

和仏法律学校講義録

松岡, 義正 / 清水, 澄 / 吾孫子, 勝 / 掛下, 重次郎 / 谷部, 廉 / 内田, 嘉吉

(出版者 / Publisher)

和仏法律學校

(巻 / Volume)

3-11

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

78

(発行年 / Year)

1903-04-16

（昭和十五年十一月四日第三種郵便物認可） 毎月廿一日、三日、五日、六日、八日、十日、十一日、十二日、十三日、十五日、十六日、十八日、廿一日、廿三日、廿五日、廿七日、廿八日、廿九日、三十日發行

明治三十六年四月十六日發行

三十六年度 第三學年ノ十一

和佛法律學子找講義錄

第九拾五號



和佛法律學校



第三學年 第十一號目次

民法	親族 (第130條)	法學士 掛下 重次 耶
民法	手形 (第270條)	法學士 矢部 廉
商法	海商 (第97條)	法學士 内田 嘉吉
破産	法 (第148條)	法學士 松岡 實正
民事訴訟法	自第六編 (第87條) 至第八編 (第147條)	法學士 吾孫 子勝
行政	法 (第135條)	法學士 清水 澄

雜報 ○公正廳審判官選任ニ關スル擬律 ○文書ノ偽造ト變造ト關スル見張
ノ行爲 ○明治二十二年法律第二十八號ニ所規公債ノ意義

090
1903
3-1-11

ヲ求ムルヲ得ヘキコトヲ規定シタルニ止マリ嫡出子ニ關セサルナリ而シテ嫡出子ニ付テハ之ヲ規定シタル前款(第八二〇條乃至第八二六條)ニハ本條ノ如キ規定ナキカ故ニ嫡出子ハ父母ノ認知ヲ求ムルヲ得サルカノ疑問生スヘシ而シテ婚姻中ニ懷胎シタル子(嫡出子)ト雖モ父又ハ母カ其届出ヲ爲サズ若クハ事實ヲ詐リ他人ノ子トシテ届出ヲ爲スコトナシトセス此ノ如キ場合ニ於テハ其届出ヲ爲マヘキ父又ハ母ハ戶籍法第二百十條第二百十一條若クハ第二百五條ニ依リ遅料又ハ重禁錮ニ處セラルヘキモノニシテ届出ヲ爲スヘキ者ニハ罪過アレトモ其子ニハ毫モ咎ムヘキ所ナク且正當ノ婚姻外ニ於テ生レタル庶子又ハ私生子ヲヘ認知ヲ求ムルコトヲ得ヘキニ正當ノ婚姻ニ於テ生レタル嫡出子カ認知ヲ求ムルコトヲ得サルヘキ道理ナキヲ以テ本條ヲ援用シ嫡出子モ父母ノ認知ヲ得ルコトヲ得ヘキモノト論セサルヘカラス

民法實施前ノ私生子ハ今日父ニ對シテ認知ヲ請求スルコトヲ得ルヤノ問題アリ新民法ニ於テ認メタル規定ナルカ故ニ其請求ハ認メテ可ナルモノノ如シト雖モ民法施行法第一條ニ依レハ民法施行前ニ生シタル事項ハ特ニ同法ニ定メ

ヲ求ムルヲ得ヘキコトヲ規定シタルニ止マテ嫡出子ニ關セザルナリ而シテ
 出子ニ付テハ之ヲ規定シタル前款第八二〇條乃至第八二六條ニハ本條ノ如キ
 規定ナキカ故ニ嫡出子ハ父母ノ認知ヲ求ムルヲ得サルカノ疑問生スヘシ而シテ
 婚姻中ニ懐胎シタル子(嫡出子)ト雖モ父又ハ母カ其届出ヲ爲サス若クハ事實
 ヲ詐リ他人ノ子トシテ届出ヲ爲スコトナシトモ此ノ如キ場合ニ於テハ其届
 出ヲ爲スヘキ父又ハ母ハ戸籍法第二百十條第二百十一條若クハ第二百五條
 ニ依リ違料又ハ重禁錮ニ處セザルヘキモノニシテ届出ヲ爲スヘキ者ニハ單
 獨アレトモ其子ニハ毫モ咎ムヘキ所ナク且正當ノ婚姻外ニ於テ生レタル庶子又
 ハ私生子サヘ認知ヲ求ムルコトヲ得ヘキニ正當ノ婚姻ニ於テ生レタル嫡出子
 カ認知ヲ求ムルコトヲ得サルヘキ道理ナキヲ以テ本條ヲ援用シ嫡出子モ父母
 ノ認知ヲ求ムルコトヲ得ヘキモノト論セザルヘカラス
 民法實施前ノ私生子ハ今日父ニ對シテ認知ヲ請求スルコトヲ得ルヤノ問題
 新民法ニ於テ認メタル規定ナルカ故ニ其繼承ハ認メテ可ク然レモ之ノ如ク
 繼承ニ關係履行法第一條ニ依レハ民法施行前ニ生シタル事項ニ對シテ同條ニ

民法施行法第一條ニ依レハ民法施行前ニ生シタル事項ニ對シテ同條ニ

タル場合ノ外ハ民法ヲ適用セストアリ而シテ同法ニハ右ノ場合ニ民法ヲ適用スヘキ規定ナシ左レハ民法施行前ニ在リテハ舊ニ舉ケタル明治六年一月第二十一號布告ニ依レハ父ヨリ私生子ヲ認知スルコトハ許サルレトモ子ヨリ父ニ對シテ認知ヲ求ムルコトハ許サレサルカ故ニ今日父ニ對シテ認知ヲ求ムルコトハ許サレサルモノト謂ハサルヘカラス

嫡出子タル身分ノ取得第八三六條) 庶子ハ其父母ノ婚姻ニ因リテ嫡出子タル身分ヲ取得ス

婚姻中父母カ認知シタル私生子ハ其認知ノ時ヨリ嫡出子タル身分ヲ取得ス前二項ノ規定ハ子カ既ニ死亡シタル場合ニ之ヲ準用ス舊民法人專編第一〇三條乃至第一〇五條)

元來嫡出子ト其他ノ子トノ差異ハ其父母ノ間ニ正當ノ婚姻アリテ生レタルト否トニ在リ故ニ嫡出子ニ非サル子即チ庶子又ハ私生子ト雖モ其出生後ニ至リ其父母タル者ノ間ニ正當ノ婚姻アリタルトキハ父母ハ其野合ノ過失ヲ之ニ因リテ補修シタルヲ以テ法律カ之ニ恩典ヲ與ヘ其懷胎ヲ以テ適法ノ懷胎ト看做

シ而シテ父母ノ過失ノ結果ヲ罪ナキ子ニ及ホサテラシムルハ極メテ至當ノ處置ナリ然ラサレハ同一ノ父母ノ間ニ生レタル子ニシテ婚姻前ニ生レタルモノハ私生子トシ婚姻後ニ生レタル子ハ之ヲ嫡出子トシ先ニ生レタル者ノ權利ハ却テ後ニ生レタル者ノ權利ニ劣ルニ至ル此ノ如キハ不當ナルノ感ナキニ非サルナリ故ニ法律ハ私生子ニ父母ノ婚姻ニ因リテ嫡出子タル身分ヲ取得セシムルコトト爲セリ

法律ハ私生子カ嫡出子タル身分ヲ取得スル二種ノ場合ヲ認メタリ即チ其一ハ父母共ニ婚姻前ニ認メタル子ハ其父母ノ婚姻ニ因リテ嫡出子タル場合(第一項)他ノ一ハ婚姻前ニ父母共ニ其子ヲ認知セシ又ハ其執レカ一人カ之ヲ認知セサルモ其婚姻後之ヲ認知スルトキハ其時ヨリ嫡出子タル身分ヲ取得スル場合第二項是ナリ

右第一ノ場合即チ父母共ニ婚姻前ニ認知シタル場合ニ於テ嫡出子タルノ身分ハ婚姻ノ日ヨリ之ヲ取得シ其第二ノ場合即チ婚姻中ニ父母カ認知シタル場合ニ於テハ其認知ノ時ヨリ之ヲ取得シ而シテ第二ノ場合ニ於テハ其效力既往ニ

遡及スルコトアラザルナリ例ハ婚姻ノ當時未ダ認知セラレザル中遺ノ男子甲下其當時既ニ父母ノ認知ヲ得タル五歳ノ男子乙アテトセシ此場合ニ於テ甲ハ乙ヨリ年長ナレドモ父ヲ相續スルニ當リ第九百七十條第四號ノ規定ニ從ヒ其順位乙ニ劣レリ而シテ又婚姻後更ニ一人ノ男子丙出生シタリトスレハ丙ハ其相續ノ順位ニ付キ乙ニハ劣レドモ甲ニハ優レリ若シ此場合ニ婚姻中ニ認知セラレタル甲カ婚姻ノ初ニ遡リテ嫡出子タル身分ヲ有スルコトト爲ストキハ他ノ嫡出子即チ乙丙ノ權利ヲ害スルニ至リ第八百三十三條但書ノ精神ト背馳スルヲ以テ此場合ニ於ケル嫡出子タル身分ヲ取得ハ認知ノ時ヨリ效力ヲ有スルコトト爲シタルナリ

以上ハ子カ生存セル場合ニ關スレドモ子カ死亡ノ後其子又ハ孫ヲ存セル場合ニ於テハ其子又ハ孫ニモ亦同一ノ利益ヲ受ケシメザルヘカラス(第八三一條第二項第八三五條是ヲ以テ法律ハ父母カ認知シタル私生子ハ父母ノ婚姻ノ當時ニ在リテハ既ニ死亡シ其子又ハ孫ノミ存スルトキ父母ノ婚姻ノ結果其子又ハ孫ハ當然嫡出ノ孫又ハ曾孫タル身分ヲ取得スルコトト爲シ又父母ノ婚姻ノ後

既ニ死亡シ其子又ハ孫ノ爲メ認知ヲ爲シタルトキ其時ヨリ其子又ハ孫ハ父母ノ嫡出ノ孫又ハ曾孫タル身分ヲ取得スルコトト爲シタリ

第二節 養子

養子トハ他人ノ子又ハ他家ニ在ル自己ノ子ヲ收養シテ己ノ子ト爲シ之ト親子ノ關係ヲ生スルモノナルカ養子制度ハ存廢ニ付テハ學說及ヒ立法例固ヨリ一ニ歸セス佛伊諸國ノ如キハ現今法律上養子制度ヲ認許スト雖モ人民ノ之ヲ實行スルコト極メテ寡シ又英米諸國ニ於テハ法律上養子ナル者ヲ公認セスシテ全ク之ヲ人民ノ德義ニ一任セリ我邦ニ於テハ家族制度ヲ探リ家ヲ以テ社會ノ基礎ト爲スニ依リ養子制度ノ必要ヲ感スルコト殊ニ甚シクシテ古來如此制度ヲ認メタリ維新前ニ於ケル武士ノ如キハ實子男力カ亦養子(男力カ)ト死亡シタルトキハ其扶持召上ケル武士トシテ自家ハ廢滅スルニ至リ武士トシテ他業工商等ニ比シ養子ノ必要ナリシコト言ヌヲ埃タタルナリ而シテ養子制度ハ近來益々其弊多キカ爲リ事以テ禁スルヲ可トスルノ論者ナキニ非スト雖モ尙

家族制度に存スル以上ハ之ヲ離スルコト困難ナルヲ察スルニテ總令之趣爲
 弊害アルコトヲ認ムルハ現令盛ニ行ハル所ノモノハ俄ニ廢止セシムル
 トキハ人民ヲシテ不自由ヲ感セシムル策ヲ得タルモノニ非ス是以テ法律ハ養
 子ニ關スル弊害ハ規定ヲ設ケテ可及的之ヲ矯正シ依然養子ノ制ヲ存シテ其
 本節ヲ分チテ四款ト爲ス第一款縁組ノ要件第二款縁組ノ無効及テ取消第三款
 縁組ノ效力第四款離縁是ナリ

第一款 縁組ノ要件

養子縁組ノ要件ハ之ヲ實質上ノ要件及ヒ形式上ノ要件ニ分ツコトヲ得
 養子縁組ノ實質上ノ要件ハ縁組當事者ノ意思表示縁組ノ能力及ヒ或者ノ同意
 ノ要スルコト是ナリ形式上ノ要件トハ縁組ヲ爲スニ付キ要スル方式是ナリ
 縁組ノ實質上ノ要件 (一) 第三百三十七條 成年ニ達シタル者ハ養子ヲ爲ス
 コト得齋民法人事務編第一〇六條 外國ノ立法例ニ依レシ其多數ハ養子制度ヲ以テ養子ナキヲ將英志ヲ失ヒタル
 外國ノ立法例ニ依レシ其多數ハ養子制度ヲ以テ養子ナキヲ將英志ヲ失ヒタル

者ヲ個々ノ趣旨ニ基クモノトシ隨テ通常養子ヲ舉グルコト能ハサル年齢ニ達
 シタル者ノミヲシテ養子ヲ爲スコトヲ得セシムル主義ニ基キ四十歳乃至六十
 歳ノ年齢ニ達セザレハ養子ヲ爲スコトヲ得ナルヲ以テ通例ト爲スモノノ如シ
 然レトモ我邦ニ於テハ固ヨリ單ニ實子ナキ者ヲ個々ニ養子制度ヲ認ムルニ至
 リタルモノニ非サレハ外國多數ノ立法例ノ如ク縁組ノ要件トシテ殊更ニ養親
 ノ年齢ヲ高クスルコトヲ要スル理ナシ而シテ從來ノ慣習ニ於テ早ク養子ヲ爲
 スコトヲ認メタリ徳川時代ニ於テハ其百箇條中ニ當人幼少ナリトモ存命ノ内
 ニ養子ヲ願フニ於テハ長年ノ者タリトモ相續申付不苦候事トテテテテ養親ノ年
 齡ニ制限ヲ設ケザレトモ縁組ハ一身一家ニ取リテ重大ナル關係ヲ有スルモノ
 ナレハ未ダ成年ニ達セザル者ヲシテ隨意ニ養子ヲ爲スコトヲ得セシムルカ如
 キハ頗ル危険モシテ立法上其當ヲ得タルモノト謂フヲ得ス是以テ法律ハ養
 親ノ成年ニ達セザレハ養子ヲ爲スコトヲ得ザルモノト爲シテ其ニ從
 應ニ説キタルカ如ク從來養子ナル語ハ男子ノ他人ニ收養セラルル者ノミヲ指
 稱シ女子ニ付テハ別ニ養女ナル語ヲ用ヒシト雖モ本法ニ於テハ男女ノ間ヲ別

ニ用語ヲ異ニセズ養子ナル語ノ中ニ男女ヲ包含セシメタルヲ以テ他ノ女子ヲ
 收養スル場合ニモ養子ト稱スルコトニ注意セラルヘカヲ云々
 家族制度ヲ探レル國ニ於テハ家ヲ重スルカ故ニ戸主ニ子ナキ場合ニ於テハ養
 子ヲ爲スコトヲ必要トスルニ本法ニ於テ養子ヲ認ムルハ必ずシモ家督相繼
 ノ必要ノミニ止マラサルヲ以テ養子ヲ爲ス者ハ戸主ニ限ラサルナリ故ニ家族
 ト雖モ成年ニ達シタル者ハ養子ヲ爲スコトヲ得ヘシ是レ第八百三十九條ニ於
 テ家督相繼人タル男子アル場合ニ於テモ其外女婿ト爲ス爲メニ養子ヲ爲スコ
 トヲ得ヘキ旨ヲ規定シ又第七百五十條ニ於テハ家族カ養子ヲ爲スニハ戸主ノ
 同意ヲ得ルコトヲ要シ家族カ右ノ規定ニ違反シテ養子ヲ爲シタル場合ニ於テ
 ハ其家族ハ離婚セラレ養子ハ養親ニ從ヒテ其家ニ入ルヘキコトヲ規定スル所
 ニ依リ法律カ認ムル所ナルコト明カナリ而シテ養子ヲ爲ス者カ既ニ婚姻ヲ爲
 シタルト否トヲ問ハサルナリ

(二) 第八百三十八條 尊屬又ハ年長者ハ之ヲ養子ト爲スコトヲ得ニ舊民法人
 事編第一〇六條

養子ハ之ヲ以テ實子ニ擬シ其間親子ノ關係ヲ生スルモノナレバ已ヨリ年長ナ
 ル者ヲ以テ養子ト爲スコトキハ自然ニ反ス又尊屬ノ中ニハ養親ヨリ年少ナル者
 (叔父叔母)アルヘシト雖モ此ノ如キ者ヲ養子ト爲スコトキハ尊卑ノ順序ヲ紊亂ス
 ルモノナルカ故ニ法律ハ尊屬又ハ年長者ヲ養子ト爲スコトハ之ヲ禁シタリ外
 國ノ立法例竝ニ我邦古代ノ法令中ニハ養親ノ年齢ハ養子ノ年齢ヨリ十五歳以
 上年長ナルコトヲ要スヘキ規定アレトモ我邦近代ノ慣習ニ於テ此ノ如キ條件
 ヲ必要トスルハ頗ル實際ニ適セザルモノアルヲ以テ單ニ養親ノ年齢カ養子ニ
 優レルヲ以テ足レリト爲シ別ニ其間ノ年齢ニ關シテ條件ヲ設ケザリシナリ
 尊屬トハ直系尊屬即チ父母祖父母等ハ勿論兄姉伯叔父母等從來俗ニ所期目上
 ト稱スル親族ハ其血族ナルト姻族ナルトヲ問ハス昔此等ヲ總稱スルナリ
 卑屬ハ他ノ條件ヲ具備スルニ於テハ之ヲ養子ト爲スコトヲ得ルモノニシテ親
 又ハ會孫ヲ自己ノ養子ト爲スコトヲ得ルハ勿論庶子私生子又ハ他家ニ在ル嫡
 出子ト雖モ之ヲ養子ト爲スコトヲ得ヘキナリ(第八四一條第二項參照)

(三) 第八百三十九條 法定ノ推定家督相繼人タル男子アル者ハ男子ヲ養子ト

爲スコトヲ得ス但女婿ト爲ス爲メニ此種場合ハ此限ニ在ラズ舊民法人準編第一〇七條ニ於テハ一人ニシテ數人ノ養子ヲ爲スコト其例少カラズ以テ此從來ニ在リテハ一人ニシテ數人ノ養子ヲ爲スコト其例少カラズ以テ此要件ハ從來ノ慣例ニ反セリ蓋シ立法者カ養子ヲ認ムル趣旨ハ必スシモ家督相続ノ必要ニシテ基クモノニ非サルコトハ既ニ説キタルカ如シト雖モ然レトモ元來養子ノ主タル目的ハ家督相続人ヲ得ント欲スルニ在リ故ニ家督相続人カ女子ナル場合ニ於テハ女子ヲシテ相続ヲ爲サシムルハ通常人ノ欲セザル所ナルカ故ニ更ニ男子ヲ養子トセント欲スルコトハ我邦ノ人情ニ適セザル之ニ反シ既ニ家督相続人タル男子アル者カ更ニ男子ヲ以テ養子ト爲スカ如キハ必要ナキコト多クシテ或ハ法定ノ推定家督相続人ノ相続權ヲ侵害ス否ラザルトモ少クモ家族ノ平和ヲ害スルヲ恐アルヲ免レス而シテ家督相続ノ目的ヲ以テセザル養子ハ多クハ女婿ト爲ス爲メニシテ在ルカ故ニ此場合ニ於テハ親人ノ養子ヲ爲スモ不可ナルコトナシ又女子ヲ養フハ多ク家督相続ノ目的ヲ爲メニセザルカ故ニ是レ亦制限ヲ設クル必要アラサルヲ以テ右ノ如キ規定ヲ設ク之ヲ

第三ノ要件ト爲シタリ又ハ此種場合ハ當然養子ト爲スルノ要件ニ依リテ本條ノ規定アルカ爲メニ間接ニ第九百七十三條ノ規定ハ徒法ニ歸スルコトナラズ第九百七十三條ノ規定ニ從ハハ法定ノ推定家督相続人ハ其姉妹ノ爲メニスル養子縁組ニ因リテ其相続權ヲ害セザルコトナシ依テ姉妹ハ兩女子アル場合ニ於テ父カ妹ニ對シテ婿養子ヲ爲ストモ相続權ハ依然如ク存スル然レモ本條ノ規定ニ於テハ家督相続人タル男子アル場合ニハ男子ヲ養子ト爲スコトヲ得テトモ法定ノ推定家督相続人カ女子ナル場合ニハ男子ヲ養子ト爲スコトヲ得ルモノニシテ此場合ニハ養子カ嫡出子タル身分ヲ取得シテ法定ノ推定家督相続人ト爲ルヘク而シテ養子ヲ爲シタル後ニ於テ法定ノ推定家督相続人タルシ者ノ妹ト婚姻スルコトハ法律ノ禁スル所ニ非ズルヲ以テ其者ト婚姻スルトキハ唯養子縁組ト同時ニ婚姻スルト其後ニ於テ婚姻スルトノ差異アルノミニシテ養子縁組後ニ於テ法定ノ推定家督相続人タルシ者ノ妹ト婚姻シタル場合ハ第九百七十三條ノ精神ニハ明カニ反セリ然レトモ本條ノ規定アルニ因リテ右ノ養子縁組ヲ爲シ其養子カ法定ノ推定家督相続人ト爲リタル後婚姻スルコ

モ法律ノ認メタル所ナルヲ以テ獨逸民法ノ如ク豫約ノ解除ニ關スルカ如キ規定ノ存セタル所以ニシテ德義上ノ問題ハ別ト爲シ我民法ニ於テハ婚姻親子縁組等ニ付テハ縱令當事者カ他日之ヲ實行スヘキ如何ニ堅キ約束ヲ爲シ置クトモ雙方任意ニ之カ届出ヲ爲ササル以上ハ其豫約ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ス然ルニ本問ノ場合カ本條但書中ニ包含スルモノト解釋スルニハ法律ノ認メタル婚姻ノ豫約ヲ有效ト爲シ婚姻年齡ニ達シタル後ニ於テハ其豫約ヲ實行スルコトヲ得セシメサルヘカラス若シ然ラサルニ於テハ但書ノ規定ヲ以テ本文ノ原則ヲ破壞スルニ至ルヘキナリ是ヲ以テ法定ノ推定家督相続人タル男子ノ外他日婚姻ヲ爲サシムヘキ豫約ヲ以テ男子ヲ養子ト爲スコトヲ得タルモノトス

聞ク所ニ據レハ法曹記事明治三十二年一月二十五日附司法省民刑局長ノ回答(法曹記事第八十八號第八一頁及七明治三十四年十一月九日法曹會決議法曹記事第二百二十一條第一頁以下)ヲ積極說民法要義モ同職ナリ同第四卷第二八〇頁ヲ執レルヨリ戸籍役場ニ於テハ到ル所本問ノ如ク他日女ノ婿ト爲スヘキ目的

ヲ以テ爲シタル養子縁組ノ届出ヲ受理スト(現ニ名屋市ニ於ケル子ノ知人タル醫學士某ハ十五年ニ滿タサル女ニ妻ハスヘキ積リニテ第一高等學校ニ在ル某ヲ養子ト爲シタル届出ヲ受理セラレタリ而シテ某氏ニハ現ニ右女子ノ外推定家督相続人タル男子アリ反對論者ハ此場合ニ於テ養親カ養子ヲ爲ス當時女婿ト爲ス爲メニスル意思明白ナル以上ハ養子ヲ爲ストモ民法第九百七十條第二項ハ規定アルヲ以テ其養子カ實男子ヨリ年長ナルトキト雖モ實男子ノ相續權ヲ害スルコトナキカ故ニ本問ノ場合ニ於テ養子タルコトヲ許スト雖モ尙モ弊害アルヲ見スト曰フモ此理由ハ本條ノ本文ノ場合ニ於テ適スヘキ詳言スレハ法定ノ推定家督相続人タル男子アル場合ニ於テ之ヨリ年長ノ男子ヲ養子ト爲ストモ其養子ハ反對論者カ但書ニ付キ付シタル理由即チ民法第九百七十條第二項ノ規定アルヲ以テ年長ノ養子ハ家督相続ニ付テハ養子縁組ニ因リ届出子タル身分ヲ取得シタル時生レタルモノト看做サルカ故ニ實際ノ年長者ハ家督相続ニ付テハ順位上實男子ニ劣リテ尙モ相續權ヲ害スルコトナキカ故ニ此理由ニ依ルトキハ立法上本條ノ本文ノ規定ヲ取除キテ可ナルナリ然ルニ直接

相續權ニ害ナキニ拘ハラズ立法者カ此規定ヲ設ケタルハ他ナシ法律カ養子ヲ認メタル目的ハ主トシテ家督相續人ヲ得セシメントスルニ在ルヲ以テ此ノ如キ養子ハ必要ナキモノト認メタルナリ然レトモ其但書ノ規定ハ養子縁組ノ外養親ノ女ト養子ト同時ニ婚姻ヲ爲スカ爲メニ家督相續人トシテ必要ナキ養子ヲモ養子トシテ認メタルニ外ナラザルナリ而シテ此立法ノ精神ヲ貫徹セシメント欲セハ婚姻ト同時ニ爲ス養子縁組ノ外ハ許サザルモノト解セザルヘカラス而シテ反對論者ノ如ク養子縁組ノ際養親ノ意思女婿ト爲ス爲メニスルニ在ルコト明白ナルニ於テハ女ト養子ト直チニ婚姻セザルモ養子ト爲スヲ可ナリトスルトキハ戸籍吏ハ届出ヲ受理スル際養親ノ意思ヲ調査セザルヘカラザレトモ戸籍吏ニハ此ノ如キ権能ナシ良シ之アリトスルトモ此ノ如キ意思ハ外部ニ顯レザルモノナルカ故ニ養親カ單ニ他日女婿ト爲ス爲メナリト申立テテハ爲テハ實際其意ナキ場合ニ於テモ戸籍吏ハ此届出ヲ受理セザルヘカラザルニ至リ養子縁組當事者ノ詐欺ニ依リ容易ニ原則ノ規定ヲ破壞スルコトヲ得ルニ至リ此ノ如キハ許スコトヲ得ザルナリ又若シ反對論者ノ説ノ如クナラシム

ハ女子カ婚姻年齢ニ達シタル後養子ト婚姻ヲ爲ス意思ナキ場合ニハ養子縁組ヲ無効ト爲スカ將タ少クトモ之カ繼續ヲ許スヘキ規定之ニ伴ハザルヘカラザルニ法律カ此ノ如キ規定ヲ設ケザル所ヨリ觀ルモ本條但書ハ以上叙述シタル如ク解釋セザルヘカラス
 (四) 第八百四十條ニ後見人ハ被後見人ヲ養子ト爲スコトヲ爲ス其任務カ終了シタル後未ダ管理ノ計算ヲ終ハラザル間亦同シ
 前項ノ規定ハ第八百四十八條ノ場合ニハ之ヲ適用セズ(舊民法人事編第一〇八條)
 後見人ハ被後見人ノ財産ヲ管理シ其任務終了スルヤ二箇月間ニ其管理ノ計算ヲ爲スコトヲ要スヘキモノニシテ毫モ被後見人ノ財産ヲ私スルコトヲ許サズ然ルニ後見人カ被後見人ヲ養子ト爲スコトヲ許ストキハ被後見人ノ財産ニ付キ不正ノ行爲ヲ爲シタルヲ掩ヒカ爲メ之ヲ其養子ト爲コトヲ以テ親族會其他ノ監督ヲ免レントスル者アルニ至ラズ以テ法律ハ此ノ如キ弊害ヲ防止スルカ爲メ第一項ノ規定ヲ設ケタリ

右ノ規定ニ對シ法律ハニ例外ヲ設ケタリ即チ後見人カ遺言ヲ以テ被後見人
 ノ養子ト爲ス意思ヲ表示シタル場合ニ於テ此場合ハ第八百四十八條ノ規定ニ
 ル所ニシテ後見人カ後見ノ繼續中又ハ其計算ヲ終ラサル以前ニ死亡シタル場
 合ニ於テハ後見人カ其權利ヲ利用シテ被後見人ノ財產ヲ取リ計算ヲ曖昧ニス
 ルカ如キ意思ヲ推定スルコトヲ得サルヲ以テ此場合ニハ被後見人ヲ養子ト爲
 スコトヲ精スヘキ理由アラサルナリ

(五) 第八百四十一條 配偶者アル者ハ其配偶者ト共ニスルニ非テハ縁組ヲ
 爲スコトヲ得ス八百四十八條ノ規定ニ於テハ縁組ヲ爲スルハ當事者第一〇八
 夫婦ノ一方カ他ノ一方ノ子ヲ養子ト爲スニハ他ノ一方ノ同意ヲ得ルヲ以テ足
 ル(舊民法人事編第一〇條)ニ對シ後見人カ養子ト爲スルニ於テハ其計算ヲ
 外國ニ於テハ配偶者アル者ト雖モ獨立シテ養子ヲ爲シ又ハ養子ト爲ルコトヲ
 得ル所アリト雖モ我邦ノ慣習ニ於テハ夫婦獨立シテ養子縁組ヲ爲スコトヲ許
 サナリシヲ以テ本法ニ於テモ此ノ如キ養子縁組ハ許ササルコトト爲セリ詳言
 スレハ配偶者アル者ハ其配偶者ト共ニスルニ非テハ養子ト爲スコトヲ得ス

夫婦ノ一人カ養子ヲ爲シ他人ノ一人カ之ヲ其養子ト爲ササルカ如キコトハ許サ
 レタルナリ故ニ縁組ニ付テハ夫婦兩人ノ同意アル者ニ非テハ養子ト爲ス
 トヲ得ス若シ其中一人ノ之ヲ欲セサル者ハ養子ト爲スコトヲ得ス何トナレハ
 養子ト養親トノ間ニ血族タル親子ト同クハ關係ヲ生ズルモノカレバ夫婦各別
 ニ養子ヲ爲シ夫婦ノ一方ニハ子ニシテ他ノ一方ニハ子ニ非タルカ如キ關係ヲ
 生ゼシムルハ養子制度之本旨ニ反スル以テモナラズ家族ノ平和ヲ害スルコト少
 カラサレハナリ又養子ト爲ルヘキ者ニ配偶者アルトハ其夫婦ハ關係ヲ存
 ナカラス其中一人ノ子ヲ養子ト爲スコトヲ得ス此場合ニ於テ之ヲ許スハ婚姻ノ
 性質ニ反スルモノト謂フヘキ意思夫亦モ必要ナラズ養子ト爲ルハ養子ト爲ル
 夫婦ノ一方ノ子ヲ引取テ養子ト爲ス場合ニ於テ例ヘハ夫婦ノ一方カ私生子
 又ハ前婚ノ子固有スル場合ニ於テ養子ト爲ルヘキ者ハ既ニ夫婦ノ一方トハ親
 子ノ關係アルモノナレバ之ヲ收養スルニ當リ夫婦共ニ之ヲ養子ト爲スル必要
 ナク唯其一方ノ承諾ヲ得ルハ足ル事第百七條第一〇條ノ規定ニ依リテ
 配偶者アル者ハ縁組ヲ爲ス場合ニ於テハ意思表示第八四二條ノ前條第七項ニ

場合ニ於テ夫婦ノ一方其意思ヲ表示スルモ他方ハ他方ノ一方以雙
方ノ名義ヲ以テ養子ト爲スコト得審民法人事編第一一〇條

養子ト爲ラントスル者又ハ養子ト爲ラントスル者ニ配偶者ナルトキハ其當事
者タル夫婦各自ノ意思表示アルコトヲ要スルハ前條ニ規定スル原則ナレトモ
夫婦ノ一方カ必神喪失等ノ事由ニ依リ意思ヲ表示スルヲ得ザルコトアリ此
如キ場合ニ於テモ夫婦各自ノ意思表示ヲ必要トスルトキハ實際上養子縁組ヲ
爲サント欲スルモ能ハサルナリ然レトモ此ノ如キ場合ニ養子ト爲シ又ハ養子
ト爲ルノ必要ヲ生ズルヨリ往々之アル所ナレバ法律ハ實際ニ必要便宜ヲ圖
リ此ノ如キ場合ニハ一方ノ意思表示ヲ以テ他方ノ一方ノ意思表示ニ代アルコト
ト爲シタル事ハ夫故ノ一法ニシテハ可クハ一法ニシテハ可クハ一法ニシテハ可クハ
(六) 第八百四十三條 養子ト爲ルヘキ者カ十五年未滿ナルトキハ其家ニ在ル
父母之ニ代リテ縁組ノ承諾ヲ爲スコトヲ得養子ト爲ルヘキ者カ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス
親父母又ハ嫡母カ前項ノ承諾ヲ爲スニハ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス審民
法人事編第一一五條第一一九條

養子縁組ノ其縁組當事者ノ身分ニ重大ナル效果ヲ生ズルモノナレバ以テ其各
當事者ノ任意ノ意思表示アルヲ必要トスルコトハ當事者保護ノ爲メ當然ナリ
ト雖モ我邦ニ於テハ幼少ノ者ヲ養子ト爲ス慣習アルヲ以テ此ノ如キ者カ養子
タルヘキ場合ニ於テハ本人ノ爲シタル意思表示ハ法律上之ヲ其意思ト看做シ
難キコト多カルヘキカ故ニ滿十五年以下ノ者カ養子ト爲ルヘキ場合ニ於テハ
其家ニ在ル父母之ニ代リテ意思表示ヲ爲スコトヲ許シタリ而シテ養子ノ意思
表示ヲ代表スヘキ父母ハ其家ニ在ル者ニ限ルコトハ子カ婚姻ヲ爲ス際父母ノ
同意ヲ得ル場合ニ同シキナリ
第八百四十六條ニ依リ第七七十二條第二項及ヒ第三項ノ規定ヲ茲ニ準用ス
ルコトト爲シタルヲ以テ父母ノ一方カ知ルザルトキ死亡シタルトキ家ヲ去リ
タルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハザルトキハ他方ノ一方ノ意思表示ヲ以
テ足レリトシ又父母共ニ知ルザルトキ死亡シタルトキ家ヲ去リタルトキ又ハ
其意思ヲ表示スルコト能ハザルトキハ其後見人及ヒ親族會ノ承諾ヲ得ルコト
ヲ要スルモノト爲セリ

家ニ在ル父母中ニハ繼父母及ヒ嫡母ヲモ包含スレトモ此等ノ者ハ子ト血縁ヲ有スル者ニ非サルヲ以テ子ノ利益ヲ慮ルコト實父母ノ如クナラザルコトハ言フヲ埃タサレハ法律ハ繼父母又ハ嫡母カ濫ニ其繼子又ハ庶子ヲ他人ノ養子ト爲スノ弊害ヲ防カンカ爲メ其承諾權ヲ制限シテ之ニ親族會ノ監督ヲ加ヘタリ此法律ノ精神ハ繼父母又ハ嫡母カ子ノ婚姻ニ同意セザル場合ノ規定第七三條ト其趣旨ヲ同シウスルナリ

(七) 第八百四十四條 成年ノ子カ養子ヲ爲シ又ハ滿十五年以上ノ子カ養子ト爲ルニハ其家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス舊民法人事編第一一六條第一項

養子縁組ハ養子又ハ養子ノ爲メニ血族關係ト同一ノ關係ヲ生スルモノ(第七七七條)ニシテ養親ノ父母ハ養子ノ祖父母ト爲リ又養子ト爲リタル者ハ法律上爾後其實父母ニ對スルコトモ養父母ニ對スル關係却テ密ナルニ至ルベケレハ右就レノ場合ニ於テモ其父母ノ承諾ヲ得ルニ非サレハ養子ヲ爲スコトヲ得ザルモノト爲セルハ當然ナリ而シテ養子縁組ノ場合ハ子カ婚姻ヲ爲ス場合ト異ナ

リテ右ノ如キ關係ヲ有スルカ故ニ父母ノ承諾ヲ得ルニ付キ年齡ニ制限ヲ設ケタルナリ(第七七二條第一項)是ヲ以テ養子ヲ爲スヘキ者ハ何處ニ至ルモ其家ニ父母アルトキハ之カ承諾ヲ得サルヘカラス 養子ト爲ルヘキ者ニ付テハ既ニ説キタルカ如ク滿十五年以下ナルトキハ其者ノ爲シタル意思表示ハ法律上有效ナラザルモノト爲シ其家ニ在ル父母之ニ代リテ縁組ノ承諾ヲ爲スヘキコトト爲シタルトモ滿十五年以上ト爲リタル者ハ自ラ有效ノ意思ヲ要スルコトト爲シタル之ヲ以テ滿十五年以下ノ子ニ對シテハ父又ハ母ハ其意思ニ反シテ之ヲ他人ノ養子ト爲スコトヲ得ヘシト雖モ滿十五年以上ノ子ハ之ト異ナリテ其意思アルニ非サレハ之ヲ他人ノ養子ト爲スコトヲ得サルナリ

此規定ニ付テモ第八百四十六條ニ依リ第七百七十二條第二項第三項及ヒ第七百七十三條ノ規定ヲ準用ス

(八) 第八百四十五條 縁組又ハ婚姻ニ因リテ他家ニ入りタル者カ更ニ養子トシテ他家ニ入ラント欲スルトキハ實家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス但

妻カ夫ニ随ヒテ他家ニ入ルハ此限ニ在ラズ
 本法ハ養子縁組又ハ婚姻ニ因リテ他家ニ入りタル者カ更ニ養子トシテ他家ニ
 入ラントスルニハ一旦其實家ニ復籍スルコトヲ要セスシテ養家又ハ婚家ヨリ
 直チニ養家ニ入ルコトヲ許ス第七四一條ヲ以テ此フ如キ者カ更ニ他家ノ養子
 トナル場合ニ於テ前條ノ規定ノミナルトキハ實家ノ父母ハ養子ト爲ル者ノ爲
 シニ其家ニ在ル父母ハ非サルヲ以テ其同意ハ之ヲ要セザルモノナリト雖モ此
 場合ニ於テモ前條ト同一ノ理由ニ依リ自己ノ子ヲ他人ノ養子ト爲スモノナル
 カ故ニ其同意ヲ得ルコトヲ要スト爲スハ至當ナリ然レトモ夫婦養子ノ場合ニ
 於テハ妻ハ當然第八四一條ニ夫ニ随フヘキモノナルカ故ニ此場合ニ於テ實家
 ノ父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要スルモノト爲ストキハ夫婦ノ關係ヲモ絶タザル
 ヘカラサルニ至リ實際ノ不便尠少ナラサルヲ以テ妻カ夫ニ隨ヒテ他家ノ養子
 ト爲ル場合ニハ其實家ノ父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要セザルモノト爲セリ
 又本條ノ場合ニ於テモ第八四十六條ニ依リ第七百七十二條第二項第三項及
 ヒ第七百七十三條ノ規定ヲ專用ス舊民法人事編第一一五條第二項第三項第一

一六條第二項第三項第一一七條乃至第一二〇條
 (九) 第八百四十七條 第七百七十四條ノ規定ハ縁組ニ之ヲ專用ス
 第七百七十四條ハ禁治産者カ婚姻ヲ爲スニハ其後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要
 セタル規定ナルカ養子縁組ノ場合モ之ト同シテ禁治産者カ一時其精神ヲ回復
 セル時ニ於テハ後見人ノ同意ヲ得スシテ縁組ヲ爲スコトヲ得ヘク若シ又其意
 思表示ヲ爲シタル時ニ於テ精神錯亂セルニ於テハ此ノ如キ意思表示ハ第八百
 五十一條ニ依リ無効タルヘキヲ以テ婚姻ノ場合ト同シク後見人ノ同意ヲ要セ
 タルコトト爲シタリ
 以上ハ實質上ノ要件ニ關スルモノナリ是ヨリ第二ノ要件ニ移ラシメ一〇六條
 形式上ノ要件 (一) 第八百四十七條 第七百七十五條ノ規定ハ縁組ニ之ヲ專
 用ス舊民法人事編第一一三條第一一二一條第一二四條ニ於テハ人ノ入ルル
 縁組ノ方式ニ付テモ婚姻ニ於ケルト同シク之ヲ戶籍吏ニ届出ツルニ因リテ其
 效力ヲ生ス
 其届出ノ方法及ヒ證人等モ婚姻ニ關スルト同一ナルハ是レ亦茲ニ復説セザル

ナリトハ、民法親族 親子 養子 第八百四十八條 養子ヲ爲サント欲スル者ハ遺言ヲ以テ其意思ヲ表示スルコトヲ得此場合ニ於テハ遺言執行者養子ト爲ルヘキ者又ハ第八百四十三條ノ規定ニ依リ之ニ代リテ承諾ヲ爲シタル者及ヒ成年ノ證人二人以上ヨリ遺言カ效力ヲ生シタル後遲滞ナク縁組ノ届出ヲ爲スコトヲ要ス

第二項第一二二條第一二三條

縁組ハ契約ヲ以テスヘキモノトシ遺言ヲ以テ養子ヲ爲スノ意思ヲ表示スルコトハ諸國多數ノ立法例ノ認メタル所ナリト雖モ其家ヲ重スル我邦ニ於テハ遺言ヲ以テ養子ヲ爲スコトヲ許スハ實際ニ於テ其必要アルノミナラス從來ノ慣習ニモ存スル所ニシテ子ナキ者カ死ニ臨ミ嗣子ナキヲ憂ヒテ他人ノ子ヲ養子ト爲シ其家ヲ嗣カシメント欲スルハ人情ノ常ナリ此場合ニ於テ普通ノ手續ニ依リテ養子ヲ爲サント欲スルモ既ニ其暇ナク又ハ若シ子ナクシテ死亡セハ養子ヲ爲サント欲スルモ苟モ實子ノ生ズルニ於テハ之ヲ欲セサルコト稀ナリト

モス而シテ何人モ自己ノ死期ヲ確知スルコト能ハサルカ故ニ若シ子ナクシテ死シタルトキハ某ヲ養子ト爲スヘク若シ生存中ニ子ヲ舉ケタルトキハ之ヲ養子ト爲ササルヘキ意思ヲ有スルトキハ遺言ヲ以テ養子ヲ爲シ而シテ生前子ヲ舉ケタルトキハ其遺言ヲ取消シ以テ其希望ヲ貫徹スルコトヲ得ヘシ此ノ如キ場合ニ於テ既ニ養子ノ届出ヲ爲シタリトモ其後實子ヲ舉タルトモ之カ爲メ既ニ得タル養子ノ相續權ヲ害スルコト能ハス是ヲ以テ遺言養子ヲ認ムルハ實際上ノ必要ニ適セリ

法律ハ遺言養子ヲ認ムルト雖モ遺言其モノカ直チニ養子縁組ノ效力ヲ生スルニ非ス遺言ハ單ニ養親ノ意思表示タルニ過キサレバ遺言養子ヲ爲シタル者死亡シタル後其養子ト爲ルヘキ者又ハ第八百四十三條ノ規定ニ依ル其法定代理人カ之ニ承諾ヲ爲ササルトキハ其養子縁組ハ效力ヲ生スルモノニ非ス而シテ此等ノ者カ之ニ承諾ヲ爲シタルトキハ普通ノ縁組ト同一ノ方式ヲ以テ其届出ヲ爲スコトヲ要ス但此場合ニ於テハ養親タルヘキ者存在セザルヲ以テ之ニ代リテ届出ヲ爲ス者アルコトヲ要ス即チ遺言執行者第一一〇八條乃至第一一一

二條はカリ遺言ニ依リテハ遺言ハ遺言者ノ生存中ニ決シテ其效力ヲ生ズルコトナク其死亡ノ時ニ於テ其效力ヲ生ズルヲ常トスルモ遺言ノ條件附ナルトキハ其條件成就ノ時ニ於テ始メテ其效力ヲ生ズルモノナリ第一〇八七條トスルヲ以テ右ノ場合ヲ指シタルナリ

遺言ニ因ル養子縁組モ亦届出ニ依リテ始メテ其效力ヲ發生スルコト普通ノ縁組ト相同シト雖モ遺言ハ遺言者ノ死亡ノ時ヨリ其效力ヲ生ズヘキモノナルヲ以テ此場合ニ於テハ縁組ハ遺言者死亡ノ時ニ遡リテ其效力ヲ生ズルコト爲セリ隨テ遺言者ニ對スル相續權其他嫡出子タル身分ヨリ生ズル權利義務ハ總テ遺言者死亡ノ時ニ遡リテ發生スヘキナリ

養子縁組ハ届出ニ對スル戸籍吏ハ義務(第八四九條)ハ縁組カ第七百四十一條第一項第七百四十四條第一項第七百五十條第一項及ヒ前十二條ノ規定其他ノ法令ニ違反セザルコトヲ認メタル後ニ非サレハ其届出ヲ受理スルコトヲ得

モ爲替手形ニ在リテハ振出地ヲ要件トセザルヲ以テ斯ル制限ナシ上奉通ヘタル所ニ依リ爲替手形ノ振出ニ伴フ要件並ニ附隨ノ記載事項及ヒ手形ノ諸種ノ形式ニ付キ大略ノ説明ヲ終ヘタリ

借テ振出人カ此ノ如クシテ手形ヲ振出シタルトキハ法律ノ規定ニ依リ一定ノ手形上ノ責任ヲ負擔ス第一ハ引受ニ付テ第二ハ手形ノ支拂ニ付テノ責任是ヲ引蓋シ振出人カ手形ヲ振出ス以上ハ一定ノ時期ニ一定ノ金額ヲ受取人又ハ其指圖人ニ支拂ハシムヘキヲ保證スルモノナルヲ以テ第一ニ順序トシテ手形ノ引受即チ支拂人カ一定ノ期日ニ手形金額ヲ支拂フヘキ手形上ノ義務ヲ負擔スヘキ行爲ニ付キ振出人ハ之ヲ擔保ス故ニ所持人カ引受ヲ得テリシトキハ振出人ハ所持人ノ請求ニ依リ相當ノ擔保ヲ供セザルヘカラス第二ニハ支拂ヲ得テラシトキハ振出人ノ請求ニ依リテ之ヲ償還セザルヘカラス此等ノ責任ハ契約ノ有無ニ拘ハラズ法律上當然負擔セル手形上ノ義務ニシテ第四百七十四條及ヒ第四百八十六條ニ前者ト云ヘル中ニハ振出人ヲ包含ス而シテ振出人ハ一タヒ手形ヲ振出シタル以上ハ當然法規ニ依リテ擔保義務ヲ負擔スルモノニシテ

前法手形

爲替手形ノ成立及ヒ其種類トシテ行商 爲替手形ノ振出

如何ナル方法ヲ以テスルモ之ヲ免ルルコトヲ得第百五十九條ニ依リハ手形ノ裏書人ハ裏書ヲ爲スニ當リテ手形上ノ責任ヲ負ハサルコトヲ記載スルコトヲ得ト雖モ振出人ニ付テハ手形上ノ責任ヲ免ルルコトヲ許サズ蓋シ振出人ハ手形ノ作成者ニシテ其作成者カ自己カ振出シタル手形ノ引受ト支拂トニ付テ責任ナシト云フコトハ到底手形ノ信用上許スヘカラザルコトナレバナリテ其他振出人ハ不當利得返還ノ義務第四四條及ヒ複本交付ノ義務第五一八條ヲ負フト雖モ此等ハ必然ノ義務ニ非ス

第二章 裏書

爲替手形ノ經濟上ニ於ケル作用ハ全ク其流通カ容易ナルニ基カスルハ非ス前節ニ述ベタル所ニ依リテ手形ハ作成セラレタリト雖モ其手形ハ唯受取人ハ手形ノ入リ直チニ受取人ニ支拂ハレテ消滅スルモノニ非ス多クノ場合ニ受取人以下ノ多數ノ當事者間ニ流通シ然レバ後支拂ハレテ消滅スルヲ常トス以下其流通ニ付テ説明セ

手形ノ流通ニハ所謂裏書ニ依ルモノト單ニ交付ノミニ依ルモノトノ二種アリ交付讓渡ハ手形カ無記名式ナルトキ及ヒ第四百五十七條第二項ニ依リ所謂白地裏書ヲ爲シタル場合ニ起ルモノトス此二ツノ場合ニハ手形ハ何等ノ方式ヲ要スルコトナク單ニ交付ノミニ依リテ當事者間ニ輾轉流通スルモノニシテ最も容易ナル流通ノ方法ナリ交付讓渡ニ付テハ別ニ説明ヲ要スルモノナキヲ以テ直チニ手形ニ特別ナル裏書ニ依ル流通ニ付キ説明スヘシ

裏書ハ手形ニ伴フ所ノ普通ノ要素ナリ故ニ振出人カ明カニ反對ノ記載ヲ爲ササル以上ハ爲替手形カ記名式ナルトキト雖モ仍ホ裏書ニ依リテ讓渡スコトヲ得第四五條然レトモ裏書ハ必スシモ手形ニ伴フ絶対的必要條件ニ非サルヲ以テ振出人ハ之ヲ禁スルコトヲ得第四五條但書此種ノ手形ニ付テハ後段ニ詳述スヘシ

次に注意スヘキハ新商法ニ於テハ舊商法ニ於ケルカ如ク手形ノ裏書ヲ爲シ得ルカ爲メニ振出ノ際指圖人ニ支拂フヘキ旨ノ記載アルコトヲ要件トセス即チ指圖式ニテ振出スノ必要ナク普通ノ記名式ニテ振出シタルトキト雖モ反對ノ

記載ナキ以上ハ當然之ヲ裏書シ得ルモノトス例ハ振出人カ甲殿ニ御支拂可被成下シテ振出シタル手形ハ第四百五十五條前段ノ規定ニ依リ恰モ甲殿又ハ同人指圖人ニ云云ト記載シタルカ如ク受取人甲ハ指圖人ヲ指定スルコトヲ得換言スレハ自由ニ之ヲ裏書スルコトヲ得ルモノトス

第一節 裏書ノ方式

普通ノ完全ナル裏書ハ第四百五十七條第一項ヲ以テ之ヲ規定セリ即チ裏書ハ爲替手形其贖本又ハ補箋ニ被裏書人ノ氏名又ハ商號及ヒ裏書ノ年月日ヲ記載シ裏書人カ署名スルニ依リテ之ヲ爲ス故ニ裏書ニハ左ノ要件ヲ必要トス
第一 裏書ヲ記載スヘキ書面ハ爲替手形其モノナルカ或ハ其贖本ナルカ又ハ其補箋ナルコトヲ要ス
爲替手形其モノニ記載シテ裏書シ得ルハ論ヲ埃タヌ又贖本ニ記載スルコトヲ許セシハ流通ノ便利ヲ圖ルカ爲メナリ(此點ハ贖本ノ章ニ詳述スヘシ)又補箋ニ裏書スルヲ許シタルハ多數ノ裏書アル場合ニ本手形面ノ狹隘ヲ感スル場合ニ

之ニ付箋シテ裏書ヲ記載スル必要アルヲ以テナリ
第二 被裏書人ノ氏名又ハ商號
即チ裏書ニ因リテ新ナル手形上ノ債權者タルヘキ者ノ氏名カ又ハ商號ヲ記載セナルヘカラサルナリ
第三 裏書ノ年月日
裏書ノ年月日ヲ記載スル效力ノ大體ヲ述フレハ(一)手形ノ變造アリタル場合ニ其署名カ變造前ナリシヤ變造後ナリシヤヲ確ムル標準ト爲ル(二)裏書ノ當時裏書人カ能力者ナリシヤ否ヤヲ識別スルノ標準ト爲ル(三)裏書人カ支拂ヲ停止シタル場合ニ其停止ト裏書トハ何レカ前ナリシヤヲ知リ又裏書カ拒絕證書作成期間ノ経過シタル前ナルヤ後ナルヤヲ知ルニ必要ナリ
第四 裏書人ノ署名
裏書モ亦一種ノ手形行爲ナリ隨テ他ノ一般ノ手形行爲ト同シタ裏書人ノ署名ヲ要ス

第二節 裏書ノ封筒

第二節 裏書ノ性質

裏書ハ手形上ノ債權者カ他人ヲシテ新ナル手形上ノ債權者タラシメシカ爲メニ爲ス要式的ノ意思表示ニシテ附隨ノ手形行爲ナリ

裏書モ亦一種ノ手形行爲ナルヲ以テ他人ヲシテ債權者タラシムルノ意思ハ必ス書面ノ上ニ現ハレタルヘカラス其書面ハ手形其原本又ハ補箋ナルゴトヲ要ス其以外ノ書面又ハ口頭ヲ以テ其意思ヲ表示スルモ手形ノ裏書タル效力ヲ生セズ而シテ又他ノ手形行爲ト同シク一定ノ方式ヲ必要トス其形式ハ前既ニ述ヘタルカ如シ

裏書ハ手形上ノ債權者カ他人ヲシテ自己ノ地位ニ代リテ手形上ノ債權者タラシムルモノナリト雖モ其移轉スヘキ債權ハ形式上存在スレハ足レリ必スシモ實質上存在スルヲ必要トセス例ヘバ受取人カ偽造手形タルゴトヲ知ラスシテ之ヲ受取り而シテ其手形ヲ裏書スル場合ノ如キハ受取人ハ形式上手形債權者ナルモ實質上ノ手形債權者ニ非ズ隨テ手形債權ハ此場合ニハ實質上存在セザルモノト謂ハサレカラス然レトモ受取人カ一度真正ノ裏書ヲ爲ス以上ハ其被裏書人ハ純然タル手形上ノ債權ヲ實質上存在スルモノト爲ル故ニ此場合ニ於テハ裏書ハ權利移轉ノ行爲ニ非ズ然レモ權利設定ノ行爲ナルナリ然レトモ此ノ如キ效力ヲ生スルニ付テハ少クモ形式上完全ナル手形ノ存在スルゴトヲ要件トス若シ形式上完全ナル手形ニ非ザルトキハ縱令裏書ノ方式ニ於テ完全ナルトスルモ其裏書ハ所謂裏書タル效力ヲ生セズ是レ即チ裏書ヲ附隨ノ手形行爲タル所以ナリ

裏書ハ他人ヲシテ手形上ノ債權者タラシムト雖モ單ニ裏書人ノ署名ノミニテハ此效力ヲ生セズ即チ其手形ヲ債權者タラントスル者ニ交付シテ手形ノ占有ヲ得セシメタルヘカラス是レ即チ手形上ノ債權ハ常ニ手形ナル書面ト共ニ活動シ其書面ヲ離レテ手形上ノ債權カレト謂フ當然ノ結果ナリ

第三節 裏書ノ效力

裏書ノ效力ハ大別シテ左ノ四カ爲スコトヲ得

第一項 裏書人カ擔保義務ヲ負擔スルコト

第二 被裏書人ヲ手形上ノ權利者ト爲スコト

第三 手形ノ所持人カ正權限ヲ有スル證明力アルコト

第四 裏書ニ手形ヲ讓渡スコトヲ得ルコト

第一項 裏書人ノ擔保義務

裏書人ハ裏書ニ因リテ擔保義務ヲ負擔ス即チ普通ノ裏書ヲ爲セハ其裏書人ハ被裏書人ニ對シテ擔保ノ請求又ハ償還ノ請求ニ應スヘキ義務ヲ負擔ス此等ノ義務ハ後者ノ全員ニ對シテ負擔スル所ノ法律上ノ義務ニシテ手形ノ所持人ハ前者ノ何レニ對シテモ其權利ヲ主張スルコトヲ得必ズシテ順次ニ廻リテ其權利ヲ主張スルノ必要ナシ而シテ此ノ如キ義務ハ法律ノ規定ニ依リテ當然負擔スル所ニシテ手形ニ明記シテ之ヲ負ハサル旨ヲ示スニ非ナレハ其實ヲ免ルルコトヲ得ス第四百七十四條ニ依リテ支拂人カ爲替手形ノ引受ヲ爲サザラシトキハ所持人ハ其前者ニ對シテ手形金額及ヒ費用ニ付テ相當ノ擔保ノ請求シ得ル旨ヲ規定シ又第四百八十六條ニ依リテ支拂人カ爲替手形ノ支拂ヲ爲サザラシトキハ所持人ハ其前者ニ對シテ償還請求ヲ爲シ得ル旨ヲ規定セリ茲ニ前者ト云フハ裏書人ヲ包含ス一

第二項 被裏書人ノ權利

普通裏書ノ第二ノ效力ハ手形上ノ權利ヲ被裏書人ニ付與スル點ト是ナリ即チ全ク新ナル手形權利者ヲ作ルモノニ對シテ被裏書人ハ恰モ其手形ヲ振出人ヨリ直接ニ得タル如ク支拂人ニ對シテ引受ヲ求メ又引受ナクシテ擔保ヲ請求スルコトヲ得又支拂ヲ求メ若シ其支拂ヲ容レザラレバ其償還ヲ請求スルコトヲ得而シテ其被裏書人ノ得タル權利ハ裏書人ノ有スル瑕疵ニ關係ナク全然手形文面通ノ權利ヲ取得ス其手形文面以外ノ抗辯ヲ以テ自己ノ權利ヲ左右セラザルコトナシ其最モ著シキ場合ハ裏書人カ偽造ノ裏書ニ因リテ手形ヲ取得シタル場合ナリ此場合ニハ偽造者トシテ手形上ノ權利ヲ有セスト雖モ裏書ハ形式上ノ連續ニ於テ誤シルコトナク且被裏書人カ惡意又ハ重大ナル過失ナクシレバ宛

恰モ白地裏書ノ署名ヲ偽シタル裏書トシテ直接ニ手形ヲ贖受タル如ク自己ノ氏名又ハ商號ヲ記入スルコトヲ得ルナリ此ノ如クモ是レヲ白地裏書ナリシ手形ハ裏書ノ形式ニ於テモ是ク完全ナル普通ノ裏書ヲ備ヘタリ手形ト變化スニ非アレバ再ヒ單純ナル引渡ニ依リテ手形上ノ權利ヲ讓渡スルコトヲ得ナルナリ又ハ偽書裏書ニ依リテ其書ノ原本ノ手形上ニ其ノ手形ヲ直接ニ白地裏書ノ所持人ハ前ニ説明シタル所謂裏書ノ補充ヲ爲サズシテ直接ニ普通ノ完全ナル裏書ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テ所謂裏書ノ連續ナルモノハ形式上手形面ニ現レシキ如ク形式上裏書ノ連續ヲ缺ク然レドモ第四百六十四條但書ノ規定ニ依リテ恰モ形式上ノ連續ヲ備ヘタル如ク看做セリ同條ノ規定ニ依レバ此ノ如キ記名裏書ヲ新ニ爲シタル裏書ハ前ノ白地裏書ニ因リテ直接ニ其手形ヲ取得シタルモノト看做セリ又ハ偽書裏書ノ連續ナルモノハ白地裏書ニ關シテニリ疑問ト爲ルハ所持人ニ支拂フヘキ旨ヲ記載シタル裏書ニ白地裏書ナリヤ否ヤノ問題はナリ即チ普通裏書ニ比較シテ言ヘハ被裏書人

ノ氏名又ハ商號ニ代ヘテ唯單純ニ所持人ナル旨ヲ記載シタル裏書又ハ白地裏書ニ比較シテ言ヘハ被裏書人ノ氏名又ハ商號ヲ記載セタル代リニ唯單純ニ所持人ト云フ文字ヲ記載シタル裏書ハ白地裏書ナリヤ否ヤ又若シ白地裏書ニ非ストモハ如何ナル裏書ナリヤ其效力如何ノ問題はナリ此種類ノ裏書カ普通ノ完全ナル裏書ニ非ナルコトハ第四百五十七條第一項ノ規定ニ抵觸スルヲ以テ明カナリ唯疑ハシキハ白地裏書トシテ效力アリヤ否ヤ是カリ然ルニ若シ之ヲ以テ白地裏書ナリトモ其手形ノ所持人ハ第四百六十一條ノ規定ニ依リテ其裏書ヲ補充スルコトヲ得然ルトモ其手形ニ付テハ裏書ノ連續アルニ非ザレハ手形上ノ權利ヲ行使スルコトヲ得不隨テ支拂人ハ裏書ニ依リテ指圖セラレタル人ニ對シテノミ有效ニ支拂フコトヲ得ルモ如何ナル所持人ニ對シテ支拂フモ其支拂カ有效ナリト謂フヲ得然ルニ所持人拂ノ裏書ニ其文字ノ示ス意味通ノ效力ヲ付與スト假定スレハ明カニ白地裏書ノ補充アル場合ト抵觸スルニ至ル故ニ所持人拂ノ裏書ヲ以テ直チニ白地裏書ナリト謂フヲ得ズ白地裏書ニモ非ス又普通裏書ニモ非ストモ我手形法中ニハ此ノ如キ種類ノ手形ヲ認

第二項 無擔保ノ裏書

無擔保ノ裏書トハ裏書人カ裏書ヲ爲スニ當リテ手形上ノ責任ヲ負ハサル旨ヲ記載シタル手形ヲ謂フ第四百五十九條ヲ以テ此種ノ手形ヲ認メタリ元來裏書人カ何等ノ制限ヲモ記載モスシテ裏書ヲ爲シタルトキハ手形法ノ規定ニ依リテ契約ノ有無ニ拘ハラズ一定ノ擔保義務ヲ負擔スルヲ原則トスルモ元來裏書人ナルモノハ最後ノ手形ノ所持人ト振出人トノ中間ニ立ツ所ノ媒介者ノ地位ニ立ツモノナリ故ニ責任ノ點ヨリ言ヘハ振出人トハ稍ヤ越テ異ニス振出人ハ自己ノ振出シタル手形ニ付テ手形上ノ義務ヲ免ルルカ如キ無責任ナルコト能ハサルモ媒介者ノ地位ニ在ル所ノ裏書人ニ至リテハ必スシモ手形上ノ責任ヲ負ハサルコトヲ禁止スヘキ絕對的ノ必要ナシ是レ第四百五十九條ヲ以テ裏書人ノ制限ヲ附スルコトヲ認メタル所以ナリ

第三項 裏書禁止ノ裏書

裏書禁止ノ裏書トハ裏書人カ裏書ヲ爲スニ當リ爾後裏書ヲ禁スル旨ヲ記載シタル裏書ヲ謂フ此種ノ裏書ハ第四百六十條ノ認ムル所ニシテ其效力ハ此ノ如キ裏書ヲ爲シタル裏書人カ其裏書ノ被裏書人ノ後者ニ對シテ手形上ノ責任ヲ負ハサルニ過キス手形ハ此裏書アルカ爲メニ爾後裏書ノ方法ニ依リ流通スルコトヲ禁セラルルモノニ非ス故ニ手形ノ流通力ニハ此ノ如キ禁止ノ裏書アルモノ等ノ影響ヲ受ケス前既ニ説明シタル如ク手形ノ振出人ハ又裏書ヲ禁スル旨ヲ記載スルコトヲ得然レトモ此禁止ハ裏書ニ附記シタル禁止ニ非スシテ振出行爲ニ伴フ所ノ記載ナリ故ニ固ヨリ裏書ノ總體ト看ルコト能ハス而モ其效力ハ大ニ異ナレリ即チ此場合ニ於テハ手形ノ流通力ハ全然奪ハルルモノナリ之ニ反シテ裏書人カ其裏書ニ附記シタル裏書禁止ノ記載ノ效力ハ奪モ手形ノ流通力ヲ奪フ所ノ效力ナシ唯其被裏書人ノ後者ニ對シテ擔保請求又ハ償還請求ニ應スル所ノ義務ヲ除クコトヲ得ルノミナリ故ニ其效力ハ左ノ如シ

第一 其裏書人ハ直接ノ讓渡人即チ被裏書人ニ對シテハ手形上ノ責任ヲ免ルルコトヲ得ス何トナレハ第四百六十條ノ規定ニ依レハ擔保請求又ハ償還請求ノ義務ヲ免ルルコトヲ得ルハ被裏書人其者ニ對シテノミナリ被裏書人其者ニ對シテハ手形上ノ義務ヲ免ルルコトヲ得ス

第二 被裏書人ノ後者ハ裏書禁止ヲ爲シタル裏書人ニ對シテハ擔保請求又ハ償還請求ヲ爲スコトヲ得ス

第三 然レトモ此等ノ後者ハ裏書禁止ヲ爲シタル裏書人以外ノ總テノ前者ニ對シテ擔保請求又ハ償還請求ヲ爲スコトヲ得

第四項 支拂拒絶證書作成期間經過後ノ裏書

手形ノ金額ハ滿期日ニ支拂ハレテ手形ノ消滅ヲ來スコト普通ナリ隨テ最モ多クノ場合ニハ手形ノ流通換言セハ裏書ナルモノハ又滿期日前ニ在ルヲ普通トス然レトモ時トシテハ滿期日ヲ經過シタル後ニ尙ホ裏書ヲ爲スコトアリ而シテ手形法ニ於テハ此種ノ裏書ヲ認メテ之ニ一定ノ效力ヲ付與セリ(第四六二條)

元來滿期日前ノ裏書ニ在リテハ其手形ノ所持人ハ滿期日到來スルニ非ザレハ手形金額ノ支拂ヲ請求シ得タルハ勿論ナルモノトシテ滿期日ヲ經過シタル後ハ手形ノ支拂ハ何時ニテモ請求スルコトヲ得故ニ恰モ一覽拂ノ手形ニ於ケルカ如ク實際上ハ頗ル便利ナリ隨テ商業上滿期日ヲ經過シタル後ノ裏書ノ行ハルルコト稀ナリトセス滿期日以後ノ裏書モ亦一種ノ裏書ナリ隨テ普通ノ債權ノ讓渡トハ異ナル故ニ手形ノ所持人ハ其裏書ノ連續セルコト竝ニ惡意又ハ重大ナル過失ナキコトノ事實ノミニ依リテ手形上ノ權利ヲ行使スルコトヲ得第四百六十二條ニ依レハ支拂拒絶證書作成期間ノ經過シタル後ニ於テ所持人カ裏書ヲ爲シタルトキハ被裏書人ハ裏書人ノ有シタル債權ノミヲ取得ス而モ此場合ニ於テハ其裏書人ハ手形上ノ責任ヲ負フコトナキ旨ヲ規定セリ此場合ニ於テ裏書人ノ有スル權利ハ其裏書人カ手形ノ權利ヲ保全シタル場合ト之ヲ保全セタル場合トニ依リテ裏書人ノ權利ニ著シキ差異アルト同時ニ其權利ヲ承継スヘキ被裏書人ノ權利モ亦隨テ大ナル差異ヲ生ス法律ハ此ノ如ク支拂拒絶證書作成期間經過後ノ裏書ノ被裏書人ノ權利ヲ制限シタル所以ハ元來手形ハ滿

期日ニ於テ支拂ハルヘキモノナリ随テ其手形ノ債務者ハ満期日當時ノ手形所持人ニ對シテ支拂ヲ爲スヘキモノナルヲ以テ其當時ニ於ケル債權債務ノ關係カ満期後ノ裏書ノ爲メニ變更セラルルニ於テハ手形ノ債務者ハ頗ル不利益ヲ受ク故ニ満期後ノ裏書アルモ其債權債務ノ範圍ハ其満期日ノ當時ニ於ケル程度ニ之ヲ限定スルノ必要アリ是レ即チ満期後ノ手形ノ譲受人ハ其譲渡人ニ對スル抗辯ヲ認メサルヘカラサル所以ナリ

満期日以後ノ裏書ニ於テハ被裏書人ニ移轉スヘキ權利ハ裏書人カ満期日當時ニ於テ有スル所ノ權利以上タルコトヲ得サル結果トシテ左ノ二ノ場合ニ於テハ其權利ニ重大ナル差異ヲ生ス

第一 譲渡人カ手形上ノ權利ヲ保全シタル場合

裏書人カ支拂拒絶證書作成期間ノ經過マテニ支拂拒絶證書ヲ作成セシメ且法定ノ方式ヲ踐ミテ其前者ニ對シ償還請求ノ通知ヲ發シタルトキハ其裏書人ハ手形上ノ權利ヲ保全シタルモノニシテ振出人以下ノ前者ニ對シテ手形上ノ權利ヲ主張スルコトヲ得ルカ故ニ右ノ保全行爲ヲ爲シタル後ニ手形ヲ譲受ケタ

ル者ハ満期日以前ノ總テノ裏書人及ビ振出人ニ對シテ償還請求權ヲ主張スルコトヲ得然レトモ其被裏書人ハ裏書人ノ有セシ權利ヨリモ大ナル權利ヲ得ルコト能ハサルヲ以テ前者カ裏書人ニ對シテ主張シ得ヘキ抗辯ハ亦被裏書人ニ對シテ主張スルコトヲ得

第二 裏書人カ保全行爲ヲ怠リタル場合

満期後ノ裏書人カ拒絶證書ヲ作成セシメ又其他ノ保全手續ヲ爲サスシテ手形ヲ讓渡シタルトキハ其裏書人ハ全然前者ニ對シテ手形上ノ請求權ヲ失フニ至ル然レトモ原則トシテ引受人ノミニ對シテハ尙ホ支拂請求權ヲ保存シ居ルナリ蓋シ爲替手形ニ於テ普通ノ場合ニ於テハ所持人カ支拂拒絶證書ヲ作成期間内ニ作成セシメヌ又通知ヲモ發セサル場合ニ於テハ唯前者ニ對シテノミ手形上ノ權利ヲ失フニ過キヌ隨テ振出人及ビ自己以前ノ裏書譲渡人ニ對シテハ擔保請求權並ニ償還請求權ヲ失フヘシト雖モ第一次ノ債務者タル引受人ニ對シテハ依然トシテ手形上ノ支拂請求權ヲ保全シ居レリ蓋シ支拂拒絶證書ヲ作成セシメテ手形上ノ權利ヲ保存スルハ引受人以外ノ所期前者ニ對シテノミ必要

ナルコトハ明カニ法文ニ其前者ニ對シテ手形上ノ權利ヲ失フト規定セルモ、
觀ルモ明瞭ナリ蓋シ法律ニ前者下ハ屢、説明シタル如ク振出人以下ノ裏書人ヲ
謂フモノニシテ引受人ハ法文ニ所謂前者中ニ包含セス而シテ縱令前者ニ對ス
ル手形上ノ請求權ヲ保全スヘキ手續ヲ怠ルトスルモ之カ爲メニ同時ニ第一
ノ主タル債務者タル引受人ニ對スル支拂請求權ヲ失フヘキ理由ナシ

第五項 手形上ノ債務者ニ爲ス裏書

手形上ノ債務者トハ振出人裏書人及ヒ引受人ノ三者ヲ謂フ此等ノ者ハ皆何レ
モ手形上ノ債務ヲ負擔スルモノニシテ即チ擔保請求又ハ償還ノ請求ニ應スヘ
キ義務ヲ負擔スルカ或ハ滿期日ニ手形金額ヲ支拂フヘキ義務ヲ負擔スルモノ
ナリ其手形上ノ權利ニ至リテハ此等ノ者ハ少シモ之ヲ有セザレトモ手形カ盛
ニ流通スル場合ニ於テハ此等ノ手形債務者ハ裏書ニ因リテ再ヒ手形所持人ト
爲リ手形上ノ權利者ト爲ルコトヲ得而シテ再ヒ手形債權者ト爲リ得ル者ハ更
ニ其手形ヲ讓渡シテ手形債務者ノ地位ニ復舊スルコトヲ得ル此ノ如ク手形

ノ裏書ハ頗ル自由ナルモノニシテ是レ全ク商業上ノ必要ニ基キタルモノナリ
商法第四百五十六條ハ此種類ノ裏書ヲ認メタリ元來手形ノ債務者タル者カ裏
書ニ因リ更ニ其手形ヲ得タルトキハ手形上ノ權利者ト爲ルヲ以テ債權者ト債
務者トノ資格同一人ニ歸著スルモ之カ爲メニ其債權債務ハ混同ニ因リテ直チ
ニ消滅スルモノニ非ス蓋シ第四百五十六條ニ依リテ振出人引受人又ハ裏書人
カ裏書ニ因リ手形ヲ取得シタル上ハ又更ニ自ら裏書ニ依リテ他人ニ移轉スル
コトヲ得ルヲ以テ若シ單ニ債權者ト債務者トノ資格同一人ニ歸著シタルカ
故ニ債權債務カ混同ニ因リテ全然消滅シタルモトスレバ此等ノ所持人ハ再
ヒ手形上ノ權利ヲ裏書ニ依リテ移轉スルコトヲ得ルヘキナリ然レトモ第四
百五十六條ハ更ニ此等ノ者カ裏書讓渡ヲ爲シ得ル旨ヲ認メタルニ依リテ觀レ
ハ手形上ノ債權債務ハ此等ノ者カ裏書讓受人トシテ手形上ノ債權者ト爲リタ
ルカ爲メニ直チニ混同ニ因リテ消滅スルモノニ非ス此種ノ裏書アル場合ニハ
手形上ノ債務者カ裏書ニ依リテ更ニ手形ヲ取得シタル場合ニハ手形取得ハ自
己ノ一身ニ債權者ト債務者トノ資格ヲ併有スルヲ以テ一方ニ於テハ債權者ト

シ他方ニ於テハ債務者トシテ自己カ自己ニ對シテ手形上ノ請求ヲ爲スコトハ事實上爲シ得サル所ナルモ其他ノ手形上ノ債務者ニ對シテハ一定ノ手形上ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘシ但其手形上ノ債務者カ引受人タル場合ト振出人タル場合ト或ハ裏書人タル場合トニ依リテ多少ノ差異アリ左ニ場合ヲ分テテ之ヲ説明セン

第一 振出人カ被裏書人ト爲リタル場合

此場合ニ於テハ振出人ハ全然手形上ノ遡及權ヲ有セス即チ擔保請求權ト償還請求權トハ之ヲ行使スルコトヲ得ス何トナレハ振出人トシテハ悉ク自己ノ後者ニ對シテ遡及權ニ應ゼサルヘカラナル義務ヲ負擔スレハナリ此ノ如ク振出人カ手形所持人タル間ハ手形上ノ遡及權ハ一時消滅シタル形ヲ取ルモノナリ然レトモ更ニ其者カ手形ヲ裏書スルニ至レハ新ニ其手形ヲ取得シタル被裏書人ハ自己ノ總テノ前者ニ對シテ遡及權ヲ取得ス而シテ振出人ハ此場合ニ於テハ振出人トシテモ又裏書人トシテモ手形上ノ請求權ニ應ゼサルヘカラス

第二 裏書人カ被裏書人ト爲リタル場合

此場合ニ於テハ裏書人トシテノ債務者タル資格ニ對シテ自列手形上ノ債權者タル被裏書人トシテ擔保請求權又ハ償還請求權ヲ行使スルコトハ何等ノ利益ナシ又被裏書人タル裏書人ハ其中間ノ裏書人ニ對シテ手形上ノ請求權ヲ行使シ得サルコトハ恰モ振出人タル被裏書人カ手形上ノ請求權ヲ行使シ得サルト同様ナリ然レトモ裏書人タル被裏書人ハ自己ノ裏書人タリシ時以前ノ裏書人ニ對シテハ手形上ノ權利ヲ行使シ得ルハ勿論ナリ若シ又裏書人タル被裏書人カ更ニ他人ニ裏書ヲ爲シタルトキハ其手形ヲ讓受ケタル者ハ總テノ前者ニ對シテ手形上ノ權利ヲ行使シ得ルハ勿論ナリ

第三 引受人カ被裏書人ト爲リタル場合

此場合ニ於テハ手形ノ満期日カ到來セサル以上ハ手形上ノ債權債務ハ混同ニ因リテ消滅スルコトナシ然レトモ債權者ト債務者トノ資格カ同一人ニ歸著シ居ルヲ以テ此場合ニ於テハ手形上ノ遡及權ハ行動スルコトナシ何トナレハ自己カ自己ニ對シテ支拂ヲ請求シ自ラ之ヲ拒絶スルカ如キ現象起リ得タルヲ以テナリ然レトモ引受人カ満期日前ニ更ニ手形ヲ他人ニ裏書シタル場合ニハ手

形上ノ測及權ハ全然復活ス此場合ニ於テハ引受人ハ引受人トシテ手形上ノ義務者タルト同時ニ裏書人タル資格ニ於テハ擔保償還ノ請求ニ應スベキ義務ヲ有ス若シ引受人カ滿期日ニ於テ其手形ノ所持人ナリシ場合ニハ手形上ノ債權債務ハ混同ニ因リ全然消滅スモノナリ

第六項 取立委任ノ裏書

以上裏書ノ種類トシテ述ヘタル第一乃至第五ノモノハ何レモ手形上ノ權利ヲ他人ニ移轉スル效力アル裏書ナリ之ト同時ニ裏書ヲ爲シタル者ハ全然手形上ノ權利ヲ失ヒ單ニ手形上ノ義務者ト爲ル效力ヲ生スル裏書ナルモ此等ノ裏書ノ外ニ尙ホ單ニ他人ヲシテ手形上ノ債權ヲ取立ラシムル爲メニスル所ノ裏書及ヒ手形債權ヲ買入スル爲メノ裏書ノ二種アリ即チ第四百六十三條ノ規定ニ依リ此種ノ裏書ヲ認メタリ先ツ取立委任ノ裏書ニ付テ説明スレハ取立委任ノ裏書ハ單純ニ他人ヲシテ手形ノ債權ヲ取立ラシムル目的トスルモノニシテ其裏書ノ效力ハ此目的ノ範圍内ニ限定セラル隨テ手形上ノ權利者タル者ハ依

然トシテ其裏書人ナリ普通ノ裏書ニ於ケルカ如ク此種ノ裏書人ハ手形上ノ權利ヲ失フモノニ非ス唯自己カ手形債權ヲ取立ツル代リニ他人ヲシテ自己ニ代リテ手形債權ヲ取立ラシムル丈ケノ效力ヲ生スルニ過キス尙ホ換言スレバ代理權ヲ設定スル所ノ一ノ方法ニ過キス

取立委任ノ裏書ハ一ノ委任代理ニ外ナラス其委任ノ事項ハ手形債權ヲ取立ツヘキ一切ノ事項ナリ即チ其被裏書人ハ手形ヲ呈示シテ引受ヲ求ムル爲メニ手形ヲ呈示スルコト若シ其支拂カ拒マルレハ前者ニ對シテ償還ヲ請求スルコト或ハ又目的ノ金額ヲ取得シタルトキハ之ヲ本人タル裏書人ニ引渡スコト等ノ義務ヲ負フモノナリ然レトモ此等ノ事項ヲ實行スルハ普通ノ被裏書人ノ如ク自己ノ權利トシテ實行スルニ非スシテ本人タル被裏書人ノ代理者トシテ權限ヲ行使スルニ過キス

取立委任ノ裏書ニ依リ手形ヲ受ケタル者ハ更ニ同一ノ目的ヲ以テ裏書ヲ爲スコトヲ得第四百六十三條第二項ニ依レハ此意味明カナリ即チ此場合ニ於テハ復代理ヲ設定スルモノナリ然レトモ取立委任ノ裏書ヲ受ケタル者ハ其目的以

外ニ於テ所謂普通ノ裏書ヲ爲スコトヲ得サルハ勿論ナリ何トナルレハ殺ハ手形上ノ權利者ニ非ナレハナリ故ニ若シ取立委任ノ裏書ヲ記載シタル次ニ何等ノ目的ヲ限定セサル普通ノ裏書アリトスルモ到底無効ノ裏書ト稱ハサルヘカラス又一方ニ於テ取立委任ノ裏書ヲ爲スニハ其趣旨ヲ明瞭ニ手形ニ記載セタルヘカラス若シ之ヲ記載セサルトキハ普通ノ裏書トシテ效力ヲ生ズイニ

第七項 質入ノ裏書

質入ノ裏書トハ既ニ存在スル債務ノ擔保トシテ質權者ニ對シテ手形ノ債權ヲ質入スル裏書ナリ隨テ其效力モ亦此目的ノ範圍内ニ限ラレ即チ此場合ニ於テハ手形債權ノ上ニ一種ノ權利質ヲ設定スルモノナリ手形上ノ債權者ハ恰モ取立委任ノ場合ニ於ケルカ如ク其裏書ヲ爲シタル裏書人ナリ此質入裏書ノ被裏書人モ亦更ニ同一ノ目的ヲ以テ裏書ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ即チ當然轉質ヲ爲スコトヲ得然レトモ其目的以外ノ普通ノ裏書ヲ爲スコト能ハサルハ取立委任ノ裏書ニ於ケルカ如シ(第四六三條)

質入裏書ノ被裏書人カ其裏書ニ因リテ如何ナル權利ヲ取得スルヤヲ觀ルニ其手形債權ノ上ニ質權ヲ取得スルニ過キスシテ直接ニ手形上ノ權利者ト爲ルモノニ非ス其結果トシテ質入裏書ノ被裏書人ハ被裏書人ニ對シテ手形上ノ權利ヲ行使スルコトヲ得ス然レトモ其被裏書人ハ民法第三百六十七條第一項ノ規定ニ從ヒテ質權ノ目的タル手形債權ヲ直接ニ取立ツルコトヲ得サルヘカラス即チ此場合ニハ法律ノ規定ニ依リテ自ら裏書人ノ有スル手形上ノ權利ヲ行使スルニ過キスシテ其手形上ノ權利ヲ行使スルコトハ質權者ノ權利ナルモ其手形債權夫レ自身ハ質權者ニ專屬スル權利ニ非ス依然トシテ質入裏書人ニ專屬スル權利ナリ其結果トシテ質入ノ被裏書人カ引受人ニ對シテ支拂ヲ求メ又ハ支拂拒絶ノ場合ニ前者ニ對シテ償還請求權ヲ行使スルニ當リテハ引受人又ハ前者ハ裏書人ニ對シテ有スル抗辯ヲ以テ被裏書人タル質權者ニ對抗スルコトヲ得ヘシトモ主ニ質權者ノ爲メニ抗辯人トシテ行使スルモノナリ

第三章 引受

手形ノ引受トハ手形金額ヲ手形ニ記載セル一定ノ時期一定ノ地ニ於テ支拂フヘキ旨ノ要式ノ意思表示ナリ此意思表示ニ依リ始メテ第三者タル所ノ支拂人カ手形上ノ主タル債務者ト爲ル而シテ此支拂人カ引受ヲ爲スニ付テハ順序トシテ所持人カ手形ヲ支拂人ニ呈示セサルヘカラス之ヲ引受ノ爲メニスル呈示ト名ク元來引受ニ付キ手形ヲ呈示スル必要ハ支拂人ハ多クハ手形カ振出テレタルコトヲ知ラサル場合多シ隨テ支拂人ニ支拂ハ準備ヲ爲サシムル爲メニ支拂期日以前ニ手形ヲ示シ手形上ノ支拂義務ヲ負擔セシムヘキ手續ヲ取ルコトハ雙方ノ爲メニ必要ナリ

第一節 引受ノ爲メニスル呈示

爲替手形ノ引受ヲ求ムルニハ手形ノ所持人ハ其爲替手形ヲ支拂人ニ呈示シテ支拂人ヲシテ支拂義務ヲ負擔スル所ノ意思表示ヲ爲サシメサルヘカラス此引受ノ爲メニスル呈示ハ手形ノ所持人ノ權利トシテ行フコトヲ得ルモノニシテ原則トシテ其義務ニ非ス第四百六十五條ニ依レハ所持人ハ何時ニテモ爲替手

形ヲ缺キタリ契約ノ相手方ニ對シ責任ヲ負ヒ權利ヲ有スルハ依然トシテ船長ナリト雖モ船長ノ行爲ニ付テハ漸次制限ヲ加フルニ至レリ例ハ船長ハ船舶ヲ賣却スルコトヲ得サルカ如キ又船舶ヲ抵當ニ入ルルコトヲ得サルカ如キ制限ハ即チ是ナリ若シ船長カ此制限ヲ越エテ取引ヲ爲シタルトキハ其取引ハ船舶所有者ニ對シテ強制スルコトヲ得ストシタリ當時乗組員ノ不法行爲ニ付テハ不法行爲ヲ爲シタル各自カ責任ヲ負フモノト爲シタリアレロン海法以下之カ規定ヲ設ケタルモノ抄カラス爾後船長ハ海員ノ行爲ニ付テ責任ヲ負擔スヘキ慣例ヲ生シタリ尤モ船舶所有者カ船長等ノ行爲ニ付テ責任ヲ有スルヤ否ヤハ明文上根據ナカリシモ獨逸ノ舊法ニ依レハ船舶ノ衝突ヨリ生スル損害ニ付テハ船舶ヲ限度トシテ責任ヲ負フコトトシタルハ明カナリ又海損ノ場合モ同様ナリシ第十六世紀ノ頃ニハ各國ノ海運著ク旺盛極メ海上航運ノ範圍ハ漸次擴張セラレ殊ニ各國ニ於テ羅馬法ヲ採用シタル爲メ各國ノ法制ハ漸次接近スルニ至リタリ近世ノ海商法ニ於テ船舶所有者カ責任ニ關シテハ此ノ如ク羅馬法以來ノ沿革ニ因リテ發達ヲ見タルモノナリ

以下船舶所有者ノ責任ニ關シテ現時ノ重ナル海商法ヲ參照シテ我商法ノ規定ノ說明ヲ爲スヘシ我商法ニ就キ船舶所有者ノ責任關係ヲ論ゼンニハ先ツ船舶所有者ハ如何ナル行爲ニ付キ責任ヲ負フヤヲ說明スルノ要アリ前述シタル如ク船舶所有者ハ自己ノ行爲ニ付テハ勿論使用人ノ行爲ニ對シテモ無限責任ヲ負擔スルモノナリ船長海員ハ使用人ノ一種ナリト雖モ第三者ニ對スル關係ニ於テハ通常ノ使用人ト同一ノ法規ニ依リ支配セラレルモノニ非ス船舶所有者カ其使用人タル船長海員ノ行爲ニ對シ責任ヲ負フ場合ハ之ヲ二種ニ類別スルヲ便利トス

第一 代理行爲ヨリ生スル場合
 第二 職務執行ヨリ生スル場合

第一ノ場合ニ於テ船舶所有者カ船長海員ノ代理行爲ニ對シ責任ヲ有スルニハ更ニ其行爲カ委任代理ニ基ク場合ト法定代理ニ基ク場合トノ區別アリ委任代理ニ基キ或行爲ヲ爲シタルトキハ代理者カ船長タルト海員タルトニ論ナク船舶所有者ハ普通代理法ノ原則ニ因リ自己カ之ヲ爲シタルト等シク無限責任ヲ

負ハタルヘカラス法定代理ニ基ク行爲ハ船長獨リ之ヲ爲シ得ルモノナリ船長ニ法律ノ規定ニ因リ船舶ニ關シ代理權ヲ有ス此點ニ於テ他ノ船員ト其性質ヲ異ニスル所トス船長カ法定代理權ニ基キ爲シタル行爲ニ付テハ船舶所有者ハ責任ヲ負フハ勿論ナリト雖モ其責任タル特別ノ委任ニ基キ爲シタル場合トハ區別アリ即チ我商法第五百四十四條ニ規定スル所ニシテ船舶所有者ノ責任ハ輕減セラレルモノナリ外國ノ例モ略ホ同様ニシテ獨逸商法第四百六十四條ニ「船舶所有者ハ船長カ法定ノ權限ニ因リ特別ノ委任ヲ受クルコトナク爲シタル法律行爲ニ對シ船舶運送貨ヲ限リ責任ヲ負フコトヲ規定セリ佛蘭西商法第二百十六條ニモ船舶及ヒ航海ニ關スル事項ニ付キ船長カ取結ヒタル取引ハ船舶所有者ニ於テ責任ヲ有スヘキコトヲ規定セリ船長ノ有スル法定代理權ノ如何ナルモノナルヤハ船長ノ章ニ於テ述フルヲ以テ茲ニ之ヲ述ヘス

第二ノ場合即チ船長海員カ職務ヲ執行スル爲メ第三者ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ付テハ船舶所有者カ責任ヲ有スルハ明カナリ其責任ハ民法上ノ規定ニ因リ使用者ノ責任ヨリ重シト謂ハサルヘカラス民法第七百十五條ニ依レハ或事業

爲メ他人ヲ使用スル者ハ被用者ノ選任及ヒ其事業ノ監督ニ付キ注意更爲シ
 タルニ於テハ被用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル
 ノ責任セザルナリ海商法ニ於テハ然ラス船長海員カ職務ヲ執行スルニ際シ
 他人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ船舶所有者ハ其選任ニ注意シタルト其事業ノ監
 督ヲ爲シタルト否トニ拘ハラズ責任ヲ負ハサルヘカラサルモノナリ船舶所有
 者カ此ノ如ク重キ責任ヲ有スルハ公益ヲ保護スルノ必要ヨリ生シタルナリ固
 ヲリ船舶所有者ノ有スル責任ハ船長其他ノ船員カ職務ヲ執行スルニ當リ加ヘ
 タル損害ナラサルヘカラス故ニ職務ニ關係ナキ學問ヲ爲シ他人ニ損害ヲ加フ
 ルモ船舶所有者ハ之ヲ賠償スルノ責任ヲ有セザルヤ明カナリ外國ノ商法モ我
 商法ト等シク船長海員等ノ職務執行ヨリ生スル損害ニ對シ責任ヲ負ハシムル
 コトヲ規定セリ佛蘭西商法第二百十六條ニハ船舶所有者ハ船長ノ行爲ニ對シ
 責任ヲ有スル旨ヲ定メタリ此商法ニハ乘組員ノ行爲ニ付テハ明文ヲ示サズト
 雖モ之ヲ解釋スル學者ノ說ニ依レハ船舶所有者ハ乘組員カ職務ヲ執行スルニ
 因リ生セシメタル損害ニ付テモ等シク責任ヲ有スルモノトセリ獨逸商法第四

百八十六條ニ於テモ船舶所有者ハ乘組員中ノ一人ノ過失ニ對シ責任ヲ負擔ス
 ルコトヲ規定セリ
 終ニ屢議論ヲ生スル點ニ付キ一言スヘシ即チ船長カ法禁ヲ犯シテ積荷ヲ運送
 シタル場合はナリ或ハ此場合ニ付テ船舶所有者ハ責任ヲ有セスト論スル者ア
 リト雖モ貨物ヲ搭載運搬スルハ船長ノ責任事項ナルヲ以テ船舶所有者ハ責任
 ヲ有スト斷定スルヲ相當ト認ム
 尙ホ研究ヲ要スルモノアリ一ハ旅客カ他人ニ損害ヲ加ヘタル場合ニシテ一ハ
 本先人カ他人ニ損害ヲ加ヘタル場合はナリ先ツ第一ニ船舶所有者ハ旅客ノ行
 爲ニ付キ責任ヲ負フヘキヤ否ヤト云フニ旅客ハ船舶所有者ノ用人ニ非ザル
 ハ固ヨリ言フ埃タサル所ニシテ其行爲ニ對シ船舶所有者カ責任ヲ負擔セザル
 ハ亦明カナリト謂ハサルヘカラス然レトモ旅客カ船内ニ於テ不法行爲ヲ爲シ
 他人ニ損害ヲ生セシメタルニ付テハ船長ハ其職責上缺點ナキヤ否ヤヲ審ヒセ
 タルヘカラス船長ハ船内ニ於ケル秩序ヲ維持スル權限ヲ有シ又之ヲ維持スル
 責任ヲ有スルモノナリ故ニ船長カ其責任ヲ盡サズシテ旅客ヲシテ不法行爲ヲ

爲ラシメタルトキハ船長ハ職務ヲ執行スル上ニ於テ十分ノ注意ヲ用ヒタリト
 謂フコトヲ得タルヘシ即チ船舶所有者ハ此點ニ於テ責任ヲ負ハサルヘカ
 ルモノトス第二ニ船舶所有者ハ水先入ノ行爲ニ付キ責任ヲ負フヘキヤ否ヤノ
 問題ハ各國ノ規定並ニ學者ノ解說ハ區區タリト雖モ予ノ信スル所ニ依レハ船
 舶所有者ハ責任ヲ有スト解スヘキモノナリ其理由ニ至ラテ第五章ヲ終ニ於
 テ説明スルヲ以テ茲ニ揭ケス
 以上述ヘタル如ク船舶所有者ハ原則トシテ船舶ノ使用上第三者ニ對シテ無限
 責任ヲ有スルモノナリ自己ノ行爲ニ起因スル場合ハ勿論其使用人ノ行爲ニ付
 タモ亦無限責任ヲ負ハサルヘカラス然レトモ諸國ノ法律ニ於テハ損害カ船長
 其他船員ノ行爲ニ基ク場合ニハ船舶所有者ヲシテ無限責任ヲ負ハシメス大抵
 多少之ヲ輕減スルノ規定ヲ設ケタリ既ニ述ヘタル如ク「コンソレ」條、
 「レ」ニ於テモ船長ノ過失ニ因リ生シタル損害並ニ船長カ締結シタル契約ニ付
 タハ船舶所有者ハ船舶ノ價格ヲ限リテ責任ヲ負フヘキモノト定メタリ何故ニ
 此ノ如ク船舶所有者ヲ責任ヲ輕減スルヤト云フニ是ハ頗ル理由ヲ存スルモ

ノアルナリ抑モ船舶所有者カ自ラ船舶ヲ操縦スルコトハ極メテ稀ニシテ其信
 用スル船長ヲ選任シテ之ニ一任スルヲ普通トス古代ハ赫キヲ論セス近年海運
 事業ノ著シク進歩セル船舶ハ積量ヲ増加シ構造ヲ巧妙ニシ隨テ專門ノ學術並
 ニ多年ノ經驗ヲ有スル者ニ非ナレハ船長ノ職務ヲ執ルコト能ハサルニ至レリ
 故ニ現今ハ普通ノ場合ニ於テ船舶所有者カ同時ニ船長ナルコトハ殆ト不可能
 ノ事項ナリト云フモ不可オキカ如シ船長ハ船舶ニ於ケル位置ハ從來多少ノ沿
 本ヲ經タル所ニシテ古代ニ在リテハ船長ハ單純ニ船舶ヲ操縦スル職務ニノミ
 任シタルモノナリシモ漸次其船舶ノ利用ニ關スル法律行爲ニ付テモ併セテ之
 ヲ爲ス權限ヲ有スルコトト爲シ今日ニ及ヘルナリ而シテ船舶ノ操縦其他船舶
 ノ利用ニ關シ船舶所有者ハ自ラ船長ノ行爲ヲ監督スルコト能ハサルヲ以テ而
 モ猶ホ船舶所有者ヲシテ船長ノ行爲ニ對シテ無限責任ヲ負擔セシムルハ頗ル
 酷ニ過タルモノト謂ハサルヘカラス若シ船舶所有者カ船長ヲシテ航海ヲ爲サ
 シムル爲メ常ニ自己ノ全財産ヲ以テ責任ヲ負ハサルヘカラストスルトキハ海
 運業ハ頗ル危險ナル位置ニ立テ船舶所有者ハ安シテ業務ニ從事スルコト能

商法學 船舶所有者ノ責任

大抵コトト爲ルベシ然ラハ海商ハ遠ニ類敷ニ歸スルナキヲ保シ難シ乃チ諸國ノ法律ニ於テ船長其他船員ノ行爲ニ付キ生スル船舶所有者ノ責任ニ關シ多少ノ輕減ヲ爲シタルハ蓋シ已ムヲ得ル出テ其地ノトス現今船舶所有者ノ責任ヲ輕減スルコトハ各國ノ法律ニ於テ殆トシテ致スル所ナリト雖モ其方法ニ至リテハ區區ニシテ決定セズ大體ニ付キ之ヲ區別セシ左ノ三主義ト爲スニトヲ得ヘシ

第一 委任主義
此制度ハ佛國及ヒ佛法系ノ諸國ニ行ハル所ナリ原則トシテハ船舶所有者ハ船長海員ノ行爲ニ付キ無限責任ヲ負フト雖モ船舶所有者ハ船舶及ヒ運送貨ヲ債權者ニ委任スルトキハ責任ヲ免ルルコトヲ得ルモノトス

第二 海產主義
此制度ハ獨逸商法ノ採用セル所ナリ船舶債權者ハ船舶及ヒ運送貨ニ限リ權利ヲ行フコトヲ得ルモノトシテ船舶所有者ノ責任ヲ有限ト爲スモノトス

第三 船價主義
此制度ハ英國法ニ於テ採用セル所ナリ船舶所有者ハ其噸數ニ應シテ一定ノ價格ヲ以テ責任ヲ有スト爲ス英國ノ現行法ニ依レハ噸ニ付キ八磅人命ニ關スルトキハ十五磅ト規定セリ

以上列記シタル各主義ハ外西班牙商法ハ稍ヤ異ナル所規定ヲ設ケ居レリ船舶所有者ニ船舶及ヒ運送貨ヲ委任シテ責任ヲ免レ得ヘキコトヲ認メタリト雖モ是レ衝突ヨリ生スル損害ノ場合ニ限リ適用スルコトヲ得ルニ止マル船長海員ノ行爲ニ付キ汎ク船舶所有者ノ責任如何ヲ見ルトキハ船舶所有者ハ無限責任ヲ有スルモノト謂フヘキモノナリ故ニ前記各主義ニ對配スレハ無限主義ト命名スルコトヲ得ヘキカ如シ

前記委任主義海產主義並ニ船價主義ハ各長短利害ヲ存スル所ナリ委任主義ト海產主義トハ兩者等シク船舶所有者ノ責任ヲ船舶及ヒ運送貨ニ限リ結果ニ至リテハ同一ナリト雖モ委任主義ニ於テハ船舶所有者カ委任ヲ爲スニ因リテ始メテ其責任ヲ輕減スルコトヲ得ルニ反シ海產主義ニ於テハ船舶債權者ノ權利ハ船舶及ヒ運送貨ニ限リテ執行スルコトヲ得ヘク船舶所有者ノ責任ハ初ヨリ制

限セラレ居ルノ差別アリ即チ此ニ主義ハ理論ニ於テ頗ル區別アリト謂ハサ
 へカラス海産主義ト船債主義トハ船舶所有者ノ責任ヲ有限トスル點ニ於テハ
 全ク精神ヲ同シクセリト雖モ結果ニ至リテハ大ニ異ナレリ即チ海産主義ニ於
 テハ船舶其モノヲ目的トスルカ故ニ船舶カ價格ヲ有セサルニ至リタルトキハ
 債權者ハニモ得ル所ナカルヘシ船債主義ニ於テハ法定ノ船價ヲ以テ責任ヲ負
 フモノナルカ故ニ船舶カ價格ヲ失フトキト雖モ船舶債權者ハ所有者ニ對シテ
 法定ノ價格マテハ權利ヲ行フコトヲ得ルモノナリ然レトモ現今ノ如ク船舶ノ
 價格カ著シク騰貴シタル時代ニ於テハ船舶ノ實價カ法定ノ價格ヲ超過スルコ
 ト決シテ稀ナラス船舶債權者ハ實價ノ如何ニ拘ハラヌ法定ノ船價ノ範圍内ニ
 非テレハ其權利ヲ行フコトヲ得サルナリ船舶所有者ノ責任ト範圍トニ關シテ
 ハ曩ニ萬國海法會議ニ於テ討議スル所アリ大議論ヲ惹起セリ尤モ其問題ハ衝
 突ヨリ生ネル船舶所有者ノ責任ヲ如何ニ定ムヘキヤト云フ點ニ在リシ討議ノ
 結果ハ船舶所有者ヲシテ船舶及ヒ運送貨ヲ委付スルカ若クハ噸數ニ應ジ一定
 ノ船價ヲ夫負擔ヲ爲スカ各自ノ便宜ニ任シ之ヲ擇ヒテ責任ヲ負ハシムヘシト

云フニ歸セリ然ラハ我國ノ制度ハ何レノ主義ニ屬スルヤ舊商法ニ於テハ獨逸
 主義即チ海産主義ヲ採用シタリシモ現行商法ハ之ヲ改メテ佛蘭西主義即チ委
 付主義ヲ採用シタリ次ニ我現行法ニ就テ如何ナル場合ニ船舶所有者ノ責任ヲ
 輕減スルヤ又如何ニ責任ヲ輕減スルヤヲ論セントス
 第一 責任ヲ輕減スル場合
 商法第五百四十四條ニ依レハ船舶所有者カ責任ヲ輕減セララルハ左ノ二様ノ
 場合ニ限ルモノトス即チ其一ハ船長カ法定ノ權限内ニ於テ或行爲ヲ爲シタル
 場合ニシテ他ノ一ハ船長其他ノ船員カ職務ヲ行フニ當リ他人ニ損害ヲ加ヘタ
 ル場合はナリ順次之ヲ説明スヘシ
 (一) 船長カ法定ノ權限内ニ於テ或行爲ヲ爲シタル場合
 此場合ニ於テハ船長
 カ代理權ニ因リテ法律關係ヲ惹起シタルモノナルカ故ニ民法上ノ原則ヨリ論
 スレハ船舶所有者ハ無限責任ヲ負ハサルヘカラサルカ如シ然レトモ船舶所有
 者ハ船長ニ對シ船舶ニ關スル技術上並ニ法律上ノ行爲ヲ一任スルヲ普通トシ
 而モ自ら監督ヲ十分ニスルコト能ハス元來船舶ニ關スル法律行爲ヲ船長ニ一

任スルハ雷ニ船舶所有者ノ便宜ニ出テタルノミナラス船舶ニ關係ヲ有スル人即チ荷送人備船者海上保險業者等ニ對シテモ必要ナル所ニシテ即チ船舶ニ關スル事項ヲ船長ヲシテ處理セシムルハ一般ノ利益ニ屬スル所トス此ノ如キ實際ノ必要ヨリシテ商法ニ於テモ船長ハ船籍港外ニ於テハ航海ノ爲メ必要ナル一切ノ裁判上又ハ裁判外ノ行爲ヲ爲ス權限ヲ有スト規定セリ加之船長ハ必要ナル場合ニハ船舶ヲ抵當ト爲シ又ハ借財ヲ爲シ又ハ積荷ノ全部若クハ一部ヲ賣却又ハ質入スルノ權限ヲ有スルモノナリ此權限ハ法律ニ依リテ與ヘラレタルモノニシテ船舶所有者ノ特別ノ委任ヲ要セス其他船長ノ權限ニ付テハ第五章ニ於テ述フヘキヲ以テ茲ニ之ヲ略ス此ノ如ク船長ハ法定ノ權限ヲ有ス此範圍内ニ於テ或行爲ヲ爲シタルニ當リ船舶所有者ヲシテ特別ノ委任ヲ爲シタルト同シク無限責任ヲ負ハシムルハ酷ナルヲ以テ各國ノ法律ニ於テ其責任ヲ輕減スルヲ普通トス固ヨリ船舶所有者カ船長ニ特別ノ委任ヲ爲シ若クハ追認ヲ爲シタルトキハ其責任ヲ輕減スルヲ得サルハ當然ノ事ナリ唯例外トシテ視ルヘキハ商法第五百四十四條第二項ニ規定セル事項是ナリ即チ前項ノ規定ハ雇

傭契約ニ因リテ生シタル船員ノ權利ニ付テハ之ヲ適用セストアリ船員ノ中船舶所有者カ自ら雇入ルル者ハ船長ニシテ他ノ使用人ハ船長ニ於テ雇入ルルヲ普通トス船長ハ船籍港ニ於テアラ海員ノ雇入雇止ヲ爲ス權限ヲ有スルコトハ法律ノ認ムル所ニ屬ス故ニ前ニ述ヘタル如ク船長ノ法定ノ權限内ニ於テ爲シタル行爲ニ付テ船舶所有者ノ責任ヲ輕減スルトセハ船舶所有者ハ船長ノ權限内ニ於テ締結シタル雇傭關係ヨリ生シタル責任ニ對シテモ其責任ヲ輕減スルコトヲ得ルモノナリト謂ハサルヘカラス然レトモ商法ニ於テハ特ニ第五百四十四條第二項ヲ以テ例外ヲ認メ其然ラサルコトヲ定メタリ是レ畢竟船員ヲ保護スル趣旨ニ出テタルニ外ナラス從前船舶ハ支拂ノ源ナリトノ原則行ハレ海員ノ給料モ亦船舶ト共ニ消滅スルモノト爲シタレトモ近時此原則ハ排斥セラレ各國ニ於テ採用セラレザルニ至リ即チ船舶所有者ハ船員ニ對シ雇傭關係上無限責任ヲ有スルモノトセリ我商法第五百四十四條第二項ノ規定ハ即チ此趣旨ナリ尙ホ附言スヘキハ船舶所有者自ラ契約ヲ締結シ其執行ヲ船長ニ一任スル場合ニシテ此場合ニ該契約カ十分ニ履行セラレザルトキハ船舶所有者ハ無限責任

ヲ有スルヤ否ヤノ問題ナリ 獨逸商法ニ於テハ此點ニ關シ明文ヲ示シ船舶所有者ノ責任ヲ船舶並ニ運送貨ニ限ルモノトセリ 佛蘭西商法ニ於テハ明文ヲ掲ケヌ又學者ノ說タ所ニ様ナラスト雖モ多數ノ見解ニ依レハ船舶所有者ハ此場合ニ船舶運送貨ヲ委付シテ責任ヲ免ルルコトヲ得ヘシト論スルモノノ如シ 我商法ハ佛蘭西ノ商法ト同様ニ此點ニ關スル明文ヲ缺ク之ヲ按ズルニ本契約ハ船舶所有者カ自ラ之ヲ締結シタルモノナルカ故ニ單純ナル理論ヨリ觀察スレハ船舶所有者ハ之ニ對シテ無限責任ヲ負ハサルヘカラサルヤ明カナリ而シテ所謂商法修正案參考書ニ依ルモ此種類ノ責任ニ付テハ委付ヲ許ササルモノノ如シ此參考書ハ修正ニ關スル有權の理由書ニ非ス單ニ參考ノ資ニ供セラルヘキモノニ止マリ其說明ニ重キヲ置クヲ得ス予ノ見ル所ヲ以テスレハ前掲ノ場合ニハ委付ヲ許スヘキモノナリト思惟ス何トナレハ船舶所有者カ自ラ締結シタル契約ニシテ其執行カ船長ノ職務ノ範圍ニ屬スルモノハ運送契約ヲ適例トス此運送契約ハ船舶所有者ニ於テ自ラ之ヲ締結シタリトスルモ其執行ハ必スヤ船長其人ノ行爲ヲ俟タサルヘカラス其然ル所以ハ契約ノ相手方ニ於テモ契約締

結ノ當初ヨリ承認スル所トス 船舶所有者ハ船長ノ行爲ニ對シテ自ラ監督ヲ爲スコトヲ得ス 船長カ其責任ヲ盡サス爲メニ契約ノ相手方ニ對シテ損害ヲ及ボサレタタルトキハ船舶所有者ハ他ノ場合ニ於ケルト均シク責任ヲ輕減セシムルノ當然ナルヲ認メサルヘカラス

(二) 船長其他ノ船員カ職務ヲ執行スルニ當リ他人ニ損害ヲ加ヘタル場合 此場合ニ付テモ船舶所有者ハ前段ト均シク自ラ船員ヲ監督スルコトヲ得サルカ故ニ其責任ヲ輕減セシムヘキモノナリ 此場合ニ付テハ左記ノ四條件ヲ具備スルコトヲ要スルモノトス

(1) 事實上損害ヲ生セシメタルコト

(2) 船長其他ノ船員ノ所爲タルコト

(3) 其加ヘタル損害ハ他人ニ加ヘタルモノナルコト

(4) 他人ニ加ヘタル損害ハ船長其他ノ船員カ職務ヲ行フニ當リ加ヘタルモノナルコト

以上四ノ條件中一ヲ缺クトキハ船舶所有者ハ全然責任ヲ有セサルカ若クハ責

南洋通商 船舶所有者 船舶所有者ノ責任

任ヲ有スル場合ナリトモハ船舶運送貨等ヲ委付ニ因リテ責任ヲ免ルルコトヲ得ナルモノナリ例ハ船長若クハ海員カ陸上ニ於テ他人ニ負傷セシメタル場合ノ如キハ職務ノ執行ニ因リ加ヘタルモノニ非サルカ故ニ船舶所有者ハ何等ノ責任ヲ有セザルモノナリ之ニ反シテ船員一人カ其職務ヲ行フニ當リテ他ノ船員ニ損害ヲ加ヘタルトモハ船舶所有者ハ責任ヲ負ハサルヘカラサルコト明カナリ然レトモ此場合ニ於ケル責任ハ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキト異ナリ船舶運送貨等ヲ委付シテ其責任ヲ免ルルコトヲ得サルモノトス商法第五百四十四條ニ於テハ汎ク他人ニ加ヘタル損害云云ト規定セリト雖モ船舶所有者カ責任ヲ負フハ船長其他船員ノ過失怠慢等ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタル場合ノミニ限ル船長海員等カ他人ニ損害ヲ加ヘタリトスルモ例ヘハ天災等ニ起因セル損害等ニ付テハ船舶所有者ハ責任ヲ負フコトヲ要セザルハ言ヲ埃タサル所ナリトナシ

以上二種ノ場合ニ通シテ船舶所有者ニ委付ノ權利ヲ行フコトヲ許シタルハ船舶所有者ノ利益ヲ保護スルカ爲メナリ故ニ船舶所有者自ラ過失アルトキニハ

委付ニ因リテ責任ヲ免ルヘキ特權ヲ行使スルコトヲ許ササルハ當然ナリトモ即チ第五百四十四條ニ但書ヲ以テ船舶所有者ニ過失アルトキハ委付ニ因リテ責任ヲ免ルルコトヲ得サルコトヲ規定セリ

第二 責任ノ範圍

我商法ノ定ムル所ニ依レハ船舶所有者ハ前述二種ノ場合ニ於テ船舶運送貨損害賠償又ハ報酬ノ請求權ヲ債權者ニ委付シテ責任ヲ免ルルコトヲ得ルモノトス商法第五百四十四條ノ規定ハ即チ是ナリ本條ノ趣旨ハ船舶所有者ニ船舶運送貨等ヲ委付スヘシト命スルニ非スシテ船舶所有者ニ於テ所謂陸上ノ財産ヲ以テ責任ヲ負フコトヲ希望セザルトキニ其船舶運送貨等ヲ委付シテ責任ヲ免ルルコトヲ得ヘシト定メタルモノナリ我商法ニ於テハ船舶運送貨損害賠償及ヒ報酬ノ請求權等ヲ列舉セリト雖モ同一ノ委付主義ヲ採用セル佛蘭西ノ法律ニ於テハ船舶運送貨ノ二者ヲ指示スルニ過キス獨逸商法ハ船價主義ヲ採用セルニ同様ニ船舶運送貨ノ二者ヲ掲ゲテ責任ノ限界トセリ學者ノ説明ニ依レハ船舶運送貨ト云ヘルハ所謂海産ヲ指シタルモノニシテ仔細ニ記載セスト雖モ損

害賠償又ハ報酬ノ請求權ノ如キモ當然包含セラレルモノトセリ次ニ此船舶運送貨等ニ就キ其内容ヲ説明スルハシテ其責任ノ所在ヲ明セシメテ之ヲ請求スルハ其責任ノ所在ニ依リテ決定スルベシ

(一) 船舶 船舶ト稱スルハ廣義ノ船舶ヲ謂フ故ニ各種ノ附屬物ヲモ包含ス船舶ト稱スルハ或事故ノ發生シタル船舶ノミヲ指稱スルモノナリ若シ船舶所有者カ同時ニ數艘ノ船舶ヲ所有スルモ事故ニ關係ヲ有セザル他ノ船舶ハ之ヲ委付スルコトヲ要セザルハ勿論ナリトス船舶ヲ委付スルニハ其船舶カ如何ナル狀態ニ在ルニ拘ハラサルモノトス故ニ船舶カ破壊シ又ハ棄揚ケタル場合ニモ等シク委付スルコトヲ得ヘシ其船舶ニ抵當權貸借權ノ設定アル場合ト雖モ委付ヲ爲スコトヲ妨グス故ニ船舶ヲ委付スルニ當リ其船舶カ毫モ價格ヲ有セザルコトナシトモ價格ノ有無ハ委付ノ效果ニ異動ヲ生セザルモノトス船舶ヲ委付スルトハ船舶其モノヲ委付スルコトヲ指稱ス故ニ之ニ代フルニ金錢ヲ以テスルモ債權者ハ之ヲ拒絕スルコトヲ得ヘシ

(二) 運送貨 運送貨ハ船舶ノ利用ヨリ生スル果實ナリ隨テ船舶ヲ委付スル場合ニ之ヲ委付スルニキハ當然ノ事理ナリト謂ハサルヘカラス然ラザレバ船舶所

有者ハ特ニ利益ヲ得ルコトヲ委付ニ因リテ責任ヲ免レシムル趣旨ニ背反スルコトアルヘシ委付スルハ運送貨ハ事故ノ發生シタル時ニ於テ取得シ若クハ取得スルキモノヲ指稱ス若シ運送契約ノ所定ニ依リ距離ニ應シテ運送貨ヲ定ムル場合ニ一部分ノミヲ運搬シタルトキ又貨物ヲ滅失セシメタルカ爲メ運送貨ノ收入ヲ減少シタルトキ等ニ於テ船舶所有者カ委付スルハ實際收入スル運送貨ヲ謂フモノナリ運送貨ト稱スルハ單リ積荷ニ對スルモノノミナラス旅客ニ對スルモノヲモ包含スト解釋スルヘシ委付スル運送貨トハ收入ノ總額所謂總收入ヲ指シヤ若クハ航海費用ヲ減シタル所謂純收入ヲ指スマト云フニ付テハ議論區區ニシテ一定セズ佛蘭西ニ在リテハ純收入ナリト解スル者多キヲ占ムルカ如キモ獨逸ニ在リテハ總收入ヲ指スト論スル者多シ我商法ニ於テモ隣國ノ存スル所ナリト雖モ予ハ總收入ヲ指稱スルモノナリト解スルヘキモノナリト信ス

(三) 船舶ニ付キ有スル損害賠償又ハ報酬ノ請求權ノ損害賠償ノ請求權トハ船舶カ損害ヲ受ケ之カ賠償ヲ請求スル權利ヲ謂フ例ハ委付ヲ爲サントスル船

船舶ノ過失ノ爲メニ衝突セラレ因リテ損害ヲ受ケ之ヲ賠償セシムル
 キトキニハ其船舶ト共ニ此賠償請求權ヲモ委付スヘキモノトス又報酬ノ請求
 權トハ船舶カ他ノ船舶ニ對シ或仕事ヲ爲シ因リテ報酬ヲ請求スヘキ場合ニ於
 ケルカ如キ權利ヲ謂フ而シテ其請求權ハ船舶ト共ニ委付スヘキモノナリ例
 ハ船舶カ航海中遭難船ヲ救助シタルトキ又ハ他船ノ曳船ヲ爲シタルトキニ於
 テ之カ報酬ヲ請求スルカ如キ又ハ運送契約ニ因リテ船積墮揚等ニ付テ報酬ヲ
 請求スル權利ヲ生シタルカ如キ場合ニ船舶ヲ委付スルトキハ其請求權モ併セ
 テ委付スヘキモノトス以上述ヘタル損害ノ賠償請求權又ハ報酬ノ請求權ハ所
 謂海産ニ屬スルモノナリ茲ニ疑アルハ船舶所有者カ其船舶ヲ保險ニ付シタル
 場合ニ保險金モ併セテ委付スヘキヤ否ヤノ點是ナリ予ノ見ル所ヲ以テモハ保
 險金ハ之ヲ委付スルコトヲ要セザルモノトス抑モ船舶所有者カ其責任ヲ免ル
 ル爲メ委付ヲ爲スヘキ目的ハ第五百四十四條ニ列舉セラルル所ナリ而シテ保
 險金ハ其列記各項ノ一ニ該當スルヤ否ヤト云フニ保險金ハ船舶ニ非ス運送貨
 ニ非ナルコトハ特ニ辨明ヲ下スヲ要セス又報酬ノ請求權ニモ非ナルコト明カ

ナリ唯損害賠償ノ請求權ニ非ナルカノ疑ナキニ非ズルヘシ然レトモ契約ト不
 法行爲トノ間ニ區別ヲ爲シ得ル能力ヲ有スル者ノ容易ニ保險金カ損害賠償ニ
 非ナルコトヲ明カニスルコトヲ得ヘシ之ヲ要スルニ我現行法ニ於テハ保險金
 ハ委付スヘキ目的ノ何レノ範圍ニモ屬セザルモノナリ加之委付主義ヲ採用ス
 ル佛蘭西ノ學者ノ說ニ依ルモ保險金ハ陸産ナリ隨テ委付ヲ爲スヲ要セスト論
 セルヨリ觀ルモ疑ヲ容ルヘキ餘地ナカラントス又ハ保險金ハ陸産ナリ陸産者ノ責任
 以上船舶運送貨其他ノ請求權ニ付キ概要ヲ説明シタリ此等ヲ委付シテ責任ヲ
 免ルルハ船舶所有者ノ權利ニ屬スル所トス乃チ其權利ヲ行使セザル船舶所有
 者ハ此利益ヲ受クルコト能ハザルハ言ヲ埃タサルナリ而シテ船舶所有者カ此
 權利ヲ行ハントスルニハ可成の債權者ノ利益ヲ損セザルコトニカメザルヘカ
 ラス故ニ船舶ヲ繼續シテ航海ノ用ニ供スルコトハ船舶所有者ニ於テ債權者ノ
 同意ヲ得ルコトヲ必要トセリ商法第五百四十五條ニ依レハ船舶所有者カ債權
 者ノ同意ヲ得シテ更ニ航海ヲ爲サシメタルトキハ委付權ヲ行フコトヲ得テ
 ルモノトス

委付ノ方式ニ付テハ我商法ニ何等ノ明文ヲ示スコトナシ故ニ如何ナル方法ヲ
 採用スルモ支障ナク船舶所有者カ委付スル趣旨ヲ債權者ニ通知スルヲ以テ足
 レリト爲ササルヘカラス尤モ委付ハ保險ノ場合ト等シク單純ナルコトヲ必要
 トス即チ無條件ナラサルヘカラス又委付ハ船舶運送貨等ノ一部分ニ限リテヲ
 爲スコトヲ得ス若シ條件附シテ爲シ又ハ船舶運送貨等ノ一部分ノミニ付
 キ委付ヲ爲サントスルトキハ債權者ハ之ヲ拒ムコトヲ得ヘシ債權者ハ其
 委付ハ如何ナル結果ヲ生スルヤト云フニ船舶所有者カ之ニ因リテ其實ヲ免ル
 ルコトヲ得ヘキハ商法第五百四十四條ニ依リテ明カナリ此場合ニ債權者ハ如
 何ナル位置ニ立ツヤニ付テ二様ノ解釋アリ第一ノ解釋ニ依レハ債權者ハ委付
 ニ因リテ船舶運送貨等ノ所有權ヲ取得スト爲シ第二ノ解釋ニ依レハ委付ヲ爲
 スモ船舶運送貨ノ所有權ハ依然舊所有者ニ屬シ債權者ハ其代理者トシテ之ヲ
 處分スル權限ヲ取得スルニ過キスト爲セリ即チ前者ハ委付ヲ以テ權利移轉ノ
 行爲ト爲スモ後者ハ之ニ反シテ委付ヲ以テ清算ノ方法ト看做スニ過キスト爲
 セリ此兩説ハ佛蘭西ノ學者間ニ行ハレ今尙ホ歸一スルニ至ラサル所ナリ予ノ

見ル所ニ依レハ船舶所有者カ船舶運送貨等ノ委付ヲ爲シ債權者カ之ヲ受ケタ
 ルトキハ之ニ因リテ船舶運送貨等ノ所有權ハ移轉セラルルモノト謂ハサルヘ
 カラス此場合ニ委付ハ權利移轉ノ方法タルコトハ疑ヌ容レザルヘシ然レトモ
 債權者カ委付ノ通知ヲ受ケタルモ自ラ其船舶ヲ取得スルコトヲ欲セザル場合
 又ハ債權者カ多數アル場合ニハ委付ノ目的ヲ處分シテ債權ニ充用セザルヘカ
 ラス即チ船舶運送貨等ノ所有權ハ委付ニ因リテ直チニ債權者ニ移轉スト謂フ
 コトヲ得ス約言セテ委付ハ原則トシテ權利移轉ノ方法ナリト雖モ場合ニ依リ
 テハ一定ノ手續ヲ經ルニ非カレハ權利ヲ移轉セシメザルコトアリト謂フヘキ
 モノナリト認ムルニ可キ也又佛蘭西ノ學者間ニ行ハレ今尙ホ歸一スルニ至
 最後ニ研究スヘキハ船舶所有者カ同時ニ船長タル場合はナリ此場合ニ船舶所
 有者ハ委付ヲ爲シ得ルニ由ヤト云フニ各國ノ立法例ハ頗ル區別タルヲ免レズ
 佛蘭西ノ法律ニハ船舶所有者カ同時ニ船長タル場合ニハ船舶ノ全部ヲ所有ス
 ルト其一部ヲ所有スルコトヲ拘ハラズ委付權ヲ行使セザルコトヲ以テ原則
 トセリ然レトモ船舶ノ一部ヲ所有スルニ過カズ所キハ船舶航海ニ關シ締結

シタル契約ハ生ズル債務ニ付テハ共有部分ノ割合ヲ以テ責任ヲ負フヘキコトヲ規定セリ即チ不法行為ニ付テハ全然委付ヲ爲シ能ハサルノ趣旨ナリ最ニ此點ハ千八百八十五年八月ノ法律ニ依リ變更ヲ加ヘテ更ニ即チ船舶カ海港等ノ水上ニ於テ海難ニ遭シタル場合又ハ港ニ公ノ營造物ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ船舶所有者ハ政府ニ對シテモ仍ホ船舶及ヒ運送貨ヲ委付シテ責任ヲ免ルルコトヲ得ヘシト爲シタリ而シテ此場合ニハ船長カ同時ニ船舶所有者タルモ委付ヲ爲シ得ヘキコトヲ認メタルモノナリト云ヘリ芬蘭ノ法律ニ依レハ船舶所有者カ同時ニ船長タル場合ニハ若シ船舶ノ全部ヲ所有スルトキハ委付權ヲ行使スルコトヲ得タルモ之ニ反シテ一部分ヲ所有スルニ過キザルトキハ委付ノ權利ヲ行フコトヲ得ヘシト規定セリ又獨逸ノ法律ニ於テハ全ク此點ニ付キ明文ヲ設ケス故ニ獨逸ノ學者間ニ二様ノ解釋ヲ生セリ甲說ニ依レハ船舶所有者カ同時ニ船長ナル場合ニモ其所有ノ割合カ船舶ノ全部ニ亙ルト一部ニ止マレトモ間ハス船舶所有者トシテ委付權ヲ行使スルコトヲ得セシムヘシト云フニ在リ故ニ此說ニ依ルトキハ船舶所有者カ船長トシテ過失アリトスレバ船

ヲナリ得ルニ付テハ其責任ノ範圍ハ其所有ノ割合ニ依リテ決定スルコトヲ以テ之ヲ規定セリ且其責任ノ範圍ハ其所有ノ割合ニ依リテ決定スルコトヲ以テ之ヲ規定セリ

(B) 否認權ノ行使 破産者カ其宣告ヲ受タル以前ニ於テ爲シタル行為ニシテ破産債權者ノ利益ヲ害スヘキモノハ我現行破産法ニ於テハ佛蘭西商法ニ於テハルカ如ク破産宣告ノ效力トシテ破産財團ニ對シテ之ヲ無効トシ(商法第九九〇條乃至第九九二條第九九六條)又我破産法案ニ於テハ獨逸破産法ニ於ケルカ如ク破産手續開始ノ效力トシテ破産債權者ヲシテ之ヲ否認スルコトヲ得セシメタル(破産法案第八六條以下)亦破産者ハ唯破産ノ宣告後ニ於テ破産財團ニ屬スル財産ノ管理及ヒ處分ヲ爲ス權能ヲ喪失スルニ止マルノミ故ニ破産宣告前ニ於テ破産者ノ爲シタル權利行為ハ理論上有效ナルコト敢テ疑ナシ然レトモ經濟上不知意ノ地位ニ在ル債務者ハ其破産宣告前ニ於テ破産財團ニ屬スル財産ニ關シ未タ管理及ヒ處分ヲ爲スノ權能ヲ喪失セザルヲ奇貨トシ斯ル權能ヲ濫用シテ破産者タル境遇ヲ免レンカ爲スル(財産ノ濫費)ノ隨意ニ財産ヲ債權者ニ分配シ又ハ特別ニ或債權者ニ給付シ以テ損害分配主義ヲ實施スル破産手續ノ目的物タル破産財團ヲ散失セシメ又ハ之ニ損害ヲ被ラシムルコトハ經濟上避

クヘカラサルノ事實ニシテ又法律上不當ナル事項ナリ故ニ古來諸國ノ立法者ハ債權者ノ爲メニ債務者カ殆ト無資力ニ陥リタル後尙ホ財産ニ關シ管理及ヒ處分ヲ爲スル權能アルヲ奇貨トシ之ヲ濫用シテ債權者ニ損害ヲ被ラシムルノ害著ク防止スルノ方法ヲ工夫シタリ此方法ニ三主義アリ羅馬主義佛蘭西主義及ヒ獨逸主義即チ是ナリ羅馬法ニ於テハ專ラ主觀的思想ニ其基礎ヲ設ケ債務者カ其破産宣告前ニ債權者ヲ詐害スルノ目的ヲ以テ爲シタル行爲中無償ニ非ナルモノハ相手方カ其情ヲ知リタルトキニ限り無償ナルモノハ相手方カ其情ヲ知ラサルトキト雖モ債權者ヲシテ之カ取消ヲ爲スコトヲ得セシメタリ而シテ道ハ彼ノ有名ナル廢罷訴權 (Credo Pauliana) シテ獨逸普通法ノ是認シタルモノナリ羅馬主義此ノ如ク羅馬法及ヒ獨逸普通法ニ於テハ廢罷訴權ヲ以テ債權者ノ利益ヲ保護シタルニ過キスト雖モ伊太利法及ヒ佛蘭西法ニ於テハ客觀的思想ニ基礎ヲ設ケ尙ホ有力ニ債權者ノ利益ヲ保護スルニ力メタリ即チ第十四世紀ニ於ケル伊太利諸市府ノ條例ニ於テ支拂不能ノ債務者ニ對シ破産宣告前ト雖モ其財産ニ付キ處分ヲ爲スコトヲ禁止シ且支拂不能ト爲リタル以後ニ於テ

債務者ト爲シタル取引及ヒ之ヨリ受取リタル辨濟ハ其效力ナシトシ此伊太利法律ヲ受繼シタル千六百六十七年佛蘭西昂府ノ條例ハ商人カ其支拂ノ停止後十日以内ニ爲シタル取引ハ之ヲ無効トシ又千六百七十二年商事勅令其他商法法典中破産ニ關スル舊規定ハ皆破産ノ效力ヲ既往ニ溯及セシムルノ法則ヲ是認シタリ殊ニ後者ノ規定ハ破産者カ其支拂停止後ニ爲シタル行爲及ヒ其支拂停止前十日以内ニ爲シタル無償行爲其他法律上一定ノ行爲ヲ無効ナリト定メタリ然レトモ新ル法則ノ適用ハ取引ノ效力ヲ不確實トシ其安全ヲ害スルヲ以テ千八百三十八年五月二十八日ノ法律ヲ以テ破産法ヲ改正シ無償行爲期限ニ至ラサル債務ノ支拂期限ニ至リタル債務ノ代物辨濟及ヒ從來負擔シタル債務ノ爲メ新ニ供スル擔保等(商法第九九〇條參照)如キ法律上一定ノ行爲ノミヲ當然無効トシ其他ノ行爲ハ相手方カ支拂停止ノ事由ヲ知リタルトキニ限り(主觀的前提要件)之ヲ無効ト爲シタリ(商法第九九一條參照)此ノ如ク客觀的思想ニ基礎ヲ設ケ債權者ヲ保護スルノ手段ハ伊太利法律ノ發見ニ係リ佛蘭西法律ニ依リ成熟シタルモノニシテ獨逸法學者ノ所謂破産の廢罷訴權 (Konkurs pauliana) ヲ

(佛蘭西主義) 佛蘭西破産法第一〇〇條ハ其範ヲ佛蘭西法ニ採リ單ニ無効ヲ否認ニ改メ且支拂ノ停止ト破産手續開始ノ申立トヲ同等視シタルニ過キスト雖獨逸破産法ハ主觀的思想及ヒ客觀的思想ノ兩方面ニ基礎ヲ設ケテ以テ債權者ノ利益ヲ保護スルニ力メタリ故ニ獨逸破産法ニ於テハ不法行為ノ否認權破産の否認權及ヒ無償行為ノ否認權ノ三種ヲ設ケ債權者カ其破産宣告前ニ債權者ヲ詐害スル目的ヲ以テ爲シタル行為ハ相手方カ其情ヲ知リタルトキニ限り破産債權者ヲシテ其利益ノ爲メニ之ヲ否認スルコトヲ得セシメ(無償行為爲ハ破産債權者ヲシテ其利益ノ爲メニ之ヲ否認スルコトヲ得セシム)無償行為ノ否認權(獨逸破産法第三二條)前二者ノ否認權ハ主觀的基礎ニ又後者ハ客觀的基礎ニ依リタルモノナリ(獨逸主義) 現行破産法ハ主トシテ佛蘭西主義ニ依リ又我破産法案ハ主トシテ獨逸主義ニ依リタルヲ以テ其規定ハ全然同シカラスト雖モ現行破産法ニ於ケル當然無効ノ行為(商法第九九〇條)取消スコトヲ得ヘキ行為(商法第九九一條)第九九六條及ヒ登記ノ無効(商法第九九二條)ハ我破産法案ニ於ケル否認權即チ破産債權者カ破産宣告前ニ於ケル債權者ノ行為ノ效力ニシテ破産財團ニ關シ損害アルモノヲ除去スル權利ト同シク破産宣告前ニ於ケル債權者ノ行為ニ因リ散失シタル破産財團所屬ノ財産ヲ復歸ヲ目的トスルモノナルヲ以テ破産債權者カ商法第九百九十二條乃至第九百九十二條及ヒ第九百九十六條ニ基キ其權利ヲ行使シタルトキハ破産法案第八十六條以下ニ基キテ否認權ヲ行使シタルトキト同シク破産財團ヲ増加スルヤ否ニ瞭然タリ否認權ニ關スル詳細ノ説明ハ破産ノ效力ニ關シテ(破産ノ效力)ニ於テ(破産ノ效力)ニ取戻權ノ行使(民事訴訟法)ニ規定セル強制執行ニ於テ執行力債權者ニ屬セシメテ却テ第三者ニ屬スル財産ヲ破産財團執行ニ於テ管財人カ破産者ニ屬セシメテ却テ第三者ニ屬スル財産ヲ破産財團

トシテ取扱フコトアリ此兩者ノ場合ニ於テハ何レモ第三者ノ財産權ノ侵害アリ蓋シ第三者ノ財産ハ故ナク之ヲ債務ノ辨濟ニ充ツルコトヲ得ナレハナリ是ヲ以テ前者ノ場合ニ於テハ第三者ハ自己ニ屬スル財産ニ付キ爲シタル執行ヲ解クヘキ旨ヲ請求シ又必要ノ場合ニ於テハ異議ノ訴ヲ以テスル請求ヲ主張スルコトヲ得民事訴訟法第五四九條第五〇條第一號後者ノ場合ニ於テハ第三者ハ自己ニ屬スル財産ヲ破産財團ヨリ別離スヘキ旨ヲ請求シ又必要ノ場合ニ於テハ訴ヲ以テスル請求ヲ主張スルコトヲ得後者ノ場合ニ於ケル第三者ノ請求ヲ取戻權ト謂フ(商法第一〇一五條)故ニ取戻權ノ行使ハ事實上破産財團ヲ減少スルコトノ原因ナリト謂フヘシ而シテ獨逸破産法第四三條乃至第四六條埃太利破産法第二六條第二七條瑞西破産法第二〇三條佛國商法第五七四條乃至第五七九條日耳義商法第五六六條乃至第五七二條英國破産法第四四條等ニ於テハ取戻權ニ關シ明文ヲ設ケタリト雖モ我現行破産法ニ於テハ第一千五百條ヲ以テ取戻ノ訴ニ關スル管轄裁判所ヲ規定シタルノ外何等ノ明文ナシ(舊商法第一編第九章參考然レトモ之カ爲メニ取戻權ノ存在ヲ認メサルモノト論決

スルコト勿レ蓋シ取戻權ノ存在ハ前述ノ法理ニ依リテ明白ナレハナリ我破産法案ニ於テハ取戻權ニ關スル規定ヲ設ケ以テ現行法ノ缺點ヲ補ヒタリ破産法案第七四條乃至第七七條左ニ取戻權ノ性質主體主張及ヒ消滅ヲ略述スヘシ

(a) 性質 取戻權ハ破産財團中ヨリ破産者ニ屬セタル特定ノ財産ヲ取戻スコトヲ目的トスル權利ナリ(1)取戻權ノ行ハルルニハ特定ノ財産タルコトヲ要ス故ニ取戻權ハ特定物又ハ破産財團ト混同セザル一定ノ金額ノ一定ノ數額ヲ目的トスル財産ニ付キ行ハルルト雖モ特定物ノ一定ノ數量ヲ目的トスル財産ニ付キ行ハルルコトナシ蓋シ斯ル財産ノ取戻ハ事實上不能ナルヲ以テナリ(2)取戻權ヲ行ハルルニハ事實上破産者ニ屬セタル財産カ破産財團中ニ存スルコトヲ要ス斯ル事實上ノ關係存スルニ非サレバ特定ノ財産ヲ取戻スニ由ラシ而シテ破産者ニ屬セタル財産ヲ破産財團中ヨリ別離スルコトハ取戻ノ請求ヲ爲シタルノ結果ニ非スシテ破産者ニ屬スル財産ニ非サレバ破産財團ニ屬セタル法則ヨリ生スル當然ノ結果ナリ故ニ管財人ハ破産財團ヲ確定スルニ際シ破産者ニ屬セザル財産ヲ破産財團ヨリ別離スヘキ職務ヲ負フ(管財人ハ破産ニ屬スル

財産ニ非サレハ管理及口配分ヲ爲ス權限ヲ存セス。管理人カ斯ル職務ニ違背シ
 故意又ハ過失ニテ破産財團中ヨリ別離スヘキ特定ノ財産ヲ換價シタル場合ニ
 於テモ破産債權者カ該價格ヲ付キ満足ヲ受ケルコトヲ得サレバ唯破産債權者
 カ破産財團ニ付キ満足ヲ受ケルコトヲ止マルノ法則ニ徴シ疑ナシ。然レモ取戻權ハ特
 定ノ期間内ニ之ヲ主張セザルカ爲メニ失權スルコトカサシメテ取戻權ハ特定ノ財
 産カ破産者ノ財産ニ屬セザル旨ノ消極的原因ニ基ケテ故ニ特定ノ財産カ破産
 財團ニ屬セザルコトヲ前提トスル別除權ト其性質ヲ異ニスルモノト謂ハサレ
 ベカラス。然レモ破産債權者カ破産財團中ヨリ別離スヘキ特定ノ財産ヲ換價シ
 (b) 主體 如何ナル權利ヲ有スル者カ取戻權ヲ有スルヤノ問題ニ關シテハ我
 現行破産法ハ之ヲ實體法ノ規定ニ委シ明文ヲ以テ之ヲ規定セス。隨テ實體法ノ
 規定ニ從ヒテ之ヲ論定セザルヲ得ス。我破産法案ニ於テハ之ニ反シテ佛獨諸國
 ノ法律ニ於ケルト同シク明文ヲ以テ之ヲ規定シ實體法ノ規定ニ依リテ取戻權
 ヲ有スル者アル旨ヲ明示シ併セテ破産法ノ規定ニ依リテ取戻權ヲ有スル旨ヲ
 明示シテリ。破産法案第七四條乃至第七八條(1)現行法及破産法案ノ解釋トシ

テハ實體法ノ規定ニ從ヒ取戻權ヲ有スルハ事實上破産財團ニ加ハリタル目的
 物カ破産者ニ屬セザル旨ヲ主張スルニ足ルヘキ權利ヲ有スル者ニ外ナラス。故
 ニ物權ニ關シテ之ヲ言ヘハ破産財團ニ加ハリタル目的物ニ付キ占有權所有權、
 共有權、永小作權、地上權及ヒ地役權ヲ有スル者ハ取戻權ヲ有ス殊ニ占有者ハ占
 有回收ノ請求ノ爲メニ(民法第二〇〇條)所有者ハ破産者ノ占有セル所有物ト
 返還並ニ所有權ノ侵害除去例ヘハ破産者カ第三者ノ所有物上ニ於テ行使シタ
 ルニ止マル地役權ノ事實ヲ管理人カ破産財團ニ屬スル土地ノ爲メニ存スル地
 役權ナリトシテ取扱ヒタル場合ニ於テ成立スル侵害除去ノ如キノ請求ノ爲メ
 ニ共有者ハ共有物ノ分割前ニ於テハ目的物ノ全部ニ付キ又共有物ノ分割後ニ
 於テハ持分ニ就キ有スル請求權ノ爲メニ取戻權ヲ有シ又永小作權者地上權者
 及ヒ地役權者ハ管理人カ斯ル權利ノ存在ヲ否認シタル場合ニ於テ之ヲ承認セ
 シムルカ爲メニ取戻權ヲ有ス然レトモ破産財團ニ加ハリタル目的物ニ付キ質
 權抵當權ヲ有スル者ハ取戻權ヲ有セス蓋シ斯ル權利ハ破産財團ニ加ハリタル
 目的物カ破産者ニ屬セザル旨ヲ主張スルノ原因ト爲ラサルヲ以テ別除權ノ原

因タルモ取戻權ノ原因タルヲ得ナレハナリ債權ニ關シテ之ヲ爲スハ破産財團ニ加ハリタル目的物ニ付テ返還ヲ爲サシムルニトテ得ル債權ヲ有スル者ハ取戻權ヲ有ス殊ニ貸貸人ハ貸借人ノ破産財團ニ加ハリタル貸借物貸主ハ借主ノ破産財團ニ加ハリタル使用貸物寄託者ハ受寄者ノ破産財團ニ加ハリタル寄託物質權設定者ハ質權者ノ破産財團ニ加ハリタル質物委任者ハ受任者ニ交付シタル物ニシテ受任者ノ破産財團ニ加ハリタル物委託者ハ同屋營業者ニ交付シタル物ニシテ同屋營業者ノ破産財團ニ加ハリタル物ニ付キ取戻權ヲ有シ債權ヲ讓受ケタル者ハ讓渡人ノ破産財團ニ加ハリタル讓受債權ニ付キ取戻權ヲ有シ讓渡人カ債務者ニ債權ノ讓渡ヲ通知スル以前ニ於テ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ債權ノ讓渡ハ債務者其他ノ第三者殊ニ破産債權者ニ對抗スルコトヲ得タルヲ以テ債權ハ破産財團ニ屬ス隨テ讓受人ハ取戻權ヲ有セスト云ハル反對説アリト雖モ讓受人ト破産者タル讓渡人トノ間ニ於テハ債權ノ讓渡ハ有效ナルヲ以テ讓渡シタル債權ハ讓渡人ノ破産財團ニ屬スト謂フコトヲ得ル又取立委任者ハ買入ノ目的ニテ手形其他ノ指圖證券ヲ裏書シテ讓受人ニ充

付シタル者ハ讓受人又ハ其後者ノ破産ニ於テ手形其他ノ指圖證券ニ付キ取戻權ヲ有ス蓋シ斯ル裏書ハ讓受人ニ手形其他ノ指圖證券ニ依レル權利ヲ移轉スルモノニ非サレハナリ然レトモ權利ノ設定又ハ移轉ヲ目的トシタル債權ヲ有スル者ハ破産債權者タルニ止マリ設定又ハ移轉ヲ爲スヘキ權利ニ付キ取戻權ヲ有スルコトナシ故ニ賣主カ破産宣告ヲ受ケタル場合ニ於テ買主ハ未タ所有權ノ移轉セザル賣買ノ目的物ニ付キ取戻權ヲ有セス(交換ニ於テモ亦然リ)買主カ賣買ノ目的物ニ付キ買主ノ破産宣告前ニ於テ所有權ヲ取得シタルトキハ賣買ノ目的物ニ付キ取戻權ヲ有シ又賣主カ賣買ノ目的物ニ付キ買主ノ破産宣告前ニ於テ未タ所有權ヲ喪失セザルトキハ賣買ノ目的物ニ付キ取戻權ヲ有スルハ疑フ容レズ(注文者ニ請負人カ材料ヲ供シ且仕事ニ施シタル場合殊ニ造船請負契約アリタル場合ニ於テ注文者カ仕事ヲ進行ノ割合ニ應ジテ報酬ヲ與ヘタル後請負人カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ仕事ノ目的物殊ニ船舶ニ付キ取戻權ヲ有セス蓋シ請負人ハ斯ル場合ニ於テハ仕事ノ完成ニ至ルマテ其目的物ノ所有者ナレハナリ消費貸借ノ貸主ハ借主ノ破産ニ於テ返還セシムヘキ同種ノ

物ニ付キ取戻權ヲ有セス蓋シ返還スヘキ物ハ不特定物ニシテ又借主ノ財産ニ
 屬スレハナリ取消權者民法第四二四條ハ相手方ノ破産ニ於テ取消權行使ノ結
 果トシテ相手方ノ返還スルニ至ルヘキ目的物ニ付キ取戻權ヲ有セス蓋シ取消
 權者ハ取消スヘキ行為ノ目的物カ相手方ニ屬セザル旨ヲ主張スルモノニ非テ
 レハナリ不當利得ニ基キテ發生シタル債權ヲ有スル者ハ不當利得者ノ破産ニ
 於テ其利得者ノ返還スヘキ目的物ニ付キ取戻權ヲ有セス蓋シ不當利得シタ
 ルモノハ其利得者ニ屬スルヲ以テナリ(不當利得者タル破産者ノ利得行為カ無
 效又ハ民法第二百一一條ニ從ヒテ無効ナリト看做サレタルトキハ債權者ハ給
 付ノ目的物ニ付キ取戻權ヲ有スルヤ言フ埃タス)又取立委任又ハ買入ノ目的ヲ
 以テ手形其他ノ指圖證券ヲ裏書ニテ交付シ且其目的ヲ手形其他ノ指圖證券ニ
 附記セザリシ讓渡人ハ讓受人又ハ其後者ノ破産ニ於テ該手形其他ノ指圖證券
 ニ付キ取戻權ヲ有セス蓋シ斯ル場合ニ於テハ手形其他ノ指圖證券ニ依レル債
 利ハ完全ニ讓受人ニ移轉シ其破産財團ニ屬スレハナリ(商法第四六三條)或學者
 例ヘハ獨逸ノ「ペーナルゼン」氏ハ反對說トシテ手形其他ノ指圖證券ノ讓渡人ト讓

受人トノ間ニ於ケル法律關係ヲ定ムルニハ裏書ノ原因タル行為ヲ以テ準則ト
 爲サザルヘカラス故ニ實體上裏書カ手形其他ノ指圖證券ニ依レル權利ヲ移轉
 スヘキモノニ非ザルトキハ讓渡人ハ讓受人ノ破産ニ於テ該證券ニ付キ取戻權
 ヲ有スト主張セリ參考ノ爲メニ一言ス破産法案第七五條妻ノ特有財産ニ關シ
 テ之ヲ言ヘハ妻ハ夫ノ財産ニ付キ破産手續カ開始セラレタルトキハ夫ノ占有
 ニ係ル特有財産ニ付キ取戻權ヲ有ス何トナレハ妻ノ特有財産ハ夫ノ破産財團
 ニ屬セザレハナリ但法律ハ法定財産制ニ於テ夫妻共謀シテ夫ノ債權ヲ害スル
 コトヲ豫防スル目的ヲ以テ夫婦ノ孰レニ屬スルカ分明ナラザル財産ハ夫ノ財
 産ト推定スルカ故ニ取戻權ヲ行使スル妻ハ其目的物カ自己ノ特有財産ナルコ
 ト即チ婚姻前ニ有スル財産ナルコト又ハ婚姻中自己ノ名ニ於テ取得シタル財
 産ナルコト例ヘハ第三者ノ相續遺贈等ノ如キ無償行為又ハ自己ノ財産ヲ以テ
 爲シタル交換買賣等ノ如キ有償行為ニ基キテ得タル旨ヲ立證セザルヘカラス
 (民法第八〇七條)例逸破産法ニ於テハ尙ホ嚴ニ破産債權者ヲ害スルノ所爲ヲ豫
 防スル目的ヲ以テ妻カ婚姻繼續中ニ得タル財産ハ夫ノ財産ヲ以テ取得ス隨テ

夫ニ屬シ妻ハ唯取得ノ名義者タルニ過キスト推定シ妻カ該財產ヲ夫ノ財產ヲ以テ取得シタルモノニ非ザル旨ヲ立證シタルトキニ限リ該財產ノ取得ヲ許シ以テ妻ノ立證責任ヲ加重シタリ(獨逸破産法第四五條佛國商法第五五九條)破産法案ノ規定ニ依レハ第一ニ隔地取引ヲ爲シタル賣主ハ其發送シタル賣買ノ目的物カ代金ヲ支拂ハナル買主ノ破産宣告以前ニ於テ到達地ニ到達セズ且破産宣告ヲ受ケタル買主又ハ其代理人ノ現實ノ占有ニ歸キテラシシ場合ニ限リ該目的物ニ付キ取戻權ヲ有ス元來實體法ノ規定ニ從ヘハ賣渡シタル財產カ代金ノ支拂ナキトキト雖モ買主ノ所有ニ歸スルヲ以テ買主カ未タ代金ヲ支拂ハナル間ニ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ買買ノ目的物ハ破産財團ニ屬シ賣主ハ其代金ノ支拂ヲ目的トスル債權ニ付キ破産債權者トシテ其權利ヲ行ハサルヲ得タルニ至ル結果ハ隔地取引ノ安全ニ有害ナルノミナラス隔地取引上ノ賣主ニ對シ甚タ保護薄キニ失スルヲ以テ又斯ル結果ヲ除去スルカ爲メニ賣主ニ契約ノ解除權ヲ認ムルハ取引上ノ信用ニ有害ナルヲ以テ遂ニ賣主ハ其賣渡シタル目的物カ買主ノ破産宣告前ニ於テ買主又ハ其代理人ノ現實ノ占有ニ歸セ

テラシ場合ニ限リ該目的物ヲ中途ニテ差止メ以テ破産宣告ヲ受ケタル買主ノ占有ニ歸スルコトヲ妨グルヲ得ルノ制度ヲ生ズルニ至リタリ蓋シ賣主ノ爲メニ其義務履行前ノ原狀ニ回復シ一旦占有ヲ離レタル買主ノ目的物ニ付キ現實ノ占有ヲ得セシムルヲ以テ前示ノ如キ結果ヲ除去スルコトヲ得レハナリ而シテ此制度ハ第十七世紀以來英國ニ於テ慣習トシテ認メラレ爾後有名ナル差止權 (Right of stoppage in transit) ノ法制ト爲リ次ニ佛法ノ認ムル所ト爲リ羅馬法系及ヒ獨逸法系諸國ニ傳播シ現行獨逸破産法第四十四條ニ於テ取戻權ノ一種トシテ是認セラレ前示ノ如シ完成シタルモノニシテ破産法案第七十五條ニ於テ採用シタル所ナリ(本質及ヒ沿革)賣主カ其發送物ニ付キ有スル取戻權ノ性質ハ學者ノ爭フ所ナリ獨逸ニ於テハ第一ニ賣主ノ取戻權ヲ物權ノ請求權即チ所有權取戻權ナリト解シ買主カ破産宣告ヲ受ケタル場合ニ於テハ實體法ノ規定ニ依レハ賣渡シタル發送中ノ目的物ニ付キ所有權カ買主ニ移轉スルトキト雖モ法律上尙ホ賣主カ所有權ヲ有スルモノト看做シ (Retention) 之ニ依リテ賣主カ賣買ノ目的物ノ取戻ヲ爲スルコトヲ得ルモノナリト云ヘル學說アリ然レトモ斯

ル見解ハ沿革及ヒ獨逸破産法第四十四條ニ所明取戻ノ文意ニ反スルノミナラ
 ス取戻權ハ其權利者カ所有者タルコトヲ要件ト爲ナサルヲ以テ斯ル擬制ヲ設
 タルノ必要ナキモノナリトノ理由ニ依リ多數ノ學者ノ反對スル所ナリ第二ニ
 賣主ノ取戻權ヲ債權の請求權ナリト解シ「コーレル氏」ハ其本質ヲ説明シテ代金
 ノ支拂ノ目的トセス却テ所有者權及ヒ占有權ノ回復ヲ目的トスル賣主ノ權利
 ニシテ買主ノ破産ニ於テ取戻權ノ原因ト爲ル特質ヲ有スルモノナリト曰ヒ「ベ
 ーナルゼン」「ウァルモースキー」氏等ハ其本質ヲ説明シテ發送中ノ賣買ノ目的
 物ニ關シ債務履行前ノ原狀ニ回復スルコトヲ目的トスル債權占有權ノ回復、若
 シ所有者カ賣買ニ因リ買主ニ移轉セルトキハ其所有者權ノ回復ヲ目的トスル
 債權ニシテ賣主ハ之ニ依リテ買主カ破産宣告ヲ受タルノ當時債務ノ履行ヲ發
 送ノ時ニ遡リテ當然其效ナキモノトシ以テ發送中ノ賣買ノ目的物ニ付キ代金
 ノ一部分ヲ受タルコト能ハサルヲ危險ヲ避ケルコトヲ得ヘキモノニシテ獨逸
 破産法ニ於テハ破産財團タルニ適當ナル財產存在セザルトキハ破産手續開始
 ノ申立ヲ却下シ之ヲ開始セシ故ニ代金ノ一部分ト云フコトト知ルヘシ又前述

ノ取戻權ト異ニシテ賣買ノ目的物カ破産者タル買主ニ屬スル場合ニ於テ實用
 アルモノナリト曰ヒ又「イニゲル」氏ハ其本質ヲ説明シテ取戻權ノ效力トシテ生
 スル賣買契約ノ解除ニ依リテ發生スル給付返還ノ債權の請求權ニ付キ破産法
 ノ認メタル特別ノ效力ニシテ直接ニ法律ニ根據レ當事者ノ現實の又ハ推定の
 意思ニ根據シタルモノニ非ス法律カ條理ニ基キ例外トシテ設ケタル制度ニシ
 テ通常ノ取戻權ト其趣意ヲ異ニスルモノナリト曰ヘリ(獨逸民法第三四六條第
 三二七條)佛國ニ於テハ賣主ノ取戻權ヲ以テ賣買ノ目的物ニ關スル占有回復ヲ
 目的トスル權利ナリト説明スル學者アリタリト雖モ這ハ甚多少數ニシテ多數
 ノ學者ハ何レモ賣主ノ取戻權ハ代金不支拂ニ基キ契約解除權ナリト説明シ其
 理由ハ賣買ノ目的物カ發送ノ途中ニ在リテ未タ買主ノ占有ニ歸セス且買主カ
 代金ヲ支拂ハサル場合ニ於テ破産法ノ原則ヲ適用シ賣主ニ解除權ヲ認メザル
 ハ嚴酷ニ失スルノミナラス買主ノ債權者ハ買主ノ占有ニ歸セザリシ財產ニ付
 キ共同擔保視シテ信ヲ置タノ虞ナク且破産ニ陥ラントスル債務者ハ信用維持
 ノ手段トシテ多數ノ買取ヲ爲スヲ常トスルカ故ニ賣主ニシテ其信用ノ犠牲ト

爲ラシムルニ正當ニ非ズトシテ在ルモノハ如シ此ノ如ク賣主ノ取戻權ノ性質ニ關シテ學者ノ論争アル所ナルヲ以テ我破産法案ニ於ケル賣主ノ取戻權ノ性質ニ關シテモ亦種種ノ見解アルニ至ルハ固ヨリ當然ナリ予輩ノ見解ニ依レテ賣主ノ取戻權ハ賣買ヲ解除セスシテ發送中ニ在ル賣買ノ目的物ノ取戻ヲ目的トスル債權的請求權ニシテ賣買ノ目的物ノ發送ニ因リ生シタル權利狀態ノ變更ヲ賣主ノ爲メニ發送ノ當時ニ遡リテ消滅シタルモノト看做スヘキ效力ヲ有スルモノナリト謂フヲ正當ト思フ(1)賣買ノ目的物ノ取戻權ハ單ニ賣主ニ認メタル權利ニシテ賣買ノ目的物ノ所有トシテ賣主ニ認メタルモノニ非ス又取戻權者タルニ其目的物ニ付キ所有權ヲ有スルコトヲ前提トセス故ニ賣主ノ取戻權ハ賣買ノ目的物ノ取戻ヲ目的トスル債權的請求權即チ代金支拂ヲ目的トスル權利ト同シテ單純ナル賣主ノ權利ニシテ所有權ニ基ク取戻權即チ物權的請求權ニ非ス(2)取戻權ハ事實上破産財團ニ加ハリタル財産カ破産者ニ屬セサルコトヲ前提トス故ニ賣主ノ取戻權亦賣買ノ目的物カ破産者ニ屬セサルコトヲ前提トス隨テ賣主ノ取戻權ハ其效力トシテ賣買ノ目的物ニ關シ賣主ノ債

務履行ノ爲メニ實體法ノ規定ニ依リテ發生シタル權利狀態ノ變更カ當然消滅シ賣主カ賣買ノ目的物ニ付キ所有權ヲ有セシトキハ其所有權ヲ又單ニ占有權ヲ有セシトキハ其占有權ヲ賣主ノ債務履行前ニ遡リテ回復スルモノト換言スレバ未タ賣買ノ履行ナキモノトスト謂ハサルヘカラス(3)賣主ノ取戻權ハ前述ノ如ク隔地ノ取引ノ安全ヲ保護シ賣買ノ目的物カ賣主ノ破産宣告ノ當時發送ノ途中ニ在ル場合ニ於テ賣主ヲシテ其代金ノ支拂ヲ完済ヲ受タルコト能ハサルニ至ルヘキ損害ニシテ條理上其宜キヲ得サルモノヲ避クルコトヲ得セシムルカ爲メニ設ケラレタル權利ナルヲ以テ其行使ノ效力ハ前述ノ如ク賣買ノ目的物ノ所有權又ハ占有權ノ回復ヲ以テ足レリトシ賣買ヲ解除スルノ必要ナン故ニ賣買ハ其成立當時ノ狀態ニ於テ依然存續スルモノト謂ハサルヘカラス隨テ管財人ハ破産財團ノ爲メニ代金ヲ支拂ヒテ賣買ノ履行ヲ賣主ニ對シテ請求スルコトヲ得ヘシ(破産法案第五九條)性質賣主カ其發送中ニ在ル賣買ノ目的物殊ニ商品及ヒ有價證券ニ付キ取戻權ヲ有スルニハ三箇ノ要件ヲ具備セサルヘカラス其第一ハ賣買カ隔地取引(Distantz geschäft)ナルニキリ要件カ隔地取引トシ

定ノ動産ヲ或發送地ヨリ或到達地ニ送セシムルカ爲メニ交付シタルコトヲ要スル取引ニシテ民事取引タルト商事取引タルト又契約者カ商人タルト否トヲ問ハサルナリ故ニ賣買ノ目的カ契約成立ノ當時ニ若シ締約後製造スルキ場合ニ於テハ其製造完成ノ當時ニ存スル場所ト買主カ該目的物ヲ受取ルヘキ場所ト異ナルトキハ隔地取引ナリト謂フコトヲ得ヘシ買主カ運送費及ヒ運送危険ヲ負擔シタルト到達地カ義務履行地ナルト買主カ自己固有ノ義務トシテ又ハ買主ノ委託ニ因リテ發送ノ爲メニ目的物ヲ運送人ニ或ハ運送取扱人ニ交付シタルト買主自身カ目的物ヲ發送シタルト買主ノ負擔ニ歸シタル義務ノ履行地カ買主ノ住所ナルト營業所ナルト目的物ノ發送地ナルト目的物ノ到達地ナルト否トヲ問ハサルナリ隔地取引 (Platzgeschäft) 即チ締約ノ當時若クハ製造完成ノ當時ニ於テ賣買ノ目的物ノ存在スル場所ト買主カ該目的物ヲ受取ルヘキ場所ト異ナルトキハ買主又ハ其代理人カ締約後直チニ賣買ノ目的物ヲ他所ニ運搬スヘキ意思ヲ表示シタル場合ナルト買主ト第三者買主ト買主トノ約旨ニ基キ目的物ヲ他所ニ運搬スル場合ナルト否トヲ問ハス買主ハ該目的ニ付キ取戻權ヲ

有セス此場合ニ於テハ買主カ賣買ニ因リテ其目的物ニ付キ已ニ所有權ヲ取得シタルヤ否ヤヲ區別シ前者ノ場合ニ於テハ縱令買主カ目的物ヲ受取ラザリシトキト雖モ賣主ハ之ヲ取戻スコトヲ得ス後者ノ場合ニ於テハ之ニ反シ賣主ハ所有權ニ基キ之ヲ取戻スコトヲ得ヘシ此ノ如ク隔地取引タルコトヲ要スル理由ハ賣主ノ取戻權ハ唯斯ル取引ニ於テ之ヲ是認スルノ必要アルニ過キサレハナリ(破産法案第七五條發送「到達地」) 獨逸破産法第四四條但佛國商法ニ於テハ隔地取引タルコトヲ要件ト爲ササルニ似タリ其第二ハ賣買ノ目的物カ其買主ノ破産宣告ヲ受クル當時ニ於テ尙ホ發送ノ途中ニ在ルコトヲ要シ換言セバ目的物ハ買主ノ破産宣告ヲ受クル當時ニ於テ(支拂ヲ停止シタル當時ニ非サルコトニ注意スヘシ) 已ニ到達地ニ到達シ且破産宣告ヲ受ケタル買主又ハ其代理人ノ現實ノ占有ニ歸セザリシコトヲ要ス故ニ賣買ノ目的物カ買主ノ破産宣告ヲ受クル以前ニ於テ到達地ニ到達シ且破産宣告ヲ受タル以前ニ買主又ハ其代理人ノ現實ノ占有ニ歸シタルトキハ賣主ノ取戻權ハ法律上成立スルコトナシ破産法案第七五條獨逸破産法第四四條「到達地」當事者ノ意思ニ從ヒテ定マルヘキ運

據ヲ終了スル地理上ノ區域ニシテ場所ニ非ス此ノ如ク到達地ハ當事者ノ意ニ從ヒテ定マルモノナルヲ以テ未タ運搬ノ終了セサル間ハ當事者ハ合意上自由ニ到達地ヲ變更スルコトヲ得ヘシ隨テ賣買ノ目的物カ合意ニ有效ニ變更セラレタル新到達地ニ於テ買主又ハ其代理人ノ現實ノ占有ニ歸シタルトキハ賣主ノ取戻權ハ法律上成立スルニ由ナキニ至ルト雖モ之ニ反シテ到達地カ未ダ合意上有效ニ變更セラレサル間ハ縱令新到達地ニ於テ賣買ノ目的物カ買主又ハ其代理人ノ現實ノ占有ニ歸シタルトキト雖モ斯ル占有ハ其性質上發送ノ途中ニ在ル賣買ノ目的物ノ占有ニ他ナラサルヲ以テ法律上賣主ノ取戻權ノ成立ヲ妨ケス買主ハ代理人ハ買主ノ爲メニ賣買ノ目的物ヲ受取ルヘキモノ即チ該目的物ノ受領又ハ不受領ニ付キ最終ノ判斷ヲ下シ且該目的物ヲ買主ノ爲メニ保存シ又ハ處分スルノ權限ヲ有スル者ニシテ民法上ノ代理人ハ勿論質權者買主ノ爲メニ販賣ヲ擔當シタル問屋營業者倉庫營業者受寄者等ハ皆之ニ屬シ運送取扱人ハ買主タル荷受人ノ委託ニ基キ運送ヲ爲ストキハ同人ノ爲メニ又賣主タル荷受人ノ委託ニ基キ運送ヲ爲ストキハ同人ノ爲メニ運送品ヲ占有ス故ニ

買主ノ破産ニ於テ賣主ノ取戻權ヲ排斥セントスル管財人ハ買主カ運送取扱人ニ運送ヲ委託シタル旨ヲ立證セサルヘカラス但運送取扱人ハ荷受人ヨリ荷受人ノ指圖ニ從フヘキ旨ヲ指示セラレ且斯ル指圖アリタルトキハ荷受人ニ對スル委託關係終了シ爾後荷受人ノ委託ニ因リ行動スルニ至ルヲ以テ荷受人ノ爲メニ運送品ヲ占有スルコトト爲ル又運送ハ運送品カ到達地ニ到達シタル後運送狀ヲ買主タル荷受人ニ交付シタルトキト雖モ買主ノ爲メニ運送品ヲ占有スル者ト爲ラヌ唯荷受人ノ保管人トシテ運送品ヲ占有スルカ如キ特別ノ法律關係ニ基キテ運送品ヲ占有スルトキニ限リ荷受人ノ爲メニ運送品ヲ占有スル者ト爲ル故ニ買主ノ破産ニ於テ賣主ノ取戻權ヲ排斥セントスル管財人ハ斯ル特別ノ法律關係アルコトヲ立證セサルヘカラス占有ハ物ニ及ボス事實上ノ勢力即チ民法上ノ占有權成立要素ノ一タル所持ニシテ占有權其モノニ非ス獨逸破産法ノ解釋トシテ「キフエル」氏カ民法上ノ占有ト同視シタルハ多數ノ學者ノ否認スル所ナリ又占有ハ現實ナルコトヲ要ス故ニ荷受人タル買主ニ對シ運送狀尙證券等ヲ交付シタルノ事實ハ買主ノ爲メニ賣買ノ目的物占有ノ原因

ト爲ス此ノ如ク賣買ノ目的物カ其買主ノ破産宣告ヲ受ケル當時ニ於テ未
 選撥中ニ在ルコトヲ要スル理由ハ蓋シ賣買ノ目的物カ買主ノ破産宣告前ニ於
 テ既ニ到達地ニ達シ且買主ノ占有ニ歸シタルトキニ於テハ買主ハ該目的物
 付キ事實上何等ノ關係ヲ有セザルニ至リ隔地取引カ同地取引ト其狀態ヲ同
 クスルニ至ルヲ以テナリ買主ニ尙ホ取戻權ヲ認ムルトキハ買主ノ占有ニ因リ
 テ賣買ノ目的物ヲ擔保視シタル買主ノ債權者ノ權利ヲ害スルノ趣意ニ非ザル
 ハ言フ埃タナル所ナリ其第三ハ賣主カ破産者タル買主ヨリ其破産宣告ヲ受ケ
 ル以前ニ於テ代價ノ完済ヲ受ケザリシコトヲ要ス支拂ハレザル代金ノ殘額ノ
 多寡及ヒ辨濟ヲ受ケザル原因ノ如何ハ法律上問フ所ニ非ス破産法案第七五條
 破産法第四四條故ニ買主カ其破産宣告ヲ受ケル以前ニ於テ代價ノ大半ヲ
 辨濟シ又賣主カ代價ノ支拂ニ付キ買主ノ爲メニ期限ヲ附シタルトキト雖モ賣
 主ノ取戻權ノ成立ヲ妨ケズ代價ノ完済ハ代金ノ完全ナル支拂代物辨濟代金ノ
 供託相殺免除等ヨリ成ル賣主及ヒ買主間ニ於テ永年ノ交互計算關係アルトキ
 ハ買主ハ買主ノ破産宣告ヲ受ケル當時ニ於テ計算上剩餘金ヲ有スルトキニ限

機關タル裁判所ニ非サル第三者ニ之カ判断ヲ委ネタル結果此第三者タル仲裁
 人ニ出ヅル判断即チ仲裁判断ナルモノハ綜合當事者ノ間ニ裁判所ノ確定判決
 ト同一ノ效力ヲ生シテ第八〇〇條之ニ依リテ決セラレタル争ノ再ヒ發生スル
 コトヲ妨ケテ得ルモ債務名義ニ屬セザルモノト謂ハザルヲ得スシテ隨テ之ニ
 依リテ強制執行ヲ爲スコトヲ得ザルモノト謂フヘシ是ヲ以テ本法ハ當事者ヲ
 シテ管轄裁判所第八〇五條ニ執行判決ヲ求ムル訴ヲ起スコトヲ得セシメ之ニ
 依リテ仲裁判断ニ因リ定マリタル權利關係ニ付キ強制執行ヲ許ス旨ノ判決ヲ
 受ケシムルノ制度ヲ存ス(第八〇二條第一項)
 右ニ述ヘタルカ如クナルヲ以テ此場合ニ於ケル判決ノ實質上ノ内容ハ仲裁判
 断其モノナリト雖モ債務名義其モノハ仲裁判断ニハ非スシテ執行判決其モノ
 タリ然レトモ又執行判決ハ單ニ執行ノ許可ヲ宣言スルニ止マリテ例ヘハ執行
 命令假差押命令其他ノ如ク強制執行ノ命令ヲ其中ニ包含スルモノニ非ザルヲ
 以テ一般判決ノ執行ニ於ケルト同シク執行文ノ付與ヲ受ケタルトキニ限り強
 制執行ヲ開始スルコトヲ得ヘシ

次ニ其執行判決ヲ求ムル訴ニ對シテハ被告ハ其判斷カ實體法上不當ナル所以ヲ述ヘテ以テ防禦ノ方法ト爲スコトヲ得ス唯法定ノ取消原因アルコトヲ主張シテ以テ其防禦ノ方法ト爲スコトヲ得ルニ止マリ(第八〇一條)裁判所モ亦實質上ノ當否ヲ判斷スヘキモノニ非スシテ唯其判斷ニ法定ノ取消原因アリヤ否ヤノ點ヲ調査シ此原因ナキニ於テハ執行ヲ許スコトヲ宣言スル判決ヲ爲スヘキモノニシテ(第八〇二條第二項)此判決ニ對シテハ通常ノ判決ニ對スルト同シク上訴又ハ故障ノ手段ニ依頼スルコトヲ得ヘシ

第二項 判決以外ノ債務名義

第一段 和解調書

第一 一般

和解ハ爭アル權利關係ヲ確定スルノ點ニ於テ判決ト同シキヲ以テ羅馬法ニ於テモ之ヲ確定判決ト同一視シテ和解ニ依リ強制執行ヲ許スヘキモノトシタリ然レトモ、調逸ノ普通法ニ於テハ和解ニ依リ強制執行ヲ爲スニハ先ヅ判事ノ判

決ヲ經ルコトヲ必要トシ佛國法モ亦同一ノ主義ニ從フ然レトモ、調逸内ノ諸國ノ特別法ニ於テハ和解ヲ以テ執行ノ直接ノ名義ト認メタル制度少カラシテ普通西索運、バイエルン等ノ諸邦ニ於テハ和解カ訴訟ノ繫屬中裁判所ニ於テ行ハレタルトキニ限リ之ニ基キ強制執行ヲ爲スコトヲ許シタリ日獨ノ訴訟法ハ此現象ニ從ヒタルモノニシテ訴ノ提起ノ後訴訟ヲ止メシカ爲メ請求ノ全部又ハ一部ニ關シ裁判所ニ於テ爲シタル和解ニ基キ強制執行ヲ爲スコトヲ許スコトトセリ(第五五九條第三號)

第二 實質的ノ要件

和解ハ當事者カ相互ニ讓歩ヲ爲スノ手段ニ依リテ其間ニ存スル爭アル權利關係ヲ確定スルコトヲ本質トシ當事者カ如何ナル緣由ニ因リ之ヲ爲スカフ間フコトナシ換言スレハ其爭アル請求ニ付キ權利ヲ有スト確信スルニ在ルト又之ヲ有セザルコトヲ知ルト否トヲ問ハス又當事者一方ノ拋棄スル權利ノ多少ヲ問フコトナク之ヲ要スルニ當事者間現實ニ爭ノ存スルト相互ノ讓歩アルトヲ以テ足レリトス右ニ述ヘタルカ如クナルヲ以テ當事者ノ一方ノ爲ス全部ノ拋

棄立ニ認諾カ和解ト謂フヘカラサルヤ明カナリ且當事者間ニ争フ存シタル狀況ハ之ヲ調書ニ掲タルコトヲ必要トモス確定セラレタル權利關係ノ事實上當事者相互ノ讓渡ノ結果ニシテ外形上ハ訴訟ノ全部又ハ一部ヲ終局スルコトヲ以テ足レリトス次ニ和解ハ停止條件附又ハ解除條件附ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ルハ實際上疑ナキ所ナルモ和解ハ訴訟ヲ終局スル效果ヲ有スルトキニ限リ之ニ基キ強制執行ヲ爲シ得ヘキモノニシテ而モ此效果ハ條件ノ決著ヲ見ルニ至ルマテハ發生セサルヲ以テ執行力アル正本ハ其以前ニ在リテハ之ヲ付與スルコトヲ得ヘカラス

和解ハ訴訟中ニ行ハルルモ此事實ニ依リ其行爲ハ單純ナル訴訟行爲ト爲ルモノト謂フヘカラス詳言スレハ和解ハ如何ナル場合ニ於テモ民法上ノ法律行爲タルノ性質ヲ失フコトナク唯訴訟ヲ終局スルノ點ニ於テ訴訟ト關聯スルニ止マル要スルニ法律ハ此聯絡アルヲ根基トシテ調書ヲ以テ之ヲ確定スルノ途ヲ設ケ強制執行ニ關シ判決ト同様ノ效果ヲ與フルモノナルヲ以テ和解ハ之ニ因リ全然其民法上ノ性質ヲ失ヒ純然タル訴訟行爲ト爲リテリタルモ之ト謂フヘ

カラス右ニ述フルカ如クナルヲ以テ和解カ有效ト爲ルニハ民法上之ニ必要ナル總テノ條件ニ合スルコトヲ要シ隨テ又民法上和解ヲ爲スノ權能ヲ得ルニ必要ナル許可同意等ノ形式ハ之ヲ履行セサルヘカラス

第三 訴訟上ノ要件

和解ニ依リ執行力ヲ取得スルニハ訴訟上左ノ條件ヲ具フルコトヲ要ス
 (一) 訴ノ提起アリタル後之ヲ絶止スルカ爲メニ成立シタルコトヲ要ス
 例ハ強制執行ノ手續ノ進行中ニ於テ執行行爲ヲ避クルカ爲メニ爲シタル和解ハ裁判所ニ於テ之ヲ爲シタルトキト雖モ之ニ基キ執行ヲ爲スコトヲ得ヘカシス且和解ハ受訴裁判所ニ於テ又ハ受命裁事者クハ受託判事ノ面前ニ於テ爲サルヘキモノナルヲ以テ訴訟提起ノ前ニ在リテハ和解ノ裁判籍ナルモノヲ存在スルコトナシ然レトモ訴ヲ提起ニ方リ訴訟成立條件ニ欠缺シテ存スルニ因リ權利拘束ノ效力ヲ發生セサル場合ト雖モ苟モ其欠缺ニシテ當事者ノ意思ヲ以テ拋棄シ得ヘキモノタル場合ニ於テハ其訴訟手續ニ於ケル和解ハ執行力ヲ取得スヘシ何トナレハ和解ノ成立ハ此欠缺ヲ主張スルノ權利ノ拋棄ヲ含ムモノト認

ムルコトヲ得ヘケレハナリ
 (一)和解ハ通常裁判所ニ於テ成立シタルコトヲ要ス。故ニ特別裁判所ニ於テ成立シタル和解ハ民事訴訟法ニ所謂債務名義ト爲ルコトナシ然レトモ和解ハ必スシモ受訴裁判所ニ於テ成立シタルコトヲ要セスシテ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ於テモ亦之ヲ爲スコトヲ得ヘク又當事者カ明カニ和解試ミノ爲メニ相手方ノ呼出ヲ求メタルコトヲ必要トセス(第三八一條)
 次ニ區裁判所ニ於ケル和解手續ニ關シテ言ヘハ普通西法並ニ獨逸ノ普通法ニ依レハ苟モ訴ノ提起アリタル場合ニ於テハ其訴訟カ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス當事者間ニ和解ヲ試マシムルヲ以テ判事ノ義務トセシモ訴訟ヲ開始ニ先テ當事者ノ申立ニ因リ和解試ミノ手續ヲ開始スルコトハ二法ヲ認メタル所ナリ然レトモ佛國訴訟法ハ之ニ反シテ訴訟ハ通常治安裁判官カ和解ヲ試ミタル後ニ非サレハ開始スルコトナキモ此手續ニ於テ成立シタル和解ニハ執行力ヲ付與スルコトナシ本法ハ獨逸ノ訴訟法ニ倣ヒ此二種ノ法制ヲ調和シテ第三百八十一條ノ規定ヲ設ケ之ニ依リテ成立シタル和解ニ執行力ヲ付與ス第五

九條第四號)

第四 效力ノ範圍

和解ハ債ニ爭議ノ目的タル諸點ニ付キ執行力ヲ付與スルニ止マラス苟モ實際和解ノ目的事項タズシニ於テハ之ニ依リテ確定セラレタル總テノ權義ニ關シ執行力ヲ付與シ其和解カ判決ニ依リ廢棄セララルニ至ルマテハ債務名義タルコトヲ得ヘク加之苟モ上ニ述ヘタル條件ニ合スルニ於テハ原告ノ爲スヘキ反對給付ニ對シテモ亦執行ヲ爲スコトヲ得ヘク此請求カ被告ノ反訴ノ目的タリシコトヲ必要トスルコトナシ
 第二段 抗告ヲ以テノミ不服ヲ申立ツルコトヲ得ヘキ裁判ノ原本若クハ此裁判ヲ記シタル調書ニ載シアル調書
 抗告ヲ以テノミ不服ヲ申立ツルコトヲ得ヘキ裁判即チ判決以外ノ決定命令ニシテ其内容カ執行ニ適スルモノタルニ於テハ之ニ依リテ執行ヲ爲スコトヲ得ヘシ第四五條第五九條第一號第一三〇條第五號第一三三條面シテ本來裁

判ニ對シテ抗告ノ許サルルコトヲ以テ足レリトシ實際ニ於テ裁判カ最上審ニ出テタルガ爲メ又ハ不服申立ノ期間ヲ經過シタルニ依リ抗告ノ許サレタル場合ニ於テモ仍ホ債務名義タルコトヲ妨ケス而シテ此種ノ裁判ハ即時ニ執行シ得ヘキモノニシテ之ニ對シテ抗告ノ提起アリタル場合ニ於テモ通常執行ヲ停止スルノ效力ヲ有セスト雖モ(第四六〇條第一項)例外トシテ此效力アル場合ニ於テハ抗告ノ提起後ハ裁判所書記ハ執行文ヲ付與スルヲ拒絕スルコトヲ要シ其既ニ之ヲ與ヘタル場合ニ於テハ當事者ハ執行停止ヲ求ムルコトヲ得ヘシ(第四六〇條第二項第三項)

此債務名義ノ效力ハ抗告ノ結果執行スヘキ裁判カ廢棄變更セラレルニ因リテ消滅スルヤ勿論ニシテ其消滅ノ訴訟上ニ於ケル效力トシテハ執行行為ヲ開始スルコトヲ得ス又之ヲ續行スルコトヲ得ヘカラス又既ニ生シタル執行處分ハ之ヲ取消スルコトヲ要スルニ至ル(第五六〇條第五五〇條第五一一條)

第三段 執行命令ノ原本

督促手續ノ進行ノ結果トシテ支拂命令ニ付スル執行命令ハ假ニ執行シ得ヘキモノト宣言セラレタル開席判決ト同一ノ效力ヲ有シ隨テ之ニ基キテ執行ヲ爲スコトヲ得ヘタ(第五五九條第二號第三九四條)其效力ハ故障ノ申立ニ因リ當然消滅スルコトヲナシ(第五一二條)故障ノ結果新辯論ニ基キ執行命令ヲ廢棄シタルトキニ於テ初メテ消滅スルニ至ル(第五五九條)又ハ執行命令ノ發行ハ債權者ノ請求ニ依リテ行ハレタリ又ハ債權者ノ請求ニ依リテ行ハレタリ又ハ債權者ノ請求ニ依リテ行ハレタリ又ハ債權者ノ請求ニ依リテ行ハレタリ

第四段 執行シ得ヘキ公正證書ノ原本

公證人ノ作リタル公正證書ハ次ノ條件ヲ具フルニ於テハ債務名義ト爲ル第五五九條第五號ニ準ジテ行ハレタリ又ハ債權者ノ請求ニ依リテ行ハレタリ又ハ債權者ノ請求ニ依リテ行ハレタリ又ハ債權者ノ請求ニ依リテ行ハレタリ

第一 公證人カ其權限内ニ於テ法定ノ方式ニ從ヒ證書ヲ作成シタルコトヲ要ス(第五五九條)又ハ債權者ノ請求ニ依リテ行ハレタリ又ハ債權者ノ請求ニ依リテ行ハレタリ又ハ債權者ノ請求ニ依リテ行ハレタリ

第二 公證人一定ノ金額ノ支拂又ハ他ノ代替物若クハ有價證券ノ一定ノ數量ヲ給付シ以テ其目的トスル請求ニ關スルコトヲ要ス(第五五九條)然レドモ其目的タル人キ給付ノ全體カ數字ヲ以テ定マレルコトヲ必要トセス證書其モノニ依リ計算ノ結果

確定シ得ルモノヲ以テ足ル又其請求ノ條件附若クハ期限附タルコトヲ妨ケザルモ將來ノ債權ニ關スルモノタルヲ得云例ハ將來成立スル債權買取約ノ代金支拂ニ付キ有效ニ債務名義ヲ作成スルコト前記ノ如キ最モ是ナリ

第三 債務者カ證書ニ依リ之ニ基キ即時ノ執行ヲ受クヘキ旨ヲ約シタルコトヲ要ス 然レトモ右ニ際シ其執行方法ヲ限定シ例ハ不動產ノ強制管理ニ依ルコトヲ許シ強制競賣ニ出ツルコトヲ諾セタルカ如キ又ハ債權ノ取立命令ニ依ルコトヲ諾シテ轉付命令ニ依ルコトヲ諾セタルカ如キ不其執行ノ目的物ヲ制限スルコト(例ヘハ動産ニ對スル強制執行ニ限ルカ如キヲ妨ケス)而シテ證書カ一度右ニ述ヘタル要件ニ合シテ成立シタルニ於テハ判決ニ依リ廢棄セラレタルモノニ對シテ執行力ヲ存シ隨テ債權者カ此證書ニ基キ執行文ノ付與ヲ得ヘカラス債務者ハ第五百六十二條所定ノ手段ニ依リ之ニ對シテ攻撃ヲ加フルコトヲ得ルニ止マレ

第五段 假差押命令竝ニ假處分命令ノ原本

第五段

假差押命令竝ニ假處分命令ノ原本

第一 假差押命令ハ直接ニ債權者ヲ満足セシムルカ爲メノ手段ニ非ズシテ將來ノ執行ヲ擔保スルコトヲ目的トスルモノナルヲ以テ本來強制執行ノ債務名義ニ屬スルモノニ非スト雖モ之カ執行ニハ強制執行ニ關スル規定ヲ準用スルヲ以テ茲ニ之ヲ列ス(第七四八條)

第二 假處分命令ハ管ニ強制執行ヲ保全スルノミナラス當事者ノ假ノ地位ヲ定ムルカ爲メニモ亦之ヲ生スルヲ以テ其效果タルヲ前者ヨリモ廣ク其結果ニ於テハ假ニ執行シ得ヘキ判決ト同シキモノアコトアルベシト雖モ本來強制執行ニ屬スルモノニ非スシテ唯其手續ノ之ニ準用セラレタルコト前者ト同シキモノアルノミ(第七五六條)

第三款 債務名義ノ内容

第一項 一般的ノ要件

債權執行ノ要件 債務名義

債務名義カ前ニ述ヘタル諸般ノ條件ヲ具備スル場合ニ於テモ必スシモ之ニ依リテ當然強制執行ヲ爲シ得ヘキモノニ非スシテ之カ爲メニハ債務名義カ其内容ニ於テ強制執行ヲ爲スニ適スルコトヲ必要トス隨テ此條件ヲ缺キ例ヘハ其目的タル給付カ不能ナルカ如キ場合ニ於テハ債權者ハ更ニ新ナル訴ニ依リ其名義ヲ完全ニシ之ニ依リテ強制執行ヲ爲ササルヘカラス例ヘハ判決中ニ給付ヲ精密ニ限定セサル爲メ執行ヲ爲スヘカラサル場合ノ如キ又判決カ請求ノ一部ニ付キ裁判ヲ脱漏シ而モ之ニ關スル補充判決ノ申立ノ期間カ既ニ經過シタル場合ノ如キ是ナリ

判決カ其内容ニ於テ執行ヲ爲スニ熟スルカ爲メニ存在スルコトヲ要スル條件左ノ如シ

第一 債務名義カ強制執行ニ依リ強制スルコトヲ得ヘキ給付ヲ命シタルコトヲ要ス 然ラナレハ強制執行ノ命令ハ其目的ヲ缺クヲ以テ之ヲ許スコト能ハス詳言スレハ債務名義カ強制執行ニ關スル法定ノ手段ニ依リ強制スルコトヲ得ヘキ行爲ノ義務アルコト又ハ耐忍ノ義務アルコトヲ認メタルコトヲ要ス故

ニ單純ニ權利關係ヲ確定スルコトヲ目的トスル判決或ハ所謂創設的ノ判決即チ判決ノ確定ト共ニ當然該判決ノ目的トシタル效果ヲ發生スルモノ例ヘハ離婚ノ判決ノ如キハ強制執行ニ適セス訴却下ノ判決ノ如キ亦然リ然レトモ強制執行ニ適セザル訴却下ノ判決或ハ權利關係確定ノ判決ノ如キモノモ固ヨリ執行實行シ得ヘキ判決ニシテ或ハ執行停止ノ原因ト爲リ第五〇條第五一條又ハ一事不再理ノ抗辯ノ手段ト爲ルモノタルモ其強制執行ニ適セザルノ結果執行文ヲ付シタル執行力アル正本ヲ受タルコト能ハスシテ單純ニ判決ノ正本ヲ求ムルコトヲ得ルニ止マル然レトモ又例ヘハ其判決ノ假執行ノ宣言ノ存スルカ如キ判決ノ内容ニ依リ執行實行シ得ヘキコトノ明カナルトキハ其執行シ得ルモノタルコトヲ立證スルカ爲メニ確定ノ證明ヲ求ムルコトヲ得ヘシ判決ノ執行ハ之ニ基ク強制執行ト相同シカラストノコトハ學者ノ認ムル所ナリ

第二 給付ノ目的ハ其種類範圍或ハ時期ニ於テ精密ニ一定シ據テ以テ強制執行ヲ爲スニ熟シタルコトヲ要ス 隨テ若シ債務名義ニ包含セラレ給付ニ關シ疑アル場合ニ於テハ執行機關ハ判決其他ノ債務名義ニ付キ總會不明瞭ナル

有ニ歸セシテ財產ヲ強制徵收スルモノナルニ由リ其性質全ク異ナルヲ見ルヘシ

(ト) 懲戒ト刑罰トハ其結果ニ於テ異ナルモノナリ懲戒處分ニ依リテ免官セラレタル者ハ二年間官職ニ就クノ權思給テ受タルノ權遺族扶助料ヲ受タルノ權等ヲ停止若クハ剝奪セラレ又時トシテ位記ヲ返上セシメラルモノ刑罰ヲ受ケタル者ハ此ノ如キ結果ヲ受タルコト大ク刑罰ノ種類ニ依リ停止及權又ハ剝奪及權ニ處セラルモノナリ

(チ) 刑罰ニハ時効アリ然レドモ懲戒ニハ時効ノ制ナシ故ニ同一ノ行為ニシテ刑法ト懲戒法トニ觸ルル場合ニ於テ刑罰ハ既ニ時効ニ因リテ消滅スルモ其者ニ對シ懲戒處分ヲ爲スコトヲ妨ケザルナリ

(リ) 刑罰ハ司法權ノ決スル所ニ依ルモ懲戒處分ハ監督權ノ決スル所ニ依ルモノナリ即チ刑罰ノ適用ハ裁判所ノ管轄ニ屬スルモ官吏ハ君主ノ直接又ハ間接ノ監督權ニ從フモノナルニ由リ其結果トシテ懲戒處分ハ行政官廳ニ依リ強制モラルルモノナリ又刑罰ニ對シテハ上訴ヲ許スル例トスルモ懲戒ハ原則トシテ之ニ對シテ上訴スルヲ許サザルモノナリ

此ノ如ク刑罰ト懲戒間トハ其性質ヲ異ニスルニ由リ同一ノ行為ニシテ刑罰ト懲戒處分トヲ併セザルモノ一事再理スルコトヲ得ズトスル原則ニ背カザルナリ唯刑事訴訟ノ間懲戒審理ヲ中止スルコトアルモノハ便宜ニ出テタルモノニシテ刑罰ト懲戒トノ性質ヨリ生スル當然ノ結果ニ非ザルナリ又事關裁判ノ結果トシテ官吏其職務ヲ失フトキハ固ヨリ懲戒處分ヲ科スルヲ得ザルモ刑事上有罪ノ判決ヲ受ケ尙ホ其職務ヲ失ハサルトキハ同一ノ行為ニ對シ懲戒處分ヲ加フルコトヲ得ルモノナリ然レドモ刑事上有罪ナリトモ必ズシモ懲戒スヘキモノニ非ス懲戒處分ハ官吏ノ義務ヲ強制シ官紀ヲ維持スルニ在ルヲ以テ之ニ關係ナキ刑事上ノ制裁ヲ受ケタル場合ニハ懲戒處分ヲ加フル必要ナキナリ之ニ反シテ刑事上無罪ノ判決ヲ受タルモ懲戒處分ノ必要ヲ認ムルトキハ之ヲ科スルコトヲ得蓋シ刑法上ノ罪ヲ構成スルニ尙ホ官吏ノ義務違反ト認ムル得キ場合少カラナレハナリ(文官懲戒令第七條)

(三) 懲戒スヘキ場合

現行行政文官懲戒令ニ依レハ懲戒スヘキ場合ヲ分チテ二トス

(イ) 職務上ノ義務ニ違背シ又ハ職務ヲ怠ラタルトキ
(ロ) 職務ノ内外ヲ問ハス官職上ノ威嚴又ハ信用ヲ失フヘキ所爲アリタルト

官吏服務規律ニ規定スル官吏ノ義務ニ付テハ既ニ官吏ノ義務中ニ於テ之ヲ説明シタリ而シテ懲戒令ノ義務違背トハ必スシモ服務規律ノ明文ノミニ拘泥シテ論スヘキモノニ非サルナリ

(四) 懲戒ノ方法

我國ニ於ケル文官ノ懲戒方法ハ文官懲戒令第三條ニ於テ之ヲ規定シタリ即チ免官減俸及ヒ職責是ナリ而シテ免官ノ處分ヲ受ケタルトキハ其官職ヲ失ヒタルコトニ二年間ヲ經過セザレハ再ヒ官職ニ就クコトヲ得サルモノニテ其狀重キ者ハ位記ヲ返上セシメラルルモノナリ減俸ハ一箇月以上一年以下年俸ノ月割額若クハ月俸三分ノ一以下ヲ減セラルルモノニテ職責ハ公然ノ叱咤ニシテ官報ニ公告サルルナリ今參照ノ爲メ普滿西國ニ於ケル懲戒ノ方法ヲ示セハ免官左遷八日以下ノ拘留下級官吏ニ限ル罰俸職責及ヒ忠告等即チ是ナリ

(五) 懲戒ノ機關

官吏ノ義務履行ヲ強制スル方法トシテ懲戒スルモノナレハ我國ニ於テハ官廳部内ニ懲戒委員會ヲ設クルコトトモリ即チ文官普通懲戒委員會及ヒ文官高等懲戒委員會是ナリ

第二款 刑事上ノ責任

官吏ノ不法ノ所爲ハ徒ニ官紀ヲ紊亂スルノミナラス同時ニ國家全體ノ秩序ヲ紊亂スルコトアルニ由リ單ニ官紀ヲ維持スルカ爲メニ行フ所ノ懲戒處分ヲ以テ足レリトセザルコトアリ是レ刑法ニ官吏ノ職務犯罪ノ定アル所以ナリ而シテ官吏ノ爲シタル犯罪ニ對シ如何ナル刑罰ヲ科スヘキモノナルカハ刑法ニ關スル立法上ノ問題トシテ之ヲ攻究スヘキモノニテ又現行刑法ニ於テ國家ノ安全ヲ害シ社會ノ秩序ヲ紊リ公共ノ利益ヲ害スル等ノ官吏ノ所爲ニ對シテ如何ナル制裁ヲ附スルキ其犯罪ノ種類刑罰ノ程度等ニ付テ之ヲ刑法ノ規定ニ讓ルヘキナリ然レトモ官吏ノ職務上ノ犯罪ハ刑法中ニ網羅シ盡シタルモノナリ

ト思考スヘカラス官吏ノ處理スル所ノ事務ノ種類ハ甚多ク其場合ヲ舉ゲテ悉ク之ヲ刑法ニ規定スルハ困難ナル事業ナリ由リ刑法ニハ各種ノ官吏ニ通シテ行ハルル犯罪ノミヲ列舉シ他ハ特別ノ法律ニ之ヲ讓ルヲ常トセリ例ハ郵便法ニ於ケル郵便官吏ノ犯罪森林法ニ於ケル林務官ノ犯罪等ノ如シ官吏ノ職務上ノ犯罪ハ通常之ヲ分テテ二ト爲ス(一)職務犯罪(二)準職務犯罪是ナリ

(一) 職務犯罪トハ官吏ノ地位ニシテ始メテ犯シ得ヘキ犯罪ニシテ官吏ニ非テレハ犯スコトヲ得タルモノナリ(刑法第二七三條第二七七條第二八二條乃至第二八四條第二八七條第三九〇條)

(二) 準職務犯罪トハ元來普通人ニ在リテモ罪ト爲ルヘキ所爲ナルモ官吏力之ヲ犯シタルトキハ一層嚴重ニ處罰セラレヘキモノナリ(刑法第二七八條第二七九條第二八九條第三〇五條第三二二條)

又官署事務執行委員會及官署職務犯罪ハ之ヲ分テテ普通職務犯罪及特別職務犯罪ノ二ト爲ス普通職務犯罪トハ如何ナル種類ノ官吏タルヲ問ハス犯シ得ル犯罪ニシテ特別職務犯罪ト

特別ノ種類ノ官吏ニ限リ犯シ得ル犯罪ヲ謂フ例ヘハ官吏收賄罪ハ普通職務犯罪ニシテ郵便官吏監守盜ノ如キハ特別職務犯罪ナルカ如シ

附言 陸海軍ノ官吏ハ普通ノ官吏トシテノ不法行爲ニ因リ秩序ヲ紊ン公爲ヲ害スル外ニ其軍職ニ在ルノ故ヲ以テ軍隊ノ規律ヲ紊リ又ハ國家ヲ危險ニ陷ルルノ慮アルニ由リ陸海軍刑法其他特別ノ軍紀保護法等ニ於テ特別ニ其罪ヲ定メタリ而シテ陸軍官吏ノ犯罪ハ陸軍軍法會議海軍官吏ノ犯罪ハ海軍軍法會議ニ於テ之ヲ管轄スルモノナリ

第三款 民事上ノ責任

官吏ノ行爲ニハ公法上ノ關係ヲ生スルモノト私法上ノ關係ヲ生スルモノトアリ即チ官吏ノ行爲ニハ行政處分ニ屬スルモノト私法上ノ法律行爲ニ屬スルモノトノ別アリ此二種ノ行爲ハ法律上大ニ其性質ヲ異ニシ官吏ノ民事上ノ責任ヲ定ムルニ當リ其結果異ナルカ故ニ左ニ之ヲ分説スベシ

(甲) 官吏ト被害者トノ關係 官吏カ其權限内ノ職務ヲ執行スルニ當リ不法行為ニ因リ一私人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ其責任國庫ニ歸シテ官吏ニ歸セザルモノナリ何トナレハ官吏ハ唯機關トシテ其職務ヲ執ル者ナレハナリ唯例外トシテ郵便法電信法ニ於テハ政府其責ヲ負ハスシテ官吏カ賠償ノ責ニ任スヘキコトヲ規定セリ之ニ反シテ官吏カ其權限外ノ行為ニ因リ一私人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ官吏ハ一私人トシテ不法行為ヲ爲シタルモノナルカ故ニ自ラ賠償ノ責ニ任スヘキモノナリ(民法第四條第二項參照)

(乙) 國家ト被害者トノ關係 獨逸民法第三十一條ニハ社團法人ハ理事者若クハ其一人又ハ定款ニ基キテ選任セラレタル代理人カ自己ノ權限ニ屬スル業務ヲ行フニ付キ他人ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任スト規定シ同第八十九條ニハ第三十一條ノ規定ハ國庫並ニ公法ノ團體中堅ニ準用スト定メタリ我民法ニハ獨逸民法第八十九條ニ相當スル條文ナキモ第三十一條ニ相當スル規定ハ第四十四條第一項ニテ即チ法人ハ理事者其他ノ代理人カ職務ヲ行フニ付キ他人ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任ストアリ而シテ彼ノ第八十九條ニ相當スル明

文ナキニ由リ我國ニテ此民法第四十四條ハ國庫ニ適用ヲ及ホスヤ否ヤニ付キ疑アリト雖モ我民法第三十六條ニ「外國法人ハ我國ノ行政區畫及ヒ商事會社ヲ除ク外其成立ヲ認許セズ」トアリテ國ヲ外國法人ト認ムルノ點ヨリ考フルトキハ別ニ明文ナキモ我立法者ハ國家ヲ法人ト認ムルヲ主義ナルカ如シ且又事實上ニ於テモ國家カ法人トシテ私法上ノ行為ヲ爲シ得ルコトハ疑ヲ容レザル所ナルニ由リ我國民法ニテ彼國民法第八十九條ニ相當スル明文ヲ設ケテラシム此ノ如キ規定ナキモ當然第四十四條ヲ國庫ニ適用シ得ルモノナリト考ヘタルノ結果ニ非タルナキカ若シ然リトスレハ官吏カ其權限ニ屬スル職務ヲ執行スルニ當リ不法行為ヲ以テ他人ニ加ヘタル損害ニ付テハ國庫ヨリ賠償スヘキモノナリト信ス但其實細ハ民法ノ研究ニ讓ルモノナリ我民法第七一五條參照唯注意スヘキハ特別ノ明文ヲ以テ國家ノ賠償ノ有無ヲ定メタル場合ニ於テハ無論其規定ニ依ルヘキコト是ナリ又官吏カ其權限外ノ行為ニ因リ一私人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ官吏自ラ其責ニ任スヘキコトハ既ニ述ヘタル所ト同シ

(丙) 國家ト官吏トノ關係 此關係ニ付テハ後ニ官吏カ公法上ノ行為ヲ爲シタ

ル場合ヲ論ズルニ當リ併セテ之ヲ說明スヘシニ官吏ノ公法上ノ責任ニ關スル事情

第二 官吏ノ行為ヲ公法上ニ行爲ナリトシ場合トシテ之ヲ論ズルニ當リ

(甲) 官吏ト被害者トノ關係ニ官吏ノ權力行為ヲ執行スルニ當リ不法行為ニ因リ一人ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ於テ私法上ノ責任問題ヲ生ズルキヤ否ヤ此問題ヲ決スルニ先テ第一ニ論定スヘキハ統治權ノ主體ニ不法行為ノ主體ニ異コトヲ得ヘキヤ否ヤニ在リ或一派ノ學者ハ曰ク國家ハ法令ヲ制定スル權力ノ源ニシテ國家ノ意思ハ法令トシテ發現スルモノナリハ國家ノ行為ニシテ違法タルコトナシト此議論中國家ノ權力ノ主體ト認然ル可ナリトスルモ尙ホ此說ハ國家ノ意思ノ力ト意思發表ノ機關トヲ混同スル者ルハ批難ヲ免ルルコト能ハナラズモ一且法律ヲ公布シ之ヲ改正セザル以上ハ之ヲ發布シタル國家モ亦其存在ヲ認メタルヘカラス面シテ之ニ反シタル意思ヲ以テ或行為ヲ爲ストキハ所謂不法ト名クヘキモノナリ或ハ曰ク官吏ノ爲シタル不法行為ヲ爲定トシテノ資格ニ於テハ行爲ニ非ネシテ一箇人トシテノ行為ナリ不法行為ヲ爲シタル官吏ハ法律上國家ト何等ノ關係ヲ有スス隨テ此場合ニ他人ニ損害ヲ

加ヘタル者ハ官吏カ代表スル所ノ國家ニ非シテ一箇人タル官吏ナリ副庫ハ法律上此ノ如キ行為ニ關シテ何等ノ關係スル所ナク唯官吏ノミ其責ニ任スヘキモノナリト然レトモ官吏ノ責任ヲ論ズルニ當リテハ權限内ノ行為ト權限外ノ行為トヲ區別セタルヘカラス若シ權限外ノ行為ヲ爲セハ即チ官吏タル關係ニ於テ爲シタル行為ニ非シテ一箇人ノ行為ナリ而シテ權限内ノ行為ヲ爲セハ總令官吏ノ義務ニ背クコトアリトモ一箇人ノ行為ト觀ルヘキモノニ非ザルナリ何トナレハ權限内ニ於テハ官吏ハ機關トシテノ行為ヲ爲スヘキモノト認ムヘキモノナレハナリ故ニ官吏ハ其權限内ノ行為ヲ爲スニ當リ不法ノ行為ニ涉リ他人ニ損害ヲ加フルモ自ら其實ヲ負フヘキモノニ非ス唯特別ノ明文アル場合ニ於テハ其規定ニ依リテ自ら責ニ任スヘキノ刑事事ニ付テハ刑事訴訟法第十四條ニ被告人無罪ノ旨渡ヲ受ケタリト雖モ刑事檢察官判所書記執達司檢察官又ハ巡査憲兵卒ニ對シ要價ヲ訴テ起スルコトヲ得ルハ但是等ノ官吏被告ニ對シ故意ヲ以テ損害ヲ加ヘ又ハ刑法ニ定メタル罪ヲ犯シタル場合ハ此限ニ在ラズトアリテ但書ノ場合即チ故意ヲ以テ又ハ刑法ノ制裁ヲ犯シテ他人ニ損

害ヲ被ラシメタル場合ニハ刑事檢事等ノ官吏ハ賠償ノ責ニ任スヘキコトヲ定メラル又戶籍法第六條不動產登記法第十三條等ニ於テハ戶籍吏又ハ登記官吏カ故意又ハ重大ナル過失ニ因リテ職務執行上届出人又ハ申請人其他ノ者ニ對シ損害ヲ加ヘタルトキハ賠償ノ責ニ任スヘキコトヲ特ニ定メタルモノナリ之ニ反シテ官吏其權限外ノ行為ヲ爲シタルトキハ既ニ官吏タル關係ヲ離レタル後ノ行為ナレハ即チ一私人トシテ行為ナリ此點ニ付テハ被害者トノ關係ハ私人相互間ノ關係ニシテ賠償ノ責任ハ總テ民法ノ區別ニ依リ定マルヘキモノナリ

(乙) 國家ト被害者トノ關係ハ既ニ述ヘタルカ如ク官吏カ其權限内ニ於テ一ノ行為ヲ爲シタルトキハ縱令其行為違法ニシタルコトアルモ是レ國家機關タルノ行為ニシテ即チ統治者ノ行為ナリ而シテ此行為カ權力關係即チ公法上ノ關係ナルトキハ臣民ハ之ニ服従スルノ義務アリ隨テ其行為ニ依リテ損害ヲ受タルコトアルモ正當ナル國家行為ノ結果トシテ之ヲ受ケタルヘカラサルモノナリ

(丙) 國家ト官吏トノ關係ハ國家ト官吏トノ關係ハ任命ニ因リテ定マリ而シテ

任命トハ既ニ述ヘタルカ如ク官吏ノ合意ヲ條件トスル一ノ權力作用ナルニ由リ民法ノ雇傭ノ法理ヲ以テ國家ト官吏トノ關係ヲ論スヘキニ非シテ其行為カ私法上ノ法律行為タルト公法上ノ權力行為タルトヲ問フヘキニ非ナルモノナリ何トナレハ命令權ヲ行フ官吏モ國家ノ財産ヲ管理スル官吏モ官吏關係ニ於テ毫モ異ナルコトナク皆公法上ノ關係ニ屬スヘキモノナレハナリ故ニ官吏ニシテ不法行為ヲ以テ他人ニ損害ヲ被ラシムルモ官吏ハ國庫ニ對シ民法ノ原則ニ從ヒテ賠償ノ責ヲ負フヘキモノニ非サルナリ唯特別ノ規定アル場合ハ例外ニシテ例ヘハ會計官吏ノ場合ノ如キハ其例ナリ(會計法第二六條第二七條會計規則第八八條物品會計規則第七條參照)

而シテ現金取扱ヲ掌ル官吏ヨリハ其賠償責任ヲ確保スル爲メ身元保證金ヲ徵收スルコトヲ往アリ(出納官吏身元保證金ノ件明治二十三年勅令第四號參照)或ハ身元保證金ニ付テハ其納付ノ義務ハ官吏任命ニ伴フ所ノ附帶契約ニ基キテモニシテ私法上ノ性質ニ屬スルモノナリト主張スル者アリト雖モ官吏ハ統治者ノ命令ニ依リ職務ヲ擔當スルノ義務ヲ有シ其他職務ニ關シテハ凡テ統治者

命令ヲ奉スルノ義務ヲ有スルカ爲メ其義務ノ一トシテ保證金ヲ納ムルハ
 ニシテ亦公法上ノ義務ノ一ナリ又身元保證金ヲ徵スル目的ハ官吏カ罰庫ニ對
 シテ損害ヲ賠償スルニ當リ其賠償ヲ求ムルノ權ヲ擔保スルニ在リ即チ出納官
 吏カ賠償ヲ命セラレタル法定ノ期間内ニ之ヲ納メサルニキリ身元保證金ヲ以
 テ之ニ充ツルカ爲メナリ而シテ此保證金ヲ以テ充ツル所ノ賠償ハ元來私法上
 ノ關係ヨリ來リタルモノニ非サルニ由リ我國ニ於テハ民事訴訟法ノ手續ニ依
 ラス會計法ニ依リ出納官吏ノ責任ハ會計検査院ノ判決ニ依リテ定マルモノト
 爲ナレタリ前述ノモノニ反シ官吏カ權限外ノ行爲ニ因リ罰庫ニ損害ヲ加ヘタ
 ルトキハ官吏ハ一私人トシテ罰庫ニ損害ヲ與ヘタルモノニシテ其關係ハ全ク
 一私人ト一私人トノ關係ニ屬シ官吏ハ一私人ニ對シ賠償スルノ義務アルト等
 シク罰庫ニ對シテモ民法上ノ原則ニ依リ其實ニ任スヘキモノナリ

第五章 自治公共團體

第一節 自治公共團體ノ性質

官廳ノミナラス公共自治團體モ統治機關トシテ使用セララルルハ今日各國行政
 組織ノ普通狀態ナリ固ヨリ均シク機關タルモ其機關トシテノ行動ノ上ニ於テ
 官廳ト自治團體トハ大ナル區別アリ即チ前者ハ機關トシテ特別ノ意思ヲ有ス
 ルトトナク直接統治者ノ意思ヲ外部ニ發表スルモノナルモ後者ハ人格ヲ有シ
 其意思ヲ以テ統治機關タルノ活動ヲ爲スモノナリ故ニ官廳ハ統治者ノ目的ヲ
 爲メニ統治者ノ名ヲ以テ國務ヲ處理スルモ公共團體ハ自己ノ目的ノ爲メニ自
 己ノ名ヲ以テ公共事件ヲ處理スルモノナリ而シテ統治者カ此ノ如キ自治團體
 ヲ設ケ之ヲ統治機關ノ一トシテ之ヲシテ其生存目的トシテ公共事件ヲ處理セ
 シムル所以ハ

第一 人民ヲシテ政治上ノ智識ヲ得セシムルニ在リ小ヨリ大ニ及ホスノ趣
 旨ニ基キ人民ヲシテ直接利害關係ヲ有スル事件ヲ處理セシムルトキハ事身邊
 ノ事件ニ屬シ且比較的細小ナルモノナルニ由リ之ニ慣熟スルコト易ク且利害
 關係ノ適切カクカ爲メ熱心ニ之ニ從事スヘク然ルトキハ遂ニ國家政務ニ從事
 スルノ智識ヲ漸次養成シ得ヘキカ爲メナリ

第二 公共的精神ヲ養成セシムルニ在リ、蓋シ自己ノ意見ニシテ直接公共事務ノ舉否ニ關係ヲ有スルトキハ公共ヲ爲テ盡スノ精神自ラ發達スレハナリ

第三 社會各階級ノ利害衝突ヲ避ケシメントスルニ在リ、何トナレハ自治制ノ常トシテ其費用ヲ多ク分任スルモノニ對シ多クノ權利ヲ與フレハナリ

第四 中央政府變動ノ影響ヲ可成の地方ニ及ホサザラシムルカ爲メナリ、總テ行政ノ組織ヲ官治組織ト爲シ總テ行政ヲ官廳ヲ以テ處理セシムルトキハ各地方官廳直チニ中央政府ノ變動ノ影響ヲ受ケ地方行政ノ妨害ヲ爲スコトアルモ之ニ反シ地方行政事務ヲ自治公共團體ヲシテ處理セシムルトキハ團體ノ機關ハ中央政府ニ於テ安ニ任免スルコト難ク隨テ如何ニ内閣變動スルモ其影響ヲ受クルコト少キナリ且又團體ノ機關ノミナラス團體自身ヲ廢置スルニ付テモ多クノ國ニテハ法律ヲ要スルコトセリ蓋シ中央政府ヲシテ其便宜ニ從ヒ安ニ之ヲ廢止スルコトヲ得ザラシトスルカ爲メナリ

今自治公共團體ノ性質ヲ述ブレハ團體ノ性質ニ對シテハ行政ノ性質ニ從ヒ

第一 公法人ナリ

公法人トシテノ特質ハ團體ト團體員トノ間ニ命令服從ノ權力關係存スルニ在リ此點ニ於テハ國家ト相類似スルモ地方自治團體ノ國家ト異ナルハ點ハ國家ニ於テハ此ノ如キ權力固有ニ之ニ存シ自治公共團體ニテハ其權力ヲ團體ヨリ得ルニ在リ而シテ統治者カ公共團體ニ此ノ如キ權力ヲ委任スル場合ハ其團體ヲ以テ統治機關ト爲ス場合ニ限ラルルヲ常ト爲スニ由リ成ハ公法人トシテ統治機關ナリト説ク者ナキニ非サルナリ

第二 自治團體ナリ

自治ノ定義ニ付テハ學說區區ニシテ一定セスト雖モ一時最モ流行シ今尙ホ二三ノ學者ニ依リテ唱ヘラルル所ノモノハ「グナイスト氏ノ説ナリ抑モ自治ノ學理上行政ノ原則トシテ認テラレタルハ英國ナレトモ其自治ノ意義タリヤ甚ク廣ク中央政府タルト地方政務タルトニ區別ナク總テ人民カ統治ノ作用ニ參與スルコトヲ廣ク自治ト稱シ大統領制度國會制度陪審官ノ制度ノ如キハ皆此意義ニ於ケル自治制度ノ例ナリシナリ然ルニ「グナイスト氏ハ英國ノ地方自治ノ制度ヲ深ク研究シ而シテ自治ノ意義ヲ狭ク解シテ地方行政ノ範圍ニ限ルモノ

ト爲シ以テ左ノ如ク之ヲ定義シタリ
自治トハ國法ノ規定ニ從ヒ名譽職カ地方團體ノ費用ヲ以テ其行政ヲ爲スヲ
謂フ
ト然レトモ地方ノ行政中租税ノ負擔ニ依ル行政ハ必ズ自治行政ノミノ特
色ニ非スシテ官治組織ノ地方行政ニ於テモ亦然ルコトアリ故ニ「グナイスト」氏
ノ定義中自治行政ノ特色ハ名譽職ヲ以テ行政ヲ行フコトニ在ルモノト認ムヘ
ク我市町村制理由書ニ於テ名譽職ヲ以テ自治ノ要素ト爲シタルハ蓋シ此說ニ
基キタルモノナラヘシ

是ニ於テ名譽職ハ自治體ノ要素ナルコト「グナイスト」氏ノ唱フル如クナリヤ否
ヤヲ考フルニ此「グナイスト」氏ノ說モ被治者タル人民カ自ラ其事件ヲ受理スル
ヲ自治ノ特色ナリトスルヨリ來リシモノナレトモ自治ノ要素トシテハ被治者
カ直接間接ニ其機關ヲ選定スル權利ヲ有スルナラハ之ニテ足ルヘク其機關ノ
名譽職タルト有給ノ者タルトハ何等ノ關係ヲ有セサルヘキ筈ナリ恐ク「グナイ
スト」氏ハ英國地方自治ノ實況ヲ見テ之カ爲メニ自治ノ特色トシテ其機關ハ必

ス名譽職ナラサルヘカラスト考ヘタルニ由ルモノナラシト信ス既ニ「グナイ
スト」氏ノ說ヲ採用スルヲ得ストスレハ他ニ其定義ヲ求メサルヘカラスト今予ノ信
スル所ノ說ニ從ヒ自治ノ定義ヲ與フヘシ

公共團體カ其存在ノ目的タル自己ノ事務ヲ自己ノ意思ニ依リ自己ノ機關ヲ
以テ處理スルヲ自治ト稱シ其公共團體ヲ自治團體ト謂フ

第三 自治公共團體ハ法定ノ國務ノ一部ヲ處理スル義務ヲ有スルノミナラス
又之ヲ處理スルヲ以テ其團體終局ノ目的トスルモノナリ
故ニ此事務若シ廢止セラレルカ又ハ其團體ヨリ之ヲ處理スルノ權ヲ奪ヒタル
トキハ團體ハ最早存立セザルモノナリ即チ國務ノ一部ノ處理ヲ以テ團體ノ生
命ト爲スモノナリ此點ニ於テ自治公共團體ト私法上ノ團體ト區別セラレ私法
上ノ團體ノ事務ハ國家ノ事務ニ非サルニ由リ其團體力之ヲ行フト否トハ全ク
隨意ナルモ之ニ反シ公共團體ノ事務ハ國家事務ナルニ由リ之ヲ遂行スルノ義
務ヲ其事務ノ委任者ニ對シテ有スルモノト謂フヘシ或ハ公共團體ノ事務中固
有事務ト委任事務トノ區別ヲ設ケハ團體カ存立ト同時ニ固有ニ存スル事務

ニシテ他ハ國家ノ委任ヲ受ケテ處理スル事務ナリト唱フル者アリト雖モ此區別ハ沿革上ニ基クモノニテ今日ノ團體事務ハ法理上ハ區別ニ非ス何トカレハ公共團體ニ於テ處理スル事務ハ總テ國家ノ事務ニシテ又之ヲ團體ニ於テ處理スル點ヨリ言ヘハ總テ團體ノ事務トモ稱スルコトヲ得ヘキモノナレバナリ向ホ又注意スヘキハ自治公共團體ト國家公共事務ノ一部ヲ其存立ノ目的トセス唯其傍ノ事務トシテ委任セラレテ行フ團體トハ區別スヘキコト是ナリ其後者ニ屬スルノ例ハ郵便物ノ運送又ハ軍隊輸送ヲ託セラレタル鐵道會社又ハ郵船會社ノ如キモノニシテ此等ノ會社ト自治公共團體トヲ混同スヘキモノニ非ナリナリ

第四 自治公共團體ハ統治權ヲ積極的又ハ消極的ノ監督ス下ニ立ツモノナリ抑モ團體ノ事務ハ既ニ述ヘタルカ如ク國家事務ノ一部ナリ以テ其事務ノ舉ルト否トハ國家ニ大關係ヲ有スルモノナリ故ニ國家統治者ハ私立會社ニ對スル如キ消極的監督即チ違法又ハ公益ヲ害セザルヤ否ヤヲ監督スルニ止マラスシテ積極的監督即チ團體ノ事務委原振ハサルトキハ其事務ノ舉ルト否トヲ圖ル

雜 談

○公正證書ノ偽造ニ對シテ擬律ニ公證人ノ作成ニ係ル證書ヲ偽造シタル者ニ對シテハ刑法第二百三條第一項ヲ適用スヘキカ將タ同第二百四條第一項ヲ適用スヘキカ換置スレハ公正證書ハ明治二十三年法律第百號ニ依リ直チニ官文書ニ擬スヘキモノナリカ將タ同法律ニ依リ官吏ノ公證シタル文書ニ擬シテ刑法第二百四條ヲ適用スヘキモノナリカノ問題ニ對シテ東京控訴院ハ官文書公證書ト認メテ第二百三條第一項ヲ適用シタルニ大審院ハ之ヲ破毀シテ曰ク公正證書ハ公證人カ人民ノ屬託ニ依リ民事ニ關スル事項ヲ公證スル爲メ作成スル所ノ文書ニシテ公證文書ニ外ナラサレハ之ヲ偽造行使シタル所爲ニ對シテハ明治二十三年法律第百號ニ依リ刑法第二百四條第一項ヲ適用スルカナルヘカラサルモノトスト

○文書ノ偽造ト變造ニ關シテ官文書ノ偽造變造行使罪ニ關スル判決要旨ハ前ニモ報道シタル所ナリ(雜報二六頁同シテ官文書中一ノ字ヲ二ノ字ニ改メタル場

善多偽造ナリト認テ裁判決理由ノ要旨ニ奉サンニ始テ原判決ニ認ルル如シ
 明治三十四年度第一期縣稅地租額ノ領收書申第二期ノナレ文字ノ上ニ更ニ一
 畫ヲ加ス二ノ字ト爲シ以テ明治三十四年度第二期縣稅地租額ノ領收書ヲ造リ
 タル所爲ハ即第一期分ノ領收書ヲ利用シテ新ニ第二期分ノ領收書ヲ造リタル
 モノナレシ之ヲ偽造トモシハ相當ナルメニナラズ云云ト(大審院明治三十五年
 二月二十五日第三〇三號判例)
 ○竊盜ノ見張ヲ行爲三期二人以上相通謀シテ竊盜ヲ爲スニ當リ其一人ハ屋外
 區於テ見張ヲ爲シタルトキハ其者ハ竊盜ノ正犯ナルカ斷テ從犯ヲ以テ論スル
 事カ大審院ハ判決シテ曰ク「犯人カ或犯罪ヲ實行セントスルニ當リ其目的ヲ達
 スルニ必要ナル犯人カ其犯罪ノ遂行ニ必要ナル所爲ヲ實行スルコトト犯罪實行ノ當
 時ニ於テ之ヲ妨テヘキ事實ノ存在セザルコトヲ必要トシ此二個ノ積極並ニ消
 極ノ要件ハ犯罪ノ遂行上ニ於テ缺ク可カラザルモノナルヲ以テ犯人カ尙タモ
 其所爲ニ依リ此二個ノ要件ノ一ヲ充タシタル以上ハ其所爲ノ犯罪構成ノ要件
 タル積極ノ實行行爲ニ關スルト犯罪行爲ノ實行ニ對シ消極ノ作用ヲ爲ス妨

害排除ノ所爲ニ關スルトニ論テ之其犯罪行爲ノ實行ニ干與シタルモノト謂ハ
 タルヲ得ス何トナレハ此二個ノ所爲ハ相得テ犯罪ノ遂行ニ得タモノニシテ其
 一ヲ缺クニ於テハ犯罪ハ實行セラレ得ヘカラザルモノナルカ故ニ此二個ノ所
 爲ヲ爲シタル者ハ何レモ犯罪ノ實行ニ缺ク可カラザル所爲ヲ爲シタルモノニ
 シテ即チ犯罪行爲ヲ實行シタルモノニ外ナラザルヲ以テナリト(大審院明治三
 十六年一月二十七日第三〇三號判例)
 ○明治二十二年法律第二十八號ニ所謂公然ノ意義 明治二十二年法律第二
 十八號第一條ニ曰ク「法律ヲ以テ組織シタル議會ニ對シ公然ノ誹毀侮辱シタル者
 ハ云云告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス」ト同第二條ニ曰ク「前條議會ノ議員ニ對シ其公務
 上ノ言動行爲ニ付公然ノ誹毀侮辱シタル者云云」該法律ニ所謂公然ナル文字ノ
 意義如何其解釋ノ廣狹ニ從ヒ著シテ犯罪ノ數ニ増減アルコト明瞭ナルハ即
 チ同文字ハ之ヲ公開ノ場所其他公衆ノ聽聞シ得ル場所ニ於テ誹毀侮辱ヲ爲シ
 タルニトテ要スルカ將テ特定ノ人ニ向ヒテ右議會又ハ議員ヲ誹毀侮辱スルハ
 官語ヲ發シタルモノヲ以テ同法ノ犯罪ヲ構成スヘキカ蓋シテ法律ハ現行刑罰

施行後市制町村制實施ノ當領ニシテ帝國議會開設ノ前年ニ發布セラルル
ノニシテ刑法ノ條項ヲ補充シタルモノト解スルヲ釋當ナリトスヘシ果シテ然
ラトモハ其所謂公然ナル文字ノ意義ノ如クモ刑法ニ所謂公然刑法第一四一條
第二項第三五八條第一號第二五八條等ノ文字ト同一ニ解スルヲ釋當ナリトス
面シテ刑法ニ所謂公然ノ文字ニ付テハ人ニ依リ其見解ヲ異ニスルヲ免レザル
所ナルヘシト雖モ苟モ吾人ノ言論ノ自由憲法第二九條ヲ束縛スルヲ結果スル
以上ハ頗ル慎重ニ解セタルヘカラザルヤ論ナキナリ大審院ハ或村會カ新築校
ヲ生合ノ新築ノ決議ト同時ニ敷地問題ヲ決議シタルニ同敷地ノ所有者十數名
カ一所有者ノ宅ニ相談會ヲ開キタル席上ニ於テ村會議員ノ一人ヲ誹毀侮辱シ
タリトノ事實ニ對シ説明ヲ與ヘテ曰ク右法律ニ所謂公然トハ秘密ニ對スルノ
語ニシテ秘密ナラサル場合ハ常ニ公然ナリ故ニ公然ノ誹毀侮辱トナルニハ取
テ不特定ナル多數人ニ對シテ之ヲ爲スヲ要スルニアラス特定シタル少數ノ人
ニ對スルモ苟モ其行爲ノ秘密ナラサル以上ハ公然ノ誹毀侮辱タルヲ免カレズ
ト(大審院明治三十五年七月二十六日第二二二號法律第一二二號解釋書第一二二號)

法學志林

第四十二號

(四月十五日發行)

志林

○編輯ノ法相國總務省ノ付テ占領地ノ法ニ對シテ
○編輯ノ規定

○編輯者ト對政學ノノ關係
法學士 秋山雅之介

論議

○取引原(續)
法學士 海山 廣夫

○編輯ノ公用書院及ニ對シテノ關係ノ關係
法學士 谷野 盛

○編輯ノ格式ノ關係及ニ對シテノ關係
法學士 松浦 廣太郎

○立本ニ關スル編輯ノ關係ノ關係
法學士 杉本 貞治郎

法學士 中山 成太郎

其他 判例、雜報、記事 數十件

發行所 **和佛法律學校**

第三十六年四月十五日發行
第三十六年四月十六日發行
定價 每冊五錢

東京市千代田區千代田十番地
秋 原 敬 之

東京市千代田區千代田三番地
小 宮 山 廣 野

東京市千代田區千代田九番地
金 子 清 敏 新

發行所 可法省 **和佛法律學校**
指定
東京市總取區富士町六丁目十六番地

電話號碼百七十四番

前號二十二年十二月九日內發者許也
第三十五年十一月四日第三號(編輯者) 第三十五年五月廿一日(發行所)
第三十五年五月廿一日(發行所) 第三十五年五月廿一日(發行所)