

和仏法律学校講義録

志田, 友吉 / 岡, 實 / 岩田, 一郎 / 富井, 政章 / 鶴, 丈一
郎 / 掛下, 重次郎

(出版者 / Publisher)

和仏法律学校

(巻 / Volume)

3-3

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

55

(発行年 / Year)

1901-12-15

明治三十四年十一月十四日第三種郵便物認可 每月二回
明治三十四年十二月十五日發行

三十五年度 第三學年

和佛法律學校講義錄



第 參 號

和佛法律學校發行



第三學年第三號目次

民 法 物 權	自第七章 至第十章 (自二八 至四一)	法學博士 富 井 政 章
民 法 親 族	(自一一 至一五)	法律學士 鶴 丈 一 郎
民 法 相 續	(自二五 至四〇)	法律學士 掛 下 重 次 郎
商 法 手 形	(自二五 至四〇)	法學士 志 田 友 吉
民 事 訴 訟 法	自第三編 至第五編 (自二一 至四一)	法學士 岩 田 一 郎
行 政 法	(自五九 至八二)	法學士 岡 實

雜 報

○第十六議會ノ召集及ヒ開會○卒業試験及第者○失踪ノ宣告ト公示
 催告○祝宴會○全國現立銀行數及ヒ其資本額

090

學ダレバ商法上ノ留置權ニ關シテハ留置物ト債權ト相關聯スルコトヲ要セナ
 イ、此點ハ民法上ノ留置權ヨリモ適用ノ範圍ガ廣イ所デアラ、テ畢竟商事ヲ業トス
 ル者ノ間ニ鞏固ナル信用ヲ保持シテ商業取引ノ敏活ヲ圖ルニ必要ト認メタガ
 故デアルト思フ、併シナガラ民法上ノ留置權ニ比シテ適用ノ範圍ガ狹イ所モア
 ル、即チ留置權ニ依ッテ擔保セララルル商人間ノ債權關係ハ、必ズ其雙方ノ爲メニ商
 行爲タル行爲ニ起因スル債權デナクテハナラヌ、而シテ債務者ノ所有物タルコ
 トヲ必要トシテアル、尤モ此等ノ條件ハ強制的ノモノデハナイ、別段ノ意思表示
 アル場合ヲ除外シテアリマス、此他債務ガ辨濟期デナクテハナラヌコト又占有
 ノ喪失ニ因ッテ留置權ノ消滅スルコトノ如キ要件ニ關シテハ民法ノ原則ガ行ハ
 ルル譯デアアル、是レ即チ民法上ノ留置權ト商法上ノ留置權トノ異同デアルト思
 ヒマス

第二節 留置權ノ效力

留置權ノ主要ナル效力ハ既ニ説明シタル留置權ノ定義及ヒ要素中ニ含マレテ

民法物權 留置權ノ效力

090
1902.
3-1-3

舉グレバ商法上ノ留置權ニ關シテハ留置物ト債權ト相關聯スルコトヲ要セナイ、此點ハ民法上ノ留置權ヨリモ適用ノ範圍ガ廣イ所デアラ、ヲ畢竟商事ヲ業トスル者ノ間ニ鞏固ナル信用ヲ保持シテ商業取引ノ敏活ヲ圖ルニ必要ト認メタガ故デアルト思フ、併シナガラ民法上ノ留置權ニ比シテ適用ノ範圍ガ狭イ所モアル、即チ留置權ニ依テ擔保セラルル商人間ノ債權關係ハ必ズ其雙方ノ爲メニ商行為タル行為ニ起因スル債權デナクテハナラヌ、而シテ債務者ノ所有物タルコトヲ必要トシテアル、尤モ此等ノ條件ハ強制的ノモノ、デハナイ、別段ノ意思表示アル場合ヲ除外シテアリマス、此他債務ガ辨濟期デナクテハナラヌコト又占有ノ喪失ニ因テ留置權ノ消滅スルコトノ如キ要件ニ關シテハ民法ノ原則ガ行ハルル譯デアアル、是レ即チ民法上ノ留置權ト商法上ノ留置權トノ異同デアルト思ヒマス

第二節 留置權ノ效力

留置權ノ主要ナル效力ハ既に説明シタル留置權ノ定義及ヒ要素中ニ含まレテ

民法留置 留置權ノ效力

居リマス、即チ留置權者ハ其占有ニ在ル物ニ關シテ生ジタル債權ノ辨濟ヲ受ケルマデ其物ヲ留置シテ何人ニモ之ヲ引渡サザル權利ヲ有スル者デアアル、而モ尙ホ辨濟ヲ受ケザルトキハ留置物ノ競賣ヲ請求スルコトヲ得ル、之ガ留置權ノ效力デアリマス、普通民法ヲ説ク者ノ説ニ據レバ留置權ハ他ノ物權ニ同シク優先權ト追求權トヲ生ズルト云フモ此點ニ付イテ誤解ヲ爲スベカラザルコトハ業ニ既ニ述ベタ所デアリマス、此事ハ甚ダ重要デアアルニ因テ既ニ述ベタ所ト少シク重複ニ涉ル所アルカモ知レマセヌガ今少シク論ジタイト思ヒマス

留置權ガ優先權ヲ含ムコトハ之ヲ認メテ必ズシモ誤ナイト思フ、但其意義タルヤ第三取得者ハ留置權者ニ辨濟ヲ爲スニ非ザレハ留置物ヲ引渡サシムルコトヲ得ナイト云フノミノコトデアリマス、留置權者ハ留置物ヲ引渡サシムルコト代價ノ上ニ優先權ヲ有セナイコトハ既ニ述ベタ通りデアアル、是ハ留置權者ガ自ラ留置物ヲ賣却シタ場合ニノミ然ルモノト解スベキデナイ、競賣法第二條ニ付イテハ決シテ此ノ如キ解釋ヲ下シテハナラスト思ヒマス、競賣ヲ請求スル人ノ如何ニ因テ代價ノ上ニ優先權アルト否トノ差別アル謂レハ全クナイ

留置權者ハ追及權ヲ有ストハ是レ亦一般ノ説デアアルガ難ニ一言シテ置イタ如ク普通ノ意味ニ於ケル追及權ハ留置權者之ヲ有セナイト思フ、其譯ハ普通ニ所謂追及權トハ一旦物權ノ目的ト爲ツタ物ガ更ニ讓渡其他ノ事由ニ因テ他人ノ占有ニ移ツタ場合ニ何人ガ之ヲ占有スルモ其物ノ所在ニ之ヲ追跡シテ其取戻ヲ爲スコトヲ得ルト云フコトデアアル、是ハ畢竟物權ハ後ニ成立スル物權ノ爲メニ其效力ヲ失フコトハナイト云フ廣イ意義ノ優先權アル結果ニ過ギナイ、即チ一タビ或物ノ上ニ物權ガ成立スレバ更ニ其物ノ上ニ他ノ物權カ成立スルモ前者ノ權利ハ之ガ爲メニ侵サルルコトハナイ、何トナレバ何人ト雖モ其有スル以外ノ權利ヲ人ニ移スコトヲ得ナイ、第一ノ物權ヲ負擔セルダケノ權利デナケレバ之ヲ處分スルコトヲ得ナイ、之ガ所謂物權ノ優先權ナルモノデアリマス、其レ故ニ後ニ生ジタ權原ニ因テ他人ガ同一物ヲ占有スルモ之ヲ追跡シテ取戻スコトヲ得ル譯デアアル、然ルニ留置權ナルモノハ占有ヲ要素トスルモノデアアテ一タビ占有ヲ喪失スレバ留置權ハ消滅スベキガ故ニ此普通ノ意味ニ於ケル追及權ハ存在スベキ筈ハナイ

或一部ノ學者ハ追及權ヲ此意義ニ解セナイ、追及權トハ一タビ物權ノ目的ト爲、
タ物ニ付イテ他人カ更ニ權利ヲ取得スルモノ前者ハ之ニ對シテ其權利ヲ主張ス
ルコトヲ得ル意味ニ解スル人ガアリマス、然ルニ是ハ普通ノ意義ニ於ケル優先
權デアアル、若シ追及權ヲ此意義ニ解スレバ、優先權トノ區別ガ劃然立タヌコトニ
爲ル、此意義ニ於ケル追及權ハ即チ私ガ義ニ述ベタ優先權デアアル、而シテ其レハ
留置權者之ヲ有スルモノト言フテ差支ナイ、唯普通ノ場合トハ少シ異ナリ、擔保
權タル範圍内ニ於テ存在スルモノデアアル、即チ辨濟ヲ受ケレバ最早留置權ヲ主
張スルコトヲ得ザルガ故ニ辨濟ヲ受クルマデ引渡ヲ拒ムコトヲ得ルコトガ優
先權ノ效用デアアル

今示シタ追及權ニ關スル第二ノ見解ハ優先權ト混同スルト申シタガ優先權ハ
狭イ意味ニモ解スルコトガアル、其レハ代金ノ上ニ行フ優先權デアアル、是ハ第三
取得者トノ關係デナクシテ他ノ債權者トノ關係デアアル、即チ順位ノ問題デアアル、
而シテ擔保權ノ性質ヲ有スル物權ニ付イテ起ル問題デアアル、此狭イ意義ニ於ケ
ル優先權ハ留置權者之ヲ有セナイコトハ既ニ再三述ベタ通りデアリマス、尤モ

留置權者ハ多クノ場合ニ於テ先取特權者デアアルガ故ニ先取特權者トシテ此權
利ヲ行フコトハ格段デアアル

以上述ベタ所ニ依テ茲ニ留置權ノ效力ヲ示サバ留置權者ハ畢竟辨濟ヲ受クル
マデ留置權ヲ以テ第三取得者ニ對抗スルコトヲ得ルニ歸スルモノト思フ、普通
ノ意味ニ於ケル追及權ハ有セナイ、又狹義ニ於ケル優先權即チ代金ヲ先取スル
ト云フ權利モ留置權者トシテハ有セザルコトヲ疑ハス

留置權ノ不可分ナルコトハ其性質タルト同時ニ其效力トモ視ルコトヲ得ルモ
ノデアアル、是ハ最モ一般物上擔保ニ共通ナル性質トシテ述ベタコトデアアルニ由
テ茲ニ重テ述ベマセヌ

是ヨリ留置權ノ格段ナル效力ヲ説明シマス、即チ留置權者ハ以上述ベタ主タル
權利ヲ有スル外ニ尙ホ留置物ニ關シテ或權利ヲ有シ又或義務ヲ負フコトガア
ル其場合ハ逐一法典ニ規定シテアリマス

第一 留置權者ハ留置物ヨリ生ズル果實ヲ取得スルコトヲ得ル 留置權者ハ
留置物ノ代價ニ付イテハ優先權ヲ有セザルコトハ既ニ再三述ベタ如クデアアル

が果實ニ付イテハ優先權ヲ有スル然レドモ他人ノ所有物ヨリ生ジタ果實デア
 ルガ故ニ固ヨリ無償ニテ之ヲ取得スルコトヲ得ナイ必ズ之ヲ以テ債務ノ辨
 濟ニ充テテバナリマセヌ而シテ法律ハ其充當ノ方法ヲ定メテ居マス即チ先ヅ
 之ヲ利息ニ充當スベク尙ホ餘リアルトキハ元本ニ充當スベキコトニ爲テ居ル
 (第二九七條)

此ノ如クニ果實ニ限ラテ他ノ債權者ニ先テ之ヲ辨濟ニ充ツルコトヲ得ルモノト
 シタ所以ハ果實ナルモノハ通常巨額ニ上ルモノデナイ故ニ管理者トシテ之ヲ
 保存シ且適當ナル時期ニ之ヲ收取セテバナラヌ留置權者ニ優先權ヲ與フルモ
 之ガ爲メニ他ノ債權者ヲ害スルコトハ極メテ少イ元來果實ナルモノハ通常之
 ヲ收取スルヤ直チニ消費スルモノデアアル又損敗シ易キモノ多イ故ニ之ヲ收
 取シタル者ニ於テ重キ管理ノ報償トシテ直チニ其債權ノ辨濟ニ充ツルモノト
 スルガ公平ニシテ手數ヲモ省キ且債務者ノ爲メニ利益デアアル果實ノ上ニテ
 ニ優先權アルモノトセル明文アルヲ以テモ留置物其物ノ代價ノ上ニ優先權ナ
 シトスル解釋ヲ取ルコトニ付テ一ツノ根據ト爲ラザト思ヒ得ズ

第二 留置權者ハ留置物ニ付イテ支出シタル費用ノ償還ヲ受クル權利ヲ有ス
 (第二九九條) 抑モ留置權者ハ留置物ノ占有者デアアル何トナレバ民法ノ主義
 ニ據レバ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ物ヲ所持スル者ハ總テ占有者デアアル故
 ニ其占有スル所ノ物ニ付イテ支出シタル費用ハ占有ニ關スル一般ノ規定ニ從テ
 (第一九六條之ヲ償還セシムルコトヲ得ル譯デアアル留置權ニ關シテ別ニ規定ヲ
 要セザル如ク思ハルルニ第二九九九條ノ規定ヲ設ケラレタ所以ハ察スルニ
 一般ノ占有ニ關シテハ善意ト惡意トヲ區別スルコトニ爲テ居ル留置權者ハ善
 意ノ占有者デアアルヲ將テ惡意ノ占有者デアアルハ一ノ疑問ト爲ルベキニ由
 テ明文ヲ必要ト考ヘタノト今一ツハ實際或點ニ於テ一般占有ノ場合ト結果ヲ
 異ニスル所アルガ故デアリマス大體ノ觀念ハ一般ノ占有ニ於ケルト異ナルコ
 トハナイ 留置權者ハ留置物ニ關シテハ占有者ニ對シテハ其費用ニ關スルモ
 凡ソ費用ニハ三種アリマス必要費有益費及ヒ奢侈費デアアル必要費トハ物ヲ保
 存シタル費用即チ例ヘバ修繕費ノ如キモノヲ謂フ是ハ惡意ノ占有者ト雖モ其償
 還ヲ求ムルノ權利ヲ有スル何トナレバ所有者ガ占有スルモノト假定シテモ支

出シタルベキ費用デアアル留置權者ハ固ヨリ之ヲ償還セシムル權利ヲ有スルコトハ論ヲ俟タヌ

必要費ノ中ニハ通常ノ必要費ト臨時ノ必要費トアリマス一般占有ノ規定ニ依レバ占有者ガ果實ヲ取得シタル場合ニハ通常ノ必要費ハ其負擔ニ歸スルコトト爲テ居ル第一九六條第一項但書是ハ留置權ニハ適用ノナイコトデアアル何トナレバ果實ハ曩ニ述ベタ如ク留置權者ニ於テ其債權ノ辨濟ニ充當スルモノデアアル單純ニ取得スルト云フコトハナイ其レ故ニ通常ノ必要費ト雖モ固ヨリ之ヲ償還セシムルコトヲ得ル譯デアリマス

有益費トハ物ニ改良ヲ加ヘテ其價格ヲ増シタモノヲ謂フ其償還權ハ不當利得ノ原則ニ基クモノデアアル故ニ其増價額ノ現存スル場合ニ限テ行フコトヲ得ル權利デアリマス而シテ此種ノ費用ハ所有者ヲシテ其金額ヲ償還セシムルハ甚ダ酷デアアル何トナレバ改良ニ因テ價ヲ増シタトハ云ヘ實ハ占有者ノ好奇心ニ出ダタルコトゾ其改良ナルモノハ占有者ノ利益トハ爲タカモ知レヌガ所有者ニ於テ必ズシモ同一ノ割合ニ利益トハ感シナイカモ知レヌ又十分ノ實力ナキ

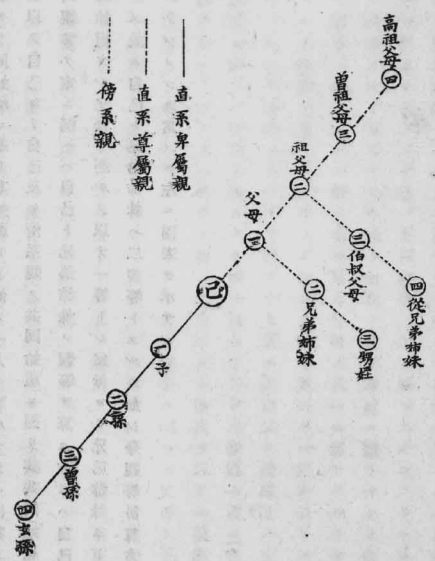
タル所アルニ過キス其大體ニ於テ異ナルコトナシ又現行刑法ニ於テハ第四百四條及ヒ第五百十五條ニ於テ親族ヲ列擧セリ大寶令及ヒ新律綱領ト少シク異ナル所アルモ其親族トシテ認メタルモノハ共ニ六親等ヲ踰ユルモノナク唯六親等内ノ親族ニシテ五等親圖又ハ刑法ノ列記ニ漏ルルモノアルヲ以テ新民法ノ六親等ハ大寶令新律綱領ノ五等親及ヒ刑法ニ列擧シタル親族ニ比スレハ其範圍稍ヤ廣シト謂フヲ得ヘシ

姻族ニ付テハ第七百二十五條第三號ニ於テ三親等内ニ限レリ舊民法人事編第一九條第二四條第二五條ニ於テハ姻族モ血族ト等シク六親等マテヲ以テ親族ト爲シタリ然レトモ元來姻族ノ關係ハ血族ト等シキコト能ハズ古ノ五等親圖ニ依ルモ又刑法ノ親族例ニ依ルモ三親等以外ノ姻族ヲ以テ親族ト認メタルコトナケレハ新民法ノ規定ヲ以テ適當アリトスヘシ

配偶者ノ親族ナルコトハ第七百二十五條第二號ニ於テ規定セル所ニシテ固ヨリ疑ヲ挾ムヘキ餘地ナキヲ以テ別ニ説明ヲ要セサルヘシ尙ホ準血族ニ付テハ後ニ詳説スル所アルヘシ

次ニ親等ノ計算方法ヲ述ヘンニ從來ノ法律ハ新民法ト異ニシテ血族ト姻族トヲ混同シテ親等ヲ定メタリ是レ支那古代ノ例ニ據リタルモノナルヘシ而シテ其由來ハ詳知スルヲ得サレトモ或ハ血統ノ親疎遠近ニ據リタルカ如ク或ハ長幼尊卑ノ順序ニ據リタルカ如ク或ハ男尊女卑ノ習俗ニ基キタルカ如ク又或ハ家ヲ重スルノ精神ニ基キタルモノノ如シト雖モ要スルニ此ノ如キハ人爲ニ出テタルモノニシテ自然ニ反スルヤ明カナリ故ニ新民法ハ羅馬法ノ主義ニ據リ血族ノ遠近ニ依リテ親等ヲ定メタリ即チ第七百二十六條第一項ニ「親等ハ親族間ノ世數ヲ算シテ之ヲ定ム」トアリ故ニ親族間ノ一世數ヲ以テ一親等ト爲シ直系親族ハ自己ヨリ直上シ若クハ直下シテ之ヲ算定ス例ヘハ父母ト子ハ一世ナルカ故ニ一親等ナリ祖父母ト孫トハ二世ナルヲ以テ二親等ナリ親族ニハ直系ト傍系トノ二類アリ彼ヨリ是ニ直下スル者ノ親系ヲ直系ト謂ヒ其直下セスシテ共同ノ始祖ニ出ツル者ノ親系ヲ傍系ト謂フ即チ例ヘハ己ヨリ父母祖父母又ハ子孫ニ至ルハ直系ニシテ伯叔父母兄弟姉妹ニ至ルハ傍系ナリ而シテ傍系親ノ親等ヲ定ムルニ付テハ同條第二項ニ傍系親ノ親等ヲ定ムルニハ其一人又ハ

其配偶者ヨリ同始祖ニ遡リ其始祖ヨリ他ノ一人ニ下ルマテノ世數ニ依ル」ト規定セルヲ以テ自己ヨリ自己及ヒ傍系親ノ共同始祖ニ遡リ其共同始祖ヨリ他ニ直下シテ親等ヲ定ム例ヘハ自己ト兄弟姉妹ノ親等ヲ算スルニハ自己ト兄弟姉妹ノ共同始祖タル父母ニ遡ルヲ以テ一等等トシ父母ヨリ兄弟姉妹ニ下ルヲ以テ又一等等トス故ニ自己ト兄弟姉妹ハ二親等トスルカ如シ今親等計算方ニ付テ一見明瞭ナラシメンカ爲メニ左ニ圖表ヲ示サン



姻族ノ親等ヲ算スルモ亦前ニ同シ
配偶者間ハ從來ノ五等親圖ニ依レハ夫ハ一等親ニシテ妻ハ二等親ト爲シタリ
蓋シ男尊女卑ノ習俗ニ據リタルモノナルヘシ本法ハ配偶者間ニハ親等ヲ設ケ
ス蓋シ相當ノ規定ナリト謂フヘシ
以上血族並ニ姻族間ニ於ケル親等ノ計算方法ヲ説明セリ今準血族間ノ親等ハ
如何

第一 養子ト養親及ヒ其血族間ニ於テハ養子線組ノ日ヨリ血族間ニ於ケルト
同一ノ親族關係ヲ生ス(第七二七條) 元來養子ハ線組ニ依リテ他人ヲ自己ノ子
ト爲スモノナルカ故ニ素ト血族ニ非サル者ヲ法律上血族ニ準スルモノナリ(養
子ニハ男子ト女子トアリ從來ノ慣例ハ男養子ハ單ニ養子ト謂ヒ女養子ハ之ヲ
養女ト謂ヒ其名稱ヲ異ニセシモ民法ニ於テハ養子ト云ヘハ男女トモ包含スル
コトトセリ)蓋シ我國古來ノ風俗慣習ニ依レハ相續人タルヘキ實子ナキ場合ハ
養子ヲ爲スヲ以テ必要缺クヘカラサルコトトス是レ畢竟家ヲ重スルニ由ルモ
ノニシテ法律ハ此慣習ヲ認メタルモノナリ

第八百六十條ニ依レハ養子ハ縁組ノ日ヨリ養親ノ嫡出子タル身分ヲ取得ス
 アリ(舊民法人事編第一三四條參照)故ニ養子ハ縁組成立スルトキハ嫡出子タル
 身分ヲ取得ス然レトモ必スシモ實子ト同一ナルモノニ非ス即チ其一例ヲ舉ク
 レハ直系血族又ハ三親等内ノ傍系血族ノ間ニ於テハ婚姻ヲ爲スコトヲ得サル
 モ養子ト養方ノ傍系血族トノ間ハ之ヲ禁セサルカ如キ是レ全ク血縁ノ關係ナ
 キカ故ナリ(第七六九條)

以上所述ノ如ク養子ハ嫡出子タル身分ヲ取得スルヲ以テ隨テ親等ノ計算ハ嫡
 出子即チ實子ト同一ナルカ故ニ茲ニ之ヲ再說セス尙ホ前掲第七百二十七條ニ
 於テハ養子ト養親及ヒ其血族トノ間ニ於テ云云トアルカ故ニ或ハ其姻族トノ
 間ニハ親族關係ヲ生セサルヤノ疑ヲ生スヘシト雖モ法律上養子ヲ以テ嫡出子
 ト同一視スルヨリ考フレハ其姻族トノ間ニモ親族關係ヲ生スルヤ當然ナリト
 謂フヘシ然レトモ養親及ヒ其血族ト養子ノ實家ノ親族トノ間ニハ何等ノ親族
 關係ヲ生スルコトナシ

第二 繼父母ト繼子ト又嫡母ト庶子トノ間ニ於テハ親子間ニ於ケルト同一ノ

親族關係ヲ生ス(第七二八條) 此關係ハ全ク血縁ノ關係ナク其性質全ク姻族關
 係ニ過キスト雖モ我國古來ノ慣習ニ基キ此ノ如ク認メタルナリ

(イ) 繼父母ト繼子 繼父母トハ父母ノ一方カ死亡シタルニ因リ又ハ離婚ニ因
 リ更ニ婚姻ヲ爲シタル父又ハ母ノ配偶者ヲ謂フ然リト雖モ父母ノ配偶者ハ常
 ニ繼父母ナリト謂フヘカラス例ヘハ實母離婚ヲ爲シ他家ニ再嫁シタル場合ニ
 於テ實母ハ固ヨリ血縁アルヲ以テ母子間ノ親族關係ニ變更ナシト雖モ實母ノ
 配偶者ハ之ヲ繼父ト稱スヘカラサルヤ我國ノ慣習上殆ト疑ヲ容レス果シテ然
 ラハ父母ノ配偶者ト雖モ其家ニ在ル者ニ非サレハ之ヲ繼父母ト稱スヘカラサ
 ルヤ如何曰ク否何トナレハ若シ家ニ在ル父母ノ配偶者ノミヲ以テ繼父母ナリ
 トセハ一旦繼父母繼子ノ關係ヲ生シタル後其子カ婚姻若クハ養子縁組等ニ因
 リ他家ニ入リタルトキハ之カ爲メ既ニ生シタル繼父母繼子ノ關係ハ消滅スル
 ニ至ルヘシ然レトモ子カ其家ヲ去リタルカ爲メ親子ノ關係消滅スヘキノ理ナ
 キノミナラス此ノ如キハ我國ノ慣習ニ反スルモノト謂ハサルヘカラス故ニ繼
 父母トハ自己ノ家又ハ自己ノ出テタル家ニ在ル父母ノ配偶者ナリト謂フヲ以

テ相當ナリト信ス

(ロ) 嫡母ト庶子 嫡母ト庶子トノ關係ハ妻ト夫ノ庶子トノ關係ニシテ庶子トハ婚姻ニ因ラスシテ生レタル子即チ私生子カ父ヨリ認知セラレタル者ヲ謂フ故ニ父ノ配偶者ヨリ觀レハ其認知セラレタル子ハ庶子ニシテ庶子ヨリ觀レハ其配偶者ハ嫡母ト稱ス

以上繼父母ト繼子、嫡母ト庶子トノ間ハ固ヨリ血縁ノ關係ナシト雖モ古來ノ慣習ニ基キ法律ハ實親子ト同一ノ關係アルモノト爲セリ然レトモ素ト是レ人爲ニ出ツルヲ以テ例外ノ規定ナキニ非ス例ヘハ第七百七十三條第八百九條第八百四十三條第二項第八百六十三條第二項第八百七十八條ノ如キ是ナリ
以上親族關係ノ範圍ニ付テ説明シタリ而シテ自然ノ血縁アル親族間ニ於テハ如何ナル事由ノ發生スルモ固ヨリ親族關係ハ消滅スルコトナシ例ヘハ父母カ離婚シテ他家ニ入りタルモ尙ホ親子ノ關係ハ消滅セサルカ如シ然レトモ人爲ノ原因ニ基キタル親族關係ハ場合ニ依リテ消滅スルコトアリ人爲ノ親族關係トハ何ソヤ夫婦姻族、繼父母ト繼子、嫡母ト庶子、養子ト養親及ヒ其血縁トノ關係

リ其權利ヲ褫奪スルハ大ニ其者ノ利害ニ關スルカ故ニ刑事裁判所ニ於テ殺人ノ行爲アリトシ刑ノ宣告ヲ受ケタル者ニ非サレハ其相續權ヲ褫奪セサルコトト爲シタル所以ナリ

右ノ行爲ハ故意アルコトヲ要ス故ニ若シ家督相續ニ付キ先順位ニ在ル者ヲ殺シタルトモ過失ニ原因シタルモノナルトキハ缺格者タラス又單ニ殺害ノ故意アルノミニテハ未タ缺格者ト爲ルモノニ非スシテ行爲者ニ於テ被害者カ被相續人タルコト又ハ家督相續ニ付キ先順位ニ在ル者タルコトヲ知レルコトヲ要ス若シ此事實ヲ知ラスシテ殺シ又ハ殺サントシタルトモ此場合ニハ本號ノ規定ヲ適用スルコトヲ得ス
或ハ被相續人ニ對シテ殺人ノ行爲アリタル場合ト先順位ニ在ル者ニ對シテ同一ノ行爲アリタル場合トヲ同視スヘキ理ナシト曰フ者アルヘケレトモ唯被相續人ニ對シテ殺人ノ行爲ヲ爲シタルトキハ相續ニ付キ直接ノ利益ヲ有シ先順位ノ相續人ニ對スル場合ハ間接ノ利益ヲ得ル差アルニ過キサレトモ此第二ノ場合ニ於テハ此行爲アリタルカ爲メ自己ハ相續ニ付キ先順位ヲ占ムルニ至リ

早晚相續ニ付キ利益ヲ得ヘクシテ先順位ノ者ノ財産其他ノ權利ヲ奪フニ異ナルコトナシ換言スレハ其結果ニ於テ被相續人ヲ殺シタル場合ト異ナル所ナキカ故ニ被場合ト此場合ト同一視シタルナリ

又本號ノ規定ニ依リ缺格者タルニハ殺害ノ行為カ被相續人又ハ家督相續ニ付テ先順位ニ在ル者ニ對シタル場合ナルコトヲ要ス家督相續ニ付テハ先順位者トハ法定ノ推定家督相續人ニ付テハ第九百七十條ニ於テ規定セラレタル先順位者ヲ指セトモ先順位者ハ之ノミニ止マラス指定家督相續人ヨリ法定ノ推定家督相續人ニ對スル場合第九百八十二條ニ掲ケタル者ノ法定ノ推定家督相續人又ハ指定家督相續人ニ對スル場合第九百八十二條ニ掲ケタル者ノ中先順位ニ在ル者前數者ノ第九百八十四條ニ掲ケタル者ニ對スル場合第九百八十四條ニ掲ケタル者ノ中先順位ニ在ル者以上數者ノ第九百八十五條ノ推定家督相續人ニ對スル場合ヲ謂フ

以上叙述シタル所ヲ要スルニ相續ニ付キ缺格者タルニハ(一)被相續人又ハ先順位者ヲ死ニ致シ又ハ死ニ致サントシタルコト(二)刑ニ處セラレタルコト(三)故意

ニ出テタルコト(四)殺害行為ノ被相續人又ハ家督相續ニ付キ先順位ニ在ル者ニ對シタル場合ナルコトノ四箇ノ條件ヲ具備セザルヘカラス

第二 被相續人ノ殺害セラレタルコトヲ知リテ之ヲ告發又ハ告訴セザリシ者但其者ニ是非ノ辨別ナキトキ又ハ殺害者カ自己ノ配偶者若クハ直系血族ナリシトキハ此限ニ在ラス 本號ニ掲ケタル者ノ如キハ被相續人ヲ殺シ又ハ殺サントシタル者ノ如ク自ラ手ヲ下シタルニハ非サレトモ被相續人ノ殺害セラレタルコトヲ知リナカラ之ヲ告發又ハ告訴セザルハ人情ニ悖ルコト甚シキノミナラス此殺害ナル事實ヨリ自己ノ相續權ノ速ニ爲リタルコトヲ喜ヘル者ノ如ク其殺害ナル行為ヲ認容シタルモノト謂ハサルヘカラス此ノ如キ者ニ相續ヲ爲サシムルハ公安ヲ害スル虞アルカ故ニ之ヲ缺格者ト爲シタルナリ而シテ此告發又ハ告訴ヲ爲スヘキ時期ニ付テハ法律上別ニ規定シタル所ナキカ故ニ告發又ハ告訴ノ遅延シタル場合ニ於テ告發又ハ告訴ノ有無ヲ定ムルハ事實裁判官ノ認定ニ依ルヘキモノトス

本號ノ缺格者タル爲メニハ二箇ノ條件ヲ要ス即チ(一)殺害シタル者カ被相續人

ナルコトヲ要ス故ニ若シ被害者カ先順位ニ在ル家督相續人ナルトキハ之ヲ告發又ハ告訴セザルトモ相續權ヲ奪ハルモノニ非ス(二)相續人タルヘキ者カ被相續人ノ殺害セラレタル事實ヲ知ルコトヲ要ス被害ノ事實ヲ知ラサル者ニ告發又ハ告訴ヲ爲スコトノ責任アラサルナリ

以上ハ普通ノ人情ヨリ告發又ハ告訴ヲ爲スヘキ地位ニ在リナカラ之ヲ爲サザルカ故ニ之ニ其制裁ヲ與フルカ爲メニ規定シタルニ外ナラス是ヲ以テ總令以上二箇ノ條件ヲ具備スト雖モ人情上此ノ如ク看做スコトヲ得サル地位ニ在ル者ニ對シテハ本號ヲ適用スルコトト爲スヲ得サルカ故ニ二箇ノ例外ヲ設ケタリ即チ(一)相續人ニ是非ノ辨別ナキトキハ例ヘハ幼者又ハ心神喪失者ノ如ク是非ノ辨別ナキ者是ナリ而シテ佛民法第七二七條第三號ニ於テハ成年者ノ相續人ヲ被相續人ノ殺害セラレタルコトヲ知リナカラ告發又ハ告訴ヲ爲サザリシ場合ノ缺格者トシタルヲ以テ未成年ノ相續人ナレハ總令是非ノ辨別アリト雖モ缺格者タラサルナリ我民法ニハ成年未成年ノ區別ヲ説ケザリシカ故ニ未成年者ト雖モ是非ノ辨別アリテ被相續人ノ殺害セラレタルコトヲ知リナカラ告發又

ハ告訴ヲ爲サザリシトキハ本號ノ缺格者タルモノトス(二)被害者カ自己ノ配偶者若クハ直系血族ナリシトキ近親ノ者ノ犯罪ヲ互ニ隠スハ普通ノ人情ナルカ故ニ被相續人ヲ殺害シタル者カ配偶者ナルカ直系血族ナルトキニ於テモ普通ノ場合ノ如ク告發又ハ告訴ヲ爲ササルヘカラサルモノトシテ其相續人ヲ缺格者ト爲スハ人情ニ悖ルヲ以テ此例外ヲ設ケタルナリ佛民法(第七二八條)ノ如キハ此例外ヲ擴張シ兄弟姉妹姪姪姪カ殺害者ナルトキニモ及ホシタレトモ我民法ノ例外ハ以上ノ如ク制限セラレタルカ故ニ傍系血族カ殺害者タルトキ告發又ハ告訴ヲ爲ササルニ於テハ缺格者タルコトヲ免レサルナリ

第三 詐欺又ハ強迫ニ因リ被相續人カ相續ニ關スル遺言ヲ爲シ之ヲ取消シ又ハ之ヲ變更スルコトヲ妨ケタル者 詐欺又ハ強迫ニ因リテ被相續人カ相續ニ關スル遺言ヲ爲シ之ヲ取消シ又ハ之ヲ變更スルコトノ自由ヲ妨ケタル者ハ之ニ因リテ自己ノ利益ヲ圖リタルニ外ナラサルヘクシテ其所爲最モ惡ムヘキモノナレハ之カ制裁トシテ此ノ如キ者ニハ相續權ヲ與ヘサルコトト爲シタルナリ

本條ノ適用ヲ受クル遺言ハ相續ニ關スルモノニ限ル例ヘハ法定ノ推定家督相

續人ノ廢除第九七六條廢除ノ取消第九七七條第四項家督相續人ノ指定又ハ其取消第九八一條ニ關スル遺言及ヒ女子ノミアリテ男子ナキ者カ遺言ヲ以テ男子ヲ養子ト爲シタル場合第八四八條第八三九條ニ於ケル遺言ノ如キ是ナリ茲ニ一ノ疑ハシキ場合アリ即チ被相續人カ遺贈ヲ爲スコトヲ妨ケタル者ハ此場合ノ適用ヲ受タルヤ否ヤ民法ニ於ケル相續人ハ家督相續人及ヒ遺產相續人ノ二種ニ限リテ受遺者ノ如キハ相續編中ニ規定セララルルニ拘ハラズ之ヲ相續人トハ稱セスト雖モ被相續人カ相續人以外ノ者ニ遺言ヲ以テ贈與ヲ爲サントスルトキ之ヲ妨ケタル場合ト右ニ掲ケル如キ純然タル相續ニ關スル遺言ヲ妨ケタル場合トノ間ニ於テ被相續人ノ爲ス遺言ノ自由ヲ妨ケテ相續ニ付キ多ク自己ヲ利セントスルコトハ孰レモ同一ニシテ毫モ之ヲ區別スル必要ナク又遺贈モ一種ノ相續ト謂フコトヲ得ヘキカ故ニ遺贈ヲ爲スコトヲ妨ケタル場合モ本號ノ適用ヲ受タヘキモノト解釋スルヲ穩當ナリトス獨逸民法第二三三九條第一項第二號

第四 詐欺又ハ強迫ニ因リ被相續人ヲシテ相續ニ關スル遺言ヲ爲サシメ之ヲ

取消サシメ又ハ之ヲ變更セシメタル者 前號ハ被相續人カ相續ニ關スル遺言ヲ爲スコト之ヲ取消スコト變更スルコトヲ妨ケタルニ在レトモ本號ハ被相續人ヲシテ相續ニ關スル遺言ヲ爲サシメ之ヲ取消サシメ又ハ變更セシメタル差アルノミニシテ其精神理由ハ前號ト異ナルコトナシ

第五 相續ニ關スル被相續人ノ遺言書ヲ偽造變造毀滅又ハ藏匿シタル者 遺言ハ被相續人ノ最モ確實ナル意思ヲ表示スルモノナルニ相續人カ之ヲ偽造變造毀滅又ハ藏匿シテ其當然受タヘキ利益ヨリ多クノ利益ヲ不當ニ得ントスルカ如キ者ニ其制裁トシテ相續權ヲ褫奪スルコトト爲スハ當然ナリ

相續人カ本號ノ規定ニ依リテ缺格者タルニハ其行爲ノ故意ニ出ツルコトヲ要ス故ニ相續人カ過失ニ依リテ被相續人ノ遺言書ヲ毀損シ又ハ紛失シタリトモ本號ノ適用ヲ受タルコトアラサルナリ

以上叙述シタル所ヲ以テ家督相續人ノ資格ニ關スル事ヲ説了セリ

二 家督相續人ノ順位

義ニ叙述シタルカ如ク家督相續人ハ被相續人ノ身分權及ヒ財產權ヲ承繼シテ

其地位ニ代リテ戸主ト爲ル者ナレハ遺産相續ト異ナリテ其相續人ハ一人ニ限
 ルカ故ニ家督相續ニ付キ權利ヲ有スル者二人以上アル場合ニ於テハ其中最モ
 優先ノ權利アル者ヲ定メナルヘカラス是レ家督相續ニ付キ順位ヲ定ムル所以
 ナリ而シテ法律ハ家督相續ニ付キ五箇ノ種類ヲ認メ先ツ其種類ニ付キ順序ヲ
 設ケ其一ノ種類中ニ數人ノ權利者アル場合ニ於テ尙ホ又其中ノ優先者ヲ定メタ
 リ法律カ家督相續ニ付キ認メタル五箇ノ種類トハ第一、法定ノ推定家督相續人
 即チ家ニ在ル直系卑屬是ナリ(第九七〇條乃至第九七八條)第二、指定家督相續人
 即チ法定ノ推定家督相續人ナキ場合ニ於テ被相續人カ家督相續人トシテ指定
 シタル者(第九七九條乃至第九八一條)第三、第一種選定家督相續人即チ第一種家
 督相續人及ヒ第二種家督相續人ナキ場合ニ於テ父母若クハ親族會カ家族中ヨ
 リ法律ノ規定シタル順序ニ從ヒテ選定シタル者(第九八二條、第九八三條)第四、尊
 屬家督相續人即チ家ニ在ル直系尊屬(第九八四條)第五、第二種選定家督相續人ナ
 キ場合即チ前四種ノ家督相續人ナキ場合ニ於テ親族會ノ選定シタル者(第九八
 五條)是ナリ

○法定家督相續人ノ順位 第九百七十條 被相續人ノ家族タル直系卑屬ハ左
 ノ規定ニ從ヒ家督相續人ト爲ル

一 親等ノ異ナリタル者ノ間ニ在リテハ其近キ者ヲ先ニス

二 親等ノ同シキ者ノ間ニ在リテハ男ヲ先ニス

三 親等ノ同シキ男又ハ女ノ間ニ在リテハ嫡出子ヲ先ニス

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

五 前四項ニ掲ケタル事項ニ付キ相同シキ者ノ間ニ在リテハ年長者ヲ先
 ニス

第八百三十六條ノ規定ニ依リ又ハ養子縁組ニ因リテ嫡出子タル身分ヲ取得
 シタル者ハ家督相續ニ付テハ其嫡出子タル身分ヲ取得シタル時ニ生マレタ
 ルモノト看做ス(舊民法財産取得編第二九五條第一項)

第一種家督相續人即チ法定ノ推定家督相續人タルニハ三箇ノ條件ヲ具備スル
 コトヲ必要トス即チ(一)被相續人ノ家族タルコト(二)被相續人ノ直系卑屬タルコ

ト三廢除セラレサル者タルコト是ナリ縱令被相續人ノ直系卑屬例ヘハ子又ハ孫タリト雖モ他家ノ養子ト爲リタル者他家ニ入夫婚姻シタル者分家シタル者若クハ被相續人カ其家ニ入ラサル前他家實家婚家等ニ於テ生レタル者ノ如キハ被相續人ノ家族ニ非サルカ故ニ法定ノ推定家督相續人タラサルモノトス又被相續人ノ弟甥等ニシテ其家族タリトモ是レ其直系卑屬直系卑屬トハ自己ヨリ出テ血統ノ直降シテ連結ノ關係ヲ有スル者即チ子孫曾孫ノ如キ是ナリ兄弟叔姪間ノ如キハ共同ノ始祖ヨリ出テ分派シタル者ニシテ所謂傍系親タルナリニ非サルカ故ニ同シク此種ノ家督相續人タルコトヲ得ス縱シ又被相續人ノ家族ニシテ直系卑屬タリトモ其者ニシテ被相續人カ家督相續人ノ廢除ヲ爲シ裁判上其請求ノ容レラレタル者ナルトキハ亦此種ノ家督相續人タルコトヲ得サルモノトス

以上ノ三條件ヲ具備シタル者ヲ家督相續人ト爲ストキハ同時ニ家督相續人タル者數人アルニ至ルヘシ例ヘハ被相續人ニ子ト孫トアルコトアルヘク男子ト女子トアルコトアルヘク嫡出子ト庶子ト私生子トアルコトアルヘク又子孫男

子女子嫡出子庶子私生子同時ニ數人アルコトアルヘシ然ルニ家督相續人ハ唯一人ニ限ルカ故ニ以上ノ者ノ中ニ何人カ相續スヘキカヲ定メサルヘカラサル必要アリ是ヲ以テ之ヲ本條ニ於テ定メタルナリ即チ

第一 親等ノ異ナリタル者ノ間ニ在リテハ其近キ者ヲ先ニス 此順位ハ他ノ立法例ニ於テモ亦從來ノ慣習ニ於テモ認ムル所ニシテ被相續人ノ意思ニモ合フヘクシテ相續ノ自然ノ順序ナリ故ニ子ト孫トアル場合ニ於テハ子ハ孫ニ先チテ相續シ孫ト曾孫トアル場合ニ於テハ孫ハ曾孫ニ先ツモノトス然レトモ此規定ハ絶對的ノ規定ニ非スシテ一ノ例外第九七四條アリ例ヘハ被相續人ニ長男甲ト次男乙トノ二人ノ子アリ而シテ甲ニ男子若クハ女子被相續人ノ孫トアル場合ニ於テ甲ハ子ニシテ長男ナルカ故ニ家督相續人タルヘシト雖モ被相續人ニ先チテ死亡スルカ又ハ其相續權ヲ失ヒタリトセンカ此場合ニ於テハ被相續人ノ次男乙ハ一等親ナルヲ以テ二等親タル孫長男甲ノ子ニ先チテ相續權ヲ有スルモノノ如シト雖モ長男甲ノ子即チ嫡孫承祖ニ於テ家督相續權ヲ有スル場合はナリ而シテ此例外規定ノ理由ハ第九百七十四條ニ於テ詳述スヘシ

第二 親等ノ同シキ者ノ間ニ在リテハ男ヲ先ニス 男尊女卑ハ吾邦古來ノ風習ニシテ相續ノ場合ニ男子カ女子ヲ排シテ權利ヲ有スルコトハ從來ノ慣習タルノミナラス一家ノ長タル戸主ノ任務ヲ盡スニハ一般ニ男子ハ女子ヨリ優ルカ故ニ此規定ヲ設ケタリ而シテ法律上男子カ女子ニ優ルモノト看タル規定ハ此規定ノミニ限ラス隱居ヲ爲ス場合第七五條後見ノ任務ヲ辭スル場合第九〇七條等ニモ見ル所ニシテ男子ト女子トアル場合ニ於テ家督相續ニ付キ男子ヲシテ女子ニ先タシムルコトト爲スハ至當ト謂フヘシ

第三 親等ノ同シキ男又ハ女ノ間ニ在リテハ嫡出子ヲ先ニス 此規定ハ正當ナル婚姻ヲ重シ婚姻ニ因リテ生レタル者ハ婚姻外ニ生レタル者ニ先テ相續權ヲ有スルコトト爲シタルモノニシテ從來ノ慣習ニモ適スル所ナリ故ニ例ヘハ被相續人ニ庶子タル長男ト嫡出子タル次男トアル場合ニ於テハ次男ハ長男ニ先テ家督相續ヲ爲シ庶子タル姉ト嫡出子タル妹トアル場合ニ於テモ妹ハ姉ニ先ツモノトス又私生子タル長男若クハ長女ト嫡出子タル次男若クハ次女アル場合ニ於テモ亦之ト同シテ次男次女ハ長男長女ニ先ツモノトス然レトモ

嫡出子ト庶子トアル場合ニ於テ嫡出子カ庶子ニ先ツハ嫡出子カ男子タルカ若シ女子タルトキハ庶子モ亦女子タルトキニ限ル嫡出子カ男子タルトキハ庶子ノ男タルト女タルトヲ問フコトナケレトモ嫡出子カ女子ニシテ庶子カ男子タルトキハ男子ハ庶子タルニ拘ハラズ前號ノ規定ニ依リ嫡出子タル女子ニ先ツモノトス是レ本號ニハ親等ノ同シキ男又ハ女ノ間下アリテ男及ビ女トアラヌ又次號ノ規定ニ親等ノ同シキ嫡出子庶子及ビ私生子ノ間ニ在リテハ嫡出子及ビ庶子ハ女ト雖モ之ヲ私生子ヨリ先ニストアリテ女ハ私生子ノ男子ニ對シテ優先權アル旨ヲ規定スルモ女カ庶子タル男子ニ優ル旨ノ規定ナケレハ嫡出子タル女子ト庶子タル男子アル場合ニ於テハ第二號ノ規定ニ依ラサルヘカラザルヲ以テ以上ノ如ク解釋スルモノトス以上ノ如クスルトキハ婚姻外ニ生レタル者カ正婚姻ニ因リテ生レタル者ニ優ルヘシト雖モ從來吾邦ノ慣習トシテ女子ノミアリテ男子ナキ場合ニ妾ヲ蓄ヘ男子ノ生レタルトキハ嫡出子タル女子ヲ排シテ之ヲ家督相續人ト爲シタルト庶子ハ素ト婚姻外ニ生レタル者ナレトモ既ニ父ノ認知ヲ受ケテ庶子ト爲リタルヲ以テ此場合ニハ敢テ正婚姻ヲ輕視ス

ト謂フヲ得サルナリ

本號ノ嫡出子ハ出生ト同時ニ嫡出子タル場合ト養子縁組ニ因リテ嫡出子タル身分ヲ取得シタル場合ト又最初私生子ナリシモ父母ノ婚姻ニ因リテ嫡出子タル身分ヲ取得シタル場合トヲ區別セス

第四 親等ノ同シキ嫡出子、庶子及ヒ私生子ノ間ニ在リテハ嫡出子及ヒ庶子ハ女ト雖モ之ヲ私生子ヨリ先ニス 被相續人ニ嫡出子、庶子及ヒ私生子アル場合ニ於テ私生子ハ男ト雖モ相續ニ付テハ常ニ嫡出子又ハ庶子タル女子ヨリモ劣等ノ位置ニ在ルモノトス是レ前號ニ於テ叙述シタルカ如ク私生子ハ婚姻外ニ生レタル者ニシテ婚姻ニ因ラサル者ハ法律上輕視セララルルニ外ナラサルナリ」嫡出子ト私生子カ其親タル戸主ノ家ニ在リテ家督相續ニ付キ順位ノ關係ヲ生スルハ如何ナル場合ニ生スルヤ戸主カ男子タルトキハ其子カ私生子ナリト雖モ父ニ於テ認知スルトキハ庶子ト爲リ若シ之ヲ認知セザルトキハ私生子ナル者アルコトナケレハ男戸主ノ子ニハ嫡出子ト庶子トノ二種アルニ過キスシテ男戸主ノ子ニ嫡出ノ女子ト私生ノ男子トアルコトナケレハ本號規定ノ適用ヲ

受タルコトナシ嫡出ノ女子ト私生ノ男子トアル場合ハ女子カ戸主タルトキニ限ル即チ女戸主ニ私生ノ男子アリテ入夫婚姻ヲ爲シタルモ依然戸主タル場合ニ於テ入夫トノ間ニ女子ヲ擧ケタルトキハ女子ハ嫡出ニシテ男子ハ私生子ナリ而シテ他日女戸主死亡シテ家督相續ノ開始シタル場合ニ於テ右嫡出子タル妹ハ私生子タル兄ニ先チテ家督相續ヲ爲スモノトス又入夫婚姻ノ場合ニ於テ以上ノ如ク私生ノ男子ト嫡出ノ女子トアルトキハ其者ハ庶子ナルカ故ニ同時ニ三種ノ子ノ存スルコトアルヘシ此場合ニ於テ嫡出ノ女子死亡スルカ又ハ最初ヨリ存セザルトキハ庶子タル女子ハ私生子タル男子ニ先チテ相續權ヲ有スルモノトス而シテ庶子ト私生子トハ孰レモ婚姻以外ニ於テ生レタル者ナレハ私生子ト雖モ男ハ庶子タル女子ニ先ツヘキモノノ如シト雖モ我邦ニ於テハ古來男尊女卑ノ習俗アリテ男ハ優ニモ叙述シタルカ如ク婚姻外ニ子ヲ擧ケ之ヲ認メテ庶子ト爲シ其相續人ト爲スコトハ法規及ヒ慣習上許ササル所ニシテ世間ニ於テ怪シマサレトモ女子カ婚姻以外ニ於テ子ヲ擧グルコトハ殆ト法規ノ之ヲ認

ムルナク世間亦之ヲ恥辱ト爲ス所ナレハ相續ノ順位ニ付キ庶子ト私生子ト區別ヲ爲シタル所以ナリ

第五、前四號ニ掲ケタル事項ニ付キ相同シキ者ノ間ニ在リテハ年長者ヲ先ニス、前四項ノ規定アルモ本項ノ規定ナキトキハ家督相續人タル者同時ニ數人アルニ至ルヘシ即チ例ヘハ嫡出ノ男子若クハ女子數人アルトキ又ハ嫡出子ナクシテ庶出若クハ私生ノ男子若クハ女子數人アルトキハ其中何人カ先順位ヲ有スヘキヤ兄カ弟カ分明セザルカ故ニ本號ヲ設ケテ前四號ニ掲ケタル事項ニ付キ相同シキ者ノ間ニ在リテハ年長者ヲ先ニスト規定シタル所以ナリ而シテ家督相續ニ付キ年長者ニ特權ヲ與フルコトハ猶ホ男子ニ優先ノ地位ヲ與フルカ如ク家督相續ノ性質上自ラ然ラシムル所ナルノミナラス我邦從來ノ慣習ニ於テモ同シク認ムル所ナレハナリ

戶主ノ家ニ於テ生レナカラ嫡出タル者數人アルトキハ事實上一日ニテモ前ニ生レタル者カ年長者トシテ家督相續ニ付キ優先ノ權利ヲ有スルコトハ判明スレトモ嫡出子タル者カ生レナカラニシテ嫡出子タルニ非スシテ或ハ養子縁組

ナリ故ニ今日ニ於テハ諸君モ知ラルルカ如ク手形ハ一方ニ於テ國際取引即チ外國貿易ニハ勿論ノコト内國ノ取引モ一般ニ銀行ノ媒介ニ依リテ正金輸送ノ勞費ト危險トヲ避ケタルカ爲メ盛ニ使用セラレ居ルノミナラス他方ニ於テハ亦尙モ一定ノ金錢債務ノ存在スル場合ニハ常ニ此手形カ利用セラレテ金融ヲ補助スルノ作用ヲ爲シツツアルナリ其現象ノ一二ヲ舉クレハ例ヘハ賣掛代金ヲ資金トシテ賣主甲ハ買主乙ヲ支拂人ト爲シ自己ニ對スル他ノ債權者タル丙ヲ受取人トシテ爲替手形ヲ振出し以テ丙ニ對スル債務ノ履行ニ代フルコトヲ得ヘタ丙ハ更ニ之ニ裏書シテ漸次他人ニ之ヲ運轉スルコトヲ得ルナリ此裏書タルヤ實ニ手形上ノ權利ノ移轉ヲ容易ナラシムルノミナラス裏書ノ結果トシテ裏書人ハ支拂ニ對スル擔保ノ責任ヲ負擔スヘキカ故ニ其裏書ノ數ヲ加フルニ隨ヒテ手形ハ其擔保義務ヲ増加スルノ結果愈々其信用ヲ確實ナラシムルト同時ニ益々其流通ヲ容易ナラシムルノ效果アルナリ其他金錢債權者カ其債務ヲ確保スルカ爲メ債務者ヲシテ先ツ其債務ヲ事實上ニ於テ保證セントスル者ヲ受取人トセル約束手形ヲ發行セシメ其受取人ヲシテ更ニ自己ヲ被裏書人トスル

裏書ヲ爲サシムルカ如キハ今日坊間ニ盛ニ行ハルル所ナリ即チ隠レタル保證
 ト稱スルモノナリ殊ニ甚シキハ今甲カ乙ナル者ノ世上ニ信用アルヲ利用シ乙
 ノ承諾ヲ得テ自己ヲ受取人ト爲シ(第四四七條參照)乙ヲ支拂人トシテ滿期日ヲ
 三箇月後ト爲シタル爲替手形ヲ發行シ乙ヲ引受ヲ爲サシムルトキハ
 乙ハ主タル支拂義務者ノ地位ニ立ツカ故ニ甲ハ其信用ニ依リ容易ニ裏書ニ依
 リテ其手形ヲ第三者ニ移轉シ以テ手形面ノ金額ヲ收得スルコトヲ得ヘク而シ
 テ甲ノ乙ニ資金ヲ供スルハ三箇月後ニ之ヲ支給スレハ足レルカ故ニ其收得シ
 タル金額ハ取リモ直サス三箇月間タケ之ヲ融通スルコトヲ得ルノ便法アリ殊
 ニ銀行ニ於テハ信用アル手形ニ對シテハ手形ノ支拂期限ノ到來前ニ於テモ其
 期限マテノ利息手数料等ヲ割引シテ正金ヲ引換ヲ爲シ與ルルノ便宜アルカ故
 ニ手形ハ實ニ金融機關トシテ大ナル效用ヲ爲シツツアルナリ
 要スルニ今日ニ於テハ苟モ一定ノ金銀債務ノ存在スル場合ニハ常ニ手形ヲ利
 用シ得ルカ故ニ手形ハ商業界ニ於テ恰モ紙幣ト同様ノ取扱ヲ受ケ殆ト現金ノ
 授受ト同一ノ作用ヲ爲シ又ハ爲サントシツツアルナリ我國ニ於テハ手形ノ使

用日尙ホ淺キカ故ニ世人或ハ未タ其運用ノ妙ヲ悟ラサルカ如キ觀アリト雖モ
 信用ノ發達ニ伴ヒ漸次手形ハ金融機關トシテ快活ナル運用ヲ爲スニ至ルヘキ
 ナリ

第四 以上ノ説明ニ依リテ手形法益ニ手形及ヒ其作用ノ如何ナルモノナルカ
 ヲ略ホ了解シ得タルヘシト信スルカ故ニ緒言ノ終ニ於テ茲ニ其手形上ノ債務
 關係ノ性質ニ付テ從來存スル學說ヲ略述シ併セテ現行手形法カ如何ナル理論
 ヲ採用シタルヤニ付テ一言シ以テ本論ニ入ラントス
 手形上ノ債務關係ノ性質ヲ論ズルノ學說ハ手形ノ作用カ發達スルニ伴ヒ種種
 ノ變遷ヲ經タリ其初ニ在リテハ手形上ノ債務ハ契約ニ因リテ成立シ而モ其契
 約ハ其性質單ニ當事者間ニ意思ノ合致アルヲ以テ足レリト信シタリシカ手形
 作用ノ進歩スルニ從ヒ到底其議論ヲ固守スル能ハサルニ至リテ所謂要書契約
 說出ヲ其作用殊ニ複雜ヲ極ムルニ及ビテ更ニ一方行爲說ヲ生シタリ左ニ簡
 單ニ之ニ關スル説明ヲ爲サントス
 合意說 手形上ノ債務ハ當事者ノ契約ニ因リテ成立スト説ケルハ一様ナリト

雖モ其立論ノ根據ハ人ニ由リテ異ナリ頗ル多様ナリ而シテ其説明スル所ノ債務關係ノ範圍モ唯振出人ト受取人トノ間ニ生スル法律關係ノ性質ヲ論スルニ止マリ其他ノ債務關係ハ殆ト之ヲ其説明以外ニ措ケリ蓋シ彼ノ振出人ト受取人以後ニ於ケル無數ノ手形取得者トノ關係ノ如キハ裏書制度ノ特ニ發達セル後ニ至リテ研究セラレ説明セラレタルモノニシテ其初ニ在リテハ其研究ノ範圍ヲ茲ニ止メタルハ亦自然ノ勢ナルヘシ然リ而シテ其振出人ト受取人トノ關係ヲ契約上ヨリ論スルヤ其說區區ニシテ一定セス或ハ普通ノ金錢貸借ニ類スルノ點ヨリシテ之ヲ消費貸借ナリト論シ或ハ交換ナリト曰ヒ或ハ賣買ナリト説ケリ蓋シ手形發達ノ初期ニ在リテハ甲地ニ於テ一定ノ金錢ヲ與ヘ乙地ニ於テ之ニ對スル金錢ヲ受クルヲ其重ナル目的ト爲シ所謂隔地者間ニ於ケル兩替主義カ手形觀念ノ根本ヲ形造クレルモノナルカ故ニ兩替ノ性質ヨリ論シテ或ハ甲地ノ金錢ト乙地ノ金錢トノ交易即チ物ト物トノ交換ナリト説キ又ハ甲地ノ金錢ヲ代價ト見乙地ノ金錢ヲ貨物ト見テ金錢ヲ以テ貨物ヲ買取ルモノナリ即チ賣買ナリト論スルハ敢テ不當ニ非サリシナルヘシ其他種種ノ説アリシモ

要スルニ振出人ハ一定ノ報酬即チ對價ヲ受ケ其代リトシテ受取人ニ對シテ豫定ノ時及ヒ場所ニ於テ一定ノ金額ヲ支拂ハシムルコトノ合意ヲ爲スモノナリト云フニ在リ換言セハ手形上ノ債務ハ此合意ニ因リテ直チニ成立シ手形其モノハ唯此合意ノ存在ヲ證明スルノ道具タルニ過キサザルナリ合意ニ基キテ手形證券ヲ作成シ之ヲ交付スルコトアレトモ是レ畢竟其合意ヲ明確ニシ之ヲ實行スルノ材料ト爲スニ過キスシテ其證券ハ手形上ノ債務ノ成立ニ何等ノ關係ナキナリ手形上ノ債務ハ手形ノ作成交付以前ニ於テ合意ニ因リテ既に成立シ居ルモノナリト云フノ趣旨ナリ

此ノ如ク手形債務ノ成立ヲ單ニ當事者間ノ合意ニ因リテ直チニ發生スルモノナリト爲ス以上ハ契約一般ノ理論トシテ債務者カ其債務ヲ負フニ至リタル法律上ノ理由即チ債務發生ノ原因ハ其債務成立ノ一要素ヲ形造タルコトト爲リ其結果債權者カ其債權ヲ主張セントスルニハ一其債務發生ノ原因ヲ證明スルヲ要シ債務者ハ其原因ヲ否認スルノ抗辯ヲ提出シテ其債務ヲ免ルルコトヲ得ヘキナリ此ノ如キハ手形作用ノ發達シテ流通ヲ其骨子ト爲シ其生命ト爲ス

ニ至リタル場合ニ到底適合スヘクモ非シテ其發達ニ伴ヒ其作用ニ應シテ學說モ亦其歩ヲ進メ遂ニ第十八世紀ノ終ニ至リテ要書契約說カ唱道セララルニ至レリ

要書契約說 此說ニ於テ主張スル所ノ趣旨ハ文字其レ自身ノ示セルカ如ク當事者ノ合意ハ書面ニ依リテ成立スルモノナリテ手形證券ハ手形債務成立ノ必要條件ニシテ之ヲ作成シ交付スルニ因リテ手形債務ハ發生ス此手形ヲ發行スルニ至ルマテノ間ニ於テ當事者間ニ手形金額ノ確定ニ關シ又ハ其支拂ノ時期及ヒ場所等ニ關シテ一定ノ合意ヲ爲スヘキハ勿論ナリ然レトモ此合意ハ單ニ一定ノ條件ノ下ニ或手形ヲ發行スルノ義務ヲ生スルニ止マリ手形債務ハ直接ニ之ニ因リテ發生スルモノニ非ス此合意カ履行セラレテ手形證券カ完成セララルニ至リテ始メテ手形債務カ成立スルナリ一定ノ手形發行ノ義務ヲ生シタル合意ハ當事者間ニ於テ雙互ノ意思カ合致シタルト同時ニ成立スヘク隨テ其義務ハ其原因ノ有無ニ依リテ左右セラルヘシト雖モ一旦其義務カ履行セラレテ手形ヲ作成シ之ヲ受取人ニ交付シタル以上ハ手形ノ發行ニ關スル合意ハ此證書ニ

併吞セラレテ手形上ノ債務關係ハ總テ此手形面ノ記載ニ依リテ支配セララルコトト爲ルナリ換言スレバ手形債務ハ普通ノ債務ノ如ク適法且真正ナル原因ヲ基礎トスル單純ナル意思ノ合致ニ因リテ發生スルモノニ非スシテ手形ト稱スル一定ノ方式ヲ具備スル證券ニ依ル意思表示ニ因リテ組織セララルモノナリ故ニ手形債務ノ成否如何ハ振出人カ相手方ニ對シテ任意ニ其證券ヲ作成シ之ヲ交付シタルヤ否ヤニ依リテ決定セララルヘクシテ原因ノ存否如何ヲ問フノ必要ナシト云フニ歸著ス

此要書契約說ニ於テ手形上ノ債務ハ一般ニ手形證券ニ依リテ成存スルモノナリトノ觀念ヲ明カニシ原因關係ヲ手形債務ヨリ分離シ普通ノ債務關係ニ於テ債權者カ其債權ヲ主張セシムル其債務ニ對スル原因ノ存在ヲ證明スルノ責任アルニ反シテ手形債務ニ對スル債權者ハ其原因ノ存否如何ニ關セシテ自己ノ權利ヲ主張シ得ヘシト説明シタルハ手形作用ノ發達ニ伴ヒテ能ク其性質ニ適合セシメ之ニ依リテ其流通ヲ助長シタルノ效果殊ニ著シキモノアルナリ

此ノ如ク要書契約說ハ手形法理ノ發達上頗ル注目スヘキモノタルニハ相違ナ

キモ此説タルキ畢竟其源ヲ舊時ノ合意説ニ汲ミ唯之ニ一歩ヲ進メ手形債務ヲ以テ書面ニ依リテ表示シタル意思ノ合致ニ基クモノナリト説キタルノミニテ手形債務ノ發生ヲ當事者間ニ於ケル契約ニ基クモノナリト論スルノ點ニ至リテハ兩者其立論ノ根據ヲ同シウス然ルニ此契約説ヲ以テスルトキハ複雑ナル手形作用ヲ説明スルニ困難ナルノ點續出シタルヲ以テ第十九世紀前半ノ終ノ頃ヨリ更ニ之ト全ク其立論ノ根據ヲ異ニセル一方行爲説ヲ唱フル者出テ之カ爲メニ手形ニ關スル理論ハ殆ト其面目ヲ一新スルニ至リタリ

一方行爲説 一方行爲説ノ端緒ヲ開キタル者ハ獨逸ノ「アイチルト」氏ナリ氏ハ手形ノ商業界ニ於ケル經濟上ノ作用ヲ研究シ其活動カ殆ト紙幣ト同一ノ作用ヲ爲スヲ見テ手形ヲ以テ商人ノ發行シタル紙幣ナリト極論シ此觀念ニ基キテ手形法理ノ説明ヲ爲セリ其趣旨ハ手形ハ紙幣ナリ何人ト雖モ紙幣ヲ受取りタル者カ直チニ其權利ヲ取得スルト同シク正當ナル手形ノ占有者ハ完全ニ手形上ノ權利ヲ行使シ得サルヘカラス彼ノ手形ノ取得者カ其權利ヲ行使スルニ當リテ債務者ニ彼レカ其原債權者ニ對抗スルコトヲ得ヘカリシ事由ノ主張ヲ認

容スルカ如キハ手形本來ノ性質ヲ害スルコト甚シ債務者ト原債權者トノ間ニ於テハ縱令如何ナル關係ノ存在アリタリトスルモ是レ正當ナル手形ノ取得者カ其權利ヲ行使スルノ上ニ何等ノ影響ヲ及ボサシムヘキニ非ス故ニ手形上ノ債權ノ性質ヲ論スルニハ手形ノ取得者ハ原債權者ノ權利ヲ承繼シタルニ因リテ其權利ヲ主張シ得ルモノニ非スシテ直接ニ債務者ニ對シテ獨立ノ權利ヲ取得スルモノト認メサルヘカラス換言スレバ振出人ハ管ニ受取人トノ合意ニ因リテ「ミ」債務ヲ負擔スルモノニ非スシテ最初ヨリ一般公衆ニ對シテ手形金額支拂ノ意思表示ヲ爲シタルモノト謂ハサルヘカラス此ノ如ク其債務ハ合意ニ因リテ生スルニ非スシテ書面ニ依リテ表示セラレタル一方のニ支拂ヲ爲スノ意思ニ基クモノナルカ故ニ債務ノ履行ハ其書面ニ對シテ之ヲ爲スモノト謂フヲ得ヘク隨テ正當ニ其書面ヲ取得シタル者ハ何人ト雖モ獨立シテ其權利ヲ行使スルコトヲ得ヘシト云フノ趣意ニ歸著ス

此ノ如ク「アイチルト」氏カ手形ヲ以テ紙幣ト同一視シタル説ノ當否ハ別問題トシテ姑ク之ヲ措キ氏カ從來ノ學說ヲ一變シ手形債務ハ敢テ契約ニ因ルニ非ス

債務者ノ一方行為ニ因リテ成立シ手形ノ占有者ハ獨立シテ其權利ヲ取得スルモノナリト論シ茲ニ手形法理ニ付テ一生面ヲ開始シタルノ功績ハ殊ニ顯著ナルモノナリ是ニ於テカ多數ノ學者ハ此方向ニ其研究ノ武歩ヲ進メ竟ニ手形債務ハ一定ノ手形ニ要式的行為ヲ爲スニ因リテ發生スルモノニシテ其要式的行為以外ニ手形債務ノ發生原因ナシト論斷シ苟モ一旦此手形行為ヲ爲シタルトキハ手形取得者ノ何人タルヲ問ハス之ニ對シテ直接ニ手形債務履行ノ責ニ任スヘク他ト共同シテ手形上ノ債務關係ヲ發生セシムルモノニ非ス故ニ其債務ハ一方的ノモノニシテ手形ノ占有者ハ單ニ權利ヲ取得スヘク之カ爲メニ毫モ義務ヲ負擔スヘキモノニ非スト説明スルニ至リタリ其詳細ハ後ニ至リテ説明スヘシ

此一方行為說ハ一方ニ於テ最近ノ學說トシテ大ニ學者間ニ歡迎セラレ立法上ノ主義トシテ採用セララル所ナルモ他方ニ於テハ要書契約說モ亦其理論ヲ密ニシ其所說ヲ巧ニシテ之ニ當リ今日ニ於テハ兩說相對峙シテ互ニ下ラサルノ勢ヲ爲シ居レリ我現行法ハ果シテ如何ナル理論ニ基キテ制定セラレタルモノ

ナリヤテ決定スルハ趣味アリ價值アル問題ナルト同時ニ其研究特ニ困難ニシテ法文上ハ勿論學說ノ上ニ於テモ未タ確乎タル斷定ナシト雖モ其規定ノ全體ヲ彼此參照シテ熟慮スルトキハ寧ロ一方行為主義ヲ採用シタルモノナリト結論スルノ正當ニシテ而モ解釋上ニ大ナル便益アルヲ發見スルナリ然レトモ予輩ハ彼ノ一派ノ學者ノ攻撃スルカ如ク手形ノ所持人カ取得スル權利ノ分量ハ其前者ノ有シタル權利ノ分量ヨリ大ナルモノアルカ故ニ手形ノ取得者ハ前者ノ權利ヲ承繼スルモノニ非ス隨テ契約說ハ到底之ヲ採用スルニ由ナシト論スルノ口吻ニ倣ハントスル者ニ非ス詳言スレハ契約說ヲ採用スルトキハ其結果トシテ手形ノ振出人ト受取人以後ノ手形所持人即チ其手形カ受取人ノ手ヨリ離レ裏書ニ依リテ轉帳セラレタル場合ニ其手形ヲ取得シタル者トシテ關係ヲ説明スルニ當リテ學者或ハ其手形所持人カ振出人ニ對シテ手形上ノ權利ヲ取得スル所以ハ裏書讓渡ノ契約ニ因リテ前者ノ權利ヲ讓受ケタルニ由ルモノナリト説明スル者アルヲ見テ直チニ之ヲ捉ヘ讓受ニ因リテ權利ヲ取得ストハ前者ノ權利ヲ承繼スルモノナリ承繼スルモノトセハ移轉セラレタル權利ノ分量ト

承継シタル權利ノ分量トハ互ニ相一致セザルヘカラス然ルニ手形取得者ノ權
 利ハ毫モ前者ノ權利ニ附著セル缺點ニ由リテ影響セラルルモノニ非ス然ラハ
 契約説ヲ以テシテハ到底此邊ノ消息ヲ説明スル能ハストテ之ヲ批難スル者ア
 リ然レトモ此説タルヤ讓渡ハ權利ノ承継ナリトノ原則ニ拘泥スルノ甚シキモ
 ノニシテ當ヲ得タルモノニ非ス讓渡ト云ヘハ其權利ハ必ス前後同一分量ノ
 モノナラサルヘカラスト云フハ非ナリ普通ノ權利ノ讓渡ノトキニ於テモ格段
 ナル場合ニ前者ト後者トノ權利ニ效力ノ大小アルハ通例見ル所ノ現象ニシテ
 何人ト雖モ強ヒテ之ヲ讓渡ニ非スト強辯スルノ勇氣ハナカルヘシ然ラハ手形
 ノ場合ニ限リテ特ニ之ヲ否認スヘキ理由ヲ發見スルコト能ハサルナリ然リト
 雖モ予輩ハ亦他方ニ於テハ手形法上他ノ規定トノ關係ニ鑑ミテ受取人以後ノ
 手形所持人カ振出人等ノ債務者ニ對シテ手形上ノ權利ヲ取得スル所以ハ契約
 ニ基ク讓渡ノ結果ナリトノ説ニモ贊同スルコト能ハサルナリ何トナレハ讓渡
 ノ場合ニ前後其權利ノ效力ニ大小アルハ便宜問題トシテ之ヲ認容スヘシト雖
 モ其根底ニ於テ全ク讓渡スヘキ權利ノ存在セザル場合ニモ裏書ニ依リテ手形

ヲ取得シタル者カ完全ニ手形上ノ權利ヲ取得スルハ仍ホ之ヲ讓渡ニ因ルモノ
 ナリト強辯スルハ果シテ其當ヲ得タルモノト謂フヲ得ヘキカ例ヘハ手形ノ署
 名カ偽造セララルルカ又ハ署名者カ無能力者ナリシカ爲メ其債務カ取消ナレタ
 ルカ或ハ手形カ竊取セラレテ更ニ善意ノ第三者ノ手ニ歸シタル等ノ場合ニ其
 手形ノ取得者カ仍ホ完全ニ手形上ノ權利ヲ行使スルコトヲ得ルハ如何ニ之ヲ
 説明シ得ルカ(第四三七條、第四三八條、第四四一條參照)讓渡説ヲ以テシテハ到
 底此ノ如キ場合ニ於ケル手形所持人ト手形振出人等トノ關係ヲ説明シ得ザル
 ナリ是ニ於テカ進步シタル契約論者ハ實ニ巧妙ナル説明ヲ案出シ受取人以後
 ノ手形所持人カ手形ノ振出人ニ對シテ手形上ノ權利ヲ取得スルハ手形ノ讓受
 ケニ因ルニ非ス直接ニ振出人ニ對シテ權利ヲ取得スルモノナリト論スルニ至
 レリ而シテ其説ク所學者ニ依リテ各異ナレリト雖モ要スルニ契約ハ振出人ト
 受取人トノ間ニ成立スルト同時ニ受取人ハ振出人ト受取人以後ノ手形所持人
 トノ中間ニ立テテ雙方ノ意思ノ合致ヲ媒介スルモノナリト説クカ若クハ振出
 人ハ手形ニ依リテ最初ヨリ牽束力アル無數ノ申込ヲ發表シ手形所持人ハ其手

形ノ取得ニ因リテ其申込ヲ承諾シ茲ニ雙互ノ間ニ直接ニ契約成立スト云フノ學說其重ナルモノナリ此ノ如ク論スルトキハ或ハ讓渡說ニ對スル批難ヲ避ケルコトヲ得テ振出人ト受取人以後ノ手形所持人トノ關係所謂間接當事者間ノ關係ハ頗ル明白ニ之ヲ説明シ得ヘキカ如シト雖モ手形所持人ガ受取人ヲ媒介トシテ振出人ト契約ヲ締結スルモノナリト説クニ於テハ前例受取人ノ署名カ偽造セラレテ手形ガ善意ノ第三者ノ手ニ歸シタル場合ノ如キハ所謂受取人ノ媒介アルヘキ理ナクシテ其説明殊ニ困難ヲ感スヘク之ヲ或ハ振出人ハ最初ヨリ一般公衆ニ對シテ無數ノ申込ヲ爲シ手形所持人ハ其手形ノ取得ニ因リテ承諾シタルモノナリト説クモ果シテ事實ニ照シテ其當ヲ得タルモノト謂フヲ得ヘキカ元來契約ハ當事者相互ノ信用ニ因リテ成立スルモノナリ信用ハ相互ノ事情相通シ相識ルニ基因ス時トシテハ相識ナクシテ契約ヲ發生スルコトアリト雖モ契約ト云ヘハ必ス承諾アリ承諾アル以上ハ少クトモ申込者ハ其承諾ノ際ニ於テハ相手方ノ誰タルコトハ必ス知り得ヘキナリ故ニ其債權者ノ誰タルカラ知ルハ契約成立ノ際ニ於ケル普通ノ狀態ナリトス而シテ今論テ手形ヲ

振出シタル者ト受取人以後ニ手形ヲ取得シタル者トノ關係ニ付キ振出人カ手形ヲ發行シタル當時ノ意思如何ヲ顧ミルニ振出人ハ何人ト雖モ手形ヲ取得シタル者ニ對シテ絕對的ニ手形上ノ債務ヲ履行スルノ意思ヲ以テ手形ヲ發行シ其取得者ノ誰タルカハ最初ヨリ毫モ顧慮シタル所ニ非ス終始債務者ノ毫モ相識ラサル者カ債權者ト爲リツツ無數ニ甲ヨリ乙乙ヨリ丙ト流通セラレルニトカ手形ノ性質タルナリ此ノ如キ特種ノ現象アルヲモ省ミス尙ホ強ヒテ如上ノ契約說ヲ以テ之ヲ説明セントスルハ巧妙ナル理論ノ稱賛ハ或ハ之ヲ博シ得ヘシ然レトモ當事者ノ眞意ヲ度外ニ指キ徒ニ言ヲ弄スルノ識ハ之ヲ免レ得サラシカ寧ロ手形上ノ債權債務ハ手形行為ニ因リテ成立シ手形行為ヲ爲シタル者ハ何人ト雖モ手形ヲ取得シタル者ニ對シテ絕對ニ手形ノ文言ニ從ヒテ責任ヲ負擔シ其成立ニハ毫モ相手方ノ行為ヲ要スルモノニ非ス手形ノ交付ニ付テハ後ニ説明スル所アルヘシト説明スルノ能ク手形ノ實際ニ合シ最モ簡單ニ最モ明白ニ手形法理ヲ説明シ得ルノ優レルニ如カサルナリ何ヲ苦ミテカ契約說ニ固執スルノ必要アラン況ヤ契約說ノ理論ヲ一貫シテ現行法規ヲ説明セントス

ルニハ前既ニ述ヘタルモノノ外ニ難解ヲ生スルノ規定モ鮮少ナラス例ヘハ手形ノ一部引受其他ノ單純ナラサル引受ニ關スル規定ノ如キ是ナリ(第四六九條)元來契約ノ申込ニ對スル承諾ハ無條件ナラサルヘカラス條件附ノ承諾ハ新ナル申込ト看ラルルコトハ或ハ之アラン然レトモ承諾トシテハ何等ノ效力ナキモノタリ然リ而シテ今引受ヲ以テ支拂人ノ承諾ナリト論スルトキハ如何單純ナラサル引受即チ條件附引受ノ如キハ承諾ト謂フヲ得スシテ何等ノ效力ヲ生セサルヘキモノナルニ反シ引受人ハ仍ホ依然トシテ其引受ノ文言ニ從ヒテ手形上ノ責任スルナリ此ノ如キハ如何ニ説明シ得ヘキカ一部引受ノ如キハ殊ニ契約說ヲ以テシテハ適當ニ之ヲ辯護スルコト極メテ困難ナルヘシ要スルニ手形法理ヲ終始一貫シテ説明スルノ上ニ於テモ將タ現行法規ヲ最モ明了ニ解釋スルノ上ニ於テモ契約說ヨリハ一方行爲說ノ大ニ優レルモノアルハ本講義ノ進ムニ隨ヒ自然ニ之ヲ首肯スルニ至ルヘシト信ス終ニ臨ミテ尙ホ一言スヘキハ手形上ノ債務ノ發生時期ニ關スル問題ナリ換言スレハ振出人、裏書人引受人等ノ債務ハ手形ニ特定ノ行爲ヲ爲スト同時ニ發生

二ノ終局判決ヲ除キ其他ノ終局判決ニ對シテハ全然獨立シテ控訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシト規定スルニ對シテハ其ノ趣意ハ生算ノ審判ヲ終局判決トシテ中間判決ニ對シテハ獨立シテ控訴ヲ提起スルコトヲ得サルヲ原則トス中間判決ハ裁判ヲ爲スニ熟シタル争點ヲ分離シテ判決ヲ以テ爲シタル宣言ニシテ本來ノ性質ハ後ノ終局判決ノ成立部分ナリ隨テ中間判決ハ其審級ヲ拘束スヘキ裁判ノ理由ニ過キササルモノナルヲ以テ獨立シテ控訴ヲ爲スコトヲ許ササルナリ唯一二ノ中間判決ニ對シテハ便宜上訴訟法ニ於テ上訴ニ關シテ終局判決ト看做シテ獨立ノ控訴ヲ許スモノアリ即チ左ノ如シ

(一) 妨訴抗辯ヲ棄却シタル判決 被告カ妨訴ノ抗辯ヲ提出シタル場合ニ之ニ關スル辯論ヲ分離シタルトキニハ其妨訴抗辯ヲ當否ニ付テ裁判所ハ特ニ判決ヲ下ササルヘカラス妨訴抗辯ヲ理由アリトシタル場合ニハ原告ノ提起シタル訴ノ訴訟條件ニ欠缺アルモノナルヲ以テ原告ノ訴ハ却下スヘキモノナリ其判決ハ終局判決ナルヲ以テ獨立シテ控訴ヲ提起ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論ナリ然レトモ被告ノ提起シタル妨訴抗辯ヲ理由ナキモノトシテ棄却スル場合ニハ其

判決ハ中間判決ナルモ便宜上此判決ハ上訴ニ關シテ終局判決ト看做シ獨立シテ控訴ヲ提起スルコトヲ許ス何故ニ上訴ヲ許サレタルヤト云フニ若シ上訴審ニ於テ妨訴抗辯ヲ理由アリト認メタル場合ニハ直チニ訴ノ却下ノ判決ヲ爲スヘキモノナルヲ以テ若シ上訴ヲ許サスシテ本案ノ辯論ヲ進行シタル場合ニハ上訴審ノ判決ノ結果ニ依リテ第一審ノ本案ノ訴訟ノ進行ハ全ク無用ニ歸スルノ虞アルヲ以テナリ

(二) 請求ノ原因ト數額トニ付テ争アル場合ニ辯論ヲ分離シテ先ツ原因ノミニ付テ裁判ヲ爲シ請求ノ原因ヲ正當ナリトスル中間判決ヲ原因ト數額トニ付テ争アル場合ニ於テ辯論ヲ分離シテ請求ノ原因ナシトスル判決ハ原告ノ請求ヲ排斥スヘキモノナレハ其判決ハ終局判決ナリ然レトモ請求ノ原因ヲ正當ナリトスル判決ハ尙ホ本案ノ數額ニ付テノ辯論ヲ進行スヘキモノナレハ中間判決ナリ此中間判決ハ獨立シテ上訴ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ(第二二八條此判決ニ對シテ獨立シテ上訴ヲ許シタル主旨モ亦妨訴抗辯ニ於ケル場合ト同一ニシテ上訴審ニ於テ請求ノ原因ヲ不當ナリト認メタル場合ニハ第一審ニ於テ數額

ノ辯論ヲ進行スルモ其辯論ハ全ク無用ニ歸スルモノナルヲ以テナリ

(三) 證書訴訟爲替訴訟ニ於テ被告ニ權利ノ行使ヲ留保シタル中間判決ニ證書訴訟爲替訴訟手續ニ於テ被告カ原告ノ請求ヲ争ヒタル場合ニ於テ被告ニ敗訴ヲ言渡ストキニ當リテハ被告ニ對シテ通常ノ訴訟手續ニ於テ其訴訟ヲ進行スルコトヲ得ルノ權利ヲ判決ヲ以テ留保スヘキモノナリ此判決ハ全ク其審級ヲ訴訟事件カ離脱スルモノニ非スシテ其訴訟ハ通常ノ訴訟手續ニ於テ其審級ニ繫屬スルモノナリ故ニ此判決ハ中間判決ナレトモ上訴ニ關シテハ之ヲ終局判決ト看做シタリ其理由ハ前ノ二箇ノ中間判決ト同シク上訴審ニ於テ原告ノ請求ヲ不當ナリト認ムル場合アリタルトキハ被告ニ權利ノ行使ヲ留保スルノ必要ナク原告ノ訴ヲ排斥スヘキモノナルヲ以テ特ニ通常訴訟トシテ下級審ニ於テ訴訟手續ヲ進行スルノ必要ナキニ至ルヲ以テナリ

以上述べタル三箇ノ中間判決ハ上訴ニ關シテ終局判決ト看做シタルモノナレハ獨立シテ上訴ヲ爲スコトヲ得ルノミナラス若シ當事者ニシテ其判決ニ不服ナルトキハ必ス獨立シテ上訴セサルヘカラサルモノニシテ後ノ終局判決ニ對

スル控訴ト其ニ一ノ控訴ヲ以テ不服ノ申立ヲ爲スコトヲ許ササルモノトス其
 他ノ中間判決、決定、命令ニ對シテハ獨立シテ控訴ノ提起ヲ許ササルモノナリ但
 中間判決、決定、命令ニシテ終局判決ノ理由ト爲リタルモノ即チ終局判決ノ基本
 ト爲リタルモノニ對シテハ終局判決ニ對シテ控訴ヲ提起シタル場合ニ不服ノ
 申立ヲ爲スコトヲ得ルハ法律ノ許ス所ナリ加之相手方カ控訴ヲ提起シタル場
 合ニ其控訴ノ不當ナルコトヲ攻撃スルト同時ニ被控訴人ハ控訴裁判所ニ對シ
 テ此等ノ裁判ノ不當ナルコトヲ主張スルト得ヘキモノナリ但特ニ法律ニ
 於テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス^二ト規定シタル裁判又ハ抗告ノ方式ヲ以テ不服
 ノ申立ヲ許ス所ノ決定、命令並ニ終局判決ノ理由ニ關係ナキ裁判ハ終局判決ニ
 控訴ノ提起アリタル場合ト雖モ不服ヲ述フルコトヲ得ザルモノトス蓋シ抗告
 ヲ以テ不服申立ヲ許ス裁判ハ特ニ終局判決ニ對スル控訴ト其ニ不服申立ヲ許
 スノ必要ナク又終局判決ノ理由ニ關係ナキ裁判ハ終局判決ノ不當ヲ主張スル
 控訴ニ關係ナキモノナレハナリ控訴裁判所ニ於テハ當事者ヨリ不服ヲ申立テ
 タル範圍内ニ於テ更ニ辯論ヲ爲スヘキモノナルヲ以テ當事者ヨリ不服ヲ申立

テサルトキハ終局判決ノ基本ト爲レル中間判決、決定、命令ト雖モ控訴裁判所ノ
 判斷ヲ受タルモノニ非スト雖モ不服ヲ申立テタル場合ニ於テ終局判決前ニ爲
 タル終局判決ノ理由ト爲リタル裁判ハ前ニ述ビタル例外ノ場合ヲ除キ總テ控
 訴裁判所ノ判斷ヲ受タルモノトヲ得ルモノナリ(第四一)條第三九七條、
 第二^三控訴法、法定ノ方式ニ從ヒテ提起スルモノトヲ要スルモノナリ(第四〇)條第
 一^四項即チ控訴審ニ於ケル訴訟手續ヲ開始スル控訴ヲ提起スルニ定ル要件ヲ具備
 シタル書面即チ控訴狀ヲ控訴ニ付テ管轄權ヲ有スル裁判所ニ差出シテ之ヲ爲
 スヘキモノトス控訴ハ訴ヲ提起スル如ク口頭ヲ以テ提起スルモノトヲ得ル場合ナ
 シ控訴狀ノ差出トハ控訴人若クハ訴訟能力アル其代理人カ控訴狀ヲ裁判所ニ
 交付スルコトヲ意味スルコトニシテ控訴人カ第一審判決ヲ變更ヲ求ムルカ爲
 マ控訴裁判所ニ對シ第一審ニ於テ終局シタル訴訟事件ニ干渉セザレバコトヲ
 要求スル意思表示ヲ謂フモノナリ(第四二)條第一^五項、
 民事訴訟ニ於テ使用スル書面ニ二種ノ異訴訟ノ基礎ヲ確定スルモノ及ビ訴訟

ノ準備ヲ爲スモノ是ナリ控訴狀ハ控訴裁判所ニ對シテ第一審判決ニ不服ナル旨ヲ表示シタル書面ニシテ訴訟ノ基礎ヲ確定スル書面タルト同時ニ準備書面ノ性質ヲ有スルモノナリ故ニ控訴ハ控訴狀ノ提出ヲ以テイミ爲シ得ヘキモノトス訴訟ノ基礎ヲ確定スルカ爲メニ控訴狀ニ掲クヘキ事項ハ次ノ如クニシテ即チ控訴狀ノ要件トスルモノナリ

(一) 控訴セラルル判決ノ表示 判決ノ表示ハ如何ニ爲スヘキヤト云フコトハ事實問題ニ屬ス要スルニ如何ナル判決ニ對シテ控訴ヲ爲スヤヲ明カニスルヲ以テ足レリトス故ニ當事者判決ヲ爲シタル裁判所判決言渡ノ期日訴訟物ノ表示等事件並ニ判決ノ特徴ヲ記載スヘキモノトス

(二) 控訴ヲ爲ス旨ノ陳述 控訴ヲ爲ス旨ノ陳述トハ控訴ヲ爲サントスル意思ヲ表示換言スレハ第一審判決ニ不服ナル旨ヲ表示スルヲ以テ足レリトシ必スシモ控訴ナル文字ヲ用フルコトヲ要セス且又如何ナル程度ニ於テ第一審ノ判決ニ不服ナルヤハ控訴狀ニ掲クルノ必要ナキモノナリ又條件的ニ控訴ヲ爲ス旨ノ陳述ヲ掲ケタル場合例ヘハ控訴人ノ希望ノ如ク判決ヲ變更セララルルナレハ

控訴ヲ提起スルト云フカ如キ陳述ハ完全ナル控訴ヲ爲ス旨ノ陳述ト謂フコトヲ得ナルナリ

右二ノ要件ヲ欠缺シタル場合ニハ控訴狀ハ全ク其効ナキモノニシテ隨テ其書面ヲ差出スモ控訴申立ノ效力ヲ生セザルモノナリ唯裁判所ハ恰モ第一審ノ裁判所ニ不合法ナル訴ヲ提起アリタル場合ト同シク口頭辯論ヲ開キテ判決ヲ以テ控訴ノ棄却ヲ爲スカ或ハ第四百二條ノ規定ニ從ヒ裁判長ノ命令ヲ以テ其控訴ヲ却下スヘキモノナリ尙ホ控訴狀ハ準備書面ノ性質ヲ有スルモノナルヲ以テ準備書面ニ關スル民事訴訟法第百五條以下ノ規定ニ從ヒテ之ヲ作成シ且第一審ノ判決ニ對シテ其一部ニ付キ不服ナルヤ若クハ其全部ニ對シテ不服ナルヤ換言スレハ如何ナル程度ニ於テ不服ナルヤ申立ヲ掲ケ又第一審ノ判決ヲ如何ニ變更スヘキコトヲ要求スルヤノ申立ヲ掲ケ且第一審ニ於テ主張シタル以外ノ事實ヲ控訴審ニ於テ提出セントスル場合ニハ其事實ヲ掲クヘク又第一審ニ提出セザリシ證據方法ヲ控訴審ニ於テ提出セントスルトキハ其證據方法ヲモ掲クヘキモノナリ(第四〇一條)然レトモ此等ハ準備事項トシテ記載スルモ

ソナルヲ以テ控訴狀ノ要件ニ非ズ隨テ假令此等ノ事項ヲ記載ヲ欠缺シタル場合ニ在リテモ控訴ノ效力ニ關係ヲ及ボスモノニ非ズ唯此等ノ事項ヲ掲ケタルカ爲メニ相手方ヨリ頭辯論ニ於テ直チニ陳述ヲ爲スコトヲ得サルカ爲メニ辯論ヲ續行スルノ必要ヲ生シタル場合ニハ之ニ因リテ生シタル訴訟費用ヲ負擔スルノ不利益ヲ來ス場合アルニ過キズ(第七五條)申立ニ附テ又第一審ノ控訴狀ニハ右ノ外民事訴訟用印紙法ニ從ヒ訴訟物ノ價格ニ相當シタル印紙ヲ貼用セザルヘカラス若シ印紙ノ貼用ニ欠缺アルトキハ同法律ニ從ヒ控訴狀ハ無効ノモノト爲ルナリ然レトモ同法ハ收税ノ目的ヲ爲メニ設ケラレタル法律ナルヲ以テ現今ノ實例ニ於テハ後日ノ追完ヲ許スコトト爲レテ即チ後日貼用シテ其控訴ヲ有效ナラシムルコトヲ得ルナリ民事訴訟用印紙法第二條第五條、第一一條)ニ於テ控訴申立ノ要件ニ於テハ右ノ要件ニ外ニ其ノ他ノ要件ニ關シテ第三條控訴ハ法定ノ期間内ニ提起スルニ要スルモノトシテ其ノ要件ニ關シテハ第四百六十六條ニ從テ控訴期間ニ不變期間ナルヲ以テ當事者ノ合意ニ因ルモ

亦裁判所ニ於テモ之ヲ伸縮スルコトヲ得ズ(第一七〇條)第一項又裁判所ノ休暇ニ依リテ停止セラルルコトナク(第一六八條)當事者カ訴訟手續休止ノ合意ヲ爲スモ之ニ因リテ停止セラルルコトナシ(第一八〇條)然レトモ訴訟手續ノ中断又ハ中止ノアリタルトキハ其期間ハ進行ヲ止メテ中断ノ終リタル後更ニ全期間ノ進行ヲ始ムルモノナリ(第一八六條)天災又ハ避クヘカラサル事變ノ爲メニ控訴期間ノ遵守ヲ妨ケラレタル當事者ニハ其申立ニ因リ原狀回復ヲ許サル(第一七四條) 主審期間ハ第一審ノ審判ノ期間ニ對シテ第二審ノ審判ノ期間ニ對シテ控訴期間ハ第一審判決ノ送達ヲ以テ始マル(第四〇〇條)第一項判決ノ送達ハ當事者ノ申立ニ因リ判決ノ正本ヲ交付シテ爲スヘキモノナリ(第二八三條)故ニ判決ノ原本若クハ認證シタル謄本ノ送達アルモ控訴期間ヲ開始スルモノニ非ス判決ノ送達カ各當事者ニ對シテ異ニシタル場合ニ於テハ各當事者ニ對シテ控訴期間ハ各別ニ進行スヘキモノナリ(獨逸ノ新舊民事訴訟法ニ於テハ送達ニハ當事者送達主義ヲ採用シ且送達ヨリ起算スル法律上ノ期間ノ進行ハ送達ヲ爲サシメタル原告若クハ被告ニ對シテモ亦其送達ヨリ始マルト規定セルヲ以

判決ニ對シテハ前判決ノ控訴期間ハ追加判決ノ送達ヲ以テ始マルモノナリ故ニ第四百條第三項ノ規定ニ依レハ「控訴期間内ニ追加裁判ヲ以テ判決ヲ補充シタルトキハ控訴期間ノ進行ハ最初ノ判決ニ對スル控訴ニ付テモ追加裁判ノ送達ヲ以テ始マル」ト規定シテ前判決ノ控訴期間内ニ追加裁判ノ言渡アリタルトキハ其裁判ノ送達以前ニハ前判決ハ縱令送達セラレタリトスルモ控訴期間ノ進行ヲ始メサルモノト謂ハサルヲ得ス是ニ由リテ觀レハ追加裁判ノ送達ヨリ既往ニ遡リテ前判決ノ控訴期間ハ全ク無効ノモノト爲ルノ結果ヲ生スルカ如キ觀ナキニ非ス隨テ最初ノ判決ニ對シ適法ノ控訴期間内ニ控訴ヲ提起シ其後控訴期間ノ經過前ノ追加裁判ノ言渡アリタルトキハ最初ノ判決ニ對スル控訴ハ無効ト爲ルヘキヤノ疑ナキ能ハス然レトモ此場合ニ於テハ最初ノ判決ニ對スル控訴ハ適法ノ期間内ニ提起セラレタルモノナレハ追加裁判ノ送達ニ依リテ更ニ控訴期間ヲ開始シタルカ爲メニ前判決ノ控訴カ無効ト爲ルノ理由ナシ唯前判決ニ對スル控訴期間ハ當事者ノ利益ニ於テ裁判ノ抵觸ヲ避クルカ爲メニ更ニ開始スルコトヲ規定シタルモノナレハ一旦適法ニ存シタル控訴期間ヲ

無効ナラシメタルモノニ非ス唯追加裁判ノ言渡アリタルトキハ前判決ニ對スル控訴ノ期間ハ追加裁判ニ對スル控訴期間ノ開始ニ至ルマテ中斷セラレルノ效果ヲ生スルニ過キス故ニ最初ノ判決ハ追加裁判ノ言渡ト送達トノ間ニ在リテハ確定力ヲ生ヘス其結果前判決ニ基キ強制執行ヲ爲スコトヲ得ス又中斷ノ期間内ニハ最初ノ判決ニ對シテ控訴ヲ提起スルコトヲ得サルモノナリ

第三節 控訴權ノ行使

民事訴訟法カ當事者ニ許シタル控訴權ハ當事者カ任意ニ之ヲ行使スルコトヲ得ルモノナリ然レトモ此控訴權ノ行使ハ前ニ述ヘタル法定ノ要件ヲ遵守スルコトヲ要ス隨テ次ニ述フル場合ニハ當事者ハ控訴權ヲ行使スルノ權利ヲ失フモノナリ

第一 控訴提起ニ付テノ不變期間ヲ懈怠シタルトキ 不變期間ノ經過セザル間ハ縱令控訴カ不適法トシテ棄却セラレルモ更ニ控訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノナリ故ニ控訴カ法式ニ違背セルカ又ハ不變期間ノ開始前ニ提起シタルカ

爲メ不適法トシテ棄却セラレタルトキハ更ニ期間開始後ニ法式ヲ履行シテ有
 效ノ控訴ヲ提起スルコトヲ得ヘキモノナリ然レトモ不變期間ノ經過シタル後
 ハ當事者ハ當然控訴權ヲ喪失スルモノニシテ控訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得ス故
 ニ期間後ニ提起シタル控訴ハ職權ヲ以テ不適法トシテ棄却スヘキモノナリ唯
 例外トシテ原狀回復ヲ許サルル場合ニ於テハ再ヒ當事者ハ控訴權ヲ行使スル
 コトヲ得ルニ至ルモノナリ

第二 控訴權ヲ拋棄シタルトキ 控訴權拋棄ニ付テハ次ニ述フル三場合ニ分
 テナ説明スヘシ

(一) 第一審裁判所ノ終局判決ノ言渡以前ニ拋棄スルコト 第一審ノ終局判決
 言渡前ニ爲ス控訴權ノ拋棄ニ付テハ獨逸民事訴訟法並ニ我民事訴訟法ニ於テ
 特別ノ規定ヲ設ケス故ニ第一審裁判所ノ口頭辯論ニ於テ控訴權拋棄ノ意思ヲ
 表示スルモ亦訴訟提起後裁判外ニ於テ控訴權拋棄ノ意思表示ヲ爲スモ其意思
 表示ハ訴訟法上ノ效果ヲ生スヘキモノトモ非ス然レトモ第一審ノ終局判決ノ言
 渡前ニ控訴權ヲ拋棄スルハ條件的ノ拋棄ニシテ訴訟ノ當事者カ爲シ得ヘカラ

ナル所ニ非サルヲ以テ其意思ノ效力如何ハ直接ニ訴訟法上ノ問題ニ非スト雖
 モ實體法ニ於テ判断スヘキモノナリ故ニ第一審ノ當事者間ニ於テ判決ノ言渡
 前ニ控訴權拋棄ノ合意アリタル場合ト雖モ敗訴ノ當事者ハ第一審ノ終局判決
 ニ對シ適法ニ控訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得ヘク唯相手方ハ控訴裁判所ニ於テ控
 訴權拋棄ノ合意アリタルコトヲ理由トシテ抗辯ヲ提出シ得ルニ過キス故ニ控
 訴權拋棄ノ合意アリタルニ拘ハラヌ控訴ノ提起ヲ爲シタルトキハ控訴裁判所
 ハ前節ニ述ヘタル要件ヲ備ヘタル控訴ナルトキハ控訴ヲ不適法ト爲スコトヲ
 得ス唯控訴裁判所ハ果シテ控訴權拋棄ノ合意アリタルヤ否ヤヲ審査シ若シ實
 體法ノ規定ニ從ヒテ適當ニ合意アリタルモノト認ムヘキトキハ控訴ヲ實體上
 理由ナキモノトシテ棄却スルノ外ナシ

(二) 第一審裁判所ノ終局判決言渡後ニ控訴權ヲ拋棄スルコト 第一審ノ判決
 言渡後ニ於ケル控訴權ノ拋棄ニ關シテハ獨逸民事訴訟法ニハ其規定ヲ存ス即
 チ判決ノ言渡後ニ陳述シタル控訴權拋棄ノ效力ハ相手方カ其拋棄ヲ承諾シタ
 ルヤ否ヤニ關係ナク無効ナリト規定シ(獨逸舊民事訴訟法第四二七條同新民事

訴訟法第五一三條第一審判決ノ言渡後ニ於テ當事者ノ一方カ控訴權拋棄ノ意思表示ヲ爲シタルトキハ相手方ハ之ヲ承諾シタルト否トニ關セス效力アルモノト爲ル此規定ニ依リテ獨逸ノ訴訟法ニ於テハ判決言渡後ノ控訴權拋棄ハ訴訟法上ノ效力ヲ認メラレタルモノト謂ハサルヘカラス而シテ其控訴權ヲ拋棄スル方法ハ受訴裁判所ノ口頭辯論若クハ受命判事ノ審問ニ於テ其意思表示ヲ爲スコトヲ得ヘシ例ヘハ訴訟ニ關シテ上訴ニ付キ終局判決ト看做サルヘキ中間判決若クハ其他一分判決ノ言渡アリタル場合ニ於テモ其後ノ口頭辯論又ハ受命判事ノ審問ニ於テ拋棄ノ意思表示ヲ爲スコトヲ得ヘシ控訴權ヲ拋棄シタルトキハ其拋棄シタル當事者ハ上訴權ヲ喪失スルモノナリ右ノ如ク獨逸ノ訴訟法ニ於テハ控訴權ノ拋棄ヲ認ムルヲ以テ拋棄シタル當事者カ控訴ヲ提起シタルトキハ其控訴ハ不法法ノモノトシテ棄却スヘシ裁判外ニ於ケル第一審判決言渡後ノ控訴拋棄ニ關シテハ獨逸民事訴訟法ニ於テモ其效力ヲ認メス唯實體法上ノ效果ヲ生スルニ過キサルナリ

我民事訴訟法ニ於テハ第一審裁判所ノ判決言渡後ニ於ケル控訴權ノ拋棄ニ關

スル特別ノ規定ヲ存セス故ニ訴訟法上ニ於テ控訴提起前ノ控訴權拋棄ノ效力ハ全ク認メラレサルモノニシテ恰モ第一審ノ判決言渡前ニ控訴權ノ拋棄ヲ爲シタルト同シク單ニ實體法上ノ效力ヲ生スルニ過キサルナリ然ルニ民事訴訟法第四百五條ニ依レハ恰モ控訴權ノ拋棄ヲ認メタルカ如シ然レトモ控訴提起前ニ於ケル拋棄ノ效力ニ關シテハ何等ノ規定ヲ存セサルヲ以テ訴訟法ニ於テハ控訴提起前ノ控訴權ノ拋棄ハ認メラレサルモノト論定セサルヘカラス

(三) 控訴提起以後ニ於ケル控訴權ノ拋棄ハ控訴ノ取下ナリ(第三九九條獨逸舊民事訴訟法第四七六條同新民事訴訟法第五一五條) 控訴ノ取下トハ控訴人カ控訴事件ニ付テ控訴ノ提起ニ依リテ求メタル裁判ヲ拋棄スル意思表示ナリ控訴ノ取下ハ訴ノ取下ト同シク控訴ノ全部ニ關スルコトアリ若クハ一部ニ關スルコトアリ以下控訴取下ニ付テ説明スヘシ

(四) 控訴取下ノ要件

控訴ノ取下ハ被控訴人カ控訴審ニ於テ口頭辯論ヲ爲ササル以前ニ於テハ被控訴人ノ承諾ヲ要セスシテ之ヲ爲スコトヲ得訴ノ取下ハ被告カ本案ノ辯論ヲ爲

サナル以前ナレハ原告ノ隨意ニ取下クルコトヲ得ルト雖モ控訴ニ付テハ被控
 訴人カ其本案タルト否トニ關セズ口頭辯論ヲ始メタルトキハ被控訴人ノ承諾
 ナクシテ取下クルコトヲ得サルモノトス然レトモ被控訴人カ控訴申立ノ實質
 ニ關セズ單ニ控訴ヲ許サルヘキモノナルヤ否ヤニ關シ辯論ヲ爲シタル場合ニ
 ハ縱令被控訴人カ口頭辯論ヲ始メタル後ト雖モ被控訴人ノ承諾ヲ要セスシテ
 控訴ノ取下ヲ爲スコトヲ得ヘシ何トナレハ被控訴人カ控訴ノ許否ニ關シテ辯
 論ヲ爲シタルハ未タ控訴人ノ申立ヲ不服申立ノ内容ニ付テ控訴裁判所ノ
 裁判ヲ要求シタルモノニ非ス隨テ被控訴人ハ控訴申立ニ付キ裁判ヲ受クル權
 ヲ取得シタルモノト謂フコトヲ得サレハナリ被控訴人カ口頭辯論ヲ開始シタ
 ルトキハ控訴人ハ被控訴人ノ明示の若クハ默示の承諾ヲ得テ之ヲ取下クル
 コトヲ得ヘシ被控訴人カ控訴申立ノ實質ニ立入り辯論ヲ爲シタルトキハ被控
 訴人ハ控訴申立ニ付キ控訴裁判所ノ裁判ヲ要求シタルモノニシテ隨テ被控訴
 人ハ控訴裁判所ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ取得シタルモノナリ故ニ控訴人ノ隨意
 ニ之ヲ取下クルコトヲ得サルモノトス又被控訴人ノ承諾アル場合ト雖モ控訴

ノ取下ハ控訴審ニ於ケル口頭辯論終結前ナルコトヲ必要トシ口頭辯論終結後
 ニ在リテハ控訴ノ取下ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ訴ノ取下ハ第一審ニ於ケ
 ル口頭辯論ノ終結前ニ限り許サルヘキモノニシテ第一九八條此規定ハ控訴審
 ニ於テモ亦準用セラルヘキモノト謂フヲ得ヘクレハナリ(第四〇八條)

(ロ) 控訴取下ノ方式

控訴ノ取下ハ口頭辯論ニ於テスル口頭ノ陳述若クハ書面ヲ提出シテ爲スヘキ
 モノトス書面ヲ以テスル場合ハ控訴人ノ控訴狀ハ未タ被控訴人ニ送達セラレ
 サル以前ナルトキハ裁判所ニ取下ノ書面ヲ提出スルヲ以テ之ヲ爲ス第一九八
 條第二項、第四〇八條) 控訴狀送達以後ニ於テハ其書面ヲ被控訴人ニ送達セサルヘカラス(第一九八條
 第三項、第四〇八條)口頭辯論ニ於テ控訴人ノ陳述ニ因ル控訴ノ取下ハ被控訴人
 ノ口頭辯論開始以前ナルトキハ被控訴人ノ闕席セルト否トニ關セズ有效ナリ
 又書面ヲ以テ取下ヲ爲ス場合ニハ被控訴人ノ口頭辯論開始以前ナルトキハ被
 控訴人ニ取下書面ノ送達アリタルト否トニ關セズ裁判所ニ取下ノ書面ヲ差出

セハ則チ有效ナリトス被告カ口頭辯論ヲ開始シタル後ナルトキハ口頭辯論ニ於テ被控訴人ノ承諾ヲ得テ取下ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論ナレトモ被控訴人カ取下ヲ承諾シタル書面ト共ニ控訴取下ノ書面ヲ裁判所ニ差出セハ有效ナル控訴ノ取下アリト謂フコトヲ得ヘシ何トナレハ控訴ノ取下ニ被控訴人カ承諾スルトキハ必スシモ口頭辯論ニ於テ爲スコトヲ要セサレハナリ

控訴人ニ對シテ開席判決アリタル場合即チ控訴審ニ於ケル第一口頭辯論ノ期日ニ於テ控訴人カ開席シ被控訴人ノ申立ニ因リテ控訴人ニ對シテ開席判決アリタル後控訴人ヨリ故障ヲ申立テタルトキハ又被控訴人ノ承諾ヲ要セスシテ控訴ヲ取下クルコトヲ得ヘシ何トナレハ控訴人ノ故障申立ニ因リ訴訟ハ開席前ノ程度ニ復スルモノナレハナリ(第二六〇條)

(ハ) 控訴取下ノ效力

適法ニ控訴カ取下ケラレタルトキハ恰モ第一審ノ終局判決ニ對シテ控訴ノ提起ナカリシ以前ノ状態ニ復スルモノトス隨テ控訴期間經過シタル後ニ提起シタル附帶控訴ハ當然消滅スルモノトス又控訴カ適法ニ取下ケラレタルトキハ控

訴人ハ上訴權ヲ喪失スルノ結果ヲ生ス(第三九九條第二項)何トナレハ控訴ノ取下ハ當事者カ第一審判決ニ服従スヘキコトノ意思表示ヲ爲シタルモノナレハナリ故ニ再ヒ其判決ニ對シテ控訴ヲ提起スルコトヲ得サルモノトス然レトモ第一審ノ終局判決カ適法ナル送達アラサル以前ニ於テ提起シタル控訴若クハ不適法ナル控訴ハ之ヲ取下クルモ上訴權ヲ喪失スルモノニ非スシテ却テ第一審判決ノ適法ナル送達ヲ待チテ控訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得ヘタ若クハ更ニ適法ナル方式ニ從ヒテ控訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得ヘシ何トナレハ不適法ナル控訴ハ完全ニ控訴提起ノ效力ヲ生セサルモノナルヲ以テ隨テ適法ナル控訴ヲ取下ケタルモノト謂フコトヲ得サレハナリ

控訴ノ取下ヲ爲シタル後ハ訴訟當事者ハ合意ヲ以テ取下ノ效力ヲ消滅セシムルコトヲ得ス即チ當事者ノ合意ニ因リテ再ヒ第一審ノ判決ニ對シテ控訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得サルナリ何トナレハ控訴ノ取下ニ因リ取下ケタル當事者ハ上訴權ヲ喪失スルモノナレハ當事者ノ合意ニ因リテ公益ノ爲メニ設ケラレタル上訴權ノ喪失ヲ回復スルコトヲ得サルナリ控訴ヲ取下ケタル控訴人ハ其控訴

提起ニ因リテ生シタル費用ヲ負擔スルノ義務アルモノトス然レトモ相手方ノ
 關席ニ因リテ生シタル費用ハ其當事者ノ負擔ト爲ササルヘカラス(第七七條)
 控訴權ヲ喪失シタル當事者ハ附帶控訴ノ方法ヲ以テ更ニ控訴權ヲ行使スルコ
 トヲ得ルモノナリ附帶控訴トハ當事者ノ一方ヨリ控訴ノ提起ヲ爲シタル場合
 ニ相手方カ其控訴ニ牽連シテ提起スル控訴ヲ謂フ第一審ノ終局判決ニ對シテ
 ハ各當事者ハ獨立シテ控訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノナレトモ當事者ノ一方
 カ獨立シテ控訴ノ提起ヲ爲シタル場合ニ其相手方同一ノ判決ニ對シテ不服ヲ
 申立テントスルニハ必スシモ獨立シテ控訴ノ提起ヲ爲スコトヲ要セス相手方
 ノ控訴ニ附帶シテ控訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得ヘシ之ヲ附帶控訴ト謂フ法律カ
 附帶控訴ヲ認メタル理由ハ主タル控訴ノ提起ニ因リテ判決ノ確定力ヲ遮斷セ
 ラルル以上ハ其控訴ノ終了ニ至ルマテハ第一審ノ判決ハ當事者雙方ニ對シテ
 確定セサルモノナルヲ以テ被控訴人ヲシテ不服ヲ申立テシメ第一審ノ判決ヲ
 被控訴人ノ利益ニ變更スルコトヲ得セシムルハ爲メニ訴訟手續ヲ二重ニ爲ス
 ノ煩勞ナク却テ被控訴人ニ對シ便宜アルヲ以テナリ

(一) 附帶控訴提起ノ條件

(イ) 附帶控訴ハ主タル控訴ノ存在シタル場合ノミニ限リ成立シ得ヘキモノト
 ス 故ニ主觀的ノ條件トシテハ被控訴人若クハ其承繼人ヨリ提起スルコトヲ
 要ス被控訴人ハ自己ノ控訴ヲ取下ケタルトキト雖モ附帶控訴ヲ提起スルコ
 トヲ得第四〇五條第一項即チ被控訴人ハ其獨立シテ提起シタル控訴ヲ取下ケ
 タル後控訴人ヨリ控訴ノ提起アリタルトキハ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ控
 訴ノ取下ニ因ル上訴權ノ喪失ハ獨立シテ上訴ヲ爲スノ權ヲ喪失スルモノニシ
 テ附帶控訴ヲ爲スノ權ヲ喪失スルモノニ非サルナリ附帶控訴提起ニ付テノ客
 觀的ノ條件トシテハ主タル控訴ノ提起アリタル第一審判決ニ對スルコトヲ必
 要トス故ニ主タル控訴カ全部判決ニ對シテ提起セラレタルモノナルトキハ附
 帶控訴モ亦全部判決ニ對シテ提起スルコトヲ得ヘク若シ主タル控訴カ一分判
 判ニ對スルモノナルトキハ附帶控訴モ亦其一分判決ニ限ラレルモノトス然レ
 トモ附帶控訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル事項ハ主タル控訴申立ノ範圍
 内ニ限定セラレルモノニ非ス主タル控訴カ第一審判決ノ全部ニ對シテ不服ヲ

申立テタル場合ナルトキハ附帶控訴モ亦其全部ニ對シテ提起スルコトヲ得ルハ勿論ナリト雖モ第一審判決ノ一分ニ對シテ主タル控訴ノ申立カ不服ノ範圍ヲ限定シタル場合ト雖モ附帶控訴ニ於テハ其判決ノ全部ニ對シテ不服ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘシ何トナレハ第一審ノ判決ニ對シテ主タル控訴ヲ提起アリタルトキハ縱令一分ニ對シテ不服ヲ申立タル場合ト雖モ第一審判決ニ因リテ裁判セラレタル訴訟事件ハ移審ノ效力トシテ控訴審ニ全部繫屬スルモノナレハナリ故ニ控訴狀中ニ第一審判決ノ一分ニ對シテ如何ナル變更ヲ爲スヘキヤノ申立ヲ掲ケタルトキト雖モ控訴狀ニ於ケル此記載ハ一ノ準備ノ事項ニ過キサルヲ以テ控訴人ハ口頭辯論ニ於テ控訴狀ノ記載ニ拘束セラルルコトナク第一審判決ノ全部若クハ控訴狀ニ記載セサル部分ニ付テモ不服ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘク又口頭辯論ニ於テ第一審判決ノ一分ニ對シテ不服ナルコトヲ陳述シタルトキト雖モ判決ニ接著スル口頭辯論ノ終結ニ至ルマテハ控訴人ハ不服申立ノ範圍ヲ擴張スルコトヲ得ヘキモノナリ隨テ附帶控訴ハ第一審判決ニ因リテ裁判セラレタル事項ナルトキハ控訴人カ不服ヲ申立テタルト否トニ

立法ノ作用ノ如キ是ナリ故ニ行政ノ定義ヲ形式ノ上ニ究ムル所ノ學說ハ今日ニ於テハ全然失當ナリト謂フヘキナリ此ノ如ク國權ヲ三分ツノ說ハ其本源ヲ尋ズレハ機關ノ形式ニ依リテ分チタルモノニシテ其實質上ニ標準ヲ覓メタルモノニ非サルヲ以テ此沿革上ニノミ存スル所ノ區別ノ結果ニ依リ之ニ實質上ノ意義ヲ附會セントスルハ學理ノ根柢ヲ誤ルモノト謂ハサルヘカラス然ルニ學者往往今日ニ至ルモ猶ホ此沿革上ニノミ存スル標準ノ結果ニ依リ且之ニ實質上ノ意義ヲ附セント試ムル者アリ歐洲ノコトハ措キテ問ハス我國法上ニ在リテハ思ハサルノ甚シキモノト謂ハサルヘカラス今試ニ行政ノ意義ヲ司法ト相對立セシメテ之ニ實質上ノ意義ヲ附會シタル學說ノ二三ヲ掲ケテ其探ルニ足ルモノナキヲ明カニセシ

(一) 行政ノ意義ハ立法及ヒ司法ト同シク實質的ノ意義ト形式的ノ意義トノ二ニ區別スルコトヲ得實質的ノ意義ニ於ケル行政トハ國家及ヒ臣民ノ幸福ヲ目的トスル行政ニシテ具體的ノ事件ニ付テ行ハルル處分ニ發現ス此意義ニ於テ行政ノ立法ト相歧ルル處ハ立法ハ抽象的ニ一般ノ規定ヲ設タルモノナルニ反

行政法ハ具象の事件ヲ處理スルモノナルノ點ニ存シ其司法ト相岐ルル處ハ法規ノミヲ以テ其目的トセス福利ヲ企圖スルノ點ニ在リ此等ノ行政事項ヲ處理セシムル爲メニハ特別ノ機關ヲ設ケサルヘカラスト雖モ時トシテハ立法又ハ司法ニ屬スル事項ヲ合併セテ處理セシメタルコトアリ此場合ニ於テハ此等ノ事項ハ形式主義ニ於ケル行政ノ意義ト解ス云云トモ謂ハレタリ

此說ハ惟フニ我邦ノ學者中或ハ國家自存ノ目的及ヒ臣民ノ有形無形ノ利益ヲ保護伸張スル目的ニ出ツル活動ハ即チ行政ニシテ此範圍ニ於テハ法規ノ適用ハ豫備ノ行爲ニシテ要素ニ非ス法ヲ利用シテ法ヲ手段トシテ其目的ヲ達セントスルモノナリ是レ法ヲ目的トスル統治行爲タル司法ト行政ノ岐ルル處ナリト論スルノ說ト略ホ相合致ス

然レトモ凡ソ國家ノ目的ハ一トシテ國家ノ自存ノ目的又ハ臣民ノ有形無形ノ利益ヲ保護伸張スル目的ニ出テサルモノナク立法モ司法モ亦行政ト同シク國家ノ目的ヲ達スル手段トシテ顯出セル現象ニ外ナラス果シテ然ラハ國家及ヒ臣民ノ幸福ヲ目的トスルモノハ行政ノミニ非サルヤ明カナリ

國家カ法ヲ發スルハ統治センカ爲メ發スルモノニシテ統治ハ國家ノ目的ニシテ法ハ手段ナリ故ニ所謂法ヲ利用シテ法ヲ手段トシテ其目的ヲ達セント圖ルハ單ニ行政ノミニ區域ニ非ス國家ニシテ一旦法ヲ立テタルトキハ實際ノ統治行爲ハ法ヲ維持スルコトニ由リテ行ハレサルヘカラス法ヲ顧ミサル統治行爲ハ法治國ニ於テハ之ヲ想像スルコトヲ得サルナリ

又司法ハ法ヲ目的トスト論スト雖モ法ハ何レノ場合ニ於テモ統治ノ手段ニシテ人民ノ安寧國家ノ秩序ノ爲メニ其手段トシテ法ヲ適用スルニ外ナラス論者ノ所謂司法ハ法ヲ目的トシ或ハ法ヲ維持スト言ヘルモ若シ之ヲ司法ニ就テ言フコトヲ得ルモノトセハ等シク亦行政ノ區域ニ於テモ言ヒ得ルニ至ルヘン予ハ其論旨ニ寸毫モ實質上區別ノ存スルコトヲ知覺スルヲ得ス學者或ハ其自ラ掲ケタル實質上ノ定義ト稱スルモノカ能ク行政ノ範圍ヲ明確ニスルニ足ラザルモノアルヲ自覺シ更ニ說ヲ附加シテ曰ク行政ノ實質ハ以上言ヘルカ如シト雖モ行政ノ區域ハ恰モ大臣責任ノ範圍ト一致シ元首ノ直接指導ノ下ニ行ハルル政治ナルヲ知ラサルヘカラス云云ト然レトモ是レ更ニ其實質上ノ定義ノ上

ニ形式的ノ制限ヲ加ヘタルモノニシテ其論理ノ一貫セサルヤ何人モ之ヲ知ルコトヲ得ヘシ故ニ此後段ノ附加説ニ對スル評論ニ至リテハ茲ニ之ヲ論及スルノ價值ナシト信ス

(二) 行政ハ法規ノ範圍内ニ於ケル統治機關ノ自由行動ナリト云フニ在リ此説ハ司法ヲ定義シテ司法ハ法ヲ適用スル統治行為ナリ法ノ規定ノ範圍内ニ於テ自由行動ヲ爲シ得ルコトナシ而シテ行政ハ法規ヲ侵犯セサル範圍内ニ於テ自由ニ活動ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ司法ノ如ク法ニ依リテ拘束セラレタル行動ニ非ス云ト論セリ

此説ハ行政法規ノ未タ整備セザリシ創始ノ時代ニ於テハ或ハ眞理ナルヘキモ然レトモ近世ニ至リテハ治者被治者ノ關係ハ被治者相互間ニ於ケル關係ト同シク其微細ナル事項ニ至ルマテ法ニ依リテ規定セララルニ至リ行政官ハ法ヲ以テ人民ニ臨ムノ外自己隨意ノ意思ヲ以テ裁量スルコトヲ得ル餘地ハ頗ル狹隘ト爲レリ故ニ行政官ハ恰モ一種ノ専門技術家ノ如キ位地ニ立ツニ至リシナリ固ヨリ裁判所ノ適用スル法ハ其規定細密ヲ極メ司法官カ自由ニ裁量ヲ爲シ

得ル餘地ハ頗ル狹隘ナルニハ相違ナキモ近時各國ニ於ケル立法ノ趨勢ヲ見ルニ民刑事事件ヲ規律スヘキ實體法ノ規定ハ漸次概括的ト爲リ機ニ臨ミ變ニ應ジテ司法官カ自己ノ識見ヲ以テ裁判ヲ爲シ得ル範圍ハ漸次増加セントスルノ傾向アリ果シテ然リトスレハ第二説ハ毫モ行政司法ノ歧ルル所以ヲ説明スルニ足ルモノナシト謂ハサルヘカラス

終ニ臨ミ行政法學ノ發生シタル由來及ヒ其行政學トノ關係ニ付テ一言セン歐洲中世ノ封建時代ニ於テハ統一主權ノ觀念ナク隨テ行政ナルモノ存在セス其中央集權行ハルルニ及ヒテ茲ニ始メテ國權統一ノ緒ニ就キ君主自ラ施設ヲ要スル事務ノ範圍著シク増加スルニ至レリ是ニ於テカ君主ノ官房ニ於テ政務ノ調査ニ著手シタリ此政務ノ調査ハ所謂官房學ナルモノノ淵源ニシテ今日ノ所謂財政又ハ行政ノ事項ハ總テ官房學ヲ起點トセリ然レトモ當時ハ尙ホ所謂專制政體ノ頃ナリシヲ以テ行政學ナルモノハ未タ存在セザリシト雖モ其後立憲政體興ルニ及ヒ臣民ハ其國家トノ關係ニ於テ權利ヲ有スルコトヲ認メラルルニ至リ今日所謂行政學ナルモノノ發達ヲ促スニ至レリ即チ行政法學カ行政

學ノ範圍ヨリ分立シ特種ノ研究科目ト爲ルニ至レリ。現今ノ行政學ト稱スルモノハ國家ノ行政機能ヲ論スルモノニシテ即チ行政ハ如何ニアルヘキヤヲ論スルヲ以テ其目的トスルナリ然レトモ行政學ハ時トシテ其基本トスル所ノ行政主義カ如何ナル程度ニ於テ現行制度ニ顯ハレ居ルカヲ論スルコトアルカ故ニ此二ノ學問ハ其主タル目的ヲ異ニスルニ止マリ常ニ一定ノ區域ニ於テ相一致シ相混同スルコトヲ免レス。

第五章 行政ノ手段(行政ノ形式)

茲ニ行政手段ト稱スルハ其實統治手段ト謂フニ外ナラサレトモ通常慣用スル用語ヲ假リテ行政ノ手段ト謂ヒタルノミ行政ノ手段ハ即チ國家カ其目的ヲ達スルカ爲メニ用フル手段ニ外ナラス此目的ヲ達スル手段トシタハ或ハ法ヲ發スルコトアリ或ハ事實タル行政行為ヲ爲スコトアリ例示スレハ法ノ發布ハ勿論之ニ依リテ發セラルル處分令並ニ公法上ノ契約ノ如キハ法タル手段ニシテ交通機關ヲ整備シ道路ヲ改築スルカ如キハ事實タル手段ナリトス以下左ノ順

序ニ從ヒテ分説スヘシ

第一 法規

第二 處分令

第三 契約

第四 行為

第一節 法規

行政法學ニ於テ法規ト云フハ憲法以外ノ法規ヲ總稱ス法規ハ其形式ニ依リテ之ヲ法律及ヒ命令ノ二ト爲スコトヲ得ヘシ

第一 法律

法律ニ付テハ前ニ詳述セシヲ以テ茲ニ之ヲ省略ス

第二 命令

命令ハ之ヲ發スル根據ノ異ナルニ從ヒ之ヲ二ニ分ツ即チ普通命令及ヒ委任命令是ナリ

普通命令ハ更ニ分チテ獨立命令、執行命令、緊急命令及ヒ組織命令ノ四種ト爲シ
委任命令ヲ單純委任命令及ヒ重複委任命令ノ二ト爲ス即チ左ノ如シ

(イ) 獨立命令

(ロ) 執行命令

(一) 普通命令

(ハ) 緊急命令

(ニ) 組織命令

(二) 委任命令

(イ) 單純委任命令

(ロ) 重複委任命令

貴族院令ハ命令ニ屬スルモ特定ノ事項ヲ規定シタルモノナルカ故ニ茲ニ
述ヘス又國務ニ關スル詔勅ハ行政法ノ淵源タルノ事由尠少ナルヲ以テ茲
ニ之ヲ略ス但此等ニ關シテハ各論ニ入りテ詳述ノ機會アルヘシ

(一) 普通命令

此命令ハ憲法第八條乃至第十條ノ規定スル所ニシテ天皇ノ發スル命令ナリ普
通命令中獨立命令及ヒ執行命令ハ天皇ノ委任ヲ以テ其機關モ亦之ヲ發スルコ

トヲ得ルモノナルコトハ第九條ノ規定ニ據リテ明カナリ

(イ) 獨立命令

第九條ニ依リテ發セラルルモノニシテ之ヲ獨立命令ト稱スルハ執行命令ト區
別センカ爲メナリ天皇カ自ラ發スルコトアリ又ハ機關ヲシテ發セシムルコト
アリ而シテ憲法上一定ノ限界ヲ有ス即チ限界トハ憲法ニ規定セラルル法律事
項憲法上ノ法律事項及ヒ法律ヲ以テ規定セラレタル事項(法律上ノ法律事項)ノ
範圍内ニ於テ此命令ヲ發スヘキコト是ナリ然レトモ此二箇ノ制限ノ範圍ハ甚
タ廣大ナルノミナラス法律上ノ法律事項ハ時代ヲ經ルニ隨ヒテ漸次其範圍ヲ
擴張スルカ故ニ獨立命令ノ活動範圍ハ日ヲ追フテ狹隘ニ赴クモノトス

(ロ) 執行命令

憲法第九條ニ依リテ天皇ノ親ラ發シ又ハ機關ヲシテ之ヲ發セシムルモノナリ
其實質ハ多ク法律ヲ施行スル準備ノ爲メ若クハ法律施行後ニ於テ其適用ヲ明
確ナラシムル爲メニ發スルモノトス

(ハ) 緊急命令

緊急命令ハ憲法第八條ニ依リテ天皇親ラ發スル警察命令ニシテ其發布及ヒ消滅條件及ヒ效力ニ付テハ憲法ノ講義ニ讓ル

(二) 組織命令

憲法第十條ノ規定スル所ニシテ此名アル所以ハ機關ノ組織ニ關スル命令ナリノ故ヲ以テナリ此命令ハ多クハ官制トシテ現ハルモノニシテ法令ニ由リテ規定セラレタル各般ノ事項ニ付キ其主管ノ機關ヲ定ムルカ爲メニ發セラルルモノアリ又ハ新ニ行政機關ヲ創設シテ之ニ一定ノ權限ヲ付與スルカ爲メニ發布セラルルモノアリ然リ而シテ機關ノ組織定マルトキハ之ニ充ツル人ナカルヘカラス是ニ於テ委任官アリ任官ニ因リテ生スル權利中俸給ヲ受クルノ權利ニ付テハ此命令ヲ以テ定ムルコトヲ得所謂俸給令ナルモノ即チ是ナリ

(二) 委任命令

委任命令トハ(一)法律カ法律事項ニ屬スル規定ヲ勅令以下ノ命令ニ讓リタル場合ニ於テ其法律ニ依リテ發セラレタル命令(二)法律カ或行政機關ヲ創設シ若クハ既設行政機關ノ權限ヲ擴張シ法律事項ニ屬スル規定ヲ設クルコトヲ得セシ

メタル場合ニ於テ其機關カ法律ニ依リテ得タル權限ニ依リテ發スル命令ヲ汎稱ス

委任命令ノ憲法上ノ性質ニ關シテハ予ハ之ヲ以テ違憲ナリト斷定スルニ躊躇セサル者ナリ何トナレハ憲法ハ一定ノ事項ハ法律ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ規定スルコトヲ得スト定メ之ニ關シテ何等ノ例外ヲ認メサレハナリ憲法カ既ニ法律ヲ以テ定ムト規定シタル以上ハ法律カ此憲法ノ規定ニ違反スル規定ヲ設ケ命令ヲ以テ之ヲ規定セシムルコトヲ得ス此ノ如キハ憲法ノ明文ニ正反對セル規定ヲ法律カ制定スルモノナルカ故ニ其違憲タルヲ論ヲ突タサルナリ然ルニ委任命令ハ從來治テ諸國ニ行ハレ立法上最モ實用ニ富メルノ故ヲ以テ實務家ハ勿論學者ト雖モ之ヲ違憲ナリト斷定スルニ忍ヒス故ラニ牽強附會ノ說ヲ試ミ之ヲ庇護セントスル者多シ今委任命令ヲ以テ適憲ナリトスル學說ノ要旨ヲ聞クニ曰ク夫レ法律カ或一定ノ事項ニ關シテ其規定ヲ命令ニ讓リ命令ヲシテ規定セシムルコトヲ定メタル以上ハ之ヲ以テ法律ハ其事項ニ付テ毫モ規定スル所ナシト謂フヲ得サル(一)シ縱シヤ法律カ其事項ニ付テ規定シタルモ

ノニ非ストスルモ少クモ規定ヲ設ケルノ方法ニ付テ規定シタルコトハ疑ヲ容レサルナリ而モ憲法ハ法律ニ對シ其規定方法ニ付テ別ニ制限ヲ加ヘサル以上ハ法律自ラ細目ニ至ルマテ規定ヲ設ケルモ將タ又其規定ヲ設ケルノ方法ヲ命令ニ指定スルモ毫モ憲法ノ精神ニ悖ル所ナキナリト然レトモ法律カ一タヒ命令ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ規定シタル以上ハ即チ其事項ニ付テノ規定ハ命令自ラ之ニ當ルヘキコトヲ定メタルモノニシテ法律自身ノ規定ニ非サルコトハ動スヘカラサルノ事實ナリ縱令憲法ハ別ニ規定ノ方法ヲ指定セスト雖モ既ニ憲法自身カ法律ヲ以テ之ヲ定ムト爲シタル以上ハ法律以外ノ法規ヲ以テ定メサルコトヲ明言セルモノト謂フヘク憲法以下ノ法規タル法律カ此憲法ノ指定シタル方法ニ反シテ命令ヲ以テ規定セシムルコトヲ得サルハ甚タ諸易キノ條理ナラスヤ固ヨリ論者ノ言フカ如ク憲法ハ法律カ法律事項ニ關シ如何ナル實質上ノ規定ヲ設ケルカハ之ヲ制限セスト雖モ法律ナル形式ヲ有スル法規ヲ以テ定ムヘキコトハ憲法ノ明文上疑ヲ容ルルノ餘地ヲ存セサルナリ

以上論スルカ如ク命令ニ委任ヲ爲シタル法律ニシテ果シテ違憲ナリトセハ之

ニ依リテ發セラレタル命令ノ違憲ナルコトハ固ヨリ論ヲ俟タス 國家ハ其現行委任命令ニハ二種ノ區別アリ一ヲ單純委任命令ト謂ヒ二ヲ重複委任命令ト謂フ

(イ)單純委任命令 單純委任命令ハ(甲)法律ノ委任ヲ受ケタル命令(省令)方自ラ直接ニ規定スル場合及ヒ(乙)法律ノ委任ヲ受ケタル官廳カ自ラ直接ニ命令ヲ發スル場合ノ二アリ

(ロ)重複委任命令 重複委任命令トハ或ハ之ヲ複委任トモ稱シ(甲)法律ノ委任ヲ受ケタル命令(省令)方更ニ下級ノ命令(府縣令)ニ讓リテ之カ規定ヲ設ケシムル場合及ヒ(乙)法律ノ委任ヲ受ケタル官廳カ其法律ニ依リテ得タル所ノ權限ヲ更ニ下級官廳ニ委任シ其官廳カ此委任ニ依リテ發スル所ノ命令ヲ謂フ

第二節 處分令

第一款 處分令ノ性質

國家ハ法規ヲ宣布シテ自己ト臣民トノ關係ヲ定ムト雖モ法規ハ特ニ國家ノ行

爲ヲ待ツニ非サレハ自然ニ各箇ノ場合ニ行動シ適用セララルモノニ非ス即チ統治者ノ行爲ヲ待チテ始メテ法規ノ活用ヲ見ルニ至ルモノナリ而シテ法規中或ハ直接ニ人民ニ義務ヲ負擔セシムルモノアリ或ハ特ニ統治者ノ行爲ヲ待チテ始メテ義務ヲ生スルモノアリ例ヘハ届出ノ義務ノ如キハ前者ニ屬シ豫戒令ニ依リテ生スル義務ノ如キハ後者ニ屬ス第一ノ場合ニ於テハ人民ニ義務ヲ發生セシムルニハ敢テ統治者ノ特種ノ行爲ヲ要セスト雖モ義務違反者アル場合ニ統治者カ之ヲ強制スルノ行爲ヲ爲ササル以上ハ其法規ヲシテ有效ナル作用ヲ爲サシムルコトヲ得ス第二ノ場合ニ於テハ統治者ノ行爲ヲクシテ義務成立セサルハ勿論其成立シタル義務ト雖モ違反者アルニ當リテハ統治者自ラ之ヲ強制スルノ作用ヲ爲ササルトキハ其法規ヲ活動セシムルコトヲ得サルナリ此ノ如ク統治者カ法規ヲ執行シ之ヲ適用スルハ統治ノ目的ヲ達スルカ爲メ立法ト相並ヒテ最も重要ナル手段ヲ成ス此法規ノ適用上特定事項ニ關シテ決定セラレタル統治者ノ意思表示ヲ處分令ト稱ス

法規ト處分令トノ區別ハ法規ハ一般ノ場合ニ通シテ行ハルヘキ國家ノ意思表示ニシテ處分令ハ特定ノ場合ニ於ケル意思表示ナリト云フノ點ニ存ス即チ此二者ヲ區別スルノ標準ハ意思表示カ數多ノ事件ニ通シテ適用サルヘキ性質ヲ有スルカ又ハ一事件ニノミ適用セララルヘキ性質ヲ有スルカノ點ニ在リ法規ノ觀念ハ主觀的ニシテ處分令ノ觀念ハ客觀的ナリ即チ法規ハ主觀的ニ一定ノ條件ヲ具備セル所ノ不特定ノ事件ヲ想像シ其不特定ノ事件ニ對シテ一定ノ意思ヲ表示シ其想像セル範圍内ニ入り來ル事件アルトキハ常ニ之ニ依リテ支配スヘキ性質ヲ有ス故ニ事實上其法規カ果シテ數多ノ場合ヲ支配スルヤ否ヤハ問フ所ニ非ス之ニ反シテ處分令ハ客觀的ニ或事實ノ存在ヲ必要トシ官廳ハ其實ヲ法規ニ照シ法規ノ趣旨ヲ其既定事件ニ對シテ適用スルモノトス彼ノ學者カ法規ハ抽象的ノ觀念ヨリ成立シ處分令ハ具體的ノ觀念ヨリ成立スト言ヘルハ蓋シ此意義ニ外ナラス茲ニ注意スヘキハ處分令カ一事件ニ適用セララルコトヲ要ストノ意義ハ一箇人ノ上ニ局限セララルヘキヲ必要トスルニ非ス當該事件ニ關係アル者ハ總テ其效果ヲ受タルコトアルヘキハ當然ナリ例ヘハ群衆ニ解散ヲ命スル警察處分又ハ市内ノ通行禁止處分ノ如キ是ナリ

處分令ノ性質ハ以上述ヘタルカ如シ然レトモ處分令ニモ憲法上ノモノアリ又行政法上ノモノアリ統治者親裁ノ範圍ニ屬スル政務所謂憲法上ノ大權事項ニ關スル法規ノ適用ハ憲法學ニ於テ論スヘキ處分令ナリ故ニ此等ノ處分令ニ付テハ茲ニ之ヲ述ヘス行政法上ニ於テ論スヘキモノハ機關ニ依リテ行ハルル特定ノ事項ニ關スル法規ノ適用ノミナルコトハ屢論シタル所ノ如シ以上ノ説明ニ據リテ處分令ノ性質ハ略ホ明瞭ナルヲ得タリト信ス今處分令ヲ定義スレハ左ノ如シ

處分令トハ機關カ法規ノ範圍内ニ於テ特定ノ事件ヲ規律スルノ目的ヲ以テ發スル意思表示ナリ
 處分令カ法律上有效ニ成立スルニハ左ニ掲タル數箇ノ要件ヲ具備セサルヘカラス
 (一) 法律ニ準據スルコトヲ要ス 法治主義ノ原則ニ依リ統治者ノ特定行為ハニ必ス法規ニ準據スルコトヲ要スルヲ以テ處分令ニ此要件ヲ必要トスルコトハ多言ヲ俟タサルナリ

(一) 處分令ノ趣旨ノ存スル所ヲ明瞭ニ表示スルノ方法ヲ探ルコトヲ要ス 處分令ノ趣旨ヲ表示スルノ方法ニ付テハ現行法上一般ニ涉リタル規定存セザルカ故ニ特別ノ規定ナキ以上ハ口頭書面符號等何等ノ方法ト雖モ其趣旨ヲ明カニスルコトヲ得レハ則チ足レリ尤モ法規中特別ノ表示方法ヲ規定セル場合ニ於テハ第一要件ノ結果トシテ其方法ニ從フヘキハ當然ナリ
 (二) 處分令ハ之ヲ受クル者ニ知ラシムル方法ヲ探ルコトヲ要ス 此點ニ付テモ亦前段ト同シク一般ノ法規存在セス故ニ此目的ヲ達スルニ適當ナル各種ノ手段ヲ擇ヒテ實施セサルヘカラス尤モ特定ノ法規ニハ往往ニシテ民事訴訟法ノ送達ニ關スル規定ヲ準用セルヲ見ル

第二款 處分令ノ種類

處分令ハ之ヲ觀察スル方面ヲ異ニスルニ從ヒテ種種ノ分類ヲ爲スコトヲ得ヘキモ茲ニハ單ニ其主要ナルモノニ付テ説明スヘシ

(第一) 處分令ヲ決定スル狀態ヨリ爲シタル分類

行政法 通論 行政ノ手段 處分令

處分令ハ之ヲ決定スル狀態ヨリ分類スルトキハ準法處分令及ヒ裁量處分令ノ二ト爲スコトヲ得ヘシ

(一) 準法處分令 準法處分令トハ法令ノ規定細目ニ亙リ當該事件ニ付テハ必ス當該處分ヲ爲スヘキコトノ規定セラレタル場合ニ於テ發セラルル處分令ヲ謂フ故ニ此場合ニ於テハ行政官廳カ一旦事實ノ真相ヲ認定シタル以上ハ自己ノ意思ヲ以テ隨意ニ他ノ處分ヲ爲スコトヲ得サルモノトス例ヘハ租税ノ賦課又ハ手数料ノ徵收ノ如キ是ナリ

(二) 裁量處分令 裁量處分令トハ法規カ廣汎ナル範圍ニ於テ官廳ニ自由活動ノ餘地ヲ與ヘタル場合ニ於テ官廳カ法規ノ範圍内ニ於テ自己ノ判斷ニ依リテ便宜ニ發スル所ノ處分令ナリ例ヘハ民事裁判ノ區域ニ於テ類似解釋ヲ以テ判決ヲ爲スカ如キ其他警察事務ノ區域ニ於ケル各種ノ處分令ノ如キ多ク之ニ屬ス

(第二) 處分令ノ目的ヨリ爲シタル分類
處分令ハ其目的ヨリ區別シテ次ノ二ト爲スコトヲ得即チ(一)下級官廳ヲ目的トシテ發セラルルモノ(二)人民ヲ目的トシテ發セラルルモノ是ナリ

(一) 下級官廳ヲ目的トシテ發セラルル處分令 是レ上級官廳ノ下級官廳ニ對スル監督權ニ根據スルモノニシテ較レテ二ト爲ル即チ(イ)下級官廳ニ對シテ特定ノ行爲、不行爲ヲ積極的ニ命令スル場合(ロ)上級官廳カ下級官廳ノ要求ニ依リ特定ノ行爲ヲ認可シテ之ニ法ノ上ノ效力ヲ與フル場合はナリ尙ホ此種ノ處分令ニ付テハ官廳ノ監督權ヲ論スルニ際シテ詳述スル所アルヘシ

(二) 人民ヲ目的トシテ發セラルル處分令 此種ノ處分令ハ國家カ臣民ニ對スル統治權ニ根據スルモノニシテ通常處分令ト稱セラルルモノハ概テ此種ニ屬スルモノナリ

(第三) 要求ノ有無ニ依ル處分令ノ分類
此標準ニ依ルトキハ(一)要求ニ依ル處分令(二)要求ニ依ラサル處分令ノ二ト爲スコトヲ得

(一) 要求ニ依ル處分令 要求ニ依ル處分令ハ其種類甚々多シ左ニ其主要ナルモノヲ例示シテ説明スヘシ

(イ) 認可 法ハ往往一箇人ノ行爲又ハ官廳若クハ公共團體ノ行爲ニ對シテ官

廳ノ承認ナキトキハ縱令其行爲ヲ爲スモ法ノ規定スル效果ヲ生セサルコトヲ定ムル場合アリ蓋シ其立法上ノ趣旨タルヤ或行爲ヲ禁制スルニ在ラスシテ唯妄ニ或行爲ヲ爲サザラシムルノ意ニ外ナラス此場合ニ於テ有效ニ其行爲ヲ爲サントスル者ハ豫メ官廳ノ承認ヲ要求シ此要求ニ對シテ官廳カ承認ヲ與フルノ形式ヲ認可ト謂フ例ヘハ同業組合ノ役員ハ農商務大臣ノ認可ヲ得ルニ非サレハ其資格ヲ得サルカ如キ又ハ市町村會ノ或議決ハ內務大臣兩大臣ノ認可ヲ得サレハ其效力ヲ生セサルカ如シ

(四) 許可 法ハ時トシテ或行爲ヲ禁制シ同時ニ一方ニ於テ特定ノ場合ニ其禁止ヲ解クノ明文ヲ設ケ一定ノ官廳ニ解禁ノ權限ヲ與フルコトアリ此場合ニ於テ當該官廳カ一私人ニ對シテ法ノ禁止ヲ解除スルノ處分令ヲ許可又ハ免許ト稱ス故ニ許可ノ目的ト爲ルヘキ事項ハ認可ノ目的ト爲ルヘキ事項ト異ナリ法カ明カニ禁制スルモノナラサルヘカラス隨テ若シ許可ヲ得スシテ當該行爲ヲ爲シタル者アルトキハ法律上ノ制裁ヲ免レス例ヘハ軍用銃砲ノ所有火藥商質屋又ハ古物商ノ營業ニ對シテ免許ヲ與フルカ如キ是ナリ蓋シ此

等ノ事項ヲ一般ニ禁止スル所以ノモノハ此等ノ事實若クハ行爲ハ動モスレハ社會ニ危害ヲ及ボシ又ハ公益ヲ害スル虞アルカ爲メニシテ又此禁止ヲ解除スル所以ノモノハ絕對的ニ之ヲ禁制スルノ必要ナク特定ノ場合ニ特定ノ人ニ對シテ之ヲ解除シ警察ノ監督ノ下ニ置クヲ利益ナリト認メタルニ由ル免許狀及ヒ鑑札ノ付與モ亦許可ヲ與フルノ形式ニシテ此形式ハ即チ處分令表示ノ形式ノ一定セルモノニ專屬ス

(五) 特許 特許ニ二種アリ一ヲ發明特許ト稱シ他ヲ營業特許ト稱ス
 (1) 發明特許 發明特許トハ特許法ノ規定スル所ニ依リ農商務省特許局ヨリ發セラルル處分令ニシテ特定物品ノ發明者若クハ或物品ノ製造方法ノ發明者ニ對シテ其物品專賣權若クハ其製造方法ノ專用權ヲ設定スルノ處分令ヲ謂フ發明特許ノ立法上ノ理由ヲ考フルニ發明者ハ許多ノ勞費ト幾多ノ日時トヲ費消シタルノ結果漸クニシテ其發明ノ效ヲ奏シタルモノナルヲ以テ其成功ノ曉ニ至リ他人ヲシテ隨意ニ其發明ヲ摸擬スルコトヲ得セシメンカ何人モ復タ發明ノ爲メニ刻苦精勵スル者ナキニ至リ隨テ工業

ノ發達進歩ハ得テ企圖スヘカラサルノ結果ヲ生スヘシ是ニ於テ國家ハ法ヲ設ケテ發明者ニ一定ノ期間ヲ限リ其物品若クハ方法ノ專占權ヲ與ヘテ其功勞ニ對スル相當ノ報酬ヲ得セシメ以テ公益ヲ保護助長スルノ途ヲ開キタルモノニ外ナラス

(2) 鐵業特許 鐵業特許トハ自己又ハ他人ノ土地ニ存在スル法定ノ鐵物ヲ專ラ採掘スルノ權利ヲ設定スル處分令ナリ此處分令ヲ發スル立法上ノ理由ヲ按ズルニ地中ニ存在スル鐵物ヲ發見シタル功勞ニ酬キ社會經濟ノ發達ヲ助長スルノ趣意ニ出ツルコトハ發明特許ト異ナル所ナシト雖モ他方ニ於テハ安ニ地中ヲ發掘セシムルトキハ往往ニシテ危害ノ之ニ隨伴スルヲ免レサルヲ以テ豫メ之ヲ官署ニ申告シ其監督ヲ受ケシムルノ趣意等ヲモ包含スルモノナリ要スルニ鐵業特許ハ發明特許ト許可トノ二者ヲ相合同シタル性質ヲ有スルモノトス

(二) 裁決 裁決ハ或ハ之ヲ審決ト稱シ一定ノ行政處分ニ對シ不服ナル者ヲシテ其處分ノ覆審ヲ當該處分令ヲ發シタル官廳ニ對シテ監督權ヲ有スル上級官廳又ハ當該官廳若クハ其他ノ第三官廳ニ求メシメ其官廳ニカ請求ヲ受理シテ下ス所ノ處分令ナリ例ヘハ行政訴訟ノ裁決又ハ特許審決ノ如キ是ナリ而シテ此處分令ノ效果ハ前處分令ヲシテ其效力ヲ失ハシメ更ニ新ナル處分令ヲ以テ之ニ代フルモノニシテ其效力ハ前ニ處分ヲ爲シタル官廳及ヒ處分令ニ關シテ利害關係ヲ有スル人民ヲ拘束スルモノトス

(ホ) 決定 決定或ハ行政裁決ト稱スルモノハ行政處分ト相牽連シテ生スル臣民間ノ私權爭議ヲ行政官廳ニ於テ仲裁決定スルノ處分令ナリ例ヘハ土地收用法第五十九條及ヒ第八十二條ノ規定ニ依ル處分令ノ如キ之ニ屬ス抑モ行政官廳カ民事上ノ爭議ニ對シテ決定ヲ爲スコトハ恰モ司法裁判所ノ權限内ノ事項ヲ行フト同一ノ結果ヲ生スルヲ以テ若シ假ニ司法權ト行政權トハ實質上區別アルモノトスレハ決定處分令ハ之ヲ違憲ナリト斷定セサルヘカラス然レトモ予ハ嘗テ述ヘタル如ク司法行政ノ實質上ノ區別ヲ認メサルヲ以テ之ヲ適憲ナリトスルニ躊躇セサルナリ

(ハ) 受理 受理トハ臣民ニ於テ行政官廳ニ提出スル屆書願書等ヲ受納スルノ

處分令ナリ學者或ハ受理ハ行政官廳カ何等積極的ノ行為ヲ爲ササルヲ以テ處分令タルヲ得スト論スル者アリト雖モ非ナリ若シ論者ノ言ニ從ヒテ受理ヲ行政處分ニ非ストセンカ受理ハ單一ナル事實上ノ現象ナリト謂ハサルヘカラスシテ之ヲ以テ權利義務ノ發生消滅スルノ根據ト看ルヘカラサルニ至ラン然レトモ願書若クハ届書ノ提出及ヒ之ニ對スル官廳ノ受納ハ或ハ人民ヲシテ法令上ノ義務ヲ免除スルノ效果ヲ生シ或ハ權利ヲ發生セシムルノ原因ト爲ルコト明カナルヲ以テ論者ノ說ハ正論ヲ得タルモノニ非スト信ス受理ハ其外觀ニ於テハ人民ノ單獨行為ノ結末ナルカ如キ狀態ヲ呈スト雖モ是レ畢竟處分令ヲ通告スル規定ノ具備セサルニ基クモノニシテ口頭若クハ符號ヲ以テスルノ受理ハ其書面ノ形式ヲ以テスル受理ノ通告ト法律上ノ性質ヲ異ニスルモノニ非サルナリ

(ト) 却下 却下ハ受理ニ反スル性質ヲ有スル處分令ナリ詳言スレハ行政官廳カ届書又ハ願書ノ提出ヲ認メサルノ意思ヲ表示スルモノナリ

(チ) 公證 公證トハ官廳カ或事實ノ正確ナルコトヲ證明スルノ處分令ナリ例

報 雜

○第十六議會ノ召集及ヒ開會 第十六議會ハ本月七日ヲ以テ召集セラレ同日開院ノ式ヲ舉行セラレタリ

○卒業試験及第者 去月十一日乃至十五日ニ於テ施行シタル特別試験ニ合格シテ本校ノ課程ヲ卒業セラレタル者左ノ如シ

- | | | | |
|-------|-------|-------|-------|
| 千葉縣平民 | 成毛 基雄 | 福岡縣士族 | 山田 義道 |
| 香川縣士族 | 大久保忠禮 | 石川縣平民 | 青山 憲三 |
| 東京府士族 | 乾 長昭 | 兵庫縣平民 | 立花 敬一 |
| 東京府士族 | 井田 忠治 | | |

○失踪ノ宣告ト公示催告ト 不在者ノ生死カ七年間不分明ナルトキハ裁判所ハ利害關係人ノ請求ニ因リ失踪ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ヘク民法第三〇條失踪ノ宣告ハ不在者ニ對シ死亡ノ推定ヲ下スノ效力ヲ有スルモノナリ(同第三一條)

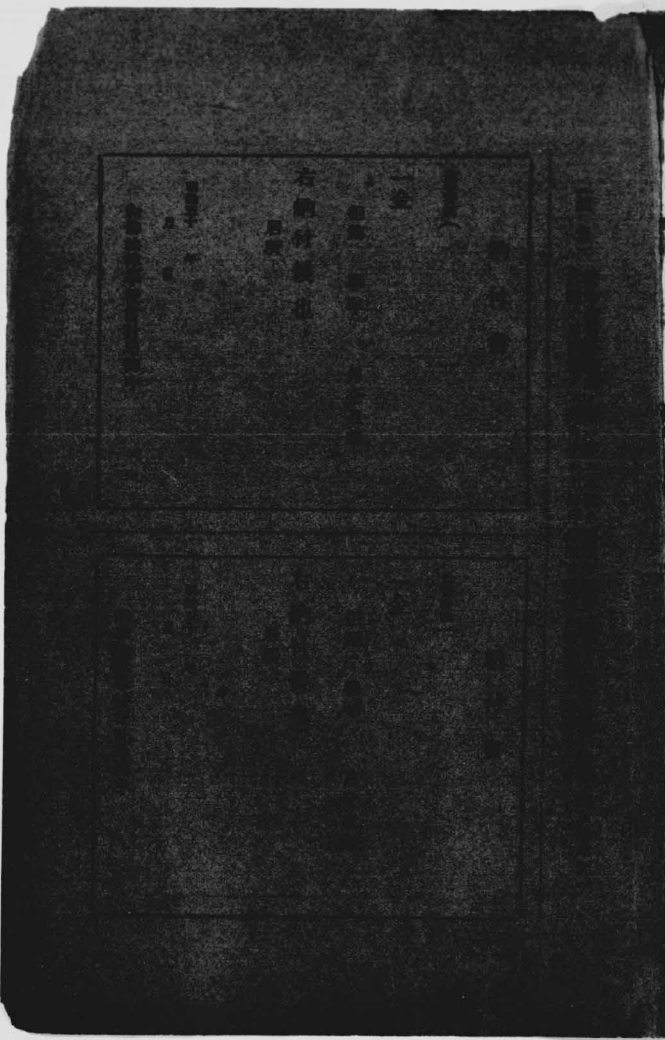
失踪ノ宣告ハ此ノ如ク重大ナルモノナルニ其之カ宣告ヲ爲スニ當リ公示催告
ノ手續ヲ踐マスシテ直チニ失踪ノ宣告ヲ爲シタル裁判所モ間之アリシ由ナル
カ其不當ナルコトハ固ヨリ明白ナル所ナリ然ルニ此公示催告ヲ爲スニハ當事
者ヨリ其申立ヲ爲スコトヲ要スルヤ否ヤニ付キ難ニ法曹會ハ之ヲ不必要ナリ
ト議決シ過般更ニ前決議ヲ維持スル旨ヲ議決セラレタリ(明治三十四年九月二
日委員會議決議案
第七號)其理由トスル所ハ(第一)人事訴訟手續法ニハ失踪ニ關シ失踪ノ宣告其取
消ヲ申立タル場合ノ外當事者ヨリ申立ヲ爲スコトノ規定ナシ(第二)同法カ民事
訴訟法第七百六十五條乃至第七百七十五條ノ規定ヲ準用スルコトト爲セルハ
(人事訴訟手續法第七〇條右等ノ申立ニ關シ審理判決スルニ必要ナル場合ニ相
當ニ適用セララルニ過キスト云フニ在ルモノノ如シ此決議ニ對シテハ下文ノ
三點ニ於テ疑ナシトセス即チ(一)裁判所ハ當事者ノ申立テタル事項ヲ行フニハ
特ニ明文ヲ要ス(二)人事訴訟手續法第七十條カ公示催告ノ申立ニ關スル民事訴
訟法第七百六十五條ヲ準用スルコトトセリ(三)同第七十條カ民事訴訟法第七百
六十五條乃至第七百七十五條ノ規定ヲ準用スルコトト爲セルハ失踪ノ宣告又

ハ其宣告ノ取消ノ申立ニ關シ審理裁判スル爲メ必要ナル場合ニ相當ニ適用セ
シメントスルニ過キストノ決議ノ理由ハ其根據漠然ニ失スルコト是ナリ然リ
ト雖モ凡ソ失踪ノ宣告ヲ爲スニハ先ツ以テ公示催告ヲ爲スコトヲ要シ此公示
催告ニハ不在者カ公示催告期日マテニ其生存ノ届出ヲ爲サザルトキハ失踪ノ
宣告ヲ爲スヘキコトヲ記載スヘキモノニシテ(人事訴訟手續法第七二條公示催
告手續ハ失踪ノ宣告ノ申立ト分離シテ成立スルモノニ非ス隨テ失踪宣告ノ申
立中自ラ公示催告ノ申立ヲ包含セルモノト看ルヲ妥當トスヘシ
○祝宴會 本年施行ノ文官高等試驗判事檢事登用第一回試驗ニ登第セラレ
タル諸氏ノ爲メ富井博士梅博士其他講師、校友ノ發起ニ因リ本月六日午後五時
九段坂上富士見軒ニ於テ其祝宴會ヲ開キタリ當日來會セシ者實主合セテ四十
餘名宴酬ニシテ富井博士ハ起テテ登第者ニ對スル祝詞ヲ述ヘラレ次テ梅博士
ハ祝詞並ニ將來ニ向テノ希望トシテ本邦人ハ學憲ニ在ルノ間若クハ試驗ニ及
第スル前ニハ孜孜トシテ勉學シ隨テ才子ヲ以テ呼ハルル者モ一朝學校ヲ出テ
若クハ試驗ニ及第スレハ勳モスレハ儉安ニ流レ爲メニ後進者ノ凌駕スル所ト

爲り成ハ老朽ヲ以テ目セラレ或ハ若朽ト譏ラルル者尠カラス是レ西洋諸國ハ
ト全ク反對ノ現象ニシテ深ク戒ムヘキコトナリト述ヘラレ次ニ高木益太郎辯
護士ハ判檢事試験ニ登第セラレタル人ニ望ムトテ事件ノ審問ヲ親切ニシ其調
査ヲ緻密ニセンコトノ注意ヲ與ヘラレ次ニ信岡辯護士ハ各及第者カ實務ニ就
カサル上ニ於テハ實際ノ必要若クハ便宜ヲモ斟酌シテ法ヲ活用スルコトヲ力
メ敢テ或ハ膠柱ノ譏ヲ招クコトナカラシムコトヲ望マレ終ニ木村誠次郎氏ハ及
第者總代トシテ答詞ヲ述ヘラレ尋テ雜話ニ時ヲ移シ和氣譏然ノ裡ニ散會シタ
ルハ適ニ二更ノ頭ナリキ登第者諸氏曰請フ行ケ行キテ社會ノ要務ニ任シ冀ク
大ニ吾校ノ精神ヲ發揮スル所アレ

○全國現立銀行數及ヒ其資本額

大藏省ノ調査ニ係ル去月末現立ノ全國各
種銀行數ハ二千四百十四資本金ハ五億二千四百十二萬六千八百九圓ナリト云
フ本月十一日官報抄録



爲り或ハ老朽ヲ以テ目セラレ或ハ若朽ト譏ラルル者尠カラス是レ西洋諸國人ト全ク反對ノ現象ニシテ深ク戒ムヘキコトナリト述ヘラレ次ニ高木益太郎辯護士ハ判檢事試験ニ登第セラレタル人ニ望ムトテ事件ノ審問ヲ親切ニシ其調査ヲ緻密ニセンコトノ注意ヲ與ヘラレ次ニ信岡辯護士ハ各及第者カ實務ニ就カルル上ニ於テハ實際ノ必要若クハ便宜ヲモ斟酌シテ法ヲ活用スルコトヲ力メ敢テ或ハ膠柱ノ譏ヲ招クコトナカラシムコトヲ望マレ終ニ木村誠次郎氏ハ及第者總代トシテ答詞ヲ述ヘラレ尋テ雜誌ニ時ヲ移シ和氣霽然ノ裡ニ散會シタルハ適ニ二更ノ頃ナリキ登第者諸氏ヨ請フ行ケ行キテ社會ノ要務ニ任シ冀クハ大ニ吾校ノ精神ヲ發揮スル所アレ

○全國現立銀行數及ヒ其資本額 大藏省ノ調査ニ係ル去月末現立ノ全國各種銀行數ハ二千四百十四資本金ハ五億二千四百十二萬六千八百九圓ナリト云フ(本月十一日官報抄録)

(注) 校外生月謝納付ノ際ハ必ず本紙ヲ切取キ居所氏名及爲替番號(金額並ニ學年別、月謝ノ月別若クハ何月分ヨリ何月分迄ト記入シ爲替券ニ添附スルモノトス)

納付書

爲替番號 ()

一金

但第 學年 月分月謝

右納付候也

居所

明治三十 年

月 日

和佛法律學校會計局御中

納付書

爲替番號 ()

一金

但第 學年 月分月謝

右納付候也

居所

明治三十 年

月 日

和佛法律學校會計局御中

