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

PDF issue: 2025-07-04

法政大學講義録

美濃部，達吉 / 板倉，松太郎 / 加藤，正治 / 若槻，禮次郎 / 松本，烝治

(出版者 / Publisher)
法政大學
(巻 / Volume)
18
(開始ページ / Start Page)
1
(終了ページ / End Page)
83
(発行年 / Year)
1905-04-25

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

明治三十八年四月二十五日發行

三十八年度

法政大學講義錄

第十八號

法政大學發行



0006

第十八號目次

民法相續（至四一）　法學士　若槻禮次郎
商法手形（自八九至一〇二）　法學士　松本烝治
商法海商（自一〇三至一五二）　法學博士　加藤正治
行政法總論（自九五至一三四）　法學博士　美濃部達吉
民事訴訟法（自第六編至第八編自五一至七四）　法學士　板倉松太郎
雜錄　○大審院判例要旨○五大學聯合懸賞大討論會問題

D90
1905
1-18

民法相續

法學士　若槻禮次郎講述

第一編　相續

緒論

法律制度ニ關シテハ細目ニ入リテ其精髓ヲ窮ムルノ前ニ於テ豫一般ニ渉リテ其概念ヲ明ニスルコト研究上最便利トスル所ナリ故ニ相續ニ關シテモ予ハ緒論トシテ先其定義、沿革及根基ニ付簡短ニ叙述スル所アラントス

第一　相續ノ定義

相續ノ何物タルヤニ付學者ノ與ヘタル定義ハ一樣ナラス或ハ「相續トハ法律ノ指定シタル者ニ遺產ヲ移轉スルヲ謂フ」ト爲スアリ(Aubry et Rau)又ハ「相續トハ相續人ト稱スル法律ノ指定シタル生存者ニ死亡者ノ資產ヲ包括的ニ移轉スルモノナリ」ト爲スアリ(Baudry Lacantinerie)若クハ「相續法トハ生存者カ死亡者ノ權利ヲ承繼スル法ナリ」ト爲スアリ(Dernburg)此等ノ所說ハ或一國ノ國法ヲ取リ其規定スル相續ノ定義ヲ與ヘタルモノトセハ孰モ之ヲ以テ誤レルモノト爲スヘカラス然レトモ相續ナル

0007

モノハ孰モ國法ニ於テモ常ニ財產ニ付テノミ生スルモノニ非ス又常ニ死亡ノ場合ニ於テノミ開始スルモノニ非ス故ニ定義中ニ遺產又ハ資產ノ移轉ト限定シ若クハ死亡者ト生存者トノ間ニノミ生スルモノト爲スハ一般ニ觀念シタル相續ノ定義トシテハ未足ラサル所アルヲ覺ユルモノナリ特ニ我國法ニ於ル相續ノ如ク其開始原因カ獨死亡ニノミ止ラス且其效力カ財產權ノ移轉ニノミ止ラサルモノニ在テハ如此定義ハ狹隘ニ過キラ其實ニ適セサルモノト謂ハサル可カラス

予ノ見ル所ヲ以テスレハ各國ノ相續ニ通シテ觀念スルトキハ相續ニ付テハ次ノ如キ定義ヲ與フルヲ以テ最適當ト爲ス可シ曰ク

相續トハ相續人タル身分ヲ有スル者カ被相續人ノ人格ヲ承繼スルヲ謂フ

予ハ今此定義ヲ解說シテ相續ノ意義ヲ明ニセントス

一　相續ハ被相續人ノ人格ノ承繼ナリ　人ハ人格ニ依リ其法律上ノ位置ヲ保持スルモノナリ相續トハ相續人ヲシテ被相續人ノ法律上ノ位置ニ代位セシムルモノナルカ故ニ相續ハ被相續人ノ人格ヲ相續人ニ延長スルモノナリ而シテ人格ハ發現シテ人ノ權利義務ヲ成スモノナルカ故ニ被相續人ノ人格ヲ承ケタル相續人ハ被相續人ノ權利義務ヲ包括的ニ承繼スルモノナリ隨テ被相續人ノ權利義務ニシテ性質上其人ノ一身ニ隨伴スヘキモノヲ除クノ外ハ相續ニ因リ當然相續人ノ權利義務ト爲リ相續人ハ其權利ヲ實行スルコトヲ得ルト同時ニ其義務ヲ履行セサル可カラス義務ノ額カ權利ノ額ニ超過スル場合ト雖原則トシテハ相續人ハ之ヲ辨濟スルノ責ヲ免レサルモノトス是相續人カ被相續人ノ義務ノ履行ニ任スルハ義務ノ擔保タル其財產ヲ承繼シタルカ故ニ非スシテ實ニ其人格ヲ承繼シタルカ故ナルコトヨリ生スル當然ノ結果ナリトス相續カ他ノ權利義務承繼ノ場合ト異ル所ハ實ニ其適適ノ承繼ニ非スシテ包括的

承繼ナルノ點ニ在ラ存ス契約又ハ特定遺贈ノ如キハ同タ權利義務ノ承繼ヲ生スルモノナリト雖之ヲ以テ相續ナリト爲スコトヲ得サル所以ノモノハ如此場合ニ於テハ權利義務ノ包括的移轉アルモノニ非サルヲ以テ之ヲ以テ人格ノ承繼アリト謂フコト能ハサルヲ以ナリ

歐洲ノ學者ハ多クハ相續ニハ死亡ノ觀念ヲ伴フモノト爲シ相續ノ定義中ニ遺產又ハ死亡者、生存者等ノ文字ヲ使用ス然レトモ印度ニ於テハ有名ナル Manon 法典ヲ始メ其他ノ法典ニ於テ退隱ニ因ル生前相續ナルモノヲ定メ日耳曼ノ古習慣ニ於テモ退隱ニ因リ家產ヲ相續人ニ讓ルコトヲ認メ特ニ我民法ノ如キハ隱居ノ外尙國籍喪失、又夫、婚姻等死亡以外ノ種種ノ原因ニ依リ相續ノ開始スヘキコトヲ規定スルヲ以テ相續ノ特色ヲ表現スルニ死亡ナル觀念ヲ以テモ相續ノ定義トシテ特ニ被相續人死亡ノ場合ニ於ル人格ノ承繼テリト爲スハ一般ニ涉ル相續ノ意義ヲ正確ニ說明シタルモノニ非ス

二　相續トハ相續人タル身分ヲ有スル者カ被相續人ノ人格ヲ承繼スルヲ謂フモノナリ　包括的ニ人ノ權利義務ヲ承繼スル場合即人格ノ承繼アル場合ニ於ル承繼者ハ常ニ相續人タル身分ヲ有スルモノニ非ス包括遺贈ノ場合ニ於テ受遺者ハ遺贈者ノ權利義務ヲ包括的ニ承繼スルモノナリ即其人格ヲ承繼スルモノナリ然レトモ包括受遺者ハ相續人タル身分ヲ有セス故ニ包括遺贈ノ場合ニ於テハ之ヲ以テ相續アリト爲スヘカラス人或ハ包括遺贈ハ遺言ニ因ル相續ニシテ是又一種ノ相續ナリト說明スル者アリ此說明ハ相續ノ根基ヲ以テ被相續人ノ意思ニ在ルモノト爲ストキハ相當ノモノト爲ササル可カラスト雖予ハ後ニ述フヘキカ如ク相續ノ根基ハ單ニ之ヲ被相續人ノ意思ニ向テノミ求ム可キモノニ非スト爲スモノナルカ故ニ此說明ハ首肯スルコト能ハス又或ハ包括遺贈ハ權利義務ヲ包括的ニ移轉スルモ人格ノ承繼ヲ生スルモノニ非サルカ故ニ人格ノ承繼ヲ以テ相續ノ特徵ト爲ス以上ハ之ヲ包括遺贈ト區別スルカ

0008

爲メ特ニ相續人タル身分ヲ有スル者カ承繼ヲ爲ス場合ニ限ルコトヲ明言スル必要ナシト雖スル者アル可シ然レトモ包括受遺者ハ遺贈者ノ義務ニ付當然限定的責任ヲ負フノミナルヤ將又其權利ノ額ヲ超過スルモ尙義務ノ履行ニ任セサル可カラサルヤハ佛國民法ノ下ニ於テハ議論アルヲ免レサル事ニ屬スルモ多數ノ學者ハ後說ヲ以テ佛國民法ノ正解ト爲ス我民法ニ於テハ包括受遺者ハ遺産相續人ト同一ノ權利義務ヲ有スルコトヲ定メ（一〇九二條）而シテ遺産相續人ハ原則トシテ被相續人ノ權利ノ額ヲ超過スルモ尙其義務ヲ履行セサル可カラサルコト後ニ說明スルカ如クナルヲ以テ包括受遺者ハ原則トシテ遺贈者ノ權利ノ額以上ニ其義務ヲ履行スルノ責ヲ免レサルモノナリ果シテ然ラハ我國法ニ於テハ包括遺贈ト遺產相續トハ其效力ニ於テ異ル所ナシト謂ハサル可カラス既ニ效力ニシテ異ル所ナシトセハ遺產相續ニシテ人格ノ承繼ヲ生スルコトヲ認ムル以上ハ包括遺贈モ亦人格ノ承繼ヲ生スルモノナルコトヲ認メサルヲ得ス予カ人格ノ承繼ヲ以テ相續ノ特徵ト爲スノ外尙相續人タル身分ヲ有スル者カ人格ノ承繼ヲ爲スコトヲ以テ其特徵ト爲ササル可カラスト爲ス所以ノモノ實ニ此二者ヲ區別セントスルノ意ニ出テタルモノナリ

學者中ニハ相續ノ特徵ハ法律ノ指定シタル者カ人格ノ承繼ヲ爲スニ在リト爲シ之ヲ以テ遺贈ノ如ク人意ヲ以テ指定シタル者カ人格ヲ承繼スル場合ト區別セントスル者アリ佛國舊法時代ニ於ル慣習法國ニ於テハ「相續人ハ神ノミ之ヲ造ルコトヲ得人ハ之ヲ造ルコトヲ得ス」"Dieu seul peut faire un héritier, l'homme ne le peut"トノ原則ヲ認メ「相續人ノ設定ハ之ヲ許サス」"Institution d' héritier n'a de lien"トノ規則ヲ定メタリ現行佛國民法ハ此原則ヲ繼受スルニ當リ稍之ヲ緩和シ相續人ヲ設定スルコトヲ遺言シタル場合ニ於テハ之ヲ無效ト爲サスト雖如此遺言ハ之ヲ以テ包括又ハ特定ノ遺贈ト看做ス可キモノト爲シタリ（佛民九六七條、一〇〇二條）如此法規ヲ有スル國法ノ下ニ於テハ相續ノ特徵トシテ法律ノ指定シタル者カ人格ヲ承繼スルコトヲ擧クルハ其當ヲ得タルモノト爲スヘシト雖我民法ノ如ク相續人ノ指定又ハ選定ナルモノヲ認ムルモノ（九七九條、九八二條、九八五條）又ハ獨逸民法ノ如ク被相續人カ財產ノ一部ヲ包括的ニ遺贈シタルトキハ相續人ヲ指定シタルモノト看做スモノ（獨民二〇八七條）若クハ蕾シキハ羅馬法ノ如ク相續人ノ設定ヲ包含スルニ非サレハ遺贈ヲ有效ト爲ササリシモノノ下ニ於テハ人意ニ依テ設定セラレタル者カ相續ヲ爲ス場合少カラサルヲ以テ法律ノ指定シタル者カ人格ヲ承繼スル場合ニ限リテ之ヲ相續ナリト爲スコトハ各國ノ法制ニ通シテ與フル相續ノ定義トシテハ適當セサル所アルモノナリ

予ハ以上二段ニ分チテ解說シタル如ク一般ニ相續ヲ觀念スルトキハ其特徵ハ實ニ一、人格ヲ承繼スルコト二、相續人タル身分ヲ有スル者カ承繼ヲ爲スコトニ在テ存スルモノナリト信ス之ヲ我國法ノ規定スル所ニ對照スルニ我民法ハ二樣ノ相續ヲ認メタリ家督相續、遺產相續是ナリ家督相續トハ戶主カ戶主權ヲ喪失シタル場合ニ於テ家督相續人カ其人格ヲ承續スルヲ謂フモノニシテ遺產相續トハ戶主ニ非サル者カ死亡シタル場合ニ於テ遺產相續人カ其人格ヲ承繼スルヲ謂フモノナリ此二者ハ共ニ相續人タル身分ヲ有スル者カ被相續人ノ人格ヲ承繼スルモノニシテ予カ一般ニ相續ニ付テ與ヘタル定義ハ正シク此二者ニ適用セラルルモノナリト雖其承繼スル人格ノ發現シタル權利義務ノ內容ニ至テハ二者ノ間相同カラス家督相續人ニ於ル被相續人ハ戶主ナリ一家ヲ代表スル者ナリ故ニ其人格ノ發現シタル者ハ家ノ代表者トシテ有スル權利義務ノ全體ナリ遺產相續ニ於ル被相續人ハ戶主ニ非ス家ノ代表者タル資格ヲ有セス故ニ其人格ノ發現シタル者ハ個人トシテ有スル權利義務ノ全體ナリ家ノ代表者トシテノ權利

0009

義務ノ全體ハ其身分ヲ成スモノニシテ個人トシテノ權利義務ノ全體ハ其財產ヲ成スモノナリ故ニ家督相續ハ相續人ヲシテ戶主タル身分ヲ承繼セシメ其附隨ノ效力トシテ財產ノ承繼ヲモ爲サシムルモノニシテ遺產相續ハ相續人ヲシテ財產ノ承繼ヲ爲サシムルモノナリ由是觀之家督相續、遺產相續共ニ相續ノ二要素ヲ具備シ其法律關係ハ大體ニ於テ相同シト雖左ノ三點ニ於テ相違スル所アルモノナリ

一　被相續人ノ資格ヲ異ニス　家督相續ニ於ル被相續人ハ戶主タル身分ヲ有スルモ遺產相續ニ於ル被相續人ハ戶主タル身分ヲ有セス

二　相續開始ノ原因ヲ異ニス　戶主ナル地位ハ種種ナル原因ニ因テ空位ヲ生スルコトアルカ故ニ家督相續ハ種種ノ原因ニ因テ開始スト雖個人ノ地位ハ死亡ニ因ルノ外空位ヲ生スルコトナキカ故ニ遺產相續ハ死亡ニ因ルノ外開始セス

三　相續ノ目的ヲ異ニス　家督相續ノ目的ハ身分ヲ承繼スルニ在ルモ遺產相續ノ目的ハ財產ヲ承繼スルニ在リ

第二　相續ノ沿革

(一)　一般ノ沿革　相續ハ相續人ヲシテ被相續人ノ人格ヲ承繼セシムルモノナルヲ以テ人ノ法律關係ノ全部ニ關係スルモノナリ人ノ法律關係ノ全部ハ其生活狀態ト密接ノ關係ヲ有スルモノナルヲ以テ相續制度ハ人ノ生活狀態ト其變遷ヲ共ニスルモノナリ

社會形成前ニ在テハ人類ハ不羈獨立互ニ何等ノ掣肘ヲ容レス又何等ノ扶助ヲモ受ケサル自然狀態ニ在リタリトハ十八世紀ノ學者ニ依テ一時盛ニ唱導セラレタル所ナリト雖身體上竝ニ精神上ノ關係ニ於テ共同相依ルニ非サレハ其必要ヲ充足スルコト能ハサル人類ハ孤立シテ其生存ヲ全ウスルコト能ハサルカ故ニ歷史ノ證スル所ニ依レハ人類ハ常ニ社會ナル團體組織ヲ成シ團體ノ各員ハ互ニ相依リ相助ケテ其生ヲ營ミタルモノニシテ社會ノ進化ト共ニ共同作用ハ更ニ一步ヲ進メ人類ハ獨一社會內ニ於テ共同的關係ヲ有シタルノミナラス社會ト社會トノ間ニ於テモ亦相依的關係ヲ有スルニ至リタルモノナリ人類ハ常ニ社會ヲ形成シ共同生存ノ狀態ニ在リタルコトハ事實研究ニ依リ今日殆疑ヲ容ルルノ餘地ナキニ至リタリト雖社會組織ナルモノハ大體ニ於ル人類共同生存ノ狀態ニシテ社會狀態ナル大範圍內ニ於テ人類ハ時ト處トニ依リ二樣ノ相異リタル狀態ニ於テ其生活ヲ爲シタルモノナリ親族共同生活ナル家族制度及個人自營生活ナル個人制即是ナリ蓋人類ノ生活狀態ナルモノハ外部ノ勢力ト心裡ノ信念トニ因テ定マルモノナルカ故ニ社會文化ノ程度及時代思想ノ感化ニシテ共同的生活ヲ必要トスルトキハ家族制行レ自營的生活ヲ便宜トスルトキハ個人制行ルルモノトス各人ノ生產力微弱ニシテ獨立自營ニ適セス且法律ノ保護完全ナラサル古代社會ニ於テハ親族共同ノ力ニ依テ各自ノ足ラサル所ヲ補フコト最必要ナルヲ以テ家族制行レ各人ノ生產力カ增進シテ獨立自營ニ適スルニ至リ且法律ノ保護又其宜キヲ得ルニ至リタル近世社會ニ於テハ親族共同ノ力ニ待ツコト甚少キヲ以テ個人制行レタリ權利思想發達セス各人ノ自由ニ制限ヲ受クルモ深ク之ヲ怪マサル未開社會ニ於テハ親族ノ干涉多キ家族制ノ行ルルニ便ニシテ權利思想大ニ發達シ各人ノ自由ヲ以テ最貴重スヘキモノトカ爲ス文明社會ニ於テハ親族ノ掣肘少キ個人制ノ行ルルニ適ス父子ノ親ヲ以テ人倫ノ本ト爲ス東洋社會ニ於テハ父祖ノ人格ハ縱線的ニ子孫ニ向テ延長スルコトヲ得ルヲ以テ自ラ家族制ヲ爲スノ傾向ヲ有シ夫婦ノ愛ヲ以テ人倫ノ基トスル泰西社會ニ於テハ夫婦ノ關係ハ橫線的ニ家族ニ對シテ延長スルコト能ハサルカ故ニ自ラ個人制ヲ爲スノ趨勢ヲ有スルモノナリ

0010

生活狀態カ家族制ナルトハ相續制度ノ上ニ影響シ之ヲシテ身分承繼制、身分財產承繼制及財產承繼制ノ三樣ノ相違ヲ生セシム故ニ生活狀態ノ進化ヲ追フテ相續制度ノ變遷ヲ尋ヌルコトハ相續制度ノ沿革ヲ明ニスルニ於テ最便宜ノ方法ト爲ス予ハ此方法ニ依リ相續ナル制度カ生活狀態ト其ニ如何ニ推移シタルヤヲ說明セントス

一　家族制時代　家族制トハ血統ヲ以テ聯結セラレタル者カ家(familia)ナル小團體ヲ組織シ家長(paterfamilias)統督ノ下ニ相團結シテ共同生活ヲ營ム生活制度ナリ如此生活制度ノ行ハレタル時代ニ於テハ社會ノ單位ハ家ニ在リ家ノ中心ハ家長ニ在ルカ故ニ一家ノ權力トハ財力トハ總テ家長ニ集中セサルヲ得ス家長ナル身分ハ總テノ法律關係ノ源泉ニシテ財產モ亦家長ナル身分ニ伴フ一ノ附屬物タルニ過キス故ニ此時代ニ於ル相續ハ家長ナル身分ノ承繼ニシテ相續人カ家長ナル身分ヲ承繼スルトキハ其身分ノ附屬物タル財產ハ當然之ニ移轉シタルモノトス

家族制ノ行レタル時代ノ初期ニ於テハ古代ノ思想ニ於テ財產中最貴重ナルモノトセラレタル土地ハ多クハ部族又ハ村落ノ共有ニ屬シタルヲ以テ財產ハ主トシテ比較的價格ノ少キ動產ナリシナリ然ルニ時代ノ經過ト共ニ土地ニ關スル制度ハ共有制ヨリ漸次私有制ニ進ミタルノミナラス生活程度ノ上進スルニ從ヒ動產中ニモ價格少カラサルモノヲ生シ私有財產ハ頗重要ノモノトナルニ至レリ私有財產ニシテ未甚重要視セラレサリシ時代ニ於テハ相續上特ニ之ヲ以テ別箇ノモノト爲サス身分ヲ承繼スル者ハ身分ノ附屬物トシテ當然之ヲ承繼スヘキモノトセラレタリト雖私有財產ヲ以テ頗重要ノモノト爲スニ至テハ漸ク身分ト財產トヲ分離シテ觀察スルノ風ヲ生シ家族制ノ下ニ於ル相續ニ在テモ身分ニ關スル承繼ト財產ニ關スル承繼トハ之ヲ區分スルコトナリタリ即身分ヲ承繼スル者ハ併ヲ財產ノ一部ヲモ承繼シ而モ其承繼分ハ他ノ者ニ比シ一段ノ優ル所アリシハ勿論ナリト雖身分ヲ承繼セサル者モ亦財產ニ付テハ其一部ヲ承繼スルコトヲ得ルニ至リタリ

家族制時代ニ於ル相續ニハ身分承繼ト身分財產承繼トノ二樣アリシコトハ右ニ述フル如シト雖其孰ノ制度ニ在テモ家族制時代ニ於テハ家長ナル身分ノ承繼カ相續制度ト離ル可カラサリシモノナリシコトハ爭フ可カラス然ルニ家長ナル身分ニ關スル觀念ハ孰ノ社會ニ於テモ常ニ同一ナリシニ非ス同ク家族制ノ下ニ在テモ民人ノ信念、智識、境遇等ノ異同ニ依リ家族制ノ根本觀念ヲ異ニシ隨テ家長ノ身分ニ關スル觀念モ亦自ラ相異リタリ而シテ家長ノ身分ニ關スル觀念相同カラサルトキハ其身分ノ承繼ヲ目的トスル相續ニ關シテモ自ラ其間ニ相違ヲ生セサルヲ得ス予ノ觀ル所ヲ以テスレハ家族制ニハ祖先祭祀主義、家長專擅主義、家族共同主義ノ三大別アリ家長ハ家族制ノ主義ノ異ル ニ從ヒ或ハ祖先祭祀ヲ以テ主要ナル任務ト爲シ或ハ專制統督ヲ以テ當然ノ職分ト爲シ又或ハ一家代表ヲ以テ其存在ノ理由ト爲シタルカ如シ家族制ノ此三大別ハ素ヨリ後者カ前者ノ遺風ヲ存スルカ如ク彼此互ニ截然タル分劃ヲ有スルニ非サルヘ勿論ナリト雖大體ニ於テ觀察スルトキハ此區別ハ之ヲ認メサルヲ得ス故ニ予ハ玆ニ家族制主義ノ三大別ニ依リ相續制度ノ異同ノ存スル所ヲ略說セント欲ス

イ　祖先祭祀主義　幼稚ナル社會ニ於テハ人ハ現世ニ於テ其生活ヲ終ルモ他界ニ於テ其存在ヲ保ツモノナルコトヲ信念シ現世ノ子孫カ山海ノ珍ヲ供シテ祖先ノ靈ヲ祭ルトキハ祖先ハ他界ニ於テ之ヲ享クルモノナリト信シタリ印度ニ於テハ死亡シタル父祖ハ現世ニ於ル子孫ノ祭祀ヲ得テ始テ天上ノ極樂淨土ニ安住スルコトヲ得ルモノニシテ若子孫ノ祭祀ヲ爲ス者ナキトキハ地獄底裡ニ墜落スルヲ免レサルモノトセラレ支那ニ於テハ「事死如事生、事亡如事存孝之至也」トセラレタリ其

0011

他耶蘇教典中ニ於テ Hébreu 人カ祖先ノ靈ニ犧牲ヲ供シタルコトヲ記載スルカ如キ又ハ希臘、羅馬ニ於ル相續上ノ爭訟ニ於テ對手ノ相續權ヲ否認スルカ爲メ往往祖先ノ血統ニ非サルモノヲシテ其靈ニ供物ヲ捧ケシムルニ至ルノ不可ナルコトヲ論シタル者少カラサルカ如キ若クハ我國ニ於テ祭政一致ヲ以テ政治ノ極致トセラレ社界百般ノ制度中祖先祭祀俗ノ影響ヲ受ケサルモノハ極テ少ク現行民法中ニ於テモ親族、相續等ニ關スル規定中ニハ祖先祭祀ノ必要ヲ認ムルニ非サルヨリハ說明シ難キモノ存スルカ如キヲ以テ見ルモ古代人民カ祖先祭祀ノ俗ヲ有シ其遺風ハ延テ永ク後世ニ傳來シタルモノナルコトヲ知ルニ足ル可シ

歐洲ノ學者中ニハ祖先祭祀ノ風習ヲ以テ幽靈ヲ畏怖スルノ念ニ出テタルモノト爲シ祖先ヲ祭祀スルハ其崇ヲ恐ルル子孫カ饗粱ヲ盛ニシテ其靈ヲ慰籍スルモノナリト爲ス者アリ然レトモ生前ニ於テ子孫ヲ愛撫スルノ天性ヲ有スル父祖カ死後ニ至リ俄ニ之ニ對シテ憤恚ノ念ヲ懷クニ至ルコトハ解ス可カラサルノ事ニ屬スルカ故ニ幽靈畏怖說ハ說キ得テ切實ナルモノニ非ス穗積博士ノ如キハ全然此說ヲ排斥シ子孫カ祖先ヲ祭ルハ之ヲ畏怖スルカ爲ニ非スシテ之ヲ愛敬スルカ爲ナリトセラレタリ(Ancestor-worship and Japanes law part I§1)祖先祭祀ノ風習最盛ニ行レタル印度又ハ支那ノ古代ニ於ル信念ニ考フルトキハ博士ノ議論ヲ以テ寧ロ當ナリト爲ササルヲ得ス現世ニ於ル子孫ノ祭祀カ他界ニ於ル父祖ノ運命ヲ擔保スト爲ス印度人ノ信仰又ハ生存中ノ子孫カ死亡シタル父祖ニ孝養ヲ盡スコトヲ得トナスヲ那人ノ信念ヲ以テスレハ天上ノ安住ヲ得ルカ爲メ又ハ生前ト同一ノ孝養ヲ受クルカ爲メ子孫ノ祭祀ヲ享クルハ子孫ニ對スル父祖ノ要求ニシテ祭祀ニ因リ父祖ノ天上安住ヲ擔保シ又ハ之ニ因テ生前ト同一ノ孝養ヲ受ケシメントスルハ父祖ヲ愛撫スル子孫ノ至情ナリ如此信念ノ普及シタル社會ニ於テハ祖先ノ祭祀ナルモノハ人類ノ必要事項ニシテ之有ラ始テ人類ハ其始終ヲ完ウスルモノナリ故ニ如此社會ニ於ル家族制ハ祖先祭祀者タルヘキ家長及之ト血統ノ連鎖ヲ有スル家族ノ共同團體ニシテ家長ハ祖先ノ祭祀ヲ以テ其務トシ祭祀ニ必要ナル財產ヲ所有シ祖先ノ血統ヲ有スル家族ニ對シテ之カ扶養保護ニ任タルモノナリ

祖先祭祀主義ノ家ニ於ル家長ノ身分ハ祖先祭祀者タルモノナリ其財產ヲ有シ家族ヲ扶養保護スルハ祖先祭祀者タル任務ヲ盡スニ必要ナルカ爲ナリ故ニ此時代ニ於ル相續ノ目的ハ祖先祭祀者タル身分ヲ承繼スルニ在リ而シテ祖先祭祀者タル身分ヲ承繼スルトキハ其結果トシテ其身分ニ屬スル任務ヲ盡スカ爲メ必要ナルモノハ自ラ承繼者ニ歸屬スルニ至ルモノナリ

相續ノ目的カ祖先祭祀者タル身分ヲ承繼スルニ在リシコト相續ノ順位ニ於テ男性ノ特權(rivilége de masculinité)ト長子ノ優位(droit d'ainesse ou primogéniture)トヲ認ムルノ結果ヲ生シタリ蓋古代印度ニ於テハ妻ハ夫ノ運命ニ從フモノト看做サレ夫ニシテ子孫ノ祭祀ヲ享クルトキハ妻モ亦之ニ因テ天上ノ安住ヲ確保セラルルモノト爲サレタルカ故ニ當時ニ於ル祭祀ノ目的格タリシ者ハ常ニ男性ノ者ナリシナリ而シテ凡祭祀ニ當リ他日自ラ亦祭祀ヲ受クヘキ者ヲシテ之カ祀主タラシムルコトハ祭神ニ對シ敬禮ヲ表スルニ於テ最至レリト爲ス可キカ故ニ祖先祭祀ニ於テ祭祀ヲ享クル祖先ニシテ男性ナリシ以上ハ祭祀ヲ掌ル者モ亦男性ナルヘキコト事ノ自然ナリ故ニ此時代ニ於テハ祖先祭祀者タル家長ハ常ニ男子ニシテ之カ承繼者タル相續人モ亦常ニ男子ニ限リタルナリ又父祖ハ其子孫ノ祭祀ヲ享クルコトニ因テ始テ他界ノ幸福ヲ維持スルコトヲ得ルモノナルカ故ニ人ハ必一人ノ子ヲ有シ以テ他界ニ於ル父祖ノ地位ヲ維持スルト同時ニ自己ノ未來ヲ確保セサル可カラ

0012

ス然レトモ既ニ一人ノ子ヲ有シタル以上ハ他界ニ於ル父祖ノ地位乃未來ニ於ル自己ノ幸福ハ之ニ因テ擔保セラルルモノナリ又他ノ生子アルコトヲ必要トセス故ニ印度ニ於テハ長子ハ父祖ニ對スル義務ノ履行トシテ出生シ次子以下ハ男女間ノ愛情ノ結果トシテ出生スルモノナリト謂ヘリ如此信念ノ行レタル社會ニ於テ相續上長子ニ優先ノ地位ヲ與フルコトハ事理ノ當然ナリト謂ハサル可カラス

祖先祭祀俗ノ社會ニ於テハ子孫ナキカ爲メ祖先ノ祭祀ヲ絶ツニ至ルコトハ最不祥事トセラレタリ孟子カ「不孝有三、無後爲大」ト曰ヒシハ最能ク此信念ヲ表明シタルモノナリ故ニ如此社會ニ於テハ子孫ヲ得ルカ爲ニハ種種ノ風習行レ今日吾人ノ見テ以テ殊倫ニ反スト爲ス所ノモノト雖相續人タル可キ子ヲ得ルノ必要ヨリ社會ハ之ヲ認容シタリシカ如シ印度ニ於テハ家長ノ妻ノ子ニシテ婚姻中ニ生レタル男子ハ其夫ノ子タルト否トヲ問ハス夫ノ相續人タル可キモノトス若家長カ女子ノミヲ有シ男子ヲ有セサリシトキハ其女子中ノ一人ヲ指定シ其所出ヲ以テ自己ノ子ト爲スコトヲ得タリ即指定セラレタル女子カ他人ト結婚シテ得タル子ハ其女子ノ夫ノ子トナラスシテ女子ノ父ノ子トナルモノトス希臘ニ於テハ男子ナキ者カ其財産ヲ遺贈ヲ爲ササリシトキハ Epiclérisme ナル制度ニ依リ其遺留シタル女子ハ最近親ト結婚セサル可カラス而シテ最近親カ其女子ト結婚セサルトキハ之ニ相當ノ嫁資ヲ與フルノ義務アルモノトシ以テ容易ニ結婚ヲ避クルコト能ハサラシメタリ現今仍 polygamie, polyandrie, concubinage, 等ノ風俗ノ各地ニ於テ其後ヲ絶タサルモノ其間素ヨリ種種ノ原因アルヘキハ勿論ナリト雖子孫ヲ得テ祖先ノ血統ヲ繼續スルノ必要モ亦其原因ノ一タラサルヲ得

0013

ラ女子ノ相續上ノ地位ハ漸ク制度ノ上ニ識認セラルルコト是ナリ後ニ至テハ女子ニモ亦相續權ヲ與ヘラルルコトナレリ

時代ノ經過ト共ニ道德上ノ觀念ニモ變遷ヲ生シ lévirat, concubinage 其他之ニ類シタル方法ニ依リ子ヲ得ルコトハ良心ノ許ササルモノアルニ至リ子女ヲ有セサル者ノ自ラ其數ヲ增加セサルヲ得ス然ルニ子女ナキ者ハ血統ノ關係アル傍系親ニ在ル可キカ故ニ傍系親ヲシテ養子タル資格ヲ以テ相續ヲ爲サシムルコトヨリ更ニ一步ヲ進ノ傍系親タル資格ヲ以テ相續ヲ爲サシムルニ至ルコト事物自然ノ傾向ナルノミナラス祭祀ヲ爲スヘキ者ヲ遺留セシテ死亡スルトキハ永ク他界ノ苦痛ヲ免レストノ信念行レタル社會ニ於テ被相續人ヲシテ相續人ナクシテ死亡スルノ不幸ヲ免レシメントセハ子孫ナキ者ハ血族ノ關係アル傍系親ヲシテ相續セシムルコトヲ得ルモノト爲スヲ以テ最適當ノ事ト爲ス而シテ祭事祀典ノ機會ヲ多クスルコトニ利益ヲ有スル僧侶輩ハ家ノ斷絕シテ祭祀ヲ爲ス者ナキニ至ルコトハ其好ム所ニ非ス故ニ自ラ直系卑屬ナキ場合ニ於テハ傍系親ヲシテ相續セシメテ可ナルコトヲ唱道スルニ至ラサルヲ得ス如此ニシテ傍系親ノ相續權ハ漸次確定スルニ至リタルモノトス

相續上女子又ハ傍系親ノ地位ヲ識認スルニ至テモ被相續人ニ續キテ祖先ノ祭祀ヲ掌ルヘキ相續人ハ常ニ一人ニシテ多クハ年長ノ者之ニ當リタルモノナリ而シテ當初ニ在テハ一人ノ相續人カ祖先祭祀者タル身分ヲ承繼スルトキハ其結果トシテ被相續人ノ總財產ハ當然之ニ歸屬シタリシカ故ニ如此時代ニ於テハ相續ノ種類ハ身分相續ノ一種アルニ止リ其目的ハ專身分ヲ承繼スルニ在リタリト謂フコトヲ得ヘシ然ルニ後世ニ及ヒ家族制カ祖先祭祀主義ヨリ漸ク家族共同主義ニ遷ラントスルニ至テハ祖先祭祀者タル家長ノ身分ニ付承繼ナルモノ發生スルモ之カ承繼者タルモノハ必シモ被相續人ノ總財產ヲ取得セス被相續人ノ財產ハ其身分ヲ承繼シタル者及其他ノ子女ノ間ニ分配セラルルコトアルニ至レリ但多クノ場合ニ於テハ祖先祭祀者タル身分ヲ承繼シタル長子ハ他ノ子女ニ對シ比較的多分ノ分配ヲ受ケタルモノノ如シ印度ニ於テハ獨立生活ヲ欲スル長子以外ノ男子ハ長子ニ對シ遺產ノ分配ヲ請求スルコトヲ得タリ此場合ニ於テハ長子ハ次ノ二方法ノ其一ニ從テ遺產ノ分配ヲ爲ササル可カラス即長子カ相續財產ノ二分ノ一ヲ先取シ其餘ヲ長子及次子以下ニ均分スルカ又ハ長子二分次子以下一分ノ割合ヲ以テ相續財產ヲ各自ニ分配スルコトヲ要ス支那唐代ノ制ニ依レハ普通遺產ニ關シテハ「應分田宅及財物者、兄弟均分」スヘキモノニシテ食封ニ關シテハ「食封人身後、所謂封物、隨其男數爲分承嫡者加與一分」スヘキモノト爲シタリ如此諸子間ニ相續財產ヲ分配スルノ制ヲ認ムルニ至テハ財產ノ承繼ヲ以テ一ニ身分承繼ノ結果ナリト爲スコト能ハス如此時代ニ於テハ身分承繼ト財產承繼トノ區分モ被相續人ニシテ死亡スルトキハ其身分ニ付テハ身分承繼ヲ發生シ其財產ニ付テハ財產承繼ヲ發生スルモノト爲ササル可カラス

家長專擅主義　祖先祭祀主義ノ家族制ニ於ル家長ハ祖先ノ祭祀者タル資格ヲ有スルノ結果トシテ祭祀ニ必要ナル財產ヲ所有シ祖先ノ血統ヲ有スル家族ヲ扶養スルモノナリ然ルニ一家ノ主腦トシテ財力ヲ擁シ家族ノ扶養ヲ爲ス者ハ一家中ニ於テ最上ノ權力者ナルヲ以テ家族ハ常ニ其命令ヲ聽カサル可カラス而シテ因襲ノ久シキ命令ヲ發スル者ト之ヲ聽ク者トノ間ニ絕對服從ノ關係ヲ生シ遂ニ家族ハ家長所有物ノ一種ト爲リ家長ハ自由ニ其財產ヲ處分スルコトヲ得タル如ク亦任意ニ其家族ヲモ處分スルコトヲ得ルコトト爲リ家族ニ對スル生殺與奪ハ一ニ委テ家長ノ意ニ在ル

0014

ニ至リタル此時代ニ於テモ祖先ノ祭祀ヲ繼續スルコトカ家長ノ重要ナル任務ナリシコトハ殆ト疑ヲ容レサル所ナリト雖此時代ニ於テハ家長カ財産ヲ有シ家族ヲ扶養スルハ其祖先祭祀者タルノ資格ニ於テスト謂ハンヨリハ寧其一家ノ專制統督者タル資格ニ於テスト謂フヲ以テ當レリトスヘキカ故ニ予ハ家族制ノ此時期ヲ稱シテ家長專擅主義ノ時期ト謂ハント欲ス家族制ハ皆常ニ祖先祭祀主義ヨリ一度家長專擅主義ニ變遷シタルモノニ非ス國民ノ性格、信念等ノ如何ニ依テハ家長ニ絕大ノ權力ヲ與フルコトハ之ヲ認容セサルモノアリ予カ玆ニ家長專擅主義ノ家族制ト稱スルハ主トシテ Hébreu 希臘、羅馬等ニ行レタル家族制ナリ此等ノ邦國ニ於テ行レタル家族制ニ於テハ家長カ其子ヲ殺シ又ハ之ヲ賣リ若ハ之ヲ棄ツルコトハ其處分權ノ實行ニシテ犯罪ト爲ルモノニ非ス又家族ノ生產シタル所ノモノハ家族ノ特有財產ヲ爲サスシテ悉家長ノ有ニ歸シタリ "ipse enim qui in potestate nostro est nihil suum habere potest" 如此家族制ニ於テハ家長ナル觀念ト合一スルモノニシテ Louis XIV カ「朕ハ國家ナリ」"L'Etat, c'est moi" ト放言シタルカ如ク當時ノ家長ハ「予ハ家」ナリ "La famille c'est moi" ト斷言シテ憚ラサルコトヲ得タルモノナリ Biale 人ノ諺ニ「父ハ其子ノ爲ニ地上ノ神ナリ」"supère est un dieu terrestre pour son fils" ト謂ヘリシハ能ク家長專擅主義ノ家族制ニ於ルカ家長ノ形容シタルモノト謂フ可シ

家長專擅主義ノ家族制ニ於ルカ家長ハ既ニ述ヘタルカ如ク極テ强大ナル權力ヲ執行スルモノナリ而シテ如此强大ナル權力ノ執行ハ男子ニ適シテ女子ニ適セサルモノナルカ故ニ此時代ニ於ル相續ハ男子ノ特權タリシナリ但祭祀相續ニ於テ男子特權ニ始リテ終ニ女子及傍系親ノ相續權ヲモ認ムルニ至リタル如ク專制家長權相續ニ在テモ後ニハ女子ノ相續ヲ認ムルコトトナリ羅馬ニ於テハ女子モ亦家長權ヲ相續スル資格アルモノトセラレタリ又專制家長ハ一家ノ專制統督者タル身分ニ因リ財產ヲ所有シ家族ヲ統御スル者ナルカ故ニ一家ノ專制統督者タル身分ニシテ承繼セラルルトキハ財產ノ所有權及家族ノ統御權ハ自ラ承繼者ニ移轉スルモノナリ換言スレハ相續ニ因リ身分ヲ承繼スルトキハ當然財產ノ承繼ヲ伴フモノニシテ身分ノ承繼外ニ更ニ財產ノ承繼ヲ爲スモノト見ルヘカラス而シテ相續ヲ以テ身分承繼ノ原因ナリトセハ年長者ヲ以テ相續ノ最先順位ニ置クコト順序ノ當ニ然ルヘキ所ナルヲ以テ專制家長權相續ノ時代ニ於テハ多クハ長子相續制行レタルモノナリ Isaac カ長子 Jacob ニ對シ「汝ノ兄弟ノ統御者ト爲レヨ而シテ汝ノ母ノ子ハ皆汝ノ前ニ拜跪スヘシ」"Sois le seigneur de tes frères et que les fils le ta mere se courbent levant toi" ト謂ヒ Jacob ノ弟 Esaü ニ對シテ「予ハ Jacob ヲ以テ汝ノ統御者ト爲シタリ予ハ渠ノ總テノ兄弟ヲ渠ノ制御ノ下ニ置キタリ」"Je l'ai constitué ton seigneur ; j'ai soumis tous ses frères d son joug" ト謂ヒシハ Hébreu ニ於テ長子相續制ノ行レタルコトヲ觀ルヘク又希臘、羅馬ノ古代ニ於テモ相續上長子ニ特權ヲ與ヘタルハ Erstel de Couinges 氏等ノ古代習慣ノ研究ニ因リ漸明瞭ト爲ルニ至レリ但後代ノ希臘、羅馬ニ於ル家長權ハ專家長ノ妻及直系卑屬ニ對スル權力ニシテ Hébreu ニ於ル家長權ノ如ク其兄弟姉妹ニ對シテ迄行レタルモノニ非ス故ニ家長ニシテ死亡スルトキハ長子以外ノ諸子ハ長子ノ配下ニ屬セス各其直系卑屬ヲ率キテ一家ヲ創立シタルモノノ如シ如此一家共同生活ノ下ニ在リシ者カ相續ノ開始ト共ニ生活ヲ各別ニスルニ至ル以上ハ其間ニ財產ノ分配ヲ生スルニ至ルコト自然ノ趨勢ナルカ故ニ希臘、羅馬ノ中世ニ至テハ被相續人ノ財產ハ諸子間ニ分配セラレタルモノニシテ長子ノミ之ヲ承繼スルコト能ハス隨テ相續制ハ身分相續ヨリ一轉シテ身分

0015

承繼及財產承繼ニ區分セラルルニ至リタルモノトス

家長專擅主義ノ家族制ニ於ル相續ノ順位ハ凡上來叙述スル所ノ如シ然レトモ玆ニ注意セサルヘカラサルハ專制家長ハ其直系卑屬ノ上ニ强大ノ權力ヲ有シ生殺スラ尚且其意ノ欲スル所ニ從テ之ヲ爲スコトヲ得タルモノナルカ故ニ與奪ノ如キハ一ニ其自由裁量ニ任セラレ何等ノ制限ナカリシコト是ナリ故ニ當時ノ家長ハ法制上相續人タルヘキ直系卑屬アル場合ニ於テモ自由ニ他人ヲ相續人ト指定シ又ハ任意ニ其財產ヲ遺贈スルコトヲ得タルモノニシテ上來略述シタル相續ノ順位ハ家長ノ意思ニ因テ何時ト雖之ヲ變更スルコトヲ得タルモノナリ羅馬十二銅標ハ「家長カ遺言ヲ以テ處分シタルモノハ法律ノ力ヲ有ス」"Ce que le père de famille disposè pera droit" ト規定シ相續人タル男子アル場合ト雖家長ハ之ヲ排シ他人ヲ相續人ト指定スルノ自由ヲ有スルモノト爲シタリ而シテ羅馬ニ於テ家長カ其子ヲ排シ他人ヲ相續人ト爲スニハ特ニ相續人廢除ノ手續ヲ爲スコトヲ要セス他人ヲ相續人ニ指定シタルノ結果其子ハ自ラ相續權ヲ失フニ至リタルモノトス

專制家長ハ相續人タルヘキ直系卑屬アル場合ニ於テスラ尚其意ノ欲スル所ニ依リ自由ニ其相續人ヲ定ムルコトヲ得タリ其相續人タルヘキ直系卑屬ナキ場合ニ於テ合意ニ因リ相續人タルヘキ者ヲ定ムルコトヲ得タルヘキハ言ヲ俟タス故ニ養子繼組ナル制度ハ此時代ニ於テモ亦盛ニ行レタルモノニシテ自然ニ出タル相續人ヲ有セサル家長ハ養子繼組ニ因リ擬制ニ成ル相續人ヲ有スルコトヲ得タルモノナリ

家族共同主義　家長專擅主義ノ家族制ニ於ル家長ハ家族ノ生命身體ニ付强大ノ權力ヲ有シ必要ト認ムルトキハ其子ヲ殺害シ之ヲ賣却シ若クハ之ヲ遺棄スルコト其自由ナリシカ故ニ殘忍冷酷

人ヲシテ見ルニ忍ヒサラシメタルモノアリ又財產ノ處分ニ付テハ何等制限スル所ナカリシヲ以テ家長カ財產ノ全部ヲ擧ケテ之ヲ他人ニ贈與若クハ遺贈シタル結果何等ノ遺留財產ヲモ取得セサリシ子女ハ父ノ死後路頭ニ彷徨セサルヲ得サルノ窮境ニ陷ルコトナキニ非ス羅馬人ノ如ク理論ノ前ニハ能ク感情ヲ制スルノ力ニ富ミタル國民ト雖如此人道ノ容ササル行爲ハ永ク之ヲ認容スルコト能ハス家長ノ絕大權力ヲ非トスルノ論ハ漸其聲ヲ高クシ共和制ノ末期ヨリ帝政時代ニ至リ或ハ裁判例ニ依リ或ハ立法手段ニ依リ家長權ノ制限ハ漸其度ヲ加ヘ之ト同時ニ家族ノ身體上及財產上ノ地位ハ漸次法律上ノ保護ヲ有スルコトト爲レリ即家族ノ身體上ノ地位ニ關シテハ「家長權ハ憎愛ニ於テ成立スヘク殘酷ニ於テ成立スヘカラス」"patriapatestas in pietate debet non in atrocitate consistere" ヲ原則トシ家長權ハ家族ヲ保護スルカ故ニ存スルモノナルヲ以テ之ヲ虐遇スルカ爲ニ使用スヘカラサルモノト爲シ子女ニ非行アリタル場合ト雖家長ニシテ擅ニ之ヲ殺害スルトキハ犯罪ヲ構成スルモノトシテ之ヲ處罰シタリ而シテ父ノ私殺禁止ハ當初ニ於テハ父カ姦通ノ現行犯アル女子ヲ殺害スル場合ニ於テ例外ヲ有シタリト雖(Lex Julia de adulteriis) Constantin 帝ノ時ニ至テハ全ク其例外ヲ廢止シタリ子女ノ賣却又ハ遺棄ニ至テハ殺害行爲ノ如ク法律ハ絕對的ニ之ヲ禁止スルニ至ラサリシト雖棄兒ニ付テハ皆國庫自ラ救助費ヲ支出シテ直接ニ之カ救濟ヲ試ミ又ハ棄兒ヲ養育シタル富民ヲシテ之ヲ其子ト爲シ若クハ其奴隸ト爲スコトヲ得セシメ以テ間接ニ棄兒救助ヲ奬勵シタルカ如キ賣子ニ付テハ嘗一旦之ヲ禁止シ其止ムコトヲ得シテ禁ヲ解クニ及ヒテモ賣却セラレタル子女ノ自由ヲ回復スルニ付テハ便宜ヲ與フルノ立法ヲ爲シタルコト數項ニ涉ルカ如キ兢モ皆家長權ノ濫用ヲ抑制シテ家族ノ身體ヲ保護セントスル精神ニ出

0016

テタルニ非サレハナリ其財産上ノ地位ニ關シテハ裁判官(prudents)ハ解釋上財産ハ家長家族ノ共有タル可キモノナリトノ理論ヲ發明シ相續人タルヘキ子アル者ハ相續人廢除ノ手續ヲ爲スニ非サレハ他人ヲ以テ相續人トナスコト能ハサルモノト爲シ以テ家族ノ相續權保護ニ第一歩ヲ進メタリ然レトモ羅馬ニ於ル相續人廢除ノ手續ハ極テ簡易ナリシヲ以テ家長ハ容易ニ其手續ヲ履行シテ其子ノ相續權ヲ剝奪スルコトヲ得ヘク之ノミヲ以テシテハ未家族ノ財産上ノ地位ヲ確保シタリト謂フコト能ハス於是裁判官ハ更ニ一種ノ觀察法ヲ案出シ正當ノ事由ナクシテ其子ヲ相續ヨリ除斥シタル家長ハ精神ノ健全ノモノニ非サルヲ以テ子タル者ハ Querela inofficiosi testamenti ナル訴訟ヲ起シ父ノ爲シタル遺贈ノ減殺ヲ求ムルコトヲ得ルモノト爲シタリ而シテ子カ querela inofficiosi testamenti ニ於テ勝訴シタルトキハ家長ハ其財産ノ一部ヲ之ニ遺留セサルヘカラス其部分ハ普通ノ場合ニ於テハ遺贈ナカリシトキ子カ相續スヘカリシ部分ノ四分ノ一ナリシヲ以テ此部分ヲ稱シテ四分ノ一正當相續分(quartale giiina portionis)ト云ヘリ是即今日稱シテ相續人ノ遺留分ト爲ス所ノモノニシテ子カ遺留分ニ對スル權利ヲ有スルニ至テ其相續權ハ大ニ法律上ノ保護ヲ增加シタルモノナリ

羅馬ニ於ル家族制ハ如此ニシテ漸一變シタリ即當初ハ家長專制ニシテ其家ナルモノハ殆家長ナル身分ト合一シ家長ハ manus ナル家長權ノ下ニ其家族及財産ヲ所有シ自由ニ之ヲ處分スルコトヲ得タリシト雖家族ノ身體上及財産上ノ地位增進スルト共ニ漸其人格ヲ讓認セサル可カラサルニ至リ家ハ家長及家族ノ集合ヨリ成リタル團體トナリ財産ハ家長ノ財産ト謂ハンヨリハ寧家ノ財産タルニ至リ家族及財産ニ對スル絕對ノ權力タリシ家長權(manus)ハ分レテ家族ニ對スル家長權

(patria potestas)及財産ニ對スル財主權(dominica potestas)トナリ家長ハ一家ヲ代表シ patria potestas ニ依テ家族ヲ扶養統督シ dominica potestas ニ依テ家産ヲ支配スルモノトナリタリ更ニ之ヲ日耳曼ノ古制ニ考フルニ日耳曼家族制ハ全ク家族共同主義ニ依テ成リタルモノナルコトヲ見ル日耳曼人ハ極テ簡人的ノ自由ヲ尊重シタルト同時ニ亦親族間ノ團結心ニ富ミタルカ故ニ日耳曼ニ於テハ夙ニ血統ノ聯鎖ヲ有スル家族カ家ナル團體ヲ組成シ家長代表ノ下ニ共同連帶ノ生活ヲ爲シタリト雖家族ハ團體ノ一員トシテ完全ナル人格ヲ保有シ身體上ニ於テモ又財産上ニ於テモ充分法律ノ保護ヲ有シタリ即身體上ニ於テハ日耳曼家族制ノ家長ハ希臘、羅馬等ニ於ルカ如ク家族ニ對シテ生殺ノ權ヲ有スルコトナク專之ヲ保護統督シテ共同生活ノ目的ヲ遠スルノ任務ヲ有シタルニ過キス又財産上ニ於テハ家長家族ノ共力ニ成リタル財産ハ家産(allod)ヲ成シテ家長及家族ノ共有ニ屬シ家長ノ之ヲ支配スルハ所有者タル關係ニ於テスト謂ハンヨリハ寧管理者タル關係ニ於テシタルモノナリ而シテ羅馬ニ於ル財産共有ノ效力ハ單ニ相續人廢除ノ手續ヲ爲スニ非サレハ子ヲ相續ヨリ除斥スルコト能ハスト謂フニ止リタリト雖日耳曼ニ於ル家産共有ノ結果ハ家長カ家産タル土地ヲ讓渡セントスル場合ニハ其子ノ承認ヲ受クルコトヲ要シ若子ナキトキハ最近親ノ承認ヲ受クルコトヲ要シタリ加之羅馬ニ於テハ裁判官カ財産共有ノ理論ヲ發明シタル後ニ至テモ尙家長ハ其財産ノ大部分ヲ他人ニ遺贈スルコトヲ得タリシト雖古日耳曼ニ於テハ遺贈ヲ爲スノ習慣ナク家産ハ總テ相續人ニ移轉シタリ其他日耳曼人種ノ習慣トシテ國ニ於テハ現今尙其相續法中ニ痕跡ヲ止ムル「父方ノ財産ハ父方ニ歸シ母方ノ財産ハ母方ニ歸ス」"paterna paternis, materna maternis.)ナル原則ハ財産共有ニ關シテ日耳曼人ノ有シタル思想ヲ相續上ニ適用シタルモ

ノナリ

家族共同主義ノ家族制ハ獨羅馬及古日耳曼ニ於テノミ行レタルニ非ス印度、支那其他東洋諸國ニ於テモ亦後世ニ至テハ其家族制ハ祖先祭祀主義ヨリ漸家族共同主義ニ推移シタリ蓋此等ノ邦國ニ於テ家族制カ專祖先祭祀ヲ目的トシテ存在シタル時代ニ於テモ一家族ハ祖先祭祀者タル家長ノ下ニ相依リ相助ケテ生活ノ資料ヲ充足シタルモノナルカ故ニ初ヨリ既ニ家族共同ノ狀態ハ存シタルナリ唯當初ニ於テハ家族制ハ主トシテ祖先祭祀者ヲ絕タサルカ爲ニハ之ヲ中心トスル團體ヲ維持スルノ必要ヲ生シ時ノ經過ト共ニ祖先祭祀者タル家長其人ヨリモ寧之ヲ中心トスル家其モノヲ重ンスルニ至リ家長ハ家ノ代表者タル資格ヲ帶ヒ財產ハ家ノ資產タル性質ヲ有スルコトトナリ家長カ財產ニ付種種ノ法律行爲ヲ爲スハ家長一己ノ爲ニ之ヲ爲スニ非スシテ一家全體ノ爲ニ之ヲ爲スモノニシテ祭祀其他人事ニ關シテモ家長ハ自己ノ事トシテ之ヲ當ルニ非スシテ一家代表者ノ事トシテ之ニ任スルニ至リタルモノトス

家族共同主義ノ家族制ニ於テハ一家ハ家長ニ依テ代表セラレ其家ニ屬スル財產ハ家長之ヲ支配シ其家族ハ家長之ヲ扶養統督スルモノナルカ故ニ家長ノ死亡ニ依リ開始スル相續ハ家ノ代表者タル身分ノ相續ニ外ナラス相續人ハ相續ニ依リ家ノ代表者トナルノ結果家產ノ支配ヲ爲シ家族ノ扶養統督ニ任スルニ至ルモノナリ

家ノ代表者タル身分ヲ有スル者ハ家長一人ナルヲ以テ家長ノ死後其身分ヲ承繼スル相續人ハ一人ナラサルヘカラス隨テ家產タル財產ハ總テ一人ノ相續人ニ歸屬スルコト其制度ニ伴フ當然ノ結果ナルカ如シ然レトモ事實ニ於テハ印度、支那等ノ如ク家族制カ祖先祭祀主義ヨリ家族共同主義ニ

變遷シタル社會ニ於テモ又希臘、羅馬等ノ如ク家族制カ家長專擅主義ヨリ家族共同主義ニ推移シタル邦國ニ於テモ家族共同主義ノ家族制ノ行レタル當初ニ在テハ被相續人ノ財產ハ諸子ノ間ニ分配セラレ長子ノミ之ヲ承繼スルコトナカリシヲ普通トシタリ日耳曼古法ニ在テモ亦其中 Salique Ripuaire 法ノ如キハ女子ノ相續權ヲ否認シ Lombarde 法 Bourguignonne 法ノ如キハ男子ノ優先權ヲ認メタルノ異例ナキニ非スト雖相續財產ニ付分配主義ヲ取リタルコトハ各種族ノ法制ノ共ニ一致スル所ナリ財產共有ナルコトヲ信念シタル時代ニ於テ現ニ財產ヲ支配スル家長ノ死亡ヲ機會トシ共有者タル女子カ其財產ヲ分配スルノ制度ヲ採リタルコトハ正シク時代ノ思想ト一致スルモノニシテ毫モ怪ムニ足ラス故ニ此時代ニ於ル相續ハ予カ他ノ場合ニ於テ述ヘタル如ク亦身分承繼、財產承繼ノ區分ヲ有シタルモノト謂ハサルヘカラス

封建制度ハ政治上ニ於テハ地方分權ノ形勢ヲ馴致シタリト雖民事上ニ於テハ一家團結ノ態度ヲ鞏固ニシタリ蓋封建時代ニ於テハ政事上ニ於ル中央ノ權力强大ナラサリシヲ以テ人民ハ其保護ニ依賴シテ其生ヲ安ンスルコト能ハス專地方割據ノ諸侯ニ隸屬シ其力ニ依テ生命財產ノ安固ヲ完ウシタルモノナリ而シテ當時一般ノ風氣殺伐ヲ好ミ優勝劣敗ノ原理ハ緩和ナク適用セラレ動モスレハ則他ヲ侵害シテ自己ノ領域ヲ擴張センコトヲ計ル者少カラサリシヲ以テ諸侯ハ常ニ防備ヲ嚴ニシ以テ他ノ侵襲ニ當ラサルヘカラス故ニ諸侯ノ下ニハ各之ニ從屬スル家士アリ一朝事アルトキハ諸侯ハ之ヲ率キテ攻戰防禦ノ事ニ從ヒタルモノトス如此時代ニ於テ諸侯及其家士ニシテ能ク其臧分ヲ完ウセンコトセハ相當ノ軍資及武力ヲ有セサルヘカラス而シテ之カ爲ニハ資力ヲ集中シテ家門ヲ强大ニスルコト最必要ノ事ト爲ス共同分配相續制ニ依リ既得ノ權勢ヲ分割スルカ如キハ時代ノ必

0018

要ト相容レサルモノナリ於是相續制ハ男女長幼同權主義ヨリ再變シテ男性ノ特權及長子ノ優位ヲ認ムル主義ト爲リ相續ノ目的ハ一ニ身分ヲ承繼スルニ在ルコトト爲リ家長タル身分ヲ承繼スルトキハ家產ノ其結果トシテ當然承繼者ニ歸屬スルニ至レリ

封建時代ニ於ル武士ノ相續ハ一二ノ例外ヲ除クノ外ハ男性長子相續ナリ蓋封建武士ノ職分ハ男子之ヲ行フニ適シテ女子之ヲ行フニ適セサルカ故ニ相續ヲ以テ男性ノ特權ト爲スコトハ時代ノ必要ニ應スルモノナリ又資力ヲ集中セントセハ一人ノ相續人ヲシテ家祿家產ヲ承繼セシメ以テ其分割ヲ防カサルヘカラス而シテ諸子中其一人ノミ相續ヲ爲スヘキモノトセハ年長ニシテ家長タルニ最適當ナル長子カ其任ニ當ルコト事ノ自然ニ適スルモノナリ反之封建時代ニ於テモ平民ノ相續ハ財產ニ付テハ共同主義ヲ採リ之ヲ諸子間ニ分配シタリ是平民ニ在テハ武士ノ如ク職分上家產ヲ集積セサルヘカラサルノ必要ナキヲ以テナリ然レトモ時代ノ氣風ハ常ニ一般ニ普及スルノ傾向ヲ有シ必要以上ニ其感化ヲ及スコトアルモノナルヲ以テ封建時代ニ於テハ平民ト雖武士ト同一ノ相續制ニ依リタル者ナキニ非ス佛國ニ於テ市民(bourgeois)カ死亡シタル場合ニ於テ其領有地(fiefs)ニ付テハ男性長子相續制ニ從ヒタルカ如キ又我國ニ於テモ平民ノ間ニ於テモ一般ニ長子相續制ノ行レタルカ如キ是ナリ

家族共同主義ノ時代ニ於テモ被相續人ニ子女ナキトキハ他人ヲ養ヒテ其子ト爲シ之ヲシテ相續セシムルコト一般ニ行レタリ但日耳曼法系ノ諸國ニ於テハ子ナキトキハ最近親ヲ以テ相續人ト爲スノ制ヲ認メタルヲ以テ養子ヲ爲スノ必要ハ他諸國ニ於ルカ如ク緊切ナラス又事實ニ於テモ他諸國ノ如ク盛ニ行レサリシカ如シ

ニ適人制時代　適人制トハ各人カ相獨立シ各自其力ニ依テ生活ヲ營ムノ生活制度ナリ家族制ニ在テハ一家ニ屬スル各員ハ生活ニ付テ連帶的關係ヲ有シ生產、消費共ニ之ヲ相共ニシタリト雖適人制ニ在テハ各人自營ヲ以テ生活ノ本體ト爲シ親族タルノ故ヲ以テ生活上ノ連帶アリト爲ササルモノナリ適人制ノ行ルル社會ニ於テモ家(familia)ナルモノハ之ナキニ非スト雖適人制ニ於ルモ家族制ニ於ルカ如トハ大ニ其趣ヲ異ニス前者ハ獨立自營スルコト能ハサル子女カ自然ノ保護者タル父母ヲ中心トシテ集合スル團體ニシテ後者ハ血統相聯結スル親族カ家ノ長者タル家長ヲ主腦トシテ團結スル團體ナリ前者ハ幼者ヲ養育スルノ趣旨ニ因テ成ルモノニシテ後者ハ生活ヲ共同ニスルノ精神ニ出タルモノナリ前者ニ於テハ父母ハ親權ヲ以テ子女ヲ監督敎導シ後者ニ於テハ家長ハ家長權ヲ以テ家族ヲ統督扶養ス其間實ニ鴻溝ヲ劃スルモノト謂ハサルヘカラス

適人制ノ基礎ハ各人ノ自營ニ在リ各人ノ自營ハ各自ニ財產ヲ享有スルコトヲ得ルニ因テ始テ其目的ヲ達スルモノナルカ故ニ家族制カ變シテ適人制ト爲ルニハ實ニ家長ニノミ限局セラレタル財產ノ享有カ家族ニモ亦擴充セラルルニ至ルコトヲ必要トスルモノナリ而シテ家族ノ財產享有權ヲ認ムルニ至ル原因ハ一ニシテ足ラスト雖其主タルモノハ實ニ一、戰爭二、商業三、革命ナリトス

戰爭ハ往往家族ヲシテ家長ノ手ヲ離レテ遠隔ノ地ニ戍營セシムルモノナルヲ以テ自ラ獨立ノ氣風ヲ養成スヌ又戰爭ハ時トシテハ多數ノ死者ヲ生セシムルモノニシテ一家ハ爲ニ俄然其要部ヲ奪去セラレ殘存シタル家族ハ各自ニ前後ノ計ヲ爲ササルヘカラサルニ至ルコトアルモノナリ故ニ戰爭ハ自ラ人ヲシテ自營心ヲ生スルニ至ラシムルモノトス加之戰爭中殊勳ヲ立テタル者ハ軍功賞賜ヲ受クルコトアルヘク而シテ雖馬ニ於テハ戰功賞賜ハ家族ノ特有財產タルヘキモノト爲シタルヲ以ヲ

0019

戰爭ハ家長以外ノ者ヲシテ財產ヲ享有スルコトヲ得セシムル一ノ機會ト爲リタルモノナリ

商業ナルモノハ敏速ヲ貴フモノナルヲ以テ營業者カ自己ノ判斷ヲ以テ直ニ事件ヲ處理スルコトヲ得ルニ非サレハ其營業ハ盛大ト爲ルコト能ハス故ニ商業ノ發達ト共ニ商業上ニ於テ成效ヲ得ントセハ其從事者ハ極テ機敏ノ行動ヲ爲ササルヘカラス而シテ機敏ノ行動ハ行爲者自ラ財產ヲ有シ其意ニ任シテ經營スルコトヲ要件トスルモノナルヲ以テ家長ト家長タラサルモノトヲ問ハス之ニ從事スル者漸增加スルニ及ヒ家長以外ノ者ニシテ財產ヲ有スル者モ亦漸其數ヲ增加セサルヲ得ス特ニ商人ナル者ハ利ノ有ル所千里ヲ遠シトセスシテ奔走來往シ自己ノ體力ト知能トニ依テ營利ノ途ヲ講スル者ナルヲ以テ自ラ獨立心ヲ生スルモノナルノミナラス劃策能ク商機ニ投スルトキハ一躍シテ巨萬ノ利益ヲ占ムルコトヲ得ルモノナルヲ以テ財力ノ有ル所ハ權力ノ歸スル所ト爲リ自己ノ技量ノ結果ハ自ラ之ヲ他人容喙ノ外ニ置クニ至ルコト當然ニシテ家族ハ如此ニシテ漸其特有財產ヲ作ルニ至リタルモノトス

革命ニ至テハ惰性ノ力ニ因リ維持セラレタル舊慣ヲ打破シテ時代思想ノ理想トスル所ヲ實現セントスルモノナルヲ以テ舊慣中時代ノ思想ト一致セサルモノカ革命ニ遭ヒテ改廢セラルルコトアルハ當然ナリ而シテ一方ニ於テハ理論上人格且備ノ平等ヲ感識シ他ノ一方ニ於テハ經濟上財產享有ノ自由ヲ要求スルニ至リタル時代ニ於テ家族ノ財產享有權カ革命ニ因リ確定スルニ至ルコトハ自然ノ趨勢ナリト謂ハサルヘカラス

家族制時代ニ於テ家長以外ノ者ニシテ特有財產ヲ有スルニ至リタルトキハ其死亡ノ場合ニ於テ財產ノ承繼者ナカルヘカラス故ニ家族制時代ニシテ既ニ如此狀態ニ達スルトキハ其目的ヲ異ニスル二樣ノ相續相併存スルニ至ルモノニシテ家長死亡シタル場合ニ於テハ家長權相續開始シ家族死亡シタル場合ニ於テハ財產相續開始スルモノトス

商工業ノ發達更ニ一步ヲ進メ社會經濟ノ狀況一變シ一家共同的生活ヲ爲ス者ハ各人自營的生活ヲ爲ス者ニ比シ生存競爭上常ニ劣敗者タラサルヲ得サルニ至リ家族制度ハ其根本ヨリ顚覆セラレ家長、家族ナル身分ハ其存在ヲ喪失シ財產ハ悉各人ノ財產ト爲リ之ト同時ニ相續ノ目的ハ一ニ財產ニ在ルコトト爲レリ

歐洲ニ於テ純然タル財產相續制ノ確立シタルハ實ニ千七百八十九年佛國大革命ノ時ニ在リタルモノトス蓋歐洲ニ於ル封建制度ハ政治上ニ於テハ王權ノ回復ト共ニ漸衰靡ニ歸シタリト雖民事上ニ於テハ永ク其遺風ヲ存シ相續ニ關シテモ大革命ノ時ニ至ル迄ハ制度トシテ男性ノ特權及長子ノ優位ヲ認メタリ大革命ニ參與シタル政治家ハ封建ノ遺習ヲ根抵ヨリ打破スルヲ以テ其任ト爲シタルヲ以テ其見ヲ以テ封建制度ト關係アリトシタル家族制ハ全ク之ヲ排斥シ相續ニ關シテハ總テノ特權ヲ廢シ男女長幼間ノ平等主義ヲ宣言シタリ革命ノ政治家ハ單ニ共同均分相續制ヲ採用シタルノミヲ以テ滿足セス人意ヲ以テ此制度ノ趣旨ヲ變更スルコトヲ防止スルカ爲メ更ニ一方ニ於テハ千七百九十三年三月七日ノ法律ヲ以テ被相續人カ相續人タル直系卑屬又ハ直系卑屬ニ對シ贈與又ハ遺贈ヲ爲スコトヲ禁シ尋テ共和二年霧月五日ノ法律ヲ以テ此禁令ヲ傍系親カ相續人タル場合ニ迄及シ以テ相續人間ノ平等ヲ維持シ他ノ一方ニ於テハ共和二年霧月五日ノ法律及同年雪月十七日ノ法律ヲ以テ被相續人カ相續人以外ノ者ニ對シテ贈與又ハ遺贈ヲ爲ス場合ニ於ル處分部分(portion disponible)ヲ極テ少額(直系卑屬又ハ直系尊屬カ相續人ナルトキハ總財產ノ十分ノ一、傍系親カ相

0020

續人ナルトキハ其六分ノ一）ニ制限シ以テ他人ニ對シ相續人ノ權利ヲ保護シタリ共和政府カ如此各相續人ノ權利保護ニ力メタル所以ノモノハ單ニ當時ノ人心ニ投合シタル平等主義ノ理論ニノミ基キタルニ非ス實ハ之ニ因テ封建制度ノ復興ヲ豫防セントシタルモノニシテ大ニ政治上ノ意義ヲ有シタルモノナリ然レトモ被相續人ノ處分權及其處分部分ノ如此制限ハ實際ノ事情ニ適合セサル所アリシヲ以テ久シカラスシテ漸其不便ヲ訴フル者ヲ生シ頗ル收治ノ時ニ至テ稍之ヲ緩和スルノ規定ヲ設ケ其後千八百四年民法ヲ制定スルニ及ヒ共和時代ノ法制ト同ク相續ニ付テハ共同均分主義ヲ採用シタリシモ被相續人カ相續人ニ對シテ爲ス贈與、遺贈ニ關スル禁合ニ至テハ之ヲ取ラス被相續人ノ處分部分モ亦頗之ヲ擴張シタリ（佛民九一三條乃至九一六條）佛民法ハ近世歐洲諸國民法ノ模範ト爲リシモノナルヲ以テ近世歐洲諸國ノ民法ハ相續制ニ付佛民法ト同一主義ヲ採用スルモノ甚多シ

財產相續ニ於ル相續順位ハ國ニ依リ多少ノ差異ナキニ非スト雖直系卑屬ヲ第一順位トシ共同均分主義ヲ以テ相續セシメ直系卑屬中親等ノ異ル者アルトキハ親等ノ近キ者ヲシテ其遠キ者ヲ排除セシメ相續人タルヘキ者ニシテ死亡セタルトキハ其直系卑屬ヲシテ之ニ代位セシムルコトハ各國法ニ通シテ略相同シキ所トス第二順位以下ノ相續人ニ至テモ各國其異ル所ハ唯其順位ニ指定セラルル者ノ間ニ少シク相同カラサル所アリト云フニ止リ規定ノ精神ニ至テハ第一順位ノ相續人ニ關スルモノト大體ニ於テ其趣旨ヲ一ニスルモノナリ

財產相續ニ在テハ家ノ繼續ヲ必要トスル事情ナキノミナラス傍系親ノ相續權ヲ認ムルヲ以テ家長權相續ニ於ル養子制度ヲ必要トセス故ニ英國ニ於テハ現今養子ナルモノヲ認メス佛國ニ於テハ其

民法ハ或特別ノ場合ニ於テ養子ヲ爲スコトヲ許スモ事實ニ於テハ其數甚多カラスト云フ又財產相續ニ在テハ被相續人ノ死亡後ニ於テ其財產上ニ於ル地位ノ承繼者アレハ則足レリトスヘキカ故ニ必シモ相續人アルコトヲ要セス故ニ佛民法ノ如キハ被相續人カ相續人ヲ指定シタル場合ニ於テモ其效力ハ包括父ハ特定遺贈ヲ爲シタル場合ト異ルコトナキモノト爲シ之ヲ相續人ト爲ササルノ規定ヲスラ設ケタリ

（二）

我國相續ノ沿革　相續ニ關スル一般歷史ノ梗概ヲ舉クルトキハ以上略述シタル所ノ如シ翻テ我國ニ於ル沿革ヲ觀ルニ我史籍ハ民事ニ關スル記事ヲ載スルコト多カラス上古史ニ在テハ特ニ然リトスルヲ以テ上古ノ相續制ニ關シ記錄ヲ根據トシテ說述スルコトハ容易ナラスト雖祖先祭祀ヲ重ンシ血統ノ繼續ヲ貴ヒ探湯ノ如キ嚴酷ナル方法ニ依テ姓氏ノ混亂ヲ防カントシタルノ事跡等ニ考フルモ我國ニ於テハ古昔ヨリ家族制ヲ存シ其相續制カ祖先祭祀主義ナリシコト想像スルニ難カラス令義解ノ著者カ養老繼嗣令中五位以上ノ廢嫡ニ關シ「其嫡子有罪疾不任承重者申牒所司驗實聽更文」ト規定シタルヲ解シ重ヲ承クルトハ父ニ代リテ祖先ノ祭祀ヲ繼續スル義ナリトシ爲シ罪疾アル者ハ祖先ノ祭祀ヲ司ラシムルニ適セサルヲ以テ之ヲ廢除シ更立スルコトヲ聽シタルモノナリトシ爲セルヲ以テ觀ルモ上古ニ在テハ祖先ノ祭祀ヲ繼續スルコトカ家長ノ仟務及相續ノ目的ノ主要ナルモノニシテ中古ニ至ルモ仍其精神ノ傳ヘラレシコトヲ知ルニ足ルナリ

然レトモ中古ノ家族制ハ之ヲ以テ全ク祖先祭祀主義ノモノト爲スヘカラス當時ノ家族制ヲ觀ルニ其親族共同團體ノ組織ハ通常所謂家族制ナルモノノ親族共同團體ト同カラサル所アリ通常ノ家族制ナルモノニ於テハ familia ナル一種ノ親族共同團體アルノミナリト雖當時ノ家族制ニ於テハ戶及戶ノ

細別ナル家（房又ハ方トモ稱ス）ノ二種ノ親族其團體アリタリ但戸ハ常ニ家ノ集合ヨリ成リタルモノニ非ス或モノハ單ニ戸主及戸口ヨリ成リ或モノハ家長及家族ノ共同團體タル家ノ集合ヨリ成レリ戸主及戸口ヨリ成ル戸ニ在テハ戸口ハ戸主ノ保護ノ下ニ共同連帶的生活ヲ營ミタルモノニシテ家ノ集合ヨリ成ル戸ニ在テハ家長及家族ハ家ナル小團體ヲ組成シテ共同生活ヲ爲スト同時ニ戸ノ戸口トシテ戸主統督ノ下ニ生活上ノ連帶的責任ヲ有シタルモノナリ如此其家族制ハ頗複雜ノモノナリシト雖戸ニハ戸主アリテ之ヲ代表シ家ニハ家長アリテ之ヲ保護シ戸主又ハ家長ノ保護監督ノ許ニ集合團體ハ共同生活ヲ爲シタルモノニシテ戸主又ハ家長ノ任務ノ主要ナルモノハ共同生活ノ主腦タリシカ故ニ既ニ家族制ノ第一期ヲ經過シ去リタルモノト謂ハサルヘカラス而シテ我國ニ於テハ戸主又ハ家長ハ其監督ノ下ニ在ル戸口又ハ家族ニ對シ生殺ノ權ヲ有スルカ如キ強大ナル權力ヲ有セサリシヲ以テ我家族制ハ祖先祭祀主義ヨリ直ニ家族共同主義ニ移リタルモノニシテ中古ノ家族制ハ正シク家族共同主義ノ初期ニ屬シタルモノトス

中古ノ制度ニ於テハ身分ノ承繼ト財產ノ承繼トハ之ヲ區分スヘキモノト爲シ大寶令、養老令共ニ前者ハ之ヲ繼嗣令ニ於テ規定シ後者ハ之ヲ戸令ニ於テ規定シタリ

身分ノ繼嗣ニ關シ養老令ノ定ムル所左ノ如シ

凡三位以上繼嗣若嫡相承若無嫡子及有罪疾者立嫡孫無嫡孫以次立嫡子同母弟無母弟立庶子無庶子立嫡孫同母弟無母弟立庶孫四位以下唯立嫡子（謂庶人以上其八位以上嫡子叙見亡及有罪疾者更立替）未其氏宗者聽勅

此規定ニ依レハ三位以上ト四位以下トニ依リ區別ヲ爲シ其間同カラサル所アリト雖二者ニ通シテ同一ナルコト是ナリ而シテ之ト同時ニ三位以上ノ繼嗣ニ於テハ或場合ニ於テ傍系親ト繼相續ヲ爲スコトヲ得ルモノトシ傍系親ノ相續權ヲ認メタルコトハ特ニ注意スルノ價値アルモノトス

又財產ノ分配ニ關シテハ養老令ハ其應分條ニ於テ左ノ如ク規定シタリ

凡應分者家人僕婢（氏賤不在此限）田宅資財（其功田功封繩計作法嫡母繼母及嫡子各二分妾同女子三分）唯入男女不在分限兄弟亡者子承父分（養子亦同）兄弟俱亡則諸子均分其姑姉妹在室者各減男子三半（雖已出嫁未經寡妻妾無男者承夫分女分同上若夫兄弟皆亡各同一子三分有男無男等謂在夫家守志者）若欲同財共居及亡人存日處分證據灼然者不用此令

應分條ノ規定トシテ現存スル所ノモノハ右ニ揭クル所ノ如シト雖字句頗ル解シ難キノミナラス其間或ハ缺文アルノ疑アルモノアリ學者ノ解說モ亦一途ニ出ラス然レトモ右ノ條文ニ依リ討尋スルトキハ當時ノ分配法ハ大體ニ於テ左ノ如クナリシモノト見ルコトヲ得ヘシ

イ　分配スヘキ財產ハ被相續人ノ所有ニ係ル家人奴、婢、田宅、資財等一切ノ財產ヲ包含スト雖モ其氏ニ屬スル賤民及妻カ齎スル所ノ嫁資ハ之ヲ除ク又功田、功封ハ男女ニノミ分配シテ他ニ分配セス

ロ　被相續人死亡ノ場合ニ於テ被相續人ノ正妻ト其實子ト生存スル場合ニ於テハ財產ノ分配ヲ爲サス蓋祖父母、父母ノ生存中別籍異財スル者ハ孝道ニ缺クルモノトシ當時ノ法律ハ八虐ノ一トシテ之ヲ刑罰ニ處シタルカ故ニ（戸婚律ニ依レハ祖父母父母在而子孫別籍異財者徒二年）相續ノ場合ニ於テモ實母子ノ間ニ於テハ財產ノ分配ヲ爲ササリシモノトス

ハ　嫡子ト繼母及庶子トノ間又ハ庶子ト嫡母トノ間ニ於テハ嫡母、繼母、嫡子ハ各二ヲ得庶子ハ一ヲ得ルノ割合ヲ以テ財產ヲ分配ス

ニ　被相續人ノ嫡、庶子中被相續人ニ先チテ死亡シタルモノアルトキハ其者ノ子ハ父ノ相續分ヲ受

0022

ケラ代位相續ヲ爲ス養子ノ場合ニ於テモ亦然リ若嫡、庶子總ノ被相續人ニ先チテ死亡シタルトキハ其子ハ相續財產ヲ均分ス

本　前二項ノ場合ニ於テ女子ノ未出嫁セサル者又ハ既ニ出嫁スルモ未分財ヲ經サル者アルトキハ男子ノ半分ヲ相續ス被相續人ノ妾モ亦女子ト同一ノ相續分ヲ有ス

ヘ　被相續人ノ嫡庶子中被相續人ニ先チテ死亡シタル者ノ妻妾ニシテ男子ナキ者ノ夫ノ相續分ヲ承ク

ト　財產ノ分配ヲ受クヘキ者カ同財產共居ヲ欲スルトキハ財產ノ分配ヲ爲サスシテ共同生活ヲ爲スチ　被相續人生存中處分シタルノ證據灼然タルモノニ在テハ其表示シタル意思ニ從フ

右ノ規定ニ於テ吾人ノ注意ヲ要スルハ(一)被相續人カ遺言ヲ以テ其財產ヲ處分スルトキハ全ク其自由ニシテ何等ノ制限アルコトナシ(二)被相續人ノ遺言ナキ場合ニ於テハ實母子ノ間ノ外ハ相續財產ハ法定ノ割合ヲ以テ被相續人ノ子女及妻妾ノ間ニ分配ス但財產ノ分配ヲ受クヘキ者ハ特ニ其意思ヲ表示シテ同財共居ヲ爲スコトヲ得(三)子女ノ間ニ於テハ相續分ニ差等アリト雖男女嫡庶ヲ論セス皆相續分ヲ有ス(四)相續人ト子女及妻妾ハ代位相續ヲ爲スコトヲ得ル等ノ數點ニシテ當時ノ相續制ハ財產ノ承繼ニ付テ共同分配主義ヲ採リタルモノナリ

王朝ノ權力衰微スルト共ニ各地ノ豪族莊園ヲ有シ徒ヲ集メ黨ヲ結ヒ各其勢力ヲ扶殖スルニ至リ漸ク封建ノ勢ヲ馴致シタリト雖源、平氏及北條氏ノ時代ニ於テハ幕府ノ威力尚盛ニシテ政令天下ニ行レタルヲ以テ政治上ノ改革ハ直ニ民事上ノ改革ヲ惹起スルニ至ラス北條氏時代ニ於テ武家裁斷ノ準據タリシ貞永式目ノ如キモ相續制度ニ付テハ特ニ別箇ノ原則ヲ定メタルモノト見ルヘキモノナシ相續ニ關シ其記載スル所ハ多クハ被相續人カ其財產ヲ處分シタル後或事故ヲ發生シタル場合ニ於テ其財產ノ取戻ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤニ係ルモノニシテ其稍特異ナルモノハ左ノ一條ナリ

一父母所領配分時雖非義絕不讓與成人子息事右其親以成人之子令吹擧之間勵勤厚之思積勞功之處或就繼母之讒言或依庶子之鍾愛其子雖不被義絕忽諚彼處分侘傺之條非據之至也仍割今所立立嫡子分以五分一可宛給無足之兒也但雖少分於計宛者不論嫡庶且依證跡抑雖爲嫡子無指奉公又於不孝之罪者非沙汰之限矣

右ノ規定中「仍割今所立之嫡子分以五分一可宛給無足之兒也」ノ一段ハ大ニ注意セサルヘカラス此規定ニ依レハ父カ成人ノ長子ヲ措キテ他ノ子女ニノミ財產ヲ分配シタルトキハ原則トシテハ新ニ立チタル嫡子ノ相續分五分ノ一ヲ割キテ之ヲ成人ノ子ニ與ヘサルヘカラス是一種ノ遺留分ニシテ我國ニ於テ成文上遺留分ニ關スル規定ヲ設ケタルハ之ヲ以テ嚆矢ト爲ス

養老令ハ別ニ明ニ之ヲ廢止スルコトヲ發令セラレタルコトナキカ故ニ武家時代ニ至ルモ常ニ法家ノ參考ト爲リシモノナリト雖生存競爭上家ノ鞏固ヲ計ル必要アル封建時代ニ於テ時代ノ必要ト一致セサル相續財產分配制カ漸ク實地ニ行レサルニ至リタルコトハ事ノ當ニ自然ナルヘキ所ナリ足利時代ニ至テハ相續ニ因リ財產ヲ分配スルノ習慣ハ漸衰廢ニ歸シ封建武士トシテ一家ノ統督者タルニ適スル男性ノ長子ハ家督ヲ相續スルト共ニ財產ノ全部ヲ承繼スルノ習慣ヲ生シ相續制度ハ玆ニ身分承繼制ト爲リ爾相續ハノ身分ヲ承繼シタル者ハ其結果トシテ當然其財產ヲ承繼スルコトト爲レリ而シテ此習慣ハ戰國時代ヲ經テ德川氏ニ及ヒ終ニ今日ニ迄繼續シタルモノニシテ相續ハ子孫ニ於テ之ヲ爲スヲ本則トシ子孫中長子ハ優先ノ順位ヲ有シ被相續人ト雖筋目ノ違ヒタル遺言ハ之ヲ爲スコト能ハス

0023

實子ナキ戶主ハ親類縁者ノ中ニ就キ生前ニ於テ早ク養子ヲ爲シ置カサル（カラス然ラサレハ一家ハ相續人ナキ爲メ斷絶ノ不幸ヲ見ルヲ免レス德川氏時代ニ於テ相續ニ關シテ規定セラレタルモノヲ見ルニ左ノ如シ

家ニ關スルモノ　一養子者連綿但可被用同姓女縁者家督相續古今一切無之事（寛長二十甲表中方御條目十七箇條）

武家ニ關スルモノ　一繼嗣は其子孫相承すへき事論するに及はす子なからんものは同姓の中其後たるへき者を撰ふへし凡十七歳より以上は其後たるへきものを撰ひ現在の日に及ひて望請ふ事をゆるす或は實子たりといふとも立へき者之外を撰ひ或は子なくして其後たるへき者を撰ふのこときは親族家人等議定の上を以て上裁を仰くへし若其望請ふ所理にをいて相叶はす並其病危急の時に臨て望請ふ所のこときは其濫望をゆるすからすしかりといへとも或は父祖の功績或は其身の勤勞他に異なるの輩にをいてはたとい望請ふ所なしといふとも別議を以て恩裁の次第有へき事

附　同姓の中繼嗣たるへき者なきにをいては舊例に准して異姓の外族を撰ひて言上すへし近世の俗繼嗣を定る事或は我族類を聞すして其貨財を論するに至る人の道たるかくのことくなるへからす自今以後嚴に禁絶すへき事（享保二年武家諸法度）

諸士ニ關スルモノ　一跡目之儀養子は存生之內言上いたすへし及末期雖申之不可用之雖然其父五十以下之輩は雖爲末期依其品可立之十七歳以下之者於致養子は吟味之上許容すへし向後は同姓之弟同甥同從弟同又た甥並從弟此內を以て相應之者を撰ふへし若同姓於無之は入聟娘方之孫姉妹之子種替之弟此等は其父之人からにより可立之自然右之內にても可致養子者於無之は遠寄行所可請差圖也假令雖爲實子筋目遠たる遺言立へからさる事（寛文三年諸士法度）

武家諸法度及諸士法度ハ屢改定損益セラルル所アリシモノナルヲ以テ中ニ就キ最詳細ニ規定シタルモノヲ選ヒ右ニ掲ケタリ

明治維新諸般ノ制度多クハ其法ヲ泰西ノ文物ニ取リタリト雖生活狀態ノ如ク多年ノ慣行ニ成リタルモノハ一朝俄ニ大ナル變革ヲ爲スヘキモノニ非サルカ故ニ家族制ハ尙我社會組織ノ基礎ヲ爲シ一家ノ家族ハ相依リ相扶ケ以テ共同ノ生活ヲ爲スコト今猶昨ノ如シ故ニ我邦ニ於ル相續ハ今日ニ於テモ尙主トシテ家ノ統督タル戶主ノ身分ヲ承繼スルヲ目的トスルモノナリ然レトモ泰西文物ノ感化經濟狀況ノ變遷等ハ時勢ヲ促進シ戶主ノ下ニ在ル家族ニ對シテモ亦其幇有財產ヲ認メサルヲ得サルニ至ラシメタルヲ以テ特有財產ヲ有スル家族ニシテ死亡シタル場合ニ於テハ其財產ニ付之カ承繼者ナカルヘカラス於是乎我國ノ現狀ニ於テハ戶主タル身分ヲ承繼スヘキ家督相續ノ傍ニ於テ家族ノ財產ヲ承繼スヘキ遺產相續ヲ認ムルコト時勢ノ當ニ然ラシムル所ナリ

民法ハ家督相續ニ付テハ單獨主義ヲ採用シ遺產相續ニ付テハ共同主義ヲ採用シタリ相續ニ關スル一般ノ沿革及我國ニ於ル歷史ヲ叙述スルニ當リテ略說シタル如ク家長權相續ニ在テモ財產ノ承繼ニ付テハ分配主義ヲ取リタル實例之ナキニ非サルヲ以テ家督相續ト單獨主義トハ常ニ相離ルヘカラサル關係ヲ有スルモノニ非スト雖我現時ノ社會狀態ハ大體ニ於テ家族共同ノ生活ヲ基礎トスルヲ以テ民法カ舊慣ニ從ヒ家督相續ニ付テ單獨主義ヲ採用シタルハ正ニ時宜ニ適シタルモノトス反之遺產相續ナルモノハ唯家族ノ特有財產ニ付其承繼者ヲ定ムルニ過キサルモノナルヲ以テ共同主義ニ依リ男女長幼ヲ問ハス公平ニ各子女ノ間ニ財產ヲ分配スルコト最理論ニ適スルモノトス舊民法カ遺產相續ニ付家督相續ト同ク單獨主義ヲ採用シタリシハ予ノ深ク遺憾トシタル所ナリシカ新民法カ其轍ヲ履マ

0024

ス遺産相續ニ付テ斷然共同主義ヲ採用シタルハ卓ノ宜シキヲ得タルモノナリ

第三　相續ノ根基

相續ノ根基ニ關スル觀念ハ其目的ノ如何ニ依テ自ラ異動ナキコトヲ得ス而シテ相續ノ目的ハ時代ノ信念ニ從テ變更シタルコト既ニ述フル所ノ如クナルヲ以テ相續ノ根基ニ關スル觀念モ亦時代ノ信念ト共ニ推移スヘキモノナリ然レトモ進歩シタル社會ニ於ケル相續ノ目的ハ專ラ財產ヲ承繼スルニ在ルカ又ハ身分ト共ニ財產ヲ承繼スルニ在ルカ若クハ身分ヲ承繼スルノ結果トシテ財產ヲ承繼スルコトハ實ニ相續ノ效力中重要ナルモノニ係ルカ故ニ學者カ相續ノ根基ヲ論スルハ主トシテ其財產ノ承繼ニ關スル方法ニ於テスルヲ常トス予モ亦其轍ニ倣ヒ專ラ此點ヨリ立論セントス

相續ノ根基ニ關スル歐洲ノ觀念ハ大別シテ之ヲ三主義トナスコトヲ得ヘシ意思推定主義、親族共有主義、最ト權力主義即是ナリ

(一)　意思推定主義(volonté présumée)

意思推定主義トハ相續ヲ以テ所有權ノ一ノ發動トナスモノニシテ相續ノ根基ヲ被相續人ノ意思ニ置クモノナリ其說ニ曰ク凡財產ヲ所有スル者ハ自由ニ之ヲ處分スルノ權利ヲ有ス此權利ハ獨之ヲ生前ニ於テ行ヒ得ルノミナラス又之ヲ死後ニ向テ用フルコトヲ得ルモノナリ相續トハ被相續人カ所有權ノ行使ニ依リ其死後ニ於テ相續人ヲシテ其財產ノ享有ヲ爲サシムルニ過キス故ニ被相續人カ遺言ヲ以テ明ニ其財產ノ處分ヲ爲シタルトキハ固ヨリ其意思ニ從ハサルヘカラス其遺言ナキ場合ト雖法律ハ被相續人ノ愛情本務等ヨリ其意思ヲ推定シ被相續人カ其財產ノ享有ヲ爲サシメント欲シタルナルヘシト想像セラルル者ヲシテ之カ承繼ヲ爲サシメサルヘカラスト此主義ハ羅馬ノ法律觀念ニ出テタルモノニシテ羅馬ニ於テハ家長ハ其子女ニ對シ絕大ノ權力ヲ有シ生殺與奪ノ一ニ其欲スル所ニ任スルコトヲ得タリ故ニ子女ヲシテ財產ノ承繼ヲ爲サシムルト否トハ專家長ノ意ニ在ルモノトナシ相續ニ於テハ家長ノ意思ノ在ル所ヲ推定シ其欲シタル所ノモノヲシテ其財產ヲ承繼セシムルヲ以テ理想トスヘキモノトナシ故ニ予ハ此主義ヲ稱シテ羅馬主義ト謂ハント欲ス

Hugo Grotius, Pufendolf, Barbeyrac, wolff 等ハ相續ニ付テ此主義ヲ唱道シタリ然レトモ羅馬人ハ此主義ノ基礎ヲ家長ノ權力ニ置キタルニ反シテ此等ノ學者ハ此主義ノ根柢ヲ所有權ノ發動ニ置キ相續ヲ以テ所有者タル被相續人カ其死後ニ於ル所有物ノ處分ヲ爲スニ因テ生スルモノト爲シタリ近世ニ於テ此主義ヲ主張シタルハ Bentham, John Stuart Mill, Acollas 等ニシテ此等ノ學者ハ相續ヲ以テ所有權ノ觀念ノ一部ヲ爲スモノト爲シ所有物ノ處分ハ一ニ所有主ノ意思ニ在ラサルヘカラス故ニ相續ト遺贈トハ結局同一物ニ外ナラスト曰ヘリ

意思推定主義ハ相續ヲ以テ被相續人ノ權利ノ實行ト爲スモノナルカ故ニ相續人ノ遺留分ニ關スル規定又ハ相續財產ノ種類及取得原因ニ因リ相續人ヲ異ニスヘキ規定ノ如ク被相續人ノ權利ノ實行ナル觀念ト相容レサルモノハ此主義ノ認メサル所ナリ Mill ハ被相續人ノ處分權ヲ拘束スヘキ遺留分ナルモノハ之ヲ認ムヘカラスト雖社會公益上財產ノ少數者ニ偏集スルヲ防止スル爲メ受遺者ノ受贈部分ヲ制限スレハ必要アリト論シタリト雖 Acollas ハ所有者ハ自由處分權ヲ有スルニモ拘ラス之ヲ制限スルニ至ルヘキ規定ヲ設クルハ正當ナラストシテ此說ヲモ之ヲ排斥シタリ

(二)　親族共有主義(copropriété familiére)

親族共有主義トハ相續ヲ以テ共有權ノ實行ト爲スモノニシテ相續ノ根基ヲ相續人ノ權利ニ置クモノナリ其言フ所ニ依レハ血統ニ因リ聯結セラレタル親族ハ生

0025

活上ニ共同的運命ヲ有シ權利ニ付テモ又義務ニ付テモ相互間一種連帶**共通的ノ關係**ヲ存スルモノナリ此關係ハ同時ニ財產ニ付テノ共通關係ヲ有スル他ノ各員ハ一定ノ順序ニ從テ其財產ヲ享有スルニ至ルモノトス相續ハ實ニ共通ノ關係ヲ有スル親族カ承繼ノ順序ニ從ヒ死亡者ノ遺產ヲ享有スルヲ謂フニ過キサルモノナリ此主義ハ日耳曼ノ法律思想ヨリ發シタルモノニシテ日耳曼人種ハ團結心ニ富ミ夙ニ家族的共同生活ヲ營ミタルヲ以テ家族共同ノ力ニ成リタル財產就中不動產ハ一族ニ屬スル各員ノ共有ニ係ルモノト爲シタリ但此共有權タルヤ權利者ニ於テ何時ト雖之ヲ行使スルコトヲ得ルモノニ非ス現ニ財產ヲ占有シテ使用、收益スル者カ死亡シタル場合ニ於テノミ法定ノ承繼順位ニ在ル者此權利ヲ行使シテ其財產ノ占有ヲ得之ト同時ニ其財產ニ付收益處分ノ權利ヲ實行スルコトヲ得ルニ至ルモノナリ日耳曼人ノ觀念ニ於ル相續ト云ハ此一種特別ノ共有權ノ行使ヲ謂ヒタルモノトス故ニ親族共有主義ハ亦之ヲ日耳曼主義ト稱スルコトヲ得ヘシ

日耳曼人カ財產ニ付テ親族共有ナル觀念ヲ有シタルハ親族ノ各員ハ相互ニ財產ノ取得ニ付助力ヲ爲スモノナリトノ信念ニ出タルモノノ如シト雖此信念ハ必シモ事實ト一致スルモノニ非ス故ニ後世ノ學者ニシテ日耳曼主義ヲ贊スル者ハ稍其論旨ヲ變更シ親族共有ノ論據ヲ事實ニ求メシテ之ヲ理論ニ求メタリ Donat 及 Domat ノ說ヲ贊シテ之ヲ敷衍シタル Laurent ノ說ク所ニ依レハ人類ニ生命ヲ與フルハ神ノ力ナリ財產ハ生命ノ附屬物ナリ生命ハ財產ヲ俟テ始テ之ヲ完ウスルコトヲ得故ニ人類ニ生命ヲ與ヘタル神ハ又之ニ財產ヲ與フルノ意アリタルモノト謂ハサルヘカラス神カ人ヲシテ或親族ノ一員トシテ生レシメタルノ一事ハ他ナシ之ヲシテ**其家ノ財產ニ對スル持分ヲ得セシメント**スルモノナリ果シテ然ラハ親族ノ一員ノ財產カ**其死亡**ニ因リ他ノ**各員ニ移轉スルハ神意ニ出ツル**モノニシテ相續人ナル者ハ實ニ神ノ造ル所ナリ即 Domat 及 Laurent ノ說ニ依レハ人ハ神意ニ因リ生レナカラニシテ財產ニ付親族共有ノ關係ヲ有スルモノナリ

Ahrens ハ他ノ方面ヨリ觀察シテ同一ノ論結ニ歸著シタリ家族ナルモノハ共同生活ヲ營ムカ爲ニ存スルモノナルヲ以テ其一人ノ死亡ニ因テ解體スヘキモノニ非ス而シテ生活ノ共同ハ玆ニ家族ノ德義上ノ連帶ヲ生シ其結果トシテ財產ハ自ラ家族間ニ共通ナルヘキノ關係ヲ有スル故ニ家族ノ一人カ死亡シタル場合ニ於テ生存者カ其財產ヲ承繼スルハ共通關係ヨリ生スル當然ノ結果ナリ即 Ahrens ハ家族ノ性質及目的ヨリ論シ人ハ財產ニ付親族共有ナルヘキ義務ヲ有スルモノト爲シタルナリ

親族共有主義ハ相續ヲ以テ相續人ノ權利ノ實行ト爲スモノナルカ故ニ此主義ニ依レハ被相續人カ遺言ヲ以テ財產ヲ處分スルコトハ大ニ之ヲ制限セサルヘカラス又相續財產ノ種類及取得原因ニ因テ自ラ之ヲ相續スヘキ者ヲ異ニセサルヲ得ス現ニ古代日耳曼ニ於テハ遺贈ナル制度ヲ存セス又相續財產ノ種類及取得原因ニ因リ "paterna paternis, materna maternis." ノ原則ヲ實行シタルコトハ既ニ述フル所ノ如シ

(三) 最上權力主義(droit éminent de l'Etat)　最上權力主義トハ相續ヲ以テ國法ノ定メタル便宜ノ制度ト爲スモノニシテ相續ノ根基ヲ國家ノ權力ニ置クモノナリ其主張スル所ニ依レハ凡權利ハ主體ヲ離レテ獨存スルコトナシ死亡ハ人ト其所有物トノ關係ヲ消滅セシムルモノナルカ故ニ死者ノ遺產ハ無主物ト爲リ先占競爭ノ目的ト爲ルニ至ルヘシ此ノ如クンハ死亡者アル毎ニ社會ノ紛擾ヲ生シ秩序ノ維持ハ之ヲ期スヘカラス故ニ公ノ秩序ヲ維持スルヲ以テ天職トスル國家ハ其最上權力ニ因テ死亡者ノ遺產ノ歸屬ヲ定メ以テ豫紛擾ノ頻至ヲ避ケサルヘカラス相續トハ即此必要ニ基キ國家カ便宜ノ

0026

爲ニ設ケヽル制度ナリ此主義ハ其萠芽ヲ封建制度ニ存スルモノニシテ封建時代ニ於テハ土地ノ所有權ハ君主ノ手ニ在テ存シ現ニ土地ヲ占有シテ使用、收益ヲ爲ス者ハ一種ノ借地關係ニ立ツモノト爲シタルカ故ニ土地ノ占有者カ死亡シタル場合ニ於テ何人ヲシテ之ニ代リ使用、收益ヲ爲サシムルヤハ一ニ所有者タル君主ノ意ニ在ラサルヘカラス故ニ國法即君主ノ意思ヲ以テ相續ノ根基ト爲シタリシハ時代ノ思想ニ於テ當ニ然ルヘキ所トス予ハ此主義ニ命スルニ封建主義ノ名ヲ以テセントス

Montesquieu, Kant, Fichte 等ハ此主義ヲ主持シタリ然レトモ此等ノ學者カ相續制度ヲ以テ人定制度ト爲シタルハ國家ヲ以テ最上所有權者ト爲シタルカ爲ニ非ス實ニ各人ノ權利ハ其主體ト消長ヲ共ニスルモノナルカ故ニ主體ナキニ至リタル遺產ハ國家ニ於テ相當ニ之カ歸屬ヲ定ムルコト當然ナリト爲シタルニ在リ但此主義ヲ主持シタル學者中ニ在テモ總テノ點ニ於テ論旨相一致シタルニ非ス或學者ハ自然狀態(état naturel)ナルモノヲ想像シ自然ノ狀態ニ於テ共有ナルヘキ財產ニ付箇人ノ所有權ヲ認メタルモノハ全ク國民ノ總意ニ出テタルモノナルカ故ニ所有者ノ死亡ニ因リ箇人所有權ノ消滅シタル遺產ニ付テハ國民ノ總意即國法ニ於テ之カ歸屬ヲ定メサルヘカラス爲シ或學者ハ父母ハ其子ヲ養育スルノ義務アルヲ以テ之ヲシテ其相續人タラシムルノ義務ナシ故ニ遺產ノ相續ニ付テハ國法ヲ以テ之ヲ規定セサルヘカラスト論シ又他ノ學者ハ主體ノ消滅シタル財產ニ付之カ歸屬ヲ定メサルトキハ無主物先占ノ競爭ヲ惹起シ社會ノ秩序ヲ紊亂スヘキヲ以テ國家ハ國法ヲ以テ之ニ關スル相當ノ規定ヲ設ケサルヘカラスト爲セリ

佛國民法カ最上權力主義ニ依テ規定セラレタルモノト見ルヘキヤ否ヤハ頗疑問ニ屬スルモノニシテ Laurent ノ如キハ盛ニ其然ラサルコトヲ主張スト雖佛國民法制度當時ニ於ル學者及政治家ノ思想ハ多クハ Montesquieu, Rousseau 等ノ學說ノ影響ヲ受ケタルモノナリシカ故ニ民法中相續ニ關シテ議會ニ說明セラレタル所ハ專ラ人定制度論ニ係レリ故ニ佛民法ノ規定其モノハ親族共有主義ヨリ出ラタリト見ルヘキモノ少カラサルニ拘ラス其起草者及議會ニ於テ之ニ協贊シタル者ノ多數ハ最上權力主義ニ依リタルモノト信シ居リタルカ如シ

最上權力主義ハ相續ヲ以テ國家ノ權力ノ實行ト爲スカ故ニ此主義ニ依レハ國家ハ其認テ以テ相當ト爲ス所ニ依テ相續ニ關スル規定ヲ設ケテ可ナルモノトス而シテ社會ノ秩序ヲ維持スルヲ以テ目的トシテ相續制度ヲ設ケントセハ最近親承繼ノ方法ニ依リ一方ニ於テハ被相續人ノ希望ヲ滿足セシメ他ノ一方ニ於テハ相續人ノ期待ヲ貫徹セシムルコト最適當トスヘキカ故ニ此主義ニ依ルモノトスルモ結局意思推定主義又ハ親族共有主義ニ依リタル相續制ト大差ナキ相續制ヲ認ムルニ至ルヘシト雖元來此主義ハ相續ノ基礎ヲ全然國家ノ權力ニ置クモノナルカ故ニ國家ニシテ相當ナリト認ムルニ於テハ現在ノ相續順位ヲ甚シク變更シ又ハ最近親ヲ排斥シテ國家自ラ相續人ト爲ルモ亦其主義ニ反スルコトナシ即一步ヲ轉スレハ此主義ハ直ニ社會主義ト爲ルモノニシテ甚危險ナル傾向ヲ有スルモノトス又此主義ハ人ノ意思ハ其死後ニ於テハ效力ヲ有スルコト能ハスト爲スコトヲ以テ前提トスルモノナルカ故ニ此主義ニ從ヘハ人カ遺言ヲ以テ其財產ヲ處分スルコトハ國法ニ於テ特ニ其效力ヲ認メタル場合ノ外ハ總テ之ヲ承認セサルヘカラサルヘシ

以上略述シタル三主義ハ相續ナル制度ノ根基ヲ論スルニ於テ其意見ヲ異ニスト雖相續制度其モノヲ是認スルノ點ニ於テハ相一致スルモノナリ然ルニ之ニ對シ相續ナル制度其モノヲ否認スルノ說ヲ唱フル者ナキニ非サルヲ以テ予ハ簡單ニ其說ヲ駁擊シ然ル後一言予カ相當ト信スル相續ノ根基ニ論及スヘシ』

0027

否認說ノ第一ハ共產說ナリ　共產說ハ土地其他人類ノ生活資料ハ人類ヲ造リタル神カ生活ニ必要ナルモノトシテ人類全體ニ向テ與ヘタル所ノモノナルヲ以テ人類全體ノ共有ニ屬セサルヘカラスト爲スモノニシテ此說ニ依レハ各人カ財產ヲ私有スルハ强力ニ因ル掠奪ニシテ正義ニ基ク權利ニ非ス "La propriété, c'est le vol." 隨テ相續ノ如ク死亡者ノ財產ヲ特定ノ人ニ移轉スル制度ハ之ヲ以テ正當ノモノト爲スコト能ハサルモノナリ此說ハ所有權其モノヲ否認スルヨリ出タルモノナルヲ以テ所有權ノ根基ニシテ覆スヘカラサルモノトセハ此說ハ自ラ崩潰セサルヲ得ス而シテ所有權カ正確ノ基礎ヲ有スルコトハ之ヲ純理ノ點ヨリ觀ルモ又之ヲ經濟ノ點ヨリ考フルモ終ニ爭ヲ容ルルコト能ハス凡人格ヲ有スル人類カ占有又ハ勤勞ナル行爲ニ因リ物體ノ上ニ其人格ヲ印暎セシメタルトキハ其物體ヲ以テ自己ニ屬スルモノト爲スハ之ヲ當然ノ事ト謂ハサルヘカラス即所有權ハ人格ノ發現ニシテ物體ニ於ル人格ノ反影ナリ既ニ我ヲ(ego)認ルヲ以上ハ亦我有(mens)ヲ認メサルヲ得ス蘊ヲ之ヲ事實ニ考ルモ人カ營營トシテ其業務ニ勵精シ之ニ依テ自ラ各人益ニ社會ノ發達ニ資スル所以ノモノハ實ニ其勤勞ノ結果ヲ以テ自己ノ專有ト爲サント欲スルニ在ルモノナリ然ルニ若財產ノ私有ヲ禁シ各人勤勞ノ結果ヲ以テ人類全體ノ共有ニ歸セシムルモノトセハ人ハ目前ノ必要ヲ充スノ外勉メテ勤勞ヲ避クルコトト爲リ氣風ハ隨弱ト爲リ品性ハ下劣ト爲リ各人有形、無形ノ發達ハ玆ニ阻止シ社會ノ文化ハ更ニ進步ヲ見サルノミナラス漸退却ニ至ラサルヲ得ス果シテ然ラハ財產ノ私有ヲ禁スルコトハ人類社會ヲ驅リテ禽獸社會ニ近カラシムルモノニシテ其不當タルヤ更ニ言說ヲ要セサルモノナリ否認說ノ第二ハ公益說ナリ　其說ニ曰ク財產ノ取得ハ勤勞ノ報酬ナラサルヘカラス勤勞ナキ者ヲシテ財產ノ取得ヲ爲サシムルトキハ拱手遊食ノ徒ヲ生シ社會ノ公益ニ反ス相續ナルモノハ懶惰ナル子孫ヲシテ手ヲ拱シテ富有ナル父祖ノ財產ヲ享有スルコトヲ得セシムルモノナルヲ以テ人ノ勤勞心ヲ阻礙スル故ニ相續制度ハ社會ノ公益ニ反スルモノナリト然レトモ人カ勤儉貯蓄以テ其財產ヲ增殖スル所以ノモノハ獨之ヲ以テ自己ノ利用ニ供セント欲スルカ爲ナルノミナラス亦之ヲ以テ子孫ノ享有ニ資セント欲スルカ爲ナリ若蓄積增殖シタル財產ニシテ最愛ノ子孫ニ遺留スルコト能ハス死亡ト共ニ國庫ニ歸屬スルニ至ルヘキモノトセハ人ハ自己ノ利用ニ必要ナルモノノ外財產ノ增殖ニ力ムルコトナキニ至ルヘシ如此ハ勤勞ノ刺激ヲ減殺スルモノニシテ社會ノ公益ヲ增進スル所以ニ非ス子ハ此說ニ對シテハ Jourdan ノ言ヲ借リ是子孫ノ懶惰ヲ奬勵スルヲ恐レテ却テ父祖ノ勤勞ヲ阻止スルヲ懼ラサルモノナリト謂ハント欲ス "De peur d'encourager la paresse chez les enfants, vous commencez décourager l'activité du père."

無主說ノ第三ハ無主說ナリ　無主說トハ人ノ權利ヲ以テ其意思ノ存スル間ノミ繼續スルモノト爲シ死亡ニ因リ人カ其意思ヲ有セサルニ至リタルトキハ其權利ハ消滅スルモノニシテ死者ノ希望アリタルノ故ヲ以テ之ヲ其子孫ニ遺留スルコト能ハス故ニ財產ノ享有ハ人ノ生活ニ止ルモノトシ子孫ヲシテ之ヲ相續セシムルノ制ハ之ヲ否認セサルヘカラスト爲スモノナリ此說ハ相續制ヲ認ムル最上權力主義ト其論據ヲ同ウシテ其論結ヲ異ニスルモノナリ然レトモ人カ生產ヲ爲スハ獨自己ノ爲ニスルノミニ非スシテ亦子孫ノ爲ニスルモノニシテ而モ其希望カ現ニ事實トシテ行ルルコトカ人ヲシテ生產ニ勤勉セシムル所以ニ缺クヘカラサルモノナルコト既ニ述ヘタル所ノ如クナルヲ以上ハ相續ナル制度ニ依リ此信念カ人ノ死亡後ニ於テモ相當ノ效力ヲ有スヘキコトハ財產ヲ以テ人格ノ對象トスル純理論ヨリ觀ルモ又勤勞ノ刺激ヲ減殺セサルヲ可トスル經濟說ヨリ考フルモ其當然ナルコト一點ノ疑ヲ容

0028

レサルナリ

相續ヲ否認スル議論ハ以上ノ三說ニ止ラス然レトモ其主要ナルモノハ右ノ三說ナリ而シテ其共ニ容スコト能ハサルモノナルコト以上概論スル所ノ如シ果シテ然ラハ相續ノ根基ハ之ヲ前ニ擧ケタル意思推定主義、親族共有主義、最上權力主義ノ三主義ノ其一ニ求ムルコトヲ得ルモノナルヤ予ノ觀ル所ヲ以ラスレハ三主義ハ各一面ノ眞理ヲ有スルモノナリト雖之ト同時ニ他ノ一面ニ弱點ヲ有スルコトヲ免レサルモノナリ元來相續制度ノ如ク錯綜セル人類生活ノ諸方面ニ渉ル法律關係ハ單一ノ論據ニ依リ一概ニ說了シ得ヘキモノニ非ス所有者ノ死後處分ヲ認容スルニ非サレハ所有權ナルモノハ其效用ヲ完ウシ其存在ノ目的ヲ達スルコト能ハス相續制度ハ此點ニ於ラ所有者タル被相續人ノ意思ヲ無視スルコト能ハス血統上ノ共同ハ生活上ノ共同ヲ誘起スルモノナルカ故ニ親族ナルモノハ互ニ相依リ相扶クルノ權利義務ヲ有スルモノトス相續制度ハ此點ニ於ラ親族タル相續人ノ權利ヲ認ノサルコトヲ得ス法律關係カ主體ノ死亡ニ因リ卒然息止スルカ如キコトアランカ不時ノ損害ヲ蒙ル者ハ信用取引ヲ爲ササルニ至リ社會ノ公益ハ之カ爲ニ傷害ヲ受クルコト少カラス故ニ被相續人ノ人格カ相續人ノ頭上ニ延長セラレ被相續人ニ對シテ生シタル法律關係カ相續人ニ依テ能ク維持セラルルコトハ信用取引ノ發達ト共ニ益旺會ノ必要事項タルモノナリ相續制度ハ此點ニ於テ社會ノ公益ト關聯スルコト頗多大ナリ故ニ前記三主義ハ各其一ヲ以テシテハ相續ノ根基ヲ說明スルニ足ラスト雖其眞理タル各方面ヲ綜合スルトキハ茲ニ相續制度ノ根基トスヘキ論據ヲ形成スルコトヲ得ヘシ予ハ此觀察ニ依リ相續ノ根基ヲ以テ(一)人格ノ承繼ヲ必要トスル社會取引ノ要求(二)親族ノ權利(三)所有者ノ意思ニ在ルモノナリト言ハント欲ス相續制度ニシテ能ク此三者ヲ調和シタルモノハ之ヲ以テ上乘ト爲ササルヘカラス前記三主義ノ其一ニ論シタル相續制ノ如キハ之ヲ以テ完璧ト爲スコト能ハス

相續ノ何モノタルヤノ概念ハ以上叙述シタル其定義、沿革、根基ニ依リ略之ヲ了得スルコトヲ得ヘシ今ヤ更ニ進テ細目ニ入リ相續ノ開始ヨリ其結末ニ至ル迄之ニ關シテ生スル法律關係ノ全體ニ渉リ之カ攻究ヲ爲スコト研鑽上當ニ歷ムヘキ順路ナリトス故ニ以下主トシテ我新民法ノ規定ニ依リ時時參照スルニ舊民法ノ規定及外國ノ立法例ヲ以テシ相續ニ關スル法律關係ノ全般ヲ概論セントス

第一章　總則

第一節　相續ノ開始原因

相續ハ相續人ヲシテ被相續人ニ專屬セサル權利義務ヲ包括的ニ承繼セシムルモノナルカ故ニ相續ノ開始スルハ權利義務ノ主體カ其主體タルコト能ハサルニ至リタル場合ナラサルヘカラス個人制ヲ基礎トスル社會ニ於テハ身分ニ依ル權利義務ハ總テ其人ニ專屬スルカ故ニ人カ其專屬ニ非サル權利義務ニ付之カ主體タルコト能ハサルニ至ルハ其人格ヲ喪失シタル場合ニ限ルモノナリト雖家族制ヲ基礎トスル社會ニ於テハ人カ家長タル身分ニ因テ有スル權利義務ハ其人ニ專屬セス而シテ其權利義務タルヤ家長タル身分ニ伴フモノナルヲ以テ人カ人格ヲ喪失シタルニ因リ同時ニ家長タル身分ヲ喪失スル場合ノ外尙家長タル身分ノミヲ喪失シタル場合ニ於テモ亦如此權利義務ノ主體タルコト能ハサルニ至ルモノトス我現時ノ社會狀態ハ家族制ヲ基礎トシテ戶主ヲシテ其身分ニ因ル權利義務ノ主體タラシムト雖之ト同時ニ家族モ亦個人トシテ權利義務ノ主體タルヲ得ルモノナルコトヲ認ムルカ故ニ相續ノ開始スル場合ハ戶主ト家族トノ間自ラ異ル所ナキヲ得ス故ニ相續ノ開始原因ニ付テハ家督相續ト遺產相續トヲ區

0029

別シテ之カ說明ヲ爲サントス

第一款　家督相續ノ開始原因

家督相續ハ被相續人カ戶主タル身分ニ因テ有スル權利義務ニ付テ開始スルモノナルカ故ニ其開始原因ハ前戶主カ戶主タル身分ヲ喪失スルコトニ在リ但前戶主カ戶主タル身分ヲ喪失スルト同時ニ其家カ廢家又ハ絕家ニ歸スル場合ニ於テハ家督相續開始セス何トナレハ家ナクシテ戶主アルコトヲ得サレハナリ

左ノ場合ニ於テハ戶主ハ其戶主タル身分ヲ喪失ス故ニ家督相續ハ左ノ場合ニ於テ開始スルモノトス

(九六四條)

(一)戶主ノ死亡　死亡ハ人ノ人格ヲ消滅セシムルモノナルヲ以テ人格ニ伴フ身分モ亦死亡ニ因リ喪失ス而シテ玆ニ死亡ト稱スルハ獨事實上ノ死亡ノミナラス法律上ノ死亡モ亦之ヲ包含スルコト勿論ナリ

(二一條)

(二)戶主ノ隱居　隱居ハ戶主ヲシテ戶主タル身分ヨリ脫出スルコトヲ得セシムル一ノ方法ナリ故ニ戶主ハ隱居ニ因テ其身分ヲ喪失スルモノトス(七五二條、七五三條、七五四條、七五五條)

(三)戶主ノ國籍喪失　家族制度ハ我社會ノ基礎ヲ爲スモノナリト雖此制度ハ現今既ニ世界共通ノモノニ非ス殊ニ歐米諸國ノ法制ハ殆皆之ヲ認ムルコトナシ近世法律思想ノ趨勢ハ外國人ニハ可成其本國法ヲ適用スヘキモノト爲ス我國ニ於テモ亦外國人ニ對シテハ其本國法ヲ適用セントセハ外國人ノ本國法ノ認メサル家族制度ニ關聯スル法規ハ之ヲ外國人ニ適用セサルヲ相當トス其結果トシテ家族制度ノ表徵タル家ナルモノノ家族制度ヲ認メ組織中ニハ外國人ヲ容ルヘカラス戶籍法第一七〇條第二項カ「日本ノ國籍ヲ有セサル者ハ本籍ヲ定ムルコトヲ得ス」ト爲シ外國人ハ本籍ヲ定ムルコトヲ得サルノ結果自ラ戶籍ニ入ルコト能ハサルモノト爲シタルハ實ニ此趣旨ニ出テタルモノナリ日本ノ國籍ヲ有セサル者ニシテ戶籍ニ入ルコト能ハサルモノトセハ戶主國籍ヲ喪失シタルトキ同時ニ戶籍ヨリ排除セラルルモノニシテ之ニ因テ戶主タル身分ヲ喪失スルニ至ルコト論ヲ須タス舊民法ニ於テハ戶主カ國籍ヲ喪失シタルトキハ之ト同時ニ其家ハ廢家ト爲リ推定家督相續人ハ前戶主ノ家族ヲ率キテ別ニ一家ヲ創立スルモノト爲シタルヲ以テ(八二五三條)家督相續ノ問題ヲ生スヘキ餘地ヲ存セサリシナリ反之新民法ニ依レハ戶主カ國籍ヲ喪失シタル場合ニ於テハ戶主ハ其身分ヲ喪失スルモ其家ハ廢家ト爲ラス而シテ家アレハ玆ニ戶主ナカルヘカラサルヲ以テ戶主ノ國籍喪失ハ玆ニ家督相續ノ必要ヲ喚起シ來ルモノナリ

法例第二五條ハ相續ハ被相續人ノ本國法ニ依ルヘキコトヲ定ム故ニ外國人ニ關シテハ或事由ヲ以テ相續開始ノ原因ト爲スヘキヤ否ヤモ亦其者ノ本國法ニ依テ之ヲ定メサルヘカラス民法第九六四條ハ戶主カ日本ノ國籍ヲ喪失シタルトキハ家督相續開始スルコトヲ規定スト雖若其日本ノ國籍ヲ喪失シタル戶主カ新ニ取得シタル國籍ノ屬スル本國法ニ於テ如此場合ニ於テ相續ノ開始スルコトヲ認メサルトキハ第九六四條ノ規定其他戶主カ國籍ヲ喪失シタル場合ニ開始スル相續ニ付民法ノ規定シタル所ハ之ヲ適用スルコト能ハサルモノナルヤ(予ノ知ル所ニ依レハ家督相續ナルモノヲ認メサル外國ノ立法例ハ同時ニ亦國籍喪失ヲ以テ相續開始ノ原因ト爲ナス)予ノ觀ル所ヲ以テセハ法例第二五條ヲ外國人ニ適用シ其所屬本國法ニ依リ相續ニ關スル法律關係ヲ定ムルハ其外國人カ相續開始前ヨリ既ニ外國人タル場

0030

合ニ限ルモノニシテ日本人カ外國ノ國籍ヲ取得スルコトカ相續開始ノ原因ト爲ル如キ場合ニ於テハ同條ヲ適用スヘキモノニ非ス假ニ一歩ヲ讓リ同條ニハ如此區別ヲ爲スノ條地ナシトスルモ尚日本人カ國籍ヲ喪失シタル場合ニ於テハ其新ニ取得シタル國籍ノ屬スル本國法ノ規定如何ニ拘ラス第九六四條乃至他之ニ關聯スル我民法ノ規定ヲ適用スルコトヲ妨クルモノニ非ス何トナレハ日本ノ國籍ヲ有セサルモノハ日本ニ本籍ヲ定ムルコトヲ得ストスル規定ハ社會ノ基礎ヲ家族制ニ措ク我國現時ノ國情ニ於テ公ノ秩序ニ關スルモノナルヲ以テ此規定ノ結果トシテ存スル戸主ノ國籍喪失ヲ以テ家督相續ノ開始原因ト爲ス規定竝ニ此場合ニ於ル相續ノ效力ヲ定メタル規定ハ公ノ秩序ニ關スルモノナリ若外國法ニシテ如此場合ニ相續ノ開始スルコトヲ認メサルニ於テハ其外國法ノ規定ハ我國ノ公ノ秩序ニ反スルモノニシテ法例第三〇條ニ依リ之ヲ適用スヘカラサルヲ以テナリ

(四) 戸主カ婚姻又ハ養子緣組ノ取消ニ因テ其家ヲ去リタルトキ　婚姻又ハ養子緣組ニ因リ婚家又ハ養家ニ入リタル者ハ婚姻又ハ緣組ノ取消ニ因テ其家ヲ去ルヘキモノナリ民法ハ人ハ婚姻又ハ緣組ニ因テ婚家又ハ養家ニ入ルモノナルコトヲ定メサルト同ク婚姻又ハ緣組ノ取消ニ因テ實家ニ復籍スルコトヲモ定メスト雖取消ナルモノハ原狀ニ復セシムルヲ期スルモノナルカ故ニ入夫又ハ養子カ婚姻又ハ緣組ノ取消ニ因テ實家ニ復籍スルコトハ規定ヲ俟タスシテ自ラ明ナリ而シテ法律行爲ノ取消ハ普通其效力ヲ既往ニ及スモノナリト雖婚姻又ハ緣組ノ取消ハ反之其效力ヲ既往ニ及ササルカ故ニ(七八七條、八五九條)入夫カ婚姻ニ因リ戸主ト爲リタル場合又ハ養子カ家督相續ニ依リ戸主ト爲リタル場合ニ於テハ縱令其婚姻又ハ緣組ハ取消サルヘキ原因ヲ有スルモ之カ取消アル迄ハ入夫又ハ養子ハ戸主タル身分ヲ有スルモノニシテ婚姻又ハ緣組ノ取消アリタルトキハ其時ヨリ戸主タル身分ヲ喪失スルモノナリ故ニ

圖證券タルコトヲ妨ケラレサルナリ唯其記載ヲ爲シタル裏書人ハ其被裏書人ノ後者ニ對シテ手形上ノ責任ヲ負フコトナシ(四六〇條)此場合ニ於テモ裏書人ハ被裏書人ニ對シテハ尚責任ヲ負フモノニシテ所謂無擔保ノ裏書トハ異ルモノトス又被裏書人ノ後者ハ禁轉文句ヲ記載シタル裏書人ニ對シテノミ其權利ヲ有セサルモノニシテ其前者ニ對シテハ完全ナル權利ヲ有スルモノナリ外國法ニ於テハ獨、佛、英伊、瑞等多數ノ法律ハ此點ニ關シテ我商法ト同一ノ主義ヲ採レリ　佛法ハ反之全ク禁轉裏書ヲ認メス

第三款　裏書ノ方式

裏書ハ手形其謄本又ハ補箋ニ之ヲ爲スコトヲ要ス(四五七條)其手形ニ裏書ヲ爲スニ當テハ通常裏面ニ之ヲ爲スモノナレトモ法律上之ヲ必要トスルモノニ非サルナリ外國法中佝牙利ノ手形法其他南米ノ二三ノ商法ハ之ヲ裏面ニ爲スコトヲ必要トスルモ他ノ多數ノ國ノ法律ハ之ヲ必要トセス又白地裏書ニ付テハ獨、瑞、白、伊、葡等ノ手形法ハ皆手形ノ裏面ニ署名スヘキモノトシ英國ニ於ル商慣習モ亦同樣ナレトモ我商法ハ之ヲ採用セサルナリ謄本ニ裏書ヲ爲スヲ許スハ手形ノ所持人カ引受ヲ求ムル爲ニ原本ヲ支拂人ニ送付シタル間ニ於テ謄本ニ依テ手形ヲ流通セシムル爲ナリ(五二三條)又補箋ニ裏書ヲ爲スコトヲ許シタルハ手形ニ裏書ヲ爲スノ餘白ナキニ至リタル時ノ爲ナリ外國法ハ概是等ノ場合ヲ認メタリ

唯白國法ハ謄本ニ爲ス裏書ヲ認メサルナリ

裏書ノ方式ニ二種アリ被裏書人ノ氏名又ハ商號ヲ記載スルモノヲ完全ノ裏書、固有ノ裏書又ハ記名式ノ裏書ト謂ヒ之ヲ記載セサルモノヲ略式ノ裏書、白地裏書又ハ無記名式ノ裏書ト謂フ此二種ノ裏書ハ英、獨其他各國法之ヲ認ムルモ唯佛法ニ於テハ白地裏書ハ第三者ニ對シテ取立ノ代理權ヲ與フルニ過

キサルモノトセリ

第一　記名式ノ裏書　記名式ノ裏書ニ於テハ被裏書人ノ氏名又ハ商號、裏書ノ年月日及裏書人ノ署名ヲ記載スルコトヲ必要トスルモノナリ（四五七條一項）裏書ノ年月日ハ裏書人カ裏書ノ當時ニ於テ能力者ナリシヤ否ヤ裏書人カ支拂ヲ停止シタル場合ニ於テ其停止ト裏書トノ前後如何裏書カ支拂拒絶證書作製期間經過前ニ爲サレシヤ否ヤヲ知ラシムル等ノ爲ニ必要ナリ（四六二條、舊商九九一條）然レトモ其裏書ノ年月日カ眞實ト相異ルモ妨ナキハ前ニ述ヘタリ但佛、西法ハ斯ル裏書ノ遡記ヲ處罰セリ外國法ハ多クハ裏書ノ年月日ノ記載ヲ必要トセス唯佛、蘭法ハ之ヲ必要トセリ又西國法ハ裏書ノ年月日ナキ裏書ハ取立委任ノ爲ニセルモノト看做スヘキコトヲ定ム

以上ノ要件以外ニ他ノ記載ハ之ヲ爲スモ手形上ノ效力ナキモノナリ外國法中佛法ノ如キハ指圖文句、原因文句ヲ必要トシ蘭法ハ原因文句ヲ必要トセリ尚裏書人ノ住所地、裏書地ノ記載ノ如キハ實際多少ノ必要アランモ我法律ハ之ヲ必要トセサルナリ（四四二條、四七五條、四七六條、四八〇條、四八七條、四八八條、四九一條、四九二條）

第二　白地裏書　白地裏書トハ裏書人ノ署名ノミヲ以テ之ヲ爲ス裏書ヲ謂フ（四五七條二項）但此以外ニ裏書ノ年月日、指圖文句、原因文句等ヲ記載スルモ白地裏書タルコトヲ妨ケサルモノト信ス要スルニ白地裏書ハ被裏書人ノ記載ナケレハ足レリトス唯所謂持參人拂ノ裏書（Inhaberindossament）即裏書人ノ署名ト所持人ニ支拂フヘキ旨トヲ記載シタル裏書ハ白地裏書ニ非スシテ隨テ裏書タルノ效力ナキモノト解スルヲ正當トス何トナレハ如此場合ニハ所持人ハ白地裏書ナル手形ニ關スル規定ニ從テ自己ヲ被裏書人トシテ補充シ又ハ別ニ裏書ヲ爲スコトヲ得サレハナリ

白地裏書ノ場合ニ於テハ其所持人ハ第一自己ヲ其裏書ノ被裏書人ト爲スコトヲ得ルモノナリ（四六一條）第二自己ヲ被裏書人ト爲サスシテ手形上ノ權利ヲ行使スルコトヲ得ルモノナリ第三引渡ノミニ依テ手形ヲ讓渡スコトヲ得ルモノナリ（四五七條二項）第四自己ヲ被裏書人トシテ更ニ完全ノ裏書又ハ白地裏書ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ（四六一條）第五自己ヲ被裏書人トセスシテ更ニ完全ノ裏書又ハ白地裏書ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ（四六一條）

英、獨、伊、葡、西等ノ多數法ハ總テノ所持人ニ手形上ニ存スル白地裏書ヲ補充スルノ權利ヲ與フルカ故ニ所持人ハ曾ニ最後ノ白地裏書ヲモ補充スルヲ得又所持人ハ白地裏書ノ被裏書人トシテ他人ヲ記載スルコトヲ得レトモ我商法ハ如此コトヲ認メスシテ所持人ハ最後ノ白地裏書ニ於テ自己ヲ被裏書人トシテ記載スルコトヲ得ルノミナリ

白地裏書ニ於テハ爾後引渡ノミニ依テ手形ヲ讓渡スコトヲ得ヘキモノナルカ故ニ無記名式ノ手形ト同一ノ作用ヲ呈スルモノナレトモ白地裏書後ノ手形ト無記名式ノ手形トハ法律上決シテ同一ノモノニ非ス何トナレハ第一此兩者ハ本來ノ形式ニ於テ同一ニ非ス白地裏書ノ手形ト雖本來ハ記名式又ハ指圖式ノ證券ナリ第二白地裏書ノ場合ニハ白地裏書前ノ裏書ニ付テハ其連續アルコトヲ必要トス第三白地裏書ノ手形所持人ハ自己ヲ被裏書人トナスコトヲ得第四無記名式ノ手形ニ關シテハ命額ノ制限アレトモ白地裏書ヲ爲スニハ如此制限ナシ

白地裏書ヲ爲スニハ如此制限ナシ

白地裏書ヲ認ムルノ理由ハ之ヲ以テ手形流通ヲ容易ナラシムルニ在リ又白地裏書ノ手形ノ所持人ハ引渡ニ依テ手形ヲ他人ニ讓渡スコトヲ得ルカ故ニ裏書人タルノ義務ヲ負擔セサルコトヲ得ルノ利アルモノニシテ無擔保ノ裏書（四五九條）ハ手形ノ信用ヲ害スル恐アルカ故ニ裏書人タル義務ヲ負ハサルコト

0032

ヲ欲スル者ハ屢前者ヲシテ自己ニ白地裏書ヲ爲サシムルコトアリ又償還金額ヲ多大ナラシメサルノ利益アリ又問屋ヲシテ手形ヲ買却セシムルニ當リ白地裏書ヲ爲シテ之ヲ問屋ニ交付スルノ便宜アリ如此白地裏書ニハ種種ノ便アルカ故ニ亂用ノ弊アルニ拘ラス各國法ハ概之ヲ認メタルナリ

以上記名式ノ裏書ト白地裏書トニ付テ述ヘタル所ハ主トシテ通常ノ讓渡裏書ニ關スルモノナリ然レトモ手形ハ又裏書ニ依テ質入又ハ取立ノ委任ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ此場合ニ於テハ裏書ハ其目的ヲ附記スルコトヲ要スルモノナリ而シテ白地裏書ニ依リ質入又ハ取立ノ委任ヲ爲シタル場合ニ於テハ爾後引渡ノミニ依テ質權又ハ取立ノ代理權ヲ移轉スルコトヲ得ルハ明白ナリト謂フヲ得ヘシ

第四款　裏書ノ效力

裏書ノ效力トシテ學者ノ說明セル所一定セサレトモ多數ハ之ヲ移轉力(Transporteffekt)ト擔保力(Garantieeffekt)トニ別ケ論セリ其移轉力トハ手形上ノ權利カ裏書ニ依テ裏書人ヨリ被裏書人ニ移轉スルノ意ナリ然レトモ既ニ手形學說ヲ述フルニ當テ說明セシ如ク予ハ讓渡裏書ノ效力ハ通常手形ノ所有權ヲ移轉スルニ過キサルモノト解セリ又裏書人カ手形ノ眞ノ所有者ニ非サルトキハ被裏書人カ第四四一條ノ規定ニ依リ手形ノ所有權ヲ取得スルモノニシテ裏書人ヨリ之ヲ繼續スルモノニ非スト解セリ故ニ裏書ニ移轉力アリトスルハ予ノ採ラサル所ナリ或程度ニ於テハ之ヲ認メサルニ非サレトモ其所謂移轉力ト云フハ多數ノ學者ノ之ニ附スル意味トハ大ニ異ルモノナリ又質入、取立委任ノ裏書ヲモ併セテ論スルトキハ此等ノ裏書ニ移轉力ナキコトハ言ヲ俟タス尙此等特種ノ裏書ニ付テハ別款ニ之ヲ說明シ玆ニハ唯讓渡裏書ノコトヲ述ヘン

裏書ノ擔保力トハ裏書ニ依テ裏書人カ其後者ニ對シテ引受及支拂ニ關スル擔保義務ヲ負擔シ引受又ハ支拂ナキ場合ニ於テ擔保又ハ償還ノ請求ニ應スル責任ヲ負擔スルコトヲ謂フ此裏書人ノ擔保義務ハ振出人カ受取人及其後者全員ニ對シテ負擔スル擔保義務ト同ク法律上當然發生スルモノニシテ裏書人カ之ヲ負擔スルノ意思ヲ有スルト否トヲ問ハサルモノナリ然レトモ擔保力モ亦裏書ノ要素ニ非スシテ法律ハ裏書人カ裏書ヲ爲スニ當リ手形上ノ責任ヲ負ハサル旨ヲ記載スルコトヲ認メタリ(四五九條)之ヲ稱シテ無擔保ノ裏書ト謂フ無擔保ノ裏書ハ手形ノ信用ヲ害シテ之カ流通ヲ妨クルノ恐アルカ故ニ學者ノ好マサル所ニシテ又實際ニモ多ク行レサルモノナレトモ當事者カ之ヲ欲スル場合ニ於テ強テ之ヲ認メサルノ必要ナキカ故ニ英、獨、佝、瑞、伊、西ノ諸國ハ之ヲ認メ佛ノ學者モ亦之ヲ認メタリ而シテ無擔保ノ裏書ノ效力ハ其裏書人ニ付テノミ生スルモノニシテ他ノ裏書人ノ權利義務ニ影響ヲ及サス故ニ其裏書人ノ前者カ之ニ依テ擔保責任ヲ免レサルハ勿論其後者モ亦擔保責任ヲ免ルルコトナシ是手形行爲カ獨立ナルコトノ一ノ結果ナリ

以上述フルカ如ク擔保力ハ裏書ノ要素ニ非サルコトハ無擔保ノ裏書ニ依テ明ナリ又後ニ說明スル支拂拒絕證書ノ作成期間經過後ノ裏書ニ於テモ亦裏書人ハ手形上ノ責任ヲ負ハサルモノナリ(四六二條)又取立委任ノ裏書ニ於テハ裏書人カ擔保義務ヲ負ハサルハ勿論ナリ故ニ移轉力、擔保力ハ共ニ裏書ノ必然ノ效力ニ非スシテ裏書ノ必然ノ效力トハ被裏書人ニ手形上ノ權利ヲ行使スルノ資格(Legitimation)ヲ與フルニアルノミ是次ニ述ヘントス所ナリ

裏書カ被裏書人ニ手形上ノ權利ヲ行使スル資格ヲ與フトハ被裏書人ハ手形ニ依テ自己ニ至ル迄ノ裏書カ連續セルコトヲ證明スルコトノミニ依テ手形上ノ權利ヲ行使スルコトヲ得ヘキコトヲ謂フモノナリ

0033

第四六四條ハ裏書アル手形ノ所持人ハ其裏書カ連續スルニ非サレハ其權利ヲ行コトヲ得スト規定シテ手形上ノ權利ヲ行使スルニ裏書ノ連續ヲ必要トスルコトヲ定メタルト同時ニ其反面ニ於テハ手形ニ依テ裏書ノ連續ヲ證明スル者ハ其他ニ何等ノ證明ヲモ要セスシテ直ニ手形上ノ權利ヲ行使スルコトヲ得ヘキコトヲ定メタルモノト謂フヲ得ヘシ大審院ハ約束手形ノ振出人カ裏書讓渡ノ事實ヲ否認スル以上ハ所持人ニ於テ其裏書ノ眞正ナルコトヲ立證スルニ非サレハ手形金ノ支拂ヲ請求スルコトヲ得ストセルモ（判決錄一〇輯一〇八四頁）如此ハ手形ノ本質ノ何タルヲ解セサル判決ト謂フヘキノミ○○○

ノ債務者ハ所持人カ惡意又ハ重大ナル過失ニ依テ手形ヲ取得シタルモノナルコトヲ證明シテ以テ所持人カ眞ノ權利者ニ非サルコトヲ主張シ得ル場合ニ於テノミ之ニ對スル手形上ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得ヘシ

第五款　一部裏書

前款ニ於テ述ヘタルカ如ク裏書ノ效力ハ裏書人ヲシテ手形上ノ權利ヲ行使スルノ資格ヲ有セシムルニ在テ其移轉力ヲ有スル場合ニ於テモ手形ノ所有權カ裏書ニ依テ移轉セラルルニ過キスシテ手形上ノ債權カ移轉スルニ非ス故ニ裏書讓渡ハ債權讓渡ニ非サルコトハ勿論之カ一ノ變態ナリト見ルモ亦誤ナリ」手形ノ裏書ハ債權讓渡ニ非サルノ結果トシテ二者ノ間ニ生スル差異頗多ケレトモ今一一之ヲ擧ケサレトモ手形ノ一部ノ裏書(Teilindossament)ヲ許ササル如キモ其一トシテ數フルコトヲ得ヘシ債權ハ其一部ノ讓渡ヲ爲スコトヲ妨ケサレトモ手形ニ在テハ其金額ノ一部ニ付テ一人ニ裏書シ他ノ一部ニ付テ他人ニ裏書スルコトヲ認ムルヲ得ス何トナレハ第一裏書ハ手形ノ所有權ヲ移轉スルノ形式ナリ然ルニ一箇ノ手形ハ之ヲ分割シテ二人以上ニ移轉スルコトヲ得サレハナリ第二手形上ノ權利ハ手形ヲ離レテ之ヲ行使スルヲ得ス故ニ一部ノ裏書ヲ以テ數人ニ一部ツヽノ權利ヲ與フルコトヲ得サルハ明ナリ第三ニ我商法ハ明文ヲ以テ一部ノ引受又ハ一部支拂ヲ認メタリ(四六九條、四八四條)然ルニ一部ノ裏書ハ法文ノ認メサル所ナリ外國法中英ト「アルゼンチン」法ハ明文ヲ以テ一部裏書ノ無效ヲ定メ佛、獨法ニハ明文ナキモ佛ノ學者ハ一部ノ裏書ヲ認メサルヲ通說トス獨ノ學者ノ說ハ二派ニ岐レタリ「レーマン」「カンスタイン」『ルノー』『クンツエ』「ハントマン」『ブラハマン』等ハ之ヲ認ムルトセルモ「テール」『フオルクマール、レヴィー』『ウエヒテル』「デルンブルク」『ヨーソー』「コーザック」「スタウブ」『ベルンスタイン』『グリユンフート』等ハ之ヲ認メサルモノトセリ

第六款　戻裏書

戻裏書(Rückindossament)トハ手形上ノ債務者ニ對シテ爲ス所ノ裏書ヲ謂フ手形上ノ債務者カ裏書ニ依テ手形ヲ取得シタルトキハ其自己ニ對スル債權債務ハ混同ニ依テ消滅スヘキモノト見ユルモ手形ノ流通ヲ重スル趣旨トシテ手形法上ハ其消滅ヲ認メスシテ更ニ裏書ニ依テ手形ヲ他人ニ讓渡シ得ヘキモノトセリ故ニ手形上ノ債務者ナルモ其被裏書人タルニ於テハ他ノ者ト異ルコトナキナリ唯自己カ其手形ヲ所持スル間ハ自己ニ對シテ債權者タルノ資格アル者ニ對シテハ手形上ノ權利ヲ行フコトヲ得サルハ當然ナリ

戻裏書ニ關シテ第四五六條ハ振出人、引受人又ハ裏書人カ裏書ニ依テ爲替手形ヲ讓受ケタルトキハ更ニ裏書ニ依テ之ヲ讓渡スルコトヲ得ト定メタリ此規定ハ略英、獨、佛、瑞等ノ規定ト同シ白、葡法ハ之ニ加ヘテ如此者カ更ニ裏書ヲ爲シタルトキハ總テノ裏書人ハ償還義務ヲ負フコトヲ明定セリ而シテ我商法ノ規定ハ振出人、引受人、裏書人ノ三ヲ列擧セルモ是單ニ列示ニ過キスシテ保證人、參加引受人等ヲ除外スルノ趣旨ニ非サルコトヲ信ス獨逸高等商事裁判所ハ此趣旨ノ裁判ヲ爲セリ以下振出人、引受人、裏書人、支拂人及保證人ノ五ノ場合ニ別チ戻裏書ノ效力ヲ詳細ニ說明スヘシ

第一　振出人ニ爲シタル裏書　振出人カ戻裏書ニ依テ手形ヲ取得シタルトキハ振出人ノ後者ニ對シテ手形上ノ權利ヲ行フコトヲ得ス若之ヲ行フコトヲ得ルモノトスルトキハ其後者ニ對シテ再振出人トシ

0035

テ擔保義務ヲ履行スヘキ地位ニ在ルカ故ナリ故ニ振出人タル被裏書人ハ唯引受人ニ對シテ權利ヲ行フコトヲ得ルノミ然レトモ振出人ハ更ニ裏書ニ依テ手形ヲ讓渡スコトヲ得ルハ法律ノ定ムル所ニシテ戻裏書ノ裏書人ノ手形行爲ハ始ヨリ效力ヲ生セサリシモノニ非ス故ニ其後ノ被裏書人ノ總テハ前者ニ對シテ完全ニ權利ヲ行使スルコトヲ得ルモノナリ

第二　引受人ニ爲シタル裏書　引受人ハ手形ノ主タル債務者ナルカ故ニ引受人カ手形ノ所持人タル間ハ何人ニ對シテモ手形上ノ權利ヲ行フコトヲ得ス然レトモ更ニ裏書ヲ爲ストキハ被裏書人ハ完全ナル權利ヲ得ヘシ但佛法ニ於テハ引受人ノ手形取得ハ混同ニ依ル手形僧權ノ消滅ヲ來スト謂フヲ通說トス我商法上ヨリ云フモ引受人カ支拂ヲ爲スヘキ時期ニ於テ手形ヲ取得シ又ハ引受人カ手形ヲ所持セル間ニ其時期到來スルーキハ手形上ノ權利ハ混同ニ依テ消滅スルモノト解スヘキナリ

第三　裏書人ニ爲シタル裏書　裏書人カ戻裏書ニ依テ再手形ヲ取得シタルトキハ引受人及前ノ裏書ニ於ル前者ニ對シテ權利ヲ行使シ得ヘキモ前ノ裏書ニ於ル後者ニ對シテハ權利ヲ行使スルコトヲ得サルナリ然レトモ其裏書人カ更ニ裏書ヲ爲シタルトキハ被裏書人ハ完全ナル權利ヲ得ヘキハ言ヲ俟タサルナリ

第四　支拂人ニ爲シタル裏書　支拂人ハ手形上ノ債務者ニ非サルカ故ニ支拂人カ裏書ニ依テ手形ヲ取得スルモ眞ノ戻裏書アリタルモノト謂フヲ得ス支拂人ハ完全ナル手形上ノ權利者タルノ權利ヲ行フコトヲ得ルモノナリ支拂人カ振出人ニ對シテ有スル關係ハ二人ノ間ノ內部ノ關係タルニ過キスシテ支拂人カ手形上ノ權利ヲ行使スルニハ毫モ妨ナキモノナリ尙以上支拂人ニ對シテ說明シタル所ハ豫備支拂人、支拂擔當者ニ對シテ及スコトヲ得ルモノナリ

第五　保證人ニ爲シタル裏書　保證人ハ戻裏書ニ依テ手形ヲ取得シタルトキハ自己ノ主タル債務者ノ後者ニ對シテ權利ヲ行使シ得サル狀態ニアルノミトス

第七款　後裏書

茲ニ後裏書（Nachindossment）トハ支拂拒絕證書作成期間經過後ノ裏書ヲ謂フ手形ハ滿期日ノ到來ニ依テ毫モ其性質ヲ變セスシテ滿期日經過後ニ於テモ裏書ニ依テ自由ニ讓渡シ得ルモ一度支拂拒絕證書作成期間ヲ經過スルトキハ其後ニ爲サレタル裏書ニ依テハ被裏書人ハ唯裏書人ノ有シタル權利ノミヲ取得スルニ止ルモノトス（四六二條）故ニ債務者ハ裏書人ニ對抗スルコトヲ得ヘカリシ事由ヲ以テ被裏書人ニ對抗スルコトヲ得ヘキモノニシテ若數箇ノ後裏書アルトキハ最後ノ被裏書人ハ總テノ後裏書ノ裏書人ニ對シテ存セシ抗辯ヲ以テ對抗セラルヘキモノナリ元來手形上ノ債務者ハ支拂拒絕證書作成期間ノ經過前ニ於テ所持人ニ對シテ債務ノ履行ヲ爲スヘキ意思ヲ有セシモノナルカ故ニ其經過後ニ於ル手形ノ讓渡ニ依リ其債務ノ範圍ニ影響ヲ及サシムヘキモノニ非ス故ニ法律ハ後裏書ノ被裏書人ハ裏書人ノ有シタル權利ノミヲ取得シタルモノトセルナリ

後裏書ニ於テハ裏書人ハ手形上ノ責任ヲ負フコトナシ（四六二條）是手形カ既ニ通常ノ活動力ヲ失ヒタル後ナルカ故ナリ

以上述ヘタルカ如ク後裏書ノ被裏書人ハ裏書人ノ有シタル權利ヲ取得スルノミニシテ裏書人ハ手形上ノ責任ヲ負ハサルモノナルカ故ニ若既ニ支拂拒絕證書ノ作成アリタルモノナルトキハ後裏書ノ被裏書人モ亦前者ニ對スル償還請求權ヲ有シ得ト雖然ラサルトキハ單ニ引受人對ニスル支拂請求權ヲ有スル

0036

ノミ又他地拂手形ノ場合ニ於テハ後裏書ノ被裏書人ハ引受人ニ對スル權利ヲモ失ヒ其結果何人ニ對スル權利ヲモ取得シ能ハサル場合アリ（四九〇條）

後裏書ノ效力ハ上述セシ如ク極メ薄弱ナルモノナレトモ後裏書モ亦裏書ナルカ故ニ其形式又ハ被裏書人カ權利ヲ行使スルノ條件ニ付テハ一ニ裏書ニ關スル規定ノ適用セラルルモノナリ此點ニ關シテハ外國法ノ規定ハ甚區區ナリ獨、瑞法ハ後裏書ニ關シテ支拂拒絶證書作成アリタルトキト作成ナカリシトキトニ別チ作成ナカリシトキハ被裏書人ハ獨立ノ權利ヲ得ルモノニシテ裏書人ハ手形上ノ責任ヲ負フヘキモノト爲シ其作成アリタルトキハ略第四六二條ト同樣ナル效力ヲ生スヘキモノトセリ匈、白、英法ハ被裏害人ハ常ニ裏書人ノ有セシ權利ヲ取得スルモノト爲シ而シテ後裏書ハ尚裏書ト爲セリ反之伊、葡其他三四ノ法律ハ後裏書ヲ債權讓渡ト同一視セリ又蘭、西法ハ一般ニ後裏書ヲ認メサルモノナリヤ又佛ニ於テハ明文ナクシテ後裏書ニ於ル被裏書ノ權利カ承繼的ノモノナルヤ又ハ獨立ナルモノナリヤニ付學說上爭アリ

第八款　質入裏書

質入裏書（Pfandindossament）トハ手形ニ質權ヲ設定スルカ又ハ其質權ヲ移轉スルヲ目的トスル裏書ヲ謂フ質入裏書ノ場合ニ於テハ裏書ニ其目的ヲ附記スルコトヲ要スルナリ（四六三條）

質入裏書ハ手形ニ質權ヲ設定スルモノナリヤ又ハ手形上ノ債權ニ質權ヲ設定スルモノナリヤニ付テハ從來多少議論ノ存スル所トス「ウエヒテル」ハ手形上ノ債權カ質權ノ目的ナリト爲セシモ「ゴールドシユミツト」「デルンブルグ」「ラバンド」「カンスタイン」等ハ手形自身カ質權ノ目的ト爲セリ獨民法ハ手形其他ノ指圖證券ノ質入ニ關スル規定ヲ權利質ニ關スル規定中ニ置ケルモ學者ノ之ニ關スル說一定セス即「デルンブルヒ」「エンデマン」等ハ指圖證券ノ質入ニ在テハ證券ハ質權者ニ移轉スルモノニシテ唯債務辨濟ノ時ニ於テノミ之ヲ返却スヘキ債務關係ヲ生スルニ過キスト說明セリ「プランク」ノ獨民註釋ハ之ニ反對セリ我商法ノ解釋トシテハ予ハ手形學說トシテ所有權說ヲ採ル結果トシテ手形ノ質入ハ即手形ノ所有權ノ質入換言セハ手形ナル證券自體ニ質權ヲ設定スル意味ニシテ質入裏書ハ質權設定ノ形式ナリト解スルモノナリ予ノ見ル所ニ依レハ商法カ「所持人ハ裏書ニ依テ爲替手形ノ質入ヲ爲ス云云」ト規定セルハ即證券自體ノ質入タルコトヲ言ヒ現ハシタルニ外ナラスト信ス故ニ手形ノ質入裏書ハ民法上ニ於テ指圖債權ノ質入ニ當テ證券ニ裏書スルニ非サレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトセルト大ニ性質ヲ異ニセルモノト謂ハサル可カラス（民二六六條）然レトモ質權ノ效力ニ關スル民第三六七條及第三六八條ノ規定ハ手形ノ質入ノ場合ニモ亦其適用アルモノト解釋セサル可カラス

以上述ヘタル如ク質入ノ裏書ニハ質權設定ノ效力アレトモ裏書人カ手形ノ正當ナル所有者ニ非サルトキハ質權ハ裏書ニ依リ生スルニ非スシテ被裏書人ハ第四四一條ノ適用ニ依リ法律上當然手形質權ヲ取得スルモノナリ

質入裏書ノ被裏書人ハ同一ノ目的ヲ以テ更ニ裏書ヲ爲スコトヲ得（四六三條二項）此裏書ハ即手形上ノ質權ノ移轉ノ效力アルモノナリ然レトモ裏書人ハ正當ナル質權者ニ非サルトキハ被裏書人ハ尚第四四一條ノ適用ニ依リ質權ヲ取得スルニ過キサルヘシ

第九款　取立委任裏書

0037

取立委任ノ裏書（Prokuraindossament）ハ被裏書人ニ手形法上ノ行爲ヲ爲スノ權限ヲ與フルコトヲ目的トスル裏書ヲ謂フ取立委任ノ裏書ニハ必其目的ヲ附記スルコトヲ要ス若シ其記載ナキトキハ普通ノ讓渡裏書ト見ラルヘキ恐アルモノトス（四六三條一項）

取立委任ノ裏書ハ手形ノ所有權ヲ移轉スルモノニ非ス手形上ノ權利ノ主體ニ移動ヲ生スルモノニ非ス唯被裏書人ニ手形上ノ權利ヲ行使スルノ權限ヲ與フルニ止レリ故ニ取立委任ノ裏書ノ場合ニ於テハ債務者ハ裏書人ニ對抗スルコトヲ得ヘキ事由ヲ以テ被裏書人ニ對抗スルコトヲ得ルモノナリ

取立委任ノ裏書ノ被裏書人ハ裏書人ヲ代表シテ手形上ノ權利ヲ行フコトヲ得ルモノナリ即手形上ノ權利ヲ行使スル爲ニ必要ナル一切ノ行爲ヲ爲ス權限ヲ付與セラレタルモノト見ルヘキナリ故ニ手形ヲ呈示シテ引受又ハ支拂ヲ求メ拒絶證書ヲ作成セシメ前者ニ對シテ擔保又ハ償還請求ノ通知ヲ發シ前者ヨリ擔保又ハ償還ヲ受ケ償還請求ノ爲ニ戻手形ヲ發行シ手形訴訟ヲ提起スルカ如キ行爲ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ

取立委任ノ裏書ノ被裏書人ハ又同一ノ目的ヲ以テ更ニ裏書ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ（四六三條二項）其裏書ハ代理權ヲ移轉スルノ效力アルモノナリ即復代理人ヲ選任スルモノト見ルヘキモノナリ佛ノ裁判例ハ取立委任ノ裏書ノ被裏書人カ通常ノ讓渡裏書ヲ爲スコトヲ得ルモノトシ獨法モ亦同樣ナレトモ獨、英法ハ如此コトヲ認メサルナリ我商法上ヨリ云フモ取立委任裏書ノ被裏書人ハ同一ノ目的ヲ以テ更ニ裏書ヲ爲スコトヲ得ルニ止ルカ故ニ讓渡裏書ヲ爲スカ如キハ之ヲ得サルモノト解スルヲ至當トス」

取立委任ノ裏書人ト被裏書人トノ間ノ關係ハ當事者間ニ於ル契約ノ定ムル所ニシテ即委任ニ關スル規定ニ從フヘキモノナリ

サルヘカラス仍テ雇入期間ハ一年ヲ超ユルコトヲ得サルモノトシ尚該期間ノ經過前又ハ其後ニ於テ契約ノ更新ヲ許スモ其期間ハ更新ノ時ヨリ一年ヲ超ユルコトヲ得サルモノト爲セリ而シテ該規定タルヤ畢竟公益規定ナルカ故ニ當事者カ反對ノ契約ヲ爲スモ其效ナシ

第二項　海員ノ死亡

海員ノ死亡シタルトキハ雇入契約ノ當然終了スルコトハ言ヲ俟タス（五八〇條）而シテ此場合ニ海員ニ支給スル給料、葬式費用等ノ點ニ付テハ海員ノ權利ノ節ノ下ニ於テ詳述シタルカ故ニ茲ニ再說セス

第三項　雇止ノ請求

民法第六二七條及第六二八條ニ於テ當事者各自カ契約ノ解約若クハ解除ヲ爲スコトヲ得ル場合ヲ規定セリ即第六二七條ニ依レハ當事者カ雇傭期間ヲ定メサリシトキハ各當事者ハ何時ニテモ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得又第六二八條ニ依レハ當事者カ雇傭ノ期間ヲ定メタルトキト雖已ムコトヲ得サル事由ノ存スルトキハ各當事者ハ直ニ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得此規定ハ海員ニ付テモ亦適用サルヘキモノナリト雖商法ニ於テハ之ニ對スル特別規定ヲ設ケ即第五八一條及第五八二條ノ五箇條ニ於テ船長ヨリ海員ヲ雇止ムル場合ニ付第五八三條及第五八六條ノ二箇條ニ於テ海員ヨリ雇止ヲ請求スル場合ニ付規定セリ

第一　船長カ海員ヲ雇止ムル場合

船長カ海員ヲ雇止ムルニ付テハ其正當ナル事由ノ存スル場合ト然ラサル場合トニ付區別シテ考察セサ

0038

ルヘカラス而シテ其正當ナル事由ノ存スト爲ス場合ハ商法第五八一條第一項ニ之ヲ列擧セリ今其各號ヲ左ニ說明スヘシ

(一) 發航前海員カ其職務ニ不適任ナルコトヲ認メタルトキ　海員ハ運轉士、機關士ヨリ水、火夫ニ至ル迄各其分掌ニ依テ職務ヲ執ルモノナルカ故ニ若發航前ニ在テ既ニ其任用シタル職務ニ不適任ナリト認メラレタルトキハ之ヲ雇止メテ他ノ適任者ヲ雇入ルルコトヲ得サルヘカラス然レトモ法文ハ本號ニ於テ唯リ發航前ノ場合ノミヲ見タルカ故ニ發航後ニ於ル雇止ノ場合ハ本號ニ包含サレス第五八二條ノ適用ヲ受クヘキモノトス蓋發航後ニ在テハ海員カ其職務ニ不適任ナルコトヲ發見スト雖之ニ對スル支給額ニ付發航前ニ於ル雇止トハ其間ニ多少ノ區別ヲ設クル必要アルニ由ル

(二) 海員カ著ク其職務ヲ怠リ又ハ其職務ニ關シ之ニ重大ナル過失アリタルトキ　如此場合ニハ船內ノ規律ヲ維持スル爲ニ船長ニ懲戒權ヲ認メタルモ(船員法三二(八條)海員ヲシテ其職務ヲ行ハシムルニ懲戒等ノ到底不十分ナルコトアリ斯ル場合ニハ固ヨリ海員ヲ雇止ムル必要アルナリ

(三) 海員カ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルトキ　斯ル場合ニハ海員カ船內ニ在テ事實上其職務ヲ執ルコト能ハサルハ勿論船長ハ直ニ之ヲ雇止メテ自己ノ船舶ニ於ル海員タル資格ヲ奪ヒ去ランコトヲ欲スルハ固ヨリ至當ノ事トス

右(一)乃至(三)ノ場合ニ在テハ何レモ海員自身ニ缺點アリテ解職サレタルモノナリ故ニ此等ノ事由ニ因テ雇止メラレタル場合ニハ海員ハ唯服役シタル期間ニ對スル給料ヲ請求シ得ルニ過キサルモノトス(五八一條二項)唯第一號ノ場合ハ海員ノ不適任ニ基クモノニシテ之ヲ雇入レタル船長自身ニモ選任ニ付テ過失アルモノト謂フヘク雇入後猥ニ解任サルルハ海員ニ取テ大ニ迷惑ナルヘシ隨テ第二號及第三號ノ場合トハ多少區別スル必要アルカ如シト雖發航前ニ於ル雇止ナルカ故ニ海員モ未左程ノ損害ヲ被ラサルヘク隨テ是亦服役シタル期間ニ對スル給料ヲ支給スルニ止ムルモノトス

(四) 海員カ疾病ニ罹リ又ハ傷痍ヲ受ケ其職務ニ堪ヘサルニ至リタルトキ　此場合モ亦海員ヲ雇止ムルニ付正當ナル事由アリト爲スヘキハ勿論トス唯此場合ハ其疾病傷痍ノ原因如何ニ依リ海員ニ支給スヘキ額ニ差異アリ

(イ) 海員カ職務ヲ行フニ因テ疾病ニ罹リ又ハ傷痍ヲ受ケタル場合ハ給料ノ全額竝ニ三箇月ヲ超エサル期間內ノ治療及看護ノ費用ヲ請求スルコトヲ得ヘク且雇入港迄ノ送還ヲ請求スルコトヲ得ヘシ(五七八條一項、二項但書五八一條三項)

(ロ) 海員カ過失ニ因テ疾病ニ罹リ又ハ傷痍ヲ受ケタル場合ハ本人自身ノ缺點ニ因テ解雇サルルモノナルカ故ニ恰前(イ)乃至(三)號ト其狀態ヲ同ウス故ニ第五八一條第三項但書ノ規定ニ依リ前三號ノ場合ト同一ニ之ヲ取扱ヒ唯リ服役シタル期間ニ對スル給料ノミヲ請求スルコトヲ得尙其過失カ重大ナラサル場合ニ於テハ三箇月ヲ超エサル期間內ノ治療及看護ノ費用ノ支給ヲ受クルコトヲ得(五七八條一項)

(ハ) 其他ノ場合ニ在テハ其雇止ノ日迄ノ給料及雇入港迄ノ送還ヲ請求スルコトヲ得尙服役中疾傷ニ陷リタルトキハ三箇月ヲ超エサル期間內ノ治療及看護ノ費用ヲ請求スルコトヲ得(五八一條三項本文、五七八條一項)

(五) 不可抗力ニ因リ發航ヲ爲シ又ハ航海ヲ繼續スルコト能ハサルニ至リタルトキ　是亦船舶所有者ノ任意ニ出ツルニ非ス已ムコトヲ得スシテ航海ヲ中止スルニ至リタルモノナリ故ニ海員ヲ雇止ムルコト

0039

ヲ得ト爲スハ平常ナリ而シテ海員ハ雇止ノ日迄ノ給料及雇入港迄ノ送還ヲ請求スルコトヲ得（五八一條三項、蓋前(一)乃至(三)號ノ場合ト異リ海員ニ毫モ責ムヘキ事情存セサレハナリ）以上列擧シタル(一)乃至(五)號ノ場合ハ海員ヲ雇止ムルニ付法律上認メラレ正當ナル事由アリト爲ス所以ノモノナリ此以外ノ場合ニ在テモ絕對ニ雇止ムルコトヲ得サルニ非ス然レトモ海員ハ船長ノ如ク重大ナル職責アルモノト異リ何時ニテモ之ヲ解任スルコトヲ得ト爲スノ理由ナシ（五七四條）殊ニ海員ノ如キ勞働者ハ無學ニシテ壓制ヲ被リ易キカ故ニ之ヲ保護スルノ必要アリ仍テ海員保護ノ必要上法律ハ一方ニ於テハ海員雇止ノ正當ナル事由ヲ定ムルト同時ニ他方ニ於テハ此等ノ正當ナル事由ニ因ラシテ雇止ヲ爲シタル場合ニ於ル損害賠償額ヲ法定シタリ商法第五八二條ノ規定即是ナリ本條ハ凡テ正當ナル事由ニ因ラシテ雇止メラレタル場合ニ於ル損害賠償ノ額ヲ定メタルモノナリ若本條之ナクンハ損害賠償ハ事實ノ證明ニ俟リ之ヲ確定セサルヘカラスト雖事實ノ證明ハ往往ニシテ困難ナルモノアリ仍テ海員保護ノ爲ニ此種ノ法定ノ損害賠償ノ規定ヲ置ケルナリ而シテ服役シタル期間ニ對スル給料ノ外一箇月分ノ給料ヲ請求スルコトヲ得ト爲シタル所以ハ一箇月ノ期間ノ餘裕アルトキハ海員ハ再ヒ他ニ雇入口ヲ求ムルコトヲ得ト認メタルニ由ルモノナリ而シテ本條ハ畢竟法定ノ損害賠償額ナルカ故ニ此丈ノ額ニ付テハ海員ヨリ損害アリシコトノ證明ヲ擧クルコトヲ要セス又此丈ノ額以上ノ實際ノ損害アリタルコトヲ證明ヲ爲スト雖此ヨリ以上ハ支給スルモノニ非サルナリ尙本條ニ於テ海員ノ送還ヲ發航港迄トセスシテ雇入港迄ト爲シタル所以ハ海員ヲ雇入港迄送還セハ海員ヲ最其原狀ニ恢復スルコトヲ得セシメタルモノニシテ海員ノ爲ニハ其損害最尠キニ至リタルモノト云フコトヲ得ヘク又船舶所有者ノ爲メヨリ言フモ雇入ヲ爲スニハ既ニ述ヘタル如ク公認ノ手續ヲ要スルカ故ニ何レノ地ニ於テモ猥ニ雇入ヲ爲スコトヲ得サルヘク隨テ雇入港迄送還スト雖モ非常ニ不便ニハ非サルヘキヲ以テナリ

第二　海員ヨリ雇止ヲ請求スル場合

海員モ亦雇止ヲ請求スルニ正當ナル理由ヲ有スル場合アリ商法第五八三條ニ列擧ス（獨新海員條例七四條）

(一)　船舶カ日本ノ國籍ヲ喪失シタルトキ　此場合ニ雇止ヲ請求スルコトヲ得ト爲スハ當事者ノ意思解釋ニ基ク蓋我商員ハ該船舶カ日本ノ國籍ヲ有スルカ故ニ其雇入ニ應シタル場合多カルヘシ然ルニ該船舶カ外國人ニ讓渡サルル等ノ原因ニ因リ我國籍ヲ喪失シタルトキハ其雇止ヲ請求スルコトヲ得サルヘカラス然レトモ雇止ヲ請求スル迄ハ契約關係依然トシテ存續スルノミナラス航海中船舶カ外國人ニ讓渡サレタル場合ニ於テハ商法第五八四條ノ規定ニ依リ海員ハ法律上當然新所有者ニ對シテ契約上ノ權利義務ヲ有スルカ故ニ雇止ヲ請求スルニ至ル迄ノ一時ノ間ハ外國人所有ノ船舶ノ爲ニモ亦其勞務ニ服セサルヘカラス

(二)　自己ノ過失ニ因ラスシテ疾病ニ罹リ又ハ傷痍ヲ受ケ其職務ニ堪ヘサルニ至リタルトキ　海員自己ノ過失ニ因テ疾傷ニ陷リ職務ニ堪ヘサルニ至リタル場合ハ船長ヨリ進テ雇止ヲ爲スニ至ルヘシ然ルニ自己ノ過失ニ因ラスシテ疾傷ニ陷リ其職務ニ堪ヘサルニ至リタル場合ナルカ故ニ海員ヨリ之カ雇止ヲ請求スルコトヲ許スハ權衡ヲ得タルモノト謂フヘシ故ニ船長カ進テ雇止ムル場合モ海員カ雇止ヲ請求スル場合モ海員ニ支給スル額ハ二者共ニ同一ナリトス（五八二條二項、五八三條二項）

(三)　海員カ船長ヨリ虐待ヲ受ケタルトキ　船長ハ海員ヲ指揮監督シ且懲戒ヲ加フル權アルモ其之ヲ行

0040

フハ固ヨリ適當ノ範圍ニ止ムヘキハ勿論トス然ルニ其域ヲ脫シテ虐待ヲ爲スニ至リタルトキハ海員ハ固ヨリ之ニ服從セサルヘカラサルノ理由ナシ故ニ之ニ雇止ヲ請求スル權利ヲ與ヘタリ

以上ノ(一)乃至(三)號ハ海員ヨリ雇止ヲ請求スルニ正當ナル理由アリト爲スノ所ノモノナリ故ニ海員ノ爲ニ其雇止ノ日迄ノ給料及雇入港迄ノ送還ヲ請求スルコトヲ得セシメタリ(五八三條二項)蓋彼ヲシテ損失ヲ被ルコトナク其原狀ニ復セシメンカ爲ナリ

此以外ノ場合ハ若海員ヨリ雇止ヲ請求シタルトキハ其結果如何ニ爲ルヤ船長ヵ進テ雇止メタル場合ニ關スル第五八二條ノ如キ規定存セサルカ故ニ全然民法ノ規定ニ從テ判斷セサルヘカラス即雇入期間ノ定アルトキハ猥ニ雇止ヲ請求スルコトヲ得ス其期間ノ滿了ヲ以テ契約終了ス其滿了前ニ在テハ民法第六二六條及第六二八條ニ從フヘキモノトス若此等ノ規定ニ從テ解除ヲ爲サス漫然職務ニ服スルコトヲ怠リタルトキハ契約不履行ノ原則ニ因リ損害賠償ノ責ニ任スヘキハ勿論場合ニ依リ船長ヨリ懲戒ヲ受ケ又ハ所罰ヲ受クルコトアルヘキナリ(船員法五章、六章)

雇入期間ノ定ナキトキハ民法第六二七條ニ依リ各當事者ハ何時ニテモ解約ノ申入ヲ爲スコトヲ得ト雖海員ハ特約アル場合ヲ除ク外船舶カ安全ニ碇泊シ且積荷ノ陸揚及旅客ノ上陸カ終リタル後ニ非サレハ雇止ヲ請求スルコトヲ得ス(五八六條、續新海員條例六六條、六八條)若然ラサルニ於テハ航海ハ中途ニテ廢絕シ船舶所有者其他ノ利害關係人ニ不慮ノ災害ヲ釀スニ至ルヘケレハナリ

尙商法第五八六條ノ適用ト第五八三條ニ所謂海員ノ雇止請求權トノ關係ニ付一言スヘシ第五八六條ハ法文ノ明言スル如ク唯リ雇入期間ノ定アルトキハ其期間ノ滿了ヲ以テ契約終了シ航海ノ途中タルト否トヲ問ハス雇止ヲ爲スニ至ルヘキナリ而シテ第五八三條ノ雇止請求權ハ雇入期間ノ定ナキトキニ付テハ其雇止ヲ請求スルハ第五八六條ノ制限ニ從ハサルヘカラサルナリ然レトモ雇入期間ノ定アル場合タルト將定ナキ場合タルトヲ問ハス條件ヲ充タセハ發生スル權利ナリ

最後ニ海員ヨリ雇止ヲ請求シ得ヘキ場合ニ付一考スヘキ點ハ船舶所有者若クハ船長ノ變更アリタルトキハ雇止ヲ請求シ得ル正當ナル理由ト爲スコトヲ得ルヤ否ヤノ點是ナリ所有者ノ變更ニ因リ船籍ノ喪失アリタルトキハ海員カ雇止ヲ請求シ得ルコトハ既ニ述ヘタリ然レトモ纔ニ所有者ノ變更アリト雖未船籍ヲ喪失セサル間ハ雇止ヲ請求スルコトヲ得スト謂ハサルヘカラス但民法ノ通則ニ從ヒ解除若クハ解約ヲ爲スハ格別ナリトス(獨新海員條例七四條末項)即我商法ハ航海中船舶所有者ノ變更アリタル場合ニ於ル新所有者ト海員トノ關係ニ付第五八四條ニ於テ特別ノ規定ヲ設ケリ之ニ由テ航海中ノ所有者ノ變更カ直ニ雇止請求ノ理由ト爲スニ足ラス却テ新所有者ト海員トノ間ニ契約關係ニ基ク權義ノ關係ヲ生スルコトヲ知ルヘシ民法ノ通則ニ從ヘハ契約關係ハ唯リ當事者間ニ維持サルルニ止マル殊ニ雇傭ニ在テハ使用者ハ勞務者ノ承諾アルニ非サレハ其契約上ノ權利ヲ第三者ニ讓渡スルコトヲ得ス(民六二五條)然レトモ海商法ニ在テハ此通則ニ依ルコトヲ得ス蓋航海中ニ在ル船舶ヲ讓渡スルコトノ如キハ日常生シ得ヘキ所ナリ然ルニ一一海員ノ承諾アルニ非スンハ其勞務ヲシテ船舶ノ讓受人タル第三者ノ爲ニ盡サシムルコトヲ得サルトキハ航海中ノ船舶ハ遂ニ之ヲ讓渡スコトヲ得サルニ至ルヘシ故ニ本條ヲ置キ法律ノ力ニ依リ新所有者ト海員トノ間ニ雇傭契約ニ因テ生シタル權利義務ヲ有セシムルモノト爲シタルナリ故ニ海員ハ當然新所有者ノ爲ニ勞務ニ服スル義務アリ又給料其他ノ請求ハ總テ新所有者ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得ルナリ蓋船舶讓受人ノ側ヨリ觀ルモ第五四二條ノ

0041

規定ノ如ク航海中ノ損益ヲ一關トシテ引受クル考ナルカ故ニ海員ニ對スル權利義務ニ付テモ之ヲ引受クルモノト看ルヲ當事者ノ意思ニ最適シタルモノトス爲スナリ然レトモ第五四二條ニ付テ新舊所有者間ニ反對ノ特約ヲ爲シ得ルト均ク第五八四條ニ付テモ亦反對ノ特約ハ之ヲ爲スコトヲ妨ケサルナリ例之船舶所有者ノ變更アリタルニ拘ラス舊所有者カ依然トシテ海員ノ給料ノ支拂ヲ爲スヘキコトヲ新舊所有者間ニ於テ特約ヲ爲スコトハ固ヨリ之ヲ妨ケスト雖其特約ハ以テ海員ニ對抗スルコトヲ得ス故ニ海員ノ請求アレハ新所有者ヨリ其給料ノ支拂ヲ爲ササルヘカラス蓋海員ノ該權利義務ハ法律ノ力ニ依テ當然發生シタルモノナレハナリ然リ而シテ玆ニ所謂雇傭契約トハ舊所有者ト海員トノ間ニ本來締結サレタル雇傭契約ヲ指稱スルモノナルコト明ナリ何トナレハ唯漠然雇傭契約ト云フトキハ如何ナル體樣竝ニ約款ヲ有スル契約ナルヤ全ク無意義ノモノナレハナリ故ニ舊所有者ト海員トノ間ニ存スル體樣竝ニ約款ニ於テ新所有者ニ對シ權利ヲ有シ義務ヲ負フニ至ルヘキナリ

唯玆ニ疑問ノ存スルハ舊所有者ト海員トノ關係是ナリ元來雇傭契約ニ因テ生シタル權利モ一ニシテ義務モ亦一タルニ相違ナク其權利義務カ本條ニ依テ既ニ新所有者ト海員トノ間ニ發生スルモノトスレハ最早舊所有者ト海員トノ間ニハ契約關係ヲ保有スヘキ餘地ヲ見出ササルモノト解釋セサルヘカラサルカ如シ然リト雖予ハ卒反對ノ見解ヲ取リ舊所有者ト海員トノ間ニ未雇止ノ手續ヲ爲ササル以上ハ其關係ハ依然トシテ持續スルモノト言ハント欲ス蓋本條ハ最異例ノ規定ニシテ法律ノ力ニ依テ新所有者ト海員トノ間ニ契約關係同樣ノ權利義務ヲ有セシメントスルモノナルカ故ニ最嚴正ニ解釋スヘキモノトス然ルニ嚴正ニ解釋スルトキハ本條ハ獨海員ト新所有者トノ關係ヲ定メタルモノト謂ハサルヘカラス即海員ハ新所有者ニ對シ權利ヲ有シ義務ヲ負フモ舊所有者ニ對スル關係ハ本條何等ノ明言スル所ナシ明言スル所ナキ以上ハ其關係ハ依舊持續スルモノト解スルヲ至當トス尤前述セル如ク雇傭契約ニ因テ生シタル權利義務ハ一ナリテ二ナキモノナルカ故ニ海員ハ新舊所有者ニ對シテ二重ニ權利ヲ有シ義務ヲ負フモノニ非ス畢竟海員ハ同一ノ權利義務ヲ二人ニ對シテ有スルノ狀態ヲ爲スモノナリ故ニ海員ノ權利ノ側ヨリ考察セハ海員ハ新舊所有者ノ孰ニ對シテモ恰連帶債務ノ如ク積權ノ全額ニ付其權利ヲ行フコトヲ得然レトモ新舊所有者中孰カ其義務ヲ履行セハ之ニ因テ契約上ノ權利ハ消滅スルカ故ニ他ノ所有者ニ對シテ二重ニ其權利ヲ行フヘカラサルコト勿論ト謂フヘシ又海員ノ義務ノ側ヨリ言ヘハ新所有者ノ爲ニ其義務ヲ履行セハ之ニ因テ契約上ノ義務履行ヲ了ルノ結果ヲ生スルカ故ニ舊所有者ニ對スル義務モ亦同時ニ消滅スルニ至ルモノナリ若海員カ任意ニ新所有者ノ爲ニ其義務ヲ盡ササルトキハ舊所有者ノ力ヲ藉リ舊所有者ヲシテ之ヲ強制セシムルモ亦差支ナキ所ナリ要スルニ本條ハ海員ト新所有者トノ關係ノミヲ規定シ其相互ノ權利義務ヲ保護シタルモノト解釋スルヲ至當トス尚本條ハ航海中ニ所有者ノ變更アリタル臨時緊急ノ場合ニ對スル特別規定ニシテ船舶カ其船籍港ニ碇泊中所有者ノ變更セルトキノ如キハ本條ノ適用外ナリ蓋此等ノ場合ニ於テハ海員ト新舊所有者トノ間ニ十分ナル交涉ヲ爲スノ暇アレハナリ

第四項　船舶ニ關スル事由ニ因ル終了

商法第五八七條ニ規定セリ

凡海員ハ船舶ヲ目的トシ其上ニ於テ勞務ニ服スルコトヲ約スルモノナルカ故ニ其船舶カ全ク沈沒スルカ又ハ修繕不能ノ地位ニ陷リ又ハ捕獲セラレタルトキハ該契約カ當然終了スト爲スハ至當ト謂フヘシ

0042

即當事者ヨリ特ニ雇止ノ請求ヲ爲スコトヲ要セス該契約ハ終了スルモノナリ然レトモ雇止ノ公認ノ手續ハ此場合ト雖必要ナリ（船員法施行細則三三條）唯斯ル場合ニ海員ニ何程ノ給料等ヲ支給スヘキカカ問題ナレトモ從來ノ沿革ニ於テハ船舶カ海難其他ノ原因ニ因リ修繕スヘカラサルニ至リ又ハ沈沒ノ厄ニ遭ヒタル場合ノ如キハ若海員ニ十分ナル給料ヲ支給セハ海員ハ或ハ十分ナル努力ヲ爲シテ船舶ヲ救助スル勞務ヲ取ラサルヘシトノ懸念ヨリ海員ノ給料ハ船舶ノ運命ト之ヲ共ニセシムヘシト云フ思想行レ斯ル場合ニハ海員ニ十分ナル給料ヲ支給セストノ原則行レタリ然レトモ今日ニ在テハ海員ノ取締ハ取締トシテ別ニ之ヲ勵行スル途アリ船舶所有者モ亦保險ニ依リ船舶カ海難ニ遭遇セル場合ノ損害ヲ免ルルノ制度具ハルニ至レリ故ニ海員ノ給料ヲ削減スルカ如キ規定ヲ設ケサルヲ至當トスルニ至レリ仍テ我商法ニ於テモ同條第二項ノ如ク海員ハ契約終了ノ日迄ノ給料ヲ請求シ得ルモノトシ殊ニ第一號乃至第三號ノ場合タルヤ第五八一條第一項第四號、第五號及第五八二條第一項各號ノ場合ト均ク海員ニハ毫モ尤ムヘキ事情存セサルカ故ニ之ヲ同一ニ取扱ヒ雇入港迄ノ送還ヲ請求シ得ルモノト爲シタルナリ

第五章　物品運送

第一節　物品運送契約總論

第一項　物品運送契約ノ種類竝ニ其性質

海上物品運送契約ハ之ヲ二種ニ分ツコトヲ得一ハ傭船契約ニシテ他ハ箇箇ノ物品運送契約ナリ傭船契約ハ又之ヲ船舶全部ノ傭船契約ト一部ノ傭船契約トノ二種ニ細別スルコトヲ得傭船契約トハ當事者ノ一方カ船舶ノ全部若クハ一部ヲ貸切リ之ニ船積シタル物品又ハ乘込ミタル旅客ヲ運送スルコトヲ約シ相手方カ之ニ報酬即運送賃ヲ與フルコトヲ約スル一種ノ運送契約ナリ抑運送契約ノ性質ニ付テハ現今學者間ニ頗ル議論ノ存スル所ナリ然レトモ我商法ハ獨逸法ヲ母法トシテ採リタルヲ以テ疑ナシ然ルニ獨逸學者ノ見解トシテハ運送契約ハ請負契約ノ一種ナリト云フ說始ト一般ニ認識セラルルノモノ如シ例之「テール」「ショット」「エーグル」「ブッヒェルト」「ウルリッヒ」等ノ學者皆然リ獨逸高等商事裁判所ノ裁判例モ亦之ニ同意ス故ニ我商法ノ解釋トシテモ運送契約ハ一種ノ請負契約ナリト看ルヲ至當トス然ルニ佛ノ「リオン、カン」ノ如キハ運送契約ハ寄託ト請負トノ混合契約ナリト曰ヘリ然レトモ運送人ハ運送契約ニ因テ物品ノ受取、運送、保管及引渡ニ關シ總テ責任ヲ負擔スル者ニシテ物品ヲ受取リテヨリ到達地ニ著シ引渡ニ至ル迄ノ一切ノ仕事ヲ概括シテ其仕事ノ結果ヲ以テ當事者契約ノ目的ト爲スモノナリ故ニ「リオン、カン」等ノ如ク其中ノ各行爲ヲ分離シテ混合契約ト看ルハ不當ナリ運送契約ハ寧ロ統一シタル一箇ノ契約ト看ルヲ至當トス又或ハ運送ニハ必ス勞務ヲ必要トスルカ故ニ運送契約ハ雇傭ノ一種ナリト論スル者アルモ是亦不當ナリ何トナレハ當事者ハ仕事ノ結果ヲ目的トスルモノニシテ運送人ノ勞務其モノニ非ス故ニ運送人ハ事實上如何ニ多クノ勞務ヲ供スルトモ結果ニシテ得ルヿ能ハサレハナリ又運送賃ヲ請求スルコトヲ得ス我商法第三三六條ノ如キハ即其趣意ニ基ク規定ナリトス又或ハ運送具ニ重キヲ置キ運送契約ハ運送具ノ賃貸借契約ナリト論スル者アレトモ是亦不當ナリ蓋當事者ハ決シテ運送具ノ如何ヲ以テ契約ノ主タル目的ト爲スモノニ非ス運送具ハ唯運送ノ手段ノミ其鐵道タリ將船舶タルカ如キハ寧其從タル條件ニ過キス當事者ノ期スル所ハ運送品カ安全ニ到達地ニ著スルニ在ルノミ故ニ運送契約ヲ以テ運送具ノ賃貸借契約ナリト看ルハ其當ヲ得ス唯人或ハ傭船契約ヲ他ノ普通ノ運送契約即箇箇ノ物品運送契約ト區別シテ箇箇ノ物品運送契約ニ付テハ請負契約ナリト云フ說ヲ

0043

是認スルニ拘ラス傭船契約ニ付テハ賃貸借契約ヲ其中ニ包含スルモノナリト主張スル者ナキニ非スト雖是亦不當ナリ此點ニ關シテ傭船契約ト箇箇ノ物品運送契約トニ付テ毫モ區別スヘキ理由ナシ傭船契約ニ於ケル船舶ノ全部若クハ一部ノ指定ハ單ニ運送契約ニ於ケル一要件若クハ一體樣ノミ猶運送ノ期間ヲ定メ又ハ陸上運送ニ於ケル運送具ヲ指定シタルト毫モ異ルコトナシ今日鐵道運送ニ於テ客車ノ全部若クハ一部ヲ借切リタル者其客車ノ賃貸借契約ヲ結ヒタリト思惟スル者一人トシテ之アルコトナキニ觀ルモ右ノ理由ハ當然明ナルヘシ殊ニ箇箇ノ物品運送ニ付テモ之カ運送サルヘキ船舶自身ヲ特約スルコトハ敢珍シカラス然ラハ則箇箇ノ物品運送ニ付テ既ニ請負契約說ヲ是認スル者焉ソ傭船契約ノミヲ別視スル理由アランヤ要スルニ傭船契約ヲ賃貸借ト看ルノ思想ハ往昔貿易商人カ積荷ニ伴隨シテ積荷ヲ指揮シツツ船舶ニ乘込ミタル時代ノ遺的思想ニ外ナラス今日ニ在テハ積荷所有者タル商人ハ船舶ニ同乘セス積荷ハ運送ニ付テハ運送人カ一切責任ヲ負ヒテ其仕事ノ完成ヲ期スルモノナルカ故ニ傭船契約ハ一種ノ運送契約即請負契約ト看ルヲ至當ト爲スナリ

人或ハ運送人カ運送品ヲ保管スル點ヲ見テ運送契約ヲ寄託ノ一種ト看ル者ナキニ非スト雖保管ハ運送ニ伴フ自然ノ結果ニシテ契約ノ主タル目的ニハ非ス故ニ全ク保管ヲ必要トセサル人類若クハ巨石等ニ付テモ運送契約ハ成立シ得ヘシ故ニ此說ノ不當ナルコト多言ヲ費サスシテ明ナリ次ニ運送契約ハ委任ト看ルヘカラサルコトハ最明ナリ何トナレハ委任ハ法律行爲ヲ爲スコトヲ以テ契約ノ目的トシ運送契約ハ運送シタル仕事ノ結果ヲ目的トスルモノナレハナリ然ルニ人或ハ運送契約ヲ以テ民法第六五六條ニ所謂準委任ニ擬スル者アリ（志田博士日本商法論商行爲編一五七頁）然レトモ準委任ハ猶委任ノ如ク唯一方ハ法律行爲ヲ契約ノ目的トシ一方ハ法律行爲ニ非サル事務ノ委託ヲ契約ノ目的トスルモノニシテ二者ノ差異タル唯此一點ニ存スルノミ然ルニ委任ハ無償ヲ本則トシ準委任モ亦然リ然ルニ運送契約ハ補助的商行爲トシテ發達シ本來有償契約タリ故ニ運送契約ヲ以テ民法中ノ準委任ニ擬セントスルモ亦不當ナリ然ルニ請負契約ニ至テハ性來有償契約ニシテ此點ニ於テモ運送契約ハ其範疇ニ剋スヘキモノタリ

要之運送契約ノ性質ニ關シテハ其說許多アルモ請負契約ナリト看ルヲ至當トシ隨テ海上物品運送契約中傭船契約、箇箇ノ物品運送契約等ノ類別アルモ何レモ皆請負契約タル同一範疇ニ入ルヘキモノトス（傭船契約ノ沿革竝ニ性質ニ付テハ尚法學協會雜誌二二卷一一號一二號、拙著論文參照）

第二項　傭船契約ト他ノ契約トノ區別

一　傭船契約ト船舶賃貸借契約トノ區別

二者ノ理論上ノ區別ハ既ニ前項ニ之ヲ述ヘタリ即傭船契約ハ請負契約ノ一種ニ屬シ船舶ニ依テ運送シタル仕事ノ結果ヲ契約ノ目的トシ賃貸借契約ハ反之船舶ノ使用竝ニ收益ヲ爲サシムルコトヲ目的トスル契約ナリ尙二者ノ效力ノ重要ナル差異ニ二ヲ擧ケレハ

(イ) 船舶ノ賃貸借ハ之ヲ登記シタルトキハ爾後其船舶ノ上ニ物權ヲ取得シタル者ニ對シテモ其效力ヲ生ス（五五六條）反之傭船契約ハ單ニ當事者間ニ契約關係ヲ生スルニ止リ第三者ニ對スル物權的效力ヲ生セス

(ロ) 船舶ノ賃借人カ商行爲ヲ爲ス目的ヲ以テ其船舶ヲ航海ノ用ニ供シタルトキハ第三者ニ對シテ船舶所有者ト同一ノ權利義務ヲ有ス（五五七條）故ニ例之船長ノ過失ニ因テ船舶ノ衝突ヲ來シ之カ賠償ヲ

0044

爲スヘキ場合ニ於テ賠償責任者ハ船舶所有者ニ非スシテ船舶賃借人ナリ反之傭船契約ノ場合ニ在テハ傭船者ハ第三者ニ對シテ何等ノ責任ノ下ニ立タス故ニ船長ノ過失ニ因テ船舶カ衝突セル場合ニ於ル賠償責任者ハ傭船者ニ非スシテ船舶所有者タリ彼ノ傭船者カ更ニ第三者ト運送契約ヲ爲シ契約上ノ責任ヲ負擔セル場合ニ在テモ其契約ノ履行カ船長ノ職務ニ屬スル範圍内ニ於テハ船舶所有者ノミ其第三者ニ對シテ履行ノ責ニ任スルナリ(六一二條)蓋船長ハ傭船者ノ指揮、監督ノ下ニ立タサレハナリ尚船舶ノ賃借人カ第五四四條ニ所謂委付權ヲ行フコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ既ニ船舶ノ賃借人ノ項ニ於テ之ヲ述ヘタリ

(ハ)船舶ノ賃借人ハ船舶ノ利用ニ關シテ船舶所有者ト同一ノ責任ヲ負擔スルカ故ニ若第三者ト運送契約ヲ結ヒテ運送ニ從事スルトキハ其相手方ニ對シテ發航ノ當時船舶カ安全ニ航海ヲ爲スニ堪フルコトヲ擔保スル義務アリ(五九一條)反之傭船者ニ在テハ第三者ニ對シテ斯ル擔保義務ヲ負フコトナキカ故ニ自ラ船舶ノ艤裝、船員ノ乘組、船體ノ健否等ニ付顧慮スルノ必要ナキナリ

右ノ如ク船舶賃貸借契約ト傭船契約トハ其效力ノ上ニ非常ナル差異アルカ故ニ其賃貸借契約ト視ラルルカ將傭船契約ト認メラルルカハ當事者ノ利害ノ上ニ大ナル關係ヲ有スル故ニ二者ノ區別ハ實際問題トシテ極テ重要ナル事項ニ屬ス然ルニ船舶所有者カ其船舶ヲ擧ケテ他人ノ使用ニ委シタルニ當リ如何ナル事實ノ存スルアレハ之ヲ賃貸借トシ又ハ傭船契約トスルカ是事實問題ニシテ固ヨリ各場合ノ事實ニ從ヒ爭アル場合ハ裁判所之ヲ認定スヘキモノトス然ルニ此點ニ關スル英國ノ實例ヲ見ルニ英國ニテハ傭船契約タルカ船舶賃貸借契約タルカヲ區別スル事實上ノ標準ハ船員特ニ船長ノ選任竝ニ指揮、監督ノ權カ何人ノ手ニ存スルカニ在ルモノノ如シ即船長ノ任免權ニシテ船舶所有者ノ手ニ存スルトキハ船舶所有者ハ船長ニ依テ依然トシテ船舶ヲ占有シ第三者ニ對シテ所有者トシテノ責任ヲ負擔セサルヘカラサルナリ仍テ若船長ノ過失ニ因テ船舶ノ衝突ヲ來シ他ノ船舶ニ損害ヲ來セハ船舶所有者其責ニ任セサルヘカラス反之船長ノ任免權カ船舶ノ借主ノ手ニ存スルトキハ衝突等ニ因ル損害賠償ノ義務ハ船舶所有者ニ存セスシテ船舶ノ借主ニ存スルナリ要之英國ニテハ船長ノ任免權カ借主ノ手ニ在レハ之ヲ賃貸借契約ト看ルヘク然ラサレハ之ヲ傭船契約ト看ルヘキモノトス

我國ニ於テハ未此種ノ問題ニ付多ク實例ヲ生シタルヲ聞カス然レトモ船舶ノ貸借ハ日ヲ追ヒテ增加スルノ形勢アリ然ルニ船舶カ船長ノ過失ニ因テ衝突シタル場合ニ何人カ其賠償ノ責ニ任スルカ即船舶所有者ナルカ將船舶ノ借主ナルカ利害ノ關スル所頗大ナル問題ナルカ故ニ若當事者間ニ於テ十分ニ之カ特約ヲ爲シ置ケハ格別然ラサルニ於テハ異日必論爭ヲ生スルニ至ルヘシ斯ル場合ニ如何ナル標準ニ據テ之カ責任ノ歸屬者ヲ定ムルカ我商法ニ於テモ傭船契約ノ場合ハ船舶所有者ニ於テ船舶カ航海ニ堪フルコトヲ擔保スル義務アリ又傭船者カ更ニ第三者ト運送契約ヲ締結シタル場合ニ於テ其契約ノ履行カ船長ノ職務ノ範圍内ニ屬スル事項ニ付テハ船舶所有者ノミ其履行ノ責ニ任スル此等ノ點ヨリ考フルニ傭船契約ノ場合ハ船舶所有者常ニ船長ノ任免竝ニ指揮、監督ヲ爲スモノタルコトヲ豫想セリ(六一二條)殊ニ船長ハ船舶ノ指揮統轄者ナルカ故ニ船長ノ任免竝ニ指揮、監督ノ權利ヲ有スル者ハ即船長ヲ通シテ該船ノ占有ヲ保持スルモノト謂フヘキナリ故ニ我國ニ於テモ英國ノ如ク船長ノ任免權ノ何レニ存スルカニ依テ傭船契約タルカ船舶賃貸借契約タルカヲ區別スルヲ至當トス

二　海上運送契約ト陸上運送契約トノ區別

海上運送ト陸上運送トハ之ヲ空ニ想像スルトキハ唯其路筋カ一方ハ海上ニシテ一方ハ陸上タルノ差異

0045

アルニ止ルカ如シト雖其海路タルト陸路タルト二者ノ發達ニ根本的大影響ヲ與ヘタルモノニシテ海商法其モノノ成立アルニ至リタルモ亦實ニ之カ爲ナリ換言スレハ海商法全部ノ規定ハ別種ノ契約關係タル保險ノ部分ヲ除ケハ總テ運送契約ニ關係シ陸上運送トノ差異ヲ示スモノト云フモ可ナリ海上運送ニハ其運送具トシテ必船舶ヲ必要トシ爲ニ船舶ニ關スル特別規定ノ必要アリ又航海ノ事業タルヤ實ニ危險ニ富ムノミナラス資本ヲ多ク要スルカ故ニ之ヲ發達ヲ圖ルカ爲ニハ其危險ヲ多數者間ニ分配シ且多クノ資本ヲ集合セシムル必要アリ是ニ於テカ會社思想ノ未能ク發達セサル時代ニ在テハ船舶ヲ共有シテ以テ航海ノ事業ニ從事ス爲ニ船舶ノ共有竝ニ船舶管理人ノ規定ノ必要アリ又船舶所有者ハ往昔運送營業ナル專門ノ營業ノ發達セサル時代ニ在テハ貿易商人トシテ自ラ船舶ヲ指揮シ自己ノ船舶ニ自己ノ貨物ヲ積込ミ所謂自船運送ニ從事シタリト雖運送營業ノ發達スルニ至テハ船舶所有者ハ運送營業ノ資本家トシテ陸上ニ退キ敢航海ノ危險ヲ冒シテ其實務ニ從事スルコトヲ爲サス從來勞務ノミニ從事セル船長ナルモノノ地位ヲ高メ自己ニ代リテ船舶ヲ指揮シ且航海ノ實務ニ當ラシム是ニ於テカ法律上船長ナルモノノ地位ヲ認メラルニ職務權限ト與フルノ必要アリ爲ニ船長ニ關スル規定ノ必要アリ又船舶運轉ヲ爲スニ付テハ許多ノ勞務者ヲ必要トス爲ニ海員ニ關スル規定ノ必要アリ又運送契約其モノニ付テモ其成立ニ際シ陸上運送ニテハ運送狀ヲ作ルヲ例トシ海上運送ニハ運送狀ヲ作ルヲ例トス是亦二者ノ發達ヲ異ニスルニ基因ス陸上運送ニハ此他貨物引換證ナル書又ハ船荷證券ヲ作ルヲ例トス是亦二者ノ發達ヲ異ニスルニ基因ス陸上運送ニハ此他貨物引換證ナルモノアリト雖是頗後世ノ發達ニ屬シ海上運送ノ船荷證券ニ摸倣シテ製作シタルモノニシテ其效力竝ニ運用ニ至テハ殆相同シト雖其實用ハ現今遙ニ船荷證券ノ下ニ在リ我商法ハ運送狀ニ付テハ唯第三二二條一箇條ヲ規定シ運送狀ノ作成ヲ豫想シ其記載事項、定メタルノミニシテ法律上果シテ如何ナル效力、運用作用アルモノナルヤ毫モ知ルヘカラス然ルニ外國殊ニ獨逸商法第四三二條、第四三六條ニハ運送狀ノ效力竝ニ運用ニ關シテ重要ナル規定アリ又運送契約ノ效力竝ニ終了ニ關シテモ例之船積期間、陸揚期間、任意ノ解除、不可抗力ニ基ク解除、法定ノ原因ニ因ル終了等海上運送ニハ各特別ノ規定ヲ設クルノ必要アリ又船舶及積荷カ共同ノ危險ニ遭逃スルコトアリ其危險ヲ免レシメシカ爲ニ船長カ故意ニ爲シタル損害及費用ハ共同海損ノ精算ニ基キテ利害關係人之ヲ分擔ス故ニ共同海損ノ規定ノ必要アリ又船舶所有者ハ船員ノ行爲ニ對シテ海產有限ノ責任ヲ負フカ如キ其他特種ノ原因ヨリ或種ノ債權者ヲ保護スル必要上船舶債權者ナルモノヲ認メ之ヲ規定スルノ必要アリ總テ此等ノ海商法中運送ニ關スル規定ハ特種ノ發達カ必要ヨリ出タルモノニシテ陸上運送ニ對スル差異ヲ示スモノト謂フモ可ナリ

三　傭船契約ト個個ノ物品運送契約トノ區別

前者ハ物品若クハ旅客カ積入レラルヘキ船舶ノ全部若クハ一部ヲ契約ノ目的トシ後者ハ個個ノ物品ヲ契約ノ目的トス其結果トシテ前者ニ在テハ之ニ積入ルル貨物ハ不特定ナルヲ例トシ傭船者ハ自己ノ物品ノミナラス更ニ第三者ト運送契約ヲ締結シ其物品ヲ船積セシムルコトヲ得即商法第六一二條ニ於テ傭船契約ノ場合ニハ傭船者ハ更ニ第三者ト運送契約ヲ爲シ得ルコトヲ豫想シ此場合ニハ其契約ノ履行カ船主ノ職務ニ屬スル範圍內ニ於テハ船舶所有者ノミ第三者ニ對シテ直接ニ履行ノ責ニ任スルナリ個個ノ物品運送契約ノ場合ニ在テモ理論上ノ荷送人ハ更ニ第三者ト運送契約ヲ締結スルコトヲ得サルニ非サルモ其契約ハ單ニ契約當事者間ノ關係ニ止リ第三者タル船舶所有者ニ對シテ何等ノ關係ヲ及スモノニ非サルナリ

又傭船契約ノ場合ト個個ノ物品運送契約ノ場合トハ契約締結ノ方法ニ經濟上非常ナル差異アリ前者ハ

0046

不特定ノ航路ニ對シ臨時的ナルヲ例トシ又船體モ左程大ナラサルヲ常トス隨テ各契約毎ニ船體ハ勿論船積、陸揚、碇泊期間、運送賃、航路、責任ノ範圍等ヲ定ムルヲ常トス反之適荷ノ物品運送契約ノ場合ハ特定航路ニシテ定期航海ナルヲ例トシ船體モ亦益大ナルニ至ルノ傾向アラントス隨テ船舶所有者ニ於テ豫運送ニ關スル總テノ條件ヲ定ヶ例之運送賃定期發著表等ヲ定メ之ヲ廣告シテ以テ運送品ヲ募集シ應募ニ因テ契約成立ス隨テ同一約款ノ下ニ多數ノ荷送人カ運送契約ヲ締結スルヲ以テ故ニ傭船契約ト適荷ノ物品運送契約トハ運送契約タル性質ニ於テハ同一ナリト雖二者ノ經濟的行動ニ至テハ大ナル差異アリ

第三項　物品運送契約ノ成立

傭船契約タルト適荷ノ物品運送契約タルトヲ問ハス諸成契約ナリ故ニ契約成立ニ付別ニ何等ノ方式ヲ要セス然レトモ後日ノ證據ノ爲ニ傭船契約ニ在テハ各當事者ハ傭船契約書ノ交付ヲ請求スルコトヲ得（五九〇條）其傭船契約書ヲ作成スルト否トハ當事者ノ自由意思ニ放任セリ然ルニ當商法竝ニ佛法系ノ諸國ニ在テハ傭船契約書ヲ作成スルコトヲ必要トセリ是亦必シモ契約成立ノ要素ニ非ス畢竟證據保存ノ爲ニ之ヲ必要トシタルナリ然ルニ我新商法ハ獨法系ニ倣ヒ商事契約ニ形式ヲ要セサルヲ本則トシタルカ故ニ傭船契約書ニ付テモ之ヲ作成スルト否トハ當事者ノ意思ニ任セタリ而シテ傭船契約書ニハ如何ナル事項ヲ記載スヘキカ法律上別ニ記載事項ヲ定メスト雖畢竟當事者ノ契約竝ニ慣習ニ依ラシムル考ナリ法文ニ運送契約書ト云ヒタルハ適切ナラス宜ク傭船契約書ト云フヘキナリ

適荷ノ物品運送契約ニ在テハ各當事者ハ別ニ運送契約書ノ交付ヲ請求スルコトヲ得ス又陸上運送ノ如ク運送狀ヲ發行セシムル慣習ナシト雖海上運送ニ在テハ船長ヨリ船荷證券ヲ發行スルヲ例トシ又船長ハ其謄本ヲ請求スルコトヲ得ヘキカ故ニ若後日ニ證據ヲ殘ス爲メヨリ言ヘハ之ニテ十分タルナリ（六二〇條、六二三條）

海上運送契約成立上特ニ注意スヘキコトハ契約自由ノ原則ニ對スル制限是ナリ即商法第五九二條ニ規定セリ

本條ハ特約ニ因ル免責事項ノ範圍ヲ制限シタルモノナリ夫レ契約ノ自由ハ之ヲ尊重セサルヘカラスト雖圭範圍ヲ餘リニ自由ニ放任スルトキハ公益ヲ害スルニ至ル蓋海上運送業ハ危險ニ富ムノミナラス資本ヲ多ク要スル事業ナルカ故ニ何人モ進テ之ヲ營ムコトヲ得ス自船運送ヨリ共有運送ヨリ進テ會社運送ト爲リ危險分擔ト資本集中トカ益多ク行ルルニ隨ヒ愈該事業ノ隆盛ヲ極ムルニ至ルヤ會社思想ノ傳播シヲヨリ海上運送業カ著ク進歩シタルハ以テ此消息ヲ知ルニ足ル如此有樣ナルカ故ニ海上運送業ハ近年益資力ヲ集中セル大會社ニ依テ營マルノ傾向アリ隨テ海上運送業ハ事實上ニ於テ獨占業タルノ觀アラントス故ニ運送會社ニ在テハ自己ノ爲ニ最便宜ナル條項ヲ船荷證券中ニ記載且既ニ之ヲ印刷ニ付シ置キテ以テ運送契約ノ求ニ應シ其甚シキニ至テハ極テ廣汎ナル範圍ニ於テ免責事項ヲ記載シ積荷ヲ受取リテヨリ殆全ク其損害賠償ノ責ニ任セス英國ノ或有名ナル司法官カ之ヲ冷評シテ運送人ハ唯今後運送賃ヲ受取ル丈ノ義務ヲ負擔スルノミナリト曰ヘリ事情如此ナルトキハ荷送人ハ安心シテ積荷ヲ運送人ニ委託スルコトヲ得ス爲ニ運送營業ハ商業ヲ容易ナラシメ鞏固ナラシムル所謂補助的商行爲ノ任務ヲ完スルコトヲ得スシテ其結果商業ノ衰退ヲ來スヲ免レス故ニ第十九世紀ノ後半ヨリ免責事項ノ記載ニ對シテ制限ヲ加フルノ必要ヲ感シ千八百八十二年「リバープール」、千八百八十五年「ハンブルグ」千八百八十五年「アントワープ」千八百八十八年「ブルッセル」千八百九十三年倫敦ニ

於ル國際會議ハ何レモ該問題ノ討議ヲ爲シ就中「ブルッセル」ニ於ル國際商法會議ノ議決第二條ニ於テハ(イ)船舶ノ航海堪能ヲ擔保スル義務ロ積荷ノ保管引渡等ニ關スル義務(ハ)船員其他ノ使用人ノ重大ナル過失ノ三者ニ付テハ特約ニ依ルモ其責任ヲ免ルルコトヲ得サルモノトシ其主義ヲ各國商法ニ於テ採用スヘキ旨ヲ勸告セリ而シテ我商法ハ略ホ該議決ノ主意ヲ採用シタルモノナリ（「ボーエンス」二卷一〇七頁「リヨン、カン」三版五卷五三九頁、法學協會雜誌二一卷八號拙者講演參照）

尙第五九二條ニ付テ三ノ注意スヘキ點ヲ說明スヘシ本條ニハ「使用人ノ惡意若クハ重大ナル過失」トアルカ故ニ輕過失ヨリ生シタル損害ニ付テハ特約ニ因リ之ヲ免ルルコトヲ得ヘシ又特約ニ因テ船舶カ航海ニ堪ヘサルニ因テ生シタル損害ヲ免ルルコトヲ得サルハ唯リ發航ノ當時ノミニ關スルヤ或ハ發航ノ前後ヲ問ハサル趣意ナリヤ第五九一條ノ航海堪能ノ擔保義務ニ付テハ「發航ノ當時」ト明言シ發航ノ當時ニ於ル航海堪能ヲ擔保スルモノナルコト明白ナリト雖第五九二條ニハ發航ノ當時ナル文字ナキニ由テ之ヲ觀レハ發航ノ前後ヲ問ハサル趣意ト解セサルヘカラス或ハ曰ク航海堪能ノ擔保義務ハ第五九一條ニ依テ定マルカ故ニ第五九二條ハ畢竟其擔保義務ヲ特約ニ因リ免ルルコト能ハサル旨ヲ規定シタルモノニシテ第五九二條ニハ發航ノ當時ナル文字ナシト雖之アルト全ク同一ニ解釋セサルヘカラスト是非ナリ但程航海堪能擔保義務ハ第五九一條ノ規定スル所ニ相違ナシト雖船舶所有者ハ此義務以外ニ於テ尙運送契約上ノ責任ヨリ運送其モノヲ成就スル義務アルカ故ニ若航海ノ途中ニ於テ船舶航海ニ堪ヘサルニ至レハ或ハ該船舶ヲ直ニ修繕シテ航海堪能ナラシメ或ハ之ニ代フルニ他ノ船舶ヲ以テシ或ハ他船ニ積換ヲ爲シテ適宜運送ヲ完了スル義務アルモノトス然ルニ第五九二條ニ所謂航海堪能ノ免責事項ヲ發港ノ當時ノミノ意味ニ限局スルトキハ此等ノ船舶修繕ノ義務又ハ他船ニ積換フル義務等ヲ特約ニ因テ免ルルコトヲ得ルニ至ルヘシ要スルニ第五九二條ノ場合ハ法文ニ發航ノ當時ナル文字ナキ以上ハ其前後ヲ問ハサル趣意ナリト解釋スルヲ至當トス（法典質疑錄六一號商二九四號問題揭載者解答參照）

第二節　物品運送契約ノ效力

第一項　船舶所有者ノ權利義務

第一　航海堪能ノ擔保義務

備船契約ニ在テハ船舶ノ全部若クハ一部カ契約ノ目的ナルカ故ニ其特定サレタル船舶ニ依テ運送カ履行サルヘキコトハ勿論ナリトス故ニ船舶所有者ハ猥ニ其船舶ヲ變更シテ他船ヲ之ニ代用スヘカラサルコトハ言ヲ俟タス而シテ箇個ノ物品運送契約ニ在テモ明示若クハ默示ニ運送セラルヘキ船舶ハ定メラレ居ルヲ通例トス若定メラレ居ルトキハ其船舶ヲ用フヘキハ勿論トス而シテ之ニ關シテ若何等ノ定ナキトキト雖船舶所有者ハ當該運送ニ相當ナル船舶ヲ用フヘキハ其當然ノ義務ナリトス

然ルニ運送船舶カ右ノ如ク特定シタル場合タルトヲ問ハス船舶所有者ハ運送ニ從事セシムル船舶ニ付テハ總テ發航ノ當時該航海ニ堪能ナルコトヲ擔保スル義務アリ（五九一條、獨新五五九條）而シテ船舶カ安全ニ航海ニ堪フルトハ唯リ船舶自體ニ損傷ナキノミナラス其屬具、艤裝等皆完備シ乘組員ノ技能、員數等モ皆完全ナルコトヲ包含スルモノトス又其航海ニ堪能ナルトハ當該航海ニ對シテ云フモノナリ蓋沿岸航海ニ堪フル船舶ト雖遠洋航海ニ堪ヘサルモノアルヘク南方ノ航海ニ堪ルモ北海ノ航海ニ堪ヘサルモノ之アルヘケレハナリ然レトモ絕對ノ標準ニ依ル堪能ナルコトヲ要

0048

セサルナリ

右ノ擔保義務タルヤ唯發航ノ當時ニ於ル狀況ニ付テノミ存在スルモノトス如何ニ資力ニ富ム者ト雖航海中終始航海ノ堪能ナルコトヲ擔保スルコト能ハサルナリ又終始之ヲ擔保セシメンニスルモ事實上不可能ノ事タリ何トナレハ海難ハ何時來リヲ船舶ヲ毀損セシメ航海不堪能ノ狀態ニ陷ラシムルヤモ測リ知ルヘカラサレハナリ故ニ契約當然ノ效果トシテ負擔セシムル義務トシテハ唯發航ノ當時ニ於ル堪能ノ保證ノミニ限ルナリ故ニ發航ノ當時ニ於テ航海堪能ナラサリシニ因テ生シタル損害ハ總テ之ヲ賠償セシム

然レトモ右ハ航海堪能ノ擔保義務ニ關スル說明ナルカ故ニ發航ノ當時ヲ要件トスト雖船舶所有者ハ運送契約上ノ責任トシテ運送ノ途中ニ於テ船舶カ全ク航海ニ堪ヘサル狀況ニ至レハ其場合ノ狀況ニ從ヒ或ハ途中寄港シテ應急修繕ヲ爲ス必要アルヘク或ハ代船ヲ使用シ或ハ他船ニ積換ヘテ運送ヲ爲ス等適宜運送ヲ成就スル義務アルハ勿論トス故ニ此等ノ義務ニ至テハ發航ノ前後ヲ問ハス存在スルモノトス但船舶全部ノ傭船契約ニ至テハ船舶ノ沈沒、修繕不能、捕獲等ノ原因ニ因リ該契約ハ當然終了スルカ故ニ契約終了後ハ固ヨリ新ナル船舶ヲ準備シテ運送ヲ繼續スル義務ナキモノトス（六一三條）

右ノ擔保義務タルヤ全ク公益上ノ理由ニ基キ運送組織ノ安全ヲ期スル爲ニ船舶所有者ニ負擔セシメタル義務ナリ故ニ特約ニ因リ此義務ヲ免ルルコトヲ得サルモノトス（五九二條）

第二　船積ニ關スル權利義務

(一)　義務　船舶所有者ハ運送契約ニ依リ船積シタル物品運送ノ義務ヲ負擔スルモノナルカ故ニ船積ニ付テハ先其船積シタル物品運送ノ義務ヲ負擔スルモノナルカ故ニ船積ニ付テハ先其船積シ得ル準備ヲ爲スコトヲ要ス例之船舶ヲ船積シ得ル場所ヘ寄港接近セシメ船艙ヲ開キテ之ヲ片付ケ船積起重器ノ運轉ノ準備ヲ爲ス等總テ船積ニ適シタル方法ニ準備シ置クコトヲ要ス而シテ其準備ノ整頓シタルトキハ船舶全部若クハ一部ノ傭船契約ノ場合ニ在テハ傭船者ニ對シテ運送ヲ發スルコトヲ要ス（五九四條六〇一條三項、獨新五六七條）

傭船契約ニ在テハ傭船者自ラ荷物ノ船積ヲ爲ス或ハ荷物ノ賣主又ハ其代理人等ノ第三者ヲシテ荷物ノ船積ヲ爲サシムルコトアリ其第三者ト傭船者トノ契約關係ハ何ニ基クカ固ヨリ問フ所ニ非ス例之單ニ發送ノ委任ヲ爲シタル場合モアルヘク又ハ代理商、倉庫營業者、運送取扱業者タル場合モアルヘシ斯ル場合ニ於テハ船長ハ船積ノ準備整頓シタルトキハ傭船者ノ指定シタル第三者ニ通知スヘキモノトス然ルニ船長カ商業上普通ノ方法ニ依リ相當ノ注意ヲ用ヒテ其第三者ノ何人タルカニ付又ハ其住居所ニ付探索ノ手段ヲ執ルモ遂ニ之ヲ確知スルコト能ハサルトキ又ハ反之其第三者ハ容易ニ知レ居ルモ其第三者カ船積ヲ爲ササリシトキハ船長ハ直ニ其旨ヲ傭船者ニ通知スルコトヲ要ス蓋傭船者ハ其報告ニ接シテ更ニ第三者ニ督促ヲ爲シテ其船積ヲ爲サシムルカ又ハ自ラ通ヲ船積ヲ爲スカ何レニシテモ其傭入レタル船舶ヲ利用スルノ途ヲ講スヘケレハナリ（五九五條、獨新五七七條）

箇箇ノ物品運送契約ニ在テハ船長ハ船積ニ關スル指圖ヲ與フルコトヲ要ス然ラスンハ適當ノ時期竝ニ方法ニ於テ船積ヲ爲スコトヲ得スレハナリ（六〇二條一項）

(二)　權利　船舶所有者ハ契約ノ趣旨ニ從ヒ船積ヲ受クルノ權利アリ相手方ヨリ言ヘハ即船積ヲ爲スノ義務アルナリ而シテ如何ナル荷物ヲ船積スヘキヤハ固ヨリ契約ニ於テ之ヲ定ムヘキ事項ニシテ箇箇ノ

0049

物品運送契約ニ在テハ契約ノ際既ニ特定セル物品ナルコト多カルヘク傭船契約ニ在テハ之ニ船積サルヘキ物品ハ契約ノ際未特定セサルコト多カルヘキモ然モ大體ニ於テハ其種類、重量、容積等ハ明示若クハ默示ノ契約ニ依テ定メラレタル所ナルヘシ何トナレハ船舶自體ニ對スル危險物例之爆發シ易キ火藥類煙火類又ハ吃水ヲ非常ニ深カラシムル重量品等ヲ運送スルニ付テハ運送賃ノ率モ亦自然之ヲ異ニセシメサルヘカラサレハナリ然ルニ傭船者又ハ荷送人カ法令ニ違反シ例之戰時禁制品又ハ輸出禁止品ヲ輸出セントシ又ハ關稅ヲ納メスシテ密輸出ヲ爲サントスル場合ノ如キ又ハ契約ニ依ラスシテ例之契約上ノ運途品ト異リタル物品ヲ船積シタル場合ノ如キ斯ル場合ニ在テハ船長ハ之ヲ運送スル義務ヲ有セス何時ニテモ之ヲ陸揚スルコトヲ得若船舶又ハ他ノ積荷ニ危害ヲ及ス虞アルトキ例之爆發物ニシテ他物ヲ燒失スル虞アル場合ノ如キハ之ヲ放棄スルコトヲ得ルナリ若放棄又ハ陸揚ヲ爲サスシテ船長カ之ヲ運送シタルトキハ其船積ノ地及時ニ於ル同種ノ運送品ノ最尚ノ運送賃ヲ請求スルコトヲ得尚損害ヲ生シタルトキハ其賠償ヲ請求スルコトヲ得而シテ其損害賠償請求權ハ唯リ船舶所有者ノミナラス他ノ荷送人其他ノ利害關係人モ亦之カ爲ニ損害ヲ生シタルトキハ之ヲ行フコトヲ得（五九三條、獨新五六三條、五六四條）、

又縱令契約ニ依リタルトキト雖法令ニ違反シタル場合ナレハ船長ハ右ノ陸揚又ハ放棄ノ權ヲ行フコトヲ得蓋之ヲ行ヒテ法文ニ差支ヘサルノミナラス不法ノ行爲ヲ目的トスル契約ナルカ故ニ無效ナレハナリ（民九〇條）

船積ハ如何ナル期間内ニ之ヲ終ルヘキヤノ問題ニ付テハ傭船契約ノ場合ト個個運送ノ場合ト區別シテ考フルコトヲ要ス

(イ)　傭船契約ノ場合　船積期間ハ或ハ契約ニ依リ定マルモノアリ或ハ慣習ニ依リ定マルモノアリ舊商法第八八八條及第八八九條ニハ之ヲ碇泊期間ト云ヒ此期間ハ傭船者ノ爲ニ設クルモノニシテ特別ノ報酬ヲ拂フコトヲ要セス然ルニ此期間内ニ船積ヲ終フルコト能ハスシテ爲ニ其期間ヲ延長スルコトアリ之ヲ舊商法ニ超過碇泊期間ト曰ヘリ斯ル碇泊期間又ハ超過碇泊期間ノ區別ハ獨商法（新五六七條以下）ヲ始メ諸國ノ立法例ニ存シ法律上其期間ヲ定ムルモノ多シト雖我商法ニ於テハ寧ロヨリ契約又ハ慣習ニ讓ルノ便宜アルヲ認メ之ニ對スル規定ヲ設ケサリシ殊ニ近來起重器等ノ技術ノ進歩ハ船積ヲシテ益容易ナラシメ多クノ日子ヲ要セサルニ至ル然ルニ法律ニ於テ之ニ一定ノ期間ヲ定ノ置クトキハ或ハ時勢ノ進歩ニ伴ハサルニ至ルノ虞アリ例之獨逸法ニ於テ契約ナキ場合ニ於ル超過碇泊期間ヲ十四日トスル規定ノ如キハ最早長キニ失シ今日ノ時勢ニ適セサルノ嫌アリ（獨新五六八條二項）故ニ我商法ハ之ニ關スル規定ヲ設ケスシテ契約又ハ慣習ニ依リ船積期間ノ定アル場合ニ其起算點ヲ如何ニスルヤハ問題ト爲ルヘキカ故ニ之ニ關シテ規定ヲ置ケリ即船積期間ノ定アル場合ニ於テハ其期間ハ船積ノ準備ノ整頓シタルコトノ通知ヲ發シタル翌日ヨリ之ヲ起算ス（五九四條二項）前號ニ於テ「通知ヲ發スルコトヲ要ス」ト曰ヘルカ故ニ通知ノ相手方ニ到達セル翌日ヨリ起算スルニ非サルナリ而シテ不可抗力例之暴風雨等ニ因テ船積ヲ爲スコト能ハサル日ハ之ヲ算入セス又一般ノ休日ニ至テハ之ヲ其船積期間中ニ加フヘキヤ否ヤニ付テハ契約又ハ慣習ニ讓リ別ニ法律上ノ規定ヲ設ケス

船積期間ハ傭船者ノ爲ニ設ケタル期間ニシテ之ニ對スル報酬ハ既ニ運送賃ノ中ニ包含セラルルモノトス故ニ船積期間ニ對シテハ船舶所有者ハ別ニ報酬ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス船積期間經過ノ後

0050

ハ船舶所有者ノ都合ニ依リ未運送品ノ全部ヲ船積セサルトキト雖船長ハ直ニ發航ヲ爲スコトヲ得（五九七條一項）故ニ發航ヲ爲シタルトキハ最早事實上船積ヲ爲スコト能ハスト雖若期間經過セルニ拘ラス船長カ發航セサリシトキハ傭船者ハ期間經過後ト雖尚船積ヲ爲スコトヲ得此場合ニ在テハ特約アレハ勿論特約ナキ場合ト雖船舶所有者ハ相當ノ報酬ヲ請求スルコトヲ得（五九四條二項）蓋船積期間經過後ノ碇泊ノ爲ニ船舶所有者ハ船員ノ給料、食料等種種ノ費用ヲ支出スルノ必要アリ然ルニ契約上ノ運送賃ハ唯リ船積期間ニ對スル報酬ヲ包含スルニ止マリ船積期間後ノ分ハ契約外ノモノナルカ故ニ之ニ對スル報酬ハ之ヲ其中ニ包含セサレハナリ

傭船者カ船積期間內ニ毫モ船積ヲ爲ササリシトキハ契約ノ解除ヲ爲シタルモノト看做サル（五九八條四項）第五九五條ノ場合ニ於テ第三者ヲ確知スルコトヲ得ス又ハ第三者カ船積ヲ拒ミタルトキハ船積期間內ニ限リ傭船者ニ於テ船積ヲ定スコトヲ得蓋此場合ハ契約上第三者ヨリ船積ヲ爲スヘキ筈ナリ然ルニ其第三者カ船積ヲ爲ササル場合ナルカ故ニ船舶所有者ニ迷惑ヲ被ラシメサル範圍ニ於テ傭船者ヲシテ特ニ船積ヲ爲スコトヲ許スモノタリ故ニ船積期間內ニ限リ船積ヲ爲スコトヲ得ルモノトス若其期間ヲ經過シタル後尚船積ヲ爲サントセハ特ニ船長トノ間ニ交渉ヲ爲シテ其允許ヲ經ルコトヲ要ス蓋船長ニ於テハ船積者タル第三者ヲ確知スルコト能ハス又ハ第三者カ船積セサル際ニ於テ其見込ヲ以テ總テ準備ノ都合ヲ計レハナリ尚其允許ヲ經テ船積シタル場合ニ於テモ船積期間後ノ日取ニ對シテハ相當ノ報酬ヲ請求スルコトヲ得ルハ勿論トス

（ロ）適當ノ物品運送契約ノ場合　荷送人ハ船長ノ指圖ニ從ヒ運滯ナク運送品ノ船積ヲ爲スコトヲ要ス（六〇二條一項）故ニ指圖ヲ受ケタル當日ヨリ早速船積ニ著手スルコトヲ要ス尤特約又ハ慣習ニ依リ適當ノ物品運送ノ場合ト雖船積期間ノ存スル場合ハ之ニ從フハ勿論トス

尚傭船契約ノ場合タルト適當ノ物品運送契約ノ場合タルトヲ問ハス傭船者又ハ荷送人ハ運送ニ必要ナル書類例之檢疫證書、關稅受取書、關稅明細書等ヲ船長ニ交付スルコトヲ要ス（六〇四條、獨新五九一條）蓋船長ハ發航ニ先チ運送契約及積荷ニ關スル書類、稅關ヨリ交付シタル書類ヲ船中ニ備置クコトヲ要ス（五六二條一項六號、七號）故ニ傭船者又ハ荷送人ハ唯リ荷物ノ船積ヲ爲スノミナラス此等ノ書類ヲ交付セスンハ未其義務ヲ十分履行シ了リタルモノト謂フコトヲ得ス仍テ船積期間內ニ此等ノ書類ヲ交付セス爲ニ船舶ノ發航ニ關スル權利ヲ害ヲ生シタルトキハ之カ賠償ヲ爲スノ責任アリ

第三、義務

（一）全部傭船ノ場合ニ在テハ傭船者カ契約上ノ運送品ノ全部ヲ船積シタルトキハ船長ハ發航ヲ爲スノ義務アルモノトス然ルニ運送品ノ全部ヲ船積セサルトキト雖傭船者ハ其船積ノ權利ヲ拋棄シテ船長ニ對シテ發航ノ請求ヲ爲スコトヲ得然レトモ傭船者ハ自己ノ勝手ニ運送品ノ全部ヲ船積セサリシモノナルカ故ニ運送賃ノ全額ヲ支拂フハ勿論運送品ノ全部ヲ船積セサルニ因テ生シタル費用ヲ支拂フコトヲ要スル例之船舶カ航行スルニハ相當ノ吃水ヲ要シ積荷少キトキハ底荷ヲ入レテ之ヲ補ハサルヘカラス故ニ之ニ對スル費用ヲ支拂フコトヲ要スルカ如キ又ハ積換費用ヲ支拂フコトヲ要スルカ如キ是ナリ尚船舶所有者ノ請求アルトキハ相當ノ擔保ヲ供スルコトヲ要ス（五九六條）其理由ハ船舶カ途中ニ於テ海難ニ罹リ共同海損ヲ負擔スヘキ問題ヲ生スルニ當リ傭船者カ全部ノ船積ヲ爲ササルニ因リ傭船者ノ負擔ハ割合ニ減少シ船舶所有者ノ負擔額ヲ增加シ隨テ船舶所有者ニ損害ヲ被ラシムルニ至ルコトアルヘシ

0051

仍テ之ヲ豫想シテ相當ノ擔保ヲ供セシメ置クモノナリ

(ロ)船舶ノ一部ノ傭船契約ニ在テハ傭船者カ一部ノ船積ヲ爲シタル場合ト雖發航時期ノ至ラサル間ハ發航ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス然レトモ同一船舶ニ屬スル一部ノ傭船者カ全部共同スルトキハ恰全部傭船者ニ相當スルカ故ニ同ク發航ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ而シテ此場合ニ船舶所有者ニ支拂フ額ニ至テハ全部傭船ノ場合ト全ク同一ナリトス蓋第五九四條乃至第六〇〇條ノ規定ハ總テ全部傭船ノ場合ニ關スル規定ニシテ第六〇一條末項ヲ以テ之ヲ一部傭船ノ場合ニ準用スレハナリ

(ハ)適適ノ物品運送契約ニ在テハ船長ハ契約上ノ發航期ニ於テ發航ノ義務アルモノトス此外別ニ荷送人ヨリ發航請求權ノ問題ヲ生セス

(二)權利

(イ)全部傭船ノ場合ニ在テハ船積期間經過ノ後ハ傭船者カ運送品ノ全部ヲ船積セサルトキト雖船長ハ直ニ發航ヲ爲スコトヲ得(五九七條)是固ヨリ特約又ハ慣習ニ依リ所謂超過船積期間ノ存セサル場合ノ規定ナリトス若之アリタルトキハ其期間內ハ發航ヲ爲スコトヲ得サルモノトス而シテ右ノ場合ニ船長カ直ニ發航ヲ爲スコトヲ得ル所以ハ契約期間內ニ傭船者カ全部ノ船積ヲ爲スト否トハ傭船者ノ勝手ニシテ船舶所有者ニ在テハ船繰リノ都合上猥ニ碇泊期間ヲ延長スルコト能ハサル場合之アルヘケレハナリ而シテ此場合ニ於テモ傭船者カ全部ノ船積ヲ爲サスシテ自ラ進テ發航ヲ請求シタル場合ト均シク傭船者ハ運送賃ノ全額ノ外運送品ノ全部ヲ船積セサルニ因テ生シタル費用ヲ支拂ヒ尙船舶所有者ノ請求アルトキハ相當ノ擔保ヲ供スルコトヲ要ス(五九七條二項)

(ロ)一部傭船ノ場合ニ在テハ同一船舶ニ對スル一部傭船者ノ全員ニ對シテ第五九七條ニ所謂船積期間ヲ經過シタル後ニ於テ始テ發航ヲ爲スコトヲ得(六〇一條末項)

(ハ)適適ノ物品運送契約ノ場合ニ在テモ荷送人カ運逸品ノ船積ヲ怠リタルトキハ船長ハ直ニ發航ヲ爲スコトヲ得蓋一二ノ荷送人カ船積ヲ爲ササルカ爲ニ船長カ發航ヲ遲延スルトキハ他ノ幾多ノ荷送人ノ爲ニ損害ヲ生スルニ至ルヘケレハナリ而シテ此場合ニ於テハ荷送人ハ運送賃ノ全額ヲ支拂フコトヲ要ス蓋此場合ニハ尙他ニ幾多ノ積荷アルヘキカ故ニ航海ヲ全ク廢止スルコトヲ得サレハナリ然レトモ一部ノ荷送人カ船積ヲ爲ササルカ爲ニ船舶內ニ空室ヲ生シ之ニ對シテ他ヨリ積荷ヲ募集スルコトヲ得爲ニ運送賃ヲ取得スルコトヲ得タルトキハ其運送賃ノ額タケ先ニ送積ヲ怠リタル荷送人カ支拂フヘキ運送賃中ヨリ控除スルコトヲ要ス然ラスンハ船舶所有者ハ同一船舶ニ對シテ二重ノ運送賃ヲ取得スルノ結果ヲ生スルニ至ルヲ以テナリ(六〇二條二項)

第四　陸揚ニ關スル權利義務モ亦船積ニ關スル權利義務ト同一ノ原則ニ從フ法文ノ書方モ亦同一ナリ今其權利義務ヲ左ニ分說スヘシ

(一)義務

(イ)傭船契約ノ場合ニ在テハ全部傭船タルト一部傭船タルトヲ問ハス運送品ヲ陸揚スルニ必要ナル準備カ整頓シタルトキハ船長ハ遲滯ナク其旨ヲ荷受人ニ通知スルコトヲ要ス(六〇五條一項)陸揚ニ必要ナル準備トハ陸揚港ニ到著シテ投錨ヲ爲シ船艙ヲ開キ起重器運轉ノ準備ヲ爲スカ如キヲ謂フ

(ロ)適適ノ物品運送契約ノ場合ニ在テハ船長ハ荷受人ニ對シテ陸揚ニ付テノ指圖ヲ與フルコトヲ要ス

0052

(二)　權利

船舶所有者ハ契約ノ趣旨ニ從ヒ陸揚ヲ爲サシムル權利アリ

(イ)　傭船契約ノ場合ニ在ラハ諸國ノ立法例中陸揚ニ付テモ亦船積ニ付テノ如ク陸揚期間、超過陸揚期間ノ區別ヲ設ケテ之カ規定ヲ爲スモノアリト雖我商法ニ於テハ是亦契約又ハ慣習ニ一任シ斯ル區別ヲ設ケラ規定ヲ立テサリシ故契約又ハ慣習ニ依リ陸揚期間ノ定マル場合ニ於ル其起算點ヲ定ムル必要アリ故ニ之ニ付テモ亦船積期間ノ場合ト均ク陸揚準備ノ整頓シタルコトノ通知アリタル翌日ヨリ起算スルモノトス而シテ暴風雨等ノ不可抗力ニ因テ陸揚スルコト能ハサリシ日ハ之ヲ算入セサルモノトス故ニ例之一週間ノ船積期間中二日間暴風雨ノ爲メ陸揚ヲ爲スコト能ハサリシモノトスレハ其日數タヶ陸揚期間カ向フヘ延ヒルコトト爲ルナリ而シテ船積期間ニ對シテハ別ニ報酬ヲ支拂ハサルカ如ク陸揚期間ニ對シテモ亦別ニ報酬ヲ支拂ハス是既ニ運送賃ノ中ニ包含セラレタルモノト看做スナリ然ルニ其期間經過ノ後陸揚シタルトキハ船舶所有者ハ特約アリタルトキト雖別ニ相當ノ報酬ヲ請求スルコトヲ得ルナリ蓋商行爲ノ性質トシテ他人ニ利益ヲ與フレハ之ニ對シ報酬ヲ請求シ得ルヲ常トスレハナリ（六〇五條二項）

(ロ)　積荷ノ物品運送契約ニ在ラハ荷受人ハ船長ノ指圖ニ從ヒ遲滯ナク運送品ヲ陸揚スルコトヲ要ス（六〇五條四項）尤契約又ハ慣習ニ於テ陸揚期間アレハ之ニ依ルハ勿論トス

第五　傭船者ト雖ニ長運送契約ヲ爲シタル第三者ニ對スル船舶所有者ノ責任　傭船者ハ若其傭船契約中ニ反對ノ約束ナキ限ハ更ニ第三者ト運送契約ヲ締結スルコトヲ得其契約タルヤ一種ノ獨立シタル運送契約ニシテ傭船者カ船舶所有者トノ間ニ爲シタル傭船契約ヨリ生シタル債權ノ讓渡ニハ非サルナ

今便宜ノ爲ニ傭船者ト船舶所有者トノ間ニ成レル契約ヲ第一(主)運送契約ト名ケ傭船者カ更ニ第三者トノ間ニ締結シタル契約ヲ第二(從)運送契約ト名クヘシ此第一、第二即主從ノ運送契約タルヤ全ク獨立シタル二個ノ運送契約ニシテ唯二者ノ關係スル所ハ同一行爲ニ因テ二者共ニ履行シ了ラルルノ點ニ在リ其他二個ノ契約タルヤ必シモ其內容ヲ同ウスルモノニ非ス寧其內容ヲ異ニスルヲ常トス即契約ノ目的ニ付テ之ヲ言ヘハ第一ノ運送契約ハ傭船契約ニシテ第二ノ運送契約ハ個個ノ物品運送契約タルヲ通例トス又運送賃ノ額ニ付テ之ヲ言ヘハ前者ハ傭船契約ノ定ムル所ニシテ後者ハ多數ノ個個ノ物品運送契約ニ依テ定メラレ其合計ハ傭船契約ニ依テ定メラレタル運送賃ノ額ヲ超過スルヲ常トス而シテ其超過額ハ即傭船者ノ利潤ニ歸スヘキモノトス又兩契約ハ種種ノ點ニ於テ其約款ヲ異ニスヘシ例之一方ハ運送賃ノ前拂ヲ約シ又ハ船積陸揚期間ニ對シテモ特別ノ報酬ヲ支拂フコトヲ約シタルニ他ハ之ト反對ノ約束ヲ爲シタルカ如キ是ナリ其他免責事項ノ記載ニ付テハ一方ハ非常ニ廣汎ナル範圍ニ於テ之ヲ記載シ他ハ之ヲ記載セサルカ如キコト之アルヘシ總テ如此第一ノ運送契約ト第二ノ運送契約ト其內容ヲ異ニシ就中其免責事項ノ範圍ヲ異ニシタルトキハ當事者間ノ關係ハ如何ニ定メラルヘキモノナリヤノ問題ヲ生ス

今當事者間ノ關係ヲ觀ルニ第二ノ運送契約ニ付テハ其當事者ハ傭船者及之ト取引シタル第三者ナリ船舶所有者ハ該契約ニ與ラス故ニ船舶所有者ハ第三者ニ對シテ直接ニ契約關係ニ立タス隨テ普通ノ原則ニ從ヘハ船舶所有者ハ第三者ニ對シテ何等ノ責任ヲ負フコトナク傭船者獨第三者ニ對シテ契約履行ノ責ニ任スヘキノミ又第一ノ運送契約ニ付テハ船舶所有者ハ傭船者ニ對シテ獨リ其契約上ノ責任ヲ負擔スルノミ然ルニ傭船者カ勝手ニ第三ト運送契約ヲ結ヒ第一ノ運送契約ヨリモ異リタル約款ヲ結ヒ例之

0053

到達港ハ當初ノ契約ニ於テハ神戸ナリシニ第二ノ運送契約ニ於テハ横濱トスルコトヲ約セシトキノ如キ又當初ノ契約ニ於テハ甲板積ノ約束ヲ爲セシニ第二ノ運送契約ニ於テハ之ヲ禁シタル場合ノ如キコトアルニ當テハ船舶所有者ハ固ヨリ第二ノ運送契約ノ履行ノ責ニ任スルノ必要ナシ然レトモ船舶所有者ハ傭船者ニ對シテ第一ノ運送契約ノ履行ノ責ニ任スルカ故ニ第二ノ運送契約ノ履行カ第一ノ運送契約ノ履行ノ範圍ト牴觸セサル限ハ船舶所有者ノ第一ノ運送契約履行ノ爲ニスル同一ノ行爲カ第二ノ運送契約ノ履行行爲ト爲ルヘキナリ隨テ其範圍ニ於テ法律ノ力ニ依リ第三者ニ對シテ船舶所有者ヲシテ直接ニ責任ヲ負擔セシムルモ毫モ不可ナル所ナキナリ唯第二ノ運送契約ノ履行カ第一ノ運送契約ノ履行ト異ル場合就中其責任ノ範圍異ル場合ニ於テ船舶所有者ヲシテ總テ直ニ第三者ニ對シテ履行ノ責ニ任セシメントスルハ縱令法律ノ力ニ依ルト雖不當モ亦甚シト謂ハサル（カラス故ニ第二ノ運送契約ノ履行カ第一ノ運送契約ノ履行ト異ル場合ニ於テハ船舶所有者ハ第二ノ運送契約ノ履行ヲ拒ムコトヲ得サルヘカラス（「シャップス」五三三頁）故ニ我商法第六一二條（獨新六六二條）ノ規定タルヤ畢竟第一ノ運送契約ノ履行カ第二ノ運送契約ノ履行ト異ルコトナク船舶所有者カ之カ履行ヲ拒否スルコト能ハサル場合又ハ拒否セサリシ場合ニ於テノミ適用アル規定ト謂フヘキナリ即第二ノ運送契約ノ履行カ船長ノ職務ノ範圍内ニ屬スル事項ニ付テハ前述ノ理由ニ基キ直接ニ船舶所有者ヲシテ第三者ニ對シテ其履行ノ責ニ任セシメ蓋傭船契約ノ場合ニ在テハ船長ハ依然トシテ船舶所有者ノ指揮、監督ノ下ニ立チ之カ任免權ハ船舶所有者ノ手ニ存シ傭船者ハ容喙スルコトヲ得サレハナリ而シテ此場合ニ於ル船舶所有者ノ責任ノ限度ニ至テハ自ラ運送契約ヲ締結シタル場合ノ責任ト毫モ擇フ所ナキカ故ニ同ク第五四四條ニ所謂委付權ヲ行フコトヲ得ヘキモノトス

其命令ノ大原則ヲ定メ其細項目ニ付テハ更ニ之ヲ下級官廳ノ命令ニ委任スルヲ妨ケサルハ是亦言ヲ俟タス若官制ニ於テ如此權限ヲ有スヘキ官廳アラサルトキハ勅令ニ依ルノ外之ヲ定ムルヲ得サルモノト解釋セサルヘカラス

二　君主ノ委任　行政官廳ノ命令權ハ法律ノ特別ノ委任ニ基クノ外ハ專君主ノ委任ニ依テ生ス君主ノ命令ハ之ヲ緊急命令、委任命令、執行命令、獨立命令ノ四種ニ分ツヲ得ヘキハ憲法ノ講義ニ於テ諸君ノ知得セラレタルカ如シ此四種ノ命令中緊急命令ハ之ヲ行政官廳ニ委任スルヲ得サルハ言ヲ俟タス委任命令モ亦更ニ之ヲ官廳ニ委任スルヲ得サルコトハ前ニ述ヘタル所ノ如シ君主カ官廳ニ委任シ得ヘキモノハ唯獨立命令及執行命令ノ二種アルノミ而シテ此二種ノ命令ニ付テハ憲法ハ其明文ヲ以テ之ヲ官廳ニ委任シ得ヘキコトヲ規定セリ

君主ノ命令權　委任ハ或ハ一般ノ委任アリ或ハ特別ノ委任アリ一般ノ委任ハ官制ニ於テ各官廳ノ職務上ノ事項ニ付テ一般ニ命令ヲ發スルノ權ヲ與ヘタルモノヲ謂ヒ特別ノ委任トハ個個ノ事項ニ付特ニ命令ヲ定ムルコトヲ得セシムルモノヲ云フ我國ニ於テハ內閣總理大臣、各省大臣、臺灣總督、北海道廳長官、府縣知事及警視總監ハ其權限ニ屬スル事項ニ付一般ニ命令ヲ發スルノ權ヲ委任セラル反之郡長、北海道支廳長、島司等ハ一般ニハ命令權ヲ委任セラルルコトナク唯法律命令ニ依リ又ハ上級官廳ニ依リ特ニ委任セラレタル特種事項ニ付郡令、支廳令、島廳令等ヲ發スルノ權ヲ有スルノミ

第三　命令ノ成立　命令ハ國家ノ意思表示ナルカ故ニ國家ノ總テノ意思表示ト同ク意思ノ決定ト意思ノ表示トノ二ノ手續ヲ以テ成立ス意思ノ決定ハ審署ニ依テ行ハレ意思ノ表示ハ公布ニ依テ行ハル

一　審署　審署ニ依テ命令ト爲ルヘキ國家ノ意思ヲ決定ス意思ノ決定トハ心裡上ノ決定ヲ謂フニ非

0054

ス心裡ノ作用ハ法律ノ全ク關スル所ニ非ス自然人ニ在テハ意思ノ決定ハ法律上ノ意義ニ於テ通常表示ト同時ニ行レ表示ニ至ル迄ハ法律上未意思確定シタルモノト謂フヲ得ス反之國家ノ意思ハ表示ト區別セラル審署ハ命令ヲ發スル機關ノ心裡決定ヲ變シテ國家ノ意思ト爲ス形式ナリ此形式ヲ經ル迄ハ其意思ハ唯其人ノ心裡ノ意思ニシテ法律上ノ意義ニ於ル國家ノ意思ハ存在セス此形式ヲ經ルニ依テ始テ之ヲ確定スルナリ審署ノ方法ハ勅令、閣令及省令ニ付テハ明治十九年勅令第一號公式ノ定ムル所ナリ勅令ニ付テハ御名ヲ署シ御璽ヲ鈐シ年月日ヲ記入シ一般行政ニ關スル勅令ニ付テハ內閣總理大臣、主任大臣ト共ニ之ニ副署シ各省專任事務ニ關スル勅令ニ付テハ主任大臣之ニ副署ス閣令及省令ニ付テハ年月日ヲ記入シ內閣總理大臣又ハ主任大臣之ニ署名ス地方官廳ノ命令ノ審署ノ方法ニ付テハ明治二十六年勅令第一九九號ノ定ムル所ナリ即警視廳令、北海道廳令、府縣令等ナルコトヲ明記シ當該官廳之ニ署名ス

二　公布　命令ハ一般ノ拘束力ヲ有スヘキモノナルカ故ニ之ヲ公布スルコトヲ要ス公布ノ方式ハ明治十九年勅令第一號公文式ハ官報ニ印刷スルコトヲ以テ其方式ト爲セトモ此規定ハ唯勅令、閣令及省令ニノミ適用セラルヘキモノナリ地方官廳ノ命令ニ付テハ明治二十六年勅令第一九九號ニ於テ府縣令、北海道廳令、警視廳令ニ付テハ各當該官廳ノ命令ヲ以テ定ムル所ニ依リ郡令、島廳令ニ付テハ北海道廳令又ハ府縣令ノ定ムル所ニ依ルヘキコトヲ規定セリ

三　施行期限　命令ハ公布ニ依テ表示セラルト雖原則トシテ未即時ニ其拘束力ヲ發現スルモノニ非ス公布ハ唯期限附ニ其拘束力ヲ發現スヘキ狀態ニ置クノミ實際ニ拘束力ヲ生スルカ爲ニハ尙施行期限ノ到著ヲ待ツコトヲ要ス命令ノ施行期限ハ法律ノ施行期限トハ異リ法律ニ付テハ法例第一條ニ依リ原則トシテ公布後二十日ト定メラレタレトモ命令ニ付テハ公文式第十條ニ依リ官報ノ各府縣廳到達日數ノ後七日ヲ以テ施行期限ト爲シ地方官廳ノ命令ニ付テハ明治二十六年勅令第一九九號ニ依リ公布ノ日ヨリ起算シ七日ヲ以テ施行期限ト爲セリ但命令ヲ以テ特ニ施行期限ヲ定ムルモノハ此限ニ在ラス

第四　命令ノ消滅　命令ハ左ノ諸種ノ原因ニ由テ消滅ス

一　廢止　命令ハ之ヲ發シタル機關ニ於テ之ヲ發スルト同一ノ方式ヲ以テ何時ニテモ之ヲ廢止スルコトヲ得廢止ハ命令ノ消滅スル最普通ナル原因ナリ

二　取消　命令ノ廢止ノ外我國ノ官制ハ又上級官廳カ下級官廳ノ命令ヲ取消シ得ヘキ權ヲ認ム取消ハ上級官廳カ直接ニ下級官廳ノ命令ヲ無效ナラシムルノ行爲ニシテ下級官廳ニ對シテ其廢止ヲ命スルノ行爲ニ非ス其效力ハ直接ニ外部ニ及フヘキモノニシテ訓令ノ如ク內部ノ關係ニ止ルモノニ非サルカ故ニ命令ヲ公布スルト同一ノ方式ヲ以テ之ヲ公布スルコトヲ要ス取消ノ效力ハ廢止ト異ナル廢止ハ單ニ其效力ヲ將來ニ失ハシムルニ止ルニ反シテ取消ハ或ハ單ニ將來ニノミ效力ヲ失ハシムルヲ目的トスルコトアリ或ハ既往ニ遡リテ初ヨリ其命令ヲ無效ナラシムルヲ目的トスルコトアリ命令カ或ハ權限ヲ超エ或ハ法律若クハ上級命令ニ違反セルカ爲ニ取消サレタル場合ニ於テハ其命令ハ初ヨリ存在スヘカラサリシモノナルカ故ニ必既往ニ遡リテ其效力ヲ失ハシメサルヘカラス反之單ニ公益ヲ害スルカ爲ニ之ヲ取消ス場合ニ於テハ官廳ノ意思ニ依リ或ハ將來ニノミ其效力ヲ失ハシメ或ハ既往ニ遡リテ無效ナラシムルコトヲ得其何レノ意思ナルカノ明瞭ナラサル場合ニ於テハ寧唯將來ニノミ無效ナラシムルノ意思ナリト解釋スヘキモノナリ何トナレハ法律命令

0055

ニ違反シ又ハ權限ヲ超過シタルニ非サル命令ハ縱令公益ヲ害スルコトアルトモ法律上ハ完全ノ效力ヲ有スルモノニシテ之ヲ既往ニ遡リテ無效ナラシムルカ爲ニハ特ニ其意思ヲ言明スルコトヲ要スレハナリ

命令ヲ既往ニ遡リテ無效ナラシムルノ場合ニ於テハ可及的其命令ヲ發シタル以前ノ原狀ニ回復スルコトヲ要ス隨テ其命令ニ依テ生シタル結果ハ之ヲ除去シ其結果ノ既ニ發生シタルモノニ對シテハ法律ノ定ムル所ニ依テ損害賠償ノ問題ヲ生ス例之罰則ヲ定メタル命令カ取消サレタル場合ニ於テハ其罰則ニ依テ處分シタル處罰ハ無效トナリ其未執行セラレサル處罰ハ當然免除セラレ其既ニ執行シタルモノニ在テハ若財產刑ナルトキハ其金額ヲ返付スルコトヲ要シ若自由刑ナルトキハ最早之ヲ回復スヘキ手段ヲ存セスト雖全ク處罰ヲ受ケサル者ト同一ニ看做サレ隨テ後ニ再犯罪ヲ爲スコトアルモ再犯ヲ以テ論セラルルコトナシ

三　命令ハ法律又ハ上級命令ノ反對ノ規定ニ依テ消滅ス　總テノ命令ハ其效力法律ニ及ハサルモノナルヲ以テ若命令ニ反對シタル法律カ規定セラレタルトキハ之ト相牴觸シタル命令ハ當然ニ消滅ス上級命令ト下級命令トノ關係ニ付テモ亦同シク閣令省令ハ反對ノ勅令ニ依テ消滅シ府縣令ハ勅令省令ニ依テ消滅ス

四　委任命令ハ之ヲ委任シタル法律ノ消滅ニ依テ消滅ス　委任命令ノ適法ナル所以ハ唯法律ノ委任アルカ爲ノミ其委任ノ除カレタル上ハ委任命令ハ其適法ナルヘキ根據ヲ失ヒ隨テ當然ニ其效力ヲ失フヘキモノナリ

五　執行命令モ亦原法律ノ消滅ニ依テ當然ニ消滅ス　執行命令ハ法律ノ執行ノ爲ニスルモノナルカ故ニ其法律ニシテ消滅スレハ命令モ亦當然ニ消滅スルハ言ヲ俟タス

第二款　警察處分

警察處分トハ單個ノ事件ニ關スル警察上ノ行政行爲ヲ云フ廣ク警察處分ト謂フトキハ管ニ處分ニ依ル作爲命令及不作爲命令ノミナラス警察許可、警察强制ヲモ包含スルモノナリ然レトモ玆ニ論スル所ハ唯處分ニ依ル作爲命令不作爲命令ニ止ル

第一　處分權ノ限界　總テ臣民ニ對シテ作爲又ハ不作爲ヲ命スルハ法規ノ範圍内ニ於テスルコトヲ要ス是法治國ノ原則ナリ警察處分モ亦之カ例外タルモノニ非ス隨テ警察處分ハ如何ナル場合ニ於テモ法規ニ違反スルコトヲ得ス而シテ法規ハ法律タルト命令タルトヲ問ハサルヲ以テ既ニ命令ノ規定アル以上ハ其命令ヲ發シタルト同一ノ官廳カ處分ヲ爲ス場合ニ於テモ又其命令ニ違反スルコトヲ得ス警察處分ハ法規ノ範圍内ニ於テスルコトヲ要スルハ右述ヘタル如シト雖警察ハ其事務ノ性質上法規ヲ以テ一一明細ニ其場合其權力範圍ヲ限定スルコトヲ得ス法規ハ通常頗廣汎ナル範圍ニ於テ警察官廳ニ自由裁量ノ餘地ヲ與フ官廳ノ自由裁量ヲ認ムルコト最廣キモノハ警察ノ區域ニ在リ例之治安警察法第八條ハ警察官廳ニ公共ノ安寧秩序ヲ妨害スト認ムル場合ニ於テ總テノ屋外ノ集會ヲ解散スルノ權ヲ與ヘ其如何ナル場合ニ於テ公共ノ安寧秩序ヲ害スルモノト認ムヘキカハ一ニ警察官廳ノ認定ニ任セリ其外各種ノ法律ニ於テ警察ノ權限ヲ規定スルモノモ多クハ「衞生ニ危害アルトキ」、「必要ト認ムルトキ」、「安寧秩序ニ妨害アルトキ」ト謂フカ如キ漠然タル規定ヲ設クルニ止リ如何ナル場合ニ於テ其權力ヲ行使スルヲ得ヘキカハ廣ク官廳自身ノ裁量ニ一任スルヲ例トセリ

0056

警察官廳ノ權限ハ如此廣汎ナルカ故ニ若警察官廳ニシテ其權限ヲ濫用セハ法規ノ範圍内ニ於テモ猶臣民ノ自由ニ對シテ頗ル大ナル制限ヲ加フルコトヲ得ヘシ警察官廳ノ權限ヲシテ其正當ナル範圍ヲ守ラシムルカ爲ニハ此規定ノ範圍内ニ於テモ尙左ノ二三ノ原則ヲ守ルコトヲ要ス此等ノ原則ハ警察ノ觀念ニ伴フヘキ當然ノ制限ナリ

一　警察ハ原則トシテ個人ノ私生活ニ干渉スルコトヲ得ス個人ハ社會ノ一員タリ個人ノ自ラ受クル所ノ利害ハ同時ニ社會ノ利害タルカ故ニ嚴格ニ言ヘハ個人カ自ラ自己ニ害ヲ加フルハ即社會ニ害ヲ與フルモノナリ然レトモ此場合ニ於テハ其害ヲ受クルハ第一ニ個人自身ニシテ其害カ若個人自身ニ止リ他人ニ及ハサルトキハ之ヲ社會ニ對スル障害ナリト看做サス私生活ノ區域ニ於テハ警察ハ個人ノ所爲ニ干渉セス

私生活ハ其大部分ハ私宅内ノ生活ト範圍ヲ同フス私宅内ニ於ル個人ノ動作ハ多クハ社會ニ影響ヲ及ササルヲ常トス然レトモ私宅内ノ生活ト雖其影響ヲ他ニ及スヘキモノニ在テハ警察ノ干渉ヲ受クルヲ免レス是最早私生活ノ範圍内ニ在ラサルナリ殊ニ防火警察、衞生警察、風俗警察等ハ多クハ私宅内ノ生活ニ干渉ス

二　民法上ノ不法行爲ハ警察ノ干渉ヲ受クルコトナシ民法上ノ不法行爲モ亦法律ノ規定ニ違反スルモノニシテ社會ノ秩序ヲ害スヘキモノナルコトハ言ヲ俟タス然レトモ此場合ニ於テハ被害者自ラ其障害ヲ除去スルノ手段ヲ採ルヘキモノニシテ國權カ之ニ干渉スルハ唯民事訴訟ノ形ニ於テスルノミ警察權ハ之ニ干渉スルコトヲ許サス此關係ニ於ル警察ノ干渉ハ當事者ノ自由ヲ不法ニ侵害スルモノナリ

三　警察ノ干渉ヲ受クヘキ當事者ハ障害ヲ惹起シタル臣民ナラサルヘカラス何トナレハ警察ハ社會ノ秩序ヲ害シ又ハ害セントスル場合ノ如キ障害ヲ惹起シタル暴行者ニシテ集會ニ非サルカ故ニ警察ノ干渉ハ暴行者ニノミ行ハルヘク之カ爲ニ集會ノ解散ヲ命スルハ違法ナリ

四　警察干渉ノ程度障害ヲ除去スルニ必要ナル限度ニ止ラサルヘカラス必要ノ限度ヲ超エテ作爲不作爲ヲ命スルハ警察權ノ範圍ヲ脫スルモノナリ故ニ例之營業ノ許可ヲ受ケタル者カ其營業ニ關シテ獨立ノ所爲トシテ違警ノ所爲ヲ爲シ其違警ナルコトカ全體ノ營業ニ關セサル場合ニ於テハ警察ハ其違警ノ所爲ヲ禁止スルヲ得ルニ止リ全體ノ營業ヲ禁止スルコトヲ得ス又例之或所爲又ハ設備カ其レ自身ニ於テハ社會ノ秩序ヲ害スルモノニ非スシテ唯其實行ノ方法ニ依テ障害ヲ惹起スルニ過キサルモノニ在テハ警察ハ唯之カ豫防ニ必要ナル設備ヲ命スルヲ得ルニ止リ所爲ノ全體ニ對シテハ之ヲ禁止スルコトヲ得ス

第二　處分ノ形式　處分ハ一般ノ拘束力ヲ有スルモノニ非サルカ故ニ命令ノ如ク之ヲ公布スルコトヲ

0057

要スルコトナク單ニ其處分ヲ受クヘキ當事者ニ對シテ告知スルヲ以テ足ル處分ハ又必シモ文書ヲ以テスルコトヲ要セス口頭又ハ場合ニ依テハ有效ノ告知ヲ爲スカ爲ニハ民法上ノ法律行爲ニ於テ明示ノ意思表示ノ行ハルル同一ノ方法ヲ以テスルコトヲ要スル默示ノ意思表示ハ官廳ノ行爲ニ適用スルコトヲ得ス若法律ヲ以テ豫メ形式ヲ定メタルトキハ其形式ヲ守ルコトハ其有效條件タリ

第三　僞似ノ處分　外形上處分ニ類シ其實眞正ノ處分ニ非サルモノアリ處分ハ一ノ行政行爲ナリ隨テ法律上ノ效果ヲ生スヘキ權力作用ナラサルヘカラス警察處分ニ依テ生スル效果ハ處分ヲ受ケタル當事者カ其作爲令又ハ不作爲令ヲ遵由スルノ義務ヲ生シ警察權ハ其強制權ニ依テ之ヲ強制シ得ヘク而シテ其義務ニ違反スル者ハ其違反ニ對スル制裁トシテ警察罰ヲ科スルコトヲ得ヘシ如此法律上ノ效果ヲ有スル遵由ノ義務ヲ發生セサルモノハ唯外形ニ於テ處分ノ如ク見ユルニ止リ眞ノ處分ニ非ス如此僞似ノ處分ハ二種ニ區別スルコトヲ得ヘシ

一　勸誘　官廳カ臣民ニ對シ或作爲ヲ要求スル場合ト雖若其要求ヲ受ケタル者カ之ニ從ハサルモ更ニ之ヲ強制スルヲ得ス又制裁ヲ科スルコトヲ得サル場合ニ於テハ其要求ハ單純ナル勸誘ニシテ行政行爲ニ非ス例之訊問ノ爲ニ官署ニ出頭スヘキヲ命スル場合ノ如シ此場合ニ於テモ箇人ハ或ハ好意ヲ以テ國民トシテノ德義ヨリ其要求ニ從フコトアリト雖是官廳ノ權力ニ基ク命令ニ非サルナリ之ニ應セサル場合ニ於テハ官廳ハ最早之ヲ強制スルコトヲ得ス是單純ナル勸誘ナリ

二　戒告　警察處分ヲ受ケタル者カ將ニ其義務ヲ違反セントスル場合ニ於テ官廳ハ之ヲ警告シ其違反ヲ止ムルカ爲ニ行爲又ハ不行爲ヲ要求スルコトアリ是亦行政行爲ニ非スシテ單純ナル戒告ナリ戒告ハ單純ナル事實上ノ行爲ニシテ毫モ法律上ノ效果ヲ生セス然レトモ或場合ニ於テハ法律カ實際ニ或強制又ハ處罰ヲ加フルノ前ニ一度先之ヲ戒告スルコトヲ以テ其要件トスルモノアリ此場合ニ於ル戒告ハ法律上ノ效果ヲ有スルモノニシテ眞正ノ意味ニ於ル處分ナリ

第四　處分ノ無效及取消　警察處分ハ總テノ行政行爲ト同ク官廳ノ一般權限內ノ行爲ニ非サレハ其效果ヲ生スルコトヲ得ス全ク臣民ニ對シテ命令權ヲ行使スルヲ得サル官廳ノ爲シタル處分ハ勿論特定ノ事項ニ關シテハ命令權ヲ行使スルヲ得ヘキ官廳ト雖警察權ハ全ク之ヲ有セサルモノ例之裁判所ノ豫審判事ノ如キ官廳ノ爲シタル警察處分ハ全ク一私人ノ行爲ト同ク全然法律上ノ效力ヲ生スルコトナシ反之一般ニハ警察權ヲ行ヒ得ヘキ官廳ニシテ其特定ノ事項カ其權限ヲ超過シタル場合又ハ法律命令ニ違反シタル場合ニ於テハ其處分ハ當然ニハ無效タルモノニ非ス總テ官廳ノ行爲ハ之ヲ審査スヘキ正當ノ職權アルモノニ於テ之ヲ審査シ其違法又ハ越權ナルコトヲ決定スル迄ハ當然其適法ナルコトノ推定ヲ受クヘキモノナリ隨テ如此處分ハ唯之ヲ取消シ得ヘキノミ

處分カ權限ヲ超過シ又ハ法律命令ニ違反シタルカ爲ニ取消サレタル場合ト雖モ其取消ノ效果ハ既往ニ遡リ全ク處分ナカリシト同一ナラシムルヲ要シ反之公益ヲ害スルノ理由ニ因テ取消サレタル場合ニ於テハ取消ノ效果ハ必ス將來ノミ其效力ヲ失ハシムルコトヲ得ヘシ

0058

第四節　警察許可

許可トハ一般ニ禁止セラレタル行爲ヲ特定ノ場合ニ付其禁止ヲ解クノ處分ナリ警察許可トハ警察上ノ**目的**ノ爲ニ禁止セラレタル行爲ニ付特定ノ場合ニ於テ其禁止ヲ解除スルノ處分ヲ謂フ

第一　許可權ノ範圍　許可ハ許可スヘキ行爲カ一般ニ禁止セラルルコトヲ其前提トスルモノナルカ故ニ官廳ノ許可權ヲ生スルニハ第一ニ一般ニ其特定ノ行爲ヲ禁止スル法規アルコトヲ必要トス一般ニ禁止セラレタル行爲ニ對スルニ非サレハ許可ハ存在スルコトヲ得ス禁止中ニ包含セラレサル行爲ニ對シテ許可ヲ與フルハ法律上全ク無意味ナリ

然レトモ單純ニ禁止セラレタル行爲ニ對シテハ警察官廳ハ自己ノ任意ノ裁量ヲ以テ許可ヲ與フルコトヲ得ヘキニ非ス許可ヲ與フルカ爲ニハ其禁止カ絕對ノ禁止ニ非スシテ或場合ニ於テハ其禁止ヲ解除シ得ヘキコトヲ認メタル場合ナラサルヘカラス換言セハ許可ノ留保アル警察禁止ナラサルヘカラス許可ヲ留保スルノ法規ハ許可ノ第二ノ要件ナリ

許可ノ留保ハ或ハ法律ヲ以テ規定セラレ或ハ命ヲ以テ規定セラルル場合ニ於テモ許可ヲ留保スル法規ノ存在ヲ必要トスルモノニシテ此法規アルニ非サレハ許可權ハ發生スルコトナシ法規ハ或ハ許可ヲ與フルト否トヲ以テ官廳ノ自由裁量ニ任スルコトアリ此場合ニ於テハ官廳ハ自己ノ意見ニ依テ自由ニ其行爲ヵ警察上ノ障害ヲ生セサルヤ否ヤヲ認定シ以テ許可ヲ與フルト否トヲ決定スヘキモノナリ然レトモ法規ハ或ハ特定ノ條件ヲ具備シタルモノニ對シテハ必許可ヲ與フヘキコトヲ定ムルコトアリ此場合ニ於テハ官廳ハ唯其果シテ此條件ヲ具備スルヤ否ヤヲ審査シ得ルニ止ル其條件ヲ具備スルニ於テハ許可ヲ與フルト否トノ自由ヲ有セス必之ヲ與フヘキ義務ヲ負フモノナリ

第二　許可ノ效果　許可ノ效果ハ其許可セラレタル特定ノ行爲ニ付許可ヲ受ケタル者カ官廳ヨリ干渉ヲ受クルコトナクシテ之ヲ爲シ得ヘキ自由ヲ取得スルニ在リ即公法上ノ自由權ヲ取得スルニ在リ許可ヲ受ケスシテ其一般ニ禁止セラルル行爲ヲ爲ストキハ縱令許可ニ該當スヘキ完全ナル條件ヲ具備シタル場合ニ於テモ尙其行爲ハ警察違反ニシテ豫定ノラレタル警察罰ニ服スヘキモノナリ

許可ノ效果ハ唯其一般ノ禁止ヲ解除シ恰其禁止ナキト同一ナラシムルニ止リ其禁止トハ關係ナキ獨立ノ根據ニ依ル警察ノ干涉ハ許可ヲ受ケタル行爲ニ對シテモ尙之ヲ行フコトヲ妨クス故ニ例之料理店ノ營業ヲ許可シタル後ニ於テモ傳染病豫防ノ爲ニ其營業ヲ停止スルヲ妨ケラルルコトナシ

許可ノ效果ハ許可カ人ニ對スルノ許可タルト物ニ對スルノ許可タルトニ依テ同カラス總テ行政行爲ハ人ニ對スルモノナラサルナク物ニ對スル行政行爲ハ存在スルコトヲ得サルカ故ニ此意味ニ於テハ許可ハ總テ人ニ對スル許可ナラサルナシ茲ニ人ニ對スル許可ト謂ヒ物ニ對スル許可ト謂フハ如此意味ニ於テ謂フニ非ス其許可ヲ與フヘキ審査ノ要點カ人ニ在ルト物ニ在ルトノ區別ヲ云フナリ總テ警察許可ハ或事業ヲ開始スルノ始ニ當リ其事業ノ警察上障害ナキヤ否ヤヲ審査シ其障害ナキヲ認ムルニ依テ之ヲ與フルモノナリ然レトモ其之ヲ審査スルニ當テハ或ハ其行爲ヲ爲スヘキ人ニ重キヲ置キ此特定ノ人カ之ヲ爲ストキハ警察上障害ナシトシテ許可ヲ與フルコトアリ或ハ其重キヲ置ク所人ニ非スシテ其事業ノ設備カ法手段ニ重キヲ置キ此特定ノ設備手段ヲ以テスルニ依テ始テ警察上障害ナシト認ムルコトアリ料理店ノ營業許可ノ如キハ前者ニ屬シ電氣事業ノ許可ノ如キハ後者ニ屬ス警察許可カ專人ニ重キヲ置ケル場合ニ於テハ其許可ノ效果ハ其人ノ一身ニ止リ之ヲ他ニ移轉スルコ

0059

トヲ得ス若其營業ヲ讓渡シタルトキハ讓受人ハ新ニ之カ許可ヲ受クルヲ要ス然レトモ此特定ノ人ニ對シテハ特ニ特定ノ土地、特定ノ時期其他之ニ類似ノ條件ヲ限リタル場合ノ外ハ總テノ同種類ノ所爲ニ對シテ許可ノ效果ヲ生ス反之許可ノ要點カ物ニアルトキ即其事業ノ爲ニスル建物設備等ニ繫レル場合ニ於テハ許可ノ效果ハ其人一身ニ止ラスシテ之ヲ他ニ移轉スルコトヲ得ヘシ即其事業ノ讓渡アリタルトキハ讓受人ハ其設備ニシテ同一ナル以上ハ新ニ許可ヲ受クルヲ要セスシテ許可ノ效果ハ讓受人ニ及フヘキモノナリ然レトモ其設備ニシテ變更セラレタルトキハ同一ノ人ト雖新ニ許可ヲ受クルコトヲ要スルハ勿論ナリ最後ニ許可ノ要點カ人及物ニ繫ルトキハ人又ハ物ノ何レニ變更アル場合ニ於テモ常ニ新ナル許可ヲ受クルコトヲ要ス

第三　條件附許可　許可ハ或ハ單純ニ之ヲ與フルコトナクシテ或條件ノ下ニ於テ之ヲ與フルコトアリ即許可ニ附隨シテ許可セラレタル行爲ヨリ生シ得ヘキ警察上ノ障害ヲ防止スルカ爲ニ特定ノ作爲又ハ不作爲ヲ命スルコトアリ如此許可ニ條件ヲ附スルハ或ハ法律又ハ命令ニ依テ特ニ之ヲ許ス場合ナルカ然ラサレハ許可ヲ與フルト否トカ官廳ノ自由裁量ニ任セラレタル場合ナラサルヘカラス許可ヲ與フルト否トヲ以テ官廳ノ自由裁量ニ任シタル場合ニ於テハ官廳ハ自己ノ意見ニ依テ絕對ニ許可ヲ與ヘサルコトヲモ得ヘキモノナルカ故ニ或條件ヲ附シテ許可ヲ與フルコトモ亦當然其權限ニ包含セラルルモノト認メサルヘカラス

第四　許可ノ消滅　許可ハ第一ニ其目的物ノ消滅ニ因テ消滅ス即許可カ人ニ重キヲ置ケル場合ニ於テハ許可ヲ受ケタル人ノ死亡ニ因テ消滅シ人及物ニ對シテ與ヘレタル許可ハ其人ノ死亡又ハ設備ノ消滅ニ因テ消滅シ物ニ對スル許可ハ許可セラレタル事業ノ消滅ニ因テ消滅ス

許可ハ又多クノ場合ニ於テ不使用ニ因テ消滅スルコトアリ即多クノ許可ニ付テハ法律上其許可セラレタル事業カ一定ノ期間内ニ開始セラルヘキコトヲ必要トシ若クハ一旦開始シタル上ハ一定ノ期間内ハ之ヲ中止スルヲ得サルコトヲ規定スルモノアリ此場合ニ於テハ許可ハ不使用ニ因テ消滅ス許可ノ最重要ナル消滅原因ハ許可ノ取消ナリ總テ處分ハ之ヲ爲シタル官廳又ハ其上級官廳ニ於テ之ヲ取消スヲ得ヘキヲ原則トスレトモ許可ノ取消ハ無條件ニ此原則ヲ適用スルヲ得ヘキニ非ス法律上種種ノ制限アリ

一　許可ヲ取消シ得ヘキ場合カ法律又ハ命令ニ依テ豫規定セラレタル場合ニ於テハ此以外ノ場合ニ於テ許可ヲ取消スコトヲ得ス

二　法律又ハ命令カ一定ノ條件ヲ具備シタル場合ニ於テハ必許可ヲ與フヘキコトヲ規定セルトキハ又既ニ與ヘタル許可ヲ取消スコトヲ得ス

三　許可セラレタル事業カ事實上實行セラレ又ハ之カ實行ニ着手セラレタル後ハ又其取消ハ自由ナラス既ニ其實行ニ著手シタル上ニ此許可ヲ取消スハ新ナル損害ヲ與フヘキモノニシテ始ヨリ許可ヲ與ヘサルトハ同一ナラス例之建築ノ許可ヲ與ヘ其建築ニ著手シタル後其許可ヲ取消スハ始ヨリ之ヲ許可セサリシトハ異リテ異ル損害ヲ建築者ニ加フルモノナリ故ニ未實行ニ著手セサル以前ニ於テハ官廳ハ自由ニ其許可ヲ取消スコトヲ得ルヲ原則トスト雖既ニ著手シタル上ハ左ノ特別ノ場合ノ外ハ之ヲ取消スコトヲ得ス實行ノ著手後ニ於テモ之ヲ取消シ得ヘキ場合左ノ如シ

（イ）法律上ノ根據アルトキ　法律又ハ命令ニ依テ官廳ノ取消權ヲ認メタル場合ニ於テハ其實行後ニ於テモ之ヲ取消スコトヲ得此場合ニ於テハ其實行シタルモノハ既往ニ遡リテ之ヲ除去スルヲ要ス

0060

（ロ）取消權ヲ留保シタルトキ　官廳ハ許可ヲ與フルニ當リ豫取消權ヲ留保スルコトヲ得即試驗ノ爲メ假ニ之ヲ許可シ其實行ノ後警察上果シテ障害ナキヤ否ヤヲ審査シ其障害アルトキハ之ヲ取消スヘキコトヲ豫留保シタルトキハ勿論此取消ヲ爲スコトヲ得

（ハ）許可カ法律上ノ瑕疵アルトキ　許可カ官廳ノ權限ヲ超過シ又ハ法律命令ニ違反セル場合ニ於テハ此許可ハ本來效力ヲ生スヘカラサルモノナルカ故ニ後ニ至テモ取消シ得ヘキハ當然ナリ

（ニ）許可カ不正行爲ニ因テ與ヘラレタルトキ　許可ヲ受ケタル當事者又ハ第三者カ當畢者ノ利益ノ爲メ詐欺、脅迫、賄賂等ノ不正手段ヲ用ヒルニ依テ許可ヲ得タル場合ニ於テハ其許可ヲ與ヘタル官廳又ハ上級官廳ハ之ヲ取消スコトヲ得

第五節　警察罰

警察罰ハ刑罰ノ一種ニシテ警察義務ノ違反ニ對シテ科スル所ノ制裁ナリ

警察罰ト普通刑罰トノ性質上ノ差異如何ハ學者ノ間ニ異論多キ所ナリ一派ノ學者ハ普通刑罰ト警察罰トノ間ニ何等性質上ノ差異ナシトセリ其說ニ依レハ法律カ警察罰ノ處分ニ付其處罰ヲ輕クシ刑事訴訟ノ手續ニ於テモ之ヲ簡易ニセルハ單ニ立法ノ便宜ニ依ルモノニシテ性質上ノ差異アルカ爲ニ非ストナスナリ「バール」「ベッカー」等ハ之ニ屬ス警察罰ト普通罰トノ間ニ性質上ノ差異ヲ認ムル學者ノ中ニモ亦數說アリ或ハ「フォイエルバッハ」ノ如ク刑罰ハ權利ノ侵害アルコトヲ以テ其要件トナシ警察罰ハ一般公益ノ侵害ニ對スル制裁ナリトナス者アリ或ハ「グロルマン」「ケストリン」ノ如ク刑罰ハ法律利益ノ侵害ニ對スル制裁ニシテ警察罰ハ法律利益ニ危險ヲ及ス行爲ニ對スル制裁ナリト爲ス者アリ即刑罰ハ現ニ法律利益ヲ侵害スルモノナラサルヘカラサルニ反シテ警察罰ハ現ニ法律利益ヲ侵害スルヲ要セス單ニ之ニ危害ヲ加フルノ虞アル者ニ對スル制裁ナリトナス「フランク」「リスト」「ビンヂング」等近來ノ多數學者ノ主張スル所ニ依レハ刑罰ニ於テモ必シモ現ニ法律利益ヲ侵害スルコトヲ必要トスルモノニ非ス場合ニ依テハ單ニ法律利益ニ危險ヲ及スヘキモノニテモ刑罰ヲ科セラルヘキモノアリ然レトモ少クトモ法律利益ヲ侵害スルカ又ハ之ニ危險ヲ及スカハ刑罰ノ必要條件ナリ警察罰ニ於テハ反之單ニ國家ノ命令ニ對スル違反ニ過キス國家カ之ヲ命令スルハ固ヨリ斯ル行爲カ一般ニ法律利益ヲ侵害スルヤ又ハ之ニ危險ヲ及スヤハ問アリト認ムルカ爲ナレトモ箇箇ノ場合ニ於テ果シテ法律利益ヲ侵害スルヤ又ハ之ニ危險ヲ及スヤハ問フ所ニ非ス命令ノ違反其モノニ依テ直ニ犯罪タル性質ヲ生スルハ警察罰ノ特色ナリ例之家屋ノ近傍ニ於テ發砲スルコトヲ禁スルカ如キ其發砲ニ依テ法律利益ノ侵害セラルルコトアルヘク又ハ何等ノ危險ヲ生セサルコトアルヘシ其危險アルト否トヲ問ハス其發砲自身ニ於テ命令ニ違反スルモノナルカ故ニ當然犯罪タル性質ヲ受クルモノナリト

現行ノ刑法ニ於ル違警罪ト重罪輕罪トノ區別ハ單ニ罪名ニ依ルノ區別ニシテ罪質ニ依ルノ區別ニ非ス拘留及科料ヲ以テ制裁トセル犯罪ハ其罪質ノ如何ヲ問ハス之ヲ違警罪ト爲シ禁錮、罰金以上ノ刑ヲ科スルモノハ罪質ノ如何ヲ問ハス重罪、輕罪ト爲セリ隨テ現行刑法ノ下ニ於ル普通刑罰ト違警罪トノ區別ハ純然タル形式上ノ區別ニシテ性質上ノ區別ニ非ス然レトモ之カ爲ニ一般ニ警察罰ト普通刑罰トカ全ク性質上ノ區別ヲ有セサルモノナリト爲スハ決シテ穩當ナリト云フコトヲ得ス警察罰ト普通刑罰トカ其慮罰ノ標準ニ於テ全ク其原則ヲ異ニセルコトハ次ニ述フル所ノ如シ普通ノ犯罪ハ故意ヲ以テ其成立要素トナスニ反シ警察犯罪ニ在テハ犯罪者ニ何等ノ故意ナク全ク錯誤ニ基ク場合ト雖尙其制裁ヲ免

006 1

ルルコト能ハス如此區別ハ警察罰ト普通刑罰トカ性質上全ク同一ナリト主張スル學者ノ其理由ヲ說明スルコト能ハサル所ナリ

然レトモ其區別ノ標準ハ何レニアルカ以上述ヘタル數種ノ學說ハ各一面ノ眞理ヲ有スルモノナルヘシト雖未之ヲ以テ正當ナル區別ノ標準ト爲スコトヲ得サルニ似タリ總テ刑罰ヲ科スルハ其普通刑罰ナルト警察罰ナルトヲ問ハス皆法律利益ヲ保護スルニアリ警察犯罪ニ付テハ法律利益ノ侵害ナシト云フハ穩當ナリト云フヲ得ス家屋ノ近傍ニ銃砲ヲ放ツハ公ノ安寧ヲ侵害スルモノナリ其侵害セラレタル法律利益ハ公ノ安寧ナリ種痘ノ義務ニ違反スルハ公共ノ衞生ニ危險ヲ及スモノナリ警察犯罪ト雖法律利益ヲ侵害シ又ハ之ニ危險ヲ及スモノナルノ點ニ於テハ普通犯罪ト異ルコトナシ

普通犯罪ト警察犯罪トノ間ニ性質上ノ區別ヲ認ムルヲ得ヘキコトハ予輩ハ之ヲ疑ハス然レトモ此點ニ於テ警察犯罪ハ普通犯罪ニ對スヘキ唯一ノ種類ニ非ス警察犯罪ハ尙一層廣キ觀念タル行政犯罪ノ一種ニ屬スヘキモノナリ行政犯罪及行政刑罰ノ觀念ハ最近ニ於テ僅ニ「オツト、マイヤー」「ゴールドシュミット」等一二ノ學者ニ依テ論セラレタルニ止リ未學問上ノ定說タルニ至ラス雖犯罪及刑罰ノ類別ニ於テ極テ重要ナル觀念ナラサルヘカラス行政犯罪ハ犯罪ノ成立要素トシテノ故意及過失ノ問題、數罪俱發ノ問題ニ於テ著ク普通犯罪ト適用ノ原則ヲ異ニスレハナリ

警察犯罪ハ行政犯罪ノ一種ナリ故ニ警察犯罪ト普通犯罪トノ區別ヲ論スルニハ行政犯罪ト普通犯罪トノ區別ヲ明ニスレハ足レリ

予輩ノ信スル所ニ依レハ普通犯罪ト行政犯罪トノ區別ノ存スル所ハ專其罪質ノ重キト輕キトニ在リ然レトモ其重キト輕キトハ單ニ程度ノ差異ニハ非ス之ニ依テ犯罪其物ノ性質ヲ異ニスルナリ凡テ犯罪ハ皆法律命令ニ對スル違背ノ所爲ニ非サルナシ此點ニ於テハ普通犯罪ト行政犯罪トニ依テ異ルコトナシ然レトモ普通犯罪ニ在テハ單純ニ法律命令ノ違反タルニ止ラシテ其所爲カ法律上ノ罪惡タルノ思想ヲ伴フ其犯罪タル所以ハ單ニ國家ノ命令又ハ禁令ニ違背シタルカ爲ニ非スシテ其所爲自身カ既ニ惡事タルカ故ニアリ國民ノ法律的自覺ニ於テ之ヲ惡事ト看做セルモノニシテ之ニ刑罰ヲ科スルハ其罪惡ヲ罰スルナリ而シテ罪惡ノ觀念ハ常ニ心理ノ作用ヲ基礎トスルモノナルカ故ニ普通犯罪ニ在テハ犯罪者自ラ其惡事タルコトヲ辨別シテ而モ惡事ヲ爲スノ意思ヲ以テ行ヒタルコトヲ其成立要素ト爲スナリ

反之行政犯罪ハ單純ナル法律命令ノ違反ニシテ罪惡タルノ思想ヲ伴ハス其犯罪タル所以ハ唯國家ノ命令ヲ爲サス又ハ其禁シタル所ヲ爲セルカ爲ノミニシテ其所爲カ惡事タルカ爲ニハ非ス之ニ刑罰シタル所ヲ科スルハ唯公ノ利益ヲ保護スルカ爲ニシテ其罪惡ヲ罰スルカ爲ニハ非ス心情ノ善惡ハ全ク問フ所ニ非サルナリ行政犯罪ニ於テ犯罪者ノ故意ヲ必要トセサルカ如キ又ハ行政犯罪ヲ以テ公職ニ就クヘキ資格ヲ喪失スルノ原因ト爲ササルルカ如キ其他行政犯罪ニ付テハ全國劃一ノ法規ヲ必要トセスシテ地方ニ依テ甚シク相異レルカ如キ皆此根本思想ヨリ生スル結果ナリ故ニ「リスト」等ノ學者カ警察犯罪ヲ定義シテ警察犯罪ハ「國家ノ命令又ハ禁令ニ對スル單純ナル違背ナリ」ト言ヘルハ決シテ不當ノ見解ニ非ス唯彼等カ之ヲ論セルノ趣意ハ普通犯罪ハ單純ナル法則違反ニ非スシテ法律利益ノ侵害又ハ危害ヲ伴ヒ警察犯罪ハ單純ナル法則違反ニ非スシテ法律利益ノ侵害又ハ危害ヲ伴フノ趣意ニアリ予輩ハ此點ニ於テ之ヲ不當ト爲スナリ予輩ハ反之普通犯罪ハ單純ナル法則違反ニ非スシテ法律上ノ罪惡（岡田博士ノ用語ヲ以テ言ハヽ「國法惡」）ナリ行政犯罪ハ罪惡ノ思想ヲ伴ハサル單純ナル法則違反ナリト主張スルナリ

行政犯罪中ノ最重ナルモノハ警察犯罪及財政犯罪ナリ財政犯罪ハ國家ノ財政上ノ利益ヲ保護スルカ爲

0062

ニスル法規ノ違反ナリ警察犯罪ハ公共ノ善良ナル秩序ヲ保護スルカ爲ニスル法規ノ違反ナリ各其目的ヲ異ニスルカ爲ニ又其特色アリ財政犯罪ニ付テハ後ニ財政權ノ章ニ於テ之ヲ論スヘシ茲ニハ專警察犯罪ノ特色ヲ論ス

警察犯罪ハ以上ノ如キ性質上ノ差異ニ基キ種種ノ點ニ於テ普通犯罪トハ異リタル原則ノ適用ヲ受ク

一　警察罪ハ其責任ヲ裁斷スルニ於テ普通犯罪ニ於ルヨリモ特ニ嚴重ナリ警察罰ニ在テハ若警察上ノ作爲令、不作爲令ニ違反スルノ事實アレハ其違反アリタル外形上ノ事實ノミニ依テ當然其責任ヲ生シ其行爲カ犯罪者ノ故意ニ出タルコトヲ必要トセス此點ニ於テ警察罰ハ著ク普通刑罰ト異レリ警察罰ニ在テハ刑法上ノ一般原則ノ適用ナクシテ却テ民法上ノ損害賠償ハ他人ニ加ヘタル損害カ苟自己ノ責ニ歸スヘキ事情ヨリ原因シタルトキハ其故意ニ出ツルト否トヲ問ハス總テ之カ責任ヲ負フ警察罰ニ於テモ亦之ト同ク苟警察義務ノ違反ニシテ自己ノ責ニ歸スヘキ事情ヨリ生シタルトキハ善意又ハ錯誤ニ出タルトキト雖其責任ヲ免カルルコトヲ得ス例之暴風ノ爲メ塀ヲ破壞サレ爲ニ狂犬戸外ニ逸走セシ場合ニ於テハ其所有主ハ狂犬ヲ奔逸セシメタルコトニ於テ責任アリ乘馬或物ニ驚キ突然急走ヲ始メタル場合ニ於テ之ヲ制止スルコト能ハサルトキハ乘馬術ニ巧ナラサルコトニ於テ之カ責任アリ

然レトモ警察罰ニ在テモ二ノ場合ニ於テハ法則ノ違反アルニ拘ラス尙處罰ヲ免レ得ヘシ即責任無能力及不可抗力ノ二ノ場合ハ是ナリ責任能力ヲ有セサル者即辨別能力ナキ小兒及精神喪失者ハ警察罰ニ付テモ其責任ナシ警察違反カ不可抗力ニ基キタル場合ニ於テモ亦其責任ヲ生セス警察罰ハ故意ヲ要素トセルコトハ前ニ述ヘタル如シト雖少クトモ過失アルコトハ警察罰ニ於テモ亦其要素ナリ全ク行爲者ノ責ニ歸スヘキ過失ナク絕對ノ不可抗力ニ基クモノナルニ於テハ其責任ヲ生スヘキ理由ナシ此點ニ於テモ亦民法上ノ損害賠償ト同一ノ理由ヲ以テ論スルヲ得ヘキモノナリ

二　警察罰ニ在テハ普通刑罰ト異リ第三者ノ過失ニ依テ自ラ之カ責任ヲ負擔スルヲ要スルコトアリ是警察罰カ義務違反ニ對スル制裁ナル性質ヨリ生スル當然ノ結果ニシテ義務違反アルトキハ義務者ハ其義務違反カ實際ニハ他人ノ過失ニ出タル場合ト雖尙其責任ヲ負擔スルコトヲ要ス例之出產届ヲ出ス總テ國權ノ命令ハ其レ自身ニ於テ當然强制力ヲ包含ス警察處分ニ於テモ亦其處分ニ違由セサル者ニ對シテハ獨立ノ法規ノ根據ヲ要セスシテ警察官廳ハ當然之ヲ强制スルノ權ヲ有セリ然レトモ之ヲ强制スルカ爲ニ若新ナル苦痛ヲ科スル場合ニ於テハ必獨立ノ法規ノ根據アルコトヲ要ス法規ノ根據ナクシテ當然ニ强制シ得ルハ唯前ノ處分ニ包含セラレタル義務ヲ實行セシムルノ以上ニ及フコトヲ得サルナリ

是ヨリ以上ノ方法ヲ以テ之ヲ强制スルカ爲ニハ法規ノ根據ヲ要ス而シテ我國ノ法律ハ明治三十三年法

第六節　警察强制

警察强制トハ警察上ノ作爲令又ハ不作爲令ヲ違由セサル者ニ對シ强力ヲ以テ之ヲ違由セシムルノ手段ヲ云フ警察法律及警察命令ヲ强制スルカ爲ニハ警察罰アリ警察處分ヲ强制スルカ爲ニハ別ニ之カ手段ナカルヘカラス本節ニ論スル所ハ專警察處分ヲ强制スルノ方法ナリ

0063

律第八四號行政執行法第五條ニ於テ三種ノ強制方法ヲ規定セリ（一）代執行（二）執行罰（三）直接強制是ナリ

第一　代執行トハ警察處分ヲ受ケタル者カ其命セラレタル行爲ヲ爲サザル場合ニ於テ官廳カ自ラ代テ之ヲ執行シ又ハ第三者ヲシテ之ヲ執行セシメ而シテ其費用ヲ義務者ヨリ徵收スルヲ謂フ例之家屋ノ大掃除ヲ命セラレタル者カ其指定セラレタル期日ニ於テ大掃除ヲ爲ササルトキハ官廳ハ代執行ニ依リ自ラ人夫ヲ雇ヒテ其家屋ノ大掃除ヲ爲シ其費用ハ家主ヨリ之ヲ徵收スルコトヲ得ルカ如シ

代執行ハ強制方法ノ最自然ナルモノナリ其強制ハ唯前ノ處分ニ於テ含マレタル義務ヲ實行セシムルニ止リ新ナル苦痛ヲ科スルモノニ非サルカ故ニ法律ノ規定ヲ要セシテ當然行ヒ得ヘキ強制方法ナリ然レトモ代執行ヲ以テ強制スルコトヲ得ルハ唯或種ノ義務ノミニ止リ總テノ警察義務ニ對シテ之ヲ利用シ得ヘキニ非ス代執行ヲ利用スルコトヲ得ルニハ其義務カ作爲ノ義務ニシテ且其作爲ハ他人ノ代テ行ヒ得ヘキ作爲ナラサルヘカラス不作爲ノ義務ニ對シテハ代執行ハ適用スルニ由ナシ本人ニ非サレハ爲スコトヲ得サル作爲ノ義務ニ對シテモ亦同シ例之證人トシテ裁判所ニ出廷スルノ義務ノ如キ代人ヲ以テ之ヲ執行スルコトヲ得ヘカラス

代執行ノ手續ハ三ノ順序ヲ以テ行ル其第一ハ豫告ナリ代執行ヲ行フノ前ニ官廳ハ先一定ノ履行期間ヲ定メ其期間内ニ義務ヲ履行スルニ非サレハ代執行ヲ行フヘキコトヲ文書ヲ以テ豫告スルコトヲ要ス但此豫告ハ急迫ノ事情アル場合ニ於テハ之ヲ省略スルコトヲ得第二ハ若其豫告シタル期間内ニ義務ノ履行ヲ爲サザルトキハ官廳ハ或ハ自己ノ官吏ヲシテ或ハ人夫ヲシテ其作爲ヲ代テ執行セシム其執行ニ當リテハ實力ヲ施用スルコトヲ得ヘク之ニ抵抗スルトキハ官吏職務抗拒罪ヲ構成ス第三ハ費用ノ徵收ナリ費用ハ執行ヨリ生シタル一切ノ費用ヲ包含スルモノニシテ即人夫ノ雇賃材料其他ノ代價、第三者ニ支拂フヲ要シタル損害賠償等皆其中ニ包含セラル其金額ハ之ヲ執行セル官廳ノ決定ニ依テ之ヲ確認ス此決定アリタル上ハ官廳ハ財政強制ノ形ニ依テ之ヲ義務者ヨリ強制徵收スルコトヲ得ヘシ

第二　執行罰ハ又之ヲ不遵由罰又ハ強制罰ト稱ス官廳ノ發シタル警察處分ニ對スル違由ヲ強制スルノ目的ヲ以テ官廳カ臣民ニ對シテ科スル所ノ罰ナリ執行罰ハ警察義務ノ違反アルニ依リ科スル所ノ罰ナルカ故ニ外形上ニ於テハ最能ク警察罰ト相類似スルモノナレトモ其目的ニ於テ全ク之ト相異レリ警察罰ハ警察義務ノ違反ニ對スル制裁トシテ科スルモノナルニ反シテ執行罰ハ警察義務ヲ強制スルノ目的ヲ有スルモノニシテ警察義務違反ノ繼續ヲ妨クルカ爲ニスルモノナリ換言セハ執行罰ハ純然タル強制手段タリ強制ノ目的以外ニ其目的ヲ有スルコトナシ此點ニ於テ執行罰ハ總テノ刑罰ト其性質ヲ異ニセリ

執行罰ハ既ニ處分ニ包含セラルル義務ヲ直接ニ強行スルモノニ非スシテ新ナル苦痛ヲ科シテ以テ間接ニ強制ノ目的ヲ達セントスルモノナルカ故ニ代執行ト異リ必法律ノ根據アルヲ要ス而シテ法律ハ廣ク執行罰ヲ科シ得ヘキ權限ヲ行政官廳ニ與ヘタリ（行政執行法五條）

執行罰ヲ科スルコトヲ得ルハ代執行ニ依テ強制ノ目的ヲ達スルコトヲ得サル場合ナルコトヲ要ス換言スレハ不作爲又ハ他人ノ行フコトヲ得サル作爲ノ義務ヲ強制スル場合ニ於テノミ之ヲ科スルコトヲ得』

執行罰ハ強制手段ナルノ結果トシテ刑罰ノ如ク法規ニ依リ一定ノ所爲ニ對シ豫之ニ相當スヘキ處罰ノ決定メラルルモノニ非ス各箇ノ場合ニ付テ官廳カ執行罰ヲ科スヘキヤ否ヤ如何程ノ罰ヲ科スヘキカヲ隨時決定スルモノナリ執行罰ヲ科スルニハ必警察義務ノ違反アル場合ナルヲ要ス然レトモ義務ノ違反ア

0064

ルモ之ニ對スル制裁トシテ當然之ヲ科スルニ非ス警察ヲ利用スルト否トハ全ク官廳ノ自由ノ權限ニ在リ

官廳カ之ヲ科スヘキコトヲ決定シタルトキハ官廳ハ先之ヲ義務者ニ豫告スルコトヲ要ス豫告ニハ一定ノ履行期間ヲ定メ若其期間內ニ履行セサルトキハ一定ノ程度ノ執行罰ヲ科スヘキコトヲ戒告スルモノナリ豫告ハ執行罰ヲ科スルニ缺クヘカラサル條件ニシテ急迫ノ事情アル場合ト雖之ヲ省略スルコトヲ得ス豫告ナクシテ科シタル執行罰ハ違法ナリ

豫告アルトキハ義務者ハ條件附ヲ以テ處罰セラルヘキ狀態ニ置カルルモノナリ義務者カ作爲ニ付テハ官廳ノ指定シタル期間內ニ其作爲ヲ爲サス不作爲ニ付テハ其命令ニ違背シテ之ヲ爲シタルトキハ其條件カ成就シ官廳ハ其指定シタル處罰ヲ科スルノ權限ヲ得ルナリ然レトモ此場合ニ於テモ官廳ハ必シモ其豫告シタル罰ヲ科スルコトヲ要スルモノニ非ス又必シモ常ニ之ヲ科スルヲ得ルモノニ非ス官廳ハ自己ノ意見ヲ以テ或ハ全ク之ヲ科セス或ハ豫告シタル罰ヨリモ輕キ罰ヲ科スルヲ妨ケス一方ニ於テハ又其強制スヘキ目的ニシテ罰ヲ科スルノ以前ニ消滅シタルトキハ縱令義務違背ノ事實アリト雖最早之ヲ科スルコトヲ得ス例之官廳ノ指定シタル履行期間ノ經過後ニ至リ其命シタル作爲ヲ爲シタル場合ニ於テハ警察罰ナレハ既ニ一度犯罪アリシモノナルカ故ニ均ク之ヲ科スルコトヲ得レトモ執行罰ハ最早之ヲ科スルコトヲ得ス此場合ニ於テハ最早強制スヘキ目的物アラサレハナリ

然レトモ一方ニ於テハ執行罰ハ警察罰ノ如ク一回ノ處罰ヲ以テ結了スルニ非ス既ニ一度執行罰ヲ科シタル後ニ於テモ尙義務者カ引續キ其命セラレタル作爲ヲ爲サス又ハ其禁セラレタル作爲ヲ繼續スルトキハ官廳ハ尙何回ニテモ繰返シ之ヲ科スルコトヲ得一事不再理ノ原則ハ執行罰ニ適用セラルルコトナシ

執行罰ノ手段ハ科料ナリ官廳ノ科シ得ヘキ科料金額ニ付テハ法律ニ一定ノ制限アリ其金額ハ官廳ノ種類ニ依テ差等アリ各省大臣ハ二十五圓廳長官、府縣知事ハ十圓其他ノ行政廳官ハ二圓ヲ超ユルコトヲ得ス此最高限度ハ官廳ノ科シ得ヘキ一回ノ執行罰ノ最高限度ニ非スシテ其科シ得ヘキ總執行罰ノ最高限度ナリト認メサルヘカラス故ニ若官廳カ數回繰返シテ執行罰ヲ科スルノ必要アルトキハ其數回ノ罰ヲ合セテ此最高限度ニ達シタルトキハ最早其以上ニ執行罰ヲ科スルヲ得ス

執行罰ヲ以テ強制スルコトヲ得ルハ法規ニ依テ既ニ刑罰ヲ定メラレタル所爲ナラサルコトヲ要ス法規ニ依テ既ニ犯罪行爲タル作爲又ハ不作爲ニ對シテハ執行罰ハ之ヲ利用スルコトヲ得ス例之賭博ヲ爲スヲ禁シ若之ヲ爲スニ於テハ執行罰ヲ科スヘキコトヲ戒告スルカ如キハ違法ナリ其理由ハ執行罰モ亦警察義務違反ニ對シテ科スル所ノ罰ナルカ故ニ若此義務違反ニ對シテ既ニ法律カ一定ノ刑罰ヲ科スルニ於テハ同一ノ義務違反ニ對シテ國權カ二重ノ罰ヲ科スルノ結果トナルカ故ナリ固ヨリ執行罰ト刑罰トハ其性質ヲ異ニスト雖其不法行爲ニ對シテ國權ノ科スル苦痛ナルノ點ニ於テハ同一ナリ法律カ既ニ刑罰ヲ定メタル以上ハ此特定ノ所爲ニ對シテハ是以上ノ苦痛ヲ科スヘカラサルコトヲ認メタルモノナリ若之ニ對シテ更ニ執行罰ヲ科スルヲ得ヘシトセハ官廳ノ任意ノ決定ニ依テ法律ノ定メタル以上ノ苦痛ヲ科スルノ結果トナルヘキナリ刑罰ヲ定メラレタル行爲ニ對シテハ更ニ執行罰ヲ科スルヲ得サルコトハ我國ニ於テモ行政裁判例ノ認ムル所ニシテ又學者ノ普ク承認スル所ナリ

第三　直接強制　行政官廳ハ代執行又ハ執行罰ニ依テ其命スル所ノ作爲又ハ不作爲ヲ強制スルコト能ハサル場合及急迫ノ事情アル場合ニ限リ實力ヲ以テ直接ノ強制ヲ爲スコトヲ得直接強制トハ實力ヲ以

0065

テ身體ヲ取押ヘ其自由ヲ束縛シ之ヲ引致シ場合ニ依リハ警察署ニ監禁スルカ如キ又ハ物件ヲ毀壞シ又ハ沒收スルカ如キ類ニシテ此等ノ手段ハ此要件ノ下ニ於テハ行政官廳ニ許サルルナリ

實力使用ノ任ニ當ル者ハ通常ハ警察官吏ナリ之ニ加フルニ尚憲兵隊アリ而シテ最後ニ警察官吏ヲ以テ鎭撫スルヲ得サル場合ニ於テハ府縣知事、北海道廳長官ノ請求ニ依リ軍隊ノ援助ヲ求ムルコトヲ得

實力ノ使用ニ付テモ亦處分權ノ限界ニ付テ述ヘタルト同一ノ限界ヲ守ルコトヲ要ス即障害ヲ除去スルニ必要ナル限度ヲ超エテ實力ヲ使用スルハ違法ナリ警察官吏ハ帶劍ヲ許サレ居ルモ帶劍ハ警察官吏カ自己ノ裁量ニ依リ何時ニテモ之ヲ使用シ得ヘキモノニ非ス帶劍ヲ利用スルハ原則トシテ常ニ必要ノ程度ヲ超ユルモノナリ何トナレハ帶劍ヲ利用スルハ相手方ニ創傷ヲ加フルコトヲ目的トスルモノニシテ創傷ハ如何ナル場合ニ於テモ常ニ不必要ノ苦痛ヲ後ニ殘サシムルモノナレハナリ帶劍ヲ利用スルハ唯正當防衞ノ場合ノミニ限ル一方ニ於テハ帶劍ヲ爲シタル者ハ帶劍ノ外他ノ武器ヲ强制ノ爲ニ利用スルヲ得サルノ制限ヲ受ク明治八年太政官達行政警察規則第四章第一四條ニ「官ヨリ相渡サレタル得物ノ外兵器ヲ携フル義ハ相成ラス」ト云ヒ同第一五條ニ「得物ハ自身ヲ擁護スル具ト心得濫リニ人ヲ打擲致ス間敷候勿論共謀人アリテ手ニ餘リ止ムヲ得サル節ハ格別ノ事」ト云ヘルハ即此意味ニ外ナラス

第七節　法令ノ規定ナキ場合ニ於ル警察權ノ發動

最後ニ吾人ハ尙一ノ問題ヲ論スルコトヲ要ス予輩ハ嘗法治國ノ原則トシテ總テノ命令權ノ發動ハ法規ノ根據アルヲ要スルコトヲ論シタリ即警察權ノ發動ニ付テモ法規ノ根據アルニ非サレハ作爲又ハ不作爲ヲ命シ又ハ之ヲ强制スルコトヲ得ス是法治國ノ原則ナリ然レトモ法令ノ規定ハ如何ナル國ニ於テモ完全剩ス所ナキヲ期スルコトヲ得ス而シテ警察權發動ノ必要ハ變化極ナキ種種ノ事情ニ應シテ絕ニス發生スル所ナル故ニ法令ノ規定ナキ場合ニ於テモ命令及强制ノ權ヲ利用スルニ非サレハ行政ノ目的ヲ達スル能ハサル場合之アルヲ保セス例之我國ノ憲法ハ住所ニ侵入シ及捜索スルニハ必法律ノ規定ヲ要スヘキコトヲ定メタリ然レトモ警察官吏カ住所ニ侵入シ得ヘキ場合ニ付テハ刑事訴訟法ニ依リ犯罪人ノ逮捕ノ爲ニスル場合等二三ノ特定ノ場合ノ外一般ノ法律ノ規定ナク却テ行政執行法第二條ニ依テ夜間ノ住所侵入ニ對シテ特別ノ制限ヲ設ケタル規定アルノミ然レトモ若晝間ニ全ク住所ニ侵入スルヲ得ストセハ夜間ノ侵入ヲ特ニ制限スルハ全ク無意味ナリ如此法律ノ不備ハ尙種種ノ點ニ於テ之ヲ見ルヲ得ヘク隨テ若法律又ハ命令ノ規定アルニ非サレハ全ク警察權ノ發動ヲ許サストセハ行政ハ全ク其目的ヲ達スル能ハサルコトアルヘシ

此故ニ或場合ニ於テハ法律命令ノ規定缺ケタル場合ニ於テモ警察ハ當然自明ノ事理トシテ其權力ヲ發動シ得ヘキ場合アラサルヘカラス是法規ノ根源ナクシテ警察權發動シ得ヘシトスルニ非ス當然自明ノ條理カ成文法ノ不備ヲ補ヒ法規ノ淵源タルナリ然レトモ如何ナル場合ニ於テ當然自明ナル警察權ノ發動アルヲ得ヘキカ是本節ニ於テ論セントスル所ナリ

此問題ヲ論スルニ當リテ第一ニ區別スルコトヲ要スルハ法律又ハ命令ニ依テ廣キ權限ヲ與ヘラレタル場合ニ於テ其權限ヲ行フニ必要ナル手段ニ付特別ノ規定ヲ存セサル場合ナリ例之法律ニ依テ代執行ノ權限ヲ與ヘタルニ拘ラス代執行ノ爲ニ住所ニ侵入スルノ權限ニ付テハ特別ノ明文ヲ存セサル場合ノ如シ如此場合ニ於テハ廣キ權限ヲ認メタル規定中ニ當然其權限ヲ行フニ必要ナル手段ヲモ許スノ規定ヲ包含セルモノト看做ササルヘカラス例之前例ノ代執行ノ場合ニ於テハ代執行ノ權限ヲ認メタル以上

0066

ハ代執行ノ爲ニ必要アルニ於テハ當然住所ニ侵入シ得ヘキ權限ヲモ認メタルモノナラサルヘカラス如此場合ハ法令ノ規定ナキ場合ニ非ス唯其條文ノ不備ナルニ止リ法令ノ明文ハ存在セルナリ玆ニ論セントスル問題ハ全ク法令ノ明文ノ缺ケタル場合ヲ云フモノニシテ法令ノ明文ニハ毫モ其根據ヲ有セサルモノヲ云フ

全ク法令ノ明文ナキ場合ニ於テ當然警察權ヲ發動シ得ヘキ場合ハ法治國ノ原則ニ對スル一ノ例外ニシテ總テノ例外ト同ク狹ク之ヲ解釋セサルヘカラス即警察權ヲ發動スルニ非サレハ行政ノ目的ヲ全ク達スルコト能ハサル場合ナラサルヘカラス如何ナル場合ニ於テ警察權ノ發動アルニ非サレハ行政ノ目的ヲ達スルコト能ハスト認ムヘキカニ付テハ民法及刑法ニ於テ其模範ヲ求ムルコトヲ得ヘシ個人相互ノ間ニ於テハ法律ハ原則トシテ各人カ自己ノ權利ヲ防護スルカ爲ニハ常ニ國權ノ保護ヲ仰クヲ必要トシ自己ノ實力ヲ以テ之ヲ防護スルコトヲ許サス然レトモ場合ニ依リ國權ノ保護ヲ仰クニ暇アラサルトキハ個人相互ノ間ニ於テモ實力ヲ以テ他人ノ法律利益ヲ侵害シ以テ自己ノ利益ヲ防護スルコトヲ許セル民法及刑法上ノ正當防衞及緊急狀態ハ即是ナリ正當防衞權トハ他人ノ不法行爲ニ基ク目前ノ危害ヲ防クカ爲メ已ムヲ得サルニ出タル他人ノ法律利益ノ侵害ヲ謂ヒ緊急狀態權トハ他人ノ不法行爲ニ基キタルニ非サル目前ノ危害ヲ防クカ爲メ已ムヲ得サルニ出テタル他人ノ法律利益ノ侵害ナリ此二ノ場合ハ即以テ法令ノ規定ニ基カサル警察權ノ當然ノ發動ノ場合ヲ定ムヘキ標準タルヘキモノナリ

正當防衞ト緊急狀態トノ區別ハ一ハ自己ノ法律利益ニ對スル危害カ他人ノ不法行爲ニ依テ原因シタル場合ニ於テ其危害ヲ原因シタル不法行爲者ノ法律利益ヲ侵害スル場合ナルト一ハ自己ノ法律利益ニ對スル危害ヲ防クカ爲ニ他人ノ正當ナル法律利益ヲ侵害スル場合ナルトニアリ正當防衞ハ他人ノ不法行爲ニ對スル自己ノ權利ノ主張ナリ緊急狀態ハ自己ノ權利ト他人ノ權利トノ衝突ナリ此二ノ區別ハ民法及刑法ニ於テハ極テ重要ナル區別ナレトモ警察權ノ發動ヲ論スルニ於テハ此二ハ斯ク判然ニハ區別スルコトヲ得ス

警察權ニ依テ防護スヘキ法律利益ハ常ニ社會ノ善良ナル秩序ナリ其除去スヘキ危害ハ常ニ社會ノ善良ナル秩序ニ對スル障害ナリ其障害カ不法行爲ニ依テ原因セラレタルヤ否ヤハ警察ノ觀念ニ於テハ何等ノ差異ヲ生セス何レノ場合ニ於テモ警察權ハ若社會ノ善良ナル秩序ニ對スル障害カ目前ニ迫リタル場合ニ於テ臣民ノ自由ヲ制限スルニ非サレハ其障害ヲ除去スルコト能ハサルトキハ必要ナル限度ニ於テ法令ノ規定ナクシテ尙當然ニ其自由ヲ制限スルコトヲ得予輩ハ之ヲ稱シテ警察上ノ急狀權ト謂フ予輩ノ信スル所ニ依レハ警察上ノ急狀權ハ縱令法令ノ明文ノ缺ケタル場合ニ於テモ尙當然ニ認メサルヘカラサル警察權ノ發動ナリ然レトモ唯此場合ノミニ限ル急狀權ヲ認ムヘキ場合ノ外ハ法令ノ規定ナクシテハ如何ナル場合ニ於テモ警察權ノ發動ヲ爲スコトヲ得サルナリ

警察上ノ急狀權ヲ發生スルカ爲ニハ社會ノ善良ナル秩序ニ對スル障害カ目前ニ迫レル場合ナルコトヲ要ス目前ノ障害アルニ非スシテ將來ニ或ハ障害ヲ發生スルノ虞アルニ過キサル場合ニ於テハ急狀權ヲ認ムルコトヲ得ヘキニ非ス然レトモ目前ノ障害トハ必シモ障害カ既ニ發生シタル場合ナルコトヲ要セス未發生セスト雖障害ヲ生スヘキコト確實ニシテ既ニ目前ニ迫レル場合ニ於テハ急狀權ヲ發生ス

急狀權ニ依テ侵害シ得ヘキ個人ノ自由ハ障害ヲ除クニ必要ナル限度ヲ超ユルコトヲ得ス障害ヲ除クニ必要ナル範圍內ニ於テモ警察權ノ發動ハ尙全ク自由ナルニ非ス急狀權ノ根本ノ思想ハ二ノ法律利益カ

0067

相衝突スル場合ニ於テ此比較的輕微ナル法律利益ヲ犧牲トシ大ナル法律利益ヲ保護スルコトヲ得ト云フニ在リ故ニ急狀權ニ依テ臣民ノ自由ヲ侵害スルニハ其之ニ依テ生スル犧牲カ其保護スヘキ法律利益即善良ノ秩序ノ回復ヨリモ輕微ナリト認ノ得ヘキ場合ナラサルヘカラス比較的輕微ナル障害ヲ除クカ爲メ重大ナル臣民ノ自由ヲ侵害スルハ縱令障害ヲ除クニ必要ナル範圍内ニ於テモ尚違法ナリ

以上論スル所ニ依テ下ノ原則ヲ生ス曰ク社會ノ善良ナル秩序ニ對スル目前ノ障害アル場合ニ於テハ警察官廳ハ其障害ヨリモ比較的輕微ナル範圍内ニ於テハ法令ノ規定ナシト雖其障害ヲ除クニ必要ナル限度ニ於テ當然個人ニ命令シ又ハ人若クハ物ニ對シ强制ヲ爲スコトヲ得

以上ハ其原則ナリ予輩ハ是ヨリ急狀權ヲ發生スヘキ重ナル場合ヲ例示シ以テ本節ヲ結フヘシ

急狀權ヲ發生スヘキ重ナル場合ハ略左ノ如シ

一　公ノ營造物又ハ行政ノ進行ニ對スル障害アルトキハ警察官廳ハ當然其障害ヲ除去スルコトヲ得ヘシ是恰民法又ハ刑法上ノ正當防衛ニ相當スヘキモノナリ例之公ノ道路ニ荷物ヲ積上ケ以テ通行ヲ防害シタルトキハ警察官廳ハ當然之ヲ除去セシメ又ハ自ラ之ヲ除去スルコトヲ得公ノ運河ニ沈沒船アリテ航通ヲ妨害スルトキハ官廳ハ之ヲ疏通スルカ爲ニ沈沒船ヲ破壞スルコトヲ得高聲ヲ以テ公ノ議事ヲ妨害スル者アルトキハ警察官ハ當然之ヲ制止シ場合ニ依テハ實力ヲ以テ之ヲ退去セシムルコトヲ得

二　刑法上ノ犯罪ノ將ニ生セントスル場合ニ於テハ之ヲ制止スルカ爲メ犯罪ノ虞アル者ノ自由ヲ制限シ犯罪ノ發生ヲ妨クルコトヲ得例之日ヲ期シテ決鬪ヲ爲サントスル者アルトキハ期日ニ先チテ當事者ヲ拘留シ以テ決鬪ノ成立ヲ妨クルコトヲ得ヘシ

三　個人ノ生命又ハ財產ニ危害ヲ生シタル場合ニ於テハ之ヲ救助スルカ爲ニハ被救助者ノ自由ヲ制限スルコトヲ妨ケス例之溺死セントスル者ヲ救フカ爲ニハ一時之ヲ氣絶セシムルコトヲモ妨ケス家屋ノ內ヨリ救助ヲ叫フ者アルトキハ警察官吏ハ當然住所ニ侵入スルコトヲ得若或者カ他人ノ暴行ニ遇ハントシツツアル者ヲ警察署ニ留置シ以テ其危害ヲ免レシムルコトヲモ得ヘシ

四　急狀權ノ最著キハ天災地變ノ如キ大ナル範圍ニ於ル危害カ目前ニ迫レル場合ニ在リ例之火災、洪水ノ如キ是ナリ警察權ノ普通ノ發動ノ場合ニハ警察ハ常ニ障害ヲ惹起シタル者ニ對シテ行ルルニ反シ此等ノ場合ニ於テハ障害ヲ惹起シタル者ニ非サル第三者ノ法律利益ヲモ侵害スルコトヲ妨ケス火災ニ依テ障害ヲ惹起シタルモノハ失火ニ罹レル家屋ナリ然レトモ其障害ヲ除去スルカ爲ニハ其隣家ヲモ破壞スルコトヲ妨ケス洪水ノ危害ヲ除クカ爲ニハ堤防ヲモ破壞スルコトヲ得ヘシ障害ノ原因ハ堤防ニ非スシテ洪水ナリ普通ノ場合ナレハ警察權ハ障害ヲ惹起シタル原因ニ向テ發動スヘキモノナリト雖此場合ニ於テハ障害ノ原因タル其モノニ向テハ最早人力ヲ以テ之ヲ防クニ由ナク以テ障害ノ直接ノ原因ニ非サル他ノモノヲ侵害スルコトヲモ正當ナラシムルモノナリ

第二章　財政權

第一節　財政權及國庫

財政トハ國家ノ收入ノ爲ニスル行政作用ニシテ財政權トハ財政ノ爲ニスル國權ノ發動ナリ

國家ハ總テノ私人又ハ團體ト同ク其目的ヲ達スルカ爲ニハ經濟上ノ資力ヲ要ス經濟上ノ資力ヲ得ルカ爲ニスル總テノ國家ノ作用ハ皆財政ノ範圍ニ屬ス然レトモ財政ノ一切ノ範圍ハ必シモ皆財政權ノ發動

0068

ナルニ非ス財政ノ大部分ハ國家ノ私經濟的ノ作用ニ因テ行ル國家ノ私經濟的作用ハ專私法ノ規定ニ從フモノニシテ行政法ノ論スヘキ所ニ非ス財產ノ管理及其支出方法ニ付テモ賣買、賃貸借、代金支拂ノ如キハ純然タル私法上ノ行動ニシテ財政權ノ發動ト何等關スル所ナシ然レトモ一方ニ於テハ國家ノ公法上ノ收入モ亦必シモ常ニ財政權ノ發動ニ基クモノニ非ス國家ニ財產上ノ利益ヲ來スヘキ公法上ノ關係ハ罰金、沒收、手數料及身元保證金ノ類皆然ラサルハナシ然レトモ罰金及沒收ハ刑罰又ハ强制ノ目的ヲ達スルカ爲ニスルモノナリ手數料ハ特ニ箇人ノ爲ニ或利益ヲ供與シタルニ對スルノ報酬ナリ身元保證金ハ官吏ノ職務上ノ規律ノ爲ニスルモノナリ此等ハ孰モ皆財政權ノ發動ニ非スシテ各其特別ノ法系ニ屬スヘキモノナリ多數ノ學者ハ罰金、沒收ノ類ハ之ヲ財政ノ範圍ニ屬セシメサルコトニ於テ一致スルニ拘ラス獨手數料ハ之ヲ財政權ノ作用トシテ論スルヲ例トス雖手數料ハ或ハ營造物ノ使用ニ對シ或ハ特別ノ權利又ハ利益ヲ供與スルニ對スル報酬タル性質ヲ有シ而シテ營造物ノ使用又ハ利益ノ供與カ財政以外ノ特別ノ法系ヲ成スモノトセハ之カ對價タル手數料モ亦之ト同一ノ法系ニ屬スヘキハ當然ナリ財政權トハ如此他ノ特別ノ關係ナク獨立シテ國家ノ收入ノ爲ニスル公ノ權力ノ作用ヲ謂フモノナリ

財產權ノ主體トシテノ國家ハ之ヲ稱シテ國庫ト謂フ國家カ財產權ノ主體タリ得ヘキコトハ國家ノ觀念ノ發達スルニ從ヒ既ニ久ク認メラレ抽象ナル國家ノ人格ヲ認ムルニ先チテ國庫ノ觀念ハ既ニ早クヨリ認メラレタリ國家カ公ノ權力ノ主體トシテモ亦一ノ人格タルコトノ認メラルルニ至テハ國家ハ公、私二個ノ方面ニ於テ其ニ人格ヲ有スルモノト認メラレ公ノ權力ノ主體トシテハ之ヲ眞ノ國家ト謂ヒ財產權ノ主體トシテハ之ヲ國庫ト謂ヒ國庫ハ眞ノ國家トハ別種ノ人格ヲ成スモノト認メラレタリ國家ハ眞ノ國家トシテハ公ノ權力ヲ有シ臣民ニ對シテ命令ヲ爲スコトヲ得レトモ國庫トシテハ命令ヲ爲スコトヲ得ス却テ臣民ト均ク國家ノ命令權ニ服從スヘキモノナリ隨テ國家ハ總テノ臣民ニ對スルト均ク國庫ニ對シテモ命令ヲ爲シ租稅ヲ賦課シ權利ヲ有シ義務ヲ負ヒ得ヘキモノト看做セシナリ近世ノ國家觀念ノ一層明瞭トナルニ從ヒ國庫ハ最早國家ト異リタル別種ノ人格ニ非スシテ同一ノ人格タル國家ノ一方面ヲ謂フニ過キサルコト普ク承認セラルルニ至リ財產權ノ主體トシテモ公ノ權力ノ主體トシテモ同一ノ國家ニシテ二箇ノ獨立ノ人格カ存在スルニ非ス唯財產權ノ主體トシテ行動スル場合ニ於テハ特ニ之ヲ國庫ト云フニ過キス

齊時代ニ於テ國家ト國庫トノ別種ノ人格ナルコトヲ認メタル時代ニ於テハ國庫ハ極テ重要ナル觀念ナリキ國家ハ權力ノ主體即眞ノ國家トシテハ法律ノ束縛ヲ受ケス臣民ニ對シ自由ニ如何ナルコトヲモ命令スルヲ得タリ隨テ若國庫ノ觀念ヲ認ムルニ非サレハ國家ノ作用ハ全ク法律上ノ制限ノ外ニ在リシナルヘシ國庫ノ觀念ヲ認ムルニ依テ始テ國庫トシテハ總テノ臣民ト同ク民法ノ規定ニ從フ要スルモノナルカ故ニ國家ノ作用ヲシテ少クトモ財產權ノ範圍ニ於テハ法律ノ制限ヲ受クルコトヲ得セシメタルナリ

然レトモ如此國庫ノ重要ナル意義ハ今日ノ國家ニ於テハ全ク消滅シタリ今日ノ國家ニ於テハ公ノ權力ノ主體トシテモ法律ノ制限ヲ受ケサルモノニ非ス國家ハ唯法規ノ秩序ノ下ニ於テノミ臣民ニ命令シ義務ヲ課スルコトヲ得法律ノ制限ヲ受クルハ舊時代ノ如ク國庫トシテノミニ非スシテ眞ノ國家モ亦法律的秩序ノ下ニアルヤリ隨テ今日ノ國法ノ下ニ於テハ國庫ノ觀念ハ最早之ヲ認ムルノ必要ナク又歷史上ノ沿革アルニ非サレハ如此名稱ヲ用ヒサリシナルヘシ特ニ如此名稱ヲ用フルハ寧徒ニ思想ノ混同ヲ來

0069

シ有害無益ナルヘキナリ就中多數ノ學者ハ今日ニ於テモ國庫ナル語ニ二種ノ異リタル意義ヲ付シ此二種ノ意義ヲ互ニ相混同シテ用フルノ弊アルヲ免レス

最普通ノ意義ニ於テハ國庫ハ財產權ノ主體タル國家ノ意義ニ於テ用ヒラル此意義ニ於テハ國庫ハ曾ニ私法上ノ行動ヲ爲ス場合ノミナラス公法上ノ行動ヲ爲ス場合ニ於テモ其財產權ニ關スルモノナル以上ハ均ク國庫ナリ此意味ニ於テ國庫ハ官吏ニ對シテハ俸給支拂ノ義務ヲ負ヒ公用徵收ニ對スル損害賠償ノ義務ヲ負ヒ租稅ヲ徵收スルノ權ヲ有シ罰金ヲ收受スルノ權ヲ有ス此等ハ皆國庫ノ作用ニシテ而モ公法上ノ作用ナリ此意義ニ於テノ國庫ノ行政ハ唯民法ノ規定ニ從フヘキ或傾向ヲ有スト云フノ特色ヲ有スルニ過キス國庫以外ノ行政ト雖必シモ民法ノ規定ニ從フコトナキニ非ス唯國庫以外ノ行政ニ於テハ民法ニ從ハサルノ傾向ヲ有スルノミ

然レトモ國庫ハ又往往私法上ノ作用ヲ爲ス場合ニ於ル國家ト云フノ意義ニ於テ用ヒラルルコトアリ國家ノ作用ハ原則トシテ公法ノ範圍ニ屬スルモノナレトモ其私經濟的行動ハ私法ノ規定ニ支配セラル國家ノ作用カ私法ノ支配ヲ受クル場合ニ於テハ學者ハ又之ヲ國庫ト云フ此意義ニ於ル國庫ハ前ノ意義トハ全ク相異リタル別種ノ意義ニシテ固ク之ヲ混同セサランコトヲ要ス

第二節　豫算

第一款　豫算ノ性質

豫算ハ其內容ヨリ云フトキハ國家ノ收入支出ノ見積表ナリ總テ稍大ナル會計ヲ運轉スルモノハ其公ノ團體タルト私ノ團體タルト又一個人タルトヲ問ハス必豫其收支ヲ見積リ其設計ニ從テ會計ヲ運轉スルコトヲ要ス殊ニ國家ノ如キ大ナル經濟團體ニ在テハ如此財政ノ設計ヲ必要トスルコトハ言フヲ俟タス

豫算ハ國家カ大ナル經濟團體タル性質ヨリ生スル必然ノ結果ニシテ敢立憲制度ノ特種ノ現象ニ非ス我國ニ於テモ憲法制定以前ニ於テ既ニ豫算ノ調製アリシハ人ノ知ル所ナリ然レトモ立憲國ニ於ル豫算ノ性質ハ專制國ニ於ル豫算トハ著ク異リタル特色ヲ有ス議會カ豫算ニ協贊スルコト即是ナリ議會ノ協贊アルニ依テ立憲國ノ豫算ハ此特種ノ性質ヲ受ク立憲國ニ於ル豫算ノ性質如何ハ論爭ノ最甚シカリシ問題ノ一ナリ就中獨逸ニ於テ學者ノ論爭最甚シカリシ所ナリ

獨逸ニ於テ豫算ノ性質ニ關スル論爭アリシ主要ノ點ハ次ノ二點ニアリ一ハ豫算ハ法律ノ效力ヲ有スルヤ否ヤノ問題是ナリ一ハ豫算不成立ノ場合ニ於テ政府ハ全ク收入支出ヲ爲スコトヲ得サルカ又ハ自己ノ責任ヲ以テ之ヲ爲スヲ得ヘキカノ問題是ナリ「プロキセン」ヲ始メ獨逸中ノ數國及獨逸帝國ノ憲法ニ於テハ豫算ハ法律ノ形ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ要ス是ニ於テカ學者ハ或ハ豫算ハ曾ニ其形式ニ於テ法律タルノミナラス其效力ニ於テモ亦通常ノ法律ト異ルコトナク豫算ヲ以テ法律ヲ廢止變更スルヲ得ヘシト主張スル者アリ或ハ反之豫算カ法律タルハ唯其形式ノミニシテ實質上ニ於テハ法律タルモノニ非ス單純ナル行收行爲ナリトナス者アリ前說ニ屬スルハ「ツォルン」「ヘーネル」等少數ノ學者ニシテ「ラバンド」ヲ始メ「イェリネック」「グ、マイエル」等大多數ノ學者殊ニ荀形式上ノ法律ト實質上ノ法律トノ區別ヲ認識スル總テノ學者ハ皆豫算カ實質的ノ意義ニ於ル法律ニ非サルコトヲ認ム然レトモ此點ニ於テハ我國ノ憲法ノ下ニ於テハ問題ノ餘地ヲ存セス我國ノ憲法ハ獨逸ニ於ル論爭ニ鑑ミラ故ラニ豫算ハ法律ヲ以テ之ヲ定ムト規定セスシテ單ニ每年ノ歲入、歲出ハ豫算ヲ以テ議會ノ協贊ヲ經ヘシト規定セルニ止リ而シテ實際ノ慣例ニ於テモ豫算ハ曾法律ノ形ヲ以テ發布セラレタルコトナシ隨テ我國ノ憲法

0070

ノ下ニ於テハ豫算ハ其形式ニ於テモ其實質ニ於テモ法律タルモノニ非ス隨テ又法律ヲ廢止、變更スルヲ得ルモノニ非サルハ更ニ疑ヲ容レサル所ナリ

豫算不成立ノ場合ニ於テ政府カ自己ノ責任ヲ以テ財政ヲ行フヲ得ヘキヤ否ヤノ問題モ亦我國ノ憲法ノ下ニ於テハ議論ノ餘地ヲ存セサルカ如シ獨逸諸國ニ於テハ豫算不成立ノ場合ニ於テハ政府ハ全ク豫算ヲ有セサルモノニシテ豫算ハ全然存在セサルナリ隨テ此場合ニ於テ政府ハ如何ニ之ヲ處スヘキカノ問題ニ付テモ議論勃說ニ分レ或ハ政府ハ必其職ヲ辭セサルヘカラスト云ヒ或ハ後日議會ノ承諾ヲ得ル見込ヲ以テ收入支出ヲ爲スコトヲ得ヘシト云ヒ或ハ必シモ職ヲ辭スルヲ必要トセサルモ少ナクモ財政ヲ行フニ途ナシトナス者アリ然レトモ我國ノ憲法ノ下ニ於テハ豫算不成立ノ場合ニハ前年度ノ豫算ヲ施行スヘキコトヲ規定セルヲ以テ豫算ノ全ク存在セサル場合ハアリ得ヘカラス豫算ノ既ニ存在スル以上ハ政府ハ必其豫算ニ準據シテ財政ヲ行フヘキモノニシテ如此問題ハ發生ノ餘地ナキモノト謂ハサルヘカラス

如此獨逸ニ於テ激烈ナル論爭ノ目的トナレル二箇ノ問題ハ我國ニ於テハ憲法ノ明文ニ依テ既ニ決定セラレタルモノナリ然レトモ我國ノ憲法ノ下ニ於テモ豫算ノ性質ニ關シテ尙疑ヲ容ルヘキ一ノ點アリ豫算ハ君主ノ裁可ヲ得スシテ成立スルヤ否ヤノ問題是ナリ

此問題ニ答フルカ爲ニハ少シク立憲國ニ於ル豫算ノ性質如何ヲ論セサルヘカラス憲法制定以前ニ於ル豫算ハ少クトモ我國ニ於テハ君主カ行政官廳ニ對シテ下ス所ノ財政上ノ訓令タル性質ヲ有シタリシコトハ疑ヲ容レサル所ナリ豫算ハ君主ノ名ニ於テ發布セラレ而シテ行政官廳ハ其會計ノ收支ニ於テ其豫算ニ準據スルコトヲ要シタリ如此豫算ノ性質ハ憲法ノ下ニ於ル豫算ノ性質ハ第一ニハ國務大臣ノ收入及支出ニ付豫メ議會カ其適當ナルコトヲ證明シ豫算ニ從テ收入支出ヲ行フトキハ國務大臣ノ議會ニ對スル責任ノ豫解除セラルルコトヲ承認スルノ手段タルモノナリ豫算ハ其實質ヨリ云ヘハ單純ナル會計ノ見積ナリ如此會計ノ見積ハ政府單獨ニテモ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ議會カ豫之ニ協賛シ之ニ同意ヲ表スルハ議會カ其會計見積ノ適當ナルコトヲ證明スルモノナリ豫算ノ法律上ノ要點ハ此議會ノ證明ニアリ此證明ヲ得ルニ非サレハ政府ハ支出ヲ爲スコトヲ得ス若其證明ヲ得スシテ其支出ヲ爲シタルトキハ議會ハ適當ノ手段ヲ以テ政府ノ責任ヲ問フコトヲ得ヘシ其證明ヲ得タル豫算ニ從テ會計ヲ行フニ於テハ議會ハ最早之ニ對シテ責任ヲ問フコトヲ得ス議會ニ對スル政府ノ責任ハ豫算超過及豫算外支出例ニ於テモ豫算ハ議會ノ議決ヲ經タル後君主ノ裁可ヲ經テ君主ノ名ニ於テ公布セラルルモノニシテ此公布ニ依テ行政官廳ハ之カ拘束ヲ受クルモノナリ是故ニ憲法ノ下ニ於テモ豫算ハ尙一面ニ於テハ君主ノ行政官廳ニ對スル訓令タル性質ヲ有シ而シテ其訓令タル效力ヲ生スルハ君主ノ裁可ヲ經且之ヲ公布セラルルコトヲ要ス然レトモ憲法ノ下ニ於テハ是豫算ノ總テノ性質ヲ盡シタルモノニ非ス又其主要ノ性質ニモ非ス憲法ノ下ニ於テハ豫算カ議會ノ議決ヲ要スルコトニ於テ其性質ニ大ナル變更ヲ來セリ豫算ノ主要ナル性質ハ政府ト議會トノ關係ニ於テ現ハルルモノナリ

立憲國ニ於ル國務大臣ト議會トノ關係ハ茲ニ論スヘキ所ニ非ス然レトモ少クトモ我國ニ於テモ國務大臣ノ議會ニ對スル責任カ認メラルルモノナルコトハ疑ヲ容レサルナリ憲法第五五條ノ明文ハ議會ニ對スル國務大臣ノ責任ヲ認ムルニ依テノミ之ヲ解スルコトヲ得ヘシ立憲國ニ於ル豫算ノ性質ハ第一ニハ一年度ノ收入及支出ニ付豫議會カ其適當ナルコトヲ證明シ豫算ニ從テ收入支出ヲ行フトキハ國務大臣ノ議會ニ對スル責任ノ豫解除セラルルコトヲ承認スルノ手段タルモノナリ豫算ハ其實質ヨリ云ヘハ單純ナル會計ノ見積ナリ如此會計ノ見積ハ政府單獨ニテモ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ議會カ豫之ニ協賛シ之ニ同意ヲ表スルハ議會カ其會計見積ノ適當ナルコトヲ證明スルモノナリ豫算ノ法律上ノ要點ハ此議會ノ證明ニアリ此證明ヲ得ルニ非サレハ政府ハ支出ヲ爲スコトヲ得ス若其證明ヲ得スシテ其支出ヲ爲シタルトキハ議會ハ適當ノ手段ヲ以テ政府ノ責任ヲ問フコトヲ得ヘシ其證明ヲ得タル豫算ニ從テ會計ヲ行フニ於テハ議會ハ最早之ニ對シテ責任ヲ問フコトヲ得ス議會ニ對スル政府ノ責任ハ豫算超過及豫算外支出ノ豫解除セラレタレハナリ

豫算カ其第一ノ性質トシテ議會ニ對スル國務大臣ノ責任ノ解除手段ナルコトハ豫算ニ依テ豫算外支出

0071

竝ニ憲法第七〇條ノ緊急財政處分ノ場合ヲ比較スルニ於テ一層明瞭ナルコトヲ得ヘシ豫算外支出又ハ財政上ノ緊急處分ヲ行ヒタル場合ニ於テハ憲法ハ事後ニ於テ議會ノ承諾ヲ求ムルコトヲ其要件ト爲セリ豫算外支出又ハ憲法第七〇條ノ處分ハ緊急勅令ノ場合トハ異リ一回ノ處分ヲ以テ其效力ヲ完成スルモノニシテ將來ニ效力ヲ繼續スルモノニ非ス隨テ之ニ對スル議會ノ不承諾ノ效果ハ緊急勅令ノ如ク將來ニ向テ效力ヲ失ハシムルニアルコトヲ得ス又既往ニ遡リテモ其效力ヲ取消スノ途ナシ議會カ承諾ヲ與フルト否トハ其效力ニ關シテハ毫モ影響スル所ナキナリ故ニ此場合ニ於テハ若國務大臣ノ議會ニ對スル責任ヲ問ハルニ非サレハ議會ノ承諾ハ全ク無意味ノ行爲トナルヘシ此場合ニ於ケル議會ノ承諾ハ專事後ニ於テ國務大臣ノ責任ヲ解除スルノ手段タリ豫算ハ事前ニ於テ政府ノ責任ヲ解除シ豫算ニ據ラサル財政上ノ處分ハ事後ニ於テ責任ノ解除ヲ求ムルコトヲ要スルナリ

以上述フルカ如クナルヲ以テ我國ノ憲法ノ下ニ於ケル豫算ハ二面ノ性質ヲ有ス第一ニ且豫算ノ主要ノ性質トシテハ豫算ハ議會カ政府ニ對シテ歲入、歲出ノ適當ナルコトヲ豫證明スルノ手段タルモノニシテ一面ニ於テハ又君主ノ行政官廳ニ對スル會計上ノ訓令タル性質ヲ有スルモノナリ第一ノ性質ニ於ケル豫算ハ唯議會ノ議決ノミヲ以テ成立スルコトハ其性質ヨリ生スル當然ノ結果ナリ法律ハ君主ト議會トノ共同ノ行爲ナリ君主カ其立法權ヲ行フニ於テ議會ヲシテ之ニ參與セシムルナリ豫算ハ反之政府ト議會トカ相對スル關係ニ於テ行ルルモノニシテ政府ト議會トノ共同ノ行爲ニ非ス立法ニ付テハ政府ト議會トカ同一ノ目的ニ向テ共同ニ其意思ヲ發表スルナリ豫算ニ在テハ政府ト議會トハ相對立スル相手方タリ議會カ政府ニ向テ承諾ノ意思ヲ發表スルナリ隨テ此性質ニ於ケル豫算ハ君主ノ裁可ヲ要スルモノニ非ス議會ノ議決ノミヲ以テ成立スルモノナルハ明瞭ナリ

第一ノ性質ニ於ケル豫算カ君主ノ裁可ヲ要セスシテ成立スルコトハ殊ニ憲法第六七條ト比較スルニ依テ明瞭ナルヲ得ヘシ憲法第六七條ハ或種ノ歲出ニ付テハ政府ノ同意ヲ得ルニ非サレハ議會カ之ヲ削除削減スルヲ得サルコトヲ規定セリ若豫算カ君主ノ裁可ヲ得ルニ非サレハ全然成立スルコトヲ得サルモノトセハ特ニ或種ノ歲出ニ付テノミ政府ノ同意ヲ必要トスルハ無意味ナリト謂ハサルヘカラス要之第一ノ性質ニ於ケル豫算ハ君主ノ裁可ヲ要セスシテ成立スルモノナリ法律ハ君主カ之ヲ裁可スルト否トノ自由ヲ有スル裁可ヲ得ルニ非サレハ全ク成立スルヲ得サルニ反シテ豫算ニ對シテハ君主ハ如此自由ヲ有スルモノニ非ス豫算カ一時議會ノ議決ヲ經タル上ハ縱令政府ノ同意ヲ得ス君主カ之ヲ裁可セストスルモ豫算不成立トシテ前年度ノ豫算ヲ施行スルヲ得ヘキモノニ非ス然レトモ斯クシテ成立シタル豫算ハ唯政府ト議會トノ內部ノ關係ニ於テ其效力ヲ有スルニ止リ國民ニ對シテ效力ヲ有スルモノニ非サルハ勿論一般行政官廳ニ對シテモ其效力ヲ有スルコトヲ得ス議會ハ全ク行政官廳ニ對シテ訓令ノ權ヲ有スルモノニ非サレハナリ是ヲシテ行政官廳ニ對シ拘束力ヲ生セシムルカ爲ニハ尙君主ノ裁可ヲ經ルコトヲ要ス君主ノ裁可ヲ經ルニ依テ始テ豫算ノ第二ノ性質タル行政官廳ニ對スル訓令タルノ性質ヲ生スルナリ

要之豫算ハ全ク君主ノ裁可ヲ要セスト云フノ必シモ正當ニ非サルト共ニ豫算ハ法律ト等ク君主ノ裁可アルニ非サレハ全ク成立スルヲ得ストスルハ一層甚シキ誤謬ナリ此問題ニ付テハ豫算ノ二樣ノ性質ヲ區別スルコトヲ要スルナリ

第二款　豫算ノ編成

0072

豫算制定ノ手續殊ニ議會ノ豫算議定權ノ範圍ハ憲法上ノ困難ナル問題ナレトモ事ハ憲法ノ範圍ニ屬シ今論スルノ所ニ非ス玆ニハ唯豫算ノ編成ニ關スル二三ノ法則ヲ述フルニ止ムヘシ

豫算ノ編成ニ關シ注意スヘキ主要ノ點ハ左ノ如シ

一　豫算ハ一年ヲ一編成シ一年度間ノ收入及支出ヲ記載スルヲ要ス會計上ノ年度ハ曆年ノ年度トハ同カラス每年四月一日ニ始リ翌年三月三十一日ニ至ル迄ヲ一會計年度トス會計年度ハ法律ノ定ムル所ニ依ル故ニ將來ニ於テ法律ヲ以テ會計年度ヲ變更シタル場合ニ於テハ一年度ニ滿タサル端數ノ豫算ヲ編成スルノ必要ヲ生スヘク豫算カ一年度ノ會計見積表タル性質ニ矛盾スルカ如シト雖是會計年度ノ變更ヨリ生スル當然ノ結果ニシテ之カ爲ニ憲法カ絕對ニ會計年度ノ變更ヲ禁シタルモノト認ムルコトヲ得ス此問題ハ會獨逸ニ於テ實際問題タリシモノナリ

二　豫算ハ不分割ヲ以テ原則トス一年度間ノ總收入及總支出ハ之ヲ單一ノ豫算ニ記載シ特別ノ事項又ハ特別ノ期間ニ對スル別箇ノ豫算ヲ設クルコトヲ得ス然レトモ之ニ二ノ例外アリ一ハ追加豫算ナリ總豫算編成後ニ於テ之ヲ避クヘカラサル必要ヲ生シタルトキハ政府ハ追加豫算ヲ提出スルコトヲ得（會計法五條二項）例外ノ他ノ一ハ特別會計ナリ特別會計ヲ置クハ法律ノ定ムル所ニ依ル

三　豫算ハ之ヲ收入支出ニ分チ而シテ收入及出ハ更ニ之ヲ經常及臨時ノ收入支出ニ分チ經常臨時共ニ又之ヲ款項ニ區別スルヲ要ス款項ノ區別ハ大藏大臣ノ定ムル所ニ依ル

四　豫算中ニハ豫備費ヲ設クルコトヲ要ス豫備費ハ豫算中ノ一部ナリト雖之ヲ支出スルヲ得ヘキモノニ非ス唯避クヘカラサル必要ヲ生シ又ハ豫算金額ノ不足ヲ生シタル場合ニ於テ特別ノ手續ニ依テ之ヲ支出スルヲ得ルノミ

第三款　豫算ノ效力

英國及英國法ヲ模範トセル諸國豫算法ニ於テハ豫算ハ租稅水諾權ヨリ發達シタルモノニシテ國王カ租稅ヲ徵收スルニハ豫國民ノ承諾ヲ必要トシ而シテ國民ハ豫算ヲ以テ每年特定ノ費途ヲ定メ租稅ヲ承諾シタルモノナリ租稅承諾ノ效果ハ一年度ニ限リ每年新ニ豫算ヲ以テ租稅ノ承諾ヲ求ムルコトヲ要ス如此時代ニ於ル豫算ノ效力ハ主トシテ收入ニ重キヲ置ケルモノニシテ豫算アルニ非サレハ國王ハ租稅ヲ徵收スルコトヲ得サリシモノナリ租稅カ每年ノ承諾ヨリ變シテ永久ノ效力ヲ有スル法律ヲ以テ定メラルルニ至テハ如此豫算ノ效力ハ大ニ變シ租稅ハ豫算ニ拘ラス法律ニ依テ徵收セラレ收入ニ付テノ豫算ハ唯單純ナル收入金額ノ見積ニ過キスシテ豫算ノ效力ハ專支出ニ重キヲ置クニ至レリ

我國ニ於テハ豫算ハ初ヨリ租稅承諾權ノ思想ノ影響ヲ被ムルコトナク隨テ我國ニ於テモ豫算ノ效力ハ專支出ニアリテ收入ニ付テハ豫算ハ單純ナル見積ニ止リ全ク法律上ノ效力ヲ有スルコトナシ隨テ

第一　收入豫算ニ付テハ收入カ縱令豫算ニ超過スルモ又ハ之ニ不足スルモ又ハ豫算ニ記載シタル款項以外ノ收入ヲ生スルモ法律上毫モ差支ナシ政府ハ專法律命令ノ規定ニ從ヒ租稅手數料ヲ徵收シ官業ノ收入ヲ取得シ其他如何ナル收入ヲモ取得スルコトヲ得但國債ヲ募集スルハ別ニ議會ノ協賛ヲ要ス

第二　支出ノ豫算ハ反之國務大臣及行政官廳ヲ羈束ス

一　官廳ハ豫算ニ記載シタル目的以外ニ支出ヲ爲シ又豫算金額ヲ超過シタル支出ヲ爲スコトヲ得ス縱令豫算總額ニ於テ豫算金額ニ超過セサルモ特定ノ款項ニ付豫算金額ニ超過スルトキハ違法ナリ一ノ款項ニ剩餘アリ他ノ款項ニ不足アル場合ト雖之ヲ流用スルコトヲ得ス豫算外ニ臨時ノ收入アル場

0073

合ト雖其收入ハ豫算ニ記載シタル目的以外ニ之ヲ利用シ得ヘキニ非ス

二　豫算ニ記載シタル目的以外ニ支出ノ必要ヲ生シ又ハ豫算金額ニ不足ヲ生シタルトキハ豫備費中ヨリ之ヲ支出スルコトヲ得豫備費中ニ第一豫備金、第二豫備金ノ區別アリテ第一豫備金ハ豫算超過ノ支出、第二豫備金ハ豫算外ノ支出ニ充ツ豫備費ノ支出ハ特別ノ手續ヲ要シ且議會ノ事後承諾ヲ要ス

三　豫備費ヲ以テ豫算外支出及豫算超過ノ支出ヲ補フニ足ラサル場合ニ於テハ追加豫算ヲ提出スルカ又ハ憲法第七〇條ノ緊急處分ニ依ルノ外ハ全ク支出ノ途ナキモノナリ

四　豫算外又ハ豫算超過ノ支出ヲ爲スニハ以上ノ如キ制限アレトモ豫算ニ記載サレタル支出金額ヲ支出セス又ハ剩餘ヲ殘スハ毫モ違法ニ非ス豫算ハ單ニ費用金額ノ適當ナルヤ否ヤヲ決定スルニ止リ事業其モノノ必要ヲ決スルモノニ非サルカ故ニ豫算ニ於テ縱令支出金額ノ見積アルモ政府ハ之ニ依テ必其事業ヲ執行スヘキ義務ヲ負フモノニ非ス

第三節　國家ノ收入

第一款　國家收入概論

國家ノ收入ハ法律上ヨリ觀レハ先之ヲ公法上ノ收入ト私法上ノ收入トニ區別スルヲ要ス

第一　私法上ノ收入　國家ノ私法上ノ收入ハ主トシテ官有財產ノ收益ヨリ生スルモノ及官業ノ收入ニ屬スルモノヲ是トス此外尙相續人ノ曠缺セル財產又ハ無主財產ノ國庫ニ歸屬スルモノモ亦此收入ニ屬ス

一　國有財產ヨリ生スル收入　國有財產ハ通常之ヲ二種ニ區別ス一ハ之ヲ收益財產ト謂ヒ一ハ之ヲ

之ヨリ執達吏ト債權者トノ關係ニ付テ說明セン

執達吏ト債權者トノ關係ハ公法上ノ關係ニ止ルヤ或ハ私法上ノ關係ト云フコトヲ得ルヤ今日確定セラレタル說ニ依レハ固ヨリ公法上ノ關係即公法上ノ機關トシテノ關係ヲ有スルノミナラス尙其關係ハ原則トシテ民法上ノ委任關係ナリト云フニ在リ第五三一條及第五三二條ハ此說ノ根據トナルモノナリ然レトモ民法上ノ委任關係ト其效力ニ於テ異レル點ハ報酬ノ點ニ在リ民法ノ原則ニ從ヘハ有償委任ノ場合ニハ特約ナキ限ハ委任事務完了後ニ至リ始テ報酬ヲ請求シ得ルモノナルニ(民六四八條)執行委任ノ場合ニハ其委任事務完了前即執行前ニ其手數料ヲ豫納セサル可カラス尙他ノ異ル點ヲ擧レハ民法上ノ委任ノ場合ニ於テハ委任ノ範圍ハ當事者ノ意思表示ニ因テ定マルモ執達吏ニ對スル委任ノ場合ニ在テハ執行力アル正本ノ交付ニ因テ執達吏ハ當然左ノ權限ヲ有スルナリ(五三三條)

第一　支拂其他ノ給付ヲ受クルコト

第二　債務者ニ對シテ受取證ヲ交付スルコト

第三　債務ノ辨濟完了シタル場合ニ於テハ執行力アル正本ヲ債務者ニ交付スルコト

次ニ第五三四條ニ依レハ執達吏ヤ債務者及第三者ニ對シテ其權限ヲ證明スルカ爲ニハ執行力アル正本ヲ有スルヲ以テ足レリトス債務者及第三者ハ執達吏ニ對シテ或ハ委任狀或ハ他ノ方法ヲ以テ委任アルコトヲ證明セシムルノ權利ナシ此規定ヲ設ケタル立法上ノ理由ハ執達吏ハ強制執行ノ公機關ナルカ故ニ債務者又ハ第三者ニ對シテ其委任ヲ受ケタルコトニ付テ普通私法上ノ關係ニ於ルカ如ク精密ナル證明ヲ爲サシムルノ要ナシト云フニ在リ

執達吏ハ債權者ニ對シテハ亦二ノ方面ニ於テ關係ヲ有ス即債權者ノ代理人タル關係及公ノ機關トシテ

0074

ノ關係ナリ此前提ヨリ生スル結果即左ノ如シ

執達吏ハ執行債權者ノ代理人ナルカ故ニ執達吏ニ對スル辨濟ハ債權者ニ對スル辨濟ト同一ノ效力ヲ生ス亦執達吏ハ公機關ナルカ故ニ債務者カ執達吏ニ對シテ暴行、侮辱等ノ行爲ヲ加ヘタル場合ニ於テハ刑法ニ規定セル所ノ官權妨害及官吏侮辱等ノ罪ヲ構成スルモノナリ

執達吏カ其執行委任ヲ受ケタル後ニ其職權ヲ超越シ又ハ其義務ヲ履行セスシテ債權者、債務者及其他ノ第三者ニ對シテ損害ヲ蒙ラシメタル場合ニ於テハ其賠償ノ責ニ任セサル可カラサルナリ是民事訴訟法第五三二條ニ規定スル所ナルカ如此規定シタル所以ノモノハ執達吏ノ執行關係者ニ對スル關係ハ公機關トシテノ關係ノミニ止ラスシテ代理人トシテノ關係ヲ有スルモノナレハナリ次ニ此第五三二條ニ付テ少シク說明センニ本條ニハ執達吏ハ云云損害ヲ生セシメタルトキハ第一ニ其責ニ任スト規定セリ其所謂第一ニ其責ニ任ストハ如何ナル意義ヲ有スルモノナルヤ之ニ付テハ從來學者ノ間ニ議論アル所ニシテ或學者ハ曰ク玆ニ所謂第一トハ本條ノ場合ニ於テ先損害賠償ノ責ニ任スヘキ者ハ常ニ執達吏ナリ故ニ例之債權者ト執達吏トカ共謀シテ債務者ニ損害ヲ生セシメタルトキハ債務者ハ共謀加害者ノ一方ヲ選擇シテ其賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシトノ通則ニ從フヘキモノニ非スシテ此場合ニ於テハ先其執達吏ニ對シテノミ請求スルコトヲ得ルニ過キス執達吏カ賠償スル能ハサル場合ニ於テ始テ委任者ニ其賠償ヲ求ムルコトヲ得ヘキナリ大審院ノ現行判例ハ右ノ說ニ從ヘルモノノ如シ他ノ學者ハ曰ク玆ニ所謂第一ニ其責ニ任ストアルハ執達吏ハ債權者、債務者其他ノ損害ヲ受ケタル者ヨリシテ第一ニ損害賠償ノ請求ヲ受クルモノヲ拒ム能ハスト云フニ在リ換言スレハ是等損害ヲ受ケタル者カ其賠償ノ要求ヲ先執達吏ニ爲シ得ヘキコトヲ單ニ指示シタルニ過キサルモノナリ前例ノ場合ニハ債權者ニ對シテモ強制執行ヲ爲シ得ルコト勿論ナリト第一說ハ理論ニ反スル議論ニシテ第二說ハ條文ノ「第一ニ」ナル文字ヲ無視シタルノ嫌アレトモ理論ニハ適スルノ說明ナリト信ス蓋本條ノ「第一ニ」ナル文字ハ穩當ナラサルモノナルヘシ尙之ニ牽聯シテ一ノ問題タルハ民法第六五〇條第三項ニ依レハ受任者云云……自己ニ過失ナクシテ損害ヲ受ケタルトキハ委任者ニ對シテ其賠償ヲ請求スルコトヲ得トアリ今執達吏カ強制執行ノ手續中自己ニ過失ナクシテ損害ヲ受ケタルトキハ委任者ニ對シテ損害賠償ヲ請求シ得ルヤ否ヤ或ハ曰ク執達吏ハ公機關トシテ行動スルモノナルカ故ニ縱令損害ヲ生スルモ委任者ニ對シテ賠償ヲ請求スルコトヲ得スト云フモ予ハ此場合ニハ民法第六五〇條第三項ノ適用ヲ受クヘキモノト信ス其理由ハ執達吏ハ執行當事者ニ對シテ公機關タルノ關係ヲ有スルト同時ニ特別ノ規定アル場合ノ外ハ民法ノ代理關係ノ規定ニ依ルヘキモノナリ然ラハ民法カ特ニ受任者ノ利益ノ爲ニ設ケタル所ノ此規定ノ適用ヲ除外スヘキ理由ナシ其公機關タルコトハ執達吏カ普通人ノ有セサル職權ヲ有シ又ハ普通人ノ有セサル責任ヲ有スルト云フニ止リ通常人ノ有スヘキ權利ヲ有セストスルノ論決ノ生スヘキ根據ト爲ルモノニ非サルナリ

執行ノ官施ニ關シ債權者及債務者ニ對スル執達吏ノ職權

執達吏カ債務者及第三者ニ對シテ強制執行ヲ實施スルニハ其前提トシテ債權者カ執達吏ニ執行力アル正本ヲ交付シテ強制執行ヲ委任シタルコトヲ要ス執達吏ハ債權者ノ委任ニ依テ執行行爲ヲ爲スモノニシテ又其行爲ヲ爲スハ公ノ機關トシテ爲スモノナルカ故ニ執行力アル正本ノ所持ヲ以テ其權限ヲ證明シテ足レリトシ普通委任ノ場合ニ於ル如ク委任狀其他ノ方法ヲ以テ之カ證明ヲ爲ス必要ナキモノナリ又執達吏ハ特別ノ委任ヲ要セスシテ債務者ヨリ支拂其他ノ給付ヲ受クル權利ヲ有スルナリ是第五三

0075

三條ニ規定スル所ナリ而シテ本條ノ適用ニ付テハ一ノ問題ヲ生ス即若債權者カ執達吏ニ對シテ其委任ノ範圍ヲ制限シタル場合ニ於テ債務者カ其制限ヲ知リナカラ制限以外ノ給付又ハ支拂ヲ爲シタル場合ニ於テハ其給付又ハ支拂ハ債權者ニ對シテ效力アリヤ否ヤノ問題是ナリ此問題ニ對シテハ反對論ナレトモ予ハ其制限ナルモノハ債務者ニ對シテハ效力ナシト論定スルヲ相當ト信ス何故ニ斯ク論定スルノ可ナルヤト云フニ執達吏カ執行行爲ヲ爲スハ債權者ノ利益ノ爲ニナスモノナレトモ他ノ一面ニ於テハ強制執行ノ公機關トシテ其行爲ヲ爲スモノナリ若執達吏ニ對スル債權者ノ委任ノ範圍ノ制限ヲシテ債務者ニ對抗シ得ヘシトセハ實際ニ於テ紛亂ヲ生スルノ虞アリ換言スレハ債務者ハ執行機關タル執達吏ノ行爲ニ對シテ其權限ノ範圍ヲ調査スル權利ヲ有スルコトトナリ遂ニハ之ヲ口實トシテ強制執行ヲ拒絕スト謂フカ如キ弊害ヲ生スヘク又他ノ一面ニ於テハ債務者カ執行ヲ爲シタル後ニ或ハ盜難水火災ニ依テ執行ノ目的物ヲ債權者カ得ル能ハサルニ於テハ濫ニ委任ノ範圍ニ制限ヲ置キタリトノ理由ヲ主張シ債務者ヲシテ再ヒ其義務ノ履行ヲ爲サシメント試ムル弊害ヲ生スヘシ之ヲ以テ第五三四條ニ執達吏ハ執行力アル正本ノ所持ヲ以テ執行行爲ヲ爲ス全權ヲ有ストシ而シテ債權者又ハ第三者ニ對シテ委任ノ欠缺又ハ制限ヲ主張スルコトヲ得スト規定セルナリ此規定ノ趣旨ヲ前述ノ理由ニ比照セハ假令債務者カ惡意ノ場合ト雖委任ノ欠缺又ハ制限ヲ主張スルコトヲ得サルヤ明ナリト謂ハサルヘカラス

次ニ執達吏ハ其職務ノ執行トシテ債務者ノ住居、倉庫、筐匣ヲ捜索シ又ハ閉鎖シタル場所ヲ開カシムル行爲ヲ爲ス權利ノ有ス債務者カ執達吏ノ催告ニ應セサルトキハ強制ノ方法ヲ以テ捜索ヲ爲シ又ハ鎖鑰ヲ開クコトヲ得此住居ヲ捜索シ又ハ強テ筐匣ヲ開カシムル行爲ハ極テ重大ナルモノニシテ即憲法第二五條ニ反スル所爲ナリ然レトモ強制執行ヲ受クルカ如キ狀態ニ陷リタル債務者カ執達吏ノ催告ニ應セサルコトハ屢生シ得ヘキヲ以テ執行手續ノ便宜上民事訴訟法第五三七條ハ此權利ヲ執達吏ニ與ヘタルナリ

執達吏ハ右ノ如ク債務者ニ對シ強制ヲ以テ住居ヲ捜索シ筐匣ヲ開カシムル權利ヲ有スレトモ第三者ニ對シテハ如此職權ヲ有セス詳言スレハ第三者カ債務者ノ財產ヲ藏匿スル場合ニ於テモ第三者ニ對シテハ如此行爲ヲ爲スコトヲ得ス是執行名義ノ效力ハ當然第三者ニ及フヘキモノニ非サルカ故ナリ唯其例外トシテハ第五六七條ノ場合アリ即物ノ提出ヲ拒マサル第三者ノ占有中ノ物ヲ差押フルコトヲ得トアルコト是ナリ故ニ第三者カ其占有スル筐匣ヲ開クニ付異議ナキトキハ之ヲ開クコトヲ得ヘシ

執達吏ハ執行行爲ノ爲メ必要ナル場合ニハ債務者ニ對シテ威力ヲ用フルコトヲ得又稀有ノコトナラン モ必要アル場合ニ於テハ兵力ノ援助ヲ求ムルコトヲ得

以上ハ執達吏ノ職權ナリトモ之ヲ執行スルニハ盡ササルヘカラサル所ノ責務アリ即關係人ノ請求アル場合ニハ執行力アル正本ヲ示ササルヘカラス故ニ所謂關係人トハ第一ニハ債務者ナリ第二ハ債務者ノ代理人ナリ第三ハ物ノ提出ヲ拒マサル第三者ナリ強制執行ノ目的物ニ對シテ所有權其他ノ權利ヲ有スル第三者ハ故ニ所謂第三者中ニ包含セス

次ニ執達吏ハ強制執行ノ關係者ニ對シテ執行記錄ノ閱覽ヲ爲サシメサル可ラス尚又執達吏ハ債務者カ完全ニ其義務ヲ盡シタルトキハ執行力アル正本ヲ交付セサル可ラス又同時ニ受取證ヲ交付セサル可カラス但一部ノ義務履行ノ場合ニ於テハ受取證ノ交付ノミヲ以テ足レリトス然レトモ之ト同時ニ執行力アル正本ニ其受取ヲ爲シタルコトノ記入ヲ爲シ置カサル可カラス（五三五條）次ニ執達吏ハ執行行爲ヲ

0076

爲スニ際シテ債務者又ハ成長シタル家族若クハ雇人ノ不在ナル場合ニ於テ或ハ債務者等ヨリ抵抗ヲ受クル場合ニ於テハ關係ナキ成丁者二人或ハ市町村吏員一名若クハ警察吏員一名ノ立會ヲ必要トス第五三七條ノ法文ニハ此等ノ人ヲ證人トシテ立會ハシムヘシト規定セリ此證人ナル文字ハ訴訟ヲ判斷スル場合ノ證據方法ノ證人トハ其義ヲ異ニス換言スレハ立會人ノ義ニ止ル隨テ之ヲ立會ハシムルニ宜誓ヲ爲サシムル必要ナキヤ勿論ナリ次ニ執達吏ハ日曜日其他ノ祝祭日ニ強制執行ヲ爲サントスルニハ執行裁判所ノ許可ヲ受ケサル可カラス玆ニ所謂祝祭日トハ法文ニ一般ノ祝祭日トアルニ依リ明ナル如ク大祀、禮節、國祭日等ヲ謂フモノニシテ一地方ノ祭日ノ如キハ之ニ包含セス夜間ノ執行ヲ爲ス場合又同シ（五三九條）

夜間及日曜日、祝祭日ニ強制執行ヲ爲スニ付執行裁判所ノ許可ヲ受クルニハ執達吏ヨリ其請求ヲ爲スモノナリ而シテ其許可ノ命令ハ執行行爲ヲ爲ス際ニ之ヲ債務者ニ示ササル可カラス詳言セハ債務者ノ請求ノ如何ニ關セス之ヲ示ササル可カラサルモノナリ

最後ノ責務ハ第五四〇條ニ規定セル所ノモノナリ即各執行行爲ニ付テ其調書ヲ作成セサル可カラサルコト是ナリ其調書ニ具備セサル可カラサル要件ハ法文ニ明ナルヲ以テ玆ニ詳述セス而シテ若執達吏カ此責務ニ反シテ強制執行ノ調書ヲ作ラサリシ場合ニハ其行爲ハ全然無效トナルモノニ非ス即此場合ニ於ル差押（執行行爲）ハ一ノ瑕瑾アルモノナリ第五四〇條ニ付テ注意スヘキハ調書作成ノ要件ナリ此要件ヲ具備セサル調書ハ全然效力ナシ故ニ調書ノ要件ヲ具備セサルモノハ恰執行行爲ノ調書ヲ作ラサルト同一ナリ此點ニ付テ注意スヘキハ適法ニ執行行爲ノ調書カ成立シタル場合ニ於テハ後ニ至リ天災其他ノ事由ニ依リ此調書カ消滅ニ歸シタリトスルモ之カ爲ニ執行行爲ノ無效又ハ瑕瑾ヲ生セサルコト是ナリ

以上ハ執達吏カ爲ス執行行爲ニ付テノ責務ノ重要ナルモノナリ

尙最後ニ一言スヘキハ強制執行ノ費用ナリ此費用ハ執達吏ニ於テ強制執行ヲ爲スト同時ニ取立テサルヘカラス一面ヨリ言ヘハ責務ト云ヒ得ヘキモ寧執達吏ノ權利ナリ第五五四條ニ曰ク強制執行ノ費用ハ必要ナリシ部分ニ限リ債務者ノ負擔ニ歸スト雖シテ此費用ハ強制執行ヲ爲ス請求ト同時ニ之ヲ取立ツヘシト強制執行ノ費用ト訴訟費用トノ分界如何執行文付與ノ申請ニ關シ及其以後ニ生セシ費用ヲ執行費用ト云フ或意味ニ於テハ判決確定ノ爲ニ要シタル辯明ノ費用ノ如キモ執行費用ナリ然レトモ判決確定ノ辯明ヲ求ムルニ付要シタル費用ハ法律上執行費用ト謂フコトヲ得サルナリ何トナレハ判決確定ノ辯明ハ單ニ強制執行ノ爲ノミニ求ムル理アラサルカ故ナリ反之執行文ヲ求ムル目的ハ強制執行ヲ爲サントスルニ在ラス其以外ニ存スヘキ理ナケレハナリ尙疑アルハ假差押、假處分ノ費用ハ強制執行ノ費用ナルヤ否ヤノ點ナリ假差押及假處分ハ強制執行ヲ保全スル爲ニ爲スモノナリ故ニ此點ヨリスレハ強制執行ノ費用ナリト謂ヒ得ルモノノ如クナレトモ多數學者及今日ノ實際ニ於テハ假差押及假處分ハ訴訟行爲ニ屬スルモノナリトシ隨テ之ニ關スル費用ハ執行費用ト謂フコトヲ得ス

次ニ第五五四條ノ强制執行ノ必要費用トハ如何ナルモノヲ謂フヤ執達吏ノ手數料、執達吏ノ立替金、執行行爲ニ債權者カ立會シタル場合ニ於ル旅費、日當、執行ノ目的物ニ付テ其差押ヲ爲スニ當リ特別ニ要シタル費用等ヲ云フナリ債權者ノ旅費、日當ニ付テ注意スヘキハ債權者ハ執行行爲ニ立會フヘキ權利ヲ有スル然レトモ債權者ハ執行行爲ニ立會ヒタル場合ハ常ニ其旅費、日當ヲ要求スルコトヲ得ヘキモノニ非ス執行行爲ヲ爲スカ爲メ執達吏カ債權者ノ立會ヲ必要ト爲シタル場合ニ非サレハ其旅費、日當ヲ

0077

請求スルコトヲ得ス例之物ノ引渡ヲ目的トスル執行ノ場合ニ生スルナリ即債務者カ其住居ニ執行ノ目的物ニ類似セル數種ノ物品ヲ所持スル場合ニ其中何レカ執行ノ目的物ナルヤヲ定ムルニハ債權者ヲシテ之ヲ直接ニ調査セシムル必要アル場合ノ如シ此場合ニハ立會ヒタル債權者ハ旅費、日當ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルナリ

執行費用ノ取立ヲ爲スニハ執行文ヲ必要トセス何トナレハ元來此費用ニ付テハ強制執行ノ名義トナルモノ存在セサレハナリ或ハ此場合ニ執行名義トナルモノハ判決、公正證書或ハ和解調書等ノ名義トナリト云フヲ得ヘキカ是等名義カ執行費用ニ關スル執行名義トナル以上ハ其名義ニ附隨スル執行文カ即執行費用ニ付テノ執行文トナルモノナリ、主タル執行名義ハ金錢ノ支拂又ハ代替物ノ給付ヲ目的トセサル場合アリ此場合ニ於テハ執行費用ハ其主タル執行名義ニ基キ強制執行ヲ爲スコトヲ得ルカ予ノ信スル所ハ前述セル如ク執行費用ニハ執行名義ヲ要セストノ主義ナレハ此場合ニモ執行名義ヲ必要トスル理ナキモノナリト信ス之ニ反對論アリ其說ニ依レハ第五五四條ハ強制執行費用ハ強制執行ヲ受クル同時ニ取立ツヘシトアリ故ニ強制執行ノ原因タル請求カ取立ヲ爲シ得ヘキ性質ノモノニ非サルニ於テハ獨執行費用ノミ取立ツルコトヲ得サルナリト予ハ反之第五五四條ニ「強制執行ヲ受クル請求ト同時ニ」トアルハ請求ニ付テ強制執行ヲ爲スト同時ニ取立ツヘシトノ通常ノ手續ヲ定メタルニ過キスシテ同時ニ非サレハ取立ツルヲ許サストノ義ニ非スト信ス若反對論ニ從フトキハ主タル請求カ金錢ノ支拂其他代替物ノ一定ノ數量ノ給付ヲ目的トセサル場合ニハ執行費用ニ付テノ名義存セサルカ故ニ債權者ハ其名義ヲ得ルカ爲ニ繁雜ナル手續ヲ盡サヽル可カラサルニ至ラン即訴ヲ以テスルニ非サレハ執行費用ノ名義ヲ得ル能ハサルモノニシテ如此ンハ實際ニ於テ甚シキ不便ヲ生スヘシ然ルニ反對論者ハ曰ク此場合ニ執行名義ヲ得ルニハ訴ヲ以テスルカ如キ繁雜ナル手續ヲ要セス訴訟法第八四條ニ依テ執行費用額確定ノ申請ヲ爲シ其決定ニ基キテ強制執行ヲ爲シ得ヘシト曰ヘリ然レトモ我訴訟法ノ解釋トシテハ大ニ疑フヘシ何トナレハ第八四條ニ訴訟費用ニ關スル規定ナリ換言スレハ裁判所ニ存スル訴訟記錄ニ依テ決定スルコトヲ得ル費用ナリ反之執行費用ハ執達吏其他執行機關ノ許ニ於テ生シタルモノナルカ故ニ受訴裁判所ニ於テ之ヲ計算スルコトヲ得サルナリ右ノ如ク實際ノ取扱上ヨリ觀テ執行費用ハ訴訟費用ト其區別明ナルカ故ニ據ルヘキ法文ナクシテ執行費用ノ確定決定ヲ受訴裁判所ヲシテ爲サシムルト云フカ如キハ不當ナリトス

第二款　裁判所

強制執行ニ關スル裁判所ニ數種アリ其重ナルモノハ即第五四三條ノ執行裁判所是ナリ次ニ第一審ノ受訴裁判所（七二三條）次ニ第五六一條ノ裁判所ナリ即強制執行ニ關スル異議ニ付テ裁判ヲ爲ス裁判所ナリ

先執行裁判所ニ付テ云ヘハ其主タル執行機關トシテ執ルヘキ職務ハ左ノ如シ

一　債權其他ノ財產權ニ付テノ執行機關トシテノ職務

二　不動產及船舶ニ關スル執行機關トシテノ職務

右ハ其主タル職務ナレトモ又補助機關トシテ執ルヘキ職務多シ其主要ナルモノハ左ノ如シ

一　執達吏カ執行爲ヲ爲スニ付テ必要ナル場合ニ兵力其他ノ援助ヲ當該官廳ニ求ムルコト

二　夜間、日曜日、祝祭日ニ於ル執行爲ノ許可ヲ與フルコト

0078

三　強制執行ノ目的トナリシ記名有價證券ノ氏名ヲ競買人ノ氏名ニ書換ヲ爲サシムルコト及其書換ヲ爲スニ付ヲ必要ナル陳述ヲ爲ス權ヲ執達吏ニ與フルコト

四　融通ヲ止メタル無記名證券ノ融通ヲ回復スルニ必要ナル陳述ヲ爲サシムルコト

五　強制執行ノ方法又ハ執達吏ノ職務ニ對シテ裁判ヲ爲スコト

第一審ノ受訴裁判所カ強制執行ニ關スル職務ヲ擧クレハ

一　判決ニヨリ確定シタル請求ニ關スル異議ノ訴ヲ裁判スルコト

二　執行ノ條件タル事實ノ到來ヲ爭フ異議ノ訴ヲ裁判スルコト

三　債務者ノ承繼人タルコトヲ爭フ異議ノ訴ヲ裁判スルコト

四　外國ニ於テ強制執行ヲ爲ス場合ニ外國ノ官廳ニ其囑託ヲ爲スコト

裁判所以外ノ官廳ハ常ニ執行ノ補助機關トシテ行動スルモノナリ其重ナルモノヲ云ヘハ軍人軍屬ニ對スル強制執行ノ場合ニ於テ其管轄軍事裁判所又ハ其所屬ノ長官又ハ隊長（五五六條）次ニハ條約ニ依テ本邦ノ裁判所ニ法律上ノ共助ヲ爲スヘキ外國官廳次ニ外國駐在ノ本邦領事等ナリ軍人軍屬ニ對スル執行ニ付テハ執行裁判所又外國ニ於ル執行ニ付テハ第一審ノ受訴裁判所カ執行當事者ノ申請ニ基キ執行ヲ爲ノ囑託ヲ爲スモノナリ（五五六條五五七條）

執行命令又ハ公正證書ニ依テ外國ニ於テ強制執行ヲ爲サントスルニハ其囑託ヲ爲スモノハ何レノ裁判所ナルカヲ說述セン

執行命令ニ付テハ公正證書ト同ク受訴裁判所ナルモノナシ詳言スレハ執行命令ハ其命令ヲ發シタル裁判所アレトモ受訴裁判所ナシ又公正證書ハ之ヲ作リタル公證人アレトモ受訴裁判所ナシ此場合ニ於テ第五六〇條ノ準用ハ第五六一條、第五六二條ヲ參照スレハ本問ニ左ノ解答ヲ與フルヲ得ヘシ即執行命令ニ付テハ執行命令ヲ發シタル裁判所若請求カ區裁判所ノ管轄ニ屬セサルニ於テハ其管轄地方裁判所ヨリ囑託ヲ爲ス可キモノナリ公正證書ニ付テハ公證人ノ職務上ノ住所ヲ管轄スル區裁判所若クハ地方裁判所ヨリ其囑託ヲ爲スモノナリ

第二節　強制執行ノ關係者

茲ニ稱スル強制執行ノ關係者トハ強制執行ノ主働者及受働者竝ニ強制執行ニ付利害ノ關係ヲ有スル第三者ヲ謂フ而シテ此ノ主働者及受働者ハ通例之ヲ強制執行ノ當事者ト云フ（附言、關係者ト云フ文字ノ意義ヨリ云ヘハ執行裁判所及執達吏ノ如キモ亦關係者ナリ然レトモ學者ハ執行法上此等ノ者ヲハ關係者ト稱セス強制執行ノ機關ト稱ス）茲ニ述ヘントスル所ハ此等ノ關係者ハ強制執行ニ關シテ如何ナル權利義務ヲ有スルヤニ在リ而シテ此權利義務ニ關シテモ既ニ述ヘタル強制執行ノ機關ノ有スル權利義務ニ對等スル所ノ義務又ハ權利ニ付テハ自ラ強制執行ノ機關ニ關スル說明ニ依テ明ナルカ故ニ多クハ茲ニ之ヲ述ヘス

先債權者ヨリ述ヘン債權者ハ即強制執行ノ主働者ナリ債權者カ強制執行ニ關シテ有スル法律上ノ地位ハ實體法上ニ於ルト異ルコトナシ唯其權利ヲ實行スルカ爲ニ強制執行ノ機關ト關係ヲ有スル點カ即實體法上ノ地位ニ比シテ異ルノミナリ先債權者ハ我訴訟法上如何ナル權利ヲ有スルヤト云フニ第一　判決確定ノ證明書ヲ求ムルノ權利ヲ有ス　此權利ハ其判決ヲ下シタル公ノ機關ニ對シテ有スル所ノモノナリ其請求ノ手續ハ通例ハ一審裁判所ノ書記ニ對シテ爲スモノニシテ其他第四九九條第二項

0079

第三項ニ規定スル所ナリ而シテ正當ニ此權利ヲ行使スルニ拘ラス不當ニ拒絶ヲ受ケタルトキハ第四六五條ニ基キ抗告ヲ爲スコトヲ得

第二　債權者ハ數個ノ場所ニ於テ及數個ノ方法ニ依テ強制執行ヲ爲スノ權利ヲ有ス　是債權者保護ノ爲メ第五二六條ニ規定セル所ナリ而シテ此數個ノ方法及數個ノ場所ニ於テ執行ヲ爲スニ當テハ同時ニ之ヲ爲スコトヲ得亦時ヲ異ニシテ之ヲ爲スコトヲ得然シテ此權利在ルカ故ニ隨テ債權者ハ數個ノ執行力アル正本ヲ求ムルコトヲ得ルモノナリ此數個ノ執行力アル正本ヲ求ムルニ當リ裁判長ハ不適當ト認メタルトキハ之ヲ拒絶スルコトヲ得又右ノ權利ノ結果トシテ數個ノ執行裁判所ヲ生スルナリ

第三　執行文付與ノ訴ヲ起スノ權利ヲ有ス　第五二一條ニ規定スル所ナリ第一ノ場合ハ判決ノ執行條件タル事實ノ證明書ヲ有セサル場合ニシテ第二ノ場合ハ執行ヲ爲サントスル者カ債權者ノ承繼人ナルコト又ハ執行ヲ受クヘキ者カ債務者ノ一般承繼人ナルコトヲ證明スヘキ證書ヲ有セサル場合ナリ右ノ場合即第五二八條及第五二九條ノ場合ニ於テハ執行條件タル事實及執行當事者ノ承繼ヲ證明書以外ノ方法ヲ以テ證スルコトヲ法律ニ於テ許ササルヲ以テ例之人證ヲ以テ之ヲ證明スルコトヲ得ヘキ場合ト雖證明書ヲキタトキハ訴ヲ起スノ必要ヲ生スルナリ

第四　執達吏ニ對シテ其職務上ノ義務ノ違背ニ依リ生シタル損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得　此點ハ執達吏ノ義務ニ關シテ說明シタレハ玆ニ之ヲ略ス

第五　強制執行ニ對シテ債務者又ハ第三者ヨリ異議ノ申立アリタルトキ或ハ執行名義タル判決ニ對シテ原狀回復又ハ再審ノ申立アリタルトキ或ハ假執行ノ宣言アル判決ニ對シテ故障若クハ上訴アリタルトキ保證ヲ立テテ強制執行ヲ續行スルノ權　此權利ニ關シテハ第五〇〇條、第五一二條、第五二二條、第五四四條、第五四七條ノ規定ヲ看ルヘシ

第六　強制執行ノ手續ニ於テ下シタル裁判ニ對シテ即時抗告ヲ爲スノ權　是第五五八條ニ規定スル所ナリ

以上ハ債權者ノ訴訟法上有スル權利ノ重要ナルモノナリ次ニ義務ノ要點ヲ擧ケン

第一　強制執行ヲ開始スルニ當テ法定ノ條件ヲ履行スヘキコト　例之判決ノ執行カ保證ヲ立ツルノ條件ニ繫ルトキハ其保證ヲ立タルコトヲ證明書ヲ以テ證明スルコト又債權者ノ承繼人トシテ強制執行ヲ爲スト或ハ債務者ノ承繼人ニ對シテ強制執行ヲ爲ストキハ其承繼ノ事實ヲ證明書ヲ以テ證明スルコト等是ナリ

第二　執行ヲ爲スヘキ地ヲ管轄スル區裁判所ノ所在地ニ住所又ハ事務所ヲモ有セサルトキハ假住所ヲ選定シテ執行裁判所ニ屆出ツヘキコト亦配當要求債權者ナルトキハ執達吏ニ假住所ノ屆出ヲ爲スヘキコト（五二七條、五九〇條）如此義務ヲ債權者ニ負ハシメタルハ強制執行ノ機關ハ其執行ニ關シテ債權者ニ通知ヲ爲シ又ハ書類ノ送達ヲ爲スヘキ場合ニ迅速ニ其送達通知ノ手續ヲ終了セシメンカ爲ナリ

附言此假住所選定屆出ノ義務ハ之ヲ履行セサルカ爲ニ強制執行ヲ拒絶セラルルモノニ非ス其義務不履行ノ制裁トシテハ通知又ハ書類ノ送達ハ郵便ニ付シテ之ヲ爲スヘク其到達スルト否トニ拘ラス又何時ニ到達スルトヲ問ハス郵便ニ付シタル時ヲ以テ法律上送達ノ效ヲ生スルモノトスルニ在リ（一四二條三項）

第三　強制執行ノ基本タルハ債務名義カ廢棄若クハ破棄セラレタルトキハ執達吏ハ取立テタル費用ヲ債務者ニ辨濟スル義務ヲ負フ　是第五五四條第二項ニ規定スル所ニシテ實體法上債權者カ如此義務ヲ負

フコトハ勿論ナルニ特ニ本條ニ之ヲ規定シタル理由ハ此辨濟ヲ爲サシムルニ付テハ債權者ニ對スル直接ノ執行名義ヲ必要トセサルコトヲ明ニスルカ爲ナリ換言スレハ此點ニ付テハ特ニ債權者ニ對スル判決ヲ受クルコトヲ要セスシテ債務者ハ其費用ノ返還ヲ求ムルコトヲ得ルモノナリ形式上其場合ニ於ル執行名義トナルモノハ執達吏ノ受領證ナリ

第四　執行名義ノ消滅シタル場合ニ於テ辨濟トシテ受領シタルモノヲ債務者ニ返還スルノ義務　是即實體法上ノ義務ニシテ疑ナキ所ナルモ我訴訟法上ハ形式上ノ義務トシテ第五一〇條第二項ノ規定ヲ爲シタルカ故ニ玆ニ之ヲ附言ス

次ニ債務者ニ付テ述ヘン

債務者ハ强制執行ノ受働者ナリ換言スレハ其義務ノ履行ヲ强要セラルル者ナルカ故ニ執行ニ關シテハ義務ノミニシテ權利ナキモノノ如シ然レトモ執行手續上其利益ヲ保護スルノ必要アルヲ以テ法律ハ數多ノ權利ヲ認メタリ

第一　强制執行ノ停止又ハ取消ヲ申立ツルノ權　是第五〇〇條、第五一二條、第五二二條、第五四四條、第五四七條ニ規定スル所ナリ

第二　執行停止ノ爲ニ保證供託ヲ爲スノ場合ニ於テハ其之ヲ爲スヘキ裁判所ヲ選擇スルノ權利アリ　即執行裁判所或ハ普通裁判籍アル地ノ區裁判所ニ保證供託ヲナスコトヲ得ルモノトス

第三　異議ヲ申立ツルノ權　債務者ハ强制執行ニ關シテ數種ノ異議權ヲ有ス是後日詳論スヘキモノナルヲ以テ玆ニハ單ニ執行文ノ付與ニ對シ或ハ確定シタル請求ニ關スル異議權ニ付一言セン執行文付與ニ對シテ異議ヲ申立ツルコトハ純然タル形式法上ノ權利ナリ請求ニ關シ異議ヲ申立ツル權利ハ實體法上ニ於テ有スル所ナルモ我訴訟法ハ第五四五條、第五四六條等ニ於テ之ヲ形式法上ノ權利ト爲セリ

第四　執達吏ノ行爲ニ因テ損害ヲ受ケタル場合ニ於テハ之ニ對シテ賠償ヲ求ムルノ權利アリ　是實體法上有スル所ノモノナルモ我訴訟法第五三二條ニ規定シ之ヲ一種ノ形式法上ノ權利ト爲セリ

第五　支拂其他ノ給付ヲ爲シタル場合ニ於テ執達吏ニ對シテ受取證ヲ求ムルノ權利　民法第四八六條ニ依レハ義務ヲ履行シタル債務者ハ債權者ニ對シテ受取證ヲ求ムルコトヲ得ル旨ヲ規定セリ故ニ我民法ノ規定ノ適用トシテ實質上債權者ノ代理人タル執達吏ニ對シテ受取證ヲ求ムルコトヲ得セシムルハ當然ナリト謂ハサルヘカラス故ニ民法ノ規定ト對照スレハ民事訴訟法第五三五條ハ之ヲ設クルノ必要ナキカ如シ立法者ハ執行機關タル執達吏ノ爲スヘキ手續トシテ本條ヲ設ケタルモノニシテ一面ニ於テハ本條ノ規定ハ債務者ノ形式上ノ權利ヲ明ニ爲シタルモノナリ

其義務ヲ述フレハ

第一　先ニ述ヘタル第五〇〇條、第五二二條、第五四七條ノ場合ニ於テ執行停止ヲ求ムル爲ニ裁判所ノ命スル保證ヲ立ツヘキコト

第二　必要ナル强制執行ノ費用ヲ辨濟スルコト　是純然タル形式法上ノ義務ナリ（五五四條一項）

以上ハ主要ナル者ナリ此外尚數多ノ權利義務アリ

次ニ第三者ニ付テ述ヘン

債權者債務者以外ノ第三者カ强制執行ニ關係スルコトハ例外ノ事實ナリト云ハサルヘカラス何トナレハ判決其他ノ執行名義ハ當事者以外ノ者ニ對シテ效力ヲ有セサルヲ以テナリ第六二條第四項ノ場合ニ於テ第三者カ訴訟ヲ引受ケタルトキハ前ニ債務者タリシ者ハ訴訟ヨリ脫退スルヲ得ルモノナリ而シテ

0081

此場合ニ於テハ訴訟ヲ引受ケタル第三者ニ對スル判決ハ先ニ被告タリシ者ニ對シテモ執行スルコトヲ得ヘキモノニシテ此場合ニ於テハ第三者ハ強制執行ノ受働者トナル者ナルヲ以テ強制執行ニ於テハ第三者ニ非サルナリ反之債務者ニ對スル強制執行ノ間接ノ結果トシテ第三者ハ損害ヲ被ルコトアリ例之第三者ノ所有物ヲ債務者ノ所有物ナリトシテ強制執行ヲナス場合ニ於テハ第三者ハ其儘ニ放置センカ損害ヲ蒙ルニ至ルヘシ故ニ此場合ニ於テ法律ハ第三者ヲ保護スル爲メ強制執行ニ干與スルノ權利ヲ與ヘタリ強制執行ノ目的物ニ付テ訴ヲ以テ異議ヲ主張スル權利即第五四九條ニ規定セル執行參加ノ權利是ナリ又強制執行ニ關シテ利害關係ヲ有スル他ノ種類ノ第三者アリ第五六五條ニ規定セル第三者ナリ詳言スレハ強制執行ノ目的物ニ對シテ物的擔保權ヲ有スル第三者ナリ此第三者ハ強制執行ヲ妨クルコトヲ得スト雖其賣得金ニ對シテ優先ノ辨濟ヲ求ムルノ權利ヲ有ス不動產ニ對スル強制執行ニ付テハ第六四八條第三號ニ規定セル如ク登記簿ニ記入アル不動產上權利者ハ其執行手續ニ於テ利害關係人タルノ權利アリ又他ノ種類ノ第三者アリ即配當要求ノ債權者是ナリ此第三者ニハ二種類アリ執行力アル正本ニ依リ配當ヲ要求スル者及此正本ニ依ラスシテ配當ヲ要求スル者是ナリ執行力アル正本ニ依ル配當ノ要求者ハ後ニ說明スル如ク時トシテハ執行債權者ニ代ルコトアリ此他債權ニ對スル強制執行ノ場合ニ於テ差押命令ヲ送達セラレタル第三債務者及第六五〇條ノ第三取得者、第六六五條ノ競買人、第七〇三條ノ入札人等ハ執行當事者ニ對シテ第三者ノ地位ニ在ルモノナリ

以上ノ第三者ノ通有スル權利ノ主要ナルモノヲ擧クレハ第一ハ執達吏ニ對シテ執行力アル正本ノ閱覽又ハ執行記錄ノ閱覽及記錄ノ謄本ヲ求ムルノ權利、第二ハ執達吏ノ行爲ニ因リ損害ヲ受ケタルトキハ賠償ヲ求ムル權等是ナリ

第三者ノ義務ニ付テハ我訴訟法中特ニ規定シタルモノナシ唯執行異議ノ訴ヲ爲スニ當テ執行停止ノ爲メ保證ヲ立ツル義務ノ如キ其一例ト爲スヘシ

第三章　強制執行ニ關スル申立、異議、上訴

強制執行ニ關スル申立トハ強制執行機關ノ**法律上ノ行爲ヲ要求**スルノ意思表示ナリ故ニ廣義ニ於テハ異議ナルモノモ此申立ノ一種ナリト謂フコトヲ得我訴訟法ハ申立ト異議トヲ區別シテ用ヒタリ其適例ハ第五四四條ノ規定ナリ狹義ニ於ル申立トハ執行機關ノ新ナル行爲又ハ既ニ爲シタル行爲ニ關シテ假ノ處分ヲ求ムル意思ノ表示ヲ謂ヒ異議トハ執行機關ノ既ニ爲シタル處分ヲ不當トシテ其取消又ハ變更ヲ求ムルノ意思表示ヲ謂フ

次ニ申立ト異議トノ法律上ノ效果ヲ異ニスル點ヲ擧クレハ

第一　申立ニ關シテハ之ヲ爲スニ付テ訴訟法上特別ニ定メタル形式ナシ　之ヲ換言スレハ此申立ヲ爲スニ當テ之ヲ書面ヲ以テスルモ口頭ヲ以テスルモ或ハ書面ヲ以テスル場合ニ申立ト題スルモ申請ト題スルモ通法ニシテ法律ニ於テハ法式ニ付テ規定スル所ナシ反之異議ニハ必訴ノ形式ヲ以テ爲ササルヘカラサルモノアリ第五四五條、第五四六條、第五四九條ニ規定セルモノ即是ナリ其他ノ場合ニ於テハ抗告ノ方式ヲ以テ爲ササルヘカラス

第二　印紙法ノ適用ヲ異ニス　抗告ノ方式ヲ以テスレハ五拾錢ノ印紙ヲ貼用セサルヘカラス單純ナル申立ハ印紙ノ貼用ヲ必要トスル場合ニモ貳拾錢ヲ以テ足レリトス

第三　裁判ノ手續上差異アリ　異議ニ對シテハ常ニ如何ナル場合ニ於テモ形式的裁判ヲ下ササルヘカ

0082

ラス反之申立ニ付裁判スル場合ニ於テハ形式的ノ裁判ヲ與フルコトヲ必要トセス詳言スレハ其申立ヲ採用セシカ又ハ却下セシカヲ執行機關ノ他ノ行爲ヲ以テ之ヲ明ニスルヲ以テ足レリトス

第一節　申立

申立ヲ受理スヘキ機關ハ我訴訟法ニ依レハ受訴裁判所、執行裁判所、受訴裁判所ノ裁判長或ハ裁判所書記ナリトス

裁判所書記ニ對シテ申立ヲ爲スヘキ場合トハ執行文付與ヲ求ムル場合ナリ第五一六條ニ依レハ「執行力アル正本ハ第一審裁判所ノ書記又訴訟カ上級裁判所ニ繫屬セルトキハ其裁判所ノ書記之ヲ付與ス」トアリ受訴裁判所ニ對シテ申立ヲ爲ス場合ハ第五〇二條以下ノ場合ニ於テ假執行ノ申立ヲ爲ストキ又原狀回復ノ訴或ハ再審ノ訴アリタル場合ニ執行ノ停止、執行處分ノ取消ヲ求ムル申立ヲ爲ストキ即是ナリ(五〇〇條)尙他ノ場合ヲ擧クレハ第五四七條及第五四九條ニ依レル申立モ其一例ナリ

裁判長ニ對スル申立ノ場合ヲ例示スレハ第五二二條第二項ノ規定即是ナリ

執行裁判所ニ對スル申立ノ場合ニ付強制執行ノ規定中其重ナルモノヲ摘示スレハ債務者ノ死亡シタル場合ニ於テ其遺產ニ對シテ強制執行ヲ爲サントスルトキ特別代理人選任ノ申立ヲ爲スカ如キ(五五二條、五五三條)又軍事裁判所ニ對シテ強制執行ノ囑託アランコトヲ申立ツルカ如キ又動產ニ對スル強制執行ニ付執達吏カ抗告ヲ爲スコトヲ遲延セル場合ニ速ニ競賣スヘキ命令ヲ發セラレンコトヲ申立ツルカ如シ

此申立ヲ爲ス權利者ハ債權者、債務者及第三者是ナリ第三者ハ如何ナル場合ニ於テ強制執行ニ關シ申立ヲ爲スコトアリヤト云フニ第五四九條ニ規定セル場合ノ如シ即強制執行ノ目的物ニ對シテ異議ヲ主張スル訴ヲ提起セルトキハ強制執行ノ停止ヲ求ムルコトヲ得是其一例ナリ

**尙第五四四條ニ規定セル申立ニ付テ說明センニ本條ハ甚解シ難キ規定ナリ法文ハ執行ノ方法ニ關スル申立及執行ニ際シ執達吏ノ遵守スヘキ手續ニ關スル申立ニ區別ス執行ノ方法ニ關スル申立トハ或目的物ニ對シテ數多ノ執行方法ヲ施シ得ルコトヲ法律ニ規定セル場合ニ其方法ヲ選擇シテ許可アランコトノ申立ヲ爲スカ如キヲ謂フ例之不動產ニ關スル強制執行ハ其換價ノ方法タルヤ通例ハ競賣ナリ然レトモ法律ハ入札拂ヲ以テ換價スルコトヲ許セリ此場合ニ於テ競賣ニ代ヘテ入札拂ノ申請ヲ爲スカ如キハ即本條ニ所謂方法ニ關スル申立ト爲ル債務者ヨリスル場合ハ債務者ノ所有ニ屬スル動產不動產ニ制限セラレンコトヲ同時ニ強制執行ヲ受ケタル場合ニ債務者ハ其強制執行ヲ或ハ動產或ハ不動產ニ制限セラレンコトヲ求ムルカ如シ又第六七五條第二項ノ場合ノ如シ執達吏ノ遵守スヘキ手續ニ關スル申立トハ例之動產ニ對スル強制執行ニ付テハ若差押物中ニ高價ナル物存在セルトキハ執達吏ハ其評價ヲ爲サシメサルヘカラサル義務アリ斯ル場合ニ債務者ハ執達吏ノ選任シタル所ノ鑑定人ニ尙他ノ鑑定人ヲ加ヘラレンコトノ請求ヲ爲スカ如キ是ナリ又動產ノ差押ト其競賣トノ間ニハ少クトモ七日ノ期間ヲ存セサルヘカラサルハ法律ノ規定ナリ此場合ニ債權者ヨリ其期間ノ短縮アランコトヲ請求スルカ如キモ亦是ニ屬ス又同條第二項ニ「執達吏カ執行委任ヲ受クルヲ拒ミ若クハ委任ニ從ヒ執行行爲ヲ實施スルコトヲ拒ミタルトキ又ハ執達吏ノ計算セシ手數料ニ付キ異議アルトキハ執行裁判所ハ之ヲ裁判スル權ヲ有ス」ト規定セリ學者或ハ此場合ニ於ル債權者ノ請求ハ異議ニ非スシテ申立ノ形式ニ依ルヘキモノトセリ然レトモ我訴訟法ハ此場合ニ於ル請求ハ單ニ議ノ形式ヲ以テ爲スヘキモノト定メタリ若執行機關ニ對シテ新ナル

0083

行爲ヲ求ムルト云フ點ヨリ觀察スレハ此場合ノ要求ハ申立ナリトスルコト或ハ穩當ナランモ更ニ他ノ方面ヨリ觀察ヲ下セハ執達吏ノ爲シタル拒絕ノ處分ヲ取消サシメ而シテ新ナル行爲ヲ求ムルモノナルカ故ニ即異議ナリト謂フコトヲ得我訴訟法ハ此後段ノ見解ニ基キテ規定セルモノナリ

第二節　異議

強制執行ニ關スル異議ヲ分類スレハ學理上左ヲ四種ニ分ツコトヲ得

第一　執行文ノ付與ニ對スル異議

第二　執行機關ノ行爲ニ關スル異議　之ヲ更ニ細別スレハ

強制執行ノ方法ニ關スル異議

(イ)(ロ)(ハ)(ニ)(ホ)

執行ニ際シ執達吏ノ遵守スヘキ手續ニ關スル異議

執達吏ノ委任拒絕ニ對スル異議

委任ニ從ヒ執行行爲ヲ實施スル、拒絕ニ對スル異議

執達吏ノ計算セシ手數料ニ付テノ異議

第三　請求ニ關スル異議

第四　強制執行ノ目的物ニ關スル異議　第五四九條ニ規定スル所ニシテ學者ノ所謂執行參加ト稱スルモノ即是ナリ

第一款　執行文ノ付與ニ對スル異議

執行文ノ付與ニ對スル異議ハ不適法ナル執行文ヲ付與シタルコトヲ攻擊スルヲ以テ目的トナスモノナリ學者多クハ此異議ヲ二ニ區別ス執行文ノ付與ニ對スル形式的異議ト執行文ノ付與ニ對スル實質的異議トヲ是ナリ判決カ確定セサルコト若クハ其判決ニハ假執行ノ宣言ナキコト管轄違ノ書記カ執行文ヲ付與シタルコト又第五二〇條及第五二三條ノ場合ニ於テ裁判長ノ許可ナクシテ執行文ヲ付與シタルコト是等ハ形式的異議ノ例ナリ實質的異議ヲ例示スレハ和解ノ能力ナキ者カ受訴裁判所又ハ受命判事ノ面前ニ於テ爲シタル和解或ハ相當ノ代理權ナキ者カ爲シタル和解ノ如キ是ナリ茲ニ注意スヘキハ執行文ニ對スル異議ハ執行文ノ付與ニ對スル場合ヲ謂フモノニシテ執行文ノ付與ヲ拒絕シタル場合ハ執行文ニ對スル異議ヲ許ササルモノナリ又第四九九條ノ場合ニ於テ判決確定ノ證明書ヲ付與スルコトヲ拒絕シタルカ如キハ執行文ニ對スル異議ヲ提起スルコトヲ許ササルナリ此等ノ場合ハ抗告ニ關スル一般ノ規定ニ因テ不服ノ申立ヲナスヘキモノナリ學者間ニ議論ノ岐ルルハ此證明書拒絕、執行文拒絕ノ場合ニ於テ受訴裁判所ノ裁判ニ對シテ不服アリシトキハ之ニ對スル上訴ノ形式ハ通常ノ抗告ノ方式ニ依ルヘキモノナルカ或ハ即時抗告ノ方式ニ依ルヘキモノナルカノ點是ナリ少數ノ學者ハ之ニ對シテ曰ク此場合ニ於ル抗告ハ即時抗告ニ非スシテ通常ノ抗告ナリト其理由トスル所ハ強制執行ニ關シテ即時抗告ヲ爲シ得ヘキ場合ハ執行裁判所ノ下シタル裁判ナルカ又ハ強制執行ノ手續ニ於テ下シタル裁判ナラサルヘカラス然ルニ右ノ場合ニ於ル裁判ハ執行裁判所ノ裁判ニ非サルコトハ明ナリ又執行前ノ手續ニ於テ下シタル裁判ニシテ執行ノ手續ニ於テ下シタル裁判ニ非サレハナリト言フニ在リ多數ノ學者ハ反之曰ク此場合ニ於ル裁判ハ第五五八條ニ所謂強制執行ノ手續ニ於テ下シタル裁判ト謂フコトヲ得ヘキモノナリ何トナレハ強制執行ノ準備行爲モ亦汎キ意義ニ於テ執行行爲ト謂ハサルヘカラサルモノナレハ

0084

ナリ更ニ明言スレハ凡訴訟法上ノ行爲ヲ區別シテ訴訟行爲ト執行行爲トヲ爲シタル以上ハ強制執行ヲ爲スニ直接ノ準備トナルヘキ行爲ハ是ヲ訴訟行爲ト謂フコトヲ得サルモノニシテ執行行爲ト謂ハサルヲ得サルモノナレハナリト故ニ此等ノ裁判ハ執行ノ準備行爲ニ關シテ爲シタルモノナルカ故ニ第五五八條ニ所謂執行ノ手續ニ於テ下シタル裁判ニ當ルモノナリト謂ヘリ

此執行文付與ニ對スル異議ノ目的ハ執行文ノ取消ヲ求ムルニ在リ異議ノ當事者トナル者ハ債務者即執行ノ受働者及其承繼人竝ニ債權者ナリ固ヨリ此異議ニ對シテハ債權者ハ被告ノ地位ニ在リ破產管財人ハ破產手續ニ於ル一ノ公機關トシテ異議ノ當事者ト爲ルコトヲ得ルモノナリ例之破產手續ノ開始中ハ破產財團ニ關シテハ民事訴訟及强制執行ヲ許ササルモノナルニ若民事債權者カ執行文ヲ得テ强制執行ヲ爲シタルトキハ破產管財人ハ異議ヲ申立ツルコトヲ得執行文ヲ付與シタル裁判所書記又ハ執行文付與ノ命令ヲ發シタル裁判長ハ此異議ノ相手方ト爲ルコトナシ

此異議ノ形式ハ原則トシテ抗告ノ方式ヲ以テ爲スヘキモノナリ（即時抗告ニ非ス）唯例外トシテ訴ノ方式ヲ以テ此異議ヲ申立ツルコトヲ許セル場合アリ是第五一八條及第五一九條ノ場合ニ於テ執行文ノ付與カ不法ナリシトラハ債務者ノ地位ニ在ル者ハ訴ヲ以テ執行文付與ニ對スル異議ヲ主張スルコトヲ得ルモノナリ又此場合ニ抗告ヲ以テ異議ヲ相手方ト爲ルコトナシ（五四六條）何故ニ如此規定セルカト言フニ第五一八條及第五一九條ノ場合ニ於テハ異議ニ於テ爭トナル點ハ單ニ形式上ノ問題ノミニ非スシテ實質上ノ問題ニ渉ルヲ以テナリ例之第五一八條第二項ノ場合即判決ノ執行カ債權者ヨリ或條件ヲ履行スルコトニ係ル場合ニ於テハ其條件ヲ履行シタル事實ノ存スルヤ否ヤノ實體上ノ問題ヲ決セサルヘカラサルノ必要アリ第五一九條ノ場合ニ於テモ之ト同ク判決ニ表示セラレタル債權者ノ承繼人カ强制執行ヲ爲サントスル場合又ハ判決ニ表示セラレタル債務者ノ承繼人ニ對シテ執行ヲ爲サントスル場合ニハ其執行ノ主働者又ハ受働者ハ果シテ承繼人ナリヤ否ヤノ事實ヲ決セサルヘカラス即實質上ノ論點ヲ決セサルヘカラス法律ハ斯ル場合ニハ種種錯雜ナル證據調ヲ爲スコトヲ豫想セルカ故ニ訴ヲ以テ右ノ異議ヲ主張スルコトヲ許スモノトセル所以ナリ然リ而シテ此異議ヲ申立ツル者ニ於テ訴又ハ抗告ノ選擇權アル場合ニ訴ヲ以テ異議ヲ申立テ其確定判決ヲ受ケタル後ニ至テモ尙其請求ニ關シ他ノ理由ニ因ラ執行文付與ヲ不當トスル異議ノ抗告ヲ爲スコトヲ妨ケス又抗告ヲ以テ異議ヲ申立テ其裁判アリタル後ニ於テ更ニ訴ヲ以テ其請求ヲ爭フコトヲ妨ケス此異議ノ裁判管轄ハ執行文ヲ附與シタル裁判所書記ノ屬スル裁判所ノ專屬管轄ナリトス（五二二條）隨テ訴訟物ノ價額ノ變動ノ爲ニ百圓以上ノモノヲ區裁判所、百圓以下ノモノヲ地方裁判所ニ於テ管轄スルコトモアルヘシ此異議ニ關シテハ我民事訴訟法ハ假處分トシテ强制執行ノ一時ノ停止ヲ裁判所ヨリ命スルコトヲ許セリ其一時ノ停止ヲ命スルニ付テハ裁判所ハ場合ニ由リ相當ナリトスルトキニ於テ債務者ニ保證ヲ立ツルコトヲ命スルコトヲ得又保證ヲ立テシメスシテ停止ヲ命スルコトヲ得而シテ此等ノ假處分ヲ爲スニ付テハ常ニ當事者ノ申立アルコトヲ必要トセス裁判所ハ職權ヲ以テ此假處分ヲ命スルコトヲ得

訴ヲ以テ異議ヲ提起シタル場合ニ於テ其審理手續ハ通常ノ訴ノ場合ト異ル所ナシ唯一ノ異ル點ハ其判決ニ於テハ裁判所ハ常ニ第五四七條ニ規定セル各種ノ命ヲ其事件ノ性質ニ從テ發セサルヘカラス而シテ其命ハ判決主文ニ之ヲ掲ケサルヘカラス此命ハ二種ニ區別スルコトヲ要ス第一、債務者（原告）勝訴ノ場合ニハ假處分トシテ執行ノ停止又ハ取消ヲ命シアラサリシナラハ執行ヲ停止スル旨ヲ主文ニ掲クルナリ若執行ノ停止ヲ假處分トシテ命シアリシナラハ其假處分ニ於ル命ヲ認可スル旨ヲ其判決主文ニ

0085

揭クルナリ又保證ヲ立テシメテ執行處分ノ取消ヲ命シアリシナラハ之ヲ變更シテ單ニ停止ノ命ヲ判決主文ニ揭クルナリ第二、債權者ノ勝訴シタルトキ即原告ノ敗訴シタル場合ヲ想像スレハ強制執行ノ停止若クハ一時ノ停止ヲ命シアリシナラハ其命ヲ取消ス旨ヲ判決主文ニ揭クルナリ又保證ヲ立テシメテ其續行ヲ命シアリシナラハ保證ナキ續行ノ命ニ變更スルナリ又執行ノ取消ヲ命シアリシナラハ之ヲ取消スナリ而シテ此命ニハ假執行ノ宣言ヲ附スヘキモノナリ

今述ヘタル所ヲ例解スレハ

債務者(原告)勝訴ノ場合

主　文

本件ニ關シテ發シタル執行文ヲ取消シ強制執行ヲ許サス

假處分トシテ本件ノ強制執行ヲ停止ス(五四七條ノ命)

前項ノ判決ハ假執行ヲ爲スコトヲ得

若前ニ一時ノ停止ヲ命シ又ハ保證ヲ立テシメテ強制執行ノ停止ヲ命シタル場合ニハ

主　文

本件ニ關シテ發シタル執行文ヲ取消シ強制執行ヲ許サス

前ニ下シタル假處分ノ命令ヲ變更シ本件ノ強制執行ヲ停止ス

前項ノ判決ハ假執行ヲ爲スコトヲ得

右ノ例ニ於ル二項以下ノ假處分ノ命ヲ判決主文ニ遺脫シタルトキハ判決ノ補充ヲ申立ツルコトヲ得是第五〇八條ノ規定ノ適用ナリ

雜錄

○大審院判例要旨

一二二　親族法ニ反スル慣習　身分關係ノ法規ハ公ノ秩序ニ關スルモノナレハ之ト相容レサル慣習ノ如キハ決シテ存在セシムヘキモノニ非ス(三十七年十一月一日第一民事部)

一二三　民法施行前ニ於ル入籍ト戶主ノ同意　戶主ノ親族タルト否トヲ論セス他家ニ在ル者ハ法令ノ明文ナキ以上ハ戶主ノ同意ヲ得ルニ非サレハ其家ニ入ルコトヲ得サルハ民法施行以前ニ於テモ法理トシテ認メラレタル所ナリ(同上)

一二四　舊法時代ニ於ル廢嫡ノ要件　明治九年太政官達第五八號ノ發布以前ニ於テハ實子孫アル平民戶主カ養子ヲ以テ家督相續人ト爲スヘキ事情アル場合ニ實子孫ノ廢嫡ヲ爲スニハ必シモ地方官ノ聽許ヲ要セサリシモノトス(同年十一月十日第一民事部)

一二五　嫡孫承祖ノ法則ノ適用　民法施行前實行セラレタル嫡孫承祖ノ慣習法ハ法定ノ推定家督相續人カ直系卑屬ヲ遺シテ家督相續ノ開始前ニ死亡シ又ハ相續權ヲ失ヒタル場合ニ其直系卑屬ヲシテ之ト同一ノ順位ニ於テ家督相續人タラシムルコトヲ定メタルモノナレハ法定ノ推定家督相續人タル資格ヲ取得セスシテ死亡シタル者ノ子孫ハ此法則ニ依リ承祖相續ヲ爲シ得サルモノトス(同年十月二十日第一民事部)

一二六　遺留分權利者ノ請求權　民法第一一四三條第二項ノ場合ニ受贈者ニ於テ贈與ノ目的ノ上ニ

0086

設定シタル權利カ其目的ノ爲メ輕微ナル負擔ニシテ遺留分權利者カ之ヲ甘受セント欲スル以上ハ其負擔ノ附著シタル儘返還スルモ之カ爲メ目的ノ上ニ權利ヲ有スル者ヲ害スルコトナキヲ以テ此場合ニ於テハ遺留分權利者ニ對シ贈與ノ目的ノ返還ヲ許ササルヘカラス（同年十月三十一日第二民事部）

一二七　償還請求通知ノ發送方法　商法第四八七條ニ所謂償還請求ノ通知ハ拒絕證書作成ノ翌日迄ニ之ヲ發送スレハ足ルト雖其發送タルヤ必通常先方ニ到達スヘキ相當ノ方法ヲ採ラサルヘカラス（同年十月二十日第一民事部）

一二八　振出地ノ記載有無ノ判斷　約束手形ニ振出地ノ記載ヲ缺クヤ否ヤハ裁判所カ職權ヲ以テ調査スヘキ事項ニ非サレハ當事者間ニ爭ノ存セサル以上ハ裁判所ハ自ラ進テ之ヲ調査シ其手形ノ效力ノ有無ヲ判斷スヘキモノニ非ス（同年十月二十九日第一民事部）

一二九　事實摘示ノ不完全ト上告理由　判決ノ事實摘示ニ當事者ノ提出シ若クハ援用シタル證據ヲ掲ケサレハ違法ナリト雖之カ爲ニ其判決ヲ破毀スルニ足ラサルモノトス（同年十一月十六日第二民事部）

○五大學聯合懸賞大討論會問題　本大學ニ於テハ毎年春季ニ於テ五大學聯合懸賞大討論會ヲ開クヲ例トセルカ來五月七日午後一時左ノ問題ニ付懸賞大討論會ヲ開ク筈ナリ

保證人ヲ以テ擔保セル債權ノ讓渡ヲ主タル債權者ニ通知シタルトキハ之ヲ保證人ニ通知セサルモ以テ保證人ニ對抗スルコトヲ得ルヤ否ヤ

參照　民四六七、法律新聞一七一號八頁、法學志林五五號一頁

法政大學講師法學博士　秋山雅之介先生監修
法政大學編輯局員　守谷富之助編纂

國際公法關係諸條約及法規　全

○定價金貳拾五錢、郵稅不要　○四月十五日發行

本書目次

●赤十字條約●巴里宣言（海上法要義）●國際紛爭平和的處理條約●陸戰ノ法規慣例ニ關スル條約●「ジェネヴァ」條約ノ原則ヲ海戰ニ應用スル條約●萬國中和會議三宣言●萬國平和會議最終議定書●日英協約●日韓議定書●日獨領事職務條約●日米犯罪人引渡條約●逃亡犯罪人引渡條例●領事官ノ職務ニ關スル件●領事官職務規則●捕獲審檢令●海上捕獲規定●俘虜取扱規則（陸軍海軍）●俘虜處罰ニ關スル件●俘虜取扱細則●俘虜自由散歩及民家居住規則●俘虜勞役規則●俘虜郵便規則●俘虜郵便爲替規則●戰場掃除及戰死者埋葬規則●戰利品規則●戰利品整理規程●海軍戰利品取扱規程●捕獲品取扱規程

大賣捌

發行所　東京市麹町區富士見町六丁目十六番地　私立法政大學

東京市神田區一ッ橋通　有斐閣書房

東京市神田區今川小路　清水書店

0087

法學志林

第七卷第四號
四月十日發行

○離婚論　法學博士　岡村司
○共同海員ト保險者ノ塡補額　法學博士　加藤正治
○便宜ノ原則　法學士　上杉慎吉
○國家ノ成立存在スル理由ハ人類ノ自由活動ニアリ（承前）　法學博士　筧克彥
○營利法人ト支配人ノ選任　法學士　松本烝治
○文書僞造行使詐欺取財ト刑法第三百九十八條トノ關係　法學士　豐島直通
○第二差押債權者ノ執達吏カ爲シタル照査手續ト第一差押債權者ノ配當要求權　法學士　板倉松太郎

解疑

信岡雄四郎
公平慨史

散錄

○春光駘蕩
○戰局ノ將來

判例

大審院新判例　三十九件

雜報

○司法官試驗不施行ノ風說　○皇室ノ裁判問題ニ關スル判決　○司法官ノ大更迭　○東京控訴院ノ事務分配ト部員增置　○官紀振肅ニ關スル司法大臣ノ訓示　○取締役ハ支那人ヲ得ルヤ否ヤ　○裁判所構成法改正ト刑ノ執行猶豫　○法典ノ始業　○講師會　○親睦會　○校友異動　○校友死去　○官報科ノ切腹センコトヲ請フ　○風俗壞亂出版物ノ增加　○寄贈書目

記事

（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）

明治三十八年四月廿二日印刷
明治三十八年四月廿五日發行　（定價金三十錢）

編輯兼發行者　東京市牛込區牛込北町十番地　荻原敬之

印刷者　東京市牛込區矢來町三番地　小宮山信好

印刷所　東京市芝區四ノ久保明舟町十一番地　金子活版所

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

0088