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

PDF issue: 2025-07-04

法政大學講義録

松岡, 義正 / 加藤, 正治 / 美濃部, 達吉 / 掛下, 重次郎

(出版者 / Publisher)
法政大學
(巻 / Volume)
30
(開始ページ / Start Page)
1
(終了ページ / End Page)
83
(発行年 / Year)
1905-08-25

和立法政大學編輯局

（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）

明治三十八年八月二十五日發行

三十八年度

法政大學講義錄

第三十號

法政大學發行

0350

第三十號目次

民法親族（自一〇九至一二四）　法律學士　掛下重次郎

商法海商（自一八七至二四七）（完）　法學博士　加藤正治

表紙及目次　八頁

行政法總論（自二二三至二六二）　法學博士　美濃部達吉

民事訴訟法（自第三編至第五編）（自一七五至一八二）　法學士　松岡義正

破產法（自一八七至一〇）　法學士　松岡義正

雜報　○大審院判例要旨

090
1905
1-30

往戶主其他一方ノ直系尊屬ヨリ離婚ヲ求ムル法規、慣例（六年七月二四七號布告訴答文例一五條）ナキニ非サルヲ以テ特ニ之ヲ明言シタルナリ

離婚請求權ノ消滅原因（一）第八一三條第一號乃至第四號ノ場合ニ於テ夫婦ノ一方カ他ノ一方ノ行爲ニ同意シタルトキハ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス（八一四條一項）

（二）第八一三條第一號乃至第七號ノ場合ニ於テ夫婦ノ一方カ他ノ一方又ハ其直系尊屬ノ行爲ヲ宥恕シタルトキ亦同シ（八一四條二項）

夫婦ノ一方カ其他ノ一方ノ重婚ヲ爲スコト夫カ妻ノ姦通ヲ爲スコト又ハ妻カ夫ノ姦淫罪ヲ犯スコトニ同意シタルトキ又ハ配偶者ノ一方カ其他ノ一方ノ破廉恥罪若クハ重禁錮三年以上ニ當ル罪ヲ犯スコトニ同意シタルトキノ如キハ自己モ亦此非行ニ干與シタルモノナルヲ以テ敢テ他ヲ責ムルコトヲ得ス而シテ此場合ニ於テハ一方カ他ノ一方ノ以上ノ罪ヲ犯スニ當リ其ニ之ヲ犯シ又ハ其犯罪ヲ幇助シタル場合ハ自己ハ其犯罪ニ干與セシテ單ニ同意ヲ表シタル場合トヲ問ハス其孰ノ場合ニ於テモ離婚訴權ヲ提起スルコトヲ得サルモノトス

又第八一三條第一號乃至第七號ノ場合ニ於テ夫婦ノ一方カ敢テ他ノ一方若クハ其直系尊屬ノ行爲ニ同意シタルニ非スト雖其行爲アリタル後ニ至リ之ヲ宥恕シタルトキハ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス例之一方カ他ノ非行アリタル一方ヨリ既往ノ事ヲ謝シ將來ヲ愼ムヘキ詫書ヲ受取リタルカ如キハ離婚訴權ヲ拋棄シタルニ外ナラサルヲ以テナリ

（三）第八一三條第四號ニ揭ケタル處刑ノ宣告ヲ受ケタル者ハ其配偶者ニ同一ノ事由アルコトヲ理由トシテ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス（八一五條、八八二條）

0351

第八一三條第四號ノ場合ニ於テ一方ノ犯罪行爲アルヲ以テ他ノ一方ニ離婚ヲ求ムルコトヲ許シタルハ配偶者ニ此等ノ犯罪行爲アルトキハ之カ爲ニ自己迄恥辱ヲ受クルカ爲ナルニ自己モ亦配偶者ト同一ノ行爲アリテ處刑ヲ受ケタルトキハ自ラ其恥辱ヲ被ルモノナルカ故ニ此場合ニ配偶者ノ處刑ヲ理由トシテ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ許ササルハ固ヨリ當然ナリ

(四)　第八一三條第一號乃至第八號ノ事由ニ因ル離婚ノ訴ハ之ヲ提起スル權利ヲ有スル者カ離婚ノ原因タル事實ヲ知リタル時ヨリ一年ヲ經過シタル後ハ之ヲ提起スルコトヲ得ス其事實發生ノ時ヨリ十年ヲ經過シタル後亦同シ(八一六條)

夫婦間ノ愛情ハ他人間ニ在テハ怨スヘカラサル事由モ容易ニ之ヲ宥怨スルコト多シ故ニ離婚ノ原因アルコトヲ知リナカラ一年間モ敢離婚ノ請求ヲ爲ササルハ之ヲ默示ノ宥怨アリタルモノト看做スニ十分ナルヘシ是ヲ以テ一年ノ後ニ至リ離婚ノ訴ヲ提起スル者アラハ是名ヲ裁判上ノ離婚ノ原因ニ假リテ其他ノ理由ニ基キ離婚ヲ欲スル者ナラン其理由ヲ知ラサル場合ニ於テモ其事由發生シテヨリ既ニ十年モ經過スルトキハ一方ノ非行ニ對スル感情ハ既ニ薄ク眞ニ此原因ノ爲ニ離婚ヲ請求セント欲スル者ハ稀ナルヘク隨テ其離婚ヲ請求スル者ハ是亦名ヲ離婚ノ原因ニ假ルモ他ノ理由ニ依テ之ヲ欲スルナラン殊ニ十年前ノ行爲ハ之ヲ證スルコト極テ難ク徒ニ離婚ノ訴ヲ提起シ其結果他ノ開ク可カラサル事ヲ他ニ發露スルニ止ルニ至ルヘキヲ以テ特ニ十年ノ後ノ離婚ノ訴ハ一切許ササルコトト爲セリ況配偶者カ實際ニ於テハ其事實ヲ知レルモ之ヲ知ラサリシト主張センニハ之カ反對ヲ證スルコト能ハサル場合多カルヘキニ於テオヤ

(五)　第八一三條第九號ノ事由ニ因ル離婚ノ訴ハ配偶者ノ生死カ分明ト爲リタル後ハ之ヲ提起スルコトヲ得ス(八一七條)

第八一三條第九號ハ配偶者ノ生死不分明カ離婚ノ原因ナルカ故ニ若其生死分明ト爲リタルトキハ既ニ其生死カ三年以上不分明ナリシ後ト雖最早離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ許サス是訴權ノ原因ノ消滅ハ訴權自ラノ消滅ヲ來スヘキコト當然ニシテ言フヲ俟タサル所ナレトモ一旦法律上ノ原因カ發生シタル以上ハ之ヲ原因トシテ離婚ヲ請求スルコトヲ得ヘキカ如キ疑念ヲ生スルヲ以テ此疑念ヲ豫防スルカ爲メ此規定ヲ設ケタリ(離婚ニ關スル八七二條)

(六)　第八一三條第一〇號ノ場合ニ於テ離緣又ハ縁組取消ノ請求アリタルトキハ之ニ附帶シテ離婚ノ請求ヲ爲スコトヲ得

第八一三條第一〇號ノ事由ニ因ル離婚ノ訴ハ當事者カ離緣又ハ縁組ノ取消アリタルコトヲ知リタル後三箇月ヲ經過シ又ハ離婚請求ノ權利ヲ拋棄シタルトキハ之ヲ提起スルコトヲ得ス(八一八條、人一四八條)

壻養子縁組ノ場合又ハ養子ヲ家女ト婚姻ヲ爲シタル場合ハ曩ニ說キタルカ如ク婚姻ト縁組トハ互ニ條件ヲ成スヲ以テ離緣若クハ縁組ノ取消アリタルトキハ離婚ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘク又離婚若クハ婚姻ノ取消アリタルトキハ離婚ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘク又離婚若クハ婚姻ノ取消アリタルトキハ離婚ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ此場合ニ於テハ孰モ互ニ他ノ訴ノ裁判ノ確定ヲ待ツヘキ必要アラサルノミナラス却テ當事者ハ離緣ノ訴ノ裁判ノ確定スルヤ直ニ離婚スルコトヲ欲スヘク又離婚ノ訴ニ付テモ亦同シ故ニ離緣又ハ縁組取消ノ請求ニ附帶シテ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘキコトト爲セリ又此等ノ訴ハ互ニ反訴トシテ提起スルコトモ得ヘシ(人訴七條)

壻養子ノ離緣又ハ家女ト婚姻シタル養子ノ離緣若クハ縁組取消アリタルコトヲ知リタル後三箇月ヲ經

0352

過シタルトキ又ハ三箇月以内ナリト雖其離婚訴權ヲ拋棄シタルトキ離婚訴訟ヲ許ササルハ第七八六條第二項ノ場合ト其趣旨ヲ同クスルモノニシテ且其場合ト權衡ヲ保タシムルカ爲ナリ

裁判上ノ離婚後ニ於ル子ノ監護（八一九條）第八一二條ノ規定ハ裁判上ノ離婚ニ之ヲ準用ス但裁判所ハ子ノ利益ノ爲メ其監護ニ付之ニ異ナリタル處分ヲ命スルコトヲ得（八九〇條）

第八一二條ニ協議上ノ離婚ノ效力トシテ子ノ監護ノ事ヲ規定セルカ子ノ監護ノ事ハ裁判上ノ離婚ノ場合ト協議上ノ離婚ノ場合トニ依リ之カ規定ヲ異ニスヘキ理由ナキヲ以テ法律ハ子ノ監護ハ協議上ノ離婚ニ付規定シタルモノヲ益ニ準用スルコトヲ爲シタリ唯一ノ協議上ノ離婚ト異ナル所ハ協議上ノ離婚ニ付テハ裁判所カ子ノ監護ニ干渉ヲ爲スコトナシト雖裁判所ノ離婚ニ付テハ裁判所ハ子ノ利益ヲ圖リ場合ニ依テ第八一二條ノ規定ニ從ヒサル處分ヲ命スルコトヲ得ルモノト爲セリ故ニ裁判所カ當事者ノ協議ニ依リ又ハ法律上ノ規定ニ依リ子ノ監護ヲ爲スヘキ者カ其子ノ爲ニ不利益ナリト認ムルトキハ右協議又ハ法律ノ原則ニ反シテ裁判所ニ於テ子ノ利益ト認ムル者例之第三者ニ其監護ヲ命スルコトヲ得ヘキナリ

第四章　親子

親子ノ關係ハ實親子ノ如ク自然ノ血緣ニ因テ生スルモノアリ或ハ元來其關係ナキモ養親子又ハ繼父母及繼子若クハ嫡母及庶子ノ如ク法律ノ規定ニ因テ生スルモノアリ而シテ自然ノ關係ニ因リタルモノト法律ノ規定ニ因リタルモノトハ其間自ラ異ナラサルヲ得サルモノアリ故ニ法律ハ本章ヲ二章ニ分チ第一節ヲ實子ト爲シ第二節ヲ養子ト爲セリ繼父母ト繼子、嫡母ト庶子トノ關係ハ總則ノ外別ニ規定ヲ要スヘキモノナキヲ以テ本章之ヲ掲ケス

第一節　實子

實子トハ自己ノ生ミタル者ヲ謂フ實子ハ或ハ嫡出ナルコトアリ或ハ私生ナルコトアリ婚姻ヲ爲シタル男女ノ間ニ生レタル者ヲ嫡出子ト謂ヒ婚姻外ニ生レタル者ヲ私生子ト謂ノ而シテ婚姻外ニ生レタル子ト雖父ノ認知ヲ得タル者ハ之ヲ庶子トス

本節ヲ分テ二款トス第一款嫡出子、第二款庶子及私生子ナリ

第一款　嫡出子

嫡出子タル法律上ノ推定（八二〇條）妻カ婚姻中ニ懷胎シタル子ハ夫ノ子ト推定ス

婚姻成立ノ日ヨリ二百日後又ハ婚姻ノ解消若クハ取消ノ日ヨリ三百日内ニ生レタル子ハ婚姻中ニ懷胎シタルモノト推定ス（八九一條）

嫡出子トハ婚姻ヲ爲シタル男女ノ間ニ生レタル者ヲ謂フコトハ既ニ說キタリ然レトモ子カ果シテ父母ノ婚姻中ニ胚胎セシカハ直接ニ之ヲ知ルコト能ハス故ニ嫡出子タル身分ヲ主張スル爲ニ必直接ノ證據ヲ擧ケサルヘカラサルコトト爲ストキハ實際殆ト證據ヲ擧クルコト能ハサルニ至ラン故ニ法律ハ一般ノ推定ヲ設ケ其推定以外ニ於テハ純然タル事實問題ト爲シ其法律上推定セラレタル場合ト雖亦反證ヲ以テ之ヲ打破スルコトヲ得ルモノト爲セリ

法律ハ嫡出子ニ付テハ二箇ノ推定ヲ設ケタル（一）妻カ婚姻中ニ懷胎シタル者ハ夫ノ子ト推定シ（二）婚

0353

姻成立ノ日ヨリ二百日後又ハ婚姻ノ解消若クハ取消ノ日ヨリ三百日内ニ生レタル子ハ婚姻中ニ懷胎シタルモノト推定シタリ

第一ノ推定　妻ハ婚姻中稀ニ夫以外ノ男ト通スルコトナキニ非サレトモ是例外ナルカ故ニ衍有夫姦ニ因テ生シタル證據ナキ以上ハ子ヲ夫ノ子ト推定スルハ固ヨリ當然ナリト謂ハサルヘカラス

第二ノ推定　母ノ夫ノ子タルコトノ推定ハ其子ノ婚姻中ニ懷胎シタルモノナルコトノ明ナル場合ナラサルヘカラス然レトモ果シテ母ノ婚姻中ニ懷胎シタルモノナルヤ否ヤハ往往ニシテ明ナラサルコトアリ例之婚姻成立後百八十日乃至二百五十日間ニ生レタリトセンカ其子ハ婚姻後ニ懷胎シタル者ナリヤ將其以前ニ懷胎シタル者ナリヤ容易ニ之ヲ斷定スルコト能ハス又離婚若クハ夫カ死亡シタル後三百日前後ニ於テ妻カ生ミタル子ハ婚姻中ニ懷胎シタル者ナルカ將婚姻解消後ニ懷胎シタル者ナルカ是亦分明セサルコト多シ是ヲ以テ此點ニ付法律上ノ推定ヲ設クル必要アリ醫家ノ說ニ依レハ懷胎ヨリ分娩ニ至ル迄ノ期間ハ其最短期二百日ヨリ最長期三百日ニ至ル迄ヲ通常トス稀ニ三百日以上三百二十日以内ニ於テ分娩スル者アリ或ハ百八十日以上二百日以内ニ於テモ生育スルコトヲ得ヘキ狀態ニテ生ルルコトナキニ非スト云フ然レトモ是例外ニ屬シ普通ニ非サルカ故ニ本法ハ其普通ノ場合ヲ取リテ婚姻成立ノ日ヨリ二百日後又ハ婚姻ノ解消若クハ取消ノ日ヨリ三百日以内ニ生レタル子ハ婚姻中ニ懷胎シタル者ト推定シタリ

右法律カ推定シタル期間外ニ於テ生レタル子ハ全ク事實問題ニ屬シ子ノ嫡出ナルコトヲ主張スル者ヨリ之カ證據ヲ擧クルニ於テハ其子ハ嫡出子トセラルヘク反之法律ノ推定シタル期間内ニ生レタル子ト雖父ニ於テ自己ノ子タラサルコトヲ立證スルニ於テハ嫡出子タラサルモノト判決セラルヘキモノトス

母カ夫ト通シ婚姻成立前ヨリ同居ヲ爲シテ懷胎シ婚姻中ニ分娩シ又ハ婚姻解消後モ依然同居ヲ爲シテ三百日後ニ分娩シ他ノ男ト通シタル形跡ナキトキハ其子ハ母ノ夫ノ子ト看做サルヘシト雖其子ハ當然法律上ノ推定ヲ受クルコト能ハス第一ノ場合（婚姻前ノ懷胎）ニ於テハ其父母カ認知シタルトキハ第八三六條ノ規定ニ從ヒ第二ノ場合（婚姻解消後ノ懷胎）ニ於テハ第八三五條ノ規定ニ從ヒ父及母ニ對シテ認知ヲ求ムルコトヲ得ヘキニ過キサルナリ

再婚後ニ生レタル子ノ父ノ定メ方（八二一條）　第七六七條第一項ノ規定ニ違反シテ再婚ヲ爲シタル女カ分娩シタル場合ニ於テ前條ノ規定ニ依リ其子ノ父ヲ定ムルコト能ハサルトキハ裁判所之ヲ定ム（人訴三〇條）

女ハ前婚ノ解消又ハ取消ノ日ヨリ六箇月ヲ經過シタル後ニ非サレハ再婚ヲ爲スコトヲ得サルヲ以テハ第七六七條ニ付說キタルカ如クナルニ女カ此規定ニ違背シテ六箇月以内例之前婚ノ解消又ハ取消ノ日ヨリ三十日ニシテ再婚ヲ爲シタル場合ニ於テ後婚成立ノ日ヨリ二百日以後ニ分娩シタルトキハ其分娩ハ前婚ノ解消又ハ取消ノ日ヨリ三百日以内ナルヲ以テ其子ハ一方ニ於テハ第八二〇條第二項ノ規定ニ依リ前婚姻中ニ懷胎シタルモノトノ推定ヲ受クヘシト雖亦他ノ一方ニ於テハ再婚成立ノ日ヨリ二百日以後ニ分娩シタルモノナルヲ以テ同條ニ依リ後ノ婚姻中ニ懷胎シタルモノトノ推定ヲモ受クルモノニシテ此場合ハ法律上相衝突セル二樣ノ推定アリテ其子カ前夫ノ子ナルカ後夫ノ子ナルカ以上說キタル法律ノ規定ニ依テ定ムルコト能ハサルトキハ事實ニ依テ定ムルヨリ外アラサルナリ是ヲ以テ本條ノ規定ヲ設ケタリ此場合ニ於テ子ノ父ヲ定ムル手續ハ人事訴訟手續法第三〇條ニ依ラサルヘカラス

夫ノ子ニ對スル否認訴權（八二二條）　第八八〇條ノ場合ニ於テハ夫ハ子ノ嫡出ナルコトヲ否認スルコ

0354

トヲ得(八一〇〇條)

蓋ニ說キタルカ如ク婚姻中ニ懷胎シタル子ヲ以テ夫ノ子ト爲シ又婚姻成立ノ日ヨリ二百日後又ハ婚姻ノ解消若クハ取消ノ日ヨリ三百日以内ニ生レタル子ヲ婚姻中ニ懷胎シタルモノト爲スハ法律上ノ推定ニ過キスシテ其推定ハ反證アルトキハ之ヲ覆ヘスコトヲ許ス此權利ヲ稱シテ否認訴權ト謂フナリ

此否認訴權ヲ行フ者ハ夫ニ限リ妻ハ子カ夫ノ子ニ非サルコトヲ主張スル訴權ヲ有セサルナリ何故ニ夫ノミニ此權利ヲ與ヘテ妻ニ之ヲ與ヘサルヤノ疑問起ルヘシ蓋子カ何人ノ胤ナルカハ父母ニ非サレハ之ヲ知ルコト能ハス然レトモ母カ此場合ニ於テ子カ其夫ノ子ニ非サルコトヲ主張スルハ即婚姻中他ノ男ト姦通シ又婚姻前ニ於テ私通ヲ爲シタリト主張スルニ同シ而シテ如此不品行ヲ法廷ニ於テ主張スルノ權利ヲ妻ニ與フルハ害アリテ益ナキカ故ニ妻ニハ此訴權ヲ與ヘサルナリ又子其他之カ爲メ利害關係ヲ有スル者アルモ此等ノ者ニ此訴權ヲ與ヘサルヲ原則ト爲セトモ夫カ禁治產者ナルトキハ其後見人ハ親族會ノ同意ヲ得テ此否認訴權ヲ行フコトヲ得(人訴二八條)又夫カ子ノ出生前又ハ否認ノ訴ヲ提起セシテ第八二五條ノ期間内ニ死亡シタルトキハ其子ノ爲ニ相續權ヲ害セラルヘキ者其他夫ノ三親等内ノ血族ニ限リ否認ノ訴ヲ提起スルコトヲ得而シテ夫カ否認ノ訴ヲ提起シタル後死亡シタル場合ニ於テモ否認訴權行使ノ方法(八二三條)前條ノ否認權ハ子又ハ其法定代理人ニ對スル訴ニ依テ之ヲ行フ但夫カ子ノ法定代理人ナルトキハ裁判所ハ特別代理人ヲ選任スルコトヲ要ス

否認訴權ハ裁判所ニ訴ヲ提起スルコトニ依テ之ヲ爲ス(人訴二七條)而シテ其訴ニ於テ夫ノ對手ト爲ス(キ者ハ子又ハ其法定代理人ナリ然レトモ子ハ多ク未成年ニシテ夫カ子ノ法定代理タルヲ通例トス此場合ニ於テハ夫ト子トハ利害相反スルヲ以テ裁判所ハ子ノ特別代理人ヲ選任セサル(カラス

否認訴權ノ對手ハ否認ノ結果母ノ不品行ヲ證スルニ在ルヲ以テ之ヲ對手ト爲スヲ相當ナルニ非スヤト曰フ者アランカナレトモ此訴ニ於テハ自然母ノ不品行ヲ證セサルヘカラサレトモ其直接ノ目的ト爲ス所ハ子カ果シテ夫ノ胤ナリヤ否ヤヲ定ムルニ在ルカ故ニ子ヲ對手ト爲スハ當然ナルヲ以テ以上ノ如ク規定セリ

否認權ノ消滅　(一)第八二四條　夫カ子ノ出生後ニ於テ其嫡出ナルコトヲ承認シタルトキハ其否認權ヲ失フ

夫カ子ノ出生後其嫡出ナルコトヲ承認スルハ是否認權ヲ行使セサルノ意思ヲ表示シタルモノニシテ即否認權ノ拋棄ニ外ナラサレハ此場合ニ否認權ノ消滅スルモノト爲スハ當然ナリ

承認ニ因リ否認權ノ消滅スルハ子ノ出生後ニ於テ爲シタルモノナルコトヲ要シ其未出生セサル前ニ於テ承認ヲ爲シタリトモ否認權ハ之ニ因テ消滅スルコトナシ法律上何故ニ子ノ出生ノ前後ニ依テ如此區別ヲ爲シタルカ蓋懷胎中ニ在テハ妻ハ往往自己ノ非行ヲ蔽フカ爲ニ懷胎ノ時期ヲ夫ニ祕隱スルコトナシトセス而シテ子ノ出生前ニ於テハ其胚胎ノ時ヲ定ムルコト最難キカ故ニ子ノ出生後ニ至リ之ヲ悔ユルコトナシトセサルヲ以テ否認權カ之ニ因テ直ニ消滅スルコトト爲スハ夫ノ利益ヲ保護スルノ薄キニ過クレハ以上ノ如ク規定シタルナリ

(二)第八二五條　否認ノ訴ハ夫カ子ノ出生ヲ知リタル時ヨリ一年内ニ之ヲ提起スルコトヲ要ス(人訴二條八二七條乃至二九條)

否認ハ其性質上子ノ出生後猶豫ナク之ヲ爲スヘキモノナルニ自己ノ子ニ非サル者ト親子ノ如キ關係ヲ

0355

保チ敢其狀態ヲ機續スルハ默示ノ承認アリタルモノト看做シテ不可ナキノミナラス長キ間子ノ身分ヲ曖昧ニ付スルハ公益上許スヘカラサルコトニ屬セリ又出生後年月ヲ經ルニ隨ヒ證據ノ湮滅ヲ來シ子ノ身分ヲ確定スルコト極テ困難ナルニ至ルヘキヲ以テ子ノ出生ヲ知リタル後一年ヲ經過シタルトキハ否認ノ訴ハ之ヲ提起スルコトヲ許ササルモノトス爲セリ

此期間ハ法律カ定メタル特別ノ期間ニシテ時效ニ非サルナリ

(三)　第八二六條　夫カ未成年者ナルトキハ前條ノ期間ハ其成年ニ達シタル時ヨリ之ヲ起算ス但夫カ成年ニ達シタル後ニ子ノ出生ヲ知リタルトキハ此限ニ在ラス

夫カ禁治產者ナルトキハ前條ノ期間ハ禁治產ノ取消アリタル後夫カ子ノ出生ヲ知リタル時ヨリ之ヲ起算ス

前ニ擧ケタル普通ノ規定ノミナルトキハ否認權行使ノ期間ハ時效ニ非サルカ故ニ無能力者ノ爲ニモ時效ノ如ク停止スルコトナキモノニシテ能力者ニ對スルト同ク否認訴權行使ノ期間ハ一年ナリ然ルニ否認權ハ夫ノ一身ニ專屬スヘキモノニシテ法定ノ代理人カ代リテ之ヲ行使スルコトヲ許ササルヲ以テ夫カ未成年者ナルトキハ十分ノ保護ヲ受クルコトヲ得ス何トナレハ夫ハ未成年者ナルトキト雖固ヨリ自ラ否認ノ訴ヲ提起スルコトヲ得サルニ非スト雖(人訴三條、三九條)然レトモ未成年者ハ自己ノ利害ヲ圖ルコト深カラス且世故ニ慣レサルカ故ニ或ハ否認ノ訴ヲ提起セスシテ一年ノ法定期間ヲ徒過セシムルコトナキヲ保セサレハナリ是ヲ以テ夫カ未成年者タル場合ニ於テハ別ニ期間ノ猶豫ヲ與フルノ必要ヲ認メ一年ノ期間ハ其成年ニ達シタル時ヨリ之ヲ起算スヘキモノト爲セリ然レトモ未成年者ニ於テ其子ノ生レタル時ニハ未タ未成年者ナルモ其子ノ出生ヲ知リタル時ニハ既ニ成年ニ達スルコトアリ此場

合ニハ固ヨリ一般ノ規定ニ依ルヘキモノナレハ未成年者ニ關スル特別ノ規定ヲ適用セサルナリ

夫カ禁治產者ナル場合ニ於テハ人事訴訟手續法第二八條ノ規定ニ從ヒ其後見人ハ親族會ノ同意ヲ得テ否認ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシト雖本人モ其禁治產ノ取消アリタル後子ノ出生アリタルコトヲ知リタル時ヨリ起算シテ一年間ハ自ラ其訴ヲ提起スルコトヲ得ルモノト爲セリ而シテ法律カ禁治產取消ノ時ヨリ其期間ヲ起算セスシテ其後夫カ子ノ出生ヲ知リタル時ヨリ之ヲ起算スヘキモノト爲シタルハ蓋是禁治產者ハ心神喪失ノ常況ニ在ル者ナルカ故ニ子カ生レタルモ之ヲ知ラサルコト多ク又之ヲ知レルモ忽之ヲ忘却スルコト多キカ故ナリ然レトモ若夫カ禁治產取消前ヨリ子ノ出生ヲ知リテ之ヲ忘却セサル場合ニ於テハ禁治產取消後直ニ子ノ出生ヲ知レルモノナルカ故ニ此場合ニ於テハ實際禁治產取消ノ時ヨリ其期間ハ之ヲ起算スヘキナリ

人事訴訟手續法ノ規定ニ從ヒ禁治產者ノ法定代理人カ本人ニ代リテ否認ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルニ法律上本人ニモ尙此訴權ヲ與ヘタルハ蓋後見人ハ或ハ子カ禁治產者ノ子ニ非サルコトヲ知ラス或ハ之ヲ知ルモ否認ノ訴ヲ提起スルコトヲ欲セス或ハ其子ハ夫ノ子ナルヤ否ヤヲ確知スルコト能ハサルヲ以テ遂ニ否認ノ訴ヲ提起セサルコトアルヘシ殊ニ民法第九〇二條ノ規定ニ依レハ夫カ禁治產者タルトキハ妻カ其後見人タルヲ原則トスルカ故ニ人事訴訟手續法第二八條ノ規定ハ實際其效用ナキコト多カルヘシ

又禁治產者本人カ否認ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルニ法律ハ何故ニ其法定代理人ニモ之カ訴權ヲ與ヘタルカ蓋禁治產者カ病癒ヘテ禁治產ノ取消ヲ受クルコトハ實際甚多カラサルヘク且禁治產ノ間數年ノ歲月ヲ要スルコト多カルヘシ然ルニ夫ノ子ニ非サル者カ其嫡出子トシテ權利ヲ行フトモ夫以外ノ者ハ否

認權ヲ有セサルカ故ニ親族其他ノ利害關係人ハ禁治産者ヲ保護スルニ十分ナラサルヲ以テ後見人ニモ此訴權ヲ與ヘタル所以ナリ

禁治産者ノ後見人ハ以上ノ如ク本人ニ代リテ否認ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルニ未成年者ノ後見人ニハ何故ニ之カ訴權ノ行使ヲ許ササルカ蓋未成年者カ子ヲ生ムノ年齡ニ至レハ數年ニシテ成年ニ達スヘキカ故ニ後見人ニ其訴權ノ代理行使ヲ許ササルモ未成年者カ成年ニ達シタル後自ラ之ヲ行使スルトキハ其利益ヲ保護スルコトヲ得ヘシト雖禁治産者ハ何時禁治産ノ宣告カ取消サルルヤ豫計リ知ルヘカラス動モスレハ其終身之カ取消ヲ受ケサルコトアリ故ニ其後見人ニ否認訴權ノ代理行使ヲ許ササルトキハ十分ニ本人ヲ保護スルニ至ラサルヲ以テ未成年者ノ後見人ニ此訴權ノ行使ヲ與ヘサルニ拘ラス禁治産者ノ後見人ニ與ヘタル所以ナリ

第二款　庶子及私生子

私生子トハ婚姻外ニ於テ生レタル者ヲ謂ヒ庶子トハ父カ認知シタル私生子ヲ謂フ外國ノ立法例（佛國）中ニハ亂倫ノ子（法律上婚姻ヲ禁セラレタル近親間ニ生レタル者）及姦通ノ子等ハ一般ノ私生子ト法律上待遇ヲ異ニスルモノナシトセサレトモ此等ノ者ノ父母ニハ過失アリトモ其間ニ生レタル子ニハ何等ノ罪ナキモノナルニ法律上其子ノ待遇ヲ異ニスルハ是親ノ罪ヲ子ニ嫁スルモノニシテ子ニ對シ甚酷ナレハ立法上採用スヘカラサルヲ以テ本法ニハ如此區別ハ認メサリシナリ

法律上庶子ヲ認ムルハ昔時ニ在テ長キ間妾ナル者ヲ認メタル結果トシテ庶子ヲ認メタル慣習ニ從ヒ本法ニ之ヲ認メタルナリ然レトモ庶子トハ妾トシテ雇ハレタル婦女ノ生ミタル子ニシテ父ノ認知シタル者ノミヲ指スニ非スシテ廣ク婚姻セサル婦女ノ生ミタル子ニシテ父ノ認知シタル者ヲ稱スルナリ

私生子ノ認知（八二七條）　私生子ハ其父又ハ母ニ於テ之ヲ認知スルコトヲ得父カ認知シタル私生子ハ之ヲ庶子トス（人九六條、九八條、六年一月八日二二號布告、妻妾ニ非サル婦女ニシテ分娩スル兒子ハ一切私生子ヲ以テ論シ其婦女ノ引受ケタルヘキ事但男子ヨリ已レノ子ト見留メ候上ハ婦女住所ノ戸長ニ請フテ免許ヲ得候者ハ其子其男子ヲ父トスルヲ可得事）

私生子ハ婚姻以外ニ於テ生レタル子ナレハ法律上當然其父アルモノニ非サルヲ以テ父カ私生子ヲ認知スルハ至當ノ規定ナリト雖既ニ分娩ヲ爲シタル母カ之ヲ認知スルハ一見奇ナルカ如シ（舊民法人事編ニハ母カ私生子ヲ認知スル規定ナシ）ト雖世間母ノ知レサル子ナシトセス例之棄子其他出生ノ屆出ヲ爲ササル子又ハ私生子ヲ嫡出子トシテ屆出タル場合ニ於テ其私生子ノ母ノ子ニ於ルカ如キ是ナリ其出生ノ屆出ヲ爲ササルコトニ付テハ若其當時必母ノ氏名ヲ屆出ツヘキモノト爲ストキハ身分アル者ハ已ノ非行ヲ恥チ或ハ其屆出ヲ爲サスシテ子ヲ無籍トスルコトアルヘク或ハ他人ノ子ト僞リテ之ヲ屆出ヲ蒼シキニ至テハ其子ヲ棄ツルカ如キコトナシトセサルヲ以テ本法ニ於テハ特ニ母ノ認知ヲ認メタル所以ナリ

民法實施前ノ私生子ヲ今日其父認知スルコトヲ得ヘキヤノ問題起ルヘシ此問題ニ付テハ民法施行法ニ何等ノ規定ナシト雖右ニ掲ケタル明治六年第二一號布告ニ依リ父カ私生子ヲ認知スルコトハ許サレタルモノナレハ今日ニ在テモ其認知ハ許サレタルモノト謂ハサルヘカラス

私生子認知ノ手續　戸籍法第八〇條乃至第八四條ニ規定セリ

認知ハ父又ハ母ノ權利ニ屬スレトモ若父又ハ母カ任意ニ認知ヲ爲ササルトキハ子ハ法廷ニ訴ヘテ認知

0357

ヲ求ムルコトヲ得ヘシ（八三五條）

父カ認知シタル私生子ハ特ニ之ヲ庶子ト稱セリ是既ニ說キタルカ如ク從來ノ慣習ニ從ヒタルモノナルカ庶子ト私生子トノ間ニハ家督相續ヲ爲ス權利（九七〇條、九七二條）ノ如キ大ナル差異アリ茲ニ注意スヘキコトアリ庶子トハ父ニ對スル名稱ナルカ故ニ父母ノ認知ヲ受ケタル同一ノ子ト雖父ニ對シテハ庶子ナリ然レトモ母ニ對シテ稱スルトキハ私生子ナリ故ニ母ノ相續開始ノ場合ニ於テ子ノ相續權ヲ定ムルニ當リ其私生子中ニ父カ認知シタル者ト否ラサル者トアルモ其間毫モ區別アルコトナシ』

認知ノ能力（八二八條）　私生子ノ認知ヲ爲スニハ父又ハ母カ無能力者ナルトキト雖其法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セス（八九九條）

私生子ノ認知ヲ爲スカ如キハ其子ノ父本人ニ非サレハ其真否ヲ判別スルコト能ハス本人自ラ爲スモノニシテ其性質上法定代理人ノ同意ヲ要スヘキモノニ非ス蓋未成年者ト雖其既ニ子ヲ生ムノ年齡ニ達シタル者ノ如キハ相當ノ思慮ヲ有スル者ナルヘク又禁治產者ト雖其一時心神ヲ回復セル者ハ認知ヲ爲サシムルモ弊害アラサルヘキヲ以テ此規定ヲ設ケタリ

此規定ハ第七五六條ト其趣旨ヲ同ウシ疑ヲ防クカ故ニ設ケタルニ外ナラサルナリ

認知ノ方式（八二九條）　私生子ノ認知ハ戸籍吏ニ届出ツルニ依ラ之ヲ爲ス

認知ハ遺言ニ依テモ之ヲ爲スコトヲ得（八九九條、戸八〇條乃至八四條）

認知ヲ爲スノ方法二箇アリ即一ハ届出一ハ遺言是ナリ

本法ハ身分ニ關スル行爲ハ總テ戸籍吏ニ其届出ヲ爲スコトヲ要スル主義ヲ採リタルカ故ニ私生子ノ認知ニ付テモ亦他ノ身分上ノ行爲即隱居、婚姻、離婚、養子緣組及離緣等ノ如ク原則トシテ之ヲ届出ラサルヘカラス然レトモ認知ヲ身分上ノ他ノ行爲ノ如ク届出ノミニ限ルトキハ往往ニシテ認知ヲ爲スノ意思アリテ之ヲ爲ササル者アルヘシ例之臨終ニ自己カ生ミタル子ヲ認知セント欲スルモ之カ届出ヲ爲スノ遑ナクシテ死亡スルコトナシトセス而シテ認知ハ他人カ爲スコトヲ得サルモノナルカ故ニ其子ハ遂ニ認知ヲ得ルコト能ハサルニ至ルヘシ是ヲ以テ遺言ニ依テモ認知ヲ爲スコトヲ得ルモノトセリ

此遺言アリタルトキハ遺言カ效力ヲ生シタル日ヨリ十日内ニ遺言執行者ハ戸籍法第八三條ニ依リ其届出ヲ爲ササルヘカラス

成年ノ子ニ對スル認知（八三〇條）　成年ノ子ハ其承諾アルニ非サレハ之ヲ認知スルコトヲ得ス

普通ノ場合ニ於ル認知ハ法定ノ方式ヲ以テ爲シタル私生子ノ父又ハ母タルコトノ任意ノ自白ニシテ子ノ承諾ヲ得ルコトヲ要セサル一ノ單獨行爲ナレトモ成年ノ子ヲ認知スルコトハ往往子ニ於テ之ヲ欲セサルコトアリ例之子ハ現在社會ニ於テ相當ノ地位ヲ有スルニ卑賤ノ者カ之ヲ認知スルトキハ子ノ爲ニ却テ不利益ナル結果ヲ生スルコトアルヘシ否ラサルモ一旦法律上親子ノ關係ヲ生スルトキハ扶養ノ義務其他子ノ爲ニ不利益ナル結果ヲ生スルコトアルヘシ父又ハ母カ子カ成年ニ達スル迄モ之ヲ認知スルコトヲ爲ササルハ子ニ對シ十分ノ義務ヲ盡シタリト謂フコトヲ得ヘレハ子ノ意思ニ反シテモ子ヲ認知シテ親子ノ關係ヲ明ニシ以テ父母カ之ヨリ生スル利益ヲ受ケントスルモ保護スヘキノ限ニ在ラサルナリ唯未成年ノ子ハ未タ己ノ利害ヲ深ク研究スル十分ノ智識經驗ヲ有セサルカ故ニ父又ハ母ノミノ意思ニテ認知ヲ爲スコトヲ許セトモ父又ハ母カ一旦認知シタル後ニ於テ子ハ其認知ニ對シテ反對ノ事實ヲ主張スルコトヲ得ヘシ（八三四條）是ヲ以テ未成年者ニ對シテ認知ヲ爲ストキニハ其承諾ヲ必要トセサルモ親子ノ關係ナキ者ヲ認知ヲ爲シタルカ如キ場合ニ於テハ後日之ヲ爭フコトノ餘地ヲ與ヘタリ然ル

0358

ニ成年者カ認知ヲ受クルトキハ十分ニ自己ノ利害ヲ研究スルノ智識經驗備ハレル者ト見ルコトヲ得ヘキヲ以テ之ヲ認知スルニハ其承諾ヲ得ヘキモノト爲シタリ

胎兒及亡兒ニ對スル認知（八三二條）　父ハ胎内ニ在ル子ト雖之ヲ認知スルコトヲ得此場合ニ於テハ母ノ承諾ヲ得ルコトヲ要ス

父又ハ母ハ死亡シタル子ト雖其直系卑屬アルトキニ限リ之ヲ認知スルコトヲ得此場合ニ於テ直系卑屬カ成年者ナルトキハ其承諾ヲ得ルヿトヲ要ス（八三二條、一〇四條）

第一條ニ規定スル如ク人ハ出生後ニ非サレハ法律上ノ人格ヲ具ヘサルヲ原則トスレトモ法律ハ此原則ニ對シ數多ノ例外ヲ設ケタリ例之胎兒ハ損害賠償ノ請求權（七二一條）家督相續（九七八條）遺産相續（九九三條）遺贈（一〇六五條）ニ付既ニ生レタルモノト看做サレ胎兒ノ認知ハ直接ニ右原則ノ例外タルニ非スト雖認知ニ付テハ既ニ生レタルモノト看做サレ庶子カ享有スルコトヲ得ヘキ利益ヲ享有スルコトヲ得ルヲ以テ其精神ニ於テハ同ク第一條ノ例外タルニ外ナラス若認知ニ此規定ナキニ於テハ父カ女子（庶子）ト胎内ニ在ル男子トヲ遺シテ死亡シタルトキ男子ハ未生レシテ認知ヲ受ケサルカ爲メ父ノ家督相續權ハ女子ニ在リ然レトモ此規定アルカ爲メ父ノ死亡後ニ生レタル子ト雖胎内ニ在ルトキ認知ヲ受ケタルトキハ庶子ト爲ルヲ以テ先ニ生レタル女子ニ優リテ家督相續權ヲ有スルニ至ルヘシ但胎兒カ認知ヲ得タル結果トシテ右ノ如キ利益ヲ受クルハ生存シテ生レタルトキニ限ル若其子カ死體ニテ分娩シタルトキハ曾テ初ヨリ法律上ノ人格ヲ具ヘサルモノニシテ認知ノ效ナク其子ノ家督相續其他ニ關スル利益ヲ受クルコト能ハサルナリ（九六八條二項）而シテ胎兒ノ認知ニ關スル規定ヲ設ケタルハ蓋子ノ胎内ニ在ル間ニ父カ死ニ瀕スルトキハ若胎兒ノ精神タルヤ旅客運送ニ付テモ亦同一タルヘキカ故ニ該規定ヲ旅客運送ニ準用セリ（五九二條、六三九條）

第二項　旅客ノ義務

一　乘船時期迄ニ乘込ノ義務　物品運送ニ於テ傭船者又ハ荷送人ハ物品ノ船積ヲ爲ス義務アルト均シク旅客運送ニ於テモ旅客ノ乘込ノ義務アリ然ラスンハ船舶所有者ハ運送ヲ爲スコトヲ得サレハナリ然ルニ最初ノ發航ニ際シ旅客カ乘船期間内ニ乘込マサルトキハ船長ハ之ヲ待合セスシテ發航ヲ爲スコトヲ得又途中寄港ノ際ハ旅客カ一時上陸シテ發航ノ時期迄ニ歸船セサルトキハ船長ハ之ヲ待合セスシテ其航海ヲ繼續スルコトヲ得蓋航海ハ豫定ノ通リ發航ヲ爲シ且歸航スヘキモノニシテ猥ニ之ヲ延長スルコト能ハサルハ勿論斯ル場合ニハ他ニ幾多ノ旅客又ハ荷送人ノ在ルアリ若一旅客ヲ待合ハセル爲ニ他ノ幾多ノ利害關係人ニ損害ヲ被ラシムルハ忍フ能ハサル所ナリ故ニ船長ハ之ヲ待合ハセスシテ發航ヲ爲スコトヲ得而シテ過失アル旅客ハ運送賃ノ全額ヲ支拂フコトヲ要スルハ言ヲ俟タス（六三三條、獨新六六六條）

二　運送賃支拂ノ義務　旅客ハ運送ノ報酬トシテ運送賃支拂ノ義務アルハ勿論トス而シテ旅客運送賃ノ特色トシテ特約ナクンハ其中ニ既ニ旅客ノ航海中ノ食料迄ニ旅客カ携帶スルコトヲ得ル小荷物ノ運送賃ヲモ包含スルモノトス其詳細ハ既ニ述ヘタリ（六三一條、六三二條）

手荷物ニ付特ニ運送賃ヲ支拂フ約アル場合ニ於テ船長カ商法第六一七條第一號乃至第三號ノ行爲ヲ爲シタル場合ニハ旅客ハ手荷物ニ對スル運送賃ノ全額ヲ支拂フコトヲ要ス是第六一七條第一號乃至第三

0359

號ノ場合ニ於テハ其荷物ニ對スル賠償ハ陸揚港ニ於ル價格ニ依テ之ヲ算定シ其中ニハ既ニ運送賃ヲモ包含スルヲ以テナリ（六三九條二項）然ルニ手荷物ニ付運送賃ヲ支拂フ特約ナキ場合ニ於テハ旅客ハ別ニ運送賃ヲ支拂フコトヲ要セス是既ニ旅客ノ運送賃中ニ包含スレハナリ

尙契約ヲ解除セル場合ノ運送賃支拂ノ額等ニ付テハ契約終了ノ節ニ於テ之ヲ述フヘシ

船舶所有者ノ旅客ニ對スル債權ノ主タルモノハ運送賃ナリ是亦久シク其請求ヲ延期スヘキモノニ非サルカ故ニ一年ノ短期時效ニ因テ消滅スルモノトセリ（六一八條、六三九條）

第三節　旅客運送契約ノ終了

第一　解除ニ因ル終了

一　旅客ノ任意ニ解除スル場合　發航前ト發航後トニ因リ船舶所有者ニ支拂フ賠償額ニ差異アリ

（イ）發航前ニ在テハ旅客ハ運送賃ノ半額ヲ支拂ヒテ解除ヲ爲スコトヲ得是發航前ニ在テハ船舶所有者ハ解除サルルモ他ニ旅客ヲ募集シ得ルノ機會アルカ故ナリ物品運送ニ在テハ船積期間内ニ船積セサルトキハ解除ヲ爲シタルモノト看做セトモ旅客運送ニ在テハ發航前乘船時期迄ニ乘込マサリシトキト雖旅客ヨリ未解除ヲ申込マサルトキハ當然解除サレタルモノト看做スコトヲ得ス隨テ旅客ハ運送賃ノ全額ヲ支拂フコトヲ要ス（六三三條）蓋旅客カ乘リ後レタル場合ト雖旅客ハ陸路ヲ直行シテ寄港地ニ於テ乘船シ得ルノ機會アル場合モアルヘク未解除ヲ申込マサル間ハ其者ノ爲ニ船室ヲ準備シ置クノ必要アレハナリ

（ロ）發航後ニ在テハ旅客ハ運送賃ノ全額ヲ支拂フニ非サレハ解除ヲ爲スコトヲ得ス蓋最早他ニ旅客ヲ募集スルノ機會ヲ缺クカ故ニ船舶所有者ニ對シテ十分ノ賠償ヲ爲ス必要アレハナリ（六三四條、獨新六六七條）

二　不可抗力ニ基キテ解除スル場合　航海又ハ運送カ法令ニ反スルニ至リタルトキ其他不可抗力ニ基キテ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサルニ至リタルトキハ各當事者ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得而シテ其原因ノ不可抗力ニ出テタルモノナルカ故ニ何レモ其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得サルモノトス然ルニ右ノ事由カ發航後ニ生シタル場合ニ於テ解除ヲ爲シタルトキハ既ニ多少ノ航海ヲ爲シ旅客ハ爲ニ利益ヲ被ルヘキカ故ニ旅客ハ運送ノ割合ニ應シテ運送賃ヲ支拂フコトヲ要ス（六一四條、六三九條一項、獨新六六九條、六七〇條）

旅客カ死亡、疾病其他一身ニ關スル不可抗力ニ因テ航海ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキハ發航前ニ在テハ船舶所有者ハ運送賃ノ四分ノ一ヲ請求スルコトヲ得此場合ハ旅客カ任意ニ解除スル場合ト異ナリ不可抗力ニ因テ航海ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルモノナルカ故ニ二者ノ間ニ多少ノ差等ヲ設クヘキハ當然トス又一般ノ不可抗力ニ因テ契約ヲ爲シタル目的ヲ達スルコト能ハサル場合ニ解除ヲ爲シタルトキハ船舶所有者ハ何等ノ請求ヲ爲スコト能ハサルヲ常トスト雖此場合ハ死亡、疾病、拘引等一身ニ關スル不可抗力ニ基クモノニシテ之ヲ前知セシテ契約ヲ爲シタル旅客ニモ亦多少ノ過失アルモノト謂フコトヲ得ヘキカ故ニ是亦一般ノ不可抗力ノ場合トハ多少ノ差等ヲ設クヘキヲ至當トス故ニ船舶所有者ハ運送賃ノ四分ノ一ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス爲セリ

然ルニ發航後ニ在テハ右ノ事由生シタルトキハ船舶所有者ハ其選擇ニ從ヒ運送賃ノ四分ノ一ヲ請求シ又ハ運送ノ割合ニ應シテ運送賃ヲ請求スルコトヲ得（六三五條、獨新六六七條）蓋發航後ニ於テハ既ニ多

少ノ航海ヲ爲シ旅客ハ爲ニ利益ヲ蒙リ居ルヘキカ故ニ請負契約ノ性質トシテ運送ノ割合ニ應シテ運送賃ヲ支拂フヘキヲ當然トス然ルニ運送ノ割合ニ應シテ運送賃ヲ支拂フトキハ場合ニ依テハ運送賃ノ四分ノ一ニ達セサルコトアリ然ルニ發航前ニ於テスラ船舶所有者ハ運送賃ノ四分ノ一ヲ請求スルコトヲ得ルニ反シテ發航後ニ於テ却テ四分ノ一ヲ請求スルコトヲ得サルハ不權衡モ亦甚シキカ故ニ船舶所有者ノ選擇ニ從ヒ四分ノ一ヲ請求スルカ又ハ運送ノ割合ニ應シテ運送賃ヲ請求シ得ルモノト爲シタルナリ

第二　法定ノ原因ニ因ル終了

旅客運送契約ハ第五八七條第一項ニ揭ケタル事由即

一　船舶カ沈沒シタルコト

二　船舶カ修繕スルコト能ハサルニ至ルコト

三　船舶カ捕獲セラレタルコト

ニ因テ終了ス蓋旅客ハ船舶ニ因テ運送セラルルモノニシテ船舶ノ良否ハ直ニ航海ノ安否ニ關シ船舶ハ即契約ノ目的タリ故ニ船舶カ沈沒シ又ハ修繕不能ト爲リ又ハ捕獲セラレタルトキハ契約ハ當然終了スルモノトス然レトモ若船舶所有者カ反對ノ約束ヲ爲シ斯ル場合ニハ他ノ相當ノ代用船ヲ出シテ運送ヲ繼續スヘキコトヲ特約シタルトキハ契約ハ終了セサルモノトス（六三七條獨新六六八條六七〇條、「シヤップス」五三九頁）

右ノ事由カ發航後ニ生シタルトキハ既ニ多少ノ航海ヲ爲シテ旅客ハ利益ヲ蒙リ居ルヘキカ故ニ請負契約タル性質ニ基キ運送ノ割合ニ應シテ運送賃ヲ支拂フコトヲ要ス

第七章　海損

凡航海事業ニ於テ船舶又ハ積荷ニ付生シ得ヘキ損害ハ其種類極テ多シ然レトモ之ヲ大別スレハ航海上通常生スヘキ損害ト非常ノ原因ニ因テ生シタル損害トノ二種ニ分ツコトヲ得而シテ其損害ニハ直接ニ船舶又ハ積荷自身ノ滅失又ハ毀損ヨリ生スル所謂實物損害アリ又ハ費用ヲ多ク支出スルヨリ生シタル費用損害アリ而シテ航海上通常生スル損害トハ例之船舶ノ自然ノ消耗、水先案內料、燈船料、入港稅此他航海ノ實費ヲ謂フモノニシテ此等ハ船舶所有者カ航海事業ヲ營ミ運送賃ヲ取得スル以上ハ其中ヨリ支出スヘキモノニシテ別ニ海損トシテ之カ負擔者ヲ定ムルノ必要アルヲ見ス仍テ我商法ハ海損ノ章下ニ於テ毫モ之ニ付テ規定ヲ設ケス故ニ法律上海損ト云ヘハ斯ル通常生スヘキ損害ハ其中ニ包含セサルモノト知ルヘシ然レトモ學者或ハ此種ノ通常ノ損害ヲ名ケテ小海損ト稱スヘキ航海上非常ノ原因ニ因ル船舶又ハ積荷ニ對スル損害ヲ稱シテ特ニ之ヲ海損ト稱ス海損ニモ亦二種アリ單獨海損及共同海損是ナリ單獨海損トハ船長ノ故意ノ處分ニ因ラスシテ非常原因ニ因リ船舶又ハ積荷カ被リタル損害ヲ謂フ此種ノ損害クルヤ例之天災ニ因テ生シタルトキハ「凡ソ物ハ所有者ノ爲ニ亡フ」ト云フ原則ニ從ヒ船舶又ハ積荷ノ所有者自ラ其損害ヲ負擔スヘキハ當然ナリ又他人ノ不法行爲ニ依テ生シタルトキハ民法ノ不法行爲ノ原則ニ依リ其損害ノ負擔者ヲ定ムヘキモノトス如此單獨海損負擔ノ問題ハ民法ノ一般ノ規定ヲ以テ足レルカ故ニ之ニ付テハ商法中別ニ規定ヲ設ケス唯船舶ノ衝突ニ因ル損害ニ至テハ單獨海損ニ屬スト雖特別ノ規定ヲ必要トスルカ故ニ之ニ關スル規定ヲ設ケタルノミ

0361

第一節　共同海損

第一項　共同海損ノ定義

共同海損トハ船長カ船舶及積荷ヲシテ共同ノ危險ヲ免レシムル爲メ船舶又ハ積荷ニ付爲シタル處分ニ因テ生シタル損害及費用ヲ謂フ（六四一條一項、獨新七〇〇條）此定義ヲ分析シテ其要件ヲ左ニ說明スヘシ

一　船舶及積荷ニ對スル共同ノ危險ヲ免レシムル爲ナルコト　凡ソ危險ノ種類モ亦多シト雖或ハ積荷ノミノ危險ノ生スルコトアリ或ハ積荷中ノ或品物ノミニ付テ生スルコトアリ或ハ船舶ノミニ付テ生スルコトアリ例之船中ヘ海賊來リテ積荷中ノ高價品ノミヲ引渡セト云フカ如キ場合ハ該物品ノミノ危險ナリ若其危險ニ遭遇シタルトキハ該物品ノ所有者ノミ其損失ヲ負擔セサルヘカラス又積荷ハ之ヲ解放スルモ船舶ハ之ヲ捕獲セントスル場合ノ如キハ船舶ノミニ對スル危險ナリ船舶所有者ノミ其損失ヲ負擔セサルヘカラス故ニ共同海損ト爲ルニハ必船舶及積荷ノ全部ニ對スル共同ノ危險ノ存スルトキナラサルヘカラス例之暴風雨ニ因リ唯リ船體カ沈沒ノ厄ニ罹ル虞アルノミナラス之ニ船積シタル荷物モ亦共ニ沈沒セントスル危險アルカ如キ場合是ナリ故ニ法文ニ「船舶及積荷」ト云ヒテ特ニ及ナル文字ヲ使用セリ

共同海損タルニハ危險ノ種類ハ之ヲ問ハス故ニ危險カ過失ニ因テ生シタルトキモ仍共同海損タルコトヲ妨ケス而シテ共同海損ハ海損トシテ之ヲ分擔シ尚利害關係人ヨリ過失者ニ對スル求償ヲ妨ケサルナリ（六四一條二項）

又危險ハ現實ナルコトヲ要ス將來危險アルヘキコトヲ豫想シテ處分ヲ爲スカ如キハ不可ナリ（「ボーエンス」二卷四六七頁）又共同ノ危險ヲ免レシムル爲ナルカ故ニ縱令共同ノ危險アリト雖唯船舶ノミ又ハ積荷ノミヲ救フ爲ノ處分ハ不可ナリ必二者ヲ救フノ目的ニ出テサルヘカラス又外國ノ立法例中共同ノ危險ヲ免ルル爲ノミナラス共同ノ利益ノ爲ニモ亦船長ノ處分ヲ許シ共同海損成立スト爲スモノナキニ非スト雖共同ノ利益トハ其範圍頗廣クシテ之ヲ斷定スルコト容易ナラス故ニ後日ニ爭ヲ生スルノ虞アルノミナラス之ヲ濫用スルノ弊ヲ生シ易シ故ニ我商法ハ此主義ヲ採ラス

二　船舶又ハ積荷ニ付爲シタル處分タルコト　危險ハ前述ノ如ク船舶又ハ積荷ノ二者ニ對スル共同ノモノナラサルヘカラサルモ之ヲ免レシムル爲ニ爲ス處分ニ至テハ船舶ノミニ對シテ爲スコトアリ或ハ積荷ニノミ對シテ爲スコトアリ或ハ二者ニ對シテ併セテ爲スコトアリ一ニ危險ヲ免ルル爲メノ便宜ニ從フノ外ナシ故ニ法文ニモ「船舶又ハ積荷ニ付キ」ト云ヒ特ニ又ハト云フ文字ヲ使用セリ

三　船長ノ故意ノ處分ニ因ル損害又ハ費用タルコト　共同海損タル損害又ハ費用ノ船長ノ故意ノ處分ニ因テ生スルコトヲ要スル點ハ其最顯著ナル點ニシテ共同海損ト單獨海損トノ區別ノ要點トス縱令共同ノ危險アリトスルモ船長カ故意ノ處分ヲ待タスシテ生シタル損害ハ固ヨリ之ヲ共同海損トスルコトヲ得ス而シテ船長カ故意ニ處分ヲ爲スニ當リテハ如何ナル方法ニ依ラ之ヲ處分スヘキカ中世ノ海商仕組ニ於テハ積荷ノ利害關係人モ亦積荷ト共ニ船內ニ乘込ムヲ常トシタルカ故ニ船內ニ積荷ノ利害關係人ノ代表者ヲモ加ヘテ組織シタル船舶評議員會ナルモノ存在シ共同海損タル處分ヲ爲スニ當リテハ此會議ノ意見ヲ徵シテ之ヲ處分スルコトヲ要シタリ例之何レノ貨物ヲ投棄スレハ當事者ノ爲ニ最損失少キヤヲ問フカ如キ即是ナリ（「ヘック」共同海損論九頁）然ルニ近時ノ海商仕組ハ之ト異ナリ積荷ノ利害

0362

關係人ハ積荷ト共ニ船内ニ乘込マス船内ニ評議員會ナルモノノ成立アルナシ又船長ノ地位ハ順次高マリ船長ハ船内ニ於ル最高指揮者トシテ總テノ權限ヲ授與セラルルニ至リ共同海損ニ付テモ船長獨適當ナリト信スル所ノ自由ノ判斷ニ依テ之カ處分ヲ爲スニ至レリ我法文第六四一條ニ船長カ云云トアルニ據テ共同海損ノ權限カ船長專屬ノモノタルコト明ナリ故ニ共同海損タル處分ヲ爲スニ當リテハ船長ハ毫モ擧肘ヲ受ケス自分ノ適當ト信スル判斷ニ依テ處分ヲ爲セハ可ナリ然レトモ船長ハ其職務ヲ行フニ付船長トシテノ普通相當ノ注意ヲ加フル責任アリ殊ニ積荷ノ利害關係人ノ爲ニハ航海中其利益ニ最適シタル方法ニ依テ積荷ノ處分ヲ爲スコトヲ要スルカ故ニ（五五八條、五六五條）縱令共同海損タル處分ヲ爲ス權限カ船長ニ專屬スト雖船長ハ猥ニ不利、不當ノ處分ヲ爲スコト能ハサルヤ明白ナリ例之暴風雨ニ際シ船體ヲ輕クスル必要アルニ當リテハ積荷中可成安價ニシテ目方重キモノアレハ之ヲ投棄スルヲ適當トシ高價品ノ如キハ之ヲ投棄スヘカラス要スルニ船長ノ權限ハ廣キト同時ニ其責任モ亦重シ故ニ當事者ノ爲ニ不當ノ處分ヲ爲シタルトキハ船長ハ前揭條文ニ依リ損害賠償ノ責ニ任セサルヘカラス四　處分ニ因リ船舶又ハ積荷ノ全部若クハ一部ヲ保存シ得タルコト　此要件ハ第六四一條第一項ノ共同海損ノ定義中ニハ之ヲ明言セスト雖次條ニ共同海損ハ之ニ依テ保存スルコトヲ得タル船舶又ハ積荷等ニ由テ分擔スル旨ヲ定メタルニ見テ明ナリ蓋折角共同海損タル處分ヲ爲シタリト雖毫モ好果ヲ奏スルコトナク船舶及積荷ノ全部ヲ喪失シタルトキハ共同海損分擔ノ問題ヲ生スル場合ハ必結果ノ一部ハ其功ヲ奏シタルコトヲ要ス又其結果ト處分トノ間ニハ必因果ノ關係アルコトヲ要ス外國ノ立法例中ニハ因果ノ關係アルコトヲ必要トセサルモノアリト雖我法文第六四二條ニハ之ニ因リテ保存スルコトヲ得タル云云トアルニ據テ明白ナリ又其保存スルコトヲ得タル結果ニ付テモ外國ノ立法例中例之獨國ノ如キハ船舶ト積荷ノ全部又ハ一部ノ二者ヲ必併セ保存スルコトヲ得タルヲ要スト爲スモノアリ即船舶又ハ積荷ノ一方ノミヲ保存スルコトヲ得タル場合ハ單獨海損ニ屬シ共同海損トスヘカラスト爲セリ（獨新七〇三條）然レトモ我法典ハ此主義ヲ採ラス積荷ヲ全部投棄シテ船舶ノミヲ救ヒ得タル場合ト雖若船長ニ於テ之カ最適當ナル處分ナリト信シテ爲シタル場合タル以上ハ共同海損タルニ害ナシ蓋處分ノ方法ニ制限ナケレハナリ

第二項　共同海損ノ分擔義務者

共同海損ハ前陳シタルカ如ク船舶及積荷ノ共同ノ危險ヲ免レシムル爲ニ生シタル損害及費用ナルカ故ニ之ニ因テ利益ヲ得タルモノハ之カ分擔ヲ爲ササルヘカラサルヤ當然ナリ若然ラスンハ不當ニ他人ヲ害シテ己獨リ利益ヲ被ルニ至ル故ニ公平ヲ維持スル爲ニハ之ニ因テ利益ヲ得タル者ヲシテ負擔セシムルヲ當然ナリトス

然ルニ船舶、積荷及運送賃ノ利害關係人カ分擔スル割合ヲ定ムルニ付從來三主義アリ一ハ船舶又ハ積荷ノ價額ト運送賃トノ割合ニ應シテ之ヲ定ムルモノ但運送賃ニ付テハ航海ノ費用ヲ控除スニハ船舶ノ價格ノ半額ト積荷ノ價額ト運送賃ノ半額トノ割合ニ應シテ之ヲ定ムルモノ三ハ船舶又ハ積荷ノ價額ト運送賃ノ半額トノ割合ニ應シテ之ヲ定ムルモノヲ是ナリ第一ノ主義ハ理論ニハ最適スト雖航海ノ實費ヲ算定スルコト難キカ故ニ不便ニ堪ヘス第二ノ主義ハ佛法典ニ舊商法ノ採用セル所ナルモ最理論ニ適ハス蓋船舶ノ負擔額ヲ定ムルニ到達港ニ於ル價格ノ半額トセルハ頗理由ニ乏シケレハナリ然ルニ第三ノ主義ハ航海ノ實費ヲ積算スルコトノ煩ヲ避ケテ之ヲ運送賃ノ半額ト看做シタルモノナリ故ニ實際ニ便

0363

ニシテ又理論ニモ適ヘリ仍テ我商法第六四二條ハ即此主義ヲ採レリ左ニ海損分擔者ノ原則ヲ說明スヘシ

一　船舶　船舶カ共同海損ニ因テ保存スルコトヲ得タルトキハ其價格ハ到達ノ地及時ニ於ル價格トス（六四三條前段）蓋船舶ハ航海毎ニ多少ノ價格ヲ減スルモノニシテ海損ニ因テ救フコトヲ得タルモノハ發航後價格ノ減シタルモノナリ故ニ到達地ニ於ル價格ニ依ルヲ至當トス

二　積荷　積荷ノ價格ハ陸揚ノ地及時ニ於ル價格ナリ但其價格中ヨリ減失ノ場合ニ於テ支拂フコトヲ要セサル運送賃其他ノ費用ヲ控除スルコトヲ要ス（六四三條後段）蓋積荷ハ船舶ノ到達港ニ於テ必シモ陸揚スルモノニ非ス各處ニ於テ陸揚スヘキカ故ニ陸揚港ニ於ル價格ニ依ルモノトス爲セリ而シテ其價格中ヨリ滅失ノ場合ニ於テ支拂フコトヲ要セサル費用ヲ控除スルコトヲ要スル所以ハ陸揚港ニ於ル積荷ノ價格ナルモノハ通常船積港ニ於ル積荷ノ原價、船積費用、運送賃、陸揚費用、關稅及相當ノ利益等ヲ合算シタルモノヨリ成立スルモノナリ然ルニ陸揚港ニ於ル價格全部ヲ以テ海損ヲ分擔スルトキハ過分ノ負擔ヲ爲スニ至ルヲ蓋共同海損ニ因テ保存スルコトヲ得タルモノハ運送賃等ノ雜費ヲ控除シタル純價ナリ換言スレハ若危險ニ因テ滅失シタリトスレハ積荷所有者ノ損失スル所ノモノハ陸揚港ニ於ル價格ノ全部ニ非スシテ其中ヨリ支拂フコトヲ要セサリシ運送賃以下ノ費用ヲ控除シタルモノナレハナリ故ニ又積荷ノ價格ノ證明ハ通常船荷證券其他積荷ノ價格ヲ評定スルニ足ルヘキ書類ノ示ス所ニ依ルハ勿論ナリトス然ルニ往往ニシテ之ニ積荷ノ實價ヨリモ高キ價ヲ記載スルコトアリ此場合ニハ其實價ニ依ラス記載シタル高キ價ニ依テ分擔スルモノトス是實價ヨリモ高キ價ヲ船荷證券等ニ記載シ以テ海損ノ賠償ヲ受クル場合ノ萬一ノ利益ヲ博セントスル者ニ對スル制裁ナリ之ト同ク積荷ノ價格ニ影響ヲ及ス事項ニ付虛僞ノ記載ヲ爲シタル場合モ亦然リトス（六四八條二項、三項）

三　運送賃　運送賃ハ其半額ヲ以テ海損ヲ負擔ス蓋運送賃ヲ取得スル者ハ航海ノ實費ヲ負擔スルヲ常トス隨テ運送賃ノ中ニハ經濟上ノ航海ノ實費ヲ包含スルモノトス故ニ海損ニ因テ保存スルコトヲ得タル純粹ノ利益額ハ此等ノ實費ヲ控除シタルモノナルヘキモ此等ノ實費ハ到底能ク計算スルコト能ハサルカ故ニ之ヲ半額ト見積リタルナリ

四　共同海損タル損害ノ額　若共同海損タル損害自身カ海損ヲ負擔セスシテ他ノ利害關係人ノミヲシテ之ヲ負擔セシムルトキハ自己ノ船舶又ハ積荷ヲ海損ニ供シタル者ハ共同ノ危險ニ際シ毫モ損失ヲ被ラサルノ結果ヲ生スルニ至ルヘキナリ故ニ共同海損タル損害ノ額自身モ亦其割合ニ應シテ海損ヲ負擔スルモノトシタルナリ而シテ茲ニ所謂共同海損タル損害ノ額トハ事實ニ表ハレタル實際ノ損害額ヲ謂フモノナリ蓋其額ニ依テ他ノ賠償ヲ得レハナリ

以上海損ノ分擔義務者ノ原則ヲ說明シタリ之ニ對シテ例外アリ即海損ニ因テ保存セラレ總令利益ヲ被リタリト雖海損ヲ分擔セサルモノアリ即第六四五條ニ列擧スル所ノモノ是ナリ（獨新七二三條）武器ハ共同ノ安全ヲ計ル爲ノ具ナルカ故ニ海損ノ分擔ニ與ラシメス又海員ハ海難ニ際シテ十分盡力スル所アルカ故ニ其給料、食料、衣類等ハ分擔ニ與ラシメス旅客ニ付テモ食料竝ニ衣類ハ分擔ニ與ラシメス蓋此等ノ物ハ生活ノ必要具ニシテ人身ニ固著シタルモノト看做セハナリ外國殊ニ獨逸ノ立法例等ハ手荷物ハ負擔ヲ免ルトノ規定ヲ爲セリト雖手荷物ト云フハ廣キニ失スルノ嫌アルニ由リ我商法ハ之ヲ衣類ニ制限シタリ

0364

如此武器、食料、衣類等ハ縱令保存セラレタリト雖共同海損ノ分擔ニ與ラスト雖此等ノ物ニ加ヘタル損害ハ他ノ利害關係人之ヲ分擔スルナリ而シテ法文ニ他ノ利害關係人ト云ヒタルカ故ニ此等ノ物ニ加ヘタル損害自身ハ第六四二條末段ニ所謂共同海損タル損害中ノ一部トシテモ亦海損ヲ負擔スルコトヲ要セス是佛法ノ主義ヲ襲ヒタルモノナリ然ルニ獨法ニ在テハ此等ノ物カ保存セラレタル場合ハ海損ノ分擔ニ與ラサルモ此等ノ物カ共同海損タル損害ヲ被リ其損害ヲ賠償サル段ニ至レハ其損害自身モ亦海損ヲ負擔スト規定セリ然レトモ此等ノ物カ各特別ノ理由ニ基キ共同海損ノ分擔ニ與ラサルヲ以テ正當ナリトスルヲ以上ハ唯リ此等ノ物自身カ損害ヲ被リタル場合ニ於テノミ海損ヲ分擔セシメサルヘカラサルノ理由ナキナリ故ニ此點ニ付テハ我商法カ採用シタル佛主義ヲ優レリトス（法典質疑録七卷二號商三四七問題揭者解答參照「ヘック」共同海損論四一三頁以下）

以上說述シタル海損ノ分擔義務タルヤ法文ノ明言スル如ク各自之ヲ分擔スルモノニシテ連帶義務ニハ非ス又其責任タルヤ無限責任ニハ非ス海產有限ノ責任タリ即第六四四條ニ之ヲ規定セリ曰ク「第二條ノ規定ニ依リ共同海損ヲ分擔スヘキ者ハ船舶ノ到達又ハ積荷ノ引渡ノ時ニ於テ現存スル價額ノ限度ニ於テノミ其責ニ任ス」ト是固ヨリ至當ノ事ニシテ若現存價額以上ニ陸產ヲ以テ其責任ヲ負ハサルヘカラサルカ如クンハ當事者ハ寧船長カ共同ノ危險ヲ免ルル爲ノ處分ヲ取ラサリシコトヲ希望スルニ至ルヘケレハナリ而シテ共同海損ニ因リ一旦ハ保存セラレタルモ其後罹獨海損ニ因リ滅失シタルトキハ是亦負擔ヲ爲スノ必要ナキナリ

第一ノ共同海損ト第二ノ共同海損ト引續キテ起リタルトキハ其分擔ヲ如何ニスルヤ此問題ニ付テハ外國ノ立法例中特ニ明文ヲ設クルモノアリ例之瑞典諾威海法第二一條又ハ葡萄牙第六五一條ノ如キ是ナリ就中葡萄牙ノ同條ニ規定スル所ニ依レハ「同一航海ニ付數度ノ共同海損アリシトキハ航海ノ終ニ於テ總テノ共同海損ヲ合算シテ單ニ一箇ノ損害アリシモノノ如ク看做シテ各利害關係人ノ間ニ分配ス但中間ノ港ニ於テ或ハ船積シ或ハ陸揚シタル荷物ニ關スル限度ニ於テハ此規定ヲ適用セス」トセリ蓋千八百八十八年「ブルッセル」會議ノ議決ニ從フモノノナリ（「ボーエンス」七二二條五四五頁註）

然ルニ我商法ニ於テハ同一航海ニ付二回以上引續キテ共同海損アリタル場合ニ付何等ノ明文ナシ若明文ナキトキハ各共同海損ヲ別箇ノモノト視テ之カ分擔ヲ定ムルハ外ナシ何トナレハ第六四一條ノ共同海損ノ定義ニ所謂「船舶及ヒ積荷」ナルモノハ第一ノ共同海損ノ場合ト第二ノ共同海損ノ場合トニ於テ豈ニ之ヲ同ウセサルノミナラス所謂「共同ノ危險」ナルモノモ亦第一ノ共同海損ニ於ル危險ト第二ノ共同海損ニ於ル危險トハ其種類ヲ異ニスルコトアルハ豫想シ得ヘキ所ナレハナリ例之第一ノ共同海損ニ於テハ暴風雨カ共同ノ危險ナリシニ第二ノ共同海損ニ於テハ海賊カ共同ノ危險タリシ場合ノ如キ是ナリ此場合ニ第一ノ共同海損ニ於テ投棄サレタル貨物ニ付テハ第二ノ共同海損ニ於ル海賊ノ危險ハ最早危險トシテ事實上存在ヲ得サルノミナラス縱シ當該貨物カ第一ノ共同海損ニ於テ投棄サレスシテ第二ノ共同海損時期迄保存セラレタリトスルモ當該貨物ニ付テハ海賊之ヲ奪取スルノ念ナク第二ノ共同海損ニ於ル危險タル海賊ノ危險ニ遭遇セサル場合アルコトモ亦豫想シ得ヘキ所ナリ然ラハ則第一ノ共同海損ト第二ノ共同海損トヲ同一合體ノモノト看ルニ付テハ所謂共同ノ危險タル要素ヲ缺クニ至ルモノト謂フヘキナリ故ニ第一、第二ノ共同海損額ヲ合算シテ之ヲ唯一ノ共同海損ノ如ク看做シテ分擔セシムルコトハ明文ノ存セサル我商法ニテハ能ハサル所ナリトス

然ラハ各共同海損ヲ別箇ノモノト看テ分擔額ヲ定ムルニ付テモ何レノ共同海損ヲ先計算シテ之ヲ分擔

0365

セシメ而シテ後他ニ及フヘキヤ此問題ニ付テハ後ナルモノヲ先ニス即第二ノ共同海損ヲ先精算シテ之カ分擔額ヲ定メ而シテ第一ノ共同海損ノ分擔ニ及フヘキナリ何トナレハ共同海損ノ賠償請求債權者ハ船舶債權者トシテ船舶ノ上ニ先取特權ヲ有シ其先取特權ノ順位ハ後ニ生シタルモノ先ニ生シタルモノニ先ツ(六八〇條五號、六八二條二項)而シテ第六四四條ニ依レハ共同海損ヲ分擔スヘキモノハ船舶ノ到達又ハ積荷ノ引渡ノ時ニ於テ現存スル價額ノ限度ニ於テノミ其責ニ任スルモノナルカ故ニ現存價額ヲ知ルコト肝要ナリトス然ルニ其現存價額ヲ知ルニ付テハ先第二ノ共同海損ヲ計算シテ各利害關係人ノ分擔額ヲ知リ始テ第一ノ共同海損ニ對スル現存價額ナルモノヲ知ルコトヲ得ヘキヲ以テナリ

唯第二ノ共同海損ヲ分擔スルニ付テ學者或ハ第一ノ共同海損タル損害ノ額モ亦其分擔ニ與ルヘキコトヲ主張スルモノアリ(「パルロジエー」二一七條二一八八號、二二五條、二二三一號、「リオン、カン、ルノー」三版六卷八九〇號)其理由トスル所ハ第一ノ共同海損ニ因テ一旦保存サレタル物モ若第二ノ共同海損ナクンハ滅失セシナラン故ニ第一ノ共同海損タル損害ノ額カ賠償ヲ受クルコトヲ得ル所以ノモノハ第二ノ共同海損アリシニ因ル隨テ第二ノ共同海損ニ因リ第一ノ共同海損自身モ亦利益ヲ得タルナリ故ニ第一ノ共同海損自身モ亦第二ノ共同海損ヲ分擔スル義務アリト云フニ在リ然レトモ我法文トシテハ共同海損ヲ分擔スル者ハ第六四二條ニ列擧スル所ノ利害關係人ニ限ル而シテ第一、第二ノ各共同海損ノ分擔ハ別箇ノモノト看テ之ヲ計算スルト云ノ前陳ノ所論ヲ正當ナリトスレハ第二ノ共同海損ヲ分擔スヘキ者ハ之ニ因テ保存スルコトヲ得タル船舶又ハ積荷等第六四二條ニ列擧スル所ノモノ是ナリ此以外ノモノハ縱令事實上ハ利益ヲ蒙ルコトアルモ分擔スルノ必要ナキナリ殊ニ論者ノ說ノ如ク第二ノ共同海損ニ因リ第一ノ共同海損自身モ利益ヲ受ケタルカ如シト雖第二ノ共同海損ニ因テ保存サレタル船舶又ハ積荷等ヨリ先第二ノ共同海損ヲ分擔控除セシメ而シテ後尙殘存價額アリシ場合ニ始テ第一ノ共同海損ヲ分擔セシムルニ至ルモノナリ故ニ第二ノ共同海損ニ因リ第一ノ共同海損自身カ利益ヲ受クルニ相違ナシト雖其利益ヲ受クルハ畢竟第二ノ共同海損ヲ分擔賠償シ了リタル後ノ事ナルカ故ニ第一ノ共同海損自身カ直接ニ第二ノ共同海損ヲ負擔セストモ自然ニ平均カ取レ居ルモノト謂フヘキナリ

第三項　共同海損ノ賠償請求債權者

共同海損ノ賠償請求債權者トハ共同海損タル損害ヲ被リタル者又ハ費用ヲ支出シタル者是ナリ例之積荷ヲ投棄シタル場合ニ於ル積荷所有者ノ如キ又ハ帆檣ヲ切斷シタル場合ニ於ル船舶所有者ノ如キ即是ナリ而シテ其債權額即共同海損タル損害ノ額ハ如何ニ之ヲ計算スルヤ法律ハ其額ノ算定方法ヲ主トシテ規定シタリ

一　債權者タルコトヲ得ルモノノ原則　原則トシテハ共同海損タル損害及費用ハ總テ賠償ヲ受ク尤共同海損タル損害自身モ亦分擔義務者タルコトハ既ニ述ヘタリ而シテ其額ノ算定ニ付テハ船舶ノ共同海損タル損害ノ額ハ到達地及時ニ於ル價格ニ依テ之ヲ定ム蓋船舶ハ航海ニ因テ多少其價格ヲ減スヘキカ故ニ海損タル損害ノ算定ニ付テモ發航ノ當時ノ價格ニ依ラス到達ノ地及時ニ於ル價格ニ依ルモノトス』積荷ニ付テハ陸揚ノ地及時ニ於ル價格ニ依テ之ヲ定ム但其滅失又ハ毀損ノ爲メ支拂フコトヲ要セサリシ一切ノ費用ヲ控除スルコトヲ要ス(六四七條一項)蓋積荷ノ陸揚港ニ於ル價格ナルモノハ積荷ノ原價、船積費用、運送賃、陸揚費用、關稅竝ニ相當ノ利益等ヨリ合成セルモノナリ然ルニ陸揚港ニ於ル價格全部ヲ賠償スルトキハ共同海損トシテ積荷ヲ滅失又ハ毀損セシメタルカ爲ニ支拂フコトヲ要セサリシ費

用迄賠償ヲ受クルニ至ル是其但書ノ規定アル所以ナリ然レトモ此場合ハ運送賃ハ之ヲ控除セス何トナレハ第六一七條第三號ニ依リ共同海損トシテ積荷ヲ處分シタル場合ニハ運送賃ヲ支拂フコトヲ要スルヲ以テナリ

二　例外即實際損害アリタリトスルモ之ヲ賠償スルコトヲ要セサルモノアリ即左ノ如シ

(1)　積荷ノ價格ヲ評定スルニ足ルヘキ書類ナクシテ船積シタル荷物ニ加ヘタル損害　船荷證券ノ價格評定ノ書類ナクシテ船積シタル荷物ニ付テハ果シテ何程ノ損害アリタルカ能ク之ヲ證明スルコトヲ得ス故ニ之カ賠償ヲ爲サス然レトモ此等ノ物カ保存セラレタルトキハ其利害關係人ハ固ヨリ他ノ損害ヲ賠償スル義務アリ畢竟義務者タルコトアルモ債權者タルコトヲ得ス

(2)　屬具目錄ニ記載セサル屬具ニ加ヘタル損害　屬具目錄ニ記載セサル屬具モ亦其證明困難ナリ故ニ之ニ對スル賠償ヲ爲サス然レトモ此等ノ物カ保存セラレタルトキハ海損ヲ分擔ス（六四六條一項、三項）

(3)　甲板ニ積込ミタル荷物ニ加ヘタル損害　甲板ハ通常荷物ノ積込區域ニ非サルナリ殊ニ甲板積ノ荷物ハ投棄ニ便ナルカ故ニ海難ニ際シテハ投棄サルルモノト覺悟セサルヘカラス故ニ此等ニ對スル損害ハ之ヲ賠償セス然レトモ此等ノ物カ保存セラレタルトキハ海損ヲ分擔ス

然レトモ沿岸ノ小航海ニ在テハ甲板モ亦通常荷物ノ積込區域ナルカ故ニ之ニ積込ミタル荷物モ亦他ノ船舶ニ積込ミタル荷物ト同一視シ之ニ加ヘタル損害ハ之ヲ賠償ス（六四六條二項、三項）沿岸小航海ノ範圍ハ明治三十二年五月遞信省令第二〇號ヲ以テ之ヲ定メタリ曰ク「沿岸小航海ノ範圍ハ播磨國明石川口西岸ヨリ淡路國江埼ニ至ル線、淡路國押登埼ヨリ阿波國大磯埼ニ至ル線、伊豫國佐田岬ヨリ高島ヲ經テ豐後國地藏埼ニ至ル線豐前國部埼ヨリ長門國宇部村ニ至ル線ヲ以テ限ラレタル內海トス」ト

(4)　種類及價格ヲ明告セサル高價品ニ對スル損害　運送契約ノ場合ニ於テモ此等ニ對スル損害ヲ賠償セス蓋高價品ナルトキハ危險ノ程度モ亦多シ隨テ保管ノ爲ニ相當ノ注意ト手段トヲ盡スニ當リテハ費用モ多ク之ヲ要ス故ニ運送賃モ亦高カラサルヲ得ス然ルニ通常ノ運送品トシテ委託ヲ爲シ低廉ナル運送賃ヲ支拂ヒナカラ獨完全ナル保管ヲ得ントスルコトハ無理ナル注文ト謂ハサルヲ得ス故ニ運送契約ノ場合ニモ此等ノ物ニ對スル損害ノ賠償ヲ爲サスト之ト同理ニ基キ共同海損ノ場合ニモ之カ損害ノ賠償ヲ爲サス蓋船長カ之カ處分ヲ爲スニ當リ取捨ヲ爲スコトヲ得サレハナリ（三三八條、六四七條二項）

(5)　實價ヨリ低キ價額ヲ記載シタルトキ　積荷ニ付テハ實價ヲ賠償スルヲ原則トス然ルニ其例外トシテ若船荷證券其他積荷ノ價格ヲ評定スルニ足ルヘキ書類ニ積荷ノ實價ヨリ低キ價額ヲ記載シタルトキハ其積荷ニ加ヘタル損害ハ全ク之ヲ賠償セサルニ非サルモ實價ニ依ラスシテ記載シタル低キ價額ニ依ルモノトス（六四八條一項）隨テ損害ノ一部分ハ同ク賠償サレサルコトト爲ルナリ故ニ予ハ茲ニ例外(5)トシテ加ヘタルナリ蓋故意ニ低キ價ヲ記載シ共同海損ノ負擔額ヲ尠カラシメントスルカ如キハ不都合ナルカ故ニ其制裁トシテ此等カ損害ヲ被リタルトキハ其低キ價ニ從テ賠償サル而シテ此等ノ物カ保存サレ海損ノ分擔ヲ爲ス際ハ實價ニ依ルハ勿論トス若實價ヨリ高キ價ヲ記載セルトキハ其高キ價ニ從テ分擔義務アルコトハ既ニ述ヘタリ若高キ價ヲ記載スル物カ損害ヲ被リタルトキハ其實價ニ依テ賠償ヲ受クルハ勿論トス

以上共同海損ノ賠償請求債權者タルヘキモノノ原則及例外ヲ說明シタリ然ルニ斯種ノ債權ハ疾ク之ヲ行使スヘキモノナルカ故ニ一年ノ短期時效ヲ設ケタリ尙其期間ハ計算終了ノ時ヨリ之ヲ起算スルモノ

トス（六五一條）蓋其時ヨリ請求ヲ爲スコトヲ得レハナリ

第四項　損害物ノ復歸ニ因ル賠償金ノ返還

利害關係人ノ共同海損ヲ分擔シタル後船舶、其屬具若クハ積荷ノ全部又ハ一部カ其所有者ニ復歸スルコトナキニ非ス例之一旦坐礁シタル船舶カ浮上リ又ハ漂流シタル荷物カ救助サレタル場合ノ如キ是ナリ斯ル場合ニ此等ノ物ニ生シタル損害ハ既ニ共同海損トシテ賠償サレタルモノナルカ故ニ若復歸シタル物ヲ其儘之ヲ取得シ置クトキハ不當ノ利得ヲ爲スニ至ル仍テ該所有者ハ既ニ得タル賠償金中ヨリ復歸ノ爲ニ要シタル救助ノ費用及若一部滅失又ハ毀損アリタルトキハ其損害ノ額ヲ控除シタル後殘額ヲ他ノ利害關係人ニ返還スルコトヲ要スルナリ（六四九條）

第五項　準共同海損

共同海損ハ船舶及積荷ノ共同ノ危險ヲ免ルル爲ニ船舶又ハ積荷ニ付船長ノ故意ニ爲シタル處分ニ因テ生シタル損害又ハ費用ナリ然ルニ船舶カ不可抗力ニ因テ發航港又ハ航海ノ途中ニ於テ碇泊ヲ爲シ爲ニ要シタル費用ハ此等ノ要件ノ全部ヲ具ヘサルカ爲ニ共同海損ト稱スルコトヲ得ス例之封鎖、檢疫又ハ差押等ノ爲ニ發航スルコトヲ得サル場合ノ如キ其碇泊費用タルヤ此等ノ要件ヲ具備セサルカ爲メ共同海損ト稱スヘカラサルモ既ニ荷物ノ船積竝ニ發航ノ準備ヲ終リタル後ナルカ故ニ當事者ノ何レニモ過失ナク其碇泊タルヤ總テノ利害關係人ノ爲ニ己ムコトヲ得スシテ發生シタルモノニシテ其費用ヲ獨船舶所有者ノミヲシテ負擔セシムルハ酷ニ失スル事利害關係人ニ於テ分擔スルヲ當然トス故ニ共同海損ニ準シ其費用ヲ分擔スルモノナリ（六五二條、獨新六三五條、七三三條）

第二節　船舶ノ衝突

我商法ハ船舶ノ衝突ニ關シテハ唯第六五〇條一箇條ヲ設ケタルノミ故ニ他ハ民法其他ノ普通法ニ依テ判斷スルノ外ナキノミ船舶ノ衝突トハ船舶ト船舶トノ衝突ノ意ニシテ浮標檣等トノ衝突ノ意ニ非ス故ニ二箇以上ノ船舶ノ衝突ト解スヘシ然ルニ我商法ニ所謂船舶トハ商行爲ヲ爲ス目的ヲ以テ航海ノ用ニ供スルモノヲ謂フ故ニ我商法規定スル所ノ船舶衝突ニ關スル規定ハ獨商行爲ヲ爲ス目的ヲ有スル所謂商船ト商船トノ衝突ノミノ規定ニシテ商船ト漁船又ハ軍艦其他ノ公船トノ衝突ニ適用スヘカラサルコト明ナリ唯船舶法第三五條ノ規定ニ依リ商法第五編ノ規定ハ商行爲ヲ爲ス目的ヲ以テセサルモ航海ノ用ニ供スル船舶ニ之ヲ準用スルカ故ニ私有ノ海船ニ付テハ總テ商法ノ規定ヲ準用シ得ヘシ然レトモ同條但書ニ依リ官廳又ハ公署ノ所有ニ屬スル船舶ハ其準用ヲ受ケサルカ故ニ商船ト軍艦トノ衝突ノ如キハ他ニ特別法ノ發布アクンハ直ニ商法ノ規定ヲ準用スルコト能ハサルナリ

今衝突ニ因ル損害負擔ノ各場合ヲ左ニ說明スヘシ

（一）船舶カ不可抗力ニ因リ衝突シタルトキハ何人ニ對シテモ其損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルカ故ニ各自其被リタル損害ヲ負擔スルノ外其詮ナシ

（二）衝突カ一方ノ過失ノミニ基ク場合ハ過失者ニ於テ相手方ノ損害ヲ負擔スヘキハ民法不法行爲ノ通則ノ適用ヨリ明ナリ然レトモ船舶所有者ハ此場合ニモ尙委付權ヲ行フコトヲ得

（三）雙方ニ過失アリテ其過失ノ輕重ヲ知リ得ヘキトキハ雙方ノ損害ヲ一團ト看做シ其過失ノ輕重ニ從

0368

ヲ其損害ヲ分擔スヲ是亦不法行爲ノ通則ノ適用ナリ例之甲船ニ生シタル損害一萬圓ニシテ乙船ニ生シタル損害二萬圓ナルトキハ之ヲ合シテ衝突ヨリ生シタル損害高三萬圓ト爲ル而シテ甲船ノ過失三分ニシテ乙船ノ過失七分トスレハ甲船ノ負擔高九千圓ニシテ乙船ノ負擔高二萬千圓ト爲ル故ニ甲船所有者ハ乙船所有者ニ對シテ千圓ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ

(四)　若雙方ノ過失ノ輕重ヲ知ルコトヲ得サルトキハ直ニ不法行爲ノ通則ニ依ルヲ得ス特別規定ノ必要アリ然ルニ法律上ニ於テハ其過失ヲ同等ト看做スノ外ナシ仍テ各所有者ハ衝突ニ因テ生シタル損害ヲ平分シテ負擔スルモノト規定セリ(六五〇條)例之前揭ノ例ニ於テ衝突ニ因テ生シタル損害ヲ合セテ三萬圓ナルカ故ニ之ヲ平分シテ甲乙船一萬五千圓ツヽ之ヲ負擔スルニ乙船ニ生シタル損害ハ二萬圓ナルカ故ニ乙船所有者ハ五千圓ノ賠償ヲ甲船所有者ニ向テ請求スルコトヲ得ヘキナリ

(五)　衝突原因不明ノ場合ハ不可抗力ノ衝突ノ場合ト等シク各自其被リタル損害ヲ負擔スルノ外ナシ何トナレハ不法行爲ヲ原因トシテ損害賠償ノ請求ヲ爲サントセハ相手方ノ過失ノ證明ヲ爲ササルヘカラス然ルニ此場合ハ衝突ノ原因不明ニシテ相手方ノ過失ノ證明不明ノ場合ナリ故ニ各自ノ被リタル損害ハ自ラ負擔スルヨリ其詮ナキナリ

衝突ニ因ル損害賠償請求權モ亦一年ノ短期時效ニ因テ消滅ス(六五一條一項、尚萬國海法會議ノ衝突ニ關スル損害賠償ノ原則ニ對スル千九百二年漢堡會議ノ議決ニ付テハ國際法學會雜誌一年一一號拙著報告參照)

第八章　保險

第一節　海上保險契約ノ定義、要素竝ニ其成立

海上保險契約トハ當事者ノ一方カ航海ニ關スル事故ニ因テ生スルコトアルヘキ損害ヲ塡補スルコトヲ約シ相手方カ之ニ報酬ヲ與フルコトヲ約スル一種ノ損害保險契約ナリ(六五三條一項、獨商七七八條乃至七八〇條)

如此海上保險契約ハ其性質一種ノ損害保險契約ニシテ海商編ニ特別ノ規定アクンハ總テ皆陸上ノ損害保險ニ關スル總則ノ規定適用セラルルモノトス(六五三條二項)法文ニ適用ナル文字ヲ用ヒタル場合ハ總テ其性質ノ同一ナルコトヲ證明スルモノトス故ニ陸上ノ損害保險ニ關スル說明ハ殆總テ直ニ取リテ以テ之ヲ海上保險契約ノ說明ニ應用スルコトヲ得ヘシ故ニ予ハ二者ニ共通ナル契約性質上ノ說明ハ總テ之ヲ省略シ唯法典ノ規定ニ從ヒ海上保險ニ特別ナル事ノミヲ述ヘント欲ス

次ニ海上保險契約ノ要素ニ關スル特別ナル事項ヲ左ニ說明スヘシ

第一　被保險利益又ハ保險ノ目的　損害保險契約ハ其損害ヲ塡補スルコトヲ約スル契約ナルカ故ニ金錢ニ見積リ得ヘキ被保險利益ノ存在セサルヘカラサルコト勿論ナリ(三八五條)今海上保險ニ特殊ナル被保險利益ヲ例示スレハ左ノ如シ

一　船舶　船舶ハ海上保險ノ目的物ノ最主要ナルモノナリ而シテ船舶保險ノ場合ニ於テ其屬具竝ニ當該航海ノ爲ニスル艤裝ノ費用等モ當然其中ニ包含サレ保險價額中ニ算入スヘキモノナリヤ否ヤ是固ヨリ保險契約ノ約款トシテ保險證券中ニ於テ記載サルヘキ事項ニ屬スルカ故ニ明ニ之ニ付テ記載アルトキハ固ヨリ疑ヲ生セス若何等ノ記載ナキトキハ疑ヲ生スト雖保險業者間ノ慣習又ハ契約當時ノ當事者

0369

ノ意思ヲ推測シテ事實問題トシテ之ヲ決定スルノ外ナシ唯法律ノ規定トシテ從物ハ主物ノ處分ニ從フモノニシテ屬具目錄ニ記載サレタル物ハ從物ト推定サルルカ故ニ反證チキ限ハ從物タル屬具ハ主物ト共ニ保險ニ付セラレタルモノト謂ハサルヘカラス（五二九條）

船舶ノ保險ニ於ルル其保險價額ハ保險者ノ責任カ始ル時ニ於ル其價額ニ依ルモノトス（六五六條、舊新七九五條）當事者カ反對ノ特約ヲ爲シタル場合ハ其特約ニ依ルヘキモノトス　舊商法第九五四條ハ危險ノ始ル時ノ價額ニ依ルモノト爲シタルモ危險ノ始ル時ハ通常ハ保險者ノ責任ノ始ル時ナリト雖亦然ラサルコトナキヲ保セス故ニ本條ノ如ク保險者ノ責任ノ始ル時ト爲スヲ理論ニ適シタルモノトス又到達ノ時ノ價格ニ依レハ至當ナルカ如キモ船舶カ海難ノ爲メ實際ニ到達セサリシ場合ノ如キハ想像上ノ價格ニ過キスシテ實際ノ價格ヲ知ルコト能ハス故ニ之ニ依ルト爲スハ却テ後日爭議ヲ增スニ過キサルモノトス又保險ノ總則第三九三條ニ依レハ「保險者カ塡補スヘキ損害ノ額ハ其損害カ生シタル地ニ於ル其時ノ價額ニ依テ之ヲ定ム」ト規定セリト雖海上保險ニ付テハ此通則ニ從テ其損害ヲ知ルコト難シトス何トナレハ其損害ハ多クハ航海ノ途中ニ於テ生スレハナリ故ニ右ノ特別規定ヲ設ケタルモノトス又價格ハ何レノ土地ノモノヲ標準トスルカニ付テモ船舶ハ商品等ト異ナリ直ニ其所在地ノ價格ニ依ルハ不當ナリトス何トナレハ船舶ハ之ニ因テ運送賃ヲ取得スル爲ニ使用セラルルモノニシテ之ヲ賣却センカ爲ニ送付サルルモノニ非サレハナリ故ニ法律之ニ付テ何等ノ明言スル所ナク各場合ノ事實問題ニ一任シ事ヲ生シタル場合ニハ畢竟鑑定人等ヲシテ其價格ヲ決定セシメントシタルモノナリ

二　積荷　積荷モ亦海上保險ノ目的物ノ主要ナルモノノ一ナリ其被保險利益タルハ勿論トス而シテ其保險價額ハ其船積ノ地及時ニ於ル其價額及船積竝ニ保險ニ關スル費用ノ合算サレタルモノトス（六五七條、獨商七九九條）蓋積荷ニ付テモ亦船舶ト同ク其損害ハ航海中ニ生スヘキカ故ニ其地竝ニ時ニ於ル價格ハ之ヲ知ルコト能ハス又積荷カ全然滅失シテ到達地ニ著セス又ハ到達スルモ損害ヲ被リテ到達スルトキハ其到達ノ地及時ニ於ル價格ヲ知ルコト困難ナリ故ニ陸揚ノ地及時ニ於ル價額ニ依ラス便宜規定トシテ船積ノ時及地ニ於ル價格ニ依ルモノトス蓋其價格ハ之ヲ知ルコト容易ニシテ且確實ナルノミナラス保險者ノ責任モ亦此時ヨリ始ルモノナレハナリ（六八〇條）

三　希望利益　茲ニ希望利益トハ積荷ノ到達ニ因テ得ヘキ利益ヲ謂フ例之荷主カ到達港ニ於テ積荷ヲ賣却シテ得ヘキ利益ノ如キ是ナリ蓋往時ニ在テハ保險ハ危險ニ因テ損害ニ遭遇セサル以前ノ位置ニ恢復セシムルヲ以テ其主義ト爲シタルヵ故ニ希望利益又ハ運送賃ノ如キハ之ヲ保險ニ付スルコトヲ得サリシモ今日ニ在テハ航海ヲ終リシナラハ之アリシナラント察セラルル地位ニ復セシムルコトヲ保險ノ目的トスルカ故ニ希望利益又ハ運送賃ノ如キモ保險ニ付スルコトヲ得ルナリ而シテ希望利益ハ通常ハ積荷ノ原價ト合算シテ其ニ保險ニ付スルヿト多ク希望利益ノミ保險ニ付スルコトハ極テ稀ナリ若之ノミヲ以テ保險ニ付シタルトキハ其保險價額ハ如何ニ之ヲ定ムルヤ利益ハ不定ノモノナルカ故ニ船舶又ハ積荷ノ如ク保險價額ヲ定ムル一定ノ標準ヲ設クルコト頗困難ナリ外國ニ於テハ或ハ制限ヲ設クルモノアリ或ハ事實問題ノミニ一任スルモノアリ然レトモ實際上ニ於テハ利益ノ保險ニ付テハ保險價額ハ保險金額ト同一ナルヲ通例トスルカ故ニ若契約ヲ以テ保險價額ヲ定メサリシトキハ保險金額ヲ以テ保險價額ト爲シタルモノト推定スト規定セリ（六五八條）而シテ本條アルカ爲ニ第三八六條ノ適用ヲ妨ケラルルモノニ非ス他ノ證明ニ據リ超過保險タルコト明瞭ナルニ至レハ其超過部分ニ付テハ其契約無效タルナリ又右ノ推定ハ契約上保險金額ヲ以テ保險價額ヲ定メタルモノト推定スルモノナルカ故ニ縱シ

0370

反對ノ證據ナクシテ其推定ニ從フトスルモ第三九四條ノ適用ヲ受クルコト之アルヘキハ豫想シ得ヘキ所ナリ

四　運送賃　運送賃ハ積荷ノ到達ニ因テ得ヘキ報酬ニシテ船隊ノ荷主ノ希望利益ト同一ニ取扱ハレ保險ノ目的タルコトヲ得ルモノトス（六五八條）

五　船員ノ給料　往時ニ在テハ船員ノ給料ハ之ヲ保險ニ付スヘカラストノ思想ヲ有セリ蓋船員ハ海難ニ際シ畢生ノ力ヲ盡ササルヘカラサルニ若其給料ヲ保險ニ付シテ保險金ヲ獲得スルコトヲ得ハ熱心竝ニ盡力ノ度ヲ減殺センコトヲ慮レタルニ因ルモノナリ故ニ舊商法第九五三條第三項ハ船員ノ給料及報酬ノ保險ヲ無效ト爲セリ然レトモ今日ニ在テハ船員ノ取締竝ニ奬勵ハ他ニ其途アルモノトシ船舶所有者ハ船員ノ權利ニ付テハ常ニ無限責任ヲ負フモノトシ（五四四條二項）又保險者ニ船舶ヲ委付シタリトスルモ雇傭契約ノ終結ニ至ル迄ノ給料ハ船舶所有者常ニ之ヲ支拂フモノト爲スノ主義ヲ取レルカ故ニ保險ニ付テモ亦其給料ハ之ヲ保險ニ付シ得ルモノトシタルナリ

以上一乃至五トシテ海上保險契約ノ被保險利益タルモノヲ列擧シタルハ唯其例示タルニ止リ此他航海ノ危險ニ罹ルヘキ財產上ノ利益ハ總テ皆其保險ノ目的タルコトヲ得ヘキモノトス又保險者ハ總テ其利益ヲ再保險ニ付スルコトヲ得ヘキモノトス

第二　危險　危險ナケレハ保險ナシトハ保險法上ノ原則ナリ故ニ危險カ保險契約ノ要素タルハ言ヲ俟タス而シテ海上保險ニ於ル危險トハ法文ニ所謂航海ニ關スル事故ナルモノ即是ナリ（六五三條一項、六五四條）凡航海ニ關スル危險ハ其種類極テ多シ或ハ全ク天災ニ基クモノアリ例之暴風雨、破船、坐礁、膠沙、流氷、等ノ如シ或ハ人爲ニ出ツルモノアリ例之海賊ノ襲來又ハ船員ノ過失ニ因ル衝突ノ如シ或ハ戰爭其他ノ國ノ處分ニ基クモノアリ例之捕獲、封鎖、仰留等ノ如シ我法文ハ危險ノ種類ニ付航海ニ關スル事故ト謂ヒテ其書方極テ廣汎ナルカ故ニ總テ此等ノ危險ハ皆其中ニ包含サルルモノト謂ハサルヘカラス蓋商法ハ此點ニ付到底例示的ノ又ハ列擧的ノ規定ヲ設クルコト能ハサルモノトシ極テ概括的ノ規定ヲ設ケタルモノニシテ保險業者ノ通常負擔セサル危險等ニ付テハ總テ保險證券ニ因ル特約ノ範圍ニ一任シタルモノナリ

第三　保險料　損害保險契約ハ當事者ノ一方カ海上ノ危險ヨリ生シタル損害ヲ塡補スルコトヲ約シ相手方カ報酬即保險料ヲ支拂フコトヲ約スルモノナルカ故ニ保險料カ契約ノ要素タルハ言ヲ俟タス而シテ該契約カ自己ノ爲ニセラレタル場合ハ勿論他人ノ爲ニセラレタル場合モ亦保險契約者ニ於テ支拂フコトノ義務アルモノトス（三八四條、四〇一條）而シテ其保險料ノ額合ハ保險ノ目的、期間、航海區域、竝ニ其季節等ニ依テ定メラルヘキモノニシテ其法律上ノ性質ニ至テハ陸上ノ損害保險ノ場合ト毫モ異ナル所アラサルカ故ニ茲ニ之ヲ詳說セス

最後ニ海上保險契約ノ成立ニ付一言スヘシ海上保險契約ハ諾成契約ナリ故ニ契約ノ成立ニ付テ別段ノ方式ヲ必要トセス然レトモ後日ノ證據ノ爲ニ保險契約者ハ保險者ニ對シテ海上保險證券ノ交付ヲ請求スルコトヲ得（四〇三條、六五三條二項）而シテ該證券ニハ第四〇三條第二項ニ揭ケタル事項ノ外左ニ說明スル所ノ事項ヲ記載スルコトヲ要ス（六六一條、獨新七八四條）

船舶ヲ保險ニ付シタル場合ニ於テハ其船舶ノ名稱、國籍竝ニ種類、船長ノ氏名及發航港、到達港又ハ寄航港ノ定アルトキハ其港名ヲ記載スルコトヲ要ス蓋船舶ニ付テハ其名稱、國籍竝ニ種類等ハ最重要ナルモノニシテ之ニ依テ他ノ船舶ト識別スルコトヲ得又當事者ハ之ヲ知ルトキハ直ニ船名錄ニ就テ其噸

0371

數等ヲ知ルコトヲ得種類トハ汽船、帆船ノ如キ區別ヲ謂フ（船舶法一條）又船長ノ氏名ヲ揭クル必要アルハ船長ハ一船ノ指揮者ニシテ船舶操縱ノ任ニ當ル者ナルカ故ニ船長ノ何人タルカハ該船舶ニ付テハ重要ナル關係ヲ有シ殊ニ其何人タルカニ依ヲ危險ノ度ニ差異アルヲ以テナリ故ニ船長ノ氏名モ亦船體保險ノ場合ニ之ヲ證券ニ揭クル必要アリ然レトモ船長ノ變更ハ已ムコトヲ得スシテ往往之ヲ爲ス場合アリ（五六〇條）然ルニ之カ爲ニ直ニ保險契約ノ效力ニ影響ヲ及ストキハ往往當事者ノ意思ニ背クコトアルヘキカ故ニ保險契約中ニ船長ヲ指定シタルトキト雖若之ニ關スル特約ナキトキハ船長ノ變更ハ契約ノ效力ニ影響ヲ及サヽルモノトス（六六四條）又發航港、到達港、寄航港等ヲ證券ニ揭クル必要アルハ勿論ニシテ航海其モノノ範圍ヲ表示スルニ必要ナレハナリ

積荷ヲ保險ニ付シ又ハ積荷ノ到達ニ因テ得ヘキ利益若クハ報酬ヲ保險ニ付シタル場合ニ於テハ船舶ノ名稱、國籍竝ニ種類、船積港及陸揚港ヲ證券ニ記載スルコトヲ要ス蓋此等ノ事項ハ積荷竝ニ利益等ノ保險ノ場合ニ於テ其危險ヲ定ムル最重要ナル材料ナレハナリ然レトモ船舶ハ契約ノ當時之ヲ特定セス後日ニ至テ始テ之ヲ特定セシムル場合アリ其場合ニハ特定次第遲滯ナク保險契約者又ハ被保險者ニ於テ保險者ニ對シテ船舶ノ名稱及國籍ヲ通知スル義務アリ（六六八條）

以上說明シタル記載事項タルヤ海上保險契約ノ約款トシテ最重要ナルモノヲ列擧シタルニ止リ此他當事者ノ特約事項ヲ數多記載スルコトハ固ヨリ之ヲ妨ケス又此等ノ記載事項ヲ悉記載セサリシ場合ニ於テモ保險證券トシテ必シモ無效ナルニ非ス唯相手方ハ完全ナル記載アル證券ノ交付ヲ請求スルコトヲ得ヘキノミ

第二節　海上保險契約ノ效力

第一項　保險者ノ責任

第一　責任ノ始期及終期　保險者ノ責任ノ始期及終期ヲ定ムルニ或ハ一定ノ時日ヲ指定シ例之何年何月何日ヨリ始リ何日ニ終ルト云フカ如ク定ムル場合アリ或ハ何箇月ノ期間ト云フカ如ク其期間ヲ限定シテ定ムル場合アリ契約ニ於テ如此定方ヲ爲シタル場合ニ於テハ保險者ノ責任ノ始期及終期ヲ知ルコト容易ニシテ又問題ヲ生スルコト勘シ唯、一航海ニ付テ保險ニ付シタル場合ニ付テハ問題ヲ生スヘキカ故ニ商法ハ第六五九條及第六六〇條ニ於テ之カ始期及終期ヲ規定セリ（獨新八二三條、八二四條）

(1)　船舶保險ノ場合　一航海ニ付船舶ヲ保險ニ付シタル場合ニ於ル保險者ノ責任ハ荷物又ハ底荷ノ船積ニ著手シタル時ヲ以テ始ルモノトス蓋航海ニ關スル危險ハ單ニ發航ノ時ヨリ始ルニ非スシテ荷物又ハ底荷ノ船積ニ著手シタル時ヨリ其船舶ハ最早該航海ノ爲ノ危險ニ遭遇シ居ルヲ以テナリ然ルニ荷物又ハ底荷ノ船積ヲモ之ナキ場合ハ如何ニ判斷スヘキカ獨第八二三條第一項末段ニハ此場合ニハ發航ノ時ヲ以テ保險者ノ責任始ルモノト明言セリト雖我法文ニハ汎ク荷物ノ船積ト云ヒ獨運送品トシテノ積荷ニ止ラス船員等ノ自用ノ荷物ノ積入モ亦之ヲ包含スルカ故ニ縱令運送品トシテノ積荷之ナキ場合ト雖少クトモ船舶自用品トシテノ荷物ノ積入ハ之アルヘキカ故ニ實際上此規定ノ適用ニ外ナルル場合ハ之ナカルヘシ又往復航海ヲ爲スヘキ場合又ハ他港ヨリ船積港ヘ航行スル場合ノ如キモ亦此條文ノ適用アルヘシ然ルニ荷物又ハ底荷ノ全部又ハ一部ノ船積ヲ爲シタル後船舶ヲ保險ニ付シタルトキハ該船舶ハ最早該

0372

航海ノ爲ニ危險ニ浴シツツアルカ故ニ保險者ノ責任ハ保險契約成立ノ時ヨリ直ニ始ルモノトス保險者ノ責任ノ終期ハ到達港ニ於テ荷物又ハ底荷ノ陸揚ノ終了シタル時ナリトス蓋該航海ノ危險ハ其終了ノ時迄繼續スレハナリ故ニ船舶カ安全ニ到達港ニ著シタルノミニテハ保險者ノ責任ハ終了セサルナリ然レトモ其陸揚カ被保險者又ハ船長等ノ故意又ハ過失ニ因リ猥ニ遲延セラレ而モ尙保險者其責任ヲ負擔セサルヘカラサルノ理由ナキニ依リ斯ル場合ニハ保險者ノ責任ハ其陸揚カ終了スヘカリシ時ニ終ルモノトス尤不可抗力ニ因テ陸揚カ遲延シタル場合ハ保險者尙其責任ヲ持續ス

若到達港ニ於テ保險者カ保險シタル前航海ノ荷物又ハ底荷ヲ未全部陸揚セサルニ當リ船舶所有者カ新ナル航海ノ爲ニ荷物又ハ底荷ヲ船積シタルトキハ保險者ノ責任ハ何時終ルヘキカ獨逸法第八二三條第三項ニハ之ニ關シテモ亦明文ヲ設ケ新航海ノ爲ニ荷物又ハ底荷ノ船積ニ著手シタル時ヲ以テ保險者ノ責任終ルノ旨ヲ明ニシタリ我商法ニハ之ニ關スル特別ノ明文ナキヲ以テ斯ル場合ニモ原則トシテ保險者ノ責任ハ陸揚カ終了スヘカリシ時ヲ以テ終ルモノトシ若新航海ノ爲ニスル船積カ危險ヲ著シク變更若クハ增加シタルトキハ保險者其以後ノ事故ニ責任ヲ負フコトナシト解スヘキナリ要スルニ第六六三條ノ適用問題トシテ解釋スヘキナリ

(2) 積荷又ハ其到達ニ因テ得ヘキ利益若クハ報酬ノ保險ノ場合　此場合ニハ保險者ノ責任ハ積荷カ陸地ヲ離レタルトキニ始ルモノトス其「陸地ヲ離レタルトキ」ト云フノ意味ニ關シテ(唯陸地ヲ離レタルノミニテ可ナリト云フ說(「レアッソ」氏「エンデマン」商法敎科書四卷四〇一頁)ト唯其レノミニテハ不可ナリ必水上ニ來リタルコトヲ要スト爲ス說(「レウイス」獨逸八二八條註釋)トノ二アリ然レトモ予ハ前說ニ左袒セント欲ス何トナレハ法文單ニ陸地ヲ離レタルトキト曰ヘハナリ然レトモ其陸地ヲ離ルルハ偶然ノ出來事等ニ因リ無意義ニ離レタルニテハ不可ナリ必船積ノ目的ノ爲ニ離レタル場合ナラサルヘカラス又其離ルル場所ハ必船積地トシテ契約ニ定メタル場所ヲ離ルル場合ナラサルヘカラス故ニ解舟等ニ依テ船積地迄輸送サル間ニ積荷カ危險ニ遭遇シタリトスルモ保險者其損害塡補ノ責ニ任スヘキモノニ非サルナリ(「エンデマン」商法敎科書四卷四〇〇頁以下、「レウイス」二卷三八八頁)然ルニ船積地ニ於テ船積ノ爲ニ更ニ解舟ヲ用フル場合ハ保險者最早其責ニ任スヘキナリ保險者ノ責任ノ終期ハ陸揚カ終了シタル時ニ在リトス陸揚トハ陸揚地トシテ定メタル陸地ニ揚クルノ意ナリ隨テ陸場ノ爲ノ危險ハ保險者其責ニ任スヘキナリ故ニ一旦其地(揚ケ終リタル以上ハ縱令海路ヲ以テスルモ之ヨリ更ニ他ノ地ヘ轉送スル場合ノ如キハ保險者ノ責任外ナルコト勿論ナリ尙其陸揚カ不可抗力ニ因ラシテ遲延シタル場合ハ保險者ノ責任ハ其終了スヘカリシ時ヲ以テ終ルモノトス又第六六〇條カ前條ノ場合ト同ク一航海ニ付テノ保險ノ場合ヲ豫想セルコトハ前條第三項ヲ此場合ニ準用セルヲ見ラモ明ナリ

第二　契約ノ要件變更カ保險契約ノ效力又ハ保險者ノ責任ニ及ス影響

(1) 航海ノ變更　航海トハ最初ノ發航港ヨリ最後ノ到達港迄ノ全企業ヲ意味ス故ニ航海變更トハ例之發航港ヲ變更シ又ハ到達港ヲ變更スル場合ノ如ク企業其モノヲ根底ヨリ變更スルモノナルカ故ニ危險其モノノ基礎カ變更シ來ルヘキハ當然ナリ故ニ航海ノ變更アリタルトキハ保險契約ニ影響ヲ及スヘキハ勿論ナリ故ニ保險者ノ責任ノ始ル前ニ於テ航海ヲ變更シタルトキハ保險契約ハ當然其效力ヲ失フヘキモノトス(六六二條、獨新八一三條)

保險者ノ責任ノ始ル前トハ一航海ニ付テノ保險タルト期間ヲ定メテノ保險タルトヲ問ハサルモノトス

0373

又航海ノ變更ノ原因ハ不可抗力ニ因リタルト將被保險者等ノ任意ニ出タルトヲ問ハサルナリ蓋契約ノ目的カ特定ノ航海ニ付テノ保險ナルカ故ニ保險者ノ責任發生前ニ其航海カ變更サレタル以上ハ契約ノ目的消滅シタリト云フモ可ナリ故ニ契約ハ當然其效力ヲ失フモノトス然レトモ此場合ニ於テモ仍保險契約者又ハ被保險者ハ保險者ニ對シテ多少ノ賠償ヲ爲ス必要アルコトハ之ヲ豫想スルコトヲ得ヘシ（四〇八條四〇九條）

然ルニ保險者ノ責任カ始リタル後航海ノ變更アリタルトキハ保險契約ハ當然其效力ヲ失ハス其變更迄ノ間ニ生シタル損害ニ付テハ保險者其責ニ任スヘキハ勿論又保險契約者ニ在テハ保險料支拂ノ責ニ任スヘキナリ然レトモ保險者ニ在テハ航海變更後ノ事故ニ付テハ責任ヲ負フコトナシ但其變更カ保險契約者又ハ被保險者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因テ生シタルトキ例之不可抗力ニ因リタル場合ノ如キハ保險者ノ責任ハ猶繼續スルモノトス

然レトモ其不可抗力ナルモノ若保險者カ特約ニ因リ其責任ヲ負ハサル旨ヲ約シタル責任除外ノ事故ニ屬スルトキハ如何之ニ付テハ獨新第八一三條第二項末段ニハ明文ノ存スルアリテ斯ル事故ニ因ル航海變更以後ハ保險者其責ニ任セサル旨ヲ明ニセリ我商法ニハ斯ル明文ナシト雖特約ニ因ル免責事項ニ因リ航海ノ變更ヲ來シタルモノナルカ故ニ其特約ノ效力トシテ航海變更後ノ事故ニ因ル損害ニ付テモ亦其責ニ任セサルモノト解スヘキナリ例之戰爭ニ因ル危險ハ免責事項トシテ保險者之ヲ保險證券ニ掲ケタル場合ニ敵艦ニ追躡セラレタルニ因リ已ムコトヲ得ス船長其航海ヲ變更シテ他港ニ航行シタリトセンニ其航海變更ノ原因ハ保險者ノ免責事項ニ屬スルカ故ニ爾後ノ事故ニ因ル損害ハ保險者總テ責任ヲ免ルト謂フヘキナリ（マコーウエル八一三條註釋一）

尙到達港ヲ變更シ其實行ニ著手シタルトキハ縱令未保險シタル航路ヲ離レサルトキト雖法律上航海ノ變更アリタルモノト看做ス其理由ハ保險シタル航路ヲ離レタルヤ否ヤハ事實ノ證明頗困難ニシテ之ヲ以テ航海變更ノ徵證トスルコト能ハサルハ勿論船舶所有者又ハ船長ニ於テ既ニ到達港ヲ變更シ管ニ內心ノ決定ノミニ止ラス其實行ニ著手シタルトキハ最早航海ノ危險ハ其基礎ヲ變更シタルモノナルカ故ニ保險者ノ責任ニ影響ヲ與フヘキハ勿論ナリトス故ニ未豫定ノ航路ヲ離レサルトキト雖既ニ航海ノ變更アルモノト看做スナリ

(2) 航海ノ遲延航路ノ變更其他著シク危險ヲ變更若クハ增加シタル場合　保險者ハ時又ハ路ヲ基礎トシテ危險ノ割合ヲ定メ而シテ之ニ應シタル保險料ヲ取得シ以テ損害ノ生シタル場合ノ塡補ヲ爲スコトヲ契約ノ目的ト爲スモノナルカ故ニ若被保險者ニ於テ發航ヲ爲シ若クハ航海ヲ繼續スルコトヲ怠リ航海期間ヲ延長セシタル場合ノ如キ又ハ豫定ノ航路ヲ變更シタルカ如キ其他此類ノ事項ニ因リ危險ヲ著シク變更若クハ增加シタル場合ニ於テハ保險者ハ其變更又ハ增加以後ノ事故ニ付テハ責任ヲ負フコトナシトスルヲ當然トス（六六三條、獨新八一四條）然レトモ航海ノ變更ト異ナリ航海ノ遲延、航路ノ變更等ハ多少ハ常ニ起リ得ルモノト覺悟セサルヘカラサルカ故ニ縱令航路ノ變更アリトモ著シク危險ノ變更若クハ增加ナキ場合ハ契約ノ效力ニ影響ヲ及ササルモノトス而シテ航路ノ變更トハ西水道ヲ變シテ東水道ヲ取ルカ如キノ類ニシテ發航港又ハ到達港ヲ變更スルカ如キ場合ト之ヲ異ニス又法文ニ被保險者カ危險ヲ變更若クハ增加セシメタルトキヲ豫想スルカ故ニ被保險者ノ知ラサル間ニ第三者カ危險ヲ變更若クハ增加セシメタル場合ノ如キハ本條ノ適用外ナリト謂フヘキナリ（「マコーウエル」八一四條註釋一）

0374

如此被保險者カ危險ヲ著シク變更若クハ增加セシメタル場合ハ爾後ノ事故ニ付テ保險者其責ニ任セサルヘキヲ原則トスト雖例外トシテ保險者仍其責ニ任スヘキ場合三アリ

(イ) 危險ノ變更又ハ增加カ爾後ノ事故ノ發生ニ影響ヲ及ササリシトキ　航海ノ變更ノ場合ニ在テハ其變更カ縱令爾後ノ事故ノ發生ニ影響ヲ及ササリシト云フ證明アリタル場合ト雖保險者カ保險シタル航海其モノノ根本ヨリノ變更ナルカ故ニ航海ノ變更カ保險契約者又ハ被保險者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因テ生シタル場合ニハ保險者常ニ其責任ヲ免ルルモノトス然ルニ航路ノ變更等ニ在テハ變更ノ程度モ航海ノ變更ノ如ク大ナラス原則トシテ保險者常ニ其責ニ任スヘキヲ當然トスルカ故ニ被保險者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因テ危險ノ著シキ變更又ハ增加アリタルトキト雖危險ノ變更又ハ增加カ爾後ノ事故ノ發生ニ影響ヲ及ササリシコトノ證明アリタルトキハ保險者尙其責ニ任スヘキモノトス

(ロ) 危險ノ變更又ハ增加カ保險者ノ負擔ニ歸スヘキ不可抗力ニ因テ生シタルトキ此場合ニ保險者其責ニ任スヘキハ當然ニシテ契約其モノノ效力ト云フモ可ナリ

(ハ) 危險ノ變更又ハ增加カ正當ノ理由ニ因テ生シタルトキ例之人命ノ救援ヲ乞フ者アリタルニ由リ船長ハ已ムコトヲ得ス其航路ヲ變更シタル場合ノ如キ是ナリ(船員法一二條)其他軍艦又ハ官ノ命ニ依リ變更シタル場合ノ如キ是ナリ蓋純理ヨリ言ヘハ斯ル場合ニモ保險者其責ニ任セサルヘキヲ正當トスヘキカ如シト雖單ニ被保險者ノ任意ニ出テタルニ非ス正當ノ理由ニ因テ生シタルモノナルカ故ニ保險者ニ於テ契約ノ際此事アルハ常ニ豫想スヘキ所ナリ故ニ保險者ニ於テ仍其責任アリト爲シタルモノナリ法文ニ所謂保險者ノ負擔ニ歸スヘキナル文字ハ單ニ不可抗力ノミニ拘泥スヘキ文字ニシテ「正當ノ理由」ナル文字ニ冠シテ讀マシムヘキ文字ニ非サルナリ其理由ハ正當ノ理由ノミニ制限シタルニ見テモ明ナリ

(3) 船長ノ變更　船長ノ何人タルコトモ保險契約ヲ結フニ際シテ保險者ノ通常著眼スル一要件ナリ蓋船長其人ノ技能如何ニ依テ危險ノ上ニ差等アレハナリ殊ニ外國航路ニ於テハ船長ノ內外人タルトニ依リ保險率ノ上ニ大ナル差異アリト云フ然レトモ是本外國カ我國船長ノ技能如何ヲ知ラサルニ坐スルモノニシテ單ニ內國ノミニ云フトキハ船長ハ各一定ノ試驗ヲ經テ其技術ニ堪能ナルコトノ證明アル者カ其業ヲ營ムコトヲ得ルモノニシテ其間ニ技能ニ非常ナル差等アルヘカラス殊ニ船舶職員法ニ依リ各船長ハ其乘組ムヘキ船舶ノ等級定レリ(同法四條)故ニ此等ノ法律上ノ取締ニ依リ劣等ナル船長カ直ニ大船ノ船長ニ任セラルルカ如キコトアルナシ故ニ保險契約中ニ船長ヲ指定シタルトキト雖船長ノ變更ハ契約ノ效力ニ影響ヲ及ササルモノトス(六六四條、獨新八一五條)然レトモ其契約中ニ於テ單ニ船長ヲ指定シタルニ止ラス指定船長ノ變更ハ契約ノ效力ニ影響ヲ及ス旨ヲ特約シタルトキハ固ヨリ有效ニシテ本條アルカ爲ニ其特約ノ效力ヲモ併セテ沒却スヘキモノニ非サルナリ

(4) 船舶ノ變更　船舶保險ノ場合ニ於テ其船舶自身カ變更サレタルトキハ契約ハ當然其效力ヲ失フコトハ言ヲ俟タス而シテ其效力ハ保險者ノ責任ノ始リタル後ナルト前ナルトニ依テ之ヲ區別シ保險又ハ契約ノ通則ニ照シテ判斷スヘシ

積荷又ハ積荷ノ到達ニ因テ得ヘキ利益若クハ報酬ヲ保險ニ付シタル場合ニ於テ積荷ノ運送サルル船舶ノ如何ハ保險ニ根本的ノ關係ヲ有スルモノトス故ニ船舶ノ變更アリタルトキハ保險者ハ其變更以後ノ事故ニ付責任ヲ負フコトナシ(六六五條、獨新八一六條)然レトモ其變更カ保險契約者又ハ被保險者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因レルニ非ス又不可抗力ニ因リ已ムコトヲ得スシテ積荷ヲ他船ニ積換ヘタル場合

0375

ノ如キハ保險者ノ責任ハ依然トシテ持續スルモノトス

然レトモ其不可抗力ナルモノ若保險者ノ特約ニ依テ其負擔ニ歸スヘカラサル免責事項タル不可抗力ナリシトキハ如何之ニ付テハ獨新第八一六條末段ニハ明文ノ存スルアリテ保險者其責ヲ負ハサル旨ヲ明ニセリト雖我法文ニハ明文ナキヲ以テ多少ノ疑問ナルモ予ハ第六六二條第二項但書ニ付テ爲シタルト同一ノ見解ヲ取リ特約ニ因リ保險者ノ負擔ニ歸スヘカラサル不可抗力ニ因テ船舶ノ變更アリタルトキハ其特約ノ效力トシテ爾後ノ事故ニ付テモ保險者其責ニ任セサルモノト解釋セント欲スルナリ

(5) 船舶カ發航日定メラレタル場合ノ通知　積荷又ハ其希望利益ヲ保險ニ付シタル場合ニ於テ其契約ヲ爲スニ當リ荷物ヲ積込ムヘキ船舶ヲ定メサリシトキハ保險契約者又ハ被保險者ハ後日其荷物ヲ船積シタルコトヲ知リタルトキハ遲滯ナク保險者ニ對シテ其船舶ノ名稱竝ニ國籍ヲ通知スルコトヲ要ス（六六六條、獨新八一七條）本條ハ保險契約其モノハ完全ニ締結セラレ唯船舶ノミカ契約ノ際未特定セラレサリシ場合ヲ豫想セシコト明ナリ何トナレハ第一項ノ法文ニ「保險契約ヲ爲スニ當タリ」ト曰ヒ第二項ニ於テモ亦「保險契約ハ其效力ヲ失フ」ト曰ヘハナリ又船舶保險ニ其適用ナキコト明ナリ何トナレハ船舶保險ノ場合ニ船舶其モノカ未定ナルトキハ契約ノ目的全然未定ニシテ契約カ完全ニ成立スル理由ナキノミナラス法文自身ニモ「荷物ヲ積込ムヘキ船舶」又ハ「荷物ヲ船積シタルコトヲ知リタルトキ」ト曰ヒテ積荷ノミニ重キヲ置キ積荷保險又ハ其希望利益ノ保險ノミヲ見タルモノナルコト明ナレハナリ

而シテ如此通知義務ヲ保險契約者又ハ被保險者ニ負ハシメタル理由ヲ逃ヘンニ保險者ニ在テハ自己ノ保險シタル荷物カ何レノ船舶ニ積込マレタルカヲ知ルコトハ極テ重要ニシテ若同一船舶ニ自己ノ保險シタル荷物カ許多積込マレタルトキハ後日危險ノ生シタル場合ノ損害多キヲ慮リ或ハ之ヲ再保險ニ付スル必要アルコトアルヘク又單ニ荷物ノ記號若クハ番號等ノミニテハ能ク其荷物ヲ他ノ荷物ト識別シ難キコトアリ就中一人ノ荷物ヲ數船ニ分テ積込ミタル場合ノ如キヤ然リトス故ニ荷物ノ積込アリテ船舶其モノノ特定セラレタルトキハ保險契約者等ハ保險者ニ對シテ其積荷毎ニ船舶ノ名稱竝ニ國籍ノ通知ヲ遲滯ナク發スルコトヲ要スルモノトシタルナリ法文ニ「發スルコトヲ要ス」トアルカ故ニ到著ノ有無ヲ問ハス

然ルニ若其通知ヲ爲スコトヲ怠リ全然其通知ヲ爲サス又ハ其通知ヲ發シタルモ遲滯ナク之ヲ爲サス非常ニ遲延シタルトキハ保險者ニ在テハ積込船舶ノ名稱ヲ知ラス隨テ之カ危險ヲ總テ負擔セシムルトキハ其素志ト違フコトヲ爲ルカ故ニ此場合ニ於テハ保險契約ハ其效力ヲ失フモノニシテ通知前ノ損害タルト通知後ノ損害タルトヲ問ハス保險者ハ全然塡補ノ責ニ任セサルヘキナリ是畢竟通知ヲ怠リタル者ニ對スル制裁ノ規定トス予ハ立法論トシテハ契約ハ效力ヲ失フト言ハンヨリモ寧獨新第八一七條第二項ノ如ク保險者積荷ニ生シタル事故ニ付責任ヲ負フコトナシト云フヲ優レリト信ス

第三　保險者ノ負擔スヘキ損害

(一) 原則　保險者ハ海商編第五章保險ノ規定又ハ保險契約ニ別段ノ定アル場合ヲ除ク外保險期間中保險ノ目的ニ付航海ニ關スル事故ニ因テ生シタル一切ノ損害ヲ塡補スル責ニ任ス（六五四條、獨新八二〇條）航海ニ關スル事故トハ猶航海ニ關スル危險ト云フカ如シ其危險ニ付テハ前節ニ於テ概要ノ說明ヲ爲セリ蓋海上危險ノ種類ハ極テ多キカ故ニ之ヲ列擧シ盡スコトハ極テ難シ舊商法第九五九條竝ニ獨商法第八二〇條第二項ニハ稍列擧主義ノ規定ヲ設ケタレトモ是亦畢竟例示的規定タルニ止リ海上危險ヲ悉網羅シタルニハ非ス故ニ我商法ハ前揭ノ如ク單ニ航海ニ關スル事故ト曰ヒ極テ概括的ノ規定ヲ爲シ

0376

タルノミ

如此損害發生ノ原因タル危險ノ範圍ニ付テモ極テ概括的ナル規定ヲ爲シタルト同時ニ之ニ因テ生シタル損害ニシテ塡補サルヘキ額ニ付テモ一切ノ損害ト曰ヒ極テ概括的ニ之ヲ規定セリ而シテ其例外トシテ保險者ノ負擔セサル危險竝ニ其損害ニ付テハ第六六七條以下ニ規定シ他ハ總テ當事者ノ任意ノ契約ニ一任シタルナリ

玆ニ保險期間中トハ保險者ノ責任ノ始ヲヨリ其終ル時迄ヲ謂フ故ニ保險者ノ責任ヲ期間ニ依テ定メタル場合ハ勿論又一航海ニ付テ定メタル場合モ亦包含スルモノトス

共同海損タル處分ニ因テ保險ノ目的カ損害ヲ被リタル場合モ亦航海ニ關スル事故ニ因テ生シタル損害タルニ相違ナキカ故ニ保險者其損害ヲ塡補スル責任アリ

(イ)然ルニ共同海損タル處分ヲ受ケテ直接ニ損害ヲ受ケタル者ハ他ノ利害關係人ニ對シテ之カ分擔請求權ヲ有スルコトハ既ニ述ヘタル所ナリ故ニ他ノ者ノ分擔額ヲ控除シタル殘額カ眞ニ其者ノ損失ニ歸スルナリ故ニ保險者ハ其純粹ノ損失ノミヲ塡補スレハ足レルカ如シ然レトモ共同海損タル處分ニ受ケテ直接ニ自己ノ船舶又ハ荷物ニ損害ヲ被リタル被保險者ハ唯リ其純粹ノ損失部分ニ付テノミナラス其損害ノ全額ニ付テ先保險者ニ對シテ之カ塡補ノ請求ヲ爲シ得ヘキナリ蓋共同海損ニ於ル他ノ利害關係人ノ分擔義務タルヤ船舶ノ到達又ハ積荷ノ引渡ノ時ニ於テ現存スル價額ヲ限度トスル制限義務ニ屬スルカ故ニ(六四四條)保險者ニ對シテ先損害全部ノ塡補ヲ請求シ得ルト他ノ利害關係人ノ分擔部分ヲ控除シタル純粹ノ損失ノミノ塡補ヲ請求シ得ルトハ當事者ノ利害ニ重大ナル關係ヲ有スル所ナリ殊ニ分擔者中ニ無資力者アリタル場合ヲ然リトス故ニ共同海損タル處分ヲ受ケテ直接ニ損害ヲ被レル當事者ハ先其損害ノ全額ニ付保險者ニ對シテ塡補ヲ請求スルコトヲ得何トナレハ第六五四條ノ明文ハ航海ニ關スル事故ニ因ル一切ノ損害ヲ塡補スル責ニ任スト曰ヒ極テ概括的ニ之ヲ規定スレハナリ(リオン、カン)三版六卷三五六頁)而シテ保險者ニ在テハ被保險者ノ權利ヲ取得シ之ニ基キテ共同海損ノ他ノ利害關係人ニ對シテ分擔ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ(四一五條)

(ロ)若被保險者カ共同海損タル處分ヲ受ケタル直接ノ被害者ニ非スシテ共同海損ニ因テ保存スルコトヲ得タル船舶又ハ積荷ノ所有者ナルトキハ共同海損ヲ分擔スル義務アルカ勿論ナリ其分擔義務タルヤ被保險者ノ損害ナルカ故ニ保險者之ヲ塡補スヘキ責ニ任ス是第六五四條ノ原則ヨリ當然明ナル所ナリト雖保險ノ目的物ノ直接ノ損害ニ非サルカ故ニ果シテ保險者ノ負擔スヘキ損害ナルヤ否ヤ疑ナキ能ハス仍テ法律ハ明文ヲ以テ其旨ヲ明ニシタルナリ(六五五條、獨新八三四條)然レトモ此場合ニ保險者ノ負擔スヘキ共同海損ノ分擔額ヲ其儘ニ塡補スル責任アリヤ或ハ第六五六條以下ノ保險價額ノ規定ニ從ヒ共同海損ニ因ル分擔額ヲ斟酌增減セシメテ而シテ之ヲ塡補スル責任アリヤハ解釋上ノ一疑問ナリ蓋共同海損ノ分擔額ヲ定ムルニ付テハ第六四三條ノ規定ニ依ル即船舶ニ付テハ到達ノ地及時ニ於ル價格トシ積荷ニ付テハ陸揚ノ地及時ニ於ル價格トス然ルニ保險價額ヲ定ムルニ付テハ第六五六條以下ノ規定ニ依ル即船舶ニ付テハ保險者ノ責任カ始ル時ニ於ル價額トシ積荷ニ付テハ其船積ノ地及時ニ於ル價額及船積竝ニ保險ニ關スル費用ヲ以テ保險價額トス故ニ船舶又ハ積荷ニ付テ共同海損ノ分擔額ヲ定ムル場合ノ標準時竝ニ地カ保險價額ヲ定ムル場合ノ標準時竝ニ地ト異ナルナリ故ニ二者ノ價格ニ非常ナル差等逕庭アルトキハ保險者ハ被保險者ノ共同海損ノ分擔額ヲ增減ナク其儘塡補スルトキハ或ハ豫期以上ノ負擔ヲ爲スニ至ルコトアルハ固ヨリ保險契約當事者ノ意思ニ反スルコトアルヘキナリ故ニ共同

0377

海損當事者間ノ關係ト保險契約當事者間ノ關係トハ之ヲ區別シテ考察シ共同海損當事者間ノ關係ニ於テハ其分擔額ハ總テ共同海損ノ規定ニ從ヒ即第六四三條ノ規定ニ從ヒ保險契約當事者間ノ關係ニ於テハ總テ保險ノ規定ニ從ヒ即第六五六條以下ノ規定ニ從テ保險價額ヲ算定スヘキナリ故ニ共同海損ノ分擔額カ保險者ノ負擔スヘキ損害額トシテ現ハレ來リタル場合ニ於テモ保險契約當事者間ノ關係ニ於テハ第六五六條以下ノ規定ニ從テ其損害ノ割合ヲ定メ以テ分擔額ヲ酌酌增減シテ保險者ノ負擔額ヲ定ムヘキモノト爲スヲ至當トスヘキナリ例之積荷保險ノ場合ニ於テ船積港ノ價格十萬圓ニシテ陸揚港ノ價格二十萬圓ナリトシ航海ノ途中ニ於テ共同海損ノ厄ニ遭遇シタリトセンニ共同海損ノ分擔ハ陸揚港ノ價格ニ依ルカ故ニ共同海損ノ分擔率一割ナリトセハ二十萬圓ノ一割即二萬圓ヲ被保險者ハ共同海損ノ分擔額トシテ支拂ハサルヘカラス然ルニ保險價額ノ算定ハ船積港ノ價格十萬圓ニ依ルヘキカ故ニ被保險者カ保險者ニ對シテ損害額トシテ請求シ得ル額ハ十萬圓ノ一割即一萬圓ニ止メサルヘカラス而シテ殘餘ノ一萬圓ハ畢竟保險ナキ部分トシテ被保險者自ラ自己ノ損失トシテ負擔セサルヘカラスト爲スカ如シ（リオン、カン）三版六卷三五六頁以下）

反之陸揚港ノ價格却テ船積港ノ價格ヨリモ安キトキハ保險者ハ陸揚港ノ價格ニ依ル共同海損ノ實際ノ分擔額ヲ塡補スレハ足レリ何トナレハ若船積港ノ價格ニ割當テラ塡補スルトキハ被保險者ノ實際ニ分擔シタル損失額以上ノ塡補ヲ爲スニ至リ被保險者ハ却テ利得ヲ爲スニ至ルヘシ是全ク保險ノ目的ト反スルモノナリ故ニ被保險者ノ實際ノ分擔額ノミヲ塡補ス（詳細ハ法學志林七卷四號拙著論文參照）

右ハ保險價額ヲ保險ニ付シタル場合ナリ若其一部ヲ保險ニ付シタル場合ニ於ル保險者ノ負擔ハ保險金額ノ保險價額ニ對スル割合ニ依テ之ヲ定ム（六五五條但書）是陸上保險ノ第三九一條ト全ク立法ノ理由ヲ同ウスルモノナルカ故ニ深ク說明セス

（二）例外　航海ニ關スル事故ニ因テ生シタル損害タルニ拘ラス例外トシテ保險者ノ之ヲ塡補スルコトヲ要セサルモノアリ第六六七條及第六六八條ノ二箇條ニ之ヲ規定ス（獨八二一條八四五條乃至八四七條）其例外ノ場合ヲ說明スレハ左ノ如シ

(1) 保險ノ目的ノ性質若クハ瑕疵其自然ノ消耗又ハ保險契約者若クハ被保險者ノ惡意若クハ重大ナル過失ニ因テ生シタル損害　本號ハ陸上保險ノ第三九六條ト全ク其立法上ノ理由ヲ同ウス故ニ本號ハ寧ロ之ニ掲記スル必要ナキカ如シト雖（六五三條二項）第六五四條ニ於テ保險ノ目的ニ付航海ニ關スル事故ニ因テ生シタル一切ノ損害ト曰ヒ極テ概括的ノ規定ヲ置キタルカ故ニ或ハ斯種ノ損害ト雖場合ニ依リ其中ニ包含サルルノ虞ナキ能ハサルカ故ニ玆ニ本號ヲ加ヘタルモノトス而シテ本號ニハ廣ク保險ノ目的ト云ヒタルカ故ニ船舶積荷其他ノ海上保險ニ皆適用サルルモノトス尙其詳細ナル解釋ニ至ラハ第三九六條ト同一ナルカ故ニ玆ニ之ヲ略ス

(2) 船舶又ハ運送賃ヲ保險ニ付シタル場合ニ於テ發航ノ當時安全ニ航海ヲ爲スニ必要ナル準備ヲ爲サス又ハ必要ナル書類ヲ備ヘサルニ因テ生シタル損害　船舶所有者ハ運送契約ノ當事者トシテ發航ノ當時船舶カ安全ニ航海ヲ爲スニ堪フルコトヲ擔保スル義務アルコトハ既ニ述ヘタル所ナリ（五九一條）然ルニ船舶自體ノ瑕疵ヨリ生シタル損害ニ付テ保險者其責ニ任セサルコトハ既ニ第一號ノ中ニ含マル又船長ハ發航前船舶ノ航海ニ支障ナキヤ否ヤ其他航海ニ必要ナル準備ノ整頓セルヤ否ヤヲ檢査スルコトヲ要シ又航海ヲ爲スニ必要ナル書類ヲ船中ニ備ヘ置クコトヲ要ス（五六一條、五六二條）是運送契約當

0378

事者トシテノ義務ナリト雖若此義務カ完全ニ履行セラレサルトキハ運送賃ハ取得シ得ラレサルノミナラス船舶モ亦損害ヲ被ルコトナキニ非ス例之ハ船舶國籍證書ノ備附ケナキカ爲ニ船舶カ捕獲若クハ抑留ノ厄ニ遭フカ如キ是ナリ斯種ノ損害タルヤ第一號ノ場合ノ損害ト同一ニ視ルヘキモノニシテ倘船舶自體ニ瑕疵アリ又ハ被保險者ニ重大ナル過失アリタル場合ト同一ナリ故ニ斯種ノ損害モ亦保險者其責ニ任セサルヲ當然ナリトス

(3)積荷ヲ保險ニ付シ又ハ積荷ノ到達ニ因テ得ヘキ利益若クハ報酬ヲ保險ニ付シタル場合ニ於テ倘船者、荷送人又ハ荷受人ノ惡意若クハ重大ナル過失ニ因テ生シタル損害　倘船者、荷送人又ハ荷受人自身カ保險契約者又ハ被保險者タル場合ニ於テハ第一號ノ中ニ包含サレ保險者ハ其惡意若クハ重大ナル過失ニ因テ生シタル損害ニ付テ責任ヲ負ハサルナリ然ルニ倘船者、荷送人又ハ荷受人カ保險契約者又ハ被保險者タラサル場合ニ於テモ積荷若クハ其希望利益ノ保險ニ付テ其危險ノ基礎ニ付全然第三者ノ地位ニ在ラス故ニ其惡意若クハ重大ナル過失ヨリ生シタル損害ニ付テハ保險者其責ヲ負ハストス爲スヲ當然トスルナリ

(4)水先案內料、入港料、燈臺料、檢疫料其他船舶又ハ積荷ニ付航海ノ爲ニ出シタル通常ノ費用　此等ハ學者ノ所謂小海損ト稱スヘキモノニシテ船舶所有者カ航海事業ヲ營ミ利益ヲ收ムルニ以上ハ船舶所有者常ニ之ヲ負擔スヘキハ當然トス而シテ保險ノ性質ハ素偶然ナル事故ニ因テ生スル損害ヲ塡補スルヲ目的トスルモノニシテ斯ル通常ノ經費ニ付テ保險ヲ爲スヘキモノニ非ス故ニ此等ノ損害ハ保險者其責ニ任セサルモノトス

(5)共同海損ニ非サル損害又ハ費用ニシテ其計算ニ關スル費用ヲ除キ保險價額ノ百分ノ二ヲ超エサル場合ノ損害又ハ費用　保險者ハ航海ニ關スル事故ニ因テ生シタル一切ノ損害ヲ塡補スル責任アルカ故ニ理論上ニ於テハ如何ナル少額ノ損害ト雖保險者之ヲ塡補スルヲ當然トス然リト雖如何ナル少額ノ損害又ハ費用ト雖保險者之ヲ塡補スル責任アリトセハ之カ計算ノ費用ハ却テ其塡補スヘキ額ノ上ニ出テ唯リ當事者雙方ニ取リテ不利益ナルノミナラス又延テ公益ニ害アリト謂フヘキナリ故ニ如此少額ニ付テハ保險者其責ニ任セサルモノト爲スナリ然ルニ共同海損ニ因テ生シタル損害ニ付テハ其分擔ヲ定ムルニ付テ常ニ計算ヲ爲スノ必要アリ故ニ保險ノ爲ニ特ニ計算ヲ爲スノ必要ナシ仍テ計算ニ依リ得タル損害額ハ保險者常ニ塡補ノ責任アリト爲スナリ(六六八條)唯其保險者ノ塡補セサル最少額ノ割合ニ付テハ舊商法竝ニ佛法(同商四〇八條)ハ百分ノ一トシ獨法ハ百分ノ三トシ又歐洲ニ實際行ハル保險證券ニ於テハ荷物ノ種類ニ依テ之ヲ異ニシ一ラシムルモ多クハ百分ノ二ニテ適當ナリト認メタルニ由リ之ヲ採用シタルモノナリ

其損害又ハ費用カ保險價額ノ百分ノ二ヲ超エタルトキハ保險者其全額ヲ塡補スル責任アルハ勿論トス然ルニ佛法ニ於テハ百分ノ一ヲ超エタル損害又ハ費用ハ保險者之ヲ塡補スル責ニ任ストス爲スモ百分ノ一迄ノ額ハ保險者常ニ塡補ノ責ニ任セス蓋航海中常ニ生シ得ル損害ト認メタルニ依ルモノナリ故ニ例之百萬圓ノ保險價額ニ對シ一萬五千圓ノ損害アリタルトキハ保險者之カ塡補ノ責ニ任スト雖其塡補額ニ付テハ百分ノ一タル一萬圓ハ常ニ之ヲ控除シ單ニ五千圓ノ負擔ト爲スナリ蓋如此爲サスシテ若全額ノ塡補ヲ爲ストキハ百分ノ一ニ近キ損害アル場合ニハ救助ニ力ヲ盡サス或ハ故ラニ損害ヲ加ヘテ百分ノ一迄ニ達セシメントスルニ至ルヘク却テ弊害ノ生センコトヲ恐レタルニ由ルモノナリ(「リオン」、カン」三版六卷一二九九號)然ルニ我商法カ斯ル佛法ノ主義ヲ採用セス百分ノ二以上ノ損害ハ保險者其

0379

全額ヲ塡補スハ實任アリト爲シタル所以ハ事理論ニ重キヲ置キタルモノニシテ彼ノ被保險者ノ救助ニ力ヲ盡サス又ハ故ラニ損害ヲ增加セシムル弊害ノ如キハ自ラ他ニ之ニ對スル救濟アリト認メタルニ由ルモノナリ

右百分ノ二ハ法定ノ割合ナルモ若當事者間ノ契約ヲ以テ保險者ノ負擔セサル損害又ハ費用ノ割合ヲ定メタル場合モ亦同一ニシテ共同海損ノ場合ニハ適用ナク又其計算ニ關スル費用ハ之ヲ除キ其以外ニ於テ損害又ハ費用カ契約上免責ノ割合以上ニ達セルヤ否ヤヲ調査スルコトヲ要シ若其割合以上ニ達シタルトキハ保險者其損害又ハ費用ノ全額ヲ塡補スル責任アルナリ

右百分ノ二ノ如キ免責ノ割合ハ各航海ニ付之ヲ計算スヘキモノトス故ニ數航海分ヲ合計スレハ百分ノ二以上ニ出ツルトキト雖各航海ニ付テ之ヲ見レハ常ニ其以下ナルトキハ保險者其塡補ノ責ニ任セサルナリ又之ト反對ニ合計スレハ百分ノ二ニ達セス而モ各航海ニ付テ之ヲ見レハ百分ノ二以上ナルトキハ保險者常ニ塡補ノ責アリ蓋危險又ハ損害ハ航海毎ニ之ヲ異ニスルモノニシテ其損害又ハ費用ノ計算ニ付テモ一航海ヲ標準ニ取ルモノナレハナリ而シテ當事者カ契約ヲ以テ其免責ノ割合ヲ定メタル場合ハ意思解釋上殊ニ然リトス

如此數航海ヲ合セタル場合ノ保險ニ付テ問題ヲ生スル如ク非常ニ許多ノ荷物ヲ同一契約ヲ以テ保險ニ付シタル場合ニ於テモ僅ニ其百分ノ二ノ損害又ハ費用ト雖實際ノ額ハ頗巨額ニ達スルコトアルヘキカ故ニ之ヲ塡補セストスルカ或ハ不當ナルカ如キ疑アリ然レトモ法律ハ唯免責ノ割合ヲ定メタルノミニシテ實際額ノ大小如何ヲ問ハサルカ故ニ實際額カ如何ニ巨額ニ達スルモ割合上百分ノ二ヲ超エサルトキハ保險者塡補ノ責任ナキナリ又之ト反對ニ現計算カ百分ノ二ヲ超エタルモ保險カ小口ニ分タレタルカ爲ニ保險者塡補ノ責ナキヲ得ルコトアルヘシ總テ斯ル場合ノ救濟ハ當事者ニ於テ之ヲ豫想シテ或ハ之ヲ小口保險ニ分チ或ハ免責ノ割合ニ增減ヲ爲シ以テ各自家ノ利益ヲ計ルヲ至當トスナリ法律ハ單ニ一般ノ場合ヲ規定スルノミ

第四　積荷保險ニ於ル塡補額ノ算定　法律ハ塡補額ノ算定ニ關シ積荷保險ニ付テ左ノ二ツノ場合ニ付テ之ヲ規定セリ

(1) 積荷毀損ノ場合　積荷全損ノ場合ニハ保險金額若クハ保險價額ノ全部ヲ塡補スルコト當然ナリト雖若毀損シタルニ止ルトキハ單ニ其毀損ノ割合ニ從テ之ヲ塡補スルニ止ルハ勿論トス然ルニ其割合ハ如何ニ之ヲ定ムヘキヤ第六六九條(獨新八七五條)ハ即之ニ付テ規定セリ蓋積荷保險ニ付テ左ノ二ツノ場合ニ付テ之ヲ規定セリ

積荷毀損ノ場合　積荷全損ノ場合ニハ保險金額若クハ保險價額ノ全部ヲ塡補スルコト當然ナリト雖若毀損シタルニ止ルトキハ單ニ其毀損ノ割合ニ從テ之ヲ塡補スルニ止ルハ勿論トス然ルニ其割合ハ如何ニ之ヲ定ムヘキヤ第六六九條(獨新八七五條)ハ即之ニ付テ規定セリ蓋積荷保險ニ付テ左ノ二ツノ場合ニ付テ之ヲ規定セリ

(1)

ハ保險者之ヲ取得ス（四一六條）

(2) 航海ノ途中ニ於テ不可抗力ニ因リ積荷ヲ賣却シタル場合　積荷保險ノ場合ニ於テ不可抗力ニ因リ航海ノ途中ニ於テ其積荷ヲ賣却セサルヘカラサルニ至リタルトキハ之ニ因テ生シタル損害ハ保險者之ヲ負擔スルモノトス（六七〇條、獨新八七七條）蓋此場合ハ前條ノ場合ノ如ク積荷自體カ毀損ヲレタルニハ非ス然レトモ航海ノ途中ニ於テ不可抗力ニ因リ已ムコトヲ得スシテ賣却スル場合ノ如キハ其價格通常ノ場合ヨリモ低廉ナルヲ通例トシ其低廉ナリシ所以ノモノハ果竟不可抗力ニ因リ賣却シタル結果ニ外ナラサルカ故ニ被保險者ノ被レル損害ヨリ言ヘハ積荷自體ノ毀損ニ因ル損害ト毫モ異ナル所アラス故ニ之ニ因テ生シタル損害ハ保險者塡補スルコトヲ要スルモノトス唯其塡補額ヲ如何ニ算定スヘキカカ問題ナリトス然ルニ之ニ付テ前條ニ於テハ所謂割合計算ノ方法ニ依リタルモ本條ハ所謂差額計算ニ依レリ蓋我商法ニ於テハ積荷ノ保險價額ハ船積港ノ價格ニ依テ定ムルモノトシ然ルニ今航海ノ途中ニテ賣却セル價格ハ縱令低廉ナリシモノニモセヨ其中ニ運送賃其他ノ費用ヲ包含スルモノニシテ此等ノ費用ハ現實ニ被保險者ノ支出セサルヘカラサルモノタリ故ニ此等ノ現支出額ヲ積荷ノ賣却代價中ヨリ控除シタル殘額ハ被保險者ノ賣却ニ因テ眞ニ取得シタル金額ナリ故ニ賣却代價中ヨリ運送賃其他ノ費用ヲ控除シ其殘額ト保險價額トノ差ヲ保險者ノ負擔ト爲スナリ蓋如此シテ始テ共ニ船積港ニ於ル價格ノ比較ト爲リ其差ハ以テ直ニ被保險者ノ損害ト看ルコトヲ得レハナリ

右ハ保險價額ノ全部ヲ保險ニ付シタル場合ナリ若一部ヲ保險ニ付シタル場合ニハ第三九一條ノ規定ヲ適用ス是積荷自身ノ毀損ノ損害ニ非ス賣却ニ因ル損害ナルカ故ニ或ハ疑ヲ生スルコトナキニ非サルニ由リ法律ハ特ニ之ヲ明言シタルモノナリ

若買主カ故意又ハ無資力ニテ代價ヲ支拂ハサルトキハ保險者其支拂ヲ爲スコトヲ要ス是亦不可抗力ニ因テ賣却スルニ至リタルヨリ導キタル結果ナルヲ以テナリ蓋代價ニ付テハ被保險者ノ請求權ニシテ第一項ニ於テハ其支拂アリタルヤ否ヤヲ區別セサルカ故ニ其部分ニ付テハ保險者或ハ全ク責任ナキヤノ疑ナキニ非サルニ由リ第二項ヲ設ケテ保險者其部分ニ付テモ支拂ヲ爲ス責任アル旨ヲ明ニシ且其支拂ヲ爲シタルトキハ被保險者ノ買主ニ對シテ有セル權利ヲ取得スルモノトシタルナリ

第二項　委付

保險ノ目的カ絕對的又ハ事實上全部滅失シタルトキハ保險者ハ保險金額ノ全部ヲ支拂フヘキハ勿論トス然ルニ絕對的又ハ事實上全部ノ滅失ナシトスルモ其損害非常ニシテ全部ノ滅失ト同視セラレ得ル場合又ハ全部ノ滅失タルコトハ之ヲ證明スルコト能ハサルモ其滅失タルヤ殆確實ナル場合又ハ全部ノ滅失タルコトノ十分ナル證明竝ニ計算ヲ爲スハ其手續煩雜ニ失シ保險金支拂ヲ遲延シ保險契約ヲ爲シタル目的ニ背クニ至ラシムル場合等ニ於テ法律上全部滅失ト同一視シ被保險者ヲシテ保險ノ目的ニ付有セル一切ノ權利ヲ舉ケテ保險者ニ移轉シ以テ保險金額ノ全部ヲ請求シ得ルモノトシタルナリ之ヲ委付ト稱ス

第一　委付ヲ爲シ得ヘキ場合　第六七一條ニ其場合ヲ列舉セリ是限定的ノ列舉ニシテ此以外ニ猥ニ委付ヲ爲シ得ヘカラス然レトモ當事者ノ契約ニ於テ尙其委付シ得ル場合ヲ擴張シ又ハ委付ノ當時ニ於テ法定ノ委付ノ要件ヲ具ヘサルモ保險者ニ於テ委付ヲ承認シ委付ニ依テ其間ノ關係ヲ終結セシムルコトハ固ヨリ之ヲ妨ケス（「レウイス」編舊商八六五條註釋二）今委付シ得ル場合ヲ左ニ列舉スヘシ

0381

一　船舶カ沈沒シタルトキ　船舶ノ沈沒ト云フ語ハ法文處處ニ見ユ（五八七條）如何ナル事實アリタル場合ニ果シテ沈沒ト見ルヘキカハ事實問題ニ屬シ實際ニ於テハ或ハ爭訟ノ種タルヘシト雖其絶對ニ引揚クルコト能ハサル場合ハ勿論關係的ニハ引揚クルコトヲ得ルモ莫大ナル費用ヲ要シ之ヲ引揚クルコトノ困難ナル場合等ハ疑モナク其中ニ包含スルモノトス彼ノ坐礁、膠沙等ノ場合ハ多クハ第三號ノ中ニ入ルヘシ尙本號乃至第三號ノ場合ニ於テ法文ハ單ニ船舶ノミニ付テ明言スルモ之ニ積載シタル積荷モ亦共ニ沈沒シ又ハ行方カ知レサルニ至リタルトキハ積荷保險ノ場合ニ於テ同ク委付シ得ルモノト謂ハサルヘカラス第六七三條カ第三號ノ場合ニ於テ積荷ヲ委付スルコトヲ得サル場合アル旨ヲ明言セルニ見テモ第一號乃至第三號ハ單ニ船舶保險ニ於ル船體ノ委付ノミヲ豫想セルモノニ非サルヲ推知スルニ足ルヘシ

二　船舶ノ行方カ知レサルトキ　此場合ハ船舶カ沈沒、坐礁等ノ厄ニ遭ヒタルヤ又ハ無事ニ存在スルヤ否ヤ不明ナルトキナリ斯ル場合ニ全損不明ナリトシテ保險金ヲ支拂ハレサルトキハ保險契約ヲ爲シタル趣旨ニ副フ能ハス故ニ委付ヲ爲シテ保險金ヲ請求シ得ルモノト爲スナリ然レトモ其行方カ知レサルトキハ何程ノ期間音信モナク其存否ノ知レサルトキヲ云フカ之ヲ定ムルノ必要アリ故ニ法律ハ六箇月間其存否ノ分明ナラサルトキハ行方カ知レサルモノトスト規定セリ（六七二條）蓋商法ハ沿岸航海ト遠洋航海トニ由リ其期間ヲ分チ又獨逸法ノ如キモ歐洲內ノ航海ト否トニ依リ其區別ヲ設ケ雖今日ノ如ク世界交通機關ノ殆ンク備ハレル時代ニ在テハ斯ル區別ヲ必要トセス故ニ一般ニ六箇月ト爲セリ又其期間ノ起算點ハ事實問題ニシテ一概ニ言フコトヲ得ス

一航海ニ付保險ヲ付シタル場合ニ船舶ノ行方カ知レサルトキハ其航海ヲ成就シタルヤ否ヤ不明ナルカ故ニ保險者ノ責任ハ常ニ存在スヘシト雖若保險期間ヲ定メタル契約ヲ爲シタル場合ニハ保險者ハ唯其期間內ノ損害ニ付テノミ責任アルハ勿論トス然ルニ其保險期間長クシテ其期間內ニ右六箇月ノ期間經過シタルトキハ被保險者ハ委付ヲ爲シ得ルコト勿論トス然ルニ保險期間ハ經過シ右六箇月ノ期間ハ未經過セサルトキハ如何此場合ト雖六箇月ノ期間經過後委付ヲ爲スコトヲ得ルヤ然レトモ保險者ハ保險期間內ニ生シタル損害ノミニ付テ責任アルモノナルカ故ニ若後日船舶カ保險期間內ニ滅失セサリシコトノ證明アリタルトキハ其委付ハ無效トシ委付ノ效力ヲ全然發生セシメサルモノトス

三　船舶カ修繕スルコト能ハサルニ至リタルトキ　法律上船舶カ修繕スルコト能ハサルニ至リタルモノト看做ス場合ハ第五七一條ニ之ヲ列擧シタリ此以外ニモ尙船舶カ絕對的ニ修繕ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキハ委付ヲ爲スコトヲ得（キナリ然ルニ船舶修繕不能ノ場合ニ船舶ノ委付ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論ナルモ積荷ニ付テハ未何等ノ損害ヲ受ケス無事存在スル場合アルヘシ而シテ船舶所有者ハ運送成就ノ義務ヲ負フ故ニ斯ル場合ニ運滯ナク代船ヲ出シテ運送ヲ繼續シタルトキハ被保險者ハ積荷ノ委付ヲ爲スコトヲ得サルモノトス蓋被保險者ニ損害ナケレハナリ（六七三條）

四　船舶及積荷カ捕獲セラレタルトキ　捕獲ノ何タルカハ國際公法ニ於テ研究スヘキ事項ニ屬スト雖シテ玆ニ捕獲セラレタルトキハ果シテ捕獲カ敵國法ニ從テ正當ナリヤ否ヤハ問ハサルモノトス故ニ捕獲カ不法ニシテ或ハ解放ノ見込アルトキト雖保險者ハ其委付ヲ拒ムコトヲ得ス蓋法文カ佛法ノ如ク單ニ捕獲セラレタルトキト曰ヒ獨法ノ如ク正當ニ捕獲セラレタルトキト明言セサレハナリ然レトモ委付前ニ解放サレタルトキハ固ヨリ委付ヲ爲スコトヲ得サルモノトス（リオン、カン）二版六卷一三六二號、

0382

獨新八五四條）尚捕獲カ被保險事故ニ非サルトキハ（保險者其責ニ任セサルハ勿論トス）五船舶又ハ積荷カ官ノ處分ニ依テ押收セラレ六箇月間解放セラレサルトキ（官ノ處分ニ依テ押收セラルル場合ハ種種アルヘシ例之軍事祕密ノ漏洩ヲ防クカ爲ニ船舶ヲ抑留スルコトアルヘク或ハ刑事豫審ニ於ル證據蒐集ノ爲ニスルコトアルヘク或ハ檢疫等ノ爲ニスルコトアルヘシ然レトモ押收セラレタルカ爲ニ直ニ委付ヲ爲スコトヲ得スシテ六箇月ノ久シキニ亘リテ解放セラレルトサキハ始テ委付ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ）

第二　委付ヲ爲スコトヲ得ヘキ期間　右ノ場合ニ於テ委付ヲ爲スコトヲ許シタルモ被保險者カ果シテ委付ヲ爲スカ又ハ委付ヲ爲サスシテ一部ノ損害ノ塡補ヲ請求シ來ルカ其關係ノ久シク未定ニ屬スルトキハ保險者ノ不利益ハ察スルニ餘アリ故ニ一定ノ期間ヲ定ノ其期間內ニ委付ヲ爲スコトヲ要スル旨ヲ定メタリ即其期間ヲ三箇月トシタリ（六七四條）而シテ此期間ハ委付ヲ爲スヤ否ヤノ通知ニ關スルノミニシテ委付ヲ爲シ得ル損害ノ生シタルトキハ其損害ニ付テハ其發生ヲ知リタルトキ（遲滯ナク之カ通知ヲ發スルコトヲ要スルナリ（四一二條）

右三箇月ノ起算點ハ第六七一條第一號、第三號及第四號ノ場合ニ於テハ被保險者カ其事由ヲ知リタル時ヨリ之ヲ起算ス之ヲ知リテヨリ三箇月ノ間ニ能ク事實ノ眞想ヲ調査シ委付ヲ利益アリト認ムル場合ニ於テ被保險者ハ之カ委付ヲ爲スヘキモノトス又同條第二號及第五號ノ場合ハ一定ノ期間ヲ經過シテ始テ委付ヲ爲シ得ル狀態ト爲ルカ故ニ期間經過ノ時ヨリ委付ヲ爲シ得ヘキ期間モ亦起算スヘキナリ再保險ノ場合ハ其被保險者カ自己ノ被保險者ヨリ委付ノ通知ヲ受ケタル時ヨリ之ヲ起算ス何トナレハ再保險ニ於ル被保險者ハ自己ノ被保險者ヨリ委付ヲ受クルニ非スンハ自ラ亦委付ヲ爲スコトヲ得サレ

ハナリ而シテ此場合ノ起算點ハ第六七一條第一號乃至第五號ニ付テ皆同一ナリトス

而シテ此委付ノ期間ヲ息ルモ委付ヲ爲スコトヲ得サルニ止リ保險契約カ無效ト爲ルニ非サルハ勿論ナルヲ由リ通常ノ方法ニ依リ損害ヲ證明シ實際ノ損害額ノ塡補ヲ請求シ得ルハ勿論ナリ

第三　委付ノ方法　委付ノ方法ハ第六七四條第一項ノ法文ニ委付ヲ爲サント欲スルトキハ其通知ヲ發スルコトヲ要スト曰フカ故ニ委付ニ付テハ別段ノ方式ヲ要セス或ハ口頭ヲ以テシ或ハ書面ヲ以テシ其通知ヲ發スレハ足レリ

又物保險者カ委付ヲ爲スニ當リテハ保險者ニ對シ保險ノ目的ニ關スル他ノ保險契約竝ニ其負擔ニ屬スル債務ノ有無及其種類ヲ通知スルコトヲ要ス是蓋保險者ハ之ニ依テ超過保險ナルヤ否ヤヲ知ルコトヲ得サルヲ以テナリ（三八七條乃至三八九條、六七七條）若其通知ヲ爲ササルトキハ保險金ヲ受取ルコトヲ得サルノ制裁アリ

委付ノ實質ハ單純ナルコトヲ要ス換言スレハ或ハ之ニ條件ヲ附シ或ハ之ニ期限ヲ附スルカ如キハ不可ナリ蓋委付ノ目的ハ保險ノ目的ヲ保險者ニ移轉シ速ニ保險金額ノ請求ヲ爲スコトヲ得セシメ以テ當事者間ノ關係ヲ速ニ終結セシムルニ在リ然ルニ被保險者ニ於テ自己ニ便宜ナル條件又ハ期限ヲ附スルコトヲ得ヘクンハ曾ニ委付ヲ許シタル目的ヲ速シ得サルノミナラス徒ニ累ヲ保險者ニ及スニ過キサルヲ以テナリ故ニ委付ノ實質的要件ノ一トシテ必其內容ノ單純ナルコトヲ要スルナリ（六七五條、獨新八六六條）

又委付ハ被保險者ノ爲ニ又ハ事實上ノ全損ノ場合ト其效力ヲ等シウセシメ保險金額ノ全部ヲ請求スルコトヲ得セシムルモノナルカ故ニ委付ハ保險ノ目的ノ全部ニ付テノ之ヲ爲スコトヲ要スルナリ是亦委付

0383

ノ實質的要件ノ一ナリトス例之船舶及積荷ノ保險ナルトキハ船舶ノミヲ委付スヘカラス然ラハ如何ナル範圍迄カ其同ノ保險ノ目的タルカハ事實問題ナリトス又法文カ汎ク保險ノ目的ト曰フ以上ハ運送賃又ハ希望利益等カ保險ノ目的タル場合ニ於テモ委付ヲ爲シ得ルモノト謂ハサルヘカラス而シテ希望利益ノ如キハ積荷ト其ニ委付ヲ受クルニ非スンハ保險者其實效ヲ收メ難カルヘキモ保險者ノ效ヲ收メ得ルト否トハ被保險者ノ委付シ得ルヤ否ヤノ問題トハ別問題ニシテ又稀ニハ希望利益ノミカ委付サレタル場合ニモ實效ヲ收メ得サルニ非ス例之保險者ハ之ニ關シテ被保險者ニ對シテ有スル損害賠償請求權ヲ取得シ得ルコトハ豫想シ得ヘキ所ニシテ又再保險ノ目的タル場合ノ如キモ其效果明ナリトス故ニ希望利益カ保險ノ目的タル場合ニ於テモ理想上委付ノ目的タルコトヲ得ルモノトス

委付ノ原因カ保險ノ目的ノ一部ニ付テ生シタルトキハ其部分ニ付テノミ之ヲ爲スコトヲ得又保險價額ノ一部ヲ保險ニ付シタル場合ニハ委付ハ保險金額ノ保險價額ニ對スル割合ニ應シテ之ヲ爲スコトヲ得斯ル場合ニ於テハ委付ノ效力モ亦其一部ニ付テ生スルモノタルコトハ勿論トス

第四　委付ノ效力　委付ハ單獨行爲ナリ相手方ノ承認ヲ俟タスシテ其效力ヲ生ス然レトモ相手方ニ於テ之ニ對シテ異議ヲ述フルコトヲ得ルハ勿論トス而シテ相手方ニ於テ若之ヲ承認シタルトキハ二個ノ效力ヲ發生スルハ保險者ヲシテ後日其委付ニ對シテ異議ヲ述フルコトヲ得サラシムルコトハ委付ノ原因ヲ證明スルコトナクシテ保險金ノ支拂ヲ請求シ得ルコトヲ是ナリ（六八七六條、六七九條）

委付ノ效力ハ保險者ノ爲ニハ被保險者カ保險ノ目的ニ付有セル一切ノ權利ヲ取得セシメ保險者ノ爲ニハ保險金全額ノ支拂ヲ受クル權利ヲ取得セシム

一　保險者ノ爲ニ生スル效力　被保險者カ保險ノ目的ニ付有セル一切ノ權利ハ委付ニ因リ當然保險者ニ移轉スルモノナリ而シテ一切ノ權利ト云フカ故ニ保險ノ目的ニ付有セル損害賠償請求權等モ亦皆移轉スルモノトス而シテ如此其權利ノ移轉スル以上ハ其目的ニ關スル證書モ亦被保險者ヨリ保險者ニ交付スルコトヲ要ス然ラスンハ保險者ハ能ク其權利ヲ行使スルコトヲ得サレハナリ（六七七條、獨新八六八條、八七一條）

又委付ノ效力ハ委付アリタル時ヨリ發生スルト云フヲ可トス何トナレハ法文ニモ委付ニ因リト曰ヒ委付ノ原因アリタル時ニ遡リテ效力ヲ發スル旨ヲ明言セサレハナリ殊ニ縱令委付ノ原因アリトモ被保險者ハ委付ヲ爲スト否トノ自由ヲ有シ被保險者ニシテ苟委付ヲ爲ササル以上ハ保險ノ目的ノ上ノ權利ハ保險者ニ移轉スルモノニ非サレハナリ

二　被保險者ノ爲ニ生スル效力　被保險者ハ委付ヲ爲シタルトキハ保險金額ノ全部ヲ請求スルコトヲ得是委付ノ主タル目的ナレハナリ（六七一條）然レトモ其支拂ヲ受クルニハ被保險者ハ先第六七八條第一項所定ノ通知ヲ爲スコトヲ要ス然ラスンハ保險者ハ其支拂ヲ爲ササルヘキナリ又其支拂ニ付期間ノ定アルトキハ其期間ハ保險者ニ於テ右通知ヲ受ケタル時ヨリ起算スルモノトス

又委付ハ單獨行爲ニシテ其時ヨリ直ニ其效力ヲ發生スルトスルモ相手方ハ之ニ對シテ異議ヲ述フルコトヲ得ルカ故ニ相手方ニ於テハ未其委付ヲ承認セサルトキハ被保險者ニ於テ委付ノ原因ヲ證明スルコトヲ要スヲ是固ヨリ當然ノ事ニ屬シ其證明アリテ始テ保險金ヲ請求スルコトヲ得ヘキナリ若其證明ニ關シテ爭ヲ生セハ裁判所ノ認定ヲ仰クノ外ナシ（六八七九條）又本條ノ反對推理ハ委付カ相手方ノ承認ヲタトモ其效力ヲ發シ得ヘキ旨ヲ表ハセリ

0384

第九章　船舶債權者

我商法カ船舶債權者ト題セル章下ニ規定セル所ノモノハ皆船舶及其屬具等ニ對シテ物上擔保權ヲ有スル者ノ規定ナリ今其權利ヲ左ニ分說スヘシ

第一節　先取特權

先取特權ハ總テ法定ノ原因ヨリ發生スルモノニシテ抵當權、質權等ノ如ク契約ニ因テ發生スルモノニ非ス而シテ其之ヲ與フル理由ニ至テモ或ハ公益上ノ理由ニ基クモノアリ或ハ擔保ノ原因ヲ爲シタルニ基クモノアリ其詳細ハ各債權毎ニ後ニ之ヲ說明スヘシ其效力ニ至テハ商法ニ特別ノ規定ナクンハ總テ民法ノ規定ニ從フヘキモノトス

第一　先取特權ノ目的　船舶債權者ノ先取特權ノ目的ト爲ルモノハ一ニハ船舶二ニハ其屬具三ニハ未受取ラサル運送賃是ナリ（六八〇條）船舶及其屬具ノ上ニ行ルル權利ハ物ノ上ニ直接ニ行ルル權利ナルカ故ニ物權ニハ非サルナリ然レトモ運送賃ノ上ニ行ルル權利ハ是物ノ上ニ行ルル權利ニ非サルカ故ニ物權ニハ非サルナリ然レトモ同一ノ規定ニ從フ而シテ運送賃ニ付テハ總テノ航海ヨリ生シタル運送賃ヲ悉皆含セシムルモノニ非ス唯其先取特權ノ生シタル航海ニ於ル運送賃ノミニ限ル（六八一條）蓋之ノミニ對シテ債權カ或ハ擔保ノ原因ヲ爲シ或ハ公益上ノ理由存在スルニ由ル又未受取ラサル運送賃トハ運送賃請求債權ノ消滅セサル場合ヲ謂フ縱令現金ヲ以テ支拂ハレサル場合ト雖爲替手形ノ發行等更改ニ因テ債權ノ消滅シタル場合ハ勿論其他債權消滅方法ニ依リ既ニ運送賃請求權ノ消滅セルモノニ在テハ最早其上ニ先取特權ヲ行フコトヲ得サルナリ（民五一三條二項）

第二　先取特權ヲ生スル債權

一　船舶竝ニ其屬具ノ競賣ニ關スル費用及競賣手續開始後ノ保存費　此債權ニ先取特權ヲ與フル所以ハ猶民法ニ於テ共益費用ニ第一次ノ先取特權ヲ與フルト同一ノ理由ニ基ク即之ナクンハ他ノ債權者モ亦決シテ辨濟ヲ受クルコト能ハサレハナリ而シテ競賣ニ關スル費用トハ執達吏ニ拂フ手數料、公告ノ費用等ヲ謂フ又競賣開始以後ノ保存費トハ其監守竝ニ修繕ノ費用等ヲ謂ヒ是亦競賣ト牽連シテ生シタル費用ニシテ他ノ普通ノ場合ノ保存費トハ之ヲ區別スヘキ理由アルニ由ル

二　最後ノ港ニ於ル船舶及其屬具ノ保存費　此債權ニ先取特權ヲ與フル所以ハ蓋擔保ノ原因ヲ爲シタルカ爲ナリ即此保存費ヲ用フルコトナクンハ衡餘ノ債權者モ亦船舶及其屬具等ヨリ辨濟ヲ受クルコト能ハサルニ至ルヘキヲ以テナリ是猶民法ニ於テ動產及不動產ノ保存費用ニ先取特權ヲ認メタルト一般ナリ而シテ最後ノ港トハ目的トセル一航海ヲ終リテ歸來セシ港ヲ謂フモノニシテ到達港ヲ謂フモノニ非サルナリ故ニ往航ノ途中ニ於テ又ハ到達港ニ於テ生シタル費用ノ如キハ或ハ第六號ニ入ルコトアルヘキモ本號ノ中ニハ入ラサルナリ

三　航海ニ關シ船舶ニ課シタル諸稅　入港稅、噸稅、燈臺稅等ニシテ此等ハ航海ノ利益ヲ計ル爲ノ設備ニ對スル代償ト謂フヘキモノナルカ故ニ之ニ先取特權ヲ與フルハ固ヨリ至當ノ事トス畢竟公益上ノ理由ニ基ク

四　水先案內料及曳船料　水先案內ハ航路ヲ指示シテ安全ナル航海ヲ爲サシメ曳船ハ船舶自身カ航海ヲ爲スコト能ハス又ハ航海ヲ爲スニ困難ナル場合ニ之ヲ補助シテ航海ヲ爲サシムルモノナリ故ニ此二

0385

種ノ債權タルヤ擔保ノ原因ヲ爲シタルモノナリ即此債權アリシカ爲ニ船舶ハ安全ニ航海ヲ成就スルコトヲ得タルモノナリ仍テ之ニ先取特權ヲ與フ

五　救援竝ニ救助ノ費用及船舶ノ負擔ニ屬スル共同海損　此種ノ債權アリテ始テ船舶ハ救ハレタルモノナルカ故ニ此等ノ債權タルヤ即擔保ノ原因ヲ爲シタルモノナリ故ニ之ニ先取特權ヲ與フ又他ノ理由ハ之ニ先取特權ヲ與ヘラレ救援、救助ヲ奬勵センカ爲ナリ

六　航海繼續ノ必要ニ因テ生シタル債權　此種ノ債權ニ先取特權ヲ與フルハ是亦擔保ノ原因ヲ爲シタルカ故ナリ船長ハ航海ヲ繼續スルニ必要ナルトキハ特ニ或行爲ヲ爲シ得ルコトハ既ニ述ヘタリ（五六八條、五七二條）而シテ此債權タルヤ航海ノ途中ニ於テ生シタル債權ナリ發航ノ準備ノ爲ニ生シタル債權又ハ航海ヲ終レル最後ノ港ニ於テ生シタル債權ノ如キハ此中ニ入ラサルナリ何トナレハ航海繼續ノ必要トハ云ヘハナリ又必要ニ因テ生シタル債權トハ之ヲナクンハ到底航海ヲ繼續スルコト能ハサル場合ヲ謂フモノナリ例之航海ノ途中ニ於テ燃料又ハ食料ニ窮乏シ之カ爲ニ借財ヲ爲シタル如キ場合ヲ謂フ若任意ニ航海繼續ノ必要ノ度ヲ超エテ多額ノ石炭又ハ食品ヲ買入レタル場合ノ如キハ此中ニ入ラサルナリ

七　雇傭契約ニ因テ生シタル船長其他ノ船員ノ債權　是ハ主トシテ船員ノ給料ナリ其外ニハ雇入港迄ノ送還費用又ハ治療及看護ノ費用等ヲ謂フ之ニ先取特權ヲ與フルハ主トシテ公益上ノ理由ニ基ク蓋船員ノ如キハ多クハ貧窮ナリ然ルニ給料ストラモ取得スルコトヲ得サルトキハ其家族ハ直ニ路頭ニ迷フニ至ル殊ニ此等ノ債權タルヤ概シテ少額ナルカ故ニ之ニ先取特權ヲ與フルモ他ノ債權者ハ別ニ苦痛ヲ感セサルヲ以テナリ

八　船舶カ其賣買又ハ製造ノ後未航海ヲ爲ササル場合ニ於テ其賣買又ハ製造竝ニ艤裝ニ因テ生シタル債權及最後ノ航海ノ爲ニスル船舶ノ艤裝、食料竝ニ燃料ニ關スル債權　船舶カ其賣買又ハ製造ノ後未航海ヲ爲ササル間ニ在テハ船舶ハ其賣買又ハ製造竝艤裝費ノ特別擔保トシテ視ルコトヲ得キモ既ニ新所有者ノ手ニ移リ新ニ航海事業ニ從事スルニ當リテハ最早第三者ニ在テモ特別擔保ノ目的視スルモノニ非ス隨テ新ニ取引ヲ爲シタル者モ亦其上ニ權利ヲ取得スルコトヲ得サルヘカラス故ニ既ニ新ナル航海ヲ始メタル後ニ在テハ最早先取特權ハ之ヲ行フコトヲ得サルモノトス尤賣買、製造、艤裝等ニ因テ生シタル債權其モノハ消滅セサルコトハ勿論トス又最後ノ航海ノ爲ニスル艤裝、食料、燃料等ノ債權ニ先取特權ヲ與フルハ是亦運送賃取得ノ擔保ノ原因ヲ爲シタルカ爲ナリトス

九　第二號、第四號乃至第六號及前號ニ掲ケタルモノヲ除ク外第五四四條ノ規定ニ依テ委付ヲ許シタル債權　第五四四條ニ規定シタル委付ノ目的ノ範圍ト本條先取特權ノ目的タル物ノ範圍トハ必シモ一致セサルモ大體ニ於テ二者同一ナリトス而シテ此等ノ債權ニ先取特權ヲ與フルハ既ニ船舶所有者ノ爲ニ委付權ヲ認メテ其責任ヲ海產有限トセル以上ハ其債權者ノ爲ニモ亦其委付ノ目的ノ範圍內ニ於テハ完全ナル辨濟ヲ受クルノ手段ヲ與ヘサルヘカラス故ニ之ニ先取特權ヲ與フ或ハ之ヲ反對ニシテ先取特權ヲ與フルカ故ニ委付ヲ許スナリト解シ此點ヲ以テ委付權ヲ與フル主ナル理由ト爲サントスル學者ナキニ非ス例之獨ノ「バッペンハイム」ノ如シ要スルニ原因結果ヲ何レニ取ルニ拘ラス第五四四條ノ委付權ト本號ノ先取特權トハ相互ニ牽連支持セラルルモノト謂フヘシ

第三　先取特權ノ順位

一　船舶債權者ノ先取特權ト他ノ先取特權ト競合スル場合ニ於テハ船舶債權者ノ先取特權者ハ他ノ先

0386

取特權ニ先ツ(六八三條)船舶債權タルヤ右ニ列擧シタル如ク何レモ特別ノ種類ニ屬シ其辨濟ヲ受ケシムルニ付テ特ニ之ヲ保護スルノ必要アリ殊ニ其債權ノ多クハ海產ヲ委付シテ其責任ヲ免レ得ルモノナルカ故ニ船舶債權者ニ特ニ優先ノ地位ヲ與フルニ非スンハ能ク其船舶ノ爲ニ保存費其他ノ前揭ノ出資ヲ爲シ呉ルル者尠キニ至ルヘケレハナリ

二　數回ノ航海ニ付テ先取特權ノ生シタルトキハ後ノ航海ニ付テ生シタルモノ先ノ航海ニ付テ生シタルモノニ先ツ(六八二條三項)蓋後ノ航海ニ付テ生シタル債權アルカ爲ニ先ノ航海ニ付テ生シタル債權モ亦辨濟ヲ受クルコトヲ得ルモノナリ畢竟後ノ航海ニ付テ生シタル債權ハ擔保ノ原因ヲ爲シタルモノナルカ故ニ前航海ニ付テ生シタルモノニ先タシムルナリ故ニ債權ノ種類ヨリ言ヘハ順位ハ優位ニ在ルモノト雖先ノ航海ニ付テ生シタル債權タル以上ハ後ノ航海ニ付テ生シタル債權ノ一切モノニ後ルルコトト爲ルカ故ニ後ノ航海ニ付テ生シタル劣位ノ債權ヨリモ後ルルコトト爲ルナリ

三　同一ノ航海ヨリ生シタル先取特權者互ニ競合スル場合ニ於テ其先取特權ノ順位ハ第六八〇條ニ揭ケタル順序ニ從フ但第四號乃至第六號ノ債權間ニ在テハ若同時ニ生スルトキハ此順序ニ從フコトハ勿論ナルモ多クハ時ヲ異ニシテ生スルモノナリ然ルニ時ヲ異ニシテ生シタルトキハ後ニ生シタルモノヲシテ前キニ生シタルモノニ先タシムルモノナリ例之水先案內料ノ先取特權ヲ生シタル後ニ共同海損ノ先取特權ヲ生シタルトキハ共同海損ノ先取特權ヲシテ先タシム蓋此三者間ニ在テハ其性質殆同ウシテ多クノ徑庭ヲ設クルノ必要ナシ然ルニ後ニ生シタルモノハ擔保ノ原因ヲ爲シタリト看ルコトヲ得ルカ故ニ之ヲシテ先タシムルナリ(六八二條一項)

四　同一順位ノ先取特權者數人アルトキハ各其債權額ノ割合ニ應シテ辨濟ヲ受ク是最公平ヲ得タレハナリ但第四號乃至第六號ノ債權ハ縱令同一順位ノモノタリト雖若債權發生ニ前後アルトキハ後ニ生シタルモノ前ニ生シタルモノニ先ツナリ(六八二條二項)例之同一航海ニ付數度ノ共同海損アリタル場合ニ之ニ因テ生シタル債權者ハ何レモ第五號ニ所謂共同海損ナル同一順位ノ先取特權者ナリト雖後ノ共同海損ニ因テ生シタル債權者ハ前ノ共同海損ニ因テ生シタル債權者ニ先ツ又例之水先人數人アル場合ニ於テ後ノ部分ヲ受持チタル水先人ハ前キノ部分ヲ受持チタル水先人ニ先チテ辨濟ヲ受クルナリ

第四　先取特權ノ消滅

一　船舶所有者ヲ船舶ヲ讓渡シタル場合ニ於テ讓渡人カ其讓渡ヲ登記シ且船舶國籍證書ニ其旨ヲ記載シ其讓渡ヲ以テ第三者ニ對抗シ得ルニ至リタル後一箇月以上ノ期間ヲ定メテ其期間內ニ先取特權者ハ其債權ノ申出ヲ爲スヘキ旨ヲ公告シ先取特權者カ其期間內ニ申出ヲ爲サヽリシトキハ先取特權ハ消滅ス(六八四條)　蓋船舶ノ先取特權ハ登記ノ制ナキカ故ニ其存否竝ニ何程ノ債權ノ擔保ト爲レルヤ能ク之ヲ知ルコトヲ得ス仍テ一定ノ期間內ニ其申出ヲ爲スヘキ旨ヲ公告シ若其期間內ニ申出ヲ爲サヽルトキハ先取特權ハ消滅スト爲スナリ若然ラスンハ船舶ハ遂ニ其融通ノ途ヲ失フニ至ルヘキナリ而シテ其申出期間ハ短キニ失スレハ先取特權者ヲ害シ長キニ失スレハ船舶ノ讓受人ヲ害ス仍テ法律ハ一箇月以內トシタルナリ

二　船舶債權者ノ先取特權ハ發生後一箇年ヲ經過シタルトキハ消滅ス　法文ニ時效ニ因テ消滅ストナキニ據テ之ヲ觀レハ是ハ時效ニ因テ消滅スルニ非サルヲ知ルニ足ル(六八五條一項)時效ニ非サルカ故ニ中斷若クハ停止ナシ船舶ハ航海ノ用ニ供スルモノニシテ引續キ絕エス此種ノ船舶債權者ヲ生スヘシ又航海ニ因テ船體其モノモ常ニ消耗シツツアルモノナリ故ニ其上ニ先取特權ヲ有スル者ハ速ニ之ヲ行

使スヘキモノニシテ參年ニ亘リテ其權利行使ヲ延引セシムヘキモノニ非ス故ニ一年ヲ經過シタルトキハ當然消滅スルモノトス（大判）

三　第六八〇條第八號ノ債權ノ爲ニスル先取特權ハ船舶ノ發航ニ因テ消滅ス（六八五條二項）蓋船舶ノ製造代價又ハ賣買代價ノ如キ又ハ艤裝ノ費用ノ如キハ船舶カ未新所有者ニ依テ航海ノ用ニ供セラレサル前ニ於テ通常支拂ハルヘキモノニシテ其間ニ在テハ當事者間ニ於テモ亦第三者ニ對シテモ船舶ハ此等ノ債權ニ對スル特別擔保視セラルルモノナリ然レニ既ニ新所有者ノ手ニ移リ新ナル航海ニ從事セラルルニ當リテハ最早此等ノ負擔ハ船舶ノ上ニ之ナキモノト見ラルルヲ至當トス故ニ發航後ニ在テハ先取特權ハ消滅スルモノトシタルナリ殊ニ最後ノ航海ノ爲ニスル艤裝、食料、燃料等ニ至テハ最後タルノ故ヲ以テ先取特權ヲ與ヘラレタルモノニシテ若航海ヲ新ニスレハ更ニ此種ノ先取特權者ヲ發生スルノミナラス航海ヲ新ニスレハ最後ノ航海ノ爲ニスルト云フ條件ヲ缺クニ至ルヘキカ故ニ既ニ生セル先取特權ヲシテ消滅セシムルモノトス元來第六八〇條第八號自身カ當ニ新ナル航海ヲ始ムル前ノ場合ヲ豫想スルカ故ニ發航後ニ在テハ最早先取特權存生セサルヘシ仍テ第六八五條第二項ハ不用ノ規定ノ如ク思惟サルルモ一旦成立シタル權利ナルカ故ニ永續スルカノ疑アリ仍テ特ニ該規定ヲ設ケタルモノナリ

以上說明シタル所ハ先取特權ノ消滅ニ付商法カ特ニ設ケタル規定ヲ說明シタルモノナリ此他民法ノ一般ノ消滅方法例之債權ノ辨濟、時效、權利ノ拋棄、船舶ノ競賣等消滅方法ハ數多存在スト雖茲ニ說明スヘキ限ニ在ラス

第二節　抵當權

民法ニ於テハ抵當權ノ目的ト爲ルモノハ不動產ニ限ル然レトモ船舶ニハ登記ノ制度アリ權利ノ設定、移轉ハ之ニ依テ以テ第三者ニ公示シテ對抗スルコトヲ得ルカ故ニ船舶ニ付テモ亦抵當權ノ設定ヲ認メタリ而シテ登記スヘキ船舶ハ總噸數二十噸以上若クハ積石數二百石以上ノモノニ限ルカ故ニ抵當權ノ目的ト爲ル船舶モ亦此以上ノ噸數又ハ積量アル船舶ニ限ルナリ（六八六條）

船舶ノ抵當權ハ又其屬具ニ及フ蓋屬具ハ通常船舶ノ從物ナリト雖亦從物ナラサルコト稀ナリトス故ニ特ニ法文ヲ設ケテ船舶ノ抵當權ノ效力ハ常ニ其屬具ニ及フ旨ヲ明ニスル必要アリタルナリ

船舶ノ抵當權ニハ不動產ノ抵當權ニ關スル規定ヲ準用ス故ニ其公示方法トシテハ登記ヲ必要トシ又抵當權ノ消滅方法トシテハ滌除ノ制度アリ此他效力、性質、消滅方法等總テ皆不動產抵當權ノ規定ニ準ス唯先取特權ト抵當權トノ關係ニ付テハ民法ノ一般ノ規定ニ依ラシメス船舶ノ先取特權ハ常ニ抵當權ニ先チテ行ルモノト爲セリ蓋先取特權ハ常ニ法定ノ原因ヨリ發生スルモノニシテ當事者ノ契約ニ因テ始テ發生スルモノノ比ニ非ス殊ニ船舶ノ先取特權タルヤ多クハ擔保ノ原因ヲ爲シタルヨリ付與セラルルモノナルカ故ニ抵當權者モ之アルカ爲ニ却テ利益ヲ得タリト謂フコトヲ得ヘシ仍テ先取特權者ヲシテ抵當權者ニ先タシム（六八七條）

第三節　質權

登記シタル船舶ハ之ヲ以テ質權ノ目的ト爲スコトヲ得ス（六八八條）故ニ船舶ニシテ質權ノ目的ト爲ル

0388

モノハ唯リ登記セサル船舶ニ限ルト即總噸數二十噸未滿積量二百石未滿ノ船舶ニ限ルナリ何カ故ニ斯ル制限ヲ設ケテ登記シタル船舶ハ質權ノ目的ト爲スコトヲ得スト爲シタルカ蓋登記シタル船舶ニ付テハ既ニ抵當權ノ設アリ之ニ因テ船舶ヲ擔保ノ用ニ供スルコトハ其途既ニ十分ナルノミナラス船舶ノ質入ハ實際ニ於テモ其例ニ乏シ殊ニ登記シタル船舶ノ質入ヲ許ストキハ之ニ關シテ詳細ナル規定ヲ設クルノ必要ヲ生スヘシ故ニ立法者ハ實際上ノ不必要ト立法ノ便宜トニ鑑ミテ登記シタル船舶ノ質入ヲ許ササリシモノナル（シ而シテ登記セサル船舶ノ質入ハ固ヨリ民法ノ質入ノ規定ニ從テ之ヲ行フモノタルコト勿論ナリ

第四節　製造中ノ船舶ニ對スル擔保權

以上船舶ノ上ニ存スル擔保權ニ付テ說明シタリ然ルニ此等ノ規定ハ總テ皆製造中ノ船舶ニモ亦準用セラル（六八九條）蓋製造中ノ船舶ニ對シテ先取特權ヲ與フル必要アルハ猶普通ノ船舶ニ對スルト毫モ異ナルコトナシ是皆或ハ擔保ノ原因ヲ爲シタルニ因リ或ハ公益上ノ必要ニ基キ法律上ヨリ直接ニ債權者ニ與フル權利ナレハナリ又之ニ對シテ抵當權ノ設定ヲ許ス所以ノモノハ凡船舶ノ製造ハ長日月ヲ要シ又巨額ノ資本ヲ要スルカ故ニ之ヲ擔保ノ用ニ供スルコトヲ得サルトキハ資本融通ノ途ヲ塞クモノナリ故ニ之ニ對シテ抵當權ノ設定ヲ許シ船舶カ製造中ニ在ル時ニ於テモ仍其資本ヲ他ニ利用シ得ルノ途ヲ開キタルモノナリ而シテ製造中ノ船舶ニ對スル登記ノ制ハ船舶登記規則中ニ詳細ニ規定セラル（船舶登記規則三二條以下）

0389

法學博士・加藤正治講述

商法海商

（三十八年度講義錄）

法政大學發行

0390

商法海商目次

第一章　船舶……一
第一節　船舶ノ性質竝ニ其種類……一
第二節　海商法ノ適用ヲ受クル船舶範圍……九
第三節　船舶ノ國籍……一六
第四節　船舶ノ登記……二二
第五節　船舶ノ讓渡……二七
第六節　船舶ノ差押及假差押……三〇
第二章　船舶所有者……三三
第一節　船員ノ行爲ニ對スル船舶所有者ノ責任……三三
第一項　有限責任汎論……三三
第二項　船舶所有者ノ船員ノ行爲ニ對スル有限責任ノ各國立法主義……三六
第三項　我商法ノ規定……四一
第二節　船舶共有者……四九
第一項　船舶共有ノ性質……四九

0391

第二項　船舶共有者間內部ノ關係……五二
第三項　船舶共有者ノ第三者即外部ニ對スル關係……六二
第三節　船舶管理人……六三
第四節　船舶賃借人……六七
第三章　船長……七〇
第一節　船長ノ地位一般……七〇
第一節　船長ノ一般ノ利害關係人ニ對スル關係……七二
第一項　職務上注意ノ責任……七二
第二項　海員監督ノ責任……七六
第三項　船舶ノ指揮ニ關スル義務……七七
第三節　船長ノ船舶所有者ニ對スル關係……八二
第一項　船長ノ選任……八二
第二項　船長ト船舶所有者トノ契約關係ノ性質……八五
第三項　船長ノ代理權限ノ範圍……八六
第一目　船籍港外ニ於ル代理權限……八八
第二目　船籍港內ニ於ル代理權限……九八

第四項　船長ト船舶所有者トノ內部關係……一〇〇
第五項　船長ノ解任……一〇二
第四節　船長ノ積荷ノ利害關係人ニ對スル關係……一〇五
第四章　海員……一〇七
第一節　海員雇入契約ノ性質……一〇八
第二節　海員雇入契約ノ效力……一一〇
第一項　海員ノ權利……一一〇
第二項　海員ノ義務……一一八
第三節　海員雇入契約ノ終了……一一九
第一項　勞務ノ完了……一二〇
第二項　海員ノ死亡……一二一
第三項　雇止ノ請求……一二一
第四項　船舶ニ關スル事由ニ因ル終了……一二九
第五章　物品運送……一三〇
第一節　物品運送契約總論……一三〇
第一項　物品運送契約ノ種類竝ニ其性質……一三〇

0392

第二項　傭船契約ト他ノ契約トノ區別……一三三
第三項　物品運送契約ノ成立……一三八
第二節　物品運送契約ノ效力……一四一
第一項　船舶所有者ノ權利義務……一四一
第二項　荷受人ノ權利義務……一五三
第三節　物品運送契約ノ終了……一六〇
第一項　契約ノ解除……一六〇
第二項　法定ノ原因……一六八
第四節　船荷證券……一六九
第一項　船荷證券ノ發行……一七〇
第二項　船荷證券ノ效力……一七四
第六章　旅客運送……一八三
第一節　旅客運送契約ノ性質竝ニ其成立……一八三
第二節　旅客運送契約ノ效力……一八四
第一項　船舶所有者ノ義務……一八四
第二項　旅客ノ義務……一八七
第三節　旅客運送契約ノ終了……一八八
第七章　海損……一九一
第一節　共同海損……一九一
第一項　共同海損ノ定義……一九二
第二項　共同海損ノ分擔義務者……一九二
第三項　共同海損ノ賠償請求權者……一九五
第四項　損害物ノ復歸ニ因ル賠償金ノ返還……二〇一
第五項　準共同海損……二〇四
第二節　船舶ノ衝突……二〇四
第八章　保險……二〇五
第一節　海上保險契約ノ定義、要素竝ニ其成立……二〇六
第二節　海上保險契約ノ效力……二〇七
第一項　保險者ノ責任……二一三
第二項　委付……二一三
第九章　船舶債權者……二一三一
第一節　先取特權……二一三八

0393

第二節　抵當權……二四五
第三節　質權……二四五
第四節　製造中ノ船舶ニ對スル擔保權……二四六

商法海商目次　終

ヲ有ス然レトモ如此地位ノ保護ナキ場合ニ於テモ少クトモ官吏關係ノ存續中ハ官吏ハ常ニ官吏トシテ國家ノ承認ヲ受ケ官吏トシテノ待遇ヲ受クルノ權利ヲ有ス所謂地位ニ對スル權利トハ即國家ニ對シテ此地位ノ承認ヲ請求スルノ權利ヲ謂フモノナリ

第二　官吏ノ財產權　地位ニ對スル權利ノ外官吏ハ尙國家ニ對シテ財產上ノ請求權ヲ有スルヲ通常トス財產上ノ請求權ハ必シモ官吏關係ニ伴フ必要條件ニ非ス然レトモ事實上官吏ニ在テハ通常財產上ノ請求權ヲ伴フモノナリ官吏ノ財產上ノ請求權ハ之ヲ二種ニ區別スルコトヲ要ス一ハ俸給、恩給、遺族扶助料及一時賜金ニシテ二ハ職務上ノ實費辨償是ナリ

一　俸給、恩給其他　官吏カ國家ニ對シテ服務義務ヲ負フニ對シ國家ヨリ又官吏ニ對シテ金錢給付ノ義務ヲ負フ此金錢給付ノ義務ハ或ハ官吏關係ノ繼續中ニ行ルルモノアリ或ハ官吏關係ノ消滅後ニ於テ發生スルモノアリ官吏關係ノ繼續中ニ於ル金錢給付義務ハ俸給ニシテ其消滅後ニ於ル金錢給付義務ハ恩給、遺族扶助料及一時賜金ナリ

俸給ノ性質ニ關シテハ舊時ノ學說ハ一般ニ之ヲ私法上ノ權利ト看做シ官吏關係カ公法上ノ關係ナルコトノ普ク認メラルルニ至リタル以後ニ於テモ財產權ハ常ニ私法上ノ權利ト看做サレタルヲ爲ノ俸給ハ尙常ニ私法上ノ權利ト看做サレタリ然レトモ財產上ノ權利ナルモ必シモ公法上ノ權利ナルコトヲ妨ケサルハ曩ニ述ヘタルカ如ク俸給ハ公法上ノ關係ニ基キテ發生スル權利ナルカ故ニ其必然ノ結果トシテ俸給モ亦公法上ノ權利ナリ俸給ヲ私法上ノ權利ナリト認メタル學者ハ官吏ノ任命ト同時ニ之ト相竝テ私法上ノ俸給契約ノ締結セラルルモノナリト看做セリ即國家ト國庫トハ二箇ノ別別ノ人格ニシテ國家カ其權力作用ニ依リ官吏ヲ任命スルト同時ニ國庫ニ之ト私法上ノ契約ヲ締結シテ俸

0394

給ヲ支拂フノ義務ヲ約束スルモノナリト爲シタルナリ然レトモ俸給ノ義務ヲ負フ國家モ亦官吏ヲ任命スル國家ト同一ノ國家ニシテ決シテ二箇ノ別別ノ人格ニ非ス又同一ノ人格カ他ノ資格ヲ以テスルモノニモ非ス官吏ヲ任命スルハ統治權ノ主體タル國家ト均シク俸給ノ義務ヲ負フモ亦均シク統治權ノ主體タル國家ナリ從テ俸給ハ公法上ノ權利ナリ

俸給カ公法上ノ權利タル性質ヲ明ニスルカ爲ニ近時ノ學者ハ往往俸給ノ性質ヲ以テ專國家自身ノ利益ノ爲ニ支給セラルルモノナリト爲ス者アリ即俸給ハ全ク報酬ノ性質ヲ有スルモノニ非スシテ官吏ノ生活ヲ維持セシムルカ爲ノ資料タリ官吏カ國家ノ代表者タルカ故ニ官吏カ其地位ニ相當ナル生活ヲ維持スルハ國家ノ利益ナリ俸給ハ專ラ此國家ノ利益ノ爲ニ支給セラルルモノナリト爲ス然レトモ總テ權利ハ公法上ノ權利タルト私法上ノ權利タルトヲ問ハス權利者ノ利益ヲ保護スルカ爲ニ認メラルルモノニシテ權利ト云ヘハ必權利者ノ利益カ之ニ依テ保護セラルルモノナルコトヲ其觀念ノ要素トス俸給ヲ以テ專國家ノ利益ノ爲ニ與ヘラルルトスルハ俸給カ權利タル性質ニ矛盾スルモノナリ俸給カ公法上ノ權利ナリト云フハ專ラ其公法上ノ關係ヨリ生スルカ爲ニシテ國家自身ノ利益ノ爲ニ與ヘラルルカ故ニ非ス其實質上ノ性質ニ於テハ俸給ハ全ク民法上ノ賃金ト異ナル所ナシ之ニ依テ官吏ヲシテ之ヲ自己ノ職業ト爲スコトヲ得セシメ即其生活ノ經濟上ノ條件ヲ充タスコトヲ得セシムルモノナリ約言スレハ俸給トハ官吏ノ服務義務ニ對スル國家ノ金錢上ノ反對給付ニシテ其服務義務ノ繼續中國家ニ於テ其義務ヲ負ヒ定期ニ辨濟期ニ遲スルモノヲ謂フ

恩給其他官吏關係ノ消滅後ニ於テ發生スル金錢給付ノ義務ニ付テモ其性質ニ於テハ全ク俸給ト異ナル所ナシ其異ナル所ハ唯一ハ服務義務ノ繼續中ニ在ルト一ハ其消滅後ニ在ルト一ハ官吏自身カ常ニ其權利主體タルトニハ場合ニ依リ官吏ノ遺族カ其權利ノ主體タルコトアルトノ差異アルノミ即恩給其他ノ金錢給付ハ又均シク公法上ノ權利ニシテ服務義務ニ對スル國家ノ反對給付ナリ官吏ハ其在職中全力ヲ擧ケテ國家ノ爲ニ奉スル者ナルヲ以テ俸給以外ニハ他ノ所得ノ淵源ヲ有スルコト能ハス從テ在職長キニ渉ルトキハ官吏關係ノ消滅後ニ於ル自己ノ生活又ハ遺族ノ生活ヲ維持スヘキ經濟上ノ資本ヲ貯蓄スルノ餘裕ナキヲ以テ國家ハ特ニ官吏關係ノ消滅後ニ於テモ其在職中ノ服務ニ對スル報酬トシテ此金錢給付ノ義務ヲ負フモノナリ

恩給其他官吏關係ノ消滅後ニ於テ發生スル財產上ノ請求權ハ總テノ原因ニ依ル官吏關係ノ消滅ニ依テ當然發生スルモノニ非ス官吏カ自己ノ任意ニ依テ其職務ヲ辭シタル場合ニ於テハ此等ノ財產請求權ハ總テ發生スルコトナシ反之官吏關係カ官吏ノ死亡又ハ老年若クハ疾病ニ因ル職務不能力若クハ國家ノ方面ヨリスル解職ニ因テ消滅シタル場合ニ於テハ勿論戒處分ニ因ル解職ノ場合ノ外ハ常ニ此請求權ヲ發生ス

官吏ノ恩給、遺族扶助料、一時賜金ニ關スル現行ノ規定ハ官吏恩給法（二三年六月法律四三號）軍人恩給法（二三年六月法律四五號）官吏遺族扶助法（二三年六月法律四四號）明治二十三年六月勅令第九八號文官判任以上ノ者ノ退官賜金ノ件等ナリ一一說明セス就テ見ルヘシ

二、實費辨償　官吏ハ其服務義務ノ履行ニ關聯シテ支出シタル特別ノ費用ヲ充スカ爲ニ實費辨償ヲ請求スルノ權利ヲ有ス原則トシテハ國家ハ官吏ノ服務義務ノ履行ノ爲ニ必要ナル一切ノ設備ヲ設ケ職務ノ履行ノ爲ニ官吏カ自己ノ費用ヲ支出スルノ必要ナカラシムルヲ常トス官吏ノ執務ニ必要ナル總テノ物質上ノ設備ハ國家カ自ラ之ヲ備付クルナリ此目的ノ爲ニ國家ハ執務ノ場所タル官衙ヲ設ケ

0395

机ヲ備ヘ椅子ヲ給シ其他什器、武器等ヲ備ヘ以テ官吏ノ使用ニ備フル時トシテハ官吏ノ爲ニ一身上ノ利益ヲモ與フルコトアリ例之官吏及其家族ノ住居ノ爲ニ官宅ヲ給シ執務時間中暖爐ヲ給シ職務上ノ制服ヲ給與スルカ如キ是ナリ實費辨償ノ行ルルハ唯此等ノ設備カ官吏ヲシテ總テノ特別ノ費用ヲ免レシムルニ充分ナラサル場合ニ於テノミナリ此種ノ實費辨償ニ屬スルモノハ旅費、日當、宿泊料、辨當手當、馬匹飼養料、外交官ノ在勤手當ノ類是ナリ實費辨償ハ出張ノ命令、轉任、特定ノ官職ニ對スル任命等總テ如此費用ヲ生スヘキモノトシテ認メラレタル事實ニ伴ヒ當然據フ定メラレタル一定ノ率ニ從ヒ支給セラルルモノナリ其費用ノ果シテ實際ニ生シタルヤ否ヤ又ハ其額ノ如何等ハ問フ所ニ非ス

第六節　官吏ノ責任

官吏ノ責任ハ之ヲ官吏ノ官吏法上ノ責任、官吏ノ刑法上ノ責任及官吏ノ民事上ノ責任ノ三種ニ區別スルコトヲ要ス民事上及刑事上ノ責任ハ本來民法及刑法ノ範圍ニ屬スヘキ問題ナリト雖其責任ヲ生スヘキ原因ハ共ニ官吏ノ職務上ノ行爲ニシテ而シテ官吏ノ職務ハ行政法ノ範圍ニ屬スヘキ問題ナルカ故ニ其限度ニ於テハ民事上及刑事上ノ責任モ亦茲ニ併セ論スルコトヲ要ス

第一款　官吏ノ官吏法上ノ責任

官吏ノ官吏法上ノ責任ハ懲戒處分是ナリ官吏ノ懲戒處分ハ往時ニ於テハ一般ニ刑罰ノ一種ト看做サレ懲戒法ハ官吏ニ對スル特別刑法ト看做サレタリ然レトモ若懲戒處分ヲ以テ刑罰ノ一種ナリトスルトキハ一事不再理ノ原則ニ依リ刑罰及懲戒處分ヲ併セ科スルコトヲ得ス然レトモ刑罰ニ處セラレタル者ニ對シテ更ニ懲戒處分ヲ科スルヲ得ストスルノ不都合ナルハ言ヲ俟タサルヲ以テ舊時ノ學說ハ此點ニ於テ既ニ其論理ヲ貫徹スルコトヲ得サルナリ近時ニ於テハ懲戒處分カ全ク刑罰ト其性質ヲ異ニスルモノナルコトハ學者ノ普ク承認スル所ナリ懲戒處分トハ官吏關係ノ秩序ヲ維持スルカ爲ニ服務要求權ニ基キ服務義務ニ違反シタル官吏ニ對シテ科スル所ノ處罰ナリ此故ニ

一　懲戒處分ハ第一ニ其基ク所ノ權力ニ於テ刑罰ト異ナレリ刑罰ハ國家ノ統治權ニ基クモノナルニ反シテ懲戒處分ハ官吏ニ對スル特別ノ權力關係ニ基クモノナリ官吏ハ官吏關係ノ開始ニ依テ國家ノ特別ノ權力ニ服スル懲戒處分ハ此特別ノ權力ノ結果ニシテ其性質ニ於テハ尚學校ノ生徒ニ對スル懲戒ト異ナル所ナシ

二　懲戒處分ハ又其目的ニ於テ刑罰ト異ナレリ刑罰ノ目的トスル所ハ國家ノ公共ノ秩序ヲ維持スルニ在リ懲戒處分ノ目的トスル所ハ專官吏關係ノ秩序ヲ維持スルニ在リ

三　懲戒處分ハ其處罰ノ原因ニ於テモ亦刑罰ト異ナレリ懲戒處分ノ原因ハ專服務義務ノ違反ニ在リ刑罰ノ原因ハ反之法律利益ノ侵害ナリ官吏ノ職務犯罪カ服務義務ノ違反ニ非スシテ法律利益ノ侵害ヲ以テ其內容ト爲スコトハ後ニ之ヲ論ス

以上ノ如キ性質上ノ區別ニ基キ懲戒處分ハ種種ノ點ニ於テ又刑罰ト異ナリタル特色ヲ有ス

懲戒處分ハ官吏關係ノ秩序ヲ維持スルヲ以テ目的ト爲ス即所謂目的罰ノ一種ニシテ刑罰ノ如ク不法行爲ニ對スル制裁トシテ科スル所ノ處罰ニ非ス其義務違反ヲ處罰ナクシテ看過スルハ官吏關係ノ秩序ヲ紊亂スルカ故ニ其秩序ヲ維持スルカ爲ニ科スルモノナリ故ニ懲戒處分ハ刑罰ノ如ク特定ノ所爲ニ對シ

0396

テ必特定ノ處罰ヲ科スルコトヲ要スルモノニ非ス之ニ對シテ懲戒處分ヲ科スルコトカ官吏關係ノ秩序ヲ維持スルニ利益アリヤ否ヤヲ考察シ之ヲ科スルコトカ利益ナル場合ニ於テノミ之ヲ科スルナリ刑罰ハ特定ノ犯罪ニ對シテ必之ヲ科スルコトヲ要ス犯罪アルニ拘ラス刑罰ヲ科セサルハ違法ナリ懲戒處分ハ之ニ反シ之ヲ科スルト否トハ懲戒官廳ノ任意ナリ之ヲ科スルニ於テ彼ルヘキ政府ノ威嚴ノ損害又ハ之ヲ科セサルニ於テ生スヘキ他ノ官吏ノ惡感情、過失アリタル官吏ノ既往ノ勤務ノ狀態、其將來ニ於ル希望等總テノ點ヲ考察シ其懲戒處分ヲ科スルコトカ利益ナリト認メタルニ於テ始テ之ヲ科スルモノナリ

懲戒處分ヲ科スルノ官廳ハ或ハ普通ノ上官ナルコトアリ或ハ之カ爲ニ特別ノ懲戒裁判所ノ設ケラルルコトアリ懲戒裁判所ニ於テハ普通ノ刑罰ニ於ルカ如ク單ニ過怠ノ輕重ヲ審査シ之ニ相當スヘキ處罰ヲ科スルモノニシテ前述ノ如キ職務上ノ利益如何ヲ考察シテ之ヲ科スルト否トヲ決定スヘキ自由ヲ有スルモノニ非ス從テ懲戒處分ノ性質ニ反スルカ如シ然レトモ懲戒裁判所ニ於テ懲戒處分ヲ科スル場合ハ常ニ普通ノ上官ノ請求アルニ非サレハ懲戒裁判ヲ開始スルコトヲ得サルモノニシテ而シテ上官カ之ヲ請求スルニ當リテハ上官ニ於テ先之ヲ科スルト否トノ利害ヲ考察スルモノナルカ故ニ懲戒處分ノ性質ハ之カ爲ニ妨ケラルルコトナシ

懲戒處分ノ目的トスル所ハ官吏關係ノ秩序ヲ維持スルニ在リ官紀ヲ維持スルニハ二ノ方法ノ孰カヲ採ルコトヲ得ヘシ或ハ義務ニ違反シタル官吏自身ヲ戒飾シテ將來ニ過ヲ再セサラシムルニ依テ之ヲ爲スコトヲ得ヘク或ハ其過怠重大ニシテ其官吏自身ニ對シテハ最早改良ノ見込ナキ場合ニ於テハ全然之ヲ官吏社會ヨリ驅逐シ以テ其主要ノ目的タル官紀ノ全體ヲ清潔タラシムルニ依テ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ

此二ノ方法ノ異ナルニ從ヒ懲戒ノ手段ハ之ヲ二種ニ分ツコトヲ得一ハ所謂矯正懲戒ニシテ一ハ排除懲戒ナリ矯正懲戒ハ過怠者タル官吏自身ヲ改良シテ之ヲシテ再完全ニ其義務ヲ盡サシメントスルモノナリ排除懲戒ハ過怠者タル官吏ヲ官吏關係ヨリ排除シ以テ官紀ノ全體ヲ改良セントスルモノナリ矯正懲戒ニ屬スルモノハ譴責、罰俸是ナリ排除懲戒ニ屬スルモノハ懲戒免官ナリ此兩者ノ中間ニ在ルモノハ轉所及停職是ナリ轉所及停職ハ過怠者タル官吏ヲ留任セシムルコトカ特定ノ場所ニ限リ又ハ一時限リ官吏關係ノ秩序ヲ紊ス場合ニ於テ特定ノ場所ヨリ之ヲ排除シ又ハ一時限リ之ヲ排除シ而シテ同時ニ過怠者タル官吏自身ニ對シテモ改良ヲ加ヘントスルモノニシテ矯正ノ目的ト排除ノ目的トヲ併セ有スルモノナリ

懲戒處分ハ官吏ニ對スル服務要求權ニ基ク處罰ナルカ故ニ服務要求權ニシテ消滅スルトキハ懲戒權モ亦當然消滅ス從テ懲戒處分ヲ科スルコトヲ得ルハ官吏タル身分ヲ有スルコトヲ其前提ト爲ス故ニ官吏ハ其官吏關係ノ消滅後ニ於テハ其在職中ノ所爲ニ對シ懲戒處分ヲ受クルコトナシ但之ニ對スル一ノ例外ハ官吏關係ニ基キテ取得シタル權利ハ官吏關係ノ消滅後ニ於テモ懲戒處分ニ依テ之ヲ剝奪スルコトヲ妨クス例之官吏ノ恩給、位階、尊號ノ類ハ官吏關係ノ消滅後ニ於テモ在職中ノ所爲ニ基キ之ヲ剝奪スルコトヲ得

懲戒權ハ曾ニ官吏關係ノ消滅ニ因ッ消滅スルノミナラス懲戒權所屬ノ變更ニ因リ消滅ス懲戒權ノ所屬カ變更スル最明瞭ナル場合ハ國家ノ官吏カ自治團體ノ吏員ニ轉シ又ハ自治團體ノ吏員カ國家ノ官吏又ハ他ノ自治團體ノ吏員ト爲ル場合ナリ然レトモ曾ニ此場合ノミナラス均シク國家ノ官職ニテモ官職ノ種類ニ應シテ特別ノ懲戒官廳アル場合ニ於テハ一ノ所屬ヨリ他ノ所屬ニ轉任スルトキハ前ノ懲戒權ハ

0397

當然消滅スルモノナリ例之裁判官ニハ裁判官ニ特別ナル懲戒官廳アリ武官ニハ武官ニ特別ナル懲戒官廳アリ行政官、會計檢査官、行政裁判官ハ各又其所屬ノ懲戒權ヲ有ス武官ニシテ行政官ニ轉シ裁判官ニシテ行政裁判官ニ轉任スルカ如キ場合ニ於テハ其前官在職中ノ所爲ニ對スル懲戒權ハ其轉任ニ因テ當然消滅ス

官吏ノ懲戒ニ關スル現行規定ハ文官懲戒令(三三年三月勅令六三號)判事懲戒法(二三年八月法律六八號)會計檢査官懲戒法(三三年二月法律二一號)行政裁判所長官評定官懲戒令(三二年七月勅令三五四號)陸軍懲罰令一四年一二月陸軍省七三號達)海軍懲罰令(二二年一二月勅令一三四號)等ノ定ムル所ナリ

第二款　官吏ノ刑法上ノ責任

官吏ハ其職務上ノ行爲ニ依テ啻ニ懲戒處分ヲ受クルノミナラス又刑法上ノ責任ニ服スルコトアリ官吏カ其職務上ノ行爲ニ依テ刑法上ノ責任ヲ有スル場合ハ之ヲ官吏ノ職務犯罪ト謂フ

懲戒處分カ刑罰ト同一ノ性質ヲ有スルモノナリト看做サレタル時代ニ於テハ職務犯罪モ懲戒犯ト同一ノ性質ヲ有スルモノト看做サレ均シク服務義務ノ違反ナリト看做サレタリ其區別ハ單純ナル程度ノ差異ニ在ルモノト爲シ其程度輕キモノハ懲戒犯トシテ懲戒處分ヲ科シ其程度重キモノハ職務犯罪トシテ刑罰ヲ科スルモノト爲シタルナリ

近時ニ至リ懲戒犯ト職務犯罪トハ全ク其犯罪ノ性質ヲ異ニスルモノナルコトヲ明ニスルコトヲ得タリ懲戒處分ト刑罰トハ啻ニ其處罰ノ性質ニ於テ異ナルノミナラス又其處罰ノ原因タル犯罪ニ於テモ其性質ヲ異ニスルモノナリ懲戒處分ハ官吏ノ服務義務ノ違反ニ對スル處罰ナリ官吏ハ其官吏關係ノ成立ト共ニ國家ニ對シテ職務執行ノ義務、忠實及從順ノ義務、品位ヲ保ツノ義務ヲ負フ懲戒處分ハ此等ノ義務違反ニ對シテ科セラルルモノナリ職務犯罪ハ反之單純ナル服務義務ノ違反ニ非ス其職權ノ濫用ニ依テ他ノ法律利益ヲ侵害シタル場合ナルコトヲ要ス其犯罪ノ客體タルモノハ服務義務ニ非スシテ法律ノ指定シタル種種ナル法律利益ナリ職務犯罪ノ現行刑法中ニ規定セラルル重ナルモノハ裁判官カ被告ヲ曲庇陷害スルノ目的ヲ以テ不法ノ判決ヲ爲シタル場合(刑二八七條)逮捕官吏カ惡意ヲ以テ無罪者ヲ逮捕監禁シタル場合(刑二七八條)ノ如キ是ナリ此等ノ場合ニ於テ之ニ刑罰ヲ科スルハ服務義務ニ違反シタルカ爲ニ非スシテ其職權ノ濫用ニ依リ第三者ニ損害ヲ與ヘタルカ爲ナリ

職務犯罪ハ職權ノ濫用ニ依リ特種ノ法律利益ヲ侵害シタル犯罪ナリ故ニ職務犯罪ノ成立スルカ爲ニハ官吏ノ權限内ノ行爲ナラサルヘカラス官吏カ其權限外ニ於テ爲シタル行爲ハ純然タル一私人ノ行爲ニシテ官吏トシテノ行爲ニ非ス職務犯罪ノ成立スルカ爲ニハ權限内ニ於テ其權限ヲ濫用シ故意ニ不法ノ損害ヲ與ヘタル場合ナルコトヲ要ス故ニ權限ヲ有スル者ニ非サレハ職務犯罪ノ主體タルコトヲ得ス懲戒處分ハ凡テノ官吏ニ對シテ科スルコトヲ得ヘク苟官吏關係ヲ有スル者ハ皆懲戒犯ノ主體タルコトヲ得ヘキニ反シテ職務犯罪ハ官職ヲ付與セラレタル者ニ非サレハ之ヲ犯スコトヲ得ス執行スヘキ官職ヲ有セサル者ニハ權限ノ濫用ナク從テ職務犯罪ヲ生セス

職務犯罪ノ本質ハ如此國家ノ機關カ其權限内ニ於テ國權ヲ不法ノ行爲ニ行使スルコトニ在リ若官吏カ其權限外ニ於テ其事實上ノ實力ヲ不法ノ行爲ニ濫用シタルトキハ是職務犯罪ニ非ス此故ニ所謂准職務犯罪ハ全ク職務犯罪ニ非ス准職務犯罪ハ官吏タル身分ヲ有スル者ニ非サレハ犯スヲ得サル罪タルト又

ハ何人モ犯シ得ヘキ罪ニシテ唯官吏ノ犯シタル場合ニ其刑罰ヲ重クスルニ過キサルモノタルトヲ問ハス官吏ノ職務上ノ行爲ニ依ル犯罪ニ非スシテ官吏タル身分カ其刑罰ヲ科シ又ハ刑罰ヲ重クスルノ原因タルニ過キサルモノヲ云ノ官吏收賄罪、監守盜罪ノ如キ皆是ナリ此等ノ犯罪ハ全ク職務犯罪ニ非ス

第三款　官吏ノ民法上ノ責任

官吏ノ民法上ノ責任ト、官吏ノ職務上ノ行爲ニ依テ不法ニ第三者ニ損害ヲ與ヘタル場合ニ於ル損害賠償ノ責任ヲ謂フ

官吏ノ民法上ノ責任ニ付テモ先官吏ノ權限外ノ行爲ヲ區別スルコトヲ要ス官吏カ其權限外ノ所爲ニ依リ第三者ニ損害ヲ與ヘタル場合ニ於テハ其行爲ハ純然タル官吏ノ一私人トシテノ行爲ニシテ民法上ノ不法行爲ノ原則カ完全ニ之ニ適用セラルルハ勿論ナリ行政法ニ於テ論スルヲ要スル所ハ專官吏ノ權限內ノ行爲ニ依テ損害ヲ加ヘタル場合ニ限ル

官吏ノ權限內ノ行爲ニ付テハ更ニ之ヲ私法上ノ行爲ヲ爲シタル場合ト公法上ノ行爲ヲ爲シタル場合トニ區別スルコトヲ要ス

官吏カ私法上ノ關係ニ於テ國家ヲ代表スル場合ニ於テハ其關係ハ全ク私法ノ規定ニ依テ判斷セラルヘキモノナルカ故ニ其關係ハ尙普通ノ法人ノ機關カ第三者ニ損害ヲ與ヘタル場合ト異ナルコトナク其關係ハ全ク民法ノ規定ニ從フナリ即此場合ニ於テハ損害賠償ノ責ニ任スヘキ者ハ國家自身ニシテ官吏ニ非ス故ニ例之鐵道局ノ吏員カ旅客ニ損害ヲ加ヘタルトキハ其賠償ノ責任ハ吏員ニ非スシテ國家ニ在リ以上ノ點ニ付テハ毫モ疑ヲ容レサル所ナリト雖公法上ノ關係ニ於テ官吏カ國家ノ機關トシテ行動スル

ニ依テ第三者ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ於テ官吏カ賠償責任ヲ有スルヤ否ヤニ付テハ我國ノ法律ノ規定ハ甚不備ニシテ頗疑ハシキ問題ナリ此場合ニ關シテ民法ノ規定ノ當然適用セラルヘキモノニ非サルコトハ明ナリ

官吏カ其權限內ニ於テ爲シタル行爲ハ縱令其行爲カ法律命令ニ違反シタル場合ニ於テモ尙國家機關トシテノ行爲ニシテ即國家ノ行爲ナリ國家ノ權力ノ發動ニ對シテハ民法ノ規定ハ之ヲ適用スルヲ得サルハ勿論ナリ

我國ノ法律中此場合ニ關スル明文ノ存スルモノハ僅ニ刑事訴訟法第一四條、不動產登記法第一二條、戶籍法第六條等二三ノ法規アルニ止リ一般ノ規定ノ存スルモノナシ不動產登記法及戶籍法ニ依レハ登記官吏カ故意又ハ重過失ニ依リ第三者ニ損害ヲ加ヘタル場合ニノミ賠償責任アルコトヲ規定シ刑事訴訟法ハ裁判官カ故意ニ被告人ヲ害スルノ目的ヲ以テ又ハ刑法上ノ犯罪ニ相當スヘキ所爲ニ依テ損害ヲ與ヘタル場合ニノミ賠償責任アルコトヲ規定セリ如此明文ノ存セサルモノニ付テハ總テ官吏ハ賠償責任ヲ有セサルモノナリヤ或ハ總テ其責任ヲ有スルモノナリヤニ付テハ學說區區タリ

官吏カ賠償責任ヲ有スト主張スルノ論者ハ官吏カ故意又ハ過失ニ依リ法律命令ニ違反シテ第三者ニ損害ヲ與ヘタル場合ニ於テハ其行爲ハ官吏カ一私人トシテノ行爲ニシテ國家ノ行爲ニ非スト云フニ依テ其理由ヲ說明シ得タリト爲ス曰ク國家ハ官吏ヲシテ適法ニ其職務ヲ執行スヘキコトヲ委任スト雖違法ニシテ之ヲ執行スヘキコトヲ委任セス官吏カ違法ニ其職務ヲ執行シタルトキハ委任以外ノ行爲ニシテ最早國家ノ行爲ニ非スト然レトモ如此說明ノ誤ナルコトハ言ヲ俟タス國家カ官吏ニ權限ヲ委任シタルトキハ同時ニ違法ニ其權限ヲ行使シ得ヘキ危險ヲ包含スル是避クヘカラサル所ナリ官吏ハ自己ノ意思ヲ以テ

0399

其權限ヲ執行ス其權限ノ行使ニ於テハ法律命令ヲ解釋スルノ權ヲ有シ又公益ヲ認定スルノ權ヲ有ス此權ニ伴フニ非サレハ權限ハ全ク之ヲ行使スルヲ得サルナリ故ニ違法ナル權限ノ行使モ亦官吏トシテノ行爲ニシテ均シク國家ノ行爲ナリ裁判官カ違法ノ判決ヲ爲シタル場合ニ於テモ尙有效ナル國家ノ判決ナリ警察官カ違法ニ營業ヲ禁止シタルトキハ完全ニ有效ナル國家ノ禁止ナリ判決ニ對シ控訴、上告ノ手段ヲ認メ官廳ノ處分ニ對シテ訴願權、取消權ヲ認ムルハ國家ノ行爲モ時トシテ違法ナルコトアリ得ヘキヲ證明スルモノナリ

官吏ノ行爲ハ其權限內ニ於テハ國家ノ行爲ナリ其行爲カ法律命令ニ違反セルモノナルコトハ國家ノ行爲タルコトヲ妨ケス縱令其法律命令ニ違反セルコトカ官吏ノ故意又ハ重大ナル過失ニ出テタル場合ト雖尙官吏ノ權限內ニ於テスル以上ハ尙國家ノ行爲ナリ若官吏カ其權限內ノ行爲ニ依テ第三者ニ損害ヲ加ヘタルトキハ是國家カ損害ヲ加ヘタルモノナリ一個人トシテノ官吏ハ第三者トハ毫モ直接ノ法律關係ヲ有セス官吏ノ服務義務ハ國家ニ對スル義務ニシテ第三者ニ對スル義務ニ非ス官吏カ其權限內ノ行爲ニ依テ第三者ニ損害ヲ與ヘタル場合ニ於テモ官吏ハ毫モ第三者ニ對スル義務ニ違反シタルモノニ非ス

此故ニ純理ヨリ云ヘハ官吏ノ第三者ニ加ヘタル損害ハ若特別ノ明文アルニ非サレハ官吏カ一個人トシテ自ラ其賠償ノ責ニ任スヘキモノニ非ス諸國ノ法律ハ多クハ特別ノ明文ヲ以テ如此場合ニ官吏カ賠償責任ヲ有スヘキコトヲ規定スト雖我國ノ法律ハ反之刑事訴訟法、不動產登記法及戶籍法ノ如キ二三ノ場合ニ付特別ノ明文ヲ存スルニ止リ一般ニハ官吏賠償責任ニ關スル規定ヲ存セサルヲ以テ其實際ノ結果ノ甚不都合ナルニモ拘ラス我國ニ於テハ此等二三ノ特別ノ場合ノ外ハ官吏ハ其權限內ニ於ケル不法行爲ニ付全ク第三者ニ對スル賠償責任ヲ負ハサルモノト論斷セサルヲ得ス大審院ノ判決例モ此理論ヲ採用セリ

以上述ヘタル所ハ官吏ノ第三者ニ對スル賠償責任ニ關スルモノナリ第三者ニ對スルノ外官吏ハ又國家ニ對シテ損害ヲ加フルコトアルヘシ此場合ニ於テ官吏カ國家ニ對シテ賠償責任ヲ有スルヤ否ヤハ別ニ論スルヲ要スル問題ナリ此場合ニ付テモ亦官吏ノ權限內ノ行爲ト權限外ノ行爲トヲ區別スルコトヲ要ス權限外ノ行爲ハ官吏トシテノ行爲ニ非ス一私人ノ行爲ニ過キサルカ故ニ之ニ依テ國家ニ損害ヲ加ヘタル場合ハ尙一私人カ國家ニ損害ヲ加ヘタル場合ト同シク純然タル民法上ノ不法行爲ニシテ民法ニ依テ支配セラルヘキモノナリ反之權限內ノ行爲ニ在テハ其行爲ノ私法上ノ行爲タルト公法上ノ行爲タルトヲ問ハス民法ノ規定ノ適用ヲ受クヘキモノニ非ス國家ト官吏トノ關係ハ特別ノ服從關係ニシテ私法上ノ委任關係ニ非ス官吏ハ國家ニ對シテ公法上ノ服務義務ヲ負フモノニシテ其國家ニ對シテ損害ヲ加ヘタルハ此公法上ノ義務違反ノ結果ナリ從テ民法上ノ義務違反ニ關スル規定ハ之ニ適用スルヲ得ヘキモノニ非ス一ニ公法ノ規定ニ依テ支配セラルヘキモノナリ此故ニ官吏ノ國家ニ對スル賠償責任モ亦特別ノ明文ヲ要スヘキモノニシテ特別ノ規定アル場合ニ於テノミ其責任ヲ有スルナリ

第七節　官吏關係ノ消滅及變更

官吏關係ハ官吏ノ死亡、刑罰ノ宣告、懲戒免官、期限ノ滿期ニ因テ消滅スルノ外或ハ官吏自身ノ意思ニ因テ消滅シ或ハ國家ノ意思ニ因テ消滅ス

一　官吏ハ原則トシテ何時ニテモ其職ヲ辭スルノ權利ヲ有ス是法ノ明文ニ依テ定メラレタル所ニ非ス

ト雖慣習ニ依ヲ一般ニ認メラルルノミナラス官吏關係ノ性質ヨリ生スル當然ノ結果タルナリ官吏ハ其全力ヲ盡シテ國家ニ奉スヘキ義務アルモノナリ如此義務ハ官吏ノ意思ニ反シ强制シテ其職務ヲ執ラシムルコトニ依ヲ其目的ヲ達シ得ヘキニ非ス官吏ニシテ其職ヲ辭スルノ自由ヲ有セストセハ官吏ハ奴隷ト異ナルナキナリ

官吏カ其職ヲ辭スルノ權利ヲ有スト云フハ官吏カ辭職ノ意思ヲ表示スルニ因ヲ官吏關係カ當然消滅スト云フニ非ス官吏關係ハ常ニ國家カ其辭職ヲ聽許スルニ因ヲ消滅ス官吏カ辭職ノ權利ヲ有スト云フハ官吏カ國家ニ對シテ其辭職ヲ請求スルノ權利ヲ有スト云フノ意義ニ外ナラス換言スレハ官吏カ解職ヲ請求スルトキハ國家ハ必之ヲ解職スルノ義務ヲ有ス其解職ヲ聽許スルト否トノ自由ヲ有セス官吏カ其辭職ヲ請求スルニ拘ラス其請求ヲ拒絶スルハ不法ナリ

然レトモ場合ニ依ヲ國家ハ官吏ノ請求ニ拘ラス一時其解職ヲ猶豫スルノ權利ヲ有スルコトアリ如何ナル場合ニ於テ其解職ヲ猶豫スルコトヲ得ヘキカニ付テハ特別ノ明文ナキヲ以ヲ條理ニ依テ之ヲ決セサルヘカラス余輩ノ解スル所ニ依レハ官吏ニ懲戒處分ニ相當スヘキ所爲アル場合ニ於ヲ未懲戒處分ノ決定ニ至ラサルトキ、上官ノ命令ニ依リ特定ノ義務ヲ執行スヘキ義務ヲ負擔シ未其執行ヲ終ラサルトキ等ノ場合ニ於テハ國家ハ當然一時其辭職ヲ聽許セサルコトヲ得ヘシ

二　國家ノ方面ヨリスル免官ニ付テハ法ノ明文ニ依ヲ官吏ノ意思ニ反シテ之ヲ免官スルヲ得サルコトヲ定メタルモノト然ラサルモノトアリ其地位ノ保障ノ最完全ナルモノハ裁判官ニシテ裁判官ハ憲法ノ規定ニ依テ懲戒處分ニ依ルノ外其意思ニ反シテ免官スルコトナキヲ規定ス裁判官ノ外會計檢査官、行政裁判所評定官モ亦法律ノ規定ニ依リ同樣ノ地位ノ保障ヲ有ス此他ノ一般ノ行政官ニ付テハ親任官、奏權公使、祕書官ノ外ハ文官分限令ニ依ル懲戒處分其他法ニ定ムル一定ノ條件ヲ具フルニ非サレハ其意思ニ反シテ之ヲ免官スルヲ得サルコトヲ規定シ之ニ依リ今日ニ於テハ一般行政官モ亦原則トシテ其地位ヲ奪ハレサルノ權利ヲ有スルモノナレトモ官廳ハ必要アルトキハ官吏ノ休職ヲ命スルコトヲ得ヘク而シテ休職ヲ命セラレタル官吏ハ一定ノ期間ノ經過ニ因リ當然官吏關係ヲ失フモノナルカ故ニ間接ニハ官廳ノ任意ニ依リ官吏ヲ免官シ得ヘキモノナリ

官吏關係ノ變更トハ官吏關係ヲ消滅セシムルコトナク其內容ヲ變更スルモノナリ官吏關係變更ノ一ノ原因ハ懲戒處分ナリト雖懲戒處分ニ付テハ既ニ之ヲ述ヘタリ其他ノ原因ニシテ官吏關係ノ內容ヲ變更スルモノハ轉任及休職ナリ轉任ハ官吏關係ハ之ヲ存續シテ官職ノミヲ變更スルモノヲ謂ヒ休職ハ官吏關係存續シテ官職ヲ剝奪スルモノヲ謂フ

轉任ハ官吏ノ意思ニ反シ國家ノ單意ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ルヲ原則トス官吏ノ任命ニ依リ官吏ハ特定ノ官職ヲ負擔スルノ義務ヲ承諾シタルニ非スシテ國家ノ命スル所ノ官職ヲ負擔スヘキ義務ヲ承諾シタルモノナリ故ニ一度官吏關係ヲ發生シタル上ハ之ニ或官職ヲ付與シ又ハ他ノ官職ニ轉任セシムルハ最早官吏ノ承諾ヲ要セス國家ノ單意ヲ以テ之ヲ命スルコトヲ得ヘシ然レトモ此原則ハ法ノ明文ヲ以テ特ニ之ヲ制限スルコトアリ其明文アル場合ニ付テハ疑ヲ容レスト雖明文ナキ場合ニ於テ尙當然此原則ニ對シテ認ムルコトヲ要スル一ノ例外アリ國家ハ如何ナル官職ニモ轉任ヲ命スルコトヲ得ルニ非ス同種類ノ官職ニ在テハ其轉任ハ國家ノ自由ナリト雖異種類ノ官職ニ付テハ新ナル任命ノ場合ト同ク官吏ノ承諾ヲ要スル例之行政官中ニ於テハ自由ニ之ヲ轉任セシムルコトヲ得ト雖行政官ヲ裁判官ニ任シ裁判官ヲ武官ニ任スルカ如キハ新ニ其承諾ヲ要スルモノナリ如此區別ヲ生スル所以ハ專任命行爲ノ意思ノ

0401

解釋ニ在リ官吏カ任命ヲ承諾スルハ如何ナル官職ニテモ之ヲ負擔スヘキ義務ヲ承諾シタルモノト看做スコトヲ得ス同種類ノ官職ニ對シテノミ國家ノ命スル總テノ官職ヲ負擔スヘキ義務ヲ承諾シタルモノト看做スヘキカ故ナリ

第八節　兵役義務

兵役義務ハ公法上ノ服務義務ノ一種ナリ其一般國民ノ法律上ノ義務ナルコトニ於テ官吏ノ服務義務ト異ナル

兵役義務ハ之ヲ現役服務義務ト休役服務義務トニ區別スルコトヲ要ス現役服務義務ハ現ニ陸海軍ノ組織ニ加ハリ兵役ニ服スルノ義務ナリ休役服務義務ハ現ニ兵役ニ服スルコトナク唯召集セラルル場合ニ於テ兵役ニ服スヘキ義務ナリ總テ日本臣民タル男子ハ兵役義務ニ服スルコトヲ要スト雖總テノ者カ皆現役服務義務ニ服スルモノニ非ス現役服務義務ヲ生スルニハ特別ノ公法上ノ行爲ヲ要ス此公法上ノ行爲ハ徵集ナリ

徵兵令ニ依レハ兵役ハ分テ常備兵役、後備兵役、補充兵役及國民兵役ノ四ト爲セリト雖此區別ハ法律上ノ意義ニ於ル現役服務義務ト休役服務義務トノ區別ニ相當スルモノニ非ス常備兵役ハ更ニ分テ現役及豫備役ト爲ス現役ハ原則トシテハ並ニ所謂現役服務義務ニ服スルモノナレトモ現役中ニモ歸休ヲ命セラレタル者ハ現役服務義務ニ服スルコトナシ豫備兵役、後備兵役、補充兵役及國民兵役ハ原則トシテ現役服務義務ヲ負フコトナシト雖戰時若クハ事變ニ際シ召集セラレタル者、勤務演習ノ爲メ又ハ敎育ノ爲メ召集セラレタル者ハ現役服務義務ニ服スルナリ

現役服務義務ニ服スル者ハ官吏關係ニ於ルヨリモ一層嚴肅ナル服務要求權ニ服ス上官ノ命令ニ對スル無條件ノ服從、嚴肅ナル懲戒權、陸海軍ノ特別刑法、身體ノ自由ニ對スル嚴重ナル制限ハ此特別ノ權力ノ結果トシテ發動ス休役服務義務ハ反之如此包括的ノ權力ニ服スルモノニ非ス軍ニ法律又ハ命令ニ定ムル箇箇ノ制限ヲ受クルニ過キス唯將來ニ於テ若召集セラルルトキハ現役服務義務ヲ負擔スヘキ義務ヲ負フニ止ルナリ

第六章　私人ニ對スル國家事務ノ特許

凡テ國家事務ハ國家カ自己ノ機關ヲ以テ自ラ之ヲ行フヲ以テ原則トスト雖國家ハ又他ノ權利主體ニ對シテ國家事務ヲ行フノ權利ヲ特許スルコトアリ國家事務ヲ特許セラルルモノノ最顯著ナルハ自治團體ナリ自治團體ハ國家事務ヲ行フコトヲ以テ其生存ノ目的ト爲スモノナリ然レトモ自治團體ノ外國家ハ又一私人又ハ私ノ團體ニ國家事務ヲ行フコトヲ許可スルコトアリ例之國家ハ船長ニ對シテ航海中船舶ニ於ル警察權ヲ行フコトヲ特許シ日本銀行ニ兌換券發行事務ヲ特許スルカ如シ

國家事務ヲ特許セラレタル私人ハ之ニ依テ國家ノ機關ト爲ルモノニ非ス又自治團體ト爲ルモノニ非ス別ニ獨立ノ生存ノ目的ヲ有スルモノナリ其詳細ノ說明ハ時間ノ餘裕ナキカ故一略ス

第七章　公法上ノ負擔義務

公法上ノ負擔義務トハ國家ノ權力作用ニ基キテ賦課セラレタル金錢以外ノ貨物ノ給付義務ヲ謂フ負擔義務ハ金錢以外ノ貨物ヲ給付スル義務ナルノ點ニ於テ租稅、手數料及分擔金ト異ナリ權利ヲ移轉スル

0402

モノニ非スシテ貨物ノ給付義務ヲ課セラルルモノナルノ點ニ於テ公用徵收ト異ナレリ

近世ノ財政ハ金錢經濟ヲ以テ其基礎ト爲スカ故ニ國家ノ賦課スル所ノ給付義務ハ金錢ヲ以テ賦課スルコトヲ原則トスト雖急迫ノ事情アリ金錢ノ給付義務ヲ以テハ其需要ヲ滿タスコト能ハサル場合ニ於テハ往往臣民ニ對シ實物ノ供給ヲ命スルコトアリ公法上ノ負擔義務ハ是ニ於テカ生ス其最顯著ナルモノハ軍事上ノ徵發ナリ徵發ハ或ハ車輛、馬匹等ノ所有權ヲ移轉スルニ依テ行ルルコトアリ此場合ニ於テハ純然タル公用徵收ナリ公法上ノ負擔義務ニ屬スルモノハ直接ニ所有權ヲ移轉スルニ非ス或貨物ノ供給ヲ命スル場合ナリ例之一定ノ數量ノ麥、馬糧等ノ供給ヲ命スルカ如シ

第三編　行政ニ對スル救濟手段

第一章　訴願

總テ行政處分ハ法律ニ依テ特ニ其取消ヲ制限シ又ハ其處分ニ依テ個人ノ權利ヲ發生シタル場合ノ外ハ其處分ヲ爲シタル官廳ニ於テ自ラ之ヲ取消シ又ハ變更スルヲ得ルヲ原則トス其上級官廳モ亦其處分ヲ爲シタル官廳ニ訓令シテ其處分ヲ取消又ハ變更セシメ又ハ自ラ直接ニ之ヲ取消又ハ變更スルノ權ヲ有ス官廳ハ如此私人ノ請求ヲ俟タスシテ自ラ前ノ處分ヲ取消又ハ變更スルコトヲ得ヘシト雖行政處分ニ依テ私人ノ利益ヲ侵害シタル場合ニ於テハ是ノミヲ以テハ私人ノ利益ヲ保護スルニ充分ナラス此外ニ尙私人ヲシテ自ラ官廳ニ對シテ取消又ハ變更ヲ爲スコトヲ請求スルコトヲ得セシメサルヘカラス私人ノ請求ニ因テ行政處分ヲ再審查シ其處分ノ不當ナルニ於テハ之ヲ取消又ハ變更スルノ手續ハ即訴願ナリ

訴願ハ之ヲ廣義ノ訴願ト狹義即正式ノ訴願トニ區別スルコトヲ要ス蓋シ云フトキハ訴願トハ私人カ行政處分ノ取消又ハ變更ヲ行政官廳ニ出願スル一切ノ場合ヲ謂フ如此意義ニ於テハ訴願ハ總テノ人民ノ自由ニ屬シ如何ナル處分ニ對シテモ又何人ト雖之ヲ官廳ニ出願スルコトヲ得然レトモ如此出願ハ唯官廳ノ注意ヲ促スニ過キスシテ何等法律上ノ效力ヲモ有スルコトナシ官廳ハ其訴願ニ依テ處分ヲ再審查シ之ヲ取消又ハ變更スルモ又ハ其訴願ニ拘ラス之ヲ拋棄シテ初ヨリ再審查ヲ爲ササルモ全ク官廳ノ任意ナリ個人ハ其再審查ヲ要求スヘキ法律上ノ權利ヲ有スルモノニ非ス反之寃抑ニ所謂訴願トハ官廳ヲシテ必其訴願ニ對スル裁決ヲ爲サシムヘキ法律上ノ拘束力ヲ有スルモノノミヲ謂フナリ訴願アルトキハ官廳ハ必之ヲ受理シ而シテ之ニ對シテ何等カノ裁決ヲ與フヘキ義務ヲ負フ單純ノ訴願ニ在テハ個人ハ再審查ヲ要求スヘキ權利ヲ有セサルニ反シテ正式ノ訴願ニ在テハ個人ハ法律上之カ權利ヲ有スルナリ固ヨリ其處分ヲ取消又ハ變更スルハ其審查ノ結果ニ依ルモノニシテ個人ハ必シモ如何ナル場合ニ於テモ常ニ其取消又ハ變更ヲ要求スルノ權利ヲ有スルモノニ非スト雖官廳ハ少クトモ必之カ再審查ヲ爲シ其不當ナルヤ否ヤヲ裁決セサルヘカラス個人ハ其再審查ヲ要求スルノ權利ヲ有スルモノナリ此意義ニ於ル訴願ハ法律上ノ拘束力ナキ單純ナル訴願ト區別スル爲ニ之ヲ正式ノ訴願ト云フコトヲ得ヘシ法律上ノ用語ニ於テ訴願ト云フトキハ常ニ此正式ノ訴願ノミヲ意味スルモノナリ

要スルニ訴願トハ行政官廳ニ對シテ行政處分ノ取消又ハ變更ヲ求ムルノ手續ニシテ其官廳ヲシテ其再審查ヲ爲シ之ニ對スル裁決ヲ爲サシムル拘束力ヲ有スルモノナリ

正式ノ訴願ハ單ニ如此拘束力ヲ有スルコトニ於テ單純ノ訴願ト異ナルノミナラス官廳ノ取消權ニ及ス

0403

ヘキ效果ニ於テモ之ト異ナレリ單純ノ訴願ハ單ニ職權上當然ニ取消權ヲ有スル官廳ノ取消權ヲ喚起スルニ過キス官廳ハ訴願ナクトモ自己ノ職權ニ依テ當然之ヲ取消又ハ變更スルノ權ヲ有ス單純ノ訴願ハ此當然ノ職權ニ基ク取消及變更ノ權ニ一步ヲモ加フルコトヲ得ス故ニ行政處分ニ依テ既ニ簡人ノ權利ヲ發生シタル場合ニ於テハ單純ノ訴願ニ依テハ最早之ヲ取消スコトヲ得ス反之正式ノ訴願ニ在テハ當然ニハ取消スコトヲ得サル處分ヲモ取消シ得ヘカラシムルモノナリ即其處分ニ依リ既ニ簡人ノ權利ヲ發生シタル場合ニ於テモ若之ニ對シテ正式ノ訴願ヲ提起スルコトヲ許サルル場合ニ於テハ其權利ノ發生ニ拘ラス官廳ハ尙之ヲ取消スコトヲ得若然ラストセハ訴願權ハ全ク有名無實タルニ至ルヘシ正式ノ訴願ハ嘗ニ官廳ノ取消權ヲ擴張スルノミナラス又職權上ハ全ク取消權ヲ有セサル官廳ヲシテ取消スコトヲ得セシムルコトアリ例之府縣參事會、郡參事會ノ如キハ其職權ニ依テ全ク處分ヲ取消又ハ變更スルノ權ヲ有スルモノニ非ス訴願アルニ依テ始ヲ取消權ヲ行フコトヲ得ルモノナリ正式ノ訴願ハ以上ノ如キ法律上ノ效力ヲ有スルモノナルカ故ニ單純ノ訴願トハ異ナリ法律上種種ノ制限アリ

一　訴願權ヲ有スル者　單純ノ訴願ハ何人ト雖之ヲ提起スルコトヲ妨ケサルニ反シテ正式ノ訴願ニ在テハ之ヲ提起シ得ヘキ者ノ範圍ハ法律ニ依リ限定セラレタリ場合ニ依テハ法律ハ訴願ヲ爲スコトヲ許スノ規定ト共ニ何人カ訴願權ヲ有スルカニ付テモ明ニ之ヲ指定セルコトアリ然レトモ通常ハ法律ハ唯何ノ場合ニ於テハ訴願ヲ爲スコトヲ得ト云フニ止リ訴願權利者ノ範圍ニ付特ニ明文ヲ設ケサルヲ例トス如此場合ニ於テモ訴願ヲ爲スコトヲ得ル者ハ唯其處分ニ依テ直接ニ損害ヲ受ケタル者ノミニ限リ間接ニ或損害ヲ受ケタルニ過キサル者ハ訴願ヲ爲スコトヲ得サルモノナリ是明文ヲ俟タサル當然ノ制限ナリ直接ニ損害ヲ受ケタル者ハ通常ハ自ラ處分ヲ受ケタル當事者ナリ故ニ訴願權者ハ通常ハ自ラ處分ヲ受ケタル當事者タルナリ然レトモ自ラ其處分ヲ受ケタル者ニ非スト雖之ニ依テ受ケタル損害カ其處分ノ直接ノ結果ナルトキハ尙訴願權ヲ有スルコトヲ得

法律ヲ以テ明ニ訴願權者ノ範圍ヲ指定シタル場合ニ於テハ固ヨリ以上ノ條件ヲ必要トセス法律ハ何人ニ對シテモ其明文ニ依テ訴願權ヲ與フルコトヲ得例之選擧ノ效力ニ關スル訴願ニ付テハ法律ハ廣ク總テノ選擧人ニ訴願ヲ爲スコトヲ得セシムルカ如シ訴願ヲ提起スルコトヲ得ルハ又通常ハ一私人タリ是訴願ノ性質ヨリ生スル當然ノ結果ナリト雖法律ハ其明文ニ依リ往往官廳ニモ訴願ヲ提起スルコトヲ許スコトアリ殊ニ自治體ニ對スル行政處分ニ付テハ自治體ノ機關タル市町村長又ハ市町村會ニ對シテ訴願ヲ許セル例ハ甚多シ

二　訴願事項　訴願事項トハ法律ニ依テ訴願ヲ爲スコトヲ許サレタル處分ヲ謂フ正式ノ訴願ハ單純ノ訴願ニ反シテ如何ナル處分ニ對シテモ之ヲ爲スコトヲ得ヘキニ非ス法律ハ嚴格ニ其種類ヲ限定セリ其範圍ハ特別ノ法律勅令ニ依テ規定セラルルモノノ外ハ明治二十三年十月法律第一〇五號訴願法第一條ノ規定スル所ニシテ左ノ如シ

イ　租稅及手數料ノ賦課ニ關スル事件

ロ　租稅滯納處分ニ關スル事件

ハ　營業免許ノ許否及取消ニ關スル事件

ニ　水利土木ニ關スル事件

ホ　土地ノ官民有區分ノ査定ニ關スル事件

0404

ヘ　地方警察ニ關スル事件

三　訴願ノ期間　正式ノ訴願ハ之ヲ提起シ得ヘキ期間ニ付テモ亦法律上ノ制限アリ正式ノ訴願ハ單純ノ訴願ト異ナリ個人ノ權利ノ既ニ發生シタル場合ニ於テモ尚之ヲ取消スコトヲ得セシムルモノナルカ故ニ若其期間ニ一定ノ制限ナキトキハ個人ノ權利ハ長ク不確實ノ狀態ニアルコトヲ免レス故ニ訴願ニ法律上ノ一定ノ期間アルコトハ訴願ノ性質ヨリ生スル當然ノ結果ナリ其期間ヲ經過スレハ訴願權ハ當然消滅ス期間ヲ經過シタル訴願ハ最早正式ノ訴願ニ非スシテ單純ノ訴願ナリ隨テ何等ノ法律上ノ效力ヲ有スルコトナシ訴願ノ期間ハ原則トシテ行政處分アリタル日ヨリ六十日ナリ一度訴願ノ裁決ヲ受ケ之ニ不服ナル者カ更ニ上級官廳ニ訴願スル場合ニ於テハ最初ノ裁決アリタル後三十日ナリ

四　訴願官廳　訴願ヲ提起スヘキ官廳ハ原則トシテハ其處分ヲ爲シタル官廳ノ直接上級官廳ナリ然レトモ法律ハ場合ニ依リ其處分ヲ爲シタル官廳自身ニ訴願ヲ提起セシムルコトアリ就中各省大臣ノ處分ニ對シテハ其以上ニ上級官廳アラサルカ故ニ常ニ各省大臣ニ對シテ訴願ヲ爲スコトヲ要ス處分ヲ爲シタル官廳自身ニ對シテ提起スル訴願ハ特ニ之ヲ區別シテ抗告ト云フコトヲ得ヘシ

五　訴願手續　訴願ハ文書ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ要シ其文書ニハ法律ノ定ムル一定ノ事項ヲ記載スルコトヲ要ス其記載ノ缺ケタル場合ニ於テハ方式ノ欠缺ニ依ル訴願却下ノ一ノ原因タリ訴願ノ裁決モ亦文書ヲ以テスルコトヲ要ス訴願ハ訴訟ニ反シテ原則トシテ口頭審問ヲ爲サス直ニ文書ニ付テ決定ス

六　訴願提起ノ效力　訴願ノ提起ニ依テ生スル一ノ法律上ノ效力ハ訴願官廳ヲシテ其爭ニ係ル行政處分ヲ再審査シテ之ニ對スル裁決ヲ下サシムルノ拘束力ヲ生スルニ在リ是既ニ述ヘタル所ナリ訴願提起ノ他ノ一ノ效力ハ場合ニ依リ行政處分ノ執行ヲ停止セシムルニ在リ原則トシテハ訴願ノ提起ニ依テ其爭ニ係ル行政處分ノ執行ヲ停止スルコトナシ行政處分ハ縱令訴願アリタル場合ニ於テモ其裁決ニ依テ取消又ハ變更セラルル迄ハ尚完全ノ效力ヲ有スルヲ原則トス然レトモ法律勅令ニ特別ノ規定アルトキ又ハ行政官廳ノ職權ニ依リ又ハ訴願人ノ請求ニ依リ必要アリト認メタル場合ニ於テハ其執行ヲ停止スルコトヲ得但法律、勅令ニ其執行ヲ停止スルヲ得サルコトヲ定メタル場合ハ此限ニ在ラス

七　訴願裁決ノ效力　訴願ノ裁決ハ其實質ノ如何ニ依リ之ヲ四種ニ分ツコトヲ得其實質ノ異ナルニ從ヒ其效力モ亦同シカラス

イ　訴願ノ裁決ハ或ハ之ヲ却下スルニアルコトアリ却下ハ本案ニ立入リ其當否ヲ審査スルコトナクシテ其訴願ヲ以テ訴願ノ法律上ノ要件ヲ具備セサルモノトシテ其再審査ヲ拒絶スルモノナリ訴願ノ却下モ亦訴願裁決ノ一種ニシテ却下ヲ受ケタル者ハ更ニ上級官廳ニ對シテ之ニ對スル訴願ヲ提起スルコトヲ得

ロ　裁決ハ又前ノ行政處分ヲ是認スルニ在ルコトアリ此場合ニ於テハ係爭ノ行政處分ハ恰其訴願ナカリシト同ク其效力ヲ繼續ス然レトモ前ノ處分ヲ是認スル裁決ハ前ノ裁決ヲ是認スル控訴院ノ判決トハ其效力ヲ同ウスルモノニ非ス前ノ處分ノ是認ハ前ノ處分ヲシテ不可變更ノ力ヲ生セシムルモノニ非ス訴願ノ結果ニ依テ前ノ處分カ是認セラレタル場合ニ於テモ其處分ヲ爲シタル官廳又ハ其上級官廳ニ於テ其職權ニ依リ訴願ノ裁決ナカリシト同ク之ヲ取消又ハ變更スルコトヲ妨ケス

0405

ハ訴願裁決ノ第三種ハ前ノ處分ヲ取消シ而シテ之ニ代ルヘキ何等ノ定ヲモ爲ササル場合ナリ此場合ニ於テハ其裁決ハ純然タル消極的ノ效果ヲ有スルニ止リ前ノ處分ハ既往ニ遡リテ其效力ヲ失ヒ其處分ニ基キテ行レタル事實上ノ效果ハ可及的之ヲ原狀ニ回復スルコトヲ要ス

最後ニ訴願ノ判決ハ或ハ前ノ處分ヲ取消シ而シテ自ラ直接ニ之ニ代ルヘキ處分ヲ爲スニ在ルコトアリ是即處分ノ變更ノ場合ナリ此場合ニ於テハ前ノ處分カ其效力ヲ失フ消極ノ效果ヲ有スルノ外其裁決ニ依テ與ヘラレタル新ナル處分ハ直接ニ其效力ヲ生シ下級ノ行政官廳ハ之ヲ執行スルノ拘束ヲ受ケ而シテ其處分ハ上級官廳ノ處分トシテ下級官廳ニ於テ自ラ之ヲ變更スルノ職權ヲ有スルコトナシ

何レノ場合ニ於テモ訴願裁決ノ效力ハ其爭ニ係リタル一ノ處分ノミニ關スルモノニシテ他ノ之ト同樣ナル處分ニ及フコトナシ隨テ訴願ニ依テ前ノ處分カ不當又ハ違法トシテ取消サレタル場合ニ於テモ當該官廳ハ更ニ又同一ノ處分ヲ爲スコトヲ妨ケス唯此場合ニ於テハ其處分カ再ヒ訴願ニ依テ取消サレ隨テ當該官廳ハ其職務上ノ責任ヲ免レサルノ危險アルノミナリ

第二章　行政裁判

第一節　行政裁判ノ性質

行政裁判ノ性質ニ關スル學說ハ之ヲ二種類ニ大別スルコトヲ得一ハ其實質ニ重キヲ置クノ學說ニシテ一ハ其形式ニ重キヲ置クノ學說ナリ實質ニ重キヲ置クノ說ハ更ニ二種アリ一ハ行政裁判ハ公法上ノ權利ニ關スル爭ヲ決定スルモノナリト爲スニ在リ假ニ之ヲ權利說ト謂フコトヲ得ヘシ一ハ行政裁判ハ當

ニ權利ヲ保護スルニ止ラス總テ公法ノ區域ニ於ル法規ノ適用ヲ確定スルノ行爲ナリト爲スニ在リ假ニ之ヲ法規說ト云フコトヲ得ヘシ形式ニ重キヲ置クノ學說ハ實質ノ如何ヲ問ハス一ニ形式ニ依テ其觀念ヲ定メント欲スルモノニシテ即行政裁判ハ裁判ノ形式ヲ以テスル行政處分ニ對スル救濟手段ナリト爲スニ在リ

之ヲ我國ノ現行法ニ付テ云フトキハ形式ニ重キヲ置クノ說ヲ以テ正當ト爲ササルヘカラス現行法規ニ付テ之ヲ見レハ行政裁判ト訴願トノ區別ハ其實質ニ依テハ全ク之ヲ區別スルコトヲ得ス固ヨリ訴願ト行政裁判トハ必シモ全ク其實質ヲ同ウスルモノニ非ス即訴願ハ曾ニ違法處分ニ對シテ提起シ得ルニ止ラス不當處分ニ對シテモ之ヲ提起シ得ヘキニ反シ行政訴訟ハ唯違法處分ニ付テノミ之ヲ云ヘハ當事者ハ不當處分ニ對シテ之ヲ提起スルヲ得サルモノナリ然レトモ違法處分ニ依テ權利ヲ障害セラレタル場合ニハ訴願ニ依テモ行政訴訟ニ依テモ均シク之カ救濟ヲ求ムルコトヲ得此場合ニ於テハ訴願ト行政訴訟トハ全ク其實質ヲ同ウスルモノニシテ其間ニ毫モ實質上ノ區別ヲ爲スコト能ハサルハ明瞭ナリ

加之我國ノ現行法ニ於テハ行政訴訟ヲ提起スルニハ原則トシテ先訴願ヲ提起シ其裁決ヲ經タル後ニ於テ始テ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ルナリ換言スレハ訴願ハ行政訴訟ノ第一審タリ行政訴訟ハ訴願ノ終審タルノ形ヲ爲セリ其審査スル所ノ實質ハ前後全ク異ナル所ナシ而シテ一ハ訴願タリ一ハ行政訴訟タリトセハ行政訴訟ノ觀念カ實質ニ依テ定ムルコトヲ得サルハ益明瞭ナリ

是故ニ現行法上ノ意義ニ於テハ行政訴訟ノ觀念ハ純然タル形式上ノ觀念タリ其訴願ト區別セラルル所

0406

以ハ專其形式ノ異ナルコトノミニ在リ行政訴訟ハ裁判ノ形式ヲ以テスル行政處分ニ對スル救濟手段タリ訴願ハ如此形式ヲ以テセサル救濟手段ナリ

然レトモ現行法上ノ行政訴訟ノ觀念ノミヲ以テハ未學理上ノ行政訴訟ノ觀念ヲ盡シタルモノニ非ス此形式的觀念ノ外ニ性質上何カ行政訴訟タルヘキヤヲ論スルハ學理上極テ重要ノ問題ナリ現行法ノ上ニ於テハ行政裁判所ノ權限ニ屬セシメラレタル事項ハ其性質ノ如何ヲ問ハス皆行政訴訟タリ故ニ現行法上ノ行政訴訟ノ觀念ヲ論スルニハ唯行政裁判所ノ權限ニ屬スル事項ナリト云フヲ以テ足レリトスヘシ然レトモ如此說明ノミヲ以テハ學理上何等ノ價値ヲモ有スルコトナシ性質上ヨリ行政訴訟ノ觀念ヲ論セントスルカ爲ニハ單ニ其形式ニ重キヲ置クコトヲ得ス其實質ニ付テノ之ヲ論セサルヘカラス實質上ヨリ行政訴訟ノ觀念ヲ定メントスル者ニ權利說ト法規說トノ二種アルコトハ前ニ述ヘタルカ如シ權利說ヲ主張スル者ハ行政訴訟ヲ以テ民事訴訟ト全ク其性質ヲ同ウスト爲ス者ニシテ其異ナル所ハ唯タ一ハ公法上ノ權利ヲ保護スルカ爲ニ存シ一ハ民法上ノ權利ヲ保護スルカ爲ニ存スト爲スモノナリ此說ニ從ヘハ行政訴訟ハ權利ノ障害アル ニ非サレハ之ヲ提起スルコトヲ得ス權利ノ障害アル ニ非スシテ提起スルヲ得ヘキモノハ縱令行政裁判所ノ權限ニ屬スルモノト雖性質上行政訴訟タルモノニ非ス此說ハ今日ニ於テモ最廣ク行ルル所ノ說ナリト雖正當ノ見解ト云フヲ得ス私法ノ區域ニ於テハ個人ノ權利ヲ定ムルハ法ノ目的ノ全部ナリ私法ニ於テハ法ト權利トハ其範圍ヲ同ウシ法ハ即權利ノ規定ナリト謂フコトヲ得從テ民事裁判ハ常ニ權利ノ裁判タルナリ反之公法ノ區域ニ於テハ權利ハ如此重要ノ地位ヲ有スルモノニ非ス公法ニ在テハ法ハ第一ニハ公益ヲ目的トス個人ノ權利ヲ認ムルハ唯個人ノ利益カ公益ト相合スルコトヲ認メラルル場合ニ限ル故ニ公法ノ區域ニ於テハ個人ノ權利ハ法ノ附隨ノ目的ニシテ決シテ法ノ規定ノ全部ヲ包含スルモノニ非ス個人ノ權利ヲ定ムルノ外公法ハ尙多クノ純然タル公益規定ヲ包含ス行政裁判ハ公法ノ區域ニ於ル裁判ナリ從テ民事裁判ノ如ク專權利ノ保護ノミヲ其目的ト爲スモノニ非ス

抑裁判トハ法ノ適用ヲ確定スルコトヲ目的トスルノ行爲ナリ箇箇ノ場合ニ於テ何カ法ノ定ムル所トナルカヲ宣告スルノ行爲ナリ法ノ定ムル所ニシテ若權利ノ規定ナラハ裁判ハ即權利ヲ確定スルノ行爲タルヘシ私法ノ區域ニ於テハ法ノ定ムル所ハ常ニ權利ナルカ故ニ民事裁判ハ常ニ權利ヲ決定スルモノナリ然レトモ公法ノ區域ニ於テハ法ノ定ムル所ハ必シモ權利ヲ目的トスルニ非ストセハ行政裁判ヲ以テ常ニ權利ノ決定ニノミ限ラントスルハ其當ヲ得タルモノニ非ス

之ヲ我國ノ現行法ニ付テ云フモ明治二十三年法律第一〇六號ハ權利ノ障害アル場合ノミヲ以テ行政裁判所ノ管轄ニ屬セシメントシタルニ拘ラス其他ノ法律、勅令殊ニ府縣制市町村制等ニ於テハ毫モ權利ノ障害アルニ非スシテ行政訴訟ヲ許可シタル場合ハ其例ニ乏シカラス例之市町村會ノ議決カ法規ニ違反シ又ハ權限ヲ超エタル爲メ町村長、市參事會ノ取消ス所トナリタル場合ノ如キ市町村會カ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ許セリ此場合ニ於テハ訴訟ノ當事者ハ市町村會ニシテ權利ノ主體ニハ非サルカ故ニ固ヨリ權利ノ障害アルヘキノ理ナク訴訟ノ目的ハ單ニ法ノ適用ヲ確定スルニ止リ權利ノ爭ヲ裁決スルニハ非ス又例之選擧ノ效力ニ關スル訴訟ノ如キ總テノ選擧人ニ訴訟ヲ提起スルノ權ヲ與ヘタリ此場合ニ於テモ被選擧人カ違法ニ當選シタルニ依テ總テノ選擧人カ其權利ヲ害セラルルニ非サルハ明瞭ナルカ故ニ此場合ニ於テモ訴訟ノ目的ハ單ニ選擧法ノ適用ヲ確定スルニ在ルコトハ明ナリ而シテ如此場合ヲ以テ性質上行政訴訟ニ非スト認ムヘキ理由ハ毫モ存在セサルナリ

0407

是故ニ予ノ信スル所ニ依レハ行政裁判ノ觀念ハ決シテ權利ノ爭アルコトヲ其要素トスルモノニ非ス行政裁判トハ個箇ノ場合ニ關スル行政法規ノ適用ヲ確定スルヲ目的トスルノ行爲ナリ以上論スル所ヲ要スルニ行政裁判ノ觀念ハ之ヲ成法上ノ行政裁判ノ觀念ト性質上又ハ學理上ノ行政裁判ノ觀念トニ區別スルコトヲ要ス成法上ノ行政裁判ハ純然タル形式上ノ觀念ナリ其性質ノ如何ヲ問ハス行政裁判所ノ管轄ニ屬シ裁判ノ形式ヲ以テ行ハルル所ノモノハ即行政裁判ニシテ性質上ハ縱令處分ニ依ル權利ノ障害ヲ裁決スルモノト雖行政裁判所ノ管轄ニ屬セスシテ普通行政官廳ノ權限ニ屬シ又ハ民事裁判所ノ權限ニ屬スルモノハ成法上ノ行政裁判ニ非ス反之性質上又ハ學理上ノ行政裁判トハ現行法上其行政訴訟トシテ取扱ルヽヤ否ヤヲ問ハス性質上之ニ屬スヘキモノヲ云フモノニシテ此意義ニ於ル行政裁判ハ實質上ノ觀念ナリ而シテ其實質ノ何タルヤニ付テハ普通ニ行ハルル所謂權利說ハ其當ヲ得タルモノニ非ス所謂法規說ニ從フヘキモノナリ是ヨリ此意義ニ於テ性質上ノ行政裁判ノ觀念ヲ少シク詳述スヘシ

性質上ノ行政裁判トハ個箇ノ事件ニ關スル行政法規ノ適用ヲ確定スルヲ目的トスルノ行爲ナリ

一　行政裁判ハ法規ノ適用ヲ確定スルヲ目的トスル行爲ナリ　隨テ便宜裁量ノ行爲ハ行政裁判ノ目的タルコトヲ得ス此點ニ於テ行政裁判ハ總テノ裁判ト其性質ヲ同ウス固ヨリ行政裁判ニ於テモ單純ニ法規ノ文言ヲ解釋スルノミヲ以テ足レリトスルモノニハ非ス法規ノ規定ハ決シテ各箇ノ場合ニ付テ周到剩ス所ナキヲ期スルヲ得ス隨テ裁判官カ其判決ヲ爲スニ當リテハ頗廣キ範圍ニ於テ自由裁量ノ餘地ヲ存ス然レトモ裁判官ノ裁量ハ唯論理ノ働ニ依テ此場合ニ於テ何カ法ノ定ムル所ナルカヲ推測スルニ止リ自己ノ意見ニ依テ便宜ノ處分ヲ爲スモノニ非ス

行政裁判ノ目的トスル所ハ一ニ法規ノ適用ヲ確定スルニ在リ法規ノ適用カ其最終ノ目的ニシテ其以外ニ何等現實ノ目的ヲ有セス此點ニ於テ行政裁判ハ普通行政處分ト異ナレリ行政處分モ亦法規ノ適用ヲ決定スルヲ要スルコトアルハ言ヲ俟タス然レトモ法規ノ適用ハ行政處分ニ在テハ其手段ニシテ其目的ニハ非ス是曾テ既ニ述ヘタル所ナリ

二　行政裁判ハ行政法規ヲ適用スルモノナリ　此點ニ於テ行政裁判ハ民事及刑事ノ裁判ト異ナレリ民事裁判ハ民法法規ヲ適用シ刑事裁判ハ刑法法規ヲ適用スルモノナリ

三　行政裁判ハ各箇ノ事件ニ關スル法規ノ適用ヲ確定スルモノナリ　故ニ行政訴訟ノ目的タルモノハ常ニ行政處分ニシテ法規ニ對シテハ行政訴訟ヲ提起スルヲ得ヘキニ非ス

以上ノ要素ヲ具備スルモノハ皆性質上ノ行政訴訟ナリ性質上ノ行政訴訟ハ決シテ成法上ノ行政訴訟ト相一致スルモノニ非ス成法上ノ行政訴訟ハ固ヨリ性質上ノ行政訴訟ヲ以テ其基礎ト爲スモノナリト雖性質上ハ行政訴訟ニ屬スヘキモノニシテ成法上或ハ訴願トシテ取扱ハレ或ハ民事裁判トシテ取扱ハルルモノ尠カラス例之選舉ノ效力ニ關スル訴訟ノ如キ地方團體ノ議會ニ於ル選舉ニ付テハ行政裁判所ノ管轄ニ屬スルニ拘ラス衆議院ノ選舉ニ關シテハ民事裁判所ノ管轄ニ屬ス性質上ノ行政訴訟ト成法上ノ行政訴訟トノ關係ハ性質上行政訴訟ニ屬スヘキモノハ特別ノ法律ノ明文アルニ非サレハ行政裁判所以外ノ官廳ニ於テ之ヲ管轄スルコトヲ得サルノミニ止ル

若法律ノ明文アルニ於テハ性質上行政訴訟タルヘキモノナリト雖民事訴訟ノ形ヲ以ヲ取扱ハルルコトハ決シテ憲法違反ニ非ス憲法第六一條ハ行政官廳ノ違法處分ニ依リ權利ヲ傷害セラレタリトスル訴訟ニシテ行政裁判所ノ管轄ニ屬スルモノハ司法裁判所ニ於テ受理スルノ限ニ在ラスト規定スト雖此規定

0408

ハ單ニ一裁判所ノ權限ヲ重複ヲ禁スルニ止リ民事裁判所ヲシテ全ク行政訴訟ヲ受理スルコトヲ得サラシムルノ趣旨ト認ムルコトヲ得ス特別ノ法律ヲ以テスルトキハ民事及刑事ノ裁判ノ外ニ司法裁判所ノ權限ヲ擴張スルコトヲ妨ケサルモノナリ

第二節　行政裁判所ノ組織

行政裁判ノ機關ニ付テハ諸國ノ制度ニ三種ノ區別ヲ認ムルコトヲ得ヘシ第一ノ制度ハ英國主義ニシテ米國及白耳義ハ之ニ倣ヘリ此制度ニ依レハ行政裁判ハ民事裁判ト均シク司法裁判所ノ管轄ニ屬セシムルモノニシテ公法ト私法トノ區別ナク總テ法規ノ適用ハ同一ノ裁判所ニ於テ之ヲ確定スルモノナリ第二ノ制度ハ佛國主義ニシテ千八百八十八年以後ノ伊太利ハ之ニ倣ヘリ此主義ニ依レハ行政裁判ハ司法裁判所ヨリ獨立スルモ之カ爲ニ特別ノ裁判ヲ設クルコトナク獨立ノ地位ヲ有スル普通官廳ヲシテ之ヲ掌ラシムルモノニシテ佛國ニ於テハ樞密院中ニ行政訴訟部ヲ設ク第三ノ制度ハ獨逸主義ニシテ獨逸中多數ノ諸國及澳地利ハ此主義ニ依レリ我國ノ現行法モ亦之ニ倣ヘルモノナリ此主義ニ依レハ行政裁判ハ司法裁判所ヨリ獨立シテ行政官廳ニ於テ之ヲ管轄スルコトニ於テハ佛國主義ト同一ナレトモ普通ノ行政官廳ヲシテ之ヲ行ハシムルコトナク獨立ノ地位ヲ有スル特別ノ機關ヲ設ケテ之ヲ行ハシメ其機關ノ組織ハ司法裁判所ノ模範ニ倣ヒテ之ヲ組織セルモノナリ

行政裁判ノ爲ニ特ニ獨立ノ一機關ヲ設ケタル立法ノ理由ハ略左ノ如シ

一　普通ノ行政官廳ヲシテ自ラ行政裁判ヲ行ハシムルハ違法ノ處分ヲ爲シタル者カ自ラ其處分ノ適法ナルヤ否ヤヲ審査スルモノニシテ權利ノ保障ヲ完全ナラシムル所以ニ非ス故ニ行政裁判ノ機關トシテハ少クトモ普通ノ行政官廳以外ノ官廳ヲシテ之ニ當ラシムルノ必要アリ

二　普通ノ行政官廳以外ニ於テハ司法裁判所ヲシテ行政裁判ヲ行ハシムルカ又ハ特別ノ行政裁判所ヲ設クルカハ全ク立法ノ便宜ノ問題ニシテ司法裁判所ヲシテ之ヲ行ハシムルモ必シモ行政裁判ノ性質ニ反スルモノニ非ス行政裁判ハ單ニ法規ノ適用ヲ確定スルノ行爲ニシテ便宜酌量ノ處分ヲ爲スモノニ非サルヲ以テ司法裁判所ヲシテ之ヲ行ハシムルモ必シモ行政ノ目的ニ反スルモノニ非ス是ヲ以テ司法權カ行政權ヲ侵犯スルモノナリトスルハ當ヲ得タルモノニ非ス然レトモ司法裁判所ハ主トシテ民法及刑法ヲ適用スルモノニシテ行政裁判ハ行政法規ヲ適用スルモノナリ而シテ行政法ハ民法、刑法以外ニ特別ノ法理ヲ有スルモノニシテ民法、刑法ニ通スルモノハ必シモ行政法ニ關スル知識ニ通スルモノト云フコトヲ得ス若民事ノ裁判ニ馴レタル司法裁判所ヲシテ行政裁判ヲ行ハシムルトキハ民法及刑法ト同一ノ法理ヲ以テ行政法理ヲ解釋スルノ危險ヲ免レス行政裁判ヲ行ハシムルニハ行政法ニ關スル特別ノ知識ヲ有スル者ヲ必要トス行政裁判ノ爲ニ特別ノ裁判所ヲ設クル理由ハ唯此點ニ於テ之ヲ說明スルコトヲ得ヘシ

行政裁判ヲ行フ特別ノ機關ヲ行政裁判所ト爲ス行政裁判所ハ我國ニ於テハ始審ニシテ且終審ノ裁判所ナリ行政裁判所ハ長官及評定官ヲ以テ組織ス長官及評定官ハ原則トシテ地位ノ獨立ヲ有ネ懲戒處分又ハ刑罰ノ宣告ニ依ルニ非サレハ其意ニ反シテ免官又ハ轉任スルコトナキ旨ヲ規定スト雖現行法ニ於テハ行政裁判官ハ普通ノ行政官ヨリ之ヲ兼任スルコトヲ許シ其兼任ノ場合ニ於テハ本官カ如此地位ノ保障ヲ有セサル場合ニ於テハ其兼官ニ付テモ又地位ノ獨立ナシ此點ニ於テ行政裁判官ノ獨立ハ未完全ナルコ

0409

トヲ得サルモノニシテ蓋我國ノ今日ニ於テハ未其人ヲ得ルノ困難ナルニ依ル已ムヲ得サル所ナリ行政裁判官ハ其職務上ノ獨立ヲ有ス其判決ヲ行フニ當リ何人ノ指揮命令ヲモ受クルコトナシ是行政裁判ノ訴願ト異ナル重ナル點ノ一ニシテ此點ニ於テハ行政裁判官ト司法裁判官ト異ナルコトナシ

行政裁判官ハ以上ノ如キ獨立ノ地位ヲ有スルトキ其一方ニ於テハ普通ノ行政官ノ受ケサル特別ノ制限ヲ受ク就中行政裁判官ハ政黨政社ノ社員タルコトヲ得ス又衆議院議員府縣郡市町村會議員又ハ參事會員タルコトヲ得ス是裁判官ヲシテ政黨又ハ地方利益ノ利害關係ノ外ニ立タシムル目的ニ出ツルモノナリ然レトモ普通ノ行政官又ハ貴族院議員ヲ兼任スルコトハ現行法ハ之ヲ禁セサルナリ

行政裁判所ハ合議機關ニシテ少クトモ五人以上ノ裁判官ノ列席合議ヲ要ス其判決ハ過半數ニ依テ決定スルモノニシテ隨テ其合議ニ與ルモノハ必奇數ナルコトヲ要ス

第三節　行政訴訟事項

行政訴訟ヲ提起シ得ヘキ事項ヲ稱シテ行政訴訟事項ト謂フ行政訴訟ハ民事訴訟ト異ナリ行政法上ノ一切ノ法律問題ニ關シテ之ヲ提起シ得ヘキモノニ非ス何レノ國ニ於テモ行政訴訟事項ノ範圍ハ法律ヲ以テ限ラレ其事項以外ニ於テハ行政訴訟ニ依テ其救濟ヲ求ムルコトヲ得サルモノナリ

法律ニ依テ行政訴訟事項ヲ限定スル方法ハ或ハ一般的ノ標準ヲ定メ其標準ニ適合スル事項ハ廣ク行政訴訟ヲ許スコトアリ或ハ處分ノ實質ニ依リ訴訟ヲ提起スルヲ得ヘキ箇箇ノ事項ヲ列記スルニ依テ之ヲ定ムルコトアリ前ノ方法ハ之ヲ概括法ト云フヲ得ヘク後ノ方法ハ之ヲ列記法ト云フヲ得ヘシ諸國ノ法律ハ或ハ前者ヲ用フルモノアリ或ハ後者即列記法ヲ用フルモノアリ而シテ多クハ此兩者ヲ混用セリ我國ノ現行法ハ原則トシテ列記法ヲ用ヒ而シテ混スルニ多少ノ概括法ヲ以テセリ

概括的ノ標準ヲ以テ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ許セルモノハ明治二十三年法律第一〇六號ナリ此法律ニ依テ一般ニ左ノ五種ノ事件ニ付違法ノ處分ニ依リ權利ヲ毀損セラレタル場合ニ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ許ス

一　海關稅ヲ除ク外租稅及手數料ノ賦課ニ關スル事件
二　租稅滯納處分ニ關スル事件
三　營業免許ノ許否及取消ニ關スル事件
四　水利土木ニ關スル事件
五　土地ノ官民有區分ノ査定ニ關スル事件

是ナリ

此規定ヲ以テ訴願ヲ爲スコトヲ許セル事項ニ比較スルニ大體ニ於テ略同一ナリト雖唯海關稅ニ關スルモノ及地方警察ニ關スル事件ニ付テハ訴願ノミヲ許シ行政訴訟ヲ許サス其海關稅ニ付訴訟ヲ許ササルハ關稅ノ問題ハ主トシテ輸入物品ノ品質ニ關スル問題ニシテ技術上ノ知識ヲ必要トシ訴訟問題タルニ適セサルカ爲ナルヘク地方警察ニ付之ヲ許ササルハ地方警察ノ事務タル敏速便宜ノ處置ヲ必要トス爲シ之ニ對シテ訴訟ヲ許スハ其繁ニ堪ヘサルカ爲ナルヘシ

此等ノ事件ニ關シ行政訴訟ヲ提起シ得ルニハ左ノ要件ヲ必要トス

一　處分ニ對スルモノナルコトヲ要ス　一般的ノ法規ヲ定ムル命令ニ對シテハ其法律違反ノ故ヲ以テ訴訟ヲ起スヲ得ス然レトモ訴訟ヲ提起スルニハ必シモ積極ニ處分アリタル場合ナルヲ要セス處分ヲ

0410

爲スヘキ場合ニ違法ニ之ヲ爲ササリシ場合ニ於テモ訴訟提起ノ目的タルコトヲ得

二　違法ノ處分ニ對スルモノナルコトヲ要ス　法規ノ範圍内ニ於ル自由裁量ノ處分ハ訴訟ノ目的タルコトヲ得ス

三　處分ニ依ヲ權利ヲ毀損セラレタル場合ナルヲ要ス

以上ノ事項ニ該當スル場合ト雖若特別ノ法律又ハ勅令ニ依テ特ニ行政訴訟ヲ起スコトヲ許セル場合ニ於テハ其特別ノ規定ニ依ラノミ之ヲ提起シ得ルニ止リ前揭法律第一〇六號ノ規定ニ依テハ之ヲ提起スルコトヲ得ス

以上概括的ノ標準ヲ以テ定メタルモノノ外尚市町村制府縣制郡制工業例特許法其他種種ナル法律勅令ノ規定ニ依リ箇箇ノ事項ニ付行政訴訟ヲ提起スルコトヲ許セルモノアリ新ニ行政訴訟事項ヲ規定スルハ必シモ法律ヲ以テスルコトヲ要セス勅令ヲ以テモ之ヲ定ムルコトヲ得レトモ勅令以下ノ命令ヲ以テハ之ヲ定ムルコトヲ得ス特別ノ法律勅令ニ依テ行政訴訟事項ヲ規定セル場合ニ於テハ行政訴訟ノ要件ハ各箇ノ場合ニ付法律勅令ニ依テ之ヲ決定スヘキモノニシテ必シモ概括的標準ヲ以テ之ヲ規定セル場合ノ要件ヲ必要トスルモノニ非ス就中權利ノ毀損ハ之ヲ必要トセサル場合少カラサルコトハ前ニ述ヘタル所ノ如シ然レトモ特ニ反對ノ明文アリ又ハ反對ノ意思ヲ推測シ得ヘキ場合ノ外ハ處分ニ對スルモノナルコト及其處分ノ法規ニ違反スルモノナルコトハ總テノ行政訴訟ニ通スヘキ要件ナリ何トナレハ行政訴訟ハ其性質上各箇ノ場合ニ關シテ法規ノ適用ヲ確定スルコトヲ目的トスルモノナレハナリ

第四節　行政訴訟手續

行政訴訟ノ手續ハ本體ニ於テ民事訴訟ノ手續ヲ準用セラル就中裁判公開ノ原則口頭審問ノ原則舉證ノ責任ニ關スル原則等ハ行政訴訟ニ付テモ民事訴訟ニ於ルト異ナル所ナシ唯行政裁判ニ在テハ口頭審問ノ手續ハ訴訟當事者及參加人ニ於テ口頭審問ヲ望マサル場合ニ於テハ之ヲ行ハス直ニ文書ニ付テ判決ヲ爲スコトヲ得證據ノ蒐集ニ付テハ亦民事裁判ニ於ルト同ク證人鑑定人ヲ召喚シテ證言及鑑定ヲ爲サシメ各種ノ文書及心證ヲ以テ證據ノ材料ト爲スコトヲ得行政訴訟ノ手續ハ如此大體ニ於テ民事訴訟ト同一ナレトモ民事訴訟ノ規定カ當然行政訴訟ニ適用セラルルニ非ス唯行政裁判所ノ自ラ決定スル所ニ依リ民事訴訟ヲ準用スルヲ得ルノミ隨テ例之證據ノ蒐集ニ付テモ特別ノ明文アラサレハ民事訴訟ノ如ク官誓ヲ以テ證據ノ材料ト爲スヲ得ス官誓ヲ以テ證據力ヲ定ムルハ唯特別ノ明文ヲ以テノミ適用スルヲ得ヘキモノナリ

行政訴訟ハ又民事訴訟ト同ク當事者ノ請求ニ依テノミ開始スルモノニシテ其判決モ亦當事者ノ要求シタル以外ノ事ニ及フコトヲ得サルカ故ニ行政訴訟ヲ提起スル者ハ必一定ノ要求（申立）ヲ爲スヨヲ要ス

行政行爲提起ノ期間ハ訴願提起ノ期間ト同ク原則トシテ處分アリタル日ヨリ六十日ナリ

行政訴訟ノ抱起ハ原則トシテ處分ノ執行ヲ停止セス唯當事者ノ要求ニ依リ又ハ裁判所ノ職權ニ依リ其效力ヲ停止スルヲ得ヘキハ訴願提起ノ場合ト同一ナリ

行政訴訟ノ手續ニ付最重要ナル原則ハ我國ニ於テハ行政訴訟ヲ提起スルノ前ニ先地方上級行政官廳ニ訴願ノ其裁決ヲ經タル後ニ非サレハ行政訴訟ヲ提起スルヲ得サルコトニ在リ故ニ原則トシテハ行政訴訟ハ常ニ訴願ノ裁決ニ對シテ之ヲ提起スルモノナリ但各省大臣ノ處分又ハ內閣ノ主管官廳又ハ最高ノ

0411

地方官廳ノ處分ニ對シテハ直ニ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得各省又ハ內閣ニ對シテ訴願ヲ爲シ其裁決ヲ經タルモノハ其裁決ニ對シテ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ス

第五節　行政訴訟ノ當事者

訴訟當事者トハ訴訟ヲ提起シ又ハ其相手方タル地位ニ立テ訴訟手續ニ參與シ判決ノ拘束ヲ受クル者ヲ謂フ訴訟當事者ハ民事訴訟ニ於テハ權利ノ主體ニシテ二人以上ノ權利主體カ互ニ相對立シテ訴訟當事者ト爲ルナリ行政訴訟ニ付テモ學者ハ訴訟當事者タルモノハ必權利主體タルコトヲ必要トシ其當事者ノ一方ハ權利ヲ毀損セラレタリト主張スルモノニシテ他ノ一方ノ權利主體ハ國家ナリト云フ者アリ或ハ行政訴訟ニ於テハ當事者ハ唯一方アルノミニシテ權利ヲ毀損セラレタリト主張スルモノノミナリト爲ス者アリ然レトモ予ノ信スル所ニ依レハ訴訟當事者タルヘキモノハ必シモ權利主體タルヲ要スルモノニ非ス民事訴訟ニ於テハ訴訟ノ目的タルモノハ權利ノ爭ナルヲ以テ其當事者ハ必權利主體タルヲ要スト雖行政訴訟ハ權利ノ爭ニ非ス行政處分ニ對スル救濟ノ手段ナリ其訴訟ノ目的ハ或ハ處分ニ依テ權利ヲ毀損セラレタリト主張スルニ在ルコトアリ或ハ權利ノ毀損ナク單純ニ法規ノ適用ヲ目的トスルコトアリ權利ヲ毀損セラレタリト主張スル場合ニ於テハ一方ノ當事者ハ常ニ權利ノ主體タルコトハ當然ノ事理ナレトモ此場合ニ於テモ權利ノ爭アルニ非ス權利ト權利トカ相對スルニ非スシテ行政處分ト權利トノ相對スルモノナルカ故ニ他ノ一方ノ當事者タルモノハ權利ノ主體ニ非スシテ行政官廳ナリ權利ノ毀損ヲ主張スルニ非スシテ單純ニ法規ノ適用カ訴訟ノ目的タル場合ニ於テハ當事者雙方共ニ權利主體タルコトヲ要スルモノニ非ス故ニ例之市町村制ニ依テ市參事會又ハ町村長カ市町村會ノ議決ヲ取消シタル場合ニ市町村會カ行政訴訟ヲ提起スルカ如キ若訴訟當事者ハ必權利主體ナラサルヘカラストセハ此場合ニ於テハ一人ノ訴訟當事者モナク隨テ全ク訴訟ノ性質ヲ有セスト云フノ已ムヲ得サルニ至ルヘシ余ノ信スル所ニ依レハ行政訴訟ニ在テハ一方ノ當事者ハ必行政官廳ナリ其相手方タル者ハ或ハ一私人ナルコトアリ或ハ私法人ナルコトアリ或ハ自治團體ナルコトアリ或ハ行政官廳ナルコトアリ行政訴訟ニ原則トシテ先訴願ヲ提起シタル後其訴願ノ裁決ニ對シテ之ヲ提起スルモノナルカ故ニ行政訴訟ニ於テ被告ノ地位ニ立ツ者ハ通常訴願ノ裁決ヲ爲シタル官廳ナリ然レトモ訴願カ却下セラレタルトキ又ハ訴願ニ依リ前ノ處分ヲ是認シタルトキハ前ノ官廳ノ處分カ尙有效ニ存立スルモノナルカ故ニ此場合ニ於テハ最初ノ處分ヲ爲シタル官廳ヲ被告トシテ訴訟ヲ提起スヘキモノナリ反之訴願ノ裁決ニ依リ前ノ處分ヲ取消又ハ變更シタル場合ニ於テハ訴願ノ裁決ヲ爲シタル官廳ヲ被告トシテ提起スヘキモノナリ

當事者ノ外行政裁判所ハ其事件ニ利害關係アル第三者ヲ訴訟ニ參加セシメ又ハ第三者ノ出願ニ依リ訴訟ニ參加スルコトヲ得第三者ニシテ訴訟ニ參與スル者ヲ稱シテ參加人ト謂フ參加人ハ訴訟當事者ニ非サルモ當事者ト均シク訴訟手續ニ終與シテ口頭辯論ヲ爲スノ權ヲ有シ而シテ其判決ハ均シク之ニ對シテ拘束力ヲ有ス

第六節　行政裁判ノ效力

行政裁判所ノ裁決ハ其係爭事件ニ關シテ不可變更ノ力ヲ以テ訴訟當事者ヲ拘束ス如此判決ノ效力ヲ稱シテ既判力ト謂フ判決ノ既判力ノ範圍ニ付テハ行政判決ニ付テモ司法判決ニ於ルト異ナルコトナシ其

0412

同一ノ事項カ再訴訟ニ係リタルトキハ當事者ハ其既判事項タル抗辯ヲ爲スコトヲ得ヘク同一ノ事項カ再官廳ノ干渉ヲ受ケタルトキハ一事不再理ヲ主張スルコトヲ得其事項ニ關シテハ最終ノ確定力ヲ以テ決定セラルルナリ

判決カ如此既判力ヲ有スルコトニ於テ行政訴訟ハ最訴願ト相異ナル訴願ノ裁決ハ如此不可變更ノ力ヲ有スルモノニ非ス訴願ノ裁決ニ依リ前ノ處分ヲ取消又ハ變更シタル場合ニ於テハ下級官廳ハ其裁決ニ束縛セラレ自己ノ意思ヲ以テ最早之ヲ動スコトヲ得スト雖裁決ヲ爲シタル官廳又ハ其上級官廳ハ普通ノ行政處分ニ對スルト同ク特別ナル反對ノ理由アル場合ノ外ハ之ヲ取消又ハ變更シ得ヘキヲ原則トス行政訴訟ニ對スル判決ハ反之其判決カ縱令法規ニ違反シタルコトカ後ニ明ト爲リタル場合ニ於テモ其一度確定シタル以上ハ其事件ニ關シテハ最早絕對ニ動カスヘカラサルモノナリ

然レトモ既判力ノ及フ範圍ハ唯其爭ニ係ル事件ニノミ關シ其特定ノ法律關係ノミカ最終ノ效力ヲ以テ決定セラルルナリ他ノ事件ニ關シテハ縱令全ク其理由ヲ同ウスルモノト雖之カ爲メ其影響ヲ被ルコトナシ故ニ例之行政處分カ違法ノ命令ニ基クモノナルノ理由ニ依テ取消サレタル場合ニ於テモ同一ノ命令ニ基キテ行レタル他ノ處分ハ之カ爲ニ其效力ヲ妨ケラルルコトナシ判決ノ既判力ハ又訴訟當事者及參加人ヲノミ拘束スルモノニシテ當事者以外ノ第三者ハ縱令同一ノ處分ヲ受ケタル場合ニ於テモ判決ニ依テ其效力ヲ妨ケラルルコトナシ

第三章　權限爭議

行政官廳相互ノ間ノ權限範圍ニ付テ爭アル場合ニ於テハ之ニ共通ナル上級官廳ニ於テ之ヲ決定スルノ權ヲ有ス各省大臣相互ノ權限ニ爭アルトキハ內閣ニ於テ之ヲ決定スルノ權ヲ有ス故ニ行政官廳相互ノ間ノ權限ニ付テハ別ニ權限爭議ノ手續ヲ必要トセサルヲ以テ一切ノ法律問題カ行政上ノ法律問題タルト民事又ハ刑事ノ法律問題タルトヲ問ハス均シク通常裁判所ノ權限ニ屬スルコト例之英米諸國ノ如クナル場合ニ於テモ亦權限爭議ノ必要ナシ權限爭議ハ行政權ト司法權トノ分離ヲ以テ其前提トセル司法裁判所ハ行政法上ノ問題ニ付テ其權限ヲ有セサルノ原則カ認メラルルニ及テ始テ權限爭議ノ必要ヲ生スルナリ故ニ權限爭議ノ法系ハ主トシテ行政權ト司法權トノ分離ヲ實行シタル佛國ニ於テ發達シタルモノニシテ諸國ノ制度ハ何レモ直接又ハ間接ニ佛國ノ制度ヲ其模範トセルモノナリ

權限爭議ハ我國法ノ認ムル所ナレトモ現行ノ法令中權限爭議ニ關スル規定ハ僅ニ行政裁判法中左ノ一箇條ノ規定ヲ存スルノミ曰ク

行政裁判所ハ其權限ニ關シテハ自ラ之ヲ決定ス行政裁判所ト通常裁判所又ハ特別裁判所トノ間ニ起ル權限ノ爭議ハ權限裁判所ニ於テ之ヲ裁判ス

ト而シテ本條ノ規定ニ於ル權限裁判所ハ今日ニ至ルモ迄未設立セラルルニ至ラス行政裁判法第四五條ニ依リ權限裁判所ヲ設クル迄ノ間樞密院ニ於テ之ヲ裁定スルコトト爲セリ其裁定ノ手續ニ付テモ勅令ノ定ムル所ニ依ルヘキコトヲ規定スレトモ其勅令ハ今日ニ至ルモ未發布セラレス隨テ何人カ權限爭議ヲ提起スルコトヲ得ルヤ如何ナル時ニ於テ之ヲ提起シ得ルヤニ付テハ何等ノ規定ヲ存セサルヲ以テ一ニ普通ノ學理ニ依テ之ヲ決スルノ外ナシ

0413

然レトモ此規定ノミニ依ルモ少クトモ左ノ原則ハ既ニ之ヲ認ムルコトヲ得ヘシ

一　權限爭議ハ唯行政裁判所ト司法裁判所トノ間ニ於テノミ存在スルコトヲ得普通ノ行政官廳ノ行政裁判所トノ間ニ於テハ權限爭議ノ餘地ナシ行政裁判所ハ其權限ニ關シテハ自ラ之ヲ決定スルノ權ヲ有ス其決定ハ普通ノ行政官廳ヲ拘束スヘキモノニシテ權限問題ニ付テハ行政官廳ニ對シテ行政裁判所ハ優勝ノ地位ヲ有スル故ニ例之行政裁判所ニ於テ或事件ヲ自己ノ管轄ナリト決定シ之ヲ受理シテ裁判ヲ爲ス場合ニ於テ普通ノ行政官廳カ行政裁判所ノ管轄ニ在ラスシテ自己ノ管轄ナリト思料スル場合ニ於テモ行政官廳ハ之ヲ爭フノ權ナク行政裁判所ノ判決ハ完全ノ效力ヲ生スルモノナリ普通ノ行政官廳ト司法裁判所トノ間ニ於テモ亦我國ニ於テハ多數ノ外國ノ法制ニ反シテ行政官廳カ司法裁判所ヲ相手トシテ權限爭議ヲ提起シ得ヘキ場合アルコトヲ認メス司法裁判所ノ權限ハ司法裁判所自ラ之カ決定權ヲ有シ行政官廳ハ之ヲ爭フノ餘地ナキナリ

二　權限爭議ハ唯行政裁判所ト司法裁判所トノ間ニ於テノミ生スヘキモノナリ憲法ハ行政裁判所ト司法裁判所トノ權限ヲシテ互ニ相衝突スルコトナカラシメ行政裁判所ノ權限ニ屬スヘキ事項ハ司法裁判所ニ於テ之ヲ受理スルヲ得サルコトヲ定ム隨テ若行政裁判所ニ屬スヘキ事項ニシテ司法裁判所ニ於テ之ヲ自己ノ管轄ナリトシテ受理シタルトキハ行政裁判所ハ自己ノ權限ヲ防衞スヘキ手段ヲ有セサルヘカラス權限爭議ハ是ニ於テカ生スルナリ之ト同ク又司法裁判所ノ權限ニ屬スヘキ事項ニシテ行政裁判所ニ於テ自己ノ管轄ナリトシテ之ヲ受理シタルトキハ司法裁判所ナリ獨逸諸國ノ國法ニ於テハ故ニ權限爭議ヲ提起スルコトヲ得ルモノハ司法裁判所又ハ行政裁判所ナリ獨逸諸國ノ國法ニ於テハ

ニ於ル調査ハ抗告ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル裁判ニ依テ裁判セラレタル訴訟物ニ制限セラルルコト宛訴ノ當否ノ調査カ控訴ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル判決ニ依テ裁判セラレタル訴訟物ニ制限セラルルニ異ナラス故ニ新ナル請求ハ原則トシテ之ヲ抗告審ニ於テ主張スルコトヲ得ス但口頭辯論アル場合ニ於テハ第四一六條ノ準用ニ依リ例外トシテ之ヲ抗告審ニ於テ主張スルコトヲ得可シ又此場合ニ於ル調査ハ下級裁判所ニ於テ組成セラレタル訴訟材料ノ他ニ尚利害關係人ヨリ新ニ提出シタル訴訟材料ニ基キテ之ヲ爲スコト恰控訴ノ當否ノ調査カ新ニ當事者カ提出シタル訴訟材料ニ依ルコトヲ得ルニ同シ（四五八條、四一五條、民訴案四九一條、四五〇條）故ニ抗告人ハ抗告ニ關スル裁判アル迄何時ニテモ新ナル事實及證據方法ヲ提出スルヲ得殊ニ抗告狀ニ依リ若クハ爾後書面上ノ陳述ニ依リ又ハ口頭辯論ニ於テ新事實及新證據方法ヲ提出スルコトヲ得（四六二條、民訴案四九五條）又相手方モ當事者雙方ヲ同等ニ保護スヘキ民事訴訟法ノ法則ニ基キ抗告裁判所カ陳述ヲ命シタル場合ニ於テ抗告ヲ以テ攻撃セラレタル裁判ヲ防禦スルカ爲ニ新事實及新證據方法ヲ提出スルコトヲ得新證據方法ノ提出ハ第三五條第二項、第五七條第二項及第三〇〇條第一項等ニ規定セル場合ニ於テハ疏明ノ手續ニ依テ之ヲ爲ス又證據調ハ抗告裁判所及大審院ニ在テハ之ヲ受命判事ニ委任シ又ハ之ヲ受託判事ニ囑託シテ爲スコトヲ得而シテ抗告裁判所カ利害關係人ノ提出シタル新事實及新證據方法ヲ斟酌セスシテ裁判シタルトキハ再抗告ノ理由ト爲ルコト當然ナリ（四五六條二項、民訴案四八八條二項）

(3)　抗告審ニ於ル裁判　抗告裁判所ハ調査ノ結果抗告ヲ不適法ト認メタルトキハ前述ノ如ク抗告ヲ不適法トシテ棄却スル旨ノ裁判ヲ爲シ抗告ヲ不當ナリト認メタルトキハ抗告ヲ理由ナシトシテ棄却スル旨ノ裁判ヲ爲シ又抗告ヲ理由アリト認メタルトキハ下級裁判所ノ裁判ヲ廢棄スル旨ノ裁判ヲ爲ス

0414

而シテ後者ノ場合ニ於テ抗告裁判所カ單ニ下級裁判所ノ裁判ヲ廢棄スルノミニ因テ抗告ノ目的ヲ達スルニ足ルトキ例之訴訟手續ノ中止ヲ命シタル決定又ハ證人若クハ鑑定人ニ對シ罰金ヲ言渡シタル決定ニ對シ抗告アリタルトキハ抗告裁判所ハ下級裁判所ノ裁判ヲ廢棄スル旨ノ裁判ヲ爲スノ他ニ何等ノ裁判ヲ爲スコトナシト雖抗告裁判所カ單ニ下級裁判所ノ裁判ヲ廢棄スルノミニ因テ抗告ノ目的ヲ達スルニ足ラサルトキハ抗告裁判所ハ下級裁判所ノ裁判ヲ廢棄スル旨ノ裁判ヲ爲スノ他ニ尙廢棄シタル裁判ニ代ルヘキ正當ノ裁判ヲ爲スコトヲ要ス而シテ其職權ノ行使トシテ抗告裁判所ハ其意見ニ隨ヒ自ラ更ニ裁判ヲ爲シ又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委任シテ裁判ヲ爲サシムルノ方法ヲ選擇スルコトヲ得、抗告裁判所ハ事件カ終局的裁判ヲ爲スニ熟スルトキハ更ニ自ラ裁判ヲ爲スヲ適當トシ事件ニ付終局的裁判ヲ爲スニ必要ナル基礎ナキトキ殊ニ抗告ニ因テ期日指定ノ申請ヲ却下シタル決定、假差押及假處分ノ申請ヲ却下シタル決定、闕席判決ヲ求ムル申立ヲ却下シタル決定ヲ廢棄スルトキハ下級裁判所又ハ之ニ代リタル裁判長ニ委任シテ裁判ヲ爲サシムルコトヲ適當トス（獨逸ニ於テハ「……必要ナル命令ヲ委任スルコトヲ得」トノ法文アルヲ以テ之ニ基キ「ガウプ」氏ハ下級裁判所ニ對シ新ニ裁判ヲ爲スニ付必要ナル指揮ヲ爲スコトヲ得ルモノト謂ヘリ）委任ヲ受ケタル下級裁判所又ハ裁判長ハ抗告裁判所ノ裁判ノ基本ト爲リタル法律上及事實上ノ判斷ニ羈束セラル（何トナレハ斯ル裁判長ハ斯ル判斷ニ依レル範圍内ニ於テ受任シタルモノナレハナリ（四六四條、四五〇條、民訴案四九七條、四八二條）

(五) 抗告ノ效力　抗告ハ一ノ上訴ナルヲ以テ他ノ上訴ト同ク移審ノ效力及停止ノ效力ヲ發生ス左ニ之ヲ分說スヘシ

(1) **移審ノ效力**　移審ノ效力即訴訟ヲ下級裁判所ヨリ抗告裁判所ニ移轉スル抗告ノ效力ハ下級裁判所又ハ上級裁判所ニ（四五七條、四六一條、民訴案四八九條、四九〇條）抗告ヲ提起スルニ因テ始リ其提起アリタル抗告ノ適法ナルコトヲ主張シ且之ヲ立證スルコトヲ要ス（開始）移審ノ效力ハ抗告人ノ片面的性質ニ因リ單ニ抗告人ノ利益ノ爲ニ抗告ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル裁判ニ依テ裁判セラレタル訴訟物ノ全體ニ及フ故ニ抗告裁判所ハ斯ル範圍内ニ於テ抗告ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル裁判ノ當否ヲ調査シ之ヲ不當ト認メタルトキハ之ヲ廢棄シ又ハ變更スルノ裁判ヲ爲ス但抗告ノ申立ニ因リ抗告人カ單ニ下級裁判所又ハ之ニ代リタル裁判長ノ裁判ノ一部分ヲ攻擊スルニ止ルコト明白ナルトキハ抗告裁判所ハ當事者訴訟專行主義ノ法則ノ適用ニ依リ不服ノ申立ナキ他ノ部分ニ付抗告人ノ利益ニ變更スヘキ裁判ヲ爲スコトヲ得ス（範圍）移審ノ效力ハ其性質上抗告ノ取下及抗告裁判所ノ爲シタル終局的裁判ニ依レル抗告ノ終結ニ因テ消滅ス但再抗告ノ結果抗告裁判所カ更ニ裁判ヲ爲スヘキトキハ移審ノ效力蘇生スルヤ言ヲ俟タス（四五六條二項、四六四條、民訴案四八八條二項、四九七條）

(2) **停止ノ效力**　裁判ノ形式的確定力ノ發生ヲ遮斷スルノ效力タル停止ノ效力ハ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツヘキ場合ニ在テハ其抗告ノ適法ナル提起ニ因テ裁判ノ形式的確定力ノ發生ヲ遮斷シ且抗告人ノ爲ニ不服ヲ申立テラレタル裁判ノ全體ニ及フ蓋抗告手續ニ於テハ相手方ノ附帶控訴ヲ許ササルヲ以テ獨抗告人カ手續ノ進行中何時ニテモ抗告狀ニ於テ表示セル申立ヲ擴張スルコトヲ得ヘキモノナレハナリ又斯ル形式的確定力ノ發生ヲ遮斷スルノ效力ハ抗告ノ取下其他不服申立ヲ許ササル抗告棄却ノ裁判ニ因テ抗告ノ目的タリシ下級審ノ裁判ヲ變更スルコトナクシテ抗告手續ノ終結アリタル

0415

場合ニ於テ消滅ス反之通常ノ抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツヘキ場合ニ在テハ其適法ノ提起ニ因テ裁判ノ形式的確定力ノ發生ヲ遮斷スト云フカ如キ效力ヲ發生スルコトナシ蓋通常ノ抗告ニ依テ不服ヲ申立ツヘキ裁判ハ唯抗告權ノ拋棄又ハ抗告手續ニ依レル最終ノ裁判ヲ受クルコトニ依テ形式的確定力ヲ有スルニ過キサレハナリ又斯ル停止ノ效力ハ適法ナル抗告ヲ提起スルコトヲ得ル間ハ法律上當然存續ス換言スレハ抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判ハ抗告ヲ提起スルコト能ハサルニ至リタル場合ニ於テ形式的確定力ヲ有スルモノナリ故ニ即時抗告期間ノ懈怠及抗告權ノ拋棄ニ依テ抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツヘキ裁判ノ形式的確定力ヲ發生スト雖シテ原狀回復ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘキ事情乃再審ヲ求ムル訴ノ要件存スルニ因テ抗告手續ヲ再施スルコトヲ得ヘキ事情等ハ毫モ形式的確定力ノ發生ニ關係ナシ唯斯ル手續ノ開始アリタル場合ニ於テ裁判ノ形式的確定力ノ存續セサルニ至ルノミ

裁判ノ執行ヲ妨クルノ效力タル停止ノ效力ハ抗告ノ提起ニ存セサルヲ原則トス故ニ通常ノ抗告又ハ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判ハ即時ニ之ヲ執行スルコトヲ得蓋斯ル裁判ハ訴訟手續ニ關スルモノナルヲ以テ即時ニ之ヲ執行スルコトヲ許スモ之カ爲ニ回復スルコト能ハサル損害ヲ生スルコトナキヲ以テナリ（四六〇條一項、五九條第一、民訴案四九四條一項、六八五條第一）然レトモ斯ル裁判ニ基キテ爲シタル當事者及裁判所ノ行爲ハ爾後抗告裁判所カ該裁判ヲ廢棄シタルトキハ既往ニ遡リテ其效力ヲ喪失シ給付シタル物ノ返濟ヲ爲スヲ要スルモノトス（五一〇條二項準用）故ニ法律ハ此等ノ事情ヲ斟酌シ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自由ナル意見ニ隨ヒ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ抗告ニ付テノ裁判アル迄執行ノ中止ヲ命スルノ權限ヲ認メタリ（四六〇條二項三項、民訴案四九四條二項三項）此中止ノ裁判ハ抗告ニ關スル裁判アルニ因テ當然其效力ヲ喪失ス故ニ爾後裁判所ハ有效ニ執行力アル正本ヲ付與スルコトヲ得以上ノ原則ニ對スル例外ハ民事訴訟法ニ於テ別段ノ規定ヲ設ケタル場合ニ限ル例之證人カ賠償及罰金ヲ言渡サレタル決定ニ對シ抗告ヲ爲シタル場合（二九四條四項）其他第三〇一條、第三〇二條、第三二八條、第三一一條、第六八〇條等ニ規定セル場合ノ如シ蓋斯ル場合ニ於テハ利害關係人カ裁判ノ即時執行ノ爲ニ回復スルコト能ハサル損害ヲ被ルニ至ルヘキヲ要之抗告ニ於ル裁判ノ確定力ト執行力トノ關係ハ控訴ニ於ル裁判ノ確定力ト執行力トノ關係ト正反對ニシテ抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判ハ其形式的確定力發生前ニ於テ執行スルコトヲ得ルヲ原則トシ斯ル裁判ヲ爲シタル下級裁判所之ニ代リタル裁判長及抗告裁判所カ執行ノ中止ヲ命スルヲ得ルモノニシテ又控訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判ハ其形式的確定力發生前ニ於テ執行スルコトヲ得サルヲ原則トシ假執行ノ宣言アル場合ニ於テ執行スルコトヲ得ルモノナリ

(六)　抗告ノ手續　抗告ハ前述ノ如ク不服アル裁判ヲ爲シタル下級裁判所又ハ之ヲ爲シタル裁判長所屬ノ裁判所ニ對シ之ヲ爲シ又ハ抗告裁判所ニ對シテ之ヲ爲ス故ニ抗告手續ハ利害關係人カ抗告ヲ不服アル裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ之ヲ爲シタル裁判長所屬ノ裁判所ニ提起シタル場合ト抗告ヲ抗告裁判所ニ提起シタル場合トニ區別シテ說明スルヲ適當ナリトス

(1)　抗告ヲ下級裁判所ニ提起シタル場合　下級裁判所ニ抗告ノ提起アリタル場合ニ於テハ抗告手續ハ斯ル提起ニ因テ開始スルコト固ヨリ當然ナリ

0416

(甲)下級裁判所ノ手續　下級裁判所及裁判長ハ其爲シタル裁判ニ對シ提起アリタル抗告ヲ不適法ナリト認メタルトキハ抗告ヲ抗告裁判所ニ送付スルコトヲ要ス何トナレハ下級裁判所ハ抗告ノ適否ニ付裁判ヲ爲スノ職權ヲ有セサレハナリ(四六二條、民訴案四九六條)反之抗告ヲ適法ナリト認メタルトキハ當事者ノ提出シタル新事實及新證據ヲ斟酌シ必要アル場合ニハ抗告人ト反對ノ利害關係ヲ有スル者即相手方ニ對シテ書面上ノ陳述ヲ爲サシメ又ハ口頭辯論ヲ開始シ以テ抗告ノ當否ニ付調査ヲ爲スヘシ如此相手方ニ書面上ノ陳述ヲ爲サシメ又ハ口頭辯論ヲ開始スルコトハ法律上別段ノ明文ナシト雖當然下級裁判所又ハ裁判長ノ爲シ得ル所ニシテ又獨逸ノ學說上一致セル所ナリ而シ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カ再度ノ考案若クハ新ナル提供ニ基キ調査ノ結果抗告ヲ理由アリト認メタルトキハ該裁判ヲ廢棄シ以テ不服ノ點ヲ更正スルノ職權ヲ有シ又斯ル職務ヲ負フ是下級裁判所又ハ裁判長ヲシテ簡單ニ抗告ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ變更シ可成上級裁判所ノ調查ヲ制限シ費用勞力時間ヲ節約スルノ法意ニ他ナラス不服ノ點ヲ更正シタル裁判ハ口頭辯論ニ基キテ之ヲ爲シタルトキハ之ヲ言渡シ然ラサルトキハ職權ヲ以テ之ヲ抗告人ニ送達スルコトヲ要ス若相手方アリタルトキハ尚職權ヲ以テ裁判ヲ送達スルコトヲ要ス(二四五條)而シテ相手方ハ第四五五條ノ規定ニ基キ抗告權ヲ有スルトキハ抗告人ノ爲ニ不服ノ點ヲ更正シタル裁判ニ對シ抗告ヲ爲スコトヲ得又該裁判ハ不服ノ點全體ヲ更正シタルトキハ抗告手續ヲ終結スルノ效力ヲ有ス反之抗告ノ全部又ハ一部ヲ理由ナシト認メタルトキハ意見ヲ付シテ三日ノ期間內ニ抗告ヲ抗告裁判所ニ送付シ又適當ナル場合ニ於テハ訴訟記錄ヲモ送付スヘシ是抗告ニ付上級裁判所ヲシテ調查ヲ爲サシムルカ爲ナリ故ニ抗告ノ送付アリタルトキハ其效力トシテ事件カ抗告裁判所ニ移轉スルヲ以テ爾後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ハ不服ノ點ヲ更正スル旨ノ裁判ヲ爲スコトヲ得三日ノ期間ハ判決言渡ノ期間(一三三條)訴訟記錄ノ送付期間(四三一條)等ト同ク裁判所、裁判長、裁判所書記、執達吏カ其職權上爲スヘキ行爲ノ爲ニスル時間ニ過キサルヲ以テ唯訓示的效力アルノミ隨テ抗告ノ送付ニ付三日ノ期間ヲ徒過シタルトキハ單ニ司法行政監督權ノ發動ノ原因ト爲ルノミ又記錄ノ送付ハ下級裁判所又ハ裁判長ノ自由ナル意見ニ從テ定ルヘキ所ナルヲ以テ記錄ノ送付ナキ場合ニ於テハ抗告裁判所ノ書記ハ第四三一條ニ規定セル場合ニ於ルカ如ク直ニ記錄ノ送付ヲ請求スルコトヲ得ス反テ抗告裁判所カ記錄ノ必要ノ有無ヲ調查シ抗告裁判所書記ヲシテ記錄ノ送付ヲ下級裁判所又ハ裁判長ニ請求セシムルモノナリ(四五九條、民訴案四九二條)

(乙)抗告裁判所ノ手續　抗告裁判所ハ所謂任意的口頭辯論ニ關スル法則ニ從テ抗告ニ付裁判ヲ爲ス(四六二條一項、一〇三條、民訴案四九五條一項)故ニ抗告裁判所ハ其意見ニ從テ直ニ抗告ニ付裁判ヲ爲シ又口頭辯論ヲ開始シ若クハ相手方ニ陳述ヲ爲サシメタル以後ニ於テ抗告ニ付裁判ヲ爲スノ職權ヲ有ス隨テ口頭辯論ノ開始ヲ求メタル申立却下ノ決定ニ對シテハ抗告ヲ爲スコトヲ得ス抗告裁判所ハ下級裁判所ヨリ送付アリタル抗告ニ付直ニ裁判ヲ爲スコトヲ得ルモノト認メタルトキハ口頭辯論ヲ經ス又相手方ニ陳述ヲ爲スヘキコトヲ命セスシテ直ニ裁判ヲ爲ス例之抗告人ノ主張自體ニ徵シ抗告カ不適法ナルコト又ハ理由ナキコト明白ナルトキハ直ニ抗告棄却ノ裁判ヲ爲シ又抗告カ理由アルコト明白ナルトキハ直ニ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ廢棄シ之ニ代ルヘキ裁判ヲ爲シ若クハ委任ノ裁判ヲ爲スカ如シ(四六三條、四六四條、民訴案四九六條、四九七條)反之直ニ裁判ヲ爲スコトヲ得サルモノト認メタルトキ殊ニ抗告人カ新ナル事實及證據方法ヲ抗告ノ憑據ト爲シタルトキハ裁判前ニ

0417

事件ノ關係ヲ明瞭ナラシムルカ爲ニ適當ナル處分ヲ爲スコトヲ得例之下級裁判所ニ對シ訴訟記錄ノ送付ヲ請求シ抗告人及相手方ニ對シ指定ノ事項ニ付陳述ヲ爲スヘキコトヲ命シ又抗告人若クハ相手方カ提出シタル證據方法ニ付證據調ヲ爲スカ如シ(1)抗告裁判所ハ下級裁判所ニ對シ訴訟記錄ノ送付ヲ請求スルニハ裁判所書記ヲシテ其手續ヲ爲サシムルコト前述ノ如シ(2)抗告裁判所ハ抗告人ニ對シテハ勿論相手方即抗告人ト反對ノ利害關係ヲ有スル者ニ對シ指定ノ期間内ニ書面上ノ陳述ヲ爲スヲ命スルコトヲ得此場合ニ於テハ裁判所ハ職權ヲ以テ該決定ヲ送達セサルヘカラス(二四五條)而シテ相手方ハ指定ノ期間内ニ書面上ノ陳述ヲ爲ササルトキハ之ニ依テ訴訟行爲ヲ爲スノ權利ヲ喪失シ裁判所カ其自由ナル意見ニ從テ判斷ヲ爲スコトヲ得ル(一七三條、二一七條)然レトモ裁判所カ期限ヲ伸長シタルトキハ書面上ノ陳述ヲ爾後適法ニ爲スコトヲ得ヘシ但口頭ヲ以テ抗告ヲ爲シ得ヘキ場合ニ於テハ口頭ヲ以テ陳述ヲ爲スコトヲ得是口頭ヲ以テスル抗告ノ提起ヲ是認シタル法意ト同一ノ法意ニ基ケルモノナリ又抗告裁判所ハ陳述ヲ爲サシムルカ爲ニ口頭辯論ヲ開始スルコトヲ得此場合ニ於テハ抗告裁判所ハ職權ヲ以テ口頭辯論ノ爲ニ當事者ヲ呼出スコトヲ要ス但辯論期日ハ裁判長ノ定ムル所ニ依ル(一五九條)而シテ抗告人又ハ相手方カ期日ヲ懈怠シタルトキハ之ニ依テ出頭シタル當事者ノ申立ニ因リ闕席判決又ハ闕席決定ヲ爲スコトヲ得ス蓋闕席判決ハ必要的口頭辯論ニ基キテ之ヲ言渡スコトヲ得ヘキモノニシテ又闕席決定ハ民事訴訟法ノ是認セサル所ナレハナリ故ニ斯ル場合ニ於テハ抗告裁判所ハ出頭シタル當事者ノ陳述ヲ聽キ其自由ナル意見ニ從テ裁判ヲ爲シ又抗告人及相手方カ期日ヲ懈怠シタルトキハ之ニ依テ訴訟ノ休止アリタルモノト爲スコトヲ得ス反テ現存スル訴訟材料殊ニ訴訟記錄ニ基キ裁判ヲ爲スコトヲ要ス是任意的口頭辯論ノ性質ニ基ク當然ノ結果ナリ

ノ說明ハ破產ノ效力ニ讓ル

(3) 取戻權ノ行使　民事訴訟法ニ規定セル强制執行ニ於テ執行カ債務者ニ屬セスシテ却テ第三者ニ屬スル財產上ニ行ルルコトアルト同ク破產的强制執行ニ於テ管財人カ破產者ニ屬セスシテ却テ第三者ニ屬スル財產ヲ破產財團トシテ取扱フコトアリ此兩者ノ場合ニ於テハ何レモ第三者ノ財產權ノ侵害アリ蓋第三者ノ財產ハ故ナク之ヲ債務ノ辨濟ニ充ツルコトヲ得サレハナリ是ヲ以テ前者　場合ニ於テハ第三者ハ自己ニ屬スル財產ニ付爲シタル執行ヲ解クヘキ旨ヲ請求シ又必要ノ場合ニ於テハ第三者ハ自己ニ屬スル財產ヲ破產財團ヨリ別離スヘキ旨ヲ請求シ又必要ノ場合ニ於テハ訴ヲ以テ斯ル請求ヲ主張スルコトヲ得(民訴五四九條、五五〇條一號)後者ノ場合ニ於テハ異議ノ訴ヲ以テ斯ル請求ヲ主張スルコトヲ得(商一〇一五條)故ニ取戻權ノ行使ハ事實上破產財團ヲ減少スルコトノ原因ナリト謂フヘシ而シテ獨逸破產法(四三條乃至四六條)墺太利破產法(二六條、二七條)瑞西破產法(二〇三條)佛國商法(五七四條乃至五七九條)白耳義商法(五六六條乃至五七二條)英國破產法(四四條)等ニ於テハ取戻權ニ關シ明文ヲ設ケタリト雖我現行破產法ニ於テハ第一〇一五條ヲ以テ取戻ノ訴ニ關スル管轄裁判所ヲ規定シタルノ外何等ノ明文ナシ舊商法一編九章)然レトモ之カ爲ニ取戻權ノ存在ヲ認メサルモノト論決スルコト勿レ取戻權ノ存在ハ前述ノ法理ニ依テ明白ナレハナリ我破產法案ニ於テハ取戻權ニ關スル規定ヲ設ケ以テ現行法ノ缺點ヲ補ヒタリ(破案七四條乃至七七條)左ニ取戻權ノ性質、主體、主張及消滅ヲ略述スヘシ

(a) 性質　取戻權ハ破產財團中ヨリ破產者ニ屬セサル特定ノ財產ヲ取戻スコトヲ目的トスル權利ナリ

(1) 取戻權ノ行ルルニハ特定ノ財產タルコトヲ要ス故ニ取戻權ハ特定物又ハ破產財團ト混同セサル一定

0418

ノ金錢ノ一定ノ數額ヲ目的トスル財產ニ付行ルルト雖特定物ノ一定ノ數量ヲ目的トスル財產ニ付行ルルコトナシ蓋斯ル財產ノ取戻ハ事實上不能ナルヲ以テナリ(2)取戻權カ行ハルルニハ事實上破產者ニ屬セサル財產カ破產財團中ニ存スルコトヲ要ス斯ル事實上ノ關係存スルニ非サレハ特定ノ財產ヲ取戻スニ由ナシ而シテ破產者ニ屬セサル財產ヲ破產財團中ヨリ別離スルコトハ取戻ノ請求ヲ爲シタルノ結果ニ非スシテ破產者ニ屬スル財產ニ非サレハ破產財團ニ屬セサル法則ヨリ生スル當然ノ結果ナリ故ニ管財人ハ破產財團ヲ確定スルニ際シ破產者ニ屬セサル財產ヲ破產財團ヨリ別離スヘキ職務ヲ負フ(管財人ハ破產ニ屬スル財產ニ非サレハ管理及處分ヲ爲ス權限ヲ有セス)管財人カ斯ル職務ニ違背シ故意又ハ過失ニヨリ破產財團中ヨリ別離スヘキ特定ノ財產ヲ換價シタル場合ニ於テモ破產債權者カ該債格ニ付滿足ヲ受クルコトヲ得サルハ唯破產債權者カ破產財團ニ付滿足ヲ受クルニ止ルノ法則ニ徵シ疑ナシ隨テ取戻權ハ特定ノ期間內ニ之ヲ主張セサルカ爲ニ失權スルコトナシ(3)取戻權ハ特定ノ財產カ破產者ノ財產ニ屬セサル旨ノ消極的原因ニ基ケリ故ニ特定ノ財產カ破產財團ニ屬セサルコトヲ前提トスル別除權ト其性質ヲ異ニスルモノト謂ハサルヘカラス

(b) 主體　如何ナル權利ヲ有スル者カ取戻權ヲ有スルヤ問題ニ關シテハ我現行破產法ハ之ヲ實體法ノ規定ニ委シ明文ヲ以テ之ヲ規定セス隨テ實體法ノ規定ニ從ヒテ之ヲ論定セサルヲ得ス我破產法案ニ於テハ反之佛、獨諸國ノ法律ニ於ルト同ク明文ヲ以テ之ヲ規定シ實體法ノ規定ニ依テ取戻權ヲ有スル者アル旨ヲ明示シ併セテ破產法ノ規定ニ依テ取戻權ヲ有スル旨ヲ明示シタリ(破案七四條乃至七八條)(1)現行法及破產法案ノ解釋トシテハ實體法ノ規定ニ從ヒ取戻權ヲ有スルハ事實上破產財團ニ加ハリタル目的物カ破產者ニ屬セサル旨ヲ主張スルニ足ルヘキ權利ヲ有スル者ニ外ナラス故ニ物權ニ關シテ之ヲ言ヘハ破產財團ニ加ハリタル目的物ニ付占有權、所有權、共有權、永小作權、地上權及地役權ヲ有スル者ハ取戻權ヲ有スト雖占有者ハ占有回收ノ請求ノ爲ニ(民二〇〇條)所有者ハ破產者ノ占有セル所有物ノ返還竝ニ所有權ノ侵害除去(例之破產者カ第三者ノ所有物上ニ於テ行使シタルニ止ル地役權的事實ヲ管財人カ破產財團ニ屬スル土地ノ爲ニ存スル地役權ナリトシテ取扱ヒタル場合ニ於テ成立スル侵害除去ノ如キ)ノ請求ノ爲ニ共有者ハ共有物ノ分割前ニ於テハ目的物ノ全部ニ付又共有物ノ分割後ニ於テハ持分ニ就キ有スル請求權ノ爲ニ取戻權ヲ有シ又永小作權者、地上權者及地役權者ハ管財人カ斯ル權利ノ存在ヲ否認シタル場合ニ於テ之ヲ承認セシムルカ爲ニ取戻權ヲ有ス然レトモ破產財團ニ加ハリタル目的物ニ付質權、抵當權ヲ有スル者ハ取戻權ヲ有セス蓋斯ル權利ハ破產財團ニ加ハリタル目的物カ破產者ニ屬セサル旨ヲ主張スルノ原因トシテ爲ラサルヲ以テ別除權ノ原因タルモ取戻權ノ原因タルヲ得サレハナリ債權ニ關シテ之ヲ言ヘハ破產財團ニ加ハリタル目的物ニ付返還ヲ爲サシムルコトヲ得ヘキ債權ヲ有スル者ハ取戻權ヲ有ス殊ニ賃貸人ハ賃借人ノ破產財團ニ加ハリタル賃借物、貸主ハ借主ノ破產財團ニ加ハリタル使用貸物、寄託者ハ受寄者ノ破產財團ニ加ハリタル寄託物、留權設定者ハ留權者ノ破產財團ニ加ハリタル質物、委任者ハ受任者ニ交付シタル物ニシテ受任者ノ破產財團ニ加ハリタル物、委託者ハ問屋營業者ニ交付シタル物ニシテ問屋營業者ノ破產財團ニ加ハリタル物ニ付取戻權ヲ有シ債權ヲ讓受ケタル者ハ讓渡人ノ破產財團ニ加ハリタル讓受債權ニ付取戻權ヲ有シ(讓渡人カ債權者ニ債權ノ讓渡ヲ通知スル以前ニ於テ破產ノ宣告ヲ受ケタルトキハ債權ノ讓渡ハ債務者其他ノ第三者殊ニ破產債權者ニ對抗スルコトヲ得サルヲ以テ債權ハ破產財團ニ屬スト雖讓受人ハ取戻權ヲ有セスト云ヘル反對說アリト雖讓受人ト破產者タル讓渡人トノ間ニ於テハ債權ノ讓渡ハ有效ナルヲ以テ讓渡シタル債權

0419

ハ讓渡人ノ破産財團ニ屬スト謂フコトヲ得ス又取立委任若クハ質入ノ目的ニテ手形其他ノ指圖證券ヲ裏書シテ讓受人ニ交付シタル者ハ讓受人又ハ其後者ノ破産ニ於テ手形其他ノ指圖證券ニ付取戻權ヲ有スル蓋斯ル裏書ハ讓受人ニ手形其他ノ指圖證券ニ依レル權利ヲ移轉スルモノニ非サレハナリ然レトモ權利ノ設定又ハ移轉ヲ目的トシタル債權ヲ有スル者ハ破産債權者タルニ止リ設定又ハ移轉ヲ爲スヘキ權利ニ付戻取權ヲ有スルコトナシ故ニ賣主カ破産宣告ヲ受ケタル場合ニ於テ買主ハ未所有權ノ移轉セサル賣買ノ目的物ニ付取戻權ヲ有セス（交換ニ於テモ亦然リ）（買主カ賣買ノ目的物ニ付賣主ノ破産宣告前ニ於テ所有權ヲ取得シタルトキハ賣買ノ目的物ニ付取戻權ヲ有シ又賣主カ賣買ノ目的物ニ付買主ノ破産宣告前ニ於テ未所有權ヲ喪失セサルトキハ賣買ノ目的物ニ付取戻權ヲ有スルハ疑ヲ容レス）注文者ハ請負人カ材料ヲ供シ且仕事ニ施シタル場合殊ニ造船請負契約アリタル場合ニ於テ注文者カ仕事ノ進行ノ割合ニ應シテ報酬ヲ與ヘタル後請負人カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ仕事ノ目的ノ殊ニ船舶ニ付取戻權ヲ有セス蓋請負人ハ斯ル場合ニ於テハ仕事ノ完成ニ至ル迄其目的物ノ所有者タレハナリ消費貸借ノ貸主ハ借主ノ破産ニ於テ返還セシムヘキ同種ノ物ニ付取戻權ヲ有セス蓋返還スヘキ物ハ不特定物ニシテ又借主ノ財産ニ屬スレハナリ取消權者（民四二四條）ハ相手方ノ破産ニ於テ取消權行使ノ結果トシテ相手方ノ返還スルニ至ルヘキ目的物ニ付取戻權ヲ有セス蓋取消權者ハ取消スヘキ行爲ノ目的物カ相手方ニ屬セサル旨ヲ主張スルモノニ非サレハナリ不當利得ニ基キテ發生シタル債權ヲ有スル者ハ不當利得者ノ破産ニ於テ其利得者ノ返還スヘキ目的物ニ付取戻權ヲ有セス蓋不當ニ利得シタルモノハ其利得者ニ屬スルヲ以テナリ（不當利得者タル破産者ノ利得行爲カ無效又ハ民法第百二十一條ニ從ヒテ無效ナリト看做サレタルトキハ債權者ハ給付ノ目的物ニ付取戻權ヲ有スルヤ言ヲ俟タス）又取立委任又ハ質入ノ目的ヲ以テ手形其他ノ指圖證券ヲ裏書シテ讓受人ニ交付シタル者ハ其後者ノ破産ニ於テ該手形其他ノ指圖證券ニ付取戻權ヲ有セス蓋斯ル裏書ハ讓受人ニ手形其他ノ指圖證券ニ依レル權利ヲ移轉スルモノニ非サレハナリ（商四六三條ノ二或學者例之獨逸ノ「ベーテルゼン」氏ハ反對說トシテ手形其他指圖證券ノ讓渡人ト讓受人トノ間ニ於ル法律關係ヲ定ムルニハ裏書ノ原因タル行爲ヲ以テ準則ト爲ササル（カラス故ニ實體上裏書カ手形其他ノ指圖證券ニ依レル權利ヲ移轉スヘキモノニ非サルトキハ讓渡人ハ讓渡人ノ破産ニ於テ該證券ニ付取戻權ヲ有スト主張セリ參考ノ爲ニ一言ス）（破案七五條）妻ノ特有財産ニ關シテ之ヲ言ヘハ妻ハ夫ノ財産ニ付破産手續カ開始セラレタルトキハ夫ノ占有ニ係ル特有財産ニ付取戻權ヲ有スト何トナレハ妻ノ特有財産ハ夫ノ破産財團ニ屬セサレハナリ但法律ハ法定財產制ニ於テ夫妻共謀シテ夫ノ債權ヲ害スルコトヲ豫防スル目的ヲ以テ夫婦ノ軆ニ屬スルカ分明ナラサル財産ハ夫ノ財産ト推定スルカ故ニ取戻權ヲ行使スル妻ハ其目的物カ自己ノ特有財産ナルコト即婚姻前ニ有スル財産ナルコト又ハ婚姻中自己ノ名ニ於テ取得シタル財産ナルコト例之第三者ノ相續、遺贈等ノ如キ無償行爲又ハ自己ノ財産ヲ以テ爲シタル交換、賣買等ノ如キ有償行爲ニ基キテ得タル旨ヲ立證セサルヘカラス（民八〇七條）獨逸破産法ニ於テハ尚嚴ニ破産債權者ヲ害スルノ所爲ヲ豫防スル目的ヲ以テ妻カ婚姻繼續中ニ得タル財産ハ夫ノ財産ヲ以テ取得スル證ヲ夫ニ屬シ妻ハ唯取得ノ名義者タルニ過キスト推定シ妻カ該財産ヲ夫ノ財産ヲ以テ取得シタルモノニ非ル旨ヲ立證シタルトキニ限リ該財産ノ取得ヲ許シ以テ妻ノ立證責任ヲ加重シタリ（獨破四五條、佛商五五九條）(2)破産法案ノ規定ニ依レハ第一ニ隔地取引ヲ爲シタル賣主ハ其發送シタル賣買ノ目的物カ代金ヲ拂ハサル買主ノ破産宣告以前ニ於テ到達地ニ到達セス且破産宣告

0420

ヲ受ケタル買主又ハ其代理人ノ現實ノ占有ニ歸セサリシ場合ニ限リ該目的物ニ付取戻權ヲ有ス元來實體法ノ規定ニ從ヘハ賣渡シタル財産ハ代金ノ支拂ナキトキト雖買主ノ所有ニ歸スルヲ以テ買主カ未代金ヲ支拂ハサル間ニ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ賣買ノ目的物ハ破産財團ニ屬シ賣主ハ其代金ノ支拂ヲ目的トスル債權ニ付破産債權者トシテ其權利ヲ行ハサルヲ得サルニ至ル斯ル結果ハ隔地取引ノ安全ニ有害ナルノミナラス隔地取引上ノ賣主ニ對シ甚保護薄キニ失スルヲ以テ又斯ル結果ヲ除去スルカ爲ニ賣主ニ契約ノ解除權ヲ認ムルハ取引上ノ信用ニ有害ナルヲ以テ遂ニ賣主ハ其賣渡シタル目的物カ買主ノ破産宣告前ニ於テ買主又ハ其代理人ノ現實ノ占有ニ歸セサリシ場合ニ限リ該目的物ヲ中途ニテ差止メ以テ破産宣告ヲ受ケタル買主ノ占有ニ歸スルコトヲ妨クルヲ得ルノ制度ヲ生スルニ至リタリ蓋賣主ノ爲ニ其義務履行前ノ原狀ニ回復シ一旦占有ヲ離レタル賣買ノ目的物ニ付現實ノ占有ヲ得セシムルヲ以テ前示ノ如キ結果ヲ除去スルコトヲ得レハナリ而シテ此制度ハ第十七世紀以來英國ニ於テ慣習トシテ認メラレ爾後有名ナル差止權（Right of stoppage in transitu）ノ法制ト爲リ次ニ佛法ノ認ムル所ト爲リ羅馬法系及獨逸法系諸國ニ傳播シ現行獨逸破産法第四四條ニ於テ取戻權ノ一種トシテ是認セラレ前示ノ如ク完成シタルモノニシテ破産法案第七五條ニ於テ採用シタル所ナリ（本質及沿革）賣主カ其發送物ニ付有スル取戻權ノ性質ハ學者ノ爭フ所ナリ獨逸ニ於テハ第一ニ賣主ノ取戻權ヲ物權的請求權即所有權取戻權ナリト解シ買主カ破産宣告ヲ受ケタル場合ニ於テハ實體法ノ規定ニ依レハ賣渡シタル發送中ノ目的物ニ付所有權カ買主ニ移轉スルトキハ其所有權ノ回復ヲ目的トスル債權（占有權ノ回復、若所有權カ賣買ニ因リ買主ニ移轉セルトキハ其所有權ノ回復ヲ目的トスル債權）ニシテ賣主ハ之ニ依テ買主カ破産宣告ヲ受クルノ當時債務ノ履行ヲ發送ノ時ニ遡リテ當然其效ナキモノトシ以テ發送中ノ賣買ノ目的物ニ付代金ノ一部分ヲ受クルコト能ハサルノ危險ヲ避クルコトヲ得ヘキモノニシテ（獨逸破産法ニ於テハ破産財團タルニ適當ナル財産存在セサルトキハ破産手續開始ノ申立ヲ却下シ之ヲ開始セス故ニ代金ノ一部分ト云フコト知ルヘシ）又前述ノ取戻權ト異ニシテ賣買ノ目的物カ破産者タル場合ニ於テ實用アルモノナリトヨヒ又「イエゲル」氏ハ其本質ヲ說明シテ取戻權ノ效力トシテ生スル賣買契約ノ解除ニ依テ發生スル給付返還ノ債權的請求權ニ付破産法ノ認メタル特別ノ效力ニシテ直接ニ法律ニ根據シ當事者ノ現實的又ハ推定的意思ニ根據シタルモノニ非ス法律カ條理ニ基キ例外トシテ設ケタル制度ニシテ通常ノ取戻權ト其趣意ヲ異ニスルモノナリト曰ヘリ（獨民三四六條、三二七條）佛國ニ於テハ賣主ノ取戻權ヲ以テ賣買ノ目的物ニ關スル占有回復ヲ目的トスル權利ナリト說明スル學者アリタリト雖這ハ甚少數ニシテ多數ノ學者ハ何レモ賣主ノ取戻權ハ代金不支拂ニ基ク契約解除權ナリト說明シ其理由ハ賣買ノ目的物カ發送ノ途中ニ在テ未買主ノ占有ニ歸セス且買主カ代金ヲ支拂ハサル場合ニ於テ破産法ノ原則ヲ適用シ賣主ニ解除權ヲ認メサルハ嚴酷ニ失スルノミナラス買

者タルコトヲ要件トシテ爲ササルヲ以テ斯ル擬制ヲ設クルノ必要ナキモノナリトノ理由ニ依リ多數ノ學者ノ反對スル所ナリ第二ニ賣主ノ取戻權ヲ債權的請求權ナリト解シ「コーレル」氏ハ其本質ヲ說明シテ代金ノ支拂ヲ目的トセス却テ所有權及占有權ノ回復ヲ目的トスル賣主ノ權利ニシテ買主ノ破産ニ於テ取戻權ノ原因ト爲ル特質ヲ有スルモノナリト曰ヒ「ペーテルゼン」「ウルモースキー」氏等ハ其本質ヲ說明シテ發送中ノ賣買ノ目的物ニ關シ債務履行前ノ原狀ニ回復スルコトヲ目的トスル債權ニシテ賣主ハ之ニ依テ買主カ破産宣告ヲ受クルノ當時債務ノ履行ヲ發送ノ時ニ遡リテ當然其效ナキモノトシ以テ發送中ノ賣買ノ目的物ニ付代金ノ一部分ヲ受クルコト能ハサルノ危險ヲ避クルコトヲ得ヘキモノニシテ（獨逸破産法ニ於テハ破産財團タルニ適當ナル財産存在セサルトキハ破産手續開始ノ申立ヲ却下シ之ヲ開始セス故ニ代金ノ一部分ト云フコト知ルヘシ）又前述ノ取戻權ト異ニシテ賣買ノ目的物カ破産者タル場合ニ於テ實用アルモノナリトヨヒ又「イエゲル」氏ハ其本質ヲ說明シテ取戻權ノ效力トシテ生スル賣買契約ノ解除ニ依テ發生スル給付返還ノ債權的請求權ニ付破産法ノ認メタル特別ノ效力ニシテ直接ニ法律ニ根據シ當事者ノ現實的又ハ推定的意思ニ根據シタルモノニ非ス法律カ條理ニ基キ例外トシテ設ケタル制度ニシテ通常ノ取戻權ト其趣意ヲ異ニスルモノナリト曰ヘリ（獨民三四六條、三二七條）佛國ニ於テハ賣主ノ取戻權ヲ以テ賣買ノ目的物ニ關スル占有回復ヲ目的トスル權利ナリト說明スル學者アリタリト雖這ハ甚少數ニシテ多數ノ學者ハ何レモ賣主ノ取戻權ハ代金不支拂ニ基ク契約解除權ナリト說明シ其理由ハ賣買ノ目的物カ發送ノ途中ニ在テ未買主ノ占有ニ歸セス且買主カ代金ヲ支拂ハサル場合ニ於テ破産法ノ原則ヲ適用シ賣主ニ解除權ヲ認メサルハ嚴酷ニ失スルノミナラス買

0421

主ノ債權者ハ買主ノ占有ニ歸セサリシ財產ニ付其同擔保視シテ信ヲ置クノ處ナク且破產ニ陷ラントスル債務者ハ信用維持ノ手段トシテ多數ノ買取ヲ爲スヲ常トスルカ故ニ賣主ヲシテ其信用ノ犧牲ト爲ラシムルハ正當ニ非スト云フニ在ルモノノ如シ如此賣主ノ取戻權ノ性質ニ關シテハ學者ノ論爭アル所ナルヲ以テ我破產法案ニ於ルル賣主ノ取戻權ノ性質ニ關シテモ亦種種ノ見解アルニ至ルハ固ヨリ當然ナリ予輩ノ見解ニ依レハ賣主ノ取戻權ハ賣買ヲ解除セシテ發送中ニ在ル賣買ノ目的物ノ取戻ヲ目的トスル債權的請求權ニシテ賣買ノ目的物ノ發送ニ因リ生シタル權利狀態ノ變更ヲ賣主ノ爲ニ發送ノ當時ニ遡リテ消滅シタルモノト看做スヘキ效力ヲ有スルモノナリト謂フヲ正當ト思フ(1)賣買ノ目的物ノ取戻權ハ單ニ賣主ニ認メタル權利ニシテ賣買ノ目的物ノ所有者トシテ賣主ニ認メタルモノニ非ス又取戻權者タルニハ其目的物ニ付所有權ヲ有スルコトヲ前提トセス故ニ賣主ノ取戻權ハ賣買ノ目的物ノ取戻ヲ目的トスル債權的請求權即代金支拂ヲ目的トスル權利ト同ク單純ナル賣主ノ權利ニシテ所有權ニ基ク取戻權即物權的請求權ニ非ス(2)取戻權ハ事實上破產財團ニ加ハリタル財產カ破產者ニ屬セサルコトヲ前提トス故ニ賣主ノ取戻權亦賣買ノ目的物カ破產者ニ屬セサルコトヲ前提トス隨テ賣主ノ取戻權ハ其效力トシテ賣買ノ目的物ニ關シ賣主ノ債務履行ノ爲ニ實體法ノ規定ニ依テ發生シタル權利狀態ノ變更カ當然消滅シ賣主カ賣買ノ目的物ニ付所有權ヲ有セシトキハ其所有權ヲ又單ニ占有權ヲ有セシトキハ其占有權ヲ賣主ノ債務履行前ニ遡リテ回復スルモノ換言スレハ未賣買ノ履行ナキモノトスト謂ハサルヘカラス(3)賣主ノ取戻權ハ前述ノ如ク隔地ノ取引ノ安全ヲ保護シ賣買ノ目的物カ買主ノ破產宣告ノ當時發送ノ途中ニ在ル場合ニ於テ賣主ヲシテ其代金ノ支拂ノ完濟ヲ受クルコト能ハサルニモルヘキ損害ニシテ條理上其宜キヲ得サルモノヲ避クルコトヲ得セシムルカ爲ニ設ケラレタル權利ナルヲ以テ其

行使ノ效力ハ前述ノ如ク賣買ノ目的物ノ所有權又ハ占有權ノ回復ヲ以テ足レリトシ賣買ヲ解除スルヲ必要トナシ故ニ賣買ハ其成立當時ノ狀態ニ於テ依然存續スルモノト謂ハサルヘカラス隨テ管財人ハ破產財團ノ爲ニ代金ヲ支拂ヒテ賣買ノ履行ヲ賣主ニ對シテ請求スルコトヲ得ヘシ(破案五九條)(性質)賣主カ其發送中ニ在ル賣買ノ目的物殊ニ商品及有價證券ニ付取戻權ヲ有スルニハ三個ノ要件ヲ具備セサルヘカラス其第一ハ賣買カ隔地取引(Distanz geschäfte)ナルコトヲ要シ隔地取引トハ一定ノ動產ヲ或發送地ニ達セシムルカ爲ニ送付スルコトヲ要スル取引ニシテ民事取引タルト又契約者カ商人タルト否トヲ問ハサルナリ故ニ賣買ノ目的カ契約成立ノ當時ニ若結約後製造スヘキ場合ニ於テハ其製造完成ノ當時ニ存スル場所ト買主カ該目的物ヲ受取ルヘキ場所ト異ナルトキハ隔地取引ナリト謂フコトヲ得ヘシ賣主カ運送費及運送危險ヲ負擔シタルト、到達地カ義務履行地ナルト、賣主自己固有ノ義務トシテ又ハ買主ノ委託ニ因テ發送ノ爲ニ目的物ヲ運送人ニ、或ハ運送取扱人ニ交付シタルト、賣主自身カ目的物ヲ發送シタルト、買主ノ負擔ニ歸シタル義務ノ履行地カ賣主ノ住所ナルト、營業所ナルト、目的物ノ發送地ナルト目的物ノ到達地ナルト否トヲ問ハサルナリ同地取引(Platz geschäfte)即結約ノ當時若クハ製造完成ノ當時ニ於テ賣買ノ目的物ノ存在スル場所ト買主カ該目的物ヲ受取ルヘキ場所ト異ナルトキハ賣主又ハ其代理人カ結約後直チニ賣買ノ目的物ヲ他所ニ運搬スヘキ意思ヲ表示シタル場合ナルト、買主ト第三者(買主ノ買主)トノ約旨ニ基キ目的物ヲ他所ニ運搬スル場合ナルトヲ問ハス賣主カ該目的ニ付取戻權ヲ有セス此場合ニ於テハ買主カ賣買ニ因テ其目的物ニ付已ニ所有權ヲ取得シタルヤ否ヤヲ區別シ前者ノ場合ニ於テハ縱令買主カ目的物ヲ受取ラサリシトキト雖賣主ハ之ヲ取戻スコトヲ得ス後者ノ場合ニ於テハ反之買主ハ所有權ニ基キ之ヲ取戻スコトヲ得ヘシ如此隔地取引タルコトヲ要スル理由ハ

0422

賣主ノ取戻權ハ唯斯ル取引ニ於テ之ヲ是認スルノ必要アルニ過キサレハナリ（破案七五條「發送」「到達地」、獨破四四條）但佛國商法ニ於テハ隔地取引タルコトヲ要件ト爲ササルニ似タリ其第二ハ賣買ノ目的物カ其買主ノ破產宣告ヲ受ケル當時ニ於テ尙發送ノ途中ニ在ルコトヲ要シ換言セハ目的物ハ買主ノ破產宣告ヲ受ケル當時ニ於テ（支拂ヲ停止シタル當時ニ非サルコトニ注意スヘシ）已ニ到達地ニ到達シ且破產宣告ヲ受ケタル買主又ハ其代理人ノ現實ノ占有ニ歸セサリシコトヲ要ス故ニ賣買ノ目的物カ買主ノ破產宣告ヲ受ケル以前ニ於テ到達地ニ到達シ且破產宣告ヲ受ケル以前ニ買主又ハ其代理人ノ現實ノ占有ニ歸シタルトキハ賣主ノ取戻權ハ法律上成立スルコトナシ（破案七五條、獨破四四條）到達地ハ當事者ノ意思ニ從テ定ルヘキ運搬ヲ終了スル地理上ノ區域（ベツリク）ニシテ場（ロカリテート）所ニ非ス如此到達地ハ當事者ノ意思ニ從テ定ルモノナルヲ以テ未運搬ノ終了セサル間ハ當事者ハ合意上自由ニ到達地ヲ變更スルコトヲ得ヘシ隨テ賣買ノ目的物カ合意ニ有效ニ變更セラレタル新到達地ニ於テ買主又ハ其代理人ノ現實ノ占有ニ歸シタルトキハ賣主ノ取戻權ハ法律上成立スルニ由ナキニ至ルト雖反之到達地カ未タ意上有效ニ變更セラレサル間ハ縱令新到達地ニ於テ賣買ノ目的物カ買主又ハ其代理人ノ現實ノ占有ニ歸シタルトキト雖斯ル占有ハ其性質上發送ノ途中ニ在ル賣買ノ目的物ノ占有ニ他ナラサルヲ以テ法律上賣主ノ取戻權ノ成立ヲ妨ケス買主ノ代理人ハ買主ノ爲ニ賣買ノ目的物ヲ受取ルヘキモノ即該目的物ノ受領又ハ不受領ニ付最終ノ判斷ヲ下シ且該目的物ヲ買主ノ爲ニ保存シ又ハ處分スルノ權限ヲ有スル者ニシテ民法上ノ代理人ハ勿論質權者、買主ノ爲ニ販賣ヲ擔當シタル問屋營業者、倉庫營業者、受寄者等ハ皆之ニ屬シ運送取扱人ハ買主タル荷受人ノ委託ニ基キ運送ヲ爲ストキハ同人ノ爲ニ又賣主タル荷送人ノ委託ニ基キ運送ヲ爲ストキハ同人ノ爲ニ運送品ヲ占有ス故ニ買主ノ破產ニ於テ賣主ノ取戻權ヲ排斥セントスル管財人ハ買主カ運送取扱人ニ運送ヲ委託シタル旨ヲ立證セサルヘカラス但運送取扱人ハ荷送人ヨリ荷受人ノ指圖ニ從フヘキ旨ヲ指示セラレ且斯ル指圖アリタルトキハ荷送人ニ對スル委託關係終了シ爾後荷受人ノ委託ニ因リ行動スルニ至ルヲ以テ荷受人ノ爲ニ運送品ヲ占有スルコトト爲ル又運送人運送品カ到達地ニ到達シタル後運送狀ヲ買主タル荷受人ニ交付シタルトキト雖買主ノ爲ニ運送品ヲ占有スル者ト爲ラス唯荷受人ノ保管人トシテ運送品ヲ占有スルカ如キ特別ノ法律關係ニ基キテ運送品ヲ占有スルトキニ限リ荷受人ノ爲ニ運送品ヲ占有スル者ト爲ル故ニ買主ノ破產ニ於テ賣主ノ取戻權ヲ排斥セントスル管財人ハ斯ル特別ノ法律關係アルコトヲ立證セサルヘカラス占有ハ物ニ及ス事實上ノ勢力即民法上ノ占有權成立要素ノ一タル所持ニシテ占有權其モノニ非ス（獨逸破產法ノ解釋トシテ「ゾキフエルド」氏カ民法上ノ占有ト同視シタルハ多數ノ學者ノ否認スル所ナリ）又占有ハ現實ナルコトヲ要ス故ニ荷受人タル買主ニ對シ運送狀、艙荷證券等ヲ交付シタルノ事實ハ買主ノ爲ニ賣買ノ目的物占有ノ原因ト爲ラス如此賣買ノ目的物カ其買主ノ破產宣告ヲ受ケル當時ニ於テ未運搬中ニ在ルコトヲ要スル理由ハ蓋賣買ノ目的物カ買主ノ破產宣告前ニ於テ既ニ到達地ニ達シ且買主ノ占有ニ歸シタルトキニ於テハ賣主ハ該目的物ニ付事實上何等ノ關係ヲ有セサルニ至リ隔地取引カ同地取引ト其狀態ヲ同ウスルニ至ルヲ以テナリ賣主ニ尙取戻權ヲ認ムルトキハ買主ノ占有ニ因リ其賣買ノ目的物ヲ擔保視シタル買主ノ債權者ノ權利ヲ害スルノ趣意ニ非サルハ言ヲ俟タサル所ナリ其第三ハ賣主カ破產者タル買主ヨリ其破產宣告ヲ受ケル以前ニ於テ代價ノ完濟ヲ受ケサリシコトヲ要ス支拂ハレサル代金ノ殘額ノ多寡乃辨濟ヲ受ケサル原因ノ如何ハ法律上問フ所ニ非ス（破七五條、獨破四四條）故ニ買主カ其破產宣告ヲ受ケル以前ニ於テ代價ノ大半ヲ辨濟シ又賣主カ代價ノ支拂ニ付買主ノ爲ニ期限ヲ附シタル

0423

トキト雖買主ノ取戻權ノ成立ヲ妨ケス代價ノ完濟ハ代金ノ完全ナル支拂、代物辨濟、代金ノ供託、相殺、免除等ヲ以テ成ル買主及賣主間ニ於ケル永年ノ交互計算關係アルトキハ賣主ノ買主ノ破産宣告ヲ受クル當時ニ於テ計算上剩餘金ヲ有スルトキニ限リ賣買ノ目的物ニ付取戻權ヲ有ス然レトモ買主カ賣主ノ爲ニ手形ノ引受ヲ爲シタルコト其他辨濟ノ擔保ヲ供シタルコト等ノ如キ關係ハ代價ノ完濟ト爲ルコトナシ買主カ代金辨濟ノ爲ニ賣主ニ手形ヲ交付シタル場合亦通則上代價ノ完濟ト爲ラス蓋斯ル場合ニ於テハ賣主又ハ其後者カ手形金ヲ完全ニ受取リタルニ因テ代價ノ完濟ト爲ルモノナレハナリ故ニ賣主ハ後日手形金ノ支拂アリタルトキハ之ヲ破産財團ニ返還スヘキ債務ヲ留保シテ取戻權ヲ行フモノナリ但特約上賣主カ代金ノ支拂ニ代ヘテ手形ヲ受取リタルトキハ代物辨濟ト爲ルヲ以テ買主ノ破産ニ於テ賣買ノ目的物ニ付取戻權ヲ有スルコトナキヤ當然ナリ如此代價ノ完濟ナキコトヲ要スル理由ハ賣主ト買主トヨリ其破産宣告前ニ於テ代價ノ完濟ヲ受ケタルトキハ隔地取引ニ付毫モ損失ヲ被ルコトナク隨テ賣主ニ取戻權ヲ認メテ之ヲ保護スルノ必要ナキヲ以テナリ（要件）賣主ノ取戻權ニ因テ發生スル效力ノ第一ハ前述ノ如ク賣買ヲ解除セシテ之ヲ履行前ノ原狀ニ回復シ賣買關係ヲシテ賣主カ未賣買ノ目的物ニ所有權及占有權ヲ買主ニ移轉セサルノ狀態ニ在ラシムルニ在リ「ポッセルト」「ウキルモースキ！」氏等カ賣買ノ目的物ノ發送以後ニ發生シタル狀態ヲ斯ル發送當時ノ原狀ニ回復シ之ヨリ以後ニ於ケル債務ノ履行ヲ廢止スルモノナリト曰ヘル見解ハ賣買ノ目的物ノ所有權カ其發送以前ニ買主ニ移轉シタル場合ニ於テ賣主カ取戻權ノ效力トシテ所有權ヲ回復スルノ法理ヲ說明スルコト能ハサルカ故ニ我破産法ノ解釋トシテハ狹キニ失スト謂フヘシ故ニ(甲)賣買ノ履行解除及損害賠償等ノ法律關係ハ買主ノ破産宣告ノ當時ニ於テ當事者雙方カ未其債務ヲ履行セサリシ雙務契約ニ於ルト同ク破産法及實體法

ノ規定ニ從テ之ヲ定メサルヘカラス（商九九三條、破案五九條、獨破一七條）是ヲ以テ管財人カ破産財團ノ爲ニ買主タル債務ヲ履行シ且賣主ノ債務履行ヲ欲スル旨ノ意思ヲ表示シタルトキハ賣主ハ其債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得ス蓋斯ル場合ニ於テハ賣主ハ管財人カ買主ノ債務ヲ財團債務（財團債權）トシテ履行スルカ故ニ毫モ損失ヲ受クルコトナケレハナリ換言セハ賣主ハ其取戻權ノ行使ニ依レル債務履行前ノ原狀回復ニ因テ管財人カ破産財團ノ爲ニ破産者ニ代リテ買主タル債務ヲ履行スルコトヲ欲シ且賣主ニ對シ其債務ノ履行ヲ求ムル旨ノ意思ヲ表示スルニ非サレハ賣買ノ目的物ノ引渡ヲ管財人ニ對シ拒絶スルコトヲ得ヘキ地位ニ在ルニ過キサレハナリ隨テ管財人カ斯ル意思ヲ表示シタルトキハ之ニ依テ賣主ハ其賣買ノ目的物ヲ破産財團ヨリ取戻スコトヲ得ス反之管財人カ斯ル意思ヲ適當ナル時期ニ表示セサルトキハ賣主ハ管財人ニ對シテ催告ヲ爲シ若管財人カ斯ル催告ニ應セサルトキハ賣買ノ履行ヲ欲セサルコトヲ爲ス管財人カ破産財團ノ爲ニ賣買ノ履行ヲ不利益ト認メ之ヲ爲スコトヲ欲セサルトキハ賣主及買主ハ賣買契約ヲ解除スルコトヲ得此場合ニ於テハ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ス（商九九三條、民五四五條二項）其詳細ノ說明ハ破産ノ效力ニ之ヲ讓ル又管財人カ賣買ノ履行ヲ欲セス若クハ管財人及賣主カ契約ノ解除權ヲ行使セサリシ場合ニ於テハ賣主ハ契約ノ不履行ニ基ク損害賠償請求權ヲ破産債權トシテ主張スルコトヲ得然レトモ代金ノ支拂ヲ目的トスル請求權ヲ破産債權トシテ主張スルコトヲ得ス賣主ハ取戻權行使ノ結果トシテ賣買ノ目的物ヲ保有スレハナリ（乙）賣主ハ買主ヨリ受取リタル代金ノ一部及手附金ヲ返還スヘキ義務ヲ負フ「ペーテルゼン」氏ハ賣買契約ハ賣主ノ取戻權ノ行使又ハ管財人カ賣買ノ履行ヲ欲セサル旨ノ意思表示ニ因テ消滅スルコトナシ隨テ賣主ハ代金ノ支拂ニ付請求權ヲ有スト雖ノ理由ヲ以テ取戻權ヲ行使シタル賣主カ買主ヨリ受取リタル代金ノ一部ヲ所持スルモ法

律上ノ原因ヲ缺クモノニ非ス隨テ不當利得トス爲ラス仍テ返還ノ義務ナシト論決シタリト雖多數ノ學者ノ認メサル所ナリ蓋然ラスンハ賣買關係カ其履行前ノ原狀ニ回復セラレタルモノト謂フコトヲ得サレハナリ又賣主ハ取戻權ノ行使ニ因テ生シタル費用ハ自ラ之ヲ負擔シ又之ヲ立替ヘタル管財人ニ賠償セサルヘカラス蓋斯ル費用ハ賣主ノ利益ノ爲ニ生シタルモノナルノミナラス賣主ハ無償ニテ賣買ノ目的物ニ付迯戻ヲ請求スルノ權利ヲ有セサレハナリ然レトモ賣主ハ取戻權ノ行使ニ因テ生シタル費用ノ賠償ヲ損害賠償ニ基ク破産債權トシテ主張スルコトヲ得ヘシ何トナレハ斯ル費用ハ買主ノ契約不履行ニ因テ生シタルモノナレハナリ管財人カ賣買ノ履行ヲ欲スルヤ否ヤニ關スル意思ノ表示ヲ不當ニ遲延シタルニ因テ生シタル損害ハ之ヲ財團債權トシテ主張シ（商一〇三二條、獨破五九條一號）又買主タル荷受人（破産者）カ約旨ニ從ヒ負擔スヘキ發送費用ハ管財人カ破産財團ノ爲ニ賣買契約ノ履行ヲ欲シタルトキニ限リ代金ノ支拂ヲ目的トスル債權ト同ク財團債權トシテ之ヲ主張スルコトヲ得（商一〇三二條、獨破五九條一號）其第二ハ賣主カ取戻權ヲ有スル賣買ノ目的物ハ破産財團ニ屬セサルコトヲ得（商一〇三二條、(甲)管財人ハ斯ル目的物ノ到達ノ前後ヲ問ハス之ヲ處分スルノ權限ヲ有セス（商三三五條、六二九條）是ヲ以テ管財人カ賣買ノ目的物（取戻權ノ目的物）ヲ處分シ未之ヲ相手方ニ引渡ササル間ハ賣主ハ破産財團中ニ現存スル賣買ノ目的物ニ付取戻權ヲ行使スルコトヲ得但斯ル處分カ管財人ノ破産財團ノ爲ニ賣買ノ履行ヲ欲スル默示ノ意思表示ト認ムルコトヲ得サルトキ即管財人カ斯ル處分ヲ爲スノ當時取戻權ノ目的物タルコトヲ知ラサリシトキ又ハ斯ル處分ヲ爲シタルニ拘ラス賣買ノ履行ヲ欲セサル旨ノ意思ヲ明示シタル如キ場合ニ限ルヤ言ヲ俟タス（民一七八條）反之管財人カ賣主ノ取戻權ノ目的物ヲ處分シ既ニ之ヲ相手方ニ引渡シタルトキハ賣主ハ後述ノ如ク管財人カ該處分ニ因テ受取ルヘキ反對給付ヲ目的トスル權利ニ付讓渡ヲ請求シ又ハ破産財團中ニ現存スル反對給付ニ付財團債權トシテ請求ヲ爲ス（破案七七條）(乙)買主カ其破産宣告前ニ賣買ノ目的物ヲ處分シタルモ未之ヲ相手方ニ引渡ササルトキハ賣主ハ買主カ斯ル處分ヲ爲ササリシ場合ニ於ルト同ク賣買ノ目的物ニ付取戻權ヲ行使スルコトヲ得（民一七八條）而シテ斯ル場合ニ於テハ管財人ハ買主ノ相手方タル第三者ニ對スル契約不履行ニ因テ生スル損害賠償ヲ避クルカ爲ニ賣主ニ對シ賣買ノ履行ヲ欲スル旨ノ意思ヲ表示シテ賣主ノ取戻權ノ行使ヲ止ムルヲ得ルヤ言ヲ俟タス但取戻權ノ目的物カ破産財團中ニ現存セサルトキハ賣主ハ反對給付ヲ目的トスル權利ニ付讓渡ヲ請求シ又ハ破産財團中ニ現存スル反對給付ニ付財團債權トシテ權利ヲ主張スヘキモノナルヤ後述ノ如シ反之買主カ其破産宣告後ニ於テ取戻權ノ目的物ヲ處分シ且之ヲ相手方ニ引渡シタルトキハ該行爲ハ破産債權者團體ニ對シ無效ナルヲ以テ（商九八五條二項）管財人カ斯ル目的物ヲ破産財團ノ爲ニ取戻シタル場合ニ於テハ賣主ハ該目的物ニ付取戻權ヲ行使スルコトヲ得若管財人カ破産者ノ行爲ヲ是認シテ該目的物ヲ取戻ササルトキハ管財人カ破産財團ニ屬スル理由トシテ買主ノ相手方タル第三者ヨリ取立ツヘキ反對給付ヲ目的トスル權利又ハ其權利ノ行使トシテ破産財團ニ屬シタル反對給付ニ付權利ヲ主張スルヲ得ルコトハ管財人カ取戻權ノ目的物ヲ處分シタル場合ニ同シ其第三ハ取戻權ハ其效力ヲ第三取得者ニ對シテ及スコトヲ得ルコト即是ナリ元來賣主ノ取戻權ハ前述ノ如ク債權的請求權ナルヲ以テ唯破産者タル買主ニ對シテ成立シ且管財人ニ對シテ之ヲ主張スルコトヲ得ルモノニ過キスト雖之ニ依リ賣買カ履行前ノ原狀ニ回復スルモノナルヲ以テ取戻權ヲ有效ニ行使シタル以後ハ賣主ハ第三取得者、所有者、質權者ニ對シ所有權又ハ占有權ニ基キ賣買ノ目的物ノ返還請求其他ノ主張ヲ爲スコトヲ得ヘシ但第三取得者カ其取得ノ當時善意即取戻權ノ存在ヲ知ラサルカ爲ニ實

0425

體法ノ規定ニ從ヒ他人ノ財產上ニ取得シタル權利ヲ維持スルコトヲ得ルトキハ此限ニ在ラサルナリ（民一九二條、一九五條等）獨逸ニ於テハ「エツケル」「イエグル」「ヒユルマン」氏等ハ消極論ヲ主張シ其理由トシテ賣主ノ取戻權ハ其性質上破產者及管財人ニ對シテ之ヲ主張スルコトヲ得ヘク第三取得者ニ對シテ之ヲ主張スルコトヲ得ス而シテ第三取得者カ惡意殊ニ賣主ノ取戻權ノ實效ナカラシメンカ爲ニ買主ヨリ賣買ノ目的物ヲ讓受ケタルカ如キ場合ニ於テハ賣主ハ第三取得者ニ對シ不法行爲ニ基ク損害賠償ヲ請求スルノ權利ヲ有スルニ過キスト曰ヒ（獨民八二三條）反之「ペーテルゼン」「ウキルモースキー」「ポッセルト」氏等ハ積極論ヲ主張シ其理由トシテ取戻權ノ有效ナル行使ニ依テ賣買ノ目的物ニ付破產者タル買主ノ有スル所有權ハ既往ニ遡リテ存在セス隨テ第三取得者ハ所有者ニ非サリシ者ヨリ賣買ノ目的物ニ付權利ヲ取得シタルモノ又破產者タル買主ノ有スル占有權ハ賣主ニ對スルト同ク第三取得者ニ對シテモ存在セサリシモノト爲ルカ故ニ賣主ハ第三取得者ニ對シ所有權又ハ占有權ニ基キ目的物ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ヘシ但第三取得者カ實體法ノ規定ニ從ヒ他人ノ所有物ニ付取得シタル權利ヲ有效ニ維持スルコトヲ得ル場合殊ニ第三取得者カ其取得ノ當時善意即取戻權ノ存在ヲ知ラサリシトキハ此限ニ在ラスト曰ヘリ（獨民九三二條、一二〇七條、獨商三六六條、二六七條）佛國ニ於テハ善意ノ第三取得者ヲ保護スルカ爲ニ買主カ破產宣告前ニ發送中ニ在ル賣買ノ目的物ヲ第三者ニ賣渡シタル場合ニ於テ此第三者カ善意ナルトキハ賣主ヨシテ其有スル取戻權ヲ喪失セシム（佛商五七六條）第二ニ物品買入ノ委託ヲ受ケタル問屋カ其物品ヲ委託者ニ發送シタル場合ニ於テハ問屋ハ前述シタルモノト同一ノ要件ノ下ニ於テ買入委託者ノ破產財團中ヨリ發送物品ノ取戻ヲ請求スルコトヲ得而シテ問屋ハ唯リ代價ノ完濟ノミナラス立替金、報酬等ノ完濟ヲ受クルニ非サレハ發送物ニ關シ完濟ヲ得タルモノ

ト謂フヘカラス故ニ買入委託者カ其破產宣告前ニ於テ賣主タル第三者ニ對シ代金支拂ノ債務ヲ引受ケ之ニ依リ問屋營業者カ斯ル第三者ニ對シ代金支拂ニ付其賣ヲ免レタル外ニ尙立替金、報酬等ニ付辨濟ヲ得タルトキニ限リテ問屋カ發送物ニ付買入委託者ヨリ代價ノ全額ノ辨濟ヲ受ケタルコトト爲ル然レトモ賣主カ買入委託者ヲ問屋ニ代ヘテ債務者トシ且後者ヲ免責シタルトキハ問屋ハ爾後同一ノ取引ニ付問屋トシテ取扱ハルヘキモノニ非サルヲ以テ破產者タル買入委託者ニ對シ何等ノ權利ヲ有スルコトナク隨テ又取戻權ヲ行フコトナシ即賣主カ其權利トシテ前述ノ要件ノ下ニ於テ取戻權ヲ行フモノナリ元來物品ヲ買入レタル問屋ハ賣主其モノニ非ス又問屋ニ目的物ヲ賣渡シタル第三者ハ買入委託者ニ對シ何等ノ權利ナシ故ニ嚴格ニ論スレハ問屋又第三者モ賣主トシテ取戻權ヲ有セサルモノト謂ハサルヲ得ス是破產法案ニ於テ問屋ト賣主トヲ同視シ以テ問屋ノ利益ヲ保護スル所以ナリ（破案七六條、商三一三條、三二四條、獨破四四條、獨商三八三條、四〇〇條）以上略述シタル賣主ノ取戻權ハ賣買ノ目的物ニ破產債權者團體ノ差押權ヲ排斥スルヿトヲ目的トスルヲ以テ其存否ハ破產裁判所所在地ノ法律ニ依テ之ヲ定ム（破產債權者團體ノ差押權ヲ否認スル學說ニ從ヘハ如何ナル財產カ破產財團ニ屬スルヤハ破產裁判所所在地ノ法律ニ依テ之ヲ定ムト主張セサルヘカラス）故ニ破產裁判所（破產手續ヲ開始シタル裁判所）所在地法ニ於テ賣主ノ取戻權ヲ是認シ且賣買ノ目的物カ斯ル法律ヲ有スル國家ノ領土內ニ到達シタル場合ニ於テハ賣主ハ其國籍ノ內外ヲ問ハス又其住所地ニ於テ取戻權ヲ認メサルト否トニ拘ラス賣買ノ目的物ニ付取戻權ヲ有スル例之我國ニ於テ破產手續ヲ開始シタル場合ニ於テ賣買ノ目的物カ既ニ我領土內ニ到達シタルトキハ賣主ハ我破產法案第七六條ノ規定ニ從ヒ賣買ノ目的物ニ付取戻權ヲ有スルカ如シ（賣買ノ目的物カ賣主ノ取戻權ヲ認メタル破產裁判所所屬國ノ領土內ニ到達セサル場合

0426

又ハ破産裁判所所屬國ニ於テハ賣主ノ取戻權ヲ否認セルモ賣買ノ目的物カ未斯ル國家ノ領土内ニ到達セサル場合ニ於テハ賣主ハ債權所在地法又ハ目的物所在地法ノ定ムル所ニ從ヒ相手方即破産者タル買主若クハ破産債權者團體カ其負擔タル反對給付ヲ提供スル迄賣買ノ目的物ノ引渡ヲ拒絶スルコトヲ得ヘシ（賣主ノ取戻權ニ關スル國際私法問題）斯ル賣主ノ取戻權ニ關スル國際私法ノ法則ハ之ヲ他ノ取戻權ニ適用スルコトヲ得ヘシ

(c)　主張　取戻權ノ主張ハ破産債權ノ主張ニ非サルヲ以テ破産手續ノ前ニ於テ行ル取戻權者ハ管財人ニ對シ裁判上又ハ裁判外ニテ目的物カ事實上破産財團中ニ存スル場合ニ限リ取戻權ヲ主張スルコトヲ得(1)總テノ場合ニ於テ取戻權ハ破産債權者團體ノ機關タル管財人ニ對シテ主張セサルヘカラス蓋破産財團ニ屬スル財産ノ管理及換價ヲ爲ス權限ヲ有スル管財人ハ破産財團ニ屬セサル財産ヲ解放スルノ權限ヲ有スレハナリ（破産者ノ法定代理人トシテ管財人カ相手方ト爲ルトノ見解ハ正當ニ非サルヘシ何トナレハ取戻ハ破産財團ヨリ之ニ屬セサル財産ノ差押解放ヲ目的トスルモノナレハナリ）(2)取戻權ハ裁判上又ハ裁判外ニテ主張スルコトヲ得取戻權ノ裁判上ノ主張即訴ハ民事訴訟法ノ規定ニ從テ破産裁判所若クハ不動産ニ關スル場合ニ於テハ不動産所在地ヲ管轄スル裁判所ニ之ヲ提起ス（商一〇一五條、民訴一四條、二二條）此訴ハ原告ニ屬スル物件カ破産財團中ニ現存スルトキハ執行訴訟トシテ又確認訴訟トシテ提起スルコトヲ得執行訴訟タル取戻ノ訴ノ申立ハ破産債權者團體ニ對シ取戻權ノ目的物ヲ破産財團ヨリ解放スヘキ旨ノ言渡ヲ求ムルニ在リ斯ル言渡ヲ爲シタル判決ハ民事訴訟法第七三〇條乃至第七三二條ノ規定ニ從テ執行スルコトヲ得又戻取權ハ管財人カ攻擊的ニ目的物ノ引渡ヲ請求シタルカ如キ場合ニ於テ防禦的ニ之ヲ主張スルコトヲ得但取戻權ノ原因タル權利ニ關スル訴訟カ破産手續開始

以前ニ於テ裁判所ニ繫屬シタルトキハ民事訴訟法及破産法ニ從テ訴訟手續ノ中斷及承繼アルモノタリ（民訴一七九條、獨破一〇條、獨民訴二四〇條）而シテ管財人ハ破産者カ取戻權者ニ對シテ有スル總テノ抗辯殊ニ取戻權ノ目的物ノ引渡ヲ妨クル債權、留置權及反對給付殊ニ保存費ノ請求ヲ主張スルコトヲ得ルヲ以テ取戻權者ハ此等ノ抗辯ヲ消滅セシムルニ非スンハ取戻ノ目的ヲ達スルコトヲ得ス(3)取戻權ハ其目的物カ破産財團中ニ現存スル場合之ヲ換言セハ管財人ニ占有中ニ在ル場合ニ非スンハ之ヲ主張スルコトヲ得ス破産者ノ占有ニ係ル場合ニ於テハ取戻權者ハ破産者ニ對シ之カ取戻ヲ請求スルコトヲ得ヘシ蓋破産者ハ破産財團ニ屬セサル財産ニ關シテハ管理及處分ヲ爲ス權能ヲ有スレハナリ第三者ノ占有ニ係ル場合殊ニ第三者カ取戻權ノ目的物ニ付質權、抵當權等ヲ有スル場合ニ於テハ取戻權者ハ第三者ニ對シ之カ取戻ヲ請求スルコトヲ得ヘク又取戻ノ爲ニ要シタル損害賠償ノ請求若クハ斯ル他物權ノ除去ヲ目的トスル請求ハ破産債權トシテ主張スルコトヲ得ヘシ管財人ハ取戻權ノ行使ヲ容易ナラシムルカ爲ニ第三者ニ對シ目的物ノ返還ヲ請求スルノ職務ヲ負ハサルモノナリ

(d)　喪失　取戻權ハ破産財團中ヨリ之ニ屬セサル財産ヲ分離セシムルコトヲ目的トスル權利ナルヲ以テ破産手續繼續中破産財團ニ屬セサル財産カ破産財團中ニ現存スル場合ニ限リテ主張スルコトヲ得故ニ取戻權主張ノ當時ニ於テ其目的物カ既ニ破産財團中ニ現存セスシテ却テ破産手續開始ノ前後ニ於ル處分ニ因リ第三者ノ手中ニ現存スルニ至リタルトキハ取戻權者ハ其權利ヲ喪失ス是ヲ以テ破産手續(1)開始後管財人カ取戻權ノ目的物タル破産財團ニ屬セサル財産ヲ換價シタルトキハ取戻權者ハ其權利ヲ喪失スト雖モ不當利得ハ法律ノ許サヽル所ナルヲ以テ破産財團ニ存スル換價行爲ノ對價タル反對給

0427

付又ハ反對給付ヲ目的トスル權利ニ付取戻權者ハ財團債權者トシテ之カ交付又ハ讓渡ヲ請求スルコトヲ得ヘシ但破產法案ニ於テハ取戻權者ハ反對給付ヲ目的トスル權利ニ付當然讓渡人ニ代位スルモノトシ以テ讓渡ノ手續ヲ省略シ又讓受人カ取戻權ノ存在ヲ知リテ反對給付ヲ爲シタルトキハ取戻權者ニ對シ讓受人タルノ義務ヲ免ルルコトヲ得サルモノトシ以テ取戻權者ノ利益ヲ保護シタリ（破案七七條、獨破四六條）（多數ノ學者例之「イエゲル」「ウキルモースキー」氏等カ該請求權ヲ說明シテ取戻權ノ擴張即反對給付又ハ之ヲ目的トスル權利ニ付行ル賠償的取戻權ナリト爲スノ見解ハ正當ニ非ス蓋反對給付若クハ之ヲ目的トスル權利ハ破產財團ニ屬スル財產ナルヲ以テ該財產ニ付取戻權ノ行ルヘキ理ナケレハナリ又少數ノ學者例之「ポッセルト」「エッケル」氏等カ該請求權ノ性質ヲ說明シテ財團債權ニ非ス又取戻權ニ非ス財團債權ニ先チテ反對給付又ハ之ヲ目的トスル權利ヲ以テ滿足ヲ受クヘキ賠償請求權ナリト爲スノ見解亦正當ニ非ス蓋斯ル見解ハ法律上何等ノ根據ナキヲ以テナリ）（性質取戻權者カ斯ル請求權ヲ有スルニハ第一ニ取戻權者カ管財人ニ對シ斯ル請求權ヲ主張スル當時ニ於テ換價セラレタル取戻權ノ目的物カ若換價ナカッセハ破產財團ニ存シ該物件ニ付別離ヲ請求スルコトヲ得ヘキコトヲ要ス故ニ取戻權者カ前示ノ請求權ヲ主張シタル當時既ニ取戻權ノ目的物カ滅盡シタルトキハ該請求權ノ成立セサルコトト知ルヘシ第二ニ管財人カ破產宣告後ニ取戻權ノ目的物ヲ換價シタルコトヲ要ス取戻權ノ目的物ノ換價ハ反對給付ヲ目的トスル請求權ヲ發生セシムルニ足ルヘキ法律行爲ニ依テ取戻權ノ目的物タル物權、債權其他有價證券ヲ有效ニ第三者ニ移轉スルヲ謂フ故ニ賣却、競賣及交換等ニ基ク移轉行爲ハ之ニ屬スレトモ質權ノ設定ハ之ニ屬セス何トナレハ或債務ノ爲ニ取戻權ノ目的物ニ付質權ヲ設定スルモ爲ニ反對給付ヲ目的トスル請求權カ發生セサレハナリ（代物辨濟トシテ取戻權ノ目的物ヲ

債權者タル第三者ニ交付シタル場合亦然リ）取戻權ノ目的物タル債權ハ取立ハ管財人ニ對スル支拂カ法律上有效ナルトキ殊ニ第三債務者ニ對シ破產宣告前ニ破產シタル債權者ヨリ取戻權者タル債權者ニ債權ヲ讓渡シタル旨ヲ通知セサルトキ又ハ管財人カ破產者ノ單ニ取立ヲ委任セラレタルニ止ル債權ヲ破產財團ノ爲ニ取立テタルトキニ限リ類推解釋上換價ト同視シ取立金額ニ付取戻權者カ財團債權者トシテ其權利ヲ主張スルコトヲ得蓋管財人ニ對スル支拂カ法律上無效ナルトキハ取戻權者タル債權者ハ其債權ヲ喪失スルコトナク隨テ又取戻權ヲ喪失スルコトナケレハナリ取戻權ノ目的物タル手形ノ取立殊ニ管財人カ手形權利者ヨリ破產者ニ其宣告前ニ於テ取立ノ爲ニ裏書シタル手形ヲ破產財團ノ爲ニ取立テタルトキ亦同一理由ニ基キテ取戻權者ハ取立金額ニ付財團債權者トシテ其權利ヲ主張スルコトヲ得、管財人カ破產者ニ屬セサル第三者ノ金錢ニシテ取戻權ノ目的物タルモノヲ處分シタルトキハ該處分ニ因リ債權カ成立シタル場合ニ限リ（例之消費貸借）其債權カ反對給付ト爲ルヲ以テ第三者タル取戻權者ハ該給付財團債權者トシテ其權利ヲ主張スルコトヲ得管財人カ單ニ第三者ニ對シ取戻權ノ目的物タル權利ノ移轉義務ヲ負ヒタルニ過キサルトキハ未換價ト爲ラサルヲ以テ取戻權行使ノ妨ト爲ラス又第三者カ附合、混合及工作等ニ因リ取戻權ノ目的物ニ付權利ヲ取得シタルトキ亦換價ト爲ラサルヲ以テ取戻權者ハ反對給付ニ付財團債權者トシテ其權利ヲ主張スルコトヲ得ス（要件）取戻權者ハ其目的物ノ換價ニ因テ生シタル反對給付又ハ之ヲ目的トスル請求權ニ付財團債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ルカ爲ニ管財人ニ對シ其不法行爲ニ因テ生シタル損害賠償請求權ヲ有セサルモノト誤解スルコト勿レ又管財人カ故意又ハ過失ニテ取戻權ノ目的物ヲ換價シ且反對給付ニ付存スル取戻權者ノ權利ヲ處分シタルトキハ取戻權者ハ破產財團ニ付不當利得ニ基ク財團債權ヲ有スルノ外尙管財人其人ニ對シ損害

0428

賠償請求權ヲ有スル又取戻權ノ目的物ヲ取得シタル第三者ニ對シ何等ノ權利ヲ有セサルモノト誤解スルコト勿レ第三者カ民法上ノ原則ニ從ヒ取戻權ノ目的物ニ付完全ニ權利ヲ取得セサル以上ハ取戻權者ハ其取戻權ノ原因タル權利ニ因テ第三取得者ニ對シ目的物ノ取戻ヲ主張スルコトヲ得ヘシ而シテ取戻權者カ取戻ノ目的ヲ達シタルトキハ破產財團ニ對シ何等ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ斯ル場合ニ於テハ破產財團上ニ不當利得ノ原因ヲ存セサレハナリ然レトモ取戻權者カ管財人ヨリ前述シタル請求權行使ノ結果トシテ換價行爲ノ對價タル反對給付ヲ目的トスル債權ヲ讓渡セシメタル場合ニ於テハ第三取得者ニ對シ民法上ノ權利ヲ主張スルコトヲ得ス何トナレハ斯ル場合ニ於テハ取戻權者カ管財人ノ換價行爲ヲ承認シタルニ外ナラサレハナリ、取戻權者カ其有スル權利ヲ第三取得者ニ對シ民法上對抗スルヲ得サルトキハ不當利得ノ原則ニ基キ各破產債權者ニ對シ破產者ニ屬セサリシ財產ノ實得金ノ配當ニ依リ受取リタル配當部分ノ返還ヲ請求シ或ハ破產者ニ對シ該實得金ノ返還ヲ求ムルコトヲ得ヘシ蓋各破產債權者ハ法律上ノ原因ナクシテ取戻權者ノ財產ニ因リ適法ナル配當以外ノ金額ヲ受ケ又破產者ハ法律上ノ原因ナクシテ取戻權者ノ財產ニ因リ債務ヲ免レタルヲ以テナリ又取戻權者カ第三取得者ニ對シ民法上ノ權利ヲ主張シテ取戻ノ目的ヲ達シ且管財人ノ換價行爲ニ因テ生シタル反對給付ニ付前述シタル權利ヲ行ヒタルトキハ管財人ハ不當利得ノ原則ニ基キ該反對給付ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ヘシ(效力)(2)破產宣告前破產者カ破產財團ニ屬セサル財產ヲ有效ニ處分シタルトキハ取戻權者ハ其權利ヲ喪失ス然レトモ不當利得ハ法律ノ許ササル所ナルヲ以テ破產財團ニ現存スル反對給付又ハ反對給付ノ目的トスル請求權ニ付取戻權者ハ財團債權者トシテ之カ交付又ハ讓渡ヲ請求スルコトヲ得(破案七八條、獨破四六條)斯ル權利ハ財團債權ニシテ取戻權ノ擴張又ハ財團債權ニ先チテ滿足ヲ受クヘキ賠償請求權ニ非サルコト前述ノ如シ(性質)取戻權者カ斯ル請求權ヲ有スルニハ第一ニ取戻權者カ管財人ニ對シ斯ル請求ヲ爲ス當時ニ於テ處分セラレタル取戻權ノ目的物カ若處分ナカツセハ破產財團ニ現存シ該目的物ニ付取戻權ヲ行使スルヲ得ヘキヲ要スルコト前述ノ如シ第二ニ破產者カ其宣告前ニ取戻權ノ目的物ヲ有效ニ處分シタルコトヲ要ス破產者カ其宣告後取戻權ノ目的物ヲ處分シタルトキハ其處分ハ破產財團ニ對シテ無效ナリ(商九八五條、獨破七條)隨テ管財人カ斯ル處分ヲ無效ナリト認定シ其目的物ヲ破產財團ニ屬スルモノトシテ取扱ヒタルトキハ取戻權者ハ前示ノ法則ニ從ヒ管財人ニ對シ取戻權ヲ主張スルコトヲ得ヘク反之管財人カ斯ル處分ヲ無效ナリト認定セス(承認)隨テ斯ル處分ニ因テ生シタル反對給付カ破產財團トシテ取扱ハルル場合ニ於テハ管財人カ取戻權ノ目的物ヲ換價シタルトキト同ク取戻權者ハ反對給付又ハ之ヲ目的トスル權利ニ付財團債權者トシテ其權利ヲ行使スルコトヲ得ヘシ多數學者殊ニ「イヘリング」「ボッセルト」氏等カ主張スル破產者カ其宣告後取戻權ノ目的物ヲ處分シタルトキハ取戻權者ハ民法上ノ原則ニ從ヒ第三取得者ニ對シ目的物ノ返還ヲ請求シ又破產者ニ對シ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得レトモ該處分及之ニ因テ生シタル反對給付ハ何レモ破產財團ニ關係ナキヲ以テ前示ノ無效ニ關スル法則ヲ適用スルヲ得ストノ見解ハ破產宣告後破產者ノ取得シタル財產ヲ破產財團ト爲ス我破產法ニ於テ採ルコトヲ得サルナリ取戻權ノ目的物ノ處分ハ破產者カ反對給付ヲ目的トスル請求權ヲ發生セシムルニ足ルヘキ法律行爲ニ依テ取戻權ノ目的物タル物權、債權其他ノ有價證券ヲ第三者ニ移轉スルヲ謂フ故ニ賣却、競賣(執行機關ハ破產者ニ代リテ競賣スルカ故ニ破產者ノ賣却ト異ナラス)交換等ニ基ク移轉ハ之ニ屬スレトモ質權ノ設定、代物辨濟等ハ之ニ因テ反對給付ニ關スル權利カ發生セサルヲ以テ此處分ニ屬セス破產宣告前ニ於テ爲シタル取戻權ノ目的物タル第三者ノ債權

0429

ノ取立亦然リ斯ル取立ハ破產宣告ノ當時ニ於テ反對給付トシテ何等ノ財產ヲ現存セシメサルモノタリ、破產宣告前ニ於テ爲シタル第三者ノ金錢處分ハ之ニ因テ債權カ成立シタルヤ又ハ破產者ノ債務ノ消滅ヲ來シタルニ止ルヤノ區別ヲ爲シ前者ノ場合ニ於テハ取戻權者ハ財團債權者トシテ該債權ノ讓渡ヲ請求スルコトヲ得後者ノ場合ニ於テハ破產者カ其宣告以前ニ不當利得ヲ得タルニ止リテ破產財團カ之カ爲ニ增加セス隨テ破產財團ニ反對給付ノ現存スルモノト謂フコトヲ得サルヲ以テ取戻權者ハ財團債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ス第三ニ反對給付カ破產宣告ノ當時ニ於テ現存スルコトヲ要ス故ニ破產宣告ノ當時ニ於テ反對給付ヲ目的トスル權利カ現存スルトキハ取戻權者ハ該權利ニ付又管財人カ爾後取立テタルトキハ該反對給付ニ付財團債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得レトモ（破產者カ取立テテ財團ニ交付シタル場合亦然リ）破產宣告前ニ於テ破產者カ既ニ反對給付ヲ受取リタルトキハ反之同一ノ權利ヲ行フコトヲ得ス唯破產債權者トシテ履行ノ請求（民六四六條）不當利得返還ノ請求（民七〇三條）損害賠償ノ請求ヲ主張スルコトヲ得ヘシ（要件）取戻權者ハ反對給付又ハ之ヲ目的トスル權利ニ付財團債權ヲ有スルノ外破產者ニ對シ損害賠償ノ請求權ヲ有シ又第三者ニ對シ目的物ノ返還ノ請求權ヲ有スルコト前述ノ如シ（效力）（獨破四六條、五九條三號）

(D) 別除權ノ行使　民事訴訟法ニ規定セル强制執行ニ於テ差押物ノ賣得金ニ付差押債權者ヨリ優先的ニ辨濟ヲ求ムルコトヲ得ル債權者アルト同ク（民訴五六五條）破產ノ强制執行ニ於テ亦破產財團ニ屬スル財產ノ賣得金ニ付破產債權者ヨリ優先的ニ辨濟ヲ求ムルコトヲ得ル債權者アリ破產財團ニ屬スル財產上ニ物上擔保ヲ有スル債權者ノ如キ即是ナリ此優先的辨濟ヲ受クルコトヲ目的トスル請求權ヲ別除權ト謂フ故ニ別除權ハ取戻權ト異ニシテ破產財團ニ屬セサル財產ノ取戻ヲ目的トセスシテ却テ破產財

雜錄

○大審院判例要旨

二〇一　手形文言ノ意義　手形上ノ責任ハ一ニ其手形ノ文言ニ從ヒ之ヲ定ムヘキモノニシテ他ノ立證方法ニ依リ其文言ノ意義ヲ變更シ又ハ補充スルコトヲ許サス（三十八年二月二十三日第一民事部）

二〇二　手形行爲ノ無效　手形カ外觀上法定ノ要件ヲ具備スルトキハ手形トシテ形式上有效ナレトモ若其實質ニ於テ手形行爲ノ成立ヲ妨クヘキ瑕疵アルトキハ其手形行爲ハ無效ニ歸スヘキモノトス（同年五月十一日同部）

二〇三　手形ノ誤記　約束手形ニ於ル被裏書人ノ氏名若クハ商號ノ記載ニ多少ノ誤記、誤脫アルモ他ノ證明方法ヲ用フルコトナク手形面ニ於テ被裏書人ノ誰タルヤヲ認メ得ヘキ場合ニ在テハ裁判所ハ事實ノ認定上其何人タルコトヲ判定シ得ルモノトス（同年一月十四日同部）

二〇四　手形記載事項ノ判斷　手形ノ文面ニ受取人某トアルハ現實甲者ヲ指示シタルモノナリヤ將乙者ヲ意味シタルモノナリヤヲ判定スルハ決シテ手形文言ノ意義ヲ變更シ又ハ補充スルモノニ非ス隨テ裁判所ハ諸般ノ證據ニ依リ自由ニ之ヲ判斷シ得ルモノトス（同年二月二十三日同部）

二〇五　手形ノ效力發生時期　振出人カ受取人ノ氏名ノ記載ヲ缺キタル手形ヲ受取人ニ交付シ受取人ヲシテ其氏名ヲ記入セシメタルトキハ手形ハ其記入ノ時ヨリ效力ヲ生ス（同年一月二十一日同部）

二〇六　手形受取人ノ氏名記入　手形受取人ノ氏名ヲ手形ニ記入スルカ如キハ振出人ヨリ受取人ニ

0430

依頼シテ之ヲ爲サシムルコトヲ得（同上）

二〇七　手形支拂場所ノ表示方法　手形ノ支拂場所ノ表示方法ニ付テハ商法中別段ノ規定ナケレハ苟普通ノ方法タル以上ハ如何ナル名稱ヲ以テ之ヲ表示スルモ妨ナシ（同年一月三十一日同部）

二〇八　約束手形振出人ノ支拂義務　約束手形ノ振出人カ手形面ニ記載セラレタル支拂場所ニ於テ手形ヲ呈示セサルモ之カ爲ニ手形金支拂ノ義務ヲ免ルルモノニ非ス（同年三月四日同部）

二〇九　後裏書ノ效果　手形ノ所持人カ支拂拒絕證書作成期間經過ノ後裏書ヲ爲シタルトキハ手形債務者ハ手形ニ記載ナキ事項ト雖裏書人ニ對抗シ得ルモノトス（同年五月十三日同部）

二一〇　手形債權ノ轉付ト裏書　差押債權者カ轉付命令ノ效力ニ因リ取得シタル手形ニ基キ振出人ニ對シテ支拂ヲ請求スル場合ニ在テハ裏書ヲ要スルモノニ非ス（同年四月二十二日同部）

二一一　手形振出人ニ對スル支拂請求　振出人ニ對シ支拂ヲ請求スル場合ニ於テ手形呈示ノ事實ヲ證明スルニ必シモ拒絕證書ヲ以テスルノ要ナキハ勿論拒絕證書ト同樣ノ方法ニ從ヒテ作成シタル文書ヲ以テスルコトヲモ要セサルモノトス（同年四月六日同部）

二一二　手形ニ記載セサル拒絕證書作成免除ノ效力　拒絕證書作成免除ノ行爲ハ之ヲ手形ニ記載セサレハ手形上ノ效力ヲ生スルコト能ハスト雖直接當事者間ニ在テハ縱令之ヲ手形ニ記載セサルモ意思表示ノ效力ヲ有スルモノトス（三十七年十二月十日同部）

法學志林

第七卷　第七號　七月廿日發行

每月一回十日發行　定價一冊拾貳錢　郵稅壹錢　（第七十一號）　十冊前金郵稅共壹圓貳拾錢

○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

○體骸權ニ就テ……法學士　乾政彥

○日露戰爭中ノ國際法問題二三（講演）……法學博士　高橋作衛

◎解疑

○船長カ職務執行中爲シタル行爲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說明セラレタシ　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

0431

校外生規則摘要

一　一个年引續キ校外生タル者ニシテ本大學ニ入學スル者ハ入學金ヲ免除ス

一　講義錄ノ講習ヲ終リタル者ハ手數料金二十錢ヲ納メテ校外生修業證書ヲ請求スルコトヲ得

一　校外生ハ少クトモ壹月分ノ月謝ヲ毎月末日迄ニ納付スヘシ月謝金不納三个月ニ及フトキハ退學ト看做ス

一　校外生ハ講義錄ニ記載スル所ノ學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　質疑信書ハ本大學編輯局ニ宛テ送付スヘシ

（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）

明治三十八年八月廿二日印刷
明治三十八年八月廿五日發行　（定價金三十錢）

編輯發行者　東京市牛込區牛込北町十番地　荻原敬之

印刷者　東京市牛込區矢來町三番地　小宮山信好

印刷所　東京市芝區西ノ久保明舟町十一番地　金子活版所

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

0432