

法政大學講義録

美濃部, 達吉 / 板倉, 松太郎 / 松岡, 義正 / 山田, 三良 /
松本, 烝治 / 加藤, 正治

(出版者 / Publisher)

法政大學

(巻 / Volume)

9

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

83

(発行年 / Year)

1905-01-25

(明治三十七年十一月十日第三種郵便物認可)
(每月三回 五日 十五日 二十五日發行)

明治三十八年一月二十五日發行

三十八年度

法政大學講義錄

第九號

法政大學發行



0292

第九號目次

國際私法	(自七二至七三)	法學博士 山田 三良
商法手形	(自二一至二四)	法學士 松本 蒸治
商法海商	(自五一至五八)	法學博士 加藤 正治
行政法總論	(自三六至四六)	法學博士 美濃部 達吉
民事訴訟法	自第三編(自三九)至第五編(自四〇)	法學士 松岡 義正
民事訴訟法	自第六編(自五一)至第八編(自五二)	法學士 板倉 松太郎
破產法	(自三一至三〇)	法學士 松岡 義正

雜錄 ○大審院判例要旨

誌ト稱スルモノアリ此雜誌ハ獨國際公法ニ關スルノミナラス又國際私法ニ關シテモ併セテ研究セラルルモノナリ尙千八百七十二年以來設立セララル所ノ國際法協會ニ於テモ毎回諸國ノ學者相集リ此學問ニ關スル原則ヲ研究シ有益ナル「年報」ヲ發刊セリ又千八百九十一年以來獨逸ニ於テ「國際私法及刑法雜誌」ナルモノ發刊セラレ今日ニ至テモ此學問ニ關スル研究ノ結果ヲ公表シツアルナリ

次ニ現時歐洲ニ於テ此學問ニ付有名ナル學者ヲ舉ケレハ英國ニ於テハ「グレイ」及「ウエストレーキ」ノ二氏ヲ推スヘク佛國ニ於テハ「レチー」「ウイス」ノ二教授、和蘭ニ於テハ「アッセル」氏最熱心ナル研究者トシテ聞ユ獨逸ニ於テハ「フォン・バル」」「チータルマン」及「ニーマイエル」等ノ諸教授ヲ最トシ伊太利ノ「パスカル」「フォレー」及「ブルザー」ノ兩氏ト相俟テ現今歐米ニ於ル斯學ノ先輩トシテ推尊セラルル所ナリトス

第五章 國際私法ノ沿革

第一節 國內の立法ノ沿革

第一 實質的ノ沿革 國際私法ニ關スル規定カ始テ法典ニ掲ケラレタルハ第十八世紀ノ末葉ニ成リタル佛國民法前加編第三條ナリトス(之ヨリ前ニ公布セラレタル普國普通法總則中ニモ國際私法の規定ヲ掲ケタリシモ近世諸國ノ民法ノ模範ト爲リシ點ニ於テ佛國民法ヲ嚆矢トス)爾來歐洲諸國カ佛國民法ヲ模倣シテ法典ヲ編纂スルニ隨ヒ漸國際私法の規定ヲ掲タルニ至レリ近來國際關係大ニ發達シテ内外人ノ交通複雑ト爲ルニ隨ヒ其規定モ亦複雑ニ趨キ佛國民法ニ於テハ僅ニ一箇條ノ規定ナリシカ第十九世紀ノ終ニ制定セラレタル獨逸民法施行法ニテハ二十五箇條ノ規定ヲ見ルニ至リ更ニ我

法例ニ於テハ之ニ關シ二十八箇條ノ規定ヲ設クルニ至レリ尙我國ニ於テハ法例制定ノ際ニハ僅ニ民法ノ修正成立セルノミニシテ商法、破産法並ニ民事訴訟法等カ將ニ修正セラルヘキ際ナリシヲ以テ此等ノ事項ニ關スル特別ノ抵觸問題ニ付テハ之ヲ特別法ノ規定ニ譲リタルモノ少カス隨テ商法施行法、破産法案等ニ於テモ仍ニ三ノ國際私法の規定存在スルヲ以テ我國ニ於テ國際私法ハ歐米諸國ニ比シ最詳細ナルモノト謂フヘシ然レトモ此等ノ規定モ唯大體ノ原則ヲ規定シタルニ過キスシテ將來此學問カ一層發達スルニ至ラハ更ニ詳細ナル規定ヲ見ルニ至ルコトハ期シテ待ツヘキモノニシテ我國國際私法の規定モ決シテ完全無缺ナリト謂フヲ得サルカ故ニ學理上ノ研究ニ依リ大ニ之ヲ補ハサルヲ得サルモノトス

第二形式の沿革 國際私法の規定ハ一國ノ法典上如何ナル地位ヲ有スヘキモノナルヤヲ考フルニ此規定ハ法律ノ適用ニ關スル法則ナルカ故ニ佛國民法ニ於テハ其母法タル羅馬法ニ則リ法律ノ效力、適用及解釋ニ關スル總則ヲ法典ノ冒頭ニ掲ケ之ヲ前加編ト稱シテ其中ニ國際私法の規定ヲ掲ケタル以來近世諸國ノ法典ハ概此例ニ倣ヒ民法ノ總則又ハ前加編中ニ之ヲ規定スヘキモノトセシナリ然ルニ千八百二十九年ニ制定セラレタル和蘭ノ法例即「王國立法ノ總則」ト題スル特別法ニ於テハ始テ國際私法ニ關スル規定ヲ民法ヨリ分離スルニ至レリ之カ先例ト爲リテ千八百六十五年伊太利民法發布ノ際ニ於テモ所謂前加編ニ關スル規定ハ一般法律ノ公布、解釋及適用ニ關スル總則ト特別法トシテ之ヲ發布シ國際私法の規定ハ此特別法中ニ掲ケラルルニ至レリ我國ニ於テモ舊法例ヲ始トシ現行法例モ亦此例ニ倣ヒ民法ノ總則以外ノ法律トシテ之ヲ獨立ノ法律中ニ掲ケタリ學者或ハ此體裁ヲ批難シテ獨逸民法施行法ニ於ルカ如ク國際私法の規定ハ法律ノ場所ニ關スル效力ヲ解釋シ法律ノ時

ニ關スル效力ヲ定ムル民法施行法中ニ併セテ之ヲ規定スヘキモノナリト唱フル者ナキニシモ非スト雖獨逸ニ於テ之ヲ民法施行法中ニ掲ケタルハ歷史上一大例外ニシテ初メ之ヲ民法ノ一編即第六編トシテ掲ケントシタルモ遂ニ民法ハ五編ト爲リ第六編ハ之ヲ削除セラレ其規定ヲ置クヘキ場所ニ苦ミタル結果之ヲ民法施行法ノ總則中ニ掲ケタルノミ且獨逸ニ於テハ民法施行法ハ單ニ民法施行ノ經過の規定タルニハ非スシテ帝國民法ト各聯邦ノ民法ニ關スル立法權トノ關係ヲ定メタル永久の規定又ハ各聯邦ノ主權ニ關スル憲法の規定ヲ包含スルモノナルカ故ニ之ヲ併セテ規定スルモ亦一理ナキニシモ非ス然レトモ我國ニ於テハ國際私法の規定ハ單リ民法ノ場所ニ關スル效力ヲ規定スルニ非ス又民法施行ニ關スル一時間ノ經過の規定ニモ非スシテ内外法律ノ適用區域ヲ定ムル永久の性質ヲ有スル規定ナリ且當ニ民法ノ適用區域ヲ定ムルノミナラス商法其他一二公法ノ適用區域ヲ定ムル規定ナルカ故ニ之ヲ民法施行法中ニ規定スルヲ得タルハ言フ俟タヌ又之ト同一ノ理由ニ因リ之ヲ民法總則中ニ規定スルコトモ其當ヲ得タルモノニ非ス隨テ斯ル規定ヲ法律ノ施行時期ニ關スル規定又ハ慣習ノ效力ヲ定ムル規定等ノ公法の規定ト共ニ併セテ之ヲ特別法中ニ掲ケ一般法律適用ノ通則トスルハ極テ適當ナル措置ト謂ハサルヘカラス

尚法例ノ名稱ニ付テハ法律ノ通則タルコトヲ意味スルモノニシテ其淵源ハ遠ク支那古代ノ法律ヨリ由來シタルモノナリ而シテ刑法ニ於テ刑法全體ニ通スル總則ヲ稱シタル以來更ニ其意味ヲ擴張シ法律一般ノ總則ヲ規定スル法律ヲモ之ヲ法例ト稱スルニ至レリ故ニ刑法ノ法例、商法ノ法例等ハ此一般ノ法例ニ對シテハ普通法ト特別法トノ如キ關係ヲ有スルモノト謂フヘシ尙「法例」ナル題號ノ起源及沿革ニ付テハ法學協會雜誌第二十一卷第七號ニ掲載セル穗積陳重博士ノ有登ナル論文ヲ

參照スヘシ

第三 國際私法ノ系統

諸國ニ於ル現行ノ國際私法ヲ比較スルトキハ其規定ハ各相異ルト雖而モ重要ナル點ニ於テハ互ニ共通ノ原則ヲ發見スルコトヲ得ヘシ即不動産ニ關スル法律ハ何レノ國ニ於テモ皆之ヲ屬地法トシテ其土地ノ法律ニ從フヘキモノトシ法律行為ノ方式ニ付テハ一般ニ「場所」行為ヲ支配スルノ原則ニ依テ行為地法ニ從ヒタル方式ハ之ヲ有效ト認ムルヲ以テ例トスルナリ唯動産ニ關スル法律行為ニ付テハ或ハ所在地法ニ依ルヘキモノトシ又ハ人ノ身分、能力等ニ關スル法律關係ニ付テハ或ハ當事者ノ住所地法ニ依ルヘキモノトシ或ハ其本國法ニ依ルヘキモノト論シ或ハ又其行為地法ニ依テ本國法ヲ制限スヘキモノナリト主張スル者アリテ此等ノ點ニ付テハ諸國ノ國際私法ハ各其趣ヲ異ニスルカ故ニ今之ヲ區別スレハ左ノ三箇ノ系統ヲ發見スルコトヲ得

一 英米法系 曩ニ學說ノ下ニ於テ説明シタルカ如ク英、米ノ現行ノ國際私法ハ住所地法ヲ以テ屬人法トシ且屬地法ノ範圍ヲ廣ク認ムルノ點ニ於テ他ノ國際私法ト大差アルモノトス英、米ノ兩國ヲ始メ南米ノ諸國ハ概此法系ニ屬ス

二 佛國法系 佛國法系ノ諸國ニ於テハ屬人法ノ範圍ヲ認ムルコト莫ニ英米法ヨリモ廣ク且純然タル本國法主義ヲ認ムルヲ以テ例トス佛蘭西ヲ始メ伊太利、白耳義、西班牙、葡萄牙、和蘭、露西亞及墨西哥等ハ此法系ニ屬ス

三 獨逸法系 獨逸法ニ於テハ佛國法系ト同ク本國法ヲ以テ屬人法ヲ定ムルモ佛國法系ノ如ク之ヲ絕對の原則ト爲スニ非スシテ內國ニ於ル取引保護ノ爲ニ大ニ本國法ノ適用ヲ制限スルナリ故ニ獨逸法系ハ佛國法系ト英國法系トノ中間ニ位スルモノト謂フヲ得ヘシ獨逸ヲ始メ奧地利及我法例ハ

即此法系ニ屬スルモノトス

第二節 國際的立法ノ沿革

國際私法ハ世界各國ノ立法者カ同一ノ原則ヲ採用スルニ至ラスシハ其目的ヲ達スルコト能ハサルモノナルヲ以テ各國ノ學者ハ學理ノ研究ニ依テ各國ノ國際私法の立法ヲ同一ニ歸著セシメンコトヲ圖リ或ハ著書ニ由リ或ハ學會ノ決議ニ由テ各國共通ノ原則ヲ定メンコトヲ努メテ止マズ各國ノ立法者モ亦漸其必要ヲ認メ國際私法ノ統一ニ關スル列國會議ヲ開キ條約ニ依テ之ヲ實行セントスルニ至レリ而シテ之カ第一ノ企ハ南米ノ諸國カ千八百七十八年「リマ」ニ於テ國際法會議ヲ開キ之ニ關スル議事ヲ爲シタルニ在リ其後千八百八十八年ヨリ八十九年ニ亘リ再南米ノ諸國カ「モンタビデオ」ニ於テ開議シ國際民法、商法、刑事訴訟法其他著作權、工業所有權保護ニ關スル條約草案ヲ決議スルニ至リ國際私法ノ統一カ列國會議ニ依テ成立シ得ヘキコトヲ明ニセリ於是千八百九十一年北米合衆國カ盟主ト爲リ南米諸國、中央亞米利加及墨西哥等ノ諸國ヲ集メテ益列國會議ヲ擴張スルニ至レリ之ヲ第一回全亞米利加會議トシ千九百年ヨリ千九百一一年ニ亘リ第二回ノ全亞米利加會議ヲ開キ益米洲全體ニ對スル國際公法及國際私法ノ法典ヲ設ケ之ヲ條約トシテ諸國間ニ實行センコトヲ努ムルニ至レリ

米國ト同時ニ歐洲諸國間ニ於テモ亦同一企起リ和蘭政府ハ有名ナル國際私法學者「アッセル」博士ノ提議ニ基キ千八百九十三年歐洲大陸十四箇國政府ノ贊同ヲ以テ第一回ノ國際私法會議ヲ「ハーグ」ニ開設シ次テ其翌九十四年第二回ノ會議ヲ開キ民事訴訟ニ關スル條約、婚姻及離婚ニ關スル條約等ヲ決議スルニ至レリ其中民事訴訟上ノ共助、保證及救助等ニ關スル條約ハ千八百九十六年ニ至テ歐洲大陸中白

耳義、佛蘭西、西班牙、伊太利、ルタセンブルグ、和蘭、葡萄牙及瑞西ノ八箇國間ニ確定條約トシテ調印セラレ其後獨逸、奧地利、匈牙利、丁抹、羅馬尼亞及瑞典諸國ノ六箇國モ亦之ニ加入シ此等十四箇國間ニ千八百九十九年以來現行條約トシテ實施セラルルニ至リタリ尙千九百年第三回會議ヲ開キ婚姻、離婚、後見及相続ニ關スル四箇ノ條約案ヲ議決スルニ至リ其中前三箇ノ條約ハ千九百二年「ハーグ」ニ於テ獨逸、奧地利、佛蘭西、伊太利等十二箇國ノ間ニ確定條約トシテ調印セラレタリシカ第四ノ條約草案ニ付テハ更ニ第四回國際私法會議ヲ開キテ之ヲ再議シ益國際私法全體ノ統一ヲ圖ルコトヲ企テ千九百三年十二月ヲ期シテ第四回國際私法會議ヲ開會スヘキ筈ナリシカ遂ニ本年五月十六日ヨリ六月七日迄二十三日間海牙ニ於テ開會セリ此會議ニ參列セシ者ハ前會ノ如ク獨逸、奧地利、匈牙利、丁抹、西班牙、佛蘭西、伊太利、盧森堡、和蘭、葡萄牙、羅馬尼亞、露西亞、瑞典及諸國ノ十五國ノ外新ニ我日本帝國ノ參列ヲ見ルニ至レリ蓋我帝國ノ法制ハ概歐洲大陸諸國ノ法系ニ屬スルカ故ニ若歐洲大陸諸國間ニ國際私法ノ統一ヲ企圖シ得ヘシトセハ我國モ亦斯ル統一ノ事業ニ加入スルヲ得ヘキコトハ固ヨリ論ヲ俟タサル所ニシテ我國ノ加入ハ彼我雙方ノ爲メ益國際私法統一ノ目的ヲ貫徹スヘキ便宜ヲ與フルモノナレハ予輩ハ夙ニ我國ノ加入ヲ希望セシカ這同始テ之カ實行ノ端緒ヲ開クニ至リタルハ斯學ノ爲メ欣喜ニ堪ヘサル所ナリ此會議ニ於テ議決セシ條約案左ノ如シ

第一 民事訴訟ニ關スル條約草案(二十九箇條) 此條約草案ハ千八百九十六年十一月十四日ノ現行條約ヲ改正シタルモノニシテ且歐洲以外ノ領土ニモ之ヲ適用スルコトヲ認ムヘキ新規定ヲ設ケタリ

第二 相続及遺言ニ關スル法律ノ抵觸ニ付テノ條約草案(十四箇條) 此草案ハ第三會議ニ於テ議決セシモ其後列國ノ調印ヲ得ルニ至ラザリシカ故ニ這回更ニ之ヲ再議セシモノナリ

第三 夫婦ノ財産及身分上ノ權利義務ニ及ス婚姻ノ效力ニ關スル法律ノ抵觸ニ付テノ條約草案(十五箇條)

第四 禁治產及之ニ類似スル保護處分ニ關スル條約草案(十九箇條)

第五 破產ニ關スル條約草案(十箇條)

要之海牙國際私法會議ハ日尙淺シト雖著其事業ヲ進歩セリ隨テ國際私法ニ關スル重要ナル原則ハ將來皆國際條約トシテ列國間ニ共通ノ規定ト爲リテ現ルヘキハ豫期シ得ヘキコト勿論ナレハ我國ニ於テモ國際私法ノ研究ニ從事スル者ハ此等亞米利加及歐洲國際私法ノ國際の立法ニ注意シ我法例ト歐米ノ國際私法トハ如何ナル點ニ於テ相異ルヤノ研究ヲ怠ルヘカラサルナリ尙「ハーグ」國際私法會議ノ成果タル歐洲列國間ノ國際私法條約ハ斯學ノ研究上最重要ナル材料ナルカ故ニ法學協會雜誌(二卷一二號)ニ其條文ヲ譯述シ且其沿革ヲモ叙述セリ讀者ハ宜ク同誌ニ就テ之ヲ熟讀セラルヘシ尙第四會議ニ依リ本年成立シタル條約草案ハ他日之ヲ同誌紙上ニ譯載スヘシ

第六章 國際私法研究ノ方法及範圍

緒論ヲ終ルニ蒞ミ尙國際私法研究ノ方法如何及國際私法ハ如何ナル事項ヲ研究ノ目的物ト爲スヘキヤニ付一言セント欲ス

第一節 國際私法研究ノ方法

國際私法研究ノ方法ハ學者ニ依ラ各其趣ヲ異ニシ必シモ同一ノ方法ヲ採ルモノニ非サルモ亦國ニ依ラ

大ニ異ルモノアリ今大體ニ付之ヲ區別スルトキハ英米學派ノ研究方法ト歐洲大陸學派ノ研究方法トノ二ニ分ツコトヲ得ヘシ即英米學派ハ概實際ヲ主トシ國際私法ト名クル法律ヲ研究スルヲ目的トス然ルニ歐洲大陸ノ學派ハ一般ニ理論ニ基キ國際私法上ノ原理原則ハ如何ナルモノナルヘキヤヲ研究スルヲ以テ通例トスルナリ此二箇ノ研究方法ハ互ニ長短得失アリテ未必シモ孰ノ一方カ果シテ優ルヘキヤヲ斷言スルコトヲ得ス先二者ノ大體ヲ説明シ然ル後我國ニ於テ此學問ヲ研究スル者ハ如何ナル方法ヲ採ルヲ以テ正當トスヘキヤヲ論究スヘシ

第一 理論的研究方法 歐洲大陸ノ學者ハ彼ノ「サビニー」ヲ始トシ皆左ノ二點ニ於テ同一ノ特質ヲ具備セル研究方法ヲ採レリ即其一ハ國際私法上ノ原則ハ各國ニ於テ略同一ナル事實ニ重キヲ置キ且近世ノ文明ハ益此同一ナル點ヲ増進セシムヘキ傾向ヲ有スルヲ以テ國際私法ハ必シモ國際法ノ一部ナリトハ謂ハサルモ仍文明各國ニ共通ノ法律タルヘキコトヲ考ヘ斯ル共通ノ原理原則ヲ稱シテ國際私法ト云フヲ以テ例トシ隨テ第二ノ特質トシテ此學派ハ斯ル各國普通ノ原理原則ヲ發見スルコトヲ依テ此學問ノ目的トシ各國ノ國際私法カ果シテ正當ナリヤ否ヤノ如キモ此原則ニ適合スルヤ否ヤニ依テ之ヲ判定セントスルニ在リ彼ノ「サビニー」カ法律關係ノ本據ヲ發見シ之ニ依テ其法律關係ヲ定ムヘキ法律ヲ一定セントシタルカ如キ或ハ「パール」カ事物ノ性質論ヲ基トシテ内外法律ノ適用區域ヲ定メントシタルカ如キ又或ハ「チーアルマン」カ國家以上ノ國際私法ヲ説明シテ各國私法ノ管轄權ヲ定メントスルカ如キ皆如上ノ研究方法ヲ採リ論究シタル結果ナリトス又佛蘭西、伊太利等ノ學說ニ於テ國際私法ノ原則ノ屬人法ナリト説明スルカ如キモ亦同一ノ趣旨ヨリ出テタルモノニシテ皆一定ノ大原則ヲ發見シ之ニ依テ一切ノ國際私法的關係ヲ支配スヘキ法則ヲ演繹的論證ニ依テ推論セント

スルニ在ルナリ故ニ此等ノ學者ハ其論證ノ結果トシテ或一國ニ現行ノ國際私法ハ如何ナル法律タルヤヲ説明スルコトヲ忘レ知ラス蓋ラス國際私法ハ如何ニアルヘキモノナルヤヲ説明スルヲ以テ趣旨トシ斯ル原理原則ヲ稱シテ直ニ各國ノ立法者ヲ指導シ各國裁判官ヲ拘束スヘキ法則ナリト論定スルヲ以テ例トス

此研究方法ノ得失ヲ略説スレハ此方法ハ二箇ノ利益アリテ存ス即其一ハ國際私法ノ原則ハ他ノ國內ノ法律ト異リ最國際的の即内外諸國ニ共通ノ分子ヲ有スルコト多キモノナルヲ以テ内外諸國カ同一ノ法則ヲ採用スルニ非サレハ完全ニ斯ル立法ノ目的ヲ達シ難キコトヲ知ラシムルノ利益アリ隨テ諸國ノ立法者ヲシテ國家ノ公益上已ムヲ得サル原因アルニ非サレハ可成諸國ニ共通ノ原則ヲ採用スヘキ必要ヲ知ラシムルモノナリ其二ハ裁判官カ國際私法ノ規定ヲ適用スルニ當リテ他ノ法律ノ如クニ唯其條文ノ規定ノミニ重キヲ置キ國內立法ノ目的ノミヲ考フヘキモノニ非スシテ此規定ハ元來内外人ノ交通往來ノ必要ヨリ文明國カ同一ノ法則ニ依リ其法律關係ヲ定メ裁判所ノ異ルカ爲ニ權利義務ニ大ナル變更ヲ來サシメサルコトヲ期シ何レノ國ニ於テ裁判スルモ同一ノ權利關係ハ同様ノ權利保護ヲ享有スヘキ必要ヨリ出テタルコトヲ注意シ之ニ依テ法律ノ精神ヲ解釋シ法律ノ不備ヲ補フヘキコトヲ覺ラシムルノ便益アルコト是ナリ此二點ハ大陸ノ研究方法カ近世國際私法ノ發達ヲ促カシタル所以ニシテ其二大長所タルコトヲ認メサルヲ得ス然レトモ此方法ニハ亦二箇ノ缺點ノ存スルコトヲ知ラサルヘカラス即其一ハ此學派ハ動モスレハ一國ニ現行ハル國際私法タル法律ニ重キヲ置カシテ之カ研究ヲ忘ルルノ缺點アリ其二ハ此學派ハ主トシテ立法論ニ偏スルノ結果自己ノ正當ナリト信スル理論ハ直ニ之ヲ法律ナリト論定シ未何レノ國ニ於テモ認メラレサル空理空論ヲ掲ケ來リテ

直ニ各國立法者ノ採用セル原則ナリト推論スルノ危險アルコト是ナリ
第二 成法の研究方法 此研究方法ハ英、米學者ノ一般ニ採用スル所ニシテ米國ノ判事「ストーラー」氏カ近世ノ國際私法ヲ研究スルニ當リテ英、米普通法ノ判決例ヲ基トシ各種ノ事實ヨリ歸納シ所謂

歸納的論法ニ依テ英、米現行ノ國際私法ナル法律ハ如何ナルモノナルヤヲ説明シタルニ始ルモノニシテ爾來英、米ノ學者ハ皆實際ヲ主トスル結果自國ニ現行ノ國際私法トハ何ソヤヲ研究スルヲ以テ例トセリ歐洲大陸ニ於テモ彼ノ佛蘭西ノ「フエリックス」獨逸ノ「フランツ、カーン」等ノ如キハ此方法ニ依テ研究スヘキコトヲ主張スルモ此等ハ大陸ニ於ル非常ノ例外ニシテ一般學者ノ採ラサル所ナリ故ニ此學派ヲ稱シテ通常英米學派ノ研究方法ト云フナリ

英米學派カ如此方法ヲ採ルヲ以テ通例トスルハ國際私法ハ最嚴格ナル意義ニ於テ一國內ノ法律ナリ其法律タルノ效力ハ之ヲ立法シ之ヲ司法スル國家ノ主權ヨリ出タルモノトスルノ考ヲ基礎トシ自國ニ於ル現行ノ國際私法ハ如何ナル法則ナリヤヲ研究スルコトヲ目的トスルカ爲ニ自ラ斯ル方法ニ歸著セシナリ隨テ外國法制ノ比較研究ハ唯內國立法ノ目的ヲ明ニスルカ爲ニ之ヲ參照スルニ過キスシテ歐洲大陸學派ノ如クニ外國ノ國際私法如何各國ニ共通ノ原則如何等ハ事之ヲ研究ノ範圍外ニ放任スルヲ以テ例トスルナリ殊ニ英、米ニ於テハ國際私法ニ關スル明文ナク一般ニ判決例ニ依テ普通

法ノ原則ヲ推定スルニ在ルモノナルカ故ニ斯ル歸納的論法ニ依テ之カ研究ヲ爲スノ外ナキナリ此研究方法ハ前ノ方法ト異リテ一國ノ裁判官カ法律ヲ適用スルニ付標準ト爲ルヘキ原則ハ其成文法タルト不文法タルト問ハス必其國ノ法律ナラサルヘカラサルコトヲ明ニスルモノニシテ如何ナル原理原則ナルモノ一國ニ現行ノ成法ノ一部ヲ成ササルモノハ之ヲ法律ニ非サルモノトシ隨テ裁判官ヲ

拘束スルモノニ非スト爲シ空理空論ヲ以テ判決ノ標準ト爲スヘカラサルコトヲ常ニ注意セシムル點ニ於テ大ナル利益アル方法ナリト謂フヘシ然レトモ此方法ハ前ノ方法ニ於ル二箇ノ長所ヲ顧サルモノニシテ隨テ國際私法ノ原則ハ事實上各國ニ共通ノ點極多ク又共通タルコトヲ努メヘキコトヲ忘ルルモノニシテ自國ニ於ル現行ノ國際私法ハ明ニ學理ニ反シ理論ニ適セサルモ之カ改善ヲ企ツヘキコトヲ怠リ常ニ偏狹ナル見解ニ陷ラシムルノ缺點アルモノナリ英米ノ學說カ現今ニ於テモ學理上尙極テ幼稚ナルハ斯ル方法ヲ採用スル結果ニシテ英米學派ノ一大短所ト謂ハサルヘカラス

然ラハ我國ニ於テ此學問ヲ研究スル者ハ孰レノ方法ニ依ルヲ以テ最正當トスヘキヤト云フニ凡學問ノ研究ハ單リ現行法ノ原理原則ヲ研究スルモノミナラス併セテ其不備缺點ヲ明ニシ之カ改良進歩ヲ促カスヘキ理論ヲ研究スルコト尙ヨリ必要ニシテ即理論的研究ノ缺クヘカラサルハ言フ俟タサル所ナリト雖然レトモ尙一層必要ナルハ先現行ノ國際私法ノ意義精神ヲ明ニシ斯ル法則ヲ實際ニ適用スルニ當リテ誤ナキコトヲ努ムルコト是ナリ且我國ニ於テハ國際私法ノ規定カ歐洲諸國ニ於ルヨリモ更ニ精密ニシテ且其規定ノ設ケラレタル以來日尙淺ク隨テ法文ノ意義精神モ未一般ニ明カト爲リ居ラサルヲ以テ今日我國ニ於テ此學問ヲ研究スル者ハ第一ニ成法の研究ニ依リ先我國現行ノ國際私法ノ法理ヲ明ニスルヲ以テ其當ヲ得タルモノト信ス然レトモ此方法ノミニ依ルトキハ英米ノ學派ニ於ルカ如ク狹隘ナル見解ニ陷ルノ危險ナキニシモ非サルヲ以テ此方法ヲ探ルト同時ニ汎ク歐米ノ立法例及學說ヲ比較研究シ依テ以テ理論的研究方法ノ長所ヲ併セ收ムルコトヲ得ハ茲ニ始テ完全ニ近キコトヲ得タルモノト謂フヘシ故ニ本講義ニ於テモ現行ノ國際私法ヲ研究スルヲ目的トシ其法則ノ原理及其規定ノ缺點ヲ明ニスルカ爲ニ時時歐米ノ學說ヲ參考ニ供セント欲スルナリ

第二節 國際私法研究ノ範圍

第一 私法ノ抵觸問題 國際私法ハ如何ナル事項ヲ以テ其研究ノ目的物ト爲スヘキヤニ付テハ諸國ノ學者各其意見ヲ異ニシ必シモ同一ノ範圍ヲ定ムルコトヲ得ス先第一ニ此研究ノ目的物ハ法律ノ抵觸問題ナルコトハ學者ノ普ク一致スル所ニシテ此點ニ付テハ異論ナキモ如何ナル法律ノ抵觸問題ヲ解釋スルヲ以テ目的トスルヤニ至テハ學說ノ分歧スル所ナリ通常國際私法ハ題シテ私法ト云フカ故ニ私法ノ抵觸問題ヲ研究ノ範圍トスルコトハ多數學者ノ一致スル所ナリ尤此點ニ付テモ二三ノ學者ハ尙異見ヲ懷キ國際私法ハ總テノ公法ノ抵觸ハ勿論私法ト雖商法ノ抵觸問題ノ如キハ之ヲ國際私法ノ範圍外ニ屬セシムヘキモノトシ單ニ民法ノ抵觸問題ノミヲ研究ノ範圍ト爲スヘキモノトセリ例之白耳義ノ「ローラン」獨逸ノ「チーデルマン」等ノ如キ是ナリ然レトモ此學說ヲ主張スル者ハ極テ少數ニシテ國際私法ノ範圍ヲ不當ニ縮小スルノ誹ヲ免レス普通ノ學說ニ依レハ國際私法ハ民法、商法等一切ノ私法ノ抵觸問題ハ勿論民事訴訟法及破産法等ニ關スル抵觸問題ヲモ併セテ研究スヘキモノトスルニ在リ民事訴訟法又ハ破産法ハ近來之ヲ公法ナリトスルノ說一般ニ行レ居ルモ皆私權ノ保護ニ關スル手續法ニシテ民法、商法等ノ補助法ナルカ故ニ國際私法ニ於テハ民法、商法等ノ抵觸問題ト同ク此等ノ抵觸問題ヲモ併セテ論究スヘキモノトスルナリ然レトモ其他ノ公法殊ニ刑法ノ抵觸問題ト刑事訴訟法ノ共助、犯罪人引渡等ニ關スル問題ハ國際私法研究ノ範圍ニ屬スヘキヤ否ヤノ點ニ付テハ學說區區ニシテ今之ヲ大別スレバ左ノ三ト爲スコトヲ得

第一說ハ之ヲ國際私法中ニ於テ論究スヘキモノトスルニ在リ

伊太利ノ「フィオレ」佛蘭西ノ「レネ」獨逸ノ「フォン、パール」等ノ諸家ハ此說ヲ主張シ國際私法中ニ於テ刑法、刑事訴訟法ニ關スル抵觸問題ヲモ説明セリ而シテ此等ノ學者ノ理由トスル所ハ此問題モ亦普通ノ國際私法ノ問題ト同ク法律ノ抵觸ニ關スルモノニシテ同一ノ方法ニ依テ之ヲ法則ヲ發見シ得ヘキモノナルカ故ニ其目的物ハ異ル研究方法ノ同一ナル點ニ於テ國際私法中ニ研究スルヲ便利ナリトスルニ在リ

第二說ハ右ニ反シテ斯ル問題ハ國際公法中ニ論究スヘキモノトスルニ在リ

二三ノ國際公法學者ハ現ニ國際公法中ニ之ヲ論究セリ又國際私法學者ニシテ和蘭ノ「アッセル」、佛蘭西ノ「ウエイス」、「デバチー」、「ルノー」及「リビエ」等ノ諸氏ハ此說ヲ採用セリ其理由トスル所ハ斯ル問題ハ一箇人ノ私權ニ關スルモノニ非スシテ國家ノ刑罰權即主權ニ關スル問題ナルカ故ニ一般ノ主權ニ關スル國際問題カ國際公法中ニ論究セラルルカ如ク此問題モ亦其性質上當然國際公法ニ屬スヘキモノトスルニ在リ

第三說ハ斯ル問題ハ國家刑罰權ノ抵觸問題ニシテ國際公法ニモ亦國際私法ニモ屬セシムルコトヲ得サルモノナルカ故ニ之ヲ獨立ノ一學科トシ國際刑法トシテ研究スヘキモノトスルニ在リ

瑞西ノ「マイリ」佛蘭西ノ「シュールヴ」及「ウエイス」等ノ諸氏ハ此說ヲ採用セリ其理由トスル所ハ此等ノ問題ハ國家刑罰權ノ外國人ニ對スル關係ニシテ主權ノ抵觸問題ニ非サルカ故ニ研究方法ノ同一ナルノ點ヲ以テ之ヲ國際私法ニ屬セシムルコト能ハサルト同時ニ此等ノ主權ニ關スル問題ハ通常ノ國際關係ト異ナリテ國家ノ對外主權ニ關スルヨリハ寧對內主權即刑罰權ニノミ關スルモノナルカ故ニ之ヲ國家ト國家トノ關係ヲ規定スル公法中ニ屬セシムヘキモノトスルニ在リ

ニ非ストスルニ在リ實際ニ於テモ國際公法學者ハ刑法ノ研究ニカヲ容ルルノ餘地ナク所謂國際私法ノ問題ヲ説明セサルヲ通例ト爲スカ故ニ學問分科ノ原則ニ從ヒ之ヲ獨立ノ一科トシテ研究スルルニ至ルハ極テ正當ト信スルナリ

要之本講義ニ於テモ國際私法ニ關スル問題ハ之ヲ範圍外トシ其說明ヲ省略スルモノト知ルヘシ

第二 外國人ノ地位 國際私法ハ外國人カ一定ノ權利ヲ享有スルヲ以テ其存在ノ前提條件ト爲スヘキコトハ既ニ第一章ニ於テ説明セリ隨テ斯ル前提條件モ亦此研究ノ範圍内ニ屬スヘキモノト謂ハサルヘカラス既ニ國際法協會等ニ於テモ外國人ノ私權ノ享有ニ關スル原則ヲ國際私法ノ第一ノ原則トセリ又諸國ノ國際私法學者ハ必シモ此點ニ於テ一致スルモノニ非ス英、米ノ學者ハ此問題ヲ一般ニ說明セサルヲ例トシ獨逸ノ學者ハ唯外國人ノ私權ノ享有ニ關スル大原則ヲ説明スルノミ反之佛蘭西、伊太利等ノ學者ハ此問題ヲ國際私法ノ開卷第一ニ詳細研究スルヲ以テ例トス我國ニ於テハ外國人ノ權利ノ享有ニ關スルコトハ近來一大變遷ニ遭遇シタルモノニシテ之カ沿革ヲ明ニスルニ非サレハ國際私法ノ存在ヲ明ニスルコト困難ナリ隨テ本講義ニ於テハ伊、佛學者ノ例ニ倣ヒ外國人ノ地位ニ關スル說明ヲモ研究ノ範圍ニ屬セシムルモノトス

第三 國籍 國籍法ハ一國ノ公法ニシテ私法ニ非ス然レトモ國籍ノ抵觸即國籍法ノ抵觸問題ハ何レノ國際私法學者ト雖之ヲ研究ノ範圍内ト爲セリ何トナレハ國籍カ抵觸スル場合ニ於テハ之ヲ決定スルニ非サレハ外國人ノ本國法如何ヲ定ムルコト能ハサルカ故ナリ此點ニ於テハ諸國ノ學者ノ一致スル所ナルモ國籍自體ノ取得又ハ喪失等ニ付テハ英、米ノ學者ハ之ヲ簡單ニ説明スルヲ以テ例トスルモ獨逸ノ學者ハ之ヲ以テ國際私法ノ範圍外ト爲セリ反之伊、佛等ノ學者ハ此點ニ付テモ仍國際私法ノ

先決問題トシテ研究スルヲ例トス我國ニ於テハ國籍自體ニ關シテ特別ノ講義ナキヲ以テ普通國際私法中ニ於テ併セテ之ヲ論究スヘキモノトスルカ故ニ斯ル研究ノ便宜上ヨリ本講義ニ於テモ亦國籍ノ抵觸ノミナラス國籍自體ヲモ併セテ之ヲ説明セント欲スルナリ
以上ノ事項ヲ以テ此講義ノ範圍トス之ヨリ本論ニ入り諸君ト共ニ研究スヘキ事項ヲ講義ノ順序ニ從テ舉示セハ左ノ如シ

第一編 外國人ノ地位

第二編 國籍及國籍法ノ抵觸問題

第三編 民法、商法、破産法、民事訴訟法ノ抵觸問題 即是ナリ

第一編 外國人ノ地位

外國人ノ地位トハ外國人カ其體在國ニ於テ法律上享有セル權利及負擔セル義務ノ實際上一ノ狀態ヲ謂フ抑近世ノ文明國ニ於テハ國家ハ獨立自由ノ主權ヲ行フニ當リ國際公法又ハ文明國普通ノ慣例ニ基キ外國人ノ權利ノ保護スヘキ義務ヲ負擔スルモノニシテ國際私法ハ素外國人カ斯ル國際公法上ノ原則ヨリシテ或一定ノ權利保護ヲ享有スルコトヲ前提トシ其享有セル權利ニ關シテ之ニ適用スヘキ法則ヲ明ニシテ以テ外國人ノ權利ノ保護ヲ完ウセントスルノ必要ヨリ發達シタルモノナルカ故ニ國際私法ノ研究ヲ完ウセントセハ先外國人ノ地位如何ヲ明ニセサルヘカサルコトハ既ニ述ヘタルカ如シ而シテ外國人ノ何タルヤハ他日國籍法ヲ説明ヘルノ後始テ之ヲ知得スヘキコトニ屬スト雖茲ニハ單ニ內國人ニ非サ

ル者即内國ノ國籍ヲ有セサル人類ヲ稱シテ外國人ト謂フト説明スルヲ以テ足レリトス故ニ予ハ本章ニ於テ外國人ノ地位ヲ研究スルニ當リ之ヲ分テ四章ト爲シ先第一章ニ於テ外國人ノ地位ノ過去即沿革ヲ叙述シ第二章ニ於テ其現在即我國現行法令ノ下ニ於テ外國人ノ地位ヲ説明シ第三章ニ於テ諸外國ニ於テ我國國民ノ地位如何ヲ比較研究シ終ニ第四章ニ於テ我國ニ於テ外國人ノ地位如何ヲ説明セントス

第一章 外國人ノ地位ノ沿革

歴史ニ徴シテ之ヲ考フルニ一國ニ於テ外國人ノ地位ノ如何ハ其國ノ文明開化ノ程度ヲ知スルニ足ルヘキモノニシテ文明開化ノ進歩スルニ伴ヒ外國人ノ地位モ亦隨テ進歩スルモノナリ彼ノ古代未開ノ社會ニ於テハ四邊皆蠻貊ニシテ各國ハ自己ノ共同生存ヲ維持スルノ必要ヨリ一切ノ權利保護ヲ舉ケテ之ヲ國民ノ特權トシ外國人ヲ敵視シテ毫モ其權利ヲ保護セザリシモ社會ノ文化稍發達シ國家の共同團體ノ組織漸次鞏固ト爲ルニ從ヒテ外國人ノ權利ヲ保護スヘキ必要ヲ認メ内外國ノ差別ハ益倫理付與スル的及政治的ノモノト爲シ愛國心ノ如キ又ハ參政權ノ如キハ國民ノ本分特權トシテ外國人ニ之ヲ囑望シコトヲ得サルモ一個人間平等ノ關係ヲ規定セル私法上ニ於テハ内外人ヲ平等視シ國家ノ公益ニ反スルカ如キ重大ナル原因ノ存セサル限ハ外國人ト等ク外國人ノ權利ヲ保護スルヲ以テ原則ト爲スニ至レリ故ニ若諸君カ古今東西ノ歴史ニ徴シテ外國人ノ地位ヲ研究セハ世界各國ノ法制ハ皆外國人切捨御免ノ敵視主義ヨリ漸内外人平等主義ニ進ムモノニシテ左ノ五期五主義ヲ經過シ又ハ經過セントスルコトヲ知ラルナルヘシ

第一期 敵視主義

第二期 賤外主義

第三期 排外主義

第四期 相互主義

第五期 平等主義

第一期 敵視主義 太古ノ原始社會ハ姑措キ歴史以來古代ノ民族カ生存競争ノ必要ヨリ漸共同生存ノ範圍ヲ擴張シテ部落ヲ成シ酋族ヲ成シ遂ニ國家ヲ建設スルニ至リタル方法ハ主トシテ武力即戰爭ニ依リタルモノニシテ酋族間又ハ國家間ノ自然ノ狀態ハ平和ニ非スシテ戰爭ナリシコトハ歴史ノ證スル所ナリ蓋歐洲大陸ニ於テルカ如ク各民族互ニ土壤ヲ接シテ相對峙セル諸國ニ於テハ四圍ノ外國皆敵ニシテ他ヲ征服スルニ非スハ則チ自ラ滅亡スルコトヲ免レザリシカ故ニ自己ノ共同團體ヲ維持シ之ヲ擴張スルノ必要ヨリ外國ト敵國人トヲ區別スルノ餘地ヲ存セザリシナリ故ニ斯ル時代ノ國民ハ皆外國人ト敵國人トヲ同一視シ各領國攘夷主義ヲ採リ外國人斬捨御免ヲ以テ國法トシタルコトハ羅旬語ニ於テモ古代ノ獨逸語ニ於テモ外國人ナル語ハ皆敵國人ナル意義ヲ有スル文字ナリシヲ以テ之ヲ知ルニ足ルヘシ既ニ之ノ仇敵視シ其生命ヲ殺傷シ其財產ヲ沒收スルヲ以テ正當ト爲ス以上ハ外國人ハ其身體及財產ニ對シ何等ノ權利保護ヲモ享セザリシコトハ固ヨリ論ヲ俟タサルナリ

第二期 賤外主義 社會ノ文化漸開發スルニ隨ヒ自國ト異國間ニ有スル外國人ヲ強テ敵國人トシテ待遇ヘル必要漸減少シ共同團體ノ組織漸整備シテ風俗、宗教ヲ異ニスル外國人ト接觸シテ其生存ノ危シスルノ憂稍減少スルニ隨ヒ漸外國人ノ來住ヲ認許スルニ至リタリト雖仍舊外國人ヲ卑賤視シテ劣等ノ人類ト爲シ殆禽獸ト同一視セシコト猶漢人カ四圍ノ外人ヲ夷狄蠻貊ト蔑視セシカ如シ蓋

人類ハ自己ノ了解セサル言語ヲ口ニシ自己ニ別種ノ風俗人情ヲ有スル外國人ニ接觸スルトキハ其事情ヲ審ニスルニ先テ之ヲ嫌厭スルノ感情ヲ有スルノミナラス文化尙幼稚ナル時代ニ於テハ政治ト宗教トヲ混同シ宗教ヲ以テ民心統一ノ要具ト爲シ此宗教ニ與ルコトヲ得サル外國人ヲ目シテ異端、外道ト爲シ以テ共同團結ノ鞏固ヲ期セシカ故ニ賤外主義ノ初期ニ於ル外國人ノ地位ハ奴隸ヨリモ遙ニ劣等ニシテ尙法律上權利享有ノ能力ヲ有セザリシノミナラス社會上ニ於テモ亦之ト共ニ齒スル者ナカリシコトハ印度、埃及、猶太、希臘、羅馬等ノ古代史ノ證明スル所ナリ

第三期 排外主義 各國ノ國民相交通往來スルコト漸増加スルニ隨ヒ賤外主義漸減少シ外國人ハ必シモ劣等動物トシテ蔑視スヘカラサルコトヲ知得スルニ至リタルト同時ニ國民の利己主義ノ思想益熾ニシテ外國人ニ特別ノ利益ヲ付與スルモトヲ拒絶シ外國人ノ取得セル財產ヲ沒收シ以テ君主又ハ國民ノ私欲ヲ遏ウスルニ至レリ予輩ハ此時期ヲ稱シテ外國人排斥主義ト言ハントス即賤外主義ハ内外人ノ品質の優劣ノ觀念ヨリ胚胎シ排外主義ハ内外人ノ實利的保護ノ區別ヨリ由來ス故ニ排外主義ノ初期ニ於テハ賤外主義ノ終期ト實際上ノ結果ヲ異ニスル所尠シト雖大ニ思想ヲ異ニセルコトヲ知ルヘシ蓋賤外主義ニ於テハ外國人ハ必國法ニ服從セス又其保護ヲ享ケサルコトヲ以テ原則トスルモ排外主義ノ時代ニ於テハ反之外國人ハ必國法ニ服從シ隨テ其保護ヲ享ケヘキコトヲ原則トシ唯特定ノ保護ヨリ外國人ヲ排斥シテ內國人ヨリモ不利益ナル地位ニ立タシムルノミ而シテ賤外主義ノ遺風ハ内外人ノ結婚及歸化ノ禁制ト爲リテ近世ニ至ル迄存在シ排外主義ノ遺風ハ外國人ノ遺產沒收若クハ土地所有權ノ禁制ト爲リテ現在尙其迹ヲ絶タサルモノアリ

第四期 相互主義 人類社會ノ文化益開發シ通商貿易ノ便宜漸進歩スルニ隨ヒ排外主義ハ各國民交通

ノ自由ヲ妨害セ他ヲ排スルハ必シモ已アリタル所以ニ非サルコト益明白ト爲ルニ隨ヒ諸國ノ立法者亦國家ノ公益ヲ害セサル範圍內ニ於テ外國人ノ地位ヲ増進シテ內國人ノ地位ニ近カシムルコトヲ力ムルニ至レリ然ルニ國家間ノ關係ハ箇人間ノ關係ヨリハ利益ノ左右スル所ト爲ルコト更ニ甚シキヲ以テ一國カ他國ノ國民ヲ優待スルモ他國カ必シモ自國ノ國民ヲ爾カ特優スルコトヲ期スヘカラサルカ故ニ他國カ自國臣民ヲ優遇スル程度ニ應ジテ其他國ノ臣民ヲ優遇スルヲ以テ原則トスルニ至レリ之ヲ稱シテ相互主義ト名ク此主義ヲ別テ外交上ノ相互主義ト立法上ノ相互主義ト爲ス

一 外交上若クハ條約上ノ相互主義トハ外國人ノ私權享有ノ條件ヲ條約上ノ擔保ニ繫ラシムル主義ニシテ外國人ハ其本國カ條約上自國人ニ許與スル權利ト同一ノ權利ヲ享有スルモノト規定スルニ在リ佛國民法ヲ首トシ白耳義、希臘、ルクセンブルヒ、大侯國、瑞西其他佛國民法ヲ採用セル諸國ニ行ハルモノナリ

二 立法上ノ相互主義トハ外國ノ法律カ自國民ニ許容スル程度ニ於テ外國人ニ私權ヲ許與スルヲ以テ原則トスル諸國ノ法律ヲ謂フ即立法上ノ相互主義ハ條約上ノ相互主義ヲ矯正シタルモノナリ獨逸民法施行前ノ普通法、埃地利、匈牙利、瑞典、威諾、セルビヤ等ノ民法ハ之ニ屬ス

抑私權ノ保護及享有如何ノ問題ハ一國私法上ノ問題ニシテ素國家ノ自由ニ規定スヘキ事項ニ屬スルカ故ニ相互主義ヲ以テ國家カ其私法上人類ノ權利ヲ保護スルノ基礎ト爲スカキコトハ現今ノ法律思想ト背馳スル不當ナル立法ト謂ハサルヘカラス又彼ノ法律相互主義ヲ採ル諸國カ同一ノ權利ヲ保護スルニ權利者所屬國ノ法律如何ニ依テ之ヲ異ニスルカ如キハ私權ノ保護畫一ノ法律思想ニ背戾スルモノナリ特ニ佛國民法ノ如ク條約相互主義ヲ採リ最恒久的性質ヲ要スル私權ノ享有ヲ外交略ノ如何ニ依テ

此法文ハ有名ナル「ビザチー」及「マンチー」等カ自由、平等、博愛ノ三大綱領ニ基キ最絶對ノ内外人平等主義ノ原則ヲ明言シタルモノニシテ外國人ハ如何ナル場合ニ於テモ伊國臣民ト同一ノ私權ヲ享有スヘキモノトセリ抑當時ノ歐米諸國ニ於テハ排外主義又ハ相互主義ノ學說立法例尙嚴存セシニモ拘ラス伊國立法者ハ斷然無條件ニ内外人ノ同權ヲ認メタルカ故ニ歐米諸國ノ法學者ハ皆沿沿數千言以テ伊國立法者カ世界各國ニ卒先シテ内外人平等主義ヲ斷行センコトヲ稱賛セサルハナシ而シテ伊國立法者ハ能ク民法第三條ノ精神ヲ保持シテ特別ノ制限ヲ設ケサルカ故ニ現今伊國ニ於ル外國人ハ伊國船舶及漁業權制限ノ外ハ伊國人ト全ク同等ノ私權ヲ享有セリ

其他葡萄牙民法（一八六八年）第二六條、西班牙民法（一八八九年）第二七條等ニ於テハ「法律又ハ條約ニ特別ノ規定アル場合ノ外國人ハ内國人ト同ク私權ヲ享有ス」ト規定シ「コンゴ」國法律（一八九一年二月二十日）第一條ニ於テハ「外國人ハ總テノ私權ヲ享有シ其身體及財產ノ保護ニ關シテハ内國人ト同一ノ權利ヲ有ス」ト規定セリ又千八百七十八年南米八箇國間ニ調印シタル「リマ」條約草案第一條ニ於テハ伊國民法第三條ト同ク「外國人ハ内國人ト同一ノ私權ヲ享有ス」ト規定セリ英國ニ於テハ千八百七十年以來彼ノ有名ナル歸化條例ヲ以テ慣習法ノ排外主義ヲ廢止シテ外國人ニ英國臣民ト同ク動産、不動産ヲ取得シ所有シ讓與スルノ權利ヲ付與セシカ故ニ英國現行法ハ即内外人平等主義ヲ採ルモノニシテ英國ニ於ル外國人ハ英國船舶所有權其他一二ノ例外ヲ除ク外内國人ト等ク私權ノ全體ヲ享有スルコトヲ得ルニ至レリ米國ニ於テハ各州ノ法律區區ニシテ一定セサルカ故ニ茲ニ之ヲ概論スルコトヲ得サレトモ外國人ハ不動産所有權及船舶所有權制限ヲ除クノ外ハ一般ニ内國人ト同ク私權ヲ享有スルヲ以テ原則トスルニ至テハ則一致セリ其他瑞典、諾威、丁抹及露西亞ノ如キモ平等主義ヲ以テ原則トセサル

ハナシ

要之私法上ニ於ル内外人平等主義ハ實ニ現今文明諸國ニ於ル法律思想ノ進歩シタル結果ナリトス蓋現今ニ於テハ權利及人格ノ觀念ハ之ヲ形式の論議スルトキハ素各國立法者ノ制定物ニ外ナラサルモ之ヲ實質の論議スルトキハ各人ノ法律思想ニ存在シ世界の即人類的性質ヲ有スルモノニシテ各國ノ立法者カ必之ヲ保護セサルヘカラサル性質ヲ有ス固ヨリ國家ノ主權ハ萬能ナルカ故ニ一箇人ノ權利及人格ヲ保護スルト否トハ全ク自由ニシテ人類ハ敢テ固固有ノ權利ヲ有スルニ非サルモ是唯一片ノ理論タルニ過キスシテ實際ニ於テハ必古人ノ權利ヲ保護シ人ノ權利ヲ認メサルヲ得サルナリ彼ノ碩學「イェリッング」カ之ヲ形容シテ現今ニ於テハ權利及自由ハ猶空氣及水ノ如ク内國人タルト外國人タルト問ハス各人ノ等ク享有スヘキ共有物ナリト曰ヘルカ如キハ即此法律思想ヲ現シタルモノナリ又之ヲ國際法上ヨリ論ズルトキハ各國ハ必ヤ商人ノ權利及自由ヲ認定スヘキ義務ヲ有スルモノニシテ安ニ之ヲ否認スルカ如キハ國際法上ノ慣例ニ違反スルノ結果ヲ來スモノナリ何トナレハ各國ハ其國民ノ權利自由ヲ保護シ且他國ヲシテ之ヲ尊重セシムルノ權利ヲ有スレハナリ近世ノ法律思想ハ如此私權ノ人類的性質ヲ認ムル故ニ彼ノ國際法協會ニ於テハ國際私法ノ原則ヲ調査シテ之ヲ一定スルニ當リ千八百八十年「オックスフォード」ノ會議ニ於テ滿場一致ヲ以テ左ノ平等主義ノ原則ヲ國際私法ノ八大原則ノ劈頭ニ掲グルニ至レリ

第一條 外國人ハ何レノ國家又ハ宗教ニ屬スルヲ問ハス現行法律ニ依テ特ニ設ケタル例外ヲ除キ内國人ト同一ノ私權ヲ享有ス

且國際法協會ハ各國立法者ニ之ヲ採用スヘキコトヲ勸告シ左ノ趣旨ノ國際條約ヲ締結シテ之カ實行ヲ

期スヘキコトヲ勸告セリ

其前文ニ曰ク本協會ハ各國民法ニ於テ左ノ八大原則ヲ一般ニ採用シ且之ト同時ニ第一條ノ補則トシテ左ノ規定ヲ揭タル國際條約ヲ以テ之カ實行ヲ擔保スヘキ希望ヲ茲ニ表示ス

各締盟國ハ相互ニ他ノ締盟國全體ノ承諾ヲ得ルニ非アレハ此規定ニ對シ新ニ何等ノ例外ヲモ設定セサルコトヲ約ス

現今尙例外ノ存スル諸國ハ可成速ニ其內國法制ヲ改良シテ此規定ニ一致セシムヘキコトヲ約ス(國際法協會年報五卷五六頁)

右ノ決議ハ現今各國公法學者ノ一般ニ是認スル所ニシテ右ノ原則ハ現今文明諸國立法者ノ概採用スル所ナリ左レハ現今ニ於テハ一國ノ私法ハ決シテ其國民ノミニ專屬スルニ非スシテ汎ク人類ヲ基礎トシ

人類ノ爲ニ人類ノ權利ヲ保護スルモノナリ即之ヲ形容シテ言ヘハ私法ハ人類ノ權利ノ私權ハ人類ノ享有スヘキ共有物ナリト謂フコトヲ得ヘシ故ニ領學「ローラン」ハ嘗テ白國民法草案ヲ起草スルニ當リ從來諸國ノ立法例ヲ打破シテ其第五〇條ニ於テ私權ノ享有ヲ左ノ如ク規定セリ曰ク

凡人ハ私權ヲ享有ス

ト且其理由ヲ説明シテ曰ク此草案ハ總テノ人ニ私權ノ享有ヲ付與スルコトニ依テ外國人ヲ白耳義人ト同一視シテ蓋我國公法ニ依レハ總テノ人類ハ皆法律上ノ人ニシテ外國人ヲシテ內國人ト等ク私權ヲ享有セシムルカ爲ニ伊國民法ノ如キ特別ノ明文ヲ要セサルナリト此草案ハ尙未法典ト爲ルニ至ラスト雖外國人カ內國人ト同ク私權ヲ享有ストノ規定ハ自明ノ法理ニシテ理論上無用ナルコトヲ觀破シタル噓矢ナリトス

白國民法草案ニ次テ編纂セラレ千九百年一月一日ヨリ法典トシテ實施セラレタル獨逸民法カ外國人ノ私權享有ニ關スル規定ヲ揭ケナルモ亦此趣意ヨリ由來スルモノナリ蓋獨逸民法施行法第三一條ニ外國政府又ハ外國人ニ對スル報復權ヲ規定セルハ外國人ハ特別ノ制限ノ外ハ內國人ト同ク私權ヲ享有スヘキ原則ヲ前提トスルモノナリ而シテ其前提タル平等主義ノ原則ヲ民法中ニ規定セサル所以ハ獨逸民法理由書ニ明言セルカ如ク現今ノ國際私法上ニ於テハ外國人カ內國人ト同ク私權ヲ享有スルコトハ既ニ當然自明ノ法理ニ屬スルカ故ニ敢特別ノ規定ヲ要セスルカ爲ナリ

我民法第二條ニ於テ「外國人ハ法令又ハ條約ニ禁止アル場合ヲ除ク外私權ヲ享有ストノ規定セルハ前掲諸國ノ立法例ニ倣ヒ内外人平等主義ノ原則ヲ明言シタルモノニシテ現今ノ文明國ニ於テハ既ニ明文ヲ要セサル自明ノ法理ニ屬スト雖我國現今ノ立法上外國人ノ權利ニ關スル主義ハ一大變遷ノ時期ニ際會セルカ故ニ特ニ此規定ヲ必要トセルナリ蓋我國ノ法制ノ最近五十餘年間ニ外人斬捨御免ノ敵視主義ヨリ内外人平等主義ニ通ミタルモノニシテ黑船始テ近海ニ出沒シタル當時ニ於テハ外國人ハ刑法上ニ於テモ仍人格ヲ認メラレザリシカ舊條約締結ノ際ヨリ漸格ヲ認メラルルニ至リシモ仍外國人ハ原則上無權利アリシナリ然ルニ維新以來我國文化益開發シ法律制度亦範ヲ泰西ニ採リテ漸完備スルニ隨ヒ國法ノ原則上外國人無權利ノ舊主義ハ漸次ヲ潛メ近世文明諸國ノ通義ニ則リテ外國人ノ權利自由ヲ保護シ其國家ノ公益上ヨリ制限ヲ要スルカ如キ權利ハ例外トシテ一之ヲ明言スルニ至レリ且無條約國ノ人民ニ對シテモ我國ノ實際上一般外國人ノ享有セル權利保護ヲ付與スルヲ以テ原則トセリ今此等ノ事實ヲ法理的ニ綜合スルトキハ我國現今ニ於テハ民法第二條ノ規定ヲ俟タスシテ外國人ハ法令ニ特別ノ制限アル場合ヲ除ク外ハ內國人ト同ク私權ヲ享有スルヲ以テ原則トスト謂ハサルヘカラス即我國法

律ハ法律思想ノ自然的發展ニ由リ暗暗裡ニ内外人平等主義ノ原則ヲ採用シテ外國人ノ私權ヲ保護スルニ至リシコト蓋爭フヘカラサルノ事實ナリ而シテ此法律思想ノ發達ハ即我國文明ノ進歩ニシテ我國民カ歐米列國ト對等ノ國交際ヲ爲スノ權利ヲ有スルニ至リタル所以ノモノ亦實ニ此ニ存ス唯從來此原則ヲ一般のニ明言シタル法文存セザリシカ故ニ若新民法ヲ編纂スルニ當リ獨逸民法ノ如ク此原則ヲ明言セザルトキハ或ハ法律ノ適用上誤解ノ恐アルカ故ニ外國人ノ地位ニ關スル解釋ヲ一定センカ爲メ理論上專無用ニ屬スルモ過渡時代ニ於ル法典トシテ今日現行ノ原則ヲ概括的ニ明言セルノミ故ニ民法第二條ハ我國立法ノ沿革ノ理由ノ爲ニ必要ナル規定ナリト謂フヘシ

要之私法上ニ於ル内外人平等主義ハ實ニ現今文明諸國ニ於ル通則ニシテ苟文明國ヲ以テ自任スル國ノ立法者ハ一トシテ明文上或ハ實際上外國人ハ禁止ノ明文アル場合ヲ除クノ内外國人ト等ク私權ヲ享有スヘキコトヲ認メサルハナシ唯夫レ平等主義ノ原則ノ例外タル禁止ノ多少ニ至テハ國情ニ依テ其程度ヲ異ニシ或ハ伊國、英國ノ如ク僅ニ一二ノ制限ニ過キサルモノアリ或ハ獨、佛、米ノ諸國ノ如ク四五ノ禁止アルモノアリテ固ヨリ一定セスト雖現今諸國ニ於テ外國人ニ禁止又ハ制限セル私權ハ概左ノ事項ニ屬ス

- 一 土地所有權ノ制限
- 二 船舶所有權ノ制限
- 三 漁業權ノ制限
- 四 鎖業權ノ制限
- 五 訴訟上ノ保證ノ義務

第二章 外國人ノ地位ノ現在

本章ニ於テハ我國ニ於ル外國人ノ現在ノ地位如何ヲ説明スヘシ
我國法令上ニ於ル外國人ノ地位ハ之ヲ公權及私權ニ區別シテ論及セントス然ルニ公權、私權及公法、私法ノ區別ハ古來種種ノ學說アルモ未一定シタル學說ナシ隨テ此法ノ區別ノ研究ハ他ノ學科ニ於テ諸君ノ研究ニ一任シ予ハ茲ニ唯普通ノ學說ニ從ヒ國家ト簡人トノ間ニ存スル法律關係ヲ規定スル法律ヲ公法トシ簡人相互ノ間ニ存スル法律關係ヲ規定スル法律ヲ私法トシ斯ル公法ノ規定ニ依テ保護セララル利益ヲ公權トシ私法ノ規定ニ依テ保護セララル利益ヲ私權トシ左ニ我國現行法令上ニ於テ外國人カ享有スル所ノ公權及私權ノ大要ヲ説明スヘシ

第一節 公權

公權ヲ分テ又左ノ三種トス

- 一 簡人カ國家ニ對スル關係ヨリ生スル權利即所謂國民權又ハ人權(「ドロワー、ド、ロシム」)ニシテ簡人の自由ノ保護ヲ目的トスル權利ナリ
- 二 簡人カ國家ニ對シテ保護文ハ救助ヲ請求スル權利
- 三 簡人カ國家統治權ノ行使ニ參與スルノ權所謂參政權ニシテ一簡人カ國家の共同團體ノ一員タル資格ニ於テハ國家ノ機關トシテ働キ或ハ國家機關ノ組織ニ參與スルノ權利ナリ

第一款 簡人的自由權

簡人的自由權又ハ人權トハ國家ノ干涉ヲ受ケサル自由ハ範圍ヲ謂フ蓋簡人ノ自然的行爲ノ自由ハ多クハ國家ノ制限ヲ受ケサルモノナリ隨テ此等ノ行爲ニ對シテ特別ノ明文ヲ以テ之ヲ保障スルノ必要ナキモ或種ノ行爲ハ古來國家ノ制限ヲ受ケタルカ故ニ所謂國民ノ基本權又ハ人權ナルモノヲ確保シ依テ以テ國家ノ制限ヲ除却スルノ必要アリ近世公法ノ發達ハ即此必要ヨリ由來シタルモノニシテ英國ノ權利ノ憲章ヲ始トシ米國獨立ノ憲法等ニ於テ益之ヲ確認シ殊ニ紀元千七百九十一年佛國大革命ノ憲法ニ於テ所謂人權ノ宣言ニ依テ益其範圍ヲ擴張セシ以來各國ノ憲法ニ於テ簡人ノ自由權ヲ保障スルノ習慣ヲ生セリ即此等ノ制限ヲ除去シタル憲法及法律ノ規定ハ同時ニ國家ノ干涉ヲ免ルルノ權利ヲ各簡人ニ與フルモノナリ故ニ簡人的自由權ハ國家ノ行政行爲ニ對スル制限ニシテ此等ノ事項ハ概諸君カ行政法ニ於テ研究セラルヘキ點ナレトモ今外國人カ如何ナル簡人的自由權ヲ享有スルヤヲ説明スルニ當リ便宜ノ爲メ之ヲ左ノ四項ニ別テ略述セントス

- 一 往來、居住ノ自由
- 二 身體ノ自由、所有權及住居ノ不可侵
- 三 信教、言論、著作、集會及結社ノ自由
- 四 營業ノ自由

以上ニ掲ケル諸種ノ自由權ニ付テ予ハ外國人カ我國法上如何ニ之ヲ享有スルカ又如何ナル制限ヲ受ケツツアルカヲ研究スヘシ

此等ノ自由權ハ近世文明國ニ於テハ外國人モ亦之ヲ享有スルヲ以テ原則トスルモ外國人ハ必シモ內國人ト同一ノ程度ニ於テ之ヲ享有スルモノニ非ス又此等ノ權利ハ往往行政權ノ行使ニ依テ左右セララルノ虞アルヲ以テ各國ハ其在外臣民ノ權利ヲ保護スルノ必要ヨリ概通商條約ヲ以テ此等ノ權利ヲ享有セシムルノ擔保ヲ規定スルヲ例トス故ニ此等外國人ノ權利ヲ論及スルニ當リテハ我現行ノ法令ヲ攻究スルト同時ニ我國現行ノ條約ヲ研究セラルヘカラス

第一 往來、居住ノ自由 從來我國ニ來住スル外國人ハ領事裁判權ノ特典ニ浴シタルト同時ニ其特典ヲ享受スル範圍ハ所謂開港地ニ限ラレタルモノニシテ其區域以外ニ出タルトキハ單純ノ旅行ト雖皆許可ヲ受タルコトヲ要シタルニ然ルニ明治二十一年日墨間ノ通商條約ヲ首トシ明治二十七年以來歐米諸國ト結ヒタル通商航海條約ニ於テハ近世文明國間ノ慣例ニ基キ彼此對等ノ權利義務ヲ規定シ互ニ其臣民ノ往來居住ノ自由ヲ與フヘキコトヲ約定シタル即之ヲ例示セハ日英條約第一條第一項ニ「兩締盟國ノ一方ノ臣民ハ他ノ一方ノ版圖内何レノ所ニ到リ旅行シ或ハ住居スルモ全ク隨意タルヘク而シテ其身體及ヒ財產ニ對シテハ完全ナル保護ヲ享受スヘシ」ト規定セル如キ其一例ナリ

此等ノ改正條約ハ明治三十二年七月以來實施セラレタルモノニシテ現今ニ於テハ歐米條約國人民ハ汎ク我國版圖内ニ於テ完全ナル往來、居住ノ自由ヲ享有スルモノナリ然レトモ外國人ノ享有セル往來、居住ノ自由ハ內國人ノ如ク絕對的ニ非スシテ(一)入國ノ拒絶(二)放逐及(三)犯罪人引渡ニ依テ之ヲ制限セラルコトアリ即若我國ノ安寧秩序ヲ害スルノ虞アル外國人ニ對シテハ我政府ハ其來住ヲ拒絶シ又ハ既ニ來住セル者ヲ國外ニ放逐スルコトヲ得而シテ斯ル場合ニ其本國政府ハ放逐セラレタル者ヲ必引取ラサルヘカラス反之帝國臣民ハ如何ナル場合ニモ海外ヨリ我國ニ歸來スルコトヲ禁止セララルコト

ナク又我國外ニ放逐セラルルコトナシトス帝國憲法第二條ニ曰ク「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」ト隨テ帝國臣民ノ帝國内ニ於ル居住ノ自由ヲ制限セントスルトキハ必法律ノ形式ヲ以テ爲ササルヘカラス而シテ今日ニ至ル迄我立法者ハ近世文明各國間ノ通義ニ則リ帝國臣民ヲ國外ニ放逐スルコトヲ規定セル法律ヲ發布セサルカ故ニ帝國臣民ハ絶對的ニ我國内ニ居住スルコトヲ得ルヤ明ナリ此點ニ於テ内國人ハ外國人ト異ル特典ヲ有ス

外國人ノ來住拒絶及放逐ニ付テハ實際上屢複難ナル問題ヲ生スルカ故ニ千八百九十二年國際法協會ハ(一)外國人ノ來住ヲ許シ又ハ一定ノ條件ヲ以テ之ヲ認許シ若クハ放逐スルノ權利ハ各國主權獨立ノ論理的且必然的結果ナリト雖(二)人道及正義ノ觀念ハ各國ヲシテ其公安ト兩立スヘキ範圍内ニ於テ現ニ我國ニ到來シ又ハ現ニ在留セル外國人ノ權利及自由ヲ尊重スルニ非サレハ此權利ヲ行ハサラシムルカ故ニ(三)此國際上ノ觀察點ヨリ一般ニ異議ナク認メラルヘキ原則ヲ定ムルノ必要ヲ考ヘ外國人ノ入國及放逐ニ關シ列國ノ共ニ遵守スヘキ規則ヲ提出スルニ至レリ今其主要ナル規則ヲ摘抄スレハ左ノ如シ

第六條 風俗又ハ文化ノ根本的差異若クハ群ヲ成シテ渡來スル外國人ノ危險ナル團體又ハ増加ノ如キ公益上重大ナル理由存スル場合ニ限り國內ニ外國人ノ自由ニ渡來スルコトヲ一般且永久のニ禁止スルコトヲ得

第七條 單ニ内國勞働者ノ保護ノミヲ以テ來住拒絶ノ理由ト爲スコトヲ得ス

第八條 戰爭、内亂又ハ疫病流行ノ際外國人ノ渡來ヲ一時制限シ又ハ禁止スル權利ハ此規定ノ爲ニ妨ケラルルコトナシ

第十條 外國人渡來又ハ在留ヲ禁避センカ爲メ苛重ノ税金ヲ賦課シテ禁スヘカラス

第十二條 浮浪者、乞食又ハ公衆衛生ヲ害スヘキ性質ノ疾病人若クハ外國ニ於テ人ノ生命、健康、財産又ハ公衆信用ニ關スル罪ヲ犯シタル確實ノ嫌疑アル者及此等ノ犯罪ノ爲メ刑罰ヲ宣告セラレタル外國人ニ對シテハ渡來ヲ禁止スルコトヲ得

要之浮浪者、赤貧者、傳染病者、犯罪人等來住者ノ一身の事由ヨリシテ國家カ警察又ハ公安ノ爲メ其來住ヲ禁止スルコトヲ得ルハ一般ノ來住自由ノ例外トシテ國際法ノ認ムル所ナルカ故ニ條約ニ此例外的禁止ヲ明言スルト否トヲ問ハサルモノナリ例之曰英條約、日伊條約及日獨條約等ニハ來住ノ自由ヲ規定スルノミニシテ此例外ヲ明言セサルモノ日米條約、日露條約、日丁條約第二條末項ニ於テハ第一條及第二條ニ保障セル自由ハ絶對的ニ非スシテ警察及公安ニ關スル法令ノ制限ニ從フヘキコトヲ明言セリ此等ノ明言ノ有無ニ拘ラス我國ハ前述ノ外國人ニ對シテ來住ヲ禁止スルコトヲ得ルハ當然ノ事ナリトス來住者ノ身分職業ニ由テ或ハ來住ノ自由ヲ制限セントスル者アリ即一國ニ來住スル外國人ニハ他國ノ官吏アリ公吏アリ或ハ學藝ヲ授クル教師、學業ヲ目的トスル留學生、其他商人、工業人又ハ單純ニ快樂ノ爲ニ渡來スル旅客アリ或ハ勞役ニ從事スル勞働者アリ今國家ハ此各種類ノ外國人ニ對シテ其來住ノ制限ヲ異ニスルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題アリ例之北米合衆國カ支那人ノ來住ヲ禁止スル法律ヲ制定シテ支那勞働者ノ來住ヲ禁止シ南洋殖民地ニ於テ東洋勞働者ノ渡來ヲ禁止セントスルカ如キ場合ニ於テ斯ル禁止又ハ制限ハ正當ナリヤ否ヤノ問題ヲ生ス抑勞力ハ人類天賦ノ最神聖ナル資本ニシテ各人ハ世界ノ到處ニ此神聖ナル資本ヲ供給シテ生活ヲ營ムノ自由ヲ有スル限ハ特ニ歐米諸國ニ於ルカ如ク個人ノ自由ヲ尊重シ人類ハ自己ノ欲スル處ニ移住シ生存スルノ權利ヲ有スト主張スル限ハ勞働者ナルカ爲

ニ來住ノ自由ヲ否認スルコトヲ得サルヘシ故ニ米國又ハ歐洲諸國ノ殖民地ニ於テ往往内國勞動者ノ保護ヲ口實トシテ外國勞動者ヲ支那及日本勞動者ノ來住ヲ禁止セントスルカ如キハ即此權利自由ヲ蹂躪セントスルモノト謂フヘシ彼ノ國際法協會カ公益上ノ理由ヨリ外國人來住ヲ禁止スルコトヲ得ル場合ヲ認メタルニモ拘ラス特ニ「單ニ内國勞動者ノ保護ノミヲ口實トシテ外國人ノ來住ヲ拒絕スルコトヲ得」ト明言セル所以ハ即斯ル不正不當ノ來住禁止ヲ防遏センカ爲ナリ換言セハ近世國際法學者ノ定説ハ勞動者タルカ爲ニ浸ニ其來住ヲ禁スルコトヲ得サルハ猶商人タリ旅客タルカ爲ニ之ヲ禁止スルコトヲ得サルト一般ニシテ勞動者モ亦來住ノ自由ヲ有スルコトヲ認ムルモノナリ果シテ然ラハ濠洲殖民地又ハ米國諸邦ノ如ク漫ニ東洋勞動者ノ來住ヲ禁止シ又ハ適當ノ上陸稅ヲ賦課シ若クハ洋語ヲ試驗シテ找勞動者ノ渡來ヲ制限セントスル如キハ國際法ノ基礎タル正義人道ノ原則ニ違反シ且列國同等ノ我國權ヲ無視スルモノト謂フヘシ但英國殖民地ハ概彼我對當ノ基礎ヲ以テ相互ニ汎ク他方ノ臣民ノ來住自由ヲ擔保セル改正條約ニ加入セサルナリ又日米條約第二條末項ニ於テハ第一條及第二條ノ規定ハ勞動者ノ移住ニ關シ現ニ行レ又ハ將來制定セラルヘキ法令ニ何等ノ影響ヲ及スコトナシト附記セルカ故ニ將來若米國カ一般的ニ外國勞動者ノ移住ヲ制限スルニ至ラハ我國勞動者ハ此條約ノ規定ニ依テ其制限ニ從ハサルヘカラス

犯罪人引渡ニ付テハ外國人ハ政治上ノ犯罪即國事犯ノ外ハ其本國ニ引渡サルヲ以テ原則トス反之内國人ハ如何ナル種類ノ犯罪ニ付テモ外國ニ引渡サルコトナキヲ以テ原則トス然レトモ近來犯罪人ノ處罰ニ關スル國際共同ノ思想益發達スルニ隨ヒ互ニ條約ヲ締結シテ或種類ノ犯罪ニ關シテハ内國人ト雖尙外國ニ引渡スコトヲ約スルニ至レリ我國ニ於テハ今日迄ハ唯去ル明治十九年ニ北米合衆國ト犯罪

「」或ハ裏書人ハ前者ノ使者又ハ受任者トシテ又ハ更改ニ因テ後者ト前者トノ間ニ契約關係ヲ創設スルモノト爲シ「テール」(テール)或ハ振出人ト受取人トノ間ニ契約成立スルモノニ附隨シテ振出人ハ裏書ニ因テ手形ヲ取得スル者ノ爲ニ一方ノシテ承諾ヲ必要トセサル約束ヲ爲スモノナリト曰ヒ「ゴールドシュミット」(ゴールドシュミット)「商法雜誌」二八卷ノ論文)或ハ手形約束ハ約束力ヲ有スル無數ノ申込ヲ含ミ手形ノ取得ハ即其申込ノ承諾ナリト曰ヒ「ゾーム」(ゾーム)「レーゲルズベルグ」(レーゲルズベルグ)又或ハ手形自身カ申込ヲ荷ミ手形ノ取得ニ因テ契約ヲ締結スルモノナリト曰ヒ「ギールケ」(ギールケ)「パペンハイム」(パペンハイム)「ゴールドシュミット」(ゴールドシュミット)「商法雜誌」三六卷ノ論文)總テ此等ノ諸説ハ皆手形ノ交付ニ因リ手形契約カ完成セラルルコトヲ前提トセルモノニシテ即手形交付契約說ニ屬スルモノナリト言フコトヲ得ルナリ唯「ゴールドシュミット」(ゴールドシュミット)ノ說ク所ノ所有權說(Rechtsanerkennung)ト稱セラルルモノハ手形ノ交付以外ニ於テ手形ノ所有權ノ取得ヲ必要トシテ手形ノ所有者即手形上ノ權利者ナリトセリ

契約說ニ對シ一方行爲說ノ論者ハ手形上ノ債務ノ成立ハ契約ニ因ルニ非スシテ債務者ノ一方行爲ニ因ルモノナリト曰ヘリ此說ニ依レハ手形ノ振出人カ債務ヲ負フハ其手形ニ署名スルノミニ因ルノミニシテ其受取人其他ノ手形ノ所持人ト手形契約ヲ締結シタルニ因ルモノニ非ス裏書人ノ引受人等カ債務ヲ負フモ亦其手形ニ署名シタルニ因ルモノナリト論セラル此說ノ嚆矢トモ謂フヘキハ前述シタル如ク「アイチナル」(アイチナル)ノ紙幣說ナリ而シテ之ヲ大成シタルハ「クンツ」(クンツ)「一八五七年無記名證券論」(一八五九年手形法雜誌)ナリ之ニ次テ「ホルクマル」(ホルクマル)「レグアイ」(レグアイ)「一八五九年「ゴールドシュミット」(ゴールドシュミット)「商法雜誌」(「ホルクマル」)「一八六〇年「ワイスケ」(ワイスケ)「法律辭書」(「法律辭書」)近時多數ノ學者ハ之ニ從ヘリ然レトモ一方行爲說ヲ採ル學者ノ論スル所必シモ相一致スルニ非スシテ其間ニ非常ノ差異アリテ一定セサルコト契約

約説ヨリモ亦甚シ「ホルクマール」及「レグイー」ハ最極端ナル一方行爲論者ニシテ其説ニ依レハ手形上ノ債務ハ振出人ノ署名ノミニ因テ完全ニ成立セルモノニシテ其債權者ト爲レル者ハ手形自身ニシテ手形所持人ハ其代表者タルニ過キストス（人格説）但此説ハ「ホルクマール」及「レグイー」前ニ於テモ無記名證券ニ付テハ既ニ「ベッケル」氏ノ唱ヘタル所ナリ「ジューゲル」ハ手形上ノ債務ハ單純ナル一方の約束ノミニ因テ生スルモノニシテ手形カ手形上ノ債權者トシテ指定サルル者ノ所持ニ歸スレハ可ナリトシ其所持人ノ善意ノ取得ヲ必要トセタルハ勿論其債權者タルモノカ手形ノ占有ヲ取得スルコトヲモ必要トセタルナリト（ジューゲル）「一方の約束説」然レトモ一方行爲説ノ創設者ト稱スヘキ「クンツエ」氏ハ手形上ノ債務ハ署名ニ因テ成立スルコトヲ主張スルト同時ニ其債權者トシテ指定サレタル者カ手形ノ占有ヲ取得スルコトヲ必要トシ其占有ノ善意タルト惡意タルト分タサルモノトセリ此説ハ「ボルヒヤルト」「ヤコビ」及「エンデマン」「イェリシグ」等之ニ從ヘリ（「クンツエ」ノ創造説）然ルニ「グリュンフー」ハ之ニ對シテ債權者トシテ指定サレタル者ノ善意ノ占有ヲ必要トスヘキモノト主張セリ此説ニ依レハ手形上ノ債權債務ノ關係ハ債務者ノ署名ト債權者トシテ指定セラルル者ト善意ノ取得トヲ待テ始テ完全ニ成立スルモノナリトス近時ノ一方行爲論者ニシテ此説ニ從フ者少カラス「コーサック」「デルンブルヒ」ノ如シ「スタウプ」ノ如キハ「グリュンフー」トノ説ヲ駁撃スルモ其自己ノ説トシテ主張スルハ余ノ觀ル所ニ依レハ大體ニ於テ「グリュンフー」トノ説ト同一ニシテ唯其説明ノ方法ニ小差アルノミナルカ如シ（「グリュンフー」善意説此善意説無記名證券ニ付テハ「ブルンチュリー」ノ風ニ之ヲ採用シタル所ナリ「ブルンチュリー」獨逸私法論）

以上ニ述ヘタル各種ノ一方行爲説ハ其ニ債務者ノ行爲トシテハ署名ノミヲ必要トスルモノニシテ其他

ニ於テ手形カ其債權者タルヘキ者ノ所持又ハ占有ニ歸スルコトヲ必要トシ又ハ必要トセタル等ノ諸點ニ於テ互ニ相異ナルニ過キス然ルニ反之債務者ノ署名以外ニ他ノ行爲ヲ必要トスルモノアリ即「ストッペ」「ヨリー」等ハ手形上ノ債務カ債務者ノ一方行爲ニ因テ成立スルコトヲ認ムルト同時ニ債務者ハ其署名以外ニ於テ手形ヲ他人ニ授ケテ任意ニ其所持ヲ抽棄スルコトヲ要ストセリ（發行説）又「レーコン」ハ手形ノ所有權ト手形上ノ權利トカ離ルヘカラサル關係ヲ有スルコトヲ認メ振出ト裏書トノ場合ニ於テハ受取人又ハ被裏書人ハ未手形ノ所持權ヲ有スルモノニ非サルヲ以テ手形上ノ債務ヲ完全ニ發生セシムル爲ニハ債務者ニ於テ署名ナル行爲ノ外手形所有權ヲ移轉スヘキ行爲ヲ爲スコトヲ必要トシ引受ノ場合ニ於テハ引受ヲ求ムル手形ノ呈示者ハ既ニ手形ノ所有者ナルヲ以テ引受人ハ單ニ署名ヲ爲スコトノミヲ以テ足レリトセリ（所有權創設説）

以上述ヘタル各種ノ契約説及一方行爲説以外ニ於テ尙「フェルスタ」及「リーサー」ハ無記名證券ニ付一種ノ學說ヲ稱ヘリ即無記證券ノ場合ニハ最後ニ支拂ヲ求ムル證券ノ呈示者ノミカ眞ノ債權者ニシテ證券ノ發行ハ發行者カ其最後ノ呈示者ノ爲ニスル一方の債務ヲ負擔スル行爲ナリト曰ヘリ此説ハ「ド、フオントチー」及「ゴールドシュミット」（「商法雜誌」二卷）ハ之ヲ手形ニ推及シテ最後ノ被裏書人ノミカ手形上ノ眞ノ債權者ナリトセリ此種ノ學說ヲ稱シテ懸搖説ト謂フ或ハ此説ヲ前ニ一言シタル「ユスト」ノ説ト同視シテ一種ノ契約説ト看做ス者アレトモ正當ナリト謂フヲ得ス所謂懸搖説ハ少クトモ普通通ノ契約説ト全ク異ルモノト謂ハサルヘカラスト信ス

又契約説ノ説明中ニ「言シタルカ如ク「ゴールドシュミット」ノ所有權説ハ一方行爲説論者ニシテ之ニ從フ者少カラサルカ故ニ特ニ所有權説トシテ之ニ付一言スルノ必要アリ手形上ノ權利ト手形ノ所有權ト

ヲ同一視スル觀念ハ必シモ「ゴールドシュミット」ノ創出シタル所ニ非スレテ既ニ佛蘭西手形法第三六條ニ手形ノ所有權ハ裏書ニ因テ讓渡サルト規定シ其他有名ナル「サビニー」「ミツアルマイエル」等ノ説明スル所ハ皆手形上ノ權利ト手形ノ所有權トノ間ニ密接ナル關係ヲ認メタリ然ルニ「ゴールドシュミット」ハ此觀念ヲ完成シ所謂所有權說ヲ主張セリ此說ニ據レハ手形上ノ權利ト手形ノ所有權トハ必同一人ニ歸屬スヘキモノナリ手形ノ所有者ハ即同時ニ手形上ノ債權者タルヘク手形ヨリ生スル權利ハ手形ノ所有權ノ手形法的ノ取得ニ依テ之ヲ取得スルコトヲ得詳言スレハ手形法ノ規定ニ依レハ連續スル裏書ニ於テ最後ノ被裏書人カ又ハ白地裏書ノ場合ニ於ケル手形ノ所持人ニ非サレハ手形ノ所有權者トシテ手形ヨリ生スル權利ヲ行フコトヲ得サルモノナリト曰ヘリ「ゴールドシュミット」商法雜誌第八卷此說ハ契約論者中ニ於テ云ヘハ有名ナル「ブルンケル」「ギルケー」「パッペンハイム」「アフォルスター」等ノ贊成ヲ得タルノミナラス一方行爲論者中ニ於テモ前ニ述ヘタル「レーマン」ノ所有權ノ創設說ハ亦大體ニ於テ所有權說ニ基キタルモノナリ亦「ラング」「カルリー」等ノ主張スル所有權取得說ノ如キモ同體ニ於テ所有權說ニシテ同時ニ所有權說ニ屬スヘキモノナリ其說ニ據レハ手形上ノ債權ヲ負擔スル一方行爲說ニシテ同時ニ所有權說ニ屬スヘキモノナリ其說ニ據レハ手形上ノ債權ハ債務者ノ署名ノミニ説明スル所ヲ觀ルニ所有權說ノ一派ト謂フコトヲ得其說ニ據レハ手形上ノ債權ハ債務者ノ署名ノミニ因テ生シ手形上ノ債權ハ通常手形ノ所有權取得ニ因テ生シ手形ノ所有者ノミカ支拂ヲ求ムル權利ヲ有スト云フニ在リ「カンスタイン」カ手形上ノ債權ハ通常手形ノ所有權取得ニ因テ生スト曰フハ手形保證ノ場合ニハ保證人ハ其署名ニ因テ手形上ノ債權ヲ負フト同時ニ自己カ主タル債務者ニ代リ其債務ヲ履行シタル場合ニ於テ主タル債務者及其前者ニ對シテ請求ヲ爲スコトヲ得ル一種ノ條件附債權ヲ取得ス

ルモノニシテ此債權タルヤ手形ノ所有權ヲ取得セサルニ拘ラス之ヲ取得スルコトヲ得ルモノナリト謂フコトヲ理由トセリ

以上ヲ以テ略獨逸學者ノ説明スル手形學說ノ梗概ヲ講了セリ次ニ英、佛兩國ニ付之ヲ觀ルニ英國手形法ハ明ニ手形ヲ以テ一種ノ契約ト視契約ニ關スル法理ヲ以テ之カ關係ヲ規定セリ唯英國法ニ於テハ契約ニ必約因アルコトヲ必要トスルニ拘ラス手形ニ付テハ法律上當然約因在ルモノト推定シテ手形ノ無効ヲ主張セントスル者ハ約因ノ存在セサルコトヲ證明セサルヘカラストセリ要之英國手形法ハ手形行爲ヲ以テ一種特異ノ契約ト認メタルモノナリ又佛蘭西ノ手形法ニ於テハ所謂原因文句ヲ以テ手形ノ必要の記載事項ト爲スカ如キ獨逸法ノ如ク手形上ノ債務ヲ以テ純然タル不要因の債務ト認メサルカ如シ之カ規定ハ契約說ヲ以テ之ヲ解釋スルノ外ナシ隨テ一方行爲說ノ如キハ佛蘭西學者中ニハ之ヲ主張スル者ヲ觀ス故ニ佛蘭西ノ「ワール」ノ如キハ獨逸學者ノ一方行爲說ヲ批評シテ獨逸以外ニハ知ラレサル聖說ナリト曰ヘリ然レトモ伊太利ノ「ビダリ」ノ如キハ伊太利法ノ解釋トシテ一方行爲說ヲ採ルモノ、如シ伊太利法ハ佛蘭西法ヨリモ獨逸法ニ近キカ故ニ之カ解釋トシテハ獨逸ノ一方行爲說ヲ採ルコトヲ得ルカ故ナルヘシ

以上ヲ以テ外國法ニ於ル手形學說ノ大體ヲ講了セリ次ニ我商法ノ解釋トシテハ如何ナル學說ヲ採用スヘキヤニ付予ノ所信ヲ述ヘンニ予ハ我商法ノ規定ハ大體ニ於テ獨逸法ト同様ニシテ獨逸ニ於ル手形學說ハ直ニ我商法ニ應用シテ其當否ヲ判定スルコトヲ得ヘキモノト信セス契約說ハ予ノ觀ル所ニ依レハ獨逸ノ手形法又ハ我商法ノ解釋トシテハ當テ得サルモノノ如シ先契約說中手形ノ所持人ハ裏書ニ因テ受取人ノ權利ヲ承繼シタルモノナリトノ說ニ據ルトキハ手形ノ所持人ニ對抗スルコトヲ得ヘキ事由ノ

制單セラル、理由ヲ説明スルコトヲ得ス(四四〇條)如何人モ自己ノ有スル權利ヨリ多クノ權利ヲ他人ニ讓渡スルコトヲ得サルハ羅馬法以來ノ大原則ナリ故ニ此承認說ニ依ルトキハ手形ノ債務者ハ受取人ニ對シテ對抗スルコトヲ得ヘキ事由ヲ以テ所持人ニ對抗スルコトヲ得サルヘカラス若此規定ハ手形ノ所持人ヲ保護シテ手形ノ流通ヲ容易ニスル便宜規定ナリトスルモ偽造ノ裏書ニ因テ手形ヲ取得シタル者カ尙手形上ノ權利ヲ取得シ又無能力カ裏書ヲ取消シタル場合ニ於テモ所持人ノ權利ニ影響ヲ及サ、ル現象ハ到底之ヲ説明スルコトヲ得ス(四三七條、四三八條)承認說ヲ否認スル契約說ト雖少クトモ手形ノ振出人ト受取人又ハ裏書人ト被裏書人トノ間ニハ手形ノ授受アルヲ必要トス然ルニ我商法ハ何人ト雖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其手形ノ返還ヲ請求スルコトヲ得サルモノトセラル故ニ(四四一條)手形ノ振出人カ完全ナル手形ヲ作成シ之ニ署名シ未ダ受取人ニ交付セザル前ニ盜難其他偶然ナル事故ニ因テ手形カ惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ受取人ノ取得スル所ト爲リタルトキハ之ニ對シテ手形ノ返還ヲ請求スルコトヲ得サル結果ト爲リ振出人ハ其署名シタル手形ノ文言ニ從テ其實任セサル可ラス裏書人カ手形ニ署名シ未ダ被裏書人ニ交付セザル前ニ盜難其他偶然ナル事故ニ因リ被裏書人ノ手ニ歸シタル場合モ全ク同一ナリ如此ハ契約說ヲ以テスレハ到底之カ解釋ヲ爲スコトヲ得サル所ナリ其他我商法ノ規定ノ文言ニ依テ手形ノ債務者カ其署名ノミニ因リ責任ヲ負フノ趣意ヲ想像スルコトヲ得ルノ規定少カラス例之第四三五條乃至第四三七條ノ如シ又我商法ノ規定ニ依レハ引受ノ場合ニ於テハ支拂人ハ手形金額ノ一部ニ付引受ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ呈示者ハ之ヲ拒ムコトヲ得ス(四六九條)是亦契約ナル觀念ニ依リ之ヲ説明スルコトヲ得サル一點ナリ

ノ說ニ據ルヘキヤ一方行為說中ニ於テモ所謂人格說ナルモノハ手形上ノ債務ハ署名ノミニ因テ完全ニ成立シ手形自身カ債權者ナリトシ所謂懸據說ハ手形ノ最後ノ呈示者以外ニ債權者ナキモノトスレトモ此二者ハ其ニ明ニ常識ニ反セルモノニシテ之ヲ駁難スルノ價值ナシ又「ジエダール」一方の約束說「クンツエ」ノ創造說ハ手形ノ債權者タルヘキ者カ手形ノ所持人ハ占有ヲ取得シタルコトノミヲ必要トシ其占有ノ意思又ハ善意ノ占有ヲ必要トセス然レトモ惡意又ハ重大ナル過失アリテ手形ヲ取得シタル者ハ手形ノ返還スルノ義務アルカ故ニ完全ナル手形上ノ債權者トハ稱シ難シ是ヲ以テ此等ノ說モ亦未採用スルコト能ハサルナリ「ゴールドシュミット」ハ支拂ヲ求タル真正ノ權利(Dere)ヲ有スル者ト單ニ支拂ヲ求ムル資格(Legimation)ヲ有スル者トヲ區別セリ又「ブルンチル」ハ前者ヲ稱シテ實質的ノ債權者ト爲シ後者ヲ稱シテ形式的ノ債權者ト爲セリ數多ノ學者亦之ニ從ヘリ惡意又ハ重大ナル過失アリテ手形ヲ取得シタル者カ手形上ノ記載ニ於テ債權者トシテ指定セラル、者ナルトキハ即支拂ヲ求ムルノ資格ヲ有スレトモ權利ヲ有スルモノニ非ス惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ之ニ對シテ爲サレタル辨濟ハ有效ナレトモ(民四七五條)債務者ハ債權者ノ權利ノ有無ヲ調査シテ其真正ノ權利者ニ非サルコトヲ舉證シ得タルトキハ之ニ對シテ辨濟ヲ拒ムコトヲ得ヘタ又手形ノ正當ナル權利者ハ其者ニ對シテ手形ノ返還ヲ求ムルコトヲ得ルナリ故ニ手形ノ所持者又ハ占有者ヲ以テ直ニ手形上ノ權利者ナリト爲ス說ハ未以テ完全無缺ナリトハ稱シ難シ果シテ然ラハ手形上ノ債務ノ完成ニハ署名ノ外ニ債務者ノ任意ノ所持ノ拋棄又ハ手形ノ所有權移轉ニ必要ナル行為アルコトヲ要スルヤ即所謂發行說又ハ所有權創設說ニ從フヘキヤト云フニ我商法ハ前ニ契約說ニ對シテ説明シタル如ク振出人カ署名ヲ終リ未發行又ハ所有權創設ノ行為ヲ爲サ、ル手形ナルモ苟受取人ノ有ニ歸シタルトキハ手形上ノ權利義務ノ關係ハ完

全ニ成立スヘキモノナレハ此等ノ說モ亦未服スルニ足ラサルモノナリ「レーマン」ハ自己ノ說「所有權創設說」ヲ確ムル證據ヲ我商法第四一條ニ該當スヘキ獨逸手形法第七四條ニ置キ同條ハ受取人カ手形ヲ取得シタル場合ニハ其適用ナク受取人ハ縱令惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ手形ヲ取得スルモ仍正當ナル權利者ト爲ルコトヲ得サルモノナリト曰ヘリ然レトモ斯ル解釋ハ獨逸法ノ解釋トシテモ當否ニ疑アルモノナラス少クモ我商法ノ解釋トシテ其誤レコト一點ノ疑ナカルヘシ

上來論シタル所ニ據レハ善意說以外ノ一方行爲說ハ殆皆之ヲ我商法ニ適用スルコトヲ得サルモノナリ善意說トハ前述ノ如ク手形上ノ債務ハ債務者ノ署名ニ因テ生スルモノトシ其效力ヲ生スルニハ債務者タルヘキ者カ善意且重大ナル過失ナクシテ手形ノ占有ヲ取得スルヲ要スルモノトセリ我商法第四一條ノ規定ヲ說明スルニ此說ヲ以テスルトキハ能ク誤ナク法意ヲ發揮スルコトヲ得ヘシ獨逸近時ノ學說多ク之ニ從ヘルモノアルハ故ナキニ非サルナリ毛戶法學士ノ手形法論網ノ如キモ亦之ニ從ヘルモノ、如シ果シテ然ラハ此善意說ハ金融無缺毫モ間然スル所ナキカト云フニ未達ニ之ヲ首肯スルコト能ハス此說ハ唯誤ナシト云フニ止リ未以テ我商法ノ規定ノ精神ヲ闡明スルニ足ラス又以テ近時ニ於ル有價證券ニ關スル學說、立法ノ趨向ヲ明ニスルニ足ラサルモノト謂ハサルヘカラス近時ニ於ル有價證券ニ對スル觀念ハ證券ノ所有權ト證券ニ依テ表彰セラル、權利ト同一視セントスルニ在リ證券ノ所有權ヲ取得シタル者ハ證券ニ依テ表彰セラル權利ノ主體ナリトスルハ一般ノ有價證券ニ通スル觀念ニシテ此觀念ノ最明ニ表セラレタルハ即無記名證券ナリ無記名證券ノ場合ニ於テハ特定ノ例外ノ場合ノ外ハ證券ノ所有者ヲ離レテ權利者ヲ認ムルコトヲ得ス(民六條三項「ゴールドシュエット」ノ所有說ハ手形ニ付契約說ヲ採レルノ點ニ於テ至ラサル所アリ又「レーマン」ノ所有權創設說モ手形上ノ債務者ノ署名以

外ニ於テ所有權創設ノ爲ニスル行爲ヲ要ストセル點ニ於テ誤アリ前述セル「ラング」等ノ所有權取得說又ハ「カシスタイン」ノ說ノ如キハ孰モ多少ノ缺點ナキニ非サレトモ其手形上ノ權利ト手形ノ所有權トノ間ニ密接關係ヘカラサル關係アリテ手形ノ所有者ニ非サレハ手形上ノ權利ト非サルコトヲ唱道スル點ニ於テハ極テ正當ナルモノナルヘシ予ハ我商法ノ解釋トシテモ此所有權說ヲ採ルヲ以テ最當ヲ得タルモノナリト信ス予ノ解スル所ニ依レハ手形上ノ債權債務ノ關係ハ債務者ノ署名ト債權者カ手形指定セラレタル者カ手形ノ所有權ヲ取得スルトニ因テ完全ニ成立スルモノナリ手形上ノ債務ノ成立ノ爲ニ債務者ノ爲スヘキ行爲ハ其署名ノミナリ債務者ハ其署名ヲ爲シタル事ノミニ因テ手形ノ文言ニ從ヒ責任ヲ負フヘキノ地位ニ立ツナリ然レトモ之ニ對シテ債權者タルヘキ者カ手形ノ所有權ヲ取得スルニ因リ始テ手形上ノ債權者ヲ生シ手形上ノ債權債務ノ關係ハ茲ニ完成スルニ至ルナリ其債權者カ手形ノ所有權ヲ取得スルハ固ヨリ「ゴールドシュエット」ノ言ヘルカ如ク債務者ト債權者トノ間ノ契約ニ因ルコトヲ要セス又債務者ノ意思ニ基キ債權者カ所有權ヲ得ルニ至ルコトヲ要セス縱令署名セラレタル手形カ債務者ノ意思ニ反シテ竊取又ハ遺失セラレタル場合ニ於テモ其手形ニ指定セラレタル債權者カ惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ其手形ヲ取得シタルトキハ其者ハ手形ノ所有權ヲ取得スルモノナルカ故ニ手形上ノ債權債務ノ成立ニ必要ナル二箇ノ條件ハ茲ニ具備セラル、ニ至リ債務者ハ債權者ニ對シテ手形上ノ債務ヲ負擔スルニ至ルモノナリ

以上ニ述ヘタル所ニ依レハ第四四一條ハ手形ノ所有權ノ所得ニ關スル一種ノ變例ヲ定メタルモノニシテ恰勸產上ノ權利ニ關スル即時効ノ規定ニ相當スルモノナリ又此規定ハ無記名手形ノ場合ニモ適用アリテ我商法ハ獨逸佛等ノ法制ト異リ無記名手形ヲモ認メタルカ故ニ此規定ハ無記名手形ノ場合ニ於

ヲ手形ノ占有者ハ平穩且公然ニ其占有ヲ始メタルカ又ハ重大ナラサル過失アリテ其占有ヲ始メタル場合ニ於テモ其手形ノ所有權ヲ取得スルコトヲ得ヘク又手形カ盜品又ハ遺失物ナルトキト雖其手形ヲ返還スルコトヲ要セザルモノト謂フコトヲ得ヘキナリ(民八六條三項、一九二條以下)第四四一條ハ法條ノ語句ニ依レハ單ニ手形ノ眞ノ所有者カ其善意ノ占有者ニ對シテ手形ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ザル旨ヲ規定シタルニ過キサルカ如ク見ユルモ如此解スレハ殆何等ノ意味モナキ法文ト爲ルナリ手形上ノ權利ト離レテ手形ノ所有權ヲ存スルモ殆全ク意義ナキモノト爲ルナリ況手形ノ所有權ヲ有セルモ其返還ヲ求ムルコトヲ得ザルモノトセハ尙一層無意義ト爲ルナリ故ニ此規定ハ手形ノ善意ノ取得者ハ手形ノ所有權ヲ取得シ之ニ依テ手形上ノ債權者ト爲ルノ意味ニ解セザルヘカラス「グリュンフト」ハ手形ノ所有權ト手形上ノ權利トカ互ニ分離シテ存在シ得ルコトヲ示サントシテ例之「ラファエル」又ハ「レオナルド、ダ、ヴィンチ」ノ名畫ノ裏面ヲ手形トシテ署名シタルトキハ署名者ハ其手形用紙ノ所有權ヲ留保スルコトヲ得ルニ非サヤト言ヘルモ如此ハ殆兒戲ニ類ス吾人ハ斯ル稀有絶無ノ場合ヲ想像シテ法理ヲ談スルコトヲ欲セザルモノナリ

上述セル所ニ據レハ手形ノ所有權ト手形上ノ權利トカ分離スヘカラサルコトヲ知ルヲ得ヘシ手形ノ所有者ハ即手形上ノ權利者ナリ此原則ニ對シテハ例外アリヤ否ヤ「カンスタイン」ハ其例外ノ場合トシテ手形保證ヲ舉ケ保證人ハ保證ノ署名ニ依リ自己カ主タル債務者ニ代リ履行ヲ爲シタル場合ニ於テ主タル債務者及其前者ニ對シテ償還請求ヲ爲シ得ヘキ權利ヲ取得スルモノニシテ是手形ノ所有權ト手形上ノ權利トカ相伴ハサル場合ノ一ナリト曰ヘリ然レトモ予ノ觀ル所及多數ノ學者ノ說ク所ニ依レハ手形ノ保證人ハ保證ノ署名ニ因テ主タル債務者ニ代リテ債務ヲ履行スヘキ責任ヲ負擔スルニ至ルモ同時に

何等ノ權利ヲモ取得スルコトナシ其主タル債務者又ハ其前者ニ對スル權利ヲ取得スルハ保證人カ主タル債務者ニ代リテ其債務ヲ履行シタル時ニ在リ此場合ニ於テハ保證人ハ手形ト引換ニ債務ヲ履行ヲ爲スカ故ニ手形ノ所有權ヲ取得シ同時ニ其償還請求ノ權利ヲ取得スルコトヲ爲ルナリ如此保證人ハ當初ヨリ償還請求ノ權利ヲ有スルモノニ非ス故ニ「カンスタイン」カ舉ケタルモノハ例外ノ場合トハ稱スルコト能ハサルナリ又「レーマン」ハ手形ノ裏書人ハ其裏書讓渡ニ因リ手形ノ所有權ヲ失ヒタル後ト雖依然トシテ其前者ニ對スル擔保請求權及償還請求權ヲ有セルカ故ニ此場合ハ「一ノ例外ナリト曰ヘリ」カ「ンスタイン」モ亦之ニ類スルコトヲ叙述セリ然レトモ通説ニ依レハ裏書人ハ其裏書讓渡ニ因テ其手形上ノ權利ヲ失フモノニシテ唯其權利ノ喪失ハ償還ノ請求ニ因テ再手形ヲ取得スルコトヲ法定ノ解除條件トセルモノナルカ故ニ裏書人ハ甲者ニ對シテ償還ヲ爲シ手形ヲ取得シタル場合ニ於テ始テ其前ニ有シタル手形上ノ權利ヲ回復スルモノニシテ此場合ニ於テ再之ヲ行使スルコトヲ得ルノ狀態ニ至ルコトヲ得ルニ過キストセリ「タール」「グリュンフト」「デルンブルヒ」獨逸帝國高等商事裁判所ノ判決此他裏書人ハ其裏書ニ因テ全ク手形上ノ權利ヲ失ヒ再手形ヲ取得スルニ因テ新ニ償還請求ノ權利ヲ取得スルモノナリトノ說アレトモ此說ハ一般ニ誤謬ト認メラル而シテ通説ニ據レハ裏書人ノ有セル擔保請求權ト擔保人カ特定ノ場合ニ於テ主タル債務者ニ對シテ權利ヲ有スルカ如ク將來ニ於テ前者ニ對シテ償還ヲ求メ得ルノ地位ニ立ツコトアルヘキニ由リ特ニ法律カ認メタルモノニ過キシテ現ニ手形上ノ債權者トシテ有セル權利ニ非サルナリ故ニ裏書人ノ有セル遡及權ハ手形ノ所有權ト手形上ノ權利トカ相伴ハサル例外ノ場合ト謂フコトヲ得サルナリ

手形上ノ權利ハ手形ノ所有權ト一致セルモノナルカ故ニ手形ノ喪失ハ原則トシテハ手形上ノ權利ノ消滅ヲ來スヘキモノナレトモ法律ハ特ニ便法ヲ設ケ公示催告ニ依ル除權判決ノ方法ヲ認メ手形上ノ權利ヲ保全スルコトヲ得セシメタリ是其一箇ノ例外タル所ナリ

上來説述シタル如ク手形上ノ權利ノ成立ニハ債務者ノ署名ト債權者ト指定セラレタル者カ手形ノ所有權ヲ取得スルコトノ二條件ヲ要ス而シテ此二要件ハ孰カ先ニ生シタルヲ問ハス例之振出又ハ裏書ノ場合ニ於テハ債務者ノ署名ノ後ニ於テ債權者カ手形ノ所有權ヲ取得スヘク反之引受保證等ノ場合ニ於テハ債權者ノ手形ノ取得ハ債務者ノ署名ニ先テ存在セルカ故ニ債務者ハ署名ト同時ニ其義務ヲ負フニ至ルナリ前ノ場合ニ於テハ手形ノ所有權ノ取得アル迄ハ手形上ノ債務ハ發生セサルモノナルカ故ニ署名者ハ其時期ニ至ル迄ハ任意ニ其署名ヲ抹消シ債務ノ發生ヲ途絶スルコトヲ得ルモノニシテ其署名ノ抹消ハ債務者ノ一方の取消ヲ爲シタルモノト稱シ難シ然レトモ債務者ノ爲スヘキ行爲ハ署名ノミニ止ルカ故ニ債務者カ能力ヲ有セシヤ否ハ其署名ノ時ヲ以テ決セサルヘカラス「カンスタイン」ハ債權者カ手形ヲ取得シタルトキニ依テ之ヲ決セサルヘカラスト曰ヘトモ通説ニ反ス但無能力ノ中ニ署名シタル手形ト雖能力者ト爲リタル後ニ任意ニ之ヲ債權者ニ交付シタルトキハ其行爲ヲ追認シタルモノナリト謂フコトヲ得ヘシ

最後ニ一言スヘキハ裏書ノ效力ナリ裏書ニ因テ裏書人カ被裏書人ニ對シテ手形上ノ債務ヲ負擔スルニ至ルノ理論ハ特ニ説明ノ値ナシト雖唯裏書ニ因テ被裏書人カ振出人、引受人其他裏書人ノ前者ニ對スル權利ヲ取得スルノ理由ニ付テハ一言ノ説明ヲ要ス前ニ述ヘタル如ク舊派ノ學說ハ一般ニ裏書ヲ以テ權利讓渡ナリトシ又ハ少クモ債權讓渡ノ一ノ變體ナリトセリ然レトモ此説明ハ裏書ニ特殊ナル現象

ヲ解決スルニ足ラサルコトハ前ニ一言シタル所ナリ又裏書ヲ以テ更改或ハ之ニ類似スル行爲ト爲ス者アレトモ「クランツ」等「ウングル」等此説モ亦採ルヘカラス故ニ「テール」ヲ始メ多數ノ學者ハ裏書ニ因テ新ニ被裏書人ノ權利ヲ創設セラルモノニシテ裏書ハ新ナル手形ナリト曰ヘリ「グリーント」ハ此「テール」等ノ學說ヲ交ヘ裏書ニ因テ被裏書人ハ通常ハ原始的ニ權利ヲ取得スルモ時ニ或ハ承繼的ニ權利ヲ取得スルコトアリト曰ヘリ此説ハ互ニ衝突セル觀念ヲ綜合シタルモノニシテ最不可ナリト思惟ス予ノ信スル所ニ依レハ裏書ハ手形ノ所有權ヲ移轉スル所以ノ行爲ニシテ之ニ因テ手形ヲ取得シタル者ハ振出人其他ノ裏書人ノ前者ニ對シテ直接ニ手形上ノ權利ヲ取得スルモノト謂ハサルヘカラス商法カ爲替手形ハ裏書ニ依テ之ヲ讓渡スルコトヲ得(四五五條)トセルハ此趣旨ナリ裏書ニ依テ讓渡サルモノハ手形上ノ債權ニ非スシテ却テ手形自體ナリ之ヲ我民法ノ指圖債權ノ讓渡ノ規定ト同一視スルコトヲ得サルナリ(民四六九條)民法ニ於テハ指圖債權ノ讓渡ヲ規定シテ其讓渡ハ當事者ノ意思表示ノミニ因テ之ヲ爲スコトヲ得ヘキモノトシ裏書ト交付ト第三者ニ對抗スルノ要件タルニ過キサルモノトセリ之ヲ以テ手形自體ノ讓渡ニ關スル商法ノ規定ヲ法律スルコトヲ得ス元來民法ニ於テハ有價證券ナル觀念ヲ認メサルナリ隨テ指圖證券、無記名證券ニ付テハ其之ニ依リ表彰セラルル所ノ債權ヲ主トシテ規定スレトモ商法ニ於テハ證券ヲ主トシテ裏書ヲ以テ證券讓渡ノ方式ト爲シタルモノナリ(三三五條、三六五條、四五五條、六二九條)此規定ヲ民法第四六九條ト同一論スルハ大ナル誤謬タルヲ免レス以上述ヘタル所ニ依レハ予ハ裏書ナルモノハ手形ノ所有權ヲ移轉スルノ方式ナリト信ス被裏書人ハ裏書ニ依リ手形ノ所有權ヲ取得スルニ因テ原始的ニ振出人其他ノ前者ニ對スル權利ヲ取得スルモノナリ「ゴールドシュミット」等ノ説ク所ハ今予ノ述ヘタル説ト或程度迄類似スレトモ全然同一ナリト謂フコト

ヲ得ス「ゴールドシュミット」等ノ説ニ從ハ裏書ナルモノハ手形上ノ權利ヲ移スルモノニ非サルハ勿論手形ノ所有權ヲ移轉スルモノニモ非ス裏書ニ依テ被裏書人ハ原始的ニ手形ノ所有權ヲ取得シ其結果トシテ手形上ノ權利ヲモ取得スルモノナリト云フニ在リ（「ゴールドシュミット」）「ストッペ」「パッペンハイム」「カルリン」「カンスタイン」獨逸帝國裁判所判決例故ニ此「ゴールドシュミット」等ノ説ニ依レハ裏書ナルモノハ裏書人カ手形ノ所有者ナルト否ト問ハスシテ被裏書人ノ手形ノ所有權ヲ創設スルモノナリト云フ結果ニ歸著ス然レトモ予ノ説ニ依レハ若裏書人カ手形ノ所有者ニ非サルトキハ被裏書人ハ裏書ニ因テ手形ノ所有權ヲ取得スルコトナク商法第四四一條ノ規定ニ依テ法律上ノ手形ノ所有權ヲ取得スルモノナリ即裏書ニ依テ手形ノ所有權ヲ移轉セラルル爲ニハ裏書人カ正當ナル手形ノ所有者ナルコトヲ必要トスルモノナリ「レーマン」ノ説明スル所ハ此點ニ關シテハ大體ニ於テ予ノ説ニ同シ

第二節 手形ノ意義及特質

手形トハ其發行者カ第三者ヲシテ一定ノ金額ヲ支拂ハシムヘキ旨又ハ自ラ之ヲ支拂フヘキ旨ヲ記載シタル必要因ノ要式證券ニシテ之ニ署名シタル者カ其文書ニ從テ責任ヲ負フヘキ有價證券ヲ謂フ手形ニ署名スルニ因テ手形上ノ債務ヲ負フ所ノ行爲ヲ稱シテ手形行爲ト謂ヒ手形行爲ニ因テ直接ニ生スル所ノ權利ヲ稱シテ手形上ノ權利（*Verbindungsrecht*）ト謂フナリ（四三七條三項、四三八條、四四二條、四六七條二項、四七二條、四八二條二項、四八七條二項、四八九條一項、四九〇條二項、五〇八條三項、五〇九條、五二七條二項、五二八條二項等）商法中手形ヨリ生シタル債權トアルハ猶手形上ノ權利ト同一意義ニ解シテ可ナリ（四四四條）又手形ヨリ生シタル債務若クハ手形上ノ責任トアル

ハ即手形上ノ權利ニ對スル義務ヲ指シタルモノナリ（四三八條、四五九條、四六〇條、四六二條、四九七條等）

手形上ノ權利ハ手形行爲ニ因テ生スルモノニシテ手形行爲ナルモノハ手形ニ署名スルニ因テ生スル之ヲ爲スコトヲ得ルナリ故ニ手形ナケレハ手形上ノ權利ナシ又手形ニ署名シタル者ニ非アレハ手形上ノ責任ヲ負フコトナシ然レトモ手形行爲者ノ負擔スル所ノ義務ナルモノハ必シモ皆手形上ノ債務ニ非ス又手形法ニ規定セル權利ハ必シモ手形上ノ權利ニ非ス例之手形ノ惡意ノ取得者ニ對スル返還ノ請求權（四四一條）不當利得返還ノ請求權（四四四條）爲替手形復本ノ交付請求權（五一八條）復本又ハ原本ノ返還請求權（五二一條、五二三條）等ハ手形法ノ規定スル權利ニシテ而モ手形上ノ權利ニ非サルナリ手形上ノ權利ハ爲替訴訟ニ依テ請求スルコトヲ得ル權利ナラサルヘカラス即民事訴訟法第四四條ニ所謂手形ニ因ル請求ト其意義ヲ同クスルモノナリ故ニ手形行爲ニ對シテ一定ノ金額ノ支拂ヲ請求スル權利ナリ（四七〇條、四八六條、四八八條、四九一條、四九二條、四九七條、四九九條、五〇三條、五〇五條、五〇九條、五三七條）擔保請求權（四四七條、四七六條、四八〇條、五二九條）カ手形上ノ權利ナリヤ否ヤハ疑問存スル所ナリ獨逸手形法ハ之ヲ以テ爲替訴訟ニ因テ主張スルコトヲ得ルモノトセラル（獨逸手形法二六條、二九條）我法律ハ之ヲ認メ民事訴訟法第四四條ハ擔保請求權ノ場合ニハ適用ナキモノト解釋セサルヘカラス然レトモ我商法モ亦手形上ノ權利ト謂ヒ又ハ「手形上ノ責任」ト謂フニ方リテハ擔保請求權及之ニ對スル義務ヲモ包含セルモノト看サルヘカラスカ如シ「グリュンシュート」ハ手形上ノ權利ヲ稱シテ狹義ニ於ル手形法上ノ權利ト稱シ之ニ對シテ總テ手形法上ノ權利ヲ稱シテ廣義ニ於ル手形法上ノ權利ト謂フモ此點ハ誤解ヲ招クノ虞アリ我商法ハ己ニ手形上ノ權利ナル語ヲ用アル

カ故ニ手形法上ノ權利ニ對シテ之ヲ手形上ノ權利ト謂フヲ可トス即手形法上ノ權利ト手形上ノ權利トハ之ヲ區別セザルヘカラサルナリ

第一 手形ハ有價證券(Wertpapier)ナリ 有價證券ノ意義ニ付テハ學說紛紜ナリ極端ナル說ニ依レハ之ヲ以テ法律上一定ノ意義ナシト謂フ然レトモ多數學者ノ唱道スル所ニ依レハ證券ニ表彰セラルル所ノ權利ノ利用カ私法上ノ關係ニ於テ證券ノ所持ヲ條件トスル私法上ノ證券ヲ謂フト爲ス(ブルンチル)學者或ハ證券上ノ權利ト證券ヨリ生ズル權利トカ一致スルト稱シ又ハ證券カ權利ヲ負擔シテ權利カ證券ニ化體スト謂ヘルハ猶之ト同一趣旨ナリ有價證券タル爲ニハ權利ノ利用カ如何ナル程度ニ於テ證券ノ所持ヲ必要トスルカノ點ニ付テハ學說一定セス隨テ有價證券ノ範圍ニ付テハ爭アレトモ其單ニ證明ノ用ニ供セラルルニ過キサル所ノ普通ノ證書類ト性質上ノ差異アルコトハ之ヲ認メサルヘカラス普通ノ證書類ニ於テハ證書ナルモノハ權利存在ノ證明ノ具タルニ過キスシテ其利用ニ缺クヘカサル要件ニ非ス反之有價證券ニ於テハ證券ハ權利利用ノ要件ナリ權利ノ利用ハ實體法上ニ於テ證券ノ存在ヲ必要トスルモノナリ

有價證券中ニ於テ權利ノ利用ト證券ノ所持トカ如何ナル程度ニ於テ關聯スルカニ因テ絶對的有價證券ト相對的有價證券ト區別スル者アリ絶對的有價證券トハ權利ノ利用カ絶對的ニ證券ノ所持ヲ必要トスルモノヲ謂ヒ相對的有價證券トハ單ニ特定ノ利用ノ場合ノミニ證券ノ所持ヲ必要トスルモノヲ謂フ手形ナルモノハ實ニ此絶對的有價證券ナリ前ニ述タル如ク手形ノ所有者ハ即手形上ノ權利者ナリ手形上ノ權利ト手形ノ所有權トハ常ニ同一人ニ歸屬スルコトヲ原則トス手形上ノ權利ハ手形ト共ニ發生シテ手形ト共ニ轉讓シ又手形ト共ニ消滅スルナリ隨テ手形ナクレハ手形上ノ權利ナシ故ニ

有價證券ナルモノノ性質カ最完全ニ發揮セラレタルモノハ實ニ此手形ナリト謂フコトヲ得ヘシ

第二 手形ハ設權證券(Konstitutiver Urhand)ナリ 設權證券トハ權利ノ成立ニ證券ノ作成ノ必要トスル證券ヲ謂フ設權證券ハ同時ニ有價證券タルコト多シト雖必シモ然ラス設權證券ニシテ有價證券タラサルモノナキニ非ス又反對ニ有價證券ハ必シモ設權證券ニ非ス例之通常株券ハ有價證券中ニ數ヘラルルモノナレトモ株券ハ株主權ノ成立ノ爲ニ必要ナル證券ニ非スシテ却テ株主權先成立シテ然ル後ニ株券ノ發行ヲ求ムルモノナリ手形ハ有價證券タルト同時ニ又設權證券タルナリ前述ノ如ク手形上ノ權利ハ手形行爲ニ因テ生ズルナリ而シテ手形行爲ハ手形ニ署名スルニ因テ之ヲ爲スモノナリ故ニ手形ナクレハ手形上ノ權利ナクシテ手形上ノ權利ナルモノハ手形ノ作成ニ因テ始テ成立スルモノナリ

第三 手形ハ一定ノ金額ヲ目的トスル債權證券(Forderungspapier)ナリ 有價證券ハ或ハ之ヲ物權的有價證券ト債權的有價證券トノ二種ニ別ツコトアリ貨物引換證、預證券、船荷證券ノ如キハ其内容ハ一定ノ貨物ノ引渡ヲ請求スル債權ヲ表示スルモノナレトモ一種ノ物權的效力ヲ有シテ裏書ニ因テ證券ヲ讓渡スルトキハ貨物自身ヲ讓渡スルト同一ノ效力ヲ生ズルナリ即證券ノ移轉ハ物品自體ノ移轉ヲ生ズルナリ故ニ學者ハ此等ノ證券ヲ稱シテ或ハ物權的有價證券ト謂ヒ通常ノ債權的有價證券ニ對セシメタルナリ手形ハ物權的有價證券ニ非スシテ債權的有價證券ナリ故ニ手形ハ貨物引換證、預證券等ト異ルモノナリ又手形上ノ權利ハ一定ノ金額ヲ請求スル權利ナリ即手形ハ金錢證券(Geldpapier)ナリ故ニ此點ニ於テモ手形ハ物品ノ引渡ヲ目的トスル所ノ貨物引換證等ト異ルモノナリト謂フコトヲ得

第四 手形ハ不要因證券(Absinkres Wertpapier)ナリ 我商法ハ手形ニ於テハ原因ヲ記載スルコトヲ必要トセス手形上ノ權利ハ其原因ト關係ナク絕對的ニ效力ヲ有ス手形上ノ權利者ハ原因ヲ證明スルコトヲ要セスシテ其手形ノ金額ヲ請求スルコトヲ得我民法ハ一般ノ契約ニ付テ原因ヲ要素トセサルコトハ普通唱ヘラル所ナリ然レトモ茲ニ所謂原因トハ契約ノ原因ト異ニシテ債權ノ原因ヲ指スモノナリ即民事訴訟法ニ所謂請求ノ原因是ナリ(民訴一九〇條、四八四條)例之金千圓ノ給付ヲ約シタル者ハ其約束ノミヲ以テ直ニ其給付ヲ請求スルコトヲ得ス必キ其給付カ贈與又ハ買賣等ノ原因ニ基カコトヲ證明セサルヘカラス此意義ニ於ル原因ハ實ニ債權ノ要素ナリトス然ルニ手形上ノ權利ハ原因ヲ證明スルコトヲ要セスシテ手形金額ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ即手形ノ授受カ贈與又ハ買賣等ニ基カタルコトヲ證明セシテ之カ支拂ヲ求ムルコトヲ得ヘシ手形ノ不要因證券ナルコトハ此意義ニシテ實ニ又我大審院ノ認ムル所ナリ(三五年六月一七日、大審院判決録六卷一〇一頁)英法ニ於テモ手形上ノ權利ニ付テハ約因カ存スルモノト推定スルコト前述ノ如シ如此手形ヲ以テ不要因證券トセラル其權利ノ執行ヲ確實ニシテ以テ其流通ヲ容易ニスルカ爲ナリ(富井博士民法原論三三四頁以下)

第五 手形ハ證券的有價證券(Dischthetisches)ナリ 證券的有價證券又ハ證券的權利ナル意義ニ付テハ議論アレトモ證券ノ署名者カ證券ノ文言ニ從テ責任ヲ負ヒ證券ノ取得者カ證券ニ記載セラレタル權利ヲ取得シ證券ニ記載シタル文言カ權利ノ範圍ヲ決定シテ反證ヲ舉ケテ之ヲ左右スルコトヲ許ササルモノトノ趣旨ニ解スルヲ正當ナリト信ス而シテ證券ノ文言カ當事者ノ權利義務ヲ決定スルハ固ヨリ善意ノ第三者ヲ保護スルノ趣旨ニ出テタルモノナルカ故ニ證券的有價證券ノ效用ハ證券カ

直接ノ授受者ノ手ヲ離レ第三者ノ手ニ歸シタル場合ニ於テ現ルモノナリ如此ニシテ證券的有價證券ニ在テハ善意ノ第三者ノ義務者ノ真意如何ヲ問ハスシテ證券ノ文言ニ因テ其權利ヲ主張スルコトヲ得ルモノナリ故ニ「ブルンチル」ノ如キハ此種ノ有價證券ヲ稱シテ公信有價證券ト謂ヘリ我商法第四三五條カ「手形ニ署名シタル者ハ其手形ノ文書ニ從ヒテ責任ヲ負フ」ト規定セルハ實ニ手形ノ證券的有價證券ナルコトヲ明言セルモノナリ

第六 手形ハ要式證券(Formelles Wertpapier)ナリ 手形カ不要因證券ニシテ同時ニ證券的有價證券ナルニ伴ヒテ手形ハ要式的證券ナリ手形カ法定ノ要式ヲ具備セスシテ其記載事項ヲ缺クキハ手形トシテ效力ヲ有セス此點ハ他ノ要式證券タル貨物引換證、食荷證券、船荷證券等ト敢て隔ナキカ如ク見ユレトモ法律ハ手形ニ付テハ特別ノ規定ヲ設キ手形編ニ記載ナキ事項ハ之ヲ手形ニ記載スルモ金ク其效力ヲ生セサルモノトセリ(四三九條)手形カ要式證券ナルコトノ當然ノ結果トシテ手形行爲モ亦要式行爲ナリ即手形ニ署名スルニ非サレハ手形行爲ヲ行フコトヲ得サルナリ隨テ手形上ノ權利ハ法定ノ形式ヲ具備セル行爲ニ因テ發生スルモノト謂フコトヲ得ヘキナリ手形ニ署名シタル者ハ其手形ノ文言ニ從テ責任ヲ負フ旨ノ規定ハ其裏面ニ於テハ手形ニ署名シタル者ニ非サレハ手形上ノ義務ヲ負フコトナキヲ表示セルモノト謂フモ可ナリ

第七 手形ハ原則トシテハ指圖證券(Ordrepapier)ナリ 手形ハ記名式ナルトキト雖書ニ依テ之ヲ讓渡スコトヲ得故ニ手形ハ原則トシテハ法律上ノ指圖證券ナリ此點ニ付テハ預證券、質入證券又ハ船荷證券ト同一ナリ(三六四條、四五五條、二九條)法律上ノ指圖證券トハ別ニ指圖式ヲ發行ヲ爲ササルトキ即純然タル記名式ヲ以テ發行セラレタルトキト雖法律上指圖式ヲ以テ發行セラレタルト同一

ノ效果ヲ生スルコトヲ認ムルモノヲ謂フ如此手形ヲ以テ法律上ノ指圖證券ト認ムルハ英吉利、獨逸、ノ效果ヲ生スルコトヲ認ムルモノヲ謂フ如此手形ヲ以テ法律上ノ指圖證券ト認ムルハ英吉利、獨逸、匈牙利、瑞西、伊太利等ノ多數法ナリ反之西班牙商法ニ於テハ指圖文句ヲ記載セサル手形ハ裏書ヲ爲スコトヲ得サルモノトセラ又佛蘭西、和蘭、白耳義ノ商法ハ尙一步ヲ進メテ指圖文句ヲ以テ手形ノ要件トシ指圖文句ナキ手形ハ法律上ノ手形タル效力ナキモノトセリ

手形ハ右ニ述ヘタル如ク法律上ノ指圖證券ナレトモ指圖證券タルコトハ手形ノ要素ニ非スシテ單ニ常素タルニ過キス故ニ振出人カ裏書ヲ禁止スルコトキハ手形ハ指名債券トシテ存在スヘキモノナリ(四五條但書)此點ニ付テモ手形ト倉庫證券及船荷證券トハ同一ナリ又我商法ハ金三十圓以上ノ爲替手形、約束手形或ハ小切手ハ無記名式タルコトヲ得ヘキモノトセリ(四四九條、五二九條、五三〇條四號)故ニ手形ハ例外ノ場合ニ於テハ無記名式タルコトアリ我商法ハ船荷證券ニ付テモ無記名式ノ發行ヲ認ムレトモ(六二條五號)倉庫證券等ニ付テハ之ヲ認メス爲替手形又ハ約束手形ニ付テ無記名式ノ發行ヲ認ムルハ英法ノ主義ニ倣ヘルモノニシテ獨、佛等大陸法ハ之ヲ認メス

第八 手形上ノ債務ハ一方的(Bilateral)ナリ 手形上ノ債務者ハ手形上ノ關係ニ於テハ嚴正ナル一方的ノ債務ヲ負フモノニシテ手形上ノ債權者ニ對シ反對給付ヲ請求スルコトヲ得ス手形上ノ債權者ハ其權利ヲ保全シ又ハ行使スルノ要件タルニ過キスシテ其義務ト謂フコトヲ得ス手形上ノ債務者カ一方のナルコトヲ無條件(Unconditional)ナリト稱スル學者アリ其意義ハ同一ニ歸著スヘシト雖聊語弊アルカ如シ

第九 手形上ノ債務ハ確定セルモノ(Bearmmt)ナリ 手形上ノ債務ハ其數量ト體様トニ於テ確定セサルヘカラス即手形金額、満期日、支拂期日ハ確定セサルヘカラス若其確定セサルモノナルコトカ證券

上開ナルトキハ手形トシテノ效力ヲ有セサルモノナリ

第十 手形上ノ債務者ノ抗辯ハ制限セラル 手形上ノ債務者ハ手形上ノ請求ヲ爲ス者ニ對シ直接ニ對抗スルコトヲ得ヘキ事由ヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ得ルヤ勿論ナリ例之相殺、交互計算ノ原因ノ欠缺、能欺強迫、虛偽ノ意思表示ヲ以テ其請求ヲ爲ス者ニ對抗スルコトヲ得此等ノ抗辯ハ請求者ト債務者トノ間ノ箇人間ニ於テノミ之ヲ對抗スルコトヲ得ヘキモノナリ然レトモ特定ノ箇人間ニ於テノミ存在スルコトヲ得ル此等ノ抗辯ハ之ヲ以テ他ノ請求者ニ對抗スルコトヲ得サルナリ手形上ノ債務者カ一般ニ手形上ノ請求ヲ爲ス者ニ對抗シ得ヘキ抗辯ハ手形編ニ規定セラレタル事由ノミニ制限セラル(四四〇條)如此手形上ノ債務者ノ有スル抗辯ヲ制限スルコトハ善意ノ債權者ヲ保護シ以テ手形ノ流通ヲ安全ナラシムル爲ニハ必要ナルモノニシテ學者或ハ之ヲ稱シテ手形ノ嚴正又ハ強力(Wheelstrong)ト謂ヒ尙次ニ説明スヘキ訴訟法上ノ手形嚴正ニ對シテ之ヲ實質上ノ手形嚴正ト謂ヘリ然レトモ學者カ手形嚴正ナル語ニ由テ表示セル意義ハ必シモ一樣ナラス即古ハ一般ニ債務者カ履行ヲ爲ササルトキハ債權者ハ其身體ヲ拘束スルコトヲ得タリキ此制度ハ漸次廢止セラレタルモ手形ニ付テハ近代ニ至ル迄存續シテ手形特有ノ制度ナリキ如此手形上ノ債務者カ峻酷ナル責任ヲ負擔スルコトヲ稱シテ一般ニ手形嚴正ト謂ヒ延テ手形上ノ債務者カ他ノ普通ノ債務者ニ比シテ法律上不利益ナル地位ニ在ルコトヲ稱シテ手形嚴正ト謂フニ至レルナリ然ルニ「テール」ハ此語ノ意義ヲ制限シテ專手形上ノ債務者ノ抗辯ヲ制限セラレタルコトヲ指スト爲シ多數學者ハ此意義ニ從フ然レトモ尙之ヨリ廣義ニ用フル學者モ亦尠カラス

手形編ニ規定アル事由トハ如何ナルモノヲ指スカト云フニ獨逸手形法第八二條ハ恰之ト同様ノ規定

ヲ爲シ手形ノ債務者ハ手形法自身ヨリ生スル抗辯又ハ直接ニ請求者ニ對シテ有スル抗辯ノミヲ使用スルコトヲ得ト定メタリ其所謂手形法自身ヨリ生スル抗辯ナル意義ニ付テハ學者ノ説明スル所一様ナラス或ハ手形ナル證券自身ヨリ生スル抗辯ナリト曰ヒ或ハ手形行爲ニ關スル抗辯ナリト曰フ者アレトモ此等ハ通説ニ非ス多數學者ハ手形ニ關スル法規ノ全體ヨリ生スル抗辯ナル意義ニ解シ又「デレンブルグ」コーザク「スタウグ」等ハ手形上ノ法律關係ノ客觀的存在ニ關スル抗辯ナリト説明シテ之ヲ客觀的又ハ絕對的抗辯(absolute, abstracte Einrede)ト謂ヒ以テ個人的又ハ相對的ハ抗辯(relative, relative Einrede)ニ對セシメタリ如此種種ノ解釋アリト雖之ヲ以テ手形條例ノ規定自身ヨリ生スルモノト解スルハ法文ノ意義ニ反スルモノトシテ學者ノ排斥スル所ナリ然レトモ我法律ハ明ニ「本編ニ規定ナキ事由」ト謂ヘルカ故ニ其解釋トシテハ普通西國法ト同ク手形編ニ規定アル事由ノミヲ指スモノト爲スヲ正當ナリトス例之手形カ法定ノ形式ヲ缺クト謂ヒ或ハ手形上ノ權利カ手續ノ欠缺又ハ時効ニ因テ消滅セリト謂ヒ或ハ既ニ支拂アリトシ又ハ手形カ偽造變造ノモノナリトシ請求者カ手形ノ惡意ノ取得者ナリトスルノ類ナリ其最困難ナル問題ト爲ルハ手形行爲自體ニ存スル錯誤ナレトモ此點ニ關シテハ次節ニ於テ述ブ

第十一 手形ニ因ル請求ハ爲替訴訟(Wechselprozesse)ニ依テ之ヲ主張スルコトヲ得 爲替訴訟ニ關シテハ民事訴訟法ニ規定アリ爲替訴訟ハ支拂地ノ裁判所又ハ被告ノ普通裁判籍アル裁判所ニ之ヲ提起スルコトヲ得又數人ノ被告ニ對スル共同訴訟ハ被告中ノ一人ノ普通裁判籍アル裁判所ニ提起スルコトヲ得尙爲替訴訟ニ於テハ口頭辯論ノ期日ト訴狀送達トノ間ニハ二十四時間ノ時間ヲ存スルヲ以テ足レリトシ此訴訟ニ於テ言渡ヌ判決ニ付テハ裁判所ハ職權ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ付ス(キモノナリ

第三節 手形行爲ノ特性

(民新四九四條乃至四九六條、五〇一條ニ號)此等ハ皆特ニ手形上ノ債權ヲ保護スル爲ニ設ケラレタル便法ナリ學者之ヲ稱シテ形式上ノ手形嚴正ト謂フ

手形上ノ債務ハ手形行爲ノミニ因テ生スルナリ而シテ手形行爲ハ手形ニ署名スルニ依テ之ヲ爲ス(キモノニシテ即振出、裏書、引受、參加引受及保證ノ五ト爲ス法定ノ形式ヲ履ミテ此等ノ行爲ヲ爲シタル者ハ手形ノ文言ニ從テ責任ヲ負フ(キモノナリ手形行爲カ要式行爲ニシテ其形式ヲ具備セザルトキハ手形行爲ナク隨テ手形上ノ權利ヲ發生セザルコトハ既ニ一言セル所ニシテ手形行爲ノ形式ハ即署名ナリ而シテ手形行爲中白地裏書、引受及保證ノ如キハ署名ノミヲ以テ完成スルコトヲ得(キモノナレトモ振出、完全裏書及參加引受ニ關シテハ法律ハ署名以外ニ於テ特定事項ノ記載ヲ爲スコトヲ必要トセリ(四四五條、四五七條、五〇三條、五二五條、五三〇條)故ニ此等ノ記載モ亦手形行爲ニ必要ナル形式ト謂フ(キモノニシテ若之ヲ缺クトキハ原則トシテハ手形行爲アリタリト謂フコトヲ得ス然リト雖署名ハ各種ノ手形行爲ニ通スル要件ニシテ署名ナキトキハ常ニ手形行爲アリタリト謂ヒ得ザルモノ(三七

年大審院判決錄十輯五卷一九九頁)ナルヲ以テ署名以外ノ記載事項ニ付テハ後ニ説明スルコトトシ茲ニハ特ニ署名ノミヲ述ヘントス

署名トハ自己ノ氏名又ハ商號ヲ自署スルコトヲ謂フ、自署ニ非サレハ署名ト謂フコトヲ得サルハ既ニ大審院ノ判決ニ於テモ亦之ヲ認メタル所ナリ(三五年大審院判決錄八輯九卷五九頁)外國ニ於テハ代理人ヲシテ自己ニ代リテ署名セシメ或ハ其他ノ方法ニ依テ自署ニ代フルコトヲ得ルモノトセルカ我商法ニ

於テハ此等ノ事項ヲ認メス唯記名捺印ヲ以テ之ニ代フルコトヲ認メタリ(三)三年法律一七號)而シテ署名又ハ記名ニハ自己ノ氏名又ハ商號ヲ記載スルコトヲ要スレトモ其記載ハ必シモ正副完全ナルコトヲ要セサルヘシト思惟ス誤字、略字ノ如キハ當事者ノ表示ヲ明瞭ナラサシムルニ至ラサル限ハ之ヲ認メテ可キルヘシ印章ノ真正ナラサルヘカラサルハ言テ俟タス

手形ニ署名シタル者ニ非サレハ手形行為ヲ爲セタルモノト謂フコトヲ得サルカ故ニ手形上ノ責任ヲ負フヘカラサルコトハ前ニ述ヘタル如シ故ニ偽造手形ニ由テ其署名ヲ偽ラレタル者ハ手形上ノ責任ヲ負フコトナシ是被偽造者ハ手形ニ署名シタル者ニ非サルカ故ナリ而シテ偽造者モ亦自己ノ署名ヲ爲シタルニ非サルカ故ニ手形上ノ責任ヲ負フコトナシ故ニ偽造手形ニ付テハ手形法上責任ヲ負フ者ナキナリ但其偽造手形ニ署名シタル者カ責任ヲ負フヘキコトハ別ニ述フル所アルヘシ

署名ヲ爲スニハ署名ヲ爲スノ意思ヲ必要トス獨逸ノ「ウニント」ハ法律行為ニ關シテ行為意思(Constitutivwille)ト表示意思(Deklarativwille)トヲ區別スヘキコトヲ主張セリ即特定ノ意思表示ヲ爲スニ方リテ其行為ヲ爲ス意思ヲ決定スルノ必要アルコト勿論ナレトモ同時ニ其意思ヲ表示セントスルノ意思アルコトヲ必要トス前者ヲ行為意思ト謂ヒ後者ヲ表示意思ト謂フ此說ハ近時二三學者カ之ヲ認ムルニ至レリ而シテ署名ヲ爲スニハ少クモ表示意思ハ必要ナリ大醉、睡眠、魔醉中ニ於テ又ハ身體上ノ強制ニ因リ署名ノ意思ナクシテ署名シタルトキハ法律上署名アリト謂フコトヲ得サルナリ故ニ當事者ハ署名ノ意思ノ欠缺ヲ證明セハ何人ニ對シテモ手形上ノ債務ヲ免ルルコトヲ得是實ニ手形編ニ規定アル事由ニ由ル抗辯ト謂フコトヲ得蓋手形ニ署名シタルモノニ非サレハ手形上ノ責任ヲ負フコトナキモノナルニ如此場合ニハ外形上署名アルモ法律上署名アルモノト謂フコトヲ得蓋他人カ印章ヲ盜用シテ記名

想像的ニモ不特定のニモ分割サレ居ラスシテ各共有者皆共有物ノ全部ニ付所有權ヲ有シ唯所有者數多アルカ故ニ所有權行使ノ上ニ於テ互ニ制限ヲ受クルニ過キサルナリ之ヲ我新商法ニ於ル共有ノ性質トス然ラハ則舊商法ニ所謂股分ト新商法ニ所謂共有トハ前者ハ學者ノ所謂目的物分割主義ヲ取リ後者ハ所謂權利分割主義ヲ取リタルモノニシテ二者ノ性質ニ差異アリト謂ハサルコトヲ得ス然リト雖新商法ニ所謂共有ノ性質ハ新民法ノ制定ニ由テ始ラ定リ舊商法制定ノ當時ニハ民法共有ノ性質ハ如何ニ規定セラルヘキヤ不明ナリシカ故ニ舊商法ノ股分ト新商法ト共有トハ其性質ニ於テ些少ノ逕庭アルハ當然ト謂フヘシ隨テ二法ヲ對比研究スル上ニ於テハ股分ト共有トハ殆相同キモノト見テ大差ナシ茲ニ序ナカラ一言センニ英、佛、伊等ニ於テ船舶股分ノ數ヲ法律上又ハ慣習上之ヲ制限スルニ反シテ我新舊商法カ之ヲ制限セサル所以ハ「ロニスラー」氏モ說明セル如ク目下毫モ其必要ナク若之ヲ制限スルニ於テハ所謂危險分擔ノ主義ニ反シ却テ航海事業ノ進歩ヲ妨グル虞アルヲ以テナリ

次ニ船舶ノ共有ハ組合ナリヤ否ヤノ問題ヲ說明センニ該問題ハ既ニ佛、獨諸大家ノ間ニ論争アリタラス所ニシテ或ハ斷然組合ナリト曰ヒ或ハ共有當然ノ性質トシテハ組合ヲ成スモノニ非スト曰ヘザ我民法並ニ商法ニ於テ共有トハ多數ノ人カ所有權其他ノ權利ヲ有スル狀態ヲ謂ヒ組合トハ多數者ノ間ニ成立セル契約關係ヲ謂フモノナルカ故ニ二者ノ區別ハ炳トシテ火ヲ賭ルヨリモ明ナリ隨テ舊商法ノ如ク之カ適用ヲ受クル船舶ノ範圍ハ廣ク商船其他ノ海船ヲ謂ヒ之カ使用ノ目的ニ何等ノ制限ナキカ故ニスル船舶ノ共有ニハ組合關係ノ隨伴セサルコト最明白ナリ唯疑アル點ハ獨逸商法ノ如ク商法ノ適用ヲ受クル船舶ハ營利ノ目的ヲ有スルモノニ限リ又我新商法ノ如ク商法ノ適用ヲ受タル船舶ハ商行爲ヲ爲ス目

是ナリ何トナレハ凡船舶カ一定ノ使用ノ目的ヲ有スト云フ以上ハ之カ共有者タルモノノ共同事業ニ使用スルコトニ定メタルニ由ルモノニシテ共同事業ニ使用スルコトニ定ムルコトハ是即共有者間ニ組合關係ヲ生スルモノナレハナリ然リト雖之ヲ理論的ニ想像スレハ左ノ如キ場合アルコトヲ忘ルヘカラ
 ス蓋組合トハ一種ノ契約ニシテ之カ成立スルニハ必各當事者ノ意思表示アルコトヲ要ス然ルニ數人カ或原因ニ由リ船舶ノ共有權ヲ取得シ其各共有者ハ之ヲ以テ商行爲ヲ爲ス目的ニ使用セントノ意思ヲ同時ニ懷抱スト雖而モ未共同ノ事業トシテ商行爲ヲ爲ス目的ニ使用スルコトノ意思表示ヲ爲ササル間ハ此等ノ共有者間ニ組合關係成立セリト謂フコトヲ得サルナリ例之多數ノ子女カ父ノ死去ニ因リ商行爲ヲ爲ス目的ニ使用シツアル船舶ヲ其有のニ相續シ彼等各目ハ從來ノ如ク之ヲ船舶トシテ使用スル目的ヲ懷クモ未彼等間ニ組合ヲ組成スル意思表示ナキ場合はナリ此場合ニ於テハ船舶使用ノ目的ハ客觀的ニ定リ居ルカ故ニ商法ノ適用ヲ受クル船舶ナルコト明ナリ而モ共有者間ニ未組合關係成立セサルナリ殊ニ商法第五一條ニ於テ船舶共有者間ニ組合關係アルトキト雖モ云云ト云ヒテ法律自身カ船舶ノ共有ニ組合關係ノ伴ハサル場合アルコトヲ豫想セリ然ラハ則理論上ニ於テハ船舶ノ共有ニハ組合關係必隨伴スルモノナリト謂フコトヲ得サルナリ唯實際上ノ事實トシテハ船舶ノ共有者ハ必之カ利用ヲ爲スニ至ルヘク既ニ利用ヲ爲スニ至レハ其間ニ組合關係ヲ生スルニ至ルモノト知ルヘキナリ

第二項 船舶共有者間内部ノ關係

船舶ノ共有發生ノ原因ハ他物ノ所有權ノ共有ト同ク相續、組合其他ノ契約等種種アルヘシ然レトモ是皆民法ノ一般規定ヲ以テ足ルコトナルカ故ニ茲ニ之ヲ述ヘス又民法ノ共有ニ關スル一般規定カ船舶ノ

共有者間ニモ總テ皆其適用アルハ是亦言フ俟タス又船舶ハ多數ノ人カ唯之ヲ共有シ居ルノミニテハ其效用ヲ爲ササルヘキカ故ニ必之ヲ利用スルニ至ルヘシ而シテ之ヲ利用スルニ至レハ前キニ述ヘタル如ク其間ニ組合關係ヲ生スルモノナリ既ニ組合關係ヲ生スレハ民法ノ組合ニ關スル規定ハ總テ皆適用セラルルニ至ルヘシ故ニ商法ノ船舶共有者ノ規定ハ畢竟民法ノ共有並ニ組合ノ規定ニ對シテ特別規定ヲ必要トスルモノノミヲ設ケタルニ過キササルナリ仍テ今ハ民法ノ規定ニ立入ラスシテ唯商法ノ特別規定ノミヲ述フヘシ

第一 船舶共有者ノ權利

(一) 船舶ノ利用ニ關スル議決權 船舶ノ共有者カ其船舶ノ利用ニ參與スル權利ヲ有スルハ勿論ナリ是寧所有權行使ノ當然ノ結果ト謂フヘシ唯其議決權ヲ如何ニ行使スルカ問題ニシテ組合關係ノ存スル場合ニハ多クハ皆該契約ニ依テ定メラルヘシト雖特約ノ欠缺セシ場合ニハ如何ニ之ヲ決スルカハ法律ニ於テ之ヲ定メ置ク必要アリ即商法第五四六條ニ之ヲ規定セリ本條ニ由テ以テ右ノ議決權ハ共有者ノ頭數ニ依ラスシテ其持分ノ價格ニ依ルコトヲ知ルヘキナリ是民法ニ於テ一般組合ノ業務執行ハ組合員ノ過半數ヲ以テ之ヲ決スト定メタルモノニ對スル特別規定ナリ(民六七〇條)蓋一般組合ノ議決方法トシテハ民法ノ規定穩當ナルヘシト雖商行爲ヲ行フ組合ノ議決方法トシテハ其當ヲ得ス故ニ船舶ヲ共有シテ商行爲ヲ爲ス目的ニ之ヲ利用スルニ當リテハ出資額ノ多少ニ依テ議決權ヲ定ムルヲ以テ至當ト謂フヘキナリ唯均ク船舶ノ利用ニ關スル事項ニ屬スト雖事體極テ重大ニシテ共有者ノ利害休戚ニ非常ナル關係ヲ有スル事項ニ付テモ仍少數者ヲシテ常ニ多數者ノ意見ニ從ハシメサルヘカラストセハ少數者ニ對シテ極テ酷ナリト謂フヘク其結果延テ船舶所有ノ組織ヲ以テ船舶ヲ利用スルコトヲ人々危懼スル

ニ至ルヘシ仍テ事體極テ重大ナル事項即商法第五四八條ニ規定シタル新ニ航海ヲ爲スコト又ハ船舶ノ大修繕ヲ爲スコトノ二事項ニ付テハ特ニ少數者保護ノ規定ヲ設ケ該決議ニ對シテ異議アル者ハ他ノ共有者即多數者ニ對シテ自己ノ持分ヲ買取ルヘキコトヲ請求シ得ルモノトセリ

船舶ノ利用トハ例之船舶ヲ運送營業ニ使用スルカ如キ是ナリ其他利用ノ方法種種アルヘシト雖要スルニ商行爲ヲ爲ス目的以外ニ脱出スヘカラス蓋船舶自體カ其目的ノ範圍ニ限ラルレハナリ又過半数ト云フハ比較多數ト云フト異リ船舶價格全部ノ過半数ヲ云フモノニシテ若意見數派ニ歧レモ過半数ヲ得タルトキハ各意見何レモ成立セザルナリ

(二) 利益分配ニ與ルハ權ニ是亦所有權行使ノ當然ノ結果ナリ唯如何ナル時期ニ於テ如何ナル割合ヲ以テ利益分配ヲ爲スヘキカ問題ナリ而シテ是亦契約ニ因テ定メラルヘシト雖契約ナキ場合ハ如何ニスヘキヤ商法第五五〇條ハ之ヲ規定セリ本條ニ由テ以テ分配ノ時期ハ每航海ノ終ニ存シ分配ノ割合ハ持分ノ價格ニ應ズルモノタルコトヲ知ルヘキナリ蓋民法ノ組合ニ於テモ損益ノ分配ノ割合ハ出資額ニ從フモノト爲シタルカ故ニ(民六七四條)商事ニ於テモ損益ノ分配ヲ持分ノ價格ニ從ハシムルハ至當ト謂フヘシ又分配ノ時期ヲ每航海ノ終ト爲シタルハ時トシテハ頻繁ニ過クルノ觀ナキニ非ス例之京濱間又ハ東京灣内ニ於テル航海ヲ營ム船舶ニ付一航海毎ニ損益ノ計算ヲ立テシムルハ煩勞ニ堪ヘサルカ如キ趣アリ然レトモ斯ル小航海ヲ目的トスルモノニ在テハ多クハ當事者間ニ於テ損益分配ノ時期ヲ定メ恰株式會社カ事業年度毎ニ損益勘定ヲ立ツルカ如ク或ハ六箇月毎ニ或ハ一年毎ニ之ヲ爲スモノト爲ルヘシ唯斯ル特約ナキ場合ニ於テル損益分配ノ時期ヲ法律カ定メントスルニ當リテハ六箇月毎ニ或ハ一年毎ニ之カ計算ヲ爲スヘシト定ムルコト能ハサルナリ何トナレハ船舶共有者カ六箇月若クハ一年以上繼續シテ船

舶ヲ利用スルヤ否ヤ得テ知ルヘカラサレハナリ故ニ一般ニ通スル規定ヲ設ケントセハ分配ノ時期ヲ每航海ノ終ト定ムルノ外其詮ナキナリ

(三) 自己ノ持分ヲ他ノ共有者ニ強賣スル權 先ニ既ニ述ヘタル如ク多數者カ少數者ヲ壓シテ新ニ航海ヲ爲シ又ハ船舶ノ大修繕ヲ爲スヘキコトヲ決議シタルトキハ其決議ニ對シテ異議アル者ハ他ノ共有者ニ對シテ相當代價ヲ以テ自己ノ持分ヲ買取ルヘキコトヲ請求スルコトヲ得ルナリ(五四八條一項)例之浦鹽艦隊ノ出沒アルニ由リ航海ヲ始ムルハ危險ナリトシテ少數者之ヲ拒ミタルニ多數者ハ其危險ヲ冒シテ進マントスルカ如キ又老朽シタル船舶ハ之ニ大修繕ヲ施サハ莫大ナル費用ヲ要シ却テ利害尙ハサルヲ信シ少數者之ヲ拒ミタルニ多數者ハ之ヲ行ハントスルカ如キ場合ナリ斯ル場合ニ於テ少數者ヲ保護セントセハ專其利害關係ヨリ離脱セシムルモノトセリ若相當代價ニ付當事者間ノ協議圖ハサルトキハ多數意見者ニ買取ルヘキコトヲ請求シ得ルモノトセリ若相當代價ニ付當事者間ノ協議圖ハサルトキハ畢竟裁判所ヲ煩シ裁判所ハ鑑定人ノ意見ヲ聽ク等相當ノ手段ヲ用ヒテ之ヲ算定スヘキナリ又右ノ買取ルヘキコトヲ請求セントセハ自ラ右ノ決議ニ列席セシ者ハ決議ノ日ヨリ三日間内ニ他ノ共有者又ハ船舶管理人ニ對シテ其通知ヲ發スルコトヲ要シ若決議ノ際列席セザリシ者ニ在テハ右ノ決議ノ通知ヲ受取リタル日ノ翌日ヨリ起算シテ三日間内ニ其通知ヲ發スルコトヲ要スルナリ若此三日ノ期間ヲ空過スルトキハ決議ニ服從シタルモノト看做スル外ナク買取ヲ強制スル權ヲ消滅スルナリ(五四八條二項)而シテ法文ニ通知ヲ發スルコトヲ要ストアルカ故ニ三日間内ニ發シテハスレハ足り該期間内ニ相手方ニ到達スルコトヲ要セザルナリ

(四) 持分ヲ自由ニ讓渡シ得ル權 凡所有權ハ自由ニ讓渡シ得ルヲ以テ原則トス縱令所有權カ共有セザ

ル場合ト雖亦然リトス唯共有者間ニ組合關係ノ存スルトキハ該財產ハ組合ノ目的ヲ達スル爲ニ出資トセルモノナルカ故ニ組合ノ存續中組合員ハ限ニ之ヲ處分スヘカラス何トナレハ若シテ處分シ得ルトセハ共同事業ノ成功ハ得テ期スヘカラサレハナリ然レトモ財產ノ處分ハ可成之ヲ自由ナラシムルヲ以テ經濟上頗策ノ得タルモノトスルカ故ニ民法ハ組合財產ハ處分ヲ絕對ニ禁止セズ組合關係ヲ害セザル範圍ニ於テ之ヲ處分ヲ許セリ即組合財產若處分スルモ其處分タルキ組合ノ存續中ハ之ヲ處分セザル組合員ト其相手方トノ間ニ效力ヲ生スルニ止リ組合並ニ組合ノ債權者ニ對シテハ全ク其效力ヲ發セザルナリ換言スレハ其處分タルキ僅ニ半面的ノ效力ヲ生スルニ過キサルナリ(民六七六條)然リト雖船舶ニ付テハ特別ノ理由ノ存スルアリテ共有者間ニ組合關係ノ存スル場合ト雖各共有者ハ其組合關係ニ拘束サレヌ又他ノ共有者ノ承諾ヲ得シテ其持分ノ全部若タハ一部ヲ自由ニ他人ニ讓渡スコトヲ得ルナリ即商法第五一條ニ之ヲ規定セリ蓋船舶ハ其價高クシテ且之ヲ航海ノ用ニ供スルトキハ海上幾多ノ危險ニ遭遇スルモノナリ故ニ航海事業ニ付テハ危險分擔ノ主義ヲ取リ船舶ハ可成多數ノ人ニテ之ヲ共有シ得ルノ方法ヲ取ラサルヘカラス然ラズンハ一國航海業ノ進步ハ得テ期スヘカラス彼ノ航海事業カ株式組織ノ發達シテヨリ大ニ進歩シタルハ蓋之カ爲ナリ仍テ本條ヲ設ケテ以テ共有者間ニ組合關係ノ存スル場合ト雖船舶共有持分ノ自由讓渡ノ權利ヲ認メ民法第六七六條ニ對シテ特別規定ヲ設ケ船舶共有持分ノ讓渡ハ唯該當事者間ニ其效力ヲ生スルノミナラス組合並ニ組合ト取引シタル第三者ニモ亦對抗シ得ルモノトシタルナリ換言スレハ民法ニ於テハ組合財產ノ處分ハ唯半面的ノ效力ヲ生スルコトノミヲ認ムルニ反シテ商法ニ於テハ持分ノ讓渡ヲ以テ總テノ方面ニ向テ效力ヲ生シ得ルコトヲ認メタルナリ是實ニ船舶共有ニ於テ特異ノ一ト云フモ可ナリ

如此持分ノ自由讓渡ヲ認メタルカ爲ニ若共有者カ其持分ノ全部ヲ他人ニ讓渡シタルトキハ當然組合關係ヨリ脫退スルヤ否ヤ若然リトセハ是亦組合脫退ノ一原因ニシテ民法第六七八條ニ對スル特別任意脫退ノ一原因ヲ成スモノナリ然レニ船舶持分ノ一部ノ讓渡又ハ持分全部ノ讓渡アリトモ他ニ尙出資ノ存スルアルトキハ其組合ヨリ脫退スルニ至ラサルコト固ヨリ言ヲ待タスト雖若持分全部ノ讓渡カ組合ニ對スル出資ノ全部ノ讓渡ナルトキハ之ニ因テ以テ當然組合ヨリ脫退スルノ結果ヲ生スルモノト謂ハサルコトヲ得ス何トナレハ組合契約ノ一要素タル出資ノ義務ヲ缺クニ至ルヘケレハナリ而シテ脫退後ノ結果タルキ若持分ノ讓受人カ讓渡人ノ權利義務ヲ全部承繼シテ組合ニ加入スレハ組合財產ハ依舊變更スルコトナシト雖若加入セサルニ於テハ民法組合ノ脫退ニ關スル規定並ニ共有ニ關スル規定ニ從テ組合財產ハ處理セラルヘキノナリ

船舶管理人ノミハ但書ノ規定ニ依テ船舶持分ノ自由讓渡ヲ爲スコトヲ得サル所以ハ若船舶管理人タル共有者モ亦自由ニ持分ヲ讓渡シ得ルモノトセハ共有者ニ非サル者カ船舶管理人ト爲ルノ結果ヲ生スル元來共有者ニ非サル者ヲ船舶管理人ト爲スコトハ法律モ亦之ヲ認ムト雖共有者ヲ以テ管理人ト果スルト非共有者ヲ以テ管理人ト爲ストハ其選任ノ方法ニ非常ナル差異アリ然ルニ當初共有者タリシカ故ニ管理入ニ選定サレタル者カ自己ノ任意ニ持分ヲ處分シテ非共有者ト爲リ而モ依然トシテ管理人ノ職ニ在ルトキハ當事者ノ意思ニ背クコト大ナリト謂フヘシ仍テ船舶管理人ノ職ニ在ル船舶共有者ハ其持分ノ自由讓渡ヲ爲スコトヲ得ス他ノ總テノ共有者ノ承諾ヲ得レハ之ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論ナリトス

(五) 他ノ共有者ノ持分ヲ買取リ又ハ其競賣ヲ請求スル權即船舶維持ノ權 此權利ハ前キニ述ヘタル第二ノ權利ト反對ナリ即第二ノ權利ハ自己ノ持分ヲ他ノ共有者ニ買取ルヘキコトヲ請求スル權利ナリ然

ルニ此ニ所謂權利ハ他ノ共有者ノ持分ヲ買取り又ハ之ヲ競買セシムル權利ナリ是亦船舶共有ノ特
質ノ一ト謂フヘシ商法第五五條第一項ニ規定セリ是レ實ニ一國航海業獎勵ノ目的ヨリ出タルモノ
ニシテ共有者ニ船舶維持ノ權ヲ與ヘ以テ可成一國船舶ノ數ヲ減少セシメサランカ爲ナリ先ニ既ニ船舶
ノ節ニ於テ説明シタルカ如ク我船舶法第一條ニ依レハ凡船舶カ日本ノ國籍ヲ有スルニハ若其船舶カ自
然人ニ屬スル場合ニハ日本人ニ專屬セサルヘカラサルナリ然ルニ共有者カ其持分ノ全部若クハ一部ヲ
外國人ニ讓渡シ或ハ相續其他ノ原因ニ由テ持分カ外國人ニ移轉サレテ外國人カ共有者ニ加ヘザルハ
共有者カ日本ノ國籍ヲ喪失シテ外國人ト爲ルトキハ該船舶ハ忽日本船舶タルノ資格ヲ失スルニ至ルハ
テ他ノ共有者ニ相當代價ヲ以テ其持分ヲ買取り若又之ヲ買取ル實力ニ乏シキトキハ他ノ日本人ニ競買
セシムルコトヲ裁判所ニ請求シ得ル權利ヲ與ヘタルナリ

尙共有者間ノ關係ニ非スト雖船舶維持ノ點ヨリ言ヘハ同一事項ニ屬スルカ故ニ茲ニ序ヲ以テ會社ノ社
員ノ持分ノ移轉ニ因リ會社ノ所有ニ屬スル船舶カ日本ノ國籍ヲ喪失スル場合ニ於テ他ノ社員ノ權利ヲ
説明スヘシ商法第五五條第二項ニ之ヲ規定セリ先ニ船舶ノ節ニ於テ説明シタルカ如ク船舶カ若各名
會社、合資會社若クハ株式合資會社ニ屬スル場合ニ於テ該船舶カ日本船舶タルニハ合名會社ニ在ラハ
總社員、合資會社若クハ株式合資會社ニ在ラハ無限責任社員ノ總員カ日本人ナラサルヘカラス然ルニ
此等ノ社員カ會社ニ對スル其持分ヲ外國人ニ讓渡シ又ハ其他ノ原因ニ由テ其持分ヲ外國人ニ移轉シ外
國人カ會社ノ社員若クハ無限責任社員ト爲ルトキハ該船舶ハ忽日本船舶タルノ資格ヲ失フニ至ルヘシ
仍テ此等ノ場合ニ於テハ他ノ社員若クハ無限責任社員ニ於テ相當代價ヲ以テ將ニ移轉セントスル社員
ノ持分ヲ買取ルコトヲ得ルモノトシタルナリ

而シテ右第五五條第一項ト第二項ト比較センニ第一項ニ於テハ共有者ノ國籍喪失ノ場合ヲ見タリ
ト雖第二項ニ於テハ社員ノ國籍喪失ノ場合ヲ見ス蓋船舶維持ノ點ヨリ考フレハ第二項ニ於テモ社員ノ
國籍喪失ノ場合ヲ加ヘサルヘカラサルカ如シ然ルニ之ニ加ヘサル理由如何抑同條第一項ト第二項トハ
大ニ趣キ異ニスルモノアリ何ンヤ第一項ニ所謂持分トハ單ニ特定セル一船舶ノ共有權ノ持分ナリ反
第二項ニ所謂持分トハ社員ノ會社財產ニ對スル持分ナリ故ニ第一項ノ場合ニ於テ他ノ共有者カ外國人
ノ有ニ歸セントスル持分ヲ買取ラルル當事者ニ在ラハ左程ノ痛痒ヲ感セス何トナレハ單ニ船舶ノミ
持分ニ止レハナリ然ルニ第二項ノ場合ニ於テハ會社ニ對スル持分ナルカ故ニ之ヲ買取ラルル當事者
ニ在ラハ痛痒ヲ感スルコト大ナリ若第二項ニ所謂合名、合資若クハ株式合資會社ニシテ航海業ヲ營ミ會
社財產ノ大部分ハ船舶ニ存スル場合ニ於テハ第二項所定ノ權利ヲ他ノ社員ニ與ヘラルルコトアルモ取
怪ムニ足ラスト雖若右ノ會社カ全ク他ノ營業ヲ目的トシ會社所有ノ船舶ハ會社所有ノ財產ノ總額ニ比
シテ百牛中ノ一モニタモ及ハサル場合ニ於テ一社員カ會社ニ對スル其持分ヲ外國人ニ讓渡シ爲ニ偶會
社財產中ノ一船舶カ日本船舶タルノ資格ヲ失スルヲ機トシ他ノ社員カ其持分ヲ買取り右社員カ自己ノ
欲スル價格ニテ其持分ヲ外國人ニ讓渡スコトヲ得サレシムルハ事體頗酷ト謂ハサルコトヲ得ヌ尤他ノ
社員カ其持分ヲ買取ルニ付テモ相當ノ代價ヲ拂フコトハ當然ナリト雖相當ノ代價ナルモノハ容易ニ定
ム難ク多クハ裁判所ノ認定ニ一任スルニ至ルヘシ隨テ當事者間ノ自由契約ニ基テ價格ヨリモ不確實ニ
且特別ノ事情ヨリ生スル奇利ハ之ヲ收ムルコト能ハサルヘシ故ニ第二項ノ規定ハ會社ノ持分ヲ讓渡サ
ントスル社員ニ取リテハ非常ニ不利益ナル場合ナキヲ保シ難シ然リト雖立法者ハ船舶ヲ夥多ニ所有ス
ル運送會社ノ如キモノト他ノ營業會社トヲ區別シ又ハ會社所有ノ船舶ノ多數ニ因テ之カ規定ヲ異ニス

ルコトハ到底能ハサル所ナリ且第二項ノモニ付テ言ハル社員ノ持分ノ移轉ノ場合ト社員ノ國籍喪失ノ場合トハ大ニ趣ヲ異ニセリ何トナレハ合名、合資等ノ會社ハ人的團結ニシテ何人カ社員タルヘキカハ社員相互間ニ在リテモ非常ナル關係ヲ有スル所ナリ然ルニ社員ノ持分ノ移轉ニ因リ從來會社ニ無關係ナル他人而モ外國人カ社員ニ加入シ來ルトキハ大ニ之ヲ恐レサルコトヲ得ス然レトモ社員ノ國籍喪失ノ場合ニ於テハ社員其人ニハ變更ナキカ故ニ會社ニ取リテハ左程ノ痛痒ヲ成セサルナリ是レ亦立法者カ第二項ヲ規定スルニ當リ社員ノ國籍喪失ノ場合ヨリモ社員ノ持分ノ移轉ノ方ニ重キヲ置キタル一理由タルヘシ殊ニ第一項ニ於テハ持分ノ就賣ヲ請求スルコトヲ許シタルニ第二項ニ於テハ之ヲ許サス單ニ持分ヲ買取ルコトノミノ權利ヲ與ヘタルハ限ニ他人カ社員トシテ入り來ルコトアルヲ慮レタルニ由ルモノナリ

次ニ株式會社ニ付テハ船籍維持ニ關シ何故ニ別ニ何等ノ規定ヲ設ケサルカ是レ他ナシ株式會社ニ在テハ實ニ株主ノ數多キヲ常トスルノミナラス株金全額拂込ノ後ニ於テハ株式ヲ以テ無記名ト爲スコトヲ許スカ故ニ(一五五條)無記名式ノ株ニ付テハ果シテ何人カ株主タルヤ平素容易ニ之ヲ知ルコトヲ得ス又果シテ外國人カ多數株主ト爲リタリトスルモ會社ノ取締役ニ必外國人ヲ選舉スルトモ限ルヘカラサルナリ且又大ニ其處アリトスルモ果シテ何レノ株主カ進テ外國人株主ヨリ其株式ヲ買取ルヘキヤ若又買取リ得ル場合ニ於テハ日本人株主ニ外國人所有ノ株式ヲ買取ルコトノ權ヲ與フルモ可ナリト雖立法者ハ斯程迄ニ于テハ日本人株主ニ外國人所有ノ株式ヲ買取ルコトヲ許シテ株式ノ融通ヲ至便ナラシメタル趣意ヲ洩了セシムルニ忍ヒサルナリ故ニ若多數株主ノ意思ニシテ外國人ノ手ニ多ク株式ノ渡ルコトヲ恐レ且其結果遠ニ會社所有ノ日本船舶カ其國籍ヲ失フコトアルヲ憂フルニ於テハ豫定款ニ規定

ヲ設ケテ當會社ノ株主ハ日本人ニ限ルト定ムヘキナリ要スルニ立法者ハ株式會社ニ付テハ干渉の規定ヲ設ケスシテ之ヲ定款ノ範圍ニ一任シタル

終ニ臨ミ右第一項及第二項ノ場合ニ於テ船舶カ既ニ日本ノ國籍ヲ失ヒタルトキハ他ノ共有者又ハ他ノ社員ハ買戻權ヲ有セサルヤ否ヤヲ説明センニ法文ニ「日本ノ國籍ヲ喪失スヘキト云ヒテ來テ言表セリ故ニ喪失後ニ於テハ買戻權ヲ有セサルコト明白ナリ然ラハ則他ノ共有者又ハ他ノ社員ハ如何ナル時期ニ於テ持分ノ買取ヲ強請スヘキモノナルカト云フニ船舶持分ノ讓渡ニ付テハ例之既ニ讓渡ノ約成ルモ未之カ登記ヲ爲ササル前若クハ船舶國籍證書ニ其旨ヲ記載セサル前ノ如キヲ謂ヒ(五四一條)社員ノ持分ノ讓渡ニ付テハ例之「一」社員ノ承諾ヲ得タルモ未他ノ社員ノ承諾ヲ得サル場合ノ如キヲ言ヒ(五九條)又共有者ノ國籍喪失ノ場合ニ付テハ例之國籍法第一八條以下ノ規定ニ從ヒ將ニ國籍ヲ喪失セントスル手續中ニ在ルカ如キ場合ヲ謂フモノナリ而シテ此等諸例ノ行爲ヲ未全ク開始セサル以前ニ在テハ唯持分ノ移轉等ニ因テ船舶カ日本ノ國籍ヲ失ヒ得ルノ狀態ニ在ルニ止リ未喪失スヘキト云フコトヲ得サルカ故ニ他ノ共有者又ハ他ノ社員ハ其權利ヲ行フコトヲ得サルナリ然ラハ則第五五條ハ畢竟船舶カ將ニ國籍ヲ喪失セントシテハアルトキノミニ其適用アリト謂フヘキナリ

第二 共有者ノ義務
(一) 利用、關スル費用負擔ノ義務 船舶共有者間ニ在テハ船舶ノ利用ニ關スル事項ハ各共有者ノ持分ノ價格ニ從ヒ其過半数ヲ以テ之ヲ決シ又船舶ノ利用ヨリ生シタル損益モ亦共有者ノ持分ノ價格ニ應シテ之ヲ爲ス以上ハ船舶ノ利用ニ關スル費用ヲ其持分ノ價格ニ應シテ之ヲ負擔スルハ洵ニ當然ト謂フヘキナリ(五四七條)

(二) 損失、負擔、義務 船舶ヲ利用シ爲ニ損失ヲ招キタルトキハ其損失ハ每航海ノ終ニ於テ計算ヲ爲シ共有者持分ノ價格ニ應シテ之ヲ負擔スヘキナリ蓋利益ノ分配ヲ持分ノ價格ニ應シテ之ヲ爲ス以上ハ損失負擔モ亦然ラサルヲ得サルハ言フ俟タサルナリ(五五〇條)又船舶ヲ利用スルト否トニ拘ラス船舶自體ニ損害アリタルトキハ各共有者其持分ノ價格ニ從テ其損害ヲ負擔セサルヘカラサルコトハ所有權ノ共有其モノノ性質上當然明白ナル所ナリ

第三項 船舶共有者ノ第三者即外部ニ對スル關係

船舶共有者ノ第三者即外部ニ對スル關係ヲ關スルニ法律ノ特ニ規定スル所ハ其義務ノミニ關シ權利ニ關セス乃其義務ヲ左ニ説明スヘシ
(一) 持分ノ價格ニ應シ船舶ノ利用ヨリ生シタル債務辨濟ノ義務 數人カ商行爲ニ因テ債務ヲ負擔シタルトキハ別段ノ意思表示ナキトキハ各自連帶シテ其責ヲ負フコトハ商行爲ノ通則ナリ(二七三條一項)然ルニ船舶ノ利用ヨリ生シタル債務ニ付テモ亦此通則ヲ適用シ船舶共有者ハ船舶ノ利用ニ付テ生シタル債務ヲ各自連帶シテ負擔スルモノトセハ或ハ船舶股份ノ數ヲ制限セス或ハ持分ノ自由讓渡ヲ許シ以テ可成危險分擔ノ主義ヲ採リタル性質ト抵觸スルニ至ル隨テ其結果共有ノ組織ヲ以テ航海業ヲ爲スコトヲ據忌シ延テ航海業ノ進歩ヲ害スルニ至ルヘシ故ニ各共有者ハ唯其持分ノ價格ニ應シテ債務辨濟ノ責任アリトシ通則ニ對スル例外ヲ認メタルナリ(五四九條)而シテ此事タル共有者間ニ組合關係ノ存スル場合タルト然ラサル場合タルト間ハサルナリ然レトモ該規定タル所謂公益規定ニ非サルカ故ニ共有者各自力進テ連帶責任ヲ負擔スルコトハ固ヨリ妨ケサル所ナリ唯別段ノ意思表示ナキ場合ニ於テ

各共有者ノ責任ハ其持分ノ價格ニ從フト云フ

又右ノ義務タル共有者カ第三者即債權者ニ對スル關係ヲ定メタルモノナルカ故ニ共有者相互ノ間ニ在テハ如何ニ其債務ヲ負擔スルカハ是別問題ナリ多クハ契約ニ因テ定メラルヘシト雖特約ナキ場合ニ付テハ既ニ説明ヲ了ヘタル第五四七條及第五五〇條ニ依テ決セラルヘキナリ

(二) 船舶管理人ヲ選任スルノ義務 共有船舶ヲ利用セントセハ議決權ノ過半數ニ依テ之ヲ決セサルヘカラサルコトハ既ニ之ヲ述ヘタリ然ルニ一多數共有者ノ總會ヲ開キテ以テ之ヲ議決セサルヘカラストセハ彼等相互ノ間ニ在テ其不便言フヘカラス又第三者カ之ヲ取引ヲ爲スニ共有者中ノ何人ニ向テ交渉ヲ爲スヘキヤ得テ知ルヘカラサルトキハ亦其不便言フヘカラス又船舶ニ關スル行政上ノ取締ノ爲ニ船舶共有者ノ特定代理人ヲ定メ置キテ船舶ニ關スル總テノ事項ハ其者ニ向テ布達命令スルノ必要アリ如此公益上並ニ私益上共ニ共有者ノ特定代理人ヲ選任シ置クコト必要ナリ是猶會社組織ノ營業上常務取締役ヲ選任スルノ必要アルト稍其趣ヲ同クス故ニ法律ハ強要シテ以テ船舶共有者ハ管理人ヲ選任スルモノト定メタリ(五五二條一項)如此公益上ヨリ管理人ノ選任ヲ必要トシタルカ故ニ共有者ノ任意ノ契約ニ基キ之ヲ選任ヲ爲ササルコトヲ得サルナリ

第二節 船舶管理人

第一 船舶管理人ノ選任及代理權ノ消滅

其選任及解任共ニ船舶ノ利用ニ關スルノ事項タルコト明ナリ故ニ共有者ノ持分ノ價格ニ從ヒ其過半數ヲ以テ之ヲ決スヘキナリ(五四六條)然ルニ共有者中ノ一人ヲ以テ管理人トスル場合ハ過半數ノ議決ニ

依ルモ甚シキ弊害ナレ何トナレハ過半数ノ投票ヲ得ル位ノ人物ナルカ故ニ共有者間ニ借用アルヘク又若然ラストスルモ多額ノ持分ヲ有スル者カ其選ニ當ルヘケレハナリ反之共有者ニ非サル者ヲ以テ管理ハトスル場合ニハ多數者ハ往往少數者ヲ壓シテ自己ノ爲ニ都合好キ人物ヲ舉タルコトナキヲ保シ難シ故ニ法律ハ此場合ニ於テハ共有者全員ノ同意アルコトヲ必要トシタリ(五五二條二項)

法律カ既ニ船舶管理人ノ選任ヲ強要シ且之カ權限ヲ法定シタル以上ハ其選任及代理權ノ消滅ニ付之ヲ第三者ニ公示スル方法ヲ設クルハ最至當ノ事タリ乃之カ登記ヲ爲スコトヲ必要トス(五五三條三項)況ク代理權ノ消滅ト云ヒタル所以ハ唯リ解任ノミナラス民法第一一條ニ列舉シタルカ如キ代理權消滅ノ方法數多存スレハナリ

第二 船舶管理人ノ權限

商法第五三條第一項ニ規定セリ

本條ニ列舉シタル一號乃至五號ノ行爲タル極テ重要ナルモノニシテ船舶共有者ニ取リテハ利害ノ關係ヲ有スルコト最大ナリ然ルニ之ヲ船舶管理人ノ爲ス所ニ一任スルハ頗ル危險ナリトス仍テ此等ノ行爲ヲ除キ其以外ノ船舶ノ利用ニ關スル一切ノ行爲ヲ爲シ得ルモノトセルナリ
尙法文ノ解釋上疑問ト爲ルヘキ點ヲ説明センニ船舶ノ讓渡若クハ委付ノ如キモ亦船舶ノ利用ニ關スル行爲ナリヤ否ヤ法文ノ解釋トシテハ然リト答ヘサルヘカラス何トナレハ法文ニ左ニ掲ケタル行爲ヲ除ク外船舶ノ利用ニ關スル一切ノ行爲ト云ヒテ左ニ掲ケタル第一號乃至第五號ノ行爲モ亦船舶ノ利用ニ關スル行爲ナリト認メタルハナリ若然ラズンハ特ニ列舉シタルヲ除外スルノ必要ナキナリ故ニ船舶ノ讓渡及委付ノ如キモ船舶ノ利用ニ關スル行爲ナリト謂ハサルヘカラス然レトモ法文上特ニ注意スヘキ

コトハ法文ニハ船舶ノ利用ニ關スル行爲ト云ヘリ故ニ船舶ノ讓渡若クハ委付カ常ニ船舶ノ利用行爲ナリト認メタルニ非ス法文ハ船舶ノ讓渡若クハ委付モ亦船舶ノ利用ニ關スル行爲タル場合アルコトヲ豫想シタルニ過キサルナリ例之船舶ヲ利用シテワアルニ當リ偶海難ニ遭遇シテ坐礁シ到底救助ノ見込ナキニ因リ又ハ救助ノ見込アルモ其費用ヲ投セヨリ寧他人ニ賣却スルヲ利益アリトシテ之ヲ他人ニ讓渡ス場合ノ如キ又ハ該船舶ハ保險ニ付シアリタルカ故ニ之ヲ保險者ニ委付シタル場合ノ如キハ其讓渡若クハ委付タルヤ何レモ船舶ノ利用ニ關シテ生シタル行爲ト謂ハサルヘカラス反之船舶ヲ唯突然他人ニ無償ニテ讓渡スル場合ノ如キハ其讓渡タルヤ利用ニ關スル行爲ト謂フコトヲ得ヌ要スルニ船舶ノ讓渡若クハ委付カ常ニ船舶ノ利用行爲ナリトハ看ルコトヲ得サルモ利用ニ關スル行爲タル場合アルモノト知ルヘキナリ

既ニ船舶ノ讓渡若クハ委付ヲ以テ船舶ノ利用ニ關スル行爲タル場合アリトスレハ左ノ結果ヲ生ス既ニ説明シタルカ如ク船舶ノ利用ニ關スル事項ハ共有者ノ持分ノ價格ニ從ヒ過半数ヲ以テ之ヲ決ス(五四六條)然ルニ船舶管理人ノ選任スラ若共有者ニ非サル者ヲ以テ之ニ任スルトキハ共有者全員ノ同意ヲ要スト爲シタルニ(五五二條一項)船舶ニ付テハ最重要ナル事項ニ屬スル船舶ノ讓渡若クハ委付カ共有者ノ過半数ノ議決ニ依テ遂行シ得ラルルコトト爲ル故ニ大ニ權衡ヲ得サルカ如シ然レトモ船舶ノ讓渡若クハ委付カ常ニ共有者ノ過半数ノ議決ニ依テ決セラサルニ非シシテ船舶ノ利用ニ關スル事項トシテ生シタル場合ニ於テノミ過半数ノ議決ニ依ルモノナルカ故ニ必シモ大ナル不權衡ヲ生セサルヘキカ
第二號ニ所謂保險ニ付スルコトハ相互保險ニ付スルコトモ亦其中ニ包含ス又第五號ニ所謂「借財ヲ爲ス」トハ金銭其他之ニ準スヘキ物ノ消費借ノ意ナリ況ク金品給與ノ債務ヲ負擔スル總テノ行爲ヲ指稱セシ

モノニ非サルナリ(法學志林五三號三一頁)

既ニ船舶管理人ノ法定權限ヲ認メタル以上ハ之ニ加ヘタル制限ハ以テ設ニ第三者ニ對抗シ得サルモノト爲ササルヘカラス即善意ノ第三者ニ對抗シ得サルナリ(五五三條二項)

終ニ船舶管理人ノ代理權限ノ性質ニ付一言スヘシ乃其代理權限タルヤ委任代理ニシテ法定代理ニハ非ス是猶支配人、船長等ノ代理權限カ同ク委任代理タルカ如シ唯法律ハ其權限ノ範圍ヲ定メタルノミ授權ノ源ハ委任ニ在ルナリ換言スレハ船舶管理人ノ選任ハ即委任契約ナリ管理人ハ之ニ因テ代理權限ヲ得故ニ管理人ハ船舶共有者ノ委任代理人ニシテ所謂法定代理人ニハ非サルナリ

第三 船舶管理人ノ義務

(一) 帳簿ヲ記載シ且計算ヲ爲スノ義務 船舶管理人ト共有者トノ關係ハ多クハ皆相互ノ契約ニ因テ定メラルヘシト雖唯其特約ノ存スルト否ト拘ラス船舶管理人ノ事務ヲ明瞭ニ記載シテ以テ其責任ヲ明ニスル必要アルハ論ヲ俟ス故ニ船舶管理人ハ特ニ帳簿ヲ備ヘ之ニ船舶ノ利用ニ關スル一切ノ事項ヲ記載スルコトヲ必要トセリ又共有者ハ損益ノ分配ヲ每航海ノ終ニ於テ之ヲ行フモノト爲シタルカ故ニ船舶管理人モ亦每航海ノ終ニ於テ運賃ナク其航海ニ關スル計算ヲ爲シテ各船舶共有者ノ承認ヲ求ムルコトヲ要スルモノトシ以テ船舶管理人ノ監督ヲ行フト同時ニ損益分配ノ便宜ヲ計リタリ

(二) 船舶管理人タル共有者ハ其持分ヲ自由ニ讓渡スコトヲ得ス 是管理人ニ選任セラレタル以上ハ其義務ヲ盡スル當然トスレハナリ元來共有者タルカ故ニ過半數ノ議決ニ依テ彼レヲ管理人ニ選任シタルナル(シ然ルニ自己ノ自由ニ其持分ヲ讓渡シ得ルトキハ自己ノ任意ニテ一旦就職シタル管理人ノ職務ヲ辭シ得ルノ結果ヲ來ス是不當ト謂フヘシ故ニ管理人タル共有者ハ他ノ共有者ノ同意ヲ得シテ其持

分ヲ勝手ニ讓渡スコトヲ得サルナリ(五五一條但書)

第四節 船舶賃借人

第一 船舶賃借契約ノ性質

茲ニ所謂賃借トハ民法ニ所謂賃借ト全ク同一ノ性質ヲ有シ賃借人ハ賃金ヲ拂ヒテ船舶ニ對スル使用、收益ノ權ヲ得ルモノニシテ其船舶ノ使用ニ必要ナル準備例之船舶ノ修裝、船員ノ雇入等ハ皆通常之ヲ賃借人ニ於テ行フヘキ所ノモノナリ賃借人ハ唯之カ使用ニ必要ナル修繕ノ義務ヲ負フノミ然ルニ舊商法第八七條乃至第八八條ニ於テ船舶賃借ト題シテ規定セル所ノモノハ其性質全ク之ト異リ新商法ニ所謂船舶一部若クハ全部ノ備船ニシテ運送契約ニ過キサルナリ故ニ新商法ニ所謂船舶賃借ト舊商法ニ所謂船舶賃借トハ其名同ウシテ其性質全ク異レリ唯事實問題ト爲レハ果シテ船舶契約ナルヤ船舶賃借契約ナルヤ識別シ難キ場合多ク殊ニ英法ニ於テハ此點ニ關シテ大ニ論争アリト雖是固ヨリ事實問題ナルカ故ニ我國ニ於テハ爭ノ生シタル場合ニハ裁判所ノ認定ニ一任スヘキノミ

賃借契約ハ素賃借人ト賃借人トノ間ニ債權債務ノ關係ヲ生スルニ過キスト雖民法ニ於テモ既ニ不動產ノ賃借ハ之ヲ登記スレハ爾後物權ヲ取得シタル者ニ對抗シ得ルコト均ク船舶ニモ既ニ登記ノ制アルカ故ニ之ヲ登記スレハ以テ爾後其船舶ニ付物權ヲ取得シタル者ニモ亦對抗シ得ルモノトセリ(五五六條)但本條ニモ亦廣ク船舶ト云フト雖第五四一條ニ付テ説明シタルカ如ク登記ヲ爲スコトヲ要スル船舶ノミニ限ルコト勿論アリ何トナレハ總噸數二十噸未満又ハ積石數二百石未満ノ船舶ニ付テハ登記ノ制存在セザレハナリ

第二 賃借人ノ權利義務

賃借人ト賃借人タル船舶所有者トノ關係ハ貸借契約ノ性質ニ依テ定ルカ故ニ敢テ説明スルノ要ナシ唯賃借人カ船舶ヲ使用、收益スルニ當リ海商編ノ適用ヲ受クヘキ性質ノ行爲ニ立入ルトキ換言スレハ商行爲ヲ爲ス目的ヲ以テ其船舶ヲ航海ノ用ニ供スルトキハ賃借人ト其相手方タル第三者トノ關係ハ如何ニ爲ルヘキヤ例之賃借人カ船舶ヲ運送營業ニ利用シ況テ第三者ト運送契約ヲ締結セシ場合ニ於テハ該運送契約ノ當事者ハ船舶所有者ニ非スシテ船舶賃借人タリ故ニ此等ノ場合ニ於テハ船舶賃借人ヲシテ第三者ニ對シテ船舶所有者ト同一ノ權利義務ヲ有セシメサルヘカラス仍テ商法第五七七條第一項ノ規定アリ

茲ニ一疑問ノ存スルハ船舶賃借人モ亦第五四四條ニ依リ船舶委付ノ權ヲ有スルヤ否ヤノ點是ナリ此問題ハ船舶賃借人カ第三者ニ對スル關係ト船舶賃借人カ船舶所有者ニ對スル關係トノ二方面ニ分テ觀察スルヘカラス即船舶賃借人ト第三者トノ關係ニ於テハ賃借人ハ第三者ニ對シテ委付ヲ爲シテ其責任ヲ免ルルコトヲ得ルモノナリ何トナレハ第五七七條第一項ノ明文ニ「利用ニ關スル事項ニ付テハ第三者ニ對シテ船舶所有者ト同一ノ權利義務ヲ有ス」ト曰ヘナリ而シテ船舶ノ委付カ船舶ノ利用ニ關スル事項タルコトアルハ既ニ前節第五三三條ヲ説明スル段ニ於テ十分説述シタル所ナリ人或ハ賃借人ハ委付ヲ爲スコトヲ得ルモ其委付ノ目的物タルハ賃借人カ當然處分シ得ル運送貨ノミニ限ル爲ス者アリ(法學協會雜誌二二卷十號市村學士論文)然レトモ是非ナリ賃借人ト第三者トノ關係ニ於テハ第五七七條第一項ノ趣旨ニ從ヒ若委付ヲ爲サザレハ則已ム荷委付ヲ爲ス以上ハ第五四四條ニ列舉シタル財產ノ全部ナラサルヘカラス即船舶モ亦併セ委付セサルヘカラス何トナレハ法文ニ「船舶所有者ト同一ノ權利義務ヲ有ス」ト曰ヒテ賃借人カ委付ヲ爲ス場合ニ付特ニ何等ノ區別ヲ設ケザレハナリ而シテ船舶賃借人ト所有者トノ關係ニ於テハ賃借人ハ他人所屬ノ物ヲ當然委付スルコトヲ得ルヤ否ヤ是即問題ナリ此點ニ付テハ法文何等ノ規定スル所ナシ何トナレハ第五七七條第一項タルハ賃借人ト第三者トノ關係ヲ規定シタルモノニシテ賃借人ト所有者トノ關係ヲ規定シタルモノニ非サザレハナリ蓋法文ニ「對シテ」云云トアルニ據テ此點明瞭ナリ既ニ賃借人ト所有者トノ關係ニ付何等ノ明文ナシトスレハ全ク民法ノ貸借ノ規定ニ依テ判斷セサルヘカラス然ルニ民法貸借ノ效力トシテハ賃借物ノ使用、收益ノ權ヲ賃借人ニ認ムルニ止リ賃借物ノ讓渡若クハ委付ノ如キ處分行爲ヲ當然認ムルモノニ非サルナリ故ニ賃借人ト所有者トノ間ニ明示若クハ默示ノ特約アレハ格別若然ラサルニ於テハ船舶賃借人ハ船舶所有者ニ對スル關係ニ於テハ委付ヲ爲スコトヲ得サルモノナリ故ニ賃借人ハ若委付ヲ爲スコトヲ以テ自己ノ爲ニ利益アリト信セハ委付ヲ爲ス前ニ當リ豫船舶所有者トノ間ニ交渉ヲ爲シテ其承諾ヲ經ナルヘカラス然ルニ船舶所有者ニ於テ其承諾ヲ與ヘス又ハ承諾ヲ求ムル暇ナキニ因リ事後承諾ヲ求ムル考ニテ船舶ノ委付ヲ爲サントスル場合ニ於テハ賃借人ハ畢竟法律上又ハ契約上ノ權利ニ基キテ委付ヲ爲スニ非スシテ不法行爲トシテ委付ヲ爲スモノナリ故ニ船舶所有者ニ對シテ不法行爲ニ因ル損害賠償ノ責ニ任スヘキナリ

右ハ賃借人ト第三者若クハ船舶所有者トノ關係ナリト雖第三者ト船舶所有者トノ關係ハ如何即賃借人カ船舶ヲ利用セシカ爲ニ幾多ノ利害關係人ヲ生シ其利害關係人中第六章船舶債權者ノ中ニ規定シタル法定原因ニ基キ船舶ニ對スル先取特權ヲ取得スル者アルヘシ其先取特權ハ以テ船舶所有者ニ對シテモ亦效力ヲ有スルヤ否ヤノ點是ナリ元來總理ヨリ言ヘハ該債權者タルハ船舶賃借人ノ債權者ニシテ船舶

所有者ノ債權者ニ非サルカ故ニ其先取特權ヲ以テ船舶所有者ニ對抗シ得サルカ如シ然リト雖若如此ンハ法律カ特種ノ債權者ヲ保護スル爲ニ特ニ先取特權ヲ與ヘタル目的ヲ達スルコト能ハサルヘク其結果延テ航海業ノ進歩ヲ害スルニ至ルノミナラス元來船舶所有者ト雖既ニ船舶ヲ貸貸シ船舶ヲ利用スルコトヲ許シタル以上ハ其結果先取特權者ヲ生シ之カ行使ヲ對抗セラルコトアルヲ豫想セシモノナリト謂ハサルヘカラス故ニ船舶ノ利用ニ付生シタル先取特權ハ船舶所有者ニ對シテモ亦其效力ヲ有セシメサルヘカラス然レトモ賃借人ノ船舶利用ノ方法カ其船舶所有者ト間ニ締結シタル船舶貸借契約ニ違反シテ行フモノタルコトヲ先取特權者ニシテ既ニ之ヲ知レル場合ニ於テハ先取特權者ハ其權利ヲ以テ船舶所有者ニ對シテ效力ヲ有スルコトヲ得サルモ爲ニ損害ヲ被ルコトナカルヘキナリ故ニ此場合ニ於テハ先取特權者ハ船舶所有者ニ對シテ其權利ヲ行使スルコトヲ得サルナリ(五五七條二項)

第三章 船長

第一節 船長ノ地位一般

船長ハ商法ノ意義ニテ之ヲ言ヘハ商行為ヲ爲ス目的ヲ以テ航海ノ用ニ供スル船舶ノ指揮者ナリ其地位ハ公私ノ二方面ニ分テ之ヲ觀察スルヲ可トス
(一) 公法上ノ地位 船長ノ公法上ノ地位トハ船長ノ國家ニ對スル關係ナリ其關係モ亦二方面ニ分テ之ヲ觀察スルヲ可トス即一ハ船長ノ公法上ノ職務若クハ權限ニ關スル方面ニシテ他ハ船長タルニ要スル資格又ハ其取締ニ關スル方面ニナリ
(イ) 船長ノ公法上ノ職務並ニ權限ニ付テハ船員法其他ノ行政法規ニ依テ定ル蓋船舶ハ陸地ヲ離レテ

遼々外洋ニ航行スルモノナルカ故ニ船舶内ノ平和、秩序ヲ維持セシメシカ爲ニハ之カ指揮者タル船長ニ多少ノ行政並ニ司法警察ノ職務權限ヲ有セシムヘキハ當然ナリトス故ニ例之船内ニ犯罪者アリタルトキハ船長ハ司法警察官ノ職務ヲ行フ(刑訴四八條)又船長ハ海員ヲ指揮、監督シ且船中ニ在ル者ニ對シテ其職務ヲ行フニ必要ナル命令ヲ爲スコトヲ得(船員法一二條)又船内ノ規律ヲ維持スル爲ニハ海員並ニ旅客ニ對シテ懲戒權ヲ行フコトヲ得(船員法三六條以下)尙其命令ニ服從セサル者アリテ必要ナル場合ニハ軍艦、地方官廳又ハ管海官廳ニ其援助ヲ求ムルコトヲ得如此船長ハ公法上ヨリ來ル許多ノ職務並ニ權限ヲ有ス

(ロ) 他方ニ於テ船長自身ノ資格並ニ取締ニ關シテハ船舶職員法、海員懲戒法等ニ規定アリ蓋船長ハ船舶ノ指揮者ニシテ許多ノ生命、財産ハ舉ケテ彼レノ一身ニ委キタルモノナルカ故ニ船長タルニハ一定ノ試験ニ及第シ海技堪能ノ者ナラサルヘカラス現行法ニ定メラレタル船長免狀ノ種類ニ甲種船長、乙種船長、丙種船長ノ三種アリ(船舶職員法三條)又船長カ其職務ヲ行フニ當リ不法ノ行為アリタルトキハ其輕重ニ依テ懲戒セラル(海員懲戒法一條、二條)

(二) 以上ハ船長ノ公法上ノ地位ノ概要ナルモ詳細ハ行政法規ノ說明ニ譲リテ茲ニ之ヲ述ヘス
(三) 私法上ノ地位 商法ハ即專船長ノ私法上ノ權利義務ニ關係セル事項ニ付テ規定ヲ設ケタルモノトス然レトモ同一規定ニシテ公法上ノ目的ノ爲ニモ亦私法上ノ目的ノ爲ニモ必要ナルモノナキニ非ス隨テ商法中ノ規定ニシテ必シモ唯リ私法上ノ權義ニモ關スル規定ナリト解スヘカラス船員法中ノ規定ニ付テモ亦然リ其中ノ規定カ毫モ私法上ノ權義ニ關係ナシト謂フヘカラス唯其目的ノ輕重ニ從ヒ或規定ハ之ヲ船員法中ニ收メ或規定ハ之ヲ商法中ニ容レタリト解スルノ外ナク二者並ニ行テ法ノ目的ヲ

達スルモノト謂フヘキナリ
船長ノ私法上ノ關係ハ一般ノ利害關係人ニ權スル關係、二ニ船長ノ船舶所有者ニ對スル關係、三ニ船長ノ積荷ノ利害關係人ニ對スル關係ノ三ニ分チテ説明スルヲ便宜トス

第二節 船長ノ一般ノ利害關係人ニ對スル關係

第一項 職務上注意ノ責任

商法第五八條第一項ハ即船長カ其職務ヲ行フニ付船長トシテノ相當ノ注意ヲ意リ爲ニ船舶所有者、備船者、荷送人、旅客、海員船舶債權者等ノ利害關係人ニ對シテ損害ヲ生シタル場合ニ直接ニ其賠償ノ責任ヲ負フ旨ノ通則ヲ定メタルモノナリ
茲ニ所謂職務トハ頗廣キ書方ナルカ故ニ船長ノ有スル總テノ職務ト解スルノ外ナシ故ニ其範圍極テ廣ク或ハ公法上ノ職務ニ屬スルモノアリ或ハ私法上ノ職務ニ屬スルモノアリ又私法上ノ職務ノ中或ハ技術上ノ勞務ニ屬スルモノアリ或ハ法律行為ニ關スルモノアリ又契約上ニ基クモノアリ又ハ法律上ヨリ直接ニ課セラレタルモノアリ其法律上ヨリ來ル職務ニ付テハ一定不變ナルモ契約上ヨリ來ル職務ニ在テハ契約ニ依テ其職務ノ範圍ノ廣狹ニ差異アルヘシ例之船舶所有者者カ船長トノ契約ニ於テ其權限ノ範圍ヲ制限セル場合ノ如キ是ナリ斯ル場合ニ於テハ船長ト船舶所有者者トノ關係ニ於テハ其狹キ範圍ノ職務ニ過キサルモ第三者ニ對スル關係ニ於テハ其職務ノ範圍タルヤ客觀的ニ法律上定メラレタル權限内ニ於テ船長ハ其責任ヲ負フモノト謂フヘシ然レトモ惡意ノ第三者ニハ同ク對抗シ得ヘシ(五六七條)(ワグナー)海法論(三六九頁)今何カ故ニ船長カ斯ル責任ヲ負擔スルカ其責任ノ根據ヲ考察センニ

- (1) 船舶所有者ニ對シテハ船長ハ使用人トシテノ契約關係ニ立ツ故ニ船舶所有者ニ對シテハ船長ハ契約上ノ義務トシテ相當ノ注意ヲ加フル責任アルコト勿論ナリ
- (2) 積荷ノ利害關係人ニ對シテハ法律上ヨリ與ヘラレタル權限ニ依テ積荷ノ處分ノ爲ニ直接ノ代理關係ニ立ツ(五六五條)隨テ其代理權限ヲ執行スル上ニ於テ直接ノ責任ヲ負フヘキ勿論ナリ
- (3) 此他總テノ利害關係人ニ對スル關係ニ於テ船長カ若故意又ハ過失ニ因リ此等ノ者ニ損害ヲ加ヘタル場合ニハ民法不法行為ノ原則ニ因リ直接ノ責任ヲ負フコトアルヘキハ勿論ナリ(シヤプス)海商註釋一四三頁

以上述ヘタル(1)乃至(3)ノ場合ニ在テハ本條ノ有無ニ拘ラス船長ハ既ニ此等ノ利害關係人ニ對シテ直接ニ損害賠償ノ責任ノ地位ニ立ツモノナリ唯本條アルカ爲ニ船長カ相當ノ注意ヲ缺キタルコトノ舉證ノ責任ノ上ニ於テ相手方ハ單ニ裨益ヲ蒙ルコトアルノミ何トナレハ法文ニ船長ハ注意ヲ怠ラサリシコトヲ證明スルニ非サレハト曰ヒテ相當ナル注意ヲ盡シタルコトノ舉證ノ責任ヲ船長ニ負ハシムレハナリ故ニ此等ノ(1)乃至(3)ノ場合ニ在テハ船長カ直接ニ損害賠償ノ責任スル根據既ニ明ナルモ其以外ノ場合ニ於テ何故ニ船長ハ如此直接ニ責任ヲ負フカ蓋船長ハ船舶所有者ニシテ直接ニ契約關係ニ立ツコンスレ他ノ利害關係人ニ對シテハ毫モ契約關係ニ立タサルモノナリ故ニ契約關係ヲ以テ船長直接ノ責任ヲ説明スルコト能ハサルナリ備船者、荷送人、旅客等ノ利害關係人ニ對シテ直接ノ契約關係ニ立ツ者ハ船舶所有者者彼自身ナリ船長ハ唯彼レノ代理人トシテ運送契約ヲ締結シ又ハ其履行ヲ完了セントスルモノナリ代理人ノ行為ハ代理人カ直接ニ其責任ヲ負フモノナリシテ本人カ其責任ヲ負フモノナリ故ニ船長ノ行為ニ付テモ本人タル船舶所有者者カ其責任ヲ負フモノナリ故ニ契約關係ヲ以テ船長カ備船者

以下ノ利害關係人ニ對スル直接責任ヲ説明スルコト能ハサルナリ然ラハ本條ノ船長ノ廣キ直接ノ責任ハ何ニ基因スルカ是全ク本條即法律ノ力ニ因テ創設シタル直接ノ責任ト謂ハサルコトヲ得ス然ラハ何カ故ニ法律ハ如此法律ノ力ニ因テ船長ニ直接ニ責任ヲ負擔セシメタルカ蓋契約當事者タル船舶所有者カ既ニ船長ノ行為ニ對シテ責任ヲ負フト雖其責任タルヤ有限ナリ(五四四條)殊ニ船舶所有者カ負擔スル契約關係上ノ責任以外ニ於テ船長ノ行為ノ職務ノ範圍タルヤ頗廣大ナルカ故ニ契約關係上並ニ船員ノ不法行為ニ付テ船舶所有者カ第五四四條ニ依リ既ニ責任ヲ負擔セルニ拘ラス之ト同時ニ船長ヲシテ本條ニ依リ彼レノ自家ノ頭上ニ直接ニ責任ヲ負擔セシメ以テ彼レヲシテ十分ニ其注意ノ職責ヲ盡サシメシムコトアラシメシムカ爲ナリ「シャッブス」海商註一四五頁「マコーウエル」一二版五二二條ニ卷三三頁「ワグナー」三六六頁以下「ボーエンス」一「卷獨四七八條三〇頁」

而シテ注意ノ程度ハ如何法文何等ノ明言スル所ナキカ故ニ船長トシテノ普通一般ノ相當ナル注意ト謂ハサルヘカラス而シテ其注意ナルモノハ實際ニ當リタル各場合毎ニ異ナルヘキモノニシテ敢客觀的ノ絕對ノ標準アルモノニ非サルナリ故ニ多クハ海員社會ノ技術的慣習ニ依テ定リ又商法ノ船員法其他ノ特別法令ニ於テ各場合ニ付特別ノ規定アルモノハ之ニ依ルヘキハ勿論トス例之船員法第一五條ニ謂フ所「船舶カ港灣ヲ出入スルトキ、狹隘ナル水路ヲ通過スルトキ其他危險ノ虞アルトキハ船長ハ甲板ニ在リテ自ら船舶ヲ指揮スルコトヲ要ス」ト云フ場合ノ如キ又ハ同法第一九條ニ所謂「船舶ニ急迫ノ危險アルトキハ船長ハ人命、船舶及ヒ積荷ノ保護ニ必要ナル手段ヲ盡シ且旅客、海員其他船中ニ在ル者ヲ去ラシメタル後ニ非サルハ其指揮スル船舶ヲ去ルコトヲ得」ト云フ場合ノ如キハ之ニ從テ其注意ヲ盡スヘキハ勿論ナリ又水先人ヲ附シタル場合ト附セサル場合又ハ強制水先人ヲ附シタル場合ト付テハ船

長ノ注意ニ差異アルヘキモ法律ニ明文アルモノハ格別然ラサレハ畢竟各場合ノ事實問題ニ歸スヘキモノトス「ボーエンス」一「卷三三三頁」要スルニ船長カ相當アル注意ヲ盡スモ生シ得ヘキ損害例之不可抗力ニ因ル損害等ニ付テハ船長ハ固ヨリ賠償ノ責任ナキハ勿論ナリ

船舶所有者者カ若船長ニ指圖ヲ與ヘ船長ハ其指圖ニ從テ職務ヲ行ヒタル場合ト雖船舶所有者以外ノ第三者ニ對シテハ船長ハ前述シタル賠償ノ責任ヲ免ルコトヲ得ス(五五八條二項)蓋船長ハ航海ニ關スル技術者ニシテ其職務ヲ行フニ付テ彼レ自ラ能ク其判斷ヲ爲スコトヲ得ヘク殊ニ前述シタル責任タルヤ法律上ヨリ直接ニ船長彼レ自身ノ頭上ニ課シタルモノナレハナリ故ニ船舶所有者者ノ指圖ニ名ヲ籍リテ其責任ヲ免ルコトヲ得ス但指圖ヲ與ヘタル船舶所有者者ニ對シテハ其責任ヲ免ルコトヲ得ルハ勿論ナリ尤總令船舶所有者者ノ指圖アリタル場合ト雖船長ハ技術者ニシテ能ク其指圖ノ危險ナルコトヲ知リ船舶所有者者ハ非技術者ニシテ之ヲ知ラスシテ指圖ヲ與ヘタル場合ニ船長ハ故意ニ其指圖ニ名ヲ籍リテ其職務ヲ行ヒ爲ニ損害ヲ生シタル場合ニ船舶所有者者ニ對スル賠償責任ヲ免ルコトヲ得ルヤ否ヤ此場合同ニ於テハ船長ハ第五五八條第一項ノ責任ヲ免ルコト雖民法ノ不法行為ノ原則ニ依リ其責任ヲ免ハサルヘカラス何トナレハ偶船舶所有者者ノ指圖アリタル場合トシテ故意ニ他人ノ權利ヲ害シテ損害ヲ加ヘタリト謂フコトヲ得レハナリ「シャッブス」一四五頁

船長カ船舶所有者者ノ指圖ニ從ヒタル場合ト雖船長彼レ自身カ第三者ニ對シテ其責任ヲ免ルコト能ハサルハ前述シタルカ如シト雖此場合ハ船舶所有者者彼レ自身モ亦第五四四條ニ依リ責任ヲ負擔セヘク殊ニ此場合ノ多クハ同條第一項但書ノ場合ニ相當シ船舶所有者者ハ委付權ヲ行フコトヲ得ス無礙責任ヲ負擔スルニ至ルヘキナリ

又第五八條ニ謂フ所ノ船長ノ責任タルヤ常ニ無責任ナルカ故ニ船舶所有者同時ニ船長タル場合ニ於テハ第五四條ニ依リ船舶所有者トシテ組合委付權ヲ行ヒ得ル場合ト雖若船長トシテ其職務ヲ行フニ付注意ヲ怠ラサリシコトノ證明ヲ爲スニ非スハ船長トシテ無責任ヲ負擔スヘキナリ
以上ヲ以テ第五八條ノ解釋ノ說明ヲ終レリト雖立法論トシテハ本條ハ頗爾ズヘキ點ナキニ非ヌ例之船長カ責任ヲ負フ相手方ノ範圍ニ付テモ獨商法第五一二條第一項ノ如キハ特ニ指定シタル範圍ニ限リ殊ニ船舶債權者等ニ付テハ獨商法ノ議定ニ際シ第一讀回及第二讀回ニ於テ大ニ議論ノ存シタル所ナリシ「マコーウェル」五二條然ルニ我商法ハ單ニ「其他ノ利害關係人」ト曰ヒテ其範圍頗廣キニ過タルノ觀アリ其職務範圍モ頗廣キニ失スルノアリ又舉證ノ責任ニ付テモ獨商法ハ之ヲ賠償請求者ニ負ハシメタリ我商法カ免責舉證ノ責任ヲ船長ニ負ハシメタルハ畢竟斯種ノ舉證ヲ相手方ヲシテ爲サシムルハ困難ナリト認メタルニ由ルモノナリ

第二項 海員監督ノ責任

海員ハ船舶所有者ノ使用人ナルカ故ニ海員カ其職務ヲ行フニ當リ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ船舶所有者其責任スルコトハ既ニ第五四條ニ於テ證明シタル所ナリ然ルニ商法第五九條ハ船舶所有者ノ責任ト全ク分離シテ海員監督ノ責任ヲ船長ニ負ハシメタリ第五八條ハ船長職務ヲ行フニ付他人ニ損害ヲ加ヘタル場合ニシテ海員自ラ責任ヲ負フヘキハ當然ナレトモ海員ハ資力ヲキ者ナルカ故ニ之カ監督ノ地位ニ在ル船長ヲシテ第三者ニ對シテ直接ニ責任ヲ負ハシメタルモノナリ而シテ舉證ノ責任ハ船長ニ在ルヲ以テ自ラ監

督ヲ怠ラサリシコトヲ證明セサルヘカラサルナリ尙本條ノ責任ハ全ク民法第七〇五條第二項ノ監督者ノ責任ト同一ノ理由ニ基ク但商法ノ責任ハ唯リ監督ノミニ關シ選任ニ付テノ責任ハ使用者タル船舶所有者カ負フヘキヲ當然トス外國ノ立法例トシテ西班牙第六一八條四號丁抹、諾威第五九條第二項ニ本條ト略同意ノ規定アリ「リオン、カン」及「ルノ」三版五卷五二一號乃至五五二號

第三項 船舶ノ指揮ニ關スル義務

船舶ノ指揮ニ關スル義務ハ「ワグナー」ノ分類ニ從ヒ之ヲ二分シテ形式上ノ義務ト實質上ノ義務ト爲スヘシ形式上ノ義務トハ之ヲ總ルカ爲ニ直接ニ利害關係人ニ損害ヲ生セスト雖或ハ後日事件ノ發生シタルニ際シ舉證ノ困難ヲ來シ或ハ國家行政上ノ取締ニ對スル怠慢ト爲リ遂ニハ航海其モノヲ成就スルコトヲ得サルノ結果ヲ生シ間接ニ利害關係人ニモ亦損害ヲ來スモノナリ實質上ノ義務ハ船舶、積荷、乗組員、旅客等ノ安全ヲ計リ且航海ヲ成就スル爲ニ航海其モノノ實質ニ關シテ存スル義務ナリ
一 形式上ノ義務

形式上ノ義務トシテ商法カ規定シタルハ單ニ第五六二條ニ列舉シタル書類備附ニ關スル義務ノミナリトス同條ニ依レハ船長ハ常ニ船中ニ一、船舶國籍證書二、海員名簿三、屬具目錄四、航海日誌五、旅客名簿六、運送契約及積荷ニ關スル書類七、稅關ヨリ交付シタル書類ヲ備ヘ置クトコトヲ要ス船舶國籍證書ハ船舶ニ付テハ最重要ナル書類ニレテ之ヲ請受ケタル後ニ非スハ船舶ハ日本ノ國旗ヲ掲ケ又ハ航行スルコトヲ得ス（船舶法六條）而シテ船舶カ外國ニ航行セシ場合ニハ之ニ依テ其船籍ヲ證明シ戰時ニ際シテハ中立國船舶ハ其證明ニ依テ其捕拿ヲ免ル此他公法上ノ目的ノ爲ニ必要ナルノミナラス私法上ノ目

の爲ニモ亦大ニ其必要アリトス例之船舶ノ讓渡アリタル場合ニハ第三者ニ對抗スル要件トシテ登記ノ外ニ尙其旨ヲ國籍證書ニ記載スルコトヲ要ス(五四一條)國籍證書ニハ如何ナル事項ヲ記載スルカ其要件並ニ書式ニ付テハ船舶法施行細則第三條第三號書式ヲ參照スヘシ

海員名簿ハ船舶ノ乗組員ヲ記載シタル名簿ナリ船長自ラ記載スルモノナルカ故ニ自己ノ姓名モ必之ニ記載スルモノト看テ海員名簿ト曰ヒタルナリ屬具目錄ハ船舶ノ從物ト推定サルヘキ物ヲ記載スルモノナシテ(五三九條)船舶ノ讓渡アル場合ノ如キハ之ト實物トヲ對比シテ船舶其モノノ價ヲ定ムルモノナルカ故ニ之ヲ備ヘ置クコトノ必要ナルハ勿論トス航海日誌ニハ航海登著里程航路ノ變更ノ人命又ハ船舶ノ救助、衝突其他ノ海難、海員ノ懲戒及處分、船中ニ於ル犯罪、出生、死亡其他異常ノ事實等ヲ記載スヘキモノシテ總テ此等ノ事項ニ關スル後日ノ證據トシテ最重要ナルモノト尙海員名簿、屬具目錄、航海日誌、旅客名簿ノ調製ニ關スル書式並ニ記載事項ハ明治三十五年十月遞省令第四八號ヲ以テ詳細ニ規定シタルカ故ニ之ニ從テ調製スヘキ船舶所有者又ハ船長ノ任意ニ之ヲ調製スルコトヲ得ザルモノナリ

運送契約及積荷ニ關スル書類トハ例之備船契約書、船荷證券ノ原本(五九〇條、六三三條)積荷證書等ヲ謂フ稅關ヨリ交付シタル書類トハ納稅受取書其他積荷ノ輸出入ニ關スル書類ナリ

以上説明シタル書類ノ中屬具目錄、航海日誌、旅客名簿ノ三者ニ付テハ外國ニ航行セザル船舶ニ限リ命令ヲ以テ之ヲ備フルコトヲ要セザルモノト定ムルコトヲ得(五六二條二項)蓋外國ニ航行セザル船舶ハ船體モ大ナラス又航海日數モ餘リ多カラサルカ故ニ悉此等ノ書類ヲ備ヘ置カシメントスルハ少シク煩ニ失スルニ由ル然ルニ遞信省令ハ如何ニ之ヲ定メタルカト云フニ前掲三十五年令省第二條ニ依ルニ内

國籍岸ノミヲ航行スル船舶ニ在テハ航海日誌、旅客名簿ニ付所定ノ記載事項ヲ省略シテ簡約ナルモノヲ調製スルコトヲ得ト爲シ又沿海航路ノミヲ航行スル船舶ニ在テハ旅客名簿ヲ備ヘザルコトヲ得ト爲セリ

以上ノ書類ハ唯書類ヲ備附ケ置クノミニテハ不可ナリ記載事項ニ變更アレハ之ヲ訂正シ且追加ヲ爲スヘキハ勿論トス

二 實船上ノ義務

- (1) 船舶及航海準備、検査、義務 船長ハ發航前ニ於テ船舶ノ航海ニ支障ナキヤ否ヤ其他航海ニ必要ナル準備ノ整頓セルヤ否ヤヲ検査スル義務アリ(五六一條、獨新五一三條及五一四條)仍テ先(イ)船舶其モノカ航海性能ナルヤ否ヤ例之船舶ノ年輪、構造ノ健全等(ロ)屬具、積荷ノ揚卸ニ關スル諸器械其他當該航海ニ對スル器具機械ノ整頓セルヤ否ヤ(ハ)食料品、燃料、飲用水等ノ消費物ノ十分ナルヤ否ヤ(ニ)乗組員カ其員數及技術ニ於テ十分ナリヤ否ヤ(ホ)積荷ノ積込ミ適當ナリヤ否ヤ例之積荷裝海能力ニ比シテ過多ニ積込マレサリシヤ又過少ナリシトキハ底荷ヲ入レタルヤ否ヤ又積込ノ配置適當ナリヤ又積荷ノ動搖ヲ防キ又ハ損傷等ノ豫防十分ナリヤ(ヘ)燃焼物、爆發物等ノ積込ニ付テハ適當ノ注意ヲ與ヘタルカ又甲板ヘノ積込ハ海上慣習ノ適當ナル範圍ニ於テ爲シタルカ等ヲ検査スルコトヲ要スルモノトス而シテ是皆發航前ニ於ル義務ナリトス
- (2) 在船ノ義務 船長ハ船舶ノ指揮者ナルカ故ニ航海中ハ勿論荷物ノ船積及旅客ノ乗込ノ時ヨリ荷物ノ陳揚及旅客ノ上陸ノ時迄其指揮スル船舶ヲ去ルコトヲ得ス(五六二條、獨新五一三條)蓋如此シテ始ラ能ク其職務ヲ盡スコトヲ得レハナリ舊商法第八六六條ニハ單ニ發航ノ始ヨリ終迄船中ニ在ルコトヲ要ス

商法海商 船長ノ一般ノ利害關係人ニ對スル關係

「スト謂ヒタルモ荷物ノ船積ノ陸揚ノ如何ハ大ニ航海ノ安否ニ關スルモノナルカ故ニ其際ト雖船長ハ原則トシテ船舶内ニ在ラサルヘカラス尤在船ノ義務ト謂フト雖單ニ船内ニ在リタルノミニテハ固ヨリ不可ナリ船内ニ在テ船長トシテノ職務ヲ盡スヘキハ勿論ナリ故ニ獨逸法ニテハ之ヲ船舶監視ノ義務ト云ヘリ如此船長ハ當該航海企業ノ發端ヨリ船舶内ニ在ラサルヘカラスト雖絕對ニ此義務ヲ負ハシムルハ辭ニ失ス殊ニ荷物ノ船積及陸揚ナルモノハ長時日ヲ要スルモノニシテ大船ニ在テハ長キハ十數日ニ亘ルモノトス此間船長ヲシモ寧モ上陸スヘカラスト爲スハ到底無理ナル注文ト謂ハサルヲ得ス仍テ法文ニハ二箇ノ例外ヲ認メタリ一ハ已ムコトヲ得サル場合例之病氣、官廳ノ召喚其他ノ事故ニ因リ是非トモ上陸スル必要アルトキノ如キ場合ニシテ二ハ自己ニ代リテ船舶ヲ指揮スヘキ者ニ其職務ヲ委任シタルトキノ是ナリ船長カ已ムコトヲ得サル場合ニモ多クハ自己ニ代リテ船舶ヲ指揮スヘキ者ニ職務ヲ委任シタルトキノ是ナリ雖是必須ノ要件ニハ非ス何トナレハ法文ニ「已ムコトヲ得サル場合ヲ除ク外」ト謂ヒテ已ムコトヲ得サル場合ニシテ且代リテ指揮スル者ヲ委任シ置クコトヲ命セサルハナリ故ニ法律ハ已ムコトヲ得サル場合ニ要件ト代リテ指揮スル者ヲ委任シ置クコトノ要件トハ船長カ船舶ヲ去ルニ付テ二者合セテ必要トスル條件トハ見サルモノト謂フヘキナリ仍テ已ムコトヲ得サル場合ニ非スト雖自己ニ代リテ指揮スル者ヲ委任スレハ上陸スルコトヲ得ルモノトス然レトモ船長ハ常ニ船長トシテノ相當ノ注意ヲ要スルコトハ第五五八條ノ説明ニ於テ既ニ述ヘタル所ナリ故ニ總令代人ヲ委任シタルト雖收艦ニ上陸シ得ルモノト謂フヘカラス必注意ヲ用ヒ上陸ノ必要アル場合ニ於テ船舶ヲ去ルコトヲ要ス（「シャッブス」二五七頁）若船長カ已ムコトヲ得サル場合ニ何人ニモ委任ヲ爲サスニテ上陸シタルトキノ船員法第二五條ニ依リ次席ノ者法律上ノ義務者トシテ當然船長ノ職務ヲ行フモノトス

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其基礎トスルナリ然レトモ法カ意思ノ力ヲ認ムルハ必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ノ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タルナリ無能力者ハ心理上ニ於テハ意思ノ力ナキモ法學上ニハ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ナリ

權利ハ意思ナリト云フノ說ヲ批難シ之ニ依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」又ハ「勢力ナリ」ト云フニ依テ其困難ヲ免レタリトセリ然レトモ實在的客觀的ノ現象トシテ之ヲ觀ルトキハ無能力者ハ何等ノ力ヲモ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換言セハ代表者ノ意思カ權利者ノ意思ト認メラレハナリ故ニ權利ハ力ナリト云フモ毫モ意思說ニ一步ヲモ進メタルモノニ非ス加之權利ハ力ナリト云フトキハ同時ニ權利主體ハ必シモ意思ノ主體ニ非サルコトヲ意味ス詳言スレ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然リトセハ國家ハ意思ヲ有セス隨テ總テノ法律ハ國家ノ制定スル所ニ非サルニ至リ國法学ハ其根底ヨリ破壞セラル（シ）

(二) 權利ハ利益ヲ主張スル意思ハ力ナリ 權利ノ外形ハ意思ノ力ナルコト右ニ述ヘタル如シ然レトモ其外形ノミヲ以テ權利ノ本質ヲ明ニスルコトヲ得ス權利ノ本質ヲ明ニスルハ更ニ其内容ヲ論スルコトヲ要ス權利ノ内容ハ即利益ナリ

單ニ權利ノ外形ヲ觀テ其内容ヲ度外視シタルハ所謂意思主義ノ缺點ナリ若利益ノ要素ヲ度外視シテ

權利ヲ以テ單ニ意思ノ力ナリト解スルモキハ法人ト其機關トノ關係ハ全ク之ヲ説明スルヲ得サルニ至ルヘシ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機關ニ依テ代表セラルコトヲ要ス意思ノ力ヲ有スル者ハ法人ニ非シテ機關ナリ若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スルコト能ハサルノ結果ヲ生スヘシ

權利ハ利益ヲ以テ其要素ト爲ス然レトモ其所謂利益トハ必シモ權利者ノ主觀ニ於ル利益ヲ謂フニ非スシテ法律上ノ利益ヲ謂フナリ利益ハ固ヨリ主觀的ノ觀念ニシテ客觀的ノ存在ヲ有スルモノニ非ス然レトモ特定ノ時代、特定ノ社會ニ於テ其多數ノ人類カ利益トシテ思考スル所ノモノハ共通ノ思想トシテ存在スルコトヲ得ヘシ之ヲ稱シテ平均利益ト謂フコトヲ得恰「美」ト曰ヒ「德義」ト曰フモ純然タル主觀的ノ觀念ナルニ拘ラス多數人類ノ共通ノ思想トシテ美又ハ德義ノ存在ヲ思考シ得ヘキカ如ク利益ノ觀念モ亦各個人ノ主觀ヲ離レテ之ヲ思考シ得ヘシ法ハ此平均利益ヲ認メテ以テ法律上ノ利益ト爲ス法律上ノ利益ハ以テ權利ノ内容ヲ成スモノニシテ權利者ノ各自ニ於テ其利益ヲ利益トシテ思考スルヤ否ヤハ問フ所ニ非ス學者カ往往利益ヲ以テ權利ノ要素ト爲スコトヲ否認スル者アルハ此區別ヲ認識セサルノ誤ニ出ツルモノナリ

(三) 權利ハ法ノ之ヲ認ムルニ依テ生ス 權利ノ存在ハ法ノ存在ヲ以テ前提トス法アルニ非サレハ權利ハ成立スルコトヲ得ス權利ヲ以テ人生ノ天賦ナリトスルハ自然ノ事實ヲ以テ權利ナリトシタル謬想ナリ然レトモ權利ヲ以テ惡法ノ創作ニ係ルモノナリトスルハ亦誤ナリ權利ハ或ハ法ニ依テ始テ賦與セラルルモノアリ然レトモ總ラノ權利カ皆法ニ依テ與ヘラルルニ非ス法ハ唯人類カ既ニ自然ニ於テ有スル意思ノ力ヲ承認シ之ヲ法律上ノ權利ト爲スニ過キサルモノアリ人類ハ自然ニ於テ既ニ種種

ナル意思ノ力ヲ有ス其力カ法ニ依テ承認セラルル迄ハ其力ハ單ニ自然ノ事實タルニ過キス此自然ノ事實カ法ニ依テ承認セラルルニ依テ始テ法律上ノ權利ト爲ルモノナリ
權利ニ公權ト私權トノ區別アリ此區別ハ法ニ公法ト私法トノ區別アルニ相當ス私法ニ依テ認メラレタル權利ハ私權ニシテ公法ニ依テ認メラレタル權利ハ公權ナリ而シテ公法ハ國家ト臣民トノ間ニ於ル統治關係ヲ規定スルノ法ナルカ故ニ公權ハ國家ト臣民トノ統治關係ニ於テ國家若クハ個人ノ有スル意思ノ力ナリ

公權ノ觀念ハ國法学ノ諸ノ現象中最遲ク發達シタルモノニシテ今日ニ於テモ學說ノ最一致セザルモノノ一ナリ最甚シキハ「ボルンハック」ノ如ク全ク公權ノ存在ヲ否認シ個人ハ國家ニ對シテ全然公權ヲ有スルコトヲ得ス公權ノ如ク見ユルモノハ單ニ法ノ反射ニ過キスト爲ス者スラアルニ至レリ然レトモ公權ノ存在ヲ否認スルハ即是公法ノ存在ヲ否認スルモノナリ總テ法ハ意思ノ力ノ及フヘキ境界ヲ限ルモノナリ公法ニシテ存在スル以上ハ國家ノ權力ハ最早無制限ナル權力ニハ非スシテ一定ノ境界ヲ有スル意思ノ力タリ此境界ノ以上ニ於テハ國家ノ權力ハ最早無制限ナル權力ニハ非スシテ一定ノ境界ヲ有規定ニ依テ事實上ノ權力ヨリ變シテ法律上ノ權利ト爲リ國家ト臣民トノ關係ハ事實上ノ權力服從ノ關係ヨリ變シテ法律上ノ權利關係ト爲ルモノナリ

公權ノ存在ヲ否認スルハ專制時代ノ遺想タリ專制時代ニ於テハ臣民ハ無制限ニ國家ノ權力ニ服從シ國家ニ對シテ意思ノ獨立ヲ主張シ得ヘキ何等ノ力ヲモ有セザリキ此時代ニ於テハ公法モナク亦公權モナシ然レトモ國家カ法規ヲ以テ其權力ノ行動ヲ制限シ法規ニ依ルニ非サレハ臣民ニ對シテ義務ヲ命スル

「トナキニ至テ臣民モ亦國家ニ依テ侵サレサル意思ノ力ノ範圍ヲ得於是乎公法アリ隨テ又公權ナルナリ其レ故ニ今日ノ國法ノ下ニ於テハ臣民カ國家ニ對シテ公權ヲ有スルコトヲ得スト云フハ誤ナリ之ト同ク國家臣民ニ對シテ公權ヲ有スルコトヲ得スト云フモ亦正當ナル見解ニ非ス國家ハ固ヨリ無限ノ統治權ヲ有スト雖國家カ自ラ其意思ノ力ヲ制限シ法規ヲ以テ其權力ノ行動ヲ規定スルニ依テ統治權ハ無限ノ實力ヨリ變シテ法律上一定ノ限界アル意思ノ力ト爲ルモノナリ國家ハ固ヨリ何時ニテモ其法規ヲ變更スルコトヲ得レトモ法規ノ秩序ノ下ニ於テハ統治權ハ法律上一定ノ限界アル意思ノ力ナリ隨テ國家モ亦臣民ニ對シテ公權ヲ有スト云フヲ妨ケス

公權ハ國家ト臣民トノ關係ニ於ル意思ノ力ナルコトハ右ニ述ヘタル如シ然レトモ公法ト私法トノ區別不分明ナルト同ク公權ト私權トノ區別モ亦之ノミヲ以テハ精密ナル標準ト爲スコトヲ得ス就中財產關係ニ於ル權利モ亦公權タルコトヲ妨ケサルカ故ニ國家ノ臣民ニ對スル財產權及臣民ノ國家ニ對スル財產權ニ付テニ其公權ナルヤ私權ナルヤノ疑ヲ生ス「ゾーム」ハ公權ト私權トノ區別ヲ設テ公權ハ權力關係ニ基ク權利ニシテ私權ハ財產關係ニ基ク權利ナリト定義セリト雖權力關係ト財產關係トハ相反對スル觀念ニハ非ス多數ノ權利ハ權力關係又ハ財產關係ノ孰ニモ屬セサルモノアルノミナラス權力關係ニ基ク權利ニシテ公權ニ非サルモノ甚多ク而シテ一方ニ於テハ財產關係ト雖必シモ私權關係ノミナラス財產權ニテ而モ權力關係ニ屬スルモノ甚多クナラス例之親族權ハ權力關係ナルニ拘ラス毫モ公權ノ性質ヲ有セス又國家ノ租稅徵收權ハ財產關係ニシテ同時ニ亦權力關係タルカ如シ

公權ト私權トノ區別ハ一ニ公法ト私法トノ區別ニ依テ之ヲ決スルノ外ナシ法ト權利トハ素同一ノモノヲ異ナル方面ヨリ觀タルモノニ外ナラス之ヲ簡人ノ主觀ヨリ言ヘハ權利タリ客觀ヨリ言ヘハ法タル

ナリ法ハ人ト人トノ間ニ於ル意思ノ力ノ限界ヲ限ルモノナリ法ニ依テ限ラレタル人ノ意思ノ力ハ即其權利タリ故ニ公權ト私權トノ區別ハ全ク公法ト私法トノ區別ト同一ナラサルヲ得ス公法ハ統治權ノ發動ヲ制限スルノ法ナリ隨テ公權ハ統治權ノ發動ニ制限ヲ加フルニ依テ生シタル權利ナラサルヘカラス公權ト私權トノ區別ノ標準ハ之ヲ推テ他ニ之ヲ求ムルコトヲ得ス

是故ニ國家ノ臣民ニ對スル權利ニ付テハ其統治權ノ發動ニ基ク所ノモノハ財產上ノ權利ト雖尙常ニ公權ナリ統治權ニ關係ナク私人ト對等ノ地位ニ於テ有スル權利ハ私權ナリ臣民ノ國家ニ對スル權利モ亦之ト同ク國家カ其統治權ヲ制限スルニ因テ與ヘタル權利ハ公權ナリ統治權トハ關係ナク對等ノ地位ニ於テ有スル權利ハ縱令國家ニ對スル權利ト雖仍私權ナリ故ニ例之官吏ノ俸給ヲ受タルノ權利、議員ノ歳費ヲ受タルノ權利、公用徵收ヲ受ケタル者カ賠償ヲ受タルノ權利ハ皆國家ノ統治權ニ對スル關係ヨリ生シタルモノナルカ故ニ財產權ナレトモ仍公權ナリトス

學者往往簡人ノ權利カ主トシテ國家ノ公益ノ爲ニ與ヘラルルモノハ公權ナリ主トシテ簡人ノ利益ノ爲ニ與ヘラルルモノハ私權ナリト云フニ依テ兩者ノ區別ノ標準ト爲サントス者アリ然レト權利ハ常ニ權利者ノ利益ヲ保護セラルルカ爲ニ與ヘラルルモノニシテ權利者ノ利益ヲ保護スルハ同時ニ又利益ニ適合スル所以ナリ此點ニ於テハ公權ト私權トニ依テ異ル所ナシ例之官吏ノ俸給ハ官吏ノ利益ノ爲ニ與ヘラルルモノニ非シ主トシテ國家ノ利益ノ爲ニ與ヘラルルモノナリト云フヲ以テ俸給請求權カ公權ナリト云フノ理由トスルカ如キハ多ク學者ノ説明スル所ナレトモ俸給カ主トシテ國家ノ利益ノ爲ニ與ヘラルルモノハ根據ナキ臆斷ナリ俸給モ亦經濟上ノ勞銀ト同ク官吏自身ノ利益ノ爲ニ與ヘラルルモノナルコトハ權利ハ自己ノ利益ヲ主張スル意思ノ力ナリト云フ意義ヨリ生スル當然ノ結果タルノ

ミナラス又俸給カ所得税賦課ノ目的タリ財産差押ノ目的タリ得ヘキコトニ於テ明瞭ナリ

第二節 個人ノ公權ノ種類

個人ノ公權ハ通常之ヲ三大種類ニ區別ス(一)個人ハ國家ノ權力ニ服従スルモノナレトモ此服従ノ義務ハ無制限ナル服従ニ非ス國家ハ自ラ其權力ニ制限ヲ加ヘ其制限以外ニ於テハ個人ノ服従ヲ要求スルコトナシ此制限ニ因テ個人ハ國家ニ依テ侵サレサル意思ノ自由ノ範圍ヲ得此範圍内ニ於テハ個人ハ國家ニ對シテ其不行爲ヲ要求スルノ權利ヲ有ス國家ノ不行爲ニ對スル權利ハ個人ノ公權ノ第一種ナリ(二)國家ハ管ニ自ラ其權利ヲ制限シテ國家ノ權力ニ服従セサル個人ノ自由ノ範圍ヲ認ムルノミナラス又積極ニ個人ニ對シテ種種ノ利益ヲ供ス國家カ個人ニ對シテ利益ヲ供スルハ或ハ唯公共ノ利益ノ爲ニスル各種ノ制度ノ間接ノ結果ニ過キササルコトアリ或ハ個人ニ付與スルニ自己ノ利益ノ爲ニ國家ノ行爲ヲ要求スルノ力ヲ以テスルコトアリ前ノ場合ニ於テハ個人カ之ニ依テ受クル利益ハ唯法ノ反射ニ過キス後ノ場合ニ於テハ個人ハ國家ノ行爲ヲ要求スルノ權利ヲ付與セラルルモノナリ國家ノ行爲ニ對スル權利ハ個人ノ公權ノ第二種ナリ(三)國家ハ團體的ノ人格ナルカ故ニ國家ノ活動スルカ爲ニハ自然人ニ依テハ個人ノ公權ヲ代表セラレサルヘカラス國家ノ爲ニ作用ヲ爲シ其意思ヲ代表スル自然人ハ即國家ノ機關ナリ其意思ヲ代表セラレサルヘカラス國家ノ爲ニ作用ヲ爲シ其意思ヲ代表スル自然人ハ即國家ノ機關ナリ國家ハ其自ラ定ムル所ノ法ニ從テ個人ヲシテ國家ノ機關タルノ地位ヲ得セシム個人ヲシテ國家ノ機關タルシムルニハ或ハ個人ニ其義務ヲ課スルニ依テ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ兵役ノ如キハ其一例ナリ或ハ個人ニ之カ權利ヲ認ムルニ依テ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ此場合ニ於テハ個人ハ國家ノ機關タルノ地位ヲ承認セラルルノ權利ヲ生ス此權利ヲ稱シテ通常個人ノ參政權ト謂フ參政權ハ個人ノ公權ノ第三種ナリ

第一款 國家ノ不行爲ニ對スル權利(自由權)

國家ノ不行爲ヲ要求スルノ權利ハ通常自由權ノ名ニ依テ知ラルル所ナリ此名稱ハ既ニ久ク一般ニ慣用セラルルモノナルカ故ニ必シモ排斥スヘキニ非スト雖其名稱ハ往往誤解ヲ招キ易シ所謂自由權トハ自由ニ特定ノ行爲ヲ爲シ得ルノ權利ヲ意味スルモノニ非シテ唯國家カ違法ニ其自由ヲ侵害セザランコトヲ要求スルノ權利ナリ積極ニ或行爲ヲ爲シ得ル能力カ其權利ノ内容ヲ成スニ非シテ消極ニ國家ノ不行爲ヲ要求シ得ル能力カ其權利ノ内容タルナリ出版ノ自由トハ自己ノ欲スル出版ヲ爲シ得ルコトヲ意味スルニ非ス出版ヲ爲スコト其自身ハ尚睡眠ヲ爲シ散步ヲ爲スト等ク自然的ノ自由ナリ何人モ國家ニ對シテ睡眠ノ權利ヲ有シ散步ノ權利ヲ有スト云フ能ハザルト同ク亦出版ノ權利ヲ有スルニ非ス出版ノ自由トハ唯法規ニ基ク制限ノ外出版ヲ禁止シ妨害セラレサルノ權利ヲ云フモノナリ

自由權カ權利ナルヤ否ハ學者ノ爭フ所ナリ一派ノ學者ハ所謂自由權ハ唯官廳ノ權限ヲ制限スル規定ニ止リ之ニ依テ個人ノ權利ヲ發生スルモノニ非スト爲ス其說ハ「ゲルバト」ヲ始トシ「バンド」ニ「ザイデル」等有力ナル學者ノ主張スル所ニ係リ幾多ノ學者ノ贊同スル所ナリ例之ヲ「バンド」ハ曰ク「自由權トハ國權カ自ラ加フル所ノ制限ニ外ナラス之ニ依テ官廳ノ權限ヲ制限シ特定ノ範圍ニ於テ個人ノ自然的行爲ノ自由ヲ保障スルモノナリト雖個人ノ權利ハ之ニ依テ發生スルコトナシ是權利ニ非ス何トナレハ其目的物アラサレハナリト」

成程自由權ノ内容ヲ成セル行爲ハ個人カ天然ニ有スル所ノ自由ニシテ國家カ自由權ヲ認ムルニ依テ始テ其力ヲ付與セラルルニ非ス散步、睡眠カ天然ノ自由ナルト同ク集會、出版、營業ノ如キモ亦天然ノ自

由ナリ所謂自由權ハ唯此天然ノ自由ヲ承認スルモノニ外ナラス然レトモ法カ此天然ノ自由ヲ保護シ官
廳ノ權力ヲ制限シテ一定ノ範圍以外ニ於テハ此自由ヲ侵害セザランコトヲ保障スルニ於テハ天然ノ自
由ハ變シテ法律上ノ自由ト爲リ個人ハ國家ニ對シテ其自由ヲ侵害スル國家ノ行爲ヲ廢止スルノ請求權
ヲ取得ス是即個人ノ權利ナリ若官廳ニシテ此制限ヲ超過シテ不法ニ個人ノ自由ヲ侵害スルニ於テハ箇
人ハ行政訴訟ノ如キ法ノ認ムル手段ニ依テ之ヲ救済ヲ求ムルコトヲ得ヘシ個人カ此訴訟ヲ提起スルコ
トヲ得ル所以ハ個人ノ權利ヲ侵害セラレタルカ爲ニ外ナラス權利ノ侵害アルカ故ニ始テ訴訟ヲ生スル
ナリ若自由權ニシテ權利ニ非ストセハ權利ノ侵害モナク隨テ訴權モナシ自由權ノ權利タルコトヲ認ム
ルニ非サレハ如何ニシテ其訴權ヲ發生スルノ所以ヲ説明スルヲ得ヘキカ
法律ノ明文ヲ以テ個人ノ自由權ヲ保障スルコトハ北亞米利加諸州ノ憲法ニ其端ヲ發シ其影響ノ下ニ於
テ千七百八十九年ノ佛國ノ人權及公民權宣言ニ於テ多數ノ自由權ヲ列舉シ次テ千七百九十一年ノ佛國
第一次ノ憲法中ニ之ヲ加ヘテヨリ歐洲大陸諸國ノ憲法ハ何レモ之ヲ模範トシテ多クノ自由權ヲ列記ヲ
爲ササルモノナク我國ノ憲法モ亦其第二章ニ於テ如此自由權ヲ列舉セリ
憲法ニ於テ此等ノ自由權ヲ保障スル立法ノ目的ハ二様アリ其一ハ立法權ニ對シテ制限ヲ加ヘントスル
モノニシテ他ノ一ハ行政權ニ對シテ制限ヲ加ヘントスルニ在リ立法權ニ對スル制限ハ自由權ノ列舉ノ自由
最初ノ模範タル米國諸州ノ憲法及佛國ノ人權宣言ニ於テハ殊ニ著ク即法律ノ制定ニ於テモ或種ノ自由
權ニ對シテハ一定ノ範圍外ニ制限ヲ加フルコトヲ禁止シ若クハ將來ノ立法ニ付一定ノ主義ニ從フヘキ
コトヲ命シタリ然レトモ如此立法權ノ制限ハ違憲ノ法律ヲ審查シ其無效ヲ決定シ得ヘキ裁判所ノ設ケ
アルニ非サレハ實際ニ於テハ何等法律上ノ效果ヲ生スルコトヲ得ス法律ハ縱令憲法ニ違反シタル規定

ヲ設クト雖尙完全ナル效力ヲ有スルコトヲ妨ケサレハナリ隨テ又如此立法權ノ制限ニ依テハ決シテ箇
人ノ權利ヲ發生スルコトナシ立法權ニ對シテハ個人ハ毫モ權利ヲ有スルコトヲ得ルモノニ非ス

我國ノ憲法ニ於テ自由權ノ列舉ハ立法權ヲ制限スルノ目的ニ出テタルモノハ僅ニ一二ノ事項アルノミ
其一例ハ官職其他公ノ職務ニ就キ得ル能力ニ付テ日本臣民ハ均ク其能力ヲ有スヘキコトヲ保障セルノ
規定ニ付即法律ヲ以テスルモ此點ニ付テ階級的ノ特權ヲ付シ或種ノ階級ニミ公務ニ就キ得ルノ能
力ヲ付與スルハ憲法ノ禁スル所タルナリ然レトモ是實際ニ於テ立法權カ其能力ニ階級的等差ヲ付スル
コトヲ妨クルコト能ハス其違憲ナリヤ否ヤノ解釋權ハ專立法權自身ニ屬ス立法權ニシテ自ラ之ヲ違憲
ナラスト認メテ制定シタル以上ハ其中ニ當然公定解釋ヲ包含スルモノナリ憲法上立法權ヲ制限シタル
他ノ一例ハ信教ノ自由ヲ保護スルノ規定ニ於テ之ヲ見ルコトヲ得然レトモ此場合ニ於テモ縱令法律ヲ
以テ安寧秩序ヲ妨ケス又臣民タル義務ニ背カサル宗教ヲ禁止スト雖臣民ハ毫モ之ヲ救済ヲ求ムルノ權
利ヲ有セス立法權ニ對シテハ臣民ハ何等ノ權利ヲモ主張スルコトヲ得サルモノナリ

自由權ノ保障ニ依テ個人ノ權利ヲ生スルハ專行政權ニ對シテ制限ヲ加フルノ場合ニ在リ而シテ我國ノ
憲法ニ於テ自由權ノ列舉ノ大部分ハ此目的ノ爲ニモナリ法律ヲ以テスルトキハ自由權ニ對シ如
何ナル制限ヲモ加フルコトヲ得ヘシ縱令憲法ニ違反スト雖裁判官ハ之ヲ審查權ヲ有セス其違由ノ效力
ニ於テモ毫モ違憲ノ法律ヲ異ル所ナシ然レトモ行政權ニ於テハ事全ク之ト異リ行政權ノ制限ハ法律上

實際ニ其效果ヲ有シ之ニ依テ個人ノ權利ヲ發生ス
行政權ニ對スル制限モ亦之ヲ二ニ分ツコトヲ得一ハ命令制定權ニ對スル制限ニシテハハ處分權ニ對ス
ル制限ナリ命令制定權ニ對スル制限ハ或種ノ事項ニ關シテハ命令ヲ以テ個人ノ自由ヲ制限スルコト能

ハスト爲スニ在リ處分權ニ對スル制限ハ法律ノ根據アルニ非サレハ處分ヲ以テ個人ノ自由ヲ侵害スルコト能ハスト爲スニ在リ

命令權ノ制限ハ其外形ニ於テ稍立法權ノ制限ト相類似セルカ如シ命令モ亦國權ノ一ノ作用トシテ其レ自身ニ其適法ナルコトヲ證明スルノ力ヲ有ス命令ニシテ制定セラレタル以上ハ個人ハ自己ノ見解ニ依テ其適法ナルコトヲ主張スルノ力ヲ有セサルカ如シ然レトモ命令ハ法律ト異リ其適法ナルヤ否ヤニ付自ラ最高ノ解釋權ヲ有スルモノニ非ス法律ハ裁判官ノ審査權ニ服セサルニ反シテ命令ハ其審査權ニ服ス裁判官ハ命令ニシテ違憲又ハ違法ナリト思惟スルニ於テハ其命令ノ適用ヲ拒ムノ權利ト義務トヲ有ス是命令權ノ制限カ立法權ノ制限ト其性質ヲ異ニスル所以ニシテ個人ノ權利カ之ニ依テ發生スルハ之カ爲ナリ若違憲又ハ違法ノ命令ニ依テ個人ノ自由ヲ侵害スルトキハ是權利ノ侵害ナリ

要之自由權ノ保障ハ專行政ノ作用ニ對スル制限ニ外ナラス詳言スレハ自由權カ法律上ニ保障セラレタル場合ニ於テハ行政機關殊ニ警察機關ノ權力作用ヲ利用スルコトヲ許サスト云フニ在リ如斯行政作用ノ權限ハ廣ク行政ノ全部ニ亘ルモノナルカ故ニ總テノ自由權ヲ論スルハ行政法ノ全部ヲ論スルニ異ラス茲ニ之ヲ一括シテ論スルコトヲ得サルナリ

個人ノ自由權ハ第一ニハ體軀ハ安全ヲ害セラレサルノ自由ニ於テ見ル體軀ノ不可侵ハ立憲國ノ最重要ナル原因ノ一ニシテ刑法ニ於テスラモ體軀ヲ毀損スヘキ刑罰即舊時ノ意味ニ於テモ拷問ノ如キ體軀ニ唯最重大ナル犯罪ニ對シテ死刑ヲ留保セルノミ犯罪者ニ對スル審問ノ手續ニ於テモ拷問ノ如キ體軀ニ苦痛ヲ與フヘキ行為ハ嚴ニ之ヲ禁止セリ第二ニハ個人ノ身上ノ自由ニ於テ見ル個人ハ精神的及身體的ノ各種ノ方面ニ於テ國家ヨリ制限セラルルコトナクシテ自己ノ意思ニ從テ自由ノ活動ヲ爲スコト

ヲ得第三ニハ財産權ハ安全ヲ害セラレサルコトニ於テ見ル故ニ個人ノ自由權ハ之ヲ左ノ數種ニ分類スルコトヲ得

第一 體軀ノ不可侵

第二 身上ノ自由

一 身體ノ自由即違法ノ逮捕、監禁ヲ受クルコトナキノ保障

二 居住、移轉ノ自由

三 婚姻ノ自由

四 經濟的活動ノ自由殊ニ營業自由

五 精神的活動ノ自由

イ 信教ノ自由

ロ 言論、出版ノ自由

ハ 集會、結社ノ自由

六 信書ノ秘密

七 住所ノ不可侵

第三 財産權ノ不可侵

此等ノ諸種ノ自由中或モノハ憲法ノ明文ニハ法律ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ侵害スルコトナキノ規定シ或モノハ其規定ヲ設ケス其憲法ノ保障アルモノニ付テハ命令又ハ行政行為ヲ以テ之ヲ侵害スルコト能ハサルハ勿論ナレトモ其如斯保障ナキノモノニ付テモ自由ニ之ヲ侵害スルコトヲ得ヘキノ非ス唯其侵

害ノ場合ヲ定ムルニ必シモ法律ヲ以テスルヲ要セス命令ヲ以テモ之ヲ定ムルコトヲ得ルニ止リ何レノ場合ニ於テモ法規ノ根據アルニ非サレハ處分ヲ以テハ獨立ニ之ヲ侵害スルコトヲ許サス然レトモ法律又ハ命令ノ明文ニ於テ之ヲ侵害シ得ヘキ權能ヲ授與シタルニ非サレハ行政官廳ハ如何ナル場合ニ於テモ絕對ニ個人ノ自由ヲ侵害スルヲ得ストスルハ決シテ解釋ノ當ヲ得タルモノニ非ス法律又ハ命令ノ規定ハ必シモ常ニ周到刺ス所ナキヲ期スルコトヲ得ス國家ノ機關ハ自然人ニ依テ組織セラレ法律又ハ命令ハ自然人ノ制定スル所ナル以上ハ其規定ノ時トシテ不完全ナルコトアルハ如何ナル國ニ於テモ免レサル所ナリ而シテ公益ノ必要ニ依テ此等ノ自由ヲ侵害スルヲ要スル場合ハ極テ種種ナルカ故ニ自由ヲ侵害スルニ非サレハ行政ノ目的ヲ達スルコトノ全ク不可能ナル場合ニ於テハ總合法律、命令ノ規定缺ケタリト雖尙當然自明ノ事理トシテ行政官廳ニ於テ其權能アルモノト認メサルハカラス嚴格ニ自由ノ文字ニ拘泥シテ明文ナケレハ如何ナル場合ニモ自由ヲ制限スルノ權ナシトスルハ當ヲ得タルモノニ非サルナリ

第二款 國家ノ作爲ヲ要求スルノ權

第一種ノ權利カ消極ニ國家ヨリ其自由ヲ侵サレサルノ權利ナルニ反シテ第二種ノ權利ハ積極ニ國家ノ作爲ヲ要求スルノ權利ナリ
總テ國家ノ作爲ハ公共ノ利益ノ爲ニスルモノニ非サルハナシ隨テ國家ノ總テノ作爲ニ依テ個人ハ直接又ハ間接ニハ常ニ之カ利益ヲ享受スルモノナリ然レトモ國家カ直接ニハ唯公共ノ利益ノミヲ目的トシ個人ハ唯其間接ノ結果トシテ利益ヲ受タルニ過キサル場合ニ於テハ個人ノ受クル利益ハ權利ニ非スシ

ス要之控訴ハ第一審ノ辯論ノ續行ニシテ上告ニ於ルカ如クニ判決ヲ爲ス時期ノ續行ニ非ス控訴裁判所ハ下級裁判所ノ判決ノ當否ヲ調査スルニ當リ同裁判所ノ訴訟手續及判決ノ缺點ノ有無ヲ調査スルニ止ラスシテ訴訟關係カ眞實ナル内容ニ適合スルヤ否ヤヲモ調査スル職權ヲ有シ隨テ第一審ノ訴訟材料ハ第二審ノ訴訟材料ニシテ又第一審ノ判決ハ第二審ノ調査ノ目的ナリ(第一審裁判所ト第二審裁判所トノ關係)

(5) 控訴ハ第一審裁判所ノ判決ニ對スル不服申立方法ニシテ其判決ハ原則トシテハ終局判決ニシテ例外トシテハ特種ノ中間判決ナルコト後述ノ如シ(三九六條、二〇七條二項、二一八條二項、四九一條三項)如此控訴ハ第一審裁判所ノ判決ニ對シテ爲ス不服申立方法ナルヲ以テ同一ノ訴訟ニ於テ順次又ハ同時ニ數多ノ控訴ヲ爲スコトアルハ當然ナリ此數多ノ控訴ハ互ニ獨立シ控訴裁判所ハ甲控訴ヲ乙控訴ニ關係ナク審判セサルヘカラス數多ノ控訴カ順次ニ提起セラレタル場合例之提起セラレタル控訴カ其不變期間開始前ノ提起ニ係ルヲ以テ不適法トシテ之ヲ棄却シタル後(四百條、四〇二條、四一九條)ニ於テ控訴ノ不變期間開始後ニ更ニ同一ノ判決ニ對シテ控訴ヲ提起シ又ハ控訴裁判所カ第一審裁判所ノ判決ヲ廢棄シテ事件ヲ原裁判所ニ差戻シタル後更ニ同裁判所ノ爲シタル判決ニ對シテ控訴ヲ提起アリタル場合ニ於テハ該控訴ハ法律上新ナル獨立ノ控訴ニシテ以後ノ控訴ハ以前ノ控訴ニ關係ナキ新ナル上訴ナレハナリ故ニ以前ノ控訴ニ關係スル訴訟代理權ハ消滅シ以後ノ控訴ノ爲ニ新ナル訴訟代理ノ授權ヲ要スルコト爲ル又數多ノ控訴カ同時ニ提起セラレタル場合例之前審ノ一分判決若クハ控訴スルコトヲ得ヘキ中間判決ニ對シテ控訴ヲ提起シ其終局以前ニ於テ言渡サレタル他ノ一分判決若クハ終局判決ニ對シテ控訴ヲ提起アリタルトキハ茲ニ二ノ獨立シテ審判スヘキ控訴事件

ノ存在スルコト爲ル故ニ以前ノ控訴ニ關スル訴訟代理ノ授權ハ以後ノ控訴ニ關スル訴訟代理ノ授權ト爲ラス但此場合ニ於テハ控訴裁判所ハ費用、努力及時間ヲ節省スルノ目的ヲ以テ數多ノ控訴事件ヲ併合スルコトヲ得ルヤ當然ナリ(二二條)同一ノ當事者カ同一ノ判決ニ對シ獨立の控訴(附帶控訴ニ非ス)ヲ提起シタル場合ニ於テ亦二ノ獨立シタル控訴事件カ存在シ裁判ヲ爲ス以前ニ於テ其反對タル乙控訴ニ付裁判ヲ爲スニ熟スルモノト認メタル場合ニ於テハ終局判決ヲ以テ之ヲ裁判シ決シテ中間判決ヲ爲スモノニ非ス又甲控訴ニ對スル答辯ノ訴訟代理權ノ授與ハ理論上其反對タル乙控訴ノ提起ニ關スル訴訟代理權ノ授與ト爲ラス隨テ甲控訴ト其反對タル乙控訴ト反訴トノ關係ト同視シテ反對ニ論結スルハ失當ニ似タリト謂ハサルヘカラス(同一ノ訴訟ニ關スル甲控訴ト乙控訴トノ關係)

(一) 控訴權ノ行使

控訴權ヲ行使スルト否トハ當事者ノ自由ニ決スル所ナリ然レトモ控訴權ヲ行使セシムル欲スル當事者ハ法律上控訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ許サル第一審ノ判決ニ對シ法定ノ方式ニ從ヒ法定ノ期間内ニ控訴ヲ提起スルニ非サレハ其目的ヲ達スルコトヲ得ス故ニ控訴ニハ其適法要件トシテ控訴ヲ許スヘキコト、控訴カ法定ノ方式ニ從ヒタルコト及控訴カ法定ノ期間内ニ提起セラレタルコトノ三箇ノ要件アリ而シテ此要件ノ存否ハ何レモ裁判所カ職權ヲ以テ之ヲ調査スヘキモノナリ

四〇二條、四一九條、民訴案四五六條、左ニ控訴ノ適法要件ヲ略述スヘシ

(1) 控訴ノ許可ニ關スル要件 控訴ハ之ヲ當事者カ(主觀的要件)第一審裁判所ニ於テ爲シタル終局判決(客觀的要件)ニ對シテ提起シタル場合ニ於テ許スヘキモノト爲ル(三九六條、三九八條、二〇七條、二二八條、四二六條、四九一條、民訴案四三三條、四三六條、二五六條、五二五條)

(甲) 主觀的要件

控訴ハ當事者ノ爲ニ及之ニ對シテ成立シ第三審者即訴訟外ニ在ル第三者ノ爲ニ又之ニ對シテ成立スルモノニ非ス何ヲナレハ第三者ハ控訴ニ關シ何等ノ利益ヲ有セザレハナリ故ニ第一審訴訟ニ於テ當事者ト爲ラザリシ第三者例之共有者又ハ夫ハ他ノ共有者又ハ妻ノ受ケタル判決ニ對シ控訴ヲ提起スルコトヲ得ス、當事者ハ訴訟關係ニ於テ公ノ訴訟主體タル裁判所ノ職員ニ相對スル私ノ訴訟主體ニシテ裁判上ノ行動ヲ求メ又ハ之ヲ受クル一私人タリ而シテ當事者ハ之ヲ分チ主タル當事者及從タル當事者ト爲スコトヲ得前者ハ若之ヲ缺クトキハ訴訟關係ノ成立セサル當事者ニシテ後者ハ權利拘束ト爲リタル訴訟ニ於ル主タル當事者ノ一方ノ勝敗ニ關シ間接ニ權利上ノ利害關係ヲ有スルカ爲ニ主タル當事者ノ一方ヲ補助スル目的ヲ以テ之ニ附隨スル當事者ナリ(五三條)故ニ

(a) 第一審ニ於テ訴訟ヲ爲シタル主タル當事者ハ控訴ヲ提起スルノ權利ヲ有ス其法定代理人及一般承繼人並ニ遺贈ニ基ク特定承繼人亦然リ但法定代理人カ訴訟無能力者ト爲リタル當事者ヲ代表シ相續人及受遺者カ前主ヲ代表シテ控訴ヲ提起スルニハ民事訴訟法第一七八條以下ノ規定ニ從ヒ訴訟手續ノ受繼ヲ爲スコトヲ要スルヤ言フ俟タス(七八條)……死亡……承繼人……權利拘束ト爲リタル權利ヲ移轉セラレタル特定承繼人カ前主ニ代リテ控訴ヲ提起スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ニ關シテハ我民事訴訟法ニ於テ特ニ規定ヲ爲サズト雖近世ノ法理ハ羅馬法ト異ニシテ權利拘束中ノ權利ノ讓渡ヲ是認シ同時ニ之ニ依テ相手方ニ不利益ヲ被ラシムルコトヲ避ケタルニ在ルヲ以テ權利拘束中ノ權利ヲ移轉ハ一旦開始セル訴訟ニ何等ノ影響ヲ及スコトナク從テ當事者間ニ於テ依然訴訟手續ヲ進行スルモノト謂ハサルヲ得ス隨テ特定ノ承繼人ハ相手方ノ承諾ナキ限ハ當然前主ニ代リテ訴訟手續ヲ受繼シ控訴ヲ提起スルコトヲ得スト論結スルヲ正當ナリト信ス(民訴案三三三條、獨民訴二六

五條二六六條)通常ノ共同訴訟ニ在テハ各共同訴訟人ハ各自ノ部分ニ付自己ノ爲ニ獨立シテ控訴ヲ爲スコトヲ得其效力ハ他ノ共同訴訟人ニ及ハス(四九條)反之必要ノ共同訴訟ニ在テハ其當事者ノ一人力ヲ提起シタル控訴ハ第一審裁判所ノ判決ハ總ノ共同訴訟人ニ對シテ效力ヲ有スルトキニ限リ他ノ總テノ共同訴訟人ノ爲ニ效力ヲ生ス(第一審裁判所カ共同訴訟人タル各個人ニ對シ其之ニ關スル判決ヲ爲シタル場合ニ於テハ其判決ニ關係ヲ有セサル他ノ共同訴訟人ハ該判決ニ對シ控訴ヲ提起スルコトヲ得ス又該判決ニ關係ヲ有スル共同訴訟人ノ控訴ノ提起ニ因リ該判決ニ對スル第二審ニ於ル當事者ト爲ラス)故ニ判決ノ確定ヲ遮斷シ他ノ總テ共同訴訟人カ控訴審ノ辯論ニ加ハルコトヲ得出頭シタル共同訴訟人ハ關席シタル共同訴訟人ヲ代理シ控訴審ノ判決ハ前審判決ニ付關係ヲ有スル總共同訴訟人ノ爲ニ又ハ之ニ對シテ效力ヲ有ス(五〇條四項、五項)控訴ヲ提起セザリシ當事者亦控訴人ト爲ルコトハ期間懈怠者ト爲ラサル法意ニ依リ明白ナリ又控訴審ノ辯論ニ加ハリテ訴訟行為ヲ爲サリシ當事者ハ控訴棄却ノ場合ニ於テ假令控訴人ナリト雖訴訟費用ヲ負擔スルコトハ訴訟費用ハ無益ナル上訴ヲ提出シタル當事者カ負擔スヘキ民事訴訟法第七七條ノ規定ニ依リ明白ナリ)

(b) 從タル當事者即從參加人ハ已ニ第一審ニ於テ訴訟ニ參加シタルト主タル當事者ノ控訴提起ニ參加シタルト否トヲ問ハス其補助シタル主タル當事者ノ爲ニ其當事者カ控訴ヲ拋棄セス異議ヲ述ヘス且其當事者ノ爲ニ存スル控訴期間ノ經過セサルトキニ限り獨立シテ控訴ヲ提起スルノ權利ヲ有ス五(四條)從參加人ハ自己ノ權利ニ基キ自己ノ名ニ於テ主タル當事者ノ一方ヲ補助スルカ爲ニ行動スルモノナリ故ニ從參加人ハ從參加人トシテ其補助シタル當事者ノ爲ニ控訴ヲ提起スルノ權利ヲ有スルモノニシテ「ゾキフヘルド」氏ノ主張スルカ如ク該當事者ノ代理人トシテ控訴ヲ提起スルノ權利ヲ有

スルモノニ非ス又當事者カ控訴ヲ拋棄シ異議ヲ述ヘ又ハ當事者ノ爲ニ存スル控訴期間カ經過シタルトキハ從參加人カ該當事者ノ爲ニ控訴ヲ提起スルコトヲ得サルハ從參加ノ性質ニ徴シ明白ナリ(五四條)故ニ從參加人カ控訴ヲ提起シタル後主タル當事者カ異議ヲ述ヘタルトキハ裁判所ハ該控訴ヲ不適法トシテ棄却シ且訴訟費用ヲ從參加人ニ負擔セシメサルヘカラス從參加ノ許ササル裁判カ確定シタルトキ(五七條)亦其確定以前ニ於テ提起シタル從參加人ノ控訴ヲ不適法ト爲スモノナリ

(c) 控訴ハ相手方トシテ利益ナル第一審判決ヲ受ケタル主タル當事者ノ其法定代理人、一般承繼人及訴訟物ノ遺贈ニ基ク特定承繼人ニ對シテ提起スルコトヲ得(一七八條)其他ノ特定承繼人、一般承繼人カ前主ニ代リテ主タル當事者トシテ訴訟ヲ受繼クヘキ義務ヲ負フ場合ニ限り控訴ヲ提起スルコトヲ得(獨民訴三二六條、三三八條)通常ノ共同訴訟ニ在テハ各共同訴訟人ニ對シ各自獨立のニ控訴ヲ提起スルコトヲ得反之必要ノ共同訴訟ニ在テハ第一審ノ判決ヲ受ケタル總テノ共同訴訟人ヲ被控訴人ト爲ストキニ限り控訴ヲ提起スルコトヲ得蓋反對ノ場合ニ於テハ實體上ノ效力ヲ缺クヲ以テ控訴ヲ許スヘキモノト謂フコト能ハサレハナリ

(乙)

(d) 控訴ハ從參加人ニ對シテハ主タル當事者ト共ニ之ヲ提起スルコトヲ得然レモ單ニ從參加人ヲ排斥スヘキ申立ヲ爲スノ目的ヲ以テ控訴ヲ提起スルコトヲ得ス又從參加人カ其補助シタル主タル當事者ニ對シ控訴ヲ提起スルコトヲ得サルハ從參加ノ性質ニ徴シ疑ヲ容レヌ

(a) 當事者ハ第一審ニ於テ言渡シタル終局判決ニ對シ控訴ヲ爲スコトヲ得蓋該判決ニ對シテハ當事者ハ唯上告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルノミナレハナリ

……)其以後ニ言渡サレタル終局判決ノ成分ヲ爲シ中間判決ヲ言渡サレタル裁判所ヲ羈束スルノ效力ヲ有シ且豫示セラレタル終局判決ノ理由ナリト謂ハサルヲ得ス故ニ中間判決ハ之ヲ前通シタル決定及命令ト同ク終局判決ト共ニ不服ヲ申立ツルコトヲ得セシムルヲ當然ナリトス殊ニ斯ル方法ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得セシムルハ費用、努力及時間ヲ節約スルノ目的ニ適スルモノト謂フヘシ是中間判決ヲ控訴裁判所ノ判斷ヲ受クル所以ナリ(三九七條)但法律上不服ヲ申立ツルコトヲ許ササル中間判決(一九七條)及上訴ニ關シテ終局判決ト看做サル中間判決(二〇七條、二二八條、四九一條)ニ對シテハ民事訴訟法第三九七條ニ依ル控訴裁判所ノ判斷ヲ受クルコトヲ得ス蓋前者ニ對スル不服ヲ申立ハ不服ノ申立ヲ認メサル法文ニ反シ又後者ニ對スル不服ノ申立ハ斯ル中間判決ニ對シ獨立シテ控訴ヲ爲スコトヲ得セシメ終局判決ニ對スル控訴ヲ以テ間接ニ不服ヲ申立ツルコトヲ許ササルノ法意ニ反スルニ至ルヲ以テナリ

(e) 控訴ハ第一審ニ於テ爲シタル終局判決即第一審ノ爲ニ訴訟ノ全部又ハ一部ヲ終局シタル判決ニ對シテ之ヲ爲ス故ニ當事者ハ全部判決、一分判決(二二六條、二四二條)實體的終局判決(實體上ノ理由ニ基キテ事件ヲ終局的ニ裁判シタル判決)形式の終局判決(訴訟上ノ理由ニ基キテ請求ヲ終局的ニ裁判シタル判決)殊ニ訴訟ノ要件ヲ缺キタル理由トシテ訴ヲ却下シタル判決、民事訴訟法第九條ニ基キタル移送ノ判決、故障ヲ不適法トシテ棄却シタル判決、民事訴訟法第六二條ニ基キ被告ヲ訴訟ヨリ脱退セシメタル判決、中斷シタル訴訟手續繼續ノ申立ヲ却下シタル判決、區裁判所カ民事訴訟法第三九四條第二項ニ基キ地方裁判所ノ管轄ニ屬スル請求ニ關スル執行命令ニ對スル故障ヲ適法ナリト認メタル判決、民事訴訟法第七五條及第八〇四條ニ規定セル不變期間ヲ懈怠シタルカ爲ニ爲シタル

ル原狀回復ノ申立ヲ却下シタル判決、第一審ノ判決ニ對スル再審又ハ故障ノ不變期間ヲ懈怠シタルカ爲ニ爲シタル原狀回復ノ申立ヲ却下シタル判決、拋棄又ハ認諾ニ基キタル判決(二二九條)強制執行手續ニ於テ又ハ假差押及假處分手續ニ於テ言渡シタル終局判決(五四五條、五四六條、五四九條、五一四條、七四二條、七四五條、七四六條、七五六條等)ニ對シテ控訴ヲ爲スコトヲ得ルハ當然ナリ(二〇七條、二二八條、四九一條)民事訴訟法第四九一條ニ規定セル留保判決ニ對シテハ解除條件附終局判決トシテ控訴ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナリト主張スル學者頗多シ「ウキルモースキー」ガウフ氏等ノ如キ之ニ屬ス然レトモ「ワッハ」氏ハ留保判決ノ中間判決ナル旨ヲ主張セリ參考ノ爲ニ一言ス然レトモ

第一 當事者ハ訴訟費用ニ關スル終局判決ニ對シ其判決カ本案ニ關スル判決ト共ニ言渡サレタル場合ナルト本案カ和解、認諾、辨濟等ノ如キ原因ニ基キ判決ヲ受タルコトナク結了シタルカ爲ニ唯訴訟費用ノミニ關スル判決アリタル場合ナルト問ハス控訴ヲ爲スコトヲ得ス(八二條)蓋本案ノ當否ヲ調査スルコトナクシテ訴訟費用負擔ノ義務ヲ定ムルハ甚困難ナレハナリ故ニ法律ハ本案ノ判決ニ對シ上訴ノ提起アリタル場合ニ限り訴訟費用ニ關スル判決ニ對シテ上訴ヲ許シタリ

第二 期日ヲ懈怠シタル當事者ハ故障ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル關府判決ニ對シテハ控訴ヲ提起スルコトヲ得ス(三九八條、民事訴訟法四三六條)第一審裁判所カ不法ニ懈怠ヲ認定シ又ハ民事訴訟法第二四八條ノ規定ニ從ヒ自白シタルモノト看做サレタル事實ニ依リ不當ナル結果ヲ被ラシメタルコトヲ理由トスルトキト雖亦然リ是蓋懈怠シタル當事者ハ關府判決ニ對シ故障ヲ申立ツルコ

トヲ得ルヲ以テ更ニ控訴ヲ爲スコトヲ得セシムルノ必要ナキカ故ナラン換言スレハ法律カ控訴ヲ拒絶シ當事者ヲシテ簡單ニシテ且十分ニ目的ヲ達スルコトヲ得ヘキ訴訟上ノ保護方法タル故障ニ依ラシムルニ外ナラサルヘシ隨テ當事者ハ其懈怠ノ制裁トシテ控訴ヲ爲スコトヲ得サルモノト論結スヘカラス何トナレハ當事者ハ期日ニ出頭スヘキ義務ヲ負フモノニ非サレハナリ當事者ノ一方カ期日ニ出頭セサル場合ニ於テ出頭シタル當事者ノ不利益ニ歸シタル判決(二四八條ニ依レル訴却下ノ判決、二五九條ニ依レル故障棄却ノ判決)ハ懈怠ノ結果ニ基キテ言渡サレタル判決ニ非サルヲ以テ所謂對席判決ニシテ關席判決ニ非ス故ニ該判決ニ對シテハ敗訴ノ當事者カ控訴ヲ提起スルコトヲ得ルニ止リ懈怠シタル當事者カ故障ヲ申立ツルコトヲ得ス却テ單ニ相手方ノ提起シタル控訴ニ於テ事實上ノ主張ヲ争ヒ且各防禦方法ヲ提出スルコトヲ得ルノミ又原告ノ請求ノ一部ニ關シテハ判決ヲ以テ原告ハ敗訴ヲ言渡シ其他ノ部分ニ關シテハ關席判決ヲ以テ被告ノ敗訴ヲ言渡シタル場合ニ於テハ原告ハ其敗訴ノ部分ニ對シテ控訴ヲ爲シ被告ハ其敗訴ノ部分ニ對シテ故障ヲ申立ツルコトヲ得(四一〇條)而シテ原告カ控訴ヲ爲シタル場合ニ於テハ被告ハ唯原告ノ請求中第一審ニ於テ棄却セラレタル部分ニ對シテ爭フ旨ヲ主張シ又防禦方法ヲ提出スルノ權利ヲ有スルノミ何トナレハ被敗訴ノ部分ニ關シテハ第二審ニ於テ辯論スルコト能サレハナリ又被告カ故障ヲ申立テタル場合ニ於テハ故障ニ關スル口頭辯論ハ被告敗訴ノ部分ニ限定セラル何トナレハ原告ノ請求ノ一部ヲ棄却シタル第一審裁判所ノ判決ハ上訴ニ依リ廢棄セラレタル間ハ同裁判所ヲ羈束スルモノナレハナリ(二四〇條)然レトモ例外トシテ期日ヲ懈怠シタル者ハ故障ヲ許ササル關席判決ニ對シ(第一要件)懈怠ナカリシコトヲ理由トシテ(第二要件)控訴ヲ爲スコトヲ得三九八條但書、民訴案

四三六條但書)故障ヲ許ササル關席判決トハ法律上故障ヲ以テ攻撃スルコトヲ得サル關席判決ニシテ新關席判決(二二二條)及原狀回復ノ申立ヲ却下シタル關席判決(一七七條二項)ヲ指示スルニ過キス故障期間ノ經過、故障ノ拋棄及其取下等ニ因テ事實上故障ヲ以テ攻撃スルコト能ハサルニ至リタル關席判決ハ其確定ノ效力トシテ之ヲ上訴ヲ以テ攻撃スルコト能ハサルモノナリ隨テ控訴ニ依リ不服ヲ申立ツルコトヲ得ヘキ故障ヲ許ササル關席判決ニ非サルヤ當然ナリ懈怠ナカリシコトハ第一審裁判所カ事實上若クハ法律上不當ニ懈怠アリト認定シタルコトニシテ期日ニ出頭セタリシ當事者カ全然呼出ヲ受ケサリシコト若クハ合式ニ呼出ヲ受ケサリシコト(二五四條一項)期日カ適法ノ場所及適法ノ時期ニ於テ開始セラレサリシコト(二六二條)殊ニ事件ノ呼上ナカリシコト、事件ノ呼上カ裁判長ノ指定シタル時期前ニ在リタルコト(二五九條、一六三條)判決カ其辯論期日以外ノ期日ニ於テ言渡サレタルコト、判決カ訴訟手續ノ中斷、中止及休止アリタルニ拘ラス言渡サレタルコト若クハ辯論ヲ不法ニ禁止セラレタルコト(二二八條、二五〇條)及關席判決ノ申立ナカリシコト(二四六條)等ハ之ニ屬スル雖單ニ延期ノ申立アリテ未相手方ノ同意ナキコト、第一審裁判所カ民事訴訟法第二二二條第二號ニ從ヒ關席判決ノ申立ヲ却下セサリシコト、當事者ノ一方カ天災其他避クヘカラサル事變ノ爲ニ出頭スルコト能ハス隨テ第一審裁判所カ職權ヲ以テ辯論ヲ延期スヘキモノタリシコト等ハ之ニ反ス何トナレハ延期ノ申立ハ未延期ノ效力ナキヲ以テ故障ヲ申立テ若クハ原狀回復ヲ申立テタル當事者ノ相手方ハ故障ノ棄却若クハ原狀回復ノ申立却下ノ判決ヲ求ムル申立ヲ爲スコトヲ得ルカ爲ニ該當事者ニ何等ノ通知ヲ爲スノ義務ヲ負ハサルヲ

以テ又適法ニ呼出サレタル當事者カ辯論期日ニ出頭セザリシトキハ期日ノ懈怠アルモノニシテ且當事者ノ一方カ天災其他避クヘカラサル事變ノ爲ニ出頭スルコト能ハサル事情ノ存スル場合ニ於テハ裁判所ハ闕席判決ノ申立ニ付テ辯論ヲ延期スルノ職務ヲ有シ其職務ヲ負フモノニ非サルヲ以テナリ「ゾキフヘルド」氏ハ當事者カ天災其他避クヘカラサル事變ノ爲ニ出頭スルコト能ハサル事情ハ懈怠ナカリシコトニシテ其理由トシテ裁判所ハ該事情ノ存スル場合ニハ當然闕席判決ノ申立ニ付テ辯論ヲ延期スルノ職務ヲ負フモノナルヲ以テ事茲ニ出テサルトキハ假令該事情ノ存スルコトヲ知ラザリシ場合ト雖不當ニ懈怠ノ場合ヲ認定シタルニ外ナラス隨テ其言渡シタル判決ニシテ故障ヲ許ササル闕席判決タル以上ハ控訴ヲ以テ攻撃スルコトヲ得サルヘカラスト主張セリ然レトモ道ハ「ガウプ」氏其他多數ノ學者ノ採ラサル所ニシテ又予輩ノ贊成セサル所ナリ而シテ控訴裁判所ニ於テ前示ノ要件ヲ具備シタルモノト認メタルトキハ第一審ノ闕席判決ヲ廢棄シ事件ヲ差戻スヘキ旨ノ判決ヲ爲シ(四二二條一號)法律上具備セサルモノト認メタルトキ即控訴ヲ以テ不服ヲ申立テタル判決カ其性質上故障ヲ許ササル闕席判決ニ非サルトキ若クハ當事者カ其提起シタル控訴ヲ懈怠ナカリシ旨ノ主張ヲ以テ維持セザルトキ即控訴人ノ主張自體カ懈怠ナカリシ旨ノ主張ト爲ラザルトキハ不適法トシテ控訴ヲ棄却シ(四一九條)事實上具備セサルモノト認メタルトキ即控訴人ハ懈怠ナカリシ旨ヲ主張スト雖事實上懈怠アルモノト認メタルトキハ理由ナシトシテ控訴ヲ棄却セザルヘカラス(四二四條)

以上略述シタル闕席判決ニ關スル法則(三九八條)ハ闕席中間判決(二六五條)ニ對シテ適用アルヤ否ヤ換言スレハ闕席中間判決ハ民事訴訟法第三九八條第一項ニ從テ控訴裁判所ノ判斷ヲ受クルコ

トナシト雖民事訴訟法第三九八條第二項ニ從テ制限的ニ控訴裁判所ノ判斷ヲ受クルヤ否ヤ(三九七條)ニ關シテ學者間ニ爭ヒアリ「ウキルモースキー、ヘルマン」氏等ハ消極的ニ論結シ其理由ハ民事訴訟法第三九八條(獨民訴五一四條)ハ民事訴訟法第三九六條(獨民訴五一一條)ノ例外ヲ成セルモノナルヲ以テ唯闕席終局判決ニ對シテ適用アルノミ闕席中間判決ハ民事訴訟法第三九七條ニ所謂終局判決前ニ爲シタル裁判ニ屬スルモノニシテ民事訴訟法第三九六條ニ從ヒ控訴ヲ爲スコトヲ得ヘキ終局判決ニ非ス故ニ闕席終局判決ニ關スル民事訴訟法第三九六條ニ從ヒ控訴ヲ爲スコトヲ得ヘキ終局判決ニ非サルヲ以テ闕席判決ニ關スル民事訴訟法第三九六條ヲ擴張シテ積極的ニ論結スルハ不當ナリト謂フニ在リ「ブラント」氏「ガウプ」氏「ゾキフヘルド」氏ハ積極的ニ論結シ其理由ハ民事訴訟法第三九八條ハ其占ムル地位ヨリ推究シ民事訴訟法第三七六條及民事訴訟法第三七七條ノ制限ヲ規定シタルモノナルコトヲ知ルニ足ル故ニ故障ヲ許ス闕席判決ニ對シテハ終局判決タルト中間判決タルトノ區別ヲ問ハス絕對的ニ控訴ヲ許スヘキモノニ非スト雖闕席中間判決カ之ニ對スル故障ヲ許ササルモノニシテ(二六二條、一七七條第二項)且終局判決ニ對スル控訴ト共ニ爲シタル不服申立ノ理由カ懈怠ナカリシコトニ存スルトキハ終局判決ニ對スル控訴ト共ニ控訴裁判所ノ判斷ヲ受クルモノナリ(三九七條)換言スレハ民事訴訟法第三九八條ニ所謂闕席判決ニハ闕席中間判決ヲ包含スト謂フニ似タリ予輩亦後説ヲ主張セントス

第三 公示催告手續ニ於テ言渡サレタル除權判決ニ對シテハ控訴ヲ爲スコトヲ得ス(七四一條一項)何トナレハ公示催告申立人ハ除權判決ニ對スル不服ヲ申立ツヘキ理由ナク又失權ノ效果ヲ受クヘキ届出懈怠者ハ當事者ニ非サルヲ以テナリ

控訴ノ許可ニ關スル要件ヲ講了スルニ臨ミ特ニ注意スヘキモノハ原告若クハ反訴ノ原告カ其請求ヲ全然是認シタル第一審ノ判決ニ對シ適法ニ控訴ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤノ問題はナリ獨逸ニ於テハ「ゾキフヘルド」ストロクマン「フツナング」氏等ハ原告ハ控訴審ニ於テ訴ノ申立ヲ擴張スルコトヲ得ルヲ以テ四一六條、一九六條二號及三號)原告ハ其請求ヲ全然是認シタル第一審ノ判決ニ對シ控訴ヲ提起スルノ利益ヲ有セサルモノト謂フコトヲ得スト主張シ積極的ニ之ヲ論結シ「ガクプ」ウキルモースキ「ワッハ」氏等ハ控訴カ適法ナルニハ第一審判決力其之ニ對シテ控訴ヲ提起シタル者ニ不利ナラコトヲ要ス(三九六條)……對シ……獨逸民訴五一一條)原告ノ請求ヲ全然是認シタル第一審ノ判決ハ原告ニ對シテ利益ナリ換言スレハ斯ル判決ニハ原告ニ對シ不服申立ノ原因アリト謂フコトヲ得訴ノ申立ノ擴張ハ控訴提起ノ唯一ノ目的ト爲ルモノニ非スシテ却テ適法ナル控訴ノ提起ヲ前提ト爲スモノナリト主張シ消極的ニ論結シタリ我民事訴訟法ノ解釋トシテハ予輩「ブランク」氏ト同ク積極的ニ論結スルヲ正當ナリト思フ我民事訴訟法第三九七條及第四〇一條第一號及第二號ヲ對照審究セハ我民事訴訟法ハ控訴ノ適法ナルニハ當事者カ控訴狀ニ於テ表示セル第一審ノ判決ニ對シ控訴ヲ爲ス旨ノ意思ヲ表示シ以テ第一審ノ判決ニ依リ自己ノ利益ヲ侵害セラレタリト信スル旨ヲ認識セシムルヲ以テ足レリトシ此侵害セラレタリト信スル利益ノ説明ヲ要セサルコト明白ナルヲ以テ控訴ハ第一審ノ判決ニ依リ不利ヲ受ケタル當事者ニ非スシテ之ヲ提起スルコトヲ得サル旨ノ要件ハ控訴ノ實體的要件ニシテ形式的要件ニ非スト謂ハサルヲ得ス故ニ控訴裁判所ハ當事者カ第一審ノ判決ニ依リ不利ヲ受ケタルコトヲ主張セス又ハ之ヲ主張シタルモノ之ヲ證明スルモト能ハサル事由ニ基キ控訴ヲ不適法トシテ棄却スルコト能ハサルハ勿論控訴裁判所カ第一審ノ判決ハ控訴人ノ申立ヲ全然是認シタルヲ以テ控訴人ハ

該判決ニ依リ不利ヲ受ケタリト主張スルコトヲ得サルモノナリト意見ヲ有シタルトキニ於テモ控訴ヲ不適法トシテ棄却スルコトヲ得ス要スルニ控訴人カ第一審ノ判決ニ因リ不利ヲ受ケタルヤ否ヤハ控訴ノ適否(適法ナルヤ否ヤ)ニ關スル問題ニ非スシテ其當否(理由アリヤ否ヤ)ニ關スル問題ナリト謂フヘシ是ヲ以テ婚姻事件ニ於テ勝訴ノ原告カ離婚ヲ言渡シタル第一審ノ判決ニ對シ該判決ノ結果ニ關シ拋棄ヲ爲スカ爲メ適法ニ控訴ヲ爲スコトヲ得ルハ原則ノ適用ニシテ「ガクプ」ノ主張スルカ如ク例外ニ非スト謂フ可シ

被告若クハ反訴被告カ其申立ヲ是認シタル判決ナルト否トニ拘ラス原告若クハ反訴原告ノ請求ノ全部又ハ一部ニ應スヘキ旨ヲ言渡シタル第一審ノ判決殊ニ認諾判決ニ對シ控訴ヲ適法ニ提起スルヲ得ルコト及被告カ原告ノ訴却下ノ判決ニ對シ其確定力ノ範圍ニ關シ不服アルトキ殊ニ實體的確定力ヲ發生スルニ適當ナル請求棄却ノ裁判ヲ爲サシテ單ニ形式的理由ニ基キ不適法トシテ訴ヲ却下シタル判決ニ對シ適法ニ控訴ヲ提起スルヲ得ルコトハ學者ノ間ニ爭ナキ所ナリ何トナレハ被告ハ此等ノ判決ニ因リ不利ヲ受ケタルコト明白ナレハナリ

(2) 法定ノ方式ニ關スル要件。控訴ノ提起ハ訴ノ提起ト同ク控訴狀ヲ控訴裁判所ニ差出シテ之ヲ爲ス(四〇一條一項、一九〇條一項、民訴案四四二條、二二〇條)控訴ノ提起ハ控訴狀即控訴人カ口頭辯論ニ於テ終局スヘキ請求ノ全部又ハ一部ニ付控訴手續ヲ開始スル旨ヲ表示シタル書面ヲ要スル理由ハ訴ノ提起ニ訴狀ヲ要スルコト同ク控訴手續ノ基礎ヲ確實ニ爲スニ在リ又控訴ノ提起ニ控訴裁判所ヲ以テ控訴狀ヲ受取ラシムルノ行為ヲ爲スコトヲ要スル理由ハ民事ニ關スル裁判上ノ干渉ニ關シテハ其之ヲ要求スル當事者ノ意思表示アルコトヲ必要トスルニ在リ控訴狀ハ如此控訴人カ口頭辯論ニ於テ終局スヘキ

請求ノ全部又ハ一部ニ付控訴手續ヲ開始スル旨ノ意思ヲ表示シタル書面ナルヲ以テ訴狀ト同ク其記載事項ニ必要の成分ト準備の成分ト二者アリ(四〇一條二項、三項)

(甲) 必要の記載事項 必要の成分タル記載事項トハ若控訴狀ニ於テ之カ記載ヲ缺クトキハ控訴狀タルノ效力ナク随テ又控訴提起ノ效力ヲ發生セシムルニ足ラサルモノナリ故ニ控訴裁判所カ職權ヲ以テ唯外形の存在ノミヲ有スル控訴ヲ不調法トシテ棄却スルニ至ルヘキ事項ヲ指示スルニ之ヲ分設スヘシ

第一 控訴ヲ以テ攻擊セント欲スル第一審ノ終局判決ヲ表示スルコト(四〇一條二項一號、三九六條) 斯ル事項ヲ要スルハ蓋該判決ハ控訴審ニ於ル調査ノ目的物ナレハナリ然レトモ終局判決前ニ爲シタル裁判ニシテ其終局判決ニ對スル控訴ニ依リ法律上當然控訴裁判所ノ判斷ヲ受タヘキモノハ之ヲ表示スルコトヲ要セス(二九七條)何トナレハ斯ル裁判ハ前述ノ如ク終局判決ニ對スル控訴ノ提起ニ依リ間接ニ攻擊セラルモノナレハナリ判決ノ表示ハ如何ナル判決ニ對シ控訴ノ提起アリタルヤノ點ニ關シ疑ナキヲ期スルニ在リ故ニ控訴人ハ如何ナル判決ニ對シ控訴ノ提起アリタルカヲ正確ニ認識セシムルニ足ルノ表示ヲ爲ササルヘカラス而シテ判決ノ表示ノ有無ハ事實問題トシテ裁判所ノ自由ニ判斷スル所ナリト雖判決ヲ受ケタル當事者之ヲ爲シタル裁判所ノ判決言渡ノ年月日及訴訟ノ目的ヲ表示シタルトキハ最完全ナル判決ノ表示ナリト謂フコトヲ得ヘシ但此等ノ事項ノ記載ハ判決ノ表示ニ關スル要件ニ非サルヲ以テ該記載ニ誤謬アルモ亦不正確ナル所アルモノニ依リ如何ナル判決カ控訴ヲ以テ攻擊セラレタルカヲ認識セシムルニ足ル以上ハ法律上當然判決表示ノ欠缺ナリト謂フコトヲ得ス

第二 控訴ノ目的物タル第一審ノ判決ニ對シ如何ナル當事者カ如何ナル當事者ヲ被控訴人トシテ控訴ヲ爲スカヲ認識セシムルカ爲ニ爲ス意思ノ表示(四〇一條二項第二號)是當事者訴訟專行主義ニ基ク法則ノ適用ナリ而シテ「控訴ヲ爲ス旨」ノ法語ハ之ヲ控訴狀ニ記載スルコトヲ必要トセス

「控訴ヲ爲ス旨」ノ意思カ他ノ適當ナル語辭例之第一審ノ裁判ニ對シ控訴裁判所ノ調査ヲ乞フト謂フカ如キ文面ニ依リ表示セラレタルトキハ仍第二ノ記載事項ノ存スルモノト認ムルニ足ル然レトモ條件附ノ控訴ノ提起殊ニ相手方ノ控訴提起ヲ條件ト爲シタル控訴ノ提起ハ條件附ノ提起ト同ク不適法ナリ何トナレハ控訴ヲ提起スル旨ノ意思ハ其控訴提起ノ當時ニ於テ存在シ且該意思ヲ控訴狀ニ表示スルコトヲ要スルハ民事訴訟法第四〇一條第二項第二號ノ法文ニ依リ明白ナレハナリ同一ノ當事者間ニ於ル數箇ノ訴訟ニ關シ言渡アリタル第一審ノ數箇ノ判決ニ對シ一通ノ控訴狀ヲ以テ數箇ノ控訴ヲ爲スヲ得ルコトハ(一九一條、四〇八條、民事訴訟法四三八條)ノ準用ニ依リ適法ナルヘシ

(乙)

準備の記載事項 準備の成分タル記載事項トハ控訴狀ニ於テ之カ記載ヲ缺クモ控訴狀タルノ效力ヲ害スルコトナク随テ又控訴提起ノ效力ヲ發生セシムルノ妨ヲ爲ササルモノニシテ唯單ニ訴訟費用ヲ負擔シ又ハ期日ニ出頭セサリシ被控訴人ニ對スル關席判決ヲ求ムル申立ヲ却下セラルルニ至ルコトアルヘキ危險ヲ負擔スルノ原因ト爲ル事項ヲ指示ス(七五條、四二八條、四〇八條、二五二條二號)而シテ訴狀カ他ノ一面ニ於テ準備書面タルト同ク控訴狀ハ他ノ一面ニ於テ準備書面タルノ性質ヲ有ス故ニ控訴狀ニハ準備書面ニ關スル一般ノ規定ニ從テ準備の成分ヲ記載ス(四〇一條三項、百五條乃至百八條)殊ニ

第一 判決ニ對スル不服ノ程度即判決ノ全部若クハ或部分ニ付不服アル旨ヲ表示ス、故ニ訴訟ノ客觀的併合ニ依リ第一審ノ判決カ數箇ノ請求ヲ包含シタル場合ニ於テハ如何ナル請求ニ關スル部分ニ對シ控訴ヲ爲スヤノ旨ヲ表示スルモノナリ

第二 控訴ニ關スル一定ノ申立即判決ニ付全部若クハ或部分ノ變更ヲ爲スコトヲ求ムル旨ノ申立ヲ表示ス、該申立ハ控訴審ニ於ル訴訟事件ニ關スル辯論ノ限界ヲ定ムルモノナリ然レトモ訴訟ニ關スル一定ノ申立ト異ニシテ準備の成分ニ外ナラサルヲ以テ(一九〇條三號)控訴人ハ一旦控訴狀ニ表示シタル一定ノ申立ヲ爾後口頭辯論ニ於テ訴ノ變更ト爲ラサル制限内ニ於テ(四一三條)自由ニ變更シ擴張シ又ハ減縮スルコトヲ得又控訴人カ口頭辯論ニ於テ爲シタル申立ノミカ控訴審ノ調査及裁判ノ限界ニ關スル標準ト爲ル(四一一條)

第三 新ニ主張セントスル事實及證據方法ヲ表示ス

以上略述シタル記載事項中必要の成分ニ關スルモノハ其欠缺ヲ爾後口頭辯論ニ補充スルコトヲ得ス準備の成分ニ關スルモノハ其欠缺ヲ爾後口頭辯論ニ於テ有效ニ補充シ又ハ控訴提起後該成分ニ關スルモノヲ記載シタル書面ヲ送達シテ有效ニ補充スルコトヲ得

(3) 控訴期間ニ關スル要件 控訴ハ第一審ノ判決ノ送達ヲ以テ始ル一箇月ノ不變期間内ニ提起シタルトキニ限り適法ナリ(四百條一項二項、民訴案四四〇條一項三項)是勝訴者ノ利益ニ反シテ長時間第一審判決ノ確定ヲ妨ケサル程度ニ於テ收訴者ニ其不服申立權ノ行使ニ必要ナル準備及熟慮ノ時間ヲ與フルノ注意ニ外ナラサルナリ

(甲) 控訴期間ノ性質 控訴期間ハ不變期間ナルヲ以テ之ヲ短縮シ又ハ之ヲ伸長スルコトヲ得ス又其適

(乙)

行ハ裁判所ノ休暇及訴訟手續ノ休止ニ因テ停止セラレタルコトナシ(二六八條、一七〇條、一八八條)

控訴期間進行ノ開始 控訴期間ハ第一審判決ノ送達ヲ以テ始ルモノニ非ス(四百條一項、民訴案四百條二項)是控訴ヲ提起セント欲スル當事者ヲシテ送達セラレタル判決ノ正本就キ十分ニ熟慮シ且準備セシメンカ爲ナリ判決ノ送達ハ當事者ノ申立ニ因テ之ヲ爲スヲ原則トシ(二三八條)裁判所カ職權ヲ以テ之ヲ爲スヲ例外トス(八訴一五條、二六條、三八條等)而シテ當事者ノ申立ニ因リ判決ノ送達ヲ爲スヘキ場合ニ於テ裁判所カ職權ヲ以テ判決ノ送達ヲ爲シタルトキハ其送達ハ法律上其效ナシ何トナレハ斯ル場合ニ於テハ判決ヲ確定セシムルコトヲ當事者ノ意思ニ放任シタルノ法意ニ反スルヲ以テナリ隨テ控訴期間ヲ進行セシムルニ足ラサルモノナリ反之裁判所カ職權ヲ以テ判決ノ送達ヲ爲スヘキ場合ニ於テ當事者ノ申立ニ因リ判決ノ送達ヲ爲シタルトキハ其送達ハ法律上有效ナリ何トナレハ裁判所カ職權ヲ以テ判決ノ送達ヲ爲スノ法意ハ判決ノ確定カ當事者ノ行為ニ因リ遲延スルコトヲ避クルノ目的ニ出テ判決ノ送達ニ關スル當事者ノ申立ヲ禁止スルノ目的ニ出テタルモノニ非サレハナリ隨テ控訴期間ノ進行ヲ妨ケス獨逸ニ於テハ多數ノ學者ハ裁判所カ職權ヲ以テ送達ヘキ判決カ當事者ノ行為ニ基キテ送達セラレタル場合ニ於テ該送達ハ法律上其效ナク隨テ控訴期間ノ進行アルコトナシ故ニ裁判所ハ更ニ職權ヲ以テ判決ノ送達ヲ爲スコトヲ要スル旨ヲ主張シタルヲ論じ送達ノ手續ヲ異ニスル我民事訴訟法ノ解釋トシテハ其當ヲ得タルモノニ非ス又控訴期間ハ判決ノ送達ニ因テ各當事者ノ爲ニ各別的ニ進行ヲ始ムモノナリ故ニ各當事者ノ申立ニ因リ爲ス重複ノ送達ハ控訴期間ノ進行ニ關シテ其必要ヲ見ス唯控訴ヲ爲サント欲スル當事者カ相手方ノ申立ニ因リ爲サレタル送達カ法律上無効ナルヲ疑フ場合ニ於テ確實ヲ期スルカ爲ニ相

手方ノ申立ニ因リ送達アリタルニモ拘ラス自己ノ申立ニ因リ送達ヲ爲サシムル適當ト爲スノモ蓋當事者雙方ノ申立ニ因リ重複ノ送達アリタル場合ニ於テハ最初ニ爲サレタル送達カ法律上有效ナルトキハ該送達ヨリ控訴期間ノ進行ヲ始メ又法律上有效ナルトキハ爾後ニ爲サレタル送達ヨリ控訴期間ノ進行ヲ始ムルモノナレハナリ是ヲ以テ

第一 共同訴訟人ニ關シテハ其共同訴訟カ通常ノ訴訟ナルト(四九條合一)の確定ヲ要スルモノ(五〇條)ナルトニ拘ラス控訴期間ハ各共同訴訟人ノ爲ニ又ハ之ニ對シテ爲シタル判決ノ送達ニ因テ各別ニ進行ヲ始ム蓋單純ナル共同訴訟ニ於テ共同訴訟人ノ或者カ送達ニ關シ他ノ或者ヲ法律上代理スルノ權限ナク(四九條)又合一の確定ヲ要スル共同訴訟人ニ或者カ控訴ヲ提起シタルトキハ他ノ或者ノ爲ニ效力ヲ生スルコトハ民事訴訟法第五〇條第二項ニ依リ明白ナリ(送達ニ關スル訴訟行爲ト控訴提起ニ關スル訴訟行爲トヲ同視スヘカラス)故ニ必要の共同訴訟人ニ在テハ其訴訟人ノ甲カ相手方ニ對シテ爲サシメタル判決ノ送達ハ共同訴訟人タル乙ノ爲ニモ亦控訴期間ヲ進行セシムルニ足ル隨テ相手方ハ乙ニ對シテモ有效ニ控訴ヲ提起スルコトヲ得然ラスハ各共同訴訟人ニ對シ判決ノ合一の確定ヲ來スコトナシト論結スヘカラス何トナレハ必要の共同訴訟人ノ相手方カ共同訴訟人ノ全員ニ對シ適法ナル控訴ヲ提起セシテ或者ニ對スル控訴期間ヲ經過シタルトキハ之ニ依テ當然判決ノ形式の確定ヲ來スコトナラ以テナリ

第二 從參加人ニ對シテハ控訴期間ノ進行ノ爲ニ判決ノ送達ヲ爲スノ必要ナシ何トナレハ從參加人其補助セラレタル當事者ノ爲ニ存スル控訴期間内ニ適法ナル控訴ヲ提起スルコトヲ得ヘキヲ以テナリ(五四條)但參加人ハ補助セル主タル當事者及其相手方ノ爲ニ控訴期間ヲ進行セシムルノ目

(丙)

的ヲ以テ判決ノ送達ヲ申請スルコトヲ得ヘシ(五四條)

控訴期間進行ノ中止 控訴期間ハ訴訟手續ノ中斷及中止(一八六條)並ニ其期間經過前ニ於テ追加ノ裁判ノ言渡ニ依テ(四百條三項、民事訴訟法四四一條)其進行ヲ止ム然レトモ訴訟手續ノ休止(一八八條一項)及一分判決ハ控訴期間ノ進行ニ妨ナシ(一分判決ニ對スル控訴期間ハ其一分判決ノ送達ヨリ各別ニ其進行ヲ始ムモノナリ)而シテ控訴期間カ訴訟手續ノ中斷及中止ニ因テ其進行ヲ止メタルトキハ其中斷及中止ノ終リタル後更ニ控訴ノ全期間ノ進行ヲ始メ追加ノ裁判ノ言渡ニ因テ其進行ヲ止メタルトキハ其送達ヨリシテ控訴ノ全期間ノ進行ヲ始ム訴訟手續ノ中斷、中止及休止ト控訴期間トノ關係ハ茲ニ詳記スヘキモノニ非サルヲ以テ之ヲ省略シ單ニ追加ノ裁判ト控訴期間トノ關係ヲ説明スルニ止ム元來追加ノ裁判ハ其申立ヲ認シタルモノナルト其申立ヲ却下シタルモノナルトニ拘ラス補充セラルヘキ判決ノ一部分ニ非スシテ獨立シタル一分判決ト看做スヘキモノナリ故ニ追加ノ裁判及補充セラルヘキ判決ニ對スル控訴ハ各別ニ之ヲ提起シ又其控訴期間ハ各判決ノ送達ヨリ各別ニ進行スルヲ原則トス然レトモ法律ハ例外トシテ補充セラルヘキ判決ニ對スル控訴期間内ニ於テ追加ノ裁判ノ言渡アリタルトキハ此二者ニ對スル控訴ノ並行審理ヲ可成避タルカ爲ニ換言スレハ此二者ニ對スル控訴ノ併合ヲ容易ナラシムルカ爲ニ補充セラルヘキ判決ニ對スル控訴即最初ノ判決ニ對スル控訴ニ關シテモ控訴期間カ追加裁判ノ送達ヲ以テ始ルコトト規定シタリ(四百條三項、二四二條、五〇八條、八二條)是ヲ以テ

第一 補充セラルヘキ判決ハ追加ノ裁判ノ送達ヨリ進行ヲ始ムヘキ控訴期間ノ經過以前ニ於テハ確定スルコトナク又執行力ヲ有スルコトナシ蓋追加裁判ノ言渡ヨリ其送達迄ハ毫モ控訴期間ノ進行

ナケレハナリ故ニ當事者ハ追加ノ裁判ノ遂達ヲ爲サシメ以テ追加ノ裁判及補充セラルヘキ判決ニ對スル控訴ノ期間ヲ進行セシメサルヘカラス然レトモ補充セラルヘキ判決ニ對シ其之ニ對スル控訴期間内ニ爲シタル控訴ハ追加ノ裁判ノ言渡ニ依レル新控訴期間ノ開始ノ爲ニ無効ト爲ラス何トナレハ該控訴ハ其提起ノ當時ニ於テハ適法ノ期間内ニ提起セラレタルモノナルヲ以テ爾後ノ追加ノ爲ニ效力ヲ左右セラルノ理ナケレハナリ

第二 補充セラルヘキ判決ニ對スル控訴期間内ニ於テ追加ノ裁判ヲ求ムル申立却下ノ裁判言渡若クハ該期間經過後ニ於テ追加ノ裁判ノ言渡アリタル場合ニ於テハ前示ノ原則ニ依リ補充セラルヘキ判決及追加ノ裁判ニ對スル控訴期間カ各別ニ進行シ民事訴訟法第四百條第三項ノ適用ナキニ至ル蓋斯ル場合ニ於テハ同條ニ規定シタル要件ヲ缺クヲ以テナリ故ニ補充セラルヘキ判決及追加ノ裁判ニ對スル控訴ヲ全クセント欲スル當事者ハ先補充セラルヘキ判決ニ對シ控訴ヲ提起スルコトヲ要ス蓋補充セラルヘキ判決ニ對スル控訴期間内ニ追加ノ判決ノ言渡ナキ處アルヲ以テナリ第三 追加ノ裁判ノ言渡アル以前ニ於テ補充セラルヘキ判決ニ對スル控訴期間カ既ニ經過シタルトキハ後者ノ確定ヲ來シ控訴ハ唯之ヲ爾後ニ言渡サレタル追加ノ裁判ニ對シテ爲スコトヲ得ルノミニシテ民事訴訟法第四百條第三項ノ適用ナキヤ當然ナリ但追加ノ裁判カ訴訟費用ノ點ニ限ラレタルモノナルトキハ控訴スルコトヲ得ス(八二條)

以上略述シタル三要件ヲ具備シタル控訴ハ適法ニシテ之ヲ具備セサル控訴ハ不適法ナリ故ニ

第一 裁判長及裁判所ハ職權ヲ以テ要件ノ存否ヲ調査シ若要件ニ缺クル所アラハ控訴ヲ不適法トシテ棄却スルノ裁判ヲ爲ササルヘカラス(四〇二條、四一九條)我民事訴訟法ハ原則トシテ本人訴訟進行

主義ヲ認メタルヲ以テ(六三條)法律ニ通セサル本人カ判然不適法ナル控訴ヲ提起スルコトナキヲ保セス斯ル場合ニ於テハ控訴裁判所ヲシテ口頭辯論終結後終局判決ヲ以テ控訴棄却ノ裁判ヲ爲サシムルハ大ニ時間及勞力ヲ空費スルノ虞アリ依テ裁判長ニ判然不適法ナル控訴棄却ノ裁判ヲ爲スノ職權ヲ認メタリ(四〇二條、同條ニ所謂「其期間ノ經過後ニ」ノ明文ハ甚狹キニ失ス何トナレハ期間進行前ニ於ル控訴ハ故障ト異ニシテ不適法ナルコト前述ノ如ケレハナリ尙二五七條、四百條二項控訴裁判所カ控訴棄却ノ判決ヲ言渡ス法則ノ説明ハ後述スヘシ

第二 訴訟物ノ價額ノ多寡、仍控訴ノ申立ノ表示及其内容ノ有無、控訴理由カ法律ノ違背又ハ事實ノ誤認ニ存スル事項等何レモ控訴ノ適否ニ關係ナシ蓋我法律ハ訴訟物ノ價額ノ多寡ニ從テ控訴權ノ有無ヲ區別セス隨テ當事者ハ訴訟物ノ價額僅少ナルトキト雖適法ニ控訴ヲ提起スルコトヲ得ヘタ又控訴ノ申立ナキ場合ニ在テハ裁判所ハ明示の又ハ默示のニ控訴ヲ拋棄シタルモノト認メ控訴人カ口頭辯論期日ニ出頭セサル場合ト同ク實體上理由ナシトシテ控訴ヲ棄却スヘキモノトシ又控訴ノ理由カ不十分ナルトキハ實體上理由ナシトシテ控訴ヲ棄却シ(四二四條)不適法トシテ控訴ヲ棄却スヘキモノニ非サルナリ(民事訴訟法ニ在テハ經濟上ノ利害ヲ斟酌シ控訴ノ提起ニ付金額上ノ制限ヲ設ケ(民事訴訟法四三四條)又實益ナキヲ理由トシテ控訴ノ提起ニ付控訴理由ニ基テ制限ヲ設ケタリ(民事訴訟法四三七條)而シテ控訴カ不適法ナルヲ理由ナキヤ區別スルノ實用ハ主トシテ附帶控訴ノ許否ニ在ルヲ以テ斯ル區別ハ之ヲ嚴格ニ維持セサルヘカラス

(三) 控訴權ノ喪失 控訴權即當事者カ控訴裁判所ヲシテ第一審裁判所ノ判決ノ當否ヲ調査シ且自己ニ不利ナル部分ヲ除去セシムルコトヲ目的トスル權利ノ喪失原因ニ二アリ控訴期間ハ懈怠及控訴權ノ

ニ關シテハ學者間ニ爭アリ「ジキフヘルド」、「ガウプ」氏等ハ控訴ノ拋棄ニ關シテハ其之ニ關スル書面ヲ相手方ニ送達スルコトヲ要スル旨ノ規定ナキヲ理由トシテ積極的ニ論結シタルトモ予輩ハ我民事訴訟法ノ解釋トシテハ「ブランク」、「ベーターゼン」氏等ト共ニ消極的ニ論結スルヲ正當ナリト信ス何トナレハ控訴ノ拋棄ハ前述ノ如ク裁判上ノ控訴權ノ拋棄ナレハナリ又「ブランク」、「ヘルマン」氏ハ控訴ノ拋棄ニ關シ明示ノ意思表示ヲ要スル旨ノ法文ナキヲ理由トシテ消極的ニ論結シタルトモ予輩ハ我民事訴訟法ノ解釋トシテハ「ジキフヘルド」、「ガウプ」氏等ト共ニ積極的ニ論結スルヲ正當ナリト信ス何トナレハ默示ノ意思表示ニ依ル控訴ノ拋棄ハ訴ニ論争ヲ惹起スルノ原因ナルヲ以テ我民事訴訟法ノ是認セサルモノナルヲ明ナレハナリ然レトモ控訴ノ拋棄ハ當事者カ唯裁判所ノミニ差出シ相手方ニ送達セサル書面上ノ意思ニ依テ爲スコトヲ得サルハ學者間ニ爭ナシ何トナレハ我民事訴訟法ハ必要の口頭辯論ニ關スル手續ニ於テ相手方ニ送達スルコトヲ唯裁判所ニ差出スノミヲ以テ足レリト爲ス裁判上ノ意思表示ノ形式ヲ認メサルヲ以テナリ第三者ニ對スル意思表示ニ因リ控訴ヲ拋棄スルコトヲ得タルハ敢疑ヲ容レス而シテ控訴ノ拋棄ハ第一審ノ判決ニ對スル控訴權喪失ノ結果ヲ生ス隨テ當事者雙方カ控訴ヲ拋棄シタルトキハ該判決ヲ確定スルノ效力ヲ生ス(四九八條)是ヲ以テ

第一 控訴ヲ拋棄シタル當事者カ更ニ提起シタル控訴ニ對シテハ控訴裁判所ハ職權ヲ以テ又ハ控訴ノ不適法ナル旨ノ相手方ノ抗辯ニ因リ控訴ヲ不適法トシテ棄却スルノ終局判決ヲ爲スコトヲ得獨逸ニ於テハ多數ノ學者殊ニ「ブランク」、「ウールヘンビュヘル」氏等ハ控訴裁判所ハ職權ヲ以テ控訴ヲ不適法トシテ棄却スルノ判決ヲ爲スコトヲ得スト主張シ其理由トシテ控訴ノ拋棄ハ其

之ヲ爲シタル當事者一方ノ行爲ニ依テ取消スコトヲ得サルニ止リ相手方ノ明示の若クハ默示のノ同意アルトキハ有效ニ之ヲ取消スコトヲ得ルヲ以テ相手方カ控訴ノ不適法ナル旨ノ訴訟上ノ抗辯ヲ提出セサル間ハ控訴ノ拋棄ニ關スル取消ナキモノト認ムルコトヲ得スト謂ヘリ然レトモ控訴ノ拋棄ハ民法上ノ法律行爲ト異ニシテ之ヲ取消スコトヲ得ヘキモノニ非サルヲ以テ(民事訴訟法ニハ斯ル取消ヲ許スノ明文ナシ)斯ル見解ハ我民事訴訟法ノ解釋トシテハ其當ヲ得サルモノト思惟ス

第二 當事者ノ一方ノ控訴ノ拋棄ニ對シテ當然第一審ノ判決ヲ確定スルノ效力ヲ生スルニ過キス相手方ハ第一審判決ニ對シ自由ニ控訴ヲ提起シ又控訴ノ拋棄者ハ附帶控訴ヲ提起スルコトヲ得(四〇五條)但第二〇九條ハ控訴ノ拋棄ニ關シ適用ナキヲ以テ相手方ハ控訴ノ拋棄ニ基テ判決ヲ求ムルノ權利ヲ生セス其他通常ノ共同訴訟ニ在テハ各共同訴訟人ハ控訴ヲ拋棄スルコトヲ得レトモ(四九條)必要の共同訴訟ニ在テハ控訴ノ拋棄ハ總共同訴訟人カ之ヲ爲シタルトキニ非サレハ其效力ヲ生セス何トナレハ控訴ノ拋棄ニ關シテハ甲共同訴訟人ハ乙共同訴訟人ヲ代理スルノ權能ナキヲ以テ甲共同訴訟人カ控訴ヲ拋棄シタルトキト雖乙共同訴訟人ハ有效ニ控訴ヲ提起スルコトヲ得而シテ此控訴ニ依リ甲共同訴訟人モ亦控訴人ト爲ルモノナレハナリ(五〇條)

(b) 於テモ尙爲スコトヲ得ヘキ訴ノ取下(二九八條)及請求ノ拋棄ト區別スルコトヲ要ス(三九九條)第二審ニ於テ有效ニ爲シタル訴ノ取下ハ控訴ノ取下ト異ニシテ單ニ上訴權ヲ喪失セシムル隨テ第一審ノ判決ヲ確定セシムルノ效力ヲ生スルモノニ非スシテ却テ權利拘束ノ總テノ效力ヲ消滅セシムル

ノ效力ヲ生ス随テ又取下前ニ爲サレタル總テノ裁判ノ效力ヲ喪失セシムルモノナリ又請求ノ拋棄ハ控訴ノ取下ト異ニシテ控訴人カ其提起シタル控訴ニ於テ爲シタル控訴裁判所ノ判決ヲ求ムル請求ヲ取消ス旨ノ意思表示ニ非スシテ却テ原告若クハ反訴原告カ主張シタル請求ヲ拋棄スル旨ノ受訴裁判所ニ於ル意思表示ナリ控訴ノ取下ハ被控訴人カ未口頭辯論ヲ始メタルトキハ控訴人ノ一方行爲ヲ以テ之ヲ爲シ既口頭辯論ヲ始メタルトキハ其承認ヲ得テ之ヲ爲スコトヲ得斯ル制限アルハ被控訴人カ附帶控訴ヲ爲スニ付利害關係有スレハナリ

(イ) 控訴人ハ一方行爲ニ依ル控訴ノ取下ハ口頭辯論前ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得而シテ第三九九條第一項ニ於テ控訴ハ口頭辯論ノ前ニ於テハ被控訴人ノ承諾ナクシテ之ヲ取下クルコトヲ得ト規定シ原告カ其訴ヲ取下クル場合ニ於ルカ如ク「本案ニ付キ被告ノ第一口頭辯論ノ始マルマテ」(一九八條一項)ト規定セサルノ理由ハ第四一四條ニ於テ抗訴抗辯ノ提出ヲ許スノ法意ト及控訴申立ノ原因カ唯訴訟上ノ理由ノミニ存スルコトアルトニ依リ訴訟上ノ前提要件ト其反對タル本案トヲ區別スルコトヲ得サルニ存ス(民訴案四四三條、但同條ニ於ル「本案ニ付キ」ノ法文ハ立法上其當ヲ得ス)然レトモ被控訴人カ未實體上若クハ訴訟上ノ原因ニ基ケル控訴ノ申立ニ付辯論ヲ爲サスシテ單ニ控訴ノ適否ニ付辯論ヲ爲シタルニ止ルトキハ控訴人ハ其一方行爲ヲ以テ有效ニ控訴ノ取下ヲ爲スコトヲ得何トナレハ被控訴人ハ控訴ヲ不適法トシテ棄却スヘキ判決ヲ求ムルト同時ニ之ト兩立スルコト能ハサル控訴ノ申立ニ關スル裁判ヲ求ムルコトヲ得サルノミナラス控訴人ハ斯ル場合ニ於テハ被控訴人ノ控訴ヲ不適法ナリトスルノ主張ニ同意シ以テ其提起シタル控訴ヲ失効セシムルノ權利ヲ有スヘキモノナレハナリ隨テ被控訴人カ控訴ノ適否ニ付爭フ

コトナク直ニ控訴ノ申立ニ對シ應訴シタルトキハ控訴人ハ其提起シタル控訴ヲ單獨ニテ取下クルコトヲ得ス

(ロ) 被控訴人ハ承諾ヲ得テ爲ス控訴ノ取下ハ控訴審ハ終結前ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得蓋控訴審ノ終結後ニ於テハ當事者ハ控訴ニ付處分ヲ爲スコト能ハサルヲ以テナリ控訴審ハ控訴裁判所ノ爲シタル無條件ハ終局判決カ確定シタルトキ又ハ控訴裁判所ニ於テ裁判上ノ和解カ成立シタルトキニ於テ終結スニ以テ

第一 控訴裁判所カ爲シタル終局判決カ故障ヲ以テ攻擊スルコトヲ得ヘキ關席判決ナルトキハ控訴人ハ該判決ニ對シ法律上故障ノ申立ヲ許サル間又ハ該判決ニ對シ申立ラレタル故障ニ關スル口頭辯論カ終局判決ニ依テ未終結セラレサル間ハ被控訴人ノ承諾ヲ得テ有效ニ控訴ヲ取下クルコトヲ得此場合ニ於テハ控訴ノ取下ハ故障ノ申立ヲ除去シ若クハ既ニ申立タル故障ヲ控訴ト共ニ除去スル效力ヲ生ス控訴裁判所ノ爲シタル終局判決カ上告ヲ以テ攻擊スルコトヲ得ヘキ終局判決ナルトキハ控訴人ハ上告期間カ未經過セシ且該判決ニ對シ未上告ノ提起ナキ場合ニ於テ被控訴人ノ承諾ヲ得テ有效ニ控訴ヲ取下クルコトヲ得蓋上告審ニ於ケル控訴ノ取下ハ假令之ヲ上告ノ取下ト共ニ爲ストキト雖上告ノ取下ニ因テ上告權ヲ喪失スルノ結果茲ニ控訴審ノ判決ノ確定ヲ來シ控訴ノ取下ヲ爲スコト能ハサルニ至ルヲ以テナリ隨テ上告ヲ取下カ未適法ニ上告期間ノ進行ナキノ理由ヲ以テ控訴裁判所ノ判決ヲ確定セシムルノ效力ヲ生セサル場合ニ於テハ上告提起後尙有效ニ上告ト共ニ控訴ヲ取下クルコトヲ得ヘシ控訴裁判所ノ爲シタル終局判決カ上告ノ結果破毀セラレ且事件カ控訴裁判所ニ差戻ラレ又ハ移

送セラレタルトキハ控訴人ハ被控訴人ノ承諾ヲ得テ有效ニ控訴ヲ取下クルコトヲ得(四四八條)又控訴裁判所ノ爲シタル一部判決及中間判決ノ言渡ハ控訴人カ被控訴人ノ承諾ヲ得テ有效ニ控訴ヲ取下クルノ妨ト爲ルコトナシ爾後ノ手續ニ於テモ亦然リ(四二七條二項)(控訴審ハ控訴裁判所カ爲シタル判決カ無條件ノ終局判決又ハ故障ヲ以テ不服ヲ申立アルコトヲ得タル關席判決ナルトキハ其言渡ニ依テ終結スト云ヘル見解ハ正當ニ非ス何トナレハ該判決ノ言渡後其送達前ニ於テ訴訟中斷ノ原因カ發生シタルトキハ判決ヲ送達シ且之ヲ確定セシムルカ爲ニ必要ナル受繼ハ控訴裁判所ニ於テ之ヲ爲シ又該判決ノ送達後確定前ニ於テ訴訟手續中斷ノ原因カ發生シタルトキハ中斷セラレタル上告期間ヲ進行セシムルカ爲ニ必要ナル受繼ハ未上告ノ提起ナキ場合ニ於テハ控訴裁判所ニ於テ之ヲ爲スモノナレハナリ)

第二 控訴裁判所ニ於テ裁判上ノ和解カ成立シタルトキハ總テノ訴訟手續ヲ終結ス隨テ又控訴審ヲ終結セシムルヤ疑ヲ容レズ

控訴ノ取下ニ關スル被控訴人ノ承諾ハ他ノ行爲ト同ク明示的ニ又ハ默示的ニ殊ニ控訴ノ取下ニ付異議ヲ主張セザリシ事實ニ因テ表示セラル但條件附承諾例之獨立の附帶控訴ヲ提起スルノ權利ヲ保留シテ爲シタル承諾ハ控訴ノ取下ニ關スル承諾トシテハ其效力ナシ被控訴人カ控訴ノ取下ニ付承諾ヲ爲ササルトキハ控訴ハ依然トシテ存續シ控訴人ハ其控訴ノ申立ヲ維持セサルヘカラス又控訴ノ取下ニ關スル訴訟上ノ形式ハ第一九八條ノ規定ニ依ル(四〇八條)該形式ニ依ラサル控訴取下ノ意思表示ハ假令當事者雙方ノ一致シタル意思ニ基キト雖訴訟法上其效ナシ故ニ當事者カ控訴ヲ取下クヘキ旨ノ法律行爲ヲ取結タル場合ニ於テモ控訴人カ民

事訴訟法ノ形式ニ從ヒ控訴ヲ取下クル旨ノ意思ヲ表示スルニ非サレハ民事訴訟法ニ規定セル控訴取下ノ效力ヲ生セス隨テ控訴人カ適法ニ控訴ヲ取下ケサル場合ニ於テハ單ニ控訴人カ其義務ニ違背シタルニ止リテ提起シタル控訴ニ對シ何等ノ影響ヲ及スコトナク又控訴人ニ對シ其義務ノ履行ヲ該控訴ニ關スル訴訟手續ニ於テ強制スルノ方法ナシ

適法ニ提起シタル控訴ノ取下ハ第一審ノ判決ニ對スル控訴權ヲ喪失スルノ結果ヲ生スルモノトス(三九九條二項、民事訴訟法四三條三項)是ヲ以テ

第一 控訴ヲ取下ケタル者カ更ニ控訴ヲ提起シ又ハ取下ケタル控訴ヲ續行シタルトキハ控訴裁判所ハ職權ヲ以テ又ハ控訴不適法ナル旨ノ相手方ノ抗辯ニ因リ控訴權ノ喪失ノ爲ニ控訴ヲ不適法トシテ棄却スヘキ裁判ヲ爲ス河トナレハ一旦有效ナル控訴ノ取下アリタルトキハ之ニ依テ控訴審終結シ控訴人ハ相手方ノ同意アルトキト雖之ヲ取消スコト能ハサルヲ以テナリ(四一九條)但逸ニ於テハ「ブラント」ニ「クルレンビユヘル」氏等ハ控訴裁判所ハ職權ヲ以テ斯ル裁判ヲ爲スコトヲ得スト主張シ其理由トシテ控訴ノ取下ハ控訴ノ拋棄ト同ク其性質上相手方ノ承諾アルモノ之ヲ取消スコトヲ得サルモノニ非サルヲ以テ辯論期日ニ出頭シタル當事者雙方カ事件ニ付辯論ヲ爲シ相手方カ控訴權ノ喪失ニ付何等ノ主張ヲ爲ササルトキハ控訴權喪失ノ結果ヲ除去スルコトヲ目的トスル當事者ノ行爲ノ存スルモノト認メサルヲ得ス隨テ控訴ハ其取下ノ一事ニ依リ控訴裁判所カ職權ヲ以テ不適法トシテ之ヲ棄却スヘキモノナリト謂フコト能ハスト曰ヘリ此學說ニ從ヘハ相手方カ裁判上控訴取下ノ效力ヲ主張シタル以後ハ之ニ依テ第一審ノ判決確定シ控訴裁判所カ職權ヲ以テ控訴ヲ許ササルモノトシテ棄却スル判決ヲ爲スヘ

キモノナルヲ以テ控訴人ハ相手方ノ承諾アルモ該取下ノ效力ヲ消滅セシムルコトヲ得ヌ又控訴ヲ取下ケタル者カ辯論期日ニ出頭セス相手方カ出頭シテ關席判決ヲ求ムル申立ヲ爲シタルトキハ控訴裁判所ハ關席判決ヲ以テ控訴ヲ不適法トシテ棄却シ且之ニ因テ生シタル費用ヲ控訴人ニ負擔セシム反之相手方カ辯論期日ニ出頭セス控訴人カ出頭シテ控訴權喪失ノ結果ノ發生セサル旨ヲ主張シ且關席判決ヲ求ムル旨ノ申立ヲ爲シタルトキハ事件ニ付關席判決ヲ爲シ相手方ヲシテ爾後故障ノ申立ニ因リ控訴權ノ喪失ヲ主張スルコトヲ得セシム但控訴人カ控訴權ノ喪失ヲ是認セタルトキハ控訴ヲ不適法トシテ棄却スル旨ノ判決ヲ爲スト論結セサルヲ得ス然レトモ控訴ノ取下ハ民法上ノ法律行為ニ非サルヲ以テ假令錯誤アルトキト雖之カ取消ヲ爲スコトヲ得ヌ故ニ斯ル見解ハ我民事訴訟法ノ解釋トシテハ其當ヲ得スト思惟ス(民事訴訟法ニ於テハ取下ヲ取消スコトヲ得ヘキ旨ノ明文ナシ)

第二 控訴ノ取下ハ其之ヲ爲シタル當事者ニ對シ即時ニ第一審ノ判決ヲ確定スルノ效力ヲ有シ控訴取下ノ當時控訴期間カ未經過セサルト否トノ區別ハ之ヲ問ハサルモノナリ隨テ一旦有效ニ控訴ヲ取下ケタル當事者ハ控訴期間ノ未經過セサルヲ奇貨トシ爾後更ニ控訴ヲ提起スルコトヲ得ヌ獨逸ニ於テハ控訴ノ取下ハ控訴ヲ喪失スルノ結果ヲ生スル旨ヲ規定スルニ止リ(五十五條三項)我民事訴訟法ニ於ルカ如ク控訴ノ取下ハ上訴權ヲ喪失スルノ結果ヲ生スル旨ノ規定ナキヲ以テ多數ノ學者殊ニ「ガウプ」、「ゾキフヘルド」氏等ハ控訴取下ノ效果タル控訴ノ喪失ハ提起シタル控訴ノ喪失ニシテ控訴權ノ喪失ニ非ス故ニ控訴期間ノ經過前ニ於テ爲シタル控訴ノ取下ハ即時ニ不服ヲ申立ラタル第一審ノ判決ヲ確定スルノ效力ヲ有セス隨テ控訴ヲ

付辦訴シ他ノ一箇ノ請求ニ付テハ敗訴セリトモ原告ハ其敗訴シタル甲ノ請求ニ關スル判決ノ部分ヲ不當トシテ上訴シタル場合ニ其事件ハ甲乙ヲ合セタルモノニ付第二審ニ繼續スルヤハ甲ノニ付第二審ニ繼續スルヤト云フニ純粹ノ理論ヨリ言ヘハ不服ノ點アル甲ノミニ付繼續スルモノト謂フコトヲ得ヘキモ我民事訴訟法ハ此主義ヲ採ラス原告ノ不服ノ點ハ甲ノ請求ノミニ限リタルモ被告ハ附帶控訴ヲ以テ控訴ノ繫屬中乙ノ請求ニ關シ不服ヲ申立ラタルコトヲ得ルモノナルカ故ニ本條ヲ設クルノ必要ヲ生シタルナリ

不服ナキ一審判決ニ付上級審ニ於テ假執行ノ宣言ヲ付スルハ如何ナル形式ヲ以テスルヤ之ニ付我民事訴訟法ニ明文ナキ爲メ三說ヲ生セリ即第一ハ中間判決ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ付スヘシトノ說、第二ハ部判決ヲ以テスヘシトノ說、第三ハ決定ヲ以テスヘシトノ說、是ナリ第一ノ中間判決說ニ依レハ終局判決ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ付シタル判決ノ一部分ヲ變更スルコトアルヘキヲ以テ終局判決タル一分判決ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ付スルヲ得サルモノナリト云フト雖此說ノ關點ハ我訴訟法ニ依レハ中間判決ヲ爲スヘキ場合ヲ限定シ中間判決ハ攻擊防禦ノ方法又ハ中間ノ爭ニ付爲スヘキモノト爲セルニ本問ニ於テ假執行ノ宣言ヲ付スルモノハ一審判決ノ結果未不服ノ申立ナキモノ即爭ナキニ至レル請求ナレハ中間判決ヲ爲スヘキ場合ニ當ラス次ニ第二ノ一分判決說ニ依ルトセハ二審以上ノ裁判所ハ再終局判決ヲ以テ原判決ヲ變更スルコトヲ得サルニ至ルノ結果ヲ生スル不都合アリ以上二箇ノ說ヲ不可ナリトスレハ正解ハ第三說ニ歸セサルヲ得ヌ即法律ハ決定ヲ爲スヘキ場合ヲ限定セサルカ故ニ此說ヲ以テ重當ト謂ハサルヘカラス改正案ニ依レハ決定ヲ以テ爲スヘシトアルカ故ニ議論ヲ生スル餘地ナキナリ今其第五〇九條ト第五一一條ノ規定ニ付其差異ヲ舉クレハ第五〇九條ノ爭ハサルニ至リシ請求ニ付假

執行ノ宣言ヲ爲スニ在リ第五一條ハ爭ニ係ル請求ニ關スル假執行ニ付裁判ヲ爲スニ在リ而シテ第五一條ノ解釋ニ付テハ左ノ二説アリ
甲説ハ第五一條ハ申立ニ因リ先假執行ニ付裁判スルノ規定ハ第一審ニテ假執行ノ裁判ナキ場合ハ勿論假執行ノ申立ヲ却下シタル場合等總テノ場合ヲ包含シタル規定ナルモノナリト曰ヒ乙説ハ第一審ニテ常ニ假執行ニ付裁判アリタル場合ノミ裁判ヲ爲スニ在リト故ニ一審ニテ假執行ノ宣言ヲ付シタルヲ不當トシテ上訴シタル場合ノ如キヲ含ムモ第一審ニテ假執行ニ付裁判ナカリシトキハ第五一條ヲ適用スヘキニ非スト曰ヘリ
予ハ乙説ヲ至當ト信ス是第二審ニ於テ裁判ヲ爲スヘシトノ規定ナルカ故ニ第二審ニテ複審ヲ爲スニ在リ複審ナリトスル以上ハ第一審ニテ裁判アリタルモノナルコトヲ前提トスヘキモノナレハナリ如此規定シタル所以ハ假執行ニ關スル裁判ハ急速ニ爲スヲ要スルモノニシテ若假執行ノ宣言ヲ付スヘカヲサルニ之ヲ付シタルトキハ債務者ヲ害スルコト大ナルヘク反之宣言ヲ付スヘキニ之ヲ却下シタルトキハ債權者ノ權利ヲ害スルコト大ナルモノニシテ何レノ方面ヨリ觀察スルモ最急速ニ裁判スルノ必要アリトノ趣旨ニ出ヅルモノナリ

第二審ニ於テ假執行ノ裁判ヲ下スニハ如何ナル形式ヲ以テ裁判ヲ下スヘキヤ即決定ヲ以テスヘキヤ或ハ判決ヲ以テ爲スヘキヤ判決ヲ以テ爲スヘシトセハ一部ノ終局判決ナルヤ或ハ中間判決ナルヤは獨逸訴訟法以來ノ問題タリ孰ノ説モ其理由ヲ有スルモノナルカ先決定説ノ主張スル所ニ依レハ假執行ニ關スル裁判ハ元來本案ニ關スル裁判ニ非ス附帶ノ裁判ナリ而シテ中間判決ヲ爲スヘキ場合又一分判決ヲ爲スヘキ場合ヲ規定セル第二二六條、第二二七條ニ該當セス何トナレハ第二二六條ニ依レハ形式的ノ

論點ニ對シテ判決ヲ下ス場合ヲ規定シタルモノニ非サルハ勿論附帶ノ申立ニ付判決ヲ爲スヘキコトヲ規定スルモノニ非ス即主タル請求其モノニ付判決ヲ下ス場合ニ規定シタルモノナリ第二二七條ニ依レハ各箇ノ攻撃及防禦ノ方法又ハ中間ノ爭ニ付中間判決ヲ下スヘキコトヲ規定セルモノニシテ假執行ノ宣言ハ中間ノ爭ニ非ス故ニ之ニ該當セス然ラハ決定ヲ以テスル外他ニ途ナキナリト云ニ在リ此説ハ比較的ニ論據薄弱ナルモノト信ス決定ヲ以テ爲スヘキモノトスレハ形式上甚シキ不都合ヲ生ス何トナレハ一審ニテ判決ヲ以テ裁判シタルモノナリ第二審ナリトテ決定ヲ以テ判決ヲ變更セシムルハ其兩者ノ本質ヲ混同スルモノナレハナリ一分判決説ニ依レハ第二二六條ハ獨實體的ノ請求ノミナラス形式的ノ請求ヲ含ムモノナレハ本問ノ場合ニハ第二二六條ハ當然適用セラルルナリト云フニ在リ中間判決説ニ依レハ假執行ニ付テノ裁判ヲ爲スモ事件ノ繼續ヲ離ルルモノニ非ス尙本案ニ付判決ヲ與ヘサルヘカラス故ニ一審判決ヲ以テ爲スハ第二二六條ノ規定ニ反ス第二審ニ於テ之ヲ見レハ中間ノ爭上告審ニ於テハ第二審ニ於ルカ如ク假執行ノ裁判ヲ本案ノ裁判ニ先テ下ス場合生セス何トナレハ第二審ニ於テ假執行ニ付爲シタル裁判ニハ不服ヲ申立ツルコトヲ得サレハナリ
假執行ノ效力ノ消滅
假執行ノ效力ハ如何ナル場合ニ於テ消滅スルヤ是第五一〇條ニ規定セリ

第一 判決ノ確定 假執行ノ宣言ハ未確定ノ判決ニ對シテ下スモノナルカ故ニ其判決ノ確定ニ依リテ確定ノ執行力生スルカ故ニ假執行ノ宣言ノ效力消滅スルハ當然ナリトス
第二 本案裁判ノ廢棄

第三 本案裁判ノ變更

第四 本案裁判ノ破毀 形式上及實體上ノ兩者ヲ包含ス

第五 假執行ノ宣言ノ廢棄

第六 假執行ノ宣言ノ變更

第七 假執行ノ宣言ノ破毀

以上ノ場合ニ於テ假執行ノ效力ハ變更、廢棄、破毀セラレタル限度ニ於テ消滅ス其判決ノ效力ハ言渡ト同時ニ發生ス第五〇條ニ廢棄、破毀又ハ變更ノ限度ニ於テ其效力ヲ失フト規定シタルハ言渡ト同時ニ消滅スルモノナルコトヲ示サシカ爲ナリ隨テ此效力ノ發生ニハ判決ノ送達ヲ必要トセス而シテ右ノ場合ニ於テハ裁判所ハ若被告又ハ原告ヨリ既ニ假執行ヲ爲シタルモノナルトキハ其申立ニ因リ償還ヲ爲スヘキコトヲ其相手方ニ命ス是便宜上設ケタル規定ニシテ之ナカリセハ假執行ノ宣言ハ效力ヲ失フモ支拂ヲ爲シタル者ハ直ニ取戻スヲ得ス更ニ訴ヲ起ササルヘカラス元來假執行ノ宣言ハ債權者ノ便宜ノ爲メ未確定裁判ニ付スヘキモノト爲シタルカ故ニ他ノ一面ニ於テ債務者ノ利益ノ爲ニ如此便宜の規定設ケタルモノナリ

第五一〇條第二項ノ假執行ノ宣言アリタル本案ノ判決ヲ廢棄破毀變更スル場合ニ於テ支拂又ハ給付ヲ受ケタル者ニ對シ其辨濟ヲ命スルノ裁判ハ上告審ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤハ學者間ノ問題ナリ獨逸ニ於ル多數學者ハ舊獨逸訴訟法第六五五條(我民法六一〇條ニ當ル)ニハ破毀ニ關スル規定ナキ

ニ拘ラス上告審ニテ此裁判ヲ爲スコトヲ得ト曰ヘリ我訴訟法ハ破毀ノ場合ヲ特ニ掲ケタルハ我立法者カ上告審ニ於テ此裁判ヲ爲スコトヲ得ル旨ヲ明示シタルモノト解スルヲ至當トス反對論者ハ曰ク上告審ハ事實ノ裁判ヲ爲スヘキニ非ス若債權者ニ對シ其受取リタルモノノ辨濟ヲ命スルノ判決ヲ爲スコトヲ得トセハ上告審ニテ事實ノ審理ヲ爲ササルヘカラスカ故ニ上告審ノ性質ニ反スルモノナリト云ヘリ然レトモ上告審ニ在テハ例外ニ屬スル事項ナルカ故ニ本條ニ之ヲ掲ケタルモノナリ蓋此場合ニ於ル審理ハ錯雜ナルモノニ非ス執達吏ノ記錄ニ據テ多クハ證明スルヲ得ヘキ事實ナリ若上告審ニテ其審理ヲ爲スコトヲ得サルモノトセハ該判決ヲ破毀シテ原裁判所ニ差戻ササルヘカラス之カ爲ニ當事者ニ多クノ時間ト費用ト手數トヲ要スルハ免レサル所ナリ斯ク不經濟ナル結果ヲ生セザラシメンカ爲ニ本條ヲ設ケタルモノナリ

執行判決

廣義ニ於ル執行判決トハ外國裁判所ノ判決又ハ仲裁判斷ノ強制執行ヲ爲スニ適スルモノナルコトヲ宣言スル形式の判決ナリ
先外國判決ニ對スル執行判決ニ付述ヘンニ元來獨立國ハ外國ノ統治權ノ支配ヲ受テヘキモノニ非ス若外國裁判所ノ判決ヲシテ我國ニテ強制執行ヲ許ストキハ外國ノ主權ヲ我國ニ行ハシムルモノニシテ獨立國ノ體面ヲ損スルコト甚シ故ニ原則トシテハ執行名義タルヘキ判決ハ我統治權ノ活動トシテ發表セラレタル日本裁判所ノ判決ナラサルヘカラス然レトモ外國ト交通ノ頻繁ナル今日ハ此原則ヲ絕對ニ適用スルコトハ不便ナリ我立法者ハ一面ニハ此原則ニ適セシメ一面ニハ實際ノ便益ニ適セシメンカ爲メ執行判決ノ制ヲ設ケタルモノニシテ即外國裁判所ノ判決ハ執行判決ニ因テ強制執行ヲ爲スコトヲ得ル

モノトセリ是外國判決ヲ直ニ我國ニ執行セシムルニ非ス我國ノ執行判決ニ依テ強制執行ヲ爲サシムルナリ

○執行判決ノ性質 執行判決ノ性質ニ付テハ學者間議論一定セス申説ニ依レハ執行判決ハ確定の性質ヲ有スル判決ナリト乙説ニ依レハ執行判決ハ給付の性質ヲ有スルモノナリ詳言スレハ外國裁判所ノ判決ノ命スル所ト同一ノ給付ヲ執行判決ノ命スルモノナレハナリト丙説ニ依レハ執行判決ハ創設の性質ヲ有スルモノナリト我訴訟法ハ此三說中孰ノ主義ヲ採用シタルモノナリヤ第五一四條ノ規定ニ依レハ文理解釋上甲説ノ如ク確定の性質ヲ有スルモノト爲セシヲ知ルコトヲ得ヘシ即外國裁判所ノ判決ニ因レテ強制執行ハ本邦ノ裁判所ニ於テ執行判決ヲ以テ其適法ナルコトヲ言渡シタルトキニ限り之ヲ爲スコトヲ得トアリ又改正案第六八五條第五號ニハ其趣旨ヲ一層明ニセリ理論上ヨリスルモ一種ノ確定判決トスルヲ當レリトス執行判決ハ形式の判決ニシテ訴訟ノ内容ニ涉リテ審理セス即事實ノ審理證據闡ヲ爲サス唯外國判決ノ主文ノ執行ヲ許スモ差支ナキヤ否ヤヲ審理スルニアリ是形式的ナリト云フ所以ニシテ即外國ノ判決力強制執行ヲ許スヘキモノナリヤ否ヤヲ確定スルニアルモノナレハナリ反對論者ハ曰ク確定判決トスルトキハ執行名義ハ此外國判決ナルヲ以テ外國主權ヲ我領土内ニ行シムルニ外ナラズ執行判決ヲ認メタル趣旨ニ反スルナリト之ニ對シテ答フルハ容易ナリ外國主權ヲ直ニ我國ニ行ハシムルトハ執行判決ヲ爲ササル場合ニ於テノミ云フコトヲ得ヘシ反之外國判決ヲ審查シ我法律ニ適スルニ於テ之ヲ執行スルコトヲ許シ不適法ナルトキハ執行判決ヲ下スコトナキハ即チ外國判決力我國ニ於テ直チニ效力ヲ有スルモノニ非ス我執行判決ニ因テ效力ヲ生スルモノナレハ外國判決力直接ニ效力ヲ有スルモノニ非サルヲ以テ外國ノ主權カ我國ニ行ルモノト云フヲ得サルナリ

以上論シタル所ハ仲裁判所ニ對スル執行判決ニ付テモ同一ナリトス

○執行判決ヲ求ムル要件 民事訴訟法第五一五條ハ反對ノ方面ヨリ之ヲ規定セリ

第一 外國裁判所ノ判決ノ確定シタルコトヲ證明セサルヘカラス 茲ニ確定トハ外國ノ訴訟手續ニ於テ確定シタルコトヲ意味ス

第二 外國判決ハ命スル所ノモノハ、我法律ニ於テ強制執行ヲ許ス性質ノモノナルコトヲ要ス 故ニ人身體ノ拘束ヲ命スル判決ノ如キハ執行判決ヲ與フルコトヲ得ス

第三 裁判管轄ニ關スル本邦ノ法律ニ抵觸セスシテ外國裁判所カ判決ヲ爲シタルコトヲ要ス 管轄ニ關スル規定トハ多クノ學者ハ土地ノ管轄ニ關スル規定ニシテ事物ノ管轄ニ關スルモノニ非スト曰ヘリ其理由トシタル土地ノ管轄ニ付本邦ノ法律ニ抵觸セストハ如何ナル意味ナリヤ即外國裁判所カ裁判管轄ニ轉ニ付テハ然ラスト次ニ本邦ノ法律ニ抵觸セストハ如何ナル意味ナリヤ即外國裁判所カ裁判管轄ニ關スル我法律ヲ侵シテ判決ヲ下シタル場合ニ我法律ニ抵觸スルモノト云フコトヲ得例之土地ニ付專屬管轄ノ定アル場合ニ若外國裁判所カ日本ニ存スル不動産ニ關シ其管轄權ヲ害スル判決ヲ下シタルトキハ不適法ノモノト謂ハサルヘカラス

第四 反訴ノ債務者カ本邦人ナルトキハ訴訟開始ノ時出父ハ命令ヲ受訴裁判所屬國ニ於テ或ハ法律上ノ其助ニ依リ本邦ニ於テ送達シタルコト又ハ債務者ノ應訴シタルコトヲ要ス 呼出ト命令トノ文字ヲ用ヒタルハ獨逸訴訟法ノ如ク裁判長ノ命令ヲ以テ爲サスシテ當事者ノ一方ヨリ他ノ當事者ノ呼出ヲ爲スノ手續アルヲ以テナリ此要件ヲ必要トスルハ執行判決ハ外國判決ノ實質ヲ審查スルモノニ非スト雖モ相手方ニ訴ノ起リタルコトヲ知ラシメス當事者一方ノミノ申立ニ因リ下シタル判決ヲ執

行セシムルハ公證上害アリト云フノ理由ニ出ツ

第五 國際條約ヲ以テ相互ノ約シタルトキ

以上ノ五條件ヲ具備スルニ依リテ執行判決ヲ與フヘキモノトセリ
執行判決ヲ與フルニ當リテハ裁判所ハ職權ヲ以テ外國判決ノ言渡後勝訴者ノ權利ニ變更ヲ生シタリヤ否ヤヲ調査スヘキニ非ス然レトモ被告ヨリ執行ノ原因トスル權利ノ消滅シタルコトヲ抗辨トシテ提出シタルトキハ執行裁判所ハ其争點ニ付審理スヘキ責任ヲ生スルヤ否ヤハ此場合ニハ裁判所ニテ其責任ナシト斷言スルヲ得ヘシト信ス執行判決ハ實體ニ於テ其責任ノ有無ヲ調査スヘキニ非ス形式的ノ條件ヲ調査スレハ足レテ隨テ右ノ場合ニ於テ被告ノ抗辨ニ基キ其實質ヲ審理スヘキモノニ非ス或ハ曰ハシ然リトセハ權利ノ消滅シタルニ拘ラス不當ナル強制執行ヲ許スノ結果ニ至ルヘシト然レトモ右ノ如キ場合ニハ強制執行ヲ受ケタル者ハ第五四五條ニ依リ實體上ノ異議ヲ申立テ執行ノ取消ヲ爲サシムルコトヲ得ルヲ以テ一時不當ナル執行ヲ受ケタルモ終極迄損害ヲ受ケルコトアラサルナリ
執行判決ヲ求ムル手續
通常ノ判決ヲ求ムルト異ル所ナシ唯訴訟物ノ價格ノ算定ハ外國判決ヲ受ケタル時ノ算定ニ依ラス執行判決ヲ受ケントスルトキニ於テ訴訟物ノ價格ニ從フヘキナリ例之威ル物品ノ給付ヲ目的トスル請求ニシテ外國裁判所ノ判決ヲ受ケタルトキハ其目的物價額千圓ナリシモ執行判決ヲ受ケタルトキハ五百圓ニ減シタルトキハ五百圓ト算定スヘシ尙執行判決ヲ求ムルニハ證書訴訟手續ヲ許サス何トナレハ執行判決ノ目的ハ金錢其他ノ代替物ノ給付ヲ直ニ求ムルニ非ス外國判決ノ執行許可ノ宣言ヲ求ムルニ在レハナリ又執行判決ヲ求ムルノ手續ニ於テハ關席判決ヲ爲ス場合生セス關席判決ハ實體ニ付事實上ノ明白

タル事項ハ國際法學上之ヲ破産ニ關スル當事者ノ國籍問題ト謂フ

(二) 處ニ關スル效力 狹義ノ涉外的破産法ハ一ノ破産手續ニ付内外國法カ互ニ衝突スル場合ニ於テ何

レノ國法ニ依ルヘキカラ定ムルコトヲ目的トス此目的ニ基キタル法律上ノ論結ヲ處ニ關スル破産法ノ效力ト謂フ抑獨立國ニ於テハ二箇ノ權力ヲ認メサルヲ以テ我帝國ノ權力ノ一作用タル司法權ハ其力ヲ我帝國ノ領域内ニ止ムルヲ通例トシ國際條約又ハ外國法ノ認容ニ因リ外國ニ行ルヲ例外トス又外國ノ權力ハ國際條約又ハ我國法ノ認容ニ因ルニ非サレハ我帝國内ニ於テ何等ノ效力ナシ故ニ國家ノ權力ノ作用タル執行權ヲ必要トスル權利ノ執行ハ裁判所所在地ノ法律ニ依リテ行レ又執行ニ關スル訴訟行為ノ訴訟的及民法的效力亦該法律ニ依テ定ムルナリ然レトモ執行手續ニ於テ私法上ノ權利ノ當否ヲ確定スルノ必要ヲ生シタルトキハ涉外的私法ノ原則ニ依テ之ヲ定メ訴訟法ニ依テ之ヲ定ムヘキモノニ非サルコト恰涉外的關係ニ非サル場合ニ於テ私法ニ依テ之ヲ定ムルニ同シ而シテ破産ハ一ノ訴訟手續ナルコト前述ノ如シ故ニ狹義ノ涉外的破産法ハ私法則ニ外ナラシテ又内外ノ法規ノ適用ニ關スル種種ノ問題ハ私法則ノ適用ニ依テ定ムルモノト謂フヘシ是ヲ以テ破産ニ關スル行為ノ形式(申立、届出等)及其效力、破産財團ノ範圍(破産宣告ノ當時ニ現存スル債務者ノ財産ニ限ルヤ否ヤ)破産債權ノ主張ノ範圍(債權者ハ其各連帶債務者ノ破産ニ於テ債權全額ニ付又期限附若クハ條件附債權者ハ金錢債權ニ換フルコトヲ得ル限度ニ於テ破産手續ニ參加スルコトヲ得ルヤ否ヤ)別除權ノ有無、種類及其範圍、財團債權ノ有無、種類及其範圍(破産手續ノ終局方法等ハ何レモ破産裁判所所在地ノ法律ニ依テ定方法)(意思表示ノミヲ以テ取得スルヤ引渡ヲ要スルヤ其消滅其他債權、抵當權等ノ如キ優先權ノ效力、

順位等ハ何レモ涉外の私法ノ原則ニ依リ定ルモノナリ但内國ニ於テ外國カ認メタル特種ノ優先權ノ主張ヲ許サス又ハ特定ノ制限ノ下ニ於テ之カ主張ヲ許ス旨ノ規定ヲ設ケルコトヲ妨ケス斯ル規定ハ公益ニ基テ禁止法ナルヲ以テ之ニ反スル優先權ハ縱令外國ニ於テ有效ニ成立シタルモノト雖我國ニ於テハ其效力ヲ有セサルモノト謂ハサルヘカラス例之我國法ニ於テハ動産ノ抵當權ハ船舶ヲ目的トスルモノヲ除ク外(商六八六條)信用ニ害アル制度トシテ之ヲ採用セズ隨テ執行ヲ爲スニ際シ之ヲ斟酌セサルモノナルヲ以テ外國ニ於テ有效ニ成立シタル場合ト雖目的物カ内國ニ存在スルニ至リタルトキハ破産債權者ニ對シ其效力ヲ有セサルカ如シ履行完結前ノ雙務契約(九二條、破案五九條以下)取戻權(商一〇一五條、破案七四條以下)反否認權(九九〇條乃至九九六條、破案八五條以下)ニ關シ互ニ衝突セル内外法規ノ孰ヲ適用スヘキヤノ問題ハ甚煩雜ニ涉ルヲ以テ此等ノ事項ヲ説明シタル後ニ説明スルヲ極テ適當ナリトス仍テ略ス

(三) 時ニ關スル效力 新法ヲ以テ舊法ヲ改正スルニ際シテハ施行法若クハ附則ヲ設ケテ時ニ關スル效力即法規ノ經過ニ關スル問題ヲ確定スルヲ通常ノ立法手續ナリトス故ニ民法、商法ハ施行法ヲ、又破産法案ハ附則ヲ設ケ新舊法ノ經過問題ヲ確定シタル破産關係ハ前述ノ如ク一ノ訴訟關係ナリ故ニ法規ノ變更ニ際シテハ民事訴訟ニ於ルト同ク新法ヲ其施行ノ當時未完結セサル事件ニ適用シ以テ之ヲ完結セシムルコトヲ當然ノ法則ナリトス何トナレハ裁判所ハ廢止セラレタル舊法ヲ適用シ裁判權ヲ行使セシムルコトヲ得サレハナリ(民事訴訟一條以下)破産法案第三六六條第一項ハ斯ル原則ヲ是認シタルモノナリ然レトモ斯ル法則ノ嚴格ナル適用ハ頗ル困難ナル問題ヲ惹起シ實際上其當ヲ得サルコトアリ故ニ新法施行前ニ整屬セル事件ハ新法施行後ト雖仍舊法ノ規定ニ依リ之ヲ完結セシムルコトアリ獨逸破産法施行

法第五條、破産法案第三六四條第一項、第三六六條第二項ハ斯ル法則ヲ是認シタルモノナリ又新法施行前ニ整屬セル事件ハ新法施行後之ヲ消滅セシムルコトアリ破産法案第三六四條第二項ハ斯ル法則ヲ是認シタルモノナリ

第三章 破産法ト他ノ諸法律トノ關係

破産ノ宣告ハ社會の信用ノ失墜ヲ來シ財產ノ管理及處分ノ權能ヲ喪失シ清算ノ必要ヲ惹起スルモノナルヲ以テ破産法ハ他ノ諸法律ト大ナル關係ヲ有ス(民六八條、一一一條、一二七條、四六〇條、六七九條、九〇八條、九〇九條、一一一條、商七四條、一〇五條、一二一條、四〇五條、四〇六條、民訴一七九條、貴族院令一〇條、衆議院議員選舉法一一條、取引所法一條等)而シテ特ニ注意スヘキコトハ破産法ト裁判所構成法、民事訴訟法及家賃分散法トノ關係是ナリ

(一) 破産法ト裁判所構成法トノ關係 破産法ヲ補充スル法律ハ裁判所構成法及民事訴訟法等ナリ破産ハ民事事件ナリ(裁權二條故ニ裁判所構成法ノ規定ハ其内容ニ從ヒ刑事若クハ破産以外ノ民事ニ特別ナルモノノ外除ク)外破産手續ニ適用アルヤ言フ俟タス(裁權一〇條、一〇三條乃至一一八條、一三二條乃至一三三條等)而シテ裁判所構成法第二八條ハ地方裁判所カ破産事件ニ付裁判權ヲ有スル旨ヲ規定シ以テ破産事件ノ事務ヲ管轄ヲ定メタル然レトモ破産法案ニ於テハ破産事件ハ強制執行ト同ク區裁判所ノ管轄ニ專屬セシムルコト正當ナリト認メタルヲ以テ(民訴五四三條、五六三條)第二百二條ニ於テ其旨ヲ明ニシ同時ニ裁判所構成法第二八條ヲ削除シタル(破案三六一條)

(二) 破産法ト民事訴訟法トノ關係 民事訴訟法ハ破産法ヲ補充スルノ法律ナリ通常訴訟手續ニ關スル

民事訴訟法ノ規定ハ特別ノ明文ナキ限ハ特別訴訟手續ニ準用セラルルヲ當然ナリトス破産手續ハ證書
訴訟手續、假差押及假處分手續ト同ク民事訴訟中ノ特別訴訟手續ニモ屬スルモノナルヲ以テ特別ノ明
文ナキ限ハ破産手續ニモ亦通常訴訟手續ニ關スル民事訴訟法ノ規定ノ準用アルヲ俟タス(破案一
〇五條、獨逸破七二條)是ヲ以テ(1)土地ノ管轄ニ關スル民事訴訟法第十條乃至第十四條及第二五條ノ規
定ハ之ヲ破産手續ニ準用ス(破案ハ現行法九九條ノ如ク土地ノ管轄ニ付二箇ノ裁判所アル主義ヲ認
定ナルヲ以テ破案ノ解釋トシテハ民訴二五條ノ準用ナカルヘシ)(破案一〇二條乃至一〇四條)(2)裁判
所職員ノ除斥及忌避ニ關スル民事訴訟法第三二條乃至第四一條ノ規定ハ之ヲ破産手續ニ準用ス而シテ
破産手續ニ關シ利害關係ヲ有スル者殊ニ破産者及破産債權者ハ民事訴訟法第三二條及第四〇條ニ從テ
裁判ヲ爲ササルヘカラス(3)當事者能力、訴訟能力、共同訴訟、訴訟代理、輔佐、訴訟費用及訴訟上ノ救助
ニ關スル民事訴訟法ノ規定ハ之ヲ破産手續ニ準用ス故ニ破産裁判所ハ職權ヲ以テ訴訟無能力者又ハ適
法ニ代理スルノ權限ナキ者ノ訴訟行為ヲ無効ナリトシテ取扱フコトヲ要シ又欠缺補正ノ條件ヲ以テ假
ニ訴訟ヲ爲スヲ許スコトヲ得(民訴四五條)破産手續ニ參加スルコトヲ得ル各利害關係人ハ民事訴訟法
第四八條ニ規定セル前提要件ノ存スルトキニ限リ破産手續ニ於テ共同ノ訴訟行為ヲ爲スコトヲ得、破
産裁判所ハ職權ヲ以テ訴訟代理ノ欠缺ヲ調査スルコトヲ要シ又委任ナク又ハ適式ノ委任(民訴六四條)
ナクシテ代理人トシテ訴訟行為ヲ爲ス者ニ對シ假ニ訴訟ヲ爲スヲ許スコトヲ得(民訴七〇條)裁判所カ
破産手續費用ニ屬セサル費用ヲ生スヘキ各箇ノ訴訟行為ニ付裁判ヲ爲シタル場合ニ於テハ敗訴者ハ訴
訟費用ヲ負擔シ若相手方アルトキハ之ニ必要ナル訴訟費用ヲ賠償セサルヘカラス(民訴七二條、八三
條)其他破産裁判所ハ各利害關係人ニ訴訟上ノ救助ヲ付與スルコトヲ得但破産者ニ對シテハ唯各訴訟

行為ノ爲メノ之ヲ付與スルコトヲ得(4)口頭辯論ニ關スル民事訴訟法ノ規定殊ニ訴訟ノ指揮、法廷ノ
規律及辯論ノ調查ニ關スル規定(民訴一〇九條乃至一一七條、一二四條乃至一二四條)ハ破産手續ニ之
ヲ準用ス元來破産手續ニ於テ口頭辯論ハ任意の口頭辯論ニシテ必要の口頭辯論(民訴一〇三條)ニ非ス
蓋破産裁判所ハ判決裁判所ニ非サルヲ以テナリ故ニ破産手續ニ於テ爲ス裁判ノ形式ハ決定者タハ命令
ニシテ判決ニ非ス隨テ判決ニ關スル民事訴訟法ノ規定殊ニ故障、上告、控訴及再審ニ關スル規定其他辯
論ノ公開ニ關スル規定(憲五九條)ハ之ヲ破産手續ニ準用スルコトナク又必要の口頭辯論ニ特別ナル規
定ハ之ヲ破産手續ニ準用スルコトナシ然レトモ破産手續ニ於テ口頭辯論ト雖判決裁判所ニ於テ必要の
口頭辯論ト同ク辯論期日以外ニ於テ裁判所ニ書面上ノ意思ヲ表示スルニ依リ訴訟行為ヲ成立セシメサ
ルモノ換言スレバ裁判上ノ指揮及監督ノ下ニ於テ行ルヘキ手續ニ外ナラサルヲ以テ必要の口頭辯論ニ
特別ナラサル規定ハ任意の口頭辯論ニモ其準用アリト謂ハサルヲ得(5)送達(商施條二〇條、商施一七
七條、破案一〇八條)呼出、期日、期間(民訴一五九條乃至一七一條)懈怠ノ結果及原狀回復(民訴一七
三條乃至一七七條)ニ關スル民事訴訟法ノ規定ハ破産手續ニ之ヲ準用ス殊ニ後者ニ關スル規定ハ破産手
續ニ於テ即時抗告ノ不變期間ヲ懈怠シタル場合ニ於テ其適用アリ(破案一〇九條、商施一三八條二項、
商九八三條)然レトモ中斷及中止ニ關スル規定(民訴一七八條乃至一八九條)ハ訴ノ手續ニ特別ナルモ
ノナルヲ以テ破産手續ニ適用ナク又破産者ノ死亡ハ其生前ニ於テ既ニ開始アリタル破産手續ヲ中止ス
ルモノニ非ス(民訴五五二條)(6)判決前手續及判決ニ關スル民事訴訟法ノ規定中民事訴訟法第一九五條
第一號ノ規定ハ破産手續ニ準用セラレ既ニ開始シタル破産手續ノ終局以前ニ於テ同一破産財團ニ付更
ニ破産手續ヲ開始セラルルコトナシ但破産裁判所ハ權利拘束ノ抗辯ヲ待ツコトナク職權ヲ以テ破産手

續ノ聲屬ヲ調査セサルヘカラス民事訴訟法第一九五條第二號ノ規定ハ破産手續ニ準用セラレ破産手續開始ノ申立以後ニ於テ生シタル管轄ヲ定ムル事情ノ變更ハ破産裁判所ノ管轄ニ影響スル所ナレ民事訴訟法第二〇條、第二二條、第二四條、同條ニ於ル當事者ハ破産手續ニ於テハ利害關係人タルヘシ(第三二條、第三三條、第二四五條(破産裁判所カ口頭辯論ニ基キテ爲ス決定ニ關シ)及同第二四一條ノ規定ハ當然破産手續ニ準用アリ然レトモ其他ノ規定殊ニ關席判決ニ關スル民事訴訟法ノ規定ハ破産手續ニ準用ナカルヘシ蓋破産裁判所ニ於ル手續ハ破産債權ノ確定手續ヲ除ク外訴及判決ニ關スルモノナケレハナリ(7)證據調ノ總則、人證、鑑定、書證、檢證及本人訊問ニ關スル民事訴訟法ノ規定並ニ即時抗告ニ關スル民事訴訟法ノ規定ハ之ヲ破産手續ニ準用ス但破産法案第一一九條ニ於テハ獨逸破産法第七四條同テ抗告裁判所ノ決定ハ確定ノ後ニ非サレハ其效力ヲ生セサル旨ヲ規定シ民事訴訟法ノ是認シタル法則ト反對ノ法則ヲ是認シタリ(8)破産ノ強制執行ハ數多ノ點ニ於テ民事訴訟法ノ強制執行ト異ルヲ以テ後者ニ關スル規定カ前者ニ準用セラルルコト甚少シ民事訴訟法第四九八條ノ規定ハ破産裁判所ノ裁判ノ形式ノ確定ニ關シ之ヲ準用ス民事訴訟法第五四四條ハ破産者若クハ第三者カ管財人若クハ其委任ニ基キ執行吏ノ爲シタル強制執行ノ方法ニ關シ爲シタル申立及異議其他執達吏カ管財人ノ執行委任ヲ受タルコトヲ拒ミ若クハ委任ニ從ヒ執行行爲ヲ實施スルコトヲ拒ミ又ハ執達吏ノ計算シタル手数料ニ付管財人ノ爲シタル異議ニ付之ヲ準用シ破産裁判所カ執行裁判所トシテ該異議ニ付裁判ヲ爲ス其他民事訴訟法第五五條乃至第五七條、第五六七條、第五七七條、第六一八條、第六二五條(商一〇〇一條第五七〇二條乃至第五八五條、第六一二條、第六一五條、第六一六條、第七三〇條、第七三一條ハ何レモ之ヲ破産手續ニ準用ス假差押ニ關スル民事訴訟法ノ規定ハ破産ノ執行ヲ保全スルカ爲ニ之ヲ破産手續ニ準用

スルコトヲ得ヘシ獨逸ニ於テ我破産法案第一五五條ニ該當スル獨逸破産法第六六條ノ解釋トシテ同條ニ規定セル保全處分ニ付假差押及假處分ノ規定ノ準用アルヤ否ヤニ關シ學者ノ見解ニ派ニ岐レタリ「ゾキフエルト」氏ハ消極的ニ又「ボラセルト」「ペーラセン」氏等ノ多數ノ學者ハ積極的ニ論結シタリ我破産法案ノ解釋トシテハ予輩ハ積極的ニ論結スルヲ正當ト信ス蓋該法案ニ所謂保全處分ハ假差押及假處分ト同ク執行ノ保全ヲ目的トスレハナリ唯假差押及假處分ニ特別ナル多數ノ規定殊ニ債務者カ保證ヲ立タタル事由ニ依テ假差押ヲ取消スヘキ旨ノ法則ノ如キモノノ適用ナキノミ

(三) 破産法ト家資分散法トノ關係 我國ニ於テハ現行破産法ハ前述ノ如ク商人ノ破産主義ヲ認メタルヲ以テ尙家資分散法ノ必要ヲ見ル(明治二十三年法律第六〇號)家資分散トハ民事訴訟法ノ強制執行處分ニ依リ無實力ヲ推定セシムル債務者ノ狀態ニシテ裁判上公認セラレタルモノニ外ナラス(家資分散法一條(1)家資分散ハ無實力即債務者ノ債務額カ資產額ヲ超過シタル狀態ニ非スシテ債務者ノ無實力ヲ推定セシムル狀態ナリ抑人ノ財產ノ有無ハ容易ニ之ヲ知ルコト詎ハサルモノナルヲ以テ正確ナル無實力ノ證明ハ殆之ヲ舉グルコトヲ得ス故ニ家資分散ヲ以テ無實力ナリト解セハ家資分散ノ申立ヲ爲ス債權者ニ對シ事實上殆舉グルコトヲ得サルノ證明ヲ強フルニ至リ家資分散法カ實際上其適用ナレ法文ト爲ルニ終ルヘケレハナリ隨テ家資分散ニ關シテハ無實力ノ推定ヲ以テ足レリト爲サルヘカラス是家資分散ハ無實力ヲ推定セシムル債務者ノ狀態ナリト謂フ所以ナリ(2)家資分散ノ宣告ヲ受タル者ハ非商人ハ限ルモノニ非ス何トナレハ強制執行ハ商人ニ對シテモ之ヲ行フコトヲ得レハナリ故ニ商人ニ對シテハ家資分散法及破産法ノ適用アリト謂ハサルヲ得ス是家資分散ハ無實力ヲ推定セシムル債務者ノ狀態ナリト謂フ所以ナリ(3)債務者ノ無實力ヲ推定スルニハ或事實ニ依ルコトヲ要スルヤ言フ俟タス而

シテ金錢債權ノ強制執行ノ目的ヲ達セザリシ事實ハ債務者ノ無資力ヲ推定セシムルニ最適當ナル事實ナリ又債務者ノ無能力ノ推定ニハ其適當ナルコトヲ期スルカ爲ニ裁判上ノ公認ヲ要スルヲ疑ハ容レヌ其公認ノ形式ハ決定ナリ故ニ家資分散ハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ宣告スルコトヲ得シ家資分散ハ強制執行ノ處分ニ依リ裁判上公認セラレタルモノト謂フ所以ナリ是ヲ以テ家資分散ハ(1)破産ト異ニシテ商人及非商人ニ對シテ之ヲ宣告スルコトヲ得(2)各別ノ強制執行ノ結果ニ附帶シテ發生スルモノニシテ一般ノ強制執行ニ非サルヲ以テ債權者、債務者其他ノ利害關係人ニ對シ破産ノ效力ノ如キ效力ヲ生スルコトナク(3)破産ト則テ同ウセス(商一〇五〇條、明治二十三年法律第百一號、刑三八八條、三八九條)唯二者共ニ其宣告ノ手續ヲ同ウシ公權喪失ノ效力ヲ同ウシ又復權ノ手續ヲ同ウス(家資分散法一條乃至四條)ルノミ但我民法ハ一般ノ破産主義ヲ前提トシテ破産ニ關スル規定ヲ設ケタルヲ以テ家資分散ヲ民事ニ付テノ破産ナリト稱シ(民施二條、民法ノ適用ヲ全カラシメタリ)反之破産法案ハ民法ノ前提タル民事ニ付テノ破産主義ヲ認メタルヲ以テ家資分散法ヲ廢止シ(破案三六〇條)又其結果トシテ不必要ニ歸スル一般ノ破産主義ヲ認メタルヲ以テ家資分散法ヲ廢止シ(破案三六一條)但家資分散ヘキ民法施行法第二條、第三條、刑法第三八八條、第三八九條ヲ削除シタル者ニ對スルコト同ク破産者ノ宣告ヲ受ケタル者ニ對シテハ身代限ノ處分ヲ受ケ未其債務ヲ完済セサル者ニ對スルコト同ク破産者ニ關スル規定ヲ準用シ從前ノ法律關係ヲ新法施行後ニ維持スルコトヲ正當トシ(民九〇八條、九〇九條、一一一條、民施二條、三條)又新法施行前ニ刑法第三八八條又ハ第三八九條ノ罪ヲ犯シタル者ニ對シテハ該法條ト新法ニ規定セル罰則トヲ比較シ輕キニ從テ處斷スルヲ刑法ノ原則トス(刑三條)其他家資分散ノ宣告ヲ受ケタル者ハ身代限ノ處分ヲ受ケタル者ト同ク新法施行後其新法ノ規定ニ依リ(現行法ヲ適用スルハ手續法ノ原則ナリ)記錄ノ現存スル裁判所(該裁判所ハ記錄ニ基キ調査ヲ爲スノ便利ヲ有

ス)ニ對シ復權ノ申立ヲ爲スコトヲ得セシムルヲ正當トス(家資分散法四條二項)仍テ破産法案ニ於テ此等ノ事項ニ關スル規定ヲ設ケタリ(破案三六二條二項、三六五條、三六六條一項)

第二編 實體規定

第一章 破産債權

破産手續ハ其手續開始ノ當時ニ於テ債務者ニ對シ其財産上ニ満足ヲ受クヘキ權利ヲ有スル者ニ平等ナル満足ヲ得セシムルコトヲ目的トス而シテ斯ル満足ヲ受クヘキ權利ヲ破産債權ト稱ス故ニ破産關係ニ於テハ破産債權アルヲ當然ナリトス左ニ之カ性質、多數當事者ノ債權、物上擔保アル債權及順位等ヲ略述スヘシ

(一) 性質 破産債權ハ其原因カ破産宣告前ニ發生シ且執行スルコトヲ得ヘキ債務者ニ對スル財産上ノ請求權ナリ(破案七條、獨破三條)

(A) 財産上ノ請求權 財産上ノ請求權ハ債務者ノ財産ヲ以テ辨済スヘキ金錢的價格アル給付ヲ目的トスル請求權ニシテ直接ニ金錢ノ支拂ヲ目的ト爲スモノナルコトヲ必要トセス或金額ニ評價セラレ且金錢債權ニ變質スルコトヲ得ヘキモノナルヲ以テ足レリトス斯ル財産上ノ請求權ニ非サレハ破産債權タルコト能ハサル理由ハ蓋破産手續ハ債務者ノ財産ヲ以テ各債權者ニ平等ナル満足ヲ得セシムルコトヲ目的ト爲セハナリ故ニ債務者ノ財産ヲ以テ辨済スヘキ金錢的價格アル給付ヲ目的トスル總テノ請求權ハ其内容及其發生原因(法律行為、不法行為、法律ノ規定、公法關係及私法關係)ノ如何ニ拘ラス破産債權ト爲ルコトヲ得ルト雖(1)父ヲ定ムルコトヲ目的トスル請求權(民八二條)婚姻ノ取消(民七九條

以下)及離婚ノ請求權(民八二三條以下)等ノ如キ財産關係ヲ内容トセスシテ却テ親族關係ヲ内容トスル權利ハ之ヲ破産債權トシテ主張スルコトヲ得ス夫又ハ女戸主カ破産者タル配偶者ノ財産ノ使用及收益ヲ爲スノ權利及親權ヲ行フ父又ハ母カ破産者タル未成年ノ子ノ財産ヲ管理スルノ權利(民七九條、八八四條、八九〇條)ハ破産者ノ財産ニ關係有スルモノナリト雖親族關係ヲ内容トスル權利ナルヲ以テ之ヲ破産債權トシテ主張スルコトヲ得ス然レトモ親族關係ニ基ク養料請求權(民七四七條、七九〇條)ハ之ヲ破産債權トシテ主張スルコトヲ得ヘシ蓋斯ル請求權ハ法律ノ規定ニ因テ發生シタル財産權(「ニンデマン」氏ハ親族上ノ權利ナリト主張シ又民法理由書ニ從ヘハ特種ノ權利ニシテ債權ニ非サルモノノ如シ)ニシテ之ヲ他ノ財産上ノ請求權ヨリ劣等視スルノ理ナケレハナリ「コーレル」「ウキルモ」「スキ」氏等ノ如ク親族關係ニ基ク養料請求權ハ他人ヲ養フニ足ル實力ヲ有スル親族ノ負フヘキ財産上ノ負擔ニシテ債權ニ非ストノ獨逸普通法ノ原則ヲ根據シテ反對ニ論結スルハ我破産法ノ解釋トシテ其當ヲ得タルモノニ非サルヘシ(2)債務者ノ財産ヲ以テ履行スヘキ給付ヲ目的トセスシテ單ニ債務者ノ作爲又ハ不作爲ヲ目的トスル請求權ハ破産債權トシテ之ヲ主張スルヲ得ス何トナレハ債務者ハ其破産宣告ニ依リ破産財團ニ屬スル財産ノ管理及處分ノ權能ヲ喪失スルモ勞動ノ自由ヲ喪失セザルヲ以テ債權者ハ債務者ノ破産宣告後有效ニ該請求權ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ヘキヲ以テナリ故ニ通常ノ手續工ノ如キ第三者ヲシテ債務者ニ代リテ爲サシムルコトヲ得ヘキ作爲ヲ目的トスル債權、醫師ノ診斷、教師ノ教授、學者ノ著作、畫工ノ描畫等ノ如キ第三者ヲシテ債務者ニ代リテ爲サシムルコトヲ得ル作爲ヲ目的トスル債權及債務者ノモカ履行スルコトヲ得ヘキ不作爲ヲ目的トスル債權ハ之ヲ破産債權トシテ主張スルコトヲ得ス然レトモ第三者ヲシテ債務者ニ代リテ爲サシムルコトヲ得ヘキ作爲ヲ目

的トスル債權ニ關シテハ債權者ハ民事訴訟法第七三條、民法施行法第五四條ノ規定ニ從ヒ強制執行ノ方法トシテ債務者ノ費用ヲ以テ第三者ニ該作爲ヲ爲サシムルコトヲ得ルヲ以テ該債權ハ同時ニ斯ル費用ノ支拂ヲ目的トスル債權ト謂フコトヲ得ヘシ故ニ債權者カ民事訴訟法第七三條第二項ニ從ヒ債權ノ目的タル作爲ヲ爲スニ因テ生スヘキ費用ヲ豫債務者ニ支拂ハシムヘキ旨ノ決定ヲ得タル場合ニ於テハ債權者ハ其決定アリタル時期カ債務者ノ破産宣告ヲ受タル以前ナルト其以後ナルトニ拘ラス單純ナル破産債權トシテ之ヲ主張スルコトヲ得未スル決定ヲ得サル場合ニ於テハ債權者ハ將來ノ請求權タル破産債權トシテ之ヲ主張スルコトヲ得ヘシ(破案二六四條五號)獨逸ニ於テハ「ボッセルト」氏ハ債權者カ債務者ノ破産宣告ヲ受タル以前ニ於テ獨逸民事訴訟法第八七條、民七三三條第二項ニ從ヒ債務ノ目的タル行爲ヲ爲スニ因リ生スヘキ費用ヲ豫債務者ニ支拂ハシムヘキ旨ノ決定ヲ得タル場合ニ於テハ債權者ハ此費用ヲ支拂ハシムル債權ヲ破産債權トシテ主張スルコトヲ得ヘシト雖(獨逸民事訴訟法第八七條)適用ニ依リ債權關係ノ變更アルモノナリトノ理由ヲ以テ)債權者カ債務者ノ破産宣告ヲ受ケタル以後ニ於テ斯ル決定ヲ得タル場合ニ於テハ債權者ハ該費用ヲ支拂ハシムル債權ヲ破産債權トシテ主張スルコトヲ得ス(此場合ニ於テハ破産宣告ノ當時ニハ唯破産債權ニ非サル作爲ヲ目的トスル債權ノ存スルノミニシテ破産宣告後特別ナル訴訟上ノ行爲ニ基キ破産債權タルニ適當ナル財産上ノ請求權カ發生シタルモノナリトノ理由ヲ以テ)ト主張シタリ然レトモ這ハ「フアチング」「ウキルモ」「スキ」(此二氏ハ債務者ハ破産宣告ノ當時未債務ノ目的タル行爲ヲ爲サシムルニ因テ生スヘキ費用ヲ債務者ニ支拂ハシムヘキ旨ノ決定ナキ場合ニ於テハ債權者ハ條件附破産債權トシテ其權利ヲ主張スルコトヲ得ヘキ旨ヲ主張シ)及「イエゲル」氏等ノ贊成セザル所ニシテ又我破産法ノ解釋トシテ予輩ノ贊成セザル所ナリ

何トナレハ債權ノ性質ハ訴訟上ノ行為ニ依リ變更スルモノニ非サルヲ以テ第三者ヲシテ債務者ニ代リ
ヲ爲サシムルコトヲ得ヘキ作爲目的トスル債權ヲ有スル者ハ縱令債務者カ破産宣告ヲ受ケタル後民
事訴訟法第七三三條第二項ニ從ヒ費用支拂ノ決定ヲ得タルトモ雖費用支拂ノ債權ヲ破産債權トシテ
主張スルコトヲ得サルノ理ナレハナリ

(B) 執行スルコトヲ得ヘキ債權 破産債權者タルニハ執行スルヲ得ヘキコト即通常ノ裁判所其他ノ官
廳ニ於テ攻撃的ニ主張シ且國家ノ機關ニ依テ強制的ニ取立ツルコトヲ得ヘキ債權關係ニ於テ存スルノ
ナレハ破産手續ハ一ノ強制執行ニシテ又強制執行ハ唯強制スルコトヲ得ヘキ債權關係ニ於テ存スルノ
ミナレハナリ故ニ訴ヲ以テ請求スルコトヲ得ヘキ債權及行政官廳ニ於テ取立ツヘキ租税ニ關スル債權
ノ如キハ破産債權タルコトヲ得ルト雖自然債務ニ對スル債權殊ニ時効ヲ經タル債權、不法ノ原因ノ爲
ニ成立シタル債權(例之賭博ノ勝利者カ有スル債權)及契約上強制シテ取立ツヘキ債權ヲ拋棄シタル債
權者ノ債權ハ國家ノ機關ニ依リ強制的ニ取立ツルコト能ハサル債權ニ屬スルヲ以テ破産債權タルコト
ヲ得ス(民七〇五條、七〇八條)但仲裁契約ノ成立ハ其之ニ依テ確定スヘキ債權ヲ破産債權トシテ主張
スルコトヲ妨ケス何トナレハ債權ハ其之ニ關スル仲裁契約ノ成立ニ依リ強制シテ取立ツルコト能ハサ
ルモノト爲ラサレハナリ

(C) 破産者ニ對スル債權 破産債權ハ債務者其人ニ對スル債權タルコトヲ要ス換言スレハ債務者カ其
債權者ニ對シ對人責任ヲ負フコトヲ要ス元來責任(Batung)ニ對人責任(Personlichhaftung)及對物責
任(Sachhaftung)ノ二者アリ對人責任ハ債權者カ債務者ニ對シ其總財產ニ付満足ヲ求ムル債權ヲ有ス
ル時ニ於テ現存シ又對物責任ハ債權者カ或財產ニ付其主體ノ債務者ナルト否トニ拘ラス満足ヲ求ムル

債權ヲ有スル時ニ於テ現存ス後者ハ別除權ノ原因ト爲ルコトアルモ破産債權ノ原因ト爲ルコトナシ故
ニ債務者ノ總財產ニ付満足ヲ求ムル債權ニシテ物權關係ニ屬セサルモノニ非サレハ破産債權ト爲ルコ
トナシ(破産案ニ破産者ノ債權者ニ)隨テ一般ノ先取特權ハ債務者ノ總財產上ニ行ル債權ナリト雖民
三〇六條)物權的關係ニ屬スルモノナルヲ以テ破産債權ト爲ラス取戻權(商一〇一五條)ハ特定ノ財產
ヲ破産財團ニ屬セサルモノトシテ取戻スルコトヲ目的トスル債權ナルヲ以テ破産債權ト爲ラス別除權ハ
破産財團ニ屬スル特定ノ財產上ニ優先的満足ヲ求ムル債權ナルヲ以テ破産債權ト爲ラス(商九七條)
然レトモ破産者カ其債務ノ爲ニ破産財團ニ屬スル特定ノ財產上ニ物上擔保權ヲ設定シタル場合ニ於テ
ハ該擔保權ヲ得スル債權者ハ別除權者タルト同時ニ破産者ニ對スル債權ヲ有スル者即破産債權者タリ
故ニ我現行法及獨逸破産法ニ於テハ斯ル債權者ハ其有スル別除權ヲ主張スルト同時ニ其有スル債權ヲ
破産手續ニ於テ主張スルコトヲ得ヘシ唯二重ノ擔保ヲ受クルコトハ法律ノ許ササル所ナルヲ以テ別除
權ノ行使ニ依リ満足ヲ受クルコト能ハサリシ金額又ハ之ヲ拋棄シタル部分ニ付配當ヲ受クルニ過キサ
ルノミ(別除權ノ說明參照)但破産法案ニ於テハ專手續上ノ煩雜ヲ避タル目的ヲ以テ別除權ヲ有スル債
權者ハ其別除權ノ行使ニ依テ擔保ヲ受クルコト能ハサルヘキ債權額ニ非サレハ破産債權者トシテ其債
權ヲ行フコトヲ得サルモノト定メ別除權ヲ有スル債權者ハ別除權ヲ主張スルト同時ニ破産債權者トシ
テ其權利ヲ行フコトヲ得ルノ法則ヲ否認シタリ(破産案七條但書、二三條)又破産者カ他人ノ債務ノ爲
ニ破産財團ニ屬スル特定ノ財產上ニ物上擔保權ヲ設定シタル場合ニ於テハ該擔保權ヲ有スル債權者ハ
別除權者タルト同時ニ破産債權者タルコトナシ隨テ斯ル債權者ハ全然破産手續ノ外ニ立ツモノト知ル

ヘシテ以テ(1)通常ノ債務者ノ破産ニ在テハ債務者ノ總財産上ニ満足ヲ受クルコトヲ得ヘキ權利ヲ有スル總債權者カ破産債權者ト爲ル營業者ノ破産ニ在テハ匿名組合員ハ其出資中營業上ノ損失ニ因テ消耗セラルナリシ部分ニ付破産債權者ト爲ル蓋匿名組合員ハ營業者ニ對シ營業上ノ損得ニ因テ増減セラルルコトアルヘキ債權ヲ有スルモノニシテ組合財産ニ對シ持分ヲ有スルモノニ非サレハナリ(商二九七條、二九八條、三〇三條、獨商三三七條、三四一條、三四九條)而シテ匿名組合員ノ破産債權額ハ營業者ノ破産宣告ノ當時ニ於テ財産的狀態ヲ標準トシ管財人ト匿名組合員トノ間ニ於テ破産手續ニ依ラヌシテ之ヲ算定ス(獨破一六條、商一條、民六八五條)故ニ組合ノ營業カ破産手續繼續中管財人ノ營業續行ニ依リ利益ヲ生スルニ至リタルモ之カ爲ニ匿名組合員ヲ利スルコトナシ然レトモ匿名組合員カ斯ル算定ヲ待タスシテ自己ノ見込ヲ以テ其損失ヲ算定シ之ヲ控除シタル出資ノ殘額ヲ破産債權トシテ届出ヲタルトキハ管財人及各破産債權者ハ之ニ對シ異議ヲ申立アルコトヲ得又匿名組合員ハ破産法及民事訴訟法ノ規定ニ從テ債權確定ノ訴ヲ提起スルコトヲ得(獨逸ノ「コーレル」氏ハ以上ノ見解ニ反シ匿名組合員ノ債權額ヲ算定スルノ標準タル組合營業ノ狀態ハ該營業カ管財人ノ營業ノ續行ニ因リ利益ヲ生スルニ至ルコトアルヲ以テ匿名組合員ノ破産債權ハ破産宣告ノ當時ニ於テハ條件附債權ト謂フヘク又組合營業カ管財人ノ營業ノ續行ニ依リ終了シタル場合ニ於テハ匿名組合員ノ債權額ノ確定ハ破産手續ニ依ルヘキ旨ヲ主張シタリト雖道ハ「イエゲル」レタウプ「氏」贊成セサル所ナリ)法人ノ債務ニ付其債權者ニ對シテ有限ノ責任ヲ負フ旨殊ニ合資會社ノ有限責任社員(商一〇四條)ノ破産ニ在テハ法人ノ債權者ハ有限責任ヲ負フ者カ未法人ニ給付セサル出資額ニ付破産債權者トシテ其權利ヲ行フ蓋有限責任ヲ負フ者ハ唯其未済ノ出資額ノミニ付法人ノ債權者ニ對シ責任ヲ負フモノナレハナリ故ニ法人ノ數多

ノ債權者ノ届出タル債權總額カ未済ノ出資額ヲ超越シタル場合ニ於テハ各債權者其金額ノ割合ニ應シテ減少シ其減少額ニ對シ配當ヲ爲スコト爲ル(獨商一七一條)破産手續ニ於テ斟酌スヘキ破産債權ノ額ニ付テハ債權調査會ニ於テ之ヲ確定ス無限ノ責任ヲ負フ者殊ニ無限責任社員(商六三條、一〇一條、二三五條)ノ破産ニ在テハ法人ノ債權者ハ其債權ノ全額ニ付破産債權者トシテ其權利ヲ行フ(破案一七條、獨破二二八條二項)蓋法人ノ債權者ハ法人ノ債務ニ付其債務者ノ爲ニ無限ノ責任ヲ負フ者ニ對シ財産上ノ請求權ヲ有スル者ナルヲ以テ之ヲ無限責任ヲ負フ者ノ他ノ債權者ト區別スルノ理ナレハナリ故ニ無限責任ヲ負フ者ノ破産ニ於テ法人ノ債權者カ配當ヲ受ケタルトキハ破産者タル無限責任ヲ負フ者カ配當額ノ割合ニ應シ法人ノ債權者ニ代位ス(民五百條)無限責任社員ハ保證人ト其法律上ノ地位ヲ同ウス(2)法人殊ニ會社ノ破産ニ在テハ社員及株主カ法人ニ對シ貸借其他ノ原因ニ基キ有スル債權ハ他ノ債權ト同ク破産債權ナリト雖社員及株主カ法人ニ對シテ有スル持分權ハ破産債權ニ非ス蓋社員及株主ハ其持分ニ應シテ法人ノ解散ニ際シ其債務ヲ完済シタル殘餘財産ニ付配當ヲ受ケルニ止ルヲ以テ社員及株主ノ持分權ハ法人ノ借方ニ屬セス隨テ之ヲ法人ニ對スル債權ト謂フコト能ハサレハナリ然レトモ株式會社ノ破産宣告前ニ於テ適法ニ株主ノ受タヘキ利益ノ配當額ニシテ未支拂ハレサルモノハ破産債權タルコトヲ妨ケス何トナレハ「ハスル」配當額ハ持分ヲ増加スルモノニ非サルヲ以テ之ニ持分ニ伴フ危險ノ存スヘキ理ナレハナリ(3)單純承認ヲ爲シタル相續人ノ破産ニ在テハ相續債權者及受遺者ハ財産ノ分離アリタルトキト雖其債權ノ全額ニ付破産債權者トシテ其權利ヲ行フ蓋相續人ハ單純承認ノ效果トシテ相續債權者及受遺者ニ對シ總財産(相續財産及固有財産)ヲ以テ辨濟ヲ爲スヘキ義務ヲ負ヒ又相續人ノ債權者ノ爲ニシタル財産ノ分離ハ相續人ノ固有財産ニ付相續人ノ債權者カ相續債權者及受遺者

ニ先テ辨濟ヲ受タルノ原因ト爲リ相續債權者及受遺者ノ爲ニシタル財産ノ分離ハ相續財産ニ付相續債權者及受遺者カ相續人ノ債權者ニ先テ辨濟ヲ受タルノ原因ト爲ルニ過キサルハナリ限定承認ヲ爲シタル相續人ノ破産ニ在テハ相續債權者及受遺者ハ破産債權者ト爲ラス何トナレハ相續債權者及受遺者ハ唯相續財産ノミニ付満足ヲ受タルニ止レハナリ(破案一九條、二一條、民一〇二五條、一〇四四條、一〇四八條、一〇五〇條)(4)相續財産ノ破産ニ在テハ(破案及獨破ニ於テ相續財産ニ對シ破産ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ルハ疑ナシト雖現行破産法及佛法系ノ破産法ニ於テハ相續財産ニ對シ破産ノ宣告ヲ爲スコトナシ蓋相續財産ハ商人ニ非サルヲ以テナリ)相續債權者及受遺者カ破産債權者ト爲ル蓋相續債權ハ被相續人カ負ヒタル債務又遺贈ニ基キ債權ハ相續人カ其資格ニ於テ負ヒタル債務ニシテ孰モ相續財産ヲ以テ之カ辨濟ヲ爲スヘキモノナレハナリ被相續人ニ對シ債權ヲ有スル相續人ハ相續ノ結果トシテ該債權カ消滅セサルトキニ限り破産債權者ト爲ル故ニ相續人ハ相續財産ニ對スル破産ノ宣告前ニ未何該債權ヲ爲サス若クハ限定承認ヲ爲シタル場合ニ於テ破産債權者ト爲ルト雖(民一〇二七條)相續財産ニ對スル破産ノ宣告前又ハ其後ニ於テ單純承認ヲ爲シタル場合ニ於テハ破産債權者ト爲ラス何トナレハ斯ル場合ニ於テハ相續人ノ權利ハ混同ニ依リ消滅セルヲ以テナリ又被相續人ノ債務消滅ノ爲ニ出捐ヲ爲シタル相續人ハ其出捐カ相續財産ニ對スル破産ノ宣告前ナルト否トニ拘ラス單純承認ヲ爲ササルトキニ限り該出捐ニ付破産債權者トシテ其權利ヲ行フ是蓋相續人ヲシテ其出捐ニ因リ辨濟ヲ受ケタル債權者ニ法律上當然地位スルコトヲ得セシメ以テ該債權者ト同順位ニ又ハ之ヨリ劣等ノ順位ニ在ル他ノ債權者カ相續財産ニ對スル破産ニ於テ受クヘカリシ金額ニ付相續人ノ損害ニ於テ不當ニ利得スルニ至ルノ結果ヲ避ケルノ注意ニ外ナラス然レトモ被相續人ノ債務消滅ノ爲ニ出捐ヲ爲シタル相續人カ

單純承認ヲ爲シタル場合ニ於テハ其承認ノ破産宣告前タルト否トニ拘ラス該出捐ニ付破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ス何トナレハ單純承認ヲ爲シタル場合ニ於テハ其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ヲ以テ被相續人ノ債務消滅ノ爲ニ爲シタル出捐ニ付破産債權者トシテ其權利ヲ行ハシムルモ徒ニ手續ヲ煩雜ナラシムルニ止リ何等ノ實益ナケレハナリ(破案三三條、民九六七條、九三三條、一〇二一條、一〇三三條、一〇二四條、一〇二七條、一〇二八條、一〇四四條、一〇五〇條、獨破二五條、獨民一九七八條、一九七九條)

(D) 破産宣告前ニ發生シタル原因ニ由ル權利 破産債權ハ破産宣告前ニ發生シタル原因ニ由ル權利ナルコト即破産宣告後ニ成立シタル權利ニ非サル權利ナルコトヲ要ス權利ハ實體法即公法ニ於テ定メタル成立要件カ完備スルニ至リタルトキニ於テ成立ス故ニ權利ノ成立ニ必要ナル要件カ破産宣告後ニ完備スルニ至リタル場合ニ於テハ縱令權利ヲ發生セシムル法律關係カ破産宣告前ニ存在スルトキト雖

之ニ因テ成立シタル權利ヲ破産債權ト爲スコトヲ得ス是蓋債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ爾後破産財團ニ屬スル財産ニ付破産債權者ニ對シ有效ナル處分ヲ爲スコト能ハサルヲ以テ破産宣告後ニ成立シタル權利ハ破産者ノ法律行為ニ因ルモノナルト不法行為ニ因ルモノナルトノ區別ヲ問ハス之ヲ破産手續ニ於テ主張スルコトヲ得サルノ當然ナル論結ニ過キサルヘシ是ヲ以テ(1)期限附權利即破産宣告ノ當時ニ於テ未期限ノ到來セサル權利ハ之ヲ破産債權トシテ主張スルコトヲ得終期附權利即債務者カ破産宣告ヲ受ケタル當時ニ於テ未終期ノ到來セサル權利ハ解除條件附權利ト同ク該宣告ノ當時ニ於テ既ニ成立セシモノナルヲ以テ之ヲ破産債權トシテ期限ヲ附セサル權利ト同ク主張スルコトヲ得ルヤ言フ俟タス(民一二五條二項、獨民一六三條、一五八條)始期附權利即債務者カ破産宣告ヲ受ケタル當時ニ

於テ未履行期ノ到來セサル權利ハ之ヲ破産債權トシテ主張スルコトヲ得蓋始期ハ單ニ權利ノ履行ヲ延引セシムルモノニシテ權利ノ成立ヲ妨タルモノニ非ス隨テ破産宣告ノ當時未履行期ノ到來セサル權利ハ破産宣告ノ當時ニ於テ既ニ成立シタルモノト謂ハサルヲ得サレハナリ(民一三五條一項、獨民一六三條)加之履行期ノ未到來セサル債權ハ債務者ノ破産宣告ニ因テ法律上當然履行期ニ至リタルモノト爲ル(民一二七條一號、破案九條、商九八八條一項、獨破六五條一項、佛商四四四條一項、獨破一四條、英破則債權調査法二一條等)其理由ハ總破産債權者間ニ於テ平等ノ關係ヲ嚴格ニ維持シ履行期ニ違セサル債權者ヲ書シテ履行期ニ違セル債權者ノミ支拂ヲ受ケタルノ不公平ナル結果ヲ除去シ履行期ニ違セサル債權者モ亦破産手續ニ從テ満足ヲ受ケタルヲ得セシムルノ法意及成立ノ確實ナル期限附權利ニ對スル配當額ヲ履行期ノ到來迄供託スルカ如キハ徒ニ破産手續ヲ遲延ヲ來シ期限附債權者及其他ノ破産債權者ノ利益ニ反スルヲ以テ可成迅速ニ破産手續ヲ終結セシムルノ法意ニ存シ破産宣告ヲ受ケタル債務者ハ支拂上ノ信用ヲ喪失スルカ故ニ該信用ニ根據セル期限ノ利益ヲ喪失スルモノナリト云フカ如キ趣意ニ存セス如此未履行期ニ違セサル權利ハ之ヲ破産手續ニ於テ主張スルコトヲ得ルト雖之ヲ爲ニ平等保護ノ法則ニ反シ該權利ヲ有スル者ニ特別ノ利益ヲ得セシムルコトヲ得ス故ニ期限附權利ニシテ利息ヲ生スルモノハ債務者ノ破産宣告ノ當時ニ於テ元利合額即現存債權ニ付破産債權トシテ之ヲ主張スルコトヲ得ルヤ當然ナリト雖確定ノ期限附權利ニシテ利息ヲ生セサルモノハ債務者ノ破産宣告ノ當時(利息ハ破産財團ニ對シ破産宣告ノ日ヨリ發生ヲ止ムルヲ以テ)ヨリ履行期ニ至ル迄ノ法定利息(現存債權ト券面額トノ差額)ヲ割引シタル金額即現存債權ニ非サレハ破産債權トシテ之ヲ主張スルコトヲ得ス蓋履行期ニ違シタル無利息ノ權利ハ其額ヲ同ウスル無利息ノ權利ニシテ未履行期ニ違セサルモノ

ト同債權ニ非サレハナリ是ヲ以テ獨逸破産法第六五條第二項、瑞西破産法第二〇八條、西班牙商法第八三條、伊太利商法第七〇一條、第七六八條、白耳義商法第四五〇條等ハ何レモ破産宣告ノ時ヨリ履行期迄ノ法定利息ヲ割引スヘキ旨ノ法則ヲ是認セリ殊ニ獨逸破産法ハ利息割引ノ方法ニ關シ我破産法案第九條ト同ク數理上最止確ナル隨テ又法律上最止確ナル「ホフマン」式ヲ採用シ債務者ノ破産宣告後ニ到來スヘキ期限ノ存スル無利息債權ハ破産債權額ハ破産宣告ノ時ヨリ期限ニ至ル迄ノ法定利息ヲ加ヘタル或金額ニシテ該債權ノ券面額ニ相當スルモノナルコトヲ明示セリ故ニ未知ノ破産債權額タル或金額ヲ「 $\frac{100}{100 + \frac{100}{100} \times \frac{100}{100}}$ 」ノ算式ニ依リ之ヲ容易ニ算出スルコトヲ得(日數ニ應シテ算出スルニハ「 $\frac{100}{100 + \frac{100}{100} \times \frac{100}{100}}$ 」ノ算式ニ依ル)然レトモ我現行破産法ハ佛國商法ト同ク債務者ノ破産宣告後ニ到來スヘキ履行期ノ存スル無利息ノ債權ニ付斯ル利息割引ノ法則ヲ認メザリシ是蓋商事ニ於テハ通常債權ニ付長キ期限ヲ附スルコトナキヲ以テ法定利息ノ割引ヲ是認スルモ爲ニ著キ利益ナク却テ計算上ノ不便ヲ來シ徒ニ破産手續ノ進行ヲ遲延セシムルノ虞アルノミナラス履行期ニ於テ辦済ハ必シモ債權者ノ利益ニ非ストノ理由ニ歸著スルモノナルヘシト雖道ハ前述セル債權者平等保護ノ法則ニ反スル失當ノ立法タルヤ言フ俟タサルナリ是破産法案ニ於テ現行法ヲ修正シタル所以ナリ未確定ノ期限附權利ニシテ利息ヲ生セサルモノニ關シテハ債權者自ラ破産宣告ノ當時ヲ標準トシ控除スヘキ金額ヲ評定シ其評定額ヲ控除シタル殘額ヲ以テ破産債權額トス(破案一二條、獨破六九條)又定期ノ給付ヲ目的トスル權利ハ破産宣告後ニ於テ辦済ヲ受ケヘキ定期ノ給付ニ關シ其給付ヲ受ケヘキ權利カ自己ノ履行スヘキ給付ニ對スル賠償トシテ新ニ成立スルモノニ非サルトキニ限り破産債權ト爲ル故ニ實金

ノ支拂保障料ノ支拂若クハ利息ノ支拂ヲ目的トスル權利等ハ破産宣告後ニ辨濟セラルヘキ給付ニ關シ
破産債權ト爲ラス蓋斯ル債權ハ破産者若クハ管財人ニ對シテ爲シタル給付ニ對スル賠償トシテ新ニ成
立シタルモノ即破産宣告後ニ於ル資金及利息ノ支拂ヲ目的トスル債權ハ物件若クハ元金ノ使用ニ對ス
ル賠償トシテ又破産宣告後ニ於ル保險料支拂ヲ目的トスル債權ハ危險負擔ニ對スル賠償トシテ破産宣
告後新ニ成立スルモノナルヲ以テ貸與人、保險者及貸主カ其義務タル給付ヲ爲ス以前ニ發生スルコト
ナケレハナリ換言スレハ破産宣告ノ當時ニ於テハ唯將來ニ於テ成立スヘキ請求權タルニ止レヤナリ又
夫婦、親子等ノ如キ親族關係ニ基ク法定扶養請求權(民七四七條、七九〇條)ハ破産宣告後ニ於テ辨濟セ
ラルヘキ給付ニ付破産債權トシテ之ヲ主張スルコトヲ得ス何トナレハ斯ル請求權ハ各定期ニ於ル必要
ニ因リ新ニ成立スルモノナルヲ以テ唯破産宣告ノ當時迄ニ發生シタル給付ヲ目的トスル請求權ノミヲ
破産債權ト謂フヲ得ヘレハナリ權利者ノ必要ノ存否及義務者ノ資力ノ有無ノ條件トシテ契約又ハ遺
贈ニ因テ成立シタル養料請求權亦然リ何トナレハ斯ル請求權ハ法律上法定養料請求權ト同一地位ニ在
レハナリ反之金額及期間ノ特定セル定期金債權、終身定期金ノ債權並ニ權利者ノ必要ノ存否及義務者
ノ資力ノ有無ニ關係ナク契約又ハ遺贈ニ因テ成立シタル養料請求權(斯ル權利ノ發生原因カ契約ナル
トキハ該契約カ破産宣告前ニ成立セルコトヲ要シ又遺贈ナルトキハ破産宣告ヲ受ケタル相續人カ破産
宣告前ニ負債附相續ヲ承認セルコトヲ要スルヲ言フ俟タス)等ハ破産宣告後ニ辨濟セラルヘキ給付ニ
付テモ破産債權トシテ之ヲ主張スルコトヲ得何トナレハ斯ル權利ハ當初ヨリ單一的ニ成立セル請求權
ニシテ唯爾後定期ニ辨濟セラルヘキ給付ニ關シ期限附若クハ條件附タルニ過キサレハナリ換言スレハ
斯ル權利ハ根本ノ權利ニシテ又破産宣告後ニ辨濟セラルヘキ給付ヲ目的トスル請求權ハ斯ル權利ノ拋

雜 錄

○大審院判例要旨

五一 親權ノ濫用

戶主タル未成年者ノ親權者カ未成年者若クハ其代理人ノ承諾ヲ受ケスシテ安ニ
其財產ヲ家族以外ノ者ノ生活費又ハ養育費等ニ費消スルハ親權濫用ノ所爲ナルモ若キ家族以外ノ者
ノ爲ニ費消スルニ付正當ノ事由存在スルトキハ右費消ノ所爲アリタル一事ヲ以テ直ニ親權ノ濫用ナ
リト謂フヲ得ス(二十七年九月二十九日第一民事部)

五二 手續ニ瑕疵アル隱居届出受理ノ效果 戶籍吏ニ於テ隱居ノ届出ヲ受理シタル以上ハ縱令届出
手續ニ瑕疵アルモ特別ノ明文ナケレハ其届出ハ當然無効ニ歸スヘキモノニ非ス(同年十月一日第一
民事部)

五三 約束手形ノ成立要件 約束手形ニシテ商法第五二五條ニ列記シタル形式上ノ要件ヲ具備スル
以上ハ縱令其記載事項中事實ニ適合セサルモノアルモ手形ノ成立ニ何等ノ瑕疵ヲ生スルコトナシ而
シテ此法理ハ手形ヲ授受セシ直接ノ當事者ナルト否ト將手形取得者ノ善意又ハ惡意ナルトニ依テ其
適用ヲ異ニス(キモノニ非ス)(同年七月五日第一民事部)

五四 手形記載事項ノ解釋 手形ニ記載セラレタル事項ハ手形面ノ文言ニ從テ之ヲ解釋スヘキ他ノ
證據方法ニ依リ當事者ノ意思ヲ推測シテ其意義ヲ定ムヘキモノニ非スト雖右ノ記載事項カ如何ナル
意義ヲ有スルヤ手形面ノ文言ニ據テ解釋スヘキコトハ一ニ裁判所ノ職權ニ屬ス(同上)

法學志林

(第六十五號)

◎ 志林

◎ 纂論

◎ 解疑

◎ 散錄

◎判例

◎ 新報

◎ 記事

○信濃支部總會○大學部演習科○開始○學生忘年會○校友茶話會○實業盤詰會○校友異動○校友死亡○圖書購入費資金寄附者○寄贈書目

一月

法政大學

0373

廣告

○大學部入學試験

來二月六日午後一時ヨリ施行

○専門部

(法律科
實業科)

入學試験

來二月六日午後一時ヨリ施行

上級編入試験

來二月六日午後五時三十分
ヨリ施行

右受験志望者ハ前日マテニ申出テ
ラルヘシ

三十八年一月

法政大學

(明治三十七年十一月十日第三種郵便物認可)
毎月三回、五日、十五日、二十五日發行

明治三十八年一月二十二日印刷
明治三十八年一月二十五日發行
(定價金三十錢)

發行者 萩原敬之
東京市牛込區牛込北町十番地

印刷者 小宮山信好
東京市牛込區矢來町三番地

印刷所 金子活版所
東京市芝區西ノ久保明舟町十一番地

發行所 司法省 法政大學
指 定 東京市豊町區富士見町六丁目十六番地
(電話番町百七十四番)