

法政大學講義録

板倉, 松太郎 / 美濃部, 達吉 / 加藤, 正治 / 掛下, 重次郎
/ 上杉, 慎吉 / 松岡, 義正 / 松本, 烝治

(出版者 / Publisher)

法政大學

(巻 / Volume)

15

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

83

(発行年 / Year)

1905-03-25

(明治三十七年十一月十日第三種郵便物認可)
每月三四五日十五日二十五日發行

明治三十八年三月二十五日發行

三十八年度

法政大學講義錄

第五十號



法政大學發行



第十五號目次

民法親族	(自七三至九七)	法律學士 掛下重次郎
商法手形	(自八八至九五)	法學士 松本 丞治
商法海商	(自二〇至二〇)	法學博士 加藤 正治
行政法總論	(自七四至九五)	法學博士 美濃部 達吉
行政法各論	(自二九至四二)	法學士 上杉 慎吉
民事訴訟法	自第三編(自七一)至第五編(自九〇)	法學士 松岡 義正
民事訴訟法	自第六編(自三〇)至第八編(自五〇)	法學士 板倉松太郎

雜錄 ○大審院判例要旨

ニ附帶シテ提起スルコトヲ得ヘキモノトス民事訴訟法ノ規定ニ從フトキハ同一ノ被告ニ對スル原告ノ請求數箇アル場合ニ於テ其各請求ニ付受訴訟所カ管轄權ヲ有シ且法律ニ於テ同一種類ノ訴訟手續ヲ許ストキハ原告ハ其請求ヲ一箇ノ訴訟ニ併合スルコトヲ得(民訴一九一條)ルヲ以テ例之婚姻無効ノ訴訟禁治産ニ關スル訴訟其訴訟手續同一種類ナルヲ以テ其管轄同一ナルトキ(同一ナラサルコトアリ)此二者ヲ併合シテ提起スルコトハ許ササルヘキモノナレトモ人事訴訟手續法(三二年六月法律一三號)ニ於テ婚姻ノ無効又ハ取消ノ訴ハ法律カ例外ヲ設ケタル場合ノ外ハ之ヲ他ノ訴訟ニ併合シテ提起スルコトヲ許サレサルヲ以テ右兩訴ノ如キハ之ヲ併合シテ提起スルコトヲ得サルナリ然レトモ婚姻ノ無効又ハ取消ノ訴及養子縁組ノ無効又ハ取消ノ訴ハ之ヲ併合シ若クハ互ニ反訴トシテ提起スルコトヲ得ルナリ(八訴七條)

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

婚姻ノ取消ノ效力 隱居ハ屢ニ説キタルカ如ク之ヲ取消シタルトキハ總則ノ規定(二二一條)ニ從ヒ最初ヨリ隱居セサルモノノ如ク無効ト爲ル婚姻ハ之ヲ取消ストモ其效力ハ將來ニノミ存シ既往ニハ遡及セサルナリ(七八七條)人六六條今之ヲ詳言スレハ婚姻ハ取消サレタルトモ其以前ノ關係ハ依然有效タルモノニシテ夫婦ハ則夫婦タリシナリ其間ニ生レタル子ハ嫡出子ニシテ婚姻ノ取消サレタルカ爲ニ毫モ變更スルコトナシ若此場合ニ於テ普通ノ法律行爲ノ如ク最初ヨリ無効ナルモノト爲ストキハ其婚姻ニ因テ生レタル子ノ如キハ最初嫡出子ナリシ者モ私生子ト爲ルモノニシテ之カ爲ニ其享受スヘキ

民法親族 婚姻 婚姻ノ成立

090
1905
1-15

0258

利益ヲ失ヒ其不幸言フヘカラサルナリ
 以上ハ婚姻ノ取消カ身分關係ニ及ス效力ナレトモ婚姻取消ノ效力ニシテ財產上ニ及フモノアリ其財產ニ關スル取消ノ效力モ亦既往ニ遡及セザルヲ以テ原則ト爲ス若婚姻取消ノ效力ヲ既往ニ遡及スルモノト爲ストキハ當事者ノ各自ヨリ婚姻中ニ得タル物ヲ悉返還シ其他總テ舊狀ニ復セザルヲ得サルモノニシテ類混雜ヲ生スルヲ以テ本法ハ財產ニ關シテモ婚姻取消ノ效力ハ將來ニノミ生スルコトト爲セリ故ニ例之夫カ從來其配偶者ノ財產ヨリ得タル果實(七七九條)ハ之ヲ返還スルコトヲ要セス又妻ハ夫ノ負擔シタル婚姻中ノ費用(七九八條)ヲ賠償スルコトヲ要セザルヲ原則トシ唯婚姻取消ノ當時ニ有ル當事者各自ノ特有財產(八〇七條)ヲ分離スルニ止ル然レトモ之カ爲メ當事者ノ一方カ不當ノ利得ヲ爲スコトハ許スヘカラサルカ故ニ善意ナル當事者即婚姻ノ當時其取消原因ノ存スルコトヲ知ラザリシ當事者カ婚姻ニ因テ財產ヲ得タルトキハ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テ之カ返還ヲ爲スヘキコトト爲シタリ」
 惡意ノ當事者即婚姻ノ當時其取消原因ノ存スルコトヲ知リタル當事者ハ善意ノ當事者ト異リテ婚姻ニ因テ得タル利益ノ全部ヲ返還シ尙其相手方カ善意ナリシトキハ其損害賠償ノ責任ニ蓋取消ノ原因アルコトヲ知テ婚姻シタル者ハ惡意ノ受益者ナレハ之ヲ善意ノ當事者ノ如ク保護スルノ必要ナク毫モ之ニ取消ノ爲メ利益ヲ受ケシムヘキ理由存セザルナリ是ヲ以テ此場合ニ於テハ婚姻ニ因テ得タル一切ノ利益例之其財產ニ因テ自己ノ債務ヲ辨濟シタルトキハ其債務額及其法定ノ利息、婚姻中ノ費用ヲ相手方カ負擔シタルトキハ其費用ノ自己ノ部分ニ屬スルモノ及其法定ノ利息等ヲ返還スルコトヲ要ス

第二節 婚姻ノ效力

本節ニ規定スル所ハ妻カ夫ノ家ニ入ルコト、夫婦ノ權利義務及ヒ夫婦ノ契約ニ關スル原則ニ過キヌ而シテ法律カ夫婦ノ權利義務ニ付規定シタル所ハ最必要ニシテ且強行シ得ヘキ性質ノモノノミヲ掲グルニ過キヌシテ其道徳上ノ範圍ニ屬スルモノノ如キハ全ク之ヲ規定セス而シテ婚姻ノ效力ノ發生時期及妻ノ能力ニ關シテモ本節ニ於テ規定スヘキモノナリト雖既ニ婚姻ノ成立ト題スル節中ニ婚姻ノ效力ヲ生スル時期ヲ規定シ又妻ノ能力ニ關スルコトハ民法ノ總則編ニ規定シタルヲ以テ茲ニ之ヲ規定セザル所以ナリ又婚姻ニ因テ親族關係ヲ生スレトモ是本編總則ノ規定スル所ナレハ復茲ニ説カサルナリ
 夫婦同ク同クスル義務 婚姻シタルトキハ妻カ夫ノ家ニ入ルコトアリ又夫カ妻ノ家ニ入ルコトアリ普通ノ場合ニ於テハ妻ハ婚姻ニ因テ夫ノ家ニ入ル然レトモ夫及婿養子ハ妻ノ家ニ入ル(七八八條、八二四三條)
 夫婦ハ共同生活ヲ爲スヘキモノナレハ事實上生活ノ場所ヲ同クスルト共ニ亦法律上ノ家ヲ同クセザルヘカラス是ヲ以テ孰カ一方ノ家ニ入ラサルヘカラサルヤ論ヲ俟タサルナリ而シテ家族制度ヲ維持スル爲ニハ普通ノ場合ニ於テハ妻ハ夫ノ家ニ入ル然レトモ家ノ血統ニ屬スル男子ナキトキハ其血統ヲ有スル女子ニ於テ之ヲ承繼スルコトアリ是婿養子又ハ入夫ノ必要アル場合ニシテ此場合ニ於テ夫カ妻ノ家ニ入ルハ家族制度ニ關スル自然ノ結果ナリ
 夫婦中ノ孰カ一方ノ家ニ入リタルトキハ其入リタル家ノ氏ヲ稱シ其家ニ屬スル身分、待遇等ヲ受クルモノトス例之妻平民ナルモ其入リタル夫ノ家ニシテ華族ナルトキハ華族ノ待遇ヲ受クヘシ
 夫婦ノ同居ニ關スル權利義務 妻ハ夫ト同居スル義務ヲ負フ又夫ハ妻ヲシテ同居ヲ爲サシムル義務アリ(七八九條、八六五條、八四條、八五條)

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

夫婦カ右ノ義務ニ背戻シタルトキ換言スレハ妻カ夫ト同居スルコトヲ背セサルトキ又ハ夫カ妻ヲシテ同居ヲ爲サシメサルトキハ如何ナル制裁アリヤ妻カ夫ト同居ヲ爲スコトヲ背セサルトキハ夫ニ對シ扶養ノ義務ヲ負ハサルコトハ疑ヲ容レス何トナレハ第九六一條ノ規定ニ從ヘハ扶養義務者ハ扶養權利者ヲ引取リテ之ヲ養ヒ又ハ之ヲ引取ラズシテ生活ノ資料ヲ給付スヘキ選擇權ヲ有スルニ其權利者カ扶養義務者ノ意ニ反シテ其家ニ引取ラレサルヲ以テ此場合ニ於テ扶養權利者ハ自ら扶養ノ權利ヲ主張スルコトヲ得サルハ言フヲ俟タサルナリ又夫カ妻ヲシテ同居ヲ爲サシメサル場合カ若第八一三條第六號ノ場合即配偶者ヨリ惡意ヲ以テ遺棄セラレタルモノナルトキハ妻ハ之ヲ理由トシテ離婚ヲ請求スルヲ得ヘキコトモ亦論ヲ俟タサルナリ

然レトモ此二箇ノ制裁ハ前ニ舉ケタル義務ノ違背者ニ加フル直接ノ制裁トシテハ未以テ足レリトセサルナリ換言スレハ此制裁ハ義務ノ直接履行ヲ求メントスル配偶者ノ爲ニハ毫モ效力ヲ有セサルナリ若妻カ夫ト同居スルコトヲ頑然拒ミタルトキハ強力ヲ用ヒテ強制スルコトヲ得ヘキヤ此問題ハ佛國民法ニ於テモ存スル所ニシテ積極論カ一般ニ認容セララル所ナリ凡義務ニシテ法律ニ規定セラレタル以上ハ有效ナル制裁ナカルヘカラサルモノニシテ若其制裁ナシトスルトキハ其義務ハ有名無實ナリ是ニ於テカ若妻カ夫ト同居ヲ爲スコトノ義務ニ背キタル場合ニハ妻ヲ強制シテ夫ト同居セシムルノ一方法ヲ

ルノミ而シテ其方法ハ公力ヲ假ルヨリ外アラサルナリ是同居ノ義務ノ違背ニ對スル最有力ノ制裁タルナリ普通法ニ從フトキハ或事ヲ爲スヘキ義務ヲ負フ者カ其義務ヲ履行セサル場合ニ於テハ公力ヲ假リテ之ヲ強制シテ其履行ヲ爲サシムルコトヲ得サルハ勿論ナリト雖然レトモ此原則ハ財產權ニ關スル義務ニ違背シタル場合ニ非サレハ適用スルコトヲ得サルナリ然ルニ今茲ニ論スル問題ハ財產權ニ關セザル義務違背ナリ而シテ債務者カ債權者ニ對シテ負ヒタル財產權上ノ義務ニ違背シタル場合ニ於テ債務者ノ自由及身體ヲ拘束スヘカラサルコトハ論ヲ俟タサルレトモ如此場合ニ於テハ其義務ノ違背ニ對シテハ他ノ對價ヲ以テ償フコトヲ得ヘシ換言スレハ之カ爲ニ生シタル損害ハ金錢ヲ以テ賠償スルコトヲ得シト雖妻カ同居ノ義務ニ違背シタルトキハ其權利者ノ爲ニハ如何ナル對價アルカ金錢ヲ以テ損害賠償ヲ爲スヘキヤ此場合ニ於テハ夫ノ受ケタル損害ハ金錢ヲ以テ賠償スルコト能ハス他ノ適當ナル方法ヲ以テセザルヘカラサルモノニシテ其方法ハ公力ヲ措キテ他ニ適當ナルモノアラサルナリ然レトモ此說

ニハ反對說ナキニ非ツルナリ
扶養ノ義務 夫婦ハ互ニ扶養ヲ爲スノ義務ヲ負フ(七九〇條、八八四條)
夫婦ハ苦樂ヲ共ニスヘキモノナレハ一方ハ資力ヲ有シ裕ニ生活ヲ爲スコトヲ得ルニ他ノ一方カ貧困ニ迫ルル願ミサルヘキモノニ非ス是ヲ以テ夫婦ハ相互ニ扶養ノ義務ヲ負フコトヲ爲シテ而シテ扶養ノ義務ニ關スルコトハ本編第八章トシテ別ニ詳細ナル規定ヲ設アルヲ以テ今茲ニ細說セザルナリ

妻ノ後見人ノ職務ヲ行フ義務 妻カ未成年者ナルトキハ成年ノ夫ハ其後見人ノ職務ヲ行フ(七九一條) 未成年者ニ對シテ親權ヲ行フ者ナキトキ又ハ親權ヲ行フ者カ管理權ヲ有セザルトキ(九〇〇條)ハ未成年者ハ後見ニ服スルコトヲ要スルモノニシテ其後見人ハ第九〇一條ノ規定ニ從ヒ親權ヲ行フ者遺言ヲ

以テ指定シ第九〇三條ノ規定ニ從ヒ且其後見人ト爲リ又ハ第九〇四條ノ規定ニ從ヒ親族會ニ於テ後見人ヲ選任スルヲ例トスルヲ以テ若シ妻ニシテ未成年者ナルトキハ普通ノ規定ニ從ハハ夫以外ノ者ニ於テ右ニ掲ケタルカ如ク親權ヲ行ヒ又ハ後見人ノ職務ヲ行フヲ得ケレトモ妻ノ爲ニハ夫カ最能ク其利益ヲ保護スヘキ者ナレハ此場合ニ於テ他ノ者ヲ擱キ夫ヲシテ妻ノ後見人ノ職務ヲ行ハシムルヲ可トシテ此規定ヲ設ケタリ然レトモ夫自身カ未成年ナルカ若クハ禁治産者ナルトキハ妻ノ爲ニ後見人ノ職務ヲ行フコト能ハサルヲ以テ此場合ニ於テハ他ニ後見人ヲ選定スルコトヲ要スルハ論ヲ俟タサルナリ茲ニ所謂夫カ妻ノ後見人ノ職務ヲ行フトハ夫カ妻ノ後見人ト爲ルニ非スシテ唯其後見ノ事務ヲ執ルニ過キサリナリ故ニ夫ニ對シテハ第九一七條以下ノ規定ヲ適用スヘシト雖後見人ニ關スル其他ノ規定ヲ之ニ適用スルコトヲ得サルナリ

妻カ未成年者ニシテ親權ニ服スル場合ニハ其財産ノ管理及其法定代理ハ親權者カ之ヲ爲スヘキヤ將夫之ヲ爲スヘキヤ

此問題ハ廣ク親權ノ效力、婚姻ノ效力、夫婦財產制其他總則編ノ規定等ニ關係ヲ有スル大問題ナルカ故ニ詳細ニ其關係ヲ述ヘテ解決セントス

妻カ未成年ニシテ親權ニ服スル場合ニ於テ夫亦未成年ナルトキハ婿養子ナルニ於テハ第八八五條ノ規定ニ依テ夫ニ對シテ親權ヲ行フ父又ハ母之ニ代リテ其配偶者ノ財産ヲ管理シ又妻カ女戸主ナルトキハ其入夫ノ後見人ハ第九二一條ノ規定ニ從ヒ夫ニ代リテ妻ノ財産ヲ管理スヘキ明文アルカ故ニ此場合ニ於テハ法律ノ規定上疑問ノ生スルコトナシ

右ニ反シテ夫カ成年者ナルトキハ妻ニ對スル夫ノ權利義務ト親權者ノ子ニ對スル權利義務ト法律ノ規

定上相衝突スル所アルモノノ如シ今之ヲ左ニ掲ケン

(一)第八八七條ニ子ハ其家ニ在ル父ノ親權ニ服ス云トアリ第七九一條ニ妻カ未成年者ナルトキハ成年ノ夫ハ其後見人ノ職務ヲ行フトアリ(二)未成年ノ子ハ親權ヲ行フ父又ハ母カ指定シタル場所ニ其居所ヲ定ムルコトヲ要ストアリ第七八九條ニ妻ハ夫ト同居スル義務ヲ負フトアリ(三)第八九〇條ニ子カ成年ニ達シタルトキハ親權ヲ行ヒタル父又ハ母ハ云云其子ノ養育及財産ノ管理ノ費用ハ其子ノ財産ノ收益ト之ヲ相殺シタルモノト看做ストアリ第七九八條ニ夫ハ婚姻ヨリ生スル一切ノ費用ヲ負擔ス云云第七九九條ニ夫ハ用方ニ從ヒ其配偶者ノ財産ノ使用及收益ヲ爲ス權利ヲ有ストアリ(四)第八八四條ニ親權ヲ行フ父又ハ母ハ未成年ノ子ノ財産ヲ管理シ又其財産ニ關スル法律行為ニ付其子ヲ代表ス云トアリ第八〇一條ニ夫ハ妻ノ財産ヲ管理ストアリテ以上ハ相衝突スルカ如ク見ユル二者權利ノ最モ重ナルモノナリ

子ハ本間ニ對シテ妻ノ財産ノ管理及其法定代理權ハ親權者ニ非スシテ夫ニ在リト答フルモノナレハ其理由ヲ叙述セン

父ハ子トノ間ニ親族關係最近クシテ天然ノ愛情深ク又夫婦ハ其間ノ血縁關係ナシト雖其愛情ニ至テハ親子ノ間ニ優ルトモ劣ルコトナケレハ父、夫ハ子、妻ニ對スル最適當ナル保護者ナリト雖未成年ノ妻ニ對シテ此等兩者同時ニ存在スルトキハ兩者ヲ以テ其保護者ト爲スヲ得サルコトハ猶父及母ノ兩人ヲシテ同時ニ子ニ對シテ親權ヲ行ハシメサルカ如ケレハ未成年ノ妻ニ對シテ親權ヲ行フ父ト夫ト同時ニ存在スルトキハ孰カ其中一人ヲ以テ之カ法律上ノ保護者ト爲ササルヘカラサルモノニシテ親權ヲ行フ父(又ハ母)ハ血縁ノ關係ヨリ云ヘハ夫ニ優ルヘシト雖父子ハ必シモ居テ同クスヘキモノニ非サルニ反シ

夫婦ハ互ニ同居スヘキ義務(七八九條)アルモノナレハ同居スル夫ノ保護ノ行届クヘキコトハ同居セサル父ニ優ルヘキ言ヲ俟タサルナリ是ヲ以テ父ト夫トヲ比較スルトキハ夫ヲ以テ最適當ナル保護者トセサルヘカラス而シテ又他ノ場合ニ於ル法律ノ規定ニ參照スルニ第九〇二條ノ規定ニ依レハ禁治産ノ宣告ヲ受ケタル妻ニシテ親權ニ服スルモノナルトキハ普通ノ場合即妻タルトキハ之ニ對シテ親權ヲ行フ父(又ハ母)其後見人タルヲ原則トスレトモ禁治産者ニシテ妻タルトキハ親權ニ服スルニ拘ラス之ヲ行フ父(又ハ母)ヲ措キ夫其後見人ト爲リ夫カ後見人タラザルトキニ非サレハ親權ヲ行フ父ハ後見人タラサルモノニシテ法律カ未成年ノ妻ニ對シテ親權者アルトキ夫ヲ以テ親權者ニ優ル保護者ト爲シタルコトヲ知ルニ足レリ而シテ妻カ禁治産者タル場合ニ於テ既ニ然レハ妻カ未成年者タル場合ニ之ト規定シ異ニスヘキ理由アルヲ見サルナリ依テ此場合ニ於テモ妻カ未成年者ナルトキハ成年ノ夫ハ其後見人ノ職務ヲ行フトアル第七九一條ノ適用ヲ受クルモノニシテ此規定ハ未成年ノ妻ニ對シテ親權ヲ行フ者アルト否トニ依テ其適用ヲ異ニスルコトナシ若此場合ニ親權者カ未成年ノ妻ノ財產ノ管理者、法定代理人タルヘキニ於テハ同條ニ於テ其除外例ヲ設ケサルヘカラザルニ同條ニハ其除外例アラザルナリ

以上ノ如ク解釋スルトキハ以上舉ケタル夫ノ權利義務ト親權者ノ權利義務ト法律ノ規定上相衝突スル如ク見ユル場合ノ(一)(四)ニ於テ夫ハ妻ノ財產ヲ管理シ妻ノ法律行為ニ付其法定代理人タルヘクシテ未成年ノ妻ニ對シテ親權ヲ行フ者ハ夫ノ權利ト衝突セサルモノニ付親權ヲ行フコトヲ得ルニ過キス例之懲戒權是ナリ(二)婚姻ノ性質上及法律ノ規定ニ依リ妻ハ夫ト同居ヲ爲ササルヘカラザルカ故ニ父ハ此規定ニ反シテ未成年ノ妻ニ對シ居所ヲ指定スルコトヲ得ス(二)夫ハ婚姻ヨリ生スル費用ヲ負擔スル

ニ代ヘ用方ニ從ヒ妻ノ財產ノ使用及收益ヲ爲シ親權者ハ未成年ノ妻ノ財產ヲ管理セス又其生活費及財產ノ管理ノ費用ヲ負擔スルコトナク從テ其財產ノ使用收益權ヲ有セス若此場合ニ於テ親權者ヲ以テ未成年ノ妻ノ財產ノ管理者ト爲ストキハ親權者ハ未成年ノ妻ノ財產ヲ管理シ及其生活費ヲ負擔スルニ代ヘ其財產ノ使用收益權ヲ有スルニ至リ父カ親權ヲ行フ間ハ夫婦財產制ニ變更(妻ノ財產ノ管理者及其使用收益權ヲ有スル者ニ付)ヲ生スルカ如キ不都合ヲ見ルヘクレトモ予ノ如ク解釋スルトキハ毫モ夫婦財產制ニ變更ヲ生スルカ如キコトアラザルナリ

又親權者ヲ以テ夫ニ優ル保護者ナリトスルトキハ妻カ第一四條ニ掲ケタル所爲ヲ爲ストキ父カ親權ヲ行フ場合ニ於テモ獨擅ニテ許可ヲ爲スコトヲ得ス必キ夫ノ許可ヲ受ケサルヘカラザルカ如キ奇怪ナル結果ヲ生スヘクレトモ夫ヲ以テ法律上妻ノ保護者ナリトスルトキハ如此コトアラザルナリ

此問題ニ關シテハ大審院判決例アリ又梅法學博士ト法律學士志方殿氏(大審院判事)トノ論議セラレタルモノアリ明治三十六年二月二十日大審院判決例、梅法學博士ノ說ハ法學志林第四九號(三六年一〇月一五日發行)、同第五三號(三七年二月一五日發行)志方氏ノ反對說ハ法曹記事第一四五號(三六年二月三日發行)又此問題ニ付テハ法政大學ニ於テ討論會ノ問題ト爲リタルコトアリ法學志林第五一號(三六年二月一五日發行)

夫婦間ニ於テ爲シタル契約 夫婦間ニ於テ契約ヲ爲シタルトキハ其契約ハ婚姻中何時ニテモ夫婦ノ一方ヨリ之ヲ取消スコトヲ得但第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス(七九二條取三五條三六條、一〇九條二項、三七條)

ル意思ヲ述フルヲ得サルコトアリ又夫ハ妻ノ愛ニ陷溺シテ不知ノ間ニ意思ノ自由ヲ奪ハル等ノコトアルヘキヲ以テ夫婦間ニ爲シタル契約ハ婚姻中何時ニテモ夫婦ノ一方ヨリ之ヲ取消スコトヲ得ヘキモノト爲シタリ他國ノ立法例ニ於テハ或法律行爲ニ限リテ夫婦間ニ之ヲ爲スコトヲ禁止スルモノアリ例之佛國民法第一〇九六條、第一五九五條ニ於テハ夫婦間ニ於テ爲シタル贈與及賣買ハ之ヲ禁セリ又賣買ヲ許スモ贈與ハ禁止スルモノアリ或一二者共ニ禁止スルニハ非サルモ之ヲ取消ヲ許スモノアリ本法ハ賣買、贈與其他總テ契約ハ有價タルト無價タルトヲ問ハス又其目的物ノ金錢タルト金錢以外ノ物タルトヲ問ハス原則トシテ之ヲ爲スコトヲ許スモ婚姻中ハ一方ノ意思ヲ以テ之ヲ取消ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲セリ

右契約ノ取消ハ婚姻中ニ在ラノミ之ヲ許スヘキモ婚姻ノ解消又ハ取消後ニ在ラハ當然有效ノモノト爲リ最早取消スコトヲ得サルナリ而シテ本條ノ取消モ亦法律行爲ノ取消ニシテ且別段ノ規定ヲ設ケサルカ故ニ取消ニ關スル總則ノ規定(一一一條、一二三條)ヲ適用スルモノトス

又右契約ノ取消ハ夫婦ノ間ニ於タノミ之ヲ許スト雖之カ爲ニ第三者ニ效力ヲ及シ其權利ヲ害スルコトハ許スヘキニ非サレハ但書ノ規定ヲ設ケタリ故ニ例之妻カ所有セシ不動産ヲ夫ニ賣渡シ夫ハ之ヲ第三者ニ賣渡シタリトセンカ妻ハ婚姻中ニ爲シタル右ノ賣買ヲ取消スコトヲ得ヘシト雖既ニ第三者ニ轉讓シタル不動産ヲ取戻スコトヲ得サルナリ

第三節 夫婦財產制

舊民法ハ夫婦ノ財產關係ノ規定ヲ夫婦財產契約ト稱セシモ本法ハ之ヲ改メテ夫婦財產制ト稱セリ蓋夫

婦財產契約ト稱スルトキハ重ニ夫婦カ其婚姻ヲ爲スニ當テ任意ニ爲シタル契約ヲ指稱スレトモ今本節ニ規定スル所ハ多クハ法律ノ定メタル財產制ニシテ當事者ノ契約ヲ以テ定ムルコトニ關スル規定甚少ケレハ之ニ舊民法ノ題號ヲ採用スルハ其當ヲ失スルヲ以テナリ

夫婦ハ婚姻ヲ爲スニ當リ任意ニ其財產關係ニ付契約ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖夫婦ノ關係ハ專情誼ニ依テ成立スルモノナレハ其婚姻ヲ爲スニ當リ一其財產關係ヲ契約スルコトハ必スヘカラス而シテ其契約ヲ爲シタル場合ニモ其契約ニ付一般ノ契約ニ關スル規定ノ外別ニ法律上ノ制限ヲ設ケタルコトノ必要アリ是法定ノ夫婦財產制アル所以ナリ

夫婦カ婚姻ヲ爲スニ當テ爲セル其間ノ財產關係ノ契約ハ婚姻ノ從タル契約ナリ若主タル契約ナル婚姻ニシテ無効又ハ取消ト爲リタルトキハ亦隨テ從タル財產關係ノ契約モ無効又ハ取消ト爲ルヘシ如此場合ニ主タル物ノ消滅シテ從タル物ノミ存立スヘキ道理アラサルナリ然レトモ從タル契約ニシテ法律ニ反シ又ハ善良ノ風俗ニ悖ルカ爲メ無効又ハ取消ト爲リタルトモ之カ爲メ主タル契約(婚姻)ニ毫モ影響ヲ及スヘキモノニ非ス此場合ニ於テハ婚姻ハ成立シ隨テ支辨スヘキ費用ヲ要スルコト勿論ナレハ夫婦ハ財產上ノ契約ヲ爲サスシテ婚姻シタルモノト看做シ即法定ノ財產制ニ從テ婚姻ヲ爲シタルモノト看做シ此制ニ付定メタル規定ニ從フヘキナリ

第一款 總則

此款ニ於テハ契約上ノ財產關係ト法定ノ財產制トニ通スヘキモノヲ規定セリ
夫婦ノ財產關係ヲ支配スル原則 夫婦カ婚姻ノ届出前ニ其財產ニ付別段ノ契約ヲ爲サナリシトキハ其

財産關係ハ次款ニ定ムル所ニ依ル(七九三條、八四二二條一項、四二四條)
 蓋ニ説キタルカ如ク夫婦ハ自由ニ契約ヲ爲シ其婚姻中ノ財産關係ヲ定ムルコトヲ得ヘシト雖其契約カ
 有效ナル爲ニハ婚姻ノ届出前ニ爲シタルモノナラサルヘカラス縱令當事者カ其間ノ財産關係ヲ定ムル
 契約ヲ爲シタリト雖其契約ニシテ婚姻届出後ニ成立シタルモノナルトキハ完全ナル效力ヲ有セス法律
 ハ此場合ニ於テハ別段ノ契約ヲ爲シタルモノト看做ササルヲ以テ夫婦ハ財産關係ニ付テハ法定ノ財産
 制ニ從ハサルヘカラス何故ニ夫婦間ノ財産關係ヲ定ムル契約ハ婚姻ノ届出前ニ爲シタルモノニ非ザレ
 ハ有效ナル別段ノ契約ヲ爲シタルモノトセザルカ是蓋ニ説キタルカ如ク婚姻後ニ在テハ夫婦ノ一方ハ
 他ノ一方ノ意思ヲ抑制スルコトナキヲ保セザレハ婚姻後ニ在テ財産契約ヲ爲サシムルノ恐アレハナ
 ノ意思ヲ壓抑シテ自己ニ利益ニシテ他ノ一方ニ不利益ナル條款ヲ以テ契約ヲ爲サシムルノ恐アレハナ
 リ是ヲ以テ法律ハ婚姻ノ届出前即夫婦タラントスル男女ノ各自獨立不羈ノ精神ヲ以テ財産上ノ契約ヲ
 取結フコトヲ得ル時ニ之ヲ爲スヘキモノト爲シ隨テ婚姻後ニ契約シタラシカ其契約ハ雙方ノ自由ナル
 意思ニ出テタルモノト看做ササルナリ
 夫婦カ婚姻ヲ爲スニ當リ其財産契約ヲ爲ササルトキハ法定ノ財産制ニ從フヘキモノニシテ其規定ハ最
 早夫婦ノ意思ヲ以テ左右スルコトヲ許ササルナリ但婚姻ノ届出前ナレハ夫婦ハ法定ノ財産制ニ異リタ
 ル契約ヲ爲スコトヲ得ヘキハ以下叙述スルカ如シ
 諸國ノ法律ニ於テハ多クハ夫婦間ノ財産關係ハ皆當事者ノ自由ノ意思ニ任スルヲ例ト爲セトモ亦法律
 上一定ノ制度ヲ設ケ當事者ヲシテ之ニ從ハシムルモノナキニ非ス而シテ又多クハ法定ノ財産制ノ外向
 法律上數種ノ方法ヲ定メ以テ當事者ノ據ルヘキ標準ヲ示セリ今佛國法ヲ定ムル所ヲ舉ケレハ同法ハ大

別スレハ四箇ノ制度ヲ設ケ當事者ヲシテ其中一ヲ選擇スルコトヲ得ルモノト爲シタリ第一、夫婦財産
 共通ノ制(Régime de communauté 佛民一三九條乃至一五二五條)第二、財産不共通ノ制(Régime sans
 communauté 一五二九條乃至一五三五條)第三、財産分離ノ制(Régime de séparation de biens 一五三六
 條乃至一五三九條)第四、嫁資法(Régime dotal 一五四〇條乃至一五八一條)是ナリ其第一ハ佛ルモ
 國法ニ於ル法定財産制ニシテ婚姻ノ當時何等ノ契約ヲ爲ササルトキハ當事者ノ當然從ハサルヘカラサ
 ナリ
 〇〇〇〇
 財産契約ノ登記 夫婦カ法定財産制ニ異リタル契約ヲ爲シタルトキハ婚姻ノ届出迄ニ其登記ヲ爲スニ
 非サレハ之ヲ以テ夫婦ノ承繼人及第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(七九四條、取四二二條一項)
 夫婦間ニ法定財産制ニ異リタル契約ヲ爲ササルトキハ夫婦ハ法定財産制ニ從フヘキヲ以テ別ニ之カ登
 記ヲ爲スコトヲ要セザレトモ若夫婦ニ於テ法定財産制ニ異リタル別段ノ契約ヲ爲シタルトキハ之ヲ第
 三者ニ對抗スルコトヲ得セシメサルヘカラス而シテ之ヲ第三者ニ對抗スル爲ニハ公示ノ方法ナカラサ
 ルヘカラス其方法ニ付テハ諸國ノ立法例一定セス或ハ公證人ヲシテ證書ヲ作ラシムルモノアリ(佛民
 一三九一條)或ハ婚姻證書中ニ附記セシムルモノアレトモ本法ハ此等ノ方法ニ依ハシテ一般ニ財産
 權ニ關スル事項ノ公示方法トシテ登記ノ方法ヲ採用セルヲ以テ婚姻ヲ爲スニ當リ取結セタル財産契約
 ニモ登記ヲ以テ第三者ニ對抗スル方法ト爲シタリ此登記ハ之ニ因テ唯リ第三者ニ對抗スルニ必要ナル
 ノミナラス夫婦ノ承繼人ニモ對抗スルニ必要ナリ夫婦ノ承繼人(其家督相續人、遺産相續人)ニ對シテ
 ハ普通ノ法律行爲ナレハ登記ヲ爲ササルトモ對抗スルコトヲ得ルヲ常ト爲セトモ此場合ニ於テハ其承
 繼人ハ夫婦ノ財産ニ對シ重大ナル利害關係ヲ有スルノミナラス夫婦カ死亡シタル際ニハ其財産ヲ整理

スヘキ者ナルカ故ニ之ニ豫夫婦財産契約ノ如何ヲ知ラシメ置クハ必要ナルヲ以テナリ
 此登記ハ婚姻ノ届出迄ニ之ヲ爲ササルヘカラス若之ヲ其時期迄ニ爲ササルトキハ第三者ハ別段ノ契約
 ヲ爲ササルモノト看ルヘキナリ
 外國人ノ夫婦財産制 外國人カ夫ノ本國ノ法定財産制ニ異リタル契約ヲ爲シタル場合ニ於テ婚姻ノ後
 日本ノ國籍ヲ取得シ又ハ日本ニ住所ヲ定メタルトキハ一年內ニ其契約ヲ登記スルニ非サレハ日本ニ於
 テハ之ヲ以テ夫婦ノ承繼人及第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(七九五條、取四二五條、法例一五條)
 外國人ノ間ニ締結セル舊條約廢止セラレ治外法權ノ撤去セラレタル今日ニ於テハ我民法カ我邦ニ居住
 スル外國人ヲ支配スヘキヲ以テ我邦ニ於テハ外國法ニ從テ婚姻ヲ爲シタル外國人ノ夫婦間ノ財産契約
 ハ如何様ニ認ムヘキヤヲ定ムルハ必要ナリ是ヲ以テ法例第一五條ニ於テ夫婦財産制ハ婚姻ノ當時ニ於
 ル夫ノ本國法ニ依リ縱令國籍ヲ變更シタリトモ之カ爲メ毫モ變更セサルモノト爲シタリ故ニ例之佛國
 人カ自國ノ法律ニ從テ婚姻ヲ爲シタル後我邦ノ國籍ヲ取得シ若クハ我邦ニ居住シタルトキハ其本國ニ
 於ル如何ナル制度ニ依テ契約シタリトモ又何等ノ契約ヲモ爲サスシテ婚姻ヲ爲シタリトモ(此場合ニ
 於テハ其法定ノ財産制ニ從テ)其契約又ハ佛國ノ法定財産制ハ我邦ニ於テ其夫婦ノ爲メ有效タルヘキ
 ナリ而シテ外國人カ其本國ニ於ル法定財産制ニ從ヒタルトキハ猶我邦人カ法定財産制ニ從テ婚姻シタ
 ルトキノ如ク別ニ其契約ヲ登記スルコトヲ要セサルナリ然レトモ若キ其本國ノ法定財産制ニ異リタル別
 段ノ契約ヲ爲シタルモノナルトキハ我邦人カ法定財産制ニ異リタル別段ノ契約ヲ爲シタルトキニ於テ
 登記ヲ爲ササルハ第三者ハ夫婦間ノ契約如何ヲ知ルコト能ハサルト同ク外國人夫婦間ノ契約ヲ了知ス
 ルコト能ハサルヲ以テ此場合ニモ登記ヲ爲スニ於テハ夫婦ノ承繼人及第三者ニ之カ對抗ヲ爲スコトヲ

得ルモノト爲セリ

以上ノ登記ハ日本ノ國籍ヲ取得シ又ハ日本ニ住所ヲ定メテヨリ一箇年內ニ爲ササルヘカラス
 夫ノ本國法トハ夫ノ現在ノ本國法ヲ指スカ將夫ノ結婚當時ノ本國法ヲ指スカノ疑生スヘシト雖是法例
 第一五條ヲ規定スル時既ニ決セラレタルモノニシテ我法例ハ夫ノ現在ノ本國法主義ヲ採ラスシテ其結
 婚當時ノ本國法主義ヲ採リタルモノナレハ玆ニ謂フ所ハ夫ノ婚姻當時ノ本國法タリ故ニ外國人カ婚姻
 ノ後其國籍ヲ變更シ而シテ更ニ其國籍ヲ日本ニ變更シ又ハ日本ニ居住シタルトキハ第一ノ本國ノ法定
 ノ財産制ニ從ヒタルモノナルトキハ更ニ日本ニ於テ之カ登記ヲ爲スコトヲ要セサレトモ若キ其財産契約
 ニシテ第二ノ本國法ノ財産制ト同キモノナルトキハ更ニ日本ニ於テ之ヲ登記セサルヘカラス
 外國人カ婚姻ヲ爲シタル後日本ノ國籍ヲ取得シ又ハ日本ニ住所ヲ定メタルトキ一箇年內ニ右ノ登記ヲ
 爲ササルトキハ其承繼人及第三者ハ夫婦カ其本國ノ法定財産制ニ從ヘルモノト看ルヘキヤ將日本ノ法
 定財産制ニ從フヘキモノト看ルヘキヤ此場合ニ於テハ以上ノ外國人ハ其本國ノ法定財産制ニ從フモノ
 トモザルヘカラス何トナレハ法例第一五條ニハ前ニ述ベタル如ク夫婦財産制ハ婚姻當時ニ於ル夫ノ
 本國法ニ依ルトアリ且夫婦間ニ於ル法定財産關係ハ婚姻ヲ爲ストキ契約又ハ法定制度ニ依テ定マルヘキ
 モノナレハ若右ノ場合ニ於テ日本ノ法定制度ニ從フヘキモノト爲ストキハ婚姻ノ當時一旦定マリタル
 モノヲ變更スルニ至レハナリ是次條ニ規定スルカ如ク許スヘカラサル所ナリ
 婚姻中ニ於ル財産關係ノ變更 夫婦ノ財産關係ハ婚姻届出ノ後ハ之ヲ變更スルコトヲ得ス(七九六條
 一項、取四二二條)

婚姻ノ財產關係ハ法定ノ制度ニ從フヘキモノナルニ若婚姻届出後ニ於テ當事者カ最初定メタル其財產關係ヨリ自由ニ變更スルコトヲ得ルモノトスルトキハ右ノ夫婦財產關係ハ婚姻前ニ定ムヘシトノ規定ハ徒法ニ歸スヘキナリ何トナレハ配偶者ノ意思ヲ抑制スル夫婦ノ一方ハ其配偶者ヲシテ強テ自己ニ不利益ナル約款ノ變更ヲ承諾セシメ新ニ利益ナル契約ヲ取結フニ至ルヘケレハナリ加之前契約ノ變更ハ即一ノ契約ナレハ婚姻前ニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得サルヤ前ニ説キタル規定ヲ推究スルニ於テ其理自ラ明ナリ

然レトモ法律ハ以上ノ規定ニ對シテ二箇ノ例外ヲ設ケタリ即左ノ如シ
 (一) 夫婦ノ一方カ他ノ一方ノ財產ヲ管理スル場合ニ於テ管理ノ失當ニ因リ其財產ヲ危クシタルトキハ他ノ一方ハ自ら其管理ヲ爲サント裁判所ニ請求スルコトヲ得(七九六條二項、四三三條)
 婚姻前ニ定メタル夫婦間ノ財產關係ハ如何ナル場合ニ於テモ變更スルコトヲ得サルモノト爲ストキハ夫婦ノ一方カ他ノ一方ノ財產ヲ管理スル場合ニ於テ例之夫カ投機業ヲ營ミ又ハ放蕩ノ爲ニ浪費スルカ如キ其管理ノ方法ヲ誤リ其財產ヲ危クスルコトアルトモ如何トモスルコト能ハス妻ハ現ニ自己ノ財產ノ減盡スルヲ目撃シナカラ之ヲ救済スルノ途アラサルナリ是ヲ以テ法律ハ如此場合ニ於テハ他ノ一方ハ其財產ノ安全ヲ圖ルカ爲メ自ら之ヲ管理ヲ爲スコト得ルモノト爲セリ此場合ニ於テモ法律ハ當事者カ隨意ニ財產管理ノ變更ヲ爲スコトヲ許サス必裁判所ニ請求セサルヘカラサルコトト爲セリ
 舊民法ニ於テハ夫カ妻ノ財產ヲ危クシタル場合ニ於テ妻ニ其財產ノ管理ヲ爲スコトヲ許スニ止リ夫ニ妻ト同一ノ權利ヲ與ヘサレトモ別段ノ契約ヲ以テ夫婦間ノ財產關係ヲ定ムルニ當リ妻カ夫ノ財產ヲ管理スルコトト爲ストモ妨ナキヲ以テ其場合ニ於テ妻カ夫ノ財產ヲ危クスルコトナシトセス然レニ斯

ル場合ニ夫カ妻ノ財產ヲ危クスル場合ト同ク夫ヲ保護スル必要アルヲ以テ新法ハ廣ク夫婦ノ一方カ云云ト言ヒテ單ニ夫カ妻ノ財產ヲ危クシタル場合ニ限ラサルナリ

(二) 夫婦カ財產共有ノ契約ヲ爲シタル場合ニ於テハ右第一ノ場合ニ於ル請求ト共ニ其分割ヲ請求スルコトヲ得(七九六條三項)財產共有ノ場合ニ於テハ單ニ夫婦ノ一方カ他ノ一方ヨリ危クセラレタル其財產ノ管理ヲ爲スノミニテハ未以テ所有者ノ利益ヲ保護スルニ足レリトセス此場合ニ於テハ共有財產ノ分割ヲ爲スコトヲ許ササルヘカラス
 婚姻中ニ財產ノ管理者ヲ變更シ又ハ最初ノ契約ニ基キテ共有セル管理者變更及共有財產分割ノ登記 婚姻中ニ財產ノ管理者ヲ變更シ又ハ最初ノ契約ニ基キテ共有セル財產ヲ分割スルトキハ既ニ爲セル登記ノ事實ニ變更ヲ加フルモノナルヲ以テ之ヲ其承繼人及第三者ニ對抗スルニハ登記ヲ要スルコトハ論ヲ俟タサルナリ而シテ財產管理者ノ變更ハ或ハ最初爲シタル契約ノ結果ニ基キテコトアリ或ハ夫婦ノ一方カ他ノ一方ノ財產ヲ危クスルヨリ他ノ一方カ自ら其財產ヲ管理スルカ爲ナルコトアリ又共有財產ノ分割モ或ハ最初ノ契約ノ結果ニ基キテコトアリ或ハ右ニ掲ケタル原因ニ基キテコトアレトモ其就レノ場合タル間ハス既ニ爲シタル登記ニ變更ヲ生スルモノナルトキハ登記セザルトキハ夫婦ノ承繼人及第三者ハ其變更ヲ知ラサルナリ

第二款 法定財產制

法定財產制トハ夫婦カ婚姻ヲ爲スニ當リ其財產關係ニ付別段ノ契約ヲ爲サザリシトキ法律ノ規定ニ因リ當然從フヘキノヲ謂フナリ財產制ニ付テハ種種ナルモノアレトモ本法ハ舊民法ノ如ク佛國法學者ノ所謂財產不共通法(Regime sans communauté)ヲ以テ最モ我國情ニ適スルモノト認メ之ヲ採用シタル

ナリ。財産不共通法トハ夫婦ハ各別ニ自己ノ財産ヲ有シ夫又ハ女戸主タル妻ハ其配偶者ノ財産ヲ使用、收益、処分コトヲ得ルモノヲ謂フ此制ニ於テハ夫婦各自ニ財産ヲ所有スルカ如ク各自ノ債務ハ各自ノ之ヲ負擔スルナリ而シテ夫婦間ニ於テ財産ヲ共通スルコトハ夫婦生活ノ共同ヲ完全ナラシムルモノニシテ最
 婚姻ノ性質ニ適應スヘシト離婚ハ往々解除セラレルコトアルモノニシテ共通ノ財産ハ其際之ヲ分割
 スルニ混雜ナル計算ヲ要シ濫訴ノ弊アルヲ免レテ財產分離ノ制ハ之ト正反對ナルモノニシテ婚姻解除
 ノ際ノ如キハ別ニ複雑ナル關係ヲ生スルコトナキニ引替ヘ婚姻中夫婦間ノ平和ヲ害スルノ弊アルヲ免
 レタルナリ故ニ本法ハ其中間ニ在ル財產不共通制ヲ採リタル所以ナリ
 婚姻中ノ費用ノ負擔方法 夫ハ婚姻ヨリ生スル一切ノ費用ヲ負擔ス但妻カ戸主タルトキハ妻之ヲ負擔
 ス(七九八條、八二六條、取四二六條)

我邦ニ於テハ夫ハ入シタルモ其妻カ戸主タル場合ヲ除ク外ハ婚姻中ノ費用例之衣食住ニ關スルモノノ子
 ノ教育費及養育費等ハ夫ノ負擔トスルヲ常トスルカ故ニ法律カ之ヲ其負擔ト定メタルハ至當ナリ而シ
 テ夫ハ此費用ヲ負擔スルノ結果トシテ其配偶者ノ財産ヨリ生スル果實ヲ取得スルコトヲ得ヘク又夫婦
 ノ孰ニ屬スルカ分明ナラサル財産ニ付テハ法律上夫ノ財產タルコトノ推定ヲ受クルモノトス妻カ戸主
 タルトキモ亦同キナリ

以上ノ規定ハ夫婦間及近親間ノ扶養ノ義務ニ變更ヲ生スルコトナキナリ故ニ夫又ハ女戸主カ婚姻中費
 用ヲ負擔スヘキ義務アルニ拘ラス貧困ニ陥リ自活スルコト能ハサルニ至リタルトキハ妻又ハ女戸主ノ
 夫ハ第七九〇條及第八章(扶養ノ義務九五四條以下)ノ規定ニ依リ夫又ハ女戸主ニ對スル扶養ノ義務ヲ
 負ヘルコトハ依然タルナリ

特○有○財○產○ノ○使○用○收○益○權 夫又ハ女戸主ハ用方ニ從ヒ其配偶者ノ財産ノ使用及收益ヲ爲ス權利ヲ有ス
 (七九九條、財五〇條乃至六六條、取四二六條、四二七條、四三三條、四三四條)

本法ノ法定財産制トシテハ夫婦間ノ財産ノ共有ヲ認メテ總テ各自ノ特有ト爲シタレトモ夫婦共同生活
 ノ費用ノ如キハ之ヲ分割スルコトヲ得サルヲ以テ曩ニ說キタルカ如ク夫ノ負擔ト爲シ妻カ戸主タルト
 キハ妻ノ負擔ト定メタル所以ナルカ夫又ハ女戸主ニ之ニ換フル利益ヲ受ケシメサルヘカラサルヲ以テ法
 律ハ夫ニ妻ノ有スル特有財産ヲ用方ニ從テ之ヲ使用シ又之ヨリ生スル收益ヲ得セシムルコトト爲シタ
 リ妻カ戸主タルトキ亦同キナリ

此場合ニ於テ夫カ有スル權利ハ妻ノ財産ノ使用收益ニ止ルカ故ニ夫ハ妻ノ財産ノ元本ニ之ヲ使用スル
 コトヲ得ス又妻カ自己ノ營業ノ商業ヨリ得タル利益ノ如キモ亦收益スルコトヲ得サルナリ而シテ收益
 ノ重ナルモノハ果實ヲ得ルニ在リ果實ノ何タルコトハ第八八條、第八九條ニ規定セリ彼ノ終身定期金
 ノ如キハ之ヲ果實ト謂フヲ得サルヲ以テ是亦夫ニ於テ取得スルコトヲ得サルナリ

夫又ハ女戸主ハ其配偶者ノ財産ヨリ生スル果實ヲ得レトモ若其配偶者ニシテ債務ヲ負擔スルトキハ其
 利息ハ自己ノ特有財産ノ果實中ヨリ辨濟スルコトヲ許ササルヘカラス是ヲ以テ第二項ノ規定ヲ設ケタ
 ルナリ

使用貸借ニ關スル規定ノ準用 第五九五條及第五九八條ノ規定ハ夫又ハ女戸主カ其配偶者ノ財産ノ使
 用及收益ヲ爲ス場合ニ準用セラル(八〇〇條、財六九條、七〇條、八六條乃至九五條、取四二七條)
 夫又ハ女戸主ハ使用貸借ノ借主カ借用物ノ通常ノ必要費ヲ負擔スルカ如ク其配偶者ノ特有財産ノ通常
 ノ必要費ヲ負擔シ又借主カ借用物ノ原状ニ復シテ之ニ附屬セシメタル物ヲ收去スルコトヲ得ルカ如ク



夫又ハ女戸主ハ其配偶者ノ特有財産ニ工作ヲ施シタル等ノコトアルトキハ之ヲ原狀ニ復シテ之ニ附屬セシメタル物ヲ收去スルコトヲ得ヘシ
 ○妻ノ財産ノ管理 夫ハ妻ノ財産ヲ管理ス
 夫カ妻ノ財産ヲ管理スルコト能ハサルトキハ妻自ラ之ヲ管理ス(八〇一條、取四二八條)
 配偶者ノ財産ノ使用及收益ヲ爲ス權ハ夫又ハ女戸主ニ屬セシメタルニ拘ラス夫ハ常ニ妻ノ財産ヲ管理ス而シテ其妻カ戸主タル場合ト否トヲ問ハサルナリ財産ノ使用、收益ノ權利ヲ夫又ハ女戸主ニ與ヘタル理由ハ右ニ説キタル如ク此等ノ者カ婚姻中ノ費用ヲ負擔スルニ在ルカ故ナレトモ財産ノ管理ハ必シモ妻カ戸主タル場合ニ於テ妻カ之ヲ爲スノ宜キヲ得タリト謂フヲ得ス財産管理ノ能力ハ一般ニ夫ハ妻ニ優レルヲ以テ之ヲ必シモ戸主權ノ行使ト相伴ハシムルコトヲ要スルモノニ非ス是ヲ以テ妻ノ財産ハ常ニ夫ニ於テ管理スルコトト爲シタリ然レトモ夫カ癡癡、白痴等ナル場合ニ於テ妻ノ財産ヲ管理スルヲ得サルコトアリ其場合ニ他ニ規定ナキニ於テハ夫ノ法定代理人カ無能力ナル夫ニ代リテ妻ノ財産ヲ管理スルコトト爲ラン然レトモ元來妻ハ自己ノ財産ヲ管理スル能力ヲ有セサルハ此場合ニ夫以外ノ者カ妻ノ夫カ妻ノ財産ヲ管理スルヲ可トスルヨリ夫ヲシテ管理セシムルモノナレハ此場合ニ夫以外ノ者カ妻ノ財産ヲ管理スルコトキハ却テ其者ト妻トノ間ニ意見合ハサルコト等アリテ紛紜ヲ生スルコトナシトセシムルヲ以テ此場合ニ於テハ夫ノ法定代理人ヲシテ妻ノ財産ヲ管理セシムルヨリハ妻自身ヲシテ之ヲ管理セシムルニ如カサルヲ以テ第二項ノ規定ヲ設ケタリ
 ○妻ノ財産ニ於ル夫權ノ制限 夫カ妻ノ爲ニ借財ヲ爲シ妻ノ財産ヲ讓渡シ之ヲ擔保ニ供シ又ハ第六〇二條ノ期間ヲ超エテ其貸貸ヲ爲スニハ妻ノ承諾ヲ得ルコトヲ要ス但管理ノ目的ヲ以テ果實ヲ處分スルハ

捺印セル偽造手形ト異ル所ナシ

署名ニハ署名ノ意思ヲ要スルコト上ニ述(タル所ノ如シ然ラハ更ニ一步ヲ進メテ手形行爲タルニハ其行爲ヲ爲スノ意思ヲ要セサルカ例之錯誤ニ因テ手形行爲ヲ爲シタル者ハ手形上ノ責任ヲ生セサルヤ否ヤノ疑問ヲ生ス此點ニ關スル學者ノ説明ハ頗區區タリ「グリーンフット」等ハ極端ナル表示主義ヲ採レリ其說ニ依レハ手形行爲ニ付テハ行爲意思ヲ必要トセス專表示ニ重キヲ措クヘシト云フニ在リ故ニ行爲ノ要素ニ錯誤アルトキ即手形ニ非サル紙片ナリト信シテ署名シ又ハ手形金額ヲ誤記シタル場合ニ於テモ署名者ハ手形上ノ責任ヲ負フヘキモノトセリ然レトモ予ハ少クトモ我商法ノ解釋トシテハ此說ヲ是認スルコトヲ得ス「グリーンフット」ハ偽造ノ場合ト署名カ身體上ノ強制ニ因ル場合トニ限リテ手形上ノ責任ナキモノト論セリ其說ヨリ推論スレハ荷署名ノ意思アリテ署名ノ行爲ヲ爲シタルトキハ其手形ナルコトヲ知リテ署名シタルト否トヲ問ハサルナリ果シテ然ラハ予カ別箇ノ目的ヲ以テ白紙ニ署名シタルニ他人カ是ニ由テ手形ヲ偽造シタル場合ニ於テモ仍予ハ手形上ノ責任ヲ負フヘキモノト爲ルヘシ斯ル場合ト手形ニ非サル紙片ナリト信シテ署名シタル場合トハ如何ナル差異アルカ敢テ「氏」ニ問ハント欲スル所ナリ予ノ解スル所ニ依レハ我商法ハ手形編ニ規定ナキ事由ヲ以テ手形上ノ請求ヲ爲ス者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトセリ而シテ手形編ニ於テハ手形ニ署名シタル者ハ其手形ノ文言ニ從テ責任ヲ負フヘキ旨ヲ定メタリ故ニ手形上ノ責任ヲ負フ爲ニハ手形ニ署名シタルコトヲ必要トス手形ニ署名スルコトハ單ニ手形ニ署名スルコト云フ外形上ノ行爲アリタルヲ以テ足レリトセス必ヤ手形ナルコトヲ知テ之ニ署名シタルコトヲ要ス故ニ手形タルコトヲ知ラズシテ錯誤ニ因テ手形ニ署名シタルモノハ手形上ノ責任ヲ負フコトナシ唯當事者カ其行爲ノ無效ヲ主張スルニ困難ナラン

商法手形 本論 論議 手形行爲ノ特性

(民九五條)然レトモ荷手形ニ署名シタルトキハ其金額及他ノ要件ヲ誤記シ又ハ之ヲ誤解シタル場合ニ於テモ其手形ノ文言ニ從テ責任ヲ負フヘキモノニシテ錯誤ニ籍口シテ責ヲ免ルルコトヲ得タルモノナリ要之手形ナルコトニ付テ錯誤アルトキハ署名ナル行為アルモ手形上ノ責任ヲ負フコトナキモ其他ノ錯誤ニ付テハ之ヲ以テ手形上ノ請求者ニ對抗スルコトヲ得サルナリ獨逸ニ在テハ「デレンブルグ」レ「バイン」ベルンスタイン「スタウグ」等ノ説明スル所ハ其結果ニ於テ予ノ説ニ幾シ

以上述タルカ如ク荷手形ニ署名スルノ意思ヲ以テ署名シタル者ハ其文言ニ從テ責任ヲ負フヘキカ故ニ錯誤ノ外詐欺、強迫ニ因ル意思表示ノ取消ノ規定ノ如キハ之ヲ手形上ノ署名ノ場合ニ適用スルコトヲ得サル(シト信ス唯之ヲ以テ手形上ノ請求ヲ爲ス者ニ對スル直接ノ抗辯ト爲スコトヲ得ルハ言ヲ俟タス尙手形ニ署名スルノ意思ヲ以テ手形ニ署名シタル者ハ常ニ手形上ノ責任ヲ負フトノ理論ニ依リ本人ノ爲ニスルコトヲ記載セスシテ署名シタル代理人カ手形上ノ責任ヲ負フヘキコトヲ説明スルコトヲ得(シ)代理人カ本人ノ爲ニスルコトヲ記載セスシテ手形ニ署名シタルトキハ其本人カ手形上ノ責任ヲ負ハサルコトハ第四三六條ニ明定スル所ニシテ我國ノ學者中之ヲ解スル者ハ此場合ニ於テハ代理人ハ當然其署名ニ因テ手形上ノ責任ヲ負フモノト爲セトモ其自己ノ爲ニ手形行為ヲ爲スノ意思ナキモノカ何故ニ手形上ノ責任ヲ負フカノ理由ヲ説明セルモノナキカ如シ予ノ解スル所ニ依レハ如此代理人ハ手形タルコトヲ知テ手形ニ署名シタルカ故ニ手形上ノ責任ヲ負フヘキナリ

以上ノ手形行為カ形式行為ナルコトヲ述ヘテ其行為ノ形式タル所ノ署名ニ關スル説明ヲ終リタルカ故ニ是ヨリ手形行為ノ獨立ナルコトヲ述ヘントス

○獨立ナル形式上ニ於テ完全ナル手形ニ署名シタルモノハ善意ノ所持人ニ對シテ獨立シテ手形行為ノ獨立トハ形式上ニ於テ完全ナル手形ニ署名シタルモノハ善意ノ所持人ニ對シテ獨立シテ手

形上ノ債務ヲ負ヒ他ノ手形行為ハ法律上無効ナルト取消シ得ヘキモノナルトニ因テ影響セラレハサルヲ謂フ即手形ニ署名シタルモノハ其手形ニ署名シタルコトノミニ由テ手形上ノ債務ヲ負フモノナリ各署名者ハ恰別獨立ノ手形ヲ振出シタルモノト同ク他ノ手形行為ト相牽聯セサルモノナリ手形行為ノ此特質ハ到底契約說ニ依テ説明シ得サルハ前ニ述ヘタルカ如シ

手形行為ハ獨立ナルモノナルカ故ニ偽造變造ノ手形ト雖之ニ署名シタルモノハ其偽造又ハ變造シタル手形ノ文言ニ從テ責任ヲ負フ(四三七條一項)例之振出人ノ署名カ偽造ナルトキハ其手形ニ由テ其振出人トセラレタル者モ偽造者モ共ニ手形上ノ責任ヲ負ハサルコト前述ノ如クナルニモ拘ラス其手形ニ裏書シタル者ハ裏書人トシテ擔保義務ヲ負擔スルモノニシテ之ニ引受ヲ爲シタル者ハ引受人トシテ支拂ノ義務ヲ負擔スルモノナリ又無能力者カ手形ヨリ生シタル債務ヲ取消シタルトキト雖他ノ手形上ノ權利義務ニ影響ヲ及ササルモノトス(四三八條)又手形ノ保證ヲ爲シタル者ハ其主タル債務カ無効ナルトキト雖主タル債務者ト同一ノ責任ヲ負フ(四九七條)又爲替手形ノ複本ハ各通別箇ノ手形ナルニハ非サレトモ而モ二人以上ニ各別ニ數通ヲ裏書シタル者或ハ數通ニ引受ヲ爲シタル者ハ其各通ニ對シテ手形上ノ責任ヲ負フモノニシテ一通ニ對スル支拂ハ引受アル他ノ一通ノ效力ヲ失ハシムルコトナシ(五二〇條)

右ノ如ク手形行為ハ獨立ニシテ各箇牽聯セシテ效力ヲ生スルモノナレトモ其效力ヲ生スル爲ニハ形式上完全ナル手形行為アルコトヲ要ス形式ニ於テ手形タル法定ノ要件ヲ具備セサルモノ例之法定ノ記載事項ヲ缺キタル手形又ハ裏書ノ連續ヲ缺キタル手形ニ手形行為ヲ爲スト雖其行為ハ手形行為タルノ形式ヲ具備セサルモノナルカ故ニ手形行為タル效力ヲ生スルコトナシ反之荷手形行為ノ形式ヲ具備ス

0270

ルトキハ各行爲ハ獨立シテ效力ヲ生スルモノナリ

第四節 手形ノ偽造、變造、抹消、毀損及滅失其他ノ喪失

○手形ノ偽造トハ他人ノ名義ヲ僞リテ手形行爲ヲ爲スヲ謂フ例之他人ノ署名ヲ僞リ若クハ他人ノ印章ヲ盜用シ記名捺印シテ手形ノ振出裏書等ノ行爲ヲ爲シ又ハ他人カ他ノ目的ヲ以テ署名シタル紙片ヲ手形ト爲スノ類ヲ謂フ偽造手形ニ於テハ被偽造者及偽造者ハ共ニ手形上ノ責任ヲ負ハサルコト及之ニ真正ノ手形行爲ヲ爲シタル者カ手形上ノ責任ヲ負フヘキコトハ既ニ前節ニ之ヲ述ヘタリ然レトモ偽造手形ニ署名シタル者カ責任ヲ負フハ善意ノ第三者ヲ保護シテ手形ノ流通ヲ計ルノ趣意ニ出テタルモノニシテ其保護ハ惡意者ニ迄及スヘキ理由ナキカ故ニ偽造者及惡意又ハ重大ナル過失ニ因リ偽造手形ヲ取得シタル者ハ手形上ノ權利ヲ有セズトセリ(四三七條三項)

○手形ノ變造トハ權利ナクシテ手形ノ署名以外ノ記載事項ヲ變更スルヲ謂フ其記載事項ハ手形ノ要素タルト否トヲ問ハサルナリ毛戶學士ノ手形法論網ハ署名ノ變更ヲモ變造トシテ數ヘタレトモ予ノ見解ニ依レハ署名ノ變更ハ偽造ナルヘシ又重要ナル事項ノ變更ノミヲ指スモノナリト言フト雖其所謂重要ナル事項トハ果シテ何ヲ謂ヘルカ不明ナルヲ免レズ

變造手形ニ署名シタル者カ其變造シタル文言ニ從テ責任ヲ負フヘキコトハ既ニ之ヲ述ヘタリ茲ニ問題トナルハ變造前ノ署名者ハ變造ニ因テ如何ナル影響ヲ被ルヘキカノ點是ナリ獨逸ノ學者ハ手形ノ變造ニ付テ要素ノ變造ト要素ニ非サル部分ノ變造トヲ區別シテ手形ノ要素ノ變造ナルモノハ手形ヲシテ要件ヲ缺クニ至ラシムルモノナルカ故ニ變造前ノ署名者ハ全テ其責任ヲ免ルルニ至ルモノナリト説明ス

ルヲ常トス唯カンスクイン」ハ一般ニ變造前ノ署名者ノ責任ハ變造ニ因テ増減セラルルコトナキモノトシ又「フォルクマル、レーヴィー」ハ手形金額ヲ大ナラシメタル變造ノ場合ニハ小ナル金額中ニ含まルヘキヲ以テ變造前ノ署名者ノ責任ハ消滅セスト言ヘリ又「レーマン」ルノ「デルンブルグ」等ハ金額總造ノ場合ニ於テ前ノ金額カ尙讀ミ得ヘキトキハ變造前ノ署名者ハ其責任ヲ負フモノトセリ然リト雖此等ノ說ハ共ニ通説ニ非サルカ如シ毛戶學士ノ手形法論網ハ獨逸學者ノ多數說ニ從ハレタルモノノ如シ然レトモ我商法カ變造シタル手形ニ署名シタル者ハ變造前ノ署名者ノ責任ヲ免カルヘキモノト見定メタル精神ハ變造前ニ署名シタル者ハ要素ノ變造ノ場合ニ於テ全ク其責任ヲ免カルヘキモノト見定メタルカ如シ予ハ後ニ手形ノ記載事項ノ抹消ニ付テ説明スルカ如ク此點ニ關シテハ「カンスクイン」ノ說ヲ當レリト信ス即手形上ノ債務ヲ負ヘル者ハ後ニ至テ他人カ權利ナクシテ其手形ノ記載事項ヲ變更抹消シタルニ因テ其債務ヲ増大セラレサルト同時ニ其責任ヲ免ルルヘキコトモ亦之ナシト思惟ス是其變更抹消セラレタル記載事項カ手形ノ要素タルト否トヲ問ハサルナリ

前述ノ如ク變造ハ變造前ノ署名者ノ義務ヲ増減スル所ナキカ故ニ變造前ノ署名者ハ手形ノ變造ナルコトヲ證明スルトキハ變造ノ文言ニ從テ責任ヲ免ルルコトヲ得ルナリ而シテ此點ニ關シテ法律ハ推定ヲ設ケテ變造手形ノ署名者ハ總テ變造前ノ署名シタルモノト推定セルカ故ニ(四三七條二項)署名者ニ於テ變造ノ事項ヲ證明スルトキハ變造前ニ署名シタルモノト推定セラルヘキノ債權者ハ其變造後ニ署名シタルモノナルコトヲ證明スルニ非ナレハ變造ノ文言ニ從テ其權利ヲ主張スルコトヲ得ルナリ

變造後ノ署名者ハ變造シタル文言ニ從テ責任ヲ負フヘキモノナリト雖是亦偽造ノ場合ト同ク善意者ヲ保護スルノ趣旨ニ出テタルカ故ニ變造者及惡意又ハ重大ナル過失ニ因テ變造手形ヲ取得シタル者ハ手

0271

形上ノ權利ヲ有セサルナリ(四三七條三項)

手形ノ變造ハ權利ナクシテ手形ノ記載事項ヲ變更スル場合ノミニ關スヘキコトハ法律カ變造者ハ手形上ノ權利ヲ有セサルコトヲ定メタルニ依テモ推知スルコトヲ得反之手形上ノ債務者ノ承諾ヲ得テ記載事項ヲ變更シタルトキハ如何ト云フニ勿論獨逸ノ帝國高等商事裁判所ノ判決ノ如ク債權者ハ其債務者ノ承諾ヲ得テ變更シタルモノナルコトヲ證明スルノ責アリト雖斯ル場合ニハ其變更ハ正當ニシテ債務者ハ其變更セラレタル文言ニ從テ責任ヲ負ハサルヘカラス而シテ其變更者ハ所謂變造者ト謂フヘキモノニ非サルカ故ニ手形上ノ權利ヲ失フコトナキヤ言フ俟タヌ又變造後ニ署名シタル者カ其變更シタル文言ニ從テ責任ヲ負フヘキコトモ亦明ナリトス

手形ノ署名其他ノ記載事項ハ抹消ハ如何ナル效果ヲ發生スルヤニ付テハ學說極テ區區タリ今一一之ヲ述フルノ邊ナキモ「アール」以下多數ノ學說ハ手形カ要式證券ニシテ手形行爲カ要式行爲ナル點ニ重キヲ措キテ一般ニ其形式ノ消滅ハ其行爲ノ消滅ヲ生スヘキモノトシ抹消ヲ以テ手形又ハ手形上ノ債務ノ消滅ヲ來スヘキ事由トセリ且其抹消カ抹消ノ權利アル者ノ行爲ニ因レルト否ト又故意ニ出ラタルト過失ニ出ラタルトヲ問ハサルモノノ如シ唯引受ニ付テハ獨逸手形法第二一條ニ明文アリテ引受ハ取消スヘカサルモノナルコトヲ定ムルカ故ニ引受ノ署名ノ抹消ハ引受ノ效力ヲ消滅セシムルニハ足ラストセリ「グリュンフット」ノ如キハ是カ理由ヲ說明シテ引受ノ場合ニ於テハ引受人ハ引受ノ署名ト同時ニ其義務ヲ負フモノナルカ故ニ後ニ至テ之ヲ抹消シテ一方的ニ其義務ヲ免ルルコトヲ得スト言ヘリ然レトモ「グリュンフット」ハ振出及裏書ノ署名ニ付テハ假令手形カ善意ノ第三者ノ手ニ歸シタル後ニ於テモ振出人又ハ裏書人ハ其署名ヲ抹消シテ責任ヲ免ルルコトヲ得ヘク唯其第三者ニ對シテ別ニ損

害賠償ノ責ヲ負フニ止レリト言ヘリ是矛盾モ亦甚シト謂フ可シ予ハ此等多數學者ノ說ニ反スル見解ヲ持ス「カンスタイン」ハ抹消カ其抹消ノ權利アル者ニ依テ且故意ニ爲サレタルトキハ抹消ノ時ヨリ記載事項ノ消滅ヲ來スモノナレトモ權利ナキ者ニ依リ又ハ故意ニ非スシテ爲サレタルトキハ抹消前ノ記載事項ハ依然トシテ其效力ヲ存スルモノト論セリ予ハ此說ニ贊ス夫ノ手形上ノ權利カ手形ニ記載シタル文言ニ因テ其範圍ヲ定メラルヘキコト及手形上ノ權利カ手形ト其存在ヲ共ニスヘキコトハ既ニ述ヘタリ然レトモ手形ノ債務者カ手形ニ記載シタル文言ニ從ヒ一旦手形上ノ債務ヲ負擔シタル以後ニ於テハ其文言ノ抹消又ハ手形ノ滅失ハ必シモ其債務ノ消滅ヲ來スモノトスルコトヲ得ス現ニ法律ハ手形ノ喪失ノ場合ニ付テハ後ニ述フル所ノ公示催告ニ依リ除權判決ノ方法ヲ認メ以テ其手形上ノ權利ノ行使ヲ認メタリ若抹消ノ場合ニ在テハ全然手形上ノ權利ヲ失フモノトセハ之ト權衡ヲ失スルニ至ルヘシ又法律ハ手形上ノ權利カ時効又ハ手續ノ欠缺ニ因テ消滅シタル場合ニ付テハ所持人ニ與フルニ不當利得請求ノ權利ヲ以テセルニモ拘ラス手形上ノ權利カ抹消ニ因テ消滅セル場合ニ付テハ新ル事項ヲモ認メサルナリ是手形上ノ權利カ抹消ニ因テ消滅セスト爲シタルカ故ナルヘシ予ノ所信ニ依レハ抹消ハ抹消ノ權利アル者ニ由テ故意ニ爲サレタル場合ニ非サレハ手形上ノ權利ノ實質ニ影響ヲ及サス勿論抹消ノ場合ニハ手形上ノ權利ヲ主張セントスル者ニ於テ其抹消カ抹消ノ實質ニ影響ヲ及サス勿論抹消ノ場合ニハ手形上ノ證明スル責任アリ又抹消ニ因テ文言カ不明トナリタルトキハ其抹消前ノ文言ヲ證明セサルヘカラス隨テ爲替訴訟ニ依テ其權利ヲ主張スルコトヲ得スト雖尙其證明ヲ爲スコトヲ得ル以上ハ其權利ノ實質ハ毫モ影響ヲ受ケサルモノト謂ハサルヘカラス故ニ手形ノ法定ノ要素カ抹消セラレタル場合ニ在テモ手形上ノ權利ハ必シモ消滅スルモノニ非サルヘシ我商法ハ匈牙利商法ノ如ク手

形ノ要件ノ故意ノ抹消ハ手形ノ要件ノ欠缺ト同一視スヘキモノニシテ手形要件ノ抹消ノ故意ニ爲サレタルモノト推定スル旨ノ規定ヲ設ケタルナリ
 尙振出又ハ裏書ノ署名ノ抹消ハ必シモ振出又ハ裏書ノ效力ヲ失ハシムルモノニ非ス其抹消カ振出人又ハ裏書人自身ニ依テ其手形ノ善意ノ第三者ニ歸セタル以前ニ故意ニ爲サレタルモノニ非サルコトヲ證明シ得ルトキハ振出人又ハ裏書人ハ其責ヲ免ルルコトヲ得サルナリ又引受、參加引受或ハ保證ノ署名ノ抹消モ亦必シモ此等ノ行爲ノ效力ヲ失ハシムルモノニ非ス而シテ此等ノ行爲ハ署名ト同時ニ法律上ノ效力ヲ發生スヘキモノナルカ故ニ抹消カ權利者ノ同意ヲ得テ行ハレタルニ非サル限ハ行爲者ハ其責任ヲ免ルルコトヲ得ス
 以上抹消ニ付テ説明スル所ハ抹消カ如何ナル方法ニ依テ爲サレタルカヲ問ハサルナリ故ニ通常ノ抹消方法ノ外紙片ヲ貼付シ又ハ化學的ノ方法ニ因テ腐蝕セシメ或ハ紙面ヲ削リ去リタルカ如キヲモ含ムヘシ又抹消セラレタル文字ノ讀ミ得ルヤ否ヤヲ問ハサルナリ要スルニ此等ノ事項ハ抹消カ權利者ニ依テ行ハレタルカ及故意ニ出テタルカヲ判決スルノ證據トシテハ同一ナラスト雖其抹消タルニ於テハ何等ノ差異ナシトス
 手形ノ切斷其他ノ毀損ハ手形上ノ權利ニ影響ヲ及スヤ否ヤ獨逸學者ノ通説及獨逸帝國高等商事裁判所ノ判決ハ手形カ流通上自然ニ生シタル磨滅汚損ノ外ハ一般ニ手形上ノ權利ニ消滅ヲ來スヘキモノトセリ然レトモ手形ノ切斷其他ノ毀損ニ付テハ抹消ニ付テ説明シタルト全ク同一ニ論斷セントス則權利者ハ其毀損カ毀損ヲ爲スノ權利アル者ニ由テ故意ニ爲サレタルモノニ非サルコトヲ證明シ得ルトキハ尙其權利ヲ主張シ得ヘキモノナリ

手形ノ滅失、紛失、盜難、其他ノ喪失ニ關シテハ法律ハ公示催告ニ依ル除權判決ノ方法ヲ認ム(民施五七條民訴七編)其手續ハ民事訴訟法ニ讓リテ説明セス除權判決ノ效力トシテハ手形上ノ權利者ハ恰手形ヲ所有セルト同ク其權利ヲ主張シ得ヘキモノニシテ其手形ノ善意ノ取得者ニ對シテモ尙是ヲ以テ對抗スルコトヲ得(民訴七八五條)又公示催告ノ申立ヲ爲シタル權利者ハ除權判決以前ニ於テモ手形上ノ債權者ヲシテ手形金額ヲ供託セシメ又ハ相當ノ擔保ヲ供シテ手形金額ノ支拂ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシ(二八一條)然レトモ此權利ハ手形金額ノ支拂ヲ爲スヘキ主タル債務者ノミニ對スルモノニシテ擔保義務ヲ負擔スルニ過キサル所ノ前者ニ對シテハ此權利ヲ行使スルコトヲ得サルナリ

第五節 手形上ノ權利ノ行使又ハ保全ノ爲ニスヘキ行爲ノ場所

手形上ノ權利ノ行使又ハ保全ノ爲ニ利害關係人ニ對シテ爲スヘキ行爲ハ原則トシテハ其營業所ニ於テ爲スコトヲ要スルナリ若シ營業所ナキトキ又ハ其住所ノ居所ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要ス但其者ノ承諾アルトキハ他ノ場所ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得(四四一條一項)然レトモ他ノ場所ニ於テ之ヲ爲スニハ其者ノ承諾アルコトヲ要スアルカ故ニ承諾ナキトキハ之ヲ爲スコトヲ得サルヤ言フ所又利害關係人ノ權利者ニ對シテ他ノ場所ニ於テ爲スコトヲ請求スルコトヲ得サルカ故ニ權利者ハ其請求アルニ拘ラス其者ノ營業所ニ於テ其行爲ヲ爲スコトヲ得ヘシ而シテ手形上ノ權利ノ行使又ハ保全ノ爲ニスヘキ行爲トハ手形ノ引受者トハ支拂ヲ求メ又ハ呈示ヲ受ケタル旨ヲ記載セシムル爲ニ手形ヲ呈示スルコトヲ拒絕證書ノ作成複本又ハ原本ノ返還ヲ請求スルコト通知ヲ爲スコト等是ナリ(四六六條、四六九條、四七二條、四七五條、四七六條、四八〇條、四八二條、四八七條、四八九條、四九〇條、五〇〇條、五〇五條、五

商法手形 本論 總論 手形上ノ權利ノ行使又ハ保全ノ爲ニスヘキ行爲ノ場所

0273

○八條、五二二條、五二四條、五二七乃至五二九條、五三三條、五三七條)
 右ノ原則ニ對シテハ例外ノ場合アリ即手形ニ支拂ノ場所ノ指定アルトキハ其場所ニ於テ支拂ヲ求メテ
 ル(ヘカラサルナリ(四五四條、四七三條、五二九條、四七三條、五二九條)此場合ニ於テ若支拂
 拒絶アリタルトキハ拒絶證書ハ其場所ニ於テ作成スルコトヲ要ス明治三十三年五月十四日ノ大審院判
 決ハ右ノ場合ニハ支拂ノ場所ニ於テ呈示及拒絶證書ノ作成ヲ爲スコトヲ得トセルハ聊足ラサルノ感ナ
 キヲ得ス(三三三三判決録五卷七七頁)然ルニ明治三十六年六月二日ノ判決ハ支拂場所ノ記載アルトキハ
 支拂人ノ承諾アルニ非サル限(其記載ノ場所ニ於テス(ヘキモノトセリ(三三六六判決録一五卷六八九頁)
 同年十月二十九日ノ判決モ必支拂ノ場所ニ於テス(ヘキモノトシ營業所又ハ住所ニ於テスルコトヲ許サ
 サルモノトセリ(三三卷一四七七頁)
 利害關係人ノ營業所住所又ハ居所カ知レサルトキハ拒絶證書ヲ作ル(ヘキ公證人又ハ執達吏ハ其地ノ官
 署又ハ公署ニ問合ヲ爲スコトヲ要ス若問合ヲ爲スモ營業所、住所又ハ居所カ知レサルトキハ其役場又
 ハ官署者クハ公署ニ於テ拒絶證書ヲ作ルコトヲ得(四四二條二項)而シテ利害關係人ノ營業所、住所又
 ハ居所カ支拂地内ニ在ラサルコトカ明瞭ナルトキト雖尙且知レサルモノト謂フコトヲ得(ヘシ故ニ此規
 定ニ從テ官署又ハ公署ニ問合ノ手續ヲ爲スコトヲ要ス(ヘキハ大審院判例ノ認ムル所ナリ(三三三三判決
 録八卷四百、三三年同九卷一五〇頁)

第六節 時效

手形上ノ權利ノ特性ハ前ノ數節ニ述(タルカ如ク普通ノ債權ニ比シテ其效力頗強大ナリ故ニ債務者ヲ
 シテ水ク此嚴格ナル債務ヲ負ハシムルハ殘酷ト謂ハサル(ヘカラス是ヲ以テ法律ハ手形上ノ債務ニ付特
 ニ短期ノ時效ヲ設ケテ債務者ノ負擔ヲ輕減シ之ト債權者トノ待遇上ノ權衡ヲ得セシメタリ即第四四三
 條ノ規定是アリ手形債務ノ時效ハ其性質ニ至テハ民法上ノ時效ト一モ異ル所ナシ故ニ之ヲ手形上ノ債
 權者カ法定ノ手續ヲ爲ササル爲メ其權利ヲ失フノ制度ト混同ス(ヘカラス法律カ手續ノ欠缺ニ因テ手形
 上ノ權利ノ消滅ヲ生ス(ヘキコトヲ定ムルハ其立法ノ趣旨タルヤ短期時效ノ制度ヲ設ケタルト全ク同一
 ナレトモ一ハ時效ニシテ一ハ權利保全ノ爲ニ必ナル手續タルニ過キサレハ全然其性質ヲ異ニセリ
 (四六七條、四七五條乃至四七八條、四八二條、四九〇條、五〇五條、五〇八條、五二七條、五二八條等)
 手形債務ノ時效モ亦時效ノ一種ナルカ故ニ時效ノ中斷、停止等ニ關スル民法ノ規定ハ悉皆之ニ適用セ
 ラル(ヘキモノナリ(一條)獨逸ニ於テハ從來手形法ノ時效ハ眞ノ時效ニ非スシテ法定期間(或ハ豫定期
 間)ノ一種ナリト論シタルモノアレトモ(「グラヴィン」(「レーマン」)通説ニ非サル)モナラス獨逸手
 形法第八〇條ハ手形法ノ時效ニ關スル中斷ノ規定ヲ爲セルモ獨逸新商法施行法第八條ハ其細民法ノ規
 定以外特ニ之ヲ定ムルノ必要アリトシテ削除セルカ故ニ手形法ノ時效カ民法上ノ時效ト同性質ナルコ
 トハ立法上明ニセラレタリ而シテ我商法ノ解釋トシテハ第四四三條ノ法文ニ徴スルモ明ナリ隨テ時效
 ハ當事者ノ援用アルニ非サレハ其效力ナキ旨ノ規定(民一四五條)モ亦手形法ノ時效ニ適用セラル(ヘキ
 モノナリ)獨逸ニ於テハ帝國高等商事裁判所ノ判決ニ對シ多數學者ハ反對說ヲ主張シ手形法ノ時效ハ當
 事者ノ援用ナキトキト雖裁判所ハ之ニ因テ裁判ヲ爲ス(ヘキモノトセリ(反對說「クライス」)「スタウヴ」
 「レーバイ」)「ベルンスタイン」)少クトモ我法律ヨリ言(ハ此多數說ニ從フ(ヘキモノニ非サル(ヘシ此
 他時効ノ效力及之カ利益ヲ豫拋棄スルコトヲ得サルモノナルコト等ニ付テハ總テ民法ノ講義ニ譲リテ

其説明ヲ省ク

手形法ノ時効ノ期間ハ債務者ノ種類ニ由テ一様ナラス佛國商法及之ニ倣ヘル所ノ伊太利、葡萄牙、白耳
義、羅馬尼ノ商法ハ債務者ノ種類ヲ分テ五トセリ西班牙商法ハ三年トセリ英法モ亦通シテ六
年トセリ然レトモ我商法ハ獨逸法及之ニ倣ヘル何牙利、瑞西、スカンヂナビヤ」法等ト同ク債務者ニ付
期間ヲ區別セルコト次ノ如ク

第一 引受人又ハ約束手形ノ振出人ニ對スル債權ハ滿期日ヨリ三年ヲ經過セルトキハ時効ニ因テ消滅
ス 此三年ノ期間ハ獨逸、何牙利、瑞西、西班牙、スカンヂナビヤ」等ト同一ナリ而シテ參加引受人及保
證人ニ對スル債權モ亦是ト同一ノ時効ニ罹ルヘキモノナリト爲スハ獨逸ニ於ル多數說ナリ唯參加引受
人ニ對スル債權ノ時効ニ付テハ「テール」ベルンスタイン、ゲルンブルグ、レーバイン」等ノ反對アリ
然レトモ「レーマン」カ參加引受人ノ債務ハ滿期日後二日內ニ手形ノ呈示ナキトキハ消滅スルカ故ニ參
加引受人ニ付テハ時効ノ問題ヲ生セズト言ヘルハ(五〇五條)時効ト法定手續欠缺トヲ混同セルモノ
ニシテ其說說タルヤ明白ナリ(保證人ニ付テハ矢部學士手形法要論ハ反對說ナリ)此時効ノ起算點ハ滿
期日ナルカ故ニ假令引受人カ滿期日ヲ變更シテ單純ナラサル引受ヲ爲ストモ或ハ引受人ト所持人トノ
間ニ於テ支拂ノ猶豫ヲ約スルモ時効ハ此等ノ事項ニ關セスシテ常ニ滿期日ヨリ進行スト解スルヲ正當
トス(矢部學士手形法要論反對)但滿期日後三年以上ヲ經テ支拂フヘキコトヲ約スル場合ニ於テ引受人
カ支拂ノ義務ヲ免ルルニ至ラサルコトハ勿論ナリ

第二 裏書人及爲替手形ノ振出人ニ對スル債權ハ六箇月ノ時効ニ因テ消滅ス 獨逸、何牙利、瑞西、ス
カンヂナビヤ」法ハ支拂地又ハ償還請求者ノ住所地ノ位置如何ニ依テ此期間ニ差等ヲ設ケルトモ我商

0275

法ハ此主義ヲ採ラス而シテ此時効ノ起算點ハ(1)所持人ノ償還請求ノ場合ニハ支拂拒絕證書作成ノ日ナ
リ若拒絕證書作成ノ免除ヲ爲シタル者アルトキハ其者ニ對スル時効ハ何時ヨリ進行スヘキモノト見ル
カニ付テハ多少ノ疑ヲ生シヘト雖此場合ニ於テハ其者ニ對スル償還請求權ノ時効ハ拒絕證書作成期
間ノ末日ヨリ進行スルモノト解スヘキコトハ獨逸帝國高等商事裁判所ノ判決アル所ニシテ我大坂地方
裁判所モ亦是ト同趣旨ノ判決ヲ爲シタルコトアリキ(三四年ハ六六八號判決)(2)償還ヲ爲シタル裏書人
カ更ニ前者ニ對スル償還ノ請求ヲ爲ス場合ニハ時効ノ起算點ハ償還ヲ爲シタル日トス償還ヲ爲シタル
日トハ單ニ支拂ヲ爲シタル日ノミヲ指スニ非スシテ更改、相殺、交互計算ノ組入等ニ因テ償還義務ヲ免
レタル日ヲモ包含スト解シテ可ナリ獨逸、何牙利、瑞西、スカンヂナビヤ」等ハ償還義務者カ支拂ヲ爲サ
スシテ訴ヘラレタルトキハ其訴ノ日ヲ起算點トスヘシト爲セトモ我商法ハ此主義ヲ採ラス
茲ニ問題トナルハ手形ノ主タル債務者ナル所ノ引受人又ハ約束手形ノ振出人カ時効ニ因テ其債務ヲ免
レタル後ニ於テハ償還請求權ハ全然消滅スルカ或ハ之ニ拘ラス前者ハ自己ニ對スル償還請求權カ時効
ニ罹ル迄ハ尚償還ノ義務アルカ是ナリ此問題ニ關シテハ獨逸帝國裁判所ハ償還義務者ハ償還ヲ爲ス
ト引換ニノミ償還ヲ爲スヘキモノナルカ故ニ主タル債務者カ義務ヲ免ルルニ至リタル後ハ償還ヲ爲ス
ルニ關シテ「ヘリ」スタウグ、ベルンスタイン」等ハ是ニ從ヘリ(同說毛戶學士、反對說矢部學士)又「グ
ラ」ンシュート」ハ後者ノ過失ニ因テ主タル債務者カ義務ヲ免ルルニ至リタルトキハ前者ハ償還ノ義務
ヲ免ルヘキモノトセリ此等諸說ノ正否ハ暫諸君ノ判斷ニ任ス

第七節 利得償還ノ請求

手形上ノ權利ハ前節ニ述ヘタル如ク嚴格ナル法律規定ニ從テ其保全ヲ圖ラサルヘカラサルモノナリ又比較的短キ期間内ニ行使セサルヘカラサルモノニシテ若シテ之ヲ怠ルキハ時効又ハ手續ノ欠缺ニ因テ消滅スルナリ然レトモ如此場合ニ於テ爲替手形ノ振出人カ是ニ由テ手形振出ノ際ニ得タル所ノ對價ヲ利得シテ支拂人ニ支拂ノ爲ニスル資金ヲ供セサルコトヲ得ルモノトシ又ハ引受人カ振出人ヨリ資金ノ供託ヲ受ケタルニ拘ラス之ヲ支拂ハサルコトヲ得ルモノトシ又ハ約束手形ノ振出人カ受取人ヨリ對價ヲ得テ面モ支拂ノ義務ヲ免ルルヲ得ルモノトセハ其結果ハ債務者ノ保護ニ厚シテ債權者ニ薄キモノトナルヘキカ故ニ法律ハ手形上ノ權利カ消滅セル後ニ於テ振出人又ハ引受人ヲシテ其受ケタル利益ノ限度ニ於テ償還セシムヘキモノトセリ第四四四條ノ規定即是ナリ

利得償還ノ制度ハ必シモ各國法ノ採ル所ニ非ス佛、白、蘭、西、葡ノ諸國法ハ手續ノ欠缺ニ因テ消滅シタル手形ハ振出人カ資金ヲ供シタルコトヲ證明スル場合ノ外ハ是ニ對シテハ消滅セサルモノト看做スヘキモノトセリ反之獨、荷、瑞、伊「スカンデナビヤ」法ハ其償還ノ請求ヲ受クヘキ者ノ範圍ニ付テハ多少異レトモ何レモ利得ノ償還ナルモノヲ認メタリ此等諸國法中「スカンデナビヤ」法ハ手形ノ總テノ債務者ニ對シテ此償還ヲ認メタリ

利得償還ノ請求ハ手形ノ授受ノ原因タル民法上ノ關係ヨリ生シタルモノニ非ス何トナレハ債權者ト債務者トノ間ニハ法律行爲上ノ關係アルコトヲ要セサルカ故ナリ又此請求ハ損害賠償ノ請求ニモ非ス何トナレハ債務者ニ不法行爲アルニ非スシテ却テ權利者ニ過失アルコト多クテハナリ又此請求ハ民法上ノ不當利得ノ一種ニモ非ス何トナレハ振出人又ハ引受人ハ法律上ノ原因ナクシテ利得セルモノニ非ス且其利得ノ原因ハ所持人ノ財産又ハ勞務又ハ勞務ニ因リタルコトヲ要セサルカ故ナリ(民七〇三條)又「カンス

タイン」ハ此請求ヲ以テ手形上ノ權利カ條件ヲ附シ且制限セラレタルモノト爲シ「グリーンフット」ハ或程度マテ此説ヲ是認セリ獨逸帝國高等商事裁判所及帝國裁判所ハ屢之ヲ稱シテ手形上ノ請求權ノ殘存物ト謂ヘリ然レトモ此觀念ハ誤謬ナルヘシ何トナレハ此請求權ハ手形上ノ權利カ消滅シタル後ニ於テ始テ發生スルモノナレハナリ故ニ此請求權ハ法律ノ規定ニ依テ特ニ與ヘラレタル一種特別ノ請求權ナリト謂フ外ナシ「スタウヴ」ハ此説ヲ主張シテ曰ク此請求ハ手形法上ノ元素ト一般ノ私法上ノ元素ト合同ナリ即手形上ノ權利ノ存在スルコトヲ要スルハ手形法上ノ元素ニシテ振出人又ハ引受人ノ利得シタルコトヲ要スル點ハ一般私法上ノ元素ナリト云ヘリ

利得償還ノ請求權カ法律ノ規定ニ依テ與ヘラレタル一種特別ノ請求權ナリトスルノ結果トシテ手形上ノ債權ノ爲ニ設定セラレタル質權、抵當權、其他ノ擔保ハ此請求權ニハ當然追從セサルモノト解シテ可ナリ(スタウヴ「クライス」「ベルンスタイン」反對説「カンス」「グリーンフット」等)又此請求權ハ通常ノ民法上ノ時効ニ依リ消滅スヘキモノニシテ其起算點ハ手形上ノ權利消滅ノ時ニ在リトス是「グリーンフット」等モ亦認ムル所ナリ而シテ我商法ヨリ言ヘハ此請求權ハ第二八五條ニ所謂商行爲ニ因リ生シタル債權ト謂フコトヲ得サルモノトス(二五三條四號)又此請求權カ通常訴訟ニ依テ主張スヘキモノニシテ爲替訴訟ニ依テ請求スルモノニ非サルコトハ一般ニ認メラルル所ニシテ「カンス」イン「ノ」如キモ亦此説ヲ採レリ

利得償還請求權ノ第一ノ要件ハ手形上ノ債權カ時効又ハ手續ノ欠缺ニ因テ消滅シタルコト是ナリ故ニ所持人カ完全ナル手形上ノ債權ヲ有シ若時効又ハ手續ノ欠缺ナカラシメハ完全ニ手形上ノ權利ヲ行使スルコトヲ得ヘキモノナルコトヲ要ス形式ヲ缺キタル手形ノ所持人又ハ抗辯ヲ以テ對抗セラルヘキ手

形ノ所持人ハ此請求權ヲ有セザルナリ而シテ其手形上ノ權利カ時効又ハ手續ノ欠缺ニ因テ消滅シタルコトヲ要ス
 第二ノ要件ハ振出人又ハ引受人カ利益ヲ受ケタルコトヲ要ス、獨逸手形法ハ法文中ニ手形ノ所持人ノ損害ニ因テ利得ス云ト定ムルカ故ニ其所謂損失トハ單ニ手形上ノ權利ヲ失ヒタルコトノミヲ指スカ否カニ付疑アリ通説ニ依レハ所持人ノ損失ハ即手形上ノ權利ヲ失ヒタルコトヲ指スモノト爲セトモ「デレンブルグ」ハ所持人カ反對給付ヲ爲シ又ハ爲スノ義務アルコトヲ必要トセリ我商法上ハ此點論ノ必要ナシ又獨逸法ニ於テハ所持人カ他ノ法律上ノ原因即一般私法上ノ關係ニ基キテ被請求者ニ請求スルコトヲ得ルトキ若クハ他ノ手形上ノ債務者ニ請求スルコトヲ得ルトキハ損失ナキモノトスヘキカ否カニ付テモ爭アリ多數說ハ此等ノ請求權ノ存在ト關係ナクシテ利得償還ノ請求權ハ之有リト爲セトモ「スタグ」ハ「ベルンスタイン」等ハ之ニ反對セリ而シテ是亦我商法上ニ於テハ論スルヲ須ヒス
 振出人又ハ引受人カ受ケタル利益トハ其手形ニ對スル對價又ハ資金トシテ受ケタル金錢其他ノ財産ヨリ之カ爲ニ支出シタル金錢其他ノ財産ヲ控除シタル殘額ヲ謂フ例之爲替手形ノ振出人カ千圓ノ對價ヲ得而シテ支拂人ニ資金トシテ六百圓ヲ給付シタルトキハ殘額四百圓ハ即利得額ナリ「テール」ハ振出人カ資金ヲ給付セザルニ至レル額ハ即利得ニシテ其對價ヲ得テ手形ヲ振出シタルト否ト問ハサルモノトセリ「カンスタイン」ハ振出人又ハ引受人カ償還又ハ支拂ヲ爲スヲ要セザルニ至リシコトヲ以テ利得ナリト言ヘトモ是通説ニ非ス而シテ振出人又ハ引受人ハ其受ケタル利得ノ償還ヲ爲スヘキモノナルカ故ニ其利益ノ現ニ存スルト否トハ問ハサルモノト謂ハサルヘカラス是民法上ノ不當利得ト異ル所ナリ
 (民七〇三條)獨逸ニ於テハ「レーバイン」「グリュニーンフラット」等ハ利益ノ現存ヲ必要トセスト雖多數說

ハ之ニ反對セリ我商法ノ解釋トシテハ此少數說ニ從フヘキモノナルヘシ又振出人又ハ引受人カ利得ヲ受ケタルコトハ所持人ニ於テ之ヲ證明セザルヘカラス此證明タルヤ頗困難ナレトモ固ヨリ此利得償還ノ請求權ハ恩惠的ニ與ヘタル權利ナルカ故ニ止ヲ得ザルモノトス尙我大審院ハ舊商法ノ解釋トシテ其原告ニ舉證ノ責任アル旨ノ判決ヲ爲セリ(三二年五月三二日及三三年五月三二日判決)
 利得償還ノ請求者ハ手形上ノ權利消滅ノ時ニ於ル所持人ナリ而シテ茲ニ所謂所持人トハ適法ニ償還義務ヲ履行シ之ニ依テ手形ヲ取得シタル裏書人ヲ包含スルモノト解シテ可ナルヘシ此點ハ獨逸ニ於テハ疑ナキモノトシ唯償還スヘキ義務ナキニ拘ラス任意ニ償還シタルモノハ此請求權ヲ有セスト爲セトモ我國ノ解釋家ハ一般ニ償還ヲ爲シタル裏書人ハ此請求權ヲ有セザルモノト論スルカ如シ(矢部學士手形法要論、毛戶學士手形法論綱)然レトモ此解釋ハ法文ノ字句ニ拘泥シテ其精神ニ背反セルモノト謂フヘシ
 利得ノ償還ヲ爲スヘキ者ハ振出人ト引受人トニシテ裏書人ヲ含マヌ裏書人ハ通常ハ利得ヲ受ケタルコトナシ何トナレハ裏書人ハ引受人ノ如ク資金ヲ受ケ是ニ因テ利得スルコトナク又裏書人ハ對價ヲ受ケテ裏書ヲ爲セトモ是前ニ被裏書人トシテ與ヘタル對價ヲ回復スルニ過キス假令前ニハ無償ニシテ手形ヲ得タルトキト雖尙裏書ヲ爲スニ因テ自己ノ有スル手形上ノ權利ヲ他人ニ讓渡セルモノナルカ故ニ其讓渡ノ際ニ當リ利得ヲ爲シタルモノト謂フコトヲ得ス或ハ獨逸手形法ノ解釋トシテ裏書人モ利得ヲ得タルトキハ尙償還義務アリト言ヘル者アレトモ我商法ニ於ルト同一ニシテ明ナル應説タルヘシ

第八節 民事上ノ手形法

商法手形 本論 債權 民事上ノ手形法

0277

本節ニ於テハ手形取引ニ屬スル關係ニシテ手形法ニ規定ナク一般法ノ規定ニ依テ決定スヘキモノノ内最重要ナル問題ノミニ付簡單ニ述ヘントス即能力、代理、手形豫約、原因關係、資金關係、手形授受ノ既存ノ法律關係ニ及ス效力ヲ論シ最後ニ荷爲替ニ付テ一言セントス

第一款 手形能力

廣義ニ於ル手形能力ハ之ヲ別テテ手形權利能力ト手形行為能力トノ二種ト爲スモノアリ手形權利能力トハ手形上ノ權利義務ノ主體トナル能力ニシテ我國ノ法律ハ手形上ノ權利能力ヲ有セサルモノハ是ヲ認メス手形行為能力トハ有效ニ手形行為ヲ爲スノ能力ニシテ我法律ハ之ニ關シテ特別規定ヲ設ケサルカ故ニ一般ノ行為能力ニ關スル規定ニ從フヘキモノナリ

民法ノ規定ニ依レハ意思能力ナキ者ハ手形行為能力ナク又無能力者ハ完全ナル手形行為能力ヲ有セサルナリ而シテ無能力者ノ手形行為カ如何ナル場合ニ於テ取消シ得ヘキモノナルカハ民法ノ規定ニ依テ決スヘキモノニシテ他ノ法律行為ト全ク同様ナルカ故ニ一之ヲ論セス唯準禁治產者カ保佐人ノ同意ヲ得ス又ハ妻カ夫ノ許可ヲ得スシテ爲シタル手形行為ハ民法第一條第一項又ハ第一條第四條ニ依テ取消シ得ヘキヤ否ヤニ付テハ一言スルノ必要アリ予ノ見解ニ依レハ民法第一條第一項第二號ノ保證ヲ爲スコトアルハ手形保證ノ場合ヲモ包含スルモノナリ隨テ準禁治產者又ハ妻ハ獨立シテ手形保證ヲ爲スコトヲ得ス若之ヲ爲シタルトキハ其手形保證ハ取消シ得ヘキモノナリト謂ハサルヘカラス但妻カ民法第一五條ニ依リ營業ヲ許サレタル場合ニ於テ其營業ニ關シ手形行為ヲ爲シタル場合及民法第一七條ノ場合ハ此限ニ非ス手形保證以外ノ手形行為ハ民法第一二條第一項又ハ第一四條ノ規定セル所ニ非ス

我大審院ハ民法第八八六條ノ解釋トシテ借財トアルハ單ニ貸借關係ニ基ク借財ノミヲ指シタルモノニ非スシテ金錢給與ノ債務ヲ負擔スル總テノ行為ヲ指稱セルモノトシ隨テ約束手形ノ振出モ亦借財ノ一種ナリトセリ(判決例九輯八〇四頁以下、八二四頁以下)予ハ立法論トシテハ準禁治產者又ハ妻ノ手形行為ニ付テ制限ヲ設ケルコトニ反對セスト雖解釋論トシテハ此判決ニ服スルコトヲ得サルナリ約束手形ノ振出自身カ借財ニ非サルハ勿論假令借財ヲ爲ス爲ニ手形ヲ振出スモ其振出行為ハ有效ナリ其振出ノ原因タル借財ノ取消ハ當事者間ニ於テ直接ニ對抗スルコトヲ得ヘキ事由タルニ止リ是ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルナリ(四四〇條)唯無記名手形ノ引渡ハ重要ナル動産ニ關スル權利ノ得喪ヲ目的トスル行為トシテ取消シ得ヘキ場合アリト信ス(民二條一項三號、八六條三項)然レトモ之ヲ通常ノ手形ノ裏書ノ場合ニ迄及サントスルハ恐クハ不穩當ノ解釋ナルヘシ

無能力者カ手形ヨリ生シタル債務ヲ取消シタルトキト雖他ノ手形上ノ權利義務ニ影響ヲ及ササルコトハ既ニ之ヲ述ヘタリ(四三八條)此規定ハ之ヲ推及シテ意思能力ナキ者ノ手形行為ノ無效其他手形法上主張シ得ヘキ錯誤其他ノ原因ニ基ク手形行為ノ無效ノ場合ニモ推及スヘキモノナルヘシ

第二款 手形代理

手形行為ハ商行為ナリ(二六三條四號)商行爲ノ代理人カ本人ノ爲ニスルコトヲ示ササルトキト雖其行為ハ本人ニ對シテ其效力ヲ及スヘキモノナルモ(二六六條)手形ニ付テハ特別規定アリテ代理人カ本人ノ爲ニスルコトヲ記載セスシテ手形ニ署名シタルトキハ本人ハ手形上ノ責任ヲ負ハサルナリ(四三六條)此場合ニ於テハ代理人ハ自ら手形上ノ責任ヲ負フニ至ルヘキハ前述セル所ナリ但相手方カ其代理

人カ自己ノ爲ニスルモノニ非サルコトヲ知レルトキハ是ヲ以テ當事者間ニ生セシ直接ノ事由ト謂フコトヲ得ヘシ(大審院判決錄九輯八〇〇頁代理ニ關シテハ此外特ニ説明ヲ要スルモノナシ代理ノ效力、自稱代理等ハ總テ民法及商法ノ一般規定ニ從フヘキモノナリ)

第二款 手形豫約

○手形豫約(Wechselzins)トハ手形ノ授受ヲ目的トスル契約ヲ謂フ、手形豫約ト手形行爲トハ之ヲ區別セサルヘカラス手形行爲ハ署名ノ形式ニ依ル要式行爲ニシテ手形上ノ權義ノ關係ハ此手形行爲ヲ俟テ始テ發生スルモノナリ然レトモ手形行爲ヲ爲スニ當テハ先其行爲ニ因テ債權者トナルヘキ者ト債務者トナルヘキ者トノ間ニ於テ行爲ノ態様ヲ定ムルコトヲ常トセリ例之手形ノ種類、金額、満期日、支拂地等ハ振出人ト受取人トノ間ニ於ル契約ニ因テ定ムルモノニシテ其約スル所ニ由リ手形ヲ振出スヘキモノナリ又裏書ニ付テモ裏書人ハ被裏書人トノ間ニ於テ裏書ノ種類其他ノ事項ヲ約シタル後裏書ヲ爲スヘキモノナリ此等ノ契約ハ是ヲ稱シテ手形豫約ト謂フ學者ノ手形豫約ヲ論スル者ハ多クハ振出ノ準備行爲トシテ之ヲ述フレトモ裏書ニ付テモ尙手形豫約アルヘキモノトス

手形豫約ハ民法上ノ一種ノ契約ナリ當事者ハ之ニ從テ手形行爲ヲ爲スヘキノ義務ヲ負擔シ其履行ハ是即手形行爲ナリ手形上ノ權利義務ハ其手形行爲ニ因リ始テ發生スヘク手形豫約ノミニ因テハ手形上ノ權利義務ヲ生セサルナリ故ニ手形豫約ニ因テ生シタル權利義務ハ通常ノ訴訟ニ因テノミニ主張シ得ヘク即通常ノ契約ヨリ生スル權利義務ナリ

第四款 原因關係

○原因關係(Unterzeichnung)トハ手形ノ授受ヲ爲スニ至リタル理由ノ關係ヲ謂フ、其關係ノ實質ハ或ハ贈與ナルコトアリ或ハ買賣ナルコトアリ或ハ當事者間ノ既存ノ法律關係ノ效力ヲ確保スル爲ニスルコトアリ或ハ其關係ヲ消滅セシムル爲ニスルコトアリ此等ハ一一列舉シ難シト雖總テ手形ノ授受ヲ爲スニ當テハ溢ニ之ヲ爲スニ非スシテ其之ヲ爲スニ至ラシメタル理由アリ是ヲ稱シテ原因關係ト謂フ原因關係モ亦通常手形ノ振出ノミニ關シテ論セラレモ之ヲ振出ノ場合ノミニ限ルヘキ理由ナシ

原因關係ヲ純然タル手形上ノ法律關係ト分離セシメタルハ近世ノ學說ナリ古ノ學說ニ在テハ手形行爲ヲ以テ契約ナリトシ原因ヲ以テ其成立要件ナリトセリ然ルニ近世ニ至テハ手形ヲ以テ不要因證券トシテ手形上ノ權利義務ハ手形行爲ノミニ因テ發生スルモノトシ其何故ニ權利ヲ得義務ヲ負フニ至レルカハ之ヲ問ハサルニ至レリ隨テ原因ニ關スル缺點ハ之ヲ以テ手形上ノ債權者ニ對抗スルコトヲ得サルナリ故ニ手形ニ原因關係ヲ表示スルノ文句即所謂原因文句ヲ記載スルハ古來ノ慣習トシテ今尙歐米各國ニ行ルル所ナレトモ英、獨、匈、瑞西、白、伊等ノ諸國法ハ原因文句ヲ以テ手形ノ要件トセス反之間佛、西ノ諸國法ハ尙之ヲ以テ手形ノ要件ナリト爲セリ

予カ以上ニ説明セル原因ヲ以テ或ハ對價ト稱スル者アリ所謂「バルター」(Vorteil)ナル原語ニ對スル譯語トシテハ對價ナル文字カ適合セル如シト雖對價ト云フトキハ單ニ手形ノ受者カ授者ニ與フル報酬ノミヲ指スノ感アリ(毛戶學士手形法論網八六頁)隨テ其語ハ狹キニ失ス是予カ此語ヲ用ヒナリシ所以ナリ

0279

第五款 資金關係

資金關係(Darlegungspflicht)トハ爲替手形ノ支拂人若クハ引受人又ハ小切手ノ支拂人ト振出人其他ノ資金義務者トノ間ノ關係ヲ謂フ最普通ナル場合ヲ言ヘハ支拂人ハ手形ノ支拂ヲ爲スカ爲ニ振出人ヨリ報酬ヲ受クルナリ又支拂人若クハ引受人カ支拂ヲ爲シタルトキハ振出人ニ對シテ之カ補償ヲ求ムルコトヲ得此後ノ場合ハ是ヲ補償關係(Kevahierungspflicht)ト稱スレトモ尙廣義ニ於ル資金關係ノ一ナリ資金關係ヲ解シテ單ニ支拂人カ支拂ヲ爲スノ資本トシテ振出人ヨリ財產ヲ受クル關係ヲ謂フモノト爲ス(毛戶學士手形法論綱八七頁)ハ狹キニ失ス何トナレハ支拂人カ引受又ハ支拂ヲ爲スハ振出人ヨリ支拂ノ材料ヲ受クルニ因ルコトアレトモ或ハ支拂人カ振出人ニ對シテ債務ヲ負擔セルニ因ルコトアリ或ハ振出人ト豫信用契約ヲ締結シテ其契約ニ基キ一定ノ金額ヲ限度トシテ支拂ヲ爲スコトアリ或ハ契約ナキニ拘ラス振出人ヲ信用シテ支拂ヲ爲スコトアリ此等ノ關係ノ實質ナルモノハ必シモ一樣ナラサルコト恰原因關係ノ實質カ一樣ナラサルト同一ナリ

以上ハ振出人カ資金義務者ナル所ノ通常ノ場合ニ關シテ述ヘタルモ振出人カ他人ノ計算ニ於テ振出シタル手形即所謂委託手形(Kommissionstrale)ノ場合ニ在テハ振出人ハ唯手形上ノ關係ニ於テ振出人タルノ地位ニ立ツニ過キス實際ニ於テ利害ノ計算ノ歸スル所ハ委託者ナルカ故ニ資金義務者ハ委託者ナリ此場合ニ於テハ支拂人ニ對スル通知書(Avis)ニ依テ其委託者ノ氏名及何ヲ以テ資金ト爲スカヲ通知セザルヘカラス

資金義務者ト支拂人又ハ引受人トノ間ノ關係即資金關係ノ實質ナルモノハ前述セル如ク必シモ一樣ナラスシテ或ハ委任ナルコトアリ或ハ保證ナルコトアリ或ハ事務管理ナルコトアリ「テール」「アイキル」「ラー」等ヲ始トシテ「ルノー」「レーマン」「クレヴェル」「キニチ」等ハ爲替手形ニ於テ支拂ノ委託ヲ以テ要件トセルヲ見テ(四四五條五號)振出人ト支拂人トノ間ノ關係ハ常ニ委託ナリトセリ然リト雖手形ニ記載スル所ノ支拂ノ委託ハ手形ノ形式ニ於テ其記載ヲ必要トスル文言ニ過キシテ資金關係ノ實質ヲ表明スルモノト見ルコトヲ得ス故ニ現時ノ通説ハ資金關係ナルモノハ手形ニ記載シタル委託ノ文言ヲ基礎トセスシテニ事實上存在スル實質的法律關係ニ因テ之ヲ定ムヘキモノトセリ(獨逸帝國高等商事裁判所判決ニフォルクマル、レーヴィー「クンツ」ウエヒタル「デルンブルグ」「レーバイン」「カンスタイン」「コーザック」「スタウプ」「ベルンスタイン」等)其結果トシテ支拂人カ支拂ヲ爲シタルコトヲ理由トシテ補償ヲ請求スルニ當テハ支拂人ハ單ニ自己ヲ支拂人トシテ振出サレタル手形ノ支拂ヲ爲シタル事實ヲ證明シ手形ニ記載セラレタル支拂ノ委託ニ應シテ支拂ヲ爲シタルコトヲ主張シ之ニ因テ補償ヲ請求スルコトヲ得ス必キ振出人カ如何ナル實質上ノ關係ニ因テ資金義務ヲ負擔セルカヲ證明セザルヘカラス

資金關係ハ手形上ノ關係ニ非ス故ニ資金ノ請求權ハ勿論手形上ノ權利ニ非ス隨テ爲替訴訟ニ依テ之ヲ請求スルコトヲ得サルモノナリ我舊商法ノ如キハ爲替手形ノ支拂ヲ爲シタル支拂人ハ爲替資金ノ請求權ヲ爲替ノ原則ニ從テ主張スルコトヲ得ト定メタルカ(舊商八〇七條)如此ハ手形上ノ權利ト手形以外ノ關係ヨリ生シタル權利トヲ混同シタルモノト謂ハサルヘカラス

資金關係ハ已ニ述ヘタルカ如ク手形上ノ關係ニ非ス資金關係ハ一ニ資金義務者ト支拂人又ハ引受人トノ間ノ實質上ノ法律關係ニ因テ定マルモノニシテ手形上ノ關係ト相牽聯スルコトナシ我舊商法ハ佛法



ノ主張ヲ採リ資金ニ關スル規定ヲ手形法中ニ置キ(舊商八〇三條以下)引受ニ因テ引受人ハ資金義務者ヨリ資金ヲ受取リタリトノ推定ヲ生ス(キモノトセリ但其推定ハ引受人ト資金義務者トノ間ニ於テ效力アルヘキモノニシテ資金義務者ト所持人トノ間ニ於テハ其效力ナキモノトス(八〇五條、八〇六條)此規定ハ佛蘭西商法ニ第一一七條做(ヘルモノナリ然レトモ引受ト資金トノ間ニハ何等ノ關係アルヘキ所由ナク支拂人カ引受ヲ爲スハ必シモ資金ヲ受取レルニ因ラス故ニ新法ハ如此規定ヲ採用セス)上述ノ如ク資金關係ト手形上ノ關係トハ全ク相牽聯スル所ナシ故ニ振出人ハ既ニ資金ヲ供シタルコトヲ理由トシテ擔保ノ請求又ハ償還請求ノ責ヲ免ルルコトヲ得ヌ又支拂人ハ資金ヲ受取リタルカ故ニ手形ノ支拂ヲ爲スヘキ手形上ノ義務ヲ負フヘキモノニ非ス支拂ヲ爲スヘキ手形上ノ債務ハ一ニ引受ナル手形行爲ニ因テ生スルモノナリ又支拂人ハ尙引受ヲ爲シタルトキハ支拂ヲ爲スヘキ絕對的ノ義務ヲ負ヒ資金ヲ受領セサルコトヲ理由トシテ之ヲ拒ムコトヲ得ヌ

第六款 手形授受ノ既存ノ法律關係ニ及ス效力

手形ノ授受ニ當リ授受者ニ於テ既ニ權利義務ノ關係ヲ存スルトキハ其授受ハ之ニ對シテ如何ナル效力ヲ及スヘキカ即既存ノ權利義務ナルモノハ手形ノ授受ニ因テ消滅スルカ將手形上ノ權利義務ト併存シテ手形上ノ權利ナルモノハ單ニ既存ノ權利ヲ確保スルノ手段タルニ止ルヘキカハ本款ニ於テ說カントスル所ナリ

此問題ニ關シテハ「アイキルト」「タンフエ」等ヲ始トシテ古ノ學者ハ手形ノ授受ハ既存ノ權利義務ヲ消滅セシムルノ效力ヲ有スルモノナリト論シタル者尠カラス然レトモ當事者ノ意思如何ヲ問ハヌ手形行爲ハ既存ノ權利義務ニ對シテ當然消滅力アリト爲スハ法理ニ反スルモノト思惟ス殊ニ前ノ債權ニ附屬セル所ノ質權、抵當權其他ノ擔保、違約金等ノ利益ハ手形ノ授受ニ因テ原債權ト共ニ消滅ニ歸スヘキモノトセハ實際上ノ不便モ亦尠カラサルヘシ故ニ現今ノ通說ニ依レハ手形ノ授受ハ當事者カ明示又ハ默示ノ意思表示ニ因テ之ニ既存ノ權利ヲ消滅セシムルノ效力ヲ授ケタル場合ノ外ハ當然消滅力ヲ有スルコトナク既存ノ法律關係ト併存シテ之ヲ確保スルノ效力ヲ有スルモノト看做シ隨テ更改ナリト看做セルカノ履行ニ代ヘテ爲替手形ヲ發行スルハ債務ノ要素ヲ變更スルモノト看做シ隨テ更改ナリト看做セルカ(民五一三條)是債務ノ履行ニ代ヘテ爲替手形ノ發行ヲ爲シタル場合ノミニ關スルモノニシテ既存ノ權利ト併存シテ爲替手形ヲ發行スルコトヲ認メサルモノト解スルハ(矢部學士手形法要論一六六頁以下)鑿說ナラン

以上述ヘタル如ク手形ノ授受ニハ當然ノ消滅力ナクシテ當事者カ之ニ消滅力ヲ與ヘタル場合ニ於テノミ消滅力アルモノト謂ハサルヘカラス故ニ手形ノ授受アリタルトキハ須既存ノ法律關係ヲ確保スル爲メ即獨逸學者ノ所謂辨濟ノ爲ニ授與セラレタルモノト推定セサルヘカラス故ニ既存ノ法律關係ヲ消滅セシムルカ爲メ即所謂辨濟ニ代ヘテ授與セラレタルモノト主張セント欲スル者ハ之ヲ證明スルノ責任ヲ有ス(獨逸帝國商事裁判所判決、帝國裁判所判決)而シテ手形上ノ關係ト既存ノ關係トカ併存スル場合ニ於テモ債權者ハ其何レモ辨濟ヲ受クルコトヲ得サルハ勿論ナリ當事者ノ意思ハ手形上ノ權利ヲ以テ既存ノ權利ヲ確保スルニ在ルカ故ニ債權者ハ先手形上ノ權利ノ執行ヲ試ミサルヘカラス此場合ニ於テ如何ナル程度迄其執行ヲ試ムヘキヤニ付テハ多少ノ議論アレトモ債權者ハ手形ノ支拂ヲ求メテ其拒絶アリタルトキハ直ニ原債權ノ執行ヲ求ムルコトヲ得ヘキモノト解スルヲ至當トス但支拂拒絶ノ場合



ニ在テハ債權者ハ債務者ノ利益ノ爲ニ手形上ノ權利ヲ保全スルノ手段ヲ採ラサルヘカラス若之ヲ怠リ其結果トシテ債務者ヲシテ手形上ノ權利ヲ失ハシムルニ至リタルトキハ債權者ハ債權者ニ對シテ原債權ヲ主張スルコトヲ得サルニ至ルモノト謂ハサルヘカラス又債權者カ手形ノ支拂ヲ受ケタルトキハ原債權ハ之ニ因テ消滅スヘキハ勿論ナルモ其他他人ニ手形ヲ交付スルニ當テ其得タル對價ヲ失フノ處ナキニ至リタルトキ例之其手形ノ所持人カ支拂ヲ受ケタルトキ又ハ自己カ裏書ヲ爲スニ當リ無擔保ノ裏書ヲ爲シタル如キハ是亦原債權ノ消滅アリト解スヘキナリ

右ハ手形ノ授受カ既存ノ法律關係ニ對シテ確保力ヲ有スル場合ニ付テ述ヘタリ次ニ手形ノ授受カ當事者ノ明示又ハ默示ノ意思表示ニ因テ消滅力ヲ有スル場合ニ付テ一言セントス此場合ノ法律上ノ說明ニ關シテハ學說一定セズ「コーザック」「ガライス」「スタウヴ」等ハ之ヲ以テ代物辨濟ナリトセリ「デルンブルフ」「ウエヒタル」等ハ之ニ反對シテ更改ナリトセリ又「グリュンフト」「ゴールドシュミット」等ハ當事者ノ意思如何ニ因テ或ハ代物辨濟タルヘク或ハ更改タルヘシト言ヘリ予ノ正當ナリト信スル所ニ依レハ更改ト代物辨濟トノ區別ハ當事者ノ意思如何ニ存スヘシ當事者ノ意思カ債務ノ履行トスルニ在ルトキハ代物辨濟ニシテ其給付カ物ナルト債權ナルト問ハサルナリ又債務者カ第三者ニ對シテ有スル所ノ債權ヲ與ヘ或ハ債權者ニ對シテ債務者カ新ニ債務ヲ負擔スルカ如キモ尙代物辨濟タルコトヲ得ヘシ反之當事者ノ意思カ債務ノ要素ヲ變更シテ新債務ヲ以テ舊債務ノ目的ヲ達セントスルニ在ルトキハ更改ナリト謂フヘシ要之舊債務ノ消滅ニ重キヲ措クハ代物辨濟ナリ新債務ノ設定ニ重キヲ措クハ更改ナリ故ニ手形ノ授受ノ如キモ亦當事者カ之ニ如何ナル效力ヲ與ヘント欲シタルカニ因テ或ハ更改タリ或ハ代物辨濟タリト謂ハサルヘカラス唯我民法ハ債務ノ履行ニ代フル爲替手形ノ振出ハ常ニ更改

タルヘキモノトセムカ故ニ爲替手形ノ振出ハ當事者ノ意思如何ニ關セス更改ニシテ代物辨濟タルコトナシト謂ハサルヘカラス但其立法上ノ理由ニ至テハ予ノ了解ニ苦ム所ナリ

抑民法第五一三條第二項ノ解釋ニ關シテハ種種ノ議論アリ或ハ之ヲ嚴格ニ解釋シテ爲替手形ノ發行ノミハ更改ナレトモ其他約束手形、小切手ノ發行ハ勿論手形ノ裏書ノ如キハ常ニ更改タルコト能ハスト言フモノアリ或ハ是ヲ廣汎ナル意義ニ解シテ手形ノ裏書、小切手ノ發行ノ如キハ少クトモ之ヲ更改ト見サルヘカラスト言フ者アリ予ノ見解ニ依レハ兩說共ニ非ナリ此等ノ手形行爲ハ當事者ノ意思如何ニ因テ或ハ更改タルコトアリ或ハ代物辨濟タルコトアリ或ハ單ニ既存ノ權利ヲ確保スルニ過キサルコトアリテ必シモ之ヲ一定スルコトヲ得ス唯爲替手形ノ發行即振出ノミニ關シテハ民法ノ規定アルカ故ニ假令債務ノ履行ニ代フルノ意思ヲ以テスルトキト雖尙代物辨濟タルコトヲ得シテ更改ナリト解セサルヘカラス(岡野博士論文法學協會雜誌二三卷一號以下參照)

第七款 荷爲替

荷爲替トハ物權的有價證券トシテ貨物引換證又ハ船荷證券ヲ擔保トシテ振出サレタル爲替手形ヲ謂フ詳言スレハ貨物ノ賣主カ其買主ヲ支拂人トシ銀行ヲ受取人トシテ爲替手形ヲ振出し別ニ物權的有價證券ヲ銀行ニ裏書シテ若手形ノ支拂ナキトキハ銀行ヲ其證券ニ由テ貨物ヲ處分シ以テ辨濟ヲ受クヘキコトヲ特約シ其手形ノ振出ニ對シテ對價ヲ受取ルコトヲ謂フ故ニ所謂荷爲替ナルモノモ亦爲替手形ニシテ別ニ荷爲替ナル一種ノ手形アルニ非ス大審院ハ荷爲替ニ於ル爲替手形ハ流通證券トシテ發行スルモノニ非ス隨テ受取人ナル銀行カ他ノ銀行ニ裏書ヲ爲スコトアルモ其趣旨タルヤ手形記載ノ金額取立



ヲ委任スルヲ以テ通例トシ權利ノ移轉ノ目的トスルモノニ非ストセリ(判決錄九輯七八七頁以下)然レトモ荷爲替ニシテ荷爲替手形ナリトセハ其之ヲ流通證券トセザル爲ニハ振出人ニ於テ裏書禁止ヲ爲サザルヘカラス(四三九條)又大審院ハ荷爲替契約ハ我國ニ於テ商法施行以前ヨリ存スル行爲ナルヲ以テ荷爲替手形ハ必シモ商法ニ規定セル爲替手形タルコトヲ要セスト判決ヲ下シタリト雖(判決錄一〇輯九一一頁以下)商法施行前ヨリ存在セル理由ニ由リ手形ニシテ而モ商法ノ規定ニ從ハサルモノアリテ可ナリトノ意義ナリトセハ甚奇ナル判決ト謂ハサルヘカラス唯荷爲替契約ハ必シモ手形ニ依ルコトヲ必要トセス手形以外ノ支拂指圖ノ證券トシテ手形ノ形式ニ依ラズシテ之ヲ發行スルコトヲ認ムルモ可ナランカ(法學協會雜誌二卷二一號松波博士論文、内外論叢三卷六號岡野博士質難解答)

第二章 爲替手形

第一節 振出

第一款 爲替手形ノ要件

手形カ要式證券ナルコトハ既に之ヲ述ヘタリ手形ノ要件ハ爲替手形ニ關シテハ第四四五條約束手形ニ關シテハ第五二五條小切手ニ關シテハ第五三〇條ニ之ヲ定ム此等ノ要件ハ手形ノ成立ノ爲メ絕對ノ必要ナルモノニシテ若其一ヲ缺トキハ手形タルノ効力ナキモノトス而シテ其要件ヲ具備セルヤ否ヤハ一ニ手形ニ依テ之ヲ判斷スヘキモノニシテ手形以外ノ事實又ハ意思表示ニ由テ之ヲ補足スルコトヲ得サルナリ如此證券ノ文言カ一ニ當事者ノ權利義務ヲ決定スルニ至リ始テ手形ハ流通證券トシテ商業社會ニ於テ紙幣ト類似ノ作用ヲ爲スコトヲ得ヘシ

手形ハ其要件ヲ缺トキハ手形トシテ無効ナリ隨テ要件ヲ缺キタル手形ノ振出ハ振出タルノ効力ナキト同時ニ其無効ナル手形ニ爲シタル裏書引受等ノ行爲モ亦手形行爲タルノ効力ナシ手形行爲カ獨立ナルコトハ形式ニ於テ完全ナル手形ノ存在セルコトヲ前提ト爲ス即形式上無効ナル手形ニ爲シタル手形行爲ハ眞ニ手形行爲ト云フコトヲ得ザルカ故ニ尙無効ナリト謂ハサルヘカラス反之形式上完全ナル手形ニ爲シタル行爲ハ各自獨立シテ其効力ヲ生シ假令實質上ノ理由ニ因テ其一ノ行爲カ無効ナルトキト雖他ノ行爲ノ効力ニハ影響ヲ及ササルモノナリ要之手形振出ノ要件ハ常に振出ノ要件タルニトラス總テノ手形行爲ノ基礎トナルモノトス故ニ其要件ヲ具備セザルトキハ法律上ノ手形ナルモノナク從テ手形行爲ナルモノ生スルコトナシ獨逸手形法第七條ハ不完全ナル手形ニ爲シタル裏書引受其他ノ手形行爲カ無効ナルコトヲ規定セルカ蓋當然ニシテ特ニ言フ須ヒサル所ナリトス
以上述ヘタルカ如ク手形ノ要件ハ法律ノ定ムル所ニシテ之ヲ欠缺スルコトヲ容サズ其所謂要件トハ手形上ノ記載ニ付テ是ヲ言フモノニシテ換言スレバ形式上ノ要件ナリ故ニ其果シテ眞正ナル事實ト符合セルヤ否ヤハ問フ所ニ非サルナリ例之手形ノ振出地カ事實上ノ振出地ト異リ振出ノ年月日カ眞ニ振出サレタル年月日ト異ルモ其手形ハ荷形式上ノ要件ヲ缺カサル以上ハ手形トシテ有效ナリ若之ヲ以テ手形ノ要件ヲ缺タモノト爲シ隨テ無効ナル手形ナリトスルトキハ手形ノ授受者ハ證券ノ文言ノミニ信頼シテ其授受ヲ爲スコトヲ得ザルヘク手形カ流通證券タルノ作用ハ發揮セラレザルニ至ルヘシ嘗テ岡野博士ハ授受ノ要件カ形式上ノ要件ニシテ實質ノ眞實ナルコトハ關係ナキヤ稱シテ外觀ノ解釋ノ原則ト謂ヒ大審院カ振出行爲ニ關係ナキ土地ヲ振出地トセル手形ノ振出ヲ無効ナリトシタル判決ヲ批難セラレタルコトアリキ(判決錄三五年八輯九卷六七頁以下、法學協會雜誌二卷二一號岡野博士論文)而シテ

昨年ニ至リ大審院ハ前判例ノ趣旨ヲ翻シテ振出ノ日附又ハ振出地ノ記載ニ關シテ荷法定ノ要件ヲ具備セル所ノ手形ハ其記載事項ニ眞實ナラサルモノアルモ尙形式完備ノ手形タルコトヲ失ハサルカ故ニ振出人ノ善意ノ取得者ニ對シテハ其記載事項ノ眞實ナラサルコトヲ理由トシテ手形債務ヲ免ルルコトヲ得サルモノトセリ(二七年四月七日及六月一四日判決即一〇輯四七頁以下及九三七頁以下)又昨年七月五日ニ至リ聯合判決ヲ爲シ手形ニシテ形式上ノ要件ヲ具備スル以上ハ假令記載事項中事實ニ適合セサルモノアルモ手形ノ成立ニ何等ノ瑕疵ヲ生スルコトナク此法理ハ手形ヲ授受セシ直接ノ當事者タルト否ト將手形取得者ノ善意又ハ惡意ナルトニ由テ其適用ヲ異ニス(キモノニ非ストセリ)(一〇輯一〇二二頁以下)尙振出ノ年月日ノ眞實ナラサルコトカ手形ノ無効ヲ生セサルコトハ既ニ同年五月二十四日ノ判決ニモ見ハルル所ニシテ此判決ニ於テハ取得者ノ善意惡意ヲ問題ト爲サザリシナリ(一〇輯七一八頁以下)此最後ノ判決ハ岡野博士ノ論文並ニ獨逸多數學者ノ意見ト一致セリ但「グリーンフット」ハ惡意者ニ對シテハ記載事項ノ眞實ナラサルコトヲ對抗シ得(キモノト爲セトモ是通説ニ非ス)爲替手形ノ要件ハ第四四五條ニ之ヲ列舉セリ以下順次ニ説明セン

第一 爲替手形タルコトヲ示ス(キ文字) 是獨逸學者ノ所謂手形文句(Wechselsatz)ニ相當スルモノニシテ之ヲ要素トセルハ以テ他ノ證券ト區別シ其授受ニ方リ一見シテ手形タルコトヲ知ラシムルカ爲ナリ獨逸手形法及匈牙利、瑞西、伊太利、羅馬尼、スカンデナビヤノ諸國法ハ之ヲ必要トセルモ英、佛其他ノ手形法ハ之ヲ必要トセス我舊商法モ亦同シ而シテ此爲替手形タルコトヲ示ス(キ文字)ハ爲替手形ノ四字ニ限ラス或ハ爲替ト謂ヒ或ハ爲替證書ト謂フカ如キ爲替手形タルコトヲ示ス(キ文字)ナレハ則可ナリ又外國語ヲ以テ爲替手形ヲ發行シタルトキハ此爲替手形ニ當ル(キ外國語)ヲ以テスルモ可

ナルヘシ

第二 一定ノ金額 是所謂手形金額ニシテ其記載ハ各國法何レモ之ヲ必要トセリ其必要ナリトスル所以ハ敢テ言フヲ俟タスト信ス

手形上ノ債權ノ目的ハ金額ナラサル(キカラ)商品又ハ有價證券ノ如キモノヲ目的トスル手形ハ是ヲ認ムルコトヲ得サルモノトス尤外國法中伊太利法、羅馬尼法ノミハ商品ヲ目的トスル手形ヲ認メタリ又金額ハ貨幣ヲ以テ示ササル(キカラ)貨幣モ特種ノ通貨又ハ外國ノ通貨ヲ以テスルコトヲ得ルハ學者ノ普ク認ムル所ナリ(民四〇二條)

手形金額ハ一定ナラサル(キカラ)故ニ滿期日ニ於テ爲替相場ニ依テ一定ノ金額ノ外國貨幣ニ當ル(キ内國貨幣)ヲ支拂フ(キモノ)トスルカ如キハ之ヲ認ム(キカラ)又利息ノ約束ノ如キハ手形金額カ手形ノ記載ノミニ依テ確定セラルルコトヲ妨タルモノナルカ故ニ之ヲ記載セル手形ハ無効ナリト謂ハサル(キカラ)但一定ノ金額ヲ以テ利息ヲ表示セルカ如キハ勿論差支ナシ此利息ノ約束ニ關スル各國ノ立法例ハ頗る區別ニシテ奧太利手形法ハ明文ヲ以テ利息ノ約束アル手形ヲ無効トシ獨逸、匈牙利、瑞西、伊太利、「スカンデナビヤ」法ハ利息ノ約束ノミヲ無効トセリ又英吉利及佛蘭西法ハ全然之ヲ有效トセリ

手形金額ノ記載ハ手形面アラハ何レノ部分ニ爲スモ妨ナシ又其記載ノ文字ハ文字タルト數字タルトヲ問ハサルナリ又數箇所ニ記載スルモ可ナル(キカラ)若其數箇所ノ金額ノ間ニ差異アルトキハ手形ノ主たる部分ニ記載シタル金額ヲ以テ手形金額トス(キカラ)法律ノ明ニ定ムル所ナリ(四四六條)英吉利、佛蘭西、匈牙利、葡萄牙ノ諸國法ハ斯ル場合ニハ文字ニテ記載セラレタルモノニ依ル(キモノ)トシ數箇ノ記載カ共ニ文字又ハ數字ナルトキハ少キ金額ニ依ル(キモノ)トセリ又伊太利法ハ常ニ少ナキ金額ニ依ル(キモノ)

0284

キモノトセリ
 第三 支拂人ノ氏名又ハ商號 支拂人ハ爲替手形ニ於テハ支拂ヲ爲スヘキモノナルカ故ニ其記載ヲ必要トスヘキヤ勿論ナリ然レトモ支拂人ノ氏名又ハ商號ハ手形ノ形式上ニ於テ之カ記載アルコトヲ要スルモノナルカ故ニ果シテ眞ニ支拂ヲ爲サント欲スル人タルト否トヲ問ハス又假設ノモノタルト否トヲ問ハサルナリ假設人ニ對スル手形ハ「クラーウエツセル」ト謂ヒテ獨逸帝國裁判所及帝國高等商事裁判所共ニ有效ナリトセリ

支拂人ハ數人ヲ記載スルコトヲ得ルヤ否ヤハ議論ノ岐ル所ナレトモ獨逸帝國裁判所モ千九百年五月三十一日ニ至リ前裁判例ヲ翻シテ積極說ヲ採ルニ至リタルモノニシテ積極說ヲ以テ正鵠ヲ得タルモノナルヘシト思惟ス唯數人カ分擔シテ支拂ヲ爲スヘキモノトシ又ハ甲ニ非サレハ乙ト云フカ如キ記載ノ不可ナルハ猶獨逸帝國裁判所ノ認メタル所ノ如シ又支拂地ノ記載ヲ爲ササル場合ニ於テハ數人ノ支拂人ノ住所地ハ同一ナルコトヲ要ス然ラサレハ數箇ノ支拂地ヲ生スヘケレハナリ(四五二條)

支拂人ハ振出ハ同一人ナラサルコトヲ常トセルモ法律ハ其同一人ナル場合アルコトヲ認ム(四四七條)同一ノ商號ヲ有スル數多ノ營業所アル場合ニ其營業所間ニ於テ手形ヲ發行シ又ハ振出人カ支拂地ニ於テ自ラ支拂ヲ爲サント欲スルトキハ此種ノ手形ヲ振出スコトハ夥多ナリトス之ヲ稱シテ自己宛爲替手形(Fristbeigene Wechsel)ト謂フ如此手形ノ效力ニ關シ獨逸法ハ振出地ト支拂地トノ異ル場合ニ於テノミ之ヲ有效トシ英吉利法ハ所持人ニ於テ任意ニ爲替手形ト看又ハ終束手形ト看ルコトヲ得ヘキモノトセリ又佛蘭西ニ於テハ學說概一致シテ之ヲ無効トセリ我商法ハ之ヲ純然タル爲替手形トシテ有效トシ振出地支拂地ノ異ルコトヲモ必要トセス故ニ我商法ノ解釋トシテハ斯ル手形モ尙爲替手形ニシ

テ擔保請求、償還請求等ニ關スル爲替手形ノ規定ハ總テ之ニ適用セラレヘキモノナリ但茲ニ一言セザルヘカラサルハ自己宛爲替手形タルコトハ手形ノ記載上ニ於テ明ナラサルヘカラス故ニ例之本支店カ商號ヲ異ニセルトキ支店ヲ支拂人トシテ本店カ振出シタル手形ハ普通ノ爲替手形ニシテ自己宛爲替手形ニ非ス即振出人ト支拂人トカ事實上同一人ナルト否トハ問フ所ニ非サルナリ

第四 受取人ノ氏名又ハ商號 受取人ハ手形ノ債權者トシテ記載ヲ要スヘキコトハ勿論ナリ然レトモ其眞ニ受取人タルヘキモノノ氏名又ハ商號タルト否ト又假設人ナルト否トヲ問ハサルコトハ支拂人ニ對シテ述ヘタルト同シ即受取人カ權利ヲ得ル爲ニハ其受取人ノ氏名又ハ商號カ記載セララルコトヲ必要トスレトモ手形ノ有效ナル爲ニハ其眞實ニ適合スルコトヲ要セザルナリ

受取人ハ數人アリ得ルカト云フニ「ルノー」ハ消極說ヲ主張スレトモ通說ニ非ス而シテ受取人ノ數人ナル場合ニ於テハ甲又ハ乙ト云フカ如ク選擇のナルモノ可ナリト謂フコトヲ得(「レーマン」)「グリュン」ト云フニ若選擇の記載ナラサルトキハ各受取人ハ平等ノ割合ヲ以テ權利ヲ有スルモノト解スヘキモノナルヘシ(民四二七條)然レトモ其權利ノ行使ハ手形ナル證券ニ依ルコトヲ必要トスルカ故ニ共同ニ行使スルコト爲ルヘシ

受取人ハ振出人ト同一人ナラサルヲ常トスレトモ振出人ハ自己ヲ受取人トシテ手形ヲ振出スコトヲ得(四四七條)是ヲ稱シテ自己指圖爲替手形(Tratte an eigene Order)ト謂フ此種ノ手形ノ必要ハ振出人カ支拂人ノ引受ヲ求メ其信用ニ由テ手形ヲ流通セシメント欲スル如キ場合ニ於テ生スルモノニシテ此種ノ手形ニ於テハ振出人カ受取人タル資格ヲ兼スルモノニシテ其手形ノ作成ト同時ニ完全ナル爲替手形ヲ生ス故ニ振出人タル受取人カ之ヲ裏書スルトキハ其第一ノ裏書ハ通常ノ裏書ト同一ノ效力ヲ有ス獨



逸ノ「テール」ハ第一ノ被裏書人ヲ以テ受取人ト看做スカカクニ解シ又佛蘭西ノ通説ハ裏書ヲ俟テ始テ手形トシテ完成スルモノト爲セトモ獨逸ノ通説ハ之ニ反シ手形ハ其振出ニ由テ完成スルモノニシテ之ニ引受ヲ求メ之カ裏書ヲ爲ストキハ引受又ハ裏書ニ關スル規定ハ總テ適用セラルヘキモノナリ

受取人ト支拂人トハ同一人ナルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ爭アル所ナリ自己宛ノ爲替手形ヲ自己指圖ニテ振出スコト即振出人支拂人及受取人カ總テ同一人ナルコトハ一般ニ認メラルルカ如キモ振出人ト支拂人カ同一人ナラザル場合ニ於テ支拂人ト受取人トカ同一人タルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ニ付テハ「デルンブルヒ」「スタウグ」等ハ獨逸帝國裁判所及奧大利最高法院ノ判例ト同ク消極説ヲ取レリ其説ノ論據ハ我第四四七條ニ該當セル所ノ獨逸手形法第六條ニ於テ明ニ之ヲ認メサルト及支拂人ハ自己ニ對シテ支拂ノ義務ヲ負フヘキノ理ナシト謂フニ在レトモ第六條ハ振出人ト支拂人又ハ受取人カ同一人ナルコトヲ得ルコトヲ定メタルノミナリ其規定ノ結果トシテ受取人ト支拂人トカ同一人タルコトヲ得ストノ論決ヲ生スヘキ理ナシ又支拂人ハ手形ノ振出ノミニ依テ手形支拂ノ義務ヲ負フコトナシ支拂人ト受取人トカ同一人ナルトキハ振出人ハ手形ノ振出ニ依テ何故ニ義務ヲ負フヘカラサルカ其理由ヲ解シ難シ故ニ予ハ「レーマン」「グリュンバート」ト共ニ受取人ト支拂人トカ常ニ同一人ナルコトヲ得ヘキコトヲ主張スルモノナリ其振出人ト仕拂人トカ同一人ナル場合ト否トヲ區別スヘキノ理由ヲ知ラス

受取人ヲ記載セザル手形ハ我商法ハ之ヲ無記名式手形トシ其金額三十圓以上ノモノニ限リ之ヲ認ム(四四九條)是英、米法ニ倣ヒタルナリ其他ノ手形ハ無記名ノモノヲ認メス然レトモ獨佛ノ法律ニ在テハ其自己指圖ニ依テ手形ヲ振出シ白地裏書ニテ之ヲ讓渡スルトキハ恰無記名式ノ發行ヲ認メタルト同一ノ作用ヲ呈スヘシ我商法カ無記名式ノ手形ニ金額ノ制限ヲ置キタルハ其濫用ヲ慮レテナリ

受取人ノ氏名又ハ商號 附加シテ「又ハ持參人」ナル語ヲ記載シタルトキハ如何即民法第四七一條ノ證券ト同一ノ外觀ヲ呈スルモノカ手形トシテ效力アリヤ否ヤト云フニ獨逸ニ於テハ無記名式手形ヲ禁止セルモ前述セルカ如キ記載ハ無記名式手形ヲ作り出スニアラス單ニ甲般又ハ其指圖人ト記載スルト同一ナリト云ヘリ我商法ノ解釋トシテモ如此ハ手形編ニ規定ナキコトトシテ手形上ノ效力ヲ生セザルモノトシ隨テ通常ノ記名手形トシテ取扱ヒテ可ナルヘシ(四三九條)

第五 單純ナル支拂ノ委託 爲替手形ニ於テハ振出人ハ他人ヲシテ手形金額ヲ支拂ハシムヘキモノナレハ支拂ノ委託ハ之ヲ記載セザル可カラス而シテ支拂ノ委託ハ單純ナラサル可カラス故ニ或ハ支拂ニ條件ヲ附シ又支拂ノ方法ヲ定ムルカ如キハ手形ノ無効ヲ生スルナリ

第六 振出ノ年月日 振出ノ年月日ハ振出人カ振出ノ當時ニ於テ能力者ナリシヤ否ヤ振出人カ支拂停止ヲ爲タル場合ニ於テ其支拂停止ト振出ト先後如何等ヲ確ムル爲ニ必要ナルナリ英、葡法ノ外國法ハ概之ヲ必要トセリ然レトモ其振出ノ年月日ノ虛偽カ手形ノ效力ヲ妨ケサルハ既ニ述ヘタルカ如シ唯善意ノ第三者ニ對シテハ有效ナリトスルカ如キハ「毛戶學士、矢部學士」非ナリ但二月三十日ト云フカ如キ不能ノ日ヲ以テ表示スルノ不可ナルハ勿論ナリ

振出ノ年月日ハ又一覽拂又ハ一覽後定期拂ノ手形ニ在テハ呈示期間ヲ定ムル爲ニ必要ナリ又日附後ノ確定セル期間ヲ經過シタル日ヲ滿期日ヲ定ムル爲ニ必要ナリ

振出ノ年月日振出地ハ數箇アリテ可ナリヤ否ヤニ付テハ通説ハ消極説ナリ獨逸帝國裁判所同高等商事裁判所ノ如キ又之ニ從ヘリ「ベルンスタイン」ハ振出人カ數人アルトキハ數箇ノ振出ノ年月日及振出地アルモ可ナリトセルハ誤ナリ何トナレハ手形行爲ハ共同シテノミ之ヲ爲スコトヲ得レハナリ

第七 一定ノ満期日 満期日ハ手形金額ノ支拂アルヘキ日ニシテ債權者ヲシテ其權利ヲ行使スルノ時期ヲ知ラシメ債務者ヲシテ其義務ヲ履行スヘキ時期ヲ知ラシムル爲ニ必要アリ我商法ハ満期日ヲ定ムル方法ヲ規定シテ左ノ四種ノ一タルヘシセリ(四五〇條)

一 確定セル日 此種ノ手形ヲ確定日拂ノ手形ト云フ

二 日附後確定シタル期間ヲ經過シタル日 此種ノ手形ヲ日附後定期拂ノ手形ト云フ

三 一覽ノ日 此種ノ手形ヲ一覽拂ノ手形ト云フ

四 一覽後確定シタル期間ヲ經過シタル日 此種ノ手形ヲ一覽後定期拂ノ手形ト云フ

獨、瑞伊ノ手形法ハ此以外ニ市場ノ日ヲ満期日トセル市場手形ナルモノヲ認メタリ又英法ハ不確定期限ノ手形ヲ認メタリ又佛、蘭、白等ノ手形法ハ支拂地ニ於ル慣習上ノ支拂日ヲ満期日トスル手形ヲ認ム

ルモ我商法ハ總テ是等ヲ認メス

満期日ハ一定ナラサル可カラズ、二種ノ満期日ヲ掲ケテ債權者又ハ債務者ノ選擇ニ任スヘシト爲シ又ハ手形金額ノ一部ニ付テ或日ヲ満期日トシ他ノ日ヲ満期日トスルカ如キハ不可ナリ英法ハ割拂ノ手形ヲ認メタルモ我商法ハ之ヲ認メス

満期日ノ記載ナキトキハ其手形ヲ一覽拂ノ手形トスヘキコトハ之ヲ認メタリ(四五一條)是英、白、葡ノ立法例ニ倣ヒタルモノニシテ便宜ノ規定ナリ故ニ商法ノ定メタル所ニ從ヒ満期日ヲ定メザリシ場合ノ

此規定ノ適用アリト解シテ可ナルヘシ

第八 支拂地 支拂地ハ手形金額ノ支拂ヲ爲スヘキ地ニシテ此記載ハ極テ必要ナリ然レトモ若振出人カ之ヲ記載セザリシトキハ其手形ニ記載シアル支拂人ノ住所地ヲ以テ支拂地トス獨、匈、瑞、伊、白、西、

佛商法亦然リ然ルニ英、葡法ハ支拂地ヲ要素トセス
支拂地トハ支拂ヲ爲スヘキ地域ヲ云フ支拂ノ場所トハ異レリ地域トハ市町村及之ニ該當スヘキ北海道又ハ沖繩縣ノ區、一級町村、二級町村、間切、島ノ類ヲ云フ故ニ例之麴町區富士見町六丁目十六番地ト記載セルハ支拂地ノ記載ト云フヲ得ス又東京府東京市ト云フカ如キ記載ハ必要ナラス此事ハ我大審院カ屢約束手形ノ振出地ニ付テ判決セル所ナリ(大審院判決例七輯九卷一二四頁、八輯三卷一頁、八輯六卷一〇一頁)而シテ尙支拂地ノ記載アルトキハ其外ニ名ヲ同ウスル市町村アルモ差支ナシ(大審院判決八輯六卷一〇一頁、一〇輯一四九九頁)

支拂地カ二箇以上アル可カラサルコトハ獨逸帝國高等商事裁判所及帝國裁判所ノ屢認メタル所ニシテ學者普ク之ニ從ヘリ
支拂地カ支拂人ノ住所ト異ルトキハ學者之ヲ他地拂手形ト謂ヒ所謂當地拂手形ト謂フニ對比セシメタリ他地拂手形ニ於テハ支拂人以外ノ人ヲ以テ支拂擔當者トシテ手形ニ記載スルコトヲ得ルナリ(四五三條)而シテ其他地拂手形ナルヤ否ヤハ一ニ手形面ノ記載ニ由ル第四五三條ニハ單ニ支拂人ノ住所地「云トアリ其前條ノ如ク」手形ニ記載シタル支拂人ノ住所地トノ記載ナシト云フ故ヲ以テ此事ヲ否定スルモノハ手形ノ性質ヲ誤解セル謬説ナリ手形カ他地拂手形ナルヤ否ヤハ手形上ノ權利ニ重大ナル影響ヲ及スモノナリ手形上ノ記載以外ノ事實ニ依テ手形ノ性質ヲ左右スヘキモノトセハ手形ノ授受者ハ何ニ因テ之ヲ辨識スルコトヲ得ンヤ

第九 振出人ノ署名 署名ニ付テハ前ニ評説シタルヲ以テ茲ニ再述セス唯一言スヘキハ振出人ハ勿論數名アルコトヲ得ヘキコト是ナリ(大審院判決錄七輯一卷一二三頁)

手形ハ以上ニ述ヘタル要件ヲ具備スレハ爲替手形タル効力アルモノニシテ其用紙等ニハ何等制限ナキナリ又手形ニ印紙ヲ貼用スヘキコトハ印紙税法(三四年法律五四號)ノ定ムル所ナレトモ其貼用ナキノ故ヲ以テ手形トシテノ効力ナキモノニアラス唯之ヲ貼用セサルモノヲ科料又ハ罰金ニ處スルノ制裁アルノミナリ

手形ハ以上ニ述ヘタル要件ヲ具備スルコトヲ要ス若其一ヲ缺タキハ手形タルノ効力ナシ然レトモ外國ニ於テハ手形ノ發行ヲ認メ居レリ之ヲ白地手形ト云ヘリ獨逸ニテハ手形法上之ヲ認メサルモ學者ハ慣習法トシテ一般ニ之ヲ認メタリ英法ハ明ニ之ヲ認メタリ佛國ニ於テハ其有效ナルヤ否ヤニ付テ爭アリ吾商法モ亦之ニ關スル明文ヲ有セサルモ適宜ノ範圍ニ於テハ認ムルハ差支ナキノミナラス頗便宜ナルヘキナリ白地手形トハ手形ニ記載スヘキ要件ヲ記載セス他人ヲシテ之ヲ補充セシムルノ意思ヲ以テ發行シタル手形ヲ云フ其補充ノ方法ハ授受者間ノ契約ノ定ムル所ニシテ又補充ノ權利ハ手形ト其ニ移轉スルコトヲ得ヘキモノナリ他人ハ契約ノ定ムル所ニ從ヒ之ヲ補充スルコトヲ要スルモノナレトモ署名者ハ善意取得者ニ對シテ其契約違背ノ理由ヲ以テ對抗スルコトヲ得ス
白地手形カ補充セラレタルトキハ其發行ノ當時ニ遡リテ効力ヲ生スヘキコトハ「グレンフト」(「レールバイン」)ノ主張セル所ナレトモ予ハ特別ノ法文カ之ヲ認メタルモノナキ以上ハ其手形カ完全ノ手形ト爲ルハ其補充ノ時ニ在テ其補充ノ時以後ニ手形タルノ効力ヲ有スルモノト看ルナリ「スタウヴ」ノ說亦之ニ同シ然レトモ白地手形ニ裏書ヲ爲シタル者ハ其完全手形ト爲ルコトヲ條件トシテ署名シタルモノニシテ署名者ノ行爲ハ署名ト共ニ終レルモノナレハ署名者ノ能力ノ有無ハ署名ノ當時ニ付テ判斷スヘキナリ此說ハ多數學者ノ一致スル所ナリ(反對說「テール」)

第二款 要件以外ノ記載

手形ノ要件以外ノ記載ハ必シモ之ヲ禁スヘキ理ナシ或ハ特別ノ必要上法律ニ於テ特ニ認メタル記載事項ナキニ非サルナリ予ハ要件以外ノ總テノ記載事項ヲ分テテ第一手形上ノ効力ヲ生スヘキ記載事項ト第二手形上ノ効力ヲ生セサル記載事項及第三手形ノ効力ヲ妨害スヘキ記載事項トニ分テテ説明セントス

- 第一 手形上ノ効力ヲ生スル記載事項 手形編ニ規定ナキ事項ハ之ヲ手形ニ記載スルモ手形上ノ効力ヲ生セサルコトハ法律ニ明定スル所ナリ(四三九條)故ニ手形編ニ規定アル事項ハ手形上ノ効力ヲ生スヘキ記載事項ナリト謂ハサル(カラス)之ヲ列舉スレハ即左ノ如シ
 - 一 豫備支拂人(四四八條、四五八條)
 - 二 支拂擔當者(四五三條、四七二條)
 - 三 支拂ノ場所(四五四條、四七三條)
 - 四 裏書禁止(四五五條、四六〇條)
 - 五 無擔保裏書(四五九條)
 - 六 裏書ノ目的(四六三條)
 - 七 呈示期間(四六六條)
 - 八 引受ノ呈示ヲ爲スヘキ旨ノ記載(四七二條)
 - 九 支拂呈示期間(四八二條)



- 一〇 支拂拒絶證書作成ノ免除(四八九條)
- 一一 複本又ハ謄本タルコトヲ示スヘキ文字(五一九條、五二二條)
- 一二 複本又ハ謄本ノ送附先(五二二條、五二三條)
- 第三 手形上ノ效力ヲ生ゼサル記載事項 手形編ニ規定ナキ事項ハ之ヲ手形ニ記載スルモ手形上ノ效力ヲ生ゼサルコトハ獨逸法ニハ明文ナキカ故ニ爭アル所ナリ「リーベ」「タンツエ」「ホルクマール」「グイー」「ハルトマン」「カンスタイン」「バイエル」ノ如キハ吾商法ト同様ノ説ヲ爲セルモ「タール」「デルンブルヒ」「レーマン」「スタウツ」等ハ之ニ反對セリ手形編ニ規定ナキ事項ニシテ通常手形ニ記載セラレルモノハ左ノ如シ

- 一 原因文句 振出人ト受取人間ニ於ル手形發行ノ原因ヲ示セル文句ヲ謂フ佛、蘭、西ハ之ヲ手形要件ト爲セリ
- 二 資金文句 支拂人ト資金義務者間ノ資金關係ヲ示ス文句ヲ謂フ
- 三 通知文句 振出人カ支拂人ニ對シテ手形振出ノ事實等ヲ通知スル文句ヲ謂フ外國ニ在テハ「通知ニ從ヒテ」又ハ「通知ナシ」トノ文句ヲ記載スルコト多シ
- 四 指圖文句 之ニ付テハ前ニ述ヘタリ
- 第三 手形ノ效力ヲ妨害スル記載事項 利息ノ約束其他手形ノ要件ヲ破壞スルカ如キ記載ハ手形ヲシテ其效力ヲ失ハジムルモノト謂ハサルヘカラス但振出人カ手形上ノ責任ヲ負ハサルヘキ旨ノ記載ハ亦手形ヲ無効ナラシムルモノト解スルハ獨逸多數學者ノ説明スル所ニシテ唯自己指圖ノ爲替手形ニ付テ振出人タル第一ノ裏書人カ白地裏書ヲ爲スニ當テ責任ヲ負ハサルヘキ旨ノ記載ヲ爲スコトヲ得ルカ否

カニ付テ爭フ存セルモ我商法ハ如此記載ハ全然手形上ノ效力ヲ生ゼサル結果トシテ手形ノ效力ヲ妨害スルコトトナルト解シテ可ナルヘキカ

第三款 振出ノ效力

振出人ハ振出ナル手形行爲ニ因テ受取人其他ノ後者全員ニ對シテ手形ノ引受及支拂アルヘキコトヲ擔保スル手形上ノ債務ヲ生スルモノナリ此コトハ獨逸手形法ハ明文ヲ以テ之ヲ定メタリ此振出人ノ手形上ノ債務ハ振出ノ當然ノ效力トシテ生スル所ニシテ振出人ハ反對ノ意思表示ニ依テ之ヲ免カサルコトヲ得ス(四五九條)

手形ノ所持人ハ何時ニテモ支拂人ニ手形ヲ呈示シテ引受ヲ求ムルコトヲ得ルモノナリ(四六五條)此引受ヲ求ムルノ權利ハ振出人又ハ裏書人ノ制限スルコトヲ得サル所ナリ之ヲ稱シテ手形ノ引受性(Receptivität)ト謂フ所持人カ引受ヲ求メタル場合ニ於テ支拂人カ之ヲ拒絶シ又ハ單純チラサル引受ヲ爲シタルトキハ法定ノ手續ヲ履ミテ振出人ニ對シテ擔保ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ(四七四條、四七五條)又支拂人カ引受ヲ爲シタル後ト雖破産ノ宣告ヲ受ケ自ラ擔保ヲ供セサルトキハ振出人ハ所持人ノ請求ニ應ジテ擔保ヲ供セサルヘカラス(四八〇條)故ニ振出人ハ引受擔保義務ヲ負フモノナリ手形所持人カ滿期日ノ到來シタル後支拂ヲ求メテ拒絶セラレタルトキハ法定ノ手續ヲ履ミテ振出人ニ對シテ償還ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ(四八六條)故ニ振出人ハ支拂擔保義務ヲ負フモノナリ總テ是等ノ詳細ノコトハ後ニ之ヲ詳述ヘシ

0289

第二節 裏書

第一款 裏書ノ意義

○裏書トハ無記名式ニ非サル手形ノ權利者カ他人ニ手形上ノ權利ヲ行使スルノ資格ヲ與フル附屬的ノ手形行爲ヲ謂フ

○裏書ハ手形行爲ナリ故ニ手形ニ署名スルニ依テ之ヲ爲スコトヲ要スルモノナリ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得サルハ勿論其他法定ノ形式ヲ具備セサル裏書ハ存在スルコトヲ得サルモノナリ唯法律ハ裏書ニ付テハ便宜上手形ノ外其原本又ハ補箋ニ之ヲ爲スコトヲ得ヘキモノトセリ

○裏書ハ附屬的ノ手形行爲ナリ附屬的ノ手形行爲トハ基本的手形行爲ナル振出ヲ前提トスル趣意ナリ裏書ハ既存ノ手形ニ爲ス行爲ナリ故ニ既存ノ手形ナケレバ裏書ナキナリ然レトモ其所謂既存ノ手形トハ眞ニ存在スル有效ノ手形タルコトヲ要セス尙形式上完備シタル手形ナルトキハ之ニ爲シタル裏書カ裏書トシテノ效力アルコトハ手形行爲カ獨立ナル當然ノ結果ナリトス反之形式ニ於テ完備セル手形ナキトキハ之ニ爲シタル裏書ハ其效力ナキノナリ

○裏書ノ效力ハ其裏書ノ目的ニ依テ異ナルモノナリ讓渡裏書ハ手形ノ所有權ヲ移轉シテ被裏書人ヲシテ手形上ノ權利ヲ取得セシムルノ效力アリ質入裏書ハ被裏書人ヲシテ手形ノ質權ヲ取得セシムルノ效力アリ取立委任ノ裏書ハ被裏書人ヲシテ裏書人ニ代リテ手形法上ノ行爲ヲ爲ス權限ヲ取得セシムルノ效力アリ是等ハ後ニ詳述スヘキモ要スルニ何レノ場合ニ於テモ裏書ニ依テ被裏書人ニ手形上ノ權利ヲ行使スルノ資格ヲ與フルコトハ同一ナリ外國ノ學者カ裏書ノ意義ヲ定ムルモノハ概皆讓渡裏書ノミヲ見

テ裏書ハ被裏書人ヲシテ手形上ノ權利者タラシムル行爲ナリト言ヘリ予ハ反之總テノ裏書ニ通スルモノトシテ前ニ掲ケタル定義ヲ與ヘタルモノナリ

○裏書ハ被裏書人ニ手形上ノ權利ヲ行使スルノ資格ヲ與フルモノナレトモ被裏書人ハ裏書ノミニ依リ其資格ヲ取得スルコトナシ必ヤ手形ノ占有ヲ取得セサルヘカラス故ニ裏書ヲ以テ手形上ノ權利ヲ行使スル資格ヲ與フル總テノ方式ト爲スハ誤レリ裏書人ハ其裏書ヲ爲シタル手形カ未己ノ占有内ニ非サル間ハ任意ニ其裏書ヲ抹消撤回スルコトヲ得ルモノナリ大審院カ裏書ニ依ル手形債權ノ讓渡ハ當事者カ裏書ノ記載ヲ爲スノミヲ以テ足レリトセス其手形ヲ被裏書人ニ交付シテ始テ完成スト判決セルハ裏書ヲ以テ手形債權ノ讓渡ノ方法トスル點ニ於テ予ト其見解ヲ異ニスレトモ其被裏書人カ手形ノ占有ヲ取得セサル可カラストスル點ハ甚正鵠ヲ得タル説ト謂ハサルヘカラス(大審院判決錄九輯七五四頁)

○裏書ハ無記名式ノ手形ニ非サル手形ニ之ヲ爲スヘキモノナリ無記名式手形ニ於テハ手形上ノ權利ヲ行使スルコトヲ得ヘキ資格ハ常ニ其持參人ニ在ルナリ無記名式ノ手形ハ動産ニ關スル規定ニ從ヒ之ヲ讓渡質入スヘキモノナリ故ニ裏書ニ關スル規定ノ適用ハ全ク之ナキノトス尙無記名式ニ非サル手形ニ於テハ振出人ハ裏書ニ依ル讓渡ヲ禁止スルコトヲ得ルモノナリ是次款ニ於テ述ヘント欲スル所ナリ

第二款 裏書ノ禁止

○裏書ノ禁止ハ振出人ニ依テ爲サルコトアリ又裏書人ニ依テ爲サルコトアリ振出人カ裏書ヲ禁スル旨即所謂禁轉文句ヲ記載シタルトキハ其手形ハ裏書ヲ以テ之ヲ讓渡スルコトヲ得ス(四五五條)如此手形ヲ裏書禁止手形又ハ禁轉手形(Prohibitorische)ト謂フ蓋裏書性ハ手形ノ常素ニシテ其要素ニ非サレハ

ナリ獨、英、匈、伊、葡、瑞ノ諸國法皆振出人ノ裏書禁止ヲ認メタリ佛、蘭、白等ノ法律ハ之ヲ認メサルナリ

裏書ノ禁止ハ別ニ法定ノ文言ヲ要セス其意味明瞭ナレハ可ナリ唯之ヲ手形ニ記載スルコトヲ必要トスルモノナリ尙獨逸帝國高等商事裁判所ニ於テハ之ヲ手形表面ニ記載スルコトヲ要シ裏面ニ記載シタルトキハ受取人ヲ拘束セストノ判決ヲ爲シタルコトアリ

振出人ノ爲シタル裏書ノ禁止ニ依テ手形ハ裏書ニ依リ讓渡ヲ爲スコトヲ得サルモノト爲ルナリ然レトモ通常ノ債權讓渡ノ方法ニ依テ之ヲ讓渡スコトヲ妨ケケルナリ尙「スタウヴ」「ベルンスタイン」等ハ支拂拒絕證書作成期間經過後ハ裏書讓渡ハ差支ナシト論スルモ如此裏書ニテモ矢張手形ヲ讓渡スル裏書ナルカ故ニ我商法上ニ於テハ之ヲ爲スコトヲ得サルモノトスルヲ正當ト信ス又裏書禁止ノ手形ニ爲シタル裏書ハ債權讓渡トシテ效力アルコトハ伊、西商法ノ規定スル所ナリ然レトモ我商法上ニ於テハ債權讓渡ニハ別ニ債權讓渡ノ手續ヲ履ムヘキコトハ明瞭ナルコトトス又當事者ノ意思明ナルトキハ如此裏書ハ取立委任ノ裏書タル效力アルモノト論スルモノ多ク「レトモ」「ルノ」「クンツエ」「カンスタイン」「グリュンフト」ニ少クトモ我商法上ハ如此コトヲ認ムルコトヲ得サルモノト信ス

裏書禁止ハ質入裏書又ハ取立委任裏書ヲモ禁止スルモノナルヤニ付テハ多少爭アル所ナレトモ我商法ハ振出人カ裏書ヲ禁スル旨ヲ記載シタルトキハ裏書ニ依リ手形ヲ讓渡スルコトヲ得サル旨ヲ定ムルニ過キサルカ故ニ質入裏書等ハ之ヲ爲スコトヲ得ヘキモノト謂フヲ得ヘシ獨逸ニ於ル通説モ亦予ト同説ナリ

裏書人モ亦裏書ヲ爲スニ當リ爾後裏書ヲ禁スル旨ヲ記載スルコトヲ得然レトモ此場合ニハ手形ハ其指

行爲ニ付テハ船舶所有者ハ敢委付權ヲ行ヒ得ルモノニ非サルナリ（「ボーエンス」獨舊第四九五條三七一頁）

二 報告並ニ計算ノ義務

第五七三條（獨新五三四條二項及五項）ニ之ヲ規定ス本條第一項ハ航海ニ關スル重要ナル事項報告ノ義務ヲ定メ第二項ハ其計算ノ義務ヲ定メタルモノナリ蓋船長ハ船舶ノ指揮者トシテ船舶運轉ノ勞務ニ服スルノミナラス船籍港ノ内外ニ於テ先ニ述ヘタル權限ニ基キ航海ニ關スル事項例之ヲ離其他ノ異變ハ勿論航海ニ關スル常務ニ付テモ其重要ナル事項ニ付テハ船長ハ運漕ナク其報告ノ義務アル旨ヲ定メタルナリ蓋船舶所有者ハ之ニ依テ其事務ノ狀況ヲ知り場合ニ依テハ適當ノ指揮命令ヲ發スルコトヲ得レハナリ而シテ其報告ノ時期ニ付テハ重要ナル事件ノ發生毎ニ遲滞ナク之ヲ報告スルコトヲ要スルモノニシテ舊商法第八七三條ニ於テハ航海ノ始又ハ終ト謂フカ如ク其報告ノ時期ヲ定メタレトモ是無用ノ區別ト謂フヘシ航海ノ始タルト航海中タルトト問ハス重要ナル事件出來セハ其度毎ニ報告セシムルハ實用ヲ爲ササルナリ唯船籍港内ニ在テハ船長ノ權限至テ狭キカ故ニ事實上報告スヘキ事項ハ極テ尠カルヘキナリ

計算ノ報告ニ付テハ船舶所有者ノ請求アルトキハ何時ニテモ之ヲ爲ササルヘカラス然レトモ其請求ナキトキハ之ヲ爲スコトヲ要セス唯每航海ノ終ニ於テ遲滞ナク一回之カ計算ヲ爲シテ船舶所有者ノ承認ヲ求ムルコトヲ要ス蓋船舶ニ付テハ損益ノ分配ハ每航海ノ終ニ於テ之ヲ爲スヲ常トスレハナリ（五五〇條）

三 船長ノ船船所有者ニ對スル債權ノ時効

船長ノ船船所有者ニ對スル債權ノ主ナルモノハ給料ナリトス此等ノ者ハ其性質長ク請求ヲ爲サス又ハ其辨濟ヲ怠ルヘキモノニ非ス隨テ之カ辨濟ヲ爲スモ其受取證書ヲ長ク保存スルモノニ非ス故ニ短期時効ヲ設クルノ必要アリ仍テ之ヲ一年ノ短期時効トセリ(五七五條、獨舊九〇一條)舊商法並ニ佛、獨商法ハ時効ニ關シ特ニ一章ヲ設クト雖我商法ハ其例ニ倣ハス特別ノ事項毎ニ時効ノ規定ヲ各處ニ規定シタリ本條モ其一例ニシテ他第五八九條、第六一八條、第六三九條第一項、第六五一條等皆然リ

第五項 船長ノ解任

第五四條(獨新五四五條、五五二條)ニ之ヲ規定ス船長ト船船所有者トノ契約關係ノ繼續期間ハ其契約ニ依テ定マラルヘシ而シテ定マ方ハ或ハ一航海毎ニ之ヲ約スル場合アルヘク或ハ年限ヲ以テ約スル場合アルヘシ而シテ其契約期間ノ存スル場合ニ期間ノ滿了ト共ニ契約關係ノ終了スルコトハ言ヲ俟タス然ルニ本條ニ於テ船船所有者ハ何時ニテモ船長ヲ解任スルコトヲ得ト爲シタル所以ハ船船所有者ト船長トノ間如此契約期間ノ定アリタルト將解任權拋棄ノ特約ヲ爲シタルト否トニ拘ラス船船所有者ハ船長ヲ解任スルコトヲ得ル旨ヲ定メタルモノナリ是民法第六二六條ニ對スル特別規定ニシテ又民法第六五一條ト同一ノ理由ニ基クモノナリ蓋船船所有者ハ船長ヲ信任シ廣大ナル權限ヲ與ヘ彼ニ貴重ナル生命財產ノ指揮、監督ヲ委スルモノナリ而シテ船長ノ適否ハ唯リ船船所有者ノ利益ニ於テノミナラス第三者ノ利益ニ關スルコトモ亦大ナリ故ニ船長ニシテ不適任ナリシトキハ縱令契約期間内ナリト雖何時ニテモ之ヲ解任スルコトヲ得サルヘカラス然ラズンハ唯リ船船所有者ノ不利益タルノミナラス延テ

航海業ノ進歩ヲ妨クルニ至ル仍テ本條ハ斯ル公益上ノ理由ニ基キテ規定セラレタルモノニシテ當事者間ノ契約ニ依テ之カ解任權ヲ左右スルコトヲ得サルモノナリ

然リト雖他方ニ於テ船長ノ利益モ亦之ヲ保護セサルヘカラス故ニ正當ノ理由ナクシテ解任セラレタルトキハ船長ハ船船所有者ニ對シテ解任ニ因テ生シタル損害ヲ請求スルコトヲ得ルモノトセリ而シテ正當ノ理由トハ何ヲ謂フカハ固ヨリ事實問題ナルモ刑事犯罪アリタルトキノ如キ重大ナル過失アリタル場合ハ勿論不行跡其他技術上ノ過失アリシ場合ノ如キモ亦包含スヘシ

船長ハ自ラ船船所有者タルコトアリ若船船カ船長ノ一身ニ專屬スルトキハ船長任意ニ其職ヲ去ルカ又ハ船長タル資格ヲ缺クニ至リタルカ爲ニ其職ヲ廢スルノ已ムヲ得サルニ至リタル場合ノ外之ヲ解任セシムルニ途ナキナリ然ルニ船長若共有者ナリシトキハ船船管理人ニ於テ之カ選任及解任ヲ爲ス(五五三條)而シテ船船管理人ハ前掲第一項ニ從ヒ共有者タル船長ト雖何時ニテモ之ヲ解任スルコトヲ得ルナリ然ルニ此場合ニ於ル當事者ノ意思ヲ推測スルニ凡船長カ船船共有者ト爲レル所以ハ自ラ船長ヲ兼ヌルカ故ナリ若其意ニ反シテ船船ノ任ヲ解カレ他人ヲ以テ之ニ任スル場合ノ如キハ船船ノ共有者タルナルノ意思多カルヘシ仍テ前掲第二項ヲ設ケテ解任サレタル船長ノ利益ヲ保護スル爲ニ自己ノ共有者ト分テ他ノ共有者ニ買取ルヘキコトヲ請求シ得ルモノト爲シタルナリ而シテ此場合ニ於テモ仍第一項ノ規定ハ適用サルヘキカ故ニ若其解任ニ付正當ノ理由ナカリシトキハ船長ハ解任ニ因テ生シタル損害ノ賠償ヲ他ノ共有者ニ向テ併セ請求スルコトヲ得ヘキナリ然ルニ右ノ共有者分ノ買取請求權ハ自己ノ意思ニ反シテ解任セラレタルトキニ限リテ存在ス若解任ヲ任意ニ承諾シタルトキハ後日ニ至テ持分ノ買取ヲ請求スルコトヲ得サルハ勿論此買取請求權ノ行使ニ付



ヲハ解任後運滞ナク他ノ共有者又ハ船舶管理人ニ對シテ其通知ヲ發スルコトヲ要ス蓋權利狀態ヲ成ルヘク速ニ確定セシムコトヲ期スレハナリ然ルニ解任ノ際ハ之ヲ厭過シ爾後久シキヲ經テ始テ該權利ヲ行使セントスルカ如キハ之ヲ許サザルナリ而シテ其通知ハ法文ニ之ヲ發スルコトヲ要ストムルカ故ニ通知カ相手方ニ到着スルト否トハ該權利ノ成立ニ害ナシ

航海中船舶所有者ノ變更アリタル場合ハ船長ハ新舊所有者ニ對シテ如何ナル關係ニ立ツヤ海員ニ付テハ商法第五八四條ノ規定アリト雖船長ニ付テハ何等ノ特別ノ規定アルナシ故ニ民法ノ一般ノ規定ニ從テ判斷セサルヘカラス尤特約アリ又ハ習慣アル場合ハ之ニ依ルハ勿論トス然ルニ民法第六二五條ニ依レハ使用者ハ勞務者ノ承諾アルニ非サレハ其權利ヲ第三者ニ讓渡スコトヲ得ス故ニ船長ノ承諾アレハ格別然ラスハ船長ハ唯リ舊所有者ニ對シテノミ契約關係ヲ保有スト云フヘキナリ殊ニ船舶所有者ノ讓渡ハ其登記ヲ爲シ且船舶國籍證書ニ其旨ヲ記載スルニ非サレハ之ヲ以テ第三者即船長ニ對シテモ亦對抗スルコトヲ得ス(五四一條)然ルニ船舶カ航海中ニ在ル間ハ事實上其旨ヲ國籍證書ニ記載スルコト能ハス故ニ國籍證書ニ船舶所有者ノ變更アリタル旨ノ記載ナキ間ハ新舊所有者ヨリ所有者ノ變更ヲ以テ對抗サルノ虞ナキナリ故ニ船長ハ舊所有者ニ對シテ契約上ノ權利ヲ主張スルヲ妨ケス唯一考スヘキ點ハ商法第五四二條ニ依リ航海ニ因テ生ズル損益ハ讓受人ニ歸スヘキモノナルカ故ニ船舶ノ讓渡ト同時ニ新舊所有者ト船長トノ間ニ民法ニ所謂事務管理ノ關係ハ成立セザルモ否ヤノ點是ナリ此問題ハ事務管理ノ性質ト相牽連スト雖抑事務管理ハ其始何人ノ爲ニスルコトヲ知エス又何人ノ爲タルコト定マラザリシ場合ト雖後日ニ至テ他人ノ爲ニ事務ヲ管理セシコト明白ト爲リタル以上ハ事務管理タルニ相違ナキカ故ニ航海中船舶ノ所有者ノ變更アリテ船長之ヲ知ラスシテ事務ヲ管理セシトキノ如キハ理

論上ニ於テハ事務管理成立シ得ルノ機會ニ遭遇セルモノナリ然レトモ事實上ニ於テハ船長ノ事務執行ノ行爲タルヤ總テ舊所有者トノ間ニ成レル契約上ノ義務履行ノ行爲タルナリ隨テ所有者ノ爲ニスル事務管理ノ成立スル餘地之ナキモノト解スルヲ至當トス

第四節 船長ノ積荷ノ利害關係人ニ對スル關係

第五六五條(獨新第五三五條乃至第五四二條)ハ即船長ト積荷ノ利害關係人トノ關係ヲ規定シタルモノニシテ積荷ノ處分ハ一方ニ於テハ船長ノ權限タルト同時ニ他方ニ於テハ其義務ナリ抑積荷ノ利害關係人殊ニ荷送人ハ船舶所有者トノ間ニ運送契約ヲ締結シ積荷ヲ船内ニ積込ミタルモノナリ隨テ運送契約ノ效力ノ範圍内ニ於テハ船舶所有者並ニ其使用人タル船長及海員ハ積荷ノ受取、引渡、保管及運送ニ關シ相當ノ注意ヲ盡シテ之ヲ行フニ付契約上當然責任アルモノナリ(三三七條及六一九條)故ニ運送契約ノ效力ヲ爲スコトヲ要スル處分ノ範圍ハ畢竟船舶所有者カ運送契約上負擔スル責任ノ範圍外ノ行爲ニ關シテハ爲スコトヲ要スル處分ノ範圍ハ畢竟船舶所有者カ運送契約上負擔スル責任ノ範圍外ノ行爲ヲ指稱スルモノナリ例之航海中戰爭開始シ積荷カ戰時禁制品ト爲リタル場合ノ如キ或ハ海難其他ノ原因ニ因リ積荷カ濕損シタルトキノ如キ或ハ航海ノ遲延等ニ因リ積荷カ損敗スルノ虞アルトキノ如キルヲ途中ニテ賣却スルカ或ハ之ヲ陸揚シテ保存ノ方法ヲ取ルカ總テ此種ノ臨機應變ノ處分ヲ必要トスルコトアリ如此場合ニ於テ積荷ノ利害關係人カ船中ニ同乘スレハ彼自ラ之カ處分ヲ爲シシト雖航海中ナルカ故ニ彼ハ其場ニ在ラス故ニ已ムコトヲ得シ船長ニ責任ヲ負ハシムルト同時ニ權限ヲ與ヘ船長ヲシテ積荷ノ利害關係人ノ利益ニ最適スヘキ方法ニ依テ之カ處分ヲ爲サシムルモノトシタルナリ隨テ此

0293

場合ニ於テ船長ノ資格タルヤ船舶所有者ノ代理人又ハ使用人トシテ積荷ノ處分ヲ爲スニ非ス全ク積荷ノ利害關係人ノ代理人トシテ之ヲ行フモノナリ然レド積荷ノ利害關係人ト船長トノ間ニハ元來雇傭、委任等何等ノ契約關係ナキモノナリ故ニ此場合ノ行爲タルヤ船長ハ全ク積荷ノ利害關係人ノ法定代理人トシテ之ヲ行フモノナルナリ

右ノ如ク法律上ヨリ船長ニ課シタル代理權限ニ基キテ船長カ爲シタル行爲ニ付テハ積荷ノ利害關係人ハ其責任ヲ負フヘキハ當然ナリ然レトモ其責任ニ付テハ船舶所有者カ船長ノ法定權限内ニ於テ爲シタル行爲ニ付テ海産ヲ委付シテ其責任ヲ免レ得ルト爲シタルト均ク積荷ノ利害關係人ニ付テモ其積荷ヲ債權者ニ委付シテ責任ヲ免レ得ルモノト爲セリ是蓋船長ニ積荷處分ノ權限ヲ與ヘタル所以ノモノハ或ハ積荷ヲ保存シ或ハ積荷ヲ賣却シ積荷ノ利害關係人ノ爲ニ可成積荷タケノ利益ヲ失ハシメザランカ爲ナリ然レド積荷ニ關スル處分ノ爲ニ積荷ノ價格以上ノ債權ヲ生シ積荷ノ利害關係人ハ積荷以外ノ他ノ財産ヨリ尙之ヲ支出セサルヘカラサルカ如キコトアラハ船長カ積荷ニ關シテ何等ノ處分ヲ取ラサリシコトヲ望マサルヲ得ス故ニ積荷ノ利害關係人ノ責任ヲシテ有限トシテハ固ヨリ至當ノ事ナリ

然レトモ其債權ヲ生スルニ付積荷ノ利害關係人ニ過失アリタルトキ例之積荷ノ利害關係人ヨリ特ニ指圖ヲ與ヘ船長ハ其指圖ニ從テ事務ヲ處理シタルニ積荷ノ價格以上ノ支出ヲ必要トシタル場合ノ如キ或ハ荷送人カ禁制品ト知リツテ爲シタル積荷ニ對シテ航海中船長カ保存行爲ヲ爲シ爲ニ債權ヲ生シタル場合ニ到達地ニ著シテ積荷ハ戰時禁制品ナリシメ總テ沒收ノ厄ニ遭ヒ委付スヘキ目的物皆無ト爲リシ場合ノ如キ皆是ナリ

尙積荷ノ處分ニ付船長カ有スル權限ニ付特ニ注意スヘキ點ハ既ニ説明シタル第五六八條第一項第三號及第五七二條ノ場合ハ船長カ積荷ヲ處分スルハ畢竟船舶所有者ノ爲ニ之ヲ爲スモノニシテ他人所屬ノ物品ニ對スル處分ナリ隨テ之ニ對スル賠償云云ノ問題ヲ生ス反之第五六五條ノ場合ハ積荷ノ利害關係人ノ爲ニスル處分ナリ即本人ノ爲ニスル處分ニシテ隨テ賠償ノ問題ハ起ラス二者ヲ混同セサルコト肝要ナリ但共同海損タル處分ニ至テハ同ク第五六五條ノ適用ノ一ニ屬スト雖(獨新五三九條)此場合ハ積荷ノ利害關係人ノ爲ニスルト同時ニ船舶所有者ノ利益ノ爲ニモ亦之ヲ爲スモノニシテ隨テ共同海損ヲ如何ニ分擔スルカノ問題ヲ生ス其詳細ハ後ニ共同海損ノ章ニ於テ説述スヘシ

第四章 海員

我商法及船員法ニ所謂海員トハ船長ヲ除キタル一切ノ乘組員ヲ謂フ(船員法二條)船員ト云ヘハ船長ト海員トノ二者ヲ含ミ意義廣シ從來ノ用例並ニ通俗ノ意義ニ從ヘハ海員ト云ヘハ其意義却テ廣キカ如ク考ヘラレタルモ新商法カ何故ニ如此船員ト云フ文字ヲ廣義ニ用ヒ海員ト云フ文字ヲ狹義ニ用ヒタルカト云フニ船員ト云ヘハ邦語トシテ船長ヲ包含スルコト明ニシテ海員ト云ヘハ海中ニ入りテ勞務ニ服スルカ如キ意味ヲ含ミ稍劣等ノ地位ニ居ル者ノ意義ニ解セラル故ニ海員ト云ヘハ其中ニ高等ノ職務ニ從事スル船長ハ之ヲ含マシメサルヲ可トスト云フニ在ルモノノ如シ殊ニ舊商法ニ於テモ船長及海員ト題シ海員ヲハ狹義ニ用ヒタリ新商法ハ之ヲ襲ヒタルコトモ亦其一理由ナルヘシ然レトモ明治二十九年四月法律第六九號海員懲戒法、明治三十年五月遞信省令第七號海員試驗規程等ニハ海員ト云ヒテ船長ヲモ含マシムル廣キ意義ニ用ヒタリ一國ノ法令中同一ノ法律語ヲ如此廣狹二義ニ用フルハ宜シカラズ免

ニ角執レニカ統一シタキモノナリ
 海員ハ船員法施行細則第二六條及實際ノ慣例ニ從ヘハ之ヲ三部ニ分ツ第一ハ甲板部海員ニシテ一等運轉士以下各種ノ運轉士及水夫ヲ謂ヒ第二ハ機關部海員ニシテ機關長以下各種ノ機關士及火夫ヲ謂ヒ第三ハ事務部海員ニシテ事務長、事務員、醫員、厨夫等ヲ謂フ水先人カ海員ニ屬スルヤ否ヤニ付テハ獨新第四八一條ノ解釋トシテ獨逸法ニ於テハ頗議論ノ存スル所ナリ「パッペンハイム」(「ゴールドシニエム」)商法雜誌四四卷五九七頁以下、「グリニヒョット」四三卷二六三頁「エーレンベルヒ」(有罪責任論三二二頁以下)等ハ消極說ヲ探ルモ「ホーエンス」(一卷一五五頁)「シヤラス」(四八一條七〇頁)並ニ獨判決例獨大審院民事判決録一三卷一七頁、二〇卷一八六頁等ハ強制水先ヲ除ク、外積極說ヲ取レリ我法ノ解釋トシテハ水先人ニ付テハ水先法トシテ船員法以外ニ別ニ規定ヲ設ケタルノミナラス商法第六八〇條ニ於テモ水先人ノ報酬ニ付テハ特ニ水先案内科ト稱シ備雇契約ニ因テ生シタル船員ノ債權トハ區別シテ先取特權ノ順位ヲ定メタリ蓋法文ノ趣意タルヤ水先人ハ臨時必要ノ度毎ニ之ヲ使用スルモノニシテ常時船内ニ乗組ナル船員トハ區別スヘキモノタルコト知ルヘキナリ故ニ水先人ハ海員ノ中ニ包含セサルモノト知ルヘシ

第一節 海員雇入契約ノ性質

海員ノ雇入契約ハ即雇傭契約ナリ、法文處處ニ雇傭契約ニ因ル船員ノ權利等ノ文字ヲ使用シタルニ據テ明カナリ(五四四條二項、五八四條、六八〇條七號)而シテ船長ノ如ク法律行為ノ代理權限ヲ有セサルカ故ニ委任契約ハ其間ニ存在スルモノニ非ス既ニ雇傭契約關係ナルカ故ニ商法ニ特別ノ規定ナキ限ハ民

法ノ雇傭ノ規定皆通用セラルルモノトス而シテ近時海員ニ關スル立法例中新傾向ニアリ一ハ社會主義勞働問題等ノ發展ト共ニ海員ノ取扱ヲ改良シ何レモ海員保護ノ規定ヲ設ケルニ至レル傾向アルコトト一ハ海員中運轉士、機關長、事務長等ノ如キ所謂船舶吏員ト稱スヘキ稍上等ノ地位ニ在ル職員ヲハ區別シテ法律上多少之ニ其地位ヲ認メントスル傾向アルコト是ナリ我商法ニ於テハ第一ノ新傾向タル海員保護ノ規定ヲ設ケルコトニ付テハ多少之ヲ斟酌セリト雖第二ノ新傾向タル海員中ニ階級ヲ認メテ船舶吏員トモ稱スヘキ者ノ法律上ノ地位ヲ認ムル主義ニ付テハ之ヲ採用セザリシ故ニ我商法ノ上ニ於テハ海員ト云ヘハ毫モ其間ニ區別ナク運轉士ヨリ水、火夫ニ至ルマテ皆一律ノ規定ノ下ニ立ツモノナリ海員雇入契約ハ一般ノ雇傭契約ト均ク諾成契約ナリ然レトモ海員ノ雇入ニ付テハ特ニ公認ナル手續ヲ要ス其手續ハ明治三十二年六月遞信省令第二五號船員執行細則、明治三十四年十二月遞信省公達第七二九號船員法取扱手續等ニ詳細ニ規定セリ管海官廳カ公認ヲ爲スニ當テハ海員名簿ニ記載セル事項ヲ捺シテ海員名簿及其他ノ書類ヲ還付スルモノナリ抑公認ヲ爲ス理由ハ海員殊ニ水、火夫ノ如キハ無學ノ者多ク契約ノ要件ヲ知ラスシテ雇入ニ應スルコトアルヘキカ故ニ其條項ヲ讀聞カセテ之ヲ熟知セシメン爲ナリ畢竟海員保護ノ行政上ノ必要ヨリ出テタルモノニシテ雇入契約其モノノ成立ニハ本來關係ナキモノト謂フヘシ

海員ノ雇入ハ船舶所有者自ラ之ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論ナリト雖船長モ亦船籍港ノ内外タルヲ問ハス之ヲ爲スコトヲ得(五六六條)蓋海員ハ直接ニ船長ノ指揮、監督ノ下ニ立ツモノナレハナリ

0295

第二節 海員雇入契約ノ效力

第一項 海員ノ權利

第一 給料請求權

海員ハ雇傭契約ニ因リ船舶所有者ノ爲ニ勞務ニ服シ其報酬トシテ給料ヲ請求シ得ヘキコト勿論トス給料ノ額支拂ノ時期方法等ハ固ヨリ當事者間ノ契約ニ依テ定メラルヘシト雖商法ハ唯當事者カ未之ヲ十分ニ定メサル場合若クハ公益上ノ理由ニ基キテ其自由契約ノ範圍ニ放任スヘカラサル點ニ付テ規定ヲ設ケタルニ過キサルモノトス

今日ニ在テハ給料ヲ定ムル方法ハ或ハ一航海毎ニ或ハ一定ノ期間毎ニ一定ノ額ヲ以テ定ムルヲ例トシ航海カ果シテ完全ニ成就セラレタルヤ又ハ之ニ因テ利益ヲ得タルヤ否ヤハ問ハサルヲ常トス蓋古代並ニ中世ノ初葉ニ在テハ船員モ亦航海事業ノ企業者タルヲ常トシ船舶所有者ト組合體ヲ成シテ共同事業トシテ之ニ從事セシナリ故ニ航海事業ノ損益ハ直接ニ船員モ亦之ヲ負擔シ得ニ運賃ハ給料ノ母ナリト云フ原則行レ航海成就シ能ク運賃ヲ取得セシトキニ非スハ船員ハ給料ヲ取得スルコト能ハサルノ慣行ヲ生スルニ至レリ然ルニ現今ノ航海事業ノ仕組ニ於テハ斯ル舊習全ク廢レ船員ハ船舶所有者ノ使用人タルニ止リ航海事業ハ唯リ船舶所有者ノミ之ヲ企テルモノニシテ之ヨリ生スル損益モ亦總テ船舶所有者ノミノ負擔ニ歸スヘキモノトス故ニ給料ノ支拂ニ付テモ船舶所有者ノ取得セル運送賃ヲ多寡トハ毫モ其運命ヲ共ニセス契約上ノ給料ノ額ハ船舶所有者カ利益ヲ得タルト否トニ拘ラス必之ヲ支拂フコトヲ要スルモノトス但當事者間ノ特約ヲ以テ猶往時ノ如ク運送賃取得ノ多寡ニ依テ給料ノ額ヲ定メ又

ハ給料ヲ支拂フコトニ代ヘテ或分量ノ商品ノ無償運送ヲ特ニ船員ニ許スカ如キコトハ固ヨリ之ヲ妨ケサルナリ

今給料ノ支拂ニ付勞務ヲ完了セル場合ト否トニ付之ヲ分説スヘシ

一 勞務ヲ完了セル場合 給料ヲ期間ニ依テ定ムルコトハ今日最普通ニ行ルル所ナリ例之曰給、月給、年給何圖ト云フカ如シ斯ル場合ニハ其期間ノ經過シタル後給料支拂ヲ請求スルコトヲ得(民六二四條二項)約束上ノ期間經過ノ後海員カ尙引續キ勞務ニ服スル場合ニ於テ使用者カ之ヲ知リテ異議ヲ述ヘサリントキハ前雇傭ト同一ノ條件ヲ以テ更ニ雇傭ヲ繼續セルモノト推定ス(六二九條)故ニ反證ナキ限ハ給料モ亦其割合ニ請求シ得ルモノトス但契約上ノ期間ハ一年毎ニ更新スルコトヲ要スルコトハ後ニ詳述スヘシ(五八五條)

給料ヲ一航海ニ付定メタル場合ニハ其勞務ヲ終リタル後始テ之ヲ請求シ得ヘキモノトス(民六二四條一項)是通常ノ場合ヲ見タルモノニシテ反對ノ特約ヲ爲シ得ルコトハ勿論トス然ルニ一航海ニ付給料ヲ定メタル場合ニ於テ或ハ航海ノ日數若クハ里程ヲ延長スルコトアルヘシ此場合ニ給料ノ額ニ如何ナル影響ヲ及スヤ之ニ付テハ第五七九條(佛商二五五條及二五六條、獨新海員條例六六條)ニ規定セリ而シテ航海ノ日數又ハ里程ノ延長ハ何ニ因リタルカ其原因ニ依リ區別シテ考察セサルヘカラス(1)若船舶所有者若クハ船長ノ任意ニテ航海ノ日數若クハ里程ヲ延長シタルトキ例之豫定外ノ地ニ寄港シタル場合ノ如キ又ハ石炭ヲ儉約シテ爲ニ速力ヲ減シタル場合ノ如キハ其下ニ使用サルル海員等カ給料ト増加ヲ請求シ得ルハ勿論トス又船舶所有者等ノ意思ニ依リ航海ノ日數又ハ里程ヲ短縮シタルトキ雖給料ノ全額ヲ請求シ得ルハ勿論トス何トナレハ給料ハ一航海ニ對スル約束ニシテ其航海ヲ完了シタルカ故

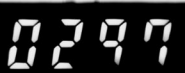
ニ恰請負ノ如ク全額ヲ請求シ得ルヲ當然トスレハナリ(2)然ルニ航海ノ日數又ハ里程ノ延長カ不可抗力ニ因リタル場合ハ如何此場合ニ付テハ法律ハ二者ニ付テ區別ヲ設ケ航海ノ日數ノ延長ニ付テハ不可抗力ニ因テ生シタル場合ト雖給料ノ増加ヲ請求シ得ルモノトセリ蓋不可抗力ニ因テ生シタル損害ハ各自之ヲ負擔スルヲ可トスルモ海員ノ如キ給料ニ依テ維ニ生計スル者ニ在テハ航海日數ノ延長シタルニ拘ラス之ヲ自辨セザルヘカラスト爲スハ憐ムヘキモノアリ仍テ給料ノ増加ヲ爲ス然ルニ不可抗力ニ因テ單ニ里程ノミヲ延長セシ場合ハ給料ノ増加ヲ請求スルコトヲ得ス蓋海難其他不可抗力ノ場合ニ於テハ海員ハ一層奮闘シテ其勞務ニ服スヘキヲ當然トシ毫モ彼等ノ支出ノ上ニ影響ヲ與ヘサレハナリ殊ニ航海距離ノ如キハ航路ノ變更ト稱スヘキ程ノモノニ至ラザル場合ト雖航海中多少ノ増減ハ常ニ免ルヘカラサル所ナリトス然ルニ未日數カ延長スル程ニ達セザルニ給料増額ヲ請求シ得ルモノトセハ船舶所有者ハ殆其煩ニ堪ヘザルニ至ルヘキナリ而シテ不可抗力ニ因テ航海日數又ハ里程ヲ短縮シ而モ航海ヲ成就シ得ルコトハ事實上極テ稀ナルヘシト雖若之アリタリトスレハ給料ノ全額ヲ請求シ得ルコト勿論ナリトス何トナレハ契約ノ目的タル航海ヲ完了シタレハナリ

航海ノ日數又ハ里程ノ延長アリタル場合ニ海員ハ契約上ノ勞務ニ非ストシ其勤務ヲ拒ミ且雇止ヲ請求シ得ルカト云フニ是固ヨリ當事者ノ意思解釋ノ問題ニシテ如此場合ニハ其勞務ニ服セザルコトノ反對意思カ最明白ナル以上ハ或ハ雇止ヲ請求シ得ヘシト雖然ラサル以上ハ一航海ニ付契約ヲ爲シタル場合ニ在テハ航海ノ日數又ハ里程ノ延長ノ如キハ常ニ之アルモノト豫想セザルヘカラス故ニ航海ノ成就シタル後ニ於テ始テ雇止ヲ請求シ得ヘキナリ 我商法第五八六條モ亦其意ナリ(佛國一八七一年一月一三日大審院判決「バルロジエ」二五五條、五五八號、獨新海員條例六六條一項)又日數若クハ里程ノ延長

ニ非シテ單ニ普通ノ場合ヨリモ勞務カ増加セルコトヲ理由トシテ給料ノ増加ヲ請求スルコトヲ得ルヤ否ヤ例之海員カ非常ニ削減セラレタルカ爲ニ他ノ海員ノ勞務増加セル場合ノ如キ或ハ海員中或者カ死亡シタルカ爲ニ次席ノ者代リテ其職ヲ執ル場合ノ如キ是ナリ此問題ニ付テハ船長カ死亡シ一等運轉士カ代リテ其職務ヲ行ヒタル場合ニ從來ノ船長ノ給料ヲ一等運轉士カ請求スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付前章第三節船長ノ選任ノ項ニ於テ既ニ説明シタルカ如ク先當事者間ノ契約ノ意思解釋ニ依リテ決スヘシ若雇主タル各會社ニ於テ如此非常勤務ニ付給料ノ増額ヲ爲スト云フ内規ノ存スルトキハ其内規ニ依ルヘク又内規ノ存スルナキモ海員社會ノ慣習ニ於テ其行フ所ノ義務カ例之船員法第二五條ノ如ク法律當然ノ效果トシテ生シ來レル義務タル以上ハ別ニ増額ヲ請求スルコトヲ得ザルモノト謂ハサルヘラス反之若法律又ハ契約當然ノ效力トシテ生シ來レル義務ニ非サル以上ハ船長カ特ニ命シテ之ヲ行ハシムルトキハ其際ニ暗黙ニ多少ノ報酬ヲ増加スルコトヲ承諾セルモノト謂ハサルヘカラス

二 勞務ヲ完了セザル場合 海員カ其勞務ニ服セス又雇傭期間中疾病ニ罹リ或ハ傷痍ヲ受ケ契約上ノ勞務ヲ完了セザルトキハ特約ナキ限ハ給料ヲ請求スルコトヲ得ザルモノトス是民法ノ通則ナリ(民六二四條)然レトモ商法ニ於テハ海員カ勞務ヲ完了セザルニ拘ラズ相シノ理由ノ存スルトキハ給料ノ一部若クハ全額ヲ請求シ得ル場合アリ故ニ今其場合ヲ左ニ列舉スヘシ

(1) 重大ナル過失ニ因ラサル疾病、傷痍ノ場合 第五七八條 第二項本文ニ依レハ海員カ服役中不行跡其他重大ナル過失ニ因ラサル疾病ニ罹リ又ハ傷痍ヲ受ケタルトキハ海員ハ其服役シタル期間ニ對スル給料ヲ請求スルコトヲ得ルモノトセリ是其疾病、傷痍ノ重クシテ勞務ヲ完了セザル場合ヲ見タルモ



ノナリ若其疾病、傷痕カ輕クシテ尙依然トシテ勞務ニ服シ契約上ノ勞務ヲ完了シタルトキハ給料ノ全額ヲ請求シ得ルハ勿論ナリトス故ニ本條ノ場合ハ契約上ノ勞務ヲ完了セザル場合ヲ見タルモノナリト雖不行跡等ノ如キ重大ナル過失ヲシテ疾病、傷痕ニ陥リタルモノナルカ故ニ全額給料ヲ支給セザルハ酷ニ失ス仍テ服役セル期間ニ對スル給料ハ之ヲ與フルモノトス

(2) 職務ヲ行フニ因テ疾病、傷痕ニ陥リタル場合 商法第五七八條第二項但書ニ依ルニ海員カ其職務ヲ行フニ因リテ疾病ニ罹リ又ハ傷痕ヲ受ケタルトキハ其給料ノ全額ヲ請求スルコトヲ得トセリ是亦其疾病ノ重クシテ勞務ヲ完了セザリシ場合ヲ見タルモノナルコト明ナリ何トナレハ勞務ヲ完了セシ場合ニ給料ノ全額ヲ請求シ得ルコトハ敢明文ヲ待テテ始テ然ルニ非サレハナリ然ルニ勞務ヲ完了セザルニ拘ラス給料ノ全額ヲ請求スルコトヲ得ト爲シタル所以ハ畢竟其疾病カ本人ノ過失ニ因ラス全ク職務ヲ行フニ原因シタルモノニシテ實ニ職務ノ爲ニ其身ヲ犠牲ニスルニ至リタルモノナレハナリ而シテ法文何等ノ區別ヲ爲ササルカ故ニ其給料ハ期間ニ付定メラレタルト一航海ニ付定メラレタルトヲ問ハサルモノトス但海員ノ雇入期間ハ一年ヲ超ユルコトヲ得サルカ故ニ(五八五條)期間ニ付定メタル給料ニ付テハ請求シ得ル高ハ最高限一年分ナリトス

尙以上述ヘタル(1)及ヒ(2)ノ場合ニ於テ給料ノ外ニ同條第一項ニ基キ治療及看護ノ費用ヲ請求シ得ルコトハ後ニ之ヲ詳述スヘシ

(3) 就役後死亡セル場合 商法第五八〇條第一項ニ規定アリ本條モ亦契約上ノ勞務ヲ完了シ例之契約期間ノ定アルモノニシテ既ニ其期間經過シタルトキハ給料ノ全額ヲ請求シ得ルコト勿論ナレハナリ尤民法第六二九條ニ所謂雇傭期間満了ノ後引續キ勞務ニ服セル場合ハ未契約上ノ期間満了セザル場合ト

同觀スヘキナリ

借勞務ヲ完了セシシテ死亡シタルトキハ猶勞務ヲ終ラスシテ疾病、傷痕ニ罹リタル場合ト均ク民法ノ通則ニ依レハ未給料ヲ支給スルノ要ナシト雖死亡セル場合ノ如キハ爾後其服役ヲ完了セシムル手段ナク憐ムヘキ境遇ニ在ルモノナルカ故ニ恰一部履行ニ對スル一部ノ報酬ヲ與フルカ如ク死亡ノ日迄ノ給料ヲ支給スルモノト爲シタリ而シテ此場合ニ給料カ若日給ヲ以テ定メラレタルモノナルトキハ死亡ノ日迄ヲ計算スルコト容易ナルヘシト雖或ハ期間ヲ以テ或ハ一航海ヲ以テ給料ヲ定メタル場合ニハ已ムコトヲ得ス其割合ニ從テ日給ニ換算シ死亡ノ日迄ノ給料ヲ算定シ之ヲ支給スルノ外其途アラサルヘキナリ

死亡ノ原因ニ付テハ本條第三項ニ於テハ法文何等ノ明言スル所ナキカ故ニ如何ナル原因ニ依ル死亡モ皆其内ニ包含スヘキニ似タリ然レトモ第五七八條ト本條トハ併存シテ適用サルヘキ規定ナルカ故ニ若第五七八條第二項但書ニ言フカ如ク職務ヲ行フニ因テ疾病ニ罹リ又ハ傷痕ヲ受ケ其結果遂ニ死亡セル場合ニ於テハ第五七八條第二項但書ハ尙適用サルモノト謂ハサルヘカラス故ニ海員ノ相續人ハ唯リ死亡ノ日迄ノ給料ノミナラス給料ノ全額ヲ請求シ得ト謂ハサルヘカラス加之第五八〇條第二項ニ所謂葬式費用モ亦請求シ得ヘキモノト謂ハサルヘカラス葬式費用ノ請求權ニ付テハ之ヲ説明スヘシ以上説明シタル(1)乃至(3)ノ場合ノ外契約上ノ勞務ヲ完了セザル場合ニ於テハ給料ノ支拂ニ付第五八一條乃至第五八三條及第五八七條ニ特別規定ノ存スルモノナリト雖是事海員雇入契約ノ終了ノ節ニ於テ併セテ説明スルヲ便宜トスルカ故ニ茲ニ之ヲ略ス

第二 食料ノ請求權

商法海商 海員 海員雇入契約ノ效力

商法第五七七條(獨新海員條例五四條)ニ之ヲ規定セリ蓋海員ノ給料ハ比較的ニ少額ニシテ食料ハ其中ニ包含セラルルヲ通例トシ實際ノ慣習並ニ各國ノ立法例モ亦海員ノ服役中ノ食料ハ船舶所有者ノ負擔ト爲スカ故ニ本條ノ規定アリ然レトモ特約ニ依テ海員ノ負擔ト爲スハ固ヨリ之ヲ妨ケス又注文ニ「服役中」トアルカ故ニ休役中ノ食料ハ之ヲ支給スルニ及ハス又注文ニ「食料」ト云フト雖之ヲ廣ク解シ飲料モ亦其中ニ包含スルモノト知ルヘシ又飲食物ノ程度及分量ニ至テハ何等ノ明言スル所ナシト雖海員相當ノ物ヲ支給スヘキハ勿論ニシテ之ニ關シテハ海員名簿中飲食物又ハ其代料ニ關スル記事ノ項目アリテ船長ニ於テ之ヲ記載スルコトヲ要スルカ故ニ自ラ管海官廳ノ取締ヲ受タルニ至ルヘキナリ

又海員ニ衣類例之制服等ヲ給與スルコト又相當ノ船室ヲ供與スルコト等ニ付テハ是商法ニハ規定ナキモ雇人契約ノ要項トシテ掲ケラルルカ又ハ各會社ノ内規其他實際ノ慣習ニ依テ定マラルヘキモノトス

第三 治療及看護ノ費用ノ請求權

商法第五七八條第一項(獨新海員條例五九條)ニ規定アリ民法雇傭ノ通則ニ依レハ勞務者ハ如此場合ニ治療及看護ノ費用ノ請求權ヲ有セザレトモ海員ニ付テハ特ニ之ヲ保護スル爲ニ斯ル請求權ヲ與ヘタルモノトス蓋海員カ不行跡其他重大ナル過失アリタル場合ハ固ヨリ之ヲ保護スヘキ理由ナシ然レトモ其職務ヲ行フニ因テ疾病、傷痍ニ陥リタル場合ハ勿論或ハ全ク過失ナク唯天候ノ不順等ニ因テ疾病ニ罹リタル場合或ハ過失アルトモ未重大ナル過失ト稱スヘカラサル場合ニ在テハ其疾病傷痍カ服役中ニ生シタルモノタル以上ハ特ニ之ヲ保護スルノ必要アリ而シテ斯種ノ保護問題ハ固ヨリ公益上ノ理由ニ基クテ雖其輕重及範圍ニ至テハ程度論ニシテ法理上必シモ劃然タル限界アルニ非ス立法者カ認メテ相當ナル程度ト爲シタル所ニ於テ斯ル規定ヲ爲シタルノミ故ニ疾病ノ輕重ニ從ヒ三箇月ヲ超セザル期間内

ノ治療及看護ノ費用ヲ給スルモノニシテ三箇月ト云フハ畢竟程度論ナリ又他方ニハ船舶所有者ノ利益ノ亦之ヲ顧ミサルヘウラス故ニ之ニテ略海員保護ノ目的ヲ達シ得ヘシト信シタルニ由ルモノナリ而シテ其費用ヲ給與スルハ三箇月以内ニテ全治スルモノニ在テハ必シモ三箇月分ヲ給與スルニ及ハス實際ニ上其全治スル迄ノ分ヲ負擔スレハ足レリ又三箇月ヲ經過スルモ全治セザルモノニ在テハ爾後ハ海員自身ノ負擔ヲササルヘカラサルナリ尙治療及看護ノ費用以外ニ給料ヲ請求シ得ヘキコトハ同條第二項ノ規定スル所ニシテ其詳細ハ既ニ給料ノ請求權ノ項ニ於テ之ヲ述ヘタリ

第四 葬式費用ノ請求權

商法第五八〇條第二項(獨新海員條例六四條)ニ規定アリ是亦海員カ其職務ノ爲ニ其身ヲ犧牲ニスルニ至リタル場合ナルカ故ニ其葬式費用ヲ船舶所有者ノ負擔タラシメタルモノトス而シテ其費用ノ多寡ニ至テハ畢竟海員相當ノ程度ニ從フヘキモノトス

第五 雇入港迄ノ送還ノ請求權

海員ハ商法第五八一條乃至第五八三條及第五八七條ノ場合ニ於テ其雇入港迄ノ送還ヲ請求シ得ル權利アリ其各場合ノ詳細ナル點ニ付テハ後ニ之ヲ述フヘシト雖概言スレハ何レモ海員ニ過失ナクシテ雇止ヲ爲スニ至リタル場合ナルカ故ニ彼ヲ雇入港迄送還シテ契約當時ノ原狀ニ復シ取損實ヲ生セザラシメントスルニ在ルナリ然レモ雇入港迄ノ送還ヲ請求スル權利ヲ有スル場合ニハ海員自己ノ都合ニ依リ送還ニ代ヘテ其費用ヲ請求スルコトヲ得ルモノト爲セリ(五八八條)蓋船舶所有者ノ爲ニハ其負擔ヲ重カラスルコトナクシテ海員ノ爲ニハ大ニ便益トスル所ナレハナリ唯實際上ニ於テハ船舶所有者ハ通例自己ノ船舶ヲ以テ送還スヘキカ故ニ之ニ代ヘテ現金ヲ請求サルハ或ハ負擔ヲ重カラシムル結果ヲ



生スルコトナキヲ保セスト雖一旦海員ノ爲ニ送還請求ノ權利ヲ認メタル以上ハ斯ル變通ノ途ヲ與フルモ亦不可ナシ殊ニ海員自ラ雇止ヲ請求シタル場合ノ如キハ同一ノ船舶ヲ以テ送還サルルコトハ感情上忍ビサルコトモアルヘク又雇入港迄歸航セスシテ其地ニテ直ニ他船ノ雇入ニ應スルコトモアルヘシ故ニ送還ニ代ヘテ其費用ヲ請求シ得ルモノトシタリ然レトモ海員ノ如キハ往往ニシテ其金錢ヲ消費シ盡シテ本國ノ雇入港迄歸還スルコト能ハサル場合之アルヘシ故ニ實際上ニ於テハ送還ニ代ヘテ現金ヲ給與スル場合ハ領事等ニ於テ之カ取締ヲ爲スコト肝要ナルヘシ

又送還費用ハ海員相當ノ程度ニ依テ之ヲ定ムヘシ又其中ニハ食料、衣類等何程迄ヲ包含スルカ食料ハ必須物ニシテ其中ニ包含サルルコト勿論ナルヘキモ衣類ノ如キハ現存スル場合ハ支給ノ必要ナカルヘシ要スルニ細目ニ至テハ各場合ニ於テ實際ノ必要狀況ニ從ヒ支給スルノ外ナカルヘシ

第六 海員ノ船舶所有者ニ對スル債權ノ時効
船長ノ船舶所有者ニ對スル債權ニ付既ニ商法第五七五條ニ於テ一年ノ短期時効ノ規定ヲ設ケタリ之ト全ク同一ノ理由ニ基キ海員ノ債權モ亦一年ノ短期時効ニ權ルモノト爲セリ即第五八九條ニ於テ第五七五條ノ規定ヲ準用セリ

第二項 海員ノ義務

海員ハ雇備契約ニ基キテ義務ニ服スル者ナルカ故ニ先其義務ニ服スル義務アルコトハ固ヨリ言フ俟タス然ルニ其義務ニ服スル船舶ニ於テ之ヲ爲スモノナルカ故ニ船舶ニ乗込ム必要アルハ勿論ト又乗込ミタル以後限ニ其船舶ヲ去ルコトヲ得サルコトモ亦明白ナリトス商法第五七六條ハ之ニ付テ規定セリ

海員雇入契約ハ契約其モノトシテハ諾成ニ依テ成立スルモ行政上ノ取締ノ爲ニ公認其他ノ手續ヲ必要トス其手續ニ付テハ船員法施行細則及船員法取扱手續ニ於テ詳細ニ規定セリ既ニ公認其他ノ雇入手續ヲ終リタルトキハ海員ハ船長ノ指定シタル時ニ於テ船舶ニ乗込ムコトヲ要シ又乗船後ハ限ニ船舶ヲ去ルコトヲ得サルモノトス海員カ若此義務ヲ盡ササルトキハ船舶所有者ニ對シテ唯リ私法上損害賠償ノ責ニ任スヘキノミナラス行政上ノ取締ノ爲ニ許多ノ制裁ヲ受ク殊ニ船長ハ海員カ指定ノ時期ニ船舶ニ乗込マサルトキ又ハ船長ノ許可ヲ得スシテ之ヲ去リタルトキハ其乗船ヲ強制スルコトヲ得又其命令ニ服從セサル者アル場合ニ於テ船長ハ必要ト認ムルトキハ海軍ノ艦船、地方官廳又ハ管海官廳ニ援助ヲ求ムルコトヲ得(船員法四四條、四五條)而シテ海員ニ對スル制裁トシテハ海員カ雇入手續ノ終リタル後正當ノ理由ナクシテ船長ノ指定シタル時ニ於テ船舶ニ乗込マサルシトキハ二圓以上二十圓以下ノ罰金ニ處セラル(同六一條)又海員カ船長ノ許可ヲ得スシテ二十四時間以上船内ニ在ラサルトキハ二圓以上二十圓以下ノ罰金ニ處セラル殊ニ海員カ脱船シタルトキハ十一日以上六箇月以下ノ重禁錮ニ處セラレ尙外國ニ於テ此等ノ罪ヲ犯シタルトキハ一等ヲ加ヘラル(同六四條)又船舶ニ急迫ナル危險アルニ際シテ海員カ船長ノ許可ヲ得スシテ其船舶ヲ去リタルトキハ十一日以上三年以下ノ重禁錮ニ處セラル(同五五條)又海員中連轉士、機關士等ノ海技免狀ヲ有スル者カ不當ノ所爲アリタルトキハ船長ト同ク海員審判所ノ裁決ニ依リ懲戒ヲ加ヘラル此他海員ノ制裁ニ付テハ船員法中間則ノ部及海員懲戒法ヲ參照スヘシ

第三節 海員雇入契約ノ終了

海員雇入カ公認ヲ爲スト同ク雇入契約ノ終了セル總テノ場合ニ於テ亦雇止ノ公認ヲ爲スコトヲ必要トス(船員法施行細則三三條)故ニ雇止公認ノ手續ハ唯リ第五八一條ニ依リ船長カ海員ヲ雇止メ又ハ第五八三條ニ依リ海員ヨリ雇止ヲ請求シタル場合ノミナラス契約終了ノ總テノ場合ニ於テ必要ナリト知ルヘシ今契約終了ノ各原因ヲ左ニ説明スヘシ

第一項 勞務ノ完了

海員雇入契約ハ其契約上ノ趣旨ニ從ヒ勞務ヲ完了シタル場合ニ終了スルハ其終了ノ最普通ナルモノトス而シテ勞務ノ完了トハ例之一航海ニ付勞務ニ服スルコトヲ定メタルトキハ其航海ヲ終リタルトキ又或期間ノ勞務ニ服スルコトヲ約シタルトキハ其期間ノ滿了シタルトキ是ナリ唯期間滿了後勞務者カ引續キ勞務ニ服スル場合ニ於テハ同一條件ニテ更ニ契約ヲ爲シタルモノト推定サルルノミ(民六二九條)

然ルニ期間ヲ以テ勞務ニ服スルコトヲ約スル場合ニ付法律ハ契約自由ノ原則ニ制限ヲ加ヘテ其期間ヲ或一定ノ範圍ニ限定シタリ商法第五八五條即是ナリ

何カ故ニ如此契約期間ニ制限ヲ加ヘタルカ是既ニ民法第六二六條ニ於テ普通一般ノ雇傭ニ付其契約期間ヲ五箇年ニ制限シタルト全ク同一ノ理由ニ基テ蓋雇傭ハ人ノ自由ヲ束縛スルモノナルカ故ニ長年月ニ涉リテ人ノ自由ヲ束縛スルコトヲ一時ニ契約セシムルトキハ社會ノ公益並ニ經濟上ニ害アルモノト謂ハサルヘカラス殊ニ海上ノ勤務ニ在テハ船長ノ命令ノ下ニ立テ自由ヲ束縛スルコト一層甚シク且陸上ニ於ルヨリモ危險モ亦多キカ故ニ人ノ自由意思ニ從ヒ容易ニ其契約關係ヨリ離脱シ得ルノ途ヲ與ヘ

之此法律ニ於テ一般ノ法律及命令カ原則トシテ臺灣ニ行レサルコトヲ明言セルハ却テ憲法モ亦之ヲ臺灣ニ行フノ意思ナキコトノ證據トナスニ足ルヘキナリ

要之憲法ハ今日ニ於テモ臺灣取得ノ當時ニ於ルト同ク未臺灣ニ施行セラレサルナリ其將來何レノ時ヨリ施行セラレルヘキヤハ一君主ノ明示又ハ默示ヲ以テ定ムル所ニ依ルヘキナリ隨テ臺灣總督カ如此權限ヲ有スルコトハ其自身ニ於テハ憲法ノ規定ニ抵觸スヘキモノナルモ目スルニ憲法違反ヲ以テスルコトヲ得ス

臺灣總督ノ權限ハ著ク内地ノ地方官廳ト異レルコト右述ブルカ如シ今之ヲ更ニ左ノ四項ニ分チテ説明スヘシ

第一 律令權 總督ハ其管轄區域内ニ於テ法律ノ效力ヲ有スル命令ヲ發スルノ權ヲ有ス此命令ヲ稱シテ律令ト云フ律令ヲ發スルハ緊急勅裁ト異リ議會ノ開會中ナルト開會中ナルトヲ問ハス又臨時ノ必要ニ出ツルト通常ノ必要ニ基クトヲ問ハス要スルニ憲法カ法律ニ依ルニ非サレハ定ムルコトヲ得ストシタル臣民ノ權利ノ保障ハ臺灣ニ於テハ行ルルコトナク法律ヲ以テ之ニ代フルコトヲ得ルナリ然レトモ律令ヲ發スルハ通常臺灣總督府令ヲ發スルヨリハ特ニ鄭重ナル手續ヲ要ス即先臺灣總督府評議會ノ決議ヲ經タル後内務大臣ヲ經由シ勅裁ヲ經ルコトヲ要ス若臨時緊急ノ必要アルトキハ此手續ヲ經スシテ總督單獨ノ職權ヲ以テ之ヲ發布スルコトヲ得ルモ此場合ニ於テハ發布後直ニ勅裁ヲ請ヒ且之ヲ評議會ニ報告スルコトヲ要シ若勅裁ヲ得サルトキハ直ニ其將來ニ效力ヲ失フヘキコトヲ公布スルコトヲ要ス總督府評議會ノ組織ハ明治二十九年勅令第八九號ノ定ムル所ナリ即總督以下總督府ニ於ル重ナル官吏若干名ヲ以テ之ヲ組織ス



第二 軍隊ノ統帥權及軍制權 總督ハ管ニ行政官廳タルノ性質ヲ有セルノミナラス同時ニ管内ニ於ル陸海軍ヲ統帥シ及軍事行政ヲ行フノ權ヲ有ス此權限ニ付テハ行政法ニ於テ論スルノ限ニ在ラス

第三 司法權 臺灣ニ於ル司法權ハ今日ニ於テ未裁判所ノ行フ所ニ非ス司法權モ亦均ク總督ノ職權ニ屬スルモノニシテ行政權ト司法權トハ未相分離スルニ至ラス司法權ヲ行フノ機關ハ總督府法院ナリ法院ハ總督ノ監督ノ屬スルモノニシテ民事及刑事ノ裁判ヲ爲ス其組織ハ明治三十一年律令第一六號ノ定ムル所ナリ法院ハ二級ニ分ル地方法院、覆審法院是ナリ但地方法院ノ管内ニ一若クハ二以上ノ地方法院出張所ヲ設ケ覆審法院ハ總督府所在地ニ一箇所ヲ置クモノトス法院ハ裁判所ニ非ス法院ノ判官ハ裁判官ニ非ス隨テ判官ハ憲法上ノ地位ノ保障ヲ有スルコトナシ法院ハ裁判所ニ非サルノ結果法院ノ判決ハ内地ニ於テハ裁判所ノ判決ト同一ノ效力ヲ有スルコトヲ得ス内地ニ於テハ法院ノ判決ハ恰外國裁判所ノ判決ト同一ノ效力ヲ有スルニ過キス

第四 行政權 臺灣總督ノ行政上ノ權限ハ普通ノ地方官廳ノ權限ニ相當スヘキモノナレトモ此點ニ於テモ總督ノ權限ハ頗普通ノ地方官廳ヨリ廣シ内地ニ於テハ行政ノ權限ハ第一次ニ君主ノ大權ニ屬シ第二次ニ各省大臣ニ屬シ地方官廳ハ第三次ニ於テ此權限ヲ有スルモノナリ隨テ地方官廳ハ君主ノ大權又ハ各省大臣ニ留保セラレサル事項ニ付其權限ヲ有スルニ過キス臺灣ニ於テハ反之内地ニ於ル勅令及省令ハ其效力ヲ及ササルヲ原則トスルカ故ニ内地ニ於テハ大臣ノ職權ニ屬スル事項ハ勿論君主ノ大權ニ屬スル事項ニ至ル迄總督ノ權限ニ委任セラレ居レリ

總督ハ又總督府官制第一條ニ依リ内務大臣ノ監督ヲ受クルモノナレトモ普通ノ地方官廳ノ内務大臣ニ對スル如キ意味ニ於テハ總督ハ内務大臣ノ下級官廳タルモノニ非ス府縣行政ニ付テハ内務大臣ハ自ら

其職權ヲ有シ府縣知事ハ内務大臣ノ職權ニ屬セサル事項ニ付其權限ヲ有スルモノニ臺灣總督ハ反之總督府ニ於ル行政ノ全部ヲ總督スルモノニシテ内務大臣ハ自ら其行政ヲ行フ權限ヲ有スルモノニ非ス内務大臣ノ總督ニ對スル監督權ノ範圍ニ付テモ勅令ハ之ヲ明言セヌ又如何ニシテ其監督權ヲ行フヘキカニ付テモ何等ノ定ムル所ナシ就中各省官制通則ニ於テ内務大臣ハ府縣知事、北海道廳長官等ノ處分又ハ命令ヲ取消シ又ハ其變更ヲ命スルコトヲ規定セルニ拘ラス臺灣總督ニ對シテハ同一ノ規定ヲ缺ケリ然レトモ少ナクトモ總督ニ對シテ他ノ地方官廳ニ於ルト均ク指揮命令ヲ下シ及不當又ハ違法ノ處分若クハ命令ヲ停止シ及之ヲ取消スノ權ヲ有スルモノナラサルヘカラス然ラサレバ監督權ハ全ク有名無實タルヘケレハナリ如此權限ハ縱令其明文ナシト雖監督權ノ文字ニ依テ當然推測シ得ヘキモノナリ各省官制通則ニ其規定ヲ缺ケルハ其制定ノ時期カ臺灣總督府ノ設置以前ニ在リシカ故ナリト看做ササルヘカラス然レトモ内務大臣ノ監督權ハ單ニ之ノミニ止リ自ら直接ニ臺灣ノ行政ヲ行フノ職權ヲ有スヘキモノニ非ス

總督ハ法律ニ代ルヘキ命令ヲ發スル外商單純ノ命令ヲ發スルノ權ヲ有セリ之ヲ總督府令ト云フ總督府令ニ附シ得ヘキ罰則ハ府縣知事ノ命令ニ附シ得ヘキ罰則ヨリモ遙ニ廣キノミナラス各省大臣ノ命令ニ於ルヨリモ廣ク勅令ニ於ルト同一ノ罰則ヲ附スルコトヲ得ルナリ

總督府ニ總督官房、民政部、陸軍幕僚及海軍幕僚ヲ置ク陸軍及海軍幕僚ハ總督ノ陸海軍統帥權ヲ補助スルノ機關ナリ總督ノ行政及司法ニ關スル一切ノ權限ハ民政部ニ於テ之ヲ行フ民政部之ヲ總務局、財務局、通信局、殖産局、土木局及警察本署ノ五局一署ニ區別ス

總督府ニ於ル下級ノ地方官廳ハ廳長ナリ廳長ハ其管轄内ニ於テ廳令ヲ發スルコトヲ得

0302

第二編 行政權ノ發動

緒言

行政權ノ發動ハ或ハ國家ノ純然タル一方の作用トシテ臣民ニ行爲、不行爲又ハ給付ヲ命スルモノアリ或ハ臣民ニ或利益ヲ供與シ其代價トシテ臣民ニ或義務ヲ課スルモノアリ或ハ之ト反對ニ國家ノ利益ノ爲ニ臣民ニ或特別ノ義務ヲ命シ其代價トシテ國家ヨリ或利益ヲ供與スルコトアリ純然タル國家ノ一方の作用ハ又之ヲ二種類ニ分ツコトヲ要ス一ハ國家カ公共ノ安寧ヲ保持スルカ爲メ臣民ニ行爲、不行爲ヲ命スルノ作用ニシテ之ヲ稱シテ警察ト謂フ一ハ國家カ收入ヲ得ルノ目的ヲ以テ臣民ニ金錢ノ給付ヲ命シ及其給付ヲ保障スルカ爲メ作爲、不作爲ヲ命スルノ作用ニシテ之ヲ稱シテ財政權ト謂フ國家カ臣民ニ種種ノ利益ヲ供與シ其代價トシテ臣民ニ義務ヲ命スルノ作用ハ主トシテ營造物ニ關スルモノナリ國家ノ利益ノ爲ニ臣民ニ特別ノ義務ヲ課スルノ作用ハ又二種類ニ分ツコトヲ要ス一ハ國家カ臣民ノ財產權ヲ徵收シ之ニ對シテ代價ヲ與フルノ作用ニシテ之ヲ廣義ニ於ル公用徵收ト謂フ一ハ臣民ヲシテ勞務ノ義務ヲ負ハシメ之ニ代價ヲ供與スルノ作用ニシテ其重ナルモノハ官吏及兵役ナリ以上ノ如クニシテ吾人ハ本編ニ於テ論スヘキ五種ノ大ナル題目ヲ得ヘシ一、警察權ニ、財政權三、公用徵收四、營造物法五、公ノ服務是ナリ此外尙國家ハ行政處分ノ違法又ハ不當ナルニ依リ臣民ノ利益ヲ侵害シタル場合ニ於テ之ヲ救済スルカ爲メ訴訟及行政訴訟ノ手段ヲ設ケタリ訴訟及行政訴訟ハ本編ニ於テ論スヘキ最後ノ題目ナリ

第一章 警察權

第一節 警察ノ觀念

警察ナル語ハ極テ普通ニ用ヒラルル語ナレトモ其判然タル意義ニ付テハ未一定ノ見解ナシ其語ハ元來佛語ノ「ポリス」獨逸語ノ「ポリツアイ」ニ相當スルモノナレトモ「ポリス」ポリツアイノ觀念ニ付テモ學者ノ見解未一定セサルカ如シ我國ノ明治八年三月太政官達第二九號行政警察規則第一章第一條ハ行政警察ノ目的ヲ定義シテ「凶害ヲ豫防シ安寧ヲ保持スルニアリ」ト謂ヘリト雖此規定ハ警察ノ學術上ノ觀念ヲ定メント欲シタルモノト看做スコトヲ得サルカ故ニ之ヲ以テモ其觀念ノ基礎ト爲スコトヲ得ス」警察トハ臣民ノ自由ヲ制限スヘキ國權ノ作用ヲ謂フモノナルコトハ學者ノ普ク認ムル所ナリ臣民ノ自由ヲ制限スルコトナク單ニ公共ノ利益ヲ達スルカ爲メニ用ル警察ニ非ス例之道路ニ街燈ヲ照シ河川ニ堤防ヲ築クハ盜難又ハ水害ヲ豫防スル上ニ於テ最有益ナル手段ナレトモ臣民ノ自由ヲ制限スルモノニ非サルカ故ニ警察ノ範圍ニ屬セス此點ニ付テハ學者ノ異論ナキ所ナリ

議論ノ鼓ル所ハ自由ヲ制限スル目的ノ範圍ニ如何ナル制限アルカノ問題ニ在リ最極端ナル說ハ其目的ノ何レニ在ルヲ問ハス臣民ノ自由ヲ制限シ之ヲ強制スル行政作用ハ皆之ヲ警察ト謂ハントセリ然レトモ如此定義ノ廣義ニ失スルハ明瞭ナリ強制權ヲ行フモノト雖財政ノ利益ノ爲ニスルモノハ警察ニ非ス臣民ニ租稅ヲ課シ之ヲ納付セサル者ニ對シ強制シテ之ヲ徵收スルハ何人モ其警察ニ非サルコトヲ疑ハス軍隊ノ目的ノ爲ニ兵役ヲ徵シ人夫ヲ徵發スルモ亦警察ニ非ス故ニ學者ハ或ハ內政ノ區域ニ於ル強制作用ナリト謂フニ依テ以テ其區別ヲ明ニセントスルモノアリト雖單ニ內政ノ區域ノミニ付テ謂フモ

強制權ヲ用フルモノニシテ警察ノ作用ニ非サルモノ甚チナカラス著作者ノ發明者ニ著作權ノ特許權ヲ與ヘ他人ノ之ヲ偽造スルコトヲ許サス或ハ利潤ヲ以テ或ハ損害賠償ヲ以テ其違奉ヲ強制スルハ内政ノ區域ニ屬スルモノナレトモ警察ニ非ス町村長ノ如キ名譽職ノ就職ヲ以テ法律上ノ義務トナシ其就職ヲ強制スルモ警察ニ非ス一定ノ年齢ノ兒童ニ就學ノ義務ヲ課シ其就學ヲ強制スルモ警察ニ非ス内政ノ區域ニ於テモ強制權ヲ利用スルモノニシテ而モ警察ニ屬セサルモノ如此其例ニ乏シカラス警察ヲ以テ内務行政ノ區域ニ於テ強制權ナリト謂フハ決シテ其當ヲ得タルモノニ非ス

警察ノ觀念ヲ定ムルニハ單ニ其手段ニ依ルノ外尙其目的ヲ限ルコトヲ要ス固ヨリ法學ハ專行爲ノ形式ヲ論シ其目的ノ如何ヲ問ハサルヲ原則トスレトモ場合ニ依テハ目的ノ異ルニ從ヒ行爲ノ性質自身ニ變更ヲ受クルコトアリ如此場合ニ於テハ又其目的ヲ併セテ觀察セサルヘカラス

警察ノ目的ハ其消極的ナルコトニ於テ總テ他ノ行爲ト異レリ警察ハ積極的ニ臣民ノ福利ヲ増進スルコトヲ目的トスルモノニ非スシテ消極的ニ公共ノ秩序ニ對スル障害ヲ除去スルヲ以テ其目的トスルモノナリ障害ノ除去ハ警察ノ總テ他ノ行政ト區別セラルルノ特徵ナリ行政警察規則カ凶害ヲ豫防シ安寧ヲ保持スト謂フモ亦此意味ヲ表明シタルニ外ナラス

警察ノ目的カ單ニ障害ノ防止ニ在ルコトヲ以テ警察ノ觀念ノ要素トスルコトハ「スタイン」ノ主張ニ係リ數多ノ學者ノ同意スル所ナレトモ又之ニ反對スル學者モ尠ナカラス之ニ反對スル者ハ曰ク消極ノ目的ト積極ノ目的トハ如此判然タル區別ヲ許スモノニ非ス總テ國家ノ強制作用ハ或意味ニ於テハ皆障害ヲ防止スル爲メノ作用ナリト謂フコトヲ得例之就學ノ義務ヲ命スルハ無教育ヨリ生スル障害ヲ防止スルカ爲メノ作用ニシテ水利組合ノ加入ヲ強制スルハ早魃ヨリ生スル障害ヲ防止スルカ爲メナリト謂フコトヲ

得ルカ故ニ所謂積極ノ目的ヲ有スル作用ト雖一面ヨリ言ヘハ障害ヲ防止スルノ作用ニ外ナラスト成程就學ノ義務ヲ命スルハ其結果ヨリ謂ヘハ無教育ノ障害ヲ防止スルモノニ外ナラスト雖其作用ハ積極ニ臣民ニ教育ヲ加フルニ依テ達セラルルモノニシテ單ニ障害ヲ防止スルノミニ止ラズ障害ヲ防止スルノ作用トハ既ニ生シタル障害又ハ將ニ生セントスル障害ヲ豫防シ又ハ制止シ以テ障害ナキ状態ヲ保持セントスルニ止ル作用ニシテ積極ニ新ナル福利ヲ供與スルノ作用ヲ包含セス清潔ヲ保持スルカ爲メ家屋ノ大掃除ヲ命スルハ單ニ不潔ト謂フ障害アル状態ヲ除却スルカ爲メ過キスシテ新ナル福利ヲ加ヘントスルニ非ス反之就學ノ義務ヲ命スルハ未教育ヲ有セサル者ニ對シテ新ニ國家カ教育ヲ施スモノニシテ單ニ障害ヲ除去スルニ止ラズ其間ニ判然タル區別ヲ認ムルコトヲ得ヘシ

消極ノ目的ト積極ノ目的トカ判然タル區別ヲ有セストスルノ論者ハ警察ノ觀念ヲ以テ公共ノ幸福ヲ保持スルカ爲メニ爾國家ノ權力作用ナリト謂フヲ以テ満足セリ然レトモ公共ノ幸福ヲ保持スルカ爲メノ權力作用ハ租稅ヲ徵收シ兵役ノ義務ヲ課スル等皆然ラサルハナシ學者ハ或ハ又之ヲ制限シテ警察ハ公共ノ幸福ヲ保持スルヲ以テ直接ノ目的トスル國家ノ權力ナリト謂フ者アリ其意ノ存スル所ハ租稅ヲ徵收シ兵役ノ義務ヲ課スルカ如キハ其直接ノ目的トスル所ハ國家ノ財力ヲ増加シ兵力ヲ強ウスルニ在ラ公共ノ幸福ヲ保持スルハ其直接ノ結果ニ過キス故ニ警察ノ觀念ニ屬セスト謂フニ在リ然レトモ直接ニ公共ノ幸福ヲ以テ其目的トスルモノト雖尙警察ノ範圍ニ屬セサルモノ尠ナカラス水利組合ノ加入ヲ強制スルハ直接ニ工業ノ發達ヲ目的トスルモノナリ而モ此等ノ強制作用カ警察ノ範圍ニ屬セサルコトハ疑ヲ容レサル所ナリ



警察ノ目的ハ單ニ既ニ生シタル障害ヲ除却シ又ハ將ニ生セントスル障害ヲ豫防スルニ止ルモノナリ然レトモ之ノミヲ以テハ尙警察ノ觀念ヲ明ニスルニ足ラス總テ障害ハ或ハ自然力ヨリ生スルモノアリ或ハ人ヨリ生スルモノアリ警察ノ防止スル障害ハ專人ヨリ生スル障害ノミニシテ自然力ヨリ生スル障害ヲ防止スルハ警察ノ範圍ニ屬セス蓋人類ハ社會共同生活ノ一員トシテ社會ノ善良ナル秩序ヲ防害スヘカラサル自然ノ義務ヲ負ヘルモノナリ簡人ハ社會ノ一員ナルカ故ニ簡人所爲ニ常ニ社會ニ影響シ社會ハ簡人所爲ニ依テ絶エス或ハ善良ナル影響ヲ受ケ或ハ害アル影響ヲ受ケ社會ニ善良ナル影響ヲ與フルトハ社會ノ濟經上、精神上、道德上ノ凡テノ力ヲ増進スヘキモノヲ謂ヒ社會ニ害アル影響ヲ與フルトハ社會ノ此等ノ善良ナル力ヲ阻害スヘキ一切ノ所爲ヲ謂フ簡人カ社會ノ一員トシテ其共同生活ニ加ハレル以上ハ其當然ノ義務トシテ社會ニ有害ナル影響ヲ與フヘキ所爲ヲ避クヘキノ義務ヲ負ヘリ警察ノ觀念ハ此人類ノ當然ノ義務ヲ以テ其基礎トスルモノニシテ簡人カ社會ニ害アル影響ヲ及スヘキコトヲ防止スルノ作用ナリ隨テ其及フ所ハ專人類ノ所爲ニ基ク社會ニ有害ナル影響ニ止リ自然力ニ基ク障害ヲ除却スルハ最早警察ノ範圍ニ屬セス

以上論スル所ニ依リ警察ノ定義ヲ舉ケレハ
警察トハ人ヨリ生スル社會ノ秩序ニ對スル障害ヲ防止スルカ爲ニスル行政ノ區域ニ於ル國家ノ權力ノ作用ナリ

此定義ニ依リ警察ニハ四種ノ要素アルヲ見ルヲ得ヘシ

一 警察ハ權力作用ナリ 權力ノ作用ニ非サルモノハ障害ヲ防止スルカ爲ニスルモノナルモ警察ノ範圍ニ屬セス即消防組ヲ組織シ街路ニ點燈スルハ火災、盜難ヲ防止スルカ爲ノ作用ナレトモ權力作用

ニ在ラザルカ故ニ警察ニ屬セス然レトモ權力作用ト云フハ必シモ多クノ學者ノ說明スルカ如ク單ニ強制作用ノミヲ云フニ非ス強制ハ單ニ警察ノ一部ニシテ其全部ニ非ス強制ノ外ニ警察ハ又單純ニ作爲作爲ヲ命シ又ハ許可ヲ與フルコトアリ作爲爲令不作爲爲令及許可ハ強制ト相並テ各警察ノ別種ノ法系ヲ成セルモノナリ

二 警察ハ社會ノ秩序ニ對スル障害ヲ防止スルヲ以テ目的トナス 社會ノ秩序トハ社會ノ進歩ニ寄與スヘキ精神上物質上ノ一切ノ力カ可及の有害ナル影響ヲ受クルコトナキ一般ノ狀態ヲ謂フ此一般ノ狀態ニ有害ノ影響ヲ與フヘキ人類ノ所爲ヲ防止スルハ警察ノ目的ノ存スル所ナリ

三 警察ノ防止スヘキ障害ハ人類ヨリ出タルモノナルコトヲ要ス 人ヨリ出タル障害トハ必シモ人ノ身上ノ所爲ニ依テ原因シタル障害ト云フノ意ニ非ス社會ニ於ル人類ノ生活ヨリ出タル障害ハ皆其人ヨリ出タル障害ナリト謂フヲ妨ケス故ニ例之人ノ所有物ノ危險ナル狀態、其使用セル家畜ヨリ

生スル障害ノ如キハ皆人ヨリ出タル障害ナルコトヲ妨ケス
四 警察ハ行政ノ區域ニ於ル權力作用ナリ 刑事及民事ノ裁判ハ社會ニ對スル障害ヲ防止スルカ爲ニ最有力ナル手段ナリト雖司法權ノ範圍ニ屬スヘキモノニシテ警察ニ屬スヘキモノニ非ス犯罪ヲ搜索シ犯罪人ヲ逮捕スルモ亦刑事裁判ニ附隨スルノ作用ニシテ特ニ之ヲ司法警察ト謂ヒ以テ行政ノ區域ニ於ル警察ト之ヲ區別ス

第二節 警察ノ種類

第一 司法警察ト行政警察 此區別ハ前節ノ最後ニ一言シタル所ナリ司法警察トハ刑事裁判ノ補助タ

0305

ルヘキ警察ヲ謂フモノニシテ刑事上ノ犯罪ノ既ニ發生シタル後ニ於テ犯罪者ヲ搜索シ及之ヲ逮捕スルノ作用ナリ司法警察ハ司法裁判所ノ管轄ニ屬シ刑事訴訟法ニ依テ支配セラルヘキモノナリ其行政ト關聯セルハ直接ニ其執行ニ當レル下級機關カ行政上ノ警察ヲ掌レルト同一ノ機關ナルノ點ニ於テノミナリ其機關ハ同一ナリトスルモ司法警察ニ付テハ行政官廳ノ監督ノ下ニ立ツニ非スシテ司法裁判所ノ指揮監督ニ屬シ其準據スル所ノ法規ハ行政法ニ非スシテ刑事訴訟法ナリ故ニ司法警察ハ行政法ニ於テ論スヘキモノニ非ス行政法ニ於テ論スヘキ所ハ專行警察ノミナリトス

第二 保安警察ト各部警察 行政警察ハ更ニ之ヲ保安警察ト各部警察トニ區別ス茲ニ各部警察ト謂フハ通常行政警察ト稱セラルル所ナレトモ行政警察ノ分類トシテ更ニ行政警察ヲ認ムルハ其語ノ上ニ於テ矛盾ヲ免レス又誤解ヲ生スルノ虞アルヲ以テ寧各部警察ト稱スルノ穩當ナルヲ信ス警察ノ作用ハ廣ク行政ノ各部ニ亙リテ存在セザル所ナク衛生行政ニハ衛生警察アリ營業行政ニハ營業警察アリ道路行政ニハ道路警察アリ行政各部ノ目的ヲ達スルニハ必亦警察作用ヲ要ス所謂各部警察トハ此等ノ行政各部ニ於ル警察作用ヲ謂フモノナリ然レトモ警察ノ中ニハ或特別ノ行政ノ目的ヲ達スルカ爲ニ之ニ伴フテ行ルルニ非スシテ自己獨立ノ目的ヲ有スルモノアリ例之集會結社ノ自由ヲ制限スルハ單ニ社會ニ有害ナル影響ヲ防止スルコトヲ目的トスルノ外何等ノ目的ヲ有セス如此警察其モノヲ以テ目的トナシ他ノ行政各部ニ伴フテ行ルルニ非サル警察作用ヲ稱シテ保安警察ト謂フ外國人警察 集會結社警察 出版警察ハ其重ナル例ナリ

保安警察ト各部警察トノ區別ハ官廳ノ權限ヲ定ムルニ於テ重要ノ關係ヲ有ス各部警察ハ行政ノ各部ニ伴フテ存在スルモノナルカ故ニ一括シテ之ヲ唯一ノ官廳ノ權限ニ屬セシムルコトヲ得ス商工業警察ハ農商務大臣ノ管轄ニ屬シ電氣警察 郵便警察 鐵道警察ハ逓信大臣ノ管轄ニ屬ス反之保安警察ハ其レ自身ニ一部ノ行政ヲ成スモノナルカ故ニ唯一ノ官廳ニ於テ一括シテ之ヲ掌ルコトヲ得内務省官制ニ內務大臣カ警察事務ヲ管掌スヘキコトヲ規定セルハ一切ノ警察事務カ內務大臣ノ權限ニ屬スルコトヲ意味スルニ非ス逓信大臣農商務大臣ノ如キモ亦其掌ル所ノ行政事務ニ伴フ警察權ハ又之ヲ有スヘキハ勿論ナリ內務大臣カ警察ヲ掌ルノ規定ハ唯此等ノ行政各部ニ伴フ警察ノ外ニ屬スルモノニシテ即保安警察ヲ掌ルコト及警察官吏ノ任免並ニ身分上ノ監督ヲ掌ルノ意味ニ外ナラス

第三 中央警察ト地方警察 此區別ヲ認ムルノ必要ハ我國現行法ノ下ニ於テハ二ノ場合ニ於テ生ス一ハ市町村制ニ於テ地方警察ハ市町村長ニ之ヲ委任スルコトヲ許セルト他ノ一ハ訴訟法ニ依リ地方警察事務ニ付テハ訴訟ヲ提起スルコトヲ許セルトニ在リ此法律ノ規定ノ存スルカ爲ニ所謂地方警察ニ付テモ亦法律上ノ一定ノ觀念ヲ定ムルコトヲ要ス然レトモ予ノ見ル所ニ依レハ此二ノ場合ハ必シモ其意味ヲ同一ニセザルカ如シ市町村制ノ場合ニ付テハ地方警察トハ警察作用ノ及スル所ノ利益カ單ニ市町村ノ區域ニ限レルモノナルヲ要スルコトハ明瞭ナリ市町村長ノ權限ハ市町村ノ區域以外ニ及フコトヲ得ス若其利害關係カ市町村ノ區域外ニ迄及フヘキモノニシテ市町村長カ其權限ヲ有シ得ヘシトスルハ市町村長ノ性質ニ矛盾スルモノナリ然レトモ訴訟法ノ場合ニ付テ言ヘハ之ヲ以テ單ニ市町村ノ區域限リニ其利害關係ヲ及スヘキ警察ナリト解スルハ狭キニ失スヘシ此場合ノ地方警察トハ以テ全國ニ通スヘキ警察ト相對スルモノニシテ其利害ノ關係カ國家全體ニ及フモノハ中央警察タリ其然ラスシテ一地方ノミ利害範圍ノ止レルモノハ地方警察タルナリ

第三節 警察上ノ作爲令及不作爲令

警察權ノ發勅ハ之ヲ四種ニ分テコトヲ要ス(一)ハ警察上ノ作爲令及不作爲令ニシテ細警察上ノ目的ノ爲ニ特定ノ作爲又ハ不作爲ヲ命スルノ作用ナリ(二)ハ警察上ノ許可ナリ(三)ハ警察訓ナリ(四)ハ警察上ノ強制ナリ本節ニ於テハ先第一種ヲ論ス

警察上ノ作爲令及不作爲令ハ或ハ法律ニ依テ定メラルルモノアリ或ハ命令ニ依テ定メラルルモノアリ或ハ處分ノ形ニ於テ現ハルルモノアリ警察法律ニ付テハ茲ニ論スルノ必要ナシ本節ニ於テ論スル所ハ專警察命令及警察處分ナリ

第一款 警察命令

歐洲諸國ノ法律ニ於テハ臣民ノ自由ヲ制限スルニハ如何ナル場合ニ於テモ法律ヲ以テスルコトヲ要シ命令ヲ以テ之ヲ規定シ得ルハ法律ヲ執行スル爲メ及法律ノ委任アル場合ニ限ルトスルモノアリ如此國ニ於テハ警察命令ヲ發スルニモ法律ノ委任アルトキ及法律ヲ執行スル爲ナルトキノミニ限ラレ元首ハ獨立ニ命令權ヲ有スルコトナシ我國ノ憲法ハ之ニ反シ其第九條ニ於テ君主ノ獨立ノ命令權ヲ認メタリ君主ハ公共ノ安寧ヲ保持スルカ爲メ及臣民ノ幸福ヲ増進スルカ爲メ法律ノ委任ニ依ルニ非スシテ獨立ニ命令ヲ發シ及發セシムルノ權ヲ有ス如此獨立命令ノ重ナルモノハ即警察命令ナリ故ニ我國ニ於テハ管ニ法律ヲ執行スルノ場合ノミナラス又法律ノ委任ヲ要セスシテ君主ハ獨立ノ大權ニ依テ警察命令ヲ發スルノ權ヲ有セリ然レトモ君主ノ警察命令ヲ發スルノ權ハ決シテ無制限ノ權限ニ非スシテ其命令

權ハ一定ノ限界ヲ有ス命令權ノ限界如何ハ吾人ノ第一ニ論スヘキ問題ナリ

第一 命令權ノ限界 君主ノ警察上ノ命令權ハ第一ニ法律ノ規定ニ於テ其限界ヲ有セリ命令ハ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得ス故ニ既ニ法律ニ於テ規定セラレタル事項ニ付テハ君主ハ命令ヲ以テ最早之ヲ定ムルヲ得アルハ論ヲ俟タス

然レトモ此外尙君主ノ命令權ハ憲法ノ規定ニ於テ種種ノ限界ヲ有ス憲法ハ數多ノ事項ニ付法律ニ依ルニ非サレハ之ヲ規定スルヲ得サルコトヲ定メタリ此等ノ事項ニ付テハ法律ノ特別ノ委任アルニ非サレハ命令ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得ス此等ノ所謂立法事項ノ範圍ヲ論スルハ命令權ノ限界ヲ論スルニ於テ最重要ナル問題ナリ

憲法上ノ立法事項ハ左ノ數種ニ關スルモノナリ

一 居住及移轉ノ自由 居住及移轉ノ自由ハ憲法第二二條ノ保障スル所ナリ居住及移轉ノ自由ハ管ニ直接ニ之ヲ禁止スル場合ヲ包含スルノミナラス又間接ニ居住及移轉ニ關シテ苦痛ヲ科スヘカラザルノ保障ヲモ包含ス故ニ移住ニ對シテ移住税ヲ課スルカ如キ又一定ノ住所ニ居住スルコトヲ以テ特種ノ利益ノ條件トスルカ如キハ皆法律ヲ以テスルコトヲ要ス居住及移轉ノ自由ハ又必スモ居住及移轉其モノヲ制限スルヲ目的トスル場合ノミナラス衛生又ハ風俗取締ノ爲ニ制限スルカ如キ皆法律ヲ以テ故ニ例之傳染病豫防ノ爲メ交通ヲ遮斷シ、風俗ヲ害スル營業者ノ住居ヲ制限スルカ如キ皆法律ヲ以テスルコトヲ要ス居住及移轉ノ自由ハ又內國ニ於ル住居ト外國ニ於ル住居ト間ハス外國ニ移住スルヲ制限スルモ亦法律ヲ以テスルコトヲ要ス

然レトモ本條ニ謂フ所ノ居住及移轉ノ自由ハ一般臣民ニ對スル國權ノ發勅ヲ制限シタルニ止リ特別

ノ從屬關係ニ基テ制限ヲ包含セシムルニ從屬關係即子カ父ノ指定シタル場所ニ住居スルノ義務ヲ負フカ如キ又ハ公法上ノ從屬關係即官吏カ職務執行地ニ居住スルノ義務ヲ負ヒ軍人カ軍隊所在地ニ居住スルノ義務ヲ負フカ如キハ本條ニ關スル所ニ非ス

二 身體ノ自由 憲法第二三條ハ法律ニ依ルニ非サレハ逮捕、監禁、審問、處罰ヲ受クルコトナキトヲ保障セリ本條ノ規定ヲ以テ單ニ刑罰及刑事訴訟上ノ手續ノミカ法律ヲ必要ト爲スト解釋スルハ決シテ適當ナル解釋ニ非ス憲法ハ廣ク處罰ト謂ヘリ處罰トハ總テノ不法行為ニ對スル制裁ヲ云フモノニシテ其刑罰タルト否トヲ問ハス隨テ當ニ刑罰及警察罰ノミナラス所謂執行罰ト雖又法律ニ依ルニ非サレハ之ヲ科スルコトヲ得ス逮捕、監禁及審問ニ付テモ亦單ニ刑事訴訟上ノ手續ノミニ止ルモノニ非ス總テ身體ノ自由ヲ束縛シ之ヲ一定ノ場所ニ留置シ又ハ其意思ニ反シテ之ヲ官衙ニ引致スルカ如キハ其刑罰ヲ科スルノ目的一出ツルト否トヲ問ハス皆法律ヲ以テスルコトヲ要ス故ニ例之發狂者ヲ一室ニ監禁スルカ如キ暴行ノ虞アル者ヲ警察署ニ引致スルカ如キハ皆法律ノ根據ヲ要ス

然レトモ本條ノ規定モ亦一般臣民ニ對スル國權ノ發動ノミニ關スルモノニシテ特別ノ從屬關係ニ基クモノハ之ヲ包含セス故ニ懲戒罰ハ法律ヲ以テスルコトヲ要セシ懲戒ノ目的ノ爲ニ逮捕、監禁及審問スルモ亦本條ノ關スル所ニ非ス何トナレハ懲戒罰ヲ行フハ特別ノ從屬關係ニ立ツ者ニ對スル特別ノ權力ノ發動ニシテ一般統治權ノ作用ニ非サレハナリ

本條ノ規定ハ管ニ身體ノ自由ノミナラス亦一切ノ處罰ヲ包含ス故ニ身體ヲ束縛スヘキ處罰ハ勿論財產刑モ亦之ヲ包含ス故ニ罰金又ハ科料ハ均ク法律ノ規定ヲ要ス然レトモ處罰ハ唯不法行為ニ對スル制裁トシテ科スルモノナラサルヘカラス官廳ノ行為ニ對スル代償トシテ徵收スル所ノモノハ總令其

原因カ簡人ノ違法行為ニ在ルモノト雖處罰ニ非ス故ニ例之納稅ノ慢漫ニ基ケル督促手數料ハ處罰ニ非ス隨テ命令ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得ヘシ

三 住所ノ自由 住所ノ自由ハ憲法第二五條ノ保障スル所ナリ住所ノ自由トハ自己ノ意思ニ反シテ他人ノ自己ノ住所内ニ侵入シ又ハ既ニ住所内ニ在ル者カ自己ノ意思ニ反シテ止ルコトヲ許ササルノ權利ヲ云フ住所ノ自由ヲ侵害スル場合ハ其如何ナル目的ニ出ツルヲ問ハス皆法律ノ根據アルコトヲ要ス故ニ管ニ搜索ノ目的ヲ以テスル場合ノミナラス戶籍ノ調査犯罪人ノ逮捕、風俗ノ取締又ハ救助ノ目的一出ツル場合ト雖意思ニ反シテ住所内ニ侵入スルノ常ニ法律ノ根據アルヲ要ス然レトモ住所ノ保護ハ唯一般公衆ニ公開セザル場所ノノミ及フヘキモノニシテ料理店、劇場、音樂堂、湯屋ノ如キ一私人ニ屬スト雖其場所ノ性質上公衆ノ立入り得ヘキ場所ハ住所權ノ保護ヲ受クルノ限ニ在ラス如此場所ハ其公衆ニ開カレタル間ハ警察官吏モ亦無條件ニ侵入ノ權ヲ有ス但閉場後ニ於テハ其保護ヲ受クルコト通常ノ住所ト異ナルコトナシ

四 信書ノ秘密 信書ノ秘密ハ憲法第二六條ノ保障スル所ナリ信書ノ秘密ニ付テハ多數學者ハ一切ノ郵便物ハ均ク此保護ヲ受クヘキモノト爲セリ其說ニ依レハ封書ハ勿論書電信ノ如キ當然之ヲ讀ムコトヲ得ヘキ郵便物ト雖亦本條ノ範圍ニ屬ス管ニ書翰ノ文言ノミナラス其宛名モ亦秘密ノ範圍ニ屬スト爲セリ然レトモ信書ノ秘密ヲ保護スルハ發信者自ラ之ヲ秘密ニスルノ意思アル場合ナラサルヘカラス葉書ノ如ク發信者カ之ヲ秘密ニスルノ意思ナク當然之ヲ讀ミ得ヘキ方法ヲ探レルモノハ信書ノ秘密ノ範圍ニ包含スルモノト謂フヲ得ス郵便局官吏カ之ヲ他ニ漏ラスヲ得サルハ職務上ノ事項ニ付テハ總テ秘密ヲ守ルヘキ官吏ノ特別ノ義務ヨリ生スル結果ニシテ憲法上ノ信書秘密ノ結果ニ非ス

信書ノ秘密ハ唯發信人ノ之ヲ發信シタル時ヨリ受取人カ之ヲ受理スルニ至ル迄ノ間ニノミ及フヘキモノニシテ受信人カ既ニ之ヲ受理シタル後ニ於テハ最早信書ノ性質ヲ失ヒタルモノニシテ通常ノ文書タルモノナリ

五 所有權ノ不可侵 所有權ノ不可侵ニ付テハ數多ノ學者ハ之ヲ以テ單ニ公用徵收ノ場合ニノミ限ルヘキモノト解セリ成程諸國憲法ノ規定ハ所有權ノ不可侵ヲ規定スルニ於テ單ニ公用徵收ノ場合ヲノミ豫想セラルモノ尠カラスト雖我國ノ憲法ハ廣ク法律ニ依ルニ非サレハ所有權ヲ侵スコトナキヲ規定セラルモノナルカ故ニ管ニ公用徵收ノ場合ノミナラス刑罰ニ基ク沒收徵發及警察ノ目的ニ依ル所有權ノ侵害ハ皆此條ノ包含スル所ト看做ササルヘカラス然レトモ所有權ノ侵害ニ付テハ一般ニ所有權ノ權利範圍ヲ制限スル場合ト簡箇ノ特別ノ場合ニ付テ所有權ヲ侵害スル場合ト區別スルコトヲ要ス所有權ノ不可侵ニ依テ保護セラルルハ唯後者ノ場合ニ止リ前者ノ場合ニ及ハス所有權ハ法令ノ範圍内ニ於テ使用收益處分ヲ得ルノ權利ニシテ完全ナル使用收益處分ヲ得ルノ權利ニ非ス其權利ハ唯法令ノ範圍内ニ於テノミ存在スルモノナリ隨テ一般ノ法規ヲ以テ所有權ヲ制限スルハ所有權ヲ侵スモノニ非スシテ其權利範圍ヲ定ムルモノナリ如此一般ノ制限ハ必シモ法律ヲ以テスルヲ要セス命令ヲ以テモ之ヲ定ムルコトヲ得ヘシ

六 言論著作印行集會及結社ノ自由 此等ノ自由ヲ保障スルノ規定モ亦管ニ直接ニ言論出版又ハ集會結社ノ濫用ヲ制限スルノ目的ニ出ツル場合ノミナラス其他警察上ノ目的ノ爲ニ之ヲ制限スルノ場合ヲ包含スルモノナリ故ニ例之傳染病ノ流行ヲ豫防スルカ爲メ一般ニ群集ノ一箇所ニ集合スルヲ禁止スルカ如キハ又間接ニ集會ノ自由ヲ制限スルモノナルカ故ニ法律ノ規定ヲ要ス數多ノ學者ハ集會結社ノ自由ヲ制限スルコトカ法律ノ規定ヲ要スルハ唯其制限ヲ直接ノ目的トスル場合ニ限リ衛生其他類似ノ目的ノ爲ニ之ヲ制限スルノ場合ヲ包含セスト爲セトモ若行政官廳ニ於テ名ヲ衛生ニ藉リテ濫リニ集會ヲ禁止スルニ於テハ憲法カ集會ノ自由ヲ保障シタル精神ハ全ク失ハルヘク憲法ノ趣意ヲ貫徹スルカ爲メハ其如何ナル目的ノ爲ニスルヲ問ハス總テ此等ノ自由ヲ制限スルニハ法律ノ規定ヲ要スルモノト認メサルヘカラス

以上列記シタル如キ憲法上ノ立法事項ニ付テハ命令ハ原則トシテ之ヲ定ムルコトヲ得然レトモ法律ノ規定ニ依テ此等ノ事項ニ關スル規定ヲ命令ニ譲リタル場合ニ於テハ命令ヲ以テモ之ヲ規定スルヲ妨ケス普通ニ之ヲ稱シテ法律ノ委任ト謂ヒ法律ノ委任ニ基ク命令ヲ稱シテ委任命令ト云フ法律ノ委任カ憲法上正當ナルコトハ學說及慣例ノ殆普ク是認スル所ナリ然レトモ往往一二ノ學者ノ之ニ反對スル者ナキニ非ス其說ニ曰ク法律ニ協賛スルハ議會ノ權利タルノミナラス又其義務タリ何人モ其憲法上ノ權限ヲ拋棄スルコト能ハサルト同ク議會亦其協贊權ヲ拋棄スルコトヲ得ス憲法上法律ヲ必要トスル事項ニ對シ法律ヲ以テ自ラカ規定ヲ設クルコトナク命令ニ其規定ヲ委任スルハ議會カ憲法上ノ協贊權ヲ拋棄スルモノニシテ憲法ノ規定ニ違反ス若法律ノ委任ヲ以テ適法ナリトセハ一切ノ立法事項ハ皆命令ヲ以テ之ヲ定ムルヲ得ヘシト規定スルコトヲ得ヘタ全ク議會ノ權限ヲ消滅セシムルモ尙憲法違反ニ非スト謂ハサルヘカラスト

此論理ハ若憲法ノ規定ヲ其文字通りニ解釋スルニ於テハ正當ナル見解ト謂ハサルヘカラスルカ如此憲法ハ何何ノ事項ハ必法律ヲ以テ規定スヘキコトヲ定ム之ヲ命令ヲ以テ規定セシムルハ直接ニ憲法ノ正文ニ矛盾スルモノニシテ之ヲ以テ違憲ノ法律ナリト斷スルモ必シモ不當ニ非サルカ如キ法律ノ



委任ノ正當ナルコトヲ辯解スルカ爲ニ「法律カ細目ニ至ル迄規定ヲ設クルモ法律ヲ以テ定ムル一ノ方法ナリ一定ノ範圍内ニ於テ其規定ヲ命令ニ讓ルモ法律ヲ以テ定ムル一ノ方法ナリ何レノ方法ヲ採ルモ憲法ニ違反スル所ナシト言フカ如キハ憲法強附會ノ説ト云フヘシ命令ヲ以テ規定セシムルハ明ニ法律自ラ規定スルト異ナリ憲法ハ法律自ラ之ヲ規定スヘシト謂ヘルナリ命令ヲ以テ規定セシムルモ尙法律ヲ以テ規定スル一ノ方法ナリト言フカ如キハ假想ノ其シキモノト謂ハサルヘカラス

然レトモ總テ法律ノ解釋ハ必シモ嚴格ニ其文字通りニ解釋スヘキニ非ス法律ノ正文ヲ以テ法律解釋ノ唯一ノ根源ト爲スハ最皮相幼稚ナル見解ナリ法律ヲ解釋スルカ爲ニハ當ニ立法者ノ精神ニ廻リ立法者ノ意思ヲ推測スルニ依テ之ヲ定メサルヘカラス法律ノ文字ハ單ニ立法者ノ意思ヲ推測スルカ爲ノ一ノ材料タルニ過キサルナリ殊ニ憲法ノ如キ其條文簡約ニシテ意義廣汎ナルモノニ在ラハ其必要ハ最大ナリ憲法カ何何ノ事項ハ法律ヲ要スヘキコトヲ規定セルモ亦之ト同ク必シモ其文字通りノ意義ヲ以テ憲法ノ趣意ナリト認ムルコトヲ得ス

蓋法律ハ其制定ノ手續困難ニシテ急速ノ需要ニ應スルニ適セス又全國ニ通スヘキ法則ナルヲ以テ各地方ノ特種ノ情況ニ應シテ特別ノ規定ヲ設クルニ適セス故ニ法律ヲシテ細目ニ至ル迄モ自ラ規定ヲ設ケシムルハ實際ニ不可能ヲ命スルモノニシテ又公共ノ利益ヲ達スルノ所以ニ非ス憲法ノ規定ニシテ如此不當ノ結果ヲ命シタルモノナリト解釋スルハ決シテ穩當ナル解釋ナリト謂フコトヲ得サルナリ

憲法カ或種ノ事項ニ付テ法律ヲ必要トセルハ唯行政機關ノ專斷ニ依テ濫リニ臣民ノ自由ヲ制限セシメサラシムルカ爲ノミ其目的トスル所ハ一ニ臣民ノ利益ノ爲ニ其自由ヲ保障スルニ在リ決シテ臣民

ノ利益ヲ犧牲トシテ迄モ一切法律ニ非サレハ規定スルヲ許サスト云フノ趣意ナリトハ認ムルコトヲ得ス然ルニ若總テノ細目ニ至ル迄モ法律ヲ以テスルニ非サレハ規定スルヲ得ストスレハ法律ハ應機ノ必要ニ應シテ又各地方特殊ノ事情ニ應シテ適當ナル規定ヲ設クル能ハサルカ爲ニ臣民ノ自由ヲ保障スルノ規定ハ却テ臣民ノ利益ヲ害スルノ結果ヲ生スルヲ免レス若命令ヲ以テ無制限ニ此等ノ事項ヲ規定シ得ヘシトセハ其憲法ノ趣意ニ違背スヘキコト言フ俟タズト雖命令カ以テ規定シ得ルハ唯法律ノ委任ノ範圍内ニ止ルモノニシテ即法律カ自ラ之ヲ命令ノ規定ニ讓ルモ行政機關ノ專斷ニ依テ濫ニ臣民ノ自由ヲ制限スルノ憂ナシト認メタル範圍ニ限ルモノナルカ故ニ憲法カ臣民ノ自由ヲ保障スルノ精神ハ毫モ之ニ依テ妨ケラルルコトナシ

要之反對説ハ餘リニ憲法ノ文字ニ拘泥シタルノ説ニシテ憲法ノ趣意ハ決シテ如此極端ニ細項目ニ至ル迄モ法律ノ規定ヲ必要トスルノ趣意ナリトハ解スルコトヲ得ス憲法ノ趣意ハ唯此等ノ事項ニ付テハ少ナクトモ大體ノ原則ハ必法律ヲ以テ定ムヘキコトヲ規定セルニ止リ其原則ノ範圍内ニ於テハ之ヲ命令ノ規定ニ讓ルモ差支ナク而シテ法律ノ授權アルニ非サレハ命令ヲ以テハ一切之ヲ規定スルヲ得スト云フノ趣意ナリト解釋セサルヘカラス強テ其文字ニ拘泥シテ現ニ普ク認メラルル所ノ慣例ニ反シテ法律ノ委任ヲ以テ違憲ナリト斷定スルノ理由ハ毫モ存在セサルナリ

然レトモ法律ノ委任ノ適法ナルハ唯法律カ特種ノ事項ニ付自ラ其大原則ヲ定メ其細目ヲ命令ノ規定ニ讓レル場合ニ限ル憲法上ノ權限ヲ變更スルモノト認ムヘキ場合ニ於テハ法律ノ委任ハ最早正當ナラス故ニ例之臺灣總督ノ律令權ノ如キ若臺灣ニ憲法ノ行ハルルモノナリト爲セハ其憲法違反ナルコト更ニ疑フ容レス



第二 行政官廳ノ命令權 君主ハ憲法上當然警察命令ヲ發スルノ權ヲ有スルニ反シテ行政官廳ハ憲法上當然如此權限ヲ有スルモノニ非ス行政官廳ノ命令權ハ或ハ法律ノ特別ノ委任ニ依テ生シ或ハ君主ノ委任ニ依テ生ス

一 法律ノ委任 法律ノ委任ハ或ハ命令ヲ發スヘキ機關ヲ指定セスシク廣ク命令ニ委任スルコトアリ或ハ特種ノ機關ヲ指定シテ之ヲ委任スルコトアリ其特種ノ機關ヲ指定シテ之ヲ委任シタル場合ニ於テハ其機關ノミカ其命令ヲ定メ得ヘキハ勿論ナリ學者ハ或ハ法律カ勅令ニ委任シタル場合ニ於テハ君主ハ更ニ之ヲ行政官廳ノ命令ニ委任スルヲ妨ケスト言フ者アリト雖法律ヲ以テ勅令ニ委任スルコトヲ規定シタル以上ハ勅令ヲ以テ之ヲ規定スルコトカ法律ノ委任ノ要件ニシテ再之ヲ行政官廳ニ委任シ得ヘキモノト認ムルヲ得ス法律カ憲法上ノ立法事項ヲ命令ニ委任シ得ヘシト謂フト同一ノ論理ハ此場合ニ於テハ適用スルコトヲ得ヘキニ非ス何トナレハ法律ノ委任ヲ正當ナリトスルハ憲法ノ規定カ細項目迄モ法律ヲ以テ規定スヘキコトヲ命令シタルノ趣意ニ非スト解釋シ得ヘキカ故ニ外ナラス然レトモ之ト同一ノ趣意ハ法律カ特ニ勅令ニ委任シタル場合ニ於テ之ヲ認ムルヲ得ヘカラサレハナリ

之ト同ク法律カ特種ノ官廳ノ命令ニ委任シタル場合ニ於テハ其上級官廳ノ命令又ハ勅令ヲ以テ之ヲ定ムルヲ得サルモノト認メサルヘカラス然レトモ君主又ハ上級官廳カ之ニ對シ訓令ヲ發シ其命令ヲ如何ニ定ムヘキカヲ指揮スルコトヲ妨ケサルハ固ヨリ言フ俟タス
法律カ特種ノ機關ヲ指定スルコトナクシテ一般ニ命令ニ委任シタルトキハ何人カ其命令ヲ定ムルノ權限ヲ有スルカハ一般官制ニ依テ定ムルヘキ問題ナリ此場合ニ於テハ官制ノ規定ニ從テ當該官廳カ

ハ其年ノ地租ヲ免除スルコトヲ得ル旨ヲ規定セリ又明治三十六年六月法律第三號ハ地租ヲ延期スル場合ヲ規定セリ

第二 營業稅 營業稅ハ營業ヨリ生スル收益ヲ物體トスル租稅ナリ何ヲ營業トスルヤハ容易ニ一般ノ標準ヲ設ケテ定ムルコトヲ得ス故ニ我營業稅法ハ(一九九年三月法律三三號)之ヲ列舉シテ營業稅ヲ課スヘキ營業ヲ法律ヲ以テ定ム(營業稅法一條)是等ノ營業ニ屬スルモノニテモ左ノ如キ營業ハ營業稅ヲ課セス(一一條)

第一 政府ヨリ發行スル印紙切手類ノ賣捌業

第二 自己ノ採掘又ハ採掘シタル礦物ノ販賣業

第三 度量衡ノ製造修葺販賣業

又營業ノ種類ニ因テ其實上金額又ハ資本金額カ法定ノ額以下ナルモノハ營業稅ヲ課セス
營業稅ヲ課セラルル義務者ハ總テ此等ノ營業ニ從事スル者ニシテ其法人タルト自然人タルト帝國臣民タルト外國人タルトヲ問ハス營業稅額ハ其收益ヲ標準トシテ定メラルヘキモノナリ或國ニ於テハ各箇ノ營業ニ付テ之ヲ定ムルノ方法ヲ探ルモノアリ所謂直接査定ノ方法ナリ然レトモ我營業稅法ハ間接査定方法ヲ採リ賣上金額、建物賃賃價格、從業者ノ數、資本金額等ノ如キ外部ニ現レタル標準ニ據テ收益ヲ測定シテ稅額ヲ定ムルモノトス而シテ營業稅ヲ納ムル義務ヲ有スル者ハ毎年は等ノ事項ヲ政府ニ届出ツヘキモノトス其届出ヲ爲ササルカ又ハ其届出タル事項カ不當ト認ムルトキハ政府ニ於テ之ヲ査定スルコトヲ得ルモノトセリ政府ニ於テ課稅標準ヲ査定シタルトキハ之ニ對シテ異議アル者ハ之ヲ申立テ再審査ヲ請求スルコトヲ得此場合ニハ營業稅審査委員會ニ諮問シテ之ヲ決定スヘキモノトス



第三 所得稅 所得稅ハ一定ノ期間内ニ於ル特定人ノ所得ヲ物體トスル租稅ナリ其所謂所得ハ純所得ナルヘキコトハ所得稅ノ性質トスヘキ所ナリ即總所得ヨリ之ヲ得ルニ要シタル費用、資金、資本ノ利子ノ如キモノノハ之ヲ除去スヘキモノナリ所得稅ハ各個人ノ所得ニ課スヘキモノナレトモ一家族ノ所得ハ一括スルヲ諸國ノ例トセリ我國ニ於テモ亦然リ(三條二項)

所得稅法ノ定ムル所ニ依ルニ從軍中ノ軍人ノ俸給扶助料及傷疾疾病者ノ恩給等一定ノ所得ニハ所得稅ヲ課セス(五條)商人ノ所得ニシテ其總額カ三百圓未満ノ者モ亦所得稅ヲ課セサルモノトセリ
所得稅ヲ納ムル義務ヲ有スル者ハ所得稅法ノ定ムル所ノ所得アル者ニシテ自然人ナルト法人タルト又外國人タルト内國人ナルトヲ問ハス帝國内ニ住所ヲ有シ又一箇年以上居所ヲ有スル者ハ所得稅ヲ納ムル義務アルモノトス

所得稅ハ所得ノ種類ニ依テ之ヲ三種ニ區別ス第一種ハ法人ノ所得ナリ第二種ハ公債、社債ノ利子ナリ第三種ハ第一第二以外ノ所得ナリ所得ヲ算定スル方法ハ法律ニ規定ス(四條)

納稅義務アル法人ハ毎事業年度ニ損益計算書ヲ政府ニ提出スヘキモノトシ第三種ノ所得アル者ハ毎年四月中ニ所得ノ種類及金額ヲ政府ニ申告スヘキモノトス法人ノ所得金額ハ提出シタル損益計算書ヲ調査シ政府之ヲ決定ス第三種ノ所得金額ハ法定ノ方法ニ依テ組織シタル所得調査委員會ノ調査ニ因テ政府之ヲ決定ス此決定ニ對シテ異議アル者ハ其旨ヲ申出テ審査ヲ求ムルコトヲ得

所得稅額ハ法定ノ稅率ニ依テ之ヲ算定ス第三種ノ所得ニ就テハ所得ノ額ニ因テ階級ヲ分チ各階級異レル率ニ依リ所謂累進ノ方法ニ依テ之ヲ算定ス

第四 酒造稅 酒造稅ハ酒類ノ消費ニ對シテ課スル消費稅ナリ酒造稅ヲ納ムル者ハ酒類ヲ製造スル者ナリ遺石數ニ應シテ之ヲ課ス四期ニ分チテ納付セラレ

酒造稅ノ外之ニ似タル消費稅ハ酒精及酒精含有飲料稅、麥酒稅、醬油稅ノ如キモノナリ又砂糖消費稅アリ

第五 印紙稅 印紙稅ハ交通稅ノ性質ヲ有スル租稅ニシテ私人ノ法律行為ヲ物體トスル租稅ナリ印紙稅法(三二年三月法律五四號)ハ財産權ノ創設移轉變更若クハ消滅ニ關スル證書帳簿及財産權ニ關スル追認若クハ承認ノ證書ニハ印紙ヲ貼付スヘキモノト規定ス

第六 關稅 關稅ハ輸入ノ貨物ニ對シテ課スル租稅ナリ明治三十二年三月法律第六一號關稅法ノ定ムル所ニ依レハ輸入ノ貨物ト雖單ニ我國ヲ通過スルニ止ルモノハ關稅ヲ課セス但此場合ニ擔保ヲ提供スヘキモノトセリ關稅ノ稅率ハ國定稅率ト協定稅率トアリ協定稅率トハ外國トノ條約ヲ以テ稅率ヲ定メタルモノニシテ之ニ對シテ我國法ヲ以テ定メタルモノヲ國定稅率ト稱ス

關稅ハ其貨物ノ輸入者ヨリ徵收ス其他關稅ニハ關稅ノ通脫ヲ防クカ爲メ種種ノ嚴格ナル規定ヲ爲シテ

第二 手數料 手數料ハ往時ニ在テハ租稅ト區別セラレナリシモノト思ハル公法私法ノ區別未タ明ナラス國家ノ經費ハ君主ノ收入ニ依テ支辨セラレ君主ノ收入ハ土地賃附料、鑛業權ノ如キ特權ノ免許料、莫加金ノ如キモノヲ以テ其主ナルモノトセシ時代ニ在テハ固ヨリ租稅ト手數料ト區別ナリ在リ様ナシ近世ニ至テ國家カ

財政權力ヲ有スルコト之ニ對シテ臣民カ一般ノ納稅義務ヲ有スルコト明ナリ租稅制度確立スルニ至リ君主ノ從來ノ收入ノ一部カ手數料トセラレルニ至リシナリ今ニテモ實際ノ諸國制度ニ在テハ租稅ト手



數料ノ混同シテ行ル予ハ專手數料ハ租税ノ一種ナリト云ヒタキナリ殊ニ近來ノ傾向ハ手數料ヲシテ益租税ニ近カラシムルモノアルナリ然レトモ姑一般ノ慣例ニ從ヒ租税ト分離シテ論ス

手數料ノ租税ト區別セラルル要點ハ手數料ハ特定ノ場合ニ特定ノ私人ニ利益ヲ與フル國家ノ行為又ハ營造物ノ使用ニ對シテ其報償トシテ支拂ハルルコトニ存ス其權力ニ因テ強制シテ徵收セラルルコトハ租税ト異ルコトナシ手數料カ國家ノ行為ニ對スル報償ナル場合ニハ狹義ノ手數料ト謂ヒ營造物ノ使用ニ對スル報償ナル場合ニハ使用料ト謂フ前ノ場合ニハ直接ニ國家ノ命令權ニ基キ後ノ場合ニハ營造物ノ使用ニ依テ生スル特別ノ權力服從ニ基クナリ然レトモ共ニ公法上ノ收入ナルコトハ同一ナリ

租税ノ新設變更ハ法律ヲ以テスルコトヲ要スルニ反シ手數料ノ新設變更ハ必シモ法律ヲ以テスルコトヲ要セス租税ハ其性質ノ結果トシテ租税ヲ負擔スル者ノ負擔力ヲ標準トシ一般臣民ニ公平均一ニ賦課スレトモ手數料ハ其報償タル性質ノ結果トシテ國家ノ行為又ハ營造物ノ使用ニ付要スル費用及之ニ因テ得ラルル私人ノ利益ヲ標準トシテ其額ヲ定メラル然レトモ此等ノ費用及利益ノ額ハ容易ニ計算スルコトヲ得ザルト社會政策上ノ目的ノ爲ニ專負擔力ニ比例シテ又ハ負擔力ヲ參酌シテ其額ヲ定ムルコト多ク行ル如此ナレハ手數料ノ租税ト異ル所以ハ益少クナルニ至ルト云フヘシ

然レトモ手數料ハ公法上ノ收入ニシテ命令權ヲ以テ強制徵收セラルルヲ以テ私法上ノ收入ナル官行營業ノ收入トハ之ヲ區別セザルヘカラス或ハ國家ノ特ニ要スル費用ニ對スル報償タル點ヲ主トシテ觀察シ手數料ノ公法上ノ收入タル點ヲ度外視シ官行營業ノ收入ヲモ手數料ト論スルモノアリ然レトモ其收入ノ法律上ノ性質ヲ異ニスルコトハ忘ルヘカラス尙手數料ト區別セラルヘキモノハ學者ノ賦課金ト稱スルモノナリ賦課金トハ公ノ營造物又ハ公ノ事業カ一部ノ人民ニ特別ノ利益ヲ與フル場合ニ其利益ヲ

0313

得ル人民ニ對シテ賦課スルモノニシテ其負擔ノ根據ハ之ヲ負擔スル者カ一般ノ費用ニ因テ特別ノ利益ヲ受クルニ在テ要スルニ負擔ノ均一ヲ得ルノ目的ヲ有スルモノナリ

手數料ハ之ヲ分テ司法上ノ手數料及行政上ノ手數料トスルコト諸國ノ例ナリ此區別ノ實益ハ現行法上其新設變更ノ手續ヲ異ニスルニ在リ即憲法ニハ特ニ行政上ノ手數料ハ法律ヲ以テ定ムルコトヲ要セ

第三 專賣ノ收入

國家ハ其收入ヲ得ル目的ノ爲ニ一定ノ經濟的企業ヲ獨占經營スルコトアリ法律上廣ク專賣ト云フトキハ私人カ特許ノ處分ニ依テ一定ノ企業ヲ獨占經營スルカ如キモ又之ヲ合ムトナスヘク又國家カ之ヲ爲ス場合ニモ其目的財政上ノ收入ヲ得ルニ非スシテ他ニアルモノアルナリ然レトモ財務行政ノ範圍ニ於テ專賣ト云フトキハ國家カ收入ヲ得ルノ目的ノ爲ニ爲ス所ノ獨占企業ヲ云フナリ如此專賣ノ收入ハ租税ト異レリ何トナレハ租税ノ如ク強制シテ收入セラルルコトナク私法上ノ收入ナリ專賣ノ關係ニ於テ國家命令權ノ作用ハ固ヨリ形ハ租税トモ其形ハルルハ一般私人カ同一種類ノ經濟的企業ヲ營ムヲ禁止スルノ點ニ存シ之ヲ強制シテ徵收スルノ點ニ形ハルルモノニ非ス專賣ニ於テ收入ヲ獲得スルハ代價ノ支拂トシテナリ其形式ハ私法上ノ法律行為タル賣買ナリ少シモ命令強制ノ作用ナシ專賣其モノハ民法上ノ賣買ニシテ租税ニ非ス專賣ノ收入カ租税ニ因テハ相互ニ提供スルコトナキニ反シ專賣ニ在テハ國家ト私人トカ相互ニ提供スルノ點ヨリ見ルモ明ナリ然レトモ相互ニ提供スル手數料トモ異レリ何トナレハ手數料ハ強制シテ徵收セラルルヲ以テナリ專賣ノ法律上ノ性質ハ如此租税ノ如キ強制收入ニ非ス然レトモ學者ハ專賣ハ之ニ依テ租税トシテ強制徵收スルコトヲ隱蔽スルモノナリト論ス其意味ハ專賣

ノ目的ハ租税ト異ルコトナシ然レトモ或一定ノ貨物ニ租税ヲ賦課スルニ代ヘ此貨物ヲ國家專賣トシ強
 制シテ徵收スルニ代ヘ自由ナル代價ノ支拂ヲナサシメ内實ハ其貨物ニ消費税ヲ課スルト同一ノ效果ヲ
 收メントスト云フニアリ實ニ國家カ收入ヲ得ルカ爲ニ行フ專賣ハ財政政策上此意義ヲ有スルナリ國家
 ハ其貨物ニ租税ヲ課スルコトニヨルモ一定ノ收入ヲ獲得スルヲ得ルニ之ヲ專賣トスルハ更ニ多大ノ收
 益ヲ得ントスルニアルモノニテ多大ノ收入ヲ得シカ爲ニ租税タルコトヲ隱蔽シテ租税以上ノ實效ヲ收
 メントスルナリ又或ハ專賣ハ間接税ヲ變シテ直接税トスルモノナリト論ス形容トシテ或ハ當レリ此形
 容ノ意味ハ此消費税ノ納税者ハ其貨物ノ製造人又ハ販賣人ナルニ之ヲ專賣トスルトキハ消費者カ直接
 ニ納税スルコトトナルト云フナリ直接税トナルニ非サレトモ直接ニ消費者カ其手ヨリ國家ニ支拂フコ
 トヲ形容シタル言ナリ如此スルモ亦財政政策上ノ理由ニ出テ結局多大ノ收入ヲ得シカ爲ニ外ナラス然
 レトモ之カ爲ニ專賣ハ租税ノ一種ナリト稱スルコトヲ得ス恰其目的ハ租税ト同ク實質ハ租税ナレトモ
 其法律上ノ性質ハ租税ト全然異リ賣買ヲ以テ其形式トスルナリ學者ハ專賣ヲ分テテ全部專賣一部專賣
 トス全部專賣トハ其貨物ノ收入ノ全部ニ就テ之ヲ專賣ト爲スモノヲ謂ヒ一部專賣トハ其收益ノ或特別
 ノ段階ヲ專賣トスルモノニシテ或ハ原料ノ販賣ヲ專賣トスルモノアリ又或ハ製作品ヲ專賣トスルモノ
 アリ財政政策上其何レヲ利益アリトスルヤハ論究スニキ點ナレトモ其專賣タルノ點ニ至ラハ法律上同
 一ナリ

第三節 支出

國家ノ支出ハ之ヲ經常支出臨時支出ノニ區別ス經常支出ハ定期ニ繰返シテ爲ササル支出ナリ臨時
 支出トニ一時ハ必要ニ應シタル支出ナリ凡テ此等ノ支出ハ國家ノ目的ノ遂行ニ必要ナル費用ニ充ツル
 モノニシテ國家ノ機關官廳ノ維持ノ費用各種ノ行動ニ必要ナル費用國債ノ償還利子ノ支拂等ニ充テラ
 ルモノナリ國家ノ機關官廳ノ維持ノ費用各種ノ行動ニ必要ナル費用國債ノ償還利子ノ支拂等ニ充テラ
 ルモノナリ

第一 義務ニ屬スル支出 國家ノ支出義務ハ第一ニ私法上ノ契約ニ基キ第二ニハ國際法上ノ契約ニ基
 キ第三ニハ國法上ノ義務ニ基テ國家ノ支出ハ私法上ノ契約ニ基クモノノ最多キニ居ル國家ノ需要ハ多ク
 ハ賣買貸借請負雇傭ノ如キ私法上ノ契約ニ依テ充テサルモノナリ國際條約ニ基テ國家ノ義務ニ屬ス
 ル歳出ハ被保護國カ保護國ニ對シテ納ムル賃金戰敗者カ戰勝者ニ對シテ納ムル賃金ノ如キ最著キモノ
 ナリ其他ノ條約ニ基テ義務タル支出ハ例之海底電信運河川ノ如キ營造物ヲ一國カ他國ニ代リテ管理
 維持スル場合ニ之ヲ見ル國法上ノ義務タル支出即法令ノ結果國庫ノ義務トセラルル支出ハ官吏ニ對ス
 ル實費辨償ノ義務ノ如キ之ヲ受クル者カ或行爲ヲシタルニ因テ生スルモノアリ又國家ノ處分ヨリ生
 スル財産上ノ損害ヲ填補スルノ意義ヲ有スルモノアリ例之公用徵收ノ處分ニ對スル賠償警察上ノ處分
 ニ對スル賠償ノ如キモノナリ又直接ニ法令ノ結果ニ因ル公共團體ニ對スル補助金ノ如キモノナリ
 第二 自由ナル決定ニ依ル支出 其他ノ支出ハ皆國家ノ自由ナル決定ニ依ルモノナリ此種ノ支出ハ民
 法上ノ裁判又ハ行政裁判ニ依テ之ヲ請求スルコトヲ得ス臣民カ其支拂ニ對スル救濟ヲ保護スルノ道ハ
 訴訟又ハ請願ナリ

第四節 國債

國家ハ其收入カ支出ヲ償フニ不充分ナルトキ又ハ公益事業ヲ起スカ爲ニ經常ノ歳入ヲ以テ之ヲ支辨ス

0314

ルコトヲ得タルトキハ國債ヲ起シテ之ニ充ツ抑國家カ債務ヲ負擔スルハ如此場合ニ限ラス國家ノ通常ノ行政ノ行動ヲ爲スニハ必多少ノ債務ヲ負擔スルコトヲ免レス例之物品ヲ購入スレハ代價ヲ支拂フノ債務ヲ負擔シ入ラ雇傭スレハ資金支拂ノ債務ヲ負擔シ間斷ナク種種ノ債務ヲ負擔スルナリ如此債務ヲ負擔スルハ或行動ヲ爲シ支出ヲ爲スコトヲ得ル官廳當然ノ權限ニ屬スルモノト見ルヘク之ヲ稱シテ行政上ノ國債ト謂フ廣ク國債ト稱スルトキハ如此行政上ノ國債ヲモ包含スト云ハサルヘカラス然レトモ通常國債ト稱スルトキハ如此行政ノ通常ノ進行上必隨伴スル行政上ノ國債ヲ除外シ特ニ國家ノ支出カ經常ノ收入ヲ以テ之ヲ償フニ足ラス又ハ一時ノ必要ニ應スルカ爲メ一定ノ支出ヲ要スルニ際シテ負擔スル債務ノミヲ國債ト稱ス而シテ此ヲ彼ト分ツカ爲メ財政上ノ國債ト名クルモノアリ通常國債ト稱スルトキハ此狹義ノ國債ヲ指稱ス如此債務モ其債務トシテ法律上ノ性質ハ行政上ノ債務ト異ルコトナク私法上ノ契約ニ基因シ法律上之ヲ區別スヘクモナシ然レトモ財政上ノ起債ハ國家ノ爲メ永久ノ負擔ヲ生シ財政上重大ナル關係ヲ有スルヲ以テ特ニ之ヲ國債トシテ論スルナリ諸國ノ法律ハ國債ヲ起スハ法律ヲ以テスルヲ要スルモノトセリ我憲法第六〇條ハ國債ヲ起スハ議會ノ協贊ヲ要スヘキモノトセリ其所謂國債トハ財政上ノ國債ヲ指稱シ是ヲ以テ行政上ノ國債ト財政上ノ國債トハ公法上重大ナル意味ヲ有スルニ至ル然レトモ之カ爲メ其法律上ノ性質ハ變ラス又國債ヲ起スハ國債ヲ起ス爲メ議會ノ協贊ヲ要ストセルハ財政上重大ノ關係ヲ有スル爲メニシテ之ヲ以テ法規ヲ定ムルモノト爲シタルモノニ非ザルコトハ言フ俟タス我從來ノ實例ニ由レハ國債ヲ起スハ法律ヲ以テセリ然レトモ國債ヲ起スハ私法上ノ契約タルコトヲ失フコトナシ如此法律ハ即私法上ノ契約ヲ爲スコトヲ得ル權限ヲ政府ニ附與シタルモノトモ云フヘク是等ノ法律ニハ國債ヲ起スノ條件其利子歩合償還ノ期限方法支拂方法等ノ如キ細則ヲ

モ規定スレトモ其實質ハ人民ニ對スル命令ニ非スシテ契約ノ條件ヲ豫定シテ官廳ニ訓令ヲ與フルニ過キス臣民ノ爲ニハ簡箇ノ場合ニ定ムヘキ契約ノ内容ヲ豫定シタルモノト見ルヘキモノナリ其法律ハ例之海軍公債條例整理公債條例軍事公債條例ノ如キモノニシテ一般ノ準則ヲ與フルモノハ整理公債條例ナリ整理公債條例ニハ利子歩合其支拂ノ方法辨濟期、償還方法等ヲ定ム償還ノ方法トシテハ一定ノ年限ノ後抽籤ノ方法ニ依テ順次ニ償還スルヲ通例トス但明治二十九年法律第五號國債證券買入償却法ハ國債證券ヲ買入レ償還ヲ爲スコトヲ得ル旨ヲ規定セリ

第五節 會計

國家ノ收入支出即會計ハ一定ノ法規ニ據テ行ルル原則トス又如此法規ヲ廣ク會計法ト謂フ國家ノ歲出入出ハ毎年度ニ依テ豫算ニ依テ行ルヘキモノトスルハ會計法ノ大原則ナリ毎年度トハ必シモ曆年ノ意義ニ非ス國法ノ定ムル所如何ニ依ル然レトモ我會計法ハ(一)二年二月法律四號(一)曆年ヲ以テ一年度トシ毎年四月一日ニ始リ翌年三月三十一日ニ終ルモノトス(二)會計年度ニ屬スル一定ノ收納ヲ歲入トシ一切ノ經費ヲ歲出トシ之ヲ總算トス唯法律ニ依テ特別會計ヲ認許シタルモノハ特別豫算トシテ此外ニ置クコトヲ得一切ノ歲入歲出ハ之ヲ經常臨時ニ分テ其目的ニ因テ之ヲ款項ニ分ツ而シテ豫算ヘカラス豫算外ノ必要ナル費用不足ニ充ツルカ爲メ豫備費ヲ設ケテ豫算ニ輸入セサルヘカラス豫算編製ハ大藏大臣之ニ當リ大藏大臣ノ歲入ノ景況ヲ調査シ各省ヨリ提出スル豫定經費要求書ニ基キ歲入歲出ノ總豫算ヲ編製スヘキモノトス豫定經費要求書ハ各年度ノ經費ヲ算定シ前年度ノ定額ニ比較テ附シテ國製シ大藏大臣ニ送付ス歲入豫算ハ經常臨時共ニ其性質ヲ明ニスル爲メ之ヲ款項ニ區分シテ編製

0315

スヘク歳出ノ豫算ハ同ク款項ニ区分シテ其經費ノ目的ヲ明ニセサルヘカラス款項ノ区分ヲ如何ニスヘキヤハ大蔵大臣ノ定ムル所ニ依ル

如此ニシテ成レル豫算ハ帝國議會ノ協賛ヲ要ス是憲法第六四條ノ規定スル所ナリ豫算ハ歳入歳出ノ見積書ナリ而シテ議會ノ協賛ヲ必要トセララルカ爲メ或ハ之ヲ以テ法律ナリト論スル者アリ諸國ノ憲法ニハ豫算ハ法律ヲ以テ定ムルヘキモノトセリ然レトモ其協賛ヲ要スル形式ノ爲メ歳入歳出ノ見積計算書タル豫算カ其實質ヲ變シテ法規ヲ定ムルモノトナルモノニ非サルコトハ言ハスシテ明ナリ然ラハ法律ヲ以テスルコトヲ要スル旨ヲ規定スル憲法ト雖之ヲ説明スル學者ハ其實質カ法律ニ非サルコトヲ明ニスル爲メ豫算ハ形式的法律ナリトセリ我憲法第六四條ハ國家歳入歳出ノ豫算ハ帝國議會ノ協賛ヲ要スル旨ヲ規定スレトモ法律ヲ以テスルヘシト規定セス故ニ形式上ト雖之ヲ法律ト稱スヘキニ非ス或ハ協賛ヲ要スト規定セルハ之ヲ以テ形式上法律トナスモノナリト論スル者アレトモ協賛ハ法律成立ノ唯一ノ手續ニ非スシテ式ヲ具シテ公布セララルルニ非サレハ法律ニ非ス加之豫算ニ所謂協賛ハ法律ニ付テ所謂協賛ト實質的意義ヲ異ニスルコトハ後ニ述フルカ如クナルニ於テオヤ豫算ヲ以テ法律ニ非サルコトヲ認ムル者ト雖議會ノ協賛ハ政府ニ對シテ財政ヲ爲スノ委任ヲ加フルノ主旨ヲ有スルモノナリト論スル者アリ其說ニ曰ク豫算ハ財政ヲ爲スノ委任ヲ與フルモノニシテ若豫算成立セタルトキハ政府ハ委任ナキヲ以テ收入シ支出シ行政事務其他ノ事務ヲ行フコトヲ得サルモノナリト論ス然レトモ豫算成立ナルカ爲メ内閣カ交送シタル例ハ豫算ハ財政ノ委任ヲ爲スモノナリトノ觀念ノ盛ナル英國ニ於テモ未嘗テ見タルコトニシテ假令之アリトスルモ英國内閣ノ交送ハ議會ノ之ニ對スル信任ナキコトヲ表示スルニ因ルモノニシテ必シモ豫算不成立ノ場合ニ限ラス加之如此議論ヲ我國ニ當テハメントスルハ明

ニ不可ナリ此說ハ要スルニ議會ハ一切ノ國家ノ活動ヲ停止スルノ權限アリトスルモノニシテ獨乙ノ「ラールバンド」カ如此國家ノ存立ヲ無視スル原則ハ國法上有リ得ヘカラスト論セシハ極テ其當ヲ得タリト謂フヘシ又或ハ議會ノ協賛ハ官廳ニ對シテ訓令ヲ與フルノ趣旨ヲ有スルモノナリト論スル者アリ然レトモ議會ハ官廳ノ上級官廳ニ非ス此說ノ誤謬タルヤ明ナリ要之議會ノ協賛ハ收入支出ノ見積書ヲ變シテ法律ト爲スモノニ非ス又政府ニ對シテ財政ヲ爲スノ權ヲ委任スルモノニ非ス又官廳ニ對シテ訓令ヲ與フルノ趣旨ヲ有スルモノニ非ス然レトモ議會ノ協賛ニ因テ豫定ノ歳入歳出ノ見積書タル性質ハ變更スルコトナシト雖協賛ヲ以テ政府大蔵大臣共ニ歳入歳出ノ見積ヲ技術的ニ爲スニ止リ國法上何等ノ意義ナシトスルハ帝國憲法ニ特ニ國家ノ歳入歳出ノ豫算ハ帝國議會ノ協賛ヲ要スル旨ヲ定メタル精神ヲ忘却シタルモノニシテ協賛ヲ以テ無用ノ手續トスルコト能ハサルナリ豫算ニ對スル議會ノ協賛ハ沿革ニ基キ憲法上重要ナル意義ヲ有ス之ヲ以テ法律ト爲シ財政ノ委任ヲ爲スモノナリトシ又ハ官廳ニ訓令ヲ與フルモノナリトスルハ其意義ヲ過重シタルモノニシテ極端ニ失スレトモ協賛ニ何等カノ意義アルコトヲ認メサルヘカラス

抑歳出歳入ノ豫算ヲ議會ノ協賛ヲ要スルモノト憲法上定メラレタルハ立憲政體ノ特殊ノ沿革ニ依ルモノナリ豫算ニ對スル協賛ノ性質如何ハ此沿革ニ徵セサルヘカラス元來人民ヲ代表スル議會又ハ貴族階級地主ヲ代表スル議會ハ君主カ支出スル費用トシテ租稅ヲ徵收スルニ對シテ承諾ヲ與フルノ權能アルモノナルコトハ古ク中世ニ於テ歐羅巴諸國ニ行レタル所ナリ此沿革ハ英國ニ於テ最著クシテ英國ニ於テハ議會ハ租稅ヲ承諾スルモノナリト云フコトカ明ニ認メラレタル所ナリ租稅ヲ承諾スルニハ自ラ其



支途ヲ知ラサルヘカラス故ニ租稅ヲ承諾スル議會ハ同時ニ政府ノ歳出ヲ調査シ之ニ同意ヲ表スル權限アルモノトス之ニ似タル沿革ハ佛蘭西獨逸ノ如キ大陸諸國ニモ存スル所ナカリシカ後ニ租稅ハ臨時ノ御用金ニ非スシテ臣民タルノ義務ニ基ク永續ノ性質ヲ有スヘキモノナルコト明ナルニ及ビ租稅ハ年議會ノ承諾ヲ俟タスシテ永久ノ性質ヲ有スル法律ヲ以テ徵收スヘキモノトスルニ至レリ然レトモ租稅ニ承諾ヲ與フル沿革ノ理由ハ尙存在シテ租稅ニ承諾ヲ與フル趣旨ニテ租稅其モノハ永久ノ性質ヲ有シテ定マレリト雖其支途ヲ調査シテ之ニ承諾スルコトナレリ如此ナレハ其趣意ハ兎ニ角形ハルル所ニ付テ云ヘハ議會ノ爲スル所ハ歳出ノ同意ニ在リ立憲政體ノ行ルルニ至テ立法ノ手續ニ參與スル議會ヲシテ等ク歳出歳入ノ豫算ノ成立ニ參與セシムルコトトナリ其趣意ハ租稅ノ支途ヲ調査シテ之ニ同意ヲ與ヘ依テ以テ政府ノ如何ニ租稅ヲ使用スルカラ監督セシムルニ在リ諸國ノ憲法ニ豫算ハ法律ヲ以テ之ヲ定ムト規定スルハ要スルニ此趣意ニシテ法律ヲ定ムト同一ニ非スシテ政府ノ財政ヲ監督セシムルノ趣旨ナリ我憲法ニ於テ歳出歳入ノ制度ハ政府ノ財政ノ運用ヲ監督セシムルニ適切ナル制度ナルカ故ニ之ヲ採用シタルモノニシテ其趣意ハ歐羅巴ノ立憲諸國ニ於ルト同ク議會ヲシテ歳出ヲ監督セシムルニ在リ故ニ豫算外又ハ豫算超過ノ支出ヲ爲シタルトキハ議會ノ事後承諾ヲ要スルモノトシ事後ノ承諾ニ依テ豫算外又ハ豫算超過ノ支出ハ豫算ニ遵據シタル普通ノ支出ト同一ノ價值アルモノトシメタリ偶以テ豫算ニ對スル議會ノ權限ハ歳出歳入ノ見積ニ對シテ同意ヲ表スルニ在ルコトヲ知ルニ足ル豫算カ議會ノ協賛ヲ經タルトキハ之ヲ裁可シ公布スルヲ以テ國法上ノ手續トセリ之ニ依テ豫算ハ完全スルモノナリ行政機關ハ此見積書ニ依テ國家ノ費用ヲ支辨セサルヘカラサルノ拘束ヲ受クルニ至ルモノナ

豫算ハ一會計年度ニ對シテ效力ヲ有スルモノナリ故ニ毎年之ヲ定ムサルヘカラス若豫算カ議會ノ協賛ヲ得ルコトヲ得サル時ハ之ヲ豫算ノ不成立ト稱ス如此場合ニハ豫算ハ其成立ノ手續ノ一ヲ缺クモノニシテ政府ハ遵據スヘキ會計ノ見積ヲ有セサルニ至ル此アリ得ヘキ不便ヲ救フ爲ニ我憲法第七一條ハ帝國議會ニ於テ豫算ヲ議決セサルカ又ハ其他豫算不成立ナルトキハ前年度ノ豫算ニ依テ會計スヘキモノトセリ

前ニ述ヘタル所ニヨリ明ナルカ如ク議會ノ豫算ニ對スル協賛ハ其直接ノ働キハ歳出ヲ監督スルニ在リ豫算ニ掲ケレタル歳入ハ豫算ニ拘ラス法律ノ結果トシテ年年徵收セララルヘキモノニシテ其額ハ技術ノ示ス所ニ依テ數年ノ平均ヲ採リ經濟界ノ影響ヲ推測シテ爲シタル技術上ノ計算ニシテ法律上何等ノ意味ヲ有スルコトナシ豫算ニ之ヲ掲ケタルハ歳出ニ充ツヘキ財源ヲ示スニ過キス等ク歳入ト雖官廳ノ自由ナル行政處分ニ依ル例之官有財產ノ拂下ト云フカ如キモノニ付ラハ租稅ノ如キ法律ノ結果當然存スルモノト異リテ豫算ニ其項目ヲ掲ケサレハ之ヲ爲スコトヲ得ス去レト其項目アルハ額ノ見積ハ之アリ法律上何等ノ意義ヲ有セス種種ノ他動ノ原的ニ因テ増減スヘキコトハ初ヨリ豫算所ナリ反之歳出ノ豫算ハ全然拘束ノ意味ヲ有ス各項目ハ其目的ノ爲ニ支出ヲ爲シ得ルコトヲ示シ他ノ目的ノ爲ニ支出スルコトヲ許サス其額ハ使用シ得ル最多額ヲ示スモノニシテ其目的ノ爲ニ夫レ以上ノ支出ヲ爲スコトヲ得ス

國家ノ收入支出ノ會計ハ豫算ニ遵據スヘキコト大原則ナリ而シテ會計法ハ尙左ノ如キ會計上ノ規則ヲ定メタリ

第一 會計ハ之ヲ一ニ統フルコトヲ原則トス特定ノ場合ニ非サレハ各官廳ニ於テ特別ノ資金ヲ有スル



コトヲ得ス主務大臣ハ其所管ノ収入ヲ其所管ノ事務ニ直ニ使用スルコトヲ得ス必一度之ヲ國庫ニ納メ
仕拂ヲ要スルトキハ國庫ニ對スル仕拂命令ヲ以テセサルヘカラス一定ノ場合ニハ國務大臣ハ主任ノ官
吏ニ委任シ又ハ政府ノ命シタル銀行ニ委任シテ現金支拂ヲ爲サシムル爲ニ現金前渡ノ仕拂命令ヲ發ス
ルコトヲ得

第二 國家ノ會計ハ嚴シク會計年度ヲ以テ限リ他ノ會計年度ト相流用スルコトヲ得ス若一會計年度ニ
於テ剩餘金アル時ハ其翌年度ノ歳入ニ繰入レサルヘカラス唯左ノ如キ場合ニハ例外トシテ翌年度ニ繰
越使用スルコトヲ得

(一) 豫算ニ於テ特ニ明ニ許シタルモノ及一年度内ニ於テ終ルヘキ工事又ハ製造ニシテ避クヘカラサ
ル事故ノ爲ニ事業ヲ延期シタル時ハ之ヲ翌年度ニ繰越シテ使用スルコトヲ得

(二) 繼續事業ニシテ繼續費トシテ其總額ヲ定ムルモノハ毎年度ノ殘額ヲ其事業ノ終ルヘキ年度迄順
次ニ繰越使用スルコトヲ得

第三 毎會計年度ノ經費ハ其年ノ収入ヲ以テ支拂フヘシ

第四 豫算ニ定ムル目的ノ外ニ其金額ヲ使用シ又ハ各款項ノ金額ヲ彼此流用スルコトヲ得ス

第五 豫算額ヲ超過シ又ハ豫算ニ定ムル款項ノ外ニ生シタル必要ノ費用ハ豫備費ヨリ支出スヘキモ
ハトス豫備費ハ憲法第六九條ノ定ムル所ニ據リ豫算ノ編製上必之ヲ置クヘキ目ニシテ分テテ第一豫
備費第二豫備費ト爲ス第一豫備費ハ避クヘカラサル豫算ノ不足ヲ補フ爲ニスルモノニシテ第二豫備費
ハ豫算外ニ生シタル必要ノ費用ニ應スルモノナリ此區別ハ之ヲ支出スル手續上ニ意味ヲ有ス

ヲ得サル場合ハ裁判ヲ爲スニ熟セサルニモ拘ラス判決ヲ爲シタル場合、其他第二三條、第二三七
條ノ規定ニ反シ判決ノ基本タル口頭辯論ニ臨席シタル判事ニ非サル判事カ判決ヲ爲シ又ハ之ニ署
名捺印シタルカ如キ場合等ハ何レモ判決手續ニ關スル重要ナル缺點アル場合トシテ第四二三條ニ
所謂「第一審ニ於テ訴訟手續ニ付テノ規定ニ違背シタルトキ」ニ屬スト雖判決其モノニ於ル缺點ア
ル場合例之判決カ訴訟記録若クハ證書ノ明白ナル内容ニ抵觸シ又ハ之ヲ看過シタルカ如キ場合等
ナル記載又ハ自家擅著ノ記載アリ、判決ニ申立ノ範圍ヲ超越シ又ハ之ヲ看過シタルカ如キ場合等
ハ訴訟手續ニ付テノ規定ニ違背シタルモノニ非サルヲ以テ茲ニ屬セサルヤ言フ俟タス又訓示的性
質ヲ有スル訴訟手續ニ付テノ規定ニ違背アルトキ又ハ命令的性質ヲ有スル訴訟手續ニ付テノ規定
ニ違背アルモノ第一審判決ノ基本トシテ利用セラレザルモノトキハ絕對的ニ又ハ相對的ニ訴訟手續ニ關
スル重要ナル缺點ナルヲ以テ茲ニ屬セサルヤ言フ俟タス第一審ニ於ル訴訟手續ノ違背ハ控訴
裁判所カ職權ヲ以テ之ヲ調査シ當事者カ訴訟上ノ違背ヲ明示的ニ責問シ若クハ差戻判決ヲ求ムル
旨ノ申立ヲ爲シタルヤ否ヤヲ問ハサルモノナリ但訴訟手續ノ違背カ責問權ノ喪失ニ因テ補充セラ
レタルトキハ此限ニ在ラス(責問權ノ存在ヲ前提トシテ立論ス)

控訴裁判所カ第一審ニ於テ訴訟手續ニ付テノ規定ニ違背アリト認メ第一審ノ判決ニ代ルヘキ正當
ナル判決ヲ爲スニハ直ニ之ヲ爲ス場合ト第一審ニ於ル手續ヲ再施シタル後ニ於テ之ヲ爲ス場合ト
ノ二者アリ第一審裁判所カ不當ニ管轄違ヲ認メ通常裁判所ノ權限ニ屬セサル事件ヲ受理シテ裁判
ヲ爲シ又ハ訴ノ提起カ不適法(一九〇條)ナルカ如キ訴訟上ノ理由ニ基キテ原告ノ訴ヲ却下スヘキ
判決ヲ爲ス場合ニ於テハ控訴裁判所ハ第一審ノ裁判ヲ廢棄シ直ニ訴却下ノ判決ヲ爲スヘキモノト



シテ第四二三條ニ基キテ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スコトヲ得ス然レトモ缺點アル訴訟手續ニ代
 へ缺點ナキ訴訟手續ヲ施行スルカ爲ニ尙辯論ヲ必要トスル場合ニ於テハ控訴裁判所ハ其職務トシ
 テ缺點ナキ判決ノ基本タル口頭辯論ニ基キテ缺點ナキ判決ヲ爲スニ必要ナル程度ニ於テ第一審ニ
 於ル手續ヲ再施セサルヘカラス其再施スヘキ手續ハ缺點アル第一審ノ訴訟手續全部タルコトアリ
 又ハ其一部タルコトアリ例之第一審ノ辯論全部ニ缺點アルトキ殊ニ辯論公開ノ法則ニ違背アルト
 キハ控訴裁判所ニ於テ第一審ニ於ル辯論全部ヲ再施シ當事者ハ第一審ニ於テ爲シタル中間判決、
 取調ヘタル證據調、其自白等ニ拘束セラルルコトナシ第一審ノ辯論ノ一部ニ缺點アルトキ殊ニ第
 一審ノ證據調手續ニ缺點アルトキハ控訴裁判所ニ於テ爲シタル證據決定ニ基キ證據調ヲ再施シ且
 最終ノ辯論ヲ爲スヲ以テ足レリトシ單純ナル中間判決ヲ以テ爲シタル分離シタル攻撃及防禦ノ方法
 方法ニ關スル口頭辯論ニ缺點アルトキハ控訴裁判所ニ於テ唯該辯論ノミヲ再施スルヲ以テ足レリ
 トシ其他ノ訴訟材料ハ何等ノ影響ヲ受クルコトナシテ控訴裁判所ニ於ル辯論ノ基礎ト爲ル但控
 訴審ニ於テ法律上許サルヘキ新訴訟材料ヲ増加スルコトヲ妨ケス獨立シタル攻撃及防禦ノ方法ニ
 關スル辯論及裁判ニ付何等ノ缺點ナク其他ノ手續ニ付缺點アル場合モ亦同シ判決其モノニ關シ訴
 訟手續上ノ缺點アルトキ殊ニ理由又ハ事實ノ指シテ缺點トキハ當事者カ第一審裁判所ニ於テ爲シ
 タル最終ノ口頭辯論ヲ控訴審ニ於テ再施スルヲ以テ足レリトス又控訴裁判所カ第一審ノ訴訟手續
 ニ缺點アリト認メ第一審ノ判決ニ代ルヘキ判決ヲ爲スニ際シテハ第一審ノ判決ヲ廢棄スル場合ト
 該判決ニ包含セラルル裁判ヲ維持スル場合トノ二者アリ控訴裁判所カ其再開シタル口頭辯論ニ基
 キ終局判決ヲ言渡スニ當リ其内容カ第一審ノ判決ト異ルトキハ之ニ代ルヘキ終局判決ヲ言渡スト

同時ニ第一審ノ判決ヲ廢棄スル旨ヲ言渡シ其内容カ第一審ノ判決ト同一ナルトキハ唯第一審ノ判
 決ニ包含セラレタル裁判ヲ維持スル旨ヲ言渡スヘキモノトス而シテ後者ノ場合ニ於テハ第一審判
 決ノ認可ニ非スシテ控訴裁判所ノ判決ニ依リ第一審判決ヲ補充スルモノナリ

控訴裁判所カ第一審ニ於ル訴訟手續ニ付テノ規定ニ違背アリト認メタルトキハ第一審判決ヲ廢棄
 スルニ止メ更ニ之ニ代ルヘキ正當ナル判決ヲ爲ス旨ノ法則ニ對スル特則トシテ同一ノ場合即第一
 審ニ於テ訴訟手續ニ付テノ判決ヲ爲スコトナク第一審ノ判決及缺點ノ程度ニ從テ訴訟手續ノ全部
 又ハ一部ヲ廢棄シ更ニ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ヘキヤ否ヤハ
 トヲ得(四二三條)得)控訴裁判所カ斯ル職權ヲ行使シ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキヤ否ヤハ
 控訴裁判所ノ自由ナル判斷ニ屬スルヲ以テ控訴裁判所カ斯ル職權ヲ行使セザリシ事實ハ上告ノ理
 由ト爲ルコトナシ然レトモ事情ニ從ヒ控訴裁判所カ事件ニ付第二審ノ判決ヲ爲スコト能ハサルト
 キ例之不服ヲ申立テラレタル第一審ノ判決ハ其形式ニ從ヘハ妨訴抗辯棄却ノ判決又ハ損害ノ原因
 ナキ旨ヲ言渡シタル判決ナリト雖控訴裁判所ノ調査ニ依レハ妨訴抗辯又ハ損害ノ原因ニ關スル判
 決ニ非ス隨テ獨立シテ控訴ヲ申立ツルコトヲ得サルモノナルトキハ控訴裁判所ハ第四二三條ニ從
 ヒ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキ職權ヲ有スルノミナラス斯ル職務ヲ負フモノナリ故ニ該職務
 ニ違背シテ爲シタル判決ニ對シテハ上告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ蓋スル場合ニ於テハ
 控訴裁判所カ事件ニ付辯論ヲ爲サシメテ判決ヲ爲ストキハ自ら其判斷ト矛盾スルニ至ルモノナル
 ヲ以テナリ隨テ第四二三條ニ所謂得)ナル法文ニ拘泥シテ反對ニ論結スヘカラス斯ル場合ノ外ニ
 於テ即控訴裁判所カ事件ニ付第二審ノ判決ヲ爲スコトヲ得ル場合ニ於テハ控訴裁判所ハ其自由ヲ



ル判断ニ從ヒ第二審ニ於ル辯論ニ基キ第一審ニ於ル無効ノ手續ヲ引用スルコトナク第一審ノ判決ニ代ルヘキ判決ヲ言渡シ又ハ第一審ノ判決及缺點アル訴訟手續ヲ廢棄シテ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキ旨ノ判決ヲ言渡スコトヲ得然レトモ斯ル控訴裁判所ノ職權ハ畢竟訴訟上ノ便宜ニ基クモノナルヲ以テ控訴裁判所カスル職權ヲ行使スルニ當リテハ缺點アルカ爲ニ再施スヘキ手續ノ範圍ノ大小、訴訟手續ノ缺點ヲ第一審ニ於テ改正スルト第二審ニ於テ改正スルトノ難易其他第一審裁判所ヲシテ更ニ裁判ヲ爲サシメ再控訴ヲ申立ツルヲ得セシムルコトカ當事者ノ利益ナルヤ否ヤヲ斟酌スルヲ適當ナリトス隨テ多クハ第一審ノ訴訟手續全部ニ付法律上ノ違背アルトキ殊ニ第一審ニ於ル當事者カ法律上有效ニ代理セラレヌ又ハ裁判所ノ構成力適法ナラサルトキニ事件ヲ差戻スコトヲ適當トシ第一審ノ訴訟手續ノ一部分ニ法律上ノ違背アルモ殊ニ第一審判決ニ事實ノ記載ナキモ控訴審ニ於テ容易ニ事實ヲ明確ニ爲スコトヲ得ルトキハ事件ヲ差戻ササルヲ適當トス控訴審ニ於テハ新ナル攻撃及防禦ノ方法ヲ提出スルコトヲ得ヘキヲ以テ事件其モノニ付控訴裁判所カ判決ヲ爲スヘキ職權カ上告裁判所ニ於ルカ如ク第四五一條ニ規定シタル場合ニ制限セラルルコトナキヤ當然ナリ而シテ控訴裁判所カ第一審ノ判決ニ關シ訴訟手續ニ付テノ規定ニ違背アリト認メ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキ旨ノ判決ヲ爲ストキニハ第一審ノ判決及違背アリタル訴訟手續ノ部分ヲ廢棄シテ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキ旨ヲ表示セサルヘカラス第一審ノ判決ヲ廢棄セスシテ單ニ訴訟手續ヲ廢棄スルハ其性質上爲シ能ハサル所ナリ、判決手續ニ關スル違法ノ爲ニ第一審ノ判決ヲ廢棄シタルトキハ之ト共ニ第一審裁判所カ辯論ノ再開ヲ決定スルコトヲ得ルノ程度ニ於テ判決ノ基本タル最終ノ口頭辯論ヲモ廢棄シタルモノト謂ハサルヲ得第一審判決ノ廢棄

ト共ニ違背シタル訴訟手續ノ全部ヲ廢棄シタルトキハ該訴訟手續ニ於テ存スル總テノ行爲殊ニ陳述、裁判上ノ自白、訴訟上ノ失權(訴ノ變更ニ對スル異議申立權ノ喪失ノ如キ)中間判決等ハ其效力ヲ喪失シ更ニ辯論ヲ開始セサルヲ得ザルニ至ル反之違背シタル訴訟手續ノ一部ヲ廢棄シタルトキハ廢棄セラレザリ他ノ訴訟手續ノ部分ニ於テ存スル總テノ行爲殊ニ陳述、裁判上ノ自白、訴訟上ノ失權、中間判決等ハ其效力ヲ存積ス而シテ違背シタル訴訟手續ノ一部分ノ廢棄ハ口頭辯論ハ一體ヲ成ス旨ノ法則ニ從ヒ事物又ハ時期ニ關スル限界ヲ明示スルコトヲ得ルトキニ限リ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ例之訴訟手續中數箇ノ請求ノ一箇又ハ反訴ノ請求ニ關スル手續ニシテ一部判決ヲ爲スニ適當ナル部分ヲ廢棄シ又ハ第一審ニ於テ言渡サレタル一部判決若クハ中間判決ニ依テ段階ヲ付セラレタル部分ヲ廢棄スルカ如シ但後者ノ場合ニ於テハ段階ノ用ヲ爲ス中間判決若クハ一部判決ノ言渡後ニ於ル訴訟手續ニ違背アルコトヲ要ス例之中間判決言渡前ノ手續ニハ缺點ナク其以後ノ手續ニ缺點アル場合ノ如シ蓋斯ル場合ニ非サレハ口頭辯論ハ一體ヲ成ス旨ノ法則上第一審ニ於ル口頭辯論ノ一部分ノ效力ヲ存積セシムルコトヲ得サレハナリ(隨テ斯ル段階ノキトキト雖各箇ノ訴訟手續上ノ行爲ヲ廢棄スルコトヲ得ヘキ旨ヲ主張スル「ゾキフヘルド」氏等ノ見解ハ之ヲ正當ナリト認メ難シ決定ニ因テ訴訟手續ニ段階ヲ付セラレタルトキモ亦訴訟手續ノ一部分ヲ廢棄スルコトヲ得ルヤ否ヤニ關シテハ學者間ニ爭アリガウブ氏ハ消極的ニ「ワラハ」「ウルモースキー」氏ハ積極的ニ論結シタリ)

以上略述シタル差戻判決ハ裁判所カ職權ヲ以テ之ヲ爲シ當事者ノ申立ニ因ラサルモノナリ何トナレハ裁判所カ差戻判決ヲ爲スコトヲ要スル場合ニ於テハ自ら第一審判決ニ代ルヘキ裁判ヲ爲スノ



職權ナキモノナルヲ以テ又第四二三條ニ從ヒ差戻判決ヲ爲スノ職權アル場合ニ於テハ法律上特ニ當事者ノ申立ニ因ルコトヲ要件ト爲サレハナリ
 (乙) 差戻判決ノ性質 事件ヲ第一審裁判所ニ差戻シタル判決ハ終局判決ニシテ中間判決ニ非サルコトハ「ゾキフヘルド」其他「二ノ法學者ヲ除キ「ブランチ」、「ワフハ」、「ガウブ」、「ウールモースキー」、「フツチング」等ノ如キ多數ノ學者及獨逸帝國裁判所ノ是認セル所ニシテ予輩モ亦民事訴訟法ノ解釋トシテハ終局判決ニシテ中間判決ニ非スト主張スルヲ正當ナリト思惟ス其理由トシテ左ニ述フル所ヲ見ルヘシ

第一 我民事訴訟法ハ獨逸民事訴訟法ト同ク判決ニ付終局判決ト中間判決トノ二種ヲ認メ後者ハ其前提トシテ各箇ノ獨立ナル攻撃及防禦ノ方法又ハ中間ノ争ヲ裁判ノ目的物ト爲スコトヲ要件トセリ(二七條)而シテ差戻判決ハ斯ル目的物ニ付裁判ヲ爲シタルモノニ非ス故ニ差戻判決ハ終局判決ナルコト明白ナリト謂フコトヲ得ヘシ
 第二 其鑿屬シタル訴訟ニ關スル控訴裁判所ノ職權ハ差戻判決ニ由テ終了ス換言スレバ控訴審ニ於ル訴訟ハ差戻判決ニ由テ終結シ控訴審ニ於ル爾後ノ辯論ハ唯新ニ提起セラルヘキ獨立ノ控訴ニ基キテ之ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナルヲ以テ差戻判決ニ終局判決タルノ要素ヲ具備スルキヤ明白ナリ(「ゾキフヘルド」氏ハ主トシテ)第二審ニ於ル終局判決ノ意義ハ第一審ニ於ル終局判決ノ意義ト異ルコトヲ得スト主張シテ差戻判決ノ終局判決ニ非サルコトヲ主張スト雖道ハ其當ヲ得サルモノナリ何トナレハ差戻判決ハ前述ノ如ク終局判決タルノ要素ヲ有スルノミナラス第一審ニ於テ差戻判決ヲ爲スコトナキハ第一審ト第二審トノ職權ノ差異ニ基ケルモノニシテ判決ノ性質ニ何等ノ影響ヲ及スモノニ非サレハナリ訴訟費用ノ裁判ニ關シテハ第七二條、第七七條及第七八條ノ規定ニ依ル故ニ控訴ヲ棄却シテ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ストキハ第七七條ニ依リ控訴人カ訴訟費用ヲ負擔スルノ裁判ヲ爲シ又控訴ヲ棄却セスシテ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ストキハ第七八條第一項及第七二條ニ依リ本案ノ終局裁判即訴訟全體ニ付敗訴者ヲ確定スル終局判決ニ於テ訴訟費用ノ裁判ヲ爲シ差戻判決ニ於テ斯ル裁判ヲ爲スコトナシ隨テ差戻判決ハ中間判決ナルカ故ニ訴訟費用ノ裁判ヲ爲ササルモノト論結スルコト勿レ

(丙)

差戻後ノ手續 差戻以後ノ手續ハ控訴審ニ於ル手續ノ成分ニ在ラスシテ第一審ニ於ル從前ノ手續ト共ニ第一審ニ於ル手續ノ成分ヲ成ス換言スレバ差戻以後ニ於ル第一審ノ辯論ハ第二審ノ辯論ノ續行ニ非スシテ第一審ノ辯論ノ續行ナリ故ニ差戻以後ノ辯論ハ第一審訴訟手續ニ從テ之ヲ爲ス殊ニ訴ノ變更ノ許否ハ第一九三條ニ從テ之ヲ定メ第四一三條ニ從テ之ヲ定ムルモノニ非ス當事者ハ差戻以後ノ新辯論ノ爲ニ干渉審理主義ノ法則ニ依リ第一審裁判所ニ對シ相手方ヲ呼出スヘキ旨ヲ申立テサルヘカラス而シテ第一審裁判所ハ差戻ノ範圍内ニ於テ自由ニ新辯論ニ基キテ裁判ヲ爲シ隨テ又當事者ハ新ナル主張ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ第一審裁判所ハ差戻判決ノ言渡以前ニ爲シタル中間判決ニシテ差戻判決ニ由テ廢棄セラレザリシモノニ關東セラレ(二四〇條)又控訴裁判所ノ判決ニ關東セラル(遺ハ控訴ニ關シテハ第四五〇條)如キ明文ナシト雖控訴裁判所ノ判決ノ形式ノ確定力及下級審タル裁判所ノ地位ヨリ生スル當然ノ結果ナリ第二四〇條ハ同一審ニ於テ言渡サレタル裁判ニ付適用アルニ止ルヲ以テ此場合ニ於ル關東力ノ法律關係ヲ説明スルノ用ヲ爲サス)但事件カ差戻後更ニ控訴審ニ移リタルトキハ控訴裁判所ハ其言渡シタル從前ノ判決

0321

(五) 査

ニ羈束セラレルヤ當然ナリ(二四〇條)
控訴ノ效力 控訴ノ提起ニ因テ控訴裁判所カ第一審判決ノ變更ヲ求ムル當事者ノ申立ノ當否ヲ調
査スル手續ノ開始ノ外ニ尙移審ノ效力ト停止ノ效力トヲ發生ス左ニ之ヲ分説スヘシ
移審ノ效力 移審ノ效力ハ訴訟ノ第一審裁判所ヨリ控訴裁判所ニ移轉スル控訴ノ效力ナリ
レハ訴訟カ一定ノ範圍内ニ於テ控訴裁判所ノ調査シ及裁判スル所トナル控訴ノ效力ナリ
(甲) 移審ノ效力ノ發生 移審ノ效力ハ控訴ノ提起ニ依テ發生シ其提起セラレタル控訴カ訴訟法上適
法ナリト認メラレタル時ニ於テ完成スルコト恰第一審ニ於ル訴訟ノ權利拘束カ訴訟ノ遂達ニ因テ
發生シ(二四五條)一項、但立法上ノ見解トシテハ獨民訴ノ如ク訴ノ提起ニヨリ發生スト云フヲ正
當トス其提起セラレタル訴訟上適法ナリト認メラレタルトキニ完成スルカ如シ但獨逸ニ於
テハ「ヘルマン」氏ハ移審ノ效力ノ發生ニ付適法ナル控訴ノ提起ヲ前提要件ト爲セリ參考ノ爲ニ一
言ス) 移審ノ效力ハ控訴提起ノ效力トシテ訴訟ヲ控訴裁判所ニ繫屬セシムルコト恰訴ノ提起ニ因
テ生ジタル權利拘束及下級裁判所ニ於ル事件ノ繫屬ニ於ルカ如シ(權利拘束ト事件ノ繫屬トハ之
ヲ同視スヘカラス事件ハ起訴ニ因テ國家ノ機關タル司法裁判所ニ繫屬シタルモノナリ) 又控訴裁判
所ハ移審ノ效力カ確實ニ發生シタルヤ否ヤニ付即事件カ控訴審ニ繫屬シタルヤ否ヤニ付裁判ヲ爲
スコト恰第一審裁判所カ起訴ニ因テ權利拘束カ確實ニ發生シタルヤ否ヤヲ裁判スルニ同シ其他前
者ノ裁判ニ關シテハ控訴カ適法ナルヤ否ヤ即形式的控訴權ノ存否ニ係ルコト恰後者ノ裁判カ起訴
者ノ適法ナルヤ否ヤ即形式的控訴權ノ存否ニ係ルカ如シ

(乙)

移審ノ效力ノ範圍 移審ノ效力ハ當事者雙方ノ利益ノ爲ニ不服ノ申立アリタル判決ニ因テ裁判

セラレタル訴訟ノ全體ハ控訴裁判所ニ繫屬シ當事者雙方(附帶控訴人モ亦ハ攻撃及防禦ノ方法ト
シテ不服ヲ申立テタル第一審判決ニ接著スル口頭辯論終結ノ當時未存在セザリシ總テノ權利ヲ主
張シ又總テノ方法ヲ提出スルコトヲ得如此移審ノ效力却控訴裁判所ニ於ル訴訟ノ繫屬ノ範圍カ控
訴裁判所ニ於テ當否ヲ調査スヘキ不服ヲ申立テラレタル第一審判決ニ因テ定マレ理由ハ蓋控訴裁
判所ノ職權ハ前述ノ如ク控訴又ハ附帶控訴ニヨリ不服ヲ申立テラレタル第一審判決ノ當否ヲ其不
服申立ノ範圍内ニ於テ調査スルニアルヲ以テナリ是ヲ以テ第一ニ不服ヲ申立テラレタル第一審判
決ノ目的トナラザリシ請求ノ全部又ハ其一部ハ控訴審ノ辯論及裁判ノ目的トナルコトヲ得ス隨テ
又第一審判決ノ目的トナラザリタル請求ニ關係ナキ訴訟材料ハ之ヲ度外視スルノ結果ヲ生ス(第四二
一條)第一審ニ於テ是認シ又ハ非認シタル請求ノ法文及民事案四六一條ニ第一審ノ判決アリタル
請求ニ「ノ條文ニ基テ反對推理」不服ヲ申立テラレタル第一審ノ判決ニ於テ脱漏シタル主たる請求
若クハ附帶請求ニ關シテ亦然リ此脱漏アリタル請求ニ付テハ補充手續ニ因テ言渡サレタル補充判
決ニ對シ控訴ヲ提起スヘキモノナリ(二四二條)反之不服ヲ申立テラレタル第一審判決ノ目的トナ
リシ請求ノ全部又ハ其一部ハ控訴ノ提起ニ因テ控訴審ニ移審シ辯論及裁判ノ目的トナル隨テ又之
ニ關係スル一切ノ新舊ノ訴訟材料ノ其一部第一審裁判所ニ提出ナカシト又第一審裁判所ニ於
テ其不服ヲ申立テラレタル判決ヲナスニ當リ判斷ヲナスノ必要ナキモノトシテ辯論及裁判ノ目的
トナラザリシトノ區別ニ關係ナク控訴審ニ於ル辯論及裁判ノ目的トナル結果ヲ生ス(Normen im
Reichum)故ニ控訴裁判所ハ失當ト認メタル第一審裁判所ノ判決ヲ廢棄シ同裁判所ノ斟酌セザリシ
同一ノ請求ニ關スル訴訟材料ニ基キ辯論及裁判ヲナサシムルカ爲ニ差戻判決ヲナスコトヲ得ス

反テ新舊一切ノ訴訟材料ヲ辯論及裁判ノ目的トナス職務ヲ負フモノナリ例之第一審裁判所カ訴ノ第一原因ニ因テ原告ノ請求ヲ是認シ其他ノ訴ノ原因ニ付何等ノ裁判ヲナスコトナク原告勝訴ノ判決ヲ言渡シタル場合ニ於テ控訴裁判所ハ訴ノ第一原因ニヨリ原告ノ請求ヲ正當ナリト認ムルニ足ラスト認メタルトキハ更ニ訴ノ第二原因ニ基キ原告ノ請求ノ當否ヲ判決シ又第一ノ抗辯ニヨリ原告ノ請求ヲ非認シ其他ノ抗辯ニ付何等ノ裁判ヲナスコトナク原告敗訴ノ判決ヲ言渡シタル場合ニ於テ控訴裁判所ハ第一ノ抗辯ニ因テ原告ノ請求ヲ失當ナリト認ムルニ足ラスト認メタルトキハ更ニ第二ノ抗辯ニ基キ原告ノ請求ノ當否ヲ判決シ差戻判決ヲナスコトナキカ如シ是第四二一條ニ於テ「第一審ニ於テ是認シ又ハ非認シタル請求ニ關スル總テノ争點」即總テノ攻撃及防禦ノ方法（事實上ノ陳述、證據方法ノ申出、證據方法ノ陳述、證據抗辯等ヲ包含ス）及適法ニ控訴審ニ於テ提出スルコトヲ得ル新請求及之ニ關スル總テノ攻撃及防禦方法ニシテ申立ニ從ヒ辯論及裁判ヲ必要トナスモノハ第一審ニ於テ此争點ニ付辯論及裁判ヲナサルトキト雖控訴裁判所ニ於テ辯論及裁判ヲ爲スト規定シ此等ノ争點カ控訴審ニ於ル辯論及裁判ノ目的トナル旨ヲ明示シタル所以ナリ（民訴案四六一條）而シテ第四二一條及第四二三條ハ斯ル原則ニ對スル例外ナルコト前述シタルカ如シ第二ニ當事者ハ移審ノ效力ノ範圍内ニ於テ當事者訴訟專行主義ノ法則ニ基キ新ニ申立ヲナシ又ハ已ニナシタル申立ヲ維持シ若クハ之ニ對スル攻撃ヲナシテ隨意ニ移審ノ效力ヲ利用スルコトヲ得ヘシ然レトモ控訴裁判所ハ當事者ノ申立ニ依テ定マリタル範圍内ニ於テ全部ノ繫屬アリタル事件ニ付更ニ辯論ヲナサシメ（四二一條、民訴案四四七條）同一ノ範圍内ニ於テ不服ヲ申立テラレタル第一審ノ判決ヲ變更スルコトヲ得ルノミ（四二〇條、民訴案四五八條）換言スレバ適法ナル控訴ノ

提起ニヨリ第一審裁判所ノ裁判ノ目的トナリタル事件ノ全體ハ控訴裁判所ニ繫屬スト雖控訴裁判所ノ審判ハ控訴及附帶控訴ノ申立ノ調査及其終局ニアリ是蓋當事者訴訟專行主義ニ基テ結果即裁判所カ當事者ノ申立ヲナル事物ヲ之ニ歸セシムルコトヲ得サルノ法則カ控訴審ニ於テ亦行ルルカ故ナリ（Keine Reformation in Bezug oder in mittels）(a)控訴及附帶控訴ノ申立ノ内容ハ第一審ノ判決ニ對スル不服ノ程度ノ表示（全部又ハ一部）ト斯ル判決ノ變更ヲ求ムルノ表示ニシテ前述シタル實體的控訴權若クハ實體的附帶控訴權ノ表示ニ外ナラス（四〇一條三項、民訴案四四二條二項）申立ノ方式ニ關シテハ法律上何等ノ規定ナシ故ニ申立ハ之ニ依リ當事者カ自己ノ利益ノ爲ニ如何ナル事項ヲ是認セシムルコトヲ欲スルヤヲ明白ニ認識スルコトヲ得ルヲ以テ是レリトス當事者ハ其申立ノ爲ニ通常明白ナル言語ヲ以テ意思ヲ表示スト雖斯ル表示アルコトヲ必要トスルモノニ非ス控訴裁判所カ當事者ノ供述及其他ノ行爲ヲ綜合シテ當事者カ其利益ノ爲ニ欲スル事項ヲ明確ニ認論スルコトヲ得ル場合ニ於テハ茲ニ申立アリト認ムルニ足ル但申立ハ之ヲ準備書面ニ記載シテ之ヲ相手方ニ送達シテ其旨ヲ豫知セシメ當事者カ口頭辯論ニ於テ書面ニ基キ供述スルニ因リ訴訟法上成立スルモノナルコトハ口頭審理主義ノ法則殊ニ第四〇一條第三項、第四〇八條及第二二二條ノ法意ニ照シテ洵ニ明白ナリ新ナル申立ハ控訴裁判所ノ判決ニ接スル口頭辯論ノ終結マテ之ヲナスコトヲ得（五〇六條、五〇九條、民訴案四五五條等）申立ノ變更ニ因ル訴ノ變更ヲ許ササル旨ノ法則ハ控訴審ニ於テハ適用ナシ何トナレハ我民事訴訟法ハ獨逸民事訴訟法ト同ク控訴提起ノ爲ニ提起スル控訴狀ニ於テ控訴若クハ附帶控訴ノ申立ヲ表示スルヲ必要ト爲サザレハナリ第一審判決ニ於テ是認シ若クハ非認シタル請求ニ關スル各種ノ申立ハ控訴審ニ於テ之ヲ爲スコトヲ許スト雖

訴訟費用ニ關スル判決ノ變更ヲ求ムル申立ハ本案ノ判決ニ對シテ上訴ヲ提起シ又ハ相手方ノ上訴ニ附帶スル場合ニ限リ之ヲ許スモノナリ(八二條、民訴案一〇一條)申立ニ關シテハ當事者ハ事實上及法律上ノ理由ヲ演述シ且必要アル場合ニ立證ヲナササルヘカラス此場合ニ於テハ當事者ハ控訴ノ内容ニ於テ説明シタル限界ニ從ヒ新ナル攻撃防禦方法並ニ證據方法ヲ提出シ申立ノ理由ノ用ニ供スルコトヲ得(四〇一條、四〇四條)唯法律上許スヘカラサル訴ノ變更ヲ爲シ申立ノ理由ノ用ニ供スルコトヲ得ザルノミ又控訴裁判所ハ第一審裁判所ニ行ルルト同一ノ法則ニ從ヒテ當事者カ口頭ヲ以テ演述シタル新舊ノ訴訟材料ヲ調査ス故ニ裁判所カ職權ヲ以テ調査スヘカラサル事項ニ關シテハ當事者ノ引用ヲ待ツコトナク適當ノ取調ヲナシ職權ヲ以テ調査スヘカラサル事項ニ關シテハ當事者カ明示の又ハ默示のニ引用シタルモノニ限リ適當ノ取調ヲナスモノナリ(b)當事者カ控訴又ハ附帶控訴ノ申立ヲ爲サザルトキハ控訴裁判所ハ不服ヲ申立ララレタル第一審判決ノ變更ヲ正當ナリト認メタルトキト雖該判決ヲ此等ノ申立ヲ爲サザリシ當事者ノ利益ノ爲ニ變更スルコトナキニ效力ヲ生ス故ニ(1)控訴人又ハ附帶控訴ヲ提起シタル被控訴人カ其申立ヲナサザルトキ又ハ該法ル申立ヲナサザルトキハ控訴裁判所ハ控訴又ハ附帶控訴ヲ實體上理由ナシトシテ棄却セザルヘカラス(四二四條)蓋申立ハ控訴又ハ附帶控訴提起ノ要件ニ非サルヲ以テ申立ヲナササルカ爲ニ控訴又ハ附帶控訴ヲ形式上不適法ナリト云フコト能ハサレハナリ(2)控訴人カ自己ノ利益ノ爲ニ第一審判決ノ變更ヲ求ムル旨ヲ申立テ被控訴人ハ唯斯ル申立ニ對シ防禦ヲナスニ止メ附帶控訴ノ申立ニ依テ自己ノ利益ノ爲ニ第一審判決ノ變更ヲ求ムル申立ヲナサザルトキハ控訴裁判所ハ調査ノ結果被控訴人ノ利益ノ爲ニ第一審判決ヲ變更スルヲ正當ナリト認メタルトキト雖控訴人ノ利益ニ第

一審判決ヲ變更スルコトヲ得ス蓋第一審判決ヲ控訴人ノ不利益ニ變更スルハ被控訴人ノ申立ヲサカ所ナルヲ以テナリ隨テ控訴裁判所ハ不適法トシテ原告ノ訴ヲ却下シタル第一審判決ニ對シ原告カ控訴ヲ提起シタル場合ニ於テ被告カ附帶控訴ノ申立ヲナサザルトキハ實體上原告ノ請求ヲ不當ナリト認メタルトキト雖斯ル趣旨ノ判決ヲナスコトヲ得ス但例外トシテ控訴裁判所ハ附帶控訴ノ申立ナキト雖無訴權、訴訟能力ノ欠缺ノ如キ職權ヲ以テ調査スヘキ訴訟ノ前提要件ノ欠缺ニ基キ原告ノ訴ヲ却下スルノ判決ヲナスコトヲ得蓋斯ル判決ハ當事者ノ意思ノ如何ニ拘ラス裁判所カ爲スヘキモノナレハナリ(隨テ「ウキルモースキト」)「ゾキフ(ルド」氏等ノ如ク裁判所ノ職權調査ト雖亦不服申立ニ因テ定マラザル範圍内ニ於テ之ヲナスヘキモノナリト論旨ニ基キ反對ニ論結スルコト勿レ(3)控訴人又ハ附帶控訴人カ第一審判決ノ一部分ニ付變更ヲ申立テタルトキハ控訴裁判所ハ調査ノ結果他ノ部分ニ付テモ之ヲ變更スルヲ正當ナリト認メタルトキト雖之ヲ控訴人又ハ附帶控訴人ノ利益ニ變更スルコトヲ得ス蓋控訴人又ハ附帶控訴人ノ申立ニ因ラスシテ其利益其申立ハ控訴審ニ於ル辯論及裁判ノ限界ヲ定ムルノ效力ヲ生ス(四一條、四二〇條)故ニ控訴裁審材料殊ニ訴訟手續ノ缺點、當事者ノ責問權ノ拋棄ニ依テ補充スルコトヲ得サルモノノヲ調査シ正當ト認ムル判決ヲナスモノナリ然レトモ(1)當事者ノ申立ニ因テ定マル控訴裁判所ノ辯論ノ限界ハ其辯論進行中ニ於テ當事者カ新ナル申立ヲナスニ依テ擴張セラレ又ハ控訴者クハ附帶控訴ノ申立ヲ減縮スルニ依テ縮小セララル(四一六條、四二五條)而シテ控訴人カ控訴手續進行中ニ於テ被控訴

人ヨリ辨濟其他ノ給付ニ因テ満足ヲ受ケタル旨ノ陳述ハ第一審判決ヲ廢棄シ被控訴人ニ敗訴ノ言
 渡ヲナスヘキ判決ヲ求ムル申立ノ拋棄ト解スヘカラサルコト恰第一審ニ於ル同一ノ陳述カ訴ノ取
 下トナラサルカ如シ唯該陳述ハ第一審ノ判決ヲ廢棄スルコト同時ニ控訴人ノ請求ヲ是認スヘキ旨ノ
 申立ニ變更シ被控訴人ヨリ満足ヲ受ケタルヲ以テ同人ニ對シテ支拂其他ノ給付ヲ命スル敗訴ノ判
 決ヲ言渡ササルコトヲ欲スルノ意思ト解セサルヘカラス何トナレハ控訴人ハ斯ル判決ニ因テ
 實體的確定力ヲ生スル請求ノ是認ト被控訴人ニ訴訟費用ヲ負擔セシムル基礎ノ成立ニ關スル目的
 ヲ達スルコトヲ得ヘケレハナリ隨テ斯ル場合ヲ目シテ控訴申立ノ又ハ職權ヲ以テ取調ヘタル新舊訴
 ト勿レ(2)控訴裁判所ノ裁判ハ控訴裁判所カ當事者ノ提出シタル又ハ職權ヲ以テ取調ヘタル新舊訴
 認材料ノ調査ノ結果ニ關係ヲ有ス控訴裁判所カ調査ノ結果第一審判決廢棄ノ申立ヲ不當ナリト認
 メタルトキハ實體上理由ヲシテ控訴若クハ附帶控訴ヲ棄却シ第一審ノ判決ヲ認可ス而シテ控
 訴裁判所ノ裁判ノ理由ハ第一審判決ノ理由ト同一ナルキハ第一審判決變更ノ申立カ正當ナルキハ否ヤ換言
 第一審判決廢棄ノ申立ヲ正當ナリト認メタルトキハ第一審判決變更ノ申立カ正當ナルキハ否ヤ換言
 セハ當事者カ不當ナル第一審ノ判決ニ代ヘテ受ケント欲スル判決ハ正當ナルキハ否ヤ調査セサル
 ヘカラス而シテ控訴裁判所カ正當ナリト認メタルトキハ不服ヲ申立テラレタル第一審ノ判決ヲ廢
 棄スルコト同時ニ當事者ノ申立テタル正當ノ判決ヲ言渡シ不當ナリト認メタルトキハ申立テ直ニ實
 體上理由ナキモノトシテ棄却スルコトナク尙進テ當事者カ控訴裁判所ニ於テ正當ナリト認メタル
 判決ヲ少クモ默示ノ請求メタルモノト認ムヘキヤ否ヤ當事者ノ意思ヲ解釋シテ調査セサルヘカ
 ラス控訴人カ其申立テタル變更ノ目的ヲ達スルコトヲ得サルトキ即第一審判決ノ變更ノ目的ヲ達

(2)

スルコトヲ得サルトキニハ第一審判決ノ變更ヲ欲セサル意思カ明瞭ニ表示セラレタル場合及若控
 訴裁判所カ其正當ナリト認ムル判決ヲ言渡シテ第一審ノ判決ヲ變更セハ控訴人ニ不利ヲ及ホス
 隨テ控訴人カ其申立テタル變更ノ目的ヲ達スルヲ得サル時ハ第一審判決ノ變更ヲ欲セサルノ意思
 ヲ有スルモノト認ムヘキ場合ニ於テハ第一審判決ノ廢棄ヲ不問ニ附シ控訴ノ實體上理由ヲシテ
 テ棄却シ反之控訴裁判所カ其正當ナリト認ムル判決ヲ言渡シテ第一審判決ヲ變更セハ控訴人ニ利
 益アリ隨テ控訴人ハ假令明示ノニ申立テナササルモ斯ル變更ヲ欲シタルモノト認ムヘキ場合ニ於
 テハ不當ナル第一審ノ判決ヲ廢棄シ同時ニ之ニ代ルヘキ正當ナル判決ヲ言渡スモノナリ
 (丙) 移審ノ效力ノ消滅 移審ノ效力即控訴審ニ於ル事件ノ繫屬ハ其性質上控訴手續ノ終結ニ因テ消
 滅ス是ヲ以テ(1)移審ノ效力ハ有效ナル控訴ノ取下ニ因テ消滅スト雖訴訟手續ノ休止ニ因テ消滅セ
 ス(2)移審ノ效力ハ控訴裁判所カ其繫屬シタル事件ト關係ヲ絶ツニ至ルヘキ終局判決即事件其モノ
 ニ付爲シタル終局判決又ハ差戻判決ヲナシタルトキハ消滅スト雖上訴ニ關シテ終局判決ト看做ス
 ヘキ中間判決即妨訴抗辯ヲ棄却シタル判決、請求ノ原因ヲ是認シタル判決、留保ヲ掲ケタル判決ヲ
 ナシタルトキハ(二〇七條、二二八條、四二六條、四九一條)消滅セシムル何トナレハ後者ノ判決ヲナシ
 タル場合ニ於テハ其判決確定後控訴裁判所ニ於テ終局判決ヲナスカ爲ニ訴訟手續ヲ施行スヘキモ
 ノナレハナリ但上告裁判所カ控訴裁判所ノ終局判決ヲ破毀シ事件ヲ同裁判所ニ差戻スヘキ判決ヲ
 言渡シタルトキハ其差戻ノ效力トシテ控訴裁判所ノ終局判決ニ依テ消滅シタル移審ノ效力カ上告
 裁判所ノ認ムル程度ニ於テ發生スルヤ言フ俟タス
 停止ノ效力 停止ノ效力ハ第一審判決ノ形式的確定力即上訴又ハ故障ヲ以テ不服ヲ申立ツルコト

能ハサランルノ効力ノ發生ヲ遮斷スル控訴ノ効力ナリ

(甲) 停止ノ効力ノ發生 停止ノ効力ハ適法ナル控訴ノ提起アリタル時即法律上許スヘキ控訴カ法定ノ法定ニ從ヒ法定ノ期間内(四一九條)ニ提起セラレタルトキニ限リテ發生ス(四九八條三項、民訴案二八二條)故ニ提起セラレタル控訴カ不適法ナル場合ニ於テハ第一審判決ノ形式の確定力ノ發生ヲ遮斷スルノ効力ナシ(隨テ控訴カ第一審判決ノ確定後即控訴期間ノ經過後ニ揚セラレタル場合(原狀回復ノ申立ト共)ニ於テハ第一審判決ノ形式の確定力ノ發生ヲ遮斷スルノ効力ナシ(四九八條二項)……其期間内……)蓋不適法ノ控訴ハ法律上ノ意味ニ於ル控訴ニ非サレハナリ(四九八條二項)……上訴……(但獨逸ニ於テハ「ブランチ」氏カスル見解ニ反對シテ判決ノ確定前ニ提起セラレタル控訴ハ假令其方式カ民事訴訟法ノ規定ニ適セザルトキト雖判決ノ形式の確定力ノ發生ヲ遮斷スルノ効力アリト主張セリ參考ノ爲ニ一言ス)又適法ナル控訴ノ第一審判決ニ對シ提起スルコトヲ得ル間即控訴期間ノ滿了前ハ法律上當然判決ノ確定ヲ妨タルモノニシテ當事者ノ積極的行爲ヲ必要トセス(四九八條一項、民訴案二八二條一項)隨テ第一審判決ハ當事者雙方カ控訴期間ヲ經過シ又ハ控訴權ヲ拋棄シ若クハ控訴ヲ取下ケタル場合ニ於テ確定ス

(乙)

停止ノ効力ノ範圍 停止ノ効力ハ控訴ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル第一審判決ノ全部ニ及フモノナリ故ニ控訴ハ第一審判決ノ一部分ニ對シ提起セラレシトキト雖其全部ノ確定ヲ遮斷スルノ効力ヲ有ス蓋控訴ノ申立ヲ表示スルハ控訴提起ノ要件ニ非ス且當事者雙方ハ控訴ニ關スル判決ノ基本タル口頭辯論ノ終結ニ至ル迄不服ノ申立ヲ擴張シ又ハ附帶控訴ヲ提起スルコトヲ得レハナリ、又停止ノ効力ハ第一審判決ノ實體の確定力即裁判所カ同一事件ニ付一旦言渡シアリタル判決ノ内

容ヲ變更スルニ至ルヘキ判決ヲ將來爲スコト能ハサルノ効力若クハ判決カ當事者間ニ於テ法律ニ均キ効力ヲ發生ヲ遮斷ス故ニ控訴ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル第一審判決ノ勝訴者ハ他ノ訴訟ニ於テ該判決カ控訴ノ提起ニ因テ實體の確定力ノ發生カ遮斷セラレタル結果トシテ有效ニ一事不再理ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得蓋判決ノ形式の確定力カ未發生セザル間ハ裁判所ニ於テ之ヲ變更スルコトアルヲ以テ法律ハ實體の確定力ノ發生ニハ形式の確定力ノ發生ヲ前提トナシテハナリ、其他停止ノ効力ハ判決ノ執行即控訴ヲ以テ不服ノ申立テラレタル判決ノ既効力ニ依據スヘキ手續及該判決ノ内容ニ準據スヘキ手續ノ進行ヲ妨グルモノナリ蓋判決ノ執行ハ確實ヲ期スルカ爲ニ形式の確定ヲ前提トスレハナリ故ニ妨訴抗辯ヲ棄却シ又ハ請求ノ原因ヲ正當ナリト認メタル判決ニ對シ控訴ノ提起アリタルトキハ爾後本案又ハ請求ノ數額ニ關スル手續ノ進行ヲ妨ケ唯第一審裁判所ニ於テ本案ニ付辯論ヲ命シ又ハ數額ニ付辯論ヲ命シタルトキニ限り停止ノ効力ヲ廢棄スルモノナリ但此場合ニ於テ進行シタル手續ハ唯未定ノ効力ヲ有スルモノニ過キス蓋斯ル手續ハ提起シタル控訴カ理由アリト認メラレタル判決ヲ強制的ニ執行スルコトヲ目的トスル手續ノ進行ヲ妨ケ唯第一審裁判所ニ於テ假執行宣言ヲ付シタルトキニ限り停止ノ効力カ完全ニ行ハレザルモノナリ但此場合ニ於テ進行シタル強制執行ハ單ニ未定ノ効力ヲ有スルニ過キス蓋斯ル強制執行ハ提起シタル控訴カ理由アリト認メラレタルトキハ當然無効トナリ假執行ノ宣言アリタル判決ニ基キ給付ヲナシタル債務者ハ其辨濟ヲ申立ツルコトヲ得ヘキヲ以テナリ(四九七條、五一〇條、民訴案六三二條)而シテ判決ノ執行ノ遮斷ハ其確定ノ遮斷ト範圍ヲ同ウスルヲ以テ第一審判決ノ一部分ニ對シ控訴ノ提起ア

リタルトキハ該判決全部ノ執行ヲ妨クルモノナリ

(丙) 停止ノ效力ハ消滅 停止ノ效力ハ控訴ノ取下又ハ控訴ヲ棄却シタル判決(不適法ナルト理由ナ

シト)ノ判決理由ノ區別ヲ問ハサルナリ)ノ確定ニヨリ消滅ス蓋此場合ニ於テハ第一審判決力確定
スルヲ以テナリ隨テ第一審判決ニ對シ適法ニ控訴ヲ提起スルコトヲ得ル期間カ尙存スルトキハ此
第一審判決ノ途達前ニ提起シタル控訴棄却ノ判決確定ノ當時ニ於テ適法ノ途達アリタルトキハ此
限ニ非サルナリ而シテ停止ノ效力カ發生シタルヤ消滅シタルヤ換言スレハ判決力確定シ且執行シ
得ヘキモノナルヤ否ヤハ判決ニ基キテ職務ヲ行フヘキ官廳カ判斷スヘキ者ナリ例シ受訴裁判所ハ

二〇七條、二二八條等ノ規定ニ基キテ職權ヲ進行ヲ申立テラレタル場合ニ於テ受訴裁判所ノ書記ハ
第五一六條第二項ニヨリ執行力アル正本ノ付與ヲ申請セラレタル場合ニ於テ其他裁判所ハ一事不
再理ノ抗辯ヲ提出セラレタル場合ニ於テ停止ノ效力ノ存否ヲ調査スルカ如シ但斯ル調査ハ判決ヲ
調査スルニ止リ一旦發生シタル判決ノ確定カ原狀回復ノ申立又ハ再審ノ訴ヲ以テ除去セラレルモ
ノナルヤ否ヤヲ調査スルモノニ非ス如此確定判決ニ基キテ職權ヲ行使スヘキ官廳ハ其職權行使前
ニ判決ノ確定ノ存否ヲ調査スヘキモノナルヲ以テ我民事訴訟法ハ當事者ヲシテ斯ル官廳ニ對シ判
決ノ確定ノ證明ヲ容易ナラシムルカ爲ニ訴訟記録ノ現存スル裁判所ノ書記ニ該記録ヲ調査シ當事
者ニ判決確定ノ證明書ヲ付與スルノ職權ヲ認メタリ(四九九條、民事訴訟二八三條)

(六) 控訴ノ手續 控訴ノ手續ニ於テハ總則タル第一編ノ規定カ適用セラレルコトハ疑ナシ殊ニ裁判所
ハ事實ニ關シテ當事者カ口頭ニテ陳述シタルモノニ非スンハ斟酌スルコト能ハサルノ法則(口頭辯論
主義一〇三條、民事訴訟二二七條)口頭辯論準備ニ關スル法則(一〇四條以下、民事訴訟二二八條以下)制限

ニ關スル法則(一一九條、民事訴訟一三九條)等ハ之ヲ控訴ノ手續ニ於テ適用スヘキモノナリ、地方裁判
所ノ第一審ノ訴訟手續ハ控訴ノ手續ニ關スル規定ニヨリ差異ノ生セサル限リハ之ヲ控訴ノ訴訟手續ニ
準用ス(四〇八條、民事訴訟四三八條)殊ニ準備書面差出ニ關スル法則(二〇四條、民事訴訟二四〇條)計算事
件財産分別及之ニ類スル訴訟ノ準備手續ニ關スル法則(二六六條、二七二條、民事訴訟三〇三條、三一〇
條)其他證書訴訟、爲替訴訟、人事訴訟等ニ關スル法則等ハ之ヲ控訴ノ訴訟手續ニ準用スヘキモノナリ、
如此地方裁判所ノ第一審ノ訴訟手續ニ關スル規定ヲ控訴ノ訴訟手續ニ準用スルハ類似セル多數ノ條文
ヲ規定スルノ煩雜ヲ避クル立法上ノ方針ニ依據シタルヤ當然ナリ而シテ地方裁判所ノ第一審訴訟手續
ハ已ニ諸君ノ知丁シタル處ナルヲ以テ茲ニハ控訴ノ特別訴訟手續ヲ略述スルニ止ムヘシ
控訴ノ訴訟手續モ亦地方裁判所ノ第一審訴訟手續ト同ク正則手續ト懈怠手續トニ之ヲ區別ス前者ハ控
訴審ニ於ル手續ノ正則的進行ニシテ後者ハ其規則的進行ナルヲ以テ先正則手續ヲ略述シ後ニ懈怠手續
ヲ略述スヘシ

(1) 正則手續 正則手續トハ當事者カ期日ヲ懈怠スルコトナクシテ控訴ヲ終了スル手續即缺席手續ヲ
除外シタル總テノ手續ナリ

(甲) 控訴ノ開始手續 控訴ノ訴訟手續ハ控訴狀ヲ控訴裁判所ニ差出し控訴ヲ提起スルニ因テ開始ス
ルコト恰第一審ノ訴訟手續カ訴訟狀ヲ第一審裁判所ニ差出し訴ヲ提起スルニ因テ開始スルカ如シ控
訴提起ノ方式ハ前述シタル處ナルヲ以テ茲ニ之ヲ省略ス(四〇一條)而シテ控訴ノ特別手續ハ控
訴裁判所ノ書記カ控訴狀ヲ受取リタル後二十四時間内ニ一面ニ於テハ裁判長ヲシテ口頭辯論ノ期
日ヲ指定スルニ必要ナル手續ヲ爲スコトヲ得セシメ(二五九條、民事訴訟一八二條)他ノ一面ニ於テ

ハ第一審裁判所ノ書記ニ訴訟記録ノ送付ヲ求ムルニアリ(四三二條一項、民訴案四六六條一項)斯ル裁判所書記ノ行為ニ依テ第一審裁判長ハ控訴提起ノ要件ノ存否ヲ調査シ判然該要件ヲ缺クモノト認メタルトキハ命令ヲ以テ之ヲ却下ス此却下ノ命令ニ不服ナル控訴人ハ該命令ニ對シテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得(四〇二條、一九二條)裁判長ニ斯ル職權ヲ認メタル理由ハ前述シタル處ナリ該要件ヲ具フルモノト認メタルトキハ辯論期日ノ準備ヲ爲シ且該期日ヲ指定ス(二五九條、民訴案一八二條)此場合ニ於テハ裁判長ハ(一九四條)ノ規定ニ依リ控訴狀ヲ送達ト口頭辯論ノ期日トノ間ニ存スルコトヲ要スル時間即應訴時間ヲ定メ(四〇八條)(第三七七條)ノ規定ハ單ニ區裁判所ノ訴訟手續ニ於ル應訴期間ヲ定メタルモノナルヲ以テ區裁判所ニ屬スル事件ヲ控訴裁判所ニ於テ審判スル場合ニ適用ナシ)且第一九九條ノ規定ニ依リ答辯書差出催告期間ヲ定ム、裁判長カ應訴期間及答辯書差出期間ヲ短縮スルコトヲ得ルハ當然ナリ(四〇三條)但應訴期間ヲ適法ニ存セザルコトハ控訴ノ效力ニ何等ノ影響ヲ及サス唯被控訴人カ辯論ノ延期ヲ申請スルコトヲ得又ハ之ニ對シテ闕席判決ヲ爲スコトヲ得ザルノミ(二五四條第一)第二、第一審裁判所ハ控訴ノ提起アルコトヲ知り且之ニ依リ其言渡シタル判決ノ確定セザルコトヲ知ル而シテ第一審裁判所ノ書記ハ記録ノ送付ヲ求メタル控訴裁判所ノ書記ニ記録ヲ送付セザルヘカラス控訴ヲ第一審裁判所ノ爲シタル一分判決及中間判決(終局判決ト看做スヘキ)ニ對シテ爲シ爲ニ訴訟力尙第一審ニ繫屬セル場合ニ於テモ亦然リ此場合ニ於テハ第一審ノ受訴裁判所ハ記録ノ謄本ヲ作りテ審判ノ用ニ供シ或ハ記録ヲ分割シ繫屬セル訴訟ニ關スル部分ヲ止メテ審判ノ用ニ供シ又或ハ第一審ノ辯論ヲ延期スルモタリ

(乙) 控訴ノ準備手續 控訴ノ訴訟手續ニ於テハ當事者雙方カ準備書面ヲ作り互ニ之ヲ交換シ訴訟ヲ

ス故ニ甲裁判所ノ執行名義ニ依リ乙裁判所ノ管轄内ニ於テ執行スルコトヲ得ルハ勿論ナリ尙本土ニ於テ爲シタル裁判ハ殖民地ニテモ執行スルコトヲ得臺灣法院ノ執行名義ハ本土ニ於テ執行スルコトヲ得外國ニテ執行名義ノ效力ヲ有スルハ第五一五條ノ反對推理ニ依リ自ラ明ナリ即國際條約ニ依リ之ヲ許シタルコトヲ必要トス但外國ニ於テモ本邦ノ公使館、領事館内ニテハ直ニ強制執行ノ名義タル效力ヲ有ス

三、人ニ關スル效力

執行名義ハ債權者並ニ其一般及特定ノ承繼人ノ爲ニ效力ヲ有ス又執行名義ハ債務者及其一般承繼人ニ對シテ其效力ヲ生ス而シテ債權者及債務者トハ自然人ノミナラス法人ヲモ包含ス又自然人タル内國人ノミナラス外國人ヲモ包含ムモノトス無能力者ヲ包含スルコト言フ俟タス民事訴訟法第二四四條ニ判決ハ其正文ニ包含スルモノニ限り確定力ヲ有スト規定セリ確定力ヲ有スルコトト執行力ヲ有スルコトトハ同一ニ論スヘカラサルモノナレトモ原則トシテ執行力ハ確定力ヲ生スルニ依テ始テ生スルナリ隨テ正文ニ包含スル裁判ハ執行力ヲ有スルモノト謂フヲ得ヘシ正文ニハ請求自體ハ勿論當事者ノ資格ヲモ包含スルモノナリ然レトモ茲ニ注意スヘキハ法人ニ對スル執行名義ハ其代表者ニ對シテハ執行力ヲ有スヘキモノニ非ス又債務者ノ特定承繼人ニ對シテモ亦執行力ヲ有セザルコト言フ俟タス

法人タル商事會社ニ對シテ下シタル判決ハ其無限責任社員ニ對シテ強制執行名義トナルヤ否ヤ理論上分析スレハ無限責任社員ト法人トハ法律上存在ヲ異ニス即無限責任社員ハ法人組織ノ分子ナルモ法人其モノニ非ス然ラハ如何ニ決スヘキヤト云フニ無限責任社員其モノハ法人トシテ成立スル會社ト同一ニ見ルコトヲ得ス無限責任社員ノ責任ヲ盡スヘキ時期ハ如何會社トシテ義務ヲ盡ササル場合

ニ始テ自己ノ無限責任ヲ生ス故ニ會社タル法人ニ對スル執行名義ハ無限責任社員ニ對シテハ執行名義ト爲スヘキモノニ非サルコト理論上明ナリ
以上ヲ以テ強制執行ノ實體的條件ヲ説テセリ

第四節 執行文

第一、執行文トハ強制執行ノ形式の要件ノ一ニシテ裁判所書記カ自己ノ職權ヲ以テ又ハ裁判長ノ命令ニ從テ交付スル公正ノ證書ニシテ執行名義カ強制執行ニ適スルコトヲ明示セルモノヲ謂フ
執行文ヲ必要トスルハ強制執行ナルモノハ原則トシテ執行名義ヲ附與スル機關ト別異ナル他ノ機關ニ於テ之ヲ取扱フモノナルカ故ニ其執行機關ハ執行名義カ強制執行ニ果シテ適應セルヤ否ヤニ付テ容易ニ調査シ得ヘキ地位ニ非サルヲ以テナリ換言スレバ普通執行機關タル執達吏又ハ區裁判所カ其職務ヲ盡スニ當リ當事者ノ提出スル執行名義ハ強制執行ニ適スルヤ否ヤノ疑ヲ生スルコトアルヲ以テ執行機關ヲシテ執行名義カ強制執行ニ適スルコトヲ知ラシムル爲メ執行文ヲ必要トセシムルナリ
執行文ハ總テノ執行名義ニ付與スヘキモノナリ即其主要ナルモノハ判決ナリ執行判決ニハ執行文ヲ附スルヲ要スルヤ否ヤハ一ノ問題ニシテ予ハ執行判決ハ強制執行ノ直接名義ニ非サルヲ以テ執行文ヲ附スルコトヲ要セストノ説ヲ正當ナリト信ス然レトモ多クノ學者ノ説及今日實際ノ取扱ニ於テハ執行判決ニモ執行文ヲ必要トスルモノトセリ
同一事件ニ數多ノ判決アリタルトキハ執行文ハ何レノ判決ニ附スヘキモノナルヤ此問題ニ付テハ從來三説アリ

第一説 同一事件ニ付テ數箇ノ判決アリタルトキハ其判決全部ニ對シテ執行文ヲ附スヘキモノナリト
第二説 第一審判決ニ對スル控訴棄却及上告棄却ノ三箇ノ判決併立スルトキハ執行文ハ第一審判決ニ附スヘキモノナリ若第一審判決ヲ變更スル控訴判決ニ對シテ上告棄却ノ判決アリタルトキハ第二審判決ニ執行文ヲ附ス第一審判決ノ一部ヲ變更シテ他ノ一部ニ對シテ控訴棄却ヲナシ之ニ對シテ上告棄却ノ判決アリタルトキハ執行文ハ第一審判決及第二審判決ニ附スヘキモノナリト
第三説 根本ノ理論ハ第二説ニ同ク而モ實際ノ形式ヲ異ニス是予ノ正當ナリト信スル所ナリ
即執行文ハ給付又ハ引渡又ハ作爲不作爲ヲ命シタル主文ヲ具體的ニ有スル判決ノミニ附スヘキモノナリ例之第一審ニテ被告ハ原告ニ金一百圓及其利子金三十圓ヲ返済スヘシトノ判決ヲ下シ之ニ對スル控訴ノ判決ハ被告ニ對シテ現金一百圓及其利子金拾五圓ヲ返済スヘシトノ判決ヲ下セル場合ニ於テハ第一審判決ニ對シテ執行文ヲ附シテ其利子ノ部分ニ付テハ第二審判決ニ依テ加ヘラレタル制限ヲ附記ス
訴訟費用ノ裁判ニ付テハ訴訟費用額確定決定ニ執行文ヲ附スヘキモノナリ何トナレハ訴訟費用ノ負擔ヲ命スル判決主文其モノハ訴訟費用ノ額ヲ定メサルヲ以テ之ヲ以テ直ニ執行スルコトヲ得ス費用額確定決定ヲ俟テ始テ執行ヲ爲スコトヲ得ルナリ其費用額確定決定ハ第五五九條ニ所謂抗告ヲ以テノミ不執行ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判ニ該當スルヲ以テ執行文ヲ附スヘキモノナリ
執行文ヲ附スヘキ執行名義ハ判決ノ外第五五九條ニ規定セリ唯此中第二號ニ規定セル執行命令ニ對シテハ執行文ヲ附與スヘキニ非ス此論決ヲ生スル根據ハ第五六一條ナリ即執行命令ニハ其命令ヲ發シタル後債權者又ハ債務者ニ於テ承繼アル場合ニ限り執行文ヲ附記スルヲ要スト規定ス此裏面解釋トシテ

承継人ナキトキハ執行文ヲ附スルコトヲ要セザルコトナル學者ハ學理的ノ説明トシテ執行命令ハ其本質自體ニ於テ執行文ヲ包含スルモノナルヲ以テ之ヲ附スルコトヲ要セズト説明セリ
 判決ニ關スル執行文付與ノ管轄ハ第五一六條ニ規定セリ即本則トシテハ第一審裁判所書記之ヲ付與スヘキナリ若事件カ上級裁判所ニ屬スル場合ニ於テハ其裁判所ノ書記カ付與スヘキモノナリ要スルニ現ニ訴訟記録ノ存在スル裁判所ノ書記之ヲ爲スヘキモノトス
 抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判ニ付テモ同様ナリ
 執行命令ニ付テハ第五六一條第一項ノ場合ニ限り其命令ヲ發シタル裁判所ノ書記ニ於テ之ヲ付與スヘキモノナリ
 和解ハ和解ヲ爲シタル裁判所ノ書記之ヲ付與スヘキモノナリ(五六〇條)

公正證書ニ在テハ其原本ヲ保存スル公證人之ヲ付與ス
 第二 執行力アル正本ヲ求ムル手續 執行力アル正本ノ申請ハ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得(五一六條三項)而シテ裁判所書記カ之ヲ付與スルニハ左ノ二點ニ付テ調査セザルヘカラス

一 執行名義ハ其職權アル者カ作リタルモノト認ムルニ足ルヘキ形式ヲ具フルヤ否ヤ
 二 其判決ハ確定セルモノナルヤ否ヤ或ハ假執行ノ宣言アルヤ否ヤ
 若以上ノ要件ヲ缺ク場合ニハ裁判所書記ハ執行力アル正本ノ申請ヲ却下セザル可カラス然レトモ裁判所書記ハ執行名義カ果シテ尙效力ヲ存スルヤ否ヤニ付テ調査スル責任ナシ右ノ如キ調査ハ請求ノ實質ニ關スル調査ニ涉ルヲ以テ裁判所書記ニ於テハ如此職權ヲ有セザレハナリ

執行文ノ文式ハ第五一七條ニ規定セリ即判決ニ付テハ前記ノ正本ハ被告某又ハ原告某ニ對シ強制執行ノ爲メ原告某若クハ被告某ニ之ヲ付與スト記載ス公證人ノ下ニ執行文和解調書ニ附スル執行文ニモ亦同様ノ趣旨ヲ記載ス而シテ執行文カ效力ヲ有スルニハ裁判所書記ノ署名捺印ヲ必要トス故ニ此二者又ハ其一ヲ缺クトキハ全然執行文タルノ效力ヲ有セズ
 債權者ハ數箇ノ執行力アル正本ヲ求ムルノ權利ヲ有ス(五二三條、五二六條)債權者ハ其權利ノ満足ヲ得ル爲ニハ數箇ノ場所ニ於テ同時ニ強制執行ヲ爲スノ必要ヲ生スルヲ以ナリ而シテ此場合ニ於テ數通ノ執行力アル正本ヲ付與スルニハ裁判長ノ命令アルコトヲ必要トス
 裁判所書記カ執行文付與ノ申請ヲ却下シタルトキハ當事者ハ如何ナル方法ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルヤ此場合ニハ第四六五條ニ依テ受訴裁判所ニ對シテ書記ノ處分ノ變更ヲ求ムルコトヲ得而シテ若受訴裁判所ニ於テ(書記ノ屬スル裁判所)此處分變更ノ申立ヲ却下シタルトキ之ニ對スル不服申立ノ方法ニ關シテハ學說ニ派ニ分ル即左ノ如シ

第一說 第四六五條ニ依リ普通ノ抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツヘキモノナリト其理由トスル所ハ執行文却下ノ處分モ第四六五條ニ所謂受訴裁判所ノ裁判ナレハ同條ニ依リ抗告ヲ爲スヘキモノナリ
 第二說 即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツヘキモノナリ如何トナレハ此裁判ハ強制執行ノ手續ニ於テ口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得ル裁判ナレカ故ニ第五五八條ニ由ルヘキモノナリ第四六五條ハ抗告ニ關スル一般ノ規定ニシテ第五五八條ハ強制執行ノ手續ニ於テ爲ス裁判ニ關スル特別ノ規定ナルヲ以テ第五五八條ニ從ヘフキモノナリ

執行文付與ニ付テハ裁判長ノ命令ヲ必要トスル場合アリ(五五九條)
 第一 強制執行カ債務者ヨリ爲スヘキ反對給付其他ノ條件ニ屬レル場合



第二 判決ニ表示セラルル債權者ノ一般承繼人又ハ特定承繼人ノ爲メ或ハ債務者ノ一般承繼人ニ對シテ強制執行ヲ爲スヘキ場合

何故ニ法律ハ債務者ノ特定承繼人ニ對シテ強制執行ヲ爲スヘキ場合ヲ此中ニ規定セザリシヤ或學者ハ曰ク特定承繼人カ債務ヲ承繼スルコトアリトスルモ是甚シキ變例ナルヲ以テ此特定承繼人ニ對シテ強制執行ノ爲メ執行力アル正本ヲ付與スヘキニ非スト此理由ヲ以テシテハ我訴訟法ノ解釋上未十分ナラス此場合ノ變例ナルコトハ債權者ノ特定承繼人アルトキト雖同一ナリ然レニ債務者ノ特定承繼人ニ對スル場合ノミヲ變例ナリト謂フハ何ノヤトノ批難ヲ生セン予ノ信スル所ニ依レハ原則トシテハ判決ノ效力ハ特定承繼人ノ爲ニ又ハ特定承繼人ニ對シテ及フヘキモノニ非ス如何トナレハ權利又ハ義務ノ特定承繼アリタルトキハ債權讓渡債務引受ノ場合ヲ除キ其權利又ハ義務ハ其性質ヲ變ス換言スレハ民法ノ規定ニ依テ更改ヲ生スルナリ故ニ承繼アリタル場合ニ承繼人ノ有スル權利及承繼人ニ對シテ有スル權利ハ判決ヲ受ケタル前ノ權利ト同一ノモノナリト云フヲ得ス然ラハ前ノ權利ニ付テ得タル執行名義ヲ以テ後ノ權利ニ付テ強制執行ヲ爲スコトヲ得ス故ニ原則トシテ特定承繼アル場合ニハ執行名義ヲ以テ效力ヲ失フトスルヲ正當トス唯法律ハ一ノ便宜規定トシテ權利者ニ特定承繼アリタル場合ニ於テ既ニ生シタル執行名義ヲ用ユルコトヲ許シタルニ過キス唯債務引受ノ特定承繼ノ場合ニ於テ前債務者ニ對スル執行名義ヲ此特定承繼人ニ對シテ效力アラムルノ規定ヲ設ケザリシハ不備ナリ

執行文付與ニ付テ命令ヲ求ムル申立ハ如何ナル形式ヲ以テ爲スコトヲ要スルヤ此點ニ付テハ實際ノ取扱區區ナリ即第一ノ取扱方ニ依レハ裁判所書記ニ對シテ執行文付與ノ申立ヲ爲シ同時ニ裁判長ニ命令アラシコトヲ附記スレハ足レリト第二ノ取扱方ニ裁判長ニ直接執行文付與ノ命令アラシコトヲ申立タルヘカラス而シテ猶其外ニ執行文付與ノ申請ヲ裁判所書記ニ爲ササルヘカラスト又第三ノ取扱方ニ依レハ右ノ如キ場合ハ常ニ裁判長ニ對シテ執行文付與ノ申請ヲ爲セハ足レリ其以外ニ更ニ裁判所書記ニ向テ執行文付與ノ申請ヲ爲スニ及ハスト予ノ信スル所ニ依レハ法文ノ解釋上第三ノ取扱方其當ヲ得タルモノナリ即第五二〇條ニ依レハ第五一八條第二項及第五一九條ノ場合ニ於テハ執行力アル正本ハ裁判長ノ命令アルトキニ限り之ヲ付與スルコトヲ得ト規定セリ即裁判所書記ハ裁判長ノ命令ニ從テ執行文ノ付與ヲ爲ササルヘカラスルコト明ナルヲ以テ裁判長ニ對シテ請求スルヲ以テ足レリトス執行文付與ハ裁判所書記ノ職權ナレトモ裁判長ノ命令ニ依テ執行文ヲ付與スル場合ハ書記一己ノ職權ヲ以テ執行文付與ヲ爲スコトヲ得サル場合ニシテ裁判所書記ハ裁判長ノ命令アリテ始テ執行文ヲ付與スルコトヲ得ルヲ以テ此場合ニ於テハ裁判所書記ニ之カ申請ヲ爲スハ不適法ナリ然ラハ當事者ハ此不適法ナル申請ヲ裁判所書記ニ向テ爲スヘキ義務ナシ故ニ當事者ハ書記ニ對シテ請求スルノ要ナク裁判長ノ命令ノミヲ請求スルヲ以テ適法ノ手續ヲ盡シタルモノト謂フヘキナリ

第三 執行文付與ノ訴 執行文付與ノ訴ハ如何ナル場合ニ之ヲ爲スヤ第五二一條ニ規定セリ前ニ述タル執行文付與ニ付テ裁判長ノ命令ヲ要スル場合ニ於テ當事者ハ其命令ヲ受クルカ爲ニ必要ナル事實ニ付テ證明ヲ爲ス能ハサル場合ヲ生ス第五一八條ニ付テ云ハハ債權者カ一定ノ條件ヲ履行シテ始テ強制執行ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナルニ其條件ヲ履行シタル證明書ヲ提出スルコトヲ得サル場合アリ又第五一九條ノ場合ニ於テハ承繼ノ點ニ付テ訴訟以外ノ手續(申請)ニテ證明スルコトヲ得サル場合アリ又此場合ニ於テハ債權者ハ強制執行ヲ爲サントスレハ訴ヲ提起シテ諸般ノ證據方法ヲ以テ承繼又ハ條件ノ履行ヲ爲シタルコトヲ證明シテ執行文ノ付與ニ付テ受訴裁判所ノ裁判ヲ求ムルコトヲ得ルコトヲ明

0331

ニスル爲ノ第五二一條ヲ設ケタルナリ
 同時ニ數箇ノ執行力アル正本ヲ求ムル爲メ執行文付與ノ訴ヲ起スコトヲ得而シテ執行文付與ノ訴ハ第一審ノ受訴裁判所ニ之ヲ爲ササルヘカラス故ニ繼令此訴ヲ起サントスルトキ債權者及債務者共ニ第一審ノ受訴裁判所管轄以外ニ住居スル場合ニ於テモ尙第一審ノ受訴裁判所ニ訴ヲ起ササル可ラス如此規定セル理由ハ第一審ノ受訴裁判所ニハ強制執行ヲ爲サントスル請求ニ關スル訴訟記録存在スルヲ以テ條件ノ到來文ハ債權者債務者承繼ノ點ニ付テ審理ヲ爲スニ大ニ便ナルヲ以テ斯ク規定セルナリ故ニ和解力執行名義ナルトキハ和解ヲ爲シタル裁判所ニ執行命令ナルトキハ執行命令ヲ發シタル區裁判所ニ此訴ヲ爲スヘキモノトス但其請求カ區裁判所ノ管轄ニ屬セザレハ管轄地方裁判所ニ訴ヲ起スヘキモノトス(五六〇條、五六一條)公正證書ニ關シテハ同一規定ヲ準用スルコトヲ得ス第五六二條第二項第四項ニ特ニ規定セリ即執行文付與ニ付テノ裁判ハ公證人カ職務上ノ住所ヲ有スル地ヲ管轄スル區裁判所ニ於テ之ヲ爲シ執行文付與ニ付テノ訴ハ債務者ノ普通裁判籍地ノ裁判所(此裁判所ナキトキハ第一七條ニ從フ)ニ起訴スヘキモノトセリ是ニ第一審ノ受訴裁判所ナキヲ以テ此規定ヲ設ケタルニ外ナラス

此訴ニ對スル判決ハ通常ノ訴訟ノ規定ト同ク控訴上告ヲ爲スコトヲ得唯普通ノ訴訟ト異ルハ其確定ニ至リタル場合ニ本案ノ請求ニ付テ執行文ヲ得ル爲メ此訴自體ニ對スル判決ニ執行文ヲ受クルノ必要ナキニ在リ又此判決ノ性質上假執行ノ宣言ヲ附スルコトヲ得ス
 第四 執行文ノ付與ニ對スル異議 債務者ハ強制執行ヲ受クルニ當リ又ハ其前ニ於テ執行文付與ニ對シテ異議ヲ申立ツルコトヲ得此異議ヲ申立ツル形式ハ一般學者ノ説ク所及實際ノ取扱ニ依レハ抗告ノ

方式ニ依ルヘキナリ其異議ノ目的ハ執行文ノ取消ヲ求ムルニ在リ
 異議ノ管轄ハ執行文ヲ付與シタル裁判所書記ノ屬スル裁判所ナリ(五二二條)公證人ノ付與シタル執行文ニ關シテハ同ク公證人ノ職務上ノ住所ヲ有スル地ノ區裁判所ニ於テ之ヲ管轄ス(五二二條、五六二條

二項)此異議申立ハ本則トシテ強制執行ヲ停止スルノ效力ナシ唯假處分トシテ裁判所カ申請ニ基キ必要ナリト認メタルトキハ強制執行ノ一時ノ停止ヲ命スルコトヲ得又ハ強制執行ヲ爲スニ付テ債權者ニ保證ヲ立ラシムルコトヲ得茲ニ注意スヘキハ此異議ニ關スル假處分ハ第七五五條以下ニ規定スル假處分ト其性質ヲ同ウセザルコト是ナリ其異議ノ點ハ第七五五條以下ノ假處分ハ未タ請求ニ付テ確定判決ニ在リ又第七五五條以下ニ規定スル假處分ハ一定ノ條件ヲ具備セザレハ之ヲ許サス第五二二條ノ場合ハ此制限ナク裁判所カ適當ナリト思量スルトキハ常ニ此假處分ヲ爲スコトヲ得
 債務者ハ訴ヲ以テ執行文ヲ付與セラレタル請求ニ關シ其付與ノ不當ナルコトヲ主張スルコトヲ得例之第五一九條ノ場合ニ於テ承繼ハ法律上成立セスト謂フカ如キコトヲ理由トシテ訴ヲ以テ異議ヲ主張スルコトヲ得而シテ抗告ヲ以テ異議ヲ主張スル場合ト訴訟ヲ以テ異議ヲ主張スル場合トヲ區別スヘキ標準ハ則抗告ヲ以テ異議ヲ主張スル場合ニ於テハ爭點ハ常ニ形式上ノ調査ヲ以テ之ヲ解決スルコトヲ得ル場合ナルコトヲ要シ訴ヲ以テ異議ヲ主張スル場合ニ於テハ實質上ノ調査ヲ必要トスル場合ナルコトヲ要スルニアリ

執行文ニ關スル説明ヲ終ルニ臨ミ一問題アリ第六二條ニ依レハ第四項ニ第三者カ訴訟ヲ引受ケタル場合ニ於テハ裁判所ハ被告ノ申立ニ依リ其被告ヲ訴訟ヨリ脱退セシムヘシ其物ニ付テノ裁判ハ被告ニ對

シラモ效力ヲ有シ且之ヲ執行スルコトヲ得ト規定セリ今若被告ヲ脱退セシムル判決アリタル後ニ於テ下シタル判決ヲ執行セントスルニ當リテ脱退シタル被告ニ對シテ執行文ヲ得ルノ手續如何脱退ヲ許シタル判決ヲ提出シテ執行名義タル判決ノ執行文ニ脱退セル被告ノ表示ヲ求ムルニアリ

第五節 執行文以外ノ要件(形式的要件)

執行文以外ノ形式的要件ハ左ノ如シ

第一 執行名義ノ送達 原則トシテ強制執行ヲ始ムルニ當リテハ其開始前ニ於テスルカ或ハ其開始ト同時ニ於テ執行名義ヲ債務者ニ送達スルコトヲ要ス此原則ニ付テハ例外アリヤ否ヤハ一ノ問題ナリ是第五四二條ノ規定ニ依レハ執行行為ノ際債務者ニ爲スヘキ送達及通知ハ債務者ノ所在明ナラザルトキ又ハ外國ニ在ルトキハ之ヲ必要トセスト規定セルヨリ生シタルモノニシテ此原則ニ例外アリトノ說ニ依レハ若債務者ニシテ外國ニ在ルカ又ハ其所在不明ナルトキハ執行名義ノ送達ヲ要セスシテ強制執行ヲ開始スルコトヲ得ト論スルモノ予ノ信スル所ニ據レハ第五四二條ノ規定ハ強制執行ノ機關ノ爲スヘキ送達又ハ通知ヲ云フモノニシテ其執行機關カ強制執行行為ヲ始ムルコトヲ得ヘキ要件タル執行名義ノ送達ニ關スル規定ニ非ス如此論決スル根據ハ法文ノ執行行為ナル文字ニアリ執行行為ト稱スルモノハ強制執行ノ機關ノ爲スヘキ行為ヲ云フ何トナレハ其行為自體ハ債務者ニ對シテ直ニ法律上ノ效力ヲ生スルモノナレハナリ若債務者ノ爲スヘキ行為ヲモ執行行為ト謂フナラハ債權者ノ自ラ強制執行ヲ爲スノ結果ニ至ルモノニシテ權利者ニ其權利ノ自由救済ヲ許ササル法律ノ原則ニ反スルモノナレハナ

次ニ送達ノ時期ニ付テ述ヘンニ執行ヲ始ムル前又ハ執行ニ着手スルト同時タルコトヲ必要トス故ニ執行名義ノ送達以前ニ爲サレタル執行行為ハ不法ナルモノト謂ハサルヘカラス

公正證書ニ基キ強制執行ヲ爲サンニハ左ノ如キ疑問ヲ生ス若債務者ニシテ執行ノ名義タルヘキ公正證書ノ原本ヲ有スルナラハ此場合ニ於テハ執行名義トシテ更ニ其正本若クハ原本ヲ送達スルコトヲ必要トセサルヤ又ハ常ニ送達スルコトヲ要スルヤ判決ノ場合ト異ルハ判決ノ場合ニ在テハ通例判決ノ送達ニ依テ判決ノ確定スルモノナルカ故ニ執行名義タルヘキ判決ハ通常送達セラレアルモノナリ反シテ公正證書ノ場合ニ於テハ公正證書ノ請求ニ依テ直ニ其正本原本等ヲ付與スルモノニシテ送達機關ニ依テ送達スルコトハ通例ニ非ス公正證書ニ依レル強制執行ニ關シテハ判決ニ依レル強制執行ノ規定ヲ準用スヘキモノナルヲ以テ判決ノ送達ニ關スル第五二八條ヲ準用セサルヘカラス其準用ノ結果トシテハ公正證書ノ送達ヲ必要トストノ論決ヲ爲ササルヘカラスカ故ニ予ハ如此解決スルヲ至當ト信ス

次ニ送達スヘキ執行名義ハ其執行名義ノ正本タルコトヲ要スルヤ或ハ其原本ヲ以テ足レリトスルヤ此問題ニ對シテハ區別シテ答ヘサル可ラス先判決ニ付テハ常ニ正本タルコトヲ要ス其論據ハ第二三八條ニ據ル同條ニハ當事者ヨリ判決ノ送達ヲ申請スル場合ニ於テハ其正本ヲ送達セザル可カラズト規定セリ判決以外ノ執行名義ノ場合ニ於テハ原本ヲ以テ足ルモノナリ例之公正證書又ハ和解證書ニ於ルカ如シ其論據ハ第一三七條ナリ即法律ニ特ニ正本又ハ認證アル原本ヲ交付スヘキ規定ナキ場合ニハ原本ノ交付ヲ以テ之ヲ爲ストアルカ故ニ判決以外ニ在テハ原本ヲ以テ足レルモノトス

第二 執行文ノ送達 然レトモ此要件ハ一般ノ要件ニ非ス以下述アル如キ皆然リ即執行文ノ送達ヲ要



件トスル場合ハ第五一八條ノ場合ナリ即判決ノ執行カ保證ヲ立ツルコト以外ノ條件ニ繫ル場合ニ於テハ債權者ニ於テ其條件ヲ履行シタルコトヲ證明セサルヘカラス其第二ノ場合ハ第五一九條ノ場合ナリ以上ノ場合ニ於テハ執行名義ノ外之ニ附記スル執行文ヲ始ムル前ニ送達スルコトヲ要スルナリ(五二八條二項、五六〇條)右ノ場合ニ於テ如此特別ナル要件ヲ必要トスル理由ハ執行名義其モノハ債務者ニ對シテハ直ニ效力ヲ有セス條件ノ履行ヲ以テ始テ其效力ヲ生シ亦承繼人ノ爲ニ或ハ承繼人ニ對シテ執行ヲ爲スヘキトキハ執行文ニ其記載ヲ爲スニ依テ始テ其效力ヲ生スヘキモノナレハナリ

第三 證明書ノ謄本ノ送達 證明書ノ謄本ノ送達ヲ必要トスル場合ハ前三述ヘタル第五一八條第五一九條ノ場合ニ於ル特別ノ要件ナリ是第五二八條第三項ノ規定スル所ナリ如此證明書ノ謄本ノ送達ヲ必要トスル理由ハ前三述ヘタル所ニ同シ即執行名義ノミニテハ執行ヲ受ケントスルモノニ對シ形式上未

效力ヲ生セザレハナリ

第四 日時ノ滿了 執行ノ原因タル權利ノ實行カ或日時ノ到來ニ繫ル場合ヲ云フモノニシテ此場合ニ於テハ其日時ノ到來前ハ未其權利ノ執行力ヲ生セザルヲ以テ此種ノ強制執行ニハ日時ノ滿了ヲ必要トスル所以ナリ例之養料權利者カ養料ノ支拂ヲ求ムル權利ニ付執行ヲ爲ス場合ノ如キ是ナリ

第五 證明書ノ提出及其送達 強制執行カ債權者ヨリ保證ヲ立ツルコトノ條件ニ繫ル場合ヲ指稱ス例之民事訴訟法第五〇三條第一號ノ假執行ノ場合ニ於テハ常ニ之ヲ必要トス此要件ノ他ノ特別要件ト其趣ヲ異ニスルハ其證明書ヲ執行機關ニ提出スルコトヲ要スル點ニ在リ而シテ如此特別要件ヲ規定シタル理由ハ強制執行ノ爲メ債權者カ保證ヲ立ツル場合ニ於テハ執行文ハ立保證前ニ付與スルモノナルヲ以テ執行機關ヲシテ其要件ヲ充實シタルコトノ證據ヲ檢閲セシムルコトヲ以テ必要ト爲シタリト云フ

ニ過キス

以上證明ヲ必要トスル場合ニハ其原本ヲ提出スルコトヲ必要トセス謄本ヲ以テ足レリトス證明書ノ性質ニ付テハ第五要件ノミハ公正ノ證明書タルコトヲ必要トス其他ノ場合ニハ公正ノ證明書タルコトヲ必要トセス

第六 債務者所屬ノ官廳ニ對シテ通知ヲ爲スコト 是第五三〇條ニ規定スル所ニシテ豫備、後備ノ軍籍ニ在ラサル軍人、軍屬ニ對シテ強制執行ヲ爲スヘキ場合ナリ其場合ニハ上班司令官廳ニ之ヲ爲スヘキモノナリ例之師團司令部、旅團司令部及鎮守府ノ如シ如此軍人軍屬ニ對スル強制執行ニ付上班司令官廳ニ通知セシムル理由ハ軍隊ニ於テハ風紀ヲ嚴格ニ維持セシムルノ必要アルカ故ニ官廳ニ對シテ通知ヲ爲サスシテ突然執行ヲ爲ス時ハ軍隊ノ風紀ヲ擾亂スルノ慮アルヲ以テ特ニ此要件ヲ定メタルナリ

第八節 強制執行ノ要件ヲ具備セザル執行爲ノ效力

本節ニ於テハ強制執行ノ要件ヲ具備セシテ實施シタル執行爲ノ法律上如何ナル效力ヲ有スルヤノ問題ヲ解決スヘシ此問題ニ對スル解答ハ理論上二說ニ分ツコトヲ得第一說無效說第二說ハ其行爲ノ適法ナル手續ニヨリ取消サルル迄ハ效力ヲ有ストノ說第一說ハ最徹理的ノ觀念ヲ根據トシテ主張セルモノニシテ簡單ニ之ヲ云ヘハ法律上特定ノ效果ヲ生スヘキ行爲ヲ爲ス職權アル者カ其行爲ヲ爲スニ付法律ノ命スル條件ヲ充スコトヲ必要トスル場合ニ於テ之ヲ欠缺シタルトキハ其行爲ハ無効ナリ換言スレハ特定ノ效果ヲ生スヘキ行爲トシテハ何等ノ效力ナシ之ヲ數理ヲ以テ例フレハ一ノ數ヲ三ツ加ヘテ三

0334

トナレトモ二ツ加ヘテ三トナラサル同ク或行為ニ付法律カ數箇ノ要件ヲ定メタル場合ニ其ノ要件ヲ缺キタルトキハ即法律ニ認メタル行為トシテハ無効トナルモノナリ此形式法上ノ理論ハ獨リ民事訴訟法上ノミナラス凡テノ訴訟手續ニ認メタル刑事訴訟法ニ付テ一例ヲ舉ケレハ同法第一四七條ニ司法警察官カ豫審判事ヨリ先ニ重罪、輕罪ノ現行犯アルコトヲ知リタルトキ其事件急遽ヲ要スル性質ノモノタル場合ニハ犯所ニ臨檢シテ豫審判事ニ屬スル職權ヲ行使シ得ル旨ヲ規定セリ然ルニ若右刑事訴訟法ノ規定ニ反シ司法警察官カ犯所ニ臨檢ヲ爲サシテ豫審處分ヲ爲シタルトキハ其處分ハ無効ニシテ全ク何等ノ效力ヲ生セス隨テ證人ノ訊問調書被告人ノ訊問調書ノ如キハ司法警察官ノ作成シタル豫審處分ノ調書トシテ何等ノ效力ヲシ即訴訟法上何等ノ證據力ヲ有セス何トナレハ司法警察官カ豫審處分ヲ爲ス要件トシテ第一豫審判事ヨリ先ニ重罪、輕罪ノ現行犯アルコトヲ知リタルコトヲ要シ第二其事件ヲ豫審判事ニ通知スルコトヲ要シ第三犯所ニ臨檢スルコトヲ要ス然ルニ臨檢ナル一箇ノ要件ヲ欠缺シタル故ニ其行為ハ全然無効タリ隨テ其場合ニ作成シタル調書モ亦效力ナシト云フニ在テ今日大審院判例ノ認ムル所ナリ民事訴訟法ニ於テモ口頭辯論調書ノ如キ之カ作成ノ要件ヲ第一二九條ニ認メタリ例之其第五ニ公ニ辯論ヲ爲シタルコト又ハ公開ヲ禁シタルコトノ如シ右要件ニ違背シタルトキハ其手續ハ無効タリ強制執行ノ場合ニ於テモ之ト同理論ニシテ強制執行ノ要件ノ一ヲ缺キタルトキハ其執行ハ法律上何等ノ效力ヲ生セザルモノナリト云フニ在リ

第二說ハ之ヲ約言スレハ法律ニ規定セル要件ヲ充實シテ而シテ後法律上效果ヲ生スヘキ行為ハ其要件ヲ欠缺スルモ形式上其存在ヲ認ムヘキトキ詳言スレハ其行為ナリト判定スルヲ得ヘキ外形ヲ有スルトキハ法律ニ定メタル手續ニ據リ取消サルルニ至ル迄ハ完全ナル行為ト同一ノ狀態ニアルモノナリ故ニ

例之判決ニ具備スヘキ要件ハ第二三六條第一號乃至第五號ニ規定セリ然ルニ其判決ニ理由ヲ缺キタルトキハ如何ト謂フニ其書面自體ニ付テ見レハ裁判所カ訴ニ對シテ辯論、證據調ヲ爲シテ下シタル判決タルコトヲ見得ラルル狀態ニアルハ判決ト見サルヘカラス隨テ確定力ヲ生セザルヘカラス亦訴訟ヲ審理スルニ當テハ書記ノ立會ヲ必要トス其場合ニ書記ノ立會ナクシテ判事ノ出席シテ自ラ辯論調書ヲ作成シタリト假定セン此場合ニハ口頭辯論ハ全ク存在セザリト同一ニ看ルヘキヤト謂フニ斯ク斷定スルヲ得ス法律上ノ效力ヲ生スヘキ口頭辯論アリタルモノト爲ササルヘカラス唯手續ノ違背アリタルニ因リ上級裁判所ニ於テ取消サルルコトアルニ過キス如此爲ササルトキハ公益ヲ害スルナリ若國家機關ノ爲シタル行為ヲ其要件ノ一ヲ缺クカ爲ニ全然無効ナリトスルトキハ公益ヲ害スル計ル可ラザル弊害ヲ生スルコトアルヘキヤ以テナリ故ニ國家機關カ國家機關トシテ爲シタルモノト認ムルニ足ルヘキ外形ヲ有スル以上ハ假令其要件ヲ缺クモ其行為トシテ之ヲ認メサルヘカラスト云フニ在リ我民事訴訟法ハ何レノ主義ニ從ヒシカ今其條文ニ付テ考フルトキハ第二ノ主義ヲ採リタルモノト謂ハサルヘカラス其證據ハ數多アリ著キモノヲ舉ケレハ第一ハ第五二二條ノ規定ナリ同條ハ執行文ノ付與ニ對シテ債務者ヲシテ異議ヲ申立タルコトヲ得セシムル規定ナリ債務者カ執行文ニ對シテ正當ニ異議ヲ申立タルコトヲ得ル場合ハ常ニ法律ノ規定ニ違反シタル時ニ在リ換言スレハ法律上ノ要件ヲ缺ク場合ナリ若第一說ノ如ク不合法ナル行為ナルカ故ニ全然無効ナリトスル場合ニ於テハ第五二二條ノ規定ニ依リテ之ヲ設ケラレタルヤヲ說明スルコトヲ得ス然レ第五四四條ノ規定ナリ此規定モ強制執行ノ方法ニ關スル規定又ハ執行ニ際シテ執達吏ノ遵守スヘキ手續ニ反シタルコトヲ理由トシテ異議ヲ申立タルコトヲ許シタル規定ナリ若第一說ノ如クモハ第五四四條ノ場合ハ常ニ無効ナルカ故ニ如此規定ヲ設タルノ必要

ナシ然ルニ是等ノ規定ヲ設ケタルニ因テ觀レハ我民事訴訟法ハ第二ノ主義ヲ採用シタルモノナリト論
快セザルヘカラス此第二說ハ實際適用ノ場合ニハ種種ノ難問ヲ生スルモ我民事訴訟法ノ解釋トシテハ
當レルモノト信ス

第二章 強制執行ノ實施ニ關スル通則

第一節 強制執行ノ機關

定○義、強制執行ノ機關トハ債權者ハ委任又ハ申請ニ依テ債權者ニ其權利ノ満足ヲ得セシムルカ爲ニ債
務者ニ對シテ公力ヲ使用シ殊ニ債務者ノ財産ヲ處分スルノ權限ヲ有スル職司ヲ謂フ
我民事訴訟法カ強制執行ノ機關トシテ認メタルモノハ執達吏ト執行裁判所ナリ特別ノ場合ニ於テ受訴
裁判所カ執行ノ機關トナル(五五七條、七三三條)而シテ原則トシテハ執達吏ハ動産ニ關スル強制執行
ノ主働機關ナリ又執行裁判所ハ債權其他ノ財産權又ハ不動産ニ對スル強制執行ノ主働機關ナリ而シテ
此兩機關ハ互ニ其一ノ主働機關ノ補助機關トナル例之夜間ニ強制執行ヲ爲スノ許可ヲ與フル執行裁判
所ハ即補助機關ナリ亦取立命令ニ基キ債務者ニ對シテ其債務ノ辨濟ヲ促ス執達吏ハ即執行裁判所ノ補
助機關ナリ第五七條ニハ特別ナル補助機關ヲ規定セリ即外國ニ於テ強制執行ヲ爲スヘキ場合ニ於テ
本邦ニ於ル第一審ノ受訴裁判所ヘ其強制執行ヲ外國官廳ニ囑託スルモノニシテ此場合ニハ外國官廳ハ
補助機關トナルモノナリ

第一款 執達吏

執達吏ノ職務ノ範圍、我民事訴訟法ニ於ル執達吏ノ職務ノ範圍ハ即左ノ如シ

第一 動産ニ關スル金錢債權ニ付テハ強制執行 是第五三一條ニ規定スル所ナリ茲ニ掲クル動産トハ
如何ナルモノヲ指稱スルヤト云フニ第一性質上ノ有體動産、第二法律上ノ有體動産(民八六條參照)、第
三訴訟法ノ規定ニ依リ有體動産ト看做スモノ即土地ヨリ離レサル果實ヲ指稱ス是強制執行ノ便宜上第
五六八條ニ特別ノ規定ヲ設ケタルモノナリ第四差押ノ點ノミニ付有體動産ニ準スルモノ例之手形、倉
庫證券、船荷證券ノ如シ(六〇三條)

第二 動産又ハ不動産ノ引渡ヲ目的トスル強制執行 是第七三〇條及第七三一條ニ規定スル所ナリ
(動産中ニハ船舶ヲ包含ス)

以上ハ執達吏カ主働機關トシテ爲ス所ノモノナリ補助機關トシテ執達吏ノ爲スヘキモノヲ舉クレハ即
左ノ如シ

第一 債權ニ對スル強制執行ニ關シテ債務者ノ有、證書ヲ取、上、クルコト、第六〇六條ニ規定スル所
ナリ

第二 不動産ヲ換價スルコト、就賣入札拂ヲ爲スコトノ如シ船舶ノ換價モ亦包含ス

第三 不動産ノ請求ニ關シテ生シタル強制執行ニ付不動産ヲ換價スルコト、第六一六條ニ規定セリ

次ニ其職務ノ區域ニ付說明セン執達吏ノ職務ヲ行フ土地ノ區域ハ其屬スル區裁判所ヲ管轄スル地方裁
判所ノ管轄區域ニ同シ是裁判所構成法第九七條ニ規定スル所ナリ尙附言スヘキハ執達吏規則第七條ニ
依レハ一區裁判所内ニ數名ノ執達吏ノ存在スルトキハ區裁判所ノ監督判事ハ其管内ノ土地ヲ區畫シテ
事務ノ分配ヲ定ムト在リ此場合ニ甲執達吏カ乙執達吏ノ職務スヘキ區畫内ニ於テ執行行爲ヲ爲セハ其

效力如何ト云フニ一般ノ學者ハ殆一致シテ其執達吏ノ行為ハ完全ノ效力ヲ有ス是事務ノ分配ニ監督者カ執達吏ノ爲ニ定ムル司法行政上ノ處分ニシテ其效力ハ執行當事者ニ及ブモノニ非サルヲ以テナリト云ヘリ尙甲地方裁判所管内ノ執達吏カ乙地方裁判所管内ニ於テ強制執行シタル場合ニハ其效力如何ト云フニ前節ニ述ヘタル第二說ノ如ク却取消シ得ヘキモノタルニ止リ全然無効ナルモノニ非ス

執達吏ノ法律上ノ地位 執達吏ノ官吏ナルコトハ前ニ述ヘタルヲ以テ略ス執達吏規則第一一條ニ依レハ執達吏ハ自己ノ職務ヲ行フニ代理者ヲ定ムルコトヲ得ト執達吏代理ハ官吏ニ非ス唯其代理者ノ施行タル執行爲ハ官吏タル執達吏ノ爲シタルト同一ノ效力ヲ有スルニ止ル故ニ執達吏代理ニ對シテ暴行ヲ加ヘタル場合ニハ官吏抗拒罪成立セスト謂ハサル可ラズ唯其爲シタル執行處分ニ對シテ罪トナルヘキ行爲例之差押物ノ封印ヲ破毀シタルトキハ封印破毀罪ヲ構成ス又ハ差押ヘタル財産ヲ取出シ處分セハ財産脫漏罪ヲ構成ス

執達吏ハ職權ヲ以テ執行行爲ヲ爲スモノニ非ス民事訴訟法ニ依レハ債權者ノ委任ヲ待テ始テ其職權ヲ生スルモノナリ而シテ此委任ハ債權者ヨリ直接ニ受クルコトアリ亦法律ハ債權者ヲシテ區裁判所書記ヲ經テ委任スルコトヲ許セリ何レモ皆實際ノ便宜ヲ得セシメンカ爲ニ設ケタル規定ナリ而シテ執達吏カ強制執行ニ付委任ヲ受ケタル場合ニハ正當ノ理由ナルニ非サルハ之ヲ拒ムコトヲ得ス

執達吏規則第一〇條ニ依レハ執達吏ハ云云正當ノ理由ナクシテ之ヲ拒ムコトヲ得スト故ニ執達吏カ正當ノ理由ナクシテ其執行委任ヲ拒絕シタル場合ニ於テハ執達吏ハ第一ニ職務上ノ懲戒處分ヲ受クルコトトナリ第二ニハ執行委任者ニ對シテ損害賠償ノ責任セサル可ラス是即第五三二條ニ所謂義務ノ違背ナレハナリ而シテ此執達吏規則第一〇條ノ規定ヲ適用スヘキ場合ヲ舉ケレハ

第一 執達吏カ職務ノ執行ヨリ除外セザレタルトキ、此場合ハ勿論正當ノ理由アリト謂フコトヲ得ヘキヲ以テ執達吏ハ其執行委任ヲ拒ムコトヲ得

第二 強制執行ノ形式ノ要件ヲ缺キタルトキ、例之債權者カ執行ニ付テ保證ヲ立アルノ義務ヲ負フ場合ニ於テ其保證ヲ立ラタルコトヲ證明セザルトキノ如シ如此場合ニ於テハ執達吏ハ其執行委任ヲ拒絕スルコトヲ得

第三 執行名義カ偽造若クハ變造ナルカ又ハ其效力ヲ失ヒタルモノナルトキ、而シテ此第三ノ點ニ付テハ大ニ辯論アル所ニシテ消極論者ノ言フ所ヲ述ヘンニ執達吏ハ強制執行ノ機關トシテハ其債務名義ノ實質ヲハ調査スルノ責任ヲ有セス亦其職權ナシ隨テ偽造又ハ變造ノ債務名義ニ基キテ委任ヲ受ケタル場合ニ於テモ之ヲ拒絕スルコトヲ得ス亦執行名義ノ效力ノ消滅シタルコトヲ豫知シタル場合ニ於テモ尙且執達吏ハ其執行委任ヲ拒絕スルコトヲ得スト予ハ反之積極論ヲ探ルモノナリ今其理由トスル所ヲ簡單ニ説明センニ執達吏ハ執行名義ニ關シテ形式上ノ調査ヲ爲スヘキ又爲ササル可ラサル義務ヲ有スルモノナリ然レトモ執達吏ハ論者ノ所謂實質的ノ調査ヲ爲スニ付テ全然其職權ナシト謂フヲ得ス執達吏ハ強制執行ノ公ノ機關トシテ行動スルモノナリ而シテ其職務執行上不法ナル執行名義ト知りツツ換言スレハ若之ニ基キ執行行爲ヲ爲ストキハ後ニ至テ其行爲ハ取消サルモノコトヲ知りツツ尙且其執行行爲ヲ爲ササルヘカラサルノ職責ヲ有セス蓋如此場合ニ於テ其執行委任ヲ拒絕スルハ獨債務者ノ利益ナルノミナラス亦債權者ノ利益ト爲ルモノナリ若偽造變造ノ執行名義ナルコトヲ知りツツ執行スルトキハ公益ヲ害スルコト甚シト謂ハサルヘカラス故ニ何レノ方面ヨリ考フルモ此場合ニ於テハ執達吏ニ拒絕權アリト論スルヲ至當トス

0337

第四 其委任ヲ受ケタル執行事務カ他ノ執達吏ニ屬スヘキモノナルトキ、執達吏ハ他ノ執達吏ニ屬スル事務ニ付テハ其執行委任ヲ拒絶スルコトヲ得ルヤ否ヤハ亦議論アル所ナレトモ予ハ積極論ヲ採ル本問題ヲ詳言スレハ一區裁判所管内ニ多クノ執達吏ノ在ル場合ニハ區裁判所ノ監督判事ハ各執達吏ノ受持區域ヲ定ムルモノニシテ此受持區域ノ定アル場合ニ他ノ執達吏ノ受持區域内ニ於テ強制執行ヲ爲スヘキ委任ヲ受ケタル場合ニハ執達吏ハ之ヲ拒ムコトヲ得ルヤト云フニアリ反對論者ハ曰ク執達吏ノ事務分配ハ執達吏以外ノ第三者ニ對シテハ效力ナシ何トナレハ此事務分配ノ手續ヲ定メタル所以ノモノハ執達吏ノ便益ヲ計ルニ出ラタルモノナリ即一人ノ執達吏ニ多數ノ事務ヲ取ラシムルトキハ事務ノ澁滞ヲ來シ他ノ執達吏ハ其結果トシテ事務ナキニ至ルコトアルヘキカ故ニ分配ノ手續ヲ定メタルモノニシテ委任債權者ニ對シテ效力ナキハ債權者ノ便益ノ爲メ設ケタル手續ニ非サレハナリト予ハ反之言ハントス執達吏間ニ於ル事務分配ハ其職務執行ニ關シテ法律上ニ從ヒ監督官ヨリ命セラレタルモノナレハ此事務分配ノ命令ヲ遵守スルハ監督官ニ對スル義務ノ履行ニ外ナラス債權者ハ執達吏ヲシテ其監督官ニ對スル義務ニ違背セシムルノ權利ナシ故ニ拒絕ノ權アリト謂フ所以ナリ故ニ附言スヘキハ執達吏規則第一九條ニ據レハ執達吏ノ一箇年ノ收入カ百八十圓ニ充タサルトキハ國庫ヨリ其不足額ヲ支給セサルヘカラストアリ故ニ若右ノ場合ニ執達吏ニ拒絕權ヲ與ヘサレハ或執達吏ノ上ニノミ事務ノ堆積ヲ來シ國庫ヲシテ他ノ執達吏ニ其收入ノ不足額ヲ支給セシムル結果ニ至リ結局國庫ニ損害ヲ生セシムルニ至ルヘキモノナルニ予ノ説ノ如クセハ如此結果ヲ生スルコト非サルヘキナリ

第五 手数料又ハ立替金ノ豫納ヲ爲ササルトキ、執達吏ハ此場合ニ於テハ執行委任ノ拒絕ヲ爲スコトヲ得ル執達吏手数料規則第一九條ノ規定スル所ナリ

雜 錄

○大審院判例要旨

九九 民法施行前ノ婚姻無効ノ事由 民法施行前ト雖人違其他ノ事由ニ因リ當事者間ニ婚姻ヲ爲スノ意思ナキトキハ縱令届出及登録アルモ法律上婚姻ノ效力ヲ發生スルコトナシ(三十七年十月八日第一民事部)

一〇〇 婚姻無効ノ裁判ノ性質 婚姻無効ノ訴ニ於ル無効ノ裁判ハ唯其無効タルコトヲ判定スルニ止リ更ニ婚姻ヲ無効ナラシムルモノニ非ス隨テ起訴者カ創設の宣言ヲ求ムルハ不當ナリ(同年十月八日第一民事部)

一〇一 手形金請求訴訟ト裏書 手形ハ裏書禁止ノ記載アル場合ヲ除外當然裏書ニ依テ讓渡シ得ヘキモノナレハ手形金請求訴訟ノ提起ハ毫無裏書ノ妨ト爲ルモノニ非ス(同年十月二十二日第一民事部)

一〇二 支拂ニ關スル手形債務者ノ權利 商法第四八三條支拂ハ手形ト引換ニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ要セストノ規定ハ手形債務者ニ付與セラレタル權利ニシテ強制執行ノ場合ト雖債務者ハ依然此權利ヲ保持スルモノトス隨テ手形權利者ハ手形債權ノ請求ヲ爲スニ當リ特ニ手形引換ニ支拂フヘシトノ申立ヲ爲スノ要ナシ(同上)

一〇三 控訴審ニ於ル原因ノ變更 一定ノ請求原因ニ對シ第一審ノ判決アリタルトキハ第二審ニ於

テハ綜合當事者ノ合意アルモ其原因ノ變更ヲ許サス裁判所モ亦之ヲ變更シ得ルモノトス(同年九月二十八日第二民事部)

一〇四 控訴審ニ於ル證據方法ノ開示 控訴審ハ訴訟ノ手續ヲ更新シ新ナル裁判ヲ爲スモノナルカ故ニ訴訟當事者ハ更ニ事實上ノ主張ヲ爲シ且其證據方法ヲ開示セサルヘカラス(同年十月二十七日第一民事部)

一〇五 附帶控訴ノ申立ニ關スル判決ノ遺脱ト上告 控訴審カ附帶控訴ノ申立ニ付テ判決セサル場合ニ在テハ當事者ハ追加裁判ノ申立ヲ爲シ得ルニ止リ援テ以テ上告ノ理由ト爲スヲ得ス(同年十二月二十日第一民事部)

一〇六 通常訴訟手續ニ於テノ證書訴訟ノ判決廢棄 民事訴訟法第四九二條第二項ニ依リ通常ノ訴訟手續ニ於テ證書訴訟ヲ以テ主張シタル請求ノ理由ナカリシコトノ顯ハルルトキハ當事者ノ申立有無如何ニ拘ラス裁判所ハ前判決ヲ廢棄シ原告ノ請求ヲ却下スヘキモノトス(同年十月二十日第一民事部)

一〇七 抗告裁判所ニ依ル口頭辯論 抗告裁判所カ當事者ヲシテ口頭辯論ヲ爲サシムルト否トハ一ニ其職權ニ屬ス故ニ抗告事件ヲ裁判スルニ當リ口頭辯論ヲ爲サシメヌ證人喚問ノ申請ヲ採用セザルモ之ヲ以テ重要ナル訴訟手續ニ違背シタルモノト謂フヲ得ス(同年十月二十四日第二民事部)

一〇八 相續財産ニ關スル假處分 家督相續權回復ノ訴ニ於テ民事訴訟法第七六〇條但書ノ規定ニ該當スル事由アルトキハ裁判所ハ當事者ノ申立ニ因リ相續財産ニ關シテ假處分ヲ爲シ得ルモノトス(同年十月二十七日第一民事部)

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

納付書

爲替番號()

一金

但三十八年度講義録

月分月謝金

右納付候也

居所

明治三十年

月 日

法政大學會計局御中

納付書

爲替番號()

一金

但三十八年度講義録

月分月謝金

右納付候也

居所

明治三十年

月 日

法政大學會計局御中

法政速成科講義錄

每月二回發行
第三號 三月廿八日發行

○肖像 日本駐劄清國欽差全權 楊 樞閣下
大臣兼管游學生總監督

○法學通論及民法 法學博士 梅 謙次郎

○刑法總論 法學博士 岡田朝太郎

○刑事訴訟法 法學士 板倉松太郎

○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 山崎豐次郎

○西洋史 文學士 野村浩一

雜錄 ○北海事件審查委員會 ○中國之教育

○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

三月 法政大學

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

明治三十八年三月二十二日印刷
明治三十八年三月二十五日發行 (定價金三十錢)

東京市牛込區牛込北町十番地

編輯者 萩原敬之

東京市牛込區矢來町三番地

印刷者 小宮山信好

東京市芝區四ノ久保明舟町十一番地

印刷所 金子活版所

東京市麴町區富士見町六丁目十六番地

發行所 司法省 法政大學

(電話番町百七十四番)