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

PDF issue: 2024-09-03

法政大學講義録

板倉，松太郎 / 美濃部，達吉 / 加藤，正治 / 山田，三良 / 上杉，愼吉 / 松岡，義正 / 掛下，重次郎

(出版者 / Publisher)
法政大學
(巻 / Volume)
12
(開始ページ / Start Page)
1
(終了ページ / End Page)
82
(発行年 / Year)
1905-02-25

090
1905
1-12

（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、二十五日發行）

人引渡條約ヲ締結シタルノミニシテ其他ノ諸國トハ此種ノ條約ヲ結ハス又明治二十年八月勅令第二四號ヲ以テ逃亡犯罪人引渡條例ヲ發布シ其第一條ニ所謂破廉恥罪即強盜、殺人、詐欺取財ノ如キ犯罪ニ付テハ帝國臣民ト雖相互主義ノ條約ニ依リ外國ニ引渡スコトアル場合ヲ規定セリ是自國人ハ國外ニ放逐スルヲ得サル原則ノ例外ニシテ且憲法ノ保障スル居住移轉ノ自由ニ對スル例外ナリ尚自國人ヲ外國人ニ引渡スヤ否ヤニ付テハ歐洲大陸諸國ハ消極主義ヲ採リ英、米ハ積極主義ヲ採用セリ

犯罪人引渡ハ元來國際刑法ニ於テ論スヘキコトニシテ茲ニ之ヲ說明スヘキモノニ非ス故ニ唯外國人ト帝國臣民トノ權利ノ異同ヲ論スル序ニ一言シタルノミ

以上ハ歐米條約國民ニ付テノ說明ナリ故ニ無條約國民及淸國人竝ニ朝鮮人ニ付テハ元來條約上ニ何等ノ規定スル所ナキヲ以テ我國政府ハ此等ノ國民ニ對シテハ自由ニ其來往ヲ制限シ若クハ居住ノ區域ヲ制限スルコトヲ得然レトモ實際上ノ必要ナキ限ハ之ヲ歐米條約國民ト區別スヘキ理由ナキヲ以テ現今ノ有樣ニ於テハ淸國人及朝鮮人其他無條約國民モ條約國民ト同等ニ其來往、居住ノ自由ヲ認メタルナリ唯勞働者ニ付テハ（主トシテ支那人ノ勞働者）地方長官ノ許可ヲ得ルニ非サレハ從來ノ居留地外ニ於テ勞働即農業、漁業、鑛業、土木建築、製造、運搬、挽車、仲仕業其他一般ノ雜役ニ從事スルコトヲ得ス但下僕、下婢ニテ家事ニ使用セラル者ハ此限ニ在ラストセリ（三二年七月勅令三五二號條約慣行ニ依リ居住ノ自由ヲ有セサル外國人ノ居住及營業等ニ關スル件參照）

第二　身體ノ自由、住所及所有權ノ不可侵　此等ノ權利ニ付テモ外國人ハ內國人ト同一ノ保護ヲ享有スルヲ以テ原則トス即外國人カ不法ノ逮捕、勾留、家宅侵入、家宅搜索、差押、沒收及不法ノ公用徵收ニ對シテ保護セラルルノ權利ヲ有スルコトハ條約上ニ於テ明ニ規定セル所ナリ例之日英條約第一條及第

0006

四條ノ如キ其他之ニ該ル他國ノ條約ニモ皆之ヲ規定ス唯放逐及犯罪人引渡ニ關シテハ前段ニ於テ既ニ說明シタルカ如ク內國人ト取扱ヲ異ニスルヲ以テ隨テ其結果トシテ逮捕、拘留、家宅搜索、差押、沒收等ヲ受クルコトハ內國人ト異ルコトアルヲ免レス又身體及財產ノ保護ニ關シテハ或場合ニ於テハ外國人ハ內國臣民ヨリモ厚キ保護ヲ受クルコトアリ即內亂又ハ暴動等ノ場合ニ內國人ハ其身體、財產ニ受ケタル損害ニ對シテ政府ヨリ何等ノ賠償ヲモ受クルコトナキヲ以テ原則トスルニモ拘ラス外國人カ斯ル不可抗力ニ因テ其身體及財產上ニ損害ヲ被リタル場合ニ於テハ其本國政府ハ外交上ノ方法ニ因テ此等ノ損害ノ發生シタル地ノ政府ヨリ相當ノ賠償ヲ受クルヲ以テ國際法上ノ慣例トセリ此點ハ外國人ハ却テ內國人ヨリモ厚キ保護ヲ受クルモノト謂フヘシ(最近ノ例ハ北淸事件ノ如シ)蓋國民ハ其國家ノ一員ナレハ其國家ノ不幸ハ即國民ノ不幸ニシテ國民ノ不幸ハ又國家ノ不幸ナリ故ニ共同危險ヲ負擔スルニ基クモノナリ

第三　良心又ハ信敎ノ自由、言論、著作、集會、結社ノ自由(精神上ノ三大自由)　此等ノ自由ニ付テモ外國人ハ內國人ト同一ノ保護ヲ享有スルヲ以テ原則トス信敎ノ自由ニ付テハ條約上ニ之ヲ擔保セリ外國人ハ曾ニ信敎ノ自由ヲ有スルノミナラス併セテ公私ノ禮拜ヲ行ヒ又宗敎上ノ慣習ニ從テ理葬ヲ爲スコトヲ得ルナリ此等ノ事ヲ條約ニ規定スルコトハ文明國間ニ在テハ當然ノ事ニシテ敢之ヲ規定スルノ必要ナキモ尙注意ノ爲ニ之ヲ擔保スルモノナリ殊ニ東洋ト西洋トノ如ク宗敎及風俗ヲ異ニセル國民間ニ於テハ斯ル規定ヲ設クルモ亦必要ナルヘシ然レトモ如何ナル場合ニ於テモ外國人ハ此等ノ自由ニ關シテ我國ノ法律命令及其他ノ規則ニ從フヘキハ論ヲ俟タサルナリ即信敎ノ自由ハ條約ノ保障スル所ナルモ若公ノ秩序ニ反スル宗敎ナレハ之ヲ禁止シ其布敎者ハ之ヲ國外ニ放逐スルコトヲ得尙明治三十二年七月內務省令第四一號宗敎宣布ニ關スル屆方ヲ參照スヘシ

又思想ノ自由即言論、著作ノ自由ニ付テモ外國人ハ內國人ト同一ノ保護ヲ享有スルモノナリ(新聞紙條例及出版法及著作權法參照)即新聞紙條例第六條ニ依レハ其本國法ニ從ヒ未成年者ニテモ年齡滿二十歲以上ニシテ帝國內ニ居住スル者ハ發行人編輯人及印刷人ト爲ルコトヲ得舊條例ニハ外國人ハ新聞紙ノ發行人、編輯人、印刷人ト爲ルヲ禁シタリシモ明治三十二年七月一日ヨリ改正法ニ依テ外國人ハ我國ニ住居スル以上ハ內國人ト同一ノ自由ヲ有スルモノナリ此等ノ點ニ付テハ我國ハ外國人ニ最寬大ナル自由ヲ與ヘタリ唯東京、橫濱、神戶ニ於ル發行人ニハ保證金ヲ增加シ間接ニ之ヲ制限シタルノミ蓋我國ニ於テハ外國人ノ發行スル新聞甚少シ故ニ斯ル寬大ナル處置ニ出テタルモノナルヘシ歐米各國ニ於テハ必シモ我國ト同一ナル自由ヲ與フルモノニ非ス例之佛國ノ如キハ千八百八十一年新聞紙條例ニ依テ外國人ハ佛國ニ居住スル場合ニ於テモ仍且新聞紙及定期刊行物ノ發行人又ハ編輯人ト爲ルコトヲ得サルナリ

外國人モ亦集會結社ノ自由ヲ有スルモ政談集會ノ發起人タルコトヲ得ス(舊集會政社法、五條、七條、現行治安警察法六條)且政談集會ニ於テ演說ヲ爲スコトヲ得ス又政社ノ會員タルコトヲ得ス此等ノ制限ハ固ヨリ當然ノ事ニシテ外國人ハ後ニモ述フルカ如ク我國ニ於テ參政權ヲ享有スルモノニ非サルカ故ニ妄ニ我國ノ政策ニ關シテ政談ヲ爲スノ自由ヲ與フヘキモノニ非サレハナリ又一般ノ結社ニ付テハ固ヨリ自由ニシテ內國臣民ト同一ノ保護ヲ受ケタリ然レトモ多數ノ國ニ於テハ勞働者職工ノ同盟組合ニハ外國人ノ加入スルコトヲ禁止シ若クハ制限セリ我國ニ於テモ將來斯ル必要ヲ生シタルトキハ自由ニ之ヲ制限スルコトヲ得ルハ勿論ナリ

0007

第四　營業ノ自由　現今ノ文明諸國ニ於テハ所謂營業ノ自由ナル原則一般ニ行レ各箇人ハ皆其欲スル所ノ業ヲ何レノ地ニ於テモ營ミ得ルコトヲ以テ原則トス然レトモ外國人ニ付テハ斯ク一般ニ概論スルコトヲ得サルナリ茲ニ所謂營業ハ最廣義ニ用ヒタルモノニシテ製造、工業、販賣業、運送業等商法ノ支配ヲ受クヘキ商業ノミナラス尚其他ノ業務若クハ職業ヲモ包含スルモノトス今左ニ之ヲ細別シテ説明セントス

一　普通ノ商工業　特別ノ免許又ハ一定ノ資格ヲ要スル者ノ外ハ外國人モ亦内國人ト同ク總テノ商工業ヲ營ミ得ルモノナリ殊ニ此點ニ付テハ近世ノ通商條約ニ於テ明ニ之ヲ規定スルヲ以テ例トス我國ト歐米諸國トノ條約ニ於テモ亦之ヲ明ニ規定セリ例之日英條約第三條、日佛條約第四條等ノ如シ此等ノ規定ニ依レハ外國人ハ製造業及手工業ニ從事シ又ハ各種ノ製產物及製造品ヲ卸賣又ハ小賣スルコトヲ得ルナリ又之ヲ爲スカ爲ニ土地、家屋ヲ借入ルルコトヲモ得ルナリ一言ニシテ之ヲ藏ヘハ外國人ハ我國ニ於テ各種ノ製造業及商業、販賣營業ヲ自由ニ營ムコトヲ得ルナリ唯前ニモ述ヘタル如ク特ニ政府ノ免許又ハ認可ヲ要スル營業ハ例外ニシテ彼ノ質屋取締法、古物商取締法、銃砲火藥類取締法、藥品營業、賣藥營業等ニ關シテハ外國人カ營ミ得サルコトヲ明言セスト雖モ之ヲ許可スルト否トハ當局官廳ノ權内ニ在リトス

二　銀行營業　銀行營業ニ付テハ外國人ハ我國ニ於テ之ヲ營ミ得ルコトハ我國ノ銀行條例及銀行條例施行細則第三條ニ規定スル所ナリ又從來居留地ニ於テ銀行業ヲ營ミタル外國人又ハ外國會社カ條約實施後之ヲ繼續シテ營業セント欲スルトキハ銀行條例施行細則ニ從テ大藏大臣ノ認可ヲ受クヘキモノトス（三二年六月大藏省令第三〇號）但外國人ハ國立銀行ヲ創立スルコトヲ得ス（國立銀行條例一條）又政府ノ直接監督ニ係ル銀行即日本銀行、正金銀行、勸業銀行、臺灣銀行、農工銀行其他之ニ類スル銀行ハ外國人ノ設立ニ關係スルコトヲ得サルナリ或ハ條約上ノ權利トシテ此等ノ權利ヲモ外國人ニ許ササルヘカラストノ議論ヲ爲シタル者アルモ正當ノ解釋ニ非ス

三　保險營業　保險營業ニ付テハ外國人又ハ外國會社カ日本ニ支店ヲ設ケテ保險業ヲ營マント欲スルトキハ代表者ヲ定メテ農商務省ノ免許ヲ申請スルコトヲ要ス農商務省ハ其必要ヲ認ムルトキハ相當ノ金額ノ供託ヲ命スルコトヲ得又若之ヲ供託セシメタルトキハ我國ニ於ル保險契約者、被保險者及代理店ニ對スル一般ノ債權者ハ此供託金ノ上ニ優先權ヲ有スルモノトス如此外國保險會社ハ明治三十三年法律第六九號保險業法第一一五條及明治三十三年九月勅令第三八〇號外國保險會社ニ關スル勅令ニ依リ明治三十三年十一月十五日ヨリ我國ニ於テ營業ノ免許ヲ受クルコトヲ得ルニ至レリ爾來今日ニ至ル迄此營業ノ許可ヲ得タル外國保險會社ハ其數既ニ六七十ノ多キニ及ヘリ蓋外國保險會社ニ付テハ條約上何等ノ規定ナキヲ以テ之ヲ許可スルト否トハ全ク我國ノ自由ニシテ殊ニ保險營業ハ政府ノ監督ヲ要シ就中生命保險會社ノ如キハ一種ノ貯蓄銀行ノ性質ヲ有シ保險權利者ハ數十年ノ後ニ於テ始テ保險金ノ支拂ヲ受クヘキモノナレハ之カ責任者タル會社ハ其資本ヲ内國ニ於テ放下シ且其信用最確實ナルコトヲ要スルノミナラス内國保險會社ノ發達ヲ保護スルコトヲ要スルカ故ニ内國化セサル外國保險會社カ濫ニ我國ニ於テ營業スルコトヲ許可スルカ如キハ最慎マサルヘカラス予輩ハ從來外國保險會社ノ營業制限ノ其寛大ニ失シタルコトヲ惜マスンハ非ス唯近來我當局者亦茲ニ顧ル所アリ勅令ノ規定ニ基キ外國保險會社ニ各十萬圓宛ノ供託金ヲ命シ特ニ生命保險會社ニ付テハ若其責任準備金十萬圓以上ニ達スルトキハ更ニ其超過額ニ相當スル金額ヲ供託スヘキモノトスルニ

0008

至リタルハ誠ニ當然ノ監督ヲ爲スニ至リタルモノニシテ外國保險會社ハ固ヨリ此命令ニ從ハサルヘカラス然ルニ今日ニ至ル迄或ハ異議ヲ唱ヘ尙之ニ從ハサル會社少シトセスト云フ若果シテ然リトセハ斯ル外國保險會社ハ其營業ノ免許ヲ取消サルヘキモノトス

四　運送營業　運送營業ニハ海上運送ト陸上運送トノ二種アリ陸上運送營業ノ機關ハ今日ニ於テハ其重ナルモノハ鐵道ニシテ海上運送營業ノ機關ハ專船舶ノミナリ鐵道ハ運送ノ機關タルト同時ニ國家ノ公道ニシテ又國防ニ關スルヲ以テ之カ布設ハ官設ヲ主トシ私設ヲ認可スル場合ニ於テモ外國人ニハ鐵道布設ノ權ヲ與ヘス外國人ハ通常條約上ノ特別ノ付與ニ依テ其權利ヲ取得スルニ非サレハ縱令其國ノ鐵道布設法ノ明文ニ於テ外國人ヲ除外シタルコト明白ニ非スト雖此一事ヲ以テ其反對解釋ヲ爲シ鐵道布設權ヲ享有スルモノト解釋スルコトヲ得ス我國ノ鐵道布設法及明治三十三年法律第六四號私設鐵道等ニ於テハ外國人ニ關シテ何等ノ明言スル所ナキモ此等ノ權利ハ外國人ノ享有スヘキモノニ非スト解釋スルヲ當然ナリト信ス

海上運送營業ニ付テハ外國人ト內國人トノ間ニ一大區別アリ通常內國ト外國トノ間ノ海上運送ニ付テハ外國人ト內國人ハ同一ノ保護ヲ受クルモノニシテ條約ニモ亦之ヲ規定シテ內國ノ船舶ニ與フル總テノ利益、特權、保護、奬勵金等ヲ均霑スルモノト爲セリ例之日獨條約第十條、第十一條、日英條約第八條、第九條ニ依テ明カナリ然レトモ之ニハ例外アリ即遠洋航海奬勵法ニ規定セル航海奬勵金ハ日本船舶ニ限リ之ヲ受クルコトヲ得ルモノニシテ外國船舶ハ此特典ニ浴スルコトヲ得ス然ルニ內國港灣間ノ運送營業即所謂沿岸貿易（コーストウイツシヤレード）ニ付テハ何國ニ於テモ之ヲ內國人ノ特權ト爲セリ但自耳曼國ニ於テハ其沿岸僅少ナレハ外國人ニモ亦沿岸貿易權ヲ與ヘリ我國ニ於テハ沿岸貿易ハ外國

ニ之ヲ許ササルヲ以テ原則トスルモ從來ノ慣例ニ依テ橫濱、神戶、長崎及國館間ノ海上運送等ハ尙今日ニ於テモ自由ニ外國人ニ之ヲ許セリ例之日英條約第十一條第三項ニ於テ「但シ日本國政府ハ本條約ノ期間內是迄ノ通リ大不列顛國船舶カ帝國ノ現開港場間ニ積荷ヲ運搬スルコトヲ承諾ス尤モ大阪、新潟及ヒ夷港ハ此限ニ在ラス」トスルカ如シ

外國ノ船舶ハ右條約ノ規定ノ外ハ我國ノ範圍ニ屬スル各港灣ノ間ニ於テ貨物又ハ乘客ノ運送ヲ爲スコトヲ得サルモノナリ是明治三十二年法律第四六號船舶法第三條カ明ニ規定スル所ナリトス

五　仲買營業　即取引所ノ仲買人タルコトヲ得ル者ハ帝國臣民ニ限ルモノニシテ外國人ハ此營業ニ從事スルコトヲ得サルモノナリ蓋取引所ハ取引商品ノ價ヲ公ニ定ムル機關ニシテ公益ニ關スルコト重大ナルヲ以テ概各國ニ於テハ外國人ヲシテ之ニ從事スルコトヲ許サス我國ニ於テハ從來外國人ハ取引所ノ會員又ハ仲買人タルコトヲ得サルノミナラス又取引所ノ株主トモ爲ルコトヲ得サリシナリ然ルニ明治三十二年法律第五八號ヲ以テ此制限ヲ變更シテ明治三十二年七月十七日以來外國人モ亦此等ノモノノ株主ト爲ルコトヲ許スニ至レリ

六　職業　職業トシテ醫術開業、藥劑師、產婆、船長及辯護士ノコトヲ說明セン此等ノ職業ニ付テハ何レノ國ニ於テモ外國人ハ之ニ從事スルコトヲ得サルヿ以テ原則トス我國ノ現行法令ニ於テモ亦外國人ハ之ニ從事スルコトヲ得サルモノト爲セリ例之醫師免許規則ニ依レハ明ニ外國人ハ醫師タルコトヲ得ストノ明文ナキモ實際上醫術開業ノ學術試驗ヲ受クル者ハ日本人ニ限ルヲ以テ外國人カ醫師タルコトヲ得サルハ自ラ明ナリ藥劑師ニ付テモ亦同シ藥劑師試驗規則（一二一年三月內務省令三號）藥品營業並藥品取扱規則（一二一年法律第十號等）改正條約實施前ニハ實際上ノ必要ヨリ外國人居留地ニ

0009

外國人ノ醫師アリシカ條約改正後ノ今日ニ於テモ尙引續キ醫業ニ從事スルコトヲ默許スルカ如シ尙產婆規則(三二年勅令三四五號)及產婆試驗規則(同年內務省令四七號)ニ依レハ外國人ハ產婆ト爲ルコトヲ得サルノ主意ナルカ如シ唯例外トシテ近頃試驗ノ上某外國人ニ產婆ノ免許ヲ付與セリト云フ』

船長ハ船舶內ノ主權者ニシテ司法上及行政上ノ權力ヲ行フコトヲ得ル者ナルカ故ニ何レノ國ニ於テモ官吏皆クハ公吏ト同一ノ性質ヲ有スルモノト認メ之ヲ內國人ニ限ルコトトセリ我國ニ於テハ航海ノ術未ト十分ニ發達セサルヲ以テ外國人ヲ使用スルノ必要ヨリ外國人モ亦試驗ノ上船長ノ免狀ヲ與フルナリ即明治三十二年三月法律第四七號船員法、明治二十九年法律第六八號船舶職員法、明治三十年五月遞信省令第七號海員試驗規程及明治三十二年法律第四六號船舶法等ヲ參照スレハ明ナリ其他運轉士機關士等船舶職員ニ付テモ亦然リ

辯護士法第二條ニ依レハ辯護士タル者ハ日本臣民タルヲ要スルハ明ナリ蓋辯護士ノ職務ハ公ノ性質ヲ有シ國家ノ司法權運用上ノ一要素ヲ成スカ故ニ官吏及公吏ハ內國人ニ限ルト一般ノ原則ニ從ヒ如此制限ヲ附スルモノナリ

其他鑛業ヲ營ムノ權(鑛業條例三條)及砂鑛採取業ヲ營ムノ權(砂鑛採取法四條一項)ハ內國人ノ特權ニシテ外國人ハ此等ノ業務ヲ營ムノ權利ナキモノナリ又漁業ハ內國人ニ付テハ全ク自由ナルモ外國人ニ對シテハ國際法上ノ原則ニ依リ領海ニ於ル漁業權ヲ認メス隨テ外國人カ他國ノ領海ニ於テ漁業ヲ營マントスルトキハ條約又ハ法律ニ依テ其國ノ許可ヲ得サルヘカラス我國ニ於テハ一般ニ外國人ニ對シテハ沿海ノ漁業權ヲ禁止スルノ主義ヲ採リ內國人ニ對シテモ漁業權ノ免許ヲ要スルコトトセリ(三四年四月法律三四號漁業法、二八年法律十號臘虎臘肭臍獵獵法及二二年日韓通漁規則)

第二款　國家ノ保護請求權

箇人カ國家ノ保護ヲ請求スル權利ハ其方法ノ異ナルニ從ヒ之ヲ三種ニ區別シテ說明スヘシ

第一　立法上ノ保護ヲ請求スル權(憲法ニ所謂臣民ノ請願權)

第二　司法上ノ保護ヲ請求スル權(民事訴訟法ニ所謂訴權)

第三　行政上ノ保護ヲ請求スル權(所謂訴願及行政訴訟)

是ナリ尙臣民ハ外交上ノ保護ヲ請求スル權利ヲ有スルモノナレトモ今內外人ノ權利ノ差別ヲ說明スルニ當リテハ玆ニ之ヲ論スルノ必要ナシトス何トナレハ我國民カ外交上ノ保護ヲ請求スルノ權利ハ外國ニ滯在スル場合ニ於テ始テ必要ナルカ如ク外國人カ我國ニ於テ外交上ノ保護ヲ請求スルハ其本國政府ニ對シテ請求ヲ爲スモノニシテ我國ニ何等ノ關係ナキカ故ナリ

第一　請願權　請願權ニ付テハ帝國臣民ハ憲法及議院法ノ規定ニ從ヒ請願スルコトヲ得ルモ外國人ハ該權利ヲ有スルヤ否ヤハ學說ノ岐ルル所ナリ我議院法及憲法ノ解釋トシテハ外國人ハ請願權ヲ有セサルモノナリトスルヲ妥當ナリト信ス

第二　訴權　訴權ニ付テハ外國人ハ內國臣民ト同樣ニ之ヲ享有スルヲ以テ例トス歐米諸國ニ在テモ古代ニ於テハ外國人ハ被告タルコトヲ得ルモ原告タルコトヲ制限セルモノ多カリキ現ニ佛國訴訟法ノ如キハ今日仍住所ヲ有セサル外國人ハ訴權ヲ享有セサルコトヲ認ムルモ斯ル規定ハ現今一般ニ排斥セラルル所ニシテ外國人ハ此點ニ付內國人ト異ラサルヲ以テ原則トス我改正條約ニハ明ニ此權利ヲ享有スヘキコトヲ保證シ管ニ訴權ヲ享有スルノミナラス所謂訴訟上ノ保證ヲ免除セラレ或ハ訴訟上ノ救助ヲ

請求スル點ニ付テモ亦相互主義ニ依リ內國人ト全ク同一ニ取扱フヘキコトヲ規定セリ（日英條約一條二項、日瑞條約二條二項、八八條、九二條）

第三　訴願又ハ行政訴訟　訴願又ハ行政訴訟ニ付テハ條約ニ何等ノ規定ナキモ我國現行ノ行政法上外國人モ亦內國人ト同ク違法ノ行政處分ニ對シテ訴願ヲ爲シ又ハ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ルモノトセリ彼ノ稅關ノ不當處分ニ付テ外國人カ大藏大臣ニ訴願スルカ如キコトハ日常ニ發生セル事件ナリ唯行政訴訟ニ付テハ外國人ハ訴訟ヲ爲ス權利ヲ有スルモ實際之ヲ行使スルコトハ稀ニシテ若シ內國人ナリセハ行政訴訟ヲ提起スヘキ場合ニ於テモ外國人ハ其本國政府ノ保護ヲ請求シテ外交上ノ方法ニ依リ之カ救正ヲ求ムルヲ以テ例トセリ是外國人ノ權利ノ最終保護者ハ本國政府ナリト謂フニ由來スルモノナリ故ニ外國人ハ如何ナル權利ノ侵害ニテモ常ニ外交上ノ方法ニ依リ之カ救正ヲ請求スルコトヲ得ルモノナリ

第三款　參政權

直接又ハ間接ニ國家ノ政治ニ參與スルノ權利ハ唯リ其國情、民俗ニ精通スルコトヲ要スルノミナラス愛國ノ至誠ト絕對服從ノ觀念トヲ要スルカ故ニ其國臣民ニ非スンハ之ヲ享有スルコトヲ得サラシムルヲ以テ現今各國ノ通例トス我國ニ於テモ亦然リ即衆議院議員（選擧法六條及八條）府縣郡會議員（府縣制六條郡制六條）ノ選擧權、被選擧權ハ勿論市町村制（市町村制七條及八條）北海道及沖繩縣區制（同制五條）ニ於テモ公民權及地方團體ノ公務ニ參與スルノ權ヲ以テ帝國臣民ノ特權ト爲セリ貴族院議員ニ付テハ帝國臣民タルヲ要スヘキ明文ナシト雖外國人カ我貴族院議員タルコトヲ得サルハ說明ヲ俟タサルナリ

如此外國人ハ直接ニ政治ニ參與スルノ權利ヲ制限セラルルノミナラス尙間接ニ政治上又ハ公ノ性質ヲ有スル一切ノ職務ニ從事スルコトヲ得サルモノトス隨テ商業會議所、取引所等ノ役員又ハ會員、國立若クハ官立銀行ノ役員、所得稅調査委員等ト爲ルコトヲ得サルナリ唯一言スヘキハ所得稅調査委員（橫濱ニ於テ）中ニ一名ノ外國人アリト云フ是便宜上ヨリ許シタルモノニシテ外國人カ公權ヲ享有スル嚆矢トモ謂フヘキカ

尙官吏ニ付テハ何等直接ノ明文ナキモ憲法ハ文武官ニ任用セラルルコトヲ以テ臣民ノ特權トスルノミナラス官吏恩給法、陸海軍將校分限令及國籍法等ノ規定ニ依テ外國人ハ我國ノ官吏タルコトヲ得サルコト明ナリトス執達吏、公證人其他ノ公吏ニ付テモ亦同シ

第四款　外國人ノ公法上ノ義務

以上述ヘタルカ如ク外國人ハ我國民ト均ク我法律制度ノ保護ヲ享有スルモノナルヲ以テ隨テ亦我國民ト同ク我國ノ法律制度ヲ維持スルノ義務ヲ負擔シ又我國ノ國務ノ進行ニ必要ナル資本即各般ノ稅金ヲ納ムルノ義務ヲ負擔セサルヘカラス若外國人カ如此義務ヲ負擔セサルトキハ無償即何等ノ出捐スルコトナクシテ我國ノ保護ヲ享クルカ如キ不當ナル結果ヲ來スニ至ルカ故ニ此點ニ於テモ亦外國人ハ我國民ト同一ノ義務ヲ負擔スルヲ以テ原則トス然レトモ權利保護ノ點ニ於テ例外ヲ述ヘタルカ如ク義務負擔ノ點ニ付テモ亦外國人ハ內國人ト必シモ同一ナルモノニ非サルヲ以テ左ニ其異同ノ大要ヲ述フヘシ而シテ此義務ヲ分チテ三種トナス

0011

第一　一般的服從ノ義務　外國人ハ苟我國ニ在留スル限ハ內國人ト均ク我國權ニ服從シ我國ノ法律命令ヲ遵守シ我國ノ行政及司法官廳ノ處分ニ對シテモ亦服從スルノ義務ヲ負擔ス是條約改正ノ結果ニシテ我國カ歐米諸國ト交通セシ以來十數年間屈辱ヲ受ケタル所謂治外法權即領事裁判權ヲ恢復シタル效果ナリトス如此外國人ハ內國人ト同ク我法權ニ服從スルモノナレトモ內國人ノ此義務ヲ負擔スル所以ハ我國家ノ臣民タル資格ニ於テ臣民主權ニ對シテ此義務ヲ負擔スルモノナルカ故ニ其結果トシテ苟我國ノ臣民タル以上ハ其居所ノ內國タルト將外國タルトヲ問ハス均ク此義務ヲ負擔スルモノナリ反之外國人ノ服從義務ハ我國家ノ領土主權ニ對シテ負擔スルモノナレハ現ニ我國ノ版圖內ニ居住スル場合ニ限リ此義務ヲ負擔ス隨テ外國人カ外國ニ在ル場合ニハ此義務ヲ負擔セサルモノナリ

第二　兵役ノ義務　兵役ノ義務ハ個人カ國家ニ一身的勤務ヲ盡スヘキ義務ノ中最重大ナルモノニシテ義務タルト同時ニ又國民タルノ特權ト看做スヘキモノナルカ故ニ外國人ハ斯ル義務ヲ負擔スルコトナク又斯ル義務ニ從事スルノ權利ナシ我徵兵令ニモ兵役ノ義務ヲ負擔スルモノハ帝國臣民タルコトヲ條件トセリ我國法上外國人ハ兵役ノ義務ヲ負擔セサルノミナラス條約上ニ於テモ亦外國人ハ總テ兵役ノ義務ヲ免カレ且兵役ノ義務ニ代ルヘキ一切ノ稅金又ハ取立金ヲ免除セラルヘキコトヲ保障セリ（日英通商航海條約二條其他）

第三　納稅ノ義務　外國人ハ我國ニ滯在シテ我國家ノ保護ヲ受クルモノナルカ故ニ我國家ノ政務ニ必要ナル資本即稅金ヲ納メサルヘカラス此點ニ付テハ外國人ハ內國人ト全ク同一ニシテ苟我領地內ニ在ル限ハ一切ノ稅法ニ從ヒ納稅ノ義務ヲ負擔セサルヘカラス古代ニ於テハ外國人ハ內國人ヨリモ一層重大ナル納稅ノ義務アリシモ現今ノ國際慣例ニ於テハ外國人ハ內國人又ハ最惠國人民ヨリ多ク之ヲ負擔セサルヲ以テ例トセリ是我改正條約ニモ明言スル所ナリ

尙此義務ヲ終ルニ當リ一言注意スヘキコトハ以上述タル公法上ノ義務ハ唯一般ノ外國人カ之ヲ負擔スルニ止リ彼ノ國際公法上治外法權ノ特權ヲ有スル者ハ此等ノ義務ノ一部若クハ全部ヲ免除セラルルモノトス元來治外法權トハ此公法上ノ義務ノ免除ヲ指スニ外ナラサルコトヲ注意スヘシ而シテ如何ナル者ハ此特權ヲ享有スヘキヤヲ說明スルハ國際公法ニ屬スルカ故ニ茲ニ之ヲ說明セス

第二節　私權

外國人ノ私權ノ享有ニ付テハ民法第二條ノ規定ニ依リ內外人平等主義ヲ原則トセルカ故ニ民法第二條ノ例外タル法令又ハ條約ノ禁止的規定ヲ列擧スレハ足ルモノニシテ斯ル禁止的規定ナキ限ハ外國人ハ一切ノ私權ヲ享有スルモノナリ今此等私權ノ禁止的規定ヲ說明スルニ當リ便宜ノ爲メ之ヲ分チテ財產權、親族權及相續權ノ三トス

第一款　財產權

財產權ニ付テハ之ヲ別チテ物權、債權及智能的財產權ト爲ス

第一　物權　物權ニ付テハ民法第二編ニ九種ノ物權ヲ規定セリ此外更ニ明治三十四年四月法律第三九號ヲ以テ永代借地權ニ關スル法律ヲ設ケテ永代借地權ト稱スル一種ノ物權ヲ設定シタルヲ以テ十種ト爲レリ此十種ノ中ニ就テ外國人ノ享有スルコトヲ得サル物權ハ不動產ニ在テハ土地ノ所有權、動產ニ在テハ二三ノ株券及船舶ノ所有權ナリトス

0012

今土地所有權ノ禁制ニ付テ一言センニ土地ハ國家ノ領土ノ一部ヲ成スモノナレハ國家ハ自由ニ之ヲ處分スルコトヲ得ルモノナリ隨テ國家ハ內國人ニ限リテ土地所有權ヲ認メ外國人ニハ之カ所有ヲ禁止スルコトヲ得ヘク或ハ一定ノ區畫ヲ限リ或ハ特別ノ條件ヲ附シテ外國人ニ土地ノ所有權ヲ付與スルコトモ亦自由ナリ若シ外國人ニ土地所有ヲ禁止スル場合ニ於テハ外國人カ相續、遺贈又ハ抵當其他正當ノ原因ニ由テ土地ヲ取得スヘキトキハ一定ノ期間內ニ之ヲ內國人ニ賣却セシムルノ自由ヲ與フルコト正當ニシテ土地所有ノ能力ナキコトヲ口實トシテ外國人カ相續、遺贈其他正當ノ原因ニ由テ取得スヘキ利益全體ヲ否認スルコトヲ得サルコトハ猶國籍喪失者ノ土地所有權ヲ沒收スルコトヲ得サルカ如シ

（三二年法律九四號國籍喪失者ノ權利ニ關スル件）

現今各國ノ有樣ヲ觀ルニ土地ノ所有權ヲ外國人ニ與ヘサルモノハ尙勘シトセス即米國ノ諸州ノ如キハ其著キ例ナリ又露國ニ於テハ千八百八十七年三月十四日ノ勅令ヲ以テ外國人カ波蘭ニ在ル不動產ヲ所有スルコトヲ禁止シ且其當時不動產ヲ所有シタル外國人ニ對シテハ之ヲ賣却セシメタルカ如キ其一例ナリ又千八百七十九年以來「ルーマニヤ」國ニ於テハ憲法第七條第五項ヲ改正シテ外國人カ不動產ヲ所有スルコトヲ禁止シ千八百九十二年以來有名ナル「サッパ」事件ヲ惹起シ希臘國ト國際紛議ヲ構フルニ至レリ

要之外國人ニ土地所有權ヲ付與スヘキヤ將禁止スヘキヤトノ問題ハ寧經濟政策上ノ立法問題ニシテ國際法上ノ問題ニ非ス隨テ我國ノ經濟狀況カ外國人ニ土地ノ所有權ヲ付與スルモ何等ノ危險ナキノミナラス之カ爲ニ外國人ニ資本ヲ放下スルノ安心ヲ與フルカ如キ便益アリトスルトキハ寧外國人ニ土地所有權ヲ付與スルヲ以テ立法上ノ得策ナリトス

外國人若クハ外國法人ハ我政府ヨリ租借セル土地ニ對シテ永代借地權ナル一種ノ物權ヲ有スルコトヲ認メラレ且永代借地權ニ付テハ民法ノ所有權ノ規定ヲ適用スルコトト爲レルヲ以テ實際ニ於テハ外國人カ從來ノ居留地ニ於テ有スル借地權ハ所有權ト同樣ノ權利ト爲ルニ至レリ（三四年法律三九號永代借地權ニ關スル法律）殊ニ永代借地權法第三條ニ依レハ外國人ハ其權利ノ登記ニ付テハ登錄稅ヲ免除セラレタリ

尙永代借地權ニ付テハ明治三十二年七月勅令第三三三號及之ヲ改正シタル明治三十四年四月勅令第一七九號ニ依リ帝國臣民又ハ法人カ政府ノ永代借地券ヲ以テ外國人及外國法人ノ爲ニ設定シタル永代借地權ヲ取得シタルトキハ渾濟ナク永代借地券ノ抹消ヲ受クヘキモノトシ無償ニテ其土地ノ所有權ヲ取得スルモノトセリ蓋永代借地權ノ如キ複雜ナル權利ハ成ルヘク之ヲ滅滅センコトヲ期スルカ爲ナリ

外國人ハ尙不動產上ニ抵當權ヲ取得スルニ至レリ日獨通商航海條約附屬議定書第二ニ曰ク「兩締盟國ハ其ノ一方ノ臣民カ他ノ一方ノ版圖內ニ於テ內國臣民ト同樣不動產抵當權ノ取得及占有ヲ許スコトニ同意ス」ト而シテ所謂無條件ノ最惠國條款ヲ有スル條約國人民ハ皆之ニ均霑シテ不動產抵當權ヲ有スルニ至レリ然ルニ斯ル外國人ハ此抵當權ヲ實行シテ其目的タル不動產ヲ自ラ取得スルコトヲ得サルカ故ニ外國人カ抵當權ニ關シ競賣ヲ請求スル爲ニハ特別ノ規定ニ依ラサルヘカラス（三二年三月法律六七號外國人抵當權ニ關シ增價競賣請求ノ件）隨テ明治六年一月布告第一八號地所賣入書入規則第十一條ハ民法施行法第九條ニ依リ尙現行法律ナリト雖土地所有權ノ賣買及賣入ノ禁止ノミカ有效ニシテ書入ニ付テハ實際上既ニ變更セラレタルモノト謂フヘシ（民施九條ニ依テ此規則ハ第一一條ノ外ハ既ニ廢止セラレタリ）

0013

外國人ノ動產所有權ノ禁止ニ付テハ日本銀行ノ株券ハ外國人ハ之ヲ所有スルコトヲ得ス（日本銀行條例五條）横濱正金銀行ノ株券モ亦同樣ナリ（横濱正金銀行條例五條）日本勸業銀行、臺灣銀行等ニ付テハ別段ニ法律上ノ制限ナシ唯農工銀行法第四條ニ「農工銀行ノ營業區域內ニ原籍又住所ヲ有スル者ニ非サレハ株主タルコトヲ得ス」トアルカ故ニ外國人ハ農工銀行ノ株主タルコトヲ得スト解釋スルヲ以テ正當トス又國立銀行條例ニ依レハ外國人ハ其株主タルコトヲ得ス（國立銀行條例一條）其他ノ動產ハ外國人ハ一切之ヲ所有スルコトヲ得ルモノナリ次ニ船舶ニ付テハ船舶法第一條ニ依テ日本ノ國籍ヲ有スル船舶ハ日本臣民若クハ日本法人若クハ日本ニ本店又ハ主タル事務所ヲ有スル法人ニシテ其代表者ノ全員カ日本臣民タルモノノ所有ニ屬スル船舶ニ限レリ然レトモ外國人ハ日本船舶ヲ所有スル會社ノ株主ト爲ルコトヲ得ルナリ

第二　債權　債權ニ付テハ外國人モ內國人ト同一ノ權利ヲ享有スルカ故ニ別ニ之ヲ說明スルノ必要ナシ

第三　智能的若クハ精神的財產權　此等ノ權利ニ付テハ玆ニ詳ク之ヲ說明スルノ餘暇ナキヲ以テ唯其外國人ノ地位ニ關スル要點ノミヲ說明セントス抑此等ノ權利ハ知識即精神的勞力ノ生產物ニシテ其權利ノ目的タルモノハ無形ノ思想即人格自身ナリ此無形ノ人格ヲ目的トスル權利カ其結果トシテ更ニ財產權ヲ生ス故ニ此權利ハ一方ニ於テハ他ノ人格權ト同一ノ性質ヲ有シ又他ノ一方ニ於テハ其權利ヲ他人ニ讓渡スルコトヲ得ル點ニ付テ財產權ノ一部分ヲ成スモノナリ然レトモ其有形ノ目的物ヲ缺ケル點ニ於テ物權ト異リ其世人一般ニ對抗シ得ヘキ點ニ於テ債權ト異リ隨テ財產權ノ方面ヨリ觀察スルモ尙之ヲ物權債權ト區別スヘキ必要アリトス此權利ハ大體上二箇ニ區別ス即一ハ著作權ニシテ著作者ノ文

對シテモ亦辨濟ノ請求ヲ爲ススコトヲ得ルモノト爲サルヘカラス是債權者ヲ保護スル爲ニ取消ノ效果ニ對シテ特ニ設ケタル例外ナリ然レトモ家督相續人カ相續以後隱居ノ取消以前負擔シタル債務ハ元來右取消ノ效果トシテ最初ヨリ家督相續人タラサリシモノト看做サルル者カ負擔シタルモノナレハ其負擔ハ債權者カ戶主權ヲ回復シタル者ニ對シテ請求スルコトヲ得ヘキ例外ノ規定ヲ設ケラレタルカ爲ニ免ルルモノニ非サルヲ以テ法律ハ特ニ但書ヲ以テ之ヲ明ニシタリ

家督相續人カ戶主タリシ間ニ權利ヲ移轉シ若クハ物權ヲ設定シタル場合モ以上ノ規定中ニ包含スヘキヤノ疑問生スヘキカ權利ノ移轉物權ノ設定ニシテ契約ニ基クトキハ此場合ニ其取得者ハ家督相續人ノ債權者ト爲リタル者ニ外ナラサルカ故ニ家督相續人ヨリ權利取得ノ契約ヲ爲シタル者ハ戶主ニ對シテ其履行ヲ請求スルコトヲ得ヘク又既ニ契約ヲ履行シ權利ヲ取得シタル者ハ恰普通ノ債權關係ニ於テ家督相續人ヨリ既ニ辨濟ヲ受ケタル場合ニ其辨濟ノ有效ナルト同一ニシテ其取得者ハ其權利ヲ戶主ニ對抗スルコトヲ得ヘシ

以上ノ規定ハ債權者カ隱居取得ノ原因アルコトヲ知ラスシテ一時家督ヲ相續セシ者ヲ戶主ト信シテ取引シタル場合ニ關セリ債權者カ隱居取消ノ原因アルコトヲ了知シテ債權者ト爲リタルトキハ右ト同一ノ規定ニ依ルコト能ハス此場合ニ於テハ債權者ハ家督相續人ノ戶主タル身分ニ重キヲ置カスシテ却テ其者ノ一身上ニ著眼シ後日隱居カ取消サルルトモ自己ノ利害ニ關係ヲ有セサルコトヲ豫期シタルモノト謂ハサルヘカラサルヲ以テ此債權者ニハ特別保護ヲ與ヘサル所以ナリ

(四)　家督相續人カ其相續以前ヨリ負擔セル債務及其一身ニ專屬セル債務ハ如何、家督相續人カ相續セサル以前ニ負擔シタル債務ニ付テハ其債權者ハ毫モ其家ニ屬スル財產ニ著眼シタルモノニ非サレハ此

0014

場合ニ於テハ戸主權ヲ回復シタル者ニ對シテ請求スルコトヲ得サルハ論ヲ俟タスシテ唯家督相續人ニ對シテ請求スルコトヲ得ルニ過キサルナリ又其一身ニ專屬スルモノハ縱令家督相續人タリトキ負擔シタルモノナリト雖是亦其家ニ關係ナキモノナレハ家督相續人ニ對シテ請求スルヨリ外アラサルナリ』以上ノ如ク債權者カ現戸主又ハ前戸主タル者ニ對シテ請求權ヲ有スルハ家督相續開始ノ原因中隱居ノ場合ニ限レルモノニシテ正當ナラサル者カ家督相續ヲ爲シタルヨリ正當ノ相續權者カ相續權ヲ回復シタル場合ニ於テ第三者カ其表見相續人ヨリ取得シタル權利殊ニ其取得ニ付登記ヲ要スル權利ノ如キハ相續權ヲ回復シタル相續人ハ之ヲ回復スルコトヲ得ヘキモ隱居取消ノ場合ノ如ク表見相續人ノ爲シタル行爲ニ爲ニ福東セラルルコトアラサルナリ

隱居及入夫婚姻ニ因ル戸主權喪失ノ第三者ニ對スル效力（七六一條）舊民法ノ規定（取三〇九條）ニ依レハ隱居者カ債權者ヲ詐害スルノ意思ヲ以テ隱居セントスルトキハ債權者ハ之ニ故障ヲ申立テ隱居ヲ取消サシムルコトヲ得ト雖隱居ハ人事ニシテ公益ニ關スル規定ナルニ私益即單純ナル財產關係ニ因テ債權者ヲシテ之ニ干涉セシムルハ其當ヲ得サルヲ以テ新民法ハ債權者ヲシテ隱居ノ取消ニハ容喙セシメサルコトト爲セリ然リト雖隱居ヲ爲スコトハ隱居者ノ債權者及債務者ニ重要ナル利害關係ヲ及スモノナルヲ以テ縱令隱居ノ效力ハ其屆出ニ因テ既ニ發生シタルモ未隱居ノ事實ヲ知ラサル者ニ對シテ其效力ヲ有スルモノト爲ストキハ其債權者及債務者ハ之カ爲ニ往往意外ノ損失ヲ被ルコトヲ免レサルヲ以テ此等ノ者ヲ保護スルカ爲ニ前戸主又ハ家督相續人ヨリ前戸主ノ債權者及債務者ニ其通知ヲ爲シタル後ニ非サレハ戸主ノ變更ヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ得サルモノト爲シタリ

入夫婚姻ニ因テ前女戸主カ其戸主權ヲ喪失スル場合モ前戸主ノ債權者及債務者カ有スル利害關係ハ猶

隱居ノ場合ニ同キヲ以テ法律ハ之ト同一ノ規定ニ依ラシメタリ

茲ニ一言注意スヘキコトアリ前戸主ノ債權者ニ對シテ前戸主又ハ家督相續人ヨリ隱居ヲ爲シタルコトノ通知ヲ爲シタルト否トニ拘ラス戸主ノ隱居後ニ於テ債權者ハ仍隱居者ニ對シテ辨濟ヲ請求スルコトヲ得ヘキコトハ家督相續ノ效力トシテ規定セル所ナリ（九八九條）是他ナシ債權ハ對人權ナルヲ以テ之ヲ負擔シタル者ハ其生存中ハ其責任ヲ免ルルヲ得サルト法律ハ隱居者カ隱居シタリト雖財產ノ留保ヲ許シタルトニ因リ債權者保護ノ爲ニ設ケタルナリ而シテ此相續ニ關スル規定アルカ爲ニ右第七六一條ノ規定ハ債權者ノ爲ニ左程重大ナル利害ヲ感セシメサルニ至レリ入夫婚姻ニ因ル家督相續ノ場合モ亦同シ

廢家　新ニ家ヲ立テタル者ハ其家ヲ廢シテ他家ニ入ルコトヲ得（七六二條一項、人二五一條裏面）

廢家ハ戸主權喪失ノ一原因タルナリ蓋家ナルモノハ之ヲ祖先ニ承ケテ之ヲ子孫ニ傳ヘ以テ其祖先ノ祭ヲ絕タサルコトヲ計ルハ我邦家族制度ノ本旨ナリ故ニ家ハ戸主一人ノ專有ニ屬スルモノニ非ス其家ヲ相續シテ戸主ト爲ルハ一方ニ於テ權利タルニ相違ナキモ他ノ一方ニ於テハ義務タリ而シテ祖先ヨリ承繼シタル家ヲ廢シ其祭ヲ絕ツコトハ我邦古來ノ慣習ニ從フモ容易ニ之ヲ許ササルナリ然レトモ法律ハ此原則ニ對シ二箇ノ例外ヲ設ケタリ

第一例外　戸主カ新ニ立テタル家ヲ廢スルコトヲ得ル場合ニハ此場合ニ於テハ縱令戸主カ之ヲ廢シテ他家ノ家族ト爲ルモ之カ爲ニ祖先ノ祭ヲ絕ツモノニ非ス且其戸主ハ其家ノ創造者ニシテ自ラ其家ノ祖先ト爲ラントスルモノナレハ自ラ其創造者タルコトヲ止メント欲セハ之ヲ其意ニ任セサルヘカラサルモノニシテ之ヲ許スモ敢家ヲ重スル立法ノ本旨ニ背クモノニ非サルナリ反之一旦新立シタル家ハ廢ス

ルコトヲ得サルモノト爲ストキハ實際ニ於テハ往往困難ナル事情ヲ生スルコトアルヘキヲ以テ此例外ヲ設ケタリ

第二例外　家督相續ニ因テ戶主ト爲リタル者ハ本家相續又ハ再興其他正當ノ原因アル場合ニ於テハ其家ヲ廢スルコトヲ得（七六二條二項、人二五一條）

右ニ說キタルカ如ク家督相續ニ因テ戶主ト爲リタル者カ家ヲ廢スルトキハ其家ノ祭祀ユルヲ以テ家ヲ廢スルコトハ許サレサレトモ特別ニ隱居ヲ許ス場合ニ於ルト同ク戶主カ本家ヲ相續スルカ再興スルカ又ハ其他正當ノ原因アルトキハ廢家ヲ許ササルヘカラス而シテ本家ハ分家ニ比シ一層之ヲ重スヘキコトハ論ヲ俟タサル所ナリ然レトモ如此原因存スルトモ自由ニ廢家ヲ爲スコトヲ許サス此場合ニ於テ廢家ヲ爲ス爲ニハ裁判所ノ許可ヲ得ルコトヲ要スルナリ

廢絕家ヲ再興シタル者ハ本條第一項ノ適用ヲ受ク可キヤ將第二項ノ適用ヲ受ク可キヤノ問題起ル可キカ單ニ法文ノミニ拘泥スルトキハ此場合ハ本條第一項ニモ亦第二項ニモ當ラサルモノノ如シト雖法律ハ戶主タル者ハ第一項若クハ第二項ニ依リ廢家ヲ爲スコトヲ許シタルモノニシテ其中間ニ在テ廢家ヲ許サレサル者ヲ認メタルモノト解スルコトヲ得ス而シテ本問ノ如キ者ニ對シテモ廢家ヲ許ササル可キ特別ノ理由アルヲ見サレハ唯文面ノミニ拘泥シテ本問ノ如キ者ニ廢家ヲ爲スコトヲ許サスト解釋スルハ正鵠ヲ失セルナリ然ラハ本問ノ場合ハ第一項第二項孰レノ適用ヲ受ク可キ乎カ問題タルニ過キサルナリ第二項ハ家督相續ニ因テ云云トアリ廢絕家ヲ再興シタル者ハ家督相續ニ因テ戶主ト爲リタル者ニ非スシテ其再興ニ因テ戶主ト爲リタル者ナレハ第二項ニ依ラシムルハ穩當ナラス而シテ一ノ家カ廢絕シタルトキハ若其家ニ財產アリトセン歟其財產ハ相續債權者及受遺者ノ爲ニ辨濟セラレ剩餘アリタルトキハ國庫ニ歸シ廢絕家ヲ再興シタル者ハ戶主ト爲リタリトモ前戶主ノ相續人ニ非サルカ故ニ其權利義務ヲ承繼スル者ニ非スシテ其情態ハ一家ヲ創立シタル者ニ酷似スルモノナレハ寧第二項ニ依ルヨリハ第一項ノ適用ヲ受クルモノト解釋ス可キナリ

廢家ノ家族ニ及ス效力　戶主カ適法ニ廢家シテ他家ニ入リタルトキハ其家族モ亦其家ニ入ル（七六三條、二五三條）

家族ハ戶主ニ從屬スルモノナレハ戶主カ適法ニ廢家ヲ爲シタルトキハ其家族ハ之ニ隨ヒテ其家ニ入ルヨリ外非ナルナリ

絕家　戶主カ死亡シ又ハ國籍ヲ失ヒタル等ノ場合ニ於テ其家督相續人ナキトキハ一家ハ斷絕スルヨリ外ナキナリ（七六四條、人二六一條）我邦從來ノ慣習ニテハ戶主死亡シテ其推定家督相續人ナキトキハ其遺族中ノ者ニ於テ其跡ヲ相續セシヲ以テ家族アル戶主死亡シタル場合ニ於テ家ノ絕ユルコトナカリシカ新民法ノ規定ニテハ縱令家族アリト雖其家族カ相續權ヲ有セサルトキ又ハ相續ヲ承認セサルトキハ其家ヲ斷絕スルモノト爲セリ故ニ此場合ニ於テ其遺リタル家族ハ各一家ヲ創立スルヨリ外非サルナリ然レトモ若家族中ニ親子夫婦ノ關係アル者アルトキハ子又ハ妻ハ別ニ一戶ヲ創立セスシテ其父若クハ母又ハ夫ニ隨ヒテ其家ニ入ルヘキハ當然ナリ

第三章　婚姻

此章ヲ分チテ四節トス第一節婚姻ノ成立、第二節婚姻ノ效力、第三節夫婦財產制、第四節離婚是ナリ此中夫婦財產制ハ財產ニ關スル規定ナルヲ以テ之ヲ人事ニ關スル婚姻ノ章中ニ置カスシテ財產法中ニ

0016

置キタル立法例ハ舊民法(財取編)又ハ外國法律ニモ見ル所ナレトモ夫婦財產制ハ夫婦ノ身分ニ關スル所頗多ク身分ニ關スル事項ハ之ヲ親族編中ニ規定スルヲ至當トシ本法ハ之ヲ本章中ニ置キタル所以ナリ

第一節　婚姻ノ成立

本節ヲ分チテ二款トス第一款婚姻ノ要件、第二款婚姻ノ無效及取消是ナリ

第一款　婚姻ノ要件

婚姻ノ要件ハ之ヲ實體上ノ要件ト形式上ノ要件トニ區別スルコトヲ得其實體上ノ要件トハ第一、當事者ノ意思表示第二、婚姻能力ヲ有スルコト、第三、法律カ規定シタル場合ニ於テ或者ノ同意ヲ要スルコト是ナリ形式上ノ要件トハ婚姻ヲ爲スニ付要スル方式是ナリ

第一ノ要件　當事者ノ意思表示アルコトヲ要ス

實體上ノ要件ノ第一ナル當事者ノ意思ハ婚姻ヲ爲スニ付之ヲ要スルコトハ言ヲ俟タサルヲ以テ法律ハ之ヲ一ノ要件トシテ之カ明文ヲ掲ケスト雖婚姻ノ無效及取消ヲ規定スルニ當リ間接ニ當事者ノ意思表示カ必要ナル旨ヲ示シタリ(七七八條)

第二以下ノ要件ニ付テハ以下順次之ヲ叙述スヘキモ凡婚姻ニ關スル要件ハ悉皆同一ノ性質ヲ有スルモノニ非ス其中ニハ婚姻ノ性質上必要ナルモノアリテ若之ヲ缺クトキハ其婚姻ハ最初ヨリ當然成立セサルナリ即當事者ノ意思表示ナキ場合(七七八條一號)ノ如キ、婚姻ヲ爲スニ付要スル方式ニ從ハサル場合(七七五條、七七八條二號)ノ如キ是ナリ其他ノ要件ハ之ヲ缺キタルトモ婚姻ノ成立ヲ妨クルモノニ非ス換言スレハ其成立ニ瑕疵アルニ過キサレハ裁判所ニ之カ取消ヲ請求スルトキハ取消サルレトモ然ラサルトキハ其婚姻ハ有效ニ成立スルナリ

第二ノ要件(婚姻能力)　男ハ滿十七年女ハ滿十五年ニ至ラサレハ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス(七六五條、人三〇條)

此規定ハ實體上ノ要件ナリ蓋男女身體ノ發達ハ人ニ依リ又國ニ依テ異同アリト雖一般ニ論スルトキハ或年齡ニ至ラサレハ未十分ニ發達セサルモノニシテ一般ノ情況ニ從ヒ法律上一定ノ年齡ヲ定メ其年齡ニ達セサレハ婚姻スルコトヲ許ササルト爲スハ立法上ノ必要ナリ若法律カ婚姻ヲ爲スコトヲ得ヘキ年齡ヲ定メサルトキハ人人生理上婚姻ヲ爲スコトヲ得ルニ至ルトキハ婚姻ヲ爲スヘクシテ早婚ヲ防クコトヲ得ス而シテ早婚ハ種種ノ弊害アリテ識者ノ夙ニ痛論スル所ナリ是ヲ以テ立法者ハ我邦ニ於テハ男ハ滿十七年女ハ滿十五年ニ至ルトキハ婚姻ヲ爲ストモ差支ナキモノト認メタルナリ(佛民法ニ於ル婚姻年齡ハ男ハ滿十八年女ハ滿十五年ナリ)

第三ノ要件　配偶者アル者ハ重テ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス(七六六條、人三一條)

重婚ハ刑法(三五四條)ニ於テモ禁スル所ニシテ此規定ハ一夫一婦ノ制度ヲ公認シタルニ外ナラサルナリ

第四ノ要件　女ハ前婚ノ解消又ハ取消ノ日ヨリ六箇月ヲ經過シタル後ニ非サレハ再婚ヲ爲スコトヲ得ス(七六七條、人三二條一項)

男ハ前婚ノ解消セラレ若クハ取消サレタルトキハ直ニ再婚ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖女ハ懷胎シタル儘

0017

前婚姻カ解消セラレ若クハ取消サルルコト往往アル所ニシテ若此場合ニ於テ若干月日ヲ經過セスシテ前婚姻ノ解消若クハ取消後直ニ再婚ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲ストキハ再婚後若干日内ニ分娩シタル子ハ前夫ノ子ナリヤ將後夫ノ子ナリヤ知ルコト能ハサルヲ以テ法律ハ血統ノ混同ヲ豫防スルカ爲ニ第四ノ要件トシテ女ハ前婚ノ解消又ハ取消ノ日ヨリ六箇月ヲ經過セサレハ再婚ヲ爲スヲ得サルコトト爲セリ

婚姻ノ解消トハ夫ノ死亡又ハ離婚ニ因テ婚姻ノ消滅シタル場合ニシテ其取消トハ第七七九條以下ノ規定ニ從テ婚姻ヲ取消シタル場合ヲ謂フ而シテ此禁止ハ婚姻解消ノ總テノ場合ニ適用セラルルモノニシテ舊民法人事編第三二條ノ如ク夫ノ失踪ニ原因スル離婚ノ場合ノ如キヲ除外例ト爲ササルナリ何トナレハ妻カ失踪セル夫ト事實上同居ヲ爲スモ其證據ヲ擧クルヲ得サルコトアレハナリ

法律カ右期間ヲ前婚ノ解消若クハ取消後六箇月ト定メタル所以ハ醫學上ノ說ニ依ルモノニシテ懷胎ノ最長期ハ三百日其最短期ハ百八十日ナルヲ以テ若婚姻ノ解消前ニ懷胎シタルモノナルトキハ六箇月ヲ經過セハ其懷胎ノ子カ何人ノ子ナルカハ推知スルコトヲ得ヘキヲ以テナリ

然レトモ右ノ規定ニハ一ノ例外アリ即女カ前婚ノ解消又ハ取消ノ前ヨリ懷胎シタル場合ニ於テハ其分娩ノ日ヨリハ再婚ニ關スル制限ヲ適用セス若前婚中ニ懷胎シタルモノヲ其解消若クハ取消後例之一箇月ニシテ分娩シタル場合ニ於テハ分娩後直ニ再婚スルコトヲ許ストモ前夫ト後夫トノ血統ノ混同ヲ生スルコト非サルナリ

第五ノ要件　姦通ニ因テ離婚又ハ刑ノ宣告ヲ受ケタル者ハ相姦者ト婚姻ヲ爲スコトヲ得ス（七六八條、人三三條）

姦通ハ風俗ヲ害スルコト最大ナルモノニシテ刑法（三五三條）ニモ規定スル所ナレハ法律ハ相姦者間ニハ婚姻ヲ爲スコトヲ許ササルモノト爲セリ若其間ニ婚姻ヲ爲スコトヲ許スコトト爲ストキハ如此悖德者ハ姦通ヲ以テ離婚ノ方法ト爲シ却テ惡緣ヲ遂ケントスル弊ニ陷ルコトナシトセス然レトモ法律ハ相姦者ニハ如何ナル場合ニ於テモ絶對ニ婚姻ヲ禁スルモノニ非ス姦通ニ因リ離婚ノ宣告ヲ受ケタル場合ト姦通ニ因テ刑ノ宣告ヲ受ケタル場合トニ限レリ

第一　姦通カ裁判上ノ離婚ノ原因タルコトハ第八一三條第二號ニ規定スル所ナリ然レトモ其場合ハ有夫ノ婦カ姦通シタルトキニ限ルモノニシテ夫カ他ノ婦ト姦通ヲ爲シタルモ是婦ノ爲ニ離婚ノ原因タラサルナリ故ニ此場合ニ於テ適用ヲ受クル者ハ有夫ノ婦カ他ノ男ト通シタル場合ニ限ルナリ而シテ法律カ此場合ニ於テ夫婦ノ間ニ規定ヲ同クセサルハ有夫ノ婦カ姦通シタル場合ハ刑ニ處セラルルコトナキモ單ニ其行爲サヘアレハ離婚ノ原因ト爲ルニ反シテ夫カ有夫ノ婦ト姦通シタル場合ニ於テハ單ニ之ヲ爲シタルノミニテハ離婚ノ原因ト爲スニ足ラス其原因ト爲ル爲ニハ刑ニ處セラレタル場合ナラサルヘカラサルモノニシテ夫婦ノ間ニ離婚ノ原因ニ如此寬嚴ノ差アルト同ク我邦從來ノ慣習及現在ノ情態ニ於テ未此點ニ關シ男女ヲ同一規定ノ下ニ置クコトヲ得サルヲ以テ此場合ニ於テ法律ハ特ニ妻ニ限リ姦夫ト婚姻ヲ爲スコトヲ得サルモノト爲シタリ

此場合ノ適用ヲ受クルハ裁判上ノ宣告アルコトヲ要ス若實際姦通シタルコトアリテ之カ爲ニ協議上ノ離婚ヲ爲シタリトモ右禁婚ノ制裁ヲ受クヘキモノニ非ス是他ナシ如此忌ムヘキ内事ノ陰秘ハ法律カ敢干涉シテ之ヲ外ニ摘發スルトキハ却テ風俗ヲ害スルニ至ルヲ以テ如此モノハ當事者ヨリ摘發シテ裁判上公認セラレタルモノノミニ止メ其他ハ敢問ハサルコトト爲シタリ

0018

第二　姦通ニ因テ刑ノ宣告ヲ受ケタル場合、刑法第三五三條ノ規定ニ依リ有夫ノ婦姦通シタルトキハ其婚並ニ其相姦者ハ六月以上二年以下ノ重禁錮ニ處セラルルモノナレハ此場合ニ於テ姦通者ノ雙方宣告ヲ受ケタルトキハ勿論縱令其一方之カ宣告ヲ受ケタルトキニ於テモ後ニ至リ他ノ原因ニ因テ離婚ノ宣告ヲ受ケタルト或ハ夫ノ死亡シテ婚姻ノ解消シタルト又ハ協議上ノ離婚ヲ爲シタルトヲ問ハス姦通者ハ婚姻ヲ爲スコトヲ許サレサルナリ要之姦通ニ因テ離婚ノ宣告ヲ受クルモ刑ノ制裁ヲ受ケサルコトアリ又刑ニ處セラレタルモ之ヲ原因トシテ離婚セラレサルコトアレトモ以上叙述シタル場合ノ一ニ該當スルトキハ婚姻ヲ爲スコトヲ得サルナリ

第六ノ要件（婚姻ノ障礙）　婚姻ヲ爲スニハ左ノ親族關係ヲ有セサルコトヲ要ス

（一）直系血族又ハ三親等内ノ傍系血族ノ間ニハ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス（七六九條、人三四條、三五條）

法律ハ或親族間ニ婚姻ヲ爲スコトヲ禁シタリ其親族ノ種類ニ依リ絶對ニ禁シタルモノト然ラサルモノトアリ血族ハ直系ナルトキハ如何ニ其親等遠シト雖絶對ニ之ヲ許サス然レトモ其傍系ト姻族トニ付テハ絶對ニ婚姻ヲ許サルモノニ非ス或親等ヲ限リテ之ヲ禁シタリ姻族ニ付テハ以下續キテ叙述スヘク傍系ノ血族ハ三親等以下ノ者ニ非サレハ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス直系血族間ノ婚姻ハ亂倫ニシテ禽獸ノ所行ニ同ク人道ニ戻リ吾人ノ忍容スルコトヲ得サル所ナリ又傍系親モ其親等ノ近キ者ハ直系親ニ於ルト同キモノニシテ近親間ノ婚姻ハ曾ニ倫理ヲ亂スノミナラス血統ヲ惡クシ人種ノ衰弱ヲ致スカ如キ弊アルヲ見ル

法文ニハ單ニ「血族」トアリテ其意味汎博ナレハ天然ノ血族間ハ勿論準血族ト雖其中ニ包含スルモノト謂ハサルヘカラス故ニ繼父母ト繼子、嫡母ト庶子トノ間及養親及其直系尊屬ト養子トノ間ハ同ク婚姻ヲ爲スコトヲ得サルナリ

然レトモ法律ハ養子ニ付テハ一ノ例外ヲ設ケタリ即養子ト養方ノ傍系血族トノ間ニ於ル婚姻是ナリ蓋養子ト養方ノ傍系血族トノ間ハ元來血緣アラサルモ法律上之ヲ血族ト看做シタル以上ハ養子ノ亡妻ノ姉妹又ハ其伯叔母ト婚姻スルカ如キハ名義上妥當ナラサレトモ從來ニ在テモ此等ノ者ノ間ニハ或ハ其家ノ子女ヲ一旦他家ニ入レテ其養子女ト爲シ或ハ養子ヲ離緣シ兄弟姉妹若クハ叔姪ノ稱ヲ絶チテ更ニ再之ヲ養子ト爲スカ如キコトハ實際上往往見ル所ニシテ此等ノ者ノ間ニ婚姻ヲ許ストモ之カ爲ニ毫モ亂倫ト謂フヘキモノニ非サルヲ以テ實際上ノ必要アルヲ慮リ法律ハ此例外ヲ設ケタルナリ

（二）直系姻族ノ間ニ於テハ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス（七七〇條、人三六條）

姻族關係カ直系ナルトキハ其關係カ繼續スル間ハ勿論縱令離婚ニ因リ若クハ夫婦ノ一方カ死亡シタル場合ニ於テ生存配偶者カ其家ヲ去リタルニ因テ姻族關係カ止ミタル場合ト雖其間ニ婚姻ヲ爲スコトヲ許サス例之亡妻ノ母離婚シタル妻ノ母又ハ子ノ遺妻ト婚姻スルコトハ許サレサルナリ是婚姻ニ因リ親族關係ヲ生シ親子ニ等キ關係ヲ生シタル者ノ間ニ婚姻ヲ許スハ人倫ニ背クヲ免レサレハナリ然レトモ姻族關係ノ傍系ニ付テハ之ト異リテ其親等ノ遠近ヲ問ハス例之亡妻ノ姉妹、伯叔母ト婚姻ヲ爲スカ如キハ從來ノ慣習上許シタル所ニシテ又實際ノ必要上妻カ子ヲ遺シテ死亡シタル場合ニ於テ其妹ト婚姻シ之ヲシテ血緣アル甥姪（子）ヲ養育セシムルカ如キハ子ノ利益ニシテ一家ノ幸福タルト如此婚姻ヲ許ストモ血統ヲ亂スノ虞ナク亦人倫ニ背クコト至テ微少ナルトヲ以テ此規定ヲ設ケタルナリ

嫡母ト父トノ婚姻解除シタルトキハ嫡母タリシ者ト庶子トノ間ニ婚姻ヲ爲スコトヲ得ルカ又繼父母ト繼子トノ間ニ於テ實父又ハ實母ト繼母又ハ繼父ト婚姻ノ解除シタルトキハ婚姻ヲ爲スコトヲ得ルカ此

0019

問題ニ付テハ第七七〇條(姻族關係カ止ミタル後ニ於ル直系姻族間ノ婚姻ノ禁止)及第七七一條(養子縁組ノ關係ノ止ミタル後ニ於ル養子、其配偶者等ト養親又ハ其尊屬トノ間ノ婚姻ノ禁止)ノ如キ規定ヲ設ケサルハ法ノ不備ト謂フコトヲ得ヘケレトモ此等ノ者ノ間ノ婚姻ノ不倫ナルコトハ言ヲ俟タサルヲ以テ嫡母ト庶子トノ親族關係及繼父母ト繼子トノ親族關係ハ子ノ爲ニハ其實親ト嫡母又ハ繼父母トノ婚姻ニ因テ生シタル關係即姻族關係ト謂フコトヲモ得ヘキカ故ニ此場合ニ於テハ少シク無理ナレトモ強ヒテ第七七一條ヲ適用スルヲ以テ穩當トスヘシ

(三)　養子縁組ヨリ生スル親族關係ニ付左ノ場合ニ於テハ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス(七七一條、人三七條)

養子、其配偶者、直系卑屬又ハ其配偶者ト養親又ハ其直系尊屬トノ間ニ於テハ養親カ其家ヲ去リタルカ又ハ養子カ離縁ト爲リテ親族關係カ止ミタルトキト雖婚姻ヲ爲スコトヲ得ス

養子又ハ其直系卑屬ト養親又ハ其直系尊屬トノ間ニ於ル婚姻ハ右ニ說キタル第七六九條ノ規定ニ依テ既ニ禁セラレタレハ法文ニ謂フ所ノ養子又ハ其直系卑屬ト養親又ハ其直系尊屬トノ婚姻ハ親族關係カ存續スル場合ヲ指稱スルモノニ非スシテ其關係カ止ミタル後ニノミ適用セラルルナリ而シテ養子ノ配偶者ト養親又ハ其直系尊屬トハ或ハ直系ノ血族ナルコトアリ或ハ直系ノ姻族ナルコトアリ例之養親ノ家女ノ配偶者トシテ養子ヲ爲シタルトキハ其家女即養子ノ配偶者ト養親トハ血族關係ナリ然レトモ養子縁組後ニ其養子ノ妻トシテ他ヨリ嫁シタル者ノ如キハ養子ノ養親トハ直系ノ姻族ナリ其直系血族ナル場合ニ在テハ第七六九條ニ依リ又直系姻族ナル場合ニ在テハ第七七〇條ノ規定ニ依テ婚姻ヲ禁セラレタレハ法文ニ此等ノ者ヲ掲ケタルハ離縁ニ因テ養子ト養親及其直系尊屬トノ間ノ親族關係止ミ又ハ養子ノ配偶者又ハ養子ノ直系卑屬カ養子ノ離縁ニ因テ養子ト共ニ其家ヲ去リタルトキニノミ適用セラルヘキモノトス此等ノ場合ニ於テ婚姻ヲ許ストキハ既ニ第七七〇條ニ付說キタルト同ク人倫ヲ亂スヲ免レサルヲ以テナリ

以上第七六九條乃至第七七一條ニ說キタル所ハ要スルニ婚姻ヲ爲スニハ此等ノ親族關係アラサルコトヲ要スルモノニシテ之ヲ總括シテ第六ノ要件トス

第七ノ要件　婚姻ヲ爲スニハ左ノ者ノ同意アルコトヲ要ス(七七二條、人三八條乃至四二條)

(一)　子カ婚姻ヲ爲スニハ其家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス但男カ滿三十年女カ滿二十五年ニ達シタル後ハ此限ニ在ラス

法律ハ未成年者カ普通ノ法律行爲ヲ爲スニ付テスラ其保護ノ爲メ親權ヲ行フ者、後見人及親族會又ハ後見人ノ同意ヲ要セシム婚姻ハ人生ノ大倫ニシテ財產權ニ關スル法律行爲ニ比シ一層重大ナレハ之ヲ爲スニハ一層保護セサルヘカラサルヲ以テ父母ノ同意ヲ要スルコトト爲シタリ而シテ此制限ハ一家ノ秩序維持ノ爲ニハ年齡ノ如何ニ拘ラス常ニ父母ノ同意ヲ要スト爲スニ如カスト雖男子ハ大凡滿三十年女子ハ滿二十五年ニ達スレハ智能ノ發達完全シ相當ノ經驗ヲ得自ラ獨立ノ生計ヲ立ツルニ至リテモ尙際限ナク父母ノ同意ヲ得ルコトト爲スハ甚酷ニ失シ又父母カ其權利ヲ濫用スルコトアラハ子ノ婚姻ヲ妨クルニ至ルヲ以テ法律ハ男子ハ滿三十年女子ハ滿二十五年ニ達スルトキハ婚姻ヲ爲スニ父母ノ同意ヲ要セサルコトト爲シタリ法律カ男女ノ間ニ年齡ノ區別ヲ立テタルハ他ナシ曩ニ說キタルカ如ク女子ノ發育ハ男子ニ比シ一層早キヲ常トシ男子ノ如ク滿三十年ニ至ル迄モ父母ノ許諾ヲ得ルコトヲ要スルモノト爲ストキハ嫁期ヲ失シ適當ノ婚姻ヲ爲スコト能ハサルニ至ルヲ以テナリ

茲ニ所謂父母トハ實父母トハ勿論繼父母、養父母及嫡母ヲ包含スレトモ繼父母、嫡母ト其他ノ父母トノ間

0020

ニハ第七七三條ニ規定スルカ如ク同意ヲ爲サザルトキニ一ノ差異アリ

又父母ハ家ニ在ル者ニ限ル、家ニ在ラザル父母例之離婚、離緣等ニ因テ其家ヲ去リタル者ト雖法律上ハ其家ニ在ル者ト同一ノ親族關係ヲ有スレトモ家族及事實上ノ關係ハ家ニ在ル者ニ比シ大ニ疎ナラサルヘカラサレハ法律ハ此等ノ者ノ同意ヲ得ルコトヲ要セシメサル所以ナリ

父母共ニ家ニ在ルトキハ其雙方ノ同意ヲ得サルヘカラス、是一見スレハ父ハ親權ヲ行ヒ妻ハ其夫權ニ服從スヘキモノナレハ父母ノ一致セサルトキハ父ノ同意ノミヲ以テ足ルカ如シト雖如此スルトキハ一家ノ和睦ヲ缺クヲ以テ法律ハ如此場合ニ於テ父ノミノ同意ヲ以テ足レリト爲サス雙方ノ同意アルヲ要スト爲シタリ故ニ若父母一致セサルトキハ此要件ヲ缺クモノト謂ハサルヘカラス

父母ノ一方カ死亡スルコトアリ知レサルコトアリ家ヲ去ルコトアリ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルコトアリ此等ノ場合ニ於テハ一方ノ者ノ同意ヲ以テ足レリト爲スヨリ外アラサルナリ

(二)　又父母共ニ死亡スルコトアリ知レサルコトアリ家ヲ去ルコトアリ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルコトアリ此場合ニ於テ婚姻ヲ爲スヘキ子カ成年者ナルトキハ何人ノ同意ヲモ要セシテ婚姻ヲ爲スコトヲ得然レトモ若其子カ未成年者ナルトキハ其後見人及親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

舊民法人事編ニ於テ父母ノ死亡シタルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ祖父母ノ許諾ヲ受クヘシト爲シタレトモ如此場合ニ於テ祖父母ノ未老耄セサル者ナルトキハ實際ニ於テハ概シテ未成年者ノ後見人タルヘク其後見人タラサル場合ニ於テハ適當ノ判斷ヲ與フルヲ期スルコト能ハサルヲ以テ新法ハ如此場合ニ祖父母ノ同意ヲ得ルコトヲ削除シタリ

婚姻ヲ爲スニ付子カ父母ノ同意ヲ得ルコトハ前ニ說キタルカ如ク成年ニ達シタル者モ或年齡迄ハ之ヲ要スルニ父母ノ在ラサル場合ニ於テ後見人及親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ未成年者ニ限リタルハ蓋後見人、親族會等ハ未成年者ノ利益ヲ保護スルコト父母ノ如クナル能ハサルヲ以テ父母ノ同意ニ於ルヨリハ一層早ク其制限ヲ脫セシムル必要アリ故ニ此場合ニ於テハ之ヲ普通ノ法律行爲ト同ク婚姻ヲ爲スヘキ者カ未成年ナルトキノミ後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要スト爲シタル所以ナリ

父母カ子ノ婚姻ヲ爲スコトヲ拒ミタルトキハ其子ハ婚姻ヲ爲スニ付要スル條件ヲ缺クヲ以テ婚姻ヲ爲スコトヲ得サレトモ父母カ實父母ニ非スシテ繼父母又ハ嫡母ナルトキハ其同意ニ付實父母ニ於ルト同一ナル能ハス實父母ナルトキハ眞實ニ子ノ利害ヲ計ルヘキヲ以テ非理ヲ唱ヘテ同意ヲ爲サザルコトハ之ナカルヘシト雖血族ノ關係ナキ繼父母又ハ嫡母ニ在テハ不當ナルコトヲ知リナカラ子ノ婚姻ヲ拒ムコト往往之アル所ナレハ法律ハ繼子、庶子ヲ保護スル爲メ例外ヲ設ケ繼父母又ハ嫡母カ子ノ婚姻ヲ拒ミタルトキハ親族會ノ同意ヲ得ルニ於テハ婚姻ヲ爲スヲ得ルコトヲ要セス(七七四條)

(三)　禁治產者カ婚姻ヲ爲スニハ其後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セス(七七三條、人三八條三項)

禁治產者カ後見ニ付セラルル(八條)ヲ以テ若自ラ普通ノ法律行爲ヲ爲シタルトキハ其行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ(九條)ト雖後見人カ禁治產者ノ法定代理人タル權ハ禁治產者ノ療養、監護及財產ノ管理ニ限ルモノニシテ人事ニ關スル行爲ノ如キハ其代理權ノ範圍外ニ在ルモノナルヲ以テ之ヲ明ニスル爲メ特ニ本條ヲ設ケタルナリ

右ノ場合ハ禁治產者カ其精神ヲ回復シタル場合ヲ想像シタルモノナリ若然ラスシテ心神喪失中ニ婚姻ヲ爲シタルトキハ其婚姻ハ其意思ヲ有セサルモノナレハ最初ヨリ無效ナレハナリ

婚姻ノ方式上ノ要件　婚姻ハ之ヲ戶籍吏ニ屆出ツルニ因テ其效力ヲ生ス(七七五條、人四三條、四七條

0021

乃至四九條、六七條）

從來婚姻ノ届出ニ付テハ明治八年十二月九日太政官達ニテ婚姻、離婚ハ縱令相對熟談ノ上タリトモ雙方ノ戸籍ニ登記セサル内ハ其效ナキモノト看做スヘキ規定アリシト雖其後司法省ノ伺ニ對シテ明治九年七月太政官ヨリ既ニ親族近隣ノ者モ夫婦ト認メ裁判官ニ於テモ其實アリト認ムル者ハ夫婦ヲ以テ論スヘシト指令シタルヲ以テ明治十年六月司法省ヨリ此旨ヲ各裁判所ニ達シタルヨリ以來財産關係若クハ刑事上ノ目的ニ付テハ戸籍簿ニ登記セサル者ト雖夫婦ノ關係ヲ公認シ來リタルモノニシテ婚姻後數年間モ婚姻ノ届出ヲ爲サザリシ者モ夫婦ト看做サルル者アリ而シテ從來ノ方式ハ證人ヲ要セス單ニ戸主ヨリ届出ツルヲ以テ足レリト爲シ極テ簡單ナリシニ付本法ハ外國ノ立法例ニ在ルカ如キ煩雜ナル方式ヲ採用セシテ當事者雙方及成年ノ證人二人以上ヨリ口頭ニテ又ハ署名シタル書面ヲ以テ之ヲ戸籍吏ニ届出ツヘキコトト爲シタリ

法律カ婚姻ニ付此方式ヲ要スト爲シタルハ婚姻ハ之ニ因テ夫婦財産上ノ關係、親族關係等ヲ生シ他ニ對シテ之ヲ公示スヘキ必要アルト又一ハ當事者ノ意思ノ確實ヲ保障スルノ目的トニ出タルナリ若當事者カ法律ノ規定ニ違反シタル婚姻ヲ爲シ之カ届出ヲ爲シタルトキハ戸籍吏ハ之カ注意ヲ爲スコトアルヘキナリ

婚姻ノ效力ニ付テハ舊民法人事編（六六七條）ノ規定ニテハ儀式ヲ行ヒタルニ因リ之ヲ生シ唯夫婦財産契約ニ付テノミ第三者ニ對シテハ婚姻届出後ニ非サレハ其效力ヲ援用スルコトヲ得スト爲シタレトモ本法ニ於テ婚姻ノ儀式ノ如キハ公示サレサルヲ以テ當事者カ何時之ヲ行ヒタルヤ他ノ之ヲ知ル能ハサルモノナレハ他ニ對シテハ勿論當事者間ニ在テモ一般婚姻ハ之ヲ戸籍吏ニ届出テタル日ヨリ效力ヲ生スルコトト爲シタリ

婚姻ニ關スル要件ハ公益ニ關スルモノナレハ以上說キタル諸要件ヲ具備セスシテ婚姻ヲ爲スヲ得ヘカラサルヲ以テ法律ハ戸籍吏ヲシテ當事者ノ届出テタルモノカ果シテ法律ノ規定ニ違反セサルヤ否ヤヲ取調ヘシメ其法律ノ規定ニ違反セサルコトヲ認メタル上ニ非サレハ其届出ヲ受理スルコトヲ得ストト爲シタリ（七七六條、人四四條乃至四六條）而シテ婚姻ヲ爲スニ付父母ノ外尙戸主ノ同意ヲ得ルヲ要スヘキ場合アリ（七四一條一項、七五〇條一項）曩ニ說キタル此等ノ場合ハ一家ノ調和ヲ計リタルニ出テタル規定ニ外ナラサルモノニシテ婚姻其モノカ公益ニ反スルカ故ニ非ス是ヲ以テ戸主ノ同意ヲ得スシテ家族カ婚姻ヲ爲シ又ハ一旦婚姻又ハ養子緣組ニ因テ他家ニ入リタル者カ更ニ婚姻ニ因テ他家ニ入リタルトキハ其戸主ハ自己ノ同意ヲ得サル家族ニ對シテ離籍又ハ復籍拒絕ヲ爲スコトヲ得ヘキ制裁ヲ設ケ此場合ニ於テハ此制裁ヲ以テ足レリト爲シ戸主ニハ家族カ婚姻ヲ爲スニ付父母ノ同意ヲ得ヘキ場合ニ於ルカ如キ重大ナル權利ヲ與ヘサリシナリ是ヲ以テ戸主ノ同意ヲ得スシテ爲シタル婚姻ノ届出ヲ受ケタルトキ之ヲ許スヘカラサルモノト爲シテ却下スルヲ得サレハ本人ヲシテ反省セシムルカ爲ニ戸籍吏ヨリ一應ノ注意ヲ爲スコトト爲シ若之ニ應セサルトキハ戸籍吏ハ届出ヲ受理セサルヘカラサルコトト爲シタリ

右ノ場合ヲ除クノ外婚姻ニ關スル要件ヲ具備セスシテ届出テタルトキハ戸籍吏ニ於テ其届出ヲ受理スルコト能ハス隨テ其婚姻ハ許サレサルモノナレトモ戸籍吏カ誤リテ其婚姻ノ届出ヲ受ケタルコトアルトキ例之父母ノ同意ヲ得スシテ婚姻ヲ爲シ又ハ婚姻年齡ニ達セスシテ婚姻ヲ爲シタルトキハ其婚姻ハ此届出ニ因テ效力ヲ生スルモノトス（最初ヨリ無效ナル婚姻ハ届出ヲ爲ストモ效力ヲ生スルモノニ非

ス）而シテ此場合ニ於テハ後ニ至リ取消スコトヲ得ヘキモ之ヲ取消ササルトキハ全ク有效ナルモノタリ

婚姻ノ豫約　婚姻ノ豫約トハ世間一般ニ行ルル所ニシテ媒妁人ナル者當事者ノ間ニ仲介シ結納ヲ取替ハセ婚姻當事者ニ於テ將來婚姻ヲ爲ス旨ノ約束ヲ謂フモノニシテ長キハ數年ノ後ニ實行ヲ期スルモノアリ所謂男女幼時ヨリ豫約セル許嫁ノ如キハ其最甚キモノナリ而シテ此豫約ナルモノハ我民法ニ於テ認メラルルヤ又豫約ヲ爲シタル當事者ノ一方カ違約シタルカ爲メ他ノ一方ニ損害ヲ生シタルトキハ違約者ハ之カ賠償ノ責任アリヤ

我民法ニ於テハ豫約ハ有效ナリト明言セス亦無效ナリトモ明言セサルヨリ此豫約ナルモノハ從來ヨリ世間一般ニ行ルル所ニシテ別ニ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ヲ害スルコトナキカ故ニ有效ナリト說ク者モアル（ケレトモ予輩ハ法律カ無效ナリト明言セサルニ拘ラス其性質及法律カ之ニ關スル規定ヲ設ケサル所ニ稽ヘ是法律ノ認メサル所ナリト斷言スル者ナリ蓋婚姻ハ人生ノ一大事ナルカ故ニ當事者ノ自由ナル意思ヲ以テ爲スヘキモノナルコト論ヲ俟タサル所ナレハ嘗テ婚姻ヲ爲スコトヲ約シタル者ノ間ニ之カ實行ヲ爲スニ當リ理由ノ正否ヲ問ハス一方カ之ヲ實行スルコトヲ欲セサルニ於テハ强ヒテ之カ實行ヲ爲サシムルコトヲ許スヘカラス若シ之ヲ强フルトキハ即人ノ自由ヲ拘束スルモノニシテ自由ヲ以テ爲スヘキノ大原則ニ背クニ至ルヘクシテ許スヘキモノニ非ス

婚姻ノ結約ニ付テハ婚姻能力ナルモノノ規定アルカ故ニ若法律カ豫約ヲ認メタルモノナランニハ同ク豫約ヲ爲スニ付テノ年齡ヲモ規定セサルヘカラサルニ其規定アラサルナリ

子カ婚姻ヲ爲スニ付テハ家ニ在ル父母又ハ未成年者ニ付テハ後見人及親族會ノ同意ヲ要ス而シテ若法律カ豫約ヲ有效ナリト認メタランニハ此豫約ヲ爲スニ付父母又ハ其他ノ者ノ同意ヲ要スルコトヲ規定セサルヘカラサルニ豫約ニ付如此規定ナキハ豫約ヲ認メサル所以ナリ

婚姻ヲ爲シタル者ノ間ニ於テ法定ノ原因アルトキハ離婚ノ請求ヲ許セルニ由リ法律カ若豫約ヲ認メタランニハ之カ解除ニ關スルコトヲモ規定セサルヘカラサルニ其規定ナキハ是亦法律カ豫約ヲ認メサル所以ト謂フコトヲ得ヘシ

婚姻ノ豫約ハ從來世間一般ニ行ルルモノナルカ故ニ之ニ立法上或效力ヲ付スルコトハ予ノ贊成スル所ナレトモ法律ノ解釋論トシテハ法律上認メラレサルモノト斷言セサルヘカラス（三五年三月八日言渡大審院三四年（オ）第五三七號國重ヤス對廣島活二間約定金請求事件）而シテ夫既ニ豫約カ法律上認メラレサル以上ハ豫約當事者ノ一方カ豫約ニ違背シテ之カ爲メ他ノ一方ニ損害ヲ生スルコトアルトモ法律上無效ノ行爲ニ關シテ生シタル損害ハ賠償スル責任アラサルナリ

獨逸民法ハ親族法ノ初ニ婚姻ノ豫約ナル一節ヲ設ケ之ニ關スル法條六條ヲ置ケリ（一二九七條乃至一三〇二條）而シテ其規定ニ依レハ豫約ハ之ヲ認メタレトモ全然之ヲ認メタルニ非スシテ僅ニ或效力ヲ付シタルニ過キサルナリ今其要點ヲ摘示スレハ豫約ハ有效ナレトモ婚姻締結ノ訴權ハ認メラレス又豫約者ノ一方カ豫約ヲ實行セサル場合ニ關スル罰款ハ無效ナリト規定シ曩ニ叙述セルカ如ク婚姻ハ之ヲ約者ノ一方カ豫約ヲ實行セサル場合ニ關スル罰款ハ無效ナリト規定シ曩ニ叙述セルカ如ク婚姻ハ之ヲ實行スルニ當リ其當事者互ニ自由ナル意思ヲ以テスル原則ヲ認容シタルナリ獨逸法カ婚姻ノ豫約ヲ認メタルハ唯制限セラレタル或場合ニ損害賠償ヲ認メタルニ過キサルナリ

外國ニ在ル日本人間ニ於テ婚姻ヲ爲サント欲スルトキハ日本ノ戸籍吏アラサルヲ以テ右ニ說キタル方式（七七五條）ニ從フコト能ハス是ヲ以テ法律ハ其國ニ駐在スル日本ノ公使又ハ領事ニ其屆出ヲ爲スコ

0023

「トヲ得ルモノト爲シタリ而シテ此場合ニ於テハ右戸籍吏ニ届出ツル規定ヲ準用スルモノトス（七七七條、人五一條）

第二款　婚姻ノ無效及取消

婚姻ノ無效　婚姻ハ左ノ場合ニ限リ無效トス

一　人違其他ノ事由ニ因リ當事者間ニ婚姻ヲ爲ス意思ナキトキ

二　當事者カ婚姻ノ届出ヲ爲サザルトキ（七七八條、人五五條、五九條）

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

第二ニ付テモ既ニ說キタルカ如ク婚姻ハ戸籍吏ニ届出テ始テ成立スルモノナレハ其届出前ニ至テ縱令世間ニ行ルル儀式ヲ擧クルト雖是法律上未婚姻ト看做サザルナリ故ニ事實上夫婦ノ如キ關係ヲ生シ其間ニ子ヲ擧クルト雖其子ハ婚姻中ニ生シタルモノニ非スシテ全ク私生ノ子タルナリ而シテ婚姻ノ届出ニハ第七七五條ニ規定スルカ如キ一定ノ方式ヲ要シ若此方式ヲ缺キタルモノナルトキハ戸籍吏ハ之ヲ受理スルコトヲ拒ムヲ得ヘシト雖若誤リテ之ヲ受理シタルトキハ其婚姻ハ完全ナルモノニシテ之カ爲ニ毫モ瑕疵ヲ生スルコト非サルナリ

婚姻ノ無效ナルコトハ右二箇ノ場合ニ限リテ其他ニ於テハ如何ナル場合ト雖之ヲ主張スルコトヲ得ス故ニ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行爲カ無效ナル旨ヲ規定シタル民法第九〇條ハ婚姻ニハ適用セラレサルナリ却テ此婚姻ノ章ニ於テハ婚姻年齡ニ達セサル者ノ婚姻（七六五條）重婚（七六六條）相姦者間ノ婚姻（七六八條）近親間ノ婚姻（七六九條乃至七七一條）等ノ如ク公ノ秩序ヲ亂シ善良ノ風俗ニ反スルモノナリト雖當然之ヲ無效ナリトセス唯之ヲ取消スコトヲ得ルモノト爲シタルニ止レハ若其婚姻ニシテ取消サレサルトキハ有效タルモノニシテ法律ハ婚姻中ニハ如此モノモアルヘキコトヲ認メ居ルナリ

婚姻ノ取消　婚姻ノ取消ハ人ノ社會上ノ地位ニ重大ナル影響ヲ生スルモノナレハ他ノ法律行爲ノ如ク容易ニ之ヲ取消スヘキモノニ非ス又一般ノ權能訴權ノ原則ヲ之ニ適用セサルモノニシテ法律ハ特ニ婚姻ヲ取消スコトヲ得ヘキ場合其取消權ヲ有スル者及取消權行使ノ期間ヲ限定シタリ（七七九條、人五五條二項、五六條、五九條、六〇條、六三條）

婚姻ヲ取消スコトヲ得ヘキ場合　茲ニ說キタル婚姻ヲ爲スニ付要スル第二乃至第七要件ヲ具備セサルトキ即婚姻適齡ニ達セスシテ婚姻シタルトキ（七六五條、第二要件）配偶者アル者重テ婚姻ヲ爲シタルトキ（七六六條、第三要件）女カ前婚ノ解消又ハ取消ノ日ヨリ六箇月ヲ經過セスシテ姻婚シタルトキ（七六七條、第四要件）姦通ニ因テ離婚又ハ刑ノ宣告ヲ受ケタル者カ相姦者ト婚姻ヲ爲シタルトキ（七六八條、第五要件）近親間ニ於テ婚姻ヲ爲シタルトキ（七六九條以下、第六要件）婚姻ヲ爲スニ付或者ノ同意ヲ得ヘキ規定アル場合ニ於テ其同意ヲ得スシテ婚姻シタルトキ（七七二條、七七三條、第七要件）詐

0024

欺又ハ强迫ニ因テ婚姻ヲ爲シタルトキ(七八五條)及壻養子縁組ノ場合ニ於テ其縁組ノ無效又ハ取消ヲ理由トスルトキ(七八六條)ニ非サレハ婚姻ノ取消ヲ請求スルコトヲ得ス(七八〇條、人五六條、五八條)婚姻ノ取消ノ場合ハ之ヲ公益保護ノ爲ニ設ケタルモノト私益保護ノ爲ニ設ケタルモノトノ二種ニ區別スルコトヲ得ヘシ即右第二要件タル不適齡者ノ婚姻、第三要件ノ重婚者ノ婚姻、第四要件ノ前婚ノ解消又ハ取消後六箇月ヲ經過セスシテ爲シタル婚姻、第五要件ノ相姦者ノ婚姻、第六要件ノ近親間ノ婚姻ハ其第一種ニ屬シ第七要件ノ婚姻ヲ爲スニ付瑕者ノ同意ヲ得ヘキ場合ニ其同意ヲ得スシテ爲シタル婚姻、詐欺又ハ强迫ニ因テ爲シタル婚姻及壻子縁組ノ場合ニ於テ其縁組カ無效又ハ取消ト爲リタルトキ之ヲ理由トシテ取消サントスル婚姻ハ其第二種ニ屬ス而シテ此等兩者ノ間ニハ二箇ノ差異アリ公益上ノ取消原因ニ付テハ國家自身モ干涉シテ檢事ニ於テ其取消權ヲ有スレトモ私益上ノ取消原因ニ付テハ然ラサルナリ又私益上ノ取消原因ハ時間ノ經過又ハ追認ニ因テ其效力ヲ全ウスルコトヲ得ヘシト雖公益上ノ取消原因ハ然ラサルナリ

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

此取消ハ社會ノ公益ニ關スルヲ以テ今茲ニ說キタルカ如ク時間ノ經過又ハ追認ニ因テ其效力ヲ全ウスルモノニ非スシテ其取消原因ハ長ク消滅スルコトナキヲ以テ原則ト爲スカ故ニ之カ取消ヲ請求スルコトヲ得ヘキ期間モ亦概シテ無限ナルヲ原則トシ其婚姻ハ當事者ノ一方又ハ雙方ノ死亡シタル後ト雖仍之カ取消ヲ請求スルコトヲ得セシム然レトモ檢事カ取消權ヲ有スルハ公益維持ニ外ナラサルモノニシテ違法婚姻ニ依テ國ノ公益ヲ害セラルルハ其婚姻關係ノ存續スルニ因ルモノナレハ夫婦ノ一方ニシテ死亡シタルニ因リ婚姻ノ既ニ解消セラレタル上ハ國カ之ヲ取消スヘキ必要アラサルナリ故ニ檢事カ取消權ヲ行フ場合ハ其期間ニ付制限ヲ設ケタリ

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

重婚、再婚、相姦者間ノ婚姻ノ場合ニ於テハ右ノ者ノ外尙當事者ノ配偶者ニモ婚姻ノ取消權ヲ與ヘタリ『配偶者ノ一方カ婚姻關係ノ繫屬中ナルニ拘ラス他ノ者ト重チテ婚姻シタルトキハ他ノ一方ハ之カ爲ニ直接ノ利害關係ヲ有スルヲ以テ之ニ取消權ヲ與フルハ當然ナリ

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

0025

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

不適齢者ノ婚姻ノ取消期間　曩ニ說キタルカ如ク公益上ノ取消原因ハ時ノ經過又ハ追認ノ爲ニ消滅スヘキモノニ非サルコトヲ原則ト爲セトモ此原則ハ二箇ノ例外アリ即其第一ノ例外ハ適齢ニ達セシテ婚姻シタル場合ナリ人事編ハ此點ニ付不適齢者ヨリ婚姻ノ取消ヲ請求スル場合ト不適齢者以外ノ者ヨリ之カ請求ヲ爲ス場合トヲ區別セサレトモ新法ハ之ヲ區別シ不適齢者以外ノ者ハ不適齢者カ適齢ニ達シタルトキハ其取消ヲ請求スルコトヲ得ス然レトモ不適齢者ハ適齢ニ達シタル後尙三箇月間其婚姻ノ取消ヲ請求スルコトヲ得(七八一條、八五七條)

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

不適齢者カ婚姻中適齢ニ達シタルトキハ最早其婚姻ニ瑕疵アキモノト認ムル以上ハ此場合ニ不適齢者ヨリ其取消ヲ請求スル場合ト其以外ノ者ヨリ之ヲ爲ス場合トヲ區別スルノ必要ナキモノノ如シト雖蓋不適齢者以外ノ者即父母、戸主等ハ其意思完全ニシテ不適齢者カ適齢ニ達セサル前ニ之カ取消ヲ請求スルコトヲ得ヘキモ不適齢者ハ適齢ニ達スル迄ハ意思能力不十分ニシテ自ラ之カ取消ヲ請求スルヲ得サルコト多キヲ以テ法律ハ此場合ニ於テ適齢ニ達シタル後三箇月ノ猶豫ヲ與ヘタルナリ

舊民法ハ當事者ノ一方又ハ雙方カ不適齢ニシテ婚姻シタリト雖婦カ其婚姻ニ因テ懷胎シタルトキハ最早其婚姻ハ之ヲ取消スコトヲ得ストタレトモ新法ハ如此區別ヲ採用セス是蓋婚姻中懷胎シタル子ノ利益ノ爲ニ非スシテ單ニ婚姻シタル者ノ保護ニ出テタルナリ

不適齢者カ適齢ニ達シタル後其婚姻ヲ追認シタルトキハ適齢後未三箇月ヲ經過セサル間ト雖其取消權不適齢者カ適齢ニ達シタル以後ノ取消權ハ專不適齢者ノ私益保護ノ目的ニ出ツルモノナレハ不適齢者ハ消滅ス是適齢ニ達シタル以後ノ取消權ヲ認ムヘキ必要アラサルナリ

自身ニ婚姻ヲ追認シタルトキハ依然之ニ其取消權ヲ認ムヘキ必要アラサルナリ

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

婚姻ノ解消又ハ取消後六箇月ヲ經過スルトキハ其再婚取消ノ請求ヲ許スヘキ理由最早存在セサルカ故ニ此取消權請求ノ期間ヲ右ノ如ク制限シタリ又前婚ノ解消又ハ取消後未六箇月ヲ經過セスシテ再婚シタリト雖其再婚後懷胎シタルトキハ右ノ六箇月ヲ經過セサルニ拘ラス其取消ヲ請求スルコトヲ得ス女ノ懷胎ニシテ再婚後ニ生シタルコト明確ナルニ於テハ血統ノ混淆ヲ生スヘキ虞ナキヲ以テ此場合ニ於テハ婚姻ノ取消ヲ許スヘキ理由消滅シタレハ懷胎後ハ六箇月ノ期間内ト雖取消ヲ許ササルナリ

以上叙述シタル所ハ公益上ノ取消原因アルモノニ係ル是ヨリ說ク所ハ專私益保護ノ目的ニ出テタル婚姻ノ取消ナリ其場合ハ(一)法律ノ定メタル場合ニ於テ父母、後見人、及親族會ノ同意ヲ得サリシ婚姻(七七二條)(二)法律ノ規定ニ因テ同意ヲ爲スヘキ權利ヲ有スル者ノ同意カ詐欺又ハ强迫ニ因リタル場合(三)當事者ノ一方又ハ雙方ノ意思カ詐欺又ハ强迫ニ因テ生シタル婚姻(四)婿養子緣組ノ場合ニ於テ其緣組カ無效ト爲リ又ハ取消サレタルトキ是ナリ

0026

第一。子カ婚姻ヲ爲スニ當リ家ニ在ル父母又ハ後見人及親族會ノ同意ヲ經ヘキニ(七七二條)之ヲ經サリシトキハ此等ノ者ハ婚姻ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得(七八三條、六〇條、六一條)

子カ婚姻ヲ爲スニ付テハ家ニ在ル父母又ハ後見人及親族會ノ同意ヲ要スルニ子カ其同意ヲ經サルトキハ此等ノ者ハ其權利ヲ毀損セラレタルニ付之ニ其婚姻ノ取消權ヲ與フルハ至當ナリ舊民法人事編ハ此場合ニ於テ許諾ヲ受クヘキ者ニモ自己ノ爲シタル婚姻ノ取消ヲ請求スルコトヲ許シタリ(人六〇條)ト雖此場合ハ意思能力ノ不十分ナル婚姻不適齢者カ自ラ爲シタル婚姻ヲ取消ス場合ト異リテ自ラ父母、後見人等ノ同意ヲ經スシテ爲シタル婚姻ヲ取消スコトヲ許スハ婚姻ヲ輕視スルニ至ルノ慮アリテ之ヲ許スヘキ理ナキヲ以テ新法ハ此場合ニ於テ同意ヲ得スシテ婚姻ヲ爲シタル者ニハ其取消ヲ請求スルコトヲ許ササルナリ

第二。右ノ場合ニ於テ同意ヲ爲スヘキ者ノ同意カ詐欺又ハ强迫ニ因リタルトキ

如此同意ハ眞正ノ同意ニ非サルヲ以テ父母、後見人及親族會ニ婚姻ノ取消權ヲ與ヘサルヘカラス

以上二條ノ場合ノ取消權ハ左ノ場合ニ於テ消滅ス(七八四條、人六二條)

一　同意ヲ爲ス權利ヲ有セシ者カ婚姻アリタルコトヲ知リタル後又ハ詐欺ヲ發見シ若クハ强迫ヲ免レタル後六箇月ヲ經過シタルトキ

二　同意ヲ爲ス權利ヲ有セシ者カ追認ヲ爲シタルトキ

三　婚姻屆出ノ日ヨリ二年ヲ經過シタルトキ

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

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

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

以上舉ケタル(一)ノ場合ノ六箇月(三)ノ場合ノ二年ハ孰レモ取消權行使ニ付法律ノ設ケタル豫定期間ニシテ時效ニ非サルナリ故ニ以上ノ期間ハ如何ナル事由アリトモ之ヨリ延長スルコト非サルナリ例之時效停止又ハ中斷ノ如キ事由アリトモ之ニ關セス右ノ期間ニテ消滅スルモノトス

第三。詐欺又ハ强迫ニ因テ婚姻ヲ爲シタル者ハ其婚姻ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得(七八五條、六三條、六四條)

一般ノ法律行爲ヲ爲スニ付其意思表示カ詐欺又ハ强迫ニ因ルトキハ之ヲ取消スコトヲ得ルト同ク婚姻ニ付テモ其意思表示カ詐欺又ハ强迫ニ因ルトキハ之カ取消ノ請求ヲ爲スコトヲ許ササルヘカラス而シテ此場合ハ普通ノ場合ト同ク詐欺又ハ强迫ヲ受クタル者ノミカ此取消權ヲ有スルニ止リテ其相手方ハ然ラサルナリ

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

第四　壻養子緣組ノ場合ニ於テハ各當事者ハ緣組ノ無效又ハ取消ヲ理由トシテ婚姻ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但緣組ノ無效又ハ取消ノ請求ニ附帶シテ婚姻ノ取消ヲ請求スルコトヲ妨ケス（七八六條、一三三條）

壻養子緣組ナルモノハ一方ニ於テハ養子緣組ノ性質ヲ有シ他ノ一方ニ於テハ婚姻ノ性質ヲ有シ而シテ其結果ハ養家ニ於テ父母トノ間ニ親子ノ關係ヲ生スルト同時ニ家女トノ間ニ夫婦ノ關係ヲ生スルモノニシテ緣組ノ無效又ハ取消ト婚姻ノ無效又ハ取消トハ互ニ相密著シタル關係ヲ有ス故ニ養子緣組カ無效ト爲リ又ハ取消サレタル場合ニ於テ婚姻ノミ繼續シ又ハ婚姻ノ無效ト爲リ又ハ取消サレタル場合ニ於テ養子緣組ノミ繼續スルコトト爲スハ當事者ノ意思ニ反シ相互ニ厭忌スルヲ通例トスルヲ以テ各當事者ハ壻養子緣組ノ無效ト爲リ又ハ取消サレタルトキハ之ヲ理由トシテ婚姻ノ取消ヲ請求スルコトヲ得ルモノト爲シ又婚姻ノ無效ト爲リ又ハ取消サレタルトキハ之ヲ理由トシテ養子緣組ノ取消ヲ請求スルコトヲ得ルモノト爲セリ（五八八條）然レトモ是唯一方ノ無效又ハ取消ヲ原因トシテ他ノ一方ノ取消ヲ請求スルコトヲ得ト謂フニ止リ之ヲ請求スルト否トハ固ヨリ當事者ノ任意ナレハ婚姻ノ無效ト爲リ又ハ取消サレタルニ拘ラス養子緣組ハ依然繼續スルコトヲ得ヘク又養子緣組ノ無效ト爲リ又ハ取消サレタル場合ニ婚姻ハ之ヲ繼續スルコトヲ得ヘキナリ

以上ノ場合ニ於ル婚姻ノ取消ノ訴訟ノ獨立ノ本訴トシテ之ヲ提起セスシテ緣組ノ無效又ハ取消ノ請求

尤「己ムコトヲ得サル場合ヲ除ク外」ト云フ文字ヲ「自己ニ代ハリテ船舶ヲ指揮スヘキ者ニ其職務ヲ委任シタル後ニ非サレハ」ト云フ文字ニ直ニ接續セシメスシテ寧之ヲ「其指揮スル船舶ヲ去ルコトヲ得ス」ト云フ文字ニ繫ルモノト解スルトキハ己ムコトヲ得サルト云フ要件トハ船長カ船ヲ去ルニ付テ併セ要スル條件ナリト謂フコトヲ得ヘキモ邦文トシテ文理上如此解釋ハ許スヘキモノニ非ス故ニ前段ノ如キ解釋ヲ採ルノ外ナシ

右ハ一般ノ場合ニ於ル船舶ヲ去ルコトヲ得ルニ付テノ要件ノ說明ナルモ船員法第一九條ノ場合ノ如キ法律ニ特別ノ規定アルモノハ之ニ從フヘキハ勿論トス次ニ第五六〇條ノ場合ト第五六三條ノ場合トノ區別ニ付一言スヘシ第五六〇條ノ場合ハ自己ニ代リテ船舶ヲ指揮スヘキ船長ヲ選任スルモノナルカ故ニ選任サレタル者ハ代リテ後任船長ト爲リ船舶所有者及第三者ニ對シテ船長トシテノ責任ヲ負フモノナリ故ニ舊船長ハ選任ニ付テ船舶所有者ニ對シテ其責ニ任スルノミ然ルニ第五六三條ノ場合ハ一時船長ニ代リテ其職務ヲ執ルコトヲ委任シタルモノニシテ委任ヲ受ケタル者ハ委任事項ヲ處理スルコトヲ得ルノミニシテ船長ト爲リタルニハ非ス（「シャップス」一五七頁）故ニ船舶所有者及第三者ニ對シテ責任ヲ負フ者ハ從來ノ船長彼レ自身ナリトス

(3) 航海成就ノ義務　船長ハ航海ノ準備カ終リタルトキハ遲滯ナク發航ヲ爲シ且必要アル場合ヲ除ク外豫定ノ航路ヲ變更セスシテ到達港迄航行スルコトヲ要ス（五六四條、獨新商五一六條）船舶カ發航ノ準備既ニ成リ法律上又ハ事實上ノ故障ナキ限ハ船長ハ速ニ發航スヘキハ當然トス若天候其他ノ故障ニ因リ發航シ能ハサリシトキハ船長ニ於テ其舉證ノ責ニ任セサルヘカラス然ラスンハ利害關係人ニ對シテ之ニ因テ生シタル損害ノ賠償ヲ免ルルコトヲ得ス（五五八條）又既ニ發航シタル後ニ在テモ海難其他

0028

ノ已ムコトヲ得サル場合又ハ法律ニ特ニ規定アル場合例之船員法第二〇條ニ所謂船舶カ衝突シタルトキ互ニ人命及船舶ノ保護ニ必要アル手段ヲ盡ストキノ如キ又ハ同第二一條ニ所謂人命ヲ救フ爲メノ手段ヲ取ル必要アルトキノ如キ其他必要アル場合ヲ除ク外妄ニ航海ヲ中斷シ若クハ豫定ノ航路ヲ變更スルコトヲ得サルナリ而シテ航路トハ海圖其他海員社會ノ慣習ニ依テ定ルヘキモノニシテ陸上運送ニ於ル鐵道線路ノ如ク固定セルモノニハ非ス故ニ多少ノ動搖ハ免レサルモノナルモ西水道ヲ變シテ東水道ヲ取リ又ハ內海航路ヲ取ラスシテ土佐沖航路ヲ取ルカ如キ即航路ノ變更ト謂フヘキナリ而シテ航路ノ變更ハ海上保險契約ニ對シテ主トシテ影響ヲ與フルモノナリ（六八六三條）

第三節　船長ノ船舶所有者ニ對スル關係

第一項　船長ノ選任

船長ノ選任ハ原則トシテ船舶所有者之ヲ爲ス船舶カ共有ニ屬スルトキハ船舶管理人ニ於テ之ヲ爲ス蓋船長ノ選任モ亦船舶ノ利用ニ關スル行爲ナレハナリ（五五三條一項）若共有者間ニ於テ船長ノ選任ヲ管理人ニ委任セサル旨ヲ明約シタルトキハ共有者ノ持分ノ價格ニ從ヒ過半數ニ依テ決スヘキモノトス（五四六條）船舶カ賃借人ニ依テ利用セラルルトキハ船長ノ選任ハ賃借人ニ於テ之ヲ行フモノトス而シテ船長ハ賃借人トノ間ニ普通ノ場合ニ於テ船舶所有者ニ對スルト同一ノ權利義務ノ關係ヲ有スルモノトス（五五七條）

然ルニ例外トシテ船長ハ彼自ラ代任船長ヲ選任シ得ル場合アリ第五六條之ヲ規定セリ（獨新商五一六條二項）即船長ハ已ムコトヲ得サル事由例之疾病、拘留等ノ事故發生ノ爲ニ自ラ船舶ヲ指揮スルコト能ハサルトキハ法令ニ特別ノ規定アリテ之ニ從フコトヲ要スル場合即我船舶職員法第二條ニ依レハ「海技免狀ヲ有スル者ニアラサレハ船舶職員タルコトヲ得ス」トアリ又同第四條ニ依レハ「各船舶ニ乘組マシムヘキ船舶職員ノ定員及其ノ免狀ノ種類ハ第一號表ニ依ル」トアリテ猥ニ何人ヲ以テモ之ニ任スルコトヲ得サルカ故ニ此等ノ制限ニ從ヒ他人ヲ選任シテ自己ノ職務ヲ行ハシムルコトヲ得然ルニ若遠隔ノ地ニ在テ船舶職員法ニ謂フカ如キ資格アル人物ヲ得難キトキハ已ムコトヲ得ス運轉士以下ノ船內ノ人タルト將船外ノ人タルトヲ問ハス船長ハ其選任ニ付相當ノ注意ヲ用ヒ最適當ノ人ト信スル者ヲ擧ケテ之ニ委任スルノ外ナシ（「シヤップス」一三九頁及一五六頁ニハ獨逸法第五一六條ノ解釋トシテ船長カ代任船長ヲ選任スル場合ニハ始ヨリ毫モ其資格ニ制限ナシト解スレトモ我法文ニハ「法令ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外」トアルカ故ニ此說ニ從フコト能ハサルヘシ）凡船長カ代任ノ船長ヲ選任スル必要アル場合ノ如キハ今日ノ如ク電報技術ノ發達セル時代ニ在テハ豫船舶所有者ニ通知ヲ爲シテ其指圖ヲ仰クヘキヲ通例トス仍テ其指圖ニ從ヒテ選任ヲ爲セハ固ヨリ之ヲ妨ケサルモ若其指圖ヲ受クル暇モナク又ハ獨斷ニテ之ヲ決行シタルトキハ其選任ニ付船舶所有者ニ對シテ責任アルモノト爲シタリ然レトモ其監督ニ付テハ責ヲ負ハス蓋代任ノ船長モ亦獨立シテ船長タル地位ニ就クノミナラス先任ノ船長ハ已ムコトヲ得サル事由ニ因テ其職務ヲ行フコト能ハサルモノナルニ代任船長ノ監督ニ至ル迄其責ヲ負ハサルヘカラストスルハ頗酷ニ失スレハナリ

代任シタル船長ハ其職責毫モ普通ノ船長ト異ナルヘキ理由ナキニ由リ船舶所有者竝ニ第三者ニ對シテ普通ノ船長ト同一ノ權利義務ヲ有スヘキナリ尤船舶所有者ニ對スル給料ノ請求權殊ニ其額ノ如キハ選任契約ニ依リ特約アレハ格別然ラスンハ其地ノ慣習ニ依テ之ヲ定メ相當ノ給料ヲ支給スヘキハ勿論ト

0029

ス（「ボーエンス」四八三條、三一二頁）

船長カ船舶ヲ指揮スルコト能ハサル場合ニ於テ他人ヲ選任セサルトキハ恰船長カ死亡シ又ハ船舶ヲ去リタルトキト同ク運航ニ從事スル海員ハ其職掌ノ順位ニ於テ船長ノ職務ヲ行フモノトス（船員法二五條）而シテ如此シテ船長ノ職務ヲ行フ者モ亦船舶所有者及第三者ニ對シテ船長ト同一ノ權利義務ヲ有スヘキハ勿論ナレトモ此者ハ法律ノ義務トシテ當然ニ其職ニ就クモノニシテ第五六〇條ノ場合ノ如ク敢特別ノ選任行爲ニ因ルモノニ非ス又船舶所有者ヨリ新ナル委任ヲ受ケタルカ爲ニモ非ス故ニ例之一等運轉士カ船長ニ代リテ其職務ヲ行フトキハ當然法律上ヨリ定メラレタル一等運轉士ノ義務トシテ船長ノ職務ヲ行フモノナリ故ニ從來船長カ取得セル給料ヲ一等運轉士カ請求スルコトヲ得ス一等運轉士ノ給料ハ當初ノ雇入契約ノ額ニ從フヘキモノニシテ法律上ノ義務ヲ行ヒタルカ爲ニ特ニ其增額ヲ請求スルコトヲ得ス（「シャップス」一五六條）然レトモ如此問題ハ先當事者ノ意思解釋ノ問題トシテ決スヘキ必要アルカ故ニ會社ノ內規ニ於テ如此場合ニ給料ヲ增額スル規定アルトキハ固ヨリ之ヲ支給スヘク又運轉士雇入契約ニ於テ此等ノ非常勤務ノ場合ヲ豫想シテ何等特別ノ約款アルトキハ之ニ依ルヘク若然ラストスルモ海員社會ノ慣習ニ於テ此等ノ場合ニ增額ヲ支給スルヲ常例トスルトキハ其慣習ニ依ルヘキモノトス要スルニ此等ノ意思解釋ノ材料毫モ存セサル場合ニ於テ始テ前述シタル法律當然ノ結果ニ從フヘキナリ

最後ニ第五六〇條ト民法トノ關係ニ付一言スヘシ民法ニ於テ既ニ復代理ニ關シ第百四條及第百五條ノ規定ヲ置ケルカ故ニ商法ニ於テ特ニ第五六〇條ヲ設クルノ必要ナキカ如シ然レトモ兩者互ニ重複セサル所以ハ民法ノ此等ノ規定ハ全ク法律行爲ノ代理ニノミ關係スト雖船長ノ職務ハ唯リ法律行爲ノ代理ノミナラス雇傭契約ヨリ生スル勞務ニ服スル點多ケレハナリ殊ニ雇傭ニ付テハ民法第六二五條第二項ノ規定アルカ故ニ之ニ對スル特別規定ヲ設クルコトヲ必要トシタルナリ

第二項　船長ト船舶所有者トノ契約關係ノ性質

船長ト船舶所有者トノ關係ヲ說明スル者或ハ之ヲ單ニ雇傭契約關係ノミト說明スル者アリ（「ユンデマン」四卷八九頁）蓋船長ハ一方ニ於テハ船舶運航ノ勞務ニ服スルモノニシテ其間ニ雇傭契約關係ノ存在スルコトハ最明白ナリ殊ニ我法文ハ處處ニ於テ（例之五四四條二項及六八〇條七號等）「雇傭契約ニ因テ生シタル船員ノ權利云云」ト謂フ文字ヲ使用シタルニ徵シテ明ナリ然レトモ船長ト船舶所有者トノ關係ヲ單ニ雇傭契約關係ノミト說明スルトキハ船長カ第五六六條以下三箇條ニ於テ船舶所有者ノ代理人トシテ法律行爲ヲ行フ場合ハ如何ニ之ヲ說明スヘキモノナリヤ雇傭ハ勞務ヲ以テ契約ノ目的トスルノミ（民六二三條）我民法ノ解釋トシテ代理權ノ授與ハ法定代理ト委任代理トノ二種ノ外之ナシト解スルヲ予ハ可ナリト信ス隨テ船長ノ代理關係ニ付テハ之ヲ法定代理人ト看ルカ又ハ委任代理人ト看ルカ此二者ノ中其一ニ居ラサルヘカラス抑法定代理ハ代理權限ヲ委任スル能力ナキ場合若クハ本人ノ意思ニ基カスシテ或位置ヲ得タル者ニ法律上ヨリ代理權限ヲ有セシムル場合ナリ然ルニ船長ハ猶支配人若クハ船舶管理人ノ如ク選任ナル行爲ニ基キテ其地位ヲ得ル者ニシテ當事者ノ意思ニ基カスシテ其地位ヲ得又ハ其權限ヲ得ル者ニ非サルナリ今船舶所有者カ船長ヲ選任スルニ當リテハ唯リ船舶運航ノ勞務ニ服セシムルコトノ意思ヲ有スルノミナラス航海中ニ必要ナル幾多ノ法律行爲ニ從事セシムルノ意思アルヤ最明白ナリ是猶商業主人カ支配人ヲ選任スルニ當リ體格健全ニシテ能ク勞務ニ服スルニ堪フル

ノミナラス性質モ亦誠實ニシテ店務ノ代理ヲ託スルニ足ルカヲ見ルト一般ナリ然ルニ選任行爲ハ唯リ勞務ニ服スルコトヲ依頼スルニ止リ法律行爲ノ代理權限ハ當事者ノ知ラサル間ニ法律ノ力ニ因テ當然與ヘラルルモノト爲サハ當事者タルモノ敢驚駭セサランヤ如此見解ハ是事實ヲ經フルノ甚シキモノニシテ當事者ノ意思ニ背クコト大ナリ當事者ハ選任ノ際ハ勞務並ニ法律行爲ノ代理二者合セテ契約ノ目的トシテ之ヲ眼中ニ置クコトハ當然ナリ然ルニ我民法ノ規定ニ於テハ勞務ヲ目的トスルモノハ之ヲ雇傭契約ト謂ヒ法律行爲ヲ目的トスルモノハ之ヲ委任契約ト謂フ故ニ船長ハ船舶所有者ニ對シテ雇傭ト委任トノ二契約關係ニ立ツモノト謂ハサルコトヲ得ス殊ニ法文カ船長ニ付テハ常ニ選任若クハ解任ト謂ヒ海員ニ付テハ反之常ニ雇入若クハ雇止ト云ヒ又第五六六條第二項及第五六九條ニ於テモ「特ニ委任ヲ受ケタル云云」ノ文字ヲ用ヒタルヲ見テモ明ナリ何トナレハ若第五六六條ニ謂フ所ノ權限カ同ク委任ニ因ルニ非スンハ「特ニ」ナル文字ヲ用フルノ必要ナケレハナリ(「リオン、カン」及「ルノー」三版五卷三四八頁四九六號以下ニハ佛法ノ解釋トシテ船長ハ雇傭ト委任トノ混合的關係ニ立ツト謂ヒ前述スル所ト全ク同說ナリ「シャップス」一四〇頁ハ獨逸法ノ解釋トシテ船長ト船舶所有者トノ關係ハ無償ノ場合ハ委任ニシテ然ラスンハ雇傭ナリト曰ヘリ我法文ノ解釋トシテ此見解ハ採ルヘカラス)

第三項　船長ノ代理權限ノ範圍

船長ハ前述シタル如ク雇傭契約ニ因リ勞務ニ服スルノ外委任契約ニ因リ代理權限ヲ定メラルヘシト雖其權限ノ範圍カ各船長毎ニ異ルニ於テハ之ト取引スル第三者ノ不便ハ謂フニ堪ヘサルノミナラス又船長ハ船舶所有者トノ間ニ在テモ選任契約ノ度毎ニ巨細ノ點マテ詳ク其代理權限ヲ規定スルコトハ煩ニ堪ヘス隨テ後日ノ爭訟ノ種タルカ故ニ之カ權限ノ範圍ヲ豫法律ニ於テ定メ置クコトハ第三者及當事者ノ爲ニ大ニ便益アル所ナリトス是猶支配人若クハ船舶管理人ニ付テ其權限ノ範圍ヲ定メタルト一般ナリ故ニ法律ハ船長ノ代理權限ノ範圍ヲ定メタリ法律カ權限ノ範圍ヲ定ムルコトト權限其モノヲ授與スルコト即所謂法定代理ヲ設定スルコトトハ區別シテ考ヘサルヘカラス我商法ハ代理權ノ範圍ハ之ヲ定メタルモ船長ノ法定代理權ヲ設定セス船長ノ代理ノ範圍ヲ定ムルニ付從來三箇ノ主義行ハル

(一)ハ佛法系ノ主義ニシテ船舶所有者ノ所在ノ地ト否トニ依リ之ヲ區別シ其所在ノ地ニ在テハ船長ハ船舶所有者ノ承諾ナクンハ總テノ行爲ヲ爲スコトヲ得サルモノトス(佛商二三二條、尤佛法ニハ「デミュール」ト謂フ文字ヲ用ヒ其文字ノ解釋ニ付テハ或ハ之ヲ住所ト解シ或ハ所在地ト解シ其他諸說區區タリト雖「リオン、カン」第三版第五卷第一八四號ニハ所在地ト解シ其說最穩當ナルカ如シ)此立法ノ仕方タルヤ船長ト船舶所有者トノ關係ニ於テハ或ハ差支ナカルヘシト雖第三者ニ對スル關係ヨリ言ヘハ大ニ不可ナリ蓋船舶所有者ノ所在ノ地ハ其住所ト異リ常ニ變動シ易ク第三者ハ之ヲ知ルコト頗難シ故ニ法律カ船長ノ權限ノ範圍ヲ定メ之ト取引スル第三者ノ安心ヲ計ラントスル爲ノ立法方法トシテハ此立案ノ仕方ハ不可ナリ

(二)ハ英法ノ採ル所ノ主義ニシテ行爲ノ種類ニ依リ之ヲ區別シ或通常ノ行爲ハ船長ハ船舶所有者ト同所ニ居ルト否トヲ問ハス其承諾ナクシテ之ヲ行フコトヲ得ルモノトシ或重要ナル行爲ハ必其承諾ヲ要スルモノトス然レトモ此主義ハ場合ニ依リ行爲ノ種類ヲ區別スルニ困難ヲ生スルノミナラス重要ナル行爲ニ付テモ亦船舶所有者ノ承諾ヲ得ルコト能ハサル場合之アルヘシ故ニ此主義ハ採ルヘカラス

(三)ハ獨法ノ採ル所ノ主義ニシテ船籍港ニ於ル行爲タルト否トニ依テ區別スル所ノモノ是ナリ蓋船籍港

0031

ハ各船舶ニ付一定シテ容易ニ變更セラレス第三者モ亦能ク之ヲ知ルコトヲ得ヘク殊ニ船舶所有者ハ船籍港ニ於テ多クハ本店又ハ支店ヲ有スヘキニ由リ艦籍港ノ内外ニ依テ其權限ヲ區別スルハ大ニ理由アルモノト謂フヘシ仍テ我商法ハ此主義ヲ採用セリ

左ニ船籍港ノ内外ニ於ル代理權限ヲ分說スヘシ

第一目　船籍港外ニ於ル代理權限

第一　船籍港外ニ於ル代理權限ノ通則　船籍港外ニ於テハ船長ハ航海ノ爲ニ必要ナル一切ノ裁判上又ハ裁判外ノ行爲ヲ爲ス權限ヲ有ス（五六六條一項、獨新商五二七條）蓋船籍港外ニ於テハ船舶所有者ハ其地ニ居ラス又其本店、支店等モナキヲ常トスルカ故ニ航海ノ爲ニ必要ナル一切ノ行爲ヲ船長ヲシテ代理セシムルハ頗至當ノ事ト謂フヘシ今日ニ在テハ郵便、電信等ノ通信組織漸次完備シ來ルカ故ニ船長ハ重要ナル行爲ハ通信ヲ爲シテ船舶所有者ノ指圖ヲ受ケテ之ヲ執行スヘク又船舶所有者ヨリ進テ豫指圖ヲ與ヘテ之ヲ處理セシムヘキカ故ニ事實上ニ於テハ船籍港外ニ於ル船長ノ權限ナルモノハ漸次減縮シ來ルノ傾向アリト雖（法學協會雜誌二一卷八號拙著講演海商法ノ將來參照）法律ノ規定トシテハ今尙船籍港外ニ於テハ航海ノ爲ニ必要ナル一切ノ行爲ヲ爲シ得ルモノトシタルナリ

然レトモ船長ノ權限ハ特定ノ船舶ニ付特定ノ航海ニ從事スルニ因リ定ルモノニシテ彼ノ船舶所有者ノ支配人カ同一所有者ニ屬スル總テノ他ノ船舶ニ付權限ヲ有スルノ比ニ非ス又後ノ船舶管理人カ特定ノ船舶ニ付總テノ航海ニ對スル權限ヲ有スルト其趣ヲ異ニス（「シャップス」一八八頁）故ニ今船籍港外ニ於ル船長ノ權限ノ要件ヲ述ヘンニ

(1)　特定ノ船舶ニ對スル行爲タルコト　船長ハ自己カ指揮スル船舶ニ對スル行爲ニ付權限ヲ有スルモノニシテ他ノ船舶ニ付テノ權限ヲ有スヘカラサルコトハ殆自明ノ理ナリ例之同ク石炭ノ買入ナリト雖蒸汽船ノ爲ニハ航海ヲ爲スニ必要ナル行爲ト謂フコトヲ得ヘキモ帆船ノ爲ニハ必要ナラサルヘク又旅客船ノ爲ニ必要ナル行爲モ荷物船若クハ漁獵船ニハ必要ナラサルヘシ要スルニ特定ノ目的ヲ有スル船舶ニ付テハ之カ爲ニ必要ナル行爲ノ範圍モ亦自ラ制限アルヘシ其制限ヲ超越シタル行爲ハ即其船長ノ權限ニ屬セサルナリ

(2)　特定ノ航海ニ對スル行爲タルコト　船長カ今行ヒツツアル當該航海ノ爲ニ必要ナル行爲ノ意ニシテ當該航海ニ何等ノ關係ナキ行爲ヲ爲ス權限ヲ有セサルコト勿論ナリ例之將來ノ航海ノ爲ニスル行爲ノ如キハ其權限ニ屬セス玆ニ航海トハ全航海タル一企業ヲ指スモノニシテ例之歐洲行ノ船舶ニ付テ之ヲ船籍港横濱ヲ發シテ到達港タル倫敦迄行キ歸航スル迄ノ間ヲ謂フモノナリ故ニ横濱ヲ發シテ香港ニ著シ香港ニハ該船舶所有者ノ支店アリテ一般ノ行爲ハ總テ支店ニ於テ取扱フコトヲ得ヘシト雖全航海ノ爲ニ必要ナル行爲ナルトキハ船長モ亦之ヲ爲スノ權利ヲ有ス要スルニ茲ニ所謂航海トハ寄港地間ノ航海ヲ指稱スルモノニ非スシテ全航海ヲ謂フモノト知ルヘキナリ

(3)　航海ノ爲ニ必要ナル一切ノ裁判上又ハ裁判外ノ行爲タルコト　即(イ)船舶ノ艤裝ニ關スル行爲例之屬具ノ購入(ロ)海員ノ雇入、雇止、水先人ノ使用(ハ)燃料、食料、飲用水等ノ買入(ニ)船舶ノ修繕、救援、救助ノ契約(ホ)其他航海成就ノ爲ニスル許多ノ私法上ノ行爲例之和解、債務ノ承認、辨濟等竝ニ公法上ノ行爲例之官廳ヘノ幾多ノ上申ノ如キ是ナリ運送契約ノ締結ニ付テハ獨法第五二七條第二項ニハ明文ノ存スルアリテ船長ノ權限内ニ屬スルコト明瞭ナリ我法文ニハ明言セスト雖是亦航海ノ爲ニ必要

0032

ナルトキ例之積荷ノ不足ヲ補フ場合ノ如キハ固ヨリ其權限内ナリト謂フヘシ船舶所有者カ締結シタル運送契約ヲ變更シ又ハ解除スルニ付テモ亦同シ訴訟行爲ニ付テハ獨法同條ハ通常原告タル場合ニ限レリ我法文ハ何等ノ區別ナキカ故ニ原告タル場合ハ勿論又被告タル場合モ亦包含スルモノト謂ハサルヘカラス而シテ是民事訴訟法第六三條ニ對スル例外ヲ爲スモノナリ船舶、運送賃、共同海損、損害賠償請求權等ヲ保險ニ付スルコトハ特別ノ出捐ヲ爲シテ特ニ損害ヲ免レンコトヲ希圖スル行爲ニシテ航海ノ爲ニ必要ナル行爲トハ言ヒ難シ故ニ保險契約ノ締結權ハ其權限内ニ在ラスト謂フヘキナリ(「ポーエンス」一卷三七六頁「マコーウエル」一二版五二七條四三頁)

第二　船籍港外ニ於ル代理權限ノ通則ニ對スル制限即船籍港外ニ於ル代理權限ノ特則

(1)　信用契約　第五六六條第一項(獨新五二八條)ニ規定セリ

本條ハ即第五六六條第一項ニ掲ケタル船籍港外ニ於ル代理權限ノ通則ニ對スル制限ナリトス即船長カ本條第一號乃至第三號ニ掲ケタル行爲ヲ爲スニ付テハ本條ニ掲ケタル制限ニ從ハサルヘカラス制限トハ何ソ航海ヲ繼續スルニ必要ナル費用ヲ支辨スル爲タルコト是ナリ換言スレハ茲ニ列擧セル第一號乃至第三號ノ行爲概言スレハ信用契約ヲ締結スルニ付テハ單ニ第五六六條第一項ニ所謂「航海ノ爲メニ必要ナル」ト云フ條件タケニテハ不可ナリ必航海ヲ繼續スル爲ニ必要ナル場合ナラサルヘカラス要スルニ本條ノ適用範圍ニ付テハ本文中ニ船籍港外ニ於ル云云ノ文字ナシト雖其船籍港外ニ於ル權限ニ關スルコトハ本文中ニ「航海ヲ繼續スル云云」ノ文字アルコトト第五六六條第一項ニ於テ廣キ範圍ノ權限ヲ與ヘタルカ故ニ却テ之ニ對スル制限ヲ設クル必要ヲ生シタルニ鑑ミテ明白ナリ

航海ヲ繼續スル爲ニ必要ナル費用トハ本條ニ例示シタル船舶ノ修繕、救援又ハ救助ノ費用ハ勿論船舶カ差押ニ遭ハントスルニ當リ其債務ノ辨濟ニ充ツル費用ノ如キ是ナリ救援、救助ナル文字ハ本條ノ外ニ第五九九條、第六〇六條、第六八〇條等ニ用ヒタレトモ何レモ救援ト救助トハ之ヲ同列ニ取扱ヒタルカ故ニ二者ヲ區別スル實用殆之ナキカ如シ獨逸法第七四〇條以下ニハ二者ニ關スル詳細ナル規定ヲ設ケ其效力ノ上ニ差異アリ我法文ハ二者效力ノ差別ヲ設ケサルモ其意義ニ至テハ獨逸法ニ用ヒタルト同一ナルモノト謂ハサルヘカラス即救援トハ獨語ノ「ヒュルフスライスツング」ニ該當シ海難ニ際シ船舶又ハ積荷カ未船長以下ノ乘組員ノ手ヲ離レス乘組員ニ依テ其危難ヲ免レシメント盡力シツツアル間ニ第三者來リテ之ニ應援シ其危難ヨリ救ヒタル場合ヲ謂フ船員法第二一條ニ使用シタル救助ノ文字ハ其一例ナリ又救助トハ獨語ノ「ベルグング」ニ該當シ船舶若クハ積荷ノ全部又ハ一部カ既ニ船長以下ノ乘組員ノ手ヲ離レ既ニ其支配ノ範圍ニ在ルニ當リ第三者ノ之ヲ救ヒ安全ノ地位ニ致シタル場合ヲ謂フ商法第六四九條ニ使用シタル救助ノ文字ハ其一例ナリ

予カ信用契約ト概括シテ茲ニ名ケタル所以ハ本條第一號乃至第三號ノ行爲タルヤ其債務關係何レモ直ニ履行シ了ラレスシテ後日ニ船舶所有者ト相手方トノ間ニ其債務關係ヲ持續スルカ故ナリ今各號ヲ順次左ニ說明スヘシ

一　船舶ヲ抵當ト爲ストキハ其抵當權ハ航海ノ終リタル後繼續シテ其船舶ノ上ニ存在シ累ヲ船舶所有者ニ來スモノナリ若船舶所有者其債權ヲ辨濟シ能ハサルトキハ該船舶ハ競賣ノ厄ヲ被ルニ至ル故ニ累ヲ後日ニ殘シ重大ナル結果ヲ生スル虞アルカ故ニ本號ノ行爲ハ之ヲ航海繼續ニ必要ナル費用支辨ト云フカ如キ條件ノ下ニ始テ之ヲ爲シ得ルモノトシタルナリ

二　借財ヲ爲スコトモ亦同一ニシテ信用ニ依テ船長カ金錢其他之ニ準スル物ノ消費借ヲ爲シ後日ニ累

0033

ヲ殘スカ故ナリ

三　積荷ノ全部又ハ一部ヲ賣却又ハ質入スルコトニ付テハ賣却ト質入トニ付其理由ヲ區別シテ考ヘサルヘカラス積荷質入ハ猶船舶ノ抵當ト同視スヘキモノニシテ元來船舶ニ付テハ質入ノ制ナキカ故ニ單ニ抵當ノミヲ掲ケ(六八六條、六八八條)積荷ニ付テハ質入ト謂ヒタルナリ而シテ二者共ニ擔保ヲ供シテ債務ヲ負擔スルモノニシテ累ヲ後日ニ殘ス點ニ於テハ同一ナリ故ニ茲ニ之ヲ加ヘタルナリ唯積荷ノ賣却ニ至テハ即時履行ヲ豫想スルモノナルモ是後ニ述フルカ如ク他人ノ物品ヲ賣却スルモノニシテ事體重大ナルカ故ニ是亦茲ニ加ヘタルナリ

茲ニ所謂積荷ノ賣却又ハ質入ヲ爲ス權限ハ畢竟船長カ船舶所有者ノ代理人トシテ船舶所有者ノ爲ニ爲シタル行爲ナリ積荷所有者ノ爲ニ爲シタル行爲ニ非サルナリ故ニ積荷ノ賣却又ハ質入ヨリ生シタル權利義務ハ船舶所有者ニ歸スヘキモノトス換言スレハ航海繼續ニ必要ナル費用支辨ノ爲ニ已ムコトヲ得スシテ他人所屬ノ積荷ヲ賣却又ハ質入スルニ至リタルモノナリ故ニ船長カ積荷ヲ賣却シ又ハ質入シタルトキハ積荷ノ所有者ニ對シテ船舶所有者ハ之カ賠償ヲ爲スノ責任アルモノトス仍テ本條第二項ニ於テ其損害賠償額ノ算定ニ付テ規定シタリ

積荷ハ途中ニ於テ賣却又ハ質入シ實際ニ於テ陸揚港ニ到達スルコト能ハサリシト雖元來積荷發送ノ目的タルヤ荷物ヲ陸揚港ニ送付シ之ヲ賣却其他ノ方法ニ依テ處分スル考ナリシコト明白ナルカ故ニ積荷ノ價格ハ積荷ノ到達スヘカリシ時ニ於ル陸揚港ノ價格ニ依テ定ムルハ固ヨリ至當ノ事タリ蓋多クノ場合ニ於テ航海繼續ノ爲メ已ムコトヲ得スシテ積荷ヲ賣却スル場合ノ如キハ其價格非常ニ低廉ニシテ實際ノ賣却價格ハ陸揚港ニ於ル價格ヨリモ非常ニ安キモノナルヘシ故ニ實際ノ賣却價格ノミノ賠償ヲ受クルトキハ積荷所有者ハ非常ニ損害ヲ被ルヘシ仍テ其損害ノ賠償ハ陸揚港ニ於ル價格ニ依テ之ヲ定ムルモノトシタルナリ

然ルニ極テ稀有ノ場合ナルヘシト雖積荷ヲ實際ニ賣却シタル時ヨリモ陸揚港ニ於テハ其後該荷物ノ價格下落シテ途中ニ於ル賣却價格ノ方陸揚港ニ於ル價格ヨリモ却テ高カリシコト之アルヘシ此場合ニ於テハ積荷所有者ハ途中ニ於ル實際ノ賣却價格ヲ請求スルコトヲ得ルカ將陸揚港ニ於ル安キ價格ヲ請求シ得ルニ止ルカ如何蓋此場合ニ於テハ實際ノ賣却價格ヲ請求シ得ルモノト答ヘサルヘカラス元來本條ニ依テ積荷ヲ途中ニテ賣却スル場合ニ於ル積荷所有者ノ請求權タルヤ民法第七〇三條ニ所謂不當利得ノ請求權ナリ故ニ本條第二項ノ規定ヲ俟タスシテ船舶所有者ハ不當利得ノ訴ニ依リ途中ニ於ル積荷賣却價格ノ全部ヲ返還セサルヘカラサルノ義務アリ若積荷所有者カ實際ノ賣却價格ノ全部ノ返還ヲ受ケタルトキハ當初豫期シタル陸揚港ニ於ル價格ヨリモ高キ額ノ賠償ヲ受クルモノニシテ積荷所有者ヨリ言ヘハ却テ利益アリタルモノニシテ最早損害賠償トシテ請求スヘキ餘地ヲ見サルナリ故ニ此場合ニハ事實上第二項ノ適用ノ餘地ナキコトニ歸著スルナリ要之船長カ本條ニ依リ積荷ヲ賣却シタルトキハ其損害利益返還ノ義務ハ不當利得ノ原則ニ依リ當然發生スルモノニシテ尚其上ニ損害アリタルトキハ其賠償ノ額ハ本條第二項ニ依テ之ヲ定ムルカ故ニ實際ノ賣却價格カ陸揚港ニ於價格ヨリモ安キトキハ其不足額ヲ尚積荷所有者ニ賠償スルコトヲ要シ反之若實際ノ賣却價格カ陸揚港ニ於ル價格ヨリモ高キトキハ實際ノ賣却價格ヲ積荷所有者ニ返還スヘキニ由リ最早損害賠償トシテ此上ニ積荷所有者ニ給付スル餘地ナキモノト知ルヘキナリ人或ハ實際賣却價格カ陸揚港ニ於ル價格ヨリ高カリシトキモ亦船舶所有者ハ本條第二項ニ依テ積荷所有者ニ賠償スヘキカ故ニ其超過額ハ船舶所有者ノ利得ニ歸スト主張

0034

スル者アラン然レトモ此說ハ賠償ノ根據タル原因ト算定方法トヲ混淆シタル謬說ナリ本條第二項タルヤ單ニ損害賠償ノ算定方法ヲ規定シタルノミ損害賠償ノ根據タル原因ハ不當利得ノ原則ニ在リ故ニ船舶所有者カ他人ノ物ヲ賣却シテ利益ヲ得タルトキハ其利益ノ全部ヲ返還スヘキ義務ヲ生シ若其價格カ陸揚港ニ於ル價格ヨリモ高カリシトキハ事實上第二項ノ適用ナキニ止リ右ニ所謂超過額ハ船舶所有者ノ私ノ利得ニ歸スヘキモノニ非サルナリ

船長ハ積荷ノ利害關係人トノ關係上航海中利害關係人ノ利益ニ最適スヘキ方法ニ依テ積荷ノ處分ヲ爲ス義務アリ(五六五條一項)此事ハ後ニ第四節ニ於テ詳述スヘシト雖此場合ニ於テハ船長ハ積荷ノ利害關係人ノ法定代理人トシテ積荷ヲ處分スルモノナリ故ニ此權限ニ依リ船長カ積荷ヲ賣却又ハ質入スルハ積荷ノ利害關係人ノ利益ノ爲ニ爲スモノニシテ第五六八條ニ所謂船舶所有者ノ利益ノ爲ニ其代理人トシテ行フ場合トハ大ニ其趣ヲ異ニス故ニ第五六八條第一項ニ所謂「航海ヲ繼續スルニ必要ナル費用支辨ノ爲メ」ト云フカ如キ條件ヲ具フルコトヲ要セス是第五六八條第一項第三號ニ但書ヲ附シテ第五六五條第一項ノ場合ハ此限ニ在ラスト曰ヒタル所以ナリ

若夫船長カ第五六八條第一項第三號ニ依ル權限トシテ爲シタル行爲カ同時ニ第五六五條第一項ニ所謂船長ノ義務トシテ積荷所有者ノ爲ニスル行爲タリシトキハ積荷ノ賣却價格ハ當然積荷損害賠償ノ問題ヲ生セサルナリ

第五六八條ノ說明ヲ終ルニ臨ミ同條第二項ニ但書ヲ附シ「其價格中ヨリ支拂フコトヲ要セサリシ費用ヲ控除スルコトヲ要ス」ト曰ヘル理由ヲ說明スヘシ元來積荷ノ陸揚港ニ於ル價格ナルモノハ通常ハ其原價、運送賃、船積及陸揚費用、關稅、普通ノ利益歩合等ヨリ合成スルモノナリ然ルニ今航海ノ途中ニ於テ積荷ヲ賣却又ハ質入スルトキハ其後ノ運送賃、關稅、陸揚費用等ハ積荷所有者ニ於テ最早支拂フコトヲ要セサルモノナリ然ルニモ拘ラス其合算セルモノヨリ成レル價額ノ全部ヲ賠償スルトキハ過分ノ賠償ヲ爲スモノト謂フヘキナリ仍テ「支拂フコトヲ要セサリシ費用ヲ控除スルコトヲ要ス」ト規定シタルナリ

次ニ序ヲ以テ同ク積荷ノ處分ニ關スル第五七二條(獨新第五三八條)ヲ說明スヘシ

本條ハ第五六八條ノ如ク法律行爲ノ代理權限ヲ定メタルニ非ス唯航海ヲ繼續スル爲メ必要ナルトキニ當リ事實上積荷ヲ航海ノ用ニ供シ得ルコトヲ定メタルモノナリ例之航海ヲ繼續スル爲ニ石炭ノ需アルニ當リ目下石炭ヲ買入ルルノ途ナキニ因リ積荷中ノ石炭ヲ直ニ航海ノ用ニ供シタルトキノ如キ又船員若クハ旅客ノ食料ニ不足ヲ生シタルニ當リ他ニ之ヲ求ムル手段ナキニ因リ積荷中ニ食料アリタルカ故ニ直ニ之ヲ使用シタルカ如キ場合是ナリ是亦航海繼續ノ必要ニ出テタルモノニシテ船舶所有者ノ航海事業ノ利益ノ爲ニ使用セシモノナリ故ニ此場合モ亦船舶所有者ハ積荷所有者ニシテ賠償ヲ爲ス義務アルハ固ヨリ言ヲ俟タス而シテ其賠償額算定ノ方法ニ付テハ第五六八條第一項第三號ニ依リ船長カ法律行爲トシテ積荷ヲ賣却又ハ質入シタル場合ニ於テ積荷ノ所有者ニ損害ヲ及シタル場合ト其權利狀態ヲ全ク同一ニスルカ故ニ第五六八條第二項ヲ此場合ニ準用セルナリ

(2) 船舶ノ競賣、船長ハ航海ヲ繼續シテ之ヲ成就セシムル義務アルモ或場合ニハ遂ニ航海ヲ繼續スルコト能ハス寧船舶ヲ賣却スルコト船舶所有者ノ爲ニ利益ナルコトアリ故ニ如此場合ニハ船長ニ船舶ヲ賣却スルコトヲ得ル權限ヲ與ヘタリ第五七〇條ニ規定セリ

之ニ依レハ船長カ船舶ヲ賣却スルコトヲ得ルニハ一ニハ船籍港外ニ限ル、是船籍港內ニ於テハ船舶所

0035

有者自ラ之ヲ處理スヘク船長ニ特ニ之ヲ委任スルノ必要ナケレハナリ。二ニハ船舶カ修繕スルコト能ハサルニ至リタルコトヲ要ス是事實問題ニシテ其體樣種種アルヘキモ法律上船舶カ修繕スルコト能ハサルニ至リタルモノト看做シタル場合アリ即第五七一條ノ規定是ナリ後ニ說明スヘシ。三ニハ管海官廳ノ認可ヲ得ルコトヲ要ス、是船舶ノ賣却ハ最重要ナル事項ナルカ故ニ船長一己ノ判斷ヲ以テ賣却スルヲ可ナリト爲スモ或ハ故意又ハ過失ニ因リ誤リタル判斷ヲ爲スコトナキニ非ス仍テ特ニ其認可ヲ得ルモノトシ以テ船舶所有者ノ利益ヲ保護シタリ管海官廳ノ事務ハ明治三十二年六月勅令第二六三號第一條ニ依リ海事局之ヲ掌ル又船員法第七九條ノ規定ニ所謂市町村長、戶長及之ニ準スル者ヲシテ管海官廳ノ事務ヲ行ハシムル場合ニ付テハ明治三十二年六月十二日遞信省令第二六號及爾後ノ省令ヲ以テ之ヲ指定シタリ。四ニハ賣却ハ競賣ノ方法ニ依ルコトヲ要ス是任意賣却セハ船長ハ相手方ト通謀シテ私利ヲ計ルコトナキヲ保セス然ルニ競賣ハ斯ル惡手段ヲ防キ最公平ナル方法ナルニ由ル

第五七〇條ノ船舶ノ競賣權ト牽連シテ法律上船舶カ修繕スルコト能ハサルニ至リタルモノト看做ス場合ヲ規定セリ第五七一條(獨新四七九條)是ナリ

本條ハ即法律上船舶カ修繕スルコト能ハサルニ至リタルモノト看做ス場合ヲ列擧シタルモノナリ抑船舶カ修繕スルコト能ハサルニ至ルハ或ハ絕對的修繕不能ト爲ルコトアリ或ハ關係的修繕不能ト爲ルコトアリ絕對的不能トハ船舶ノ破碎ノ程度非常ニシテ之ヲ新造スルニ非スンハ到底航海能力アル船舶ト爲スコト能ハサル場合ヲ謂フ尤新造ノ際舊材料ヲ使用スルコトアルハ豫想シ得ヘキ所ナリ而シテ本條ハ關係的修繕不能ノ場合ヲ見タルモノナリ關係的不能ノ場合トハ絕對的ニ修繕スルコト能ハサルニ非サルモ該船舶現在地特別ノ關係上修繕スルコト能ハス又ハ經濟上ノ關係ニ於テ之ヲ修繕スルニハ非常ニ費用ヲ要シ寧賣却スルヲ勝レリトスルカ如キ場合ヲ謂フ今本條ノ各號ヲ說明センニ

第一號ニ於テハ(イ)現在地ニ於テ修繕ヲ受クルコト能ハサルコトト(ロ)其修繕ヲ爲スヘキ地ニ到ルコト能ハサルコトノ二條件ヲ兼ネ具フルコトヲ要ス(イ)現在地ニテ修繕ヲ受クルコト能ハストハ例之其地ニ於テ船渠、修繕材料造船技師、職工等ナキカ爲ニ修繕ヲ受クルコト能ハサル場合ヲ謂フ(ロ)其修繕ヲ爲スヘキ地ニ到ルコト能ハサルトキトハ例之船體カ既ニ大破損ヲ爲シタルカ爲ニ自力ニテ船渠所在地迄航行スルコト能ハサル場合又ハ曳船ヲ雇入レントスルモ目下其地ニ曳船ノ雇入ニ應スルモノナク到底空シク其地ニ留マルコトヲ要スル場合又ハ曳船ヲ雇入レントスルモ曳船料ニ支拂フヘキ金錢ナク且何人モ信用ヲ與ヘテ之ヲ貸與シ呉ルル者ノナキ場合等ヲ謂フ但曳船料等ニ巨額ノ費用ヲ要シ收支償ハサル故ニ寧賣却セント云フ場合ノ如キハ本號ノ中ニ入ラス第二號ノ中ニ入ルナリ要スルニ第一號ノ場合ハ該船舶現在地ノ特別ノ關係ヨリ關係的ニ修繕不能ニ立至リタルモノナリ(「ボーエンス」一卷一五一頁「シャップス」六六頁)

第二號ハ第一號ノ場合ノ如ク船舶現在地ノ關係上修繕ヲ爲シ能ハスト謂フニ非ス唯經濟上ノ關係ニ於テ寧修繕セサルヲ可トスル場合ナリ即修繕費カ船舶ノ價額ノ四分ノ三ヲ超ユルトキ是ナリ修繕費トハ修繕ニ關スル直接、間接ノ費用ヲ總稱ス例之船渠所在地迄ノ曳船料ノ如キモ亦之ヲ合算スルナリ而シテ此場合ニ船舶ノ價額ハ何レノ時ノ價額ニ依ルカト謂フニ修繕ハ毀損前ノ狀態ニ復セシムルヲ目的トスルモノナルカ故ニ毀損前ニ有セシ價額ニ依ルヲ至當トス然レトモ船舶カ航海中毀損シタル場合ニ於テハ毀損前ノ價額ナルモノハ容易ニ算定シ難シ故ニ算定ノ便宜ヲ計リ寧發航ノ時ニ於ル價額トシ其他ノ場合ハ理論ヲ貫キ毀損前ニ有セシ價額トセシナリ而シテ法文ハ價額標準ノ時ニ付ナハ之ヲ明言スト

0036

雖場所ニ付テハ毫モ之ヲ言ハス然レトモ通常ハ發航ノ地又ハ毀損地ノ價額ヲ標準ニ取ルモノト知ルヘキナリ

右ニ說明シタル第一號及第二號ノ場合ハ法律カ視テ以テ修繕不能ト看做シタル場合ナルモ此外ニモ絕對的不能ノ場合ハ勿論關係的ニ修繕不能ト看ルヘキ場合之アルヘシ然レトモ此以外ハ總テ事實問題ニ一任スルナリ蓋法律ハ悉之ヲ事實問題ニ放任スルハ後日ノ紛爭ヲ釀スノ基タルヲ知リ著キ場合ニ付修繕不能ト看做スヘキ場合ヲ列擧シタルナリ

而シテ船舶カ修繕スルコト能ハサルニ至リタルヤ否ヤノ問題ハ唯リ今說明シタル船長ノ船舶競賣ノ權限ニ關シテノミナラス此他海員雇入契約ノ終了ニ關シ(五八七條)運送契約ノ終了ニ關シ(六一三條、六三七條)保險ノ目的ノ委付ニ關シ(六七一條)必要ナリトス

第二目　船籍港内ニ於ル代理權限

船籍港内ニ於テハ船舶ニ關スル事項ハ船舶所有者彼自ラ之ヲ處理スルヲ常トス或ハ彼自ラ手ヲ下サストスルモ多クハ其地ニ本店又ハ支店ノ設アリテ船舶ニ關スル常務ヲ掌ルヘキモノトス故ニ船長ニ廣キ權限ヲ委スルノ必要ナシ仍テ船長ハ特ニ委任ヲ受ケタル場合ヲ除ク外海員ノ雇入及雇止ノミヲ爲ス權限ヲ有ス(五六六條二項)蓋海員ハ船長ノ指揮、監督ノ下ニ立チ船員法(一三條)船長ハ其監督ニ付直接ニ第三者ニ對シテ責任ヲ負フモノナリ(五五九條)故ニ海員ノ品行及技能ノ適否ニ付テハ船長ヲシテ之カ選擇ヲ爲サシメテ可ナリ仍テ雇入及雇止ノミハ船籍港内ニ於テモ船長ノ權限内ニ屬セシメタリ然レトモ船長ハ常ニ船舶所有者ノ指圖ニ從フ義務アルカ故ニ船長カ一旦雇入レタル海員モ船舶所有者ノ意ニ適セサルトキハ船長ニ特ニ指圖ヲ與ヘテ之ヲ雇止メシムルコトヲ得要スルニ船長ニ雇入及雇止ノ權限アリト雖之ニ關シテ船舶所有者ト其意見ヲ異ニシタルトキハ船長ハ常ニ船舶所有者ノ意見ニ從ハサルヘカラサルナリ

以上ハ船籍港ノ内外ニ於ル船長ノ代理權限ノ範圍ノ說明ナリ此代理權限ノ範圍タルヤ船長ト船舶所有者トノ間ニ在テハ特約ニ依テ之ヲ制限シ又ハ擴張スルコトヲ得ルハ勿論ナリトス法律ノ規定ハ畢竟特約ナキ場合ニ於テノミ其適用アルニ過キサルモノトス故ニ船長ト船舶所有者トノ間ニ在テハ其制限ナレ又ハ擴張サレタル權限ノ範圍ニ於テ互ニ拘束ヲ受クルモノトス然ルニ船舶所有者ト第三者トノ關係ニ於テハ船長ノ權限ノ擴張セラレタル場合ハ船舶所有者其擴張セラレタル範圍ニ於テ當然其責任ヲ負フカ故ニ毫モ弊害ヲ生スルコトナシト雖其權限ヲ制限シタル場合ニ在テハ代理權ナクシテ爲シタル行爲ナルカ故ニ理論上ハ船舶所有者責任ヲ負フノ必要ナキカ如シト雖如此權限ノ制限アルコトヲ知ラシテ之ト取引シタル第三者ノ利益ヲ害スルコト大ナリ蓋法律カ一旦代理權限ノ範圍ヲ定メタル以上ハ其代理權ノ制限ハ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得スト爲ササルヘカラス然ラスンハ之ト取引スル第三者ハ一一其代理權限ノ範圍ヲ取調ヘテ取引ヲ爲ササルヘカラサルニ至ル仍テ支配人ニ關スル第三〇條第三項、船舶管理人ニ關スル第五五三條第二項ト均ク船長ニ付テモ亦第五六七條ノ規定ヲ設ケ船長ノ代理權限ニ加ヘタル制限ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得スト爲シタル所以ナリ尤第三者ノ善意ナリシヤ將惡意ナリシヤヲ問フノ時機ハ第三者ノ取引ヲ爲シタル當時ニ關係スルモノニシテ爾後ノ善意、惡意ハ問ハサルモノトス

0037

第四項　船長ト船舶所有者トノ內部關係

前ニ說明シタル船長ノ代理權限ノ範圍ノ問題ハ船長ヲ介シテ爲シタル行爲ニ對スル船舶所有者ノ外部ノ關係ナリ而シテ茲ニ說明セントスルハ船長ト船舶所有者トノ內部ノ關係ナリ然ルニ其內部ノ契約關係ノ性質タルヤ既ニ述ヘタルカ如ク雇傭及委任ノ關係ナリ故ニ特約又ハ特別ノ規定ナクンハ民法ノ雇傭竝ニ委任ノ規定ニ依テ支配セラルヘシ仍テ今商法ニ特別規定ノ存スル點ノミニ付テ之ヲ說明スヘシ

一　船長ニ對スル委付權

第五六九條(獨新五三二條)ニ規定ス船長ハ既ニ述ヘタル如ク一般ニ航海ヲ成就スル義務アリ(五六四條)隨テ航海ノ爲ニ要スル費用ニ付テハ或ハ其代理權限ヲ利用シ第三者ト取引ヲ爲シテ之ヲ支辨スルコトヲ得ヘク或ハ自己ヲ受任者トシテ航海ノ爲ニ費用ヲ取替ヘ或ハ債務ヲ負擔シテ以テ之ヲ支辨スルコトアルヘシ然ルニ自己費用ヲ取換ヘ又ハ債務ヲ負擔シタル場合ニ船舶所有者ニ對シテ其賠償ヲ請求シ得ルコト勿論ナリトス(民六五〇條)然ルニ其費用ノ取替又ハ債務ノ負擔ニ付テ船舶所有者ヨリ特別ノ委任ヲ受ケテ之ヲ爲シタル場合ハ恰船舶所有者自己ヲ船長ヲ通シテ費用ヲ支辨シ又ハ自身ニ債務ヲ負擔シタルト同一ナルカ故ニ船舶所有者ハ船長ニ對シテ無限責任ヲ負擔スルハ當然ナリトス然レトモ船舶所有者ノ特別ノ委任ナクシテ船長自己費用ヲ取替ヘ又ハ債務ヲ負擔シタルトキハ船長カ恰其法定ノ代理權限內ニ於テ第三者ト取引ヲ爲シ船舶所有者カ第三者ニ對シテ責任ヲ負フ場合ト全ク權利狀態ヲ同ウス故ニ船舶所有者ハ第三者ニ對スルト均ク第五四四條ニ所謂海產ヲ船長ニ委付シテ其責任ヲ免ルルコトヲ得ルモノト爲シタルナリ尙第五四四條ニ於テモ法定ノ代理權限ト謂ヒ特別ノ委任ニ基ク船長ノ法ハ反射タリ箇人カ權利ヲ取得スルハ國家カ公共ノ利益ヲ達スルト同時ニ直接ニ箇人ノ利益ヲ認メ公共ノ利益ト箇人ノ利益トカ相合致スルコトヲ認ムル場合ノミニシテ此場合ニ於テノミ箇人ハ國家ニ對シテ其作爲ヲ要求スルノ權利ヲ取得スルモノナリ

權利ト法ノ反射トハ殊ニ此種ノ權利ニ付テ嚴ニ之ヲ區別スルコトヲ要ス一見恰權利ノ如ク見ユルモノニシテ其實ハ唯一般ノ利益ノ爲ニスル制度ノ反射ニ過キサルモノ甚多シ例之所謂告訴權又ハ告發權ノ如キハ權利ニハ非ス唯檢事カ其職權ニ依テ犯罪ヲ搜査スルヲ要スル刑事訴訟法上ノ規定ノ反射タルニ外ナラス箇人ノ告訴、告發ハ唯職權上ノ搜査ノ原因タルニ止リ權利ヲ行使スルモノニ非ス刑罰及刑事訴訟ノ手續ハ常ニ專公共ノ利益ノ爲ニノミ存スルモノニシテ如何ナル場合ニ於テモ箇人ハ之ヲ要求スルノ權利ヲ有スルコトナシ公用物又ハ營造物ノ使用權モ亦通常ハ權利ニ非ス例之箇人ハ道路ノ上ニ通行ヲ爲スノ權利ヲ有スルニ非スシテ唯國家カ其通行ノ自由ヲ妨ケサルノ義務ヲ負フノミ即第一種ノ自由權ニ屬スルモノニシテ第二種ノ權利ニ屬スルモノニハ非ス

國家ノ作爲ニ對スル權利ノ最重ナルモノハ訴權即自己ノ利益ノ爲ニ裁判ヲ要求スルノ權利ニシテ私權ノ保護ハ之ニ依テ始テ全キヲ得憲法第二四條モ亦臣民ノ裁判ヲ受クルノ權利ヲ奪ハルルコトナキヲ保障セリ管ニ司法裁判ニ對スル權利ノミナラス又行政作用ニ對シテ箇人ノ利益ノ爲ニ之ヲ要求スルノ種種ノ權利ヲ認メタリ然レトモ此等種種ノ權利ヲ列擧スルハ亦本論ニ於テ論スヘキ問題ナリ

第三款　參政權

○參政權トハ國民自ラ國家ノ機關タル地位ヲ占メ國家ノ爲ニ行動スルノ權利ヲ謂フモノナリ國家ハ無形

人ナルカ故ニ國家ノ意思ハ自然人ノ意思ナラサルヘカラス國家カ其活動能力ヲ得ルカ爲ニハ自然人ヲシテ國家ノ機關タラシメ此自然人ノ意思ヲ以テ國家ノ意思タラシメサルヘカラス箇人カ國家ノ機關タル場合ニ於テハ箇人ハ所謂參政權ヲ得ルモノナリ

參政權ノ重ナルモノハ君主國ニ於テハ君主カ其地位ニ對スル權利、攝政ノ權利、立法府ノ議員ヲ選擧スルノ權利、被選人ノ權利、官吏ノ地位ニ對スル權利ノ如キ是ナリ

參政權ハ近世ノ國家ニ於ル國民ノ公權ノ最重要ナルモノナリ近世ノ國家觀念ハ參政權ヲ認メサレハ之ヲ思考スルコトヲ得ス少クトモ國家內ノ一人即君主カ參政權ヲ有スルニ非サレハ國家ノ觀念ハ破壞セラルヘシ國家ノ觀念ハ國家ノ意思カ國家ノ內部ヨリ發生スルモノナルコトヲ必要トス「ギイルケ」ノ語ヲ籍リテ謂ヘハ意思ノ內發(Immanenz)ハ今日ノ國家ニ缺クヘカラサル要素ナリ國家ニシテ若國家以外ノ他ノ者ヨリシテ支配セラルルモノナルトキハ今日ノ意義ニ於ル國家ニ非ス故ニ例之屬國ノ如キハ國家ニ非ス

箇人ノ參政權ト國家ノ機關トシテノ行動トハ之ヲ區別スルコトヲ要ス官吏ハ官吏タルノ地位ニ對スル權利ヲ有スト雖官吏カ國家ノ機關トシテ行フ所ハ官吏其人ノ權利タルモノニ非ス國家ノ機關タル地位ト其地位ヲ充ス所ノ箇人トハ明ニ區別スルコトヲ要ス箇人ハ唯其地位ニ對シテ權利ヲ有スルニ止ルモノニシテ機關トシテ行フ所ハ其權限ニシテ其權利ニ非ス故ニ例之統治權ハ君主ノ權利ニ非スシテ國家ノ權利ナリ此理論ハ機關トシテノ行動カ繼續的ノ作用ナルト一回ノ行爲ニ由テ終了スルトニ依テ異ルコトナシ故ニ選擧權モ亦選擧ヲ行フノ權利ニ非スシテ選擧行爲其モノハ選擧人カ國家ノ機關トシテ行フ所ノ權限ニ外ナラス選擧人カ選擧ヲ行フ當時ニ於テハ國家ノ一ノ機關タル資格ヲ得ルモノニシテ選擧ニシテ終レハ選擧人ハ直ニ又一私人ノ地位ニ復歸スルモノナリ故ニ選擧權ノ內容ハ普通學者ノ說明スルカ如ク選擧ヲ行フコトニ在ラスシテ選與人タルノ地位ヲ承認セラルルコトヲ國家ニ要求スルノ權利タルナリ

第三節　公權ノ發生及消滅

第一　公權ノ發生　公權ハ或ハ直接ニ法規ニ基キテ發生シ或ハ特別ノ行政行爲ニ因テ發生ス直接ニ法規ニ依テ發生スル場合ハ法規カ或事實ノ成就ニ依テ當然公權ノ發生スヘキコトヲ規定スル場合ナリ斯ル場合ニハ其事實ノ到來スルトキハ公權ハ當然成立ス例之前ノ君主ノ崩御ニ因テ皇位繼承ノ權利ヲ生シ、一定ノ年齡ノ到來、一定ノ財產權ノ取得ニ依テ選擧權ヲ得ルカ如キ是ナリ特別ノ行政行爲ニ依テ公權ヲ發生スルハ各種ノ許可、特許、授權等其形式其種種ニシテ一一列擧スルコトヲ得ス

第二、公權ノ消滅　公權ハ左ノ諸種ノ原因ニ因テ消滅ス

一　法規　公權ハ直接ニ法規ニ依テ消滅スルコトアリ例之選擧法ノ改正ニ依リ從來ノ選擧權者カ其選擧權ヲ失フ場合ノ如シ法規ヲ以テ公權ヲ消滅セシムル場合ニ付テ起ル問題ハ所謂既得權ノ思想ナリ既得權トハ箇人カ正權原ニ依テ正當ニ取得シタル權利範圍ハ國家ハ法規ヲ以テモ之ヲ剝奪スルコトナキノ思想ヲ謂フナリ既得權ハ嚴正ノ意味ニ於テハ權利ニアラス箇人ハ如何ナル場合ニ於テモ法律ノ前ニ自己ノ既得權ヲ主張スルコトヲ得ス法規ハ如何ナル權利ト雖之ヲ剝奪スルヲ得サルモノナシ然レトモ箇人ノ既得ノ權利ヲ剝奪スルハ唯公益上必要已ムヲ得サル場合ニ限ルヘシトノ思想ニ基キ公權中ニモ特定ノ種類ノ權利ハ法律ヲ以テスルモ之ヲ剝奪スルヲ得ストスルノ慣習ヲ生シタルナリ就中財產上

0039

ノ價格ヲ有スル公權ハ此種ニ屬ス官吏ノ恩給、俸給ノ如キハ法律ノ改正ニ依テモ之ヲ侵害セサルヲ常トス榮譽權即爵位、勳位ヲ帶フルノ權利モ亦此意味ニ於ル既得權ナリト思惟セラル國家ノ試驗ヲ經テ授與セラレタル公定資格モ亦剝奪スヘカラサルモノト看做サル若已ムヲ得サルノ必要ニ依テ財產上ノ價格アル權利ヲ剝奪スル場合ニ於テハ必之ニ適當ナル損害賠償ヲ給與ス例之煙草專賣法ニ依リ煙草營業ノ權利ヲ剝奪シタル場合ニ於テ營業者ニ賠償金ヲ給與シタルカ如シ然レトモ總テ此等ノ所謂既得權ハ單ニ立法政策ノ問題ニシテ法律上ノ意義ニ於テハ箇人ハ之カ權利ヲ主張スルコトヲ得ヘキモノニアラス

二　權利存續ノ條件タル事實ノ消滅　國籍ノ喪失ニ依テ臣民ニ限リ有スルコトヲ得ヘキ權利ヲ失ヒ一市町村ヨリ他ニ移住スルニ依テ其市町村ノ公民權ヲ失ヒ土地所有權ノ喪失ニ因テ選擧權ヲ失フカ如シ

三　權利主體ノ消滅　權利者ノ死亡ハ當然其權利ヲ消滅セシム法人ノ解散モ亦同シ公權ハ原則トシテ權利者ノ一身ニ專屬スルモノナルカ故ニ權利者死亡スレハ其權利ハ消滅シ相續人ニ於テ之ヲ繼承スルヲ得ヘキモノニ非ス其相續人カ繼承スルカ如ク見ユルモノハ概前ノ權利ハ消滅シ新ナル權利カ發生スルモノナリ例之皇位繼承ノ場合ノ如キ後ノ君主ハ前ノ權利ヲ相續スルニ非スシテ前ノ權利ノ消滅ト共ニ皇位繼承ノ順位ニ當レル者カ直接ニ憲法及皇室典範ノ規定ニ依テ新ニ皇位ヲ繼承スヘキ權利ヲ取得スルモノナリ然レトモ此點ニ付テモ法律ハ特別ノ明文ニ依テ相續人カ公權ヲ繼承スルコトヲ定ムルヲ得ヘシ例之營業權ヲ有スル者死亡シタル場合ニ於テ其相續人カ當然其營業權ヲ繼承シ得ルコトヲ認ムル場合ノ如キ是ナリ

四　刑罰ノ宣告又ハ行政行爲ニ依ル公權ノ剝奪　刑罰ノ宣告ニ依テ公權剝奪セラルルハ玆ニ述フル迄モナシ行政行爲ニ依テ之ヲ剝奪スルハ例之官吏ヲ罷免シ公民權ヲ停止シ營業ヲ禁止スルカ如キ皆其例ナリ權利ヲ剝奪スルハ常ニ法規ノ範圍ニ於テスルコトヲ要スルハ言ヲ俟タス法規ニ依テ許サレタル限度ニ於テハ行政官廳ハ其處分ニ依テ之ヲ剝奪スルコトヲ妨クス

五　拋棄　公權ハ一般ニ權利者自ラ之ヲ拋棄シ得ヘキヤ否ヤハ學者ノ爭フ所ナリ然レトモ公權ノ拋棄ニ於テハ箇箇ノ實在ノ權利ノ拋棄ト權利發生ノ基礎タル身分資格ノ拋棄トハ嚴正ニ之ヲ區別スルコトヲ要ス身分ノ拋棄ハ原則トシテ之ヲ許サス學者カ公權ハ之ヲ拋棄スルヲ得スト言フハ概身分ノ拋棄ト箇箇ノ權利ノ拋棄トヲ混同スルノ誤リニ出ツルモノナリ身分ノ拋棄ニ反シテ箇箇ノ現實ナル權利ハ原則トシテ之ヲ拋棄スルコトヲ得例之選擧資格ハ之ヲ拋棄スルコトヲ得サレトモ箇箇ノ場合ニ於テ選擧人名簿ニ登錄セラルルノ權利、選擧場ニ入リ選擧人トシテノ權限ヲ行フノ權利ハ之ヲ拋棄スルコトヲ妨ケス若選擧人カ屆出ヲ爲ササルトキハ當然選擧人名簿ニ登錄セラルルコトナシ是即權利ノ拋棄ナリ若自ラ選擧場ニ赴カサレハ選擧ヲ行フコトヲ得ス是權利ノ拋棄タルナリ此外議員ノ當選人ハ其當選ヲ辭スルコトヲ得ヘク歲費ヲ受クルノ權利ハ亦之ヲ辭スルコトヲ得ヘシ故ニ一般ニ言ヘハ箇箇ノ權利ハ之ヲ拋棄シ得ルコトヲ原則トス唯特別ノ明文ニ依リ又明文ナクトモ反對ノ法意ヲ推測シ得ヘキ理由アル場合ニ限リ之ヲ拋棄スルコトヲ許ササルノミ

六　時效　時效ハ一般ニ言ヘハ公權消滅ノ原因ニ非ス然レトモ財產上ノ價格ヲ有スル公權ニ付テハ法ハ特別ノ明文ヲ以テ時效ニ依テ消滅スヘキコトヲ規定セルモノアリ會計法第一八條ニハ政府ノ債務ハ五箇年ヲ以テ時效ニ罹ルヘキコトヲ規定セリ而シテ其所謂債務ハ曾ニ私法上ノ債務ノミナラス國家ノ一切ノ債務ヲ謂フモノナルカ故ニ公法上ノ債務モ亦五箇年ノ經過ニ依テ時效ニ罹ルヘキナリ

0040

第八章　行政法學ノ研究方法

行政法ノ發達ハ極テ近世ノ事ニ屬シ民法カ羅馬法以來千數百年ノ發達ヲ經タルニ比較スヘクモ非ス隨テ行政法學ノ研究ハ尚極テ幼稚ノ境ニアリテ其研究ノ方法ニ付テモ學者ノ採ル所更ニ一ナラス最普通ナル方法ハ行政ノ各部ヲ法規ノ實質ニ依テ區別シ先行政ヲ內政、財政、外政、軍政等ノ諸部ニ分チ其各部ニ付更ニ之ヲ警察、教育、經濟等ノ實質上ノ分類ニ依テ其各種ノ區域ニ付テ行政法規ヲ分類蒐集シ之ヲ說明スルヲ通例トス行政法學ニ於テ如此研究方法ヲ採ルニ至リタルハ行政法學カ素ト行政學ノ研究ヨリ出ヲタルニ由ル行政學ノ研究ハ行政法學ノ研究ト異リ法ヲ以テ其研究ノ對象トナスニ非ス行政各部ノ實質ヲ以テ研究ノ目的物ト爲スニアリ故ニ行政學ニ於テ行政ノ實質ニ基キ之ヲ行政各部ニ分類シ其各部ニ付如何ナル政策ヲ採ルヘキカ如何ナル法律ヲ可トスヘキカヲ研究スルハ極テ能ク其當ヲ得タル所以ナリ然レトモ之ト同一ノ方法ニ依リ法理ノ研究ヲ以テ目的トスル行政法學ニ適用スルハ適當ナル研究方法ナリト謂フコトヲ得ス

如此研究方法ノ不完全ナルコトハ一例ヲ擧クルニ依テモ既ニ明瞭ナリ法學ハ法ノ系統ヲ研究スルノ學ナルカ故ニ同一ノ形式ニ屬スル行爲ハ又之ヲ一括シテ論セサルヘカラス然ルニ此研究方法ニ依ルトキハ同一ノ形式ニ屬スル法系ニシテ其何レノ部分ニ屬スヘキヤヲ知ルコト能ハサルモノヲ生ス例之公用徵收ハ之ヲ何レノ部ニ置クヘキカ學者ハ遂ニ其何レノ所ニ置クヘキカヲ知ラス

如此缺點アル故ニ「オットー」「マイヤー」カ之ヲ以テ過渡時代ノ研究ニ屬スル一時ノ現象ニシテ行政法學ノ正當ナル研究方法ニ非スト謂ヘルハ能ク批難ノ當ヲ得タルモノナリ

蓋行政法ハ國家ノ行政作用ヲ研究スルノ學ナリ行政作用ハ其研究ノ中心ナラサルヘカラス而シテ行政作用ハ種種ノ形式ヲ以テ行ハル此各種ノ形式ハ即行政法學ヲ論スヘキ系統ナラサルヘカラス此作用ニ依テ軍事ノ目的ヲ達スルモノナルカ將內政ノ目的ヲ達スルモノナルカハ法學ノ直接ニ關係スル所ニ非ス法學ハ一ニ其形式ヲ論スヘキモノニシテ其目的ハ唯其形式ニ直接ノ關係アル限度ニ於テ之ヲ論スルノ必要アルノミ

故ニ行政法學ノ研究ニ於テ最正當ナル方法ハ國家ノ行政權ノ發動ヲ其發動ノ形式ニ依テ分類シ其各種ノ形式ニ付テ之ヲ研究スルニ在リ是「オットー」「マイヤー」ノ既ニ一度試ミタル所ナリ予輩ハ大體ニ於テ此方法ニ從テ之ヲ論セント欲ス固ヨリ行政ノ實務ニ當ラントスル者ニ對シテハ如此抽象的ノ理論ノミヲ以テハ實際ノ不便ヲ免カルヘカラサルヘシト雖普通ノ行政學的研究ノ方法ヲ以テ行政各部ニ付現在ノ法規ノ大體ヲ說明スルハ諸君ノ行政法各論ノ講義ニ於テ聽聞セラルヘキ所ナルヘキカ故ニ此行政法汎論ノ講義ニ於テハ予輩ハ專此理論的方法ニ依リ行政權發動ノ各種ノ形式ヲ系統的ニ說明セントス

先之ヲ三編ニ分チ第一編ニ於テハ行政組織ヲ論ス蓋行政權ノ發動ヲ論スルニ當リテハ先何人ニ依テ其行政權カ行使セラルルヤヲ知ラサルヘカラサレハナリ第二編ハ即行政法ノ本論ニシテ以テ行政權發動ノ各種ノ形式ヲ論ス其第三編ニ於テハ公共團體殊ニ地方自治體ノ組織權限ヲ論スヘシ

第一編　行政組織

第一章　行政官廳

0041

第一節　官廳ノ觀念

國家ノ行政ハ先之ヲ官治行政ト自治行政トニ區別スルコトヲ要ス官治行政トハ國家カ直接ニ自己ノ機關ヲ以テ行フ所ノ行政ニシテ自治行政トハ自治團體ノ存在ヲ認メテ自治團體ノ固有ノ權利トシテ行政ヲ行ハシムルヲ謂フ官治行政ハ國家ノ直接ノ行政ナリ自治行政ハ自治團體カ自己ノ名ニ於テ行フ所ノ行政ナリ自治ニ付テハ第三編ニ於テ之ヲ論シ本編ニ於テハ官治行政ノ事ヲ論ス

行政權ハ君主國ニ於テハ君主ノ獨總括スル所ナリ行政權ノ全部ハ皆其源泉ヲ君主ニ發セサルナク君主ハ國務大臣ノ輔弼ヲ以テ行政ノ全部ヲ指揮統督スルナリ然レトモ君主ハ其一身ヲ以テ行政ノ全部ヲ親裁シ得ヘキニ非ス隨テ行政各部ノ事務ヲ行フカ爲ニ君主ハ數多ノ機關ヲ設ケテ其各種ノ機關ヲシテ各限ラレタル行政事務ノ一部ニ付之ヲ行フコトヲ委任ス君主ノ委任ニ依テ國家事務ノ限ラレタル一部ニ付自ラ決定權ヲ有スルノ機關ハ即官廳タルナリ

故ニ官廳ハ左ノ如ク定義スルコトヲ得ヘシ曰ク

官廳トハ元首ノ委任ニ依リ限ラレタル國家事務ノ一部ニ付テ法律上ノ決定權ヲ有スル國家機關ナリ

一　官廳ハ國家ノ機關ナリ　即國家ノ名ニ於テ國家ノ權利ヲ行使スルモノニシテ自己ノ權利ヲ外部ニ對シテ行使スルモノニ非ス隨テ官廳ハ官廳トシテハ如何ナル場合ニモ權利ノ主體タルモノニ非ス官廳ハ固ヨリ自然人ヲ以テ組織ス官廳ヲ組織スル自然人ハ通常官吏ナリ官吏ハ其自然人タル資格ニ於テハ國家ニ對シテモ一ノ人格タリ權利ノ主體タルモノナリ官廳ノ觀念ハ此國家ニ對スル內部ノ關係ヲ意味スルニ非スシテ官吏カ國家ノ機關トシテ外部ニ對シテ國家ヲ代表スルノ側ヨリ見タル觀念ナリ其關係ハ恰民法上ノ代理ニ於ルト同シ代理人ト被代理人トノ關係ニ於テハ代理人ハ固ヨリ權利ノ主體ナリ然レトモ外部ニ對スル關係ニ於テハ代理人カ代理人トシテ行使スル權利ハ代理人ノ權利ニ非スシテ本人ノ權利タリ官廳ト官吏トノ關係モ亦之ニ等ク此二ノ觀念ハ同一ノモノヲ別箇ノ側ヨリ觀察シタルモノニ外ナラス國家ニ對シテ權利義務ノ主體タルノ側ヨリ見ルトキハ官吏タリ外部ニ對シテ國家ヲ代表シテ國家事務ヲ行フノ關係ヨリ見タルモノハ官廳タルナリ

官廳ハ國家ノ機關ナルカ故ニ國家ニシテ永續スル限ハ官廳モ亦永續的ノ性質ヲ有ス縱令官廳ヲ組織スル自然人ハ更迭スルモ官廳ノ繼續ハ之ニ依テ中斷セラルルコトナシ前ノ官吏ノ發シタル命令ハ後ノ官吏ノ地位ノ變更ニ依テ消滅スルモノニ非ス何トナレハ官廳ノ命令ハ官廳ヲ組織スル箇人ノ意思ニ非スシテ國家ノ意思ナルカ故ニ箇人ニシテ更迭スルモ之ニ因テ其存續ヲ中斷スルコトナケレハナリ

二　官廳ハ限ラレタル國家事務ニ付法律上ノ決定權ヲ有スル機關ナリ　官廳ハ法律上ノ決定權ヲ有スルモノナルコトヲ要ス單ニ決定權ヲ有スル者ノ輔佐機關タルニ過キサルモノハ官廳ニ非ス故ニ例之內務大臣ハ官廳ナレトモ之ヲ補助スル機關タル次官以下ノ官吏ハ自ラ何等ノ決定權ヲ有スルモノニ非サルカ故ニ官廳ニ非ス國務大臣モ亦其各省大臣トシテノ資格ニ於テハ固ヨリ官廳ナレトモ國務大臣タル資格ニ於テハ君主ノ大權ヲ輔弼スルニ止リ自ラ決定權ヲ有セサルカ故ニ官廳ニ非ス

然レトモ法律上ノ決定權ヲ有スト謂フハ必シモ國民ニ對シテ統治權ヲ行使スト云フノ意ニ非ス二三ノ學者ハ統治權ノ行使ヲ以テ官廳ノ觀念ノ要素トナスモノアリト雖今日ノ通說ハ之ヲ以テ其要素トナササルコトニ傾ケリ即統治權ニハ關係ナク單ニ私法上ノ行動ヲ爲スニ止ルノ權ヲ有スル者ト雖苟自ラ決定權ヲ有スル者ハ官廳タリ故ニ例之鐵道作業局長官ノ如キ煙草專賣局長官ノ如キ單純ナル私法上ノ作

0042

用ヲ爲スニ止ル者ト雖官廳タリ

官廳ハ又必シモ外部ニ對シテ行動スルノ權ヲ有スルモノナルコトヲ必要トセス其權限ノ單ニ國家機關ノ內部ノ作用ニ止ルモノト雖官廳タルコトヲ妨ケス故ニ例之會計檢査院長ハ其職權ハ單ニ內部ニ於ル行政ノ監督ニ止リ外部ニ對シテ命令權ヲ發動スルモノニ非スト雖官廳タリ然レトモ官廳ハ法律上ノ決定權ヲ有スルコトヲ必要トスルカ故ニ單ニ諮詢ノ機關タルニ止リ其決定カ法律上ノ效果ヲ有セサルモノハ官廳ニ非ス故ニ例之樞密顧問會ハ其通常ノ權限ニ付テハ官廳ニ非ス高等教育會議、土木會議ノ類亦同シ

官廳ハ法律上ノ決定權ヲ有スルモノナルヲ要スルカ故ニ單ニ事實上ノ行動ヲ爲スノ權ヲ有スルニ止リ其權限カ法律上ノ效果ノ生セサルモノハ官廳ニ非ス故ニ例之土木技師、大學教授ノ如キハ官廳ニ非ス

三　官廳ハ元首ノ委任ニ依テ國家事務ヲ處理スルノ機關ナリ　官廳ノ權限ハ憲法ニ依リ直接ニ定マルモノニ非ス シテ元首ノ授權ニ依テ始テ其權限ヲ得ルモノナリ故ニ元首ノ委任ヲ受ケタルニ非サル攝政、國會ノ如キハ官廳ニ非ス

第二節　官廳ノ組織

官廳ハ或ハ一人ノ自然人ヨリ組織スルコトアリ或ハ多數人ヨリ組織スルコトアリ前ノ場合ハ之ヲ單獨制ノ官廳ト謂ヒ後ノ場合ニ於テハ之ヲ合議制ノ官廳ト云フ單獨制ニ於テハ其一人ノ意思カ直ニ國家ノ意思タルナリ合議制ノ官廳ニ於テハ孰カノ方法ヲ以テ其意思ヲ統一スルコトヲ要シ其統一セラレタル意思カ國家ノ意思ト看做サルルナリ其之ヲ統一スル方法ハ通常ハ多數決ナリ然レトモ必シモ合議制ノ各員カ其決議ニ對シテ同一ノ評決權ヲ有スルモノナルコトヲ要セス其中ノ一人殊ニ議長又ハ或數人カ特ニ强キ評決權ヲ有スルモ必シモ合議體ノ性質ニ反スルモノニ非ス

單獨制ノ利益ハ事務ノ敏捷ナルニ在リ合議制ノ利益ハ事ヲ鄭重ナラシムルニ在リ故ニ例之立法機關又ハ裁判所ノ如キ事ノ敏速ナランヨリハ鄭重ナランコトヲ要スルモノニ在テハ合議體ノ制度ヲ採ルヲ通常トスレトモ行政ノ作用ハ千種萬態ノ事情ニ應シテ敏速ノ處置ヲ要スルモノナルカ故ニ行政官廳ニ在テハ合議制ハ寡稀ナル例外ニシテ通常ハ單獨制ヲ採レリ

第三節　官廳ノ權限

官廳ハ限ラレタル範圍ニ於テ國家ノ事務ヲ處理スルモノナリ官廳カ處理スルコトヲ得ヘキ國家事務ノ範圍ヲ稱シテ官廳ノ權限ト謂フ官廳ハ其權限內ノ事務ヲ處理スルコトヲ得レトモ其權限ヲ超エテハ何等ノ事務ヲモ處理スルコトヲ得ス又其權限內ノ事務ニ付テハ他ノ官廳ノ爲ニ其範圍ヲ侵サルルコトナシ

官廳ハ其權限內ノ事務ヲ處理スルニ當リテハ如何ナル方法ヲ以テ之ヲ行フヘキカハ法規ノ範圍內ニ於テハ通常官廳ノ任意ナレトモ其事務ヲ行フト否トハ官廳ノ任意ニ非ス官廳ハ必其權限內ノ事務ヲ處理スヘキ責任ヲ有セリ此責任ヲ官廳ノ職務ト稱ス又官廳ハ其權限內ニ於テハ國家ノ命令權ヲ行使スルコトヲ得官廳カ行使スルコトヲ得ヘキ命令權ノ全體ヲ稱シテ官廳ノ職權ト謂フ權限ト云ヒ職務ト云ヒ職權ト云フハ皆同一ノ事物ニ對シテ觀察ノ點ヲ異ニスルモノニ外ナラス

官廳ノ權限ヲ定ムルニハ二ノ方法アリ一ハ事務ノ種類ニ依テ之ヲ定メ一ハ事務ヲ行フヘキ地域ニ依テ

0043

之ヲ定ム事務ノ種類ニ依テ權限ヲ分配スルハ之ヲ事務分配制ト謂ヒ地域ニ限リテ權限ヲ分配スルハ之ヲ管轄區域制ト云フ事務分配制ハ全國ノ統一ヲ要スヘキ事務ノ處理ニハ適當ナレトモ各地方ノ狀況ニ從テ便宜ノ處置ヲ爲スヘキ事務ニハ適當ナラス故ニ最高ノ行政官廳ニ付テハ事務分配制ヲ採ルヲ通常トスレトモ下級ノ官廳ニ在テハ多ク管轄區域制ニ依レリ然レトモ此二ノ主義ハ必シモ嚴格ニ相分離シテ行ルルモノニ非ス最高ノ官廳ト雖或ハ一定ノ地域ヲ限リテ其權限ヲ委任スルコトアリ例之臺灣總督ノ如シ下級官廳ニ於テモ又往往此二ノ主義ヲ混同シテ採用スルコトアリ例之大林區署、鑛山監督署、警視廳ノ如キハ一定ノ地域ヲ限リ且事務ノ種類ヲ限定セラレタル官廳ナリ官廳ノ權限カ事務ノ性質ニ依テ限ラレ地域ニ於テハ廣ク全國ニ通シテ其權限ヲ有スルモノハ之ヲ中央官廳ト謂ヒ其權限ノ一定ノ地域ニ限ラルルモノハ之ヲ地方官廳ト云フ地方官廳中限ラレタル特定ノ事務ニ付テノミ其權限ヲ有スルモノヲ特殊地方官廳ト謂ヒ地官廳中廣ク一般ノ權限ヲ有スルモノヲ普通地方官廳ト云フ

官廳カ國家ノ事務ヲ處理シ得ルハ其權限內ノ事務ニ限ル官廳カ其權限外ノ事項ニ付爲シタル行爲ハ全ク一私人ノ行爲ト同ク國家ノ行爲トシテ法律上ノ效力ヲ生スルコト能ハサルモノナリ然レトモ此點ニ付テハ尚一ノ重要ナル區別ヲ要ス官廳ノ行爲カ官廳ノ一般權限外ノ事項ナルトキ即官廳カ絕對ニ其權限ヲ有セサルコトノ明白ナル場合ニ於テハ其行爲ハ初ヨリ無效ナリ即官廳カ或ハ自己ノ管轄區域以外ノ地域ニ對シテ命令ヲ爲シ又ハ自己ノ權限ニ屬スル事務トハ全ク別種類ノ事務ニ付處分ヲ爲シタル場合ニ於テハ其行爲ハ全ク一私人ノ行爲ト同一ニシテ從テ臣民ハ初ヨリ毫モ之カ拘束ヲ受クルコトナシ反之一般ニハ如此處分ヲ爲シ得ヘキ權限ヲ有スルニ拘ラス其特定ノ處分ニ付其權限ヲ超過シタルヤ否ヤノ疑ハシキトキハ其處分ハ當然ニハ無效タルモノニ非スシテ或ハ訴願又ハ訴訟ニ依リ或ハ上級官廳ノ職權ニ依リ適法ニ取消サルル迄ハ臣民ニ對シテハ完全ナル拘束力ヲ有ス前ノ場合ハ之ヲ無權限ノ行爲ト謂ヒ後ノ場合ハ之ヲ權限超過ノ行爲ト謂フニ依テ之ヲ區別スルコトヲ得ヘシ絕對ニ無效ナルハ唯無權限ノ行爲ノミニ限ル

如此區別ヲ生スル所以ハ官廳ノ行爲ハ其レ自身ニ於テ其行爲ノ完全ニ適法ナルコトヲ證明スルノ力ヲ有シ之ヲ審査スヘキ職權ヲ有スル官廳ニ於テ之ヲ權限超過ナリト認メ之カ取消ヲ爲ス迄ハ其處分ハ其レ自身ノ力ニ依テ其適法ナルコトノ公定解釋ヲ包含スルモノナルニ依ル官廳カ自ラ自己ノ權限內ナリト認メテ爲シタル行爲ニ對シテハ臣民ハ自ラ之ヲ審査シテ之ヲ無權限ナリトシ其服從ヲ拒ムヘキ權利ヲ有スルモノニ非ス然レトモ官廳ノ行爲カ此公ノ證明力ヲ有スルニハ尚其行爲カ官廳ト認メ得ヘキ場合ナラサルヘカラス官廳ノ一般權限外ニ出テテ絕對ニ權限ナキ事務ニ付テハ其行爲ハ最早官廳ノ行爲ト看做スコトヲ得スシテ一私人ノ行爲ト異ル所ナシ

第四節　官制

官廳ノ組織權限ヲ定ムル規定ヲ官制ト云フ官廳ハ之ニ依テ臣民ニ對シテ其官廳ノ發スル命令ニ服從スルノ義務ヲ負ハシムルモノナルカ故ニ官制モ亦一ノ法規ナリ然レトモ官制ハ曾ニ官廳ノ組織權限ヲ定ムルノミナラス又官廳ノ補助機關ノ組織ヲモ定ムルコトアリ而シテ補助機關ハ全ク外部ニ對シテ命令權ヲ行フノ職權ヲ有セサルカ故ニ如此規定ハ外部ニ對シテハ何等ノ效力ヲモ有スルモノニ非ス即單ニ官廳ノ內部ノ庶務規定タルニ止リ法規タル性質ヲ有スルモノニ非ス官制ヲ定ムルノ權ハ元首ノ大權ニ屬スルヲ原則トス元首ハ行政權ノ中樞タルモノナルカ故ニ行政權ノ分配カ元首ニ屬スルハ行政其モノ

0044

ノ當然ノ性質タルナリ故ニ何レノ國ニ於テモ一般ニ此原則ヲ認メ憲法ニ明示ナキ場合ニ於テモ元首カ官制權ヲ有スルヲ常トス我國ニ於テハ憲法第十條ニ於テ此原則ヲ明言セリ然レトモ我國ニ於テモ元首ノ官制權カ議會ノ豫算議定權ニ依リ間接ノ制限ヲ受クルハ勿論ナリ

第五節　官廳ノ統一

行政官廳ノ組織ハ極テ複雜ニシテ無數ノ機關カ各一定ノ權限ヲ有スルモノナルカ故ニ若各箇ノ官廳カ獨立ノ職權ヲ以テ其權限ヲ處理スルトキハ行政ノ統一ハ之ヲ保持スルニ由ナシ行政ノ統一ヲ保ツカ爲ニハ行政事務ヲ各箇ノ官廳ニ分配スルト共ニ又之ヲ統一スヘキ組織ナカルヘカラス此目的ノ爲ニ官廳ハ上級下級ノ階級ニ分レ下級官廳ハ其事務ノ處理ニ關シテ上級官廳ノ指揮ニ從ヒ其命令ニ遵由スルコトヲ要ス而シテ元首ハ行政權ノ中樞トシテ行政官廳ノ全部ニ對シテ最高ノ監督權ヲ有ス故ニ行政官廳ノ數ハ如何ニ多キモ行政ノ統一ハ之カ爲ニ失ハルコトナシ

地方官廳ニシテ其管轄區域ノ最狹キモノハ之ヲ最下級ノ官廳トナス其管轄區域ノ之ヨリ廣キモノ次ヲ逐フテ其上級官廳タリ中央官廳ハ直接ニ元首ニ隷屬スル最高ノ行政官廳トシテ地方官廳ノ全部ヲ監督ス

上級官廳ノ下級官廳ニ對スル關係ハ官廳ノ種類ニ依テ必シモ一ナラスト雖一般ニ言ヘハ分チテ訓令權及監督權ノ二ト爲スコヲ得

一　訓令權　訓令トハ上級官廳カ下級官廳ニ對シテ將來ニ其事務ヲ處理スヘキ方針ヲ指揮シ又ハ其過去ノ失政ヲ矯スカ爲ニ發スル所ノ作爲命令又ハ不作爲命令ナリ訓令ヲ發スルノ權ハ上級官廳ト下級官廳トノ關係ニ當然伴フヲ常トシ反對ノ意思ヲ推測シ得ヘキ場合ノ外ハ明文ナキ場合ト雖上級官廳ハ常ニ此權ヲ有スルモノト認メサルヘカラス

訓令ハ行政機關ノ內部ニ於ル作用ニシテ外部ニ對スル作用ニ非サルカ故ニ臣民ニ對シテハ直接ニ何等ノ效力ヲモ生スルコトナシ其及フ所ハ單ニ官廳ノ內部關係ニ止リ縱令下級官廳カ上級官廳ノ訓令ニ違背シタル行爲ヲ爲スコトアルモ其行爲ハ固ヨリ完全ノ效力ヲ有シ又上級官廳カ下級官廳ノ命令ヲ取消シ若クハ廢止スヘキ訓令ヲ發スルコトアルモ下級官廳カ自ラ其訓令ニ從テ之ヲ取消又ハ廢止スル迄ハ其命令ハ依然トシテ效力ヲ失ハス

訓令ハ臣民ニ對シテ效力ヲ有スルモノニ非サルカ故ニ命令ト異リ必シモ正式ニ之ヲ公布スルコトヲ要セス唯之ヲ下級官廳ニ告知スルヲ以テ充分ナリトス之ヲ下級官廳ニ告知スルハ何等ノ方法ヲ以テスルヲ問ハス故ニ必シモ文書ヲ以テスルコトヲ要セス口頭ヲ以テ之ヲ告知スルモ尙訓令ノ效力ヲ有ス公文式第九條ハ大臣ノ發スル訓令ハ年月日ヲ記入シテ大臣之ニ署名スヘキコトヲ規定スルニ過キスシテ其告知ノ方法ニ付テ一般ノ規定ヲ存セス現在ノ實例ニ於テハ通常之ヲ官報ニ掲載スト雖是畢竟當該官廳ニ文書ヲ交付スル一ノ方法タルニ過キサルモノニシテ之ニ依テ固ヨリ臣民ニ對スル命令タル效力ヲ生スルモノニアラサルナリ

訓令ハ或ハ一事件ニ關スルモノアリ或ハ一般ノ事件ニ關スル概括的ノ命令ナルコトアリ其一事件ニ關スルモノニシテ下級官廳ノ伺ニ對シテ發スルモノハ通常之ヲ指令ト謂フ一事件ニ關スル訓令モ概括的ノ訓令モ其效力ニ於テハ差等アルコトナク指令ヲ以テ訓令ニ對スル例外ヲ定ムルモ妨ナシ

官廳ノ上下ノ階級ハ次ヲ逐フテ編成セラルルカ故ニ一ノ官廳ニシテ數箇ノ上級官廳ヲ有スルコトアリ

0045

從テ又同一ノ事項ニ關シテ二箇以上ノ上級官廳ヨリ訓令ヲ受クルコトナシトセス如此場合ニ於テ其訓令カ衝突スルトキハ最上級ノ官廳ノ發シタル訓令カ獨リ其效力ヲ有スヘキモノナルコトハ言ヲ俟タス

二　監督權　訓令權ハ積極ニ指揮命令スルノ權ナリ監督權ハ消極ニ下級官廳ノ命令又ハ處分カ權限ヲ超過シ法規又ハ訓令ニ違反シ又ハ公益ヲ害セサランコトヲ監視スル權ナリ

監督權ハ通常左ノ數種ノ職權ヲ包含ス

(イ)　報告ヲ徵シ及事務ヲ檢閲スルノ權　監督ヲ行フニハ事實ノ實況ヲ知ルニ非サレハ之ヲ行フヲ得サルハ勿論ナレハナリ

(ロ)　下級官廳ノ命令又ハ處分ノ權限ヲ超ヘ法規若クハ訓令ニ違反シ又ハ公益ヲ害スト認ムルモノヲ取消シ又ハ停止スルノ權

(ハ)　下級官廳ノ處分ニ對シテ提起スル訴願ヲ受理シテ裁決シ若不當ト認ムルトキハ其處分ヲ取消シ又ハ變更スルノ權

(ニ)　下級官廳相互間ニ起リタル權限ノ爭ヲ裁決スルノ權

第二章　中央官廳

最上級ノ行政官廳ハ其事務ノ性質上全國ノ統一ヲ要スルカ故ニ何レノ國ニ於テモ管轄區域制ニ依ラスシテ事務分配制ニ依レリ且變化極リナキ狀態ニ應シテ適宜迅速ノ處置ヲ要スルカ故ニ合議制ニ依ラスシテ單獨制ヲ採レリ唯殖民地其他特別ノ事情アル地方ニ於テ稀ニ管轄區域制ニ依テ其最高官廳ヲ組織スルモノアルノミ

第一　各省大臣　現行ノ官制ニ於テハ行政各部ヲ分チテ外務、內務、大藏、司法、陸軍、海軍、農商務、文部及遞信ノ九省トナシ國務各大臣ヲシテ此等各省ニ長タラシム國務大臣ハ一方ニ於テハ天皇ノ大權ヲ輔弼シ其國務上ノ行爲ニ副署スルノ責務ヲ有セリ此權限ハ國務大臣トシテノ職務ニシテ行政官廳トシテ之ヲ行フモノニ非ス國務大臣ハ如此憲法上ノ職務ヲ有スルト同時ニ又他ノ一方ニ於テハ行政官廳トシテ行政ノ各部ニ首長タルモノナリ

名省大臣ノ權限ハ一般ニ謂フトキハ左ノ數種ヲ包含ス

(一)　主任ノ事務ニ付省令ヲ發スルコト

(二)　主任ノ事務ニ付地方官廳ニ對シテ訓令ヲ發シ及之ヲ監督シ其命令又ハ處分ノ違法、越權又ハ公益ヲ害スト認ムルモノハ之ヲ取消シ又ハ停止スルコト

(三)　所轄ノ官吏ヲ監督シ判任官以下ヲ任免スルコト

各省ニハ大臣ノ外其權限ヲ輔佐スルノ機關トシテ次官、局長、參事官、書記官、大臣秘書官、屬等ノ官職アリ大臣故障アルトキハ次官ヲシテ臨時之ヲ代理セシムルコトヲ得但省令ヲ發シ又ハ閣議ニ列セシムルコトヲ得ス

第二　內閣　內閣ハ國務大臣ヲ以テ組織ス各省大臣ハ當然國務大臣トシテ內閣ニ列スルノ權ヲ有ス各省大臣ノ外尙特旨ヲ以テ國務大臣トシテ內閣ニ列セシメラルル者アリ

國家行政ノ各部ハ各省大臣ニ分配シ各獨立ノ職權ヲ以テ之ヲ處理セシム故ニ行政ノ方針ヲ一ニシ各部ノ統一ヲ保ツニハ各省大臣ノ外別ニ必要ノ制度アルコトヲ要ス內閣ハ即此目的ノ爲ニ備ハレルモノニシテ國務大臣合同シテ其方針ヲ定ムル手段タルモノナリ然レトモ內閣ハ純然タル合議體ノ官廳ニ非ス

其法律上ノ性質ハ單ニ國務大臣カ行政事務ヲ協議スルノ手段タルモノニ過キスシテ各省大臣ハ必シモ閣議ノ決定ニ服從スルノ義務アルモノニ非ス各省大臣ハ直接ニ天皇ニ隷屬シ行政各部ノ最高ノ官廳タルモノナリ閣議ノ決定カ各省大臣ノ上ニ立チテ之ヲ拘束スルカヲ有ストスルハ各省大臣ノ性質ト相容レサルモノナリ

內閣官制第五條ハ閣議ニ提出スルコトヲ要スル數箇ノ事件ヲ例示セリ然レトモ此等ノ事件ハ何レモ君主ノ大權ヲ輔弼スルノ事務ニ關スル即大臣ノ憲法上ノ職務ニ關スルモノナリ此等ノ事項ニ付テモ固ヨリ閣議ノ決議ハ君主ヲ拘束スル力アルモノニ非ス君主ハ自由ニ其少數ノ意見ヲ採用スルコトヲ得ヘク又全ク閣議ヲ採用セサルコトヲモ得ヘシ多數決ヲ以テ君主ヲ拘束スルハ君主ノ大權ヲ侵犯スルモノナリ』如此內閣ハ其憲法上ノ地位ニ於テモ獨立ノ官廳タル性質ヲ有スルモノニ非ス然レトモ法律命令中時ニ權限ヲ內閣ニ付與セルコトアリ例之土地收用法ニ於テ土地收用ノ必要ヲ認定スルノ權ヲ內閣ニ委任シタルカ如キ是ナリ此等ノ場合ニ於テハ內閣ハ一ノ官廳タル性質ヲ有スルモノトス

第三　內閣總理大臣　國務大臣中內閣ノ首班ニ在ルモノヲ內閣總理大臣トス各省大臣ハ直接ニ君主ニ隷屬シテ互ニ平等ノ地位ヲ有スルヲ原則トスレトモ獨內閣總理大臣ハ一ノ點ニ於テ特ニ大ナル職權ヲ有セリ即必要ト認ムルトキハ各省大臣ノ處分又ハ命令ヲ中止セシムルノ權是ナリ此點ニ於テハ內閣總理大臣ハ各省大臣ノ上ニ立チテ之ヲ監督スルモノト謂フコトヲ得然レトモ其監督權ハ通常ノ上級官廳ト下級官廳トノ關係ノ如ク直接ニ其處分又ハ命令ヲ取消スヘキ終局ノ決定權ヲ有スルモノニ非スシテ一時之ヲ中止セシメ勅裁ヲ仰クニ止レリ此以外ニ於テハ毫モ訓令及監督ノ權ヲ有スルモノニ非ス內閣總理大臣ハ單獨ノ官廳ナリ其下ニ隷屬セル部局四アリ賞勳局、法制局、恩給局、官報局是ナリ此等ノ事務ハ內閣總理大臣カ其單獨ノ職權トシテ行フ所ニシテ其事務ノ爲ニ閣令ヲ發スルコトヲ得

第三章　地方官廳

第一節　總論

地方官廳トハ國家ノ官廳ニシテ其權限カ領土內ノ一地域ニ限ラレタルモノヲ云フ元來行政權ノ分配ニ付テハ二ノ主義ニ區別スルコトヲ要ス一ハ所謂中央集權ニシテ一ハ地方分權ノ主義是ナリ中央集權トハ中央官廳ニ於テ國家行政ノ全部ヲ處理スルノ主義ニシテ地方分權トハ國家ノ事務ヲ或範圍ニ於テ一地域限ノ權限ヲ有スル官廳又ハ團體ヲシテ處理セシムルノ主義ナリ中世ニ於ル封建時代ノ極端ナル地方分權ノ反動トシテ舊時ノ學說ハ中央集權ヲ以テ完全ナル國家ノ理想トセリ然レトモ絕對ノ中央集權ハ唯之ヲ想像シ得ルニ止リ之ヲ實行スルコトヲ得ス實在ノ國家ニ於テハ如何ニ小國ト雖或程度ニ於テ地方分權ノ主義ヲ行ハサルハナシ如何ナル國家ニ於テモ各地方ニハ各特種ノ事情アリテ其事情ニ適合シタル行政ヲ必要トス若中央官廳ニ於テ全國ニ通シテ行政作用ノ全部ヲ統轄スルモノトセハ各地方ノ實際ノ狀況ヲ酌酌シテ之ニ適當ナル行政ヲ行フハ到底不可能ノコトナリ故ニ絕對ノ中央集權ハ實在ノ國家ニ於テハ之ヲ行フコトヲ得ス又行フヘカラサルモノニシテ或程度ニ於ル地方分權ハ必避クルコトヲ得サル所ナリ中央集權ト地方分權トハ主義ノ爭ニ非スシテ單ニ程度ノ爭タルナリ

地方分權ノ形式ニハ二ノ全ク異レル方法ヲ區別スルコトヲ要ス一ハ自治行政ニ依ル地方分權ニシテ一ハ官治行政ニ依ル地方分權即行政上ノ地方分權ナリ自治行政ハ第三編ニ於テ論スヘキ問題ナリ本章ニ

0047

論スル所ハ專行政上ノ地方分權ニ止ル

行政上ノ地方分權ノ最極端ナル方法ハ所謂分立的地方分權(Provinzialsystem)ナリ此方法ハ地方官廳即一地域限ヲ管轄スル官廳ヲシテ同時ニ國家ノ最高官廳タラシメ其上ニ監督スヘキ上級官廳ヲ存セサルモノヲ云フ此方法ハ今日ニ於テモ尙往往諸國ニ行ルル所ナリ其適用セラルル重ナル場合ハ新ニ領土ヲ取得シタルトキ、領土ノ一部カ他ノ部分ト著ク隔離セルトキ、領土ノ一部カ人種又ハ風俗等ニ於テ著ク他ノ部分ト異レルトキ等ナリ今日ノ諸國ニ於テ此方法ヲ行ヘルハ例之英國ニ於ル「アイルランド」及印度、獨逸ニ於ル「エルザスロートリングン」、丁抹ニ於ル「アイスランド」及歐洲諸國ニ於ル諸屬國ノ如キ是ナリ

然レトモ如此極端ナル地方分權ハ寧例外ノ現象ニ屬シ其通常ノ方法ハ所謂統一的地方分權(Centralsystem)ノ制度ナリ統一的地方分權トハ總テノ地方官廳ヲシテ中央官廳ノ監督ノ下ニ立タシムルモノニシテ地方官廳ハ中央官廳ノ命令ノ執行者タルニ過キス或範圍ニ於テハ自己獨立ノ決定權ヲ有シ自己ノ裁量ニ依テ其行政ヲ處理スト雖其決定ニシテ違法又ハ不當ナルトキハ中央官廳ハ之ヲ取消シ又ハ其變更ヲ命スルコトヲ得ヘク以テ行政ノ統一ヲ保持スルモノナリ我國ニ於テモ新ニ臺灣ヲ取得シタル當時ニ於テハ一時臺灣ニ限リ分立的地方分權ノ制度ヲ採リ臺灣總督ヲシテ最高官廳タラシメタリト雖今日ニ於テハ臺灣總督モ亦內務大臣ノ監督ノ下ニ屬シ隨テ今日ニ於テハ全國ヲ通シテ統一的地方分權ノ制度ニ依レルモノトナレリ

統一的地方分權ノ制度ニ在テハ地方官廳ハ何レモ中央官廳ノ監督ノ下ニ服スルモノナリト雖地方官廳中更ニ數種ノ階級ヲ設ケ下級ノ地方官廳ハ中央官廳ノ監督ニ服スルト同時ニ又上級ノ地方官廳ノ監督ニ服セシムルモノアリ最小ノ行政區劃ニ限リテ權限ヲ有スルモノハ最下級ノ地方官廳ニシテ其管轄區域カ之ヨリ廣キモノハ中間ノ地方官廳タルナリ其階級ノ何級ニ分タルヤニ付テハ諸國ノ制度ニ異同アリ我國ノ地方制度ハ主トシテ佛蘭西及獨逸ノ制度ヲ模範トセルモノニシテ就中佛蘭西ノ制度ニハ最能ク類似セリ然レトモ我國ノ地方行政區劃ハ未全國劃一ノ制度ノ行ハルルニ至ラス臺灣及北海道ニ於テハ他ノ地方トハ異レル制度アリ然レトモ之ヲ外ニシテハ全國ノ行政區劃ハ府縣及市ノ二階級又ハ府縣郡及町村ノ三階級ニ分タルルヲ通常トス府縣ニハ府縣知事アリ郡ニハ郡長アリ市町村ニハ市町村長アリ各其管轄區域ニ於テハ國家ノ行政ヲ處理スルノ官廳タリ

第二節　一般府縣ニ於ル官廳

第一　府縣知事　府縣知事ハ一方ニ於テハ自治團體ノ代表者タルト同時ニ國家ノ最上級ノ地方官廳タリ國家ノ官廳タル資格ニ於テハ府縣知事ハ各省大臣ノ下級官廳タリ各省大臣ハ各其主任ノ事務ニ付府縣知事ヲ監督ス府縣知事ノ權限ニ屬スル事務ハ內務大臣ノ主管ニ屬スル事務ヲ以テ其重ナルモノトナスカ故ニ府縣知事ヲ監督スル大臣ノ最重ナルモノハ內務大臣ナリ隨テ又府縣知事ハ其身分ニ付テモ內務大臣ノ監督ヲ受ク

府縣知事ノ權限ハ其管轄區域內ニ於テハ行政作用ノ全部ニ亘ル詳言セハ法律又ハ命令ニ依テ君主ノ大權又ハ各省大臣若クハ特別官廳ノ權限ニ屬スルコトヲ明言セサル限リハ行政ノ總テノ範圍ニ付其權限ヲ有スルモノナリ是府縣知事カ一般地方官廳タルノ性質ヲ有スル所以ニシテ府縣知事ノ權限ハ常ニ廣キ推測ヲ受クルモノナリ反之稅務監督局長ノ如キ特別地方官廳ハ法律命令ニ依テ特ニ指定セラレタル

0048

權限ヲ有スルニ止リ其權限ハ狹キ推測ヲ受クルモノナリ府縣知事ハ又管ニ行政作用ニ關スル權限ヲ有スルノミナラス或範圍ニ於テ立法作用ニ屬スル權限ヲ有ス即府縣知事ハ其職權ニ屬スル事項ニ付又ハ特別ノ委任ニ依テ府縣令ヲ發スルノ權ヲ有ス而シテ其府縣令ニハ法律ニ定メタル範圍内ニ於テ罰則ヲ附スルコトヲ得ヘシ

府縣知事ノ權限ハ明治二十六年十月勅令第一六二號地方官官制ノ定ムル所ナリ此勅令ハ以上ノ外尚府縣知事ニ與フルニ一ノ重要ナル權限ヲ以テセリ即通常ノ警察官ヲ以テ鎮撫スルコトヲ得サル事變アルトキハ師團長又ハ旅團長ニ出兵ヲ請求スルノ權是ナリ然レトモ此規定ハ師團長又ハ旅團長ヲシテ府縣知事ノ請求ニ依リ出兵ヲ爲スノ義務ヲ負ハシメタルモノト解スルコトヲ得ス師團長又ハ旅團長ハ軍隊ノ統帥官トシテ府縣知事ノ命令權ノ下ニ服從スルモノニ非サレハ其請求ニ應スルヤ否ヤハ一ニ師團長又ハ旅團長ノ決定スル所ニ係ルヘキナリ

府縣知事ハ單獨制ノ官廳ナリ之ヲ補助スルノ機關トシテ書記官、警部長、收稅長、參事官、視學官、技師、典獄、屬、視學、技手、警部、通譯、收稅屬、監獄書記及看守長ヲ置ク府縣知事ノ權限ニ屬スル事務ハ知事官房、内務部、警察部、收稅部及監獄署ノ五部局ニ分ツ知事故障アルトキハ書記官其事務ヲ代理ス書記官亦故障アルトキハ内務大臣ハ府縣高等官中一人ヲ選テ之ヲ代理セシム此等ノ場合ニ於ル代理ハ職務ノ全體ヲ代理スルモノニシテ知事ノ缺員アルトキ又ハ全ク其事務ヲ採ルコト能ハサルトキニ限ル此場合ニ於テハ代理者ニ過失アルモ知事其責任ヲ負フコトナシ然レトモ知事ハ亦府縣ノ官吏ヲシテ其事務ノ一部ヲ臨時代理セシムルコトヲ得此場合ニ於テハ知事ハ府縣行政ノ全部ヲ總括スルモノナルカ故ニ其監督ノ責ヲ免ルルコトヲ得ス

府縣知事ノ權限ニ關スル一ノ例外ハ東京府知事ナリ東京府知事ハ他ノ府縣知事ヨリ其權限特ニ狹ク警察消防及監獄ニ關スル權限ニ付テハ全ク之ヲ有セサルナリ此等ノ事務ヲ處理スル爲ニハ東京府知事ノ外ニ警視總監ヲ置ケリ警視總監ハ東京府下ノ警察、消防及監獄ノ事務ヲ管理シ其主任ノ事務ニ付警視廳令ヲ發スルコトヲ得(二十六年勅令一五九條警視廳官制)東京府ニ於ル此特例モ亦佛國ノ制度ヲ模範トセルモノナリ

第二　郡長　郡長ノ郡ニ於ル地位ハ恰府縣知事ノ府縣ニ於ル地位ト同ク即郡長ハ郡ニ於ル國家ノ官廳タルト同時ニ自治團體タル郡ノ代表者ナリ唯郡長ノ權限ハ一ノ點ニ於テ著ク府縣知事ヨリ狹シ即郡長ハ全ク警察ニ關スル權限ヲ有セス警察事務ニ付テハ特別地方官廳タル警察署ヲ置キテ之ヲ處理セシム『法律ニ依リ特ニ指定セラレタル島嶼地ニ於テハ郡長ヲ置カスシテ島司ヲ置ケリ島司ノ官廳トシテノ地位ハ全ク郡長ニ同シ唯郡長ハ自治團體ノ代表者タルニ反シ島司ハ單純ナル官廳タルナリ

第三　市町村長　市町村長ハ府縣知事又ハ郡長ト均ク自治團體ノ代表者タルト同時ニ市町村内ニ於ル國家ノ行政ヲ處理スルノ機關ナリ然レトモ市町村長ハ府縣知事又ハ郡長ニ反シ自治團體ノ代表者タルノ地位ハ其主要ノ資格ヲ成シ國家ノ行政機關タル資格ハ其附隨ノ資格タルニ過キス就中市町村長ハ國家ノ官吏ニ非スシテ自治團體ノ職員ナリ市町村長ノ國家行政ニ關スル權限ハ府縣知事又ハ郡長ノ如ク國家ノ一般ノ行政ニ關スルモノニ非スシテ唯法律命令ニ依リ特ニ委任セラレタル事項ニ止ル現行法ニ於テ市町村長ニ委任セラレタル國家事務ノ重ナルモノハ戸籍吏ノ事務、徵發ニ關スル事務、浦役場ノ事務等ナリ此外尚市町村制ハ司法警察事務ヲ以テ市町村長ニ委任スルコトヲ規定セルモ司法警察事務ニ付テハ別ニ警察署ノ設アルニ依リ今日ニ於テハ實行セラルルコトナシ

0049

第三節　北海道ニ於ル地方官廳

北海道ハ府縣ノ區劃ノ外ニ在テ府縣ニ於ルトハ少シク其官廳ノ組織ヲ異ニス北海道廳ニ長官タルモノハ北海道廳長官ニシテ其地位及權限ハ略府縣知事ニ同シ唯拓殖事務ニ關シ府縣知事ヨリハ其權限廣キノ差異アルノミ(三十年十月勅令三九二號北海道廳官制)北海道廳長官ノ權限ニ屬スル事務ハ之ヲ長官官房、內務部、殖民部、土木部、警察部及監獄署ノ六部局ニ分チリ長官ノ補助機關トシテ事務官、警部長、參事官、視學官、警視以下數多ノ官吏アリテ各部局ノ事務ヲ處理ス

北海道廳長官ノ下級官廳ハ支廳長ナリ支廳長ハ略府縣ニ於ル郡長ノ地位ニ相當ス唯北海道ノ支廳長ハ其管轄區域廣ク區及數郡ニ亘ルノ區域ヲ包括スルノ差異アルノミ北海道ニ於ル郡ハ單純ナル地理上ノ區劃ニシテ行政區劃ヲ成サス隨テ郡ニ郡長ナシ

支廳長ノ下ニ於ル最下級ノ地方官廳タルモノハ區長、町村長、又ハ未町村制ヲ施行セサル地方ニ在テハ戶長ナリ區長ハ支廳長ノ監督ヲ受ケシテ直接ニ道廳長官ノ監督ヲ受クルモ町村長及戶長ハ支廳長ノ監督ノ下ニ在リ

第四節　臺灣ニ於ル地方官廳

臺灣及澎湖列島ハ明治二十七八年戰役ノ結果下ノ關條約ニ依リ我國ニ編入セラレタル新領土ナリ此領土ニ於ル地方制度ハ今日ニ於テモ尙內地ニ於ル地方制度トハ全ク其趣ヲ異ニセリ臺灣及澎湖列島ニ於テ行政ヲ行フ所ノ最高官廳ハ臺灣總督ナリ臺灣總督ハ內務大臣ノ監督ヲ受クル官廳ナリト雖內務大臣カ總督ニ對スル監督權ハ全ク普通ノ地方官廳ニ對スルト其趣ヲ異ニセリ加之臺灣總督ハ管ニ行政ノ權限ノミナラス又種種ノ點ニ於テ普通ノ地方官廳ヨリ遙ニ廣キ權限ヲ有ス

普通ノ地方官廳ニ屬セサル權限ニシテ獨臺灣總督ニノミ屬スルモノノ重ナルモノハ左ノ如シ

一　法律ニ代ルヘキ命令ヲ發布スルノ權

二　軍隊ヲ統帥シ及軍事行政ヲ行フノ權

三　司法權

此等三種ノ權限ハ憲法ノ規定ニ依リ行政官廳ノ行フコトヲ得サル所ナルニ拘ラス獨臺灣總督ニ對シテハ此權限ヲ委任セラレタリ

如此權限ノ委任ニ關シテ第一ニ起ルヘキ疑問ハ其果シテ憲法違反ニ非サルヤ否ヤノ問題ナリ法律ニ代ルヘキ命令ヲ發布スルハ憲法第八條ノ規定ニ依リ議會ノ閉會中臨時緊急ノ必要アル場合ニ限リ君主ノ大權ヲ以テ之ヲ發布スルコトヲ許スニ止ル然ルニ臺灣總督ノ發布スル命令ハ必シモ議會ノ閉會中ナルコトヲ要セス又臨時緊急ノ必要アル場合ナルコトヲ要セス加之君主ノ大權ヲ以テ之ヲ發布スルニ非スシテ單ニ勅裁ヲ經テ臺灣總督之ヲ發布スルナリ其之ヲ發布シタル場合ニ於テモ敢議會ノ承諾ヲ得ルコトヲ必要トセス司法權ハ又憲法ノ規定ニ依テ裁判所ニ非サレハ之ヲ行フコトヲ許ササルニ臺灣總督カ行政官廳ニシテ而モ同時ニ司法權ヲ行フハ明ニ此規定ニ違反スルモノナリ如此若憲法カ臺灣ニ行ルルモノトセハ其憲法ニ違反スルモノナルコトハ極テ明瞭ナリ然レトモ其違憲ナリヤ否ヤヲ決スルニ當リテハ先決問題トシテ憲法カ臺灣ニ行ルルモノナリヤ否ヤヲ決セサルヘカラス若憲法ニシテ臺灣ニ行ハレストセハ初ヨリ違憲ノ問題ヲ生セサルナリ

0050

憲法ハ統治權ノ機關ト其作用トヲ規定セル法規ナリ而シテ若反對ノ意思ヲ推測スヘキ根據ナキトキハ常ニ領土ノ全部ニ行ルルモノト推測セサルヘカラス是其原則ナリ然レトモ此原則ハ如何ナル場合ニモ例外ナク適用シ得ヘキモノニ非ス總テ法ハ社會ノ事情ニ伴ヒテ存在ス社會ノ事情ニシテ異ルトキハ法モ亦隨テ異ラサルヲ得ス立法ハ立法當時ノ事情ニ於テ社會ノ狀態カ如此立法ヲ必要トスルコトヲ前提トセルモノナリ若新領土ヲ取得セル場合ニ於テ其新領土ニ於ル社會ノ狀態カ全ク領土ノ他ノ部分ト異レルトキハ法律ハ必シモ當時其效力ヲ新領土ニ及スモノト推測スルコトヲ得ス法律ハ初ヨリ如此事情ヲ異ニシタル新領土ニ其效力ヲ及スノ意思ナキモノナリ憲法ト雖決シテ之カ例外ヲ成スモノニ非ス憲法カ臣民ノ權利ヲ保障シ法律ニ依ルニ非サレハ其自由ヲ制限スルヲ得スト爲セルハ社會ノ程度カ如此權利ノ保障ヲ必要トスル迄ニ進歩セルコトヲ以テ前提トセルモノナリ若新領土ニシテ全ク社會狀態ヲ異ニシ進歩ノ程度ヲ同ウセサル場合ニ於テ尙憲法カ當然新領土ニ效力ヲ及スモノナリト爲スハ決シテ憲法ノ精神ヲ得タルモノニ非サルヘシ

凡法ノ施行區域ハ國家ノ定ムル所ニ依ル憲法ノ施行區域ニ付テモ亦國家ハ如何ナル定メヲモ爲スコトヲ得ヘク領土ノ一部ニハ之ヲ施行シ他ノ一部ニハ之ヲ施行セストスルモ毫モ憲法ノ性質ニ反スルモノニ非ス憲法ハ其性質上必領土ノ全部ニ施行セラルヘキナリト謂フカ如キハ更ニ根據ナキ說ナリ固ヨリ憲法ノ條項中ノ或モノハ性質上必領土ノ全部ニ行レサルヘカラサルモノアリ即國家ノ最高機關ヲ規定セル條項即我國ノ憲法ニ付テ謂ヘハ大日本帝國ハ天皇之ヲ統治スト云フ規定ノ如キハ性質上必ス領土ノ全部ニ行ルヘキモノナラサルヘカラス何トナレハ國家ノ最高機關ハ一アリテ二アルヲ得ス領土ノ一部ト他ノ一部トカ最高機關ヲ異ニスルハ國家統一ノ性質ニ矛盾スルモノナレハナリ然レトモ是此條ノ

特別ノ性質ニ基クモノニシテ其憲法中ノ規定ナルカ爲ニ非ス如此特別ノ性質ヲ有セサル他ノ條項ニ至テハ領土ノ一部ニノミ行レ他ノ一部ニハ行レストスルモ毫モ妨クル所アラサルノミナラス又各國普通ニ行ルル所ノ事例ナリ

憲法ハ其施行區域ニ付テ何等ノ規定ヲモ設ケス而シテ反對ノ明文ナキトキハ凡テ法律ハ領土ノ全部ニ行ルルヲ原則トナスト雖憲法カ其施行區域ニ付何等ノ規定ヲ設ケサルハ唯憲法カ其制定ノ當時ニ於ル領土ノ全部ニ之ヲ施行スヘキコトヲ豫想シタルニ止リ其以後ニ於テ取得スヘキ新領土ニ付テハ之ヲ施行スルト否トハ全ク憲法ノ豫想スル所ニ非サリシナリ隨テ新領土ニ於テ憲法ノ行ルルヤ否ヤハ憲法ノ規定自身ヨリハ之ヲ推測スルコトヲ得ス國家ハ新領土ヲ取得シタル各箇ノ場合ニ付テ如何樣ニモ之ヲ定ムルヲ得ヘク或ハ新領土ノ取得ト同時ニ當然憲法カ其效力ヲ新領土ニ及スモノトナスコトヲモ得ヘク或ハ一定ノ時期ヲ定メテ其時期ヨリ效力ヲ生スルモノトナスコトヲモ得ヘク或ハ全ク之ニ施行セサルコトヲモ得ヘシ臺灣ニ於テ憲法カ行ハルルヤ否ヤノ問題モ亦國家カ果シテ之ヲ施行スルノ意思アリヤ否ヤニ依テ決スヘキモノナリ

然レトモ之ヲ施行スルト否トヲ決定スルハ何人ノ權限ニ屬スヘキカ詳ク言ヘハ君主ノ大權ニ屬スルヤ又ハ議會ノ協贊ヲ要スヘキモノナリヤ是次ニ生スヘキ問題ナリ既ニ憲法ヲ施行セル地域ニ於テ其施行ヲ停止スルハ憲法ノ效力ヲ變更スルモノニシテ憲法第七三條ノ手續ニ依リ憲法變更ノ法律ヲ以テスルコトヲ要ス然レトモ未憲法ノ行レサル新領土ニ於テ新ニ憲法ヲ施行シ又ハ之ヲ施行セサルコトヲ決定スルハ憲法變更ノ法律ヲ要セサルノミナラス議會ノ協贊ヲモ經ルヲ要セス一ニ君主ノ大權ヲ以テ之ヲ

定ムルコトヲ得ヘシ何トナレハ憲法ノ未施行セラレサル地域ニ於テハ君主ノ統治權ハ恰憲法制定ノ以前ニ於ルカ如ク全ク無制限ニシテ如何ナル事項ト雖君主ノ大權ヲ以テ決定スルコトヲ得サルモノナケレハナリ

臺灣取得ノ當時ニ於テ國家カ憲法ヲ臺灣ニ施行スルノ意思ナカリシコトハ極テ明瞭ニシテ軍隊ノ統帥權及立法、司法、行政ノ總テノ作用ハ一ニ臺灣總督ニ委任セラレ臣民ノ權利ニ對スル憲法上ノ保障ハ一モ行ルル所ナカリシナリ明治二十九年三月法律第六三號ニ至リ始テ憲法上ノ立法事項ト然ラサルモノトヲ區別シ立法事項ニ付テハ勅裁ヲ經ルニ非サレハ之ヲ定ムルヲ得サラシメ以テ臣民ノ權利ニ對スル憲法上ノ保障ノ幾分ヲ實行スルニ至レリト雖之ヲ以テモ未憲法ヲ臺灣ニ行フノ意思アルモノト推測スルコトヲ得ス學者或ハ曰ク若憲法ニシテ全ク臺灣ニ行レストスレハ憲法上ノ立法事項ト然ラサルモノトノ區別アルヘキ理由ナシ明治二十九年法律第六三號カ特ニ立法事項ヲ區別シテ鄭重ナル手續ヲ採ラシメタルハ即憲法ヲ臺灣ニ施行スルノ意思ヲ表明セルモノナリト然レトモ或事項ハ總督之ヲ專行シ或事項ハ勅裁ヲ經テ之ヲ行ハシムルカ如キ事項ノ種類ニ依テ手續ノ輕重ヲ異ニスルハ敢憲法施行ニ關係ナク之ヲ爲スコトヲ得ヘク而シテ如何ナル事項ハ輕易ノ手續ヲ採リ如何ナル事項ハ鄭重ノ手續ヲ採ラシムヘキカノ區別ノ標準ヲ憲法ノ規定ニ採ルモ是亦モ憲法ノ效力ヲ臺灣ニ及スノ證據トナスニ足ラス立法事項ト非立法事項トノ區別ハ單純ノ事實ニシテ法規ニ非ス何何ノ事項ハ法律ヲ以テ定ムルヲ要スト謂フカ即法規ナリ法律第六三號ハ唯此事實ヲ藉リ來リテ以テ勅裁ヲ經ヘキモノト然ラサルモノトノ區別ノ標準トナシタルノミニシテ何何ノ事項ハ法律ヲ以テ定ムルヲ要スト謂フノ法規ハ未臺灣ニ施行セラルルコトナシ是故ニ法律第六三號モ未以テ憲法ヲ臺灣ニ施行スル意思ヲ表示シタルモノニ非ス加

國家ノ目的ヲ遂行スルニ必要ナル財產ノ管理及其收入支出ニ關スル國ノ行政ヲ財務行政ト謂フ此定義中ニハ見ラルル如ク主トシテ私經濟的作用ニ屬スル國有財產ノ管理、國家ノ營業、此等ノ源ヨリ生スル收入、私法上ノ契約ニ屬スル賣買、貸借等ノ如キ權力ノ行動ニ非サル國家ノ行爲ヲ包含シ居リテ嚴格ニ財務行政ト稱スヘキモノノ範圍ヲ超過シ居ルナリ行政法ニ於テ論スル國家ノ行動ハ其公法的ナルト私法的ナルトヲ問ハス苟國家ノ行動ナルトキハ總テ之ヲ論スヘキモノナリト云フコトヲ主張スル學者モアレトモ予ハ國家ノ權力ノ行動ニ限ラサルヘカラスト信スルナリ財務行政ノ範圍ニ付テ言ヘハ國家ノ權力ヲ以テスル租稅ノ徵收及之ニ類似シタル關係ニ限ラサルヘカラスト思フナリ然レトモ通俗ノ用語ニ從ヘハ固有財產ノ管理、私法上ノ賣買、貸借ノ如キ權力行動タラサル國家ノ行動ヲ包含セシメ以テ財務行政ト稱セリ即大藏省主管スル事務ノ全體ヲ財務行政ト稱スルカ實際家ノ用法ナリ左レハ實際ノ便宜ノ爲メ姑此範圍ニ於テ財務行政ヲ論セントス

財務行政ノ目的ハ國家ノ目的ヲ達スルカ爲ニ必要ナル財物ヲ供給スルニ在ルヲ以テ國家アレハ必財務行政アリ然レトモ所謂自然經濟行レ公法、私法ノ觀念未分岐セス各國領主カ私益ノ爲メ自己ノ財產ヲ以テ政務ヲ執行スルノ時ニ在テハ國ノ財政トシテ重要ノ地位ヲ占ムルコトナカリキ例之此時ニ在テハ今日ノ國家ノ收入ノ最大ナル源ヲ成ス所ノ租稅ハ之ヲ國民ノ義務トスルノ思想ナク或ハ土地ノ貸付料、御料金、特權ノ免許料ト云フカ如キ性質ヲ有スルモノト爲シ或ハ租稅ナルモノハ必之ヲ支拂ハサルヘカラサルモノナレトモ其君主ト人民ノ契約ニ基因スルモノナリトシ或ハ保險料トシテ租稅ヲ支拂フト云フカ如キ觀念或ハ國家ヨリ利益ヲ受クル代價トシテ支拂フモノトスル思想行レ國民ノ義務トシテ租稅ノ認メラルルニ至リタルハ極テ新シキ思想ニ屬ス中世ニ至テ貨幣經濟盛ニ行ルルニ至リ偶中央集權

0052

ノ大國家成立シ多數ノ常備軍ヲ備ヘ行政ハ多數ノ官吏ニ由テ施行セラルルコトヲ爲リ國家ノ費用ヲ要スルコト非常ニ多クナリ漸次國家ノ職分益擴張セルト共ニ多大ノ費用ヲ要スルニ至レルカ爲メ遂ニ租稅ヲ以テ國家ノ最大ノ財源ト爲スニ至リ租稅ノ收入、經費ノ支出ニ關スル政務ハ甚重要ナル國家ノ政務ト爲ルナリ

曩ニ述ヘタル如キ廣キ範圍ニ於テ財務行政ヲ論スルヲ以テ財務行政ハ之ヲ二種類ノ國家ノ行動ニ分ツコトヲ得第一ハ國家ノ權力ノ行使ニ屬スル財務行政ニシテ第二ハ私法上ノ行爲ニ屬スル財務行政是ナリ其權力ノ行使ニ屬スル財務行政ハ主トシテ租稅ノ徵收ナリ私法上ノ行爲ニ屬スル財務行政ハ國有財產ノ管理、賣買、貸借ノ如キモノナリ此區別ニ從ヘハ國家ハ財產ニ關シテ二樣ノ法律關係ノ下ニ支配セラルルヲ知ル即公法上ノ財產權ノ主體トシテ及私法上ノ財產權ノ主體トシテナリ通常此私法上ノ財產權ノ主體トシテ觀察シタル國家ヲ國庫ト稱ス國庫ナル觀念ハ羅馬法ニ濫觴シ所謂警察國ノ時代ニ著シキ發達ヲ遂ケタルモノナリ國家ハ財產權ノ主體トシテ私人ト同等ニ賣買、貸借等ノ法律行爲ヲ爲スモノナリ即國家ハ私法上一ノ法人ナリ私法上ノ法人トシテノ國家ヲ國庫ト稱スト云フ思想ナリ此思想ニ從ヘハ國庫ハ一ノ私法人ニシテ國家ト離レテ獨立ノ人格ヲ有シ民法及民事訴訟法ノ支配ヲ受クヘキモノナリ本來斯ル關係ヨリ國家ヲ國庫ヨリ觀ルハ警察國ノ法律思想ノ下ニ於テ甚便利ナル思想ニシテ實際ニ於テ重要ナル意義ヲ有セシモノナリ然レトモ今日ニ於テモ國家ノ外ニ國庫ナル私法人ノ存在ヲ認ムト云フカ如キ觀念ヲ採用スル必要ナシ然レトモ此思想ヨリ沿革シテ今日ニ於テモ國庫ナル語使用セラレ多數學者ハ私法上ノ關係ニ於ル國家ヲ國庫ト稱シ國庫トシテノ國家ハ私法上ノ取引、損害賠償等ニ關シテ私法ノ支配ヲ受クヘク私法裁判所ノ裁判ニ服從スヘキモノナリト論シ居ルナリ又學者中公法上竝ニ私法上ノ財產權ノ主體トシテ國庫ナル語ヲ國家ニ當テテ說明スルモノアリ然レトモ特ニ國庫ナル語ヲ用ヒサルモ國家ハ國家トシテ私法上、公法上ノ人格ニシテ私法上ノ賣買、貸借ヲ爲スコトヲ得ヘク其關係ニ付テ民事訴訟法ノ支配ヲ受ケ警察規則其他財產權ノ主體ニ適用スヘキ行政法規ニ從ハサルヘカラスト論スルコトヲ得ルヲ以テ此語ヲ用フルカ爲メ國家ノ外ニ國庫ナル人格アルカ如クニ認想ヲ惹起スルノ虞モアリ旁國庫ナル語ヲ用フルハ不可ナリト信ス尤財產權ノ主體トシテノ國家ト云フ代リニ國庫ナル簡單ナル語ヲ使用スト云スナラハ別段推問答フル迄モナキコトナリ

第一節　國有財產

國有財產ハ之ヲ分チテ收益財產、公用財產ノ二トスルコト通常ナリ收益財產トハ直接ニ國家ハ行政ノ目的ニ供セスシテ收入ヲ得ルヲ目的トスル財產ヲ謂フ國有土地、國有鑛山業、國有鐵道業其他國有商工業等ノ如キハ即之ニ屬スルナリ如此收益財產ハ固ヨリ國家ニ收入ヲ與ヘテ其收入ハ行政ノ目的ノ遂行ニ使用セラルレトモ官廳ノ建物、學校、病院ノ如キ營造物ノ如ク全ク收入ナク又ハ收入カ直接ノ目的ニ非スシテ直接ニ國家ノ行政ノ爲ニ用ヒラルル公用財產ト異レリ收益財產ハ一ニ之ヲ私產ト謂フ公用財產即公產ト異リ其取得ノ方法ハ私法上ノ行爲ニ因リ管理、處分ノ方法モ亦私法上ノ行爲ヲ以テス公用財產ハ其使用ノ目的ノ異ルニ從ヒ各特別ノ官廳ニ屬スレトモ收益財產ハ國家ノ收入ヲ主管スル大藏省ノ管轄ニ屬セシムルカ本則ナリ

國有財產ノ管理及處分ニ關シテハ行政法上特別ナル法則定リ居レリ固ヨリ國有財產ノ取得ノ方法モ亦特別ナル方法アレトモ茲ニ論スヘキ限ニ在ラス租稅、公用徵收ト稱スルカ如キ權力處分ニシテ私法上

0053

ノ行爲ヲ以テ之ヲ取得スルノ外ニ此等權力ノ處分ニ依ルコトハ國家ノ國家タル所以ニ屬スルナリ國有財産ノ處分管理ニ關シテ又私法ノ法則ニ從フヲ得レトモ國家ノ利益ヲ保護スル爲メ特別ノ法則定マルモノアルナリ會計法、會計規則、官有財産管理規則、官有地特別處分規則、國有林野法、國有土地森林原野下戻法等ハ其一般ノ通則ヲ定ムルモノナリ其他各種ノ國有財産ニ關シテ管理處分ノ特別ノ法則ヲ規定スレトモ是其各種特別ノ行政ヲ論スルニ當リテ述ヘン茲ニハ此等法令ニ規定スル通則ノ重ナルモノヲ論スルニ止ムヘシ

國有財産ニ關スル賣買、貸借ハ總テ公告シテ競爭ニ付スルコトヲ通則トセリ唯法律ニ定メタル例外ノ場合ニ限リ隨意約定ニ依ルコトヲ得ルモノトス(會計法二四條)會計規則ニ競爭契約ノ方法競爭ニ加ルコトヲ得ヘキ者入札ノ保證金等ニ關シテ詳細ノ規定ヲ設ケアリ如此ニシテ競爭ニ付スルモ入札者ナキカ又ハ再度入札ヲ爲サシムルモ豫定價格ニ達セサルトキハ又隨意契約ヲ爲スコトヲ許シアリ國有財産ヲ貸付スルニハ必貸付料ヲ徵收スヘキモノトス國有財産ヲ他人ノ財産ト交換スルニハ財産ノ種類同一ニシテ其評定價格略同一ナル場合ニ限ル

國有財産ヲ賣拂フ場合ニハ其財産ヲ引渡スト同時ニ一時ニ代金ヲ支拂ハシムルコトトセリ府縣郡、市町村ノ公用ニ供スルカ爲ニハ國有財産ヲ無償ニ讓與スルコトヲ得ルノ例外アリ(官有財産管理規則)官有地特別處分規則ハ國有財産中官有土地ノ處分ニ關シテ特別ノ規定ヲ爲セリ官有地ヲ貸渡シ又ハ賣渡スニハ競爭ニ付スヘキコトヲ原則トスレトモ隨意ノ契約ヲ以テ爲スコトヲ得ル二三ノ場合モ規定シアリ官有地ノ取扱ニ關シテハ官有地取扱規則アリ國有財産中特ニ國有林野ニ關シテハ國有林野ニ其管理處分ノ特別ノ方法ヲ制限セリ

國有土地森林原野下戻法ハ地租改正又ハ社寺上地處分ニ依リ官有ト爲リ現ニ國有タル土地、森林、原野若クハ其立木竹ハ其處分ノ當時所有又ハ分收ノ事實アリタル者ハ其下戻ヲ受クヘキコトヲ規定セリ

第二節　收入

國家ノ收入ハ分チテ二種類トナスコトヲ得其一ハ私法上ノ收入ニシテ他ノ一ハ公法上ノ收入ナリ私法上ノ收入トハ國家カ私法上ノ財産權ノ主體トシテ私法上ノ行爲ニ由テ取得スル收入ヲ謂ヒ公法上ノ收入トハ國家カ公法上ノ財産權ノ主體トシテ取得スル即權力ヲ用ヒテ取得スル收入ヲ云フ國家ノ國家タルノ所以ノ收入ハ公法上ノ收入ニシテ國家ノ收入ノ主ナル部分ハ之ニ屬スルナリ國家カ收入ヲ獲得スルニハ固ヨリ私法上ノ行爲ニ由ルコトヲ得レトモ又其國家タルノ故ヲ以テ臣民ヨリ其財産ヲ强制シテ收納スルコトヲ得國家ノ收入ノ特色ハ此公法上ノ收入ニ在テ公法上特ニ論セラルヘキハ此公法上ノ收入ナリ私法上ノ收入ノ主ナルモノハ國有財産ノ收入ナリ私法上ノ收入ニ付テ特ニ論スヘキモノハ國家ノ專業收入ナリ公法上ノ收入ノ主ナルモノハ租稅ナリ犯罪ノ制裁タル罰金、沒收モ亦公法上ノ收入ナレトモ是收入ヲ主タル目的トスルモノニ非サルヲ以テ茲ニ論セス手數料モ亦公法上ノ收入ナリ以下種種ノ收入ヲ別別ニ論スヘシ

第一　租稅

凡ソ國家ノ臣民タル者ハ臣民タルノ性質トシテ納稅ノ義務ヲ有ス抑國家ハ人類ノ生存發達ノ必要條件ニシテ之カ故ニ國家ハ權力ヲ有シ臣民ハ之ニ服從スルナリ臣民カ其生存ヲ遂ケ發達ヲ來サントスレハ必國家ヲ維持セサルヘカラス或學者カ譬ヘテ國家カ吾吾ノ生活ニ必要ナルハ恰食物ノ如シト言ヘルカ

0054

如ク隨テ吾人ハ食物ノ代價ヲ支拂フト同シク國家ノ維持目的ノ遂行ニ必要ナル費用ヲ支拂ハサルヘカラス其費用ハ吾人ノ生活ノ費用ナリ之ヲ國家ノ方面ヨリ言ヘハ國家ハ其臣民ノ生存發達ノ要件タルノ理由ヲ以テ其目的ノ遂行ニ必要ナル費用ヲ取立ツルコトヲ得之ヲ學者ハ稱シテ國家ハ財政權ヲ有スト謂ヘリ財政權ハ國家ノ存在スル以上ハ必ナカルヘカラサル國家ノ權力ニシテ國家ノ國家タル性質ニ基クモノナリ此財政權ノ發動ニ基キ國家カ臣民ヨリ徵收スル所ノモノヲ租稅ト稱ス租稅ハ國家存スレハ必存セサルヘカラサルモノニシテ之ヲ納ムルノ義務ハ臣民ノ臣民タルノ本質ニ存ストモ謂フヘキナリ

租稅ハ國家ノ目的ヲ遂行スルカ爲ニ必要ナル費用ニ充テンカ爲ニ之ヲ徵收スルモノニシテ即國家ノ一般ノ經費ニ充ツルモノナリ或特別ノ目的ノ爲ニ特別ノ理由ニ依リ徵發セラルルモノニ非ス又租稅ハ一般ノ標準ニ據テ徵收セラル租稅ノ此性質ハ必シモ租稅其モノノ本質ニ基クモノニ非スト謂フヘシ近世ノ立憲政體ノ趣意ト正義公道ヲ重ンスル思想ニ出ツルナリ近世國家ノ租稅ハ法規ニ依テ定メタル一定ノ法則ニ從フ標準ニ據テ徵收セラルルヲ其性質トス一般ノ負擔ナルヲ以テ租稅ニ賠償ヲ與ヘサルモ其性質ノ一ナリ租稅ハ金錢ヲ以テ支拂ハル之又租稅ヲ他ノ國家ノ收入ト區別スル所以ナリ要之租稅トハ國家ノ財產權ニ依テ一般ニ國家ノ經費ニ充ツル爲メ一般標準ニ據テ臣民ヨリ取立ツル金錢ノ支拂ナリト謂フヘシ

帝國憲法ノ第二〇條ニ日本臣民ハ法律ノ定ムル所ニ從ヒ納稅ノ義務ヲ有スル旨ノ規定アリ之ヲ以テ憲法ニ明文アリテ初テ臣民ニ納稅義務アルナリト見ルハ大ナル間違アリ納稅義務ハ前ニ述ヘタル如ク臣民タル所以ノ本質トシテ茲ニ臣民タレハ當然負擔スヘキ義務ナリ此點兵役義務ト異ナルコトナシ憲法ノ規定ハ其趣意ハ臣民ニ納稅義務アルコトヲ明言スルノ主旨ヲハナク既ニ存在スル納稅義務ヲ實現スルニハ法律ノ定ムル所ニ依ラサルヘカラサルコトヲ規定シタルナリ即義務ヲ規定スルニ非スシテ權利ヲ規定スルナリト謂ハハ云フヘシ此規定アルニ因テ納稅義務ハ常ニ法律ヲ以テ定メサルヘカラス租稅ノ物體納稅義務者納稅義務ノ範圍及限度租稅ノ徵收方法等ハ皆法律ヲ以テ之ヲ定メサルヘカラスト謂フニテ憲法ノ規定スル人民ノ自由ノ保障ノ一ニ屬セリ

租稅ノ物體トハ納稅義務ノ目的物ノ意義ニシテ納稅義務ノ存スル所ノ事實又ハ行爲ヲ租稅ノ物體ト謂フナリ近世租稅ハ原則トシテ物體ナキモノナシ唯所謂人頭稅ニ於テ其例外ヲ見ルノミナリ租稅ノ物體ハ或ハ人ノ取得シ或ハ所有スル財貨ナリ或ハ人ノ經濟上ノ行爲ナリ人ノ取得シ又ハ所有スル財貨ヲ物體トスル租稅ニ二種類アリ第一ハ一定ノ期間內ニ於ル收益ヲ物體トスルモノ之ニ又二種類アリ一ハ商箇ノ收益ヲ目的トスルモノ之ヲ名ケテ收益稅ト稱ス二ハ收益ノ全體ヲ物體トスルモノ嚴格ナル意義ニ於ル所得稅ナリ第二ハ一定ノ時期ニ於ル財產ヲ物體トスルモノ之ニ二種類アリ一ハ財產ノ全體ヲ目的物トスルモノ一ハ箇箇ノ財產ヲ目的トスルモノ之ヲリ經濟上ノ行爲ヲ物體トスル租稅モ亦二種類アリ一ハ土地所有權ノ讓渡財產ノ相續其他各種ノ法律行爲ヲ目的トスルモノ即學問上交通稅ト稱スルモノナリ二ハ貨物ヲ生產シ又ハ運送スル經濟行爲ヲ目的トスルモノニシテ所謂消費稅ナリ此種ノ租稅ヲ財政學者ハ間接稅ト名ク間接稅ト謂フ意味ハ其租稅ヲ納付スル納稅義務者カ經濟上ノ取引交通ノ間ニ其負擔ヲ他人ニ轉嫁スルコトヲ經濟上ノ性質トシ立法者カ之ヲ希望スルコトヲ云フ之ニ對シテ納稅義務者カ直接ニ租稅ノ負擔者ナルコトカ立法上豫期セラルル租稅ヲ直接稅ト稱スルナリ此區別ハ租稅ノ政策ヲ定ムル上ニ重大ナル關係ヲ有スレトモ法律上ノ取扱ニ於テハ只納稅義務者カ見ハルルノミナレハ

0055

法律上何等ノ意味モナキコトナリ法律上ニ於テハ寓臺帳稅ト從率稅トノ區別ヲ以テ意味アル區別トスヘキカ臺帳稅トハ其課稅ノ物體カ土地家屋ト云フカ如キ永續的固定的ノ性質ヲ有シ從テ豫之ヲ査定スルコトヲ得ルモノニシテ此豫ノ査定ニ基キテ作製シタル臺帳ニヨリテ課稅セラルル租稅ヲ云ヒ從率稅トハ其課稅ノ物體カ經濟的行爲ノ如キ豫之ヲ査定スルコト能ハス其行爲アル毎ニ稅率ニ隨テ課稅セラルル租稅ヲ謂フ此區別ハ行政法上重要ナル意義ヲ有スルコトハ後ニ述フルカ如シ

納稅義務者即租稅ノ主體トハ法律上租稅ヲ支拂フ義務者タルモノヲ謂ノ苟國家ノ權力ニ服從スル者ハ總テ租稅ヲ課セラレ外國人ト雖我領土內ニ於テ經濟上ノ行爲ヲ爲シ我領土內ニ居住シ又ハ財產ヲ所有スルトキハ通常之ヲ物體トスル租稅ヲ課セラル

租稅額ハ租稅ノ物體ノ分量ニ從テ又ハ價格ニ從ヒ定マル前者ハ主トシテ間接稅又ハ從率稅ニ存シ後者ハ主トシテ收益稅、財產稅ノ如キ直接稅又ハ臺帳稅ニ存ス故ニ分量ニ從ヒ定マル場合ニハ稅額ヲ定ムルコト極テ容易ナリ法律ハ之ニ對シテ一定ノ稅率ヲ定ムレハ足レリ價格ニヨル場合ハ商商ノ物體ニ付テ定ムルカ又ハ課稅ノ等級ヲ分チテ之ヲ定ムルカノ二方法アリ前者ヲ學問上比例稅ト稱シ後者ヲ累進稅ト稱ス從率稅ト臺帳稅ノ區別ハ此關係ニ於テモ重要ナル意味ヲ有ス

租稅ニ關スル行政上ノ手續ハ分チテ三段トナスコトヲ得第一ハ納稅義務確認ノ處分第二ハ租稅ノ徵收第三ハ督促及滯納處分ナリ

(一) 納稅義務確認ノ處分　納稅義務ハ法律ニ依テ發生スルモノニ相違ナキモ或種類ノ租稅ハ法律アレハ直ニ之ニ依テ徵收セラルレトモ或種ノ租稅ハ法律ノ規定ノ外ニ徵收ヲ爲ス前ニ商商ノ特定ノ場合ニ納稅義務ヲ確認スル行政行爲ヲ必要トスルモノアリ此行政行爲ハ徵稅令書ニ依テ行ハル徵稅令書ハ租稅法カ定ムル處ノ租稅ノ物體、租稅ノ主體及稅額ヲ法律ニ據テ審査シ之ヲ確認スルノ作用ヲ有スルモノニテ此行政行爲ノ必要ハ主トシテ臺帳稅ニ在リ從率稅ニ於テハ商商ノ特定ノ場合ニ納稅義務ヲ確認スル行政行爲ノ媒介ナキヲ常トス臺帳稅ノ場合ニハ此行政行爲(徵稅令書)ハ租稅ヲ徵收スル法律上ノ要件ニシテ此行爲ナクシテ直接ニ徵收スルコトヲ得サルナリ然シ之ヲ誤解シテ納稅義務其モノカ此行政行爲ニヨリテ發生スルモノト見ルヘカラス納稅義務ハ法律ニ因テ初ヨリ存在ス然シ又納稅義務ヲ充タスヘキ事實上ノ注意ニ止ルモノニ非ス法律上ノ效力アル行政行爲ナリ又納稅義務ノ履行ヲ催告スルモノニモ非ス然レトモ納稅義務ハ此行政行爲アルヲ俟テ始テ履行セラルルコトヲ得又其限度ニ於テ屢行セラルルコトヲ得ルナリ

(二) 徵收　納稅義務カ法規ニ依リ又ハ處分ニ因テ確定シタルトキハ定マレル義務者ハ定マレル納期ニ定マレル方法ニ依テ定マレル額ヲ納付セサルヘカラス租稅ハ定マレル納期ニ之ヲ納付スルコトヲ要ス又以前ニ納付ヲ强ヒラルルコトナシ但左ノ如キ場合ハ例外ナリ

(明治三十年三月法律第二十一號國稅徵收法)

第四條ノ一　納稅人左ノ場合ニ該當スルトキハ未タ納期ノ到ラサルモ既ニ納稅義務ノ確定シタル國稅ハ總テ之ヲ徵スルコトヲ得(三十五年法律第三六號ヲ以テ改正)

一　國稅ノ滯納ニ因リ滯納處分ヲ受クルトキ

二　府縣稅其ノ他ノ公課ノ滯納ニ因リ滯納處分ヲ受クルトキ

三　强制執行ヲ受クルトキ

四　破產ノ宣告ヲ受ケタルトキ

0056

五　競賣ノ開始アリタルトキ

六　法人カ解散ヲ爲シタルトキ

七　納稅人脫稅又ハ逋稅ヲ謀ルノ所爲アリト認ムルトキ

租稅ノ徵收ハ直接ニ國家之ヲ行フ場合ト市町村ニ徵收ノ義務ヲ負ハシムル場合トアリ後ノ場合ニハ市町村ハ其市町村內ノ租稅ヲ徵收シテ之ヲ國庫ニ納付スヘキ責任ヲ有ス是市町村ノ義務ナレハ徵收シタル租稅ヲ過失ニヨリテ滅失シタルトキハ市町村之ヲ辨償スヘキモノナリ租稅ノ徵收方法ニハ又直接法ト間接法ノ二種アリ直接法トハ直ニ現金ヲ以テ稅務官廳ニ納付セシムルヲ謂ヒ間接法トハ納稅者ヲシテ印紙ヲ使用セシムル方法ナリ此方法ニ依ル租稅ヲ印紙稅ト云フ所謂印紙稅ハ租稅ニ非スト稱スル者モアル位ニテ印紙稅ニ於ル印紙ノ性質ハ甚疑ハシ然レトモ印紙ヲ購買スルハ其貼用ヲ條件トシテ租稅ヲ前納スルモノニシテ貼用ハ前納ヲ公證スル方法ニシテ貼用ニ因テ先ノ購買カ前納トナルモノト或ハ解スヘキカ

(三)督促及滯納處分　納稅義務者カ納期ヲ過キテ尙租稅ヲ完納セサルトキハ期限ヲ指定シテ之ヲ督促スルコトヲ得督促處分ヲナスモ尙指定ノ期限迄ニ租稅ヲ完納セサルトキハ滯納處分ニ因テ之ヲ强制ス滯納處分ハ第一ニ滯納者ノ財產ヲ差押フルコトナリ國稅徵收法ニハ差押手續ニ付詳細ノ規定アリ差押フヘキ財產ノ價額ハ稅額ニ充タサル見込アルトキハ滯納處分ノ執行ヲ止ムヘキモノトス是滯納處分ハ一ノ强制方法ニシテ罰金ニ非サル所以ナリ差押ヘタル財產ハ公賣ニ附スルコトヲ以テ滯納處分ヲ結了ス

納稅義務ハ場合ニ依テ法規又ハ行政處分ニヨリ其確定ノ度ヲ緩和セラルルコトアリ

イ　納稅義務ハ條件付ナルコトアリ納稅義務ハ一旦發生スルモ解除條件ニ繫ラシメラルルコトアリ例之輸入貨物カ一定日以內ニ再輸出セラルルトキハ其義務ハ解除セラレテ關稅ヲ免セラルルカ如シ又此條件ハ停止條件ナル場合アリ例之通過ノ目的ヲ以テ輸入シタル貨物ハ關稅ヲ課スルコトナシ然レトモ此貨物カ再輸出ヲ爲ササルトキハ先ニ輸入シタルトキノ稅率ニ據リテ關稅ヲ課セラルルナリ

ロ　納稅義務ノ發生カ猶豫セラルルモノアリ例之輸入ノ貨物ヲ保稅倉庫ニ寄託スルトキハ發生スヘキ關稅納付ノ義務ハ一時猶豫セラルルモノナリ

ハ　納稅義務ハ延期セラルルコトアリ延期トハ法定ノ租稅ノ納期ヲ適當ノ場合ニ特別ノ事情ヲ酌量シテ延長スルコトナリ延期ハ法律ノ例外ヲ爲ス處分ナルカ故ニ其之ヲ爲スコトヲ得ルハ法律カ之ヲ爲ス權限ヲ明ニ與ヘタル場合ニ限ルコトヲ注意スヘシ

租稅ハ義務以上ニ過テ納付セラルルコトアリ此場合ハ民法ニ所謂不當利得ノ場合ニ類似セリ從テ民法ノ不當利得ノ原則ヲ適用スヘキモノト論スル學者モアル樣ナリ是等ノ場合ニ行政上ノ執行處分ノ匡正ヲ求メテ稅金ノ還付ヲ請求スルノ公法上ノ權利ヲ臣民ニ認ムルヲ適當トスルト考フ

納稅義務ハ稅金ノ拂込ニ由テ消滅ス其他納稅義務消滅ノ一ノ事由ハ免除ナリ法律ニ定マル納稅義務ヲ免除スルハ此處分ヲ爲ス所ノ權限カ法律ニ許サレアル場合ニ限ル又納稅義務ハ時效ニ因テ消滅スルコトアリ然シ私法上ノ時效ノ制度ハ當然公法上ノ權利義務ニ付テ適用セラルヘキ原則ニ非ス特別ノ明文アルニ非サレハ時效ニ因テ消滅セサルヲ原則トセサルヘカラス現行法ニ於テ納稅義務カ時效ニ因テ消滅スルコトヲ規定スルハ關稅法ナリ(關稅法七條)廣ク租稅ノ時效ニ付テハ會計法第一九條ヲ適用スヘキモノト思フ

0057

現行租税ノ主ナルモノヲ略述スヘシ

第一　地租　地租ハ土地ノ收益ヲ物體トスル所ノ租税ナリ故ニ收益ノナキ土地ニ之ヲ課セサルコトヲ性質トス明治十七年三月布告第七條地租條例ノ定ムル所ニ依ルニ地租ヲ賦課スル土地ハ田畑郡村宅地、市街宅地、鹽田、鑛泉地(以上第一類)沈沼、山林、牧場、原野、雜種地(以上第二類)トス是等ノ土地ニシテ山崩川缺等ノ如キ天災ニ罹リ地形ヲ變シタルモノヲ荒地ト謂ヒ一定ノ期間地租ヲ免除ス又公立學校地、鄕村社地、墳墓地用、惡水路、公共ノ道路ノ如キモノハ地租ヲ免除ス地租條例ノ土地收益ヲ測定スル標準ハ一定ノ手續ヲ以テ定メタル地價ニ依ルモノトス而シテ地價ニ對スル一定ノ率ニ依テ之ヲ課ス而シテ土地ノ豐凶ニ因テ地租ヲ增減セス一定ノ地價ニ依テ課スルコトトセリ地價ハ其土地ノ品位等級ヲ調査シ其取得ヲ概算シ土地ノ狀況ニ應シテ之ヲ定ム地價ハ土地臺帳ニ掲出シ原則トシテハ固定ノ性質ヲ有セシメ土地ノ種類ヲ變更シタルトキ(地目變換)即第一類番地ヨリ第二類番地ニ變換シタルトキ第二類番地ヲ第一類番地ト變換シタルトキ(開墾ト云フ)ニ非サレハ修正セサルモノトス

地租ハ原所有者ヨリ之ヲ徵收ス帝國臣民タルト否トヲ問ハサルノ性質ヲ有スレトモ吾國ニ於テハ外國人カ土地ヲ所有スルコトヲ許ササルヲ以テ事實上ハ帝國臣民ニ限ル又法人ト雖土地ヲ所有スル者ハ地租ヲ納ムルノ義務ヲ有ス地租條例ハ土地臺帳ノ記名者ヨリ徵收スト規定ス之地租ニ固定ノ性質ヲ帶ハシムルモノナリ地租ハ本來土地ノ收益ニ課税スルモノナレハ土地ヲ賃入シタル場合ハ其賃取主カ之ヲ納ムルノ義務アルモノトス

地租ハ六期ニ分チテ之ヲ徵收ス

明治三十四年四月法律第二七號ハ一府縣又ハ數府縣ハ全部又ハ一部カ水害ニ罹リ收穫皆無ナリシ場合取下ケタル者ハ控訴期間ノ未經過セサル間ハ更ニ控訴ヲ提起スルコトヲ得ト主張シタリ參考ノ爲ニ一言ス其他通常ノ共同訴訟ニ在テハ各共同訴訟人ハ其提起シタル控訴ヲ自由ニ取下クルコトヲ得(四九條)然レトモ必要的共同訴訟ニ在テハ共同訴訟人ノ一人カ爲シタル控訴ノ取下ハ其效力ヲ生セス換言スレハ控訴ノ取下ハ總テノ共同訴訟人カ之ヲ爲シタルトキニ限リ其效力ヲ生ス蓋控訴ノ取下ニ關シテハ甲共同訴訟人カ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取下クルモ乙共同訴訟人ハ依然控訴人タルヲ以テ甲共同訴訟人ハ乙共同訴訟人ノ控訴ニ依テ控訴人タリト謂ハサルヲ得サレハナリ獨民事訴訟法第五一五條第三項ハ控訴ノ取下アリタル場合ニ於テ控訴裁判所ニ相手方ノ申立ニ因リ控訴取下ノ事實ヲ確定スル判決ヲ爲スノ職權ヲ認メ以テ强制執行ノ爲ニ斯ル事實ヲ確定スルノ手續ヲ省略シ(當事者ハ第一審判決ノ確定力發生ノ時期トシテ控訴取下ノ日時ヲ確知スルノ必要アリ)且訴訟費用確定ノ爲ニ執行シ得ヘキ裁判ヲ爲スモノト規定シタリ(八四條二項)我民事訴訟法ニ於テ斯ル明文ヲ缺クハ立法上ノ缺點ナリト謂フヘシ

第三　不適法ニ提起シタル控訴ノ取下ハ反之控訴權喪失ノ結果ヲ生スルコトナシ蓋控訴カ不適法ナル場合殊ニ控訴カ第一審判決ノ送達前ニ提起セラレタル場合ニ於テハ控訴人ハ控訴ヲ取下ケ更ニ適法ナル控訴ヲ提起スルヲ得ヘキモノナレハナリ又控訴ノ取下ハ唯控訴權喪失ノ結果ヲ生スルノミニシテ相手方ノ提起シタル控訴ニ對シ附帶控訴ヲ提起スルノ權利ヲ喪失スルノ結果ヲ生スルモノニ非ス(四二五條一項ニ所謂拋棄ハ控訴ノ取下ヲ包含ス)其他控訴ヲ闕席判決若クハ中間判決ノ言渡以後ニ於テハ取下ケタル場合ニ於テハ該判決ハ當然其效力ヲ失フモ

0058

ノニシテ控訴ヲ控訴裁判所ノ終局判決以後ニ取下ケタル場合ニ於テモ亦該判決ハ當然其效力ヲ失フ又控訴人カ其取下ニ因リ控訴提起ノ爲ニ生シタル訴訟費用ヲ負擔スルコトハ民事訴訟法第七二條ニ依リ明白ナル所ナリ(民訴案四四三條第三項)

(乙)裁判外ノ控訴權ノ拋棄　裁判外ノ控訴權ノ拋棄ハ控訴ノ取下ニ非サル控訴權ノ拋棄ナリ故ニ裁判外ノ控訴權ノ拋棄ニハ第一審ノ判決言渡前ニ於テ爲ス控訴權ノ拋棄ト第一審判決言渡後ニ於テ爲ス控訴權ノ拋棄ノ二者アリト謂フコトヲ得ヘシ

(a)第一審判決言渡前ニ於テ爲ス裁判外ノ控訴權ノ拋棄ハ假令當事者カ之ヲ偶然裁判所ニ於テ表示スルコトアルモ這ハ法律行爲ニシテ訴訟行爲ニハ非ス故ニ其效力ノ有無ハ民法ノ原則ニ依テ之ヲ定ム而シテ我民法ニ於テハ裁判外ノ控訴權ノ拋棄ハ雙方行爲ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ要スルヤ或ハ一方行爲ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤニ付別段ノ規定ナシト雖債務ノ免除(民五一九條)ト同ク單獨行爲ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ相手方ノ承諾ヲ要セサルモノト論結スルヲ正當ナリト思惟ス獨逸ニ於テハ「ヘルビヒ」氏ハ第一審判決言渡前ニ於ル控訴權ノ拋棄ニ關スル行爲ハ法律上無效ナリト主張シ其理由トシテ訴訟上ノ權能ノ拋棄ハ唯民事訴訟法ニ規定シタル場合ニ限リ其方式ニ從ヒ之ヲ爲スコトヲ得ルノミト曰ヘトモ第一審判決言渡前ニ於ル裁判外ノ控訴權ノ拋棄ハ其性質上實體上ノ權利ヲ條件附拋棄又ハ其條件附承認ニ外ナラサルヲ以テ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ナリト思惟ス如此第一審判決言渡前ニ於ル裁判外ノ控訴權ノ拋棄ハ民法上有效ナル法律行爲ニシテ訴訟行爲ニ非サルヲ以テ法律上當然控訴權喪失ノ訴訟的效力ヲ發生セス換言スレハ當事者ハ斯ル拋棄ノ意思表示ニ依リ裁判所ニ對スル訴訟上ノ權利ヲ喪失スルコトナシ故ニ控訴權ノ不行使ヲ强制セントスル相手方ハ抗辯トシテ裁判外ノ控訴權ノ拋棄アリタル旨ヲ主張セサルヘカラス是ヲ以テ第一審ノ判決言渡前ニ控訴權ヲ拋棄シタル當事者カ提起シタル控訴ハ法律上許スヘキモノニシテ唯相手方カ其抗辯トシテ控訴權ノ拋棄アリタル旨ヲ主張シタルトキニ限リ之ヲ理由ナシトシテ棄却スヘキノミ蓋斯ル抗辯ハ控訴人カ實體上ノ權利ヲ拋棄シ又ハ之ヲ承認シタル旨ヲ主張スル實體上ノ抗辯ナルヲ以テナリ獨逸ニ於テハ「ガウプ」氏ハ斯ル抗辯ヲ仲裁契約ニ依ル抗辯ト同視シ控訴ヲ不適法トシテ棄却スヘキモノナリト主張セリ參考ノ爲メニ一言ス

(b)第一審判決言渡後ニ於テ爲ス裁判外ノ拋棄ハ當事者カ有效ニ之ヲ爲スヲ得ルコト固ヨリ當然ナリ是ヲ以テ斯ル拋棄ヲ爲シタル當事者カ控訴ヲ提起シタルトキハ其相手方ハ控訴權ノ拋棄アリタル旨ノ實體上ノ抗辯ヲ提出シ控訴ヲ理由ナシトシテ棄却スル判決ヲ求ムルコトヲ得ヘシ(前述ノ說明參照)

(四)控訴ノ內容　控訴ハ前述ノ如ク控訴裁判所カ前審ニ於ル訴ノ申立及第二審ニ於ル控訴ノ申立ノ範圍內ニ於テ前審ノ口頭辯論ヲ續行シ且前審ニ於ル訴訟材料ノ補充及變更ヲ許シ以テ前審判決ノ當否ヲ調査スルノ制度ナルヲ以テ控訴裁判所ハ控訴又ハ附帶控訴ニ依リ不服ヲ申立テラレタル前審判決ノ當否ヲ調査スルノ權ヲ有スルモノナリ故ニ控訴ノ內容即控訴審ニ於ル辯論及裁判ノ目的ハ先當事者カ適法ニ控訴裁判所ニ控訴ヲ提起シタルヤノ問題即形式的控訴權ノ當否ニ關スル爭訟ヲ確定シ次ニ之ヲ適法ナリト認メタル場合ニ於テ不服ヲ申立テラレタル第一審判決ノ當否ヲ調査シ之ヲ失當ナリト認メタル場合ニ於テ如何ナル判決ヲ爲シテ之ニ代ルヘ

「キカノ問題卿實體的控訴權ノ當否ニ關スル爭訟ヲ確定スルニ在リ左ニ之ヲ略述スヘシ

(1) 控訴ノ適否ノ調査　控訴ハ其提起ニ關スル要件ヲ完備スルニ非サレハ(四一九條民訴案四五六條)適法ト爲ラス故ニ控訴ノ適否ニ關シテハ控訴裁判所カ控訴ノ提起ニ關スル要件ノ存否ヲ調査スルモノナルコト固ヨリ當然ナリ而シテ該要件ハ曩ニ詳述シタル所ナリ故ニ之ヲ茲ニ贅セス

(2) 前審判決ノ當否ノ調査　實體的控訴權ノ當否ノ確定ニ關スル控訴裁判所ノ職權ハ不服ヲ申立テラレタル第一審ノ判決ノ當否ヲ其不服ノ程度ニ於テ第一審ニテ終結セラレタル辯論ヲ再開シテ調査スルコト是ナリ(四一一條、四二〇條、四一二條、四一六條)故ニ本案ニ於ル控訴審ノ內容ハ二箇ノ思想ニ歸著ス其第一ハ不服ヲ申立テラレタル前審判決ノ當否ヲ調査シ(控訴裁判所ノ第一ノ職務)其第二ハ第一審ニ於テ終結セラレタル口頭辯論ヲ再開シテ前審判決ノ當否ヲ調査スルコト(控訴裁判所ノ第二ノ職務)是ナリ左ニ之ヲ分說ス(シ

(甲) 不服ヲ申立テラレタル判決ノ當否ノ調査　控訴裁判所ハ唯控訴ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル第一審判決ノ當否ヲ調査スルノミ故ニ控訴審ノ目的ハ第一審ノ判決ニ於テ裁判セラレタル訴訟物ナリ第一審ノ訴訟物ハ原告若クハ反訴原告ニ依リ提起セラレタル訴ノ申立ニ於テ明示セラレ且其訴ノ原因ニ於テ維持セラルル私法的請求權ナリ控訴裁判所ハ第一審裁判所カ斯ル請求權ニ付正當ニ裁判ヲ爲シタルヤ否ヤヲ調査ス然レトモ其調査ニ際シ當事者ニ他ノ請求權カ成立スルヤ、訴訟物タル請求權ニ基キ他ノ訴ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルヤ、當事者カ訴訟物タル請求權ヲ他ノ訴ノ原因ヲ以テ維持スルコトヲ得ルヤ否ヤノ事情ハ毫モ之ヲ斟酌セス是ヲ以テ當事者ハ控訴ノ申立若クハ附帶控訴ノ申立ヲ爲スニ當リテ又ハ其申立ノ攻擊若クハ防禦ヲ爲スニ當リテ新ナル請求、訴ノ申立若クハ訴ノ原因ヲ提出スルコトヲ得ス若當事者カ斯ル提出ヲ敢シタルトキハ訴訟上許スヘカラサルモノトシテ之ヲ排斥セサルヘカラス我民事訴訟法ハ斯ル觀念ニ基キ訴ノ變更ハ相手方ノ承諾アルトキト雖之ヲ許サス(四一三條、民訴案四四九條)又新ナル請求ハ原則トシテ之ヲ提起スルコトヲ得サル旨(四一六條、民訴案四五一條)ノ禁止規定ヲ設ケタリ是蓋審級制度ヲ嚴正ニ維持スルヲ公益ト認メタルニ基ケリ隨テ控訴裁判所ハ相手方ノ承諾ノ有無ニ拘ラス職權ヲ以テ審級制度ノ維持ノ實行ニ力メサルヘカラス

(1) 控訴審ニ於ル訴ノ變更ハ相手方ノ承諾アルトキト雖之ヲ許サス(四一三條)訴ノ變更ハ其申立、目的及原因ノ變更ニ因テ生ス隨テ控訴裁判所ノ判決アル迄ニ無制限ニ許サルヘキ控訴若クハ附帶控訴ノ申立ノ變更ト混同スヘカラス(一九五條二項三號、一九六條)又相手方ノ承諾ハ第一審ニ於ル訴ノ變更ト異ニシテ(一九五條二項三號)第二審ニ於ル訴ノ變更ヲ適法ト爲スノ效力ナシ是當事者カ事件ニ付單ニ控訴審ニ於テ審理ヲ受ケ以テ自由ニ公益上設ケラレタル審級制度ヲ避止スルニ至レハナリ但獨新民事訴訟法(獨民訴五一一七條)ハ控訴審ニ於ル訴ノ變更ハ第一審ニ於ル訴ノ變更ト同ク相手方ノ承諾アルトキハ之ヲ許スヘキモノト規定シタリ是蓋審級ノ制度ハ公益上當事者ノ意思ニ反シテモ之ヲ維持スルノ必要ナキモノト認メタルニ由ル立法上ノ見解トシテハ獨新民事訴訟法ノ規定ヲ正當ナリト信ス控訴裁判所ハ調査ノ結果控訴カ法律上唯許スヘカラサル訴ノ變更ノミニ根據シタルモノト認メタルトキハ控訴ヲ理由ナシトシテ棄却スヘキモノニ非ス何トナレハ民事訴訟法第四一九條ハ斯ル場合ニ適用ナケレハナリ反之訴ノ變更ナシト認メタルトキハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ訴ノ變更ナキ旨ノ判決ヲ言渡ス此判決ニ對シテハ不服ヲ

0060

申立ツルコトヲ得ス(一九七條、四〇八條、民訴案二三二條、四三八條)

(2)控訴審ニ於テハ新ナル請求ハ相手方ノ承諾アルトキ雖之ヲ起スコトヲ許サス(四一六條)新ナル請求ノ提起トハ當事者カ第一審ニ於テ主張セサリシ攻擊防禦ノ方法殊ニ新ナル事實及證據方法ノ提出ノ反對ニシテ當事者カ第一審ニ於テ訴、反訴若クハ相殺抗辯ノ目的物ト爲ササリシ私法的請求權ノ主張又ハ當事者カ第一審ニ於テ斯ル訴訟行爲ノ目的物ト爲シタルモ取下ケタル私法的請求權ノ主張換言スレハ第一審ニ於テ主張セサリシ給付ヲ求ムル權利及法律關係ノ確定ヲ求ムル權利又ハ第一審ニ於テ主張シタルモ取下ケタル斯ル權利ノ主張ナリ故ニ第一審ニ於テ主張シタリト雖同審カ權利拘束ノ抗辯(二〇六條三號)或民事訴訟法第二一〇條ニ基キ却下シタル請求及同審カ其言渡シタル判決ノ內容ニ從ヘハ判斷ヲ爲スノ必要ナキモノトシテ(二三二條)判斷ヲ爲ササリシ請求ハ茲ニ屬セス新ナル請求ヲ控訴審ニ於テ提起スルコトヲ許ササルハ前述セルカ如ク公益上設ケラレタル審級制度ヲ無視スルニ至ルヲ以テナリ故ニ當事者ハ假令相手方ノ承諾ヲ得タルトキト雖控訴審ニ於テ新ナル請求ヲ提起スルコトヲ得サルヤ疑ヲ容レス隨テ民事訴訟法第四一三條ニ於ルカ如ク「相手方ノ承諾アルトキト雖モ」トノ明文アキヲ理由トシテ反對ニ論結スルコト勿レ、但獨逸民事訴訟法第五二九條第二項ハ新ナル請求ハ相手方ノ承諾アル場合ニ於テ之ヲ提起スルコトヲ得ヘキモノト規定シタリ其理由ハ控訴ニ於ル訴ノ變更ヲ相手方ノ承諾アル場合ニ限リ許スノ法意ニ同シ如此新ナル請求ハ之ヲ控訴ニ於テ提起スルコト能ハサルヲ以テ當事者ハ控訴審ニ於テ訴ヲ變更シ新ニ反訴ヲ提起シ新ニ附帶的確認ノ訴(本訴及反訴ヲ包含ス)ヲ提起シ(二一二條)又新ニ相殺ノ抗辯ヲ提起スルコトヲ得ス蓋此等ノ訴訟行爲ハ何レモ確定力アル裁判ヲ受クルニ至ルヘキ

權利ノ主張ニシテ新ナル請求ノ提起ニ外ナラサレハナリ控訴審ニ於ル訴ノ變更ニ依レル新ナル請求ノ主張ハ新ナル請求ノ主張トシテ之ヲ許スコトヲ得サルノミナラス民事訴訟法第四一三條ノ規定ニ依リ亦之ヲ許スコトヲ得サルモノナリ反訴ノ形式ヲ以テ反對請求ヲ主張スルコトハ新ナル請求ノ提起ト爲ルヤ明白ナリト雖第一審ノ假執行宣言付判決ニ基キ給付シタルモノノ辨濟ヲ求ムル申立ハ之ヲ第一審ニ於テ爲スコトヲ得ヘカリシトキト雖新ニ控訴審ニ於テ爲スコトヲ得ヘキヤ否ヤハ頗疑ハシ「ワッハ」氏ハ新ナル請求ニ非スト主張シ積極的ニ又「ゾキフ(ルト」氏ハ消極的ニ論結シタルニ似タリ予輩ハ前說ヲ正當ナリト信ス(五一〇條二項)附帶的確認ノ訴ノ提起ハ新ナル請求ノ主張ト爲ルヤ言ヲ俟タス故ニ第一審ニ於テ附帶的確認ノ申立ナキトキハ第二審ニ於テ豫斷ヲ必要トスル權利關係ニ付實體的確定力アル裁判ヲ爲スコトヲ得ス(二一一條、二四四條)又相殺ノ抗辯ノ新ナル提出ハ民事訴訟法四一六條ノ解釋上新ナル請求ノ主張ニ外ナラサルヤ疑ナシト雖「ガウプ」氏其他二三ノ學者ハ獨新民事訴訟法ノ解釋トシテ相殺ハ民法上單純ナル防禦方法ニ過キス隨テ請求ノ主張ト爲ラスト立論シ反對ニ論結シタリ然レトモ這ハ「プランク」、「ワッハ」、「ヘルマン」氏等ノ獨舊民事訴訟法ノ解釋トシテ贊成セサル所ニシテ又予輩カ我民事訴訟法ノ解釋トシテ採ラサル所ナリ何トナレハ斯ル見解ハ相殺ノ抗辯ノ新ナル提出ニ付第四一六條後段ニ於テ規定セル制限ヲ解スルコトヲ得サレハナリ(民訴案四五〇條二項)然レトモ當事者ハ控訴審ニ於テ新ニ總テノ抗辯殊ニ留置權ニ基ク抗辯ヲ提出スルコトヲ得ヘシ何トナレハ抗辯ハ請求ニ非ス殊ニ留置權ニ基ク抗辯ハ或特定ノ請求ニ依テ維持セラルモノナレトモ其請求ノ確定判決ニ依ル確定若シクハ實行ヲ目的トスルモノニ非サレハナリ控訴、裁判所、ハ調査ノ結果新ナル請求ヲ提起シタリト認

メタルトキハ裁判ヲ以テ斯ル請求ヲ却下セサルヘカラス而シテ此判決ハ一分判決ナリ何トナレハ新ナル請求ハ斯ル判決ニ依リ控訴裁判所ヲ離脱シ又斯ル判決ハ他ノ請求ニ關スル控訴裁判所ノ判決ノ一部分ヲ成スモノナルヲ以テナリ然レトモ「ガウプ」氏ハ獨民事訴訟法ノ解釋トシテ控訴人カ新ナル請求ヲ提起シタルモノト認メタルトキハ控訴ヲ理由ナシトシテ棄却シ被控訴人カ新ナル請求ヲ提起シタルトキハ之ヲ訴訟上許スヘカラサルモノトシテ棄却スヘキモノト曰ヘリ參考ノ爲ニ一言ス

以上略述シタル(1)及(2)ノ法則ニ關シテハ各例外アリ是特定ノ場合ニ於テ斯ル法則ノ嚴格ナル適用ヲ制限シタルニ外ナラス(1)訴ノ變更ヲ許ササル法則ニ關シテ之ヲ云ヘハ控訴審ニ於テ訴ノ原因ヲ變更セスシテ新ニ訴ノ申立ヲ爲スハ一ノ新ナル請求ノ提起トシテ且法律上許スヘカラサル訴ノ變更ナルヲ以テ(民四一三條)之ヲ許ササルヲ當然ナリトス殊ニ訴ノ申立ニ於テ他ノ私法上ノ給付ヲ求ムルカ如キハ之ヲ許スコトヲ得ス然レトモ第一審ニ於テ訴ノ原因ヲ變更セスシテ本案又ハ附帶ノ請求ニ付訴ノ申立ヲ擴張シ又ハ之ヲ減縮スルコト及最初求メタル目的物ノ滅盡又ハ變更ニ因リ之ニ代ヘ他ノ目的物又ハ賠償ヲ求ムルコトハ法律ノ是認スル所ニシテ訴ノ變更ト爲ラサ(一九六條二號、三號)ルヲ以テ第一審ノ續審タル控訴審ニ於テモ亦斯ル法則ヲ是認スルヲ當然ナリトス是第四一六條ニ於テ「新ナル請求ハ第百九十六條第二號及ヒ第三號ノ場合ニ限リ……之ヲ起スコトヲ得」ト規定セル所以ナリ(民訴案四五一條)隨テ又當事者ハ控訴審ニ於テ確認ノ訴ヲ給付ノ訴ニ又後者ヲ前者ニ變更スルコトヲ得ヘシ地方裁判所カ控訴裁判所ナル場合ニ於テ申立ノ擴張ノ結果訴訟物カ金百圓ヲ超過スルニ至リタルトキハ當事者ハ管轄違ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得ルヤ否ヤハ學者間ニ爭アル所ナリ「ガウプ」、「ウキルモースキー」氏等ハ消極的ニ又「ゾキフヘルド」、「ストロックマン」氏等ハ積極的ニ論結シタリ予輩ハ我民訴ノ解釋トシテハ前說ヲ正當ナリト思惟ス何トナレハ控訴ハ判決言渡ノ當時正當ニ管轄權アリタル區裁判所ノ判決ニ對シ提起セラレタルモノナルヲ以テナリ又控訴審ニ於テ新ナル訴ノ原因ヲ附加スルコトハ訴ノ變更ト爲ルヲ以テ(四一三條)之ヲ許サルヲ當然ナリトス然レトモ第一審ニ於テ訴ノ原因ヲ變更セスシテ爲ス事實上ノ申述即從來ノ訴ノ原因補充又ハ其更正ハ法律ノ是認スル所ニシテ訴ノ變更ト爲ラサルヲ以テ(一九六條第一號)第一審ノ續審タル控訴審ニ於テ亦斯ル法則ノ適用アルハ當然ニシテ又「プランク」氏ノ明言スル所ナリ故ニ法律ニ明文ナキヲ理由トシテ反對ニ論結スルコト勿レ

(2)新ナル請求ノ提起ヲ許ササル法則ニ關シテ之ヲ言ハハ相殺ノ爲ニスル新ナル請求ノ主張ハ相殺スルコトヲ得ヘキモノニシテ且原告若クハ被告カ其過失ニ非スシテ第一審ニ於テ提出シ能ハサリシコトヲ疏明スルトキニ限リ之ヲ許ス(四一六條、民訴案四五〇條二項)是ヲ以テ第一ニ原告若クハ被告カ上訴審ニ於テ相殺ノ爲ニ新ナル請求ヲ提起スルニハ其請求カ民法ノ規定ニ從ヒ訴ノ目的タル債權ト相殺スルコトヲ得ヘキモノナルコトヲ以テ足レリトシ當事者カ訴訟前ニ相殺ノ意思ヲ表示シタルコト及相殺ノ爲ニ主張セル請求カ訴ノ目的タル債權ト互ニ關係セルコトヲ必要トセス又相殺カ控訴ノ理由トシテ主張セラルルトノ之ニ對スル防禦トシテ主張セラルルトノ區別ヲ問ハサルナリ第二ニ原告若クハ被告カ其過失ニ非スシテ第一審ニ於テ相殺ノ抗辯ヲ提出シ能ハサリシコトヲ疏明スルコトヲ要ス過失ノ有無ハ事實問題トシテ裁判所ノ認定スル所ナリ然レトモ斯ル認定ハ上告裁判所ノ判斷ヲ受ケサルモノト論結スルコト勿レ(四三八條三項)而シテ第一審ニ於テ訴訟

0062

ヲ審理セル間ニ相殺ノ抗辯ヲ提出スルニ適當ナル要件ヲ認識スルコト能ハサル事情ノ存スルトキハ通常過失ナキモノニシテ又相殺ノ抗辯ヲ提出シ得ヘカリシ事情ノ存スルトキハ通常過失アルモノナリ疏明ハ公益ノ爲ニ必要ナリトシテ規定セラレタルモノナルヲ以テ相手方ノ承諾ヲ之ニ代用スルコトヲ得ス然レトモ疏明ハ相殺スルコトヲ得ヘキ事實カ第一審ニ於ル辯論終結後ニ成立シタル場合例之相殺ノ用ニ供スヘキ債權カ斯ル辯論終結後ニ期限ノ到來シタル場合、被告カ相殺ノ用ニ供スヘキ債權ヲ斯ル辯論終結後ニ取得シタル場合ニ於テハ之ヲ必要トセス蓋斯ル場合ニ於テハ被告カ第一審ニ於テ相殺ノ抗辯ヲ提出シ能ハサル事實ハ疏明ヲ待タスシテ明白ナレハナリ原告ハ其債權ヲ自由ニ被告ノ債權ト相殺スルコトヲ得故ニ前示ノ制限ハ唯被告及反訴被告ノ相殺ニ關シ適用アルノミ隨テ第四一六條第二項ニ所謂「原告若クハ被告」ハ反訴被告若クハ本訴被告ト解セサルヘカラス又被告カ第一審ニ於テ相殺ノ抗辯ヲ提出シタルトキハ前示ノ制限ニ拘ラス第二審ニ於テ相殺ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得蓋斯ル場合ニ於テハ相殺ノ爲ニスル請求ノ主張カ新ナル請求ニ非サレハナリ故ニ被告ハ第一審ニ於テ提出シ且許スヘカラサルモノトシテ棄却セラレタル相殺ノ抗辯若クハ第二一〇條ニ從テ却下セラレタル相殺ノ抗辯ヲ第二審ニ於テ自由ニ提出スルコトヲ得又被告ハ第一審ニ於テ訴ノ目的タル數箇ノ請求中ノ甲ニ對スル相殺ノ爲ニ主張シタル債權ヲ第二審ニ於テ乙ナル他ノ債權ニ對スル相殺ノ爲ニ主張スルコトヲ得而シテ控訴裁判所ハ被告カ第四一六條第二項ニ從ヒ疏明ヲ爲ササルトキハ相殺ノ爲ニ主張シタル新ナル請求ヲ棄却シ又反對ノ場合ニ於テハ相殺ノ抗辯ニ付當否ノ判決ヲ爲ス其他以上略述シタル(1)及(2)ノ法則ハ人事訴訟ニ關シテ其適用ナシ當事者ハ控訴審ニ於ル辯論ノ終結ニ至ル迄訴ヲ變更シ(例之離婚ノ訴ヲ婚姻取消ノ訴ニ變更シ)訴ノ事由ヲ變更シ(例之離婚ノ訴ニ婚姻取消ノ訴ヲ併合シ)又反訴ヲ提起スルコトヲ得(人訴八條、二六條、二九條、二項)是國家カ公益上人事訴訟事件ノ增加ヲ防止シ一ノ訴訟ニ於テ其提起ノ當時提起スルコトヲ得ヘキ人事訴訟ニ關スル請求ヲ主張セシムルコトヲ欲シタルニ外ナラス

(乙)

第一審ニ於テ終結シタル口頭辯論ヲ再開シテ爲ス判決ノ調査　控訴裁判所ハ第一審ニ於テ終結セラレタル口頭辯論ヲ再開シテ不服ヲ申立テラレタル第一審判決ノ當否ヲ調査ス是ヲ以テ

(1) 第一審ノ最終ノ口頭辯論ニ於テ組成セラレタル訴訟材料ハ控訴裁判所ニ於ル調査ノ基礎ト爲ル是ヲ以テ「當事者」先控訴裁判所ノ監督ノ下ニ於テ「其控訴ノ申立及ヒ不服ヲ申立テラレタル裁判ノ當否ヲ明瞭ナラシムル爲メ必要ナル限リハ口頭辯論ノ際第一審ニ於ケル辯論ノ結果ヲ演述」シ以テ控訴裁判所ヲシテ第一審判決ノ基礎ト爲リタル訴訟材料ヲ認識セシメサルヘカラス(四一二條一項、民訴案四四八條一項)第一審ニ於ル辯論ノ結果ハ控訴ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル判決ノ内容、判決前ニ爲シタル裁判及其理由竝ニ證據調ニシテ第一審ニ於ル最終ノ辯論ニ於テ存在セル攻撃及防禦ノ方法、立證及反證竝ニ之ニ關スル陳述其他證據調書ニ關スル訴訟材料ハ皆之ニ屬ス而シテ此等ノ訴訟材料ハ當事者カ控訴審ニ於ル辯論(四一一條)トシテ演述スルニ非サレハ控訴裁判所カ之ヲ前審判決ノ當否ヲ調査スルノ用ニ供スルコトヲ得ス是口頭辯論主義ヲ認メタル法則ノ適用ノ結果ニシテ固ヨリ當然ナリ故ニ當事者カ演述ヲ爲シタルトキハ其訴訟材料ハ第一審ノ最終ノ辯論ニ存在シタルト同一ノ效力ヲ控訴審ニ於テ有シ唯裁判ヲ爲ス裁判官ノ變更アルニ止ルコトト爲ル口頭辯論ハ控訴審ニ於テモ亦當事者ノ申立ニ因テ始ル(一一〇條、二二二條、四〇八條)

0063

故ニ當事者申立ヲ爲シタル後ニ於テ第一審ニ於ル辯論ノ結果ヲ演述スルヲ常然ノ順序ナリトス（四一二條一項「……口頭辯論ノ際……」）法律ハ「當事者カ」第一審ニ於ル辯論ノ結果ヲ演述スヘキ旨ヲ規定シ（四一二條一項「當事者ハ」）控訴人カ第一審ニ於ル辯論ノ結果ヲ演述スヘキ旨ヲ規定セス故ニ裁判長ハ演述ヲ分離シテ原告タル控訴人ニ其請求ニ關スル演述ヲ爲サシメ又被告タル被控訴人ニ其反對請求ニ關スル演述ヲ爲サシムルコトヲ得又第一審ニ於ル訴訟材料ノ演述ハ一ノ報告（Referat）タルノ性質ヲ有ス故ニ斯ル演述ハ之ヲ他ノ演述ニ先チテ爲スヘキヲ當然ノ順序ナリトス然レトモ各攻擊及防禦方法ヲ混シテ演述スルコトハ法律ノ禁セサル所ナリ蓋此等ノ事項ハ訴訟ノ指揮ニ關スルモノニシテ控訴裁判所ヲシテ容易ニ第一審ニ於ル訴訟材料ヲ認識セシムルカ爲ニ裁判長ノ選定スヘキ所ナレハナリ隨テ第一審ニ於ル辯論ノ結果ヲ演述シタル當事者カ控訴人ナルヤ否ヤノ區別ハ控訴審ニ於ル斟酌ノ問題ニ何等ノ影響ナキモノト知ルヘシ當事者ノ演述カ不正確又ハ不完全ナル場合ニ於テハ裁判長ハ其更正若クハ補完ヲ爲サシメ又必要ナル場合ニ於テハ辯論ヲ再開シテ之ヲ爲サシム（四一二條二項、民訴案四四八條二項）是控訴裁判所ニ送付セラレタル第一審ノ訴訟記錄ニ基キ（四三一條、民訴案四六六條）當事者カ第一審ニ於ル攻擊及防禦方法ヲ維持シ若クハ之ヲ拋棄スルヤノ疑問ヲ除去スルコトヲ得セシムルカ爲ナリ（一〇九條、一一二條）當事者カ裁判長ノ命シタル更正若クハ補完ヲ拒ミタルトキハ何等ノ强制手段ナキヲ以テ又控訴裁判所カ補完スルコトハ法律ノ許サレサル所ナルヲ以テ形式上ノ欠缺ヲ來スニ至ルコトハ疑ヲ容レサル所ナリ獨逸民事訴訟法ニ於テハ控訴事件ニ付必要的辯護士訴訟主義ヲ認メタルヲ以テ立法上當事者カ裁判長ノ更正若クハ補正ノ命令ニ應スルコトヲ拒絕スルカ如キ場合ヲ想像スルノ必要ナシ唯辯護士ニ對スル懲戒處分ヲ以テ足レリトス我民事訴訟法ハ控訴事件ニ付テ亦任意的辯護士訴訟主義ヲ認メタルヲ以テ立法上當事者本人カ裁判長ノ命シタル更正若クハ補完ヲ拒ミタル場合ヲ豫想シ斯ル場合ニ處スル規定ヲ設クルコトヲ要ス但解釋上斯ル當事者ハ不利益ナル處分ヲ受クルモノト謂フコトヲ得ヘシ獨逸ニ於テハ「ワッハ」「ヘルマン」氏等ハ「ガウプ」「ウキルモースキー」「ゾキフヘルド」氏等ノ見解ニ反對シテ當事者カ控訴審ニ於テ爲ス第一審ノ辯論ノ結果ニ關スル演述ハ其演述セラレタル第一審ノ訴訟材料ニ非サレハ之ヲ控訴審ニ於テ第一審ノ判決ノ當否ヲ調査スル場合ニ斟酌スルコトヲ得ストノ意味ヲ有スルモノニ非ス換言スレハ第一審ノ訴訟材料ニ關スル必要ノ表彰的形式ニ非ススシテ却テ訴訟事件ニ關スル控訴裁判所ノ審問手段タルニ過キス故ニ控訴裁判所ハ不服ヲ申立テラレタル第一審ノ判決及訴訟記錄ニ存在スル第一審ニ於ル訴訟材料ハ之ヲ顯著ナルモノトシテ取扱ヒ且當事者カ之ヲ演述セサルトキト雖當然之ヲ斟酌セサル（カラス故ニ第一ニ舊獨逸民事訴訟法第五〇四條第二項（新獨民訴五四二條二項、舊民訴五二九條）ニ於テハ被控訴人カ口頭辯論期日ニ出頭セサルトキハ第一審裁判所ノ憑據ト爲リタル事件ノ關係ニ牴觸セサル控訴人ノ事實上ノ演述ハ被控訴人之ヲ自白シタルモノト看做スト規定シ控訴裁判所ヲシテ職權ヲ以テ事件ノ關係ヲ調査セシメタリ第二ニ控訴裁判所ニ於テハ第一審ノ訴訟材料ハ訴訟記錄（判決原本及調書）ニ存スルヲ以テ控訴ノ提起ニ因リ不服ヲ申立テラレタル判決ノ當否ヲ調査スルカ爲ニ訴訟記錄ヲ調査シ之ニ基キ裁判ヲ爲スコトハ宛第一審ニ於テ判決言渡前ニ於ル最終ノ辯論期日ニ於テ演述セラレサリシ辯論調書ノ記載事項ヲ裁判ノ用ニ供スルト同一ナリ第三ニ裁判長カ當事者ノ演述ニ付更正若クハ補完ヲ爲サシムヘキ職權及職務ニ關スル規定アルニ因テ第一審ノ訴訟材料ノ報

0064

告ニ關シテハ口頭辯論主義ノ適用ノ排斥アリタルコトヲ知ルニ足ル蓋斯ル規定ハ第一、二審ノ訴訟記錄ニ存スル訴訟材料即事實及調書ノ職權調査ヲ前提トシテ爲スニ非サレハ解スルコト能ハサレハナリ又反對ニ論結スレハ控訴裁判所ハ當事者カ其演述ノ更正及補完ヲ提起シタル場合ニ於テ裁判所ハ第一審ノ訴訟記錄ノ現存スルニ拘ラス裁判ヲ爲スニ必要ナル心證ヲ得ルコト能ハサルノ不當ナル結果ヲ生スヘシト主張シタリ然レトモ我民事訴訟法ノ解釋トシテハ人事訴訟ヲ除ク外（人訴一四條）唯口頭ヲ以テ演述セラレタル事項ノミヲ裁判ノ材料ト爲スヘキ原則即口頭辯論主義ノ適用ヲ排斥シタル旨ノ明文ナキヲ以テ「ワッハ」「ヘルマン」氏等ノ見解ハ之ヲ採用スルコトヲ得ス

(2) 當事者ハ再開シタル第一審ノ口頭辯論ニ於テ一旦提出シタル訴訟材料ヲ變更スルコトヲ得ルト同一ノ理由ニ依リ控訴審ニ於テ第一審ニ於ル訴訟材料ヲ變更スルコトヲ得故ニ第一ニ第一審ニ於テ提出セラレタル攻擊及防禦方法、申立、主張、證據等ニ關スル當事者ノ拋棄ハ法律ノ許ス所ナリ（三二〇條）第二ニ第一審ニ於テ爲シタル事實及證據ニ關スル當事者ノ意思表示ハ第二審ニ於テ亦其效力ヲ存シ爭ハレタル事實ハ爭ハレタルモノトシテ之ヲ取扱ヒ（四二九條引用）第一審ニ於テ爲シタル裁判上ノ自白即推定自白（一一一條）ニ相對スル現實ノ裁判上ノ自白ハ當事者カ裁判上明示的ニ陳述シタルト當事者ノ供述ニ基ク結論トシテ認識シタルモノナルト相手方ノ事實上ノ陳述ヲ是認シタルモノナルト相手方ノ提出シタル證書ニ關スル裁判上ノ是認ナルトノ區別ヲ問ハス第二審ニ於テ亦其效力ヲ有シ（四一八條）裁判外ノ自白ハ控訴審ニ於テ亦裁判官ノ自由判斷ニ委セラルルモノナリ又第一審ニ於テ眞實ト看做サレタル事項（一一一條）ハ第二審ニ於テ亦之ヲ眞實ト看做サレタルモノトシテ取扱ハサルヲ得スト雖辯論期日ニ出頭シタル當事者ハ第一審ニ於ルト同ク爭ヒタル事項ヲ自白シタルモノナリト變更スルコトヲ得、自白カ眞實ニ反シ且錯誤ニ出テタル旨ヲ證明シテ之ヲ取消スコトヲ得（裁判上ノ自白ハ控訴審ニ於テハ第一審ニ於ルヨリモ强大ナル效力ヲ有スルノ理ナキヲ以テナリ）（獨新民訴二九〇條）又第一審ニ於テ事實又ハ證書ニ付爲ササリシ陳述又ハ拒ミタル陳述ヲ控訴審ニ於テ爲シ以テ追完ヲ爲スコトヲ得（四一七條（是控訴カ第一審ノ續行タル原則ノ適用ニ過キス）（四一一條）而シテ當事者カ第一審ニ於テ陳述ヲ爲サス又ハ之ヲ拒ミタル行爲カ事實ノ認定ニ付如何ナル影響アルヤハ裁判官カ第二一七條ニ從ヒ自由ニ判斷スル所ナリ第一審ニ於テ施行シタル證據調ハ第二審ニ於テモ亦其效力アリ而シテ證據調ノ結果ハ第一審ニ於ル辯論ノ內容ト共ニ控訴裁判所ノ自由ニ判斷スルハ第一審ニ於ル場合ト異ラス但證據調ノ結果ヲ酌酌スヘキ規定ニ反スルコトヲ得サルハ言ヲ俟タス第三ニ當事者ニ於テ主張セサリシ攻擊及防禦ノ方法殊ニ新事實新證據方法及妨訴抗辯ヲ控訴審ニ於テ提出シテ第一審ニ於ル訴訟材料ヲ增加スルコトヲ得（四一五條）是獨逸民事訴訟法及羅馬法ト同ク當事者雙方ニ斯ル權能ヲ認メ以テ兩者ヲ同等ニ保護スルノ法意ニ出テタルモノニ外ナラス故ニ被控訴人ハ附帶控訴ヲ提起スルコトナクシテ自己ニ利益ナル第一審ノ判決ヲ維持スルカ爲ニ第一審ニ於テ主張セサリシ攻擊及防禦ノ方法ヲ提出スルコトヲ得但斯ル權能ハ當事者カ第一審ニ於ル再開ノ口頭辯論ニ於テ攻擊及防禦方法ノ提出ヲ許ササルノ制限ト同一ノ制限ヲ受ク蓋控訴審ハ前述ノ如ク第一審ニ於テ終結シタル口頭辯論ヲ第二審ニ於テ再開シタルモノニ外ナラサレハナリ第一審ニ於テ主張セサリシ攻擊及防禦方法トハ主張シタル請求ニ關スル事實上及法律上ノ要素及相手方ノ請求ヲ排斥スルノ用ヲ爲ス各種ノ法律上ノ手段ニシテ攻擊及防禦ノ基礎カ訴訟法ニ在ルト實體法ニ在ルトノ區別ヲ問ハサルモ

0065

ノナリ新事實トハ第一審ニ於テ申立テサリシ總テノ事實ノ主張ニシテ訴、抗辯、再抗辯ノ事實上ノ根據ヲ補完スルノ用ニ供スルモノト知ルヘシ而シテ裁判上ノ自白及確定シタル闕席裁判ニ於テ自白シタリト看做サレタル事實ニ反スル新事實ハ之ヲ提出スルコトヲ得サルヤ當然ナリ(四一八條、三九八條)新證據方法トハ第一審ニ於テ主張セス又ハ裁判所ニ於テ採用セサリシ總テノ證據方法ナリ而シテ新證據方法ハ第一審ニ於テ確定シ且攻擊スルコト能ハサルニ至リタル事實上ノ關係ニ付之ヲ提出スルコト能ハサルヤ當然ナリト雖民事訴訟法第三四一條ノ規定ニ從ヒ第一審ノ裁判所ニ於テ爲シタル判定ノ爲ニ之ヲ提出スルコトヲ妨ケラルルモノニ非ス當事者ハ第一審ノ辯論期日ニ於テ爲シタル不完全ノ訴訟行爲ニ基キ生シタル結果ヲ除去スルカ爲ニ第二審ニ於テ斯ル行爲ノ追完ヲ爲スコトヲ得ルヲ以テ第二審ニ於テ證書ノ原本ヲ提出シ舉證者ノ提出シタル證書ノ謄本ヲ正當ナルモノト看做シタル第一審ニ於ル判定ノ效力ヲ除去スルコトヲ得又上級裁判所ハ下級裁判所ノ認定ト異リタル認定ヲ爲スコトヲ得ルヲ以テ第二審ニ於テ新證據方法ヲ提出シ舉證者ノ主張ヲ正當ナリト認メタル第一審ニ於ル判定ト異リタル第二審ノ判定ヲ受クルコトヲ得妨訴抗辯トハ提起セラレタル訴ニ因リ訴訟事件カ適法ニ受訴裁判所ニ繫屬セス隨テ受訴裁判所ハ其受理シタル訴ニ基キ訴ノ申立ニ關スル實體上ノ當否ヲ判斷スルコトヲ得ス故ニ之ヲ爲スコトナクシテ直ニ該訴ヲ却下スヘキ結果ヲ惹起スニ足ルヘキ各訴訟法上ノ理由ノ主張ニシテ第二〇六條ニ於テ制限的ニ列擧セラレタルモノ即是ナリ而シテ當事者ハ形式的及實體的方面ニ於テ新ナル攻擊及防禦ノ方法ヲ提出シ第一審ニ於ル訴訟材料ヲ第二審ニ於テ增加スルコトヲ得(a)形式的方面ニ於ル訴訟材料ノ增加ニ關シテ之ヲ言ヘハ當事者ハ第一審ノ判決又ハ其基礎タル訴訟材料殊ニ證據調カ訴訟手續ニ違背シタルコトヲ理由トシテ該判決ニ對シ控訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルカ故ニ特ニ之カ爲ニ新ナル攻擊及防禦方法殊ニ新事實及新證據方法ヲ提出スルコトヲ得ルハ當然ナリ妨訴抗辯中第一審ニ於ル辯論終結後ニ成立シタル抗辯殊ニ控訴審ニ於ル訴ノ申立ノ擴張ニ因テ成立シタル裁判所管轄違ノ妨訴抗辯、控訴審ニ於ル訴訟能力ノ欠缺ニ因テ成立シタル訴訟能力欠缺ノ抗辯並ニ控訴審ニ於テ新ニ第八九條第三項ノ前提要件ヲ具備シタルニ因テ成立シタル訴訟費用保證ノ欠缺ノ妨訴抗辯及第一審ニ於テ主張セサリシ妨訴抗辯ニシテ其性質上當事者カ有效ニ拋棄スルコトヲ得サルモノ即裁判所カ職權ヲ以テ調査スヘキモノ殊ニ裁判所管轄違ノ抗辯(二〇六條一項、三一條)無訴權ノ抗辯訴訟能力欠缺ノ抗辯並ニ法律上代理欠缺ノ抗辯ハ當事者カ之ヲ控訴審ニ於テ提出スルコトヲ得殊ニ後者ノ抗辯ハ何時ニテモ提出スルコトヲ得(ク第一審ニ於テ主張セサリシ妨訴抗辯ニシテ其性質上當事者カ有效ニ拋棄スルコトヲ得ルモノ即裁判所カ「職權ヲ以テ調査スヘカラサルモノ」殊ニ管轄ニ付テノ合意ヲ許スヘキ管轄ニ關スル裁判所管轄違ノ抗辯(二九條乃至三一條)權利拘束ノ抗辯、訴訟費用保證欠缺ノ抗辯(控訴審ニ於テ新ニ成立シタルモノヲ除ク)前訴訟費用未濟ノ抗辯(延期抗辯ハ舊民法延期ノ抗辯ニ關スル規定ノ廢止ト共ニ廢止セラレタルモノナルヘシ)ハ假令第一審ノ再開シタル辯論ニ於テハ之ヲ提出スルコトヲ得ルト雖第二審ニ於テ之ヲ提出スルコトヲ得ス(區裁判所ニ繫屬スル訴訟事件ニ關シテハ當事者カ拋棄スルコトヲ得ヘキ裁判所管轄違ノ妨訴抗辯ヲ除クノ外他ノ妨訴抗辯ハ之ヲ再開シタル口頭辯論ニ於テ提出スルコトヲ得地方裁判所ニ繫屬シタル訴訟事件ニ關シテハ再開シタル口頭辯論カ妨訴抗辯ノ當否ニ關スルトキニ限リ他ノ妨訴抗辯ヲ提出スルコトヲ得)(三七九條、二〇六條「……同時ニ……」)何トナレハ

0066

第二〇六條第二項及第三七九條第一項ノ規定ニ從ヒ第一審ニ於テ本案ノ辯論前ニ妨訴抗辯ヲ提出セサルニ因リ又第一審ニ於ル口頭辯論ノ終結ニ依リ(區裁判所ニ繫屬セル事件ニ關シテハ裁判所管轄違ノ抗辯ヲ除ク他ノ抗辯ハ何レモ辯論ノ終結ニ依テ抗辯提出ノ權利ヲ喪失ス)(三七九條)發生シタル妨訴抗辯提出權ノ喪失ハ控訴審ニ於テ亦存續スヘキモノナレハナリ唯例外トシテ「原告(反訴被告)若クハ被告カ其過失ニ非スシテ第一審ニ於テ提出シ能ハサルコトヲ疏明スルトキニ限リ」斯ル妨訴抗辯ヲ提出スルコトヲ得(四一四條一項)而シテ妨訴抗辯ノ提出ハ第二〇六條第一項ノ適用ニ依リ(四〇八條)本案ノ辯論前ニ之ヲ爲ササルヲ得サルヲ以テ當事者カ控訴審ニ於テ本案ノ辯論後前示ノ抗辯ヲ提出シタルトキハ第四一四條第一項ニ規定セル疏明ノ外ニ尙被告ノ過失ニ非スシテ本案ノ辯論前ニ其抗辯ヲ主張スルコト能ハサル旨ヲ疏明スルニ非サレハ其效ナシ然レトモ數箇ノ妨訴抗辯ヲ同時ニ提出スヘキ旨ヲ規定シタル第二〇六條第一項ハ控訴審ニ於テ妨訴抗辯ヲ提出スル場合ニ適用ナシ何トナレハ控訴審ニ於テハ當事者ハ妨訴抗辯ニ基キ本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得サルヲ以テ(四一四條二項上段)漸次ニ妨訴抗辯ヲ提出シ其訴訟ヲ遲延セシムルノ虞ナキヲ以テナリ訴訟手續ノ違背ニ關スル責問權ニ關シテハ我民事訴訟法ハ獨逸民事訴訟法ニ於ルカ如キ規定ヲ設ケサリシ(獨民訴二九五條、五三〇條)然レトモ解釋上當事者カ有效ニ拋棄スルコトヲ得ヘキ訴訟手續ノ違背ニ關スル責問權ハ之ヲ控訴審ニ於テ新ニ主張スルコトヲ得ス反之當事者カ有效ニ拋棄スルコトヲ得サル訴訟手續ノ違背ニ關スル責問權ハ之ヲ控訴審ニ於テ新ニ主張スルコトヲ得ルモノト論結スルコトヲ得ヘシ但立法者トシテハ獨逸民事訴訟法ニ於ルカ如キ規定ヲ設クルヲ正當ナリト思惟ス(b)實體的方面ニ於ル訴訟材料ノ增加ニ關シテ之ヲ言ヘハ當事者ハ第一審ノ判決カ訴訟事件ノ眞實ナル內容ニ適セサルコトヲ理由トシテ該判決ニ對シ控訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルカ故ニ特ニ之カ爲ニ新ナル攻擊及防禦ノ方法殊ニ新事實及新證據方法ヲ提出スルコトヲ得ルハ當然ナリ而シテ當事者カ斯ル攻擊及防禦ノ方法ヲ第一審ニ於テ拋棄シ又ハ時機ニ遲レテ提出シタルモノトシテ却下セラレタルノ事情ハ法律ノ問フ所ニ非ス(二一〇條、二一四條、三四九條)何トナレハ當事者ハ斯ル攻擊及防禦ノ方法ト雖之ヲ第一審ノ再開シタル口頭辯論ニ於テ提出スルコトヲ得レハナリ然レトモ期間ノ經過ニ因テ(例之原狀回復ノ申立書ニハ其疏明方法ヲ揭クルコトヲ要スルモノナルヲ以テ申立期間經過ノ場合ニハ新ナル疏明方法ヲ提出スルコトヲ得サルカ如シ)又ハ數額ノ裁判ヲ留保シタル請求ノ原因ニ關スル中間判決ノ確定(二四〇條)ニ因テ確定的ニ失權シタル總テノ攻擊及防禦ノ方法ハ新ナル訴訟材料トシテ之ヲ提出スルコトヲ得ス反之單純ナル中間判決ニ依リ第一審カ羈束セラルル結果トシテ同一審ニ提出スルコトヲ得サル攻擊及防禦ノ方法ハ新ナル訴訟材料トシテ之ヲ控訴審ニ提出スルコトヲ得蓋控訴審ニ於テハ單純ナル中間判決ノ基礎タル辯論ヲモ包含シタル第一審ノ最終ノ辯論全體カ再開セラルルモノナレハナリ新ナル攻擊及防禦ノ方法ハ控訴審ニ於テ亦第一審ニ於ルカ如ク判決ニ接著スル口頭辯論ノ終結マテ之ヲ提出スルコトヲ得(二〇九條、二一四條、四〇八條)又該提出ニ因テ勝訴者ト爲リタル當事者ハ上訴費用ノ全部又ハ一部ヲ負擔セシメラル(七八條、二項)是第一審ニ於ル攻擊及防禦ノ方法ノ提出ヲ爲ササリシ行爲ニ對スル制裁ナリ(四一四條一項、四一五條)

(3) 控訴審ニ於ル裁判　控訴裁判所ハ移審ノ效力トシテ(四二一條、民訴案四六一條)第四二〇條(民訴案四五八條)ノ規定ニ從テ定リタル範圍內ニ於テ訴訟ヲ完結スルノ權限ヲ有ス故ニ原則トシテ控

訴裁判所ハ第一審ニ於テ提出セラレタル訴訟材料及新ニ控訴審ニ於テ提出セラレタル訴訟材料ヲ調査シ其結果第一審判決ヲ正當ナリト認メタルトキ即控訴審ニ於ル裁判ト控訴ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル前審ノ判決ト符合スルトキハ該判決ヲ認可シ即控訴ヲ理由ナシトシテ棄却スルノ判決ヲ爲シ(四二四條、民訴案四五七條)反之第一審判決ヲ失當ナリト認メタルトキ即控訴審ニ於ル裁判ト控訴ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル前審ノ判決ト符合セサルトキハ控訴ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル前審ノ判決ヲ廢棄シ更ニ正當ナリト認ムル判決ヲ爲シ其例外トシテ控訴裁判所ハ第五二二條及第五二三條ニ規定シタル場合ニ限リ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス判決ヲ爲ス(民訴案四六二條、四六三條)但控訴裁判所ニ於テ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス判決ヲ爲スニハ控訴ノ適法ナルコトヲ前提トス蓋控訴カ不適法ナル場合ニ於テ控訴棄却ノ判決アルモ訴訟ノ終結ナキトキ殊ニ言渡ナキ判決ニ對シ控訴ノ提起アリタル場合ニ於テ控訴ヲ棄却スル判決ヲ爲ストキハ事件ハ當然第一審裁判所ニ復歸シ特別ノ裁判ヲ要セサルヲ以テナリ

左ニ控訴裁判所カ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス判決ヲ爲ス場合、差戻判決ノ性質及差戻以後ノ手續ヲ略述スヘシ

(甲) 差戻判決ヲ爲スヘキ場合　差戻判決ヲ爲スヘキ場合ハ事件ニ付尚辯論ヲ必要トスルトキ及第一審ニ於テ訴訟手續ニ付テノ規定ニ違背アルトキ即是ナリ(四二二條、四二三條、民訴案四六二條、四六三條)

(a) 事件ニ付尚辯論ヲ必要トスルトキ　事件ニ付尚辯論ヲ必要トスルトキ即控訴裁判所ノ判決ニ依リ訴訟ヲ完結スルニ足ラサルトキ換言スレハ訴訟材料ノ全部ニ付未第一審判決ナキトキハ控訴裁判所ハ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス判決ヲ爲スコトヲ要ス是畢竟斯ル判決ヲ爲サスシテ控訴裁判所ノ判決ニ依リ訴訟ヲ完結スヘキモノトセハ當事者ヲシテ故ナク審級制度ノ利益ヲ喪失セシムルニ至ルヲ以テナリ是ヲ以テ第一、控訴裁判所カ訴訟上ノ欠缺ニ基キ原告ノ訴ヲ却下スル場合ノ如キ訴訟ノ前提問題ニ關スル裁判ヲ爲シテ訴訟ヲ完結スル場合ニ於テハ尚必要ナル辯論ナルモノナシ隨テ差戻判決ヲ爲スコトナシ辯論カ第四一六條ニ則リ適法ニ提出セラレタル新請求ニ關スルモノナルトキモ亦然リ第二、控訴裁判所カ被告ノ控訴ヲ理由アリト認メ原告ノ請求ヲ排斥スル場合ニ於テハ單ニ第一審ノ判決ヲ廢棄シ單ニ原告ノ請求棄却ノ判決ヲ爲スノミヲ以テ訴訟ヲ完結スルニ足リ尚必要ナル辯論ナルモノナシ隨テ差戻判決ヲ爲スコトナシ又事件ニ付尚辯論ヲ必要トスルコトハ本案カ第一審ヲ經スシテ單ニ第二審ニ於テ裁判セラルルコトヲ防止スルカ爲ニ存スル要件ニシテ事實上尚必要ナル辯論ノ意義ニ非ス是ヲ以テ控訴裁判所ハ訴訟上ノ前提要件ノ欠缺ノ爲ニ原告ノ訴ヲ却下シタル第一審ノ判決ヲ廢棄スル場合ニ於テハ假令第一審ニ於テ本案ノ辯論カ完結シ且之ニ因テ控訴裁判所カ本案ノ判決ヲ爲スニ熟スト認メタルトキト雖事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ササルヘカラス

左ニ第四二二條ニ規定セル各種ノ場合ヲ略說スヘシ

第一　不服ヲ申立テラレタル判決カ闕席判決ナルトキ　控訴ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル第一審判決カ闕席判決ナル場合ニ於テ(三九八條、二六三條、一七七條二項)控訴裁判所カ控訴ヲ理由ナシト認メタルトキ即前審判決ヲ正當ナリト認メタルトキハ第四二四條ノ規定ニ從ヒ控訴棄却ノ判決ヲ爲スノミヲ以テ足リ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス判決ヲ爲スノ必要ナシ蓋斯ル場合ニ

0068

於テハ尚必要ナル辯論ナルモノナキヲ以テナリ反之控訴ヲ理由アリト認メタルトキ即懈怠ナキヲ以テ第一審ノ闕席判決ヲ失當ナリト認メタルトキハ該判決ヲ廢棄シ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス判決ヲ爲サザルヘカラス蓋斯ル場合ニ於テハ第一審ニ於テ申立アリタル故障ニ付尚必要ナル辯論アルヲ以テナリ(四二二條一號、三九八條、二六三條、一七七條二項、民訴案四六八、一條五號)

第二　不服ヲ申立テラレタル判決カ闕席判決ニ對スル故障ヲ不適法トシテ棄却シタルモノナルトキ、控訴ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル判決カ闕席判決ニ對スル故障ヲ不適法トシテ棄却シタルモノナル場合ニ於テ(二五九條)控訴裁判所カ控訴ヲ理由ナシト認メタルトキ即前審判決ヲ正當ナリト認メタルトキハ第四二四條ノ規定ニ從ヒ控訴棄却ノ判決ヲ爲スノミヲ以テ足リ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス判決ヲ爲スヘ必要ナシ蓋斯ル場合ニ於テハ尚必要ナル辯論ナキヲ以テナリ反之控訴ヲ理由アリト認メタルトキ即前審判決ヲ失當ナリト認ノタルトキ(故障ヲ許スヘキモノト認メタルトキ)ハ該判決ヲ廢棄シ更ニ之ニ代ルヘキ正當ノ判決即故障ヲ許スヘキ旨(控訴人ノ新辯論ヲ爲スヘキ訴訟上ノ請求ヲ是認スル旨)ノ判決ヲ爲スコトヲ要ス而シテ控訴裁判所ノ權限ハ斯ル判決ノ言渡ニ依テ終結スルヲ當然ナリトスレトモ法律上許サルヘキ故障ノ申立ニ因テ開始セラルヘキ事件ノ新辯論ニ於テ爭ハルヘキ請求ニ關シテハ未第一審ノ裁判ナキヲ以テ控訴裁判所ニ於テ辯論ヲ爲サシメ且裁判ヲ爲スコトヲ得サルヤ言ヲ俟タス隨テ第四二二條ニ規定セル尚必要ナル辯論存スルコトト爲ル故ニ控訴裁判所ハ斯ル辯論及裁判ヲ爲サシムルカ爲ニ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スル判決ヲ爲スコトヲ要ス同一ノ法則ハ故障期間ノ懈怠ニ對スル原狀回復ノ申立ヲ却下シタル第一審ノ裁判ヲ控訴裁判所ニ於テ失當ナリト認メタル場合ニ於テモ亦行ル(四二二條二號、民訴案四六、二條二號)

第三　不服ヲ申立テラレタル判決カ妨訴ハ抗辯ノミニ付裁判ヲ爲シタルモノナルトキ　妨訴抗辯ハ、ノミニ付爲シタル裁判トハ「ザウプ」、「ウサルモースキー」氏等ノ主張スルカ如ク被告カ第一審ニ於テ主張シタル妨訴抗辯ニ關スル判決ニシテ第一審裁判所カ第二〇六條第一號、第二號及第三號ニ規定セル事項アルカ爲ニ職權ヲ以テ訴ヲ却下シタル判決ヲ包含セス何トナレハ第二〇六條ニ規定セル事項ハ被告カ有效ニ妨訴抗辯トシテ之ヲ主張シタルトキニ限リ妨訴抗辯トシテ裁判ノ目的ト爲ルモノナレハナリ隨テ「フッチング」、「ワッハ」氏等ノ如ク斯ル判決ニモ亦第四二二條ノ適用アリト云ヘル學說ハ正當ノ見解ニ非サルヘシ何トナレハ控訴裁判所カ差戻判決ヲ爲スハ前述ノ如ク例外ナルヲ以テ第四二二條第三號ノ擴張解釋ハ之ヲ許スヘキモノニ非サレハナリ而シテ控訴ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル判決カ如此妨訴抗辯ノミニ付裁判シタルモノナルコト換言スレハ本案ニ付裁判セラレタルモノニ非サルコトヲ必要トス爲スニ止リ第一審ニ於テ妨訴抗辯ノミニ付辯論ノ制限アリタルト本案ニ付辯論アリタルトノ區別ハ之ヲ問ハサルナリ(二〇六條、

二〇七條)故ニ

第一　第一審裁判所カ妨訴抗辯ヲ理由ナシト認メ上訴ニ關シ終局判決ト看做スヘキ中間判決ヲ以テ妨訴抗辯ヲ棄却シタル場合ニ於テ控訴裁判所カ斯ル判決ニ對スル控訴ヲ理由ナシト認メタルトキ即妨訴抗辯ヲ理由ナシト認メタルトキハ控訴ヲ棄却シ且事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス判決ヲ爲ス蓋斯ル中間判決ヲ認可スル場合ニ於テハ尚必要ナル辯論存スルヲ以テナリ反之控訴裁判所カ控訴ヲ理由アリト認メタルトキ即妨訴抗辯ヲ理由アリト認メタルトキハ前審判決ヲ廢棄

0069

シ原告ノ訴ヲ却下スルノ判決ヲ爲シ差戻判決ヲ爲スコトナシ（二〇七條二項）蓋斯ル場合ニ於テハ尙必要ナル辯論ノ存セサルヲ以テナリ控訴審ニ於テ新ニ提出セラレタル妨訴抗辯カ理由ナキトキハ（四一四條）控訴ヲ棄却シ且差戻判決ヲ爲ス反之新ニ提出セラレタル妨訴抗辯カ適法ニシテ且理由アルトキハ第一審ノ判決ヲ廢棄シ原告ノ訴ヲ却下シ差戻判決ヲ爲スコトナシ

第二　第一審ニ於テ別ニ辯論ヲ爲スヘキコトヲ命セスシテ妨訴抗辯及本案ニ付辯論及裁判ヲ爲シタルトキハ假令控訴カ唯妨訴抗辯ニ關スル判決ノミニ對シテ提起セラレタル場合ト雖差戻判決ヲ爲スコトナシ又第一審ニ於テ別ニ辯論ヲ爲スヘキコトヲ命セスシテ妨訴抗辯及本案ニ付辯論ヲ爲シ且前者ニ付裁判ヲ爲シタルトキハ該裁判ハ其性質上單純ナル中間判決ニシテ立獨シテ控訴ノ目的タルコトヲ得ルモノニ非ス隨テ第四二二條第二號ノ適用ナシ其他第一審ニ於テ本案ノ裁判ヲ爲シタル後第二審ニ於テ妨訴抗辯カ提出セラレ且之ヲ理由ナキモノトシテ棄却スルトキモ亦然リ但之ヲ理由アリト認ムルトキハ控訴裁判所ハ單ニ第一審裁判ヲ廢棄シ原告ノ訴ヲ却下スルノ判決ヲ爲スニ止ルヲ以テ差戻判決ヲ爲スコトナキヤ當然ナリ

控訴ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル判決カ第二〇六條ノ規定ニ從ヒ被告カ妨訴抗辯トシテ主張セサリシカ爲ニ妨訴抗辯ト爲ラサリシ無訴權、管轄違、訴訟能力ノ欠缺、法律上代理ノ欠缺ノ如キ訴訟ノ前提要件ノ欠缺ニ因テ原告ノ訴ヲ却下シタルモノナルトキ（第二〇六條ニ規定セル妨訴抗辯ハ被告カ同條ニ基キ妨訴抗辯トシテ之ヲ提出シタルトキニ限リ妨訴抗辯トシテ裁判ノ目的ト爲ル故ニ裁判所カ職權調査上無訴權、管轄違等ノ理由ニ基キテ訴ヲ却下シタル判決ハ第四二二條第二號ニ規定セル裁判ニ屬セス）ニ於テ控訴裁判所カ斯ル判決ニ對スル控訴ヲ理由ナシト認メタルトキハ第四二四條ノ規定ニ從ヒ控訴棄却ノ判決ヲ爲スヲ以テ足リ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スノ必要ナシ何トナレハ此場合ニ於テハ必要ナル辯論ナキヲ以テナリ反之控訴ヲ理由アリト認メタルトキハ第四二三條ノ規定ニ從ヒ第一審判決ヲ廢棄シ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス判決ヲ爲スモノトス獨逸ニ於テハ「ゾキフヘルド」氏ハ差戻判決ヲ爲スコトナク直ニ本案ノ裁判ヲ爲スヘキモノナリト主張スレトモ這ハ我民事訴訟法ノ解釋トシテ正當ナリト謂フコトヲ得ス何トナレハ第一審裁判所ハ未本案ニ關スル爭點ニ付裁判ヲ爲ササルヲ以テ第四二一條ノ規定ニ從ヒ斯ル爭點ヲ控訴審ニ於ル辯論及裁判ノ目的ト爲スコトヲ得サレハナリ又「プランタ」氏ハ第一審判決ヲ廢棄シ之ト共ニ本案ノ辯論ニ關スル原告ノ訴訟上ノ請求權ヲ承認シ我民事訴訟法第四二一條ニ該當スル獨逸民事訴訟法第四九九條ノ規定ニ從ヒ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス判決ヲ爲ササルヘカラスト主張スレトモ這ハ我民事訴訟法ノ解釋トシテハ正當ナリト謂フコトヲ得ス何トナレハ控訴裁判所ハ第四二二條及第四二三條ノ規定ニ依ラサレハ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス判決ヲ爲スコトヲ得サレハナリ控訴ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル判決カ訴訟委任ノ欠缺ノ如キ單純ナル訴訟上ノ抗辯ニ依リ原告ノ訴ヲ却下シタルモノナルトキニ於テモ亦同一ノ法理ニ依リ控訴裁判所ニ於テ裁判スヘキモノトス

控訴ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル判決カ被告ノ提出シタル本案ノ抗辯ヲ妨訴抗辯ナリト誤認シ之ニ基キ原告ノ訴ヲ却下シタルモノナルトキニ於テ控訴裁判所カ該抗辯ヲ本案ノ抗辯トシテ理由ナク隨テ第一審判決ヲ不當ナリト認メタルトキハ尙原告ノ請求ニ關スル他ノ爭點ニ付必要ナル辯論ヲ爲サシメ之ニ基キ第一審ノ判決ヲ廢棄シ之ニ代ル（キ正當ノ判決ヲ爲スコトヲ要シ

（四二一條）第一審カ本案ノ抗辯ヲ妨訴抗辯ナリト誤認シタル事實ヲ訴訟手續ニ付テノ規定ニ違背シタルモノトシ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス判決ヲ爲スコトヲ得ス蓋斯ル場合ニ於テハ第一審カ本案ノ抗辯ヲ妨訴抗辯ト誤認シタルノ一事ハ第一審判決ノ廢棄ニ影響ナキヲ以テ斯ル誤認ヲ重大ナル訴訟手續上ノ缺點ナリト謂フコト能ハサレハナリ（四二三條）

民事訴訟法案ニ在テハ妨訴抗辯ヲ否認シタルヲ以テ本案ニ關セサル判決ニ對シ控訴アリタル場合ニ於テ尙辯論ヲ必要ナリトスルトキハ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキモノト規定シタリ（民訴案四六二條一號）元來本案即實體上ノ請求ノ當否ヲ判斷セスシテ單ニ控訴人ノ請求ヲ否認シタル第一審ノ終局判決ニ對シ控訴ノ提起アリタルトキハ控訴裁判所ハ假令第一審ニ於テ斯ル訴訟上ノ請求ニ關スル總テノ爭點ニ付辯論及裁判ヲ爲ササルトキト雖該爭點ニ付調査ヲ爲シ其結果控訴ヲ理由アリト認メタルトキ即第一審判決ヲ失當ナリト認メタルトキハ之ヲ廢棄シ更ニ之ニ代ルヘキ正當ノ判決即訴訟上ノ請求ヲ是認スル判決ヲ爲ス且實體上ノ請求ニ關スル辯論及裁判ヲ爲サシムルカ爲ニ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス判決ヲ爲スヲ正當ナリトス蓋斯ル場合ニ於テハ實體上ノ請求ハ第一審判決ノ目的ト爲ラス隨テ控訴審ノ辯論及裁判ノ目的ト爲ラサルヲ以テナリ故ニ民事訴訟法案ノ規定ニ依レハ訴訟委任ノ欠缺、訴訟能力ノ欠缺、法律上代理ノ欠缺、權利拘束、無訴權、管轄違ノ如キ訴訟ノ前提要件ノ欠缺ニ因テ原告ノ訴ヲ却下シタル第一審ノ判決ニ對スル控訴ヲ理由アリト認ムル場合ニ於テハ控訴裁判所ハ前審判決ヲ廢棄シ且事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス判決ヲ爲スコトヲ要ス第一審判決カ本案ニ關シ完全ナル辯論アリタル以後重要ナル訴訟ノ前提要件ノ欠缺ノ爲ニ原告ノ訴ヲ却下シタルモノナルトキモ亦然リ何トナレハ訴訟上ノ前提要件欠缺ノ爲ニ原告ノ訴ヲ却下シタル判決ハ本案ニ關シテ爲シタル判決ノ確定カ發生セサルヲ以テ之ヲ本案ニ關スル判決ト謂フコト能ハサルヲ以テナリ實體上ノ請求ノ當否ヲ確定シタル終局判決ニ對シテ控訴ノ提起アリタル場合ニ於テ控訴裁判所カ控訴ヲ理由アリト認メタルトキハ第一審判決ヲ廢棄シ更ニ之ニ代ルヘキ正當ノ判決ヲ爲ス而シテ控訴裁判所カ其調査シタル訴訟材料ニ因リ第一審裁判ノ失當ナル旨ヲ明ニスルト同時ニ之ニ代ルヘキ正當ノ判決ヲ爲スニ足ルト認メタルトキハ直ニ事件ヲ終結スルコトヲ得レトモ該訴訟材料ハ單ニ第一審判決ノ失當ナルコトヲ明白ニスルニ止リ之ニ代ルヘキ正當ナル判決ヲ爲スニ不充分ナリト認メタルトキハ控訴裁判所ハ自ラ之ニ必要ナル辯論ヲ爲サシメ且之ニ基キテ終局判決ヲ爲スヲ正當ナリトス蓋斯ル場合ニ於テハ移審ノ效力トシテ控訴裁判所カ事件ヲ終結スル職責ヲ負フヲ以テナリ（四二一條、民訴案四六一條）

第四　請求ノ原因及數額ニ付爭アル場合ニ於テ不服ヲ申立テラレタル判決カ先其原因ニ付裁判ヲ爲シタルモノナルトキ　請求ノ原因及數額ニ付爭アル場合ニ於テ先其原因ニ付爲シタル判決トハ第一審裁判所カ原因及數額ニ付爭アル請求ノ原因ニ付先其正當ナルコトヲ言渡シタル中間判決（二二八條）ニシテ第一審ニ於テ辯論カ請求ノ原因ノ當否ニ付制限セラレタルヤ否ヤヲ問ハサルモノナリ故ニ

第一　控訴裁判所カ斯ル判決ニ對スル控訴ヲ理由ナシト認メタルトキハ控訴ヲ棄却シ且事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス判決ヲ爲ス蓋此場合ニ於テハ請求ノ數額ニ付尙辯論及裁判ヲ爲サシムルノ必要アレハナリ反之斯ル判決ニ對スル控訴ヲ理由アリト認メタルトキハ該判決ヲ廢棄シ且原

0071

告ノ請求棄却ノ判決ヲ爲スヲ以テ足レリトス隨テ差戻判決ヲ爲スコトナシ

第二　控訴裁判所カ請求ノ原因ヲ不當ナリト認メ原告ノ請求ヲ棄却シタル終局判決ニ對スル控訴ヲ理由アリト認メタルトキハ訴訟ヲ完結シ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス判決ヲ爲スコトヲ得ス蓋移審ノ效力トシテ控訴裁判所ハ第一審判決ヲ變更シ且第二二八條ニ從テ數額ヲモ裁判スヘキ職務ヲ負ヘハナリ(四〇八條)但獨逸新民事訴訟法ニ於テハ(獨民訴五三八條)斯ル法則ハ實際ニ正當ナラサルモノト認メ控訴裁判所ヲシテ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス判決ヲ爲サシメタリ(四二二條四號、民訴案四六二條三號)

第五　不服ヲ申立テラレタル判決カ證書訴訟及爲替訴訟ニ於テ敗訴ノ被告ニ別訴訟ヲ以テ進行ヲ爲スノ權ヲ留保シタルモノナルトキ　證書訴訟及爲替訴訟ニ於テ被告ニ權利ノ行使ヲ留保シタル判決トハ第一審裁判所カ第四九一條及第四九二條ノ規定ニ則リテ言渡シタル中間判決ナリ故ニ

第一　控訴裁判所カ斯ル判決ニ對スル控訴ヲ理由ナシト認メタルトキハ控訴ヲ棄却シ且事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス判決ヲ爲ス而シテ此場合ニ於ル差戻判決ハ單純ナル形式的行爲ニシテ實際上何等ノ效力ヲ有セス蓋訴訟ハ已ニ通常訴訟手續ニテ第一審裁判所ニ繫屬スレハナリ(四九二條一項)隨テ差戻判決ニ因テ訴訟カ通常訴訟手續ニテ被告ニ留保セラレタル權利ノ爲ニ第一審裁判所ニ繫屬スト謂フヘカラス反之斯ル判決ニ對スル控訴ヲ理由アリト認メタルトキハ第一審判決ヲ變更シ原告ノ訴ヲ却下シ(四八九條二項)若クハ原告ノ請求ヲ棄却(四八九條一項)スルノ判決ヲ爲スヲ以テ足ル隨テ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス判決ヲ爲スコトナシ

第二　控訴裁判所カ第四八九條第一項若クハ第二項ニ基キ原告ノ訴若クハ其請求ヲ却下シタル第一審判決ニ對スル控訴ヲ理由アリト認メ該判決ヲ廢棄シテ敗訴ノ被告ニ權利ノ行使ヲ留保シタル原告勝訴ノ判決ヲ言渡ス場合ニ在テハ第四二二條第五號ニ則リ差戻判決ヲ爲スコトヲ得ス蓋此法則ノ適用ニ關シテハ控訴ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル判決ニ於テ敗訴被告ノ爲ニ權利行使ノ留保アルコトヲ前提トスレハナリ是ヲ以テ訴訟ハ判決ニ於テ留保セラレタル被告ノ權利行使ノ爲ニモ亦控訴審ニ繫屬シ控訴審カ爾後ノ訴訟手續ニ於テ判決ヲ爲スコトヲ爲ル蓋訴訟ノ全體ハ控訴ノ提起ニ依リ控訴裁判所ニ移審シ唯證書訴訟手續ニ關シテノミ訴訟ノ移審アリタルモノニ非サレハナリ隨テ爾後ノ訴訟手續ハ常ニ第一審裁判所ニ繫屬スト云ヘル「ワッハ」、「スタイン」氏等ノ見解ハ之ヲ正當ナリト認ムルコトヲ得ス(四二一條)

第三　證書訴訟及爲替訴訟ニ於テ被告ニ權利ノ行使ヲ留保スルコトナクシテ敗訴ヲ言渡シタル第一審ノ終局判決ニ對シ控訴ノ提起アリタル場合ニ於テ控訴裁判所カ被告ニ權利ノ行使ヲ留保スヘキモノト認メタルトキハ(四九一條)其留保手續ハ控訴裁判所ニ於テ之ヲ完結スヘク之カ爲ニ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス判決ヲ爲スコトヲ得ス(四二一條、四二二條五號、民訴案四六二條四號)

(b)　第一審ニ於テ訴訟手續ニ付テノ規定ニ違背アルトキ　第一審ニ於テ訴訟手續ニ付テノ規定ニ違背アルトキハ控訴裁判所ハ第一審判決ヲ廢棄シ更ニ之ニ代ルヘキ正當ノ判決ヲ爲スヲ原則トシ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス判決ヲ爲スヲ例外トス(四二一條、四二三條、民訴案四六一條、四六三條)

0072

第一審ニ於ル訴訟手續ノ違背トハ第一審ニ於テノ判決前ノ手續及判決手續ニ重要ナル缺點アルノ意味ニシテ獨訴訟手續ノ違背カ判決ノ内容ト因果ノ關係ヲ有スル場合ヲ指示スルノミナラス第一審ノ訴訟手續カ第二審ニ於ル判決ノ基礎タルニ不適當ナル場合ヲモ包含ス（第一審ニ於ル管轄違ハ其言渡シタル判決ノ内容ノ如何ニ關係セスシテ絶對的ニ上告ノ理由ト爲ル故ニ訴訟手續ノ違背カ判決ノ内容ト因果ノ關係ヲ有スル場合ノミヲ指示スト解スルトキハ狹キニ失スルニ至ル）訴訟手續上ノ缺點カ責問權ノ喪失ニ因テ補完スルコトヲ得ヘキモノナルト否トノ區別ヲ問ハサルモノナリ（訴訟手續ニハ公益ノ爲ニ重要ナルモノト當事者ノ利益ノ爲ニ重要ナルモノトアリ故ニ責問權ノ喪失ニ因テ補完スルコトヲ得ヘキ訴訟手續ハ之ヲ重要ナル訴訟手續ニ非スト論結スルコト勿レ但重要ナル訴訟手續ニ關スル缺點ト雖責問權ノ喪失ニ依テ補完スルコトヲ得ヘキモノニシテ且事實上責問權ノ喪失ニ依テ補完セラレタルモノハ之ヲ訴訟手續ノ違背トシテ掛酌スルコトヲ得サルヤ言ヲ俟タス）是獨逸民事訴訟法理由書ニ於テ我民事訴訟法第四六三條ニ該當スル獨逸民事訴訟法舊第五〇一條ニ於ル訴訟手續違背ノ例示ト爲シタル彼我ノ沿革ニ徵シ洵ニ明瞭ナリトス故ニ判決ノ基本ニ關シ訴訟手續ニ違背アリタル場合殊ニ裁判長カ釋明ヲ怠リタル場合、訴訟法ノ規定ニ反シテ證據調ヲ爲シ又ハ之ヲ爲スコトヲ拒ミタル場合、口頭辯論主義ノ原則ニ反シタル場合等ハ何レモ判決前手續ニ關スル重要ノ缺點アル場合トシテ又判決其モノニ關シ訴訟手續ノ違背アリタル場合殊ニ判決ノ言渡ヲ記載シタル調書ニ於テ法廷ノ公開ヲ證明セサル場合、判決ニ理由ヲ付セス又ハ事實ヲ指示セス若クハ其指示アルモ之ニ依リ第二審ニ於ル辯論ノ基礎トシテ第一審ニ於ル供述ノ内容ヲ認識スルコトヲ推定シテ下スモノニシテ執行判決ニ付テハ自白ヲ推定スル場合ナケレハナリ

執行判決ニハ假執行ノ宣言ヲ附スヘキモノナリヤ否ヤ多數ノ學者ハ通常ノ判決ト異ルコトナシト說明セリ執行判決モ一ノ判決ナルカ故ニ從テ第五〇一條以下ノ要件ヲ備フルトキハ假執行ノ宣言ヲ附スルヲ得ルハ當然ナリト此問題ヲ決スルニハ執行判決ノ性質及假執行ノ宣言ヲ付スル理由如何ノ二點ヨリ論究セサルヘカラス執行判決ヲ確定的性質ノモノトセンカ消極ニ決セサルヘカラス今民事訴訟法第五〇一條以下ノ規定ニ徵スルニ假執行ノ宣言ハ主トシテ給付ヲ言渡ス判決ニ付スルモノニシテ確認判決ニ付スルコトナケレハナリ又假執行ノ宣言ヲ付スル理由ハ種種アリト雖其主要アルハ判決ノ確定ヲ俟タスシテ急速ニ執行スルノ必要アリト云フニ在リ然ルニ執行判決ハ其基本タル外國判決カ確定セルニ非スンハ下ス能ハサルモノニシテ右ノ如ク外國判決ノ確定シタル場合ニ於テハ急速ニ其執行ヲ爲スノ必要ハ存セサリシカ又ハ消滅セルモノト謂ハサルヘカラス此點ヨリ觀ルモ執行判決ニハ假執行ノ宣言ヲ付スヘキモノニ非サルヤ明カナリト謂ハサルヘカラス

第二節　判決以外ノ執行名義

判決以外ノ執行名義ハ第五九條ニ規定スル所ナリ

第一　抗告ヲ以テノミ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判　是即決定ナリ決定ハ言渡ニ依テ效力ヲ生スルモノアリ送達ニ依テ生スルモノアリ我民事訴訟法ニ於テ强制執行ノ債務名義トナルモノハ獨リ民事訴訟法中ニ規定スルモノノミニ限ラルルナリ民事訴訟法ニ規定スルモノハ例之第八二條第八五條第百一條第二九四條其他第三〇二條第三五八條ノ決定ナリ第八五條以外ノ決定ハ其決定ノミ獨立シテ

0073

執行名義トナル然ルニ第八五條ノ決定ハ獨立シテ執行名義ト爲ラス判決ト相俟テ強制執行ノ名義ト爲ルモノトス而シテ本法以外ニ於テ執行名義ト爲ルモノハ人事訴訟手續法及非訟事件手續法ニ規定セリ概シテ費用ノ負擔ヲ命スル決定ナリ玆ニ問題トナルハ外國裁判所ノ決定ハ我法律上強制執行ノ名義トナルヤ否ヤ予ノ信スル所ニ依レハ此問題ニ對シテハ消極的ノ答ヲ爲ササルヘカラス原則トシテ外國裁判所ノ判決ハ我國ニ於テ效力ヲ有スヘキニ非ス故ニ我民事訴訟法ニ外國裁判所ノ判決ニ關スル規定ヲ第五一四條ニ設ケタルモ決定ニ關スル規定ヲ設ケサルヲ以テ見レハ原則ニ依リ執行力ナシト云ハサルヘカラス

第二　執行命令　強制執行ニ於ル執行命令トハ何ソヤ支拂命令ニ附シタル假執行ノ宣言ヲ謂フ此執行命令ハ訴訟法第三九四條ニ依レハ假執行ノ宣言ヲ付シタル闕席判決ト同一ノ效力ヲ有スルモノナリ又其形式ニ於テ同一ト看做サル故ニ執行命令ニ對シテ故障ノ申立アリタルトキハ民事訴訟法第五一二條ニ依リ第五百條ノ規定ヲ準用スルコトヲ得執行命令ハ債務者ノ承繼人ニ對シテ效力ヲ有ス又債權者ノ承繼人ノ爲ニ效力ヲ有ス之ニ付一ノ問題アリ支拂命令ヲ發シタル後未執行命令ヲ發セサル前ニ債務者ニ承繼アリタルトキハ其承繼人ニ對シ直ニ執行命令ヲ發スルコトヲ得ルヤ否ヤ之ナリ支拂命令ノ效力ハ全然消滅スルモノナルカ故ニ債權者ハ更ニ承繼人ニ支拂命令ノ申請ヲ爲シ法定期間ノ經過後ナラサレハ執行命令ヲ發スルコトヲ得ストハ我法曹會ニ於テ決議セル所ナリ其理由トスル所ハ民事訴訟法第五五三條ノ反對推理ニ在リ第五五三條ニハ強制執行開始後ニ債務者カ戶主タル地位ヲ辭スルカ又ハ其地位ヲ失ヒタル場合ニ於テハ此變更ノ生シタル當時債務者ノ有シタル財產ノミニ付强制執行ヲ爲スヲ得ヘキ旨ヲ規定シ其承繼人即相續人ニ對シテハ强制執行ヲ爲スコトヲ得サル旨ヲ暗示セリ此法條ヨリ推論スルトキハ支拂命令ハ前戶主タル債務者ノミニ對シテ效力アルモ後ニ戶主トナリタル相續人ニハ效力ナシト論定セサルヘカラスト云フニ在リ然レトモ予ハ積極說ヲ以テ至當ナリト信ス是民法ノ理論ヨリスレハ疑ナキコトニシテ一般ノ承繼人ハ前戶主ノ有シタル財產ヲ承繼スルト同時ニ又一般債務ヲ承繼ス唯一身ニ專屬スルモノヲ除クノミ法律上前戶主ノ繼續ニ外ナラス然ルニ强制執行ノ場合ニ何故ニ民法ノ原則ニ例外ヲ設クヘキモノナルヤ現ニ我民事訴訟法ハ執行文ニ付テハ第五一九條ニ依レハ債務者ノ一般承繼人ノ申請アルトキト雖執行文ヲ付與スルコトヲ得ル旨ヲ規定セリ此規定ハ即民法ノ原則ヲ適用シタルニ外ナラス前債務者カ判決ヲ受ケタルトキハ其承繼人ニ判決ノ效力ノ及フモノトスレハ簡易手續ナル支拂命令モ一ノ裁判ナル以上ハ此裁判ヲシテ承繼人ニ對シテ效力ヲ有セシムルハ民法ノ原則上當然ナルモノト謂ハサルヘカラス而シテ論者ノ引用スル第五五三條ハ單ニ債務者カ戶主タルノ地位ヲ失ヒ又ハ辭シタルトキハ債務者ノ死亡シタルト同一ニ見ルヘキコトヲ規定シタルモノナルコトハ第五一二條ト對照スレハ明ナリ然ルニ消極說ハ第五五三條ノ條文上ニ表ハレサルモノヲ以テ其論據トスルモノナレハ不精確ナリト謂ハサルヘカラス』

執行命令ハ民事訴訟法第二四五條ニ依テ職權送達ニ依ルヘキモノニ非ス當事者ノ申請ヲ俟テ其送達ヲ爲スヘキモノトス

第三　和解　和解トハ當事者カ互ニ讓步シテ爭アル又ハ不確定ナル法律關係ヲ止ムルノ契約ヲ謂フ我民事訴訟法ハ總テノ和解ノ强制執行ノ名義トナルヤト謂フニ然ラス强制執行ノ名義トナル和解ハ二種アリ第一ハ受訴裁判所又ハ受命判事若クハ受托判事ノ面前ニ於テ成立シタル和解(二二七條)其二ハ和解ノ申請ニ基キ裁判所ニテ調ヒタル和解(二八一條)是ナリ故ニ行政裁判所ニテ調ヒタル和解又

0074

ハ刑事裁判所ニテ調ヒタル和解ハ強制執行ノ名義ト爲ラス先行政裁判所ニ於テ成立シタル和解ニ付述ヘンニ行政裁判所ノ訴訟手續ハ原則トシテ民事訴訟法ニ依ラス殊ニ行政裁判法ニハ判決ノ執行ノミヲ通常裁判所ニ囑託スルコトヲ得ルノ規定アルノミ故ニ民事訴訟法ノ受訴裁判所ニ該當セス刑事訴訟法ニ依レハ刑事訴訟手續ニ準用スヘキ民事訴訟法ノ規定ヲ限定セリ故ニ第二二一條ハ刑事訴訟法ニ準用スルヲ得ス隨テ刑事裁判所ニテ成立シタル和解ハ民事訴訟法第二二一條ニ規定シタル和解ト爲ラス故ニ何レモ消極ノ論結ヲ爲ササルヘカラス然レトモ今日實際ニ行ハルルハ積極說ナリ刑事訴訟法ニ於テ成立シタル和解モ民事訴訟ノ强制執行ノ名義トナル能ハストスルノ理由ナシト謂フニ在レトモ此說ハ他ノ點ニ於テ不都合アリ民事訴訟法ニ依レハ調書ニ記載シテ明確ナラシムヘキ事項ハ第一三〇條第二項第一號ニ自白、認諾、拋棄及和解ト規定セリ故ニ民事訴訟ニ和解アルトキハ常ニ調書ニ依テ明確トナル然レトモ私訴ノ審理ニ第一三〇條ヲ準用スルノ規定ナシ隨テ裁判所書記ハ之ヲ調書ニ記載スルノ義務ヲ有セス故ニ反對說ニ從フモ調書ニ記載セラレナハ强制執行ヲ爲スヲ得レトモ然ラサルトキハ執行ヲ爲スコトヲ得サルヤ明ナリ是反對論ノ弱點ナリ

民事裁判ト同一ノ效力ヲ有スル裁判ヲ爲ス機關アリ即清韓兩國ニ於ル領事裁判所是ナリ領事裁判權ヲ規定シタル明治二十一年勅令第七一號ニ依レハ領事ハ民事裁判官ト同一ノ權限ヲ有スル旨ヲ規定セリ故ニ民事訴訟法ニ從ヒテ裁判ヲ爲スモノナリ之ヲ以テ領事ノ面前ニテ爲シタル和解ハ强制執行ノ名義トナルトノ論結ヲ下スコトヲ得ヘシ

(一) 和解ノ强制執行ノ名義ト爲ルニ具備スヘキ要件ハ左ノ如シ

事件カ受訴裁判所ニ繼續シタルコト又ハ區裁判所ニ和解ノ申請アリシコトヲ要ス故ニ甲訴訟事件ニ付和解ノ受訴裁判所ニテ成立シタル場合ニ當事者カ之ト同時ニ他ノ乙ノ爭ニ付和解ヲ爲シタリト假定セシニ裁判所ニ繼續セサル乙事件ニ付テノ和解ハ强制執行ノ名義ト爲ラス

(二) 和解ハ成立カ調書ヲ以テ明確ニセラレタルコトヲ要ス

以上ノ二條件ヲ具備スル和解ナルコトヲ要ス

第四　公正證書　公正證書ハ民事訴訟法第五五九條ニ依リ同ク强制執行ノ名義トナル旨ヲ規定セリ其要件トシテハ

一　公證人ノ權限內ニ於テ法律ニ定メタル方式ニ從ヒ作成シタルコトヲ要ス　茲ニ所謂權限トハ第一民事ニ關スルモノナルコトヲ要シ第二ニ公證人ノ管轄區內ニ於テ作成スルコトヲ要ス而シテ方式トハ如何ト謂フニ公證人カ囑託者ト面識ヲ有スルコト若シ面識ヲ有セサルトキハ公證人ノ知己アル者ノ證明アルコト及公正證書ニハ公證人及其關係人ノ署名捺印ヲ爲スコト等ノ如シ

二　一定ノ金額ノ支拂又ハ他ノ代替物若クハ有價證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ目的トスル請求ニ付作成シタルモノナルコトヲ要ス

此二條件ニ適セサルモノハ强制執行ノ效力ヲ有セス故ニ若此要件ニ適セスシテ强制執行ヲ爲サンカ其執行ハ全然無效ナリヤ否ヤハ後ニ論スヘキヲ以テ茲ニ斷定ノミヲ揭クヘシ即全然無效ナルモノニ非スシテ債務者ヨリ異議ノ申立ヲ爲シ之ヲ取消スコトヲ得ルノミ

三　公正證書ニハ債務者カ直ニ强制執行ヲ受クル旨ヲ記載シタルコトヲ要スルハ之ヲ言フヲ俟タサル所ナリ

公證人規則ニ依レハ民事裁判所ニ公正證書僞造ノ申立アルトキハ其證書ノ執行ヲ中止スルコトヲ得

0075

ル規定アリ然ルニ民事訴訟法中ニ停止及制限ノ規定アルモ中止ノ規定ナシ然ラハ公證人規則ハ此場合ニハ如何ニ調和シテ解スヘキヤ一般學者ハ所謂中止ハ民事訴訟法ノ停止ニ該當スルモノナリ故ニ民事訴訟ノ特別ノ規定ニ非スシテ原則ノ適用タルニ過キスト說明セリ

第五　仲裁判斷　仲裁判斷ハ民事訴訟法第八〇二條ニ規定スル所ナリ

仲裁判斷トハ如何ナルモノナリヤト謂フニ仲裁判斷トハ仲裁契約ニ依テ仲裁人トシテ選定セラレタル者カ其委任ヲ受ケタル係爭物ニ付法律ノ規定ニ從ヒテ當事者ノ關係ヲ確定セル意思表示ナリト解スルヲ以テ至當ナリトス玆ニ議論ヲ生スルハ仲裁判斷ナルモノハ元來國權ノ發動ニ非ス故ニ判決ト同一ノ效力ナキハ勿論ナリ之ヲ以テ執行判決ニ依テ强制執行ノ名義トナル執行判決ノ意義ニ付テハ前ニ述ヘタルヲ以テ略ス

前ニ述フルモノノ外破產手續ニ於テ確定セル權利（商千四九條）私訴判決（刑訴三二三條）行政裁判所（同法一一條）ノ判決アリ

第三節　執行名義ニ備フヘキ要素及執行名義ノ效力

甲執行名義ノ內包外延ニ備フヘキ要素

執行名義內包ノ要素

第一　執行名義ハ現實ノ給付或ハ作爲ヲ命スルモノナラサルヘカラス　故ニ法律關係ノ成立不成立又ハ人ノ身分ヲ確定シタル判決證書ノ眞否ヲ確定シタル判決或ハ除權判決ノ如キハ性質上强制執行ノ名義ト爲ラス其理由ハ元來强制執行ハ債務者カ其義務タル行爲ヲ爲ササル場合ニ於テ國家ノ强制力ヲ使用シテ之ヲ爲サシムルヲ謂フ然ルニ確認的判決ノ如キハ債務者ノ行爲ヲ俟タスシテ權利者ノ滿足ヲ得セシムルヲ得ヘキモノナレハ强制執行ノ名義ト爲スノ要ナキナリ

第二　履行ハ目的タル給付又ハ作爲ハ確定シ又ハ確定シ得ヘキモノナルコトヲ要ス　此要素ヲ必要トスルハ强制執行ノ本義ヨリ出テタルモノナリ給付作爲等ノ確定シ得サルモノナルトキハ債權者ハ現實ニ權利ノ滿足ヲ得ルコトヲ得ス然ルニ權利者ハ權利ノ滿足ヲ以テ强制執行ヲ目的トスルモノナルカ故ニ如此モノハ適當ノ執行名義トナルヲ得ス

第三　執行名義ニ表ハレタル給付又ハ作爲ハ物理上不能タラサルコト及法律ノ禁止ニ反セサルコトヲ要ス　是亦强制執行ノ本義ヨリ出ツルモノナリ物理上不能ナルモノハ權利ノ滿足ヲ得ル能ハス法律上禁止セラレタルモノハ强テ之ヲ爲サシムレハ公ノ秩序善良ノ風俗ヲ害スルニ至ル

未來ニ引續キ或行爲ヲ爲スヘキコトヲ命セル判決ハ强制執行ノ名義トナルヘキモノニ非ストノ論者アリ實際ニ於テモ判例屢變更セリ例之既ニ延滯セル養料ノミナラス債務者ヲシテ請求ノ期限每ニ一定ノ養料ヲ給付スヘシトノ判決ハ强制執行ノ名義トナラストノ論者アリ然レトモ此ノ如キ請求ハ判決ヲ爲ス當時ニ於テハ未執行スルコトヲ得サルモ時期ノ到來ト共ニ執行スルコトヲ得セシムルハ即養料義務者ハ每月養料支拂ノ義務ヲ有スル故ニ判決主文ニ被告ハ每月三十日ニ養料ヲ原告ニ支拂フヘシト在ルトキハ其判決當時ニハ未來ノモノニ付テハ未執行力ナキモ其時期ノ到來ニ由テ執行力ヲ生セシムルハ法理上當然ノコトニシテ實際上又大ニ便利アルモノナリ

執行名義外延ノ要素

第一　執行名義ニハ執行權利者及執行義務者ヲ指名シテ之ヲ明確ニスルコトヲ必要トス　是執行ヲ爲

0076

スニ於テ當然必要ナル所ニシテ若然ラストセハ強制執行ノ機關タル執行裁判所又ハ執達吏ハ請求ノ原因ヲ審理セサルモノナルカ故ニ自ラ執行行爲ヲ爲スコトヲ得サルヘシ

第二　給付又ハ作爲ノ命令ハ執行名義ニ明示スルコトヲ要ス　故ニ例之判決ニ被告ハ原告ノ請求ニ應スヘシトアルノミニテハ適法ノ執行名義ト爲ラス例之其判決ノ内容タル說明ニ依リ金何百圓ヲ辨濟スヘシ又ハ馬一頭ノ引渡ニアリト解釋シ得ルモ主文ニ無キ以上ハ不適法ノ執行名義ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ執行機關ハ執行名義ノ主文ニ依リ其適否ヲ決セサルヘカラサルモノナルカ故ナリ

乙　執行名義ノ效力

一　執行名義ノ時ニ關スル效力　元來執行名義ハ其原因タル權利ノ存在スルニ依テ始テ執行力ヲ有スルモノナリ故ニ執行名義ヲ得タル後債權ノ時效ニ因テ消滅シタル場合ニハ執行名義ハ忽其效力ヲ失フ時效ハ民法ノ說明ニ關スルカ故ニ省略ス執行ノ時期ニ關シテ述ヘンニ執行名義ハ常ニ其權利ヲ直ニ執行シ得ル力ヲ有スルモノニ非ス執行手續上夜間ニハ執行ヲ爲スコトヲ禁ス日曜日及祝祭日又然リ是等ノ場合ニハ特別ニ裁判所ノ許可ヲ得ルコトヲ要ス又强制執行ノ名義カ或場合ニハ其效力ヲ制限セラルルコトアリ例之民事訴訟法第五百條第五一二條第五二二條第五四七條第五四九條等ノ場合ニ債務者ヨリ申請アリテ執行ノ停止ヲ命シタルトキハ其停止期間ハ執行ノ效力ヲ有セス債務者破產ノ宣告ヲ受ケタルトキハ其手續中ハ强制執行ノ效力ハ停止セラル

二　土地ニ關スル效力　執行名義ノ土地ニ關スル效力ニ關スル原則ハ第五二五條ニ明示スル所ナリ執行力アル正本ノ效力ハ之ヲ付與シタル裁判所ノ管轄内ニ止ラス總テ本邦ノ裁判區域内ニ及フモノト

塞ニ過キサレハナリ而シテ五年間毎年金百圓ヲ支拂フト云フカ如キ金額及期間ノ確定セル定期金債權ニ關スル破產宣告後ニ受クヘキ給付ニ付何等ノ割引ヲ爲スコトナク債權額ヲ算定スルハ該債權者ニ特別ノ利益ヲ與フルモノト爲ルヤ前述ノ如シ故ニ獨逸破產法及我破產法案ニ於テハ法律上最正當ナル算定方法ヲ規定シタリ（獨破七〇條、六五條二項、破案一〇條）此方法ニ依レハ破產宣告後ニ辨濟セラルヘキ各定期ノ給付額ヨリ各給付期迄ノ法定利息ノ割引ヲ爲シタルモノノ總額ヲ以テ破產債權額トシ該總額カ各定期ノ給付額ニ相當スル法定利息ヲ生スヘキ元本額ヨリ多キトキハ此元本額ヲ以テ破產債權額トス是ヲ以テ定期金ノ數額カ金百圓ニシテ其期限カ五箇年ナルトキハ各定期金ニ相當スル破產宣告ノ日ヨリ其辨濟期ニ至ル迄ノ法定利息ヲ加ヘタル或金額ヲ算出シ（xヲ或金額トシaヲ年數トシNヲ券面額トシ利息ヲ5/100トシテ$x+\frac{5ax}{100}=N$即$x=\frac{100N}{100+5a}$ノ式ニ依テ算出ス）其算出シタル各定期金ノ總額ヲ破產債權額トス、定期金債權ノ期限カ六十年ナルトキハ斯ル方式ニ依リ算出シタル各定期金ノ總額カ定期金百圓ノ給付ニ相當スル年五分ノ法定利息ヲ生スヘキ元本額二千圓ヲ超過スルヤ當然ナルヲ以テ此元本額ヲ破產債權額トスルコトト爲ル終身毎年金百ヲ年支拂フト云フカ如キ金額カ確定シ期限カ不確定ナル定期金債權ニ關シ破產宣告後ニ受クヘキ給付ニ付テハ不確定期限ノ債權ト同ク債權者自ラ破產宣告ノ當時ニ於ル狀態ヲ標準トシテ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產債權額トス（破案一二條、獨破六九條）但破產宣告後ニ於ル給付ヲモ破產債權トシテ主張スルコトヲ得ル定期ノ給付ヲ目的トスル債權カ破產手續ニ於テ元本額ヲ確定セラレタルトキハ此確定ハ他ノ債權ノ確定ト同ク破產手續終結後ニ於テモ其效力ヲ存シ債權者及債務者ハ其一方行爲ヲ以テ之ヲ破壞スルコトヲ得ス然レトモ法定利息ノ割引ニ關スル法則（破案九條）ハ相續財產ニ對スル破產宣告ノ場合ニ

於テハ適用ナシ(破案一一條、二八條、獨破二二六條)是相續財産ニ對スル破産宣告ノ場合ニ於テハ可成相續財産ヲ以テ相續債權者ニ辨濟ヲ得セシムルノ法意ニ出テタルモノナリ換言セハ相續財産ノ破産ニ在テハ通常ノ破産手續ニ於テ主張スルコトヲ得ヘキ破産債權額ニ對スル配當ヲ爲シタル後ニ尙相續財産ノ殘存スルコトアリ此殘餘財産ノ配當ハ之ヲ相續人ノ意思ニ放任スルハ其當ヲ得タルモノニ非ス然レトモ之カ爲ニ該殘餘財産ニ付特別ナル破産手續ヲ開始スルハ事煩雜ニ失シ且徒ニ費用ヲ費スノ虞アリ又相續人ニ對シ法定ノ順位ニ從ヒ該殘餘財産分配ノ義務ヲ負ハシムルハ相續人ノ耐ヘサル所ニシテ又債權者ノ爲ニ安全ヲ缺ク故ニ法律ハ相續債權者ヲシテ通常ノ破産手續ニ於テ控除スヘキ金額ニ付テモ他ノ破産債權ヲ侵害セサル範圍内ニ於テ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得セシメタリ(2)條件附權利即破産宣告ノ當時ニ於テ未條件ノ成就セサル權利ハ破産債權トシテ之ヲ主張スルコトヲ得(破案一三條)是ヲ以テ第一ニ解除條件ハ其性質上權利ノ發生ニ非スシテ却テ權利ノ消滅ヲ條件ノ成就ニ繫ラシムルモノナルヲ以テ解除條件附權利者ハ條件ノ成否未定ノ間ハ其債權全額ニ付無條件ノ權利者ト同ク破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ヘキノ理ナリ故ニ現行法及獨逸破産法ニ於テハ解除條件附權利者ニ斯ル權利ヲ認メタリ(獨破六六條)然レトモ我破産法案ニ於テハ解除條件附權利者カ條件ノ成就ニ際シ其受ケタル給付ヲ返還スルノ義務ヲ履行スルコト能ハス爲ニ破産債權者、破産者其他ノ破産關係人ニ不利益ヲ被ラシムルニ至ルコトヲ慮リ解除條件附債權者カ其債務ニ付相殺ヲ爲ストキハ其相殺額ニ付擔保ヲ供シ又ハ寄託ヲ爲スコトヲ要シ又配當ヲ受クルニハ相當ノ擔保ヲ供スルコトヲ要スル旨ヲ規定シ(破案一三條、八三條、二五九條)又解除條件附權利者カ條件ノ成就ニ際シ其受クヘキ給付ヲ受クルコト能ハサルノ不利益ヲ被ルニ至ルコトヲ慮リ相當ノ擔保ヲ供セサル解除條件附權利者ノ

受クヘキ配當額ハ管財人カ之ヲ寄託スルヲ要スル旨ヲ規定シタリ(破案二六四條四號)其他解除條件附權利ノ爲ニ破産手續ノ終結ヲ延滯スルハ總破産關係人ノ利益ニ反スルヲ以テ解除條件カ最後ノ配當ノ除斥期間經過前ニ成就セサルトキハ解除條件附權利者ノ供シタル擔保ハ法律上當然其效力ヲ失ヒ又該權利者ノ爲ニ寄託シタル金額ハ之ヲ該權利者ニ支拂フヘキモノト規定シタリ(破案二六六條、二六八條)而シテ現行破産法ニ依ルト破産法案ニ依ルトノ區別ヲ問ハス解除條件カ破産手續繼續中ニ成就シタルトキハ權利ハ民法上ノ原則ニ從テ消滅ス故ニ管財人ハ解除條件附權利カ債權調査會ニ於テ未確定セサルトキハ異議ノ申立ニ因リ又既ニ確定セルトキハ確定シタル請求ニ對スル異議ノ訴ニ因リ(民訴五四五條)權利ノ消滅シタル旨ヲ主張シ且解除條件附權利者ニ支拂ヒタル配當額ヲ不當辨濟トシテ取戻スコトヲ要シ(破産法案ニ依レハ第二六七條ニ從ヒ配當額ノ通知ヲ發シタル後解除條件成就アリタルトキハ取戻シタル配當額ヲ追加配當ニ充ツルモノナリ)(破案二七八條)反之解除條件カ破産手續終結後ニ成就シタルトキハ解除條件附權利者ノ破産手續ニ於ル權利ノ行使ニ因テ割合上少額ノ配當ヲ受ケ爲ニ損害ヲ受ケタル各破産債權者ハ解除條件附權利者ニ對シ不當利得ニ基ク求償權ヲ有ス解除條件カ成就セルモ當事者カ未之ヲ知ラサル間ハ尙解除條件附破産債權トシテ之ヲ主張スルヲ妨ケラルルコトナク(民一三一條)又寄託若クハ供託ニ因テ生シタル利息ハ破産財團ニ屬スルヤ言ヲ俟タス第二ニ停止條件附權利ハ其性質上條件ノ成否未定ノ間ニ於テモ單ニ將來權利ヲ取得スヘキ事實上ノ期望ニ止ラスシテ却テ法律上保護セラレ且處分スルコトヲ得ヘキ正當ナル權利取得ノ期望權(Anwartschaftsrecht)ナルヲ以テ破産債權タルニ足ルモノナリ故ニ停止條件附權利者ハ其全額ニ付破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得(破案一三條)然レトモ停止條件附權利者ハ停止條件ノ成否ニ繫リタル權利ニ對スル配

0078

當額ヲ受取ルコトヲ得ス唯擔保ヲ立ツルコトヲ請求スルヲ得ルノミ蓋停止條件ニ繫リタル權利其モノハ停止條件ノ成就前ニ於テハ未成立セサルヲ以テ停止條件附權利者ハ條件ノ成就ニ際シテ其條件ノ成就ニ因テ成立セル權利ノ目的ニ付滿足ヲ享クルニ必要ナル行爲ヲ爲スノ權利ヲ有スルニ過キサレハナリ換言スレハ停止條件附權利者ハ民法ノ規定ニ從ヒ無條件ナル擔保請求權ヲ有スレハナリ(民一二九條、獨破六七條)故ニ停止條件附債權者ハ其債務ヲ辨濟シタルトキハ後日相殺ヲ爲ス爲メ其債權額ヲ限度トシテ辨濟スル價額ノ供託(破産法案ニ依レハ寄託)ヲ請求スルノ權ヲ有スルニ過キサレハナリ(民一二九條、獨破六七條)故ニ停止條件附債權者ハ其債務ヲ辨濟シタルトキハ後日相殺ヲ爲ス爲メ其債權額ヲ限度トシテ辨濟スル價額ノ供託(破産法案ニ依レハ寄託)ヲ請求スルコトヲ得(破案八二條、獨破五四條三項)又ハ管財人ニ對シ停止條件成就ノ場合ニ於テ受クヘキ配當額ノ供託(破産法案ニ依レハ寄託)ヲ請求スルコトヲ得(破案二六四條、獨破一六八條)停止條件ノ成否カ數年間未定ナルトキハ之カ爲ニ破産手續ノ延滯ヲ來スヤ當然ナリ斯ル不利益ハ我現行法ノ下ニ於テハ唯當事者カ協議上之ヲ避クルコトヲ得ルノ一途アルノミ(斯ル協議ハ法律ノ禁止セサル所ナルヲ以テ民法上有效ナルヤ疑ヲ容レス)民九〇條、獨逸破産法ニ於テハ停止條件ノ成否カ甚不確實ニシテ條件附權利カ殆財産的價額ヲ有セサルトキハ破産財團ノ終局配當ヲ爲スニ際シ斯ル權利ノ斟酌ヲ爲ササルコトヲ許シタリ(獨破一五四條、一六二條)我破産法ニ於テ停止條件附權利ノ爲ニ破産手續ヲ延滯スルハ總破産關係人ノ不利益ニシテ立法上其宜キヲ得サルモノト認メ停止條件カ最後ノ配當ノ除斥期間經過迄ニ成就セサルトキハ停止條件附權利者ヲ配當ヨリ除斥スルモノト定メタリ立法上ノ見解トシテハ洵ニ其當ヲ得タルモノト認ム(破案二六九條)而シテ現行破産法ニ依ルトノ破産法案ニ依ルトノ區別ヲ問ハス停止條件カ破産手續中ニ成就シタルトキハ權利者ハ無條件ノ權利者ト爲ル故ニ相殺權ヲ行使シ又配當額ノ支拂ヲ受クルニ至ル反之停止條件カ成就セサルトキハ權利ハ民法上ノ原則ニ從テ當然消滅ス隨テ又破産手續ニ參加スルノ權利亦消滅ス故ニ停止條件附權利者ノ爲ニ保存シタル配當額ハ之ヲ各破産債權者ニ配當ス停止條件カ成就セル者當事者カ未之ヲ知ラサル間ハ尙條件附破産債權トシテ之ヲ主張スルコトヲ得ルヤ當然ニシテ(民一三一條)又配當額ノ供託ニ因テ生シタル利息ハ破産財團ノ利益ニ歸スルヤ當然ナリ(3)將來ノ請求權(破案二六四條五號)即將來行フコトアルヘキ請求權ハ其全額ニ付破産債權トシテ之ヲ主張スルコトヲ得故ニ第一ニ破産宣告前ニ破産者ト共同シテ債務ヲ負フ者(不可分債務者及連帶債務者)破産者ノ保證人及破産者ノ爲ニ擔保ヲ供シタル第三者(民三五一條、三七二條)ハ債權者ニ辨濟ヲ爲ササル前ニ其求償權ノ全額ニ付求償義務者ノ破産ニ於テ債權者カ其債權全額ヲ破産債權トシテ主張セサルトキニ限リ之ヲ破産債權トシテ主張スルコトヲ得(破案一五條)元來求償權ハ破産者ト其共同債務者、保證人及擔保ヲ供シタル第三者トノ間ニ存スル法律關係殊ニ委託、事務管理(民法四六〇條)ニ於テ主タル債務者ノ委託ヲ受ケテ保證債務ヲ負ヒタル者ニ限リ主タル債務者ノ破産ニ於テ豫求償權ヲ行ハシメタルハ狹キニ失スト謂ハサルヘカラス)等ヲ原因トシテ發生シ債權者ニ對シテ爲シタル辨濟ヲ原因トシテ發生シタルモノニ非ス故ニ該法律關係カ破産宣告前ニ存在スル以上ハ破産者ト共同シテ債務ヲ負フ者破産者ノ保證人及破産者ノ爲ニ擔保ヲ供シタル第三者カ其求償權ヲ破産債權トシテ主張スルコトヲ得ルハ當然ナリ然レトモ求償權ノ實行ハ債權者ニ辨濟ヲ爲シタルノ事實ヲ前提要件トス故ニ破産者ノ共同債務者、保證人及破産者ノ爲ニ擔保ヲ供シタル第三者ノ破産者ニ對シテ有スル求償權ハ債權者ニ未辨濟ヲ爲ササル以前ニ於テハ殆停止條件附債權ト其法律上ノ狀態ヲ同ウス換言スレハ求償權ノ實行ハ債權者ニ對シテ爲ス辨濟ナル法定條件ノ成就ニ繫ルモノト謂フコトヲ得ヘシ(獨逸ノ「フッチング」氏ハ法定條件附請求權ト曰ヘリ)隨テ求償權ハ民法ノ意味ニ於ル條件附權利ニ非スシテ却テ實行未定ノ權利

0079

(Eventualrecht)タルノ性質ヲ有ス蓋求償權ハ債權者ニ對シテ爲ス辨濟以前ニ既ニ發生シ且求償權實行ノ辨濟ナル前提要件ハ法律ニ依リ定マリ條件ノ如ク當事者カ法律行爲ニ於テ自由ニ定ムルモノニ非サレハナリ如此求償權ハ求償權者カ未債權者ニ辨濟ヲ爲ササル間ハ實行未定ノ權利ニシテ停止條件附權利ニ非スト雖其法律上ノ狀態ハ殆停止條件附債權ト同一ナルヲ以テ未債權者ニ辨濟ヲ爲ササル求償權者ハ求償義務者ノ破產ニ於テ停止條件附權利者ト同ク求償權全額ニ付破產債權者トシテ其權利ヲ行使スルコトヲ得ルヲ當然ナリトス(破案八二條、二六四條、二六九條)(獨逸破產法ニ於テハ求償權カ同破產法第六七條ニ規定セル停止條件附權利ニ屬スルコトハ學說上一致セル所ナリ)但求償權者ハ債權者カ其權利ヲ破產債權トシテ主張シタルトキハ求償權ヲ破產債權トシテ主張スルコトヲ得ス何トナレハ求償義務ヲ負フ破產者ノ債務ハ實體上唯一ニシテ債權者若クハ求償權者ニ對シ辨濟ヲ爲スヲ以テ足レルモノナレハ破產者ハ同一債務ニ付二重ノ給付ヲ爲スコトヲ要セサレハナリ債權者カ其債權ヲ破產手續ニ於テ主張シタル場合ニ於テモ尙求償權ヲ破產手續ニ於テ主張スルコトヲ得ヘシトノ反對說ハ「フッチング」氏等ノ主張スル所ナリト雖我民法第四六〇條第一項第一號ノ趣意ニ反スルヲ以テ我破產法ノ解釋トシテ主張スルコトヲ得サルヘシ故ニ債權者カ其債權ヲ破產債權トシテ屈出テタルニ拘ラス求償權者カ其權利ヲ破產債權トシテ屈出テタルトキハ管財人及債權者ハ債權調査會ニ於テ異議ヲ申立ツルコトヲ得又屈出テタル求償權ハ債權者カ破產手續ニ參加シタル場合ニ於テハ其效力ヲ喪失スルノ制限內ニ於テ確定スルモノト謂ハサルヲ得ス而シテ債權者ニ辨濟ヲ爲シタル求償權者ハ民法ノ規定ニ從ヒ債權者ニ代位シ破產債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ蓋斯ル代位ハ破產債權者ノ利益ヲ害スルモノニ非サルヲ以テ之ヲ禁止スルノ理ナケレハナリ(破案一五條、民五〇〇條乃至五〇二條)同一ノ法理ニ依リ數人ノ保證人アル場合ニ於テ求償義務ヲ負フ者カ破產ノ宣告ヲ受ケタルトキニ他ノ保證人ニシテ求償權ヲ有スル者カ其權利ノ全額ニ付破產債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得(破案一五條、民四六五條)又民法第九八九條又ハ第九九一條ノ場合ニ於テ相續人カ破產宣告ヲ受ケタルトキニ前戶主カ將來行フコトアルヘキ求償權ノ全額ニ付破產債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得(破案二二條、民九八六條)手形上ノ引受人カ其爲シタル引受ニ基キテ支拂フヘキ金額ニ付振出人ニ對シテ有スル民法上ノ求償權ハ委任ニ基キ保證債務ヲ負ヒタル者カ主タル債務者ニ對シテ有スル求償權ト其性質ヲ異ニセサルヲ以テ引受人ハ未手形ノ支拂ヲ爲ササルトキト雖振出人ノ破產ニ於テ引受ケタル手形金ノ全額ニ付破產債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ第二、債權者ハ其債權ノ全額ニ付保證人ノ破產ニ於テ保證人カ民法第四五二條又ハ第四五三條ニ定メタル權利ヲ有スルトキ、主タル債務カ停止條件附ナルトキ又ハ其辨濟期カ未到來セサルトキト雖破產債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得元來保證人カ其專屬ノ抗辯權ヲ有スル場合、主タル債務カ停止條件附ナル場合又ハ其辨濟期カ未到來セサル場合ニ於テモ債權者ハ保證人ニ對シ破產債權タルニ足ル實行未定ノ權利ヲ有ス故ニ債權者ハ斯ル場合ニ於テモ其債權ノ全額ニ付保證人ニ對スル破產債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ルヲ當然ナリトス然レトモ債權者カ保證人ニ對スル權利ノ實行ハ主タル債務者カ其債務ヲ履行セサルコトヲ前提要件トス故ニ斯ル要件ノ存セサル間ハ債權者ノ保證人ニ對スル關係ハ停止條件附債權ト其法律上ノ狀態ヲ異ニセス故ニ債權者ハ保證人ノ破產ニ於テハ停止條件附權利者ト同ク其債權ノ全額ニ付破產債權者トシテ其權利ヲ行使スルコトヲ得サルヘカラス(破案八二條、二六四條、二六九條)(獨逸破產法ニ於テハ「ベーテルゼン」氏ノ見解ニ依レハ保證人ノ破產ニ於テ其專屬ノ抗辯カ正當ナル場合ニ於テハ債權者ハ停止條件附權利

0080

者トシテ獨逸破產法第六七條ニ從ヒ破產手續ニ參加スルモノノ如シ)(瑞西破產法ハ保證人ノ破產ニ付特ニ簡易ナル規定ヲ設ケ保證人ハ破產ノ宣告ヲ受ケタルニ因テ當然抗辯權ヲ喪失スルモノトシ以テ債權者ニ即時ニ配當額ヲ受クルコトヲ得セシメタリ、瑞破二五一條)同一ノ法理ニ依リ數人ノ保證人アル場合ニ於テ其各自カ債務ノ一部ヲ負擔スヘキトキハ債權者ハ其負擔部分ニ付保證人ノ破產ニ於テ破產債權者トシテ其權利ヲ行ヒ(破案一六條二項)又法人ノ債權者ハ其債權ノ全額ニ付法人ノ債務ニ關シ其債權者ニ對シテ無限ノ責任ヲ負フ者ノ破產ニ於テ破產債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得(破案一七條、瑞破二一八條二項)同種ノ有限責任ヲ負フ者ノ破產ニ於テ亦然ラン(獨商一七一條)蓋斯ル責任ヲ負フ社員ハ其性質上保證人ト其地位ヲ同ウスレハナリ第三ニ當事者ノ一方タル甲カ他ノ一方タル乙ノ破產宣告ヲ受クル以前ニ於テ爲シタル起訴其他ノ行爲ニ因テ發生シタル民事ノ訴訟費用賠償請求權ノ全額ニ付乙ノ破產ニ於テ其當時未タ確定判決ニ依レル訴訟費用負擔者ノ確定ナキトキハ雖破產債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ元來訴訟費用ノ賠償請求權ハ斯ル費用ヲ必要トスル行爲ヲ爲スニ因テ成立スルモノニシテ判決ニ因テ成立スルモノニ非ス判決ハ單ニ訴訟費用ヲ負擔スヘキ當事者ヲ確定スルニ過キス故ニ破產ノ宣告ヲ受ケタル當事者ニ訴訟費用ヲ負擔セシムル旨ノ判決カ破產宣告後ニ言渡サレ若クハ確定シタル場合ニ於テモ苟訴訟費用ノ賠償義務ヲ發生セシムル行爲カ破產宣告前ニ存スル以上ハ該訴訟費用ノ賠償請求權ハ既ニ破產宣告前ニ成立シタルモノト謂ハサルヲ得ス臨テ斯ル訴訟費用ノ賠償請求權ハ之ヲ破產債權トシテ主張スルコトヲ得サルヘカラス然レトモ訴訟費用賠償ノ請求權ノ實行ハ當事者タル破產者ニ訴訟費用賠償義務ヲ命シタル確定判決ノ存在ヲ前提要件トス故ニ斯ル要件ノ存セサル間ハ訴訟費用賠償請求權者ノ訴訟費用賠償義務者ニ對スル關係ハ停止條件附權利ト其法律上ノ狀態ヲ異ニセス故ニ訴訟費用賠償請求權者ハ其義務者ノ破產ニ於テ停止條件附債權者ト同ク其權利ノ全額ニ付破產債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ(破案八二條、二六四條、二六九條)(獨逸破產法ニ於テハ訴訟費用賠償請求權者ハ訴訟費用賠償義務ヲ命シタル確定判決ノ存在セサル間ハ該義務者ノ破產ニ於テ獨逸破產法第六七條ニ從ヒ停止條件附權利者トシテ參加スルコトヲ得ヘキハ學說ノ一致スル所ナリ)如此訴訟費用賠償請求權ノ實行ハ破產手續開始後破產者ニ訴訟費用ノ負擔ヲ命シタル確定判決ノ存在ヲ前提ト爲スヲ以テ斯ル請求權者カ破產手續ニ從テ滿足ヲ享有スルカ爲ニハ破產手續ノ開始ニ因テ中斷セラレサル繫屬訴訟例之離婚ノ訴訟ニ關シテハ爾後之ヲ續行シ又破產手續ノ開始ニ因リ中斷セラレタル訴訟ニ關シテハ管財人カ破產財團ノ爲ニ受繼ヲ爲ササルトキニ限リ破產者ヨリ又ハ破產者ニ對シテ之ヲ受繼シ(民訴一七九條)破產手續ノ終結迄ニ破產法案ニ依レハ最後ノ配當ノ除斥期間經過迄ニ破產者ニ對シ訴訟費用ノ負擔ヲ命シタル確定判決ヲ受クルコトヲ要シ(破案二六九條)破產者カ破產宣告後ニ於テ爲シタル法律行爲其他和解、罷諾、取下等ノ如キ訴訟行爲ニ因ラ訴訟費用ヲ引受クルニ至リタル事實ニテハ不十分ナリ蓋斯ル行爲ニ依レル破產者ノ訴訟費用ノ引受ハ破產債權者ニ對シ無效ナルヲ以テ斯ル引受ニ基ク訴訟費用賠償請求權ハ破產財團ニ對スル權利ト爲ルモ破產債權ト爲ラス(商九八五條二項、破案五四條、獨破七條)又管財人カ破產財團ノ爲ニ破產手續ノ開始ニ依リ中斷セラレタル繫屬訴訟ヲ受繼シタル場合ニ於テ確定判決ヲ以テ訴訟費用ノ負擔ヲ命セラレ又ハ該費用ヲ引受ケタルトキハ總テノ訴訟費用賠償請求權ハ財團債權ト爲リ破產債權ト爲ラサレハナリ(商一〇三二條一號、破案三五條、獨破五九條一號)破產手續ニ於テ主張スルコトヲ得サル財產權若クハ破產手續ニ於テ主張セサル財產權殊ニ債權者カ繫屬訴訟ヲ破產者ニ對シテ續行シ以テ破產手續ニ從テ主張

0081

スルノ權利ヲ拋棄シタル權利ニ關スル訴訟費用ハ之ヲ破產債權トシテ主張スルコトヲ得サルヤ否ヤハ我破產法ノ解釋トシテハ疑問ニ屬スト雖予輩ハ從ハ主ニ從フノ原則ニ依リ消極的ニ論結スルヲ正當ト信ス獨逸ニ於テハ「イエゲル」、「ペーテルゼン」氏等ハ獨逸破產法第六二條第一號ニ依リ消極的ニ論結シタリ然レトモ當事者ノ一方タル甲カ他ノ一方タル乙ノ破產宣告ヲ受ケタル以後ニ於テ爲シタル行爲ニ因テ生シタル訴訟費用ノ賠償請求權殊ニ破產手續ニ參加シタルニ因テ各破產債權者ニ生シタル訴訟費用(例之旅費ノ如キ)ノ賠償請求權ハ破產債權ト爲ラス何トナレハ這ハ破產宣告後ニ成立シタル債權ナレハナリ(商一〇三三條、破案二四條三號、獨破六三條二號)(立法上ノ理由トシテ之ヲ破產債權トシテ認ムルトキハ破產手續ニ於テ不當ニ債權ヲ擴張シ異議ノ原因ヲ釀スノ虞アルヲ以テナリト曰フ者アリ)同一ノ法理ハ國家カ刑事被告人ニ對シテ有スル刑事訴訟費用ノ賠償請求權ニ關シテ亦適用セラルヘキノ理ナリ何トナレハ刑事訴訟費用ノ賠償請求權ハ斯ル費用ヲ必要トスル行爲ニ因テ發生シ斯ル費用ノ負擔ヲ言渡シタル判決ニ因テ發生スルモノニ非サレハナリ然レトモ我破產法案ハ破產債權者ノ利益ヲ保護スルノ目的ヲ以テ刑事訴訟費用ノ賠償請求權ヲ破產債權ト爲ササリシ(破案二四條四號)罰金ハ裁判所又ハ行政官廳ノ言渡シタルモノナルト又刑罰ノ性質ヲ有スルト强制罰ノ性質ヲ有スルトヲ問ハス國家カ之ヲ破產債權トシテ主張スルコトヲ得ス何トナレハ罰金ハ獨逸ノ「コーレル」氏ノ主張スルカ如ク義務ヲ發生セサルモノナルヲ以テ之ヲ破產債權トシテ主張スルコト能ハサルノミナラス破產者ヨリ徵收スヘキ罰金ヲ以テ破產者ノ他ノ債務ト同視シ之ヲ破產手續ニ於テ主張スルコトヲ得ヘキモノトセハ破產財團ヨリ罰金ヲ徵收スル結果トシテ破產者ヨリ罰金ノ責任ナキ破產債權者ニ苦痛ヲ感セシムルコトト爲レハナリ故ニ罰金ハ唯總テノ破產債權ヲ完濟シタル破產財團ノ殘部ヨリ取立ツルコトヲ得ルノミ科料、追徵金及過料亦然リ(破案二四條四號)反之將來ニ於テ成立スルコトアルヘキ請求權ハ其發生原因タル法律關係カ破產宣告前ニ當事者間ニ於テ成立セルトキト雖破產債權ト爲ルコトナシ故ニ第一ニ、破產宣告後ニ於ル破產債權ノ利息ニ關スル請求權ハ破產債權ト爲ラス何トナレハ利息ハ前述ノ如ク債務者カ繼續シテ支拂フヘキ元本ノ使用ニ對スル賠償ニ外ナラサルヲ以テ之ニ關スル請求權ノ成立ニハ元本ノ使用ノ爲ニ要スル時間ノ經過ヲ必要トス隨テ破產宣告後ノ利息ニ關スル請求權ハ破產宣告ノ當時ニ在テハ未成立セサルモノト謂ハサルヲ得サレハナリ同一ノ法則ハ求償權者カ求償義務者ノ破產宣告後債權者ニ該宣告後ノ利息ヲ辨濟シタル場合ニ於テモ亦行ル隨テ斯ル場合ニ於テハ求償權者ノ有スル破產宣告後ノ利息ニ關スル權利ハ其性質上利息ニ關スル請求權ニ非スシテ損害賠償請求權ノ一部ナリト稱シ反對ニ論決スヘカラス然レトモ相續財產ニ對スル破產ニ在テハ相續債權者ハ破產宣告後ノ利息ニ付他ノ破產債權者ノ利益ヲ害セサル範圍內ニ於テ破產債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得其理由ハ相續財產ノ破產ニ於テ利息割引ニ關スル法則ノ適用ナキ趣意ト同一ニ歸著ス(商九八九條、破案二四條四號、二八條、獨破二二六條、二二七條)又別除權及財團債權ハ破產債權ニ非サルヲ以テ別除權者及財團債權者ハ破產宣告後ノ利息ノ辨濟ヲモ目的物ノ賣得金ニ付受クルコトヲ得ヘシ(商九八九條)第二ニ、破產宣告後ノ保險料、賃金及破產宣告後ニ服シタル勞務ニ對スル報酬等ニ關スル請求權ハ何レモ之ヲ破產債權トシテ主張スルコトヲ得ス(4)損害賠償ノ請求權ハ其發生原因カ破產宣告後ニ生セサルトキニ限リ其全額ニ付破產債權トシテ之ヲ主張スルコトヲ得故ニ第一ニ不法行爲ニ基ク損害賠償ノ請求權ハ不法行爲カ破產宣告ノ當時ニ發生シタル場合ニ限リ之ヲ破產債權トシテ主張スルコトヲ得隨テ債務者カ債權者ニ返還スヘキ自己ノ財產ニ屬セサル物件ヲ破產宣告前ニ毀損シ若クハ滅

失シタルニ因リ（例之賃借物）債權者カ取得シタル損害賠償ノ請求權ハ之ヲ破産債權トシテ主張スルコトヲ得ルト雖債務者カ破産宣告後ニ於テ該物件ヲ毀損シ若クハ滅失シ爲ニ債權者カ取得スルニ至リタル損害賠償ノ請求權ハ之ヲ破産債權トシテ主張スルコトヲ得ス蓋不法行爲ニ基ク損害賠償ノ請求權ハ不法行爲ニ因テ成立セルモノナルヲ以テ債權者ハ債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタル當時ニ於テハ單ニ該物件ニ關シ取戻權ヲ有スルニ止レハナリ第二ニ債務ノ不履行ニ基ク損害賠償ノ請求權ハ債務者カ破産宣告ノ當時ニ於テ債務ノ本旨ニ從ヒ履行ヲ爲サザリシ場合ニ限リ之ヲ破産債權トシテ主張スルコトヲ得隨テ債務者ノ財産ノ給付ヲ目的トスル債務ノ不履行ニ基ク損害賠償ノ請求權ハ債務者カ破産宣告ノ當時既ニ債務ノ本旨ニ從ヒ履行ヲ爲サザリシ事實ノ存スルニ非サレハ之ヲ破産債權トシテ主張スルコトヲ得ス蓋債務ノ不履行ニ因ル損害賠償ノ請求權ハ債務ノ不履行アルニ因テ新ニ成立セル權利ナレハナリ債務者ノ作爲、不作爲ヲ目的トスル債務ノ不履行ニ基ク損害賠償ノ請求權ニ關シテ亦然リ（破案二四條二號）獨逸ニ於テハ債務者ノ財産ノ給付ヲ目的トスル債務ニ關シテハ債務者カ破産宣告後其有スル財産ニ付處分ヲ爲スノ權能ヲ喪失スル結果トシテ爾後債務ノ不履行ナル事實ノ到來スルコトナキヲ理由トシ斯ル債務ノ不履行ニ基ク損害賠償ノ請求權ハ債務者カ破産宣告前ニ債務ノ本旨ニ從ヒ履行ヲ爲サザリシトキニ限リ破産債權ト爲リ債務者ノ作爲、不作爲ヲ目的トスル債務ニ關シテハ債務者ハ破産宣告後ト雖其自由ヲ喪失セサル結果トシテ有效ニ債務ノ履行ヲ爲スコトヲ得隨テ爾後債務ノ不履行ナル事實ノ到來スルコトアルヲ理由トシ斯ル債務ノ不履行ニ基ク損害賠償ノ請求權ハ縱令債務者カ破産宣告前ニ於テ其債務ノ履行ヲ爲サザリシノ事實ナキト雖條件附破産債權トシテ之ヲ主張スルコトヲ得ルモノナリトノ學說多數ヲ占メタリ唯「ボッセルト」氏カ後者ノ債務ニ關シ債務者カ破産宣告ノ當時迄ニ未曾テ債務ノ履行ヲ缺キシコトナキ場合ニ於テハ債權者ハ債務者カ破産宣告ヲ受ケタル當時單ニ作爲、不作爲ヲ目的トスル權利即破産債權ニ屬セサル權利ヲ有セシニ過キス破産宣告後ニ於ル破産者ノ債務不履行ニ基ク損害賠償ノ請求權ハ破産宣告後ノ發生ニ係ルモノナルヲ以テ破産債權ト爲ラストノ理由ヲ以テ反對ニ論決シタルニ過キス第三ニ賠償額ノ豫定ニ過キサル違約金ノ請求權ハ損害賠償ノ請求權ニ外ナラサルヲ以テ其發生原因タル債務不履行ノ事實カ債務者ノ破産宣告前ニ發生シタルトキニ限リ破産債權ト爲ル（破案二條）獨逸ニ於テハ反之違約金ハ債務者カ其債務ヲ履行セサル場合ニ於テ其履行ニ代ルモノナルカ故ニ從來ノ債權ト同視スヘキモノナリトノ理由ニ基キ破産債權トシテ之ヲ主張スルコトヲ得セシメタリ（獨破六二條二號、獨民三四〇條）又債務者カ破産宣告ヲ受ケタル當時未債務不履行ノ事實ノ存セサル場合ニ於テハ之ヲ停止條件附破産債權トシテ主張スルコトヲ得セシメタリ、賠償額ノ豫定ニ非サル違約金請求權ハ損害賠償請求權ニ關係ナキ獨立ノ權利ニシテ債務ノ不履行ニ因テ發生スルモノタリ故ニ斯ル請求權ハ債務者カ破産宣告ヲ受クル當時未債務不履行ノ事實カ發生セサルトキハ之ヲ停止條件附破産債權トシテ主張スルコトヲ得隨テ違約金給付ノ約定ヲ以テ履行ヲ確定ナラシメタル債權カ破産債權ニ非サルトキ（例之勞務ニ服スルコトヲ目的トスル債權）ハ違約金請求權ハ之ヲ停止條件附破産債權トシテ主張スルコトヲ得ヘシ然レトモ違約金給付ノ約定ヲ以テ履行ヲ確實ナラシメタル債權カ破産債權ニ屬スルトキハ該請求權ヲ破産手續ニ於テ主張スルコトヲ得ス蓋斯ル債權ニ對シテハ管財人カ破産法ノ規定ニ從ヒ之カ履行ヲ爲スヲ以テ違約金請求權ヲ成立セシムルニ足ルヘキ條件ノ到來ナキヤ明白ナレハナリ但管財人カ雙務契約ノ當事者ノ一方ノ破産宣告ヲ受ケタル當時當事者雙方カ未其契約ノ履行ノ完了セサル場合ニ於テ該契約ヲ解除シタルトキハ相手方ハ違約金請

0083

求權ヲ破產債權トシテ主張スルコトヲ得ヘシ(破案五九條、六一條)(5)第三者ニ對シテ或給付ヲ爲スヘキコトヲ目的トシタル契約カ成立シタル後ニ於テ債務者カ破產宣告ヲ受ケタルトキハ第三者ハ債務者ニ對シ其破產宣告前ニ契約ノ利益ヲ享受スルノ意思ヲ表示シタル場合ニ限リ給付ヲ請求スル權利ニ付破產債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得(民五三七條、五三八條)反對ノ場合ニ於テハ債權者ハ債務者ニ對シテ有スル權利ニ付破產債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得隨テ配當額ハ之ヲ債權者ニ交付シ第三者ノ爲ニ供託若クハ寄託スヘキモノニ非ス何トナレハ第三者ハ債務者カ破產宣告ヲ受ケタル後ニ民法第五三七條二項ニ規定シアル意思ヲ表示スルモ爲ニ破產債權トシテ主張スルコトヲ得ヘキ給付ヲ請求スルノ權利ヲ取得スルコト能ハサレハナリ(商九八五條)又手形上ノ權利ハ振出人ニ對シテハ手形ノ裏書ニ因テ成立ス故ニ破產シタル振出人ニ對シテハ手形ノ引受ニ因リ又裏書人ニ對シテハ手形ノ裏書ニ因テ成立ス故ニ破產シタル振出人ニ對シテハ振出カ破產宣告前ニ存シタル場合ニ限リ、破產シタル引受人ニ對シテハ引受カ破產宣告前ニ存シタル場合ニ限リ、破產シタル裏書人ニ對シテハ裏書カ破產宣告前ニ存シタル場合ニ限リ破產債權トシテ之ヲ主張スルコトヲ得ヘシ此等ノ手形關係人カ破產宣告ヲ受クル當時ニ於テ手形ヲ所持スル者カ破產債權者トシテ其權利ヲ主張スルコトヲ得ルハ勿論其後者若クハ其前者(手形ヲ償還シタル)亦破產債權者トシテ其權利ヲ主張スルコトヲ得蓋後者(被裏書人若クハ所持人)ハ破產宣告前ニ於テ既ニ發生シタル手形上ノ權利ヲ取得シタルニ過キス換言スレハ手形ノ讓渡ハ讓受人ノ爲ニ新ナル權利ヲ發生セシムルモノニ非ス唯債權ノ讓渡ト同ク權利者ノ變更ニ外ナラサレハナリ又前者カ手形ノ償還ニ因テ再手形ヲ所持スルニ至リタル事實ハ新ナル權利ノ取得ニ非スシテ却テ手形ノ讓渡ニ因テ喪失セサル償還請求權ノ實體要件ノ前提ヲ成スモノナルヲ以テナリ(商四九五條)而シテ引受ハ振出人ノ署名其他手形ノ完成ニ必要ナル內容ノ存シタル後ニ爲スヲ通常ノ狀態トスト雖法律ハ引受ト振出トニ付前後ノ差異スルコトヲ要スル旨ヲ明示セサルヲ以テ引受後ニ振出ヲ爲スモ爲ニ引受ノ無效ヲ來スモノニ非ス故ニ引受人ハ完成シタル手形ノ引受ヲ爲シタル場合ト同ク義務ヲ負ヒ引受ヲ得タル者及其後者ニ對シ引受後ニ手形ノ完成シタル理由ヲ以テ義務ヲ免ルルコトヲ得サルナリ此法理ハ引受人カ破產宣告ヲ受ケタルカ爲ニ變更スルモノニ非ス隨テ破產宣告前ニ引受ヲ爲シタルニ因リ引受人ニ對シテ發生シタル手形上ノ權利ハ縱令其手形ノ完成ニ必要ナル內容カ引受人ノ破產宣告後ニ存スルニ至リタル場合ニ於テモ破產債權タルニ妨ナシ換言スレハ斯ル引受ニ基ク請求權ハ一ノ停止條件的權利ニ外ナラス蓋引受ヲ爲シタル者ノ手形義務ノ成立ハ引受ヲ爲シタル書面ヲ所持スル者ノ書面(手形ト爲ル)ノ作成ニ繫レハナリ

破產債權タルニハ以上略述シタルA)B)C)及D)ノ要件ヲ具フルヲ以テ足レリトシ權利ノ目的カ特定ノ金額ノ支拂ニ在ルコトヲ必要トセス然レトモ破產ハ前述ノ如ク各財產ノ金錢的價額ヲ標準トシ損失ノ分擔ヲ實行スルノ手續ナルヲ以テ破產手續ニ參加スル債權者ハ其請求權ヲ特定ノ金額(我帝國ノ貨幣タルコト勿論ナリ)ノ支拂ニ依テ滿足セラルルモノトシテ主張スルコトヲ要スルヤ言ヲ俟タス是ヲ以テ確定金額ノ支拂ヲ目的トセサル財產上ノ請求權殊ニ特定物若クハ代替物ノ引渡ヲ目的トシ他物權ノ設定ヲ目的トシ、債權ノ讓渡ヲ目的トシ、不作爲ヲ目的トスル權利、破產宣告ノ當時ニ於テ未確定セサル金額ノ支拂ヲ目的トスル財產上ノ請求權殊ニ破產宣告ノ當時ニ於テ未數額ノ確定セサル損害賠償權、不確定金額ノ定期ノ給付ヲ目的トスル權利、不確定期間定期金ノ給付ヲ目的トスル權(前說明參考)及外國ノ通貨ノ支拂ヲ目的トスル財產上ノ請求權ハ何レモ破產宣告ノ當時ニ於ル評定ニ因テ金錢的價額

0084

ヲ定ム此評價ニ關シテハ法律上何等ノ明文ナシト雖破産債權者カ其債權ノ屆出ニ於テ評價額ヲ表示シ債權調査會ニ於テ異議アルトキニ於テ訴ヲ以テ確定ス（キモノナリ（商一〇二五條、一〇二六條）而シテ斯ル評價ハ破産手續ニ參加スルカ爲ニ必要ナル手續タルニ止リテ確定金額ノ支拂ヲ目的トセサル財産上ノ請求權ヲ確定金額ノ支拂ヲ目的トスル財産上ノ請求權ニ變更スルノ效力ヲ有スルモノニ非ス故ニ斯ル評價ハ唯破産手續ノ爲ノミニ效力アルニ止リテ共同債務者ノ義務ニ影響スル所ナシ（破案一四條、獨破六九條）

（二）多數當事者ノ債權　連帶、不可分、保證、手形等ノ如キ法律關係ニ因リ同一ノ給付ニ付相並テ責任ヲ負フ債務者、法人ノ債務ニ付其債權者ニ對シ責任ヲ負フ社員及相續人カ破産宣告ヲ受ケタル場合ニ於テ債權者カ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ル範圍ハ之ヲ他ノ共同債務者、法人及相續財産ニ對シ同時ニ又ハ順次（時ヲ異ニシテ）ニ破産宣告アリタル場合ト否トニ區別シテ說明スルヲ最適當ナリトス仍テ左ニ之ヲ分說スヘシ

(A) 共同債務者ノ破産　二人以上ノ共同債務者カ同時又ハ順次ニ破産シタル場合ニ於テハ債權者ハ各債務者ノ破産ニ於テ其宣告ノ當時ニ於テ有スル債權ノ全額ニ付破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得（商一〇三一條、獨破六八條、瑞西破二一六條）(1)債權者カ各共同債務者ノ破産ニ於テ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ルハ蓋債權者カ共同債務關係ノ效果トシテ各債務者ヲ唯一ノ債務者タルカ如クニ取扱フコトヲ得ルカ故ナリ（民四四一條、四三〇條）換言スレハ債權者ハ同時ニ共同債務者ノ全員ニ對シ債權全額ノ請求ヲ爲スコトヲ得又共同債務者ハ其債務ノ完濟アルニ至ルマテハ義務ヲ負フモノナレハナリ（獨民四二一條）保證人ハ民法第四五二條及第四五三條ニ規定セル抗辯權ヲ有スル場合ニ於

雜錄

○講談會　本月五日午後一時ヨリ本大學ニ於テ講談會ヲ開キタリ當日ノ講演者ハ高橋、津輕、中村、富井ノ四氏ニシテ第一席高橋博士ハ「日露戰爭中ノ國際法問題二三」ト題シ戰爭開始ノ時期、公海ニ機械水雷ヲ敷設スルノ可否、戰時禁制品及封鎖等ニ關シ國際法上ヨリ痛快ナル說明ヲ試ミラレ第二席津輕講師ハ「ウヰンドシャイド」ト「イエリング」ト題シ兩大家カ全ク同時代ニ於テ獨逸法學界ノ二大星タリシモ其性行ニ於テハ大ニ相反スル所アリシトテ二氏ノ經歷竝ニ特質ヲ列擧シ吾人ヲシテ此兩大家カ眼前ニ現レタルカ如キ感アラシメ第三席中村博士ハ「中立ノ疑義」ト題シ中立ノ意義ヨリ說キ起シテ現行國際法上中立規定ノ不備不完全ナル點ヲ例證シ終ニ富井博士ハ「法規ノ活用」ト題シ先法規ノ活用ノ意義ヲ要約シテ法規カ實際ニ適合スル如ク解釋シ適用スルニ在リト爲シ而モ實際ニ適合スルコトニノミ著目シテ法文ヲ枉クルハ寧濫用ニ陷ルコトアルヘシト喝破シ例ヲ現行民法ニ採リテ活用ノ必要ヲ說示シ同五時半閉會シタリ當日ハ梅總理モ出席セラレ聽衆亦例ニ依リ講堂ニ充滿シ大盛會ナリキ

○大審院判例要旨

七四　手形文言ノ補正　手形ノ債權關係ハ一ニ其振出當時ノ文言ニ依リ定ルヘキモノニシテ後日ニ至リ其不足ヲ補正シ誤謬ヲ訂正スルモ之カ爲ニ既往ニ遡リテ手形ノ缺點ヲ追完シ得ヘキモノニ非スト雖其補正カ當事者間任意ニ行レタル場合ニ於テハ補正ノ當時更ニ新ナル振出行爲アリシモノト認ムルニ妨ナシ（三十七年十月十一日第一民事部）

0085

七五　償還請求通知ノ發送　商法第四八七條ニ謂フ償還請求ノ通知ヲ發ストハ償還請求ヲ爲サントスル手形ノ所持人カ其通知ノ發送ニ關シ自ラ爲スヘキ行爲ヲ完了シ其通知ヲシテ當然被通知人ニ到達スヘキ狀態ニ在ラシムルノ義ニ外ナラス（同年十月十五日第一民事部）

七六　執達吏ニ依リ償還請求ノ通知　償還請求ヲ爲サントスル手形ノ所持人カ其通知ノ傳達ヲ執達吏ニ依囑シタル場合ニ於テハ執達吏ノ承諾ヲ得タル時期ニ至リ始テ請求ノ通知ヲ發シタルモノト云フヲ得隨テ執達吏ニ對シ其傳達依囑ノ信書ヲ發シタル行爲ハ未以テ償還請求ノ通知ヲ發シタル行爲ト謂フヲ得ス（同年十月十五日第一民事部）

七七　控訴審ニ於ル原因ノ變更　土地所有者カ借地契約ノ滿期後借地人ニ於テ故ナク其地所ヲ使用シ居ルトノ事實ニ基キ之カ明渡ヲ請求シ控訴審ニ至リ明治三十三年法律第七二號ニ依テ地上權者ト推定スルモ滿二箇年間ノ地料ヲ支拂ハサル爲メ該地上權ハ全ク消滅ニ歸シタリトノ新事實ヲ提出シ同裁判所カ之ヲ認容シ地料不拂ノ新事實ニ因リ其請求ヲ至當ト爲シ地所ノ明渡ヲ命シタル裁判ハ違法ナリ（同年十月十九日第二民事部）

七八　獨立ノ抗告理由　二箇ノ決定同一ニ歸著スルトキハ其理由ノ如何ニ拘ラス第二ノ決定ヲ爲シタル裁判所カ構成ノ法規若クハ無效ニ歸スルカ如キ重要ナル訴訟手續ニ違背スルニ非サレハ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生セサルモノトス（同年十月十四日第二民事部）

七九　民事訴訟法第四六六條第三項ノ法意　民事訴訟法第四六六條第三項ノ規定ハ抗告ヲ爲サスシテ不變期間ヲ經過シタル場合ニ其期間ノ延長ヲ許容シタルニ止リ抗告ノ結果確定セル決定ニ對シテ更ニ抗告ヲ許容シタルモノニ非ス（同年十月十五日第一民事部）

法學志林

第七卷　第二號　二月十日發行

每月一回十日發行
定價一冊拾壹錢
郵稅壹錢
十冊前金壹圓貳拾錢郵稅共

（第六十六號）

◎志林

第二回平和會議ト義務的仲裁々判……法學士　松原一雄

法人ノ能力ヲ論ス……法學士　松本烝治

最近判例批評（其二十七）……法學博士　梅謙次郎

養子論及自家ノ見解（續）……法學博士　勝本勘三郎

◎纂論

露國新手形法（十三、完）……法科大學生　佐竹三吾

被害者ノ囑託ト殺傷罪トノ關係……法學士　島直通

有價證券ノ利札質入ノ效力及其性質……法學士　豐田秀雄

◎解疑

地方裁判所支部ノ廢止ニ就テ……水去堂主人

◎散錄

憲政本黨ノ對滿州策ニ就テ……在韓國校友

◎寄書

大審院新判決例　二十九件……下森久吉

◎判例

擬律擬判試驗答案及批評

◎答案

中立侵犯問題ニ關スル我政府ノ辯駁○地方裁判所支部ノ廢止○監獄費ノ節減○滿洲問題ニ關スル日本辯護士協會ノ決議○裁判所構成法改正案○箱川事件ノ判決○手錠借用願○檢事紀志嘉實君ノ辭職一件○百年以上ノ外國人地上權○收容俘虜ノ數

◎雜報

◎記事

學則ノ改正○講師ノ招聘○講談會○校內懸賞討論會○法政速成科講義錄○校友茶話會兼新年宴會並ニ旅順陷落祝捷會○清國留學生ノ監獄參觀○圖書購入資金寄附者○校友異動○校友死亡○寄贈書目

0086

○廣告

法政速成科講義錄

毎月二回發行
第二號　二月廿日發行

○題辭　司法大臣　波多野敬直閣下
○肖像　法學博士　富井政章先生
○刑法總論　法學博士　岡田朝太郎
○國際公法　法學博士　中村進午
○裁判所構成法　法學士　岩田一郎
○經濟學　法學士　山崎覺次郎

雜錄（○去年我邦及東洋諸國間貿易
○本講義錄總以漢文記述法律政治經濟等之學科者也○校外生月謝金五十錢○一冊代金三十錢

二月　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）

明治三十八年二月廿二日印刷
明治三十八年二月廿五日發行　（定價金三十錢）

編輯兼發行者　東京市牛込區牛込北町十番地　萩原敬之

印刷者　東京市牛込區矢來町三番地　小宮山信好

印刷所　東京市芝區四ノ久保明舟町十一番地　金子活版所

發行所　東京市麹町區富士見町六丁目十六番地　司法省指定　法政大學
（電話番町百七十四番）

0087