

法政大學講義録

牧野, 菊之助 / 板倉, 松太郎 / 齊藤, 十一郎 / 加藤, 正治
/ 島村, 他三郎

(出版者 / Publisher)

法政大學

(巻 / Volume)

21

(号 / Number)

3学年の7

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

84

(発行年 / Year)

1908-04-30

明治四十一年四月三十日發行

（參學年ノ七）

四十一年度

法政大學講義錄

第二十一號

法政大學發行



0374

四十一年度第二十一號目次

行政法各論	(自四五六至四五六)	法學士 島村他三郎
民法親族	(自二四八至二五八)	法學士 牧野菊之助
民法相續	(自一七三至二一三)	法學士 牧野菊之助
破産法	(自一九四至一九五)	法學博士 加藤正治
民事訴訟法	自第三編(自七二)至第五編(自七二)	法學士 齊藤十一郎
民事訴訟法	自第六編(自三三三)至第八編(自三五〇)	法學士 板倉松太郎

雜錄 ○大審院判例要旨

テ歳出ニ關シテハ豫算ハ官廳ニ對シテ強力ナル拘束力ヲ有ス蓋シ法律命令ノ規定ニ從ヒ支出スヘキ事項ニ就テモ無制限ニ支出シ得ヘキモノニ非スシテ原則トシテ豫算上ノ見積額ヲ超過シ得サルモノナレハナリ

第三節 會計

收支ヲ爲スニ當リ據ルヘキ根本法規ハ明治二十二年法律第四號會計法是ナリ今會計法ニ基キ收支ノ大要ヲ説明スヘシ

一、收入支出

(イ) 收入ニ關シテハ關係法規ノ定ムル順序方法手續ニ依リ一定ノ權限ヲ有スル官吏ニ非サレハ之ヲ徵收スルコトヲ得サル旨第一〇條ニ規定セル外會計法上特ニ精細ナル規定ナシ

(ロ) 支出ニ關シテハ第一一第乃至第一五條ニ其規定アリ今收入支出ニ關スル主要ナル制限ヲ舉示スルトキハ左ノ如シ

(一) 國家ノ收入支出ハ毎年四月一日ヨリ翌年三月三十一日ニ至ル期間ヲ以テ一會計年度ト爲スカ故ニ若シ前年度ノ歳入ヲ以テ翌年度ノ經費ニ充ツルカ如キコトアレハ是レ明カニ會計年度ノ根本ヲ紊ルモノナルカ故ニ第一一條ニ明文ヲ以テ「毎會計年度ニ於テ政府ノ經費ニ充ツル所ノ定額ハ其年度ノ歳入ヲ以テ之ヲ支辨スヘシ」ト定ムル所以ナリ然レトモ此原

行政法各論 純粹行政 財務行政 會計

090
1908
3-1-7

則テ何レノ場合ニモ適用スルトキハ實際上徒ラニ收支ノ關係ヲ繁雜ナラシムルノ不便アルカ故ニ特ニ豫算ニ於テ明許シタルモノ及ヒ一年度内ニ終ルヘキ工事又ハ製造ニシテ避クヘカラサル事變ノ爲メニ事業ヲ遲延シ其年度内ニ經費ノ支出ヲ終ラサリシ場合ニハ之ヲ翌年度ニ繰越使用スルコトヲ得ヘク(會計法二一條)又數年ヲ期シテ竣工スヘキ工事製造及ヒ其他ノ事業ニシテ繼續費トシテ總額ヲ定メタルモノハ毎年度ノ支拂殘額ヲ竣工年度ニ至ルマテ順次繰越使用スルコトヲ得ヘキモノトス以上ハ年度ニ關スル支出上ノ制限ナリ

(二) 國務大臣ハ豫算ニ定メタル目的ノ外ニ豫算ノ定額ヲ使用スルハ勿論豫算ニ定メタル目的ナルモ各項ニ區分セル金額ヲ彼此流用スルコトヲ得サルハ支出ノ目的及ヒ會計ノ區分ニ關スル支出上ノ制限ナリ

(三) 法律勅令ヲ以テ特ニ例外ヲ認メタル場合ノ外各官廳ニ於テハ特別ノ資金ヲ有スルヲ得サルカ故ニ國務大臣カ其所管事務ニ要スル費用ハ國庫ニ對シテ支拂命令ヲ發セサルヘカラス而シテ國務大臣ハ政府ニ對スル正當ナル債權者又ハ其代理人ノ爲メニ非サレハ支拂命令ヲ發スヘキモノニ非サルハ勿論國庫モ亦法律命令ニ反スル支拂命令ナル以上ハ命令ヲ受クルモ支拂フヘキモノニ非ス然レトモ經費支出ノ必要アル毎ニ支拂命令ヲ發セシムルヲ以テ動カスヘカサル原則ト爲ストキハ支出上不便ヲ感スル場合即チ會計法第一五條第二項各號ノ場合ニ限リ國務大臣ハ當該主任官ニ委任シ又ハ政府ノ命シタル銀行ニ委任シテ現金前渡

ノ支拂命令ヲ發スルコトヲ得ヘキモノトセリ

二、工事請負及セ物件ノ賣買、貸借

工事ヲ請負ハシメ物件ノ賣買、貸借ヲ爲スハ國家ト人民トノ關係ナルモ特別ノ規定ナキトキハ一般民法ヲ以テ律セラルヘキハ勿論ナリト雖モ工事ノ請負、物件ノ賣買、貸借ニ就キ公平ヲ維持シ官吏ノ私曲ヲ防止スルノ必要上例外ノ場合ヲ除ク外競争入札ニ付スヘキモノトセリ其例外ノ場合ニ就キ會計法ノ定ムル所ニ依レハ一人ノ獨占スル物件、特別ノ技能ヲ要スル製作品、位置構造ノ制限アル場合ニ於ケル土地家屋ノ買入借入、少額ノ物品ノ賣却、工事ノ請負等ハ競争入札ニ依ラス隨意契約ニ依ルヘキモノトセリ其他法律勅令ニ別段ノ定アル場合モ亦隨意契約ニ依ルヲ得ヘク此等ニ就テハ關係法規ヲ參照スヘシ(會計法二四條等)

第四節 國家ノ私法的收入

第一款 國有財産收入

之ヲ一私人ニ就テ云フトキハ收入ニ二種別アリ山林田畑等ヲ所有シ之ヲ管理シ又ハ處分スルニ因リテ得ル所ノモノアリ又一定ノ勞務ニ服スル等ノ關係上得ル所ノ收入アリ國家モ亦山林田畑等ヲ所有シ之ヲ使用、收益、處分スルニ因リテ得ル所ノ收入アルト同時ニ此ノ如キ財産ノ關係ナクシテ得ル所ノ收入アリ斯ク財産ノ關係ナクシテ國家カ收入スル所ノモノハ個人ト異ナリ租

税、手数料等ノ名義ヲ以テ法令ノ力ニ依リ強制シテ徵收スルモノナレトモ此ノ如キ二種ノ收入原因アルハ言フ俟タズ今此二種ノ收入原因ニ付キ説明スルニ當リ先ツ國家ノ有スル財産ヨリ生スル收入ニ就キ述ヘント欲ス

等シク國家ノ有スル財産ニ三種別アリ

一、公共ノ用ニ供セラルル財産

二、公用ニ供セラルル財産

三、公共ノ用又ハ公用ニ供セラレサル財産

是ナリ公共ノ用ニ供セラルル國有財産ハ即チ道路河川ノ如キモノニシテ其所有權カ國家ニ在ルト公共團體ニ在ルト一私人ニ在ルトヲ問ハス行政法上特別ノ法律關係ヲ有シ營造物トシテ總論ニ於テ研究スヘキ問題ナルノミナラス其性質上收益ヲ目的トスルモノニ非サルカ故ニ本款ニ於テ説明スルヲ要セス

公用ニ供セラルル國有財産ハ官廳ノ建物、敷地、砲臺、軍艦等ニシテ是レ亦其用ヒラルル目的上重要ナル關係アルニ止マリ國家ノ收入關係上大ナル價值ナシ

公共ノ用又ハ公用ニ供セラレサル國有財産ハ一私人カ所有スル普通財産ト其性質ニ於テ異ナル所ナク此ノ如キ財産ニ關シ個人ト國家トノ間ニ生スヘキ關係ハ特別ノ規定ナキ限り民法ニ依リ支配セラルヘキ性質ヲ有スト雖モ特ニ國家ノ存立上其維持、管理、處分ヲ確實ニスヘキ理由ア

ルヲ以テ特別ノ規定ニ依リ管理、處分ニ付キ嚴格ナル制限ヲ設ク其主要ナル點ハ次ノ如シ

一、民法ニ依ルトキハ處分ノ能力又ハ權限ヲ有セサル者ハ貸貸借ヲ爲ス場合ノ外貸貸期間ニ付

キ制限ナシト雖モ國有財産ノ貸貸借ニ關シテハ一定ノ標準ヲ設ケ其期間ヲ制限セリ（官有財産管理規則七條）

二、國有財産ハ評定價格均等以上ナル同一種類ノ財産ニ非サレハ之ト交換スルコトヲ許サズ其他特殊ノ制限ニ付テハ官有財産管理規則、官有地取扱規則、北海道國有未開地處分法、國有林野法等ヲ參照スヘシ

第二款 專業收入

國家ハ收入ヲ得ルカ爲メ一定ノ製造業又ハ販賣業ヲ國家ノ獨占ト爲スコトアリ明治三十七年法律第一四號煙草專賣法、明治三十六年法律第五號粗製樟腦樟油專賣法及ヒ同三十八年法律第一一號鹽專賣法ハ即チ專業收入ニ關スル現行法ナリ今最近ノ現行法タル鹽專賣法ニ依リ專賣ノ概略ヲ説明スルトキハ其第一條ニ於テ「政府ハ鹽ノ專賣權ヲ有ス」ト規定シ命令ニ定ムル制限數量以內ノ鹽ニシテ鹽製造者ノ自家用ニ供スルモノ及ヒ政府ヨリ賣渡シタル鹽ニ依リ再製シタル鹽ヲ除クノ外鹽製造者ノ製造シタル鹽ハ總テ政府之ヲ收納シ便宜ノ地ニ鹽取扱所ヲ設置シ之カ賣渡ヲ爲サシムルコトトシ政府ヨリ賣渡シタル鹽ニ非サレハ之ヲ所有シ所持シ讓渡シ賣入シ又

ハ消費スルコトヲ得サル旨嚴密ナル規定ヲ設ケ此ノ如ク專賣ハ一定ノ物品ニ對シ課稅スルト實質ニ於テ異ナルコトナシト雖モ國家カ人民ニ對シ強制スルノ點ハ單ニ國家以外ノ人民ヲシテ鹽ノ賣買ヲ爲サシメサルノ點ニ止マリ之ヲ人民ニ賣渡ス場合ニ於ケル形式ハ全然私法上ノ賣買ト同一ナルヲ以テ專賣ヨリ得ル所ノ收入ハ財産ヨリ生スル收入ト同シク之ヲ私法的收入ノ一ト認ムルヲ相當トス國家カ此ノ如キ業務ヲ行フニ當リ一定ノ物品ニ付キ其ノ製造販賣共ニ之ヲ獨占スルコトアルト同時ニ製造若クハ販賣ニ限リ其獨占ト爲スコトアリ煙草ニ付テハ製造、販賣共ニ政府ニ專屬シ粗製樟腦、樟腦油、鹽ノ專賣ニ付テハ販賣ノモヲ政府ノ專業ト爲ス

第三款 公債收入

收入ヲ以テ支出ヲ制スヘキ個人ニ於テモ時トシテ經常收入ヲ以テ支出ヲ辨スルコトヲ得サル場合アルカ故ニ支出ヲ以テ收入ヲ定ムヘキ國家ニ於テ此ノ如キ必要アルハ言フ俟タズ公債ハ民事上ノ金錢貸借ト其性質ニ於テ異ナルコトナキカ故ニ公債收入ヲ私法的收入ノ一種ニ計フルヲ相當トス國債ヲ起スハ財政上ノ重要事項ナルカ故ニ憲法第六二條ニ於テ帝國議會ノ協賛ヲ必要條件トシ會計法第九條ニ於テ「毎年度大藏省證券發行ノ最高額ハ帝國議會ノ協賛ヲ經テ之ヲ定ム」ト規定シ決算ニ就テモ會計法第一七條ニ於テ帝國議會ニ提出スヘキ總決算ニハ國債計算書ヲ添附スヘキコトヲ必要トセリ

起債ノ必要アル場合ヲ二大別スルトキハ其第一ハ一箇年度内ノ收支不均衡ナルカ爲メニ一時繰替ノ目的ヲ以テ收入ノ増加ヲ圖ル場合ニシテ即チ短期公債ナリ所謂大藏省證券ノ發行ハ此必要ニ基クモノニシテ明治十七年布告第二四號大藏省證券條例ハ此短期公債ニ關スル法規ナリ第二ノ場合ハ即チ長期公債ニシテ一箇年度内ノ收入ヲ以テ支出ニ充當スルコトヲ得サル場合ニ於テ收入ノ増加ヲ圖ルモノニシテ其募集方法ノ細目等ハ整理公債條例其他關係法規ニ就キテ參照スヘシ

公債募集ニ關スル規則ハ國有財産ノ賣買、貸借ニ關シ前述シタル法規ト同シク契約ノ條項ヲ法文ニ示シタルニ過キスシテ其目的ハ關係官廳ヲシテ之ニ準據セシメ及ヒ一般民法ノ規定ニ對シ例外的ノ條項ヲ明カニスルノ目的ニ外ナラス

第五節 國家ノ公法的收入

第一款 手数料

國家ハ營造物ヲ設ケテ人民ノ利便ヲ圖リ特ニ之ヲ使用スル者ニ對シテ使用料ヲ徵收シ又特ニ一個人ノ爲メニ證明、鑑定、免許等ノ事務ヲ行フニ當リ其報償トシテ手数料ヲ徵收スルコトアリ此ノ如ク使用料、手数料ハ民事上ノ使用貸借又ハ勞務ノ請負、雇傭等ト其關係ヲ異ニシ法規ノ命令スル所ニ從ヒ使用、證明、鑑定、免許等ヲ出願スル人民カ之ニ對シ相當ノ報償ヲ支拂フヘキ公法

上ノ義務ヲ負擔スルモノナルカ故ニ前述セル收入ト全然別個ノ關係ヲ有ス手數料ハ國家カ個人ノ爲メニ特ニ利益ヲ與フル場合ニ於テ其報償トシテ徵收スル公法上ノ收入ナルカ故ニ營造物ノ使用料モ亦廣義ノ手數料中ニ包含セラルモノト然レトモ我國從來ノ慣例上人ノ行爲ヲ要スルモノニ非サレハ之ヲ手數料ト稱セサルカ故ニ國家ノ行爲ヲ要求シ又ハ人及ヒ物ヲ以テ成立スル營造物ヲ使用スル場合ニ於テ徵收スル公法上ノ收入ノミヲ手數料ト謂ヒ財產ノミヲ使用スル場合ニ於テ徵收スルヲ使用料ト謂フ今營造物ノ使用ヲ大別スルトキハ之ヲ一般使用、特別使用ニ區別スルコトヲ得一般使用ハ直チニ營造物ノ性質ニ適合スルモノニシテ一般使用ノ性質ヲ有スルモノニ非サレハ營造物ト謂フヲ得特別使用トハ一般使用以外尙ホ特ニ之ヲ使用スルモノニシテ此ノ如キ場合ニ於テ收入スル使用料ハ此ニ所謂手數料ト其性質ヲ異ニス手數料ニ行政上ノ手數料ト司法上ノ手數料ト二種アリテ行政上ノ手數料ハ憲法第六二條ニ依リ法律ヲ以テ之ヲ定ムルヲ要セス故ニ手數料ハ勅令又ハ省令ヲ以テ定ムルモノアリト雖モ手數料ヲ賦課スヘキ事項カ法律ニ存在スルモノハ勅令ヲ以テ之ヲ定メ勅令又ハ省令ニ存在スルモノハ省令ヲ以テ之ヲ定ムルヲ公法上ノ慣例トス

第二款 租稅

租稅ハ收入ノ一大財源ニシテ人民ニ對シ一般ノニ強制シテ賦課徵收スル公法上ノ收入ナリ今租

稅ノ觀念ヲ明瞭ナラシムルカ爲メ前ニ述ヘタル手數料ト區別スヘキ要點ヲ舉クレハ

一 手數料ハ國家ノ行爲又ハ營造物ノ使用ニ因リ特ニ利益ヲ受クル者ニ對シ其反對給付トシテ賦課徵收スルモノニシテ雙對的ナルモ租稅ハ之ト異ナリ收入ヲ圖ルカ爲メ一般ノノ義務トシテ賦課徵收スルモノニシテ片面的ナリ

二 當然ノ結果トシテ租稅ハ一般ノ性質ヲ有シ手數料ハ個別的ノ性質ヲ有ス

三 租稅ハ法律ヲ以テ定ムルヲ要件トスレトモ行政上ノ手數料ハ然ラズ

四 租稅ハ收入ヲ計ルノミヲ目的トスルニ反シ手數料ハ人民ノ負擔額カ國家ノ出捐ニ相當シ得ルヲ以テ目的ト爲スモノニシテ理論上收入ハ其結果トシテ生スルニ過キサザルナリ

次ニ納稅義務ノ性質ニ付キ説明スヘシ
納稅義務ハ國家政務ノ費用ニ充ツル爲メ一般ノニ無償ニ強制シテ徵收セラルヘキ財產上ノ法律義務ナリ今之ヲ分說スレハ

一 國家政務ノ費用ニ充ツルモノナリ 前ニ軍事負擔ノ章ニ於テ説明シタルカ如ク國家ハ強制シテ個人ノ財產ヲ徵發スルコトアリト雖モ此ノ如キハ徵發ノ目的物自體ヲ軍事上ノ目的等ニ用フルニ止マリ之ヲ以テ政務ノ費用ニ充ツルモノニ非ス租稅ハ原則トシテ金錢ヲ以テ之ヲ徵收シ政務ノ費用ニ充ツルヲ目的ト爲ス

二 租稅ハ一般ノニ無償ニ徵收スルモノナリ 徵發ノ如キハ財產上ノ負擔ナルコト租稅ト同一

ナリト雖モ一般的ノ負擔ニ非シテ特別ノ地方ニ於ケル特別ノ目的物ニ付キ特別ノ人ニ對スル負擔ナリ然ルニ租稅ハ一般的ニ徵收セラルヘキモノニシテ隨テ徵發ト異リ賠償スルコトナシ

三 法律上ノ義務ナリ 憲法第二一條ハ「日本臣民ハ法律ノ定ムル所ニ依リ納稅ノ義務ヲ有ス」ヘキ旨規定シ同第六二條ニ於テ「新ニ租稅ヲ課シ及稅率ヲ變更スルハ法律ヲ以テ之ヲ定ムヘシ」ト規定スルカ故ニ納稅カ法律上ノ義務ナルコト明カナルト同時ニ何人カ租稅ヲ納付スヘキモノナルヤ何ニ對シテ課稅スヘキモノナルヤ如何ナル率ニ依リ徵收スヘキモノナルヤハ總テ法律ヲ以テ之ヲ定ムヘキモノトス

第三ニ述フヘキハ租稅ノ種別ナリ

一 物件稅、行爲稅

課稅ノ目的ハ物件ナルコトアリ又行爲ナルコトアリ此ノ區別ニ依リ租稅ヲ物件稅及ヒ行爲稅ニ區別スルコトヲ得地租ノ如キハ土地ヲ課稅ノ目的物ト爲スカ故ニ物件稅ニシテ營業稅ノ如キハ營業行爲ヲ課稅ノ目的ト爲スカ故ニ行爲稅ノ一例ト見ルヘキモノナリ

二 直接稅、間接稅

現行法規ニ依ルトキハ地租、所得稅及ヒ營業稅ハ直接稅ニシテ其他ハ間接稅ナリ

三 分配稅、定率稅

一會計年度ニ必要ナル費用ノ定額ヲ公共團體ニ分配シ公共團體力之ヲ其團體内ノ人民ヨリ賦課徵收スル租稅ヲ分配稅ト謂ヒ法律ノ定ムル課稅ノ目的及ヒ比率ニ依リ直接ニ賦課徵收スルヲ定率稅ト稱ス

第四ニ述フヘキハ納稅ノ猶豫、輕減及ヒ免除ナリ租稅ノ賦課徵收ハ法律義務ニシテ納稅ノ主體、課稅ノ目的等總テ法律ニ其規定ヲ設クヘキカ故ニ租稅ノ猶豫、輕減及ヒ免除ニ付テモ亦法律ノ規定ヲ要スルヤ勿論ナリ納稅ヲ猶豫スヘキ場合ハ納稅人カ非常ノ災害ニ係リタルカ爲メ其被害調査ヲ要スル場合ニ於テ其調査期間内租稅ノ徵收ヲ猶豫スル場合ナリ納稅ノ免除ニ就テハ特別法規ヲ以テ之ヲ定ムルモノ例ヘハ明治三十四年法律第二七號水害地方田畑地租免除ニ關スル件ノ如キアリ關係法規中ニ之ヲ定ムルモノ例ヘハ砂防法第一一條ノ如キアリ

第五ニ租稅ノ徵收方法ニ就テ述フヘシ

租稅ハ收稅官吏カ直チニ之ヲ徵收スル場合ト市町村ヲシテ徵收セシメ之ヲ國庫ニ納付セシムル場合トアリ市町村カ地租及ヒ勅令ヲ以テ命セラレタル其他ノ國稅ヲ徵收シテ國庫ニ納付スヘキ場合ニ在リテハ地租ニ付テハ其徵收費用ハ市町村ノ負擔ナリト雖モ其他ノ國稅ニ就テハ徵收金額ノ百分ノ四ヲ徵收費用トシテ市町村ニ交付スヘキモノトス收稅官吏カ國稅ヲ徵收スヘキ場合ニ在リテハ直接納稅人ニ對シ納金額、納期日及ヒ納付場所ヲ記載シタル納稅告知書ヲ發スヘク市町村ヲシテ徵收セシムヘキ場合ニ在リテハ市町村ニ對シ徵收スヘキ金額ヲ通知シ市町村ハ同

様ノ納稅告知書ヲ納稅人ニ對シ發スヘキモノトス納稅ノ告知ハ既定ノ納稅義務ノ範圍ヲ明確ニシ之ヲ履行セシムル處分ニシテ納稅ノ告知ニ依リ始メテ納稅義務カ發生スルニハ非ス納付ノ義務アル者納期限ヲ經過シ尙ホ其税金ヲ完納セザルトキハ更ニ別個ノ強制處分ヲ行フ是レ即チ滯納處分ナリ其手續ハ先ツ期限ヲ指定シテ督促令狀ヲ發シ若シ其期間内ニ尙ホ税金及ヒ督促手数料ヲ納付セザルトキハ納稅義務者ノ財産ヲ差押ヘ之ヲ公賣ニ付シ税金及ヒ滯納處分費ヲ徵收スヘキモノトス差押ユヘカラサルモノ滯納處分ノ執行ヲ中止スヘキ場合等ニ付テハ國稅徵收法及ヒ附屬法規ヲ參照スヘシ

租稅ノ徵收ニ就テハ金錢以外印紙ノ貼付ヲ以テ之ヲ納付セシムル場合アリ印紙稅ノ如キハ即チ其一例ナリ印紙稅ハ財産權ノ創設、移轉、變更、消滅ヲ證明スヘキ證書及ヒ帳簿ヲ作成スル者ニ對シ課稅スルモノニシテ印紙稅ハ證書又ハ帳簿ニ印紙ヲ貼用シテ納付スルヲ原則トス

第六ニ述フヘキハ現行各種租稅ニ關スルノ大體ノ說明ナリ

一 地租(明治十七年布告七號地租條例) 地租ノ納稅主體ハ土地臺帳記名者ニシテ課稅ノ目的ハ所謂有租地ニシテ課稅ノ比率ハ地價ニ依リ地價百分ノ二半ヲ以テ一年ノ定率トス有租地ト雖モ之ヲ公立學校地、社地、禁伐林、公衆ノ用ニ供スル道路等トナストキハ地租ヲ免除スルハ勿論公共團體ノ所有地ニシテ其公用ニ供スルモノハ公用ニ供シタル年ノ翌年ヨリ公用廢止ノ年迄地租ヲ免除スルコトセリ(明治卅三年法律第一九號)

(イ) 養子カ戸主ト爲リタルトキ 養子ニシテ一旦戸主ト爲ランカ假令前示原因ノ一アリトモ養親ハ勿論養子ト雖モ共ニ離縁ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス(八七四條)蓋シ戸主ハ一家ノ主宰者トシテ重大ナル權利ト義務トヲ有ス故ニ一朝假令其地位ヲ去ラサルヘカラストセハ責任ヲ輕シスルノ弊ヲ生スヘク殊ニ人爲ニ因リ親族關係ヲ生スル養子ニ於テ最モ然リトス況ヤ本法ハ廢戸主ナルモノヲ認メサルノ結果離縁ニ因リ戸主權ヲ喪失セシムルカ如キハ之ヲ避ケサルヘカラサルノ要アリトス想フニ家督相續ニ因リ戸主ト爲リタル者ハ其家ヲ廢スルヲ得ス又法定ノ推定家督相續人ハ廢除ヲ爲スニ非サルハ其相續權ヲ奪ハルルコトナシ然ラハ養子タリトモ一旦戸主タルニ至ラハ之ヲ廢スルヲ許ササルハ寧ロ法律ノ本旨ニ適合スルモノト謂ハサルヲ得ス且又家族カ婚姻組ヲ爲スニハ戸主ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス然ルニ戸主タル養子カ其家族タル養親ノ爲メニ離縁セザルトセハ豈ニ不可思議ノ感ナカラシヤ養子カ戸主ト爲リタルノ事由ヲ以テ離縁不受理ノ因トセル亦相當ナリトス但戸主カ隱居ヲ爲シタル後ハ此限ニ在ラズ

(ロ) 宥恕 前示第一乃至第六ノ原因アル場合ニ於テ當事者ノ一方カ他ノ一方又ハ其直系尊屬ノ行為ヲ宥恕シタルトキハ離縁ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス(八六八條)

(ハ) 同意 前示第四ノ原因アル場合ニ於テ當事者ノ一方カ他ノ一方ノ犯罪行為ヲ爲スニ同意シタルトキハ自己モ亦之ヲ是認シタルモノナレハ縱シ共犯者ト爲ラストスルモ一方ノ處刑ニ

因リ汚辱ヲ蒙レリト謂フヲ得ス故ニ此場合ニ在リテハ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ許サス(八六九條一項)

同意有恕ハ其ニ離婚請求ノ不受理ノ原因タリ離婚ニ付ラモ之カ規定ヲ設ケタル所以ノモノ亦同一ノ理由アルニ因ル依テ今再說ノ要ヲ見ス

(ニ) 相殺 前示第四ノ原因ニ因リ離婚ノ訴ヲ提起セントスル者ハ自己ニ同一ノ原因存セザルコトヲ必要トス若シ自己ニ其原因アルトキハ他ノ一方ニ同一ノ事由アルコトヲ事由トシテ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス(八六九條二項)是レ亦離婚ニ關スル第八一五條ト同一ノ趣旨ニ因ル

(ホ) 期間ノ經過 期限ノ經過ニ因リ離婚請求ノ權利ヲ消滅セシムルハ離婚ニ於ケルト同一ノ理由アルモノニシテ一定ノ時日ヲ經過スルニ於テハ或ハ一方ノ行為ヲ有恕シタルモノト推測スルニ足ルヘク或ハ公安上舊惡ヲ許キ羞耻ヲ暴露セシムルノ弊ヲ豫防スルノ要アレハナリ即チ左ノ如シ

(一) 前示第一乃至第五及ヒ第八ノ原因ニ基ク離婚ノ訴ハ之ヲ提起スル權利ヲ有スル者カ離婚ノ原因タル事實ヲ知リタルトキヨリ一年其事實發生ノ時ヨリ十年ヲ經過シタルトキハ之ヲ提起スルヲ得ス(八七〇條)

(二) 前示第六ノ原因ニ基ク離婚ノ訴ハ養親カ養子ノ復歸シタルコトヲ知リタル時ヨリ一年

ヲ經過シタル後ハ之ヲ提起スルヲ得ス其復歸ノ時ヨリ十年ヲ經過シタル後亦同シ(八七一條)

(三) 前示第九ノ原因ニ因ル離婚ノ訴ハ當事者カ離婚又ハ婚姻ノ取消アリタルコトヲ知リタル後六個月ヲ經過シタルトキハ之ヲ提起スルヲ得ス(八七三條二項)

(ハ) 養子ノ生死分明ナリシトキ 前示第七ノ原因ニ基ク離婚ノ訴ハ養子ノ生死カ分明ト爲リタル後ハ之ヲ提起スルヲ得ス(八七二條)

(ト) 權利ノ拋棄 前示第九ノ原因ニ因ル離婚ノ訴ハ當事者カ離婚請求ノ權利ヲ拋棄シタルトキハ之ヲ提起スルヲ得ス(八七三條二項)

第三項 離婚ノ效力

協議上ノ離婚ハ戶籍吏ニ届出ツルニ因リテ其效力ヲ生シ裁判上ノ離婚ハ其裁判確定ノ後ニ非サレハ效力ヲ生セズ而シテ離婚ハ縁組ヲ解消セシムルモノナルカ故ニ縁組ニ因リテ生シタル效力ハ離婚ノ效力ヲ發生スルニ從テ其效力ヲ失フヘシ

養子ハ離婚ニ因リテ養親及ヒ其血族トノ間ニ親族關係ヲ消滅セシムルコトハ前述セル所ニシテ(七三〇條)假令親族關係止ムト雖モ尙ホ其間ニ於テハ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス(七七一條)例ヘハ養親ハ養子ヲ縁組シタル後ト雖モ之ヲ妻ト爲スコトヲ得サルカ如シ

養子ハ離婚ニ因リテ實家ニ復歸シ(七三九條)實家ニ於テ有セシ身分ヲ回復スヘシ(八七五條)蓋シ養子縁組ノ效力ハ養子ヲシテ養家ニ入ラシメ養親ノ嫡出子タル身分ヲ取得セシムルモ之カ爲メニ養子ノ實家ニ於ケル親族關係ヲ消滅セシムルモノニアラス唯其家族關係ヲ失ヒタルニ過キス故ニ離婚ニ因リテ養家ニ於ケル親族關係ヲ失フノ結果トシテ實家ニ復歸スヘキハ固ヨリ其所ナリ然レトモ其實家ニ復歸スルニ當リテヤ新ニ其家ニ入リタル者ト同一ノ權利ヲ有スヘキモノナルカ將タ又以前ノ權利ヲ回復スヘキカハ一箇ノ疑問タラサルヲ得サルヘシ而モ養子ト爲リタルカ爲メニ實家ニ於ケル親族關係ヲ失ハサリシモノナレハ父母其他ノ者トノ關係ハ敢テ以前ト異ナルヘキニ非ス換言スレハ新ニ其家ニ入リタル者ト見ルヘキモノニ非シテ縁組當時ヨリ引續キ其家ニ在リ同一ノ家族關係ヲ保持シタルモノト看做スヘキモノトス例ヘハ次男カ養子ト爲リ實家ニハ長男ト三男トアリシカ長男死亡後ニ離婚ニ因リテ次男復歸シタリトセハ異日相續開始ノ曉ニハ次男相續スヘキカ如シ若シ之ニ反シ三男ニシテ既ニ相續ヲ爲シタル後次男カ離婚ニ因リテ實家ニ復歸シタリトセハ三男ノ相續ハ全ク有效ニシテ次男ハ相續ノ回復ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ第三者カ既ニ取得シタル權利ヲ害スルコトヲ得サレハナリ

右ノ解釋ニ對シテハ批難アリ即チ養子ハ縁組ノ繼續中ニ於テモ實家ニ於ケル身分ヲ有シ居リタルモノナレハ離婚ニ因リテ之ヲ回復スルニ非ス實家ノ父母ニ對シテ次男タルモノハ他ノ養子ト爲ルモ均シク實父母ニ對シテハ次男タルヘシ離婚ノ前後ニ由リ敢テ論ル所アルニ非ス又前例

ニ於テ三男相續後ニ離婚ニ因リ復歸シタル次男カ其父ノ相續ニ付キ何等ノ權利ヲ有セサルコトハ第九七〇條ノ規定上自ラ明カナル所ニシテ亦敢テ第八七五條ノ規定ヲ要スルモノニ非ス離婚ニ關シテノミズル規定ヲ存シ離婚ニ付テ同様ノ規定ナキニ徴スルモ其何ノ理由タルヲ知ルニ苦ムト是レ洵ニ相當ナル非難ニシテ第八七五條ノ規定ニシテ前段説明ノ外ニ出テサルモノトセハ殆ト無用ニ屬スヘシ然レトモ從來次男カ他家ニ養子ト爲リ長男ノ死亡後離婚復歸シタルカ如キ場合ニ次男ト三男ト孰レカ家督相續權アリヤニ付テ慣例一様ナラス故ニ立法者ハ養子ハ離婚ニ因リテ縁組以前實家ニ於テ有セシ身分ヲ回復スト定ムル以上ハ相續開始後ニ復歸シタル場合ニ在リテハ相續ノ回復ヲ爲シ得ヘキニ非サルコトヲ示シ因テ以テ疑義ノ生センコトヲ防キタルニ外ナラサルヘシト信ス

夫婦カ共ニ養子ト爲リ又養子カ養親ノ他ノ養子ト婚姻シタル場合ニ於テ其一方ノミヲ離婚スルコトハ法律ノ敢テ禁セサル所トス然レトモ此ノ如キ場合ニ於テ夫婦カ相分離シテ其一方ノミ他ノ養子ト爲ルカ如キハ夫婦其籍ヲ一ニシ其居ヲ別ニスルノ結果ヲ生シ婚姻ノ本體ニ悖ルノ結果ヲ生スヘシ勿論夫ノミヲ離婚ト爲リタルトキハ妻ハ當然夫ニ隨フテ其家ニ入ルヘキモノナルヲ以テ(七四五條)夫ノ家ニ入ルト共ニ其養家ニ於ケル親族關係ヲ脱スルコトト爲リ實際上格別ナル支障ヲ生スルコトナカルヘシ之ニ反シ妻ノミヲ離婚セラルトキハ夫ハ依然養家ニ止マルヘキヲ以テ夫ノ養家ニ對スル關係ト其妻ニ對スル夫婦ノ關係トハ到底兩立スルヲ得サルヘシ隨テ夫

ハ此場合ニ於テ孰レカ一方ノ關係ヲ絶タルヘカラス而モ法律ハ豫メ或一方ヲ指定シ夫ノ自由ヲ拘束スルコトハ敢テセサル所ニシテ選擇ノ權利ハ一ニ夫ニ存スルモノトセリ（八七六條）唯此場合ニ於ケル離婚又ハ離婚ノ方法如何若シ當事者間ノ協議ヲ以テ圓滿ニ其局ヲ結フヲ得ハ格別否ラサル場合ニ在リテハ如何ニシテ夫ハ離婚又ハ離婚ヲ爲スコトヲ得ヘキカ裁判上ノ離婚及ヒ離婚ニハ法律上自ラ一定ノ原因アリ本條ノ場合ハ其孰レノ原因ニモ入ルヘカラス隨テ法律ノ希望セル終局ヲ得難キノ嫌ナキヲ得ス法律上此場合ニ於ケル離婚、離婚ニ付テ其方法形式ノ定メナキハ一缺點ニ外ナラサルヘシ

第五章 親權

第一節 總論

第一款 親權ノ性質

我法律ハ本章及ヒ次章ヲ以テ親權及ヒ後見ナル名稱ノ下ニ未成年者又ハ其他ノ無能力者ニ對シ行ハルル家庭權ニ關スル規定ヲ爲セリ所謂親權ナルモノハ父母タル身分ニ基キ其子ニ對シ其身又ハ財産ニ關シテ法律カ付與スル權利義務ノ集合ニ外ナラス而シテ其目的トスル所ハ主トシテ父母ヲシテ其子ニ對シ負擔セル撫育ノ義務ヲ容易ニ盡サシムルニ在リトス抑ハ法律ハ其父母ヲシテ子ヲ養育シ教育スルノ義務ヲ負ハシメタレハ其義務ヲ盡スニ適當ナル

途ヲ與ヘサルヘカラス而シテ父母ヲシテ其義務ヲ盡サシムルニハ多少ノ權力ヲ必要トス親權ハ即チ此必要ニ出ツ而モ此權利ハ父母ノ利益ノ爲メニノミ與フルニ非ス亦子ノ利益ノ爲メニ設クル所ナルヲ知ラサルヘカラス蓋シ親子ノ愛情ハ天倫ニ出ツ從テ親ハ其子ノ養育、教育ノ爲メニハ可成ノ注意ヲ加ヘ將來其子ヲシテ善良有爲ノ人タラシメンコトヲ欲スヘシ法律ハ此天倫ノ至情ヲ利用シ子ノ年齡未タ自ラ自己ヲ管理シ又自己ノ利益ニ著眼スルニ至ラサルトキ父母ヲシテ其子ノ身上及ヒ財産ヲ管理セシム是レ寧ロ父母ノ義務ニシテ其權利ニ非サルナリ換言スレハ親權ヲ行フハ即チ親ノ權利ナリト雖モ其子ノ利益ヲ保護セサヘカラサルカ故ニ親權ヲ行フハ一ノ義務ナリト謂ハサルヘカラス若シ親權ヲ以テ父母ノ權力ナリトセハ未開野蠻ノ社會ニ於ケル家長ノ權力ヲ追想シ生殺與奪一ニ其權内ニ在リトノ思想ヲ惹起セサルヲ得サルヘシ今日ノ社會奚ソスル權力ヲ認ムルヲ得ンヤ親權ノ目的ハ主トシテ子ノ利益保護ニ在リ父母タル者ハ須ク其恩愛ヲ長シ無形ノ權力ヲ養フヘキハ當然ニシテ服制是レ事トスルカ如キハ社會ノ趨勢ニ背馳スルモノト謂ハサルヘカラス親權ハ決シテ無限ノ權力ヲ父母ニ付與スルモノニ非サルナリ親權ト戸主權トハ相似テ同シカラス戸主權ハ一家ノ主宰者トシテ家族ヲ監督スルカ爲メニ戸主ニ與フル所ノモノナリ從テ戸主權ハ一家ノ秩序保維ノ爲メニ設クル所ナルモ親權ハ親子ノ至情ニ因リ其相互ノ利益ノ爲メ法律カ父母ニ付與スル所ノモノニ外ナラス從テ父母ニシテ戸主ナラサルモ其子ハ父母ノ親權ニ服從セサルヘカラス要スルニ二者ノ目的自ラ異ナル所アリハ家ノ

管理ヲ主トシ一ハ子ノ保護ヲ目的トス故ニ其效力ノ範圍モ一ハ家ノ全體ニ及ビ一ハ各個人ノ身上財産ニノミ關ス此兩者各別ノ人ニ屬スルモ權力ノ衝突ヲ來スカ如キコトナカルヘク縱シテアリトスルモ法律ハ亦之ヲ豫防スルニ吝ナルモノニ非ス蓋シ往古嚴正ナル家族制度行ハレタル時代ニ在リテハ戶主ノ權力強大ニシテ親權ヲ認ムルノ必要ナク寧ロ親權發達ノ餘地ナカリシモノノ如シ然レトモ泰西ノ文物輸入セラレ個人主義ヲ加味スルニ至リテヨリ戶主ノ權力ハ斯ニ分化シ親權ハ専ラ子ノ保護ノ爲メニ設ケラルルニ至リ民法施行以前ニ於テモ父ハ其子ノ自然ノ後見人ナリト曰ヒ親權ノ存在ヲ裁判上認メタルノ痕跡アルヲ見ル

親權ハ亦後見權ト自ラ異ナル所アリ即チ(一)後見人ニハ後見監督人アルモ親權者ニハ通常監督人ヲ附スルコトナク(二)後見人ニハ其管理ニ係ル財産ノ目錄ヲ調製スルノ義務アルモ親權者ニ此義務ナシ(三)親權者ハ子ノ財産上ニ收益ノ權利ヲ有スルモ後見人ニ此權利アルナシ其他尙ホ幾多ノ差異ナキニ非スト雖モ今煩ヲ避ケラニ一列舉セス

第二款 親權ヲ有スル者

親權ヲ有スル者ハ父又ハ母ニシテ其繼父ナルト繼母ナルト義父母ナルト將ク嫡母ナルトハ之ヲ區別スルヲ要セス然レトモ後夫カ先夫ノ子ニ對スルトキ母カ庶子ニ對スルトキ後妻カ前妻ノ子ニ對スルトキニ在リテハ其實子ニ對スルトハ寬嚴輕重ノ差アルヘキハ人情ノ免レサル所ナレハ

繼父、繼母又ハ嫡母カ親權ヲ行フ場合ニ於テハ後見ノ規定ヲ準用ス(八七八條)ルコトセリ從テ此等ノ者ノ親權ヲ行フ場合ニ在リテハ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要スルコトアルヘシ

親權ハ其子ノ屬スル家ニ在ル親ノ權利ニシテ法律ハ先ツ父ヲシテ之ヲ行ハシメ父カ有形上、無形上又ハ法律上親權ヲ行フ能ハサルトキニ限り母ヲシテ之ヲ行ハシム而シテ其父又ハ母カ戶主タルト非戶主タルトヲ問ハサルナリ蓋シ父又ハ母ハ等シク親權ヲ享有スヘキ能力アリト雖モ二人同時ニ之ヲ行フコトヲ得セシメハ子ノ利益ヲ保護スルノ方法一途ニ出テサルカ如キ不都合アルヘシ故ニ父ヲシテ先ツ之ヲ行ハシメ父カ知レサルトキ死亡シタルトキ家ヲ去リタルトキ又ハ親權ヲ行フ能ハサルトキハ母ヲシテ之ヲ行ハシム若シ父母共ニ未成年者ナルトキハ其父又ハ母ニ對シテ親權ヲ行フ父又ハ母アルトキハ其父又ハ母、後見人アルトキハ後見人代リテ親權ヲ行フモノトス(八九五條、九三四條)

親權ハ家ニ在ル父又ハ母ニ屬ス若シ同一家ニ實父母ト繼父母又ハ嫡母ト併セ存スル場合ニ於テハ何人カ之ヲ行フヘキカ立法者或ハ斯ル場合ヲ豫想セサリシトスルモ稀ニ此ノ如キコトナシトセサルヘシ若シ之アリトセハ元ト親權ハ親子間ノ天倫ノ至情ヲ利用シ法律ノ之ヲ設ケタルニ外ナラサレハ自然ノ血族關係アル者ヲシテ此權利ヲ行ハシムルヲ以テ適當トスヘシ殊ニ第八七八條ノ規定アルヨリシテ之ヲ見ルモ右ノ如キ論結ヲ下スハ立法ノ趣旨ニモ適應スルモノナルヘシ

親權ハ後見ト同シク一人ヲテ之ヲ行ハシムヘク二人以上ノ者カ共同シテ之ヲ行フコトヲ得セシメハ命令ニ出テ其煩雜ニ堪ヘサルヘキハ勿論子ノ保護ハ之カ爲メニ反テ完全ナルヲ望ミ難カラントス法律カ家ニ父母アルモ兩人同時ニ親權者ト爲サス孰レカ其一人ヲ以テ親權者ト爲セルハ洵ニ之カ爲メニシテ第九〇六條ニ於ケルカ如キ規定ヲ必要トセサルノ趣旨自ラ推知スルニ難カラス此ノ如ク親權者ハ一人ニ限ルモ親權カ二人ニ分屬スルコトアルハ亦敢テ法律ノ妨ケサル所トス蓋シ二人以上ノ者カ同一親權ヲ有スルトキハ親權ニ途ニ出ツルノ不都合アルヘシト雖モ親權ノ内容タル權利ニ各異ナル所アルカ故ニ相抵觸セサル權利カ二人ニ分屬スルハ毫モ杆格スル所ナキナリ故ニ例ヘハ親權ヲ有スル者カ管理ノ失當ナルカ爲メニ管理權喪失ノ宣言ヲ受ケ母カ親權ノ一部タル管理權ヲ行フカ如キハ(八九七條)法律ノ認ムル所ナルカ如シ

第三款 親權ニ服スル者

親權ハ子ニ對スルノ權利ニシテ其子ノ嫡出子タルト庶子又ハ私生子タルト將タ實子タルト養子タルトヲ問ヘス苟モ子トシテハ其家ニ在ル父又ハ母ノ親權ニ服セサルヘカラス然ラハ子ハ年齒ノ如何ニ論ナク總テ其父又ハ母ノ親權ニ服スヘキ者ナルカ諸國ノ法律ハ此點ニ付テ一途ニ出テス或ハ之ヲ未成年者ニ限ルアリ或ハ未成年者ニシテ未タ自治產ヲ得サル者ニ限ルトスルモノアリ本法ハ親權ナルモノハ本來子ノ無形上及ヒ有形上ノ利益ヲ企圖スヘキモノナレハ未成年者ニ

對シテ行フヘキモノトセルハ勿論獨立ノ生計ヲ立テサル成年ノ子モ均シク親權ニ服セサルヘカラストセリ(八七七條一項)所謂獨立ノ生計ヲ營ム成年者トハ其生活ノ資料ヲ父母ニ仰カサル所ノモノヲ謂ヒ此等ノ者ニ在リテハ思慮經驗共ニ十分ニシテ輕舉妄動其方法ヲ誤ルカ如キ虞尠ナキヲ以テ其親權ニ服スル場合ニ於テモ之ヲ未成年ノ子ト同一視セス單ニ第八八二條ニ於テ親權ノ一部タル懲戒權アルコトヲ認ムルノミ

第二節 親權ノ效力

親權ハ父母タル身分ニ基キ其子ニ對シテ法律ノ付與シタル權利義務ノ集合ニ外ナラスト雖モ父母カ其身分ニ基キ有スル一切ノ權利義務ハ悉ク親權ノ内容ヲ構成スルモノニ非ス彼ノ父母カ其子ニ對スル扶養ノ權利義務ノ如キハ其一例ナリ何トナレハ親權ハ其子ト家ヲ同シウスル父又ハ母ニ屬スルニ扶養ノ權利義務ハ毫モ家ヲ同シウスルト否トニ因リ區別セサルモノナレハナリ又彼ノ父母ノ家督相續人選定權ノ如キ被相續人ノ家ニ在ル父母ニ屬スト雖モ(九八二條)親權ノ内容タルモノニ非サルナリ故ニ親權ハ父母タル身分ニ基キ有スル權利義務ノ一部ニシテ全部ニ非サルナリ

然レトモ民法第五章第二節ニ掲ケタル權利義務ノミカ親權ノ内容ヲ構成スルモノト連關スヘカラス第八七九條以下ニ規定セル所ノモノカ親權ニ屬スルハ勿論民法カ父又ハ母カ未成年者ノ法

定代理人トシテ若クハ親權者トシテ云トノ規定ヲ爲セルモノハ(七三七條、八三五條ノ如シ)孰レモ親權ノ内容タル權利義務ヲ構成セルモノタルコトヲ知ラサルヘカラス親權ノ效力トシテ子ノ身上ニ對スルモノト其財産ニ關スルモノトニ付テハ劃然區別スルコト太タ困難ナリト雖モ第八九七條以下ノ規定ニ就テ之ヲ見ルニ敢テ此二大區別ヲ爲シ得ラレサルニ非ス依テ左ニ之ヲ説明セン其他ノモノニ付テハ既ニ説述セル所ナルヲ以テ之ヲ再説スルノ要ナシ

第一款 子ノ身上ニ對スル權

第一 守護監督ノ權

親權ヲ行フ父又ハ母ハ未成年者ノ子ノ監護及ヒ教育ヲ爲ス權利ヲ有シ義務ヲ負フ(八七九條)所謂監護トハ危害ヲ排除シ身體ノ安全ヲ防護スルヲ謂ヒ教育トハ子ヲ誘掖シテ其心神ノ發達ヲ増進セシムルヲ謂フ故ニ兩者相俟テ以テ完全ニ其子ノ利益ヲ保護スルヲ得ヘシ蓋シ父母ハ其子ヲ養育シ教育スルノ義務アルモノニシテ此點ニ付テハ偏ニ風俗慣習及ヒ父母ノ愛情ニ依賴スルノ外アルヘカラスト雖モ之ヲ權利トシテ認ムルニ非サレハ他人ノ干渉ヲ排斥シ適當ナル監護教育ノ方法ヲ定ムルヲ得サルヘク延テ其子ノ利益ヲ保護スルヲ得サルヘシ若シ又之ヲ義務トセサルニ於テハ父母タル者其子ヲ放擲シテ浮浪無賴ノ惡習ニ感染セシムルカ如キ弊ア

ルニ至ルヘシ既ニ未成年ノ子ノ監護教育ハ親權ノ内容ヲ爲スモノナルカ故ニ他人カ不法ニ幼者ヲ誘拐スルカ如キコトアラハ親權者ハ子ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ヘク又幼者ヲ撫育スルト第三者ニ委託スルコトヲモ得ヘク其教育ノ程度ノ如キモ亦一ニ親權者ノ任意ノ判斷ニ由ルコトヲ得ヘシ

親權ヲ行フ者ニ監護教育ノ權利アルヨリシテ隨テ左ノ結果ヲ生ス

(イ) 居所指定權 親權ヲ行フ父又ハ母カ其子ヲ守護シ監督センニハ自己ノ適宜ニ因リ或ハ之ヲ左右ニ置キ或ハ之ヲ學校等ニ寄宿セシムルヲ得ヘク其子ハ父又ハ母ノ允許ヲ受クルニ非サレハ決シテ其指定セラレタル場所ヲ去ルヲ得サラシメサルヘカラス若シ子ニシテ隨意ニ各所ニ流浪シ其所在明カナラサル如クンハ父母ハ如何ニシテ守護監督ノ責ヲ盡スヘキカ是レ即チ未成年ノ子ハ父又ハ母ノ指定シタル場所ニ其居所ヲ定ムルコトヲ要ストセル所以ナリ(八八〇條)

然リト雖モ法律ハ決シテ親權ヲ行フ父又ハ母ニ子ノ居所ヲ指定スルノ義務ヲ負ハシメタルモノニ非ス親權ヲ行フ者ニ於テ適當ナリトスルニ於テハ子ノ意思ニ放任スルモ亦可ナリ或ハ其居所ヲ指定スルニ付テモ單ニ一定ノ地域ヲ限リ其區域内ニ於テ子ヲシテ場所ヲ選擇スルヲ得セシムルト初ヨリ一定ノ場所ヲ指定スルトモ一ニ父又ハ母ノ任意ニ在リト謂フヘク或ハ之カ指定ヲ第三者ニ委託スルモ亦敢テ差支ナカルヘシ

戸主ハ家族ノ居所ヲ定ムルノ權利ヲ有シ(七四九條)親權ヲ行フ者亦其未成年ノ子ノ居所ヲ指定スルコトヲ得故ニ戸主ニシテ且親權者ナル場合ニ於テハ敢テ不都合ナシト雖モ親權者ニシテ非戸主ナル場合ニ於テハ家族ニシテ且子タル者ハ戸主又ハ親權者ノ就レノ命ニ適從スヘキカ戸主權、親權各別ノ人ニ屬スル場合ニ於テハ兩者ノ間勢ヒ權利ノ衝突アルヘキハ免レサル所ナリトス第八八〇條但書ノ規定ハ第七四九條ノ適用ヲ妨ケストアルノミ從テ親權者ト戸主トノ意見一致セサル場合ニ於テハ子ハ須ク親權者ノ命ニ從フヘク親權者ト雖モ戸主權ノ下ニ在ル者ナレトモ子ノ利益ノ爲メニ戸主ノ命ニ隨フヲ害アリトセハ自己ノ意見ニ因リ其子ノ居所ヲ指定スルコトヲ得サルヘカラス從テ其子ハ親權者ノ指定シタル場所ニ居住スルコトヲ爲リ延テ戸主ノ命ニ違反スルコトヲ爲ルノ結果第七四九條第二項ノ制裁ヲ免ルル能ハサルニ至ラン

(ロ) 兵役出願許可ノ權 明治二十二年法律第一號徵兵令第一二號ニハ男子十七歳以上ト成レハ兵役ヲ志願スルヲ得トアリ本法ハ此規定ヲ改ムルモノニ非ス唯十七歳以上二十年未満ノ者ニ限リ兵役ヲ志願スルニハ豫メ親ノ許可ヲ得ヘシトセルニ外ナラス(八八一條)兵役ニ就クハ國家防禦ノ爲メ誠ニ嘉スヘキモノナレトモ未成年者ノ兵役ニ服スルコト否トハ其監督教育ニ關シ親子ノ利害ニ影響スル所大ナリ且又兵役志願ヲ獎勵スルハ固ヨリ相當ナリト雖モ少年ノ教育ハ國家ノ爲メ最重要ニシテ父母ヲシテ十分其義務ヲ盡サシムルハ寧ロ國家

長久ノ計ナリト謂ハサルヘカラス是レ即チ此規定アル所以ナリ

(ハ) 職業許可ノ權 子カ商工業其他ノ營業ヲ營マントスルニハ或ハ父又ハ母ノ膝下ヲ離レサルヲ得ス又其監督保護ヲ脱セサルヲ得ス故ニ未成年ノ子ハ親權ヲ行フ父又ハ母ノ許可ヲ受タルニ非ナレハ職業ヲ營ムコトヲ得ス(八八三條)父又ハ母ハ未成年ノ子ニ職業ヲ營ムコトヲ許スモ後ニ子カ其營業ニ堪ヘサルコトヲ發見シタルトキハ先キノ許可ヲ全ク取消シ又ハ之ヲ取消ササルモ其一部ヲ取消シ其範圍ヲ制限スルコトヲ得ヘシ故ニ例ヘハ一切ノ商業ヲ許可シタル後單ニ一種ノ商業ノミヲ許シ若クハ一種ノ商業中ノ卸賣業ノミ又ハ小賣業ノミニ制限スルニ妨ナキカ如シ

第二 懲戒ノ權

親權ノ效力ノ一トシテ法律ノ付與スル所ノモノヲ懲戒權ト謂フ蓋シ子ノ教育ハ最も困難ニシテ子ニシテ頑冥父母ノ命ニ從ハサルカ如キアランカ親權ハ唯名ノミニシテ其實益ヲ得ルコト難カラン此ノ如キ場合ニ在リテ子ヲ懲戒スルノ必要アリ其子ヲ懲戒スル所以全ク其改過遷善ヲ希望スルニ外ナラス然レトモ法律ハ固ヨリ必要ナル範圍ヲ超エテマテ子ヲ懲戒スルコトヲ許スモノニ非ス世間往往其子ヲ監禁シ或ハ毆打拷責シ或ハ衣服飲食ヲ屏去シ其他苛酷ノ所爲ヲ加フル者アルモ此ノ如キハ蓋シ法律ノ付與セル懲戒權ヲ過度ニ濫用スルモノニ外ナラス畢竟父母ハ子ノ身上ヲ保護シ其利益ヲ増進シ不利益ヲ防護スヘキモノナレハ子ノ惡化ヲ豫防シ

罪惡ニ浸染スルヲ避クル爲メ必要ナル範圍内ニ於テ懲戒ヲ加フルハ實ニ適當ナル方法ナリト謂フヘシ唯其必要ナル範圍内ニ屬スルヤ否ヤハ一ニ事實ノ問題ナリトス

父母カ其子ヲ懲戒スルニ(一)父母ノ專權ヲ以テスルモノト(二)裁判所ノ許可ヲ以テスルモノトノ二方法アリ前者ニ在リテハ父母ハ適宜ノ方法ヲ取ルヲ得ヘク父母ハ犯法ノ非行ヲ爲ササルノ限度ニ於テ無上ノ專權者ト認ムヘシ後者ノ場合ニ在リテハ裁判所ハ即チ父ノ裁判ヲ裁判スヘキモノナレハ(Jugement du père)一ニ事實ノ如何ヲ審究シテ之カ許否ヲ決定セサルヘカラス若シ裁判所カ懲戒場ニ入ルルノ必要アリト認メタルトキハ六ヶ月以下ノ範圍内ニ於テ自由ニ其期間ヲ定ムルヲ得ヘク又此期間ハ父又ハ母ノ請求ニ因リ何時ニテモ之ヲ短縮スルコトヲ得ルモ之ヲ延長スルヲ得サルナリ(八八二條)

子ノ懲戒ニ關スル事件ハ子ノ住所地ノ區裁判所ノ管轄トシテ檢事ハ懲戒ノ許可ヲ與ヘタル裁判ニ對シテハ抗告ヲ爲スコトヲ得(非訟九二條)

懲戒場ニ付テハ明治三十三年法律第三七條感化院法ヲ參照シテ之ヲ知ルヘシ

右ノ外親權ヲ行フ父又ハ母ハ未成年ノ子カ他家ノ家族ト爲リ又ハ他家ヲ相續シ分家ヲ爲シ廢絶家ヲ再興シ(七七三條、七七四條三項)又ハ婚姻、縁組、離婚、離縁ヲ爲スニ同意ヲ與フルノ權アル等(七七二條、八〇九條、八四三條、八六二條)既ニ前説明シタル所ナリ

第二款 子ノ財産ニ對スル權

本法ハ家族カ自己ノ名ニ於テ得タル財産ハ其特有財産トスト明言セリ親權ニ服スル子ト雖モ相續、贈與又ハ遺贈ニ因リ財産ヲ取得スルコトアルヘキハ通常ナレハ此等未成年ノ子カ財産ヲ特有スルニ當リ其利益ノ爲メニ財産ニ關スル親權ノ效力ヲ定ムルノ要アリ殊ニ家族ノ財産ニ對シテハ戶主ト雖モ何等ノ權利ナキモノナレハ益、之カ規定ヲ爲スノ要ヲ見ル

第一 子ノ財産ヲ管理スルノ權 親權ヲ行フ父又ハ母ハ未成年ノ子ノ財産ヲ管理スルノ權アリ(八八四條)斯ニ財産ノ管理ト謂ヘルハ財産ノ保存、利用、改良等一切ノ財産ノ利益ヲ圖ルヲ謂フ法律カ此權利ヲ親權者ニ付シタルハ要スルニ父母カ其子ニ對スルノ恩愛ハ十分其子ノ財産ノ利益ヲ保護スルニ足ルヘシト認ムルニ因ル(但母ハ財産ノ管理ヲ辭スルコトヲ得)

父又ハ母カ其子ノ財産ヲ管理スルニハ自己ノ爲メニスルト同一ノ注意ヲ以テスルヲ要シ(八八九條一項)母ニ付テハ第八六條ノ制限アル外父ニ付テハ何等ノ制限アルナシ故ニ苟モ相當ノ注意ヲ缺カサル以上ハ親權者タル父ハ如何ナル行爲ト雖モ獨斷ニテ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ是レ亦父母ハ決シテ其子ノ不利益ヲ醸スカ如キコトハ萬之レナカルヘシトセルカ故ノミ父又ハ母ノ管理權内ニ屬スヘキハ獨リ未成年ノ子ノ財産ノミナラス未成年ノ子カ其配偶者ノ財産ヲ管理スヘキ場合(例ヘハ法定財産制ニ於ケル夫カ妻ノ財産ヲ管理スルトキノ如シ)ニ於

ヲハ其子ニ代リテ其配偶者ノ財産ヲモ管理セサルヘカラス(八八五條)蓋シ未成年者ハ假令婚姻スルトモ親權ヲ脱スルヲ得サルモノナレハ自己ノ財産ヲ自ラ管理シ得サルニ拘ハラス配偶者ノ財産ハ之ヲ管理シ得ルモノトスルハ妥當ナラサレハナリ

親權ヲ行フ父又ハ母ハ右ノ如ク子ノ財産ヲ管理スルノ權利アレトモ無償ニテ子ニ財産ヲ與フル第三者カ親權者ヲシテ之ヲ管理セシメサル意思ヲ表示シタルトキハ其財産ハ親權者ノ管理ニ屬セス(八九二條二項)而シテ此場合ニ於テ第三者ハ自ラ適當ナリトスル者ヲ以テ管理人タラシムヘタ若シ又財産管理人ヲ指定セサリシトキハ裁判所(子ノ住所地ノ區裁判所)ハ子、其親族又ハ檢事ノ請求ニ因リ之ヲ選任ス若シ又第三者カ管理人ヲ指定セシモ後ニ至リ其管理ノ權限消滅シ又ハ管理人ノ改任ヲ必要トスル場合ニ於テ第三者カ更ニ之ヲ指定セサリシトキハ裁判所ハ同シク前示ノ者ノ請求ニ因リ管理人ヲ選任ス(八九二條二項、三項)想フニ人ノ子ヲ愛シテ之ニ財産ヲ與ヘント欲スルモ其父又ハ母ノ不行跡ナルカ爲メニ財産ヲ濫費セラレンコトヲ恐レ終ニ之ヲ與ヘサルニ至ルトキハ子ノ不利益ニ歸スヘキカ故ニ法律ハ斯ル規定ヲ設ケ贈與者ハ父母ヲ排斥シテ適當ナル管理ノ下ニ其子ノ利益ヲ圖ルヲ得ヘシトセルナリ

親權者ノ有スル管理權ハ親權者ノ死亡、去家、親權ノ喪失、母ノ辭任、子ノ死亡又ハ成年ニ達シタル等ノ事由ニ因リ消滅スヘシ然レトモ此場合ニ於テ急迫ノ事情アルトキハ親權者ハ子、其相續人又ハ法定代理人カ管理事務ヲ處理スルコトヲ得ルニ至ルマテ必要ナル處分ヲ爲スコト

ヲ要シ又管理權ノ消滅ハ親權者ニ出テタルト其子ニ出テタルト間ハス之ヲ相手方ニ通知シ又ハ相手方カ之ヲ知リタルトキニ非サレハ之ヲ以テ其相手方ニ對抗スルヲ得ス(六五四條、六五五條、八九三條)是レ一ニ子ノ利益ヲ害セス又第三者ニ損害ヲ被ラサラシメンカ爲メニ外ナラサルナリ

管理權消滅ノ場合ニ於テハ親權者ハ遲滞ナク其管理ノ計算ヲ爲スコトヲ要ス(八九〇條)此ニ管理ノ計算ト稱スルハ財産ノ收入支出ヲ明細ニ表示シ其殘餘ハ之ヲ子ニ引渡スヲ謂フ又財産ノ管理ニ付テ親權者又ハ親族會員ト其子トノ間ニ生シタル債權例ヘハ管理中子ノ爲メニ立替ヘタル金額ノ返還ヲ請求スルカ如キ其他親權者ノ行爲タル財産ノ管理ニ關スル訴權ハ其管理消滅ノ時ヨリ五年間之ヲ行ハサルトキハ時効ニ因リテ消滅ス若シ子カ未成年ニ達セサル間ニ管理權消滅シタルトキハ其期間ハ其子カ成年ニ達シ又ハ後任ノ法定代理人カ就職シタルトキヨリ之ヲ起算スルモノトス(八九四條)

第二 財産ニ關スル法律行爲ニ付キ子ヲ代表スルノ權 財産ニ關スル法律行爲トハ財産上ノ權利ノ得喪ニ關スル一切ノ行爲ヲ指シ此等ノ行爲ニ付テハ未成年ノ子ハ常ニ父又ハ母ニ依リ代表セラルルニ非ス父母ハ或ハ其ノ子ヲ代表スルコトアリ(八八四條)或ハ子ノ自ラスル行爲ニ同意ヲ與フルコトアリトス(四條)此ノ如ク財産ニ關スル行爲ニ付テハ親權者ニ代表權アルモ唯一ノ制限トシテ親權者ハ其子ノ行爲ヲ目的トスル債務ヲ生スヘキ法律行爲ニ付テハ其子ノ

同意ナクシテハ之ヲ爲スコトヲ得サルモノトス例ハ雇傭又ハ請負ノ契約ノ如キ是ナリ此等子ノ行爲ヲ目的トスル債務ヲ生スヘキ場合ニ於テ親權者カ隨意ニ之ヲ爲シ得ヘシトセハ不當ニ子ノ自由ヲ束縛シ人情ニ悖ルノ結果ヲ生ス從前ニ在リテモ往往子ノ苦界ニ沈メ或ハ勞役ニ就カシメ恣然左リ團扇ノ樂隱居トシテ怪シマサルカ如キ弊風アリ此弊風ヲ一洗スルカ爲メニ固ヨリ斯ル規定ヲ存スルノ要アルヘシ而シテ親權者ノ同意權ニ付テハ總則編ニ規定スル所ニシテ(四條)父ニ付テハ何等ノ制限アルナシ

親權者タル母カ未成年ノ子ニ代リテ左ニ掲クル行爲ヲ爲シ又ハ子ノ之ヲ爲スニ同意スルニハ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス(八八六條)

(一) 營業ヲ爲スコト 營業ヲ爲ストハ常業トシテ或職業ヲ營ムヲ謂ヒ一時ノ商取引ヲ爲スノ類ヲ指示セス親權者有スル母ヲシテ此場合ニハ親族會ノ監視ノ下ニ行動セシムルハ一子ノ爲メニ謀ルニ外ナラス

(二) 借財又ハ保證ヲ爲スコト 此等ノ行爲ハ直接ニ子ノ財産上ニ至大ノ關係ヲ及ホスヘキモノナルヲ以テナリ

(三) 不動産又ハ重要ナル動産ニ關スル權利ノ喪失ヲ目的トスル行爲ヲ爲スコト 權利ノ喪失ヲ目的トスル行爲ハ賣却、贈與、權利ノ拋棄等ヲ指スモノニシテ此等ノ行爲ハ若シ其當ヲ得サルニ於テハ直チニ財産ノ亡失ヲ來シ回復スヘカラサルノ危險アルヘキヲ以テ獨斷ニ之

ヲ爲サシムルハ妥當ナラストスルニ因ル

(四) 不動産又ハ重要ナル動産ニ關スル和解又ハ仲裁契約ヲ爲スコト 是レ亦前項ト同シク子ノ財産上ノ權利ノ消長ニ關スル最モ痛切ナルモノニ因ル

(五) 相続ヲ拋棄スルコト 相続ハ無償ニシテ財産ヲ取得スルノ一方法ナルカ故ニ之ヲ拋棄スルハ子ノ利益ヲ喪失スルコトアルニ因ル

(六) 贈與又ハ遺贈ヲ拒絕スルコト 其理由前項ニ於ケルト同シ

右ノ如キ制限ヲ母ニ加フル所以ノモノハ畢竟男女兩性間ニ存スル特性ノ然ラシムル所ナルノミ我立法者ハ之ト同一ノ理由ニ因リ親權ヲ行フ母ハ財産ノ管理ヲ辭スルコトヲ得トセリ(八九條)母カ一旦財産ノ管理ヲ辭シタル以上ハ更ニ其意思ヲ變シテ管理ヲ爲スカ如キハ立法

ノ精神上許ササル所ナリトス

親權ヲ行フ母カ前示(一)乃至(六)ノ行爲ヲ爲スニ當リ親族會ノ同意ヲ得サリシトキハ子又ハ其法定代理人ニ於テ之ヲ取消スコトヲ得此場合ニ於テハ第一九條ノ規定ヲ準用ス其他右取消ノ效力又ハ取消權ノ消滅等ニ關シテハ第一〇二條乃至第一二六條ノ規定ハ其適用ヲ妨ケラレサルモノトス(八八七條)而シテ母ハ假令親族會ノ同意ヲ得テ爲シタル行爲ト雖モ其實ヲ免ルコトヲ得サルナリ但母ニ過失ナカリシトキハ此限ニ在ラス(八八九條二項)

親權者ハ財産ニ關スル法律行爲ニ付テハ代表權アリト雖モ何人ト雖モ同一ノ法律行爲ニ付キ

其相手方ノ代理人ト爲リ又ハ當事者雙方ノ代理人ト爲ルコトヲ得ス(一〇八條)隨テ親權者ト親權ニ服スル者トノ間又ハ同シク親權ニ服スル數人ノ子ノ間ニ利益相反スル場合アルトキハ親權者ハ其相手方ヲ代理シ又ハ雙方ヲ代理スルコトヲ得ス故ニ此等ノ場合ニ於テハ父又ハ母ハ其子ノ爲メ又ハ其一方ノ爲メニ特別代理人ヲ選任スルコトヲ親族會ニ請求セサルヘカラス(八八條)而シテ此規定ハ本來未成年者ヲ保護スルノ精神ニ基キ親權者ニ特別代理人選任請求ノ義務ヲ負ハシメタルモノニシテ親權者ノ利益ノ爲メニ其權利ヲ與ヘタルニ非ス故ニ第九四條ノ推理解釋ヨリシテ親族會ヲ招集スルノ權アル者ハ亦此特別代理人選任ノ請求權アル者ト謂フヲ得ヘシ若シ親權者ニ此權利アル者トセハ幼者ヲ保護セントスル法律ノ精神ハ到底之ヲ達スルニ由ナカルヘシ(明治三十五年六月大審院判決)

親權者ノ代表權及ヒ同意權ハ財產ニ關スルモノニ止マリ身分ニ關スルモノニ付テハ親權者ニ代表權ヲ認メス唯嫡出子否認ノ訴ニ於テ被告タル未成年ノ子ヲ代表シテ訴訟ヲ爲スコト(八二三條)未成年ノ子ヲ代表シテ認知ノ請求ヲ爲スコト(八三五條)等法律ニ別段ノ規定アル場合ニ於テノミ代表權ヲ有スヘキモノトス同意權ニ付テモ亦同シク他家相續、分家、廢絶家再興(七四三條)、入籍、轉籍(七三七條、七三八條)、養子縁組ノ取消(八五三條)等別段ノ規定アル場合ニ於テノミ親權者ハ同意權ヲ有スヘシ

第三 子ノ財產ヲ收益スル權 親權ヲ行フ父又ハ母ハ管理中ニ在ル子ノ財產ヨリ生シタル利

益ニ付テハ之ヲ收益スルノ權利アリ而シテ此權利ハ親權ノ消滅シ共ニ喪失シ又此收益ハ子ノ養育及ヒ財產管理ノ費用ト相殺シタルモノト看做ス(八九〇條)故ニ收益ト費用トノ間ニ過不足アリトモ其差額ニ付テハ互ニ之ヲ請求スルヲ得サルナリ蓋シ親力其子ノ財產ヲ管理スルハ天倫上ノ義務ニシテ報酬ヲ受クルハ理ナカルヘシト雖モ既ニ財產ノ別有ヲ許ス以上ハ子ノ養育又ハ財產管理ノ費用ノ如キニ其財產ヨリ咬辨セシムルモ敢テ不可ナカルヘシ然レトモ一一之ヲ清算シ過不足ヲ生シタル場合ニ互ニ辨償スヘキモノトセハ親子間ノ情誼ハ何ヲ以テ力能ク保持スルヲ得ン法律カ斯ク相殺ノ推定ヲ下セル所以ノモノ畢竟親子間ノ情誼ヲ圓滿ナラシメンカ爲メノミ

親權者ノ有スル收益權ハ原則トシテ子ノ全財產ノ上ニ存スルモノニシテ其性質ノ如何ヲ問ハス(動產ナルト不動產ナルト無形ナルト有形タルトヲ問ハス)又其原因ノ如何ヲ論セス(相續、贈與若クハ其他ノ事由ニ因リ取得シタルニ論ナク)總テ其管理中ノ財產ニ限ルモノナリ唯第三者ヨリ反對ノ意思ヲ表示シテ爲シタル贈與又ハ遺贈ノ目的タル財產ハ法律上ノ收益權ヲ負擔セサルノミ(八九一條)隨テ此財產ニ付テハ前顯相殺ノ規定ヲ適用セス

親權ノ效力トシテ終リニ親權ヲ行フ父又ハ母ハ其未成年ノ子ニ代リテ戶主權及ヒ親權ヲ行フモノナルコトヲ附加スヘシ(八九五條)

抑、戶主ハ一家ノ主宰者トシテ家族ヲ統督シ重大ナル權利ト義務トヲ有ス未成年ノ子ニシテ一

家ノ戸主タランカ如何ニシテ此重責ヲ荷フニ足ルヘキカ且又未成年ノ子ハ其家ニ在ル父又ハ母ノ親權ニ服スヘキモノニシテ戸主トシテハ其家族タル父又ハ母ニ對シ戸主權ヲ行フヲ得トセハ豈ニ奇怪ナル結果ヲ生セストセンヤ自ラ親權ニ服シナカラ親權者ヲシテ戸主權ノ下ニ行動セシメンコト事實上ニ於テモ納監相容レサルモノトス故ニ法律ハ未成年ノ子ニ代リテ父又ハ母ヲシテ戸主權ヲ行ハシム

又未成年ノ子ハ婚姻スルモ親權ヲ脫スルヲ得ス從テ自ラ子ヲ有シテ尙ホ親權ニ服スル者アリ未成年者ニシテ自ラ親權ニ服シナカラ一方ニ於テハ親權ヲ行フヲ得トセハ前項ニ於ケルト毫モ擇ム所ナシ故ニ法律ハ前同一ノ理由ニ基キ未成年ノ子ニ代リテ父又ハ母ヲシテ親權ヲ行ハシム

第三節 親權ノ喪失

親權ハ父又ハ母ニ絕對無限ノ權力ヲ與フルモノニ非ス然ルニ世間或ハ親トシテ其子女ヲ奴隸視シ之ヲ苛責シ之ヲ毆打シ恬トシテ怪シマサル者アリ殊ニ下層ノ社會ニ在テハ親權者ニシテ不行跡ヲ極メテ其子ヲ魔道ニ導キ易ク又親權ヲ濫用シテ其子ノ不利益ヲ釀スヲ顧ミサル者アリ斯ル弊風ヲ矯正スルカ爲メ茲ニ親權喪失ニ關スル規定ヲ爲スニ至ル後見ニ關シテハ諸國ノ法律概ネ廢罷ニ關スル規定ヲ存セリ後見人ニシテ罷免スルヲ許ス以上ハ親權ヲ行フ者ハ假令親子ノ關係アル者ナリトモ子ノ利益ノ上ヨリシテ其權力ヲ剝奪スルヲ許スヘキハ理論上彼是異同アルヘキ

第一項 相續債權者及ヒ受遺者ニ對スル效力

財産ノ分離ハ混同ノ結果ヲ防止シ以テ相續債權者又ハ受遺者ヲ保護センカ爲メニ設クル所ナルヲ以テ之カ當然ノ效果トシテ財産分離ノ判決確定シタルトキハ兩財産混同スルコトナク財産分離ノ請求ヲ爲シタル者及ヒ公告期間内ニ配當加入ノ申出ヲ爲シタル者ヲシテ相續財産ニ付キ相續人ノ債權者ニ先チテ辨濟ヲ受ケシム而シテ相續債權者又ハ受遺者カ相續人ノ債權者ニ先チテ辨濟ヲ受クルヲ得ヘキハ單ニ相續財産ニ止マリ相續人ノ固有財産ニ付テマテ優先辨濟ヲ受クルコトヲ得サルモノトス唯債權者及ヒ受遺者カ財産ニ付テ全部ノ辨濟ヲ受クル能ハサリシ場合ニ於テハ相續人カ限定承認ヲ爲ササル限りハ相續人ノ固有財産ニ付テモ其權利ヲ行フコトヲ得ヘキノミ是レ財産當然ノ效力ニシテ財産分離ノ請求ノ爲メニ其利益ヲ殺カルヘキモノニアラサレハナリ

相續債權者又ハ受遺者ニシテ適法ノ手續ニ依リ配當加入ノ申出ヲ爲ササル者ハ財産分離ノ利益ヲ拋棄シタルモノト看做シテ此特權ヲ與ヘス然レトモ此等ノ權利者ハ之カ爲メニ全然自己ノ權利ヲ喪失スヘキモノニ非ス唯其辨濟ヲ請求スル當時ニ於ケル相續人ノ財産ノ限度ニ於テ之カ辨濟ヲ受クヘキノトス

又財産ノ分離ハ相續財産ニ付キ相續債權者又ハ受遺者ニ特權ヲ與フルニ過キス相續人ノ債權者

ヲシテ全然相續財産ヨリ除外スルモノニ非ス相續債權者又ハ受遺者ニシテ相續人ニ付キ全ク辨濟ヲ受ケ尙ホ殘餘アル場合ニ於テハ相續人ノ債權者ヲシテ之ニ付キ辨濟ヲ受クルコトヲ得セシムヘキモノトス

財産ノ分離ハ右ノ如キ特權ヲ相續債權者又ハ受遺者ニ付與スト雖モ之ヲ以テ先取特權ト同一視スヘカラス財産分離ノ場合ニ在リテハ被相續人ノ財産ト相續人ノ財産ト混同セサルモノト看做シ法律上二個ノ財産ノ存スルモノト看做シ甲ノ財産ニ付テハ恰モ他ノ債權者アラサルカ如ク看做スコトヲ得ルニ過キス隨テ一個ノ財産ニ關シ一定ノ債權者カ辨濟ヲ受ケタル後ニ非サレハ他ノ債權者カ辨濟ヲ受ケ得サル先取特權ト同一視スルヲ得サルハ論ナシ先取特權ニ基テ優先權ノ問題ハ一個ノ財團ニ付キ生スルモノナルモ財産分離ノ效力ハ二個ノ財團ニ關シ生スルモノナレハ兩者ノ間判然タル區別ノ存スルヲ見ル

財産分離ノ效力ハ分離財産ニ付キ相續債權者又ハ受遺者ノ爲メニハ恰モ相續人ニ歸屬セサルカ如ク看做シ之ニ付キ辨濟ヲ受ケシメ假令相續人カ相續財産ヲ處分スルモ之ヲ以テ相續債權者又ハ受遺者ニ對抗スルコトヲ得セシムヘキニ非ス唯動産ニ付テハ法律上別段ナル公示方法ノ存スルコトナケレハ第一九二條ノ結果トシテ善意ニシテ且過失ナキ占有者ノ手ニ歸シタル以上ハ其所有ニ歸シ亦之ヲ如何トモスル能ハサルヘシ之ニ反シテ不動産ニ付テハ登記ナル公告方法ノ備ハルアルヲ以テ苟モ之ヲ登記シタル以上ハ財産分離ノ效力ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得セシメ

サルヘカラス(一〇四五條)

法律ハ亦財産分離ノ效力トシテ相續債權者及ヒ受遺者ニ物上代位權ヲ付與セリ(一〇四六條)蓋シ相續人カ相續財産分離ノ請求アリタルニ拘ハラズ第三者ニ財産ヲ賣拂ヒ又ハ之ヲ賃貸シタルトキハ相續人カ受クヘキ金錢ニ付キ分離請求者ヲシテ代リテ其權利ヲ行フコトヲ得セシメ又ハ第三者ノ所爲ニ依リ相續財産ヲ減失又ハ毀損シタルカ爲メ相續人カ之ニ對シテ損害賠償ノ請求權ヲ得タルトキハ分離請求者ヲシテ代リテ此ノ權利ヲ行ハシムルコトハ財産分離ヨリ生スル利益ヲ完ウセシムルカ爲メニハ最モ必要ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ此等ノ場合ニ於テ相續人カ受クヘキ金錢其他ノ物ハ相續財産ノ變體シタルモノニシテ此財産ニ代ルヘキモノタリ從テ分離制度ヲ設ケタル立法ノ趣旨ヲ擴充スルノ相當ナルヲ信スレハナリ但財産分離ノ利益ヲ受クル者ニ於テ代位權ヲ行フニハ其目的タル代金又ハ賠償金ハ拂渡又ハ引渡前ニ差押ヲ爲ササルヘカラス(三一四條參照)

相續債權者及ヒ受遺者ハ前述スルカ如ク相續人ノ固有財産ニ對シテ辨濟ヲ求ムルコトヲ得ヘキ場合アリト雖モ此ノ如キ場合ニ於テハ勢ヒ相續人ノ債權者ト競合セサルヘカラス相續人ノ債權者ハ即チ其固有財産ヲ目的トシタルモノアルカ故ニ此二種ノ債權者ヲシテ同等ノ辨濟ヲ受ケシムルハ決シテ妥當ナリトスルヲ得ス故ニ法律ハ財産分離ヨリ生スル結果ト相續當然ノ效果トヲ調和シ相續人ノ固有財産ニ付テハ相續人ノ債權者ニ優先ノ權利アルモノトシタリ夫レ此ノ如ク

ニシテ始メテコノ二種ノ權利者ヲシテ適當ナル範圍内ニ於テ各其利益ニ均霑スルヲ得セシムヘキナリ(一〇四八條)

第二項 相續人ニ對スル效力

財産ノ分離ハ相續債權者又ハ受遺者ヲシテ相續人ノ債權者ニ先チテ相續財産ニ付テ辨濟ヲ受ケシムルニ在ルコト前述ノ如シ而シテ辨濟ノ義務ハ相續人ニ在ルコト勿論ニシテ其手續方法ニ付テハ我法律ハ之ヲ限定承認者ノ辨濟ノ手續及ヒ方法ト同一ナラシメタリ是レ蓋シ財産分離ノ請求アリタル場合ニ於テハ相續財産ト相續人ノ固有財産ト混同セサルノ點ニ於テ限定承認ノ場合ト殆ト大差ナキヲ以テナルヘシ故ニ法律ハ第一〇四一條第一項及ヒ第二項ノ期間満了以前ニ在リテハ相續債權者又ハ受遺者ニシテ辨濟拒絶ノ權利アルモノトシテ第一〇三〇條ト同様ナラシメ又限定承認ノ場合ニ於ケル第一〇三一條ノ規定ト同様シテ配當辨濟ノ方法ニ依ルヘキモノトシ相續人ハ第一〇四一條第二項ノ期間満了ノ後相續財産ヲ以テ財産分離ノ請求又ハ配當加入ノ申出ヲ爲シタル債權者及ヒ受遺者ニ各其債權ノ割合ニ應ジテ辨濟ヲ爲スコトヲ要スルモノトシ其他辨濟期ニ至ラサル債權又ハ條件附債權又ハ存續期間ノ不確定ナル債權ニ在リテハ第一〇三一條ノ規定ニ從フヘク債務及ヒ遺贈ニ付テノ辨濟ノ順序ハ第一〇二三條ニ從フヘク辨濟ノ爲メ相續財産ヲ賣却スルノ必要アルトキハ競賣及ヒ鑑定ノ參加ニ關シテハ第一〇三四條、第一〇三五

條ニ從フヘク又此等ノ手續方法ニ違背シテ辨濟シタル場合ニ於ケル制裁ハ第一〇三六條ノ規定ニ從フヘキ旨ヲ明カニセリ此等ノ規定ニ付テハ既ニ前評論セル所ナルヲ以テ重ネテ之ヲ贅セス』財産ノ分離ハ以上説明スル如ク其手續煩雜ニシテ且相續人ノ爲メニハ多少不面目ヲ來スノミナラス財産ノ融通ヲ妨ケ且配當辨濟ヲ爲スコトヲ要スルノ結果祖先傳來ノ財産モ或ハ他人ノ手中ニ歸シ各離散スルノ不幸ヲ見ルニ至ラントス是ニ於テ法律ハ債權者ノ利益ト相續人ノ利益ヲ調和シ相續人ニ財産分離ノ請求ヲ防止シ又ハ其效力ヲ消滅セシムルコトヲ得セシム(一〇四九條)即チ相續人ヲシテ其固有財産ヲ以テ相續債權者又ハ受遺者ニ辨濟ヲ爲スカ或ハ辨濟ノ確實ヲ擔保スルカ爲メニ相當ノ擔保物ヲ提供セシムルニ在リ此ノ如クセハ相續債權者又ハ受遺者ハ敢テ相續財産ヲ分離センコトヲ請求スルノ要ナク安全ニ辨濟ヲ受クルヲ得ヘク又相續人ハ祖先傳來ノ財産ヲ維持スルヲ得ヘキナリ勿論第一〇四七條第三項ニ於テ第一〇三四條但書ノ規定ヲモ準用シ得ヘキコトヲ明カニスレトモ是レ唯財産分離ノ請求アリタル以後ノコトニ屬シ其請求以前ニ在リテハ固ヨリ同條ヲ準用シ得ヘキニ非ス從テ相續人ノ利益ヲ圖ラントスルニハ勢ヒ此ノ如キ規定ヲ存スルノ必要アルヘシ然リト雖モ相續人カ自己ノ固有財産ヲ以テ辨濟スル場合ハ勿論相當ノ擔保ヲ供スル場合ニ於テモ直接利害ノ影響ヲ被ムルヘキモノハ相續人ノ債權者ナレハ法律ハ亦此者ノ利害ヲモ無視スルヲ許サス從テ相續人ノ債權者ニ異議ヲ述フルコトヲ得セシメ以テ其利害ヲ顧ルコトナシ唯謂レナク異議ヲ述ヘシムルハ決シテ事理ノ當然ナルモノニ非サル

カ故ニ相續人ノ債權者ハ必スヤ損害ヲ受クヘキコトヲ證明セサルヘカラストセリ是レ亦相當ナリト謂ハサルヘカラス

第三節 相續人ノ債權者ノ請求

相續人ノ債權者モ亦財産分離ノ請求ヲ爲シ得ルコトハ既ニ前述シタル所ニシテ分離ノ請求ハ訴ノ形式ヲ以テ裁判所ニ爲スコトヲ要スルハ相續債權者又ハ受遺者ニ於ケルト同様ナリトス

相續人ノ債權者カ財産分離ヲ請求シ得ルハ左ノ場合ニ限ル(一〇五〇條)

第一 相續人カ限定承認ヲ爲スコトヲ得ル間ナルコト

第二 相續財産カ相續人ノ固有財産ト混同セサル間ナルコト

相續人カ限定承認ヲ爲スコトヲ得ルハ第一〇一七條第一項ニ定ムル期間内ニシテ未タ單純承認ヲ爲ササル間又ハ單純承認ヲ爲シタリト看做サレサルトキナラサルヘカラス相續人ニシテ既ニ限定承認ヲ爲スコトヲ得サルニ拘ハラズ相續人ノ債權者ヲシテ財産分離ノ請求ヲ爲スコトヲ得セシメハ相續債權者又ハ恰モ相續人カ限定承認ヲ爲シタル場合ト同一ノ境遇ニ陥リ不利益ヲ被ムルコトアルヘキヲ以テ之カ關係上相續人ノ債權者ニ對シテハ前示(第一)ノ如ク請求期間ヲ限定スルニ至レリ隨テ之ヲ彼ノ相續債權者又ハ受遺者ノ爲メニ設ケラレタル第一〇四一條第一項ノ期間ニ對照スル彼ニ在リテハ相續開始ノ時ヨリ三個月トシ相續人カ承認又ハ拋棄ノ意思表示

ノ前後ヲ問ハス苟モ此期間内ナラシメハ分離ノ請求ヲ爲スニ妨ナシトシ此ニ在リテハ(イ)相續人カ單純承認ヲ爲シタルトキ又ハ爲シタリト看做サレタルトキ(ロ)相續人カ限定承認ヲ爲シタルトキハ假令相續開始ノ時ヨリ三個月ト雖モ財産分離ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルモノトセリ要スルニ第一〇五〇條ノ規定ヲ以テ第一〇四一條ニ對比スルトキハ兩者保護ノ上ニ於テ法律上等差アルヲ發見スルニ難カラサルヘシ

前示(第二)ノ場合ニ付テハ敢テ相續債權者又ハ受遺者ノ爲メニ設ケラレタル期間ト異ナルコトナク畢竟第一〇四一條トノ權衡上此場合ニ在リテハ財産狀態ニ著シキ變更ナキモノト認メタルカ故ノミ

相續人ノ債權者カ財産ノ分離ヲ請求シタル場合ニ於テハ相續人ノ固有財産ヲ相續財産ト區分シ此財産ニ付テハ相續人ノ債權者ヲシテ相續債權者又ハ受遺者ニ先チテ辨濟ヲ受ケシムルノ効ヲ生ス要スルニ前節說述セル所ノ效果ハ相續人ノ債權者ニ對シ相續人ノ固有財産ノ上ニ發生スルモノナルコトハ明カナリトス而シテ限定承認ノ效力タル資産ノ混同セサルコトヲ規定セル第一〇二七條及ヒ限定承認ノ場合ニ於ケル公告、催告又ハ債務辨濟ノ手續方法、競賣又ハ鑑定ノ參加其他違法ノ辨濟ヲ爲シタル場合ノ制裁等ニ關スル第一〇二九條乃至第一〇三六條、先取特權ノ效力ニ關スル第三〇四條及ヒ財産分離ノ效力ニ關スル第一〇四三條乃至第一〇四五條、第一〇四八條ノ規定ハ何レモ相續人ノ債權者カ財産分離ノ請求ヲ爲シタル場合ニ準用スヘキモノト

殊ニ第一〇四八條ヲ相續人ノ債權者カ財産分離ノ請求ヲ爲シタル場合ニ準用セルハ相續債權者又ハ受遺者カ請求ヲ爲シタル場合ニ對スル權衡ヲ得セシメンカ爲メニ外ナラサルナリ其他此等ノ條項ニ關シテハ前詳述セル所ナルヲ以テ之ヲ再說セス

第六章 相續人ノ曠缺

第一節 汎論

抑、相續人ノ曠缺トハ相續人ノ有無分明ナラサル場合ヲ謂フ舊民法ニ於テハ相續人現出セス相續人ノ有無分明ナラス又ハ相續人相續ヲ拋棄シタルトキヲ以テ相續人曠缺ノ場合トセリ（取三四二條）然レトモ相續人現出セストモ其所在ノ分明ナルニ於テハ直チニ相續人ノ曠缺セルモノト認ムルヲ得ス假令相續人カ相續開始地ニ在ラストスルモ相續ノ承認及ヒ拋棄ニ關シテハ第一〇一七條以下ノ規定アルヲ以テ此場合ヲ以テ直チニ曠缺セルモノトスルノ要ナシ又相續人カ相續ヲ拋棄シタルトキハ次位ノ相續人カ相續スルニ至ルヘク從テ相續人カ拋棄ヲ爲シタル場合ニハ常ニ相續人ノ曠缺セルモノト斷定スルヲ得サルナリ然ラハ則チ相續人ノ曠缺セル場合ハ相續人ノ在ルコトノ分明ナラサル場合ナラサルヘカラス即チ家督相續ト遺產相續トニ論ナク相續ノ開始ニ依リテ直チニ被相續人ヲ相續スル者又ハ相續ノ拋棄ニ因リテ次位ノ相續人ノ有無分明ナラサル等苟モ相續人ノ存スルコト不明ナルトキヲ謂フモノトス蓋シ遺產相續ニ在リテハ唯一ノ

法定相續人アルノミナルカ故ニ遺產相續人ノ有無明カナラサル場合ニハ相續人曠缺ニ關スル手續ヲ履行スヘキハ固ヨリ相當ナリ然ルニ或者ハ曰ク家督相續ニ在リテハ指定又ハ選定ノ相續人アルヘキカ故ニ法定ノ家督相續人ナシトスルモ直チニ相續人ノ曠缺ナリトスル能ハサルヘシ相續人ノ指定ナク又選定ヲモ爲サスシテ之ヲ相續人ノ曠缺ナリトセハ法律カ指定又ハ選定ノ手續方法ヲ定メタルノ趣旨ヲ沒了スルニ至ラン從テ家督相續ニ付テハ相續人ヲ定ムルニ付キ其手續ヲ盡スモ相續人ト爲ルヘキ者ナキ場合換言スレバ相續上最早盡スヘキ途ナキトキニ至リ始メテ相續人曠缺ニ關スル手續ヲ爲スヘキモノナリト（法曹會決議）然リト雖モ此場合ハ家督相續人ナキコトノ分明ト爲リタル場合ニ非サルナキヲ得ンヤ而モ此時期ニ到達スル以前ニ於テ法律ハ眞ニ相續人曠缺ニ關スル手續ヲ爲スヘキモノトシ或ハ相續人ヲ搜索スルノ目的ヲ以テ公告ヲ爲スヘキコトヲ命セリ故ニ法定、指定又ハ選定ノ各種ノ相續人ナキカ又ハ最後ノ選定相續人カ相續ヲ承諾セザルトキニ至リテ始メテ相續人曠缺ニ關スル手續ヲ爲スヘキモノナリト論スルハ決シテ正鵠ヲ得タルモノニ非ス

且夫レ民法第七六四條ニ月主ヲ失ヒタル家ニ家督相續人ナキトキハ絶家トスト云ヘルハ家督相續人ナキコト確定シタルトキニ於テ絶家ト爲ルモノナルコトヲ示スモノナレハ同第一〇五八條ノ公告ニ定メラレタル期間内ニ相續人タル權利ヲ主張スル者ナキトキ即チ相續人ナキコトノ確定シタルモノトシ相續財産ハ後說スル如ク國庫ニ歸屬シ其家ハ茲ニ絶家ト爲ルモノト解セザル

ヘカラス相續人職缺ノ場合ハ相續人絶無ノ場合ト同義ニ解スル能ハサルヤ論ナシ唯相續人ノ有無未確定ノ場合ニ於ケル戸主タル身分ニ付テハ多少ノ疑ナキ能ハサレトモ家ノ存在ヲ肯定スル以上ハ亦戸主ノ身分ヲ否定スル能ハサルハ論ナシ
相續人ノ有無分明ナラサル場合ニ於テハ相續財産ハ何人ノ有ニ歸スヘキモノナルカヲ知ルヲ得ストスルモ而モ相續債權者又ハ受遺者ニ對シテハ財産ノ管理及ヒ清算ヲ爲スノ必要アリ又果シテ相續人ナキコトノ分明ナルニ於テハ相續財産ノ最後ノ處分ヲ必要トスヘシ依テ本法ハ茲ニ一章ヲ設ケ特ニ之カ規定ヲ爲ス所以ナリ

第二節 相續財産

抑、相續人ノ有無分明ナラサル場合ニ於テハ相續財産ハ即チ何人ノ有ニ歸スヘキモノナルヤヲ知ルヲ得スト雖モ而モ其財産タル權利ヲ有シ義務ヲ負フモノタリ故ニ法律ハ相續人ノ現出スルカ又ハ相續財産カ國庫ニ歸屬スルマテハ權利義務ノ主體タルヘキモノナクシテハ種種ノ不都合アル者トシ相續財産ヲ以テ法人ト看做スノ主義ヲ採用セリ（一〇五一條）換言スレバ相續財産ハ權利義務ヲ有スル一箇ノ財團法人ト看做シ其獨立ノ存在ヲ保タシムルモノトス蓋シ相續人職缺ノ場合ニ於テ相續財産ヲ法人ト看做スヘキヤ否ヤノ問題ハ立法上ノ一大問題ニシテ諸國ノ法制未タ歸著スル所ナキモノノ如シ然レトモ若シ此場合ニ於テ相續財産ヲ以テ法人ト看做ササルニ

於テハ權利義務ノ主體ト爲ルヘキ者ナク債權者ハ辨濟ヲ得ス債務者ニハ辨濟ヲ要求スルヲ得サルカ如キ實際上ノ不都合アルヘキハ論ヲ俟タス隨テ我立法者ハ斷然法人主義ヲ採用スルニ至レリ
相續財産ヲ以テ法人トスルハ相續人アルコトノ分明ナラサル場合ニ限ルモノナレハ財團法人ノ存立時期ハ即チ相續人ノ現出スルカ又ハ相續財産カ國庫ニ歸屬スルニ至ルマテノ間ナリトス從テ其結果トシテ相續人アルコト分明ナルニ至リタルトキハ法人ハ存在セザリシモノト看做ササルヲ得ス（一〇五五條）何トナレハ相續人ノ有ルコト確實ナルニ至レハ其相續人ハ即チ相續開始ノ時ヨリ相續人タリシモノト看做スヘキモノナレハ法人ノ存在ハ此場合ニ於テ勢ヒ肯定スルヲ得サレハナリ然リト雖モ法律ハ相續人ノ職缺セル場合ニ於テハ清算ノ手續ヲ爲スノ要アリトシテ管理人ヲ置クヘキモノトシ之カ管理ノ權限等ヲ定ムルヲ以テ若シ法人ノ存在ヲ否定スルノ結果トシテ管理人カ自己ノ權限内ニ於テ爲シタル行為ノ效力ヲモ滅却スルハ其當ヲ得タリトスル能ハス故ヲ以テ相續人現出シタル場合ニ於テハ法人ハ曾テ存セザリシモノト看做スモ管理人カ其權限内ニ於テ爲シタル行為ノ效力ハ妨ケララルコトナキ旨ヲ明カニセリ是ニ由テ之ヲ觀レハ一旦相續人ノ現出シタルトキハ相續財産ノ管理人ハ相續人ノ法定代理人タリシモノト認メラルルニ至ルモノト謂フヘシ

相續財産ハ以上説述スルカ如ク或期間内ハ法人ト看做サルルカ故ニ法人ノ機關ト爲ルモノ即チ民法相續 本論 相續人ノ職缺 相續財産

0399

民法相續 本論 相續人ノ應缺 相續財產

ニ於ケル清算手續ト異ナルモ其他ノ點ニ關シテハ限定承認ノ場合ニ於ケル第一〇三〇條乃至第一〇三七條及ヒ第七九條第二項第三項ノ規定ヲ準用スヘキモノトシ唯第一〇三四條但書ノ規定ハ之ヲ相續人曠缺ノ場合ニ準用スヘカラストスルノミ之ヲ要スルニ相續人曠缺ノ場合ニ於ケル清算手續ハ限定承認ノ場合ニ於ケルト其趣ヲ均シウスルモノトス

本條ノ規定ニ依リテ管理人力爲スヘキ公告ハ裁判所力次條ノ規定ニ依リ爲スヘキ公告ト同一ノ法ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ要ス（民施九三條）又其公告ニ記載スヘキ事項ニ付テハ非訟事件手續法第七〇條ヲ參照スヘシ

第二回ノ公告ニ定メタル期間満了ノ後尙ホ相續人アルコト分明ナラサルトキハ裁判所ハ管理人又ハ檢事ノ請求ニ因リ相續人ヲ搜索スルカ然レメニ第三回公告トシテ一定ノ期間内ニ（但其期間ハ一年ヲ下ルコトヲ得ス）相續人アラハ其權利ヲ主張スヘキ旨ヲ公告セサルヘカラス（一〇五八條）蓋シ相續人ナキコト愈々分明ナルニ於テハ相續財産ハ國庫ニ歸屬スヘキモノナルカ故ニ其以前ニ於テ可及的相續人ヲ搜索シ其權利ヲ保護スヘキハ當然ナレハ相續債權者又ハ受遺者ニ對シ清算ヲ爲シタル以後ニ於テモ尙ホ且相續人ヲ搜索セシメサルヘカラス是レ實ニ法律力第三回ノ公告ヲ爲スヘキコトヲ命スル所以ナリ而シテ此公告ハ主トシテ相續人ノ有無ヲ探索スルカ爲メニ設ケタルモノナルト同時ニ間接ニ債權者ノ利益ヲ保護スルノ結果ヲ生ズルモノトス何トナレハ債權者ハ相續財産ハ國庫ニ歸屬スルマテハ殘餘ノ財産ニ付キ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルモ

ノナレハ（第一〇三七條ノ規定ヲ準用スルカ故ニ）第三回ノ公告ヲ知リタルトキハ直チニ辨濟ヲ請求スルコトヲ得ヘケレハナリ

右第三回ノ公告ハ管理人又ハ檢事ノ請求ニ因リ裁判所ノ爲スヘキ所ノモノニシテ理論上ニ於テハ管理人力清算手續ニ依リ一切ノ權利者ニ辨濟ヲ爲シ終ハリタル後ニ於テスヘキモノナレハ其時ヨリ期間ヲ計算スヘキハ最も公平ナルモノナルヘシ然レトモ此起算點ハ實際上甚タ分明ナラサルモノナレハ法律ハ第二回ノ公告ニ定メタル期間満了ノ時ヨリ之カ期間ヲ起算スヘキモノトセリ唯此公告ハ相續人ノ有無ヲ檢スルカ爲メニナスヘキモノナレハ成ルヘク長キ期間ヲ存セシムルヲ要ス否ラサレハ相續財産ハ國庫ニ歸屬スルノ期ヲ早ウシ相續人タル者ノ權利ヲ無視スルノ結果ニ陷ラン故ニ法律ハ其期間ハ一年ヲ下ルコトヲ得サルモノトシ裁判所ヲシテ各般ノ事情ヲ斟酌シ一年以上ノ期間ヲ存セシムヘキモノトシタリ又外國ノ法律ニ依ルトキハ此公告ハ裁判所ノ職權ヲ以テ爲スヘキモノト定メタルモノアレトモ我國ノ制度ノ下ニ於テハ裁判所ハ相續人ノ有ラサルコトヲ知ル機會ナキカ故ニ管理人又ハ檢事ノ請求ニ因ルヘキモノトセリ此第三回ノ公告ニ記載スヘキ事項ニ付テハ非訟事件手續法第七〇條ノ規定スル所ナリ就テ參照スヘシ

第三節 國庫

前節説明シタル第三回ノ公告ニ定メタル期間内ニ相續人タル權利ヲ主張スル者ナキトキハ相續

財産ハ國庫ニ歸屬ス（一〇五九條）蓋シ相續人ナキ相續財産ハ全ク無主ノ財産ナレハ無主物先占ノ法理ニ依リ何人モ之カ所有權ヲ得ヘシトセハ弱肉強食ノ蠻狀ヲ演出スルニ至リ社會ノ秩序ハ得テ保持スルヲ得サルヘシ隨テ公益上無主ノ相續財産ヲシテ國庫ニ歸屬セシムルハ最も相當ナリト謂フヲ得ヘシ然レトモ之ヲ以テ國庫カ相續人ト爲リタルモノト誤解スヘカラス舊民法ニ於テハ相續人アラサル財産ハ當然國ニ屬ス國ハ限定ノ受諾ヲ以テ相續スト云ヘルモ（取三一五條）其誤レルコトハ前ニ一言シタル所ナリ而シテ法律カ無主ノ相續財産ハ國庫ニ歸屬ストセル所以ノモノハ國庫ハ公益ノ爲メニ相續財産ヲ使用スルモノト推測スルヲ得ルカ故ノミ外國ノ法律ニ於テハ相續人ナキ相續財産ハ相續開始地ノ小學校、養育院又ハ病院ニ歸屬スト爲スモノアリト雖モ其ノ趣旨ニ至リテハ敢テ我規定ト異ナル所アルニ非ス且又國庫カ公益ノ爲メニ相續財産ヲ使用ストノ推測ヲ下ス以上ハ國庫カ相續財産ヲ使用スルノ方法ニ付テ何等ノ規定ヲ爲ササルモ敢テ失當ナリト謂フヘカラス蓋シ相續人曠缺ノ財産ヲ國庫ニ歸セシムルハ今日諸國ノ立法例ニ於テ殆ト一様ニ出ヅルモノノ如クナレトモ國庫ヲ以テ相續人トシタルニ非サルコトハ前述スルカ如ク然リ然ルニ或ハ相續財産ヲ國庫ニ歸スルニ至ラシメタルハ國庫ヲ以テ特權アル先占者ト認メタルニ由ルト論スル者ナキニ非ス我法律ハ決シテ國家ニ優先ノ先占權アルモノトシ無主ノ相續財産ヲ國庫ニ歸セシムルニ非サルコトハ第二三九條第二項ニ於ケルト同一ニシテ全ク此理由ニ因ルモノナルコトヲ知ラサルヘカラス

相續財産カ國庫ニ歸屬スルマテハ前段説明シタル管理人ハ相續財産ノ管理ヲ繼續セサルヘカラス而シテ其代理權ノ消滅スル場合ニ於テハ國庫ニ對シテ管理ノ計算ヲ爲ササルヘカラス是レ猶ホ相續人ノ現出シタル場合ニ於テハ相續人ニ對シテ計算ヲ爲スト異ナルナキナリ

國庫カ相續財産ヲ有スルニ至ルハ相續ヲ爲スモノニ非ス隨テ相續債權者及ヒ受遺者ハ國庫ニ對シテハ其權利ヲ行フコトヲ得サルモノトス（一〇五九條二項）假令國庫ハ相續人ニ非ストスルモ相續債權者及ヒ受遺者ニ對シテ義務ヲ負擔スルハ最も其當ヲ得タルカ如シト雖モ法律ハ既ニ此等權利者ヲ保護スルカ爲メニ鄭重ナル手續ヲ爲サシメ數回ノ公告、催告ニ依リ其請求ノ申出ヲ爲スヘキコトヲ促サシメタリ然ルニ此等公告、催告ノ期間内ニ何等ノ申出ヲモ爲サザリシモノナレハ或ハ其權利ヲ拋棄シタルモノトモ推測シ得ヘタ又或ハ自己ノ權利ヲ行使スル上ニ於テ怠慢ノ責アルモノナレハ其結果トシテ自己ノ權利ヲ失ハシムルモ敢テ不可ナカルヘシ故ニ法律

ハ國庫ハ相續債權者又ハ受遺者ニ對シテ何等ノ義務ヲ負ハサルモノトセリ
以上説述セル相續人曠缺ノ場合ニ關スル本法ノ規定ハ民法施行前ニ開始シタル相續ニ付テハ民法施行ノ日ヨリ之ヲ適用スルモノトス（民法九二條）

相續人曠缺ノ爲メ國庫ニ歸屬シタル財産ハ管理人ヨリ遲滞ナク被相續人ノ住所ヲ管轄スル地方行政官廳ニ引渡スヘク外國ニ在リテハ領事又ハ貿易事務官ニ引渡スヘキモノトス（明治三十三年勅令四〇九號）

第七章 遺言

第一節 遺言ノ性質

遺言ナルモノハ人ノ最終ノ意思表示ニシテ死後ニ至リテ其效力ヲ生スルモノナリ故ニ遺言ハ必スシモ遺贈ニノミ關スルモノニ非ス或ハ相續人ヲ指定スルノ遺言アリ（九八一條）或ハ之ヲ取消スル遺言アリ（同條）或ハ養子縁組ニ關スルモノアリ（八四八條）又或ハ後見人ノ指定ニ關スルアリ（九〇一條）或ハ後見監督人ノ指定ニ關スルモノアリ（九一〇條）遺言ヲ以テ爲スヘキ事項種種アリ隨テ新法典ニ於ケル遺言ノ規定ハ廣ク各種ノ遺言ニ共通ノモノニシテ之ヲ以テ單ニ財產處分ノ一方法ナリトノミ解スヘカラス

元來遺言ノ制度ハ古ヨリ行ハレタルモノニシテ羅馬ノ如キハ遺言ニ因ル相續ヲ以テ普通ナリトシ遺言ナキ場合ニ於テノミ法律ノ規定ニ從ヒ相續人ヲ定ムルノ主義ヲ採リタルモノク如ク歐洲諸國カ羅馬法ヲ繼受スルニ至リテモ遺言ハ主トシテ人ノ死後ニ於ケル財產處分ノ一方法トシテ認メラルルノ姿ナリシヲ以テ舊法典ノ如ク遺贈ニ關スル遺言ノミニ付テ之カ規定ヲ設クルノ弊ヲ來スニ至レルモノナラン勿論遺贈ニ關スルモノ其大部ヲ占ムヘシト雖モ相續人ノ指定、私生子ノ認知、親族會員ノ指定等苟モ法律ニ於テ特ニ認許シタル場合ハ總テ遺言ノ内容ト爲スコトヲ得ヘク當ニ法律ノ特ニ定メタル場合ノ外公ノ秩序、善良ノ風俗ニ反セサル事項ニシテ單獨的

意思表示ノ可能ナルモノハ皆遺言ノ内容トスルニ妨アルナシ故ニ法律上廣ク此等ノ場合ニ共通ナル規定ヲ設ケサルヘカラス是レ即チ立法者カ本章ノ規定ヲ設クル所以ナリ唯既ニ前述シタルカ如ク本章ノ規定ヲ相續編中ニ編入シタルハ一ニ遺言ハ死後ニ於ケル財產處分ノ方法タルコト其最モ普通ナルト相續編以外ニ適當ナル位置ナキトニ由ラスンハアラス

遺言ハ左ノ如ク定義スルヲ得

遺言トハ人カ其死後ニ效力ヲ生セシムルノ目的ヲ以テ爲シタル要式ノ單獨的意思表示ナリ

今此定義ヲ分析スルトキハ即チ左ノ如シ

第一 遺言ハ要式ノ法律行為ナリ

遺言ハ法律ニ定メタル方式ニ從フニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得ス（一〇六〇條）遺言ニ方式ヲ必要トスル所以ハ遺言者ノ意思表示ノ確實ヲ擔保セシムル所以ニシテ遺言ハ人ノ死後ニ其效力ヲ生スルモノナレハ特ニ錯誤、詐欺等ヲ豫防シ以テ後日ノ紛爭ヲ避ケシメサルヘカラス若シ遺言ニ一定ノ方式ヲ定メス遺言者ノ自由ニ放任スルトキハ種種ノ爭ノ生スルハ勿論ニシテ其弊決シテ尠シトセス故ヲ以テ諸國ノ法律概ネ皆遺言ヲ以テ要式ノ行為ナリトセリ既ニ遺言ハ要式行為ナルヲ以テ普通意思表示ノ原則ノ例外トシテ一定ノ方式ニ依ルニ非サレハ成立セズ遺言書ノ作成ハ單ニ後日ノ證據トスルカ爲メニ非スシテ一ノ成立條件ナリト知ルヘク遺言書ヲ離レテ別ニ遺言ナルモノノ存在ヲ認ムル能ハサルナリ蓋シ遺言ニ方式ヲ必要トスルト

キハ遺言者ハ死ニ懸シテ方式ヲ履行スル遺言キ爲メ眞實或死後處分ヲ爲サント欲スルモ其意思ヲ發表實行シ得サルノ虞アルヲ免レス又一旦遺言ヲ爲シタル後之ヲ取消サントスルニ際シテモ之ヲ取消スニ必要ナル方式ヲ履ム能ハサリシカ爲メ前ノ遺言ハ尙ホ效力ヲ生スルカ如キ不都合ヲ見ルコトアルヘシ然レトモ遺言ノ方式ヲ定ムルコトハ之ヲ不要式トスルノ弊ニ勝ルコト萬ナルヤ疑ナシ

遺言ハ必ズ本人自ラ之ヲ爲スコトヲ要シ代理ヲ許サズ是レ遺言本來ノ性質ニ於テ既ニ明カナルノミナラス第一〇六二條ノ規定ニ依ルモ又第一〇六七條以下ニ規定セル遺言ノ方式ニ徴スルモ自ラ之ヲ知ルヲ得ヘシ

第二 遺言ハ單獨行爲ナリ

遺言ハ遺言者ノ意思ヲ表示スル所ノモノニシテ他人ト相對スルモノニ非ズ其效力ノ發生セザル以前ニ於テハ何時ニテモ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ故ニ遺言ハ相手方ノ諾否如何ニ拘ハラス遺言者ノ死亡ニ因リテ直チニ效力ヲ生スヘク假令遺贈ヲ爲スノ遺言ナリトモ受遺者ニハ何等ノ關係ヲ生セシムルコトナク單獨ニ遺言ノ成立スルヲ妨ケサルナリ蓋シ遺言ハ遺言者ノ最終ノ意思ナリ故ニ其意思ハ成ルヘク成立セシメサルヘカラス而シテ之ヲ成立セシメンニハ單獨行爲ト爲スニ若カス之ヲ雙面的ノ行爲ナリトセハ相手方ノ承諾ヲ要スルコトト爲リ隨テ其承諾ナクハ遺言者ノ意思即チ希望ハ遂ニ水泡ニ歸スルニ至ラン是レ實ニ死者ヲ過スル所以ノ

第三 遺言ハ遺言者ノ死後ニ效力ヲ生スル法律行爲ナリ

是レ遺言ノ特質ニシテ假令遺言書ハ完全ニ調製セラルルトモ直チニ其效力ヲ生セザルモノニシテ唯其儘ニ保存セラルルニ過キス故ニ遺言者ノ生存中ハ遺言ハ一ノ目論見ニ過キス死亡ニ因リテ始メテ一ノ處分ト爲ルニ外ナラス遺言ニ因リテ相續人ヲ指定スルモ又或財產ノ處分ヲ爲ストモ生存中ニ在リテハ單ニ自己ノ希望ヲ表示シタルニ外ナラサレハ遺言ノ意思ニ變更アリトセハ日附ノ後ナル遺言ヲ取消スヲ得ヘク要ハ唯遺言者最後ノ意思ニ重キヲ置カサルヲ得ス而シテ遺言ハ死後其效力ヲ生スルモノナルカ故ニ遺言ニ因リ財產處分ヲ爲スト生前處分ニ因リ財產ヲ贈與スル場合トハ之ヲ區別スルノ實益存ス即チ他ナシ生前贈與ヲ爲ス場合ニハ現ニ所有スル財產ニ限ルヘキモ遺言ニ因リ處分スヘキ財產ハ管ニ遺言ヲ爲ス當時ニ於テ所有スル財產ニノミ限ルヘキニ非ズ將來ノ財產ニ付テモ亦贈與ノ目的ト爲シ得ヘキナリ

第二節 遺言能力

斯ニ遺言能力ト稱スルハ(一)遺言ヲ爲スノ能力(二)遺言ニ因リ物ヲ受クルノ能力(三)證人又ハ立會人トシテ遺言ニ立會フノ能力之ナリ以下此區別ニ從ヒテ説明スヘシ

第一款 遺言者ノ資格

遺言ハ遺言者自ラ之ヲ爲スコトヲ要シ委任ニ因ル代理人ヲ許ササルノミナラス法定代理人ト雖モ本人ニ代リテ遺言ヲ爲スコトヲ得ス遺言ハ必ス遺言者自ラ其真意ヲ表示セサルヘカラサルナリ故ニ全然意思能力ナキ者ニ在リテハ遺言ヲ爲スコトヲ得サルハ論ハ俟タス唯完全ナル意思能力ナキ者ト雖モ他人ノ意思ヲ以テ之ヲ補充スルコトヲ許ササルモノナレハ之ヲ普通ノ法律行為ニ於ケルト同シク成年者ノミニ限リ之ヲ爲スコトヲ許スヘキモノトスル能ハス我法律ハ結婚年齡又ハ養子年齡ニ付テモ普通ノ成年期ヨリモ之ヲ低下シタレハ遺言ヲ爲スノ能力ニ付テモ實際ノ必要上之ヲ普通ノ成年期ヨリモ低下スルノ要アリ是ヲ以テ法律ハ遺言年齡ヲ定メテ滿十五年トシ十五年ニ達シタル者ハ遺言ヲ爲スコトヲ得トセリ（一〇六一條）隨テ滿十五年以下ノ者ハ遺言能力欠缺セル者ト謂フヘク又假令十五年以上ノ者ト雖モ疾病又ハ不具ナルカ爲メニ文字ヲ書スルコト能ハス亦言語ヲ發スルコト能ハサル者ハ法律上一定ノ方式ニ依リ自己ノ意思ヲ表示スルノ能力ヲ缺カ故ニ均シク遺言能力ナキ者トセサルヘカラス彼ノ聾啞者ノ如キモ或方法ニヨリ談話ヲ爲シ又文字ヲ書スコトヲ得ルニ於テハ遺言能力ヲ有スヘキハ勿論ナリトモ要スルニ滿十五年以下ノ者及ヒ心神ニ異狀アル者ハ絕對ニ遺言ヲ爲スノ能力ナキモノトス滿十五年以下ノ者ハ單獨ニテ遺言ヲ爲スコトヲ得サルハ固ヨリ法定代理人ノ同意ヲ得ルモ亦之ヲ爲スコト

ヲ得サルハ論ナシ

抑、遺言年齡ヲ以テ普通ノ成年期ヨリ低下セシムルハ諸國ノ法律ニ於テ殆ト一轍ニ出ツル所ニシテ唯結婚年齡ニ異同アルト同シク多少ノ相違アリト雖モ立法ノ本旨ニ至リテハ敢テ異ナル所アルナシ而シテ或立法例ニ於テハ遺言年齡ヲ男女兩性ニ付テ區別スルコト猶ホ結婚年齡ニ於ケルカ如クスルモノアルモ此ノ如キハ畢竟細密ニ失シテ何等ノ必要ナキニ似タリ寧ロ本法ノ如ク女子ノ結婚年齡、養子縁組ノ年齡其他諸般ノ事情ヲ斟酌シテ男女ヲ區別セス單ニ滿十五年ヲ以テ遺言ヲ爲スノ適齡トスルノ勝レルニ若カサルナリ又佛民法ノ如キハ滿十六年以上ノ成年者ハ遺言ヲ爲スノ能力アルモ成年者ノ處分シ得ヘキ財産ノ半額ニ止マルトセリ（佛民五〇四條）是レ畢竟スルニ遺言ヲ以テ遺贈ヲ爲スノ一方法ナリトシ且未成年者ノ無謀ヲ防止スルノ精神ニ出テタルモノナルヘシト雖モ我法律ノ如ク遺言ハ單ニ遺贈ヲ爲スノ方法ニ止マルモノトセズ且相續人ヲ保護スルカ爲メニハ別ニ遺留分ノ規定ノ存スルアレハ遺言者ノ處分シ得ヘキ財産ニ關シ別ニ何等ノ規定ヲ爲スノ必要ナカルヘシ

遺言ハ右ノ如ク未成年者ト雖モ自ラ之ヲ爲シ得ヘキモノトセハ行為能力ニ關スル總則編ノ規定ハ當然遺言ニ適用セサルヲ得スシテ其結果遺言ニ代理ヲ許ササルノ趣旨ヲ沒了スルニ至ラン是ヲ以テ行為能力ノ補充ニ關スル一般總則ノ規定ハ之ヲ遺言ニ適用セサル旨ヲ明言スルノ必要アリトシ立法者ハ總則編中ノ第四條、第九條、第一二條及ヒ第一四條ノ規定ハ之ヲ遺言ニ適用セ

スト規定セリ(一〇六二條)立法者ノ意見ニ從ヒ其主旨ヲ左ニ説述セシムルハ遺言ニ關スル事也

第一 第四條ハ未成年者カ法律行為ヲ爲スニハ其法定代理人ノ同意ヲ要スルモノトセリ遺言モ亦一ノ法律行為ナルカ故ニ特別ノ明文ナキ限ハ同條ノ適用ヲ受ケサルヘカラス若シ同條ノ適用ヲ受ケヘキモノトセハ遺言ハ本人自ラ之ヲ爲スヘシトノ性質ニ相反シ遺言者隨意ニ遺言ヲ爲スコトヲ得サルニ至ラン是レ即チ此除外例ヲ定ムル所以ナリ

第二 第九條ハ禁治產者ノ行為ヲ取消シ得ヘキ旨ヲ定ムルモノニシテ禁治產者ノ行為ヲ取消シ得ヘキ者ハ第一二〇條第一項ニ示スカ如ク無能力者ノ代理人又ハ承繼人ナリトス故ニ禁治產者カ第一一〇七三條ノ規定ニ從ヒ遺言ヲ爲シタルニモ拘ハラス其代理人又ハ承繼人ニ於テ之ヲ取消スニ得ヘシトセハ同條立法ノ精神ハ之ヲ貫徹スルヲ得サルヘシ舊民法ノ如ク禁治產者ハ當然遺贈ヲ爲ス能力ヲ有セスト爲スニ於テハ固ヨリ其代理人等カ遺言ノ取消ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ヲ生セスト雖モ禁治產者ハ心神喪失ノ狀況ニ在ル者ニシテ即チ時時本心ニ復スルコトアルモノナレハ此中間時ニ於テハ有效ニ法律行為ヲ爲スコトヲ得ヘキノミナラズ心神ノ安固ナル間ニ自己ノ死後處分ヲ爲スコトヲ得セシムルハ禁治產者ニ取リテ極メテ必要ナリト謂フヘシ隨テ新法典ハ禁治產者ト雖モ一定ノ要件ニ從フ以上ハ遺言ヲ爲シ得ヘキモノトセルモノナレハ此立法ノ本旨ヲ全カラシメンニハ第九條ノ規定ヲ遺言ニ適用スルコトナカラシムルハ實ニ至當ノ事理ニ屬スト謂フヘキナリ

第三 第一二條ハ準禁治產者ノ行為ニシテ保佐人ノ同意ヲ得ルコトヲ要スルモノヲ規定セリ故ニ同條ヲ遺言ノ場合ニ適用シ準禁治產者カ遺言ヲ爲スニモ保佐人ノ同意ヲ得ルコトヲ要スト

スルトキハ却テ本人ノ能力ヲ制限スルコトト爲リ實際ノ事情ニ適セサルニ至ラン既ニ禁治產者ニ遺言ノ能力ヲ認ムル以上ハ準禁治產者ニモ此能力アルコトヲ認ムルハ蓋シ至當ナリト謂フヘキナリ是レ即チ第一二條ノ規定ヲ遺言ニ適用セサル所以ナリトス

第四 第一四條ハ妻ノ行為ニシテ夫ノ許可ヲ要スルモノヲ規定スルモノナリ之ヲ遺言ニ適用スルトキハ妻ハ自由ニ遺言ヲ爲スコトヲ得サルニ至ラン遺言ハ死亡ニ因リテ其效力ヲ生スルモノニシテ夫婦關係モ亦死亡ニ因リ消滅スルモノナレハ妻ト雖モ自由ニ遺言ヲ爲スコトヲ得セシムルヲ以テ其當ヲ得タルモノトス是レ第一四條ヲ遺言ニ適用セストスル所以ナリ

右説述セル所ニ依リ遺言ヲ爲スニ付テノ能力即チ遺言者ノ資格ニ付テハ一般法律行為ノ能力ト異ニシテ特別ノ能力アルヲ要スルコト明カナルヘシ然レトモ遺言ハ前述スルカ如ク遺言者ノ死亡後ニ其效力ヲ生スルモノニシテ其成立ノ時期ト其效力發生ノ時期トヲ異ニスルモノナルニモ拘ハラス或ハ遺言ハ遺言者死亡ノ時ニ始メテ成立スルモノニシテ遺言ヲ爲ストキハ其能力アルモ死亡ノ時ニ能力ヲ有セザルトキハ遺言ハ無効ナリト解スルモノナキニ非ス既ニ遺言ハ其成立ノ時期ト效力發生ノ時期トヲ異ニスルモノト成立ノ當時ニ在リテ遺言ヲ爲スノ能力アレハ後ニ至リ其能力ヲ失フモ效力發生ノ上ニ何等ノ不都合ナキナリ固ヨリ意思表示ハ表意ノ當時ニ於テ其

要件ヲ具備スルヤ否ヤニ由リテ效力ノ有無ヲ斷定スヘキモノナレハ遺言能力ニ付テモ亦遺言ヲ爲ス當時ニ之ヲ有スルヲ以テ可ナリトセサルヘカラス然ルニ前示ノ如キ誤解ヲ傳フル者アルヲ以テ我立法者ハ之ヲ明カニスル爲メニ遺言者カ遺言ヲ爲ス時ニ於テ能力ヲ有スルヲ要ストシ後ニ至リ之ヲ失フモ遺言ノ效力ニ何等ノ關係ヲ及ボサル旨ヲ明カニセリ(一〇六三條)

以上ハ遺言者ノ資格ニ關シ一般ニ規定スル所ノモノニ係ル法律ハ尙ホ或事情ノ存スル場合ニ在リテハ遺言ヲ爲スコトヲ禁スルコトアリ即チ後見人ト被後見人トノ間是ナリ(一〇六六條)蓋シ被後見人カ後見人ニ對スル關係ハ殆ト服從ノ關係ニシテ後見人ハ其地位ノ上ニ於テ被後見人ニ對シテ多少威嚴ヲ有スルモノトス隨テ後見人カ自己ノ權力ヲ濫用スルニ於テハ被後見人ハ甘シテ自己ノ利益ヲ犧牲ニ供スルノ止ムヲ得サルニ至ル此ノ如キハ日常往見聞スル所ナルカ故ニ法律ハ後見人ノ權力濫用ヨリ生スル一種ノ弊害ヲ豫防スルカ爲メニ遺言禁止ノ規定ヲ設クルニ至レリ而シテ法律上遺言ヲ爲スコトヲ禁スル場合ニハ二個ノ條件アルコトヲ要ス

第一 被後見人カ後見ノ計算終了前ニ爲シタル遺言ナルコト

第二 後見人又ハ其配偶者若クハ直系卑屬ノ利益ト爲ルヘキ遺言ヲ爲シタルコト其後見ノ計算終了以前ナルコトヲ要スルハ假令後見ノ任務終了スルトモ未タ之カ計算ヲ爲ササル以前ニ於テハ被後見人ノ財産ハ未ダ全ク後見人ノ手離レサルモノナレハ依然後見ノ權力繼續スト認ムルモ不可ナケレハナリ又後見人其他ノ者ノ利益ト爲ル遺言ヲ爲シタルトキハ即チ後見人カ自己ノ

權力ヲ濫用シタルニ基因スルモノト認ムルニ十分ナルカ故ナリ(後見ノ計算終了後ニ遺言ヲ爲シタルトキ後見人其配偶者又ハ直系卑屬ノ利益ト爲ラサル遺言ヲ爲シタルトキ及ヒ後見人其配偶者又ハ直系卑屬以外ノ者ニ爲シタルトキハ其遺言ヲ無効トスルノ限ニ在ラス)勿論或場合ニ於テハ後見人カ自己ノ權力ヲ濫用ニ基因スルニ非スシテ被後見人カ本條ニ掲クルカ如キ遺言ヲ爲スコトアルヘシト雖モ後見人カ其地位ヲ利用シタルヤ否ヤハ極メテ證明シ難キモノナレハ寧ロ斷然之ヲ無効ナリトスルニ若カサルナリ

然リト雖モ法律ハ後見人カ被後見人ノ直系血族、配偶者又ハ兄弟姉妹ナルトキハ假令後見ノ計算終了前ニ其利益ト爲ルヘキ遺言ヲ爲ストモ之ヲ以テ無効ナリトセス是レ全ク此場合ニ於テハ後見人ト被後見人トノ間ハ即チ親族關係アルモノナレハ其利益ノ爲メニスル遺言ハ寧ロ人情上當然ノコトト謂フヘクシテ之ヲ以テ直チニ後見人カ其地位ヲ利用シテ爲サシメタリト認ムルヲ得サレハナリ若シ此場合ニ於テモ尙ホ遺言ヲ無効ナリトセハ法律干涉ノ適度ヲ失シ人情ニ背反スルノ結果ヲ生スヘキナリ

第二款 受遺者ノ資格

遺言ニ依リテ死後財産ヲ處分スルノ一方法ヲ名ケテ遺贈ト謂ヒ遺贈ノ利益ヲ受クル者ヲ名ケテ受遺者ト謂ヒ遺贈ヲ履行スヘキ義務アル者ヲ名ケテ遺贈義務者ト謂フ通常遺言者ノ相續人ハ遺

贈義務者ナレトモ相續人數人アルトキハ其一人カ遺贈義務者ニシテ他ノ相續人ハ然ラサルコトアリ又負擔附遺贈ニ在リテハ負擔ヲ有スル受遺者カ遺贈義務者ナリトス
遺贈ニ包括ノ遺贈ト特定ノ遺贈トノ區別アリ所謂包括ノ遺贈トハ目的物ヲ個個ニ特定セスシテ遺贈スルヲ謂フモノニシテ例ヘハ財産ノ全部又ハ二分ノ一ヲ遺贈スト云フカ如ク或ハ不動産ノ二分ノ一若クハ三分ノ二ヲ遺贈スト謂フカ如シ之ニ反シ特定ノ遺贈トハ其目的物ノ特定セルモノヲ謂ヒ例ヘハ其不動産若クハ其動産ヲ遺贈スト云フカ如シ荷モ目的物ニシテ特定セハ遺言者ノ財産ハ其他ニ一物ヲ存セスルモ特定ノ遺贈タルヲ失ハス而シテ包括ノ遺贈ハ權利ト共ニ義務ヲ移轉シ特定ノ遺贈ハ單ニ權利ノミヲ移轉ス故ニ兩者ノ區別ハ財産ノ多少ニ因ルニ非ス又其不動産若クハ動産ヲ目的トスルノ如何ニ因ルニモ非ス遺言者ノ權利義務ヲ集メテ一團ト爲シタルモノヲ舉ゲテ遺贈スルヲ包括ノ遺贈ト謂ヒ其權利ノ特定マレルモノノミヲ遺贈スルヲ特定ノ遺贈トハ謂フナリ

遺言者ハ自己ノ財産ニ關シ隨意ニ死後處分ヲ爲シ得ルト雖モ遺留分ニ關スル規定ニ違反スルヲ得ス(一〇六四條)其所謂遺留分ノ規定ニ違反スルヲ得ストハ遺言ヲ爲スノ能力ヲ制限シタルモノト誤解スヘカラス處分スヘキ財産其モノニ關スル制限ニ外ナラサルナリ故ニ果シテ遺留分ノ規定ニ違反セルヤ否ヤハ遺言ヲ爲スノ當時ニ於テ之ヲ定ムルヲ得ス遺言者死亡ノ時ニ非サレハ之ヲ決定スルヲ得サルナリ而シテ其遺留分ヲ害シタル場合ニ於テハ其遺言ハ必スシモ全部無

效ト爲ルニ非ス相續人ノ遺留分ヲ害シタル程度ニ於テノミ效力ヲ有セサルニ過キス

受遺者即チ遺贈ヲ受クル者ノ資格ニ付テハ第一ニ荷モ權利ノ主體ト爲リ得ヘキ者ハ其有形人ナルト無形人ナルトヲ問ハス受遺者タルコトヲ得ヘク胎兒ト雖モ遺贈ヲ受クルノ資格アリトス(一〇六五條、九六八條)即チ遺言ノ效力發生ノ時期ニ於テ懷胎ヒラレタル者ハ後日生キテ生スル以上ハ恰モ遺言者死亡ノ時ニ於テ既ニ生レタルモノト同シク受遺者タルヲ得ヘキ者トス第二ニ第九六九條ニ揭タル所ノ者ハ即チ遺產相續ニ付テノ資格ナキ者ナレハ之ヲ遺贈ノ場合ニ準用シ同條ニ定ムルカ如キ所爲アル者ハ受遺者タルヲ得サル者トセリ(一〇六五條、九六九條)其理由ノ如キ亦相續ノ場合ニ於ケルト敢テ異ナルナキナリ是ニ由テ之ヲ觀レハ受遺者タルノ資格ハ

第一 遺言ノ效力發生ノ時ニ於テ生存者タルコト又少クトモ懷胎セラレタルコト

第二 缺格者ナラサルコト

ノ二條件ヲ要スルノミ隨テ未成年者、禁治產者、準禁治產者又ハ有夫ノ婦ト雖モ受遺者タリ得ヘシ唯此等ノ者ニ在リテハ遺贈ヲ受諾シ又ハ拒絕スルニ付テハ總則編第四條、第八條、第一二條、第一四條ノ規定ニ依ラサルヘカラス又前述シタル第一〇六六條第一項ニ揭タル所ノモノハ遺贈ヲ受クルコトヲ得サルヘシ是レ即チ相對的ノモノニシテ特別ナル事情ノ存スルコトヲ必要トスルモノトス

第三款 遺言ノ證人

遺言ノ證人又ハ立會人タル者ハ遺言ノ成立及ヒ其真正ナルコトニ付テ擔保ヲ爲ス所ノモノニシテ後日遺言ニ關シ紛爭ヲ生シタル場合ニ於ケル唯一ノ證明ヲ爲スヘキモノタリ隨テ遺言ノ證人又ハ立會人タル者ハ十分信用アル者ナラサルヘカラス而シテ此等ノ者ニ付テハ何人モ其資格アリトスヘキハ相當ナルヘシト雖モ法律ハ特別ノ身分又ハ或特種ノ事情アル者ハ遺言ノ證人又ハ立會人タルノ資格ナシトシ缺格者ヲ左ノ如ク限定シタリ(一〇七四條)

第一 未成年者

未成年者ハ獨立シテ法律行爲ヲ爲スノ能力ナキモノナリ隨テ斯ル無能力者カ遺言ノ證人又ハ立會人ト爲ルモ遺言ノ確實ヲ十分擔保セシムルニ足ラス勿論法律ハ滿十五年以上ノ者ハ遺言能力アリトスルモ自己以外ノ者ノ遺言ニ關シ其證人ト爲リ若クハ立會人ト爲ルカ如キハ完全ノ能力アル者ニ非スンハ信ヲ措クニ足ラストスルモノナリ

第二 禁治產者及ヒ準禁治產者

此二者ヲ缺格者トセルハ前同一ノ理由アルニ因ル禁治產者ハ其本心ニ復シタル時ニ於テ遺言ヲ爲スハ固ヨリ妨ナキ所ナレトモ此場合ニハ醫師二名以上ノ立會アルコトヲ要ス(一〇七三條)自己カ遺言ヲ爲ス場合ニ於テ既ニ醫師ヲシテ心神喪失ノ狀況ニ在ラナリシ旨ヲ證明セシ

メサルヘカラスナルニ他人ノ遺言ニ立會人ト爲リ又ハ證人ト爲ルモ奚ソ信ヲ措クニ足ランヤ準禁治產者モ亦保佐人ノ同意ナクンハ法律行爲ヲ爲スコトヲ得サル者ナレハ之ヲ缺格者トセル洵ニ相當ナリトス

第三 剝奪公權者及ヒ停止公權者

公權ノ剝奪及ヒ停止ノ如何ナルモノナルヤハ刑法第三二條乃至第三五條ノ規定ニ依リ明カニシテ此等剝奪ノ人カ遺言ノ如キ重要ナル行爲ニ付キ證人又ハ立會人ト爲ルモ亦十分ノ信ヲ措クニ足ラス

第四 遺言者ノ配偶者

第五 推定相續人ハ受遺者及ヒ其配偶者並ニ直系血族

右ニ掲グル所ノ者ハ何レモ利害ノ關係ヲ有スル者タリ故ニ此等ノ者ヲシテ證人又ハ立會人タラシムルハ亦信用ヲ與フルニ足ラサルナリ

第六 公證人ト家ヲ同シクスル者及ヒ公證人ノ直系血族並ニ筆生、雇人

右ニ掲グル所ノ者ハ遺言者ト何等ノ關係ナキ者ト雖モ遺言ノ秘密ヲ論議スルナキヲ保セス公證人規則第三六條乃至第三八條ニ於テ此等ノ者ハ公正證書ノ證人又ハ立會人ト爲ルコトヲ許サス本號ノ規定ハ公證人規則ニ於ケルト其範圍ニ均シカラサル所アリト雖モ同一ノ趣旨ニ依リ設ケタルニ外ナラサルナリ

本號ハ公證人カ遺言ノ作成ニ干與スル場合ニ於テノミ其適用アルヘキモノトス而シテ公證人カ公正證書ニ依ル遺言ヲ作成スル場合又ハ秘密證書ニ依ル遺言ニ干與スル場合ノ如キ其適用ヲ見ル所ニシテ或ハ公證人規則ノ規定ト重複スルノ嫌アルカ如キモ彼ト此トハ其範圍ニ同シカラサル所アリ且此ハ特ニ遺言ニ關スルモノナルカ故ニ直チニ之ヲ以テ重複ナリトスルヲ得ス

之ヲ要スルニ右掲記スル所ノモノハ遺言ノ證人又ハ立會人トシテ信ヲ措クニ足ラサル者ナルカ故ニ之ヲ缺格者トセルニ外ナラス之ヲ舊民法ノ規定ニ參照スルニ其範圍ノ一層擴張セラレタルヲ見ル蓋シ適當ナリト謂フヘキナリ

第三節 遺言ノ方式

遺言ニ方式ヲ必要トスルノ理由ハ前述シタルカ如クニシテ法律ノ定ムル方式ニ依ルニ非サレハ遺言ハ決シテ成立セサルモノトス而シテ此方式ニ二種アリ（一）普通方式（二）特別方式是ナリ所謂普通方式トハ遺言ヲ爲ス者カ如何ナルモノタルヲ問ハス又其如何ナル場合ニ於テスルトヲ論セス必ス從ハサルヘカラサル所ノモノヲ謂ヒ所謂特別方式ナルモノハ之ニ反シ特別ノ事情ノ存スル場合ニ於テ或特別ナル人ニ於テノミ爲スコトヲ得ル所ノモノトス故ニ特別方式ハ之ヲ普通方式ニ對比スルトキハ概シテ簡略ナル形式ヲ採レルモノナリ依テ本章ヲ二節ニ分チ説述セ

第一款 普通方式

普通方式ハ即チ特別方式ニ對シテ此名稱ヲ下スニ過キスシテ特別ノ事情ノ存セサル限リハ如何ナル人ト雖モ必ス此方式ニ依ラサルヘカラサルモノニシテ此方式ニ三種ノ區別アリ即チ左ノ如シ（一〇六七條）

第一 自筆證書 (testament olographe)

第二 公正證書 (testament authentique)

第三 秘密證書 (testament mystique)

此三種ノ方式中其一ハ必ス遺言者ノ從ハサルヲ得サルモノニシテ第一〇六〇條ニ所謂本法ニ定メタル方式云トハ全ク之ヲ謂フニ外ナラサルナリ遺言者ハ此ノ如ク右三種ノ方式中其一ニ依ラサルヘカラスト云ヘハ或ハ如何ナル場合ニ於テモ此以外ノ方式ニ依リテハ遺言ヲ爲スコトヲ得サルカ如シト雖モ特別ノ事情ノ存スル場合ニハ特別ノ方式ニ依ルコトヲ妨ケサルコト但書ニ依リテ之ヲ知ルヘキナリ

第一項 自筆證書ニ依ル遺言

自筆證書ニ依リ遺言ヲ爲スニハ左ノ方式ニ從ハサルヘカラス(一〇六八條)

第一 遺言者其全文ヲ自筆スルコトヲ要ス

遺言書ノ全文ハ即チ遺言ノ趣旨ヲ明カニスル所ノモノニシテ遺言者ノ意思ノ存スル所ヲ知ル最モ重要ナル部分ナリトス故ニ其全文ハ遺言者ノ自書スルニ非サレハ遺言ノ趣旨ノ確實ナルヲ擔保スルニ足ラス假令一字一句タリトモ他人ノ筆ヲ交スルニ於テハ自筆證書ニ依ル遺言タル大效ナク其加筆カ遺言ノ趣旨ニ何等ノ變更ヲ及ホスモノニ非ストスルモ無効タルヲ妨ケ遺言者ナクハ其ハ遺言者ニ對シテハ無効ナルヲ要ス

第二 日附及ヒ氏名ヲ自書スルコトヲ要ス

遺言書ニ日附ヲ記スルハ遺言成立ノ時期ヲ知ルニ必要ナルノミナラス遺言者カ果シテ其當時ニ在リテ遺言ヲ爲スル能力アリシヤ否ヤヲ知ルカ爲メニモ有要ナリトス唯夫レ日附ハ必スシモ何年何月何日ト明記スルノ要ナク其作成ノ年月日ヲ正確ニ知ルヲ得ハ足ルヘシ即チ明治三十四年紀元節ノ日ト記シタルカ如キ是ナリ此ノ如ク正確ニ成立ノ時期ヲ知り得ヘキヲ要スルカ故ニ日附ノ曖昧ナルモノハ日附ナキト同一視セサルヘカラス例ヘハ單ニ月日ノミヲ記シ年月ノ記載ナキモノ若クハ年月ノ記載アリテ日ヲ書セサルモノ或ハ日附ノ二様ニ讀ミ得ヘキトキノ如キ又或ハ遺言者死亡以後ノ年月ノ記載アリシトキノ如シ氏名ヲ自書スルコトヲ要スルハ何人ノ遺言ナルカヲ知ルカ爲メニスルモノニシテ例令氏名ノ記載アリトモ自書シタルニ非

第三 捺印スルコトヲ要ス

捺印ハ或ハ他人ノ爲メニ代筆シタル遺言書ノ草稿ナルヤヲ測リ知ルヘカサルカ故ナリ捺印ハ即チ一ノ草案ニ過キサリシ遺言書ヲ確定シテモノトスル唯一ノ方法ニシテ遺言者自ラ押捺スルヤ論ナシ從來我國ニ於テハ印影ヲ以テ非常ニ貴重ナルモノトシ凡百ノ私署證書ハ一ニ印影ノ真贋ニ因リテ其真否ヲ確定スルノ風アリ遺言書完成ノ最後要件トシテ捺印ヲ加ヘタル

右第一乃至第三ノ要件ハ自筆證書ニ依ル遺言ニ缺クヘカサル方式ニシテ此一ヲ缺クトキハ自筆證書ニ因ル遺言タルノ效力ヤハ勿論ナリ法律ハ唯此三個ノ方式ヲ具備スルヲ要ストスルニ止マルカ故ニ隨テ左ノ如キ結果ヲ生ス

第一 自筆證書ニハ其證書作製ノ場所ヲ記載スルヲ要セス又例令其記載ノ曖昧モシテ正確ナラサルトキト雖モ何等ノ妨ナキモノトス

第二 遺言ノ趣旨ハ何レノ國語ヲ以テ記スルモ妨ナク又其用紙ノ如キ又或ハ墨汁ヲ以テ記スルモ「インキ」ヲ使用スルモ毫モ之ヲ區別スルノ必要ナク或ハ之ヲ石版、銅版、彫刻スルモ遺言者之ヲ自ラスルニ於テハ何等ノ妨ナシ

第三 遺言書ノ文體漢文ナルト和文ナルト將タ又書體體ナルトハ毫モ自筆證書ニ依ル遺言タルノ效力ニ何等ノ影響ヲ及ホスモノニ非ス

又遺言書ハ之ヲ封緘スルト否ト之カ保管ヲ第三者ニ託スルト遺言者自ラ之ヲ篋底ニ秘スルト否トハ法律ノ毫モ干與セサル所ニシテ遺言者ノ任意ナリトス

第四 自筆證書ニ依ル遺言書ハ遺言者カ一時ニ之ヲ自書スルヲ要セス數日若クハ數月ニ亙リ之ヲ記スルモ妨ナキナリ斯ク數日若クハ數月ニ亙リ記シタル場合ニ在リタモ其完成ノ日附アルノミヲ十分ナリトス

第五 自筆證書ハ他人ニ草案ヲ作ラシメ自ラ之ヲ寫取ルモ效力上何等ノ影響ナシ蓋シ人ハ必スシモ法律ニ精通セス又必スシモ文章ニ熟達セス從テ自己ノ意思ヲ完全ニ自記スル能ハサルコトアリ又法律ノ不知ノ爲メ偶々方式ノ一ヲ缺カカキコトナシトセス故ニ注意深キ人ニ在リテハ自己ノ意思ノ存スル所ヲ十分ニ口授シ之ニ因リテ完全ナル自筆證書ノ原案ヲ作成セシムルコト往往ニシテ之アルヘシ此ノ如ク他人ヲシテ原案ヲ作成セシムルモ前示方式ニ遵フニ於テハ何等ノ妨アルヘカラス

第六 自筆證書ノ記載ニ於テ其文字ニ挿入削除又ハ欄外ノ記入若クハ其他ノ變更ヲ爲スモ亦妨害ナシ勿論是レ亦遺言者自ラ之ヲ爲シタル場合ナラサルヘカラスハ勿論挿入、削除其他ノ變更ニ付テハ其場所ヲ指示シ之ヲ變更シタル旨ヲ附記シ(例ヘハ何行目若クハ何枚目何何トヲ變更シタルト附記スルカ如シ)特ニ之ニ署名シ且其變更ノ場所ニ捺印スルヲ要ス否ラサレハ其效力ナキモノトス蓋シ自筆ノ遺言書ハ之ヲ保管スルノ官署アルニ非ス隨テ其記載ニ加除其

他ノ變更アルニ於テハ後日之カ爲メニ紛爭ヲ生シ詐欺ノ行ハレサルナキヲ保セス故ニ之ヲ確實ナラシムルノ必要アリ是レ即チ第一〇六八條第二項ノ規定アル所以ナリ

自筆ニ依ル遺言書ハ前示ノ方式ニ從フヲ要スルカ故ニ文字ヲ書スルコトヲ知ラサル者ニ在リテハ此方式ニ依ルヲ得スト雖モ文字ヲ書スルコトヲ知ル者ノ爲メニハ最モ簡易ナル方式ナリト謂フヲ得ヘク又遺言ノ趣旨ヲ他人ニ洩ラシメササルノ利アリトス又此自筆證書ニ依ル遺言ノ執行ヲ爲サントスルニハ第一一〇六條ノ規定ニ從ヒ裁判所ノ檢認ヲ經ヘキモノトス

第二項 公正證書ニ依ル遺言

公正證書ニ依リテ遺言ヲ爲スニハ左ノ方式ニ從フコトヲ用ス(一〇六九條)

第一 證人二人以上ノ立會アルコト

公正證書ニ依ル遺言ハ公證人ノ筆記スル所ニ係リ信ヲ措クニ足ルヘシト雖モ後ニ説明スルカ如ク他人ノ口授ヲ受ケ筆記スルニ外ナラサルカ故ニ其正確ヲ擔保セシムルカ爲メニハ最モ慎重ナル手續ヲ盡サシメサルヘカラス是レ即チ證人二人以上ノ立會ヲ要スル所以ナリ

第二 遺言者カ遺言ノ趣旨ヲ公證人ニ口授スルコト

公證人ハ人ノ囑託ニ應ジ證書ヲ作成スルノ職務アル一ノ公吏ニシテ證書作成ニ付テハ固ヨリ囑託者ノ囑託ノ趣旨ニ依ラサルヲ得ス殊ニ遺言ノ如キ重大ナル關係ヲ惹起スヘキモノニ在リ

テハ一字一句タリトモ遺言者ヨリ直接ニ公證人ニ傳ヘサルヘカラスシテ口述ニ代フルニ筆記ヲ以テスルコト又ハ代理人ニ依リテ口述ヲ爲サシムルカ如キハ決シテ法律ノ許容セサル所ナリトス故ニ此方式ニ依ル遺言ハ言語ヲ發スルコトヲ得サル者ニハ適用スル能ハサルナリ

第三 公證人カ遺言者ノ口述ヲ筆記シテ遺言者及ヒ證人ニ讀聞カスコト

公證人ノ作成シタル證書カ遺言者ノ眞意ニ悖ラサルヤ否ヤヲ保證スルカ爲メニ此方式ヲ必要トセリ勿論公證人カ遺言者ノ口述ヲ筆記スルニ當リテハ一言一句必スシモ口授ノ儘ナルコトヲ要スルニ非ス言語ノ不正確ナルモノノ如キハ之ヲ正シウスルヲ得ヘキモノニシテ法律ノ欲スル所ハ成ルヘク遺言者ノ口述ノ趣旨ヲ謄ルコト勿ラシメ及フヘクハ直寫スルヲ可ナリトスルモノナリ又公證人カ一旦遺言者ノ口述ヲ書取リ然ル後更ニ之ヲ原本ニ謄寫スルモ遺言者及ヒ證人ノ立會アルニ於テハ何等ノ妨ナカルヘシ

公證人カ遺言者及ヒ證人ニ遺言書ヲ讀聞カスニハ其面前ニ於テ同時ニ之ヲ爲スコトヲ要シ時ヲ異ニシ各別ニ之ヲ爲シタルカ如キ場合ニ在リテハ遺言書タルノ效ヲ失フヘシ又遺言書ノ讀聞ケハ全體ニ付テ之ヲ爲ササルヘカラス故ニ之ヲ終リタル後更ニ他ノ書加ヘ等ヲ爲シタル場合ニ在リテハ其部分モ亦之ヲ遺言者及ヒ證人ニ讀聞カスコトヲ要ス若シ此方式ヲ履行セサルニ於テハ遺言書全體ハ無効タルヘキナリ此ノ如ク讀聞ケヲ爲スコトハ筆記ト口述ト相違スルコトナキヤ否ヤヲ確カムルニ在ルモノナレハ聽官ノ欠缺スル豐者ノ如キハ此方式ニ依リテ遺

言ヲ爲スコトヲ得サルヘシ

第四 遺言者及ヒ證人カ筆記ノ正確ナルコトヲ承認シタル後各自之ニ署名捺印スルコト

是レ亦前項ト同シタ公證人ノ筆記ノ正確ナルヲ保證スル所以ノモノニシテ證人タル者ハ必ス氏名ヲ自署セサルヘカラス之ニ反シ遺言者カ署名スル能ハサル場合ニハ公證人ノ附記ヲ以テ之ニ代フルコトヲ得ヘシ唯公證人ハ遺言者カ署名シ能ハサルノ事由ヲ記セサルヘカラスナルナリ

第五 公證人カ其證書ハ前四號ニ掲ケタル方式ニ從ヒテ作りタルモノナル旨ヲ附記シテ之ニ署名捺印スルコト

遺言書ノ確實ナルコトヲ明カナラシムルカ爲メニ公證人ハ最後ニ此條件ヲ履行スルコトヲ要ス故ニ公證人カ單ニ最後ノ署名捺印スルノミヲ以テ足レリトセス必スヤ前四號ニ掲ケタル方式ニ從ヒテ作りタル旨ヲ附記セサルヘカラス此ノ如クニシテ公正證書ニ依ル遺言ハ完成ヲ告タルモノニシテ此方式ノ一ヲ缺クモ遺言書全體ノ無効ヲ來スヘキハ論ナシ
公正證書ニ依ル遺言ノ方式ハ以上記述スル所ニ止マリ遺言書中ノ挿入削除其他ノ變更ニ關シ第一〇六八條第二項、第一〇七〇條第二項ノ如キ規定ヲ存セサルハ此等ノ事項ニ付テハ公證人規則ノ定ムル所アリ殊更ニ斯ニ之ヲ規定スルノ必要ヲ見サレハナリ

第三項 秘密證書ニ依ル遺言

秘密證書ニ依リテ遺言ヲ爲スニハ左ノ方式ニ從フコトヲ要ス(一〇七〇條)

第一 遺言者カ其證書ニ署名捺印スルコト

遺言者ハ自ラ遺言書ヲ記スルモ或ハ他人ヲシテ代書セシムルモ又一部分ハ自書シ一部分ヲ代書セシムルモ何等ノ不都合アルナク唯署名捺印ハ必ス自身之ヲ爲ササルヘカラス且其遺言書ニハ日附ヲ記スルノ要ナシ故ニ此方式ニ依ル遺言ハ氏名ヲ書スルコトヲ知ラサル者ニ在リテハ遵據スルヲ得サルヘシ

第二 遺言者カ其證書ヲ封シ證書ニ用ヒタル印章ヲ以テ之ニ封印スルコト

證書ヲ封スルハ遺言書其モノヲ以テスルト又別ノ封皮ヲ以テスルトヲ問ハス必ス爲ササルヘカラス是レ全ク他人ヲシテ遺言ノ趣旨ヲ知ラシメス又之ヲ披見セサラシムルヲ目的トスルモノニシテ秘密證書ノ本體トスル所ナリ封印ヲ爲スコトヲ要スルハ即チ開封ヲ豫防スルニ在リテ封印ニ用フヘキ印章ハ遺言書ニ用ヒタルモノト同一ナルヲ要スルハ即チ遺言者カ自ラ封印シタルモノナルコトヲ證明セシムルニ在リ若シ其印章ニシテ異ナランカ遺言書ノ眞贋ハ容易ニ判別スルヲ得サルヘシ又本號ノ方式ハ封ヲ爲スト封印ヲ施ストノ二條件ヨリ成ルモノナレハ二者其一ヲ缺クニ於テハ有效ナリト謂フヘカラス

會ノ決議ヲ經ルコトヲ要ス是レ其特ニ重要ナルヲ以テナリ(破案一九三條)其以外ノ行爲即チ第七號乃至第一三號ニ掲ケタル行爲ニ付テハ管財人ハ債權者集會ノ決議ヲ受ケ監査委員ノ同意ニ代フルモ固ヨリ之ヲ妨ケスト雖モ(破案一七六條一項)管財人ハ獨斷ヲ以テ決行スルモ亦之ヲ妨ケサルナリ

管財人ハ草案第一九二條第一項列舉ノ行爲ニ付テハ右ノ手續ヲ盡ス前已ムコトヲ得サル事由アル場合ヲ除ク外豫メ破産者ノ意見ヲ聽クコトヲ要ス是レ破産者ニ此等ノ行爲ニ對スル意見ヲ發表セシムル機會ヲ與ヘ達ニ管財人ヲシテ適當ナル處置ヲ取ラシムルニ至ル爲メト管財人ノ一旦爲シタル行爲ハ破産手續終結後ニ於テモ其效力ヲ存續シ破産者ノ利害ニ關スルコト大ナルモノアルニ由ルモノナリ現行法モ破産者ノ意見ヲ聽クコトヲ要スル點ハ同一ナリトス(舊商一〇一九條二項)又此等ノ行爲ニ付キ縱令監査委員ノ同意アリタルトキト雖モ破産者ノ申立ニ因リ裁判所ハ其行爲ノ執行ノ中止ヲ命ジ之ニ關スル決議ヲ爲サシムル爲メ債權者集會ヲ招集スルコトヲ得(破案一九五條)債權者集會ニ於テモ管財人ノ其行爲決行ヲ可決シタルトキハ裁判所ハ草案第一七七條ニ依リ其決議ノ執行ノ停止ヲ命スルノ外ナキノミ(舊商一〇三七條二項)又破産者ノ申立却下ノ場合ニハ即時抗告ニ依リ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルハ勿論トス(破案一〇九條)

以上説明シタル裁判所ノ許可、監査委員ノ同意、債權者集會ノ決議、破産者ノ意見ヲ聽クコト

トノ如キハ管財人ト此等破産機關トノ内部關係ニ止マリ外部ニ對スル關係ニ非ス故ニ管財人
カ此等ノ規定ニ違反シテ獨斷決行シタルトキト雖モ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(破
案一九六條)蓋シ破産管財人ニ關スル管理及ヒ處分ノ權ヲ有シ得モ此法定ノ制限内ノ行為タ
ル以上ハ管財人ノ獨斷ノ行為ヲ以テ善意ノ第三者ニ對シテハ有效ト爲ササルヘカラス若シ之
ニ反シ有效トセサルトキハ管財人ト取引スル第三者ハ其行為ノ種類如何ニ由リ一他ノ破産
機關ノ同意アリタルヤ否ヤ等ヲ取調ヘサルヘカラス是レ到底不可能ノ事ニ屬ス故ニ管財人ト
ノ間ニ爲シタル取引ノ安全ヲ害セザランカ爲メニ其行為ハ之ヲ有效ト看做ササルヘカラス然
レトモ惡意ノ第三者ニ至リテハ之ヲ保護スヘキ理由ナキニ因リ唯リ善意ノ第三者ノミヲ保護
スルニ止マルモノトス(破案一九六條)尤モ現行法ニハ斯ル明文ナキカ故ニ固ヨリ此ノ如ク論
斷スルコトヲ得ス寧ロ其行為ヲ無効ト爲スヘキモノトス又管財人自身ハ斯ル法則違反ノ行為
ニ對シテ民事上竝ニ監督上ノ責任ヲ負フハ勿論トス(破案一六〇條、一六一條、一六三條、舊商
一〇一〇條、二〇一一條、舊商施四二條)

今左ニ其各號ノ行為ノ概要ヲ説明スヘシ
(1) 遺産相續又ハ遺贈ノ拋棄 是レ通常存在スヘキ行為ニ非サルノミナラス之ニ因リテ破産
財團ノ減少ヲ來スニ由ル(破案一九二條一項一號、舊商一〇一九條二項五號)草案カ家督相
續ヲ除去シタルハ是レ其承認ハ破産者自身ノ權限ニ屬シ限定承認ヲ爲スヘキモノト爲シタ

ルニ由ル(破案四五條)

(2) 不動産又ハ船舶ノ任意賣却 任意賣却トハ競賣ノ反對ヲ意味ス競賣ハ公平ナル換價方法
ナレトモ任意賣却ハ或ハ不正ノ所爲ノ行ハレ易キヲ以テナリ故ニ不動産又ハ船舶ハ通常競
賣ノ方法ニ依ル(破案一九二條一項二號、一九八條)現行法ニハ斯ル制限ナク唯不動産ヲ
買入ルルコトニ付キ破産主任官ノ認可ヲ受クヘキモノトセリ是レ不動産ノ買入ノ如キハ極
メテ異常ノ事ニシテ財團ノ通常ノ管理行為ト見ルヘキモノニ非サレハナリ(舊商一〇一九
條二項七號)

(3) 營業權、漁業權、特許、意匠專用權又ハ著作權ノ讓渡

(4) 營業ノ讓渡

(5) 商品ノ一括賣却

是レ皆重要ナル行為タルニ因ル(破案一九二條一項三號乃至五號)

(6) 借財 是レ亦通常ノ管理行為ト異ナリ利害ノ關スルモノ大ナルニ由ル(破案一九二條一
項六號、舊商一〇一九條二項六號)

(7) 百圓以上ノ價額ヲ目的トスル債權ノ讓渡 債權ノ讓渡ハ其取立、相殺等ト異ナリ通常ノ
換價方法ニ非サルニ由ル現行法ニハ債權ノ額ニ制限ナシ其轉付ト云ヘルモ讓渡ノ意義ニ外
ナラス(破案一九二條一項七號、舊商一〇一九條二項四號)

(8) 債務契約ノ履行請求 是レ財團債權ヲ生シ破産財團ヲ減少セシムルニ由ル(破案三五條六號、一九二條一項八號)

(9) 訴ノ提起 是レ訴訟費用負擔ノ結果ヲ生シ重要ナルニ由ル而シテ訴ノ提起タル以上ハ本訴、反訴及ヒ督促手續ヲモ包含ス(破案一九二條一項九號、舊商一〇一九條二項一號)

(10) 訴訟受審ノ拒絕 是レ亦財團ノ減少ヲ來スニ由ル(破案六八條、六九條、一九二條一項一〇號)

(11) 和解及ヒ仲裁契約 是レ亦訴訟行為ト同視スヘキニ由ル(破案一九二條一項一一號、舊商一〇一九條二項二號)

(12) 權利ノ拋棄及ヒ義務ノ承認 是レ亦財團ノ減少ヲ來スニ由ル義務ノ承認トハ例ヘハ別除權、財團債權等ヲ認ムルカ如シ(破案一九二條一項一二號、舊商一〇一九條二項八號、九號)

(13) 別除權ノ目的ノ受戻 是レ一方ニ於テハ別除權ノ成立ヲ承認シ他方ニ於テハ受戻シタル目的物ヲ以テ時トシテ完済スルコト能ハサル義務ヲ承認シテ之ヲ辨済スルニ至ルモノナレハナリ(破案一九二條一項二三號、舊商一〇一九條二項三號)

五

管財人ノ報告 第一回ノ債權者集會ニ於テ管財人ハ支拂不能ノ原因、破産財團ニ關シテ爲シタル處分例ヘハ營業ノ繼續ノ如キ其他破産財團ノ狀況ニ付キ報告ヲ爲スコトヲ要ス(破案一九〇條) 是レ債權者集會ヲシテ監査委員ノ設置、扶助料ノ給與、營業ノ繼續、高價品ノ保

管方法等ヲ決議セシメンカ爲メナリ又債權者集會ハ爾後管財人ヲシテ該集會又ハ監査委員ニ破産財團ノ狀況ヲ報告セシムル方法並ニ時期等ヲ定メテ之カ報告ヲ爲サシム(破案二〇一條) 是レ債權者ノ利益保護上必要ナレハナリ

第四節 特別破産ノ財團ノ換價

一 法人ノ破産ノ場合 各種ノ商會社其他ノ法人カ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於テ其現存財産カ其債務ヲ完済スルニ不足ナルトキハ其社員又ハ株主ノ出資義務ハ破産財團ニ屬スヘキ財産ナルコト明スナリ仍テ管財人ハ其出資ノ取立ヲ爲スコトヲ得サルヘカラス而シテ其取立ハ破産手續ヲ速ニ終了セシムル爲メニ辨済期ノ如何ニ拘ハラズ之ヲ爲スコトヲ得セシメサルヘカラス是レ草案第二〇三條ノ規定アル所以ナリ

現行商法ニハ明文ヲ以テ破産ノ場合ヲ除外セルカ故ニ商法第九二條ヲ會社ノ破産ノ場合ニ準用スルコトヲ得シテ定款ニ從テ出資ノ取立ヲ爲ササルヘカラスカ如シ(商八六條、九二條、二三四條) 立法論トシテハ不都合ト謂フヘシ然リト雖モ破産ノ場合ヲ除外トハ破産法ニ特別規定ヲ存スヘキカ故ニ斯ク明言シタルニ止マリ必スシモ商法第九二條ノ如キ規定ノ準用ヲ積極的ニ禁止シタルト謂フヘカラス故ニ過渡時代トシテハ商法第九二條ノ如キ規定ノ精神ヲ準用スルハ已ムヲ得サルコトヲ謂フヘシ然ラスンハ破産手續ハ遂行スルコト能ハサルニ

至レハナリ

二 無限責任又ハ保證責任ノ産業組合並ニ相互保險會社ノ破産ノ場合 此等ノ破産ノ場合ニ於テ其組合又ハ會社ノ現存財産カ其債務ヲ完済スルニ不足ナルトキハ其組合員又ハ社員ノ責任ノ限度内ニ於ケル拂込義務ハ破産財團ニ屬スルコト勿論ナリ蓋シ組合員又ハ社員ハ組合又ハ會社ノ債權者ニ對シ直接ノ義務ヲ負フコトナク唯組合又ハ會社ニ對シテノミ責任ヲ負フ仍テ破産管財人ハ其組合員又ハ社員ヲシテ責任ノ限度内ニ於テ拂込ヲ爲サシム草案第二〇四條乃至第二一六條ハ其手續ニ付テ規定シタルモノナリ(破産一二七條、三六七條、産業組合法二條、保險業法三六條、三七條)

三 匿名組合契約ニ於ケル營業者ノ破産ノ場合 匿名組合ハ營業者ノ破産ニ因リテ終了スルモ匿名組合員カ未タ全部ノ出資ヲ爲ササリシトキハ組合終了當時ニ於ケル組合員カ負擔スヘキ損失ノ額ハ營業者ノ破産財團ニ屬スルモノトス仍テ管財人ハ其額ヲ限度トシテ出資ヲ爲サシムルコトヲ得(破産二一八條、商三〇二條)

第十五章 破産債權ノ届出及ヒ調査

第一節 破産債權ノ届出

一 届出期間 裁判所ハ破産ノ宣告ト同時ニ債權届出ノ期間ヲ定ム其期間ハ草案ニ依レハ破産

宣告ノ時ヨリ起算シテ二週間以上四ヶ月以下タルコトヲ要シ現行法ニ依レハ短クトモ三ヶ月長クトモ六ヶ月以下タルコトヲ要ス此範圍内ニ於テ裁判所ハ事件ノ大小ニ因リ適當ト認ムル所ニ從ヒ之ヲ定ム其定メ方ハ何月何日マテトシテ最終ノ日ヲ示スモ可ナリ又何週間又ハ何ヶ月間トスルモ可ナリ若シ此法定範圍ヲ超エタル場合又ハ不當ニ長短アルトキハ當事者ハ即時抗告ニ依リテ不服ヲ申立ツルコトヲ得(破産一四九條一項一號、一〇九條、舊商九八〇條一項五號)其期間ノ起算點ハ草案ニハ「破産宣告ノ時ヨリ」ト云フニ由リテ之ヲ觀レハ其時ヨリ起算スト解スルヲ至當トス現行法ハ「破産決定ノ公告ニ因リ……届出ツヘキ旨ノ催告ヲ受ケタルモノトス」ト云フニ由リテ之ヲ觀レハ其公告ノ時ヨリ起算スルヲ至當トス(舊商一〇二三條一項)又此届出期間ハ公告シテ利害關係人ニ知ラシムルノミナラス知レタル債權者ニハ之ヲ送達シテ特ニ之ヲ保護ス然ルニ現行法ニハ其書面カ到達セラレサルカ爲メニ損害ヲ被ルコトアルモ其賠償ヲ請求スルコトヲ得スト明言セリ是レ固ヨリ當然ノ事トス(破産一二五條、舊商一〇二三條四項)

現行法ニ於テハ外國所在ノ債權者ノ爲メニ債權ノ届出並ニ調査ノ爲メ特別ノ期間ヲ定ムルノ制度ヲ採レリ(舊商一〇二九條末段)草案ハ此主義ヲ採ラス

債權届出期間ハ不變期間ニ非ス故ニ期間ヲ懈怠スルモ原狀回復ノ申立ヲ爲スコトヲ得ス(民訴一七四條)又此期間ハ除斥期間ニハ非ス故ニ此期間經過後ノ届出モ亦有效ナリ唯期間後ニ

届出タル者ハ自ラ其不利益ヲ被ルノミ後ニ説明スヘシ(破案二二九條以下、舊商一〇二九條前段)

二 届出ノ方法 届出ハ現行法ニ於テハ破産主任官ニ向テ之ヲ爲ス草案ニ於テハ裁判所ニ向テ之ヲ爲ス管財人ニ向テ之ヲ爲スモ無効ナリ届出ノ目的物ハ債權ノ額及ヒ原因若シ優先權アルトキハ其權利ナリトス而シテ其成立ヲ證スル爲メニ證據書類又ハ謄本ヲ提出スルコトヲ要ス債權ノ額ハ日本貨幣ニ評價スルコトヲ要ス原因トハ例ヘハ貸金又ハ賣掛代金ト明示スルカ如シ優先權ニ付テモ例ヘハ一般ノ先取特權ナルヤ否ヤ等特定ノ優先權タルコトヲ明示スルコトヲ要ス此届出ノ目的物中金額及ヒ原因ノ二者ハ必要條件ニシテ之ヲ缺カハ全然届出ノ効ナシ優先權ニ至リテハ之ヲ缺クモ通常債權トシテ取扱ハルルノ不利益ヲ被ルノミ後日優先權ノミヲ届出ツルトキハ特別ニ調査セラル又證據書類又ハ謄本ノ提出ヲ缺クモ是レ債權存立ノ證據問題ニ關係アルノミニシテ届出ヲ全然無効トスルニ至ラス(破案一四條、二二二條、舊商一〇二三條一項末段)届出ハ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲ス書面ヲ以テスル場合ハ現行法ニ依レハ二通ヲ要ス是レ一通ハ管財人ノ用ニ供セシメシカ爲メナリ草案ハ一通ニテ足り之ヲ裁判所書記課ニ備ヘ置キ裁判所ト管財人ノ兩用ニ供ス口頭ヲ以テスル場合ハ裁判所書記之カ調査ヲ作ル現行法ニ於テハ書記ハ謄本ヲ作り之ヲ管財人ニ交付ス(破案一一一條、二二五條、舊商一〇二三條三項、一〇二四條一項)

届出ニハ代理人ヲ使用スルコトヲ得委任ノ有無ハ職權ニ因リ裁判所之ヲ調査スヘシ草案ニテハ破産ハ區裁判所ノ事件ニ屬セシメタルカ故ニ辯護士ニ依頼スルコトヲ要セザレトモ現行法ハ地方裁判所ノ事件ト爲セルカ故ニ辯護士ヲ要ス殊ニ現行法ニ於テハ他所ニ住スル債權者ハ裁判所所在地ニ代人ヲ置クヘキモノトシ其屆書ヲ提出スヘキモノトシタリ(民訴六三條、舊商一〇二三條二項、三項)

三 届出ノ效力 届出力不適法ナリシトキハ之ヲ却下ス債權者ハ之ニ對シテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得(破案一〇九條、舊商九八三條)届出力適法ナリシトキハ破産債權者トシテ債權者集會ニ於テ議決權ヲ行ヒ又其調査ヲ受ケテ債權ヲ確定セシメ爾後破産手續上ヨリ生スル利益ニ與ルコトヲ得又時効ヲ中斷ス(民一四七條三號、一五二條)其中斷ノ效力ハ破産手續ノ終結若クハ廢止現行法ニテハ停止マテ繼續ス(民一五七條)尤モ獨立シテ箇箇ノ強制執行ヲ爲スコトヲ得サルコトノ如キ又ハ強制和議ニ服従スルコトノ如キハ債權ノ届出ヲ爲シタルト否トニ關係ナキモノトス(破案八條、三一五條、舊商九八七條)

届出期間後ニ於テ届出タル事項ニ付キテ變更ヲ爲シタルトキハ恰モ新ナル届出アリタルモノノ如ク之ヲ取扱フ例ヘバ債權ノ額ヲ増加シ他ノ成立原因又ハ新ナル優先權ヲ主張スルトキノ如シ(破案二三〇條)

又届出ハ破産手續ノ終結スルマテ債權者ハ何時ニテモ之ヲ取下クルコトヲ得其取下ニハ破産

者ノ承諾ヲ要セス取下クルトキハ時効中斷ノ效力ヲ生セス(民一五二條)取下後再ヒ届出ツルコトヲ妨ケス

四 別除權者ノ届出 別除權者ハ其別除權ノ行使ニ因リテ辨濟ヲ受クルコト能ハサル殘額ニ付テノミ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ルニ止マルカ故ニ(破案三三條、舊商九九九條)其届出ヲ爲スニ當リテハ普通破産債權者ト同シク債權成立ノ原因ヲ届出ツルハ勿論別除權ノ行使ニ因リテ辨濟ヲ受クルコト能ハサルヘキ豫定額ヲ届出ツルコトヲ要ス若シ其債權ノ全額ヲ届出ツルトキハ其別除權ヲ拋棄シタルモノト看做サル(破案二三條)

五 債權表ノ作成 債權ノ届出アルトキハ裁判所書記ハ其届出ノ日時ヲ届書ニ附記スルコトヲ要ス是レ届出期間内ニ届出タルコトヲ知ル爲メト時効ノ中斷サレタル時期ヲ知ル爲メトニ必要ナルヲ以テナリ而シテ書記ハ債權表ヲ作り草案第二二四條列舉ノ事項ヲ記載スルコトヲ要ス書記ハ其記載ニ付キ債權ノ取捨ヲ爲スコトヲ得ス蓋シ彼ハ毫モ債權調査ノ權限ヲ有セザレハナリ又届出ノ適法ナルヤ否ヤノ判斷モ亦裁判所之ヲ爲スヘキモノニシテ書記ハ之ヲ決定スヘキモノニ非サルナリ債權表ハ畢竟債權ノ調査又ハ配當ノ便宜ニ供スル爲メノ準備書面ニシテ縱令之ニ記載漏アリタリトスルモ適當ノ時期ニ届出タル債權タル以上ハ一般調査期日ニ於テ調査ヲ爲スコトヲ得又書記ハ債權表ノ謄本ヲ作りタ之ヲ管財人ニ交付ス(破案二二四條二項、舊商一〇二四條二項)

現行法ニ依レハ届出ハ之ヲ受取リタルトキ直チニ順次番號ヲ付シテ二箇ノ表ニ記載ス一ハ優先權アル債權ヲ掲ケ他ハ通常ノ債權ヲ掲ケ是レ一覽ノ便宜ノ爲メナリ(舊商一〇二四條一項前段)草案ニ於テモ記載ノ方法ハ適宜便利ノ方法ヲ取ルニ至ルヘシ

六 届出ニ關スル書類並ニ債權表ノ閲覧 債權届出ニ關スル書類例ハハ債權者ノ届出タル書類、書記ノ調査等並ニ書記ノ作リタル債權表ハ利害關係人即チ破産者、破産管財人、監査委員、破産債權者等ノ閲覧ニ供スル爲メ裁判所書記課ニ之ヲ備ヘ置ク(破案二二五條)是レ彼等ノ權利保護ノ爲メ必要ナレハナリ尤モ現行法ニ於テハ債權表ノミヲ閲覧ニ供シ届出書類ニ及ハス(舊商一〇二四條一項末段)

第二節 破産債權ノ調査

一 一般調査ノ期日 裁判所カ破産宣告ト同時ニ定メタル債權調査ノ期日ヲ債權調査ノ一般期日ト謂フ(破案一四九條、舊商九八〇條一項六號)此期日ト債權届出期間ノ未日トノ間ニハ草案ニ依レハ一週間以上一ヶ月以下ノ期間ヲ存スルコトヲ要シ現行法ニ依レハ十日乃至十五日ノ期間ヲ存スルヲ通例トス(舊商一〇二五條三項)是レ其調査ノ爲メノ準備ヲ爲サシメンカ爲メナリ故ニ若シ其期間ニ過不足アルトキハ不服ヲ申立ツルコトヲ得

二 調査ノ目的 債權ノ調査ノ目的ハ届出タル債權カ破産債權トシテ能ク破産手續上權利

ヲ行ハシムルニ足ルヤ否ヲ確定セシムルニ在リ故ニ調査ノ目的物ハ債權ノ存否、額及ヒ優先權ノ有無ナリトス(破産二二六條)判事ハ唯リ債權表ノミニ依ラス届書ニ付キ調査ヲ爲シ若シ債權表ニ記載漏アルトキハ之ヲ補充セシム是レ各債權ニ付キ調査ノ結果ヲ記載スルカ爲メニ必要ナレハナリ

三 調査ノ方法並ニ參加人 調査ノ期日ニ於テハ草案ニ依レハ破産裁判所、現行法ニ依レハ破産主任官之ヲ指揮監督シ其開始及ヒ終結ヲ司ル而シテ手續ハ口頭ニシテ其調査ヲ作成スヘキモノトス(舊商一〇三五條一項)

裁判所ハ豫メ調査ヲ爲シ不適法ナル届出ヲ却下シ脱漏アルモノハ債權表ニ補充セシメ之ヲ當事者ノ調査ニ付ス又現行法ニ依レハ破産主任官ハ債權者ニ取引帳簿若クハ其接書ノ提出ヲ命スルコトヲ得是レ其債權ノ存在ヲ知ルニ便ナラシメンカ爲メナリ(舊商一〇二五條二項)調査ニ參加スヘキ者ハ破産管財人、破産者及ヒ届出ヲ爲シタル破産債權者ナリトス管財人ハ債權調査ノ期日ニ出頭シテ其意見ヲ述フルコトヲ要シ病氣其他ノ正當ナル事由アル場合ニ限リ代理人ヲシテ其意見ヲ述ヘシムルコトヲ得管財人又ハ其代理人ノ出頭ハ調査ノ必要條件ニシテ之ナクハ調査ヲ爲スコトヲ得ス(破産二二七條一項、二二八條)破産者ノ出頭ハ必要のニ非スト雖モ調査ノ便宜ノ爲メニハ其出頭アルコトヲ要シ裁判所ハ彼ノ出頭ヲ強制スルコトヲ得殊ニ破産手續終結後ノ彼ノ利益ヲ保護スルカ爲メニハ自ラ進ンテ其意見ヲ述フルコト

ヲ要ス(破産二二七條一項、舊商一〇二五條一項)又届出ヲ爲シタル破産債權者ハ自己ノ權利ノ自衛ノ爲メ債權調査ノ期日ニ出頭シテ意見ヲ述フルコトヲ得ルハ勿論トス然レモ彼ノ出頭ハ任意ニシテ又代理人ヲ使用スルコトヲ得(破産二二七條二項、舊商一〇二五條一項末一段)届出ヲ爲ササル破産債權者ハ參加ノ權利ナキハ勿論トス

四 期間後ノ届出 届出期間後ニ届出テタル債權モ亦破産債權トシテ破産手續ニ參加スルコトヲ得然レトモ其調査確定ニ付テハ管財人及ヒ破産債權者ノ異議ナキトキニ限リ債權調査ノ一般期日ニ於テ其調査ヲ爲スコトヲ得蓋シ之カ爲メニ他ノ債權ノ調査ヲ遅延シ他ノ債權者ニ不利益ヲ來スコトアレハナリ仍テ管財人又ハ他ノ破産債權者ノ異議アリタルトキハ期間後届出ヲ爲シタル債權者ノ爲メニ債權調査ノ特別期日ヲ定ム此場合ニ於テハ其費用ハ期間後届出ヲ爲シタル破産債權者ノ負擔トス(破産二二九條、舊商一〇二五條四項)其費用ノ中ニハ裁判所ノ費用ハ勿論之カ爲メニ管財人ノ報酬ヲ幾分増加スヘキトキハ其部分、特別期日ノ公告費用、他ノ破産債權者ノ出頭費用等ヲ包含ス

五 届出期間後ニ其届出テタル事項ヲ變更シタル場合ニハ新シキ届出同一視スヘク又債權調査ノ一般期日後ニ届出テタル債權ニ在リテハ特別期日ヲ定ムルノ外ナキモノトス又其期間後届出テタル債權者ハ特別期日ヲ定メシムル權利アルモノトス(破産二三〇條、二三一條)債權調査ノ特別期日ニ關スル決定ハ管財人、破産者及ヒ届出ヲ爲シタル破産債權者ニ送達ス

ルコトヲ要シ又其期日ハ之ヲ公告スルコトヲ要ス(破案二三條)是レ一般期日ニ關スル場合ト同一ノ理由ニ基ク(破案一五二條)又特別期日ニ關スル決定ニ付テハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス(破案二三四條)是レ手續ノ遅延ヲ恐レルハナリ

五 調査期日ノ變更、延期並ニ續行 破産管財人ノ出頭スルコト能ハサルコトノ如キ其他期日ニ於テ調査ヲ爲スコト能ハサル事由カ豫知セラレタル場合ニハ裁判所ハ期日ノ變更ヲ爲スコトヲ得此場合ニ送達又ハ公告ヲ爲スコトヲ要スルハ勿論トス又一旦期日ヲ開始シタルモ調査ヲ爲スコト能ハサリシ場合ハ延期ヲ爲スコトヲ得又調査ヲ始メタルモ全部終了スルニ至ラザリシ場合ハ續行期日ヲ定ムヘキモノトス延期又ハ續行期日ヲ定メタル場合ニ於テ其決定ヲ言渡シタルトキハ送達又ハ公告ノ必要ナシ又此等ノ決定ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス是レ手續ノ遅延ヲ恐レルハナリ(破案二三三條、二三四條)

第三節 破産債権ノ確定

一 債権確定ノ要件 債権調査ノ期日ニ於テ即チ其一般期日タルト特別期日タルト間ハ破産管財人及ヒ届出ヲ爲シタル破産債権者ノ異議ナカリシトキ又ハ其期日ニ於テハ異議アリタリトスルモ後日其異議カ除去セラレタルトキハ債権ハ之ニ因リテ確定ス(破案二三五條、舊商一〇二六條一項)

債権調査ノ期日ニ於テ異議ヲ述ヘテ債権ノ確定ヲ妨ケ得ルモノハ管財人及ヒ届出ヲ爲シタル破産債権者ナリトス又調査ノ手續ハ口頭ナルカ故ニ縱令届出ヲ爲シタル破産債権者ト雖モ調査ノ期日ニ自ラ出頭セス又ハ代理人ヲ出サスシテ口頭ニテ異議ヲ述ヘサルトキハ不可ナリ換言スレハ豫メ書面ヲ以テ異議ヲ述ヘ置クモ其效ナシ

又破産者ノ異議ハ破産手續中ニ於テハ其效ナシ蓋シ破産者ノ異議ヲ有效トスルトキハ猥ニ異議ヲ述ヘテ破産手續ノ終結ヲ遅延セシムルノ虞アルノミナラス破産財團ニ關スル點ニ付テハ管財人能ク其利益ヲ代表シテ異議ヲ述フルヲ以テ足レリトスレハナリ破産者ノ異議ハ唯破産財團ニ關係ナキ財産ノ爲メニ換言スレハ破産手續終結後ニ始メテ有效タルナリ即チ破産者ノ異議ハ恰モ破産手續終結後ニ於ケル債権確定ニ反對スル留保ニ相當シ破産者カ一旦異議ヲ述ヘタルトキハ破産手續中ハ他ノ異議ナキカ爲メニ確定債権トシテ取扱ハレ之ニ對スル配當等ヲ受クヘシト雖モ破産手續終結後ハ其殘額タル債権ノ爲メニ債権表ニ基キテ破産者ニ對シテ強制執行ヲ爲スコトヲ得ス必スヤ破産者ノ留保シタル異議ヲ排除スル爲メニ新ナル訴訟ヲ起スカ又ハ和解其他ノ手段ニ依リテ他ノ債務名義ヲ取得スルニ非スンハ強制執行ヲ爲スコト能ハサルナリ(破案二八二條以下)故ニ債権調査ノ期日ニ於テ破産者カ異議ヲ述ヘタル債権ニ付キ既ニ訴訟カ繫屬セルトキハ債権者ハ破産手續終結後ニ於ケル強制執行ヲ爲ス爲メニ破産者ヲ相手方トシテ其訴訟ヲ受繼クコトヲ得(破案二四五條)是レ我草案トシテハ第八條ノ例外ヲ

成スモノナリ

草案ハ右ノ如ク破産者ノ異議ノ爲メニ破産手續終結後ニ於ケル其效力ヲ認ムル主義ヲ採リタルモ現行法ニ於テハ破産者ノ異議ハ絶對ニ其效力ヲ認メス苟モ破産手續ニ依リテ確定シタル債権ハ破産手續終結後ニ於テモ債権表ニ基キテ直チニ強制執行ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲セリ(舊商一〇四九條)

草案ニ在リテモ破産者カ調査ノ期日ニ於テ異議ヲ述ヘサリシ債権ニ付テハ破産手續後破産者ニ對シテ確定シタリト爲スハ現行法ト同一ナリ尤モ草案ニ在リテハ破産者カ天災其他避クヘカラサル事變ノ爲メ調査ノ期日ニ出頭スルコト能ハス爲メニ異議ヲ述フルコト能ハサリシ場合ニ付テハ原狀回復ノ申立ヲ爲スコトヲ得セシメタリ(草案二八三條、二八四條)

現行法ニ於テハ右ノ外草案ニ比スレハ異議ヲ申立ツヘキ債権者ニ付キ制限ヲ設ケタリ即チ草案ニ依レハ届出ヲ爲シタル破産債権者ハ皆異議ヲ申立ツルコトヲ得ルモ現行法ニ於テハ債権ノ確定シ若クハ貸借對照表ニ掲ケシ債権者タルコトニ限レリ是レ自稱債権者ノ妄ニ異議ヲ述フルコトヲ恐レタルニ因ルモノナリ又管財人自身ノ有スル債権ノ承認又ハ異議ハ破産主任官カ其管財人ニ代リテ之ヲ爲スモノト爲セリ(舊商一〇二六條二項、三項)是レ自己ノ債権ニ對シテ自ラ之ヲ承認シ又ハ異議ヲ述フルハ不當ナリト認メタルニ因ルモノナリ

異議ノ除去セラルルコトハ種種アルヘシト雖モ異議者自ラ其異議ヲ取下ケタルトキノ如キ又

ハ異議者自身ノ債権カ不存在ト確定シタルカ爲メニ破産債権者トシテ其權利ヲ主張スルコト能ハサルニ至リ其者ノ主張シタル異議カ自ラ其效力ナキニ至リタルトキノ如キ又ハ異議ヲ述ヘタル債権者カ其届出ヲ取消シタルトキノ如キ又ハ異議ヲ理由ナシトシタル判決カ確定シタルトキノ如キ即チ是ナリ異議ニ關スル訴訟ニ付テハ次節ニ述フヘシ

調査ノ期日ニ於ケル異議ニ付テハ其理由ヲ述フルノ必要ナシ其理由ヲ述フルモ異議ニ關スル訴訟ニ於テ其拘束ヲ受クルコトナシ又優先債権者ハ自己ヨリ劣等ナル債権ニ付テハ異議ヲ述フルコトヲ得ストノ說ナキニ非スト雖モ劣等債権者ト雖モ債権者集會ニ於テ議決權ヲ行フ等破産手續ニ參與スル點ヨリ見レハ優先債権者ト雖モ劣等債権ノ存否ニ付キ利害ノ關スルモノナシト謂フヘカラス故ニ優先債権者モ劣等債権ニ對シテ異議ヲ述フルコトヲ得ヘシ

二 調査ノ結果ノ記載 債権調査ニ付テハ他ニ調査ヲ作ルト雖モ尙ホ其調査ノ結果ヲ明瞭ニセシカ爲メニ其結果ヲ債権表ニ記載スルコトヲ要ス即チ如何ナル額ニ於テ又ハ如何ナル優先債権ニ付テ異議アルカ又異議者ハ何人ナルカ等ヲ記載スルコトヲ要ス異議ノ理由ハ別ニ記載スル必要ナシ又確定債権ニ付テハ固ヨリ確定ノ旨ヲ記載スルモ之ニ付テハ特別ノ意味ヲ有スルカ故ニ次項ニ於テ之ヲ説明スヘシ又債権表自身カ調査ニ關スル調査ノ構成部分ヲ成スカ故ニ判事並ニ書記ハ之ニ署名捺印スヘシ(民訴一二三條)

又書記ハ確定シタル債権ノ證書例ヘハ手形ノ如キ又ハ貸金證書ノ如キ債務證書ニ確定ノ旨ヲ

破産法

破産債権ノ届出及ニ調査 破産債権ノ確定

記載スルコトヲ要ス是レ債權者ヲシテ其債權ノ處分ヲ容ルナラシメンカ爲メナリ現行法ニ於テハ異議アリタル場合モ亦之ヲ附記セシムルモノノ如シ又調査ノ結果ヲ各債權者又ハ其代理人ニ告知スルコトヲ要スルモノトシタリ(破案二三六條、舊商一〇二五條二項末段)

三 債權確定ノ記載 債權確定ノ要件ハ既ニ説明シタルカ如ク管財人又ハ參加債權者ノ異議ナキコト若シ異議アリタリトスルモ其異議ノ除去セラレタルコトニ在リ故ニ此要件ヲ充シタリトスルモ未タ債權表ニ確定ノ旨ヲ記載セサル間ハ唯確定シ得ル狀態ニ在リト云フニ止マリ未タ確定判決アリト謂フコトヲ得ヌ即チ債權表ヘノ確定ノ記載ハ確定要件ノ存在ヲ證明スル爲メノ調査作成ヲ意味スルト同時ニ裁判ヲ含ミ記載自身ニ因リテ確定判決ノ效力ヲ付與スルモノナリ故ニ記載自身カ重要ナル事項ニ屬ス(破案二三七條)現行法ニ於テモ確定判決ト同一ノ效力ヲ發生スルハ其債權表ヘノ附記以後ナリト謂フヲ可トス(舊商一〇二五條二項後段)

又其記載ニ依リテ判決同様ノ效力ヲ有スルハ破産債權者ノ全員ニ對スルモノトス其全員トハ即チ届出ヲ爲シタル債權者タルト否トヲ問ハス債權調査ノ期日ニ出頭シタル債權者タルト否トヲ問ハサルモノトス

第四節 異議ニ關スル訴訟

第一 總説

一 執行名義又ハ終局判決アル債權トスル名義ナキ債權 既ニ述ヘタル如ク異議アル債權ヲシテ確定セシムルニハ其異議ヲ除去スルコトヲ必要トス而シテ之ヲ除去スルニハ通常訴訟ニ依ル然ルニ訴訟ニ因リテ其異議ヲ除去スルニ付キ草案ニ於テハ既ニ執行力アル債務名義又ハ終局判決アル債權トモスル名義ナキ普通債權トノ二者ヲ區別シテ其取扱ヲ異ニセリ即チ後者ニ在リテハ異議ヲ除去スル爲メニ破産債權者ヨリ異議者ニ對シ訴訟ヲ提起シテ其債權ノ確定ヲ求ムルコトヲ要シ前者ニ在リテハ其既ニ存セル債務名義又ハ終局判決ノ效力ヲ重シ一應ハ其債權ノ存在アルモノトシ異議者ニ於テ其異議ヲ主張セントセハ却テ斯ル名義アル債權者ニ對シ訴訟ヲ提起シテ以テ其債權ノ排斥ヲ努メサルヘカラス故ニ無名義債權者ハ停止條件附ニ破産手續ニ參加シ有名義債權者ハ解除條件附ニ破産手續ニ參加スト謂フヘキナリ(破案二三八條、二四二條)而シテ右名義ノ有無ニ付テハ届出ノ際ニ於テ債權者ヨリ裁判所ニ證明セサルヘカラス

然ルニ現行法ニ於テハ斯ル區別ヲ設ケス債權ノ確認ヲ求ムル債權者ハ常ニ原告ニシテ異議者ハ常ニ被告タリ故ニ現行法ニ於ケル異議ニ關スル訴訟ハ恰モ草案ニ於ケル無名義者ノ異議ヲ排除シテ債權ノ確定ヲ求ムル場合ニ該當ス(舊商一〇二七條)

二 訴訟手續 異議ニ關スル訴訟ニ付テハ破産手續以外ニ於テ通常ノ訴訟手續ニ依リテ其爭訟

ヲ決ス唯現行法ニ依レハ通常ノ訴訟手續ト異ナル點四箇アリ
(1) 裁判管轄ニ關シテ土地ノ管轄及ヒ事物ノ管轄如何ヲ問ハス異議ノ訴訟ハ總テ破産裁判所ノ管轄ニ專屬セシメタルコト是ナリ法文ニ破産裁判所公延ニ於テト云フ是ナリ是レ破産裁判所ニ於テ同時ニ管轄スルトキハ事物ノ審理上便利ナリト認メタルニ由ルモノナリ草案ニ於テハ土地ノ管轄ニ付テハ現行法ト同一主義ヲ採リ破産事件ト同一管轄内ノ裁判所ニ依ラシムルコトト爲シタレトモ事物ノ管轄ニ付テハ普通ノ主義ヲ取り現行法ト之ヲ異ニセリ之ニ關シテハ後ニ細説スヘシ(破案二三九條)

(2) 審理上ニ於テ當事者ノ辯論主義ヲ捨テテ干渉主義ヲ取レリ即チ先ツ破産主任官ノ演述ヲ聽キ原被告出頭シテ辯論ヲ爲スト否トヲ問ハス其審理ヲ終リ判決ヲ言渡シ關席判決ヲ爲スモ故障ニ依リテ不服ヲ申立ツルコトヲ許サス(舊商一〇二七條末段)是レ畢竟破産手續ヲ迅速ニ終結セシメンカ爲メナリ

(3) 判決ノ時期ニ付テハ成ルヘク債權者集會前ニ之ヲ爲スコトヲ要スルモノト爲セリ(舊商一〇二八條一項前段)是レ異議アル債權者ヲシテ債權者集會ニ於テ其議決權ヲ行ハシムヘキヤ否ヤヲ速ニ決定セシメンカ爲メナリ草案ニハ(2)、(3)ノ點ニ付テハ毫モ斯ル規定ヲ設ケス全ク通常一般ノ訴訟手續ニ依ラシムルモノトセリ

(4) 異議ヲ受ケタル債權者多數アルトキハ之ニ關スル裁判ハ成ルヘク合併シテ其辯論及ヒ判

故障ヲ許ササル判決トハ(一)故障ヲ申立テタル當事者カ口頭辯論ノ期日又ハ辯論延期ノ期日ニ出頭セサル場合ニ出頭シタル相手方ノ申立ニ因テ故障ヲ棄却スル旨ヲ言渡ス新關席判決(二六三條)及ヒ(二)原狀回復ノ申立ヲ爲シタル當事者カ申立ノ拒否ニ關スル口頭辯論ノ期日ヲ懈怠シタル場合ニ出頭シタル相手方ノ申立ニ因リ言渡サル關席判決(二七七條二項)ノ二ナリトス此(二)ノ場合ニハ原狀回復ノ申立ノ許可ニ關スル第一回ノ關席判決ナルモノ之ニ對シテハ故障ヲ申立ツルコトヲ得サルモノナリ

二 不服ヲ申立ツル者ニ於テ期日ヲ懈怠シタルトノ事實ノ存在セサルコト

此事由ハ不服ノ申立ト共ニ之ヲ主張セサルヘカラス再言スレハ關席判決ニ對シテ控訴ノ許サルルニハ控訴人ニ於テ曩ニ關席判決ヲ受ケタルモ其之ヲ受ケヘキ條件即チ辯論ノ懈怠カ毫モ存在セザリシコトヲ必要トス而シテ茲ニ懈怠ナカリシ場合中ニハ如何ナル場合ヲ包含スルヤ原告若クハ被告カ期日ノ未ダ終了セサル中ニ出頭シタル場合ハ勿論本案ノ辯論ヲ爲シテハリ唯各個ノ事實、證書又ハ發問ニ付キ陳述ヲ爲サス又ハ任意ニ退廷シタル場合(二五一條)ハ其當事者ニ期日ノ懈怠ナカリシ場合ノ重ナルモノトス其他當事者カ期日ノ呼出狀ヲ受ケサルニ由リ出頭セザリシ場合ノ如キハ其當事者ニ懈怠ナシ何トナレハ期日ノ指定ハ裁判所ト該期日ノ呼出狀ヲ受ケタル當事者トノ間ニハ其效力アルヘシト雖モ呼出狀ヲ受ケサル當事者ニ對シテハ何等ノ效力ナキヲ以テ其當事者ヨリ之ヲ觀レハ

出頭スヘキ期日アルコトナク從テ之ヲ懈怠スルノ理由毫モ之ナキヲ以テナリ又原告若クハ被告カ期日ノ呼出ヲ受ケ出頭シタルニ拘ハラス裁判所ニ於テ事件ノ呼上ヲ爲サリシ場合ニハ期日開始セラレス(一六三條一項)期日ノ開始セラレタルハ其期日ナキト同一ナルカ故ニ此場合ニ關席判決ヲ受クルモ其當事者ニ懈怠アリト云フヲ得ス之ニ反シテ當事者期日ノ呼出ヲ受ケタルニ拘ハラ或ハ急病等ノ爲メ或ハ天災ノ爲メ事實ニ於テ出頭スルヲ得サリシトキノ如キハ其當事者ニ期日ノ懈怠アリシモノナリ何トナレハ此場合ニ在リテハ期日既ニ確定シテ動カスヘカラサルモノナルニ拘ハラス當事者自ラ其期日ニ出頭スルヲ得サリシモノナレハナリ

或ハ期日ノ懈怠ヲ解スルニ情ニ於テ許スヘキモノト否ラサルモノトノ區別ヲ爲シ其前者ヲ之ニ包含セシメサルノ說ナキニアラスト雖モ是レ根據ナキ謬說ナリ(二五四條參照)

地方裁判所カ第一審裁判所ナル場合ニ於テハ控訴ハ其地方裁判所ノ第一審ニ於テ爲シタル裁判ニ對スルモノナリ此條件ニ關シテハ尙ホ左ノ二事項ヲ注意スルコトヲ要ス

一 再審ヲ求ムル訴ハ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所ニ之ヲ提起スヘシ(四七二條)故ニ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所カ控訴裁判所トシテ地方裁判所ナル場合ニ於テハ再審ヲ求ムル訴ハ直チニ同地方裁判所ニ之ヲ提起スヘク同地方裁判所ハ右再審ノ訴ニ付キ第一審ノ判決ヲ言渡スモノナリ然レトモ此地方裁判所ノ第一審判決ニ對シ

テハ上級裁判所ニ控訴ヲ爲スコトヲ得ス(四八二條)何トナレハ右ノ場合ニ於ケル地方裁判所ハ性質上控訴裁判所タルノ地位ニ在ルモノナレハナリ

二 假差押事件又ハ假處分事件ニ對スル本案々訴訟カ控訴審タル地方裁判所ニ繫屬スルトキハ其地方裁判所ハ右假差押又ハ假處分ニ付テノ管轄裁判所ナリ(七六二條)此場合ニ於テ地方裁判所カ假差押又ハ假處分ニ付テノ判決ヲ爲ストキハ其判決ハ假差押又ハ假處分事件ニ於ケル第一審判決ナリトス然レトモ此判決ニ對シテモ亦再審ノ訴ノ場合ト同一ノ理由ニ因リ控訴ヲ許ササルモノト知ルヘシ

第二 控訴ハ第一審ノ敗訴者ニ限り之ヲ爲スコトヲ得

是レ控訴ヲ爲スコトヲ得ル主格ニ付テノ條件ナリ控訴ヲ爲スコトヲ得ル者ハ第一審ノ原告若クハ被告ナリ故ニ甲乙當事者間ノ判決ニ對シテハ丙ナル第三者ハ控訴ヲ爲スコトヲ得ス例ヘハ甲カ原告トシテ所有權ヲ主張シタル訴ニ付テノ判決ニ對シ丙ナル者其所有權自己ニ在リトナシ控訴ヲ爲スコトヲ得サルカ如シ

原告又ハ被告本人ニアラサルモ其相續人其他一般承繼人ノ控訴ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論ナリ(二七八條、一七九條、一八一條)茲ニ一ノ疑問ト爲ルハ破産管財人ハ獨立シテ控訴ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤノ點ナリ破産管財人ノ性質ニ付テハ學者ノ所論一致セヌ或學者ハ破産管財人ヲ以テ破産財團ニ關シ破産者ノ一般承繼人ナリトナセリ此說ニ依レハ破産者ニ對スル判決ニ

對シ破産管財人ハ獨立シテ控訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ予ハ破産管財人ヲ以テ破産者ノ財産上ノ法定代理人ナリトナスモノナルカ故ニ破産管財人ニ付テハ一般承繼人ノ問題ヲ生セサルナリ

特別承繼人ハ前者ニ對スル判決ニ對シ控訴ヲ爲スコトヲ得ルヤ若シ之ヲ爲スコトヲ得ルトセハ如何ナル條件ノ下ニ爲スコトヲ得ルヤ此點ニ付テハ現行法中何等ノ規定ナシ現行法ノ改正セラルル際ニハ此點ニ關スル規定ノ設ケラルヘキヲ信ス(民訴改正案二三三條)而シテ現行法ノ解釋トシテハ何等ノ規定ナキカ故ニ特別承繼人ハ前者ニ對スル判決ニ對シ控訴ヲ爲スコトヲ得スト云ハサルヘカラス

次ニ控訴ヲ爲スコトヲ得ル者ハ第一審判決ニ於ケル敗訴者ナラサルヘカラス何トナレハ民事訴訟法第三九六條ニ於テ控訴ハ終局判決ニ對シ之ヲ爲スト規定セルカ故ナリ元來對シナル語ハ反對ノ意ヲ表スルノ語ナリ而シテ裁判所ノ判決ニ對シ反對ノ意ヲ表スル者ハ其判決ニ於テ敗訴ヲ言渡サレタル者ナルコト言ヲ俟タス斯ノ如ク控訴ヲ爲ス者ハ常ニ敗訴者ナルカ故ニ第一審ノ申立ニ相當スル判決ヲ受ケタル原告若クハ被告ハ判決ノ理由中ニ不服ノ點アルノ理由ヲ以テ控訴ヲ爲スコトヲ得サルモノナリ

或學者ハ當事者カ本案又ハ附帶ノ請求ニ付キ訴ノ申立ヲ擴張スルコトヲ得ル場合又ハ最初求メタル物ノ減盡又ハ變更ニ因リ賠償ヲ求ムルコトヲ得ル場合(一九六條二號三號)ニ於テハ

勝訴ノ判決ニ對シテ控訴ヲ爲シ其目的ヲ達スルコトヲ得トナス者アレトモ此解釋ハ之ヲ採用スルコトヲ得ス何トナレハ此說判決ハニ對シナル意味ヲ全ク棄テテ顧ミサルモノナレハナリ且此ノ如キ請求ハ別訴ヲ以テ容易ニ之ヲ主張スルコトヲ得ヘケレハナリ

控訴ヲ以テ不服ヲ申立ツル當事者ヲ法文上控訴人ト稱シ其相手方ヲ被控訴人ト稱ス控訴人ハ第一審ニ於ケル原告ナルコトアリ又被告ナルコトアリ而シテ控訴人ハ被控訴人ナル語ハ第一審ノ原告若クハ被告ナル語ニハ該當セサルノ語ナリトス訴訟關係ニ於ケル原告ハ訴訟ノ終結ニ至ルマテ原告ニシテ被告モ亦之ニ同シ故ニ控訴審ニ於テモ此名稱ヲ失フヘキモノニアラス之ヲ要スルニ控訴人、被控訴人ナル語ハ原告若クハ被告中何人カ不服申立人ナルヤ又其相手方ナルヤヲ表示スルノ語ニ過キサルナリ

原告若クハ被告ノ從參加人ハ其主たる當事者ノ爲メニ控訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ從參加人ノ爲シタル控訴ハ其主たる當事者ノ爲シタルモノト看做サル尙ホ一步ヲ進メテ云ハハ從參加人ハ主たる當事者ノ法定代理人トシテ控訴ヲ爲スモノナリト云フヘシ(五四條一項)而シテ玆ニ所謂從參加人トハ既ニ第一審ノ裁判所ニ於テ從參加人トシテ訴訟行為ヲ爲シタル者ナルト控訴ノ申立ト併合シテ新ニ從參加ノ申請ヲ爲ス者ナルトヲ問ハサルナリ上述ノ如ク從參加人ハ主たる當事者ノ代理人トシテ控訴ヲ爲ス者ナルカ故ニ控訴人トシテノ表示ハ主たる當事者其モノノ表示ナラサルヘカラス此ノ如ク從參加人ハ主たる當事者ノ法定代理人トシテ控訴

ノ提起ヲ爲ス者ナルモ其代理權ハ大ニ制限ヲ被ムレリ何トナレハ若シ從參加人ノ行爲カ主タル當事者ノ行爲ト相抵觸スル場合ニ於テハ從參加人ノ爲ス行爲ハ主タル原告若クハ被告ノ爲メニ其效力ヲ生セサルヘキヲ以テ主タル當事者カ控訴權ヲ拋棄シタル如キ場合ニ於テハ從參加人ハ其主タル當事者ノ爲メニ控訴ヲ爲スコトヲ得サルモノナレハナリ(五四條二項)

所謂必要的共同訴訟人中ノ一人カ控訴期間ヲ懈怠セシテ控訴ヲ提起シタルトキハ其控訴ノ提起ハ期間ヲ懈怠シタル者ノ利益ニ於テ效力ヲ生ス換言スレハ控訴期間内ニ控訴ヲ爲ササル者ノ利益ニ於テ效力ヲ生スルモノナリ(五〇條四項) 茲ニ利益ニ於テ效力ヲ生ストハ控訴ヲ爲サナリシ者カ控訴ヲ爲シタリト看做サルルコトナリトス法文ニハ期間ヲ懈怠シタル者ハ懈怠セサル者ニ代理ヲ任シタルモノト看做ストアリ茲ニ代理ヲ任スルトハ控訴ナル行爲ヲ爲スノミノ代理ヲ任シタルモノトナスノ義ナリ何トナレハ期間ヲ懈怠セサル者トハ期間内ニ爲スヘキ行爲ヲ懈怠セサル者トノ意ナルヘク期間内ニ爲スヘキ行爲トハ控訴ナル不服ヲ申立ツルコトニ外ナラサレハナリ再言スレハ控訴ナル不服申立ヲ懈怠シタル者ハ之ヲ爲シタル者ニ其代理ヲ任シタルモノト解スヘキナリ是レ期間ヲ懈怠シタル共同訴訟人ニハ其懈怠セサリシ場合ニ於テ爲スヘキ總テノ送達及ヒ呼出ヲ爲スコトヲ要ストノ規定ノ存スル所以ナリ(五〇條五項) 若シ假ニ以上ノ代理ヲ以テ包括ノ代理カリトセハ民事訴訟法第五〇條第五項ヲ以テ不必要ノ規定トナササルヘカラス何トナレハ此規定ハ代理ノ規定ノ例外ヲ定メタルモノニアラ

サルコト一見明瞭ナレハナリ

原告若クハ被告カ訴訟代理人ニ依リテ控訴ヲ爲ス場合ニ於テハ訴訟代理人ハ控訴ノ申立ニ付キ特別ノ委任ヲ受クルコトヲ必要トス(六五條二項) 而シテ此委任ハ第一審ニ於ケル訴訟代理委任ノ如ク一個ノ要式委任ナリ(六四條) 故ニ訴訟代理人ニ依リテ控訴ヲ爲ス者ハ一定ノ制限ヲ受クルモノト云フヘシ當事者若シ此制限ニ反セシカ其訴訟代理人ノ爲シタル控訴ハ適法ナル控訴ニアラス換言スレハ委任ノ欠缺アル場合ニ於テ其欠缺ヲ補正スルコト能ハサルトキハ(七〇條) 訴訟代理人自カラ控訴ヲ爲シタルコトトナリ當事者ニ於テ控訴ヲ爲シタルコトトナラサルカ故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ其控訴ハ第三者ノ爲シタルモノトシテ之ヲ許スヘカラサルモノナリ

以上説明シタル何レノ場合ニ於テモ控訴ノ適法ナルニハ原告若クハ被告カ控訴權ヲ喪失スルノ行爲ヲ爲ササリシコトヲ必要トス是レ固ヨリ言フヲ俟タサル所ナリ而シテ茲ニ控訴權ヲ喪失スルノ行爲トハ控訴權ヲ拋棄スルノ行爲及ヒ控訴ヲ取下クルノ行爲ヲ謂フ控訴ノ取下ニ付テハ別ニ章ヲ改メテ説明スヘキカ故ニ此處ニハ唯控訴權ノ拋棄ニ關シテ一言スヘシ

我民事訴訟法ニハ直接ニ控訴權ノ拋棄ニ付キ規定シタル條文ナシト雖モ第四〇五條ヲ見ルニ其第二項ニ於テ控訴ヲ拋棄シタルトキナル語ヲ使用セリ故ニ此語ニ依リテ法ノ精神ハ控訴權ノ拋棄ナル觀念ヲ認ムルモノナルコトヲ推知スヘシ民事訴訟法改正案第四三九條ニハ判決ノ言

渡後ニ爲シタル控訴權ノ拋棄ハ相手方ノ承認アルト否トニ拘ハラス其效力ヲ生ズト規定セリ
今此規定ニ依レハ控訴權拋棄ノ意思表示ハ第一審判決ノ前後ヲ問ハス之ヲ爲スコトヲ得ヘク
唯第一審判決ノ言渡前ニ於テハ相手方ノ承諾ヲ要スヘキモノナリ此改正案ノ規定ハ獨逸民事
訴訟法ノ規定ト殆ト其趣旨ヲ同ウス然ルニ現行法ニハ前ニ述ヘタル如ク此ノ如キ規定存在セ
サルカ故ニ單ニ理論ニ依リテ之ヲ決スルノ外ナシ予ノ信スル所ニ依レハ控訴權ノ拋棄ハ單獨
行爲ニシテ不要式ノ意思表示ナリ第一審判決ノ言渡後ニ限リ之ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナリ
當事者若シ第一審ノ判決前ニ控訴權ヲ拋棄スルコトヲ得ルモノトセハ公法上ノ關係トシテ國
家ノ認ムル權利保護ノ要求ノ一部ヲ當事者ノ任意ニ處分スルコトヲ得ルニ至リ恰モ訴權ヲ拋
棄スルト同一ノ結果ヲ生スルノ恐アリ故ニ法文ニ何等ノ明定ナキ今日ニ於テハ理論上右ノ如
ク斷定スルヲ以テ妥當ナリト信ス

控訴權ノ拋棄ハ理論上控訴ヲ爲スノ前ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要スヘク一旦控訴ヲ爲シタル以
上ハ取下ナル形式ヲ認ムルカ故ニ之ニ依ルヲ至當トスヘシ

第三 控訴ヲ受クル裁判所ハ不服アル裁判ヲ爲シタル裁判所ノ直接上級ノ裁判所ナルコトヲ要
ス

此條件ハ多數學者ノ説明セサル所ナリト雖モ予輩ハ控訴成立ノ一條件トシテ之ヲ述フルノ適
當ナルコトヲ信ス控訴ヲ受クル裁判所ハ不服アル裁判ヲ爲シタル裁判所ニ對シ第二審ノ關係

ニ在ル裁判所ナルコトヲ要ス是レ即チ訴訟ニ付キ更審ヲ爲スヘキ裁判所ニ關スル條件ナリ而
シテ此條件ニ依レハ不服アル裁判ヲ爲シタル裁判所カ區裁判所ナルトキハ其裁判ニ對スル控
訴ハ其區裁判所ヲ管轄スル地方裁判所ノ民事部ニ之ヲ爲ササルヘカラス若シ不服アル裁判ヲ
爲シタル裁判所カ地方裁判所ノ民事部ナルトキハ其裁判ニ對スル控訴ハ其地方裁判所ヲ管轄
スル控訴院ノ民事部ニ之ヲ爲ササルヘカラスナリ(裁構法二六條、三七條)

控訴ノ申立ヲ受クル裁判所ハ法文上之ヲ控訴裁判所ト云フ而シテ上ノ條件ニ反シテ他ノ裁判
所ニ控訴ヲ爲シタル場合ニハ其控訴ハ許スヘカラスナルモノナリトス此點ニ付テハ特ニ明文ノ
存スルモノナシト雖モ法律ノ趣旨上述ノ如クナルハ疑フヘカラスル所ナリ民事訴訟法改正案
第四四二條第一項第三號ニ於テ控訴裁判所ノ表示ヲ控訴狀ノ要件トナシタル趣意ハ控訴裁判
所ヲ定ムルノ責任控訴人ニ存在スルコトヲ認メタルモノナリト云フヘシ故ニ其責任アルニ拘
ハラス法律ノ規定ニ違背シテ他ノ裁判所ニ控訴ヲ提起シタルトキハ國家ハ其誤ヲ正シテマテ
モ私權ヲ保護セサルヘカラスナルノ責任ヲ有スルモノニアラス現行法ハ此ノ如キ明文ヲ存セス
ト雖モ爾カク解釋スルヲ適當トス

第四 控訴ヲ爲スニハ恰モ訴ヲ提起スルカ如ク訴訟ヲ控訴審ニ繫屬セシムルノ行爲ヲ必要トス
且其行爲ハ法律ノ規定セル條件ニ從フコトヲ必要トス

是レ控訴ナル行爲ニ付テノ條件ナリ而シテ控訴ヲ爲スノ行爲ヲ控訴ノ提起トシテ控訴提起ノ

條件トシテ其方式規定セラレ又其提起ノ期間規定セラル今此條件ヲニ區別シテ左ニ説明セシ

一 控訴期間 控訴ハ一箇月ノ不變期間内ニ之ヲ爲スコトヲ要ス控訴提起ノ期間ハ控訴ヲ以テ不服ヲ申立テララル判決ノ送達ヨリ之ヲ起算ス(四〇〇條一項)而シテ控訴ハ右ノ不變期間内ニ之ヲ爲スコトヲ必要トス即チ期間ノ經過シタル後ニ控訴ヲ提起スルコトヲ得サルハ勿論期間ノ始マラサルトキニ於テモ等シク控訴ヲ爲スコトヲ得サルナリ故ニ判決ノ送達前(期間ノ始マラサル前)ニ爲シタル控訴ハ法文ニ於テ其無効ナルコトヲ明カニセリ(四〇〇條二項)

第一審裁判所カ控訴期間内ニ追加裁判ヲ以テ判決ヲ補充シタルトキハ(二四二條)之ニ對スル控訴期間ハ追加裁判ノ送達ノ時ヨリ始マルモノナリ而モ第一審ニ於テ裁判ノ脫漏ナカリシ請求ノミニ關スル控訴ノ期間モ追加裁判ノ送達ノ時ヨリ始マルモノトス(四〇〇條三項)此規定ハ理論上穩當ナラサルモ唯繁雜ヲ避クル爲メノ便宜ニ出タルモノニ過キサルナリ

右説明シタル期間内ニ爲ササル控訴ハ不適法ナル控訴ナリトス

二 控訴提起ノ方式 控訴ノ提起ハ控訴狀ナル書面ヲ控訴裁判所ニ差出シテ之ヲ爲スモノトス(四〇一條一項)此規定ニ依ルトキハ被控訴人ニ對スル控訴狀ノ送達ハ控訴提起ノ行爲

ニ關シ法律上何等ノ效力ナキカ如シ然レトモ控訴ハ第一審ノ訴訟ノ如ク控訴審ニ於テ所謂三面ノ關係ヲ惹起スモノナリ然ルニ控訴狀ノ送達ヲ受ケス從テ控訴ノ提起ヲ知ラサル被控訴人ニ對シ右ノ如キ效力ヲ及ボサントスルハ理ニ於テ許スヘカラサルモノナリ殊ニ訴ノ提起ノ場合ハ其提起ノ時ト權利拘束ノ效力ノ生スル時トヲ區別スルカ故ニ其誤マレルニモモヨ兎ニ角一應ノ道理ナキニアラサルモ控訴提起ノ場合ニ於テハ裁判所ニ控訴狀ヲ差出シタル時ト被控訴人ニ之ヲ送達シタル時トニ效力ノ差異ヲ認メサルカ故ニ此規定ハ第一審ノ場合ニ於ケル規定ヨリモ一層批難スヘキ規定ナリ是レ改正案カ其第四四二條第一項ニ於テ控訴ノ提起ハ相手方ニ控訴狀ヲ送達スルニ依リテ之ヲ爲ストノ主義ヲ認メ現行法ノ缺點ヲ補フ所以ナリト信ス

控訴狀ニ記載スヘキ事項ニハ(一)其必要條件ト(二)準備の性質ヲ有スルモノトノ二アリ而シテ其要件トシテ記載スヘキモノハ第四〇一條第二項ニ規定セリ此規定ニ依レハ控訴狀ニ記載スヘキ必要條件左ノ如シ

一 控訴ヲ以テ不服ヲ申立テララル第一審判決ノ表示

二 其判決ニ對シテ控訴ヲ爲ス旨ノ陳述

第一審判決ヲ表示スルニ如何ナル方式ヲ以テスヘキヤニ付キ別段ノ規定ナキカ故ニ數多キ判決中ニ就キ何レノ判決カ不服ナルヤヲ特ニ指定スルコトヲ得ヘキ文字ノ記載アルニ於テ

ハ右ノ要件ヲ充タスモノナリ例ヘハ原告某被告某間ノ何何事件ニ付キ何年何月何日ニ言渡サレタル判決ト記載スルカ如キモ此要件ニ適合スルモノナリ然ラハ控訴セラルル判決ノ表示トシテハ必スシモ其判決ノ全文ヲ寫入スルノ必要ナキナリ然レトモ一箇ノ判決中ノ一部分ニ對シテ控訴ヲ爲サント欲スル場合ニ於テハ其一部分ヲ表示スルノミニテハ足ラサルヘク該判決ノ範圍全體ヲ明記スルコトヲ要スト信ス是レ或ハ實際ノ例ニ反スヘキモ判決中不服アル幾部分ヲ表示スルハ不服ノ程度ヲ示スモノニ外ナラス不服ノ程度ヲ示スハ茲ニ述フルカ如ク控訴狀ニ記載スヘキ要件ニハアラサルナリ

以上二箇ノ事項ノミカ控訴狀ニ具備スヘキ要件ニシテ當事者即チ控訴ヲ爲ス者及ヒ其相手方ノ表示モ控訴ヲ受クル裁判所ノ表示モ其ニ必要條件中ニ入ラスト雖モ此等ノ事項モ亦控訴ヲ爲ス者ノ意思ニ依リテ定マルヘキモノニシテ控訴ノ適否ヲ判斷スルニ付キ標準ト爲ルヘキモノナルカ故ニ之ヲ記載スヘキハ當然ナリ故ニ草案ハ此等二箇ノ事項ヲモ要件トシテ記載スヘキコトヲ新ニ定メタリ(民訴法改正案四四二條二項)

控訴セラルル判決ノ表示ト此判決ニ對シ控訴ヲ爲ス旨ノ陳述トヲ掲ケサル控訴ハ法律上ノ方式ニ適セサル控訴ナリ換言スレハ不適法ノ控訴ナリ故ニ斯ノ如キ書面ヲ裁判所ニ差出スモ實質的ニ訴訟ヲ控訴審ニ繫屬セシメサルモノトス

次ニ要件ニハアラサルモ控訴狀ニ掲ケヘキモノトシテ規定セラレタル事項ハ第四〇一條第

三項ニ規定セラレタリ其中ニハ一般のノモノト記載事項トシテ特ニ掲ケヘキモノトノ二アリ一般のニ掲ケヘキモノハ一般準備書面ニ記載スヘキ事項ナリ(一〇五條)特ニ掲ケヘキ記載事項ハ更ニ二分スルコトヲ得(一)判決ニ對スル不服ノ程度即チ第一審判決ノ全部ニ對スル不服申立ナルヤ又ハ其幾部分ニ對スル不服申立ナルヤ及ヒ之ニ牽聯シテ第一審判決ニ付キ如何ナル變更ヲ求ムルヤノ申立ヲ掲ケタルハ其ナリ此申立ハ控訴人ノ所謂一定ノ申立ニシテ即チ控訴ノ申立ト稱スルモノ是ナリ此申立ハ第二二條ニ所謂判決ヲ受ケヘキ事項ノ申立ニシテ控訴人カ全部勝訴ト爲ル場合ニ於テハ判決主文ト一致スヘキノ記載ナリ故ニ此申立ハ口頭辯論ニ於テハ控訴狀ニ基キテ朗讀セラルルモノトス既ニ述ヘタルカ如ク判決ニ對スル不服ノ程度ハ控訴狀ニ記載スヘキ要件ニアラサルカ故ニ口頭辯論ニ於テ任意ニ之ヲ擴張スルコトヲ得ヘシ此ノ如ク判決ニ對スル不服ノ程度ヲ任意のノ記載事項ト爲シタルヲ見ルモ要件トシテ述ヘタル第一審判決ノ表示ハ判決ノ一部ニ對スル控訴ニ付テモ其判決ノ全部ヲ掲ケヘキ趣旨ナルコト明カナリ之ヲ要スルニ不服ノ程度トハ口頭辯論ニ於テ爭フヘキ請求若クハ法律關係ノ範圍ヲ指スモノナリト云フヲ得ヘシ然リ而シテ不服ノ程度カ隨意ニ擴張セラルル以上ハ控訴ノ申立モ亦其趣旨ヲ變更シ其内容ヲ擴張スルコトヲ得ヘキハ當然ナリ此點ヨリ之ヲ見レハ控訴ノ申立ト訴ノ申立(一九〇條三號)トハ大ニ其性質ヲ異ニス訴ノ申立ハ訴訟物ノ範圍ヲ確定スルモノナレハ之ヲ變更スルニ付キテハ嚴格ナル條件ニ從

ハサルヘカサルハ明カナルモ控訴ノ申立ノ變更ハ口頭辯論ノ進行ニ害ナキ以上ハ控訴人ノ隨意タル所ナリ(二)控訴人カ口頭辯論ニ於テ新ニ主張セントスル事實及ヒ證據方法ハ其ニナリ此等ノ事項ノ記載ニ付テハ別ニ説明スルヲ要セサルヘシ
以上述ヘタル二箇ノ事項ハ任意の記載事項ナルカ故ニ之ヲ控訴狀ニ掲ケサルモ控訴狀ハ其要件ヲ缺クモノニアラサルヲ以テ勿論有效ナリト雖モ此ノ如キ場合ニ於テハ控訴人ニ訴訟上不利益ナル結果ヲ生スヘシ(其一)新事實及ヒ新證據方法ヲ掲ケサリシカ爲メ口頭辯論ヲ延期スルノ已ムヲ得サルニ至リタル場合即チ相手方カ豫メ其書面ヲ見ルニアラサレハ反對ノ事實又ハ證據方法ヲ主張スルコトヲ得サル場合ニ於テハ一般準備書面ニ事實等ヲ掲ケサリシトキノ如ク相手方ハ辯論ノ延期ヲ申請シ之カ爲メニ生シタル訴訟費用ヲ控訴人ニ負擔セシムルコトヲ得ヘタ(二〇四條七五條)(其二)相手方ニ對シ關席判決ヲ求ムル場合ニ於テ控訴狀ニ記載ナキ申立及ヒ事實等カ控訴人ニ依リテ陳述セラルルトキハ裁判所ハ關席判決ノ申立ヲ却下スルコトヲ得ヘタ(二五二條一項二號)從テ此場合ニ於ケル訴訟費用ハ控訴人ノ負擔ニ歸スヘシ(七五條)要件ニアラサル記載ノ程度及ヒ制限ハ準備書面ノ記載ノ程度及ヒ制限ト同一ナリ(一〇六條)又控訴狀ニハ準備書面ニ於ケルカ如ク種種ノ書面ヲ添付スルノ必要アリ(一〇七條)即チ訴訟代理人ヲ以テ控訴ヲ爲ス場合ニハ控訴ヲ爲スニ付テノ特別委任狀ヲ添付セサルヘカラス(六五條二項六四條一項)委任狀ハ原本、

正本謄本ノ何レナルヤヲ問ハサルハ勿論ナリ法定代理人ニ依リ控訴ヲ爲ス場合ニハ其資格及ヒ特別授權ヲ證スル原本、正本又ハ謄本ヲ添付スヘシ又新ニ提出セントスル證書ノ謄本ヲ添付スヘキモノトス而シテ此證書ノ謄本ニ付テノ記載例ハ一般ノ準備書面ニ於ケルト異ナル所ナシ(一〇七條二項三項)以上ノ附屬書類ハ控訴狀ト共ニ被控訴人ニ送達スヘキモノナリ

控訴狀ノ送達前ニ爲スヘキ訴訟進行ノ行爲ハ(一)控訴狀ヲ被控訴人ニ付與スヘキ謄本ト共ニ控訴裁判所ノ書記課ニ差出スヘキコト(一〇八條)及ヒ(二)控訴裁判所ノ裁判長ハ控訴狀ノ記載ノミニ依リテ次ノ事項ヲ調査スヘキコト是ナリ

一 控訴ハ許スヘキモノナリヤ否ヤ 許スヘカラサル控訴トハ控訴ノ條件トシテ述ヘタル第一乃至第三ノ條件ニ適合セサル控訴ヲ謂フ法文ニハ「判然許スヘカラサル控訴」ト云ヒテ「判然」ナル文字ヲ用ケルモ是レ唯控訴狀ノミニ依レハトノ意ニ外ナラス故ニ訴訟記錄ニ付キ控訴ノ許スヘキヤ否ヤヲ調査スルハ不法ナリ

二 控訴ハ法律上ノ方式ニ適スルヤ否ヤ又法律上ノ期間内ニ提起セラレタリヤ否ヤ 斯ノ如キ調査ハ訴訟關係ニ於ケル必要條件ニアラス恰モ第一審ニ於テ裁判長カ訴狀ノ要件ヲ調査スルト同シク(一九二條)其性質ハ全ク任意の行爲ナリ故ニ此調査ヲ爲ササリシ場合モ手續上ノ違背ニアラス

右調査ノ結果許スヘカサル控訴ナルカ法律上ノ方式ニ適合サルカ又ハ期間ノ經過後ニ提起シタル控訴ナルトキハ裁判長ハ其控訴ヲ却下スルノ裁判ヲ爲スモノナリ(四〇二條)此裁判ニ對シテハ即時抗告ヲ許シ其結果ヲ俟テ他ノ手續ヲ爲スヘク而シテ裁判長ノ却下ノ命令確定シタルトキニ於テハ其結果ニ岐ル即チ尙ホ控訴期間ノ存スル場合ニ於テハ控訴人ハ更ニ控訴ヲ爲スコトヲ得ヘキモ之ニ反シ既ニ控訴期間ノ盡キタル場合ハ第一審ノ判決ハ命令確定シ訴訟關係ハ全ク終了スルノ結果トナル然レトモ實際上ニ於テハ裁判長ノ却下ノ命令確定シタルトキハ控訴期間ノ存スルコト殆トアリ得ヘカサルモノトス

裁判長ノ調査ノ結果若クハ裁判ノ結果控訴ハ許スヘキモノニシテ且方式ニ適合シ期間内ニ提起セラレタルモノナルコト確定シタルトキハ口頭辯論ノ期日ヲ指定シ控訴狀ヲ被控訴人ニ送達スヘキモノナリ而シテ其送達ト辯論期日トノ間ニ存スル期間及ヒ答辯書差出ノ期間並ニ此等ノ期間ノ伸縮等ニ關シテハ第一審ニ於テ訴狀ヲ送達スヘキト同一ナリ四〇三條)右ニ違ヘタル裁判長ノ爲スヘキ手續ハ素ト便宜主義ヨリ案出セラレタルモノナルモ控訴人ニ對シテハ頗ル危險ナル手續ト云ハサルヘカラス何トナレハ訴狀ノ要件ノ調査ハ其訴訟ヲ再ヒ提起スルノ權利ヲ失ハシメサルモ控訴ノ場合ニ於テハ再ヒ控訴ヲ提起スルヲ得サルニ至ルコト實際上極メテ多カルヘクレハナリ故ニ此ノ如キ規定ハ寧ろ條文ヨリ之ヲ除去スルヲ可トス改正案ニ於テハ此手續ヲ削除シタリ

以上説明シタル手續ニ依リ控訴ノ提起セラレタル場合ニ於テハ訴訟關係ハ第二審ニ繫屬シ所謂移審ノ效力玆ニ發生スルモノナリ然レトモ此繫屬ナル語ニ二種ノ性質アルコトヲ知ラサルヘカラス一ハ控訴ノ條件悉ク充實シ實質上訴訟ノ第二審ニ移リタル義ノ繫屬ナリ此ノ如キ場合ニ於テハ控訴裁判所ト當事者トノ間ニ訴訟關係有效ニ成立シ控訴裁判所ハ請求又ハ法律關係ニ付キ裁判ヲ爲スノ責任ヲ生シ當事者ハ其裁判ニ羈束セラルルノ關係ヲ生ス之ニ反シテ控訴ヲ不適法ナル場合ニ於テハ訴訟關係ハ其實質ニ於テ控訴審ニ繫屬スヘキモノニアラス單ニ訴訟ノ外形カ繫屬スルモノナリ此ノ如キ場合ニ控訴裁判所カ控訴ニ付キテ與フル裁判ハ請求又ハ法律關係ニ付キ裁判ヲ爲スヲ拒絕スルノ裁判ナリ是レ主タル裁判ナルモ請求又ハ訴訟關係其モノニ付キ權利ヲ保護スルノ裁判ニアラサルナリ要スルニ控訴ノ成立條件ノ存否ハ裁判所カ裁判ヲ爲スコトニ關シ何等ノ影響ヲ與フルコトナシ唯所謂本案ノ裁判ヲ爲スヘキヤ否ヤノ點ル標準タルニ過キス而シテ其條件ノ存在セサル場合ニ於テハ裁判所ハ本案ノ裁判ヲ與フルコトヲ拒絕スルモノトス

第二節 控訴ノ取下

控訴ハ控訴人ニ於テ之ヲ取下クルコトヲ得ルモノトス今控訴取下ノ條件及ヒ其效力ニ付キ説明セシ

第一 控訴取下ノ條件

控訴ハ被控訴人ノ口頭辯論ノ始マル前ニ於テハ其承諾ナクシテ之ヲ取下クルコトヲ得ルモノナリ若シ被控訴人ノ口頭辯論既ニ開始シタルトキハ被控訴人ノ承諾ヲ經ルニアラサレハ之ヲ取下クルコトヲ得ス(三九九條一項)

茲ニ辯論トハ所謂本案ニ付テノ辯論ノ義ナリ故ニ被控訴人控訴ノ適否ニ付キ辯論ヲ爲シタル場合ニ於テモ控訴人ハ尙ホ任意ニ控訴ヲ取下クルコトヲ得ヘシ然リ而シテ控訴ノ取下トハ右ニ述フル方法ニ依リ口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ之ヲ爲スコトヲ得ヘキモ一旦辯論ノ終結シタル以上ハ縱令判決ノ言渡前ト雖モ之ヲ爲スコトヲ得サルモノトス(四〇八條、一九八條一項)或一派ノ學者ハ事件ニ付テノ終局判決前ト雖モ既ニ中間判決在リシ場合ハ最早控訴ヲ取下クルコトヲ得ス例ヘハ控訴ノ適否ニ付テ爭アリシ場合ニ之ヲ適法ナリト言渡シタル判決アルトキハ最早控訴ヲ取下クルコトヲ得ス何トナレハ此ノ如キ場合ニ於ケル取下ハ間接ニ判決其モノヲ全ク效力ナキモノトナスノ結果ヲ生スヘク結局當事者ノ任意ノ行爲ニ因リ國家ノ意思表示ヲ取消スノ不條理アルヲ免レサレハナリト然レトモ予輩ハ此說ニ左祖スルコトヲ得ス我民事訴訟法ハ口頭辯論ノ期日ニ當事者雙方出頭セサルトキハ訴訟手續ハ休止スヘキ主義ヲ認メ若シ一年內ニ期日指定ノ申立ヲ爲ササルトキハ其訴訟ヲ取下ケタルモノト看做ストナセリ而シテ此訴訟休止ノ前ニ中間判決アリタルトキハ其中間判決ハ自然ニ消滅スルコトナルヘシ

既ニ訴ノ取下ノ場合ニ判決ノ消滅ヲ認ムトセハ控訴ノ取下ノ場合ニ於テモ之ヲ認メサルヘカラストナスハ當然ナリ又請求ノ原因ト數額トノ辯論ヲ分離シテ裁判ヲ爲スヘキ場合ニ於テ第一審ハ其原因アリトナシ且其數額ヲ是認シタルニ反シ第二審ハ請求ノ原因ナシト認メ訴ヲ却下シタルトキハ第一審ノ爲シタル數額ニ付テノ判決ハ自然消滅セサルヘカラス此ノ如キ判決ノ自然消滅ノ主義ニシテ既ニ我訴訟法上ニ認メラルル以上ハ或行爲ノ結果判決ノ當然消滅スヘキコトモ決シテ怪ムニ足ラサルナリ

控訴ノ取下ハ口頭辯論ニ於テ之ヲ爲ス場合アリ又書面ヲ以テ之ヲ爲ス場合アリ口頭辯論ニ於ケル控訴ノ取下ハ常ニ口頭ヲ以テ之ヲ爲スモノナルカ故ニ書面ヲ以テ控訴ヲ取下クル場合ハ口頭辯論以外ノ場合ナリ(四〇八條、一九八條二項)若シ控訴狀ヲ既ニ被控訴人ニ送達シタル場合ニ於テハ控訴取下ノ書面モ亦之ヲ被控訴人ニ送達スルコトヲ必要トス(四〇八條一九八條三項)

第二 控訴取下ノ效力

控訴取下ノ效力トシテ説明スヘキハ次ノ二點ナリ

一 控訴ノ取下ハ上訴權ヲ喪失スルノ效果ヲ生シ(三九九條二項)訴訟關係全然消滅スヘキカ故ニ控訴取下ノ後尙ホ控訴期間ノ存在スル場合ト雖モ再ヒ控訴ヲ爲スコトヲ得サルモノトス

二 控訴人ハ其取下ケタル控訴ノ費用ヲ負擔ス(七七條)而シテ其負擔ニ付テハ別ニ判決ヲ受クルコトヲ要セス取下ナル事實自體カ費用額確定決定ノ要件タル執行名義ニ代ハルヘキモノナリ(八四條二項)

第三節 控訴ノ答辯

訴ニ對シテ被告カ答辯書ヲ相手方ニ與フル如ク控訴ニ對シテモ被控訴人ヨリ答辯書ヲ相手方ニ送ルヘキモノナリ答辯書ニ關スル手續ハ訴訟關係上ニ必要ナル條件ニアラス唯訴訟手續ノ順序ヲ説明スル上ニ於テ之ヲ明カニスルヲ便宜ナリト信ス

答辯書ニ記載スヘキ事實ハ一モ必要のモノ之ナク何レモ任意の事項ナリ法文ノ規定ニ依レハ答辯書ハ準備書面ノ一種ナルカ故ニ之ニ記載スヘキ事項ハ一般準備書面ニ記載スヘキ事項ト同一ナリトス唯特ニ之ニ記載スヘキ事項トシテ規定セララルモノハ被控訴人ノ一定ノ申立及ヒ其主張セントスル新ナル事實及ヒ證據方法ナリ(四〇四條)茲ニ一定ノ申立ハ控訴ノ申立ノ如ク所謂判決ヲ受クヘキ事項ノ申立ナリト信ス故ニ被控訴人ノ勝訴ト爲ル場合ニ於テハ此申立モ亦判決主文ト其趣旨ヲ同クスルニ至ルヘシ而シテ此申立ハ第二二條ニ依リ之ヲ朗讀スルヲ要スルモノナリ然レトモ此予輩ノ主張スル所ハ多數ノ學說及ヒ裁判例ニ反セリ被控訴人ノ申立ヲ以テ被告ノ申立ト等シク判決ヲ受クヘキ事項ノ申立ニアラストナスハ通說ナレトモ此通說ハ被

告ノ應訴ヲ以テ原告ノ訴ニ對スル義務トナスノ說ニ基クモノナリ予輩ノ信スル所ニ依レ應訴ハ被告ノ權利ナリ故ニ被告ノ勝訴ト爲リタル場合ニハ爭ニ係ル請求又ハ法律關係ノ成立セサルコトカ被告ノ利益ノ爲メニ確定スルニ至ルヘシ是レ恰モ被告カ消極の確定ノ訴ヲ爲シタル結果原告トシテ勝訴ヲ得タル場合ト同一ナリ然ルニ若シ反對說ヲ是認センカ一ノ訴ニ於テ被告ノ權利ト爲ルヘキモノ他ノ訴ニ於テ其義務ト爲ルカ如キ抵觸セル論結ヲ生セサルヲ得サルニ至ラン蓋シ反對說ハ權利ノ保護ヲ求ムルハ原告ノ一方ノミニ存ストノ說ヨリ來レル誤謬ノ見解ナリト信ス裁判ハ被告ノ權利ヲ保護スルモノナリ消極のニ或權利ヲ確定スルモノナリ以上述フル如キ理由ナルカ故ニ答辯書ニ掲クル申立モ亦權利ノ保護ヲ要求スル申立ニ外ナラス而シテ此理論ハ控訴狀ニ對スル答辯書ノ場合ニ於テモ亦均シク認メラルヘシ

答辯書ノ記載ニ付テノ程度及ヒ制限ハ控訴狀ニ付テ述ヘシ所ト同一ナリ(一〇六條)又答辯書ニ添附スヘキ書面モ控訴狀ニ添附スヘキ書面ト大體同一ナリ(一〇七條)但訴訟代理人ノ委任狀ニ付キ一言ヲ費スノ必要アリ第六五條第二項ハ訴訟代理人控訴ヲ爲スニ付キ特別ノ委任ヲ要スルノ規定ナリ茲ニ控訴ヲ爲ストハ控訴ヲ提起スルノ意ナルカ又控訴審ニ於テ訴訟行為ヲ爲スノ意ナルカ實際ノ例ニ於テハ後者ノ意ナリトスルコト何人モ疑ハサル所ナリト雖モ予ハ此規定ノ設ケラレタル趣意ヨリ見テ控訴提起ノ意義ニ解釋スルモノナリ蓋シ此規定ハ訴訟代理人カ第一審ニ於テ敗訴スルモ本人ノ意思ナクシテハ妄リニ上訴ヲ爲サシメントノ趣意ニ出テタルモノ

ナレハ其結果トシテ答辯ヲ爲ス場合ニハ別段特別ノ委任ヲ要セサルコトトナルヘク然ルニ實例ノ之ニ反スル所以ノモノハ控訴ナルモノヲ一箇ノ訴訟關係ニ於ケル一階級ト見スシテ再審ノ訴ニ於ケルカ如ク一箇ノ特別ナル訴ナリト誤解シタル結果第六五條第二項モ斯ク誤解セラレタルモノニアラサルカ

答辯書差出期間ハ裁判長ノ指定シタル期間ナリ(四〇三條)此期間内ニ差出ササル結果ハ後ニ述フルカ如シ

答辯書ニ新ナル事實若クハ證據方法ヲ掲クルトキハ之ヲ控訴人ニ送達スヘキモノトス(四〇七條)

答辯書ニ事實若クハ證據方法ヲ掲ケサルトキ又ハ答辯書ヲ差出ササルトキノ結果ハ控訴狀ニ掲クヘキ事項ヲ掲ケサリシ場合ト同様ナリ(二〇四條、七五條)

第四節 控訴ノ辯論

第一 辯論ヲ經ヘキ事項

控訴ノ辯論ヲ説明スルニ當リテハ先ツ辯論ヲ經ヘキハ如何ナル事項ナルカヲ定ムルヲ要ス控訴ノ辯論ハ第一審ノ訴訟物タル請求若クハ法律關係ニ付キ控訴裁判所ニ於テ新ニ爲ス所ノ辯論ナリ(四一一條)此規定ヨリシテ次ノ二ノ結果ヲ生ズ即チ第一ハ辯論ヲ經ヘキ訴訟物ノ内容如何

及ヒ第二ハ其訴訟物ノ範圍如何是ナリ

第一 控訴ノ辯論ニ於テ主張セラルル請求若クハ法律關係ハ第一審ニ於テ主張セラレタルモノト同一ナルコトヲ要ス 故ニ控訴審ニ於テハ新ナル請求ハ之ヲ主張スルコトヲ得ス(四一六條)而シテ新ナル請求ヲ辯論中ニ主張スルノ方法ニアリ

一 一箇ノ請求ニ加フルニ他ノ請求ヲ以テスル場合 新ニ加ヘラレタル請求ハ第一審ニ當テ繫屬セサリシモノニシテ控訴審ニ於テ始メテ繫屬スルモノナレハ所謂審級制度ヲ打破スルモノナルカ故ニ此ノ如キ請求ハ先ツ第一審ニ於テ其保護ヲ要求スルヲ前提條件トスヲ以テ控訴審ニ於テハ絕對ニ之ヲ主張スルコトヲ許ササルナリ第二一條ニ於テハ訴訟ノ進行中ニ爭ト爲リタル權利關係ノ成立又ハ不成立カ訴訟ノ裁判上ニ影響ヲ及ホストキハ原告ハ其權利關係ノ確定ヲ請求スルコトヲ得ルコトトナセリ此場合ニ於ケル訴ノ擴張ハ一ノ目的物ニ新ナル目的物ヲ加フル適切ナル例ナリ此條ニ依據シ原告ハ控訴審ニ於テモ其確定訴訟ヲ繫屬セシムルコトハ之ヲ爲シ得サルナリ此他第一審ヨリ繫屬セル請求ニ全ク關係ナキ請求ヲ追加スルノ不當ナルコトハ言フ俟タサル所ナリ

二 一箇ノ請求ニ換フルニ他ノ請求ヲ以テスル場合 此場合ハ所謂訴ノ變更ヲ意味スルモノナリ而シテ控訴審ニ於テハ訴ノ變更ハ相手方ノ同意アルトキト雖モ之ヲ許ササルナリ(四一三條)左ニ予ハ少シク訴ノ變更ニ付テ説明ヲ加ヘントス

訴ノ變更トハ請求ノ交換ヲ謂フ換言スレハ訴狀ニ記載シタル請求ニ換ヘテ口頭辯論ニ於テ他ノ請求ヲ主張スルコトナリトス茲ニ他ノ請求トハ其内容ニ於テ異ナレバ請求ヲ意味ス元來訴ノ變更ハ請求ノ一定ノ目的物及ヒ其請求ノ一定ノ原因ヲ變更スルコトニシテ其請求ノ一定ノ目的物トハ給付若クハ法律關係ヲ謂フモノナルコトハ疑義ナシト雖モ請求ノ原因ニ付テハ議論ニ派ニ分レテ其授ヲニセス故ニ之ニ付キ先ツ斷定ヲ下スニアラサレハ訴ノ變更ナルモノヲ明カニスルヲ得サルノ憾ナシトセス予ハ少シク請求ノ原因ニ付テ述フヘシ

(イ) 事實說 請求ノ原因トハ如何ナルモノナルカニ付キ所謂事實說ナルモノアリ其論旨ハ請求ノ原因トハ特定ノ原告ヨリ特定ノ被告ニ對シ或特定ノ請求ヲ主張スルニ付テ必要缺クヘカラサル所ノ事實ヲ總稱ストナスモノニシテ換言スレハ訴ニ係ル原告ノ請求ヲ理由アリキト認メシムルニ足ル總テノ事實ナリトスルニアリ今例ヲ以テ之ヲ説明スレハ甲カ原告ニシテ乙カ被告タル訴訟アリトシ甲ノ先代丙ナル者カ某年月日ニ乙ニ若干圓ヲ貸與セリ而シテ其辨濟期日ハ某年某月某日ナリ然ルニ丙ハ其後某年某月某日ニ死亡シ甲其家督ヲ相續セリ甲ハ其期限ニ於テ貸金ノ辨濟ヲ請求セリ此ノ如キ事實アリト假定セハ事實說ニ依ルトキハ右ノ事實全部カ請求ノ原因ナリト云フヘク貸借關係ノ事實カ請求ニ付キ必要缺クヘカラサルト同時ニ最初ノ貸主タル丙ニアラサル甲カ請求スルモノナルカ故ニ死亡ニ因ル家督相續ナル事實モ亦必要缺クヘカラサル事實ナリトス此說ハ學問上及ヒ判例ニ於テ普通ニ行ハル

ル說ナリト雖モ予ハ之ニ服スルコトヲ得ス此說ハ惟フニ第一〇五條第三號ニ規定セル「申立ノ原因タル事實上ノ關係」ト云ヘル文字ヲ採リテ結論シタルモノナリト信ス

(ロ) 法律關係說(一定說) 訴狀ノ要件トシテ掲クヘキ請求ノ原因ハ訴ニ於テ主張セラルル請求カ如何ナル請求ナルカヲ示スニ足ルヲ標準トスルモノニシテ他ノ請求ト區別スルヲ得ルニ足ルノ表示ヲ爲スヲ以テ十分ナルモノナリ而シテ如何ナル請求ナルカヲ表示スルノ標準ハ法律關係ノ名稱ヲ附スレハ足ル前例ニ就テ云ヘハ貸金ノ辨濟ヲ求ムル請求ナルコトヲ表示スレハ如何ナル請求ナルカ直チニ判明スヘキナリ故ニ其程度ニ於テ表示ヲ爲セハ訴狀ノ要件タル表示トナスニ足ルヘシ唯實際ノ事實ニ於テ同一ノ原告ヨリ同一ノ被告ニ對シテ數箇ノ同種ノ請求ヲ有スル場合ニ如何ニシテ之ヲ區別スルカノ問題ニ付テハ法律關係成立ノ日附若クハ場所ニ依リテ之ヲ定ムレハ足ルヘク日附及ヒ場所ノ同一ナル場合ニハ他ノ事項ヲ標準トナセハ足ルヘキナリ之ヲ要スルニ何レノ請求ナルカヲ認メ得ルノ程度ニ於テ表示セラルレハ足ルモノナリトス以上述ヘタル論旨ハ普通法律關係說ト稱セラルルモノナレトモ予ハ之ヲ一定說ト云ハント欲ス

予ノ所謂一定說ハ或ハ一ノ請求ヲ他ノ請求ト區別スルノ困難ナル結果其區別ノ標準トシテ詳細ナル事實ヲ記載スルカ如キコトアルニ於テハ或ハ事實說ト同一ノ内容ヲ有スルニ至ルヘキヤモ圖ラレスト雖モ其表示ノ根本ノ性質異ナルコトハ前説明ニ依リテ明カニ知ラザ得

ヘシ思フニ事實説ヲ唱フル者ハ準備書面ニ記載スヘキ事項ト訴訟狀ノ要件トシテ記載スヘキ事項ト混同スルモノナラン請求ノ原因トシテ表示スヘキ事項ト第一〇五條第三號ノ事實トハ全ク別種ノ事項ナリ後者ハ唯準備事項トシテ之ヲ記載スヘキモノニシテ前者ハ訴訟ノ要件トシテ記載スヘキ事項ナリ或ハ實際上準備の事項ト請求ノ原因トシテ訴訟ノ要件タルモノト同シク一箇ノ文章ヲ以テ記載表示スルカ故ニ表面ヨリ之ヲ觀察スルトキハ全然同一物ノ如シト雖モ其表面ノ觀察ニ依リ直チニ根本ノ性質ヲ定ムルカ如キハ甚ダシキ誤ナリト信ス而シテ上述ノ議論ハ訴訟ノ實際上ニ於テ價值ナキ空論ニアラス若シ請求ノ原因カ前ニ述ヘタルカ如ク請求ノ主張ニ缺クヘカラサル事實ノ全體ナリトセハ其一部ヲ變更スルモ尙ホ原因ノ變更ト爲リ從テ訴ノ變更ト爲ルヘシ前例ニ於テ原告カ自己ノ先代カ貸附ケタルニアラスシテ自己カ貸附ケタルモノナルコトヲ主張スルニ於テハ訴ノ變更ト爲ルヘシ之ニ反シテ請求ヲ一定スルモノナリトスル説ヨリスレハ苟モ貸金ノ返済ヲ請求スルモノナルコトノ一定スルニ於テハ右ノ如キ事實ヲ變更スルモ訴ノ變更ニハアラサルナリ

就中事實説ヲ唱フル者ノ解釋ニ窮スル點ハ第一九六條ノ規定ナリ同條ハ原告カ請求ヲ主張スルニ付キ其事實ヲ主張スル場合ニ關スル規定ナリ此規定ニ依レハ原告ハ訴ノ原因ヲ變更セシメテ事實上ノ陳述ヲ補充シ又ハ更正スルコトヲ得トナセリ此規定ハ事實説ノ趣旨ニ抵觸スルモノト云フヘシ若シ請求ノ原因カ原告ノ事實ノ全體ヲ包括スルモノトセハ玆ニ補充

云云ノ必要存セサルヘシ尙ホ一層甚ダシキハ請求ノ原因タル事實ヲ變更セシメテ其事實ノ更正ヲ爲スコトナリ是レ殆ト意味ヲ爲ササルノ規定ト云ハサルヘカラス尙ホ此兩説ニ付テハ種種ノ爭點アリト雖モ予カ所謂法律關係説ヲ信スルハ以上ノ理由ニ基クモノナリ之ヲ要スルニ訴ノ變更トハ請求ノ内容ヲ變更スルコトニシテ法律關係ヲ變更スレハ請求其モノカ變更セラルルナリ極端ナル例ナレトモ前例ニ於テ貸金ノ返済ヲ求ムルニ換ヘテ品物ノ代金ヲ請求スルカ如キ是ナリ是レ即チ訴ノ原因ヲ以テ請求其モノノ交換ナリト云フ所以ナリ一箇ノ請求ニ換フルニ他ノ請求ヲ以テスルコトハ理論上之ヲ許スヘキニアラス何トナレハ請求ノ交換ノ場合ニ於テモ裁判所ニハ相前後シテ二箇ノ請求カ繫屬スルコトナリ後ニ繫屬スル請求即チ變更シタル訴ハ訴ノ提起ノ方式ニ從ハサルモノナリ故ニ理論トシテハ訴スヘカラサルモノナレハナリ唯此點ニ關シテハ絕對ニ理論ヲ貫徹スルコト實際ノ便宜ニ伴ハサルカ故ニ法律ハ特別ノ場合ニ於テ之ヲ許スノ主義ヲ認メタリ即チ原告カ有效ニ前キノ訴ヲ消滅セシムルコトヲ得ル場合ニ限リテ訴ノ變更ヲ許セリ前キノ訴ヲ消滅セシムルコトヲ得ル場合ニ限リテ訴ノ變更ヲ許セリ前キノ訴ヲ消滅セシムルコトヲ得ル場合トハ原告カ有效ニ其訴ヲ取下クルコトヲ得ル場合ナリ次ニ之ヲ説カン

(1) 第一審ニ於テ被告カ未タ本案ノ口頭辯論ヲ爲ササルトキハ原告ハ元來單獨ニテ訴ヲ取下クルコトヲ得ルモノナルカ故ニ此場合ニ於テ原告カ訴ヲ變更スルトキハ前キノ訴ヲ取下ケテ同時ニ新ナル訴ヲ繫屬セシメタルコトトナルナリ(一九八條參照)乍併此場合ニ於テモ訴ノ

提起ハ適法ナラサルカ故ニ其提起ノ適法ナラサル訴ニ對シ被告ハ異議ヲ述フコトヲ得ヘシ被告若シ異議ヲ述ヘタルトキハ新ナル訴ヲ不適法トシテ却下スヘキナリ此場合ニハ唯前訴ハ有效ニ取ラケラレタルコトナルナリ又被告カ異議ヲ述ヘサルトキハ新訴ノミカ繫屬スルコトナリ且前訴ハ取下ニ因リテ當然消滅スヘキナリ(一九五條一九六條二二二條參照)

(2) 右ニ反シテ請求ノ變更カ被告ノ本案ニ付テノ口頭辯論後ニ生セシトキハ訴ノ提起ニ反スルノミナラス取下ノ規定ニモ反スヘシ(一九八條)故ニ此場合ニ被告カ異議ヲ述ヘタルトキハ新訴ノミカ不適法トシテ却下セラレ舊訴ハ依然トシテ繫屬スルモノナリ何トナレハ被告ノ異議アルニ依リテ之ヲ取下クルコトヲ得サレハナリ故ニ此場合ニハ舊訴ニ付キ依然其手續ヲ進行スルコトナルヘシ又若シ被告カ異議ヲ述ヘサルトキハ舊訴ハ取下ケラレタルモノトナリ新訴ハ新ニ繫屬スルモノトナルヘシ

之ヲ要スルニ(1)及ヒ(2)ノ場合ニ於テハ被告ノ承諾アルトキ(異議ヲ述ヘサルトキ)ハ訴ノ變更ヲ爲スヲ得ヘク且便宜上訴ノ提起ノ規定ヲ適用セサルコトトナルナリ

(3) 請求ノ交換カ控訴審ニ於テ生セシ場合ハ訴ノ提起ノ規定ニ反シ且取下ノ規定ニ反スルノミナラス審級制度ヲ破ルモノナリ何トナレハ新訴ハ下級審ニ於テ嘗テ繫屬セサリシモノナレハナリ故ニ此場合ニハ新訴ハ之ヲ不適法トシテ却下スヘク舊訴ニ關スル控訴ハ依然トシテ存續スルコトトナルヘシ蓋シ原告ニ於テ其訴ヲ消滅セシムルノ權能ヲ有セサルカ故ナリ

以上説明シタル所ニ依レハ第四一三條ハ第四一六條ノ適用ノ規定ニ過キサルモノト信ス訴ノ變更ハ新ナル請求ヲ主張スルモノナレハナリ

法文ノ規定ニ依レハ新ナル請求ヲ控訴審ニ於テ主張スルコトヲ得サルノ原則ニ對シ例外ノ場合アルカ如シ其場合ハ左ノ二ナリ

一 新ニ主張セントスル請求カ民法ノ規定ニ依リ相手方ノ請求ト相殺シ得ヘキモノナルトキハ(五〇五條)或條件ノ下ニ其請求ヲ主張スルコトヲ得ヘシ此規定ハ元來相殺ノ抗辯ナルモノヲ規定シタルモノナリ(四一六條)而シテ法文ニ依レハ相殺ノ抗辯ナルモノハ反訴ノ形式ヲ以テ之ヲ主張スヘキモノナリト信ス(二〇一條二項參照)斯ク相殺スヘキ請求ヲ反訴ノ原告トシテ主張スルモノナルカ故ニ之ヲ請求ノ主張トスルモ妨ケナカルヘシ然リ而シテ被告カ反訴ヲ提起シタル場合ニ於テ裁判所其請求ヲ是認シタルトキハ裁判所ハ之ヲ相殺シテ言渡ヲ爲スヘキモノナリ略言スレハ訴訟法ノ規定ハ相殺ナル行爲ヲ裁判所ノ裁判ニ依リシメタルモノト云フヘシ是レ上ノ如キ規定ヲ存スル所以ナリ然ルニ竊テ實體法タル民法ノ規定ヲ見レハ相殺ハ必スシモ裁判所ノ裁判ニ依ルコトヲ必要トセス唯相手方ニ對スル意思表示ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトセリ(民五〇六條)是ヲ以テ觀レハ相殺ノ意思表示ハ原告トシテ裁判上之ヲ主張スルコトヲ必要トセサルニ至レルモノト云フヘシ若シ相殺ノ意思表示ハ裁判外ニ於ケル如ク裁判上ニ於テモ之ヲ許スモノトスルニ於テハ被告ハ之ヲ防禦方法ノ一トシテ主張ス

ルコトヲ得ヘシ改正案第四五〇條モ亦此趣意ニ出テタルモノト信ス若シ之ヲ防禦方法ノ一ナ
リトセハ第四一六條ニ規定セル「新ナル請求」ナル語中ニハ包含セラレサルモノト信ス
尙ホ相殺ノ抗辯ハ之ヲ防禦方法ノ一トシテ後ニ説明スル所アルヘシ唯茲ニハ相殺ノ爲メニ請
求ヲ主張スルコトハ其主張ノ實質上新ナル請求ヲ主張スルコトヲ得ストノ原則ノ例外ニアラ
サルコトヲ述フルニ止ム

二 第一九六條第二號及ヒ第三號ニ記載シタル行爲ヲ爲ス場合ナリ即チ本案又ハ附帶ノ請求ニ
付キ訴ノ申立ヲ擴張スル場合又ハ最初求メタル物ノ滅盡又ハ變更ニ因リ賠償ヲ求ムル場合ナ
リ此場合ニ於テハ控訴審ニ於テ擴張シタル請求ヲ主張シ又ハ賠償ノ請求ヲ主張スルコトヲ得
ヘシ此請求ハ形式ニ於テハ新ナル請求ノ一ナリト雖モ元來ハ一ノ請求ヲ他ノ請求ニ換フルモ
ニアラスト信ス即チ請求ノ實質ニ於テ前請求ト異ナルモノト云フハ其斷言ニ憚ル所ナリ第
二號ノ所謂目的物ノ範圍ノ擴張ハ唯其分量ヲ増スニ過キサカ故ニ請求ハ素ト同一ノ請求ナ
リト云フヘシ又第三號ノ場合ト雖モ最初ノ請求ト全ク關係ナキ獨立ノ請求ヲ主張スルモノ
ニアラサルコト明カナリ換言スレハ一箇ノ請求ト其實質ヲ異ニスル他ノ請求ヲ主張スルモノ
ナリト云フヲ斷言シ難シ故ニ此場合モ形式ニ於テハ例外ノ規定ノ如シト雖モ本來ハ例外ノ規
定ニアラサルモノト云フヘキカ(四一六條參照)

控訴ノ辯論ヲ經ヘキ請求ハ第一審ノ辯論ヲ經タルモノナリトノ意味ヲ誤解シ控訴審ノ辯論ハ第

一審ニ於ケル請求ニ對スル法律問題ニ關セサルヘカラストナサランコトヲ要ス換言スレハ控
訴審ニ於テ辯論サル法律問題ハ必スシモ第一審ニ於ケル法律問題ト同一ナルコトヲ要セス苟
モ請求其モノニ關スル法律問題ナルニ於テハ第一審ニ於テ辯論ヲ經タルコトノ有無如何ニ拘ハ
ラサルナリ故ニ第一審ニ於テハ請求ノ實質ニ關スル法律上ノ問題ニ付キ辯論セルモ控訴審ニ於
テハ訴訟條件ニ付キ辯論スルコトヲ妨ケス之ニ反シテ第一審ハ訴訟條件ノミニ付テ辯論ヲ爲シ
タルモ控訴審ニ於テハ請求ノ實質ニ關シ辯論スルコトヲ妨ケサルモノトス

第二 控訴ニ於ケル辯論ノ範圍ハ必スシモ第一審ノ辯論ノ範圍ト同一ナルコトヲ要セス 控訴
ノ辯論ノ範圍ハ第一審判決ノ變更ヲ求ムル申立ノ範圍ナリ(四一一條)例ヘハ第一審ニ於テ原
告ハ被告ニ對シ金一千圓ヲ支拂フヘキ旨ノ判決ヲ求メタルニ其訴却下セラレタルニ對シ第二審
ニ於テ第一審ノ判決ヲ變更シテ被告ハ原告ニ對シ金五百圓ヲ支拂フヘシトノ判決ヲ求メタリ此
場合ニ於テハ辯論ノ範圍ハ五百圓ナリ控訴ノ辯論ノ範圍ハ當事者ノ意思ニ因リテ之ヲ定ムルコ
トヲ得ルナリ即チ控訴ノ提起ヲ當事者ノ處分ニ一任シタル如ク不服申立ノ範圍ヲ定ムルコトヲ
モ當事者ノ意思ニ一任セルナリ換言スレハ此點ニ付テモ當事者處分主義ヲ認メタルモノトス
辯論ノ範圍ハ通例控訴人ノ申立ニ因リテ定マルモノナリト雖モ附帶控訴ノ場合ニ於テハ控訴人
ト附帶控訴ヲ爲ス被控訴人トノ雙方ノ申立ニ因リ一定スルモノナリ附帶控訴ニ關シテハ後節ニ
詳述スル所アルヘシ

第二 當事者ノ辯論

茲ニ當事者ノ辯論トハ當事者カ裁判ノ基本ト爲ルヘキ訴訟材料ヲ裁判所ニ提供スル行爲ノ全體ヲ一括セル意味ニ於テ用キタルモノナリ故ニ當事者ノ辯論中ニハ當事者ノ一定ノ申立事實上及ヒ法律上ノ主張、相手方ノ事實上及ヒ法律上ノ主張ニ對スル陳述、證據方法ノ申出相手方ノ申出タル證據方法ニ對スル陳述等ノ行爲即チ訴訟材料ヲ提供スル行爲ノ一切ヲ包含スルモノナリ我民事訴訟法ニハ控訴裁判所ニ於テハ更ニ訴訟ニ付キ辯論ヲ爲ストノ規定(四一一條)及ヒ控訴審ノ訴訟手續ニハ地方裁判所ノ第一審ノ訴訟手續ニ關スル規定ヲ準用ス(四〇八條)トノ規定アリ此等ノ規定ニ依レハ上述ノ意味ニ於ケル當事者ノ辯論ハ當事者カ管テ地方裁判所ニ於テ爲シタル辯論ト同一ノ形式及ヒ效力ヲ以テ之ヲ爲スヲ原則トス故ニ控訴ノ辯論ハ特別ノ規定ノ存セサル限りハ地方裁判所ノ第一審ノ規定ニ依リ之ヲ爲スヘキモノナリ唯特別ノ規定ニ依リ差異ノ生スヘキ場合ニ限リ其差異ノ規定ヲ適用スルニ止マルモノトス是ヲ以テ此講義ニ於テモ主トシテ地方裁判所ノ第一審ノ手續ト異ナレル點ノミヲ述フルニ止メン控訴審ニ於テ當事者カ更ニ辯論ヲ爲スヘキモノトセハ當事者ハ更ニ訴訟ノ材料ヲ裁判所ニ提供スルコトナルヘシ然ルニ訴訟カ控訴審ニ屬スル以上ハ第一審ニ於テ提供シタル訴訟材料モ存在シ又控訴審ニ至リテ新ニ提出スヘキ材料モ存在ス新ニ提出スヘキモノハ姑ク措キ第一審ニ一旦提出シタルモノハ

其提出ノミヲ以テ足レリトセス控訴審ニ於テモ更ニ之ヲ提出スルヲ得ヘキカ故ニ當事者カ第一審ニ提出シタルモノヲ自ラ進テ控訴審ニ提供スル場合ハ別段何等ノ問題ヲ生セスト雖モ其第一審ノ材料ヲ當事者自ラ提出セサルトキハ極メテ必要ナル問題ヲ生ス第一審ノ訴訟材料ハ控訴審ニ於テ訴訟上如何ナル價值ヲ有スルヤ即チ當事者カ控訴審ニ於テ提出スル訴訟材料ト第一審ニ於テ提出シタル訴訟材料トハ如何ナル關係ヲ有スルヤノ問題ヲ生ス再言スレハ第一審ニ於テ當事者ノ爲シタル辯論ハ第二審ニ於テモ當然效力ヲ有スルヤノ問題ヲ生スヘシ

第一審ニ於ケル當事者ノ辯論ト控訴審ノ辯論トノ關係ニ付テハ立法上二箇ノ主義ヲ認ムルコトヲ得ヘシ一ハ控訴審ニ於ケル當事者ノ辯論ハ第一審ノ當事者ノ辯論ト全然關係ナキモノナリトスルノ主義ニシテ此主義ニ依レハ當事者ハ控訴審ニ於テハ全ク新ナル辯論ヲ爲スモノナリ即チ第一審ニ於テ提出シタル事實證據方法等ノ如何ニ拘ハラス之ヲ無視シテ新ナル事實新ナル證據方法其他ノ材料ヲ提出スルコトヲ得ルナリ故ニ控訴審ニ提出スルモノノ第一審ニ提出シタルモノト異ナルモ毫モ妨ケナシ之ニ反シ當事者カ第一審ニ於テ提出シタルモノヲ更ニ控訴審ニ提出セント欲セハ自ラ進テ其事實ヲ提出セサルヘカラス若シ當事者之ヲ提出セサルトキハ裁判所ハ職權ヲ以テ其事實ヲ採用スルコトヲ得サルモノナリ又第二ノ主義ハ控訴審ニ於ケル當事者ノ辯論ハ第一審ニ於テ爲シタル辯論ノ續行ナリト看做スノ主義ナリ詳言スレハ當事者カ控訴審ニ於テ材料ヲ提供スルハ第一審ノ材料ヲ更正スルカ若クハ之ヲ補充スルカ爲メニ爲スモノナリ第一審

ニ於テ提出シタルモノハ第二審ニ於テモ當然訴訟ノ材料トナルナリ故ニ第一審ニ於テ主張シタルモノハ當事者カ控訴審ニ於テ主張セサル場合ト雖モ裁判所ハ職權ヲ以テ訴訟ノ材料トナスコトヲ得ルモノナリトナスノ主義ナリ

右二箇ノ學說中我訴訟法ハ何レヲ採用シタルモノナリヤ普通ノ學說ニ於テハ前說ヲ採用シタルモノトナスカ如シト雖モ予ハ此通說ニ反對シテ後說ニ依リタルモノナルコトヲ主張スルモノナリ

以下主トシテ述ヘントスル所ハ第一審ニ於ケル當事者ノ辯論ト異ナリタル控訴審ノ辯論ニ關スル部分ナリ而シテ當事者雙方ノ出頭シタル場合ト其一方ノ闕席シタル場合トニ區別シテ説明スルヲ至當トス

一 當事者雙方ノ出頭シタル場合

當事者カ第一審ニ於テ訴訟材料ト爲シタルモノヲ控訴審ニ於テ口頭ヲ以テ更ニ之ヲ提供スルハ固ヨリ違法ニアラス故ニ當事者カ第一審ニ於ケル訴訟材料ニ付キ控訴審ニ於テ口頭演述ヲ爲ス場合ハ何等ノ問題ヲ生スルコトナシ而シテ控訴審ニ於テハ新ニ辯論ヲ爲スヲ以テ原則トナス以上第一審ノ訴訟材料ハ之ヲ再ヒ控訴審ニ提供スルハ相當ニシテ此ノ如キ事項ニ關シテハ別段法文ノ規定ヲ必要トセサルカ如シ然ルニ第四一二條ニ於テ「當事者ハ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

辯論ノ結果ヲ演述ス可シトノ規定アリ而シテ茲ニ所謂第一審ニ於ケル辯論ノ結果トハ第一審ニ於ケル當事者ノ一定ノ申立事實上ノ主張證據方法等ハ勿論裁判所ノ事實上ノ判斷、法律上ノ見解、與ヘタル裁判等一切ヲ包含ス故ニ此規定ニ依レハ第二審ニ於テ裁判ヲ受クルニ必要ナル訴訟材料ニシテ既ニ第一審ニ提出セラレタルモノハ當事者カ控訴審ニ於テ口頭ヲ以テ更ニ提供スヘキ義務アルモノノ如シ今文字ニ拘泥シテ此規定ヲ解釋スルトキハ當事者ノ爲メニ訴訟ノ材料タルヘキモノハ當事者ニ於テ必ス之ヲ演述セサルヘカラス若シ之ヲ演述セサルトギハ訴訟ノ材料トナササルノ趣旨ナルカ如シ然レトモ此規定ハ果シテ斯ル解釋ヲ容ルヘキモノナルカ大ニ疑ナキヲ得ス予ハ却テ斯ル解釋ヲ否認スルモノニシテ當事者若シ第一審ノ訴訟材料ヲ提出セサルニ於テハ控訴裁判所ハ職權ヲ以テ其材料ヲ蒐集スルコトヲ得ルモノナリト信ス當ニ其材料ヲ蒐集シ得ルノミナラス之ヲ蒐集スヘキ責任アルモノト信ス蓋シ第一審ニ於テ當事者ノ提出シタル訴訟材料ヲ確定スルカ爲メニハ普通二種ノ書面ヲ作成ス一ハ口頭辯論調書ニシテハ判決書ナリ即チ判決中ノ事實ナル部分ニハ當事者ノ訴訟材料ヲ記載ス而シテ裁判所カ職權ヲ以テ第一審ノ訴訟材料ヲ採用スルハ右判決書及ヒ口頭辯論調書ニ依ルモノナリ今皮相ノ見ヲ以テスレハ第四一二條ト右述ヘタル二種ノ書面ノ作成トハ何等ノ關係ナキモノノ如シ然レトモ判決中ニ事實ヲ記載スルコト及ヒ調書ヲ作成スルコトノ性質ニ付キ深ク考フルトキハ第四一二條ノ規定ハ其意義自ラ明カナルヘシ抑モ判決書及ヒ口頭辯論調書ハ如何ナル目的ヲ以テ作成スルモノナルカ

裁判官ヲシテ擅斷ナル手續、違法ナル裁判ヲ爲サザラシメントスル亦其一理由ナラン然レトモ此理由ノミヲ以テ夫ノ極メテ繁雜鄭重ナル手續ヲ敢テセサルヘカラサルヤ殊ニ控訴審ノ裁判ナルモノハ第一審ノ裁判ノ當否ヲ判斷スルヲ以テ直接ノ目的トスルモノニアラス若シ彼ノ反對論者ノ言フカ如ク新ナル材料ノミヲ以テ更ニ裁判スルモノトセハ第一審ノ調書及ヒ判決書ノ記載ハ法律ノ命スルカ如キ鄭重綿密ナル手續ニ依ルノ必要存セサルナリ又當事者ノ記憶ヲ助クルカ爲メニ記載スルモノトシテハ國家ノ行爲トシテ餘リニ親切ニ過タルモノト云ハサルヲ得ス必スヤ他ニ其目的ノ存スルナキヲ得サルナリ試ニ此等ノ記載ニ依リテ知識ヲ得ルハ果シテ何人ナリヤト云フニ勿論上級審ニ於ケル裁判官其人ナルヘシ換言セハ右ノ書類ノ作成ハ上級審ノ裁判所ニ對シテ當事者ノ主張ヲ知ラシムルノ目的ヲ以テ最も重要ナルモノナリト信ス果シテ裁判所ヲシテ知識ヲ得セシメンカ爲メニ作成スルモノトセハ當事者ノ口ヲ藉リテ之ヲ知得スルト自己ノ目ニ依リテ知得スルトノ間ニ輕重ノ區別ヲ割セントスルカ如キハ謂ハレナキ不當ノ解釋ト云ハサルヘカラス

或ハ書面ニ依リテ訴訟材料ヲ蒐集スルハ口頭辯論主義ヲ無視スルニアラサルヤノ疑ナキニアラス若シ表面的ノ見解ヲ以テスレハ口頭辯論主義ニ牴觸スルモノノ如ク多數學者ノ所説及ヒ裁判例モ亦其口頭辯論主義ニ背反スルノ故ヲ以テ書面ニ依ル訴訟材料ヲ蒐集ヲ否認セリ然レトモ口頭辯論主義ナルモノハ當事者カ訴訟ノ材料ヲ裁判所ニ提供スルノ初ニ當リテ當事者ノ意思毫モ

他ノ掣肘ヲ受ケス圓滿ニ表示セラレンカ爲メニ口頭ニ依ラシムルモノナリ故ニ國家ノ機關カ當事者ハ果シテ如何ナル主張ヲ爲シタルヤヲ認證シタル以後ニ於テハ口頭辯論主義ナルモノハ別ニ價值アルモノニアラス言ヲ換ヘテ曰ヘハ國家機關ノ方面ヨリ見テ未タ訴訟材料ノ明確ナラサル場合ニ限リテ訴訟上適用セラルヘキ大原則ナリトス尤モ第一審ノ裁判所ニ於テハ既ニ明確ナリトスルモノ第二審ニ於テハ之ト反對ノ内容ヲ確ムルヤモ測リ難シ故ニ第二審ニ對シテハ其材料未タ明確ナラサルニアラスヤト疑ナキニアラス然レトモ同シク是レ國家機關ナリ一ノ機關カ當事者ノ主張ノ何タルコトヲ明確ニシタルニ拘ハラス他ノ機關ヲシテ之ヲ信認セシムルヲ得ナル理由ハ果シテ何レニアルヤ夫ノ公證人ノ作成セル公正證書ヲ國家尙ホ之ヲ信認ス況ヤ堂堂タル裁判所ノ明確ニシタルモノニ對シ之ヲ信認スルヲ躊躇スルノ理アラシヤ故ニ訴訟法ノ主義トシテハ下級審ニ於テ既ニ明確トナリタルモノハ上級審ニ於テモ亦明確ナルモノト認ムヘキヲ信ス從テ第一審ノ訴訟材料ヲ更ニ控訴審ニ提出セシムハ口頭ヲ以テスルノ必要アルコトナシ且民事訴訟ノ手續ニ於テ訴訟ノ材料ヲ書面ニ依リ蒐集スルハ敢テ右控訴審ニ於ケル事實蒐集ノ場合ノミニ限ラスシテ受命判事又ハ受託判事ノ面前ニ證據開ヲ爲シタルトキハ當事者ハ證據開ニ關スル審問調書ニ基キ其結果ヲ演述スヘキモノトナセリ(二六條一項)而シテ此規定ハ當事者カ若シ演述ヲ爲ササルトキハ裁判所ハ受命判事又ハ受託判事ノ爲シタル證據開ヲ證據ト爲スヲ得ストノ意義ナルカ予ハ其然ラサルヲ信ス既ニ當事者カ其演述ヲ爲ササル場合ニ於テモ尙ホ且

調書ノ記載ヲ採リテ證據ト爲スコトヲ得ヘキナリ此點ニ付テハ我國ノ實際上ニ於ケル手續モ亦同様ニシテ殆ト反對ノ解釋ヲ抱クモノナシ蓋シ此規定ノ主意ハ裁判官ニ注意ヲ與フル報告的ノ規定ニ過ギサルナリ第二二六條第二項ノ意義果シテ此ノ如シトセバ之ト同一文體タル第四二二條第一項ノ規定ノミ何故ニ之ト同一ニ解釋スル能ハザル乎蓋シ此ノ解釋ハ當事者ノ辯論ニ反對論者曰ク裁判所ノ構成ニ變更アリタル場合ニハ當事者ノ辯論ハ其變更ノ時ニ至ルマテハ調書ニ依リテ明確ニ記載セラルヘシ然ルニ此場合ト雖モ口頭辯論ハ之ヲ更新スルコト第二二三條ノ解釋ニ依リテ殆ト疑ナキ所ナリ而シテ此原則ハ第一審ト控訴等ノ辯論トノ關係ニモ亦適用セラヘキモノナルカ故ニ控訴審ノ辯論ハ同一審級ニ於テ判事ノ變更アリタル場合ハ辯論ヲ更新スヘキモノナリト實ニ論者ノ言フカ如ク同一審級ニ於テ判事ノ變更アリタル場合ハ辯論ヲ更新スヘキコト疑ナキ法理ナリ然レトモ右判事ノ變更アリタル場合ト控訴審ニ於ケル辯論ノ場合トハ其性質全ク異ナルモノナリト信ス抑モ當事者カ如何ナル材料ヲ提供シタルヤハ裁判所ノ判斷ヲ待テ始メテ知リ得ヘキ事項ナリ而シテ裁判所ノ判斷ハ判決書ノ事實中ニ揭示セラルルニ依リテ始メテ公トナルモノナリ然ルニ第一審ニ於テ判事ニ變更アリタル場合ハ裁判所ノ判斷未ダ決定セズ當事者カ如何ナル訴訟材料ヲ提出シタルヤハ之ヲ知ルニ由ナシ故ニ斯ル場合ニ於テハ未タ訴訟ニ干與シタルコトナキ判事ノ殘餘ノ判事ト共ニ當事者ノ提出シタル訴訟材料ノ如何ヲ判斷スルヲ得サルヤ明カナリ從テ其辯論全部ヲ更新スルノ必要アリトス勿論調書ニ記載サレタル

事項ニ依リテ訴訟材料ノ如何ヲ知ルヲ得ヘシト雖モ調書ノ記載ハ裁判所ノ判斷ニアラサルヲ奈何セン之ニ反シテ控訴審ノ場合ニハ第一審ノ訴訟材料ハ第一審判決ノ記載ニ依リテ確定セラルルヲ以テ控訴裁判所ハ其確定シタル事實ヲ容易ニ採用スルヲ得ヘキナリ蓋シ此ノ採用ハ第一審ニ於ケル辯論ノ結果即チ訴訟ノ材料トナスヲ得ストノ說ハ何等確固タル根據ナキノ議論タルヲ免カレス予ノ信スル所ニ依レハ控訴審ハ職權ヲ以テ第一審ニ於ケル訴訟材料ヲ採用シ控訴審ニ於ケル當事者ノ口頭辯論ト共ニ訴訟ノ材料ト爲スヲ得ヘタ又材料トシテ之ヲ採用スルノ義務アルモノトス蓋シ控訴審ノ辯論ナルモノハ第一審ニ於ケル辯論ト何等ノ關係ナキ獨立の辯論ニテラスシテ第一審ノ辯論ニ引續キタル辯論ナリ試ニ此說ヲ認レリトシテ當事者ノ控訴審ニ於ケル辯論ノミカ訴訟材料タルヘキモノトシ裁判所ヲ羈束スヘキモノハ當事者ノ演述ノミニ限ルモノトセバ如何ナル結果ヲ生スヘキヤ一言以テ之ヲ蔽ヘハ第一審ニ於ケル訴訟材料ヲ採用スルト否トハ全ク當事者ノ意思ニノミ因ルモノトナルヘシ詳言スレハ控訴審ノ辯論ナルモノハ當事者ノ意思如何ニ因リ或ハ第一審ニ關係ナク全ク新ナルモノトナリ或ハ第一審ノ訴訟材料ヲ採用スルト同時ニ之ヲ更新シ又ハ補充スルノ辯論トナリ結局控訴ノ辯論ノ性質ヲシテ當事者ノ意思ニ據ラシムルコトトナルヘシ故ニ當事者ハ第一審ニ於テ細密ナル審理ニ依テ得タル材料ヲ全部拋棄スルコトヲ得ヘシ若シ果シテ此ノ如クナラシキ訴訟手續中ノ骨髄タルヘキ簡易迅速及ヒ費用

節減等ノ趣旨ハ全ク没却スルノ結果ヲ見ルニ至ラン如何ニ當事者主義ヲ尊重スルトハ云ヘ此ノ如キ極端ナル主義ヲ認ムヘキノ理由存スルヤ立法者果シテ斯ル意見ヲ有シタルヤ否ヤ予ハ立法者カ此ノ如キ偏頗ナル意見ヲ有シタルコトヲ信スル能ハサルナリ然ラハ第四一二條第一項ノ規定ハ如何ナル目的ヲ以テ設ケラレタル者ナルヤ予ハ此規定ヲ以テ當事者カ裁判所ニ對シテ單ニ注意的ノ報告ヲ爲スヘキ旨ヲ定メタルニ過キサルモノト信ス尙ホ論者ハ第四一二條第二項ノ規定ヨリシテ立法ノ精神ハ裁判所カ若シ第一審ノ訴訟材料ヲ採用スル場合ニハ必スヤ口頭ヲ以テ之ヲ演述セシメサルヘカラサルコト意ハ明カナリト論スル者ナキニアラス然レトモ裁判所ハ當事者ノ演述ヲ強制スルヲ得サルカ故ニ若シ當事者カ任意ニ其演述ヲ更正補充セサル場合ニ於テハ裁判所ハ如何ナル手段ヲ以テ之ヲ演述セシムヘキヤ場合ニ依リテハ當事者全ク演述セサルモノトシテ裁判ヲ爲スカ若クハ不完全ナル演述ヲ基礎トシテ裁判ヲ爲スヘキヤ法ノ精神ハ此ノ如キ方法ヲ認メタルモノト信スルヲ得サルナリ然ラハ則チ歸スル所ハ裁判所ニ於テ職權ヲ以テ第一審ノ記録ヲ調査シ第一審ニ於ケル訴訟材料ヲ以テ控訴審ノ訴訟材料トシテ採用スヘキハ實ニ已ムヲ得サルナリ何トナレハ若シ然ラストセハ演述ノ不精確又ハ不完全ナルコトノ更正又ハ補充ナルコトナキニ至レハナリ要スルニ予ノ信スル所ヲ以テスレハ控訴裁判所ニ於テ裁判ノ材料ト爲スヘキモノハ其裁判所ニ於テ當事者ノ提供シタルモノハ勿論尙ホ次ニ述フル所ノモノヲ包含スルモノトス

第一審ニ於ケル訴訟材料ノ全部即チ第一審判決ノ事實中ニ掲ケラレタル事項ノ全體詳言スレハ當事者ノ一定ノ申立、事實上ノ主張及ヒ反對主張、證據方法、證據ニ對スル陳述、當事者ノ自白等ハ當然第二審ノ訴訟材料タルヘキモノナリ又判決書中ニ記載サレサルモノト雖モ證人ノ陳述、鑑定人ノ鑑定、檢證ノ結果等ノ掲ケラレタル口頭辯論圖書ノ記載等モ亦訴訟材料タルヘキコトハ勿論、不服ヲ申立テラレタル前ノ裁判モ共ニ訴訟材料タルヘキナリ殊ニ自白ニ付テハ第四一八條ヲ以テ特別ノ規定ヲ設ケタリ即チ「第一審ニ於テ爲シタル裁判上ノ自白ハ第二審ニ於テモ亦其效力ヲ有ス」ト此規定ハ第一審ニ於ケル裁判上ノ自白カ當然第二審ニ於テ訴訟ノ材料タルヘシトノ趣旨ナリ然ルニ此規定ノ存スルニ拘ハラス當事者カ第一審ニ於テ爲シタル自白モ相手方ニ於テ之ヲ引用スルニアラサレハ控訴審ノ訴訟材料タラスト論スル者アリテ大審院ノ採ル見解モ亦之ニ同シ然レトモ此議論ハ前ニ説明セル根本的ノ問題ヲ決スルニ依リ解決シ得ヘキ問題ナリト信ス然ラハ如何ナル必要アリテ此規定ヲ設ケタルカ曰ク此規定ハ後ニ説明スルカ如ク第一審ニ於テ主張シタル事實ハ第二審ニ於テ之ヲ更正スルコトヲ得然ルニ自白ニ至リテハ一定ノ條件アルニアラサレハ之ヲ取消スコトヲ得ス換言スレハ當事者カ第一審ニ於テ爲シタル自白ニ抵觸スル事實ヲ控訴審ニ於テ主張スルコトヲ得ヌ又裁判所モ第一審ニ於ケル自白ニ反對ナル事實ヲ認ムヘカラストノ趣旨ト解セサルヘカラス若シ此規定ナカリセハ當事者ハ控訴審ニ於テ新ナル事實ヲ提出シテ自白ニ反對ナル事實ヲ確定セシムルヲ得ルノ結果ヲ生スルニ至ルヘ

ケレハナリ此ノ如ク第一審ニ於テ爲シタル自白ハ當事者及ヒ裁判所ヲ羈束スルモノトシテ而シテ裁判所ヲ羈束スル訴訟材料ハ自白ノ外尙ホ一アルヲ見ル即チ第一審ノ爲シタル裁判ニシテ之ニ對シテハ絕對ニ不服ノ申立ヲ許ササルモノ及ヒ不服ノ申立ヲ許ス裁判ニシテ最早不服ノ申立タルコトヲ得サルニ至リタルモノ是ナリ此等ノ裁判ハ當事者ノ主張如何ニ拘ハラス控訴裁判所ハ當然之ヲ其訴訟材料トナササルヘカラサルナリ又新提出權ノ行使ハ第一審ノ裁判ニ對シテハ右述ヘタル自白及ヒ裁判ヲ除ク以外ノ材料ニ關シテハ當事者ハ之ニ反對ノ新ナル材料ヲ提出スルコトヲ得ヘク又第一審ニ於ケル事實ヲ補充スル他ノ事實ヲ提出スルコトヲ得ヘシ蓋シ控訴審ノ訴訟手續ニ付テハ地方裁判所ノ第一審ノ訴訟手續ヲ準用スヘキモノナルカ故ニ(四〇八條)當事者ハ判決ニ控著スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ攻擊防禦ノ方法ヲ提出スルコトヲ得(二四條、四一五條)而シテ當事者カ控訴審ニ於テ新ニ事實及ヒ證據方法ヲ提出スルノ權利ヲ學問上新提出權ト稱ス民事訴訟法ハ此ノ如キ新提出權ヲ認メ當事者ヲシテ第一審ニ於ケル事實及ヒ證據方法ト異ナルモノヲ提出スルコトヲ得セシメ又第一審ノ事實及ヒ證據方法ヲ補充スルコトヲ得セシム而シテ此等ノ新提出權ニ基キ提出シタル訴訟材料ハ控訴審ニ於ケル訴訟材料タルヘキコト勿論ナリ唯茲ニ注意スヘキハ新ニ提出スヘキ事實及ヒ證據方法ハ其範圍ニ關シテ制限ナシト雖モ第一審ニ於テ確定シタル自白ニ反對ノ趣旨ヲ含マサルコト又ハ第一審ノ確定裁判ニ反對

ノ主意ヲ含マサルコトヲ要スルノ制限アルコト是ナリ又以上ニ於テ自白ト云ヘルハ明カニ表示サレタル自白ヲ指稱スルモノニシテ所謂推定自白ニ及ハサルナリ第一審ニ於テ爭ハス又ハ他ノ陳述ヨリシテ爭ハレサルコトノ明ナル事實ハ自白ノ推定ヲ受クルモ第二審ニ於テハ其爲ササリシ陳述又ハ爭ハサリシ陳述ヲ爲スコトヲ得第四一七條ニハ事實又ハ證書ニ付キ第一審ニ於テ爲ササリシ陳述又ハ拒ミタル陳述ハ控訴審ニ於テ之ヲ追完スルコトヲ得トアリ故ニ此規定ニ依リテ第一審ニ於テ被ハリタル不利益ノ結果ヲ矯正スルコトヲ得ヘシ又第一審ニ於テ本人訊問アリタル場合ニ其本人カ供述ヲ爲ササリシニ因リテ被ハリタル不利益ノ結果モ右ノ規定ニ依リテ控訴審ニ於テ之ヲ追完スルコトヲ得ヘシ(三六三條)而シテ新ニ材料ヲ提出スルハ獨リ當事者ノミニ止マラス裁判所モ亦職權ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得即チ裁判所ハ職權ヲ以テ檢證又ハ鑑定ヲ命スルコトヲ得(一一七條)加之裁判所ハ職權ヲ以テ第一審ニ於ケル證人ノ再訊問ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ(三一七條)此等ノ新ニ提出サレタル材料ハ總テ控訴審ニ於ケル訴訟ノ材料タルヘキモノナリ

新提出權ニハ自白ト裁判トニ關スル二個ノ制限アルノ外他ニ何等ノ制限ナキカ如ク感セラルルモ尙ホ抗訴ノ抗辯ニ關スル制限アルヲ以テ更ニ此點ニ付キ説明ヲ爲ササルヘカラス被告カ有效ニ拋棄スルコトヲ得サル抗訴ノ抗辯即チ裁判所カ職權ヲ以テ調査スヘキ抗訴ノ抗辯ハ勿論何等ノ制限ヲ受クルコトナクシテ控訴審ニ於テ之ヲ主張スルコトヲ得元來此ノ如キ抗訴ノ抗辯ハ當

事者ノ主張ヲ待チテ初メテ之ヲ調査スヘキ性質ノモノニアラス裁判所カ事件ニ付キ裁判ヲ爲スノ前提トシテ職權ヲ以テ其訴訟條件ノ欠缺アリヤ否ヤヲ調査スヘキ事項タリ之ヲ抗辯ト稱スルハ或ハ其性質ヲ誣ユルノ嫌ナキニアラス故ニ此ノ如キ抗辯ハ無制限ニ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス有效ニ之ヲ主張スルコトヲ得ルモノナリ今此抗辯ニ屬スルモノヲ列舉スレハ(一)無訴權ノ抗辯(二)裁判所ノ管轄ニ付キ有效ナル明示又ハ默示ノ合意ナキトキ(二九條乃至三一條ニ於ケル裁判所ノ管轄違ノ抗辯(三)訴訟能力欠缺ノ抗辯及ヒ法律上代理欠缺ノ抗辯(二〇六條)等是ナリ唯民事訴訟法第七條ニ地方裁判所ノ判決ニ對シテハ其事件カ區裁判所ノ事物ノ管轄ニ屬スヘキノ理由ヲ以テ之ニ對シテ不服ヲ申立ツルヲ得サル旨ノ規定アルカ故ニ被告カ地方裁判所ニ於テ事件ハ區裁判所ノ事物ノ管轄ニ屬スヘキモノナリトノ抗辯ヲ提出シタルニ拘ハラス地方裁判所カ其管轄權ヲ認メタル場合ニ於テハ事物ノ管轄違ノ抗辯ヲ主張スルコトヲ得サルナリ而シテ右ノ如ク被告カ第一審ニ於テ事物ノ管轄違ヲ主張シタル場合ト雖モ控訴審ニ於テハ再ヒ其管轄違ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得サルカ故ニ第一審ニ於テ之ヲ主張セザリシトキニ於テハ控訴審ニ於テ之ヲ主張シ得サルコト勿論ナリ即チ管轄ノ合意アリシモノトナルナリ此例外アルノ外裁判所カ職權ヲ以テ調査スヘキ妨訴ノ抗辯ハ控訴審ノ如何ナル程度ニ於テモ之ヲ提出スルコトヲ得ヘシ然ルニ以上説明シタル所ニ反シ被告カ有效ニ拋棄スルコトヲ得ヘキ妨訴ノ抗辯アリ換言スレハ被告ノ主張ヲ待チテ初メテ訴訟ノ材料ト爲スヲ得ヘキ妨訴ノ抗辯即チ裁判所

カ職權ヲ以テ調査スヘカラサル訴訟條件ノ欠缺ナルモノアリ今之ヲ列舉スレハ(一)權利拘束ノ抗辯(二)訴訟費用保證ノ欠缺ノ抗辯(三)再訴ニ付キ前訴訟費用未済ノ抗辯(二〇六條、四一四條一項)(第二〇六條ニハ尙ホ延期ノ抗辯ナルモノアリト雖モ此抗辯ハ新民法ノ實施ト共ニ其適用ナキコトナレリ)是ナリ此等ノ抗辯ハ控訴審ニ於テハ新ニ之ヲ主張シ得サルヲ本則トシ例外トシテ第一審ニ於テ此抗辯ヲ提出スル能ハサリシハ自己ノ過失ニアラザリシコトヲ主張シ且其實實ヲ疏明スル場合ニ限り之ヲ提出スルコトヲ得ルノミ(四一四條一項)故ニ若シ被告カ此條件ニ反シテ過失ナキノ事實ヲモ主張セス且之カ疏明ヲモ爲ササルトキハ裁判所ハ其抗辯ノ内容ニ付キ判斷ヲ爲スノ必要アラサルナリ然リ而シテ控訴審ニ於テハ提出スヘキ妨訴ノ抗辯ニ付キ制限アルノミナラス妨訴抗辯ノ辯論ニ付ラモ亦制限アリ即チ第一審ニ於テハ被告カ妨訴抗辯ニ基キテ本案ノ辯論ヲ拒ムトキハ其抗辯ニ付ラモ亦辯論ヲ爲スヘキモノナレトモ(二〇七條一項)控訴審ニ於テハ之ニ反シテ本案ノ辯論ハ妨訴ノ抗辯ニ基キテ之ヲ拒ムコトヲ得ス唯裁判所カ職權ヲ以テ妨訴抗辯ニ付キ分離シタル辯論ヲ命スルコトヲ得ルノミ(四一四條二項)

二 當事者一方ノ闕席シタル場合

第一審ニ於ケル訴訟材料カ控訴審ニ於テモ當然訴訟ノ材料タルヘキ原則ハ當事者カ闕席シタル場合ニモ亦認メラル而モ此場合ニ於テハ當事者ノ雙方カ出頭シタル場合ニ比シ一層適切ニ認メラルモノナリ勿論控訴人カ口頭辯論期日ニ出頭セサルトキハ第一審ニ於テ原告ノ出頭セザリ

シ場合ノ如ク出頭シタル被控訴人ノ申立ニ因リ控訴ヲ棄却スル旨ノ關席判決ヲ言渡スヘキモノナルカ(四二八條)故ニ控訴人關席ノ場合ハ訴訟材料蒐集ニ關スル原則ノ適用ナシト雖モ被控訴人ノ關席ノ場合ハ其原則ノ適用ヲ見ルニ至ルヘシ尙ホ控訴人關席ノ場合ニ於ケル辯論ニ關シテ一言注意ヲ要スヘキコトアリ即チ控訴人ノ關席シタル場合ト雖モ控訴裁判所ハ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス職權ヲ以テ訴訟條件ノ存否ニ關スル調査ト控訴力適法ナルヤ否ヤノ調査ヲ爲スヘキモノナリ故ニ被控訴人ニ於テ控訴人ノ關席セルカ故ニ關席判決ノ言渡アランコトノ申立ヲ爲シタル場合ト雖モ直チニ關席判決ヲ爲スハ其手續ヲ誤レルモノナリ裁判所ハ其訴訟ニ付キ管轄權アリヤ否ヤ當事者ニ訴訟能力アリヤ否ヤ又代理ノ適法ナルヤ否ヤ等ヲ調査シ若シ其一ニシテ缺タルトキハ關席判決ヲ爲スコトナクシテ非關席判決即チ對席判決ヲ爲スヘキモノナリ尙ホ之ニ先チテ控訴裁判所ハ控訴ノ許スヘキヤ否ヤ控訴力期間内ニ提起セラレタルヤ否ヤ控訴ノ方式ノ適法ナルヤ否ヤヲ調査シ其一ニシテ缺タルトキハ控訴ヲ不適法トシテ却下スヘキモノナリ此場合ニ於テハ出頭シタル被控訴人ニ於テモ裁判所ニ對シ訴訟條件ニ關スル材料及ヒ控訴ノ適否ニ關スル材料ヲ提出スルヲ得ヘキナリ

被控訴人カ口頭辯論期日ニ出頭セサルトキハ裁判所ハ職權ヲ以テ第一審ノ訴訟材料ヲ採用スヘキハ我民事訴訟法ノ認メタル原則ナリ第四二九條ニ曰ク被控訴人口頭辯論ノ期日ニ出頭セサル場合ニ於テ出頭シタル控訴人ヨリ關席判決ノ申立ヲ爲ストキハ第一審裁判ノ憑據ト爲リタルモノニ抵觸セサル控訴人ノ事實上ノ陳述ハ被控訴人之ヲ自白シタルモノト看做シ且第一審裁判所ノ事實上ノ確定ヲ補充シ若クハ辯駁スル爲メ控訴人ノ申立タル適法ノ證據調ハ既ニ之ヲ爲シ及ヒ其結果ヲ得タルモノト看做シ關席判決ヲ爲スト此規定ニ依レハ第一審裁判所ニ於テ被告ノ關席シタル場合ニ原告ノ口頭供述ハ被告之ヲ自白シタルモノト看做スト定メタル第二四八條ノ規定ハ控訴審ニ於テハ其適用ヲ許ササルヲ以テ原則トセルカ如シ從テ控訴人ノ演述セル事實關係ハ全部被控訴人ニ依リ自白サレタルモノト認メサルナリ若シ控訴裁判所ノ材料ヲ以テ第一審ニ對シ獨立のモノトセハ此規定ハ大ニ不條理ナリト云ハサルヘカラス既ニ控訴人ノ主張セル事實ノ全部カ自白サレタルモノニアラストナストキハ如何ニシテ裁判所ハ其判斷ヲ爲スヘキカ又此場合ニ於ケル訴訟材料タルヘキモノ如何此問題ヲ決センニハ左ノ二箇ノ事項ニ付キ説明ヲ爲ササルヘカラス

(イ) 控訴裁判所ハ控訴人ノ供述シタル事實關係カ第一審ニ於テ當事者雙方ノ供述シタル所ト同一ナルヤ否ヤ抵觸スル所ナキヤ否ヤヲ調査スヘキモノトス而シテ之カ調査ヲ爲スニ當リ第一審ノ供述其モノハ控訴人ノ演述ニ於テ之ヲ知ルヘキヤ又ハ第一審ノ供述ハ判決中ニ明確ニ記載サルヲ以テ其記載ヲ基礎トシテ之ヲ知ルコトヲ得ルヤ否ヤ所謂口頭辯論主義ニ依レハ第一審ニ於テ爲サレタル辯論ノ結果ハ必スヤ控訴人ノ演述ニ俟タサルヘカラス然レトモ若シ控訴人カ第一審ニ於ケル辯論ノ結果ヲ演述セサルトキハ強テ之ヲ演述セシムルコトヲ得サル

カ故ニ裁判所ハ第二審ニ於ケル供述ト第一審ニ於ケル供述トカ牴觸スルヤ否ヲ調査スヘキ
途ナキナリ然ラハ此場合ニ於テハ關席判決ヲ與フルノ責任消滅スヘキ第四二九條ニ依レハ
第一審裁判ノ憑據トナリタルモノニ牴觸セサル控訴人ノ事實上ノ演述ハ云云ト規定セリ而シ
テ其前文ニ關席判決ノ申立ヲ爲ストキハ云云トアリテ控訴人カ關席判決ノ申立ヲ爲シ事實關
係ヲ述フルトキハ控訴裁判所ハ職權ヲ以テ其供述ト第一審ノ訴訟材料ト比較スヘシトノ趣
意ナルコトヲ知ルヲ得ヘシ茲ニ第一審裁判ノ憑據トナリタルモノトハ抑モ何ヲ指スヤ或ハ第
一審裁判所カ判斷シタル事實其モノナリ換言セハ當事者カ如何ナル事實ヲ裁判所ニ提出シタ
ルヤヲ裁判所カ表示セル其事實ヲ云フニアラスシテ其事實中裁判所カ眞實ナリト認メタル事
實若クハ不眞實ナリト認メタル事實其モノナリト説ク者アリ形式的ニ之ヲ言ヒ表ハストキハ
判決ノ事實ト云ヘル中ニ掲ケラルルモノヲ云フニアラスシテ理由中ニ在ルモノヲ云フナリ然
レトモ此説ハ大ニ其解釋ヲ誤レルモノト云ハサルヘカラス蓋シ第一審裁判ノ憑據トナリタル
モノトハ第一審裁判所カ判決ノ事實中ニ指示シタル一切ノ係争關係ヲ包括シテ之ヲ指稱スル
モノナリト信ス(二三六條二號)換言スレハ當事者ノ主張セル事實ノ確定ナリ然レトモ茲ニ
確定ト云ヘル文字ノ意味ハ夫ノ判決ノ確定ト云フカ如キ意味ニアラスシテ裁判所カ當事者ニ
於テ如何ナル事實ヲ主張シタルヤ明確ニシタル行爲ノ意味ニ於テ云フナリ而モ第一審判決ノ
憑據トナリタルモノト云フトキハ控訴人カ第一審ニ於テ主張シタル事實ノミヲ云フニアラス

シテ控訴人ト被控訴人トノ雙方カ主張シタル事實ヲ包括ス是故ニ原告ノ主張ニ對シテ被告カ
之ヲ争フトキハ其事實ハ當事者間ニ於テ争ハレタルモノトシテ確定セラレタルモノナリ要ス
ルニ第一審ニ於ケル當事者ノ攻撃防禦ノ方法ヲ總括シタルモノトス第一審ニ於ケル此等ノ材
料ニ付テハ控訴裁判所ハ職權ヲ以テ之ヲ調査スヘキモノナリ換言セハ第一審判決ノ憑據トナ
リタル事項ハ恰モ控訴審ニ於テ其形ノ儘ヲ以テ提出サレタルコトトナルヘキナリ故ニ控訴裁
判所ハ控訴人カ控訴審ニ於テ主張スル事項カ右ニ述ヘタル第一審ノ訴訟材料ト牴觸スルコト
ナキヤ否ヤヲ調査スヘシ今其如何ナル供述カ牴觸スヘキヤヲ考フルニ第一審ニ於テ相手方ヨ
リ或事實カ争ハレタルニ拘ハラズ控訴審ニ於テ其事實ヲ眞實ナリト主張スルカ如キハ是レ即
チ第一審判決ノ憑據ニ牴觸スルモノナリ何トナレハ第一審ノ確定セル所ニ依レハ其事實ハ當
事者間ニ於テ争ハレタルモノナリ然ルニ控訴人ノ主張スル所ハ第一審ト同一ノ事實ナルモ其
争ハレタル事實ノ主張ナキノ點ニ於テ明カニ牴觸ノ結果トナルヘシ控訴人カ此ノ如キ牴觸セ
ル事實ヲ主張スル以上ハ縱令關席判決ヲ受クル場合ナリト雖モ之ヲ證據方法ヲ申立テサルヘ
カラス此條控訴人ノ主張事實ハ第一審ト異ナリ自白アリタルモノト看做サルコトナクシテ
唯第一審ノ事實ニ牴觸セサル事實ノミカ自白サレタルモノト看做サルナリ又控訴人ハ第一
審ニ於テ主張シタル事實ヲ補充シ若クハ補正スコトヲ得ヘク又相手方ノ主張事實ヲ辯駁スル
爲メ新ナル事實ヲ主張スルコトヲ得此ノ如キ場合ニ於テハ其供述ハ多クハ第一審ノ憑據タル

事實ニ抵觸スルモノナリ故ニ此場合ニ於テモ此事實ハ明白ナレタルモノト看做スコトヲ得ス
シテ其證據ノ申出ヲ爲ササルヘカラス右ノ如ク證據申出ノ必要アリト雖モ其證據ニ付キ取調
ヲ爲スノ必要ヲ存セス控訴人ハ單ニ證據ノ申出ノミヲ爲スヲ以テ足ル而シテ控訴裁判所ハ事
實證據ノ取調ヲ爲サスシテ其結果ヲ得タルモノト看做シ控訴人ノ主張シタル事實ヲ是認スル
モノナリ今例ヲ舉ゲテ之ヲ説明スレハ原告カ貸金ノ請求ヲ爲シタル場合ニ被告ハ之ニ對シテ
既ニ辨濟シタル旨ノ理由ヲ以テ其主張ヲ争ヒタリ然ルニ其被告ハ事實ノ證明ヲ爲サザリシ爲
メ敗訴ノ言渡ヲ受ケ而シテ控訴審ニ於テモ被告ハ復復自己カ辨濟ヲ爲シタル旨ノ主張ヲ爲シ
タリ此事實ハ第一審ノ證據トナリタル事實ニ抵觸スルモノナリ何トナレハ辨濟ヲ爲シタリト
ノ事實ハ第一審ニ於テ原告ノ争フ所ナレハナリ故ニ此場合ニ於テハ被告カ控訴審ニ於テ辨濟
ノ事實ヲ主張スルモ其事實ハ明白ナレタルモノト看做サレズ被告カ辨濟ノ事實ヲ有效ニ主張
セント欲セハ其材料ノ如何ヲ問ハス辨濟ノ事實ヲ證スヘキ證據方法ヲ提出セサルヘカラス而
シテ其證據方法ハ其内容ノ如何ヲ問ハス苟モ適法ノ證據方法ナル以上ハ茲ニ辨濟ノ事實ハ證
明サレタルモノト看做サレ關席判決ヲ言渡スヘキモノトス

(ロ) 控訴人ノ事實上ノ供述中第一審ノ判決ノ證據ニ抵觸セサルモノトハ如何ナルモノヲ云フ
ヤ第一審ノ事實ニ全ク關係ナキ新ナル事實即チ是ナリ控訴人カ此ノ如キ事實ヲ供述スル場合
ニハ其事實ハ第一審ノ被告關席ノ場合ニ於ケル推定自白ノ如ク其事實ハ相手方カ之ヲ自白シ

タルモノト看做サルモノトス(二四八條)

以上説明シタル所ニ依レハ控訴審ニ於テ控訴人ノ供述カ第一審判決ノ證據ト爲シタルモノニ抵
觸スルヤ否ヤヲ調査スルニハ必スシモ控訴人ノ口頭供述ノミニ依ルモノニアラサルコト明カナ
リ故ニ或學者ノ如ク第一審判決ノ證據ノ如何ナルモノタルヤハ控訴人ノ口頭供述ニ俟タサルヘ
カラスト主張スルハ謬リナリ裁判所ハ當事者ニシテ強テ之ヲ供述セシムルコトヲ得ス殊ニ當事
者カ虛偽ノ材料ヲ以テ第一審ニ提出シタルモノナリトナシタルトキト雖モ裁判所ハ尙關席判
決ヲ爲ササルヘカラスヤ此ノ如キ關席判決ハ果シテ第四二九條ノ精神ニ適フモノナリヤ蓋シ
裁判所ハ斯ル場合ニハ結局職權ヲ以テ第一審判決ヲ調査シ其證據ト爲リタル事實ヲ判斷シテ以
テ判決ノ材料トナスノ外ナカルヘシ論者ノ所說ハ口頭辯論ナル言語ニ拘泥スルノ弊ナキヲ得ン
ヤ

第五節 控訴ノ判決

控訴ノ判決ニ付テモ亦第一審ノ判決ニ關スル規定準用セラルル原則トス(四〇八條)故ニ判決
ハ如何ナル時ニ之ヲ爲スヘキヤ判決ノ形式如何及ヒ結局判決ノ中間判決ノ區別如何等ノ問題
ハ亦第一審ノ判決ニ關スル規定ニ依リテ之ヲ決スヘキモノナリ故ニ本節ニ於テ説明スヘキ點ハ
控訴ノ判決ニ固有ナル規定ノミニ限ル

控訴ノ判決ヲ其性質ヨリ區別スルトキハ二箇ノ種類アリ一ハ控訴ノ判決トシテ普通ナルモノ他
ノ一ハ之ニ反スルモノ是ナリ而シテ控訴ノ判決トシテ普通ナルモノヲ更ニ二種ニ分ツコトヲ得
ヘシ即チ控訴ノ適否ニ付テノ判決及ヒ訴訟物タル請求若クハ法律關係ニ付テノ判決是ナリ而シ
テ其請求若クハ法律關係ニ付テノ判決ヲ通常事件ニ付テノ判決ト稱ス

控訴裁判所カ控訴ニ付テノ辯論ヲ開キタルトキハ先ツ職權ヲ以テ控訴ヲ許スヘキヤ即チ前ニ控
訴ノ條件トシテ説明シタル一乃至四ノ要件ヲ具備セリヤ否ヤ又控訴ハ法律上ノ法式ニ從ヒテ提
起サレタルヤ否ヤ(四〇一條)又控訴ハ法律上ノ期間内ニ提起サレタルヤ否ヤ(四〇〇條)等
ノ諸點ヲ調査スヘキモノトス而シテ此等ノ條件ヲ具備セル場合ニハ控訴ヲ適法トシテ受理スル
旨ノ判決ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ是レ中間判決ノ一ニシテ通常此判決ハ之ヲ爲サスシテ
事件ニ付テノ裁判ヲ爲ス場合ニ其判決ノ理由中ニ控訴ノ適法ナルコトヲ宣言スルヲ以テ足ル然
ルニ實際上ノ取扱ニ於テハ此宣言スラ之ヲ爲スコトナシ右ニ反シテ前ニ述ヘタル要件ノ内一箇
タモ之ヲ缺クトキハ其控訴ヲ不適法ノモノトシテ棄却スル旨ノ判決ヲ爲スヘキナリ而シテ此控
訴ヲ棄却スル判決ハ其主文中ニ不適法ナル文字ヲ附加シテ他ノ控訴棄却ノ判決ト之ヲ區別ス
(四一九條)不適法トシテ控訴ヲ棄却スル判決ハ其性質上ヨリスレハ裁判所ハ控訴ノ關係ヲ有效
ニ惹起スコトヲ欲セサルノ意思ヲ發表スルモノナリ而シテ此判決ハ當事者一方ノ闕席セル場合
ト雖モ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ又控訴ヲ適法ト宣言スル中間判決及ヒ不適法トシテ棄却スル場合

判決ハ其ニ控訴ノ適否ニ付テノ判決ナリ然レトモ此等ノ判決中主トシテ説明セントスルハ不適
法トシテ控訴ヲ棄却スル旨ヲ宣渡ス所ノ判決ナリトス

控訴審ニ於テ事件ニ付キ宣渡ス判決即チ控訴ノ適否ニ關セシテ請求若クハ法律關係其モノニ
付テ宣渡ス判決モ亦之ヲ二種ニ分ツコトヲ得ヘシ

一 控訴ヲ理由ナシトシテ之ヲ却棄スル判決 控訴ヲ理由ナシトシテ之ヲ棄却スル旨ノ判決ハ
控訴ノ全部ニ對シテ爲スヲ得ヘク又其一部ニ對シテ爲スコトヲ得ヘシ(四二六條)

二 控訴ノ全部又ハ一分ヲ理由アリトスル判決 此判決ハ如何ナル主文ニ於テ宣渡スヘキヤ第
一審ノ判決ヲ廢棄スルノミニ止マラス尙ホ進ンテ訴訟物ニ付キ新ナル判決ヲ爲スモノナリ而
シテ此判決ノ主文ハ從來ノ慣例ニ依レハ第一審ノ判決ヲ廢棄シ被告ハ云云ノ事ヲ爲スヘシト
ノ形式ヲ以テ示サレタリ然ルニ近來裁判所ニ於テ下ス判決ヲ見ルニ少シク其形式ヲ改メ即チ
(第一審判決ヲ左ノ如ク變更ス原告ノ訴ハ之ヲ却下ス云云)トノ形式ヲ以テセリ此(變更云云)
ノ形式ハ訴訟法ノ規定ニ適合スルモノナリト信ス

以上述ヘタル所ハ控訴ノ適否ニ付テノ判決及ヒ請求又ハ法律關係其モノニ付テノ判決ニシテ此
二箇ノ判決ハ控訴審ニ於ケル判決ノ通常ナルモノナリ然ルニ控訴審ノ判決ニシテ例外ノ形式ヲ
成ス判決アリ即チ控訴裁判所カ控訴ヲ棄却シ尙ホ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スノ判決及ヒ第一
審ノ判決ヲ廢棄シテ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スノ判決即チ所謂差戻判決ト稱スルモノ是ナリ

此判決ハ控訴ノ理由アルト否ラサルヲ問ハス之ヲ言渡スコトヲ得ルモノトス唯控訴カ適法ニ提起サレタル場合ナラサルヘカラス何トナレハ若シ控訴ノ提起ニシテ不適法ナランカ裁判所ハ先ツ控訴ノ適否ヲ調査スルノ結果其控訴ヲ不適法トシテ棄却スルニ至ルヘキ故ニ差戻ノ判決ヲ爲スノ手續ニ至ラスシテ止ムヘケレハナリ而シテ差戻ノ判決ニモ亦二ノ種類アリ其一ハ控訴裁判所カ義務トシテ差戻判決ヲ爲スヘキ場合ニシテ他ノ一ハ差戻判決ヲ爲スト爲ササルトハ裁判所ノ選擇權内ニアル場合ナリ而シテ義務トシテ差戻判決ヲ爲スヘキ場合ハ法律上特ニ定メタル場合ニ於テ控訴裁判所カ事件ニ付キ尙ホ第一審ノ辯論ヲ必要ナリト認メタルトキニ之ヲ言渡スモノナリ(四二二條)此場合ニ於テハ控訴裁判所ハ第一審ノ判決ヲ廢棄シ若クハ控訴ヲ棄却スルノ旨ノ判決ヲ爲スノ外事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス旨ノ判決ヲ言渡ササルヘカラス斯ル判決ヲ言渡スヘキ場合トシテ法律上特定サル場合ハ左ノ如シ

一 不服ヲ申立ラレタル判決カ關席判決ナルトキ 此場合ハ民事訴訟法第二六三條第二項及ヒ第一七七條第二項ノ規定ニ依リ關席判決ニ對シテ最早故障ヲ申立ツルコトヲ得サルニ至リシ場合ナリ然ルニ此關席判決ニ對シテ第三九八條ノ規定ニ從ヒ懈怠ナカリシコトヲ理由トシテ控訴人カ控訴ヲ爲シタル場合ニ其控訴ニシテ理由ナキトキハ之ヲ棄却スルノミヲ以テ足リ別ニ差戻判決ヲ爲スノ必要ナシ然レトモ其控訴カ理由アル場合ニ於テハ第一審ニ於テ事件ニ付キ尙ホ辯論ヲ爲スヲ必要トスルカ故ニ控訴裁判所ハ第一審ノ關席判決ヲ廢棄スルノ判決ヲ爲

スノ外事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス旨ノ言渡ヲ爲スヘキモノトス(四二二條一號)

二 不服ヲ申立ラレタル判決カ關席判決ニ對スル故障ヲ不適法トシテ棄却シタルモノナルトキ 第一審裁判所カ關席判決ヲ爲シ之ニ對シテ故障ノ申立アリタル場合ニ第一審裁判所ハ其故障ヲ不適法ナリトシテ棄却シタリ控訴人ハ此判決ニ對シテ控訴ヲ提起シタルニ控訴裁判所ハ故障ヲ不適法ノモノナリト認メタル場合ニハ差戻ノ問題ヲ生セスト雖モ第一審ニ於ケル故障ハ適法ナリ從テ控訴人ノ控訴ハ理由アルモノナリト認メタル場合ニ於テハ控訴裁判所ハ第一審ノ判決ヲ廢棄シ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキモノトス(四二二條二號)

三 不服ヲ申立ラレタル判決カ抗訴ノ抗辯ノミニ付キ裁判ヲ爲シタルモノナルトキ 抗訴抗辯ノミニ付キ爲シタル裁判トハ如何ナル裁判ヲ指スヤ解釋ノ如何ニ依リ二箇ノ場合ヲ含ムモノト見ルヲ得ヘシ一ハ抗訴ノ抗辯ヲ理由アリト爲シ之ニ基キ訴ノ却下ヲ言渡シタル判決一ハ抗訴ノ抗辯ヲ理由ナシト爲シ之ヲ棄却スト言渡シタル判決是ナリ然レトモ茲ニ抗訴ノ抗辯ノミニ付キ爲シタル判決トハ此二ノ場合ヲ包含スルモノニアラスシテ單ニ抗訴ノ抗辯ヲ棄却スル判決(二〇七條二號)ノミヲ指稱スルモノニシテ抗訴ノ抗辯ニ基キ訴ヲ却下スル判決ヲモ包含セシムルモノニアラスト信ス或判決例ニ於テハ抗訴ノ抗辯ノミニ付キテ爲シタル裁判ト云ヘル語ハ其意義廣キヲ以テ前二箇ノ場合ヲ包含スト爲スモノアリ又或解釋ニ依ルトキハ全ク前述予輩ノ解釋ト反對ニ抗訴ノ抗辯ノミニ付テノ裁判ト云ヘルハ抗訴ノ抗辯ニ基キ訴ヲ却下

スル裁判ノミ指摘スト論スルモノアリ其理由ニ曰ク妨訴ノ抗辯ヲ棄却スル判決ハ事件ノ全體ニ付キ言渡シタル判決ニアラス其實質タルヤ是レ一箇ノ中間判決ナリ故ニ此判決ニ對シテ控訴ヲ爲ス場合ニハ抑モ如何ナルモノカ控訴裁判所ニ繫屬スルヤ其繫屬スルヘキモノハ單ニ妨訴抗辯ノ適否ニ付テノ爭ナリ從テ請求其モノニ關スル事件ハ尙ホ舊ノ如ク第一審裁判所ニ殘留スルニアラスヤ然ルニ第四二二條ニ於テ事件ヲ差戻ストアル以上ハ事件其モノカ控訴審ニ繫屬シタル場合ナラサルヘカラス中間ノ爭ノミニ付キ判斷ヲ爲ス場合ハ差戻スヘキ事件ナルモノ存セサルニアラスヤ之ニ反シテ妨訴ノ抗辯ニ基キテ訴ヲ却下シタル場合ニ其判決ニ對シテ控訴ヲ提起スルトキハ事件全體カ控訴審ニ繫屬スルカ故ニ此場合ニ於テ始メテ差戻スヘキ事件ノ存在スルヲ見ルニアラスヤト此說ハ外觀上巧ニ立論シ得タリト雖モ實際ニ於テ其所謂ヲ貫ク能ハサル場合アルヘシ何トナレハ控訴裁判所ニ於テ第一審ノ見解ノ如ク妨訴ノ抗辯ヲ理由ナシト認ムルトキハ如何ナル判決ヲ與フヘキヤ蓋シ茲ニ事件ヲ以テ反對論ノ如ク解釋スルハ必スシモ正當ナル見解ニアラサルヘシト信ス抑モ妨訴ノ抗辯ニ基キ訴ヲ却下スル判決ハ妨訴ノ抗辯ノミニ付キ言渡ス判決ニアラスシテ事件其モノニ付テノ判決ナリ何トナレハ妨訴ノ抗辯ニ基キ訴ヲ却下スルノ判決ハ訴訟關係ヲ惹起サシメサルコトヲ宣言スルノ判決ナルヲ以テ事件全體ニ對スル判決ナリト云ヒ得ルカ故ナリ之ニ反シテ妨訴ノ抗辯ノミニ付テノ判決ナルモ

ノハ妨訴ノ抗辯ヲ如何ニ裁判所カ認ムルカヲ宣言スルノ判決ト見サルヘカラス換言スレハ裁判所ハ判決ノ主文ニ於テ妨訴ノ抗辯ニ付キ其意見ヲ發表シタルモノナラサルヘカラス否ラサレハ妨訴ノ抗辯ノミニ付キ爲シタル裁判タラサルナリ而シテ妨訴ノミニ付テ裁判所カ是非ノ宣言ヲ與フル判決ハ第二〇七條第二項ノ判決ニ限ル是レ予カ第二〇七條第二項ノ判決ノミヲ以テ茲ニ所謂妨訴ノ抗辯ノミニ付キ爲シタル判決ナリト云フ所以ナリ故ニ妨訴ノ抗辯ヲ棄却スル判決ニ對シテ控訴ヲ爲シタル場合ニ控訴裁判所カ第一審ノ裁判ノ如ク妨訴ノ抗辯ヲ理由ナシト認メ從テ控訴ヲモ理由ナシト認メタル場合ニハ控訴ヲ棄却スルニ止マラスシテ其事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキモノトス而シテ妨訴抗辯ヲ理由アリト認メタル場合ニハ控訴裁判所ハ訴ヲ却下スヘキカ故ニ事件ヲ差戻スノ餘地ナキナリ(四二二條三號)

四 請求カ其原因及ヒ數額ニ付キ爭アル場合ニ於テ不服ヲ申立ラレタル判決カ先ツ其原因ニ付キ裁判ヲ爲シタルモノナルトキ(二二八條二號) 請求ノ原因ニ付キ爲セル判決ノ何タルヤニ付テモ亦前(三)ノ場合ニ於テ述ヘタル如ク三說アリ然レトモ此場合ニ於テモ予ノ請求ノ原因ヲ正當ナリト宣言シタル第二二八條第二項ノ判決ノミヲ指スモノト信ス從テ請求ノ原因ヲ正當ナラサルモノト認メ請求ヲ却下シタル判決ハ此中ニ含マサルモノトス其理由ハ(三)ニ於テ述ヘタル所ト同一ナリ而モ此場合ニ於テハ予ノ說ヲシテ一層根據ヲ固ウセシムルノ價值アル文字ヲ使用セリ即チ判決カ先ツ其原因ニ付キ云云ト規定シ先ツノ二字ヲ用キタリ先ツ原

因ニ付キテ爲シタル判決トハ數額ニ付テノ判決ニ先タツ判決ヲ云フモノナリ此判決ノ後ニハ數額ニ關スル判決ノ必ス來ルヘキモノナルコトヲ法文上ニ明示セルモノト認ムルヲ得而シテ後ニ數額ニ付テノ判決アルヘキ場合ハ請求ノ原因ヲ至當ナリト宣言スル判決アリタル場合ナリ控訴裁判所カ請求ノ原因ヲ正當ナリト認メタル場合ニハ控訴ノ理由ナキモノナルカ故ニ控訴ヲ棄却シテ事件ヲ第一審ニ差戻スヘキモノナリ而シテ此場合ニ於テ原因ヲ正當ナラスト認メタル場合ニハ第一審ノ判決ヲ變更シテ訴ヲ却下スヘキモノトス故ニ訴ノ却下ノ場合ニハ事件ヲ差戻スヘキ餘地ナキモノナリ(四二二條四號)

五 不服ヲ申立テラレタル判決カ證書訴訟及ヒ爲替訴訟ニ於テ敗訴ノ被告ニ別訴訟ヲ以テ追行ヲ爲ス權ヲ留保シタルモノナルトキ(四二二條五號)

以上五箇ノ場合ニ於テ差戻ノ判決ヲ爲スニ當リ其判決ノ主文ニ單ニ事件ヲ差戻ス旨ノミヲ掲タルノ實例ナキニアラス換言スレハ第一審ノ判決ヲ廢棄スルカ又ハ控訴ヲ棄却スルカノ言渡ヲ爲サス唯事件ヲ差戻ス旨ノ言渡ヲ爲スコトアリ然レトモ此形式ハ正當ナラス第四二二條ノ場合ニ事件ヲ差戻ス判決ハ前述ノ如ク事件ニ付テノ裁判ヲ爲ス場合ナルヲ以テ第四二四條ト第四二〇條トハ共ニ適用セラレサルヘカラス結局第四二〇條及ヒ第四二四條ハ控訴ノ判決カ如何ナル主文ニ於テ言渡サルヘキヤヲ原則的ニ規定シタルモノナルヲ以テ例外ノ明文ナキ限りハ如何ナル場合ニモ適用セラレサルヘカラス故ニ第四二二條ノ場合ニ於テモ亦適用セラレサルヘカラス

ナリ

差戻ノ判決ヲ爲スト否トカ控訴裁判所ノ選擇ニ因ル場合ハ第一審ニ於テ訴訟手續ニ付テノ規定ニ違背シタル場合ナリ(四二三條)此場合ニハ控訴裁判所ハ其判決ヲ廢棄シテ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スコトヲ得ルナリ管ニ判決ヲ廢棄スルノミナラス違背シタル訴訟手續ノ部分ヲモ廢棄スルコトヲ得ヘシ手續ノ違背ハ其程度ニ於テ輕重大小ノ別アリ而シテ茲ニ所謂手續ノ違背ハ其總テノ場合ヲ包含スルヤ獨逸ノ訴訟法ニ依ルトキハ重要ナル手續違背ノミカ此判決ヲ爲スニ付テノ前提タリ我訴訟法ハ斯ル規定ナキカ故ニ獨逸法ニ於ケルカ如キ制限ナキモノニアラスヤトノ疑ヲ生スヘシ然レトモ我訴訟法ノ規定ト雖モ如何ナル微細ノ瑕疵ニ付テモ所謂手續違背トシテ差戻ノ理由タルヘキモノナリトハ信スルヲ得ス故ニ尙ホ獨逸法ノ如ク之ヲ廢棄スルニアラスンハ訴訟ノ進行及ヒ其結果ニ對シテ極メテ不都合ナル影響ヲ及ホスヘキ場合即チ重要ナル手續ニ違背アル場合ノミヲ指スモノト信ス然ラサレハ徒ラニ手續ニ拘泥スルコトナリテ審理ノ迅速、費用ノ節約ヲ顧ミサルノ結果ヲ生スヘシ故ニ或ハ裁判所ノ構成ニ缺點アリタル場合或ハ當事者ノ代理其モノニ缺點アリタル場合又或ハ口頭辯論カ公開セラレサル場合等ノ如キ極メテ重大ナル瑕疵アリタル場合ニアラサレハ控訴裁判所ハ差戻ノ判決ヲ爲スヲ得サルモノトス然レトモ重要ナル缺點トハ上告ノ理由ト爲ルカ如キ手續違背(四二六條)ノミヲ指スモノナリト解スヘカラス上告ノ理由トシテ特ニ記載セラレサル場合ト雖モ重要ナル手續違背中ニ包含セシムル

ヲ相當トスルモノアリ例ヘハ證人ノ訊問ヲ爲ス場合ハ各證人單獨ニ之ヲ爲ササルヘカラス若シ他ノ證人ヲ列席セシメテ之カ訊問ヲ爲スカ如キハ手續ニ重大ナル違背アリタルモノナリ又通常ノ訴訟手續ニ於テ當事者ノ提出セザリシ事實ヲ採用シテ判決ノ材料トナシタル場合ノ如キハ特ニ上告ノ理由トシテ規定セサルモ重要ナル點ニ於テ訴訟手續ノ違背アリタルモノナリ故ニ此場合ニハ控訴裁判所ハ第四二三條ノ判決ヲ爲スコトヲ得ヘシ

或學者ハ第四二三條ノ差戻判決ヲ以テ控訴裁判所ノ選擇ニ因ルモノナリトノ點ニ付キ批難スル者アリ大審院ノ判決例ニ於テモ此判決ハ裁判所ノ責任トシテ之ヲ爲スヘキモノナリトノ見解ヲ是認セリ即チ控訴裁判所若シ手續ノ違背アルニ拘ハラス差戻判決ヲ爲ササルトキハ其判決ヲ爲ササルコトカ手續ノ違背トナルモノニシテ上告ノ理由タルヘキモノナリト判斷セリ手續上爲スヘキ義務ヲ爲サザリシコトカ手續違背タルモノト解釋シタルナリ然レトモ此學者ノ說及ヒ大審院ノ見解ハ何レモ予輩ノ贊同スルヲ得サル所タリ第四二三條ハ明カニ事件ヲ差戻スコトヲ得ト規定セリ勿論訴訟法ノ條文中ニハ「何ハスヘシ」トノ語ノ代用トシテ「何ハスルコトヲ得」ナル文字ヲ用キル場合ナキニアラス然レトモ少ナクモ此場合ニ於テハ第四二三條ニ引續キタル條文ナルカ故ニ第四二三條ノ文字ト同意味ナランニハ何故ニ同一ノ文字ヲ用キザリシヤ此文字ノ用方ニ付テハ注意シテ解釋ヲ加フルヲ要ス

又或學者ハ手續違背ノ場合ニ於ケル差戻ノ判決ヲ以テ中間判決トナス者アリ大審院ハ固ク此見

解ヲ主張セリ然レトモ予ハ何レノ點ヨリ見ルモ此判決ヲ以テ中間判決トナスコトニ贊同スルヲ得ス抑モ中間判決トハ第二二七條ニ規定セル各箇ノ獨立ナル攻撃若クハ防禦ノ方法又ハ中間ノ爭ニ付テ爲スヘキ判決ニシテ其性質ヨリスレハ所謂準備的裁判ナリ故ニ中間判決ノ後ニハ事件其モノニ付テノ終局的判決ノ存在ナカルヘカラス然レハ反對論者カ此差戻判決ナルモノヲ第二二七條ニ所謂攻撃防禦ノ方法若クハ中間ノ爭ニ付テノ判決ナリト主張スルハ其當ヲ得サルモノナリ何トナレハ其控訴ノ審級ニ於テ最後ニ來ルヘキ判決ナクハナリ或ハ差戻判決ヲ爲シタル場合ニハ其判決ニ基キ第一審ハ更ニ判決ヲ爲スヘク其結果再ヒ控訴審ニ訴訟ノ繫屬スルコトアルヘキヲ以テ此關係ヨリシテ中間判決トナスモノナルヤモ知ルヘカラスト雖モ此單純ナル事實ノ關係アルニ依リテ判決ノ性質ヲ判斷スルコト能ハス抑モ不服ノ申立アルトキハ一口頭辯論アリテ其結果判決ノ言渡アルヘク差戻後ニ來ルヘキ不服申立ハ前ノ不服申立トハ全ク異ナルモノナリ而シテ其不服ノ申立異ナルトキハ口頭辯論其モノモ亦異ナラサルヲ得ス一口頭辯論ノ最終ニ中間判決アリテ之ト異ナル口頭辯論ノ終リニ右ノ中間判決ニ對スル終局判決アルカ如キハ口頭辯論ト判決トノ關係ヲ知ラサルノ謬論ナリトス要スルニ此差戻判決ニシテ中間判決ニアラサルモノトスレハ抑モ如何ナル種類ノ判決ニ屬スヘキヤ右判決ハ第二二五條ノ「訴訟カ裁判ヲ爲スニ熟スルトキハ裁判所ハ終局判決ヲ以テ裁判ヲ爲ス」トアル其判決中ニ屬スヘキ判決ナリト云フノ外途ナキナリ抑モ訴訟カ裁判ヲ爲スニ熟スルトハ必スシモ請求ニ付テノ裁判ヲ爲

スヘキ場合ノ意味ニアラス又當事者ニ結局ノ満足ヲ與フル判決ヲ爲スヘキ場合ノミヲ云フニアラスモ一角ノ審級ニ於テノ口頭辯論ノ結果トシテ最終ニ爲スヘキ結果タルナリ故ニ予ハ此中ニ包含スヘキコトヲ信シテ疑ハス惟フニ學者ノ根據トスル所ハ差異判決ノ後ニ於テ事件カ再ヒ控訴審ニ繫屬スルモノナルカ故ニ事件ヲ一審ヨリ三審ニ至ルマテ一括シテ之ヲ見ル場合ニ恰モ中間ノ判決ナルカ如キ外形ヲ有スルヨリ斯ル斷定ヲ爲スモノナルヘシト雖モ斯クスルトキハ夫ノ再審ヲ許ス欠缺アル判決ノ如キモ亦中間判決ナリト云ハサルヘカラス何トナレハ當事者ノ經濟上ノ關係ヨリ云ハハ訴訟ハ終局的ニ完結セス然レトモ再審ヲ許ス判決ヲ以テ之ヲ中間判決トナスモノナシ然ラハ則チ此差異ノ判決モ亦之ト同シク中間判決ナリト云フコト能ハサルナリ或ハ訴訟費用ニ關シテ第七八條第一項ニ即チ「上訴ニ因リ裁判ノ全部又ハ一部ヲ廢棄若クハ破毀スルトキハ訴訟ノ總費用（上訴ノ費用ヲ包含ス）ノ裁判ハ本案ノ終局裁判ト併合シテ更ニ之ヲ爲ス可シ」トノ規定アリ茲ニ本案ノ判決ナル語句アルニ依リ廢棄ヲ爲ス判決ヲ以テ法律ハ終局判決ト看做スモノナリト説ク者アルモ是レ訴訟費用ノ裁判手續ニ關スル規定ヲ以テ判斷ヲ爲スモノニシテ其不當ナルコト言フ俟タス蓋シ訴訟費用ノ裁判ハ判決ニ附帶シテ之ヲ言渡スト雖モ此裁判ハ之カ爲メ實質上本案ノ裁判ニ影響ヲ及ホスヘキモノニアラス終局判決ニ訴訟費用ノ裁判ヲ脫漏スルモ本案ノ判決ニ對シテ何等ノ關係アルコトナシ論者若シ此規定ヲ根據シテ斯ル斷定ヲ敢テスルハ是レ輕微ナル事項ヲ基礎トシテ重大ナル事項ヲ判斷セントスルモノナリ何ト

ナレハ偶訴訟費用ノ裁判手續ノ便宜ノ爲メニ立法者カ當事者ノ上訴權ヲ奪フノ結果トナルヘク立法者ハ斯ル輕卒ノ意思ヲ有スルモノト見ルヘカラス而シテ其何故ニ上訴權ヲ奪フノ結果トナルヤト云フニ若シ此差異判決カ中間判決ナリトスレハ之ニ對シテ上訴ヲ爲スコトヲ得ス從テ此裁判ヲ爭フノ途ナキニ至ル何トナレハ此差異判決ノ結果第一審カ手續ヲ更メテ裁判ヲ爲シ其裁判ニ對シテ控訴ヲ爲シ又ハ上告ヲ爲シタル場合ニハ何レノ規定ニ依リ前差異判決ヲ爭フヘキヤ第三九七條ノ規定ハ上告審ニモ準用セラルヘキモ茲ニ終局判決前ニ爲シタル裁判ト云フハ爭ハレタル終局判決ニ對シテ準備的若クハ前提的ノ裁判タルノ意味ナリ然ルニ新ナル手續ニ於テ訴訟ヲ進行シタル結果前ニ控訴審ノ爲シタル判決ハ更ニ前提的タルコトナキニ至ルヘシ故ニ此裁判ハ不服ノ申立ヲ爲スコトヲ得サルコトナルヘシ予ハ立法者カ此ノ如キ重大ナル權利ヲ奪フモノト信スルコト能ハス

控訴裁判所ノ爲ス中間判決ニ關シテ特別ノ規定アリ此規定ハ方式ニ關スルモノナリ第一審ニ於テ被告ヨリ時期ニ後レテ提出シタル防禦ノ方法ハ裁判所カ若シ之ヲ許スニ於テハ訴訟ヲ遅延スヘク且被告カ訴訟ヲ遅延セシメントノ故意ヲ以テ又ハ甚シキ怠慢ニ因リ早ク之ヲ提出セザリシ心證ヲ得タルトキハ申立ニ因リテ之ヲ却下スルヲ得ルノ規定アリ（二一〇條）此場合ニ於テハ唯防禦ノ方法ヲ却下スルノ裁判ヲ爲スノミニシテ請求ニ付テノ裁判ニ關シテハ形式上何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ然ルニ控訴審ニ於テ右ノ如キ場合ニ防禦ノ方法ヲ却下スルトキハ被告ニ敗

訴ヲ言渡ス裁判ノ外却下シタル防禦ノ方法ヲハ尙ホ控訴審ニ於テ主張スルコトヲ得ルノ權利ヲ被告ニ留保スルモノナリ此留保ノ言渡ハ請求ニ付テノ判決ト共ニ之ヲ爲スモノニシテ且判決ノ主文中ニ之ヲ掲クヘキモノナリ若シ裁判所カ此留保ヲ脱漏シタルトキハ申立ニ因リ追加ノ裁判ヲ以テ判決ヲ補充ス(二四二條)而シテ右ノ防禦方法提出權ノ留保ヲ掲ケテ被告ニ之カ提出ヲ許ス判決ノ性質ハ中間判決ナリ唯上訴及ヒ強制執行ニ關シテハ之ヲ終局判決ト看做スヘキモノナリ(四二六條)此留保ヲ掲ケタル判決ノ目的ハ防禦方法ヲ調査スルニ付テノ時ヲ制限シ假リニ強制執行ヲ爲スノ條件ヲ作ルニアリ故ニ請求又ハ法律關係ヲ終局ノ二確定セシムル目的ヲ有スルモノニアラス從テ訴訟手續ハ尙ホ第二審ニ繫屬スルモノナリ故ニ被告ハ却下セラレタル防禦方法ヲ再ヒ提出シテ裁判所ノ調査ヲ求ムルコトヲ得若シ裁判所カ防禦方法ヲ調査シタル結果前ニ是認シタル原告ノ請求ノ理由ナキコトヲ認メタルトキハ前ノ留保ヲ掲ケタル判決ヲ廢棄シテ原告ノ訴ヲ却下スヘキモノトス此場合ニ於テ若シ被告カ前判決ニ基キテ辨濟シタルモノアルトキハ申立ニ因リ之ヲ返還スヘキコトヲ言渡スヘキモノナリ(四二七條)

尙ホ控訴ニ關シテ二三附言スヘキモノアルヲ以テ左ニ之ヲ述フヘシ

控訴審ニ於ケル關席判決ニ付テモ亦第一審ニ於ケル關席判決ニ關スル規定ヲ準用スルヲ以テ原則トシ其控訴ノ關席判決ニ特別ナルモノハ明文ヲ以テ之ヲ規定セリ而シテ其事項ニ付テハ便宜上控訴ノ辯論ニ關スル章下ニ於テ之ヲ説明セルカ故ニ今茲ニ其說明ヲ略スヘシ

雜 錄

○大審院判例要旨

○強制執行異議ノ訴ニ於ケル一定ノ申立

一 請求ニ關スル債務者ノ異議ノ訴(民事訴訟法第五百四十五條)ニ於テハ原告ハ債權者ノ爲シタル強制執行ヲ許ササル旨ノ宣言ヲ求ムヘキモノトス

(參照) 判決ニ因リテ確定シタル請求ニ關スル債務者ノ異議ハ訴ヲ以テ第一審ノ受訴裁判所ニ之ヲ主張ス可シ(民事訴訟法第五百四十條第一項)

一 如上ノ訴ニ於テ原告カ強制執行ハ之ヲ取消スヘシトノ判決ヲ求メタル場合ト雖モ其請求原因ニシテ強制執行ヲ爲シタル債權者ノ債權ヲ否定シ執行ヲ避ケントスルニ在ル以上ハ之ヲ以テ不適法ノ訴訟ト爲スヲ得ス(明治四十年三月十六日第一四號)
○常關彩票ヲ賣却シテ得タル手形 明治十五年第二十五號布告第六條ニハ富籤ニ關スル文詞ヲ犯罪ニ因テ得タル財物トアル文字ノ上ニ加ヘ以テ右布告ニ規定セル犯罪ニ因リ得タル財物ヲ指示シタルニ止マリ同條前後ノ規定ニ依ルモ亦沒收スヘキ財物ハ犯罪ニ因テ得タルモノナ

ルコトヲ要スル點ハ刑法第四十三條第三號ニ規定セル趣旨ト異ル所アルヲ見ス然ラハ前示布告第六條ニ所謂犯罪ニ因テ得タル財物トハ即チ刑法ニ規定セルト同シク犯罪ニ因リ直接得タルモノヲ指稱セルコト寔ニ明ナリ故ニ所論當籤彩票ヲ其發行所ニ提出シ之ヲ金額ヲ得タル場合ハ彩票ノ趣旨ニ基キ得タルモノナルヲ以テ其金員ハ犯罪ニ因リ直接得タルモノト云ヒ得ヘキモ原判決ニ認ムル如ク被告カ當籤彩票ヲ他ニ賣却シ因テ得タル爲替手形ハ法律行爲ナル賣買ニ因リ得タルモノニシテ當籤彩票ノ趣旨ニ從ヒ得タルモノニアラサレハ其賣買ノ犯罪トナラサル以上ハ該手形ハ前示布告第六條ニ謂フ所ノ財物ニアラサルヲ以テ原院カ之ヲ沒收セザリシハ相當ナリ(明治十一年(巳)第五九號)

(參照) 當籤ニ關ヘル犯罪ニ因テ得タル財物ハ之ヲ沒收ス(明治十五年第二五號)布告六條一項)

梅 法學博士 主筆

法學志林

第十四卷 第四號 四月二十日發行
定價一冊金拾貳錢 郵稅金壹錢
十冊前金郵稅共 金壹圓貳拾錢
(第四百四號)

◎志

林

最近判例批評
白地引受論
讓渡禁止ノ效力
刑事政策瑣言
代位ノ性質

法學博士 梅謙次郎
法學士 西脇 政彦
法學士 乾 精 吾
法學士 菱 松 太郎
法學博士 岡 參 太郎

◎法質疑

錄典

憲法一題(清水法學博士)
民法五題(梅法學博士、橫田法學博士、牧野法學士)
商法一題(加藤法學博士)
刑法一題(牧野法學士)
刑訴一題(板倉法學士)
獨逸國ノ司法官採用試驗
大審院判決例二十八件

法學士 吾孫 子 勝

◎散判

報例

○長丸事件ノ終局 ○大臣ノ補選任命 ○帝國議會ノ成議 ○總選舉期日ノ發表 ○遺外法官 ○補選選舉請求ニ決ス ○覽馬取締ノ訓令 ○外人納稅拒絕問題
○大學豫科新學期開始 ○討論會及ヒ學友會例會 ○校友會役員會 ○佐伯諸師ノ渡歐 ○遺外法官谷野諸師ノ出發 ○村上操事正誤別會 ○十日會 ○校友異動 ○兩角彦六氏進ケ ○中村周藏氏ノ訃 ○寄贈書目

◎記

發行所

東京市麴町區富士見町
六丁目十六番地

法政大學

校外生規則摘要

- 一 十ヶ月以上大學ノ校外生ナ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 各學年 金四拾錢 金壹圓
 - 一 六個月分 各學年 金貳圓三拾錢 金壹圓五拾錢
 - 一 一學年分 各學年 金四圓五拾錢 金拾圓
- 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相當ノ日時ヲ過キテ講義録ノ到達セザ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經義アルトキハ講義録ノ番號ノ科目ノ頁數及ヒ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確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

振替貯金ヲ以テ月謝ヲ納付セラルトキハ其都度振替貯金規則ニ依ル登記料金二錢ヲ要スルノ外失費ナク安全ニシテ便利ナリ

振替貯金口座『三三九四番』

明治四十一年四月廿九日印刷
明治四十一年四月三十日發行
(定價金五十錢)

東京市牛込區牛込北町十番地
編輯兼 萩原敬之

東京市四谷區四谷左門町五十八番地
印刷者 重利俊夫

東京市赤坂區新町五丁目四十二番地
印刷所 金子活版所

發行所
私立法政大學

(電話番町一七四番)