

# 法政大学学術機関リポジトリ

HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2024-07-29

## 法政大學講義録

美濃部, 達吉 / 遠藤, 忠次 / 上杉, 慎吉 / 富井, 政章 / 掛  
下, 重次郎 / 若槻, 禮次郎

---

(出版者 / Publisher)

法政大學

(巻 / Volume)

3-6

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

53

(発行年 / Year)

1903-12-08



(明治三十六年十一月十二日第三種郵便物認可)  
每月九回(一日五日八日十一日十五日十八日廿一日廿五日廿八日發行)

三十七年度

明治三十六年十二月八日發行

第三學年ノ六

# 法政大學講義録

第八拾號



法政大學發行

第三學年第六號目次

民法物權 自第七章(至四二五)  
至第十章(至四〇五) 法學博士 富井政章

民法親族 (自二〇四)  
(至二一四) 法律學士 掛下重次郎

民法相續 (自二〇六)  
(至二一六) 法學士 若槻禮次郎

行政法總論 (自二一八)  
(至二二八) 法學博士 美濃部達吉

行政法各論 (自二六八)  
(至二七八) 法學士 上杉慎吉

民事訴訟法 自第三編(自四八九)  
至第五編(至六四九) 法學士 遠藤忠次

雜報 ○支拂場所ノ表示○懸賞討論會

090  
1904  
3-1-6

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

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

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

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

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

民法物權 留置權 留置權ノ效力

第三學年第六號目次

民法物權 自第七章(至四〇五)  
至第十章(至四〇九) 法學博士 富井政章

民法親族 (自二〇四)  
(至二〇六) 法學士 掛下重次郎

民法相續 (自二〇六)  
(至二〇九) 法學士 若槻禮次郎

行政法總論 (自二二八)  
(至二三八) 法學博士 美濃部達吉

行政法各論 (自二六八)  
(至二七九) 法學士 上杉慎吉

民事訴訟法 自第三編(自四九)  
至第五編(自六四九) 法學士 遠藤忠次

雜報 ○支拂場所ノ表示○懸賞討論會

090  
1904  
3-1-6

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

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

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

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

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

民法物權 留置權 留置權ノ效力

が果實ニ付イテハ優先權ヲ有スル然レドモ他人ノ所有物ヨリ生シタ果實デア  
 ルガ故ニ固ヨリ無償ニテ之ヲ取得スルコトヲ得ナイ必ズヤ之ヲ以テ債務ヲ辨  
 濟ニ充テテバナリヤモシテ而シテ法律ハ其充當ノ方法ヲ定メテ居マス即チ先づ  
 之ヲ利息ニ充當スベシ尙ホ餘リアルトキハ元本ニ充當スベキコトニ爲テ居ル  
 (第一九七條)

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

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

出シタルベキ費用デアル留置權者ハ固ヨリ之ヲ償還セシムル權利ヲ有スルコトハ論ヲ俟タズ  
必要費ノ中ニハ通常ノ必要費ト臨時ノ必要費トアリマス、一般占有ノ規定ニ依レバ占有者ガ果實ヲ取得シタル場合ニハ通常ノ必要費ハ其負擔ニ歸スルコトト爲テ居ル(第一九六條第一項但書)ハ留置權ニハ適用ノナイコトデアル、何トナレバ果實ハ曩ニ述べタ如ク留置權者ニ於テ其價權ノ辨濟ニ充當スルモノデアル、單純ニ取得スルト云フコトハナイ其レ故ニ通常ノ必要費ト雖モ固ヨリ之ヲ償還セシムルコトヲ得ル譯デアリマス  
有益費トハ物ニ改良ヲ加ヘテ其價格ヲ増シタモノヲ謂フ、其償還權ハ不當利得ノ原則ニ基クモノデアル、故ニ其増價額ノ現存スル場合ニ限テ行フコトヲ得ル權利デアリマス、而シテ此種ノ費用ハ所有者ヲシテ其金額ヲ償還セシムルハ甚ダ酷デアアル、何トナレバ改良ニ因テ價ヲ増シタトハ云ヘ實ハ占有者ノ好奇心ニ出デタルコトデ其改良ナルモノハ占有者ノ利益トハ爲テタカモ知レズガ所有者ニ於テ必ズシモ同一ノ割合ニ利益トハ感ジナイカモ知レズ、又十分ノ實力ナキ

場合ニ其償還ニ必要ナルダケノ金額ヲ調フルコトハ場合ニ依テハ甚ダ迷惑ナルコトデアアル、故ニ法律ハ所有者ノ選擇ニ從テ實際ニ支出シタ費用カ又ハ増價額ヲ償還スルコトヲ得ルモノトシテ實際少イ方ヲ償還スレバ足レリトシテアル、而モ尙ホ其請求ニ因テ裁判所ハ之ニ相當ノ猶豫ヲ許スルコトヲ得ルモノトシテアリマス、留置權者ハ善意デアアルカ惡意デアアルカト云フコトハ學說ニ任シテ法律上ハ此最後ノ點ニ付テ惡意ノ占有者ト同一ニ扱テ居ル、又現ニ他人ノ物タルコトヲ知ル以上ハ至當ノ見解デアルト思フ  
奢侈費ニ至テハ實際ノ占有者ニ同ジク之ヲ償還セシムル權利ハナイ、唯物ヲ損傷スルコトナクシテ原狀ニ復スルコトヲ得ル權利アルノミデアリマス  
是マデハ留置權者ノ權利ヲ説明シマシタガ是ヨリ留置權者ノ義務ニ論及シマス

第一 留置權者ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ留置物ヲ占有スル義務ヲ負フ者デアアル、抑モ留置權者ハ自己ノ利益ニ於テ他人ノ所有物ヲ占有スル者デアラテ辨濟ヲ受ケタル場合ニハ之ヲ返還セキバナラヌ地位ニ居ル者デアリマス、即チ

物ノ引渡ヲ爲ス債務ヲ負フ者デアルニ依テ善良ナル管理者ヲ注意ヲ以テ留置物ヲ保存セキバオラス譯デアリマス(第二九八條第一項)而シテ是ハ債權ノ總則タル第四百條ノ適用デアルト思ヒマス。留置權ハ債權ノ總則ニ依テ善良ナル管理者ノ注意トハ一ノ抽象的標準ヲ示シタモノデアル、即チ茲ニ世間一般ノ者ガ相當ト認ムル程度ニマデ注意ヲ用フル管理者アリト假定シテ其者ノ爲スベキ注意ヲ謂フモノデアアル、此標準ニ對スル所ノ標準ハ主觀的ニ管理者其者ガ自己ノ財産ヲ管理スルニ當テ日常用アル所ノ注意デアアルガ法律ハ此程度ノ注意ヲ以テ足レリトシナイ、例ヘバ無償ニテ寄託ヲ受ケタ者ノ如キハ他人ノ利益ノ爲メニ保管ヲ爲ス者デアアルガ故ニ受託者其人ガ日常自己ノ財産ヲ管理スルニ當テ用フル以上ノ注意ヲ求ムルコトヲ得ベキデナイ(第六五九條)留置權者ハ之ニ反シテ使用收益ノ權ハ有セザレドモ自己ノ利益ノ爲メニ留置物ヲ占有スル者デアアルカ故ニ一層重キ責任ヲ負ハシタ譯デアアル。留置權者ハ自己ノ利益ノ爲メニ留置物ヲ得ザルハ言フヲ埃タナイコトデアアル、唯辨濟ヲ受クルマデ其占有ヲ繼續スル

權利ヲ有スルモノデアアル、何トナレバ前ニ再三述べタル如ク留置權ノ目的ハ留置物ノ占有ニ因テ間接ニ辨濟ヲ促スニ止マルモザデアアル、但留置權者ハ債務者ノ承諾アルトキハ留置物ヲ使用スルコトモ賃貸スルコトモ亦擔保ニ供スルコトモ得ル者デアアル、其承諾ナキ限ハ一切此等ノ行爲ヲ爲スコトヲ得ナイ、唯留置物ノ保存ニ必要ナル使用ハ之ヲ爲スコトヲ妨グヌマデアアル(第二九八條第二項)茲ニ保存ニ必要ナル使用ト云ヘバ例ヘバ乘馬ノ如キモノデアアル、時時之ニ乘テ運動スルト云フ如キヲ謂フデアアル、不動産ニ付テ留置權ノ適用ヲ見ルコトハ甚ダ稀デアアルガ必ズシモノイトハ言ヘナイ、例ヘバ家屋ヲ例ニ取テ言ヘバ短キ期間ヲ以テ之ヲ賃貸スルコトノ如キハ場合ニ依テハ保存ニ必要ナル使用デアアル、此等ハ事實問題ニ歸スルト思ヒマス。留置權者ハ留置物ヲ利用シタトキハ其權利人ノ注意ヲ缺クカ又ハ債務者ノ承諾ナクシテ留置物ヲ利用シタトキハ其權利トシテ債務者ハ普通一般ノ原則ニ從ヒ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ル外ニ留置權ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得ル(第二九八條第三項)是ハ民法第五百四十一

條ニ規定スル所ノ債務ヲ不履行ニ因ル契約ノ解除權ト同一ノ趣意ニ出デタモ  
 ノト考ヘマス、即チ留置權者ガ留置權ノ目的ヲ脱出シタル行為ヲ爲シタモノデ  
 アル、故ニ最早留置權ヲ存続セシムル理由ガナイ、法律ハ損害賠償ノ如キ不確實  
 ナル救済ヲ與フルニ止メズシテ留置權ヲ消滅セシムルコトヲ許シタモノデア  
 ル、此制裁アル以上ハ留置權者ガ不法ニ爲シタル貸貸其他ノ法律行為ハ一般ノ  
 原則トシテ無効ナルコトハ言フヲ埃タナイコトデア  
 留置權ノ效力ニ付イテ尙ホ一ツ説明ヲ要スルコトガアル、其レハ留置權ハ債權ノ  
 消滅時効ノ進行ヲ妨グザルコトデア  
 第三〇〇條即チ留置權者ニ於テ留置物  
 ヲ占有スルコトハ債權ノ消滅時効ヲ中斷スルモノデナイ、其理由ハ留置權ナル  
 モノハ唯債權ニ從タルモノデア  
 債權ノ擔保デア  
 間接ニ其辨済ヲ促ス方法  
 ニ過ギナイ、故ニ其行使タルヤ債權其物ノ行使トハ別ノコトデア  
 換言スレバ  
 辨済ノ請求其他ノ執行行為ト同一ニ視ルベキモノデナイ、是ハ留置權ノ性質上  
 當然言フヲ埃タナイコトト考ヘマス、クレドモ民法ニ於テ特ニ此事ヲ明示シタ  
 ル所以ハ威ハ留置權ノ行使ヲ以テ暗黙ノ請求又ハ承認ト解スル者ガアルヤモ

謂ラレモガ故デアリヤ、現ニ此見解ニ基イテ反對主義ヲ採ツタ立法例モ尠ク  
 ナイ、舊民法ノ如キハ即チ其一例デア  
 故ニ新法典ハ此ニ右ノ規定ヲ置イテ時  
 效中斷ノ原因ハ第四百四十七條ニ掲ゲタルモノニ限ルコトヲ明確ニシタ譯デア  
 リマス

### 第三節 留置權ノ消滅

留置權ハ他ノ物權ニ同ジク其目的物ノ滅失ニ因テ消滅スルコト又其權利ノ拋  
 棄ニ因テ消滅スルコトハ當然デア  
 後ニ消滅ノ一原由トシテ示スベキ占有ノ  
 喪失ハ留置權者ノ任意ニ出デタ場合ニハ留置權ノ拋棄ト視ルベキモノデア  
 又他ノ擔保權ニ同ジク其擔保スル所ノ主タル債權ノ消滅ニ因テ消滅スルコト  
 ハ言フヲ埃タス、例ハ辨済ニ因テ消滅スル如キハ其一例デア  
 是ハ擔保タル性  
 質上ヨリ當然來ルコトデア  
 此他留置權ニ特別ナル消滅ノ原因ガ三ツアル  
 第一ハ占有ノ喪失也、是マデニ説明シタル所ニ據テ明カナル如ク留置權ハ基礎



ト爲ル所ノ要素ハ占有ノ事實ヲ要スル故ニ朝占有ヲ失フニ至ラザル留置權ノ消滅ハキリ當然ノコトナリ。又、唯之ニ對スル一ノ例外ハ債務者ノ承諾ヲ得テ貸貸又ハ質入ヲ爲シタ場合デアアル(第三〇二條)此場合ニ於テハ占有ヲ喪失シタルモノト看ルヨリモ事口質借人又ハ質權者ニ依テ占有ヲ爲スモノ即チ質借人又ハ質權者ハ留置權者ノ代理占有者ト看ルガ正シイカト思フ即チ嚴格ニ言ヘバ第三〇二條ノ規定ハ全ク不必要デアアルト考ヘマス、唯立法者ハ此最後ノ點ニ付イテ或ハ疑議ノ生ゼンコトヲ慮テ之ヲ置クニ至ラズモノデアアルト考ヘル。

第二 債務者ノ承諾ヲ經ズシテ使用收益ヲ爲シ又ハ擔保ニ供シタル場合或ハ善良ナル管理人ノ注意ヲ怠ラタガ爲メニ債務者ノ請求ニ因テ留置權ノ消滅スル場合、此場合ニ於ケル留置權消滅ノ原因ハ即チ義務ニ背イタコトニ基ク債務者ノ請求デアアル。

第三 相當ノ擔保ノ提供、即チ債務者ハ何時ニテモ相當ノ擔保ヲ供シテ留置權ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得ル、此場合ニハ其請求ニ因テ留置權ハ消滅スルコトト爲ル(第三〇一條)是ハ一般ノ原則ヨリ言ヘバ一ノ異例デアアル、即チ債務者ニ已

ノ意思ヲ以テ債權者ノ有スル擔保ヲ變更スルコトヲ得ル譯デアアル。此變例ヲ設ケタ理由ハ留置權ナルモノハ雙方ニ取テ甚ダ不便ヲ感ズベキ權利デアアル、即チ債權者ニ於テハ留置物ヲ占有スル權利ヲ有スルノミデアラテ之ヲ使用スルコトモ收益スルコトモ出來ナイ、加之善良ナル管理人ノ注意ヲ以テ之ヲ保存セキバナラヌ煩累ガアル、債務者ニ於テモ其占有ヲ有セザルガ故ニ自ら使用スルコトモ又他人ニ使用セシメテ收益スルコトモ擔保ニ供シテ金ヲ借ルコトモ總テ爲スコトヲ得ザル譯デアアル、即チ財産ノ流通、改良及ビ利用ヲ妨グル所ノモノデアアル、經濟上甚ダ妙ナラザル制度ト謂ハキバナラヌ、債權者ニ於テハ何か他ニ相當ノ擔保ト爲ルベキ利益ヲ受ケサヘスレバ留置物ノ占有ヲ繼續スルニ正當ノ理由ヲ有セナイ、其レ故ニ此制限ヲ設ケラレタ譯デアリマス。

相當ノ擔保トアルガ故ニ質權又ハ抵當權ヲ設定スルコトハ勿論辨濟ヲ爲スニ足ルベキ資力アル保證人ヲ立ツル如キモ固ヨリ有效デアアル、獨逸民法ニモ同一規定ヲ設ケテアリマスガ保證ニテハ不十分ナリトシテ必ず物上擔保ヲ供スルコトヲ必要トシテアタト思ヒマス。

## 第八章 先取特權

## 第一節 總則

先取特權トハ民法其他ノ法律ノ規定ニ依テ或種類ノ債權ヲ有スル者ガ其債務者ノ一般又ハ特定ノ財産ニ付イテ他ノ債權者ニ優先シテ辨濟ヲ受クル權利ヲ謂フ(第三〇三條)

此定義ニ依レバ先取特權ハ債權ノ性質ニ基ク優先權デアアル、特約ニ因ルモノデナクシテ法律上當然或債權者ニ屬スル權利デアアル、即チ共同擔保ノ原則ニ對スル一ノ變例デアアルニ由テ、特ニ法律ニ定メタ債權者ニ限ラテ之ヲ有スル譯デアアル、又其適用ノ範圍モ法律ニ定ムル所ニ起エルコト能ハザルモノデアアリマス、故ニ民法第三百三條ハ、本法其他ノ法律ノ規定ニ從ヒ云云トアツテ、法律ノ規定以外ニ存在スルコトヲ得ザル權利タルコトヲ示シタルモノト解セザバナラス

抑モ先取特權ナル制度ヲ設ケラレタ所以ハ法律ニ依テ特ニ或債權者ヲ保護スル必要アリト認メタルニ由ルモノデアアル、而シテ其效力ハ第三者ノ權利ニ影響

スルコト極メテ大ナルモノデアアル、故ニ公益ニ基ク制度ト謂ハチバナラス、即チ先取特權ニ關スル規定ハ一般ニ強行的ノモノト解セチバナラス、當事者ニ於テ隨意ニ先取特權ヲ設定スルコトヲ得ザルハ言フマデモナク、特ニ法律ニ定メタ債權モ其人ニ屬スル權利デアアル、故ニ其債權者ニ於テ縱ニ之ヲ處分シテ他ノ債權ニ移スコトヲ得ナイ、此點ハ質權及ビ抵當權ト全ク相異ナル所デアアリマス、先取特權ハ債權ノ性質上當然或債權者ニ屬スルモノデアアツテ、其目的物ノ占有ヲ必要トセナイ、此點ハ留置權及ビ質權ト相異ナル所デアアリマス、新民法ハ舊民法其他佛法系ノ立法例ニ倣フテ之ヲ以テ一ノ獨立ナル物權トシタ、是ハ果シテ正當ノ見解デアアルヤ疑ナキコトヲ得ナイ、殊ニ一般ノ先取特權ニ付イテハ其疑ガアル佛蘭西ノ學者ハ之ヲ以テ一ノ物權トスルト共ニ又之ヲ目シテ債權ノ形狀ト云フテ居ル、即チ法律上當然或債權ニ附著スル所ノ效力ト視テ譯デアアルト思フ、然ルニ先取特權ハ一ノ獨立ナル物權ト視ルヨリモ債權者數人ガ辨濟ヲ爭フ場合ニ現ハルル所ノ債權ノ優先ノ效力デアアルト思フ、然レドモ是ハ實際民法ノ適用ニ關係ナキコトデアアルニ因テ、詳シクハ論ジマセヌ

我民法ハ佛蘭西法系ニ倣フテ數多ノ先取特權ヲ認メタ、是ハ立法問題トシテ甚ダ宜キヲ得ザルコトカト思フ、立法ノ趣意ハ固ヨリ債權者間ニ公平ヲ保タント欲シタルニ在ルハ言フマデモナイ、即チ各種ノ先取特權ニハ何レモ一應ノ理由アルコトハ認メテバナラス、然レドモ之ガ爲メニ債權者間ニ優劣ノ差等ヲ立ツルト云フコトハ甚シイ異例デアアルト謂ハテバナラス、凡ソ如何ナル債權者ト雖モ其債權ヲ生ジタ原因ガ無効デナイ限ハ何レモ適法ノ理由ニ因テ成立スルモ「ラデアアル、然ルニ其間ニ多少保護スベキ程度ヲ異ニスル爲メニ此ノ如キ變例ヲ設クルコトハ實際ノ公平如何ハ姑ク別問題トシテ實行上甚シイ煩雜ヲ生ズルコトデアアル、破産其他債務者ノ財産ニ付イテ總清算ヲ行フ場合ニハ此ノ如クニ數多キ先取特權者アル爲メニ殊ニ一般ノ先取特權ノ如キ範圍ノ廣イ優先權アル爲メニ非常ナル混雜ヲ來シテ清算ノ圓滑ニ行ハルルヲ妨グルコト尠カラス」下思フ、尤モ新民法ハ舊民法ニ比スレバ二三ノ先取特權ヲ省イテ何程カ簡ニ爲ラ居ル、然レドモ一般ノ仕組ニ付イテ言ヘバ變ハルコトハナイ、是ハ佛蘭西ニ於テモ近來有力ナル學者ハ此制度ヲ以テ既ニ腐朽シタ惡法ト言フテ居ル位デア

ル、獨逸法ニ於テハ此ノ如キ物權ハ認メテナイ、唯破産ノ場合ニ質權者ノ如キ特別擔保ヲ有スル者ノ別除權ヲ認メテアルノミデアリマス、要スルニ先取特權ノ制度ハ實際極メテ不便ナルモノデアアルニ由テ將來必ズ改正セラルルニ至ラマシナラヌモノト信ジマス、先取特權ハ前ニ述ベタ如ク其目的物ノ代價ノ上ニ行ハルル優先權デアアル、然レドモ此權利ハ一ノ物權デアアルニ由テ第三取得者ニ對シテ追及權ヲ生ズルコト爲ル、然レドモ此點ニ付イテハ後ニ述ブル如ク法律ハ一般取引ノ安全ヲ維持スル爲メニ著シク先取特權ノ效力ヲ制限シテ居リマス、先取特權ノ目的物ガ滅失シタル場合ニハ先取特權ハ當然消滅スベキ道理デアリマスガ一旦或債權者ヲ保護スル必要アルニ因テ此權利ヲ認メタ以上ハ單ニ目的物ガ滅失シタル場合ニハ如何トモ方法ハナイガ若シ其目的物ガ金錢又ハ之ヲ目的トスル債權ニ變ジタル場合ニハ便宜上先取特權ヲ消滅セシメズシテ其對價ノ上ニ存在スルモノト定メラレマシタ、即チ民法ハ先取特權ノ目的ノ範圍ヲ擴ムル規定ヲ設ケタ(第三〇四條)例ヘハ先取特權ノ目的物ヲ毀損シタ者ガ債務

者ニ拂フベキ損害賠償金ノ上ニ存在スルコト爲リマス、第三百四條ノ規定ハ種メテ汎博デアル故ニ先取特權ノ目的物ガ火災保險ニ附シテアツテ焼失シタ場合ニハ保險金ノ上ニ行ハルルコトト爲リマス、此點ニ付イテハ舊民法及ビ佛民法等ニ規定ガ缺ケテ居マス

### 第二節 先取特權ノ種類

先取特權ニ關シテハ研究スベキ重要ナルコトガ二ツアリマス、第一ハ如何ナル種類ノ債權ガ先取特權ニ依テ擔保セラルルヤ、即チ先取特權ノ原因如何ト云フ問題デアリマス、第二ハ先取特權ハ債務者ノ如何ナル財産ノ上ニ行ハルルヤ、換言スレバ先取特權ノ目的如何ト云フ問題デアリマス、此兩問題ハ先取特權ニ關スル法理ノ經緯ヲ成スモノデアツテ即チ之ニ基イテ一切ノ事項ヲ研究スベキ譯デアリマス

民法ハ先取特權ノ種別ヲ定ムルニ當テハ其目的ノ方面ヨリ觀察シテ之ヲ一般ノ先取特權ト特別ノ先取特權トニ區別シタ、更ニ特別ノ先取特權ヲバ動産ノ先

一 人違其他ノ事由ニ因リ當事者間ニ婚姻ヲ爲ス意思ナキトキ

二 當事者カ婚姻ノ届出ヲ爲ササルトキ(第七七八條舊民法人事編第五五條)

### 第五九條

法律カ規定セル婚姻ノ無効ハ右二箇ノ場合ニ限レリ其一ハ當事者ニ婚姻ヲ爲ス意思ナキトキ其二ハ婚姻ノ届出ヲ爲ササルトキ是ナリ其第一ハ既ニ説キタルカ如ク普通ノ法律行爲ニ付キ當事者ノ意思ナキトキハ其行爲ハ全ク成立セサルト同シタ婚姻ニ付テモ當事者ノ意思ナキトキ例ヘハ人違心神喪失ニ因リ又ハ強暴ヲ受ケテ意思表示ヲ爲シタルトキハ全ク婚姻ヲ爲スノ意思ナキモトニシテ其婚姻ハ無効ナリ而シテ是レ最初ヨリ成立セサルモノナレハ當事者カ之ヲ追認シタリトモ其追認ハ毫モ效力ヲ生スルモノニ非ス又當事者ノ何人ヨリモ之カ無効ヲ主張スルコトヲ得ルハ論ヲ竣タサルナリ

第二ニ付テモ既ニ説キタルカ如ク婚姻ハ戸籍吏ニ届出テテ始メテ成立スルモノナレハ其届出前ニ至リテ縱令世間ニ行ハルル儀式ヲ舉クルト雖モ是レ法律上未タ婚姻ト看做ササルナリ故ニ事實上夫婦ノ如キ關係ヲ生シ其間ニ子ヲ舉

タルト雖モ其子ハ婚姻中ニ生シタルモノニ非スシテ全ク私生ノ子タルナリ而シテ婚姻ノ届出ニハ第七百七十五條ニ規定スルカ如キ一定ノ方式ヲ要シ若シ此方式ヲ缺キタルモノナルトキハ戸籍吏ハ之ヲ受理スルコトヲ拒ムヲ得ヘシト雖モ若シ誤リテ之ヲ受理シタルトキハ其婚姻ハ完全ナルモノニシテ之カ爲メニ毫モ瑕疵ヲ生スルコト非サルナリ

婚姻ノ無効ナルコトハ右二箇ノ場合ニ限リテ其他ニ於テハ如何ナル場合ト雖モ之ヲ主張スルコトヲ得ス故ニ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為カ無効ナル旨ヲ規定シタル民法第九十條ハ婚姻ニハ適用セラレサルナリ却テ此婚姻ノ章ニ於テハ婚姻年齡ニ達セサル者ノ婚姻第七百五條)重婚第七百六條)相姦者間ノ婚姻第七百六條)近親間ノ婚姻第七百九條乃至第七百一一條)等ノ如ク公ノ秩序ヲ亂シ善良ノ風俗ニ反スルモノナリト雖モ當然之ヲ無効ナリトセス唯之ヲ取消スコトヲ得ルモノ！爲シタルニ止マレハ若シ其婚姻ニシテ取消サレサルトキハ有效タルモノニシテ法律ハ婚姻中ニハ此ノ如キモノモアルヘキコトヲ認メ居ルナリ

婚姻ノ取消 婚姻ノ取消ハ人ノ社會上ノ地位ニ重大ナル影響ヲ生スルモノナレハ他ノ法律行為ノ如ク容易ニ之ヲ取消スヘキモノニ非ス又一般ノ廢罷訴權ノ原則ヲ之ニ適用セサルモノニシテ法律ハ特ニ婚姻ヲ取消スコトヲ得ヘキ場合其取消權ヲ有スル者及ヒ取消權行使ノ期間ヲ限定シタリ(第七百九條)舊民法人事編第五百五條)第二項)第五百六條)第五百九條)第六百〇條)第六百三條)

婚姻ヲ取消スコトヲ得ヘキ場合 曩ニ説キタル婚姻ヲ爲スニ付キ要スル第二乃至第七要件ヲ具備セザルトキ即チ婚姻適齡ニ達セスシテ婚姻シタルトキ(第七百五條)第二要件)配偶者アル者重テテ婚姻ヲ爲シタルトキ(第七百六條)第三要件)女カ前婚ノ解消又ハ取消ノ日ヨリ六箇月ヲ經過セスシテ再婚シタルトキ(第七百七條)第四要件)姦通ニ因リテ離婚又ハ刑ノ宣告ヲ受ケタル者カ相姦者ト婚姻ヲ爲シタルトキ(第七百八條)第五要件)近親間ニ於テ婚姻ヲ爲シタルトキ(第七百九條)以下)第六要件)婚姻ヲ爲スニ付キ或者ノ同意ヲ得ヘキ規定アル場合ニ於テ其同意ヲ得スシテ婚姻シタルトキ(第七百七二條)第七百七三條)第七要件)詐欺又ハ強迫ニ因リテ婚姻ヲ爲シタルトキ(第七百八五條)及ヒ培養子縁組ノ場合ニ於テ其

縁組ノ無効又ハ取消ヲ理由トスルトキ(第七八六條)ニ非サレハ婚姻ノ取消ヲ請求スルコトヲ得(第七八〇條)舊民法人事編第五六條第五八條(舊民法)ハ婚姻ノ取消ノ場合ハ之ヲ公益保護ノ爲メニ設ケタルモノト私益保護ノ爲メニ設ケタルモノトノ二種ニ區別スルコトヲ得ヘシ即チ右第二要件タル不適齡者ノ婚姻第三要件ノ重婚者ノ婚姻第四要件ノ前婚ノ解消又ハ取消後六箇月ヲ經過セシテ爲シタル婚姻第五要件ノ相姦者ノ婚姻第六要件ノ近親間ノ婚姻ハ其第一種ニ屬シ第七要件ノ婚姻ヲ爲スニ付キ或者ノ同意ヲ得ヘキ場合ニ其同意ヲ得スシテ爲シタル婚姻詐欺又ハ強迫ニ因リテ爲シタル婚姻及ヒ婿養子縁組ノ場合ニ於テ其縁組カ無効又ハ取消ト爲リタルトキ之ヲ理由トシテ取消サントスル婚姻ハ其第二種ニ屬ス而シテ此等兩者ノ間ニハ二箇ノ差異アリ公益上ノ取消原因ニ付テハ國家自身モ干渉シテ檢事ニ於テ其取消權ヲ有スレトモ私益上ノ取消原因ニ付テハ然ラサルナリ又私益上ノ取消原因ハ時間ノ經過又ハ追認ニ因リテ其效力ヲ全ウスルコトヲ得ヘシト雖モ公益上ノ取消原因ハ然ラサルナリ

公益上ノ取消原因アルモノハ各當事者其戸主親族又ハ檢事ハ婚姻ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得此場合ハ社會ノ公益ニ關スルモノナルヲ以テ自ラ法律ノ規定ニ違反シタル者ニモ婚姻取消ノ請求ヲ許シタリ戸主ハ舊民法人事編ニ於テハ婚姻ノ取消ヲ請求スルコトヲ得サリシモ戸主ハ我家族制度ノ下ニ在リテハ家族ヲ扶養スルノ義務アリ又之ヲ監督スルノ權利アリテ家族上財産上諸般ノ關係ヲ有スルコト頗ル大ナルヲ以テ之ヲ度外ニ措クヘキモノニ非ス故ニ戸主ニモ違法ナル婚姻ノ取消ヲ得セシムルモノト爲シタリ親族ハ廣義ニシテ其血族ナルト姻族ナルト又其家ニ在ルト否トヲ問ハサルナリ檢事ニ婚姻ノ取消權ヲ與ヘタルハ隱居ノ取消ヲ請求スルコトヲ得ル場合ト同シク公益ノ代表者タルヲ以テナリ

此取消ハ社會ノ公益ニ關スルヲ以テ今茲ニ説キタルカ如ク時間ノ經過又ハ追認ニ因リテ其效力ヲ全ウスルモノニ非スシテ其取消原因ハ長ク消滅スルコトナキヲ以テ原則ト爲スカ故ニ之カ取消ヲ請求スルコトヲ得ヘキ期間モ亦概シテ無限ナルヲ原則トシ其婚姻ハ當事者ノ一方又ハ雙方ノ死亡シタル後ト雖モ

仍ホ之カ取消ヲ請求スルコトヲ得セシム然レトモ檢事カ取消權ヲ有スルハ公益維持ニ外ナラサルモノニシテ違法婚姻ニ依リテ國ノ公益ヲ害セラルルハ其婚姻關係ノ存續スルニ因ルモノナレハ夫婦ノ一方ニシテ死亡シタルニ因リ婚姻ノ既ニ解消セラレタル上ハ國カ之ヲ取消スヘキ必要アラサルナリ故ニ檢事カ取消權ヲ行フ場合ハ其期間ニ付キ制限ヲ設ケタリ

舊民法人事編ハ取消權ヲ有スル者ヲ廣ク規定シ婚姻當事者尊屬親又ハ現實ノ利益ヲ有スル者ト爲シタルハ其現實ノ利益ヲ有スル者ハ親族タルト否トヲ問ハス此中ニ包含シ又財産上ノ利害關係ヲ有スル者モ其取消權ヲ有スルニ至レリ然レトモ既ニ隱居ノ取消ニ付キタルカ如ク財産上ノ利害關係ヲ有スル者ニ親族上ノ關係ニ容疎セシムルハ不可ナルヲ以テ新法ハ之ヲ削除シタリ

重婚、再婚、相姦者間ノ婚姻ノ場合ニ於テハ右ノ者ノ外尙ホ當事者ノ配偶者ニモ婚姻ノ取消權ヲ與ヘタリ

配偶者ノ一方カ婚姻關係ノ繫屬中ナルニ拘ハラス他ノ者ト重テテ婚姻シタルトキハ他ノ一方ハ之カ爲メニ直接ノ利害關係ヲ有スルヲ以テ之ニ取消權ヲ與

フルハ當然ナリ

婚姻カ解除セラレ又ハ取消サレタリトモ其解消又ハ取消後或期間内ニ分娩シタルトキハ其子ハ前夫ノ子ト看做サルモノナルコトハ屢ニ叙述シタルカ如ク前婚ノ解消又ハ取消後法定ノ期間ノ經過セザル前ニ他ニ再婚シタル場合ニ於テ分娩スルトキハ血統ヲ亂ルノ恐アリテ之カ爲メニ前夫ハ利害關係ヲ有スルヲ以テ之ニ其取消權ヲ與フルハ當然ナリ

姦通ニ因リテ利ニ處セラレ又ハ離婚ノ宣告ヲ受ケタル者カ其相姦者ト婚姻ヲ爲シタル場合ニ於テ前夫モ亦利害關係人ナルヲ以テ法律ハ之ニ取消權ヲ與ヘ

タリ

不適齡者ノ婚姻ノ取消期間 屢ニ説キタルカ如ク公益上ノ取消原因ハ時ノ經過又ハ追認ノ爲メニ消滅スヘキモノニ非サルコトヲ原則ト爲セトモ此原則ニハ二箇ノ例外アリ即チ其第一ハ婚姻適齡ニ達セシテ婚姻シタル場合ナリ人事編ハ此點ニ付キ不適齡者ヨリ婚姻ノ取消ヲ請求スル場合ト不適齡者以外ノ者ヨリ之カ請求ヲ爲ス場合トヲ區別セザレトモ新法ハ之ヲ區別シ不適齡者以

外ノ者ハ不適齡者カ適齡ニ達シタルトキハ其取消ヲ請求スルコトヲ得ス然レトモ不適齡者ハ適齡ニ達シタル後尙ホ三箇月間其婚姻ノ取消ヲ請求スルコトヲ得(第七八一條舊民法人事編第五七條)

此場合ノ婚姻ハ重婚相姦者間ノ婚姻ト異ナリテ其性質上許スヘカラサルモノニ非ス婚姻其モノハ許スヘキモノナルモ唯當事者ノ年齢カ婚姻適齡ニ達セザルニ由ルモノニシテ其瑕疵ハ事實上存セサルコトアルノミナラス時ノ經過ニ依リ必ス他日止息スルニ至ルヘキカ故ニ不適齡者カ適齡ニ達シタル上ハ其婚姻ヲ取消サシムル原因存セザルナリ是ヲ以テ此例外ヲ設ケタルナリ

不適齡者カ婚姻中適齡ニ達シタルトキハ最早其婚姻ニ瑕疵ナキモノト認ムル以上ハ此場合ニ不適齡者ヨリ其取消ヲ請求スル場合ト其以外ノ者ヨリ之ヲ爲ス場合トヲ區別スルノ必要ナキモノノ如シト雖モ蓋シ不適齡者以外ノ者即チ父母戸主等ハ其意思完全ニシテ不適齡者カ適齡ニ達セザル前ニ之カ取消ヲ請求スルコトヲ得ヘキモ不適齡者ハ適齡ニ達スルマテハ意思能力不十分ニシテ自ラ之カ取消ヲ請求スルヲ得サルコト多キヲ以テ法律ハ此場合ニ於テ適齡ニ

達シタル後三箇月ノ猶豫ヲ與ヘタルナリ 舊民法ハ當事者ノ一方又ハ雙方カ不適齡ニシテ婚姻シタリト雖モ婦カ其婚姻ニ因リテ懐胎シタルトキハ最早其婚姻ハ之ヲ取消スコトヲ得スト爲シタルトモ新法ハ此ノ如キ區別ヲ採用セシテ蓋シ婚姻中懐胎シタル子ノ利益ノ爲メニ非スシテ單ニ婚姻シタル者ノ保護ニ出ラタルナリ

不適齡者カ適齡ニ達シタル後其婚姻ヲ追認シタルトキハ適齡後未ダ三箇月ヲ經過セザル間ト雖モ其取消權ハ消滅ス是レ適齡ニ達シタル以後ノ取消權ハ専ラ不適齡者ノ私益保護ノ目的ニ出ツルモノナレハ不適齡者自身ニ婚姻ヲ追認シタルトキハ依然之ニ其取消權ヲ認ムヘキ必要アラザルナリ

第二ノ例外ハ女カ法律ノ規定第七六七條ニ違反シテ再婚シタル場合ニ係ル女カ前婚ノ取消又ハ取消ノ日ヨリ六箇月ヲ經過セシテ再婚シタリト雖モ其婚姻ハ前婚ノ取消又ハ取消ノ日ヨリ六箇月ヲ經過シ又ハ再婚後懐胎シタルトキハ其取消ヲ請求スルコトヲ得(第七八二條)

婚姻ノ取消又ハ取消後六箇月ヲ經過スルトキハ其再婚取消ヲ請求ヲ許スヘキ



理由最早存在セタルカ故ニ此取消權請求ノ期間ヲ右ノ如ク制限シタリ又前婚  
 ノ解消又ハ取消後未タ六箇月ヲ經過セシテ再婚シタリト雖モ其再婚後懐胎  
 シタルトキハ右ノ六箇月ヲ經過セタルニ拘ハラズ其取消ヲ請求スルコトヲ得  
 ス女ノ懐胎ニシテ再婚後ニ生シタルコト明確ナルニ於テハ血統ノ混淆ヲ生ス  
 ヘキ處ナキヲ以テ此場合ニ於テハ婚姻ノ取消ヲ許スヘキ理由消滅シタレハ懷  
 胎後ハ六箇月ノ期間内ト雖モ取消ヲ許サザルナリ

以上叙述シタル所ハ公益上ノ取消原因アルモノニ係ル是ヨリ説ク所ハ専ラ私  
 益保護ノ目的ニ出テタル婚姻ノ取消ナリ其場合ハ(一)法律ノ定メタル場合ニ於  
 テ父母後見人及ヒ親族會ノ同意ヲ得ザリシ婚姻第七七二條(二)法律ノ規定ニ因  
 リテ同意ヲ爲ス權利ヲ有スル者ノ同意カ詐欺又ハ強迫ニ因リタル場合(三)當事  
 者ノ一方又ハ雙方ノ意思カ詐欺又ハ強迫ニ因リテ生シタル婚姻(四)培養子縁組  
 ノ場合ニ於テ其縁組カ無効ト爲リ又ハ取消サレタルトキ是ナリ

第一ノ子カ婚姻ヲ爲スニ當リ家ニ在ル父母又ハ後見人及ヒ親族會ノ同意ヲ經  
 ヘキニ(第七七二條)之ヲ經サリシトキハ此等ノ者ハ婚姻ノ取消ヲ裁判所ニ請求

スルコトヲ得第七八三條舊民法人事編第六〇條第六一條) 取消ハ婚姻ノ成立  
 子カ婚姻ヲ爲スニ付テハ家ニ在ル父母又ハ後見人及ヒ親族會ノ同意ヲ要スル  
 ニ子カ其同意ヲ經サルトキハ此等ノ者ハ其權利ヲ毀損セラレタルニ付キ之ニ  
 其婚姻ノ取消權ヲ與フルハ至當ナリ舊民法人事編ハ此場合ニ於テ許諾ヲ受ク  
 ヘキ者ニモ自己ノ爲シタル婚姻ノ取消ヲ請求スルコトヲ許シタリ(舊民法人事  
 編第六〇條)雖モ此場合ハ意思能力ノ不十分ナル婚姻不適齡者カ自ラ爲シタ  
 ル婚姻ヲ取消ス場合ト異ナリテ自ラ父母後見人等ノ同意ヲ經スシテ爲シタル  
 婚姻ヲ取消スコトヲ許スハ婚姻ヲ輕視スルニ至ルノ虞アリテ之ヲ許スヘキ理  
 ナキヲ以テ新法ハ此場合ニ於テ同意ヲ得スシテ婚姻ヲ爲シタル者ニハ其取消  
 ヲ請求スルコトヲ許サザルナリ

第二ノ右ノ場合ニ於テ同意ヲ爲スヘキ者ノ同意カ詐欺又ハ強迫ニ因リタルト  
 キハ 同意ハ後見人等ノ同意ヲ得ルニ依リテ取消スルコトヲ得

此ノ如キ同意ハ真正ノ同意ニ非サルヲ以テ父母後見人及ヒ親族會ニ婚姻ノ取  
 消權ヲ與ヘサルヘカラス

以上二箇ノ場合ハ取消權ハ左ノ場合ニ於テ消滅ス(第七八四條舊民法人事編第六二條)

一 同意ヲ爲ス權利ヲ有セシ者カ婚姻アリタルコトヲ知りタル後又ハ詐欺ニテ發見シ若クハ強迫ヲ免レタル後六箇月ヲ經過シタルトキ

二 同意ヲ爲ス權利ヲ有セシ者カ追認ヲ爲シタルトキ

三 婚姻届出ノ日ヨリ二年ヲ經過シタルトキ

(一) 同意ヲ爲ス權利ヲ有セシ者即チ父母又ハ後見人及ヒ親族會カ自己ノ同意ヲ爲ササル婚姻アリタルコトヲ知りテヨリ六箇月ヲ經過シ又ハ詐欺又ハ強迫ニ因リテ同意ヲ爲シタルモ詐欺ヲ發見シ又ハ強迫ヲ免レテヨリ六箇月ヲ經過スルモ其取消權ヲ行使セザルトキハ之ヲ拋棄シタルモノト爲シ最早其期間後ハ婚姻ノ取消ヲ請求スルコトヲ許サス

(二) 此婚姻ノ取消ハ婚姻ヲ爲スニ付キ要スル同意ナキニ原因スルモノナレハ同意ヲ爲スヘキ者後ニ至リ其婚姻ヲ追認スルトキハ是レ同意ヲ爲シタルニ等シキヲ以テ此場合ニ於テ同意ヲ爲ス權利ヲ有セシ者ニ婚姻ノ取消ヲ許ス

ヘキ理アラサルナリ

(三) 婚姻届出ノ日ヨリ二年ヲ經過スルトキハ縱令其間ニ在リテ詐欺ヲ發見セス又ハ強迫ヲ免レスト雖モ婚姻ノ取消權消滅スルモノト爲シタルハ婚姻ハ人事其他種種ノ關係ヲ有スルヲ以テ婚姻シタル者ヲシテ長ク曖昧不定ノ地位ニ置クヘカラサレハ此場合ニハ二年ヲ經過シタルトキハ婚姻ノ取消ヲ許ササルコトト爲シタリ

以上舉ケタル(一)ノ場合(二)ノ場合(三)ノ場合ノ二年ハ孰レモ取消權行使ニ付キ法律ノ設ケタル豫定期間ニシテ時効ニ非サルナリ故ニ以上ノ期間ハ如何ナル事由アリトモ之ヨリ延長スルコトアラサルナリ例ヘハ時効停止又ハ中断ノ如キ事由アリトモ之ニ關セス右ノ期間ニテ消滅スルモノトス

第三 詐欺又ハ強迫ニ因リテ婚姻ヲ爲シタル者ハ其婚姻ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得第七八五條舊民法人事編第六三條第六四條  
一般ノ法律行為ヲ爲スニ付キ其意思表示カ詐欺又ハ強迫ニ因ルトキハ之ヲ取消スコトヲ得ルト同シク婚姻ニ付テモ其意思表示カ詐欺又ハ強迫ニ因ルトキ

ハ之カ取消ノ請求ヲ爲スコトヲ許ササルヘカラス而シテ此場合ハ普通ノ場合ト同シク詐欺又ハ強迫ヲ受ケタル者ノミカ此取消權ヲ有スルニ止マリテ其相手方ハ然ラサルナリ

此取消權ハ當事者カ詐欺ヲ發見シ若クハ強迫ヲ免レタル後三箇月ヲ經過シ又ハ追認ヲ爲シタルトキハ消滅スルモノトス而シテ是レ曩ニ説キタル同意ヲ爲ス權利ヲ有セシ者ニ關スル規定ト其理由異ナルコトナシ

第四 養子縁組ノ場合ニ於テハ各當事者ハ縁組ノ無効又ハ取消ノ理由トシテ婚姻ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但縁組ノ無効又ハ取消ノ請求ニ附帶シテ婚姻ノ取消ヲ請求スルコトヲ妨ケス(第七八六條舊民法八事編第一三三條)

養子縁組ナルモノハ一方ニ於テハ養子縁組ノ性質ヲ有シ他ノ一方ニ於テハ婚姻ノ性質ヲ有シ而シテ其結果ハ養家ニ於テ父母トノ間ニ親子ノ關係ヲ生スルト同時ニ家女トノ間ニ夫婦ノ關係ヲ生スルモノニシテ縁組ノ無効又ハ取消ト婚姻ノ無効又ハ取消トハ互ニ相密著シタル關係ヲ有ス故ニ養子縁組カ無効

ヲ爲リ又ハ取消サレタル場合ニ於テ婚姻ノ繼續シ又ハ婚姻ノ無効ト爲リ又ハ取消サレタル場合ニ於テ養子縁組ヲ繼續スルコトト爲スハ當事者ノ意思ニ反シ相互ニ厭忌スルヲ通例トスルヲ以テ各當事者ハ培養子縁組ノ無効ト爲リ又ハ取消サレタルトキハ之ヲ理由トシテ婚姻ノ取消ヲ請求スルコトヲ得ルモノト爲シ又婚姻ノ無効ト爲リ又ハ取消サレタルトキハ之ヲ理由トシテ養子縁組ノ取消ヲ請求スルコトヲ得ルモノト爲セリ(第五八八條然レトモ是レ唯一方ノ無効又ハ取消ノ原因トシテ他ノ一方ノ取消ヲ請求スルコトヲ得ト云フニ止マリ之ヲ請求スルト否トハ固ヨリ當事者ノ任意ナレハ婚姻ノ無効ト爲リ又ハ取消サレタルニ拘ハラヌ養子縁組ハ依然繼續スルコトヲ得ヘク又養子縁組ノ無効ト爲リ又ハ取消サレタル場合ニ婚姻ハ之ヲ繼續スルコトヲ得ヘキナリ

以上ノ場合ニ於ケル婚姻ノ取消ノ訴訟ハ獨立ノ本訴トシテ之ヲ提起セスシテ縁組ノ無効又ハ取消ノ請求ニ附帶シテ提起スルコトヲ得ヘキモノトス民事訴訟法ノ規定ニ從フトキハ同一ノ被告ニ對スル原告ノ請求數箇アル場合ニ於テ其各請求ニ付キ受訴裁判所カ管轄權ヲ有シ且法律ニ於テ同一種類ノ訴訟手續

ヲ許ストキハ原告ハ其請求ヲ一箇ノ訴ニ併合スルコトヲ得(民事訴訟法第一九一條)ルヲ以テ例ヘハ婚姻無効ノ訴ト禁治産ニ關スル訴ト其訴訟手續同一種類ナルヲ以テ其管轄同一ナルトキ(同一ナラサルコトアリ)此二者ヲ併合シテ提起スルコトハ許ササルヘキモノナレトモ人事訴訟手續法(明治三十一年六月法律第十三號)ニ於テ婚姻ノ無効又ハ取消ノ訴ハ法律カ例外ヲ設ケタル場合ノ外ハ之ヲ他ノ訴ト併合シテ提起スルコトヲ許サレサルヲ以テ右兩訴ノ如キハ之ヲ併合シテ提起スルコトヲ得サルナリ然レトモ婚姻ノ無効又ハ取消ノ訴及ヒ養子縁組ノ無効又ハ取消ノ訴ハ之ヲ併合シ若クハ互ニ反訴トシテ提起スルコトヲ得ルナリ(人事訴訟手續法第七條)

茲ニ説キタル取消權ハ際限ナク長ク存セシムヘキモノニ非ス當事者カ縁組ノ無効ナルコト又ハ其取消アリタルコトヲ知リタル後三箇月ヲ經過シ又ハ其取消權ヲ拋棄シタルトキハ消滅スヘシ面シテ時ノ經過ハ雖ニ説キタルカ如ク取消權ノ暗黙ノ拋棄ト看ルコトヲ得ヘキナリ

婚姻ノ取消ノ效力ハ隱居ハ雖ニ説キタルカ如ク之ヲ取消シタルトキハ總則ノ

規定第一二一條ニ從ヒ最初ヨリ隱居セサルモノノ如ク無効ト爲ルハ婚姻ハ之ヲ取消ストモ其效力ハ將來ニノミ存シ既往ニハ遡及セサルナリ(第七八七條)舊民法人事編第六六條今之ヲ詳言スレハ婚姻ハ取消サレタルトモ其以前ノ關係ハ依然有效タルモノニシテ夫婦ハ則チ夫婦タリシナリ其間ニ生レタル子ハ嫡出子ニシテ婚姻ノ取消サレタルカ爲メニ毫モ變更スルコトナシ若シ此場合ニ於テ普通ノ法律行爲ノ如ク最初ヨリ無効ナルモノト爲ストキハ其婚姻ニ因リテ生レタル子ノ如キハ最初嫡出子ナリシ者モ私生子ト爲ルモノニシテ之カ爲メニ其享受スヘキ利益ヲ失ヒ其不幸言フヘカラサルナリ

以上ハ婚姻ノ取消カ身分關係ニ及ホス效力ナレトモ婚姻ノ取消ノ效力ニシテ財產上ニ及フモノアリ其財產ニ關スル取消ノ效力モ亦既往ニ遡及セサルヲ以テ原則ト爲ス若シ婚姻取消ノ效力ヲ既往ニ遡及スルモノト爲ストキハ當事者ノ各自ヨリ婚姻中ニ得タル物ヲ悉ク返還シ其他總テ舊狀ニ復セサルヲ得サルモノニシテ頗ル混雜ヲ生スルヲ以テ本法ハ財產ニ關シテモ婚姻取消ノ效力ハ將來ニノミ生スルコトト爲セリ故ニ例ヘハ夫カ將來其配偶者ノ財產ヨリ得タル

乘實第七七九條ハ之ヲ返還スルコトヲ要セス又妻ハ夫ノ負擔シタル婚姻中ノ費用第七九八條ヲ賠償スルコトヲ要セサルヲ原則トシ唯婚姻取消ノ當時ニ有セル當事者各自ノ特有財産第八〇七條ヲ分離スルニ止マル然レトモ之カ爲メ當事者ノ一方カ不當ノ利得ヲ爲スコトハ許スヘカラサルカ故ニ善意ナル當事者即チ婚姻ノ當時其取消原因ノ存スルコトヲ知ラザリシ當事者カ婚姻ニ因リテ財産ヲ得タルトキハ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テ之カ返還ヲ爲スヘキコトト爲シタリ

惡意ノ當事者即チ婚姻ノ當時其取消原因ノ存スルコトヲ知リタル當事者ハ善意ノ當事者ト異ナリテ婚姻ニ因リテ得タル利益ノ全部ヲ返還シ尙ホ其相手方カ善意ナリシトキハ其損害賠償ノ責ニ任ス蓋シ取消ノ原因アルコトヲ知リテ婚姻シタル者ハ惡意ノ受益者ナレハ之ヲ善意ノ當事者ノ如ク保護スルノ必要ナク毫モ之ニ取消ノ爲メ利益ヲ受ケシムヘキ理由存セサルナリ是ヲ以テ此場合ニ於テハ婚姻ニ因リテ得タル一切ノ利益例ヘハ其財産ニ因リテ自己ノ債務ヲ辨濟シタルトキハ其債務額及ヒ其法定ノ利息婚姻中ノ費用ヲ相手方カ負擔

シタルトキハ其費用ノ自己ノ部分ニ屬スルモノ及ヒ其法定ノ利息等ヲ返還スルコトヲ要ス

## 第二節 婚姻ノ效力

本節ニ規定スル所ハ妻カ夫ノ家ニ入ルコト夫婦ノ權利義務及ヒ夫婦ノ契約ニ關スル原則ニ過キス而シテ法律カ夫婦ノ權利義務ニ付キ規定シタル所ハ最も必要ニシテ且強行シ得ヘキ性質ノモノノミヲ掲ケルニ過キスシテ其道徳上ノ範圍ニ屬スルモノノ如キハ全ク之ヲ規定セス而シテ婚姻ノ效力ノ發生時期及ヒ妻ノ能力ニ關シテモ本節ニ於テ規定スヘキモノナリト雖モ既ニ婚姻ノ成立ト題スル節中ニ婚姻ノ效力ヲ生スル時期ヲ規定シ又妻ノ能力ニ關スルコトハ民法ノ總則編ニ規定シタルヲ以テ茲ニ之ヲ規定セサル所以ナリ又婚姻ニ因リテ親族關係ヲ生スレトモ是レ本編總則ノ規定スル所ナレハ復タ茲ニ説カサルナリ

夫婦家ヲ同シハスル義務 婚姻ヲ爲シタルトキハ妻カ夫ノ家ニ入ルコトアリ

又夫カ妻ノ家ニ入ルコトアリ普通ノ場合ニ於テハ妻ハ婚姻ニ因リテ夫ノ家ニ入ル然レトモ入夫及ヒ婿養子ハ妻ノ家ニ入ル第七八八條舊民法人事編第二四三條

夫婦ハ共同生活ヲ爲スヘキモノナレハ事實上生活ノ場所ヲ同シタスルト共ニ亦法律上ノ家ヲ同シクセサルヘカラス是ヲ以テ孰レカ一方ノ家ニ入ラサルヘカラサルヤ論ヲ埃タサルナリ而シテ家族制度ヲ維持スル爲メニハ普通ノ場合ニ於テハ妻ハ夫ノ家ニ入ル然レトモ家ノ血統ニ屬スル男子ナキトキハ其血統ヲ有スル女子ニ於テ之ヲ承繼スルコトアリ是レ婿養子又ハ入夫ノ必要アル場合ニシテ此場合ニ於テ夫カ妻ノ家ニ入ルハ家族制度ニ關スル自然ノ結果ナリ夫婦中ノ孰レカ其一方ノ家ニ入リタルトキハ其入りタル家ノ氏ヲ稱シ其家ニ屬スル身分待遇等ヲ受クルモノトス例ヘハ妻平民ナルモ其入りタル夫ノ家ニシテ華族ナルトキハ華族ノ待遇ヲ受クヘシ

夫婦ノ同居ニ關スル權利義務 妻ハ夫ト同居スル義務ヲ負フ又夫ハ妻ヲシテ同居ヲ爲サシムル義務アリ(第七八九條舊民法人事編第六五條第八四條第八五

條

夫婦ノ同居ヲ爲スコトハ其相互ノ權利タリ義務タリ妻ハ夫ニ隨從スヘキモノナレハ夫カ選定シタル居所ニ從フヘキモノニシテ縱令其居所カ外國ナリトモ之ニ隨從スルコトヲ拒ムコトヲ得サルナリ又夫ハ妻ヲ引取ルノ義務ヲ負フカ故ニ其選定シタル居所ニ妻カ隨從セントスル場合ニ之ヲ拒ムコトヲ得ス換言スレハ妻ノ意ニ反シテ之ト別居ヲ爲スコトヲ得サルナリ

夫婦カ右ノ義務ニ背戾シタルトキ換言スレハ妻カ夫ト同居スルコトヲ背セサルトキ又ハ夫カ妻ヲシテ同居ヲ爲サシメサルトキハ如何ナル制裁アリヤ妻カ夫ト同居ヲ爲スコトヲ背セサルトキハ夫ハ妻ニ對シ扶養ノ義務ヲ負ハサルコトハ疑ヲ容レヌ何トナレハ第九百六十一條ノ規定ニ從ヘハ扶養義務者ハ扶養權利者ヲ引取リテ之ヲ養ヒ又ハ之ヲ引取ラヌシテ生活ノ資料ヲ給付スヘキ選擇權ヲ有スルニ其權利者カ扶養義務者ノ意ニ反シテ其家ニ引取ラレタルヲ以テ此場合ニ於テ扶養權利者ハ自ラ扶養ノ權利ヲ主張スルコトヲ得サルハ言フヲ埃タサルナリ又夫カ妻ヲシテ同居ヲ爲サシメサル場合カ若シ第八百十三條

第六號ノ場合即チ配偶者ヨリ惡意ヲ以テ遺棄セラレタルモノナルトキハ妻ハ之ヲ理由トシテ離婚ヲ請求スルヲ得ヘキコトモ亦論ヲ俟タサルナリ然レトモ此等二箇ノ制裁ハ前ニ舉ケタル義務ノ違背者ニ加フル直接ノ制裁トシテハ未タ以テ足レリトセサルナリ換言スレハ此制裁ハ義務ノ直接履行ヲ求メントスル配偶者ノ爲メニハ毫モ效力ヲ有セサルナリ若シ妻カ夫ト同居スルコトヲ頑然拒ミタルトキハ強力ヲ用ヒテ強制スルコトヲ得ヘキヤ此問題ハ佛國民法ニ於テモ存スル所ニシテ積極論カ一般ニ認容セラレル所ナリ凡ソ義務ニシテ法律ニ規定セラレタル以上ハ有效ナル制裁ナカルヘカラサルモノニシテ若シ其制裁ナシトスルトキハ其義務ハ有名無實ナリ是ニ於テカ若シ妻カ夫ト同居ヲ爲スコトノ義務ニ背キタル場合ニハ妻ヲ強制シテ夫ト同居セシムルノ一方法アルノミ而シテ其方法ハ公力ヲ假ルヨリ外アラサルナリ是レ同居ノ義務ノ違背ニ對スル最モ有力ノ制裁タルナリ普通法ニ從フトキハ或事ヲ爲スヘキ義務ヲ負フ者カ其義務ヲ履行セサル場合ニ於テハ公力ヲ假リ之ヲ強制シテ其履行ヲ爲サシムルコトヲ得サルハ勿論ナリト雖モ然レトモ此原則ハ財產權

ニ關スル義務ニ違背シタル場合ニ非サレハ適用スルコトヲ得サルナリ然ルニ今茲ニ論スル問題ハ財產權ニ關セサル義務違背ナリ而シテ債務者カ債權者ニ對シテ負ヒタル財產權上ノ義務ニ違背シタル場合ニ於テ債務者ノ自由及ヒ身體ヲ拘束スヘカラサルコトハ論ヲ俟タサレトモ此ノ如キ場合ニ於テハ其義務ノ違背ニ對シテハ他ノ對價ヲ以テ償フコトヲ得ヘシ換言スレハ之カ爲メニ生シタル損害ハ金錢ヲ以テ賠償スルコトヲ得ヘシト雖モ妻カ同居ノ義務ニ違背シタルトキハ其權利者ノ爲メニハ如何ナル對價アルカ金錢ヲ以テ損害賠償ヲ爲スヘキヤ此場合ニ於テハ夫ノ受ケタル害ハ金錢ヲ以テ賠償スルコト能ハス他ノ適當ナル方法ヲ以テセサルヘカラサルモノニシテ其方法ハ公力ヲ措キテ他ニ適當ナルモノアラサルナリ然レトモ此說ニハ反對說ナキニ非サルナリ扶養ノ義務ハ夫婦ハ互ニ扶養ヲ爲スノ義務ヲ負フ第七九〇條舊民法人事編第八四條夫婦ハ苦樂ヲ共ニスヘキモノナレハ一方ハ賣力ヲ有シ裕ニ生活ヲ爲スコトヲ得ルニ他ノ一方カ貧困ニ迫ルヲ顧ミサルヘキモノニ非ス是ヲ以テ夫婦ハ相互

ニ扶養ノ義務ヲ負フニトシテ爲シタリ而シテ扶養ノ義務ニ關スルコトハ本編第八章トシテ別ニ詳細ナル規定ヲ設アルヲ以テ今茲ニ細説セザルナリ  
妻ノ後見人ノ職務ヲ行フ義務 妻カ未成年者ナルトキハ成年ノ夫ハ其後見人ノ職務ヲ行フ(第七九一條)

未成年者ニ對シテ親權ヲ行フ者ナキトキ又ハ親權ヲ行フ者カ管理權ヲ有セザルトキ(第九〇〇條)ハ未成年者ハ後見ニ服スルコトヲ要スルモノニシテ其後見人ハ第九百一條ノ規定ニ從ヒ親權ヲ行フ者遺言ヲ以テ之ヲ指定シ第九百三條ノ規定ニ從ヒ戸主其後見人ト爲リ又ハ第九百四條ノ規定ニ從ヒ親族會ニ於テ後見人ヲ選任スルヲ例トスルヲ以テ若シ妻ニシテ未成年者ナルトキハ普通ノ規定ニ從ヘハ夫以外ノ者ニ於テ右ニ掲クルカ如ク親權ヲ行ヒ又ハ後見人ノ職務ヲ行フヲ得ヘケレトモ妻ノ爲メニハ夫カ最モ能ク其利益ヲ保護スヘキ者ナレハ此場合ニ於テ他ノ者ヲ擱キ夫ヲシテ妻ノ後見人ノ職務ヲ行ハシムルヲ可トシ此規定ヲ諱ケタリ然レトモ夫自身カ未成年ナルカ若クハ禁治產者ナルトキハ妻ノ爲メニ後見人ノ職務ヲ行フコト能ハサルヲ以テ此場合ニ於テハ他ニ

トヲ得ス此點ニ於テ新民法カ佛法ニ倣ハス又舊民法ヲ採ラス尖權ノ場合ハ總テ死亡ノ場合ト同一ニ取扱ヒタルハ相當ノ規定ト謂ハサルヘカラス  
四 家督相續人タルヘキ者ノ直系卑屬ハ自ラ家督相續人ト爲ルコトヲ得ル資格ヲ有スルコトヲ要ス家督相續人ナル資格ハ相對的ノモノナルカ故ニ家督相續人タルヘキ者ノ直系卑屬カ其者ノ順位ニ於テ家督相續人ト爲ルニハ其相續ニ付テ相續人ト爲ル資格ナカラサルヘカラス故ニ其家督相續開始ノ時ニ存在セサルヘカラス即テ少クトモ懐胎セラレ居ラサルヘカラサルハ勿論法律上ノ缺格裁判上ノ失權ナキコトヲ要ス然レトモ尙モ其家督相續ニ付テ相續人タル資格ヲ有スル以上ハ家督相續人タルヘキ者ニ對シ其遺產ヲ相續スル資格ナキコトハ決シテ其者ノ順位ニ於テ家督相續ヲ爲スコトヲ妨ケス是レ其直系卑屬ハ家督相續人タルヘキ者ノ相續人トシテ家督相續ヲ爲スニ非スシテ法律ノ規定ニ依リテ直接ニ家督相續ヲ爲スモノナルカ故ニ家督相續人タルヘキ者ノ遺產ニ對シテ相續權ノ有無ハ家督相續ヲ爲スニ付テ何等ノ關係ナキヲ以テナリ

(二) 指定家督相續人



子孫ヲシテ其後ヲ繼カシムルハ相續上自然ノ順序ニシテ而モ又被相續人ノ意ニ適スルモノト謂フコトヲ得ヘシト雖モ若シ自然ノ定メタル相續人タル子孫ナキトキハ被相續人カ其意思ヲ表示シテ明カニ相續人ト指定シタル者ヲシテ其家督ヲ繼カシムヘキコト近世立法例ノ傾向タル相續ノ順位ハ可成的被相續人ノ意ニ從フノ主義ト一致スルモノト謂ハサルヘカラス是レ第九百七十九條カ家督相續人タルヘキ直系卑屬ナキトキハ被相續人ハ家督相續人ヲ指定スルコトヲ得ト規定シタル所以ナリ

家督相續人ノ指定ニ付テハ指定ヲ爲シ得ル場合指定ノ效力指定又ハ其取消ノ手續ノ三段ニ分チテ説明セサルヘカラス

甲 家督相續人ヲ指定シ得ル場合

(イ) 家督相續人ヲ指定スルハ法定ノ推定家督相續人ナキ場合タルコトヲ要ス、家督相續人ハ一人ノ外二人アルヘカラサルモノナルカ故ニ既ニ法定ノ家督相續人アルトキハ他ニ家督相續人ヲ指定スル必要ナキナリ故ニ家督相續人ヲ指定シ得ル場合ヘ常ニ法定ノ推定家督相續人ノナキ場合ナラサルヘカラス

家督相續人ヲ指定スルニハ法定ノ推定家督相續人ノ存セサルコトヲ要セルハ前述ノ如シ而シテ其時期ニ關シテハ其指定カ效力ヲ有スヘキ時ニ於テ法定ノ推定家督相續人ノ存セサルコトヲ要スルハ明文上疑ノ存セサル所ナリ何トナレハ第九百七十九條ハ被相續人カ家督相續人ヲ指定スルヲ得ルコトヲ規定スルト同時ニ其指定ハ法定ノ推定家督相續人アルニ至レハ效力ヲ失フヘキコトヲ定メタルカ故ニ同條ハ推定家督相續人アルニ至ル以前ニ於テ既ニ指定カ有效ナルコトヲ想像スルモノナリ而シテ指定カ有效ト爲ルニハ法定ノ推定家督相續人ノ存セサルコトヲ要件ト爲スモノトセハ指定ヲ爲ス時ニ之ナキコトヲ要スルノ意ナルコト明カナルヲ以テナリ故ニ若シ生前行為ヲ以テ指定ヲ爲ス場合ニ於テハ其指定當時ニ於テ法定ノ推定家督相續人ノ存セサルコトヲ要シ遺言ヲ以テ家督相續人ヲ指定スル場合ニ於テハ遺言カ效力ヲ生スルトキ即チ被相續人カ死亡シタル時ニ法定ノ推定家督相續人ノ存セサルコトヲ要ス

(ロ) 家督相續人ヲ指定スルハ死亡又ハ隱居ニ因ル家督相續ノ場合ナルコトヲ要ス、死亡又ハ隱居以外ノ相續開始ノ原因ニ在リテハ女戸主ノ入夫婚姻ノ場合ヲ

除シノ外ハ家督相續ヲ開始スルコトハ被相續人カ歎ヒテ迎フル如キ事實ニ因リ發生スルモノニ非ス故ニ被相續人ハ多クハ其家ノ利益ト共同ノ關係ヲ有スルモノニ非ス此ノ如キ者ヲシテ其家督相續人ヲ指定セシムルニ於テハ一家ノ利益ハ爲メニ犠牲ニ供セラルルカ如キコトナキヲ保セス故ニ法律ハ此等ノ原因ニ由ル家督相續ノ場合ニ於テハ相續人ノ指定ヲ許サス又女戸主カ入夫婚姻ヲ爲シタルトキハ其入夫ヲ戸主トスル爲メニ家督相續カ開始スルモノナレハ此場合ニ家督相續人ノ指定ノアルヘキ道理ナシ故ニ家督相續人ノ指定ハ死亡又ハ隱居ノ如キ自然ノ力又ハ被相續人ノ任意ニ因リテ發生スル事實ニ因ル相續開始ノ場合ニ在リテ一家ノ存立ノ爲メニ家督相續人カ必要ナルトキニ限リ許スヘキモノナリ是レ第九百七十九條第三項カ限定的規定ヲ設ケタル所以アリ

(ハ)被指定者カ被相續人ノ家督ヲ相續スルコトヲ得ル者ナルコトヲ要ス法律上家督相續人ト爲ルコトヲ禁シタル者ハ之ヲ指定スルモ無効ナルコトハ勿論ニシテ其理由ハ前ニ直系卑屬ノ場合ニ付テ述ヘタルト同一ナリ他家ノ戸主法定ノ推定家督相續人又ハ其他ノ家族タル者若クハ日本ノ國籍ヲ有セザル者ハ之

ヲ指定シテ家督相續人ト爲スコトヲ得ルヤ否ヤ新ニ家ヲ立テタル者ハ其家ヲ廢シテ他家ニ入ルヲ得ルコトハ第七百六十二條第一項ニ規定スル所ナリ故ニ此ノ如キ者ハ被相續人ノ家ニ入リテ其家督ヲ相續スルコトヲ得ルモノナルカ故ニ此ノ如キ者ヲ指定シタルトキハ其指定ハ有效ナリ家督相續ニ因リテ戸主ト爲リタル者ハ其家ヲ廢スルコトヲ得サルモ正當ノ事由アルトキハ裁判所ニ於テ其家ヲ廢スルノ許可ヲ與フルコトヲ得ルモノナルカ故ニ(第七百六十二條第二項)裁判所ノ許可アルニ於テハ以上ノ如キ者ハ被相續人ノ家ニ入リテ其家督相續ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ故ニ家督相續ニ因リテ一家ノ戸主ト爲リタル者ヲ家督相續人ニ指定シタルトキハ其指定ハ裁判所カ廢家ノ許可ヲ與フルト云フ條件附テ以テ有效ナリト謂フコトヲ得ヘシ一家ノ法定推定家督相續人タル者ニ至リテハ本家相續ノ場合ノ外ハ他家ニ入ルコトヲ得サルモノナルヲ以テ本家ノ戸主カ指定スル場合ノ外ハ之ヲ家督相續人ト指定スルモ其指定ハ無効ナリト謂ハサルヲ得ス但シ分家ノ法定推定家督相續人ハ本家相續ノ必要アルトキハ戸主ノ同意アレハ本家ニ入リテ其家ノ家督相續ヲ爲スコトヲ得ルモノナ

ルヲ以テ本家ノ戸主カ分家ノ法定推定家督相續人ヲ其家督相續人ニ指定シタルトキハ戸主ノ同意ヲ得ルト云フ條件附ヲ以テ有效ナルモノナリ他家ノ家族ヲ指定シタルトキモ亦然リ日本ノ國籍ヲ有セサル者ニ至リテハ予ハ相續ノ資格ナキモノナリト前ニ論定シタルヲ以テ之ヲ指定スルモ其效力ヲ生セサルハ勿論ナリ

乙 家督相續人指定ノ效力

(1) 效力ノ範圍 指定ノ效力ハ被指定者ヲシテ家督相續人ト爲ラシムルニ在ルハ勿論ナリ唯茲ニ研究セサルヘカラサルハ被指定者カ家督相續人ト爲ルニハ被相續人ノ指定ノミヲ以テ足レリトスルカ將タ指定ニ對シテハ被指定者カ承諾ノ意ヲ表スルコトヲ必要トスルカノ點ニ在リ蓋シ家督相續人ナルモノハ法律ノ定メタル一種ノ身分ナリ身分ノ取得ハ自然ノ結果ニ因ルモノノ外一ニ法律ノ規定ニ依ルモノナルカ故ニ法律ニ於テ當事者ノ意思ノ合致アルコトヲ必要ナリトスル規定アルニ非サレハ縱令二人ノ者ノ間ニ一ノ關係ヲ生スルカ如キ身分ノ取得ニ關シテモ意思ノ合致ヲ要スルモノニ非ス家督相續人ノ指定ナ

ルモノハ指定ナル用語其物カ示セルカ如ク被相續人ノ決定シタル意思ノ發表ナリ被相續人カ自己ノ相續人ト爲サント欲スル者ヲ定メテ其意思ヲ表示シタルトキハ法律ハ其效力ヲ認メテ家督相續人ナル身分ヲ生スルモノト爲シタリ故ニ相續人ノ指定ハ法律カ認メタル所ノ一種ノ單獨行爲ニシテ被指定者ノ承諾アルコトハ必要ニ非ス被相續人カ指定ヲ爲シタル以上ハ縱令被指定者ハ其事ヲ知ラサルモ猶ホ指定ノ效力ハ生スルモノナリ一步ヲ進メテ言ヘハ家督相續人ノ指定ハ唯リ被指定者ノ承諾ヲ要セサルノミナラス又其意思ニ反シテモ之ヲ指定スルコトヲ得故ニ或人ノ家督相續人ト爲ルコトヲ好マサル者カ其人ノ爲メニ家督相續人ニ指定セラレタルトキハ相續ノ開始ヲ待チテ之ヲ拋棄スルニ非サレハ自己ノ好マサルニモ拘ラス其家督相續ヲ爲ササルヘカラサルモノナリ但シ隱居ハ其家督相續人カ單純ノ承認ヲ爲スニ非サレハ之ヲ爲スコト能ハサルカ故ニ隱居ニ因ル家督相續ノ場合ニ於テハ相續ヲ欲セサル指定家督相續人アルコトハ實際ニ於テ存セサル所ナリ

第九百七十九條ハ被相續人ハ家督相續人ヲ指定スルコトヲ得ト規定スルノミ

ナルヲ以テ指定ノ效力ハ家督相續人ト爲ラシムルニ止マリテ其者ヲシテ被相續人ノ家ニ入ラシムルマテノ效力ヲ生スルモノニ非ス故ニ他家ニ在ル者ヲ指定シテ家督相續人ト爲シタルトキハ民法ノ規定ニ依リテ其家ニ入ラシムル手續ヲ爲シタル場合ノ外ハ其者ハ家督相續カ開始スルコトニ因リテ戸主ト爲リ始メテ其家ニ入ルモノナリト謂ハサルヘカラス

(ロ) 指定ノ失効 家督相續人ノ指定ハ法定ノ推定家督相續人カ生シタルトキハ其效力ヲ失フモノナリ是レ家督相續ハ成ルヘク法定ノ推定家督相續人ヲシテ之ヲ爲サシムルコト法律ノ望ム所ナルヲ以テ法定ノ推定家督相續人ナキノ故ヲ以テ家督相續人ヲ指定シタル者カ其後推定家督相續人ヲ生スルニ至リタルトキハ指定ノ效力ヲ消滅セシメ以テ其法定ノ家督相續人ヲシテ相續權ヲ有セシムルコト家督相續ニ於テハ法定ノ推定家督相續人ニ重キヲ置クノ趣意ニ適スルヲ以テナリ而シテ此ノ如キハ又實ニ被相續人カ家督相續人ヲ指定シタル趣意ニモ適フモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ相續人ハ法定ノ推定家督相續人ナキノ故ヲ以テ他ノ者ヲ指定シタルモノナレハ法定ノ推定家督相續人アル

ニ至レハ無論其者ヲシテ家督相續ヲ爲サシムルノ意思ナドト謂フコトヲ得ヘケレハナリ

家督相續人ノ指定カ效力ヲ生シタル後ニ生レタル法定ノ推定家督相續人カ家督相續開始ノ時ニハ既ニ死亡シタルカ又ハ相續權ヲ失ヒタルトキハ既ニ指定セラレタル者ハ當然家督相續人ト爲ルモノナルヤ家督相續人ノ指定ハ法定ノ推定家督相續人ノ生シタルコトニ因リテ其效力ヲ失フモノナリ一旦效力ヲ失ヒタル指定ハ法律ノ規定ヲ待タズシテ當然效力ヲ回復スルモノニ非サルカ故ニ家督相續開始ノ時ニ於テ法定ノ推定相續人カ死亡シタルカ又ハ相續權ヲ失フモ前ニ指定セラレタル者ハ當然家督相續人ト爲ルモノニ非ス但シ遺言ヲ以テ家督相續人ヲ指定シタル場合ハ指定ノ效力ハ被相續人ノ死亡ノ時ニ於テ發生スルカ故ニ遺言ヲ爲シタル後法定ノ推定家督相續人アルニ至ルモ相續開始ノ時ニ存在セサルカ又ハ相續權ヲ失ヒタル場合ニ於テハ遺言ニ因ル指定ハ有效ナルモノナリ

(ハ) 指定ノ取消 家督相續人ノ指定ハ被相續人ニ於テ之ヲ取消スコトヲ得舊民

法ハ指定ノ取消ニ關スル規定ヲ設ケス蓋シ舊民法ニ於テハ家督相續人ノ指定ハ必ス遺言ヲ以テ爲ササルヘカラスシテ生前行爲ヲ以テ爲スコトヲ許サザリシカ故ニ一旦爲シタル遺言ハ何時ニテモ之ヲ改ムルコトヲ得ルカ故ニ別ニ取消ナルコトヲ規定スルノ必要ナカリシナリ新民法ニ於テハ家督相續人ノ指定ハ生前行爲ヲ以テモ之ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ取消ニ關スル明文ナキトキハ一旦有效ニ爲シタル相續人ノ指定ハ之ヲ變更スルコトヲ得ス然ルニ一度指定シタル家督相續人ハ之ヲ變更スルコトヲ得ストキハ時トシテ家督相續人トシテ不適當ナルニ至ルモ猶ホ之ヲシテ家督相續ヲ爲サシメサルヘカラサルニ至ルノ不都合アルヲ以テ第九百七十九條第二項ヲ以テ指定ノ取消ヲ爲スコトヲ許セリ而シテ指定カ取消サレタルトキハ家督相續人ト爲リタル者ハ初ヨリ家督相續人ト爲リシコトナカリシト同一ノ狀態ニ至ルモノトス

丙 家督相續人ノ指定又ハ指定取消ノ手續

家督相續人ノ指定又ハ指定取消ノ手續ハ生前行爲ヲ以テスル場合ト遺言ヲ以テスル場合トニ依リ少シク異ナル所アリ生前行爲ヲ以テスル場合ニ於テハ指定

又ハ指定ノ取消ハ被相續人ヨリ之ヲ戸籍吏ニ届出ツレハ之ニ依リテ效力ヲ生スルモ遺言ヲ以テ爲シタル場合ニハ被相續人ヨリ届出ツルコト能ハサルヲ以テ遺言執行者ヨリ遺言ノ效力ヲ生シタル時遲滞ナク戸籍吏ニ届出ツルコトヲ要スルモノナリ(第九八一條)

(三) 特別選定家督相續人

法定又ハ指定ノ家督相續人ナキトキハ被相續人ノ父母又ハ親族會カ被相續人ノ家族タル配偶者兄弟姉妹又ハ兄弟姉妹ノ直系卑屬ノ中ヨリ家督相續人ト選定シタル者カ家督相續ヲ爲スモノナリ(第九八二條)予ハ此者ヲ稱シテ特別選定家督相續人ト名ツク蓋シ民法ハ二種ノ選定家督相續人ヲ認メ一ハ被相續人ト親族關係ノ親密ナル者ノ中ヨリ父母又ハ親族會カ選定シタルモノニシテ其相續順位カ被相續人ノ直系尊屬ニ先ツモノナリ故ニ之ヲ特別選定家督相續人ト稱ス他ノ一ハ被相續人ト親族關係ノ稍遠キ者又ハ全ク親族關係ナキ者ノ中ヨリ親族會カ選定スルモノニシテ其相續順位ハ被相續人ノ直系尊屬ヨリモ後ルモノナリ故ニ予ハ此者ヲ單ニ選定家督相續人ト稱シ以テ直系尊屬ニ先ツ

ヘキ特權アル家督相續人ト區別セシナリ

特別選定家督相續人ニ關シテハ三ツノ問題ヲ研究セサルヘカラス即チ何人カ選定スヘキモノナルカ何レノ時ニ於テ選定セサルヘカラサルカ何人カ選定セラルヘキヤ是ナリ

一 何人カ選定ヲ爲スコトヲ得ルヤ 特別選定家督相續人ノ選定ハ被相續人ノ家ニ在ル其父カ爲スヘキモノナリ若シ被相續人ノ父ハ既ニ死亡シタルカ又ハ死セサルモ其家ニ在ラサルカ若クハ其家ニ在ルモ心神喪失等ノ事由ノ爲メニ意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ其家ニ在ル母カ之ヲ爲スヘキモノナリ若シ又母モ死シタルカ又ハ其家ニ在ラサルカ若クハ意思ヲ表示スルコト能ハサル場合ニハ選定權ハ親族會ニ移ルモノナリ

二 何レノ時ニ於テ選定スヘキモノナルヤ 法律ハ單ニ法定又ハ指定ノ家督相續人ナキ場合ニ於テハ家督相續人ヲ選定スルコトヲ定メテ其時期ニ付テハ何等ノ規定ナシト雖モ前ニモ述ヘタル如ク相續ニ關スル規定ハ常ニ相續開始ノ當時ニ於テ爲スヘキモノナリ第九百八十二條ニ第九百七十九條第一項末段

ノ如キ規定アラサルヲ以テ觀ルモ同條ハ相續開始ノ時ニ法定又ハ指定家督相續人ナキ場合ニ限リ相續人ノ選定ヲ爲シ得ルノ意ヲ以テ規定セラレタルハ明カナリ何トナレハ若シ然ラスシテ選定ハ何時ニテモ之ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲スノ意ナリトセハ法律ハ被相續人ノ自ラ指定シタル家督相續人スラ後日法定ノ推定家督相續人ノ存スルニ至レハ其指定ハ效力ヲ失フコトヲ定メタルニ被相續人ノ父母又ハ親族會カ相續人ヲ選定シタル場合ニ於テ後日法定又ハ指定ノ家督相續人アルニ至リタルトキニ於テ其選定カ效力ヲ失フヘキコトヲ定メサルノ理ナケレハナリ況ヤ第九百八十二條ニハ父又ハ母在ラサルトキ云トアルヲ以テ或一定シタル時期ニ於テ父又ハ母ノ存セシヤ否ヤヲ見サルヘカラス而シテ其時期ハ相續開始ノ時ニ在ルヘキコト法文上疑フヘカラスニ於テヤヤ

三 何人カ選定セラルヘキヤ 直系尊屬ニ先チテ家督相續人ニ選定セラルルコトヲ得ル者ハ配偶者兄弟姉妹及ヒ兄弟姉妹ノ直系卑屬ニシテ其家族タル者ニ限ル而シテ其選定セラルヘキ順序ハ次ノ如シ

### 第一 家女ナル配偶者

民法相續 家督相續 家督相續人

第二 兄弟

第三 姉妹

第四 家女ニ非サル配偶者

第五 兄弟姉妹ノ直系卑屬

右ノ順序ハ法律ノ定メタル所ナルカ故ニ父母又ハ親族會カ選定ヲ爲スニハ必  
ス此順序ニ從ハサルヘカラサルモ同順序中ノ者ノ間ニ於テハ法律ハ別ニ順位  
ヲ定メサルカ故ニ一ニ選定者ノ選フ所ニ任スヘキモノナリ故ニ父母又ハ親族  
會ハ兄弟ノ間ニ於テ弟ヲ選ヒ姉妹ノ間ニ於テ妹ヲ選ヒ兄弟姉妹ノ直系卑屬ノ  
間ニ於テ最モ年少ノ女子ニシテ而モ私生子ヲ選フモ亦其隨意ナリ一見スレハ  
甚タ不都合ノ如クナレトモ法律ハ父母又ハ親族會ノ如キ被相續人ト利害關係  
ヲ共ニスル者ニ信用ヲ置キ其選定ヲ自由ナラシムルヲ以テ却テ適當ノ相續人  
ヲ得ヘキモノト爲シタルモノナリ

第九百八十二條ニ規定シタル選定ノ順序ハ一ノ例外ヲ有セリ即チ正當ノ事由  
アル場合ニ於テハ選定者ハ其順序ヲ變更スルカ又ハ全ク選定ヲ爲ササルコト

ヲ得法律カ配偶者ノ如キ一人ヨリ外ナキ者ヲモ尙ホ選定家督相續人ノ中ニ入  
レタルハ恐ラクハ此例外ヲ設ケタルカ爲メナルヘシ而シテ法律ハ家督相續人  
ノ選定ハ選定者ノ意思ヲ以テ直チニ爲スコトヲ許シタルニ拘ラス選定ノ順序  
ヲ變更シ又ハ全ク選定ヲ爲ササルコトニ付テハ必ス裁判所ノ許可ヲ受ケサル  
ヘカラスト爲シタリ是レ選定ノ順序變更又ハ全ク選定ヲ爲ササルコトハ選定  
ニ付キ先順序ニ在ル者ヲ家督相續ヨリ排斥スルト同一ニシテ恰モ法定推定家  
督相續人ノ廢除ニ比スヘキ重大ノ事項ナルノミナラス父又ハ母カ選定ヲ爲ス  
ヘキ場合ニ於テ全ク選定ヲ爲ササルトキハ其結果ハ父又ハ母カ自家督相續  
人ト爲ルヘクシテ選定ヲ爲スト否トハ父母其人ノ相續權ニ關係スル事柄ナル  
ヲ以テ裁判所ノ許可ヲ必要トシテ常ニ處分ノ公平ナランコトヲ期シタルナリ  
但シ法定ノ推定家督相續人廢除ハ必ス訴ヲ以テ裁判所ニ請求セサルヘカラサ  
ルモ選定ノ順序變更又ハ全ク選定ヲ爲ササルコトハ唯裁判所ノ許可ヲ經ルヲ  
以テ足レリトセシハ前者ハ既ニ家督相續人タル者ヲシテ其權利ヲ失ハシムル  
モノナレトモ後者ハ家督相續人ニ選定セラルル希望アル者カ選定セラレサル

ニ至ルノミニシテ其間事證ニ自ラ輕重アルヲ以テナリ

(四) 直系尊屬ニ於テ兄弟姉妹又ハ其他直系卑屬ヲシテ尊屬親ヨリ先タシムルハ從來ノ慣習ニシテ此慣習ハ縱令尊屬親ヲシテ此等ノ者ヨリ先タシムルモ多クノ場合ニ於テハ再ヒ此等ノ人カ其家督ヲ相續セザルヘカラサルモノナルカ故ニ寧ロ直チニ兄弟姉妹又ハ其直系卑屬ヲシテ家督ヲ相續セシムルヲ相當ト爲シタルニ因ル然ルニ若シ配偶者兄弟姉妹又ハ兄弟姉妹ノ直系卑屬ノ如キモ亦之ナキ場合ニ於テハ直系尊屬ヲシテ家督ヲ相續セシムルハ當然ノ順序トス是レ法律カ相續順位ノ第四トシテ直系尊屬ヲ置キシ所以ナリ

一 第九百八十二條ノ規定ニ依リテ家督相續人タル者ナキヲ要ス 第九百八十二條ニ依リテ家督相續人ト爲ルニハ法定又ハ指定ノ家督相續人ナキ場合ナルカ故ニ同條ノ規定ニ依リテ家督相續人ナキ場合トハ即チ法定指定又ハ特別選定ノ家督相續人ナキ場合ナリ直系尊屬カ家督相續ヲ爲スハ此場合ニ限ルモ

公法トハ國家カ自ラ其統治權ヲ制限スル法規ノ全體ヲ謂フ國家ノ統治權ハ本來無制限ノ權力ナリ然レトモ法治國ニ於テハ此無制限ノ權力ニ制限ヲ加ヘ國家ハ法規ニ依ルニ非サレハ臣民ニ命令ヲ爲シ刑罰ヲ課シ財產ヲ要求スルコトヲ爲ナス此ノ如ク統治權ノ行動ヲ制限シ隨テ國家ニ對スル臣民ノ權利及ヒ義務ヲ定ムル所ナリ法規ハ即チ公法ナリ公法中犯罪及ヒ刑罰ニ關スル法規ハ早クヨリ分離シテ獨立ノ一科ヲ爲セリ刑法即チ是ナリ訴訟手續ニ關スル法規モ亦更ニ分レテ一科ヲ爲セリ訴訟法即チ是ナリ公法ノ全體ヨリ刑法及ヒ訴訟法ヲ除キタルモノハ廣義ノ國法ナリ行政法ハ國法ヨリ分離シテ更ニ一ノ獨立ノ法系ヲ成セルモノニシテ國法中専ラ行政機關ノ組織及ヒ作用ニ關スル法規ヲ總稱スルモノナリ廣義ノ國法中ヨリ行政法ヲ除キタルモノハ狹義ノ國法ト謂フヲ得ヘシ

狹義ノ國法ト行政法トノ區別ニ付テハ其間ニ精密ナル限界ヲ限ルコトヲ得ス其區別ハ性質上ノ區別ニ非スシテ程度ノ區別タリ狹義ノ國法ニ於テモ行政機關ノ組織及ヒ行爲ハ全ク之ヲ度外視スルコトヲ得ス如何ナル意義ニ於テヌル



モ全ク行政機關ノ組織及ヒ作用ヲ論モサルモノハ國法トシテ決シテ完全ナルヲ得サルモノナリ其區別ノ在ル所ニハ狹義ノ國法ニ於テハ其大原則ヲ論シ行政法ニ於テハ之カ細網ヲ論スト云フニ在ルノミ之カ精密ナル限界ヲ定ムントスルハ徒ニ失敗ニ終ルヘキナリ

### 第二節 行政法ノ淵源

行政法ノ淵源ハ先ツ之ヲ成文法及ヒ不文法ニ分ツコトヲ得ヘシ成文法ニシテ行政法ノ淵源タルモノハ法律命令及ヒ自主權ニ由ル規定即チ是ナリ法律及ヒ命令ニ付テハ特ニ茲ニ述フルノ要ナシ自主權ニ由ル規定トハ市町村其他ノ自治團體ノ自主權即チ自治立法權ニ基テ所ノ規定ニシテ通常條例ナル名ノ下ニ定ムラルモノ即チ是ナリ條例モ亦團體ノ區域内ニ於テハ法律ト同一ノ效力ヲ有スルモノナリ（法律命令ニ依リテ制定スルモノハ法律トシテ）不文法ハ即チ法律ノ力ヲ有スル慣習ニシテ行政法ノ區域ニ於テモ民法ニ於ケルト等シク法ノ淵源タルモノナリ慣習法カ法律ノ力ヲ有スル理由ニ付テハ學

者ノ説明區區タリト雖モ今日ノ通説ニ依レバ法ハ元來國民ノ法律的信念ニ由リテ發生スルモノニシテ國民ノ大多數カ法律上新クアラサルヘカラスト確信シタルトキハ自ラ法律タルノ力ヲ有ス此ノ如キ慣習法ハ公法ノ區域ニ於テモ其發生ヲ妨ケス一タヒ成立シタル慣習法ハ全ク法律ト同一ノ力ヲ有ス就中慣習法ハ成文法ヲ廢止變更スルコトヲ得加之成文法ヲ以テ慣習法ノ發生ヲ禁止スト雖モ慣習法ノ發生ハ之カ爲メニ妨ケラルルコトナシ何トナレハ慣習法ヲ禁止スル法律自身カ慣習法ニ依リテ廢止セラレハケレハナリ慣習法ハ此ノ如ク行政法ノ區域ニ於テモ其性質上發生スルコトヲ得ヘシト雖モ行政法ノ區域ニ於テハ民法ノ區域ニ於ケルト異ナリ大ニ其發生ヲ制限セラルル蓋シ慣習法ノ發生スル原因ハ其法律關係ノ主體タルヘキ人人ノ間ニ行ハルル法律的信念ナリ民法ハ箇人相互ノ間ノ法律關係ヲ定ムルモノナリ各箇人ハ自ラ法律ヲ制定スルノ力ヲ有セサルカ故ニ其法律的信念カ成文ノ法律以外ニ於テ發生スル場合多シ之ニ反シテ行政法ハ國家ト臣民トノ間ノ關係タリ故ニ行政法ノ區域ニ於ケル慣習ハ國家ノ官廳ノ法律的信念アルニ非ザレバ發生スルコトヲ得ス而

シテ官廳ハ自ラ法律ノ制定ニ參與スルモノナラバ故ニ其法律的信念アルニ於  
 ラハ當然ニ法律制定ノ手續ヲ執ルヘケレハナリ。然レハナリ。然レハナリ。然レハナリ。  
 以上ノ外行政法ノ淵源トシテ往往國際條約ヲ數フル者アリト雖モ條約ハ國家  
 ト國家トノ契約ナリ故ニ條約ニ因リテ拘束セラレルモノハ如何ナル場合ニ於  
 テモ國家自身ニ止マリ國家内ノ官廳及ヒ臣民ハ決シテ之カ爲メニ直接ノ拘束  
 ヲ受クルコトナシ條約カ國內ニ於テ效力ヲ有スル爲メニハ法律又ハ命令等相  
 當ノ國內法ノ形式ヲ以テ更ニ之ヲ公布セサルヘカラス。國家内ノ官廳及ヒ臣民  
 ヲ拘束スルモノハ即チ此等ノ法律命令ニシテ條約夫レ自身ハ決シテ行政法ノ  
 淵源タルモノニ非ス。

### 第一編 總論

#### 第一章 行政行為

行政ヲ其形式ノ意義即チ行政機關ノ作用ト云フハ意義ニ解スルトキハ行政ノ  
 作用ハ法規ノ制定ヲモ包含スヘク又裁判判決ノ行為ヲモ包含スヘシ爰ニ謂フ

所ノ行政行為トハ此意義ニ於テスルモノモ非スシテ實質上ノ行政作用トシテ  
 關スルモノナリ。然レハナリ。然レハナリ。然レハナリ。然レハナリ。然レハナリ。  
 行政ノ作用ハ一部分ハ單ニ事實上ノ作用タルニ止マルモノアリ一部分ハ法律  
 上ノ關係ヲ發生スルモノアリ單ニ事實上ノ作用タルニ止マルモノハ廣ク行政  
 ノ各部ニ亘リ行政作用ノ大部分ヲ占ムルモノナレトモ恰モ簡人カ事實上ニ勞  
 働ヲ爲シ事務ヲ處理スルト同シク全ク法律上ノ關係ヲ生セス故ニ之ヲ法律上  
 ノ問題トシテ論スルヲ要セス法律上ノ關係ヲ生スル行政作用ハ更ニ之ヲ行政  
 機關ノ内部ニ於テノミ效果ヲ生スル作用ト行政機關カ外部ニ對シテ即チ他人  
 權利主體ニ對シテ行政作用トニ區別スルコトヲ要ス前者ハ所謂訓令ニシテ後  
 者ハ或ハ契約タリ或ハ處分タリ

#### 第一節 行政處分

處分トハ一方的ノ意思ニ基ク公法上ノ法律行為ヲ謂フ處分ハ行政ノ一方的  
 意思ニ基ク行為タリ其行為カ效果ヲ生スル爲メニ相手方ノ同意アルコトヲ

要セス是レ處分ト契約トノ異ナル所ニシテ此點ニ於テハ處分ヲ却テ立法ト性質ヲ同シウス其立法ト異ナル所以ハ立法ハ抽象的ニ法則ヲ定ムルニ反シテ處分ハ法律行為即チ箇箇ノ場合ニ關スル現實ノ法律關係ヲ定ムルモノナルニ在リ

第一 處分ノ内容

處分ハ總テ統治權ノ發動ニシテ常ニ單獨ノ意思ヲ以テ臣民ヲ拘束スルノ力ヲ有スルモノナルカ故ニ原則トシテ臣民即チ箇人又ハ團體ニ對スル下命ヲ包含スルモノナリ然レトモ法治國ノ原則ニ於テハ處分ヲ以テスル下命ハ決シテ行政官廳ノ任意ヲ以テスルコトヲ許サス法治國ニ於ケル臣民ノ遵由義務ハ決シテ無制限ノ義務ニ非スシテ法規ニ依リテ一定ノ限界ヲ有スル義務ナリ法規ニ於テ其義務ヲ認ムルニ非サレハ處分ヲ以テ其義務ヲ命スルコトヲ得ス換言セハ處分ヲ以テ臣民ニ下命スル場合ハ常ニ法規ニ根據アルコトヲ要ス此原則ハ如何ナル場合ニモ例外ナク適用セラルルモノニシテ管ニ軍事上及ヒ財政上ノ義務ニ關スルモノノミニ止マラスシテ警察上ノ作為命令不作爲命令モ適用セラ

ルモノナリ然レモ由リテ東洋ニ於テハ又ハ行政官廳ノ裁量ニ由リテ所謂法規ニ根據ヲ要ストハ必スシテ法律ニ根據ヲ要スト云フノ意ニ非ス此點ニ於テハ我國法ハ歐洲多數ノ國法ト著シキ差異ヲ有ス我國ニ於テモ法律ハ常ニ全ク自由ニシテ如何ナル義務ヲ命スルコトヲ得ルハ言フ俟タズト雖モ歐洲ノ國法ニ於テハ臣民ノ自由ヲ侵害スルニハ常ニ法律ヲ要スト云フ原則ヲ守ルニ反シテ我國ニ於テハ法律ニ依ルハ外尙ホ君主ノ獨立ノ警察命令權ヲ認ム即チ勅令ヲ以テスルトキハ法律ニ違反セサル限度ニ於テハ新ニ臣民ニ義務ヲ命スルコトヲ得必スシモ法律ノ根據ニ依ルコトヲ要セス然レトモ是レ勅令ノミニ付テ謂フコトヲ得ルモノニシテ省令以下下級官廳ノ命令ニ由リテハ法律勅令ヲ以テ豫期セサル義務ヲ命スルコトヲ得ス然レモ行政官廳ノ裁量ニ根據スルニ處分ハ法律若クハ勅令ノ根據ニ基クコトヲ要ス或ハ法律又ハ勅令ヲ根據トシテ更ニ省令其他ノ命令ヲ發シ此下級命令ヲ根據トシテ第二次ニ於テ處分ヲ行フコトアリ或ハ直接ニ法律勅令ニ基キ處分ヲ行フコトアリ何レノ場合タルヲ問ハス法規ニ基カサル處分ハ常ニ不法ニ臣民ノ自由ヲ侵害スルモノ

ナリハ、開ハス。若シニ、其ノヤ、ハ、強ク、ハ、當ニ、不、當ニ、自由、ヲ、對、害、ス、ル、ハ、處分、ハ、法規、ヲ、以、テ、根據、ト、ス、ル、コト、ヲ、要、ス、ル、ハ、右ニ、述、フ、ル、カ、如、レ、ト、雖、モ、處分、ハ、必、ス、シ、モ、法規、ノ、基、ニ、基、キ、單ニ、法規、ノ、ミ、ヲ、適用、ス、ル、モ、非、シ、法規、ハ、種、種、ノ、程、度ニ、於、テ、行政、ニ、自由、判斷、ノ、餘、地、ヲ、與、フ、ル、コト、ヲ、アリ、法規、カ、行政、ニ、自由、裁、量、ノ、餘、地、ヲ、殘、存、ス、ル、ヤ、否、キ、ニ、依、リ、テ、處分、ニ、裁、量、處分、ト、ノ、區別、ヲ、生、ス、裁、量、ノ、餘、分、ト、ハ、恰、モ、司法、判決、ニ、於、ケ、ル、カ、如、ク、法規、カ、既ニ、詳細ニ、行政、ノ、爲、ス、ヘ、キ、所、ヲ、定、メ、行政、ハ、單ニ、之、ヲ、適用、ス、ル、ニ、止、マ、ル、場合、ヲ、謂、フ、即、テ、行政、ノ、作用、ハ、法規、ニ、依、リ、絕對ニ、拘、束、セ、ラ、レ、自、己、ノ、判斷、ヲ、以、テ、新ニ、定、ム、ヘ、キ、何、モ、ノ、ヲ、剩、サ、ラ、ル、ナ、リ、裁、量、處分、ト、ハ、行政、官廳、カ、多少ノ、程度、ニ、於、テ、自、ラ、其、法律、關係、ノ、内容、ヲ、定、ム、ル、自由、ヲ、有、ス、ル、場合、ヲ、謂、フ、固、コ、リ、行政、處分、ハ、常ニ、法規、ニ、由、リ、テ、許、サ、レ、タ、ル、範圍、内、ニ、於、テ、爲、ス、コト、ヲ、要、ス、此、意味、ニ、於、テ、ハ、裁、量、處分、ト、雖、モ、法規、ノ、羈、束、ヲ、受、ク、ル、モ、ナ、ル、コト、ハ、勿、論、ナ、リ、ト、雖、モ、唯、其、許、サ、レ、タ、ル、範圍、内、ニ、於、テ、ハ、行政、官廳、カ、自、ラ、何、カ、實際、ニ、適當、ナル、カ、ヲ、判斷、ス、ル、ノ、自由、ヲ、有、ス、ル、ヲ、要、ス、ト、云、フ、ハ、裁、量、ノ、裁、量、ノ、裁、量、ノ、行政、處分、ノ、内容、カ、法規、ニ、由、リ、テ、羈、束、セ、ラ、レ、タ、ル、カ、又、ハ、行政、官廳、ノ、裁、量、ニ、由、ル

民當然ノ義務ナリ此等ノ義務ノ存在スルハ明文ヲ要スル事項ニ非ス我憲法ニ於ケル第二十條第二十一條ノ規定ハ此等ノ義務アルコトヲ規定シタルニ非スシテ此等ノ義務ノ範圍ハ法律ニ依リテ之ヲ定ムヘキ旨ヲ規定シタルニ過キタルノミ此ノ如キ國家ノ生存維持ノ義務ハ當然臣民ニ在ルカ如ク臣民タル性質ノ當然ノ結果トシテ國家ノ生存ヲ害スベカラサルノ義務モ亦臣民ニ存ス臣民ハ臣民トシテ公共ノ安寧秩序ヲ紊亂シ國家ノ生存ヲ迫害スルコトヲ得ス蓋シ憲法ニ明文ナクシテ臣民ニ此義務ナキヲ以テ臣民ハ公共ノ安寧秩序ヲ紊亂シ國家ノ生存ヲ迫害スルコトヲ得トハ三尺ノ童子ト雖モ仍ホ之ヲ口ニスルコトナカルヘシ

之ヲ國家ノ方面ヨリ言ヘバ當然キ臣民ニ對シテ其生存ヲ迫害セラレザルノ要求即チ權利ヲ有ス公共ノ安寧秩序ノ維持ト臣民ノ幸福ノ増進トハ國家當然ノ職分ナリ之カ爲メニ權利ヲ使用シテ人ノ自由ヲ制限シ必要アレハ強制ヲ用フルハ國家當然ノ權利ナリ歐羅巴ニ於ケルカ如ク特殊ノ沿革存セザル限リ國家ハ原則トシテ臣民ノ自由ヲ制限スルコトヲ得ト論セザルヘカラス唯我憲法ハ

其第二章ニ於テ二三ノ事項ヲ列記シ此等ノ事項ニ付テ臣民ノ自由ヲ制限セシムルニハ法律ノ規定ニ依ルヘキ旨ヲ規定セリ是レ特別ノ理由ニ基ク例外規定タリ此規定アルカ爲メニ此等ノ事項ニ付テ臣民ノ自由ノ制限ハ法律ノ根據ヲ要スルノミ故ニ憲法ノ此等ノ規定ハ素ト例外的ノ規定ナルカ故ニ制限的ニ之ヲ解セサルヘカラス絶對的ノ解釋ヲ下シテ此等ノ制限アルカ爲メニ身體財產等ノ自由ニ關シテハ命令權ノ作用シ得ル餘地ナシト論スルハ誤謬ナリ尙ホ左ニ之ヲ詳論セン

憲法第二十二條ハ「日本臣民ハ法律ノ範圍内ニ於テ居住及移轉ノ自由ヲ有ス」旨ヲ規定セリ此規定ハ直接ニ單純ニ居住及ヒ移轉ノ自由ヲ制限スルニハ法律ヲ以テ定ムヘキ旨ヲ規定スルノミ他ノ理由ヲ以テ居住及ヒ移轉ノ自由ヲ制限スルハ本條ノ敢テ聞ハサル所ナリ例ヘハ傳染病豫防ノ爲メニ交通ヲ遮斷スルカ如キハ本條ニ所謂居住及ヒ移轉ノ制限ニ非ス又他ノ事項ヲ制限セラレタル結果居住及ヒ移轉ノ自由ヲ制限セラレタルカ如キモ亦本條ノ間ス所ニ非ス例ヘハ營業ノ區域ヲ限ラレタルトキハ其間接ノ結果トシテ居住及ヒ移轉ノ自由ヲ

失フコトアルヘシ然レトモ之ヲ以テ營業ノ區域ノ制限ハ法律ヲ要ストハ規定セサルナリ

又憲法第二十三條ニ「日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ逮捕監禁審問處罰ヲ受クルコトナシ」ト規定セリ是レ刑事訴訟ノ手續ニ關シテ臣民ノ自由ヲ保障スルニ在リ故ニ此目的以外ニ例ヘハ行政ノ目的ヲ執行スルカ爲メニ直接ノ強制ヲ用フルコトハ必スシモ法律ノ規定ヲ要セス又懲戒處分強制罰ノ如キハ此規定ノ範圍外ニ在リテ是レ亦命令權ノ作用ニ屬セリ

又憲法第二十五條ニ「日本臣民ハ法律ニ定メタル場合ヲ除ク外其ノ許諾ナクシテ住所ニ侵入セラレ及搜索セララルコトナシ」ト規定セリ本條亦不法ノ家宅搜索ニ對スル保障ヲ與ヘタルモノナリ行政ノ目的ノ爲メニ例ヘハ火災ノ危險ニ際シ家宅ニ侵入スルニハ決シテ法律ヲ要スル事項ニ非ス

又憲法第二十七條ハ所有權ノ不可侵ヲ規定セリ所有權ノ範圍ハ私法ノ規定ニ依リテ定マル然レトモ私法ノ規定ハ決シテ公益上私人ノ所有權ヲ如何ナル點マテ定ムヘキヤヲ規定スルモノニ非ス行政ノ處分又ハ命令ハ私法ノ爲メニ妨

ケラルルモノニ非ス即チ私人ノ私權ハ公益ノ爲メニスル國家權力ノ行使ニ對抗スヘキ理由ヲ有セス極論セバ國家ハ之ヲ沒收スルコトヲモ爲シ得ヘキナリ故ニ本條ノ設ケラレタルハ此等ノ點ニ於テ命令權ノ行動ヲ妨クルニ非スシテ特ニ公用徵收ノ場合ニ關スルモノナリ即チ憲法ノ此規定ハ公用徵收ハ法律ヲ以テ之ヲ定ムヘキコトヲ規定シタルニ過キス目前ノ徵收ニ關シテハ其ノ徵收又憲法第二十九條ハ日本臣民ハ法律ノ範圍内ニ於テ言論著作印行集會及結社ノ自由ヲ有スル旨ヲ規定セリ此規定モ亦居住移轉ヲ保障シタルト均シク單純ニ此等ノ自由ヲ制限シ又ハ直接ニ此等ノ自由ヲ制限スル場合ニハ法律ヲ要スト云フノ意ニシテ他ノ制限ノ間接ノ結果トシテ又ハ他ノ理由ニ因リテ此等ノ自由ヲ制限スルハ必スシモ法律ヲ以テスルコトヲ要セス蓋シテ法律ノ範圍外ニテ要スルニ憲法ノ臣民ノ自由ヲ保障スル規定カ命令權ヲ制限スル範圍ハ甚々狹隘ニシテ警察ノ根據トシテ法律ノ規定ニ待ツヘキモノ極メテ少キヲ知ルヘキナリ

國家ノ警察權ノ行動ハ原則トシテ法律ノ根據ヲ要セス然レトモ各種ノ行政官

廳カ命令ヲ發シ處分ヲ爲スハ權限ヲ分配スル法令ノ規定ニ根據ヲ有セザルヘカラス國家ハ當然ニ命令強制ノ權力ヲ有シ臣民ハ當然ニ服從ヲ義務ヲ有ス然レトモ官廳ハ當然ニ法令ノ根據ナクシテ臣民ノ自由ヲ制限スルコトヲ得ス官廳ハ權限ヲ分配スル法令ノ規定ノ事項其規定ヨリ當然其官廳ニ屬スルモノト推定セラルヘキ事項及ヒ法令カ特ニ付與スヘキ事項ノ外ハ全ク命令強制スル權限ナシ臣民ハ此職權アル官廳ノ命令ニ非サレハ之ニ服從スルコトナク強制セラルルコトナシ官廳ノ警察ニ關スル事項ハ法令ニ根據アルコトヲ要ス此根據ナクシテ官廳ハ警察上ノ命令ヲ發シ又處分ヲ爲スコトヲ得ス

行政官廳ニ警察上ノ根據ヲ與フルニ一般ノ規定ヲ行政執行法ト爲ス明治三十三年六月法律第八四號行政執行法參照此法律ノ規定ニ依リテ當該官廳ハ一般ニ左ノ如キ權限ヲ有ス

第一 泥酔者、瘋癲者、自殺ヲ企ツル者其他救護ヲ要スト認メタル者ハ必要ナル檢束ヲ加フルコトヲ得但其檢束ハ翌日ノ日没後ニ至ルコトヲ得ス

第二 戒器兇器其他危險ノ虞アル物件カ泥酔者瘋癲者自殺ヲ企ツル者其他救

護ヲ要スル者又ハ暴行闘争其他公安ヲ害スル虞アル者ニ對シ之ヲ豫防スルカ爲メニ必要ナルトキハ之ヲ領置スルコトヲ得

第三 日出前日没後ニ於テ生命身體又ハ財産ニ對シテ危害カ切迫シタリト認ムルトキ又ハ博奕密賣淫アリト思料シタルトキハ現居住者ノ意ニ反シテ居宅ニ侵入スルコトヲ得

第四 密賣淫ノ罪ヲ犯シタル者ニ對シテ其健康ヲ診斷シ必要ト認ムルトキハ病院ニ入ラシムルコトヲ得

第五 風俗上ノ取締ヲ要スル業ヲ爲ス者ニ對シテハ居住其他ノ制限ヲ爲スコトヲ得

第六 天災事變ニ際シ又ハ勅令ノ規定アル場合ニ於テ危害ヲ豫防スル爲メ若クハ衛生ノ爲メ必要ト認メタルトキハ土地物件ヲ使用シ若クハ處分シ又ハ其使用ヲ制限スルコトヲ得

第七 法令又ハ法令ニ基キテ爲ス處分ニ因リテ命シタル行爲ヲ強制スル爲メニ官廳自ラ義務者ノ爲メヘキ行爲ヲ爲シ又ハ第三者ヲシテ之ヲ爲サシメ義

務者ヨリ其費用ヲ徴收スルコトヲ得

第八 右強制スヘキ行爲ニシテ他人ノ爲スコトヲ得サル行爲ナルトキ又ハ不行爲ヲ強制スルトキハ之ヲ過料ニ處スルコトヲ得

第九 右二方法ニ依リテ行爲又ハ不行爲ヲ強制スルコト能ハスト認メタルトキ又ハ急迫ノ事情アル場合ニハ直接ニ強制スルコトヲ得

第十 認可又ハ許可ヲ受クルニ非サレハ所有スルヲ得サル物件カ行政廳ノ保管ニ歸シタル場合ニ於テ其所有ヲ認許スヘカラサルモノト認メタルトキハ其所有權ヲ國庫ニ歸屬セシムルコトヲ得

官廳ノ職權ハ明示又ハ點示ニ一般又ハ特別ニ法令ノ付與スル所ナリ法令ニ付與スル所ノ職權ナケレハ官廳ハ命令強制スルコトヲ得ス官廳ノ警察ニ關スル職權ハ法令ニ根據ヲ有スルコトヲ要ス而シテ其法令ニ根據ヲ有スル警察機關タル官廳ハ警察ハ內務行政ノ各部ニ存スル作用ナルカ故ニ隨テ內務行政ヲ管掌スル總テノ官廳ナリ即チ內務文部農商務逓信ノ各大臣府縣知事北海道長官郡長島司ハ皆其掌ル所ノ行政事務ニ附隨シテ警察ノ職權ヲ有ス內務大臣府縣

知事北海道長官郡長島可ハ此内務行政ノ内部ニ在リテ其主管ノ行政事務ニ附隨シテ存スル警察ノ職權ノ外特ニ内務行政ノ一部局タル警察事務ヲ施行スルノ權限ヲ有ス東京府ニ於テハ特ニ警視總監ヲ置キ警察事務ヲ專管セシムル現行法ニ依レハ市町村長ハ警察權ノ委任ヲ有セス故ニ警察權ノ機關ニ非ス自治體ヲシテ警察事務ヲ管掌セシムルハ當否ハ學者ノ間ニ説ク所ニシテ實際ノ法制ニ於テモ亦警察事務ヲ地方自治體ニ委任スルモノアリ然ラサルモノアリ我現行法ニ於テハ警察ヲ以テ國ノ行政トスルヲ本則トシ國家ノ機關ヲ以テ之ヲ管掌セシメ國家ノ費用ヲ以テ之ヲ維持ス市制第七十四條町村制第六十九條ニ市長及ヒ町村長ハ法律命令ニ依リテ其管理ニ屬スル地方警察事務ヲ管掌スルコトヲ定メ居レリ此場合ハ市町村長ヲ國ノ機關トシテ利用スルモノニシテ市長町村長ハ自治體ノ事務トシテ此等ノ事務ヲ管掌スルモノニ非ス國ノ機關トシテモ市町村長カ警察事務ヲ管掌スルハ法令ノ特別ノ委任アルカ又ハ別ニ官署ヲ設ケ地方警察事務ヲ管掌セシメサル場合ニ限ラレ現行ノ官制ニ於テハ地方警察ノ爲メニ特ニ官署ヲ設ケタルモノナシ又法令ニ於テ市町村長

ニ地方警察事務ヲ委任シタル明文モ之アラサルナリ故ニ市町村長ハ現行法ノ實際ニ於テハ國ノ警察機關ニ非ス然レモ其權限ハ警察ノ一部局タル警察事務ヲ施行スル直接ニ一般警察事務ノ執行ニ當ル者ハ警部巡查及ヒ憲兵ナリ特殊ノ警察ノ目的ノ爲メニ特ニ置カルル官吏モ之ナキニ非スト雖モ茲ニハ一般機關ニ付キ之ヲ述フヘシ憲兵ノ制度ハ素ト佛蘭西ニ起リタルモノニシテ其後各國ノ採用スル所ト爲リ遂ニ我國ニモ行ハルルニ至リタリ憲兵ハ軍隊ノ組織ヲ有シ陸軍大臣ノ管轄ニ屬ス主トシテ軍事警察ヲ掌リ兼テ行政警察及ヒ司法警察ノ事務ヲ分掌セリ其職務ノ執行ニ付テハ各事務ノ異ナルニ從ヒ陸海軍大臣内務大臣司法大臣臺灣總督ノ指揮ヲ受テ行政警察及ヒ司法警察ニ付テハ警視總監北海道長官府縣知事檢事臺灣廳長法院檢察官ノ指揮ヲ受テ(明治三十一年十一月勅令第三三七號參照)憲兵及ヒ巡查ハ其職務ヲ執行スルニ當リテ必要ナルトキハ兵器ヲ使用スルコトヲ得其場合ハ法令ニ於テ制限セリ憲兵ニ於テハ憲兵條例ニ其場合ヲ限定シテ曰ク第一暴行ヲ受クルトキ第二占守ル土地者クハ其委託セラレタル場所又ハ人ヲ防衛スルニ兵力ヲ用フルノ外他ニ手段ヲキトキ又ハ



兵力ヲ以テスルニ非サレハ抗抵ニ勝ツコト能ハサルトキトモ巡査ニ關シテハ明治十七年內務省達乙第三號巡査帶劍心得ニ依リ其場合ヲ限定セリ曰ク第一、兇器ヲ以テ人ノ身體財產ニ對シテ暴行ヲ爲シ拔劍スルニ非サレハ保護スルコト能ハサルトキ第二、暴行人カ兇器ヲ有スルニ於テ拔劍スルニ非サレハ防禦スルニ術ナキトキ第三、犯罪人逮捕ノトキ又ハ逃囚追捕ニ際シ兇器ヲ以テ抗拒シ拔劍スルニ非サレハ防禦スル術ナキトキトス

一般行政ノ行動ノ形式カ法規ト處分トニ表ハルルカ如ク警察權モ亦法規ト處分ノ形式ニ於テ表ハルルモノナリ法規ヲ以テ一般ニ遵由スヘキ所ヲ示シ之ニ依リテ各箇ノ場合ニ權力ヲ適用シ以テ公共ノ安寧秩序ヲ保持シ人民ノ幸福ヲ増進セルコトヲ努ムルニ於テ警察ノ作用カ完全ナルコトヲ得ヘシ警察法規ハ法律及ヒ命令ナリ法律ト命令トノ分界ハ諸君ノ既ニ知ラルル所ナリ如何ナル事項カ法律ヲ以テ定ムヘキ警察事項ナリヤノ警察ニ關スル法律ト命令トノ分界論ハ前既ニ之ヲ述ヘタリ法律ト命令トハ其制定ノ手續ニ於テ差アリ隨テ相互ノ關係ニ於ケル效力ニ於テ分別アルノミニシテ其臣民ニ對スル實效ニ於テ

ハ何等ノ異ナル所ナシ均シク國家ノ命令タル法規ナリ即チ一般ニ遵由スヘキ所ノ準繩規則タルニ於テハ異ナラサルナリ而シテ其内容ハ或ハ命令タルコトアリ禁止タルコトアリ

警察法規ニ定ムル所ノ命令及ヒ禁止ハ制裁ヲ以テ之ヲ強行スルヲ常トス即チ警察法規ニハ命令及ヒ禁止ノ違反ニ對スル罰則ノ規定ヲ包含ス罰則ノ規定ハ單純ナル命令及ヒ禁止ノ規定ト之ヲ區別シ警察罰則ト稱スルモノアリ警察罰則トハ臣民ニ對シテ或行爲又ハ不行爲ヲ罰ノ制裁ヲ以テ命令シ又ハ禁止スル法規ナリ此ノ如キ警察罰則警察罰及ヒ之ヲ科セラルル所ノ警察犯罪ハ如何ナル標準ヲ以テ刑法刑罰及ヒ之ヲ科セラルル刑事犯罪ト區別スヘキヤハ學者間ニ說ノ岐ルル所ニシテ或ハ之ヲ以テ道德違反ノ程度ノ區別ナリトスル者アリ權利侵害ト利益侵害トノ區別ナリトスル者アリ權利侵害ト權利侵害ニ至ラサル變更トノ區別ナリトスル者アリ又危害ノ既ニ至レルト其未ダ至ラサルモノトノ區別ナリトスル者アリ然レトモ此等ノ區別ハ孰レモ曖昧ニシテ兩者ノ間ニ分界線ヲ畫スルニ至ラス予ノ信スル所ニ依レハ刑罰ト警察罰トノ間ニハ性

質上ノ區別アルモノニ非ス唯制度ノ上ニ現ハルル便宜上ノ區別ニ過キス其性質ヲ言ヘハ警察罰ハ寧ロ刑罰ノ一種ニシテ警察罰則ハ刑法ノ系統ニ屬スヘキモノナリ性質上其孰レカ警察罰ナリキハ始ヨリ定マル所ニ非スニ立法者ノ定ムル所如何ニ依ル而シテ立法者カ彼レヲ刑事犯罪トシ此ヲ警察犯罪トスル標準ハ或ハ之ヲ道德違反ノ程度ニ探ルコトアルヘク或ハ又之ヲ權利侵害ノ程度ニ探ルコトアルヘク其法制ニ表ハルル所ニ就テ之ヲ觀レハ警察法規ノ強制ノ爲メニスル罰ハ警察罰ニシテ刑法規ノ強制ノ爲メニスル罰ハ刑罰ナリト謂フヘキノミ

警察法規ノ範圍内ニ於テ警察ノ目的ヲ遂行スルカ爲メニ各箇ノ場合ニ發スル國家ノ命令ヲ警察處分ト謂フ處分ナル語ハ法規ニ相對ス法規カ一般ノ準則ヲ定ムル通則又ハ其例外ナルニ對シテ處分ハ特定ノ場合ニ適用セラルル國家ノ命令ナリ即チ處分ハ法規ヲ定ムルモノニ非スシテ直接ニ法律關係ヲ發生スルモノナリ即チ法規ハ抽象的ニシテ處分ハ具體的ナリ此ノ如キ處分ノ權限ハ明示又ハ默示ニ法令ノ付與スル所ナリ默示ニ之ヲ付與スルトハ

辯論期日ニ至リ尙ホ被控訴人ノ控訴期間カ未タ經過セザルトキハ其申立ニ因リ控訴期間ノ滿了マテ辯論ヲ延期スヘキモノトス是レ此場合ハ若シ被控訴人ニ於テ更ニ控訴ヲ提起スルトキハ同時ニ辯論及ヒ裁判ヲ爲スノ目的ヲ達スルヲ得ンカ爲メナリ(第四一〇條第一項)

第六 關席判決ヲ受ケタル原告又ハ被告ヨリ其判決ニ對シ第一審裁判所ニ故障ヲ申立テ相手方ヨリ控訴ヲ提起シタルトキハ控訴裁判所ハ職權ヲ以テ控訴ニ付テノ辯論及ヒ裁判ヲ故障ノ完結マテ延期スヘキモノトス(第四一〇條第二項)

當事者ノ一方ヨリ故障ヲ爲シ相手方ヨリ控訴ヲ爲ス場合ハ例ヘハ第一審裁判所カ被告ノ懈怠ニ基キ原告ノ請求ノ一分ニ付キ關席判決ヲ以テ被告敗訴ノ言渡ヲ爲シ他ノ一分ニ付テハ請求ヲ不當トシテ却下ノ判決ヲ爲シタルトキニ生スルコトアリ而シテ右ノ規定アル所以ハ若シ故障ノ結果訴訟カ關席前ノ程度ニ復シ第一審ニ於テ新ニ辯論ヲ經テ判決ヲ爲ストキハ或ハ前判決廢棄セラレテ控訴ノ目的消滅スルニ至ルコトアルヘキカ故ナリ

第七 控訴審ノ口頭辯論モ亦第一審ニ於ケルト同一ノ規定ニ從ヒ爲スヘキモノナリト雖モ控訴ノ目的ハ既ニ一旦第一審ノ辯論及ヒ裁判ヲ經タル事件ニ付キ覆審ヲ求メ第一審判決ヲ攻撃スルニ在ルヲ以テ之ニ對スル控訴ノ申立及ヒ其不服ヲ申立テラレタル終局判決ニ其以前ニ爲シタル中間判決其他ノ裁判ヲ當否ヲ明瞭ナラシムルニ必要ナルトキハ當事者ハ口頭辯論ニ於テ第一審ニ於ケル事實並ニ證據ニ關スル自白其他ノ陳述等辯論ノ結果ヲ演述スヘキモノトス若シ其演述カ不正確又ハ不完全ナルトキハ裁判長ハ注意ヲ與ヘテ之ヲ更正補充セシムヘク又若シ辯論ヲ一旦閉テタル後右演述ノ不正確又ハ不完全ナルコトヲ發見シタルトキハ辯論ノ再開ヲ命シテ更正補充ヲ爲サシムルコトヲ得ルモノトス(第四一二條)

第八 妨訴ノ抗辯ハ第一審ノ被告タリシ控訴人若クハ被控訴人カ有效ニ拋棄スルコトヲ得タルモノ即チ公益ニ關スルモノニシテ裁判所ノ職權ヲ以テ調査スヘキモノハ控訴審ニ於テモ口頭辯論ノ終結ニ至ルマテ新ニ之ヲ提出スルコトヲ得ルモノト雖モ其有效ニ拋棄シ得ルモノハ元來第一審地方裁判所ニ於テハ

被告ヨリ本案ノ辯論ヲ爲ス以前ニ提出セサルヘカラサルモノナルヲ以テ控訴審ニ至リテ新ニ之ヲ提出スルコト能ハサルハ勿論ナリ又第一審裁判所カ區裁判所ナルトキハ管轄違ノ抗辯ヲ除キテハ辯論ノ終結ニ至ルマテ之ヲ提出スルコトヲ得レトモ其以後控訴審ニ於テ提出スルコト能ハサルハ亦同シ唯右ノ妨訴抗辯ハ控訴人若クハ被控訴人タル被告カ其過失ニ非スシテ第一審ニ提出スル能ハサルコトヲ疏明スルトキニ限り控訴審ニ於テ新ニ之ヲ主張スルコトヲ得ルノミ此種ノ妨訴抗辯ニ付テハ控訴審ニ於テモ勿論第一審ノ規定ヲ準用スヘキヲ以テ本案ノ辯論前ニ提出スルコトヲ要シ其以後辯論ノ終結ニ至ルマテハ過失ナクシテ提出スル能ハサルコトヲ疏明スルトキニ限り提出スルコトヲ得ヘキナリ又控訴審ニ於テハ有效ニ妨訴ノ抗辯ヲ提出シタルトキト雖モ之ニ基キテ本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ許テス但裁判所ニ於テ職權上妨訴ノ抗辯ニ付テノ辯論ノ分離ヲ命シテ此點ニ付テ裁判ヲ爲スコトヲ妨ケス(第四一四條)

第九 控訴審ニ於テハ不服ノ申立ニ因リテ定マリタル範圍内ニ於テ更ニ辯論

及ヒ裁判ヲ爲スヘク而シテ其辯論ニ於テ當事者ハ第一審ニ於ケル辯論ノ結果ヲ演述スルニ止メス自己ノ主張ヲ貫徹センカ爲メニ進ミテ新ナル訴訟材料ヲ提出スルコトヲ得即チ攻撃防禦ノ方法其他新ナル事實證據方法等ハ第一審ニ於テ提出シ得ヘカリシモノナルト否ト問ハス又一タモ第一審ニ提出シタルモノ第二百十條第三百四十七條ニ依リ却下セラレタルモノ若クハ第二百七十二條第二百八十四條ニ依リ之ヲ主張スル權利ヲ喪失シタルモノト雖モ總テ之ヲ第二審ニ提出スルコトヲ得ルモノトス蓋シ我立法上控訴ヲ許スノ旨趣ハ單ニ控訴裁判所ヲシテ第一審判決力第一審ニ於テ提出セラレタル訴訟材料ノ上ニ於テ果シテ正當ナルヤ否ヤヲ審査セシメシカ爲メノミナラス尙ホ新ナル訴訟材料ノ提供ニ依リ進ミテ訴訟關係ノ眞否ヲ審査セシメ以テ權利保護ノ目的ヲ達セントスルニ在リナリ故ニ第一審判決力第一審ニ提出セラレタル訴訟材料ニ對シテハ正當ナリトスルモ控訴審ニ於テ新ニ提出セラレタル其他ノ訴訟材料ニ依リテ訴訟關係ノ眞實ニ適合セザル不當ノ判決タルコトヲ發見シタルトキハ控訴裁判所ハ之ヲ變更シ更ニ適當ノ判決ヲ爲ササルヘカラス唯第一審

ニ於テ提出スルコトヲ得ヘカリシ事實又ハ證據方法ヲ提出シタルニ依リテ勝訴シタル原告若クハ被告ハ第七十八條ノ規定ニ依リ控訴費用ノ全部又ハ一分ノ負擔ヲ命セラルルコトアルノミ尙ホ又第一審ニ於テ相手方ノ主張シタル事實又ハ證據ニ關シテ何等ノ陳述ヲ爲サズ若クハ陳述ヲ拒ミタルニ因リテ第一百一條及ヒ其他ノ規定ニ從ヒ自白シタルモノト看做サレタル者ハ第二審ニ至リテ更ニ之ヲ争ヒ以テ右法律上ノ推定ヲ除去スルコトヲ得ヘシ第四一七條但第一審ニ於テ爲シタル原告若クハ被告ノ裁判上ノ自白ハ第二審ニ於テ單純ニ之ヲ取消スコトヲ得ヌ即チ其自白ノ無効タリ又ハ取消シ得ヘキ事由ヲ證明セザル限ハ第二審ニ於テモ仍ホ效力ヲ保有ス(第四一八條)一、新ナル請求ハ控訴審ニ於テハ之ヲ起スコトヲ得サルヲ原則トス蓋シ控訴ノ目的物ハ一旦第一審ニ提起シタル請求ニシテ第一審ノ判決ヲ經タルモノニ限定セラレ未ダ曾テ第一審ニ起サザリシ新ナル請求又ハ取下ケタル請求ハ本訴タルト反訴タルト問ハス之ヲ第二審ニ繫屬セシムルコトヲ許サザルノ旨趣ナリ隨テ訴ノ變更ハ相手方ノ承諾アルトキト雖モ之ヲ許サズ(第四一二條)

故ニ控訴審ニ於テ新ナル請求ヲ起シ又ハ訴ヲ變更シテ第一審判決ノ變更ヲ求ムルトキハ其控訴ハ理由ナシトシテ之ヲ棄却セサルヘカラス然レトモ右ノ例外トシテ第九十六條第二號ノ申立ノ擴張減縮及ヒ第三號ノ申立ノ變更ハ第二審ニ於テモ亦之ヲ許シ其他相殺ヲ爲スコトヲ得ヘキ請求ニシテ當事者カ其過失ニ非スシテ第一審ニ提出スル能ハナリシコトヲ確明シタルトキハ新ニ反訴トシテ之ヲ起スコトヲ許セリ(第四一六條)但第二十一條ノ附隨ノ確認ノ訴ハ申立ノ擴張ニ依リテ起スコトヲ得ル旨ヲ規定セリト雖モ其性質第九十六條ニ所謂申立ノ擴張トハ異ナリ全ク別箇ノ訴ニ屬スルヲ以テ控訴審ニ至リテハ新ニ之ヲ提起スルコトヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス

第二審ニ於テ第九十六條第二號ノ申立ノ擴張及ヒ同條第三號ノ申立ノ變更ヲ爲スニハ原告カ第一審判決ニ對シ控訴ノ申立ヲ爲シ又ハ被控訴人トシテ附帶控訴ヲ爲ササルヘカラス然ラハ第一審ニ於テ原告カ全然勝訴ノ判決ヲ受ケタル場合ニモ仍ホ之ニ對シ控訴若クハ附帶控訴ヲ爲シ以テ最初ノ申立ヲ擴張シ若クハ變更スルコトヲ得ルヤ例ヘハ損害要償ノ訴ニ於テ原告カ其損害額ヲ

一萬圓ト見積リ第一審裁判所ニ一萬圓ノ請求ヲ爲シ勝訴ノ判決ヲ受ケタル後其損害ノ額ハ一萬五千圓ナルコトヲ發見シタルトキハ第一審判決ニ對シ控訴ヲ提起シ又ハ相手方ノ控訴ニ附帶シテ申立ノ擴張ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤ此點ニ關シテハ學者間ノ議論一定セズ一説ニ依レバ控訴ハ元來第一審判決ニ對シ不服ヲ申立テ其變更ヲ求ムルヲ以テ目的トシ不服申立ノ範圍内ニ於テ辯論及ヒ裁判ヲ爲スヘキモノニシテ隨テ控訴人ハ先ツ控訴狀ニ如何ナル程度ニ於テ第一審判決ニ對シ不服ナルヤ如何ニ其判決ヲ變更スヘキヤノ申立ヲ掲ケ且口頭辯論ニ於テ其申立ヲ爲ササルヘカラス而シテ第二審裁判所ハ其變更ノ申立アル第一審判決ノ部分ニ限り之ヲ變更スルコトヲ得ルノミ今前例ノ場合ノ如ク原告カ其請求通り勝訴ノ判決ヲ受ケタル場合ニ於テハ之ニ對シ不服ヲ申立テ變更ヲ求ムヘキ部分アルコトナク更ニ請求ヲ擴張シ其點ニ付キ判決ヲ求ムルモノト謂フヘク斯ル申立ノ許スヘキニ非サルハ明カナリ故ニ控訴ニ依リテ申立ヲ擴張又ハ變更ヲ爲スコトヲ得ルハ原告カ第一審ニ於テ請求ノ全部

若クハ一分ニ付キ不利益ナル判決ヲ受ケタル場合ニ制限セザルヲ得スト是レ一箇有力ノ議論ナリト雖モ然レトモ更ニ他方ヨリ之ヲ考究セヤ既ニ控訴審ニ於テモ申立ノ擴張及ヒ變更ヲ許シタル以上ハ原告カ第一審ニ於テ全部勝訴ノ判決ヲ受ケタルトキト雖モ之ニ満足セシテ控訴ニ依リ申立ノ擴張變更ノ目的ヲ達セントスルトキハ之ヲ許ササルヘカラサルカ如シ前例ニ於ケル一萬圓ノ請求ノ一部分カ第一審判決ニ依リ却下セラレタルトキ控訴ヲ以テ其却下ノ判決ニ不服ヲ申立テ其變更ヲ求ムルト同時ニ更ニ五千圓ノ請求ヲ附加シ以テ申立ノ擴張ヲ爲ス場合ノ如キモ理論上其不服アルハ却下ノ判決ノ部分ニ過キヌシテ其部分ニ對シ不服ヲ申立テ變更ヲ求ムルコトヲ得ルハ勿論ナレトモ未ダ曾テ第一審ニ提出セズ隨テ第一審判決ヲ經テ擴張ノ申立ニ付キ第一審判決ニ不服アリトシ控訴裁判所ノ判決ヲ求ムルコトヲ得ルノ理由ナシ却下ノ判決ノ部分ノ變更ヲ求ムルニ満足セシテ其以外ニ擴張ノ申立ニ付キ控訴ニ依リテ第二審ノ判決ヲ求ムルコトヲ得ルノ權利ヲ發生スルハ單ニ法律カ之ヲ許シタルカ爲メノミ果シテ然ラハ原告カ縱令其請求通り第一審ノ判決ヲ得タリ

ト雖モ之ニ満足セシテ控訴ヲ爲シ更ニ申立ヲ擴張シテ第二審ノ判決ヲ求ムルコトハ亦之ヲ許スヲ以テ其當ヲ得タルモノト謂フヘク殊ニ相手方カ控訴ヲ爲シタル場合ニ於テハ右原告ハ被控訴人トシテ附帶控訴ヲ爲シ申立ヲ擴張シテ第二審ノ判決ヲ求ムルコトヲ得ト解セザルヘカラス

第十一 控訴審ニ於テモ第二十條ノ條件ヲ具備スルトキハ被告ノ提出シタル防禦方法ヲ却下スルコトヲ得レトモ之ヲ却下シテ被告ニ敗訴ヲ言渡ストキハ判決ノ主文ニ於テ其防禦方法ヲ主張スル權利ヲ留保スル旨ヲ掲クヘキモノトス蓋シ防禦方法カ第一審ニ於テ却下セラレタルトキハ常ニ第二審ニ於テ之ヲ提出スルコトヲ得ルモ第二審ニ於テ却下セラレタルトキハ更ニ上告審ニ於テ之ヲ提出スルコトヲ得ナルカ故ナリ防禦ノ方法ヲ却下シタル後之ヲ主張スル權利ヲ留保シテ下シタル判決ハ訴訟ヲ全然終局セシムルモノニ非スシテ訴訟ハ爾後猶ホ第二審ニ繫屬スルモノナリ故ニ此判決ハ其性質中間判決タリ然レトモ上訴尙ニ強制執行ニ關シテハ終局判決ト看做サルモノニシテ獨立ノ上訴ヲ爲スコトヲ得ヘク隨テ又獨立シテ確定力ヲ有スルニ至リ且強制執行ヲ

爲スコトヲ得ルモノナリ。又獨立ニモ審訊セザルニ至リ且過期時ヲ以テ  
 第二審ニ於テ防禦方法ヲ却下シタルニ拘ハラズ判決ニ其留保ヲ掲ケテラシト  
 キハ被告ハ留保判決ヲ補充ヲ求ムルコトヲ得ヘク又上告ニ依リテ之ヲ攻撃ス  
 ルコトヲ得ヘシ(第四二六條)其ハ控訴審ニ於テ全額留保ヲ求ムルモノナリ且モ  
 防禦方法ノ主張ヲ留保スル判決アリタルトキハ猶ホ其訴訟ハ第二審ニ繫屬ス  
 ルヲ以テ更ニ當事者ノ申立ニ因リ期日ヲ定メテ口頭辯論ヲ爲ササルヘカラザ  
 ルモ其辯論ハ留保セラレタル防禦方法ニノミ關シテ爲スヘク被告ハ其他ニ新  
 ナル防禦方法ヲ提出スルコトヲ得ス但原告ハ留保セラレタル防禦方法ニ對ス  
 ル攻撃方法ヲ提出スルコトヲ得ヘク被告モ亦之ニ對スル防禦方法ヲ提出スル  
 コトヲ得ルモノトス而シテ此手續ニ於テ控訴裁判所カ右ノ防禦方法ヲ理由ナ  
 シトスルトキハ之ヲ却下シ且訴訟費用ヲ被告ニ負擔セシムル旨ノ判決ヲ爲シ  
 テ訴訟ヲ終局セシムヘク之ニ反シテ其防禦方法ヲ理由アリトシ原告ノ請求ノ  
 全部又ハ二分ヲ不當ナリトスルトキハ之ヲ認可シタル前留保判決ヲ廢棄シテ  
 其請求ノ全部又ハ二分ヲ却下スルノ判決ヲ爲スヘキノミナラズ留保判決ハ獨

立シテ確定シ強制執行ヲ爲シ得ヘキモノナレハ若シ既に被告カ此判決ニ基キ  
 支拂又ハ其他ノ給付ヲ爲シタルトキハ被告ノ申立ニ因リテ原告ニ對シ其支拂  
 ヒ又ハ給付シタル物ヲ被告ニ返還スヘキ旨ノ言渡ヲ爲シ且一般ノ規定ニ從ヒ  
 テ總テノ訴訟費用ニ付テノ裁判ヲモ爲スヘキモノナリ是レ留保判決ハ中間判  
 決ナルヲ以テ訴訟費用ノ裁判ヲ包含セサルヘクレハナリ(第四二七條右被告ノ  
 給付シタル物ノ返還ノ言渡ノ申立ハ口頭辯論ニ於テ其終結ニ至ルマテ爲スコ  
 トヲ得ルモノナリ) 出頭コトハ出頭人ノ申立ニ因リ關照  
 第十二條控訴審ノ關席判決手續ニ付テハ大體第一審ニ於ケル同手續ノ規定ヲ  
 準用スヘキモノニシテ即チ關席判決ヲ爲スノ條件懈怠申立等關席判決者申立  
 ヲ却下スヘキ場合關席判決ノ申立ニ付テノ辯論ヲ延期スヘキ場合故障申立ニ  
 關スル規定等皆之ヲ準用スヘキモノナリ其詳細ハ既に第二編ニ説明セルヲ以  
 テ茲ニ贅セズ。其ハ控訴審人ノ申立ニ因リ關照  
 控訴審ニ於テ當事者ノ一方カ辯論期日ヲ懈怠シ他ノ一方カ出頭シテ關席判決  
 ノ申立ヲ爲スモ控訴裁判所カ控訴ヲ不適法ト認メタルトキハ關席判決ヲ爲サ

スシテ控訴ヲ不違法トシテ棄却スルノ判決ヲ爲スヘク控訴ノ適法ニシテ且闕  
 席判決ヲ爲スノ條件具備スルトキ始テ闕席判決ヲ爲スヘキモノトス而シテ  
 控訴人ノ懈怠ニ基キ被控訴人ノ申立ニ因リ闕席判決ヲ爲ストキハ當然控訴棄  
 却ノ判決ヲ爲スヘキモノトス(第四二八條)然レトモ被控訴人ノ懈怠ニ基キ闕席  
 判決ニ付テハ特別ノ規定アリテ全然第一審ノ規定ニ從フコトヲ得ス蓋シ控訴  
 審ニ於テハ不服ヲ申立テラレタル第一審ノ判決及ヒ辯論ノ結果ハ控訴審ノ判  
 決ノ材料トシテ之ヲ參酌セザルヘカラサレハナリ即チ第二百二十九條ニ依レ  
 ハ被控訴人カ辯論期日ニ出頭セスシテ出頭シタル控訴人ノ申立ニ因リ闕席判  
 決ヲ爲ス場合ニ於テハ控訴人ノ事實上ノ供述ハ全然被控訴人ノ自白シタルモ  
 ノト看做スコトヲ得スシテ唯其供述中第一審判決ノ憑據ト爲リタルモノニ抵  
 觸セザルモノノミヲ自白シタルモノト看做スヘキモノナリ茲ニ所謂第一審判  
 決ノ憑據ト爲リタル事實即チ第一審ノ辯論ニ於テ現出シタルニ因リテ第一審  
 判決ノ材料ト爲リタル事實即チ第一審ノ辯論ニ於テ一方カ主張シ他ノ一方カ  
 自白シタル事實又ハ爭ヒタル事實爭アリテ證明セラレタル事實等ヲ謂フ之ニ

抵觸セル控訴人ノ供述ハ被控訴人闕席ノ場合ト雖モ當然被控訴人カ自白シタ  
 ルモノト看做スコト能ハス未タ曾テ第一審ニ現ハレザル新ナル事實ヲ主張ス  
 ルトキハ所謂第一審判決ノ憑據ト爲リタル事實ニ抵觸スルモノト謂フヲ得サ  
 ルヲ以テ此事實ハ被控訴人ニ於テ自白シタルモノト看做サルヘキモノナリ但  
 新ナル事實ハ被控訴人ニ適法ナル時期ニ於テ書面ヲ以テ通知セザルトキハ闕  
 席判決ヲ爲スコト能ハス右第一審判決ノ憑據ト爲リタル事實ニ抵觸セル控訴  
 人ノ事實上ノ供述ハ被控訴人ノ自白シタルモノト看做サレサルヲ以テ隨テ控  
 訴人ハ之ヲ證明シ以テ第一審判決ノ事實上ノ確定ヲ補充シ若クハ辯駁スルノ  
 必要ヲ生ス然レトモ控訴人ニ於テ之ヲ證明センカ爲メ適法ノ證據方法ヲ提出  
 スルトキハ現實證據調ヲ爲サスシテ既ニ之ヲ爲シ且其結果ヲ得タルモノト看  
 做シテ闕席判決ヲ爲スヘキモノトス故ニ右抵觸シタル事實ノ主張ニ付テハ單  
 ニ適法ナル證據方法ノ申出ヲ爲スニ因リテ眞實ト看做サルノ結果ヲ生ス  
 控訴裁判所ニ於テ被控訴人ノ闕席シタル場合ニ右ノ規定ニ從ヒ控訴人ノ辯論  
 ヲ聽キ被控訴人ニ懈怠ノ結果ヲ負ハシメ依テ以テ控訴ヲ理由アリトシ第一審



判決ヲ變更シタルトキハ即チ關席判決トシテ被控訴人ハ故障ヲ以テ之ニ對シ不服ヲ申立ツルコトヲ得レトモ其他ノ理由ニ依リ第一審判決ヲ變更シタルトキ例ヘハ無訴權管轄違等ノ理由ニ因リ判決ヲ爲シタルトキ及ヒ被控訴人關席ノ儘控訴ヲ理由ナシトシテ棄却シタルトキハ其判決ハ關席判決ニ非ザルヲ以テ上告ヲ以テノミ攻撃スルコトヲ得ヘキモノナリ

第十三 右ノ外控訴審ニ於テ判決ヲ爲ス手續ハ第一審ニ於ケルト同一ノ規定ニ從フヘキモノナルモ唯判決中ノ事實ノ摘示ニ付テハ第一審判決ト符合スルモノアルトキハ之ヲ援用スルコトヲ得第四三〇條

第十四 控訴審ニ於テ終局判決ヲ爲シ以テ其手續ヲ完結シタルトキハ控訴裁判所ノ書記ハ訴訟記録ニ第二審判決ノ認證アル謄本ヲ添ヘ之ヲ第一審裁判所ノ書記ニ送還スヘキモノナリ(第四三一條第二項)

### 第二章 上告

#### 第一節 上告ノ要件

上告ハ第二審裁判所ノ終局判決ニ對シ法律違背ノ點ニ付キ其確定以前ニ法定ノ方式ニ從ヒ上告裁判所ニ爲スヘキ不服申立ノ方法ナリ故ニ之ヲ提起スルニ付テハ左ノ條件ヲ必要トス

第一 第二審裁判所ノ終局判決ニ對シテ爲スコトヲ要ス

第二 第二審裁判所ハ裁判所構成法ノ定ムル事物ノ管轄ニ從ヒ第一審裁判所カ區裁判所タルト地方裁判所タルトニ從ヒ或ハ地方裁判所タルコトアリ或ハ控訴院タルコトアリ隨テ上告裁判所ハ或ハ控訴院タルコトアリ或ハ大審院タルコトアリ此第二審裁判所ノ終局判決ヲ受ケタル當事者カ之ニ不服アルトキハ上告ヲ爲スコトヲ得而シテ此要件ニ付テハ控訴ノ第一要件ニ關スル説明ヲ全然應用スルコトヲ得即チ第二審裁判所ノ終局判決及ヒ終局判決ト看做サレタル中間判決ハ其全部判決タルト一分判決タルトヲ問ハス之ニ對シテ上告ヲ爲スコトヲ得ヘク關席判決ニ對シテハ其故障ヲ許ササルモノニ限り懈怠ナカリシコトヲ理由トシテ上告ヲ爲スコトヲ得終局判決以前ノ純然タル中間判決並ニ決定命令ニシテ絕對ニ不服ノ申立ヲ許ササルモノ若クハ抗告ヲ以テ不服ヲ申立

ツルコトヲ許シタルモノノ外ハ終局判決ニ對シテ上告ヲ爲シタルトキハ當然  
 之ニ對シ不服ヲ申立テ其當否ニ付キ上告裁判所ノ判斷ヲ受クルコトヲ得ヘク  
 又訴訟費用ノ裁判ニ對シテハ本案ノ判決ト共ニ上告ヲ以テ又ハ附帶上告ニ依  
 リテ攻撃スルコトヲ得ヘシ(第四三二條第四三三條第八二條右ノ外何人ヨリ何  
 人ニ對シ上告スヘキモノナルヤニ付テモ控訴ノ説明ヲ適用スルコトヲ得  
 茲ニ注意スヘキコトハ第四百三十二條ニ所謂第二審ニ於テ爲シタル終局判決  
 トハ一旦第一審ノ終局判決ヲ經テ第二審ニ於テ爲シタル判決ノミヲ謂フニ非  
 スシテ第二審裁判所タル資格ヲ以テ地方裁判所又ハ控訴院カ下シタル終局判  
 決ヲモ包含スヘキコト是ナリ例ヘハ本案ノ訴訟カ控訴審ニ繫屬スル場合ニ其  
 裁判所カ假差押又ハ假處分ニ關シ第六編第四章ノ規定ニ從ヒ終局判決ヲ爲シ  
 タルトキハ其判決ハ勿論第一審裁判所ノ爲シタルモノニ非ラレハ控訴ヲ爲ス  
 コトヲ得スシテ第二審裁判所ノ爲シタル終局判決トシテ上告ヲ爲シ得ルモノ  
 ト謂ハタルヘカラス(第四三三條)ト云フ事ハ、  
 第二ニ法定ノ方式ニ從ヒ提起スルコトヲ要ス

雜 報

○支拂場所ノ表示  
 手形ニ本文ノ金額ハ株式會社明治商業銀行ニ於テ支拂  
 可申候也ト記載セルハ支拂ノ場所ヲ表示シタルモノナルカニ關スル實際問題  
 ハ東京控訴院ニ於テ之ヲ否定シタルニ大審院ハ其説明ヲ不當ト爲シ其判決ヲ  
 破毀シテ曰ク「手形ハ要式行爲ニシテ其署名者ノ責任ハ文言ニ從ヒテ定マルヘ  
 キコトハ固ヨリ論ヲ待タスト雖モ支拂場所ノ記載ノ如キハ手形ノ必要事項ニ  
 非ツルヲ以テ爲替手形ニ於ル支拂地又ハ約束手形ニ於ケル振出地ノ記載ノ如  
 ク之ヲ表示スヘキ文言法律上一定シタル標準アルニ非ス故ニ手形ニ支拂場所  
 トシテ記載シタル文言ニシテ支拂地域内ノ或場所ヲ記載シタルモノト判斷ス  
 ルニ足ルトキハ其用語ノ適切明瞭ナルト否トヲ問ハス事實承審官ハ支拂場所  
 ナリト判斷スルコトヲ妨ケス原判文ヲ闕スルニ其前略此文言タルヤ單ニ一定ノ  
 商號ヲ有スル法人ニ於テ支拂フヘシトノ意アルニ止リ支拂ノ場所ヲ示スニ適  
 切明瞭ナル文言ト謂フヲ得スト判示シタル所ニ由リテ之ヲ觀レハ原院ハ株式

會社明治商業銀行ノ文言ハ支拂ノ場所ヲ記載シタルモノト認定スルヲ得ザル  
モノト爲シ即チ其專權ニ屬スル事實判斷ヲ爲シタルモノト解セラレザルニ非  
ラスト雖モ其凡テ手形ニ記載スヘキ支拂場所ハ一定ノ地點ヲ表示スルニ適切  
明瞭ナル文言ヲ以テモタルヘカラス云云ノ數語ヲ前提ト爲シタル所ヨリ之ヲ  
考フレハ原判旨ハ支拂場所ノ記載ハ支拂地若クハ振出地ノ記載ノ如ク法律上  
一定シタル標準アルモノト爲シタル嫌アルコトヲ免レス然レハ即チ原判旨ハ  
歸スル所手形ニ記載スヘキ支拂場所ハ之ヲ表示スヘキ文言一定ノ標準アリテ  
通例法人ノ商號ヲ表示スルニ用ユル文字ノ如キハ法律上支拂場所ヲ表示スヘ  
キ文言トナラス即チ若シ支拂場所トシテ之ヲ記載シタル場合ニ於テハ果シテ  
其記載ハ支拂場所ノ表示ナルヤ否ヤ事實判斷ヲ爲スヘキ餘地ナシト云フニ外  
ナラス故ニ原判決ハ到底商法第四百五十四條ノ規定ヲ不當ニ適用シタル不法  
アルモノト云フヘシト(大審院明治三十三年十月八日第一民事部判決)之ト  
同様ノ問題ニ付キ嘗テ東京控訴院ハ商號ノ記載ト認メテ消極ニ斷定シタルヲ  
大審院ハ事實問題ナリト判斷シタル例三十二年四月二十三日判決アリテ兩院

間兎角見解ヲ異ニスルカ如シ

○懸賞討論會

去月二十九日午後一時ヨリ本校第一講堂ニ於テ懸賞討論會

ヲ開キ秋山學士會長席ニ著カレ會場ヲ整理セラレタリ其間羅左ノ如シト

親權ニ服スル未成年ノ女子ノ婿養子縁組ニ因リテ婚姻ヲナシタル場合ニ於

テ夫カ成年者ナルトキハ夫ハ妻ニ對シテ後見人ノ職務ヲ行フヘキヤ否ヤ(梅

博士出題)

此問題ハ本年二月二十日大審院民事第二部ニ於テ判決セラレ梅博士カ法學志  
林第四十九號一頁乃至四頁ニ於テ批難セラレタル所ナルヲ以テ論旨既ニ定マ  
リ更ニ新説ノ聞クヘキモノ少カリシモ論點ノ明確ナルタケ概シテ好成績ナリ  
シカ如シ而シテ大審院ノ判例ハ法學志林第四十二號七〇頁三十六年度第一部  
講義錄雜報五三頁乃至五五頁ニ於テ其要旨ヲ掲載シ置キタレハ就キテ石ラル  
ヘク玆ニハ唯同判旨ニ見タル積極論者ノ論點ノミヲ擧ケンニ夫婦カ婚姻ノ届  
出前ニ其財産ニ付キ別段ノ契約ヲ爲サザル場合ニ於テハ第八百一條ニ依リ夫  
ハ妻ノ財産管理權ヲ有スルカ故ニ親權者ハ財産管理權ヲ失フヘク隨テ第九百

依第一號後段ノ場合ニ該當シ後見開始ノ原因ト爲ルヲ以テ此場合ニ於テハ夫  
ハ後見人ノ職務ヲ行フヘキモノナリト云フニ在リテ消極論ニ亦別ニ新説トシ  
テ閉クヘキモノナカラシカ採決ニ及ヒテ消極説多數ヲ占メ積極主論者掛下學  
士差支ノ爲メ出席セラレサリシヲ以テ消極主論者梅博士登壇セラレ先ツ積極  
主論者闕席ニ付キ採決後ニ自説ヲ述フルコトトシタル旨ヲ述ヘ法學志林中ニ  
於テ論セラル點ヲ三ニ分チ第一、後見人ト後見ノ職務ヲ行フ者トノ異ナルコト  
及ヒ夫カ後見人ノ職務ヲ行フト規定シタル理由第二、親權ト後見ノ兩立シ得ル  
コト第三、親權ト夫權トノ關係ヲ詳細ニ述ヘラレ尋テ散會シタルハ七時半頃ナ  
リキ尙ホ當日松本主幹、石井、信岡、佐々木等ノ諸校友臨場セラレタリ

○ 第一等賞 淺 消極説 三年生 鈴木 小 平  
第二等賞 廣 積極説 三年生 近 藤 定 喜  
第三等賞 同 二年生 小 川 嘉 七

○ 懸賞協會 五月二十日付第一號ニ於テ懸賞協會  
同委員長廣ニ其ニスルニ成ス

(注 意)

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

納付書

爲替番號

一金

但三十七年度第三學年 月分月謝金

右納付候也

居所

明治三十六年

月 日

法政大學會計局御中

納付書

爲替番號

一金

但三十七年度第三學年 月分月謝金

右納付候也

居所

明治三十六年

月 日

法政大學會計局御中

條第一號後段ノ場合ニ該當シ後見開始ノ原因ト爲ルヲ以テ此場合ニ於テハ夫  
ハ後見人ノ職務ヲ行フヘキモノナリト云フニ在リキ消極論モ亦別ニ新説トシ  
テ聞クヘキモノナカリシカ採決ニ及ヒテ消極説多數ヲ占メ積極主論者掛下學  
士差支ノ爲メ出席セラレサリシヲ以テ消極主論者梅博士登壇セラレ先ツ積極  
主論者闕席ニ付キ採決後ニ自説ヲ述フルコトトシタル旨ヲ述ヘ法學志林中ニ  
於テ論セサル點ヲ三ニ分チ第一、後見人ト後見ノ職務ヲ行フ者トノ異ナルコト  
及ヒ夫カ後見人ノ職務ヲ行フト規定シタル理由第二、親權ト後見ノ兩立シ得ル  
コト第三、親權ト夫權トノ關係ヲ詳細ニ述ヘラレ尋テ散會シタルハ七時半頃ナ  
リキ尙ホ當日松本主幹、石井、信岡、佐々木等ノ諸校友臨場セラレタリ

- 第一等賞 消極説 三年生 鈴木 小平
- 第二等賞 積極説 三年生 近藤 定喜
- 第三等賞 同 二年生 小川 嘉七

(注意) 校外生月謝金納付ノ際ハ必ス本紙ヲ切抜キ居所、氏名及爲替番號、金額、並ニ月謝金ノ月別若クハ何月分ヨリ何月分迄ト記入シ爲替券ニ添附スルモノトス

納付書

爲替番號

( )

一金

但三十七年度第三學年

月分月謝金

右納付候也

居所

明治三十六年

月 日

法政大學會計局御中

納付書

爲替番號

( )

一金

但三十七年度第三學年

月分月謝金

右納付候也

居所

明治三十六年

月 日

法政大學會計局御中

# 法學志林

一部定價金十二錢 郵稅一錢  
十部前金郵稅共一圓二十錢  
校友、生徒、校外生ハ一部特  
價郵稅共十一錢十部前金郵  
稅共一圓

## 第五十號目次

(十一月十五日發行)

### 志林

○君主ノ國法上ノ地位 法學博士 義澤部達吉  
○當事者方既ニ確定セル事實ヲ知ラスノ條件ト  
爲シタル法律行為ノ性質ヲ論ス

### 纂論

○最近判例批評(其十四)  
○民法雜說  
○羅馬ニ於ケル離婚  
○取引所(金)  
○取立命令ヲ得タル債權者方第三債務者ニ對シ起  
觀シタル場合ニ於ケル訴訟法上ノ地位  
法學士 松岡 義正

### 解疑

○本案前ノ判決力本案判決ニ及ボス效力  
法學士 豐島 直通  
○不能犯ト夢幻罪トノ區別  
法學士 谷野 格  
○國力均勢ノ意義  
法學士 秋山 雅之介  
○憲法上大權ト法律ノ制限  
法學士 清水 澄

### 散錄

○法界落葉集  
公平 概史

### 寄書

○不能犯ヲ論ス  
友林 恒四郎

其他判例、雜報、記事等  
發行所 司法部指定 私立法政大學  
文部省認定

## 法政大學

明治三十六年十二月五日印刷  
明治三十六年十二月八日發行

(定價金貳拾錢)

編輯兼 發行所  
東京市牛込區牛込北町十番地  
萩原 敬之

印刷者  
東京市牛込區矢來町三番地  
小宮 山信好

印刷所  
東京市芝區西ノ久保町第十一番地  
金子 活版所

發行所  
司法部指定  
東京市麴町區富士見町六丁目十六番地  
法政大學  
(電話番町百七十四番)

明治三十六年十一月十二日第三種郵便物認可  
(毎月九圓一日五八日十一日十五日十八日廿一日廿五日廿八日發行)