法政大学学術機関リポジトリ
HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2025-07-05

和仏法律学校講義録

岡，實 / 掛下，重次郎 / 松岡，義正

(出版者 / Publisher)
和佛法律學校
(巻 / Volume)
3-21
(開始ページ / Start Page)
1
(終了ページ / End Page)
55
(発行年 / Year)
1902-09-15

（明治三十四年十一月十四日第三種郵便物認可　毎月二回）
明治三十五年九月十五日發行

三十五年度　第三學年

和佛法律學校講義録

第貳拾壹號

和佛法律學校發行

第三學年第二十一號目次

民法相續（自三二五至三三二）　法律學士　掛下重次郎

破産法（自六一五至九一二）　法學士　松岡義正

民事訴訟法（自第六編自一七一至第八編一〇三一）　法學士　松岡義正

行政法（自四七五至五〇二）　法學士　岡實

雜報　○特別代理人選任請求權者○親母子離婚後ノ權利關係

090
1902
3-1-21

コトヲ得サレトモ特別方式ノ第二乃至第六ノ場合ニ於ケル證人ハ無筆者ニテモ可ナルコト是ナリ是レ以上ノ特別方式ノ場合ニ於テハ必スシモ文字アル證人ヲ要スト爲スハ難事タルヲ以テ少シク方式ヲ寛ニシタルニ外ナラス

○普通方式ノ場合ニ於ケル規定ノ準用――第千八十四條　第千六十八條第二項及ヒ第千七十三條乃至第千七十五條ノ規定ハ前八條ノ規定ニ依ル遺言ニ之ヲ準用ス

普通方式ニ於ケル或規定ヲ特別方式ニ準用スルコトト爲セリ即チ左ノ如シ

(一)　第千六十八條第二項　遺言書中ノ挿入削除其他ノ變更ハ遺言者其場所ヲ指示シ之ヲ變更シタル旨ヲ附記シテ特ニ之ニ署名シ且其變更ノ場所ニ捺印スルニ非サレハ其效ナシ而シテ遺言者自ラ證言ヲ作ラサル場合ニ於テハ其筆者ニ於テ此手續ヲ爲ササルヘカラス是レ遺言ノ正確ナルコトヲ期スルカ爲メニ普通方式ノ場合ニ同シク此方式ヲ命シタルナリ

(二)　第千七十三條　是レ禁治産者カ本心ニ復シタル時遺言ヲ爲ス場合ニ醫師二人以上ノ立會ヲ必要トスル規定ニシテ此規定ハ特別方式ノ場合ニモ必要ナ

090
1902
3-1-21

第三編第二十一號目次

民法相續（第一千二百）　法學士　岩下重次郎

改正　法（第一千二百）　法學士　松岡義正

民事訴訟法（第一千六百八十五）　法學士　梁瀬義正

行政　法（第一千六百九十）　法學士　柳　賢

編輯　○此號に載せたる人名法律等は○印を以て其頭に冠せり

コトヲ得サレトモ特別方式ノ第二乃至第六ノ場合ニ於ケル證人ハ無筆者ニテモ可ナルコト是ナリ是レ以上ノ特別方式ノ場合ニ於テハ必スシモ文字アル證人ヲ要スト爲スハ難事タルヲ以テ少シク方式ヲ寛ニシタルニ外ナラス

○普通方式ノ場合ニ於ケル規定ノ準用＝第千八十四條　第千六十八條第二項及ヒ第千七十三條乃至第千七十五條ノ規定ハ前八條ノ規定ニ依ル遺言ニ之ヲ準用ス

普通方式ニ於ケル或規定ヲ特別方式ニ準用スルコトト爲セリ即チ左ノ如シ

(一)　第千六十八條第二項　遺言書中ノ挿入削除其他ノ變更ハ遺言者其場所ヲ指示シ之ヲ變更シタル旨ヲ附記シテ特ニ之ニ署名シ且其變更ノ場所ニ捺印スルニ非サレハ其效ナシ而シテ遺言者自ラ證言ヲ作ラサル場合ニ於テハ其筆者ニ於テ此手續ヲ爲ササルヘカラス是レ遺言ノ正確ナルコトヲ期スルカ爲メニ普通方式ノ場合ニ同シク此方式ヲ命シタルナリ

(二)　第千七十三條　是レ病治產者カ本心ニ復シタル時遺言ヲ爲ス場合ニ醫師二人以上ノ立會ヲ必要トスル規定ニシテ此規定ハ特別方式ノ場合ニモ必要ナ

ルコトハ言フヲ俟タサルナリ

(三)　第千七十四條　是レ遺言ノ證人又ハ立會人タルコトノ無資格者ヲ規定シタルモノニシテ特別方式ニ於ケル遺言ニ同條ニ擧ケタル者ヲ證人又ハ立會人ト爲スコトヲ許ストキハ遺言ノ正確ナルコトヲ期スルコト能ハサルカ故ニ普通方式ノ場合ニ於ケル證人又ハ立會人ノ無資格ノ規定ヲ茲ニ準用スルコトト爲シタリ而シテ此規定ハ特別方式ノ場合ニ於テ立會フヘキ警察官(第一〇七七條)將校相當官、準士官、下士、病院ノ醫師(第一〇七八條)第一〇八〇條)船長又ハ事務員(第一〇八〇條)ニモ適用セラルルカ故ニ若シ此等ノ人ニシテ第千七十四條ニ擧ケタル者ニ該當スルトキハ立會人タルコトヲ得サルモノトス

(四)　第千七十五條　是レ共同遺言ヲ禁シタル規定ニシテ特別方式ニ依ル遺言ニモ共同遺言ヲ禁スヘキコト勿論ナルヲ以テ茲ニ之ヲ準用スルコトト爲セリ

○特別方式ノ原因消滅シタル場合ニ於ケル遺言ノ效力＝第千八十五條　前九條ノ規定ニ依リテ爲シタル遺言ハ遺言者カ普通方式ニ依リテ遺言ヲ爲スコトヲ得ルニ至リタル時ヨリ六个月間生存スルトキハ其效ナシ

以上叙述シタルカ如ク特別方式ニ依ル遺言ハ總テ特別ノ事情ヲ存スルヨリシテ普通ノ方式ニ依ラシメ難キヲ以テ已ムヲ得ス許シタルモノナレハ特別方式ニ依ルコトヲ許シタル原因最早消滅シ遺言者カ普通方式ニ依ルコトヲ得ルニ至リタルトキ例ヘハ遺言者カ直チニ死亡セス却テ其病平癒シテ自筆證書、公正證書又ハ秘密證書ニ依リテ遺言ヲ爲スニ至リタルトキ、交通遮斷ノ解カレタルトキ戰爭ノ終了シタルトキ、艦船カ歸港シテ乘組員ノ上陸シタルトキハ更ニ普通ノ方式ニ依リテ遺言ヲ爲スヘキモノトセリ然レトモ特別方式ニ依ル原因ノ消滅スルヤ否ヤ直チニ普通方式ニ依ルヘキモノト爲スコトハ實際行ハレ難キヲ以テ本條ニ於テ特別方式ニ依リタル遺言ノ有效期間ヲ定メ若シ遺言者カ普通方式ニ依ルコトヲ得ル時ヨリ六箇月間生存スルトキハ特別方式ニ依リタル遺言ハ其效力ヲ失フヘキモノト爲セリ

○第七　外國、在留、ノ、場、合、ニ、於、ケ、ル、特、別、方、式＝第千八十六條　日本ノ領事ノ駐在スル地ニ在ル日本人カ公正證書又ハ秘密證書ニ依リテ遺言ヲ爲サントト欲

スルトキハ公證人ノ職務ハ領事之ヲ行フ(法例第八條第一項第二六條舊民法財產取得編第三八〇條第三八一條)

法例第二十六條ニ依レハ遺言ノ成立及ヒ效力ハ其遺言ノ成立當時ニ於ケル遺言者ノ本國法ニ依リ又其遺言ノ取消ハ取消當時ニ於ケル遺言者ノ本國法ニ依ルヲ原則ト爲シ唯行爲地法ニ依ルコトヲ妨ケサルモノト爲セリ故ニ外國ニ在留スル日本人カ其國ノ法律ニ從ヒテ遺言ヲ爲スコトハ妨ナシト雖モ日本ノ法律ニ從ヒテ之ヲ爲スヲ本則トスルヲ以テ外國ニ在留スル日本人カ我國ノ法律ニ從ヒテ遺言ヲ爲サントスルトキ公正證書又ハ秘密證書ニ依ラントスルニ外國ニハ我國ノ公證人在ラサルコト勿論ニシテ又外國ニ公證人ノ設ナキ地モアルヘク縱シ之アリトモ外國ノ公證人ハ自國以外ノ法律ニ從ヒテ證書ヲ作ルコト能ハス仍テ外國ニ在留スル日本人ヲシテ公正證書又ハ秘密證書ニ依リテ遺言ヲ爲スコトノ便宜ヲ得セシムル爲メニ日本ノ領事ノ駐在スル土地ニ限リ其領事カ公證人ノ職務ヲ行フヘキコトト爲シタリ

第三節　遺言ノ效力

本節ニ於テ各種ノ遺言ニ關スル效力ヲ規定スト雖モ其多數ハ遺贈ニ關セリ是レ蓋シ他ノ遺言ハ概シテ簡單ニシテ其效力ニ關シテ疑義ノ生スルコト少ケレトモ遺贈ハ之ニ反シテ種種複雜ナル規定ヲ要スレハナリ乃チ第千八十七條ハ通則ニシテ廣ク遺言行爲ニ關スル一般ノ效力ヲ規定シ遺言ハ遺言者死亡ノ時ヨリ效力ヲ生スルモノト爲シ第千八十八條以下ハ特ニ遺贈ニ關スル遺言ノ效力ヲ規定セリ尙ホ之ヲ詳言スレハ第千八十八條乃至第千九十五條ハ遺贈ノ有效ナル場合ヲ規定シ第千九十六條及ヒ第千九十七條ハ遺贈ノ效力ヲ生セサル場合ヲ規定シ第千九十八條以下ハ遺贈ノ目的ニ付キ詳細ナル規定ヲ設ケタリ

○遺言カ效力ヲ生スヘキ時期―第千八十七條　遺言ハ遺言者ノ死亡ノ時ヨリ其效力ヲ生ス

遺言ニ停止條件ヲ附シタル場合ニ於テ其條件カ遺言者ノ死亡後ニ成就シタルトキハ遺言ハ條件成就ノ時ヨリ其效力ヲ生ス(舊民法財產取得編第三九〇

條）

遺言ハ遺言者ノ最終ノ意思表示ニシテ最モ神聖視スヘキモノナルカ故ニ法律ハ成ルヘク之ヲ貫徹セシメンコトヲ期シ遺言ハ之カ利益ヲ受クヘキ者ノ承認ヲ要セスシテ完全ニ成立スル單獨行爲ト爲シ又遺言者ニ於テ何時ニテモ取消スコトヲ得ルモノト爲セリ何トナレハ遺言カ遺言ヲ受ケタル者ノ承諾ヲ俟チテ始メテ成立スルモノト爲ストキハ遺言ハ常ニ遺言者ノ死亡後ニ非サレハ其效力ヲ生セサルモノナルカ故ニ遺言者ト遺言ヲ受ケタル者トノ意思ノ合致ハ不能ニ歸シ從ヒテ遺言者ノ意思ヲシテ貫徹セシムルコト能ハサルコトト爲ルヘク又遺言ハ遺言者ノ死亡前ニ在リテハ未タ何人ヲモ羈束セサルカ故ニ遺言者カ遺言ノ效力ヲ生セサル前ニ其意思ヲ變更スルトモ毫モ他人ノ利益ヲ害スルコトナケレハナリ而シテ遺言者ノ意思ヲ推測スルトキハ其死後ニ於テ始メテ效力ヲ生スヘキモノトスルニ在リタルヤ疑ヲ容レス是ヲ以テ遺言ハ必ス遺言者ノ死亡ノ後ニ其效力ヲ生スルモノトスヘキコト他ノ立法例皆然ル所ニシテ固ヨリ當然ナリ

遺言カ遺言者ノ死亡後ニ效力ヲ生スルト爲スコトハ以上叙述スル如シト雖モ遺言者死亡スルヤ直チニ效力ヲ生スヘキヤ之ニ條件ヲ附スルモ有效ナリヤ又遺言ニ因リテ利益ヲ受クル者カ承認ヲ爲シタル時ヨリ效力ヲ生スヘキヤ否ヤハ立法上檢覈スヘキ問題タルナリ

遺言ヲ受クル者カ承認ヲ爲シタル時始メテ效力ヲ生スルモノトセンカ遺言者ノ死亡ト遺言ヲ受クル者ノ承認トノ間ニハ若干ノ時日ヲ經過スルコトアリテ遺言ノ目的タル財產ハ一旦遺言者ノ死亡ニ因リテ其相續人ニ移轉シ其後遺言ヲ受クル者ノ承認ニ依リ相續人ヘノ移轉或ハ無效ト爲リ或ハ相續人ヨリ轉シテ受遺者ニ移轉スルモノトセサルヘカラス而シテ此ノ如クスルモ彼ノ相續ノ場合ノ如ク遺言ノ目的タル權利義務ノ主體ヲ失フカ如キ不都合ヲ見ルコトナク又遺言ニ因リテ利益ヲ受クル者ハ其知ラサル間ニ權利者ト爲リ又ハ義務者ト爲ルモノトスルハ甚タ其當ヲ得サルカ如シ然レトモ深ク考察スルトキハ遺言者ノ意思ハ通常遺言ヲシテ自己ノ死亡ノ時ヨリ直チニ效力ヲ生セシムルニ在ルヘシ若シ然ラサルニ於テハ特ニ其意思表示ヲ爲セシナラン之ニ此ノ如キ意

思表示ノナキ所ヲ以テ觀レハ遺言者死亡ノ時ヨリ其效力ヲ生セシメント欲シタルモノト推測セサルヘカラス而シテ遺言ヲ受タル者ハ遺言者ノ意思ニ依リテ贈與ヲ受ケ遺贈ヲ被ルヘキ觀アレトモ遺言ハ概シテ言ヘハ遺言ヲ受タル者ノ利益タルコト多ク若シ利益ノ有無ニ拘ハラス遺言ヲ受タルコトヲ欲セサルニ於テハ之カ抛棄ヲ爲スコトヲ得セシムルトキハ遺言カ遺言者ノ死亡ノ時ヨリ效力ヲ生スルコトト爲スモ之カ爲メニ實際ニ於テハ遺言ヲ受ケタル者ノ遺贈ト爲ラサルヘシ是ヲ以テ遺言ヲ受ケタル者カ抛棄ヲ爲ササリシトキハ遺言者死亡ノ時ヨリ效力ヲ生スルモノト爲ストモ弊害ヲ見ルコトナキノミナラス若シ之ニ反シテ遺言ヲ受ケタル者カ承認シタル時始メテ其效力ヲ生スルモノト爲ストキハ遺言者ノ死亡ト遺言ヲ受ケタル者ノ承認トノ間ニ遺言ノ目的ヨリ果實ヲ生シタル場合ニ於テハ其利益ハ相續人ニ歸スルコトト爲リ受遺者ハ之カ利益ヲ失フニ至ルヘシ是ヲ以テ本法ニ於テハ原則トシテハ遺言者死亡ノ時ヨリ直チニ效力ヲ生スヘキモノト規定シタル所以ナリ

遺言カ遺言者死亡ノ時ニ效力ヲ生スルコトハ遺言ヲ受タル者カ其事實ヲ知ル

ケタル場合ニ於テ二人以上ノ共同債務者ノ破產ニ參加スルニ際シ其債權全額ヲ以テスヘキヤ或ハ受取リタル一部辨濟額ヲ控除シタル殘額ヲ以テスヘキヤノ問題ニ關シテハ立法上二大主義アリ瑞西破產法(第二一七條)ハ共同債務ノ目的即チ債權者ニ完濟ヲ得セシムルノ目的ヲ達スルカ爲メニ債權者ニ許スニ債權全額ノ屆出ヲ以テシ控除主義ヲ排斥シ獨逸破產法(第六八條)ハ斯ル辨濟ニ因リ其辨濟額ニ付キ債權者ハ債務者ノ無資力ヨリ生スル危害ヲ免レ爲メニ權利狀態ニ適セサル地位ヲ有スルニ至ル換言スレハ斯ル辨濟ト雖モ民法上共同債務ノ一部ヲ消滅セシムルノ效力アリトノ理由ヲ以テ控除主義ヲ是認シタリ(佛國ニ於テハ「リオンカン」「ボアスナル」「ブラバル」氏等ニ依レハ受取リタル一部ノ辨濟カ民法的辨濟ナルトキハ民法上ノ原則ノ適用ニ依リ一部辨濟ノ效力アルモノトシテ控除主義ヲ是認シ受取リタル一部ノ辨濟カ破產的配當ノ結果ナルトキハ債權者ハ共同債務者ノ一人ノ破產ニ因リテ債務ノ完濟ヲ受クルコトヲ得ルヤ否ヤニ付キ疑惑ヲ抱キ爲メニ斯ル辨濟ニ債權ノ一部ヲ消滅セシムルノ效力ヲ付スルコトヲ欲スルノ意思ヲ有セサルヤ當然ナリトノ理由ヲ以テ控除

主義ヲ排斥シタリ但「ルエアール」「ドムロンブ」氏等ハ斯ル場合ニ於テハ債權者ハ破產セサル他ノ共同債務者ニ對シ請求ヲ爲スコトヲ得ヘキヲ以テ特別ニ保護スルノ必要ナシトノ理由ニテ反對ニ論結シタリ(我商法第千三十一條第一項ハ單ニ「債權ノ全額ヲ屆出ツルコトヲ得」ト云フニ止マリ(民法第四百四十一條モ亦其債權ノ全額」ト云スニ止マレリ)破產宣告ノ當時ニ於ケル債權ノ全額ナルヤ否ヤニ付キ明文ナキヲ以テ文理解釋上控除主義ヲ是認シタルモノナルヤ否ヤヲ確知スルコトヲ得サルト雖モ學理上獨逸破產法ト同一ノ法理ヲ是認セサルヲ得サルヲ以テ債權者ハ曩ニ受取リタル一部ノ辨濟額ヲ控除シタル殘額ニ非サレハ屆出ヲ爲スコトヲ得サルモノト論結スルヲ論理解釋上正當ナリト思フ、破產シタル共同債務者ニ對シ求償權ヲ有スル保證人其他ノ共同債務者ハ其債權者ニ對シテ爲シタル一部ノ辨濟額ニ付キ債權者ト競合シテ求償義務者ノ破產ニ於テ屆出ヲ爲スコトヲ得ヘシ何トナレハ債權者ハ殘額ニ付キ屆出ヲ爲スニ過キサルヲ以テ同一ノ債權カ二重ニ同一ノ破產手續ニ加入スルノ虞ナケレハナリ而シテ破產手續ニ於テ殘額ヲ屆出テタル債權者ハ求償權者タル共同債務者カ求償權ニ付キ破產債權者トシテ其權利ヲ行ヒタル場合ニ於テハ之ヲ差押ヘ以テ配當額ヲ自己ノ債權ノ辨濟ニ充ツルコトヲ得又斯ル共同債務者カ求償權ニ付キ破產債權者トシテ其權利ヲ行ハサル場合ニ於テハ求償權ヲ差押ヘ自己ノ債權ノ辨濟ニ供スルカ爲メニ之ヲ行使スルコトヲ得ヘシ何トナレハ共同債務者ハ債權者ニ對シ完濟ヲ爲スノ義務ヲ負フヲ以テナリ(佛國ニ於テハ求償權ヲ有スル共同債務者ハ債權者ト競合シテ求償義務者ノ破產ニ於テ屆出ヲ爲スコトヲ得サルモノト主張スル反對說アリ又瑞西破產法ハ此反對說ヲ是認シタリ斯ル法理ハ債權者ヲシテ民事訴訟法ノ規定ニ依リ煩雜ナル差押手續ヲ爲スコトナクシテ債權ノ完濟ヲ得セシムルノ利益アルヲ以テ立法上斟酌スヘキ價値アリト信ス(b)債權者カ二人以上ノ共同債務者ノ破產宣告ヲ受ケタル以後ニ於テ第三者若クハ共同債務者又ハ其破產財團ヨリ一部ノ辨濟ヲ受ケタル場合ニ於テハ該辨濟額ヲ控除スルコトナク債權全額ニ付キ破產債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ルモノナルヤ若シ曩ニ屆出ヲ爲シタルトキハ其屆出テタル債權額中ヨリ該辨濟額ヲ控除スヘキモノナルヤ否ヤノ問題ニ關シテハ現

今文明諸國ノ法律ハ皆繼續主義ヲ是認シ債權者ヲシテ其受ケタル一部ノ辨濟額ヲ控除スルコトナクシテ破產宣告ノ當時ニ於ケル債權全額ノ屆出ヲ爲スコトヲ得セシメ若シ曩ニ屆出ヲ爲シタルトキハ其屆出ヲタル債權額中ヨリ其受ケタル一部ノ辨濟額ヲ控除スルコトナクシテ屆出ヲ繼續スルコトヲ得セシメタリ蓋シ斯ル主義ヲ採用セスンハ債權者ハ總共同債務者ノ資力ナキ場合ニ當リテ多數ノ破產者ノ破產財團カ共同シテ百分ノ百ノ割合ニ於ケル配當額ヲ供スルニ足ル場合ト雖モ常ニ損失ヲ受ケ共同債務關係ヲ設ケタル當事者ノ意思ニ反スルニ至ルヲ以テナリ我破產法ニ於テモ亦然リ(商法第一〇三一條第一項、民法第四三〇條、第四四一條)元來繼續主義即チ債權者カ二人以上ノ共同債務者カ破產ノ宣告ヲ受ケタル以後ニ於テ受取リタル一部ノ辨濟額ヲ控除セスシテ債權ノ全額ニ付キ破產債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ルノ法則ハ佛國ニ於ケル法律發達ノ結果トシテ發生シタルモノタリ同國ニ於テハ當初「ザバリ」主義(千六百七十三年商事勅令起草者「ザバリ」氏ノ所說)カ行ハレタリ同主義ハ配當ト債權全額ノ支拂トヲ同一ノ效力アルモノトシ債權者カ一旦多額ノ配當額ヲ受クルコトヲ得ヘキ共同債務者ノ破產ノ一ヲ選擇シテ債權ノ屆出ヲ爲シタル以上ハ他ノ破產ニ於テ屆出ヲ爲スコトヲ得サルモノト爲シタリ然レトモ斯ル主義ハ共同債務ノ擔保的效力ヲ減殺シ且配當カ債權者ト破產者トノ關係ニ於テハ債權者トノ完濟ト同視スヘキモノナリト雖モ第三者殊ニ他ノ破產手續ニ於ケル債權者トノ關係ニ於テハ唯一部ノ辨濟タルノ效力アルニ止マルノ法理ヲ無視シタルモノナルヲ以テ忽チニ排斥セラレタリ次ニ「ジュブユイ」主義(佛國ノ大家「ジュブユイドラセル」ラ氏ノ所說ニシテ「ポチエ」「エメリゴン」氏等ノ贊同シ獨逸法學者ノ Stanfel theorie(スタンフェルテオリエ)ト稱スルモノナリ)カ行ハレタリ同主義ハ配當ヲ一部ノ辨濟ト同視シ債權者ハ甲及ヒ乙ノ共同債務者ノ破產ニ於テ甲ノ破產ヨリ配當ヲ受ケタルトキハ其配當額ヲ控除シタル債權ノ殘額ニ非サレハ乙ノ破產ニ於テ破產債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得サルモノト爲シタリ此主義ハ理論上正當ナリト雖モ多數ノ共同債務者ノ破產ノ一カ百分ノ百ノ配當ヲ供スルコトヲ得ル場合ニ非サレハ債權者ニ完濟ヲ得セシムルノ機會ヲ與ヘサルヲ以テ共同債務關係ヲ設定シタル當事者ノ意思ニ反スルノ缺點アリ是ヲ以テ千七

百七十六年六月十八日佛國巴里裁判所カ債權者ハ配當額ヲ受ケタルト否トニ拘ハラス完濟ヲ受クルマテハ共同債務者ノ各破產ニ於テ債權全額ノ屆出ヲ爲スコトヲ得ルモノト判決シ文明諸國ノ認メタル繼續主義ヲ創設シタリ而シテ債權者カ任意ニ受取リタル一部ノ辨濟額ヲ控除セスシテ共同債務者ノ各破產ニ於テ屆出ヲ爲スノ法則ハ該裁判所ノ判示シタル法則ノ擴張ニ過キス(佛法學者ボアステル氏ハ一部ノ辨濟カ任意ナルコトヲ理由トシテ債權額ヨリ控除スヘキ旨ヲ主張スレトモ佛法學者「リオンカン」「ターレル」氏等ハ之ニ反シテ法律カ當事者ノ意思ヲ解釋シ他ノ破產ニ對シテハ債權ノ一部辨濟ノ效力ヲ認メサルモノナリト說明シ又獨法學者ハ破產債權者ノ或者カ破產手續中他ノ債權者ヲ害シテ利益ヲ享ケシメサルカ爲メニ破產宣告當時ノ事情ハ爾後ニ發生シタル事情ニ因リテ變更スルモノニ非スト說明シテ債權者ハ任意ニ受ケタル一部辨濟額ト雖モ之ヲ控除スルコトヲ要セサル旨ヲ明カニシタリ)(3)以上說明シタルカ如ク債權者カ二人以上ノ共同債務者ノ各破產ニ於テ債權全額ノ屆出ヲ爲スコトヲ得ル結果トシテ自己ノ負擔部分以外ニ配當ヲ爲シタル共同債務者ノ破產財團ヨリ他ノ求償義務アル共同債務者ノ破產財團ニ對シ又ハ破產ノ宣告ヲ受ケサル求償義務者ニ對シ求償權ヲ行フコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ヲ生ス獨逸破產法ニ於テハ民法上ノ求償權ノ行使ハ(獨逸民法第四二六條第七七四條獨逸破產法第六十八條ノ規定ニ依リテ妨ケラルルコトナシトノ理由ヲ以テ何レモ積極的ニ論結ヲ爲シタリト雖モ我破產法ニ於テハ前者ノ問題ニ關シテハ(商法第一〇三一條第二項佛國商法(第五四三條瑞西破產法(第二一六條第三項)ト同シク一ノ區別ヲ設ケ債權者ノ受取リタル配當總額カ債權者ニ支拂ハルヘキ債權額ヲ超過セサル限ハ求償權ノ行使ヲ禁止シタリ是レ債權者カ各破產ニ付キ全額ノ屆出ヲ爲スヲ以テ求償權ノ行使ヲ認ムルトキハ同一ノ債權カ數回ノ配當ニ加入スルニ至ルノミナラス求償權ヲ認ムルモ實際上實效ヲ奏スルコトナク却テ手續上ノ煩雜ヲ來スニ過キサレハナリ之ニ反シテ債權者ノ受取リタル配當總額カ債權者ニ支拂フヘキ債權額ヲ超過スル限ハ求償權ノ行使ヲ是認シタリ是レ配當總額カ屆出債權ノ全額即チ「主タルモノ(元本及ヒ從タルモノ(利息費用等)ノ合額ヲ超過シタルトキハ(主從ノ支拂ヲ爲スニ非サレハ債務ノ完濟ト爲

ラサルコトハ民法第四百九十一條ニ依リ明白ニシテ又商法第九百八十九條ノ規定ニ依レハ破産ノ宣告ニ依リ利息ヲ停止スルヲ以テ順次ノ破産ニ在リテハ届出債權額ニ差等アルヲ當然ナリトス(其超過額ハ不當利得ノ原則ノ適用ニ依リ債權者ノ所得ト爲スコトヲ得ス且斯ル超過額ニ付キ求償權ノ行使ヲ認ムルモ爲メニ同一ノ債權カ二重ニ加入スルノ虞ナク又手續上煩累ヲ來スコトナキヲ以テ該超過額ハ之ヲ(其同義務者中他ノ共同義務者ニ對シテ償還請求權ヲ有スル者ノ財團ニ歸)セシメタルモノナリ後者ノ問題ニ關シテハ民法ノ原則ニ從ヒ求償權ヲ行使スルコトヲ得ト論結セサルヘカラス何トナレハ法律ハ唯破産財團間ノ求償權ノ行使ヲ禁止シタルノミナレハナリ求償義務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルモ破産債權ヲ完濟シ破産者タルノ境遇ヲ脱シタルトキハ同一ノ法理ニ依リ同一ニ論結セサルヘカラス

(B) 一人ノ共同債務者カ破産シタル場合　(1)共同債務者ノ一人タル連帶債務者又ハ主タル債務者カ破産シタルトキモ亦前述セルモノト同一ノ法理ニ基キ債權者ハ破産宣告ノ當時ニ有スル債權全額ニ付キ届出ヲ爲スコトヲ得故ニ破産宣告後ニ於テ保證人其他ノ共同債務者又ハ第三者ヨリ受ケタル一部ノ辨濟額ヲ控除セスシテ債權全部ノ届出ヲ爲シ又ハ之ヲ繼續スルコトヲ得而シテ債權者ハ其債權ヲ破産法ニ從ヒ届出タルト又ハ協諧契約ノ成立シタルト否トニ拘ハラス共同債務ノ效果トシテ破産ノ宣告ヲ受ケサル保證人其他ノ共同債務者ニ對シ破産宣告ノ當時ニ有スル債權全額又ハ破産宣告後共同債務者ヨリ受取リタル一部ノ辨濟額ヲ控除シタル殘額ヲ請求スルヲ妨ケラレサルコトハ言フヲ俟タス(商法第一〇三〇條法文ニ届出タル債權トアルハ蓋シ債權ハ通常届出ヲ爲スヘキモノナルヲ以テナリ總テ之カ爲メニ反對推理ニ依リテ届出ヲ爲ササレハ他ノ共同債務者ニ對シ失權スルモノト解スヘカラス又協諧契約ノ存否ニ拘ハラサルハ蓋シ協諧契約ハ破産者其人ノ爲メニスル恩典處分ニシテ共同債務者全員ノ利益ノ爲メニスルモノニ非サレハナリ(商法第一〇三〇條上段破産シタル共同債務者ニ對シ求償權ヲ有スル保證人其他ノ共同債務者ハ該債務者ノ破産宣告前ニ債權者ニ對シテ一部ノ辨濟ヲ爲シタルトキハ其辨濟額ニ付キ債權者ト競合シテ求償義務者ノ破産ニ於テ届出ヲ爲スヲ得ヘキコト

ハ前述シタルカ如ク債權者ハ殘額ニ付キ屆出ヲ爲スニ過キサルヲ以テ同一ノ債權カ二重ニ同一ノ破產手續ニ加入スルノ虞ナキ理由ニ依リ明瞭ナリ然レトモ該債務者ノ破產宣告後ニ債權者ニ對シテ一部ノ辨濟ヲ爲シ又ハ全部ノ辨濟ヲ爲ササルトキハ債權者カ其債權全額ニ付キ破產債權者トシテ其權利ヲ行ハサリシ場合ニ限リ求償權ノ全額ニ付キ求償義務者ノ破產ニ於テ屆出ヲ爲スコトヲ得ルニ過キス是レ前述シタル如ク求償權ノ性質ニ基ク當然ノ論結ナリ(商法第一〇三〇條中段但保證人其他ノ共同債務者ノ求償權ノ主張ハ破產債權ノ主張ニ外ナラサルヲ以テ主タル債務者ノ爲メニスル協諧契約ノ效果ニ從フヤ當然ナリ(商法第一〇三〇條下段)(商法第千三十條中段及ヒ下段ハ曖昧ナルヲ以テ尙ホ研究ノ餘地アリ)然リ而シテ共同債務者ノ債權者ニ對スル負擔部分カ異ナル場合殊ニ主タル債務者ハ千圓ノ債務ヲ負ヒ保證人ハ八百圓ノ保證債務ヲ負ヒタル場合ニ於テ破產ノ宣告ヲ受ケス且負擔シタル小部分ノ債務ヲ完濟シタル共同債務者ハ其辨濟カ他ノ求償義務者タル共同債務者ノ破產宣告前タルト其後タルトヲ問ハス求償權全額ニ付キ破產債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ何トナレハ前示債務ノ完濟カ求償義務ヲ負フ他ノ共同債務者ノ破產宣告前ナルトキハ債權者ハ殘額ニ付キ屆出ヲ爲スニ止マルヲ以テ又他ノ共同債務者ノ破產宣告後ナルトキハ債務ノ完濟アリタル當然ノ結果トシテ其辨濟ヲ爲シタル共同債務者ニ對スル債權者ノ權利ハ當然消滅シタルモノト云フヘク隨テ一部ノ辨濟ヲ前提トシタル前示ノ法則ヲ適用スルコト能ハサルヲ以テナリ是ヲ以テ債權者ハ唯其殘額ニ付キ破產手續ニ參加スルコトヲ得ルノミト謂ハサルヲ得ス(2)保證人カ主タル債務ノ履行期到來前ニ破產ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於テハ債權者ハ停止條件附債權者ト同シク破產債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ何トナレハ主タル債務ノ履行期到來前ニ於テハ債權者ト保證人トノ關係ハ停止條件附債權關係ト其狀態ヲ同シウスレハナリ(民法第四六六條保證人カ主タル債務ノ履行期到來後ニ破產ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於テ管財人カ主張シタル保證人專屬ノ抗辯民法第四五二條第四五三條)カ正當ナルトキ及ヒ主タル債務カ條件附ナルトキハ債權者ハ停止條件附債權者ト同シク破產債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ヘク其他ノ場合ニ於テハ無條件ノ

破產債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得而シテ債權者ニ配當ヲ供シタルニ因リ破產ノ宣告ヲ受ケタル保證人ノ爲メニ成立シタル求償權ハ破產財團ニ屬スルヤ當然ナリ(瑞西破產法ハ保證人ノ破產ニ付キ特ニ簡便ナル規定ヲ設ケ保證人ハ破產ノ宣告ヲ受クルニ因リ當然抗辯權ヲ喪失スルモノトシ以テ債權者ニ即時ニ配當額ヲ受取ルコトヲ得セシメタリ(瑞西破產法第二一五條參照)

(三)物上擔保アル債權　質權抵當權等ノ如キ特定ノ財產上ニ物上擔保アル債權ヲ有スル者ハ其擔保ノ目的物ノ破產財團ニ屬スル場合ナルト否トニ拘ハラス債權ノ全額ニ付キ破產手續ニ參加スルコトヲ得何トナレハ此債權者ト雖モ債務者其モノニ對スル權利ヲ有スルヲ以テ破產債權者ニ外ナラサレハナリ物上擔保ノ目的物カ破產財團ニ屬セサル場合ニ於テハ(民法第三四二條、第三六九條「……第三者……」)債權者ハ破產財團又ハ物上擔保ノ目的物上ヨリ完濟ヲ受ケサル以上ハ債權ノ全額ニ付キ配當ニ加入スルコトヲ得是レ債權者カ共同債務者ノ破產ニ於テ其資告ノ當時ニ有スル債權全額ニ付キ各財團ノ配當ニ加入スルコトヲ得ル法則ト其精神ヲ同シウスルモノナリ之ニ反シテ物上擔保ノ目的物カ破產財團ニ屬スル場合ニ於テハ(民法第三四二條、第三六九條「……債務者……」)債權者ハ該目的物ニ對シ別除權ヲ有シ(商法第九九七條)又債權全額ニ付キ屆出ヲ爲スコトヲ得而シテ債權者カ別除權ヲ主張シタルトキハ別除權ヲ拋棄シタル部分又ハ別除權ニ依リ滿足ヲ受クルコトヲ得サリシ部分ニ限リ破產債權者トシテ配當ヲ受ク何トナレハ別除權者ハ唯該部分ニ付テノミ破產債權者ト云フヘキモノナレハナリ(商法第九九九條「……其未濟ノ債權……」)(獨逸破產法第六四條)尙ホ此點ニ關シテハ別除權ニ關スル說明ヲ參照スヘシ、法人及ヒ其債務ニ付キ法人ノ債權者ニ對シ無限ノ責任ヲ負フ社員殊ニ合名會社ノ社員、合資會社ノ無限責任社員及ヒ株式合資會社ノ無限責任社員カ破產ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於テ法人ノ債權者ト破產ノ宣告ヲ受ケタル社員トノ關係ハ前示別除權ヲ有スル破產債權者ト破產者トノ關係ト其趣意ヲ同シウシ法人ノ債權者ハ社員ノ破產ニ於テ法人ニ對スル債權ノ全額ニ付キ屆出ヲ爲シ又法人ノ財產ニ付キ完濟ヲ受クル權利(別除權ニ相當ス)ヲ有ス是レ社員ノ法人ノ債權者ニ對スル責任關係ヨリ生スル當然ノ結果ナリ而シテ法人ノ債權者カ法人ノ破產ニ於テ破產債

權者トシテ參加スルノ權利ヲ拋棄シタルトキハ其拋棄シタル部分即チ債權ノ全部又ハ一部ニ相當スル配當額ヲ社員ノ破産ニ於テ受クルコトヲ得レトモ法人ノ破産ニ於テ破産債權者トシテ其權利ヲ行ヒタルトキハ其不足部分ニ相當スル配當額ニ非ナレハ社員ノ破産ニ於テ之ヲ受クルコトヲ得ス蓋シ法人ノ債權者カ其債權ノ全額ニ付キ社員ノ破産ニ於テ破産債權者トシテ其權利ヲ行フカ爲メニ法人ノ破産ニ於テ破産債權者トシテ參加スルノ權利ヲ拋棄スルコトハ別除權ノ拋棄ト同シク法理上正當ニシテ又法人ノ債權者カ法人ノ破産ニ於テ破産債權者トシテ其權利ヲ行ヒタルトキト雖モ債權ノ完濟ヲ受クルマテハ社員ノ破産ニ於テ債權全額ニ相當スル配當ヲ受クルモノトスルハ社員其人ニ對スル破産債權者ノ保護薄キニ失シ且社員ノ責任ノ程度ヲ超越スルモノト謂ハサルヲ得サルナリ(獨逸破産法ノ解釋トシテハ「ブキフエルト」「イエゲル」「ガッセル」氏等ハ何レモ不足部分ニ相當スル配當ヲ受クルモノト主張シ「コーレル」氏ハ債權全額ニ相當スル配當ヲ受クルモノト主張シタリ)故ニ社員ノ破産財團ノ配當ニ際シ法人ノ債權者カ法人ノ破産財團ニ於テ受クルコトヲ得サル不足部分未タ確定セサルトキハ債權全額ニ對スル配當額ヲ供託シ該不足部分ノ確定ヲ待ツコトヲ當然ナリトス(多數ノ無限責任社員カ同時又ハ順次ニ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ多數當事者ノ債權ニ關スル前述ノ法理ニ基キテ其關係ヲ定メ又唯無限責任社員ノミカ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ法人ノ債權者ハ其債權ノ全額ニ付キ屆出ヲ爲スコトヲ得蓋シ無限責任社員ノ破産ニ於テ法人ノ債權者ヲ排斥シ又ハ社員其人ニ對スル破産債權者ヨリ劣等視スルコトハ法人ノ信用ヲ害スルモノナレハナリ但此場合ニ於テ法人ノ債權者ノ受クヘキ配當額ハ之ヲ供託スヘキモノナルヤ言ヲ俟タス(獨逸破産法第二一一二條、瑞西破産法第二一八條)又相續財産及ヒ單純承認ヲ爲シタル相續人カ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於テ相續債權者及ヒ受遺者ト該相續人トノ關係ハ前示別除權ヲ有スル債權者ト破産者トノ關係ト其趣意ヲ同シクシ相續債權者及ヒ受遺者ハ相續人ノ破産ニ於テ其債權全額ニ付キ屆出ヲ爲シ又相續財産ノ破産ニ於テ辨濟ヲ受クルノ權利(別除權ニ相當ス)ヲ有ス(商法第一〇〇〇條)故ニ相續債權者及ヒ受遺者カ相續財産ニ對スル破産ニ於テ破産債權者トシテ參加スルノ權利ヲ拋棄

シタルトキハ其拋棄シタル部分即チ債權ノ全額又ハ其一部ニ相當スル配當額ヲ相續人ノ破產ニ於テ受クルコトヲ得レトモ相續人ノ破產ニ於テ破產債權者トシテ其權利ヲ行ヒタルトキハ其不足部分ニ相當スル配當額ニ非サレハ相續人ノ破產ニ於テ受クルコトヲ得ス(相續財產ニ對シ破產ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤハ現行法ノ解釋トシテ疑アル所ナレトモ予輩ハ後述ノ如ク相續財產ニ對シ破產ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ルモノト主張ス其同債務者トシテ責任ヲ負フ多數ノ相續人カ破產ノ宣告ヲ受ケタルトキハ多數當事者ノ債權ニ關スル前述ノ法理ニ基キテ其關係ヲ定メ又唯相續人ノミカ破產ノ宣告ヲ受ケタルトキハ相續債權者及ヒ受遺者カ其債權ノ全額ニ付キ屆出ヲ爲スコトヲ得ルハ單純承認ノ結果トシテ疑ヲ容レサル所ナリ)(獨逸破產法第二三四條第一項)

(四)順位　破產債權ハ互ニ同等ニシテ等差ナキヲ破產法上ノ原則トス蓋シ破產債權ニ等差ヲ設クルコトハ信用制度ヲ破壞シ且破產手續ノ實行ヲ困難ナラシムルヲ以テナリ故ニ破產財團カ各破產債權ヲ完濟スルニ足ラサルトキハ各破產債權者ハ其屆出テタル債權額ニ相當スル配當額ヲ受クルモノナリ然レトモ公益ノ保護及ヒ信用ノ保護ノ爲メニ例外トシテ破產債權ニ等差ヲ設ケサルコトヲ得ス故ニ我破產法ニ於テモ亦獨逸破產法、瑞西破產法ニ於ケルト同シク破產債權ニ等差アルコトハ多言ヲ俟タサル所ナリ(1)優先權アル破產債權者即チ一般ノ先取特權者及ヒ別除權ヲ行使セサル破產債權者ハ優先權ノ效果トシテ優先權ナキ他ノ破產債權者ニ先チテ破產財團ヨリ辨濟ヲ受ケ同一順位ノ優先權アル破產債權者及ヒ優先權ナキ破產債權者ハ其債權額ノ割合ニ應シテ辨濟ヲ受ク(商法第一〇四五條)而シテ法律上特定ノ期間內ノ債權額ニ付キ存在セル優先權ニ關シ其期間ヲ計算スルノ標準ヲ法律上明示セシト雖モ理論解釋上破產宣告ノ時ヲ以テ該標準ト爲スヲ正當ナリトス(民法第三〇九條、第三一〇條、第三一五條、第三二四條(2)破產者カ資本ヲ分チテ營業ヲ爲シ且破產ノ宣告ヲ受ケタルトキハ各營業ニ對スル債權者ハ營業ニ屬スル資本即チ財團ヨリ他ノ營業ニ對スル債權者ヨリ優先シテ辨濟ヲ受ク蓋シ商取引ハ資本ニ信用ヲ置クヲ通常ノ狀態トス隨テ資本ヲ分チテ營業ヲ爲ス者カ破產シタル場合ニ於テ斯ル優先權ヲ設ケサルトキハ大ニ取引上ノ信用ヲ害スヘキヲ以テナリ(商法第一〇

四五條第二項(3)相續財産ニ關シテハ相續債權者カ受遺者ニ先チテ辨濟ヲ受ケ又相續債權者及ヒ受遺者ハ相續人ノ債權者ニ先チテ辨濟ヲ受クヘキコトハ民法第千三十三條及ヒ第千四十二條ノ規定ニ依リ明白ニシテ又相續人ノ固有財産ニ關シテハ相續人ノ債權者カ相續債權者及ヒ受遺者ニ先チテ辨濟ヲ受クヘキコトハ民法第千四十八條ノ規定ニ依リ明白ナリ此法律關係ハ相續財産ニ對スル破産ノ宣告相續人ニ對スル破産ノ宣告アリタルカ爲メニ變更スルモノニ非ス故ニ相續財産ニ對スル破産ニ在リテハ相續債權者ハ受遺者ニ又相續債權者及ヒ受遺者ハ相續人ノ債權者ニ先チテ辨濟ヲ受ケ相續財産及ヒ相續人ニ對スル破産ニ在リテハ相續人ノ債權者カ相續人ノ固有財産ナル破産財團ニ付キ相續債權者及ヒ受遺者ニ先チテ辨濟ヲ受クルモノト論結セサルヘカラス

第二章　破産財團

破産手續ハ其手續開始ノ當時ニ於テ破産者ノ財産上ニ滿足ヲ受クル權利ヲ有スル者ニ平等ナル滿足ヲ得セシムルコトヲ目的トス此滿足ノ用ニ供スル破産者ノ財産ヲ破産財團ト稱ス故ニ破産的法律關係ニ於テ破産財團アルハ當然ナリ左ニ之カ性質破産財團ト破産當事者トノ關係破産財團ノ減少及ヒ增加並ニ破産財團ノ消滅ヲ略説スヘシ

(一)　性質　破産財團ハ破産手續ノ終局マテニ於テ破産者ニ屬シ且强制執行ノ目的物タルコトヲ得ル財産ナリ

(A)　財産　狹義ノ財産ハ金錢的價額ヲ有スル權利ノ總體ナリ廣義ノ財産ハ尙ホ信用(Kredit)技能(Arbeits Kraft)等ヲ包含ス破産財團タル財産ハ狹義ノ財産ナリ故ニ債務者ノ信用技能等ハ破産財團ニ屬セス又破産財團タル財産ハ債務者ニ屬スル財産即チ自働的財産(Activevermögen)ニシテ債務者ニ對スル財産即チ受働的財産(Passivevermögen)ニ非ス何トナレハ破産ハ債務者ノ財産ヲ以テ各債權者ニ平等ナル滿足ヲ得セシムルコトヲ目的ト爲セハナリ故ニ金錢的價額ヲ有スル債務者ノ物權及ヒ債權ハ破産財團ニ屬スト雖モ(1)戶主權夫權親權父ヲ定ムルコトヲ目的トスル請求權(民法第八二一條婚姻ノ取消民法第七七九條以下)及ヒ離婚ノ請求權(民法第八一三條以下)等ノ如キ財産上ノ關係ヲ內容トセスシテ反

ヲ親族上ノ關係ヲ內容トスル權利義足義務ニ關スル權利ノ如キ人身ノ一部ヲ爲スモノ、債務者ノ氏名ヲ稱スルノ權利(民法第七四六條)(此權利ハ債務者ノ一身ニ專屬シ且讓渡スルコトヲ得ス又財產權ニ屬セサルモノナリ)及ヒ債務者ノ商號(商法第一六條以下)(商號ノ性質ニ關シテハ我商法ノ解釋上疑アリト雖モ予輩ハ「スターブ」「ポッセルト」「イエゲル」氏ノ主張スルカ如ク商號ハ單ニ商人カ其商業ヲ營ムカ爲メニ使用セル名ニシテ財產ニ非サルモノト信ス故ニ商號ハ破產財團ニ屬セスト論結スルヲ正當ト認メタリ而シテ商號ノ讓渡ハ財產讓渡ニ非スシテ反テ或名ノ使用ノ承認ニ過キサルヲ以テ破產者タル商人ノ營業ト共ニ商號ヲ讓渡スル場合ニ於テハ破產管財人ト破產者ノ一致アルコトヲ要スルヤ當然ナリ)ハ破產財團ニ屬セス然レトモ債務者ノ商標ハ債務者カ其商品ヲ他ノ商品ト區別スルカ爲メニ專用スル記號ニシテ其登錄ニ因リテ發生スル商標專用權ハ他人ニ對シ同一記號ヲ用フルコトヲ禁止スルノ效力ヲ有スル財產權ニシテ且債務者ノ營業ノ附屬トシテ營業ト共ニ之ヲ讓渡スルコトヲ得ルモノナルヲ以テ(商標法第六條)破產財團ニ屬シ管財人ハ商標及ヒ之ニ關スル權利ヲ換價

スルコトヲ得(ハンス「ゾキフエルド」氏カ商標及ヒ之ニ關スル權利ハ商標主ノ同意アルニ非スンハ之ヲ讓渡スルコト能ハサルモノナルヲ以テ破產財團ニ屬セスト論結シタルハ正當ナル見解ニ非ス(2)或者ノ財產ヲ以テ履行スヘキ給付ヲ目的トセスシテ反テ或者ノ作爲又ハ不作爲ヲ目的トスル權利ニシテ破產財團タル財產ノ利益ノ爲メニ存セサルモノハ破產財團ニ屬セス醫師ノ診斷教師ノ教授ヲ受クル權利又特定時間音樂ヲ爲ササル債務ノ如キ即チ是ナリ蓋シ前者ハ「ファチング」氏ノ主張スルカ如ク財產ノ成分ヲ爲ササル權利ニシテ又後者ハ「コーレル」氏ノ主張スルカ如ク權利者タル破產者カ樂音ノ逮セサル地ニ居住シタルニ因リテ消滅スヘキ專屬的權利ニ過キサレハナリ然レトモ破產者カ營業上ノ競爭ヲ避クルカ爲メニ或者ニ對シ其者カ競爭ト爲ル營業ヲ爲ササルコトヲ目的トスル權利ノ如キ不作爲ヲ目的トスル權利ヲ有スルトキハ其權利ハ管財人カ破產者ノ營業ヲ續行シ又ハ之ヲ讓渡スルトキニ限リ破產財團ニ屬ス何トナレハ斯ル權利ハ破產者ノ營業ト共ニ破產財團ノ利益ニ歸スヘキモノナレハナリ

(B) 強制執行ノ目的物タルコトヲ得ル財產ハ破產ハ勿論ノ強制執行ナリ故ニ民

事訴訟法ノ規定ニ從ヒ強制執行ノ目的物タルコトヲ得サル財産ハ破産財團ニ屬スル財産タルコトヲ得ス(商法第一〇〇一條同條但書ノ規定ハ優先權ノ目的タル財産ニ關シテハ商法九百九十七條ノ規定ノ適用アルコトヲ示シタルニ止マルヲ以テ不必要ナルコト言ヲ俟タス)(獨逸破産法第一條、英國破産法第四四條、佛國商法第四六九條、瑞西破産法第一九七條是ヲ以テ民事訴訟法第五百七十條及ヒ第六百十八條ニ規定シタル財産ハ勿論債務者保護ノ爲メニ差押ヲ許ササル財産即チ民事訴訟法第五百七十條第三號乃至第八號及ヒ第六百十八條ニ規定セルモノニ屬セサル財産ハ債務者ノ承諾アリテ且賣得金ヲ得ルノ見込アルトキニ限リ破産財團トシテ之ヲ處分スルコトヲ得ヘシ)外國所在ノ債務者ノ財産ハ破産財團ニ屬セス何トナレハ破産手續ハ一ノ强制執行ナルヲ以テ强制執行ト同シク其效力ヲ自國ノ領域外ニ及ホスコトヲ得サレハナリ但破産手續ノ開始前ニ於テ既ニ差押ヘラレタル財産ニシテ未タ換價セラレサルモノハ(民事訴訟法第五七九條民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ差押スルコト能ハサルモノナリト雖モ(同第五八六條)破産財團ニ屬スルコトヲ妨ケラレス蓋シ斯ル財産ハ破産財團ニ屬セス隨テ差押債權者カ破産手續ノ開始アリタルニモ拘ハラス强制執行ヲ續行スルコトヲ得ヘキモノトセハ總破産債權者ニ不平等ヲ來シ破産ノ目的ニ反スルニ至レハナリ(商法第九八七條)而シテ破産手續ノ開始ハ强制執行手續ヲ消滅セシムルモノニ非スシテ唯差押債權者ニ特別ナル辨濟ヲ得セシメサルニ止マルヲ以テ差押後破産宣告前ニ於テ債務者カ差押物上ニ優先權ヲ設定シタリト雖モ其優先權者カ爾後破産宣告アリタルカ爲メニ既存ノ差押ヲ害スルコトヲ得ス國テ差押物ノ賣得金中差押債權者ノ債權額ニ相當スル部分ハ破産債權者ヲ利シ其他ノ部分ハ優先權者ノ辨濟ニ供セラルルモノタリ破産ハ金錢的滿足ヲ目的トスル金錢債權ノ强制執行ニ外ナラス故ニ讓渡スルコトヲ得ス且第三者ヲシテ利用セシムルコトヲ得サル財産ハ破産財團タル財産ニ屬セス是ヲ以テ(1)華族ノ世襲財産ノ如キ絶對的ニ强制競賣及ヒ强制管理ヲ爲スコト能ハサル財産華族世襲財産法第一二條乃至第一四條)賃借權、使用者ノ權利ノ如キ相對的ニ讓渡スルコト得ス且第三者ヲシテ利用セシムルコトヲ得サル財産(民法第六一二條、第六二五條設定行爲ヲ以テ讓渡及ヒ賃貸ヲ禁シタル永小作

權(民法第二七二條)ハ性質上讓渡スルコトヲ得ス且第三者ヲシテ利用セシムルコトヲ得サル債權(民法第四六六條)其他民法第二百七十二條、第七百九十九條、第八百八十四條等ニ規定シタル權利ハ破產財團ニ屬セス但斯ル權利ノ行使ノ結果タル利益其モノハ破產財團ニ屬スルヤ言ヲ俟タス(2)身體、生命、名譽、自由ノ如キ財產以外ノ權利ヲ侵害セラレタルニ因リテ發生シタル損害賠償權ハ其性質上破產者ノ一身ニ專屬スル權利ナルヲ以テ之ヲ讓渡シ又ハ相續スルコトヲ得サルモノナリ(獨逸民法第八四七條)故ニ破產財團ニ屬スル財產ト爲ラス(獨逸ノ民法及ヒ破產法ノ趣意ニ依レハ財產以外ノ權利ノ侵害ニ因リテ成立シタル損害賠償請求權ハ其權利者ノ破產ノ宣告ヲ受ケタル以後ニ於テ契約ヲ以テ承認セラレ又ハ權利拘束ト爲リタルトキハ破產財團ニ屬セスト雖モ其權利者カ破產ノ宣告ヲ受ケタル以前ニ於テ契約ヲ以テ承認セラレ又ハ權利拘束ト爲リタルトキハ破產財團ニ屬スルモノノ如シ蓋シ獨逸破產法第一條ニ依レハ破產財團タルニハ破產宣告ノ當時ニ於テ强制執行ノ目的物タルヲ得ルコトヲ要シ又獨逸民法第八百三十七條及ヒ第千三百條ニ依レハ該請求權ハ承認又ハ權利拘束ニ依リ讓渡スルコトヲ得レハナリ)但該請求權行使ノ結果タル利益其モノハ破產財團ニ屬スルヤ言ヲ俟タス著作權ハ其性質上財產權ノ基因ニシテ財產權其モノニ非サルノミナラス(著作權ハ著作物ヲ他人カ公ニスルコトヲ禁止スルノ內容アル財產權即チ公衆ニ對スル絕對的禁止權ニシテ物權的特質ヲ有セサルモノト說明スル學者アリ參考ノ爲メニ一言ス著作者一身ニ專屬スル權利即チ著作者若クハ其承繼人ノ同意アルニ非サレハ著作物ヲ發行シ又ハ興行シ若クハ讓渡ヲ爲スコト能ハサル權利ナリ蓋シ著作物ヲ發行シ又ハ興行スヘキヤ否ヤハ著作權ノ本質上著作權者又ハ其承繼人ノ自由ナル判斷ニ委シ又著作權者ノ同意ヲ得スシテ著作權ノ讓渡ヲ許スハ著作權者ノ利益保護ニ伴ハサルモノナレハナリ換言スレハ著作權ノ換價ハ著作權者又ハ其承繼人ノ自由ナル判斷ニ委セサルヘカラサルヲ以テナリ故ニ著作權ハ差押ノ目的物ト爲ラス(著作權法第一七條)又破產財團タル財產ニ屬セス然レトモ著作權ノ行使ニ因リ發生シタル財產權殊ニ報酬ヲ請求スル權利又著作權ノ侵害ニ因リ發生シタル財產權殊ニ損害賠償權ハ破產財團ニ屬スルヤ言ヲ俟タス故ニ管財人ハ破產財團ノ

爲メニ破産者タル著作權者又ハ其承繼人ノ意思ニ反シテ著作權ヲ讓渡シ又ハ著作物ノ發行又ハ興行ヲ爲スコトヲ得ストヽ雖モ破産宣告前ニ成立セル著作權ノ讓渡契約又ハ著作物ノ出版契約ヨリ發生セル財産權ヲ主張スルコトヲ得ヽシ著作權者カ破産ノ宣告ヲ受クル以前ニ於テ著作物ヲ公ニスルノ意思ヲ表示シタルトキ殊ニ發行者ニ對シ著作物ノ發行ニ關スル契約ノ申込ヲ爲シタルトキハ管財人ハ爾後相手方ト契約ヲ締結シ著作權ヲ換價スルコトヲ得ルヤ否ヤニ關シテハ學者ノ見解二派ニ分レタリ「ボッセルト」氏ハ斯ル意思ノ表示ハ著作權者ヲ拘束スルモノニ非ス隨テ法律上之ヲ斟酌スヘキモノニ非スト主張シ消極的ニ論結シ「ウキルモースキー」「ペーテルゼン」其他多數ノ學者ハ斯ル意思ノ表示ニ因リテ著作權ハ著作權者ノ一身ニ專屬スル權利タルノ性質ヲ變シテ換價スルコトヲ得ヘキ單純ナル財産權ト爲ルモノナリ隨テ破産財團ニ屬スト主張シ積極的ニ論結シタリ「ペーテルゼン」氏ハ相續人ハ著作者其モノニ非サルヲ以テ著作權ハ相續人ニ對シテハ單純ナル財産タルニ過キス隨テ相續人ノ破産ニ在リテハ著作權ハ當然破産財團ニ屬スト主張スト雖モ通說ニ非ス又著作權ノ特定承繼人ノ利益ヲ保護スルカ爲メニ其意思ニ反シテ著作權ヲ換價スルコトハ之ヲ許サス隨テ特定承繼人ノ破産ニ於テモ著作權ヲ破産財團ニ屬スル財産トシテ取扱フモノニ非ストノ學者ハ「ボッセルト」「イエゲル」氏等ノ如キ多數ノ學者ノ是認セル所ナリ著作物ノ第一回ノ發行ニ關スル著作者ノ同意ハ第二回以上ノ同意及ヒ反譯ノ同意ヲ包含セルモノニ非ス故ニ管財人ハ破産財團ノ爲メニ著作物ヲ再版シ又ハ其飜譯ヲ爲スコトヲ得ス(發行權ハ著作權ト異ニシテ破産財團ニ屬シ著作者ハ發行人ノ破産ニ於テハ管財人カ破産財團ノ爲メニ發行業ヲ續行スル場合ニ於テハ其發行ヲ同意シ又適當ナル發行人ニ發行權ヲ讓渡ス場合ニ於テハ其讓渡ヲ耐忍セサルヘカラス蓋シ著作者ハ之カ爲メニ其利益ヲ害セラルルコトナケレハナリ但契約ヲ以テ發行權讓渡ノ禁止アリタルトキハ此限ニ在ラス而シテ發行人ノ破産ノ爲メニ發行カ不能ト爲リタルトキハ著作者ハ其契約ヲ解除シ破産債權者ニシテ其損害賠償權ニ付キ權利ヲ行フコトヲ得又著作者カ返還シタル報酬額ハ破産財團ニ屬ス)特許ヲ受クルノ權利ハ發明者又ハ其承繼人ノ一身ニ專屬スル權利即チ發明シタル事項ニ特許ヲ得ヘキヤ

否ヤハ發明者又ハ其承繼人ノ自由ナル判斷ニ屬スルモノナルヲ以テ差押ノ目的物ト爲ラス又破產財團ニ屬スル財產ト爲ラス故ニ管財人ハ破產宣告ノ當時未タ特許ヲ受ケサリシ破產者ノ發明ニ關シ特許ヲ受ケシムルノ權利ヲ有セス然レトモ特許ヲ受ケタル權利ハ其利用(製作使用等)又ハ其讓渡ニ依リテ法律上有效ニ換價スルコトヲ得ル財產ナルヲ以テ破產財團タル財產タルヤ當然ナリ又意匠ノ登錄ヲ受タル權利ハ其性質上按出者又ハ其承繼人ノ一身ニ專屬セルモノナルヲ以テ管財人ハ破產財團ノ爲メニ該權利ノ行使ヲ强制スルコトヲ得ス然レトモ登錄ヲ受ケタル意匠專用權ハ按出者又ハ其承繼人ノ單純ナル財產ナルヲ以テ管財人カ破產財團ニ屬スル財產トシテ換價スルコトヲ得ルヤ言ヲ俟タス其他破產者ノ有スル採掘權、狩獵權等ノ如キ其成立ニ付キ行政上ノ認可ヲ必要トスル權利カ破產財團ニ屬スルヤ否ヤノ問題ハ行政上ノ認可カ破產者ニ專屬シ隨テ該權利カ破產者ノ一身ニ專屬スル權利ナルヤ否ヤノ審究ニ由リテ定マルモノナリ予輩ハ採掘權ハ鑛業條例第二十條ニ則リ破產財團ニ屬シ又狩獵權ハ狩獵法ニ於テ狩獵權ノ讓渡ヲ認ムル旨ノ明文ナキコト及ヒ同法第十判所書記ノ處分ハ强制執行ヲ準備スルニ適當ナル行爲ニシテ强制執行手續ニ屬スルモノニ非ス隨テ受訴裁判所ノ裁判ヲ强制執行ノ手續ニ於ケル裁判ト同視シテ民事訴訟法第五百五十八條及ヒ第四百六十六條ノ規定ニ基キ即時抗告ヲ以テ攻擊スルコトヲ得ヘキモノト謂フコト能ハサルノミナラス即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルモノナリト論決スルニ於テハ期日懈怠ヲ爲メニ當事者ハ確定判決ニ對スル裁判所書記ノ不當ナル處分ヲ變更シテ以テ判決確定ノ證明書ヲ得ルコト能ハサルノ奇觀ヲ呈スルニ至ルヘケレハナリ裁判所書記カ判決確定ノ證明書及ヒ中間證明書ヲ付與スルトキハ之カ付與ヲ申請シタル當事者ノ相手方ハ裁判所書記所屬ノ受訴裁判所ニ對シ裁判所書記ノ處分ノ變更ヲ目的トスル裁判ヲ求ムルコトヲ得(第四六五條第一項)若シ該裁判所カ申請ヲ却下スルトキハ相手方ハ其却下ノ裁判ニ對シテ抗告ヲ爲スコトヲ得(第四六五條第二項)然レトモ即時抗告ヲ爲スノ權ナシ何トナレハ判決確定ノ證明書並ニ中間證明書ニ關スル付與ハ强制執行ノ手續ニ屬セサレハナリ(第五五八條(不服申立方法)

判決確定ノ證明書ニ關スル規定ハ訴訟費用確定ノ決定ノ如キ形式的確定ヲ爲スニ適當ナル決定ニ準用セラルルヲ以テ當然ニシテ又獨逸法學者ノ一致シタル見解ナリ

(II) 假執行ノ宣言ハ我民事訴訟法第五〇一條乃至第五一三條及ヒ獨逸民事訴訟法(獨逸新民事訴訟法第七〇八條乃至第七二〇條)ニ規定セル假執行ノ宣言ヲ付シタル判決即チ確定前ニ執行シ得ベキモノト認メタル終局判決ハ例外ノ債務名義ナリ佛蘭西ノ民事訴訟法ニ於テハ判決ハ之ニ對シテ不服申立ヲ爲スコトヲ得ル場合ト雖モ執行力ヲ有シ上訴ノ提起又ハ故障ノ申立ニ因リテ其執行力ヲ停止スルモノナリト雖モ我民事訴訟法及ヒ獨逸民事訴訟法ニ於ケル判決ハ確定シ又ハ假執行ノ宣言アリタルニ非スンハ執行力ヲ有セス而シテ假執行宣言付判決ハ故障ノ申立又ハ上訴ノ提起ニ因リテ執行力ヲ喪失セスシテ却テ判決又ハ假執行宣言ノ廢棄又ハ變更ニ因リテ執行力ヲ喪失スルモノナリ假執行ノ宣言ハ通常第一審又ハ第二審ニ於テ之ヲ爲シ民事訴訟法第五百一條第一號第三號ノ場合ヲ除クノ外關席判決並ニ對席判決ニ對シ適用セラル左ニ

假執行宣言ノ性質場合防禦手續及ヒ消滅ヲ略述スヘシ

(a) 假執行宣言ノ性質　假執行ノ宣言トハ獨逸ノ大家フランク氏ノ明言スル如ク未確定ノ判決ノ執行ヲ許ス裁判上ノ宣言ナリ(1)假執行ハ裁判上ノ宣言ナリ何トナレハ這ハ裁判所カ言渡スヘキモノナレハナリ而シテ該裁判所ハ通則上執行シ得ヘキ判決ヲ爲シタル裁判所ニシテ例外上上訴裁判所ナリ(第五〇九條第五一一條)(2)假執行ノ宣言ハ未確定ノ判決ヲ確定判決ト同シク執行スルコトヲ許可スル旨ヲ宣言スルニ止マリ强制執行命令其モノヲ宣言スルモノニ非ス何トナレハ强制執行命令即チ執行文ノ付與ハ法律上裁判所書記ノ職權ニ屬シ裁判所ノ職權ニ屬セサレハナリ故ニ假執行宣言アル判決ニ基キ强制執行ヲ爲ス場合ニ於テモ亦執行文付與ヲ必要トス(3)假執行ハ未確定ノ判決ニ對シテノミ宣言セラル何トナレハ確定シタル判決ニ對シテハ法律上當然執行力アルカ故ニ假執行宣言ヲ爲スノ必要ナク又決定及ヒ命令ハ抗告(即時抗告ヲモ包含ス)ヲ以テ不服申立ヲ爲スコトヲ得ルニ拘ハラス當然執行シ得ベキカ故ニ假執行宣言ヲ爲スノ必要ナシ(第四六〇條)其他假執行ハ其性質上當然ノ結果トシテ

執行殊ニ强制執行ニ適當ナル內容アル判決ニ對シテ之ヲ爲ス然レトモ法律カ未確定ナルニモ拘ハラス明示的又ハ默示的ニ言渡ト共ニ即時執行ヲ爲シ得ヘキモノト表示シタル判決ニ對シテハ假執行宣言ヲ付スルノ要ナシ故障又ハ上訴ニ因リテ本案ノ裁判又ハ假執行宣言ヲ廢棄若クハ破毀又ハ變更シタル判決(第五二〇條假執行宣言附闕席判決ト同一ノ效力アル執行命令(第三九四條)ノ如キハ法律カ明示的ニ即時執行力アル旨ヲ表示シタル裁判ニシテ假差押並ニ假處分命令ノ判決其他假執行ノ補充判決(第五〇八條第七四二條第一項第七五六條第七四九條第七四四條第三項)ノ如キハ法律カ默示的ニ即時執行力アル旨ヲ表示シタル判決ナリ故ニ此種ノ裁判ニ對シテハ假執行ノ宣言ヲ爲ス必要ナシ但婚姻事件單禁治產事件ノ判決ニハ其性質上假執行ノ宣言ヲ爲スヘキモノニ非ス又假執行ハ未確定ノ判決ニ即時執行力ヲ認ムルニ外ナラサルヲ以テ判決ニ於テ認メラレタル請求ノ內容カ判決ノ確定以後ニ給付ノ實行期ヲ到來セシムルモノナルトキ(保險契約上ノ債權ノ類)ハ假執行ノ宣言ヲ爲スノ必要ナカルヘシ(意義)當事者ハ假執行ノ宣言ニ關シ訴訟的請求權ヲ有ス何トナレハ假執行ノ宣言ハ裁判所ノ自由判斷ニ放任セラレスシテ却テ法定要件ノ存在スル以上ハ裁判所ハ假執行宣言ヲ爲スヘキ職權ヲ有シ又職務ヲ負ヒ當事者ハ之カ宣言ヲ求ムルノ權利ヲ有シ隨テ法律ハ當事者ニ特定要件ノ下ニ於テ假執行宣言ノ訴訟的請求權ヲ付與シタルモノト謂フヘケレハナリ此訴訟的請求權ノ當否ヲ判決スル假執行宣言ニ關スル裁判ハ裁判所ノ職權ニ基クト當事者ノ申立ニ基クトヲ問ハス又請求權者ノ利益ニ歸スルト否トヲ問ハス本案ノ判決言渡以後ニ生スル强制執行手續ニ關スル裁判ニ非スシテ却テ執行スヘキ判決ノ一部分タリ民事訴訟法第五百六條第五百七條第五百八條ハ實ニ此觀念ヲ前提トシタ規定セラレタルモノト謂フヘシ(當事者ト假執行ノ宣言トノ關係)

(b) 假執行宣言ノ場合　我民事訴訟法ハ假執行ノ宣言ヲ爲ス場合ヲ分チテ二トス即チ職權ヲ以テ付スル場合及ヒ申立ニ因リテ付スル場合是ナリ(第五〇一條乃至第五〇三條第五〇九條第五四八條第二項)左ニ之ヲ分說スヘシ

第一　職權ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ爲ス場合　裁判所ノ職權ヲ以テ即チ法律ノ力ニ依リテ判決ニ假執行ノ宣言ヲ付スル場合ハ民事訴訟法第五百一條及ヒ第

五百四十八條第二項ニ制限的ニ規定セラレタリ

(其一)　認諾判決即チ裁判所ニ於テ繫屬シタル訴訟ニ付キ原告又ハ反訴原告ノ主張シタル請求ノ全部又ハ一部、一箇若クハ數箇ヲ理由アリト認メタル被告又ハ反訴被告ノ意思表示ニ基キテ之ニ敗訴ヲ言渡シタル判決(第二二九條)ニハ債權者ノ利益ノ爲メニ職權ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ付ス何トナレハ此種ノ判決ニ於テ認メラレタル權利狀態ハ縱令判決カ確定セサルモ確實ナルヲ以テナリ

(其二)　爲替訴訟又ハ證書訴訟ニ於テ言渡ス判決ニハ之ニ權利行使ノ留保アリタルト否トニ拘ハラス當事者ノ利益ノ爲メニ職權ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ付ス是レ蓋シ法律カ手形關係其他一定ノ金額ノ支拂其他一定ノ代替物若クハ有價證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ目的トスル請求ニ關シ簡易訴訟手續ヲ認メタル精神即チ迅速ニ終局セシムルノ目的ヨリ生スル當然ノ結果ナルヘシ(第四八四條以下)

(其三)　同一審ニ於テ同一ノ當事者(承繼人ヲ包含ス)ニ對シ本案ニ付キ(即チ單ニ中間ノ爭若クハ訴訟費用ニ關セサル部分ニ付キ)言渡シタル第二又ハ其後ノ關席判決ハ職權ヲ以テ當事者ノ利益ノ爲メニ假執行ノ宣言ヲ付ス故ニ獨リ上訴ヲ許ス故障棄却ノ新闕席判決ノミナラス(第二六三條)同一審ニ於テ同一當事者ニ對シ爲シタル第二又ハ其後ノ闕席判決例ヘハ故障ヲ申立テタル當事者カ口頭辯論期日ニ出頭シタルモ以後ノ口頭辯論續行期日ニ出頭セサルカ爲メニ出頭シタル當事者ノ申立ニ因リ爲シタル第二以下ノ闕席判決(第二四九條第二六三條辯論期日ニ闕席シタル當事者カ故障棄却ノ新闕席判決ニ對シ上訴ヲ爲シ其結果前同一審ニ差戻サレタル場合ニ於テ再ヒ口頭辯論期日ニ出頭セサルカ爲メニ言渡サレタル第二以後ノ闕席判決(第三九八條、第四二三條)執行命令ニ對スル故障申立アリタル後ニ於テ被告ニ對シ爲シタル闕席判決ニ對シテハ職權ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ付セサルヘカラス而シテ新闕席判決ニ對シ假執行ノ宣言ヲ付スル理由ハ獨リ該判決カ茲ニ所謂本案ニ付キ言渡シタル闕席判決ニ屬スルカ故ノミニ非スシテ先ニ述ヘタルカ如ク迅速ニ執行ヲ爲スヲ得セシムルノ法意ニ外ナラス新闕席判決ハ故障棄却ニ止マリ敢テ本案ニ關セサルカ故ニ此種ノ闕席判決中ニ包含セスト云ヘル學說ハ民事訴訟法第五百一條第三號ニ所謂本案ニ付キ」ノ解釋ヲ誤リタルモノト信ス又第二以後ノ闕席判決ニ對シ職

權ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ付スル理由ハ之ニ依リテ迅速ニ判決ノ執行ヲ爲サシメサルニ於テハ債務者ハ屢〻闕席判決ヲ受ケ判決ノ形式的確定ヲ妨ケ强制執行ヲ免レントスルノ虞アルニ在リ假執行ノ宣言ハ第二以後ノ闕席判決カ其以前ノ闕席判決ニ包含セサル以外ノ請求ニ關シ言渡サレタル場合ト雖モ該闕席判決全部ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得何トナレハ法律ハ此點ニ付キ何等ノ區別スル所ナケレハナリ

(其四)假差押又ハ假處分ヲ取消ス判決(第七四五條乃至第七四七條第七五六條)ニハ職權ヲ以テ債務者ノ利益ノ爲メニ假執行ノ宣言ヲ付ス蓋シ此種ノ判決ト雖モ形式的ニ確定セサル間ハ假差押又ハ假處分命令ノ效力ヲ除去スルノ力ナキカ故ニ假執行ノ宣言ヲ付スルニ非スンハ迅速執行ノ目的ヲ遂スルコトヲ得サルヲ以テナリ假差押又ハ假處分ノ存續ヲシテ更ニ債權者又ハ債務者ノ保證ヲ立テシムルコトニ繫ラシムルカ如キ、債務者ノ利益ノ爲メニスル假差押又ハ假處分ノ變更ヲ言渡シタル判決(第七四五條第二項)ハ假差押又ハ假處分ヲ取消ス判決ニ外ナラサレハ職權ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ付スヘキモノナルヘシ然レトモ民事訴訟法第七百五十四條ニ基ク假差押ヲ取消ス決定ハ假執行宣言ヲ付スルノ必要ナシ何トナレハ該決定ハ民事訴訟法第五百五十九條第一號ノ債務名義トシテ即時執行ヲ爲スコトヲ得ヘケレハナリ是レ民事訴訟法第五百一條第四號ニ判決ト云フ所以ナリ

(其五)養料即チ生活維持ノ爲メニ必要ナル資料即チ金錢以外ノ物件獨逸新民法第一六一二條)ヲ給付スル義務ヲ言渡シタル判決ニハ訴ノ提起後ノ時間及ヒ其提起前最後ノ三箇月間ノ爲メニ給付スヘキモノニ限リ職權ヲ以テ債權者ノ利益ノ爲メニ假執行ノ宣言ヲ付ス其理由ハ一面ニ於テハ養料ノ給付ヲ必要ト爲ス者ハ通常生活ニ餘裕ナキモノナルヲ以テ法律上之ヲ保護シ以テ迅速ニ强制執行ヲ爲スコトヲ得セシメ又他ノ一面ニ於テハ起訴以前ノ養料ニ付キ其前最後ノ三箇月分ニ限定シ以テ數箇月間給付ヲ延滯シタル養料ヲ一時ニ請求シタル場合ニ於テ其全部ニ付キ判決ノ即時執行ヲ許スニ因リテ生スヘキ養料義務者ノ給付上ノ困難ヲ斟酌シタルニ在リ而シテ養料ナル以上ハ其原因カ法定(民法第七四七條第七九〇條等)約定、遺言若クハ不法行爲ニ存スルカノ區別ハ法

律上問フ所ニ非ス何トナレハ法律ハ原因上ノ區別ヲ設ケサレハナリ然レトモ養料ノ性質ヲ有セサル俸給、給料其他ノ繼續收入ニ關シテハ職權的假執行ノ宣言ヲ爲スヘキモノニ非サルヤ言ヲ俟タス

(其六) 强制執行ノ停止、續行及ヒ取消ノ命令ニ關スル判決ニハ職權的假執行ノ宣言ヲ付ス(第五四七條第二項)其理由ハ後ニ之ヲ說明スヘシ

第二、申立ニ因リテ假執行ノ宣言ヲ爲ス場合　裁判所カ申立ニ因リテ判決ニ假執行ノ宣言ヲ付スル場合ハ民事訴訟法第五百二條第五百三條及ヒ第五百九條ニ制限的ニ規定セラレタリ

(其一) 賃貸借、雇傭、占有、及ヒ旅行上ノ關係ニ付キ起リタル訴訟(第五〇二條第一號乃至第四號)ニ關シ言渡サレタル判決ニハ債權者ノ申立ニ因リテ假執行ノ宣言ヲ付シ該判決カ第一審ニ於テ言渡サレタルト(區裁判所又ハ合意管轄ノ結果トシテ地方裁判所ノ爲シタル判決)上級審ニ於テ言渡サレタルト又本案ニ付キ原告カ勝訴シタルト否トハ法律上問フ所ニ非サルナリ該判決ニ假執行ノ宣言ヲ付スル理由ハ裁判所構成法第十四條第二號ニ於テ此種類ノ訴訟ヲ區裁判所ノ管轄ニ屬セシメタル理由即チ事件ノ性質上迅速ニ終局セシムルノ必要ニ基ク當然ノ結果ナリ而シテ不動產ノ經界ノミニ關スル訴訟ヲ除外シタル所以ハ此種ノ訴訟ヲ區裁判所ノ管轄ニ屬セシメタル法意ハ事件ノ性質上急速ノ終局ヲ要スルカ爲メニ非スシテ地方ノ狀況ニ適スルニ非スシテハ適當ナル裁判ヲ下スコト能ハサルカ爲メナルヲ以テ假執行ノ宣言ヲ爲スノ要ナケレハナリト云フニ在リ假執行宣言ハ原告勝訴ノ判決ニ對シテ之ヲ爲スハ勿論原告敗訴ノ判決ニ對シテモ亦之ヲ爲ス何トナレハ法律ハ此種ノ訴訟事件ノ現存スルヲ以テ足レリトシ必スシモ被告敗訴ノ判決タルコトヲ要件トセサレハナリ假執行宣言ノ申立ニ關シテハ法律上特ニ第一審ニ於テ爲スヘキ旨ノ制限ナキヲ以テ當事者ハ上級審ニ於テモ亦假執行宣言ノ申立ヲ爲スコトヲ得殊ニ下級審ニ於テ假執行宣言ノ申立ヲ爲ササルトキト雖モ上級審ニ於テ始メテ假執行宣言ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘシ又假執行ノ宣言ヲ求ムル申立ヲ爲ス者ハ債權者即チ判決ニ於テ執行ニ適當ナル給付ヲ言渡サルル相手方ニ對スル當事者ナリ蓋シ民事訴訟法第五百二條ニ於テハ單ニ「申立ニ因リ」ト明言シ申立者ヲ確定セスト

雖モ民事訴訟法第五百八條ノ「判決ノ假執行ヲ宣言ス可キ債權者ノ申立ヲ看過シタルトキハ」ノ明文ニ徴シ假執行宣言ヲ求ムル申立者ハ債權者ナルコト瞭然タリ「ガウプ」「フッチング」氏等モ其著書ニ於テ債權者ノ申立ニ因リ假執行ノ宣言ヲ爲スヘキ旨ヲ明言シタリ

(其一)金額又ハ價額ニ於テ金二十圓ヲ超過セサル財産權上ノ請求ニ關スル訴訟ニ付テノ判決ニハ債權者ノ申立ニ因リ假執行ノ宣言ヲ付ス而シテ該判決カ第一審ニ於テ言渡サレタルト又ハ第二審ニ於テ言渡サレタルト又本案ニ付キ原告カ勝訴シタルト否トハ法律上問フ所ニ非サルナリ該判決ニ假執行ノ宣言ヲ付スル理由ハ訴訟事件ノ輕微ナルヲ以テ假執行ノ宣言ヲ許スモ之カ爲メニ當事者ニ重大ニシテ且回復シ得サル損害ヲ生スルノ虞ナキニ在リ級審ノ上下ニ拘ハラス假執行ノ宣言ヲ付スルコトハ前ニ述ヘタル所ナリ財産權上ノ請求トハ金錢ニ評價シ得ヘキ所ノ請求ナリ蓋シ財産ハ一私人ニ屬スル金錢的價額ヲ有スル權利ノ全體ニ外ナラサレハナリ故ニ請求ノ原因ノ如何ニ論ナク物權、債權、親族(夫婦財産制ヨリ生スル夫婦間ノ請求ノ如キ)相續等ニ基ク請求ニシテ苟モ財産的價額ヲ有スルモノハ財産權上ノ請求ニ屬ス然レトモ身分(相續人廢除ノ請求若クハ親族關係否認ノ請求其他婚姻ノ取消無效等ヲ目的トスル請求ノ如キ)ヲ目的トスル請求ハ財産權上ノ請求ニ屬セス何トナレハ斯ル請求ハ財産的價額ヲ有セサレハナリ而シテ民事訴訟法第五百二條第五號ニ規定シタル財産權上ノ請求ニハ民事訴訟法第五百二條第一號乃至第四號ニ規定シタル請求ヲ包含セサルコトハ(其他)ナル明文ニ依リテ疑ナキ所ナリ假執行ノ宣言ヲ申立ツル權アル者ハ債權者ニ限ル其理由ハ既ニ述ヘタル所ナルカ故ニ茲ニ之ヲ省ク

獨逸民事訴訟法第六百四十九條第四號ニ於テハ賃借雇傭及ヒ旅行上ノ關係ニ基キ生シタル請求以外ノ金額又ハ價額ニ於テ金三百「マルク」ヲ超過セサル財産權上ノ請求ヲ認メタル判決ニ假執行ノ宣言ヲ付スヘキ旨ヲ規定シタリ(請求ノ一部棄却ニ因リ若クハ一分判決ナルニ因リテ判決ノ目的カ金三百「マルク」ヲ超過セサル場合ニモ適用セラル故ニ本案ニ付キ原告カ勝訴判決ノ言渡ヲ受ケ且其判決ノ目的カ金三百「マルク」ヲ超過セサル場合ニ於テ申立ニ因リ假執行ノ宣

言ヲ付シ原告ノ請求ヲ却下シタルトキハ前示ノ如キ判決ナキヲ以テ假執行ノ宣言ヲ言渡ササルコトト爲ル隨テ此場合ニ於テハ原告敗訴ノ判決ニ假執行ノ宣言ヲ付スルコトナシ然レトモ我民事訴訟法ニ於テハ金額又ハ價額ニ於テ金二十圓ヲ超過セサル財產權上ノ請求ニ關スル訴訟ニ付テノ判決ニ假執行ノ宣言ヲ付スルカ故ニ唯此種ノ訴訟ノ存在ヲ以テ足レリトシ獨逸民事訴訟法ニ於ケルカ如ク原告勝訴ノ判決ヲ必要ト爲サス又前ニ示シタルカ如ク原告敗訴ノ判決ニモ假執行ノ宣言ヲ付スルコトト爲ル是レ予輩カ本條ニ付キ原告ノ勝訴シタルト否トヲ問ハスト云フ所以ナリ、訴訟物ノ價額ハ民事訴訟法ノ總則タル第三條乃至第六條ノ規定ニ依リテ起訴當時ノ價額ニ基キ之ヲ算定スヘキコトハ當然ナリ隨テ我民事訴訟法第五百二條第五號但書ハ全然不必要ナリト謂ハサルヘカラス獨逸民事訴訟法ニ於テ斯ル但書ヲ必要ト爲ス所以ノモノハ前ニ示シタルカ如ク判決ノ目的カ金錢又ハ價額ニ於テ金三百「マルク」ヲ超過セサル時ニ限リ假執行ノ宣言ヲ付スルヲ以テ該價額ノ算定ニ付キ訴訟物價額算定方法ニ據ル旨ヲ明言スルノ必要アルニ基ケルナリ

（其三）債權者カ執行前ニ保證ヲ立テント申立ツルトキ又ハ債權者カ判決ノ確定ト爲ルマテ執行ヲ中止スレハ償ヒ難キ損害又ハ計リ難キ損害ヲ受クヘキコトヲ疏明シタルトキハ裁審ノ上下ニ拘ハラス裁判所ハ債權者ノ申立ニ因リテ財產權上ノ請求ニ關スル判決ニ假執行ノ宣言ヲ付スルコトヲ要ス（第五〇三條）

假執行ノ宣言ヲ爲ス理由ハ事件ノ性質ニ基クニ非スシテ却テ債權者ヲ保護スルニ在リ(1)債權者カ執行前ニ爾後債務名義タル判決ノ變更若クハ廢棄ニ際シテ債務者ニ執行ニ因リテ生スル損害ヲ賠償スルカ爲メニ必要ナル保證ヲ立ツヘキ旨ヲ申出ツルトキニ非サレハ假執行ノ宣言ヲ爲スヘキモノニ非ス法律ハ保證ヲ立ツルコトノ申出ヲ以テ足レリトシ現實ニ保證ヲ供託スルコトヲ必要トセス何トナレハ判決言渡以前ニ於テ執行ヲ爲スヘキモノニ非サレハナリ、保證ヲ立テントノ申出ハ保證ヲ立ツヘキ條件ヲ以テスル假執行宣言ヲ求ムル申立中ニ當然包含セラルルヲ以テ故ラニ他ノ意思表示ヲ爲スノ必要ナシ、保證ハ性質ハ損害賠償ノ擔保ナルヲ以テ完全即チ强制執行ニ因リテ生スヘキ損害ヲ賠償スルニ充分ナラサルヘカラス隨テ保證額ヲ判決ニ於テ認メラレタル目的

物ノ價額ヨリ減少シタ定メタルトキハ不適法ニシテ債務者ノ權利カ不法ニ侵害セラレタルモノト謂ハサルヘカラス保證額ハ假執行宣言ノ條件ナルカ故ニ判決中ニ表示セラレサルヘカラス而シテ保證額ヲ定ムルニハ不權衡ヲ避クルカ爲メニ絶對的ニ非スシテ却テ相對的ニ即チ取立ツヘキ數額ニ應シテ定ムルヲ適當トス保證ノ種類ハ民事訴訟法第八十七條ニ從ヒテ之ヲ定ム而シテ「ウォルモースキー」氏ハ判決ニ於テ保證ノ種類ヲ特定シタル以上ハ當然爾後ノ決定ヲ以テ變更スルコトヲ得スト主張スレトモ予輩ハ「ガウブ」氏ノ見解ニ從ヒ爾後決定ヲ以テ補充シ又ハ變更スルコトヲ得ト謂フヲ正當ト信ス何トナレハ保證ノ種類ニ關スル裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ判決ノ成分ヲ爲スモノト謂フコト能ハサレハナリ然レトモ保證額カ假執行宣言ノ條件トシテ判決中ニ特定セラルル場合ニハ受訴裁判所ハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ爾後ノ決定ニテ之ヲ變更スルコトヲ得サルヘシ債權者ノ保證ヲ立ツルコトヲ條件トシテ言渡サレタル假執行宣言附判決ヲ執行スルニハ先ツ民事訴訟法第五百二十九條ノ規定ニ依ラサルヘカラス然レトモ執行文ハ保證ヲ立テタル

ヤ否ヤニ關係ナク之ヲ付與スルコトヲ得何トナレハ斯ル事項ハ執行條件トシテ執行機關ノ調査スヘキモノナレハナリ執行スヘキ判決カ確定シタルトキハ債權者ハ其立テタル保證ノ返還ヲ請求スルコトヲ得是レ蓋シ立テタル保證ノ性質ヨリ生スル當然ノ結果ナレハナリ强制執行カ其效果ヲ奏セサルカ爲メニ保證ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ルヤ否ヤハ損害ノ有無ノ情況ニ應シテ之ヲ決スヘシ又立テタル保證ヲ以テ强制執行ノ爲メニ損害ヲ受ケタル相手方ニ滿足ヲ供スル方法ハ第一編第二章第六節ニ於テ講述スヘキ所ナルヲ以テ茲ニ之ヲ省略ス(2)債權者カ判決ノ確定ト爲ルマテ執行ヲ中止セハ償ヒ難キ損害又ハ計リ難キ損害ヲ受クヘキコトヲ疏明(第二二〇條)シタルトキニ非サレハ假執行ノ宣言ヲ爲サス償ヒ難キ損害トハ償フコト能ハサルニ非サレトモ償フニ困難ナル謂ニシテ又計リ難キ損害トハ範圍ヲ確知スルコト能ハサルニ非サレトモ之ヲ確知スルニ困難ナルノ謂ナリ隨テ民事訴訟法第五百四條ニ所謂「回復スルコトヲ得サル」ノ謂ニ非サルコトヲ注意スヘシ而シテ如何ナル場合カ償ヒ難キ又ハ計リ難キ損害ヲ生スルモノナルヤハ事實問題ニシテ裁判官ノ判斷スル所ナ

リ建築ノ續行若クハ其停止商號若クハ商標等ノ使用ノ禁止管理權ノ有無等ニ關スル訴訟等ハ殆ト學者間ニ爭ナキ適例ナリ、債權者ノ申立ハ判決ノ言渡前ニ於ケル口頭辯論ニ於テ爲サザルヘカラス(第五〇六條)又該申立ハ上級審ニ於テ之ヲ爲シ或ハ之ヲ擴張スルコトヲ得(第五一一條)財產權上ノ請求ノ意義ハ既ニ說明シタル所ナリ而シテ原告カ敗訴シ爲メニ單ニ訴訟費用ノ負擔ヲ言渡シタル判決ニ民事訴訟法第五百三條ヲ適用スヘカラサルコトハ同條ノ法意ノ然ラシムル所ナルノミナラス該判決ノ「財產權上ノ請求ニ關スル判決」ト謂フコト能ハサレハナリ何トナレハ訴訟費用ノ負擔ヲ言渡シタル判決ハ單ニ訴訟費用額確定決定ノ手續ニ於テ要求セラルヘキ費用ノ賠償請求權ニ關係シ私法的請求權其モノニ付キ裁判シタルモノニ非サレハナリ

(其四)上級審ハ假執行ノ宣言ナキ又ハ條件附假執行ノ宣言(第五〇五條)アル前審判決中ノ上訴ニ因リテ不服ヲ申立テラレサル部分ニ付キ申立ニ因リテ假執行ノ宣言ヲ付スルコトヲ要ス(第五〇九條)假執行ノ宣言ヲ付スル理由ハ前審判決ノ一分ニ付キ上訴アリタルトキハ上訴ノ申立ノ擴張又ハ附帶上訴ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ前ニ述ヘタルカ如ク前審判決全部ノ確定ヲ遮斷シ不服申立ナキ部分ト雖モ執行スルコト能ハサル所ト爲ルヲ以テ法律ハ被上訴人又ハ前審ニ於ケル一分敗訴ノ上訴人ノ利益ノ爲メニ申立ニ因リテ假執行ノ宣言ヲ爲スヲ許シタルニ在リ(第五〇九條)原告若クハ被告ノ申立ニ因リテ假執行宣言ヲ付スルニ付テノ第一ノ要件ハ前審ノ判決ニ假執行ノ宣言ナキカ又ハ條件附假執行ノ宣言アリタル場合ナルコトヲ要ス何トナレハ前審判決ニシテ既ニ無條件ノ假執行宣言アルトキ又ハ假差押若クハ假處分命令ノ判決ノ如ク法律上當然執行力アリテ假執行宣言ノ必要ナキトキハ上訴ノ提起如何ニ拘ハラス執行スルコトヲ得ルカ故ニ上訴審ニ於テ重複ニ假執行宣言ヲ付スルノ必要ナケレハナリ而シテ條件附假執行ノ宣言アル前審判決ニ對シ上訴審ニ於テ假執行ノ宣言ヲ付スルトキハ條件ヲ除去シ又ハ既ニ供託シタル保證ヲ免除スルコトト爲ル其第二ノ要件ハ前審判決ノ一部分カ上訴又ハ附帶上訴ニ依リテ攻擊セラレサリシコトヲ要ス何トナレハ若シ然ラスンハ假執行ノ宣言ヲ付スルノ理由ナケレハナリ其第三ノ要件ハ口頭辯論ノ進行中ニ爲シタル申立アルヲ要ス是レ法律カ口

頭辯論ニ基クヲ必要トヲシタルカ爲メナリ獨逸多數ノ法學者ハ該申立ハ書面ニ基キテ朗讀セサルヘカラスト云ヘリ(第二二二條獨逸民事訴訟法第二六九條)我民事訴訟法ニ於テハ該申立ハ判決ヲ受クヘキ事項ノ申立トヲシテ爲ラサルヲ以テ民事訴訟法第二百二十二條ノ適用ヲ受ケサルヘシ何トナレハ上訴審ニ於テ前審判決ニ假執行ノ宣言ヲ付スル裁判ノ形式ハ決定ナルヲ以テナリ而シテ上訴審ニ於テ假執行ノ宣言アリタルカ爲メニ當事者ハ爾後上訴ヲ擴張シ又ハ附帶上訴ヲ爲スコトヲ妨ケラルルモノニ非ス唯此場合ニ於テハ屢ニ不服申立ナカリシ部分トシテ付セラレタル假執行宣言ノ效力ノ有無ノ問題ヲ惹起スノミ「ガウブ」氏ハ假執行宣言ノ效力ハ存續ス而シテ此效力ハ獨逸民事訴訟法第六百五十七條(我民事訴訟法第五一二條ニ基キテノミ除去スルコトヲ得ヘシト主張シ「ワッハ」氏ハ假執行宣言ノ決定ヲ取消スヘキモノナリト云ヘリ予輩ハ後說ヲ正當ト認ム「假執行宣言ヲ求ムル申立ハ口頭辯論進行中ニ爲スコトヲ得ルカ故ニ當事者ハ上訴申立ノ減縮ノ結果トシテ前審判決ニ不服ヲ申立テサル部分アリタルトキニ於テ假執行宣言ヲ求ムル申立ヲ爲スコトヲ得ルヤ言ヲ俟タス以上ノ要件ヲ具備シタルトキハ裁判所ハ無條件ナル假執行ノ宣言ヲ決定ノ形式ヲ以テ(「フッチング」氏ハ一分判決ノ形式ヲ以テ爲スヘシト云ヘリ)即時ニ即チ口頭辯論ノ終結ヲ待タスシテ言渡ササルヘカラス是レ民事訴訟法第五百九條ニ於テ「口頭辯論進行中」ト規定シタル所以ナリ隨テ假執行宣言ノ裁判ヲ爲スニハ其之ヲ求ムル申立ヲ爲シタル當時ノ事情ヲ標準ト爲ササルヘカラス此裁判ニ對シテハ不服申立ヲ爲スコトヲ得ス(第五一一條第三項)申立却下ノ裁判ニ對シテモ亦然リ何トナレハ該裁判ハ口頭辯論ニ基キテノミ言渡スコトヲ得ル裁判ナレハナリ(第四五五條)

假執行ノ宣言ヲ爲ス場合ヲ講了スルニ臨ミ特ニ注意スヘキモノハ假執行ノ宣言ハ訴訟費用ニ關シテモ效力アルヤ否ヤノ問題是ナリ佛國民事訴訟法(第一三七條)ハ訴訟費用ニ付キ假執行ヲ爲スコトヲ許サス是レ蓋シ訴訟費用ニ關シテハ之カ假執行ヲ許スニ足ルヘキ急迫ヲ要ストノ事情存セサルモノト認メタルニ由ルナラン獨逸民事訴訟法ニ於テハ訴訟費用ニ關スル假執行ノ禁止ハ闕席ノ場合ニ於テ不當ニ當事者ヲ苦マシムルニ過キサルヲ理由トシ佛國民事訴訟

法ノ如キ法則ヲ是認セサリシ其獨逸ノ草案ノ説明ヲ採用シタルコト明白ナルヲ以テ殆ト絶對的ニ訴訟費用ニ關シ假執行ノ宣言ヲ許ササルモノト主張スル學説ヲ見スト雖モ假執行ノ宣言カ訴訟費用ニ關シテ其效力ヲ及ホス場合ハ被告ニ敗訴並ニ訴訟費用ノ負擔ヲ言渡シタル判決アリタル場合ニ限ルヘキモノナルヤ否ヤニ付キ學者ノ見解二派ニ分レタリ「バール、バウエル」「ツァハ」「ブキフエルト」氏等ハ假執行宣言カ訴訟費用ニ關シテモ效力ヲ及ホス場合ハ被告ニ敗訴及ヒ訴訟費用ノ負擔ヲ言渡シタル判決アリタルトキニ限ル旨ヲ主張シ其理由トシテ被告カ本案ニ付キ敗訴シ且訴訟費用ノ負擔ヲ言渡サレタル判決ニ假執行ノ宣言ヲ付シタル場合ニ於テノミ從ハ主ニ從フノ原則ニ基キ訴訟費用ノ負擔ニ關シテモ亦假執行宣言ノ效力ヲ及ホスト謂フコトヲ得ヘシト雖モ原告カ訴訟費用負擔ノ言渡ヲ受ケタル場合ニ於テハ主從ノ關係ナキヲ以テ訴訟費用ノ負擔ニ關シ假執行ノ效力ヲ及ホスノ理ナシ若シ斯ル論結ヲ是認セスンハ何故ニ獨逸民事訴訟法第七十七條第二項(我民事訴訟法第五一〇條第二項)ニ於テ唯被告ノミニ給付物辨濟ノ申立ヲ認メタルヤヲ解スルコト能ハスト云ヘリ

(「ツァハ」氏ノ如キハ反對説ノ法律ノ精神規定ノ目的及ヒ其沿革ニ適セサル旨ヲ論難シタリ)(實質論)之ニ反シテ「ブランク」「フッチング」「ガッブ」氏等ノ多數ノ學者ハ勝訴又ハ敗訴ノ原告(反訴原告)ニ訴訟費用ノ全部又ハ一部ノ負擔ヲ言渡シタル判決アリタルトキニ於テモ假執行ノ宣言カ訴訟費用ニ關シ其效力ヲ及ホス旨ヲ主張シ(第七二條、第七四條、其理由トシテ法律ハ唯獨逸舊民事訴訟法第六百四十八條第一號、第六號、第六百四十九條第四號新民事訴訟法第七〇八條第一號、第六號、第七四九條第四號(我民事訴訟法五百一條第一號、第五號、第五百二條第五號ニ該當ス)ニ規定シタル場合ニ限リ例外トシテ假執行ノ宣言ヲ付スルニハ被告敗訴ノ判決タルコトヲ要件ト爲シタルニ過キサルヲ以テ其他ノ場合即チ獨逸舊民事訴訟法第四百九十六條、第六百四十八條第二號乃至第五號、第六百四十九條第一號乃至第三號(新民事訴訟法第五三四條、第七〇八條、第七〇九條(我民事訴訟法第五百九條、第五百一條第二號乃至第四號、第五百二條第一號、第三號、第四號ニ該當ス)ニ於テハ縱令原告ニ敗訴ヲ言渡シタルトキト雖モ訴訟費用負擔ノ裁判ノ如キ執行ニ適當ナル判決ノ存スル以上ハ假執行ノ宣言ヲ爲シ且其假

執行ノ宣言カ其效力ヲ訴訟費用負擔ノ裁判ニ關シ及ホスモノナリト云ヘリ(形式論)我民事訴訟法ノ解釋トシテハ予輩ハ後說ノ如ク論結スルヲ正當トス蓋シ法律ハ民事訴訟法第五百一條第一號第五號及ヒ第五百三條ノ場合ニ限リ假執行ノ宣言ヲ爲スニ付キ被告敗訴ノ判決タルコトヲ要シ其他ノ場合即チ民事訴訟法第五百一條第二號乃至第四號第五百二條(第五百二條第五號ニ該當スル獨逸民事訴訟法第六百四十九條第四號ハ財產權上ノ請求ニシテ判決ノ目的カ金錢又ハ價額ニ於テ金三百「マルク」ヲ超過セサルモノタルコトヲ要スル結果トシテ假執行ノ宣言ヲ爲スニハ原告カ本案ニ付キ勝訴シタル判決タルコトヲ要件トスト論結スルヲ正當ト信スレトモ我民事訴訟法第五百二條第五號ハ之ト大ニ其趣ヲ異ニスルヲ以テ即チ財產權上ノ請求ニ關シ金額又ハ價額ニ於テ金二十圓ヲ超過セサル訴訟タルヲ以テ足レリトスルカ故ニ原告カ本案ニ付キ敗訴シタル場合ト雖モ假執行ノ宣言ヲ爲スヘキモノト論決セサルヘカラス(第五百九條等ノ場合ニ於テハ假執行ノ宣言ヲ爲スニ付キ判決ノ內容ノ如何ヲ問ハサルコト文理解釋上明白ナルヲ以テナリ故ニ原告ニ勝訴又ハ敗訴ヲ言渡シタル判決其他控訴棄却ノ判決ノ如キ强制執行ヲ爲スニ不適當ナル判決ニ假執行ノ宣言ヲ付シタルトキハ其效力ハ該判決ニ附帶シテ言渡シタル訴訟費用ノ裁判ニ亦及フモノト謂ハサルヲ得ス訴訟費用負擔ノ裁判ハ强制執行ニ不適當ナル裁判ナリト雖モ(數額未定ナルヲ以テ)執行ニ適當ナル裁判即チ訴訟費用確定決定ノ基本タル執行力ヲ有スルモノナリ故ニ假執行ノ宣言ニ因リ該效力ヲ發生セシムルノ實益アリ隨テ實益ナキヲ理由トシテ反對ニ論結スルコト勿レ(第八四條)

(c)假執行宣言ニ對スル防禦　債務者即チ判決ニ於テ或給付ヲ言渡サレタル者ハ假執行ノ宣言ヲ爲ス場合ニ於テ詳述シタル假執行宣言ノ要件ヲ具備シタル債權者ノ訴訟的請求ニ對シ民事訴訟法第五百四條及ヒ第五百五條ニ規定シタル各種ノ場合ニ於ケル要件ヲ具備シタルトキニ限リ自己ノ利益ノ爲メニ防禦ヲ爲スコトヲ得ヘシ我民事訴訟法ハ第五百一條乃至第五百三條ニ於テ債權者ノ利益ヲ保護シ第五百四條及ヒ第五百五條ニ於テ債務者ノ利益ヲ保護シタリ左ニ之ヲ略述ス

（第一）債務者カ判決ノ執行カ自己ニ同復スルコトヲ得サル損害ヲ生スヘキコトヲ疏明シタル場合　債務者ハ口頭辯論ニ於テ（第五〇六條）言渡サルヘキ判決ノ即時執行カ自己ニ同復スルコトヲ得サル即チ民事訴訟法第五百三條第二號ニ所謂同復スルニ困難ナル場合ニ止マラスシテ同復スルコト能ハサル損害ヲ生スルコトヲ疏明（第二二〇條）シ且假執行宣言ノ免除ヲ申立テタルトキハ法律ノ效力（第五〇一條）又ハ債權者ノ申立ニ因ル（第五〇二條、第五〇三條）假執行ノ宣言ヲ免ルルコトヲ得ヘシ（第五〇四條）而シテ同復スルコトヲ得サル損害トハ固ヨリ事實問題トシテ裁判官ノ判斷スル所ナレトモ概シテ金錢ヲ以テ賠償スルコトヲ得サル損害若クハ債權者ノ資力ヲ以テ賠償スルコト能ハサル程度ニ於ケル損害ノ如キ即チ是ナリ、裁判所ハ職權ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ爲ス場合ニ於テ債務者ノ申立カ正當ナルトキハ判決主文ニ於テ其判決ノ假執行ヲ爲スヘカラサルコトヲ宣言スルコトヲ要シ申立ニ因ル假執行ノ宣言ヲ爲ス場合ニ於テ債務者ノ申立即チ債權者ノ假執行宣言ヲ求ムル申立ニ對スル債務者ノ異議カ正當ナルトキハ判決主文ニ於テ債權者ノ申立ノ却下ヲ言渡スコトヲ要ス

（第二）債務者カ假執行ノ宣言ヲシテ其之ニ基ク判決ノ執行ニ於テ生スルコトアルヘキ損害ヲ擔保スルカ爲メニ債權者ノ聽メ保證ヲ立ツルコトヲ條件ニ繫ラシムル申立ヲ爲シタル場合　裁判所ハ總テノ場合即チ民事訴訟法第五百一條乃至第五百三條ノ場合ニ於テ債務者ノ申立ニ因リ判決ノ假執行ヲ債權者カ聽メ即チ執行前ニ保證ヲ立ツルコトノ條件ニ繫ラシムルコトヲ得所謂停止條件附假執行ノ宣言ナリ保證ハ判決ノ執行ニ因リテ生スルコトアルヘキ損害ノ賠償ヲ擔保スルモノナレハ之ヲ賠償スルニ充分ナルコトヲ要ス又保證ノ種類ハ民事訴訟法第八十七條ニ基キテ之ヲ定ム而シテ債務者ノ申立ノ採否及ヒ立ツヘキ保證額ハ裁判所ノ自由ニ判斷スル所ナリ（第五〇五條第一項）

（第三）債務者カ保證ヲ立テ又ハ訴訟物ヲ供託シテ假執行ヲ免ルルコトヲ申立テタル場合　債務者ハ假執行ノ宣言ヲ許ス總テノ場合第五〇一條乃至第五〇三條ニ於テ保證ヲ立テ若クハ訴訟ノ目的物ヲ供託シテ債權者ニ假執行ヲ許ササルコトヲ裁判所ニ求ムルノ權ヲ有ス故ニ裁判所ハ債務者ノ申立ニ因リテ假執行ノ宣言ヲ付スル判決ニ於テ債務者カ保證ヲ立テ若クハ訴訟物ヲ供託シタル

トキハ執行ヲ免ルルコトヲ許スノ言渡ヲ爲サザルベカラズ所謂解除條件附假執行ノ宣言ナリ(第五〇五條第二項)保證ハ獨リ判決ノ將來ノ執行ヲ擔保スルニ足ルノミナラズ假執行ヲ爲サザルコトニ因リテ債權者ニ生スルコトアルベキ損害ノ賠償ヲ擔保スルニ充分ナラザルベカラズ又供託ノ效力ハ民法ニ從ヒテ之ヲ定メザルベカラズ而シテ判決カ債務者ノ利益ニ變更セラレザルトキハ供託ハ之ヲ債權者ニ滿足ヲ與フル目的ノ爲メニ債務者ノ名義ニ於テ爲サレタルモノト看做シ反對ノ場合ニハ供託カ債務者ノ名義ニ於テ爲サレタルモノト看做スヲ正當ノ見解ト信ス隨テ此供託ハ債務ノ條件附履行ト謂フコトヲ得ヘシ保證及ヒ供託ノ方法ニ關シテハ民事訴訟法第五百十三條、第八十七條及ヒ供託法等ヲ參照スヘシ然レトモ債務者ハ假執行カ債權者ノ保證ヲ立ツルコトノ條件ニ繫ル場合ニ於テハ前ニ示シタル假執行ヲ免ルル旨ノ申立ヲ爲スノ權利ヲ有セス(第五〇三條第一號、第五〇五條第一項)民事訴訟法第五百九條ノ場合ニ於テモ亦然リ何トナレハ前者ノ場合ニ於テハ保證アルカ爲メニ債務者ニ斯ル申立ヲ爲スコトヲ許スノ利益ナク又後者ノ場合ニ於テハ裁判所ハ保證ヲ立テシムルコトナクシテ假執行ノ宣言ヲ爲スヘキ職務ヲ負ヘハナリ、債務者ノ執行ヲ免ルルコトヲ求ムル申立ハ債權者カ執行前ニ保證ヲ立ツルコトヲ申立テタルトキハ(第五〇五條第二項前段)裁判上却下スヘキモノナルヤ否ヤノ問題ニ關シ獨逸ノ法學者ノ見解二派ニ岐レタリ「グランク」氏ハ積極的ニ「ガウプ」「ウキルモー」スキー」氏等ハ消極的ニ論結シタリ積極論ノ要旨ハ債權者カ執行前ニ保證ヲ立ツルコトノ申立ヲ爲シタルトキハ裁判所ハ債務者ノ執行ヲ免ルルコトノ申立ヲ却下シ且債權者カ保證ヲ立ツルコトヲ條件トシテ假執行ノ宣言ヲ爲サザルベカラス元來債權者ハ債務者ノ立ツヘキ保證又ハ爲スヘキ供託ニ因リテ判決ノ即時執行ノ停止ヲ耐忍スルカ又ハ自己カ保證ヲ立テテ以テ判決ノ即時執行ヲ爲スカヲ選擇スルノ權利ヲ有シ且此選擇權ヲ假執行ノ宣言ヲ付スヘキ判決ノ基本タル口頭辯論終結以前ニ於テ行使セサルベカラサルモノナリ(獨逸民事訴訟法第七一四條、我民事訴訟法第五〇六條)故ニ債權者カ該選擇權ヲ適法ニ行使シ保證ヲ立ツルコトヲ申出テタルトキハ假執行ノ免除ヲ許サザルノ結果ヲ生スルヤ當然ナリ故ニ獨逸新民事訴訟法第七百十三條第二項(我民事訴訟法

第五〇五條第二項)ニ於テハ「債權者カ執行ノ前ニ保證ヲ立ツルコトヲ申出テサルトキハ……執行ヲ免カルルコトヲ許ス可シ」ト明示シ以テ債權者カ執行ノ前ニ保證ヲ立ツルコトノ申出ヲ爲シタルトキハ執行ヲ免ルル旨ノ債務者ノ申立ヲ却下スヘキコトヲ示シタリト云フニ在リ、消極論ノ要旨ハ債務者カ保證ヲ立テ又ハ供託ヲ爲シテ執行ヲ免レンコトヲ求ムル申立ヲ爲シ又債權者カ執行前ニ保證ヲ立ツルコトノ申出ヲ爲シタルトキハ裁判所ハ判決ニ假執行ノ宣言ヲ付シ且債權者カ執行前ニ保證ヲ立テサル場合ニ限リ債務者ハ保證ヲ立テ又ハ訴訟ノ目的物ヲ供託シテ執行ヲ免ルルコトヲ許ス旨ノ言渡ヲ爲シ以テ債權者及ヒ債務者ノ申立ヲ是認セサルヘカラス斯ル言渡ヲ爲スニ因リテ債權者ハ强制執行ヲ爲シ債務者ハ保證ヲ立テ又ハ訴訟ノ目的物ヲ供託シテ執行ヲ免レ又債權者ハ保證ヲ立テテ執行ノ停止ヲ除去シテ强制執行ヲ續行スルコトヲ得ヘシ而シテ各當事者ハ其申立ヲ判決ノ基本タル口頭辯論終結マテニ爲ササルヘカラス(第五〇六條)何トナレハ若シ斯ル趣旨ニ於ケル方法ヲ是認セサレハ債務者ノ保證ヲ立テ又ハ訴訟ノ目的物ヲ供託スル口頭一片ノ供述ニ因リテ債權者ニ保證ヲ立テスンハ假執行宣言ニ基ク執行ヲ爲スコト能ハサルノ不利益ヲ被ラシムルニ至ルヘシ隨テ法律カ債務者ノ申立ヲ却下スヘキ旨ヲ明示セスシテ却テ其申立ノ實效ナキモノト爲スニ止メタルナリト云フニ在リ此兩說中何レヲ是トスルヤハ固ヨリ諸君ノ研究ニ委スレトモ予輩ハ我民事訴訟法ノ解釋トシテ積極論ヲ正當ト認ム何トナレハ「ワッハ」氏モ謂フ如ク「債務者ノ申立ニ因リ債務者ニ保證ヲ立テシメ又ハ供託ヲ爲サシメテ執行ヲ免ルルコトヲ許ス」裁判ヲ爲スニハ「債權者カ執行ノ前ニ保證ヲ立ツルコトヲ申出テサルトキ」タルコトヲ前提要件ト爲スヤ文理解釋上一點ノ疑ナケレハナリ

(d)　假執行宣言ノ手續　假執行宣言ノ手續ハ職權的假執行宣言ノ場合ヲ除クノ外當事者ノ申立ニ因リテ始マリ裁判所ノ之ニ對スル判決ヲ爲スニ因リテ終ルモノトス左ニ之ヲ分說スヘシ

(第一)假執行宣言ヲ求ムル申立　假執行宣言手續ハ債權者ノ假執行ノ宣言ヲ求ムル申立ニ因リテ開始シ職權ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ爲ス場合ハ(第五〇一條)債權者ノ明示的申立ヲ要セス何トナレハ法律ハ斯ル場合ニ於テハ當事者カ當

ニ其判決ニ假執行宣言ヲ付スヘキコトヲ欲シタルモノト看做シタレハナリ假執行ノ宣言ヲ求ムル申立ハ「判決ニ接著スル口頭辯論ノ終結前ニ」之ヲ爲シ事情ノ疏明ニ依リ假執行ノ宣言ヲ爲ス場合(第五〇三條第二項ニ於テハ適當ニ之ヲ疏明セサルヘカラス(第五〇六條)獨逸新民事訴訟法第七一四條隨テ終局判決ノ言渡以後ハ(一分判決ヲ包含ス)勿論口頭辯論終局後判決言渡以前ト雖モ假執行宣言ノ申立ヲ爲スヲ許ササルモノトス何トナレハ假執行ノ宣言ハ訴訟物ノ一部分ナルヲ以テ本案ト共ニ口頭辯論ヲ爲ササルヘカラサルヲ以テナリ是レ假執行宣言ノ申立ハ假令訴訟的請求標タルニ止マリ實體的請求權タル內容ヲ缺クト雖モ終局判決ノミヲ以テ裁判スルコトヲ得ル所以ニシテ又上訴方法ヲ以テノミ之ヲ攻擊スルコトヲ得ル所以ナリ之ヲ換言セハ執行力ノ判斷ハ判決ノ成分ナルヲ以テナリ(第五〇六條口頭辯論ノ終結前ト云ヒ民事訴訟法第五百九條ニ規定セル如ク「口頭辯論ノ進行中」ト云ハサルハ民事訴訟法第五百九條ノ場合ト異ニシテ假執行宣言ヲ本案ノ判決ト共ニ爲スヘキヲ以テナリ)而シテ假執行ノ宣言カ訴又ハ反訴ノ提起ト共ニ申立テラレシシテ却テ其以後ニ申立テラ

監獄園內ニ於テ避災ノ手段ナキトキハ典獄ハ其狀況ニ依リ在監ノ囚人懲治人及ヒ刑事被告人ヲ他所ニ押送シ其災ヲ避ケシムルコトヲ得若シ押送スルノ暇ナキトキハ一時之ヲ解放スルコトヲ得ルカ如キ是ナリ

五　監內賞譽及ヒ處罰　囚人獄則ヲ謹守シ作業ニ勉勵シ且改悛ノ行爲アル者ハ典獄ニ於テ之ヲ賞譽ス賞譽セラレタル者ハ賞表ヲ受ケ之ヲ獄衣ニ縫著ス賞表ハ假出獄免幽閉又ハ特赦ヲ具狀スルノ憑據ト爲スコトヲ得ルノミナラス賞表ヲ有スル囚人ハ其監房ヲ區別シテ尋常囚人ト別異ニシ賞表ノ多寡ニ應シテ優遇ヲ與フ

囚人獄則ヲ犯ストキハ其輕重ヲ量リ之ヲ處罰ス即チ左ノ如シ

一　屏禁　晝夜他ノ監房又ハ役場ト隔絕シタル監房ニ獨居セシメ服役時間坐作ノ役ヲ課スル者モ亦屏禁ニ處ス

二　減食　平日粗食ヲ二分一乃至三分二ニ減ス

三　閉室　閉室ニ入レ同ノ粗食ヲ二分一乃至三分一ニ減ス仍ホ臥具ヲ撤去シ夜間燈火ヲ點ス

扉禁ヤ二月以内減食ハ一週日以内閉室ハ五晝夜以内トス

四人十六歳未滿ノ者及ヒ懲治人監獄則ヲ犯シタル者ニ付テハ特ニ獨慎及ヒ減食ノ制アリ

無期徒刑ノ囚人重罪ヲ犯シ若クハ逃走シ又ハ獄舍器具ヲ毀壞シ又暴行脅迫ヲ爲シタルトキハ一年以上五年以下其他ノ輕罪ヲ犯シタルトキハ一月以上一年以下兩脚又ハ一脚ニ鉄ヲ施シ仍ホ鐵丸ヲ屬シタル鐵索ヲ其鉄ニ貫キ腰間ニ繚帶セシメ繚帶ノ所ニ下鍵ス其監房ニ在ルモ晝間ハ仍ホ之ヲ施スモノトス若シ再ヒ重罪ヲ犯シタルトキハ五年以上十年以下前項ニ準シテ處罰スルナリ

(三) 監獄行政ノ監督　監獄行政ハ司法大臣ノ監督ニ屬シ樂治監及ヒ假留監ハ司法大臣之ヲ管理シ其他ノ監獄ハ警視總監北海道廳長官府縣知事之ヲ管理ス而シテ司法大臣ハ隨時監獄巡閲官ヲシテ各監獄ヲ巡閲セシメ警視總監北海道廳長官府縣知事ハ毎年少クトモ一回所轄ノ監獄ヲ巡閲スルノ義務アリ又裁判官ハ時時其裁判所管轄内ニ在ル拘置監ヲ巡視シ檢察官ハ時時其裁判所管轄内ニ在ル監獄ヲ巡視スルノ義務ヲ負フ又天皇ハ親大審院ヲ巡閲シ囚人懲治人及ヒ刑事被告人司獄官吏ノ處置ニ對シ苦情ヲ訴ヘントスルトキハ前項ノ官吏巡閲ノ際封書又ハ口述ヲ以テ申告スルコトヲ得

第六章　軍務行政

憲法第十一條及ヒ第十二條ハ天皇ノ軍務大權ヲ規定シテ曰ク天皇ハ陸海軍ヲ統帥シ其編制及ヒ常備兵額ヲ定ムト此等ノ天皇ノ大權ハ憲法第十三條ニ於ケル天皇ノ外交大權ト同シク行政法ニ於テ論スヘキ事項ニ非ス行政法ニ於テ論スヘキハ此等天皇ノ大權ヲ輔翼シテ之ニ直接且必然ノ關係ヲ有シ其施行ニ關シテ缺クヘカラサル手段ヲ與フル一般ノ行政是ナリ之ヲ軍務行政ト稱スル軍務大權ハ編制權及ヒ統帥權ノ二ヨリ成立ス前者ハ行政各部ニ於ケル官制權ニ相對スルモノニシテ後者ハ行政各部ニ對スル指揮監督ノ權ニ相當ス而シテ一ハ國家ノ戰鬪力ヲ組織スル軍隊ニ對シテ行ハレ一ハ法令ニ依テ國權ヲ行使ヲ掌ル行政機關ニ對シテ行ハルルノ點ニ於テ差異アルモノナレ然レトモ二者

何レモ統治權ノ行動ニ屬シ唯一ナル上意ニ發スルモノナルヲ以テ理論上ニ於テモ亦實際上ニ於テモ往往ニシテ相混淆スルコトアルヲ免レス今此兩者ニ付テ明瞭ナル理論上ノ區別ヲ立ツルニ先チテ軍務大權ノ發動ト國務大臣ノ輔弼トノ關係ニ付キ憲法ノ原意ニ遡リテ少シク論スル所アルヘシ

憲法第五十五條ハ「國務各大臣ハ天皇ヲ輔弼シ其ノ責ニ任ス」ルモノナルコトヲ規定セリ此條規ニ依リテ之ヲ觀ルトキハ大臣ノ輔弼ハ絶對的ニシテ相對的ノ性質ヲ有スルモノニ非サルコトハ疑ナキ所ナリトス歐洲ノ憲法中ニハ或ハ國務大臣ノ輔弼ハ單ニ元首ノ行政行爲ニ限局セラルヘキモノナルコトヲ規定スルヲ以テ行政行爲以外ノ事項ニ關シテハ元首特別ノ表意アルニ非サレハ輔弼ナキコト明瞭ナリト雖モ我憲法ニ於テハ此ノ如キ制限ヲ設ケサルヲ以テ輔弼ハ天皇ノ統治行爲ノ全般ニ及フヘキモノナリト解スルハ固ヨリ當然ノ事理ナリ果シテ然ラハ憲法第一章ニ規定シタル天皇ノ統治大權ノ行動ニハ一トシテ國務大臣ノ輔弼ヲ須タサルナク隨テ國務大臣ノ與リ知ラサルコトハ固ヨリ之ナキモノナリト謂ハサルヘカラス果シテ然ラハ又天皇ノ統帥大權及ヒ編制大權ノ施行ニ付テモ均シク國務大臣ニ於テ之カ輔弼ノ責ニ任セサルヘカラサルハ當然ノ事ニシテ我憲法ノ解釋トシテハ爾ク論斷スヘキナリ翻テ我國現行制度殊ニ天皇ノ軍務大權ニ關スル現行制度ヲ觀ルニ前述シタル憲法ノ精神ハ此等統帥大權及ヒ編制大權ニ關シテ明カニ行ハレサルヲ發見スルナリ即チ參謀本部條例及ヒ海軍司令部條例ニ於テハ實ニ左ノ如キ規定アリ

參謀總長ハ國防ノ計畫及ヒ用兵ニ關スル命令ヲ立案シ親裁ノ後之ヲ陸軍大臣ニ移ス（參謀本部條例第三條）

海軍軍令部長ハ國防及ヒ用兵ニ關スル事ヲ參畫シ親裁ノ後之ヲ海軍大臣ニ移ス（海軍軍令部條例第三條）

玆ニ所謂國防ノ計畫トハ憲法ノ編制大權ニ關スル事項ト視ルヘク又用兵ニ關スル命令トハ憲法ニ所謂統帥大權ノ施行ニ關スル命令ナリト解釋セサルヘカラス若シ然リトセハ本條ノ精神ハ天皇ノ軍務大權ニ關シタル國家ノ意思ノ決定ハ主トシテ參謀總長及ヒ海軍軍令部長ニ於テ之ヲ準備シ親裁アリタル後之ヲ海陸軍大臣ニ移シテ其執行ヲ司ラシムルノ意ニシテ此等ノ計畫及ヒ命令等

ハ國務大臣ノ參與ヲ待タス實施セラルルモノナルヿト明カナリ又內閣官制第七條ハ規定シテ曰ク「事ノ軍機軍令ニ係リ奏上スルモノハ天皇ノ旨ニ依リ之ヲ內閣ニ下附セラルルノ件ヲ除クノ外陸軍大臣、海軍大臣ヨリ內閣總理大臣ニ報告スヘシ」ト是ニ由リテ之ヲ觀レハ參謀本部條例及ヒ海軍軍令部條例ニ所謂國防ノ計畫及ヒ用兵ニ關スル命令トハ內閣官制第七條ニ所謂事ノ軍機軍令ニ關スルモノヲ指スニ外ナラサルヘク且此等ノ事項ト內閣トノ關係ハ天皇ノ旨ニ依リテ下付セラルルモノヲ除クノ外ハ單ニ之カ報告ヲ受クルニ止マルヿトヲ規定シタルモノナリ

內閣官制第五條ハ閣議ヲ經ヘキ事項ヲ規定スルモノタリ然レトモ此等ノ事項ハ皆悉ク憲法上國務大臣ノ輔弼スヘキ事項ナリト謂フヲ得サルト同時ニ又輔弼事項ノ總テヲ網羅セルモノニ非サルヿモ亦明白ナリ蓋シ國務大臣カ天皇ノ大權ニ參與スルヿハ內閣官制ノ明文ニ依リ始メテ生シタルモノニ非スシテ憲法第五十五條第一項ニ依リテ直接ニ生シタルモノトス然リト雖モ憲法第五十五條ハ輔弼ノ責任ハ國務大臣ノ總員ニ於テ連帶ナルヿトヲ要セス各大臣各別ニ輔弼スル旨ヲ規定シ內閣官制第五條ハ主トシテ行政統一ノ上ヨリ國務大臣ノ總員カ議定スヘキ事項ヲ列記シタルニ止マルモノナルヲ以テ同條カ閣議事項トシテ列記シタル中ニ輔弼事項ノ總テヲ包含セシメサリシハ固ヨリ違憲ナリト謂フヿトヲ得サレトモ同官制中國務大臣ノ輔弼ナクシテ行ハルヘキ事項ヲ規定シ以テ參謀本部條例及ヒ海軍軍令部條例ト相照應セシメタルハ予輩ヲシテ軍務大權ノ施行ト國務大臣ノ輔弼トノ關係ニ關シ益〻疑ヲ深カラシムルモノナリ

上來述ヘタル憲法上ノ疑義ハ今暫ク之ヲ論セサルヿトシ更ニ實際上ヨリ觀察ヲ下ストキハ軍機軍令ニ關スル事項ハ固ヨリ多クノ場合ニ於テ各種行政事務ヲ分擔セル各省大臣ノ事務ノ實質ト直接ノ關係アルモノニ非ス左レハ國務大臣カ各省大臣タル現行制ノ規定ノ上ヨリ之ヲ觀ルトキハ其自己ノ智識ノ範圍外ニ在ル事項ニ付テ輔弼ノ責ニ任スルヿトハ法理上ハ兎モ角事項ノ實質上少シク其必要ノ有無ヲ疑フノ餘地アルナリ左レハ軍機、軍令ナル事項ハ軍務行政ヨリ特立シタル國權ノ活動ナルヿトハ獨リ我國ノミナラス歐洲諸國ニ於テ

モ皆認ムル所ニシテ同時ニ軍機軍令ニ關スルコトハ國務大臣ノ參與ヲ俟タスシテ行ハルヘキモノナリトノ說ヲ爲ス學者モ亦尠少ナラス獨逸ノ或學者(ヲパンド氏ノ說ノ說ニ曰ク「軍ニ關スル天皇ノ命令ニハ二種ノ別アルヲ觀ル一ハ軍動令ニシテ二ハ軍令是チリ前者ニ付テハ君主ノ命令ニハ責任アル大臣ノ副署ヲ要ストノ原則ノ適用アリト雖モ後者ニ對シテハ之ヲ適用スヘキモノニ非ス是レ諸國ニ於テ概ネ認メラルル一般ノ通則ニシテ普漏西ニ於テモ亦千八百六十一年ノ施行命令ヲ以テ明カニ之カ規定ヲ設ケタリ云云」ト此說タル我帝國憲法ノ解釋上軍務大權ノ性質ヲ研究スルニ付テ參考スヘキ價値アルモノナリト信ス[illegible]軍務大權トハ軍事ニ關スル統治事項中參謀總長又ハ海軍軍令部長ノ參與シ大依リテ行ハルル統治作用ノ全般ニシテ國防ノ計畫及ヒ用兵ニ關スル命令ニ[illegible]シテ內閣官制ニ所謂事ノ軍機及ヒ軍令ニ關スルモノ是ナリ[illegible]

ト謂フヲ得ベシト信ス抑モ軍機トハ帷幄ニ於ケル軍事上ノ機務ヲ指シ軍事參議官陸軍參謀總長及ヒ海軍軍令部長ノ參畫ニ屬シ上裁ニ依リテ決定セラルル國防計畫即チ軍隊、軍團、軍艦、要塞等ノ構成、配置及ヒ動員用兵ニ關スル計畫等ヲ謂フモノニシテ軍令トハ天皇ノ陸海軍ノ大元帥トシテ統帥シ給フ資格ニ於テ軍人ニ對シテ發セラルル軍事上ノ命令ナリ此二箇ノモノタル其ニ國家戰鬪力ノ組織及ヒ之ヲ活動セシムルニ必要ナル統治作用ニシテ此等ノ施設其モノハ其人ニ對スルト物ニ對スルトヲ問ハス總テ國權內部ノ作用ニ屬シ未タ直接ニ外部一般ノ人民ニ對シテ行ハルル命令權ノ作用ニ非サルナリト雖モ國家カ上述ノ施設ヲ爲サンニハ勢ヒ外部臣民ニ對シテ强制命令ヲ爲スニ非サレハ其目的ヲ遂スルコトヲ得サルハ固ヨリナルヲ以テ軍務行政ノ發生スルハ理ノ覩易キ所ナリ予輩カ前ニ軍務行政ヲ定義シテ天皇ノ軍務大權ヲ基本トシテ發展スル行政ナリト言ヒシハ即チ之ヲ謂フニ外ナラサルナリ且ハ非限ニ關スル命令軍令及ヒ軍行政ノ區別ニ關スル獨逸ノ學說ノ主要ナル點ハ(グォルツ、マイヤー氏ノ說)ヲ示サンニ其說ニ曰ク「直接ナル軍事上ノ行爲ヲ目的トスル命令ハ軍

令ニ屬シ兵力ノ爲メニ人及ヒ物ヲ準備スルヲ目的トスル行政ハ軍務行政ナリ而シテ軍隊又ハ軍艦ノ運動武器ノ使用及ヒ軍人ノ使用ヲ目的トスル命令ハ即チ軍令ニシテ軍隊ニ武器ヲ渡シ被服ヲ供シ其他軍人ノ一身上ノ事項ニ關スル命令ハ即チ軍事命令ナリ」ト此說タル軍ノ編制ニ關シテハ論及セサルモ其軍令及ヒ軍行政ノ區別ハ略ホ其當ヲ得タルモノナリ

我現行法ハ嘗ニ憲法上ノ疑義アルノミナラス軍機軍令及ヒ軍行政ニ關シテ確然タル法定ノ標準ヲ定メサルヲ以テ事ノ軍行政ニ關シ宜シク閣議ヲ經ヘキ事項ニシテ帷幄上奏ノ途ニ出ツルモノ尠カラス特ニ陸海軍大臣ノ如キハ純然タル軍務行政官ニシテ其主管事項ハ決シテ編制及ヒ統帥ニ關スルモノニ非サルコトヲ要スルニ拘ハラス往往ニシテ之ヲ管掌シ加之軍行政ニ屬スヘキ事項中勅令ヲ以テ發布スヘキモノト雖モ內閣官制第七條ヲ利用シテ閣議ヲ經ルコトナク其執行ヲ見ルニ至ルカ如キコト亦尠シトセス此ノ如キハ軍行政ノ名ヲ以テ軍機ヲ侵シ軍機命令ノ名ヲ以テ軍務行政廳ノ職權ヲ侵スノ恐アルモノナレハ予輩ハ其改正ノ速ナランコトヲ希望スル者ナリ

第一節　軍事負擔

軍事負擔トハ軍隊ノ需用ニ應スルカ爲メ國ノ防禦及ヒ建設物管理ノ爲メ人民ニ於テ財產上ノ給付ヲ爲シ又ハ財產權ノ制限ヲ受クル法律上ノ負擔ナリ軍事負擔ハ之ヲ分チテ(一)徵發及ヒ(二)軍事上ノ所有權制限ノ二ト爲スコトヲ得而シテ之ニ關スル法規ハ徵發令及ヒ要塞地帶法等ナリ

(一)　徵發

徵發ハ廣義ニ於テハ一般ノ公用徵發ヲ稱シ不動產ノ公用徵收ト相對セシムルコトヲ得ルモノナリ此意義ニ於ケル徵發ハ國家ノ目的ノ爲メニ動產又ハ勞力ヲ徵收スル强制手段ニシテ夫役現品ノ如キ若クハ警察上ノ目的ニ出ツル飲食物ノ徵收ノ如キ皆其中ニ包含セラルルモノトス一般行政法上ノ徵發ハ此意義ニ依ルヲ可トスレトモ茲ニハ主トシテ軍事徵發ノミヲ說明セントス

軍事徵發トハ命令權ノ作用ニ依リ(イ)戰時若クハ事變ニ際シ陸海軍ノ全部若クハ一部ヲ動スニ當リ(ロ)又ハ平時演習行軍ヲ爲スニ當リ軍務行政官廳ニ於テ法

定ノ軍需ヲ人民ヨリ徵收スルヲ目的トスル行政處分ナリ而シテ軍事徵發ハ兵役、租稅、公用徵收、夫役、現品及ヒ其他ノ徵收ト其法律上ノ性質ヲ異ニスル特殊ノモノナリト雖モ最モ類似シタルカ如キ外觀ヲ有スルヲ以テ左ニ徵發ト此等ノモノトノ差異アル所ヲ略述スヘシ

(イ) 兵役ト徵發　此兩者ノ異ナル點ハ(一)兵役ニ在リテハ人民ノ勞務ヲ目的トスルモノニシテ財產上ノ義務ヲ負擔セシムルモノニ非ス然ルニ徵發ハ財產上ノ義務ヲ直接ニ負擔セシムルヲ通常トス(二)兵役ニ於テハ其徵收ノ目的タルヘキモノカ金錢ニ見積ルコトヲ得サルナリ縱令之ヲ見積ルコトヲ得トスルモ一般人民ニ課シタル公役ノ一ナルヲ以テ其勞務ニ對シテハ賠償スルコトヲ之ナキナリ然ルニ徵發ハ原則トシテ之ニ對スル賠償ヲ與フ(三)兵役ハ外國人ニ及ハサルニ拘ハラス徵發ハ外國人ニモ及フモノトス(四)兵役ノ義務タル普ク國民ニ及フモノナリト雖モ徵發ハ隨時隨所ニ行フ處分ナルヲ以テ國民普及ノ性質ヲ有セス

(ロ) 租稅ト徵發　兩者ノ差異點ヲ舉クレハ(一)徵發ハ特定ノ國家目的即チ軍需上ノ目的ヲ達スルカ爲メニ行ハルルモノナルニ反シ租稅ハ一般國家ノ行政上ノ需用ニ充ツルカ爲メニ徵收スルモノナリ(二)租稅ハ一般ニ且均一ニ賦課スルモノナリト雖モ徵發ハ特定ノ人民ニ不均一ニ課スルモノトス(三)徵發ハ偶然ニ起ルモノニシテ法律カ一般臣民ニ對シテ豫期セル處分ニ非ス(四)徵發ハ租稅ノ如ク金錢ヲ目的トセスシテ一定ノ形アル財產ヲ其儘ニ徵發シ又時トシテ勞力ヲ目的トスルノ差アリ(五)徵發ハ賠償ヲ受クルニ反シ租稅ハ之ヲ受クルコトナシ

(ハ) 公用徵收ト徵發　兩者ノ異ナル點ヲ考フルニ(一)徵發ハ通常動產ヲ目的トスルニ反シ公用徵收ハ不動產ヲ目的トスルヲ原則トシ動產ヲ目的ト爲スハ例外ナリ(二)徵發ハ往往勞力ヲ目的トス公用徵收ニ於テハ決シテ然ラス(三)徵發ハ公用徵收ノ如ク特定物ヲ指定スルコトナク或種類ノ不特定物ヲ徵收スルモノナリ

(ニ) 夫役現品ト徵發　其差異ノ存スル所ヲ觀ルニ(一)徵發ハ一般人民ノ義務ニ非スト雖モ夫役現品ハ一般臣民ノ義務ナリ(二)徵發ハ軍事上ノ必要利便ノ爲

メニスルモノナリト雖モ夫役現品ハ公共團體ノ爲メニスルヲ現行ノ例規トス(二)徵發ハ夫役現品ノ如ク金錢ノ代納ヲ許サス(三)徵發ハ夫役現品ノ如ク金錢ノ代納ヲ許サス

茲ニ一言注意スヘキハ夫役現品ニシテ急迫ナル場合ニ於テハ租稅ヲ以テ其基準ト爲スコトナク又代納ヲ許ササル場合アリト雖モ此場合ニ於テモ夫役現品ハ(一)必スシモ軍事上ノ目的ノ爲メニスルモノニ非サルコト(二)一般人民ノ義務ナルコト(三)賠償ナキコトノ三點ニ於テ徵發ト區別セラルルモノナルコト是ナリ

(ホ)警察上ノ徵收及ヒ其他ノ公益ノ爲メニスル動產ノ徵收ト徵發　其差異ハ一方ハ純然タル軍事上ノ必要ノ爲メニスルモノナルニ反シ他ノ一方ハ然ラサルノ點ニ存スルモノニシテ其他ニ於テハ大差ナキモノトス

徵發權ノ主體ノ國家ナルコトハ何人モ疑ヲ容レサル所ナリト雖モ徵發義務ノ主體ニ付テハ徵發令ノ明文上或ハ疑ヲ挾ム餘地ナシトセス即チ同令第四條ハ徵發スヘキ物件ノ種類ニ依リ徵發區ヲ定メテ(一)府縣(二)郡區(三)町村(四)會社ノ四種類ニ分チ徵發處分ノ令狀即チ徵發書ハ徵發區ノ區別ニ從ヒ府縣知事郡區長、町村長若クハ停車場長、船舶會社ノ店長ニ送付スヘシ此等徵發區ノ代表者トモ看ルヘキ者ニ時期ヲ誤ルコトナク其供給ヲ完全セシムルノ責アルモノトセリ

是ニ於テ學者或ハ此等ノ規定ヲ援用シテ徵發義務ノ主體ハ其區內ノ住民ニ非スシテ區其モノナリト論定スト雖モ然レトモ此等ノ條規ハ必スシモ論者ノ斷定ノ根據タルコトヲ得ルモノニ非ス同令中其他ノ條項ニ於テ徵發義務者ノ區ニ非スシテ區內ノ住民ナルコトヲ規定シタルモノアリ例ヘハ其第九條及ヒ第十條竝ニ第五十二條ノ規定ニ依ルモ徵發義務者ハ區其モノニ非スシテ住民ナリト論セサルヲ得ス然レトモ徵發令ノ形式頗ル整備セサルヲ以テ或ハ論者ノ如キ誤解ヲ來スノ餘地ナシトセサルナリ

徵發義務ノ主體カ果シテ住民ナリトセハ區ノ代表者ハ徵發ニ關シテ區住民ノ各個ヲ代表スルノ權ヲ有スルモノニシテ同令第六條ニ依リ區代表者ニ送付セラレタル徵發令書ハ法律上當然區ノ各住民ニ對シテ直接ニ其效果ヲ生スルモノト解釋セサルヘカラス此ノ如ク區ノ代表者ハ徵發ニ關シテ區ノ各住民ヲ代表スルノミナラス他方ニ於テハ徵發ニ關スル國ノ機關トシテ數多公法上ノ事

務ヲ執行スルモノトス例ヘハ徴發令第九條ニ依ル處分ノ如キ其一ナリトス

徴發義務ノ主體ハ區ノ住民ナルコト前述シタルカ如シ然レトモ是ヲ以テ區カ一箇ノ法人トシテ徴發ニ關スル義務ヲ負擔スルコトナシト速斷スル勿レ何トナレハ區モ亦徴發ニ關シテ一箇ノ法人トシテ其義務ヲ負擔スルモノナリト解釋スヘキ條項往往之アルヲ以テナリ例ヘハ同令第八條及ヒ第三十條ノ規定ニ依ルトキハ正シク團體其モノニ法定ノ義務ヲ負ハシメタルモノトス其他徴發令ニ關聯シテ發布セラレタル徴發費用怠納者處分ニ關スル法令(明治十六年八月第三十一號布告中ニハ實ニ以下ノ如キ規定アリ曰ク「徴發令ニ依リ負擔ス可キ費用ノ怠納者ハ明治十年十一月第七十九號布告ニ依リ處分ス可シ但財產公賣ノ際買受望人ナキトキハ徴發區ニ沒入シ不足金アルトキハ其區ノ損失ニ歸ス」)故ニ此等ノ規定ハ區ニ一定ノ權利ヲ與ヘ一定ノ義務ヲ負ハシメタルモノニシテ區ヲ以テ一ノ法人格ヲ具備シタルモノノ如ク解釋スルニ非ナレハ其意ヲ盡スコト能ハサルヘシ之ヲ要スルニ徴發義務ノ主體ハ區ハ住民ナリト雖モ徴發ニ關スル事務ニ付テハ法人トシテ權利義務ヲ有スルモノト解スルヲ穩當

トス

徴發ヲ行フ者ハ軍隊ノ司令官タルヲ通常トス司令官ハ一ノ武官ナリ武職本來ノ任務ハ國家ノ戰鬪機關タルニ止マル然レトモ此武職カ徴發令ニ依リ認メラレタル公權ノ範圍内ニ於テハ純然タル行政官廳ナルコトヲ知ラサルヘカラス此行政官廳タル司令官カ徴發ヲ行ハントスルトキハ先ツ徴發令書ヲ徴發區ノ代表者ニ出シ徴發區ノ住民ハ各其供給ヲ爲スモノトス而シテ其手續及ヒ賠償ノ範圍等ニ付テハ徴發令及ヒ徴發事務條例(明治十五年十二月太政官第二十六號布達徴發事務條例中ニ詳密ナル規定アリ抑モ此賠償タル國家カ公權ノ主體トシテ臣民ニ對シテ財產上ノ給付ヲ爲スヲ以テ目的トスル行政法上ノ處分ニシテ土地收用ノ處分ニ依リ起業者カ土地所有者ニ對シテ負擔スル賠償義務トハ其本來ノ性質ヲ異ニスルモノナリ然ルニ學者往往徴發ノ賠償ヲ以テ純然タル私法上ノ義務ナリト論スル者ナキニ非ス顧フニ此說タル國家ノ行爲ヲ總テ私法上ノ法理ヲ以テ說明セントスル古代ノ學說ノ遺物ニシテ深ク論駁スルノ價値ナキモノト

又此ノ如ク徵發ノ賠償ハ純然タル行政處分ナルカ故ニ法ノ明文アルニ非サレハ私法ノ規定ヲ以テ國家カ當然負擔スヘキ義務ニ非ス法規ノ範圍内ニ活動スル國家ハ民法ノ支配ヲ受クルモノニ非サルノミナラス不法行爲又ハ不當利得ヲ爲スコトヲ得ルモノニ非サルナリ左レハ徵發命令ニ特別ノ明文ナキトキハ國家ハ公法上ノ處分ニ依リ無償ニ人民ノ財產ヲ徵收シ得ルヤ勿論モシテ理論上ハ固ヨリ賠償ナキ徵發ヲ想像スルコトヲ得ヘシ現行法カ賠償ヲ認メタルハ國家カ臣民ノ軍事上ノ負擔ヲ均一ニセントノ目的ヲ以テ立テタル制度ニシテ特定ノ地位ニ依リテ特別ノ財產上ノ不利益ヲ受クヘキ人民ヲシテ一般人民ノ出資即チ租稅等ニ依リテ徵收シタル國家ノ財產ヲ以テ塡補スルノ方法ニ外ナラサルナリ

(二)軍事上ノ所有權ノ制限ハ勿論タルヘキ行政官廳モ亦タルヘキ限リ徵發命令書ヲ發發スルヤ

軍事上ニ於テ臣民ノ所有權ヲ制限スルノ目的ハ國防ノ爲メニ設置セラレタル軍備建設物ヲシテ其效力ヲ全カラシムルカ爲メニ其周圍ノ土地、物件ノ所有權上ニ一定ノ制限ヲ加フルニ在リ例ヘハ横須賀軍港規則第十四條カ軍港内ニ於テ一定ノ工事又ハ營業ヲ爲サントスル者アルトキハ地方長官ハ鎭守府司令長官ニ協議シテ許否スヘシト規定スルカ如キ是ナリ其他要塞地帶法ニ於テハ國防ノ爲メニ建設シタル諸般ノ防禦營造物ノ周圍ヲ要塞地帶ト稱シ之ヲ三區ニ區分シ其區ノ遠近ニ從ヒテ其區内ニ存スル土地、物件ニ對シテ重大ナル所有權ノ制限ヲ爲シタリ例ヘハ最モ防禦營造物ニ接近セル第一區内ニ於テハ不燃質物ヲ以テ築造セル家屋及ヒ倉庫窖室及ヒ固定竈爐及ヒ不燃質物ヲ以テ築造セル高サ二尺ヲ超ユル諸般ノ築造物ハ絕對的ニ新設スルコトヲ禁シ其他一定ノ建築物(要塞地帶法第一一條ハ要塞司令官ノ許可ヲ得ルニ非スンハ建設スルコトヲ得ストシ第二區内ニ於テハ要塞司令官ノ許可アルニ非スンハ不燃質物ヲ以テ新ニ家屋及ヒ倉庫ヲ築造シ埋葬地ヲ新設シ若クハ不燃質物ヲ以テ高サ三尺ヲ超ユル諸般ノ築造物ヲ新築スルコトヲ得サルモノトセリ其他第二區内ナルト第二區内ナルトヲ問ハス要塞司令官ノ許可ヲ受クルニ非サレハ屋内又ハ屋外ニ於テ一定ノ物件(同法第一三條)ヲ累積スルコトヲ禁シ家屋倉庫及ヒ諸般ノ築造物ヲ改築增築スルコトヲ得サルモノトセリ(同法第一四條)其他同法第十

五條及ヒ第十六條ハ各區內ニ於テ新設又ハ變更スルコトヲ得サル工作物ノ種類ヲ定メ要塞地帶區內ニ存在スル土地、物件ノ所有權ニ著シタ制限ヲ加ヘタリ而シテ此等ノ制限ハ總テ臣民ノ財產ノ利用ニ關シテ重大ナル損害ヲ及ホスモノナリト雖モ同法ニ於テハ之カ賠償ニ關シテ何等ノ明文ナキヲ以テ其損害ニ對シテハ塡補ノ途ナキモノト知ルヘシ

以上說明シタル所ハ軍港、要港、要塞地帶ニ關シ特定人ノ所有權ヲ制限スル重ナル規定ナリ然レトモ其他軍港要港規則及ヒ要塞地帶法ニ於テハ一般ノ臣民ニ對シテモ著シク公權、私權ノ制限ヲ加フルコトヲ注意スヘシ

第二節　兵役

兵役義務トハ國家ノ徵集ニ應シテ國家戰鬪力ノ組織ニ加入シ服役スヘキ國民ノ義務ナリ便ヲ圖リ左ニ分析說明スル所アルヘシ

(一) 兵役ハ國民ノ義務ナリ　我國ノ兵制ハ國民皆兵主義即チ普通兵役ヲ以テ其基礎トス即チ憲法第二十條ハ「日本臣民ハ法律ノ定ムル所ニ從ヒ兵役ノ義務ヲ有ス」ト規定シ徵兵令(明治二十二年一月法律第一號)第一條ニ於テ「日本帝國臣民ニシテ滿十七歲ヨリ滿四十歲迄ノ男子ハ總テ兵役ニ服スルノ義務アルモノトス」ト定メ同令第十九條ニ規定スル癈疾又ハ不具等ニシテ徵兵檢查規則ニ照シ兵役ニ堪ヘサル者及ヒ刑法第三十一條第五號ニ規定シタル剝奪公權處分ニ依リ兵籍ニ入ルノ權ヲ奪ハレタル重罪處刑者ヲ除ク外總テ兵役ノ義務アルコトヲ明カニセリ所謂國民ノ義務トハ國法ニ依リテ總テ領土內ニ住スル者カ負擔スル義務ト異ナリ國民タル資格ヲ要件トシテ負擔スル義務ナルコトヲ謂フナリ詳言スレハ外國人ハ國境內ニ居住スルモ兵役ノ義務ニ服スルコトナシ是レ外國人カ國權ニ服從スルノ根據ハ其領土內ニ存在スル事實ニ基因スルモノナレハナリ之ニ反シテ國民ハ縱令其領土內ニ在ラスト雖モ兵役義務ハ國民タル資格ヲ要件トシテ起レルモノナルカ故ニ其所在ノ如何ニ拘ハラス其身上ニ負ハシメラレタル義務タルナリ是レ兵役ノ義務カ納稅ノ義務等ト區別セラルル主要ナル點ナリ蓋シ兵役ノ義務ハ國家構成ノ根本ニ遡リテ其元子タル國民カ忠實奉公ヲ爲スヲ以テ其義務ノ骨子ト爲スモノナルヲ以テ單ニ國民タル資

格ヲ以テ其要件ト爲スノミナラス同時ニ又他人ヲシテ自己ニ代リテ其義務ヲ履行ヲ爲サシムルコト能ハサルノ性質ヲ有スルモノトス然ルニ目下ノ制度トシテハ現役ノ義務ハ抽籤ニ依リテ定マルニ拘ハラス兵士ニ對スル給養頗ル薄ク一種無償ノ勞務徵收ニ類シ其負擔頗ル不平等ナルハ將來ニ於テ多少考慮ヲ要スル事項トス

(二)兵役ノ義務ハ國家戰鬪力ノ組織ニ加入シテ服從スヘキノ義務ナリハ前段ニ於テ說明シタルカ如ク兵役ノ義務ハ法定ノ資格ニ該當スル國民カ總テ負擔スヘキ義務ナリト雖モ此義務タル單ニ服從ノ義務ヲ豫想スルニ止マリ兵役ソ義務アル者ハ悉ク皆現ニ服從スルノ義務アルモノニ非ス唯服從スヘキ義務ヲ有スルノミ服役ノ義務ハ各箇ノ場合ニ於ケル國家ノ處分ニ依リテ始マルモノト知ルヘシ故ニ兵役ノ義務ハ官廳ノ命令又ハ處分ヲ俟チテ服役スルノ義務ナリト謂フコトヲ得此官廳ノ命令若クハ處分ハ兵役義務者ニ對シテノミ行フコトヲ得ルモノニシテ一般法律ヲ以テ兵役ノ義務ヲ設定シタル以上ハ此義務ノ內容タル服役ヲ命スルノ處分ハ新ニ義務ヲ負擔セシムルモノニ非サルカ故ニ

必スシモ法律ニ準據スルノ要ナキナリ而シテ茲ニ服役ト稱スルハ召集ニ應シテ軍隊ニ加入シタル後ニ於テ指定セラレタル勞務ニ服スルヲ謂フモノニシテ兵役ノ義務ヲ現實ニ履行スルノ狀態ヲ指スモノトス

徵兵令第一條ノ資格ヲ有スル國民ハ兵役ノ義務アルヲ本則トス此狀態ヲ稱シテ「兵籍ニ在ル」ト云フ兵籍ニ在ル者ノ內ニ於テ服役ヲ命セラレタル者ハ之ニ依リテ現實ニ其義務ヲ履行スヘキモノトス

(三)兵役ノ義務ハ國家ノ徵集ニ應スルノ義務ナリ此義務ハ滿二十歲ニ達シ未タ現役ニ服セサル者ニ於テ之ヲ有スルヲ通常トス即チ檢査ヲ受クルカ爲メ及ヒ入營スルカ爲メニ徵集ニ應スルノ義務ニシテ現役ニ服シ入營シタルトキニ於テ結了スルモノナリ

以上說述シタル所ハ兵役義務ノ大要ナリ今進ミテ國家カ兵役義務者ニ對シテ其服從ヲ命スヘキヤ否ヤヲ決スヘキ處分ニ關シテ講說セントス

(一)兵役ノ免除(癈疾又ハ不具等ニ依リ兵役ニ堪ヘサル者ハ兵役ヲ免除ス(徵兵令第十九條)此免除ノ處分ハ將來ニ對シテ兵役ノ義務ヲ免除スルモノニシ

ヲ其處分ヲ受タルマヽハ尚ホ兵役ノ義務アルヲ前提トス故ニ檢査ノ爲メニ徵集ニ應スルハ即チ其義務ノ履行ニ外ナラス之ニ反シテ重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ當然兵籍ヨリ除斥セラルルモノニシテ隨テ徵集ニ應スルコト之ナキナリ

(二)徵集ノ免除　一時服役ノ資格ニ該當セサルカ爲メ徵集ヲ延期シ次年ニ於テ仍ホ徵集ニ適セサル者(徵兵令第二〇條)及ヒ家族カ自活シ能ハサル確證アリテ本人ノ願ニ依リ徵集ヲ延期シ三年ヲ經過スルモ其事故止マサル者同令第二二條)ハ徵集ヲ免除ス然レトモ徵集ノ免除ハ現役兵ニ徵集セラレサルノ結果豫備役及ヒ後備役ヲ免除セラルルト雖モ尚ホ國民兵ニ徵集セラルルコトヲ留保ス隨テ徵集ノ免除ハ兵役ノ免除ト區別セサルヘカラス

(三)徵集ノ延期　前段ニ揭ケタル徵兵令第二十條及ヒ第二十二條ニ依リテ徵集ヲ延期セラルル者及ヒ公權ノ剝奪若クハ停止ヲ附加スヘキ重、輕罪ノ爲メ訊問若クハ拘留中ノ者(徵兵令第二二條)ハ徵集ヲ延期セラルルモノトス

(四)徵集ノ猶豫　徵兵令第十三條第一項ニ揭ケタル學校ニ在校スル者ハ本人ノ願ニ依リ滿二十八歲ヲ過クルモ仍ホ止マサル者ハ抽籤ノ方法ニ依ラスシテ之ヲ徵集ス」朝鮮以外ノ外國ニ在ル者モ亦本人ノ願ニ依リ徵集ヲ猶豫ス滿三十二歲マテニ歸朝スル者ハ抽籤ノ法ニ依ラスシテ之ヲ徵集シ三十二歲ヲ過クル者ハ國民兵役ニ服セシム(徵兵令第二二條)

(五)補充兵ノ編入　抽籤ニ依リテ毎年所要ノ現役兵員ニ超過スル壯丁ハ補充兵ニ編入ス

(六)以上列記ノ事項ニ該當セサル者ハ之ヲ徵集ス　徵集セラレタル者ハ入營ノ義務アリ入營トハ現役ニ就クコトヲ意味シ此時ヨリシテ統帥大權ニ基ク特別ノ權力關係ヲ生シ特別ノ服從義務及ヒ忠實義務ヲ負フニ至ルモノトス特別ノ服從義務トハ一般臣民ノ服從義務ノ如ク法規ニ依リテ限界セラレタルモノニ非スシテ限界ナキ義務ナリ(憲法第三二條參照)又特別ノ忠實義務トハ一般臣民ノ義務ノ如ク單ニ國家ニ對シテ不利益ナル行爲ヲ避クルニ止マラス積極的ニ國家利益ノ增進ヲ圖ルノ義務ナリ又現役兵ノ義務ハ必スシモ

兵器ヲ以テ戰ニ臨ムノミナラス其他雜役ニ服セサルハカラス所謂雜卒ナル者是ナリ

次ニ兵役ノ種類ニ付テ說明センニ兵役ハ之ヲ分チテ常備兵役、後備兵役、補充兵役及ヒ國民兵役ノ四種ト爲ス

(一)常備兵役　常備兵役ハ現役及ヒ豫備役ノ二者ヨリ成リ現役ハ陸軍ニ在リテハ三箇年、海軍ニ在リテハ四箇年ヲ以テ滿期トス但一年志願兵及ヒ六週間現役兵ハ此年限ノ例外ヲ爲スモノナリ次ニ豫備役ハ陸軍ニ在リテハ四箇年海軍ニ在リテハ三箇年トス

(二)後備兵役　後備兵役ハ五箇年ニシテ常備兵役ヲ終了シタル者之ニ服ス

(三)補充兵役　補充兵役トハ徵兵合格者ニシテ其年ニ要スル現役員ニ超過シタル者ニ對シテ爲ス所ノ處分ナリ而シテ陸軍ニ在リテハ第一補充兵及ヒ第二補充兵ノ二箇ニ分チテ其服スヘキ年限ヲ異ニス即チ前者ハ七箇年四箇月ニシテ後者ハ一箇年四箇月ナリ又海軍ニ在リテハ補充兵役ハ僅ニ一箇年ニシテ其年所要ノ現役兵員ニ超過スル者之ニ服ス

(四)國民兵役　國民兵役トハ兵籍ニ在ル者ニシテ前示各種ノ兵役ニ入ラサル者ナリ

今右ニ說明セル各種兵役ノ內容ヲ爲セル義務ニ付テ略說ヲ試ミンニ豫備役及ヒ後備役ノ義務ノ內容ハ平時ニ在リテハ演習ノ爲メ每年一度六十日以內召集セラレ又每年一度簡閱點呼セラレ及ヒ戰時若クハ事變ニ際シ徵集セラルルノ三點ナリ次ニ陸軍第一補充兵及ヒ海軍補充兵ハ現兵役ノ補缺ニ任シ又戰時若クハ事變ニ際シテ召集ニ應スルノ義務アルモノナリ又陸軍第一補充兵ハ平常ニ在リテ百五十日以內教育ノ爲メニ召集セラル其他勤務演習及ヒ簡閱點呼ニ應スルノ義務ハ豫備兵ニ異ナルコトナシ終ニ第二補充兵及ヒ國民兵ハ戰時若クハ事變ニ際シテ召集ニ應スルノ義務アルモノトス然リ而シテ此等各種ノ兵役義務ハ期限ノ經過ニ因リテ消滅スルモノナレトモ唯リ現役兵ハ時ノ經過ノミナラス除隊ノ處分ニ依リテ始メテ其義務ヲ免ルルモノトス除隊ノ處分ハ法律ノ定メタル期限ノ到來ニ因リテ爲スヲ常例トスレトモ戰時事變ニ際シテハ之ヲ延長スルコトヲ得ルナリ

終ニ徴募行政機關ノ組織ニ付テ說述スヘシ抑モ我國ニ於テハ全國ノ師管及ヒ聯隊區又ハ警備隊區ノ區別ニ從ヒテ徴兵區ヲ定メ聯隊區及ヒ警備隊區ハ更ニ之ヲ徴募區ニ分チテ一郡又ハ一市ヲ以テ之ヲ定メ東京、京都及ヒ大阪ノ三市ニ於テハ更ニ徴募區ヲ檢査區ニ分チ區ヲ以テ檢査區ト爲スコトトセリ而シテ此等ノ區ニハ武官及ヒ其他ノ行政官ヲ以テ徴兵官ト爲シ其上ニ師管徴兵官ヲ置ク師管徴兵官ハ師團長及ヒ府縣知事ヲ以テ之ニ充テ管内ノ徴兵事務ヲ掌ラシム全國ノ徴兵事務ヲ統轄セシムルカ爲メニ中央ニ總理徴兵官ヲ置キ内務大臣及ヒ陸軍大臣ヲ以テ之ニ充ツ

徴兵ニ關スル行政處分ニハ救濟手段ナシ唯壯丁若クハ其家族ニ於テ徴兵令第二十二條ニ依リ徴集ニ應スルトキハ家族ノ自活スルコト能ハサル場合ニ之カ徴集處分ニ不服ナルトキハ其裁決ヲ爲シタル徴兵官ヲ經由シテ上級徴兵官ニ訴願シ漸次上訴シテ總理徴兵官ニ至ルコトヲ得ルノミ徴兵官ノ裁決ニ對シテハ此救濟手段アルノミニシテ行政裁判所ニ出訴スルカ如キコトハ全然許ササル所ナリ兵役ノ義務カ法定ノ義務ナル以上ハ之ニ救濟手段ヲ設ケサルハ頗ル

雜報

○特別代理人選任請求權者　民法第八百八十八條第一項ノ規定ニ依レハ特別代理人ノ選任ヲ請求スル權利アル者ハ未成年者ノ父又ハ母ニ限ルモノノ如ク見ユ然ルニ大審院ハ此場合ニ於テ其請求權者ヲ父又ハ母ニ限ルハ狹隘ニ失スルヲ以テ推理解釋上一般親族會招集ニ關スル第九百四十四條ニ列記セル者モ亦右ノ特別代理人ノ選任ヲ親族會ニ請求スルコトヲ得ルモノトシ東京控訴院ノ判決ヲ破毀セラレタル理由ニ曰ク「民法第八百八十八條ニハ父又ハ母ハ其子ノ爲メニ特別代理人ヲ選任スルコトヲ親族會ニ請求スルコトヲ要ストアルニ因リ特別代理人ノ選任ハ未成年者ノ父又ハ母ニ限リ之ヲ請求シ得ルモノノ如シト雖モ同條ハ未成年者ヲ保護スルノ精神ニ基キ親權者ニ其選任請求ノ義務ヲ負擔セシメタルモノニシテ親權者ノ利益ノ爲メ之ニノミ其權利ヲ與ヘタルモノニアラサルナリ故ニ同法第九百四十四條ノ推理解釋ヨリシテ親族會ノ招集ヲ請求スルノ權アル者ハ又同法第八百八十八條ノ特別代理人選任ノ請求

權アルモノト云ハサルヘカラス何トカレハ第八百八十八條ハ親族會ヲ開クヘキ規定ノ一ナレハ第九百四十四條ノ規定ニ依リ同條列記者ハ親族會ノ招集ヲ請求シ得ルヤ明ナルニ特別代理人選任ノ請求ヲ爲シ得サルモノトセハ親權者ニ於テ其選任ノ請求ヲ爲ササルニ於テハ親族會招集ノ目的ハ之ヲ達シ得サルノ奇果ヲ生スルニ至ルヘキヲ以テナリ加之若シ親權者ノミ其選任請求ノ權アルモノトセハ自己ニ利益ナル場合ニハ其選任ヲ求メ不利益ナル場合ニハ之カ請求ヲ爲ササルコトアリテ幼者ヲ保護セントスル法律ノ精神ハ到底之ヲ達シ得サルヘシ」ト（大審院明治三十五年（オ）第百七十八條契約履行請求事件明治三十五年六月十九日第一民事部判決）是レ固ヨリ理由ナキニ非スト雖モ果シテ然ラハ第八百八十八條ハ何故ニ父又ハ母ニ限リ親族會ニ請求スルコトヲ得ルモノノ如ク記載セシヤ立法者ハ親權者以外ニ未成年者ノ利益ヲ尙ホ一層保護監督スル者アリト看做シタリヤ否ヤ一考ノ價値アリト信ス

○賴母子講當籤後ノ權利關係　我邦ニ於テ賴母子講ナルモノ頗ル盛ニ行ハル而シテ其組織ニ付テハ必スシモ一定セス然レトモ其共同貯蓄ニ依ル金錢ヲ

抽籤ニ依リテ分配スル方法ナルコトハ總テ同一ナルカ如シ而シテ其當籤後ニ於テハ(イ)或ハ一時ニ出金シテ全ク關係ヲ絕ツノ組織ニ出ツルモノアリ(ロ)或ハ最後ノ分配期ニ達スルマテ毎回負擔額ノ出金ヲ爲スノ義務アリト爲スモノアリ此後例ノ場合ニ於テ當籤者カ當籤後ニ出金スルハ民法上如何ナル性質ノモノナルカ余輩ノ卑見ヲ以テスレハ當籤者ハ自己ノ貯金以上ノ金額ヲ一時ニ領收スルカ故ニ其餘分ニ領收シタル金額ヲ塡補スル爲メノ辨濟方法換言スレハ出金以外ノ金額ヲ領收シタルハ贈與ヲ受ケタルニ非スシテ一時消費借ヲ爲シタルモノト謂フヘキカ如シ大審院モ亦性質上消費貸借ナリト認ムルモノノ如ク當籤者カ後ノ掛金ニ付キ借用證書ヲ差入レタル事件ニ對シ說明ヲ與ヘテ曰タ「賴母子講ニ於テ當籤者カ講金ヲ領收スルヤ異日掛戻ヲ爲ス義務ヲ負フ者ナレハ其辨濟方法ハ普通ノ消費貸借ト異ナルコトハ勿論ナリト雖モ其權利關係ノ性質ハ消費貸借ナルヲ以テ通例ト爲スモノナリト云ハサルヲ得ス何トナレハ當籤者カ掛戻ノ方法ニ依リテ辨濟スル所ノ物ハ其種類品等ハ當初領收セシ物ト同シキコトヲ要スルハ勿論其數額モ亦同シキニ非サレハ多數ナルコトヲ

要シ而シテ其辨濟スヘキ數額領收シタル數額ヨリ多キ場合ニ於テハ其差額ハ利息ノ性質ヲ帶フルニ過キスシテ要スルニ消費貸借ノ要件一トシテ具備セサルモノ無キヲ以テナリ然リ而シテ其消費貸借ノ關係ハ債務者タル當籤者ト未當籤者タル他ノ講員トノ間ニ直接ニ成立スルヤ或ハ其關係ハ當籤者ト金主若クハ世話人等トノ間ニ成立シ而シテ金主若クハ世話人等ト未當籤者トノ間ニハ別ニ權利關係ノ成立スルヤハ當事者間ノ契約ニ依リテ定マルヽキモノニシテ法理上一定シタルモノ存スルコト無シ」ト（大審院明治三十五年（オ）第百五十四號貸金請求事件明治三十五年六月十二日第一民事部判決）此判決ハ要スルニ消費貸借ノ要件一トシテ具備セサルナシト雖モ當籤者カ講金ヲ領收スルヤ異日掛戻ヲ爲ス義務ヲ負フ者ナレハ其辨濟方法ハ普通ノ消費貸借ト異ナルコトハ勿論ナルモ性質ハ消費貸借ナリト云フニ在リテ少シク要領ヲ得サルニ似タリ即チ消費貸借ノ總テノ要件ヲ具備セルニ拘ハラス何故ニ純然タル消費貸借ニ非サルカ其理由漠然ニ失スルカ如シ

（正誤　前號雜報欄二頁八行「ローレル」ハ「ロエール」、同頁末行破產組合ハ產業組合ノ誤）

生徒募集廣告

○授業開始　九月十一日

○入學試驗　九月二十八日（日曜日）午前九時ヨリ施行（試驗科目別記）

○編入試驗（第二年級）　九月二十三日ヨリ施行

○講生　本校第二學年ノ側ノ室ノ（法廷上傍參照）

入學志望者ハ試驗前日マテニ申込マルヘシ

學則ハ郵券貳錢送付アレハ即時送呈スヘシ

九月　東京九段阪上　司法省指定　私立　和佛法律學校

要シ而シテ其辨濟スヘキ數額領收シタル數額ヨリ多キ場合ニ於テハ其差額ハ利息ノ性質ヲ帶フルニ過キスシテ要スルニ消費貸借ノ要件一トシテ具備セサルモノ無キヲ以テナリ然リ而シテ其消費貸借ノ關係ハ債務者タル當籤者ト未當籤者タル他ノ講員トノ間ニ直接ニ成立スルヤ或ハ其關係ハ當籤者ト金主若クハ世話人等トノ間ニ成立シ而シテ金主若クハ世話人等ト未當籤者トノ間ニハ別ニ權利關係ノ成立スルヤハ當事者間ノ契約ニ依リテ定マルヽキモノニシテ法理上一定シタルモノ存スルコト無シ」ト（大審院明治三十五年（オ）第百五十四號貸金請求事件明治三十五年六月十二日第一部判決）此判決ハ要スルニ消費貸借ノ要件一トシテ具備セサルナシト雖モ當籤者カ講金ヲ領收スルヤ翌日掛戻ヲ爲ス義務ヲ負フ者ナレハ其辨濟方法ハ普通ノ消費貸借ト異ナルコトハ勿論ナルモ性質ハ消費貸借ナリト云フニ在リテ少シク要領ヲ得サルニ似タリ即チ消費貸借ノ總テノ要件ヲ具備セルニ拘ハラス何故ニ純然タル消費貸借ニ非サルカ其理由漠然ニ失スルカ如シ

（正誤　前號雜報欄二頁八行「ローレル」ハ「ロエール」、同頁末行破產組合ハ產業組合ノ誤）

生徒募集廣告

○授業開始　九月十一日

○入學試驗　九月二十八日（日曜日）午前九時ヨリ施行（試驗期日變更）

○編入試驗（第二年級）　九月二十三日ヨリ施行

○聽講生　今般新ニ聽講生ノ制ヲ設ク（裏面上欄參照）

入學志望者ハ試驗前日マテニ申込マルヘシ

學則ハ郵券貳錢送付アレハ即時送呈スヘシ

九月　東京九段阪上　司法省指定　私立　和佛法律學校

聽講生規則摘要

本校ニテハ本科生ノ如ク各學科ヲ聽講スルコト能ハサル者又ハ各自好ム所ノ學科ニ付キ講義聽講セントスル者ノ便ヲ圖リ新ニ聽講生ノ制ヲ設ケ來學年ヨリ實行スルコトセリ今其規則ノ概要ヲ左ニ掲ク

一　入學ヲ許可セラルル者ハ本校ノ詮考ヲ經ルコトヲ要ス但試驗ヲ行フコトアリ

一　入學ノ際及ヒ毎月授業料二圓ヲ納ムルコトヲ要ス

一　聽講生ハ聽聞シ終リタル學科ニ付キ聽講證書ヲ、試驗ヲ受ケ合格シタルトキハ合格證書ヲ受クルコトヲ得

一　三年以上聽講生ト爲リ且本校所定ノ全學年（隨意科ヲ除ク）ニ付キ合格證書ヲ有スル者ハ本校ノ卒業證書ヲ受クルコトヲ得

明治二十二年十二月九日內務省許可
明治三十四年十一月十四日第三種郵便物認可

明治三十五年九月十四日印刷
明治三十五年九月十五日發行
（定價金參拾錢）

東京市京橋區南紺屋町二十七番地
編輯兼發行者　松田久次郎

東京市牛込區矢來町三番地
印刷者　小宮山信好

東京市芝區西ノ久保明舟町十一番地
印刷所　金子活版所

東京市麴町區富士見町六丁目十六番地
發行所　司法省指定　和佛法律學校
（電話番町百七十四番）