲ要ス然レトモ當事者ハ唯正當ナル裁判ヲ求ムルコトヲ得ルノミナルヲ以テ其受クヘキ不利益ハ不法ノ裁判ニ基クコトヲ主張スルコトヲ要ス又不服ヲ申立テタル裁判ハ之ヲ申立テタル當事者ノ不利益ニ變更スルコトヲ得ス(Kaïne reonna Toi in part)其他當事者ハ上訴權ヲ拋棄スルコトヲ得

(3) 上訴ハ當事者カ上級裁判所ニ對シ下級裁判所ノ裁判ノ調査ヲ求ムルカ爲メニ爲ス不服申立ノ方法ナリ 是レ正當ニシテ偏頗ナキ裁判ヲ受タルコトヲ得セシムル上訴ノ本質ノ然ラシムル所ニシテ又上訴カ他ノ不服申立ノ方法殊ニ異議ノ申立(三八八條、七四四條)故障ノ申立(二五五條)又ハ再審ノ訴(四六七條、四七二條)ト異ナル所以ナリ(後者ノ不服申立ハ何レモ其目的タル裁判ヲ爲シタル裁判所ニ之ヲ爲スモノニシテ他ノ裁判所ニ對シテ之ヲ爲スモノニ非ス)又上訴ハ未タ確定セザル下級裁判所ノ裁判ノ調査ヲ求ムル不服申立ノ方法ナリ是レ上訴ハ訴訟ノ進行中ニ於テ之ヲ爲シ且訴訟ヲ續行スル不服申立ノ方法タル所以ニシテ又再審ノ訴カ獨逸ノ普通法ニ於ケルカ如クニ上訴ニ屬セザル所以ナリ(四六七條)(再審ノ訴ハ確定ノ判決ニ對スル不服申立ノ方法ニ非ス)

(二) 上訴ノ種類及ヒ要件 裁判ニハ其形式ニ從ヘハ判決、決定及ヒ命令ノ三種アリ又其之ヲ爲シタル裁判所ノ審級ニ從ヘハ第一審ノ裁判第二審ノ裁判及ヒ第三審ノ裁判ノ三種アリ故ニ未タ確定セザル下級裁判所ノ裁判ニ對スル不服申立ノ方法タル上訴ハ其目的タル裁判ノ種類ニ從

テ異ナラサルヲ得サルコト固ヨリ當然ナリ是ヲ以テ我民事訴訟法ハ獨逸民事訴訟法ト同シク上訴ヲ分チテ控訴、上告及ヒ抗告ノ三種ト爲シタリ而シテ控訴及ヒ上告ハ其ニ下級裁判所ノ爲シタル終局判決又ハ法律上終局判決ト看做スヘキ中間判決(二〇七條、二二八條、四二六條、四九一條、三九六條、四三二條、民訴案二五六條、五二五條、四三三條、四六七條)ニ對スル不服申立ノ方法ニシテ抗告ハ下級裁判所若クハ其裁判所ノ裁判長カ爲シタル決定若クハ命令ニ對スル不服申立ノ方法ナリ(四五五條、民訴案四八七條)又控訴ハ第一審裁判所ノ終局判決又ハ之ト同一ニ看做スヘキ判決ニ對シテ爲ス不服申立ノ方法ニシテ之ニ依リテ控訴裁判所ハ事實ノ認定及ヒ法則ノ適用ニ關シル判決ノ當否ヲ調査シ上告ハ第二審裁判所ノ終局判決又ハ之ト同一ニ看做スヘキ判決ニ對シテ爲ス不服申立ノ方法ニシテ之ニ依リテ上告裁判所ハ單ニ法則ノ適用ニ關シル判決ノ當否ヲ調査シ又抗告ハ下級裁判所又ハ其裁判長ノ爲シタル裁判ニ對スル不服申立ノ方法ニシテ之ニ依リテ抗告裁判所カ事實ノ認定又ハ法則ノ適用ニ關シル裁判ノ當否ヲ調査スルモノナリ故ニ控訴及ヒ上告ノ提起ニ因リテ開始セラレタル手續ハ上訴裁判所ノ判決ニ依リテ當然終結ス隨テ又控訴及ヒ上告ニ在リテハ必要的口頭辯論ノ法則行ハルモノナリ(二〇三條、民訴案一二七條)又抗告ノ提起ニ因リテ開始セラレタル手續ハ抗告裁判所ノ決定ニ依リテ當然終結ス隨テ又抗告ニ在リテハ書面審理ノ法則行ハルモノナリ

事件ニ付キ實體上ノ調査ヲ爲スニ必要ナル前提要件ニシテ其一ヲ缺クトキハ上訴ヲ不合法トシテ棄却スヘキモノナリ(四〇二條、四一九條、四三九條、四六二條、民訴案四五六條、四七六條、四九六條)又有效要件トハ上訴ヲ是認スル裁判ヲ爲スニ必要ナル前提要件換言スレハ上訴裁判所カ裁判ヲ爲ス當時ニ於テ上訴人カ前審ノ裁判ニ因リテ受ケタル不利益ノ仍ホ現存スル旨ノ前提要件ニシテ之ヲ缺クトキハ上訴ヲ理由ナシテ棄却スヘキモノナリ

(二) 上訴ノ提起及ヒ其效力 上訴ノ提起アリタルトキハ之ニ依リテ上訴人ハ不服ヲ申立テタル裁判カ正當ナル法律保護ノ要求ニ適セス隨テ訴訟關係カ消滅セサル旨ヲ陳述シテ以テ同一ナル訴訟關係ノ範圍内ニ於テ前審裁判ノ當否ヲ調査シ且現實ニ法律保護ノ要求ニ適スル裁判ヲ求ムル訴訟ノ請求權ヲ主張シ又下級裁判所ノ權限終了シ之ニ代リテ上級裁判所ノ權限開始スルモノナリ而シテ上級裁判所カ其權限ヲ行フ手續即チ前審裁判ノ廢棄又ハ變更ヲ求ムル當事者ノ申立ノ當否ヲ調査スル手續ハ上訴カ控訴又ハ上告ナルトキハ控訴裁判所又ハ上告裁判所ノ判決ニ因リテ當然終結ス隨テ控訴及ヒ上告ノ手續ニ在リテハ口頭辯論ノ原則(二〇三條)行ハレ上訴カ抗告ナルトキハ抗告裁判所ノ決定ニ因リテ當然終結ス隨テ抗告ノ手續ニ在リテハ書面審理ノ法則行ハルモノナリ(四〇八條、四二八條、四四四條)又上訴ノ提起アリタルトキハ之ニ依リテ第一審ノ裁判ヲ經タル事件カ控訴裁判所ニ繫屬シ當事者ノ不服申立ニ因リテ定まる範圍内ニ於テ之カ辯論ヲ爲スノ效力即チ移審ノ效力ヲ發生シ又上訴ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル裁判

ノ形式の確定ヲ遮斷スルノ效力即チ停止ノ效力ヲ發生ス而シテ控訴及ヒ上告ノ提起ハ總テノ場合ニ於テ斯ル效力ヲ發生シ又抗告ノ提起ハ法律上一定ノ場合ニ限りテ斯ル效力ヲ發生ス(四九八條、四六六條)其他上訴ノ提起アリタルトキハ之ニ依テ不服ヲ申立テタル裁判ノ執行ヲ停止スル效力ヲ發生ス而シテ控訴及ヒ上告ノ提起ハ不服ヲ申立テラレタル判決ニ假執行ノ宣言アル場合ヲ除クノ外ハ總テノ場合ニ於テ斯ル效力ヲ發生シ抗告ノ提起ハ之ニ反シテ法律上一定ノ場合ニ限り例外トシテ斯ル效力ヲ發生ス

第一章 控訴

(一) 控訴ノ性質 控訴ハ第一審裁判所ノ判決ニ對スル上訴ナリ換言スレハ第一審裁判所カ爲シタル未確定ノ終局判決又ハ上訴ニ關シテ終局判決ト看做スヘキ未確定ノ判決ニ對シテ不服アル當事者カ第二審裁判所ニ對シテ斯ル判決ノ當否ヲ調査シ且之ヲ自己ノ利益ニ變更スヘキ旨ノ訴訟的法律保護ヲ求ムル方法ナリ

(I) 控訴ハ第一審裁判所ノ判決ニ對スル不服申立ノ方法ニシテ當事者カ第二審裁判所ニ對シテ之ヲ爲スモノナリ故ニ當事者ト第二審裁判所トノ關係ニ在リテハ控訴ハ當事者カ第二審裁判所ニ對シテ訴訟上ノ保護ヲ求ムル方法ナルコト疑ヲ容レズ而シテ控訴ハ當事者カ第二審裁判所ニ對シテ訴訟上ノ法律保護ヲ求ムル方法ナルヲ以テ斯ル方法ニシテ適法要件ヲ具備スル限りハ

(四〇二條、四一九條) 第二審裁判所ハ不服ヲ申立テラレタル第一審裁判所ノ裁判ノ當否ヲ調査シ該判決ヲ不當ナリト認メタル場合ニ於テ之ヲ不服ヲ申立テタル者ノ利益ニ變更スルノ職權ヲ有シ又其職務ヲ負フモノナリ斯ル職務ヲ負フ第二審裁判所ヲ控訴裁判所ト稱シ(三九七條、四〇一條、四一九條等) 第一審裁判所カ區裁判所ナル場合ニ於テハ地方裁判所、又第一審裁判所カ地方裁判所ナル場合ニ於テハ控訴院カ事物ノ管轄權ヲ有シ(獨逸ニ於テハ「ガウプ」氏ハ裁判所ノ部カ控訴裁判所ナル旨ヲ主張スト雖モ裁判所管轄ノ抗辯ハ事務分配ノ法則ニ反シタルカ爲メニ成立スヘキモノニ非サルヲ以テ該主張ハ之ヲ通説ニ非サルモノト認ム) 又第一審裁判所所在地ヲ管轄スル地方裁判所及ヒ控訴院カ土地ノ管轄權ヲ有ス(裁權二七條、三七條) 控訴裁判所ハ法律上斯ル職務ヲ負フヲ以テ當事者カ控訴裁判所ニ對シテ控訴權ヲ有スルヤ言フ俟タス(三九九條二項) 此控訴權ハ訴權ト同シク形式の意義及ヒ實體的意義ヲ有ス形式の控訴權ハ當事者カ控訴裁判所ニ對シテ其控訴ノ申立ニ關スル調査及ヒ裁判ヲ求ムルコトヲ目的トスル權利ニシテ實體的控訴權ハ自己ノ控訴申立ニ適スルカ如クニ不服ヲ申立テタル第一審ノ判決ヲ變更セシムルコトヲ目的トスル權利ナリ形式の控訴權ニ關スル爭ハ之ヲ控訴ノ形式若クハ其前提要件ニ關スル爭ト謂ヒ實體的控訴權ニ關スル爭ハ之ヲ控訴ノ實體若クハ事件ニ關スル爭ト謂フ此形式的及ヒ實體的控訴權ニ關スル爭ニ對スル裁判ハ控訴裁判所カ當事者ノ口頭辯論ニ基キテ之ヲ爲スコトヲ要スルモノナルヲ以テ訴ノ提

起ニ因リ第一審裁判所ニ於テ成立シタル訴訟事件ニ類似スル訴訟事件カ控訴ノ提起ニ因リ新ニ控訴裁判所ニ於テ成立シ第一審裁判所カ訴權ノ形式及ヒ實體ニ關シ調査ヲ爲スト同シク控訴裁判所カ控訴權ノ形式及ヒ實體ニ關シ調査ヲ爲スモノト謂ハサルヲ得ス控訴權ノ形式ニ關スル調査トシテハ控訴裁判所ハ控訴人カ其申立ニ關シ調査及ヒ裁判ヲ受クルノ權利ヲ有シ隨テ相手方タル被控訴人ニ對シ應訴ヲ強制スルコトヲ得ルヤ否ヤ換言スレハ應訴強制ノ請求權ノ有無ヲ調査シ且其裁判ヲ爲シ又控訴權ノ實體ニ關スル調査トシテハ控訴裁判所ハ控訴人カ其申立ノ如クニ不服ヲ申立テタル第一審裁判所ノ判決ヲ變更セシムルノ權利ヲ有シ隨テ相手方タル控訴人ニ對シ該變更ノ應諾ヲ強制スルコトヲ得ルヤ否ヤ換言スレハ敗訴強制ノ請求權ノ有無ヲ調査シ且其裁判ヲ爲ス此ノ如キ控訴ノ提起ニ因リ控訴裁判所ニ於テ新ニ成立シタル訴訟事件ハ控訴裁判所ノ終局判決ニ因リテ終了スヘキモノニシテ且原告ノ私法的請求權ニ關シ國家ノ機關タル裁判所ニ於テ取扱ハルヘキ訴訟事件全體ノ一部ニシテ訴ノ提起ニ因リ下級裁判所ニ於テ成立シタル訴訟事件ノ一部ニ非ス故ニ我民事訴訟法ニ於テハ下級裁判所ノ手續ハ之ヲ第一審又ハ下級審ト稱シ控訴裁判所ノ手續ハ之ヲ第二審又ハ上級審ト稱シ以テ彼此獨立スルモノナル旨ヲ表彰シタリ(四一四條、四九九條)之ヲ要スルニ當事者ハ控訴裁判所ニ對シ控訴權ヲ有スルモノト謂ハサルヘカラス(當事者ト控訴裁判所トノ關係)

(2) 控訴ハ第二審裁判所ニ對シ第一審裁判所ノ判決ノ當否ヲ調査ヲ求ムル方法ナルヲ以テ第二

審裁判所ハ斯ル方法ニシテ適法ナル要件ヲ具備スル限りハ(四〇二條、四一九條)不服ヲ申立テラレタル第一審裁判所ノ裁判ノ當否ヲ調査スルノ職權ヲ有ス元來第一審裁判所ト第二審裁判所トノ關係ニ於ケル控訴ノ性質ニ付テハ三種ノ觀念アリ其第一ハ控訴ハ單ニ下級裁判所カ其調査シタル材料ニ依レハ言渡シタル判決ヨリ善良ナル判決ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナルヤ否ヤ換言スレハ下級裁判所ハ其提出セラレタル訴訟材料ヲ正當ニ判斷シタルヤ否ヤヲ調査スルモノナリトスル觀念ニシテ專ラ獨逸普通法ノ是認シタル所ナリ(控訴ヲ一ノ攻撃方法ト云フハ斯ル觀念ニ基ケリ)其第二ハ之ニ反シテ控訴ハ下級裁判所カ言渡シタル判決カ訴訟關係ノ眞實ナル内容ニ適合スルヤ下級裁判所カ其判決ヲ爲ス當時ニ於テ該内容ニ適合スル事實ヲ知ラハ恐ラクハ其言渡シタル判決ヨリモ善良ナル判決ヲ爲ササルヲ得サルヤ否ヤ換言スレハ下級裁判所カ控訴ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル判決ヲ爲スニ際シ之ヲ失當ナラシムルニ足ル訴訟材料ヲ知ルヘキ地位ニ在リシヤ否ヤヲ問ハス事件ヲ全然新ナルモノトシテ審理スルモノナリトスル觀念ニシテ專ラ佛國民事訴訟法學者ノ是認セル所ナリ(控訴ヲ覆審ト云フハ斯ル觀念ニ基ケリ)其第三ハ控訴ハ第二審裁判所カ當事者ニ其不服ヲ申立テタル判決ノ基礎及ヒ其判決ヲ調査スルノ基礎タル第一審手續ニ關係スル訴訟材料ノミヲ提出ヲ許シ殊ニ該基礎ト相容ルル新ナル訴訟材料ノ提出ヲ許シ下級裁判所ノ判決ノ當否ヲ調査スルモノノ換言スレハ第一審ニ於ケル訴ノ申立及ヒ第二審ニ於ケル控訴申立ノ範圍内ニ於テ第一審ニ於ケル訴訟材料

ノ補充及ヒ其變更ヲ許容シテ第一審ノ判決ニ接著スル口頭辯論ヲ續行スルモノトスル觀念ニシテ羅馬法ノ控訴ト其性質ヲ同ウシ獨逸民事訴訟法ノ是認シタル所ナリ(控訴ヲ續行ト云フハ斯ル觀念ニ基ケリ)第一ノ觀念ニ基ク控訴ハ當事者ノ利益保護ニ缺カタル所アリ又第二ノ觀念ニ基ク控訴ハ第一審ニ於ケル訴訟材料ヲ利用セサルモノナルヲ以テ經濟上其當ヲ得サルノミナラス又第一審及ヒ第二審ハ同一ノ事件ニ關スル訴訟ニシテ互ニ關聯スルモノナルヲ以テ換言スレハ控訴ハ新ナル訴ニ非サルヲ以テ理論其當ヲ得ス故ニ我民事訴訟法ハ獨逸民事訴訟法ニ依リ第三ノ觀念ニ基ク控訴ヲ是認シタリ是ヲ以テ我民事訴訟法ニ規定セル控訴手續ニ於テハ第一、控訴裁判所ニ於ケル訴訟ハ訴ノ申立及ヒ控訴ノ申立ニ因リテ定マル範圍内ニ於テ新ニ之ヲ辯論ス(四一一條、四一二條、四二〇條)第二當事者ニ新ナル事實及ヒ證據方法ノ提出ヲ許シ(四一五條)又事實及ヒ證書ニ付キ第一審ニ於テ爲サカリシ陳述又ハ拒ミタル陳述ヲ爲スコトヲ許シ第三、控訴裁判所ハ第一審裁判所ニ於テ終結アリタル事件ノ口頭辯論ヲ再開シテ第一審裁判所ノ判決ノ當否ヲ調査ス(四一二條)隨テ第一審ノ訴訟材料ハ第二審ノ訴訟材料ト爲リ第一審ニ於テ爲シタル裁判上ノ明白ハ第二審ニ於テ亦其效力ヲ有シ(四一八條)又事實ノ認定及ヒ法則ノ適用ニ涉リテ第一審裁判所ノ判決ノ當否ヲ調査ス之ヲ要スルニ控訴ハ第一審ノ辯論ノ續行ニシテ上告ニ於ケルカ如ク判決ヲ爲ス時期ノ續行ニ非ス控訴裁判所ハ下級裁判所ノ判決ノ當否ヲ調査スルニ當リ同裁判所ノ訴訟手續及ヒ判決ノ缺點ノ有無ヲ

調査スルニ止マラスシテ訴訟關係カ眞實ナル内容ニ適合スルヤ否ヤモ調査スル職權ヲ有シ隨テ第一審ノ訴訟材料ハ第二審ノ訴訟材料ニシテ又第一審ノ判決ハ第二審ノ調査ノ目的ナリ(第一審裁判所ト第二審裁判所トノ關係)

- (3) 控訴ハ第一審裁判所ノ判決ニ對スル不服申立方法ニシテ其判決ハ原則トシテハ終局判決ニシテ例外トシテハ特種ノ中間判決ナルコト後述ノ如シ(三九六條、二〇七條二項、二二八條二項、四九一條三項)此ノ如ク控訴ハ第一審裁判所ノ判決ニ對シテ爲ス不服申立方法ナルヲ以テ同一ノ訴訟ニ於テ順次又ハ同時ニ數多ノ控訴ヲ爲スコトアルハ當然ナリ此數多ノ控訴ハ互ニ獨立シ控訴裁判所ハ甲控訴ヲ乙控訴ニ關係ナク審判セサルヘカラス數多ノ控訴カ順次ニ提起セラレタル場合例ヘハ提起セラレタル控訴カ其不變期間開始前ノ提起ニ係ルヲ以テ不適法トシテ之ヲ棄却シタル後(四〇〇條、四〇二條、四一九條)ニ於テ控訴ノ不變期間開始後ニ更ニ同一ノ判決ニ對シテ控訴ヲ提起シ又ハ控訴裁判所カ第一審裁判所ノ判決ヲ廢棄シテ事件ヲ原裁判所ニ差戻シタル後更ニ同裁判所ノ爲シタル判決ニ對シ控訴ヲ提起アリタル場合ニ於テハ該控訴ハ法律上新ナル獨立ノ控訴ニシテ以後ノ控訴ハ以前ノ控訴ニ關係ナキ新ナル上訴ナルレハナリ故ニ以前ノ控訴ニ關係スル訴訟代理權ハ消滅シ以後ノ控訴ノ爲メニ新ナル訴訟代理ノ授權ヲ要スルコトト爲ル又數多ノ控訴カ同時ニ提起セラレタル場合例ヘハ前審ノ一分判決若クハ控訴スルコトヲ得ヘキ中間判決ニ對シテ控訴ヲ提起シ其終局以前ニ於テ言渡サレ



タル他ノ一分判決若クハ終局判決ニ對シ控訴ノ提起アリタルトキハ茲ニノ獨立シテ審判スヘキ控訴事件ノ存在スルコトト爲ル故ニ以前ノ控訴ニ關スル訴訟代理ノ授權ハ以後ノ控訴ニ關スル訴訟代理ノ授權ト爲ラス但此場合ニ於テハ控訴裁判所ハ費用、勢力及ヒ時間ヲ節略スルノ目的ヲ以テ數多ノ控訴事件ヲ併合スルコトヲ得ルヤ當然ナリ(一一一條)同一ノ當事者カ同一ノ判決ニ對シ獨立の控訴(附帶控訴ニ非ス)ヲ提起シタル場合ニ於テ亦二ノ獨立シタル控訴事件カ存在シ裁判ヲ爲ス以前ニ於テ其反對タル乙控訴ニ付キ裁判ヲ爲スニ非ス又甲控訴ニ對シタル場合ニ於テハ終局判決ヲ以テ之ヲ裁判シ決シテ中間判決ヲ爲スモノニ非ス又甲控訴ニ對スル答辯ノ訴訟代理權ノ授與ハ理論上其反對タル乙控訴ノ提起ニ關スル訴訟代理權ノ授與ト爲ラス隨テ甲控訴ト其反對タル乙控訴トヲ訴ト反訴トノ關係ト同視シテ反對ニ論結スルハ失當ニ似タリト謂ハサルヘカラス(同一ノ訴訟ニ關スル甲控訴ト乙控訴トノ關係)

(二) 控訴權ノ行使 控訴權ヲ行使スルト否トハ當事者ノ自由ニ決スル所ナリ然レトモ控訴權ヲ行使セント欲スル當事者ハ法律上控訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ許サル第一審ノ判決ニ對シ法定ノ方式ニ從ヒ法定ノ期間内ニ控訴ヲ提起スルニ非サレハ其目的ヲ達スルコトヲ得ス故ニ控訴ニハ其適法要件トシテ控訴ヲ許スヘキコト、控訴カ法定ノ方式ニ從ヒタルコト及ヒ控訴カ法定ノ期間内ニ提起セラレタルコトノ三箇ノ要件アリ而シテ此要件ノ存否ハ何レモ裁判所カ職權ヲ以テ之ヲ調査スヘキモノナリ(四〇二條、四一九條、民訴案四五六條)左ニ控訴ノ適法

要件ヲ略述スヘシ

(1) 控訴ノ許可ニ關スル要件 控訴ハ之ヲ當事者カ(主觀的要件)第一審裁判ニ於テ爲シタル終局判決(客觀的要件)ニ對シテ提起シタル場合ニ於テ許スヘキモノト爲ル(三九六條、三

九八條、二〇七條、二二八條、四二六條、四九一條、民訴案四三三條、四三六條、二五六條、五二五條)

(甲) 主觀的要件 控訴ハ當事者ノ爲メニ及ヒ之ニ對シテ成立シ第三者即チ訴訟外ニ在ル第三者ノ爲メニ及ヒ之ニ對シテ成立スルモノニ非ス何トナレハ第三者ハ控訴ニ關シ何等ノ利益ヲ有セサレハナリ故ニ第一審訴訟ニ於テ當事者ト爲ラザリシ第三者例ヘハ共有者又ハ夫ハ他ノ共有者又ハ妻ノ受ケタル判決ニ對シ控訴ヲ提起スルコトヲ得ス當事者ハ訴訟關係ニ於テ公ノ訴訟主體タル裁判所ノ職員ニ相對スル私ノ訴訟主體ニシテ裁判上ノ行動ヲ求メ又ハ之ヲ受ケル一人人タリ而シテ當事者ハ之ヲ分チテ主タル、當事者及ヒ從タル、當事者ト爲スコトヲ得前者ハ若シ之ヲ缺クトキハ訴訟關係ノ成立セサル當事者ニシテ後者ハ權利拘束ト爲リタル訴訟ニ於ケル主タル當事者ノ一方ノ勝敗ニ關シ間接ニ權利上ノ利害關係ヲ有スルカ爲メニ主タル當事者ノ一方ヲ補助スル目的ヲ以テ之ニ附隨スル當事者ナリ(五三條)故ニ

(a) 第一審ニ於テ訴訟ヲ爲シタル主タル當事者ハ控訴ヲ提起スルノ權利ヲ有ス其法定代理人及ヒ一般承繼人並ニ遺贈ニ基ク特定承繼人モ亦然リ但法定代理人カ訴訟無能力者ト爲リタル

當事者ヲ代表シ相續人及ヒ受遺者カ前主ヲ代表シテ控訴ヲ提起スルニハ民事訴訟法第一七八條以下ノ規定ニ從ヒ訴訟手續ノ受繼ヲ爲スコトヲ要スルヤ言フ俟タス(一七八條「……死亡……承繼人……」)權利拘束ト爲リタル權利ヲ移轉セラレタル特定承繼人カ前主ニ代リテ控訴ヲ提起スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ニ關シテハ我民事訴訟法ニ於テ特ニ規定ヲ爲サスト雖モ近世ノ法理ハ羅馬法ト異ニシテ權利拘束中ノ權利ノ讓渡ヲ是認シ同時ニ之ニ依リテ相手方ニ利益ヲ被ムラシムルコトヲ避クルニ在ルヲ以テ權利拘束中ノ移轉ハ一旦開始セル訴訟ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナク從來ノ當事者間ニ於テ依然訴訟手續ヲ進行スルモノト謂ハサルヲ得ス隨テ特定ノ承繼人ハ相手方ノ承諾ナキ限りハ當然前主ニ代リテ訴訟手續ヲ受繼シ控訴ヲ提起スルコトヲ得スト論結スルヲ正當ナリト信ス(民事案二二三條、獨民訴二六五條、二六六條)通常ノ共同訴訟ニ在リテハ各共同訴訟人ハ各自ノ部分ニ付キ自己ノ爲メニ獨立シテ控訴ヲ爲スコトヲ得其效力ハ他ノ共同訴訟人ニ及ハス(四九條)之ニ反シテ必要的共同訴訟ニ在リテハ其當事者ノ一人カ提起シタル控訴ハ第一審裁判所ノ判決カ總テノ共同訴訟人ニ對シテ效力ヲ有スルトキニ限り他ノ總テノ共同訴訟人ノ爲メニ效力ヲ生ス(第一審裁判所カ共同訴訟人タル各箇人ニ對シ其之ニ關スル判決ヲ爲シタル場合ニ於テハ其判決ニ關係ヲ有セサル他ノ共同訴訟人ハ該判決ニ對シ控訴ヲ提起スルコトヲ得ス又該判決ニ關係ヲ有スル共同訴訟人ノ控訴ノ提起ニ因リ該判決ニ對スル第二審ニ於ケル當事者ト爲ラス)故ニ判決ノ確定

ヲ遮斷シ他ノ總テノ共同訴訟人カ控訴審ノ辯論ニ加ハルコトヲ得出頭シタル共同訴訟人ハ關席シタル共同訴訟人ヲ代理シ控訴審ノ判決ハ前審判決ニ付キ關係ヲ有スル總共同訴訟人ノ爲メニ又ハ之ニ對シテ效力ヲ有ス(五〇條四項、五項)控訴ヲ提起セサリシ當事者モ亦控訴人ト爲ルコトハ期間懈怠者ト爲ラザル法意ニ依リ明白ナリ又控訴審ノ辯論ニ加ハリテ訴訟行為ヲ爲ササリシ當事者ハ控訴棄却ノ場合ニ於テ假令控訴人ナリト雖モ訴訟費用ヲ負擔スルコトハ訴訟費用ハ無益ナル上訴ヲ提出シタル當事者カ負擔スヘキ民事訴訟法第七七條ノ規定ニ依リ明白ナリ

(b) 從タル當事者即チ從參加人ハ已ニ第一審ニ於テ訴訟ニ參加シタルト主タル當事者ノ控訴提起ニ參加シタルト否トヲ問ハス其補助シタル主タル當事者ノ爲メニ其當事者カ控訴ヲ拋棄セス異議ヲ述ヘス且其當事者ノ爲メニ存スル控訴期間ノ經過セザルトキニ限り獨立シテ控訴ヲ提起スルノ權利ヲ有ス(五四條)從參加人ハ自己ノ權利ニ基キ自己ノ名ニ於テ主タル當事者ノ一方ヲ補助スルカ爲メニ行動スルモノナリ故ニ從參加人ハ從參加人トシテ其補助シタル當事者ノ爲メニ控訴ヲ提起スルノ權利ヲ有スルモノニシテ「ゾキフヘルド」氏ノ主張スルカ如ク該當事者ノ代理人トシテ控訴ヲ提起スルノ權利ヲ有スルモノニ非ス又當事者カ控訴ヲ拋棄シ異議ヲ述ヘ又ハ當事者ノ爲メニ存スル控訴期間カ經過シタルトキハ從參加人カ該當事者ノ爲メニ控訴ヲ提起スルコトヲ得サルハ從參加ノ性質ニ徴シ明白ナリ(五四條)故ニ從參加

人カ控訴ヲ提起シタル後主タル當事者カ異議ヲ述ヘタルトキハ裁判所ハ該控訴ヲ不適法トシテ棄却シ且訴訟費用ヲ從參加人ニ負擔セシメサルヘカラス從參加人許ササル裁判カ確定シタルトキモ（五七條）亦其確定以前ニ於テ提起シタル從參加人ノ控訴ヲ不適法ト爲スモノナリ

(c) 控訴ハ相手方トシテ利益ナル第一審判決ヲ受ケタル主タル當事者其法定代理人、一般承繼人及ヒ訴訟物ノ遺贈ニ基ク特定承繼人ニ對シテ提起スルコトヲ得（一七八條）其他ノ特定承繼人ニ對シテハ此承繼人カ前主ニ代リテ主タル當事者トシテ訴訟ヲ受繼クヘキ義務ヲ負フ場合ニ限り控訴ヲ提起スルコトヲ得（獨民訴二二六條、二三八條）通常ノ共同訴訟ニ在リテハ各共同訴訟人ニ對シ各自獨立のニ控訴ヲ提起スルコトヲ得之ニ反シテ必要的共同訴訟ニ在リテハ第一審ノ判決ヲ受ケタル總テノ共同訴訟人ヲ被控訴人ト爲ストキニ限り控訴ヲ提起スルコトヲ得蓋シ反對ノ場合ニ於テハ實體上ノ效力ヲ缺クヲ以テ控訴ヲ許スヘキモノト謂フコト能ハサレハナリ

(d) 控訴ハ從參加人ニ對シテハ主タル當事者ト其ニ之ヲ提起スルコトヲ得然レトモ單ニ從參加人ヲ排斥スヘキ申立ヲ爲スノ目的ヲ以テ控訴ヲ提起スルコトヲ得又從參加人カ其補助シタル主タル當事者ニ對シ控訴ヲ提起スルコトヲ得サルハ從參加ノ性質ニ微シ疑ヲ容レズ

(乙) 客觀的條件 控訴ハ第一審ニ於テ爲シタル終局判決ニ對シテ之ヲ爲ス故ニ

(a) 當事者ハ第二審ニ於テ言渡シタル終局判決ニ對シ控訴ヲ爲スコトヲ得蓋シ該判決ニ對シテハ當事者ハ唯上告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルノミナレハナリ

(b) 當事者ハ未ダ言渡ナキ判決ニ對シテハ假令其遑違アリタルトモ雖モ控訴ヲ爲スコトヲ得蓋シ判決ハ其言渡ニ因リ成立スルモノナルヲ以テ未ダ言渡ナキ判決ハ之ヲ第一審ニ於テ爲シタル判決ト謂フヲ得サレハナリ（二三五條二項）「言渡アリタル判決ニ基キ……」隨テ一分判決ヲ爲シタル第一審裁判所カ未ダ裁判ヲ爲ササル他ノ一部分ニ付キ控訴ヲ爲スコトヲ得又第一審裁判所ニ於テ裁判ヲ爲スニ際シ遺脱シタル部分ニ關シテハ補充判決ヲ申立ツルコトヲ得ルニ止マリ（二四二條）控訴ヲ爲スコトヲ得然レトモ第一審ニ於テ爲シタル判決ニ對スル以上ハ適法ニ控訴ヲ提起スルコトヲ得蓋シ控訴人カ第一審ノ判決ニ因リ利益ヲ受ケタルヤ否ヤハ控訴ノ當否ニ關スル要件ニシテ控訴ノ適否ニ關スル要件ニ非サレハナリ隨テ民事訴訟法第三九六條ニ所謂「對シ」ノ法文ニ拘泥シ反對ニ論結スルコト勿レ（原告ノ請求ヲ是認シタル第一審ノ判決ニ對シ原告カ適法ニ控訴ヲ提起スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ノ説明參照）然レトモ第一審裁判所ニ於テ言渡シタル判決ナル以上ハ其裁判ヲ爲スヘキ事項カ民事訴訟法ノ規定ニ從ヘハ決定ヲ以テ裁判スヘキモノナルトモ雖モ控訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルニ止マリ抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス

(c) 第一審裁判所ニ於テ爲シタル決定及ヒ命令ニ對シテハ控訴ヲ爲スコトヲ得蓋シ該決定

及ヒ命令ニ對シテハ後述ノ如ク唯法律上特定シタル範圍内ニ於テ抗告ヲ爲スコトヲ得ルノミナレハナリ(四五五條)然レトモ「終局判決」前即チ第一審ノ手續進行中ニ爲シタル決定及ヒ命令ハ終局判決ノ前提要件若クハ其理由ヲ爲スモノニ外ナラサルヲ以テ法律ハ當事者ヲシテ該裁判ニ證據決定、民事訴訟法第二二八條第二項ノ裁判其他終局判決ニ影響アル訴訟指揮的命令ニ對シ終局判決ト共ニ不服ヲ申立ツルコトヲ得セシメ以テ當事者ノ利益ヲ保護シタリ而シテ該裁判ニ對スル不服申立ニハ法律上特別ノ形式ヲ要セス終局判決ニ對スル控訴ヲ提起ニ依リ法律上當然間接ニ不服ノ申立アリタルモノナリ換言スレハ該裁判ニ對シ不服ヲ申立ツル旨ヲ特ニ控訴狀ニ於テ掲クルノ必要ナシ又該裁判カ終局判決ノ理由中ニ存シタルト終局判決ト分離シタル裁判トシテ存シタルトノ區別ハ不服ノ申立ニ關シ影響スル所ナシ但法律上不服ノ申立ヲ許ササル決定及ヒ命令即チ獨立的ニ若クハ終局判決ト共ニ上訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得サル裁判(二八條、三八條、一〇二條、一二七條、一七一條、二四一條、二七三條、五〇〇條、五一一條、五四八條、五四九條等)及ヒ抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判(四五五條)ニ對シテハ其裁判カ終局判決ノ理由中ニ存シタルト終局判決ヨリ分離シタル裁判トシテ存シタルトノ區別ヲ問ハス控訴裁判所ノ判斷ヲ受タルコトヲ得ス換言スレハ當事者ハ該裁判ニ對シ終局判決ニ對スル控訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス蓋シ前者ニ對スル攻撃ハ不服申立ヲ認メタル法文ニ反シ又後者ニ對スル攻撃ハ抗告ナル上訴方法ヲ認

メタル法意即チ附帶ノ争點ヲ分離シテ訴訟材料ヲ簡易ニ歸納シ以テ訴訟手續ヲ簡略ナラシムルノ法意ニ反スレハナリ(三九七條、獨民訴五一二條)

(d) 第一審ニ於テ爲シタル中間判決ニ對シテハ控訴ヲ爲スコトヲ得ス蓋シ中間判決ハ終局判決ノ基礎ト爲ルヘキ争點ニ付キ必要の口頭辯論ニ基キ終局判決ニ先テ言渡シタル裁判換言スレハ訴訟上ノ中間ノ争(訴訟ノ進行中ニ於テ必要の口頭辯論ニ基キ裁判スヘキ訴訟上ノ攻撃及ヒ防禦ノ方法ニ關スル争)及ヒ各箇ノ獨立ナル攻撃及ヒ防禦ノ方法(分離シテ裁判スルコトヲ得ヘキ實體上ノ攻撃及ヒ防禦ノ方法)ニ關シ終局判決前ニ爲シタル判決(二七條)ナルヲ以テ獨立シテ之ニ對シ不服ヲ申立ツルコトヲ得セシムルノ實益ナケレハナリ然レトモ中間判決ハ此ノ如ク終局判決ヲ爲スノ準備トシテ判斷スルコトヲ要スル争點ニ關シ終局判決前ニ爲シタル裁判ナルヲ以テ(三九七條)「終局判決前ニ爲シタル裁判」其以後ニ言渡サレタル終局判決ノ成分ヲ爲シ中間判決ヲ言渡シタル裁判所ヲ羈束スルノ效力ヲ有シ且豫示セラレタル終局判決ノ理由ナリト謂ハサルヲ得ス故ニ中間判決ハ之ヲ前述シタル決定及ヒ命令ト同シク終局判決ト共ニ不服ヲ申立ツルコトヲ得セシムルヲ當然ナリトス殊ニ斯ル方法ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得セシムルハ費用、勞力及ヒ時間ヲ簡略スルノ目的ニ適スルモノト謂フヘシ是レ中間判決カ控訴裁判所ノ判斷ヲ受クル所以ナリ(二七九條)但法律上不服ヲ申立ツルコトヲ許ササル中間判決(一九七條)及ヒ上訴ニ關シ終局判決ト看做サル中間

判決(二〇七條、二二八條、四九一條)ニ對シテハ民事訴訟法第三九七條ニ依リ控訴裁判所ノ判斷ヲ受クルコトヲ得ス蓋シ前者ニ對スル不服申立ハ不服ノ申立ヲ認メサル法文ニ反シ又後者ニ對スル不服ノ申立ハ斯ル中間判決ニ對シ獨立シテ控訴ヲ爲スコトヲ得セシメ終局判決ニ對スル控訴ヲ以テ間接ニ不服ヲ申立ツルコトヲ許ササルノ法意ニ反スルニ至ルヲ以テナリ」

(e) 控訴ハ第一審ニ於テ爲シタル終局判決即チ第一審ノ爲メニ訴訟ノ全部又ハ一部ヲ終局シタル判決ニ對シテ之ヲ爲ス故ニ當事者ハ全部判決、一分判決(二二六條、二四二條)實體的終局判決(實體上ノ理由ニ基キテ事件ヲ終局的ニ裁判シタル判決)形式的終局判決(訴訟上ノ理由ニ基キテ請求ヲ終局的ニ裁判シタル判決殊ニ訴訟ノ要件ヲ缺キタル理由トシテ訴ヲ却下シタル判決、民事訴訟法第九條ニ基キタル移送ノ判決、故障ヲ不適法トシテ棄却シタル判決、民事訴訟法第六二條ニ基キ被告ヲ訴訟ヨリ脱退セシメタル判決、中斷シタル訴訟手續受續ニ申立ヲ却下シタル判決、區裁判所カ民事訴訟法第三九四條第二項ニ基キ地方裁判所ノ管轄ニ屬スル請求ニ關スル執行命令ニ對スル故障ヲ適法ナリト認メタル判決、民事訴訟法第七七五條及ヒ第八〇四條ニ規定セル不變期間ヲ懈怠シタルカ爲メニ爲シタル原狀回復ノ申立ヲ却下シタル判決、第一審ノ判決ニ對スル再審又ハ故障ノ不變期間ヲ懈怠シタルカ爲メニ爲シタル原狀回復ノ申立ヲ却下シタル判決、拋棄又ハ認諾ニ基キタル判決(二二九條)強制執行手續ニ於テ又ハ假差押及ヒ假處分手續ニ於テ言渡シタル終局判決(五四五條、五四六條、五

四九條、五一四條、七四二條、七四五條、七四六條、七五六條等)ニ對シ控訴ヲ爲スコトヲ得其他當事者ハ上訴ニ關シ終局判決ト看做サルル中間判決ニ對シテハ獨立シテ控訴ヲ爲スコトヲ得ルハ當然ナリ(二〇七條、二二八條、四九一條)民事訴訟法第四九一條ニ規定セル留保判決ニ對シテハ解除條件附終局判決トシテ控訴ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナリト主張スル學者頗ル多シ「ウキルモースキー」「ガウブ」氏等ノ如キ之ニ屬ス然レトモ「ワッハ」氏ハ留保判決ノ中間判決ナル旨ヲ主張セリ參考ノ爲メニ一言ス)然レトモ

第一 當事者ハ訴訟費用ニ關スル終局判決ニ對シ其ノ判決カ本案ニ關スル判決ト其ニ言渡サレタル場合ナルト本案カ和解、認諾、辨濟等ノ如キ原因ニ基キ判決ヲ受クルコトナク結了シタルカ爲メニ唯訴訟費用ノミニ關スル判決アリタル場合ナルト控訴ヲ爲スコトヲ得ス(八二條)蓋シ本案ノ當否ヲ調査スルコトナクシテ訴訟費用負擔ノ義務ヲ定ムルハ甚タ困難ナレハナリ故ニ法律ハ本案ノ判決ニ對シ上訴ノ提起アリタル場合ニ限り訴訟費用ニ關スル判決ニ對シテ上訴ヲ許シタリ

第二期日ヲ懈怠シタル當事者ハ故障ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル關席判決ニ對シテハ控訴ヲ提起スルコトヲ得ス(三九八條、民事訴訟法三六條)第一審裁判所カ不法ニ懈怠ヲ認定シ又ハ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サレタル事實ニ依リ不當ナル結果ヲ被ムラシメタルコトヲ理由トスルトキト雖モ亦然リ是レ蓋シ懈怠シタル當事



者ハ闕席判決ニ對シ故障ヲ申立ツルコトヲ得ルヲ以テ更ニ控訴ヲ爲スコトヲ得セシムルノ必要ナキカ故ナラン換言スレハ法律カ控訴ヲ拒絕シ當事者ヲシテ簡單ニシテ且十分ニ目的ヲ達スルコトヲ得ヘキ訴訟上ノ保證方法タル故障ニ依ラシムルニ外ナラサルヘシ隨テ當事者ハ其懈怠ノ制裁トシテ控訴ヲ爲スコトヲ得サルモノト論結スヘカラス何トナレハ當事者ハ期日ニ出頭スヘキ義務ヲ負フモノニ非サレハナリ當事者ノ一方カ期日ニ出頭セサル場合ニ於テ出頭シタル當事者ノ不利益ニ歸シタル判決(二四八條ニ依レル訴訟却下ノ判決、二五九條ニ依レル故障棄却ノ判決)ハ懈怠ノ結果ニ基キテ言渡サレタル判決ニ非サルヲ以テ所謂對席判決ニシテ闕席判決ニ非ス故ニ該判決ニ對シテハ敗訴ノ當事者カ控訴ヲ提起スルコトヲ得ルニ止マリ懈怠シタル當事者カ故障ヲ申立ツルコトヲ得ス却テ單ニ相手方ノ提起シタル控訴ニ於テ事實上ノ主張ヲ争ヒ且各防禦方法ヲ提出スルコトヲ得ルノミ又原告ノ請求一部ニ關シテハ判決ヲ以テ原告ノ敗訴ヲ言渡シ其他ノ部分ニ關シテハ闕席判決ヲ以テ被告ノ敗訴ヲ言渡シタル場合ニ於テハ原告ハ其敗訴ノ部分ニ對シ控訴ヲ爲シ被告ハ其敗訴ノ部分ニ對シ故障ヲ申立ツルコトヲ得(四一〇條)而シテ原告カ控訴ヲ爲シタル場合ニ於テハ被告ハ唯原告ノ請求中第一審ニ於テ棄却セラレタル部分ニ對シ争フ旨ヲ主張シ又防禦方法ヲ提出スルノ權利ヲ有スルノミ何トナレハ被告敗訴ノ部分ニ關シテハ第一審ニ於テ辯論スルコト能ハサレハナリ又被告カ故障ヲ申立ツル場合ニ於テハ故障ニ關スル口頭辯論ハ被告敗訴ノ部分ニ限定セララル何トナレハ原告ノ請求ノ一部ヲ棄却シタル第一審裁判所ノ判決ハ上訴ニ依リ廢棄セラレサル間ハ同裁判所ヲ羈束スルモノナレハナリ(二四〇條)然レトモ例外トシテ期日ヲ懈怠シタル者ハ故障ヲ許ササル闕席判決ニ對シ(第一要件)懈怠ナカリシコトヲ理由トシテ(第二要件)控訴ヲ爲スコトヲ得(三九八條但書、民訴案四三六條但書)故障ヲ許ササル闕席判決ハ法律上故障ヲ以テ攻撃スルコトヲ得タル闕席判決ニシテ新闕席判決(二六二條)及ヒ原狀回復ノ申立ヲ却下シタル闕席判決(一七七條二項)ヲ指示スルニ過キス故障期間ノ經過、故障ノ拋棄及ヒ其取下等ニ因リテ事實上故障ヲ以テ攻撃スルコト能ハサルニ至リタル闕席判決ハ其確定ノ效力トシテ之ヲ上訴ヲ以テ攻撃スルコト能ハサルモノナリ隨テ控訴ニ依リ不服ヲ申立ツルコトヲ得ヘキ故障ヲ許ササル闕席判決ニ非サルヤ當然ナリ懈怠ナカリシコトハ第一審裁判所カ事實上若クハ法律上不當ニ懈怠アリト認定シタルコトニシテ期日ニ出頭セザリシ當事者カ全然呼出ヲ受ケザリシコト若クハ合式ニ呼出ヲ受ケザリシコト(二五四條一項)期日カ適法ノ場所及ヒ適法ノ時期ニ於テ開始セラレザリシコト(一六二條)殊ニ事件ノ呼上ナカリシコト、事件ノ呼上カ裁判長ノ指定シタル時期前ニ在リタルコト(一五九條、一六三條)判決カ其辯論期日以外ノ期日ニ於テ言渡サレタルコト、判決カ訴訟手續ノ中斷、中止及ヒ休止アリタルニ拘ハラズ言渡サレタルコト(一八六條、一八八條)懈怠シタリト認メラレタル當事者カ辯論期日ニ於テ有

效ニ辯論ヲ爲シタルコト若クハ辯論ヲ不法ニ禁止セラレタルコト(二二八條、二五〇條)及ヒ闕席判決ノ申立ナカリシコト(二四六條)等ハ之ニ屬スト雖モ單ニ延期ノ申立アリテ未タ相手方ノ同意ナキコト第一審裁判所民事訴訟法第二二條第二號ニ從ヒ闕席判決ノ申立ヲ却下セザリシコト、當事者ノ一方カ天災其他避クヘカラサル事變ノ爲メニ出頭スルコト能ハス隨テ第一審裁判所カ職權ヲ以テ辯論ヲ延期スヘキモノタリシコト等ハ之ニ反ス何トナレハ延期ノ申立ハ未タ延期ノ效力ナキヲ以テ故障ヲ申立テ若クハ原狀回復ヲ申立テタル當事者ノ相手方ハ故障ノ棄却若クハ原狀回復ノ申立却下ノ判決ヲ求ムル申立ヲ爲スコトヲ得ルカ爲メニ該當事者ニ何等ノ通知ヲ爲スノ義務ヲ負ハサルヲ以テ又適法ニ呼出サレタル當事者カ辯論期日ニ出頭セザリシトキハ期日ノ懈怠アルモノニシテ且當事者ノ一方カ天災其他避クヘカラサル事變ノ爲メニ出頭スルコト能ハサル事情ノ存スル場合ニ於テハ裁判所ハ闕席判決ノ申立ニ付テノ辯論ヲ延期スルノ職權ヲ有シ其職務ヲ負フモノニ非サルヲ以テナリ「ゾキフヘルド」氏ハ當事者カ天災其他避クヘカラサル事變ノ爲メニ出頭スルコト能ハサル事情ハ懈怠ナカリシコトニシテ其理由トシテ裁判所ハ該事情ノ存スル場合ニハ當然闕席判決ノ申立ニ付テノ辯論ヲ延期スルノ職務ヲ負フモノナルヲ以テ事茲ニ出テサルトキハ假令該事情ノ存スルコトヲ知ラザリシ場合ト雖モ不當ニ懈怠ノ場合ヲ認定シタルニ外ナラス隨テ其言渡シタル判決ニシテ故障ヲ許ササル闕席判決ヲ以上ハ控訴ヲ以テ攻撃

スルコトヲ得サルヘカラスト主張セリ然レトモ道ハ「ガウプ」氏其他多數ノ學者ノ採ラサル所ニシテ又予輩ノ養成セサル所ナリ而シテ控訴裁判所ニ於テ前示ノ要件ヲ具備シタルモノト認メタルトキハ第一審ノ闕席判決ヲ廢棄シ事件ヲ差戻スヘキ旨ノ判決ヲ爲シ(四二二條一號)法律上具備セサルモノト認メタルトキ即チ控訴ヲ以テ不服ヲ申立テタル判決カ性質上故障ヲ許ササル闕席判決ニ非サルトキ若クハ當事者カ其提起シタル控訴ヲ懈怠ナカリシ旨ノ主張ヲ以テ維持セザルトキ即チ控訴人ノ主張自體カ懈怠ナカリシ旨ノ主張ト爲ラサルトキハ不適法トシテ控訴ヲ棄却シ(四一九條)事實上具備セザルモノト認メタルトキ即チ控訴人ハ懈怠ナカリシ旨ヲ主張スト雖モ事實上懈怠アルモノト認メタルトキハ理由ナシトテ控訴ヲ棄却セザルヘカラスト(四二四條)

以上略述シタル闕席判決ニ關スル法則(三九八條)ハ、**闕席中間判決**(二六五條)ニ對シテ適用アルヤ否ヤ換言スレハ闕席中間判決ハ民事訴訟法第三九八條第一項ニ從ヒテ控訴裁判所ノ判斷ヲ受クルコトナシト雖モ民事訴訟法第三九八條第二項ニ從ヒテ制限ノ控訴裁判所ノ判斷ヲ受クルヤ否ヤ(三九七條)ニ關シテ學者間ニ爭アリ「ウキルモースキー」(ヘルマン)氏等ハ消極的ニ論結シ其理由ハ民事訴訟法第三九八條(獨民訴五一四條)ハ民事訴訟法第三九六條(獨民訴五一一條)ノ例外ヲ爲セルモノナルヲ以テ唯闕席終局判決ニ對シテ適用アルノミ闕席中間判決ハ民事訴訟法第三九七條ニ所謂終局判決前ニ爲シタル裁判ニ

屬スルモノニシテ民事訴訟法第三九六條ニ從ヒ控訴ヲ爲スコトヲ得ヘキ終局判決ニ非ス故ニ關席終局判決ニ關スル民事訴訟法第三九八條ニ從ヒ控訴ヲ爲スコトヲ得ヘキ終局判決ニ非サルヲ以テ關席判決ニ關スル同第三九八條ヲ擴張シテ積極的ニ論結スルハ不當ナリト云フニ在リ「ブランク」ガウプ「ゾキフヘルド」フツチング」氏ハ積極的ニ論結シ其理由ハ民事訴訟法第三九八條ハ其占ムル地位ヨリ推究シ民事訴訟法第三七六條及ヒ民事訴訟法第三七七條ノ制限ヲ規定シタルモノタルコトヲ知ルニ足ル故ニ故障ヲ許ス關席判決ニ對シテハ終局判決タルト中間判決タルトノ區別ヲ問ハス絶對的ニ控訴ヲ許スヘキモノニ非スト雖モ關席中間判決カ之ニ對スル故障ヲ許ササルモノニシテ（二六二條、一七七條二項）且終局判決ニ對スル控訴ト共ニ爲シタル不服申立ノ理由カ懈怠ナカリシコトニ存スルトキハ終局判決ニ對スル控訴ト共ニ控訴裁判所ノ判斷ヲ受タルモノナリ（三九七條）換言スレハ民事訴訟法第三九八條ニ所謂關席判決ニハ關席中間判決ヲモ包含スト謂フニ似タリ予輩モ亦後説ヲ主張セントス

第三 公示催告手續ニ於テ言渡サレタル除權判決ニ對シテハ控訴ヲ爲スコトヲ得ス（七七四條一項）何トナレハ公示催告申立人ハ除權判決ニ對スル不服ヲ申立ツヘキ理由ナク又失權ノ效果ヲ受クヘキ届出懈怠者ハ當事者ニ非サルヲ以テナリ
控訴ノ許可ニ關スル要件ヲ講了スルニ臨ミ特ニ注意スヘキモノハ原告若クハ反訴ノ原告カ其請

求ヲ全然是認シタル第一審ノ判決ニ對シ適法ニ控訴ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤノ問題はナリ獨逸ニ於テハ「ゾキフヘルド」ストロクマン」フツチング」氏等ハ原告ハ控訴審ニ於テ訴ノ申立ヲ擴張スルコトヲ得ルヲ以テ（四一六條、一九六條二號及ヒ三號）原告ハ其請求ヲ全然是認シタル第一審ノ判決ニ對シ控訴ヲ提起スルノ利益ヲ有セサルモノト謂フコトヲ得スト主張シ積極的ニ之ヲ論結シ「ガウプ」ウキルモースキー」「ゾフハ」氏等ハ控訴カ適法ナルニハ第一審判決カ其之ニ對シテ控訴ヲ提起シタル者ニ利益ナルコトヲ要ス（三九六條）……對シ……」獨民訴五一一條）原告ノ請求ヲ全然是認シタル第一審ノ判決ハ原告ニ對シテ利益ナリ換言スレハ斯ル判決ニハ原告ニ對シ不服申立ノ原因アリト謂フコトヲ得ス訴ノ申立ノ擴張ハ控訴提起ノ唯一ノ目的ト爲ルモノニ非スシテ却テ適法ナル控訴ノ提起ヲ前提ト爲スモノナリト主張シ消極的ニ論結シタリ我民事訴訟法ノ解釋トシテハ予輩ハ「ブランク」氏ト同シク積極的ニ論結スルヲ正當ナリト思フ我民事訴訟法第三九七條及ヒ第四〇一條第一號及ヒ第二號ヲ對照審究セハ我民事訴訟法ハ控訴ノ適法ナルニハ當事者カ控訴狀ニ於テ表示セル第一審ノ判決ニ對シ控訴ヲ爲ス旨ノ意思ヲ表示シ以テ第一審ノ判決ニ依リ自己ノ利益ヲ侵害セラレタリト信スル旨ヲ認識セシムルヲ以テ足レリトシ此侵害セラレタリト信スル利益ノ說明ヲ要セサルコト明白ナルヲ以テ控訴ハ第一審ノ判決ニ依リ不利益ヲ受ケタル當事者ニ非スンハ之ヲ提起スルコトヲ得サル旨ノ要件ハ控訴ノ實體的要件ニシテ形式的要件ニ非スト謂ハサルヲ得ス故ニ控訴裁判所ハ當事者カ

第一審ノ判決ニ依リ不利益ヲ受ケタルコトヲ主張セス又ハ之ヲ主張シタルモ之ヲ證明スルコト能ハサル事項ニ基キ控訴ヲ不適法トシテ棄却スルコト能ハサルハ勿論控訴裁判所カ第一審ノ判決ハ控訴人ノ申立ヲ全然是認シタルヲ以テ控訴人ハ該判決ニ依リ不利益ヲ受ケタリト主張スルコトヲ得サルモノナリトノ意見ヲ有シタルトキニ於テモ控訴ヲ不適法トシテ棄却スルコトヲ得ス要スルニ控訴人カ第一審ノ判決ニ因リ不利益ヲ受ケタルヤ否ヤハ控訴ノ適否(適法ナルヤ否ヤ)ニ關スル問題ニ非スシテ其當否(理由アリヤ否ヤ)ニ關スル問題ナリト謂フヘシ是ヲ以テ婚姻事件ニ於テ勝訴ノ原告カ離婚ヲ言渡シタル第一審ノ判決ニ對シ該判決ノ結果ニ關シ拋棄ヲ爲スカ爲メ適法ニ控訴ヲ爲スコトヲ得ルハ原則ノ適用ニシテ「ガウプ」氏ノ主張スルカ如ク例外ニ非スト謂フ可シ

被告若クハ反訴被告カ其申立ヲ是認シタル判決ナルト否トニ拘ハラズ原告若クハ反訴原告ノ請求ノ全部又ハ一部ニ應スヘキ旨ヲ言渡シタル第一審ノ判決殊ニ認諾判決ニ對シ控訴ヲ適法ニ提起スルヲ得ルコト及ヒ被告カ原告ノ訴却下ノ判決ニ對シ其確定力ノ範圍ニ關シ不服アルトキ殊ニ實體的確定力ヲ發生スルニ適當ナル請求棄却ノ裁判ヲ爲サシテ單ニ形式的理由ニ基キ不適法トシテ訴ヲ却下シタル判決ニ對シ適法ニ控訴ヲ提起スルヲ得ルコトハ學者ノ間ニ争ナキ所ナリ何トナレハ被告ハ此等ノ判決ニ因リ不利益ヲ受ケタルコト明白ナレハナリ

(2) 法定ノ方式ニ關スル要件 控訴ノ提起ト同シク控訴狀ヲ控訴裁判所ニ差出シテ

之ヲ爲ス(四〇一條一項、一九〇一條一項、民事訴訟法四四二條、二二〇條)控訴ノ提起ハ控訴狀即チ控訴人カ口頭辯論ニ於テ終局スヘキ請求ノ全部又ハ一部ニ付キ控訴手續ヲ開始スル旨ヲ表示シタル書面ヲ要スル理由ハ訴ノ提起ニ訴狀ヲ要スルト同シク控訴手續ノ基礎ヲ確實ニ爲スニ在リ又控訴ノ提起ニ控訴裁判所ヲシテ控訴狀ヲ受取ラシムルノ行爲ヲ爲スコトヲ要スル理由ハ民事ニ關スル裁判所ノ干渉ニ關シテハ其之ヲ要求スル當事者ノ意思表示アルコトヲ必要トスルニ在リ控訴狀ハ此ノ如ク控訴人カ口頭辯論ニ於テ終局スヘキ請求ノ全部又ハ一部ニ付キ控訴手續ヲ開始スル旨ノ意思ヲ表示シタル書面ナルヲ以テ訴狀ト同シク其記載事項ニ必要の成分ト準備的の成分トノ二者アリ(四〇一條二項、三項)

(甲) 必要の記載事項 必要の成分タル記載事項トハ若シ控訴狀ニ於テ之カ記載ヲ缺クトキハ控訴狀タルノ效力ナク隨テ又控訴提起ノ效力ヲ發生セシムルニ足ラサルモノナリ故ニ控訴裁判所カ職權ヲ以テ唯外形の存在ノミヲ有スル控訴ヲ不適法トシテ棄却スルニ至ルヘキ事項ヲ指示ス左ニ之ヲ分説スヘシ

第一 控訴ヲ以テ攻撃セント欲スル第一審ノ終局判決ヲ表示スルコト(四〇一條二項一號、三九六條) 斯ル事項ヲ要スルハ蓋シ該判決ハ控訴審ニ於ケル調査ノ目的物ナレハナリ然レトモ終局判決前ニ爲シタル裁判ニシテ其終局判決ニ對スル控訴ニ依リ法律上當然控訴裁判所ノ判斷ヲ受クヘキモノハ之ヲ表示スルコトヲ要セス(三九七條) 何トナレハ斯ル裁判ハ

前述ノ如ク終局判決ニ對スル控訴ノ提起ニ依リ間接ニ攻撃セラルルモノナレハナリ判決ノ表示ハ如何ナル判決ニ對シ控訴ノ提起アリタルヤノ點ニ關シ疑ナキヲ期スルニ在リ故ニ控訴人ハ如何ナル判決ニ對シ控訴ノ提起アリタルカヲ正確ニ認識セシムルニ足ルノ表示ヲ爲ササルヘカラス而シテ判決ノ表示ノ有無ハ事實問題トシテ裁判所ノ自由ニ判斷スル所ナリト雖モ判決ヲ受ケタル當事者、之ヲ爲シタル裁判所、判決言渡ノ年月日及ヒ訴訟ノ目的ヲ表示シタルトキハ最モ完全ナル判決ノ表示ナリト謂フコトヲ得ヘシ但此等ノ事項ノ記載ハ判決ノ表示ニ關スル要件ニ非サルヲ以テ該記載ニ誤謬アルモ亦不正確ナル所アルモ之ニ依リ如何ナル判決カ控訴ヲ以テ攻撃セラレタルカヲ認識セシムルニ足ル以上ハ法律上當然判決表示ノ欠缺ナリト謂フコトヲ得ス

第二 控訴ノ目的物タル第一審ノ判決ニ對シ如何ナル當事者カ如何ナル當事者ヲ被控訴人トシテ控訴ヲ爲スカヲ認識セシムルカ爲メニ爲ス意思ノ表示(四〇一條二項二號)是レ當事者訴訟專行主義ニ基ク法則ノ適用ナリ而シテ「控訴ヲ爲ス旨」ノ法語ハ之ヲ控訴狀ニ記載スルコトヲ必要トセス「控訴ヲ爲ス旨」ノ意思カ他ノ適當ナル語辭例ヘハ「第一審ノ裁判ニ對シ控訴裁判所ノ調査ヲ乞フ」ト謂フカ如キ文面ニ依リ表示セラレタルトキハ仍ホ第二ノ記載事項ノ存スルモノト認ムルニ足ル然レトモ條件附ノ控訴ノ提起殊ニ相手方ノ控訴提起ヲ條件ト爲シタル控訴ノ提起ハ條件附訴ノ提起ト同シク不合法ナリ何トナレハ控訴ヲ提起

スル旨ノ意思ハ其控訴提起ノ當時ニ於テ現存シ且該意思ヲ控訴狀ニ表示スルコトヲ要スルハ民事訴訟法第四〇一條第二項第二號ノ法文ニ依リ明白ナレハナリ同一ノ當事者間ニ於ケル數箇ノ訴訟ニ關シ言渡アリタル第一審ノ數箇ノ判決ニ對シ一通ノ控訴狀ヲ以テ數箇ノ控訴ヲ爲スヲ得ルコトハ一九一條(四〇八條、民訴案四三八條)ノ準用ニ依リ適法ナルヘシ

(乙) 準備的記載事項 準備的成分タル記載事項トハ控訴狀ニ於テ之カ記載ヲ缺クモ控訴狀タルノ效力ヲ害スルコトナク隨テ又控訴提起ノ效力ヲ發生セシムルノ妨ヲ爲ササルモノニシテ唯單ニ訴訟費用ヲ負擔シ又ハ期日ニ出頭セサリシ控訴人ニ對スル關席判決ヲ求ムル申立ヲ却下セラルルニ至ルコトアルヘキ危險ヲ負擔スルノ原因ト爲ル事項ヲ指示ス(七五條、四二八條、四〇八條、二五二條二號)而シテ訴狀カ他ノ一面ニ於テ準備書面タルト同シク控訴狀ハ他ノ一面ニ於テ準備書面タルノ性質ヲ有ス故ニ控訴狀ニハ準備書面ニ關スル一般ノ規定ニ從ヒテ準備的成分ヲ記載ス(四〇一條三項、一〇五條乃至一〇八條)殊ニ

第一 判決ニ對スル不服ノ程度即チ判決ノ全部若クハ或部分ニ付キ不服アル旨ヲ表示ス、故ニ訴訟ノ客觀的併合ニ依リ第一審ノ判決カ數箇ノ請求ヲ包含シタル場合ニ於テハ如何ナル請求ニ關スル部分ニ對シ控訴ヲ爲スヤノ旨ヲ表示スルモノナリ

第二 控訴ニ關スル一定ノ申立即チ判決ニ付キ全部若クハ或部分ノ變更ヲ爲スコトヲ求ムル

旨ノ申立ヲ表示ス、該申立ハ控訴審ニ於ケル訴訟事件ニ關スル辯論ノ限界ヲ定ムルモノナリ然レトモ訴ニ關スル一定ノ申立ト異ニシテ準備の成分ニ外ナラサルヲ以テ（一九〇條三號）控訴人ハ一旦控訴狀ニ表示シタル一定ノ申立ヲ爾後口頭辯論ニ於テ訴ノ變更ト爲ラサル制限内ニ於テ（四一三條）自由ニ變更シ擴張シ又ハ減縮スルコトヲ得又控訴人カ口頭辯論ニ於テ爲シタル申立ノミカ控訴審ノ調査及ヒ裁判ノ限界ニ關スル標準ト爲ル（四一一條）

第三 新ニ主張セントスル事實及ヒ證據方法ヲ表示ス

以上略述シタル記載事項中必要の成分ニ關スルモノハ其欠缺ヲ爾後口頭辯論ニ於テ補充スルコトヲ得ス準備の成分ニ關スルモノハ其欠缺ヲ爾後口頭辯論ニ於テ有效ニ補充シ又ハ控訴提後起該成分ニ關スルモノヲ記載シタル書面ヲ送達シテ有效ニ補充スルコトヲ得

(3) 控訴期間ニ關スル要件 控訴ハ第一審ノ判決ノ送達ヲ以テ始マル一箇月ノ不變期間内ニ提起シタルトキニ限り適法ナリ（四〇〇條一項二項、民訴案四四〇條一項三項）是レ勝訴者ノ利益ニ反シテ長時間第一審判決ノ確定ヲ妨ケサル程度ニ於テ敗訴者ニ其不服申立權ノ行使ニ必要ナル準備及ヒ熟慮ノ時間ヲ與フルノ法意ニ外ナラサルナリ

(甲) 控訴期間ノ性質 控訴期間ハ不變期間ナルヲ以テ之ヲ短縮シ又ハ之ヲ伸長スルコトヲ得ス又其進行ハ裁判所ノ休暇及ヒ訴訟手續ノ休止ニ因リテ停止セラルルコトナシ（一六八條、

一七〇條、一七八條）

(乙) 控訴期間進行ノ開始 控訴期間ハ第一審判決ノ送達ヲ以テ始マルモノニ非ス（四〇〇條一項、民訴案四〇〇條二項）是レ控訴ヲ提起セント欲スル當事者ヲシテ送達セラレタル判決ノ正本ニ就キ十分ニ熟慮シ且準備セシメンカ爲メナリ判決ノ送達ハ當事者ノ申立ニ因リテ之ヲ爲スヲ原則トシ（二三八條）裁判所カ職權ヲ以テ之ヲ爲スヲ例外トス（八訴一五條、二六條、三八條等）而シテ當事者ノ申立ニ因リ判決ノ送達ヲ爲スヘキ場合ニ於テ裁判所カ職權ヲ以テ判決ノ送達ヲ爲シタルトキハ其送達ハ法律上其效ナシ何トナレハ斯ル場合ニ於テハ判決ヲ確定セシムルコトヲ當事者ノ意思ニ放任シタルノ法意ニ反スルヲ以テナリ隨テ控訴期間ヲ進行セシムルニ足ラサルモノナリ之ニ反シテ裁判所カ職權ヲ以テ判決ノ送達ヲ爲スヘキ場合ニ於テ當事者ノ申立ニ因リ判決ノ送達ヲ爲スノ法意ハ判決ノ確定カ當事者ノ行為ニ因リ遲延スルコトヲ避クルノ目的ニ出テ判決ノ送達ニ關スル當事者ノ申立ヲ禁止スルノ目的ニ出テタルモノニ非サレハナリ隨テ控訴期間ノ進行ヲ妨ケス獨逸ニ於テハ多數ノ學者ハ裁判所カ職權ヲ以テ送達スヘキ判決カ當事者ノ行為ニ基キテ送達セラレタル場合ニ於テハ該送達ハ法律上其效ナク隨テ控訴期間ノ進行アルコトナシ故ニ裁判所ハ更ニ職權ヲ以テ判決ノ送達ヲ爲スコトヲ要スル旨ヲ主張シテリ斯ル論結ハ送達ノ手續ヲ異ニスル我民事訴訟法ノ解釋

トシテハ其當ヲ得タルモノニ非ス又控訴期間ハ判決ノ送達ニ因リテ各當事者ノ爲メ各別
 ニ進行ヲ始ムルモノナリ故ニ各當事者ノ申立ニ因リ爲ス重複ノ送達ハ控訴期間ノ進行ニ關シ
 テ其必要ヲ見ス唯控訴ヲ爲サント欲スル當事者カ相手方ノ申立ニ因リ爲サレタル送達カ法律
 上無効ナルヤヲ疑フ場合ニ於テ確實ヲ期スルカ爲メニ相手方ノ申立ニ因リ送達アリタルニ拘
 ハラス自己ノ申立ニ因リ送達ヲ爲サシムルヲ適當ト爲スノミ蓋シ當事者雙方ノ申立ニ因リ重
 複ノ送達アリタル場合ニ於テハ最初ニ爲サレタル送達カ法律上有效ナルトキハ該送達ヨリ控
 訴期間ノ進行ヲ始メ又法律上有效ナルトキハ爾後ニ爲サレタル送達ヨリ控訴期間ノ進行ヲ始
 ムルモノナレハナリ是ヲ以テ

第一 共同訴訟人ニ關シテハ其共同訴訟カ通常ノ訴訟ナルト(四九條)合一的確定ヲ要スル
 モノ(五〇條)ナルトニ拘ハラズ控訴期間ハ各共同訴訟人ノ爲メニ又ハ之ニ對シテ爲シタ
 ル判決ノ送達ニ因リテ各別ニ進行ヲ始ム蓋シ單純ナル共同訴訟ニ於テ共同訴訟人ノ或者カ
 送達ニ關シ他ノ或者ヲ法律上代理スルノ權限ナク(四九條)又合一的確定ヲ要スル共同訴
 訟人ニ或者カ控訴ヲ提起シタルトキハ他ノ或者ノ爲メニ效力ヲ生スルコトハ民事訴訟法第
 五〇條第二項ニ依リ明白ナリ(送達ニ關スル訴訟行爲ト控訴提起ニ關スル訴訟行爲トヲ同
 視スヘカラス)故ニ必要の共同訴訟ニ在リテハ其訴訟人ノ甲カ相手方ニ對シテ爲サシメタ
 ル判決ノ送達ハ共同訴訟人タル乙ノ爲メニモ亦控訴期間ヲ進行セシムルニ足ル隨テ相手方

ハ乙ニ對シテモ有效ニ控訴ヲ提起スルコトヲ得然ラズンハ各共同訴訟人ニ對シ判決ノ合一
 的確定ヲ來スコトナシト論結スヘカラス何トナレハ必要の共同訴訟人ノ相手方カ共同訴訟
 人ノ全員ニ對シ適法ナル控訴ヲ提起セスシテ或者ニ對スル控訴期間ヲ經過シタルトキハ之
 ニ依リテ當然判決ノ形式的確定ヲ來スコトナレテナリ

第二 從參加人ニ對シテハ控訴期間ノ進行ノ爲メニ判決ノ送達ヲ爲スノ必要ナシ何トナレハ
 從參加人其補助セラレタル當事者ノ爲メニ存スル控訴期間内ニ適法ナル控訴ヲ提起スルコ
 トヲ得ヘキヲ以テナリ(五四條)但參加人ハ補助セル主タル當事者及ヒ其相手方ノ爲メニ
 控訴期間ヲ進行セシムルノ目的ヲ以テ判決ノ送達ヲ申請スルコトヲ得ヘシ(五四條)

(丙) 控訴期間進行ノ中止 控訴期間ハ訴訟手續ノ中斷及ヒ中止(一八六條)竝ニ其期間經過
 前ニ於ケル追加ノ裁判ノ言渡ニ依リテ(四〇〇條三項、民訴案四四一條)其進行ヲ止ム然レ
 トモ訴訟手續ノ休止(一八八條一項)及ヒ一分判決ハ控訴期間ノ進行ニ妨ナシ(一分判決ニ
 對スル控訴期間ハ其一分判決ノ送達ヨリ各別ニ其進行ヲ始ムルモノナリ)而シテ控訴期間カ
 訴訟手續ノ中斷及ヒ中止ニ因リテ其進行ヲ止メタルトキハ其中斷及ヒ中止ノ終リタル後更ニ
 控訴ノ全期間ノ進行ヲ始ム訴訟手續ノ中斷、中止及ヒ休止ト控訴期間トノ關係ハ茲ニ詳述
 スヘキモノニ非サルヲ以テ之ヲ省略シ單ニ追加ノ裁判ト控訴期間トノ關係ヲ説明スルニ止ム

元來追加ノ裁判ハ其申立ヲ是認シタルモノナルト其申立ヲ却下シタルモノナルトニ拘ハラズ補充セラルヘキ判決ノ一部分ニ非シテ獨立シタル一分判決ト看做スヘキモノナリ故ニ追加ノ裁判及ヒ補充セラルヘキ判決ニ對スル控訴ハ各別ニ之ヲ提起シ又其控訴期間ハ各判決ノ送達ヨリ各別ニ進行スルヲ原則トス然レトモ法律ハ例外トシテ補充セラルヘキ判決ニ對スル控訴期間内ニ於テ追加裁判ノ言渡アリタルトキハ此二者ニ對スル控訴ノ併行審理ヲ成ル可ク避クルカ爲メニ換言スレハ此二者ニ對スル控訴ノ併合ヲ容易ナラシムルカ爲メニ補充セラルヘキ判決ニ對スル控訴即チ最初ノ判決ニ對スル控訴ニ關シテモ控訴期間カ追加裁判ノ送達ヲ以テ始マルコトト規定シタリ(四〇〇條三項、二四二條、五〇八條、八二條)

第一 補充セラルヘキ判決ハ追加ノ裁判ノ送達ヨリ進行ヲ始ムヘキ控訴期間ノ經過以前ニ於テハ確定スルコトナク又執行力ヲ有スルコトナシ蓋シ追加裁判ノ言渡ヨリ其送達マテハ毫モ控訴期間ノ進行ナケレハナリ故ニ當事者ハ追加ノ裁判ノ送達ヲ爲サシメ以テ追加ノ裁判及ヒ補充セラルヘキ判決ニ對スル控訴ノ期間ヲ進行セシメサルヘカラス然レトモ補充セラルヘキ判決ニ對シ其之ニ對スル控訴期間内ニ爲シタル控訴ハ追加ノ裁判ノ言渡ニ依レル新控訴期間ノ開始ノ爲メニ無効ト爲ラス何トナレハ該控訴ハ其提起ノ當時ニ於テハ適法ノ期間内ニ提起セラレタルモノナルヲ以テ爾後ノ追加ノ爲メニ效力ヲ左右セラルルノ理ナケレ

ハナリ

第二 補充セラルヘキ判決ニ對スル控訴期間内ニ於テ追加ノ裁判ヲ求ムル申立却下ノ裁判言渡若クハ該期間經過後ニ於テ追加ノ裁判ノ言渡アリタル場合ニ於テハ前示ノ原則ノ適用ニ依リ補充セラルヘキ判決及ヒ追加ノ裁判ニ對スル控訴期間カ各別ニ進行シ民事訴訟法第四〇〇條第三項ノ適用ナキニ至ル蓋シ斯ル場合ニ於テハ同條ニ規定シタル要件ヲ缺クヲ以テナリ故ニ補充セラルヘキ判決ニ對シ控訴ヲ提起スルコトヲ要ス蓋シ補充セラルヘキ判決ニ對スル補充セラルヘキ判決ニ對シ控訴ヲ提起スルコトヲ要ス蓋シ補充セラルヘキ判決ニ對スル控訴期間内ニ追加ノ判決ノ言渡ナキ虞アルヲ以テナリ

第三 追加ノ裁判ノ言渡アル以前ニ於テ補充セラルヘキ判決ニ對スル控訴期間カ既ニ經過シタルトキハ後者ノ確定ヲ來シ控訴ハ唯之ヲ爾後ニ言渡サレタル追加ノ裁判ニ對シテ爲スコトヲ得ルノミニシテ民事訴訟法第四〇〇條第三項ノ適用ナキヤ當然ナリ但追加ノ裁判カ訴訟費用ノ點ニ限ラレタルモノナルトキハ控訴スルコトヲ得ス(八二條)

以上略述シタル三要件ヲ具備シタル控訴ハ適法ニシテ之ヲ具備セサル控訴ハ不適法ナリ故ニ第一 裁判長及ヒ裁判所ハ職權ヲ以テ要件ノ存否ヲ調査シ若シ要件ニ缺クル所アラハ控訴ヲ不適法トシテ棄却スルノ裁判ヲ爲ササルヘカラス(四〇二條、四一九條)我民事訴訟法ハ原則トシテ本人訴訟進行主義ヲ認メタルヲ以テ(六三條)法律ニ通セサル本人カ判然不適法ナル

控訴ヲ提起スルコトナキヲ保セス斯ル場合ニ於テハ控訴裁判所ヲシテ口頭辯論終結後終局判決ヲ以テ控訴棄却ノ裁判ヲ爲サシムルハ大ニ時間及ヒ勢力ヲ空費スルノ虞アリ依テ裁判長ニ判然不適法ナル控訴棄却ノ裁判ヲ爲スノ職權ヲ認メタリ(四〇二條、同條ニ所謂「其期間ノ經過後ニ」ノ明文ハ甚タ狭キニ失ス何トナレハ期間進行前ニ於ケル控訴ハ故障ト異ニシテ不適法ナルコト前述ノ如ケレハナリ尙ホ二五七條、四〇〇條二項參照)控訴裁判所カ控訴棄却ノ判決ヲ言渡ヌ法則ノ説明ハ後述スヘシ

第二 訴訟物ノ價額ノ多寡、仍ホ控訴ノ申立ノ表示及ヒ其内容ノ有無、控訴理由カ法律ノ違背又ハ事實ノ誤認ニ存スル事項等ハ何レモ控訴ノ適否ニ關係ナシ蓋シ我法律ハ訴訟物ノ價額ノ多寡ニ從ヒテ控訴權ノ有無ヲ區別セス隨テ當事者ハ訴訟物ノ價額僅少ナルトキト雖モ適法ニ控訴ヲ提起スルコトヲ得ヘク又控訴ノ申立ナキ場合ニ在リテハ裁判所ハ明示的又ハ默示的ニ控訴ヲ棄却シタルモノト認メ控訴人カ口頭辯論期日ニ出頭セサル場合ト同シク實體上理由ナシトシテ控訴ヲ棄却スヘキモノトシ又控訴ノ理由カ不十分ナルトキハ實體上理由ナシトシテ控訴ヲ棄却シ(四二四條)不適法トシテ控訴ヲ棄却スヘキモノニ非サルナリ(民訴案二在リテハ經濟上ノ利害ヲ斟酌シ控訴ノ提起ニ付キ金額上ノ制限ヲ設ケ(民訴案四三四條)又實益ナキヲ理由トシテ控訴ノ提起ニ付キ控訴理由ニ基ク制限ヲ設ケタリ(民訴案四三七條)而シテ控訴カ不適法ナルヤ理由ナキヤヲ區別スルノ實用ハ主トシテ附帶控訴ノ許否ニ在ルヲ以テ

斯ル區別ハ之ヲ嚴格ニ維持セサルヘカラス

(二) 控訴權ノ喪失 控訴權即チ當事者カ控訴裁判所ヲシテ第一審裁判所ノ判決ノ當否ヲ調査シ且自己ニ不利ナル部分ヲ除去セシムルコトヲ目的トスル權利ノ喪失原因ニ二アリ控訴期

間ノ懈怠及ヒ控訴權ノ拋棄即チ是ナリ

(1) 控訴期間ノ懈怠 當事者カ控訴期間ヲ懈怠シタルトキハ控訴權ヲ喪失ス故ニ當事者カ第一審判決ノ送達ヨリ一箇月ヲ經過シタル後ニ提起シタル控訴ハ裁判長又ハ裁判所ハ職權ヲ以テ之ヲ不適法トシテ棄却スルコト前述ノ如シ控訴期間ノ懈怠ナキトキハ控訴カ不適法トシテ棄却セラレルモ當事者ハ之カ爲メニ控訴權ヲ喪失スルコトナク隨テ又控訴權ヲ行使スルヲ妨ケス故ニ控訴カ法定ノ方法ニ反シ若クハ控訴期間ノ進行前ニ提起セラレタルノ理由ニ依リ不適法トシテ棄却セラレタル場合ニ於テハ當事者ハ更ニ控訴期間内ニ適法ナル控訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ當事者カ控訴ノ不適法ナルコトヲ自覺シテ更ニ適法ナル控訴ヲ提起スルカ爲メニ控訴ヲ取下ケタル場合モ亦然リ蓋シ斯ル控訴ハ其效ナキヲ以テ其取下ハ毫モ控訴權ノ喪失ト爲ラサルヤ當然ナレハナリ

(2) 控訴權ノ拋棄 當事者カ控訴權ヲ拋棄シタルトキハ控訴權ヲ喪失ス元來控訴權ハ他ノ攻擊方法ト同シク當事者ノ利益保護ノ爲メニ存スル權利ナルヲ以テ其行使ハ當事者ノ自由處分ニ屬スルモノト謂ハサルヲ得ス故ニ當事者ハ控訴權ヲ拋棄スルコト即チ毫モ控訴權ヲ行使セザ

ル旨ノ意思ヲ表示スルコトヲ得ヘシスル意思ノ表示ハ其方法ニ從ヘハ之ヲ裁判上又ハ裁判外ニ區別シ又其時期ニ從ヘハ第一審ノ判決言渡前ニ於テ爲ス表示ト其言渡後控訴提起前ニ於テ爲ス表示ト及ヒ控訴提起後ニ於テ爲ス表示トニ區別スルコトヲ得裁判上ノ控訴權ノ拋棄ハ其之ニ關スル民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ受訴裁判所ニ於テ爲シタル控訴權不行使ノ訴訟行爲ニシテ裁判外ノ控訴權ノ拋棄ハ其之ニ關スル民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ受訴裁判所ニ於テ爲シタルモノニ非サル控訴權不行使ノ法律行爲ナリ而シテ我民事訴訟法ハ裁判上ノ控訴權ノ拋棄ヲ規定スルニ當リ其拋棄ノ時期ヲ標準トシ第一審ノ判決言渡後控訴提起前ニ於ケル裁判上ノ控訴權ノ拋棄ヲ控訴ノ拋棄(二六四條、四〇五條一項)ト稱シ又控訴提起後ニ於ケル裁判上ノ控訴權ノ拋棄ヲ控訴ノ取下(二六四條、三九六條二項)ト稱シ當然控訴權喪失ノ效力ヲ生スル訴訟行爲ヲ此二者ニ限リタリ左ニ裁判上ノ控訴權ノ拋棄及ヒ裁判外ノ控訴權ノ拋棄ヲ略述スヘシ

(甲) 裁判上ノ控訴權ノ拋棄 裁判上ノ控訴權ノ拋棄及ヒ控訴取下ノ總稱ナリ

(a) 控訴ノ拋棄ハ第一審ノ判決言渡後適法ナル控訴提起前ニ於テ爲シタル裁判上ノ控訴權ノ拋棄ニ外ナラス此拋棄ハ相手方ノ承諾ヲ要セス又該判決ノ途達ヲ俟ツコトナク有效ニ之ヲ爲スコトヲ得(二四六條、四〇五條、獨民訴五一四條)斯ル拋棄ニ關スル形式ヲ規定シタル法律ハ民事訴訟法ニ存セザル所ナリト雖モ控訴ノ拋棄ハ當事者カ第一審ノ判決言渡後受

訴裁判所ノ口頭辯論ニ於テ殊ニ一分判決ノ言渡後又ハ上訴ニ關シ結局判決ト看做スヘキ中間判決ノ言渡後(二〇七條二項、二二六條、二二八條二項、四九一條三項)受訴裁判所ノ口頭辯論ニ於テ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ於テ又ハ受訴裁判所ニ差出シ且相手方ニ送達スヘキ書面ヲ以テ控訴權ヲ拋棄スル旨ノ意思ヲ表示スルニ因リテ行ハルモノト謂フコトヲ得蓋シ裁判所書記ハ控訴ノ拋棄アリタルトキハ其旨ヲ調査ニ記載シ之ヲ明確ニスルヲ要スルコトハ民事訴訟法第一三〇條一號、第一三三條第二七二條ノ法意ニ依リ明白ニシテ又控訴ノ取下ニ關スル形式(二九九條、四〇八條、一九八條二項)ハ之ヲ控訴ノ拋棄ニ關シテモ亦許スヘキモノナルコトハ控訴ノ拋棄ニ關スル形式ヲ明示セザルノ法意ニ依リ明白ナルヲ以テナリ(民事案四三九條、控訴ノ拋棄ハ當事者カ其意思ヲ直接ニ相手方ニ對シテ爲ス書面又ハ口頭上ノ表示ニ因リ有效ニ成立スルヤ又控訴ノ拋棄ハ明示ノ意思表示ヲ要スルヤ否ヤノ問題ニ關シテハ學者間ニ爭アリ「ゾキフヘルド」、「ガウブ」氏等ノ控訴ノ拋棄ニ關シテハ其之ニ關スル書面ヲ相手方ニ發送スルコトヲ要スル旨ノ規定ナキヲ理由トシテ積極的ニ論結シタルトモ子輩ハ我民事訴訟法ノ解釋トシテハ「ブランク」、「ペーテルゼン」氏等ト共ニ消極的ニ論結スルヲ正當ナリト信ス何トナレハ控訴ノ拋棄ハ前述ノ如ク裁判上ノ控訴權ノ拋棄ナレハナリ又「ブランク」、「ヘルマン」氏ハ控訴ノ拋棄ニ關シ明示ノ意思表示ヲ要スル旨ノ法文ナキヲ理由トシ消極的ニ論結シタルトモ子輩ハ我民事訴訟法ノ解釋トシテ

ハ「ゾキフヘルド」、「ガウフ」氏等ト其ニ積極ニ論結スルヲ正當ナリト信ス何トナレハ默示
 の意思表示ニ因ル控訴ノ拋棄ハ訴訟ノ原因ナルヲ以テ我民事訴訟法ノ是認
 セサルモノナルヤ明カナレハナリ然レトモ控訴ノ拋棄ハ當事者カ唯裁判所ノミニ差出シ相
 手方ニ送達セサル書面上ノ意思表示ニ依リテ爲スコトヲ得サルハ學者間ニ爭ナシ何トナレ
 ハ我民事訴訟法ハ必要的口頭辯論ニ關スル手續ニ於テ相手方ニ送達スルコトナク唯裁判所
 ニ差出スノミヲ以テ足レリト爲ス裁判上ノ意思表示ノ形式ヲ認メサルヲ以テナリ第三者ニ
 對スル意思表示ニ因リ控訴ヲ拋棄スルコトヲ得サルハ敢テ疑ヲ容レズ而シテ控訴ノ拋棄ハ
 第一審ノ判決ニ對スル控訴權喪失ノ結果ヲ生ス隨テ當事者雙方カ控訴ヲ拋棄シタルトキハ
 該判決ヲ確定スルノ效力ヲ生ス(四九八條)是ヲ以テ

第一 控訴ヲ拋棄シタル當事者カ更ニ提起シタル控訴ニ對シテハ控訴裁判所ハ職權ヲ以テ
 又ハ控訴ノ不適法ナル旨ノ相手方ノ抗辯ニ因リ控訴ヲ不適法トシテ棄却スルノ終局判決
 ヲ爲スコトヲ得、獨逸ニ於テハ多數ノ學者殊ニ「ブランク」、「ウケルヘンビュヘル」氏
 等ハ控訴裁判所ハ職權ヲ以テ控訴ヲ不適法トシテ棄却スルノ判決ヲ爲スコトヲ得スト主
 張シ其理由トシテ控訴ノ拋棄ハ其之ヲ爲シタル當事者一方ノ行爲ニ依リテ取消スコトヲ
 得サルニ止マリ相手方ノ明示の若クハ默示の同意アルトキハ有效ニ之ヲ取消スコトヲ
 得ルヲ以テ相手方カ控訴ノ不適法ナル旨ノ訴訟上ノ抗辯ヲ提出セサル間ハ控訴ノ拋棄ニ

關スル取消キモノト認ムルコトヲ得スト云ヘリ然レトモ控訴ノ拋棄ハ民法上ノ法律行
 爲ト異ニシテ之ヲ取消スコトヲ得ヘキモノニ非サルヲ以テ(民事訴訟法ニハ)斯ル取消
 許スノ明文ナシ)斯ル見解ハ我民事訴訟法ノ解釋トシテハ其當ヲ得サルモノト思惟ス

第二 當事者ノ一方ノ控訴ノ拋棄ニ對シテ當然第一審ノ判決ヲ確定スルノ效力ヲ生スルニ
 過キス相手方ハ第一審判決ニ對シ自由ニ控訴ヲ提起シ又控訴ノ拋棄者ハ附帶控訴ヲ提起
 スルコトヲ得(四五〇條)但第二〇九條ハ控訴ノ拋棄ニ關シ適用ナキヲ以テ相手方ハ控
 訴ノ拋棄ニ某ク判決ヲ求ムルノ權利ヲ生セス其他通常ノ共同訴訟ニ在リテハ各共同訴訟
 人ハ控訴ヲ拋棄スルコトヲ得レトモ(四九條)必要の共同訴訟ニ在リテハ控訴ノ拋棄ハ
 總共同訴訟人カ之ヲ爲シタルトキニ非サレハ其效力ヲ生セス何トナレハ控訴ノ拋棄ニ關
 シテハ甲共同訴訟人ハ乙共同訴訟人ヲ代理スルノ權能ナキヲ以テ甲共同訴訟人カ控訴ヲ
 拋棄シタルトキト雖モ乙共同訴訟人ハ有效ニ控訴ヲ提起スルコトヲ得而シテ此控訴ニ因
 リ甲共同訴訟人ト爲ルモノナレハナリ(五〇條)

(b) 控訴ノ取下ハ控訴ノ提起後ニ於テ爲ス裁判上ノ控訴權ノ拋棄ニ外ナラス此取下ハ之ヲ第
 二審ニ於テモ尚ホ爲スコトヲ得ヘキ訴ノ取下(一九八條)及ヒ請求ノ拋棄ト區別スルコト
 ヲ要ス(三九九條)第二審ニ於テ有效ニ爲シタル訴ノ取下ハ控訴ノ取下ト異ニシテ單ニ上
 訴權ヲ喪失セシム隨テ第一審ノ判決ヲ確定セシムルノ效力ヲ生スルモノニ非シテ却テ權

利拘束ノ總テノ效力ヲ消滅セシムルノ效力ヲ生ス隨テ又取下前ニ爲サレタル總テノ裁判ノ效力ヲ喪失セシムルモノナリ又請求ノ拋棄ハ控訴ノ取下ト異ニシテ控訴人カ其提起シタル控訴ニ於テ爲シタル控訴裁判所ノ判決ヲ求ムル請求ヲ取消ス旨ノ意思表示ニ非スシテ却テ原告若クハ反訴原告カ主張シタル請求ヲ拋棄スル旨ノ受訴裁判所ニ於ケル意思表示ナリ控訴ノ取下ハ被控訴人カ未タ口頭辯論ヲ始メサルトキハ控訴人ノ一方行爲ヲ以テ之ヲ爲シ既ニ口頭辯論ヲ始メタルトキハ其承認ヲ得テ之ヲ爲スコトヲ得斯ル制限アルハ被控訴人カ附帶控訴ヲ爲スニ付キ利害關係ヲ有スレハナリ

(イ) 控訴人ノ一方行爲ニ依ル控訴ノ取下ハ口頭辯論前ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得而シテ第三九九條第一項ニ於テ控訴ハ口頭辯論ノ前ニ於テハ被控訴人ノ承諾ナクシテ之ヲ取下クルコトヲ得ト規定シ原告カ其訴ヲ取下クル場合ニ於ケルカ如ク「本案ニ付キ被告ノ第一口頭辯論ノ始マルマテ」(一九八條一項)ト規定セサルノ理由ハ第四一四條ニ於テ妨訴抗辯ノ提出ヲ許スノ法意ト及ヒ控訴申立ノ原因カ唯訴訟上ノ理由ノミニ存スルコトアルトニ因リ訴訟上ノ前提要件ト其反對タル本案トヲ區別スルコトヲ得サルニ存ス(民事訴訟法四四三條、但同條ニ於ケル「本案ニ付キ」ノ法文ハ立法上其當ヲ得ス)然レトモ被控訴人カ未タ實體上若クハ訴訟上ノ原因ニ基ケル控訴ノ申立ニ付キ辯論ヲ爲サスシテ單ニ控訴ノ適否ニ付キ辯論ヲ爲シタルニ止マルトキハ控訴人ハ其一方行爲ヲ以テ有效ニ控訴ノ取下

ヲ爲スコトヲ得何トナレハ被控訴人ハ控訴ヲ不適法トシテ拋棄スヘキ判決ヲ求ムル同時ニ之ト兩立スルコト能ハサル控訴ノ申立ニ關スル裁判ヲ求ムルコトヲ得サルノミナラズ控訴人ハ斯ル場合ニ於テハ被控訴人カ控訴ヲ不適法ナリトスルノ主張ニ同意シ以テ其提起シタル控訴ヲ失効セシムルノ權利ヲ有スヘキモノナレハナリ隨テ被控訴人カ控訴ノ適否ニ付キ争フコトナク直チニ控訴ノ申立ニ對シ應訴シタルトキハ控訴人ハ其提起シタル控訴ヲ單獨ニテ取下クルコトヲ得ス

(ロ) 被控訴人ノ承諾ヲ得テ爲ス控訴ノ取下ハ控訴審ノ終結前ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得蓋シ控訴審ノ終結後ニ於テハ當事者ハ控訴ニ付キ處分ヲ爲スコト能ハサルヲ以テナリ控訴審ハ控訴裁判所ノ爲シタル無條件ノ終局判決カ確定シタルトキ又ハ控訴裁判所ニ於テ裁判上ノ和解カ成立シタルトキニ於テ終結ス是ヲ以テ

第一 控訴裁判所カ爲シタル終局判決カ故障ヲ以テ攻撃スルコトヲ得ヘキ關席判決ナルトキハ控訴人ハ該判決ニ對シ法律上故障ノ申立ヲ許ササル間又ハ該判決ニ對シ申立テラレタル故障ニ關スル口頭辯論カ終局判決ニ依リテ未タ終結セラレサル間ハ被控訴人ノ承諾ヲ得テ有效ニ控訴ヲ取下クルコトヲ得此場合ニ於テハ控訴ノ取下ハ故障ノ申立ヲ除去シ若クハ既ニ申立テタル故障ヲ控訴ト共ニ除去スル效力ヲ生ス控訴裁判所ノ爲シタル終局判決カ上告ヲ以テ攻撃スルコトヲ得ヘキ終局判決ナルトキハ控訴人ハ上告

期間未タ經過セス且該判決ニ對シ未タ上告ノ提起ナキ場合ニ於テ被控訴人ノ承諾ヲ得テ有效ニ控訴ヲ取下クルコトヲ得蓋シ上告審ニ於ケル控訴ノ取下ハ假令之ヲ上告ノ取下ト共ニ爲ストキト雖モ上告ノ取下ニ因リテ上告權ヲ喪失スルノ結果茲ニ控訴審ノ判決ノ確定ヲ來シ控訴ノ取下ヲ爲スコト能ハサラシムルニ至ルヲ以テナリ隨テ上告ノ取下未タ適法ニ上告期間ノ進行ナキノ理由ヲ以テ控訴裁判所ノ判決ヲ確定セシムルノ效力ヲ生セサル場合ニ於テハ上告提起後尙ホ有效ニ上告ト共ニ控訴ヲ取下クルコトヲ得ヘシ控訴裁判所ノ爲シタル終局判決カ上告ノ結果破毀セラレ且事件カ控訴裁判所ニ差戻サレ又ハ移送セラレタルトキハ控訴人ハ被控訴人ノ承諾ヲ得テ有效ニ控訴ヲ取下クルコトヲ得(四四八條)又控訴裁判所ノ爲シタル一部判決及ヒ中間判決ノ言渡ハ控訴人カ被控訴人ノ承諾ヲ得テ有效ニ控訴ヲ取下クルノ妨ト爲ルコトナシ爾後ノ手續ニ於テモ亦然リ(四二七條二項)(控訴審ハ控訴裁判所カ爲シタル判決カ無條件ノ終局判決又ハ故障ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得サル關席判決ナルトキハ其言渡ニ因リテ終結スト云ヘル見解ハ正當ニ非ス何トナレハ該判決ノ言渡後其送達前ニ於テ訴訟中斷ノ原因カ發生シタルトキハ判決ヲ發達シ且之ヲ確定セシムルカ爲メニ必要ナル受繼ハ控訴裁判所ニ於テ之ヲ爲シ又該判決ノ送達後確定前ニ於テ訴訟手續中斷ノ原因カ發生シタルトキハ中斷セラレタル上告期間ヲ進行セシムル爲メニ必要ナル受繼ハ未タ上告

ノ提起ナキ場合ニ於テハ控訴裁判所ニ於テ之ヲ爲スモノナレハナリ)

第二 控訴裁判所ニ於テ裁判上ノ和解カ成立シタルトキハ總テノ訴訟手續ヲ終結ス隨テ

又控訴審ヲ終結セシムルヤ疑ヲ容レズ

控訴ノ取下ニ關スル被控訴人ノ承諾ハ他ノ行爲ト同シク明示的ニ又ハ默示的ニ殊ニ控訴ノ取下ニ付キ異議ヲ主張セザリシ事實ニ因リテ表示セラル但條件附承諾例ハ獨立的附帶控訴ヲ提起スルノ權利ヲ留保シテ爲シタル承諾ハ控訴ノ取下ニ關スル承諾トシテハ其效力ナシ被控訴人カ控訴ノ取下ニ付キ承諾ヲ爲サザルトキハ控訴ハ依然トシテ存續シ控訴人ハ其控訴ノ申立ヲ維持セザルヘカラス又控訴ノ取下ニ關スル訴訟上ノ形式ハ第一九八條ノ規定ニ依ル(四〇八條)該形式ニ依ラザル控訴取下ノ意思表示ハ假令當事者雙方ノ一致シタル意思ニ基クトキト雖モ訴訟法上其效ナシ故ニ當事者カ控訴ヲ取下クヘキ旨ノ法律行爲ヲ取結ヒタル場合ニ於テモ控訴人カ民事訴訟法ノ形式ニ從ヒテ控訴ヲ取下クル旨ノ意思ヲ表示スルニ非サレハ民事訴訟法ニ規定セル控訴取下ノ效力ヲ生セス隨テ控訴人カ適法ニ控訴ヲ取下ケサル場合ニ於テハ單ニ控訴人カ其義務ニ違背シタルニ止マリテ提起シタル控訴ニ對シ何等ノ影響ヲ及ホスコトナク又控訴人ニ對シ其義務ノ履行ヲ該控訴ニ關スル訴訟手續ニ於テ強制スルノ方法ナシ

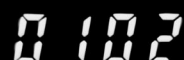
適法ニ提起シタル控訴ノ取下ハ第一審ノ判決ニ對スル控訴權ヲ喪失スルノ結果ヲ生スル民事訴訟法第三編 上訴 控訴 四七

モノトス(三九九條二項、民訴案四四三條三項)是ヲ以テ

第一 控訴ヲ取下ケタル者カ更ニ控訴ヲ提起シ又ハ取下ケタル控訴ヲ續行シタルトキハ
控訴裁判所ハ職權ヲ以テ又ハ控訴不適法ナル旨ノ相手方ノ抗辯ニ因リ控訴權ノ喪失ノ
爲メニ控訴ヲ不適法トシテ棄却スヘキ裁判ヲ爲ス何トナレハ一旦有效ナル控訴ノ取下
アリタルトキハ之ニ依リテ控訴審終結シ控訴人ハ相手方ノ同意アルトキト雖モ之ヲ取
消スコト能ハサルヲ以テナリ(四一九條)獨逸ニ於テハ「ブランク」、「ウルレンブユヘ
ル」氏等ハ控訴裁判所ハ職權ヲ以テ斯ル裁判ヲ爲スコトヲ得スト主張シ其理由トシテ
控訴ノ取下ハ控訴ノ拋棄ト同シク其性質上相手方ノ承諾アルモ之ヲ取消スコトヲ得サ
ルモノニ非サルヲ以テ辯論期日ニ出頭シタル當事者雙方カ事件ニ付キ辯論ヲ爲シ相手
方カ控訴權ノ喪失ニ付キ何等ノ主張ヲ爲ササルトキハ控訴權喪失ノ結果ヲ除去スルコ
トヲ目的トスル當事者ノ行爲ノ存スルモノト認メサルヲ得ス隨テ控訴ハ其取下ノ一事
ニ依リ控訴裁判所カ職權ヲ以テ不適法トシテ之ヲ棄却スヘキモノナリト謂フコト能ハ
スト曰ヘリ此學說ニ從ヘハ相手方カ裁判上控訴取下ノ效力ヲ主張シタル以後ハ之ニ因
リテ第一審ノ判決確定シ控訴裁判所カ職權ヲ以テ控訴ヲ許ササルモノトシテ棄却スル
判決ヲ爲スヘキモノナルヲ以テ控訴人ハ相手方ノ承諾アルモ該取下ノ效力ヲ消滅セシ
ムルコトヲ得ス又控訴ヲ取下ケタル者カ辯論期日ニ出頭セズ相手方カ出頭シテ關席判

決ヲ求ムル申立ヲ爲シタルトキハ控訴裁判所ハ關席判決ヲ以テ控訴ヲ不適法トシテ棄
却シ且之ニ因リテ生シタル費用ヲ控訴人ニ負擔セシム之ニ反シ相手方カ辯論期日ニ出
頭セズ控訴人カ出頭シテ控訴權喪失ノ結果ノ發生セサル旨ヲ主張シ且關席判決ヲ求
ムル旨ノ申立ヲ爲シタルトキハ事件ニ付キ關席判決ヲ爲シ相手方ヲシテ爾後故障ノ申立
ニ因リ控訴權ノ喪失ヲ主張スルコトヲ得セシム但控訴人カ控訴權ノ喪失ヲ是認シタル
トキハ控訴ヲ不適法トシテ棄却スル旨ノ判決ヲ爲スト論結セサルヲ得ス然レトモ控訴
ノ取下ハ民法上ノ法律行爲ニ非サルヲ以テ假令錯誤アルトキト雖モ之カ取消ヲ爲スコ
トヲ得ス故ニ斯ル見解ハ我民事訴訟法ノ解釋トシテハ其當ヲ得スト思惟ス(民事訴訟
法ニ於テハ取下ヲ取消スコトヲ得ヘキ旨ノ明文ナシ)

第二 控訴ノ取下ハ其之ヲ爲シタル當事者ニ對シ即時ニ第一審ノ判決ヲ確定スルノ效力
ヲ有シ控訴取下ノ當時控訴時間カ未タ經過セサルト否トノ區別ハ之ヲ問ハサルモノナ
リ隨テ一旦有效ニ控訴ヲ取下ケタル當事者ハ控訴期間ノ未タ經過セサルヲ奇貨トシ爾
後更ニ控訴ヲ提起スルコトヲ得ス獨逸ニ於テハ控訴ノ取下ハ控訴權ノ喪失スルノ結果
ヲ生スル旨ヲ規定スルニ止マリ(五二五條三項)我民事訴訟法ニ於ケルカ如ク控訴ノ取
下ハ上訴權ヲ喪失スルノ結果ヲ生スル旨ノ規定ナキヲ以テ多數ノ學者殊ニ「ガウプ」、
「フキフヘル」氏等ハ控訴取下ノ效果タル控訴ノ喪失ハ提起シタル控訴ノ喪失ニシテ



控訴權ノ喪失ニ非ス故ニ控訴期間ノ經過前ニ於テ爲シタル控訴ノ取下ハ即時ニ不服ヲ
 申立テタル第一審ノ判決ヲ確定スルノ效力ヲ有セス隨テ控訴ヲ取下ケタル者ハ控訴期
 間ノ未タ經過セザル間ハ更ニ控訴ヲ提起スルコトヲ得ト主張シタルヲ參考ノ爲メニ一
 ス其他通常ノ共同訴訟ニ在リテハ各共同訴訟人ハ其提起シタル控訴ヲ自由ニ取下ケル
 コトヲ得(四九條)然レトモ必要の共同訴訟ニ在リテハ共同訴訟人ノ一人カ爲シタル
 控訴ノ取下ハ其效力ヲ生セス換言スレバ控訴ノ取下ハ總テ共同訴訟人カ之ヲ爲シタル
 トキニ限リ其效力ヲ生セス蓋シ控訴ノ取下ニ關シテハ共同訴訟人カ之ヲ爲シタル
 理スルノ權能ナキヲ以テ甲共同訴訟人カ控訴ヲ取下ケタルモ乙共同訴訟人カ之ヲ代
 タルヲ以テ甲共同訴訟人ハ乙共同訴訟人ノ控訴ニ依リテ控訴人タリト謂ハサルヲ得サ
 レハナリ獨逸民事訴訟法第五一五條第三項ハ控訴ノ取下アリタル場合ニ於テ控訴裁判
 所ニ相手方ノ申立ニ因リ控訴取下ノ事實ヲ確定スル判決ヲ爲スノ職權ヲ認メ以テ強制
 執行ノ爲メニ斯ル事實ヲ確定スルノ手續ヲ省略シ(當事者ハ第一審判決ノ確定力發生
 ノ時期トシテ控訴取下ノ日時ヲ確知スルノ必要アリ)且訴訟費用確定ノ爲メニ執行シ
 得ヘキ裁判ヲ爲スモノト規定シタリ(八四條二項)我民事訴訟法ニ於テ斯ル明文ヲ缺ク
 ハ立法上ノ缺點ナリト謂フヘシ

第三 不適法ニ提起シタル控訴ノ取下ハ之ニ反シテ控訴權喪失ノ結果ヲ生スルコトナシ

蓋シ控訴カ不適法ナル場合殊ニ控訴カ第一審判決ノ遂達前ニ提起セラレタル場合ニ於
 テハ控訴人ハ控訴ヲ取下ケ更ニ適法ナル控訴ヲ提起スルヲ得ヘキモノナレバ又控訴ノ
 取下ハ唯控訴權喪失ノ結果ヲ生スルノミニシテ相手方ノ提起シタル控訴ニ對シ附帶控
 訴ヲ提起スルノ權利ヲ喪失スルノ結果ヲ生スルモノニ非ス(四二五條一項ニ所謂拋棄
 ハ控訴ノ取下ヲ包含ス)其他控訴ヲ闕席判決若クハ中間判決ノ言渡以後ニ於テ取下ケ
 タル場合ニ於テハ該判決ハ當然其效力ヲ失フモノニシテ控訴ヲ控訴裁判所ノ終局判決
 以後ニ取下ケタル場合ニ於テモ亦該判決ハ當然其效力ヲ失フ又控訴人カ其取下ニ因リ
 控訴提起ノ爲メニ生シタル訴訟費用ヲ負擔スルコトハ民事訴訟法第七二條ニ依リ明白
 ナル所ナリ(民事訴訟法四三條三項)

(乙) 裁判外ノ控訴權ノ拋棄 裁判外ノ控訴權ノ拋棄ハ控訴ノ拋棄及ヒ控訴ノ取下ニ非ザル控
 訴權ノ拋棄ナリ故ニ裁判外ノ控訴權ノ拋棄ニハ第一審ノ判決言渡前ニ於テ爲ス控訴權ノ拋棄
 ト第一審判決言渡後ニ於テ爲ス控訴權ノ拋棄ノ二者アリト謂フコトヲ得ヘシ

(a) 第一審判決言渡前ニ於テ爲ス裁判外ノ控訴權ノ拋棄ハ假令當事者カ之ヲ偶然裁判所ニ於
 テ表示スルコトアルモ這ハ法律行為ニシテ訴訟行為ニハ非ス故ニ其效力ノ有無ハ民法ノ原
 則ニ依リテ之ヲ定ム而シテ我民法ニ於テハ裁判外ノ控訴權ノ拋棄ハ雙方行為ヲ以テ之ヲ爲
 スコトヲ要スルヤ或ハ一方行為ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤニ付別段ノ規定ナシト

雖モ債務ノ免除（民五一九條）ト同シク單獨行爲ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ相手方ノ承諾ヲ要セサルモノト論結スルヲ正當ナリト思惟ス獨逸ニ於テハ「ヘルビ」氏ハ第一審判決言渡前ニ於ケル控訴權ノ拋棄ニ關スル行爲ハ法律上無効ナリト主張シ其理由トシテ訴訟上ノ權能ノ拋棄ハ唯民事訴訟法ニ規定シタル場合ニ限り其方式ニ從ヒ之ヲ爲スコトヲ得ルノミト云ヘトモ第一審判決言渡前ニ於ケル裁判外ノ控訴權ノ拋棄ハ其性質上實體上ノ權利ノ條件附拋棄又ハ其條件附承認ニ外ナラサルヲ以テ斯ル見解ハ我民事訴訟法ノ解釋トシテハ其當ヲ得サルモノナリト思惟ス此ノ如ク第一審判決言渡前ニ於ケル裁判外ノ控訴權ノ拋棄ハ民法上有效ナル法律行爲ニシテ訴訟行爲ニ非サルヲ以テ法律上當然控訴權喪失ノ訴訟的效力ヲ發生セス換言スレバ當事者ハ斯ル拋棄ノ意思表示ニ依リ裁判所ニ對スル訴訟上ノ權利ヲ喪失スルコトナシ故ニ控訴權ノ不行使ヲ強制セント欲スル相手方ハ抗辯トシテ裁判外ノ控訴權ノ拋棄アリタル旨ヲ主張セサルヘカラス是ヲ以テ第一審ノ判決言渡前ニ控訴權ヲ拋棄シタル當事者カ提起シタル控訴ハ法律上許スヘキモノニシテ唯相手方カ其抗辯トシテ控訴權ノ拋棄アリタル旨ヲ主張シタルトキニ限り之ヲ理由ナシテ棄却スヘキノミ蓋シ斯ル抗辯ハ控訴人カ實體上ノ權利ヲ拋棄シ又ハ之ヲ承認シタル旨ヲ主張スル實體上ノ抗辯ナルヲ以テナリ獨逸ニ於テハ「ガウブ」氏ハ斯ル抗辯ヲ仲裁契約ニ依リ抗辯ト同視シ控訴ヲ不適法トシテ棄却スヘキモノナリト主張セリ參考ノ爲メニ一言ス

(b) 第一審判決言渡後ニ於テ爲ス裁判外ノ拋棄ハ當事者カ有效ニ之ヲ爲スヲ得ルコト固ヨリ當然ナリ是ヲ以テ斯ル拋棄ヲ爲シタル當事者カ控訴ヲ提起シタルトキハ其相手方ハ控訴權ノ拋棄アリタル旨ノ實體上ノ抗辯ヲ提出シ控訴ヲ理由ナシテ棄却スル判決ヲ求ムルコトヲ得ヘシ（前述ノ説明參照）

(四) 控訴ノ内容 控訴ハ前述ノ如ク控訴裁判所カ前審ニ於ケル訴ノ申立及ヒ第二審ニ於ケル控訴ノ申立ノ範圍内ニ於テ前審ノ口頭辯論ヲ續行シ且前審ニ於ケル訴訟材料ノ補充及ヒ變更ヲ許シ以テ前審判決ノ當否ヲ調査スルノ制度ナルヲ以テ控訴裁判所ハ控訴又ハ附帶控訴ニ依リ不服ヲ申立テラレタル前審判決ノ當否ヲ調査シ且不服ヲ正當ト認メタル場合ニ於テ該判決ヲ變更スルノ職權ヲ有スルモノナリ故ニ控訴ノ内容即チ控訴審ニ於ケル辯論及ヒ裁判ノ目的ハ先ツ當事者カ適法ニ控訴裁判所ニ控訴ヲ提起シタルヤノ問題即チ形式的控訴權ノ當否ニ關スル争訟ヲ確定シ次ニ之ヲ適法ナリト認メタル場合ニ於テ不服ヲ申立テラレタル第一審判決ノ當否ヲ調査シ之ヲ失當ナリト認メタル場合ニ於テ如何ナル判決ヲ爲シテ之ニ代フヘキカノ問題即チ實體的控訴權ノ當否ニ關スル争訟ヲ確定スルニ在リ左ニ之ヲ略述スヘシ

(1) 控訴ノ適否ノ調査 控訴ハ其提起ニ關スル要件ヲ完備スルニ非サレハ（四一九條）民事訴訟法四五六條）適法ト爲ラス故ニ控訴ノ適否ニ關シテハ控訴裁判所カ控訴ノ提起ニ關スル要件ノ存否ヲ調査スルモノナルコト固ヨリ當然ナリ而シテ該要件ハ曩ニ詳述シタル所ナリ故ニ之ヲ茲

ニ贅セス

(2) 前審判決ノ當否ノ調査 實體的控訴權ノ當否ノ確定ニ關スル控訴裁判所ノ職權ハ不服ヲ申立テラレタル第一審ノ判決ノ當否ヲ其不服ノ程度ニ於テ第一審ニテ終結セラレタル辯論ヲ再開シテ調査スルコト是ナリ(四一一條、四二〇條、四二二條、四一六條)故ニ本案ニ於ケル控訴審ノ内容ハ二箇ノ思想ニ歸著ス其第一ハ不服ヲ申立テラレタル前審判決ノ當否ヲ調査シ(控訴裁判所ノ第一ノ職務)其第二ハ第一審ニ於テ終結セラレタル口頭辯論ヲ再開シテ前審判決ノ當否ヲ調査スルコト(控訴裁判所ノ第二ノ職務)是ナリ左ニ之ヲ分説スヘシ

(甲) 不服ヲ申立テラレタル判決ノ當否ノ調査 控訴裁判所ハ唯控訴ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル第一審判決ノ當否ヲ調査スルノミ故ニ控訴審ノ目的ハ第一審ノ判決ニ於テ裁判セラレタル訴訟物ナリ第一審ノ訴訟物ハ原告若クハ反訴原告ニ依リ提起セラレタル訴ノ申立ニ於テ明示セラレ且其ノ訴ノ原因ニ於テ維持セラルル私法の請求權ナリ控訴裁判所ハ第一審裁判所カスル請求權ニ付キ正當ニ裁判ヲ爲シタルヤ否ヤヲ調査ス然レトモ其調査ニ際シ當事者ニ他ノ請求權カ成立スルヤ、訴訟物タル請求權ニ基キ他ノ訴ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルヤ、當事者カ訴訟物タル請求權ヲ他ノ訴ノ原因ヲ以テ維持スルコトヲ得ルヤ否ヤノ事情ハ毫モ之ヲ斟酌セシスヲ以テ當事者ハ控訴ノ申立若クハ附帶控訴ノ申立ヲ爲スニ當リテ又ハ其申立ノ攻撃若クハ防禦ヲ爲スニ當リテ新ナル請求、訴ノ申立若クハ訴ノ原因ヲ提出スル

コトヲ得ス若シ當事者カスル提出ヲ敢テシタルトキハ訴訟上許スヘカラスアルモノトシテ之ヲ排斥セサルヘカラス我民事訴訟法ハ斯ル觀念ニ基キ訴ノ變更ハ相手方ノ承諾アルトキト雖モ之ヲ許サス(四一三條、民訴案四四九條)又新ナル請求ハ原則トシテ之ヲ提起スルコトヲ得サル旨(四一六條、民訴案四五一條)ノ禁止規定ヲ設ケタリ是レ蓋シ審級制度ヲ嚴正ニ維持スルヲ公益ト認メタルニ基ケリ隨テ控訴裁判所ハ相手方ノ承諾ノ有無ニ拘ラス職權ヲ以テ審級制度ノ維持ノ實行ニ力メサルヘカラス

(1) 控訴審ニ於ケル訴ノ變更ハ相手方ノ承諾アルトキト雖モ之ヲ許サス(四一三條)訴ノ變更ハ其申立ノ目的及ヒ原因ノ變更ニ因リテ生ス隨テ控訴裁判所ノ判決アルマテニ無制限ニ許サルヘキ控訴若クハ附帶控訴ノ申立ノ變更ト混同スヘカラス(一九五條二項三號、一九六條)又相手方ノ承諾ハ第一審ニ於ケル訴ノ變更ト異ニシテ(一九五條二項三號)第二審ニ於ケル訴ノ變更ヲ適法ト爲スノ效力ナシ是レ當事者カ事件ニ付キ單ニ控訴審ニ於テ審理ヲ受ケ以テ自由ニ公益上設ケラレタル審級制度ヲ避止スルニ至レハナリ但獨逸新民事訴訟法(獨民訴五一七條)ハ控訴審ニ於ケル訴ノ變更ハ第一審ニ於ケル訴ノ變更ト同シク相手方ノ承諾アルトキハ之ヲ許スヘキモノト規定シタリ是レ蓋シ審級ノ制度ハ公益上當事者ノ意思ニ反シテモ之ヲ維持スルノ必要ナキモノト認メタルニ由ル立法上ノ見解トシテハ獨逸新民事訴訟法ノ規定ヲ正當ナリト信ス控訴裁判所ハ調査ノ結果控訴カ法律上唯許スヘカ

ラナル訴ノ變更ノミニ根據シタルモノト認メタルトキハ控訴ヲ理由ナシトシテ棄却シ不適用トシテ棄却スヘキモノニ非ス何トナレハ民事訴訟法第四一九條ハ斯ル場合ニ適用ナケレハナリ之ニ反シ訴ノ變更ナシト認メタルトキハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ訴ノ變更ナキ旨ノ判決ヲ言渡ス此判決ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス(一九七條、四〇八條、民訴案二二二條、四三八條)

(2) 控訴審ニ於テハ新ナル請求ハ相手方ノ承諾アルトキト雖モ之ヲ起スコトヲ許サズ(一六條)新ナル請求ノ提起トハ當事者カ第一審ニ於テ主張セザリシ攻撃防禦ノ方法殊ニ新ナル事實及ヒ證據方法ノ提出ノ反對ニシテ當事者カ第一審ニ於テ訴、反訴若クハ相殺ノ抗辯ノ目的物ト爲サザリシ私法的請求權ノ主張又ハ當事者カ第一審ニ於テ斯ル訴訟行為ノ目的物ト爲シタルモ取下ケタル私法的請求權ノ主張換言スレハ第一審ニ於テ主張セザリシ給付ヲ求ムル權利及ヒ法律關係ノ確定ヲ求ムル權利又ハ第一審ニ於テ主張シタルモ取下ケタル權利ノ主張ナリ故ニ第一審ニ於テ主張シタリト雖モ同審カ權利拘束ノ抗辯(二〇六條三號)並ニ民事訴訟法第二一〇條ニ基キ却下シタル請求及ヒ同審カ其言渡シタル判決ノ内容ニ從ヘハ判斷ヲ爲スノ必要ナキモノトシテ(二二一條)判斷ヲ爲サザリシ請求ハ之ニ屬セス新ナル請求ヲ控訴審ニ於テ提起スルコトヲ許サザルハ前述セルカ如ク公益上設ケラレタル審級制度ヲ無視スルニ至ルヲ以テナリ故ニ當事者ハ假令相手方ノ承諾ヲ得タルトキ

ト雖モ控訴審ニ於テ新ナル請求ヲ提起スルコトヲ得サルヤ疑ヲ容レズ隨テ民事訴訟法第四一三條ニ於ケルカ如ク、相手方ノ承諾アルトキト雖モトノ明文ナキヲ理由トシテ反對ニ齎結スルコト勿レ、但獨逸民事訴訟法第五二九條第二項ハ新ナル請求ハ相手方ノ承諾アル場合ニ於テ之ヲ提起スルコトヲ得ヘキモノト規定シタリ其理由ハ控訴ニ於ケル訴ノ變更ヲ相手方ノ承諾アル場合ニ限り許スノ法意ニ同シ此ノ如キ新ナル請求ハ之ヲ控訴ニ於テ提起スルコト能ハサルヲ以テ當事者ハ控訴審ニ於テ訴ヲ變更シ新ニ反訴ヲ提起シ新ニ附帶的確認ノ訴(本條及ヒ反訴ヲ包含ス)ヲ提起シ(二二一條)又新ニ相殺ノ抗辯ヲ提起スルコトヲ得ス蓋シ此等ノ訴訟行為ハ同レモ確定力アル裁判ヲ受クルニ至ルヘキ權利ノ主張ニシテ新ナル請求ノ提起ニ外ナラサレハナリ控訴審ニ於ケル訴ノ變更ニ因レル新ナル請求ノ主張ハ依リテ亦之ヲ許スコトヲ得サルモノナリ反訴ノ形式ヲ以テ反對請求ヲ主張スルコトハ新ナル請求ノ提起ト爲ルヤ明白ナリト雖モ第一審ノ假執行宣言附判決ニ基キ給付シタルモノノ辨濟ヲ求ムル申立ハ之ヲ第一審ニ於テ爲スコトヲ得ヘカリントキト雖モ新ニ控訴審ニ於テ爲スコトヲ得ヘキヤ否ヤハ頗ル疑ハシ「ワッハ」氏ハ新ナル請求ニ非スト主張シ積極的ニ又「ツキフヘルド」氏ハ消極的ニ論結シタルニ肖タリ子輩ハ前説ヲ正當ナリト信ス(五一〇條二項)附帶的確認ノ訴ノ提起ハ新ナル請求ノ主張ト爲ルヤ言フ俟タズ故ニ第一審ニ於テ

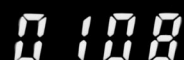
附帶の確認ノ申立ナキトキハ第二審ニ於テ豫斷ヲ必要トスル權利關係ニ付キ實體の確定方アル裁判ヲ爲スコトヲ得(二)一條、二四四條)又相殺ノ抗辯ノ新ナル提出ハ民事訴訟法第四一六條ノ解釋上新ナル請求ノ主張ニ外ナラサルヤ疑ナシト雖モ「ガウプ」氏其他二三ノ學者ハ獨逸新民事訴訟法ノ解釋トシテ相殺ハ民法上單純ナル防禦方法ニ過キス隨テ請求ノ主張ト爲ラスト立論シ反對ニ論結シタリ然レトモ道ハ「ブランク」、「ワッハ」、「ヘルマシ」氏等ノ獨逸舊民事訴訟法ノ解釋トシテ贊成セザル所ニシテ又予輩カ我民事訴訟法ノ解釋トシテ採ラサル所ナリ何トナレハ斯ル見解ハ相殺ノ抗辯ノ新ナル提出ニ付キ第四一六條後段ニ於テ規定セル制限ヲ解スルコトヲ得サレハナリ(民事訴訟四五〇條二項)然レトモ當事者ハ控訴審ニ於テ新ニ總テノ抗辯殊ニ留置權ニ基ク抗辯ヲ提出スルコトヲ得(シ何トナレハ抗辯ハ請求ニ非ス殊ニ留置權ニ基ク抗辯ハ或特定ノ請求ニ依リテ維持セラザルモノナレトモ其請求ノ確定判決ニ依ル確定若クハ實行ヲ目的トスルモノニ非サレハナリ控訴裁判所ハ調査ノ結果新ナル請求ヲ提起シタリト認メタルトキハ裁判ヲ以テ斯ル請求ヲ却下セザルヘカラス而シテ此判決ハ一分判決ナリ何トナレハ新ナル請求ハ斯ル判決ニ依リ控訴裁判所ヲ離脱シ又斯ル判決ハ他ノ請求ニ關スル控訴裁判所ノ判決ノ一部分ヲ成スモノナルヲ以テナリ然レトモ「ガウプ」氏ハ獨逸民事訴訟法ノ解釋トシテ控訴人カ新ナル請求ヲ提起シタルモノト認メタルトキハ控訴ヲ理由ナシトシテ棄却シ被控訴人カ新ナル請求ヲ提起シタルトキハ之ヲ訴訟上許スヘカラサルモノトシテ棄却スヘキモノト曰ヘリ參考ノ爲メニ一言ス

以上略述シタル(1)及ヒ(2)ノ法則ニ關シテハ各例外アリ是レ特定ノ場合ニ於テ斯ル法則ノ嚴格ナル適用ヲ制限シタルニ外ナラス(1)訴ノ變更ヲ許ササル法則ニ關シテ之ヲ云ヘハ控訴審ニ於テ訴ノ原因ヲ變更セスシテ新ニ訴ノ申立ヲ爲スハ一ノ新ナル請求ヲ提起トシテ且法律上許スヘカラサル訴ノ變更ナルヲ以テ(四一二條)之ヲ許ササルヲ當然ナリトス殊ニ訴ノ申立ニ於テ他ノ私法上ノ給付ヲ求ムルカ如キハ之ヲ許スコトヲ得然レトモ第一審ニ於テ訴ノ原因ヲ變更セスシテ本案又ハ附帶ノ請求ニ付キ訴ノ申立ヲ擴張シ又ハ之ヲ減縮スルコト及ヒ最初求メタル目的物ノ滅盡又ハ變更ニ因リ之ニ代ヘ他ノ目的物又ハ賠償ヲ求ムルコトハ法律ノ是認スル所ニシテ訴ノ變更ト爲ラザルヲ以テ(一九六條二號、三號)第一審ノ續審タル控訴審ニ於テモ亦斯ル法則ヲ是認スルヲ當然ナリトス是レ第四一六條ニ於テ「新ナル請求ハ第一九六條第二號及ヒ第三號ノ場合ニ限リ……之ヲ起スコトヲ得」ト規定セル所以ナリ(民事訴訟四五一條)隨テ又當事者ハ控訴審ニ於テ確認ノ訴ヲ給付ノ訴ニ又後者ヲ前者ニ變更スルコトヲ得(シ地方裁判所カ控訴裁判所ナル場合ニ於テ申立ノ擴張ノ結果訴訟物カ金百圓ヲ超過スルニ至リタルトキハ當事者ハ管轄邊ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得ルヤ否ヤハ學者間ニ爭アル所ナリ「ガウプ」氏「ウキルモースキヤ」氏等ハ消極的ニ又「ゾヰフ」

ルド」(「ストロックマン」氏等ハ積極的ニ論結シタリ予輩ハ我民事訴訟法ノ解釋トシテハ前
 説ヲ正當ナリト思惟ス何トナレハ控訴ハ判決言渡ノ當時正當ニ管轄權アリタル區裁判所ノ
 判決ニ對シ提起セラレタルモノナルヲ以テナリ又控訴審ニ於テ新ナル訴ノ原因ヲ附加スル
 コトハ訴ノ變更ト爲ルヲ以テ(四一三條)之ヲ許ササルヲ當然ナリトス然レトモ第一審ニ
 於テ訴ノ原因ヲ變更セシテ爲ス事實上ノ申述即チ從來ノ原因補充又ハ其更正ハ法律ノ是
 認スル所ニシテ訴ノ變更ト爲ラサルヲ以テ(一九六條一號)第一審ノ續審タル控訴審ニ於
 テ亦斯ル法則ノ適用アルハ當然ニシテ又「ブランタ」氏ノ明言スル所ナリ故ニ法律ニ明文
 ナキヨ理由トシテ反對ニ論結スルコト勿レ

(2)新ナル請求ノ提起ヲ許ササル法則ニ關シテ之ヲ言ハハ相殺ノ爲メニスル新ナル請求ノ主
 張ハ相殺スルコトヲ得ヘキモノニシテ且原告若クハ被告カ其過失ニ非スシテ第一審ニ於テ
 提出シ能ハサリシコトヲ疏明スルトキニ限り之ヲ許ス(四一六條、民事案四五〇條二項)
 是ヲ以テ第一ニ原告若クハ被告カ上訴審ニ於テ相殺ノ爲メニスル新ナル請求ヲ提起スルニハ其
 請求カ民法ノ規定ニ從ヒ訴ノ目的タル債權ト相殺スルコトヲ得ヘキモノナルコトヲ以テ足
 レリトシ當事者カ訴訟前ニ相殺ノ意思ヲ表示シタルコト及ヒ相殺ノ爲メニ主張セル請求カ
 訴ノ目的タル債權ト互ニ關係セルコトヲ必要トセス又相殺カ控訴ノ理由トシテ主張セラル
 ルト之ニ對スル防禦トシテ主張セラルルトノ區別ヲ問ハサルナリ第二ニ原告若クハ被告カ

其過失ニ非スシテ第一審ニ於テ相殺ノ抗辯ヲ提出シ能ハサリシコトヲ疏明スルコトヲ要ス
 過失ノ有無ハ事實問題トシテ裁判所ノ認定スル所ナリ然レトモ斯ル認定ハ上告裁判所ノ判
 斷ヲ受ケサルモノト論結スルコト勿レ(四二八條三項)而シテ第一審ニ於テ訴訟ヲ審理セル
 間ニ相殺ノ抗辯ヲ提出スルニ適當ナル要件ヲ認識スルコト能ハサル事情ノ存スルトキハ通
 常過失ナキモノニシテ又相殺ノ抗辯ヲ提出シ得ヘカリシ事情ノ存スルトキハ通常過失アル
 モノナリ疏明ハ公益ノ爲メニ必要ナリトシテ規定セラレタルモノナレハ相手方ノ承諾ヲ以
 テ之ニ代用スルコトヲ得ス然レトモ疏明ハ相殺スルコトヲ得ヘキ事實カ第一審ニ於ケル辯
 論終結後ニ成立シタル場合例ヘハ相殺ノ用ニ供スヘキ債權カ斯ル辯論終結後ニ期限ノ到來
 シタル場合、被告カ相殺ノ用ニ供スヘキ債權ヲ斯ル辯論終結後ニ取得シタル場合ニ於テハ
 之ヲ必要トセス蓋シ斯ル場合ニ於テハ被告カ第一審ニ於テ相殺ノ抗辯ヲ提出シ能ハサル事
 實ハ疏明ヲ俟タスシテ明白ナレハナリ原告ハ其債權ヲ自由ニ被告ノ債權ト相殺スルコトヲ
 得故ニ前示ノ制限ハ唯被告及ヒ反訴被告ノ相殺ニ關シ適用アルノミ隨テ第四一六條第二項
 ニ所謂「原告若クハ被告」ハ反訴被告若クハ本訴被告ト解セサルヘカラス又被告カ第一審ニ
 於テ相殺ノ抗辯ヲ提出シタルトキハ前示ノ制限ニ拘ハラス第二審ニ於テ相殺ノ抗辯ヲ提出
 スルコトヲ得蓋シ斯ル場合ニ於テハ相殺ノ爲メニスル請求ノ主張カ新ナル請求ニ非サレハ
 ナリ故ニ被告ハ第一審ニ於テ提出シ且許スヘカラスアルモノトシテ棄却セラレタル相殺ノ抗



辯若クハ第二一〇條ニ從テ却テラレタル相殺ノ抗辯ヲ第二審ニ於テ自由ニ提出スルコトヲ得又被告ハ第一審ニ於テ訴ノ目的タル數箇ノ請求中ノ甲ニ對スル相殺ノ爲メニ主張シタル債權ヲ第二審ニ於テ乙ナル他ノ債權ニ對スル相殺ノ爲メニ主張スルコトヲ得而シテ控訴裁判所ハ被告カ第四一六條第二項ニ從ヒ疏明ヲ爲ササルトキハ相殺ノ爲メニ主張シタル新ナル請求ヲ棄却シ又反對ノ場合ニ於テハ相殺ノ抗辯ニ付キ當否ノ判決ヲ爲ス其他以上略述シタル(1)及ヒ(2)ノ法則ハ人事訴訟ニ關シテ其適用ナシ當事者ハ控訴審ニ於ケル辯論ノ終結ニ至ル迄訴ヲ變更シ(例ヘハ離婚ノ訴ヲ婚姻取消ノ訴ニ變更シ)訴ノ事由ヲ變更シ(例ヘハ離婚ノ訴ニ婚姻取消ノ訴ヲ併合シ)又反訴ヲ提起スルコトヲ得(八八條、二六條、三九條二項)是レ國家カ公益上人事訴訟事件ノ増加ヲ防止シ一ノ訴訟ニ於テ其提起ノ當時提起スルコトヲ得ヘキ人事訴訟ニ關スル請求ヲ主張セシムルコトヲ欲シタルニ外ナラス

(乙) 第一審ニ於テ終結シタル口頭辯論ヲ再開シテ爲ス判決ノ調査 控訴裁判所ハ第一審ニ於テ終結セラレタル口頭辯論ヲ再開シテ不服ヲ申立テラレタル第一審判決ノ調査ニ是ヲ以テ

(1) 第一審ノ最終ノ口頭辯論ニ於テ組成セラレタル訴訟材料ハ控訴裁判所ニ於ケル調査ノ基礎ト爲ル是ヲ以テ「當事者ハ」先ツ控訴裁判所ノ監督ノ下ニ於テ「其控訴ノ申立及ヒ不服ヲ申立テラレタル裁判ノ當否ヲ明瞭ナラシムル爲メ必要ナル限りハ」口頭辯論ノ際第一審

ニ於ケル辯論ノ結果ヲ演述シ」以テ控訴裁判所ヲシテ第一審判決ノ基礎ト爲リタル訴訟材料ヲ認識セシメサルヘカラス(四一二條一項、民訴案四四八條一項)第一審ニ於ケル辯論ノ結果ハ控訴ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル判決ノ内容、判決前ニ爲シタル裁判及ヒ其理由並ニ證據調ニシテ第一審ニ於ケル最終ノ辯論ニ於テ存在セル攻撃及ヒ防禦ノ方法、立證及ヒ反證並ニ之ニ關スル陳述其他證據調書ニ關スル訴訟材料ハ皆之ニ屬ス而シテ此等ノ訴訟材料ハ當事者カ控訴審ニ於ケル辯論(四一一條)トシテ演述スルニ非サレハ控訴裁判所カ之ヲ前審判決ノ當否ヲ調査スルノ用ニ供スルコトヲ得ス是レ口頭辯論主義ヲ認メタル法則ノ適用ノ結果ニシテ固ヨリ當然ナリ故ニ當事者カ演述ヲ爲シタルトキハ其訴訟材料ハ第一審ノ最終ノ辯論ニ存在シタルト同一ノ效力ヲ控訴審ニ於テ有シ唯裁判ヲ爲ス裁判官ノ變更アルニ止マルコトト爲ル口頭辯論ハ控訴審ニ於テモ亦當事者ノ申立ニ因リ始マル(一一〇條、二二二條、四〇八條)故ニ當事者申立ヲ爲シタル後ニ於テ第一審ニ於ケル辯論ノ結果ヲ演述スルヲ當然ノ順序ナリトス(四一二條一項「……口頭辯論ノ際……」法律ハ「當事者」カ第一審ニ於ケル辯論ノ結果ヲ演述スヘキ旨ヲ規定シ(四一二條一項「當事者ハ」)控訴人カ第一審ニ於ケル辯論ノ結果ヲ演述スヘキ旨ヲ規定セス故ニ裁判長ハ演述ヲ分離シテ原告タル控訴人ニ其請求ニ關スル演述ヲ爲サシメ又被告タル被控訴人ニ其反對請求ニ關スル演述ヲ爲サシムルコトヲ得又第一審ニ於ケル訴訟材料ノ演述ハ一ノ報告(Report)タル

ノ性質ヲ有ス故ニ斯ル演述ハ之ヲ他ノ演述ニ先テ爲スヘキヲ當然ノ順序ナリトス然レトモ各攻撃及ヒ防禦方法ヲ混シテ演述スルコトハ法律ノ禁セサル所ナリ蓋シ此等ノ事項ハ訴訟ノ指揮ニ關スルモノニシテ控訴裁判所ラシテ容易ニ第一審ニ於ケル訴訟材料ヲ認識セシムルカ爲メニ裁判長ノ選定スヘキ所ナレハナリ隨テ第一審ニ於ケル辯論ノ結果ヲ演述シタル當事者カ控訴人ナルヤ否ヤノ區別ハ控訴審ニ於ケル斟酌ノ問題ニ何等ノ影響ナキモノト知ルヘシ當事者ノ演述カ不正確又ハ不完全ナル場合ニ於テハ裁判長ハ其更正若クハ補充ヲ爲サシメ又必要ナル場合ニ於テハ辯論ヲ再開シテ之ヲ爲サシム(四一二條三項、民訴案四四八條二項)是レ控訴裁判所ニ送付セラレタル第一審ノ訴訟記録ニ基キ(四三一條、民訴案四六六條)當事者カ第一審ニ於ケル攻撃及ヒ防禦方法ヲ維持シ若クハ之ヲ拋棄スルヤノ疑問ヲ除去スルコトヲ得セシムルカ爲メナリ(一〇九條、一一二條)當事者カ裁判長ノ命シタル更正若クハ補充ヲ拒ミタルトキハ何等ノ強制手段ナキヲ以テ又控訴裁判所カ補充スルコトハ法律ノ許サレサル所ナルヲ以テ形式上ノ欠缺ヲ來スニ至ルコトハ疑ヲ容レザル所ナリ獨逸民事訴訟法ニ於テハ控訴事件ニ付キ必要ノ辯護士訴訟主義ヲ認メタルヲ以テ立法上當事者カ裁判長ノ更正若クハ補充ノ命令ニ應ズルコトヲ拒絶スルカ如キ場合ヲ想像スルノ必要ナン唯辯護士ニ對スル懲戒處分ヲ以テ足レリトス我民事訴訟法ハ控訴事件ニ付テ亦任意的辯護士訴訟主義ヲ認メタルヲ以テ立法上當事者本人カ裁判長ノ命シタル更正若クハ

補充ヲ拒ミタル場合ヲ豫想シ斯ル場合ニ處スル規定ヲ設クルコトヲ要ス但解釋上斯ル當事者ハ不利益ナル處分ヲ受クルモノト謂フコトヲ得ヘシ獨逸ニ於テハ「ワッハ」、「ヘルマン」氏等ハ「ガウプ」、「ウキルモースキー」、「ゾキフヘルド」氏等ノ見解ニ反對シテ當事者カ控訴審ニ於テ爲ス第一審ノ辯論ノ結果ニ關スル演述ハ其演述セラレタル第一審ノ訴訟材料ニ非サレハ之ヲ控訴審ニ於テ第一審ノ判決ノ當否ヲ調査スル場合ニ斟酌スルコトヲ得ストノ意味ヲ有スルモノニ非ス換言スレハ第一審ノ訴訟材料ニ關スル必要ノ表彰的形式ニ非スシテ却テ訴訟事件ニ關スル控訴裁判所ノ審問手段タルニ過キス故ニ控訴裁判所ハ不服ヲ申立テラレタル第一審ノ判決及ヒ訴訟記録ニ存在スル第一審ニ於ケル訴訟材料ハ之ヲ顯著ナルモノトシテ取扱ヒ且當事者カ之ヲ演述セザルトキト雖モ當然之ヲ斟酌セザルヘカラス故ニ第一ニ舊獨逸民事訴訟法第五〇四條第二項(新獨逸民訴五四二條二項、舊民訴五二九條)ニ於テハ被控訴人カ口頭辯論期日ニ出頭セザルトキハ第一審裁判所ノ憑據ト爲リタル事件ノ關係ニ牴觸セザル控訴人ノ事實上ノ演述ハ被控訴人之ヲ自白シタルモノト看做スト規定シ控訴裁判所ラシテ職權ヲ以テ事件ノ關係ヲ調査セシメタリ第二ニ控訴裁判所ニ於テハ第一審ノ訴訟材料ハ訴訟記録(判決原本及ヒ調書)ニ存スルヲ以テ控訴ノ提起ニ因リ不服ヲ申立テラレタル判決ノ當否ヲ調査スルカ爲メニ訴訟記録ヲ調査シ之ニ基キ裁判ヲ爲スコトハ宛モ第一審ニ於テ判決言渡前ニ於ケル最終ノ辯論期日ニ於テ演述セラレラシ辯論調

書ノ記載事項ヲ裁判ノ用ニ供スルト同一ナリ第三ニ裁判長カ當事者ノ演述ニ付キ更正若クハ補充ヲ爲サシムヘキ職權及ヒ職務ニ關スル規定アルニ依リテ第一審ノ訴訟材料ノ報告ニ關シテハ口頭辯論主義ノ適用ノ排斥アリタルコトヲ知ルニ足ル蓋シスル規定ハ第一、二審ノ訴訟記録ニ存スル訴訟材料即チ事實及ヒ調書ノ職權調査ヲ前提ト爲スニ非サレハ解スルコト能ハサレハナリ又反對ニ論結スレハ控訴裁判所ハ當事者カ其演述ノ更正及ヒ補充ヲ提起シタル場合ニ於テ裁判所ハ第一審ノ訴訟記録ノ現存スルニ拘ハラズ裁判ヲ爲スニ必要ナル心證ヲ得ルコト能ハサルノ不當ナル結果ヲ生スヘシト主張シタリ然レトモ我民事訴訟法ノ解釋トシテハ人事訴訟ヲ除ク外(人訴一四條)唯口頭ヲ以テ演述セラレタル事項ノミヲ裁判ノ材料ト爲スヘキ原則即チ口頭辯論主義ノ適用ヲ排斥シタル旨ノ明文ナキヲ以テ「ツツハ」(ヘルマン)氏等ノ見解ハ之ヲ採用スルコトヲ得ス

(2) 當事者ハ再開シタル第一審ノ口頭辯論ニ於テ一旦提出シタル訴訟材料ヲ變更スルコトヲ得ルト同一ノ理由ニ因リ控訴審ニ於テ第一審ニ於ケル訴訟材料ヲ變更スルコトヲ得故ニ第一、二審ニ於テ提出セラレタル攻撃及ヒ防禦方法、申立、主張、證據等ニ關スル當事者ノ拋棄ハ法律ノ許ス所ナリ(三二〇條)第二、三審ニ於テ爲シタル事實及ヒ證據ニ關スル當事者ノ意思表示ハ第二審ニ於テ亦其效力ヲ存シ争ハレタル事實ハ争ハレタルモノトシテ之ヲ取扱ヒ(四二九條引用)第一審ニ於テ爲シタル裁判上ノ自白即チ推定自白(一一

一條)ニ相對スル現實ノ裁判上ノ自白ハ當事者カ裁判上明示ノ陳述シタルト當事者ノ供述ニ基テ結論トシテ認識シタルモノナルト相手方ノ事實上ノ陳述ヲ是認シタルモノナルト相手方ノ提出シタル證書ニ關スル裁判上ノ是認ナルトノ區別ヲ問ハズ第二審ニ於テモ亦其效力ヲ有シ(四一八條)裁判外ノ自白ハ控訴審ニ於テ亦裁判官ノ自由判斷ニ委セララルモノナリ又第一審ニ於テ眞實ト看做サレタル事項(一一一條)ハ第二審ニ於テ亦之ヲ眞實ト看做サレタルモノトシテ取扱ハサルヲ得スト雖モ辯論期日ニ出頭シタル當事者ハ第一審ニ於ケルルト同シク争ヒタル事項ヲ自白シタルモノナリト變更スルコトヲ得、自白カ眞實ニ反シ且錯誤ニ出テタル旨ヲ説明シテ之ヲ取消スコトヲ得(裁判上ノ自白ハ控訴審ニ於テハ第一審ニ於ケルヨリモ強大ナル效力ヲ有スルノ理ナキヲ以テナリ)(獨新民訴二九〇條)又第一審ニ於テ事實又ハ證書ニ付キ爲ササリシ陳述又ハ拒ミタル陳述ヲ控訴審ニ於テ爲シ以テ追完ヲ爲スコトヲ得(四一七條)是レ控訴カ第一審ノ續行タル原則ノ適用ニ過キス(四一一條)而シテ當事者カ第一審ニ於テ陳述ヲ爲サズ又ハ之ヲ拒ミタル行為カ事實ノ認定ニ付キ如何ナル影響アルヤハ裁判官カ第二一七條ニ從ヒ自由ニ判斷スル所ナリ第一審ニ於テ施行シタル證據調ハ第二審ニ於テモ亦其效力アリ而シテ證據調ノ結果ハ第一審ニ於ケル辯論ノ内容ト共ニ控訴裁判所ノ自由ニ判斷スルハ第一審ニ於ケル場合ト異ナラス但證據調ノ結果ヲ斟酌スヘキ規定ニ反スルコトヲ得サルハ言フ俟タズ第三ニ當事者ニ於テ主張セサリシ攻撃及

防禦ノ方法殊ニ新事實、新證據方法及ヒ妨訴抗辯ヲ控訴審ニ於テ提出シテ第一審ニ於ケル訴訟材料ヲ増加スルコトヲ得(四一五條)是レ獨逸民事訴訟法及ヒ羅馬法ト同シク當事者雙方ニ斯ル權能ヲ認メ以テ兩者ヲ同等ニ保護スルノ法意ニ出テタルモノニ外ナラス故ニ被控訴人ハ附帶控訴ヲ提起スルコトナクシテ自己ニ利益ナル第一審ノ判決ヲ維持スルカ爲メ第一審ニ於テ主張セザリシ攻撃及ヒ防禦ノ方法ヲ提出スルコトヲ得但斯ル權能ハ當事者カ第一審ニ於ケル再開ノ口頭辯論ニ於テ攻撃及ヒ防禦方法ヲ提出ヲ許ササルノ制限ト同一ノ制限ヲ受ク蓋シ控訴審ハ前述ノ如ク第一審ニ於テ終結シタル口頭辯論ヲ第二審ニ於テ再開シタルモノニ外ナラサレハナリ第一審ニ於テ主張セザリシ攻撃及ヒ防禦方法トハ主張シタル請求ニ關スル事實上及ヒ法律上ノ要素及ヒ相手方ノ請求ヲ排斥スル用ヲ爲ス各種ノ法律上ノ手段ニシテ攻撃及ヒ防禦ノ基礎カ訴訟法ニ在ルト實體法ニ在ルトノ區別ヲ問ハサルモノナリ新事實トハ第一審ニ於テ申立テザリシ總テノ事實ノ主張ニシテ訴抗辯、再抗辯ノ事實上ノ根據ヲ補充スルノ用ニ供スルモノト知ルヘシ而シテ裁判上ノ明白及ヒ確定シタル闕席裁判ニ於テ明白シタリト看做サレタル事實ニ反スル新事實ハ之ヲ提出スルコトヲ得サルヤ當然ナリ(四一八條、三九八條)新證據方法トハ第一審ニ於テ主張セス又ハ裁判所ニ於テ採用セザリシ總テノ證據方法ナリ而シテ新證據方法ハ第一審ニ於テ確定シ且攻撃スルコト能ハサルニ至リタル事實上ノ關係ニ付キ之ヲ提出スルコト能ハサルヤ當然ナリト雖モ民

民事訴訟法第三四一條ノ規定ニ從ヒ第一審ノ裁判所ニ於テ爲シタル判定ノ爲メニ之ヲ提出スルコトヲ妨ケラルモノニ非ス當事者ハ第一審ノ辯論期日ニ於テ爲シタル不完全ノ訴訟行爲ニ基キ生シタル結果ヲ除去スルカ爲メニ第二審ニ於テ斯ル行爲ノ追完ヲ爲スコトヲ得ルヲ以テ第二審ニ於テ證書ノ原本ヲ提出シ舉證者ノ提出シタル證書ノ原本ヲ正當ナルモノト看做シタル第一審ニ於ケル判定ノ效力ヲ除去スルコトヲ得又上級裁判所ハ下級裁判所ノ認定ト異ナリタル認定ヲ爲スコトヲ得ルヲ以テ第二審ニ於テ新證據方法ヲ提出シ舉證者ノ主張ヲ正當ナリト認メタル第一審ニ於ケル判定ト異ナリタル第二審ノ判定ヲ受クルコトヲ得妨訴抗辯トハ提起セラレタル訴ニ因リ訴訟事件カ適法ニ受訴裁判所ニ繫屬セス隨テ受訴裁判所ハ其受理シタル訴ニ基キ訴ノ申立ニ關スル實體上ノ當否ヲ判斷スルコトヲ得ス故ニ之ヲ爲スコトナクシテ直チニ該訴ヲ却下スヘキ結果ヲ惹起スルニ足ルヘキ各訴訟法上ノ理由ノ主張ニシテ第二〇六條ニ於テ制限的ニ列舉セラレタルモノ即チ是ナリ而シテ當事者ハ形式的及ヒ實體的方面ニ於テ新ナル攻撃及ヒ防禦ノ方法ヲ提出シ第一審ニ於ケル訴訟材料ヲ第二審ニ於テ増加スルコトヲ得(四)形式的方面ニ於ケル訴訟材料ノ増加ニ關シテ之ヲ言ハハ當事者ハ第一審ノ判決又ハ其基礎タル訴訟材料殊ニ證據調カ訴訟手續ニ違背シタルコトヲ理由トシテ該判決ニ對シ控訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルカ故ニ特ニ之カ爲メニ新ナル攻撃及ヒ防禦方法殊ニ新事實及ヒ新證據方法ヲ提出スルコトヲ得ルハ當然ナリト妨訴抗辯

0112

中第一審ニ於ケル辯論終結後ニ成立シタル抗辯殊ニ控訴審ニ於ケル訴ノ申立ノ擴張ニ因リテ成立シタル裁判所管轄違ノ妨訴抗辯、控訴審ニ於ケル訴訟能力ノ欠缺ニ因リテ成立シタル訴訟能力欠缺ノ抗辯並ニ控訴審ニ於テ新ニ第八九條三項ノ前提要件ヲ具備シタルニ因リテ成立シタル訴訟費用保證ノ欠缺ノ妨訴抗辯及ヒ第一審ニ於テ主張セザリシ妨訴抗辯ニシテ其性質上當事者カ有效力ニ拋棄スルコトヲ得サルモノ即チ裁判所カ職權ヲ以テ調査スヘキモノ殊ニ裁判所管轄違ノ抗辯(二〇六條一項、三一一條)無訴權ノ抗辯、訴訟能力欠缺ノ抗辯並ニ法律上代理欠缺ノ抗辯ハ當事者カ之ヲ控訴審ニ於テ提出スルコトヲ得殊ニ後者ノ抗辯ハ何時ニテモ提出スルコトヲ得ヘク第一審ニ於テ主張セザリシ妨訴抗辯ニシテ其性質上當事者カ有效力ニ拋棄スルコトヲ得ルモノ即チ裁判所カ「職權ヲ以テ調査スヘカラサルモノ」殊ニ管轄ニ付テノ合意ヲ許スヘキ管轄ニ關スル裁判所管轄違ノ抗辯(二九條乃至三一一條)權利拘束ノ抗辯、訴訟費用保證欠缺ノ抗辯(控訴審ニ於テ新ニ成立シタルモノヲ除ク)前訴訟費用未済ノ抗辯(延期抗辯ハ舊民法延期ノ抗辯ニ關スル規定ノ廢止ト共ニ廢止セラレタルモノナルヘシ)ハ假令第一審ノ再開シタル辯論ニ於テハ之ヲ提出スルコトヲ得ルト雖モ第二審ニ於テ之ヲ提出スルコトヲ得ス(區裁判所ニ繫屬スル訴訟事件ニ關シテハ當事者カ拋棄スルコトヲ得ヘキ裁判所管轄違ノ妨訴抗辯ヲ除クノ外他ノ妨訴抗辯ハ之ヲ口頭辯論ニ於テ提出スルコトヲ得地方裁判所ニ繫屬シタル訴訟事件ニ關シテハ再開シタル口頭辯論

カ妨訴抗辯ノ當否ニ關スルトキニ限リ他ノ妨訴抗辯ヲ提出スルコトヲ得(三七九條、二〇六條)「……同時ニ……」何トナレハ第二〇六條第二項及ヒ第三七九條第一項ノ規定ニ從ヒ第一審ニ於テ本案ノ辯論前ニ妨訴抗辯ヲ提出セサルニ因リ又第一審ニ於ケル口頭辯論ノ終結ニ因リ(區裁判所ニ繫屬セル事件ニ關シテハ裁判所管轄違ノ抗辯ヲ除ク他ノ抗辯ハ何レモ辯論ノ終結ニ因リテ抗辯提出ノ權利ヲ喪失ス)(三七九條)發生シタル妨訴抗辯提出權ノ喪失ハ控訴審ニ於テ亦存續スヘキモノナレハナリ唯例外トシテ「原告(反訴被告)若クハ被告カ其過失ニ非スシテ第一審ニ於テ提出シ能ハサルコトヲ疏明スルトキニ限リ」斯ル妨訴抗辯ヲ提出スルコトヲ得(四一四條一項)而シテ妨訴抗辯ノ提出ハ第二〇六條第一項ノ適用ニ依リ(四〇八條)本案ノ辯論前ニ之ヲ爲ササルヲ以テ當事者カ控訴審ニ於テ本案ノ辯論後前示ノ抗辯ヲ提出シタルトキハ第四一四條第一項ニ規定セル疏明ノ外ニ尙ホ被告ノ過失ニ非スシテ本案ノ辯論前ニ其抗辯ヲ主張スルコト能ハサル旨ヲ疏明スルニ非サレハ其效ナシ然レトモ數箇ノ妨訴抗辯ヲ同時ニ提出スヘキ旨ヲ規定シタル第二〇六條第一項ハ控訴審ニ於テ妨訴抗辯ヲ提出スル場合ニ適用ナシ何トナレハ控訴審ニ於テハ當事者ハ妨訴抗辯ニ基キ本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得サルヲ以テ(四一四條二項上段)漸次ニ妨訴抗辯ヲ提出シ其訴訟ヲ遅延セシムルノ虞ナキヲ以テナリ訴訟手續ノ違背ニ關スル責問權ニ關シテハ我民事訴訟法ハ獨逸民事訴訟法ニ於ケルカカキ規定ヲ設ケザリシ(獨逸民訴二九五條、五三〇

條ハ然レトモ解釋上當事者カ有效ニ拋棄スルコトヲ得ヘキ訴訟手續ノ違背ニ關スル責問權ハ之ヲ控訴審ニ於テ新ニ主張スルコトヲ得ス之ニ反シテ當事者カ有效ニ拋棄スルコトヲ得サル訴訟手續ノ違背ニ關スル責問權ハ之ヲ控訴審ニ於テ新ニ主張スルコトヲ得ルモノト論結スルコトヲ得ヘシ但立法者トシテハ獨逸民事訴訟法ニ於ケルカ如キ規定ヲ設クルヲ正當ナリト思惟ス(b)實體的方面ニ於ケル訴訟材料ノ増加ニ關シテ之ヲ言ヘハ當事者ハ第一審ノ判決ヲ訴訟事件ノ眞實ナル内容ニ適セサルコトヲ理由トシテ該判決ニ對シ控訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルカ故ニ特ニ之カ爲メニ新ナル攻撃及ヒ防禦ノ方法殊ニ新事實及ヒ新證據方法ヲ提出スルコトヲ得ルハ當然ナリ而シテ當事者カ斯ル攻撃及ヒ防禦ノ方法ヲ第一審ニ於テ拋棄シ又ハ時機ニ遅レテ提出シタルモノトシテ却下セラレタルノ事情ハ法律ノ間フ所ニ非ス(二一〇條、二二四條、三四九條)何トナレハ當事者ハ斯ル攻撃及ヒ防禦ノ方法ト雖モ之ヲ第一審ノ再開シタル口頭辯論ニ於テ提出スルコトヲ得レハナリ然レトモ期間ノ經過ニ因リテ(例ヘハ原狀回復ノ申立書ニハ其疏明方法ヲ掲クルコトヲ要スルモノナルヲ以テ申立期間經過ノ場合ニハ新ナル疏明方法ヲ提出スルコトヲ得サルカ如シ)又ハ數額ノ裁判ヲ留保シタル請求ノ原因ニ關スル中間判決ノ確定(二四〇條)ニ因リテ確定的ニ失權シタル總テノ攻撃及ヒ防禦ノ方法ハ新ナル訴訟材料トシテ之ヲ提出スルコトヲ得ス之ニ反シ單純ナル中間判決ニ依リ第一審カ羈束セララル結果トシテ同一審ニ提出スルコトヲ得サ

民事訴訟法 (自第六編 至第八編)

法學士 板倉 松太 郎 講述

第六編 強制執行

第一卷 緒論

第一章 強制執行ノ定義

強制執行トハ執行機關カ債權者ノ請求ニ因リ執行名義ノ範圍ニ於テ不履行ノ債務者ニ對シ法定ノ條件ニ從ヒ國家ノ強制力ヲ加ヘ以テ其權利ノ満足ヲ得セシムル各種ノ手續ナリ此定義ヲ分析シテ説明スレハ則チ定義ニハ左ノ觀念ヲ包含ス

(第一)民事訴訟法ニ於ケル執行名義及ヒ其範圍(第二)執行名義ヲ有スヘキ權利(第三)強制執行ニ著手スル要件(第四)強制執行ノ機關(第五)強制執行ノ目的(第六)執行手續ノ種類是ナリ右ノ順序ニ從ヒ此觀念ニ付キ説述スヘシ

第一 執行名義及ヒ其範圍 我民事訴訟法ニ依レハ第四九七條及ヒ第五五九條ニ執行名義ノ如何ナルモノナルキヲ規定セリ即チ第四九七條ニ依レハ強制執行ハ確定ノ終局判決又ハ假執行ノ宣言ヲ付シタル終局判決ニ依リテ爲ス旨即チ判決執行名義ナルコトヲ規定シ第五五九條ニ依レハ強制執行ハ左ノ諸件ニ付テモ亦之ヲ爲スコトヲ得(第一)抗告ヲ以テハミ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判(第二)執行命令(第三)訴ノ提起後受訴裁判所ニ於テ又ハ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ於テ爲シタル和解(第四)第三八一條ノ規定ニ從ヒ區裁判所ニ於テ爲シタル和解(第五)公證人カ其權限内ニ於テ成規ノ方式ニ依リ作リタル證書但一定ノ金額ノ支拂又ハ他人ノ代替物若クハ有價證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ以テ目的トスル請求ニ付キ作リタル證書ニシテ直チニ強制執行ヲ受クヘキ旨ヲ記載シタルモノニ限ルモノトスト規定セリ而シテ又民事訴訟法ノ規定以外ニ於テモ民事ノ強制執行ノ名義ト爲ルモノアリ其重要ナルモノヲ舉クレハ

(一) 刑事訴訟ニ於ケル私訴ノ判決 刑事訴訟法第三三三條ニ依レハ賠償及ヒ訴訟費用ニ關スル私訴判決ハ民事訴訟法上強制執行ノ名義ト爲ルコトヲ得ルモノナリ

(二) 行政裁判所ノ裁判 行政裁判法第二一條ニハ行政裁判所ノ判決ノ執行ハ通常裁判所ニ囑託スルコトヲ得ル旨ヲ規定セリ

(三) 軍事裁判所即チ軍法會議ノ私訴判決 私訴判決ノ執行ハ民事裁判所ニ囑託シテ執行スヘキモノナリ(陸軍治罪法一條、海軍治罪法一條、陸海軍私訴裁判執行法一條)

(四) 破産手續ニ於テ確定シタル權利名義 商事破産手續ニ於テ確定シタル權利トハ破産手續ノ開始中ニ於テ確定シタル權利ニシテ破産手續ノ終結後ニ存スルモノヲ謂フ破産手續開始中ニハ其確定シタル權利ハ破産管財人ニ於テ執行ノ機關ト爲リ民事訴訟法ニ關係セス特別ノ手續ニ依リテ之ヲ執行スルコトヲ得是レ即チ破産手續ニ於テ確定シタル權利名義ハ其手續開始中ハ民事訴訟法ノ執行名義ニ非サルモ其手續終始後ニ存在スルモノハ即チ民事訴訟法ノ執行名義ト爲ルモノナリ(舊商一〇四九條)破産手續ニ於テ確定シタル權利名義トハ債權調査會ノ承認アリテ確定シタル者ノ附記アル債務證書若クハ異議ノ結果債權ノ執行力アルコトヲ言渡シタル判決ヲ謂フ

其他非訟事件手續法及ヒ人事訴訟手續法中ニハ民事訴訟法ノ強制執行名義ト爲ルモノニ關スル規定アリ臺灣法院ノ裁判モ亦民事訴訟法ノ執行名義ト謂フコトヲ得

第二 執行名義ヲ有スヘキ權利 是レ深ク説明スルコトヲ要セサルハシ即チ民事訴訟法ノ執行手續ニ依リ満足ヲ得ヘキ權利ヲ謂フ換言スレハ私法法律關係ヨリ生シタル權利ナリ例ヘハ賣買、貸借、寄託、不當利得、不法行為ニ因リテ生シタル權利ノ如シ

第三 強制執行ニ著スル要件 從來學者ハ強制執行ノ著スル要件ヲ區別シテ實體的要件ト形式的要件ト爲セリ判決及ヒ公正證書ノ如キハ前者ニ屬シ形式的要件ハ後ニ述フルカ如ク執行文ヲ債務者ニ送達スルカ如キ又反對給付ヲ要スル權利ニ付テハ其反對給付ヲ爲シタル旨ノ證明書ヲ

提出スル如キ強制執行ニ著手スルニ付キ裁判所及ヒ債務者ニ對シテ爲スヘキ手續ヲ謂フト曰ヘリ予ハ此區別ヲ以テ正確ナリトスル能ハス元來判決其者ノ意義如何ト云フニ或權利ノ存在スルコトヲ確認シ義務ノ履行ヲ命スルモノニシテ其性質タルヤ形式的ノモノニ過キス故ニ一ノ權利ニ付キ訴ヲ提起シ勝訴ノ判決ヲ得テ確定セハ是レ強制執行ヲ爲スニ一ノ形式的要件ヲ作レルモノナリ強制執行ヲ爲シ得ルハ實體法上ノ權利ノ存在スルニ因ルモノナレハ強制執行ノ主たる原因ハ權利其モノナリ然レトモ權利ハ裁判所ノ認許ヲ經サレハ強制執行ヲ爲ス能ハス認許ヲ得ルノ手續即チ訴訟ハ一ノ形式的手續ニシテ判決ハ其結果ナレハ亦形式的ノモノト謂ハサルヘカラス故ニ強ヒテ區別ヲ立テントセハ權利其モノヲ以テ實體的の要件トシ判決執行文總テ形式的要件ト謂フヲ可ナリトスキヘナリ

第四 執行機關 執行機關トハ債務者ニ對シテ強制執行ヲ實施スルコトヲ得ル職權ヲ有スル者ヲ謂フ我民事訴訟法ニ依レハ二種ニ分ツコトヲ得

一 執達吏
二 裁判所

是ナリ之ニ對シテ補助機關アリ即チ主たる機關ノ爲メニ補助的の行爲ヲ爲スモノヲ謂フ裁判所カ強制執行ノ機關タルトキハ執達吏ハ其補助機關ト爲ル例ヘハ債權ニ對スル強制執行方法トシテ執行裁判所ノ發スル轉付命令、取立命令ヲ送達スル場合ニハ執達吏補助機關ト爲ルカ如シ外國

ニ於ケル強制執行ニ付テハ領事其補助機關ト爲ル場合アリ實際多クノ場合ニ於テハ執達吏カ補助機關ト爲ルナリ執達吏ノ性質ニ付テハ則チ執達吏ハ官吏ナリヤ公吏ナリヤハ嘗テ議論アリシモノナレトモ今日ハ判例ニ於テモ執達吏ノ官吏ナルコトヲ確定セリ其論據ノ主要ナルモノヲ舉ケレハ先ツ裁判所構成法第二編ハ「裁判所及ヒ檢事局ノ官吏」ト題シ其規定中第九五條ニ「執達吏ハ司法大臣之ヲ任シ及ヒ之ヲ補ス云云」トアリ又執達吏規則第一條ニ「執達吏ハ區裁判所ニ屬シ法律ニ從ヒ訴訟ニ關スル書類ヲ送達シ及ヒ裁判ヲ執行ス」トノ明文アリ故ニ理論上ニ於テハ或ハ公吏ナリト謂フヲ得ヘシトスルモ現行法ニ依レハ官吏ナリト論定セサルヘカラス尙ホ執達吏ハ恩給ヲ受クルノ權利アルニ因テ觀ルモ官吏ナリトノ見解ヲ至當トスルヲ知ルヘキナリ從來公吏ナリト論シタル根據ハ官吏ハ俸給ヲ受クルモノナリ然ルニ執達吏ハ一定ノ俸給ヲ受クルコトナシ故ニ官吏ニ非スト謂フニ在リ然レトモ官吏必スシモ俸給ヲ受クルモノニ非ス例ヘハ式部官ハ官吏ナレトモ俸給ヲ受ケサルモノアリ

第五 強制執行ノ目的 強制執行ノ目的ハ權利ノ滿足ヲ得ルニ外ナラス後ニ詳説スヘキヲ以テ茲ニハ唯順序トシテ一言スルニ止メン權利ノ滿足ヲ得ルトハ權利其モノニ基キ之ニ附著スル利益ヲ收ムルニ在リ而シテ強制執行ノ目的ハ權利ノ滿足ヲ得セシムルヲ以テ主眼トス唯其滿足ヲ得ルノ手段方法ハ權利ノ種類ニ依リテ異ナレリ例ヘハ貸金ノ債權ノ如キニ在リテハ其金額ヲ取立ツルヲ以テ目的トシ又債務者ヲシテ或作爲ヲ爲サシムルノ請求權ナルトキハ債務者ノ履行セ



ナル場合ニ於テハ強ヒテ其作爲ヲ爲サシムヘキモノナレトモ我法律ハ身體、自由ニ對シテハ強制ヲ施スコトヲ許ササルカ故ニ他人ヲシテ代リテ作爲ヲ爲サシメ以テ權利ノ満足ヲ得セシムルコトトセリ即チ債務者ノ費用ヲ以テ他人ヲシテ其作爲ヲ爲サシムルニ在リ若シ權利ノ性質上他人ヲシテ代ラシムルコトヲ得サル場合ニ於テハ其遲延ノ期間ニ應シ一定ノ賠償ヲ爲サシメ又ハ初ヨリ金額ヲ見積リテ賠償セシムルヲ以テ一種ノ執行方法ト認メタリ之ニ反シ不作爲ノ場合ニ於テハ債務者ノ身體ヲ束縛シテ作爲ノ自由ヲ得セシメサル處分ハ之ヲ許ササルモ債務者ヲ強制シテ其作爲ノ結果ヲ除去スルコトヲ得ルナリ

第六 強制執行手續ノ種類 強制執行手續ニ付テハ我民事訴訟法ハ執行ノ目的物カ動産、不動産タルト將タ財産權タルトニ依リ其執行手續ヲ異ニシ又債權カ金錢ノ支拂ヲ目的トスルモノト作爲、不作爲ヲ目的トスルモノタルトニ依リ執行ノ手續ヲ異ニセリ

第二章 強制執行法ト他ノ強制執行の法律トノ比較

廣義ニ於ケル強制執行トハ國家公力ノ使用ニ依リテ強制ノ方法ヲ以テ裁判ヲ執行スルノ義ナリ此意義ニ於テハ刑事訴訟法ノ如キハ強制執行法ノ首位ニ居ルモノト謂フヲ得ヘク其他行政裁判法、陸海軍治罪法、破産法等皆強制執行法ト謂フヲ得ヘシ本講ノ目的トスル強制執行法ハ前章ニ於テ説明スル如ク民事訴訟法中ニ存スルモノニシテ此執行法ハ刑事の執行法若シハ行政的執

行法トハ其性質ヲ異ニスルコト最モ明カナルモノナルカ故ニ是等ノ法律ヲ比較説明スルコトハ大ナル利益ナキモノナルヲ以テ之ヲ省キ茲ニハ民事強制執行法ト類似シ一見其區別ヲ知ルニ難キ他ノ法律トノ比較説明ヲ爲スニ止メントス

一 破産法ト民事強制執行法トノ比較

破産手續ハ民事強制執行手續ト大ニ類似スルモノナリ破産ハ支拂ヲ停止シタル商人ニ對シテ開始スル手續ニシテ其總財産ヲ差押ヘ之ヲ換價シ以テ總債權者即チ債權調査會ニ於テ又ハ判決ニ依リテ確定セシ債權ニ當テ右換價額ヲ分配スル手續ナリ財産ノ差押其換價及ヒ配當ノ點ニ付テハ民事ノ強制執行ノ場合ト其手續殆ト同シ殊ニ一人ノ債權者カ債務者ノ總財産ヲ差押ヘ他ノ債權者カ配當要求ヲ爲シタル場合ト破産手續ヲ開始シタル場合トハ以上ノ諸點ニ於テハ兩者ノ間ニ差異ナキモノノ如シ然レトモ法律上右兩者ノ間ニハ左ノ如キ明確ナル差異アリ

(一) 破産ハ本人ノ申立ニ因リ開始スルコトアレトモ(舊商九七八條)民事ノ強制執行ハ債務者本人ノ申立ニ因リ開始スルコトナシ

(二) 適法ナル破産手續ヲ開始シタルトキハ破産財團ニテ手續ノ費用ヲ償フ能ハサル場合ノ外之ヲ取消シ若クハ停止スルコトナシト雖モ強制執行手續ハ債權者ノ申立アラハ何時ニテモ之ヲ取消スヲ得ヘク又民事訴訟法第五〇條ニ掲グル原因ニ基キ之ヲ停止スルコトヲ得ルナリ

(三) 破産宣告後ハ破産者ノ爲シタル支拂其他ノ法律行為又ハ他人ヨリ破産者ニ爲シタル支拂

ハ破産財團ニ對シテ當然無効ナレトモ(舊商九八五條)強制執行開始後ニ於ケル債務者ノ爲シタル支拂其他ノ法律行為(差押財産ニ關セザルモノ)又ハ他人ヨリ債務者ニ爲シタル支拂ハ無効ニ非ス是レ破産ノ效力ハ破産者ニ對シテ絶對的ニ生スルモノナレトモ強制執行ノ效力ハ差押ヘタル財産ニ關シテノミ生スルモノナレハナリ

(四) 支拂停止後ニ於テ又ハ支拂停止前三十日以内ニ於テ破産者ノ爲シタル贈與其他ノ無償行為又ハ之ト同視スヘキ有償行為、期限ニ至ラザル債務ノ辨濟、期限ニ至レル債務ニ對スル代物辨濟、從來負擔シタル債務ニ對スル擔保ノ供與ハ當然無効ナレトモ(舊商九九〇條)強制執行開始後又ハ開始前ニ於ケル債務者ノ同前ノ行為ニシテ差押ニ關係ナキモノハ當然無効ニ非ス

(五) 破産宣告ノ時破産者及ヒ其相手方ノ未タ履行セザル又ハ履行ヲ終ラザル雙務契約ニ何レノ方ヨリモ無償ニテ其解約ヲ申入ルルコトヲ得レトモ(舊商九九三條)強制執行ヲ受ケタル債務者及ヒ其相手方ノ未履行又ハ履行未終了ノ契約ハ無償ニテ解約スル能ハス

(六) 破産手續ノ開始セラレタルトキハ各債權者ハ優先權ノ存スルニ非サレハ強制執行ヲ爲ス能ハス(舊商九八七條)之ニ反シテ強制執行ノ開始ハ破産手續ノ開始ヲ妨ケタルコトナシ右ノ外執行ノ機關或ハ實施ニ關シテ救擧ニ違アラザルノ差異アリ
二 競賣法ト民事強制執行法トノ比較

競賣法ニ規定スル手續ハ民事強制執行手續ノ一種ナリト云フヲ妨ケス即チ競賣法ニ規定セル手續ハ法律ノ特定セル場合ニ於ケル民事強制執行ノ簡易手續ナリ今兩者間ニ於ケル重要ナル差異ヲ舉ケレハ

(一) 民法上ノ請求權ニシテ財産的ナル者ハ民事訴訟法ノ執行名義ヲ有スルヲ得ヘキモノナレトモ財産上ノ請求權ハ常ニ競賣法ニ依リ強制執行ヲ爲スヲ得ス競賣法ニ依リテ強制執行ヲ爲スヲ得ル者ハ留置權、先取特權、質權、抵當權等ニ限定セリ(競三條、二二條)

(二) 民事訴訟法ニ依リテ強制執行ヲ爲サントスルニハ同法第四九七條若クハ第五五〇條ニ規定セル執行名義ノ存スルコトヲ必要トスレトモ競賣法ニ依リテ強制執行ヲ爲サントスルニハ執行名義ノ存在ヲ必要トセス

(三) 民事訴訟法ニ依リ強制執行ヲ爲サントスルニハ種種ノ手續上ノ要件ヲ具備セザルヘカラス例ヘハ執行名義ノ送達、債務者タル軍人軍屬ノ司令官廳ニ對スル通知、執行文ノ發布等ノ如シ競賣法ニ依リテ強制執行ヲ爲スニハ右ノ如キ要件ナシ且民事訴訟法ト同様ナル要件の手續ノ存スル場合ニ於テモ概シテ簡易迅速ニ手續ヲ終了スルヲ得ルナリ一例ヲ舉ケレハ民事訴訟法ニ從ヒ動産ノ競賣ヲ爲サントスルニハ競賣ノ實施ト競賣ノ公告トノ間ニ少クトモ七日ノ時間ヲ存スルコトヲ要スレトモ競賣法ニ依リテ動産ノ競賣ヲ爲サントスルニハ五日ノ時間ヲ存スルヲ以テ足レリトスルカ如シ(民訴五七五條、競九條)

民事訴訟法第六編以下 強制執行 緒論 強制執行法ト他ノ強制執行の法律トノ比較

民事訴訟法第六編以下 強制執行 總論 強制執行ノ要件 判決
三 民事強制執行ト家資分散法トノ比較

家資分散法第一條ノ規定ニ依レハ民事訴訟法ノ強制執行處分ニ因リ義務ヲ辨濟スル資力ナキ債務者ニ對シテハ管轄裁判所ハ職權ニ因リ又ハ申立ニ因リ決定ヲ以テ家資分散者タルノ宣告ヲ爲スヘキモノニシテ其宣告ノ執行手續ハ裁判所及ヒ市町村ノ揭示場ニ揭示シテ公告スルニ止マリ(同法三條)又其效力ハ宣告ヲ受ケタル者ヲシテ公權ヲ喪失セシムルニ在ルノミ(同法五條)故ニ家資分散手續ト強制執行手續トハ手續トシテ類似スル所ナク兩者ハ原因結果ノ關係ヲ有スルモノニシテ分散手續ハ執行手續ノ後ニ生スルモノノ執行手續ハ分散手續ノ原因ヲ成スモノナリトノ點ニ於テ兩者ノ區別アルヲ知ルヘシ

第二卷 總論

第一章 強制執行ノ要件

強制執行ノ要件トハ債權者カ強制執行ヲ爲サントスルニ當リ自己ニ備フヘキ執行名義及ヒ債務者又ハ第三者ニ對シテ盡スヘキ手續ヲ謂フ今執行名義ノ主要ナルモノヨリ説述スヘシ

第一節 判決

判決ニ二種アリ其一ヲ確定ノ終局判決トシ其二ヲ假執行ノ宣言ヲ付シタル終局判決ト爲ス判決

トハ司法權ヲ行フ裁判所カ訴訟ニ對シテ下シタル命令ナリト謂フコトヲ得ヘシ確定ノ終局判決トハ何ソ終局判決トハ中間判決ニ對シテ用フル語ナリ即チ訴ヲ以テ爲シタル請求ノ全部又ハ一部ニ付キ裁判スヘキ餘地ナキニ至レルモノヲ謂フ他語ヲ以テ言ヘハ終局判決トハ判決ノ言渡ト共ニ其言渡ニ關係アル事件ノ全部又ハ一部カ裁判所ノ繫屬ヲ離レタルモノヲ謂フ終局判決ノ性質ヲ有セサルモ強制執行ニ關シテハ終局判決ト看做スモノアリ第四二六條及ヒ第四九一條ノ場合はナリ而シテ所謂確定判決トハ形式上確定シタル判決ナリトノ義ニシテ絕對的ニ攻撃スルコトヲ得サル状態ニ至リタルモノヲ謂フニ非ス換言スレハ普通上訴ノ方法ヲ以テ攻撃スル能ハサル状態ニ立テ至リタルモノヲ謂フニ外ナラス故ニ再審ノ原因存在スル判決モ控訴、上告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得サル場合モ亦然リ確定力ハ判決ノ如何ナル部分ニ存スルカ曰ク「判決ハ其主文ニ包含スルモノニ限り確定力ヲ有ス」トハ第二四四條ニ規定スル所ナリ從來説ヲ爲ス者ハ判決ノ理由ハ確定セスト云ヘリ然レトモ判決主文ノミ確定スルモノト謂フハ正確ノ議論ト謂フヲ得ス之ヲ有形物ニ譬フレハ判決ハ物ノ外包ナリ判決理由ハ其内容ナリ判決主文ナル論結ヲ引出スニ必要ナル論理上ノ前提ト爲ル理由ハ確定力ヲ有スルモノト謂ハサルヘカラス例ヘハ被告ハ原告ニ金千圓ヲ支拂フヘシトノ判決主文ニ於テハ其理由タル法律關係モ共ニ確定ス若シ判決理由ノ確定セサルモノトセハ主文其モノハ解釋スルコト能ハサルカ故ニ強制執行ノ場合ニ債務者異議

ヲ申立ツルトキハ其異議ヲ排斥スルヲ得サル奇怪ノ結果ニ至ルヘシ
 判決確定ニ關スル證明手續ヲ説明センニ判決確定ノ證明ニ關スル手續ハ民事訴訟法第四九條
 以下ニ之ヲ規定セリ先ツ何人カ判決確定ノ證明ヲ求ムルコトヲ得ルヤト云フニ原告若クハ被告
 ナルコトハ第四九條一項ノ明示スル所ナリ然レトモ本條ノ解釋トシテハ原告、被告ノミナラ
 ス其承繼人ハ勿論之ヲ求ムルコトヲ得サルヘカラス原告、被告ノ法定代理人モ亦然リ而シテ茲
 ニ謂フ承繼人トハ廣義ニシテ一般ノ承繼人ハ勿論特別ノ承繼人ヲモ包含ス即チ判決ノ確定シタ
 ル後甲原告ヨリ權利ヲ讓受ケタル乙者モ亦自ラ訴ヲ提起スルヲ要セス直チニ判決ノ確定證明ヲ
 得テ自ラ強制執行ヲ爲スコトヲ得ヘシ其證明書ヲ付與スル者ハ第一審裁判所ノ書記ナリトス而
 シテ判決確定ノ證明書ハ或場合ニハ事件ノ繼續セサルニ拘ハラス與フルコトアリ即チ訴訟カ一
 審判決ヲ受ケ上訴ノ申立ナクシテ完結スル場合ニシテ此場合ニハ上級裁判所ノ書記カ上訴ノ提
 起ナキコトヲ證明シタル書面ヲ以テ判決確定ノ證明書ト爲スニ在リ(四九條三項) 何故ニ此
 ノ如キ規定ヲ設ケタリヤト云フニ民事訴訟法ハ刑事訴訟法ト異ナリ上訴ノ申立ヲ第一審裁判所
 ニ爲ササルカ故ニ單ニ判決送達ヨリ上訴期間ノ經過シタルノミニテハ第一審裁判所ニテハ其判
 決ノ確定シタルヤ否ヤヲ知ルコトヲ得ス故ニ上級裁判所ニテ上訴ノ提起ナキ證明書ヲ與フルヲ
 以テ最モ便利ナリトス同條第三項ハ此理由ニ基キ規定セラレタルモノナリ
 次ニ假執行ノ宣言ヲ付シタル判決ニ付キ述ヘンニ判決ノ假執行ハ法律ニ於テ特定シタル場合ナ

ラサレハ之ヲ許サス當事者カ必要ヲ感スル場合ニ假執行ヲ爲スコトヲ得サルハ勿論又裁判所カ
 通常ト認メタル場合ニ其判決ニ假執行ノ宣言ヲ付スルコトヲ許サス蓋シ債務者ノ利益ヲ保護ス
 ルノ趣旨ヨリ出テタルモノナリ而シテ法律ニ特定シタル場合ニテモ左ノ判決ニハ性質上假執行
 ノ宣言ヲ付スヘキモノニ非ス

第一 上告棄却ノ判決

第二 第二審判決ヲ破毀シ他ノ裁判所ニ事件ヲ移送シ若クハ原裁判所ニ之ヲ差戻ス上告裁判
 所ノ判決

第三 管轄違ノ理由ニ基キ訴ヲ却下シ若クハ之ヲ却下シテ他ノ裁判所ニ移送スル判決

第四 訴ノ却下又ハ請求ノ棄却ノ判決或ハ右判決ニ對スル上訴棄却ノ判決

第五 人事訴訟ノ判決

第六 民事訴訟法第七三六條ニ該當スル判決

我民事訴訟法ハ假執行ノ宣言ヲ付スヘキ判決ヲ二ニ分ツ一ハ職權ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ付スル
 場合ニハ申立ニ因リ假執行ノ宣言ヲ付スル場合是ナリ

第一 職權ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ付スル場合(五〇一條)

(一) 認諾ニ基キ被告(反訴ノ被告ヲ包含ス)ニ敗訴ヲ言渡ス判決 即チ第二二九條ノ場合ヲ
 指稱ス此判決ニ假執行ノ宣言ヲ付スル理由ハ認諾アリタル場合ニ於テハ判決ヲ以テ確定セル

法律關係明確ニシテ之ニ對シ上訴ヲ爲スモ其結果ハ第一審判決ト異ナルコトナシトスルニ因レリ

(二) 證書訴訟又ハ爲替訴訟ニ於テ言渡ス判決 此訴訟ノ場合ニ於テハ第四九一條ニ被告カ原告ノ請求ヲ争フ場合ニハ其防禦方法ヲ被告ニ留保スル判決ヲ下スコトヲ規定セリ而シテ假執行ノ宣言ハ右ノ如ク留保ヲ掲ケタル判決ニモ之ヲ付スルナリ此判決ニ假執行ノ宣言ヲ付スル理由ハ原告ノ提出シタル證書ニ依リ請求ノ原因明確ナルカ故ニ上訴ヲ爲スモ其上訴ノ結果ハ第一審判決ニ異ナルコトナカルヘシトノ推定ト爲替訴訟ニ在リテハ權利ノ執行ヲ迅速ニ爲スヘキ必要アリトノ理由ニ基クモノナリ

(三) 同一審ニ於テ同一ノ原告若クハ被告ニ對シ本案ニ付キ言渡シタル第二又ハ其後ノ關席判決 茲ニ所謂原告ニ對シテ言渡シタル判決トハ被告ノ反訴ヲ提起シタル場合ヲ想像シタルナリ本案トハ請求自體ヲ意味ス此關席判決ハ我訴訟法上二種アリ其一ハ第二六三條ノ新關席判決ナリ新關席判決トハ關席判決ヲ受ケタル當事者カ故障ヲ申立テ新ナル辯論期日ニ再ヒ出頭セサルニ因リ相手方ノ申立ニ因リ故障ノ棄却ヲ言渡ス判決ナリ其二ハ故障ノ申立人カ新口頭辯論ニ出頭シ訴訟ハ關席前ノ程度ニ復シ其後再ヒ其相手方ノ關席シタル場合ニ言渡ス關席判決ニシテ之ヲ第二ノ關席判決ト稱ス執行命令ニ對シ故障ノ申立アリシ後更ニ關席判決ヲ爲ス場合モ亦同シ

以上二種ノ關席判決ニ假執行ノ宣言ヲ付スルハ屢、關席シテ敗訴ノ判決ヲ受クルハ抗辯ノ正當ノ理由ヲ有セサルモノトノ推定ヲ爲シ得ルト又再度以上關席シテ訴訟ヲ遲延セシメントスルノ弊害ヲ防カントスルトノ理由ニ出テタルモノナリ

(四) 假差押又ハ假處分ヲ取消ス判決 第七四五條、第七四七條及ヒ第七五六條ニ規定スル所ナリ此等ノ判決ニ假執行ノ宣言ヲ付スルモノト爲シタル理由ハ此等ノ判決ハ錯雜ナル事實ヲ審査シテ下スモノニ非サルカ故ニ上訴ヲ爲スモ異ナル結果ヲ來スコトナシトノ推定ト迅速ニ執行セシムヘキ必要アリト云フニ在リ

(五) 養料ヲ支拂フ義務ヲ言渡ス判決 即チ民法ニ依リ扶養ノ義務ヲ負擔スル者カ言渡サレタル判決ナリ此場合ニ於ケル請求ノ原因ハ法律上扶養ノ義務アル場合ノミニ非ス合意ニ因リ養料ヲ受クヘキ場合ニモ亦本條ニ依リ假執行ノ宣言ヲ付スヘキモノナリ其理由ハ法律上扶養ノ義務アル場合ナルト契約ニ因リテ生シタル場合タルト問ハス養料ヲ受クル者ハ自己ノ力ニテ生活スルコトヲ得サル状態ニ在ルヲ普通トス隨テ法律モ右ノ場合ニ於テ養料ノ支拂ヲ言渡ス判決ハ假執行ノ宣言ヲ付シ直チニ執行ヲ爲スコトヲ得セシメ以テ一時ナリトモ生活ニ困難ヲ來スコトナカラシメンコトヲ期シタルモノナリ但一ノ制限アリ訴ノ提起前ニ於ケルモノハ其提起前最後ノ三箇月間ニ該ル分ノミニ付キ假執行ヲ許スモノニシテ其以前ノ分ニ付テハ之ヲ許サス是レ養料義務者ヲシテ一時ニ多額ノ支拂ヲ爲スノ困難ヲ受クルニ至ラザラシメンカ

爲メナリ

(六) 強制執行ノ停止、續行、取消、ヲ命スル、判決

右ハ民事訴訟法第五四八條ニ規定セル假執行ノ宣言ヲ付スヘキ特別ノ場合ナリ後ニ説明スヘシ

第二 申立ニ基キ假執行ノ宣言ヲ付スル場合(五〇二條、五〇三條)

(甲) 單純ノ申立ニ因リ假執行ノ宣言ヲ付スル場合(五〇二條)

(一) 總テノ住家、其他ノ建物、又ハ其或部分ノ受取、明渡、使用、占據、若クハ修繕、ニ關シ、又ハ賃借人ノ家具、若クハ所持品、ヲ賃借人ノ差押、ヘタルコトニ關シ、借賃人トノ間ニ起リタル訴訟ノ判決

此場合ニ付キ注意スヘキハ賃借料ノ請求ハ之ヲ包含セサルコト是ナリ

(二) 占有ノミニ係ル訴訟ノ判決

(三) 雇主ト雇人トノ間ニ雇期限、一箇年以下ノ契約ニ關シ、起リタル訴訟ノ判決

一箇年以下ニ限定シタル理由ハ舊民法財産取得編第二六一條ニ使用人、番頭、手代ヲ除ク雇人ハ一年以上ノ契約ヲ以テ雇入ヲ爲スコトヲ得ストシタルニ基キタルモノニシテ主トシテ僕婢ノ如キ薄賃ノ者ヲ保護スル爲メニ迅速ニ訴訟ノ結果ヲ收ムルコトヲ得セシメントスルニ出テタルナリ或學者ハ金錢ノ請求ハ本條ノ規定ニ包含セスト解セリ其理由トスル所ハ二十箇以

下ノ給料ノ請求ハ第五號ノ規定ニ包含スヘク二十箇以上ノ金額ニ付テハ法律ハ假執行ノ宣言ヲ付スルノ必要ナシト見タルモノナリト予ハ本號ノ規定ハ廣義ニ解スルヲ以テ至當トス是レ條文上何等ノ區別ヲ設ケサレハナリ而シテ實際ニ於テハ財産上ノ請求即チ給料ノ請求ヲ以テ最モ多シトスル所ニシテ之ヲ含マサルモノトスルトキハ本號ノ適用ハ稀有ノモノト謂ハサルヘカラス又之ヲ改正案ニ徵スルニ其第二六二條ノ四ニ右ノ趣旨ヲ明瞭ニ爲シ給料、賃金ニ關スル判決ハ假執行ノ宣言ヲ付スヘキモノナルコトヲ規定セリ

(四) 左ニ掲ケタル事項ニ付キ旅人ト旅店若クハ飲食店ノ主人トノ間ニ又ハ旅人ト水陸運送人トノ間ニ起リタル訴訟ノ判決

イ 賭料又ハ宿料又ハ旅人ノ運送料又ハ之ニ伴フ手荷物ノ運送料

ロ 旅店若クハ飲食店ノ主人又ハ運送人ニ旅人ヨリ保護ノ爲メ預ケタル手荷物、金錢又ハ有價物

右ノ規定ヲ設ケタルハ此ノ如キ訴訟ハ迅速ニ之ヲ決シ且迅速ニ其執行ヲ爲スヲ得セシメサルトキニ權利者ノ爲メニ困難ヲ來スヘシトノ理由ニ基クモノナリ

(五) 此他財産權上ノ請求ニ關シ金額、又ハ價額ニ於テ二十箇ヲ超過セサル訴訟但其物ノ價額ニ付テハ第三條乃至第六條ノ規定ヲ適用スルモノナリ

其理由ハ多クノ場合ニ於テ薄賃者ノ訴訟ナルカ故ニ迅速ニ判決ノ結果ヲ收メシムルノ必要アリ

ルト一ニハ二十圓ニ滿タサル訴訟ハ其利益輕少ナルカ故ニ假執行ヲ許スモ回復スヘカラサル
危險ヲ生スルコトナカルヘシトノ推定ニ在リ

(乙) 一定ノ條件ヲ備ヘタル場合ニ申立ニ因リ假執行ノ宣言ヲ付スル場合

民事訴訟法第五〇三條ニ規定スル條件ヲ擧クレハ

一 財産權上ノ請求ニ關スル判決ナルコト

二 債權者ヨリ執行前ニ保證ヲ立ツルノ申出ヲ爲シタルコト又ハ判決ノ確定ト爲ルマテ執行ヲ中止スレハ償ヒ難キ損害又ハ計リ難キ損害ヲ受クルコトヲ疏明スルコト

ノ二條件ヲ必要トス

民事訴訟法第五〇四條ニ假執行ノ宣言ヲ付スヘキ場合ニ於テ或原因アルトキハ假執行ノ宣言ヲ爲ササルノ規定ヲ設ケタルハ債權者ノ利益ヲ保護スルノ趣旨ニ出テタルモノニシテ即チ判決ノ確定前ニ執行ヲ爲セハ債權者カ回復スヘカラサル損害ヲ被ルコトヲ疏明シタルトハ假執行ノ宣言ヲ付スヘカラサルモノトス其裁判ノ形式ハ第五〇一條ニ規定セル場合ニ於テ債權者ヨリ本條ノ疏明ヲ爲シタルトキハ裁判所ハ其判決主文ニ假執行ノ宣言ヲ付セサル旨ヲ掲ケ第五〇二條、第五〇三條ノ場合ニハ債權者ノ假執行ノ申立ヲ却下スル旨ヲ掲ケルナリ

第五〇五條ニハ總テノ場合ニ於テ假執行ニ付キ債權者ヲシテ保證ヲ立テシメントトテ債務者ヨリ申立テタルトキハ債權者ニ假執行ヲ許スニ付キ保證ヲ立ツルコトヲ命スルヲ得ヘキ者ヲ規定

セリ第五〇一條ノ如ク其當然宣言ヲ付スヘキ場合ニ於テモ債務者ヲシテ判決確定前ニ執行スレハ回復スヘカラサル損害ヲ受クルコトヲ疏明シ且債權者カ執行ヲ爲サントセハ保證ヲ立ツヘキ旨ヲ請求スルコトヲ得セシメタリ而シテ若シ債權者カ執行前ニ保證ヲ立ツルコトヲ申出ラサルトキハ債權者ノ申立ニ因リ債務者ニ保證ヲ立テシメ又ハ供託ヲ爲サシメテ執行ヲ免ルルコトヲ許スモノナリ而シテ債權者カ口頭辯論ニ於テ執行前保證ヲ立ツルコトヲ申立テタルトキハ債權者ノ保證ヲ立テテ執行ヲ免レントスル申立ヲ却下スヘキモノナリ蓋シ同等ナル狀態ニ於テハ債權者ヲ保護スヘク又之カ爲メニ債務者ニ回復スヘカラサル損害ヲ生セシムルノ虞ナケレハナリ假執行ノ法律上ノ性質 假執行ハ解除條件附ノ強制執行ナリト謂フヲ至當トス之ヲ詳言スレハ其執行ノ原因タル債務名義カ破毀又ハ廢棄セラルルトキハ債權者ハ其受領シタル金員及ヒ物品ヲ返還スヘキ條件ノ下ニ爲ス強制執行ナリ而シテ假執行ノ實施ニ付テハ純然タル強制執行ト區別ナシ唯法律上ノ效果ニ付キ此ノ如キ區別ヲ存スルノミ

假執行ニ關スル訴訟手續 假執行ノ申立ハ如何ナル時期及ヒ如何ナル方法ニ依リ申立ツヘキモノナリヤ是レ民事訴訟法第五〇六條ニ規定スル所ナリ即チ「假執行ニ關スル申立ハ判決ニ接著スル口頭辯論ノ終結前ニ之ヲ爲スヘシ」ト規定セリ其理由ハ假執行ノ宣言ヲ求ムル申立ノ適法ナルヤ否ヤハ裁判所ノ判斷ヲ要スルモノニシテ其判斷ハ判決主文ニ掲クヘキモノナルカ故ニ其申立ニ關シテモ口頭辯論ヲ經ルヲ必要トスルヲ以テナリ本條ノ申立ニハ債權者ノ申立ノミナラ



ス債務者ノ假執行ヲ許スヘキモノニ非ストノ申立(五〇四條ノ申立)ヲモ包含スルモノトス何トナレハ假執行ニ關スル申立トアレハナリ若シ口頭辯論以外ニ辯論ノ準備トセスシテ單ニ書面ヲ以テ假執行ノ宣言アランコト又ハ假執行ヲ許スヘカラサルコトヲ申立タルトキハ不合法トシテ却下セサルヘカニス故ニ口頭辯論中ニ第五〇二條以下ニ依リ申立ヲ爲スコトヲ遺脱シタルトキハ假執行ノ宣言ヲ得ルコト能ハス然レトモ辯論ノ再開ニ依リ更ニ假執行ノ申立ヲ爲スコトヲ得

假執行ヲ求ムル申立ハ書面ニ基クヘキモノナリヤ否ヤニ關シテハ學說積極、消極ノ二ニ岐ル積極論者ハ假執行ニ關スル申立ハ民事訴訟法第二二二條ニ所謂判決ヲ受クヘキ事項ニ外ナラサルカ故ニ書面ニ基クヘキコトハ法律ノ規定上明カナル所ナリト曰ヘリ然レトモ此說ニ從ヘハ訴訟法第二二二條ノ場合ニ訴訟ニ假執行ノ申立ノ記載ナク口頭辯論ニ於テ其申立ヲ爲ストキハ闕席判決ノ申立ヲ却下セラルルノ結果ヲ生ス何トナレハ第二二二條第二號ニ依レハ出頭セサル原告若クハ被告ニ口頭上事實ノ供述又ハ申立ヲ適當ナル時期ニ書面ヲ以テ通知セサルトキハ闕席判決ノ申立ヲ却下スヘキモノナレハナリ明治三十五年五月ノ大審院判例モ此積極說ヲ採ルモノニシテ書面ニ基カサル假執行ノ申立ニ因リ假執行ノ宣言ヲ付セシハ不法ナリト云ヘリ之ニ反シ消極論者ハ(予輩之ヲ至當ナリト信ス)第二二二條ノ判決ヲ受クヘキ事項ノ申立トハ請求ノ實體ニ關スル申立ヲ指スモノナリ換言スレハ金何圓ノ辨濟又ハ家屋ノ明渡ヲ求ムルカ如キ申立ヲ謂

フ若シ請求ノ實體ノ趣旨ヲ誤リテ申立ツルアランカ當事者ハ爲メニ敗訴ノ結果ニ至リ重大ノ損害ヲ受クルコト爲ルヘク又裁判所ニ於テ誤解シタルシテ申立ノ基本ヲ誤ルニ至ルヘシ之ヲ以テ其申立ハ書面ニ基カシムル鄭重ナル手續ヲ規定シタルモノナリ然ルニ假執行ノ申立ハ簡易ナリ其申立ハ一言ヲ以テ足ルヘク裁判所ニ於テ之ヲ反對ニ誤解スルコト非サルヘキカ故ニ假執行ノ申立ハ第二二二條ノ規定ヲ設ケタル趣旨ニ徴スルモ其規定以外ニ屬スルモノニシテ其申立タルヤ闕席判決ノ申立ノ如ク形式上ノ申立ニ屬スルモノナレハ書面ニ基クコトヲ要セサルナリ假執行ニ關スル申立ニ對シテハ如何ナル形式ヲ以テ裁判スヘキヤ

假執行ノ宣言ハ判決主文ニ掲クヘキモノナリ故ニ判決ノ理由中ニ於テノミ假執行ニ關シ裁判ヲ爲シタルトキハ形式上ノ理據ヲ有スル判決ナリトス是レ第五〇七條ニ命スル所ニシテ其判決主文ニ掲ケシムル理由ハ判決ノ確定前權利ノ強制執行ヲ爲シ得ヘキ效力ヲ生スルモノニシテ重要ノ事項ナレハナリ隨テ假執行ノ宣言ヲ主文ニ脱漏シタルトキハ補充判決ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルナリ(五〇八條)

條件附ノ假執行宣言ヲ付シタル判決又ハ元來假執行ノ宣言ヲ付セラレサル判決ニ對シテ上訴ノ申立ヲ爲シタルトキ若シ上訴審ニ繼續シタル訴訟力カ第一判決アリタル全部ニ非スシテ一部分ナルトキハ其上訴ナキ部分ニ限リ上級審ニ於テ其判決ニ假執行ノ宣言ヲ付スヘキモノナリ(五〇九條)或ハ何故ニ本條ヲ設クルノ必要アリヤ第一審判決不服ヲ申立テサル部分ハ確定スル

ヲ以テ本條ヲ設タルノ必要ナキニ非スヤトノ疑ヲ生スル者アラシク然レトモ我民事訴訟法ハ附帶控訴ヲ許スカ故ニ二箇ノ請求ニ付キ第一審判決ヲ下シタル場合ニ原告ハ其一箇ノ請求ニ付キ勝訴シ他ノ一箇ノ請求ニ付テハ敗訴セリトセヨ原告ハ其敗訴シタル甲ノ請求ニ關スル判決ノ部分ヲ不當トシテ上訴シタル場合ニ其事件ハ甲乙ヲ合セタルモノニ付キ第二審ニ繼續スルヤ又ハ甲ノミニ付キ第二審ノ繼續スルヤト云フニ純粹ノ理論ヨリ言ヘハ不服ノ點アル甲ノミニ付キ繼續スルモノト謂フコトヲ得ヘキモ我民事訴訟法ハ此主義ヲ採ラス原告ノ不服ノ點ハ甲ノ請求ノミニ限リタルモ被告ハ附帶控訴ヲ以テ控訴審ニ繫屬中乙ノ請求ニ關シ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルモノナルカ故ニ乙ノ請求ニ關スル裁判モ確定セザルヲ以テ本條ヲ設タルノ必要ヲ生シタルナリ

不服ナキ一審判決ニ付キ上級審ニ於テ假執行ノ宣言ヲ付スルハ如何ナル形式ヲ以テスルヤ之ニ付キ我民事訴訟法ニ明文ナキ爲メ三説ヲ生セリ即チ第一、中間判決ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ付スヘシトノ説第二、一部判決ヲ以テスヘシトノ説第三、決定ヲ以テスヘシトノ説是ナリ第一ノ中間判決ニ依レハ終局判決ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ付シタル判決ノ一部分ヲ變更スルコトアルヘキヲ以テ終局判決タル一分判決ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ付スルヲ得サルモノナリ故ニ中間判決ヲ以テ裁判スヘキモノナリト云フト雖モ此説ノ缺點ハ我訴訟法ニ依レハ中間判決ヲ爲スヘキ場合ヲ限定シ中間判決ハ攻撃防禦ノ方法又ハ中間ノ争ニ付キ爲スヘキモノト爲セルニ本問ニ於テ假執行ノ宣言ヲ付スルモノハ一審判決ノ結果未タ不服ノ申立ナキモノ即チ争ナキニ至レル請求アリタルトキ上訴裁判所ハ再ヒ終局判決ヲ以テ原判決ヲ變更スルコトヲ得ザルニ至ルノ結果ヲ生スル不都合アリ以上三箇ノ説ヲ不可ナリトスレハ正解ハ第三説ニ歸セザルヲ得ス即チ法律ハ決定ヲ爲スヘキ場合ヲ限定セザルカ故ニ此説ヲ以テ至當ト謂ハサルヘカラス改正案ニ依レハ決定ヲ以テ爲スヘシトアルカ故ニ議論ヲ生スル餘地ナキナリ

第五一條第一項ニ曰ク第二審ニ於テハ申立ニ因リ先ツ假執行ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲スヘシト本項ノ意義ヲ知ラントスルニハ先ツ本項ト第五〇九條ノ差異ヲ辨スルノ要アリ今其差異ヲ舉クレハ第五〇九條ハ争ハサルニ至リシ請求ニ付キ假執行ノ宣言ヲ爲スニ在リ第五一條ハ争ニ係ル請求ニ關スル假執行ニ付キ裁判ヲ爲スニ在リ而シテ第五一條ノ解釋ニ付テハ左ノ二説アリ

甲説ハ第五一條ハ申立ニ因リ先ツ假執行ニ付キ裁判スルノ規定ハ第一審ニテ假執行ノ裁判ナキ場合ハ勿論假執行ノ申立ヲ却下シタル場合等總テノ場合ヲ包含シテ規定シタルモノナリト曰ヒ乙説ハ第一審ニテ常ニ假執行ニ付キ裁判アリタル場合ノミ裁判ヲ爲スニ在リト故ニ一審ニテ假執行ノ宣言ヲ付シタルヲ不當トシテ上訴シタル場合及ヒ假執行ノ申立ヲ却下シタルヲ不當トシテ上訴シタル場合ヲ指スモノニシテ第一審ニテ假執行ニ付キ裁判ナカリシトキハ第五一條

ヲ適用スヘキニ非スト曰ヘリ

予ハ乙説ヲ至當ト信ス是レ第二審ニ於テ裁判ヲ爲シヘシトノ規定ナルカ故ニ第二審ニテ覆審ヲ爲スニ在リ覆審ナリトスル以上ハ第一審ニテ裁判アリタルモノナルコトヲ前提トスヘキモノナレハナリ此ノ如ク規定シタル所以ハ假執行ニ關スル裁判ハ急速ニ爲スヲ要スルモノニシテ若シ假執行ノ宣言ヲ付スヘカラサルニ之ヲ付シタルトキハ債權者ヲ害スルコト大ナルヘク之ニ反シ宣言ヲ付スヘキニ之ヲ却下シタルトキハ債權者ノ權利ヲ害スルコト大ナルモノニシテ孰レノ方面ヨリ觀察スルモ最モ急速ニ裁判スルノ必要アリトノ趣旨ニ出ツルモノナリ

第二審ニ於テ本案ノ裁判前假執行ノ裁判ヲ下スニハ如何ナル形式ヲ以テ裁判ヲ下スヘキヤ即チ決定ヲ以テ爲スヘキヤ或ハ判決ヲ以テ爲スヘキヤ判決ヲ以テ爲スヘシトセハ一部ノ終局判決ナルヤ或ハ中間判決ナルヤ是レ獨逸訴訟法以來ノ問題タリ孰レノ説モ其理由ヲ有スルモノナルカ先ツ決定説ノ主張スル所ニ依レハ假執行ニ關スル裁判ハ元來本案ニ關スル裁判ニ非ス附帶ノ裁判ナリ而シテ中間判決ヲ爲スヘキ場合又一分判決ヲ爲スヘキ場合ヲ規定セル第二二六條、第二二七條ニ該當セス何トナレハ第二二六條ニ依レハ形式的ノ論點ニ對シテ判決ヲ下ス場合ヲ規定シタルモノニ非サルハ勿論附帶ノ申立ニ付キ判決ヲ爲スヘキコトヲ規定シタルモノニ非ス即チ主タル請求其モノニ付キ判決ヲ下ス場合ヲ規定シタルモノナリ第二二七條ニ依レハ各箇ノ攻撃及ヒ防禦ノ方法又ハ中間ノ争ニ付キ中間判決ヲ下スヘキコトヲ規定セルモノニシテ假執行ノ宣

言ハ中間ノ争ニ非ス故ニ之ニ該當セス然ラハ決定ヲ以テスル外他ニ途ナキナリト云フニ在リ予ハ此説ハ比較的ニ證據薄弱ナルモノト信ス決定ヲ以テ爲スヘキモノトスレハ形式上甚ダシキ不都合ヲ生ス何トナレハ第一審ニテ判決ヲ以テ裁判シタルモノナルニ第二審ナリトテ決定ヲ以テ第一審判決ヲ變更スルハ其兩者ノ本質ヲ混同スルモノナレハナリ一分判決説ニ依レハ第二二六條ハ獨リ實體的ノ請求ノミナラス形式的請求ヲモ含ムモノナレハ本問ノ場合ニハ第二二六條ハ當然適用セラルルナリト謂フニ在リ

中間判決説ニ依レハ假執行ニ付テノ裁判ヲ爲スモ事件ノ繼續ヲ離ルルモノニ非ス尙ホ本案ニ付キ判決ヲ與ヘサルヘカラス故ニ一部判決ヲ以テ爲スハ第二二六條ノ規定ニ反ス第二審ニ於テ之ヲ見レハ中間ノ争ナルカ故ニ中間判決ヲ以テ裁判ヲ爲スヘシト謂フニ在リ

上告審ニ於テハ第二審ニ於ケルカ如ク假執行ノ裁判ヲ本案ノ裁判ニ先テ下ス場合ヲ生セス何トナレハ第二審ニ於テ假執行ニ付キ爲シタル裁判ニハ不服ヲ申立ツルコトヲ得サレハナリ

假執行ノ效力ノ消滅 假執行ノ效力ハ左ノ場合ニ於テ消滅ス

第一 判決ノ確定 假執行ノ宣言ハ未確定ノ判決ニ對シテ下スモノナルカ故ニ其判決ノ確定ニ依リテ確定ノ執行力ヲ生スルカ故ニ假執行宣言ノ效力消滅スルハ當然ナリトス

第二 本案裁判ノ廢棄

第三 本案裁判ノ變更

第四 本案裁判ノ破毀、形式上及ヒ實體上ノ兩者ヲ包含ス

第五 假執行ノ宣言ノ廢棄

第六 假執行宣言ノ變更 假執行宣言ノ變更ハ本案ノ裁判變更トハ異ナリ此變更ハ一部ノ廢棄ニ該當ス何トナレハ形式上ノモノニシテ實體的ノモノニ非サレハナリ第一審ニテ百圓ニ

付キ假執行ヲ認メタルモ第二審ニテ五十圓ノミニ付キ執行ノ宣言ヲ爲スカ如シ

第七 假執行宣言ノ破毀

以上第二以下ノ場合ニ於テ假執行ノ效力ハ變更、廢棄、破毀セラレタル限度ニ於テ消滅ス其判決ノ效力ハ言渡ト同時ニ發生ス第五一〇條ニ本案ノ裁判又ハ假執行ノ宣言ヲ廢棄若クハ破毀又ハ變更スル判決ノ言渡アルトキハ假執行ハ其廢棄、破毀又ハ變更ノ限度ニ於テ其效力ヲ失フト規定シタルハ言渡ト同時ニ消滅スルモノナルコトヲ示サンカ爲メナリ隨テ此效力ノ發生ニハ判決ノ送達ヲ必要トセス而シテ右ノ場合ニ於テハ裁判所ハ若シ被告(反訴ノ被告ヲ包含ス)ヨリ既ニ假執行ヲ爲シタルモノナルトキハ其申立ニ因リ償還ヲ爲スヘキコトヲ其相手方ニ命ス是レ便宜上設ケタル規定ニシテ之ナカリセハ假執行ノ宣言ハ效力ヲ失フモ支拂ヲ爲シタル者ハ直チニ取戻スヲ得ス更ニ訴ヲ起ササルヘカラス元來假執行ノ宣言ハ債權者ノ便宜ノ爲メ未確定ノ裁判ニ付スヘキモノト爲シタルカ故ニ他ノ一面ニ於テ債務者ノ利益ノ爲メニ此ノ如キ便宜ノ規定ヲ設ケタルモノナリ

第五一〇條第二項ノ假執行ノ宣言アリタル本案ノ判決ヲ廢棄、破毀、變更スル場合ニ於テ支拂又ハ給付ヲ受ケタル者ニ對シ其辨濟ヲ命スルノ裁判ハ上告審ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤハ學者間ノ問題ナリ獨逸ニ於ケル多數學者ハ舊獨逸訴訟法第六五五條(我民訴第六一〇條ニ當ル)ニハ破毀ニ關スル規定ナキニ拘ハラス上告審ニテ此裁判ヲ爲スコトヲ得ト曰ヘリ我訴訟法ハ破毀ノ場合ヲ特ニ掲ケタルハ我立法者カ上告審ニ於テ此裁判ヲ爲スコトヲ得ル旨ヲ明示シタルモノト解スルヲ至當トス反對論者ハ曰ク上告審ハ事實ノ裁判ヲ爲スヘキニ非ス若シ債權者ニ對シ其受取リタルモノノ辨濟ヲ命スルノ判決ヲ爲スコトヲ得トセハ上告審ニテ事實ノ審理ヲ爲ササルヘカラサルカ故ニ上告審ノ性質ニ反スルモノナリト謂ヘリ然レトモ上告審ニ在リテハ例外ニ屬スル事項ナルカ故ニ本條ニ之ヲ掲ケタルモノナリ蓋シ此場合ニ於ケル審理ハ錯雜ナルモノニ非ス執達吏ノ記録ニ據リテ多クハ證明スルヲ得ヘキ事實ナリ若シ上告審ニテ其審理ヲ爲スコトヲ得サルモノトセハ該判決ヲ破毀シテ原裁判所ニ差戻ササルヘカラス之カ爲メニ當事者ニ多クノ時間ト費用ト手數トヲ要スルハ免レサル所ナリ斯ク不經濟ナル結果ヲ生セザラシメンカ爲メニ本條ヲ設ケタルモノナリ

執行判決 廣義ニ於ケル執行判決トハ外國裁判所ノ判決又ハ仲裁判斷ノ強制執行ヲ爲スニ適スルモノナルコトヲ宣言スル形式ノ判決ナリ

先ツ外國判決ニ對スル執行判決ニ付キ述ヘンニ元來獨立國ハ外國ノ統治權ノ支配ヲ受クヘキモ

ノニ非ス若シ外國裁判所ノ判決ヲシテ我國ニ於テ強制執行ヲ許ストキハ外國ノ統治權ヲ我國ニ
行ハシムルモノニシテ獨立國ノ體面ヲ損スルコト甚シ故ニ原則トシテハ執行名義タルヘキ判決
ハ我國統治權ノ活動トシテ發表セラレタル日本裁判所ノ判決ナラサルヘカラス然レトモ外國ト交
通ノ頻繁ナル今日ハ此原則ヲ絕對ニ適用スルコトハ不便ナリ我立法者ハ一面ニハ此原則ニ適セ
シメ一面ニハ實際ノ便益ニ適セシメンカ爲メ執行判決ノ制ヲ設ケタルモノニシテ即チ外國裁判
所ノ判決ハ執行判決ニ因リテ強制執行ヲ爲スコトヲ得ルモノトセリ是レ外國判決ヲ直チニ我國
ニ執行セシムルニ非ス我國ノ執行判決ニ依リテ強制執行ヲ爲サシムルカ故ニ獨立國ノ體面ヲ毀
損スルコトナシ

執行判決ノ性質 執行判決ノ性質ニ付テハ學者間議論一定セス甲說ニ依レハ執行判決ハ確定の
性質ヲ有スル判決ナリト乙說ニ依レハ執行判決ハ給付の性質ヲ有スルモノナリ詳言スレハ執行
判決ハ外國裁判所ノ判決ノ命スル所ト同一ノ給付ヲ命スルモノナリト丙說ニ依レハ執行判決ハ
創設の性質ヲ有スルモノナリト我訴訟法ハ此三說中孰レノ主義ヲ採用シタルモノナリヤ第五
四條ノ規定ニ依レハ文理解釋上甲說ノ如ク確定の性質ヲ有スルモノト爲セシヲ知ルコトヲ得
シ即チ外國裁判所ノ判決ニ因レル強制執行ハ本邦ノ裁判所ニ於テ執行判決ヲ以テ其適法ナルコ
トヲ言渡シタルトキニ限り之ヲ爲スコトヲ得トアリ又改正案第六八五條第五號ニハ其趣旨ヲ一
層明カニセリ理論上ヨリスルモ一種ノ確認判決トスルヲ當レリトス執行判決ハ形式の判決ニシ

テ裁判所ハ請求ノ内容ヲ審理セス即チ事實ノ審理證據調ヲ爲サズ唯外國判決ノ主文ノ執行ヲ許
スモ差支ナキヤ否ヤヲ審理スルニ在リ是レ形式のナリト云フ所以ニシテ即チ外國ノ判決カ強制
執行ヲ許スヘキモノナリヤ否ヤヲ確定スルニ在ルモノナレハナリ反對論者ハ曰ク確認判決トス
ルトキハ執行名義ハ此外國判決ナルヲ以テ外國主權ヲ我領土内ニ行ハシムルニ外ナラス執行判
決ヲ認メタル趣旨ニ反スルナリト之ニ對シテ答フルハ容易ナリ外國主權ヲ直チニ我國ニ行ハシ
ムルトハ執行判決ヲ爲ササル場合ニ於テノミ言フコトヲ得ヘシ之ニ反シテ外國判決ヲ審查シ我
法律ニ適スルニ於テ之ヲ執行スルコトヲ許シ不適法ナルトキハ執行判決ヲ下スコトナキハ即チ
外國判決カ我國ニ於テ直チニ效力ヲ有スルモノニ非スシテ我執行判決ニ因リテ效力ヲ生スルモ
ノナレハ外國判決カ直接ニ效力ヲ有スルモノニ非サルヲ以テ外國ノ主權カ我國ニ行ハルルモノ
ト云フヲ得サルナリ

以上論シタル所ハ仲裁判斷ニ對スル執行判決ニ付テモ同一ナリトス

執行判決ヲ求ムル要件 民事訴訟法第五一五條ニ反對ノ方面ヨリ之ヲ規定セリ

第一 外國裁判所ノ判決ノ確定シタルコトヲ證明セサルヘカラス 茲ニ確定トハ外國ノ訴訟手

續ニ於テ確定シタルコトヲ意味ス

第二 外國判決ノ命スル所ノモノハ我法律ニ於テ強制執行ヲ許ス性質ノモノナルコトヲ要ス

故ニ人ノ身體ノ拘束ヲ命スル判決ノ如キハ執行判決ヲ與フルコトヲ得ス

民事訴訟法第六編以下 強制執行 總論 強制執行ノ要件 判決

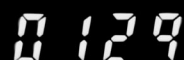


第三 裁判管轄ニ關スル本邦ノ法律ニ牴觸セシテ外國裁判所カ判決ヲ爲シタルコトヲ要ス
 管轄ニ關スル規定トハ多クノ學者ハ土地ノ管轄ニ關スル規定ニシテ事物ノ管轄ニ關スルモノ
 ニ非スト曰ヘリ其理由トシテ土地ノ管轄ニ付キ本邦ノ法律ニ反シテ外國判決ヲ執行スルハ主
 權ヲ害スルモ事物ノ管轄ニ付テハ然ラスト次ニ本邦ノ法律ニ牴觸セストハ如何ナル意味ナリ
 ヤ即チ外國裁判所カ裁判管轄ニ關スル我法律ヲ侵シテ判決ヲ下シタル場合ニ我法律ニ牴觸ス
 ルモノト謂フコトヲ得例ヘハ土地ニ付キ專屬管轄ノ定アル場合ニ若シ外國裁判所カ日本ニ存
 スル不動産ニ關シ判決ヲ下シタルトキハ我カ裁判管轄權ヲ害スルヲ以テ不適法ノモノト謂ハ
 サルヘカラス但此論決ハ一般ニ承認セラルル説ニ非ス之ニ對シテ二箇ノ異説アリ其一ニ依
 レハ判決ヲ爲シタル裁判所ノ屬スル外國ノ總裁判所カ管轄權ヲ有セサルトキ換言セハ外國ノ國
 家カ裁判權ヲ有セサルトキ民事第五一五條第三號ノ要件ヲ缺クモノト爲スヲ得ヘキモ判決ヲ
 爲シタル外國裁判所カ管轄權ヲ有セサルノミヲ以テ直チニ本號ノ要件ヲ缺クモノト爲ス能ハ
 ス何トナレハ法文上特定ノ外國裁判所カ管轄權ヲ有セサルコトヲ要件ト爲ササルノミナラス
 外國カ裁判管轄權ヲ有スルナラハ本邦ノ裁判管轄權ヲ害スルモノト云フヲ得サレハナリト云
 ヒ其二ニ依レハ判決ヲ爲シタル外國裁判所カ管轄權ヲ有セサルナラハ民事訴訟法第五一五條
 第三號ノ要件ヲ缺クモノト謂フヘシ何トナレハ執行判決ハ判決ヲ爲シタル外國裁判所ノ爲メ
 ニ共助ヲ爲スノ趣旨ニ出テタルモノナレハ管轄權ナキ裁判所ノ行爲ニ共助ヲ與フルノ謂レナ

ク又判決ヲ爲ササル外國ノ他ノ裁判所カ管轄權ヲ有スルコトハ之ヲ調査スルノ要ナキノミナ
 ラス國家ノ裁判管轄權ナル觀念ハ我民事訴訟法ノ認メサル所ナレハナリト云ヘリ然レトモ管
 轄權ナキ裁判所ノ下シタル判決ト雖モ形式上確定シタル以上ハ效力ヲ有セシムルコトハ我訴
 訟法ノ認ムル所ナリ而シテ外國ノ裁判所カ我裁判管轄權ヲ侵害セシニ非サル以上ハ我國裁判
 所ノ確定判決ノ效力ヲ認ムルコト管轄權ヲ有セザリシ我國ノ裁判所ノ確定判決ト同様ニ爲ス
 モ權衡ヲ失スルコトナク又我國權ヲ害スルコトナク而シテ實際ニ於テハ當事者ノ爲メニ利益
 アルノミナラス執行判決ノ請求ヲ受ケタル裁判所ヲシテ外國ノ法律ヲ精査スルノ手續ヲ省ク
 ノ利アリ是レ予輩カ前掲ノ論定ヲ採ル所以ナリ

第四 敗訴ノ債務者カ本邦人ナルトキハ訴訟開始ノ呼出又ハ命令ヲ受訴裁判所所屬國ニ於テ或
 ハ法律上ノ共助ニ依リ本邦ニ於テ送達シタルコト又ハ債務者ノ應訴シタルコトヲ要ス 呼出
 ト命令トノ文字ヲ用ヒタルハ獨逸訴訟法ノ如ク裁判長ノ命令ヲ以テ爲サスシテ當事者ノ一方
 ヲリ他ノ當事者ノ呼出ヲ爲スノ手續アルヲ以テナリ此要件ヲ必要トスルハ執行判決ハ外國判
 決ノ實質ヲ審査スルモノニ非スト雖モ相手方ニ訴ノ起リタルコトヲ知ラシメス當事者一方ノ
 ミノ申立ニ因リ下シタル判決ヲ執行セシムルハ公益上害アリト云フノ理由ニ出ツ

第五 國際條約ヲ以テ相互ノ約シタルトキ
 以上ノ五要件ヲ具備スルニ依リテ執行判決ヲ與フヘキモノトセリ



執行判決ヲ與フルニ當リテハ裁判所ハ職權ヲ以テ外國判決ノ言渡後勝訴者ノ權利ニ變更ヲ生シタリヤ否ヤヲ調査スヘキニ非ス然レトモ被告ヨリ執行ノ原因トスル權利ノ消滅シタルコトヲ抗辯トシテ提出シタルトキハ受訴裁判所ハ其争點ニ付キ審理スヘキ責任ヲ生スルヤ否ヤ乎此場合ニハ裁判所ニテ其責任ナシト斷言スルヲ得ヘシト信ス執行判決ハ實體上請求ノ存スルヤ否ヤヲ調査スヘキニ非ス形式的要件ヲ調査スレハ足レリ隨テ右ノ場合ニ於テ被告ノ抗辯ニ基キ其事ヲ審理スルノ責任ナシ或ハ曰ハン若シ然リトモ右ノ如キ場合ニハ強制執行ヲ受ケタル者ハ第五四五條執行ヲ許スノ結果ニ至ルヘシト然レトモ右ノ如キ場合ニハ強制執行ヲ受ケタル者ハ第五四五條ニ依リ實體上ノ異議ヲ申立テ執行ノ取消ヲ爲サシムルコトヲ得ルヲ以テ一時不當ナル執行ヲ受ケタルモ終極マテ損害ヲ受クルコトアラサルナリ而シテ受訴裁判所ハ被告ノ抗辯ニ基キ外國判決後請求權ニ變更ヲ生シタルヤ否ヤヲ調査スルモ違法ニ非ス第五四五條ニ依レル異議ノ結果無効トナルヘキモ爲ナルヲ豫知スルニ拘ハラズ執行判決ヲ與フルニ徒ラニ無益ノ手續ヲ増サシムルニ過キサレハナリ

○執行判決ヲ求ムル手續 通常ノ判決ヲ求ムルト異ナル所ナシ唯訴訟物ノ價格ノ算定ハ外國判決ヲ受ケタル時ノ算定ニ依ラス執行判決ヲ受ケントスルトキニ於ケル訴訟物ノ價格ニ從フヘキナリ例ヘハ或物品ノ給付ヲ目的トスル請求ニシテ外國裁判所ノ判決ヲ受ケタルトキハ其目的物ノ價額干關ナリシモ執行判決ヲ受ケタルトキハ五百圓ニ減シタルトキハ五百圓ト算定スヘシ尙ホ執行

破 産 法

法學博士 加 藤 正 治 講 述

第一章 破産ノ定義

破産ハ債務者カ其債務ヲ完済スルコト能ハサルニ至リタル場合ニ於テ競合セル多數債權者ニ公平ナル満足ヲ得セシメントスル訴訟事件ナリ此定義ヲ分析スレハ左ノ四箇ノ要素ヲ包含スルヲ見ル曰ク多數債權者ノ競合曰ク公平ナル満足曰ク債務ノ完済不能曰ク訴訟事件是ナリ左ニ是等ノ要素ヲ説明シテ破産ノ意義ヲ明カニセントス

第一 多數債權者ノ競合

是レ破産ヲ債權者ノ方面ヨリ觀察シタルモノナリ從來ノ學說及ヒ立法例ハ一ニ皆破産ヲ觀察スルニ債務者即チ破産者ノ側面ヨリスルヲ常トシ債務ノ完済不能アレハ則チ茲ニ破産アリト云フ觀念ヲ有セリ然レトモ是レ未タ法理ノ觀察ヲ盡シタルモノト謂フヲ得ス破産ハ尙ホ之ヲ債權者

破産法 破産ノ定義

若クハ社會ノ方面ヨリ觀察スルヲ要ス

從來ノ學說立法例カ何故ニ唯債務者即チ破産者ノ方面ヨリニ破産ヲ觀察スルニ至リタルカ是レ他ナシ從來ノ沿革ニ於テ破産ナル事實ノ發生シタルトキハ直チニ之ヲ取締リ若クハ監督スルノ必要アリト認メタルニ因ル今其沿革ヲ見ルニ古代殊ニ羅馬ニ於テハ執行方法ハ總テ人的執行ニシテ債務者ノ自由、名譽、生命等ハ皆債務執行ノ目的タルヘク死シテハ尙ホ其屍體ヲモ執行ノ目的ト爲セリ蓋シ當時ハ未タ公私權並ニ公私犯ノ區別明カナラスシテ犯罪者ニ對スル刑罰ノ執行モ私法上ノ債務モ共ニ同一ノ執行方法ヲ用ヒテ敢テ之ヲ怪ム者ナカリキ其後の執行ノ方法ヲ廢止シ之ニ代フルニ財産的ノ執行方法ヲ以テスルニ至リシモ尙ホ債務者ハ執行ノ結果トシテ其身上ニ或制限ヲ加ヘラレタリ所謂「インファミア」ナルモノ是ナリ是レ即チ人的執行ノ遺物ナリ英佛ノ破産法ノ沿革ニ依ルモ破産法ハ總テ詐欺破産ノ如キ有罪破産ノ規定トシテ先ツ發送シ破産者ハ即チ犯罪者ト同一ニ取扱ハレ殊ニ佛國法ニ於テハ破産者ニ臨ムニ死刑ヲ以テシタルコト稀ナリトモ此ノ如ク破産法ハ人的執行又ハ有罪破産ノ規定ヨリ發送シ破産者ハ一般ニ或惡事若クハ犯罪ヲ犯シタルカ如キ思想ヲ馴致シ破産法ヲ以テ破産者ノ取締並ニ監督ヲ嚴ニシ今日ニ於テモ有罪破産ノ場合ハ勿論普通破産ノ場合ニ於テモ破産手續ノ終了後ニ於テ破産ノ效力トシテ債務者ニ對シ身上ノ結果ヲ導キ公私權ノ上ニ多少ノ制限ヲ加フルヲ以テ諸國普通ノ法制トス是ニ於テカ破産ハ專ラ破産者ニ對シテ開始スル手續ニシテ破産者ニ對シ身上ノ效果ヲ及

ホスヘキ點ヲ理由トシ其多數債權者ノ存否等ハ毫モ之ヲ顧慮セス破産ナル事實若クハ破産者其者ヨリ打算シ直チニ破産手續ヲ開始セシムルニ至リタリ夫ノ職權ニ因ル破産宣告ノ主義ヲ認ムルニ至リタルハ蓋シ之カ爲メナリ

然レトモ今日ノ法律思想ニ於テ債務不履行ノ爲メニ身上ニ或效果ヲ及ホスコト例ヘハ名譽權ヲ剝奪セラルルカ如キコトハ何人モ皆之ヲ否認シ從テ箇箇ノ強制執行ノ場合ニ於テ債務者ノ身上ニ未タ管テスル效果ヲ及ホセシコトアルヲ聞カス破産ハ訴訟事件ニシテ多數債權者ノ爲メニスル共同ノ強制執行ニ外ナラス既ニ箇箇ノ債務ノ強制執行ニシテ何等身上ノ效果ヲ及ホスモノナシトセハ破産ノ場合ニ於テモ亦然ラサルヲ得ス何トナレハ破産ハ箇箇ノ強制執行ノ集合ニ外ナラサレハナリ然ラハ今日ノ法制ニ於テ何レノ國モ皆破産者ヲ普通人ト同一ニ取扱ハスシラ公私權上ニ多少ノ制限ヲ加フト雖モ是レ債務ノ不完済即チ破産其モノノ直接ノ效果ナリト云フ一片ノ理由ニ基クニ非スシテ結局社會ノ公德及ヒ信用等ノ問題ト牽連シ社會ノ政策上破産者ノ身上ニ制限ヲ加ヘ普通人ト同一ニ取扱ハサルモノト云フニ外ナラサルナリ

既ニ職權ニ因ル破産宣告ノ趣旨漸次廢止セラレ破産其モノノ直接ノ效果トシテ身上ニ影響ヲ及ホスノ理由不可ナリトモハ破産開始ノ主タル目的ハ抑モ何レニ在リヤ破産ハ宜シク之ヲ債權者ノ方面ヨリ觀察スヘク多數債權者ノ競争シ各自他ヲ排斥シテ獨リ完全ナル辨濟ヲ得ントスルヲ防止シ其間ニ公平ナル満足ヲ得セシメントスルヲ目的トスルニ外ナラス此點ヨリ見テ破産手續

ハ債権者ニ付キ開始スト云フモ決シテ不可ナカルヘシ何トナレハ破産一旦開始スルヤ債権者モ亦破産ノ法律關係ニ立ツモノニシテ債権者ハ破産手續ニ依ルニ非サレハ其權利ヲ行使スルコトヲ得サレハナリ(破産八條、商九八七條)然ルニ債権者若シ一人ナルトキハ競合若クハ公平保持等ノ問題ヲ生スルコトナク既ニ普通一般ノ強制執行ノ法備ハルアリテ之ヲ適用セハ事足ルヘク故ラニ繁雜ナル破産手續ヲ煩ヌヲ要セス唯普通ノ強制執行ノ手續ヲ施シタル後債務ヲ完済スルコト能ハサリシトキハ債務者ヲ破産者ト看做シテ之ニ身上ノ結果ヲ課スルヲ以テ足レリトス知ルヘシ多數債権者ノ存立ハ破産ノ成立ニ缺クヘカラサルノ要件ナルコトヲ從テ多數債権者ノ存在ナクンハ純理上ニ於テハ破産開始ノ必要アラサルナリ

然レトモ立法論トシ將タ實際論トシテ破産手續ハ唯リ多數債権者ノ存立スルコトカ確定シタル場合ニ於テノミ開始セシムヘキヤ否ヤハ全ク別箇ノ問題ニ屬ス之ヲ立法上ノ見地ヨリスレハ破産手續ノ開始ハ單ニ多數債権者ノ存在スヘキコトヲ可能ノニ豫想シ得レハ足レリ蓋シ簡便ノ債務者ニ付テ主觀的ニ之ヲ觀察セハ果シテ多數債権者ノ存在スルヤ否ヤ又ハ存在スルコトノ明白ナリトスルモ果シテ債権者ノ届出テテ破産手續ニ参加スヘキヤ否ヤハ破産手續ヲ開始シテ然シテ後始メテ知ルヲ得ヘキモノナリ殊ニ債権者ハ債権届出期間内ニ必スシモ届出ツルコトヲ要セス破産手續終結マテハ何時ニテモ届出テ得ルカ故ニ何時多數債権者ト爲ルヤハ得テ知ルヘカラサルナリ然ルニ既ニ破産ヲ宣告シ破産手續ヲ開始シタル後ニ於テ縱令多數債権者不存在ナル事實

ノ確定シタリトスルモ其期ハ既ニ遅ク一旦開始シタル破産手續ヲ廢止シテ普通ノ強制執行ニ轉セシムルカ如キハ實際上ノ不利益言フニ堪ヘサルモノアリ故ニ債権者一人タル場合ニ於テモ既ニ開始シタル破産手續ハ之ヲ遂行セサルヘカラス我現行法並ニ破産法草案モ亦斯ノ如ク解釋スヘキモノト信ス

第二 損失分擔ノ觀念

是レ破産ヲ社會的ニ觀察シタルモノトス破産ハ社會上嫌疑スヘキ事項タルニ相違ナシト雖モ社會上ヨリ見レハ破産ハ猶ホ火災、震災等ノ如ク社會上ノ不幸ナル出來事ト謂フヘシ有罪破産ノ場合ハ格別普通ノ破産ニ對シ法律ヲ以テ之ヲ禁止センコトハ到底不可能ノコトナリ法律ハ畢竟既ニ生シタル破産ニ付テ善後ノ策ヲ講スヘキノミ然ルニ其善後策ニ付キ債権者保護ノ必要ヨリセハ積極財產タル殘餘財產ヲ成ルヘクタケ公平ニ分配シ彼等ニ對シ努メテ公平ナル満足ヲ得セシメントスルニ在ルモ破産ヲ社會的ノ一現象トシテ社會ヨリ之ヲ觀察スレハ破産ナル一ノ不幸ナル出來事アリタル場合ニ其損失ハ成ルヘク多數ノ人ニ分配シ多數者ヲシテ其損失ヲ分擔セシムルハ大ニ社會政策ニ適スルモノトス故ヲ以テ債権者ノ爲メニスル殘餘財產即チ積極財產ノ公平ナル分配ノ觀念ノ裏面ニハ社會ヨリ觀察シタル消極財產即チ損失分擔ノ觀念ヲ含ミ債権者ハ損失分擔ノ共同體ヲ構成スルモノナリ此點ニ於テハ破産法ハ損失分擔主義ヲ實行セシムルコトヲ目的トスル社會的政策ノ立法ノ一ニ屬スト謂フヘキナリ

第三 債務ノ完済不能

是レ債務者ヨリ破産ヲ觀察セルモノトス債務者ノ境遇ヲ客觀的ニ觀察シテ其信用並ニ財産ヲ以テ能ク其債務ヲ圓滿ニ完済シ得ヘキ状態ニ在リトセハ人誰カ破産者ヲ以テ彼ニ擬スル者アラシヤ故ニ債務者カ債務ヲ完済スルコト能ハサル境遇ニ在ルコトノ一事ハ破産開始ノ一前提タラサルヘカラス從來破産ヲ觀察スルニ唯リ此點ヨリ見テ債務ノ完済不能即チ破産ナリト觀念シタルモノナリ然ラハ債務ノ完済不能トハ如何ナル場合ヲ謂フカ理想上又ハ抽象的ニハ之ヲ想像シ得ヘキモ實際上箇箇ノ債務者ニ付テ主觀的ニ觀察セハ如何ナル境遇ニ在ル場合ヲ以テ之ヲ債務ノ完済不能ト目スヘキヤハ容易ニ知ルコトヲ得ス今其人ノ信用財産等ヲ包括シタル辨濟力ヲ假ニ之ヲ擔保ト名ケンニ其擔保ノ不足セル場合ニ於テ債務ヲ完済スルコト能ハサル状態ニ在リト謂ハサルヲ得ス然ルニ其擔保ノ不足スルコトハ時ノ點ヨリ之ヲ云ヘハ一時のナルコトアリ又ハ繼續的ナルコトアリ又分量ノ點ヨリ之ヲ謂ヘハ關係的ナルコトアリ又ハ絕對的ナルコトアリ故ニ破産ハ其擔保ノ不足シタル或徵候ノ出現シタル場合ニ於テ之ヲ開始セシムルノ外途ナキナリ何トナレハ債務ノ完済不能ナルコト極メテ顯然タル場合ニ於テノミ破産ヲ開始スルヲ得セシメンカ其時期既ニ遅ク債務者ノ資産ハ債務ノ十分ノ一ニモ足ラサル場合多カルヘク折角破産手續ヲ開始スルモ實際上何等ノ效果ヲ奏スルコトナカルヘクレハナリ故ニ法理ノ前提トスル所ハ債務者ノ債務ノ完済不能ニ在ルモ實際上ノ立法論トシテハ之ヲ以テ破産開始ノ要件トスルヲ得サ

ルナリ

茲ニ辨濟力即チ擔保缺乏ノ徵候ト云フモ其缺乏ハ果シテ如何ナル程度ニ於テ破産ヲ宣告シ其手續ヲ開始セシムヘキカ今日ノ立法例ニ於テハ破産行爲ト見ルヘキ箇箇ノ場合ヲ列擧スルノ主義ト概括的ニ規定スル主義トノ二アリ前者ハ即チ英米ノ探レル主義ニシテ後者ハ即チ獨、佛及ヒ我現行法並ニ我草案ノ採用セル所ノ主義ナリ然ルニ概括的ニ規定スル主義中ニ於テモ如何ナル場合ニ破産ヲ開始セシムヘキカ之ニ對シテ從來三箇ノ思想アリ曰ク支拂停止曰ク支拂不能曰ク無資力是ナリ此三者ハ果シテ如何ナル意義ヲ有スルカ左ニ之ヲ説明スヘシ

支拂停止トハ債務者カ支拂ヲ爲スコト能ハサル旨ヲ表示シタル行爲ヲ謂ヒ支拂不能トハ債務者カ支拂ヲ爲スコト能ハサルニ至リタル状態ヲ謂フ

支拂停止ト支拂不能トハ第一點ニ於テ一ハ行爲ニシテ他ハ状態ナリト云フ點ニ於テ區別スルコトヲ得(一)茲ニ行爲ト云フハ必スシモ法律行爲ノミニ限ラス意思ノ決定ニ基キテ爲シタル廣義ノ行爲ヲ謂フ意思ナクシテ爲シタル行動ハ固ヨリ行爲ニ非ス然レトモ其行爲タルヤ法律行爲トシテ相手方ニ對シテ明示のニ表示セラルル場合アルヘク又閉店、逃亡等ノ如キ默示のノ行爲モアルヘシ唯全ク内心ノ決定ノミニシテ外形ノ行動ニ表ハレサルモノハ行爲ト稱スヘカザサルカ故ニ支拂停止トハ爲ラス(2)又支拂停止タルニハ支拂ヲ爲スコト能ハサルノ意思カ外形ノ行動トシテ積極的ニ必ス表ハルルコトヲ要スルモノニシテ辨濟期ノ至リタル債務ヲ履行セスシ

テ空シク經過シタルカ爲メニ直チニ支拂停止ト爲ルモノニ非ス我大審院モ亦之ヲ認ム(大審院判決錄三十三年度一一卷四八頁)是レ即チ不履行ト區別スヘキ要點ナリ不履行トハ債務ノ本旨ニ從ヒテ履行ヲ爲ササルコトヲ謂フ故ニ辨濟期ヲ空過スルトキハ債務者ハ直チニ不履行ト爲リ遲滞ノ責ニ任セサルヘカラス然レトモ支拂停止ノ場合ハ其債權カ究竟辨濟ヲ受クルコトヲ得ルヤ否ヤノ死活問題ナルカ故ニ或特種ノ債權ニ依リテ支拂停止タル行爲アリト爲スニ付テハ其債權者ヨリ信用ヲ與ヘサル程度ニ於ケル請求即チ逼迫ヲ爲スコトヲ要ス若シ然ラスシテ債權者カ辨濟期到ルモ毫モ逼迫スルコトナク默過スル場合ノ如キハ其債權者ニ對シテハ債務者尙ホ多少ノ信用アリト云フコトヲ得ヘキナリ

支拂停止ト支拂不能トハ第二點トシテ前者ハ主觀的ノ觀察ニシテ後者ハ客觀的ノ觀察ナル點ニ於テ區別スヘシ前者ハ行爲ナルカ故ニ其之アリト爲スニハ其意思ト行動トヲ主觀的ニ觀察スルコトヲ要ス後者ハ狀態ナルカ故ニ外觀ノ總テノ事實ノ總合ヨリ歸納スルコトヲ要ス故ニ予ハ兩者ノ定義ニ共ニ支拂ヲ爲スコト能ハスト云フ文字ヲ使用セリト雖モ前者ハ債務者カ支拂ヲ爲スコト能ハスシテ其旨ヲ外形ニ表ハシタルトキニシテ即チ債務者彼自ラ自己ノ境遇ニ對スル判斷ノ結果ナリ後者ハ世間即チ客觀的ニ見テ債務者カ支拂ヲ爲スコト能ハサルニ至リタル場合ニシテ即チ世間ヨリ見タル債務者ノ境遇ニ對スル判斷ナリ然ルニ世間即チ客觀的ニ見タル債務者ノ境遇ナルモノハ一定不動ニシテ何人モ之ヲ左右シ得ヘキニ非ス唯吾人ハ神ニ非サル以上ハ能ク

事實ノ真相ヲ得ルコト難キノミ故ニ已ムコトヲ得ス吾人人間社會ニ在リテハ裁判官ノ認定シテ支拂不能ト爲シタル場合ニ於テ之ニ確定的效力ヲ付セサルヘカラス之ニ反シテ支拂停止ハ債務者彼自ラカ自己ノ境遇ニ對スル判斷ノ結果ナルカ故ニ能ク事實ノ真相即チ客觀的ノ彼ノ境遇ト一致スルヤ否ヤハ疑ハシキモノアリ然レトモ自家心事自家知ノ謬ノ如ク自己ノ境遇ハ自己カ最も能ク知レリト云フコトヲ得ヘキカ故ニ債務者カ自ラ支拂ヲ爲スコト能ハスシテ支拂ヲ停止シタル場合コソ實ニ支拂不能ニ對スル最モ確實ナル證據ニシテ獨逸ノ破産法カ支拂停止アリタルトキハ支拂不能ト看做ス(獨逸一〇二條)ト云フハ實ニ之カ爲メナリ故ニ多クノ場合ニ於テハ支拂停止ヲ爲シタルトキハ客觀的状態ニ於テモ支拂不能ノ境遇ニ在ルヘク支拂停止ト支拂不能トハ十中ノ八九マテハ其客觀的状態ヲ同一ニスヘシ唯支拂停止其モノトシテハ客觀的状態ノ如何ハ之ヲ問フノ必要ナキノミ然リト雖モ本人ノ判斷必スシモ正鵠ヲ得サルカ故ニ

(1) 茲ニ極端ナル悲觀的ノ人物アリテ客觀的ニ見タル本人ノ境遇ハ未ダ左程惡シキト云フニ非ス即チ未ダ支拂不能ノ境遇ニ在リト云フコトヲ得サルノミナラス支拂ニ充ツヘキ財産即チ金錢其他ノ換價シ易キ財産モ亦不足セリト云フニ非ス然ルニ輕卒又ハ錯誤等ニテ本人自ラハ大ニ自己ノ境遇ヲ悲觀シ信用アルモ之ヲ利用スルノ策ヲ知ラス又換價シ易キ財産アルモ換價方法ニ當惑シテ本人ハ遂ニ支拂ヲ爲スコト能ハスト爲シ支拂停止ニ陥ル場合ナキニ非ス此ノ如キ場合ニ於テハ破産手續ヲ開始スルモ多クハ債務ヲ完済スルコトヲ得ヘク實ハ破産開始ノ

必要ナカリシコトヲ事後ニ於テ始メテ悟ルニ至ルヘキナリ

梅博士ハ「支拂ニ充ツヘキ財産不足ノ爲メ」タルコトヲ支拂停止ノ一要件トセラレタリ(法學協會雜誌二二卷三號三一七頁以下)若シ之ヲ以テ支拂停止ノ一要件トセハ支拂停止ハ主觀的觀察タルニ止マラス債務者ノ客觀的財産ノ境遇ヲ觀察セサルヘカラサルニ至ル即チ裁判官カ支拂停止アリタルヤ否ヤヲ判斷スルニ當リテハ支拂不能ノ場合ト同シク債務者ノ財産ニ付キ其客觀的狀態ヲ悉ク調査スルコトヲ要シ其財産中何レカ支拂ニ充ツヘキ財産ニシテ他ハ然ラサル財産ナリトノ區別ヲ爲スコトヲ要ス然レトモ此ノ如キ區別ハ裁判官ニ於テ到底爲スコトヲ得サルノミナラス縱令之ヲ爲シ得テ支拂ニ充ツヘキ財産即チ金錢其他ノ換價シ易キ財産トアリタリトスルモ債務者彼レ自身ニ於テ過失又ハ錯誤ニテ到底換價スヘカラサル財産ト爲シ之ヲ以テ支拂資金ヲ作ル方法ヲ講セス遂ニ支拂ヲ爲スコト能ハスシテ支拂ヲ拒絕スルコトナキニ非サルヘシ斯ル場合ニモ支拂停止アルコトハ疑ナキナリ要スルニ予ノ見解ハ徹頭徹尾支拂停止ハ行爲ナリトシテ主觀的ニ觀察セント欲スルモノニシテ裁判官カ支拂停止ヲ認定スルニ付テハ債務者ノ財産上ニ於ケル客觀的狀態ニ付テハ重キヲ置キテ調査スル必要ナキモノトス唯支拂ヲ停止シタル債務者ハ多クハ支拂ノ停止ヲ自白セサルヘキカ故ニ裁判官ハ已テ得ス其心證ヲ得ル爲メニハ債務者ノ財産上ノ客觀的狀態ヲモ觀察調査スルニ至ルモ是レ唯心證ノ材料タルニ過キス必スシモ必要ニ非ス故ニ唯債務者自身カ支拂ヲ爲スコト能ハサル旨ヲ

表示スル行爲アリタルヤ否ヤヲ調査スルコト肝要ナリトス予ノ思考ニ依レハ梅博士ノ所謂支拂ニ充ツヘキ財産即チ金錢其他ノ換價シ易キ財産力不足セシヤ否ヤノ判斷ハ債務者彼自身ヲシテ之ヲ爲サシメント欲スルモノナリ蓋シ凡テ財産ノ換價シ易キヤ否ヤハ其所有者自身カ最も能ク判斷シ得レハナリ故ニ客觀的ニ觀察シテ換價シ易キ財産ノ不足アリシヤ否ヤハ支拂停止タルニ毫モ之ヲ問ハサルモノナリ梅博士ノ例示シタル夫ノ特定物ノ引渡義務ニ於テ天災又ハ過失ニ因リテ其物滅失シタルカ爲メニ其債務ヲ履行スルコト能ハサルニ至リタル場合ハ固ヨリ不履行タルニ過キスシテ金錢的ノ代價ヲ爲スコトヲ得ル以上ハ支拂停止ト爲ラサルナリ

(2) 然ルニ他方ニハ又極端ナル樂天家若クハ奇計家アリテ客觀的ニ見レハ本人ノ境遇タルヤ非常ニ危險ノ位置ニ立チ實ハ支拂不能ノ地位ニ在リナカラ本人ハ非常ナル樂天家ナルカ又ハ非常ニ巧妙ナル手段ヲ用ヒテカ營業ヲ繼續シ未タ嘗テ破綻ヲ生セス即チ辨濟期ノ至リタル債務ノ支拂ニ支障ヲ生シタルコトナキ場合アリ此ノ如キ場合ニ於テハ未タ支拂停止ト稱スヘキモノナキモ違カラスシテ他ノ債務ノ支拂ニ支障ヲ生シテ支拂停止ヲ爲スニ至ルヘク又本人ノ行爲ヲ探索セハ或ハ高利ヲ借ルカ如キ或ハ高價品ヲ投賣シテ支拂資金ヲ作ルカ如キコトアルヘキカ故ニ是等ノ他ノ事實ノ證明ニ依リテ裁判所ハ支拂不能ヲ認定シ草案ノ規定ニ依レハ破産宣告ヲ爲スコトヲ得ヘク又斯ル行爲ハ有罪破産トシテ罰セラルヘシ(破産三四六條二號、商一〇五一條二號)

(3) 又本人カ支拂ヲ爲スコトヲ得ルニ當リ理由ナク支拂ヲ拒ミ又ハ相殺、混同、辨濟其他ノ抗辯ヲ理由トシテ支拂ヲ拒ミタル場合ハ固ヨリ支拂停止ニ非ス然レトモ本人カ眞ニ支拂ヲ爲スコト能ハサルニ當リ唯一時ヲ糊塗スルカ爲メニ自信ニ反シ徒ニ口實ヲ設ケテ支拂ヲ拒ムカ如キハ寧ロ支拂ヲ爲スコト能ハサル旨ヲ表示シタル行爲ノ一ノ體様ト見ルヲ可トス(キカ故ニ是レ亦支拂停止トスルニ害ナシ我大審院モ亦之ヲ認ム(大審院判決録三十六年六四二頁)支拂停止ト支拂不能トハ第三點トシテ時ノ關係ニ於テ區別スルコトヲ得蓋シ前者ハ行爲ナルカ故ニ一定ノ時日ニ於テ成立ス法律自身カ既ニ之ヲ豫想シ支拂停止前幾日等ノ文字ヲ使用セリ(破案八五條、商九九〇條)然ルニ支拂不能ハ狀態ナルカ故ニ繼續的ノ將來ノ境遇ニ付テ云フモノナリ然レトモ永久ニ涉レル判斷ニハ非ス何トナレハ人ハ將來ニ於テ家運ヲ再興スルコトハ豫想シ得ヘキ所ナレハナリ

而シテ支拂停止ト支拂不能トハ共ニ一時ノ不如意ト之ヲ區別スヘシ何トナレハ二者共ニ繼續的ノ將來ニ對スルモノニシテ單ニ一定ノ期日若クハ期間ヲ限リテ之ニ對シテ謂フモノニ非サレハナリ故ニ今日能ハサルモ明日出來ル場合ノ如キハ一ノ不如意ニシテ支拂停止若クハ支拂不能ニ非サルナリ

次ニ又支拂停止ト支拂不能トハ共ニ金錢ノ支拂ニ關スルモノタリ蓋シ破産ハ金錢の満足ヲ與フルコトヲ最後ノ目的トスルカ故ニ金錢ノ辨濟ニ付テ標準ヲ取ルヘキヤ至當ト爲スマ以テナリ現行法カ支拂ナル文字ヲ金錢ノ辨濟ノミノ意味ニ用ヒサルコトハ之ヲ是認セザルヲ得ス(商九九八五條二項、九九〇條、九九一條一項)然レトモ破産原因タル支拂停止ニ付テハ金錢ノ辨濟ヲ標準ニ取ルヘキモノトス夫ノ商品引渡義務ヲ履行シ能ハサル場合モ亦支拂停止トスヘキカ如シト雖モ金錢の辨濟ヲ爲スコトヲ得レハ則チ支拂停止ト爲ラス何トナレハ破産ヲ開始シ破産手續ヲ遂行スルモ實物の履行ヲ爲スニ非スシテ金錢の辨濟ヲ爲スニ止マレハナリ例ヘハ經節問屋カ經節切手ニ對シテ悉ク實物ヲ以テ引渡スコト能ハサル場合ニ金錢ヲ以テ之ニ代ヘテ支拂ヒ得ル狀態ニ在レハ固ヨリ支拂停止ト爲ラサルナリ

之ニ反シテ金錢債務ニ付テハ代物辨濟例ヘハ不動産ヲ以テ之カ辨濟ヲ爲サントスルモ相手方カ承諾スレハ可ナルモ若シ然ラサルトキハ支拂停止ト爲ル何トナレハ此場合ハ相手方ハ之ヲ承諾スル義務ナキノミナラス破産ヲ開始セハ實物ヲ換償シテ金錢トシテ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘキニ依リ破産ヲ開始セシムル必要アレハナリ

以上支拂停止ト支拂不能ノ意義ヲ説明シタル沿革ニ徴スルニ支拂停止ノ觀念ハ商人破産主義ト其起源及ヒ發達ヲ同シクシ現今ニ於テモ尙ハ商人破産主義ヲ採ル諸國ニ於テ一般ニ之ヲ以テ破産原因トス佛法系即チ之ニ屬シ我現行法亦之ニ屬ス(商施一三八條、商九七八條)支拂不能ハ商人、非商人ニ通スル一般破産ノ主義ヲ採ル諸國ニ在リテ破産原因トスル所ニシテ獨法系之ニ屬シ我草案亦此主義ヲ採用セリ(破案一三二一條)

最後ニ無資力即チ負債超過ノ意義ヲ説明セン負債超過トハ負債カ資産ニ超過シタル場合ニシテ信用ヲ外ニシテ唯財産上ニ付テノミ云フ言辭ナリ故ニ負債超過スルモ信用アル場合ハ未タ以テ破産ヲ開始セシムル必要ナク信用アリ技術アル人ノ如キハ最初ヨリ全然負債ノミヲ以テ營業ヲ開始スルコトハ世間普通ニ見ル所ナリ故ニ信用ヲ以テ立ツ人の團結タル法人例ヘハ合名會社、合資會社ノ如キニ在リテハ自然人の場合ト同一ニ取扱フヲ例トスト雖モ財産團結タル法人例ヘハ株式會社ニ在リテハ例外トシテ無資力即チ負債超過ノ場合ニ破産ヲ開始セシムルヲ諸國普通ノ例トス(商一七四條、破案一二二條)

第四 訴訟事件

破産ノ性質ニ關シテハ或ハ之ヲ以テ非訟事件ナリト爲スモノアリ其說ニ依レハ破産手續ハ訴訟手續ニ非スシテ裁判所ノ指揮監督ノ下ニ債務者ト其總債權者トノ間ニ成ル清算手續ナリ猶モ商人カ其營業ヲ廢止シテ商號ヲ解ク場合ノ清算手續ニ異ナラスト謂フニ在リ然レトモ予ハ破産ハ訴訟事件ナリト謂フヲ妥當ト信ス蓋シ訴訟トハ今日ノ普通說ニ從ヘハ私權存否ノ確定ヲ爲シ併セテ其實行ヲ圖ルモノナリト解釋ス然ルニ之ヲ破産ニ見ルニ私權ノ確定ト其實行ヲ圖ルコトノ二要素ヲ具フルモノニシテ其手續ニ於テ普通ノ訴訟ト異ナルモノアリトスルモ其最終ノ目的ニ於テ二者毫モ異ナル所アルヲ見ス夫ノ破産ニ於ケル債權ノ届出ハ畢竟訴ノ提起ニ外ナラス而シテ債權調査會ノ調査ニ付シ何人モ之ニ對シテ異議ヲ申立ツル者ナキトキハ其債權ハ茲ニ於テ確

定シ之ヲ債權表ニ記載スレハ恰モ確定判決アリタルト同一ノ效力ヲ生ス故ニ現行法ニ於テモ草案ニ於テモ破産手續終結後ニ於テ破産手續ニ於テ辨濟ヲ得ルコト能ハサリシ殘額ニ付テハ債權表ニ基キテ強制執行ヲ爲スコトヲ得尤モ草案ハ破産者ノ異議ニ付テハ破産手續後債權ノ確定ヲ阻止スル留保ノ效力ヲ認メタリ(破案二二五條、二二七條、二八二條、商一〇四九條)故ニ破産債權ノ確定ハ即チ普通民事訴訟ノ私權確定ト毫モ異ナルコトアルナシ又民事訴訟ニ於テハ私權確定後債務者任意ニ之ヲ履行セサルトキハ強制執行ヲ爲ス破産ニ於テモ破産財團ノ占有、管理、換價、分配等ハ總テ皆強制執行手續ニ外ナラス唯普通ノ強制執行ニ在リテハ箇箇ノ債權者ノ爲メニ債務者ノ箇箇ノ財産ヲ差押ヘテ箇箇ノ強制執行ヲ爲スニ止マルモ破産ハ破産者ノ總財産ヲ差押ヘテ總債權者ニ配當スルモノニシテ所謂一般の執行タルノ差異アルノミ其強制執行タルノ性質ニ至リテハ一ナリ之ヲ要スルニ破産ハ其手續ニ於テ破産債權ヲ確定シ其實行ヲ圖ル爲メニ破産財團ヲ換價分配スルコトヲ目的トスルモノナルカ故ニ普通ノ訴訟ト毫モ其性質ヲ異ニスルモノニ非ス是レ予カ破産ヲ以テ訴訟事件ナリト言ヒタル所以ナリ尤モ商事非訟事件印紙法第四條以下ニハ破産ヲ非訟事件ト看做シタルモノノ如シ故ニ現行ノ扱方トシテハ破産ヲ非訟事件ト見ルモ亦不可ナキモノノ如シ唯破産ヲ訴訟事件ト見ルコトヲ得ハ破産法ニ特別ノ規定ナクシハ民事訴訟法ノ規定ヲ適用シ得ルノ利益アルノミ

第二章 破産債権者

第一節 破産債権者ノ定義

破産債権者トハ形式的ニ之ヲ定義スレハ破産手續ニ參加シテ破産財團ヨリ公平ナル辨濟ヲ受クヘキ債権者ヲ謂フ實質的ニ之ヲ定義スレハ

破産債権者トハ破産者ノ債権者ニシテ破産宣告前ノ原因ニ因リテ發生シタル財産上ノ請求權ヲ有スル者ヲ謂フ(破産七條)

此定義ヲ分析シテ順次ニ其要件ヲ説明スヘシ

第一 破産者ニ對スル債権ナルコト

凡ソ債権者ノ責任ニ人的責任トアリ人的責任トハ債務者ノ總財産ヲ以テ責任ヲ負フ場合ニシテ若シ債務者任意ニ其債務ヲ履行セザルトキハ其財産ノ如何ナル種類タルヲ問ハス總テ執行ノ目的物タルモノナリ破産ハ破産者ノ總財産ニ對スル一般的執行ナルカ故ニ斯種ノ債権者ノミ破産債権者トシテ權利ヲ行フコトヲ得ヘキハ至當ノ事タリ草案第七條ノ明文ニ破産者ノ債権者ニシテト曰フハ即チ其主意ヲ言ヒ表ハセリ何トナレハ凡ソ他人ニ對シテ債務ヲ負フト云ヘハ總財産ヲ以テ責任ヲ負フ人的責任ナルコト當然ナレハナリ物の責任トハ之ニ反シテ其物カ何人ニ屬スルヲ問ハス其物自體カ恰モ責任ヲ負フカ如キ場合ニシテ其物消滅スレハ責任モ亦消

雜 錄

○判檢事辯護士試驗問題 本年ノ同試驗ハ本月四日ニ始マリ九日ニ終レリ其問題左ノ如シ

○民法

- 一、取消シ得ヘキ行爲ノ追認ト無權代理人ノ爲シタル行爲ノ追認トノ性質上ノ差異如何
- 二、不特定物ヲ給付スル債務ト選擇債務トヲ區別スル標準如何

○刑法

- 一、不作爲犯ノ性質及其未遂狀態ヲ論セヨ
- 二、兇徒聚衆罪ノ構成要素及其犯人ノ處分ヲ論セヨ

○商法

- 一、代理商ト支配人トノ異同ヲ説明スヘシ
- 二、會社合併ノ條件及效力如何

○民事訴訟法

- 一、判決ニ對スル不服申立ノ種類ヲ舉示シ其各種類ノ特質ヲ説明スヘシ
- 二、當事者カ事實上ノ主張ヲ證明スルコトヲ要セザル場合アリヤ

○刑事訴訟法

雜 錄

一、直接審理トハ何ソ又其範圍如何
二、關席判決ヲ爲スヘキ場合ヲ説ケ

○國際私法

一、手形行爲ノ效力ハ何國ノ法律ニ從フヘキモノナルヤ
二、外國ニ於テ我國臣民ニ對シ宣告シタル失踪ノ效力ヲ說明セヨ

○憲法

一、國家ト地方團體トノ區別ヲ示セ
二、帝國議會ノ國法上ノ地位ヲ說明セヨ

○行政法

一、官吏ノ職務行爲ニ基ク損害ノ責任ヲ論セヨ
二、自治團體ニ對スル監督權ノ範圍ヲ說明スヘシ

○國際公法

一、國際地役ノ意義及種類ヲ說明スヘシ
二、最惠國條款トハ何ソ

法學志林

第十八卷 每月一回 廿日發行
第十一號 定價一冊 拾貳錢
十月二十日 郵稅 壹拾錢
發行 壹冊 郵稅 拾錢 共
(第八十七號)

◎志

將來ノ債務ニ對スル保證ニ就テ

法學士 乾 政
法學士 河 津
法學士 牧 野
法學士 二 上
法學士 兵 治

◎質疑

憲法一題(清水法學士) 民法三題(橫田法學士、牧野法學士、梅法學博士)
商法一題(佐竹法學士) 刑法一題(牧野法學士)
民事訴訟法二題(板倉法學士)

◎纂錄

海法統一ノ新傾向ト千九百五年ブラッセル
海法會議ニ就テ

法學士 宮 澤
法學士 孤 登
法學士 子 察

◎判例

大審院判決例十九件
○帝國學士院會員○寄附事ノ勇退○民法部内ニ於ケル八年生組ノ勢力ヲ司法官會ノ設置○刑法改正ノ要
項○關稅稅務員制禁止○議○貴族院議長ノ交際費ヲ看守列決○不法巡查○氣動軍人ノ犯罪○被告人
事○格田中○高橋兩氏ノ有罪○精神病者ノ有罪及無罪○同情アル列決○不法巡查○氣動軍人ノ犯罪○被告人

◎記

報 事 十數件

發行所

法政大學

(電話番町 一七四番)

校外生規則摘要

- 一 十个月以上本大學ノ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 講義録ノ講習ヲ終リタル者ハ校外生修業證書ヲ請求スルコトヲ得但手數料金貳拾錢ヲ納ムヘシ
- 一 校外生月謝ハ左ノ如シ
 - 一個月分 各學年 金四拾錢 全學年 金壹圓
 - 六個月分 各學年 金貳圓三拾錢 全學年 金五圓五拾錢
 - 一年分 各學年 金四圓五拾錢 全學年 金拾壹圓
- 一 月謝ヲ納付シタルトキハ講義録ヲ郵送スルヲ以テ別ニ領收證ヲ交付セス若シ發信ノ日ヨリ二十日ヲ過キテ講義録ノ到達セサルトキハ其旨本大學ニ通知スヘシ
- 一 校外生ハ講義録中ニ疑義アルトキハ講義録ノ番號・科目・頁數及ニ疑問ノ要點ヲ記載シ本大學編輯局ヘ宛テ郵送スヘシ
- 一 質疑通信ノ文意解シ難キモノ、主旨明瞭ニシテ解答ヲ要セスト認ムルモノハ解答ヲ付セス
- 一 質疑中有益ト認ムルモノハ之ニ解答ヲ付シ法學志林又ハ講義録ニ登載スヘシ

◎注 意

振替貯金を以テ月謝ヲ納付セラルル向ハ納付ノ都度定額ノ外ニ振替貯金規則ニ依ル登記料金二錢ヲ添へ振込マルヘシ

振替貯金口座「三二九四番」

明治三十八年十一月九日第三種郵便物認可

明治三十九年十月廿九日印刷
 明治三十九年十月三十日發行
 (定價金五拾錢)

東京市牛込區牛込北町十番地
 編輯兼 萩原敬之
 發行者

東京市四谷區四谷左門町五十八番地
 印刷者 重利俊夫

東京市芝區西久保明舟町十一番地
 印刷所 金子活版所

發行所 私立法政大學

東京市麹町區富士見町六丁目十六番地
 電話番町「一七四番」