

法政大學講義録

松岡, 義正 / 美濃部, 達吉 / 富井, 政章 / 矢部, 廉 / 掛
下, 重次郎 / 山田, 三良 / 若槻, 禮次郎 / 上杉, 慎吉

(出版者 / Publisher)

法政大學

(巻 / Volume)

3-14

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

55

(発行年 / Year)

1904-02-28

1 2 3 4 5 6 7 8 9 1 2 3 4 5 6 7 8 9 1 2 3 4

(明治三十六年十月十二日第三種郵便物認可)
每月十四日、三日、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

明治三十七年二月二十八日發行

第三學年ノ十四

法政大學講義錄

第四拾參號



法政大學發行

第三學年第十四號目次

民法物權	自第七章(自九七)至第十章(至一〇四)	法學博士 富井政章
民法親族	(自二四九)至(至二六四)	法律學士 掛下重次郎
民法相續	(自二四七)至(至二五七)	法學士 若槻禮次郎
商法手形	(自三三)至(至五六)	法學士 矢部廉
行政法總論	(自四二)至(至四五)	法學博士 美濃部達吉
行政法各論	(自二二七)至(至二四一)	法學士 上杉愼吉
國際私法	(自一四一)至(至一五六)	法學博士 山田三良
破產法	(自一三三)至(至一四〇)	法學士 松岡義正

雜報

○詐欺強迫ニ因ル協議上ノ離縁ノ效力並ニ違法離縁届出ノ取消
○數月後ニ支拂ハルヘキ爲替訴訟○露國ノ宣戰

不動産質ハ近世歐洲諸國ニ於テハ殆ト行ハレテ居リマセス、唯佛國ヲ始トシテ多少之ト類似スル所アル用益質ヲ認ムル例ハ多クアリマス

用益質トハ債權者カ辨濟ヲ受クルマデ債務者ノ不動産ヲ留置シテ其使用收益ヲ爲ス權利ヲ謂フ、然ルニ是ハ質權ノ效力ノ一部ニ過ギザルモノデアル、用益質ヲ有スル者ハ決シテ其權利ノ目的物ヲ賣却シテ其代價ニ付イテ優先權ヲ行フコトヲ得ルモノデナイ、即チ此點ニ於テ純然タル質權ト大ニ相異ナルモノデアリマス、此用益質スラモ近世ニ在ッテハ抵當權ノ盛ニ行ハルルニ從ッテ大ニ適用ヲ失フコトト爲リマシタ

是ヨリ簡單ニ不動産質ノ效力ヲ述ベマス

不動産質權者ハ第一ニ其權利ノ目的タル不動産ノ用方ニ從ッテ其使用及ヒ收益ヲ爲スコトヲ得ル(第三五六條然レドモ此效力ハ不動産質ノ要素ト看ルベキモノデハナイ、當事者ニ於テ反對ノ定ヲ爲スコトヲ許シテアリマス(第三五九條)即チ特約ナキ普通ノ場合ニ生ズル效力デアル、此點モ用益質ト相異ナル所デアル、不動産質ハ質權デアッテ使用、收益ヲ必要條件トスルモノデハナイ

090
1904
3-1-14

第三學年第十四號目次

民法物權	自第七章(頁九七) 至第十章(頁一〇四)	法學博士 富井 政章
民法親族	自(頁四九) 至(頁六四)	法學士 掛下重次郎
民法相續	自(頁四七) 至(頁五七)	法學士 若槻禮次郎
商法手形	自(頁三三) 至(頁五三)	法學士 矢部 廉
行政法總論	自(頁五二) 至(頁五五)	法學博士 美濃部達吉
行政法各論	自(頁三七) 至(頁四六)	法學士 上杉 慎吉
國際私法	自(頁四六) 至(頁五五)	法學博士 山田 三良
破產法	自(頁四三) 至(頁五〇)	法學士 松岡 義正

雜報 ○詐欺強迫ニ因ル協議上ノ經緯ノ效力並ニ遺法廢止届出ノ取消
○數月後ニ支拂ハルヘキ爲替訴訟○露國ノ宣戰

不動産質ハ近世歐洲諸國ニ於テハ殆ド行ハレテ居リマセヌ、唯佛國ヲ始トシテ多少之ト類似スル所アル用益質ヲ認ムル例ハ多クアリマス。用益質トハ債權者カ辨濟ヲ受クルマデ債務者ノ不動産ヲ留置シテ其使用收益ヲ爲ス權利ヲ謂フ、然ルニ是ハ質權ノ效力ノ一部ニ過ギザルモノデアル、用益質ヲ有スル者ハ決シテ其權利ノ目的物ヲ賣却シテ其代價ニ付イテ優先權ヲ行フコトヲ得ルモノデナイ、即チ此點ニ於テ純然タル質權ト大ニ相異ナルモノデアリマス、此用益質スラモ近世ニ在ッテハ抵當權ノ盛ニ行ハルルニ從ッテ大ニ適用ヲ失フコトト爲リマシタ。

是ヨリ簡單ニ不動産質ノ效力ヲ述べマス。

不動産質權者ハ第一ニ其權利ノ目的タル不動産ノ用方ニ從ッテ其使用及ヒ收益ヲ爲スコトヲ得ル(第三五六條然レドモ此效力ハ不動産質ノ要素ト看ルベキモノデハナイ、當事者ニ於テ反對ノ定ヲ爲スコトヲ許シテアリマス(第三五九條即チ特約ナキ普通ノ場合ニ生ズル效力デアル、此點モ用益質ト相異ナル所デアル、不動産質ハ質權デアッテ使用、收益ヲ必要條件トスルモノデハナイ。

民法物權 質權 不動産質

不動產質權者ハ使用收益ノ權利ヲ有スルニ由テ通常果實ヲ以テ支辨スベキ費用ハ之ヲ負擔スベキガ當然デアアル故ニ不動產質權者ハ管理ノ費用ヲ拂ヒ其他不動產ノ負擔ニ任ズトシテアリマス例ヘバ租税及ビ修繕費ノ如キハ自己ノ費用ヲ以テ之ヲ支辨セキバナラス(第三五七條)又利息ハ元本使用ノ對價ニシテ果實ニ相當スルモノデアアル然ルニ不動產質權者ニシテ既ニ果實ヲ取得スル以上ハ縱令不動產ニ關スル費用ヲ拂フモ尙ホ多少ノ餘剩ヲ生ズルコトガ常デアアル故ニ法律ハ便宜上之ト利息トヲ相殺セシメ不動產質權者ハ其債權ノ利息ヲ請求スルコトヲ得ザルモノトシテアル(第三五八條)此等ノ規定ハ從來ノ慣習ニ依テタモノデ強行の效力ヲ有スルモノデハナイ故ニ設定行為ニ於テ別段ノ定ヲ爲スコトハ妨グザル所デアリマス(第三五九條)

不動產質ハ動產質ニ同ジク其成立ニハ占有ノ移轉ヲ必要トスルモノデアアルガ一旦成立シタル後ニ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ必ズシモ其占有ヲ繼續スルコトヲ要セス何トナレバ不動產質ニハ登記ト云フ比較的完全ナル公示方法ガアツテ之ニ依テ第三者ニ不測ノ損害ヲ被ラシメザルコトヲ得ルガ故デアアル

不動產質ニ於ケル登記ハ疑ニ説明シタル動產質ニ於ケル繼續セル占有ト同一ノ作用ヲ爲スモノデアアル第三者ニ對抗スルコトヲ得ザル權利ハ物權ニシテ物權ノ實用ヲ爲サス殆ド成立セザルニ等シキ結果ト爲ルニ由テ第三者ニ對抗スル要件ハ最も大切ナルモノデアリマス

此ノ如ク占有ハ不動產質ノ存立ニハ必要デハナイガ實際ノコトヲ言ヘバ不動產質權者ガ占有ヲ爲サザル場合ハ殆ドナイト思フ何トナレバ不動產質ノ要素デハナイガ使用收益ノ二ハ不動產質權者ニ取テ最も大切ナ權利デアアル此權利ノ附隨セザル不動產質ヲ取得スル如キコトハ實際決シテナイト思フ而シテ使用收益ヲ爲スニハ自ラ占有ガ必要デアアルコトハ言フヲ埃タスコトデアリマス民法ニハ不動產質ノ存続期間ヲ十年以下ト定メテアル此期間ヲ超ユルトキハ十年ニ短縮セラルルコトト爲ル但契約ヲ以テ此期間ヲ更新スルコトヲ妨グズ唯更新ノ時ヨリ十年ヲ越ユルコトヲ得ナイ(第三六〇條)

此規定ハ公益上ヨリ設ケラレタ強行のモノデアアル永小作權及ビ賃借權ニ付イテモ同一様ノ規定ガアリマス其理由ハ長期ニ亘ル不動產質ヲ有效トスレバ

財産ノ流通及ビ改良ヲ妨グ且其價格ヲ減損スルニ至ルコトハ明カデアリマス、故ニ經濟上ノ必要ヨリシテ此ノ如クニ期間ヲ限定シタモノデアアル、十年ニ定メラレタコトニ付イテハ別ニ確タル根據アル譯デハナイ、最モ汎ク行ハルル所ノ慣習ニ參酌シ雙方ノ便利ト公益トヲ折衷シテ適當ト認ムル所ニ定メタルニ過ギス故ニ十年以上ノ債權ニ付キ其發生ト同時ニ不動產質ヲ設定スルモ其期間内ニ更新ヲ爲サザル限ハ使用收益ノ外ニ殆ド實益ナキモノト解セキバナラス、一日ト雖モ十年ヲ經過シタル後ハ其質權ハ既ニ消滅シタルモノナルガ故ニ之ヲ實行スルコトヲ得ザルハ無論ノコトデアルト思フ

不動產質ハ右ニ述ベタル如ク使用及ビ收益ノ權ヲ生ズル如キ抵當權ニ見ザル效力ヲ生ズルモノデアアル、然レドモ此等二三ノ點ヲ除ク外ハ抵當權ト效力ヲ異ニスルノデハナイ、故ニ本節中別段ノ定アルモノヲ除ク外ハ抵當權ノ規定ヲ準用スルコトト爲テ居マス(第三六一條例ヘバ第三取得者ニ對スル效力ハ登記ノ順序ニ依ルコトノ如キ)(第三七三條又滌除ニ關スル規定ガ行ハルルコトノ如キ)(第三七八條以下)ハ其一例デアリマス

第四節 權利質

動產質及ビ不動產質ハ直接ニ物ヲ以テ其目的トスルガ故ニ民法ニ所謂物權デアルコトハ明カデアリマス、然ルニ實際取引界ノ需要ニ應ジテ資本ノ流通ヲ圓滑ナラシムルニハ此二種ノ質ヲ認ムルノミヲ以テハ決シテ足レリトスルコトデナイ、物ニ非ザル權利ト雖モ苟モ財產權デアアル以上ハ其性質ノ許ス範圍内ニ於テ質權ノ目的ト爲スコトヲ得セシメキバナラス其レ故ニ近世諸國ノ法律ニ於テハ權利ヲ目的トスル質ナルモノヲ認メテ居マス

我民法ニモ質權ノ章ニ於テ權利質ト題スル一節ヲ設ケテ此事ヲ規定シテアリマス、先ヅ初ニ質權ハ財產權ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得[トアル](第三六二條第一項)故ニ地上權永小作權地役權等其權利ノ性質ニ反セザル限ハ總テ質權ノ目的タルコトヲ得ルモノト解セキバナラス、然レドモ實際ノ適用ヲ言ヘバ此等ノ物權ヲ以テ質權ノ目的ト爲スコトハ頻繁デナイト思フ、實際最モ盛ニ行ハルル所ノ權利質ハ債權ヲ目的トスルモノデアアルコトハ著明ナル事實デアリマス、株

券、手形、公債證書ノ如キ有價證券ヲ目的トスル質ハ今日金融ノ要具トシテ商業界ニ最モ廣ク行ハレタ居ル又幾多ノ面白イ且屢解決ニ苦ム問題ヲ生ズルモ此債權質デアリマス

權利質ニハ如何ナル規定ヲ適用スベキヤ、是ハ一般權利質ニ關シテ生ズル最重要ナル問題デアリマス、民法第三百六十二條第二項ニハ此問題ヲ決シテアル、即チ權利質ニハ本節ノ規定ノ外前三節ノ規定ヲ準用ストアリマス、其レ故ニ權利質ニハ先ツ第三百六十三條以下ノ規定ヲ適用シテ尙ホ足ラザル點ニ付イテハ、說明シタル質權ノ總則動產質及ビ不動產質ニ關スル規定ヲ準用スベキコトト爲ル、然ルニ第三百六十三條以下ノ規定ハ權利質中ノ債權質ノミニ關スル規定デアラ、債權質以外ノ權利質ハ地上權、永小作權ノ如キ物權ヲ目的トスルモノデアル、而シテ其レニハ質權ノ規定ヲ準用スルコトハ甚ダ易イト思フ、何トナレバ物權トハ云ヘ畢竟有體物デアル、其レ故ニ例ヘバ地上權、永小作權等ヲ質權ノ目的ト爲シタ場合ニハ其權利ノ目的タル土地ヲ引渡スニ非ザレバ質權ガ成立セザル如キ質權ニ關スル規定ノ大半ハ容易ニ準用シ得ルコトト考ヘマス

之ニ反シテ債權ハ債務者ノ行爲ヲ以テ其直接ノ目的ト爲スモノデアルガ故ニ準用ハ左マデ容易デナイ、殊ニ近世或一部ノ學者ハ債權質ヲ以テ質デナイト云フヲ居マス、專ヨ質ノ目的ノ範圍内ニ於ケル債權ノ讓渡デアルト說イテ居マス、例ヘバ近頃有名ナル「デルンブルヒ」如キハ其說デアル(獨逸民法論第二百九十三節是ハ權利質ニ關スル一大問題デアルト思フ、純理上ヨリ言ヘバ此說ハ或ハ正シイカモ知レス、民法ノ規定ヲ見テモ債權質ヲ以テ第三者ニ對スル要件及ビ債權質實行ノ方法ノ如キハ全ク債權ノ移轉ト看タル如キ規定デアル、然レドモ債權質ハ現ニ質權ノ章ニ規定シテアル、若シ質權者ニ債權ガ移タモノデアルトスレバ第三者ニ對抗スル要件等ハ當然行ハル譯デアラ、特ニ債權質ニ關シテ之ヲ設クル必要ハナイ、殊ニ第三百六十三條ノ規定ノ如キ即チ質權ノ目的ト爲シタル債權ニ證書アルトキハ其證書ノ交付ヲ必要トスルコトノ如キハ債權讓渡ト云フ觀念ニ據ラテハ說明シ難キモノデアルト思フ故ニ立法者ノ所見ニ於テハ債權ノ讓渡ト看ズシテ一種ノ質ト看タノデアルコトヲ疑ハス、唯有體物ヲ目的トセザル點ニ於テ民法ニ所謂物權デナイ、併シ其レヲ言ヘバ準占有モアリ又

後ニ説明スベキ地上權又ハ永小作權ヲ目的トスル抵當權モアル故ニ民法ノ趣意ハ明カニ質ト看タモノデ唯或點ニ付テ債權讓渡ニ關スル規定ガ行ハルルマデノコトデアル而シテ其レハ債權讓渡ノ場合ニ於ケルト同一ノ理由アルガ故ニ外ナラス

要スルニ債權質ニ關シテハ第三百六十三條以下ニ特別ノ規定ガアルソレデハ固ヨリ不十分デアルガ故ニ其他ノ點ニ於テハ質權ニ關スル前三節ノ規定ヲ準用セテバナラス然ルニ之ヲ債權質ニ準用スルニハ深ク注意セテバナラスコトガアル總則ノ規定ハ最も多ク準用シ得ルト思フ而シテ其規定中ニハ留置權及ビ先取特權ノ規定ヲ準用シタル規定モアルニ由テ第三五〇條之ヲ債權質ニ準用スレバ再準用ト爲ル例ヘバ債權ヲ質ニ取テ者ハ其債權ノ利息ヲ取得スルコトヲ得ル其レハ留置權ニ關スル第二百九十六條ノ規定ヲ第三百五十條ニ於テ質權ニ準用シテアル其レヲ又債權質ニ準用スレバ今申シテ結果ト爲ル譯デアリマス然レドモ利息ト稱シ得ベキモノデナクテハナラス即チ法定果實ノ性質ヲ有スルモノデナクテハナラス例ヘバ株式ヲ質權ノ目的ト爲シテ場合ニ於テ

ヲ用ヒタレハ離縁ト稱スルトキハ婚姻ノ解除ニ關係ナキコトニ注意セサルベカラズ
離縁ヲ許スコトハ各國ノ立法例中或ハ之ヲ認ムルモノアリ或ハ然ラサルモノアリ佛國、伊國等佛法系ノ諸國ハ離縁ヲ認メサレトモ獨逸諸州、奧國、獨逸新民法第一七六八條其他獨逸法系ノ諸國ハ當事者一方ノ請求ニ因リ養子ヲ爲スト同一ノ方式ヲ以テ縁組ヲ解除スルコトヲ得ルモノト爲セリ我邦ニ於テハ從來養子縁組ノ解除ハ婚姻ノ解除ト同シク之ヲ許シタルハ本法ハ此舊慣ヲ認メ或ハ當事者ノ協議ニ因リ或ハ裁判所ノ宣告ヲ以テ離縁ヲ許スコトト爲セリ其當事者ノ協議ニ出ラタルモノヲ協議上ノ離縁ト謂ヒ裁判所ノ宣告ヲ以テスルモノヲ裁判上ノ離縁ト謂フ而シテ協議上ノ離縁ハ恰モ當事者間ニ協議調フ事キハ離婚ヲ爲スコトヲ得ル如ク養子縁組ニ付テモ亦當事者間ニ協議サヘ調フトキハ其原因ノ如何ヲ問ハズ離縁ヲ爲スコトヲ得ヘシ之ニ反シテ裁判上ノ離縁ハ猶ホ裁判上ノ離婚ノ如ク法律ハ其場合ヲ限定シ親ニ之ヲ許ササルコトト爲セリ

一 協議上ノ離婚

第八百六十二條 縁組ノ當事者ハ其協議ヲ以テ離婚ヲ爲スコトヲ得
養子カ十五年未滿ナルトキハ其離婚ハ養親ト養子ニ代リテ縁組ノ承諾ヲ爲ス
權利ヲ有スル者トノ協議ヲ以テ之ヲ爲ス
養親カ死亡シタル後養子カ離婚ヲ爲サント欲スルトキハ主ノ同意ヲ得テ之
ヲ爲スコトヲ得(舊民法人事編第一三七條)

本條第一項ハ離婚ニ關スル第八百八條ニ相當スルモノニシテ縁組ノ當事者ハ
既ニ叙述シタルカ如ク其原因ノ如何ニ拘ハラス協議調フトキハ離婚ヲ爲スコ
トヲ許ス蓋シ法律カ協議上ノ離婚ヲ許シタルハ養子縁組ハ之ニ因リテ養子ト
養親トノ間ニ親族關係ヲ生セシムルモノナリト雖モ此關係タルヤ専ラ當事者
ノ協議ニ因リ人爲ヲ以テ成リタルモノナレハ當事者カ之ヲ絶タント欲スルニ
於テハ其意思ニ反シテ強ヒテ之ヲ繼續セシムヘキ公益上ノ必要アルヲ見ス若
シ之ヲ許ササルコトト爲ストキハ却テ其一家ノ不和ヲ見ルノミナラス我邦ニ
於テハ當事者間ニ協議調ヒタル離婚ハ慣習上之ヲ許シタルヲ以テ本法ニ於テ

モ之ヲ許スコトト爲シタリ

十五年未滿ノ者カ養子ト爲ラント欲スルトキハ其家ニ在ル父母之ニ代リテ縁
組ノ承諾ヲ爲シ其父母ノ一方カ知レサルトキ死亡シタルトキ家ヲ去リタルト
キ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ他ノ一方ノミノ意思ヲ以テ之ニ
代ヘ父母共ニ知レサルトキ死亡シタルトキ家ヲ去リタルトキ又ハ其意思ヲ表
示スルコト能ハサルトキハ親族會及ヒ後見人ノ意思ヲ以テ之ニ代ヘ實家ノ父
母カ繼父母又ハ嫡母ナルトキハ其意思ニ加フルニ親族會ノ同意アルヲ要スル
コトハ第八百四十三條第八百四十六條ニ規定スル所ナレハ協議上ノ離婚ニ付
テモ最初爲シタル縁組ノ場合ト同シク此等ノ者トノ協議ヲ必要ト爲スハ當然
ナリ

婚姻ニ付テハ夫婦ノ一方カ死亡シタルトキハ離婚ヲ爲スコトヲ許サレトモ
縁組ハ養親カ死亡シタル後ト雖モ養子カ其解除ヲ爲サント欲スルトキハ之ヲ
許スコトト爲セリ是レ蓋シ婚姻ハ夫婦ノ一方カ死亡シタルトキハ既ニ解消セ
ラレタルモノニシテ復タ之ヲ解除スヘキ目的存セサレトモ養子縁組ハ之ニ反

シ専ラ親族關係及ヒ家族關係ノ發生ヲ目的ト爲シ其關係ハ養親ノ死亡ニ因リテ解消セラレルモノニ非サレハ養親死亡ノ後ニ在リテモ仍ホ此關係ヲ解クコトヲ許スヘキ必要アリテ此ノ如キハ實家及ヒ養家ノ爲メ便宜ナルコトアリ故ニ此場合ニ於テハ戸主カ養親ニ代リテ同意ヲ爲スヘキモノト爲セリ然レトモ是レ後ニ叙述スルカ如ク養子カ家族タル間ニ限ルモノニシテ既ニ養子カ戸主ト爲リタルトキハ最早離縁ヲ爲スコトハ許サレサルナリ(第八七四條)ハ當然離縁當事者ノ一方ノ死亡ノ後ト雖モ離縁ヲ許スハ養親ノ死亡シタル場合ニ限ルモノニシテ養子ノ死亡シタル後ニ於テハ離縁スルコトヲ得ス是レ之ヲ認ムヘキ必要ナキヲ以テナリ

父母親族會後見人ハ同意(第八六三條) 滿二十五年ニ達セサル者カ協議上ノ離縁ヲ爲スニハ第八百四十四條ノ規定ニ依リ其縁組ニ付キ同意ヲ爲ス權利ヲ有スル者ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

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ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス(舊民法人事編第一三八條)

此規定ハ離婚ニ關スル第八百九條ニ相當スルモノニシテ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要ス若シ父母ノ一方カ知レサルトキ死亡シタルトキ家ヲ去リタルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ他ノ一方ノ同意ノミヲ以テ之ニ代ヘ父母共ニ知レサルトキ死亡シタルトキ家ヲ去リタルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ未成年者ハ其後見人及ヒ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要シ實家ノ父母カ繼父母又ハ嫡母ナルトキハ其意思ニ加フルニ親族會ノ同意(第八四三條)第八四六條)アルヲ要ス是ヲ以テ滿二十五年ニ達セサル者カ協議上ノ離縁ヲ爲スニ付テモ亦父母又ハ後見人及ヒ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要スト爲スハ至當ナリ而シテ縁組ト離縁トニ付テハ唯年齡ニ差異アルノミ法律力成年以上ノ者ニモ同意ヲ得ルコトヲ必要ト爲シタルハ蓋シ離縁ハ普通ノ法律行爲ト異ナリテ一層重要ノ效果ヲ有スルモノナルヲ以テ滿二十五年ニ達セサルカ如キ者ハ離縁ヲ輕卒ニ決行スルコトノ處アルヲ以テナリ

禁治產者ノ離縁 禁治產者カ離縁ヲ爲スニハ猶ホ其縁組ヲ爲ス場合ニ後見人

ノ同意ヲ要セサルカ如ク(第八四七條其同意ヲ得ルコトヲ要セサルナリ)(第八六四條舊民法人事編第一三九條)
此規定ハ離婚ニ關スル第八百十條ト同一ニシテ禁治產者ノ後見人ノ職ハ擬ニ說キタルカ如ク專ラ禁治產者ノ看護(第九二二條)其財產上ノ行爲(第九二三條)トニ止マリ其身分上ノ行爲ニ關セサルナリ而シテ禁治產者ノ身分上ノ行爲ニ關シテハ禁治產者ノ事實上精神ヲ回復セル時ニ在リテハ完全ノ能力ヲ有スルカ故ニ其間ニ爲シタル離婚ハ有效タルヘシ之ニ反シテ其心神喪失中ニ爲シタル離婚ハ意思ノ欠缺スルモノナレハ無効タルヘシ依テ此場合ハ婚姻ノ場合ト異ナルコトナキヲ以テ茲ニ之ニ關スル規定ヲ準用スルコトト爲シタリ
形式上ノ要件 協議上ノ離婚ハ縁組ニ於ケルト同シク要式ノ行爲ト爲シ之ヲ戸籍吏ニ届出ツルニ因リテ其效力ヲ生ス若シ此方式ヲ缺キ離婚ノ届出ヲ爲ササルトキハ其離婚ハ絶對無効ナリ而シテ其届出ニ關スル手續ハ婚姻ノ届出ニ關スルモノト毫モ異ナラサルヲ以テ法律ハ離婚ノ場合ニ婚姻ニ關スル第七百五十五條ヲ準用スルコトト爲シタリ(第八六四條舊民法人事編第一三九條)

離婚ノ届出ニ對スル戸籍吏ノ義務(第八六五條) 戸籍吏ハ離婚カ第七百七十五條第二項(第八百六十二條及ヒ第八百六十三條)ノ規定其他ノ法令ニ違反セサルコトヲ認メタル後ニ非サレハ其届出ヲ受理スルコトヲ得ス

戸籍吏カ前項ノ規定ニ違反シテ届出ヲ受理シタルトキト雖モ離婚ハ之カ爲メニ其效力ヲ妨ケラルルコトナシ(舊民法人事編第一三九條)

此規定ハ離婚ニ關スル第八百十一條ニ相當スルモノニシテ戸籍吏ハ離婚ノ場合ニ於ケルカ如ク離婚カ法令ノ規定ニ違反セサルコトヲ認メタル後ニ非サレハ其届出ヲ受理スルコトヲ得サルモノト爲セリ而シテ此規定ハ其實質ニ至リタモ亦殆ト離婚ニ關スルモノト同一ナルヲ以テ今復タ茲ニ之カ説明ヲ爲ササルナリ

二 裁判上ノ離婚

養親ト養子トノ間ニ如何ニ不和ヲ生シ離婚ヲ爲サント欲スルトモ其一方カ之ニ承認セサルトキ即チ當事者間ニ離婚ノ協議調ハサルトキハ他ノ一方ヲシテ之ヲ強フルコトヲ得ス此場合ニ就テハ裁判所ニ之カ請求ヲ爲スヨリ外アラナ

成ナリ然レトモ、養子ニ説キタルカ如ク協議上ノ離婚ニ付テハ如何ナル原因ニ基キテ之ヲ爲ストモ當事者ノ自由ニ委シ法律ハ其間ニ毫モ干涉ヲ爲サザレトモ當事者カ裁判所ニ訴ヘテ離婚ヲ爲スニシテ法律カ定メタル原因アルニ非ズレハ之ヲ許サザルカ事ナリ。

裁判上ハ離婚ノ原因(第八六六條) 縁組ノ當事者ノ一方ハ左ノ場合ニ限リ離婚

ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ル。(一) 同一ノ縁組ニ在テ養親ニ對シテ

(一) 他ノ一方ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ、(二) 他ノ一方ヨリ惡意ヲ以テ遺棄セラレタルトキ、(三) 養親ノ直系尊屬ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ、(四) 他ノ一方カ重禁錮一年以上ノ刑ニ處セラレタルトキ、(五) 養子ニ家名ヲ消シ又ハ家産ヲ傾クヘキ重大ナル過失アリタルトキ、(六) 養子カ逃亡シテ三年以上復歸セザルトキ、(七) 養子ノ生死カ三年以上分明ナラザルトキ、(八) 他ノ一方カ自己ノ直系尊屬ニ對シテ虐待ヲ爲シ又ハ之ニ重大ナル侮辱

アリタルトキ。

八、他ノ一方カ自己ノ直系尊屬ニ對シテ虐待ヲ爲シ又ハ之ニ重大ナル侮辱

アリタルトキ。

九、増養子縁組ノ場合ニ於テ離婚アリタルトキ又ハ養子カ家女ト婚姻ヲ爲

シタル場合ニ於テ離婚若クハ婚姻ノ取消アリタルトキ(舊民法人事編第一

四〇條第一項第一四一條)。

第一ノ原因 他ノ一方ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ、此原因ハ

離婚ニ關スル第八百十三條第五號ニ相當シ唯茲ニハ同居ニ堪ヘザルコトヲ缺

クノミ法律カ離婚ニ之ヲ缺キタルハ蓋シ夫婦ハ元來同居スヘキモノナリト雖

モ親子ハ必スシモ然ルモノニ非ズタルヲ以テナリ故ニ養子カ養親ニ對シテ又ハ

養親カ養子ニ對シテ虐待ヲ爲シ又ハ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルトキハ之ヲ受ケ

タル者ヨリ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得此ノ如キ場合ニ於テ仍ホ親子タル關

係ヲ繼續セシムルハ堪フヘカラサル痛苦アルヘケレハナリ而シテ如何ナル所

爲カ虐待ナルカ又重大ナル侮辱ナルカハ事實ノ問題ニ屬スルヲ以テニ裁判

官ノ査定ニ依ラサルヘカラス。

第二ノ原因 他ノ一方ヨリ惡意ヲ以テ遺棄セラレタルトキ、此原因ハ離婚ニ

關スル。

關スル第八百十三條第六號ニ相當シ其理由モ毫モ異ナル所ナキヲ以テ今復タ玆ニ説明セサルナリ

第三ノ原因、養親ノ直系尊屬ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ、此原因ハ離婚ニ關スル第八百十三條第七號ニ相當ス但同條第七號ニハ配偶者ノ直系尊屬ヨリ云トアレトモ離縁ニ付テハ養親ノ直系尊屬ヨリトアルカ故ニ離婚ニ付テハ夫カ妻ノ直系尊屬ヨリ若クハ妻カ夫ノ直系尊屬ヨリ虐待ヲ受ケタルヲ問ハス其孰レノ場合ニ於テモ離婚ノ原因ト爲レトモ離縁ニ付テハ養子カ養親ノ直系尊屬ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキニ限り離縁ノ原因ト爲リ養親カ養子ノ直系尊屬ヨリ虐待ヲ受ケタルトキニ離縁ノ原因タラサルナリ何トナレハ配偶者ノ直系尊屬ハ他ノ一方ノ姻族ナレトモ養親ト養子ノ直系尊屬トハ何等ノ親族關係ヲ有セサルヲ以テナリ而シテ法律カ養親ノ直系尊屬ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタル場合ヲ離縁ノ原因ト爲シタルハ他ナシ養子カ常ニ敬事スヘキ養親ノ直系尊屬ヨリ虐待ヲ受ケタルトキハ其家ニ在ルニ堪ヘサルヘキヲ以テナリ

第四ノ原因、他ノ一方カ重禁錮一年以上ノ刑ニ處セラレタルトキ、此原因ハ離婚ニ關スル第八百十三條第四號ニ相當ス而シテ縁組ノ當事者ノ一方カ刑法上ノ罪人ト爲ルトキハ他ノ一方ノ爲メ大ナル不名譽タルヘキモノニシテ此ノ如キ場合ニ仍ホ強ヒテ養子ノ關係ヲ繼續セシムルハ甚タ酷ニ失ス然レトモ如何ナル微罪ヲモ離縁ノ原因ト爲スハ其當ヲ得サルヲ以テ法律ハ重禁錮一年以上ノ刑ニ處セラレタルトキト爲シタリ離婚ノ場合ト離縁ノ場合トニ依リテ刑罰並ニ罪質ニ區別ヲ爲シタルハ蓋シ夫婦ノ間ハ親子ニ比シ一層親密ナラサルヘカラサルモノナレハ一方カ犯罪アリテ處刑ヲ受ケタルトキハ他ノ一方ニ於テ之ヲ憐ミ之ヲ助クヘキモノナラヲ以テ夫婦ハ破廉恥最モ甚シキ場合及ヒ罪狀ノ最モ重キモノニ限り離婚ノ原因トセリ之ニ反シテ養親ト養子トノ間ハ此ノ如キ關係アルヘキモノニ非サルヲ以テナリ

第五ノ原因、養子ニ家名ヲ漬シ又ハ家産ヲ傾クヘキ重大ナル過失アリタルトキ、養子ヲ爲スハ多クハ其家ノ家督ヲ相續セシムルニ在リ然ラサルモ永ク其家族ノ一員ト爲スヘキモノナレハ養子ニシテ其家ノ名ヲ漬シ又ハ家産ヲ傾ク

ルカ如キ重大ナル過失アルトキハ是レ養親カ養子ヲ爲シタル目的ニ反スルモノト謂フコトヲ得ヘシ故ニ此ノ如キ場合ハ離婚ノ原因ト爲ササルヘカラス養子ノ如何ナル行爲カ其家ノ名ヲ瀆スカ又ハ家産ヲ傾タヘキモノナルヤハ家ノ貧富其品位等ニ依リテ異ナルモノニシテ各人同一ナラサルモノナレハ一ニ事實ニ就キテ之ヲ決セサルヘカラス

第六ノ原因 養子カ逃亡シテ三年以上復歸セサルトキ 養子ヲ爲スハ家督ヲ相續セシムルカ又ハ家事ヲ助ケシムルニ在リ然ルニ逃亡シテ三年以上復歸セサルトキハ養子ヲ爲スノ目的ニ反スルヲ以テ此場合ニ於テ離婚ヲ許スハ當然ノコトニ屬ス

第七ノ原因 養子ノ生死カ三年以上分明ナラサルトキ 此原因ハ離婚ニ關スル第八百十三條第九號ニ相當ス而シテ既ニ叙述シタルカ如ク養子ハ之ヲシテ家督ヲ相續セシメ然ラサルモ家事ヲ助ケシムルモノナルニ其生死ニシテ三年以上分明セサルトキハ養子ヲ爲シタルノ目的ヲ達スルコト能ハサルヲ以テ此ノ如キ場合ニ於テハ其養子ヲ離婚シ更ニ養子ヲ爲スコトヲ許ササルヘカラス

第八ノ原因 他ノ一方カ自己ノ直系尊屬ニ對シテ虐待ヲ爲シ又ハ之ニ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルトキ 此原因ハ離婚ニ關スル第八百十三條第八號ニ相當スルモノニシテ其理由全ク同一ナレハ再ヒ茲ニ叙述セサルナリ

第九ノ原因 培養子縁組ノ場合ニ於テ離婚アリタルトキ又ハ養子カ家女ト婚姻ヲ爲シタル場合ニ於テ離婚又ハ婚姻ノ取消アリタルトキ 此原因ハ離婚ニ關スル第八百十三條第十號ニ相當シ全ク其裏面ヲ規定シタルモノニシテ其趣旨同一ナルヲ以テ今復タ茲ニ説カサルナリ

以上ノ原因アルトキニ限り養親又ハ養子ヨリ裁判所ニ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得尙ホ此外ニ於テハ第八百七十六條ニ定メタル原因アルトキハ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルモ其他ノ理由ニ依リテハ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得サルナリ

以上ノ事由カ裁判上ノ離婚ノ原因タルニハ其事由カ縁組ヨリ以後ニ生シタルコトヲ要スルヤ勿論ナリ

離縁訴權ノ代理行使(第八六七條) 養子カ滿十五年ニ達セサル間ハ其縁組ニ付
キ承諾權ヲ有スル者ヨリ離縁ノ訴ヲ提起スルコトヲ得
第八百四十三條第二項ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス(舊民法人事編第一四
三條)

此規定ハ縁組ノ承諾ニ關スル第八百四十三條及ヒ協議上ノ離縁ニ關スル第八
百六十二條ト其趣旨ヲ同シウスルモノニシテ離縁ノ訴ヲ提起セントスルニ當
リ養子カ滿十五年以下ナルトキハ法律上ノ意思能力ナキ者ナレハ何人カ之ニ
代リテ離縁ノ訴ヲ提起スルノ道ナカルヘカラス之ヲ以テ此場合ニ於テ其縁組
ニ付キ意思ヲ代表スル者(第八四三條第八四六條)ヨリ之カ訴ヲ提起スルコトヲ
得ルモノト爲セリ即チ養子ノ實家ニ在ル父母若シ父母ノ一方カ知レサルトキ
死亡シタルトキ家ヲ去リタルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ
其後見人及ヒ親族會ヨリ其幼者ニ代リテ離縁ノ訴ヲ提起スルコトヲ得而シテ
父母ノ一方カ繼父母又ハ嫡母ナルトキハ其意思ニ加フルニ親族會ノ同意ヲ以
テスルコトヲ要ス

養親又ハ養子カ禁治產者ナルトキハ其心神ヲ回復セル場合ニ在リテハ後見人
ノ同意ナクシテ離縁ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ而シテ其心神喪失中ニ在リ
テハ人事訴訟手續法第二十五條ニ依リ養親カ禁治產者ナルトキハ其後見人カ
親族會ノ同意ヲ得テ離縁ノ訴ヲ提起スルコトヲ得又養子カ禁治產者ナルトキ
ハ實方ノ直系尊屬又ハ實家ノ戸主カ其訴ヲ提起スルコトヲ得ルコトヲ爲セリ
十五年以上二十年未滿ノ養子カ離縁訴訟ノ當事者タルトキハ訴訟能力ヲ有ス
ルカノ疑生スヘキカ其問題ハ人事訴訟手續法第二十六條第三條ニ依リ既ニ解
決セラレタルモノニシテ此未成年者ハ法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セス
シテ自ラ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ得レトモ未成年者自身ニ辯護士ヲ選任セサル
トキハ裁判所ハ辯護士ヲ訴訟代理人ニ選任スヘキコトヲ命シ又ハ職權ヲ以テ
其選任ヲ爲スコトヲ得ルモノトス
離縁請求ノ消滅原因(一) 第八百六十八條 第八百六十六條第一號乃至第六
號ノ場合ニ於テ當事者ノ一方カ他ノ一方又ハ其直系尊屬ノ行爲ヲ宥恕シタル
トキハ離縁ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス

此規定ハ離婚ニ關スル第八百十四條第二項ノ規定ニ相當スルモノニシテ第八百六十六條第一號乃至第六號トハ(一)當事者一方ノ虐待又ハ侮辱(二)惡意ノ遺棄(三)養親ノ直系尊屬ノ虐待又ハ侮辱(四)重禁錮一年以上ノ處刑(五)家名ヲ濫シ家産ヲ傾クヘキ養子ノ過失六三年以上ノ養子ノ逃亡ナリ而シテ本條ニ掲ケタル六箇ノ場合ニ於テ當事者ノ一方ヲシテ離縁ノ訴ヲ提起スルコトヲ得セシムル所以ハ主トシテ此者ヲ保護セントスル趣旨ニ基クモノニシテ敢テ公益上ノ理由ニ基クモノニ非サレハ此特別保護ヲ受クル當事者ニ於テ離縁ノ訴ノ原因タル不良ノ行爲ヲ宥恕スル以上ハ強ヒテ此訴權ヲ存セシムル理由アラサルナリ

(二) 第八百六十九條 第八百六十六條第四號重禁錮一年以上ノ處刑ノ場合ニ於テ當事者ノ一方カ他ノ一方ノ行爲ニ同意シタルトキハ離縁ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス

第八百六十六條第四號ニ掲ケタル刑ニ處セラレタル者ハ他ノ一方ニ同一ノ事由アルコトヲ理由トシテ離縁ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス(舊民法人事編第八二條第二項第一四〇條第二項)

タルトキハ其承認ハ常ニ單純ナルヘキハ論ヲ俟タサルヲ以テ此場合ニ於ケル承認ハ之ヲ單純承認ナリトセサルヘカラス然ルニ相續ハ廣ク言ヘハ或ハ之ヲ財産ノ處分ナリト謂フヲ得ヘシト雖モ其承認ハ如何ニ見ルモ之ヲ財産ノ處分ナリト謂フコトヲ得サルヘキカ故ニ第一千二十四條第一號ハ行爲ニ因リテ單純承認ヲ推定スヘキ總テノ場合ヲ包含セル法文ナリト謂フコトヲ得ス事ヲ改メテ相續人カ相續ヲ承認スルニ非サレハ爲スコト能ハサル行爲ヲ爲シタルトキト爲スヲ以テ穩當ナラント思惟ス

相續人ノ不行爲ニ因リテ其單純承認ヲ爲シタルモノト推定スヘキ場合ハ相續人カ其決意ヲ表スヘキ期間内ニ限定承認又ハ拋棄ヲ爲ササル場合ナリ法律ハ相續カ開始シタルトキハ被相續人ノ權利義務ハ相續人ニ移轉スルモノナルコトヲ定メテ相續人ヲシテ一定ノ期間内ニ此效力ヲ全然承認スルカ又ハ限定シテ承認スルカ將タ全ク之ヲ承認セサルカ何レカノ決意ヲ爲スコトヲ許セリ若シ相續人ニシテ其期間内ニ限定承認又ハ拋棄ヲ爲ササレハ全然法律ノ定メタル效力ヲ受ケシムルハ正シク法律カ時日ヲ期セテ決意ヲ爲スヘキコトヲ命ジ

タル精神ニ合致スト謂ハサルヘカラス而シテ是レ恰モ相續人ノ意思ト一致スルモノナリト謂フコトヲ得ヘシ何トナレハ期間内ニ限定承認又ハ拋棄ヲ爲ササルハ相續人ニ於テ單純承認ヲ爲スノ意アリシニ由ルモノナリト謂フコトヲ得レハナリ故ニ此場合ニ於テモ亦相續人ハ默示ノ承認ヲ爲シタルモノナリトシテ不可ナシ但シ第一千二十四條ハ法律上ノ推定ヲ規定シテ別ニ默示ノ承認ナル文字ヲ用ヒタルカ故ニ期間内ニ限定承認又ハ拋棄ヲ爲サザリシハ眞ニ怠慢ニ出テタルモノニシテ全ク單純承認ヲ爲スノ意ナカリシコトノ明カナル場合ト雖モ單純承認ノ效力ヲ生スルコトニ於テハ何等ノ妨アルモノニ非ス

(ロ) 不正行爲ノ制裁トシテノ單純承認 相續人カ相續財産ノ全部又ハ一部ヲ隱匿シ私ニ之ヲ消費シ又ハ惡意ヲ以テ之ヲ財産目録中ニ記載セザリシトキハ法律ハ其不正行爲ノ制裁トシテ限定承認又ハ拋棄ヲ爲スコトヲ許サス必ス單純承認ヲ爲サシム而シテ此ノ如キ不正行爲カ限定承認又ハ拋棄ヲ爲シタル後ニ行ハレタル場合ニ於テハ限定承認又ハ拋棄ハ無効ト爲リテ法律ノ力ニ依リ其相續人ハ當然單純承認ヲ爲シタルモノトナルナリ蓋シ單純承認ヲ爲シタル

相續人ハ無限ニ被相續人ノ權利義務ヲ承繼スルモノナルカ故ニ相續財産ヲ隱匿シ消費シ又ハ之ヲ財産目録ニ記載セサルコトニ付テハ何等ノ利益ヲ有スルモノニ非サルヲ以テ此ノ如キ不正行爲ヲ爲ス者ハ常ニ限定承認又ハ拋棄ヲ爲ス者ニ限ルモノナリ故ニ法律ハ之ニ對シテ其希望スル限定承認又ハ拋棄ヲ爲ス利益ヲ奪ヒ以テ其制裁ト爲シ自己ノ財産ヲ以テモ被相續人ノ義務ヲ辨済スルニ及ハスト云フ安全ナル地位ヲ利用シテ私ニ其權利ニ付テノミ之ヲ利セントスル不正者ヲハ豫防スルコトヲ圖リシナリ但シ拋棄ヲ爲シタル後ニ此ノ如キ不正行爲ノアリシコトヲ發見シタルカ又ハ此ノ如キ不正行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ其相續人カ拋棄ヲ爲シタルニ因リ相續人ト爲リタル者カ單純承認又ハ限定承認ヲ爲シタル後ナラハ前者ノ拋棄ハ無効ト爲ルモノニ非ス法律カ拋棄ヲ無効トシテ其相續人ヲシテ單純承認者タラシムルハ不正行爲ノ制裁ナリ然ルニ其相續人カ拋棄シタルニ因リテ相續人ト爲リタル者カ既ニ相續ノ承認ヲ爲シタル後ニ至リテ尙ホ前ノ拋棄ヲ無効ト爲ストキハ其結果相續ヲ承認スルヲ利益ナリトシテ之ヲ承認シタル次ノ順位ノ相續人ノ既得權ヲ害スルニ至

リ不正行爲者ヲ責メントシテ却テ不正行爲ナキ者ノ既得權ヲ害スルニ至ルベシ此ノ如キハ法律カ勉メテ避ケサルヘカラサル所ニ屬スルカ故ニ第一千二十四條第四號ハ此場合ニ於テハ單純承認ノ推定ヲ爲ササルナリ故ニ此ノ如キ場合ニ於テ相續人カ拋棄セタルニ因リテ相續人ト爲リタル者ハ其不正行爲ヲ爲シタル者ニ對シテ損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得ヘシ

第一千二十四條第三號ハ相續人カ限定承認又ハ拋棄ヲ爲シタル後ト雖モ相續財産ノ全部又ハ一部ヲ隱匿シ私ニ之ヲ消費シ又ハ惡意ヲ以テ之ヲ財産目録中ニ記載セサルトキトアリ文字ノミニ付テ見レハ同號ノ規定ノ意味ハ稍明瞭ヲ缺クカ如シ然レトモ同號ハ相續人カ既ニ限定承認又ハ拋棄ヲ爲シタル後ハ如何ナル事情ノ存スルモ單純承認ヲ爲シタルモノト看做ササルモ唯同號ニ掲ケタルカ如キ不正行爲ヲ爲シタル場合ニ限リテノミ單純承認ヲ爲シタルモノト看做スト云フ意味ニ非サルコトハ明カナリ何トナレハ相續ノ拋棄ヲ爲ス場合ニハ財産目録ノ調製ヲ要セサルカ故ニ財産目録ノ記載カ不正ナルカ爲メニ單純承認者ト爲スニハ常ニ相續ノ限定承認ヲ爲シタル場合ノミナリト謂ハサルヘ

カラス然ルニ財産目録ヲ調製スルハ限定承認ヲ爲スノ要件ニシテ其以前ニ之ヲ爲ササルヘカラス限定承認ヲ爲シタル後惡意ヲ以テ財産ヲ財産目録ニ記載セサルカ如キハ想像スルコトヲ得サルモノニシテ此ノ如キ見解ヲ取ルトキハ同號ノ規定ハ一部分無意味ノモノト爲レハナリ又同號ハ相續人カ限定承認又ハ拋棄ヲ爲ス前ニ於テハ常ニ單純承認ヲ爲シタルモノト看做スヘキモノニシテ限定承認又ハ拋棄ヲ爲シタル後ニ於テモ同號ニ掲ケタルカ如キ不正行爲ヲ爲シ又ハ發見シタルトキハ此場合ニ限リテ單純承認者ト看做スヘキモノナリト云フ意味ニ非サルコトモ亦疑ナシ何トナレハ一定ノ期間内ハ限定承認又ハ拋棄ヲ爲ササルモ之ヲ以テ單純承認者ト看ルヘカラサルコトハ法律規定ノ嚴然タルモノアレハナリ故ニ同號ノ規定ハ凡ソ相續人ニシテ相續財産ヲ隱匿又ハ費消ヲ爲シ若クハ惡意ヲ以テ相續財産ヲ財産目録中ニ記載セサル者ハ其行爲ヲ爲シタルトキ直チニ單純承認者ト看做サルヘキモノナリ而シテ其相續人カ既ニ限定承認又ハ拋棄ヲ爲シタルコトハ右ノ法律規定カ效力ヲ生スルニ於テハ何等ノ妨ケヲ爲スモノニ非スト云フニ在ルモノト謂ハサルヘカラス同號

ノ本文ノ意義此ノ如シトセハ但書ノ意味モ亦之ヲ解スルニ困難ナラス即チ相續人カ不正行爲ヲ爲シタルトキハ其行爲カ拋棄ヲ爲ス前ニ在ルト將タ其後ニ在ルトヲ問ハス其拋棄ハ無效ト爲リ相續人ハ單純承認者ト爲ルヘキモ相續人カ拋棄ノ手續ヲ爲シタルニ因リ次ノ順位者カ相續ノ承認ヲ爲シ相續人ト爲リタルトキハ不正行爲者ヲ單純承認者ト爲ストキハ其既得權ヲ害スルニ至ルカ故ニ此場合ニハ不正行爲者ヲ以テ單純承認者ト看做サスト云フ意味ナリ或ハ曰ハン相續人カ不正行爲ヲ爲シタル後ニ於テ相續ノ拋棄ヲ爲シタルトセハ其拋棄ハ法律上當然無效ナリ何トナレハ不正行爲ヲ爲シタル相續人ハ第一千二十四條第三號ノ本文ニ依リテ直チニ單純承認ヲ爲シタルモノト看做サルモノナレハナリ而シテ相續ニ對スル決意ハ一アリテ二アルヘカラサルモノナルカ故ニ一旦單純承認者ト看做サレタル以上ハ更ニ限定承認又ハ拋棄ヲ爲スコトヲ得サルモノナリ故ニ不正行爲ヲ爲シタル爲メニ法律ノ力ニ依リテ當然單純承認者ト爲リタル者カ更ニ相續ノ拋棄ヲ爲スモ其拋棄カ效力ヲ生スヘキ理ナケレハナリ相續人ノ拋棄ニシテ果シテ無效ナリトセハ無効ノ拋棄ハ次ノ順位者

ヲシテ相續人タラシムル效力ヲ生セサルヲ以テ次ノ順位者カ相續ヲ承認スルモ其承認ハ亦無効ナリト謂ハサルヘカラス故ニ第一千二十四條第三號但書ハ一旦有效ナル拋棄ヲ爲シタル者カ爾後不正行爲ヲ爲シタルカ爲メニ單純承認者ト看做サルヘキ場合ニノミ適用サルヘキモノニシテ不正行爲ヲ爲シタル後拋棄ヲ爲シタル者カ單純承認者ト看做サルヘキ場合ニ於テハ適用スルコト能ハスト論スル者アルヘシト雖モ此ノ如ク解スルトキハ第一千二十四條第三號但書ヲ設ケテ不正行爲者ヲ責ムルカ爲メニ不正行爲ナキ者ヲ害セザラント爲シタル趣旨ヲ失フモノト謂ハサルヘカラス相續ノ次ノ順位者ハ相續人ニ不正行爲アルコトヲ知ラサルモノニシテ其拋棄ハ有效ナリト信シテ相續ノ承認ヲ爲シ既ニ自ラ相續人ト爲リタルト信シ居ルニモ拘ラス前相續人カ曾テ隱匿費消ノ如キ容易ニ知レタル不正行爲ヲ爲シタルノ故ヲ以テ其確信セル資格ヲ失ハシムルカ如キハ不正行爲ナキ者ヲ保護スル上ニ於テ甚シキ缺點アリト謂フヘシ況ヤ相續人カ隱匿費消ノ如キ行爲ヲ爲シタル上相續ノ拋棄ヲ爲シタルニモ拘ラス尙ホ次ノ順位者カ之ヲ承認シタル如キ場合ハ其相續ハ相續人ニ利益

アル場合ナリ一步ヲ譲リテ事實然ラストモ少クトモ相繼人ニ利益アル見込アル場合ナリ然ルニ不正行爲ナキ次ノ順位者ノ有スル此利益ヲ奪ヒテ之ヲ不正行爲ヲ爲シタル相繼人ニ與フルカ如キハ何等ノ理由ナキコトナリ是レ該但書ノ意義ナリト謂フコトヲ得ヘキカ殊ニ第千二十四條第三號ノ本文ニシテ荷モ不正行爲ノ存シタルトキハ其行爲ノ相繼人カ相繼ノ拋棄ヲ爲ス前ニ在リシト其後ニ在リシトヲ問ハス總テ之ニ適用セラルヘキモノナリトセハ其本文ニ對スル但書カ當然其全部ニ對スル例外ト爲ルハ疑ヲ容レサル所ナルカ故ニ不正行爲ヲ爲シタル後相繼人カ相繼ヲ拋棄シタル場合ニ於テ次ノ順位者カ既ニ相繼ノ承認ヲ爲シタルトキハ第千二十四條ノ推定ハ適用セラルルモノニ非スト謂ハサルヘカラス

第千二十四條第三號ニ依リテ單純承認ヲ爲シタルモノト看做サルヘキ場合ハ財産ノ隱匿費消又ハ惡意ノ記載脫落ヲ爲シタル場合ニシテ共ニ相繼人ノ故意ニ出ツル場合ナリ隨テ相繼人ノ過失ニ因リテ財産ヲ紛失シ消費シ又ハ脫落シタルトキハ同號ノ關セサル所ナリ故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ相繼人ハ其過失

ヲ羅馬法ニ求メタルハ又已ムヲ得サル所ナリ手形義務ハ契約ニ基クモノナリト雖モ其契約ハ果シテ如何ナル種類ノ契約ナルヤニ付テハ當時ノ法律大家中羅馬法ノ契約ノ諸式中其一ニ依リテ之ヲ解釋セントスル一派ヲ生シ手形ノ實際上ノ作用ニハ稍々適セサル所アルニモ拘ハラス當時最モ能ク了解セラレタル羅馬法理ニ由リテ手形義務ノ本質ヲ明カニセント試ミタリ

「第一」ニ起リタル學說ハ諸成契約説是ナリ初メ數世紀間ニハ手形ノ法律上ノ性質ヲ研究セシ者ハ手形ノ振出人ト受取人トノ間ニ締結セラレタル契約ヲ以テ手形義務發生ノ主タル契約トシテ其性質ニ付キ之カ解釋ヲ求メタリ蓋シ中古ノ手形ハ四人手形ニシテ振出人受取人及ヒ支拂人ノ外向ホ呈示者ナルモノアリテ此等四人ノ間ノ法律關係ニ由リテ手形ハ其作用ヲ爲シタルコトハ明カナルモ當時ハ支拂人ト振出人及ヒ支拂人ト呈示者トノ關係ハ之ヲ從タルモノト解釋シ手形義務ノ本質上攻究スヘキ主點ハ振出人ト受取人トノ契約ニ在リトシタリ而シテ振出人ト支拂人トノ間ノ契約ハ之ヲ委任ト見支拂人ト呈示者トノ間ノ契約ハ之ヲコンステチユートム(Constitutum)ト稱シ即チ一定ノ時期ニ於テ金錢

ノ辨濟ヲ受クヘキ約束ト見ル點ニ付テハ別ニ異論ナカリシ所ナリ而シテ研究ノ主點タル振出人ト受取人トノ間ノ法律關係ノ基礎如何即チ此兩者ノ間ニ權利義務ヲ發生セシムル契約ノ本來ノ性質如何ノ問題ニ付テハ姑ク其見解ヲ異ニセリ或ハ消費貸借ナリト主張スル者アリ或ハ寄託ナリト曰ヒ或ハ貸貸借ナリト曰ヒ又ハ委任或ハ無名契約ナリトシ或ハ一種ノ賣買トモ看做シタリシカ邊ニ賣買ニ類スル一種ノ諾成契約ナリトノ說勝ヲ制スルニ至レリ其契約ハ振出人ハ相手方ヨリ即時又ハ將來ニ金銀若クハ之ニ相當スル有價物ヲ受取ル代リニ相手方又ハ其指圖人ニ對シ一定ノ金額ヲ他ノ場所ニ於テ支拂フヘキ諾成契約ニシテ其支拂フヘキ金額支拂ノ時期及ヒ場所並ニ之ニ對スル反對給付ノ條項ニ於テ當事者ノ意思合致セハ茲ニ契約ハ完全ニ成立スルモノト看做シタ

手形義務ヲ以テ諾成契約ナリト見ルノ說ハ今日ニ於ケル手形義務ノ性質トハ極端ノ反對ニ立チ其結果ハ實ニ著シキ差異ヲ生スルヲ以テ今之ヲ詳論シ以テ裏面ヨリ今日ノ手形義務ノ性質ヲ明瞭ナラシメントス

此說ニ從ヘハ手形義務ハ單純ノ合意ニ依リテ成立スルモノトス隨テ書面ハ手形義務發生ノ必要條件ニ非スシテ單ニ手形契約ヲ履行スルノ自然ノ方法タルニ過キス故ニ振出人カ手形義務ヲ負フヘキ基礎ハ證據アル當時ノ合意ニシテ之ヲ以テ主タルモノト看做シ手形書面ノ如キハ當事者ノ過去ニ於テ爲シタル準備行為ヨリ生スル結果タルニ外ナラス其書面ハ契約ノ目的物ト看做サレタル金錢ヲ得ルノ援助タルニ過キサルモノト看做シタリ此ノ如ク書面ニ重キヲ置カス合意ヲ以テ振出人ノ義務負擔ノ唯一ノ證據ト爲シタル結果ハ相手方カ手形ニ依ラス他ノ證據方法ヲ以テ契約ノ成立ヲ證明スルニ於テハ振出人ハ支拂義務ヲ免ルル能ハサルニ在リ

又一方ニ於テハ手形ヲ以テ雙務契約ナリトシ手形ノ作成ハ過去ニ於ケル相手方ノ行為殊ニ反對給付ヲ爲スヘキ義務ニ基クモノナリトノ點ニ重キヲ置キ書面ヲ輕視シタル諾成契約說ハ誠ニ悲ムヘキ結果ヲ生シタリ蓋シ一方ノ義務履行ハ他方ノ義務履行ヲ以テ條件トスルヲ以テ振出人ハ受取人カ未タ資金ヲ供セサル旨ノ抗辯ヲ提出シテ手形義務ヲ免カレ得ヘク又受取人ハ資金ヲ供シタ

ルコトヲ證明セサルヘカサルノ地位ニ立ツニ至レリ此ノ如キハ迅速ヲ貴フ商業上ニ於テハ不便至極ニシテ手形ノ流通ニ大ナル妨害ヲ與フルモノナルヲ以テ諸成契約說ハ之ヲ贊成セル者多カリシト雖モ其說タルヤ稍ヤ實際ニ違サカルノ嫌ヲ免レヌ

「第二」ニ起リシハ要書契約說是ナリ此說ハ手形書面ノ效力ニ重キヲ置カサル所ノ諸成契約說ニ比スレハ手形法理ノ沿革上ニ於ケル一大進歩ニシテ近世ノ手形法理構成上ニ一大光明ヲ放テルモノナリ此說ニ依レハ振出人カ手形上ノ債務ヲ負擔スル理由ハ一ニ書面ニ依ル契約ニ基クモノニシテ其書面ハ一定ノ形式ニ從ヒテ之ヲ作成シ相手方ニ引渡スヘキモノトス故ニ此說ニ從ヘハ當事者間ニ於ケル單純ノ合意ノミニテハ手形上ノ債權債務ノ關係ヲ發生セス其合意ニ基キテ作成セル手形ノ書面カ手形義務發生ノ唯一ノ根據ナリシナリ其書面タルヤ法律ニ定ムル形式ニ依據シテ作ルモノニシテ振出人カ之ニ署名シ受取人ニ之ヲ引渡スニ依リテ手形債務ヲ負擔スルニ至ルモノトス

要書契約說ハ近世ノ手形法理ヲ構成スルニ與リテ力最モ大ナルモノナルヲ以

テ諸成契約說トノ差異ニ付テハ最モ注意ヲ要ス此說ニ依レハ書面ハ振出人カ手形債務ヲ負擔スルニ於テ絕對ニ必要ナリ故ニ合意ノミニテハ或債務關係ヲ發生スヘシト雖モ其ハ所謂手形債務ニハ非サルナリ要スルニ書面ナケレハ手形ナシ如何ナル證據アルモ以テ其書面ヲ補充スルコト能ハス如何ナル場合ニ於テモ口約ノミヲ以テハ手形債務ヲ發生スルコトヲ得ス一タヒ手形ノ書面ヲ作成シテ之ヲ引渡シタル以上ハ振出人ハ如何ナル原因ニ由リテ之ヲ作成スルニ至リシヤ又契約當事者ハ如何ナル目的ヲ遂行スルカ爲メナルヤ將タ又振出人ハ果シテ受取人ヨリ手形資金ヲ受取リシヤ否ヤハ敢テ問フヲ要セス又手形訴訟ニ於テハ果シテ振出人ノ振出シタルモノナルヤ否ヤヲ監査スルニ止マルナリ何トナレハ手形債務負擔ノ理由ハ一ニ書面ニ從フモノニシテ振出人カ果シテ手形ノ資金ヲ實際ニ受取リシヤ否ヤニ基クモノニ非サルヲ以テナリ故ニ若シ振出人カ實際手形資金ヲ受取ラスシテ手形ヲ作成シ引渡シタルトキハ自ラ輕卒ノ責ヲ免レヌ依然手形義務ヲ負擔セサルヘカラス而シテ訴訟ニ於テハ資金ヲ受取ラナリシトノ抗辯ハ之ヲ主張スル者ニ於テ直接ニ且明瞭ニ證明セ

ナルヘカラス而モ其抗辯ハ單ニ受取人ニ對シテノミ主張シ得ルモノニシテ其他ノ所持人ニ對シテハ一切之ヲ主張スルコトヲ許ササルナリ
要書契約說ノ發達ハ遂ニ手形豫約ト手形債務トヲ明カニ區別スルニ至レリ從來ノ諾成契約說ニ依レハ此手形ノ豫約ト手形トヲ全ク混同シタリ凡ソ手形ヲ發行スルニ當リテハ其以前ニ振出人ト受取人トノ間ニ於テ手形債務ノ實質ヲ確定スルノ契約アルヲ常トス例ヘハ振出人ハ一定ノ手形資金ヲ受取ルヘキコト又之ニ對シテ一定ノ場所一定ノ時ニ於テ一定ノ金額ヲ受取人ニ支拂フヘキコト等手形債務ノ内容ニ就テ必ス或豫約ヲ爲シ其豫約ニ基キテ振出人カ手形ヲ發行スルニ至ルモノナリ諾成契約說ニ於テハ書面ニ重キヲ置カス單ニ合意ノミヲ以テ手形債務ヲ發生スルモノト見タルノ結果此豫約ト手形債務トノ區別ヲ明カニセス全ク之ヲ混同シタリ要書契約說ニ於テハ書面ハ此豫約ニ基キ發生スト雖モ其契約ノミヲ以テハ直チニ手形ト認メサリシナリ必ス一定ノ形式アル書面ヲ作成シ之ヲ引渡スニ非サレハ縱令豫約アリト雖モ手形債務ハ發生セス是ニ於テカ手形書面カ主要ナル地位ヲ占メ豫約ハ輕視セララルニ至レ

テ是レ諾成契約說ト大差アル所ナリ而シテ其書面ハ其レ自身ニ於テ獨立シテ法律上ノ效力ヲ有シ果シテ豫約カ締結サレタルヤ否ヤ將タ又一ノ場所ヨリ他ノ場所ニ金錢ヲ送付スル目的カ存在スルヤ否ヤ或ハ又縱令其書面ハ振出人ト受取人トノ間ニ結ハレタル豫約ノ趣旨ニ反スルノ結果ヲ生スルニ至ルモ敢テ手形債務ヲ發生スヘキ書面ノ效力ニ關係ヲ及ボササル所ナリ書面ハ此ノ如キ豫約ニ拘束セラレサルヲ以テ法律上種種ノ目的ヲ達スルニ至レリ手形ニ於テハ之ヲ振出スニ至リシ特種ノ原因ハ一視平等ノモノトシ原因ハ全ク書面ト無關係ノモノト見タリ而シテ書面ノ拘束力ハ一ニ其形式ニ率由シ獨立ノ效力ヲ有シ反對給付ノ如キハ何等ノ關係ナキ所タリ是レ亦諾成契約ニ伴フ雙務契約主義トハ大差アル點ナリトス

要書契約說ハ商業上ニ於テモ亦學說上ニ於テモ利益アル效果ヲ生セリ諾成契約說ニ依レハ債務ハ雙方的ノ關係ヲ有スルノミナラス其原因ト離ルヘカラサルモノナルカ故ニ商業上不便少カラサリシカ要書契約說ニ於テハ手形債務ハ原因ト關係ナク反對給付ニモ亦關係ナク其債權タル一方のノ性質ヲ帶フルヲ

以テ支拂ノ具トシテ流通ニ適シ經濟上ニ於ケル機能ヲ逞シクシ交換ノ具トシ
 テ商人ノ必要缺クヘカラサル需用ニ應セリ故ニ實際上ニ於テハ要書契約說ハ
 之ヲ諾成契約說ニ比スレハ遙ニ商業ノ實狀ニ適スルノミナラス商慣習ニ於テ
 モ商人ハ手形ヲ書面ニ依リテ作成セハ其作成ト同時ニ支拂義務ヲ負擔スルモ
 ノナリトノ觀念ヲ有シタリ

學說上ニ於ケル要書契約說ノ效果ハ引受契約ノ解釋ニ一變化ヲ及ホセリ諾成
 契約說ニ從ヘハ引受ハ委任ノ承諾ニシテ引受人ノ支拂義務ハ一ニ委任ニ基ク
 モノトシ委任ナクシハ引受ナク又一方ニ於テハ委任ノ引受ハ明言ナクトモ書
 面ニ於テ引受ノ意味ヲ留保セハ引受ヲ爲シ得ルモ要書契約說ニ於テハ引受ハ
 一ニ書面ニ依據シ書面ニ明示ナクシハ引受ノ義務ヲ發生セス故ニ書面ニ其旨
 フ示ササレハ引受ノ成立セサルハ勿論他ノ證據ヲ以テ引受アリタルコトヲ證
 スルモ亦默示ノ引受ノ如キモ到底引受ノ債務ヲ發生スルモノニ非ストセリ
 要書契約說ハ從來最モ混雜ヲ極メタル手形契約ノ主義ニ對シ始メテ曙光ヲ放
 タルモノニシテ此說ニ由リテ手形ノ形式上ノ性質ニ關スル原則ヲ發生シ其原

則ハ導火線ト爲リテ「アイナルト」リーベ「テール」等ノ諸大家ニ依リテ手形義務ノ
 本質ニ關スル學說漸次明瞭ニ解釋セラレ遂ニ現今ノ手形法理ヲ構成スルニ至
 レリ即チ「アイナルト」ノ紙幣說「リーベ」ノ要式行爲說「テール」ノ集合契約說ハ書面
 契約說ニ次テ相起リ其學說ハ獨逸手形條例制定ノ上ニ大影響ヲ及ホセリ
 手形義務ノ性質ニ關スル學說ハ上來述ヘタル如ク契約說ニ起リ近代ノ一方行
 爲說或ハ創造主義トモ謂フヲ生スルニ至レリ契約說ハ手形發達ノ初期ニ先ツ
 起リシモノナリト雖モ現今ニ於テモ猶ホ此說ヲ維持スル者頗ル多シ其說明ニ
 至リテハ學者ニ依リテ見ル所ヲ異ニスト雖モ兎ニ角契約ヲ以テ手形義務發生
 ノ本質ト看做スモノニシテ之ヲ手形ノ契約說ト謂フ之ニ對スル他ノ一派ハ手
 形義務ノ發生ハ契約ニ非ス擬出人ノ一方行爲ノミニ依リテ成立スルモノナリ
 ト主張スルモノニシテ之ヲ一方行爲說ト謂フ故ニ現今ニ於ケル手形義務ノ本
 質ニ關スル學說ハ大別シテ二ト爲ス曰ク契約說曰ク一方行爲說是ナリ今左ニ
 其大要ヲ略說セン

第一 契約說

前法手形 論議 手形義務ノ性質ニ關スル學說

此說ニ依レハ手形ノ債權債務ノ發生ハ手形債務者ト手形債權者トノ間ノ契約ニ基クモノニシテ債權者ト債務者トハ同等ノ地位ニ立テ共ニ其債權債務ヲ創造スルモノナリ此說ハ手形ノ直接ノ當事者間例ヘハ振出人ト受取人トノ間又ハ讓渡人ト其直接ノ讓受人トノ間ニ於ケルカ如ク直接ノ關係ニ立タル當事者ニ付テ之ヲ見レハ其債權債務ノ關係ヲ説明スルニ足ルカ如シト雖モ手形當事者全體ノ關係ヨリ觀レハ未タ明瞭ナラサル點ナシトセス即チ振出人カ受取人以下ノ後者全體ニ對シテ手形上ノ債務ヲ負ヒ又ハ讓渡人モ自己ノ後者全體ニ對シテ手形債務ヲ負擔スルコトハ如何ナル方法ニ依リテ締結サルル契約ニ基キヤ不明ナリ是ニ於テカ此說ヲ維持スル學者ハ種種ノ説明ヲ爲セリ例ヘハ手形ノ振出人ハ受取人ト契約ヲ爲スノミナラス其受取人ヲ媒介トシテ受取人以下ノ後者全體ニ對シ各契約ヲ爲シタルモノニシテ各手形債務者ト各手形債權者トノ間ニ各一ノ契約存在スト説キ或ハ振出人ハ一定セル單獨ナル人即チ受取人トノ間ニ唯一ノ契約ヲ爲スノミニシテ受取人ハ手形上ノ債權ヲ後者全員ノ利益ノ爲メニ受取ルモノナリト云フカ如キ種種困難ナル説明ヲ爲セリ

第二 一方行爲説

此說ハ債權債務ノ關係ヲ發生セシムルニハ債權者ト債務者トノ間ニ於ケル契約ヲ必要トセス手形上ノ義務ハ振出人ノ署名ノミニ依リテ成立ス唯其效力ヲ生スルカ爲メニハ債權者以外ノ他人ノ手ニ移ルコトヲ要スルノミニシテ手形ハ既ニ債務者ノ一方の行爲ニ依リテ成立スルモノナリ而シテ手形振出人ハ手形ノ單獨ナル創造者ニシテ其署名ニ依リテ手形ニ價值ヲ付與スルモノトス手形カ完全ニ其效力ヲ有スルニ至ルニハ受取人ノ手ニ歸スルコトヲ要スト雖モ受取人ハ振出人ト同等ノ地位ニ立テ共ニ手形ヲ作成スルモノニ非ス單ニ之ヲ受取ルニ過キサルモノナリト云フニ在リ

以上ノ學說ハ概近獨逸國ニ於テ行ハルル手形ノ學說ノ大要ナリ獨逸ニ於テハ其有名ナル手形條例制定ニ當リテハ以上ノ兩說ヲ代表セル知名ノ大家モ之ニ加ハリシカ該條例ハ特ニ明文ヲ以テ直接ニ前記兩主義ノ内其何レヲ採用セルヤヲ明カニセサリシヲ以テ條例施行後ノ今日尙ホ其採用セル主義ニ付テ兩派ノ論爭甚タ盛ニシテ有名ナル大家ハ各其見ル所ニ隨ヒ或ハ契約說ヲ主張シ或

ハ一方行爲說ヲ主張スルアリテ未タ該條例ノ主義ニ付テ定論ヲ生セスト雖モ最近ノ傾向ハ一方行爲說ニ歸著スルモノノ如シ
英國ノ手形法ハ手形ヲ以テ一種ノ契約ト看做シ契約ニ關スル法理ヲ以テ其債權債務ノ關係ヲ規定セリト雖モ猶ホ普通ノ契約ニ比スレハ頗ル其性質ヲ異ニセリ英國ニ於テハ契約ニハ常ニ原因アルコトヲ必要トセリ原因ナキ契約ハ之ヲ無効トスト雖モ手形ニ在リテハ原因ハ常ニ推定セラルルナリ即チ普通ノ契約ナレハ原因ノ存在セルコトヲ證明セサルヘカラスト雖モ手形ニ於テハ原因ハ常ニ存在スルモノト推定セラル是ヲ以テ原因ナキコトヲ以テ手形ノ無効ヲ主張セントスル者ハ其原因ノ存在セサルコトヲ證明セサルヘカラスト若シ之ヲ證明スルコト能ハサレハ手形ノ無効ヲ主張スルコトヲ得ス此ノ如ク英國ニ於テハ手形ヲ以テ普通ノ契約トハ異ナレル一種特別ノ契約ナリト看做セトモ要スルニ英國手形法ハ契約主義ヲ採レルモノナリトス
我新商法ハ手形ノ主義ニ關シテハ契約主義ヲ採リシカ將タ亦一方行爲主義ヲ採リシカハ茲ニ諸君ト共ニ研究スヘキ一大問題ナリト信ス元來本問題タル頗

ル重大ナル問題ニシテ慎重ノ研究ヲ要スト雖モ今聊カ卑見ヲ陳述セントス元來契約ハ其締結當事者カ平等ノ地位ニ立テテ不公平ナクシテ意思ノ合致スルコトヲ原則トセリ之ヲ以テ民法商法ノ一般ノ規定ニハ成ルヘク平等ノ意思合致ニ對シテ之ヲ消滅セシムル方法ヲ取レリ是レ法律行爲ハ詐欺錯誤又ハ強暴ヲ原因トシテ取消ナレ得ル所以ナリ英國ニ於テハ契約當事者平等ノ原則ヲ極端ニ應用シテ當事者ノ一方カ他方ノ不當ノ威壓ノ下ニ不利益ナル契約ヲ結ヒタルトキハ之ヲ取消シ得ルコトスラ爲シ得ルコトトセリ

今若シ手形ヲ以テ契約ナリトスレハ此契約ニ於テハ債權者ト債務者トハ甚シク不平等ノ地位ニ立ツモノト謂ハサルヘカラスト普通ノ契約ニシテ當事者ノ確定セルモノニ在リテハ債權者ト債務者トハ互ニ其相手方ノ何人タルヤヲ熟知スルコトヲ得レトモ手形ニ於テハ然ラス債權者ハ常ニ債務者ノ何人タルヤハ確知スルコトヲ得ルト雖モ債務者ハ債權者ノ何人タルヤヲ知ルコト能ハス何トナレハ債權者ハ常ニ帳轉移變スレハナリ例ヘハ振出人ハ受取人ヲ知ルト雖モ受取人以下ノ後者ニ手形ノ轉移シタルトキハ到底之ヲ知ルコトヲ得ス而モ

正當ナル手形所持人ニ對シテ常ニ手形上ノ債務ヲ負擔セサルヘカラスルカ如シ是ニ依リテ之ヲ觀レハ手形ヲ契約トセハ少クトモ債務者ハ債權者ニ對シテハ頗ル不平等ノ地位ニ立ツモノト謂ハサルヘカラス是レ手形ハ少クトモ普通ノ契約ヲ以テ論スルコトヲ得サル一點ニハ非サルナキカ
更ニ進ミテ商法ノ規定ニ就テ見ルモ契約ヲ以テシテハ手形ノ性質ヲ解釋シ得タル條項數多アリ若シ契約說ヲ採ラハ我商法解釋上差支ヲ生スルニ至ルヘシ何トナレハ契約說ヲ採ル以上ハ受取人以下ノ後者ノ權利ハ受取人ヨリ讓受タルモノナルカ(但受取人ノ人ニ屬スル抗辯ハ讓受人ニ對シテ爲シ得ス又讓受人ハ證書ノ文言ニ從ヒテ權利ヲ有スルコトハ勿論ナリ)又ハ後者ハ受取人ヲ媒介シテ振出人ニ對シ固有ノ權利ヲ取得シタルカノ解釋ヲ採ラサルヘカラス前ノ解釋ヲ採ラシカ偽造ノ裏書ニ依リ手形ヲ取得シタル被裏書人ノ權利竝ニ意思能力ナキ裏書人ヨリ手形ヲ取得シタル被裏書人ノ權利ハ到底新商法ヲ以テ説明スルコトヲ得ス若シ契約說ヲ採ラハ此等ノ場合ニ於テハ讓受人ハ手形上ノ權利ナキモノト謂ハサルヘカラス然レトモ商法第四百三十七條及ヒ第四百三

十八條ヨリ推セハ苟モ手形ニ署名シタル者ハ手形上ノ債務ヲ負擔シ隨テ前記ノ手形取得者ハ手形上ノ權利ヲ有スルモノト謂ハサルヘカラス又無能力者ノ前者ハ之ニ對スル手形義務ヲ負擔スルモノト謂ハサルヘカラス第二ノ解釋ニ依ルモ意思能力ナキ者カ手形ノ受取人ト爲リタル後偶々盜取サレ之ヲ盜取シタル者カ偽造ノ裏書ヲ爲シ之ニ依リ其手形ヲ善意ニテ讓受ケタル者ノ權利ハ到底契約說ヲ以テハ説明スルコト能ハス何トナレハ此場合ニ於テハ受取人ノ媒介ナクシテハナリ然レトモ商法第四百四十一條ニ依レハ何人ト雖モ惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ手形ヲ取得シタル者ニ對シテハ其手形ノ返還ヲ請求シ得サルコトヲ規定セルヲ以テ前例ノ場合ニ於テハ讓受人ハ手形ノ正當ナル取得者ナルヲ以テ之ニ向テ手形ノ返還ヲ請求スルヲ得サルハ言テ竣タス隨テ彼ハ手形上ノ權利ヲ取得スルヲ以テ前者ハ商法第四百三十五條ノ規定ニ從ヒ其手形ノ文言ニ從ヒテ貴ヲ負ハサルヘカラス

又第四百四十一條ノ條文ヨリ考フルトキハ新商法ニ於テハ手形カ手形トシテ效力ヲ生スルニハ必スシモ正當ノ引渡ヲ必要條件トセス例ヘハ振出人ハ法律

ニ定メタル總テノ形式ヲ具備セル手形ヲ作成シ自己ノ署名ヲモ爲シタルニ偶、其手形カ偶然ノ事實例ヘハ盜取セラルルカ又ハ振出人ノ家族カ受取人ニ與フヘキ者ト信シテ振出人ノ同意ヲ得シテ此受取人ニ引渡シタルカ如キ場合ニ依リテ受取人ノ手ニ歸シタルトキハ振出人カ事實之ヲ受取人ニ與フルノ意思ナシトスルモ最早其手形ハ取戻スコトヲ得サルナリ隨テ受取人ハ手形上ノ權利ヲ取得シ振出人ハ其手形ノ文言ニ從ヒテ手形上ノ責任ヲ負ハサルヘカラサルノ結果ヲ生ス是レ果シテ契約ヲ以テ手形義務ノ性質ヲ解釋シ得ヘキモノナルヤ甚タ疑ハシ是レ亦新商法カ一方行爲主義ヲ採リタル點ニ非サルカ契約說ヲ主張スル論者咸ハ曰ク新商法カ手形ノ讓渡ニ付キ引渡ヲ要件トセルコトハ第四百五十七條第二項ノ規定ニ依リテ明カナリ何トナレハ同條ハ裏書人ノ署名ノミヲ以テ裏書ヲ爲シタル場合ニハ手形ハ爾後引渡ノミニ依リテ之ヲ讓渡スコトヲ得トアルヲ以テ本則ニ依リテ爲ス裏書讓渡ノ場合ニ於テモ亦引渡ヲ要件トセルモノナリト然レトモ思フニ第四百五十七條第二項ハ本則ニ依ラス略式ノ裏書讓渡ノ場合ヲ規定セルモノニシテ此場合ニ於テハ普通ノ形

式ヲ履行セス引渡ノミニテ手形ヲ讓渡シ得ルト云フコトヲ單純ニ示シタルニ過キス勿論一般ノ場合ニ於テハ引渡アルヲ常トスレトモ第四百五十七條第二項ノ規定ヲ以テ引渡ノミカ手形上ノ權利ヲ移轉スル唯一ノ方法ナリト論スルヲ得ス況ヤ第四百四十一條ニ於テ惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ手形ヲ取得シタル者ハ手形上ノ權利ヲ取得スヘキ結果ヲ生スルコトヲ明文ヲ以テ定メタルニ於テヤ故ニ第四百五十七條ノ引渡云云ノ文字ヲ根據トシテ契約說ヲ主張スルコト能ハサルナリ

其他債權者ノ意思ニ拘ハラヌ手形債務者ノ一方ノ意思ノミニ由リテ手形債務ノ程度又ハ其債務ノ履行ノ程度定マル場合多シ例ヘハ第四百六十九條ニ於テ支拂人ノ手形金額ノ一部ニ付キ引受ヲ爲シ得ル旨ヲ規定シ又第四百八十四條ニテ手形金額ノ全部ニ付キ引受アリタルトキト雖モ所持人ハ其一部ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得スト規定シ又第五百九條ヲ以テ爲替手形ノ所持人ハ豫備支拂人又ハ參加引受人ニ非サル者ノ參加支拂ト雖モ之ヲ拒ムコトヲ得スト規定セルカ如キハ債務者一方ノ意思ノミニ由リ手形債務ヲ發生セシメ又ハ其債務ノ程

度ヲ定メ或ハ履行ノ程度ヲ定ムルモノニシテ到底契約説ヲ以テモ之ヲ解釋
スルコト難シハ、元來手形ノ所持人ハ手形金額全部ヲ支拂ヲ求ムヘキ意思ヲ有スルハ論ヲ俟タ
ス然ルニ支拂人ハ第四百六十九條ニ依リ一部ノ引受ヲ爲シ手形金額ノ一部支
拂ノ義務ノミヲ負擔スルコトヲ得ルカ如キハ全ク支拂人ノ一方的意思ノミニ
由リテ手形債務ヲ帶アルモノト謂フサルヘカラス契約説ヲ主張スル論者ハ此
場合ニ於テハ債務者ノ意思モ全部ノ引受ヲ拒絕セラルルヨリハ責メテハ一部
ノ引受ヲ得ル方利益ナリトノ點ヲ法律カ想像シタルニ基クヲ以テ全ク債務者
一方ノ意思ニテ債務ノ程度定マルニ非サルナリ隨テ契約ニ依リテ解釋スヘキ
餘地アリト主張スヘシト雖モ實際手形ノ流通ノ有様ヲ見ルニ一部ノ引受アル
ヨリモ寧ろ全部ノ引受ナキ方其流通容易ナルハ事實ナリ隨テ所持人ハ一部ノ
引受カ手形面ニ現ハルルヨリモ寧ろ全然引受ナキヲ好ムハ自然ナルヲ以テ到
底契約説論者ノ主張セルカ如ク債權者ノ意思カ寧ろ一部ノ引受ヲ望ムニ在ル
ヲ以テ契約ニ依リ解釋シ得ヘシト主張スル能ハサルナリ

一部支拂ヲ拒ムコトヲ得サル規定ノ如キモ亦契約ノ觀念トハ大ニ反スル所ナ
リ元來普通ノ契約ナレハ其債務ノ履行ハ其債務ノ本旨ニ從ヒテ現實ニ之ヲ爲
ササルヘカラス故ニ例ヘハ金錢上ノ債務ノ履行ナリトスレハ其金錢ノ全部ヲ
支拂ハサルヘカラス其一部支拂ノ如キハ履行ニ非サルヲ以テ債權者ハ當然之
ヲ拒ムコトヲ得ルナリ手形金額一部ノ支拂ハ手形債務ノ履行ナリヤ否ヤハ別
問題トスルモ一部支拂ヲ拒ムコトヲ得サル點ニ於テハ普通契約ノ履行ノ場合
トハ大ニ趣ヲ異ニシ債務者一人ノ意思ヲ以テ一部履行ヲ爲シ得ルモノト謂フ
ヘシ是レ亦手形ハ契約ニ非ストノ解釋ヲ助クヘキ點ニ非サルカ

第五章 手形ノ特性

第一 手形上ノ債權ハ證書債權ナリ
證書債權トハ債權ノ發生ヨリ其效力ニ至ルマテ一證書ニ依據スルモノニシ
テ證書ノ作成ヲ待テ始メテ債權ノ成立ヲ見又證書ノ文言ニ從ヒテ其債權ノ
效力ヲ決定スルモノヲ謂フ抑モ普通ノ債權債務ノ發生スルニハ必スシモ證書

ヲ必要トセス又別ニ一定ノ形式ヲ要セス言語ヲ以テスルモ行爲ヲ以テスルモ其成立ニ於テ區別アルコトナシ又縱令證書アリトスルモ其證書タルヤ單ニ一ノ證據ニ過キスシテ債權債務ノ關係ハ必スシモ書面ノミニ依リテ確定スルモノニ非ス縱令證書面ニ於テ一定ノ債權債務ヲ表示スト雖モ事實ニ於テ之ト異ナル場合ニハ反對ノ證據ヲ舉ケテ其證書ノ效力ヲ打消スコトヲ得ルモノナリ然ルニ證書債權ニ於ケル證書ノ關係ハ此ノ如ク單純ナル證據タル效力ニ止マラスシテ債權ヲ成立セシムルニハ必ス一定ノ證書ヲ要シ證書ナケレハ債權ナキ結果ヲ生スルモノナリ手形上ノ債權ハ實ニ此種ノ債權ニ屬ス即チ手形ニハ必ス形式上ノ證券ヲ必要トシ其證券ナケレハ手形上ノ權利義務ハ遂ニ發生スルコトヲ得ス又其債權ノ效力ノ點ニ於テモ必ス證書ニ依據シテ權利義務ノ關係定マリ其文言以外ノ事實ヲ舉ケテ之ヲ左右スルコトヲ許サス換言スレバ證書文言カ債權債務ノ關係ニ付テ唯一ノ決定力ヲ有スルモノナリ

手形カ證書債權タルコトハ商法第四百三十五條ニ依リテ明カナリ同條ニ依レハ手形ニ署名シタル者ハ其手形ノ文言ニ從ヒテ責任ヲ負フトアリ是レ即チ手

形カ證書債權タルコトヲ示ス根本ノ規定ナリ抑モ手形ニ付テ此ノ如ク嚴格ナル規定ヲ設ケタル所以ハ全ク手形ノ安全ナル流通ヲ圖ランカ爲メノ目的ニ外ナラス蓋シ手形ハ裏書讓渡又ハ交付ニ依リテ一タヒ振出人ノ手ヲ離ルレハ互ニ相知ラサル多數當事者ノ間ニ流通シ此等ノ人ハ其債權債務ノ發生原因ヲ探究スルノ暇ナク一ニ證書ノ記載事項ニ依賴シテ取引スヘケレハナリ若シ假ニ此ノ如ク嚴格ナル效力ナシトセハ手形ヲ取得スル者ハ必ス不安ノ念ヲ生シ隨テ手形ノ流通ヲ阻害スルニ至ルヘシ商法第四百三十五條ヲ以テ手形カ證書債權タル原則ヲ設ケタルノ結果第四百三十六條第四百三十九條ノ規定ヲ設ケタルノ要アリ第四百三十六條ハ代理人カ本人ノ爲メニスルコトヲ記載セスシテ手形ニ署名シタルトキハ本人ハ手形上ノ責任ヲ負フコトナキ旨ヲ規定セリ商行爲ニ關スル代理ノ一般ノ原則トシテ假令代理人カ本人ノ爲メニスルコトヲ示サスシテ法律行爲ヲ爲シタルトキト雖モ其行爲ハ本人ニ對シテ效力ヲ生スルヲ本則トス然ルニ手形ニ關スル行爲ハ第二百六十三條第四號ノ規定ニ依リ當然商行爲ナルヲ以テ若シ第四百三十六條ノ規定ナキニ於テハ第二百六十六條

ニ揭クル一般ノ原則ニ從ヒ代理人カ本人ノ爲メニスルコトヲ示サスシテ手形ニ署名シタル場合ニハ本人自ラ手形上ノ責任ヲ負ハサルヘカラス然ルニ手形ニ付テハ第四百三十五條ノ規定ニ依リテ證書債權ナル主義ヲ探リタルヲ以テ其精神ヲ貫クカ爲メニ特ニ第四百三十六條ノ規定ヲ設ケ商行爲ニ關スル代理ノ一般原則ノ例外トシテ此場合ニハ本人ハ手形上ノ責任ヲ負ハスシテ手形ニ署名シタル代理人カ其手形ノ文言ニ從ヒ責任ヲ負フヘキコトヲ定メタリ是レ即チ手形ノ文言ニ重大ナル效力ヲ付與セル第四百三十五條ノ精神ニ伴フ當然ノ規定ナリ

次ニ手形ノ證書債權タル性質ニ付テ説明スヘキ點ハ第四百三十九條ノ規定ナリ同條ニ依レハ本編ニ規定ナキ事項ハ之ヲ手形ニ記載スルモ手形上ノ效力ヲ生セサル旨ヲ定メタリ此規定ノ由リテ起ル所以ハ第四百三十五條ニ依リテ手形ニ署名セル者ハ其手形ノ文言ニ從ヒテ責任ヲ負フトノ嚴格ナル規定ヲ設ケタルカ故ニ若シ如何ナル事項ニテモ手形ニ記載セハ忽チ手形上ノ效力ヲ生スルモノトセハ手形ヲ取得スル者ハ頗ル不安全ナル地位ニ立タサルヘカラス何

トナレハ第四百三十五條ノ規定ノミニテハ總テ手形ハ記載シタル事項ニ依リテ署名者ノ責任定マルコトト爲リ隨テ第四百三十九條ノ規定ナキトキハ手形上ノ權利義務ノ關係ハ頗ル曖昧ナルモノト爲ルヘシ若シ果シテ此ノ如シトセハ手形ノ授受ハ安シク之ヲ行フコト妨ハサルニ至リ隨テ手形ノ流通ヲ阻害スルニ至ルヘシ是レ第四百三十九條ノ規定アル所以ナリ(第四百四八條第四五三條第四五四條又第四百四十條ノ規定ニ依レハ手形債務者ハ手形編ニ規定ナキ事由ヲ以テ手形上ノ請求ヲ爲ス者ニ對抗スルコトヲ得ス但直接ニ之ニ對抗スルコトヲ得ヘキ事由ハ此限ニ在ラスト規定セリ其趣意ハ第四百三十五條及ヒ第四百三十九條ノ規定ノ精神ニ伴フモノナリ蓋シ手形上ノ權利義務ノ關係ハ一方ニ於テハ手形ニ記載シタル文言ニ依リテ定マリ又一方ニ於テハ手形ニ記載スヘキ事項ヲ限定スルトスルモ手形債務者カ如何ナル事由ニテモ提出シテ手形上ノ權利者ニ對抗スルコトヲ得ハ第四百三十五條並ニ第四百三十九條ノ規定ノ精神ハ全ク滅却スヘク隨テ手形ヲ取得スル者ハ頗ル不安全ナル地位ニ立タサルヘカラス若シ此ノ如クナレハ是レ亦手形ノ流通ヲ阻害スルコト大ナ

ルヘシ是レ即チ第四百四十條ノ規定アル所以ニシテ抗辯スヘキ事項ヲ本條ニ依リテ制限セルモノナリヘシ。第二、手形ハ確定シタル金錢ヲ支拂ハルヘキ債權的證券ナリ。手形ニ依リテ支拂ハルヘキ目的物ハ一定シタル金錢ナリ。金錢以外ノ物ヲ以テ債權ノ目的ト爲スコトヲ得ス而モ其金錢タル必ス確定セル金錢ナラサルヘカラス例ヘハ手形債權ノ目的カ金錢ノ支拂ニ在リトスルモ其金額漠然トシテ一定セサルモノハ手形債權ノ目的ト爲スコト能ハス又手形ノ證書ハ債權的性質ヲ帶フル證券ナリ是レ即チ物品引換證書倉荷證書船荷證書等ト大ニ其性質ヲ異ニスル所ナリ此等ノ證券ニ於テハ其給付ノ目的ハ金錢ニ在ラスシテ貨物ナリ然モ其證券ノ引渡ハ物品其物ノ引換ト同一ノ效力ヲ生ス即チ其效力ハ物權的ナリ換言スレハ裏書ニ依リテ此等ノ流通證券ヲ得タル者ハ單ニ物品ノ給付ヲ受クヘキ債權ヲ得ルニ非スシテ其證書ノ示ス物品其物ヲ得ルノ效力ヲ生ス即チ證書ノ引渡ハ物品ノ引渡ヲ得タルト同シク物品ノ所有權ハ直接ニ證書ノ所持人ニ歸屬スルモノナリ然ルニ手形ノ所持人ハ手形ヲ得タルカ爲メニ直チ

テ其效果ヲ外部ニ及ホササルモノヲ稱シテ訓令ト謂フ。訓令ニ二種アリ一ハ簡箇實在ノ場合ニ關スル命令ニシテ即チ特定ノ作爲又ハ不作爲ヲ命令スルモノナリ此ノ如キ命令ハ稱シテ通常又處分ト謂フト雖モ真正ノ意義ニ於ケル處分トハ全ク性質ヲ異ニスルモノニシテ處分ハ國家ノ一般統治權ニ因リテ其拘束力ヲ生スルニ反シテ訓令上ノ處分ハ上級官廳ノ職務上ノ監督權ニ基クモノナリ之ニ違由スヘキ義務モ亦臣民タル義務ニ基クモノニ非スシテ職務上ノ義務ノ一部タルモノナリ。訓令ハ或ハ又一般ノ抽象的ノ内容ヲ有スルコトアリ即チ多數又ハ不定數ノ場合ニ共通ナル規則ヲ定メ此規則ニ從ヒテ下級官廳ヲシテ其事務ヲ處理セシムル場合はナリ此ノ如キ一般的ノ訓令ハ之ヲ行政規則ト稱スルニ依リテ普通ノ法規命令ト區別スルコトヲ得ヘシ行政規則ハ一般的法則ナリト雖モ尙ホ法規ヲ定ムルモノニ非サルコトハ前既ニ論シタルカ如シ其法律上ノ效果ハ單ニ行政機關自身ノ内部ニ止マリ第三者ニ對シテ其效果ヲ及ホスコトナシ。訓令ハ一般約ノ規則即チ所謂行政規則ト雖モ法律又ハ命令ノ如ク公布ヲ要ス

ルモノニ非ス唯通常ノ意思表示ノ法則ニ從ヒテ其訓令ヲ受クヘキ下級官廳ニ對シテ適當ノ方法ヲ以テ之ヲ告知スルコトヲ要スルノミ其通常ノ方式ハ文書ヲ以テ之ヲ官廳ニ送達スルニ在リ

第二章 公權

第一節 權利ノ觀念

權利ノ觀念ヲ論スルハ一般法理學ノ問題ニ屬シ茲ニ詳論スヘキ所ニ非ス茲ニハ唯公權ヲ論スルニ必要ナル限リニ於テ其一斑ヲ略叙スルノミ

權利ノ觀念ニ付テハ異說甚タ多シ大體ニ於テ之ヲ二大主義ニ區別スルコトヲ得一ハ所謂意思主義ニシテ一ハ所謂利益主義ナリ意思主義ノ學說ハ「ヘーゲル」ニ出テ權利ノ本質ヲ以テ意思ハ力ナリト爲ス或ハ意思能力ナリト曰ヒ或ハ意思ノ範圍ナリト曰フモノ是ナリ或ハ意思ヲ以テ單ニ心理ノ作用ナリトシ法律ハ專ラ外界ノ作爲ニ關スルモノナルカ故ニ意思能力ニ非スシテ行爲能力ナリト曰フ者アルモ是レ毫モ新ナル見解ヲ含ムモノニ非ス全ク同一ノ見解ニ出

ツルモノナリ

意思主義ハ其レ自身ニ於テ決シテ誤謬ニ非ス權利カ意思ノ力ナルコトハ更ニ疑ヲ容レサル所タリ意思ノ力ニ依リテ之ヲ主張スルニ非サル限リハ權利ハ存在スルコトヲ得ス意思ナキ處ニ權利ナシ權利ハ疑モナク法ニ依リテ認めラレタル意思ノ力ノ範圍ナリ

唯意思主義ノ缺點ハ權利ノ外形ヲ見テ其實質ヲ見サルニ在リ權利ハ意思ノ力ナリト雖モ總テノ意思ノ力ハ皆權利ナルニ非ス單ニ權利ヲ以テ意思ノ力ノ範圍ナリトスルハ未タ權利ノ本質ヲ明カニシタルモノニ非ス

權利ヲ以テ單ニ意思ノ力ナリト解スルノ缺點ハ法人ト機關トノ關係ニ於テ既ニ之ヲ認ムルコトヲ得法人ハ自ラ心理上ノ意思能力ヲ有スルモノニ非サルカ故ニ必ス機關ニ依リテ代表セラルルコトヲ要ス意思ノ力ヲ有スルモノハ法人ニ非スシテ機關ナリ若シ權利ヲ以テ單ニ意思ノ力ナリト云ハハ機關カ權利ノ主體ニシテ法人ハ却テ權利ヲ有セサルノ結果ヲ生スヘシ蓋シ意思ノ力ハ抽象的ニ存在スルヲ得ヘキニ非ス意思ノ力ト云ヘハ或事ヲ欲

スルノ力ナラサルヘカラス單純ニ欲スルト云フハト思考シ得ヘカラス苟モ意思ノ力即チ欲スル力ヲ認ムト云ヘハ必ズ或事ヲ欲スルノ力ヲ認ムルモノナラサルヘカラス意思ノ力ハ唯此或事ヲ達スルノ手段ナリ權利ハ意思ノ力ナルニ相違ナシト雖モ漫ニ欲スルノ力ニハ非シテ必ズ或事ヲ欲スルノ力ナリナルヘカラス意思主義ハ此或事ヲ度外ニスルモノニシテ之ヲ明カニスルニ非サレバ權利ノ性質ヲ明カニシタルモノニ非ズ意思主義ノ缺點ハ徒ニ外形ヲ見テ其目的ヲ度外ニシタルニ在リ

利益主義ノ學說ハ意思主義ノ缺點ヲ補ハントシテ却チ反對ノ缺點ニ陷リタルモノナリ

利益主義ノ學說ハ權利ヲ以テ法ニ依リテ保護セラルル利益ナリト解スルモノナリ學說ハ人ノ知ル如ク「イエリング」ニ依リテ其定形ヲ得タルモノニシテ意思主義カ單ニ權利ノ外形ヲ見テ其目的ヲ度外ニシタル缺點ハ「イエリング」能ク之ヲ明カニスルコトヲ得タリト雖モ其主張スル所ノ利益主義ハ更ニ他ノ極端ニ走リテ單ニ權利ノ目的ヲ見テ其外形ヲ度外シタルモノナリ利益ノ觀念カ權利

ノ要素タルトハ疑フヘカラスナルノ真理ナリト雖モ總テ法ノ保護スル所ノ利益カ皆權利ナルニ非ズ若シ利益主義ニ從ハハ利益ノ歸屬スル所ハ即チ權利ノ主體ナラサルヘカラス禽獸保護法ノ利益ヲ受クルモノハ禽獸ナルカ故ニ禽獸ハ權利ノ主體タルニ至ルヘタ人格ト人格ニ非サルモノトハ全ク其區別ヲ失フヘシ而シテ一方ニ於テハ法ノ保護スル所ノ利益ハ總テ權利ナリトスルモノナルカ故ニ所謂法ノ反射モ亦盡ク權利タルニ至リ警察又ハ犯罪者ノ所罰ノ如キ國家制度ニ依リテ間接ニ臣民ノ受クル所ノ利益ハ皆權利ト稱セサルヘカラス

利益主義ノ缺點ハ權利ノ目的ヲ以テ直チニ權利其モノト爲シタルニ在リ目的カ權利ノ觀念ニ缺クヘカラス要素ナルコトハ疑ナシト雖モ權利ノ目的カ直チニ權利ナルニ非ズ利益カ權利ト爲ルニハ意思ノ力ヲ以テ自己ノ利益ヲ主張スルコトヲ得サルヘカラス意思ノ力ヲ認メラルニ依リテ始メテ利益カ權利ト爲ルナリ

此故ニ意思ト利益トハ其ニ權利ノ觀念ヲ組成スル所ノ要素タリ意思ハ權利ノ

形式ナリ利益ハ權利ノ内容ナリ此二ノ要素ノ相合スルニ依リテ始メテ權利タ

以上述フル所ニ依リ權利ヲ定義スレハ權利トハ法ニ依リテ自己ノ利益ハ爲メニ主張スルコトヲ許サレハル意思ノ力ナリ

(二) 權利ハ意思ノ力ナリ 權利ハ意思ノ力ナリト云フニ對スル最モ大ナル批難ハ權利ヲ以テ意思ノ力ナリトスルトキハ意思能力ナキ者ノ權利ヲ説明スルニ能ハスト云フニ在リ然レトモ此批難ハ法學上ノ觀念ト心理上物質上ノ觀念トヲ混同スルノ誤ニ出タルモノナリ權利ハ意思ノ力ナリト云フモ必スシモ心理上ノ意思ヲ云フニ非ス法學ハ抽象ノ學タリ法學上ノ觀念ハ抽象的ノ觀念タリ其觀念ノ基礎トスル所ハ實在ノ現象ニ在リト雖モ必スシモ常在ノ實在ノ現象ト相一致スルモノニ非ス權利カ意思ノ力ナリト云フハ法カ意思ノ力トシテ認メタルモノヲ謂フ法カ意思ノ力トシテ認ムルハ固ヨリ心理上ノ意思ヲ以テ其基礎トスルナリ然レトモ法カ意思ノ力ヲ認ムルハ必スシモ常ニ權利者自身

ノ心理上ノ意思ナルコトヲ要セス心理上ニ意思能力ナキ者ハ法ハ意思能力アル者ニ於テ之カ代表ヲ爲スコトヲ認ム心理上ヨリ言ヘハ意思ハ常ニ欲スル者ノ意思タリ代表者ノ意思ハ代表者ノ意思ニシテ被代表者ノ意思ニ非ス然レトモ法學上ヨリ言ヘハ代表者ノ意思ハ即チ被代表者ノ意思タルナリ無能力者ハ心理上ニハ意思ノ力ナリト雖モ法學上ヨリ意思ノ力アルナリ權利ヲ以テ意思ノ力ナリト云フヲ妨ケサルハ之カ爲メナリ

法學上ニ謂フ所ノ意思ノ力ト心理上ノ意思トハ必スシモ相一致スルモノニ非サルハ數多ノ實例ニ依リテ之ヲ認ムルコトヲ得就中多數者ノ團體ニ於テ多數決カ其團體ノ意思ト看做サルル如キ心理上ヨリ言ハハ多數決ハ其議決ニ賛成シタル多數者ノ意思ニシテ統一的ノ意思ニ非ス是カ統一的ノ意思トシテ團體ノ意思ト看做サルルハ法ノ規定ノ結果タルナリ法學上ノ意思ト心理上ノ意思トヲ區別スルニ非サレハ又遺言遺贈ノ如キ意思ノ主體カ既ニ死亡シ心理上ヨリ言ヘハ意思ノ久シク既ニ消滅シタル後ニ至リテ尙ホ意思ノ力ノ存續スルコトヲ理解スルコトヲ得サルヘシ

權利ハ意思ナリト云フノ說ヲ批難シ之ニ依リテハ意思ナキ者ノ權利ヲ説明スルコト能ハストスルノ論者ハ「權利ハ力ナリ」ト曰ヒ又ハ「勢力ナリ」ト曰フニ依リテ其困難ヲ免レタリト爲ス(内外論叢第一卷第一號、第二號、岡松氏論文同第二卷第四號、仁保氏論文參看)然レトモ實在の客觀的ヨリ之ヲ觀レハ無能力者ハ何等ノ「力」ヲ有スルモノニ非ス其「力」アリト認メ得ヘキ所以ハ法律上ノ代表者アリテ其利益ヲ主張スルコトヲ得レハナリ言ヒ換フレハ代表者ノ意思カ權利者ノ意思ト認メラルレハナリ權利ハ力ナリト云フノ說モ意思說ニ更ニ一步ヲモ進メタルモノニ非ス(意思ハ力ニ依リテ實現スルモノナリトモ云フ)權利ハ力ナリト云フトキハ同時ニ權利主體ハ必スシモ意思ノ主體ニ非サルコトヲ意味ス詳シク言ヘハ總テノ法人ハ意思ヲ有セス唯法人ノ機關ノ意思ノ主體タルコトヲ意味スルナリ若シ然リトセハ國家ハ意思ヲ有スルコトナク隨テ總テノ法律ハ國家ノ制定スル所ニ非サルニ至リ總テノ國法學ハ其根底ヨリ破壞セラルヘシ(蓋シモ國家ハ意思ハ有スルモノナリトモ云フ)權利ハ利益ヲ主張スル意思ノ力ナリトモ權利ノ外形ハ意思ノ力ナルコト右

第二 獸疫ノ豫防
明治二十九年三月法律第六十號獸疫豫防法ハ家畜ノ傳染病豫防ニ關スル取締ノ規定ヲ設ク此法律ハ獸疫ノ發生ヲ知ルカ爲メニ届出ノ義務ヲ規定シ罹病セハ家畜ノ隔離セサルヘカラサルコト獸疫ノ出入往來並ニ病毒傳播ノ疑アル物品ノ運搬ヲ停止スルヲ得ルコト、外國ヨリ獸疫侵入ノ危險アルトキハ檢疫ヲ行ヒ其輸入ヲ停止スルヲ得ルコト、獸疫ニ罹レルモノハ之ヲ撲殺スルヲ得ルコト等豫防ニ關シテ必要ノ規定ヲ設ク、
明治三十四年四月法律第三十五號畜牛結核病豫防法ハ畜牛ノ結核病豫防ニ關シテ特別ノ規定ヲ設ク、
第三 獸類ノ醫療
明治二十三年八月法律第七十六號獸醫免許規則ハ規定スル所オリ明治二十三年四月法律第三十一號蹄鐵工免許規則モ亦獸類ノ醫療ニ關スルモノトス

第三節 狩獵

野生ノ鳥獸ハ或ハ之ヲ土地ニ屬スル利益ト認ムルコトヲ得然レトモ明治三十四年四月法律第三十三號狩獵法ハ之ヲ土地所有者ニ屬スルモノト認メス同法ニ依レハ野生ノ鳥獸ハ之ヲ無主物ト看做ス故ニ狩獵權ハ土地ノ所有權トハ全ク獨立ノ權利ニシテ法定ノ制限内ニ於テ野生ノ鳥獸ヲ捕獲シテ自己ノ所有ニ屬セシムル權利ナリト解フコトヲ得法定ノ制限トハ(一)一定ノ獵具及ヒ獵法ヲ用フルコト(二)一定ノ時間及ヒ一定ノ場所ニ於テセサルコト(三)一定ノ鳥獸ハ之ヲ捕獲スルヲ得サルコト等ナリ此等ノ制限ハ公衆ニ對スル危險ヲ防キ鳥獸ノ繁殖ニ對スル障礙ヲ除クノ目的ヲ有ス狩獵權ハ土地所有權ニハ關係ナキモ欄柵圍障若クハ作物ノ植付ケアル他人ノ所有地ニ於テハ所有者又ハ占有者ノ承諾ヲ受クルニ非サレハ狩獵スルコトヲ得ス又欄柵圍障アル宅地内ニ於テ銃器ヲ使用セスシテ狩獵スルハ之ヲ自由ト爲ス其他土地所有者ノ願出ニ因リテ禁獵區ヲ設クルコトヲ得ル等ノ規定アリ又狩獵ヲ爲スニハ許可ヲ求ムル

コトヲ要スルモノトス

第四節 漁業

水産動植物ヲ捕獲採取スルハ私人ノ自由ニ屬スル利益ナリ明治三十四年四月法律第三十四號漁業法ハ私有水面ニ於ケル漁業ノ原則トシテ之ヲ自由トシ公有水面ニ於ケル漁業モ原則トシテハ許可ヲ屬セサルモノト爲ス唯公有水面ニ於テ漁具ヲ定置シ又ハ水面ヲ區畫シテ漁業ヲ爲シ公有水面ヲ專用シテ漁業ヲ爲シ其他主務大臣ニ於テ許可ヲ必要ト認ムル種類ノ漁業ヲ爲スニハ許可ヲ要スルモノト爲ス公有水面ヲ專用シテ漁業ヲ營ムハ漁業組合ニ於テ其地先水面ヲ專用セントスル場合又ハ從來慣行アルモノニ非サレハ之ヲ許サス漁業組合ニ於テ其地先水面ノ專用ヲ出願セルトキハ行政官廳ハ漁業ノ種類ヲ限定シテ許可ヲ與フルコトヲ得此場合ニハ隨意ニ許可ヲ拒否スルコトヲ得然レトモ從來ノ慣行ニ依リテ免許ヲ出願セル場合ニハ許可ハ之ヲ與ヘタルヘカラス此場合ニハ其慣行ニ依リテ漁場ノ區域及ヒ漁業ノ種類ヲ定メテ許可ヲ爲ス此等ノ

許可ハ一定ノ期間(二十年)内有シ此期間満之期更新スルニ得許可ヲ受ケタル者ハ一定ノ公權ヲ取得ス此公權ヲ漁業權ト名ス漁業權ハ之ヲ讓渡、相續其有貸付ノ目的ト爲スコトヲ得而シテ此許可ハ一定ノ場合ニハ之ヲ制限シ又爲取消スコトヲ得ルモノト爲ス(海商法第百九條)漁業ハ國家ノ公權ニ屬ス漁業法カ水産動植物ノ繁殖保護其他公益ヲ保護スルカ爲メ公有水面ヲ專用シテ漁業ヲ營ムニハ許可ヲ要スルモノトスル外此目的ノ爲メニ種種警察上ノ規定ヲ爲ス漁業警察ノ目的ノ爲メニ主務大臣及地方長官ハ漁業ニ關スル一定ノ制限禁止ノ命令ヲ發スルコトヲ得ルコトヲ規定セリ(海商法第百九條)漁業法ハ又漁業ノ改良發達ヲ圖ルカ爲メニ漁業組合ヲ設置スルコトヲ得ル旨ヲ規定セリ漁業組合ハ一定ノ區域ニ住所ヲ有スル漁業者ヲ以テ組織シ行政官廳ノ認許ヲ得テ設置スルモノニシテ漁業權ノ享有及行使ニ付キ權利ヲ有シ義務ヲ負フ法人體ナリ

遠洋漁業ヲ獎勵スルカ爲メニ明治三十年三月法律第四十五號遠洋漁業獎勵法ハ國庫ハ毎年十五萬圓以內ヲ支出シ帝國臣民又ハ帝國臣民ノミヲ社員若クハ

株主トスル商社會ニシテ自己ノ生存ニ專屬シ帝國船籍ニ登録セル船籍ヲ以テ一定ノ漁獵又ハ漁場ノ漁業ニ従事スル者ニ限リ其出願ニ因リテ遠洋漁業獎勵金ヲ下付スルコトヲ規定セリ

第五節 山林

森林ノ經營カ其宜キヲ得ルハ國民經濟上森林其モノカ一大財源タルノ故ノミニ非スシテ水害ノ豫防水源ノ涵養等種種ノ目的ノ爲メニ最モ望ムヘキ所ナリ故ニ國家ハ公益ノ爲メニ森林ノ經營ニ對シテ適當ノ制限監督ヲ加ヘ之ヲ保護セサルヘカラス明治三十年四月法律第四十六號森林法ハ此等ノ點ニ付テ規定スル所アリ此法律ハ森林ヲ分チテ御料林、國有林、部分林、公有林、社寺林及ヒ私有林ト爲シ森林ノ經營ヲ監督スル目的ノ爲メニ公有林、社寺林及ヒ私有林ノ經營ヲ所有者ノ自由ニ任セシテ荒廢ノ虞アルトキハ主務大臣ニ於テ營林ノ方法ヲ指定スルコトヲ得又其法方ニ背キタル伐採ヲ停止シ伐木跡地ニ造林ヲ命スルコトヲ得其造林ヲ怠ル者アルトキハ政府ニ於テ之ヲ行ヒ費月ヲ徵收シ又ハ

其造林ニ係ル部分ヲ部分林ト爲スコトヲ得ルモノト爲ス森林ヲ開墾スルニハ許可ヲ要スルモノト爲シ國土保安ニ危害ノ虞アリト認ムルトキハ主務大臣ハ豫メ其箇所ヲ指定シテ開墾ヲ禁スルコトヲ得森林ニシテ一定ノ場合ニ方リ公益上特別ノ取締ヲ必要トスルモノハ之ヲ保安林ニ編入シ一定ノ制限ニ服セシム保安林ニ編入シ及ヒ解除ヲ爲ス處分ハ地方森林會ノ議決ヲ經テ主務大臣之ヲ決定ス此處分ニ對シテハ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ得セシム保安林ニ編入セラレタル森林ニ在リテハ皆伐及ヒ開墾ヲ爲スコトヲ得ス主務大臣ハ必要アリト認メタルトキハ保安林ノ伐木ヲ禁止シ又ハ制限スルコトヲ得又保安林ノ所有者ニ營林及ヒ保護ノ方法ヲ指定シ且其使用收益ヲ制限スルコトヲ得政府ニ於テ保安林ヲ買上ケントスルトキハ之ヲ拒ムコトヲ得サル等ノ制限ヲ受ク森林ノ盜伐、火災、蟲害ヲ防クカ爲メ森林法ハ又二三ノ警察上ノ規定ヲ爲ス即チ伐林造林又ハ木材賣買ヲ業トスル者ハ一定ノ監督ニ服スヘク許可ヲ得シテ森林内ニ火入ヲ爲スコトヲ得サル如キ是ナリ森林ニ於テ其主產物ヲ竊取セル者ヲ森林竊盜ト爲シ特ニ之ヲ罰則ヲ設ク

第六節 鑛業

地下ノ鑛物ヲ採掘スル經濟的企業ナル鑛業ニ關スル法規ハ一部ハ私法ノ範圍ニ屬シ鑛業ヲ爲ス權利ハ性質上私權ニシテ其範圍移轉變更消滅第三者ニ對スル關係ハ私法上ノ關係ナリ鑛業ニ關スル公法ノ規定ハ鑛業ノ特許(鑛業權)ノ付與及ヒ公益ノ爲メニスル鑛業者ノ取締、鑛業者ノ利益ノ爲メニスル第三者ノ取締ノ規定ナリ

蓋シ地下ノ鑛物ヲ採掘スルハ古來各國皆之ヲ以テ當然ニ土地所有權ニ屬スル利益ト看做サスシテ之ヲ國家ノ特權收入トスルコト一般ニ通シテ行ハル明治二十三年九月法律第八十七號鑛業條例モ亦鑛物ノ未タ採取セサルモノハ國ノ所有ナルコトヲ規定セリ即チ鑛物ハ土地ノ一部ニハ非スシテ之ヲ採掘スルハ土地所有權ニ屬スル利益ニ非ス故ニ土地所有者ハ鑛物ニ對シテ何等ノ權利ヲ有スルコトナシト爲スモノナリ茲ニ注意スヘキハ鑛業條例第二條ニ國有トスト云ヘルノ意義ハ國家ニ所有權アリトノ意ニ非ス事口消極的ノ主義ヲ有スル

モノニシテ土地所有權ノ作用トシテ礦物ノ上ニ何等ノ權利ヲモ行使スルコトヲ得サルコトヲ規定セルモノナルコト解釋上疑ヲ容レサル所ナリ即チ礦業條例ノ意義ハ礦物ハ探掘ニ因リテ始メテ探掘者ノ所有權ノ目的ト爲ルモノニシテ其未タ探掘セサルモノハ何人ニモ屬セサル無主物ナリ之ヲ探掘スルノ行爲ハ先占ニ因リテ之カ所有權ヲ取得スルノ方法ナリトスルニ在リ

礦業條例ニ於テ礦物トシテ公法ノ規定ニ從ハシムルモノハ同條例ニ之ヲ指定セリ此以外ノ礦物ヲ探掘スルハ全ク私法上ノ關係ニシテ土地所有權ノ作用ニ屬スルモノトス

礦業權ハ官廳ノ特許ニ因リテ付與セラル礦業條例ニ於テハ礦物ノ探掘ハ試掘及ヒ之ニ附屬スル事業ヲ廣ク稱シテ礦業ト云ヘリ礦業人タルコトヲ得ル者ニハ一定ノ制限アリ礦物ノ探掘ヲ爲ス前ニ試掘ヲ爲スニハ官廳ノ認可ヲ要ス試掘ハ一定ノ地區ヲ畫リ一箇年ヲ限トシテ之ヲ認許スルヲ通知トス試掘ニ因リテ採取セル礦物ハ官廳ノ認可ヲ得テ之ヲ販賣スルコトヲ得ルモノト爲ス探掘ノ特許ヲ得ント欲スル者ハ書面ヲ以テ礦區圖ヲ添ヘ其出願地ニ探掘セントス

服從ニ存スルコト是ナリ茲ニ永久の服從ト云フハ外國人ノ如ク我國ニ滞在スル間ノミ我國權ニ服從スルノミナラス世界何レノ處ニ至ルモ永久のニ我國權ニ服從スルコトヲ謂フ彼ノ英米法學者ノ所謂永久の忠誠若クハ獨逸法學者ノ所謂絕對の服從モ亦此意味ニ外ナラス臣民カ國家ニ對シテ外國人ヨリモ特別ナル保護ヲ享有シ又外國人ヨリモ特別ナル義務ヲ負擔スルコトハ是レ國籍ノ效果ニシテ國籍自體ノ本質ニ非サルナリ

國籍ハ此ノ如ク內國人ト外國人トヲ區別スルノ標準ニシテ又國家成立ノ要件ニ關スル事項ナルヲ以テ近世ノ文明諸國ニ於テハ國籍ハ或ハ憲法中ニ規定シ或ハ之ヲ民法ノ冒頭ニ規定シ或ハ又特別法ヲ以テ之ヲ規定セリ我國ニ於テハ憲法第十八條ニ「日本臣民タルノ要件ハ法律ノ定ムル所ニ依ルトアリテ法律ヲ以テ之ヲ定ムヘキコトヲ豫想セリ明治三十二年法律第六十六號ヲ以テ公布セラレタル國籍法ハ即チ此規定ニ從ヒ制定セラレタル重要ナル公法ニシテ私法ニ非ス

國際私法上ニ於テハ國籍法自體ヲ論究スルノ必要ナク唯各國國籍法ノ規定ノ

異ナルカ爲メニ發生スル國籍ノ抵觸ニ付テ論究スルコトヲ要スルノミナリ而シテ此問題ヲ論究スルニ先チ我國ノ國籍ハ如何ニシテ之ヲ取得シ喪失シ又ハ回復スルヤヲ略説シ然ル後ニ國籍ノ抵觸如何ヲ論究セントス

第一章 國籍ノ取得

第一節 生來ノ國籍取得

生來ノ國籍トハ人カ出生ニ因リテ取得スル國籍ニシテ人ノ出生ハ一方ニ於テハ其兩親ト子トノ間ニ親子ノ關係ヲ生シ他ノ一方ニ於テハ子ト其出生地トノ間ニ一種ノ事實關係ヲ生スルモノナリ普通ノ場合ニ於テハ子ノ出生地ハ即チ其父母ノ本國ニシテ此二種ノ關係カ同一地方ニ發生スルモノナレハ子カ其父母ト同一ノ國籍ヲ取得スルハ當然ノコトニシテ又之カ爲メニ何等ノ難問題ヲ發生スルコトナシト雖モ近世ノ列國間ニ於ケルカ如ク箇人カ相互交通往復スル時代ニ於テハ子カ外國ニ於テ出生スルコトハ舉ゲテ數フヘカラス此場合ニ於テ其子ノ國籍ヲ定ムルニ當リ以上二種ノ關係即チ血統ノ關係ト出生地ノ關

係トニ付テ何レノ關係ニ重キヲ置クヘキヤノ問題ヲ生ス
今之ヲ沿革ニ徵シテ考フルニ古代ニ於テハ親子ノ關係ヲ主トシ専ラ血統主義ニ依リテ國籍ヲ決定シタルモノナリ即チ希臘羅馬ニ於テモ我東洋ニ於テモ子ハ其出生地ノ如何ニ拘ハラヌ父母ノ國籍ヲ取得スルモノトセリ之ヲ血統主義ト謂フ然ルニ中世封建制度ノ發達スルニ隨ヒ百般ノ法律關係カ皆土地ヲ基トシ嚴正ナル屬地主義行ハルルニ隨ヒ國籍モ亦出生地ニ依リテ之ヲ定メ其父母ノ國籍ノ如何ニ關セス子ハ其出生地ノ國籍ヲ取得ストスルモノアルニ至リタリ所謂出生地主義即チ是ナリ近來ニ至リ國家思想益々發達シ國民ハ國土ノ附屬物ニ非スシテ寧ロ國土ハ國民ノ附屬物ナリトノ思想一般ニ認メラルルニ隨ヒ人口稀少ニシテ移住民ヲ希望スルカ如キ新興國ヲ除クノ外ハ漸ク出生地主義ヲ排斥シテ血統主義ニ回復スルニ至レリ元來出生地ノ如何ハ今日ノ有様ニテハ唯偶然ノ事實タルニ過キスシテ國民タルノ思想慣習風俗性格等ハ皆血統ニ依リテ子孫ニ遺傳スルモノニシテ何國ニ於テモ現在ノ國民ノ子孫ハ即チ將來ノ國民タラサルヘカラサルカ故ニ國籍ノ如何ハ親子ノ間ノ血統關係ニ依リテ

之ヲ定ムルコト最モ正當ナリトス然レトモ若シ血統主義ノ原則ノミニ依ル
キハ往往無國籍人ヲ出スニ至ルノ弊害アルヲ以テ多數ノ國ニ於テハ概テ血統
主義ヲ原則トシ例外トシテ出生地主義ヲ定ム以テ此缺點ヲ補ヘリ今簡單ニ現
今諸國ニ行ハル立法ノ主義ヲ區別スレハ概テ左ノ四種ニ歸ス
第一 専ラ血統主義ヲ探ルモノ即チ出生地ノ内國タルト外國タルト問ハス
常ニ父母ノ國籍ヲ以テ子ノ國籍ヲ定ムルモノ獨逸、奧、太利、匈牙利、諾威、瑞西等
ノ諸國之ニ屬ス
第二 血統主義ヲ原則トシテ出生地主義ヲ補助トスルモノ我國籍法、佛蘭西、白
耳、義、和、蘭、丁、扶、瑞、典、露、西、亞、伊、太、利、西、班、牙、土、耳、其、等ノ諸國ハ此主義ヲ探レリ
第三 出生地主義ヲ探ルモノ即チ父母ノ國籍如何ニ拘ハラス内國ニ於テ生レ
タル子ヲ總テ内國人ト爲スモノ南亞米利加ノ諸國トス
第四 出生地主義ト血統主義トヲ折衷スルモノ英、吉、利、北、亞、米、利、加、葡、萄、牙、等ノ
諸國之ニ屬ス
此ノ如ク各國國籍法ノ主義相異ナル結果トシテ外國ニ於テ出生シタル子ハ其

本國ト其出生地トノ二箇ノ國籍ヲ有スルニ至ル場合少シトセス而シテ人若シ
二箇又ハ二箇以上ノ國籍ヲ有スルトキハ其者ノ親權後見及ヒ其者ノ能力等ヲ
支配スヘキ法律ノ適用ニ付テ雙方ノ法律ヲ適用スヘキ困難ヲ來スヘク殊ニ兵
役ノ義務ニ付テハ更ニ困難ナル關係ヲ生ヌ又其兩國間ニ戰爭開始スル場合ニ
於テハ二者何レニ適從スヘキヤ一方ニ忠ナラントセハ他方ニ對シテ反逆タル
ヲ免レサルカ如キ狀態ニ陷ルヘシ又實例ニ於テモ其出生地國ノ軍隊ニ加入シ
テ其血統主義ノ本國ト戰爭シタル場合ニ其本國政府ヨリ反逆罪ヲ以テ罰セラ
ルルニ至リタル例アリ國籍ノ重複即チ抵觸ハ斯ル困難ヲ來スヲ以テ一國カ國
籍法ヲ定ムルニ常リ立法者ノ第一ニ考フヘキコトハ國籍ノ抵觸ヲ減少スルコ
ト即チ國際法學者ノ所謂何人モ同時ニ二箇ノ國籍ヲ有スヘカラストノ原則ヲ
適用シテ所謂積極的抵觸ヲ避クルト同時ニ何人ト雖モ必ス何レカノ國籍ヲ有
セサルヘカラストノ原則ヲ適用シテ所謂消極的抵觸ヲ豫防スヘキコト是ナリ
我國ノ國籍法ニ於テモ此二箇ノ原則ヲ適用シテ成ルヘク國籍ノ抵觸ヲ豫防ス
ルコトヲ力メタリト雖モ我國家族制ヲ維持スヘキ公益上ノ必要ヨリシテ必ス

シモ此原則ノミニ拘泥スルコトヲ得ザルノミナラス現今各國ノ立法主義相同シカラサルカ故ニ尙ホ多ク場合ニ於テ國籍ノ低制ヲ發生スルコトアルヲ免レス今左ニ我國籍法ノ規定ニ依リテ如何ナル者カ出生ニ依リテ我國ノ國籍ヲ取得スヘキヤヲ略述スレハ左ノ四箇ノ場合ニ我國ノ生來ノ國籍ヲ取得ス

第一 出生ノ當時父カ日本人ナルト

第二 出生ノ當時父カ日本人ナル場合ハ勿論ノコトナルモ父ノミカ生來ノ日本人ナルカ又ハ歸化ニ因リ日本ノ國籍ヲ取得シタル場合ニ於テモ苟モ日本人タル資格ヲ有スル者ノ子ハ血統主義ニ依リテ之ヲ日本人ト爲ス而シテ其父ノ日本人タルコトハ通常子ノ出生ノ當時ニ日本人タルコトヲ要スト雖モ父カ若シ其子ノ出生前ニ死亡シタルトキハ死亡ノ當時日本人タリシコトヲ要ス苟モ此條件ヲ具備スル以上ハ其子ノ出生地カ內國タルト外國タルトヲ問ハス日本人ナリス(國籍法第一條)

第二 懷胎ノ當時父カ日本人ナリシトキ

父カ生來ノ日本人ニ非スシテ入夫婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ日本人ト爲リタ

ル者ナル場合ニ若シ其父カ子ノ出生前ニ離婚又ハ離縁ニ因リテ日本ノ國籍ヲ失ヒ外國人ト爲リタル後ニ生レタル子ハ何レノ國籍ヲ取得スルヤノ問題ヲ發生スヘシ若シ此場合ニ出生當時ニ於ケル父ノ血統主義ヲ採ルトキハ其子ハ外國人ト爲ルニ至ルカ故ニ懷胎當時ノ血統主義ヲ採リ若シ其子ノ懷胎ノ當初父カ尙ホ日本人タリシトキハ出生ノ當時既ニ外國人タルニモ拘ハラス其子ヲ日本人トセリ是レ外國人タル入夫又ハ養子カ離婚又ハ離縁ニ因リ其家ヲ去ルモ子ハ母ト共ニ日本ノ家ニ止マルヲ以テ若シ之ヲ外國人ト爲ストキハ一家内ニ外國人ヲ入ルルノ結果ヲ生シ我國ノ家族制ニ抵觸スルノ弊害アレハナリ(國籍法第三條第一項然レトモ若シ其父タル夫カ外國人ト爲リタルノミナラス其母タル妻モ亦其夫ト共ニ其家ヲ去リ外國ノ國籍ヲ取得スルニ至リタルトキハ其子ハ前ノ規定ニ拘ハラス出生當時ノ父ノ本國法ニ從ヒ之ヲ外國人トス(同條第三項)

第三 母カ日本人ナルトキ

私生子即チ父ノ知レサル子又ハ父カ判明ナルモ何レノ國籍ヲモ有セサル者ナ

ルトキハ父ノ血統主義ニ依リテ國籍ヲ定ムルコトヲ得サルカ故ニ此場合ニハ母ノ血統主義ニ依リ其母カ日本人ナルトキハ其子ヲ日本人トス(國籍法第三條)此規定ハ少シク廣キニ失シタルノ嫌ナキニシモ非ス何トナレハ子ノ出生地ノ内國タルト外國タルトハ問ハサルカ故ニ苟モ其母カ日本人ナル以上ハ世界何處ニ生レタル者ニテモ皆之ヲ日本人ト爲セハナリ英米ニ於テハ子ハ母ノ血統ヲ相續セストノ格言ニ依リ斯ル場合ニ母ノ血統主義ニ依リテ子ノ國籍ヲ定ムルコトヲ認メサルナリ我國ニ於テモ少クモ外國ニ於テ日本人タル母ノ生ミタル私生子ニ付テハ母ノ血統主義ニ依リテ子ノ國籍ヲ定ムルコトハ頗ル考フヘキコトト信ス何トナレハ日本人タル母ヨリ外國ニ於テ生レタル子ニシテ父ヲ知レサル場合ニハ其母タル女子ハ概テ正當ノ婦人ニ非ナルカ故ニ斯ル子ヲ日本人ト爲スヘキ必要存セザレハナリ

第四 我國ニ於テ出生シタル棄兒又ハ國籍ナキ者ノ子
我國ニ於テ生レタル子ノ父母共ニ知レサル場合即チ棄兒又ハ父母共ニ明カナルモ國籍ヲ有セサル場合ニハ父又ハ母ノ血統主義ニ依リテ其子ノ國籍ヲ定ム

ルコトヲ得ス此場合ニ若シ血統主義ノミヲ探ルトキハ其子ハ遂ニ世界何レノ國籍ヲモ取得スルコト能ハス全ク無國籍人ト爲ルニ至ルヘシ然ルニ人類ハ必ス何レカ一定ノ國籍ヲ有スヘキ必要アリトセハ此場合ニハ其子ト土地トノ關係ヲ基トシテ出生地ノ國籍ヲ取得セシムルヨリ外ナカルヘシ我國籍法ハ血統主義ヲ原則トスト雖モ斯ル實際上ノ必要ヨリ例外トシテ出生地主義ヲ採リ其子ヲ日本人ト爲セリ蓋シ實際上已ムヲ得サルノ規定ナリトス(國籍法第四條)

第二節 傳來ノ國籍取得

茲ニ所謂傳來ノ國籍トハ出生ノ事實ニ因リ既ニ一旦國籍ヲ取得シタル者カ更ニ出生以後ノ原因ニ由リテ他國ノ國籍ヲ取得セル場合ヲ謂フ此國籍取得ノ原因ニ凡ソ三アリ

第一 親族法上ノ原因(或ハ法律ノ規定ニ依ル取得ノ原因ト稱ス)

第二 歸化(或ハ箇人ノ自由意思ニ依ル國籍取得ト稱ス)

第三 土地割讓ノ結果

國際私法 國籍及外國籍ノ獲得 國籍ノ取得 傳來ノ國籍取得

ヲ養子ハ養家ニ入り嫡出子ト同等ノ權利ヲ享有ス隨テ若シ外國人ヲ養子ト爲
ス場合ニ於テハ其養子ニ我國籍ヲ取得セシムルニ非サレハ養子ノ目的ヲ達ス
ルコトヲ得ス故ニ我國籍法第五條第四號ニ於テ外國人カ日本人ノ養子ト爲リ
タルトキハ當然我國籍ヲ取得スルコトヲ規定セリ養子ニ付テモ亦前段ノ法律
ニ依リ內務大臣ノ許可ヲ要ス

歐米諸國ニ於テハ養子ハ財產關係ノ爲メニ爲スモノニシテ國籍得喪ノ原因ト
看做ササルカ故ニ此點ニ付テモ亦入夫婚姻ノ場合ト同シク本國ノ國籍ヲ喪失
セサル外國人カ我國籍ヲ取得シ茲ニ國籍ノ抵觸發生スルコトアルハ寔ニ已ム
ヲ得サル所ナリトス

第四 認知

私生子カ父又ハ母ノ認知ニ因リテ其國籍ヲ取得スルコトハ諸國ノ法律ニ認メ
ラルル國籍取得ノ一原因ナリ我國籍法第五條第三號モ亦之ヲ以テ國籍取得ノ
一原因トセリ唯私生子ニ付テ考フヘキコトハ私生子ハ出生地主義ニ依リテ其
出生國ノ國籍ヲ取得スルコトアリ或ハ母ノ血統主義ニ依リ母ノ國籍ヲ取得ス

ルコトアリ又更ニ其父ノ認知ニ因リテ新國籍ヲ取得スルモノナレハ三箇ノ國
籍ヲ取得スル機會アリトス故ニ成ルヘク國籍ノ抵觸ヲ生セシメサランカ爲メ
何レノ國ニ於テモ私生子ノ認知ヲ幾何カ制限セリ我國籍法ニ於テモ其第六條
ニ於テ外國人タル私生子カ認知ニ因リテ日本人タル國籍ヲ取得スルニハ左ノ
條件ヲ要スルコトセリ

第一 私生子カ其本國法ニ從ヒテ尙ホ未成年者タルコト

第二 外國人ノ妻ニ非サルコト

第三 父母ノ中先ツ認知ヲ爲シタル者カ日本人ナルコト

第四 父母カ同時ニ認知ヲ爲シタルトキハ父カ日本人ナルコト

以上四箇ノ取得原因ハ當事者ノ意思ノ如何ニ拘ハラス法律ノ規定上當然我國
籍ヲ取得スルモノナリ故ニ學者ハ之ヲ法律上ノ原因ニ基ク國籍取得ト稱ス

第二款 歸化

第一項 歸化ノ意義

歸化即チ Naturalisation ナル言葉ハ種種ノ意味ヲ有ス或ハ之ヲ最モ廣義ニ解シテ外國人カ國籍ヲ取得スル一切ノ場合ヲ包含スルモノト曰フ者アリ此意味ニ於テハ外國人カ婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ國籍ヲ取得スル場合モ所謂法律ノ恩惠ニ因リ歸化人ノ妻又ハ子カ國籍ヲ取得スル場合ヲモ包含スルノミナラス領土割讓ノ結果ニ因リテ割讓地住民カ國籍ヲ取得スル場合モ總テ包含スヘシ我國籍法ニ所謂歸化トハ斯ル廣キ意味ニ用ヒタル言葉ニ非スシテ簡人ノ志望ニ基キ國家カ特別ノ行政處分ニ依リテ我國籍ヲ許與スル場合ヲ謂フナリ隨テ此意味ニ於テハ歸化ハ第一外國人ノ任意ノ出願ヲ前提トシ第二此出願ニ對シテ我國國家カ特別ノ處分ヲ以テ許可ヲ與フルコトニ因リテ成立スルナリ此簡人ノ任意ノ出願ト國家ノ特別ノ許可トノ二要素ハ歸化カ他ノ總テノ國籍取得ノ原因ト其性質ヲ異ニスル要點ナリトス隨テ我國ニ於テハ彼ノ南米ノ二三ノ國ニ於ケル如ク一定ノ年限間內國ニ住居スル者ニ對シテ國家カ強制的ニ國籍ヲ付與スル場合ハ之ヲ歸化ト稱スルコトヲ得ス又之ト反對ニ歸化ハ一定ノ條件ヲ要スルモノナレトモ其條件ヲ具備シタル場合ニ北米合衆國ノ如ク斯ル外國人

ニ歸化ヲ請求スルノ權利ヲ付與スルコトハ我國籍法ノ認メサル所ナリトス歸化ハ此ノ如ク簡人ノ任意ノ出願ヲ前提トスルモノナレトモ國家ト簡人トノ間ニハ申込及ヒ承諾ノ關係成立スルモノニ非ス故ニ歸化ハ契約上ノ關係若クハ簡人ト國家トノ合意ナリト説明スルコトヲ得ス歸化本來ノ性質ハ我國國家ノ國籍付與ノ許可ニ存ス隨テ他ノ行政處分ト同シク公法上ノ處分ニシテ合意ニ非サルナリ

今歸化ノ沿革ニ付テ一言センニ古代ノ社會ニ於テハ何レノ國ニ於テモ一タヒ其國ノ臣民タル者ハ永久臣民ナリトノ格言行ハレ簡人ニ安ニ其本國ヲ去リ他國ニ歸化スルコトヲ許サザリシナリ隨テ國家カ外國人ニ對シテ國籍ヲ付與スル場合ハ概テ其外國人カ本國ニ對シテ政治上ノ犯罪ヲ爲シ或ハ反逆ヲ企テタルカ如キ者ノミナリシカ近世ニ至リ移住脱籍ノ自由一般ニ認メラレ執レノ國ニ於テモ簡人ハ其志望ニ從ヒ外國ニ移住シ其本國ノ國籍ヲ脱スルコトヲ認メラルルニ至リシヲ以テ且他方ニ於テハ人種的又ハ宗教的外國人排斥主義ハ漸ク衰ヘ外國人ト雖モ自國ニ住居シ自國ニ利益ナル者ナルトキハ內國臣民タル

コトヲ許スモ亦可ナリトノ思想カ一般ニ普及スルニ從ヒ各國ハ皆歸化法ヲ制定シ一定ノ條件ヲ具ヘタル外國人ハ內國ノ國籍ヲ取得スルコトヲ得ルモノトスルニ至レリ我國ニ於テハ遠ク上古ニ於テ朝鮮人ノ歸化ヲ初トシテ其後支那人ノ我國ニ歸化スル者ハ數十萬人ノ多キニ達セリ然レトモ歐米諸國ノ人民ノ我國ニ歸化スルコトヲ許スニ至リタルハ極メテ近年ノコトナリ之ヲ一般ニ認メタルハ現行國籍法ヲ以テ其嚆矢ト爲ス

第二項 歸化ノ條件

何レノ國ニ於テモ國家カ外國人ニ歸化ヲ許スニ當リテハ一定ノ條件ヲ必要ト爲セリ即チ將來自國ノ臣民ト爲リ自國ニ忠實ナルノ義務ヲ盡スヘキ意思ヲ推測スルニ足ルヘキ條件ヲ具備スルニ非サレハ國籍ヲ付與セサルヲ以テ例トス唯其條件ノ如何ニ付テハ諸國ノ國籍法ニ於テ必スシモ一致スルモノニ非ス而シテ各國ノ共通ナル條件トモ謂フヘキハ即チ一定ノ年限間住所又ハ居所ヲ有スルコトヲ必要トスルコト、其者カ自活ヲ爲スニ足ルノ資力ヲ有スルコトヲ必

能力ヲ有スル團體 (Gemeinschaft zur gesamten Hand, Gemeinschaft mit veränderlichen Beteiligungsarten) ヲ組織シ破産財團ヲ付キ質權 (Pfandrecht) 若クハ質權ニ類似スル差押權 (an dem Pfandrecht verwandtes Beschlagnahme) 有スト云フニ在リテ專ラ獨逸ノ「ゾフェルト」「ローレル」氏等ノ主張スル所ナリ第二ハ獨逸破産法ハ各破産債權者ノ集合體 (Gemeine) 其モノト異ナレル別箇ノ人格ヲ有スル破産債權者團體ヲ認メタルコトナシ故ニ獨逸破産法ニ所謂破産債權者團體ハ各破産債權者ノ集合ニシテ權利主體タル團體ニ非ス共同訴訟人間ニ於ケル關係ト同シク各破産債權者カ各別ニ主張シタル債權額ノ割合ニ應ジ唯一ノ破産財團ヨリ成ルヘク完全ナル満足ヲ受クル目的ノ爲メニ集合シタル關係ニ過キサル利益の團體ニシテ破産財團ニ關シ一定ノ財產權ヲ有スル權利主體ニ非ス又質權差押權ノ如キ破産財團ニ對スル物權ハ法律ノ明文ナクシテ存スルコトヲ得ルモノニ非ス故ニ破産債權者カ破産財團ニ對シ質權若クハ差押權ヲ有ストノ法則ハ獨逸破産法ノ認メタル所ナリ破産ノ目的ハ破産債權者ノ爲メニ斯ル物權ノ存在ヲ認ムルコトナクシテ之ヲ達スルコトヲ得ヘシ隨テ獨逸破産法ニ於テハ單ニ破産財

團ハ各破産債權者ノ共同満足ニ供セラルル旨ノ法則(獨逸破産法第三條)ヲ規定スルヲ以テ足レリトセリト云フニ在リテ專ラ「イニゲル」「ペーテルゼン」「ウールモースキ」氏等ノ主張スル所ナリ佛國ニ於テハ立法者ハ破産手續ヲ簡易ニシ且破産債權者間ニ平等關係ヲ維持スルカ爲メニ共同利益ヲ有スル破産債權者ノ團體關係ヲ認メタルニ過キサルヲ理由トシ破産債權者團體ヲ法人ニ非スト云ヘル學說行ハレタラシカ現今ニ於テハ破産債權者團體ニ破産財團中ノ不動産ニ付キ法定抵當權ヲ是認シタル商法第四百九十條ヲ根據トシテ破産債權者團體ヲ法人ナリト爲ス學說行ハレ又破産債權者團體ハ破産財團中ノ不動産ニ關シ管財人カ商法第四百九十條ノ規定ニ從ヒ法定抵當權ノ登記ヲ爲シ以テ破産債權者團體ノ爲メニ抵當權ヲ取得シタル場合ヲ除外ハ破産者ノ財産ニ關シ爲シタル差押ト同一ノ利益ヲ有スルニ過キサルヲ理由トシ破産債權者團體ハ破産財團ニ付キ物權ヲ有セスト云ヘル學說行ハルルト雖モ現今ニ於テハ破産宣告ノ重要ノ效力タル破産財團ニ關スル破産者ノ管理及ヒ處分權ノ喪失ヲ廣義ノ抵當ト同視シ破産債權者團體ハ破産財團ニ付キ物權ヲ有ストノ學說ヲ主

張スル者アルニ至リタリ我現行法及ヒ破産法案ニ於テハ破産債權者ト破産財團トノ關係ニ付キ何等ノ明文ナキコト獨逸破産法ニ於ケルカ如シ故ニ我現行法及ヒ破産法案ノ解釋トシテ斯ル關係ニ付キ學者ノ論爭ヲ招クハ固ヨリ當然ナリ予輩ノ見解ニ依レハ破産債權者ハ團體關係ニ於テ破産財團ニ付キ差押權ヲ有ス(1)破産債權者團體ハ破産法ニ於テ認メラレタル破産債權者ノ結合(Parsonenverband, Personenverein, Personnengesellschaft)ニシテ權利能力及ヒ訴訟當事者能力ヲ有スルモノナリ破産債權者團體ハ法人ニ非ス何トナレハ該團體ニ於テハ法人タルニ必要ナル資産名稱及ヒ定款ナキヲ以テナリ又破産債權者團體ハ各破産債權者ノ集合ニ非ス何トナレハ破産債權者ハ共同シテ破産財團上ニ満足ヲ受クヘキモノニシテ各別ニ破産財團ニ満足ヲ受クヘキモノニ非サレハナリ(性質破産債權者ハ破産宣告ノ效力トシテ法律上當然團體關係ヲ組織シ法律上行爲ニ依リテ之ヲ組織スルモノニ非ス(成立)破産債權者團體ハ其資格ニ於テ權利能力ヲ有シ又行爲能力ヲ有ス故ニ破産債權者團體ハ獨立シテ破産債權者各自ノ有セサル權利ヲ有シ又破産債權者各自ノ負ハサル義務ヲ負フ破産債權者

團體ハ財産權トシテ後述ノ如ク破産者ノ財産上ニ差押權ヲ有スルノ外第三者ト金錢貸借ノ如キ法律行為ヲ爲スニ依リ第三者ニ對シ財産權ヲ有シ立替金ヲ以テ他人ノ財産上ニ必要費ヲ施シタルニ依リテ不當利得ニ基ク財産權ヲ有シ自己ノ權利ヲ侵害シタル者ニ對シ不法行為ニ依レル損害賠償請求權ヲ有シ管財人ニ對シ其責ニ歸スヘキ行為ニ關シ求償權ヲ有シ又民法第四百二十四條ニ規定シタル取消權ヲ有スルコトアリ獨逸破産法ニ所謂 *Massforderung* ナルモノ即チ是ナリ而シテ或財産權カ破産債權者團體ニ屬スルヤ否ヤヲ區別スルノ實用ハ主トシテ破産者其者ニ對スル抗辯殊ニ相殺ヲ對抗セラルルト否トニ存ス(商法第九九五條破産債權者團體ハ法律行為不當利得不法行為等ノ如キ原因ニ基キ義務ヲ負フコトアリ獨逸法ニ所謂 *Massschuld* ナルモノ即チ是ナリ而シテ斯ル義務ハ破産債權者團體ニ屬スル財産ヲ以テ之ヲ辨濟シ破産債權者各自ノ財産ヲ以テ之ヲ辨濟スヘキモノニ非ス破産債權者團體ハ此ノ如ク權利能力ヲ有スルヲ以テ又訴訟上當事者能力ヲ有ス故ニ破産債權者團體ノ權利ハ該團體ヨリ又該團體ノ義務ハ該團體ニ對シテ之ヲ主張セサルヘカラス又破産債權者

團體ハ其資格ニ於テ行為能力ヲ有ス破産債權者團體ハ債權者集會ナル機關ニ依リテ其意思ヲ表彰シ管財人ナル機關ニ依リテ其意思ヲ實行ス團體ノ機關カ其權限内ニ於テ爲シタル行為ハ團體ノ行為ナリ故ニ團體ノ爲メニ又ハ團體ニ對シテ效力ヲ有シ又破産債權者團體ハ其組織員タル破産債權者ト異ナレル特別ノ權利主體ニ非サルヲ以テ團體ノ行為ハ直接ニ各破産債權者ノ爲メニ又ハ之ニ對シテ效力ヲ生ス權利能力及ヒ行為能力破産債權者團體ハ破産手續ノ終結ニ因リテ消滅スルヲ當然ナリトス然レトモ破産手續ノ形式の終結後ニ於テ尙ホ破産財團ノ存スルトキハ破産債權者團體亦尙ホ存續シ其權利ヲ行フ蓋シ破産財團カ未タ全ク配當セラレサル間ハ未タ法律上有效ナル破産手續ノ終結ナキヲ以テナリ(終丁)(2)差押權(*Buchungsrecht*)ハ破産宣告ニ因リテ破産債權者ノ爲メニ成立セル物權ニシテ破産債權者カ之ニ依リテ破産財團ニ屬スル財産ニ付キ他ノ債權者ニ先チテ辨濟ヲ受クヘキモノナリ元來我破産法及ヒ破産法案ニ於テハ獨逸佛蘭西等ノ破産法ニ於ケルト同シク破産債權者團體ノ自衛主義ヲ是認シタルヲ以テ單純ナル公法的破産主義ニ基ケル法則ヲ前提トシ破産宣

告ハ當事者ノ實體的法律關係ニ何等ノ變更ヲ及ホスモノニ非ス殊ニ破産債權者ハ破産者ノ財産ニ付キ何等ノ實體上ノ權利ヲ取得スルモノニ非ス唯破産財團ニ對シ公法的法律關係ノミヲ存在セシメ國家カ其權力ヲ以テ破産者ノ財産ヲ換價シ之ヲ破産債權者ノ辨濟ニ充ツルモノナリトノ見解ハ之ヲ採ルコトヲ得サルヤ明白ナリ故ニ寧ロ獨逸ノ「コーレル」氏ノ主張スルカ如ク破産宣告ニ因リテ破産債權者ハ破産者ノ財産ニ付キ質權ニ類似スル權利即チ差押權ヲ有スルモノト謂フヲ正當ナリト思フ而シテ斯ル權利カ破産ノ宣告ニ因リテ破産債權者ノ爲メニ成立スルコトハ商法第九百八十條第四號破産法案第二百二十五條、第五百十一條、第五百十二條獨逸破産法第一一〇條第一一一條、第一一三條、第一一八條ニ於テ破産ノ宣告ト同時ニ執行セラルヘキ差押權ヲ是認シタル法意ニ徴シテ明白ナリ(商法第九百八十條第四號及ヒ破産法案第五百十一條、第五百十二條ニ於テ規定セル命令ハ破産財團ニ關シ差押アルコトヲ明示セルモノニシテ又破産法案第二百二十五條ニ於テ規定セル登記ハ破産財團ニ屬スル權利ニシテ登記シアルモノハ破産ノ宣告ニ依リテ破産債權者ノ爲メニ差押ヘラレタル

旨ヲ公示スルモノナリ)又斯ル權利カ破産財團ニ屬スル財産ヲ目的物ト爲ス私權ニシテ質權ニ類似スルコトハ破産債權者カ之ニ依リテ他ノ債權者ニ先チ破産財團ニ屬スル財産ニ付キ辨濟ヲ受ケ且之カ爲メニ該財産ヲ占有及ヒ換價スルコトヲ得ルノ法意即チ對物責任ニ基ケル權利(Recht auf Befriedigung)ノ内容アルニ徴シ明白ナリ然レトモ差押權ハ破産の執行行為ニ因リテ成立シ法律行為ニ因リテ成立セス又差押權ハ破産財團ニ屬スヘキ一切ノ財産ヲ目的物トシ破産者ノ有スル特定ノ財産ヲ目的トセス故ニ質權ニ類似スルニ止マリ之ト同視スヘキモノニ非ス加之破産手續ニ於テハ破産者ノ取結ヒタル契約ヲ履行シ又ハ破産宣告ノ當時ニ繫屬セル訴訟ヲ續行スルコトアリテ質權ノ行使ニ於ケルカ如ク目的物ノ賣却ニ止マラサルヲ以テ破産財團ト破産債權者トノ關係ヲ質權ナリト云フハ狭キニ失スルモノト謂ハサルヘカラス(3)破産ノ目的ハ其性質上總破産債權者カ共同スルニ非サレハ之ヲ達スルコトヲ得サルモノナリ故ニ差押權ハ總破産債權者ノ爲メニ其共同ノ權利トシテ成立シ單獨ノ權利トシテ成立セサルハ洵ニ明瞭ナリ隨テ破産債權者ハ團體關係ニ於テ差押權ヲ有スト謂

ハサルヲ得ス然レトモ之カ爲メニ各破産債權者ハ差押權ニ付キ何等ノ權利ヲ有セサルモノト速断スルコト勿レ各破産債權者ハ差押權ニ付キ持分ヲ有シ其持分ハ或破産債權者カ破産手續ニ参加スルト否トニ從ヒテ其範圍ヲ伸縮シ又破産債權者カ之ヲ單獨ニ或ハ破産債權ト共ニ譲渡スルコトヲ得ルモノナリ

(B) 破産財團ト破産者トノ關係 破産財團ト破産者トノ關係ハ破産債權者カ團體關係ニ於テ破産財團ニ屬スル財産ニ付キ差押權又ハ質權ヲ有ストノ學說ヲ採ルト否トニ依リテ其説明ヲ異ニスルモノナリ前説ヲ前提トシテ破産財團ト破産者トノ關係ヲ説明スレハ破産者ハ破産財團ニ屬スル財産ニ關シ破産債權者團體ハ有スル質權又ハ差押ヲ害スル行爲ヲ爲スコトヲ得ス故ニ破産者カ第三者ニ對シ破産財團ニ屬スル財産ヲ讓渡スルカ如キ行爲ヲ爲シタル場合ニ於テハ其目的物ハ質權又ハ差押權ヲ負擔シタル狀態ニ於テ第三者ニ移轉スルモノナリ破産法ノ用語ニ基キテ換言スレハ破産財團ニ關シ破産者ノ爲シタル權利行爲ハ破産債權者團體ニ對シ其効ナク又破産者ハ破産財團ニ付キ管理及ヒ處分ヲ爲スノ權能ヲ喪失シ管財人カ破産財團ニ付キ管理及ヒ處分ニ關スル

雜 記

○詐欺強迫ニ因ル協議上ノ離縁ノ效力並ニ違法離縁届出ノ取消 民法第八百六十五條ニ曰ク「戶籍吏ハ離縁カ第七百七十五條第二項、第八百六十二條及ヒ第八百六十三條ノ規定其他ノ法令ニ違反セサルコトヲ認メタル後ニ非サレハ其届出ヲ受理スルコトヲ得ス」戶籍吏カ前項ノ規定ニ違反シテ届出ヲ受理シタルトキト雖モ離縁ハ之カ爲メニ其效力ヲ妨ケラルルコトナシト即チ本條第一項ニハ「其他ノ法令ニ違反セサルコトヲ認メタル後」ト言ヒ第二項ニハ「第一項ニ違反シタル届出ト雖モ戶籍吏カ之ヲ受理シタル以上ハ離縁ノ效力ヲ生スルモノト爲セルニ由リ如何ナル法令ニ違反スルモ離縁ノ效力ヲ生スルカヲ決セサルヘカラス此點ニ關スル大審院ノ判例ヲ見ルニ曰ク「民法第八百六十五條第二項ハ法令ニ違反スル協議上ノ離縁ト雖モ戶籍吏カ既ニ其届出ヲ受理シタル以上ハ届出ノ違法ナルカ爲メニ離縁ノ效力ハ何等ノ影響ヲ受ケサルコトヲ規定シタルニ止リ協議上ノ離縁カ實質上ノ要件ヲ缺キ又ハ當事者ノ意思ニ瑕疵ヲ

ルカ爲メニ當然無効ニ屬スルヤ又ハ取消シ得ヘキモノナルヤ否ヤノ點マテヲモ規定シタルモノニ非ス隨テ協議上ノ離縁カ縁組當事者ノ意思表示ヲ缺キ又ハ當事者ノ一方ノ意思表示カ相手方ノ詐欺又ハ強迫ニ因リタルトキハ經令戸籍吏カ其届出ヲ受理スルモ民法ノ總則ニ依リ該離縁ノ無効又ハ取消シ得ヘキモノナルヤ勿論ナリ唯届出ノ違法ナル理由ヲ以テ其效力ヲ左右スルコト能ハサルノミト而シテ同判決ニ於テ戸籍吏カ違法ノ届出ヲ受理シタル場合ニ當事者ハ其届出ノ取消ヲ請求スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付キ説明シテ曰ク離縁ニ關スル民法ノ規定ヲ通覽スルニ第八百六十五條第一項ハ第八百六十三條ノ規定ニ違反スル離縁ノ届出ハ戸籍吏ニ於テ受理スルコトヲ得サル旨ヲ規定シタルモ戸籍吏カ之ヲ受理シタル後ニ於テ該離縁ヲ取消シ得ヘキコトヲ規定シタル法條アルヲ視ス民法總則ニ依ルモ亦タ然リ隨テ民法第八百六十三條第一項ニ違反スル離縁ト雖モ戸籍吏カ其届出ヲ受理シタル以上ハ其届出ノ違法ナル理由ヲ以テ之ヲ取消スコトヲ得サルハ勿論同意ヲ得ヘキ者ノ同意ヲ缺キタル理由ヲ以テモ均シク之ヲ取消スコトヲ得スト謂ハサルヘカラス蓋シ民法ハ戸籍

吏カ既ニ届出ヲ受理シタル離縁ノ違法ナル理由ヲ以テ之ヲ取消サシムル利害ト之ヲ取消サシメサル利害トヲ較量シテ之カ取消ヲ許ササルヲ勝レリト認メタルカ爲メニ以上説明スルカ如キ結果ノ規定ヲ設ケタルモノナリト(大審院明治三十四年十二月二十八號離縁届取消請求事件判決)
○數月後ニ支拂ヘルヘキ爲替訴訟ニ關シ支拂期ノ如何ニ依リテ爲替訴訟ノ受理ヲ拒否スヘキ理由ト爲ラサルコトハ疑ヲ容ルヘキ餘地ナキカ如シ大審院ノ判例ニ曰ク爲替訴訟ハ民事訴訟法第四百八十四條第四百八十五條第四百九十四條及第四百九十六條第一項ノ規定ニ適合スルトキハ之ヲ許スヘキモノニシテ其請求ノ緩漫ナルヤ否ヤハ之カ許否ヲ決スヘキ標準ト爲ルヘキモノニ非ス爲替訴訟ハ一般ニ之ヲ云ヘハ普通訴訟ニ比シ急速ニ審判スヘキ性質ノモノナルコトハ上告論旨ノ如シト雖モ原告ニシテ緩漫ノ請求ヲ爲シ得ヘキ權利ヲ有スル以上ハ其請求ノ爲メニ爲替訴訟ヲ許ス可カラサルモノト爲スコトヲ得サルヤ勿論ナリト(大審院明治三十六年十二月二十號約束手形金請求判決)
○露國ノ宣戰 本月十日公布セラレタル我宣戰ノ詔勅ハ國民ノ均シク知ル

所ナルカ同日露國皇帝ハ左ノ如キ宣戰ノ詔勅ヲ公示セラレタリ
朕カ忠實ナル國民ニ左ノ事項ヲ宣ス
朕カ旨トスル平和ヲ維持スルノ目的ヲ以テ朕ハ東洋ニ於ケル靜謐ヲ鞏固ナ
ラシムルニ全力ヲ盡シタリ此平和ノ目的ヲ以テ朕ハ韓國ノ事體ニ關シ兩帝
國ノ間ニ現存スル協約ヲ改訂セントノ日本政府ノ提議ニ對シ同意ヲ與ヘタ
リ然ルニ該問題ニ付キ開カレタル商議ハ未タ終了セサルニ日本ハ朕カ政府
最近ノ回答ニ於テ爲シタル提議ニ接スルヲモ待タスシテ露國トノ商議及
此外交關係ノ斷絶ヲ知照シ來レリ
○此外交關係ノ杜絶ハ即チ軍事行動ノ開始ヲ意味スルノ豫告ヲ與フルコトナ
クシテ日本政府ハ其水雷艇ヲシテ朕ノ艦隊ヲ突然襲撃セシメタリ
○朕カ大守ヨリ此報告ニ接スルヤ朕ハ直チニ干戈ヲ以テ日本ノ挑戰ニ應スヘ
キヲ命シタリ朕ハ此決意ヲ爲スニ當リ深ク上帝ノ救護ヲ祈リ朕ノ臣民カ其
祖國ヲ防護スルカ爲メ皆齊シク趨リテ朕ノ命ニ赴クヲ疑ハス
○朕ハ偏ニ朕ノ名譽アル陸海軍ニ上帝ノ加護ヲ祈ルニマシム

法政大學廣告

○專門部

正科生別科生共修員アリ臨時入學ヲ許ス

專門部生徒ニハ當國學年最勝者ヲ無代價ニテ預メス

○高等研究科

臨時入學ヲ許ス

○校外講義

臨時入學ヲ許ス

○特別法講義錄

臨時入學ヲ許ス

每月一回發行月謝金拾五錢

本大學ノ創刊ニ係ル講義錄ニシテ其科目ハ府縣制、郡制、市制、町村制、現行租稅結納ノ戶籍法、
不動產登記法、供託法、非訟事件手續法、人事訴訟手續法、親屬法、特許法、意匠法、商標法、著作
權法、公證人規則、軌道吏規則トス

○法學志林

梅博士毎號執筆

毎月一回發行本大學編輯其他專門家ノ論議及著論、質疑ノ問答、報告、歌謠、漫筆、判例、續報、
記事等ヲ掲載シ致法家ノ參考資料トス

三十七年二月

司法省指定
文部省認定
立 法 政 大 學

所ナルカ同日露國皇帝ハ左ノ如キ宣戰ノ詔勅ヲ公示セラレタリ

朕カ忠實ナル國民ニ左ノ事項ヲ宣ス

朕カ旨トスル平和ヲ維持スルノ目的ヲ以テ朕ハ東洋ニ於ケル靜謐ヲ鞏固ナ
ラシムルニ全力ヲ盡シタリ此平和ノ目的ヲ以テ朕ハ韓國ノ事體ニ關シ兩帝
國ノ間ニ現存スル協約ヲ改訂セントノ日本政府ノ提議ニ對シ同意ヲ與ヘタ
リ然ルニ該問題ニ付キ開カレタル商議ハ未タ終了セサルニ日本ハ朕カ政府
ノ最近ノ回答ニ於テ爲シタル提議ニ接スルヲモ待タスシテ露國トノ商議及
ヒ外交關係ノ斷絶ヲ知照シ來レリ

此外交關係ノ杜絶ハ即チ軍事行動ノ開始ヲ意味スルノ豫告ヲ與フルコトナ
クシテ日本政府ハ其水雷艇ヲシテ朕ノ艦隊ヲ突然襲撃セシメタリ

朕カ大守ヨリ此報告ニ接スルヤ朕ハ直チニ干戈ヲ以テ日本ノ挑戰ニ應スヘ
キヲ命シタリ朕ハ此決意ヲ爲スニ當リ深ク上帝ノ救護ヲ祈リ朕ノ臣民カ其

祖國ヲ防護スルカ爲メ皆齊シク趨リテ朕ノ命ニ赴クヲ疑ハス
朕ハ偏ニ朕ノ名譽アル陸海軍ニ上帝ノ加護ヲ祈ル

法政大學廣告

○專門部

正科生別科生共缺員アリ臨時入學ヲ許ス

專門部生徒ニハ當該學年級講義録ヲ無代價ニテ頒與ス

○高等研究科

隨時入學ヲ許ス

○聽講生

隨時入學ヲ許ス

○校外生

隨時入學ヲ許ス

○特別法講義録

毎月一回發行月謝金拾五錢

本大學ノ創刊ニ係ル講義録ニシテ其科目ハ府縣制、郡制、市制、町村制、現行租稅法論、戶籍法、
不動産登記法、供託法、非訟事件手續法、人事訴訟手續法、競賣法、特許法、意匠法、商標法、著作
權法、公證人規則、執達吏規則トス

○法學志林

梅博士每號執筆

毎月一回發行本大學講師其他專門家ノ論說及纂論、質疑ノ解答、寄書、散錄、漫評、判例、雜報、
記事等ヲ掲載シ攷法家ノ參考資料トス

三十七年二月

司法部指定
文部省認定

私立法政大學

