

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

PDF issue: 2025-07-04

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

○ 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 1 2 3

(民國三十五年十一月四日第三種郵局可每月廿一、二、三、四、五、六、七、八、九、十、十一、十二)

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



和佛法律學校講義錄

第五編第九

和佛法律學校

第三學年第一號目次

法律學士 拙下 雷 次 那

民 法 親 族

法律學士 矢 部 康

商 法 手 形

法律學士 内 田 勉 吉

商 法 海 商

法律學士 田 勉 吉

破 產 法

法律學士 橋 田 明 正

民事訴訟法

法律學士 普 孫 子 勝

行 政 法

法律學士 清 水 遼

雜 報

○公正證書ノ偽造ニ對スル擬議〇文書ノ偽造ト認定〇擬證ノ見張

ノ行爲〇明治二十二年法律第二十八號ニ所謂公證ノ意義

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
テ婚姻中ニ根胎シタル嫡出子ト雖モ父又ハ母カ其届出ヲ爲サヌ若クハ事實
ヲ詐リ他人ノ子トシテ届出ヲ爲スコトナシテセス此ノ如キ場合ニ於クハ其届
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二百十五條
ニ依リ違料又ハ重禁罰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
云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
ノ認知ヲ求ムルコトヲ得ヘキモノト論論セサルヘカラス

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
體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

ラボ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
 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バ本條ノ如
 規定ナキカ故ニ嫡出子ハ父母ノ認知ヲ求ムルヲ得ナルカノ疑問生スヘシ。
 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ヌ。若クハ事實
 ヲ詐ヲ他人ヲ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二百十五條
 三依リ。違科又ハ重禁制ニ處セラルヘキモノニシテ届出ヲ爲スヘキ者ニハ屢々
 ノ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
 ノ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ナルヘキ道理ナキヲ以テ本條ヲ援用シ嫡出子モ父
 ノ認知ヲ求ム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ヲ認知又請求スルコトヲ得ルケノ問題ア
 リ。新民法ニ於テ認メタル規定ナルカ故ニ其請求ヲ認メテ可少だキモノ如シト
 證セ民法施行法第一條ニ依レハ民法施行前ニ生レタル事項並皆ニ同法ニ適用

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異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ナムニノト謂ハサルヘカラス

嫡出子タル身分ノ、^{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事編第一〇三二條乃至第一〇五條

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者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サ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ナ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ヌ又ハ其孰レカ一人カ之ヲ認知セサムニ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

子申下其當時既ニ父母ノ認知ヲ得タル五歳ノ男子(近アリトセシ)此場合ニ於
テ甲ハ乙ヨリ年長ナレドモ父ヲ相続スルニ當リ第九百七十條第四號ノ規定ニ
従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シト
キハ他ノ嫡出子即チ乙丙ノ権利ヲ害スルニ至リ第八百三十二條但書ノ精神ト
骨髓スルヲ以テ此場合ニ於ケル嫡出子タル身分ノ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トモ子カ死亡ノ後其子又ハ孫ノ存スル場合
ニ於テハ其子又ハ孫ニモ亦同一ノ利益ヲ受ケシタナルベカラヌ(第八百三一條第
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

第二節

一某ニ死亡シテ其子ノ子又ニ孫人ノ子又ニ孫人爲ス。而認知アハシタリト。其時可見其子又
母娘人燒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
土ニ要於本體論之。第一華百三十才過。雖半生空腹。亦未嘗不養子也。養子者。又
養子。ト。他人ノ子又ハ他家ニ在ル自己ノ人子ヲ收養シテ己ノ子ト爲之ト親子
ノ關係ア生スルモ大ナルカ。養子制度。人廢居仕入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シシテ
全ク之ヲ人民ノ倫義ニ一任セリ。我邦ニ於テハ家族制度ヲ採リ家ヲ以テ社會ノ
基礎トメスニ依リ。養子制度ノ必要ヲ感スルコト殊ニ甚シタシ。古來既ニ此制
度ヲ認メタリ。維新前ニ於ケル武士ノ如キハ實子男ナク亦養子男ナクシテ死亡
シタルトキハ其扶持召上タエズ。武士ノシテ人家へ廢滅スルニ至リ。武士ナ他製
業工商等ニ比シ。養子ノ必要ナリ。シヨト言ス。テ候タルナリ。而テノ養子制度ハ
近來益其弊多キカ。爲ノ事。又之ヲ禁スルアコトスルノ論者ナキ。ナニ非ス。ト雖モ苟

老家族制度人存スル以上ハ之ヲ禁ス凡ニ因羅カムノ事大ヲ不繼合之運爲本
弊害アルゴトテ認ムル事要現今盛ニ行ふ必ム所ノセハノ俄シ廣止者ノ間オム
トキハ人民ヲシテ不自由ヲ感ゼシメ策ノ得タルモノニ非ス是ヲ以テ法律ハ養
子ニ關スル弊害ノ規定ヲ設ケテ可及的之ヲ矯正シ依然養子ノ制大存シ久異
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第三款
縁組ノ效力第四款離縁是ナリ。建物ニ鉛瓦ノ屋根瓦又は瓦屋根大抵貰ヘ
其本體上ノ事由又其外之原因者外之原因者外之原因者外之原因者外之原因者
ニ該サム時則第一款 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人意思表示、縁組人能力及ヒ或者ノ同意
ヲ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) 第八百三十七條 成年ニ達シタル者ハ養子ヲ爲ス
コト得。民法人事篇第一〇六條

外國ノ立法例ニ依レム其多數ハ養子制度ノ以本實子ナキ方將矣也ヲ失ヒタム

者ヲ個ムノ趣旨ニ基クモノトシ隨テ通常實子ヲ舉クルコト能ハナル年齡ニ達
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
歳ノ年齡ニ達セサ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
然シトモ我邦ニ於テハ固ヨリ單ニ實子ナキ者ヲ憚ミテ養子制度ヲ認ムルニ至
ラタルモノニ非サシハ外國多數ニ立法例ノ如ク縁組ノ要件トシテ殊更ニ養親
ノ年齡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
スコトヲ認メタリ德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アリテ養親ノ年
齡ニ制限ヲ設ケサレモ縁組ハ一身一家ニ取リタ重火ナガ關係ヲ有スルモノ
ナレハ未タ成年ニ達セサル者ヲシテ隨意ニ養子ヲ爲スコトヲ得セシムルカ如
キハ頗ル危險ニシテ立法上其當ヲ得タルモノト謂フヲ得ベ是ヲ以テ法律ハ養
親ノ成年ニ達セサレハ養子ヲ爲スコトヲ得タルモノト爲シタリ。身ニ無カハ養
親ニ説キタムカ如ク從來養子ナル語ハ男子ノ他人ニ收養セラル者ノミヲ指
稱シ女子ニ付テハ別ニ養女オル語ヲ用ヒシト雖モ本法ニ於テ男、女ノ間ニ別

(三) 用語ヲ異ニセス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ツルヘカラズ。ヨリ亦ハ、
家族制度ヲ採レル國ニ於テハ家ヲ重タ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正スト様也。本法ニ於テ養子ヲ認ム者ハ必スシモ家督相繼
ノ必要ノミニ止マラナルヲ以テ養子ヲ爲ス者ハ戸主ニ限ラタナリ故ニ家族
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
テ家督相續人タル男子アル場合ニ於テ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ヲ規定ニ違反シテ養子ヲ爲シタル場合ニ於
ハ其家族ハ離籍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。次ニヨリヤ批セマリ。及モ此ノ事例ノ後ニ有リ
(二) 第八百三十八條ニ尊屬又ハ年長者ハ之ヲ養子ト爲スコトヲ得ス舊民法人
事権第一〇六條ニ

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ム。已ヨリ年長ナ
ル者ヲ以テ養子ト爲ストキハ自然ニ反ス又尊屬ノ中ニハ養親ヲリ年少ナル者
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ル外
國ノ立法例並ニ我邦古代ノ法令中ニハ養親ノ年齡ハ養子ノ年齡ヨリ十五歳以
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サルモノアルヲ以テ單ニ養親ノ年齡カ養子ニ
優レルヲ以テ足レシト爲シ別ニ其間ノ年齡ニ關シテ條件ヲ設ケラリシナリ
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謂目上
ト稱スル親族ハ其血族ナムト姻族ナルトヲ問ハス皆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ノ無
又ハ曾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無
出子ト雖モ之ヲ養子ト爲スコトヲ得ヘキナリ(第八四一條第二項参照)

(三) 第八百三十九條 法定ノ准定家督相續人タル男子アル者ハ男子ヲ養子ナ

爲スコトヲ得ス但女婿ト爲ス爲メニシタル場合ハ此限ニ在ラズ當民法人事體第
一〇七條

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サリシヲ以テ此
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必スシモ家督相
續ノ必要ニノミ基クモノニ非ナ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續人ヲ得ント欲スルニ在リ故ニ家督相續人カ
女子ナル場合ニ於テハ女子ヲシテ相續ヲ爲サシムルハ通常人ノ欲セナル所ナ
ルカ故ニ更ニ男子ヲ養子トセシト欲スルコトハ我邦ノ人情ニ適セシ之反シ
既ニ家督相續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續人ノ相續權ヲ侵害ス否ラサルトモ少
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續ノ目的ヲ以テセナ
ル養子ハ多クハ女婿ト爲ス爲ジニシルニ在ル事故ニ此場合ニ於テム親人ノ養
子ヲ爲スモ不可ナルニトナシ又女子ヲ養子ハ多ク家督相續ノ目的ヲ爲メニセ
ナルカ故ニ是レ亦制限ヲ設ケル必要アラサルヲ以テ右ノ如キ規定ヲ設ケ之ヲ

第三ノ要件ト爲シテ又大々同前内ノ外觀風氣常拂拂スハ蓋シハ養子ヲ義理ニ
本條ノ規定アルカ爲謀ニ間接ニ第九百七十三條ノ規定ハ徒法無歸スルニ可
リ第九百七十三條ノ規定ニ從ヘハ法定ノ推定家督相續人ハ其姉妹ノ爲ルニス
カ養子綠組ニ因リ大其相續權ヲ害セラム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増養子ヲ爲スト既相續權ハ依然始ニ存ヌシ然ルニ本
條ノ規定ニ於テ大家督相續人タル男子アル場合ニハ男子ヲ養子ト爲スコト云
得ナヒトモ法定ノ推定家督相續人カ女子アル場合キ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ノ法定ノ推定家
督相續人ト爲ルヘタ而シテ養子ヲ爲シタル後ニ於テ法定ノ推定家督相續人タ
ラン者ノ妹ト婚姻スルコトハ法律ノ禁スル所ニ非ナルヲ以テ其者固婚姻スル
トセバ唯養子綠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
ニシテ養子綠組後ニ於テ法定ノ推定家督相續人タルシ者ノ妹ト婚姻シタル所場
合ハ第九百七十三條ハ精神無ハ明カニ反セリ然レトモ本條ノ規定アルニ因
右ノ養子綠組ヲ爲シ其養子カ法定ノ推定家督相續人ト爲リタル後婚姻スルコ

トヲ得ヘシガリは、其養子ニ成ル者、請求權者本人子孫と、其養子の本條ノ規定ニ付テ法定推定家督相続人タル男子アリ者未だ婚姻年齢三達セナル幼年ノ女子ト他日娶ハス時、其豫約ヲ以テ男子ヲ養子取爲スコトヲ得ルカノ問題アリ。此處ノ問題ニ就テ、誠に、其豫約之式又報酬又ハ、本條ノ法意ノ如何ヲ問ハス、唯但書メ文面ノ事ニ拘泥スル足以本間ノ場合セ但書中ニ包含スルモノ如ジト雖モ、此ノ如ク解釋スルトキ、先づ其前提トシテ法律上婚姻ノ豫約ナルモノ是認セザルヘカラズ然ル。婚姻ノ豫約ナルモノハ民法ニ於テ認スランタルナリ。詳言スレハ、培養子縁組ナリ。於テ、養親ト養子トノ間ニ於ケル婚姻ノ二行爲ノ同時ニ存スルヲ當トス。キニ本間ノ如ク養親子間ニ於テ養子縁組ノ先づ存シ養子ト養親ノ女トノ間ニ於ケル婚姻ナルモノ存セス縁組當時ニ在リケバ、唯僅ニ養親カ其女ヲ養子ニ娶ハスノ意思ト養子カ之ヲ娶ランセル意思トアベニ過ぎナレトモ嚴格ニ謂オトキハ此ノ如キハ法律上婚姻ニ於ケル真ノ豫約トセ謂アコトヲ得ナルナリ何トナレハ婚姻ノ當事者タル者ハ、養子ト養親ノ女

ニシテ養親ハ其婚姻ニ付テハ唯同意ア爲スコトヲ權ア有スルニ止マリ。養子縁組ニ付キ親カ十五年末滿ノ子ノ養子タルトキ之ニ代リテ縁組ノ承諾ヲ爲ス(第8四三條第一項)コトヲ得ルカ如ク婚姻ニ付キ親方其當事者ハ一方子ニ代リテ之カ意思ヲ表示スルコトヲ得ヘキ。規定存セサレハナリ。俗ニ親カ其子、或婦、或妻リ、ヲヤハルト謂フカ。如キハ全ク法律上ニ於ヌム何等ノ關係ナク婚姻ニ於ケル當事者ハ夫婦ニシテ合儀ニ婚姻年齡ニ達シタル者ト雖モ自ラ主動者ト爲リナ。婚姻ヲ爲スモノニシテ當事者ノ親又如キハ以上叙述スルカ如ク子ニ對シテ婚姻ヲ爲スコトヲ許諾スルニ過キナルナリ。至ニ後天ノ財物又財産又財物又財產又夫レ此ノ如ク養親ト養子トノ間ニ於テ養親ノ女ト養子ト他日婚姻スヘキ約定ハ婚姻當事者以外ノ者ノ間ニ成レルモノニシテ法律上豫約ト謂フヲ得ラレトセ今ナ養親ノ女子カ婚姻ノ豫約ヲ爲ス能力アリヲ之カ豫約ヲ爲シタリトス。モ法律上此ノ如キ豫約ハ效力ナシトア明文ハ存セサレ候モ、親族権全體ヲ通觀スルトキメ養子縁組離婚婚姻及ヒ離婚等ニ付テハ單ニ其届出ヲ爲シタル場合ニ於テ其能力ヲ有スルコト以爲タルムニ過キス以外其以前ノ約束ノ如キハ毫

モ法律ノ認メナル所ナルヲ以テ獨逸民法ノ如ク雖約ノ解除ニ關スルカ如キ規定ノ存セナル所以ニシテ他義上ノ問題ハ別ト爲シ我民法ニ於テハ婚姻養子緒組等ニ付テハ緒合當事者カ他日之ヲ實行スヘキ如何ニ至キ約束ヲ爲シ置クトモ双方任意ニ之カ届出ヲ爲サツル以上ニ其雖約ノ履行ヲ請求ズ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を解釋スルニハ法律ノ認メナル婚姻ノ雖約ヲ有效ト爲シ婚姻年齡ニ達シタル後ニ於テ「其雖約ヲ實行スルコトヲ得セシメサル」ヘカラス若シ然ラナルニ於テハ但書ノ規定ヲ以テ本文ノ原則ヲ破壊スルニ至ルベキナリ是ヲ以テ決定ノ推定家督相續人タル男子アリ者ハ其女子カ養子緒組ト同時ニ爲ス養子タル男子ト婚姻ヲ爲ス場合ノ外他婚姻ヲ爲ナシムヘキ雖約ヲ以テ男子ヲ養子ト爲スコトヲ得ナルモトスレ
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ニ明治三十四年十一月九日法曹會決議法曹記事第一百二十一條第一頁以下)積極說民法要義モ同說ナリ同第四卷第二八〇頁
フ載レルヨリ戸籍登場ニ於テハ到ル所本問ノ如ク他日女ノ婿ト爲スベキ目的

ヲ以テ爲シタル養子緒組ノ届出ヲ受理スト(現ニ名屋市ニ於タル子ノ知人タル醫學士某ハ十五年ニ滿タナル女ニ娶マスヘキ積リ)又ノ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不現ニ右女子ノ外推定家督相續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ニ養子ヲ爲ストモ民法第九百七十條第二項ノ規定アルヲ以テ其養子カ實男子ヨリ年長ナルトキト雖セ實男子ノ相繼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セ毫セ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タ詳言レハ法定ノ推定家督相續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テ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續ニ付ヲハ養子緒組ニ因リ婿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續ニ付ヲハ順位上實男子ニ劣リテ毫モ相繼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

相親權ニ害ナキニ拘ヘラス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ゾト認メタレハナリ然レトモ其但書ノ規定ハ養子縁組ノ外親ノ女ト養子ト同時ニ婚姻ヲ爲スカ爲ミ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ナ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ツルモノト解セツ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ミ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ツ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ツルヘカラバレトモ戸籍吏ニハ此ノ如キ權能ナシ良シ之アリトスルトモ此ノ如キ意思ハ外都ニ顯レナルモノナル故ニ養親カ單ニ他日女婿ト爲ス爲メナリト申立ナツハ爲サハ實際其意ナキ場合ニ於テモ戸籍吏ハ此届出ヲ受理セツルヘカラナ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サルナリ又若シ反對論者ノ說ノ如クナランニ

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效ト爲スカ將タ少タトモ之カ難據ヲ許スヘキ規定之ニ伴ハサダヘカ得ナムニ法律カ此ノ如キ規定ヲ設ケタル所ヨリ觀モ本條但書ハ以上叙述シタル如ク解釋セナルヘカラス律を讀手眼高キモ之義無く餘々及々變遷する故次第に在る(四)第八百四十條一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タ管理ノ計算ヲ終ハラタル間亦同シ、大東・同義も併ヘ見及ヒ是前項ノ規定ハ第八百四十八條ノ場合ニハ之ヲ適用セス舊民法人事編第一〇八條(後見人・被後見人・財産・債務等の取扱い)被後見人財産ノ私スルモ許スヘキ然ルニ後見人カ被後見人ヲ養子ト爲スコトヲ許スカヘ被後見人ノ財産ニ付キ不正ノ行爲ヲ爲シタルヲ掩蔽せカ爲スニ之ヲ甚養子ト爲斯以テ親族會其他ノ監督ヲ免シントスル者アルモ至シテ以テ法律ヲ此ノ如キ弊害又難防焉ガカ爲メ第一項ノ規定ヲ設ケタム後見人財産を監視せしめ難民人西服等ニ及セ難翁是人

右ノ規定ニ對シ法律ハニノ例外ヲ設ケタリ即ナ後見人カ遺言フ以フ被後見人
ヲ養子ト爲ス意思ヲ表示シタル場合是ナリ此場合ニ第八百四十八條ニ規定ス
ル所ニシテ後見人カ後見ノ権限中又ハ其計算ヲ終ラナル以前ニ死むシタル場
合ニ於テ後見人カ其權利ヲ利用シテ被後見人ノ財産ヲ取シ計算ヲ變昧ニス
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
スコトヲ禁スヘキ理由アラナルナリ。但此種事例ニ付テ前項ノ規定ノ適用
(五) 第八百四十一條 配偶者アル者ハ其偶配偶者ト共ニスルニ非ナレハ縁組ヲ
爲スコトヲ得ス。百四十八條ノ規定ニ付テ此種事例ニ付テ前項ノ規定ノ適用
夫婦ノ一方カ他ノ一方ノ子ヲ養子ト爲スルハ他ノ一方ノ同意ヲ得ルヲ以テ足
(舊民法人事編第一〇條)。蓋對民人ニ対セシム故ニモ、之を從ハ基母祖也孫也
外國ニ於テハ配偶者アル者ト縁組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ヌアル也トト爲セリ詳言
スレハ配偶者アル者ハ其配偶者ト共ニスルニ非ナレハ養子ヲ爲スコトヲ得ス

夫婦ノ一人カ養子ヲ爲シ他ノ一人カ之ヲ其養子ト爲ナナルカ如キコトハ許ナ
レナルナリ故ニ縁組ニ付テハ夫婦兩人ノ同意アル者ニ非ナレハ養子ト爲ス
トヲ得ス若シ其中一人ノ之ヲ欲セナ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一ノ關係有生スルモノカレハ夫婦各別
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ナルカ如キ關係ヲ
生セシムルカ養子制度本旨反斯ルニミカラヌ家族乃平和ヲ害スルコト少
カラオレハナリ又養子ト爲ルベキ者ニ配偶者アル上者ハ其夫婦ノ關係ヲ存列
ナカニ其ノ一人ノ親子縁組ノ養子ト爲スコトヲ得ス此場合ニ於テノ許スハ婚姻ノ
性質ニ反スルモノト謂オヘシ意思表示モ必要無シ夫婦ノ親子縁組ノ成立不當
夫婦ノ一方ノ子ヲ引取クテ養子ト爲ス場合ニ於テ例ハ夫婦ノ一方ヲ私生子
又ハ前婚ノ子有ス場合ニ於テ養子妻ハ既玉夫婦ノ一方トナ親
子ノ關係アルモノナルガ之ヲ收養セドモ當リ夫婦共ニ之ヲ養子ト爲ス之必要
ナク唯其一方ノ承諾ヲ得ヒハ足利カ不爲セシム(一〇)當
配偶者アル者ハ該組ノ爲ス場合ニ於テノ意思表示第八四二條ヘ前條第六項ノ

場合に於テ失禮の如方カ其意忠ヲ表示スル事ト認ム少々下キハ他ノ一方法雙方ノ名義ヲ以テ標題ヲ爲スコト得(舊民法人事編第一一〇條)

夫婦ノ一方カ必神喪失等ノ事由ニ依テ意思表示アルヨトナ要スルハ前條ニ規定スル原則ナレト地
塔クノ夫婦各自ノ意思表示アルヨトナ要スルハ前條ニ規定スル原則ナレト地
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
爲シシト欲スルモ能ハズルナリ然レドモ此ノ如キ場合ニ養子ヲ爲シ又ハ機子
ト爲ルノ必要ヲ生スルヨリハ往往之アム所ガジム法律ハ實際ノ必要便宜ナリ固
リ此ノ如キ場合ニハ二方ノ意思表示ヲ以テ他ノ一方ノ意思表示ニ代フルコト
ト爲シタ事ニ夫婦、一女ニヘモタク夫婦、一女ニハ子ニ表セラム後半開闢也
(六) 第八百四十三條 妻子ト爲ルヘキ者カ十五年未滿ナルトキハ其家主在ル
父母之ニ代リテ縁組ノ承諾ヲ爲スコトヨ得養子子孫ニ不充當夫婦ナリテモ此
繼父母又ハ嫡母ナ前項ノ承諾ヲ爲スニハ親族會ハ同意ヲ得ルコトヲ要矣舊民
法人事編第一五條第一九條第一九條第一九條第一九條第一九條第一九條第一九條第一

養子縁組の其義相當事者ノ身分ニ重大ナル效果ヲ生スルモノナルヲ以フ其各
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ニ當然ナリ
ト雖ニ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ヲ養子
タルベ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上看做シ
難キコト多カルベキカ故ニ満十五年以下ノ者ヲ養子ト爲ルベキ場合ニ於テハ
其家ニ在ル父母ニ二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
表示ヲ代表スベキ父母ハ其家ニ在ル者ニ限ルコトハ子ガ婚姻ヲ爲ス際父母ノ
同意ヲ得ル場合ニ同シギナリ

第八百四十六條ニ依リ第七百七十二條第二項及ヒ第三項ノ規定ヲ茲ニ準用ス
ルコトト爲シタル時ニ斯ヌ父母ノ一方ヲ知レサムトキ死亡タルトキ家業ヲ託リ
タムトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能シテルトキハ他方ノ意思ノモテ以
テ足レリトシ又父母甚モ知レサムトキ死寧ニ失脚トキ家業を名代ヒ承又ハ
其意思ヲ表示スルコト能シテルトキハ其後見人及ヒ親族會ノ承諾ヲ得ルコト
ア要スルモノト爲セリ又其後見人承諾ヲ得ルトキハ其後見人及ヒ親族會ノ承諾ヲ

家ニ在ル父母中ニバ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ナル以テ子ノ利益ヲ慮ルコト實父母ノ如クナラナルコトハ言フア族タサレハ法律ハ繼父母又ハ嫡母カ遺ニ其繼子又ハ庶子ヲ他人ノ養子ト爲スノ弊害ヲ防カシ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ナル場合ノ規定(第七七三條ト其起旨ヲ同シウスルナリ)十二編第一項第三項、第三編第一項、第三編第二項

(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テニ血族關係ト同一ノ關係ヲ生スルモノ(第七二七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ヨリモ養父母ニ對スル關係却テ密ナルニ至ルヘケレバ右就レノ場合ニ於テモ其父母ノ承諾ヲ得ルニ非ナレハ養子ヲ爲スコトヲ得ナ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齢ニ制限ヲ設ケナルナリ(第七七二條第一項是ヲ以テ養子ヲ爲スヘキ者ハ何歳ニ至ルモ其家ニ父母アルトキハ之カ承諾ヲ得ナルヘカラズ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シ法律上有效ナラナ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リ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ナレハ之ヲ他人ノ養子ト爲スコト得ナルナリ

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リ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

妻ヲ失ニ隨ヒテ他家ニ入ルノ此限ニ在ラズ、又其ノ歸宿を斟酌の上モ此處出
本法ハ養子縁組又ハ婚姻ニ因リテ他家ニ入リ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縁スルコトヲ要セシテ養家又ハ婚家ヨリ
直チニ養家ニ入ルコトヲ許セ第七四一條ヲ以テ此ノ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
ミニ其家ニ在ル父母ニ非サルヲ以テ其同意ハ之ヲ要セサムモノナリト論セ此
場合ニ於テモ前條ト同一ノ理由ニ依リ自己ノ子ヲ他入ノ養子ト爲メモナル
カ故ニ其同意ヲ得ルコトヲ要スト爲スハ至當ナリ然レドモ夫婦養子ノ場合ニ
於テハ妻ハ當然(第八四一條)ニ夫ニ隨フヘキセモノナルカ哉、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起タル
ヘカラサルニ至リ實際ノ不便渺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ナルモノト爲セリ
トヒ第七百七十三條ノ規定ヲ參用ス舊民法人編第一五條第二項第三項第一
ヒ第七百七十三條ノ規定ヲ參用ス舊民法人編第一五條第二項第三項第一

一六七第二項、第三項、第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綠組ニ之ヲ準用ス
第七百七十四條ハ禁治產者カ婚姻ヲ爲スニハ其後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要
セナル規定ナルカ養子綠組ノ場合モ之ト同シク禁治產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綠組ヲ爲スコトヲ得ヘタ若シ又其意
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
タルコトヲ爲シタリ

(二) 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緑組ノ届出ヲ爲スコトヲ要ス第ニ緑組ノ届出ヲ爲ス前項ノ届出ハ養親ノ死亡ノ時ニ遡リテ其效力ヲ生ス(舊民法人事編第一〇六條第二項第一一二條第一二三條)

緑組ハ契約ヲ以テスベ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サ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隨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ヲ養子ヲ爲サント欲スルモ既ニ其暇ナク又ハ若シ子タクシテ死亡セハ養子ヲ爲サント欲スルモ苟モ實子イ生ガビニ於テハ之ヲ欲セサルコト稀ナリト

セ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ベク若シ生存中ニ子ヲ舉ケタルトキハ之ヲ養子ト爲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存子ヲ舉ケタルトキ其遺言ヲ取消シ以テ其希望ヲ貫徹スルコトヲ得ベシ此ノ如キ場合ニ於テ既ニ養子ノ届出ヲ爲シタリトゼンカ其後實子ヲ舉タルトモ之カ爲メ既ニ得タル養子ノ相繼權ヲ害スルニト能ハス是ヲ以テ遺言養子ヲ認ムルベ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ナニ養子綠組ノ效力ヲ生ズルニ非ス遺言ハ單ニ養親ノ意思表示タルニ過キナレハ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々之ニ承諾ヲ爲ササルトキハ其養子綠組ノ效力ヲ生ズルモノニ非ズ而シテ此等ノ者カ之ニ承諾ヲ爲シタルトキハ普通ノ綠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ム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

本條ニ所謂遺言又効力ヲ生シタル後トハ遺言ハ遺言者ノ生存中ハ決シテ其效力ヲ生スルコトナク其死亡ノ時ニ於テ其效力ヲ生スルヲ常トスレドモ若シ遺言カ條件附カルトキヘ其條件成就ノ時ニ於テ始メテ其效力ヲ生スベキモノ第「〇八七條」トスルヲ以テ右ノ場合ヲ指シタルナリ。此款實力經遺言ニ因ル養子縁組モ亦届出ニ依リタ始メテ其效力ヲ發生スルコト普通ノ縁組ト同シト雖モ遺言ハ遺言者ノ死亡ノ時ヨリ其效力ヲ生スベキモノアルヲ以テ此場合ニ於テノ縁組ハ遺言者死亡ノ時ニ週リタ其效力ヲ生スルコト爲セリ隨テ遺言者ニ對スル相權謀其他嫡出子タル身分ヨリ生スル權利義務ハ總ク遺言者死亡ノ時ニ週リノ發生スベキナリ。此款實力經養子縁組ハ遺言者ノ死亡ノ時ニ週リタ其效力ヲ生スルコト爲セリ。此款實力經養子縁組ハ届出ニ對スル戸籍吏ノ義務(第八四九條)戸籍吏ハ縁組ル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サムコトヲ認ヌタル後モ非サレハ其届出ヲ受理スルコト

上來述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
借ヲ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メ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ガ
リ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ヘ其
指圖人ニ支拂ハシムヘキヲ保證スルモノナルツ以テ第一ニ順序トシテ手形ノ
引受耶ト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
ベ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サリシトキハ振出
人ハ所持人ノ請求ニ依リ相當ノ擔保ヲ供セサルヘカラズ第二ニハ支拂ヲ得サ
リシトキハ振出人ノ請求ニ依リテ之ヲ償還セサルヘカラズ此等ノ責任ハ契約
ノ有無ニ拘ハラス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

第三

手形ノ流通三ハ所謂裏書ニ依ルモノト署ニ交付ノミニ依ルモノトノ二種アリ
交付譲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ニ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輒轉流通スルモノニシテ最
モ容易ナル流通ノ方法ナリ交付譲渡ニ付テハ別ニ説明ヲ要スルモノナキヲ以
テ直ニ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対ノ記載ヲ爲サ
ナ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之ヲ譲渡スコト
ヲ得(第四四五五條然レトモ裏書ハ必シシモ手形ニ伴フ絶對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四四五條但書此種ノ手形ニ付テハ後段
ニ詳述スヘシ

記載ナキ以上ハ當然之ヲ裏書シ得ルモノトス例ニヤ振出人タ「甲殿」御支拂可
被成ト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バ如ク受取人甲ヘ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、其謄本又ハ補筆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ハナルカ或ハ其謄本ナルカ又ハ
其補筆ナルコトヲ要ス
爲替手形其モノニ記載シタ裏書シ得ルヘ論ヲ埃及又謄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(此點ハ謄本ノ章ニ詳述スヘシ)又補筆
裏書スルヲ許シタルハ多數ノ裏書アガ場合ニ本手形而ノ狹隘ヲ成スル場合ニ

之ニ付置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又ハ該合人印又ハ委託人印又ハ簽名又ハ捺印
印テ裏書ニ因リテ新ナル手形上ノ債権者タルベキ者ノ氏名カ又ハ商號又記載
セナルヘカラナルナリ
第三 裏書ノ年月日ヲ記載スル效力ノ大體ヲ述フ(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破壊シタル標準ト爲ル(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)裏書人カ支拂フ停止シ
タル場合ニ其停止ト裏書トハ何レカ前ナリシキヲ知リ(四)裏書カ拒絕證書作成
期間ノ超過シタル前ナルヤ後ナルヤ知ルニ必要ナリ
第四 裏書人ノ署名
裏書モ亦一種ノ手形行爲ナリ隨之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 裏書ノ性質

裏書ハ手形上ノ債権者カ他人ヲシテ新ナム手形上ノ債権者タラシメン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権者タラシムルノ意思ハ必ス書面ノ上ニ現ヘレサルベカラス其書面ハ手形其體本又ハ補簽ナルコトヲ要ス其以外ノ書面又ハ白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ス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
裏書ハ手形上ノ債権者カ他人ヲシテ自己ノ地位ニ代リテ手形上ノ債権者タラシムルモノナリト雖モ其移轉スヘキ債権ハ形式上存在スレハ足シリ必スシモ實質上存在スルヲ必要トセス例へば受取人が偽造手形タムコ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権者ナルモ實質上ノ手形債権者ニ非ヌ隨テ手形債権ハ此場合ニハ實質上存在セナ

ルモノト謂ハヌ既ニカズス然ドシモ受取人タム一度真正ノ裏書ノ爲ス以上ハ基被裏書人ハ純然タル手形上ノ債権ヲ實質上有スルモト爲シ故ニ此場合ニ於テハ裏書ハ權利移轉ノ行爲ニ非ヌ又ス權利設定ノ行爲タルカリ然レトモ此人如キ效力ヲ生スルニ付テ而少タモ形式上完全ナル手形ノ存在スルコトヲ要件トス若シ形式上完全ナル手形ニ非ナルトキヘ縦令裏書ノ方式ニ於テ完全カルトスルモ其裏書ハ所謂裏書タル效力ヲ生セス是レ即チ裏書カ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権者タラシムト雖モ單ニ裏書人ノ署名ノ有無ハ此效力ヲ生セス即チ其手形ヲ債権者タラントスル者ニ交付シテ手形ノ占有ヲ得セシメナルヘカラス是レ即チ手形上ノ權利ハ常ニ手形ナル書面ト共ニ活動シ其書面ヲ離ルヲ手形上ノ債権カシムト謂フ當然ノ結果ナリ

第三節 裏書ノ效力
裏書ノ效力大別諸ノ左ハ四カ爲スコトヲ得
一、裏書ノ成立及ヒ其單純ナル行動
二、裏書ノ性質
三、裏書ノ效力

第一款 裏書人カ擔保義務ヲ負擔スルコト

第二 手形ノ所持人カ正権限ヲ有スル證明力アルコト

第三 手形ノ所持人カ正権限ヲ有スル證明力アルコト

第四 更ニ手形ヲ譲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バ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スシヨリ順次ニ述フシト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ナル旨ヲ示スニ非ナレハ其責ヲ免ムルコトヲ得ス第四百七十四條ニ依レハ支拂人カ爲替手形ノ引受ヲ爲サナリシトキハ所持人ハ其前者ニ對シテ手形金額及ニ費用ニ付キ相當ノ擔保ヲ請求シ得ル旨ヲ規定シ又第四百八十六條ニ依レハ支拂人カ爲替手形ノ支拂ヲ爲ナリシトキハ所持人ハ其前者ニ對シ債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括基ニハ裏書又無妄主張無ベシハシテ四回並置ス
第一項 被裏書人ノ權利

普通裏書ノ第二ノ效力即手形上ノ權利ヲ被裏書人ニ轉與ス所當ト思ナリ即チ全ク斯ナル手形權利ヲ作ルモノシテ被裏書人ハ惜モ其手形ヲ提出人ヨリ直接ニ得タル如ク支拂人ニ對シテ引受ヲボメ又引受ナシニハ擔保ヲ請求スルコトヲ得又支拂ヲ求メ若シ其支拂ノ客レラレタルド半ば償還ノ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環延ニ關係ナリ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ハ手形上ノ權利ヲ有セスト雖モ裏書ハ形式上ノ連続性於ク候タルコトナシ且被裏書人カ惡意又ハ重大ナル過失ナシレハ究

第三項 被裏書人の權限證明の效力

力ニ至リテハ振出人カ裏書ヲ禁シタル場合トヘ大ニ異ナリ相對的着手形ノ流通力ヲ奪ヒ得ルハ第四百五十五條ノ規定ニ依ヌ振出人カ裏書ヲ禁止シタル場合ニ限ル蓋シ振出人ナムノ手形ノ作成者方ニ隨ガ其手形ニ運命ヲ左右スル權力ナカルヘカラス而シテ其振出人カ多數ノ人ト手形關係ニ立ツコトア欲セス或特定ノ人ニ對シテノミ手形上ノ債務ヲ負擔シ其特定ノ人ト對シテ有スル抗辯ヲ留保セント欲スルトキハ即チ手形ノ流通力ヲ奪フソ必要アリ而シテ手形ノ作成者ナム振出人カ此ノ如キ狀況ニ在ガ場合ニ之ヲ爲シケンハル理由ナシ是レ第四百五十五條カ振出人ニ限リテ裏書ヲ禁止シ其流傳力ヲ奪フコトヲ得セシメタル所以ナリ此ノ如ク裏書ヲ禁止シタル手形モ依然トレテ手形タル性質ヲ失ハス故ニ手形ノ受取人ハ支拂人ニ對シテ引受ヲ求ムルコトヲ得而シテ引受ナカリシトキハ擔保ヲ請求スルコトア得又滿期日ニ支拂ア求メテ其支拂ヲ得サルトキハ振出人ニ對シテ償還請求權ヲ行使スルコトア得

此ノ如ク引受ヲ求メ或ハ擔保ヲ請求シ償還ヲ請求スル如ク權利ナ普通ニ指各債權ニハ存在セヌ此等ハ即チ振出人外裏書ヲ禁止シタル手形者當ニ記載セシムト異ナル重ナル點カハ振出人ノ裏書ヲ禁止スル旨ハ手形ニ明確モ記載セナヘカラス若シ全然之ヲ記載セカルトキハ第四百五十五條前段ノ規定ニ依リ締合記名式ナルトキト際モ當然裏書ニ依リテ讓渡スルコトヲ得又若シ裏書禁止ノ旨ヲ記載スルニ其意義明確ナクナムトキハ此種類ノ手形ト看ルヨトヲ得ヌ或ハ又單純ニ指圖文句ヲ抹消スル如キハ到底裏書禁止の旨ヲ示スニ足ヌ天白地裏書ト以文學上ノ名稱ニシテ新商法ニ於ケル裏書人不署名ノ趣ヲ以テスル裏書ト名タ即チ第四百五十七條第二項ニ依レハ裏書ハ裏書人ヲ署名ノヨリ以テ之ヲ爲シ得ル旨ナ規定シ其効力ヨリテハ爲替手形ハ爾後引渡ノ迄得テテ之ヲ讓渡シ得ヘキコトア認ヌタル也ノナリ前述ノ如ク普通ノ完全ナム裏書

第四節 裏書ノ種類

白地裏書之概要 第一項 白地裏書

白地裏書ト以文學上ノ名稱ニシテ新商法ニ於ケル裏書人不署名ノ趣ヲ以テスル裏書ト名タ即チ第四百五十七條第二項ニ依レハ裏書ハ裏書人ヲ署名ノヨリ以テ之ヲ爲シ得ル旨ナ規定シ其効力ヨリテハ爲替手形ハ爾後引渡ノ迄得テテ之ヲ讓渡シ得ヘキコトア認ヌタル也ノナリ前述ノ如ク普通ノ完全ナム裏書

ハ被裏書人ノ氏名又ハ商號裏書ノ年月日ヲ記載シテ裏書人之ノ署名アルヲ有
フ要スルハ第四百五十七條第三項ニ規定スル所考ミ然ル無所聞食地裏書業於
テハ被裏書人ノ氏名又ハ商號並五裏書ノ年月日ヲ記載シテ裏書必要書類單純
ニ裏書人自身ノ署名ノミヲ爲セハ足矣但第四百五十七條第三項ニ依シ所用
白地裏書ナルモノハ署名ノヨリ限シカ如タ見ニルモ本條ノ趣意ハ之ノミニ限
リタルモノニ非ス元來所謂白地裏書ナルモノト記名裏書トノ駁ル主タル點
ハ被裏書人ノ氏名又ハ商號ノ記載アルヤ否ヤニ在リ普通ノ記名裏書モ被裏書
人ノ氏名又ハ商號ノ外尙ホ裏書ノ年月日モ裏書ノ書類要件アルニ其要件ノ隨
一トセ謂フキセノ共被裏書人ノ氏名又ハ商號ナリ此二種述執書ノ裏書モ併
補手形行為ナルヲ以テ裏書人ノ署名共雙方署名シテ缺タム又其ノ要件ナ
リ故ニ裏書人ノ署名共キセカ如何ナル場合固於此モ裏書の要効力生セズ而
シテ記名ト白地ト混駁ル所點ハ残シ新メ要件タル被裏書凡メ民物又は商號大
有無ニ依リテ區別ナル既ニ是に據合令所謂白地裏書ニ於テ裏書者年月日不記
載アリトスルニ又ハ其他又附圖示記載元代ト御承セ之故爲對照白地裏書外

コトアラカケサルナリテ、問題是ナレテ讀書者或處書記載者ニ言ヘテ、讀書人
第廿二白地裏書ノ效力異同ト云ハヘ、讀書人ニ文説、ハナ冒頭、或讀書人ニ裏書
白地裏書アル手形セリ爾後引渡イ素テ依リテ之ヲ讀渡スコトヲ得隨ナ恰モ無記
名債權ニ於ケルカ如ク其流通頗る容易太々然レトモ一方無於ク其以後ノ讀渡
人ハ自ラ裏書ヲ補充スルカ又ハ自然記名ノ裏書又爲ナツル以上則如何ニ多數
ノ讓受人ノ手又經ゲト羅ヨ之考爲之手形上ノ義務者ヲ皆スヨリ不得ス即カ
若ヒ普通裏書ノ場合ニ於ケル讀渡才外セハ多數石裏書共ノ署名カ手形面ニ現
白地裏書其レ次ケン擔保義務者ヲ發生所然トト所白地裏書アル以後ノ讀渡人
ハ補充又ハ記名裏書ヲ爲ナツル以上ハ其者ノ署名カ手形面ニ現ハレナルヲ以
テ何等ノ手形止ノ義務ヲモ負拂セズトテ不押土、捺印、鑑定人ヘシトモ併セ
第二、白地裏書ノ補充式、或之ノ、讀書人存ヘ、其送者又更ニ白紙裏書ミ得
此ノ如ク白地裏書アル手形で墨モ引渡シミテ以テ讀渡シ得ルノ利益アル也之
ト同時天盃難船失火危險ヲ免レ難済是モ於立法體ハ第四百六十六條莫以テ白
地裏書アル手形メ所持ルソ其裏書ヲ補充スガ構利ヲ付與セヌ及期チ其所持人ら

恰モ白地裏書ノ署名ヲ爲シタル裏書人ヨリ直接ニ手形ヲ譲受取タル者タモ自己ノ氏名又ハ商號ヲ記入タル者ト得ルナリ此ノ勸クモ是ニテ白地裏書ナリシ手形ハ裏書ノ形式也於テ公證ヲ完全ナル告白ノ裏書ヲ輸ヘタル手形ト變化ス體ヲ爾後手形ハ其補充ヲ爲シタル所持人若クハ其後者カ更ニ白地裏書ヲ爲シ非ナレハ再ヒ單純ナル引継之法リテ手形上ノ權利ヲ譲渡スルコトヲ得ナルチアリ又ハ該登裏書ヲ爲セキモ延々其書、票券又不紙面ニ契ニシテ之を複白地裏書ノ所持人ハ前ニ說明シタル所開裏書ノ補完ヲ爲スシテ直接ニ普通ノ完全ナル裏書ワ爲ヌトヲ得此場合ニ於テ所開裏書ノ連續ナル者ノハ形式上手形面ニ現ニシタルモテ手形式上裏書ノ連續ヲ缺ク無レト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始ク着做セリ同條ノ規定ニ依レバ此ノ如キ記名裏書ヲ斯ニ爲シタル裏書凡ム前ノ白地裏書ニ因リテ直接ニ其手形ヲ取得シタルモテ手着做セリミテ之を賄費シタルモテ發給又帶手續白地裏書ニ關シテ一ソ疑問ト爲ルハ所持人ニ支拂フヘキ旨ヲ記載シタル裏書ハ白地裏書ナリヤ否ヤノ問題是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サル代リニ唯單純ニ所持人ナ云ノ文字ヲ記載シタル裏書ハ白地裏書ナリキ否キ又若シ白地裏書ニ非ストセハ如何ナル裏書ナリキ其效力如何ノ問題是ナリ此種類ノ裏書カ普通モ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該ハシキハ白地裏書ナリトセハ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バトキハ其手形ニ付テハ裏書ノ連續アルニ非サレハ手形上ノ權利ヲ行使スルコトヲ得ス體ヲ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ス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ス白地裏書ニモ非ス又普通裏書ニモ非ストセハ我手形法中ニハ此ノ如キ種類ノ手形ヲ認

ムルノ餘地ナシ

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ヲ認メタリ元來裏書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セシテ裏書ヲ爲シタルトキハ手形法ノ規定ニ依リ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ヲ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へハ振出人トハ稍ナ趣ツ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ナ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ヘキ絕對の必要ナシ是レ第四百五十九條ヲ以テ裏書ニ斯ル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ノミ爾後裏書ノ方法ニ依リ流通スルコトヲ禁セラ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何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レトモ此禁止ハ裏書ニ附記シタル裏書禁止ノ記載ノ效力ハ毫モ手形ノ出行爲ニ伴フ所ノ記載ナリ故ニ固ヨリ裏書ノ變體ト看ルニ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毫モ手形ノ流通力ヲ奪フ所ノ義務ヲ除クコトヲ得ルノミナリ既ニ其效力ハ左ノ如シ求ニ應スル所ノ義務ヲ除クコトヲ得ルノミナリ既ニ其效力ハ左ノ如シ

第一 其裏書人ハ直接ノ讓渡人即ち被裏書人ニ對シテハ手形上人責任ヲ免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ス

第四項 支拂拒絶證書作成期間経過後ノ裏書

手形ノ金額ハ滿期日ニ支拂ハシタク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ヌ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ハ其手形ノ所持人ハ滿期日到来スルニ非サレハ手形金額ノ支拂ヲ請求シ得ナルハ勿論ナルモ一タヒ滿期日ヲ經過シタル後か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煩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為ルコト稀ナリトセ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並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權利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ベ其裏書人カ手形ノ權利ヲ保全シタル場合ト之ヲ保全セザ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繼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浦

期日ニ於テ支拂ハルベキモノナリ隨テ其手形ノ債務者ハ滿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滿期後ノ裏書ノ爲メニ變更セラルニ於テハ手形ノ債務者ハ頗ル不利益ヲ受ク故ニ滿期後ノ裏書アルモ其債權債務ノ範圍ハ其滿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滿期後ノ手形ノ譲受人ハ其讓渡人ニ對スル抗辯ヲ認メナルヘカラナル所以ナリ
滿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滿期日當時ニ於テ有スル所ノ權利以上タルコトヲ得ヅ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 謂波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踰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為ヲ爲シタル後ニ手形ヲ讓受ケタ

ル者ハ滿期日以前ノ總テノ裏書人及ヒ振出人ニ對シテ債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バ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就裏書人ニ對シテ主張スルコトヲ得
第二 裏書人カ保全行為ヲ怠リタル場合
滿期後ノ裏書人カ拒絶證書ヲ作成セシメヌ又其他ノ保全手續ヲ爲ナ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手形上ノ請求權ヲ失フニ至ル然レトモ原則トン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ザ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至キス隨テ振出人及ヒ自己以前ノ裏書讓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謂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権利ヲ失フト規定セルヨリ
觀ルモ明瞭ナリ蓋シ法律ニ前者トハ屢々説明シタル如ク振出人以下ノ裏書人又
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総合前者ニ對ス
ル手形上ノ請求權ヲ保全スヘキ手續ヲ怠ルトスルモノ之カ爲オニ同時ニ第一次
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
ノ裏書ハ譲渡シテ手形債務者ノ地位ニ復舊スルコトヲ得シ此ノ如ク手形
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ビ
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
キ義務ヲ負擔スルカ或ハ定期日ニ手形金額ヲ支拂フヘキ義務ヲ負擔スルモノ
ナリ其手形上ノ権利ニ至リテハ此等ノ者ハ少シモ之ヲ有セサレトモ手形カ盛
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
爲リ手形上ノ権利者ト爲ルトヨリ得而シテ再ヒ手形債務者ト爲リタバノ者ハ更
ニ其手形ヲ譲渡シテ手形債務者ノ地位ニ復舊スルコトヲ得シ此ノ如ク手形

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キハ手形上ノ権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ノ之カ爲メニ其債權債務ハ混同ニ因リテ直ナ
ニ消滅スルモノニ非ヌ蓋シ第四百五十六條ニ依レハ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ラ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カ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ノトスレハ此等ノ所持人ハ再
ヒ手形上ノ権利ヲ裏書ニ依リテ移轉スルコトヲ得ナ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以シ得ル旨ヲ認メタルニ依リテ觀レ
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ルタ
バカ爲メニ直ナニ混同ニ因リテ消滅スルモノニ非ヌ此種ノ裏書アリ場合ニハ
手形上ノ債務者カ裏書ニ依リカ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ズル以テ一方ニ於テ大半債權者ト

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ナ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キ依リテ多少ノ差異アリ左ニ場合ヲ分ナシ之説明セシ

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債追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セサルヘカラツル義務ヲ負擔スレハナリ此ノ如ク振出人ガ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メ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セナルヘカラズ
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ラ手形上ノ債権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ナ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ナ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権債務ハ混同ニ因リテ消滅スルコトナシ然レトモ債権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ナ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

形上ノ遡及權ハ全然復活ス此場合ニ於テ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、擔保債権ノ請求ニ應スヘキ義務ナ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シテ手形上ノ債權債務ハ混同ニ因リ全然消滅スモノナリ。

第三 指定人、代理人、委任人
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ヲ外ニ尙ホ單ニ他人ヲシテ手形上ノ債權ヲ取立テシムル爲メニスル所ノ裏書及ヒ手形債權ヲ質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上ノ債權ヲ取立テ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テシムル次ケノ效力ヲ生スルニ過キス尙ホ換言スレハ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ニト若シ其支拂カ拒マルレハ前者ニ對シテ債道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儀スルニ過キス

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表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ナルハ勿論ナリ何トナシハ假ニ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ノ限定をナル普通ノ裏書アリトスルモ到底無効ノ裏書ト謂ハツ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ナルヘカラス若シ之ヲ記載セナルトキハ普通ノ裏書外シテ效力ヲ生スイニモ附則

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テル即チ此場合ニ於テ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ツルヘ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ナリ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債權ヲ行使スルヨ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フルコトヲ得ナルヘカラス即チ此場合ニハ法律ノ規定ニ依リテ自ラ裏書人ノ有スル手形上ノ債權ヲ行使スルニ過キスシテ其手形上ノ債權ヲ行使スルコトハ質權者ノ權利ナルモ其手形債權大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債權請求權ヲ行使スルニ當リテハ引受人又ハ前書ハ裏書人ニ對シテ有スル抗辯不以テ被裏書人タル質權者ニ對抗スルコトヲ得ヘシトキ主文ノ判例言之甚詳ナム而テ天執支那人ニ就て質入裏書ハ該執事の言葉也是故に本件の問題は天執支那人の質入裏書が該執事の意思表示であるか否かの問題である

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
ヘキ旨ノ要式的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ヲハ順序
トシテ所持人カ手形ヲ支拂人ニ呈示セツ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提出ヅ
レタルヨトヲ知ラサル場合多シ隨フ支拂人ニ支拂ノ準備ヲ爲シムル爲スニ
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シシメタルヘカラス此引
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

陳ヲ缺キタリ契約ノ相手方ニ對シ責任ヲ負エ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ヘハ船長ハ船舶
ヲ賣却スルコトヲ得ナルカ如キ又船舶ヲ抵當ニ入ルルコトヲ得ナルカ如キ制
限ハ即チ是ナリ若シ船長カ此制限ヲ超エテ取引ヲ得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尠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ガ船長等ノ行爲ニ付テ責任ヲ有スルヤ否ヲ
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ヲ付
テハ船舶ヲ限度トシテ責任ヲ負フコトトシタルベ明カラミ又海損ノ場合モ同
様ナリシ第十六世紀ノ頃ニハ各國ノ海運著シタ旺盛ヲ極メ海上航通ノ範囲ハ
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ケル船舶所有者ノ責任ニ關シ之ハ此ノ如
ク羅馬法以來ノ沿革ニ因リテ發達ノ見タゞモノ才ニテ必經ノ大變遷也

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説明ヲ爲スヘシ我商法ニ就キ船舶所有者ノ責任關係ヲ論セん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ア説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ル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

ヘ第一ノ代理行爲ヨリ生スル場合ニ致シテ又ハノ役職ニ付キ運送又貿易ノ職務執行ヨリ生スル場合ニ致シテ當初委託員ハ不當行爲、貪利

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シ場合ト法定代理ニ基シ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タ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

負ハナルヘカラス法定代理ニ基シ行爲ハ船長獨リ之ヲ爲シ得ルセノナリ船長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ベ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ル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ハ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物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セ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其權限又體制ノ法律行為ニ對シ船舶運送貨物限リ責任ヲ負フコトヲ規定セリ佛蘭西商法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ル使用者ノ責任ヨリ重シト謂ハナルヘカラス民法第七百十五條ニ依レハ或事業

人爲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ヲ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ニ任セサ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ス責任ヲ負ハサルヘカラナ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ヨ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爭闘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サ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二百六十六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ス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ツ生セシヌ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乗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
終ニ属、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ベ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ガリ以テ船舶所有者ハ責任ヲ有スト既定スルヲ相當ト認ム
尙ホ研究ヲ要スルモノアリ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フ第一ニ船舶所有者ハ旅客ノ行為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使用者ニ非ナルハ固ヨリ言ラエタナル所ニシテ其行爲ニ對シ船舶所有者カ責任ヲ負擔セサバ亦明カナリト謂ヘ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ヌタルニ付テハ船長ハ其職責上缺點ナキヤ否ヤヲ審ニセサルヘカラス船長ハ船内ニ減クノ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ヌシテ旅客ニシテ不法行爲ヲ

為シ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ツト
謂フコトヲ得ア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ラナ
ルモノトス第二ニ船舶所有者ハ水先人ノ行爲ニ付キ責任ヲ負フベキヤ否ヤソ
問題ハ各國ノ規定並ニ學者ノ解説ハ區々タリト雖モ予ノ信スル所ニ依レバ船
舶所有者ハ責任ヲ有スト解スヘキモノナリ其理由ニ至リテ第五章ノ終ニ於
テ説明スルラ以テ茲ニ掲ケスアリ
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
テ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賠償
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ムス大概
多少之ヲ輕減スルノ規定ヲ設ケタリ既ニ述ヘタル如之コレシレ一計、デルナリ
レーニ於テモ船長ノ過失ニ因ツ生シタル損害並ニ船長カ締結シタル契約ニ付
テハ船舶所有者ハ船舶ノ價格ヲ限リテ責任ヲ負フベキモノト定メタリ何故ニ
此ノ如ク船舶所有者ノ責任ヲ輕減スルヤト云フニ是ニハ頗ル理由沙存スルモ

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非キシテ繪セス近年海運
事業ノ著シク進歩セガル船舶ハ積量ヲ増加シ構造ヲ巧妙ニシテ腕ヲ専門ノ學術竝
二多年ノ経験ヲ有スル者ニ非サ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大キカ如シ船長ノ船舶ニ於ケル位置ハ從來多少ノ沿
革ヲ經タル所ニシテ古代ニ在テノアハ船長ハ單純ニ船舶ヲ操縦スル職務ニノミ
仕シタノモノカリシエ漸次其船舶ノ利用ニ關スル法律行爲ニ付テモ併セテ之
ヲ為ス權限ヲ有スルコトト為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
體ニ過クルモノト謂ハナルカラス若シ船舶所有者カ船長ヲシテ航海ヲ為シ
シムルハ為ス當ニ自己ノ全財産ヲ以テ責任ヲ負ハサルヘキ事トスルトキハ海
運業ハ頗ル危險ナム位置ニ立テ船舶所有者ハ安必テ業務ニ從事スルコト能

夫ルコトヲ爲シヘシ果レテ然ラバ海南ハ遠ニ類歟ニ歸スルノカモヲ保シ難シ乃
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シ已ムヲ得テ斯ル出立タガシノトス現今船舶所
有者ノ責任ヲ輕減スルコトハ各國ノ法律ニ於テ殆ド一致スル所ナリト雖モ其
方法ニ至リテハ區別ニシテ既定セヌ大體ニ付キ之ヲ區別セム左ノ三主義ト爲
スコトヲ得ヘシスベニシテ也今日ニ或ハシテモ而ニ又強調シ是故其間無隙
第一、委付主義トスニシテ萬大甚艱誠、麻風ニ關スル、其船員等ニ付キ之ヲ
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物
債權者ニ委付スルトキハ責任ヲ免ルルコトヲ得ルモノトス
第二、海產主義トスニシテ萬大甚艱誠、麻風ニ付キ之ヲ強調シ是故其間無隙
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物限リ權利
ヲ行フコトヲ得ムモノトシ以テ船舶所有者ノ責任ヲ有限ト爲スモノトス所要
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一噸ニ付キ八磅、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ノ外西班牙商法ハ稍ヤ異ナレル規定ヲ設ケ居レリ船舶
所有者ニ船舶及ヒ運送貨物委付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アル船長・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並文次文ノ事例ノ識論隨附者ニ讀書者ニ證ム
前記委付主義海產主義並ニ船價主義ハ各、長短利害ノ存スル所ナリ委付主義ト
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物限リ結果ニ至
ラズハ同一ガリト雖モ委付主義ニ於テハ船舶所有者カ委付ヲ爲スニ因リテ始
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
ハ船舶及ヒ運送貨物限リテ航行スルコトヲ得ヘク船舶所有者ノ責任ヲ初ヨリ制

限セラレ居テノ差別アリ即テ此ニ主義ハ理論ニ於テ類似區別アリト謂ハナ所
ヘカラス海產主義ト船價主義トガ船舶所有者ノ責任ヲ有限トスル點ニ於テベ
全ク精神ヲ同シタセリト雖モ結果キ至リテハ大ニ異ナレリ即テ海產主義ニ於
テハ船舶其モノヲ目的トスルカ故ニ船舶カ價格ヲ有セアルニ亞リタルトキハ
債權者ハモ得ル所ナカルヘシ船價主義ニ於テハ法定ノ船價ヲ以テ責任ヲ負
フミ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
莫決シテ稀ナラス船舶債權者ハ實價ノ如何ニ拘ハラス法定ノ船價ノ範圍内ニ
非ナレハ其權利ヲ行コトヲ得サルナリ船舶所有者ノ責任ト範囲トニ關シテ
バ羅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
突ヨリ生ヌ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唯數ニ應シ一定
ノ船價マ矣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企達

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
主義即テ海產主義ヲ採用シタリ次ニ現行商法ハ之ヲ改メテ佛蘭西主義即テ委
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ルルハ左ノ二様ノ
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為ヲ爲シタル
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為ヲ爲シタル場合ニ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
而モ自ラ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係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ベ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ナ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屢ニシテ此場合ニ該契約カ十分ニ履行セラレサルトキハ船舶所有者ハ無限責任

備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ラ雇入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ス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サルニ至リ即チ船舶所有者ハ船長ニ對シ雇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テ此趣旨ナリ』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サ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物限モノトセリ佛蘭西商法ニ於テハ明文ヲ掲ケス又學者ノ說タ所一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物委付シテ責任ヲ免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ス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ナルヘカラナ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的理由書ニ非ス單ニ参考ノ資ニ供セラルヘキモノニ止マリ其説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舶長其人ノ行爲ヲ埃及ナ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自ラ監督ヲ爲スコトヲ得ス船長カ其責任ヲ盡ツス爲メニ契約ノ相手方ニ對シ損害ヲ及ホサズ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リフ認メナルベカラス當ニ實質を度々シテ要するに言ふ處又ハ(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其件は(一)船舶の運送に於ける事務を適當に執行スル(イ)事務上損害ヲ生セシメタルコトハ本人の過失或つて故意も亦可也(ロ)貨物長其他ノ船員ノ所爲タルコト又は貿易上之に起る事務を適當に執行スル(ハ)其加ヘタル損害ハ他人ニ加ヘタルモノナルコト無誤(三)船舶を適當に保管スル(ニ)或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其ノナルコト又は貿易上之に起る事務を適當に執行スル(四)以上四條件中一ヲ缺クトキハ船舶所有者ハ全然責任又有セサルカ若クハ實

往々有ス船場合ナリモセハ船舶運送貨等ヲ委付ニ因リテ責任ヲ免ルコトア
得ナルモノナリ例へ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
ノ責任ヲ有セサ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キハ船舶所有者ハ責任ヲ負ハナルヘカラナルコト
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コトヲ得サルモノトス商法第五百四
十四條ニ於テハ況ク「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又他人ニ損害ヲ加ヘタルトスルモ例へハ天災等ニ起因
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サルハ言ヲ俟タサル
所ナリナカハ該該既往ノ事例ハ該該既往ノ事例ハ該該既往ノ事例ハ該該既往ノ事例
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ゴトヲ許ナナルハ當然ナリトス
即テ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ニ委付ニ因リテ
責任ヲ免ムルコトヲ得ナルコトヲ規定セリ

第二 責任ノ範囲
我商法ノ定ムル所ニ依レハ船舶所有者ハ前述二様ノ場合ニ於テ船舶運送貨損
害賠償又ハ報酬ノ請求権ヲ債權者ニ委付シテ責任ヲ免ルコトヲ得ルモナト
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產ヲ
以テ責任ヲ負フコトヲ希望セサルトキニ其船舶運送貨等ヲ委付シテ責任ヲ免
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國西ノ法律ニ
於テハ船舶運送貨ニ者ヲ指示スルニ非シテ仔細ニ記載セスト雖モ損
耗同様ニ船舶運送貨ニ者ヲ掲ゲテ責任ノ限界トセリ學者ノ説明ニ依レハ船

害賠償又ハ報酬又ハ請求權ノ如キモ當然包含セラ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不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ツル他ノ船舶ハ之ヲ委付スルコトヲ要セサム勿論ナリトス船舶ヲ委付スルニハ其船舶カ如何ナム状態ニ在ルニ拘ハラサルモノトス故ニ船舶カ破壊シ又ハ乘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、質借權ノ設定アル場合ト雖モ委付ヲ爲スコトヲ妨げズ故ニ船舶ヲ委付スルニ當リ其船舶カ毫モ價格ヲ有セナムコトナシトセス價格ノ有無ハ委付ノ效果ニ異動ヲ生セサムモノトス船舶ヲ委付スルトハ船舶其モノハ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絶スルコトヲ得ヘシ
（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所ニノ委付スルベキハ當然ノ事理ナリト謂ハサムヘカラス然ラサレハ船舶所

有者ハ特ニ利益ヲ得ルニトアリテ委付ニ因リテ責任ヲ免レシムル趣旨ニ背戾スルコトアルヘシ委付スヘキ運送貨ニ事故ノ發生シタル時ニ於テ取得シ若クハ取得スヘ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ハ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ノモ包含スト解釋スヘシ委付スル運送貨トハ收入ノ總額所謂總收入ヲ指スヤ若クハ航海費用ヲ減シタル所謂總收入ヲ指セト云フニ付テハ議論區區ニシテ一定セス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ニ議論ノ存スル所ナリト雖モ子ハ總收入ヲ指稱スルモノナリト解ス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、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シントスル船舶

船舶他ノ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ベ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ナリ例へ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舶積陸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ヲ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產ニ屬スルモノナラ茲ニ疑アルハ船舶所有者カ其船舶ヲ保険ニ付シタル場合ニ保険金モ併セテ委付スヘキヤ否也ノ點是ナリ予ノ見ル所ア以テハ保険金ハ之ヲ委付スルコトヲ要サ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シ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険金ハ其列記各項ノ一ニ該當スルヤ否キト云フニ保険金ハ船舶ニ非ス運送貨ニ非サルコトハ特ニ辨明ヲ下スヲ要セス又報酬ノ請求權ニセモ非サルコト明カ

ナリ唯損害賠償ノ請求權ニ非サルカノ疑ナキ無非サルヘシ然レトモ契約ト不
法行為トノ間ニ區別ヲ爲シ得ル能力ヲ有スル者ハ容易ニ保険金カ損害賠償ニ
非サ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険金
ハ委付スヘキ目的ノ何レノ範囲ニモ属セナルモノナリ加之委付主義ヲ採用ス
ル佛蘭西ノ學者ノ説ニ依ルモ保険金ハ陸產ナリ隨テ委付ヲ爲スヲ要セスト論
セソヨリ觀ルモ疑フ容ルヘキ餘地ナカラントス、然ニ斯ニ外ノ實體者又異物
以上船舶運送貨其他ノ請求權ニ付キ概要ヲ説明シタル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サル船舶所有
者ハ此利益ヲ受クルコト能ハズ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ナルコトニ力メナルヘカ
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
者ノ同意ヲ得スシテ更ニ航海ヲ爲シシヌタガトキニ委付權ヲ行フコトヲ得ル
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ント爲サツルヘカラズ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ズ又委付ハ船舶、運送貨等ノ一部分ニ限り之ヲ爲スコトヲ得ス若シ條件附ノ委付ヲ爲シ又ハ船舶、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ン

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責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、運送貨等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說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

シタル契約ヲ生スル債務ニ付テハ共有部分ヲ割合ヲ以テ責任ヲ負フベキ事
トヲ規定セリ即ち不法行爲并付ナハ全然委付ヲ爲シ能ハナルノ趣旨ナリ最尾
此點ハ千九百八十五年八月ノ法律ニ依リ變更ヲ加セラレタ其時チ船舶カ海港
等ノ水上ニ於テ海難ニ遭遇シタル場合又ハ港ノ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
ヘルコトヲ得ヘン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
モ委付ソ爲シ得ヘキコトヲ認メタルモノナリト云ヘテ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サルモ之ニ反シテ一部分ヲ所有スルニ過キナムトキハ委
付ノ權利ヲ行使コトヲ得ヘント規定セリ又獨逸ノ法律ニ於テハ全ク此點ニ付
キ明文ヲ設ケヌ故ニ獨逸ノ學者間ニ二様ノ解釋ヲ生セリ甲説ニ依レハ船舶所
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亘ルト一部ニ止
マントア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ント云
フニ在リ故ニ此説ニ依ルトキハ船舶所有者カ船長トシテ過失アリトスレハ船

(B) 否認權ノ行使
破產債權者ノ利益ヲ害スヘキモノハ我現行破產法ニ於テハ佛蘭西商法ニ於テ
ルカ如ク破產宣告ノ效力トシテ破產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、第九九六條又イ破產法案ニ於テハ獨逸破產法ニ於ケルカ如
ク破產手續開始ノ效力トシテ破產債權者ヲシテ之ヲ否認スルコトヲ得セシム
タリ破產法案第八六條以下元來破產者ハ唯破產ノ宣告後ニ於テ破產財團ニ屬
スル財產ノ管理及ヒ處分ヲ爲ス權能ヲ喪失スルニ止マムノミ故ニ破產宣告前
ニ於テ破產者ノ爲シタル權利行爲ハ理論上有效ナルコト敢テ疑ナシ然レトモ
經濟上不如意ノ地位ニ在ル債務者ハ其破產宣告前ニ於テ破產財團ニ屬スル財
產ニ關シ未タ管理及ヒ處分ス爲スノ權能ヲ喪失セサルヲ奇貨トシスル權能ヲ
濫用シテ破產者タル境遇ヲ免レントキハ爲スノ財產ヲ濫費シ隨意ニ財產ヲ債權者
ニ分配シ又ハ特別ニ成債權者ニ給付シ以テ損害分配主義ヲ實施スル破產手續
ノ目的物タル破產財團ヲ散失セリタ又ハ之ニ損害ヲ被ラシムルコトハ經濟上避

タヘカラナ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権者ノ爲メニ債務者カ殆ト無資力ニ陷ルタル後尚ホ財産ニ關シ管理及ヒ此分ヲ爲スノ權能アルヲ奇貨貸トシ之ヲ濫用シア債権者ニ損害ヲ被ラシムルノ害毒ヲ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惟ニ其基礎ヲ設ケ債務者カ其破産宣告前ニ債権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リ無償ナルモノハ相手方カ其情ヲ知ラサルトキト雖モ債権者ニ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(Aktio pauliana)ニ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権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惟ニ基礎ヲ設ケ尙ホ有力ニ債権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済ハ其效力ナシトシ此伊太利法律ヲ受羅シタル千六百六十七年佛國里昂府ノ條例ハ商入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千六百七十三年商事勅令其他商法典中破産ニ關スル舊規定ハ皆破産ノ效力ヲ既往ニ遡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斯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ラナル債務ノ支拂期限ニ至リタル債務ノ代物辨済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)ノ如キ法律上一定ノ行爲ノミヲ當然無效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リ(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)此ノ如ク客觀的思惟ニ基礎ヲ設ケ債権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

(佛蘭西主義普爾西破產法第一〇〇條ハ其範ヲ佛蘭西法ニ採リ單ニ無效ヲ否認ニ改メ且支拂ノ停止ト破產手續開始ノ申立トヲ同等視シタルニ過キヌト雖モ獨逸破產法ハ主觀的思、想及ヒ客觀的思、想ノ兩方面ニ基礎ヲ設ケ以テ債權者ノ利益ヲ保護スルニ力メタリ故ニ獨逸破產法ニ於テハ不法行爲ノ否認權破產的否認權及ヒ無償行爲ノ否認權及三種ヲ設ケ債務者カ其破產宣告前ニ債權者ヲ詐害スル目的ヲ以テ爲シタル行爲ハ相手方カ其情ヲ知リタルトキニ限り破產債權者ヲシテ其利益ノ爲ミニ之ヲ否認スルコトヲ得セシメ(不法行爲ノ否認權)獨逸破產法第三一條損失分擔ノ手續ノ實施ヲ必要ト爲スニ至リタル債務者ノ財產ニ付キ利益ヲ獨占シ得テノ破產債權者ノ利益ヲ無視シタル破產宣告前ノ行爲ハ相手方カ支拂ノ停止又ハ破產手續開始ノ申立アリタルコトヲ知リタルトキニ限り破產債權者ヲシテ其利益ノ爲ミニ之カ否認ヲ爲スコトヲ得セシメ(破產的否認權)獨逸破產法第三〇條又債務者カ其破產宣告前ニ爲シタル無償行為ハ破產債權者ヲシテ其利益ノ爲ミニ之ヲ否認スルコトヲ得セシム(無償行爲ノ否認權)獨逸破產法第三二條(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)獨逸主義我現行破產法ハ主トシテ佛蘭西主義ニ依リ又我破產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產法ニ於ケル當然無効ノ行爲(商法第九九〇條取消スコトヲ得ヘキ行爲(商法第九九一條、第九九六條及ヒ登記ノ無效商法第九九二條)ハ破產法案ニ於ケル否認權即チ破產債權者カ破產宣告前ニ於ケル債務者ノ行爲ノ效力ニ於ケル破產財團ニ關シ損害アルモノヲ除去スル權利ト同シク破產宣告前ニ於ケル債務者ノ行爲ニ因リ散失シタル破產財團所屬ノ財產ノ復歸ヲ目的トスルモノナルヲ以テ破產債權者カ商法第九百九十九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產法案第八十六條以下ニ基キ又否認權ヲ行使シタルトキト同シク破產財團ヲ増加スベキ洵ニ瞭然タリ否認權ニ關スル詳細ノ説明ハ破產ノ效力ニ譲ル^{レバ}破產財團^ノ執行^ヲ破產の強制(①)貪取民權ノ行使・民事訴訟法ニ規定セル強制執行ニ於テ執行カ債務者ニ屬セシク却テ第三者ニ屬スル財產上ニ行使ハルコトアルト同シク破產の強制執行ニ於テ管財人カ破產者ニ屬セシク却テ第三者ニ屬スル財產ノ破產財團

ド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產權ヲ侵害ア
リ蓋シ第三者ノ財產ハ故ナク之ヲ債務ノ辨済ニ充タルコトヲ得ナルムナリ是
ヲ以テ前者ノ場合ニ於テハ第三者ハ自己ニ屬スル財產ニ付キ爲シタル執行フ
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斯ル請求ヲ主張ス
ルコトヲ得民事訴訟法第五四九條第五五〇條第一號後者ノ場合ニ於テハ第三
者ハ自己ニ屬スル財產ヲ破産財團ヨリ別離スヘキ旨ヲ請求シ又必要ノ場合ニ
於テハ訴ヲ以テ斯ル請求ヲ主張スルコトヲ得ヘシ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
條英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
乃至第五七九條百耳義商法第五六六條乃至第五七二條英國破産法第四七條等
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千十五
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
法第一編第九章參照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ニ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ヘシ
(a) 性質 取戻權ハ破産財團中ヨリ破産者ニ屬セナル特定ノ財產ヲ取戻スコ
トヲ目的トスル權利ナリ(1)取戻權ノ行ハルニハ特定ノ財產タルコトヲ要ス
故ニ取戻權ハ特定物又ハ破産財團ト混同セサル一定ノ金錢ノ一定ノ數量ヲ目
的トスル財產ニ付キ行ハルト雖モ特定物ノ一定ノ數量ヲ目的トスル財產ニ
付キ行ハルコトナシ蓋シ斯ル財產ノ取戻ハ事實上不能ナルヲ以テナリ(2)取
戻權ヲ行ハルニハ事實上破産者ニ屬セタル財產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ハ特定ノ財產ヲ取戻スニ由ナシ而シ
テ破産者ニ屬セナル財產ヲ破産財團中ヨリ別離スルコトハ取戻ノ請求ヲ爲シ
タルノ結果ニ非シテ破産者ニ屬スル財產ニ非ナレハ破産財團ニ屬セナル法
則ヨリ生スル當然ノ結果ナリ故ニ管財人ハ破産財團ア確定スルニ際シ破産者
ニ屬セナル財產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

財産ニ非サレル管理及日處分ヲ爲ス權限ヲ有セス管財人オクスノ職務ニ違背シ故意又ハ過失ヲ致ス破產財團中並リ別離スヘキ特定ノ財産ヲ換價シタル場合ニ於テモ破產債權者ヲ該價格ニ付キ満足ヲ受クルコトヲ得ナリ。唯破產債權者カ破產財團ニ付キ滿足ヲ受クル止ムノ法則ニ従シ疑ナリ。體ス取戻權ハ特定期間内ニ之ヲ主張セサルカ爲スニ失權スルニ成ルシ(3)取戻權は特定ノ財產カ破產者ノ財產ニ屬セサル旨ノ消極的原因ニ基ケリ。故ニ特定ノ財產カ破產財團ニ屬セサルコトヲ前提トス。除權ト其性質ヲ異ニスルモノト謂ハサムヘカラス。

(b) 主體計如何タ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產法ハ之ヲ實體法ノ規定ニ委シ明文ヲ以テ之ヲ規定セズ。隨テ實體法ノ規定ニ從ヒテ之ヲ論定セガルヲ得ス。我破產法案ニ於テハ之ニ反シテ佛羅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產法ノ規定ニ依リテ取戻權ヲ有スル旨ヲ明示シタリ(破產法案第七四條乃至第七八條)(1)現行法及モ破產法案ハ解釋トシ。

テハ實體法ノ規定ニ從ヒ取戻權ヲ有スルハ事實上破產財團ニ加ハリタル目的物カ破產者ニ屬セサ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產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ルニ占有者ハ占有回収ノ請求ノ爲メニ(民法第二〇〇條)、所有者ハ破產者ノ占有セル所有物メ遮断並ニ所有權ノ侵害除去例ヘハ破產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的事實ヲ管財人カ破產財團ニ屬スル土地ノ爲メニ存スル地役權ナリ。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財人カ破產財團ニ付キ又共有物ノ分割後ニシムルカ爲メニ取戻權ヲ有スル者ハ取戻權ヲ有セス蓋シ斯ノ權利ハ破產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ノ權利ハ破產財團ニ加ハリタル目的物カ破產者ニ屬セサル旨ヲ主張スルノ原因ト爲ラサルヲ以テ別除權ノ原

因タルモ取戻権ノ原因タルヲ得ナリヘナリ債権ニ關シテ之ヲ當ヘハ破産財團ニ加ヘリタル目的物ニ付キ返還ヲ爲シシムヨコトヲ得キ債権ヲ有スル者ハ取戻権ヲ有スルニ質貸人ヘ貸借人ノ破産財團ニ加ヘリタル貨借物貸主ハ借主ノ破産財團ニ加ヘリタル使用貨物寄記者ハ受寄者ノ破産財團ニ加ヘリタル寄託物質権設定者ハ質権者ノ破産財團ニ加ヘ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ヘリタル物委記者ハ問屋營業者ニ交付シタル物ニシテ問屋營業者ノ破産財團ニ加ヘリタル物ニ付キ取戻権ヲ有シ債権ヲ譲受ケタル者ハ譲渡人ノ破産財團ニ加ヘリタル譲受債権ニ付キ取戻権ヲ有シ譲渡人カ債務者ニ債権ノ譲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権ノ譲渡ハ債務者其他ノ第三者殊ニ破産債権者ニ對抗スルコトヲ得ナルヲ以テ債権ハ破産財團ニ屬ス隨テ譲受人ハ取戻権ヲ有セヌト云ヘバ反對説アリト雖モ譲受人ト破産者タル譲渡人トノ間ニ於テハ債権ノ譲渡ハ有效ナルヲ以テ譲渡シタル債権ハ譲渡人ノ破産財團ニ屬スト謂フセトヲ得シ又取立委任若クハ質入ノ目的ニテ手形其他ノ指圖證券ヲ裏書致テ譲受人ニ矣

付シタル者ハ譲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権ヲ有ス蓋シスル裏書ニ譲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ドモ權利ノ設定又ハ移轉ヲ目的トシタル債権ヲ有スル者ハ破産債権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権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権ノ移轉セサル賣買ノ目的物ニ付キ取戻権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賣主ノ破産宣告前ニ於テ所有権ヲ取得シタルトキハ賣買ノ目的物ニ付キ取戻権ヲ有シ又賣主カ賣買ノ目的物ニ付キ買主ノ破産宣告ニ於テ未タ所有権ヲ喪失セサルトキハ賣買ノ目的物ニ付キ取戻権ヲ有スルヘ疑フ容レス(注文者ハ請負人カ材料ヲ供シ且仕事ニ施シタル場合殊ニ造作請負契約アリタル場合ニ於テ注文者カ仕事ノ進行ノ割合ニ應シ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権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產ニ
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ナル旨ヲ主張スルモノニ非ナ
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
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
效又ハ民法第一百二十一條ニ從ヒテ無効ナリト看做ナ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エタス)又取立委任又ハ質入ノ目的ヲ
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
附記セナ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權
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
例ヘ獨逸ノベーネルゼン氏ハ反對説トシテ手形其他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
爲ササ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
スヘキモノニ非サ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
ヲ有スト主張セリ参考ノ爲メニ一言ス(破産法案第七五條妻ノ特有財產ニ關シ
テ之ヲ言ヘハ妻ハ夫ノ財產ニ付キ破産手續カ開始セラレタルトキハ夫ノ占有
ニ係ル特有財產ニ付キ取戻權ヲ有ス何トナレハ妻ノ特有財產ハ夫ノ破産財團
ニ屬セナレハナリ但法律ハ法定財產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カラサル財產ハ夫ノ財
產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產ナルコ
ト即チ婚姻前ニ有スル財產ナルコト又ハ婚姻中自己ノ名ニ於テ取得シタル財
產ナルコト例ヘハ第三者ノ相続遺贈等ノ如キ無償行為又ハ自己ノ財產ヲ以テ
爲シタル交換賣買等ノ如キ有償行為ニ基キテ得タル旨ヲ立證セナルヘカラス
(民法第八〇七條獨逸破産法ニ於テハ尙ホ難ニ破産債權者ヲ害スルノ所爲フ豫
防スル目的ヲ以テ妻カ婚姻繼續中ニ得タル財產ハ夫ノ財產ヲ以テ取得ス龍ヲ

夫ニ屬シ妻ハ唯取得ノ名義者タルニ過キスト難定シ妻カ該財產ヲ夫ノ財產ヲ以テ取得シタルモノニ非ナル旨ヲ立證シタルトキニ限り該財產ノ取得ヲ許ダ以テ妻ノ立證責任ヲ加重シタル獨逸破產法第四五條佛國商法第五十九條⁽²⁾破產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賣主ノ破產宣告以前ニ於テ到達地ニ到達セス且破產宣告ヲ受ケタル買主又ハ其代理人ノ現實ノ占有ニ歸ナリ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か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產ノ宣告ヲ受ケタルトキハ賣買ノ目的物ハ破產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產債權者トシテ其權利ヲ行ハナルヲ得ナルニ至ル斯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々保護薄キニ失スルヲ以テ又斯ル結果ヲ除去スルカ爲シ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產宣告前ニ於テ買主又ハ其代理人ノ現實ノ占有ニ歸セ

ナリシ場合ニ限リ該目的物ヲ中途ナク差止め以テ破產宣告ヲ受ケタル買主ノ占有ニ歸スルコトア妨タルヲ得ルノ制度ヲ生ベリ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賣買ノ目的物ニ付キ現實ニ占有ヲ得セシムルヲ以テ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 transitu)之法制ト爲リ次ニ佛國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產法第四十四條ニ於テ取戻權ノ一種トシシテ是認セラレ前示ノ如ク完成シタルモノニシテ破產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所有權カ買主ニ移轉スルトキトハ學者ノ爭フ所ナリ獨逸ニ於テハ第一ニ賣主ノ取戻權又物權的請求權即チ所擁有權取戻權ナリト解シ賣主カ破產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之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尚ホ賣主カ所有權又有スルモノト看做シ(Rejection)之ニ依リテ賣主カ賣買ノ目的物ノ取戻ヲ爲ス若トノ得ル者モナリ東云ヘガ學說アリ然レトモ斯

ノ見解ハ沿革及ヒ碼逃破産法第四十四條ニ所謂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的請求權ナリト解シ「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」「ウォルモースキー」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
シ所有權者カ賣買ニ因リ買主ニ移轉セルトキハ其所有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ク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
ノ一部分ヲ受クルコト能ハサルノ危険ヲ避タルコトヲ得ヘキモノニシテ(碼逃
破産法ニ於テハ破産財團タルニ適當ナル財產存在セサ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エグル氏ハ其本質ヲ説明シテ取戻權ノ效力シテ生
スル賣買契約ノ解除ニ依リテ發生スル給付返還ノ債權的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シ當事者ノ現實的又ハ推定的
意思ニ根據シタルモノニ非ス法律力能理ニ基キ例外トシテ設クタル制度ニシ
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ク契約解除權ナリト説明シ其
理由ハ賣買ノ目的物を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ムスル
ハ嚴略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共付
キ共同擔保視シテ信ヲ置タノ處ナク且破産ニ陥ラントスル債務者が信用維持
ノ手段トシテ多數ノ買取ヲ爲スヲ常トスルカ故ニ賣主シテ其信用ノ犠牲ト

爲ラジムルニ正當ニ非ズト云フニ在ルニハノ如シ此ノ如ク賣主ノ取戻權ノ性。費ニ關シテ學者ノ論争アル所ナルニ以テ我破產法案ニ於ケル賣主ノ取戻權ノ性質ニ關シナモ亦種々見解アリニ至ルヘ固ヨリ當然ナリ予量ノ見解ニ依レハ賣主ノ取戻權ノ賣買ヲ解除セスシテ發送中ニ在ル賣買ノ目的物ノ取戻權ノ目的ト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週リテ消滅シタルモノト看做スベキ效力ア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ハ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フ目的トル債權的請求權即チ代金支拂フ目的トル權利ト同シタ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)取戻權ハ事實上破產財團ニ加ヘリタル財產カ破產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產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週リテ回復スルモノノ換言スレハ未タ賣買ノ履行ナキモノ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買主ノ破產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ノ完済ヲ受ク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シ賣買ヲ解除スルノ必要ナシ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產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バコトヲ得ヘシ破產法案第五九條(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ラス其第一ハ賣買カ隔地取引(Distanz geschäft)ナルコトヲ要シ隔地取引トハ一

定ノ物産ヲ或發送地ヨリ或到達地ニ達セシムルカ爲メニ運付ルトヲ要ス
ル取引ニシテ民事取引タルト商業取引タルト又契約者カ商人名ルト否トヲ問
ハナルナリ故ニ賣買ノ目的カ契約成立ノ當時ニ若シ諸約後製造スヘキ場合ニ
於テハ其製造完成ノ當時ニ存スル場所ト賣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期フコトヲ得ヘシ賣主カ運送費及ヒ運送危險ヲ
負擔シタルト到達地カ義務履行地ナルト賣主カ自己固有ノ義務トシテ又ハ賣
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
ルト賣主自身カ目的物ヲ發送シタルト賣主ノ負擔ニ歸シタル義務ノ履行地カ
賣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同地取引(Relief delivery)期チ結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賣主カ該目的物ヲ受取ルヘキ場所ト
異ナルトキハ賣主又ハ其代理人カ結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賣主第ニ者買主ノ買主トノ約書ニ基キ目
的物ヲ他所ニ運搬スル場合ナルト否トヲ問ハス賣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
シタルヤ否ケラ區別シ前者ノ場合ニ於テハ縱令買主カ目的物ヲ受取ラナリシ
トキト雖モ賣主ハ之ヲ取戻ス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トヲ得ヘシ此ノ如ク隔地取引タルコトヲ要スル理由
由ハ賣主ノ取戻權ハ唯斯ル取引ニ於テハ是認スルノ必要アリキ過キサレハ
ナリ(破產法卷第七五條發送「到達地」獨逸破產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
產宣告ヲ受タル當時ニ於テ尙ホ發送ノ途中ニ在ルコトヲ要シ換言セハ目的物
ハ買主ノ破產宣告ヲ受タル當時ニ於テ受拂フ停止シタル當時ニ非サルロトニ
注意スヘシ已ニ到達地ニ到達シ且破產宣告ヲ受タル買主又ハ其代理人ノ現
實ノ占有ニ歸セナラシコトヲ要ス故ニ賣買ノ目的物カ買主ノ破產宣告ヲ受ク
ル以前ニ於テ到達地ニ到達シ且破產宣告ヲ受タル以前ニ買主又ハ其代理人ノ
現實ノ占有ニ歸セタルトキハ賣主ノ取戻權ハ法律上成立スルコトナシ(破產法
卷第七五條獨逸破產法第四四條到達地ハ當事者ノ意思ニ從ヒテ定マルベキ運

搬フ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ナ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タ合意上有效ニ變更セラレナル間ハ総合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ア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断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送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也

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送人ヨリ荷受人ノ指圖ニ從ナヘキ旨ヲ指示セラレ且斯ル指圖アリタルトキハ荷送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ス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ベ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(獨逸破產法ノ解釋トシテアキフエルド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ガムコトヲ要ス故ニ荷受人タル買主ニ對シ運送狀並荷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ク所當時ニ於テ宋内
選擇中ニ在ベ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
ク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賣主ハ該目的物共
付キ事實上何等ノ關係ヲ有セナルニ至リ隔地取引カ同地取引ト其狀態ヲ問シ
ウスルニ至ルヲ以テナリ賣主ニ尙ホ取戻權ヲ認ムルトキハ賣主ノ占有ニ因リ
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ナル
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ク
ル以前ニ於テ代價ノ完済ヲ受ケサリシコトヲ要ス支拂ハレサル代金ノ殘額ノ
多寡及ヒ辨済ヲ受ケタル原因ノ如何ハ法律上問フ所ニ非ス破産法第75條
獨逸破産法第四條故ニ買主カ其破産宣告ヲ受タル以前ニ於テ代價ノ大半ヲ
辨済シ又賣主カ代價ノ支拂リ付キ買主ノ爲メニ期限ヲ附シタルトキト雖ニ賣
主ノ取戻權ノ成立ヲ妨ケス代價ノ完済ハ代金ノ完全ナル支拂代物辨済代金ノ
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
ハ賣主ハ買主ノ破産宣告ヲ受タル當時ニ於テ計算上剩餘金ヲ有スルト事並限

機關タル裁判所ニ非ナル第三者ニ之カ判断ヲ委ニタル結果此第三者タル仲裁
人ニ出フル判断即チ仲裁判断ナルモノハ命令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)テ決セラレタル爭ノ再ヒ發生スル
コトヲ妨クヲ得ルモ債務名義ニ屬セサルモノト謂ハサルヲ得シシテ隨フ之ニ
依ソテ強制執行ヲ爲スコトヲ得サ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
斷其モノナリト雖モ債務名義其モノハ仲裁判断ニハ非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ヲ例ヘハ執行
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ナルヲ
以フ一般判決ノ執行ニ於ケルト同シテ執行文ノ付與ヲ受ケタルトキニ限リ強
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ナ以テ防禦ノ方法ト爲スコトヲ得ズ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断スヘキモノニ非スシテ唯其判断ニ法定ノ取消原因アリヤ否ヤノ點ヲ調査シ此原因力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

和解ハ争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ドモ獨逸ノ普通法ニ於テハ和解ニ依リ強制執行ヲ爲スニハ先づ判事ノ判

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ドモ獨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スシテ普爾西索通バイエルン等ノ諸邦ニ於テハ和解カ訴訟ノ繁属中裁判所ニ於テ行ハレタルトキニ限りニ基キ強制執行ヲ爲スコトヲ許シタリ日獨逸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額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セリ(第五五九條第三號)

第二段 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争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綠由ニ因リ之ヲ爲スカラシフコトナン換言スレハ其争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サルコトヲ知ルト否トフ問ハス又當事者一方ノ抱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争ノ存スルト相互ノ讓歩アルトア以テ足レン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據

棄並ニ認諾カ和解ト謂フヘカラナルヤ明カナリ且當事者間ニ争シ存シタル狀況ハ之ヲ調書ニ掲タルニトテ必要トセス確定セラレタル權利關係ニ事實上當事者相互ノ讓步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モ此事實ニ依リ其行為ハ單純ナル訴訟行為ト爲ルモノト謂フヘカラス詳言シハ和解ハ如何ナル場合ニ於テ民法上ノ法律行為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為ト爲リ了リタルモト謂フヘ

カラス右ニ述フルカ如クナルヲ以テ和解カ有效ト爲ル主ハ民法上之ニ必要ナル條件ノ條件ニ合スルコトヲ要シ體ヲ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ナルヘカラス
 第三 訴訟上ノ條件
 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ミニ成立シタルコトヲ要ス但故ニ例ヘハ強制執行ノ手續ノ進行中ニ於テ執行行爲ヲ避タルカ爲ミ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リシ且和解ハ受訴裁判所ニ於テ又ハ受命裁判若クハ受託裁判事ノ面前ニ於テ爲サルヘキモノナルヲ以テ訴提起ノ前ニ在リテハ和解ノ裁判籍ナル件ノ存在スルコトナシ然レトモ訴ノ提起ニ方リ訴訟成立條件ニ欠缺ノ存スルを因リ權利拘束ノ效力ヲ發生セサル場合子雖モ苟モ其欠缺ニシテ當事者ノ意思ヲ以テ抛弃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ルシ何トナレハ和解ノ成立ハ此次缺フ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。次文場ニ主張シテ、證拠、請求、告白等ノ申立ヲ爲ス。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。然レバ和解ハ必スシモ受訴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裁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ソ爲メニ相手方ノ呼出ヲ求メタルコトヲ必要トセス(第三八二條)。

次ニ區裁判所ニ於ケル和解手續ニ關シテ言ハハ普漏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ノ開始ニ先チ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ノ認マナル所ナリキ。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則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(第五五)

九條第四號)

第四 效力ノ範囲

和解ハ當ニ爭議ノ目的タル諸點ニ付キ執行力未付與スルニ止マラス苟モ實際和解ノ目的の事項タクシニ於テハ之ニ依リテ確定セラレタル總タノ權義ニ關シ執行力ヲ付與シ其和解力判決ニ依リ廢棄セラル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。人當事者間ニ於テ執行力ヲ付與スル時

該處ノ證據を呈示。第二段 抗告ヲ以テノミ不服ヲ申立ツルコト。是く
其の證據を承認スルトナ得ヘキ裁判ノ原本若クハ此裁判ヲ記
書ハテテヘキ。又之ニ載シアル調書

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ベシ(第四五五條、第五五九條第一號、第一三〇條第五號、第一三三條而シテ本來裁

判ニ對シテ抗告ノ許ナ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カ爲メ又ハ不服申立ノ期間ヲ經過シタルニ依リ抗告ノ許ナレツル場合ニ於テモ仍ホ債務名義タム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ム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ルルニ因リカ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爲ヲ開始スルコトヲ得ス又之ヲ積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コトヲ要スルニ至ル(第五六〇條、第五五〇條、第五五一條)

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(第五五九條第二款、第三九四條)
然其效力少故障ノ申立て因リ當然消滅スルコトナク第五五一條
トキニ於テ初メテ消滅スル
前々文略書及一見書

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)
第一 公證人カ其權限内ニ於テ法定ノ方式並從ヒ證書ヲ作成シタルコトヲ要ス
第二 金額ヲ明示シ且モ之ニ基シ開票、計算及要領、手續を附シテ之ニ付
ヲ以テ其目的トスル請求ニ關スルコトヲ要ス
ノ全體カ數字ヲ以テ定マレントヲ必要トセス證書其モノニ依リ計算ノ結果

孫子兵法卷第五

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シ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(第七七八八條)

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シ亦之ヲ生スルヲ以テ其效果タリヤ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論モ本來強制執行ニ屬スルモノニ非シシテ唯其手續ノ之ニ連用セラルゴト前者ト同シキモノアルノミ(第七五六條)

第三款

第一項 一般的，要件

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シテ之カ爲ミ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ナルヘカラス例ヘハ判決中ニ給付ヲ精密ニ限定セナル爲メ執行ヲ爲スヘカラナル場合ノ如キ又判決部ニ付キ裁判ヲ脱落シ而モ之ニ關スル補充判決ノ由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ヲ許スコト能ベ
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

ニ單純ニ権利關係ヲ確定スルコトヲ目的トスル判決並ニ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ナル訴却下ノ判決並ニ権利關係確定ノ判決ノ如キモノモ固ヨリ執行行實行シ得ヘキ判決ニシテ或ハ執行停止ノ原因ト爲リ(第五五〇條第五五一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ナルノ結果執行文ヲ付シタル執行力アル正本ヲ受ク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ミニ確定ノ證明ヲ求ムガコトヲ假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、範圍並ニ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ムコトヲ要ス 隨テ若シ債務名義ニ包含セラルガシ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維念不明瞭ナリ

ニセセヨ事實上宣言セラルト時公事判事ノ意思到達決定命令受ク云
フ若クハ當事者ノ眞意和解其他ニ付テ云ブヲ調査スルト要矣然シモ若
シ重ニ意思ノ發表其モノガ不明瞭ナルニ止マラ又シテ執行セラルヨキ給付玉
開スル意思其モノカ一定セザル場合ニ於テハ執行機關迄ヲ解釋スルコト能
ハナリヤ勿論ニシテ更ニ新ナル訴ヲナ給付ノ範圍ヲ確定モンヨドラ決メテ
ルヘカラス又給付ガ反對給付ヲ受クルコトノ條件ニ繁ル場合ニ於テ此反對
給付モ亦精細ニ定マリタルコトヲ要シ此點ニ蘭ズル裁判三シテ全然不明瞭ナ
ルニ於テハ其債務名義ハ強制執行ニ適セズニイ當ヘニシテ單獨ニ異端ヘ五本
第三 執行ノ目的タル給付ハ不能ナラサルコトヲ要ス其不能ノ狀態カ債務
名義ノ成立後ニ生シタルト其以前ニ生シタルト又其不能ガ債務者又ハ債權者
ノ過失ニ基クト否トニ依リ差異ヲ生スルトナシ大抵此ノ事例ニ有ス
第四 強制セラルヘキ行爲カ法律上禁止セラルモソリナルカ其他公益ニ害ア
ルモノタルニ於テハ之カ強制執行ヲ爲スコトヲ得ス蓋シ法律ハ一體ニ此ヲ
如キ行爲ヲ無効ト爲セバナリ民法第九〇條然レドモ給付自體ガ過法ニシテ唯
其給付ノ義務ヲ生シタル法律行爲カ法律ノ結合ニ違反スルカ其他公益ニ害ア
ルモノナルトキ例ヘニ賭博ニ勝利タダベニ基キ又ハ根據ナビ行爲ノ對價トシテ
金錢ノ支拂フ或モ借合ノ場合ニ如キニ在リテ之金錢ノ支拂フ又行爲ノ強制ヤ法ノ
禁スル所ニ基シテ以テ荷モ些ノ如キ原因ニ基キ債務名義カ形式上成立シ居
ルニ於テハ強制執行ハ之ヲ拒ムコト能ハスシテ唯其債務名義其モノヲ攻撃セ
サルヘカラス又其不禮貌ニ相違セシム又ハ強制執行ハ強制執行ノ事例ニ有ス
第五 執行ノ目的ヲ選擇債務タビ場合ニ於テ之債權者ニ選擇權也存在シ而シテ
其存在カ債務名義を明カナルトキハ債權者ニ任意ニ其一ヲ選擇セムヨトヲ得
ルニ勿論ニシテ此場合ニ於テハ第五百一十八集第三項所定ノ制限ニ從アコトナ
シト雖モ其選擇權ノ債權者ニ存スルコトカ債務名義ニ明確ナラサルトキハ新
カル時ニ依リ各々明確ニ存セヨトヲ要シ其選擇權ナシテ債務ノ一カ意思表示
ヲ爲スノ義務タル場合ナルニ於テハ第七百三十六條ノ擬制ハ其債權者ノ選擇
アラタルトキニ生スルモノト謂フコトヲ得ヘン次ニ債權者カ選擇權ヲ有スル
場合ニ於テ其選擇ヲ表セシムヨトヲ得ヘタ其選擇ノ運営ノ

民法典註解 大同書院編著 著者未詳

場合ニ於テハ債務者ノ選擇ヲ以テ執行ニ着手スルセトヲ訪ケヌ異外、其書、
又然ニ、イチニ至リ、第二項 債務名義ノ内容カ執行ニ及ボス影響
債務名義ノ内容ハ強制執行ノ行動スヘキ内容ヲ定ムルセシムンヲ隨テ次ノ數
果ヲ生ス其要點對へ則斯言ニ付ス。ニモ又財産全體ニ關連セサセバ、之等ハ被
第一、債務者ノ義務ニ關シテハ債務名義ニ表示アル形式ニ相應スル種類ノ執
行ノミヲ爲スヨリヲ得ベシ例ヘハ債務者カ特定ノ動産又ハ代替物ノ一定期ノ數
量ヲ引渡スヘキ事キ一執達吏ハ之ヲ債務者ヨリ取上ケテ債權者ニ引渡スヘク
第七三〇條債務者カ不動產ヲ引渡シ又ハ明渡スヘキトキハ執達吏ハ債務者ノ
占有ヲ解キ債權者ニ其占有ヲ得セシムヘキ如キ即チ是ナリ(第七三一條)
第二、強制執行ハ債務カ債務名義ニ從セ履行セナルヘカラナル給付ヲ到來セ
シユルコトヲ以テ目的ニスルモノナルヲ以テ例ヘハ單ニ不作為ノ義務アリト
セラ、レタル場合ニ於テ財物モ不作為ノ狀態ノ到來シタルニ於テハ其目的ヲ達
シタルモノト謂フヘク固ナ先ニ不法行為ニ因リ生シタル損害ヲ仍キ存在スル

ルヘカラサルナリ之ニ反シテ懲戒ハ其目的義務執行ニ在ルカ故ニ懲戒權ヲ有
スル者之ヲ科スルノ権利アルモ之ヲ科スルノ義務ナク懲戒處分ニ付スルト否
トハニ其者ノ自由ノ決定ニ基スルモノナリ若シ懲戒處分ヲ行ハサルモ將來
宣揚ヲ維持シ得ルト認ムル場合ニ於テハ之ヲ加フルノ必要ナシ同一ノ行爲ニ
對シ或ハ懲戒處分ヲ行ヒ或ハ懲戒處分ヲ行ハサルモ毫モ懲戒ノ性質ニ反セ
ルモノト謂フヘシ

(ヘ) 刑罰ト懲戒トハ其制裁ノ方法ヲ異ニスルモノナリ懲戒處分ノ目的ハ官吏
ノ義務ヲ強制シ官紀ヲ維持スルニ在ルヲ以テ終局ノ處分ハ官紀ヲ棄リ到底矯
正ノ見込ナキ官吏ハ之ヲ免官スルニ在ルノミ是レ淘汰上ノ懲戒ニシテ刑罰ニ
テハ死刑ニ該當スルモノナレトモ其方法大ニ異ナルフ知ルヘシ又義務ニ反ス
ル官吏ヲシテ再ヒ之ニ反スルコトナカラシムル爲メニ加フル所ノ矯正懲戒ノ
手段トシテハ職責剥奪、轉職停職等數種ノ方法アリ是レ刑法ノ自由刑財產刑等
ニ該當スルモノナレトモ其手段ノ同一ナラサルヲ見ルヘキナリ罰金トベ
相類スト雖モ一ハ官吏ノ受クル公權メテ都ヲ制限スルニ止ムヲ他ハ官吏ノ所

有ニ歸セル財産ヲ強制徵收スル事アリ由リ其性質全ク異ナルフ見ルヘシ

(ト) 懲戒ト刑罰トハ其結果ニ於テ異ナム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権恩給ヲ受タルノ權道旗扶助料ヲ受クルノ權等ヲ停止若クノ剝奪セラレ又時トゾテ位記ヲ返上セシメラルノ時モ刑罰ヲ受ケタル者ハ此ノ如キ結果ヲ受クルコト大ク刑罰ノ種類ニ依リ停止公權又ハ剝奪公權ニ處セラアルモノナリ

(チ) 刑罰ニハ時效アリ然レトモ懲戒ニハ時效ノ制ナシ故ニ同一ノ行爲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效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タルナリ

(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テ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セラルルモノナリ又刑罰ニ對シテハ上訴ア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ズルモノナリ

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爲ニシテ刑罰ト懲戒處分トヲ併セ科セラルルモ一事再理スルコトヲ得ストノ原則ニ背カズルナリ唯刑事訴追ノ間懲戒審理ヲ中止スルコトアリハ一人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サルナリ又事實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サム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爲ニ對シ懲戒處分ヲ加フルコトヲ得ルモノナリ然レトモ刑事上有罪ナリトモ必ス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フ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有罪ノ判決ヲ受クルモ懲戒處分ノ必要又體ヘ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メ得キ場合少カラナレハナリ(文官懲戒令第七條)

(ミ) 懲戒スヘキ場合

我現行法文官懲戒令ニ依レハ懲戒スヘキ場合ヲ分テ二ニトス

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

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ナルナリ
(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テ免官減俸及ヒ譴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ヨリ二年間ヲ経過セナ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爾西國ニ於ケル懲戒ノ方法ヲ示セハ免官左選八日以下ノ拘留(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セ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ズ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ナ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開スル立法上ノ問題トシテ之ヲ追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

ト思考スヘカラエ官吏ノ處理スル所ノ事務ノ種類ハ甚々多々其場合ヲ舉ケテ悉ク之ヲ刑法ニ規定スルハ困難ナル事業ナム由リ刑法ニハ各種ノ官吏ニ過シヲ行ハルル犯罪ノミヲ列舉シ他ハ特別ノ法律ニ之ヲ讀ルヲ常トセリ例ベ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キ

官吏ノ職務上ノ犯罪ハ通常之ヲ分テ二ト爲ス(一)職務犯罪(二)準職務犯罪是尤

(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ナ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カ之ヲ犯シタルトキハ一層嚴重ニ處罰セラルヘキモノナリ(刑法第二七八條、第二九條、第二八九條、第二一〇五條、第三二二條)又文書作成費支拂金委託金支拂金職務犯罪ハ之ヲ分テア普通職務犯罪及ヒ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シ公渝ヲ害スル外ニ其軍職ニ在ルノ故ヲ以テ軍隊ノ規律ヲ棄リ又ハ國家ヲ危険ニ成ルノ處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メベシ

(一) 官吏ノ行爲カ私法上ノ法律行爲ナリの場合

(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ナルモノナリ何トナレハ官吏ハ唯機關トシラ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又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ヲ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(民法第四四條第二項参照)

(乙) 國家ト被害者トノ關係 獨逸民法第三十一條ニ「社團法人ハ理事若クハ其一人又ハ定款ニ基キト還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ヒ公法ノ團體中署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四四條第一項ニテ即チ法人ハ理事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四四條ハ國庫ニ適用シ及ホスナ否ヤニ付キ
一疑アリト雖モ我民法第三十六條ニ「外國法人ハ國國ノ行政區畫及ヒ商事會社ヲ除ク外其成立ヲ認許セズ」下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也我立法者ハ國家ヲ法人ト認ムルノ主義ナルカ如シ且又事實上ニ於テも國家カ法人ミシテ私法上ノ行為ヲ爲シ得ルコトハ疑フ容レナル所ナルニ由リ我國民法ニテ後國民法第八十九條ニ相當スル明文ヲ設ケナリシム此ノ如キ規定ナキモ當然第十四四條ヲ國庫ニ適用シ得ルモノナリト考ヘタルノ結果ニ非ナ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クハ國庫ヨリ賠償スヘキモノアリト信ス但其詳細ハ民族ノ研究ニ譲ルモナリ(我民法第七一五條参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ム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ナトハ既ニ述ヘタル所ト同シ

(丙) 國家ト官吏トノ關係 此關係ニ付クハ後ニ官吏カ公法上ノ行為ヲ爲シタ

場合ヲ論スルニ當リ併セキ之ヲ説明スヘシ。言文ノ公私上、

第二、官吏ノ行為ヲ公法上之行為ナリシ場合ト、
官吏ト被害者トノ關係十官吏カ權力行爲ヲ執行スルニ當リ不法行爲ニ因

(甲) 官吏ト被害者トノ關係十官吏カ權力行爲ヲ執行スルニ當リ不法行爲ニ因
テ一私人ニ損害ヲ加ヘタル場合、於テ私法上不責任問題ヲ生ヌカキセキ也。此
問題ヲ決スルニ先テ第一ニ論定スヘキ也。統治權ノ主體、不法行爲之主體、其
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律ヲ制定スル權力ノ
源ニシテ國家ノ意思ヘ法合シシテ發現スルモノナリ。但し國家ノ行為ニシテ違法
タルコトナシト此議論中國家ヲ權力ノ主體ト認ムが爲可ナリセスル也。尙ホ此
說ハ國家ノ意思又方ト意思發表ノ機關トヲ混同シタルノ批難ヲ免ムルコト能
ハツルモノニシテ一旦法律ヲ公布シ之ヲ改正セヂム以上ハ之ヲ發布シタル國
家モ亦其存在ヲ認メサル。カラス而シテ之ニ反シタル意思ヲ以テ或行爲ヲ爲
ストキハ所謂不法ト名クベキモナリ或ハ曰ク官吏ノ爲シタル不法行爲ハ官
吏トシオノ資格ニ於タル行爲ニ非スシテ一箇人トシテ之行爲ナリ不法行爲ヲ
爲シタル官吏、法律上國家上何等ノ關係又有無ス體ア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スシテ一箇人タル官吏ナリ國庫ハ
法律上此ノ如キ行爲ニ關シテ何等ノ關係スル所ナク唯官吏ソミ其責ニ任スヘ
キモノナリト然レトモ官吏ノ責任ヲ論スルニ當リテ、權限内ノ行爲ト權限外
ノ行爲トヲ區別セザルヘカラス若シ權限外ノ行爲ヲ爲セハ即チ官吏タル關係
ニ於テ爲シタル行爲ニ非スシテ一箇人ノ行爲ナリ而シテ權限内ノ行爲ヲ爲セ
ハ總令官吏ノ義務ニ背クコトアリトモ一箇人ノ行爲ト視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爲ヲ爲スヘキモノト認
ムヘキモノナレハナリ故ニ官吏之其權限内ノ行爲ヲ爲スニ當リ不法ノ行爲ニ
涉リ他人ニ損害ヲ加フルモ自ラ其實ヲ負フヘキモノニ非ス雖特別ノ明文アル
場合ニ於テハ其規定ニ依リテ自ラ責ニ任スヘキノミ刑事ニ付クハ刑事訴訟法
第十四條ニ「被告人無罪ノ旨渡フ受ケタリト雖セ刑事検事裁判所書記就吏司
候警察官又ハ巡查、憲兵卒ニ對シ要價ヲ訴テ起スロトヲ得ス但是等ノ官吏、被告
ニ對シ故意ヲ以テ損害ヲ加ヘ又ハ刑法ニ定タル罪ヲ犯シタル場合ハ此限ニ
在ラス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、刑事、検事等ノ官吏ハ賠償ノ責ニ任スヘキコトヲ定メラレ。又戸籍法第六條不動產登記法第十三條等ニ於テ、戸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ヲ害ニ致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ノ行為ナリ。此點ニ付テハ該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也。ナリ。

(乙)國家ト被害者トノ關係既ニ述ヘタルカ如ク官吏カ其權限内ニ於テノ行為ヲ爲シタルトキハ經令其行為違法ニ涉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ニ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。隨々其行為ニ依リテ損害ヲ受ク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ツルモノナリ。

(丙)國家ト官吏トノ關係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ノ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ニ私法上ノ法律行為タルト公法上ノ權力行為タルト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セ國家ノ財產ヲ管理スル官吏セ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ナルナリ。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ス。身元保證金ヲ徵收スルニト往往アリ。出納官吏身元保證金ノ件明治二十三年勅令第四號參照成ハ。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タキモノ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據セ官吏ハ統治者ノ命令ニ依リ職務ヲ擔當スルノ義務又有リ。其他職務ニ關するハ凡テ統治者

ノ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所並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國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事在リ即チ出納官吏カ辨償ヲ命セラレタル法定ノ期間内ニ之ヲ納メサルトキヘ身元保證金ヲ以テ之ニ充タルカ爲メナリ而シテ此保證金ヲ以テ充タル所ノ賠償ヘ元來私法上ノ關係ヨリ來リタルモノニ非ナ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國庫ニ損害ヲ加ヘタルトキハ官吏ハ一私人トシテ國庫ニ損害ヲ與ヘタルモノニシテ其關係ハ全之二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國庫ニ對シテモ民法上ノ原則ニ依リ其責ニ任スベキモノナリ

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セ統治機關トシテ使用セラルハ今日各國行政組織ノ普通狀態ナリ固ヨリ均シテ機關ナ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コ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ノ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人如キ自治團體ヲ設ケキノ統治機關ノ一ト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ジムベキ在リテ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ベトキハ事身達ノ事件ニ屬シ且比較的細小大ナルニ由リ之ニ價値スルコト易ク且利害關係ノ適切力所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蓋シ自古以來國事公務其事

公法人トシテノ特質ハ團體ト團體員ドノ間ニ命令服從ノ權力關係存スルニ在
テ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ノ點ハ國家
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或ハ公法人トの統治
機關ナリト説ク者ナキニ非サルナリ

自治ノ定義ニ付テハ學説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ソノ「グナイスト」氏ノ說ナリ抑モ自治ノ學
理上行政ノ原則トジテ認メラレタルハ英國ナレトモ其自治ノ意義タルハ甚久
廣ク中央政務タルト地方政務タルニ區別ナク總ナ人民カ統治ナ作用ニ參與
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「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ナ自治ノ意義ヲ廣ク解シテ地方行政ノ範圍ニ長シモ之

第二　自治團體ナリ

行政法 行政機關 自治公共團體 自治公共團體之質

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稅ノ負擔ニ依ル行政ハ必スルモ自治行政ノミズ特
色ニ非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ヨ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
基キタルモノナルヘシ

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
ヤフ考フルニ此グナイスト氏ノ説ニ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ツルベキ管ナリ恐ググナイ
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ント信ス既ニグナイスト
ト民ノ説ヲ採用スルヲ得ストスレハ他ニ其定義ヲ求メタルヘカラス今予ノ信
スル所ノ説ニ從ヒ自治ノ定義ヲ與フレハ又公團體ノ事務ヲ自己ノ事務ヲ求メタル
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
故ニ此事務若シ屢止セラル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ツ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ナルニ由リ其團體カ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一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ガトト唱フル者アリト雖モ此區別ハ沿革上ニ基クモニテ今日ノ團體事務ノ法理上ノ區別ニ非ス何トナ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ムナリ尚未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ヲ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ム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

第四、自治公共團體ハ統治権ノ積極的又ハ消極的ノ監督メ下ニ立フモノナリ

抑モ團體ノ事務ハ既ニ述ヘタル如ク國家事務ノ一部ガルヲ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サムヤ否ナフ監督スルニ止マラシテ積極的監督即チ團體ノ事務委廉振ハサルトキハ其事務ヲ舉ルコトヲ圖ル

第五章 證書

本章は證書の種類と其の特徴を述べる。主に公證書と私證書について記載される。

○公正證書ノ偽造と對策と公證人ノ作成ニ係ル證書ヲ偽造シタル者
・對シテ「刑法第二百三條第一項ヲ適用スヘキカ若ク同第二百四條第一項ヲ適用スヘキカ換言スレハ公正證書ガ明治二十三年法律第百號ニ依リ直ナニ官文書ニ擬スヘキモノナガル將ク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ガルノ問題モ對シ東京控訴院カ官文書公文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綻シテ曰ク「公
正證書ハ公證人カ人民ノ嘲謔ニ依リ民事ニ關スル事項ヲ公證スル爲メ作成スルノ文書ニシテ公證文書ニ外ナラサレハ之ヲ偽造石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處罰セサルヘカラナルモノトゾト(大審院明治三十五年(大正第二年)二月十三日第二七五號公正證書私印私書)

○文書ノ偽造と變造
官文書ノ偽造變造進行使罪ニ關スル判決要旨ハ前ニセ

報道シタル所ナガル(報紙二六頁同シ)官文書中一ノ字フニノ字ニ改メタル場

吾等爲造ナシ下認ヌ事例判決理由ノ要旨タリテシニ泊タ「原判決ニ認ムル如提
明治三十四年度第一期縣稅地租割ノ領收書中第二期ノ領ナム文字ノ上ニ記ニ一
畫ヲ加ヘ二ノ字ト爲シタルア明治三十四年度第二期縣稅地租割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
モノナシ之ヲ爲造キセシハ相當ナルメミナラズ云云ト(大審院明治三十五年
二月二十五日第二判決宣告)。○則事例判決之類似也。然而本件は、
○窮盡ノ見張ヲ行爲三、二人以上相通謀シテ窮盡ヲ爲スニ當リ其一人カ屋外
に於テ見張ヲ爲シタルトキハ其者ハ窮盡ノ正犯ナルカ斯ダ從犯ヲ以テ論スヘ
キ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
スルニハ犯人ガ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
時並於テ之ヲ妨ダヘキ事實ノ存在セサルヨトヲ必要トシ此二点ノ積極並ニ消
極大要件が犯罪ノ遂行上ニ於テ缺ク可カラズル也ノカルヲ以テ犯人カ否タ
其所爲ニ依リ此二点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
タル積極的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

害拂除ノ所爲ニ關スルトニ論ナシ其犯罪行爲ノ實行ニ干與シダメモノト謂ハ
ナルヲ得ス何トナレハ此二点ノ所爲ハ相骨ヲ犯罪ノ遂行ニ拂タシムニシテ其
セフ缺クニ於テハ犯罪を實行セラレ得ヘカラナルモノナルカ故ニ此二点ノ所
爲ヲ爲シタル者ハ何レモ犯罪ノ實行ニ缺ク可カラナ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ニ外ナラナルヲ以テナリ」ト(大審院明治三
六年十一月二十七日第二判決宣告)

○明治二十二年法律第二十八號(所謂公然ノ意義)

明治二十二年法律第二十八號(所謂公然ノ意義)

十八號第一條半曰ク「法律ヲ以テ組織シタル議會ニ對シ公然説教傳辱シタル者
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説教傳辱シタル者云云ト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ク犯罪ノ數ニ増減アルヨト明瞭ナルヘシ期
テ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説教傳辱ヲ爲シ
タルコトヲ要スルカ將タ特定ノ人ニ向ヒテ右議會又一議員ヲ説教傳辱スルボ
言語ヲ發シタルモニク以テ同法ノ犯罪ヲ構成スヘキカ蓋シ右法律ハ現行刑規

施行後市制町村制實施に當るに於て童工隸食開設ノ前年ニ微布セラ以降所持
メニシヲ刑法ノ條項ヲ補充シタルモノト解説ルオ羅當ナリトスベシ累シテ然
ナトセハ其所謂公然ナル文字ノ意義ノ如モモ刑法ニ所謂公然刑法第一四二條
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羅當ナリトス
而シテ刑法ニ所謂公然之文字ニ付テハ人ニ依リ其見解ヲ異ニスルヲ免レサム
所ナムヘシト雖モ苟モ吾人ノ言論ノ自由憲法第二十九條ヲ束縛スルノ結果ズ
以上ハ頗ル慎重ニ解セカルベカラダルヤ論ナキナリ大審院ハ成村會カ新築競
フ生舎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謗侮辱シ
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祕密ニ對スルノ
語ニシテ祕密ナラナル場合ハ常ニ公然ナリ故ニ公然ノ誹謗侮辱トナルニハ散
チ不特定ナル多數人ニ對シテ之ヲ爲ヌヲ要スルニアラス特定シタル少數ノ人
ニ對スバモ苟モ其行爲ノ祕密ナラナル以上ハ公然ノ誹謗侮辱タルヲ免カレバ
ト(大審院明治三十五年九月二十六日明治二十二年法律第三百八號通改
ト大審院明治三十六年二月十三日第二刑事部宣告)

法學志林

明治二十六年四月十六日發行 一元五角

第四十二號

(四月十五日發行)

○開設ノ法相顧問所ニ付キ占問事及クニ私有契

呂理所ノ規定ナシ

伏見士・秋山雅之介

志林

○開設事ト付成事トノ細則

法學士・岡

梅山源夫

實

解題

○開設ノ物ナリト付シテ詮諭取扱、試験ヲ成貰シバ

ナキノ事

法學士・谷野

義

○開設、公刊書類及ヒ開設ノ風俗

法學士・越浦義太郎

大

○筆記名様式ノ開設及ヒ其開設ニ及ヒ開設ノ筆者

法學士・杉本貞造郎

大

○立木ニ開設スル當初ノ報酬、開設リ公取ノ方法

法學士・中山成太郎

大

其他 判例、雜報、記事

數十件

和佛法律學校

發行所

東京市麹町區富士見町六丁目十六番地

電話號碼百七十二

發行所 指定

和佛法律學校

論

○取引用(續)

法學士・岡

實

解題

○開設ノ物ナリト付シテ詮諭取扱、試験ヲ成貰シバ

ナキノ事

法學士・谷野

義

○開設、公刊書類及ヒ開設ノ風俗

法學士・越浦義太郎

大

○筆記名様式ノ開設及ヒ其開設ニ及ヒ開設ノ筆者

法學士・杉本貞造郎

大

○立木ニ開設スル當初ノ報酬、開設リ公取ノ方法

法學士・中山成太郎

大

其他 判例、雜報、記事

數十件

和佛法律學校

發行所

東京市麹町區富士見町六丁目十六番地

電話號碼百七十二

發行所 指定

和佛法律學校