

法政大學講義録

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

(出版者 / Publisher)

法政大學

(巻 / Volume)

27

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

85

(発行年 / Year)

1905-07-25

（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

明治三十八年七月二十五日發行

三十八年度

法政大學講義錄

第七十二號



法政大學發行



第二十七號目次

| | | | |
|-------|--|------|--------|
| 民法親族 | (自一九三至二〇八) | 法律學士 | 掛下重次郎 |
| 民法相續 | (自四七九至四九二) | 法學士 | 若槻禮次郎 |
| 民法手形 | (自一七五至一七八) (完) | 法學士 | 松本 丞治 |
| 商法海商 | (自一七六至二一七) | 法學博士 | 加藤 正治 |
| 行政法總論 | (自二〇七至二二七) | 法學博士 | 美濃部 達吉 |
| 行政法各論 | (自五七至六四) | 法學士 | 上杉 慎吉 |
| 民事訴訟法 | 自第三編 (自一四三至一五三) 至第五編 (自一七四至一八四) 自第六編 (自一九一) 至第八編 (自一九九) | 法學士 | 松岡 義正 |
| 民事訴訟法 | 自第六編 (自一九一) 至第八編 (自一九九) | 法學士 | 板倉松太郎 |

雜報 ○第二十一回卒業證書授與式○卒業試驗問題○樺太南部ノ占領

090
1905
1-27

此限ニ在ラス(八〇二條、取四二九條乃至四三一條)
夫ハ妻ノ財産ノ管理者ナルヲ以テ一般ノ管理行為ニ關シテハ妻ノ意思ニ反シテ自己ノ有スル權利ニ因テ之ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖然レトモ妻ノ財産ニ付重大ナル管理行為及處分ヲ爲スハ夫ノ權限ニ屬セサルモノト爲セリ若此等ノ行為ヲモ夫カ其權利トシテ爲スコトヲ得ルモノト爲ストキハ夫ハ妻ノ財産ニ付全權ヲ有シ殆妻ノ財産ヲ夫ニ與ヘタルニ異ナラサルナリ是以テ法律ハ妻ノ爲メ其財産ニ關スル重大ナル法律行為ニ付夫ノ權限ヲ制限セリ即第一、妻ノ爲メ借財ヲ爲スコト第一、妻ノ財産ヲ讓渡スコト第三、妻ノ財産ヲ擔保ニ供スルコト第四、第六〇二條ノ期間(樹木ノ栽培又ハ伐採ヲ目的トスル山林ニ付テハ十年、其他ノ土地ハ五年、建物ハ三年、動産ハ六箇月)ヲ超エテ貸貸ヲ爲ストキハ夫ハ妻ノ承諾ヲ得ルコトヲ要スルモノト爲セリ然レトモ管理權ノ範圍内ニ於テ果實ヲ處分スルハ全ク夫ノ權利ニ屬シ何人ノ承諾ヲモ要スヘキニ非ス例之田畑ヨリ生スル收穫ヲ賣却シテ其代價ヲ收ムルカ如キ是ナリ但果實ノ處分ト雖管理ノ目的ノ範圍外ニ涉ルトキハ普通ノ財産讓渡ト同ク妻ノ承諾ヲ得サルヘカラス例之貸家賃ヲ拋棄シ果實ヲ他人ニ贈與スルカ如キ是ナリ

舊民法ニ於テハ妻カ禁治産者ナルトキハ親族會ノ同意ヲ得其失踪ノ場合ニハ裁判所ノ許可ヲ得テ此等ノ行為ヲ爲スコトヲ得ヘキ旨ヲ規定スト雖本法ハ禁治産者タル場合ハ後見ノ章(九〇二條、九二三條、九二四條、九二九條、九三二條等)ニ規定シアリ又失踪ノ場合ニ關シテハ失踪ノ條中(二八條)ニ規定シアルヲ以テ復茲ニ之カ規定ヲ設ケサルナリ

本條但書ハ殆入夫カ妻タル女子主ノ財産ヲ管理スル場合ニ限リ其適用ヲ見ルニ過キス然ラスンハ夫ハ果實ノ所有者タルヘケレハナリ但當事者カ大體ニ於テ法定財產制ヲ採リ唯妻ノ財産ノ果實ノ全部又ハ

民法親族 婚姻 夫婦財產制

一部ヲ夫ニ與ヘサルコトヲ約シタルトキハ亦本條但書ノ適用ヲ受クヘキナリ
 妻ニ對スル擔保提供ノ義務 夫ハ妻ノ財產ニ關シ廣大ナル權限ヲ有スルニ付若夫カ其管理ノ方法ヲ誤
 リ其財產ヲ危クスル場合ニ於テハ曩ニ說キタルカ如ク(七九六條)妻ハ自ら其財產ヲ管理スルコトヲ得
 ヘシト雖夫ノ管理ノ失當未甚シキニ至ラス若クハ妻カ自ら管理ヲ爲スニ不適當ナル場合ニ於テ夫ノ管
 理權ヲ剝奪セシメテ別ニ妻ヲ保護スルノ方法ヲ設ケサルヘカラス舊民法債權擔保編(二〇四條)佛國民
 法(二二二條)ノ如キハ法律上ノ抵當權ナルモノヲ設ケ妻ハ婚姻ニ因テ當然夫ノ不動產ノ上ニ抵當權
 ヲ有シ夫カ其財產ノ管理ヲ誤リタルトキノ擔保ヲ有スレトモ本法ハ舊民法及佛國民法ノ如ク法律上ノ
 抵當權ナルモノヲ認メシテ別ニ妻ノ爲ニ夫ヲシテ擔保ヲ供セシメテ之ヲ保護スルコトヲ爲シタリ即
 夫カ妻ノ財產ヲ管理スル場合ニ於テ必要アリト認ムルトキハ裁判所ハ妻ノ請求ニ因リ夫ヲシテ其財產
 ノ管理及返還ニ付相當ノ擔保ヲ供セシムルコトヲ得ルトノ規定ヲ設ケタリ(八〇三條、擔二〇四條一號
 二一六條、二二六條)

此規定ハ失踪者ノ財產ノ管理ニ關スル第二九條後見人ニ關スル第九三條ノ規定ト其趣ヲ同ウスルモ
 ノニシテ妻ハ當然擔保權ヲ有スルモノニ非ス妻ヨリ之カ請求ヲ爲シ裁判所カ其請求ヲ正當ナリト認メ
 タル場合ニ限リ此擔保權ヲ有スルナリ而シテ又其擔保ノ種類ノ如キモ法律ハ豫之ヲ定メサルヲ以テ裁
 判所ノ適當ト認ムルモノナレハ如何ナル物ヲモ擔保ニ供セシムルコトヲ得ヘキナリ
 日常ノ家事ニ關スル妻ノ代理權 日常ノ家事ニ付テハ妻ハ夫ノ代理人ト看做ス
 夫ハ前項ノ代理權ノ全部又ハ一部ヲ否認スルコトヲ得但之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
 (八〇四條、取四三四條一項)

夫ハ妻ノ財產ヲ管理スルモ妻カ夫ノ財產ヲ管理スルコトナキハ曩ニ說キタルカ如クナレハ日常ノ家事
 ニ付テモ妻カ之ヲ取扱フトキハ夫ヨリ一之カ委任ヲ爲ササルヘカラサルモノナレトモ如此モノハ其
 性質上夫ノ不在ナルト否トヲ問ハス妻カ之ヲ取扱フヲ常トスルモノナレハ法律ハ日用ノ家事例之家族
 カ日常要スル飲食品、衣服、家具、薪炭油等ノ如キモノニ關シテハ夫ノ爲メ權利ヲ得義務ヲ負フコトヲ
 得ルモノト爲セリ若此場合ニ妻カ夫ノ代理權ヲ有セサルモノト爲ストキハ夫ハ一妻ニ其代理權ヲ授
 與セサルヘカラサルモノニシテ夫ノ爲ニハ甚不便ヲ感シ第三者ノ爲ニ其利益ヲ保護スルニ甚十分ナラ
 サルナリ故ニ法律ハ此規定ヲ設ケ日常ノ家事ノ爲メ妻ノ名ヲ以テ負ヒタル債務ハ夫ニ於テ之ヲ辨濟セ
 サルヲ得サルモノト爲セリ

然レトモ右法律上ノ代理權ハ夫ノ爲メ夫ニ對シテ制限ヲ爲スコトヲ許ササルヘカラス妻ノ性質、一家
 ノ都合等ニ依リ夫カ妻ニ代理權ヲ與フルヲ欲セサルコトアリ又ハ妻カ代理ヲ爲スコト能ハサルコトア
 リ如此場合ニ於テハ純然タル委任ノ場合ニ於ルカ如ク夫ハ其代理權ノ全部又ハ一部ヲ否認スルコトヲ
 得ルモノト爲セリ例之全ク妻ハ自己ノ代理人ニ非ザル旨ヲ宣言シ若クハ金額若干圓以上ニ付テ代理權
 ヲ與ヘサル旨ヲ定ムルカ如キ是ナリ此場合ニ於テ其制限ヲ知ラサル第三者ニ對シテハ其效力ヲ及サシ
 ム第三著ノ利益ヲ害スルコトヲ得ザレハ但書ノ規定ヲ加ヘタリ
 財產管理ノ程度(八〇五條) 夫カ妻ノ財產ヲ管理シ又ハ妻カ夫ノ代理ヲ爲ス場合ニ於テハ自己ノ爲ニ
 スルト同一ノ注意ヲ爲スコトヲ要ス(取八四條、四二七條)

他人ノ財產ヲ管理スル若其他他人ノ爲ニ或行爲ヲ爲ス者ハ一般ノ原則トシテ善良ナル管理者ノ注意ヲ
 以テ之ヲ爲スヘキヲ常トス(六四四條、九三六條)然レトモ夫婦間ニ在テハ一般ノ原則ニ從ヒ善良ナル



管理者ノ注意ヲ以テ之ヲ督ムルハ人情ニ適セサルヲ以テ此場合ニハ自己ノ爲ニスルト同一ノ注意ヲ以テスルノ義務ヲ負ハシメタリ而シテ此規定ハ親權者カ子ノ財產ヲ管理スル場合ニ於ル第八九條ノ規定ト其趣旨ヲ同ウス
 委任ニ關スル規定ヲ法定財產制ニ準用スル場合(八〇六條) 第六五四條及第六五五條ノ規定ハ夫カ妻ノ財產ヲ管理シ又ハ妻カ夫ノ代理ヲ爲ス場合ニ準用ス
 法律ハ第六五四條及第六五五條ノ規定ヲ夫カ妻ノ代理ヲ管理シ又ハ妻カ夫ノ代理ヲ爲ス場合ニ準用スルコトト爲シタルカ故ニ夫ノ管理權又ハ妻ノ代理權カ消滅シタル場合(例之婚姻解消シタルニ因リ)ニ於テ急迫ノ事情アルトキハ夫若クハ妻又ハ其相續人ハ配偶者又ハ其相續人カ自ラ財產ヲ管理シ得ルニ至リ又ハ日常ノ家事ヲ執ルコトヲ得ルニ至ル迄必要ナル處分ヲ爲ス又夫ノ管理權又ハ妻ノ代理權ノ消滅ハ之ヲ配偶者ニ通知シ又ハ配偶者カ之ヲ知リタルトキニ非サレハ之ヲ以テ配偶者ニ對抗スルコトヲ得ス是夫婦間ノ代理關係ハ委任ニ基クモノニ非サルヲ以テ委任ニ關スル規定ハ當然適用セララルモノニ非ス仍ラ委任ニ關スル規定ヲ玆ニ準用スルコトト爲シタル所以ナリ
 財產權ノ推定(八〇七條) 妻又ハ夫カ婚姻前ヨリ有セル財產及婚姻中自己ノ名ニ於テ得タル財產ハ其特有財產トス
 夫婦ノ孰ニ屬スルカ分明ナラサル財產ハ夫又ハ女戸主ノ財產ト推定ス(取四三五條)
 夫婦ハ各別ニ財產ヲ所有スルヲ得ヘキコトハ巽ニ說キタルカ夫婦ハ同居スルヲ常トスレハ孰カ夫ノ財產ニシテ孰カ妻ノ財產ナルカ實際鑑別シ難キコト尠シトセス此場合ニ於テ一直接ノ證據ヲ擧ケシムルコトハ頗難シ故ニ以上ノ規定ハ如何ナルモノヲ以テ妻又ハ夫ノ特有財產ナルカヲ定メタルモノニ

シテ即妻又ハ夫カ婚姻前ヨリ有セル財產及婚姻中自己ノ名義ヲ以テ取得シタルモノハ其特有財產ト爲シタリ而シテ夫婦ノ孰ニ屬スルカ分明ナラサルモノハ夫又ハ女戸主ノ財產ト推定シタリ
 此夫婦ノ孰ニ屬スルカ分明ナラサル財產トハ財產ニシテ夫婦中ノ者ニ屬スルコトハ分明ナレトモ其中ノ孰ニ屬スルカ分明ナラサルモノヲ指ス義ニシテ夫婦以外ノ家族カ所有スル財產迄夫婦ノ一方ニ屬スルコト謂フニハ非サルナリ家族ト雖夫婦ト同ク特有財產ヲ有スルコトヲ得ルモノナレハ家族カ其名義ヲ得タル財產ハ其特有財產タルナリ而シテ戸主ノ有ニ屬スルカ家族ニ屬スルカ分明ナラサルモノハ戸主ニ屬ストノ推定ヲ受クルコトハ第七四八條ニ付既ニ說キタル所ナリ若夫カ戸主タルトキハ第七四八條ノ規定アルニ由リ之ヲ以テ夫ト妻及妻以外ノ家族トノ間ニ於ル財產上ノ關係ヲ定ムルコトヲ得ヘケレハ妻モ戸主タル夫ノ家族タルヲ以テ夫婦ノ爲ニハ本條ハ重複ノ規定タルヘシト雖夫カ戸主タラサル場合ニ於テハ夫婦間ニ於ル財產ノ推定ハ本條ニ依テ定ルヘキナリ

第四節 離婚

婚姻ハ死亡又ハ離婚ニ因テ解消ス其死亡ニ因テ婚姻ノ解消スルコトハ分明ナルカ故ニ別ニ法律ノ規定ヲ要セス是自然ニ行ル所ナリ然レトモ離婚ニ付テハ法律ノ規定ヲ俟テ始テ行ルモノナルカ故ニ法律ハ特ニ本節ヲ設ケタリ而シテ佛法(佛民二二九條、三二一條、二八八四年七月改正三三〇條、三三二條)ノ如キハ裁判上ノ離婚ヲ認ムルニ止リ協議上ノ離婚ハ許ササレトモ本法ハ其二者共ニ之ヲ認メタリ是我邦從來ノ慣習ニ基ク所ナレハ法律ニ之ヲ設クルハ極テ必要ナリ
 離婚ニ關スル外國ノ法制ハ區區ニシテ之ヲ略說スレハ左ノ如シ



- (一) 自由離婚制 此制ハ當事者ノ意思ニ因テ離婚ヲ爲スコトヲ許スモノナリ此種ノ制度ハ復列レテ二爲ル其一ハ配偶者一方ノ意思ヲ以テ離婚ヲ爲スコトヲ許スモノナリ(此離婚法ハ當時羅馬ニ行レタレトモ近代文明諸國ニ行ルルコトナシ)其二ハ配偶者雙方ノ合意ヲ以テ離婚ヲ許スモノ(白耳義、丁抹、諸威、普滿西、バーデン、羅馬尼、埃太利、耶蘇正教以外ノ宗徒等)是ナリ
- (二) 裁判上ノ離婚制 此制ハ法律ノ定メタル一定ノ事由アルニ因リ裁判所ニ於テ離婚ヲ宣告スルモノナリ此制モ亦ニ分ル其一ハ裁判上ノ離婚ヲ認ムルト同時ニ夫婦ノ協議ヲ以テスル自由離婚ヲ爲スルモノ(白耳義、丁抹、諸威、普滿西等)是ナリ其二ハ裁判所ニ於テ宣告スル外協議ニ因テ離婚ヲ爲スコトヲ許ササルモノ(英、佛、瑞西、瑞典、露西亞、塞耳比亞、索遜其他獨逸ノ或州及蘭國等)是ナリ
- (三) 離婚禁止制 此制ハ當事者ノ協議ヲ以テスルハ勿論裁判所ノ宣告ヲ以テスルモ一切離婚ヲ許ササルモノ(西班牙、葡萄牙、伊太利及千八百十八年ヨリ千八百八十四年ニ至ル佛國等)ナリ(佛國ハ現行千八百七年ノ民法ニハ裁判上ノ離婚ヲ認メタルモ其後千八百十八年ヨリ千八百八十四年迄ハ離婚ハ一切之ヲ禁シ千八百八十四年ニ至リ復裁判上ノ離婚ヲ許スニ至リ千八百七年ノ民法ヨリ少シク其場合ノ擴張シタリ)

離婚ヲ許ササル諸國ニ於テハ裁判上ノ別居又ハ協議上ノ別居ヲ認ム

第一款 協議上ノ離婚

夫婦ハ其協議ヲ以テ離婚ヲ爲スコトヲ得(八〇八條、八七八條)

協議離婚トハ夫婦雙方ノ承諾ニ依リ婚姻關係ヲ解除スルノ謂ナルヲ以テ協議上ノ離婚ハ配偶者雙方ノ

意思ニ基キコトヲ要ス是第一要件タルナリ若配偶者ノ雙方又ハ一方ニ於テ意思欠缺スルトキ若クハ意思ニ瑕疵アリタルトキハ總則ノ規定ニ依リ其離婚ハ無効ト爲リ又ハ取消スコトヲ得而シテ離婚ニ付テハ婚姻ニ關スルカ如ク取消ノ原因ヲ限定セサルカ故ニ一般ノ法律行為ノ原則ニ從ヒ之ヲ取消スコトヲ得(シ)(二〇條乃至二二六條)蓋當事者ノ真意ニ出テタル協議上ノ離婚ハ夫婦カ互ニ共同生活ヲ持續スルコトヲ欲セサルモノナルカ故ニ此場合ニ法律ヲ以テ之ヲ拘束スルモ到底婚姻ノ目的ヲ達スルコト能ハス而シテ婚姻ハ素ト當事者ノ契約ニ成ルカ故ニ又其契約ヲ以テ之ヲ解除スルコトヲ得(キハ理ノ當然ナルヲ以テ協議上ノ離婚ヲ認メタリ)

父母親族會、後見人ノ同意(八〇九條) 滿二十五年ニ達セサル者カ協議上ノ離婚ヲ爲スニハ第七七二條及第七七三條ノ規定ニ依リ其婚姻ニ付同意ヲ爲ス權利ヲ有スル者ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス(八七九條)

此規定ハ滿二十五年ニ達セサル者カ離婚ヲ爲スニ付要スル第二ノ條件ナリ滿三十年ニ達セサル男子、二十五年ニ達セサル女子カ婚姻ヲ爲スニハ父母又或場合ニ於テハ後見人及親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要スルヲ以テ此等ノ者カ離婚ヲ爲スニ付テハ亦父母、後見人及親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要スルハ至當ナリ而シテ婚姻ト離婚トニ付テハ唯年齡ニ差異アルノミ蓋滿二十五年ニ達セサル者ハ自己ノ意思ノミニ依リ離婚ノ如キ重大ナル行為ヲ爲スハ其當ヲ得サルコト猶婚姻ヲ爲スニ於ルカ如シ

禁治產者ノ離婚 禁治產者カ離婚ヲ爲スニハ猶其婚姻ヲ爲ス場合ニ後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セサルカ如ク其同意ヲ得ルコトヲ要セス(八一〇條、七七四條)

禁治產者ノ後見人ノ職務ハ權ニ說キタルカ如ク專禁治產者ノ療養、看護ト財産上ノ行為トニ止リ其身



分上ノ行為ニハ關セサルナリ而シテ其身分上ノ行為ニ關シテハ禁治産者カ事實上心神ヲ恢復セル時ニ於テハ完全ノ能力ヲ有スルカ故ニ其間ニ爲シタル離婚ハ有效タルヘク然レトモ反シテ其心神喪失中ニ爲シタル離婚ハ意思ノ欠缺セルモノナレハ無効タルヘシ依テ此場合ハ婚姻ノ場合ト異ナルコトナキヲ以テ之ニ關スル規定ヲ茲ニ準用スルコトト爲シタリ

離婚ノ方式上ノ要件 協議上ノ離婚ハ婚姻ニ於ルト同ク之ヲ要式ノ行爲ト爲シ戸籍吏ニ届出タルニ因テ其效力ヲ生ス若此方式ヲ缺キ離婚ノ届出ヲ爲ササルトキハ其離婚ハ絶対無効ナリトス而シテ其届出ハ當事者雙方及成年ノ證人二人以上ヨリ口頭ニテ又ハ署名シタル書面ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ要スト爲セリ蓋離婚ハ婚姻ノ效力ヲ解除スルモノナルヲ以テ婚姻ニ於ルト同一ノ方式ヲ以テ爲サシムヘキコト當然ナレハナリ(八二〇條、八八〇條、八九條)

當然届出ニ對スル戸籍吏ノ義務(八一一條) 戸籍吏ハ離婚カ第七五條第二項及第八〇九條ノ規定其他ノ法令ニ違反セサルコトヲ認メタル後ニ非サレハ其届出ヲ受理スルコトヲ得ス

戸籍吏カ前項ノ規定ニ違反シテ届出ヲ受理シタルトキト雖離婚ハ之カ爲ニ其效力ヲ妨ケララルコトナシ(八八〇條、八九條)

此規定ハ婚姻ニ關スル第七六條及第七七八條第二號ノ規定ト其趣旨ヲ同ウスルモノニシテ戸籍吏ハ婚姻ノ場合ニ於ルカ如ク離婚カ法令ノ規定ニ違反セサルコトヲ認メタル後ニ非サレハ其届出ヲ受理スルコトヲ得ス而シテ戸籍吏ハ離婚ノ届出ヲ受理スル際其届出カ第七七五條第二項ニ規定スル條件ニ適合スルヤ否ヤ又其届出ヲ爲シタル者カ滿二十五年ニ達セサル者ナルトキハ離婚ニ付父母又ハ後見人及親族會カ同意ヲ表シタルヤ否ヤヲ調査シ若其届出ニシテ以上ノ規定ニ違反スルモノアルトキハ之ヲ受

理スルコトヲ得ス尙其外戸籍法其他ノ法令ニ付テハ戸籍吏ニ於テ注意セサルヘカラス而シテ戸籍吏ノ注意ニシテ周到ナルニ於テハ違法ノ離婚アルコトナルルヘキカ如シト雖戸籍吏ニ於テ離婚ノ違法ナルニ氣付カスシテ其届出ヲ受理スルコトナシトセス此場合ニ於テ一ニ離婚ヲ以テ無効ナリト爲ストキハ實際既ニ夫婦ノ關係ヲ絶テタル當事者カ再夫婦ト爲リ又離婚後既ニ再婚ヲ爲シタル者モ之ナシトセタルニ此等ノ再婚カ重婚ト爲ルカ如キハ實ニ不便ナリトス故ニ此等ノ場合ニ於テハ之ヲ單ニ戸籍吏ノ責任ト爲シ離婚ハ之カ届出ヲ爲シタル以上ハ其效力ヲ妨ケララルコトナキモノト爲セリ然レトモ縱令離婚ノ届出ヲ爲シ且之カ受理セララルトモ當事者ノ一方又ハ雙方離婚ヲ爲スノ意思ナカリシトキハ絕對ニ無効タルコトハ猶婚姻ニ於ルト同一ナリ又其外總則ノ規定ニ從ヒ無効ノ原因アルトキハ他ノ法律行爲ト同ク無効タルヤ論ヲ俟タサルナリ

離婚ノ豫約モ亦婚姻ノ豫約ノ如ク法律上效力ヲ有セサルモノニシテ其理由ハ婚姻ノ豫約ニ同キナリ法律ハ婚姻ニ付テハ數多ノ取消原因ヲ認メ之ヲ第七七九條以下ニ規定シタリト雖離婚ニ付テハ明言セザルハ此等ノ原因ヲ認メサルモノニシテ離婚ハ一般ノ法律行爲ト同ク總則ノ規定ニ從ヒ詐欺、強迫等ニ因リタルトキニ非サレハ取消スコトヲ得サルナリ法律カ婚姻ト離婚トニ付テハ此差異ヲ設ケタルハ婚姻ヲ爲シ夫婦關係ヲ生セントスルコトヲ妨ケルハ之ヲ離婚ヲ爲サント欲スル當事者ヲシテ強テ夫婦ヲラシムルニ比スレハ其害尙輕キヲ以テナリ

協議上ノ離婚後ニ於ル子ノ監護(八二二條) 協議上ノ離婚ヲ爲シタル者カ其協議ヲ以テ子ノ監護ヲ爲スヘキ者ヲ定メサリシトキハ其監護ハ父ニ屬ス

父カ離婚ニ因テ婚家ヲ去リタル場合ニ於テハ子ノ監護ハ母ニ屬ス

前二項ノ規定ハ監護ノ範圍外ニ於テ父母ノ權利義務ニ變更ヲ生スルコトナシ(八九〇條)

離婚ノ效力ニ付離婚ニ因ル親族關係ノ消滅ハ第七二九條ニ之ヲ規定シ又離婚ニ因ル家族關係ノ變更ハ
戶主及家族ノ章中ニ之ヲ規定セルヲ以テ本款ニハ復此等ノ規定ヲ掲ケス唯親子ノ關係ニ對スル離婚ノ
效力ノミヲ茲ニ規定セリ

人事編ノ規定ニ依レハ子ノ監護ハ夫婦ノ協議ヲ許サザレトモ法律カ協議上ノ離婚ヲ許ス以上ハ子ノ監
護ニ付テモ亦之カ協議ヲ許サザレトモハ協議離婚ノ性質ニ悖リ且實際上甚不便ナルヲ以テ本法ハ夫婦
ノ協議ヲ以テ子ノ監護ヲ定ムルヲ得ルコトヲ爲セリ故ニ夫婦離婚ヲ爲シ妻カ夫ノ家ヲ去リタルトキ子
ノ戶籍ハ父ノ家ニ存シナカラ協議上其家ヲ去リタル母其子ヲ監護スルコトヲ得ヘク又入夫若クハ婿養
子ノ場合ニ於テハ子ノ戶籍ハ母ノ家ニ置キテ其家ヲ去リタル入夫若クハ婿養子其子ヲ引取リテ之カ監
護ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ然レトモ若夫婦ノ協議調ハサルトキ其子ノ監護ハ父母孰カ之ヲ爲スヘキヤ
蓋子ノ監護ハ婚姻中ニ在テハ親權ヲ有スル父之ヲ爲スル原則トシ父カ親權ヲ行ハサル場合ニ限り母其
監護ヲ爲スハ親權ヨリ生スル普通ノ原則ナリ(八七七條、八七九條)而シテ夫婦離婚ヲ爲シタル場合ニ
於テモ子ノ監護ハ妻カ離婚ニ因テ婚家ヲ去リタルトキハ父ニ屬シ夫カ入夫又ハ婿養子ノ場合ニ於テ婚
家ヲ去リタルトキハ母ニ屬スルモノナリ

以上ノ規定ハ單ニ子ノ監護ノミニ關スルモノニシテ其監護以外ニ於テハ毫モ親權ニ影響ヲ及ササルコ
ト固ヨリナリ故ニ親權ノ他ノ效力其他父母ノ權利、義務等ハ以上ノ規定ノ爲ニ毫モ變更アルモノニ非
ズ是ヲ以テ第五章ノ規定ニ從ヒ親權ヲ行フ者ハ或ハ子ノ監護權ヲ失ヒ其義務ヲ免ルルコトアルモ其數
育ヲ爲スノ權利、義務、子ノ懲戒、其代表及其財產ノ管理ノ如キハ親權ヲ有スル者ノ權内ニ屬スヘクシ

ヲ本條ノ規定ニ依テ監護權ヲ有スル者ニ屬セザルナリ

第二款 裁判上ノ離婚

夫婦間如何ニ不和ヲ生シ離婚ヲ爲セント欲スルトモ其一方カ之ヲ承諾セザルトキハ他ノ一方ハ之ヲ強
フルコトヲ得ス此場合ニ於テハ裁判所ニ之カ請求ヲ爲スヨリアラサルナリ然レトモ協議上ノ離婚ニ
付テハ如何ナル原因ニ基キテ之ヲ爲ストモ當事者ノ自由ニ委シ唯其間ニ協議サヘ調ヘハ離婚ヲ爲スコ
トヲ得ルモノニシテ法律ハ毫モ其間ニ干渉ヲ爲サザレトモ當事者カ裁判所ニ訴ヘテ離婚ヲ爲スニハ法
律カ定メタル原因アルニ非サレハ許サザルナリ

- 一 配偶者カ重婚ヲ爲シタルトキ
- 二 妻カ姦淫罪ニ因テ刑ニ處セラレタルトキ
- 三 夫カ姦淫罪ニ因テ刑ニ處セラレタルトキ
- 四 配偶者カ偽造、賄賂、猥褻、竊盜、強盜、詐欺、取財、受寄財物費消、贖物ニ關スル罪若クハ刑法第一
七五條、第二六〇條ニ掲ケタル罪ニ因テ輕罪以上ノ刑ニ處セラレ又ハ其他ノ罪ニ因テ重禁錮三年
以上ノ刑ニ處セラレタルトキ
- 五 配偶者ヨリ同居ニ堪ヘサル虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ
- 六 配偶者ヨリ惡意ヲ以テ遺棄セラレタルトキ
- 七 配偶者ノ直系尊屬ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ

八 配偶者カ自己ノ直系尊屬ニ對シテ虐待ヲ爲シ又ハ之ニ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルトキ

九 配偶者ノ生死カ三年以上分明ナラサルトキ

十 婿養子縁組ノ場合ニ於テ離縁アリタルトキ又ハ養子カ家女ト婚姻ヲ爲シタル場合ニ於テ離縁若クハ縁組ノ取消アリタルトキ(八八條、八七條、二四八條)

第一ノ原因 配偶者カ重婚ヲ爲シタルトキ 配偶者カ重婚ヲ爲シタルトキハ他ノ一方ハ第七八〇條ノ規定ニ從ヒ其重婚ヲ取消スコトヲ得ト雖夫婦ハ互ニ愛情ヲ有シ誠實タラサルヘカラサルニ既ニ其義務ニ背キ重手テ他人ト婚姻ヲ爲ス者ニ對シ他ノ一方カ離婚ヲ求ムルハ固ヨリ當然ナリ而シテ此場合ニ於テハ重婚ヲ取消シタルト否トヲ問ハサルナリ

此場合ニ於テハ必姦通アルヘケレハ重婚ノ場合ハ第二ノ原因タル姦通ノ中ニ包含スルヲ以テ別ニ一原因トシテ存スルノ必要ナシト曰フ者アルヘシト雖夫ノ姦通ノ如キハ離婚ノ原因ト爲ラス且重婚ハ姦通ニ説キタルカ如ク當然無効タルモノニ非ス若之ヲ取消ササルトキハ有效タルヘク而シテ重婚者ハ夫婦トシテ通スル者ナレハ之ヲ以テ姦通ト稱スルコトヲ得サルナリ故ニ重婚ヲ獨立ノ原因ト爲シタル所以ナリ

第二ノ原因 妻カ姦通ヲ爲シタルトキ 夫婦ハ互ニ貞操ヲ守リ誠實ナラサルヘカラサルニ妻カ他ノ男ト通スルハ婚姻ヨリ生スル重大ナル義務ニ背クモノナルカ故ニ法律カ姦通ヲ以テ離婚ノ原因ト爲シタルハ當然ナリ姦通ハ配偶者ノ孰カ爲シタルトモ同ク婚姻ヨリ生スル義務ノ違背ナレハ夫婦ノ間ニハ差異ヲ設ケルナシト曰フ者アラシクナレトモ我邦從來ノ慣習トシテハ夫カ其妻ノ外ニ妻ヲ蓄フルコトヲ許セトモ有夫ノ婦カ他ノ男ト通スルコトヲ許ササルヲ以テ此點ニ付テハ夫婦同一ナルコト能ハス

(歐米諸國ニ於テハ昔時ハ本法ト同ク妻カ姦通シタル場合ノミニ於テ姦通ヲ離婚ノ原因ト爲シタルトモ近來ハ之ヲ改メテ夫ニ對シテモ此制裁ヲ加フルコトト爲シタル所多シ)且妻ノ姦通ハ血統ノ混亂ヲ生スルノ虞アリテ夫ノ姦通ヨリ其弊害重大ナルヲ以テ姦通ハ夫ニ對シテハ夫カ他ノ有夫ノ婦ト通シテニ處セラレタル場合(第三ノ原因)ノ外ハ離婚ノ原因タラサルモノト爲シタリ而シテ姦通ハ妻ニ對シテハ妻カ之ニ因テ刑ニ處セラレタルト否トヲ問ハス離婚ノ原因タルナリ

第三ノ原因 夫カ姦淫罪ニ因テ刑ニ處セラレタルトキ 姦淫罪ハ刑法第三四八條、第三四九條及第三五三條ニ規定スルモノニシテ夫カ有夫姦強姦又ハ幼女姦淫ノ罪ヲ犯シテ刑ニ處セラレタル場合ニ於テハ妻ハ之ヲ理由トシテ離婚ヲ求ムルコトヲ得ヘシ此場合ハ第一、第二ノ原因ト同ク夫ハ婚姻ヨリ生スル義務ニ背キタルノミナラス之ニ因テ刑ニ處セラレタルトキハ事既ニ一家内ノ私事ニ止ラス國家ノ認

メテ罪惡ト爲シタルモノニシテ直接ニ妻ノ名譽ヲ害スルコト大ナルヲ以テ之カ離婚ヲ求ムルコトヲ得ル原因ト爲シタリ

第四ノ原因 配偶者カ偽造、賄賂、猥褻、竊盜、強盜、強姦、詐欺、取財、受寄財物、養育、贖物、關スル罪者クハ刑法第一七五條、第二六〇條ニ揭ケタル罪ニ因テ輕罪以上ノ刑ニ處セラレ又ハ其他ノ罪ニ因テ重禁錮三年以上ノ刑ニ處セラレタルトキ 凡犯罪ハ皆其者ノ爲メ耻辱ナルノミナラス其耻辱ヲ親族ニ迄及スモノナルヲ以テ其配偶者カ犯罪人ト夫婦タルコトヲ欲セザルハ普通ノ人情ナリ然レトモ如何ナル微罪ニテモ之ヲ犯シタルトキハ離婚ノ原因ト爲ストキハ離婚ヲ濫ニスル嫌アリ而シテ又罪ニ依ラハ他ノ一方ノ耻辱タラサルモノモアルヘケレハ法律ハ破廉耻罪ニ因リ輕罪以上ノ刑ニ處セラレタルトキ及其他ノ罪ニ因テ重禁錮三年以上ノ刑ニ處セラレタルトキノミ之ヲ原因トシテ離婚ヲ求ムルコトヲ得ルモノト

爲セリ而シテ以上列記シタル罪ハ破廉耻罪ト稱スルモノナリ
 第五ノ原因 配偶者ヨリ同居ニ堪ヘサル虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルキ 夫婦タル者ハ互ニ相
 親和シ相信愛シテ同居ヲ爲スノ權利義務アルモノナルニ一方カ他ノ一方ニ對シ虐待ヲ爲シ例之毆打、
 暴行ノ如キ所爲ヲ爲シテ肉體上ノ痛苦ヲ感セシメ或ハ侮辱ヲ爲シテ其名譽ヲ毀損シ其程度ニシテ同居
 ヲ爲スニ堪ヘサルカ如ク重大ナルトキハ之ヲ離婚ノ原因トシテ許ササルヘカラス而シテ如何ナル所爲
 カ同居ニ堪ヘサル虐待又ハ侮辱ナルカハ事實問題ニ屬スルヲ以テニ裁判官ノ判定ニ任セサルヘカラ
 ス

第六ノ原因 配偶者ノ惡意ノ遺棄 夫婦ハ互ニ扶養ノ義務アリ(七九〇條)又同居スルノ義務アリ(七
 八九條)然ルニ其一方カ他ノ一方ヲ遺棄スルカ如キハ其義務ニ背クモノナルヲ以テ之ヲ離婚ノ原因ト
 爲スハ當然ナリ唯此場合ニハ遺棄シタル者ニ惡意アルコトヲ要ス何トナレハ例之夫カ商業ニ失敗シ一
 時妻子ヲ遺棄シテ其影ヲ際スカ如キハ已ムヲ得サル事情ニシテ如此ハ惡意ヲ以テ妻ヲ遺棄シタルモノ
 ト看ルコトヲ得サレハ之ヲ以テ離婚ノ原因ト爲スコトヲ得サレハナリ然レトモ此場合ニ於テモ夫カ
 妻ニ對シ音信ヲ通シ給養ヲ爲スコトヲ得ルニ拘ラス之ヲ爲サスシテ他家ヲ構ヘ妾ヲ蓄ヘテ妻ヲ顧ミ
 サレカ如キコトアルトキハ惡意ノ遺棄ト謂フヘキナリ又妻カ夫ニ對スル場合モ亦同キナリ例之妻カ貧
 困ニ迫リ病床ニ呻吟スル夫ヲ遺シテ逃亡スルカ如キモ惡意ヲ以テ夫ヲ遺棄シタルモノト謂フコトヲ得
 ヘキナリ

第七ノ原因 配偶者ノ直系尊屬ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルキ 此場合ノ原因ハ尊屬親ノ
 行爲ニシテ配偶者ノ行爲ニ非サレトモ我邦ノ慣習トシテ直系尊屬親ハ實際上殆親子ノ如ク居住ヲ同タ

シテ永久ニ仕事スヘキ者ナレハ若配偶者ノ直系尊屬親ヨリ虐待セラレ若クハ重大ナル侮辱ヲ受ケタル
 キハ是殆配偶者ヨリ直接ニ虐待セラレ若クハ侮ヲ受ケタルニ同クシテ家内ノ平和ハ到底之ヲ維持スルコ
 ト能ハサルノミナラス其者ハ之カ痛苦ニ堪ヘサルヲ以テ之ヲ離婚ノ原因ト爲シタルナリ
 第八ノ原因 配偶者カ自己ノ直系尊屬親ニ對シテ虐待ヲ爲シ又ハ之ニ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルトキ
 此場合ハ自己カ虐待セラレ若クハ侮辱ヲ受ケタルニ非スシテ自己ノ直系尊屬親カ配偶者ヨリ虐待セラ
 レ若クハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルニ在レトモ我邦ニ於テハ自己ノ直系尊屬親ニ對シテハ最尊敬シテ仕
 事スヘキモノナルニ配偶者カ之ニ對シテ重大ナル侮辱ヲ加ヘ若クハ虐待ヲ爲スカ如キハ其子孫カ袖手
 傍觀スルニ忍ヒサルノ普通ノ情アレハ如此場合ニ於テ其配偶者カ夫タルト妻タルト問ハス寧之ト離
 婚ヲ爲シテ其配偶者ト關係ヲ絶タシムルハ已ムヲ得タルヲ以テ法律上之ヲ離婚ノ原因ト爲シタルナリ
 第九ノ原因 配偶者ノ生死カ三年以上分明アラサルトキ 舊民法入事編(八一條六號)ニ於テハ失踪ヲ
 以テ離婚ノ原因ト爲シタルトモ本法ニ於テハ第三一條ノ規定ニ從ヒ失踪者ハ死亡者ト看做シタルカ故
 ニ其宣言アリタルトキハ當然婚姻ハ解消スヘシ而シテ本法ニ於テハ失踪ハ不在者ノ生死カ七年間分明
 ナラサルトキニ非サレハ宣言スルコトヲ得サル規定(三〇條)ナルヲ以テ之ヲ離婚ノ原因ト爲ストキハ
 其期間餘ヲ長キニ失シ其間徒ニ空闊ヲ守ラシメテ再婚ヲ爲スコトヲ許ササルハ甚酷ノ事又人情ニ反セ
 リ是ヲ以テ法律ハ三年間生死ノ分明セサルトキハ離婚ヲ求ムルコトヲ得ルモノト爲セリ又生死分明ナ
 ラサル者ニ付テ言ヘハ蓋如此長キ間生死分明セサル者ハ多クハ既ニ死亡セルコトヲ得サルハ實際ニ於テ
 ハ惡意ノ遺棄ニシテ單ニ之カ證明ヲ爲スコト能ハサルナラン又縱シ已ムコトヲ得サル事情アリトスル
 モ其配偶者ハ以上説クカ如ク三年間空闊ヲ守リタレハ之ニ離婚ヲ許スハ當然ナリト謂フヘシ



第十ノ原因 婿養子縁組ノ場合ニ於テ、離縁アリタルトキ、又ハ養子ノ家女ト婚姻ヲ爲シタル場合ニ於テ、離縁若クハ縁組ノ取消アリタルトキ、婿養子縁組ノ場合ニ於テ婚姻ト縁組トハ互ニ關係ヲ有スルモノナリト雖、素ニ傍ノ行爲ナレハ、縱令婿養子縁組ヲ取消サレ又ハ無効ト爲リタリトモ、之カ爲メ婚姻迄當然解消スルモノニ非ス然レトモ、縁組ノ當時ニ於ル當事者ノ意思ハ婚姻スル爲メ養子縁組ヲ爲シ養子縁組スル爲メ婚姻ヲ爲シタルモノナレハ、婿養子縁組ト爲リタルトキハ、之ヲ原因トシテ離婚ヲ許ササルヘカラス又離婚アリタルトキハ、之ヲ原因トシテ離婚ヲ許ササルヘカラス(八六、八七條九號)婿養子ノ離縁ト爲リタルニ拘ラス離婚ヲ許ササルコトト爲ストキハ、我邦ノ如ク家族制度ヲ採リ家系連綿セシムコトヲ欲スル場合ニ於テ養子ノ去ルニ當リ妻モ亦常ニ之ニ從テ去ルヘキコトト爲リ其結果遂ニ其家ニ系統ノ男女ナク其家系ヲ絶ツニ至ルヘキヲ以テ右ノ場合ニ離婚ヲ求ムルコトヲ得ルモノト爲セリ

右ハ婿養子ノ離縁ト爲リタル場合ニ關ス若シ然ラスシテ養子ノ家女ト婚姻シタル場合ニ於テハ、明ニ養子縁組ヲ以テ婚姻ノ條件ト爲シタルニ非サルモ多ク場合ニ於テ當事者ノ意思此ニ在ルヘキヲ以テ法律上此場合ヲ婿養子ノ離縁ト爲リタル場合ト同視シ養子ノ離縁ヲ以テ離婚ノ原因ト爲シタルナリ

以上ノ原因存スルトキハ、何人カ離婚訴權ヲ行使スルコトヲ得ヘキヤ法律ハ夫婦ノ一方ノミニ其訴權ヲ與ヘタリ婚姻取消ノ訴ノ如キハ各當事者ノ外其戸主親族又ハ檢事ニ於テ之ヲ提起スルコトヲ得ヘシ(七八〇條以下)ト雖離婚ノ場合ニ於テハ、當事者一方ノ外何人ト雖之カ訴ヲ提起スルコトヲ得、法律カ離婚ノ場合ニ夫婦ノ一方ノミニ此訴權ヲ與ヘタルハ、蓋婚姻ハ夫婦間ノ行爲ニシテ以上舉ケタル離婚ノ原因ノ如キハ配偶者ノ一方ニ於テ痛苦、不名誉等ヲ忍ヘハ他ノ者カ敢干渉スヘキモノニ非サルヲ以テ其一方ニ非ラレハ離婚ヲ請求スルコトヲ得サルハ論ヲ俟タサルナリ然レトモ我邦ニ於テハ從來往

入夫婚姻又ハ養子縁組ノ取消ハ入夫又ハ養子ヲシテ當初ヨリ戸主タルコトナカラシムルモノニ非ヘシテ之ヲシテ既ニ有スル戸主タル身分ヲ喪失セシムルモノナリ

第九四條第二號ハ、戸主カ婚姻又ハ養子縁組ノ取消ニ因リテ其家ヲ去リタルトキ、ト規定セルカ故ニ同號ニ依リ相續ノ開始スルニハ婚姻又ハ縁組ノ取消アルコト入夫又ハ養子ノ去ルコトトノ二條件ヲ具備スルコトヲ要スルカ如シト雖、既ニ述フル如ク婚姻又ハ縁組ノ取消アルトキハ、入夫又ハ養子ハ當然其家ヲ去ルモノナルヲ以テ同號ハ唯事ノ實際ヲ記載シタルニ過キスト見ルヘキノミ

(五) 女戸主ノ入夫婚姻 女戸主カ入夫婚姻ヲ爲シタルトキハ、反對ノ意思表示ナキ限ハ入夫ハ其家ノ戸主ト爲ルモノトス(七三、七四條)而シテ一家ハ二人ノ戸主ヲ有スルコト能ハサルカ故ニ入夫カ戸主ト爲ルト同時ニ妻ハ其戸主權ヲ喪失スルモノナリ但當事者カ婚姻ノ當時反對ノ意思ヲ表示シ入夫ヲ以テ戸主ト爲ササルコトヲ定メタルトキハ、妻ハ其戸主タル身分ヲ喪失セシムルコトヲ得サルヲ以テ(八七四條)養子ノ離縁ニ因リ家督相續ヲ開始スルコトナシト雖、入夫ハ戸主タルトキト雖、離縁ヲ爲スコトヲ妨ケサルヲ以テ協議又ハ判決ニ因リ離婚ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ而シテ婚姻ニ因テ他家ニ入りタル者ハ離婚ニ因リ實家ニ復籍スルモノナルカ故ニ(七三九條)入夫ニシテ離婚スルトキハ、其家ヲ去ルモノナリ其家籍ニ在ラサル者ハ其戸主タルコト能ハサルコト當然ナルヲ以テ入夫ハ離婚ト共ニ戸主權ヲ喪失スルモノナリ但入夫ニシテ戸主タル者カ離婚シタル場合ニ於テ戸主權ノ喪失ナク隨テ家督相續ノ開始セサルコトハ特ニ言説スルコトヲ須ヒサルヘシ



第二款 遺產相續ノ開始原因

遺產相續ハ家族ノ有スル權利義務ニ付テ開始スルモノナリ家族ノ有スル權利義務ハ全ク箇人トシテ之ヲ有スルモノニ係ルカ故ニ之ニ付テ相續ノ開始スルハ箇人カ權利義務ノ主體ト爲ルコト能ハサルニ至リタル場合ナリト謂ハサルヘカラス而シテ箇人カ權利義務ノ主體タルコト能ハサルハ其人格ヲ喪失シタル場合ナルヲ以テ遺產相續ハ家族カ人格ヲ喪失シタル場合ニ於テ開始スルモノトス我邦ニ於テハ奴隸ノ制度ナク又准死ノ刑罰ヲ認メス故ニ我邦ニ於テ人カ人格ヲ喪失スルハ其死亡ノ時ニ在リ故ニ遺產相續ノ開始原因ハ一ニ家族ノ死亡ニ在ルモノトス(九二條)但死亡トハ事實上ノモノノミヲ指スニ非スシテ法律上ノモノモ併セテ之ヲ指スコトハ家督相續開始原因ニ付テ述ヘタル所ニ同シ

第九二條ハ遺產相續ハ家族ノ死亡ノ場合ニ於テ開始スルコトヲ定ム家族制度ヲ認ムル我邦ニ於テハ戸主ニ非サル者ハ常ニ家族ナルカ故ニ同條カ家族ト指稱シタルハ家族ト云ヘハ總テ戸主ニ非サル者ヲ包含スト爲シタルモノナルヘシ日本人ニ對シテハ此觀察ハ強テ誤レルモノト爲スヘカラス然レトモ民法ハ獨日本人ニ對シテノミ適用セラルヘキモノニ非ス日本人ニ非スト雖日本ノ國土ニ住所又ハ居所ヲ有シテ何國ノ國籍ヲモ有セサル者ニ對シテモ亦適用セラルヘキモノナリ而シテ國籍ヲ有セサル者ニ對シテハ戸主又ハ家族ナル用語ハ恰當セサルノミナラス如此者ノ相續ハ總テ遺產相續ノ規定ニ從ハシムルヲ以テ當然ト爲スヘキカ故ニ予ハ遺產相續ヲ開始スヘキ總テノ場合ヲ概括スルノ用語トシテハ「家族ノ死亡」ナル文字ヨリハ寧「戸主ニ非サル者ノ死亡」ナル文字ヲ擇ハントスルモノナリ

第二節 相續ノ開始時期

相續ノ開始ハ種種ノ法律關係ヲ惹起スルモノナルカ故ニ其開始時期カ何レノ時ニ在リシヤヲ確ムルコトハ相續ニ關シテ發生スル諸種ノ問題ヲ解決スルニ付テ直ニ實用ヲ感スルモノニシテ特ニ左記事項ニ關シテ一最其必要ヲ見ルモノナリ

(イ) 相續回復ノ請求權ニ關スル時効(九六六條、九九三條)

(ロ) 相続人タル資格ノ有無(九六八條、九七〇條、九七四條、九八四條、九九三條、九九五條等)

(ハ) 相續ノ效力(九六條、一〇〇一條)

(ニ) 遺産分割ノ效力(一〇二條、一〇三條)

(ホ) 遺産分離ヲ請求スルコトヲ爲ル期間(一〇四一條)

(ヘ) 遺留分ノ計算(一二三條)

(ト) 贈與ノ減殺(一二三條、一二四條)

相續ハ法定ノ開始原因アル場合ニ於テ開始ス故ニ相續ノ開始時期ハ其開始原因ノ發生シタル時ナリトス(九六四條、九九二條)

相續ノ開始原因中隱居、國籍喪失、婚姻又ハ養子縁組ノ取消、入夫婚姻及入夫ノ離婚ハ法律上一定ノ手續ヲ履行シテ始テ發生スルモノナルカ故ニ其手續ノ完了シタル時期ハ即其發生時期ナリ唯死亡ニ至テハ人ハ爲ニ關係ナクシテ發生スルモノナルヲ以テ相續人ノ死亡シタル時期カ何レノ時ニ在リシヤヲ知ルコトハ容易ナラサルコトアリ佛國ニ於テハ其民法ハ死亡證書ニ死亡ノ年月日時ヲ記載スヘキコトヲ規



定セサルヲ以テ學者ノ多數ハ戸籍吏カ法律ノ規定セサル記載ヲ爲スモ法律上ノ效力ヲ生セシムルコト能ハス隨テ死亡證書ニ記載シタル死亡ノ年月日時ハ法律上ノ推定力ヲ有セスト論斷スル雖我戸籍法ハ死亡ノ屆書ニハ死亡ノ年月日時ヲ記載スルコトヲ必要トシ(戸二五條)戸籍吏ハ之ニ依テ身分登記簿ニ登記スルモノナルヲ以テ身分登記簿ニ登記セラレタル死亡ノ年月日時ハ法律ノ命スル所ニ從テ登記セラレタルモノナリ故ニ屆書ノ誤謬又ハ不正ナルコト證明セラレル迄ハ其記載ハ死亡ノ時期即相續開始ノ時期ヲ定ムル有力ナル證據ト爲ルモノナリ

順次ニ相續スヘキ地位ニ在ル多數ノ者カ同一ノ危難ニ遭遇シテ死シ其死亡ノ前後分明ナラサル場合ニ於テ佛國民法ハ一種ノ推定ヲ設ケ老若、幼者ハ壯者ヨリ先ニ死シ女子ハ男子ヨリ早ク絶命シタルモノト看做シタル(佛民七二〇條、七二一條、七二二條)是學者ノ稱シテ同難共死ノ原則(Principle des commo-ritatis)ト爲ス所ノモノナリ此推定ハ頗巧妙ナルニ似タリト雖立法ノ認定其度ヲ超脱シ時ニ事ノ實際ト符合セサルコトヲ免レス故ニ如此事實認定問題ハ裁判官ノ判斷ニ一任シ法律ニ於テハ之ニ干渉セザルヲ可トス而シテ事實死亡ノ前後ヲ知ルコト能ハサルトキハ同時ニ死亡シ其間前後ナカリシモノト爲スコト理論ニ通シタルモノトス我民法ハ此主義ヲ取り法律ニ於テハ何等ノ規定ヲ設ケス伊國民法ハ此主義ニ依リ法律ニ於テ明ニ之ヲ規定セリ

第三節 相續ノ開始場所

相續ハ被相續人ノ住所ニ於テ開始スルモノトス(九六五條、九三三條)住所ハ人ノ生活ノ本據ナリ人ハ其住所ニ於テ最多ク法律關係ヲ有スルヲ常トス故ニ人ノ法律上ノ地位ニ代位スヘキ相續カ被代位者ノ

生活ノ本據地ニ於テ開始スルモノト爲スハ事ノ當ニ順序ヲ得タルモノナリ而シテ如此シテ被相續人ノ法律關係最多カルヘキ場所ノ裁判所ヲシテ相續ニ關スル事件ノ管轄裁判所タラシムルコトハ事件ノ審理並ニ當事者ノ交渉等ニ於テ最便宜多シト爲スヘキナリ家督相續ニ付テモ亦遺產相續ニ付テモ被相續人ノ住所カ外國ニ在ル場合鮮シトモス如此場合ニ於テハ相續ハ外國ニ於テ開始スルモノトス而シテ相續カ外國ニ於テ開始シタル場合ニ於テハ人事訴訟及非訟事件ニ付テハ日本ニ於ル被相續人ノ居所地又ハ最後ノ住所地若クハ司法大臣ノ指定シタル地ノ裁判所ヲ以テ管轄裁判所ト爲スヘキモノトス(人訴一條三九條、非訟二條)人事訴訟以外ノ訴訟就中相續回復ノ請求ノ訴ニ付テハ之ヲ内國ノ裁判所ニ提起スルコトヲ得ルモノナルヤ否ヤ此問題ハ民事訴訟法第一三條及第二四條ノ解釋ニ關スルモノナリ同法第一三條第二項ハ外國ニ住所ヲ有スル者ニ對シテハ内國ニ於テ生シタル權利關係ニ限リ其内國ニ於ル最後ノ住所地ノ裁判所ニ訴ヲ起スコトヲ得ル旨ヲ規定シ而シテ内國ニ住所又ハ居所ヲ有スル者カ自己ノ相續權ヲ主張スルハ内國ニ於テ生シタル權利關係ヲ爭フモノト謂フコトヲ得ヘキカ故ニ人事訴訟法以外ノ相續訴訟モ亦之ヲ内國裁判所ニ提起スルノ途アルモノト謂フヘシ

第四節 相續權ノ時效

相續權ニ關シテ時效ノ規定ヲ設ケサルトキハ其權利ハ民法總則編ノ規定ニ依リ相續ノ開始ノ時ヨリ二十年間之ヲ行使セサルコトニ因リ消滅スヘキモノトス(二六六條一六七條)然ルニ相續ノ如ク人事取引其他、人ノ法律關係ノ全體ニ涉リテ關係アル事項ノ效力ヲシテ二十年ノ長期間之ヲ不確定ノ狀態ニ在ラシムルコトハ社會公益ノ許ス所ニ非ス然レトモ之ト同時ニ如此重要ナル事項ニ關スル權利ヲシテ



僅僅タル短少ノ期間ニ消滅セシムルコトモ亦權利保護ノ宜キヲ得タルモノニ非ス故ニ相續權ニ付テハ
諸般ノ關係ヲ考查シ總則編規定以外ニ於テ特ニ其時効ヲ定ムルヲ相當トス故ニ民法ハ相續回復ノ請求
權ニ關スル時効ノ期間ヲ五年トシ其起算點ヲ相續人又ハ其法定代理人カ相續權侵害ノ事實ヲ知りタル
時ニ置タリ(九六六條、九九三條)

法律ハ相續權ニ關スル時効ノ起算點ヲ相續人又ハ其法定代理人カ權利侵害ノ事實ヲ知りタル時ニ置キ
タルヲ以テ相續人又ハ其法定代理人カ單ニ相續開始ノ事實ヲ知りタルノ一事ハ未以テ時効ノ進行ヲ開
始スルニ足ラス相續權ノ時効カ進行スル爲ニハ相續人又ハ其法定代理人ニ於テ他人カ現ニ相續人タル
權利ヲ實行シ自己ノ相續權ヲ侵害スルノ事實アルコトヲ知了スルヲ要スルモノトス

法律カ時効ノ起算點ヲ相續人又ハ其法定代理人カ權利侵害ノ事實ヲ知了スルヲ要スルモノトス
ノ不知ノ間ニ時効ヲ進行セシメサルノ趣旨ニ出テタルモノナリト雖若相續權ノ時効ハ常ニ相續人又ハ
其法定代理人カ權利侵害ノ事實ヲ知リタル時ヨリ五年ヲ經過シテ始テ完成スヘキモノトセハ時ニ相續
開始後二十年ヲ經過スルモ尙相續權ノ時効完成セサルノ結果ヲ生スヘシ如此ハ普通時効ニ對シ特ニ短
期ノ時効ヲ設ケタル精神ヲ沒了スルモノナリ故ニ民法ハ相續開始ノ時ヨリ二十年間權利ノ行使ナキト
キハ相續人又ハ其法定代理人カ權利侵害ノ事實ヲ知リタルト否トヲ問ハス時効完成スヘキモノト定メ
以テ相續權ニ關スル特別時効ハ如何ナル場合ニ於テモ普通時効ヨリ長期ニ至ルコトナキモノト爲シタ
リ

第五節 相續財產ニ關スル費用

相續財產ニ關シテ生シタル費用ハ之ヲ以テ相續人ノ負擔ニ歸スヘキモノナルヲ將相續財產ノ負擔ニ歸
スヘキモノナルヤ相續人ハ被相續人ノ權利義務ヲ承繼スルモノナルカ故ニ此問題ハ一見實益ニ乏シ
キ問題ナルカ如シト雖實際ニ於テハ大ニ然ラサルモノアリ相續人ハ相續ニ關シ單純又ハ限定ノ承認ヲ
爲シ若クハ拋棄ヲ爲スコトヲ得ルモノナルコト後ニ述フルカ如クナルヲ以テ相續人カ相續ノ限定承認
又ハ拋棄ヲ爲シタル場合ニ於テハ相續財產ニ關スル費用カ相續人ノ負擔タルヲ將相續財產ノ負擔タル
ヤハ直ニ關係者ノ利害ニ影響スルモノナリ相續人カ單純承認ヲ爲シタル場合ニ於テモ相續債權者又ハ
相續人ノ債權者カ相續財產ノ分離ヲ請求シタルトキハ此問題ノ決定如何ニ依リ相續債權者又ハ相續人
ノ債權者ノ孰カ一方ハ時トシテ其費用ノ限度ニ於テ辨濟上ニ缺損ヲ受クルヲ免レサルモノトス
相續財產ニ關スル費用ハ相續財產ニ起因シテ生シタルモノナルカ故ニ其負擔ハ相續財產ニ在ラサルヘ
カラス(九六七條一項本文九九三條)而モ其支辨ハ相續債權又ハ遺贈ノ辨濟ニ先タサルヘカラス何トナ
レハ相續財產ニ關スル費用ハ相續債權及遺贈ニ對シ一種ノ共益費用ヲ爲スモノナルヲ以テナリ

第九六七條ニ於テ「相續財產ニ關スル費用」ト稱スルモノハ如何ナル費用ヲ指稱スルモノナルヤニ付テ
ハ時トシテ頗疑ハシキモノナキニ非ス相續財產ノ管理、清算、配當等ニ因テ生スル費用カ相續財產ニ關
スル費用ナルコトハ勿論ナリト雖相續人カ其承繼シタル不動産ヲ登記スルカ爲ニ要スル登録稅ハ之ヲ
以テ相續財產ニ關スル費用ト爲スコトヲ得ルヤ否ヤ凡不動産ハ所有權ヲ取得シタル場合ニ於テハ登記
ニ因リ第三者ニ對スル對抗力ヲ確保スルニ非サレハ取得ノ目的ヲ達スルコト能ハサルカ故ニ登記ヲ爲
スコトハ取得ノ件ヲ當然ノ手段ナリ相續人カ其承繼シタル不動産ノ登記ヲ爲シ之カ爲ニ登録稅ヲ要シ
タリトセハ是則財產ヲ相續シタルカ爲ニ費用ヲ要シタルモノニシテ之ヲ以テ相續財產ニ關スル費用ナ

リト爲ササルヘカラス
 法律カ相續財産ニ關スル費用ハ其財産中ヨリ支辨スヘキモノト爲シタルハ其費用ハ相續財産ノ管理、清算、配當等ヲ爲スニ付普通生スヘキヲ以テナリ若相續財産ニ關スル費用ニシテ相續人ノ過サルカ故ニ生シタルモノナルトキハ其費用ハ相續財産ノ管理、清算、配當等ニ付普通生スヘキモノニ非サルカ故ニ之ヲ以テ相續財産ノ支辨ニ歸セシムルコト能ハス過失アル相續人自ラ之ヲ負擔セサルヘカラスモノトス(九六七條一項但書、九九三條)
 相續人ハ其遺留分ヲ保全スルカ爲メ被相續人ノ爲シタル贈與ノ滅殺ヲ請求スルコトヲ得ルモノナリ(一一三四條)而シテ相續人カ贈與ノ滅殺ニ因テ得タル財産ハ相續ニ基因シテ取得シタル財産ナルカ故ニ是亦相續財産ニ外ナラス故ニ若法律ニ於テ何等ノ除外例ヲ設ケサルトキハ第九六七條第一項ノ規定ニ依リ相續財産ニ關スル費用ハ此財産ヲ以テモ之ヲ支辨セサルヘカラス其結果トシテ贈與ノ滅殺ハ時ニ相續人ヲ利セスシテ却テ相續債權者ヲ利スルニ至ルコトアルヘシ如此ハ法律カ相續人ヲシテ被相續人ノ爲シタル贈與ノ滅殺ニ因リ其遺留分ヲ保全スルコトヲ得セシメントシタル趣旨ニ反スルモノナリ故ニ法律ハ特ニ例外ノ規定ヲ設ケ遺留分債權者タル相續人カ贈與ノ滅殺ニ因テ得タル財産ヲ以テハ相續財産ニ關スル費用ヲ支辨スルコトヲ要セサルモノト爲シタリ(九六七條二項、九九三條)
 本節ノ説明ヲ終ルニ臨ミ一言以テ附加スル所ナキ能ハス民法中相續開始後ニ生シタル費用ニシテ相續財産ノ負擔タルヘキコトヲ規定シタルハ第九六七條及之ヲ準用シタル第九九三條ノ兩條ニ過キス而シテ其規定スル所ハ一ニ相續財産ニ關スル費用トミニ止レリ相續財産ニ關スル費用トハ既ニ述ヘタル如ク其管理、清算、配當等總テ相續財産ニ起因シテ生シタル費用ヲ謂フモノナルヲ以テ被相續人ノ葬式費

用ノ如ク其發生原因カ被相續人ノ身體ノ處置ニ在テ其財産ノ處置ニ在ラサルモノハ之ヲ包含セス故ニ相續開始後ニ生シタル被相續人ノ葬式費用カ相續財産ノ負擔タルヤ否ヤニ付テハ民法ハ明ニ規定ヲ設ケザルモノナリ然レトモ葬式費用ノ先取特權ヲ定メタル第三〇六條及第三〇八條ノ規定ヲ見ルニ該兩條ハ葬式費用ヲ以テ相續財産ノ負擔トシ相續財産ニシテ之ヲ支辨スルコト能ハサルトキハ之ヲ以テ扶養ノ義務アル親族又ハ戸主ノ負擔トスルコトヲ前提トス葬式費用モ亦原則トシテハ相續財産ノ負擔タルヘキモノナリト謂ハサルヘカラス予ハ民法カ條文ヲ省略シ相續編ニ於テ相續財産ニ關スル費用ニ付テノミ規定ヲ爲シ葬式費用ニ付テハ何等ノ規定ヲ爲サザリシヲ惜ムモノナリ

第二章 相續人ノ資格

家督相續ト遺産相續トハ相續ノ目的ヲ異ニスルカ故ニ相續人タルヘキ者ノ資格モ亦此二者ノ間多少ノ相違ナキコト能ハス故ニ相續人ノ資格ニ付テハ家督相續人ニ區別シテ之ヲ論セントス

第一節 家督相續人ノ資格

- 家督相續人タルニハ左ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス
- (一) 相續開始ノ時ニ於テ存在スルコト
 - (二) 法律上ノ資格ナキコト
 - (三) 裁判上ノ失權ナキコト
 - (四) 日本ノ國籍ヲ有スルコト

民法相續 相續 相續人ノ資格 家督相續人ノ資格

(六五)

他家ノ戸主ヲタルコト
他家ノ推定家督相續人ヲタルコト

以下順次ニ右ノ要件ヲ細説セントス
第一 家督相續人タルニハ相續開始ノ時ニ於テ存在スルコトヲ要ス

凡權利義務ハ主體ヲ離レテ存在スルコト能ハサルカ故ニ既ニ權利義務ノ承繼アリト云ヘハ之ヲ承繼スヘキ主體ナカルヘカラス家督相續人ハ家督相續ニ因リ被相續人ノ權利義務ヲ承繼スヘキモノナルヲ以テ家督相續人タル第一ノ要件ハ實ニ其人カ相續開始ノ當時ニ於テ存在スルコトニ在ラサルヘカラス而シテ人ノ存在ハ出生ニ始リ死亡ニ終ルモノナルカ故ニ(一)相續開始ノ時ニ於テ未出生セザル者及(二)相續開始ノ時ニ於テ既ニ死亡シタル者ハ家督相續人タルコトヲ得サルモノトス

相續開始ノ時ニ於テ既ニ死亡シタル者カ相續權ヲ有セザルコトニ付テハ特ニ言説ヲ爲スヲ要セスト雖未出生セザル者ノ相續權ナキコトニ付テハ少シク説明スル所ナカルヘカラス出生トハ嚴格ニ論スルトキハ生兒カ母體ヲ離レテ獨立ノ存在ヲ有スルニ至ルヲ謂フモノナルカ故ニ懷胎セラルルモ荷母ノ體內ニ在ル間ハ之ヲ以テ出生ト爲スコト能ハス隨テ胎兒ハ家督相續人ト爲ルコト能ハサルヘシ然レトモ如此ハ胎兒ノ利益ニ對スル保護其完キヲ得サルノミナラス亦其父母其他ノ親族ノ期待ヲモ満足セシムル所以ニ非ス故ニ羅馬ニ於テハ「胎兒ノ利益ヲ保護スルニ付テハ之ヲ以テ既ニ生レタルモノト看做ス」*Upinus conceptus pro nato habetur, quoties de commodis eius agitur.*」ノ原則行レ歐洲諸國ノ立法例モ亦多クハ相續ニ關シテハ胎兒ノ權利ヲ認メタリ(佛民七二五條伊民七二四條獨民一九二三條我邦ノ慣例ハ從來胎兒ノ相續權ヲ認メ舊民法ハ其人ノ事編第二條ニ於テ羅馬法ノ原則ト同一ノ規定ヲ設ケタリ新

民法ハ胎兒ノ利益ヲ保護スルニ付テハ之ヲ以テ既ニ生レタルモノト看做スト謂フカ如キ廣汎ナル規定ヲ設ケスト雖胎兒ノ利益ヲ保護スヘキ場合ニ於テハ特ニ之カ規定ヲ爲シ(七二一條八三一條一〇六五條)特ニ第九六八條第一項ニ於テハ「胎兒ハ家督相續ニ付テハ既ニ生レタルモノト看做ス」コト爲シタルヲ以テ相續開始ノ時ニ於テ既ニ懷胎セラレタル以上ハ尙母ノ體內ニ在ル者ト雖法律ノ假定ニ依リ出生シタル者ト同視セラレ家督相續人タル權利ヲ有スルモノナリ故ニ予カ相續開始ノ時ニ於テ未タ出生セザル者ハ家督相續人タルコトヲ得スト謂ヒシハ相續開始當時ニ在テ法律上ノ出生ヲモ爲サザル者即未懷胎セラレザル者ハ家督相續人タルコトヲ得ストノ意義ヲ有スルモノト解セザルヘカラス

家督相續開始ノ時既ニ懷胎セラレタル者ハ相續ノ權利ヲ有スルカ故ニ懷胎カ相續開始前ニ在ルト其後ニ在ルトハ直ニ權利ノ消長ニ關係アルモノトス生兒ノ嫡出子タルヤ否ヤヲ定ムルコトニ付テハ各國ノ立法例ハ出生ノ時ヨリ一定ノ期間ヲ定メ生兒ハ其間ニ懷胎セラレタルモノト推定スルヲ常トスルカ故ニ(八二〇條佛民三二二條乃至三二五條伊民一六〇條獨民二五九二條)問題ノ解決ハ困難ニ非スト雖相續開始ノ時ニ於テ既ニ懷胎セラレタルヤ否ヤニ付テハ諸國ノ民法ハ多クハ何等ノ推定ヲ設ケザルヲ以テ若嫡出子ニ關スル法定ノ推定ヲ此場合ニ適用スルコトヲ得ルニ非サレハ問題ヲ決定スルハ容易ニ非ス獨逸民法第一五九二條ハ親族ニ關スル章中ニ規定セラレ而モ其條文ハ廣ク懷胎期ノ何レニ在ルヤニ付テ規定スルカ故ニ之ヲ以テ總テノ場合ニ適用セラレヘキモノト解スルニ於テ何等ノ妨ナシト雖我民法第八二〇條及佛民法第三二二條乃至第三二五條伊民法第一六〇條ハ專子カ婚姻中ニ懷胎セラレタルヤ否ヤニ關シテ規定シタルモノナルカ故ニ子カ相續開始ノ時ニ於テ懷胎セラレタルヤ否ヤノ問題ニ適用スルコトヲ得ルヤ否ヤハ頗疑ハシキモノナリト謂ハサルヘカラス故ニ佛國ニ於ル學者ノ議論ハ此間

民法ハ胎兒ノ利益ヲ保護スルニ付テハ之ヲ以テ既ニ生レタルモノト看做スト謂フカ如キ廣汎ナル規定ヲ設ケスト雖胎兒ノ利益ヲ保護スヘキ場合ニ於テハ特ニ之カ規定ヲ爲シ(七二一條八三一條一〇六五條)特ニ第九六八條第一項ニ於テハ「胎兒ハ家督相續ニ付テハ既ニ生レタルモノト看做ス」コト爲シタルヲ以テ相續開始ノ時ニ於テ既ニ懷胎セラレタル以上ハ尙母ノ體內ニ在ル者ト雖法律ノ假定ニ依リ出生シタル者ト同視セラレ家督相續人タル權利ヲ有スルモノナリ故ニ予カ相續開始ノ時ニ於テ未タ出生セザル者ハ家督相續人タルコトヲ得スト謂ヒシハ相續開始當時ニ在テ法律上ノ出生ヲモ爲サザル者即未懷胎セラレザル者ハ家督相續人タルコトヲ得ストノ意義ヲ有スルモノト解セザルヘカラス

題ニ對シ積極消極折衷ノ三說ニ分レタリ積極論者ハ二箇ノ場合ハ共ニ同一ノ推定ヲ適用スヘキ理由ヲ有スルカ故ニ之ヲ其一ニ適用シテ他ノ一ニ適用セサルハ立法ノ精神ニ反スト主張シ消極論者ハ法律ノ推定ハ嚴正ニ解釋スルコトヲ要ス之ヲ敷衍スヘカラスト論難シ折衷論者ハ相續權ニ關スル問題カ嫡出子ニ關スル問題ニ關聯シテ起リタルトキ例之父ノ死亡後二百九十九日目ニ出生シタル子ニ相續權アリヤ否ヤヲ定ムヘキ場合ニ於テハ嫡出子ナルヤ否ヤノ問題ト相續權アリヤ否ヤノ問題トヲ分離シテ觀察スルコト能ハサルカ故ニ前者ニ適用セラレタル推定ハ自ラ後者ニ適用セラレサルヲ得ス反之相續權ニ關スル問題カ嫡出子ニ關スル問題ト獨立シテ生シタルトキ例之兄ノ死亡後二百九十九日目ニ生レタル弟カ相續權ヲ有スルヤ否ヤヲ定ムヘキ場合ニ於テハ經令弟カ嫡出子タルコト確定スルモ之カ爲ニ其弟ハ兄ノ死亡ノ際ニ懷胎セラレタルモノト見ルヘキ證據ト爲ルヘキモノニ非サルヲ以テ法律カ前者ノ爲ニ設ケタル推定ハ之ヲ後者ニ引用スルコトヲ得サルモノト爲セリ我民法ハ兄弟ヲ以テ當然相續權ヲ有スルモノト爲ササルカ故ニ我民法ノ下ニ於テハ積極消極兩說中ニ於テ其一ヲ選フノ外折衷說ヲ唱フルノ必要ナシ而シテ嚴正ニ論スルトキハ Bandy 氏ノ主張スル如ク消極說ヲ以テ法律解釋ノ當ヲ得タルモノト爲ササルヘカラサルヲ以テ予ハ此說ニ左祖スルモノナリ但消極說ヲ取ルモ事ノ實際ニ於テハ積極說ヲ取ルト其結果ヲ異ニセス何トナレハ法律ノ推定ナキ以上ハ裁判官ノ事實ノ推定ニ依ラサルヘカラス而シテ嫡出子ニ關スル法律ノ推定ニシテ懷胎ニ關スル醫學上ノ真理ニ基クモノタル以上ハ裁判官ハ法律ノ推定トシテ之ヲ適用セサルモ事實ノ推定トシテ自ラ之ニ依ラサルヲ得サルヘキヲ以テナリ法律カ胎兒ヲ以テ既ニ生レタルモノトシテ其相續權ヲ認メタルハ胎兒ハ早晚事實ノ出生ニ因リ獨立ノ人格ヲ有スルニ至ルヘキヲ以テ豫其利益ヲ保護シタルナリ即法律カ胎兒ノ相續權ヲ認メタルハ其獨立

ノ人格ヲ有スルニ至ルコトヲ條件トスルモノナリ故ニ胎兒ニシテ死體ニテ生レ嘗一日モ獨立ノ存在ヲ有スルコトナキトキハ法律ノ與ニタル利益ナル推定ハ其效ヲ失ヒ相續ニ付初ヨリ何等ノ關係ナカリシモノト爲ルヘキモノトス(九六八條二項)佛民法ニ於テハ胎兒ヲ以テ既ニ生レタルモノト看做スニハ(一)生存シテ出生スルコト (Birth) (二)生存シ得ヘキカヲ備ヘテ出生スルコト (Living) ノ二條件ヲ要スト爲シタリ生存シテ出生スルモ生存シ得ヘキカヲ備ヘサルトキハ死體ニテ生レタルト殆選フ所ナキカ故ニ佛民法カ此二條件ヲ必要トシタルハ理論ニ於テ間然スル所ナシ然レトモ生兒カ生存シ得ヘキカヲ備フルヤ否ヤヲ定ムルハ極テ難事ニ屬スルカ故ニ如此規定ハ時ニ紛争ヲ生スルノ因ト爲ルヘシ故ニ伊民法ハ疑アル場合ニ於テハ生存シテ出生シタル證據アル者ハ生存シ得ヘキカヲ備ヘタルモノト推定シ以テ紛争ヲ防止セントセリ獨逸法系ノ立法例ハ更ニ一步ヲ進メ胎兒ハ生存シテ出生スルノ一事ニ因リ其相續權確定スルモノト爲シ其生存シ得ヘキカヲ備ヘテ出生シタルヤ否ヤハ之ヲ問ハス我民法ノ規定ハ獨逸法系ノ立法例ト其趣ヲ一ニスルモノナリ

第二 家督相續人タルモノニ法律上ノ資格ナキコトヲ要ス

被相續人又ハ相續ノ先順位者ニ對シ極惡ノ罪行ヲ犯シタルモノヲシテ平然トシテ相續人ノ人格ヲ承繼スルコトヲ得セシムルコトハ獨道義ノ觀念ニ悖反スルノミナラス若如此非行ヲ爲シタル者ヲシテ尙且相續ヲ爲スコトヲ得セシムルトキハ多クノ場合ニ於テハ行爲者ハ非行ノ目的ヲ達スルコトト爲リ品性ノ下劣ナル徒輩ハ時ニ相續權ノ實行ヲ速ナラシムルカ爲メ敢テ如此非行ヲ企テ至ルナキヲ保セス又相續ニ關スル遺言ハ直ニ人ノ相續權ノ消長ニ影響スルモノナルカ故ニ相續ニ付テハ遺言者ノ真意ヲ托ケテ遺言ノ利益ヲ享ケ又ハ其不利益ヲ避ケントスルコト往往ニシテ吾人ノ常見スル所ナリ而シテ



此種ノ非行ハ元來相續上ニ於ル利益ナル地位ヲ獲得セントスルニ起因スルモノナルカ故ニ各國ノ民法ハ其規定ニ多少ノ相違アリト雖大體ニ於テハ被相續人ニ對シ極惡メ罪行ヲ犯シタル者又ハ被相續人ノ遺言ノ自由ヲ妨ケタル者ヲ相續ヨリ排斥シテ不正ノ慾望ヲ達セシメス依テ以テ犯罪誘起ノ源泉ヲ杜塞セントコトヲ力メタリ我民法モ亦此例ヲ蹈襲シ家督相續人ニシテ一定ノ非行ヲ爲シタルトキハ其資格ヲ喪失スヘキモノト爲シタルヲ以テ家督相續人タルニハ法律ノ定メタル缺格ノ事由ナキコトヲ要スルモノナリ

(甲) 缺格ノ事由 缺格ノ事由ハ掲ケテ第九六九條ノ各號ニ在リ其規定左ノ如シ
第九六九條 左ニ掲ケタル者ハ家督相續人タルコトヲ得ス

- 一 故意ニ被相續人又ハ家督相續ニ付キ先順位ニ在ル者ヲ死ニ致シ又ハ死ニ致サントシタル爲メ刑ニ處セラレタル者
- 二 被相續人ノ殺害セラレタルコトヲ知リテ之ヲ告發又ハ告訴セザリシ者但犯罪ニ是非ノ辨別ナキトキ又ハ殺害者カ自己ノ配偶者若クハ直系血族ナリシトキハ此限ニ在ラス
- 三 詐偽又ハ強迫ニ因リ被相續人カ相續ニ關スル遺言ヲ爲シ、之ヲ取消シ又ハ之ヲ變更スルコトヲ妨ケタル者
- 四 詐偽又ハ強迫ニ因リ被相續人ヲシテ相續ニ關スル遺言ヲ爲サシメ、之ヲ取消サシメ又ハ之ヲ變更セシメタル者
- 五 相續ニ關スル被相續人ノ遺言書ヲ偽造、變造、毀滅又ハ藏匿シタル者

右ニ罪ケタル事由ノ其一アルトキハ家督相續人ハ其資格ヲ喪失スルモノトス然レトモ元來第九六九條

ハ人ノ失權ニ關スル規定ナルカ故ニ之ヲ解釋スルニハ嚴ニ明文ニ依據スルコトヲ要ス精神ヲ推シテ之ヲ敷衍スヘカラス予ハ少シク進テ之カ細說ヲ試ミント欲ス

(一) 第九六九條第一號ノ事由 第九六九條第一號ハ被相續人又ハ家督相續ニ付先順位ニ在ル者ヲ殺害シ又ハ殺害セントシタル極惡ノ徒ヲ相續ヨリ排斥セントスルモノナリ相續ノ先順位者ヲ殺害セントシタル者ヲ總テ家督相續ヨリ排斥スル立法上ノ當否ハ暫之ヲ措キ同號ノ事由ニ因リ家督相續上缺格者ナリト爲スニハ左ノ三項ニ悉該當スル場合ニ限ルモノトス

(イ) 被相續人又ハ相續ノ先順位者ヲ死ニ致シ又ハ死ニ致サントシタルコト 死ニ致シ又ハ死ニ致サントストハ行爲者カ單獨ニ又ハ他人ト共ニ如此行爲ヲ爲スコトヲ謂フモノナルカ故ニ被相續人又ハ相續ノ先順位者ヲ死ニ致シ又ハ死ニ致サントシタル者ノ犯罪ヲ幫助シ之ヲ容易ナラシメタル者即從犯者ハ第九六九條第一號ニ依リ家督相續人タル資格ヲ失フモノニ非ス然レトモ他人ヲ殺害シテ如此犯罪ヲ爲サシメタル者ハ刑法上正犯タルヘキモノニシテ其行爲タル自ラ手ヲ下シタル者ト選フ所ナキカ故ニ殺害者カ同號ノ規定ニ依リ家督相續人タルコト能ハサルハ論ヲ須ダス

佛伊等ノ民法ニ於テハ條文上明ニ死刑又ハ重罪ノ刑ニ處セラルヘキ犯罪アリトシテ被相續人ヲ報告シタル者ヲ相續上ノ缺格者ト爲スコトヲ定ム我民法ニハ如此明文ナシ故ニ死刑ニ處セラルヘキ犯罪アリトシテ被相續人又ハ相續ノ先順位者ヲ報告シタル者ハ之ヲ以テ被相續人又ハ相續ノ先順位者ヲ死ニ致サントシタル者トシテ家督相續上ノ缺格者ト爲スヘキヤ否ヤハ我民法ノ下ニ於テハ一ノ問題ナリ裁判所ハ事實ノ真相ヲ審查シテ判決ヲ與フルモノナルヲ以テ必シモ告訴又ハ告發ノ目的トスル刑罰ヲ科スルモノニ非スト雖報告ノ目的ハ被相續人ヲシテ報告セラレタル犯罪ニ相當スル刑罰ヲ受

ケシメントスルニ在ルカ故ニ被相續人又ハ相續ノ先順位者ニ死罪アリト認告シタル者ハ之ヲ死ニ致サントシタル者ト爲スニ於テ何妨アルヲ見ス故ニ如此認告者ハ我民法ニ於テハ第九六九條第一號ノ適用ヲ受タル者ト謂ハサルヘカラス

(ロ) 故意アリタルコト 故意トハ殺害スルノ意思アリタルコトヲ謂フ故ニ過失ニ因リ被相續人又ハ相續ノ先順位者ヲ死ニ致シタル者ハ家督相續權ヲ失ハス又被相續人又ハ相續ノ先順位者ヲ毆打シ因テ

之ヲ死ニ致シタル者モ亦之ヲ殺害スルノ意思ナキヲ以テ第九六九條第一號ノ範圍外ニ屬ス他人ヲ殺サントシテ誤テ被相續人又ハ相續ノ先順位者ヲ殺シタル者ハ如何此場合ニ於テハ行爲者ニ殺害ノ意思アリタルコトハ明ナリ然レトモ第九六九條第一號ハ「故意ニ被相續人又ハ家督相續ニ付キ先順位ニ在ル者ヲ死ニ致シ」タル場合ニ適用セラルヘキモノナルヲ以テ同號ノ所謂「故意」トハ單ニ人ヲ殺スノ意思アルヲ以テ足レリトセズ必キ被相續人又ハ相續ノ先順位者ヲ殺スノ意思ナカルヘカラス故ニ誤殺ノ場合ニ於テハ同號ヲ適用スルコト能ハサルモノトス

(ハ) 刑ニ處セラレタルコト 被相續人又ハ相續ノ先順位者ヲ殺害シ又ハ殺害セントシタルモ刑ニ處セラレザリシトキハ家督相續人ハ其相續權ヲ失ハス故ニ如此非行ヲ爲シタル者カ刑法不論罪ノ場合ニ該當スルトキ公訴ノ時効ニ罹リタルトキ處刑前ニ死亡シタルトキ又ハ大赦ニ遭ヒタルトキハ家督相續人タルコトヲ妨ケラルルモノニ非ス然レトモ死刑ニ處セラレタル以上ハ之ニ因テ家督相續人タル資格ヲ喪失スルモノニシテ其刑ニ服シタルトモ否トハ問フ所ニ非ス故ニ有罪ノ判決確定後刑ノ時効ニ罹リ又ハ特赦ニ遭フモ之ニ因テ相續權ノ回復ヲ生セズ

(二) 第九六九條第二號ノ事由 被相續人ノ横死ヲ見テ最深ク感動セラルヘキ相續人ニシテ被相續人ノ

殺害セラレタルコトヲ知リナカラ冷然トシテ他人ノ事ヲ觀ルカ如ク之カ告訴又ハ告發ヲ爲ササル者ハ殺害ナル行爲ヲ喜フ者カ又ハ之ヲ認容スル者カ若クハ少クトモ變死者ニ同情ヲ有スルコト其薄キ者ニシテ其心事タル頗惡ムヘシ特ニ如此徒輩ノ中ニハ往往ニシテ自ラ犯罪ヲ幫助シ之ヲ懲惡シ又ハ之ヲ放

事由ニ因リ家督相續權ヲ喪失スルニハ左ノ六項ニ悉該當セサルヘカラス

(イ) 殺害セラレタル者カ被相續人ナルコト 故ニ家督相續ニ付先順位ニ在ル者カ殺害セラレタル場合ニ於テ之ヲ告訴又ハ告發セサルモ相續權ヲ失フモノニ非ス

(ロ) 殺害ナル事實ヲ知リタルコト 事實ヲ知ラサル者ハ告訴又ハ告發ヲ爲スニ由ナキ者ナルカ故ニ知ラサルカ爲ニ爲ササル者ニ付テハ失權ナルコトヲ生セズ

(ハ) 告訴又ハ告發ヲ爲ササルコト 告訴又ハ告發ト自首トハ全ク別事ナリ故ニ自ラ殺害行爲ヲ爲シタル者カ其犯罪ヲ自首セサルモ之ヲ以テ告訴又ハ告發ヲ爲ササルモノト爲スヘカラス隨テ被相續人ヲ

殺害シタル者ト雖第九六九條第一號ノ規定ニ該當セサル以上ハ其犯罪ヲ自首セザリシノ故ヲ以テ同條第二號ニ依リ相續權ヲ失ハシメラルモノニ非ス

(ニ) 殺害ナル事實ヲ告訴又ハ告發セサルコト 告訴又ハ告發ヲ爲スニハ殺害ナル事實アリタルコトヲ

申出ツレハ足レリ加害者ノ何人ナルヤハ之ヲ申出ツコトヲ要セズ

(ホ) 相當ノ期間内ニ告訴又ハ告發ヲ爲ササルコト 法律ハ告訴又ハ告發ヲ爲スヘキ期間ヲ定メタルヲ

以テ解釋上ハ相當ノ期間内ニ告訴又ハ告發ヲ爲ササル場合ニ於テ始テ失權アルモノト爲ササルヘカ

ラス而シテ相當ノ期間内ニ告訴又ハ告發ヲ爲サザリシヤ否ヤハ事實ノ問題ナルカ故ニ争アルトキハ



裁判官ノ認定ニ依ラサルヘカラス

(ハ) 事實カ官ノ知ル所ト爲ラサル場合ニ於テ告訴又ハ告發ヲ爲ササルコト 相續人カ事實ヲ知リタル時既に他人ニ於テ告訴又ハ告發ヲ爲シタルカ又ハ檢事若クハ司法警察官カ事實ヲ了知シタルトキハ相續人ハ更ニ告訴又ハ告發ヲ爲ササルモ之ニ因テ相續權ヲ失ハス第九六九條第二號ハ告訴又ハ告發ヲ爲スニ實益アル場合ニ於テ之ヲ爲ササル者ヲ責ムルモノニシテ既に其要ナキニ至リタル場合ニ於テ之ヲ爲ササルコトハ同號ノ問フ所ニ非ス

(ト) 法定又ハ指定ノ家督相續人若クハ之ニ準スヘキ者カ告訴又ハ告發ヲ爲ササルコト 第九六九條ハ其各號ニ掲グル者ハ家督相續人タルコトヲ得サルコトヲ定ムルカ故ニ單ニ條文ニ據テ解釋スルトキハ同條各號ニ該當スル者ハ其事由ノ發生シタル當時ニ於テハ未家督相續人タラザリシ者ト雖同條ノ規定ニ依リ家督相續人ト爲ルコト能ハサルニ至リタル者ト爲ササルヘカラス隨テ同條第二號ニ該當スル者ハ他日之ヲ選定シテ家督相續人ト爲サントスルモ同號ノ規定ハ之ヲ許ササルモノト爲ササルヘカラス然レトモ元來同號ノ如キ規定ヲ設ケタル所以ノモノヲ案スルニ其精神ハ被相續人ノ人格ヲ承繼スヘキ地位ニ在ル相續人ニシテ其横死ヲ見テ之ヲ官ニ告ケサルカ如キ人情ニ反スル心事ヲ有スル者ヲ相續ヨリ排斥スルニ在ルカ故ニ被相續人横死ノ當時未相續人タル地位ニ在ラサル者ノ如ク其横死ヲ告ケサルモ必スシモ之ヲ以テ人情ニ反スト見ルヘカラサル者ニ對シテ迄相續權ヲ拒否スルコトハ同號規定ノ趣旨ニ非ス故ニ同號ハ法定又ハ指定ノ家督相續人若クハ第九八二條ノ各號ニ掲グル者カ被相續人ノ殺害セラレタルコトヲ知リテ之ヲ告訴又ハ告發セサル場合ニ於テ適用セラルヘキモノニシテ其他ノ者カ被相續人ノ横死ヲ告發セサル場合ニハ同號ノ適用ナキモノト爲スコト同號規定

ノ精神ニ適合スルモノト謂ハサルヘカラス但同號ニ該當スヘキ佛國民法第七二七條ニハ明ニ成年ノ相續人ニシテ被相續人ノ變死ヲ知り之ヲ裁判所ニ告發セサル者ハ相續ヨリ除外セラルヘキコトヲ規定スルニ拘ラス我民法第九六九條第二號ハ特ニ相續人又ハ之ニ準スヘキ者ノミ適用スヘキモノナルコトヲ明言セザリシハ予ノ遺憾トスル所ナリ

被相續人ノ殺害セラレタルコトヲ知リテ告知ナカク之ヲ告訴又ハ告發セサル者ヲシテ相續權ヲ有セシメタルハ殺害行為ヲ喜フカ又ハ之ヲ認容スルカ若クハ之ニ因テ感動セラレサルカ如キ者ヲシテ被害者ノ相續人ト爲ラシムルハ道義ノ許ササル所アルヲ以テナリ隨テ殺害行為ヲ告訴又ハ告發セザリシコトカ之ヲ喜ビ又ハ之ヲ認容シ若クハ之ニ因リテ感動セラレサルニ非サリシ場合ニ於テハ相續權ノ喪失ヲ生セシムヘキモノニ非サルコト論ヲ俟タス故ニ被相續人ノ殺害セラレタルコトヲ知ル者カ左ノ場合ニ該當スルトキハ之ヲ告訴又ハ告發セサルモ家督相續人タル資格ヲ害スルモノニ非ス

(イ) 是非ノ辨別ナキトキ 幼者又ハ心神喪失者ノ如キ是非ヲ辨別スルコト能ハサル者ハ判斷ノ能力ナキモノナルヲ以テ被相續人ノ殺害セラレタルコトヲ知テ之ヲ告訴又ハ告發セサルモ相續權ヲ喪失セズ但法律ハ是非ノ辨別ナキトキニ關シテノミ例外ヲ設ケルヲ以テ未成年者ト雖是非ヲ辨別スル力アル者ハ告訴又ハ告發ヲ爲スノ責ヲ免レヌ又禁治産者カ心神ヲ回復シタル時ニ於テ被相續人ノ變死ヲ知り之ヲ告訴又ハ告發セザリシトキハ相續權ヲ失フモノトス

(ロ) 殺害者カ自己ノ配偶者又ハ直系血族ナリシトキ 自己ノ配偶者又ハ直系血族カ犯罪ヲ爲シタル場合ニ於テ之カ告訴又ハ告發ヲ爲ササルハ人情ノ自然ニシテ之ヲ責ムルハ酷ナリ故ニ加害者カ自己ノ配偶者又ハ直系血族ナリシトキハ犯罪ノ告訴又ハ告發ヲ爲ササルモ之ニ因テ相續人タルコトヲ失



ハス但相續權ニ付争アル場合ニ於テ殺害ノ事實ヲ告訴又ハ告發セザリシ者カ其配偶者又ハ直系血族カ加害者ナリシコトヲ理由トシテ其相續權ヲ失ハサリシコトヲ主張セントセハ忽其最愛ノ者ヲシテ刑事ノ被告人ト爲ラシムルノ恐アルカ故ニ加害者ノ何人タルヤカ既ニ裁判所ニ於テ知ラセラレタルトキ又ハ犯罪行為カ既ニ公訴ノ時効ニ罹リタルトキノ外ハ此例外規定ノ適用ヲ見ルコトハ實際ニ於テハ甚稀ナルヘシ

養子ト養親及其血族トハ血族ニ非ス繼父母ト繼子ト又ハ嫡母ト庶子トモ亦然リ然レトモ養子ト養親及其血族トノ間ニ於テハ養子縁組ノ日ヨリ血族間ニ於ルト同一ノ親族關係ヲ生スルヲ以テ(七二七條)親族關係ニ依リ法律上ノ効力ヲ定ムヘキ場合ニ於テハ養子及其直系卑屬ト養親及其直系尊屬トハ常ニ之ヲ以テ直系血族ト爲ササルヘカラス隨テ被相續人ヲ殺害シタル者カ養親又ハ養子ナリシ場合ニ於テ養子又ハ養親カ其事實ヲ告訴又ハ告發セサルモ第九六九條第二號但書ニ依リ家督相續權ヲ喪失セサルモノトス繼父母ト繼子トノ間又ハ嫡母ト庶子トノ間ニ付テハ法律ハ之ヲ以テ親子間ニ於ルト同一ノ親族關係ヲ生スルモノト爲シ(七二八條)養子ト養親及其血族トノ間ニ關スル場合ノ如ク之ヲ以テ血族間ニ於ル親族關係ヲ生スト爲サスト雖直系血族タル親子ノ間ニ於テハ其犯罪ヲ告訴又ハ告發セサルモ之ニ因リ相續權ヲ失フコトナシトセハ之ト同一ノ親族關係ヲ生スル繼父母ト繼子トノ間又ハ嫡母ト庶子トノ間ニ於テモ亦其犯罪ヲ告訴又ハ告發セサルコトハ相續權喪失ノ原因ト爲ラササルモノト爲ササルヘカラス故ニ第九六九條第二號ノ適用ニ於テハ繼父母ト繼子トノ間又ハ嫡母ト繼子トノ間ハ之ヲ以テ直系血族ナリト論斷セサルヲ得ス

(三) 第九六九條第三號ノ事由 詐偽又ハ強迫ニ因リ被相續人カ遺言ヲ爲サントスルヲ防止シ又ハ其既

ニ爲シタル遺言ノ取消若クハ變更ヲ爲サントスルヲ妨礙スル者ハ多クハ之ニ因テ自己ノ欲望ヲ達セントスル者ナルヲ以テ法律ハ如此者ノ家督相續權ヲ剝奪シ以テ其非望ヲ抑止セントシタリ第九六九條第三號ノ事由ニ因リ家督相續權ヲキ者ト爲スニハ左ノ二項ニ該當スルコトヲ明ニセサルヘカラス

(イ) 被相續人カ相續ニ關スル遺言ヲ爲シテ取消シ又ハ之ヲ變更スルコトヲ妨ケタルコト 第九六九條第三號ニ依リ相續權ヲキモノト爲スニハ被相續人カ遺言ヲ爲シ又ハ之ヲ取消シ若クハ之ヲ變更スルコトヲ妨ケタルコトナカルヘカラスハ勿論其妨ケタル所ノモノハ相續ニ關スル遺言ナラサルヘカラス推定家督相續人ノ廢除及廢除ノ取消、家督相續人ノ指定及指定ノ取消ニ關スル遺言カ相續ニ關スルモノタルコトハ何等ノ疑ヲ容レズ私生子ノ認知及養子縁組ニ關スル遺言カ相續ニ關スルモノナルヤ否ヤハ問題ナリ然レトモ私生子ノ認知又ハ養子縁組ハ家督相續人ノ順位ヲ變更シ又ハ家督相續人タラサル者ヲシテ家督相續人タラシムルモノナルヲ以テ相續ニ關スル遺言ナルヤ否ヤニ至テ遺贈ヲ受ケタルハ相續ヲ爲スニ非サルカ故ニ遺贈ヲ爲スノ遺言カ相續ニ關スル遺言ナルヤ否ヤニ至テハ最疑フヘシ然レトモ遺贈ハ相續財產ノ負擔タルヘキモノナルヲ以テ遺贈ヲ爲スノ遺言ハ相續財產ヲ減スルノ遺言ナリ故ニ遺贈モ亦相續ニ關スル遺言ナリトシテ不可ナキモノナリト信ス

第九六九條第三號ハ單ニ「相續ニ關スル遺言」ト言フカ故ニ被相續人カ未ダ主タラサル時ニ於テ遺產相續ノ相續分ニ關シテ遺言ヲ爲シ又ハ之ヲ取消シ若クハ之ヲ變更セントスルニ當リ詐偽又ハ強迫ニ因リ之ヲ妨ケタル者ハ同號ニ依リ家督相續人タルコトヲ得サルカ如シト雖同條ハ家督相續人ノ資格ニ付テ規定スル條文ナルカ故ニ同條ノ所謂「相續」トハ家督相續ヲ指稱スルモノト解スルヲ以テ適當トス隨テ遺產相續ニ於ル相續分ニ關スル遺言ニ關シテ妨害ヲ爲シタル者ハ同條第三號ニ依リ家督相



續人タル資格ヲ失フモノニ非スト謂ハサルヘカラス

(ロ) 妨害カ詐偽又ハ強迫ニ因ルコト 被相續人カ遺言ヲ爲シ又ハ之ヲ取消シ若クハ之ヲ變更セントスルヲ妨ケタル者ト雖其妨害カ詐偽又ハ強迫ニ因ルニ非サレハ家督相續人タルコトヲ失ハス故ニ被相續人カ遺言ヲ爲シ又ハ之ヲ取消シ若クハ之ヲ變更スルコトヲ以テ然ルヘカラスト爲シ之ヲ禁止シタル者又ハ不注意ニ因リ事實ヲ誤リ告ケ之ニ因テ被相續人ヲシテ遺言ヲ爲シ又ハ之ヲ取消シ若クハ之ヲ變更スルコトヲ中止セシメタル者ハ第九九條第三號ニ該當セサルモノトス

(四) 第九九條第四號ノ事由 第九九條第四號ノ事由ハ詐偽又ハ強迫ニ因リ被相續人ヲシテ相續ニ關スル遺言ヲ爲サシメ之ヲ取消サシメ又ハ之ヲ變更セシメタルコトニ在ルモノニシテ前項ノ事由ト表裏ヲ爲スモノナリ相續權喪失ノ原因トシテ前項ノ事由ヲ認ムル以上ハ亦此事由ヲモ認メサルヘカラスルコトハ當然ノ事ナリ

(五) 第九九條第五號ノ事由 前二項ノ事由ハ被相續人ヲ要シテ其遺言ニ關スル自由ヲ妨害シタルコトニ係ルモノナリ本號ノ事由ハ被相續人ヲ要スルニ非サルモ既ニ作成シタル其遺言書ヲ偽造、變造、毀滅又ハ藏匿スルモノニシテ惡意ヲ以テ遺言者ノ真意ヲ害セントスルノ點ニ於テハ前二項ノ事由ト異ナルコトナシ故ニ法律ハ之ヲ同ク相續權喪失ノ一原因ト爲シタルナリ

(乙) 缺格ノ效力 家督相續ノ缺格者ハ家督相續人タルコトヲ得サルカ故ニ缺格ノ效力ハ一言ニシテ謂ヘハ缺格者ハ家督相續ヲ爲スコト能ハスト云フニ在リ然レトモ如此ハ殆言說ヲ要セサル所ニシテ予ノ茲ニ論セントスル所ノモノニ非ス予カ缺格ノ效力トシテ茲ニ論斷セントスル所ノモノハ實ニ缺格者ヲ家督相續ヨリ排斥スルニハ特ニ之ニ付テ裁判所ノ判決ヲ受クルコトヲ要スルヤ否ヤノ問題即是ナリ

獨逸民法ハ明ニ其裁判所ノ判決ヲ受クルコトヲ要スルコトヲ定ムト雖(獨民二三四〇條二三四二條)我民法及佛伊ノ民法ハ如此明文ヲ設ケス然レトモ佛國ニ於ル判決例及學者ノ多數ハ相續上ノ缺格ハ裁判所ノ判決アルニ非サレハ生スルモノニ非スト爲セリ其論據トスル所ヲ見ルニ左ノ二點ニ歸スルカ如ク

(1) 佛國舊法ニ於テハ裁判所ノ判決ヲ必要トシタリ而シテ現行民法ハ之ニ付テ何等規定スル所ナシ故ニ現行法ハ舊法ノ慣例ヲ蹈襲スルモノト謂ハサルヘカラス

(ロ) 缺格ノ事由中被相續人ノ殺害セラレタルコトヲ知リテ告訴又ハ告發ヲ爲ササルコトハ裁判所ノ認定アルニ非サレハ其有無ヲ定ムルコト能ハス故ニ此事由ニ付テハ裁判所ノ判決ヲ俟テ始テ缺格者ト爲スヘキヤ否ヤヲ定ムヘキモノトス法律カ定メテ以テ缺格ノ事由ト爲スモノノ中其一ニシテ既ニ裁判所ノ判決ヲ要スルモノトセハ其他ノ事由ニ付テモ同ク裁判所ノ判決ヲ要スト爲ササルヘカラス何トトレハ原則ハ常ニ同一ナラサルヘカラサルヲ以テナリ

右ノ論斷ハ我民法ノ下ニ於テモ亦之ヲ主張スルコトヲ得ルヤ否ヤ予ハ佛國民法ノ解釋トシテモ右ノ論據ヲ以テ頗薄弱ノモノト爲スモノナリ特ニ我民法ノ下ニ於テハ決シテ如此議論ヲ爲スコト能ハスト爲スモノナリ請ノ少シク進テ論スル所アラシメヨ第九九條ハ其各號ニ掲グル者ヲ以テ家督相續人タルコトヲ得サルコトヲ定ム故ニ缺格ノ事由アル者カ相續人タルコトヲ得サルハ法律ノ定ムル所ニシテ裁判所ノ決スヘキ所ニ非ス是缺格ニ付裁判所ノ判決ヲ要セスト爲ス理由ノ第一ナリ我舊法ニ於テハ官ニ申請シテ廢嫡ヲ爲スコトヲ得ルノ制ヲ認メタルコトハ事實ナリ然レトモ廢嫡トハ民法ノ所謂相續人ノ廢除ニ相當スルモノニシテ法律ノ定メタル缺格ト同一ノモノニ非ス缺格ナルモノハ民法カ新ニ規定



シタル事項ニ係ルカ故ニ其效力ニ就テハ舊法ノ慣例ヲ引用スルコト能ハス況舊法ノ認メタル廢嫡ニ付
 テモ官ノ許可ヲ受タルヲ要シタル迄ニシテ裁判所ノ判決ヲ受タルヲ要セザリシニ於テオキ是缺格ニ付
 裁判所ノ判決ヲ要セスト爲ス理由ノ二ナリ事實ノ有無ヲ決スルハ裁判官ノ認定ニ依ラサルヲ得スト雖
 事實ニ基テ法律上ノ效力ヲ論スルハ一ニ法律ノ規定ニ依テ之ヲ決セサルヘカラス第九九條ハ其各號
 ニ掲グル者ヲ以テ相續人タルコトヲ得スト爲スカ故ニ其各號ニ掲グル事由アリキ否ヤノ事實問題ハ裁
 判官ノ認定ニ依ラサルヘカラスト雖事實ニ争ナキ場合ニ於テハ其法律上ノ效力ニ付テハ裁判官ノ判決
 ヲ俟テ始テ之ヲ定ムヘキモノニ非ス事實認定ノ困難ナル爲メ特ニ裁判官ヲ煩ハスコトアルノ故ヲ以テ
 其法律上ノ效力モ亦裁判官ノ決スル所ナリト爲スハ是事實問題ト法律問題トヲ混同スルモノニシテ取
 ルニ足ラサルノ議論ナリ是缺格ニ付裁判所ノ判決ヲ要セスト爲ス理由ノ第三ナリ我民法ハ相續人ノ缺
 格ニ付テハ裁判所ノ判決ニ依ルヘキコトヲ定メサルニ反シ相續人ノ廢除ニ付テハ特ニ裁判所ノ判決ニ
 依ラサルヘカラスナルコトヲ定ム同ク相續人ヲシテ相續權ヲ喪失セシムル事項ニシテ其一ニ付テハ裁判
 所ノ判決ヲ要スルコトヲ規定シ他ノ一ニ付テハ之ヲ規定セサルヲ以テ觀ルトキハ其特別ノ規定ナキモ
 ノハ裁判所ノ判決ヲ要セスト爲スノ意ナリト解スヘキコト比較解釋上當然ノ事ト爲ス缺格ニ付裁判所
 ノ判決ヲ要セスト爲ス理由ノ第四ナリ予ハ以上ノ理由ニ由リ我民法ハ相續人ノ缺格ニ付テハ裁判所ノ
 判決ヲ受タルコトヲ要セスト爲スモノナリト信ス但事實ノ有無ニ付争アル場合ニ於テハ裁判所カ事實
 ノ有無ヲ決定シ其結果トシテ相續權ノ有無ヲ判決スヘキハ勿論ナリトス
 第九九條ノ各號ニ掲グル者ハ裁判所ノ判決ヲ俟テ法律上當然相續人タルコトヲ得サルモノナルカ
 故ニ被相續人ト雖之ヲシテ相續權ヲ有セシムルコト能ハス故ニ被相續人カ其非行ヲ有恕スヘキ意思ヲ

トヲ得ヘク又支拂人ノ爲ニ支拂ヲ爲スコトヲ得ヘク又償還義務者ノ爲ニ償還ヲ爲スコトヲ得ルモノナ
 リ(民四七四條)然レトモ此等ノ支拂ハ參加支拂ト云フヲ得サルナリ民法上ノ第三者ノ爲ス辨濟ト參加
 支拂トノ差異ヲ舉クレハ左ノ如シ

(イ) 參加支拂ニ依テハ參加支拂人ハ新ニ手形上ノ權利ヲ取得スルモノナレトモ(五一三條)民法上
 ノ支拂ニ於テハ第三者ハ債權者ニ地位シテ之カ權利ヲ承繼スルニ過キサルナリ(四九九條五〇〇條
 五〇一條)

(ロ) 民法上ノ第三者ノ辨濟ハ當事者カ豫之ヲ禁止スルコトヲ得ルモノナレトモ參加支拂ハ豫之ヲ
 禁止スルコトヲ得サルナリ

(ハ) 民法上ノ第三者ノ辨濟ハ若其第三者カ利害ノ關係ヲ有セサルモノナルトキハ債務者ハ其辨濟
 ヲ拒ムコトヲ得ルモノナレトモ參加支拂ニ於テハ被參加人ハ參加ヲ妨グルコトヲ得サルモノナリ
 (ニ) 民法上ノ第三者ノ爲ス辨濟ニ在テハ債權者カ之ヲ受クルコトヲ拒ムト雖其債權者ハ遲滯ノ責
 ニ任スルニ過キサルモノナレトモ(民四一三條)債權者カ參加支拂ヲ拒ミタルトキハ被參加人及其後
 者ニ對スル手形上ノ權利ヲ失フモノナリ(五〇九條)

(ホ) 民法上ノ第三者ノ爲ス辨濟ハ支拂拒絶前ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ得レトモ參加支拂カ支拂拒
 絶後爲サレサルヘカラスハ既ニ之ヲ述ヘタル所ナリ

(ニ) 民法上ノ第三者ノ爲ス辨濟ハ支拂拒絶證書作成期間經過後ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ得レトモ
 參加支拂ハ此期間經過後ニハ之ヲ爲スコトヲ得サルナリ(「レーマン」、「レーバイン」、「スタウプ」、「バ
 ルンスタイン」、「グリュンフォート」反對)「コザック」何トナレハ支拂拒絶證書作成期間經過後ニ於テ

0201

ハ所持人ハ何人ニ對シテモ任意ニ償還請求權ヲ行使スルコトヲ得ル地位ニ立ツモノナルカ故ニ參加ニ依テ其行使ヲ妨クルコトヲ得ヘカサルカ故ナリ

(五) 參加支拂ノ目的ハ償還請求權ノ行使ヲ止ムルニ在ルカ故ニ此目的ニ反スル參加支拂ハ無効ナラサルヘカラス隨テ通常ノ支拂ニ於テハ一部ノ支拂ハ所持人ノ拒ムコトヲ得サレトモ參加支拂ニ於テハ一部ノ支拂ヲ拒ムコトヲ得ルモノナリ唯既ニ一部ノ支拂アリタル後ニ於テハ其殘額ニ對スル參加支拂ハ勿論有效ナリ

第二項 參加支拂ノ拒否

參加支拂ハ豫備支拂人之ヲ爲スコトアリ又參加支拂人之ヲ爲スコトアリ又其何レニモ非サル者之ヲ爲スコトアリ其何レノ場合ニ於テモ所持人ハ參加支拂ヲ拒ムコトヲ得サルモノナリ所持人カ支拂拒絶證書作成期間内ニ豫備支拂人及參加引受人ニ對シテ參加支拂ヲ求ムヘク若クモ其豫備支拂人ヲ指定シタル者又ハ被參加人及其後者ニ對スル手形上ノ權利ヲ失フヘキコトハ前述シタル所ナルカ(五〇八條)所持人ハ豫備支拂人又ハ參加引受人ニ非サル者ノ參加支拂ト雖之ヲ拒ムコトヲ得サルモノナリ若クモ拒ミタルトキハ被參加人及其後者ニ對スル手形上ノ權利ヲ失フモノナリ(五〇九條)是參加引受ノ場合ト異ナレル點ナリ蓋參加引受ニ在テハ信用ナキ者ノ參加引受ノ爲ニ所持人カ擔保ノ請求權ヲ失フモノトセハ所持人ノ利益ヲ害スルモノナレトモ參加支拂ニ在テハ所持人ハ支拂ヲ受クルモノナレハ何人ヨリ之ヲ受クルモ別ニ利害ヲ異ニスルモノニ非ス故ニ法律ハ所持人カ參加支拂ヲ受クルノ義務ヲ認メタルモノナリ英、獨、佛其他各國法ハ此點ニ付テハ殆皆一致セリ

參加支拂ヲ爲サントスル者數人アルトキハ所持人ハ最多數ノ者ヲテ債務ヲ免レシムル效力ヲ有スル支拂ヲ受クルコトヲ要スルモノナリ(五一〇條)此點ニ付テモ英、獨、佛以下多數ノ法律ハ皆一致セリ而シテ豫備支拂人又ハ參加引受人ニ非サル參加支拂人カ被參加人ヲ示ササルトキハ其支拂ハ支拂人ノ爲ニ爲サレタルモノト看做ス(五一一條)此規定ノ立法上不當ナルコトハ既ニ述フル所ナリ

第三項 參加支拂ノ態様

參加支拂ハ手形及參加支拂アリタル旨ヲ記載セシメタル支拂拒絶證書ト引換ニ爲サルモノナリ參加支拂人ハ其參加支拂ニ依テ其手形ヲ取得シ其手形ノ所有權ヲ取得スルニ依テ手形上ノ權利ヲ有スルニ至ルモノナリ(五一二條五、三條)

第四項 參加支拂ノ效力

- (一) 參加支拂ニ依テ所持人ハ支拂ヲ受ケ其權利ハ消滅ニ歸スルモノナリ
- (二) 參加支拂ニ依テ被參加人ノ後者ハ其償還義務ヲ免レ償還ノ請求ヲ受クルコトナキト同時ニ償還ノ請求ヲ爲スコトナキ狀態ニ至ルモノナリ
- (三) 參加支拂ニ依テ參加支拂人ハ引受人、被參加人及其前者ニ對スル所持人ノ權利ヲ取得スルモノナリ(五一三條)英、佛、獨其他多數ノ法律ハ之ト同様ノ趣旨ノ規定ヲ爲セリ參加支拂人ハ所持人ノ權利ヲ取得スルモノナルカ故ニ引受人ニ對シテ手形金額及費用ヲ請求スルコトヲ得ヘク被參加人及其前者ニ對シテハ償還ヲ請求シ得ヘシ而シテ此參加支拂人ノ權利ハ參加支拂ヲ爲シテ手形ヲ取得スルニ依テ新



取得スル、獨立ノ手形上ノ權利ニシテ所持人ノ權利ヲ承繼スルモノニ非サルナリ、故ニ引受人等カ所持人ニ對シテ有セシ人の抗辯ハ之ヲ以テ參加支拂人ニ對抗スルコトヲ得サルナリ(「ゴールドシュミット」「フォルトマール」レグイー「カニスタイン」「スタウプ」「グリニフット」「ベルンスタイン」)第五一三條ニ所持人ノ權利ヲ取得ストアルハ一見所持人ノ有セシ權利ヲ承繼シ取得スルカ如シト雖實ハ所持人ノ有セシ手形上ノ權利ト同一ノ權利ヲ取得スルノ趣旨ナリ恰運送品カ到達地ニ達シタル後ハ荷受人ハ運送契約ニ依テ生シタル荷受人ノ權利ヲ取得ストアルハ(三四三條)荷受人カ獨立ニ荷送人ト同一ノ權利ヲ取得スル趣旨ト同一ナリ今第五一三條ヲ以テ第四六三條ニ被裏書人ハ裏書人ノ有シタル權利ノミヲ取得ストアリ又第四九條ニ所持人カ主タル債務者ニ對シテ有セシ權利及主タル債務者カ其前者ニ對シテ有スヘキ權利ヲ取得ストアルヲ對照シテ之ヲ見ルトキハ法律ノ精神カ前述ノ如クナルコトヲ付度スルヲ得ヘシ

第九節 拒絕證書

拒絕證書(Rechnung)トハ手形上ノ權利ノ行使又ハ保全ニ必要ナル行為ヲ爲シタルコト及其行為ノ結果ヲ證明スルモノ唯一ノ要式的證券ヲ謂フ

- (一) 拒絕證書ハ手形上ノ權利ノ行使又ハ保全ニ必要ナル行為ヲ爲シタルコト及其行為ノ結果ヲ證明スルモノナリ我商法カ其作成ヲ認ムル場合ヲ舉クレハ左ノ如シ
- (イ) 引受拒絕ノ場合ノ拒絕證書(四六七條四七二條四七五條)
- (ロ) 一覽後定期拂手形ニ於テ引受ノ日附ヲ記載セサル場合ノ拒絕證書(四六七條)

- (ハ) 引受人破産ノ宣告ヲ受ケ擔保ヲ供セサル場合ノ拒絕證書(四八〇條)
- (ニ) 支拂拒絕ノ場合ノ拒絕證書(四八二條四八七條四九〇條)
- (ホ) 豫備支拂人カ參加引受ヲ拒絕シタル場合ノ拒絕證書(五〇〇條)
- (ヘ) 參加引受アリタル場合ノ拒絕證書(五〇四條)
- (ト) 豫備支拂人又ハ參加引受人カ參加支拂ヲ拒絕シタル場合ノ拒絕證書(五〇八條)
- (チ) 參加支拂アリタル場合ノ拒絕證書(五一二條)
- (リ) 複本ノ一通ノ所持人カ引受ノ爲ニ送付シタル他ノ一通ノ返還ヲ得サル場合ノ拒絕證書(四二一條)

(ス) 際本ノ所持人カ元本ノ返還ヲ得サル場合ノ拒絕證書(五二四條)

- (二) 拒絕證書ハ證明ノ爲ニスル證券ナリ故ニ拒絕證書ハ法律關係ヲ證明スルニ止リ新ニ權利義務ヲ設定スルモノニ非ス又拒絕證書ハ證明ノ證券ナルヲ以テ反證ヲ許スヘキモノナリ例之支拂拒絕證明ノ作成アルモ支拂ノ爲ニスル示ナキコトノ證明アルトキハ償還請求權ヲ行使スルコトヲ得サルナリ若前者カ如此場合ニ償還ヲ爲シタルトキハ非償ノ辨濟ニ依ル償還權ヲ行使スルコトヲ得ルモノナリ
- (三) 拒絕證書ハ證明ノ爲ノ證券タルニ過キサレトモ證明ノ爲ノ唯一ノ證券ナリ我商法ハ拒絕證書ノ作成ヲ以テ及權行使ノ條件トセリ他ノ證券ヲ以テ之ニ代ヘテ事實ヲ證明シ又之カ足ラサル所ヲ補フコトヲ得サルナリ獨逸手形法ノ如キハ拒絕證書カ單ニ證明ノ具タルニ過キヌシテ他ノ證券ヲ以テ之ニ代ヘ得ル場合ヲ認ムレトモ我商法ハ如此場合ヲ認メサルナリ
- (四) 拒絕證書ハ要式的ノ證券ナリ其之ニ記載スヘキ事項ハ法律ニ之ヲ定ム其一ヲ缺クモ拒絕證書ハ其

0203

效力ヲ有セサルニ至ルモノナリ

拒絶證書ニ記載スヘキ事項ハ左ノ如シ(五一五條)

(一) 爲替手形其原本及補箋ニ記載シタル事項此記載ヲ爲スニハ必シモ手形ノ原狀ト同ク謄寫スルコトヲ要セサルナリ(大審院判決録八輯六卷一四六頁)

(二) 拒絶者及被拒絶者ノ氏名又ハ商號

(三) 拒絶者ニ對シテ爲シタル請求ノ趣旨及拒絶者カ其請求ニ應セザリシコト又ハ拒絶者ニ面會スルコト能ハサリシ理由

(四) 前號ノ請求ヲ爲シ又ハ之ヲ爲スコト能ハサリシ地及年月日

(五) 拒絶者ノ營業所住所又ハ居所カ知レサル場合ニ於テ其他ノ官署又ハ公署ニ問合ヲ爲シタルコト(四四二條)

(六) 法定ノ場所外ニ於テ拒絶證書ヲ作ルトキハ拒絶者カ之ヲ承諾シタルコト(四四二條)

(七) 參加引受又ハ參加支拂アルトキハ參加ノ種類及參加人並ニ被參加人ノ氏名又ハ商號(五〇四條五一二條)

(八) 公證人又ハ執達吏ノ署名 拒絶證書ハ公證人又ハ執達吏カ之ヲ作成スヘキモノナルカ故ニ其作成シタル者ハ之ニ署名セサルヘカラス

拒絶證書ハ手形上ノ權利ノ行使又ハ保全ノ條件タル重要ナル證券ナルカ故ニ公證人又ハ執達吏ニ限リ之ヲ作成スヘキモノトセリ而シテ公證人又ハ執達吏カ之ヲ作成スルハ勿論手形所持人ノ請求ニ因ラ之ヲ爲スモノナリ然レトモ公證人又ハ執達吏カ拒絶證書作成ノ依頼ヲ受ケタルトキハ正當ノ理由ナクシ

テ之ヲ拒ムコトヲ得ス(執達吏規則一〇條)外國法ニ於テモ拒絶證書ノ作成ハ概公ノ信用アル機關トシテ之ヲ司掌セシム唯英法ニ於テハ公證人ヲ呼寄スルコトヲ得タル場合ニ限り引受又ハ支拂ノ拒絶セラレタル場所ノ住人カ公證人二人ノ立會ヲ得テ之ヲ作ルコトヲ得ヘキ旨ヲ定ム
公證人又ハ執達吏カ拒絶證書ヲ作リタルトキハ其帳簿ニ其證書ノ全文ヲ記載スルコトヲ要ス拒絶證書滅失シタルトキハ利害關係人ハ其原本ヲ請求シ得ヘキモノニシテ此原本ハ前ノ拒絶證書ト同一ノ效力ヲ有スルモノナリ(五一七條)多數ノ外國法ニ於テ拒絶證書ノ全文ヲ記載スヘキ帳簿ハ別ニ之ヲ作成スヘキモノトセリ學者ハ之ヲ稱シテ拒絶證書帳簿(Protestbook)ト謂ヘリ我商法ノ解釋トシテハ特別ノ帳簿ヲ作ル必要ナキカ如シ

數人ニ對シテ手形上ノ請求ヲ爲シ之ニ付拒絶證書ヲ作ラシムルトキハ其請求ノ數ニ應シテ拒絶證書ヲ作ラシムルコトヲ必要トセスシテ一通ノ拒絶證書ヲ作ルヲ以テ足レリトス(五一六條)獨、匈、瑞、蘭法等亦同シ佛、伊、西法等ハ必一通ノ拒絶證書ヲ以テスヘキコトトセリ

第十節 複本及謄本

第一款 複本

第一 複本ノ利害 複本(Duplicate)トハ一箇ノ手形ニ付テ發行セラレタル數通ノ證券ヲ謂フ此數通ノ證券ハ共同シテ一箇ノ手形ヲ爲スモノナレトモ其各通ノ證券ハ獨立シテ手形タルノ用ヲ爲スモノナリ故ニ複本ニ依テ手形ノ喪失ヨリ生ズル不利益ヲ除クコトヲ得ルモノナリ即遠隔ノ地殊ニ外國ニ手形ヲ送付スル場合ノ如キハ相次テ各通ノ手形ヲ送付スルトキハ其一通喪失スルモ他ノ一通ヲ以テ權利ヲ行

フノ便アリ又或ハ引受ヲ求メ或ハ手形ノ金額ノ取立ヲ爲サシムル爲ニ一通ヲ他ニ送ル場合ニ於テモ其喪失ヲ憂ヘス安シク之ヲ爲スコトヲ得是複本ノ制度カ殆各國ニ於テ採用セラレタル一理由ナリ
複本ノ他ノ效用ハ手形ノ流通ヲ助ケルノ點ニ在リ支拂人ノ住所地カ遠隔ノ地ニ在ルトキハ引受ヲ求ムル爲ニ手形ヲ送付スルハ其往復ニ要スル數多ノ日數ノ間ハ手形ノ流通ヲ妨ケルモノナリ又一覽後定期拂手形又ハ一覽後定期拂手形ニ於テハ一定ノ期間内ニ手形ヲ呈示スルノ要アルモノナリ又一覽後定期拂手形ニ在テハ可成速ニ引受ヲ求メテ満期日ヲ定ムルノ必要アリ此等ノ場合ニ於テハ複本アルトキハ所持人ハ其一通ヲ以テ引受ヲ求メ同時ニ他ノ一通ヲ他人ニ讓渡シ以テ手形ノ流通ヲ圖ルコトヲ得ルモノナリ

複本ノ利益ハ以上述フルカ如ク大ナレトモ複本ノ所持人カ各通ヲ別別ニ數人ニ讓渡スルトキハ一箇ノ手形ニ付テ數人ノ所持人ヲ生スル危險ナキニ非ス然レトモ其利害ヲ比較スルニ其利益ハ勿論其害ヨリ大ナルカ故ニ各國法ハ概複本ノ制度ヲ認ムルナリ

第二 複本ノ意義 複本トハ一箇ノ手形ニ付發行セラレタル數通ノ手形證券ヲ謂フ故ニ複本ノ場合ニ於テハ數通ノ證券ハ總テ皆證券ニシテ其間ニ正副主従ノ區別アルコトナシ「カンスタイン」ノ如キハ複本ヲ以テ贖本ト同ク元手形ノ代用物ト謂フモ是明ナル誤謬ナリ又「スタウブ」ノ如キハ複本ナル語ノ意義ヲ原手形以外ノ第二以下ノ證券ヲ指スモノノ如ク定義スレトモ多數學者ハ複本アル場合ニハ其數通ノ手形ハ何レモ皆複本ト看做セリ我簡法ノ複本ナル語ヲ用ヒタルモ亦後説ノ意味ニ用ヒタルカ如シ
複本ハ數通アルモノニ依テ數箇ノ手形成立シテ數箇ノ手形上ノ義務存在スルモノニ非ス數通カ合同シテ一箇ノ手形上ノ債務ヲ負フモノナリ故ニ振出人又ハ裏書人ハ數通ノ複本ニ署名ト雖一箇ノ義務ヲ

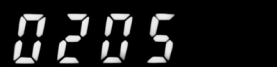
負フニ過キヌ又一通ニ爲サレタル引受ニ因テ擔保請求權ハ消滅ニ歸スルモノナリ又一通ニ爲サレタル支拂ニ因リ他ノ數通ハ效力ヲ失ヒ償還請求權ハ消滅ニ歸スルモノナリ(五二〇條)然レトモ複本ニ

依テ數箇ノ手形上ノ債務カ發生スルモノニ非サルコトニ付テハ例外アリ

(一) 裏書人カ各別ニ數通ニ裏書シタルトキハ各通ニ付テ獨立シテ責任ヲ負ハサル(カラス)(五二〇條二項)其各別ニ數通ニ裏書シタルトキハ錯誤ニ出テタルト惡意ニ基キタルト問ハサルナリ蓋此場合ニハ其裏書人及其後者ニ付テハ複本タルノ形式アリト雖複本タルノ實質ハ消滅セルモノニシテ實ハ數箇ノ獨立ノ手形行爲アリタルモノト謂フコトヲ得ヘキモノナレハナリ故ニ各通ノ所持人ハ其各別ニ裏書ヲ爲シタル裏書人及其後者ニ對シテハ他ノ複本ト牽聯セスシテ獨立ニ擔保請求權又ハ償還請求權ヲ行フコトヲ得ヘキモノナリ然レトモ其各別ニ裏書ヲ爲シタル裏書人ノ前者カ後ニ至リ各別ノ裏書アリタル故ヲ以テ數箇ノ義務ヲ負フニ至ラサルコトハ勿論ナリ

(二) 支拂人ハ數通ノ複本アル場合ニ於テ其一通ニ支拂ヲ爲スニ依テ手形上ノ責任ヲ免ルルコトヲ得ルモノナレトモ既ニ複本ノ一通ニ付テ引受ヲ爲シタルトキハ其引受ヲ爲シタル一通ニ對シテ支拂ヲ爲スコトヲ要スルモノナリ引受ナキ一通ニ對シテ支拂ハ引受アルモノノ效力ヲ消滅シセザルモノナリ(五二〇條)一項但書蓋引受ハ各通ニ付テ之ヲ爲スヘキモノトセハ複本ヲ認メタル利便ハ没却セラルヘキヲ以テ引受ハ複本ノ一通ニ之ヲ爲スヘキモノトスルコトヲ要スルナリ既ニ一通ニ之ヲ爲スヘキモノトセハ其引受ヲ爲シタル一通ヲ引換ニ爲スヘキモノトスルハ第三者ニ對スル保護上避クヘカラサル所ナリ

(三) 支拂人カ數通ニ引受ヲ爲シタルトキハ其各通ニ付テ手形上ノ責任ヲ負フモノトス(五二〇條二項)



蓋引受ナルモノハ以上述アルカ如ク一通ニノ爲スヘキモノトスル以上、數通ニ引受ヲ爲シタルトキハ數箇ノ手形ノ引受ヲ爲シタルト同一ノ效力ヲ生スルハ當然ナリ

複本ハ數通合同シテ一箇ノ手形ヲ爲スモノナレトモ其各通ハ獨立シテ手形タルノ效力ヲ有スルモノニシテ一通ノ所持人ハ其一通ヲ以テ手形上ノ權利ヲ行フコトヲ得ルモノナリ故ニ一通ニ依テ引受又ハ支拂ヲ求ムルコトヲ得ルモノニシテ敢他ノ數通ヲ示シ又ハ他ノ數通ノ所在ヲ告グルコトヲ要セザルナリ然レトモ一通ノ所持人カ其一通ニ依リ權利ヲ行フコトヲ得ルハ其一通ニ手形行爲アルカ故ナリ故ニ所持人ノ權利ハ其所持スル一通ノ文言ニ依リ定ムヘキモノニシテ所持人ハ其一通ニ署名シタル者ノミニ對シテ其一通ヲ以テ權利ヲ行使スルコトヲ得ルモノナリ故ニ引受人參加引受人又ハ保證人ニ對シテ權利ヲ行使セントスルトキハ其一通ニ此等ノ者ノ署名アルコトヲ要スルナリ其他ノ一通ニ此等ノ者ノ署名アルモ其一通ニ之ナキトキハ其一通ヲ以テ權利ヲ行使スルコトヲ得ザルナリ又裏書人ニ付テモ他ノ一通ニ或裏書人ノ署名アリテ其一通ニハ之ナキトキハ其署名ナキ一通ヲ以テ其裏書人ニ對スル權利ヲ行使スルコトヲ得ザルモノナリ

第三 複本ノ形式 複本ハ合同シテ一箇ノ手形ヲ爲スモノナルカ故ニ複本ノ記載ハ互ニ相一致セザルヘカラス若各通カ其内容ヲ異ニセルトキハ複本タルノ效力ナク隨テ之ニ署名シタル者ハ其文言ニ從ヒ各別ニ責任ヲ負ハサルヘカラス然レトモ記載カ致セザルヘカラストハ「フォルクマル、レウイ」曰フ如ク絕對ニ一致セルコトヲ要セス例之複本ノ一通ニ誤字略字アリテ而モ其意味ヲ害セザルトキハ複本タルコトヲ妨ケザルナリ然レトモ又「レイバイン」曰フ如ク重要ナル文言ノ一致セザルヲ以テ是レリトセス其各通カ同一ノ手形ナルコト明ナル程度ニ於テ一致セザルヘカラス(「バレンスタイン」)

「スタクブ」ハ記載カ故意ニ異ニセラレタルモノト認ムヘキトキハ複本タルノ効ナキモノト説明セリ

複本ハ其複本タルコトヲ示スヘキ記載ヲ爲スコトヲ要スルナリ(五一九條)蓋複本ハ數通カ合同シテ一ノ手形ヲ爲スニ過キスシテ各通カ獨立ノ手形トシテ發行セラルルニ非ザルヲ以テ法律ハ各通ニ其意味ヲ表示スヘキ記載ヲ爲スヘキコトヲ命シタルモノナリ若此記載ヲ爲サザルトキハ其各通ハ獨立ノ手形トシテ其效力ヲ有スルモノナリ(五一九條)之ニ署名シタル振出人又ハ裏書人ハ善意ノ取得者ニ對シテハ其各通ニ爲シタル署名ニ付ノ各別ニ責任ヲ負擔セザルヘカラス

複本ニ其複本タルコトヲ示スニハ通常第一號第二號第三號等ノ文字ヲ以テスルコトヲ常トス然レトモ我商法ハ別ニ複本タルコトヲ示スノ形式ニ付テ制限ヲ定メザルナリ獨逸手形法ハ必第一號(Primus)第二號(Seconda)第三號(Tertia)等ノ文字ヲ以テ複本タルコトヲ示スヘキモノトセリ又佛、西、蘭其他ノ數國法ニ於テハ他ノ複本ニ對シテ支拂ナキトキハ此手形ニテ支拂ハレ度旨ノ文句ヲ記載スヘキコトヲ規定セリ英法ニ於テモ複本ニハ番號ヲ付シ且如此文句ヲ記載スルコトヲ要スルモノノ如シ

第四 複本ノ交付請求 複本ノ交付ハ手形ノ所持人カ其振出人ニ對シテ之ヲ請求スルコトヲ得ルモノナリ而シテ之ヲ請求センニハ先自己ノ直接ノ前者ニ請求シ其前者ハ又更ニ自己ノ直接ノ前者ニ請求シ如此シテ振出人ニ至ルモノナリ故ニ受取人カ複本ノ交付ヲ求ムルトキハ直ニ振出人ニ對シテ之ヲ請求スルコトヲ得レトモ被裏書人カ之ヲ求ムルトキハ自己ノ前者ヲ經由セザルヘカラス振出人カ複本交付ノ請求ヲ受ケタルトキハ之ヲ作成シテ受取人ニ交付スヘキモノニシテ受取人ハ之ニ裏書ヲ爲シテ其被裏書人ニ交付シ其被裏書人ハ更ニ之ニ裏書シテ之ヲ自己ノ後者ニ交付シ如此シテ所持人ニ至ルヘキモノナリ之ニ依テ各裏書人ハ複本ノ各通ニ其裏書ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ(五一八條)



複本ノ交付請求權ハ法律ノ規定ニ依リ與ヘラルル所ナリ故ニ振出人カ受取人トノ間ニ於テ手形豫約ニ依テ複本ノ交付ヲ爲サルヘキコトヲ約スルト雖其特約ヲ以テ第三者ニ對シテ複本ノ交付ヲ得ス振出人カ之カ交付ヲ拒ミタルトキ又ハ裏書人カ後者ノ交付ノ請求ニ應セサルトキハ損害賠償ノ責任ヲ負フヘキモノナリ而シテ此複本交付ノ請求權ハ手形法ノ定ムル所ニシテ即手形法上ノ權利ナレトモ所謂手形上ノ權利ニ非スシテ爲替訴訟ニ依テ之ヲ主張スルコトヲ得ヘキモノニ非ス

複本ノ數ニハ限アルコトナシ通常ハ三通以下ナレトモ三通以下タルヘキコトヲ要セサルナリ西、蘭法ハ三通以下タルヘキモノトシ又「ゴールドシュミット」、「カンスタイン」ハ三通以下タルヘキコトヲ主張スレトモ此說ハ獨逸法ノ解釋トシテハ誤ナリト信ス唯獨逸法ノ解釋トシテハ裏書人タル所持人カ請求スルコトヲ得ヘキ複本ノ數ハ一通以上タルコトヲ得スト曰フ者アリテ此說ハ多少ノ根據ヲ有スルモノナリ「ゴールドシュミット」、「スタウプ」反對說「ベルンスタイン」、「グリュンフト」複本ノ交付ニ因テ生スル費用ハ何人カ之ヲ負擔スヘキモノナリヤト曰フモ複本ノ請求ハ其請求ヲ爲ス所持人カ自己ノ利益ノ爲ニスルモノナルカ故ニ請求者カ之ヲ負擔スト爲スヲ通説トス而シテ佛、白西、斯法等ハ明文ヲ以テ之ヲ定ム

複本請求ノ時期ニ付テモ亦制限ナシ故ニ滿期日以後ニ於テ之カ請求ヲ爲シ得ヘキハ勿論既ニ手形上ノ權利カ手續ノ欠缺ニ依テ消滅シタル後ニ於テモ尙之ヲ請求シ得ヘキモノナリ即所持人ハ此複本ヲ以テ利得償還請求ノ用ニ供シ得ヘキモノナリ又手形カ喪失セラレタルトキニ於テモ之ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノナリ「反對說「ヨールー」、「ザルンブルグ」」是佛、蘭西法ノ解釋トシテモ明ナル所ナリ英法ニ於テハ手形カ喪失セラレタルトキハ擔保ヲ供シテ複本ヲ請求スヘキモノナリ

第五 引受ノ爲ニスル複本ノ送付 複本ノ所持人カ引受ヲ求ムル爲メ其一通ヲ交付シタルトキハ他ノ各通ニ其送付先ヲ記載スルコトヲ要スルモノナリ此送付先ノ記載アル手形ノ所持人ハ引受ヲ求ムル爲ニ送付シタル一通ノ手形ヲ受取リタル者ニ對シテ其返還ヲ請求スルコトヲ得ルモノナリ若其者カ之ニ返還セサル場合ニ於テ所持人カ前者ニ對シテ擔保又ハ償還ノ請求ヲ爲スニハ拒絕證書ニ依テ其返還ヲ得サル事實及他ノ一通又ハ數通ノ手形ヲ以テ引受又ハ支拂ヲ受クルコト能ハサリシコトヲ證明スルコトヲ要スルモノナリ(五二條)

複本ノ返還ヲ受クルコト能ハサル事實ヲ以テ遡求權行使ノ條件ト爲スハ其返還セラレサル一通ニ對シテ引受又ハ支拂ヲ爲スコトアルヲ以テナリ然レトモ複本ニ他ノ一通ノ送付先ノ記載ナキトキハ所持人ハ其返還ヲ請求シ得サルモノニシテ隨テ所持人ハ拒絕證書ニ依リ自己ノ所持スル手形ニ依テ引受又ハ支拂ヲ得サリシコトヲ證明スルノミニ依リ其遡求權ノ行使ヲ爲シ得ルモノナリ此場合ニ於テハ前者ハ不利益ヲ被ルコトアルヘケレトモ是送付先ノ記載ヲ怠リタル結果ニシテ止ムラ得サルナリ 複本返還ノ請求權ハ複本交付ノ請求權ト同ク手形法上ノ權利ナレトモ手形上ノ權利ニ非サルナリ

第二款 贈本

贈本(Konje)ノ效用ハ複本ノ效用ノ一部分ト同ク即手形流通ヲ助タルニ在テ存ス即引受ノ爲ニ手形ヲ送付シタル場合ニ於テ之カ贈本ヲ作成シ之ニ原本ノ送付先ヲ記載シテ其贈本ニ裏書スルニ依テ手形ヲ他人ニ讓渡スルコトヲ得ルモノナリ其他一部ノ支拂ノ場合ニ於テモ贈本ヲ作成スル必要アルモノナリ(四八四條)然レトモ贈本モ亦複本ト同ク各別ニ之ヲ數人ニ讓渡シテ其贈本ヲ讓受人ヲ害スルノ危険ナ

贈法手形 本論 爲替手形 複本及贈本



キニ非ス外國法中獨、匈、西、斯法等ハ明文ヲ以テ贋本ヲ認ム佛、白法等ハ明文ナキニモ拘ラス學說之ヲ認ム然ルニ北米合衆國ニ於テハ之ヲ認メサルナリ又英法ニ於テモ贋本ノ制度ヲ認ムル國ニ於テ贋本カ作成セラレ且裏書セラレタル場合ニ限リ之ニ爲シタル裏書ヲ認ムヘキモノナレトセリ

贋本ハ複本ト異ナリ所持人カ隨意ニ之ヲ作成シ得ヘキモノナレトモ(五二二條二項)所持人カ之ヲ作成シタルノミニテハ何等法律上ノ效力アルモノニ非ス之ニ裏書ヲ爲スニ至テ始テ其效力ヲ生スルモノナリ即贋本ニ爲シタル裏書ハ原本ニ爲シタル裏書ト同ク手形讓渡ノ效力ヲ生スルモノナリ故ニ贋本ノ效力ハ之ニ爲シタル裏書ノ效力ナリ裏書ノ效力ヲ除キテ贋本ノ效力ナシト謂フヲ得ヘシ

贋本ハ複本ノ如ク其レ自體ニ於テ手形タルノ效力ナシ唯裏書ニ依ラ之ヲ取得シタル者ハ原本返還ノ請求權ヲ有スルモノニシテ原本ヲ取得スルニ因テ手形上ノ權利ヲ行フコトヲ得ルモノナリ(五二三條)即附隨シテ保證ヲ爲スコトヲ得ルモノナレトモ其他ノ行為ヲ爲スコトヲ得サルナリ假令之ニ引受ヲ爲スモ引受タルノ效力ナキモノナリ又贋本ニハ之ヲ作成シタル者及其後者カ署名スルモノニシテ前者ハ之ニ署名スルコトナキモノナリ前者ノ署名ハ贋寫ニ過キサルナリ又贋本ニ依ラハ其贋本ニ署名シタル裏書人ニ對シテ遡求權ヲ行使シ得ヘキモノニシテ其他ノ手形上ノ權利ハ原本ノ返還ヲ得テ始テ之ヲ行使スルコトヲ得ヘキモノナリ故ニ若原本ノ返還ヲ得サルトキハ贋本ニ裏書ヲ爲シタル者ノミニ對シテ權利ヲ主張シ得ヘキモノニシテ贋本作成者ノ前者又ハ支拂人若クハ引受人ニ對シテ權利ヲ主張スルコトヲ得サルナリ

贋本ニハ原本ニ記載シタル事項ヲ記載セサルヘカラス然レトモ其記載ハ原本ノ贋本ナルコト明ナルニ

於テハ原本ノ文言ト多少ノ相違アルヲ妨ケスト謂フヲ通説トス而シテ贋本ニ於テハ原本ヲ贋寫シタル部分ト贋本ニ記載シタル事項ト區別スルコトヲ要ス(五二二條二項)若此區別ヲ示ササルトキハ全部カ贋本ト看做サルヘキモノニシテ即法律上ノ意義ニ於テ贋本ナキニ至ルモノナリ「フォルトマル」ケル「グイー」スタウブ「ベルンスタイン」若此區別ヲ示スヘキ文言モ贋本ナルコトヲ示スヘキ文言モ其ニ其記載ナキトキハ贋本ハ獨立ノ手形ト看做サルヘキモノニシテ直ニ之ニ署名シタル者ハ偽造手形ニ署名シタル者ト同ク獨立ノ責任ヲ負フヘキモノナリ又所持人カ引受ヲ求ムル爲ニ原本ヲ送付シタル場合ニ於テハ其贋本ニ原本ノ送付先ヲ記載スルコトヲ要スルモノナリ(五二三條一項)若此記載ヲ爲ササルトキハ贋本ノ所持人ハ原本ノ返還請求權ヲ有セサルモノニシテ隨テ第五二四條ノ規定ニ依リ擔保又ハ償還ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルモノニシテ畢竟スルニ何等手形上ノ權利ヲモ有セサルモノナリ獨逸法ニ於テハ反之元本送付先ノ記載ヲ缺クモ贋本ノ手形上ノ效力ヲ害セサルモノトセリ

引受ヲ求ムル爲ニ原本ヲ送付シタル場合ニ於テハ送付先ノ記載アル贋本ノ所持人ハ原本ヲ受取リタル者ニ對シテ其返還ヲ求ムルコトヲ得ルモノナリ(五二三條二項)此原本返還請求權モ亦手形法上ノ權利ニシテ手形上ノ權利ニ非サルナリ而シテ元本ヲ受取リタル者カ之ヲ返還セザル場合ニ於テ贋本ノ所持人カ拒絕證書ニ依テ其實質ヲ證明スルトキハ贋本ニ署名シタル者ニ對シテ擔保ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ又贋本ニ記載シタル満期日到来シタル後ニ於テハ償還ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ(五二四條)此場合ニ於テ複本ノ場合ノ如ク其贋本ヲ以テ引受又ハ支拂ヲ求ムルコトヲ條件ト爲ササル所ハ贋本ニ依テ引受又ハ支拂ヲ求ムルコトヲ得サルノ性質上當然生スヘキ結果ナリ



第三章 約束手形

約束手形ハ爲替手形ト同ク手形ナリ唯之ト異ナル所ハ爲替手形ニ在テハ發行者ハ第三者ヲシテ一定ノ金額ヲ支拂ハシムヘキ旨ヲ約スルモノナレトモ約束手形ニ在テハ自ラ一定ノ金額ヲ支拂フヘキコトヲ約スルモノナリ故ニ爲替手形ニハ振出人受取人以外ニ支拂入アルコトヲ要シ其支拂入カ手形上ノ主タル義務者ト爲ル爲ニ引受ナル手形行爲ヲ要スルモノナリ然ルニ約束手形ニ在テハ振出人受取人以外ニ支拂入ナク隨テ引受ナル行爲アルコトナシ又從テ引受ノ拒絕ニ基テ擔保請求アルコトナシ而シテ約束手形ニ於テ振出人ハ爲替手形ノ振出人トハ異ナリ自ラ手形金額ヲ支拂フ爲スコトヲ約スルモノナルカ故ニ手形ノ主タル義務者ニシテ其地位ハ爲替手形ノ引受人ニ相當スルモノナリ

以上述ヘタル如ク爲替手形ト約束手形トノ間ニハ大ナル差異アレトモ此二者ハ等ク手形ニシテ其裏書支拂、償還請求、保證、參加、支拂拒絕證書等ニ付テ爲替手形ニ關スル規定ヲ殆皆之ヲ約束手形ニ準用シ得ヘキモノルナカ故ニ法律ハ約束手形ニ付テハ數條ノ規定ヲ爲スニ止メ他ハ爲替手形ニ關スル規定ヲ準用セリ此點ニ於テハ我商法ノ規定ハ略獨逸手形法ト其趣旨ヲ一ニス英佛法ノ如キハ特定ノ事項ヲ舉ケ條文ヲ指示セシメテ爲替手形ニ關スル規定ハ一般ニ約束手形ニ準用アルヘキモノト定ム外國法中露國ノ新手法ハ先約束手形ニ關スル規定ヲ設ケ爲替手形ニハ大體ニ於テ之ヲ準用スヘキモノトセラルモ其他ノ諸國ハ概爲爲替手形ニ關スル規定ヲ約束手形ニ準用スヘキモノトセリ如此約束手形ニ關スル規定ハ大體ニ於テ爲替手形ニ關スル規定ト同一ナルカ故ニ以下二者ノ異ナル點ニ付說明シ其他ノ說明ハ之ヲ省略スヘシ

第一 約束手形ノ要件ハ第五二五條之ヲ定ム即左ノ如シ

- (一) 其約束手形タルコトヲ示スヘキ文字(四四五條一號參照)
- (二) 一定ノ金額(四四五條二號參照)
- (三) 受取人ノ氏名又ハ商號(四四五條四號參照) 約束手形ニ於テハ振出人カ自己ヲ受取人ト定ムル場合即所謂自己指圖ノモノヲ認メサルナリ(四四七條參照)蓋自己指圖ノ爲替手形ハ振出人カ手形ヲ交付スルニ先チ引受ヲ求ムル場合ニ必要アルモノナレトモ約束手形ニ付テハ引受ノ制度ナク隨テ如此變例ヲ認ムル必要ナキカ故ナリ
- (四) 單純ナル支拂ノ約束(四四五條五號參照)
- (五) 振出ノ年月日(四四六條六號參照)
- (六) 一定ノ滿期日 滿期日ノ種類ハ爲替手形ト異ナル所ナシ(二五九條四五〇條四五一條)然レトモ約束手形ニハ引受ノ爲ニスル呈示ナキカ故ニ一覽後定期拂ノ約束手形ニ付テハ其滿期日ヲ定ムル爲メ呈示ヲ爲スヘキ期間ニ關シテ特別ノ規定ヲ設ケルノ要アリ即一覽後定期拂ノ約束手形ノ所持人ハ其日附ヨリ一年內ニ振出人ニ手形ヲ呈示スルコトヲ要スルモノナリ但振出人ハ之ヨリ短キ呈示期間ヲ定ムルコトヲ得ルモノナリ所持人カ此呈示ヲ爲ササルトキハ振出人以外ノ前者ニ對スル手形上ノ權利ヲ失フモノナリ(五二七條)唯リ振出人ハ爲替手形ノ引受人ト同ク手形ノ主タル債務者ナルカ故ニ此呈示ナキノ理由ヲ以テ其責ヲ免レサルモノトス而シテ所持人カ一覽後定期拂ノ約束手形ヲ呈示シタル場合ニ於テ振出人カ呈示ヲ受ケタル旨又ハ其日附ヲ約束手形ニ記載セザリシトキハ所持人ハ呈示期間內ニ拒絕證書ヲ作ラシムルコトヲ要スルナリ此場合ニ於テハ其拒絕證書作成ノ日ヲ以テ

呈示ノ日ト看做スモノナリ所持人カ拒絕證書ヲ作ラシメタルトキハ振出人以外ノ前者ニ對スル手形上ノ權利ヲ失フモノナリ又振出人カ呈示ノ日附ヲ記載セザリシ場合ニ於テ所持人拒絕證書ヲ作ラシメザリシトキハ呈示期間ノ末日ヲ以テ呈示ノ日ト看做スモノナリ(五二八條此第五二七條及五二八條ノ規定ハ恰爲替手形ノ第四六六條及四六七條ノ規定ニ該當スルモノナリ)

(七) 振出地 約束手形ニ在テハ振出地ヲ要件トシテ支拂地ヲ要件ト爲ササルナリ(四四五條八號參照)振出人カ手形ニ支拂地ヲ記載セザリシトキハ振出地ヲ以テ其支拂地ト爲スモノナリ(五二六條四五二條參照)

(八) 振出人ノ署名

第二 約束手形ニ於テハ振出人又ハ裏書人ハ豫備支拂人ヲ指定スルコトヲ得サルモノナリ(四四八條四五八條參照)約束手形ニハ第四八〇條及第五〇八條ノ準用アルヘキモノト規定セラルルカ故ニ或ハ約束手形ニ在テハ振出人ハ爲替手形ノ引受人ト同ク主タル債務者ニシテ豫備支拂人ヲ指定スルコトヲ得ザレトモ裏書人ハ之ヲ指定スルコトヲ得ルモノナリト稱スル者アリ然レトモ參加引受ニ關スル規定ハ約束手形ニハ全ク準用ナク隨テ第四八〇條ノ場合ニ於テ豫備支拂人ニ對シテ引受ヲ求ムルコトヲ得サルハ明白ナリ又第五〇八條ノ準用アルヘキモノト規定セラルルカ故ニ裏書人ハ裏書人ハ豫備支拂人ヲ指定スルコトヲ得サルモノニシテ隨テ法律カ第五〇八條ヲ準用シタルハ誤ナリト謂フヲ得ヘキカ如シ毛百學士手形法論綱二七五頁、矢部學士手形法要論四一頁以下)獨逸手形法ニ於テハ我第四五八條ニ當ル規定ナク約束手形ニ付テ我第五〇八條ニ該當スル第六二條ノ規定ヲ準用スヘキモノトセリ故ニ約束手形ノ裏書人カ豫備支拂人ヲ指定スルコトヲ得ルハ總テノ學者ノ認ムル所ナリ我商法ハ恐

ラク之ニ倣ヒテ第五〇八條ヲ約束手形ニ準用シタルモノナランモ同時ニ第四五八條ヲ準用スルコトヲ忘レタルモノナラン

第三 約束手形ニハ支拂人ナク從テ引受ナルモノナシ故ニ爲替手形ニ關スル第四六五條乃至第四七〇條及第四七二條第四七三條ハ約束手形ニ準用ナキモノナリ唯第四七一條ノ規定ハ引受人カ支拂ヲ爲ササル場合ニ於テ所持人又ハ償還ヲ爲シタル裏書人ニ支拂フヘキ金額ニ關スル規定ニシテ約束手形ノ振出人ニ準用アルモノナリ

第四 約束手形ニハ引受ナク從テ引受ノ拒絕ニ因ル擔保ノ請求ニ關スル第四七四條乃至第四七九條ノ準用ナキモノナリ然レトモ引受人カ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ノ擔保ノ請求ニ關スル第四八〇條及四八一條ノ規定ハ約束手形ノ振出人ノ破産ノ場合ニ準用アルモノトセリ

第五 約束手形ニハ引受ナク從テ參加引受ナキモノトス即第五百條乃至五百七條ハ約束手形ニ準用ナキナリ

第六 複本ノ制度ハ主トシテ引受ヲ求ムル爲ニ必要ナルモノナリ故ニ約束手形ニ付テハ之ヲ認メサルモノニシテ第五一八條乃至第五二二條ノ規定ハ之ニ準用ナキモノナリ然レトモ一部支拂ノ場合ニハ原本ノ必要アルカ故ニ原本ニ關スル第五二二條ノ準用アルモノナリ但第五二三條及第五二四條ハ引受ノ爲ニ原本ヲ送付シタル場合ノ規定ナルカ故ニ約束手形ニハ準用ナキモノナリ

第四章 小切手

小切手ハ爲替手形ト同ク振出人カ第三者ヲシテ支拂ヲ爲サシムヘキコトヲ記載セル手形ニシテ隨テ此

點ニ於テハ小切手ハ約束手形ト異ニシテ類爲替手形ト類似スルモノナリ其法律ニ規定セル要件ヲ對照スルニ小切手ニハ小切手タルコトヲ示スヘキ文字ヲ記載スルコトヲ要シ爲替手形ニハ爲替手形タルコトヲ示スヘキ文字ヲ記載スルコトヲ要スルノ差異アレトモ其他ニ外形上ノ差異ナキナリ小切手ハ無記名タルコトヲ得ヘケレトモ爲替手形モ亦一定ノ條件ノ下ニハ無記名タルコトヲ得ルモノナリ又小切手ハ法律上一覽拂ノモノタルヘキモ爲替手形モ亦一覽拂ト爲スコトヲ得ヘク且満期日ノ記載ナキトキハ法律上一覽拂ノモノト爲ルモノナリ故ニ英法ノ如キハ小切手ハ銀行ヲ支拂人トシタル一覽拂ト爲替手形ナリト規定セリ然レトモ其經濟上ノ作用ニ至テハ二者ノ間ニ大ナル差異アリ即爲替手形ハ信用利用ノ具ナレトモ小切手ハ反之支拂ノ用具ナリ小切手ハ自ラ金錢ノ授受ヲ爲スコトヲ避ケテ銀行其他ノ支拂人ヲシテ之ヲ爲サシメントスル爲ニ用ヒラルルモノナリ之ニ依テ自ラ金錢ノ授受ヲ爲スノ煩累ヲ避ケテ隨テ計算ノ錯誤ノ虞ヲ除キ又金錢保管ノ危險ト費用トヲ免ルルコトヲ得ルモノナリ故ニ小切手ニ關シテ法律ハ各種ノ特別規定ヲ設ケ其支拂ノ用具タルノ性質ニ適應セシメタリ英米以外ノ外國法ニ於テハ小切手ヲ以テ手形ノ一種ト爲ササルナリ又之ニ關スル法律ヲ有セサル國モ亦尠少ナラサルナリ我商法ハ英法ニ倣ヒ之ヲ以テ手形ノ一種ト定ムルモノナレトモ其之ニ關スル規定ハ他ノ手形ニ關スル規定ト異ナル點少カラス以下之ヲ説明スヘシ若夫レ其之ヲ手形ノ一種トシテ待遇スヘキモノナリヤ否ヤノ立法論ニ至テハ必シモ我商法ノ主義ヲ以テ絕對的ニ勝レルモノト斷言スルコトヲ得サルナリ

第一 小切手ハ要件ハ第五三〇條之ヲ定ム即左ノ如シ
 (一) 其小切手タルコトヲ示スヘキ文字 之ヲ小切手文句 (Checkklaus) ト謂フ外國法中瑞國債務法ハ此文句ヲ要件トヒリ

- (二) 一定ノ金額
- (三) 支拂人ノ氏名又ハ商號 支拂人ハ銀行タルヲ常トス銀行以外ノ者ヲ支拂人トスル小切手ハ實際上殆稀ナリ然レトモ法律上ハ銀行タルコトヲ必要トセサルナリ英米法ハ其銀行タルコトヲ必要トスレトモ此點ニ於テハ我法律ハ英法ニ倣ハサリシナリ而シテ支拂人ハ銀行タルコトヲ必要トセサルトモ自己ヲ支拂人ト爲スコトヲ認メス即自己宛ノ小切手ハ法律ノ認メサル所ナリ
- (四) 受取人ノ氏名若クハ商號又ハ所持人ニ支拂フヘキコト 受取人ノ氏名又ハ商號ノミヲ記載シタル手形ハ記名式ノモノナレトモ裏書禁止ノ記載ナキ限りハ裏書ニ依テ讓渡スルコトヲ得ルモノナリ(五三七條四五五條)又之ニ指圖文句ヲ附記シテ指圖式トシテ發行スルコトヲ妨ケス此等ノ點ハ爲替手形ト異ナルコトナシ唯爲替手形ニ於テハ其金額三十圓以上ノ手形ニ非サレハ無記名式ノ發行ヲ許ササレトモ(四四九條)小切手ハ金額ノ多少ヲ問ハス之ヲ無記名式ト爲スコトヲ得ルモノナリ是亦法律カ小切手ヲ支拂ノ用具ト看タル結果ナリ關法ノ如キハ特定ノ小切手ハ必無記名式タルヘキモノナリトセリ
- 小切手ノ振出人ハ自己ヲ受取人ト定ムルコトヲ得(五三二條)自己指圖ノ小切手ヲ認ムルノ趣旨ハ振出人カ自ラ金額ノ引出ヲ爲スノ必要アルカ故ナリ
- (五) 單純ナル支拂ノ委託 關、佛、獨法等ニ於テハ受取證書ノ形式ノ小切手ヲモ認ム之ヲ稱シテ受取式小切手 (Quittungsscheck, anekne regis) ト謂フ然レトモ我商法ニ於テハ之ヲ認メサルナリ
- (六) 振出ノ年月日 振出人カ虛偽ノ日附ヲ記載シタルトキハ五圓以上十圓以下ノ過料ニ處セラレルモノナリ(五三六條二號)是佛、白法等ト同キ規定ニシテ此制限ハ小切手ヲ一週間内ニ呈示スヘキ

モノト定メタル趣旨ヲ貫徹スル爲ナリ然レトモ虚偽ノ日附ヲ記載シタルニ依リ小切手ハ無効ト爲ルモノニ非ス但此點ニ關シテハ佛、蘭ノ學者中ニハ反對說ナキニ非ス

(七) 支拂地 此記載ナキトキハ小切手ハ記載シタル支拂人ノ住所地ヲ以テ支拂地ト爲スモノナリ(五三七條四五二條)

(八) 振出人ノ署名

第二 小切手ハ一覽拂ノモノトス(五三二條) 故ニ縱令滿期日ノ記載ヲ爲スト雖其記載ハ效力ナキモノニシテ(四〇九條)小切手ハ依然トシテ一覽拂ノモノナリ英佛白法等モ亦小切手ヲ一覽拂ノモノト爲セリ

第三 小切手ノ所持人ハ其日附ヨリ一週内ニ小切手ヲ呈示シテ其支拂ヲ求ムルコトヲ要ス 所持人カ此呈示ヲ爲ササルトキハ其前者ニ對シテ償還ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルモノナリ(五三三條)唯所持人ハ振出人ニ對シテ利得償還ヲ求ムルコトヲ得(キノミ(四四四條)外國ノ多數法即佛、白、瑞法等ハ當所小切手ト他所小切手トヲ區別シ其當所小切手ト他所小切手トニ依リ呈示期間ヲ異ニスルモノトセリ又蘭法ハ振出人ハ其他ノ前者ヨリモ長ク責任ヲ負フモノトスドモ我法律ハ如此區別ヲ認メサルナリ英米法ニ於テハ相當ノ期間内ニ呈示スヘキモノトセリ

第四 小切手ノ所持人カ償還請求ヲ爲スノ條件ハ爲替手形ト同ク即支拂ノ拒絶アリタルトキハ支拂拒絶證書ヲ作ラシメ償還ヲ爲サシメントスル前者ニ其請求ノ通知ヲ發スルコトヲ要スルモノナリ(五三七條四八六條乃至四八九條)然レトモ支拂拒絶證書ノ作成ニ代ヘ其小切手ヲ呈示スヘキ期間内ニ支拂人ヲシテ支拂拒絶ノ旨及其年月日ヲ小切手ニ記載セシムル且之ニ署名セシムルコトヲ得ルモノナリ(五

三四條)是亦小切手所持人ノ手數ヲ省キテ小切手ノ支拂ノ用具タル性質ヲ全クセンカ爲ナリ佛、白等ハ小切手ニ付テモ拒絶證書ノ作成ヲ必要トセリ

第五 小切手ノ振出人又ハ所持人カ其表面ニ二條ノ平行線ヲ畫キ其線内ニ銀行又ハ之ト同一ノ意義ヲ有スル文字ヲ記載シタルトキハ支拂人ハ銀行ニ對シテノミ支拂ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ振出人又ハ所持人カ平行線内ヘ特定セル銀行ノ商號ヲ記載シタルトキハ支拂人ハ其銀行ニ對シテノミ支拂ヲ爲スコトヲ得但銀行ハ其商號ヲ抹消シテ他ノ銀行ノ商號ヲ記載シ之ニ取立ノ委任ヲ爲スコトヲ得ヘシ(五三五條)此平行線ヲ畫クコトヲ稱シテ小切手ノ線行(Crossing, barment, kruszen oder Durchqueren)ト謂ヒ如此小切手ヲ稱シテ線引小切手又ハ「横線小切手」ト謂フ又平行線内ニ銀行又ハ之ト同一ノ意義ヲ有スル文字ヲ記載セルコトニ止ムルトキハ一般線引(General crossing)ト稱シ特モノニシテ以テ盜難紛失等ニ依テ正當ナラザル所持人カ支拂ヲ受クルノ危険ヲ防カンカ爲ナリ

第六 資金ナク又ハ信用ヲ得シテ小切手ヲ振出シタルトキハ振出人ハ五圓以上十圓以下ノ過料ニ處セラルルモノナリ(五三六條)然レトモ此規定ニ違背シタル小切手ハ無効ト爲ルモノニ非ス如此小切手ノ發行ハ資金アルコト又ハ信用ヲ得ルコトヲ條件トセルモノニシテ振出人ト支拂人トノ間ニ契約ヲ締結シテ或ハ預金ヲ爲シ或ハ有價證券不動産等ヲ根抵當ニ供シテ特定ノ金額ニ限り又ハ之ヲ限ラヌシテ小切手ヲ發行スヘキコトヲ約スルモノナリ此契約ヲ稱シテ小切手契約(Checkvertrag)ト稱ス小切手契約ハ通常ハ銀行トノ間ノ預金契約又ハ交互計算契約ト相伴ヒテ契約セラルルモノナレトモ必シモ之ニ付フコトヲ要セサルナリ(大審院判決録一〇輯七卷三四頁參照)英米ノ學者ハ多ク小切手ハ假制的ノ預



金ニ對スル支拂ノ命令ナリト解スルモ信用ヲ得テ小切手ヲ振出ストキハ預金ナキモノナリ之ヲ假制的ノ預金トシテ法律上ノ擬制ヲ以テ説明スルハ無用ノコトト謂ハサルヘカラス而シテ又小切手ヲ振出スニハ小切手契約ニ依テ小切手帳 (check-book, carnet de cheque, chequebook) ナル一定ノ形式ヲ具フル帳簿ノ交付ヲ受ケ其用紙ニ依テ之ヲ振出スラ通常トス

第七 小切手ノ支拂人ト所持人トノ間ノ關係ハ爲替手形ト異ナルコトナシ支拂人ハ小切手契約ニ依テ振出人ニ對スル關係ニ於テハ支拂ヲ爲ス義務アレトモ直接ニ所持人ニ對シテハ支拂ヲ爲スノ義務ヲ負ハサルモノナリ 蘭、佛等ノ學說ハ所持人ノ支拂人ニ對スル直接訴權ヲ認ムルモノニシテ米國ノ學者中ニモ之ヲ是認スル者アレトモ我商法ニ於テハ之ヲ認ムルコトヲ得サルナリ又小切手ニ付テハ引受ナルモノナシ隨テ支拂人カ引受人トシテ所持人ニ對シテ支拂ノ義務ヲ負フニ至ルコトナキモノナリ米國ニ於テハ小切手ノ支拂保證 (certification) ノ制度アリテ支拂人ハ通常小切手ニ Good ト記載シテ之ヲ爲スモノナリ支拂人カ支拂保證ヲ爲ストキハ主タル債務者トシテ支拂ノ義務ヲ負フニ至リ振出人ハ恰支拂アリタルト同ク全ク償還義務ヲ免ルルモノナリ英法ニ於テモ之ト類似セル marking 又ハ cancelling ノ制度アレトモ其法律上ノ意味ハ一定セザルナリ我國ニ於テモ銀行ノ間ニ於テハ支拂ノ保證ノ慣習行ル此慣習ハ手形上ノ關係トシテ引受ト同一ノ效力ヲ生スルコトナケレトモ手形以外ノ關係トシテ之カ效力ヲ認メテ可ナリ (矢部學士著手形法要論四三二頁以下)

第八 小切手ニハ爲替手形ニ關スル多クノ規定準用セラル今其爲替手形ニ適用アリテ小切手ニ準用ナキ規定ヲ舉タレハ以上述ヘタル諸點ノ外向左ノ數點アリ (五三七條)

- (一) 小切手ニハ豫備支拂人ナシ
- (二) 小切手ニハ支拂ノ場所ノ記載ナシ
- (三) 小切手ニハ支拂擔當者ナシ
- (四) 小切手ニ於テ振出人又ハ裏書人カ裏書ニ依テ手形ヲ讓受ケタルトキハ更ニ之ヲ裏書スルコトヲ得ス即裏書ノ制度ハ小切手ニナキ所ナリ
- (五) 小切手ニハ質入又ハ取立委任ノ裏書ナシ
- (六) 小切手ニ擔保請求ナシ
- (七) 小切手ニ保證ナシ
- (八) 小切手ニ參加引受及參加支拂ナシ
- (九) 小切手ニ複本及廢本ナシ

第五章 國際手形法

手形ノ流通ノ範圍ハ一國ノ中ニ限局セラレザルコトハ手形カ國際的相殺ノ用具ナリトノ性質上自ラ然ルヘキ所ナリ隨テ手形ニ關スル法律關係ニ付テハ種種ノ涉外ノ問題ヲ生スルモノナリ此等ノ問題ハ國際私法ニ於テ研究セラルル所ニシテ又法例ノ規定ニ依テ判斷スヘキモノナリ然レトモ商法施行法第一二五條及第一二六條ハ法例ノ規定ヲ補充シテ國際手形法ニ關スル特別規定ヲ爲セルカ故ニ簡單ニ主ナル問題ニ付テ説明スヘシ獨、匈、斯、英法ノ如キハ手形法中ニ此等ノ國際私法上ノ規定ヲ爲セリ瑞西債務法モ亦手形ニ關スル特別規定トシテ此等ノコトヲ定ム故ニ外國ノ學者ハ概皆手形法上ノ問題トシテ之ヲ論セリ

第一 外國人ノ手形能力 外國人ノ手形能力ハ法例ノ規定ニ依リ其本國法ニ依テ決定ヘキモノナリ
 (法例三條一項)故ニ我法律ニ依リ無能力タルヘキモノト雖本國法ニ依リ能力者タルトキハ其手形行爲
 ハ有效ナリ然レトモ外國人カ日本ニ於テ手形行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ其本國法ニ依リ無能力者タル
 ヘキトキト雖日本ノ法律ニ依リ能力者タルヘキトキハ特ニ之ヲ能力者ト看做スモノナリ(法例三條二
 項)獨、匈、瑞、斯法等ノ規定ハ略上述シタル所ト同シ英法ニ於テモ亦同様ナリ獨、佛、法ハ反之能力ノ有
 無ハ本國法ニ依リ決定スヘキ原則ヲ採リ右述ヘタル如キ例外ヲ認メサルナリ
 第二 手形行爲ノ要件 手形行爲ノ形式ハ國際私法上ノ場所ハ行爲ヲ支配ストノ原則ニ從テ外國ニ於
 テ爲シタル手形行爲ノ要件ハ行爲地ノ法律ニ依ルモノナリ(商施二二五條一項法例八條)故ニ行爲地ノ
 法律ニ依リ要件ヲ具備スル手形行爲ハ有效ニシテ之ヲ具備セサル手形行爲ハ無効ナリ獨、匈、瑞、斯、伊、
 英法等ハ皆此原則ヲ採用セリ而シテ手形ニ行爲地ノ記載アル場合ニ於テ之ト實際ノ行爲地ト異ナルト
 キハ何レノ地ノ法律ニ依リ定ムヘキカハ爭ノ存スル所ナリ「テール」、「カンスタイン」、「リオンカン」、
 「ロー」等ハ手形上ノ記載ニ依ルヘキモノトセリ予ハ此說ヲ採ラス實際ノ行爲地ノ法律ニ依テ決スヘキ
 モノトス(「ベルンスタイン」、「スタウプ」、「グリーンフット」等)又手形行爲ハ予ノ解スル所ニ依レハ常ニ
 行爲者ノ單獨行爲ニシテ其成立ニ手形ノ交付ヲ要スルモノニ非ナルカ故ニ署名地ト交付地ト異ナルト
 キハ其署名地ヲ以テ行爲地ト見ルヘキモノトス
 以上述ヘタル原則ニハ二ノ例外アリ
 (一) 外國ニ於テ爲シタル手形行爲カ日本ノ法律ニ定メタル要件ヲ具備スルトキハ外國ノ法律ニ依レハ
 要件ヲ具備セサルトキト雖爾後日本ニ於テ爲シタル行爲ハ有效ト爲ルモノナリ(商施二二五條二項)蓋
 日本ニ於テ手形行爲ヲ爲ス者ハ外國法ノ規定ヲ知ルモノト看做スコトヲ得タルカ故ニ日本ノ商法ニ依
 テ要件ヲ具備スル手形ニ日本ニ於テ爲シタル手形行爲ハ有效ナルモノトセルナリ獨、匈、瑞、斯、英法等
 ノ規定モ此點ニ於テハ總テ我法律ト同シ

(二) 日本人カ外國ニ於テ他ノ日本人ニ對シテ爲シタル手形行爲カ日本ノ法律ニ定メタル要件ヲ具備ス
 ルトキハ其手形行爲ヲ有效トス(商施二二五條二項)此法文ニ「亦同シ」トアルハ其意味不明ナレトモ之
 ヲ獨、匈、瑞、伊、斯法等ノ該當ノ條文ニ徴スルニ其外國ニ於テ爲シタル手形行爲自體カ有效ナリトノ趣
 旨ト解スヘキモノナリ佛國ノ學說モ亦此點ニ於テハ一致セリ
 第三 手形上ノ權利ヲ行使又ハ保全スル爲ニ爲ス行爲ノ方式(商施二二六條) 外國ニ於テ手形上ノ權
 利ヲ行使又ハ保全スル爲ニ爲ス行爲ノ方式ハ行爲地ノ法律ニ依ル(商施二二六條)是亦獨、匈、瑞、斯、伊、
 英法等ト主義ヲ同ウスル所ニシテ拒絕證書通知等ニ關スル方式ハ其權利行使又ハ保全ノ爲ニスル行爲
 ノ行爲地法ニ依ルモノトセザレハ權利者ハ實際ニ於テ此等ノ行爲ヲ爲スコトヲ得サルニ至ルヲ以テ如
 此規定ヲ爲セルナリ然レトモ此規定ハ此等ノ行爲ノ方式ニ關スルモノナリ權利ノ行使又ハ保全ニ如何
 ナル行爲ヲ要スルカハ手形行爲ノ效力ノ問題ナルカ故ニ前述ノ規定ニ依テ判斷スヘキモノニ非シテ
 即次ニ述フル所ニ屬スルモノナリ尙且ニ一言スヘキハ獨逸學者ハ概皆拒絕證書作成ノ期間及通知ヲ爲
 スノ期間等ノ如キモ此規定ニ依テ判斷スヘキモノト解スレトモ予ハ此說ヲ採用セサルナリ此等ノ期間
 ハ手形上ノ權利ノ行使又ハ保全ノ爲ニスル行爲ノ方式ト云フコトヲ得サルヲ以テ必キ手形行爲ノ效力
 ニ關スル事項ト謂ハサルヘカラス
 第四 手形行爲ノ效力 手形行爲ノ效力ニ付テハ別ニ規定ナキカ故ニ法例ノ規定ニ依リ當事者ノ意思



ニ從ヒ其何レノ國ノ法律ニ依ルヘキカラ定ムヘキモノニシテ當事者ノ意思分明ナラサルトキハ行爲地
 法ニ依ルヘキモノタリ(法例七條)故ニ手形行爲ノ直接ノ效力ハ勿論時効、利得償還等ノ問題モ亦當事
 者ノ意思不明ナルトキハ行爲地法ニ依ルヘキモノナリ然レトモ立法論トシテハ當事者ノ意思ニ依テ手
 形行爲ノ效力ニ關スル單據法ヲ左右スルカ如キハ予ノ贊セサル所ナリ而シテ此點ニ關シテハ獨逸手形
 法ニハ明文ナク又法律行爲ノ效力ニ關スル一般規定モ獨逸民法施行法中ニ之ナキノ結果學者ノ論スル
 所ニハ「ハルトマン」、「ホフマン」、「グリンファート」等ハ手形行爲ノ效力モ其形式ト同
 ク行爲地法ニ依テ定ムヘキモノトセリ但此等ノ論者中ニモ支拂ノ態様其他支拂ニ關スル事項ハ支拂地
 法ニ依ルヘキモノト論スルモノナシトセス然ルニ「レーマン」、「カンスタイン」、「スタウプ」、「ベルンス
 タイン」等ハ手形行爲ノ效力ハ債務ノ履行地法ニ依リ定ムヘキモノトシ隨テ各行爲者毎ニ其債務履行
 地ハ必シモ同一ナラサルモノトセリ但其何レノ地ヲ以テ各行爲者ノ債務履行地トスヘキカニ付テハ是
 等ノ學者ノ論スル所モ亦一致セルニ非サルナリ

商法手形終

(三十八年度講義録)

法學士 松本 蒸 治 講述

商法手形

法政大學發行

商法手形目次

緒論

本論

第一章

總論

第一節 手形ニ關スル學說.....一五

第二節 手形ノ意義及特質.....三五

第三節 手形行爲ノ特性.....四三

第四節 手形ノ偽造變造抹消毀損及滅失其他ノ喪失.....四八

第五節 手形上ノ權利ノ行使又ハ保全ノ爲ニスヘキ行爲ノ場所.....五三

第六節 時效.....五四

第七節 利得償還ノ請求.....五七

第八節 民事上ノ手形法.....六一

第一款 手形能力.....六一

第二款 手形代理.....六三

第三款 手形豫約.....六四

商法手形目次

第四款 原因關係……………六五

第五款 資金關係……………六六

第六款 手形授受ノ既存ノ法律關係ニ及ス效力……………六八

第七款 荷爲替……………七一

第二章 爲替手形……………七二

第一節 振出……………七二

第一款 爲替手形ノ要件……………七二

第二款 要件以外ノ記載……………八三

第三款 振出ノ效力……………八五

第二節 裏書……………八六

第一款 裏書ノ意義……………八六

第二款 裏書ノ禁止……………八七

第三款 裏書ノ方式……………八九

第四款 裏書ノ效力……………九二

第五款 一部裏書……………九六

第六款 戻裏書……………九七

第七款 後裏書……………九九

第八款 質入裏書……………一〇〇

第九款 取立委任裏書……………一〇一

第十款 信託裏書……………一〇三

第三節 引受……………一〇四

第一款 引受ノ意義……………一〇四

第二款 引受ノ爲ニスル呈示……………一〇六

第三款 引受ノ方式……………一〇八

第四款 不單純引受……………一一〇

第四節 支拂……………一一三

第一款 支拂ノ爲ニスル呈示……………一一三

第二款 支拂ノ時期……………一一五

第三款 支拂ノ目的……………一一六

第四款 支拂ノ態様……………一二七

第五節 擔保ノ請求……………一二一

第一款 擔保請求ノ當事者……………一二三

第二款 擔保請求ノ條件……………一三四

第三款 擔保ノ設定……………一三六

第四款 擔保ノ效力……………一二七

第五款 擔保ノ消滅……………一二八

第六節 償還ノ請求……………一二九

第一款 償還請求ノ當事者……………一二九

第二款 償還請求ノ條件……………一二九

第三款 償還ノ金額……………一三〇

第四款 償還ノ方法……………一三七

第七節 保證……………一四一

第八節 參加……………一四一

第一款 總論……………一四一

第二款 參加引受……………一四四

第一款 參加引受ノ意義……………一四三

第二款 參加引受ノ方式……………一四六

第三款 參加引受ノ許否……………一四七

第四項 參加引受ノ效力……………一四八

第三款 參加支拂……………一四九

第一款 參加支拂ノ意義……………一四九

第二款 參加支拂ノ許否……………一五二

第三項 參加支拂ノ態様……………一五三

第四項 參加支拂ノ效力……………一五三

第九節 拒絕證書……………一五四

第十節 複本及謄本……………一五七

第一款 複本……………一五七

第二款 謄本……………一六三

第三章 約束手形……………一六六

第四章 小切手……………一六九

第五章 國際手形法……………一七五

商法手形目次 終

トヲ得ス先貨物引換證ニ付詳細ナル規定ヲ設ケテ之ヲ船荷証券ニ準用シタルナリ(六二九條)

二 船荷証券ノ性質 運送契約ハ諾成契約ナリ證券ノ有無ハ契約ノ成立ニ關係ナシ然レトモ備船契約ノ場合ニハ後日ノ證據ノ爲ニ各當事者ハ備船契約書ノ交付ヲ請求スルコトヲ得ルコトハ既ニ之ヲ述ヘタリ然ルニ船荷証券ハ備船契約ノ場合タルト簡便ノ物品運送契約ノ場合タルト間ハス備船者又ハ荷送人ノ請求ニ因リ船長又ハ之ニ代ル者ヨリ交付スヘキモノトス而シテ其發行ハ運送契約ノ既ニ成立セルコトヲ前提トスルモノニシテ畢竟其履行ヲ確實ナラシムルノ手段トシテ發行セララルニ過キス故ニ契約ノ成立ニ關係ナキコトハ明ナリ又其發行モ法律之ヲ強要セス唯積荷當事者ノ請求ニ因テ之ヲ發行スルモノトス而シテ其性質ヲ約言スレハ一ニハ運送品ヲ受取リタルコトノ證券ニシテ二ニハ本證券ノ所持人ニ運送品ヲ引渡スコトノ義務負擔ヲ自認シタル證券ニシテ三ニハ本證券ニ依リ之ニ記載セル貨物融通ノ目的ヲ達セシムル物權的證券タルナリ尙其詳細ハ後ニ船荷証券ノ效力ノ項ニ於テ之ヲ説明スヘシ

三 船荷証券ノ發行者及其時期 船荷証券ヲ發行スヘキ者ハ原則トシテ船長ナリトス(六二〇條)蓋船荷証券ハ運送品ノ船積及引渡ニ對スル證券ナルカ故ニ船積及引渡ニ對スル實際ノ責任者タル船長カ發行スルハ當然トス然ルニ唯リ船長ノミヲシテ發行セシメントスルトキハ一時ニ許多ノ運送品ヲ船積セシ場合ノ如キハ不便ニ堪ヘサルコト之アルヘク又或ハ已ムコトヲ得スシテ船長カ船内ニ在ラサルコトアルヘシ故ニ船舶所有者ハ船長以外ノ者例之一等運轉士又ハ事務長等ニ船荷証券ヲ發行スルコトヲ委任スルコトヲ得此場合ト雖共發行ハ船長ニ代リテ之ヲ爲スモノナリトス(六二二條)又他人ニ發行ヲ委任スルコトヲ得ル程ナルカ故ニ船舶所有者自身モ亦發行スルコトヲ得ルハ勿論ナリトス

船荷證券ハ運送品ノ船積後運滞ナク之ヲ發行スルモノトス船積前ニ在テハ發行スルコトヲ得サルモノトス蓋運送品ハ到埠港ニ於テ船荷證券ノ所持人ニ對シテ運送品ヲ引渡スコトヨ約束スルモノナルカ故ニ現實ニ船積セサル運送品ニ對シテ船荷證券ヲ發行スルハ船荷證券所持人ヲ詐害スルノ虞アルモノトス船長カ初ヨリ故意ニ證券所持人ヲ詐害スルヲ考テ以テ發行シタル場合ハ勿論若然ラストスルモ後日ノ船積ヲ豫期シテ之ヲ發行スルトキハ後日如何ナル事情ニ因リ船積ヲ妨ケララルニ至ルヤモ知ルヘカラス例之船積前ニ荷物ヲ滅失シタルトキハ如キ又ハ發航迄ニ荷物ノ調達ナカリシ場合ノ如キ比皆是ナリ斯ル場合ニ唯リ船荷證券ノ轉讓通セラルトキハ終ニハ其所持人ヲ害スルニ至ルヘキナリ故ニ必船積後ニ發行スルコトヲ要ス若船長カ其義務ヲ怠リタルトキハ利害關係人ニ對シテ損害賠償ノ責ニ任スヘキナリ(五五八條一項、六二〇條)

然ルニ船積後ナレハ何時發行スルモ差支ナキカト云フニ例之外國ノ立法例中佛國商法第二七二條及之ニ倣ヘル我舊商法第九〇條ハ其發行ヲ二十四時間内ニ制限セリト雖モ時間ニ付テハ制限ヲ設クル必要ナク備船者又ハ荷送人ノ請求ニ因リ唯可成速ク發行セシムレハ可ナリ故ニ我商法ハ運滞ナク之ヲ發行スルモノト規定セリ

四 船荷證券ノ内容 船荷證券ノ内容ハ商法第六二二條ニ之ヲ規定セリ即同條列舉スル所ノ一號乃至十號ノ事項是ナリ畢竟運送ニ關スル重要ナル事項ニシテ船荷證券ニ通常記載スヘキ事項ナリトス此以外ニモ仍當事者ノ合意ニ因ル約款ヲ記載スルハ毫モ差支ナキ所ナリトス然ルニ茲ニ列舉シタル事項ハ船荷證券ノ要件トシテ必具備セサルヘカラサルカ彼ノ手形ニ於テハ手形ノ要件ヲ備ヘサルトキハ手形トシテ無効ナルカ如ク船荷證券ニ於テモ此等ノ事項總テヲ備ヘサルトキハ無効ナルヤ否ヤ此點ニ付

テハ茲ニ列舉シタル事項ハ手形要件ノ如ク嚴格ニ解釋スヘキモノニ非ズ茲ニ列舉シタル事項ハ畢竟備船者又ハ荷送人ヨリ請求スルコトヲ得ル普通ノ船荷證券ノ要件ヲ定メタルモノノミ若茲ニ列舉シタルモノノ中或事項ヲ缺クトキハ備船者又ハ荷送人ハ其權利トシテ之カ追加記載ヲ請求シ得ルコト云フニ過キス故ニ茲ニ列舉シタル事項ノ一二ヲ缺クモ船荷證券ハ船荷證券トシテ無効ナリト謂フコトヲ得ス若當事者カ船荷證券トシテ發行スル意思ナリシトキハ證券記載ノ事項及他ノ事情ヲ斟酌シテ船荷證券トシテ判定ヲ爲ササルヘカラス如何ナル事項迄カ必要條件ニシテ其以上ヲ缺カハ船荷證券タル用ヲ爲ササルカノ限界ニ付テハ海上交通ノ一般慣習ニ依テ之ヲ決定スルノ外ナシ例之第三號ノ記載事項タル運送品ノ種類、重量等ハ其必要條件タルコトハ疑ナク之ナクシテ運送品ノ何タルコトヲ毫モ知ルコトヲ得テレハナリ又運送品ノ船積ナル船舶其モノノ如キモ必要條件タルコトハ毫モ疑ナカルヘシ而シテ果シテ船荷證券ト看ララルヤ否ヤニ付爭ヲ生シタルトキハ裁判所ノ認定ニ依ルノ外ナキモノトス(シヤツプス六四三條ノ註釋ニホエニス同上「エニデマン」四卷一六六頁)船荷證券ハ記名式指圖書式無記名式ニテ之ヲ發行スルコトヲ得其趣意ハ第六二二條第五號ノ規定スル所ナリ記名式ハ荷受人ノ氏名若クハ商號ヲ記載シ之ニ運送品ヲ引渡スコトヲ約スルモノナリ然ルニ指圖書式ナルトキハ裏書ニ依テ讓渡スコトヲ得ルハ勿論ナレトモ記名式ナルトキト雖裏書禁止ナキ限ハ指圖書式ハ裏書ニ依テ讓渡スコトヲ得ル旨ヲ規定シ記名式ノ指圖書式ヲ爲シテ獨逸商法第六四四條ハ若單ニ指圖書式ニ從ヒテ明言スルニ止ルトキハ備船者又ハ荷送人ノ指圖書式ヲ置ケリ(六二九條、四五五條)

五 船荷證券ノ目數 一箱以上何通ニテモ備船者又ハ荷送人ノ希望ニ從ヒ之ヲ發行スヘキモノトス外例殊ニ佛法系ノ立法例ニ於テハ四通以上ヲ交付スヘキモノトシ一通ハ備船者又ハ荷送人ノ一通ハ船長、



二通ハ船船所有者ノ手ニ存スル爲ニ發行スヘキモノト定メタリト雖法律ニ於テ如此制限ヲ設クル必要ナキカ故ニ我商法ハ單ニ一通又ハ數通ト云ヒテ一ニ備船者又ハ荷送人ノ請求ニ從ヒ之ヲ發行スヘキモノトセリ而シテ船荷證券ヲ發行シタル場合ニ船船所有者又ハ船長ニ於テモ後日ノ證據ノ爲ニ之ヲ必要トスルコトアリ然レトモ之カ原本ヲ必要トセス原本ニテ足ルノミナラス自己ノ發行セル原本ヲ所持スルヨリ寧ろ本ニ署名セシメテ所持スル方却テ證據力ヲ増加スヘキカ故ニ備船者又ハ荷送人ハ原本ニ署名シテ交付スルコトヲ要スルモノト爲セリ(六二三條)而シテ船長ハ此等ノ書類ヲ船中ニ備ヘ置タコトヲ要ス(五六二條一項六號)

數通ノ船荷證券ヲ發行シタルトキハ備船者又ハ荷送人ハ途中ノ紛失ヲ恐ルルカ爲ニ航路ヲ異ニシテ之ヲ荷受人ニ發送スルヲ通則トス而シテ其員數ハ前述セル如ク一ニ請求者ノ意思ニ從フテ雖既ニ一通又ハ二通ヲ第三者ニ引渡シタル後ニ於テ員數ノ追加ヲ請求スルコトヲ得ス何トナレハ船荷證券ノ一通又ハ二通ヲ員數ヲ記載セサルヘカラサレハナリ而シテ其各通ハ孰モ皆同一ノ内容ヲ有セサルヘカラス若其發行ノ員數ヲ記載セサルヘカラサレハナリ而シテ其各通ハ孰モ皆同一ノ内容ヲ有セサルヘカラス若其各通カ或ハ内容ヲ異ニシタルトキハ孰カ正當ナリヤ否ヤハ事實問題トシテ總テノ證據方法ニ據テ之ヲ決定セサルヘカラス例之他ニ備船契約書ノ作成アリシトキハ之ト對比シテ其正否ヲ判斷スヘキモノトス而シテ若船荷證券ト備船契約書ト其事實異ニシタルトキハ孰ヲ以テ正當トスヘキカ是亦一概ニ孰ヲ正シト謂フコトヲ得ス畢竟證據問題トシテ總テノ方法ニ依リ之ヲ決定スルノ外ナキモノトス而シテ爭アルトキハ最後ハ裁判所ノ認定ニ一任ス

第二項 船荷證券ノ效力

一 船船所有者ト備船者又ハ荷送人トノ關係 此等契約當事者間ノ關係ハ運送契約其モノニ依テ定ル船荷證券ノ發行アリタルト否トニ關係ナシ船荷證券ハ畢竟運送契約所定ノ事項ヲ證券ニ書キ表ハシタルモノト謂ハサルヘカラス故ニ船荷證券ハ運送契約ニ對スル最有力ナル證據ナリ而シテ運送契約ノ約款ト船荷證券記載ノ約款トハ同一ナルヲ通常トス然ルニ若反對ノ證明ニ據リ之ヲ異ニスルコト明ト爲リタルトキハ後ニ發行シタル船荷證券ニ據リ運送契約ノ約款ヲ果シテ變更又ハ補充シタルモノナリヤ否ヤ又ハ運送契約ト船荷證券トハ故意ニ異ナリタル約款ニテ之ヲ發行シタルモノナリヤ否ヤハ各場合毎ニ其狀況ニ據リ事實ノ判定ニ一任セサルヘカラス若運送契約ト船荷證券トモ故意ニ異ナラシムル者ニテ發行シタルモノナルトキハ例之運送貨ノ額ニ付備船契約ニ於テ實際取定メタルモノヨリモ多キ額ヲ船荷證券ニ記載シタルトキハ備船者自ラ運送貨ヲ支拂フ場合ニ於テハ契約所定ノ寡キ額ニ依ルモ荷受人其他ノ船荷證券所持人ヲシテ運送貨ヲ支拂ハシムル場合ニ於テハ證券面記載ノ多キ額ニ依ラシムル考ナリシコトヲ察知スルヲ得ヘシ又運送品ノ一部ニ付テラノミ船荷證券ヲ發行セシ場合ノ如キハ運送品ノ他ノ部分ニ付テハ契約其モノニ依ラサルヘカラス要スルニ船荷證券ハ船船所有者ト備船者又ハ荷送人トノ關係ニ於テモ契約其他荷物ヲ受取リタルコトノ有力ナル證據ニシテ證券面記載ノ事項ハ即契約ノ約款タルコト中ノ八九ニ居ルヘシト雖若萬一故意ニ船荷證券ニ契約ノ約款ト異ナラシムル記載方ヲ爲シタルトキハ是第三者ニ對スル關係上然ラシムルモノニシテ契約當事者ノ間ニ於テハ固ヨリ契約其モノニ依ルヘキモノナリ

二 備船者又ハ荷送人ト船荷證券所持人トノ關係 船荷證券ノ所持人トハ荷受人其他船荷證券ノ讓受人ナリトス然ルニ此等所持人ト備船者又ハ荷送人トノ關係ハ其間ノ各法律關係ニ依テ定ルヘキモノニ

0221

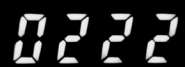
シテ船荷證券ノ關係ナキ所ナリトス例之備船者又ハ荷送人カ或人ニ委任シテ運送品ヲ受取ラシムルトキハ荷受人トノ關係ハ其委任契約ニ依テ定ルヘク又荷受人ニ荷物ヲ賣却シタル場合ナレハ其賣買契約ニ依テ定ルヘシ故ニ荷受人カ船荷證券ニ基キテ船長ニ對シテ荷物ノ引渡ヲ請求シ其引渡ヲ受ケタル物品カ賣買契約上ニ謂フ所ノ物品ト異ナル場合ニ於テハ該物品ノ賣主タル備船者又ハ荷送人ニ對シテ賣買契約上ノ權利ヲ行フコトヲ得ヘシ又船荷證券所持人カ裏書ニ因リ轉轉シテ其讓渡ヲ受ケタル第三者ナルトキハ備船者又ハ荷送人ニ對シテ何等ノ法律關係ヲ有セス所持人ハ單ニ船長ニ對シテ證券ニ基キテ荷物引渡ノ權利ヲ有スルヲ以テス

三 船船所有者ト船荷證券所持人トノ關係 船荷證券發行ノ目的ハ主トシテ貨物融通ノ爲ニ之ヲ使用セシムルニ在リ故ニ法律ハ貨物引換證ニ關スル第三三五條ノ規定ヲ船荷證券ニ準用シ裏書ニ依テ船荷證券ヲ讓渡シタルトキハ運送品ノ讓渡ト同一ノ效力アルモノト爲シタリ(公)二九條)然ルニ證券ニ依テ貨物ノ轉轉ヲ爲サシメントスルニ當リテハ相手方ハ一ニ證券面ノ記載事項ニ信テ置キテ取引ヲ爲スヲ常トス故ニ證券ノ所持人ト船船所有者トノ間ニ於テ運送ニ關スル事項ハ船荷證券ノ定ムル所ニ依ルモノトス(三四條、六二九條)例之運送品ノ種類、數量、容積、品質等ノ如キ運送價ノ額ノ如キ陸揚港ノ如キ皆船荷證券ノ定ムル所ニ依ル而シテ何ノ事項ハ運送契約ニ依ル旨ヲ船荷證券上ニ明言セザル限ハ運送契約ニ於テ反對ノ約束アリトモ船荷證券所持人ハ毫モ之ニ拘束サルル必要ナキナリ

然リト雖船荷證券ノ發行ハ手形ノ發行ノ如ク不要因ノ債務ヲ發生スルモノニ非ス手形ニ在テハ手形ノ發行者ハ不要因ノ債務ヲ負フモノニシテ手形資金ヲ受取リタルト否トニ拘ラス手形ノ發行ニ因テ獨立ノ債務ヲ負ヒ手形面ノ記載金額ハ如何ナル事情ニ在テモ常ニ之カ支拂ヲ爲ササルヘカラス賣買契約ニ

於テモ物品ノ賣主ハ物品ヲ調達シテ之カ履行ヲ爲スノ責アリ然レトモ船荷證券ニ在テハ其發行ニ因リ獨立ノ債務ヲ負フモノニ非ス即證券面記載ノ運送品ヲ絕對ニ引渡スコトノ債務ヲ負ヘルモノニ非ス唯運送契約ニ基テ運送引渡ノ債務ヲ負フモノナリ唯當事者間ノ特約ノ如キハ船荷證券ニ記載セザル以上ハ之ヲシテ所持人ニ對抗スルコトヲ得サルノミ我商法第三三四條ノ法文ニモ運送ニ關スル事項ハ運送人ト所持人トノ間ニ於テハ證券ノ定ムル所ニ依ルト謂ヒ船荷證券ノ發行ハ運送人ト所持人トノ間ニ於テ運送品引渡ノ不要因ノ獨立債務ヲ發生スルニ非サルコトヲ知ルニ足ル債務發生ノ原因ハ即當初ノ運送契約ニ基クコト明ナリ故ニ船荷證券ノ發行後ニ在テモ其所持人ニ對シテハ運送人ハ依然トシテ運送人トシテノ責任ヲ有スルノミ隨テ所持人トノ關係ニ於テモ運送人ハ商法第三三六條乃至第三四一條ノ規定ニ從テ其責任ヲ負擔スルノミ唯備船者又ハ荷送人トノ特約ハ船荷證券ニ記載セザル限ハ所持人ニ對抗スルコトヲ得サルノミ故ニ運送品カ不可抗力又ハ運送人ノ責ニ歸スヘカラス事由ニ因テ滅失又ハ毀損シタルトキハ其損害タルヤ所持人ニ於テ之ヲ負擔セザルヘカラス例之海難ニ因リ運送品カ滅失シタルトキハ所持人ニ其引渡ヲ請求スルコトヲ得ス運送人ハ證券面ノ物品ヲ自ら引渡スノ責任ナシ是手形債務又ハ賣主ノ債務等ト異ナル所以ナリ(コーザ)五版四六三頁「シヤッフス」上六〇六條註二(一、六五一條註六、五二一六頁)

以上説明シタル所ハ運送人カ備船者又ハ荷送人ヨリ受取り之ヲ船荷證券所持人ニ引渡シタル物品ト證券面記載ノ物品ト異ナラサル場合ニ於ル運送人ノ責任ノ範圍ナリトス若運送人カ所持人ニ引渡シタル物品ト證券面記載ノ物品ト全然異ナラサル場合ハ如何若全然異ナラストスルモ品質ニ於テ非常ノ差等アリシトキハ如何例之實際ノ運送品ハ麥ナリシ場合ニ船荷證券ニハ米ト記載セシトキノ如キ又ハ甚シ



キハ運送品ハ石瓦ノ類ヲ包蔵シタルモノナルニ之ヲ米俵ト記載セシトキノ如キ是ナリ如此不實ノ事項ヲ證券ニ記載セシ場合ノ運送人ノ責任如何斯ル場合ニ運送人カ備船者又ハ荷送人ト共謀シテ石瓦ノ類ヲ運送品トシテ受取リ置キテ故意ニ米穀トシテノ船荷證券ヲ發行シ以テ第三者ヲ詐害スル考ナリシトキハ唯リ民事上ノ責任アルノミナラス刑事上詐欺取財ノ責任アルヘシ如此故意ニ詐リタル船荷證券ヲ發行シタル場合ハ固ヨリ問題ト爲ラス若然ラスシテ備船者又ハ荷送人ノ詐欺ニ因リ石瓦ノ類ヲ包蔵シテ米穀トシテ運送ヲ委託シ來リタル場合ニ運送人ノ知ラスシテ船荷證券ヲ發行シタル場合ノ責任如何是即問題ナリトス斯ル場合ニ運送人ハ縱令所持人ニ引渡シタルモノハ石瓦ノ類タリトモ自分カ運送品トシテ受取リタルモノヲ引渡シタルモノナルカ故ニ責任ナシト云フコトヲ得ルヤ換言スレハ運送人ハ運送品ヲ相手方ニ引渡シ義務ヲ負フモノナルカ故ニ自分カ運送品トシテ引受ケタル物ヲ引渡シタルトノ證明ヲ爲セハ責任ヲ免ルルコトヲ得ルヤ否ヤ運送人ト其相手方タル契約當事者トノ關係ニ於テハ運送人ハ此證明ヲ爲セハ責任ヲ免ルルモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ名義ノ如何ニ拘ラス委託サレタル運送品ヲ到達地迄送届ケタルモノナレハナリ然レトモ船荷證券ノ所持人ト運送人トノ關係ニ於テハ此證明ハ以テ直ニ其責任ヲ解除スルニ足ルヤ否ヤ蓋レトモ船荷證券ノ所持人ト運送人トノ關係ニ於テ取引ヲ爲スモノナルカ故ニ船荷證券面ト異ナリタル物品ヲ引渡サレ之ニテ黙止セサルヘカラストセハ其迷惑ノ察知スルニ餘アリ若此ノ如クシテハ何人モ船荷證券ニ信ヲ置キテ取引ヲ爲ス者ナク船荷證券ハ貨物融通ノ目的ノ爲ニ發行セラルルモノナルモ遂ニ其目的ヲ達スルコト能ハサルニ至ルヘシ故ニ獨逸法ニ在テハ運送人ハ船荷證券ニ於ル運送品表示ノ爲ニスル記載事項ノ正確ナルコトニ付責任アル旨ノ原則ヲ明文ヲ以テ規定シ若實際ノ引渡品カ證券面記載ト異ナリタルトキハ運送人ハ縱令運送人トシ

テ十分ナル注意ヲ盡シタルニ拘ラス所持人ニ對シテ直接ニ其賠償ノ責任スル旨ヲ明ニセリ(獨新六五二條)唯箱人、俵包等ノ如キ包蔵品ニ至テハ運送人カ運送引受ノ際悉ク之ヲ開キテ検査ノ上受取ルヘキモノニ非サルカ故ニ若其包蔵品タルコトカ船荷證券ニ表示セラレ且運送人トシテノ相當ノ注意ヲ盡シタルモ其中味ト表示ト異ナルコトヲ發見スルコト能ハサリシ旨ヲ證據立ツルトキハ例外トシテ責任ナキ旨ヲ規定セリ(獨新六五三條一項)

今之ヲ實際ノ事情ニ付テ稽フルニ運送人ヲシテ擔保人ト等シク絕對ニ證券面記載ノ運送品ニ對スル責任ヲ負ハシムルモノトスレハ船荷證券融通ノ目的ハ之ニ依テ達セラレ取引ノ上ニハ遺憾ナカルヘント雖又運送人ノ傍ヨリ觀察スレハ凡運送品ハ俵、箱其他ノ者ニ包蔵セラレ荷造ノ上委託アルルヲ通例トス然ルニ船積ノ際悉ク之ヲ検査スルコト能ハサルハ勿論何百俵トモ云フヘキ夥多ノ荷物ヲ開封シテ再荷造スルコトハ商業ノ到底許ササル所ナリ左リトテ船荷證券ヲ全然發行セストスレハ貨物融通ノ目的ハ達セラレズ故ニ船荷證券ヲ發行スル場合ハ運送人モ荷主ヲ信用シ證券ニ依テ貨物ヲ讓受タル所持人モ亦荷主及運送人ヲ信用シ得ラルル場合ナラサルヘカラス換言スレハ船荷證券カ能ク貨物融通ノ目的ヲ達セントスルニハ必シモ法律ノ力ノミニテハ不可ナリ必ヤ此等當事者ノ間ニ多少ノ信用ノ結鎖アル場合ナラサルヘカラサルナリ事情如此ナルカ故ニ獨逸法カ包蔵品ノ場合ハ運送人トシテノ相當ノ注意ヲ盡ス中味ト表示ト異ナルコトヲ發見スルコト能ハサリシトキハ責任ナシトセルハ至當ノ立法ト謂ハサルヘカラス

翻テ我商法ノ規定ヲ觀ルニ獨逸法ノ如ク運送人カ船荷證券表示ノ至當ナルコトヲ擔保スル旨ノ明文アルナシ此點ニ付テハ唯第三三四條アリテ船荷證券ニ準用セララルノミ同條ニ依レハ運送ニ關スル事項



ハ運送人ト所持人トノ間ニ於テハ證券ノ定ムル所ニ依ルト曰ヘリ本條ノ意タルヤ獨逸法カ明言セル如ク證券表示ノ正當ナルコトヲ運送人ヲシテ擔保セシムルコトヲ命ジルモノト解釋スルコトヲ得ヌ本條ハ讓テ字ノ如ク唯證券面ノ定ムル所ニ依テ運送人ト所持人トノ關係ヲ定ムルト云フニ過キス換言スレバ當事者ノ定メタル所ニ依ルト云フニ過キス故ニ證券面ノ記載ニ付當事者ノ意思ヲ推測スルコト肝要ナリ換言スレバ記載ノ文言ニ付當事者ノ意思ヲ解釋スルコト肝要ナリ故ニ運送人カ證券面ニ於テ中味ハ之ヲ知ラスト明言セル場合ハ運送人ハ中味ト表示ノ相違ニ付責任ヲ負ハサルハ勿論トス若然ラスシテ斯ル積極ノ斷リノ文言ヲ附記セサルモ單ニ運送品ノミヲ表示シタル場合ハ運送品トシテ委託サレタル品物ヲ表示スル意思タリシト明ナリ故ニ積極的ニ中味ト表示ノ相違ハ運送人ノ之ヲ擔保スル旨ヲ證券ニ於テ明約セサル限ハ運送人ハ運送人トシテノ責任ヲ盡サハ則彼レノ責任ハ之ニテ足レルモノト謂ハサルコトヲ得ス換言スレバ運送人トシテノ相當ノ注意ヲ盡シタルモ中味ト表示トノ異ナルコトヲ發見スルコト能ハサリシト竝ニ運送品トシテ受取リタル當該物品ヲ引渡シタル旨ヲ舉證シタルトキハ運送人トシテノ責任ハ盡シ了レルモノト謂ハサルヘカラス此事ハ獨逸法ニ於テハ我商法第三三四條ニ該當スル第六五一條第一項ノ規定アルニ拘ラス第六五二條ニ於テ運送人ハ船荷證券ヲ表示ノ正當ナルコトヲ擔保スル旨ノ原則ヲ置キ包藏物ニ付テハ特ニ第五六三條第二項ニ例外ノ規定ヲ置ケルニ見テモ明ナリ(「エンゲマン」四卷一七三頁「ボーエンス」六五二條「シヤラプス」同上)故ニ我商法ニ於テハ中味ト表示ト異ナリタル場合ニ運送人カ直ニ之ニ對シテ賠償ノ責任アリト謂フコトヲ得サルナリ

於テハ一通ノ所持人カ運送品ノ引渡ヲ請求シタルトキト雖船長ハ其引渡ヲ拒ムコトヲ得ス蓋運送品ハ陸揚港ニ於テ引渡スコトヲ約シタルモノナレハナリ(六二四條)而シテ運送品ヲ引渡スニハ證券ト引換ニ非ザルハ之ヲ引渡スコトヲ要セス然ラスハ後日再同一ノ證券ニ依リ引渡ヲ請求サルノ虞アレハナリ又其引渡ヲ證スル爲ニ相手方ヲシテ其旨ヲ記載シ且之ニ署名セシムルコトヲ得(四八三條六二九條)然ルニ一通ノ所持人ニ運送品ヲ引渡シ船船所有者ハ既ニ其義務ヲ果シタル後ニ至リ他ノ所持人カ來リテ運送品ノ引渡ヲ請求シ船船所有者之ニ對シテモ亦引渡ヲ爲ササルヘカラストセハ船船所有者ハ二重ノ義務ヲ盡ササルヘカラスルニ至ル仍ラ數通ヲ發行シタル場合ニハ其各通カ若異ナリタル人ニ讓渡サレタル場合ニハ若其一人カ他ニ先テ船長ヨリ運送品ノ引渡ヲ受ケタルトキハ他ノ所持人ノ證券ハ其效力ヲ失フモノトシ船船所有者ヲシテ二重ノ義務ヲ盡スコトナカラシメタリ(六二七條)

陸揚港外ニ於テハ船長ハ船荷證券ノ各通ノ返還ヲ受ケルニ非ザレハ運送品ヲ引渡スコトヲ得ス(六二五條)蓋他ノ所持人ノ側ヨリ言ヘハ陸揚港ニ於テ引渡ヲ請求シ得ルモノト爲シ安心シテ居リタルニ既ニ他人カ途中ニ於テ引渡ヲ受ケタルトキハ其權利ヲ害セラルルハ勿論船船所有者ノ側ヨリ言ヘハ一通ノ所持人ニ對シテ運送品ヲ引渡シ後日陸揚港ニ於テ運送品ノ引渡ヲ請求サルトキハ再之ヲ引渡ササルヘカラスルノ虞アレハナリ故ニ船長ハ各通ノ返還ヲ得テ始テ運送品ノ引渡ヲ爲スヘキモノトス

四 數通ノ船荷證券所持人相互ノ關係 陸揚港外ニ於テハ船荷證券ノ各通ノ返還ヲ受ケルニ非ザレハ運送品ヲ引渡スコトヲ得サルカ故ニ問題ヲ生セスト雖陸揚港内ニ於テハ一通ノ所持人ニ對シテモ運送品ノ引渡ヲ拒ムコトヲ得ス故ニ若二人以上ノ者カ運送品ノ引渡ヲ請求シタルトキハ何人ニ之ヲ引渡スヘキヤノ問題ヲ生ス



此問題ハ既ニ運送品ノ引渡ヲ爲シタルヤ否ヤニ依リ區別シテ考フヘシ
 (1) 未何人ニモ運送品ノ引渡ナキ場合ニ此場合ハ二人以上ノ所持人カ同時ニ引渡ヲ請求シ來リタルカ
 ハ一人カ請求シ來リタルモ船長カ未引渡ヲ爲ササル間ニ他ノ者カ請求シ來リタル場合ナリ此場合ニ
 ハ孰カ正當ナル權利者ナルヤ又孰カ優先權者ナルヤ容易ニ知ルコトヲ得サルカ故ニ船長ハ其義務トシ
 テ運滞ナク運送品ヲ供託シ且請求ヲ爲シタル所持人ニ對シテ其通知ヲ發スルコトヲ要ス又既ニ第六二
 四條ノ規定ニ依リ運送品ノ引渡ヲ請求シタル場合ニ於テ其殘部ニ付テモ亦同一ナリトス(第六二
 四條ノ規定ニ依リ運送品ノ引渡ヲ請求シタル所以ハ請求者ノ孰カ正當ナル權利者ナルカ之ヲ判定スル迄ニハ久
 右供託ヲ爲スコトヲ要スト爲シタル所以ハ請求者ノ孰カ正當ナル權利者ナルカ之ヲ判定スル迄ニハ久
 シキ時日ヲ要シ其間運送品ヲ船内ニ留置クコトハ危險ナルノミナラス船舶所有者ハ空シク之ヲ保管シ
 損害ヲ被ラサルヘカラサルノ理由ナキニ由リ之ヲ供託シテ其責任ヲ免ルルト同時ニ各請求者ニ其旨ヲ
 通知シテ其相互ノ間ニ於テ裁判上又ハ裁判外ノ方法ニ依リ權利者ヲ速ニ決定セシメントコトヲ促スモ
 ナリ然ルニ法律ハ此場合ノ所持人中何人ヲ優先ノ權利者ト爲スヘキヤニ付規定ヲ設ケテ原所持人カ最
 先ニ發達シ又ハ引渡シタル證券ヲ所持スル者他ノ所持人ニ先テ其權利ヲ行フモノト爲セリ(六二八
 條)蓋一通ノ證券ヲ他人ニ裏書讓渡ヲ爲シ權利ヲ移轉シタル後他ニ證券アルヲ奇貨トシ再他人ニ裏書
 讓渡ヲ爲スハ自己ノ有セサル權利ヲ他人ニ讓渡スニ等シ故ニ最先ニ發達サレ又ハ引渡サレタル證券ヲ
 有スル者他ニ先テ其權利ヲ行フコトヲ得ルモノトセリ而シテ是運送品ノ所有權ヲ讓渡サレシ權利ノ
 ミヲ設定サレタル場合ニ於テモ亦同一ナリトス
 (2) 既ニ運送品ノ引渡アリタル場合 既ニ述ヘタル如ク船荷證券ノ各通ニ獨立ノ效力アリト爲セルカ
 故ニ降揚港内ニ於テハ一通ノ所持人カ運送品ノ引渡ヲ請求シタルトキト雖其引渡ヲ拒ムコトヲ得サル

モノト爲シタリ其結果既ニ爲シタル引渡ハ之ヲ有效ノモノト爲ササルヘカラス隨テ他ノ所持人ノ證券
 ハ縱令裏書ノ口ヨリ言ハ最先ナルトキト雖既ニ引渡サレタル後ナルカ故ニ其效力ヲ失フニ至ルモノ
 ナリ(六二七條)

第六章 旅客運送

第一節 旅客運送契約ノ性質竝ニ其成立

旅客運送契約モ運送契約タルノ性質ニ於テハ物品運送契約ト異ナルナク共ニ請負契約ノ一種ニ屬ス唯
 契約ノ目的カ前者ハ物品ニシテ後者ハ旅客タルノ差アルノミ然レトモ船舶ノ全部者クハ一部ヲ以テ運
 送契約ノ目的トスル場合ニ在テハ縱令之ヲ旅客運送ニ使用スル場合ト雖船舶所有者ト備船者ト間ニ
 在テハ物品運送ノ規定準用セラル(六四〇條、獨新六七六條)故ニ例之移民等ヲ多ク乗セシムル爲ニ或
 企業者カ船舶所有者ト間ニ備船契約ヲ結ビタル場合ニハ該備船契約ニ對シテハ物品運送ノ規定準用
 セラルルモ右企業者タル備船者カ更ニ移民各自ト間ニ旅客運送契約ヲ結ビタルトキハ後者ハ旅客運
 送ノ規定ニ從テ而シテ船舶所有者ハ後ノ場合ニ付テモ第六一二條ニ依リ船長ノ職務ノ範圍内ニ於テハ
 旅客ニ對シテ直接ニ責任ヲ負擔スルナリ
 旅客運送契約ハ物品運送契約ト等シク諾成契約ナリ故ニ契約ノ成立ニ別段ノ形式ヲ要セズ然レトモ旅
 客運送ニ在テハ乘船切符ヲ發行シテ其成立ヲ證明スルヲ常トス其切符ハ記名式ニモ亦無記名式ニモ發
 行スルコトヲ得然レトモ記名ノ乘船切符ハ之ヲ他人ニ讓渡スコトヲ得ズ(六三〇條、獨新六六四條)然
 レトモ船舶所有者ノ承諾アリ又ハ切符面ニ讓渡ヲ許可スル旨ヲ記載シアレハ記名ノ場合ト雖讓渡スコ

トヲ得ルハ勿論ナリ又同條ノ反對推理ニ據リ又ハ債權ハ一般ニ讓渡シ得ルト云フ原則ニ基キ無記名ノ乗船切符ハ之ヲ自由ニ讓渡スコトヲ得ルナリ切符ヲ讓渡スト云フハ畢竟乘船權ヲ讓渡スノ意ナリ又無記名ノ切符ヲ讓渡スコトヲ得ルハ發航前ニ限ル發航後ニ在テハ例之ヲ復切符ノ如キモ發航ノ時ヨリ直ニ記名ノ切符ト化スルカ故ニ最早讓渡スコトヲ得アルナリ

契約ノ當事者ハ通常ハ旅客彼レ自身ナリト雖又稀ニハ旅客ニ非サル者カ契約ヲ締結スルコトハ之ヲ想像スルコトヲ得ヘシ例之親カ小兒ヲ携帶シテ乘船スル場合ノ如ク其小兒ハ契約ノ當事者ニハ非サルナリ

第二節 旅客運送契約ノ效力

第一項 船舶所有者ノ義務

一 旅客ノ食料ノ負擔 旅客ノ航海中ノ食料ハ船舶所有者ノ負擔トス是實際ノ慣例ニ從ヒタルモノニシテ食料ノ代價ハ既ニ運送賃中ニ包含サレタルモノト看做シタルニ依ルモノナリ(六三二條)尤甲板客又ハ下等船客ノ如キハ特約又ハ慣習ニ依リ旅客其食料ヲ自辨スルコトナキニ非ヌ如此特約又ハ慣習アル場合ハ之ニ依ル而シテ斯ル場合ニハ運送賃ハ普通ヨリモ低廉ナルヲ常トスルモノナリ又食料ノ如何ナル程度ノモノヲ給與スルカ又酒類モ其中ニ包含サルカ等ノ點ニ付テハ(一)二三等ト云フカ如キ等級ニ依テ差別アルヘク畢竟此等ハ總テ海運業者間ノ慣習ニ一任スルモノトス

二 船舶修繕中旅客ニ相當ノ住居及食料給與ノ義務 船舶所有者ハ其船舶ヲ用ヒテ旅客ノ運送ヲ爲スコトヲ約シ其運送中ニ在テハ旅客ハ船舶ニ住居シ且食料ノ給與ヲ受クヘキモノトス然ルニ航海ノ途中

ニ於テ船舶修繕ノ必要ヲ生シ船舶内ニ住居スルコト能ハサルトキハ船舶所有者ハ其修繕中旅客ニ相當ノ住居及食料ヲ供與スルコトヲ要ス然レトモ是唯船舶所有者カ代用船ヲ出ササルカ爲テリ若船舶所有者ニ於テ代用船ヲ出シテ上陸港迄旅客ヲ運送スルコトヲ提供シタルトキハ旅客ニ住居及食料給與ノ必要ナキナリ然レトモ其提供ハ旅客ノ權利ヲ害セサル範圍内ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要ス例之船體ノ大小、速力、船齡等ニ於テモ代用船ヲシテ本船ト異ナルコトナカシムルカ如キ是ナリ(六三六條、獨新六七一條)

三 手荷物ノ無償運送 旅客カ契約ニ依リ船中ニ携帶スルコトヲ得ル手荷物ニ付テハ船舶所有者ハ特約アルニ非サレバ別ニ運送賃ヲ請求スルコトヲ得ス(六三三條、獨新六七二條)蓋手荷物ハ少量ノモノナルカ故ニ別ニ運送賃ノ支拂ナクシテ之ヲ送付スルヲ慣例トス尤手荷物トシテ無償ニテ運送セシムルコトヲ得ル容積、重量、種類等ハ契約ニ依テ定メラルヘキモノニシテ運送會社ニ在テハ(一)二三等客ノ區別ニ從ヒ手荷物トシテ携帶シ得、キ範圍ヲ豫規則ニ由テ之ヲ定メ置クヲ常トス其制限ヲ超エタルトキハ運送會社ニ在テハ固ヨリ特別ノ運送賃ヲ請求シ得ヘキモノトス若法令ニ違反シ又ハ契約ニ依ラズシテ手荷物ヲ船積シタルトキハ船長ハ何時ニテモ之ヲ陸揚シ若船舶又ハ積荷ニ危害ヲ及ス虞アルトキハ之ヲ放棄スルコトヲ得且船長カ之ヲ運送ス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此他之ニ因テ損害ヲ生シタルトキハ利害關係人ハ其賠償ヲ請求スルコトヲ得(五九三條、六三九條二頁)

四 旅客死亡ノ際手荷物ノ處分ノ義務 旅客カ死亡シタルトキハ船長ハ其相續人ノ利益ニ最適スヘキ方法ニ依テ其船中ニ在ル旅客ノ手荷物ヲ處分スルコトヲ要ス(六三八條、獨新六七五條)例之其手荷物ノ

目録ヲ作リテ之ヲ保管シ相續人ノ手元迄之ヲ送付スルカ如キヲ謂フ又急迫ナル事情アルトキハ之ヲ賣却シテ其代金ヲ保管スルカ如キ是ナリ而シテ此權限並ニ義務タルキ死亡者ノ隨行者等カ船中ニ在リタル場合ハ實際ニ其必要ナルヘキモ理論上ハ斯ル場合ト雖存在スルモノトス

五 陸上ノ旅客運送ト其通ノ責任 旅客ニ付テハ船舶所有者ハ自己又ハ其使用人カ運送ニ關シ注意ヲ怠ラザリシトテ證明スルニ非サレハ旅客カ運送ノ爲ニ受ケタル損害ヲ賠償スル責ヲ免ルルコトヲ得ス茲ニ所謂注意トハ運送人トシテノ相當ノ注意ヲ指稱スルモノニシテ旅客ニ付テハ人命ニ關スルモノナルカ故ニ普通ノ物品運送ノ場合ヨリモ其注意ノ程度重カラサルヘカラス而シテ免責舉證ノ責任ハ運送人ノ側ニ在ルナリ又旅客ニ對スル損害ノ計算ニ付テハ裁判所ハ被害者及其家族ノ情況ヲ斟酌スルコトヲ要ス(二二五)條、六三九條)

手荷物ニ付テハ旅客ヨリ引渡ヲ受ケタルモノト否トニ依テ之ヲ區別シ引渡ヲ受ケタル手荷物ニ付テハ特ニ運送貨ヲ請求セザルトキト雖物品ノ運送人ト同一ノ責任ヲ負フ故ニ運送人トシテノ相當ノ注意ヲ盡シタルコトノ舉證ノ責任ハ運送人ノ側ニ在ルナリ(三三七條)然ルニ旅客ヨリ引渡ヲ受ケタル手荷物ノ滅失又ハ毀損ニ付テハ自己又ハ其使用人ニ過失アル場合ヲ除ク外損害賠償ノ責任セス故ニ此場合ハ過失アリシトテ舉證ノ責任ハ旅客ニ在ルナリ(三五一條、三五二條、六三九條)

六 海上ノ物品運送ト其通ノ責任 船舶所有者ハ備船者又ハ荷送人ニ對シ發航ノ當時船舶カ安全ニ航海ヲ爲スニ堪ユルコトヲ擔保ス此擔保義務タルキ旅客運送ニ付テモ存在スヘキハ當然ナリ(五一九條、六三九條)又船舶所有者ハ特約ヲ爲シタルトキト雖自己ノ過失船員其他ノ使用人ノ惡意若クハ重大ナル過失又ハ船舶カ航海ニ堪エザルニ因テ生シタル損害賠償ノ責ヲ免ルルコトヲ得ス此契約ノ自由制限

件ヲモノナルカ故ニ其結果トシテ公法上ノ服務義務ハ他ノ義務ノ義務ニ存セザル種種ノ特徴ヲ有ス

一 公法上ノ服務義務ヲ負ヘル者ハ特別ノ服從關係ニ立ツモノナリ服務義務者ニ對スル此國家ノ特別ノ權力ハ假ニ之ヲ稱シテ服務要求權ト謂フ服務要求權ノ結果トシテ監督權及懲戒權ヲ生ス監督權及懲戒權ノ内容ハ尙後ニ之ヲ論スヘシ

二 公法上ノ服務義務ハ特別ノ忠實ノ義務ヲ伴フモノナルカ故ニ自國ノ臣民ニ非ツレハ之ヲ課スルコトナシ國家ノ權力ハ管ニ臣民ニ對シテ行ルルノミナラス領土内ニ滞在スル外國人ニ對シテモ均シク行ルルモノナレトモ服務義務ハ一身ヲ奉シテ國家ノ爲ニ盡スモノナルカ故ニ外國人ニ對シテハ之ヲ要求スルコト能ハス

三 公法上ノ服務義務ハ一身ヲ捧ケテ國家ニ奉スルノ義務ナルカ故ニ最嚴格ナル意義ニ於テ一身上ノ義務ナリ如何ナル場合ニ於テモ之ヲ他人ニ移轉スルコトヲ得ス又之ヲ代理セシムルコトヲ得ス他ノ公法上ノ義務ヲ供スル義務ハ單ニ其結果ヲ得ルコトヲ目的トスルニ止リ一身ヲ以テ國家ニ奉スルノ義務ニ非サルカ故ニ他人ヲシテ之ヲ代理セシムルコトヲ得ヘク又他人ニ之ヲ移轉スルコトヲ得ヘシ公法上ノ服務義務ハ國家ノ單意ニ依リ強制的ニ之ヲ課スルモノアリ或ハ當事者ノ任意ノ承諾ニ依テ課スルモノアリ臣民ノ一般ノ義務トシテ強制的ニ課スルハ兵役ノ義務ナリ任意ノ承諾ニ依リテ課スルモノハ官吏ノ任命ニ於テ之ヲ見ル本章ニ於テハ此ニテ論スヘシ

第二節 官吏ノ法律上ノ性質

官吏トハ、一般臣民ノ法律上ノ義務ニ基クニ非スシテ國家ノ事務ヲ行フヘキ公法上ノ服務義務ヲ負擔シ



又ハ國家ノ命令ニ依リ何時ニテモ之ヲ負擔スヘキ義務ヲ負ヘル者ヲ謂フ公法上ノ服務義務ニ依テ行フ所ノ國家事務ノ範圍ハ之ヲ稱シテ官職ト謂フ故ニ官吏トハ簡單ニ云ヘハ一般臣民ノ法律上ノ義務ニ基カスシテ官職ヲ擔任シ又ハ國家ノ單意ニ依リ官職ヲ擔任スヘキ地位ニ在ル者是ナリ

總テ外部ニ對スル國家事務ノ執行ハ君主國ニ於テハ君主ノ一身ニ總攬スル所ナリ然レトモ君主ハ其一身ヲ以テ總テノ國家事務ヲ親裁シ得ヘキニ非ス故ニ君主ハ多數ノ機關ヲ設ケテ國家事務ヲ分擔セシム國家ノ事務ヲ分擔セシムルニハ種種ノ方法ヲ以テ之ヲ行ハシムルコトヲ得ヘク或ハ民法上ノ契約ニ依リ或ハ一私人又ハ團體自己ノ權利トシテ國家事務ノ一部ヲ行フノ權利ヲ付與スルニ依テ之ヲ爲スコトヲ得其最顯著ナルモノハ自治團體ヲ承認シ自治權ヲ付與スルニ在リ然レトモ君主ハ又君主ニ隸屬スル多數ノ機關ヲ設ケ之ヲシテ公法上ノ服務義務ヲ負ハシメ此服務義務ニ依テ國家ノ事務ヲ處理セシムルコトヲ得是即官吏ナリ

此故ニ官吏ヲ任命スル目的ハ之ヲシテ國家事務ヲ處理セシムルニ在ルコト言フ俟タズ官職ト官吏トハ離ルヘカラサル關係ヲ有スルモノナリ然レトモ官吏タル關係ト官職ヲ擔任スルノ關係トハ必シモ常ニ相一致スルモノニ非ス官吏タル關係ノ既ニ設定セラレタル後ニ於テモ未官職ヲ擔任セサルコトアリ例之裁判官ニ任命セララルモ未何レノ裁判所ニ勤務スヘキヤノ命ヲ受ケタル場合ニハ未現ニ官職ヲ擔任スルノ義務ヲ生セス又例之内務屬ニ任命セララルモ何レノ局何レノ課ニ勤務スヘキヤノ命ヲ受ケタル間ハ官吏關係ハ既ニ發生シタルモ官職ノ擔任ハ未タ發生セス官吏ヲ任命スルトキハ多ク場合ニ於テハ同時ニ官職ヲ擔任ヲモ命スルヲ常トスト雖場合ニ依テハ如此官吏關係ノミヲ發生セシメ官職ノ擔任ヲ命スル行爲ハ別ニ行ルルコトアルナリ一方ニ於テハ官職ノ擔任ノミ先消滅シ官吏關係ハ尙繼續スル

コトアリ例之依職官吏、待命中ノ官吏ノ如キ是ナリ故ニ官吏トハ必シモ現ニ官職ヲ擔任スル者ノミナラス將來ニ於テ官職ヲ擔任スヘキ地位ニ在ル者ナルモ尙官吏タルコトヲ妨ケス然レトモ官吏關係ノ既ニ發生シタル上ハ官吏ハ何時ニテモ官職ヲ擔任スヘキ義務ヲ負フモノニシテ官吏ニ任命スルニハ本人ノ承諾ヲ要スルモ既ニ官吏ト爲リタル上ハ官職ヲ擔任セシムルハ常ニ國家ノ單意ニ依テ之ヲ命スルヲ得ヘク本人ノ承諾ヲ要セスシテ當然其效力ヲ生スルモノナリ

將來ニ官職ヲ擔任スヘキ義務ヲ負フ者ハ官吏ノ外尙其例ナキニ非ス殊ニ將來官吏ト爲スノ目的ヲ以テ國家カ其教育ノ費用ヲ供給スル者ハ多ク場合ニ於テ其修業ノ後國家ノ命スル所ノ官職ヲ擔任スヘキ法律上ノ義務ヲ負ハシムルヲ例トス此義務ハ又民法上ノ義務ニ非スシテ均シク公法上ノ義務ナリ然レトモ如此義務ヲ負フ者ト雖國家ノ單意ニ依リ當然官職ヲ擔任スヘキ地位ニ在ルモノニ非ス官職ノ擔任ニハ尙常ニ本人ノ承諾ヲ要スルモノニシテ唯法律上之ヲ承諾スヘキ義務ヲ負フノミ若其承諾ヲ爲ササルトキハ法律ノ制裁アリト雖承諾ナクテハ官職ヲ擔任ノ效果ヲ生スルコトナシ反之官吏カ官職ヲ擔任スルハ全ク本人ノ承諾ヲ要セス國家ノ一方の意思ニ依テ直ニ其效力ヲ生スル此點ニ於テ官吏ハ如此義務者ト異レリ

官吏カ國家事務ヲ擔任スルハ公法上ノ服務義務ナリ故ニ國家事務ヲ擔任スル者ト雖公法上ノ服務義務ニ依テ之ヲ擔任スルニ非サル者ハ官吏ニ非ス此點ニ於テ官吏ハ議會ノ議員又ハ特定ノ目的ノ爲ニ任命モラルル各種ノ委員ト異レリ此等ノ者ハ國家事務ヲ行フ點ニ於テ官吏ト異ルコトナシト雖服務義務ヲ負フ者ニ非ス

官吏カ服務義務ヲ負フハ一般臣民ノ法律上ノ義務ニ基クモノニ非ス自己ノ任意ノ承諾ニ基クモノナリ

此點ニ於テ官吏ハ兵卒ト異レリ官吏中ニモ其就任ヲ以テ法律上ノ義務ト爲スモノナキニ非ズ前ニ掲ケタル國家ノ給費ヲ受ケタル者ハ其一例ナリ然レトモ其外向自治團體ノ吏員ニ在テハ法律力其就任ヲ以テ市町村公民ノ義務トナスモノアリ如此場合ニ於テハ完全ナル意義ニ於テノ任意ノ承諾アリト云フコトヲ得ス然レトモ此等ノ場合ニ於テモ官吏關係ヲ發生スルハ尙常ニ本人ノ承諾ニ依ルモノニシテ法律ハ唯其承諾ヲ爲スヘキ義務ヲ認ムルノミ承諾ニ依ルニ非シテ一方ノ行爲ニ依テ當然其效力ヲ生スルニ非ズ反之兵役義務ハ國家ノ一方ノ意思ニ依テノミ課セラルルモノニシテ本人ノ承諾ハ毫モ必要ニ非ス素ヨリ志願兵ノ如キハ本人ノ意思ニ基クモノナレトモ此場合ニ於テモ唯國民ノ一般法律上義務ノ變形タルニ過キサレモノナルカ故ニ之ニ依テ其性質ヲ變更スルコトナシ

第三節 官吏關係ノ發生

官吏關係ハ特別ノ公法上ノ行爲ニ依テ發生ス官吏關係ヲ發生スヘキ公法上ノ行爲ハ任命又ハ選舉ナリ官吏任命ノ國法上ノ性質如何ニ付テハ從來種種ノ見解ヲ經タリ公法ト私法トノ區別明ニ認識セラレザリレ時代ニ在テハ官吏關係モ亦一般ノ私法上ノ關係ト看做サレ官吏ノ任命モ亦私法上ノ關係契約ト同一ニ論セラレタリ國家觀念ノ發達ニ伴ヒ始テ官吏關係カ雇傭ト全ク性質ヲ異ニスル公法上ノ關係ナルコトヲ認メラレト同時ニ官吏ノ任命ヲ以テ國家ノ權力ノ作用ナリトシ國家ハ其一方ノ意思ヲ以テ臣民ニ官吏タルヘキコトヲ命シ臣民ハ其命令ニ服従スルコトヲ要スルモノトシタリ然レトモ官吏ハ管ニ國家ノ命令ニ服従シ國家ニ對スル義務ヲ負擔スルニ止ラス又俸給ヲ受ケル權利ヲ有スルモノナルカ故ニ單純ナル權力作用ヲ以テハ之ヲ説明スルコトヲ得ズ是ヲ以テ學者ハ官吏ノ任命ハ權力作用タリト雖之

ト同時ニ私法上ノ契約カ締結セララルモノナリト爲シ即國家ハ其權力ニ依テ官吏タルコトヲ命スルト同時ニ私法上ノ契約ニ依テ俸給ヲ給與スルノ契約ヲ締結スルモノト看做サレタリ

近時ニ至リ始テ公法上ノ契約ナル觀念ヲ認メララルニ至リ任命ハ國家ノ一方ノ作用ニ依ルモノニ非ズシテ臣民ノ任意ノ承諾ニ依テ生スル行爲即國家ト被任者トノ同意ニ成ル雙方ノ行爲ナルコト一般ニ認メララルニ至レリ蓋臣民ハ絕對ニ國權ニ服従スルモノニ非ズ國家カ臣民ニ對シテ要求シ得ヘキ範圍ハ法ニ依テ一定ノ限界ヲ有シ此限界以外ニ於テハ國家ハ臣民ニ對シテ何等ノ要求ヲモ爲スヲ得ズ國家ハ固ヨリ其法規ヲ以テハ臣民ニ對シテ如何ナル勞務提供ノ義務ヲモ強制スルコトヲ得ヘク如此義務ノ強制ハ兵役義務ニ於テ其實例ヲ見ルコトヲ得然レトモ一方ニ於テハ官吏ノ如キ精神ノ勞務ハ之ヲ強制スルニ依テ其目的ヲ達スルコト能ハサルト他方ニ於テハ名譽心、公共心又ハ經濟上ノ欲望ノ如キ種種ノ動機ハ國民中自ラ進テ官吏タラント欲スル者ヲシテ缺乏ナカラシムルトニ依リ今日ノ國家ハ臣民ニ對シテ官吏タルヘキ義務ヲ強制スルコトナシ而シテ之ヲ強制スルノ法規アラサル以上ハ國家ハ自己ノ單意ヲ以テ臣民ニ其義務ヲ課スルコトヲ得ス其義務ヲ課スル爲ニハ必當事者ノ承諾アルコトヲ要ス官吏ノ任命カ當事者ノ承諾ヲ以テスル雙方ノ行爲ナルコトハ之ニ依テ明瞭ナリ

想ナリ若シ任命カ國家ノ單意ニ依テ完全ニ成立スルモノナリトセハ任命ノ行爲以前ニ於テ既ニ服務義務ヲ擔任スヘキ義務ノ存在セルコトヲ前提トセサルヘカラス如此義務ノ存在スルニ非ズシテ而モ國家ノ一方ノ意思ニ依テ官吏關係ノ成立スルコトヲ得トスルハ法治國ノ性質ニ矛盾スルモノナリ任命ハ一方ノ行爲ニ非ズ雙方ノ意思ニ依テ始テ完全ニ成立スルコトヲ得ルモノナリ之ヲ契約ト稱ス

ルノ當ヲ得タルヤ否ヤハ寓語ノ爭ニ止レリ其民法上ノ契約ト同一ノ法理ヲ以テ論スルコトヲ得サルハ勿論ナレトモ之ヲ純然タル國家ノ一方的作用タル處分ト區別スル爲ニ稱シテ公法上ノ契約ト云フモ取テ不當ニ非ス

然レトモ之ヲ契約ト稱スルカ爲ニ民法上ノ契約ト法理ヲ混同スルノ誤ナカラント要ス任命カ公法上ノ契約ナルコトヲ主張スル學者ハ多クハ此誤ニ陥リ任命ヲ以テ民法上ノ契約ニ於ルカ如ク單純ナル申込ナリト爲シ任命ヲ完成スル爲ニハ之ニ對シテ更ニ被任者ノ承諾アルコトヲ要スト爲スヲ常トス即其說ニ依レハ官吏關係ハ任命ニ依テ成立スルニ非スシテ被任者カ任命ニ對スル承諾ノ意思ヲ表示スルニ依テ成立スルモノト爲スナリ然レトモ是公法上ノ契約ノ性質ヲ誤レルモノナリ總テ國權ノ作用ハ其行爲自身ニ於テ其有效要件ノ完全ニ具備セルコトヲ證明スルノ力ヲ有スルモノナリ恰裁判官ノ判決ハ經命違法ナルモ尙適法ノ判決トシテ效力ヲ有シ即判決アリタル上ハ判決自身ノ力ヲ以テ其適法ナルコトヲ證明スルノ力ヲ有スルト同ク行政行爲モ亦其レ自身ノ力ニ依テ其行爲ノ適法ナルコトヲ證明スルノ力ヲ有スルモノナリ任命自身ニ於テ其行爲ノ完全ニ適法ナルコトヲ證明スルノ力ヲ有スルモノナリ若實際ニ於テ當事者ノ承諾アラザリシトキハ其行爲ハ法律上ノ瑕疵アルカ爲ニシテ取消サルヘキモノナリ然レトモ之ニ依テ其行爲ハ當然無効トナルモノニ非ス當事者ハ法律上ノ手段ヲ以テ之ヲ爭フコトヲ要ス之ニ依テ其行爲カ取消サルマテハ任命ハ尙完全ニ其效力ヲ有スルモノナリ

此故ニ官吏關係ノ發生スルカ爲ニハ任命ノ後ニ於テ更ニ被任者ノ之ニ對スル承諾アルコトヲ必要トス

ルモノニ非ス任命ノ行爲ニ於テ被任者ノ承諾ハ當然包含サルルモノト看做サレ之ニ依テ官吏關係ハ當然成立スルモノナリ實際ノ慣例ニ於テモ亦此理論ヲ承認シ任命後ニ於ル被任者ノ承諾ハ官吏關係ノ發生ニ必要ナリトハ認メラレシ

任命ヲ行フ權ハ直接又ハ間接ニ皆君主ニ屬ス唯君主ハ或ハ直接ニ自ラ之行ヒ或ハ行政官廳ニ委任シテ之ヲ行ハシム其任命手續ノ如何ニ依リ官吏ニ勅任、奏任、判任ノ區別アリ

任命ノ形式ハ文書ヲ以テ之ヲ行フ任命ノ意思ヲ表示スル文書ハ之ヲ辭令ト謂フ任命ハ辭令ノ交付ニ依テ成立ス

官吏ノ任命ニ付テハ特定ノ種類ノ官職ニ付テハ特定ノ資格試験ヲ必要トス其資格アル者ニ非サレハ其種ノ官吏ニ任命スルコトヲ得ス然レトモ無資格者ヲ任命シタル場合ニ於テモ其任命ハ當然無効ト爲ルモノニ非ス單ニ瑕疵アルニ止レリ年齡、治産能力ノ有無、男女ノ性等ハ官吏ニ任セラレヘキ資格ニハ影響ナキヲ原則トス

官吏ハ任命ニ依テ其關係ヲ發スルヲ原則トスレトモ任命ニ依テ成立スルコトハ官吏ノ觀念ノ要素ニ非ス官吏關係ハ時トシテハ又選舉ニ依テ發生スルコトアリ我國今日ノ國法ニ於テハ直接ノ國家ノ官吏ニ付テハ選舉ニ依テ官吏關係ヲ發生スルノ實例ヲ見スト雖自治團體ノ吏員ニ付テハ選舉ニ依テ就任スルハ其普通ノ例ナリ我國ノ法律ノ用例ニ於テ官吏ナル語ハ專國家ノ直接ノ官吏ヲ意味シ自治團體ノ吏員ハ之ヲ公吏ト云ヒ以テ官吏ト區別スト雖自治團體ノ吏員モ其法律上ノ性質ハ全ク官吏ト異ナルコトナク其異ナル所ハ唯直接ニ國家ニ對シテ服務義務ヲ負フト自治團體ニ對シテ服務義務ヲ負フトノ差アルノミ官吏カ選舉ニ依テ就任スル場合ニ於テハ任命ノ場合ト異リ選舉ハ國權ノ作用ニ非ス從テ其レ自身

ニ於テ其完全ニ有效要件ヲ具備セルコトヲ證明スルノ力ヲ有スルモノニ非ス從テ選舉ニ依テ當然其效力ヲ生スルモノニ非スシテ選舉ノ後更ニ當選者カ就任ヲ承諾スルノ意思ヲ表示スコトヲ要シ官吏關係ハ其承諾ニ依テ始テ成立ス

第四節 官吏ノ義務

官吏ノ義務ハ之ヲ四種類ニ大別スルコトヲ得(一)職務執行ノ義務(二)忠實ノ義務(三)從順ノ義務(四)品位ヲ保ツノ義務是ナリ

第一 職務執行ノ義務 官吏ハ其官職ニ相當スル國家事務ヲ執行スルノ義務ヲ負フ是官吏ノ義務ノ最重要ナルモノナリ職務執行ノ義務ハ官職ノ付與ニ依テ發生ス官職ノ付與ハ或ハ任命ノ行爲中ニ併合シテ行ルルコトアリ時トシテハ官職ノ付與ト任命行爲トカニ箇ノ行爲ニ分離セラレ或ハ任命行爲ト同時ニ或ハ任命ノ後ニ於テ他ノ行爲ヲ以テ官職ヲ付與セラルルコトアリ其分離セラルル場合ニ於テハ職務執行ノ義務ハ官吏關係ノ發生ニ因テ當然發生スルモノニ非ス官職ヲ付與セラルルニ非サレハ職務ヲ執行スルノ義務ヲ生セザルノミナラス之ヲ行フヘキ權能ヲモ生セザルナリ一方ニ於テハ又官吏關係ハ存續シテ職務執行ノ義務ノミカ先消滅スルコトアリ休職、待命ノ場合ハ即是ナリ

職務執行ノ義務ヨリ生スル一ノ效果ハ現在ノ義務ナリ現在ノ義務トハ職務時間中官衙ニ出頭スルノ義務及職務時間以外ニ於テモ上官ノ許可ヲ得ルニ非サレハ官衙所在地ヲ離ルヘカラサルノ義務ヲ包含ス第二 忠實ノ義務 忠實ノ義務トハ職務ヲ執行スルニ當リ身體上及精神上ノ全力ヲ舉ケテ公益ニ適合スルコトヲ努ムヘキ義務ヲ謂フ忠實ノ義務ハ本來德義的ノ性質ヲ有スルモノニシテ法律上其内容ヲ精

密ニ説明シ盡ス能ハス之カ爲メ學者ハ往往忠實ノ義務ヲ以テ法律上ノ義務ノ一種トシテ數ナルコトヲ否認シ忠實ノ義務ハ其實從順ノ義務ニ外ナラサルモノト爲ス者アリ然レトモ官吏ハ其職務ヲ執行スルニ當リ單ニ法律命令ニ遵由シ及上官ノ命令ヲ遵奉スルニ依テ完全ニ其義務ヲ盡シタルモノト云フヲ得ス縱令法律命令又ハ上官ノ命令ニ對シテハ毫モ違反スル所ナシトスルモ若全力ヲ盡サス不注意、粗漏ニ其職務ヲ行フトキハ官吏ハ尙其義務ヲ盡シタルモノニ非ス故ニ忠實ノ義務ハ從順ノ義務以外ニ於テ獨立ノ一ノ法律上ノ義務タルモノナリ

忠實ノ義務ヨリ生スル效果ハ之ヲ積極的效果トニ分ツコトヲ得其積極的效果ハ努メテ國家ノ利益ニ適合スヘキ作爲ヲ爲スコトニ在リ消極的效果ハ國家ノ不利益ヲ來スヘキ行爲ヲ避クルコトニ在リ其積極的ノ側ニ付テハ一定ノ法則ヲ以テ豫其限度ヲ定ムルコトヲ得ス法律ヲ以テ規定スルコトヲ得ルハ專其消極的ノ側ニ在リ忠實ノ義務ヨリ生スル消極的效果ノ第一ハ秘密ヲ守ルノ義務ナリ官吏ハ其職務ニ關聯シテ聞知シタル秘密ヲ他人ニ漏ラスヘカラサルノ義務ヲ負フ官ノ秘密ヲ他人ニ漏ラスハ政府ノ利益ヲ害スルモノナリ官吏ハ政府ニ忠實ナルノ義務ヲ負フモノナルカ故ニ秘密ヲ守ルノ義務ハ忠實ノ義務ヨリ生スル當然ノ結果ナリト云フコトヲ得然レトモ官吏服務規律第四條及第五條ハ特ニ之カ明文ヲ設ケ秘密ヲ守ルノ義務ハ官吏ノ在職中ノミナラス其退職後ニ於テモ尙繼續スルモノナリ是官吏ノ義務カ官吏關係ノ消滅後ニ於テ尙繼續スルモノノ例外ノ場合ナリ秘密ヲ守ルノ義務ニ相當シテ官吏ハ裁判所ニ於テ證人又ハ鑑定人トシテ證言ヲ拒ムノ權利ヲ有ス官吏服務規律第四條第二項ハ此權利ヲ明言セリ

一 官廳ノ工事ヲ請負ル者其他政府ヨリ財政上ノ利益ヲ受クル者ト職務上關係アル官吏ハ其者ヨリ響應ヲ受クルコトヲ得ス

二 官吏ハ如何ナル名義ヲ以テスルモ其部下ノ所屬官吏ヨリ贈與ヲ受クルコトヲ得ス

三 官吏ハ取引相場會社ノ社員タルコトヲ得ス及間接ニ相場商業ニ關係スルコトヲ得ス

四 官吏ハ私立ノ郵船會社又ハ私立ノ鐵道會社ヨリ無賃乗船切符又ハ無賃乗車切符ヲ受クルコトヲ得ス

此等ノ行為ハ總テ職務ノ忠實ナル執行ヲ妨クルモノトシテ當然官吏ニ禁止セラレルモノナリ此他尙當然ニハ職務ノ忠實ナル執行ヲ妨クルモノニ非サルモ事情ニ依リ之ヲ妨クルノ虞アルモノトシテ本屬長官ノ許可ヲ得ルニ非サレハ爲スコトヲ許ササルモノアリ即左ノ如シ

- 一 營業會社ノ社長又ハ役員ト爲ルコト
- 二 職務ニ關シテ他人ノ贈與ヲ受クルコト
- 三 外國ノ君主又ハ政府ヨリ勳章又ハ褒賞等ヲ受クルコト 此場合ニハ天皇ノ裁可ヲ要ス
- 四 自ラ商業ヲ營ミ又ハ家族ヲシテ商業ヲ營マシムルコト
- 五 本職ノ外給料ヲ得テ他ノ事務ニ當ルコト

第三 從順ノ義務 官吏關係ハ特別ノ權力關係ナリ官吏ノ任命ハ官吏ヲシテ國家ノ特別ノ權力ニ服從セシムルモノナリ官吏ニ對スル國家ノ特別ノ權力ハ之ヲ稱シテ服務要求權ト謂フ國家ノ名ニ於テ官吏ニ對シテ此特別ノ權力ヲ行使スルノ權ヲ稱スル者ハ之ヲ職務上ノ上官ト謂フ職務上ノ上官カ此特別ノ權力ヲ行使スルノ形式ハ服務命令ト謂フ官吏ハ職務上ノ上官ノ服務命令ヲ遵由スルノ義務ヲ負フ上官

ノ命令ニ對スル遵由ノ義務ヲ稱シテ官吏ノ從順ノ義務ト謂フ

服務命令ハ一般ノ法則ニ關スルモノアリ或ハ箇箇ノ現實ノ場合ニ關スルモノアリ一般ノ法則ヲ定ムル服務命令ハ例之庶務規定ノ如キ是ナリ如此一般ノ法則ト雖服務命令ハ法規ニ非ス從テ其箇箇ノ場合ニ定ムル服務命令ニ對スル關係ハ法規ト處分トノ關係ノ如ク其效力ニ輕重ノ差異アルコトナシ處分ハ如何ナル場合ニ於テモ法規ニ違反スルコトヲ得サルニ反レ箇箇ノ場合ヲ定ムル服務命令ハ一般ノ法則ヲ定ムル服務命令ト全ク同一ノ效力ヲ有スルモノナリ從テ何時ニテモ一般ノ服務命令ニ違反シタル箇箇ノ命令ヲ發スルコトヲ妨ケス

官吏ハ上官ノ服務命令ニ遵由スルノ義務ヲ負フト雖此遵由ノ義務ハ絕對無制限ノ義務ニ非ス上官ハ如何ナル事項ト雖自己ノ欲スルカ儘ニ之ヲ下級官吏ニ命令スルコトヲ得ルモノニ非ス其命令權ハ一定ノ限界ヲ有シ其限界以外ニ於テハ下級官吏ハ之ニ遵由スルノ義務ヲ負フコトナシ若シ之ニ拘ラス之ニ遵由スルトキハ下級官吏ハ自ラ之カ責任ヲ負フコトヲ要シ上官ノ命令タルノ故ヲ以テ其責任ヲ免ルルコトヲ得ス此限界如何ヲ定ムルハ官廳ノ從順ノ義務ニ關スル最重要ナル問題ナリ

舊時代ノ學說ニ於テハ上官ニ對抗シテ法律命令ヲ擁護スヘキモノト爲シ上官ノ命令ノ實質カ法規ニ違反スル場合ニ於テハ官吏ハ之ニ服從スルコトヲ要セスト爲セリ換言スレハ官吏ハ上官ノ命令カ法規ニ適合スルヤ否ヤヲ審查スルノ權ヲ有シ若シ其違法ナル場合ニハ之ニ服從スルヲ要セスト爲シタルナリ然レトモ如此學說ハ何レノ時代ニ於テモ斯ク極端ニハ實行セラレタルコトナシ若極端ニ此說ヲ實行スルコトヲ得ハ全ク上下ノ顛倒ニシテ下級官吏ハ却テ上官ヲ監督スルモノト爲ルヘシ裁判ノ判決ヲ確定スルモノハ大審院ニ非スシテ却テ刑罰ノ執行官吏ト爲リ租稅ノ稅額ヲ決定スルモノハ大藏大臣



ニ非スシテ租稅徵收者タルニ至ルヘシ官吏ハ固ヨリ其職務ノ執行ニ當リ法律命令ニ遵由スルコトヲ要ス違法ナル上官ノ命令ニ遵由スルハ此義務ニ違反スルモノノ如シ然レトモ是上官ノ命令カ違法ナルコトノ確定シタル上ニ於テ始テ云フコトヲ得ヘキモノナリ總テ國權ノ作用ハ其レ自身ニ於テ其適法ナルコトヲ證明スルノ力ヲ有ス若權限アル官廳ニ於テ適法ナリト認メテ其命令ヲ爲スニ於テハ其命令ノ適法ナルコトハ其レ自身ニ於テ決定セラレタルモノニシテ下級官吏ハ自己ノ見解ヲ以テ其違法ナルコトヲ主張スルヲ得ヘキモノニ非サルナリ

故ニ上官ノ命令カ縱令其内容ニ於テ法規ニ違反スルコトアルモ官吏ハ之カ遵由義務ヲ免ルルコトヲ得サルハ今日ノ學說ノ殆普ク一致スル所ナリ問題ハ此以外ニ於テ下級官吏ノ審査權ノ範圍如何ニ在リ
今日ノ多數學者ノ一致スル普通ノ學說ニ依レハ上官ノ命令ニ對スル下級官吏ノ審査權ハ左ノ三點ニ及フヘキモノナリ

- 一 上官ノ命令カ上官ノ命令トシテノ正當ナル形式ヲ具備スルヤ否ヤ
 - 二 上官ノ命令カ上官ノ權限内ノ事項ナリヤ否ヤ
 - 三 其受命者タル下級官吏ノ權限内ノ事項ナリヤ否ヤ
- 此等ノ三點中其孰ヲ缺クモ官吏ハ上官ノ命令ニ遵由スルノ義務ナク若之ニ遵由シタルトキハ自ラ之カ責任ヲ負フコトヲ要スト爲スナリ此普通ノ學說ハ一見甚正當ナルカ如シト雖少シク詳ニ觀察スルトキハ其當ヲ得サルモノアリ
- 一 普通ノ學說ニ依レハ上官ノ命令カ下級官吏ヲ拘束スルニハ上官ノ命令タルニ必要ナル形式ヲ備

フルコトヲ要スト爲ス此要件ハ若上官ノ命令ノ有效ナルヘキ形式カ豫一定セラレタル場合ニハ其正當ナリ然レトモ上官ノ命令ハ多ク場合ニ於テ其形式ニ關スル規定ヲ存スルモノナク上官ノ便宜ノ方式ヲ以テ命令ヲ爲スコトヲ得ヘク或ハ口頭ヲ以テモ命令ヲ下スニ充分ナリ形式ノ問題ハ服務命令ニ對シテハ多クハ問題ト爲ラス

二 通說ニ依レハ上官ノ命令カ有效ナルヘキ第二ノ要件ハ上官ノ權限内ノ事項ナルコトヲ要スト爲ス其理由トスル所ハ上官ノ命令カ下級官吏ヲ拘束スル所以ハ一ニ上官カ國家ノ名ニ於テ國家ノ權力ヲ行使スルカ爲ナルニ依ル然レトモ上官カ國家ノ權力ヲ行使スルコトヲ得ルハ自己ノ權限内ノミニ止リ權限外ニ於テハ上官ノ行為モ全ク一私人ノ行為ト異ルコトナキカ故ニ下級官吏ハ之ニ服從スルノ義務ナシト云フニ在リ固ヨリ上官ノ命令カ效力ヲ有スルハ上官ノ一經權限内ノ事項ニ關スルモノナルコトヲ要ス一般權限以外ニ出テテ其管轄區域以外ノ地域ニ於テ命令ヲ爲シ又ハ全ク別種類ノ事務ニ付命令ヲ爲ス場合ハ最早一私人ノ行為ト均シク上官ノ命令タルノ性質ヲ有スルコトナシ然レトモ其一般權限内ノ行為ナルニ於テハ換言スレバ荷上官ノ命令ト看做シ得ヘキ場合ニ於テハ其命令カ權限ヲ超過セルヤ否ヤハ下級官吏ノ審査權ニ服スルモノニ非ス此點ニ於テモ向上官ノ採リタル解釋ハ下級官吏ヲ拘束スヘキモノナリ權限ノ解釋ニ付テモ下級官吏ノ解釋ヲ以テ上官ノ解釋ニ對抗スルコトヲ得ス上官カ自己ノ權限内ナリトシテ爲シタル命令ニ對シテハ下級官吏ハ自己ノ見解ヲ以テハ其權限外ナリトノ理由ヲ以テ之カ服從ヲ拒ムヲ得ス

普通學說ノ如ク下級官吏カ上官ノ命令ニ對シテ其權限内ナリヤ否ヤヲ審査スルノ權ヲ有スト爲スハ縱令極テ薄弱ナリトハ雖尙舊時代ノ學說ト其缺點ヲ同ウスルモノニシテ少クトモ權限ノ問題ニ關シ



ヲハ上下ヲ顛倒スルモノナリ

三 普通ノ學說ハ又服務命令ノ内容カ受命者タル下級官吏ノ權限外ノ事項ナルトキハ下級官吏ハ之ノ
力違由ノ義務ヲ負ハスト爲ス其理由トスル所ハ官吏カ服務命令ニ違由スルハ唯國家ノ官吏トシテノ
義務ニ止ル然レトモ國家ノ官吏タルハ唯其權限内ノ事項ニ關シテノミ權限外ニ關シテハ官吏ハ全ク
一私人ニ外ナラサルカ故ニ固ヨリ上官モナク從テ違由ノ義務モナシト云フニ在リ然レトモ此點ニ於
テモ亦之ヲ文字通ニ解スルトキハ正當ナリト云フヲ得ス權限ト云フトキハ常ニ外部ニ對シテ國家ヲ
代表スルノ作用ヲ意味ス然レトモ上官ノ命令ハ多クノ場合ニ於テ毫外部ニ對シテ效果ヲ生スヘキ
事項ニ關セスシテ事實上ノ作用ニ關スルコトアリ或ハ書類ノ整理ヲ命シ或ハ特種ノ事實ノ調査ヲ
命シ或ハ工事ノ設計ヲ命シ或ハ出張ヲ命シ或ハ外國ノ巡回ヲ命シ或ハ執務時間中一定ノ制服ヲ著ス
ルコトヲ命スルカ如キ專内部ニ於ル事實上ノ作用ナルヲ常トス如此場合ニ於テハ下級官吏ノ權限問
題トハ全ク關係ナキモノニシテ其權限内ナルヤ否ヤハ初ヨリ問題ト爲ラス

余輩ノ信スル所ニ依レハ上官ノ命令カ下級官吏ヲ拘束スル力ヲ有スルハ唯左ノ二要件ヲ必要トスルノ

一 其命令ハ職務上ノ上官ヨリ發シタルモノナルコトヲ要ス 何人カ職務上ノ上官ナリヤハ官制ニ
依テ定リ官吏ハ官制ノ規定ニ從ヒテ何人カ自己ノ上官ナリヤ自ラ判斷スルノ權利ト義務トヲ有ス
職務上ノ上官ニ非サレハ服務命令ヲ發スルコトヲ得ス是疑フヘカラサル點ナリ

二 上官ノ命令ハ職務ニ關スルモノナラサルヘカラス 職務ニ關係ナク命令者ノ一身上ノ利益ノ爲
ニスルモノ又ハ受命者ノ私ノ生活ニ關スル事項ハ如何ナル場合ニ於テモ服務命令ノ目的タルコトヲ

得ス官吏ノ私ノ生活ハ官吏ノ義務ニ無關係ナル問題ニハ非ス官吏ハ職務以外ニ於テモ品位ヲ保ツノ
義務ヲ有スルコトハ後ニ述フヘキカ如レト雖官吏ノ一身上ノ生活ハ服務命令ヲ以テハ之ヲ強制スル
コトヲ得アルナリ

以上ノ二ノ要件ヲ具フル場合ニハ上官ノ命令ハ原則トシテ常ニ下級官吏ヲ拘束スルモノナリ然レトモ
此原則ニ對シテハ二ノ例外ヲ認ムルコトヲ要ス

一 官吏ハ時トシテ同時ニ二箇以上ノ上官ヲ有シ而シテ此多數ノ上官カ其れ自身又上下ノ階級ヲ有
スルコトアリ如此場合ニ於テハ官吏ハ總テノ上官ノ命令ニ服從スルノ義務ヲ負フヲ原則トスト雖若
下級ノ上官ノ命令カ一層上級ナル上官ノ命令ニ抵觸シタル場合ニ於テハ官吏ハ唯一層上級ナル上官
ノ命令ニ服從スル義務ヲ負フノミ下級ノ上官ノ命令ハ其れ自身ニ於テハ拘束力ヲ有スルモノナレト
モ其一層上級ナル上官ノ命令ニ抵觸スルニ依テ其拘束力ヲ失フモノナリ

二 官吏ハ時トシテ其職務ノ一部又ハ全部ニ對シテ全ク上官ノ命令ニ服從スルノ義務ヲ有セザルコ
トアリ即其職務ノ執行ニ當リ自己ノ獨立ノ判斷ヲ以テ之ヲ處理スルノ權ヲ有シ此點ニ於ル上官ノ命
令ハ不法ノ干渉ト看做サルモノナリ官吏カ如此獨立ノ判斷權ヲ有スル場合ハ之ヲ稱シテ職務上ノ
獨立ト謂フ職務上ノ獨立ヲ有スルノ最明瞭ナルモノハ裁判官ナリ裁判官モ亦其上官ヲ有シ其服務命
令ニ服從スルモノナレトモ其本來ノ職務タル裁判判決ニ關シテハ全ク上官ノ命令ノ下ニ立ツコトナシ
管ニ裁判官ノミナラス行政官ニ於テモ或ハ法ノ明文ニ依リ或ハ職務當然ノ性質ニ基キ如此職務上ノ
獨立ヲ有スル者尠カラズ行政裁判官ハ明文ヲ以テ保護セララルト否トヲ問ハス職務上ノ獨立ヲ有ス
ルハ疑ヲ容レズ其例外之會計検査官、學校ノ教官等ハ會計検査又ハ學說ノ教授ニ付テハ上官ノ命令

ニ服従スルモノニ非サルハ其職務ノ性質ヨリ生スル當然ノ結果ナリ
 第四 品位ヲ保ツノ義務 官吏ハ當ニ其職務上ノ義務ヲ有スルノミナラス職務以外ノ私ノ生活ニ於テモ亦官吏タルノ品位ヲ辱シメサルノ義務ヲ有ス
 蓋國家ノ機關トシテノ官吏モ一私人トシテノ自然人モ同一ノ人ニシテ一般ノ人民ヨリ之ヲ見ルトキハ若官吏カ其私ノ生活ニ於テ品位ヲ汚スノ所爲アリタルトキハ國家ノ機關トシテノ官吏モ亦從テ其威嚴ヲ害シ國家ハ從テ之カ不利利益ノ結果ヲ受クルヲ免レス此理由ニ依テ國家ハ官吏ニ要求スルニ其職務以外ニ於テモ其品位ヲ汚アサル義務ヲ以テス官吏服務規律ハ職務ノ内外ヲ問ハズ廉恥ヲ重シ貪汚ノ所爲アルヘカラサルコト、威權ヲ濫用セス謹慎懇切ナルヘキコト及浪費シテ產ヲ破リ分ニ應セサル債務ヲ負フヘカラサルコトヲ規定ス

第五節 官吏ノ權利

官吏ノ權利ハ明ニ之ヲ官吏ノ職務權限ト區別スルコトヲ要ス國家ノ機關トシテハ官吏ハ人格ヲ有スルモノニ非ス機關トシテノ行動ハ官吏ノ權限ニシテ其權利ニ非ス官吏ノ權利トハ官吏カ一人ノ人格トシテ國家ニ對シテ有スル所ノ權利ヲ謂フ
 官吏ノ權利ハ之ヲ官吏カ其地位ニ對スル權利ト官吏ノ財產上ノ權利トニ區別スルコトヲ得
 第一 官吏カ其地位ニ對スル權利トハ官吏タルノ地位ヲ國家ヨリ承認セララルノ權利ナリ此權利ハ官吏カ其地位ヲ奪ハレサルノ權利トハ同シカラス官吏ノ地位ヲ往往法規ニ依テ保護セラレ其意思ニ反シテ免官セラレサルコトヲ規定スルコトアリ此場合ニ於テハ官吏ハ國家ヨリ其地位ヲ奪ハレサルノ權利

ヲ推知スルコトヲ得ル場合ナラサルヘカラス何トナレハ法規ヲ定ムル作用ハ本來行政機關ニ屬スヘキ作用ニ非サレハナリ隨テ官制ニ明ナル授權ノ規程ナキ以上ハ行政官廳ハ行政本來ノ作用タル行政處分ヲ爲シ得ルニ止ルモノト解スヘキナリ而シテ此命令ヲ發スル行政機關ノ權限ハ該官廳ノ職務權限トシテ一般ニ與ヘラルルコトアリ又法律命令或ハ上級官廳ノ命令ヲ以テ特定ノ事項ニ付命令ヲ發スル權限ヲ與ヘラルルコトアリ命令權ヲ有スル行政官廳ハ如何ナル事項ニ付命令ヲ發スルコトヲ得ルカハ其特定ノ事項ニ付テ與ヘラルル場合ハ明ナリト雖然ラサル場合ニ於テハ其官廳ノ職務權限ノ全部ニ涉リテ之ヲ行フカ爲ニ命令ヲ發スルコトヲ得ルモノト解セサルヘカラス前者ヲ特別ノ委任ト謂ヒ後者ヲ一般ノ委任ト謂フ單ニ命令ヲ發スルコトヲ得ト規定セル場合ニハ其官廳ノ職務權限ノ全部ニ涉リテ命令權ヲ與ヘラレタルモノト推定スヘキナリ我國ノ現行ノ官制ニ於テハ內閣總理大臣、各省大臣及北海道廳長官、府縣知事ハ其職務權限ノ全部ニ涉リテ一般ニ命令ヲ發スルコトヲ得又特別ノ委任アルトキハ其事項ニ付テモ命令ヲ發スルコトヲ得反之郡長、島司ハ一般ノ命令權ヲ有スルコトナクシテ唯法律命令ノ特別ノ委任アル場合ニ限リ其特定ノ事項ニ付テ命令權ヲ有ス
 警察命令ハ罰ノ制裁ヲ以テ強行セラルルヲ常トス警察命令ノ多クハ罰則ノミヲ掲ク例之刑法ノ違警罪ノ規定ニ何何スルモノ何何ノ科料ニ處ストアルニ止リ何何スヘカラスト云フ規定ハ特ニ設ケラレズ或學者ハ警察法規トハ警察罰則ナリト論スルモノアリ然レトモ斯ル罰則ハ警察法規ノ違反ニ對スル制裁ノ規定セルモノニシテ之ヲ以テ直ニ警察法規ト爲スヲ得ス殊ニ警察罰則ハ法律ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ定ムルコトヲ得ス即其立法事項タルコトハ憲法第三條ノ明定スル所ナルカ故ニ行政機關ノ命令ヲ以テ罰則ヲ定ムルハ憲法ノ違反ナリ然レトモ我現行法ニ於テハ法律ヲ以テ行政機關力罰則ヲ設



ケ得ルコトヲ規定セリ如此法律ノ委任ハ違法ナルコト明ナレトモ是實際ノ便宜ヲ會フ趣旨ヲラン、惟測ス而シテ此種ノ罰則ハ法律ニ於テ其程度ヲ限局セリ警察罰ハ警察法規ノ違反ニ對スル懲報タル制裁ニシテ刑罰ノ一種ナリ然ルニ從來佛蘭西等ニ於テ法律學者ノ思想ニ於テハ刑罰ヲ科スル所ノ犯罪ハ其レ自身惡事タリ故ニ必刑罰ナカルヘカラサル性質ヲ有ス反之警察罰ヲ科スル法規違反ハ性質上惡事ニ非スシテ國家カ公益上之ヲ禁止スヘキモノト認シテ刑罰ヲ定ムルニ因リ警察法規ノ違反タル性質ヲ有スルニ至ルモノナリト論シ其結果種種ノ點ニ關シテ刑罰ト警察罰トノ區別ヲ説明セリ而シテ此思想ニ基キ刑罰ト警察罰トノ性質上ノ區別アルモノト認メテ或ハ利益ノ侵害ト權利ノ侵害トノ區別アリト爲スモノアリ或ハ權利ノ侵害ト侵害ニ至ラサル變更トノ區別ナリト爲スモノアリ或ハ既往ノ危害ニ對スルト將來ノ危害ニ對スルトノ區別ナリト爲スモノアリ固ヨリ立法者カ何ヲ以テ犯罪ト爲シ刑法ニ於テ定ムル所ノ刑罰ヲ之ニ對スル制裁ト爲シ又何ヲ以テ警察法規違反トシテ警察罰ヲ之ニ對スル制裁ト爲スヘキカラ定ムルニ方テハ此等ノ區別カ多少雖ルヘキノ標準ヲ與フルコトアラシ然レトモ現ハレテ刑罰タリ警察罰タルニ至テハ何等ノ異ナル所ナク唯、一ヲ刑罰ヲ科スヘキ犯罪トシ他ノ一ヲ警察罰ヲ科スヘキ法規違反トセルニ止リ道德上惡事ト見ルヘキモノニシテ犯罪タラサルモノアルヘク警察違反ニシテ惡事タルモノアラン而モ其公益ニ害アルコトハ其ニ具有スル性質ナリ隨テ權利ノ侵害ト謂フカ如キ其實質ニ存スル所ノ區別ヲ以テ二者ヲ分類スルコトヲ得サルモノトス

警察權力直接ニ箇箇ノ場合ニ現ハルルハ處分ノ形ニ於テ凡法規ハ一般ノ通則ヲ定テ處分ハ直接ニ現實ニ箇箇ノ場合ヲ定ムルモノニシテ法規ノ範圍内ニ行ハルヘキモノナリ行政處分ハ固ヨリ判決ノ如ク

法規ノ適用ヲ以テ止ムモノニ非サレトモ法規ノ範圍内ニ行ハルヘキコトハ一般ノ通則タル法規ノ性質中ニ存ス

國家ノ法規タル命令ハ一定ノ形式ニ於テスルコト法治國ノ原則ノ一タリ即一定ノ式ヲ具ヘテ公布セラルルコトヲ必要トス然レトモ處分ハ必シモ一定ノ形式ヲ必要トセス警察官廳カ認メテ以テ其違セントスル目的ニ適切ナリトスル方法ヲ以テセハ足レリ如此法規ニハ一定ノ形式備ハリ處分ニハ常ニ必シモ形式備ハラス處分ノ名ヲ以テ法規ヲ定ムルハ法規ノ形式ヲ必要トシタル精神ニ反スルカ故ニ處分ノ形式ヲ以テ法規ヲ定ムルコトヲ得サルナリ加之處分ヲ命スルコトヲ得ル官廳ハ必シモ法規ヲ定ムルコトヲ得ル官廳ニ非ス之ト均シク法規ヲ定ムルコトヲ得ル官廳ハ當然ニ處分ヲ爲スコトヲ得ル權限ヲ有スルモノニ非ス何トナレハ法規ト處分トハ本來其性質ヲ異ニスル國家ノ行動ニシテ法規ハ處分ノ積集セルモノニ非サルカ故ナリ又大小ノ關係アルモノニモ非サレハナリ

警察處分ハ法規ノ範圍内ニ於テ行ハルヘキコト前述ノ如シ然レトモ素行政ノ作用ハ法規ノ適用ニ非スシテ自由ナル國家ノ行動ナルカ故ニ法治國ノ希望スル所ハ法規ヲ以テ行政處分ノ作用ヲ出來得ル丈ケ嚴密ニ制限スルニ在レトモ今日ノ行政ノ實際ノ作用ニ於テハ法規ハ處分ノ標準タルニ止リテ其範圍内ニ於テハ極テ汎キ行動ノ餘地ヲ與フ抑法規ノ定ムル所極テ詳密ニシテ之ヲ實際ニ適用スルニ方リ何等ノ附加スルコトヲ要セサルモノアリト雖行政官ハ其意ヲ用ヒテ之カ場合ト程度トヲ裁量セサルヘカラサルコトアリ前者ヲ裁定ト謂ヒ後者ヲ裁量ノ處分ト謂フ裁定ハ司法ノ判決ニ類似シ裁量ノ處分ハ裁量處分ナリ然レトモ常ニ法規ノ範圍内ニ行ハレサルヘカラサルコトハ同一ナリ

警察處分ハ之ヲ爲スコトヲ得ル權限アル官廳カ之ヲ命スルトキハ直接ニ其目的トスル效力ヲ發生シテ

其目的トスル關係ヲ拘束シ假令實質ニ於テ違法ノ處分タリト雖其拘束力ヲ妨ケラレルコトナシ官廳カ一定ノ處分ヲ爲スコトヲ得ルトハ其内容ノ適法ナリヤ否ヤ一應決定シ得ル權限アルコトヲ包含ス臣民ハ之ニ對シテ法規カ其救済ノ手段ヲ與ヘタル場合ニハ之ニ據ルコトヲ得ルノ外其無効ヲ論シテ服從ヲ拒ムコトヲ救済ノ手段ノ與ヘラレタル場合ニハ其手段ニ由テ之カ救済ヲ求メ權限アル官廳カ其無効タルコトヲ決定スルニ至テ始テ無効ノ處分ト爲ル然レトモ其行政處分ハ必キ之ヲ發シタルモノノ權限ニ屬セザルヘカラス何トナレハ官廳ハ其權限ニ付テ國家ノ意思ヲ表示スル機關ニシテ其權限ヲ離レテハ國家ノ機關ニ非サレハナリ然レトモ其果シテ一ノ處分カ當該官廳ノ權限ニ屬スルヤ否ヤハ極テ困難ナル問題ナリ其事項カ全然官廳ノ權限ノ範疇ニ屬セザル場合ニ於テハ其權限外ナルコト固ヨリ論ナシ然レトモ處分ノ内容其モノハ權限ノ種類ニ屬シ其方法體裁等ニ於テ權限ヲ超エタルモノハ一應ハ臣民ヲ拘束スルモノト爲スヘキカ或ハ全然國家ノ行為ニ非スト爲スヘキカ學者間議論ノ岐ルル所ナリ予ハ之ヲ先ノ違法ノ場合ニ於ルト同一ニ論スルヲ以テ穩密ナリト信ス

前述ノ如ク警察處分ノ形式ハ必シモ一定セズ其目的ヲ達スルニ適當ト見ラレヘキ方法ヲ以テスレハ足レリ而シテ通常最多ク用ヒラルル方法ハ一定ノ文書ヲ以テスルニ在リ例之徵稅令書ノ如シ然レトモ口頭ヲ以テスル危險ナル集會ノ解散ノ命令道路ニ於テ一定ノ行為ヲ禁止スル處分ノ如キモノアリ又道路ノ通行ヲ禁止スルニ繩張ノ如キ符號ヲ以テスルコトモ其目的ヲ達スルニ適當トセラルルトキハ警察官廳ハ之ヲ探ルコトヲ得ヘシ然レトモ此等ノ處分ハ常ニ明示スルコトヲ要ス民法上ノ默示ノ意思表示ノ例ハ直ニ之ヲ應用スルコトヲ得ス

警察處分ハ法規ト異ニシテ特定ノ人ニ對スルモノナルカ故ニ通常之ヲ受タルモノニ告知スルコトヲ必

要トス告知ノ方法モ適當トセラルル方法ヲ以テスレハ足レ彼ノ民事訴訟ノ文書ノ送達方法ハ通常行政ニモ假用セラルル所ナリ

警察處分ハ一定ノ場所ニ揭示スルカ如キ方法ニ依ルコトアリ然レトモ是ヲ以テ直ニ法規ナリト謂フコトヲ得ス其ノ受クヘキ人カ不明又ハ多數又ハ不定數ナルカ爲ニ一之ヲ告知スルコトヲ得ザルノミナラス又甚シキ煩累ナルカ故ニ便宜上之ヲ以テ一告知スルニ代ヘタルモノト見ラレヘキナリ

警察處分ハ主トシテ或一定ノ行為ヲ命ジ或ハ不行爲ヲ命スルモノナリ行為ヲ命スル警察處分ノ目的ノ爲ニシテ不行爲ヲ命スル警察處分ヲ禁令處分ト爲ス然レトモ常ニ秩序ノ維持廣ク言ヘハ警察ノ目的ノ爲ニスル作用ナルコトヲ忘ルヘカラス一定ノ積極的ノ目的ヲ達スルカ爲ニ或事ヲ命スルカ如キハ警察處分ニ非ザルナリ警察ノ命令又ハ禁令ノ處分ヲ受ケタルモノハ一定ノ行為ヲ爲シ又ハ一定ノ行為ヲ爲サス又ハ官廳ノ行為ヲ受容スルノ義務ヲ生ス然レトモ必シモ處分ニ因テ新ニ其義務ヲ生スルコトヲ必要トセス法規ノ命スル所又ハ禁スル所ヲ實現スルニ止ルモノニテモ可ナリ又ハ前ノ處分ニ因テ既ニ發生セル義務ヲ更ニ確ムルモノニテモ可ナリ然リト雖常ニ權力ノ作用ナラサルヘカラス警察官廳カ其目的ヲ達スルニ適切ナル方法トシテ履行ヲ所ノ勸誘ノ如キ注意ノ如キハ何等ノ義務ヲ生スルモノニ非ス隨テ處分ニ非ス或種類ノ臣民ノ行為ハ必シモ之ヲ禁止スルコトヲ必要トセス事之ヲ達スルハ臣民ノ幸福ヲ増進スル所以ニ非ザルモノアリ禁令及命令處分ノミヲ以テ適當ニ警察ノ目的ヲ達スルコトヲ得ス如此行爲ハ之ヲ禁止セザルトキハ往々公共ノ危險ヲ生スル虞アルモノアリ之ニ對シテハ國家ハ一定ノ監督ヲ爲スヲ以テ適切ナリトセザルヘカラス其監督ノ方法ハ該種類ノ行為ヲ國家ノ承認ヲ經テレハ爲スコトヲ得ザルモノトスルニ在リ之ヲ行政法上警察許可ト名ク警察許可ハ一般ニ爲スコトヲ得ザル行

0237

爲ヲ特定ノ場合ニ爲スコトヲ得セシムル國家ノ行爲ニシテ國家カ特定ノ場合ニ之ヲ爲スコトヲ得セシムルハ或ハ之ヲ爲ス人カ危険ヲ生スル虞ナキモノト認ムルコトアリ或ハ之ヲ爲ス方法ヲ設備共ニ危険ヲ生スル虞ナキモノト認ムルコトアリ或ハ其人其方法ヲ設備共ニ之ヲ審査シテ危険ヲシト認ムルニ於テ許可ヲ與フルコトアリ若シ之ヲ危険ナリトスレハ許可ヲ與ヘサルモノニシテ一定ノ行爲ニ官廳ノ許可ヲ受クルコトヲ必要トスルハ警察ノ目的ヲ達スルニ於テ大ニ有力ナル手段ナリ警察ノ監督ノ方法トシテハ或ハ一定ノ行爲ヲ爲スモノニ届出ノ義務ヲ負ハシムルコトアリ又直接ニ之ヲ監督スルコトアリ然レトモ監督方法タル警察處分ハ許可ヲ以テ最著シキモノト爲ス

警察處分ハ取消ニ因テ消滅ス處分ヲ爲ス權限アル官廳ハ通常之ヲ取消シ得ルモノタリ又上級官廳カ之ヲ取消ス場合モアリ處分ノ廢止ハ其取消ト區別スヘキモノニシテ廢止ハ其時ヨリ全然處分ノ效果ヲ失ハシム又處分ハ其目的トスル行爲ノ完了ノ其目的物ノ消滅ノ條件ノ成就ノ期限ノ到來等ノ事由ニ因テ亦消滅ス

警察處分外ハ之ニ因テ生シタル義務ヲ履行シテ履行セシムルコトヲ得ルモノナリ處分ヲ履行スルハ處分ヲ爲スコトヲ得ル官廳當然ノ權限ナリ

國家ノ權力ノ作用タル警察處分ニ實行セラレサルヘカラス即國家ノ權力ヲ用ヒテ強制シテ行フコトヲ得サルヘカラス如此警察處分ニ強制スルヲ直接強制ト謂フ然レトモ警察ノ處分ヲ強制スルニハ直接ニ之ヲ強制シテ實行スルノ外

第一代執行ナル方法ヲ用テ代執行トハ警察處分ヲ以テ命シタル義務ヲ義務者ノ費用ヲ以テ官廳自ラ之ヲ爲シ又ハ第三者ヲシテ之ヲ爲サシメ以テ義務ノ直接履行ニ代フル方法ナリ

第二 強制罰ノ方法アリ強制罰トハ一定ノ苦痛ヲ科シテ警察處分ニ因ル義務ノ履行ヲ強制スルモノトス

第三 直接強制ト見ルヘキ以上ノ手段ヲ用ヒテ其義務ノ履行ヲ直接ニ強制スルナリ通常警察處分ノ強制方法ト云フトキハ第一ハ其儘ニテ何等ノ義務ヲ附加スルコトナクシテ直接ニ強制スルニ非スシテ更ニ新ナル義務ヲ代執行ニ於テハ費用ヲ償還スル義務ヲ附加スルコトナクシテ受クルノ義務第三ノ場合ニハ義務履行ノ爲ニ必要ト見ラルヘキ一定ノ義務ヲ附加スルカ如キ新ナル義務ヲ生スルモノヲ稱ス學者多クハ警察處分ノ強制方法ハ代執行、強制罰及直接強制ノ三ナリト爲ス其直接強制ト稱スルハ右ニ述ヘタル最後ノ場合ナリ此等ノ強制方法ハ其儘ニ義務ヲ履行セシムルモノト異ニシテ新ナル義務ヲ附加スルカ故ニ處分ヲ爲ス權限ニ當然包含スルモノト爲スコトヲ得ス學者之ヲ稱シテ處分ノ強制方法ハ法律ノ根據ヲ要スト謂フ予テシテ言ハシムレハ特別ノ授權アルコトヲ必要トスルモノナリ

我行政執行法(三三年六月法律八四號)ハ警察處分ヲ爲スコトヲ得ル官廳ハ代執行強制罰及直接強制ノ三段ヲ以テ處分ヲ強制シ得ヘキ旨ヲ規定セリ而シテ行政執行法ハ此三ノ強制方法ノ一ヲ擇ヒテ行ヒ得ルモノトセズ第一ニ代執行ノ方法ニ依ルヘキモノトセリ然レトモ事ノ性質上代執行ノ方法ニ依ルコトヲ得ナル場合アリ例之一定ノ不作爲ヲ命令スル場合ノ如シ又假令作爲ヲ命令スルモノニ在テモ作爲ヲ代リ爲スコト不能ナル場合モアラン斯ル場合ニハ強制罰ノ方法ニ依ルコトヲ得ルモノトセリ強制罰ノ方法ヲ行フコト能ハサルカ又ハ急迫ノ事情アルトキハ第三ニ於テ直接強制ノ方法ニ依ルコトヲ得ルモノトセリ

代執行ハ豫メ戒告ヲ用ヒサレハ之ヲ爲スコトヲ得ス唯急迫ノ事情アル場合ハ例外トシテ之ヲ用ヒサル



コトヲ得代執行ノ方法行レタルトキハ義務者ニ費用償還ノ債務ヲ生ス此債務ハ公法上ノ債務ノ一種タリ強制罰ハ一定ノ苦痛ヲ科シテ處分ヲ強制スル方法ナリ然レトモ他迄強制方法ニシテ明瞭ニ刑罰ト區別セラレサルヘカラス彼カ法規ニシテ此カ處分ナルコトハ言フ迄ニナク此ハ處分ノ強制方法ニシテ一定ノ不法ナル行為ニ對スル國法上ノ制裁ニ非ス義務ノ違反ニ科スル刑罰ニ非スレテ義務ノ違反ナカラシメントスル方法ナリサレハ一定ノ不法行為アレハ裁判所ハ必之ニ刑罰ヲ科セサルヘカラス反シテ官廳カ義務ヲ強制スルカ爲ニ必シモ強制罰ニ依ルコトヲ要セス又強強制罰ヲ課スヘキ旨ノ戒告ヲ爲セル場合ニモ而シテ現ニ義務ノ不履行アル場合ニモ強制罰ヲ科セサルコトヲ得又豫メ戒告シタル強制罰ヲ増減シテ之ヲ科スルコトヲ得又刑罰如何ナル場合ニモ之ヲ科セサルヘカラスナルニ強制方法タル強制罰ハ之ト異ニシテ例之義務ノ履行カ不能ト爲リタル場合ノ如キハ更ニ之ヲ科スルコトヲ要セス又之ヲ科スル必要ナシト見ラレハ(キ場合ニモ之ヲ科スルコトヲ要セス又刑罰ニ關スル一事不再理ノ原則ハ強制罰ニ適用ナク義務ノ履行アル迄繰返シテ數回之ヲ科スルコトヲ得又一定ノ行為ニ對シテ罰則ノ定アル場合ニモ簡便ノ場合ニモ其上ニ強制罰ヲ科スルコトヲ得ルハ其性質ノ結果ナリ直接強制ハ其目的ハ直接ニ義務ヲ履行セシメントスルニ在リ其目的ノ爲ニ如何ナル程度迄自由ノ制限ヲ爲シ得ルカハ若官廳ノ特別ノ授權ナキ場合ニハ行政ノ全體ヲ通スル便宜ノ原則即目的ノ必要トスル所ノ限度トセサルヘカラス直接強制ノ一場合トシテ直接強制ノミ現ハレテ前行ノ處分現ハレタルコトアリ如此場合ハ急迫ノ事情アルカ又ハ其他ノ事情ニ因テ警察處分カ省略セラレタルカ又ハ其直接強制中ニ性質上包含セラレルナリ學者之ヲ實力施用ト稱シテ一般ノ強制方法ト區別セリ然レトモ予ハ直接強制ノ一場合アリト信ス

何トナレハ斯ル場合ニ於テハ裁判ノ内容ヲ異ニスレハナリ第四三六條ニ規定セル場合ニ於テ亦第四五三條ノ適用ニ依リ上告ヲ棄却スルコトヲ得何トナレハ此場合ニ於テハ法律上有效ナル裁判存セタルヲ以テ假令控訴裁判所ノ裁判カ訴訟上ノ欠缺アルニ止リ實質上正當ナリト雖法律ノ違背ヲ免ルモノト云フコトヲ得サレハナリ其他法律ノ違背カ控訴裁判所ノ裁判ニ影響ナキトキ殊ニ訴訟手續ノ公行ニ關スル規定ノ違背カ判決ニ接著スル口頭辯論前ノ辯論ニ存シタルニ止リタルトキ法律ニ違背シテ宣誓シタル證人ノ證言ヲ控訴裁判所ノ判決ニ於テ採ラサルトキ等亦上告ノ理由トシテ棄却セサルヘカラス蓋斯ル場合ニ於テハ裁判カ主觀的ニ違法ナルニ止リ客觀的ニ違法ナルコトナク隨テ上告人カ控訴裁判所ノ裁判ニ依リ利益ヲ害セラレタルモノト云フコトヲ得サレハナリ反之上告ノ理由アリト認メタルトキ即不服ヲ申立テラレタル判決ノ全部又ハ一部ニ法律ノ違背アリタルトキハ上告ノ申立ニ由テ定ル程度ニ於テ(四四五條、民訴案四七八條)控訴裁判所ノ判決及其前提タル裁判ヲ破毀ス然レトモ訴訟上ノ指揮ニ關スル決定及命令ノ裁判所ヲ羈束スルノ效力ナキヲ以テ之ヲ破毀スルノ必要ナシ又第一審判決及其前提タル裁判ハ之ヲ破毀スルモノニ非ス蓋控訴裁判所カ法律ノ違背アル第一審裁判所ノ裁判ヲ認可シタルトキハ同一ノ法律ノ違背カ控訴裁判所ノ裁判ニ存スルモノナレハ其違背シタル訴訟手續ニ關スル規定ノ違背アルニ依リ判決ヲ破毀スルトキハ該違背シタル訴訟手續ニ關スル部分モ亦破毀スヘキ訴訟手續ハ控訴審ニ於ル手續ニシテ第一審ニ於ル手續ニ非ス控訴裁判所カ違法ナル第一審ノ手續ヲ使用シタルトキハ控訴裁判所ノ判決カ法律違背ト爲リ又ハ控訴審ニ於ル手續其モノニ於テ法律ノ違背カ存スルコトト爲ル(四三六條四、五)故ニ斯ル場合ニ於テハ控訴裁判所ハ其爲シタル判決ヲ破毀セラレタル後第四二三條ノ規定

ニ則リ第一審ノ裁判ヲ廢棄シ事件ヲ第一審ニ差戻スコトナル(四四七條、民訴案四八一條)而シテ上告ノ目的ハ單ニ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ破毀スルニ非スシテ尙事件ニ付正當ナル裁判ヲ爲スニ在ルヲ以テ(然ラス)ハ上告ハ眞正ナル不服ノ申立方法ト爲ラス)上告裁判所ハ控訴裁判所ニ於テ其裁判ノ爲ニ確定シタル事實カ上告裁判所ニ於ル終局判決ノ標準トシテ十分ナルトキト否トニ從ヒ自ら裁判ヲ爲シ或ハ控訴裁判所ニ差戻シ若クハ移送シテ裁判ヲ爲サシムルノ職權ヲ有ス但上告裁判所ハ事實上ノ判斷ヲ爲スノ職權ヲ有セザル結果トシテ控訴裁判所ノ判決ヲ破毀スル場合ニ於テ事件ヲ控訴裁判所ニ差戻スル原則トシ自ら事件ニ付裁判ヲ爲スヲ例外トス(四四八條、第四百五十一條ノ規定ヲ除ク外……)左ニ之ヲ分説スヘシ

(甲) 上告裁判所カ自ら事件ニ付裁判ヲ爲ス場合 上告裁判所ハ第四五一條ニ規定シタル場合即確定シタル事實ニ法律ヲ適用スルニ當リ法律ニ違背シタルカ爲ニ判決ヲ破毀シ且其事件カ裁判ヲ爲スニ熟スルトキ及無訴權ノ爲メ又ハ裁判所ノ管轄違フ爲ニ判決ヲ破毀スルトキニ於テ事件ニ付裁判ヲ爲シ之ヲ原控訴裁判所ニ差戻シ又ハ他ノ同等ノ裁判所ニ移送スルコトナシ(民訴案四八三條)(b)確定シタル事實ニ法律ヲ適用スルニ當リ法律ニ違背シタルカ爲ニ判決ヲ破毀スルトキトハ控訴裁判所カ法律ニ違背スルコトナク適法ニ事實ヲ確定シ隨テ該事實カ上告裁判所ニ於テ爲ス裁判ノ標準タルニ足ル場合ニ他ナラス故ニ控訴裁判所カ法律ニ違背シテ事實ヲ確定シタル場合ニ於テハ上告裁判所ハ該事實ヲ標準トシテ事件ニ付正當ナル裁判ヲ爲スヲ得ザルヲ以テ控訴裁判所ノ判決ヲ破毀シ只特ニ事實ヲ確定セシムルカ爲メ事件ヲ控訴裁判所ニ差戻シ若クハ移送シ自ら事件ニ付裁判ヲ爲スコトナシ例之控訴裁判所カ調査ニ記載セラレタル事實ヲ遺脱シテ事實ヲ確定シタルカ如シ(確定シタル事實

ハ訴訟ノ目的タル實體上ノ事實關係ノミナラス訴訟上ノ事實關係ヲモ包含スルヤ當然ナリ)又事件カ裁判ヲ爲スニ熟スルトキトハ上告裁判所カ控訴裁判所ノ確定シタル事實ニ基キ事件ニ關スル終局判決ヲ爲スニ熟スト認メタル場合ニ他ナラス故ニ上告裁判所カ事實上及證據上ノ材料カ事件ニ付裁判ヲ爲スカ爲メ完全ナラスト認メタルトキ殊ニ上告裁判所カ下級裁判所ニ於テ爭アリタルモノ不必要ナリト認メテ證據調ノ手續ヲ盡サザリシ事實ヲ事件ニ付裁判ヲ爲スニ必要ナリト認メタルトキハ自ら事件ニ付裁判ヲ爲スコトナシ然レトモ上告裁判所ハ控訴裁判所ニ於テ法律ニ違背セシテ確定シタル事實ニ基キ事件ニ付終局判決ヲ爲スニ熟スト認メタル以上ハ控訴裁判所ニ代リテ正當ナル判決即法律ヲ正當ニ適用シタル控訴裁判所ノ言渡スヘキ判決ヲ言渡ス其判決ノ理由カ形式上ノ原因ニ存スルト實體上ノ原因ニ存スルトノ區別ハ問フ處ニ非ス蓋第四五一條ニ所謂「事件」ハ本案即原告ノ主張シタル實體上ノ請求權ニ關スル爭議(實體的的訴權)ノミナラス訴訟要件ノ存否ノ爭議(形式的的訴權)ヲモ包含スルコトハ同條第二ノ規定ト綜合推理シテ疑ヲ容レザル處ナレハナリ故ニ上告裁判所ハ控訴裁判所カ不當ニ實體法ヲ適用シタル場合ハ勿論不當ニ訴訟法ヲ適用シタル場合之控訴裁判所カ控訴ヲ不當ニ適法ナリト認メタルヲ以テ控訴裁判所ノ判決ヲ破毀スル場合ニ於テハ控訴裁判所ニ代リテ控訴ヲ不適法トシテ棄却スルノ判決ヲ爲シ又ハ控訴裁判所カ第四二二條ニ從ヒ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻スヘキモノト認メタルトキ殊ニ上告裁判所ニ於テ控訴裁判所カ正當ナリト認メタル妨訴抗辯ノ理由ナシト認メ訴ヲ却下シタル控訴裁判所ノ判決ヲ破毀スル場合ニ在テハ控訴裁判所ニ代リテ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス判決ヲ爲スモノタリ(民訴案四八三條二項)(b)無訴權ノ爲メ又ハ裁判所ノ管轄違フ爲メ判決ヲ破毀スルトキハ當然事件カ裁判ヲ爲スニ熟スルコトノ要件ヲ具備スル訴訟

手續ニ關スル規定ノ違背アリ何トナレハ斯ル場合ニハ訴訟要件ノ欠缺ノ爲ニ常ニ訴ヲ却下スヘキ判
 決ヲ爲シ實體上ノ訴訟關係ニ付審理ヲ爲スノ必要ナクレハナリ故ニ上告裁判所ハ事件ニ付裁判ヲ爲
 シ之ヲ差戻シ又ハ移送スルコトナシ(第二審裁判所ノミカ管轄權ヲ有セザル場合ニ於テハ判決ノ破
 毀ト共ニ控訴ヲ不合法トシテ棄却スルコト明白ナリ四一九條)然レトモ控訴裁判所カ不法ニ無訴權
 又ハ管轄權ヲ理由トシテ爲シタル判決ヲ破毀スルトキハ事件ニ付終局判決ヲ爲スカ爲ニ尙事實ノ確
 定ヲ必要トスルヲ以テ上告裁判所カ事件ニ付裁判ヲ爲スコトナシ(第四五一條第二ハ實際上ノ適用
 ヲ示シタルニ過キスシテ第四五一條第一ノ法則適用ノ結果ナルコトハ「ウキルモースキー」ノ所論
 ノ如シ)

(乙) 上告裁判所カ差戻判決若クハ移送判決ヲ爲スヘキ場合 法律ニ違背セスシテ確定シタル事實存
 セザルニ至リタルトキ事件カ控訴裁判所ニ代リテ終局裁判ヲ爲スニ熟セザルトキ及第四二二條ヲ適
 用シテ判決ヲ爲スヘキトキハ上告裁判所ハ事件ヲ差戻シ又ハ移送スルノ判決ヲ爲シ事件ニ付自ラ判
 決ヲ爲スコトナシ(四四八條一項、民訴案四八二條一項)適法ニ確定シタル事實存セザルニ至リタル
 トキハ判決カ訴訟手續ニ關スル規定ニ違背シ又ハ事實ノ確定ニ際シテ法律ノ違背アリタルトキニ他
 ナラス例之控訴裁判所カ事實ヲ確定スルニ際シ違法ニモ重要ナル事實ヲ看過シタル場合ニ於テハ上
 告裁判所ハ控訴裁判所ノ判決ヲ破毀スルニ當リ同裁判所ノ看過シタル事實ヲ補充シ以テ控訴裁判所
 ニ代リテ事件ニ付テノ裁判ヲ爲スノ職權ナシ(職權法ナル事實ノ確定ヲ控訴裁判所ニ委任スヘキ職務
 ヲ負フ)事件カ控訴裁判所ニ代リテ終局判決ヲ爲スニ熟セザルトキ殊ニ控訴裁判所ノ爲シタル數額
 ニ付テノ辯論ヲ留保シテ請求ノ原因ヲ否認シタル判決ニ對スル上告ニ付之ヲ理由アリト認メタルト

キハ差戻若クハ移送ノ判決ヲ爲シ事件ニ付終局ノ裁判ヲ爲スコトナシ(a)及(b)ノ場合ニ於テ上告裁判
 所カ判決ヲ破毀シ更ニ辯論及裁判ヲ爲サシムルカ爲ニ事件ヲ原控訴裁判所(不服ヲ申立テラレタル
 判決ヲ爲シタル控訴裁判所ノ民事部)ニ差戻シ又ハ之ヲ他ノ同等ナル裁判所ニ移送シタルトキハ不
 服ヲ申立テラレタル判決ニ依リ終結シタル控訴審ノ辯論ヲ其終結ノ際ニ於ル狀態ニ於テ再開スルノ
 效力ヲ生ス(四四八條二項)故ニ第一差戻又ハ移送後ニ於テ開始セラレハキ控訴裁判所ニ於テ新口頭
 辯論ハ差戻又ハ移送以前ノ控訴裁判所ニ於ル口頭辯論ノ續行ナリ故ニ(イ)當事者ハ新口頭辯論ニ際シ
 攻撃及防禦ノ爲ニ破毀セラレタル判決前ノ口頭辯論ニ當リ提出スルコトヲ得ヘカリシ事項ヲ提出ス
 ル權利ヲ有ス殊ニ新ナル申立新ナル請求ヲ爲シ新事實及新證據方法ヲ提出シ答辯ヲ爲サザリシカ爲
 ニ自白シタルモノト看做セラレタル事實ヲ爭ヒ附帶控訴ヲ提起スルコトヲ得(四四九條、四一三條、四
 一四條、四一六條、四一七條)又第一審ニ於テ爲シタル事項ニシテ控訴審ニ於テモ效力アルモノハ新
 口頭辯論ニ於テ亦其效力ヲ有ス(四一八條)訴訟手續ノ破毀アリタルトキハ其之ニ關スル訴訟行為殊
 ニ自白證據調等ハ其效力ヲ失フ隨テ新ニ判決ヲ爲スニ際シテ之ヲ利用スルコトヲ得ス(ロ)事件ノ差
 戻若クハ移送ヲ受ケタル控訴裁判所ハ新口頭辯論ノ終結ニ際シ未其效力ヲ失ハサル舊訴訟材料及適
 法ニ提出セラレタル新訴訟材料ヲ斟酌シテ自由ニ新判決ヲ爲ス(四四八條二項)然レトモ破毀セラレ
 サリシ終局判決前ノ裁判並ニ判決ノ一部分アルトキハ當然ニ之ヲ廢棄セラル(二四〇條)又判決破毀ノ
 基本ト爲リタル上告裁判所ノ法律上ノ判斷ヲ新ナル辯論及裁判ノ基本ト爲スノ義務アリ即該判斷ニ
 關東セラルルモノタリ(四五〇條、民訴案四八二條二項)法律上ノ判斷トハ上告裁判所カ判決ノ理由
 ニ於テ表示セル宣言ニシテ主トシテ控訴裁判所カ其確定シタル事實ニ付爲シタル法則ノ適用ハ不當

0241

ナルコト及如何ナルモノカ正當ノ法則ナルカヲ明ニスル内容ヲ有スルモノニシテ其意義法律ヨリ廣シ隨テ上告裁判所ノ證書ノ解釋ノ如キ事項ハ法律上ノ判斷ニ屬ス又判決破毀ノ基本ト爲リタル法律上ノ判斷ハ誤リタルト上告裁判所カ他ノ同一ノ事件ニ於テ改メタルト及法律ノ變更ニ依リ改ムヘキモノナルト至トテ問ハス控訴裁判所ヲ羈束ス然レトモ斯ル判斷ニ非スシテ唯附加シタルニ過キサル法律上ノ見解ハ控訴裁判所ヲ羈束セテ從テ此點ニ關シテハ控訴裁判所ハ自由ニ判斷シ得ササルヘカラス而シテ訴訟手續ニ付準據スヘキ法律上ノ判斷ハ其性質上新辯論ニ於テ控訴裁判所ノ遵守スヘキモノナルヤ當然ナレトモ實體的裁判ヲ爲スニ付準據スヘキモノナルヤ否ヤヲ判定スルコトヲ要スルモノナリテ尙事實ヲ確定シ該判斷ニ基テ法則ヲ適用スヘキモノナルヤ否ヤヲ判定スルコトヲ要スルモノナリ從テ控訴裁判所カ新辯論ニ於テ新ニ提出アリタル事項ニ基キ爲シタル判決カ上告裁判所ノ判示シタルモノト異ナルカ爲ニ違法ト爲ルコトナシ蓋上告裁判所ノ判決ハ新辯論前ニ確定セラレタル事實ニ基クモノナレハナリ又控訴裁判所カ新辯論ニ基キ判決ヲ爲シタル裁判ハ違法ト爲ラス蓋舊法ニ關スル法律爲スヘキ場合ニ於テ新辯論ニ基キ新法ヲ適用シテ爲シタル裁判ハ違法ト爲ラス蓋舊法ニ關スル法律上ノ判斷ノ羈束力ハ其適用ノ目的ヲ缺クニ至リタルヲ以テナリ如此上告裁判所ノ判斷カ控訴裁判所ヲ羈束スルハ上級下級ノ關係ノ然ラシムル處ニシテ(判決裁判所カ上級下級ノ區別ニ拘ラス互ニ獨立スルモノトセハ差戻又ハ移送ニ依リ同一問題ヲ解決スルノ目的ヲ達スルコトヲ得サルハ必然ナリ)又第四二條及第四二三條ニ規定セル差戻ノ場合ト異ニシテ特ニ第四五〇條ノ如ク判決ヲ全部唯法律上ノ判斷ニ付テノミ羈束力アル趣意ヲ明白ニスルニ在リ(他ノ場合ニ於ルカ如ク判決ヲ全部ニ付羈束力ヲ有セサルヲ以テ特ニ明示スルノ必要アレハナリ)隨テ差戻又ハ移送ヲ受ケタル控訴裁

判所ハ上告提起ノ結果事件ノ移審シタル上告裁判所ニ代リテ裁判ヲ爲ス故ニ第二四〇條ノ適用ニ依リ上告裁判所ノ判斷ニ羈束セラルルモノナリトノ見解ハ正當ト謂フヘカラス)上告裁判所ハ同一ノ事件ニ於テ判示シタル法律上ノ判斷ニ羈束セラルルコトハ同一問題ノ解決ヲ爲スコト能ハサルノ弊害ヲ避ケル法意ノ當然ノ結果ナリ第二控訴裁判所カ新辯論ニ基キ爲シタル判決ニ對シテハ當事者ハ更ニ上告ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ第四五〇條ノ違背カ上告ノ理由ヲ爲スヤ疑ヲ容レズ而シテ屢ニ上告裁判所カ爲シタル法律上ノ判斷ニ對スル攻撃ハ上告裁判所カ第二四〇條ノ規定ニ依リ該判斷ニ羈束セラルルノ結果トシテ其用ヲ爲ササルハ當然ナリ(第四二條ヲ適用シテ判決ヲ爲スヘキトキハ前述ノ如ク第四五一條第一(民事訴訟法四八三條二項)ノ適用ニ依リ上告裁判所カ控訴裁判所ニ代リテ正當ナル判決ヲ爲シ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ストキニ他ナラス故ニ斯ル差戻後ノ手續ハ控訴裁判所カ第一審裁判所ニ差戻ヲ爲シタル以後ノ手續ニ同シ以上(a)(b)及(c)ノ場合ニ於テハ上告裁判所ノ書記ハ其判決ノ認證謄本(原本ニ代用スヘキ)ヲ記録ニ添附シ差戻ヲ受ケタル裁判所ノ書記ニ之ヲ送付シ差戻以後ノ辯論ノ用ニ供セシメサルヘカラス(民事訴訟法四八五條)

(五) 上告ノ效力 上告ノ效力亦控訴ノ效力ト同シク之ヲ分テ移審ノ效力及停止ノ效力トス左ニ之ヲ分説スヘシ

(1) 移審ノ效力 移審ノ效力ハ控訴裁判所ニ於テ裁判シタル事件ヲ上告裁判所ニ繫屬セシムル上告ノ效力ナリ換言スレハ當事者ノ申立ニ因テ定ル一定ノ範圍内ニ於テ不服ヲ申立テタル控訴裁判所ノ裁判ヲ上告裁判所ニ於テ調査シ及裁判スル所ト爲ル上告ノ效力ナリ

(甲) 移審ノ效力ノ發生 移審ノ效力ハ控訴ノ場合ニ於ルト同シク上告ノ提起ニ因テ始マリ上告裁判

所カ上告ヲ適法ナリト認メタルニ因テ完成ス上告人ハ上告ノ陳述期日ニ於テ(四三九條)又口頭辯論期日ニ於テハ上告ノ適法要件ヲ證明セサルヘカラス此目的ノ爲ニ上告人ハ先上告ノ申立ヲ爲シ不服ノ程度及破毀ノ程度ヲ表示セサルヘカラス斯ル申立ヲ爲サズンハ上告裁判所ハ調査ヲ爲スコト能ハサルヲ以テ上告ヲ不適法トシテ棄却スヘシ(四四五條)此申立ハ第二二二條ニ從ヒ上告人又ハ被上告人カ(附帶上告ノ場合)口頭辯論ニ於テ書面ニ基キテ之ヲ爲スモノニシテ上告裁判所ノ調査ノ範圍ヲ定ムルモノタリ(四一一條、民訴案四七八條)又此申立ハ當事者カ判決ニ接著スル辯論ノ終結ニ至ル迄ノヲ補充シ又ハ變更スルコトヲ得然レトモ上告裁判所ハ斯ル變更ナキ間ハ變更ニ陳述セラレタル申立ニ羈束セラレ不服ノ申立ナキ部分ニ關シテハ假令該部分カ不服ヲ申立テラレタル部分ト牽聯スルトキト雖之ヲ調査スルコトヲ得ヌ又附帶上告ノ申立アラズンハ上告人ニ利益ナル裁判ヲ爲スコトヲ得ヌ(四二〇條)次ニ其上告申立ノ理由ヲ陳述シ即法律ニ違背シタルコトヲ演述シ又訴訟手續ニ付テノ規定ニ違背シタルコトヲ明ニスル事實、法律ニ違背シテ確定シ遺脱シ若クハ提出シタル材料ニ基キテ事實ヲ演述シ且之カ爲ニ必要ナル證據ノ申立ヲ爲ス但斯ル理由ハ上告裁判所ヲ羈束セス(四五條)……申立ノミニ付キ……引用)蓋判決ノ破毀ヲ申立テタル當事者ハ其演述シタル訴訟材料ニ基キ總テノ關係ニ於テ控訴裁判所ノ判決カ違法ナルヤ否ヤノ調査ヲ求メタルモノニシテ其附加シタル理由ハ上告裁判所ノ調査ノ便益ノ爲ニシ該調査ヲ制限スルカ爲ニスルモノニ非サレハナリ故ニ上告裁判所ハ當事者カ演述セザリシ法律違背ニ基キ破毀ノ判決ヲ爲スノ職權ヲ有ス唯當事者カ上告ノ理由ヲ陳述セサル場合ニ於テハ上告裁判所カ當事者ノ提出シタル訴訟材料ニ基キテ發見スルコトヲ得サル法律違背ヲ斟酌スルコト能ハサルノミ

(乙) 移審ノ效力ノ範圍 移審ノ效力ハ控訴ノ場合ニ於ルト同シク當事者雙方ノ利益ノ爲ニ不服ヲ申立テラレタル判決ニ依テ裁判セラレタル事件ノ全體ニ及フ然レトモ控訴ノ場合ト異ニシテ不服ヲ申立テラレタル判決カ法律ニ違背セルヤ又然リトセハ當事者ノ爲ニ如何ナル判決ヲ爲スヤ正當トスルヤヲ調査スルニ止ルノ制限ヲ受ク而シテ此範圍内ニ於テ上告裁判所ノ辯論及裁判ノ程度カ上告及附帶上告ノ申立ニ因テ定ルモノタリ

(丙) 移審ノ效力ノ消滅 移審ノ效力ハ上告ノ終結ニ因テ消滅ス上告ハ其取下及終局判決ノ確定ニ因テ終結ス但上告ノ理由ナク若クハ不適法トシテ棄却シタル判決ナルト控訴裁判所ノ判決ヲ破毀シ事件ニ付自ラ裁判シタル判決ナルト又ハ事件ヲ差戻シ若クハ移送シタル判決ナルトノ區別ヲ問ハサルナリ(控訴ノ效力ノ説明參考)

(2) 停止ノ效力 停止ノ效力ハ控訴審判決ノ形式の確定力ノ發生ヲ遮斷スル上告ノ效力ナリ此效力ハ適法ナル上告ノ提起アリタルトキニ限テ發生ス(四九八條三項、民訴案二八二條)故ニ提起アリタル上告カ不適法ナル場合ニ於テハ斯ル效力ヲ發生スルコトナシ(發生)停止ノ效力ハ當事者雙方ノ利益ノ爲ニ上告ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル控訴審判決ノ全部ニ及フモノナルコトハ第五〇九條ノ規定ニ依リ洵ニ明白ナリ故ニ上告ハ控訴審判決ノ一部分ニ對シ提起セラレタルトキト雖其判決全部ノ確定ヲ遮斷スルノ效力ヲ有ス又停止ノ效力ハ控訴審判決ノ實體的確定力ノ發生及執行力ヲ發生ヲ遮斷スルノ效力ヲ有ス蓋斯ル效力ノ發生ハ何レモ判決ノ形式の確定ヲ前提トスルヲ以テナリ(控訴審判決ニ假執行ノ宣言アル場合ニ在テハ例外トシテ該判決ノ執行力ヲ遮斷スルコトナシ)範圍、停止ノ效力ハ上告ノ取下又上告棄却ノ判決(上告棄却ノ判決カ關席判決ナルトキハ其確定ヲ要スルコト



言ヲ俟タスニ因テ消滅ス(消滅)控訴ノ效力ノ說明參考)

六) 上告ノ手續ニ於テハ總則タル民事訴訟法第一編ニ規定シタルモノノ外尙地方裁判所ノ第一審ノ訴訟手續ノ規定カニ依リ(四三一條、四四三條、四四五條、四五四條)差異ノ生セザル限ニ於テ上告ノ訴訟手續ニ準用セラル(四四四條、民訴案四七一一條)故ニ上告裁判所ハ職權ヲ以テ當事者能力訴訟能力及法律上ノ代理ノ如キ上告審若クハ訴訟全體ニ關スル訴訟要件ノ欠缺ノ有無ヲ調査セザルヘカラス上告ノ手續ハ控訴ノ手續ト同シク正則手續及懈怠手續ニ分タル(1)上告ノ正則手續ハ上告人カ上告狀ヲ上告裁判所ニ差出スニ因テ始リ上告裁判所カ第四三九條ニ從ヒ陳述期日ニ於テ上告棄却ノ判決ヲ爲ササルトキハ裁判長ハ辯論期日ヲ指定シ被上告人ニ上告狀ヲ送達シ被上告人ハ答辯書ヲ差出スモノタリ(四四〇條、四四一條)其他ノ上告審ニ於ル正則手續ノ進行ハ控訴ニ於ルモノト大差ナシ(四五四條第三)第八、民訴案四八六條)唯本案ニ關スル新訴訟材料ヲ提出スルコト能ハサルコトト法律違背ヲ要件トスル(2)陳述期日ニ於ル懈怠手續ハ第四三九條第二項ニ規定シタル所ニシテ上告人カ陳述期日ニ出頭セザルトキハ上告ヲ取下ケタルモノト看做ス其說明ハ前述シタル所ナリ(民訴案四七六條、四七七條)辯論期日ニ於ル懈怠手續ニハ地方裁判所ノ第一審ノ懈怠手續ニ關スル規定ヲ準用シ(四四四條、民訴案四七一一條)控訴審ノ懈怠手續ニハ特別手續ヲ準用セス(四一九條)何トナレハ本案ニ關スル新事實及新證據方法ハ上告審ニ於テ提出スルコト能ハサルモノナレハナリ故ニ上告人カ口頭辯論期日ニ出頭セザルトキハ第二四六條及第二四七條ノ準用ニ依リ調席判決ヲ以テ上告ヲ棄却ス此場合ニ於テ上告裁判所カ調査スヘキ事項ハ控訴ニ於テ說明シタル處ニ同シ被上告人カ口頭辯論期日ニ出頭セザルトキハ第二四六條及第二四八條ノ準用ニ依リ判決ヲ爲ス是ヲ以

テ出頭シタル上告人カ調席判決ヲ求ムル申立ヲ爲シタルトキハ職權ヲ以テ上告カ適法ナルヤ否ヤヲ調査シ上告ヲ不適法ナリト認メタルトキハ判決ヲ以テ上告棄却ノ言渡ヲ爲シ上告ヲ適法ナリト認メタルトキハ上告人ノ主張シタル事實ニシテ上告審ニ於テ許スヘキモノ(四三八條、四四六條)ハ之ヲ明白シタルモノト看做シ該事實ニ基キ上告ノ當否ヲ調査シ上告ヲ理由ナシト認メタルトキハ判決ヲ以テ上告ヲ棄却シ上告ヲ正當ナリト認メタルトキハ被上告人敗訴ノ調席判決ヲ言渡ス(3)上告ヲ棄却シタルトキハ上告人ニ訴訟費用ヲ負擔セシメ(七七條)上告ヲ理由アリト認メタルトキハ上告裁判所カ自ら事件ニ付裁判ヲ爲シタル場合ト差戻若クハ移送ノ判決ヲ爲シタル場合ト區別シ前者ノ場合ニ在テハ(四五一條)上告裁判所ニ於テ訴訟ノ總費用ノ裁判ヲ爲シ(七八條)後者ノ場合ニ在テハ差戻若クハ移送ヲ受ケタル裁判所ニ於テ訴訟ノ總費用ニ付裁判ヲ爲ス(七八條)

附言 附帶上告

被上告人ハ被控訴人カ附帶控訴ヲ申立ツルコトヲ得ルト同ク附帶上告ヲ申立ツルコトヲ得是當事者雙方ノ利益ヲ同等ニ保護スル民事訴訟ノ法則ノ適用ニ他ナラス其詳細ハ附帶控訴ニ關シ說明シタル所ニ同シ故ニ茲ニ之ヲ贅セス左ニ附帶上告ノ性質種類消滅及手續ヲ略述スヘシ
一) 性質。附帶上告ハ被上告人カ上告審ニ於テ上告人ノ上告ニ依テ不服ヲ申立テラレタル前審判決ヲ自己ノ利益ノ爲ニ變更スル判決ヲ求ムル旨ヲ申立ツルコトヲ得ル權利ニシテ民事訴訟法ニ所謂上訴ニ非ス故ニ附帶上告ハ訴訟カ上告裁判所ニ繫屬スル間ハ口頭辯論ニ於テ之ヲ申立ツルコトヲ得上告提起ノ要件ニ關スル法則ニ依リ之ヲ申立ツルモノニ非ス又附帶上告ハ被上告人カ上告人ノ差出シタル控訴

0244

狀ニ於テ表示セラレタル前審判決ニ對シ不服ヲ申立テ且上告人ノ提起シタル上告ニ關スル口頭辯論ヲ自己ニ利益アル判決ヲ受タルカ爲ニ利用スルコトヲ欲スルノ内容ヲ有スルモノナリ故ニ附帶上告ハ訴訟カテ告裁判所ニ繫屬スル場合ニ非ラレハ之ヲ申立ツルコトヲ得ス

(二)種類 我民事訴訟法ハ獨逸民事訴訟法ト同ク附帶上告ヲ其形態ニ隨テ從屬的附帶上告及獨立の附帶上告ノ二種ニ分テタリ左ニ之ヲ分説スヘシ

(甲)從屬的附帶上告 從屬的附帶上告トハ被上告人カ其上告期間經過後ニ於テ提起シ且上告人ノ上告ニ因テ成立スル附帶上告ナリ(四四二條二項、四〇五條、四〇六條、民訴案四七五條、四八六條四、四四四條二項、四四五條)(意義)

該上告モ亦通常ノ上告ト同ク適法ナルカ爲ニハ法律上許スヘキモノナルコト法定ノ方式ニ從ヒタルコト及法定ノ時間内ニ提起セラレタルコトヲ要ス

第一、附帶上告ノ許可ニ關スル要件トシテハ附帶上告ハ被上告人カ上告人ノ攻撃シタル第二審判決ニ對シテ爲シタルモノナルコトヲ要ス

第二、法定ノ方式ニ關スル要件トシテハ被上告人カ上告人ノ上告ニ關スル口頭辯論ニ於テ其上告ニ附帶シテ上告ヲ爲ス旨ノ意思ヲ表示スルコトヲ要ス換言スレハ被上告人カ上告人ノ上告ニ關スル口頭辯論ニ於テ其上告ノ目的タル第二審判決ヲ上告人ノ不利益ニ變更スヘキ旨ノ判決ヲ求ムル申立ヲ爲スコトヲ要ス上告人ノ不利益ニ變更スヘキ部分ハ上告人カ上告ヲ以テ不服ヲ申立テタル部分ナルト否トテ區別セス而シテ此申立ハ辯論準備ノ爲ニ答辯書ニ之ヲ掲ケ且上告人ニ送達スルヲ通例トスヘシ(四四三條)被上告人ハ上告人ノ不利益ニ上告ノ目的タル第二審判決ノ破毀ヲ求メスシテ單ニ該

判決ノ維持ヲ欲スルトキハ之カ爲ニ上告人ト同ク法律違背アル旨ヲ主張スルコトヲ得例之控訴裁判所カ法律ニ違背シ不變期間内ニ提起ナキ控訴トシテ棄却シタル判決ニ對シ上告アリタル場合ニ於テ被上告人カ控訴ノ法定方式ニ依ラサル旨ヲ主張シ控訴棄却ノ判決ヲ維持セントスルカ如シ蓋事件ノ全體ハ上告ノ提起ニ依リ口頭辯論ニ於テ陳述セラレタル上告申立ノ範圍内ニ於テ上告裁判所ニ移リタルヲ以テナリ然レトモ斯ル主張ハ被上告人カ自己ノ利益ノ爲ニ控訴審判決ノ變更ヲ求ムルモノニ非サルヲ以テ附帶上告ト爲ラス

第三、法定ノ時間ニ關スル要件トシテハ附帶上告ハ之ヲ上告裁判所ニ於テ口頭辯論ノ開始後判決ニ接著スル辯論ノ終結ニ至ル迄ニ提起スルコトヲ要ス詳細ハ附帶控訴ニ付説明シタル法則ヲ參照スヘシ(四四二條二項、民訴案四八六條第四)

(乙)獨立の附帶上告 獨立の附帶上告トハ被上告人カ其上告期間内ニ於テ提起シ且獨立ノ上告ト看做サルヘキ附帶上告ナリ(四四二條二項、四〇五條、四〇六條、民訴案四七五條、四八六條四、四四四條二項、四四五條)該上告モ亦通常ノ上告ト同ク適法ナルカ爲ニハ法律上許スヘキモノナルコト法定ノ方式ニ從ヒタルコト及法定ノ期間内ニ提起シタルモノナルコトヲ要ス詳細ハ附帶控訴ニ付説明シタル法則ヲ參照ス可シ(四四二條二項、民訴案四八六條四)

(三)消滅 附帶上告ノ消滅トハ附帶控訴ノ消滅ニ付説明シタル所ニ同シ故ニ茲ニ之ヲ略スヘキ(四四二條二項、四〇五條、四〇六條、民訴案四八六條四、四四四條、四四五條)

(四)手續 附帶上告ノ懈怠手續ニ關シ説明シタルモノト大差ナシ但第四二九條ハ附帶上告ノ懈怠手續ニ準用ナキコト上告ノ性質(法律的控訴)ニ徴シ明白ナリ是ヲ以テ適法ナル附帶

0245

上告ノ提起アリタル後上告人(被附帶上告人)カ辯論期日ニ出頭セザルトキハ被上告人(附帶上告人)ノ事實上ノ供述ニ關シ上告人ノ事實上ノ供述ニ關スルモノト同一ノ法則行レ又被上告人(附帶上告人)カ辯論期日ニ出頭セザルトキハ附帶上告ヲ棄却スルノ開席判決ヲ爲ス(四四二條二項、民訴案四八六條四)

第三章 抗告

(一) 抗告ノ性質及抗告ノ種類 抗告ハ判決以外ノ裁判(決定及命令)ニ對スル上訴ナリ換言スレハ下級裁判所ノ爲シタル決定又ハ法律上之ニ代ルヘキ裁判長ノ命令ニ對シ不服アル當事者其他ノ利害關係人カ上級裁判所ニ對シ斯ル裁判所ノ當否ヲ調査シ且之ヲ自己ノ利益ニ變更スヘキ旨ノ訴訟的法律保證ヲ求ムル方法ナリ

(1) 抗告ハ控訴及上告ト異ニシテ第一ニ判決ニ對スル不服申立ノ方法ニ非スシテ反テ決定及命令ニ對スル不服申立ノ方法ナリ第二ニ當事者ノ一方其他ノ利害關係人カ他ノ一方攻撃スルカ爲ニ上級裁判所ニ對シ下級裁判所ノ決定又ハ之ニ代ルヘキ裁判長ノ命令ノ當否ヲ判斷セシムル目的ヲ以テ之ヲ提起スルモノニ非スシテ反テ下級裁判所ノ決定又ハ之ニ代ルヘキ裁判長ノ命令ヲ廢棄シ之ニ代ルヘキ裁判ヲ受タルノ目的ヲ以テ不服ヲ申立ラタル裁判ヲ爲シタル下級裁判所又ハ之ニ代ルヘキ裁判長ヲ攻撃スルカ爲ニ之ヲ提起スルモノナリ但斯ル裁判ヲ爲シタル下級裁判所又ハ其裁判長ハ其資格ニ於テ攻撃セラレ一箇人タル資格ニ於テ攻撃セラレルモノニ非サルヲ以テ抗告ニ依レル訴訟ニ關シ自己固有ノ利害ナシ故ニ法律ハ不服ヲ申立ラタル裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ其裁判長ニ其爲シタル裁

判ニ付正當ナル旨ノ意見ヲ付スルコトヲ命スルニ止メタリ(四五九條民訴案四九二條)然レトモ抗告ハ控訴及上告ト同ク下級裁判所又ハ裁判長ノ爲シタル裁判ニ付不利益ヲ被ルヘキ當事者ヲシテ上級裁判所ニ對シ斯ル裁判ノ廢棄及斯ル裁判ニ代ルヘキ裁判ヲ受タルコトヲ得セシムル訴訟的法律保證ヲ求ムル方法ナリ而シテ斯ル方法ニシテ適法ノ要件ヲ具備スル限ハ(四五五條、四六三條、四六六條、民訴案四八七條、四九六條、四九九條)上級裁判所ハ下級裁判所ノ決定又ハ之ニ代ルヘキ裁判ニシテ不服ヲ申立テラレタルモノノ當否ヲ調査シ且若該裁判ヲ不當ナリト認メタルトキハ之ヲ變更スルノ職權ヲ有シ又其職務ヲ負フモノナリ斯ル職務ヲ負フ裁判所ト稱シ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ斯ル裁判ヲ爲シタル裁判長所屬ノ裁判所ト直近上級裁判所カ抗告裁判所トシテ管轄權ヲ有ス例之不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所カ區裁判所ナルトキハ其所在地ヲ管轄スル地方裁判所カ抗告裁判所ニシテ又不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所カ地方裁判所ナルトキハ其所在地ヲ管轄スル控訴院カ抗告裁判所タル事如シ(四五六條一項、民訴案四八八條一項)如此抗告裁判所ハ法律上斯ル職務ヲ負フヲ以テ當事者其他ノ利害關係人ハ抗告裁判所ニ對シ抗告權ヲ有スルヤ當然ナリ此抗告權ハ他ノ控訴權及上告權ト同ク形式及實體的ノ二意義ヲ有ス形式的抗告權ハ當事者カ抗告裁判所ニ對シテ其抗告申立ニ付テノ調査及裁判ヲ求ムルコトヲ目的トスル權利ニシテ實體的抗告權ハ當事者カ不服ヲ申立テタル下級裁判所又ハ其裁判長ノ裁判ヲ變更セシムルコトヲ目的トスル權利ナリ抗告裁判所ハ先形式的抗告權ノ當否ヲ調査シ次ニ實體的抗告權ノ當否ヲ調査スルコト他ノ上訴ニ異ナラス故ニ當事者ト抗告裁判所トノ關係ヲ一言スレハ抗告ハ他ノ上訴ト同ク私益ニ關スル訴訟的保護ノ方法ニシテ當事者ハ抗告裁判所ニ對シ抗告權ヲ有スト云フ

0246

コトヲ得、(シ)當事者ト抗告裁判所トノ關係)

(2) 抗告ハ判決以外ノ裁判ニ對スル上訴ナリ元來控訴及上告ハ終局判決及之ト看做スヘキ中間判決並ニ之カ前提タル決定又ハ命令ニ對スル不服申立ノ方法タルニ過キサルヲ以テ(三九七條、四三三條)控訴及上告ヲ以テ攻撃スルコト能ハサル決定及命令ニ對シテハ之ニ依テ不利益ヲ受ケタル當事者及第三者ノ爲ニ別箇ノ不服申立方法ヲ認ムルノ必要アリ又理論上控訴及上告ヲ以テ攻撃スルコトヲ得ヘキ決定及命令ニ關シテモ控訴及上告ノ手續ヲ簡單ニ歸納スルカ爲ニ或決定及命令ニ對シテハ單ニ別箇ノ不服申立方法ニ依リ不服ヲ申立アルコトヲ得ルニ止メ控訴及上告ヲ以テ終局判決又ハ之ト看做スヘキ中間判決ト共ニ攻撃スルコト能ハサラシムルノ必要アリ斯ル必要ニ基キテ我民事訴訟法ハ獨逸民事訴訟法ト共ニ控訴及上告ノ外ニ向別箇ノ不服申立ヲ認メ之ヲ抗告ト稱シタリ是ヲ以テ抗告ハ一面ニ於テハ控訴及上告ヲ以テ當事者ノ利益ヲ保護スルヲ得サル所ヲ補充スル不服申立方法ニシテ又他ノ一面ニ於テハ控訴及上告ニ於ル附帶ノ半點ヲ分離シ控訴審及上告審ニ於ル訴訟材料ヲ簡單ニ歸納スル方法タルノ性質ヲ有スル上訴ニシテ決定及命令ニ對スルモノト云フコトヲ得例之裁判所書記辯護士等ニ對シ其過失ニ因テ生シタル費用ノ賠償ヲ負擔セシメタル決定(八三條)證人ニ對シ證言ノ拒絕ニ因テ生シタル費用ノ賠償及罰金ヲ言渡シタル決定(三〇二條)鑑定人ニ對シ鑑定ノ拒絕ニ因テ生シタル費用ノ賠償及罰金ヲ言渡シタル決定(三三八條)等ノ如キ控訴及上告ノ提起ニ依テ上級裁判所ノ判斷ヲ受タルコト能ハサル裁判(裁判所書記辯護士證人鑑定人等ハ當事者ニ非サルヲ以テ控訴又ハ上告ヲ爲スノ權利ナシ)辯論中止ノ決定(一九九條)期日指定ヲ拒ミタル命令(一九三條、一九四條)等ノ如キ手續ノ開始若クハ續行ヲ拒絕スル裁判換言スレバ終局判決ノ言渡ヲ妨ケ若

クハ之ヲ遅延セシムル裁判訴訟費用確定決定(八五條)強制執行ノ方法ニ關スル裁判(五四四條)判決ノ更正ニ關スル裁判(二四一條)等ノ如キ終局判決ノ言渡後ニ爲シタル裁判ニ對シテ提起スヘキ抗告ハ控訴及上告ヲ補充スル不服申立方法ニシテ又忌避ノ申請ヲ不當ナリト宣言シタル決定(三八條)ノ如キ性質上控訴裁判所ニ於テ調査スルコトヲ得ヘキ裁判ニ對シテ提起スヘキ抗告ハ控訴ノ手續ヲ簡單ニ歸納スルカ爲ニ存スル不服申立方法ナルカ如シ故ニ抗告ト他ノ上訴トノ關係ヲ一言スレバ抗告ハ他ノ上訴ヲ補充シ又之カ手續ヲ簡單ニスルカ爲ニ存スル上訴ナリト云フコトヲ得ヘシ(抗告ト他ノ上訴トノ關係)

(3) 同一ノ訴訟ニ於テ順次又ハ同時ニ數箇ノ抗告ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テハ各抗告ハ互ニ獨立セルモノナルヲ以テ甲抗告ハ之ヲ乙抗告ニ關係ナク審判セサルヘカラス但併合ヲ妨ケス(抗告ト抗告トノ關係) 抗告ハ之ヲ分テ通常ノ抗告及即時抗告ノ二トス前者ハ之ヲ一定ノ不變期間内ニ提起スルコトヲ要セサルモノニシテ後者ハ之ヲ七日ノ不變期間内ニ提起スルコトヲ要スルモノナリ(四六六條)一項二項、民訴案四九九條)一項二項)而シテ此兩者ノ間ニ存スル差異ニ關シテハ別トシテ抗告ノ要件ノ説明ニ就キ研究セラルヘシ(再抗告ハ抗告裁判所ノ裁判ニ對スル抗告ニシテ別段ニ抗告ノ一種ニ非サルコト後述ノ如シ)

(二) 抗告權ノ行使 抗告權ヲ行使スルト否トハ當事者ノ自由ニ決スル所ナリ然レトモ抗告權ヲ行使セントスル當事者ハ他ノ上訴權ノ行使ニ於ルト同ク法律上一定セル適法要件ヲ充實セサルヘカラス此要件ニハ三種アリ抗告ヲ許スヘキコト抗告カ法定ノ方式ニ從ヒタルコト及抗告カ法定期間内ニ提起セラレタルコト是ナリ而シテ此ノ要件ノ存否ヘ何レモ裁判所カ職權ヲ以テ調査スヘキモノナリ(四五五條、

0247

用額確定決定、第一〇二條ニ規定セル訴訟上ノ救助ヲ拒ミ若クハ取消シタル決定、第一八九條ニ規定セル訴訟手續ノ中止ヲ命シ又ハ之ヲ拒ミタル決定、第二四二條ニ規定セル判決ノ更正ヲ宣言シタル決定、第二五三條ニ規定セル關席判決ノ申立却下ノ決定、第三〇一條及第三四二條ニ規定セル證人又ハ鑑定人ノ證言又ハ鑑定拒絶ノ當否ニ關スル決定、第五四條ニ規定セル禁治産ノ申立却下シタル決定、八事訴訟法第六五一條ニ規定セル禁治産ヲ取消シタル決定、第三九三條ニ規定セル執行命令ノ申立却下シタル決定、第五五八條ニ規定セル強制執行ノ手續ニ關スル決定、第七五四條及第七五六條ニ規定セル假差押及假處分ヲ取消シタル決定、第七六九條ニ規定セル除權判決ノ申立却下ノ決定等ノ如キ下級裁判所ノ決定及裁判手續ヲ簡易ニシ又ハ急迫ノ事情ニ應スルコトヲ得ルカ爲ニ法律上合議裁判所ニ代リテ裁判長カ爲シタル命令(一九四條、二〇三條、一五〇條三項、七六三條ハ之ニ屬スル)第二ニ訴訟手續ニ關スル申請ヲ口頭辯論ヲ經シテ却下シタル決定ナリ故ニ第一ニ訴訟手續ニ關スル申請ナルコトヲ要ス、訴訟手續ニ關スル申請トハ狹義ノ訴訟手續即裁判手續ニ相對スル訴訟關係ニ關スル申請ニ非スシテ廣義ノ訴訟手續即實體關係ニ相對スル訴訟關係ニ關スル申請ナリ隨テ訴訟費用額確定決定ノ申請(八四條)管轄裁判所ノ指定ニ付テノ申請(五九條)期間ノ伸縮ニ關スル申請(二〇三條)記録ノ閲覽其正本抄本及謄本付與ノ申請(二二四條)證據保全ノ申請(三六八條)假差押及假處分ノ申請(七四二條、七五六條)等ハ之ニ屬ス而シテ申請ハ皆訴訟關係ニ關スルモノナルヲ以テ第四五五條ニ所謂「訴訟手續ニ關スル申請」ハ「フツチング」氏ノ主張スルカ如ク贅文ナルヲ免レスシテ「申請」ト云フヲ以テ足レリトス第二ニ申請ニ付テノ裁判ヲ爲スカ爲ニ口頭辯論ヲ經ルヲ要セザル場合タルコトヲ要ス、隨テ必要の口頭辯論ヲ經テ爲スコトヲ要スル申請ニ關スル裁判例之辯論續行

ノ申請ニ關スル決定(一〇七條、二二八條)數箇ノ訴訟ノ併合及分離ノ申請ニ關スル決定(一三八條)證據調ノ申請却下ノ決定、證人、鑑定人ノ宣誓不宣誓ニ關スル申請ヲ却下シタル決定ニ對シテハ法律上抗告ヲ以テ不服ヲ申立タルコトヲ得ヘキ旨ヲ明示セル場合ヲ除外ハ抗告ヲ爲スコトヲ得ス蓋斯ル裁判ニ對シテハ通常第三九七條ノ適用アルモノナレハナリ然レトモ事實上任意の口頭辯論ヲ經タルト否トノ區別ハ法律ノ間フ所ニ非ス隨テ第四五五條ニ所謂「口頭辯論ヲ經シテ」ノ文面ニ拘泥スルカラス第三ニ申請ヲ却下シタル裁判ナルコトヲ要ス蓋申請ヲ認可シタル決定ニ對シテハ相手方カ法律上抗告ヲ以テ不服ヲ申立タルコトヲ得ヘキ旨ヲ明示セル場合ニ限り抗告ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナレハナリ但申請ヲ却下シタル裁判ト雖法律上抗告ヲ以テ不服ヲ申立タルコトヲ得ザル場合ニハ此限ニ在ラス又裁判所ノ自由ナル意見ニ屬スル事項ヲ目的トスルモノハ此限ニ在ラス(四五五條、民事訴訟法四七條ニ客觀的要件)

(2) 法定ノ方式ニ關スル要件、抗告ハ一ノ上訴ナルヲ以テ其ノ提起ハ他ノ上訴ノ提起ト同ク抗告狀ヲ裁判所ニ差出シテ之ヲ爲スヲ原則トス(四五七條一項、民事訴訟法四八九條一項)而シテ抗告ハ前述ノ如ク相手方ヲ攻撃セシメテ反テ不服アル裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ裁判長ヲ攻撃スルコトヲ目的トシテ之カ裁判ニ付口頭辯論ヲ要セザルモノナルヲ以テ抗告狀ハ他ノ上告狀ト異ニシテ抗告人カ口頭辯論ニ於テ主張ヘキ事項ヲ記載シ且相手方ニ對シテ差向タルコトヲ目的トスル書面ニ非スシテ單ニ裁判所其モノニ宛テタル書面即一ノ申請書ナリ隨テ又抗告狀ノ差出ハ他ノ上訴狀ノ差出ト異ニシテ相手方ヲ主眼トシテ爲ス行爲ニ非スシテ反テ裁判所ヲ主眼トスル行爲ナリ是ヲ「フツチング」氏カ抗告ノ性質ヲ申請ニ他ナラスト云フ所以ナリ

0249

(甲) 抗告狀ニ記載スヘキ事項 抗告狀ニ記載スヘキ事項ニ關シテハ他ノ上訴狀ニ於ルカ如クニ法律上明文ナシト雖抗告カ上訴ノ一種タルニ依テ之ヲ觀レハ抗告セラルヘキ裁判ニ對シ抗告ヲ爲ス旨ノ陳述及抗告人ノ氏名ノ表示ハ抗告狀ニ記載スルコトヲ要スル事項ナルコト疑ヲ容レズ隨テ抗告人ハ此等ノ事項ヲ抗告狀ニ記載スルコトヲ要ス又抗告ノ申立及抗告理由ノ表示ハ抗告狀ニ準備ノ爲ニ記載スヘキ事項ナルコト疑ヲ容レズ蓋抗告ノ申立ノ表示ナキ場合ニ於テハ抗告人ハ不服ヲ申立ラタル裁判中前審ニ於テ爲シタル申立ニ反スル總テノ部分ヲ攻撃シタルモノト認ムルヲ得ヘク又抗告ノ理由ノ表示ナキ場合ニ於テハ抗告裁判所カ抗告理由ヲ認識セスシテ抗告ヲ棄却スルコトアルニ至ルヘキ危險ヲ抗告人ニ於テ負擔スルニ過キサルハナリ但抗告人カ手續ノ進行中適當ノ場合ニ適當ノ方法即書面ノ提出又ハ口頭辯論ノ開始アリタルトキハ口頭ノ申出ニ依テ抗告ノ理由ヲ追完スルコトヲ得ルヤ當然ナリ

(乙) 抗告狀ヲ差出スヘキ裁判所 抗告ノ爲ニ抗告狀ハ差出ラ受クヘキ裁判所ハ抗告ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ裁判長ノ屬スル裁判所ナリ是斯ル裁判所ヲシテ第四五九條(民事訴訟法四九二條)ノ規定ニ隨ヒ抗告ノ理由アリトスル場合ニ於テ不服ノ點ヲ更正スル權限ヲ行使シ以テ抗告ノ目的ヲ消滅セシムルノ法意ニ出テタルモノナリ然レトモ急迫ナル場合即已ニ開始セル強制執行ヲ避クルカ爲ノ如キ著シキ損害ヲ避クルニ付抗告裁判所ノ即時ノ干渉ヲ必要ト爲ス場合ニ於テハ抗告狀ヲ直ニ抗告裁判所ニ差出シ以テ抗告ヲ爲スコトヲ得而シテ此場合ニ於テハ抗告裁判所ハ其自由ナル意見ヲ以テ急迫ナル場合ナルヤ否ヤヲ調査シ事件ヲ急迫ナラズト認メタルトキハ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ裁判長ニ其事件ヲ送付シ且其旨ヲ抗告人ニ通知スヘシ反

之事件ヲ急迫ナリト認メタルトキハ直ニ抗告ニ付裁判ヲ爲ス但抗告ニ付裁判ヲ爲ス前ニ其材料ニ供スルカ爲ニ必要ナル限り不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ裁判長ノ意見及記錄ヲ要求スルコトヲ得(四六一條、民事訴訟法四九〇條、四九三條)

以上ノ原則ニ對スル例外トシテ左ノ場合ニ限リ抗告狀ノ差出ニ代ヘ口頭ヲ以テ抗告ヲ爲スコトヲ得(四五七條二項、民事訴訟法八九條二項)而シテ抗告ノ口頭提起アリタルトキハ抗告狀ノ差出ヲ受クヘキ裁判所所屬書記官第一三五條ノ規定ニ從ヒ調査ヲ作ル者ナリ(區裁判所ノ書記官辯論調書ニ於テ抗告ノ提起アリタル旨ヲ記載シタルトキハ其記載ハ調査ノ作成ニ代用スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ニ關シテハ學者間ニ爭アル所ナリ「ウキルモースキー」「ラインケ」氏等ハ辯論調書ハ裁判所書記官抗告提起アリタルカ爲ニ作成セル調査タルニ必要ナル要件ヲ具フルヲ以テ積極的ニ論決スヘキモノト主張シ「ガウア」「ゾキフヘルド」氏ハ調査ノ作成ニ依レル抗告ノ提起ハ例外ニ屬スルヲ以テ消極的ニ論決スヘキモノト主張セリ余輩ハ前説ヲ正當ト信ス)斯ル例外ノ場合ノ第一ハ「訴訟」即不服申立ノ目的タル裁判ノアリタル民事訴訟手續カ(狹義ノ訴訟手續、執行手續、共助手續ヲ包含ス)區裁判所(受訴裁判所)タルト執行裁判所タルト共助裁判所タルトノ區別ナクニ繫屬シ又ハ會テ即第一審トシテ繫屬シタルトキニシテ現ニ區裁判所ニ繫屬スル事件ニ於テ當該判事ニ對スル忌避ノ申請ヲ却下シタル地方裁判所ノ決定(三六條)及會テ區裁判所ニ繫屬シタル事件カ現ニ控訴裁判所又ハ抗告裁判所ニ繫屬シ且此等ノ裁判所ノ爲シタル決定ニシテ抗告又ハ再抗告ヲ爲スコトヲ得ヘキモノニ對スル抗告及再抗告ノ如キハ何レモ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得第二ハ證人又ハ鑑定人若クハ證書ヲ提出スル義務アリトノ宣言ヲ受ケタル第三者(三〇一條、三二二條、二九四條、三〇二條、三三二條、三四二條、



三四三條)カ抗告ヲ爲ストキ是ナリ(民事訴訟法四八九條二項ニ於テハ獨逸民事訴訟法第五六九條第二項ト同ク訴訟上ノ救助ニ關スル抗告ニ付口頭提起ヲ許シ又證書ヲ提出シテ口頭提起ヲ許ス他ノ抗告トケタル第三者ノ抗告ニ關スル規定ヲ削除シタリ蓋前者ハ事件簡易ニシテ口頭提起ヲ許ス他ノ抗告ト取扱フ異ニスルノ理由ナク又後者ハ現行法上存セザル抗告ナレハナリ)而シテ斯ル例外ノ存スル理由ハ蓋事件簡易ナルカ爲ナルノミナラス抗告ハ實體上ノ法律關係ヲ確定スルヲ目的トスルモノニ非ラレハナリ

受命判事若クハ受託判事ハ裁判又ハ裁判所書記ノ處分ノ變更ヲ求ムル申請(受命判事若クハ受託判事ハ獨立シテ裁判ヲ爲スノ權限ヲ有スルコトアリト雖(一七二條二八二條三一九條)道ハ例外ニシテ法定ノ範圍内ニ於テ受訴裁判所ヨリ委任アリタル又ハ授權アリタル權限ヲ行使スルコトヲ原則トスルモノナルヲ以テ換言スレハ受命判事若クハ受託判事ハ主トシテ受訴裁判所ノ機關トシテ行動スルモノナルカ故ニ法律ハ受命判事若クハ受託判事ノ裁判ノ變更ヲ求ムル利害關係人ヲシテ先申請ニ依テ受訴裁判所ノ裁判ヲ求メ次ニ斯ル裁判ニ對シ第四五五條ノ規定ニ則リ抗告ヲ爲スコトヲ得セシメ又裁判所書記ハ單ニ裁判所ノ機關トシテ處分ヲ爲スモノナルヲ以テ其處分ハ之ヲ爲シタル裁判所書記所屬ノ裁判所カ變更スルコトヲ得ルヲ當然ナリトス故ニ法律ハ裁判所書記ノ處分ヲ受命判事若クハ受託判事ノ裁判ト同視シ該處分ノ變更ヲ求ムル利害關係人ヲシテ先申請ニ依リ裁判所書記所屬ノ裁判所ノ裁判ヲ求メ次ニ斯ル裁判ニ對シ第四五五條ノ規定ニ則リ抗告ヲ爲スコトヲ得セシムルニ止メ直ニ抗告ヲ爲スコトヲ得セシメス(二二四條四九九條五一七條五二三條)ノ方式ニ關シテハ第四〇六

六條第四項ニ規定セル場合ヲ除ク(民事訴訟法四九九條四項)外法律上別段ノ規定ナシ故ニ該申請ハ訴訟行爲ニ關スル通則ニ依ルヘキコト勿論ナリト雖(例之受訴裁判所カ區裁判所ニ非サルトキハ第六三條ノ規定ニ依リ辯護士ニ非サルモノヲ代理人ト爲スコトヲ得タルカ如シ)第四五七條ニ規定セル方式ニ從フコトヲ得セシメ殊ニ同條第二項ニ規定セル方式ハ抗告提起ノ方式ニ限ラルモノナルヲ以テ之ニ依ルコトヲ得セシメ又該申請ハ受訴裁判所即受命判事又ハ受託判事ニ對シ委任又ハ囑託ヲ爲シタル裁判所又ハ不服ノ目的タル處分ヲ爲シタル裁判所書記所屬ノ裁判所(第四六九條ニ所謂受訴裁判所ハ執行裁判所ニ對スルモノト速断スルコト勿レ)ニ爲スコトヲ得ルハ勿論受命判事又ハ受託判事ニ對シテ適用ナキヲ以テ受命判事若クハ受託判事又ハ裁判所書記ノ命令又ハ裁判所書記ノ處分ニ對シテ變更シテ以テ該申請ヲ終結スルコトヲ得(第二四五條第二項ニ於テハ第二四〇條ノ規定ヲ受命判事若クハ受託判事ノ命令ニ準用スト雖道ハ誤ナラシ蓋決定及命令ハ裁判所書記ノ處分ト同ク縣東力ノ存スヘキ理ナキモノナレハナリ故ニ民事訴訟法第二八六條及獨逸民事訴訟法ニ於テハ斯ル趣旨ノ明文ヲ設ケテナリ)若斯ル申請ノ終結ナキトキハ受訴裁判所ハ第四六二條第一項ノ準用ニ依リ通常口頭辯論ヲ經スレテ該申請ニ付裁判ヲ爲シ必シモ口頭辯論ヲ經ルコトヲ要セシメ但該申請ハ其性質上抗告ニ非スシテ違法アル裁判又ハ處分ノ取消ヲ求ムルモノナルヲ以テ若受訴裁判所カ裁判ヲ爲シタルトキハ之ニ對シ抗告ヲ爲スコトヲ得タル場合ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ得隨テゾキフ(ヘルド)「ワ」ハ「民等ノ如ク反對ニ論結スルハ正當ノ見解ニ非タル」(四六五條一項)民事訴訟法四九八條一項(二項)受命判事若クハ受託判事ノ裁判又ハ裁判所書記ノ處分ノ變更ヲ求ムル申請ニ付受訴裁判所ノ爲シタ

ル、裁判ニ對スル抗告ハ第四六六條第四項ニ規定セル場合ヲ除ク外ハ該申請ト併合シ副位の即チ該申請却下セラレタルトキハ抗告ト爲ル方法ニテ之ヲ爲スコトヲ得ヌ何トナレハ抗告ハ受訴裁判所ノ裁判アリタル後之ニ對シ提起スルコトヲ得ヘキモノナレハナリ又該抗告ハ第四五五條ニ規定セル要件ノ存スル場合ニ非ザレハ之ヲ提起スルコトヲ得ヌ何トナレハ第四六五條第二項ノ規定アルカ爲ニ受訴裁判所ノ裁判ニ對シテハ常ニ抗告ヲ爲スコトヲ許スノ法意ナリト認ムルヲ得ザレハナリ但受訴裁判所ノ裁判ニ對スル抗告ハ其性質上再抗告ニ非ザルヲ以テ新ナル獨立ノ抗告理由ニ依ルコトヲ要セス四六五條一項、四六六條二項、民事訴訟法四九八條三項、四八八條ノ大審院ハ最高ノ法律ナルヲ以テ其裁判ニ對シテ抗告ヲ爲スコト能ハサルヤ言フ俟タズ然レトモ之カ爲ニ受命判事若クハ受託判事ノ裁判四四六條)又ハ裁判所書記ノ處分(五一六條)ニ對シ其變更ヲ求ムル申請ヲ許ササルノ理ナシ是第四六五條第三項ヲ設ケ大審院ニ於テ第四六五條第二項ノ適用ナキニモ拘ラス同條第一項ニ規定セル職權アル旨ヲ明ニシタル所以ナリ(民事訴訟法四九八條四項)其他大審院ハ訴訟ノ繫屬セル間ハ其判決以外ノ裁判ヲ取消シ又ハ變更スルコトヲ得ヘシ第四六六條第四項ニ規定セル場合(民事訴訟法四九條四項)即若受訴裁判所カ裁判ヲ爲スニ於テハ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ヘキ受託判事若クハ受託判事ノ裁判又ハ裁判所書記ノ處分ニ對シ變更ヲ申請スル場合例之受命判事若クハ受託判事カ其權限ヲ超越シテ若受訴裁判所ニ於テ爲シタルトキハ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ヘキ裁判ヲ爲シ及裁判所書記カ執行力アル正本付與ノ申請ヲ却下シタル處分ノ如キ若受訴裁判所ニ於テ裁判ヲ爲シタルトキハ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ヘキ處分ヲ爲シ(五一六條二項、五一八條、五一九條、五二三條)利害關係人ハ之ニ

對シ變更ヲ求ムル申請ヲ爲ス場合ニ於テハ其申請ハ抗告提起ノ爲ニ定メタル方法ニ依リ不變期間内ニ於テ受訴裁判所ニ之ヲ爲ササルヘカラス是蓋スル申請ハ同時ニ之ヲ是認セザリシ受訴裁判所ノ裁判ニ對スル副位の抗告ト爲シタルニ他ナラザレハナリ故ニ第一斯ル申請ハ受訴裁判所ノ裁判ニ對シテ爲スヘキ抗告ノ方式ニ依ラサルヘカラス(四五七條)第二不變期間ハ受命判事若クハ受託判事ノ裁判ヲ送達若クハ言渡又ハ裁判所書記ノ處分ノ送達ニ因テ進行ス蓋スル裁判又ハ處分ハ豫受訴裁判所ニ亦爲スヘキ裁判トシテ之ニ對シ抗告ヲ爲スモノナレハナリ第三斯ル申請ハ受訴裁判所ニ之ヲ爲シ抗告裁判所ニ之ヲ爲スコトヲ得ス蓋該申請ニ付テハ受訴裁判所ノ裁判アルヘキモノナレハナリ又斯ル申請ハ受命判事若クハ受託判事又ハ裁判所書記ニ之ヲ爲スコトヲ得ス蓋該申請書ハ將泰受訴裁判所ノ爲スヘキ裁判ニ對スル抗告狀タルノ用ヲ爲スモノナレハナリ第四受訴裁判所カ斯ル申請ニ因リ受命判事受託判事ノ裁判等ヲ理由アリト認メタルトキハ受訴裁判所ハ別段ニ決定ヲ爲スコトナク該申請ヲ抗告裁判所ニ送付セザルヘカラス蓋受訴裁判所カ變更セザル受命判事受託判事ノ裁判等ハ其顯示の認可ノ一事ニ因リ受訴裁判所ノ裁判ト看做スヘキモノニシテ又該申請ハ斯ル場合ニ於テ法律上當然抗告ト看做サルヘキモノナレハナリ反之受訴裁判所カ受命判事受託判事ノ裁判ヲ失當ナリト認メ該申請ヲ理由アリト認メタルトキハ受命判事受託判事ノ裁判等ヲ變更スル旨ノ決定ヲ爲シ若之ヲ言渡ササルトキハ職權ヲ以テ送達シ(二四五條)利害關係人カ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ抗告ヲ爲スモノナリ(四五五條、四五七條、四六六條)

(3) 抗告ノ期間ニ關スル要件 抗告ノ提起ニ關シテハ法定ノ期間ナキヲ原則トシ法定ノ期間アルヲ例外トス而シテ其例外ハ裁判ノ形式の確定力ヲ迅速ニ發生セシムルカ爲ニ法律ヲ提起スヘキ抗告ヲ即

0252

時抗告ナリト規定セル場合ナリ故ニ通常ノ抗告ハ何時ニテモ適法ニ之ヲ提起スルコトヲ得唯訴訟手續ノ進行ニ依リ抗告ノ目的ナキニ至リタル場合ニ於テ之ヲ理由ナシテ棄却スヘキノミ反之即時抗告ハ法律上一定セル期限内ニ非サレハ之ヲ適法ニ提起スルコトヲ得ス而シテ即時抗告ハ通常ノ抗告ノ一變體ニシテ之ト其性質ヲ異ニスル上訴ニ非ス隨テ第四六六條ニ規定セル特別ノ他ニ尙第四五五條乃至第四六四條ノ適用アリ(四六六條一項、民訴案四九九條一項)左ニ即時抗告ノ特別ヲ略述スヘシ

(甲) 即時抗告ヲ爲スヘキ場合 即時抗告ヲ爲スヘキ場合ハ民事訴訟法ニ於テ各別ノニ之ヲ規定シ(三八條、四一條、五七條、八三條、八五條、一八九條、二四一條、二五三條、二九三條、七五四條、七五六條、八五五條、六五條等)或ハ概括的ニ之ヲ規定シタリ(五五八條、四五五條)

(乙) 即時抗告ノ期間 即時抗告ヲ爲スヘキ期間ハ七日ノ不變期間ニシテ抗告ノ目的タル裁判ノ送達ヨリ始ルヲ例外トシ(四六六條二項、民訴案四九九條二項)不變期間ハ當事者ノ合意又ハ裁判所ノ行爲ニ依テ之ヲ伸縮スルコトヲ得ス且裁判所ノ休暇ニ依テ其進行ヲ止ムルコトナキ法定期間ニシテ其七日ノ計算ニ關シテハ第一六八條、第一七〇條、第一七四條乃至第一八八條ノ規定ヲ參考スヘシ即時抗告期間カ原則上抗告ノ目的タル裁判ノ送達ヨリ始ルハ蓋即時抗告モ亦控訴及上告ト同ク一ノ上訴ナルヲ以テナリ(四〇〇條、四三七條)故ニ抗告ノ目的タル裁判ノ言渡アリタル場合ニ於テ裁判所カ第二四五條ノ規定ニ違背シ職權ヲ以テ裁判ヲ送達シ當事者ノ申立ニ因ラザリシトキハ其送達ハ即時抗告ノ不變期間ノ進行ヲ開始スルニ足ラス蓋當事者ノ申立ニ因ラザリシ裁判ノ送達ヲ爲スヘキ場合ニ於テハ裁判ノ

利用及其確定ヲ當事者ノ意思ニ放任シタル法意ニ反スルヲ以テナリ反之抗告ノ目的タル裁判ノ言渡ナク隨テ裁判所ハ第二四五條ノ規定ニ從ヒ職權ヲ以テ裁判ノ送達ヲ爲スヘキ場合ニ於テ當事者ノ申立ニ因リ裁判ノ送達アリタルトキハ其送達ハ即時抗告ノ不變期間ノ進行ヲ開始スルニ足ル蓋裁判所カ職權ヲ以テ裁判ノ送達ヲ爲スノ法意ハ當事者ノ行爲ニ因リ裁判ノ確定ヲ延延スルニ至ルコトヲ避ケタルニ在テ裁判ノ送達ニ關スル當事者ノ申立ヲ禁止スルニ非サレハナリ(獨逸ニ於テハ多數ノ學者ハ裁判所カ職權ヲ以テ送達ヲ爲スヘキ裁判カ當事者ノ行爲ニ因テ送達セラレタル場合ニ於テハ該送達ハ違法ナルヲ以テ即時抗告ノ不變期間ヲ進行セシムルニ足ラスト主張スレトモ斯ル論結ハ送達ノ手續ヲ異ニスル我民事訴訟法ノ解釋トシテ其當ヲ得サルコト控訴ニ關シ説明シタル所ニ同シ)又即時抗告期間カ第二五三條、第六八〇條及第七六九條第三項ノ場合ニ限リ例外トシテ抗告ノ目的タル裁判ノ言渡ヨリ開始スルハ蓋斯ル場合ニ於テハ裁判ノ送達ニ依テ即時抗告期間ヲ進行セシムルノ必要アル相手方ナキヲ以テナリ而シテ抗告裁判所ニ於テ抗告ヲ提起シタルトキハ急迫ナラスト認メタル場合ニ於テモ尙抗告人ノ爲ニ不變期間ヲ保存スルノ效力アリ(四六一條、四六六條二項、民訴案四九〇條、四九九條三項)若再審ヲ求ムル訴ニ付テノ要件存スルトキハ即時抗告ハ其不變期間ノ滿了後ト雖此訴ノ爲ニ定メタル期間内ニ之ヲ爲スコトヲ得(四六六條三項、民訴案四九九條四項)元來再審ノ訴ノ原因タル事實ハ(四六八條、四六九條)通常ノ抗告又ハ即時抗告ヲ以テ攻撃スルコトヲ得ヘキ裁判ニ關シテ亦存在スルコトアリ斯ル場合ニ於テハ該裁判ニ對シ確定判決ニ對スル攻撃方法タル再審ノ訴ヲ提起スルヲ得サルコト固ヨリ當然ニシテ(四六七條)又該裁判ニ對シ再審ノ訴ノ原因タル事實ヲ理由トシ何等ノ期間ニ拘束セラルルコトナク何時ニテモ適法ニ提起スルコトヲ得ヘキ通常ノ抗

告ヲ提起スルヲ得ルコト言フ俟タス（抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコト能ハサル最高法衙ノ裁判ニ非
 ナルコトヲ要スルヤ勿論ナリ）然レトモ前述ノ如ク七日ノ不變期間内ニ非サレハ適法ニ提起スルコ
 トヲ得サル即時抗告ニ在テハ法律上別段ノ規定ナキトキハ假令再審ヲ求ムル訴ニ付テテ要件存スト
 雖亦七日ノ不變期間満了セル以上ハ即時抗告ヲ以テ再審ノ訴ノ原因存スル裁判ヲ攻撃スルコトヲ得
 らルモノナリ故ニ法律ハ第四六六條第三項ヲ設ケ再審ノ訴ニ付テテ要件存スル場合ニ於テ即時抗告
 ノ期間ヲ伸長シ以テ利害關係人ノ利益ヲ保護シタリ此伸長セラレタル即時抗告ノ期間ハ第四七四條
 ニ依テ之ヲ算定ス但第四六八條第一號及第三號ニ規定セル再審ノ訴ノ原因ニ關シテハ利害關係人カ
 之ヲ七日ノ不變期間内ニ抗告ヲ以テ主張スルコトヲ得ヘカリシトキハ即時抗告期間ノ伸張ナシ

（丙）期間進行前ノ即時抗告 即時抗告ハ七日ノ不變期間内ニ非サレハ適法ニ之ヲ提起スルコトヲ得
 ス然レトモ之カ爲ニ不變期間ノ進行前ニ爲シタル即時抗告ハ不適法ナリト速断スルコト勿レ苟不服
 アル裁判カ言渡ニ依テ成立セル以上ハ假令其送達前ト雖適法ニ即時抗告ヲ爲スコトヲ得道ハ第二四
 五條ノ規定ニ依リ決定ニ付第二三五條第二項ノ準用アルニ依テ明白ナルノミナラス第四〇〇條第二
 項及第四三七條第二項ノ如キ別段ノ規定ナキニ依リ反對推理上明白ナリ隨テ「ウキルモースキー」及
 「ガウブ」(舊版ノ著書ニ依ル)氏等ノ主張スルカ如キ反對ノ見解ハ我民事訴訟法ノ解釋トシテ採ルコ
 トヲ得サルモノト思フ

以上ノ三要件ヲ具備シタル抗告ハ適法ニシテ之ヲ缺キタル抗告ハ不適法ナリ抗告人カ抗告ノ目的
 ナル裁判ニ因テ利益ヲ害セラレタルヤ否ヤハ他ノ上訴ニ於ルト同ク抗告ノ當否ニ關スル要件ニシテ抗
 告ノ適否ニ關スル要件ニ非ス蓋抗告ノ目的タル裁判ニ因テ利益ヲ害セラレタル旨ノ主張及其立證ハ

抗告人カ自己ニ利益アル抗告裁判所ノ裁判ヲ受クル要件ニシテ法律上抗告ノ適法ナル要件ト爲サテ
 レハナリ故ニ抗告裁判所ハ抗告人カ抗告ノ目的タル裁判ニ因テ利益ヲ害セラレタルコトナシト認
 ンタルトキハ抗告ヲ理由ナシトシテ棄却セサルヘカラス抗告ノ適否ハ他ノ上訴ノ適否ト同ク裁判所カ
 職權ヲ以テ之ヲ調査ス故ニ抗告裁判所カ抗告ヲ不適法ナリト認メタルトキハ不適法トシテ抗告ヲ棄
 却ス此場合ニ於テハ訴訟費用ハ第七二條第一項ニ依リ抗告人ノ負擔ニ歸ス

(三) 抗告權ノ喪失 抗告權ハ他ノ上訴權ト同ク即時抗告ノ不變期間ノ懈怠及抗告權ノ拋棄並ニ抗告ノ
 取下ニ因テ之ヲ喪失ス

(1) 不變期間ノ懈怠 即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判ハ即時抗告ノ不變期間ノ懈怠ニ
 因テ形式的確定力ヲ發生ス故ニ利害關係人ハ之ニ因テ抗告權ヲ喪失スルヤ言フ俟タス

(2) 拋棄及取下 抗告權ノ拋棄及抗告ノ取下ニ關シテハ法律上何等ノ明文ナシト雖抗告ヲ提起スルコ
 トハ一ノ權利ニ屬スルヲ以テ抗告權ヲ有スル者ニ其ノ實行ヲ強エルコトヲ得サルコト當然ナルカ故
 ニ抗告權ヲ有スル者ハ之ヲ拋棄シ又ハ抗告ノ取下ヲ爲スコトヲ得ヘシ而シテ抗告ハ他ノ上訴ト全然
 法律上ノ組織ヲ異ニスルヲ以テ抗告權ノ拋棄及抗告ノ取下ニ關シテハ他ノ上訴權ノ拋棄及他ノ上訴ノ取
 下ニ關スル法則ヲ直ニ準用スルヲ得サルコト洵ニ獨逸ノ「ヘルマン」氏ノ主張ノ如シ故ニ抗告權ノ拋
 棄及抗告ノ取下ニ關シテハ唯上訴裁判所ノ意見ニ從ヒ抗告權ノ拋棄又ハ抗告ノ取下ヲ明示セシムル
 ニ十分ナリト認メラルル當事者ノ意思表示ヲ以テ足レリトス其他抗告ハ其之ニ關スル裁判アル迄ハ
 何時ニテモ相手方ノ承諾ヲ要セスシテ之ヲ取下ルコトヲ得蓋相手方ハ後述ノ如ク附帶抗告權ヲ有
 セタルヲ以テ相手方ノ承諾ヲ要スルノ理ナク又法律ハ抗告ノ取下ニ付時期ニ依レル制限ヲ設ケサル

ヲ以テナリ又抗告ハ抗告審ニ於ル訴訟行為ノ效力ヲ發生スルニ必要ナル方式ニ從テ之ヲ取下タルコトヲ得故ニ抗告提起ト同一ノ方式ニ依リ(四五七條)又ハ辯論期日ニ於ル口頭上ノ意思表示ニ依テ之ヲ爲スコトヲ得(獨逸ニ於テハ多數ノ學者ハ抗告權ノ拋棄及控訴ノ取下ニ關シ何レモ控訴權ノ拋棄及控訴ノ取下ニ關スル法則ノ準用アリト主張シタリ(獨逸民訴五二四條、五一五條)如此抗告權ノ拋棄ニ依テ抗告ヲ以テ不服ヲ申立タルコトヲ得ヘキモノナルヲ以テ抗告權ノ拋棄アリタルトキハ之ヲ負擔スルノ他ニ(七二條二項)尙抗告權拋棄ノ意思ニ其キタル場合ニ於テ抗告權ヲ喪失ス蓋抗告人ヲ負擔スルノ他ニ(七二條二項)尙抗告權拋棄ノ意思アリタルトキハ抗告權ヲ喪失スルモノト云カ其提起シタル抗告ノ取下ニ際シ更ニ抗告ヲ爲スノ意思アリタルトキハ抗告權ヲ喪失スルモノト云フコトヲ得サレハナリ(獨逸ニ於テハ多數ノ學者ハ控訴ノ取下ニ關スル法則ノ準用ニ依リ(三九九條二項)獨逸民訴五一五條)抗告權ノ喪失アルモノト認メタルニ似タリ)

(四) 抗告ノ内容 抗告審ノ内容即抗告裁判所ニ於ル調査及裁判ノ目的ハ他ノ上訴審ノ内容ニ於ルト同ク抗告ノ適否ノ調査、抗告ノ當否ノ調査及抗告審ニ於ル裁判ヲ爲スニ在リ蓋抗告モ亦一ノ上訴ナルヲ以テナリ

(1) 抗告ノ適否ノ調査 抗告ハ其提起ニ關スル要件ヲ完備スルニ非サレハ(四六三條、民訴案四九六條)適法ト爲ラス故ニ抗告ノ適否ニ關シテハ抗告裁判所カ抗告ノ提起ニ關スル要件ノ存否ヲ調査スヘキモノナルヲ言フ俟タス而シテ該要件ハ屢ニ略述シタル所ナルヲ以テ茲ニ之ヲ贅セズ

(2) 抗告ノ當否ノ調査 抗告裁判所ハ抗告ヲ適法ナリト認メタルトキハ抗告ノ當否ヲ調査ス此場合ニ

包含スルモノナリ而シテ我法律ハ第二號第三號第四號ニ規定セル債權ハ絕對的ニ之ヲ差押フルコトヲ禁シタルモノナリ又第一號第五號第六號ノ場合ハ一箇年ノ收入ノ總額カ三百圓ヲ超過スル場合ニ於テハ其半額ヲ差押フルコトヲ許シタルモノナリ故ニ此規定ノ外ニ如何ナル事情アリト雖差押ヲ爲スコトヲ得サルモノナリ

第二款 差押ノ實施

差押ヲ實施スルニ當リ其執行ノ機關ト爲ル者ハ債務者カ普通裁判籍ヲ有スル地ノ區裁判所ナリ(五九五條)

右ノ裁判所ナキ場合例之債務者カ内地ニ普通裁判籍ヲ有セサル場合ニ於テハ第三債務者ノ住所地方ヲ執行裁判所ト爲ス執達吏ハ補助機關トシテ財產權ニ對スル強制執行ニ關與スルコトアリ(六〇六條六一五條)第六〇三條ノ場合ニ於テハ差押ヲ爲スノ手續ニ關シテハ執達吏カ強制執行ノ主タル機關ト爲ルモノナリ差押後ノ手續ニ付テハ執行裁判所カ主タル機關ト爲ルモノナリ

差押ノ種類ト數額トヲ開示スヘキモノナルコトハ第五九六條ノ規定スル所ナリ
 差押ノ方法ハ執行裁判所ノ差押命令ナリ此命令ノ形式上ノ性質ハ決定ニ屬ス而シテ此命令ニハ金錢ノ債權ナリシ場合ニハ債務者ニ對シテ取立其他債權ノ處分ヲ爲スヘカラサル旨ノ命令又第三債務者ニ對シテ債務者ニ支拂ヲ爲スコトヲ禁スル旨ノ命令ヲ掲クヘキモノナリ(五九八條)執行ノ目的物カ有體物產ノ請求ナリシトキハ其請求ノ目的タル動産ヲ債權者ノ委任シタル執達吏ニ引渡セシトノ命令ヲ掲

クヘキモノトス(六一五條)不動産ノ請求ヲ差押フル場合ニ於テハ其請求ノ目的タル不動産ヲ不動産所在地ノ區裁判所カ命シタル保管人ニ引渡スヘキコトヲ命スルモノナリ(六一六條)此場合ニ關シ注意スヘキハ不動産所在地ヲ管轄スル裁判所ハ執行裁判所ト異ナル場合ニ在テモ保管人ハ常に不動産所在地ノ區裁判所ヨリ之ヲ命スヘキモノナルコト是ナリ又第三債務者ナキ財産權例之專賣特許權ノ如キハ債務者ニ對シテ其處分ヲ禁スルノ命令ヲ爲スヘキモノトス

以上ノ差押命令ハ之ヲ發スルニ當リ債務者及第三債務者ヲ訊問セサルヲ原則トス是第五九七條ニ規定スル所ナリ右規定ノ理由ハ若差押命令ヲ發スル前ニ此等ノ者ヲ訊問スヘシトスルトキハ債務者及第三債務者ハ其謀シテ差押債權者ヲ害スルコトアルヲ以テ如此弊害ヲ生セザラシメントスルニ在リ

右ノ差押命令ハ申請者ノ特別ナル申立ヲ待タズシテ執行裁判所ヨリ之ヲ第三債務者及債務者ニ送達スヘキモノナリ又執行債權者ニハ右ノ如ク送達ヲ爲シタルコトヲ通知スヘキモノナリ(五九八條二項)

以上ハ一般ニ通スル差押手續ナリ第五九九條ニハ特別ナル一ノ手續ヲ規定セリ即抵當アル債權ノ差押ノ場合ニハ債權者ハ債務者ノ承諾ヲ要セスシテ其差押ヲ登記簿ニ記入スルノ權利アリトス茲ニ所謂「抵當アル債權」トハ不動産ヲ擔保トスル債權ト云フ意義ナリ即抵當權アル債權ト云フ狭キ意義ニ非シテ不動産質權ヲ以テ擔保セル債權ヲモ其差押ヲ登記簿ニ記入スルコトヲ得ルモノナリ此規定モ亦債務者ト第三債務者トノ(擔保物共有者トシテ)通謀ニ依テ執行債權者ヲ詐害スルコトヲ豫防センカ爲ニ設ケタルモノナリ

茲ニ一ノ問題アリ管轄違ノ裁判所カ執行裁判所トシテ差押ハ命令ヲ發シタルトキハ其命令ノ效力如何ト云フニ在リ此問題ニ對スル答ハ左ノ如シ

全然無効ナルモノニ非スシテ法律ニ定メタル不服申立ノ方法ニ依テ其取消ヲ爲スニ至ル迄ハ其效力ヲ有スルモノナリ故ニ利害關係人カ不服ノ申立ヲ爲サズシテ執行手續ノ終了スルニ至リタルトキハ管轄裁判所ノ命令ヲ下シタル場合ト同一ノ結果ニ至ルモノナリ

差押ノ特種ノ手續ハ第六〇三條ニ規定スル所ナリ即爲替手形其他裏書ヲ以テ移轉スルコトヲ得ル證券ニ因ル債權ノ差押ハ執行裁判所ノ差押命令ヲ以テセスシテ執達吏カ其證券ノ占有ヲ爲シテ其差押手續ヲ爲スモノナリ

差押ノ效力ハ何時發生スヘキヤト云フニ第五九八條第二項ハ即之ニ對スル答ヲ與フルモノナリ差押ノ效力ハ差押ノ命令ヲ第三者ニ送達シタルトキニ生スルモノナリ債務者ニ對スル命令ノ送達ハ差押手續ヲ完全ナラシムル條件ナリト雖差押ノ效力ノ發生ニハ影響ナキモノナリ而シテ其效力ハ即

第一 差押債權者ニ轉付命令又ハ取立命令或ハ其他ノ換價處分ヲ要求スルノ權利ヲ與フルモノナリ

第二 債務者ヲシテ其有スル證券ヲ差押債權者ニ交付セシムルノ效力ヲ生セシムルモノナリ若任意ニ此證券ヲ引渡ヲ拒ミタルトキハ差押債權者ハ強制執行ノ方法ヲ以テ其證券ヲ債務者ヨリ取上タルコトヲ得ルモノナリ證券取上ノ機關タルモノハ執達吏トス(六〇六條)

第三 差押ヘタル財産權ニ關スル債權者ノ處分行爲ハ差押債權者ニ對シテ何等ノ效力ナシ

第四 差押債權者ハ第三債務者ニ對シテ第六〇九條ニ定メタル催告ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ即其催告ノ手續ハ先ジ債權者ヨリ執行裁判所ニ其申立ヲ爲スヘキモノニシテ第一ニ第三債務者ヲシテ書面ニ依テ差押ノ目的タル債權ヲ認諾スルヤ否ヤ若認諾スレハ如何ナル限度ニ於テ之ヲ認諾スルヤ又支拂ヲ爲ス意思ナルヤ否ヤ若支拂ヲ爲ス意思ナラハ如何ナル限度ニ於テ之ヲ爲スモノナルヤ第二ニ此債權ニ

付テハ他ノ者ヨリ既ニ請求シタルコトアリヤ否ヤ若請求アリシナラハ如何ナル權利ニ基キテ請求ヲ爲シタルヤ陳述スヘキコト第三ニハ他ノ債權者ヨリ差押アリタルヤ否ヤ若差押アリタルナラハ其差押ノ原因タル請求ノ種類ヲ陳述スヘキコト以上ノ陳述ヲ爲スヘキコトヲ催告シ得ルモノナリ而シテ第三債務者カ以上ノ催告ニ對シテ陳述スヘキ期間ハ差押命令ノ送達アリタルヨリ七日ノ期間トス此催告ハ第三債務者ニ對シテハ重要ナル結果ヲ生ズルモノナリ即其陳述ヲ怠ラタルカ爲ニ差押債權者ニ損害ヲ生ゼシメタルトキハ第三債務者ハ其損害ヲ賠償スヘキ責任ヲ生ズルモノナリ
差押ノ效力ノ範圍ハ第一、其目的タル財産權カ俸給又ハ之ニ類スル繼續收入ヲ目的トスルモノナラハ差押後ニ收入スヘキ金額ニ及フモノナリ但差押以後ニ及フ限度ハ差押請求額ヲ以テ標準トスルモノナリ是第六〇四條ニ規定スル所トス第二、職務上ノ收入ノ差押ハ債務者ノ轉官兼任又ハ増俸ニ依ル收入ニ及フモノナリ

第三款 取立命令

差押ヘタル債權ハ之ヲ換價スルニ非ズシテ執行債權者ヲ満足セシムルコトヲ得ヌ是ヲ以テ我訴訟法第六〇條以下ニ其換價手續ヲ定メタリ其第一ハ即取立命令ナリ尙訴訟法ハ此外ニ轉付命令ナル換價方法ヲ定メ又財産權ノ性質ニ依テ取立若クハ轉付命令ヲ許ササル場合ニ於テハ裁判所ハ適宜ニ換價方法ヲ定ムルコトヲ得ル旨ヲ第六一三條及第六六三條ニ定メタリ
取立命令トハ如何ナルモノナリヤ債務者ニ屬スル債權ノ取立ヲ爲スノ代理權ヲ差押債權者ニ付與スル執行裁判所ノ命令ナリ約言セハ取立ノ代理權ノ付與ナリ此命令ヲ申請スル手續ハ書面又ハ口頭ヲ以テ

之ヲ爲スコトヲ得ヘク而シテ差押命令ノ申請ト同時ニ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ
取立命令ノ效力 取立命令ノ效力ハ第一ニ代理ノ手續ヲ要セスシテ取立權ヲ差押債權者ニ付與スルモノナリ第二ニ取立命令ハ特別ノ場合ニ於テ差押債權者ニ優先權ヲ與フルモノナリ(六〇二條)第三ニハ取立命令ハ差押ヘタル債權ノ全額ニ及フモノナリ

右ノ效力ノ發生ハ取立命令ヲ第三債務者ニ送達シタルトキニ在リ
取立命令ヲ得ル差押債權者ト債務者及第三債務者トノ法律關係ハ如何之ニ付テハ直接ニ依ルヘキ法文上ノ根據ナシ故ニ之ヲ理論上ヨリ説明スルノ外ナキモノナリ此場合ニ於テ差押債權者カ債務者及第三債務者ニ對スル關係ハ債務者ノ一種ノ法定代理人タルノ關係ナリ何トナレハ差押債權者ハ取立命令ニ依テ債權ノ取立權ヲ得ルモノニシテ而シテ請求自體ニ付テハ何等ノ權利ヲ有スルモノニ非サルカ故ニ若クハ債權者ノ代理人ト爲サズシテ第三債務者ハ差押債權者ノ要求ヲ拒絕スルコトヲ得レハナリ
第六一條ニ依ルトキハ取立命令ヲ得タル債權者カ取立ヲ爲スヘキ債權ノ行用ヲ怠ラタルトキハ之カ爲ニ生シタル損害ヲ賠償スル責任スヘキモノナリ例之取立命令ヲ得タル後訴ヲ起シ第一審ニ於テ敗訴シ勝訴ノ見込アルニ拘ラス上訴ヲ爲サシテ其判決ヲ確定セシメタル場合ノ如キ即債權ノ行用ヲ怠リタルモノナリ立法論トシテ疑ハキハ何故ニ第六一三條ノ如キ規定ヲ設ケタルヤニ在リ何人モ他人ニ損害ヲ生ゼシメタルトキハ之カ賠償ヲ爲スヘキハ當然ナレハナリ我訴訟法ハ單ニ損害賠償ノ原則ノ適用トシテ示シタルニ非ズ取立權ハ裁判所ノ命令ニ依テ付與セラレタルモノナルカ故ニ之ヲ行使スルト否トハ其債權者ノ自由ナリ行使セザリシカ爲ニ債務者ニ損害ヲ生ゼシメタリトスルモ債權者ノ權利ニ屬スルモノナルカ故ニ賠償ノ責任セストノ反對論ヲ生ゼシメタルカ爲ナリ

0257

此取立ノ命令ニ付テハ之ヲ得タル後ニ於テ債權者ハ自己ノ權利ニ影響ヲ受クルノ虞ナク自由ニ之ヲ拋棄スルコトヲ得ルモノナリ(六二二條)
 取立ノ訴トハ取立命令ヲ得タル債權者カ其命令ニ應ゼサル第三債務者ニ對シテ原告ト爲リテ債務ノ履行ヲ求ムルノ訴ヲ謂フ此訴ニ於テ債權者ト債務者トノ實體法上ノ關係ハ法定代理ノ關係ナリ故ニ左ノ結果ヲ生ス

第一 債務者ノ承諾ナクシテ債權者カ其請求ヲ拋棄スルコトヲ得ス又和解ヲ爲スヲ得ス(民一〇三條)
 第二 債權者ノ過失ニ因テ請求ノ目的ヲ達スル能ハザリシ時ハ依テ生シタル損害ヲ賠償スルノ責任スルモノナリ

第三 權利伸張ノ爲ニ必要ナリシ訴訟費用ハ權利ノ主體タル債務者ノ負擔ニ歸スルモノニシテ執行債權者ニ於テ負擔スルモノニ非ス

第四 差押債權者カ此訴ニ於テ敗訴シタルトキハ債務者ハ第三債務者ニ對シテ再同一ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス

第五 差押債權者ニ對スル第三債務者ノ債權ハ此訴ニ對シテ相殺ノ原因トシテ主張スルコトヲ得ス
 第六 第三債務者カ差押前ニ債務者ニ對シテ有シタル抗辯ノ方法ハ此訴ニ於テ有效ニ主張スルコトヲ得ルモノナリ

右ノ如ク差押債權者ト債務者トノ實質法上ノ關係ハ法定代理ナリトセハ訴ヲ提起スルニハ法定代理人トシテ之ヲ爲スヘキモノノ如シ然レトモ我訴訟法ノ規定ニ依レハ差押債權者ハ訴訟ノ當事者ト爲ルモノナリ換言セハ原告ト爲ルモノナリ是差押債權者カ取立權ノ主體 爲ルトノ觀念ヨリ出ラタルモノニ

シテ法文ノ根據ヲ舉クレハ先第六二三條ノ規定トス同條ニ依レハ執行力アル正本ヲ有スル債權者ハ共同訴訟人トシテ原告ニ加ハルノ權利アリトセリ所謂原告トハ差押債權者ヲ指スモノナリ而シテ我訴訟法ハ原告即當事者本人ト其法定代理人ト區別セルコトハ第四三條及第二三六條一號ノ規定ニ依テ明ナリ第二ノ論據ハ第六一〇條ノ規定ナリ同條ニ依レハ債權者カ取立ノ訴ヲ起シタル時ハ債務者カ内國ニ在テ其住所ノ知レタルトキハ訴訟ヲ之ニ告知スヘシト規定セリ訴訟ノ告知ハ其目的トスル所ハ第五九條以下ニ規定セル如ク被告知者ヲシテ訴訟ニ參加セシメントスルニ在リ而シテ被告知者カ訴訟ニ參加スルトキハ告知者ノ從參加人ト爲ルモノナリ而シテ第六一條第二項ノ規定ニ依テ明白ナル所トス故ニ取立ノ訴ニ於テ債務者カ原告タルヘキモノトスルトキハ原告カ自己ノ訴ニ從參加人ト爲ルモノト謂ハサルヘカラス然レトモ如此訴訟手續ノ秩序ヲ亂スヘキ事項ハ我訴訟法ノ豫想セシモノニ非ザルコト明ナルカ故ニ第六一〇條ノ規定ハ間接ニ債權者ヲシテ原告タラシムルノ法意ナルコトヲ證明スルモノト謂フヘシ

第三債務者ノ住所ヲ以テ其通常ノ管轄裁判所ト爲ス
 訴ニ關スル他ノ債權者ノ權利 執行力アル正本ヲ有スル債權者ハ共同訴訟人トシテ原告ニ加ハル權利アリ是第六二三條ニ規定セル所ニシテ此法文ハ執行力アル正本ヲ有セザル債權者ニハ右ノ權利ヲ與ヘサルコトヲ間接ニ規定スルモノナリ
 訴ヲ受ケタル第三債務者ノ權利 訴ヲ受ケタル第三債務者ハ原告ニ加ハラサル債權者ニ對シテ原告ニ加ハルヘキコトヲ催告スルノ權利アリ即其手續ニ加ハラサル執行力アル正本ヲ有スル債權者ニ

對シテ共同訴訟人タルヘキコトヲ口頭辯論ノ第一期日迄ニ裁判所ニ申立ツヘキモノナリ此申立アルトキハ裁判所ハ其債權者ニ對シテ呼出狀ヲ發セサルヘカラス右ノ如ク呼出ヲ受ケタル場合ニ於テハ其債權者ハ假令其訴訟ニ關セサルモ右訴訟ノ裁判ニ羈束セララルニ至ルモノナリ如此規定シタル理由ハ第三債務者ヲシテ數回ノ訴ヲ受クルノ煩ヲ免レシメントノ趣意ニ出アルモノナリ
第六二四條ハ執行力アル正本ヲ有スル債權者ニ執行ニ關シテ尙他ノ權利ヲ與ヘタリ即差押債權者カ取立ヲ怠リタル場合ニ於テ此者ニ對シテ取立ヲ爲スヘキコトノ催告ヲ爲ス權利ナリ此催告ノ效ナカリシ場合ニハ執行裁判所ノ許可ヲ得テ自ら取立ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ如此執行力アル正本ニ依リ配當ヲ要求シタル債權者カ取立ヲ爲スニ當リテハ其執行名義ト爲スモノハ差押債權者ノ得タル執行名義ナリ而シテ催告ハ裁判所ノ命令ヲ要セス自ら執達吏ニ委任シテ之ヲ爲スコトヲ得
茲ニ問題ト爲ルハ配當要求ノ債權者ニ取立ノ許可アリタルトキハ差押債權者ハ取立ヲ爲スノ權利ヲ失フヤ否ヤノ點ナリ是法文別ニ規定セス故ニ普通ノ理論ニ依テ決スヘキモノナリ差押債權者ハ自己ノ盡立ノ許可ハ取立權ノ移付ニ外ナラス隨テ差押債權者ハ自ら取立ヲ爲スノ權利ヲ失フモノト謂ハサルヘカラス

第四款 轉付命令

轉付命令トハ債務者ノ第三債務者ニ對シテ金錢ノ債權ヲ差押ノ原因タル債權ト比例的ノ價額ヲ以テ差押債權者ニ移轉セシムル其債權ノ限度ニ至ル迄債務者ノ免責セシムルノ效力アル執行裁判所ノ決定ナリ

此定義ヲ分析説明スレハ即

- 第一 轉付命令ヲ發スルコトヲ得ヘキ債權ハ金錢ノ債權ナルコトヲ要ス故ニ有體物ノ引渡若クハ給付ヲ目的トスル債權ハ之ヲ轉付スル命令ヲ爲スコトヲ得ス
- 第二 轉付命令ハ其目的タル債權ヲ券面額ニテ差押債權者ニ移轉スルモノナリ是取立命令ト性質上ノ差異ノ要點ナリ
- 第三 其債權ノ存スル限度ニ於テ券面額即比例的價額ヲ以テ差押債權者ノ債權ヲ消滅セシムルモノナリ債務ノ消滅ハ解除條件ノモノナリトス命令後轉付シタル債權ノ存在セサルコト確定セハ差押債權者ノ債權ハ消滅セザリシモノト爲ルナリ而シテ債權ヲ分割シテ轉付命令ヲ發スルコトハ法律ノ禁スル所ニ非ストハ一般ノ學說ナリ例之債務者ノ有スル債權カ千圓ナルトキハ其内ノ五百圓ヲ差押債權者ニ轉付スルコトヲ得ルモノナリ而シテ我法律ニ依レハ此命令ヲ發スル手續ハ債權者ノ書面又ハ口頭ノ申立ニ依ルヘキモノナリ此命令ヲ發スルニ付テハ債務者及第三債務者ヲ審訊スルコトヲ必要トセハ又此命令ヲ發シタル後ハ取立命令ヲ發スルコトヲ得ス何トナレハ其命令ノ效力トシテ差押債權者ノ債權ヲ條件附ニテ消滅セシムルモノナレハナリ條件トハ差押ヘタル債權ノ存スル條件ノ下ニ差押債權者ノ債權ヲ消滅セシムルコトヲ謂フ
- 第一 債權ヲ差押債權者ニ移轉スルコト
- 第二 債務者ノ債務ヲ其債權ノ存スルヲ條件ノ下ニ消滅セシムルコト
- 第三 配當要求ヲ許ササルコト何トナレハ轉付命令ノ效力發生ト共ニ其債權ハ債務者ノ所有ヲ離レタ

ルモノナレハナリ
命令ノ效力發生ノ時期ニ付テハ學說岐ル第一說ニ曰ク命令ヲ債權者ニ交付シタル時ニ在リト第二說ニ曰ク轉付命令ヲ債權者ニ對シテ形式上ノ送付ヲ爲シタル時ニ在リト第三說ニ曰ク轉付命令ノ決定ヲ爲シタル時ニ在リト第四說ニ曰ク轉付命令ヲ第三債務者ニ送達シタル時ニ在リト如此數多ニ岐ルモ多數ノ學者ハ第四說ヲ以テ我訴訟法ノ正當ノ解釋ト爲セリ

轉付命令ト取立命令トヲ比較シ其重要ナル差異ヲ擧ケレハ即
第一 轉付命令カ第三債務者ニ送達セラルルニ依テ差押債權者ノ債權ヲ消滅セシムルモノナリ反之取立命令ハ未差押債權者ノ債權ノ消滅ヲ來サス

第二 轉付命令ノ送達ニ依テ其目的タル債權ハ差押債權者ニ移轉スルモノナリ從テ他ノ債權者ハ配當要求ヲ爲スコトヲ得ス反之取立命令ハ第三債務者ニ對シテハ債務履行ノ催告タルニ過キサレモノニシテ債務者ニ對シテハ其所有權ヲ剝奪スルモノニ非サルカ故ニ取立命令ノ效力ヲ完全ニ發生シタル後ニ於テモ他ノ債權者ハ配當要求ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ而モ此配當要求ハ差押債權者カ取立ヲ爲シテ其届出ヲ爲スニ至ル迄之ヲ爲スヲ得ルモノナリ

第三 取立命令ハ金錢債權ノミニ限ラス代替物ノ債權ニ付テモ之ヲ發スルコトヲ得ルモノナリ(六一) 四條反之轉付命令ハ金錢ノ債權ノミニ限定セラルルモノナリ

第四 轉付命令ニ基キテ債權者カ第三債務者ヨリ支拂ヲ受ケタルトキハ債務者又ハ執行裁判所ニ對シテ何等ノ手續ヲ爲スコトヲ必要トセザルナリ反之取立命令ニ基キテ取立ヲ爲シタルトキハ差押債權者ハ執行裁判所ニ其旨ノ届出ヲ爲ササルヘカラス

第五 取立命令ヲ得タル債權者ハ其債權ノ行使ヲ怠リタルトキハ爲ニ生シタル損害ニ付テ債務者ニ對シテ責任ヲ負フモノナリ反之轉付命令ヲ得タル債權ニ付テ其行使ヲ怠ルト雖元來自己ノ所有ニ屬スルモノナルカ故ニ何人ニ對シテモ損害賠償ノ責ニ任スルコトナキナリ

第六 取立命令ヲ得タル債權者ハ其取立權ヲ拋棄スルモ之カ爲ニ自己ノ債權ニ何等ノ損害ヲ受ケルコトナキナリ反之轉付命令ヲ得タル債權者カ其取得シタル權利ヲ拋棄スルトキハ自己ノ財産上ニ其拋棄セル額ニ應スル損害ヲ來スモノナリ

第七 取立命令ハ常ニ目的タル債權全額ニ及フモノナリ轉付命令ハ必シモ目的タル債權全額ニ及フモノニ非ス差押ヘタル債權ノ一部ノミニ付發スルコトヲ得ルナリ

第五款 取立轉付以外ノ換價方法

第六一三條ニ依レハ債權換價ノ方法トシテ取立命令轉付命令以外ノ方法ヲ認メタリ然レトモ此換價方法ヲ命スルニハ其差押ヘタル債權カ期限ニ繫ルコト或ハ條件附ナルコト又ハ反對給付ヲ爲スニ非スンハ之ヲ實行スル能ハサルコト其他取立ヲ爲スニ困難ナル狀況アルコトヲ必要トスルナリ如此取立轉付以外ノ執行方法ヲ命令ヘキ事情アリヤ否ヤハ執行裁判所ノ認定權ニ存スルモノナリ而シテ此場合ニ於テ換價方法トハ通例生スルモノヲ擧ケレハ即其債權ノ競賣ナリ取立命令ヲ發シタル債權ト雖其取立ノ困難ナリ事情ノ生シタル場合ニハ第六一三條ノ換價方法ヲ用フルコトヲ得ルモノナリ而シテ執行裁判所ハ此特別ナル換價方法ヲ命スルニ當リテハ債務者ヲ審訊スルコトヲ必要トスルモノナリ但債務者ノ内國ニ在ラザルトキ又其住所ノ不明ナリシトキハ此手續ヲ爲スコトヲ必要トセザルナリ債權ノ競賣

ヲ命スル場合ニ於テハ執達吏アリテ之ヲ取扱ハシムルモノナリ而シテ此場合ニ於テハ執達吏ト差押債權者トノ間ニ委任關係ヲ生スヘキモノナリ

第六款 金錢以外ノ財産權ニ對スル差押後ノ手續

第六一四條ニ依レハ有體物ノ引渡又ハ給付ノ請求ニ對シテハ其強制執行ノ方法トシテ特別ノ手續ヲ設ケタリ先有體動産ノ請求ヲ差押ヘタル場合ニ於テ其請求ニ對スル債務者ハ請求ノ目的物ヲ執達吏ノ手ニ引渡ササルヘカラス此執達吏トハ債權者ヨリ特ニ委任セラレタル執達吏ヲ謂フ而シテ有體動産ノ引渡アリタル時ハ執達吏ハ通常ノ動産ニ對スル執行方法ヲ以テ其換價ノ手續ヲ爲スモノナリ此等ノ請求ニ付テハ轉付命令ヲ發スルコトヲ得ス第三債務者カ其命令ニ應ジタルトキハ取立命令ヲ發スル必要ナキナリ唯此命令ニ應セザル場合ニ於テ取立命令ヲ受ケサルヘカラス

不動産請求ノ差押ノ場合ニハ其請求ノ債務者即第三債務者ハ差押債權者ノ申請ニ依テ不動産所在地ノ通常裁判所ノ命シタル保管人ニ其不動産ヲ引渡スヘキモノナリ而シテ引渡アリタル不動産ニ對シテハ第六四〇條以下ノ規定ニ從ヒ換價ノ手續ヲ爲スヘキモノナリ此等ノ債權ニ對スル第三債務者カ任意ニ動産又ハ不動産ノ引渡ヲ爲ササルトキハ取立命令ヲ發スヘク猶應セザルトキハ差押債權者ハ第六一〇條ヲ準用シテ其請求ノ訴ヲ起ササルヘカラス是恰金錢ノ取立命令ニ第三債務者カ應セザリシ場合ト同一ノ結果ニ至ルモノナリ

第六二五條ハ以上述ヘタル財産權以外ノ財産權ニ對スル執行方法ヲ定メタリ而シテ此等ノ財産權ニ對シテ差押アリタルトキハ裁判所ハ債權ノ性質ニ從ヒ通常ナル命令ヲ發スルモノナリ

第七款 差押申請ノ湊合及配當要求

同一ノ財産權ニ對シテ數多ノ差押申請ノ提起セラレタル場合ニ於テハ執行裁判所ハ其數多ノ申請ニ基キテ一ノ差押命令ヲ發スルモノナリ是即第六一九條ニ規定スル所ニシテ曰ク「數名ノ差押債權者ノ爲メニ同時ニ爲スヘキ債權ノ差押ニ付テハ前數條ノ規定ヲ準用ス」而シテ茲ニ問題トスヘキハ既ニ差押ヲ爲シタル財産權ハ更ニ之ヲ差押フルコトヲ得ルヤ否ヤノ點ナリ此問題ニ付テハ從來最議論ノ存スル處ナレトモ今日大審院ノ判例ハ積極說ヲ採用セリ其論據トスル處ハ民事訴訟法第六〇九條第三號ノ規定ニシテ同條ハ第三債務者ニ對スル差押債權者ノ催告權ニ付テハ規定ナレトモ差押債權者ハ差押ノ申請ヲ爲シタルト同時又ハ之ヲ爲シタル後第三債務者ニ對シテ其債權カ他ノ債權者ヨリ差押ヘラレタルコトノ有無ヲ陳述スヘキコトヲ求ムルノ權利アルコトヲ規定セリ如此規定ヲ設ケタル所以ハ債權ニ付テハ我法律ハ數多ノ差押ノ生ズルコトヲ豫想シタルヲ以テナリ換言セハ我訴訟法ハ債權ニ關シテハ動産及不動産ト其主義ヲ異ニシテ重複ノ差押ヲ許ス主義ヲ採リタルカ爲ナリト云フニ在リ

順次ニ差押アリタル場合ニハ第一ニ各債權者ハ各自ニ取立命令ノ申請ヲ爲スコトヲ得第二ニ甲債權者カ差押ヲ爲シタル後ニ未取立命令又ハ轉付命令ヲ申請シアラザリシ場合ニ於テハ乙債權者ハ差押ヲ爲シ且自己ノ爲ニ轉付命令ヲ求ムルコトヲ得第三ニハ一派ノ說ニ從ヘハ裁判所ハ各差押債權者ノ爲ニ轉付命令ヲ發スルコトヲ得ルモノナリト云ヘリ是東京地方裁判所ノ最近ノ判例トシテ認メラルル所ナリ其理由トスル所ハ執行裁判所ハ職權ヲ以テ其債權ノ存在スルヤ否ヤ或ハ又其債權ニ付テ既ニ轉付命令ヲ發セラレタルヤ否ヤヲ調査スル義務ナク又同一ノ差押債權ニ付テ轉付命令ヲ發スルコトヲ禁スル

0261

旨ノ規定ナキカ故ニ之ヲ爲シ得ルモノナリト解釋セサルヘカラスト云フニ在リ予ハ從來根本ヨリ反對ノ說ヲ採ルモノナレトモ縱シ同一ノ債權ニ對シテ重複ノ差押ヲ許ス說ヲ正當ナリトスルモ今述ヘタル第三點ノ說ハ不當ナルモノト謂ハサルヘカラスト何トナレハ轉付命令ナルモノハ債務者ノ有スル債權ヲ支拂ニ換ヘテ其債權者ニ移轉セシムルモノナリ故ニ甲債權者ノ爲ニ轉付命令ヲ發シタルニ拘ラス乙債權者ノ爲ニ轉付命令ヲ發シ得ヘキモノトセハ是即債權者ノ債權ヲ轉付スルニ非スシテ其債權者ニ移轉セル債權ヲ轉付スルモノナレハナリ但執行裁判所カ數多アル場合ニ於テ一ノ裁判所ヨリ轉付命令ヲ發シタルコトヲ知ラスシテ他ノ裁判所ヨリ轉付命令ヲ發スルコトハ實際生シ得ヘキ事實ナレトモ此場合ニ於テモ後ノ轉付命令ハ實體的ノ效力ナキモノナリ況同一ノ執行裁判所ニ於テオヤ既ニ轉付命令ヲ發シタルニ拘ラス再之ヲ發スルコトヲ得ヘシト云フハ轉付命令ノ性質ヲ無視シタル議論ナリ

配當要求ノ如何ナルモノナルヤハ既ニ動産ニ關スル講義ニ於テ說述シタルカ故ニ茲ニ之ヲ述ヘス配當要求ハ債權其他ノ財產權ノ差押アリタル場合ニ於テモ亦之ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ取立命令ヲ得タル後ト雖之ヲ爲スコト自由ナリ唯金銭ノ債權ニ關シテ轉付命令ヲ發シタル後又取立命令ヲ得タル債權者カ取立ヲ爲シテ其旨ヲ届出ラタル後又第六一三條及第六一五條第二項ノ場合ニ於テ執達更カ賣得金ヲ領收シタル後ハ之ヲ爲スコトヲ得サルモノナリ(六二〇條二項)

配當要求ヲ爲スコトヲ得ル債權者ハ動産ノ場合ト同ク執行力アル正本ヲ有スル者及之ヲ有セサルモノノ二種ナリ執行力アル正本ヲ有セサル債權者カ配當要求ヲ爲スニ當リテハ其要求ノ書面ニ配當要求ノ原因ヲ開示セサルヘカラスト又執行裁判所ノ所在地ニ住所ヲモ事務所ヲモ有セサル場合ニ於テハ假住所ヲ選定シテ届出ヲ爲ササルヘカラスト(六二〇條一項)

雜 錄

○第二十二回卒業證書授與式 本月十三日午後二時本大學第一講堂ニ於テ第二十二回卒業證書授與式ヲ舉行シ併セテ速成科卒業生特別試験各學年修業者、速成科第二班修業者、實業科修業者、高等豫科修業者等ニ卒業證書、修業證書ヲ授與シタリ今其次第ヲ記ランニ第一號鐘ニテ卒業生、專門部七十四名、速成科二名、修業生一同著席、第二號鐘ニテ參觀人、第三號鐘ニテ來賓、講師、著席者、梅總理、各卒業生ニ證書ヲ授與シ各級修業者ニ履修書、優等者ニ特待證書並ニ賞品ヲ授與シ了リテ學事上ノ報告ヲ爲シ告別ノ辭トシテ各自其執ル所ノ事業ニ飽ク迄熱心ナルトキハ必成功スヘキ旨ヲ述ヘラレタリ次ニ講師總代古賀學士ハ祝辭ニ代ヘ「ベ」カキヤ「氏」ノ經歷、刑罰ニ關スル主義ヲ説明セラレタリ次ニ來賓總代古市博士ハ法律家ハ法律學ヲ研究スルノ外他ノ方面ノ研究ヲモ忘レラザランコトヲ實例ヲ舉フテ實務上起テ不都合ヲ指摘セラレ校友總代宮地佐之助氏ハ社會上ノ試験ノ學校試験ニ比シ迥ニ困難ナル旨並ニ職業ニ其何タルヲ問ハス神聖ナルモノナレハ各自其長トスル所ニ隨ヒ誠實ニ其事業ニ従ヒ伎倆ヲ發展スヘキナリト述ヘラレ終ニ專門部卒業生總代内山伊勢八氏、速成科卒業生總代夏同師氏及速成科第二班修業者汪兆銘氏ノ答辭アリテ式ヲ閉テ別室ニ於テ麥酒等ノ饗應ヲ爲シ校前ニ於テ一同撮影シ同夜卒業生一同富士見樓ニ於テ謝恩會ヲ開キタリ當日式場ニ列セラレタル來賓、講師中重ナル人ハ乾政彦、馬場愿治、穗積陳重、富井政章、掛下重次郎、加藤正治、黎淵、名村泰藏、栗田貞三、山内正瞭、古市公威、古賀廣造、シヨート等ノ諸氏ナリキ

○卒業試験問題 本年施行ノ卒業試験ノ問題左ノ如シ

國際私法 (山田博士)

- 一 國人ノ後且ハ何レノ法律ニ依リテ之ヲ定ムヘキヤ
- 二 如何ナル場合ニ外國裁判所ノ審判ニ依リテ訟上ノ補助ヲナスヘキモノナリヤ

民法親族 (掛下學士)

- 一 家族團體又ハ養子結組ヲ爲スニ當リ戸主ノ同意ヲ得ザリシトキハ如何ナル制裁アリヤ
- 二 和婚者ハ親權ノ効力トシテ子ノ財產權ニ關シテ如何ナル權限ヲ有スルヤ

民法相續 (若槻學士)

- 一 被相續人ニ謀殺地アリトシテ通告シタル者ハ其相續人ト爲ルコトヲ得ルヤ理由ヲ付シテ説明スヘシ
- 二 戸主ト其一人張ナル家女ニ婚養子ヲ爲シ其間ニ一男子ヲ學ケタ後婚養子ヲ離縁シ更ニ第二ノ婚養子ヲ爲シタルトキハ何人ナリテ家督相續人ト爲スヘキヤ理由ヲ付シテ答辯スヘシ

商法手形 (田坂學士)

- 一 手形證券ト其權利トノ關係ヲ説明スヘシ
- 二 支拂拒絶證作成免除ノ效力如何

商法海商 (加藤博士)

- 一 船舶ノ差押及ビ假差押ニ付テハ如何ナル制限アリヤ
- 二 船長ノ權限ト支那人ノ權限トノ異同ヲ問フ

○權太南都ノ占領 我權太出征軍ハ本月七日の上陸以來破竹ノ勢ヲ以テ北進シ「マブガ」「ナイブチ」等

巴ニ我軍ノ占領スル所ト爲ル明治八年該島ヲ失ヒテヨリ茲ニ三十餘年今ヤ全島ノ占領近キニ在リ快哉

行政法汎論 (美濃部博士)

- 一 上級官廳ト下級官廳トノ關係ヲ論スヘシ
- 二 警察許可ノ效果及ビ其ノ取消ヲ論スヘシ
- 三 公用徴収ニ依リテ權利移轉ト實質ニ依リテ權利移轉ト其ノ效果ニ於テ如何ナル差異アルカ

行政法各論 (上杉學士)

- 一 國家專賣ノ法律上ノ性質ヲ明シ其租稅トノ關係ヲ詳論スヘシ
- 二 警察權行動ノ限界ヲ論スヘシ
- 三 公用物ノ性質ヲ論スヘシ

民事訴訟法 (横田學士)

- 一 控訴審ニ於テ書状ノ效力ト判決ニ對シテ上告ヲ爲スコトヲ得ルヤ
- 二 控訴審トシテ不備法ナル場合ニ於テモ原告ハ尙モ通常ノ手續ニテ訴訟ヲ繫屬シシメテ罷訴認認止ムルコトヲ得ルヤ

民事訴訟法 (板倉學士)

- 一 轉付命令ト取立命令トノ差異ニ付論述スヘシ
- 二 債權者ノ權利及ビ義務ヲ略述ス可シ

破産法 (松岡學士)

- 一 復權ノ權利及ビ要件存スルコトヲ要スルヤ

法學志林

第七卷 第七號 每月一回十日發行
 定價一冊拾貳錢
 七月廿日 郵稅 壹圓貳拾錢
 發售 壹圓貳拾錢

(第七十一號)

○立法事項ヲ包含シタル條約ハ我國ニテハ如何ナル形式ヲ以テ臣民ヲ拘束スルコトヲ得ルヤ

法學博士 清水 澄

◎志林

○社會問題ノ法律的研究ノ必要……………法學博士 桑田 熊藏

○轉艦權ニ就テ……………法學博士 乾 政 作 衛

○日露戰爭中ノ國際法問題(二三講演)……………法學博士 高橋 作 衛

○船長カ職務執行中爲シタル行為ニ付キ船舶所有者ノ負フ責任ハ特約ニ依リ之ヲ免ルルコトヲ得ルヤ……………解答者 法學博士 加藤 正 治

○甲乙兩人丙ヲ怨ムノ餘リ之ヲ殺サント欲シ搜索ノ末某所ニ邂逅シ甲ハ其携フ

ル所ノ短刀ヲ乙ニ渡シ丙ヲ刺殺サシメタリ甲ハ實行正犯ヲ以テ論スヘキカ併

セテ正犯ト從犯トノ區別ノ標準ヲ説明セラレタシ……………解答者 法學士 牧 野 英 一

○受託物ニ關スル受任者ノ注意義務……………解答者 法學士 栗 田 貞 三

其他 散錄 寄書 判例 雜報 記事等 數十件

發行所

法政大學

校外生規則摘要

- 一 一ヶ年引續キ校外生ナル者ニシテ本大學ニ入學スル者ハ入學金ヲ免除ス
- 一 講義録ノ講習ヲ終リタル者ハ手數料金二十錢ヲ納メテ校外生徒兼證書ヲ請求スルコトヲ得
- 一 校外生ノ少クトモ翌月分ノ月謝ヲ毎月末日迄ニ納付スヘシ
- 一 月謝金不納三ヶ月ニ及フトキハ退學ト看做ス
- 一 校外生ハ講義録ニ記載スル所ノ學科科目中ニ疑義アルトキハ相當返信料(郵券)ヲ封入シテ質問スルコトヲ得
- 一 質疑書ニハ講義科目、頁數及疑問ノ要點ヲ記載スヘシ
- 一 質疑信者ハ本大學編輯部ニ宛テ送付スヘシ

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

明治三十八年七月廿二日印刷

明治三十八年七月廿五日發行

(定價金三十錢)

東京市牛込區牛込北町十番地

編輯者 萩原敬之

印刷者 小宮山信好

印刷所 東京市芝區西久保明舟町十一番地

發行所 東京市總町區富士見町六丁目十六番地

指 司法省 法政大學

金子活版所

發行所 司法省 法政大學

(電話番町百七十四番)