

法政大學講義録

板倉, 松太郎 / 美濃部, 達吉 / 松岡, 義正 / 若槻, 禮次郎

(出版者 / Publisher)
法政大學

(巻 / Volume)
31

(開始ページ / Start Page)
1

(終了ページ / End Page)
84

(発行年 / Year)
1905-09-05

（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）

明治三十八年九月五日發行

三十八年度

法政大學講義錄

第三十一號

法政大學發行



0434

第三十一號目次

民法相續

(自七三六)

法學士 若槻禮次郎

行政法總論

(自二六三至二九三) 完

法學博士 美濃部達吉

民事訴訟法

自第三編至第五編 (自一八三至二二二)

法學士 松岡義正

民事訴訟法

自第六編至第八編 (自一四三至一四三)

法學士 板倉松太郎

破產法

(自一一二至一二二)

法學士 松岡義正

雜報 ○大審院判例要旨

表示スルモ非行者ハ之ニ因テ相續權ヲ回復スルコト能ハサルノミナラス被相續人カ之ヲ家督相續人ニ指定スルモ其指定ハ效力ヲ生スルコト能ハサルモノトス予ハ立法論トシテハ缺格ノ事由中遺言ノ自由ヲ妨クルコトニ關スルモノハ之ヲ法律上缺格ノ事由ト爲サシヨリハ事裁判上失權ノ原因ト爲スヲ可トスルモノナリ而シテ若之ヲ法律上缺格ノ事由ト爲スノ必要アリトセハ少クトモ被相續人カ有怨ヲ爲シタル場合ニ於テハ相續權ノ回復ヲ認ムルヲ可トスルモノナリ(伊民第七二六條獨民二三四三條)

第三 家督相續人タルニハ裁判上ノ失權ナキコトヲ要ス

法律カ一定ノ非行アル者ヲ以テ家督相續人タルコトヲ得スト爲シタルコトハ既ニ述フル所ノ如シ故ニ別ニ何等ノ規定ヲ設ケサルトキハ家督相續人ノ順位ニ在ル者ニシテ法定ノ非行ナキ以上ハ常ニ家督ヲ相續スルコトヲ得ルモノトス然ルニ法律カ當然排斥セサル者ト雖之ヲシテ家督相續ヲ爲サシムルコト人ノ感情ヲ反撥シ又ハ一家ノ利益ヲ害シ若クハ甚シク相續人ノ不利ヲ來スカ如キ場合ニ於テハ人情ノ自然及各自ノ利益ハ如此者ヲ相續ヨリ遠クルコトヲ要求スルモノナリ是法律カ法定ノ推定家督相續人ニシテ法定ノ事由アルトキハ裁判所ノ判決ヲ得テ其資格ヲ廢除スルコトヲ得ルモノト爲シタル所以ナリ故ニ裁判上ニ失權シタルコトナキコトモ亦家督相續人タル資格ノ一トシテ之ヲ擧ケサルヲ得ス

裁判上ノ失權ト法律上ノ缺格トノ異ナル點ヲ概舉スレハ凡左ノ如シ

- (一) 法律上ノ缺格トハ法律カ定メテ以テ家督相續人タル資格ヲシト爲ス所ノモノニシテ裁判上ノ失權トハ裁判ノ力ニ因リ家督相續人タル權利ヲ奪フ所ノモノナリ
- (二) 法律上ノ缺格ハ何人ノ請求ヲモ要セス法律ノ規定ニ依リ當然生スルモノナリト雖裁判上ノ失權ハ被相續人ノ請求ニ基キ裁判ノ效力ニ因リ始ラ起ルモノナリ

民法相續 相續 相續人ノ資格 家督相續人ノ資格

(三) 法律上ノ資格ハ未家督相續人ト爲ラサル者ニ付テモ亦生スルコトアリト雖裁判上ノ失權ハ常ニ

推定家督相續人タル者ニ付テモ生スルモノナリ

(四) 法律上ノ資格ハ常ニ非行ニ起因シテ生スルモノナリト雖裁判上ノ失權ハ必シモ非行ノ制裁ニ非

ス

(一)(甲) 廢除ノ事由ハ第九七五條ノ規定スル所トス其定ムル所左ノ如シ
第九七五條 法定ノ推定家督相續人ニ付キ左ノ事由アルトキハ被相續人ハ其推定家督相續人ノ廢除ヲ
裁判所ニ請求スルコトヲ得

一 被相續人ニ對シテ虐待ヲ爲シ又ハ之ニ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルコト

二 疾病其他身體又ハ精神ノ狀況ニ因リ家政ヲ執ルニ堪ヘサルヘキコト

三 家名ニ汚辱ヲ及ボスヘキ罪ニ因リテ刑ニ處セラレタルコト

四 浪費者トシテ事禁治産ノ宣告ヲ受ケ改後ノ望ナキコト

此他正當ノ事由アルトキハ被相續人ハ親族會ノ同意ヲ得テ其廢除ヲ請求スルコトヲ得

(4) 第九七五條第一項第一號ノ事由 自己ヲ虐待シ又ハ自己ニ重大ナル侮辱ヲ加ヘタル者カ其人格承

繼者トシテ家督ヲ相續スルニ至ルコトハ時ニ被相續人ノ堪ユルコト能ハサル所ナリ故ニ如此推定家

督相續人ニ對シテハ被相續人ハ其家督相續人タル資格ヲ廢除スルノ請求ヲ爲スコトヲ得タルヘカ

第九七五條カ其第一項第一號ヲ以テ被相續人ハ自己ニ對シテ虐待ヲ爲シ又ハ重大ナル侮辱ヲ加ヘ

タル推定家督相續人ノ廢除ヲ請求スルコトヲ得ルモノト爲シタルハ此趣旨ニ出ラタルモノナリ同號

ハ虐待ヲ爲シ又ハ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルコトヲ以テ廢除ノ條件ト爲スカ故ニ推定家督相續人カ單

ニ孝養ヲ盡ササルカ又ハ單ニ輕侮態度ヲ持スルノミヲ以テ直ニ其廢除ノ理由ト爲スコト能ハス廢除

ノ事由トシテハ必ヤ被相續人ヲシテ其苦痛ニ堪ユサルシムルカ如キ虐待ヲ爲シ又ハ之ニ甚シク其面

目ヲ損スヘキ侮辱ヲ加ヘタルコトナカルヘカラス但推定家督相續人ノ爲シタル待遇カ虐待ナルヤ否

ヤ並ニ其加ヘタル侮辱ハ重大ノモノナルヤ否ヤハ事實ノ問題ニ屬スルヲ以テ結局ノ判定ハ裁判官ノ

見ル所ニ任セサルヘカラス

(ロ) 第九七五條第一項第二號ノ事由 家督相續人ハ相續ニ因テ戶主ト爲ルヘキモノナリ戶主ハ一家ノ

長トシテ其家政ヲ料理セサルヘカラス故ニ家督相續人タル者ハ他日戶主ト爲リ能ク一家ノ政ヲ執ル

ニ堪ユル者ナラサルヘカラス家政ヲ執ルニ堪ユサル者カ家督相續ニ於テ失權者タルヘキコトハ家族

制度維持ノ必要條件タリ是法律カ疾病者、癡癩白痴者、盲者、聾者等ノ如キ身體又ハ精神ニ異狀

アリテ到底一家ノ長タル任務ヲ盡スコト能ハサル推定家督相續人ノ廢除ヲ爲スコトヲ得セシメタル

所以ナリ但身體又ハ精神ニ異狀アル推定家督相續人ヲ廢除スルコトヲ得ルハ其家政ヲ執ルニ堪ユ

ルカ爲ナルヲ以テ廢除請求ノ相當ナルヤ否ヤハ一ニ其推定家督相續人カ家政ヲ執ルニ堪ユルヤ否ヤ

ニ依テ之ヲ決スヘキコトニ注意セサルヘカラス

(ハ) 第九七五條第一項第三號ノ事由 家名ニ汚辱ヲ及スヘキ罪ニ因テ刑ニ處セラレタル者ヲ戶主トス

ルトキハ一家ハ永ク汚點アル紀念ヲ存シ諸種ノ方面ニ於テ不利益ヲ受クルコト少カラス故ニ家ヲ重

シトスル以上ハ其家名ヲ傷ケサルコトヲ努メサルヘカラス家名ヲ傷ケサラントセハ家名ニ汚辱ヲ及

スヘキ犯罪ヲ爲シタル者ヲ戶主トスルコトヲ避ケサルヘカラス

第九七五條第一項第三號ノ事由ニ因リ推定家督相續人ヲ廢除セントセハ左記二項ノ併合スルコトヲ證明セサルヘカラス

(1) 家名ニ汚辱ヲ及スヘキ罪ヲ犯シタルコト 一ノ犯罪カ家名ニ汚辱ヲ及スヘキモノナルヤ否ヤハ之ニ對スル刑ノ輕重ニ依テ之ヲ判スルコト能ハス其罪質ノ如何ニ依テ之ヲ決定セサルヘカラス而シテ犯罪ノ動機モ亦之ヲシテ家名ニ汚辱ヲ及スヘキモノタラシムルト否トニ與リテ力アルモノトス

(2) 刑ニ處セラレタルコト 犯罪アルモ刑ニ處セラレサル場合ハ法律上ノ缺格ニ付テ論述スルニ當ラズ之ヲ説明シタルヲ以テ茲ニハ再之ヲ説カス

(二) 第九七五條第一項第四號ノ事由 浪費者ハ前後ノ考慮ナクシテ消費ヲ爲ス者ナルカ故ニ如此者ヲシテ家政ノ樞機ニ當ラシムルトキハ家計ハ忽其整理ヲ失ヒ一家ノ否運ハ立ロニ至ルヘシ故ニ推定家督相續人ニシテ浪費者ナルトキハ被相續人ハ之ヲ家督相續ヨリ排斥シ以テ一家前途ノ安全ヲ計ルコトヲ得ルモノナリ

推定家督相續人カ浪費者ナルトキハ常ニ之ヲ廢除スルコトヲ得ルモノニ非ス浪費者タルノ故ヲ以テ推定家督相續人ヲ廢除セントセハ其浪費者ニシテ而モ左ノ二項ニ該當スルコトヲ明ニセサルヘカラス

浪費者ニシテ而モ左ノ二項ニ該當スルコトヲ明ニセサルヘカラス

(1) 準禁治產ノ受ケタルコト 裁判所ニ於テ浪費者トシテ準禁治產ノ宣告ヲ受ケタル者ハ浪費者タルノ公認アルモノト謂フコトヲ得ヘシ

(2) 改悛ノ望ナキコト 改悛ノ望アルヤ否ヤハ事實ノ問題ナルカ故ニ既往及現在ノ狀況ニ鑑ミ將來ヲ推測シ裁判官ニ於テ之ヲ決スヘキモノナリ

(三) 第九七五條第二項ノ事由 推定家督相續人廢除ノ事由ハ揭ケテ第九七五條第一項各號ニ在リト雖若此等ノ事由アル場合ノ外一切推定家督相續人ノ廢除ヲ爲スコトヲ得サルモノトセハ廢嫡ニ嚴格ナル制限ヲ設ケテラシ舊法時代ノ相續制ニ慣レタル我國民ハ一朝立法ノ劇變ニ因リ甚シキ不便不利ヲ

見ルニ至ルヘシ故ニ法律ハ一方ニ於テハ第九七五條第一項ニ於テ廢除ノ事由ヲ法文ニ列舉シテ被相續人又ハ裁判官ノ專擅ヲ防止セントシタルト同時ニ他ノ一方ニ於テハ同條第二項ニ於テ右列舉事項ニ該當セサルトキト雖推定家督相續人ヲ廢除スルニ付正當ノ事由アリト認メラルル場合ニ於テハ特ニ之カ廢除ヲ爲スコトヲ得ルノ餘地ヲ置キ以テ權利保護ノ規定ヲシテ實際ノ事情ニ適應セシメンコトヲ力メタリ

如何ナル事由ハ以テ推定家督相續人ヲ廢除スルニ正當ナルモノト爲スヘキヤ第九七五條第一項ニ於テ各事項ヲ列舉シタル精神ヨリ言ヘハ其第二項ノ所謂「正當ノ事由」トハ第一項ニ規定シタルモノト相似タルモノナラサルヘカラサルカ如シト雖立法者ノ意ハ必シモ如此狹隘ナルモノニ非サルカ如シ之ヲ法律ノ文字ニ見ルモ第九七五條第二項ハ正當ノ事由ナルモノニ付何等ノ制限ヲ爲ササルヲ以テ解釋上ニ於テモ荷推定家督相續人ヲ廢除スルニ付相當ト認メラルル事由アル以上ハ其事由ノ如何ニ拘ラス之ヲ廢除スルコト何等妨アルコトナシト謂フコトヲ得ヘシ華族ノ長女カ襲爵スルコト能ハサルノ理由ヲ以テ廢嫡セラレ次女ノ婚養子ヲ以テ家督相續人ト爲スコトヲ得ルハ既ニ判決例ノ認ムル所ニシテ貧家ノ推定家督相續人ニシテ學費ノ供給ヲ得ル能ハサル者他家ノ養子ト爲リテ相當ノ教育ヲ受クルコトヲ得ヘキ場合ニ於テハ之ヲ廢除スルコトヲ得ルハ民法修正案理由書ノ夙ニ言明スル所

(二) 廢除ノ手續 推定家督相續人ノ廢除ハ推定家督相續人ヲ相手方トシ訴ノ方法ヲ以テ被相續人ヨリ之ヲ其普通裁判籍ヲ有スル地方裁判所ニ請求スヘキモノトス(九七五條一項)訴三條(舊法時代ニ於テハ廢嫡ハ官ノ許可ヲ受クルコトヲ必要トシ之カ許否ハ郡長ノ決スヘキ所ナリシニ舊民法ハ單ニ身分取扱更ニ申述シテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノト規定シタルハ權利ノ保護ニ於テ一步ヲ退キタルモノナリ新民法ハ反之反訴ノ方法ヲ以テ之ヲ請求スヘキモノト爲シタルカ故ニ推定家督相續人ハ公開ノ法定ニ於テ其權利ヲ保護スルコトヲ得容易ニ人ノ權利ヲ剝奪セサルノ用意ハ舊民法ニ比シテ大ニ優ル所アルノミナラス舊法時代ノ相續制ニ比シテモ亦頗其歩ヲ進メタリ此點ニ於テハ新民法ハ各國民法ト略其軌ヲ一ニスルモノニシテ權利ヲ保護スルノ精神ニ於テハ實ニ開然スル所ナシト謂ハサルヘカラス然レトモ如此制度ハ能ク我民俗ト融和スルモノナルヤ否ヤ是即問題ナリ予ハ我目下ノ道德觀念ニ於テハ推定家督相續人ノ廢除ハ之ヲ非訟事件トシ裁判所ノ決定ニ依リ之ヲ定ムヘキモノト爲スヲ以テ最時宜ニ適シタルモノト信スルモノナリ

被相續人カ推定家督相續人ノ廢除ヲ請求スルニハ原則トシテハ他人ノ意見ヲ徵スルコトヲ要セサルモノトス但例外トシテ第九七五條第二項ニ依リ正當ノ理由アリトシテ推定家督相續人ヲ廢除セントスル場合ニ限リ親族會ノ同意ヲ得サルヘカラス蓋第九七五條第二項ノ所謂「正當ノ事由」ナルモノハ其第一項ノ事由ト異ナリ意義廣汎ニシテ適用ノ範圍甚不明ナルノミナラス同一ノ事由ト雖時場合トニ依テハ適用ヲ異ニスヘキ事情ナキヲ得ス故ニ法律ハ第九七五條第一項各號ノ事由以外ノ事由ヲ以テ推定家督相續人ヲ廢除セントスル場合ニ於テハ必親族會ノ同意アルコトヲ要件トシ被相續人ハ親族會ト共ニ家督相續人タルニ不適當ナリト認メタル場合ニ限リ始テ之カ廢除ヲ爲スコトヲ得セシメ以テ事實ノ便

宜ト立法ノ目的トヲ調和シタルナリ

推定家督相續人ノ廢除ハ被相續人獨リ之カ發言ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ而モ必訴ノ方法ヲ以テ之ヲ裁判所ニ請求セサルヘカラサルカ故ニ其當然ノ結果トシテ舊民法ノ規定シタルカ如ク被相續人ノ遺言ニ因リ直ニ推定家督相續人ヲ廢除スルコトハ論理ノ許サル所トス然レトモ既ニ被相續人ノ意思ヲ以テ其生前ニ廢嫡ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノタル以上ハ遺言ヲ以テ廢嫡ノ意思ヲ表示シタル場合ニ於テモ其意思ヲシテ效力ヲ有スルコトヲ得セシムルコト相當ノ事由ヲ爲ス故ニ法律ハ被相續人カ遺言ヲ以テ推定家督相續人ノ廢除ノ意思ヲ表示シタルトキハ遺言執行者ニ於テ遺言カ效力ヲ生シタル後遲滯ナク裁判所ニ廢除ノ請求ヲ爲スヘキモノト爲シテ其手續ヲ定メ以テ被相續人ノ意思ヲ満足セシムルノ途ヲ開キタリ(九七六條一項)三條(四條)而シテ推定家督相續人ノ廢除ノ遺言ヲ爲シタル者カ遺言執行者ヲ指定セシメ之ヲ指定スル委託ヲ爲サザリシトキハ利害關係人ハ第一一二條ニ據リ之カ選任ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得ルモノナルカ故ニ如此場合ニ於テハ裁判所ノ選任シタル遺言執行者ニ於テ推定家督相續人ノ廢除ノ手續ヲ爲スヘキモノトス

法律ハ被相續人カ其生前ニ於テ第九七五條第一項ノ事由以外ノ事由ヲ以テ推定家督相續人ノ廢除ノ請求ヲ爲サントスル場合ニ於テハ親族會ノ同意ヲ得サルヘカラスルコトヲ定ム雖遺言ヲ以テ推定家督相續人ノ廢除ノ意思ヲ表示シタル場合ニ於テ其事由カ第九七五條第一項ノ事由以外ノモノナルトキニ付テハ何等ノ規定ヲ爲サス然レトモ生前ニ於テ請求ヲ爲ス場合ニ必要トスル條件カ遺言ヲ以テ意思ヲ表示スル場合ニ於テ不必要ト爲ルノ理由ナキカ故ニ予ハ如此場合ニ於テハ遺言執行者ハ訴訟ヲ提起スルニ先テ親族會ノ同意ヲ求メサルヘカラスルモノト爲スモノナリ

(乙) 家督相續人ノ廢除ノ取消

法律カ推定家督相續人ノ廢除ヲ爲スコトヲ許シタルハ人情ノ自然又ハ各自ノ利益ハ一定ノ事由アル者ヲシテ家督ヲ相續セシムルコトヲ許サスト爲シタルニ因ルモノナリ果シテ然ラハ廢除セラレタル推定家督相續人カ家督ヲ相續スルモノノ感情ヲ反撥セス又各自ノ利益ヲ害セサルニ至ラタルトキハ之ヲシテ當初ノ地位ニ復セシムルコト却テ廢除ノ趣旨ニ適合スルモノナリ故ニ法律ハ推定家督相續人ノ廢除ヲ許スト共ニ亦其取消ヲモ之ヲ許セタリ

(一) 廢除ノ取消ノ條件

(イ) 廢除ノ原因止ミタルコトヲ要ス 廢除ヲ必要トスル事由アリトシテ推定家督相續人ヲ廢除シタル以上ハ其事由ノ存續スル限り廢除モ亦之ヲ繼續セシムルコト當然ナリ故ニ廢除ノ取消ヲ爲スニハ其原因ノ消滅シタルコトヲ必要トス(九七七條一項)

此條件ハ第九七五條第一項第一號ノ事由ニ因リ廢除セラレタル推定家督相續人ニ付被相續人カ廢除取消ヲ請求スル場合ニ於テ一ノ例外ヲ有ス即被相續人ヲ虐待シ又之ニ重大ナル侮辱ヲ加タルカ爲メ廢除セラレタル推定家督相續人ニ付テハ被相續人ハ何時ニテモ廢除ノ取消ヲ請求スルコトヲ得ルモノナリ(九七七條二項)蓋第九七五條第一項第一號ノ事由ハ元來被相續人ノ一身ニノミ關係スルモノナルカ故ニ被相續人ニシテ有怨ヲ爲ストキハ之ニ因リ廢除ノ原因消滅スト謂モ不可ナキヲ以テナリ法律ハ單ニ第九七五條第一項第一號ノ事由ニ因リ廢除セラレタル場合ニ限リ例外ヲ設ケ而モ其例外ハ被相續人カ廢除ヲ請求スル場合ニ限リテ之ヲ適用スヘキモノト爲シタルヲ以テ廢除セラレタル推定家督相續人カ取消ヲ請求スル場合ハ勿論被相續人カ取消ヲ請求スル場合ト雖廢除カ同號ノ事由以

外ノ事由ニ原因スル場合ニ於テハ廢除ノ取消ハ總テ廢除原因ノ消滅ヲ條件トスルモノナリ第九七五條第一項第一號及第三號ノ事由ハ其ニ過去ノ事實ニ屬スルカ故ニ容易ニ其消滅ヲ想像スルコト能ハス故ニ該第一號ノ事由ニ依テ廢除ノ發生シタル場合ニ於テハ廢除セラレタル推定家督相續人ハ之カ取消ヲ求ムルコトヲ得ス該第三號ノ事由ニ因リ廢除ノ發生シタル場合ニ於テハ被相續人又ハ廢除セラレタル推定家督相續人ハ其ニ大敵アリタルトキノ外之カ取消ヲ爲スコト能ハス其他第九七五條第二項ノ所謂正當ノ事由中既住ノ事實ニ係ルモノヲ原因トシテ廢除ヲ爲シタルトキニ於テモ之ト類似シタル論斷ヲ爲スヘキ場合少カラサルヘシ立法論トシテハ予ハ被相續人ヨリ取消ヲ請求ヲ爲ス場合ニハ廢除原因ノ止ミタルコトヲ要件トセスシテ可ナリト爲スモノナリ廢除ノ事由ヲ有スル推定家督相續人ニ付廢除ヲ請求セスシテ其實格ヲ存續セシムルコトヲ得ル被相續人カ廢除ノ原因止マサル者ニ付廢除ノ取消ヲ請求シ之ヲシテ家督相續人タル資格ヲ復スルコトヲ得セシムルハ事理ニ於テ矛盾スルモノニ非アルナリ

(ロ) 相續開始前ナルコトヲ要ス 推定家督相續人ノ廢除ニ因リ新家督相續人ト爲リタル者ハ相續開始ト共ニ當然家督ヲ相續スルモノナリ然ルニ其者カ既ニ家督ノ相續ヲ爲シタル後ニ至リ前ノ廢除ヲ取消シ廢除セラレタル推定家督相續人ヲシテ再家督相續人タララス其者ト第三條ノ間ニ於ル法律關係ハ極テ不確定ノモノト爲ルヘシ如此ハ權利ノ保護其宜シキヲ得タルモノニ非ス故ニ法律ハ相續開始後ニ於テハ廢除ノ取消ヲ爲スコトヲ許ササルナリ(九七七條三項)

(二) 廢除ノ取消ノ手續

推定家督相續人ノ廢除ニ因リ家督相續人ト爲リタル者ヲ相手方トシ訴ノ方法ヲ以テ被相續人又ハ廢除

セラレタル推定家督相續人ヨリ之ヲ被相續人ノ普通裁判籍ヲ有スル地方裁判所ニ請求スヘキモノト爲シトス(九七七條一項二項人訴三三四條)廢除ノ請求ニシテ訴ノ方法ヲ以テ之ヲ爲スヘキモノト爲シタル以上ハ廢除取消ノ請求モ亦訴ノ方法ヲ以テ之ヲ爲スヘキモノト爲シテ廢除ニ因リ家督相續人ト爲リタル者ヲシテ公開ノ法廷ニ於テ其權利ヲ防護スルコトヲ得セシムルハ事ノ當然ルヘキ所ナリト謂ハサルヘカラス

廢除ノ請求ハ被相續人獨之ヲ爲スコトヲ得ルニモ拘ラス廢除取消ノ請求ハ第九七五條第一項第一號ノ事由ニ因リ廢除セラレタル場合ノ外廢除セラレタル推定家督相續人モ亦之ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲シタルハ必要以上ニ人ノ貴重ナル權利ヲ剝奪セサルカ爲メ失權者ヲシテ自ラ進テ其權利ノ防護ヲ爲スコトヲ得セシメントシタルナリ又第九七五條第二項ノ事由ヲ原因トシテ推定家督相續人ノ廢除ヲ請求スルニハ必親族會ノ同意ヲ得サルヘカラスト雖其廢除ノ取消ヲ請求スルニハ之ヲ同意ヲ得ルコトヲ要セサルハ失權ノ場合ニ於テハ手續ヲ鄭重ニシテ之ヲ決定シテ之ヲ必要アルモ復權ノ場合ニ於テハ如此事情ナキヲ以テナリ

被相續人ノ遺言ヲ以テ廢除取消ノ意思ヲ表示シタルトキハ遺言ヲ以テ廢除ノ意思ヲ表示シタルトキト同ク遺言ニ因リ直ニ廢除取消ノ效力ヲ生スルモノニ非ス然レトモ遺言ニ因リ既ニ廢除取消ノ意思明瞭ト爲リタル以上ハ其意思ヲシテ效力ヲ有セシムルヲ相當トスルコトハ遺言ニ因リ廢除ノ意思ヲ明ニシタル場合ニ於テ之ニ效力ヲ有セシムルノ相當ナルコトナキカ故ニ法律ハ之ヲ手續ヲ定メ如此場合ニ於テハ遺言執行者ハ遺言カ效力ヲ生シタル後遲滞ナク被相續人カ死亡ノ時ニ普通裁判籍ヲ有シタル地方裁判所ニ廢除取消ノ請求ヲ爲スヘキモノト爲シタル(九七七條四項人訴三三四條)

(丙) 廢除又ハ廢除取消ノ效力

(一) 廢除又ハ廢除取消ノ效力 廢除ハ推定家督相續人タル者ヲシテ其資格ヲ喪失セシメ次ノ順位ニ在ル者ヲシテ家督相續人タル資格ヲ取得セシムルモノナリ但次ノ順位ニ在ル相續人ナキトキハ廢除ハ單ニ推定家督相續人ヲシテ其資格ヲ喪失セシムルニ過キス廢除ノ取消ハ現ニ家督相續人タル者ヲシテ其權利ヲ喪失セシメ廢除セラレタル推定家督相續人ヲシテ其資格ヲ回復セシムルモノナリ但現ニ家督相續人タル者ナキトキハ廢除ノ取消ハ廢除セラレタル推定家督相續人ヲシテ其權利ヲ回復セシムルニ止ルモノトス

(二) 廢除又ハ廢除取消ノ效力發生ノ時期 廢除又ハ廢除ノ取消ハ裁判確定ノ時ヨリ其效力ヲ發生スルモノトス但裁判カ相續開始後ニ至リ確定シタルトキハ相續開始ノ時ヨリ其效力ヲ生スルモノトス法律ハ單ニ被相續人カ遺言ヲ以テ廢除又ハ廢除取消ノ意思ヲ表示シタル場合ニ限リ廢除又ハ廢除取消ハ被相續人死亡ノ時即相續開始ノ時ニ溯リテ其效力ヲ生スヘキコトヲ定ムト雖(九七六條九七七條四項)被相續人又ハ廢除セラレタル推定家督相續人カ被相續人ノ生前ニ於テ請求ヲ爲シ其裁判カ被相續人ノ死後ニ至テ確定シタル場合ト雖其效力ハ相續開始ノ時ヨリ發生スルモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ相續人ノ廢除又ハ廢除取消ヲ爲スハ被相續人ノ人格承繼者ヲ定ムルノ必要ニ出ヅルモノナルカ故ニ其效力カ少クトモ被相續人ノ人格消滅ノ時即其死亡ノ時迄ニ發生セサルヘカラスルコトハ請求ノ性質自ラ然ラシムルモノニシテ法律ノ明文アルヲ俟タサルヲ以テナリ

(三) 廢除又ハ廢除取消ノ效力未定中必要ノ處分 推定家督相續人ノ廢除又ハ廢除取消ノ請求アリタル後其裁判ノ確定前ニ於テ相續開始シタルトキハ法律ニ特別ノ規定アルニ非サレハ未廢除セラレサル推

定家督相續人又ハ廢除ニ因リ家督相續人ト爲リタル者ハ其當然ノ權利トシテ家督ヲ相續シ之ニ因テ戸主權ヲ行使シ並ニ遺產ノ管理處分ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ家督相續人タル地位ヲ喪失セシメラルントスル者ニ向テハ戸主權ノ誠實ナル行使又ハ遺產ノ善良ナル管理適當ナル處分ヲ望ムコト能ハサルカ故ニ如此者ヲシテ戸主權ヲ行使セシメ又ハ遺產ヲ管理セシムルキハ他日裁判ノ結果ニ因リ家督相續人ト爲ル者ノ利益ヲ損傷スルコト尠カラサルヘシ特ニ如此者カ相續開始後裁判確定前ニ爲シタル行為ハ場合ニ依リ總テ之ヲ無効トセサルヘカラサルコトアルヘキヲ以テ第三者ノ權利ハ爲ニ大ニ毀害セラルルコトヲ免レス故ニ法律ハ此間ニ於テ法律關係ノ平順ヲ保ツカ爲メ裁判所ヲシテ親族ノ利害關係人及檢事ノ請求ニ因リ戸主權ノ行使及遺產ノ管理ニ付必要ナル處分ヲ命スルコトヲ得セシメタリ(九七八條一項非訟六六條九三條)必要ナル處分トハ戸主ノ同意ヲ要スル場合ニハ被相續人ノ尊屬親又ハ其他ノ親族ノ意思ヲ以テ之ニ代フヘキコトヲ定メ又ハ相當ノ管理人ヲ選任シテ一時遺產ノ管理ヲ爲サシムルカ如キヲ謂フ而シテ裁判所カ管理人ヲ選任シタル場合ニ於テハ不在者ノ財產管理ニ關シテ設ケタル第二七條乃至第二九條ノ規定ヲ準用スヘキモノトス(九七八條二項)

被相續人カ推定家督相續人廢除又ハ廢除取消ノ請求ヲ爲シタル後其裁判確定前死亡シタルトキハ裁判所ハ第九七八條ニ依リ其訴訟ヲ繼續スルカ爲メ必要ナル處分ヲ命スルコトヲ得ルヤ第九七八條ハ戸主權ノ行使及遺產ノ管理ニ付規定スルカ故ニ裁判所ハ處分ヲ命スルコトヲ得ルハ此二者ニ關スルモノナラサルヘカラス廢除又ハ廢除取消ノ請求ハ遺產ノ管理ニ非サルハ言フ須ササル所ナルカ故ニ若シラ以テ戸主權ノ行使ト謂フコト能ハストセハ第九七八條ハ此場合ニ適用スルコト能ハスト謂ハサルヘカラス嚴格ニ論スルトキハ戸主權トハ法律カ戸主トシテ行使スヘキモノト定メタル權利ニ限ルモノニシ

テ時トシテハ廢除セラレタル推定家督相續人迄行使スルコトヲ得ヘキ權利ハ之ヲ包含スト謂ハサルヘカラス然レトモ如此見解ヲ以テ第九七八條ヲ適用スルコトキハ被相續人カ廢除又ハ廢除取消ノ請求ヲ爲シタル場合ニ於テハ常ニ其死亡ニ因リ請求ノ消滅スルコトヲ認メサルヘカラス遺言ヲ以テ廢除又ハ廢除取消ノ意思ヲ表示シタル場合ニ於テスラ法律ハ相當ノ手續ニ依リ其意思ヲシテ效力ヲ有スルコトヲ得セシメタルニ拘ラス法律カ生前ニ提起シタル訴訟ニシテ却テ其死亡ニ因リ消滅ニ歸スルコトヲ願ミサルモノナリトハ信スルコト能ハス故ニ予ハ法律ノ精神ニ依テ推論シ同條ノ所謂戸主權トハ廣ク之ヲ解釋シ戸主タル者カ行使スルコトヲ得ヘキ權利ハ縱令法律ノ明文ハ之ヲ以テ戸主トシテノ行使スヘキモノナルコトヲ規定セサルモ總テ之ヲ戸主權ナリト爲シ推定家督相續人ノ廢除又ハ廢除取消ノ請求權ノ如ク家督相續人ニ於ル被相續人即戸主ノ權利ニ屬スルモノニ付テハ裁判所ニ於テ必要ナル處分ヲ命スルコトヲ得ルモノト爲スヲ相當ト認ム

第九七八條ニ依リ裁判所カ必要ナル處分ヲ命スルハ親族ノ利害關係人又ハ檢事ノ請求ヲ待タサルヘカラス故ニ此等ノ者ノ請求ナキトキハ裁判所ハ何等ノ處分ヲモ命スルコト能ハス但廢除又ハ廢除取消ノ效力未定中ニ於テ相續開始シタル場合ニ於テ必要ノ處分ヲ命スルコトハ公益ノ必要トスル所ナルヲ以テ親族又ハ利害關係人ニ於テ請求ヲ爲ササルトキハ公益ノ保護者タル檢事ハ其職責上之カ請求ヲ爲スヘキモノトス

第九七八條ハ單ニ「親族」ト謂ヒ其何人ノ親族ナルヤヲ明言セス然レトモ相續上ノ事柄ニ付法律カ何人ノ親族ナルヤヲ限定セシテ單ニ「親族」ト謂ヒタルトキハ予ハ之ヲ以テ被相續人ノ親族ヲ指稱シタルモノト爲スヘキモノナリト信ス親族ノ外特ニ利害關係人ヲ舉グルヲ以テ見ルモ益其然ルヘキコトヲ信セ

タルヲ得ス

遺言アリテ推定家督相續人ヲ廢除スルノ意思ヲ表示シタル場合ニ於テ廢除ノ裁判確定スル迄將ニ廢除セラルントスル者ヲシテ戸主權ノ行使又ハ遺產ノ管理ヲ爲サシムルコトノ第三者ノ利益及遺產ノ保存ノ爲メ懸念アルコトハ廢除請求後ニ相續ノ開始シタル場合ト異ルコトナシ故ニ上來論述シタル所ハ廢除ノ遺言アリタルトキニモ亦適用セラルモノトス但第九七八條ハ獨廢除ノ遺言アリタル場合ニ付テノミ規定ヲ爲シ廢除取消ノ遺言アリタル場合ニ付テハ何等ノ規定ヲ爲サス予ハ之ヲ以テ立法者ノ不注意ニ出ツルモノト爲スノ外何等ノ説明ヲ爲スコト能ハス

第四 家督相續人タルニハ日本ノ國籍ヲ有スルコトヲ要ス

戸主ハ家族ト共ニ一家ノ籍ニ在ル者ナリ本籍ヲ定メテ一家ヲ構成スルニハ日本ノ國籍ヲ有スルコトヲ要ス(戸一七〇條)故ニ戸主ハ常ニ日本人ナラサルヘカラス戸主ニシテ日本人タルコトヲ要ストセハ其人格ヲ承繼スヘキ家督相續人モ亦日本人ナラサルヘカラスルコトハ當然ノ結果ナリ故ニ我國籍ヲ有スルコトハ家督相續人タル要件ノ一ヲ爲スモノトス

第五 家督相續人タルニハ他家ノ戸主タラサルコトヲ要ス

存立ノ淵源ヲ血統者ノ祖先祭祀ニ有スル家族制度ニ於テハ一家ハ必一人ノ戸主ヲ有セサルヘカラスルコトナシ我國ニ於テハ其現戸主ノ地位ヲ脫セサルヘカラス戸主カ他家ニ入ルカ爲メ其地位ヲ脫スルニハ隱居又ハ廢家ヲ爲スコトヲ要ス然ルニ隱居又ハ廢家ハ一定ノ條件ヲ充スニ非サレハ之ヲ

爲スコト能ハス故ニ原則トシテハ戸主ハ其地位ヲ脫シテ他家ニ入ルコト能ハサルモノナリ而シテ其結果トシテ一家ノ戸主タル者ハ他家ノ家督相續人ト爲ルコトヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス但隱居又ハ廢家ヲ爲スコトヲ得ル戸主ハ此原則ノ例外タルヘキコト勿論ナリ(七五二條七五三條七五四條七五

五條七六二條)

第六 家督相續人タルニハ他家ノ推定家督相續人タラサルコトヲ要ス

家ヲ重シスル我邦ニ於テハ努メテ家ノ繼續ヲ絶タサルコトヲ計ラサルヘカラス故ニ一家ノ家督ヲ相續スヘキ者トシテ生シ來リタル推定家督相續人ニ對シテハ法律ハ一方ニ於テハ相續ノ抽棄ヲ爲スコトヲ禁シテ(一〇二〇條)家長ノ承繼者タルヘキコトヲ強制シ他ノ一方ニ於テハ他家ニ入り又ハ一家ヲ創立スルコトヲ得ストシテ(七四四條一項本文)必其家ニ止ルヘキモノト爲シテ故ニ既ニ一ノ家ニ於ル推定家督相續人タル者ハ更ニ他家ノ家督相續人ト爲リ他日其家ニ入りテ戸主ト爲ラサルヘカラスルノ地位ニ立ツコト能ハス但此原則ハ分家ノ推定家督相續人カ本家ノ家督ヲ相續スル場合ニ於テハ一例外ヲ有ス(七四四條一項但書)本家相續ノ必要アル場合ニ於テハ既ニ分家ノ戸主タル者ト雖尙且其家ヲ廢シ

家督ヲ相續スルコトヲ得ルモノナリ況モ戸主ト爲ラサル其推定家督相續人ニ於テオヤ

タルモノアリ相續人ノ備フヘキ要件ニ付テハ以上之ヲ説述シタル本節ヲ終ルニ臨ミ一言附加シ置カサルヘカラスルモノアリ相續人ノ備フヘキ要件中法律上ノ缺格及裁判上ノ失權ニ關スルモノカ絕對的ニ非スシテ相對的ナルコト即チ是ナリ法律ハ各相續ニ付法律上ノ缺格又ハ裁判上ノ失權ヲ定メタルカ故ニ一ノ相續ニ付缺格者又ハ失權者タル者ト雖他ノ相續ニ付テハ更ニ缺格者又ハ失權者ト爲スヘキ事由アルニ非ザレハ其相續人タルニ於テ何等妨アルコトナシ故ニ被相續人ノ子カ缺格ノ事由アリトシテ家督相續ヨリ

排斥セラレタルニ因リ其者ノ子即被相續人ノ孫カ家督ヲ相續シタル後更ニ其孫ニ付家督相續開始シタル場合ニ於テ直系尊屬ノ外他ニ先順位ノ相續人ナキトキハ其父ノ相續ニ於テ缺格者ナリシ者ト雖其子ノ相續人トシテハ相續人タル要件ヲ缺クモノニ非ス裁判上ノ失權ニ付テモ亦然リ父ノ家督相續ニ付廢除ノ判決ヲ受ケタル者ト雖子ノ家督相續ニ付テハ相續人タルニ於テ何等ノ妨ナキモノナリ

第二節 遺産相續人ノ資格

遺産相續人ト爲ルニハ左ノ三條件ヲ備フルコトヲ要ス

一 相續開始ノ時ニ於テ存在スルコト

二 法律上ノ缺格ナキコト

三 裁判上ノ失權ナキコト

第一ハ條件ハ全ク家督相續人タルニ要スル條件ト同一ナルヲ以テ茲ニ細説スルノ要ヲ見ス(九九三條)第二ノ條件モ亦殆家督相續人タルニ要スルモノニ異ナラス(九九七條)但遺産相續ニ關シテハ法律カ共同相續主義ヲ採用シタルノ結果二人以上ノ相續人カ同順位ヲ以テ相續ヲ爲スヘキ場合タカラス隨テ相續人中間順位者ヲ殺害シテ相續上ノ利益ヲ多カラシメンコトヲ圖ル者亦之無キヲ保セス而シテ如此者ハ之ヲ相續ヨリ排斥スルノ必要アルコト相續ニ付先順位ニ在ル者ヲ死ニ致シタル者ヲ排斥セサルヘカラサルト異ナルコトナキカ故ニ第九九七條第一號ハ特ニ之ヲ以テ缺格ノ事由ト爲スヘキコトヲ附加シタリ

第三ノ條件ニ至テハ少シク説明スル所ナカルヘカラス遺産相續人タルニハ家督相續人タルト等シク裁

判上ノ失權ナキコトヲ要スルモノナリト雖裁判上遺産相續人ヲシテ失權セシムルコトヲ得ル場合ハ家督相續人ニ關スル場合ノ如ク廣汎ナラス唯相續人カ被相續人ヲ虐待シ又ハ之ニ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルトキニ限リ被相續人ハ之カ廢除ヲ請求スルコトヲ得ルモノナリ(九九八條)故ニ此場合ノ外ハ縱令相續人ノ身體又ハ精神ニ異狀アルモ又ハ犯罪ニ因リ刑ニ處セラレタルコトアルモ若クハ浪費シテ產ヲ治ムルニ堪ヘサル者ナルモ被相續人ハ之カ廢除ヲ請求スルコト能ハス蓋家督相續ハ相續人ヲシテ戶主タルニ至ラシムルモノナルヲ以テ戶主タルニ適セサルモノハ之ヲ廢除スルコトヲ得セシメサルヘカラスト雖遺産相續ハ單ニ財產ヲ承繼セシムルニ過キサルモノナルカ故ニ被相續人ノ感情ニ於テ其相續人タルコトヲ許ササルカ如キ者ノ外ハ之ヲシテ其遺産ヲ相續セシムルコト相續ノ目的ト相容レサルモノニ非サルノミナラス多ク場合ニ於テハ被相續人ノ意思ニ適合スルモノナリ

遺産相續人廢除ノ手續ハ廢除ノ取消ハ廢除取消ノ手續及廢除又ハ廢除取消ノ效力ニ關シテハ大體ニ於テ家督相續人ニ關スル場合ニ異ナラス(九九八條九九九條一〇〇〇條)但一言ノ附加ヲ要スルハ家督相續ニ在テハ廢除スルコトヲ得ル相續人ハ法定ノ推定家督相續人ニ止ルカ故ニ直系尊屬カ家督相續人タル場合ニ於テハ之ヲ廢除スルコト能ハサルニ反シテ遺産相續ニ在テハ遺留分ヲ有スル推定遺産相續人ハ之ヲ廢除スルコトヲ得ルカ故ニ直系尊屬カ遺産相續人タル場合ニ於テモ之ヲ廢除ヘルコトヲ得ルコト是ナリ蓋遺産相續ノ場合ニ於テハ直系尊屬又ハ配偶者ナキトキハ直系尊屬ハ法律上當然相續人ト爲ルヘキモノナルカ故ニ被相續人ニシテ之ヲ相續ヨリ排斥セント欲セハ廢除ヲ爲スノ外他ニ方法ナキモノナリト雖家督相續ノ場合ニ於テハ直系尊屬ナキトキハ被相續人ハ其相續人ヲ指定スルコトヲ得ルモノナルカ故ニ直系尊屬カ相續ノ順位ニ在ル場合ニ於テ之ヲ相續ヨリ遠ケント欲セハ被相續人ハ自ら相續

人ヲ指定シ之ニ因テ間接ニ其目的ヲ達スルコトヲ得ルモノナリ故ニ法律ハ遺産相續ニ在テハ直系尊屬ニ對シテ廢除ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲シタルニ拘ラス家督相續ニ在テハ直系尊屬ニ對シテハ廢除ヲ爲スコトヲ認メサリシナリ

舊民法ハ家督相續人ニ關シテハ法律上ノ缺格及裁判上ノ失權ヲ認メタルニ拘ラス遺産相續人ニ關シテハ之ヲ認メス舊民法ノ規定シタル家督相續人廢除原因ハ多クハ家督相續ニ於ル特有ノ事情ナリシヲ以テ舊民法カ遺産相續人ノ裁判上失權ナルモノヲ認メサリシハ如此原因ハ以テ遺産相續人ヲ廢除スルノ事由ト爲スニ足ラスト爲シタルナルヘシ然レトモ法律上ノ缺格ニ至テハ其家督相續人ニ付テ定メタル所ハ遺産相續人ニ付テモ亦之ヲ定ムルヲ相當トスヘキモノナリ而シテ舊民法カ前者ニ付テハ之ヲ規定シ後者ニ付テハ之ヲ規定セサリシハ甚シキ缺點ナリ民法カ此點ニ於テ舊民法ノ缺漏ヲ補ヒ遺産相續人ニ付テ法律上ノ缺格ヲ認メタルノミナラス或場合ニ於テハ裁判上ノ失權ヲモ認ムルコトトシタルハ修正其宜シキヲ得タルモノト謂ハサルヘカラス

家督相續人ニ關シテハ以上三條件ノ外尙他ニ三條件ヲ具備スルコトヲ必要トシタルニ反シテ遺産相續人ニ關シテハ之ヲ必要トセス是他ノ三條件ハ總テ家族制度ヲ認ムルノ結果ナルカ故ニ家族制度ノ一現象タル家督相續ニ於テハ其必要ヲ見ルモノナリト雖家族制度ト關係ナキ遺産相續ニ於テハ其必要ヲ見

遺産相續人ノ備フヘキ要件中法律上ノ缺格及裁判上ノ失權ニ關スルモノハ相對的ニシテ絶對的ニ非ス此事タル家督相續人ノ資格ニ付テ既ニ之ヲ述ヘタルヲ以テ茲ニハ再之ヲ説カス

第三章 相續ノ順位

第一節 家督相續ノ順位

家督相續人ト爲ル順位左ノ如シ

一 直系尊屬

二 指定家督相續人

三 特別選定家督相續人

四 直系尊屬

五 選定家督相續人

女戸主ノ入夫婚姻ニ因リ相續開始シタル場合ニ於テハ右ノ順位ニ依ラス入夫ニ於テ家督ヲ相續スルモノトス(九七一條)蓋入夫婚姻ヲ以テ家督相續開始ノ原因ト爲シタルハ我國舊來ノ慣習ニ基キ入夫ヲシテ其家ノ戸主ト爲ラシムルカ爲ナルヲ以テ此場合ニ於ル家督相續カ入夫ナルヘキコトハ入夫婚姻ヲ以テ家督相續ノ開始原因ト爲シタルコトヨリ生スル當然ノ結果ナリ但入夫ノ離婚ニ因リ相續ノ開始シタル場合ニ付テハ法律ハ別ニ例外ノ規定ヲ設ケサルヲ以テ前記ノ順序ニ依リ其相續人ヲ定ムヘキモノニシテ其妻タリシ者ハ前ニ戸主タリシノ故ヲ以テ當然戸主ノ地位ヲ回復スルモノニ非ス

第一 直系尊屬

相續ノ根基トシテ意思推定、親族共有又ハ最上權力ノ三主義中其一ヲ認ムルモ若クハ予ノ主張シタルカ如ク三者調和ノ主義ヲ採用スルモ相續ノ順位ニ於テハ被相續人ニ對シ最密接ナル親族關係ヲ有スル

者ニシテ而モ被相續人カ其承繼者ト爲スヲ最切ナルヘキ者ヲ以テ第一位ニ置カサルヘカラス而シテ此條件ヲ具備スル者トシテハ實ニ被相續人ノ直系卑屬ヲ推ササルコトヲ得ス故ニ直系卑屬ハ家督相續ノ順位ニ於テ其先則ニ在ルモノナリ(九七〇條)但直系卑屬ト雖向他家ニ在ル者又ハ既ニ他家ニ入リタル者ハ其家トノ關係甚深カラサルノミナラス如此者ハ時ニ他家ニ於テ既ニ密接ノ關係ヲ生シ他ニ轉スルヲ許ササルノ事情ヲ有スルコトナキニ非ス故ニ家督相續人トシテ第一位ニ來ルヘキ直系卑屬ハ被相續人ノ家ト最深キ關係ヲ有スル其家族タルコトヲ要スルモノトス

戸主ハアリテ二ナキモノナルヲ以テ之カ相續人タル者モ亦常ニ必一人ナラサルヘカラス故ニ被相續人ノ家族タル直系卑屬ニシテ二人以上アルトキハ勢ヒ其間ニ於テ更ニ相續ノ順位ヲ定メサルヲ得ス予ハ先之ニ關スル原則ヲ述ヘ然ル後其例外ヲ説カント欲ス

原則

(一) 親等ノ異ナリタル者ノ間ニ在テハ其近キ者ヲ先ニス(九七〇條一項一號) 親等ノ近キ者ヲシテ先家督ヲ相續セシムルハ相續ノ自然ノ順序ナリ故ニ子ト孫トノ間ニ在テハ子ハ孫ニ先チ曾孫ト玄孫トノ間ニ在テハ曾孫ハ玄孫ニ先ツ

(二) 親等ノ同シキ者ノ間ニ在テハ男ヲ先ニス(九七〇條一項二號) 一家ノ長タル任務ヲ盡スニハ男子ヲ以テ女子ニ優レリトス故ニ家族制度ノ行レタル社會ニ於テハ多クハ相續ニ付テ男子ノ優位ヲ認ム我國從來ノ慣習法亦然リ第九七〇條第二號ハ此慣習法ヲ襲用シタルモノナリ

推定家督相續人カ男子ナルトキハ被相續人ハ男子ヲ養子ト爲スコト能ハスト雖(八三九條)推定家督相續人カ女子ナルトキハ被相續人ハ男子ヲ養子ト爲スコトヲ得ヘシ而シテ養子ハ縁組ト同時ニ養親ニ對

シ血族ト同一ノ親族關係ヲ生スルヲ以テ(七二七條)女子ノミヲ有スル被相續人カ其女子ノ嫡養子ト爲ル爲ニ非スシテ男子ヲ養子ト爲シタルトキハ其養子ハ實子タル女子ヲ排シテ家督相續人ト爲ルモノトス是一種ノ相續ノ廢除ナリ立法論トシテハ予ハ法律カ此間ニ於テ推定家督相續人タル女子ノ權利ヲ相當ニ保護スヘキ規定ヲ設ケザリシヲ惜ムモノナリ

(三) 親等ノ同キ男又ハ女ノ間ニ在テハ嫡出子ヲ先ニス(九七〇條一項三號) 正嫡ノ間ニ生シタル子ト婚姻外ニ生シタル子トハ相續ノ順位上之ヲ區別スルコト我國古來ノ習俗ニシテ各國ノ法規亦概其軌ヲ同クスル所ナリ第九七〇條第一項第三號カ嫡庶ノ間ニ於テハ常ニ嫡出子ニ先順位ヲ與フヘキモノト爲シタルハ法制ノ此趨勢ニ從ヒタルモノナリ但同號ニハ「男又ハ女ノ間ニ在リテハ」トアルカ故ニ兄弟ニシテ嫡庶ノ間柄ナルトキ又ハ姉妹ニシテ嫡出庶出相異ナルトキハ常ニ嫡出子ヲ以テ先順位ト爲スヘシト雖兄弟トノ間又ハ姉ト弟トノ間ニ於テ嫡出庶出ノ區別アルトキハ同號ヲ適用スルコト能ハスト同條同項第二號ニ依リ常ニ男子ヲ以テ先順位ニ置クヘキモノトス

養子カ嫡出子ノ身分ヲ取得スルコトハ既ニ述フル所ノ如シ故ニ庶出ノ女子アル者カ女子ヲ養子トシタルトキハ養子ハ相續上庶子ニ對シ優先ノ順位ヲ得ルモノトス是亦一種ノ相續權利ヲ奪ナリト雖予ハ此場合ニ於テハ民法ノ規定ヲ批難セス蓋庶子ナルモノノ法律上ノ待遇ハ自ラ之ヲ嫡出子ト異ニスル相當ノ理由アルヲ以テ

(四) 親等ノ同キ嫡出子、庶子及私生子ノ間ニ在テハ嫡出子及庶子ハ女ト雖之ヲ私生子ヨリ先ニス(九七〇條第一項第四號) 私生子ナルモノハ婚姻外ニ生シタル子ニシテ兩親ノ知レサルカ又ハ少クトモ父親ノ知レサルモノナリ如此者カ相續上好過ヲ受タルコトヲ得サルハ多言ヲ要セサル所ニシテ男子ト雖私

生子ナルトキハ嫡出又ハ庶出ノ女子ニ對シ相續上劣位ニ在ルモノナリ

第九七〇條第一項第四號ハ嫡出子及庶子ハ女ト雖之ヲ私生子ヨリ先ニスト規定シ女子ト雖嫡出又ハ庶出タル以上ハ私生子タル男子ニ先ツモノナルカ故ニ男又ハ女ノ間ニ在テ庶子カ私生子ニ先ツヘキコトハ論ヲ須タス

(五) 前四號ヲ揭ケタル事項ニ付相同キ者ノ間ニ在テハ年長者ヲ先ニス(九七〇條一項五號) 家督相續ニ付年長者ニ特權ヲ有セシムルコトハ猶男子ニ優先ノ地位ヲ與フルカ如ク家督相續ノ性質自ラ然ラシムル所ニシテ兄弟ノ間ニ在テハ兄ヲ先ニシ姉妹ノ間ニ在テハ姉ヲ先ニスルコト我國古來ノ慣習法ナリ而シテ新民法ハ全然此慣習法ヲ是認シタルモノナリ

年長者トハ讀テ字ノ如ク生年月日ノ他ヨリ長シタル者ヲ謂フ而シテ生年月日カ他ヨリ長スルヤ否ヤハ事實ノ問題ナルカ故ニ實際出生シタル日ノ先後ヲ見テ之ヲ定ムヘキモノトス但法律ハ此原則ニ對シ父母ノ婚姻又ハ婚姻中ノ認知ニ因リ嫡出子タル身分ヲ取得シタル者(八三六條)又ハ養子縁組ニ因リ嫡出子タル身分ヲ取得シタル者(八六〇條)ニ付例外ヲ設ケ此等ノ者ハ家督相續ニ付テハ父母ノ婚姻又ハ認知アリタル時若クハ養子縁組ノ時ニ於テ出生シタルモノト看做スヘキモノト爲シタリ(九七〇條二項)故ニ庶子又ハ私生子ニシテ嫡出子ノ身分ヲ取得シタル者又ハ養子ハ事實ノ年齢如何ニ拘ラス其嫡出子タル身分ヲ取得シタル時ヨリ以前ニ生シタル嫡出子ニ對シテハ家督相續ノ順位ニ於テ後順位ニ在ルヘキモノトス蓋之ニ依テ家督相續上既ニ優先ノ地位ニ在ル者ノ既得權ヲ保護シタルナリ

二人以上ノ庶子又ハ私生子ヲ有スル者カ婚姻ヲ爲シ又ハ婚姻中ニ認知ヲ爲ストキハ二人以上ノ庶子又ハ私生子ハ第八三六條ノ規定ニ依リ同時ニ嫡出子タル身分ヲ取得スルモノナリ如此場合ニ於テ第九七

ハ私生子ハ第八三六條ノ規定ニ依リ同時ニ嫡出子タル身分ヲ取得スルモノナリ如此場合ニ於テ第九七〇條第二項ヲ適用スルトキハ二人以上ノ者カ同時ニ生レタルコトナリ其間年長年少ノ別ヲ爲スコト能ハサルカ故ニ同條第一項第五號ニ依リ家督相續ノ順位ヲ定メントスルモ之ヲ定ムルコト能ハサルヘシ然レトモ元來第九七〇條第二項ハ庶子又ハ私生子ニシテ嫡出子ノ身分ヲ取得シタル者又ハ養子ニ對シテ嫡出子トシテ相續上既得權ヲ有スル者ヲ保護スルノ趣旨ニ出テタルモノナルカ故ニ第八三六條ノ規定ニ依リ又ハ養子縁組ニ依リ嫡出子ト爲リタル者ノ間ニ於テハ同項ヲ適用スヘキ理由アルコトナシ而シテ例外規定タル同項ノ適用ナキトキハ自ラ原則ニ復歸シ之ヲ適用スルコト當然ナルヲ以テ如此場合ニ於テハ第九七〇條第一項第五號ニ依リ事實上ノ年齢ニ依リ其長幼ヲ區別シ之ニ基キ相續ノ順位ヲ定ムヘキモノトス

第九七〇條第二項ハ第八三六條ノ規定ニ依リ又ハ養子縁組ニ因リ嫡出子タル身分ヲ取得シタル場合ニ付テノミ例外ヲ設ケタルヲ以テ此等ノ場合ヲ除クノ外ハ總テ原則ノ適用ニ依リ事實上ノ年長者ヲ以テ家督相續ノ先順位ニ置カサルヘカラス故ニ被相續人ノ嫡出子ニシテ外國人タリシ者カ新ニ日本國籍ヲ取得シタル場合ニ於テ其者ニ先テ既ニ日本國籍ヲ有スル弟アルトキト雖新ニ日本人ト爲リタル兄ハ第九七〇條第一項第五號ノ規定ニ依リ其以前ヨリ日本人タリシ弟ニ先テ家督相續人ト爲ルモノトス例外

直系卑屬多數ナル場合ニ於テ其相續上ノ順位ハ原則トシテハ以上述べタル所ノ如シ此原則ニハ三箇ノ例外アリ

(一) 第七三七條及第七三八條ノ規定ニ依リ家族ト爲リタル直系卑屬ノ相續順位、他家ニ在リタル戸主

ノ直系卑屬ニシテ第七三條及第七三八條ノ規定ニ依リ戸主ノ家ニ入り其家族ト爲リタル者ハ其家ニ於テ生レタル嫡出子又ハ庶子タル直系卑屬ナキ場合ニ限リテ其家ノ家督ヲ相續スルコトヲ得ルモノナリ（九七二條）故ニ他家ヨリ入りタル者カ嫡出ノ男子ニシテ而モ年長者ナルモ其家ニ生レタル庶出ノ女子ニシテ而モ年少者タル者ニ對シ相續上其順位ヲ讓ラサルコトヲ得ス法律カ如此例ヲ設ケタルハ家ノ存立ヲ繼續セシムルヲ以テ相當トスヘキヲ以テナリ但立法論トシテハ第九七二條ノ規定ハ之ヲ完玉ト爲スコト能ハス家ニ對スル關係ノ深キ者ヲ以テ家督相續人ト爲スヘキコトハ當然ノ事ニ屬スト雖家ニ對スル關係ノ深淺ハ其家ニ生レタルヤ否ヤノ一事ニ因テノミ定ルモノニ非ス他家ニ生レタル者ト雖其家ニ入りタルトキハ其家族ト爲リタルコトニ因リ其家ト密接ナル關係ノ下ニ立ツモノナリ他家ニ在ル直系卑屬中ニハ戸主及其配偶者ノ雙方ニ對シ嫡出ノ實子タル者少カラス予ハ如此戸主及其配偶者ノ雙方ニ對シ血統上最近キ親族ニシテ而モ其家ニ入りタルコトニ因リ家トノ關係モ亦極テ深キニ至リタル者ヲ以テ其家ニ生レタル直系卑屬ニ比シ相續上之ヲ劣等ノ地位ニ置カサルヘカサル理由ヲ發見スルコト能ハス特ニ戸主ノ嫡出ノ實子ニシテ他家ヨリ入りタル者ヲシテ其家ニ生レタル戸主ノ庶出ノ實子ヨリモ相續上後順位ニ居ラシメサルヘカサルノ理由ニ至テハ予ノ最了解ニ苦ム所ナリ梅博士ハ分家ノ戸主カ本家ニ在ル自己ノ直系卑屬ヲ分家ニ入レタル場合ニ於テ第九七二條ノ適用セラルルコトヲ以テ批難ス（キノ）事ト爲サレタリ（民法要義卷之五、三七頁）此點ハ寧第七四三條ノ改正ニ依リ間接ニ矯正セラレタリ予ハ更ニ一步ヲ進メ獨分家ノ戸主カ本家ニ在ル自己ノ直系卑屬ヲ分家ニ入レタル場合ノミナラス廣ク戸主及其配偶者ノ雙方ニ對シ嫡出ノ實子タル者ニハ第九七二條ヲ適用セサルヲ可トスル

行政裁判所ト司法裁判所ハ對等ノ地位ヲ有スルモノニ非ス司法裁判所ノ判決ニ付テハ行政裁判所ニ對シテモ既判力ヲ主張スルコトヲ得テ隨テ一度司法裁判所ノ判決ヲ經タル事項ハ行政裁判所ニ於テ之ヲ自己ノ管轄ナリトシテ之ヲ受理スルコトヲ得サルモノナルニ反シテ行政裁判所ノ判決ハ司法裁判所ニ對シテハ其既判力ヲ對抗スルコトヲ得ス隨テ行政裁判所ニ於テ既ニ判決ヲ經タル事項ト雖司法裁判所ハ再之ヲ受理シテ其裁判ヲ爲スコトヲ妨ケス其結果トシテ司法裁判所ヨリハ權限爭議ヲ提起スルノ必要ナク權限爭議ヲ提起シ得ルハ唯行政官廳及行政裁判所ノミニ限ルモノトナセリ然レトモ如此司法裁判所ノ優勝ナル地位ハ法律ノ明文又ハ明文ニ代ルヘキ歷史上ノ理由アルニ非サレハ當然ニハ之ヲ推測スルコトヲ得ヘキモノニ非ス我國ノ國法ハ單ニ行政裁判所ト司法裁判所トノ間ニ權限爭議アルコトヲ豫想セルニ止ルヲ以テ我國法ノ下ニ於テハ司法及行政裁判所ハ權限ノ決定ニ付テハ全ク對等ノ地位ヲ有スルモノト認メサルヘカラス隨テ二者共ニ均シク權限爭議ヲ提起シ得ヘキモノナリ

三 權限爭議ヲ提起シ得ルハ司法裁判所又ハ行政裁判所ニ於テ或事件ヲ受理シ其裁判ニ著手シタルコトヲ前提トス其著手後ニ於テ他ノ一方ノ裁判所カ之ヲ自己ノ管轄ニ屬スヘキモノナリト主張スルニ依テ權限爭議ヲ生スルナリ

四 權限爭議ヲ提起スルハ又其事件ノ確定判決ニ至ル以前アルコトヲ要ス判決ノ確定後ニ於テハ其事件ハ既判力ヲ以テ確定シ其以後ニ於テハ最早其裁判所ノ管轄以外ナルコトノ理由ヲ以テ之ヲ取消スコトヲ得ス故ニ權限爭議ヲ提起スルノ時期ハ訴訟手續ノ開始後其判決ノ確定前ナルコトヲ要ス

五 權限爭議ニシテ提起セラルルトキハ其爭議ニ係ル事件ノ裁判ヲ中止シテ權限爭議ノ判決ヲ俟ツコト

トヲ要ス其裁決ニシテ既ニ裁判ニ著手セル裁判所ノ權限ナルコトカ決定セラレタルトキハ權限爭議ノナカリシト均シク其裁判所ニ於テ其裁判ヲ繼續ス若他ノ裁判所ノ權限ニ屬スヘキコトカ決定セラレタルトキハ其裁判ハ初ニ遡リテ取消サレ當事者ハ更ニ他ノ裁判所ニ之ヲ出訴スルコトヲ要スルナリ

以上ノ原則ノ外權限爭議ノ手續ノ細目ニ至テハ全ク法ノ規定存セサルナリ然レトモ法律カ少クモ權限爭議ヲ判決スヘキ官廳ヲ定メ且行政裁判所ト司法裁判所トノ間ニ權限爭議アルコトヲ規定セル以上ハ其手續法ノ欠缺セルノ故ヲ以テ全ク權限爭議提起ノ途ナシト云フハ穩當ノ見解ト云フヘカサルニ似タリ權限爭議ハ通常之ヲ積極ノ權限爭議ト消極ノ權限爭議トニ區別ス積極ノ權限爭議トハ雙方ノ裁判所ニ於テ共ニ同一ノ事件ヲ自己ノ管轄ナリト主張スル場合ナリ以上所述シタル權限爭議ハ專此種類ヲ謂フ而シテ我國法ノ認ムル所ハ唯之ノミニ止ル消極ノ權限爭議トハ雙方ノ裁判所カ共ニ之ヲ自己ノ管轄ニ在ラスト主張スル場合ナリ即當事者カ司法裁判所ニ出訴シタルニ對シテハ之ヲ司法事件ナリトシテ受理セサル場合ニ於テ起ルヘキモノナリ此場合ニ於テハ真正ノ意義ニ於ル權限爭議ヲ生スルモノニ非ス之ヲ提起スルモノハ裁判所ニ非スシテ訴訟當事者ナリ法律ハ此場合ニ於テ訴訟當事者ニ許スニ權限裁判所ニ訴願ヲ提起シ其何レノ裁判所ノ權限ニ屬スヘキカノ裁判ヲ仰クノ權利ヲ以テスルコトヲ得所謂消極ノ權限爭議トハ此訴願ヲ謂フモノニ外ナラス然レトモ如此訴願ハ我現行法ノ未認ムル所ト爲ラス

第四編 自治團體

第一章 自治制總論

第一節 自治ノ觀念

歐洲諸國ニ於ル自治ノ法律上ノ觀念ニ付テハ二種ノ意義ヲ區別スルコトヲ要ス第一ノ意義ニ於テハ自治制度ハ單ニ官吏ニ非サルモノノ國家ノ行政ニ參與スルヲ謂フモノニシテ此意義ニ於テハ自治行政ハ又國家ノ行政ナリ唯國家ノ行政ヲ行フモノカ官吏ニ非スシテ一般ノ公民ナルノミ學者ハ此意義ニ於ル自治行政ヲ稱シテ箇人ノ自治ト謂フ自治權ノ主體タルモノハ各箇人ニシテ團體ニ非ス第二ノ意義ニ於ル自治ハ反之國家内ノ團體ノ存立ヲ認メ團體ヲシテ自治權ノ主體タラシムルヲ謂フ學者之ヲ稱シテ團體的自治ト謂フ此意義ニ於ル自治ハ國家ノ直接ノ行政ニ非スシテ國家内ノ團體ノ行政ナリ國家内ノ團體カ自己ノ名ニ於テ自己ノ意思ヲ以テ行政ヲ行フモノナリ

第一ノ意義ニ於ル自治ハ主トシテ英國ニ於テ發達シタルモノナリ英國ニ於ル自治制度ハ國會ノ制度ト共ニ其起源極テ古ク其地方區劃タル州(County)ニハ中央政府ノ官吏ニ非サル名譽職ヲシテ其行政ヲ司ラシメ而モ其州ニハ團體タル性質ヲ認ムルコトナク其行政ハ團體ノ行政ニ非スシテ均シク國家ノ行政ナリ

第二ノ意義ニ於ル自治ハ反之主トシテ歐洲ノ大陸殊ニ佛國及獨逸ニ於テ發達シタルモノナリ歐洲大陸ノ自治制度ハ英國ノ制度ヲ模範トシタルモノナレトモ大陸ニ於ル事情ノ異ナルニ從ヒ英國ニ於ルトキハ異ナリタル方面ニ向テ其發達ヲ遂ケタリ即地方行政區劃ニ獨立ノ人格即團體タルノ地位ヲ認メ其團體カ自治權ノ主體タル觀念ヲ生シタルナリ

我國ニ於テ自治制度ハ主トシテ獨逸ヲ以テ其直接ノ模範トシタルモノニシテ隨テ其法律上ノ觀念ニ於テハ專此第二ノ意義ニ從フヘキモノナリ之ニ依リ我自治トハ國家内ノ團體カ國家ノ監督ノ下ニ於テ自己ノ意思ヲ以テ公ノ行政ヲ行フヲ謂フ

自治ハ國家内ノ團體ノ行政ナリ自治權ノ主體タルモノハ簡人ニ非シテ國家内ノ團體ナリ此團體ヲ稱シテ通常之ヲ自治團體ト謂ヒ又公共團體ト謂フ公共團體ハ法律上ノ人格ヲ有ス而シテ此法人ハ公ノ行政ヲ以テ其目的トスルモノナルカ故ニ之ヲ他ノ法人ト區別スル爲ニ稱シテ公法人ト謂フ公法人ノ最重ナルモノハ市町村郡及府縣ナリ然レトモ是其全部ニハ非ス

自治ハ國家内ノ團體カ自己ノ意思ヲ以テ行フ所ノ行政ナリ然レトモ國家内ノ團體ハ其行政ノ執行ニ於テ絕對ノ意思ノ自由ヲ有スルモノニ非ス其意思ノ自由ハ國家ノ監督ニ依テ制限セラレ自治團體ハ國家ノ下ニ存在シ國家ニ對シ絕對ノ獨立ヲ有スル團體ニ非サルカ故ニ其團體ノ意思ハ國家ノ意思ニ違反スルコトヲ得ス若自治團體ニシテ國家ノ意思ニ違反シテ絕對ノ意思ノ自由ヲ有ストセハ自治團體ハ獨立ノ國家タルニ至ルヘシ國家ノ統一ヲ保持スル爲ニハ國家ハ一定ノ範圍ニ於テハ自治團體ノ意思ヲ制限スルコトヲ得サルヘカラス自治團體ノ意思ヲ制限シ得ル力ハ即國家ノ監督權ナリ故ニ國家ノ監督權ハ又自治ノ觀念ニ缺クヘカサル一ノ要素ナリ

然レトモ自治團體ニ對スル國家ノ監督權ハ無制限ナルヲ得ス若其監督權ニシテ無制限ナルトキハ自治團體ノ意思ノ自由ハ全ク失ハレテ自治制度ハ其存在ヲ失フニ至ル國家ノ監督權ハ法規ニ依テ一定ノ限界ヲ有セサルヘカラス其限界以外ニ於テハ國家ハ自治權ノ意思ヲ制限スルコトヲ得ス自治權ハ全ク其意思ノ自由ヲ有ス

第二節 自治權ノ主體

自治權ノ主體タルモノハ公法人タル自治團體ナリ

一 法人トハ自然ノ人類ニ非シテ人格ヲ有スルモノナリ人格トハ法ニ依テ權利主體タル能力ヲ認メラルルモノヲ謂フ故ニ人格ハ常ニ法ニ依テ始テ生スルモノニシテ此點ニ於テハ自然ト法人トニ依テ異ナルコトナシ自然ト法人トノ區別ハ一ハ自然ニ人格タリ一ハ法ニ依テ始テ人格タルノ差異ニ在ルニ非ス自然モ亦法ニ依テ始テ人格タルナリ法人ト自然トノ異ナル所ハ一ニ其目的ノ異ナル所ニ在リ總テ人格ハ權利ノ主體タリ而シテ權利ノ實質ハ利益ナルカ故ニ法カ人類ヲ以テ權利ノ主體タラシムルハ即人類ヲ以テ利益ノ歸屬スル主體タルコトヲ認ムルニ在リ然レトモ人類ノ利益ハ必シモ一簡人ニノミ限ラレタル利益ノミニ非ス一簡人ニ限ラレタル簡人の利益ノ外ニ人類ハ又多數ノ他ノ人類ト共通ナル利益ヲ有ス簡人の利益ハ簡人ノ人格ニ依テ之ヲ主張スルコトヲ得ヘシ多數ノ人類ニ共通ナル利益ヲ主張スルカ爲ニハ簡人ノ人格ノ外ニ此共通ノ利益ヲ代表スヘキ共通ノ人格ナカルヘカラス法人トハ如此多數人類ニ共通ナル利益ノ歸屬スヘキ主體タルモノナリ自然ノ目的トスル所ハ簡人の利益ニ在リ法人ノ目的トスル所ハ多數人類ニ共通ナル利益ニ在リ法人ト自然トノ區別ハ唯此點ニ於テ存ス

二 法人ハ公法人ト私法人トニ區別スルコトヲ要ス此區別ハ法人ノ目的ヲ異ニスルニ依テ生スルノ區別ナリ公法人トハ國家の事務ヲ以テ其生存目的トスル法人ナリ私法人トハ私ノ事務ヲ以テ其生存目的トスル法人ナリ

國家の事務ト私ノ事務トノ區別ハ事務其モノノ性質ニ依テ之ヲ區別スルコトヲ得ヌ同一ノ事務ニシテ時代ニ依リ或ハ國家の事務ト看做サレ或ハ私ノ事務ト看做サルモノアリ例之古代ニ於テハ宗教ヲ傳播スルノ事務ハ何レノ國ニ於テモ直接ニ國家ノ行フ所ノ事務ナリシモ近來ニ於テハ宗教ヲ弘ムルコトハ明ニ國家事務ト區別セラレ私ノ事務ト看做サレタリ管ニ時代ニ依テ同一ノ事務カ或ハ國家事務タリ或ハ私ノ事務タルコトアルモノミナス同一ノ時代ニ於ル國法ノ下ニ於テモ時トシテ同一ノ事務ニシテ一方ニ於テハ國家事務タリ一方ニ於テハ私ノ事務タルモノ尠カラス例之均シク教育事務ナルモ私立學校ノ行フ所ノ教育ハ私ノ事務ニシテ國家ノ設立スル所ノ學校ハ國家事務タリ蓋國家ノ目的ハ決シテ性質上一定ノ限界ヲ有スルモノニ非ス如何ナル事務ト雖國家ハ之ヲ以テ自己ノ事務ト爲スコトヲ得ヘケレハナリ

國家ノ事務タルト私ノ事務タルトハ又權力ノ作用タルト否トニ依テ之ヲ區別スルコトヲ得ヌ近世ノ國家ニ於テハ統治權ノ作用ハ之ヲ國家ニ統一シテ國家ヨリ委任セラレタルニ非サレハ何人モ統治權ヲ行フコトヲ許ササルヲ以テ若團體ニシテ統治權ヲ行フコトヲ以テ其生存目的ト爲セルトキハ其公ノ法人タル最著シキ特徵ト爲スコトヲ得ヘシ然レトモ國家ノ事務ハ必シモ統治權ノ作用ニノミ限ララルモノニ非ス公ノ行政ニシテ統治權ニ關係ナキ作用ノ極テ多キコトハ嘗テ述ヘタルカ如シ故ニ國家の事務ヲ以テ生存目的ト爲セル法人ト雖全ク權力作用ヲ行ハサルモノアルコトヲ得ヘシ從テ統治權ヲ行フト否トハ公法人ト私法人トノ區別ト爲スコトヲ得ヌ

法人カ國家事務ヲ以テ其生存目的ト爲スカ又ハ私ノ事務ヲ以テ其生存目的ト爲スカハ唯法人ノ國家ニ對スル關係ニ依テノミ之ヲ區別スルコトヲ得公法人ノ目的トスル事務ハ國家ノ事務ナルカ故ニ公

法人カ其目的ヲ達スルハ即國家ノ目的ヲ達スル所以ナリ總テ國家ノ事務ハ國家自ラ之ヲ行フヲ原則ト爲ス然レトモ國家カ其目的ヲ達スルニハ或ハ自ラ其事務ヲ行フコトナクシテ却テ他ノ團體ニシテ自己ノ意思ヲ以テ之ヲ行ハシムルコトカ能ク國家ノ目的ヲ達スル所以ナルコトアルヘシ自治團體カ國家ノ事務ヲ行フハ即此場合ナリ然レトモ此場合ニ於テハ自治團體ニシテ若其目的ヲ達スルコト能ハサルトキハ直接ニ國家ノ利益ヲ害スルモノニシテ其事務ノ揚ラサルトハ直接ニ國家ノ事務ノ揚ラサルトノ結果ヲ生ス從テ公法人ハ國家ニ對シテ其生存目的タル事務ヲ行フヘキ義務ヲ有セサルヘカラス國家ニ對シテ其生存目的タル事務達スヘキ義務ヲ負擔スルコトカ公法人ノ私法人ト區別セラルヘキ特徵ナリ私法人ニ對シテモ國家ハ固ヨリ或監督ヲ有スレトモ其監督ハ唯私法人カ法規ニ違反シ又ハ公益ヲ害セサルコトヲ監督スルニ止リ私法人カ其生存目的タル事務ヲ揚ケサル場合ニ於テ強制シテ其目的ヲ達セシムルノ必要ナシ何トナレハ私法人ノ目的ハ私ノ事務ニシテ其目的ノ達セラルト否トハ直接ニ國家ノ利益ニ影響スル所アラサレハナリ反之公法人ノ目的タル事務ノ揚ラサル場合ニ於テハ國家ハ強制シテ其事務ヲ揚ケシムルノ方法ヲ有セサルヘカラス何トナレハ公法人ハ國家ノ事務ヲ以テ其目的トスルモノニシテ隨テ國家ニ對シテ其目的ヲ達スヘキ公法上ノ義務ヲ負擔スルモノナレハナリ

要之公法人トハ國家ニ對シテ自己ノ生存目的ヲ達スヘキ公法上ノ義務ヲ負擔スルノ團體ナリ私ノ法人ト雖自己ノ事務ヲ行フヘキ義務ヲ國家ニ對シテ負擔セルコトアリ例之鐵道會社ハ鐵道ノ設備ヲ完全ニシ定期ニ汽車ノ運轉ヲ爲スヘキ義務ヲ國家ニ對シテ負擔スルコトアリ此義務ハ又私法上ノ義務ニ非スシテ公法上ノ義務ナリ其關係ハ恰公法人ニ於ルト異ナラサルカ如シ然レトモ鐵道會社

ノ負擔スル所ノ義務ハ其生存目的ヲ達スルノ義務ニ非ス鐵道會社ノ生存目的トスル所ハ第一ニハ株主ノ財産上ノ利益ヲ得ルニ在リ鐵道ノ運輸ハ其目的ヲ達スルカ爲ノ手段ニシテ其目的ニ非ス公法人タル性質ヲ有スルカ爲ニハ其生存目的タルモノヲ達スヘキ義務ヲ國家ニ對シ負擔スルモノナラサルヘカラス

公法人ノ法律上ノ性質如何ハ其困難ナル問題ニシテ從來學者ノ説明スル所甚區區タリ以上述ヘタル所ノ說ハ主トシテ「ロージン」ノ說ニ從ヘルモノナリ此說モ亦近時ニ至テハ二三ノ學者ノ批難スル所ナリト雖未之ニ優ルヘキ適當ナル見解ヲ發見スルコト能ハサルカ故ニ暫此說ニ從フ

三 自治團體ハ更ニ之ヲ地方團體ト公共組合トニ區別スルコトヲ要ス

地方團體ハ國家ト全ク其模形ヲ同ウスルモノニシテ即領土及住民ヲ以テ其構成ノ要素ト爲スモノナリ地方團體カ其領土ニ對スル關係ハ全ク國家ノ領土ニ對スル關係ト同ク即領土内ニ存在スル者ハ其存在ノ事實ニ依テ當然其團體ノ一分子タルモノナリ

公共組合ハ人類ノ組合ヲ以テ其構成ノ要素ト爲スモノナリ公共組合ト雖其構成ニ地域上ノ限界ヲ有スルモノナキニ非ス然レトモ公共組合ノ其地域ニ對スル關係ハ全ク領土ノ關係ト異ナリ其地域内ニ居住滞在スルノ事實ニ依テ當然其團體ノ分子タルモノニ非ス公共組合ハ組合員ヲ以テ構成スルモノニシテ其組合員タルハ或ハ強制シテ加入セシメラルルニ依リ或ハ任意ニ加入スルニ依テ生スルモノニシテ如此特別ノ加入行爲アルニ非サレハ其團體ノ一分子タルヘキ資格ヲ生スルコトナシ地方團體ニ於テハ如此加入關係ハ全ク缺如シ地方團體ノ一員ト爲ルハ其住民ノ當然ノ身分ニシテ特別ノ加入行爲ニ依テ之ニ加入スルニ非ス

第三節 自治體ノ事務

自治體ノ目的タル事務ハ國家ノ事務ナリ隨テ自治體ノ事務ハ總テ國家ノ授ケタル所ニ依ル故ニ自治體ノ事務ノ範圍ハ各種ノ自治體ニ付法規ニ依テ之ヲ決スルノ外一般ニ之ヲ説明スルコトヲ得ス

自治體ノ事務ハ通常之ヲ固有事務ト委任事務トノ二種ニ區別ス固有事務ト委任事務トノ區別ハ自治體カ固有ニ有スル事務ト國家ヨリ委任セラレタル事務トノ意義ニ非ス自治團體ハ總テ國法ニ依テ始テ成立シ國法ニ依テ其自治權ヲ與ヘラレタルモノナルカ故ニ自治體ノ事務ハ總テ國家ヨリ與ヘラレタルモノニ非サルナク初ヨリ自治體ニ固有ナル事務ハ存在スルコトナレ一方ニ於テハ國家ノ事務ニシテ自治體ニ委任セラレタル以上ハ國家ノ名ニ於テ行フニ非ス自治體カ自己ノ名ニ於テ自己ノ權利トシテ行フ所ノ事務ナリ此意義ニ於テハ自治體ノ事務ハ總テ自治體ニ固有ナル事務ト云フコトヲ得ヘシ

固有事務ト委任事務トノ區別ハ一ハ自治團體ノ存立目的ニ當然包含セラレタル事務ナルト一ハ其存立ノ目的以外ニ於テ國家又ハ他ノ自治體ノ利益ノ爲ニ特ニ自治體ニ委任セラレタル事務ナルトニ在リ國家カ自治體ノ存立ヲ認ムルトキハ必其存立ノ目的ヲ定メサルヘカラス例之市町村ハ市町村ノ公共事務ヲ行フヲ以テ目的トス市町村ノ公共事務ハ即其固有事務ナリ然レトモ國家ハ市町村ノ公共事務以外ニ於テ國家又ハ他ノ自治體ノ利益ノ爲ニ特種ノ事務ヲ市町村ニ委任スルコトアリ例之國稅徵收法第五條ニ依リ國稅徵收ノ事務ヲ市町村ニ委任シタルカ如キハ其著シキ一例ナリ國稅徵收ノ事務ハ市町村公共事務ニ非ス然レトモ其市町村ニ委任セラレタル以上ハ市町村ノ事務ニシテ國家ノ直接ノ事務ニ非ス此點ニ於テハ固有事務ト異ナル所ナキモ其利益ノ關スル所ハ專國家ノ爲ニスルモノニシテ市町村ノ存立目的

中ニ包含セラルルモノニ非ス如此事務ハ即委任事務ナリ

國家カ特定ノ事務ヲ自治體ニ委任スルニハ二ノ方法ヲ採ルコトヲ得ヘシハ其事務ヲ自治體其モノニ委任シ一ハ之ヲ自治體ノ機關ニ委任スルニ在リ國稅徵收事務ノ如キハ前者ノ例ニ屬シ戶籍吏ノ事務ヲ市町村長ニ委任スルカ如キハ後者ノ例ニ屬ス自治體ノ委任事務トハ專第一種ノ場合ヲ謂フモノナリ後ノ場合ニ於テハ其事務ハ自治體ノ事務ニ非スシテ國家ノ直接ノ事務ナリ自治體ノ機關ヲシテ國家ノ機關タラシメ以テ國家ノ事務ヲ行ハシムルモノナリ其自治體ト關係スルハ唯其費用ヲ自治體ニ於テ負擔スルノ點ニ在ルノミ

自治體ノ固有事務ハ又之ヲ必要事務ト隨意事務トニ區別スルコトヲ得必要事務トハ法規ヲ以テ豫其事務ノ種類性質ヲ規定シ自治體ヲシテ必其事務ヲ行フノ義務ヲ負ハシムルモノヲ謂フ例之小學校令ニ於テ小學校ノ設置維持ヲ市町村ノ義務ト爲シタルカ如シ如此場合ニ於テハ自治體ハ自己ノ意思ヲ以テ其事務ヲ行フト否トヲ決定スルノ自由ヲ有セス隨意事務ハ反之自治體ニ於テ之ヲ行フト否トヲ判斷スルノ自由ヲ有スル事務ヲ謂フ自治體ハ無制限ニ其行フヘキ事務ヲ擴張スルノ自由ヲ有スルモノニ非ス自治體ノ生存目的ハ豫法規ヲ以テ一定セラレ其目的以外ニ於テハ自治體ハ如何ナル事務ヲ行フノ自由ヲ有セス例之市町村ハ市町村ノ公共事務ノ外ハ何等ノ能力ヲ有セス然レトモ如何ナル事務カ市町村ノ公共事務ナルカハ法規ヲ以テ豫一定セラルルコトナク市町村ニ於テ自ラ判斷スルノ餘地ヲ有ス如此判斷ノ餘地ヲ有スル事務ハ即隨意事務ナリ

必要事務ト隨意事務トノ區別ハ專固有事務ニ於ル區別ニシテ委任事務ハ總テ特別ノ法規ニ依テ委任セラルルモノナルカ故ニ自治體ハ固ヨリ之ヲ行フト否トヲ判斷スヘキ餘地ヲ存セス法規ニ從テ必之ヲ處理スヘキ義務ヲ負フモノナリ故ニ委任事務ハ常ニ必要事務ナリ隨意事務ハ固有事務ノ範圍ニ於テノミ存在スルコトヲ得

第四節 自治體ニ對スル國家ノ監督權

自治體ニ對スル監督權トハ自治行政、執行、關シテ、自治體ノ意思、自由ヲ制限スル國家ノ命令權ナリ國家ノ官廳ニシテ自治體ニ對スル監督權ヲ行フモノハ之ヲ監督官廳ト稱ス時シテハ國家ハ成ハ上級ノ自治體ノ機關ヲシテ下級ノ自治體ニ對シテ監督權ヲ行ハシムルコトアリ例之府縣參事會カ郡又ハ市町村ニ對スル監督權ヲ行ヒ郡參事會カ町村ニ對スル監督權ヲ行フカ如キ是ナリ此等ノ場合ニ於テモ府縣參事會又ハ郡參事會ハ府縣ノ自治行政ノ機關トシテ之ヲ行フニハ非ス國家ノ監督權ヲ行フ所ノ機關タルナリ監督權ノ主體ハ常ニ國家ナリ

監督官廳ノ自治體ニ對スル關係ハ之ヲ上級官廳ノ下級官廳ニ對スル關係ト區別スルコトヲ要ス上級官廳ト下級官廳トノ間ニ於テハ縱令明文ナキ場合ニ於テモ上級官廳ハ下級官廳ニ對シテ積極的ニ指揮命令ヲ爲スノ權ヲ有スルヲ原則トス是上級官廳ト下級官廳トハ均シク國家ノ意思ヲ發表スル機關ニシテ其監督權ハ即國家ノ意思ヲ統一スルノ方法ニ外ナラサレハナリ反之自治體ハ獨立ノ意思ヲ有スルモノ人格ナリ而シテ法治國ノ觀念ニ於テハ國家ハ法規ノ範圍内ニ於テスルニ非サレハ其臣民ニ對シテ命令權ヲ行使シ能ハサルモノナルト同ク自治體ニ對スル國家ノ監督權モ亦必法規ノ範圍内ニ於テ爲スコトヲ要ス法規ニ依テ定レル範圍外ニ於テハ自治體ハ國家ニ依テ侵サレサル意思ノ自由ヲ有ス此範圍外ニ於テ國家カ自治體ノ意思ヲ制限スルハ自治權ヲ侵害スルモノナリ

自治體ニ對スル國家ノ監督權ノ範圍ハ一ニ法規ニ依テ定ルモノナルカ故ニ茲ニ概括的ノ證明ヲ與フルコトヲ得ス一ニ各自自治體ニ關スル法規ニ依テ其範圍ヲ定ムヘキモノナリ然レトモ自治體ハ國家内ノ團體ナルヲ以テ自治體ニシテ若クハ國家ノ法規ニ違反シタルトキハ國家ハ之ヲ矯正スルコトヲ得サルヘカラス自治體ニシテ若クハ自由ニ法規ニ違反スルコトヲ得ハ自治體ハ全ク獨立ナル國家タルニ至ルヘシ故ニ法規ニ違反ヲ矯正スルノ權利ハ監督權ノ最少限ナリ一方ニ於テハ自治體ハ國家ノ事務ヲ行フヲ以テ其目的トスルモノナレハ自治體カ若クハ其目的ヲ達セサルトキハ是國家ノ目的ノ達セラレサルナリ故ニ自治體ニシテ若クハ事務ヲ行ハサル場合ニ於テハ國家ハ其實行ヲ強制シ得サルヘカラス自治體ノ義務ヲ履行シ得ル權利ハ又監督權中ニ包含セラルル必要條件ナリ此理由ニ依リ自治體ニ對スル國家ノ監督權ハ少クトモ左ノ數種ノ權利ヲ包含スルコトヲ要ス

一 自治體ノ議決ニシテ其目的ヲ超過シ又ハ法規ニ違反シタル場合ニ其議決ヲ取消スル權 自治體ノ目的ハ始ヨリ限ラルモノナルカ故ニ其事務ハ其目的以外ニ涉ルコトヲ得ス自治體ハ國家内ノ團體ナレハ國家ノ法規ニ違反スルヲ得ス故ニ違法又ハ越權ノ決議アル場合ニ於テハ國家ハ必之ヲ取消スコトヲ得サルヘカラス

二 法規ニ依リ自治體ノ義務ニ屬スル事務即必要事務ヲ實行セサル場合ニ之ヲ履行セシムル權 自治體ニシテ其必要事務ヲ實行セサル場合ニ於テハ國家ハ或ハ自己ノ機關ニ依リ自治體ニ代リテ其事務ヲ行ハシムルカ或ハ其他ノ方法ヲ以テ其實行ヲ強制スルノ方法ナカルヘカラス然ラサレハ國家ノ目的ハ達スルヲ得サルニ至ルヘシ

三 自治事務ノ執行ヲ檢閲シ及其報告ヲ爲サシムル權 監督權ノ實行ハ自治事務ノ實況ヲ知ルコト

ヲ第一ノ前提トス國家ニシテ若クハ其實況ヲ知ルニ非サレハ監督權ハ之ヲ行フニ由ナシ此目的ノ爲ニ國家ハ自治體ノ事務ヲ檢閲シ及其報告ヲ徵スルノ權ヲ有セサルヘカラス是監督權ヲ行フ第一ノ要件ナリ

以上三種ノ權利ハ國家ノ監督權ニ缺クヘカラサル最少限度ナリ此限度以上ニ於テハ監督權ノ範圍ハ自治體ノ種類ニ應ジテ廣狹一ナラス隨テ各自自治體ニ對スル特別ノ法規ニ依テ之ヲ決スルノ外ナシ

第二章 市町村

第一節 市町村ノ組織

市町村ハ最下級ノ自治(地方)團體ナリ市町村トカ其制度ヲ異ニスルハ主トシテ左ノ三點ニ在リ

一 監督官廳ヲ異ニスルコト 即町村ハ第一次ニ郡長ノ監督ヲ受ケ第二次ニ府縣知事ノ監督ヲ受ケルニ反シテ市ハ第一次ニ府縣知事ノ監督ヲ受ケ

二 執行機關ヲ異ニスルコト 町村ニ在テハ單獨制ノ町村長ヲ以テ其執行機關ト爲スニ反シ市ニ在テハ合議體タル市參事會ヲ以テ其執行機關トセリ

三 議決機關ノ組織ヲ異ニスルコト 市會議員ハ三級選舉ノ方法ニ依テ之ヲ選舉シ町村會議員ハ二級選舉ノ方法ニ依レリ

市町村ハ地方團體ナルカ故ニ國家ト同ク領土及住民ヲ以テ組織ス

第一 市町村ノ區域 市町村ノ區域トハ國家領土ノ一部ニシテ市町村カ其自治權ヲ行フ區劃タルモノナリ市町村ノ區域ハ從來ノ區域ニ依リ從來ノ區域トハ明治十一年布告郡區町村制法ニ依テ定リタルモノ

ノニシテ市町村制ノ實施ニ依リ特ニ其區域ヲ變更セタルコトヲ意味ス
市町村ハ直接ニ人民ニ接シテ國家ノ事務ヲ行フ最下級ノ自治團體ナルヲ以テ其區域ハ廣キニ過クヘカ
ラス其區域ノ廣キニ失シテ風俗習慣ノ同シカラサル諸地方ヲ合一スルニ至ラハ最下級ノ自治體タルノ
實ヲ失フニ至ルヘシ然レトモ市町村ハ又自己ノ費用ヲ以テ其公共事務ヲ行フモノナレハ其區域ハ又狹
キニ過クヘカラス其區域狹キニ過キ充分ノ實力ヲ有スルコト能ハサルニ至レハ其費用ノ支辨ニ堪ヘサ
ルヘシ而シテ市町村ノ區域ヲ定ムヘキ此等ノ事情ハ時ニ應ジテ變化スルコトヲ免レサルヲ以テ市町村
ノ區域ハ必要アルニ於テハ之カ變更ヲ爲スノ方法ナカルヘカラス
市町村ノ區域ノ變更ハ二種アリ一ハ其廢置分合ナリ一ハ其境界變更ナリ廢置分合トハ市ヲ分割シテ
數町村ト爲シ町村ヲ市ニ合併シ數町村ヲ併セテ一町村ト爲シ一町村ヲ分割シ數町村ト爲ス等市町村
ノ存廢ニ關スルモノヲ謂ヒ境界ノ變更トハ團體ノ存廢ニ關スルモノニ非シシテ單ニ區域ヲ更正スルニ
止ルモノヲ謂フ二者其輕重ヲ異ニスルカ故ニ隨テ又其手續ヲ異ニス市町村ノ廢置分合ハ關係アル市町
村會及郡參事會ノ意見ヲ聽キ府縣參事會之ヲ議決シ内務大臣ノ許可ヲ受クルヲ要ス其境界ノ變更ハ關
係アル市町村會及地主ノ意見ヲ聽キ郡參事會之ヲ議決ス其數郡ニ涉リ又ハ市ノ境界ニ涉ルモノハ府縣
參事會ニ於テ之ヲ議決ス

第二 市町村ノ住民 市町村ハ人民ノ集合ヨリ成ル市町村ヲ組織スル各種ノ分子ヲ市町村ノ住民ト爲
ス市町村内ニ住所ヲ有スル者ハ當然其市町村ノ住民ナリ住民タル資格ニ伴フ權利ハ市町村ノ營造物並
ニ住民ノ共用ニ供スル市町村有財産ヲ使用スルニ在リ其資格ニ伴フ義務ハ市町村ノ負擔ヲ分擔スルニ
在リ市町村住民ノ一部ヲ公民ト稱ス公民トハ特定ノ事由ニ依リ缺格者タル場合ノ外市町村ノ選舉ニ與

リ其名譽職ニ選舉セラルヘキ資格ヲ有シ及其名譽職ヲ擔任スヘキ義務ヲ負フ住民ナリ市町村公民タル
資格要件ハ左ノ如シ

イ 帝國臣民タルコト

ロ 男子タルコト

ハ 獨立ナルコト 獨立トハ滿二十五年以上ニシテ一戸ヲ構ヘ且禁治產ノ宣告ヲ受ケタル者ニ非サル

コトヲ謂フ

ニ 公權ヲ有スルコト 公權ヲ有ストハ刑罰ノ宣告ニ依テ公權剝奪又ハ公權停止中ノ者ニ非サルコト

ヲ謂フ

ホ 二年以來其市町村ノ住民タルコト

ト 二年以來其市町村ノ負擔ヲ分擔セルコト

ニ 二年以來其市町村内ニ於テ地租ヲ納メ若クハ直接國稅年額二圓以上納ムルモノナルコト

チ 公費ヲ以テ救助ヲ受ケタル後二年ヲ經サルモノニ非サルコト

以上ノ要件中(ホ)ヨリ(チ)ニ至ル二個年ノ制限ハ市町村會ノ議決ヲ以テ之ヲ特免スルコトヲ得

第二節 市町村ノ機關

市町村ハ各二種ノ機關ヲ有ス一ハ市町村ノ意思ヲ決定スル機關ニシテ一ハ其意思ヲ執行スル機關ナリ
前者ハ常ニ合議體ヲ用ヒ市ニ在ラハ市會、町村ニ在ラハ町村會又ハ町村公民總會ナリ小町村ニ在ラハ
郡參事會ノ議決ヲ以テ町村條例ヲ設ケ町村公民總會ヲ以テ町村會ニ代フルコトヲ得其執行機關ハ市ト

町村トハ其組織ヲ異ニシ市ニ在ラハ合議體ノ市參事會、町村ニ在ラハ單獨制ノ町村長ヲ以テ之ニ充ツ
第一市市町村會 市町村會ハ市町村公民ノ選舉ニ依テ組織セラルル合議體ノ機關ナリ其選舉ノ方法ハ
普魯西其他獨逸ノ二三諸國ニ行ル模範ニ倣ヒ等級選舉ノ方法ヲ用フ等級選舉トハ納稅額ノ多寡ニ
依リ市町村公民ノ全體ヲ數階級ニ區別シ各級各同額ノ租稅ヲ納ムル者ト爲シ而シテ各級ニ於テ同數ノ
議員ヲ選舉スルナリ等級ノ區別ハ市ニ在ラハ三級、町村ニ在ラハ町村條例ヲ以テ特例ヲ設ケタル場合
ノ外二級選舉ノ方法ヲ用フ

市町村會ノ權限ハ大路左ノ如シ

- 一 市町村ノ一切ノ事件ヲ議決スルコト 市町村ノ總テノ事件ハ原則トシテ皆市町村會ノ議決ヲ要ス
ヘキモノニシテ市町村ノ執行機關ハ市町村會ノ委任ヲ受ケタル場合ノ外單ニ其議決ヲ執行スルノ職
權アルニ止リ自ラ市町村ノ意思ヲ決定スルノ職權アルモノニ非ス市町村制ハ市町村會ノ議決スヘキ
事件ヲ列記スト雖是單ニ之ヲ例示シタルニ過キス而シテ市町村ノ意思ハ專市町村會ノ議決ノミヲ以
テ定リ執行機關ノ同意ヲ要スルモノニ非ス執行機關ハ唯一定ノ場合ニ於テ其執行ヲ停止シ之ヲ再議
ニ付シ又ハ官廳ノ議決ヲ仰クコトヲ得ルノミ
- 二 特別ニ委任セラレタル事件ヲ議決スルコト
- 三 市町村吏員ノ選舉ヲ行フコト
- 四 市町村政ノ執行ヲ監督スルコト
- 五 市町村ノ公益ニ關スル事件ニ付監督官廳ニ意見ヲ提出シ及官廳ノ諮問ニ應シテ意見ヲ陳述スルコ
ト

六 訴訟ノ裁決ヲ爲スコト

七 會議ノ細則ヲ設ケ及會議ノ內部ニ關スル事項ヲ議決スルコト

市町村會ハ以上ノ如キ職權ヲ有スレトモ其議案ヲ提出スルノ權ハ原則トシテ執行機關ニ屬シ市町村會

ニハ屬セス會議ノ內部ニ關スル事項ノ如キ特別ノ場合ノ外ハ市町村會ハ自ラ發案權ヲ有セス市町村會
ハ又反對ノ明文ナキ限ハ外部ニ對スル交涉權ヲ有セス

第二 市參事會及町村長 市參事會ハ(一)市長(二)市助役一名又ハ數名(三)名譽職參事會員若干名ノ
三種ノ吏員ヲ以テ組織ス名譽職參事會員ハ市會ニ於テ市公民中ヨリ選舉シ其任期ハ四年ナリ町村長
ハ町村會ニ於テ之ヲ選舉ス

市參事會及町村長ハ市町村ノ執行機關トシテ市町村ノ議決ヲ執行シ市町村ノ行政事務ヲ擔任シ及外部
ニ對シテ市町村ヲ代表スルノ職權ヲ有ス市町村會ノ議決ハ市參事會及町村長ハ必之ヲ執行スルノ義務
ヲ負ヒ自己ノ意見ヲ以テ其執行ヲ拒ムコトヲ得ス唯市町村會ノ議決カ權限ヲ超エ法規ニ違反シ又ハ公
益ヲ害スト認ムルトキハ其執行ヲ停止シテ再議ニ付スルコトヲ得此場合ニ於テモ市參事會及町村長ハ
最終ノ決定權ヲ有スルモノニ非ス若市町村會カ其議決ヲ改メタルトキハ府縣參事會又ハ郡參事會ノ裁
決ヲ仰クノ外ナシ

第三 市町村ノ吏員

吏員ノ市町村ニ對スル關係ハ全ク官吏ノ國家ニ對スル關係ト同一ナリ官吏カ官
職ヲ有スルト同ク吏員モ亦其職務ヲ有ス官吏カ任命又ハ選舉ニ於テ特別ノ公法上ノ行為ニ依テ其關係
ヲ設定セラルルト均シク吏員ノ關係ヲ設定スル行為モ亦如此特別ノ公法上ノ行為タリ其國法上ノ性質
ニ於テハ吏員モ官吏モ全ク相異ナル所ナシ然レトモ我國ノ行政法ハ自治體ノ吏員ハ之ヲ公吏ト稱シ官

吏ト區別スルカ故ニ官吏ニ關スル法規ハ反對ノ明文アルカ又ハ反對ノ意思ヲ推測シ得ヘキ場合ノ外ハ總テ自治體ノ吏員ニ適用スルコトヲ得サルモノナリ

自治體ノ機關ヲ組織スルモノハ悉ク皆自治體ノ吏員タルニ非ス自治體ノ機關ハ或ハ場合ニ依テハ國家ノ官吏ヲシテ之ニ當ラシムルコトアリ一方ニ於テハ又自治體ノ吏員ヲシテ同時ニ國家ノ行政機關タラシムルコトアリ故ニ自治體ノ執行機關タルト國家ノ行政機關タルトニ依テハ自治體ノ吏員ト國家ノ官吏トヲ區別スルコトヲ得ス例之府縣知事ハ自治體タル府縣ノ執行機關ナリト雖之ニ依テ府縣ノ吏員タル性質ヲ有スルコトナシ又市町村長ハ國家ノ行政機關タルコトアリト雖之ニ依テ國家ノ官吏タル性質ヲ有スルコトナシ國家ノ官吏ト自治體ノ吏員トノ區別ハ專一ハ國家ニ對シテ服務義務ヲ負フト一ハ自治體ニ對シテ服務義務ヲ負フトニ依テ生ス其服務義務カ國家ニ對シテ存スルカ又ハ自治體ニ對シテ存スルカヲ區別スヘキ標準ハ其選任權ノ基ト所如何ニ依テ之ヲ認ムルコトヲ得國家カ選任スル所ノモノハ即國家ニ對シテ服務義務ヲ負フヘキモノニシテ即國家ノ官吏タリ自治體カ其自治權ニ依テ選任スル所ノモノハ自治體ニ對シテ服務義務ヲ負フヘキモノニシテ即自治體ノ吏員タリ然レトモ自治體ノ吏員ノ選任ニ付テモ必シモ全ク國家ノ干渉ノ外ニ在ルモノニ非ス既ニ述ヘタル如ク自治權トハ絕對ノ意思ノ自由ヲ有スル權利ニ非スシテ一定ノ範圍ニ於テハ國家ノ監督ノ下ニ在ル權利ナリ故ニ自治體ノ吏員ノ選任ニ付テモ國家ハ其監督權ニ基キ一定ノ範圍ニ於テハ其選任ニ干渉スルコトアルヘシ例之町村長、市町村助役ノ選任ハ監督官廳ノ認可ヲ要シ市長ノ就任ハ君主ノ裁可ヲ要スルカ如シ此等ノ場合ニ於テハ自治體ハ其吏員ノ選任ニ付テモ完全ナル意思ノ自由ヲ有スルモノニ非スシテ國家ノ干渉ニ依テ其選任ヲ制限セラルルモノナリト雖國家カ其選任ニ干渉スルハ自治權ヲ定ムル法規ノ範圍内ニ於テ其

監督權ヲ實行スルニ過キス隨テ此等ノ場合ニ於テモ其選任ハ自治體ノ自治權ニ基タモノナリト云フコトヲ妨ケサルナリ

自治體ノ機關ハ或ハ自治體自身ノ吏員ヲシテ之ニ當ラシムルコトアリ或ハ國家ノ官吏ヲシテ之ニ當ラシムルコトアリ府縣及郡ノ如キ上級ノ自治體ニ在テハ自治體ノ公共事務ハ國家全體ノ利害ト密接ノ關係ヲ有シ兩者ノ機關ノ間ニ衝突ナカラシムルノ必要アリ隨テ現行ノ制度ハ府縣及郡ニ在テハ國家ノ官吏ヲシテ同時ニ自治體ノ執行機關タラシムルト雖市町村ニ在テハ反之專市町村自身ノ吏員ヲシテ其行政ヲ行ハシムルナリ

市町村吏員中最著シキ地位ヲ占ムルモノハ名譽職吏員ナリ名譽職トハ專任職ニ對スルモノニシテ吏員ヲ以テ其專職ト爲ササルモノヲ謂フナリ自治制度ノ目的ハ被自治者タル人民ヲシテ自ら行政ノ事ニ當ラシムルニ在ルカ故ニ吏員ヲ以テ專任職ト爲サス他ニ本業アル者ヲシテ傍行政事務ニ當ラシムルコト最能ク自治ノ本旨ニ適合スルモノナリ

名譽職吏員ハ種種ノ點ニ於テ專任職ト異ナル特徵ヲ有ス

(イ) 通常ノ官吏ニ在テハ官吏タルニ必要ナル專門ノ知識ヲ要スルカ故ニ其任命ニ先テハ國家ハ先其資格試驗ヲ爲シ其試驗ニ合格スルコトヲ以テ其任命ノ要件ト爲スヲ常トスルニ反シテ名譽職ハ如此專門ノ知識ヲ前提トセス何人ト雖一定ノ地位、年齡ヲ有スル者ハ之ニ任スルコトヲ得セシム

(ロ) 通常ノ官吏ハ之ヲ以テ生活ヲ維持スル財源ト爲スモノナルカ故ニ生活ヲ維持スルニ足ルヘキ俸給ヲ給與シ其退職後ニ於テモ恩給ヲ給與スルヲ例トスルニ反シテ名譽職ハ他ニ本業ヲ有シ生活ヲ維持スルニ足ルヘキ他ノ財源ヲ有スルモノナルヲ以テ俸給及恩給ヲ給與スルコトナシ

(一) 通常ノ官吏ニ付テハ官吏ニ就任スヘキ法律上ノ義務ヲ認メラルルコトナク官吏ハ其任意ノ承諾ニ依テ就任スルモノナリ反之名譽職ハ法律上ノ就任義務ヲ認メラレ若就任ヲ拒絕スルトキハ法律上ノ制裁アリ

(二) 通常ノ官吏ニ在テハ官職ト服務義務トハ必シモ同時ニ發生シ及消滅スルコトヲ必要トセス服務義務先成立シ然レ後官職ノ擔任ヲ命セラレ官職先消滅シ服務義務ノミカ獨存シ又ハ官職ノミ擔任ヲ命セラレ服務義務ハ依然トシテ存スルコトアリ名譽職ニ在テハ反之服務義務ハ特定ノ官職ノミ爲ニ存シ服務義務同時ニ官職ハ當然之ニ伴ヒテ生シ官職消滅スレハ服務義務モ亦當然消滅ス(ホ) 名譽職ハ法律上ノ義務ニ依テ就職スルモノナルカ故ニ其結果トシテ必一定ノ任期ヲ有ス其任期ヲ經レハ官職ハ當然消滅スルモノナリ

市町村吏員中名譽職タルモノハ名譽職市參事會員、町村長、町村助役、市町村ノ區長及代理者、市町村委員是ナリ但町村長及大ナル町村ニ在テハ助役一名ハ町村條例ニ依テ有給吏員ト爲スコトヲ得東京市京都市及大阪市ニ於テハ區長ヲ以テ有給吏員ト爲スコトヲ得

第三節 市町村ノ事務

市町村ノ自治事務ノ範圍ハ之ヲ固有事務ト委任事務トニ區別スルコトヲ要ス市町村制ニ於テハ國家ノ行政事務ハ之ヲ市町村自身ニ委任スルコトナク市町村長ノ如キ特定ノ吏員ヲ指定シテ之ニ委任スルノ主義ヲ探レルカ故ニ市町村制ニ於テ市町村ノ事務トスル所ハ總テ固有事務ニシテ委任事務ハ存在セス市町村ノ委任事務ハ市町村制以外ノ他ノ特別ノ法規ニ依テ始ラ生スルモノナリ而シテ如此事務ヲ委任

スルハ市町村ノ能力ヲ擴張シ隨テ市町村制ヲ變更スルモノナルカ故ニ之ヲ規定スルコトヲ得ス

市町村ノ固有事務ハ左ノ條件ヲ具フルモノナルコトヲ要ス

- 一 市町村ノ公共ノ利益ニ關スルモノナルコトヲ要ス
 - 二 市町村ノ區域限リ執行シ得ヘキモノナルコトヲ要ス
 - 三 市町村ノ自己ノ費用ヲ以テ支辨シ得ヘキ事務ナルコトヲ要ス
- 以上ノ條件ヲ具備スルモノニ非サレハ市町村ハ特ニ法律ニ依テ委任セラレタルモノノ外ハ之ヲ行フヘキ能力ヲ有セス故ニ若此以外ノ事項ニ關シ市町村會カ決議ヲ爲シタルトキハ其權限ヲ超ユルモノトシテ取消サルヘキモノナリ

市町村ハ其自治事務ニ付其區域限リ效力ヲ有スヘキ法規ヲ定ムルノ權利ヲ有ス自治體カ其自治權ニ依テ法規ヲ定ムルノ權利ヲ稱シテ自主權又ハ自治立法權ト謂フ市町村ノ自主權ニ依ル規定ヲ稱シテ條例ト謂フ條例ノ外市町村ハ又規則ヲ定ムルノ權ヲ有ス然レトモ條例ト規則トハ其規定ノ内容ヲ異ニスルモノニシテ條例ハ法規ヲ定ムルモノナルニ反シテ規則ヲ以テハ法規ヲ定ムルコトヲ得ス專市町村ノ營造物ノ管理方法ニ關スル規定ナリ規則ヲ以テ新ニ住民ノ權利義務ノ範圍ヲ定ムルコトヲ得ス條例ト規則トハ如此其内容ヲ異ニスルカ故ニ其制定ノ手續ニ於テモ亦大ニ異ナレリ規則ハ市ニ在テハ府縣參事會、町村ニ在テハ郡參事會ノ許可ヲ受タルヲ以テ足レリト爲スニ反シテ條例ハ內務大臣場合ニ依テハ內務、大藏兩大臣ノ許可ヲ受タルコトヲ要ス

第四節 市町村ノ財政

市町村ハ自己ノ費用ヲ以テ其事務ヲ執行スルノ團體ナリ故ニ市町村ハ獨立ノ財政權ノ主體タリ自ラ自己ノ財政ヲ處理スルノ權ハ自治制ノ最主眼トスル所ニシテ自治制度ノ發達ハ常ニ財政權ニ其萌芽ヲ發シタルモノト云フモ可ナシ

市町村ノ財政ニ付テハ略國家ノ財政ニ付テ述ヘタル所ト同一ノ原則ヲ適用スルコトヲ得國家ノ財產ニ行政財產ト收益財產トノ區別アルカ如ク市町村ノ財產ニ付テモ亦同様ノ區別ヲ爲スヲ得ヘク國家ノ收入ニ公法上ノ收入ト私法上ノ收入トノ區別アルカ如ク市町村ノ收入ニモ亦同様ノ區別ヲ認ムルコトヲ要ス

第一 市町村ノ收入 市町村ノ公法上ノ收入ニハ更ニ國庫又ハ上級ノ自治體ノ補助金ト市町村自身ノ收入トヲ區別スルコトヲ要ス國庫又ハ上級自治體ノ補助金ハ或ハ費用ノ金額ニ對スル一定ノ比例ヲ以テ之ヲ支給スルコトアリ或ハ費用ニ對スル割合ニ拘ラス一定ノ金額ヲ支給スルコトアリ前ノ場合ニ於テハ之ヲ歩合金ト謂フ國庫ヨリ補助スル歩合金ニ對シ支出金額ヲ定ムルニハ監督官廳ノ許可ヲ要ス市町村自身ノ公法上ノ收入ハ左ノ數種ナリ

一 使用料、加入金、手数料及分擔金 使用料、加入金及手数料ハ孰モ廣義ニ於ル手数料中ニ包含セラレルモノナリ使用料トハ市町村ノ營造物公用物ノ使用ニ對シテ徵收スル料金ヲ謂ヒ加入金ハ使用料ノ一種ニシテ使用權ヲ與フル條件トシテ一時ニ徵收スルモノヲ謂ヒ手数料トハ一箇人ノ爲ニスル事業ニ付其報償トシテ徵收スル料金ヲ謂フ分擔金トハ市町村住民ノ一部ノ利益ノ爲ニスル事業ニ對シ其維持費用トシテ特ニ其利益ヲ享有スル人民ヨリ徵收スル料金ナリ

二 過意金、料料其他ノ雜收入

三 市町村税及夫役、現品 市町村税ハ市町村ノ賦課徵收スル租税ナリ市町村ノ費用ハ其私法上ノ收入、手数料、使用料、國庫補助金其他ノ雜收入ヲ以テ支辨スルヲ原則トシ其足ラサル場合ニ於テハ市町村税ヲ徵收スルコトヲ得市町村税ヲ徵收スルニハ二ノ方法アリ一ハ國稅、府縣稅ノ附加稅ニシテ一ハ市町村限ノ特別稅ナリ市町村税ハ附加稅ヲ以テ原則ト爲シ特別稅ハ附加稅ヲ賦課シタル外尙必要アル場合ニ限り別ニ稅目ヲ起シテ課稅スルコトヲ得ルモノナリ夫役及現品ハ其形ニ於テハ異ナリト雖其性質ニ於テハ市町村税ト異ナル所ナク唯金錢ニ代フルニ實物ヲ以テスルニ止ル隨テ夫役、現品ヲ課スルニハ急迫ノ場合ノ外之ヲ金額ニ換算シテ課スルコトヲ要ス且義務者自己ノ選擇ニ依テ本人自ラ之ニ當リ又ハ代理人ヲ出スコトヲ得ヘク又急迫ノ場合ノ外金錢ヲ以テ之ニ代フルコトヲ得

市町村ハ特別ノ必要アル場合ニ於テ市町村公債ヲ募集スルコトヲ得公債ノ募集ハ唯前公債ノ元本ヲ償却スル爲メ又ハ天災地變等一時ノ災厄ヲ救フ爲メ等已ムヲ得サル必要アルトキ又ハ市町村ノ永久ノ利害ノ爲ニスルコトヲ要ス此等ノ目的ノ爲ニスル場合ト雖極テ輕微ナル公債ノ場合ノ外ハ監督官廳ノ許可ヲ要ス

第二 市町村ノ支出 市町村ハ其事務ヲ行フニ必要ナル支出及法律命令ニ依テ特ニ賦課セラレタル支出ヲ爲スノ義務ヲ負フ市町村ノ支出ニハ隨意支出ト必要支出トヲ區別スルコトヲ要ス隨意支出トハ市町村カ自ラ支出ノ必要アリヤ否ヤヲ判斷スルノ自由ヲ有スル支出ニシテ必要支出トハ市町村カ法律命令ニ依テ支出ノ必要ヲ定メラレタル費用ヲ謂フ必要支出ニ付市町村ニ於テ若シテ豫算中ニ載セス又ハ豫算中ニ記載スルモ臨時之ヲ承諾セス又ハ實際ニ支出セサルトキハ國家ハ強制シテ財算中ニ加ヘ又ハ

臨時之ヲ支出セシムルノ權ヲ有ス如此國家ノ權利ヲ稱シテ通常強制豫算及強制支出ノ權ト謂フ
第三 市町村ノ會計 市町村ノ會計ハ豫算ノ編成、收入支出ノ實行及決算ノ報告ナル三順序ヲ以テ行
ル豫算ハ市參事會又ハ町村長之ヲ調製シ市町村會ノ議決ニ依テ之ヲ確定ス豫算中ニ豫備費ヲ設ケ豫算
定額以外ノ臨時ノ支出ニ充テ豫備費ノ支出ハ市町村會ノ認可ヲ要セサレトモ豫備費以外ニ於テ豫算外
ノ支出又ハ豫算超過ノ支出ヲ爲ス必要アルトキハ一市町村會ノ議決ヲ要ス收入支出ノ實行ニ付特ニ
注意ヲ要スルノ點ハ收入支出ノ命令ヲ爲スモノト實際ノ出納ヲ爲スモノト其機關ヲ異ニスルコト是ナ
リ收入支出ノ命令ヲ爲スノ權ハ市參事會、町村長又場合ニ依テハ監督官廳ニ屬シ實際ノ出納ヲ爲スハ
收入役ノ職務ニ屬ス收入役ハ管ニ市參事會、町村長又ハ監督官廳ノ命令アルニ非ラレハ支拂ヲ爲ササ
ル義務ヲ負フノミナラス尙其命令カ豫算定額以内ナリヤ否ヤ、豫算以外ノ支出ナルトキハ其支出ニ關
スル規定ヲ遵守シタルヤ否ヤヲ審査スルノ義務ヲ負フ其義務ニ違反シテ支拂ヲ爲シタルトキハ收入役
ハ自ら其責任ヲ負フコトヲ要ス
決算ハ收入役之ヲ調製シ先町村長、市參事會ノ審査ヲ經テ市町村會ニ提出シ其認可ヲ受クルコトヲ要
ス

第五節 市町村ノ監督

市町村ニ對スル國家ノ監督權ノ目的ハ第一ニ市町村行政ノ實況ヲ觀察シ第二ニ市町村カ法規ニ違反シ
權限ヲ超エ又ハ公益ヲ害スルコトヲ防止シ第三ニ市町村事務力舉ラサルニ於テハ之ヲ強制スルニ在
リ此目的ヲ達スル爲メ國家ノ有スル監督ノ手段ハ法律ヲ以テ一之ヲ列記セリ今其要目ヲ舉クレハ左
ノ如シ
一 事務ノ實況ヲ檢閲シ及報告ヲ出サシムルノ權 監督官廳ハ何時ニテモ官吏ヲ派シテ市町村ノ事務
ヲ觀察シ出納ノ實況ヲ檢閲スルコトヲ得ヘク市町村ノ吏員ハ之ヲ拒ムコトヲ得ス監督官廳ハ又諸種
ノ事務ニ付報告ヲ出サシムルノ權ヲ有ス
二 法律ニ違反シ權限ヲ超エ又ハ公益ヲ害スル議決ヲ停止シテ再議ニ付シ又ハ之ヲ取消スコト
三 吏員ノ選任ニ參與シ及其身分上ノ監督ヲ行フコト 市町村長其他二三ノ重要ナル吏員ノ選任ハ監
督官廳ノ認可ヲ受ケシメ又ハ君主ノ裁可ヲ必要トスルモノアリ又總テノ吏員ニ對シテ監督官廳カ懲
戒處分ヲ行フノ權ヲ有ス
四 市町村會ノ解散ヲ行フコト
五 強制豫算及強制支出ノ命令スルコト
六 國家ノ機關ヲシテ自ら市町村ノ事務ヲ行ハシムルコト 此場合ニ三アリ一ハ市町村會カ議決スヘ
キ事件ヲ議決セサル場合ニ於テ府縣參事會又ハ郡參事會カ代テ其議決ヲ爲スコトヲ得ルコト是ナリ
二ハ市町村ノ機關ノ缺ケタル場合ニ於テ國家ノ官吏ヲシテ其職務ヲ掌ラシムルコト是ナリ三ハ法律
ニ定メタル一定ノ事件ニ關シテハ始ヨリ市町村ヲシテ其事件ヲ處理セシムルコトナク國家ノ機關ヲ
シテ當然其事務ヲ行ハシムルコトアリ例之區會ニ關スル條例、町村公民總會ニ關スル條例ノ如キ是
ナリ

七 議決ニ對スル認可ヲ與フルノ權 市町村ノ重要ナル事項ニ付テハ市町村會ノ議決ヲ以テ直ニ市町
村ノ意思タル國法上ノ效力ヲ有セシムルコトナク監督官廳ノ認可ニ依テ始テ法律上ノ完全ナル效力

ヲ生シタルモノアリ認可ヲ得シテ爲シタル市町村ノ議決ハ法律上全ク無効ナルニ非ス如此議決ハ唯法律上ノ瑕疵アルモノニシテ之ヲ取消スコトヲ得ルニ止ルモノトス

八 市町村ノ處分ニ對スル訴願又ハ訴訟ヲ裁決スルノ權

九 市町村ノ機關相互ノ間ニ生シタル爭議ヲ裁決スルノ權

市町村ニ對スル監督官廳ハ市ニ在テハ第一次ニ府縣知事、第二次ニ内務大臣ナリ町村ニ在テハ第一次ニ郡長、第二次ニ府縣知事、第三次ニ内務大臣ナリ但場合ニ依リ郡縣知事又ハ府縣知事會カ其監督ヲ行フコトアリ其他特別ノ事項ニ關シテハ君主ノ裁可ヲ要スルモノアリ又大藏大臣ノ參與ヲ要スルモノモアリ

監督權ノ範圍ハ法律ニ依テ限定セラレ其範圍ヲ超エテ監督權ヲ行フハ市町村ノ自治權ヲ侵害スルモノナリ故ニ監督權ノ濫用ニ對シテハ市町村ハ之ヲ救済ノ手段ヲ有セサルヘカラス市町村制ハ一定ノ場合ニ於テハ市町村カ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ許シ其他一般ノ監督權ノ作用ニ對シテハ訴願ヲ爲スコトヲ許セリ

第六節 市町村内ノ區及町村組合

市町村内ノ區ハ或ハ單ニ行政ノ便宜ノ爲ニ、或ハ區劃ニ過キタルモノアリ如此區ハ固ヨリ法人タルモノニ非ス隨テ區ニ特別ナル機關ヲ有スルコトナク區長及其代理者其他ノ附屬員ハ區ノ機關ニ非シテ市町村ノ機關ナリ然レトモ市町村内ノ區ニシテ獨立ノ財產ヲ有シ又ハ營造物ヲ設ケ其區限リ特ニ其費用ヲ負擔スルモノアリ如此場合ニ於テハ一ノ獨立ノ法人トシテ自ら權利ノ主體タルモノナリ法人タル區

ニ在テモ又通常ハ特別ノ機關ヲ置クコトナク市町村ノ機關ヲシテ同時ニ區ノ事務ヲ行ハシムルヲ通常ト爲スト雖其區ノ利害カ全市町村ノ利害ト相衝突スル虞アル場合ニ於テハ市町村ノ機關ヲシテ之ヲ掌ラシムルコトハ區ノ不利益ヲ免レサルカ故ニ如此場合ニ於テハ府縣知事會又ハ郡縣知事會ハ市町村條例ヲ定メテ其區ノ爲ニ特ニ區會又ハ區會總會ヲ設ケルコトヲ得區會又ハ區會總會ハ區ノ機關ニシテ市町村ノ機關ニ非ス其權限ハ區ノ財產及營造物ニ關スル事務ニ限レリ

町村組合トハ二箇以上ノ町村カ其公共事務ノ全部又ハ一部ヲ共同シテ處理スルカ爲ニ設ケル所ノ組合ナリ町村組合ハ一ノ法人ニシテ又組合團體ナリ其通常ノ公共組合ト異ナルハ組合ヲ組織スル分子カ箇人ニ非スシテ町村タル團體タルニ在リ

町村組合ハ各町村ノ協議ニ依リ監督官廳ノ許可ヲ得テ之ヲ設ケルヲ原則トスレトモ一定ノ場合ニ於テハ郡縣知事會ノ議決ヲ以テ強制シテ之ヲ設ケシムルコトヲ得町村組合ノ事務範圍ハ組合各町村ノ協議ヲ以テ又ハ強制組合ノ場合ニ於テハ組合ノ組織ヲ命スル行爲ニ於テ之ヲ定ム但其事務ハ町村ノ公共事務ノ範圍ニ限ルコトヲ要スルハ勿論ナリ公共事務ノ範圍内ニ於テハ其廣狹ハ固ヨリ一ナラス其範圍ノ最廣キハ町村事務ノ全部ヲ舉ゲテ組合ノ事務ト爲ス場合ナリ此場合ハ之ヲ全部組合ト稱ス全部組合モ亦一町村ニ非スレト二箇以上ノ町村ノ組合ナリ隨テ各町村ハ尚依然トシテ獨立ノ法人タルコトヲ失ハス隨テ又法律ノ規定ニ從ヒ各町村ニ其機關ヲ備フルコトヲ要ス町村組合ノ組織、其事務ノ管理方法及費用支辨ノ方法ハ組合各町村ノ規約ヲ以テ之ヲ定ム強制組合ノ場合ニ於テ其協議調ハサルトキハ郡縣知事會ニ於テ之ヲ定ム又組合ノ解散ニ付テハ監督官廳ノ許可ヲ要ス

第三章 郡

郡ハ郡制施行以前ハ單純ナル行政區劃ニシテ自治體ノ性ヲ有スルモノニ非ナリシモ郡制ノ施行セララルニ及始テ郡ヲ以テ府縣ト町村トノ間ニ於ケル中間ノ一自治體ト爲セリ然レトモ郡ノ自治權ハ市町村ニ比シレハ其範圍頗狹ク殊ニ市町村カ特別ノ執行機關ヲ有スルニ反シテ郡ハ唯議決機關ヲ有スルニ止リ其執行機關ハ國家機關タル郡長ヲ以テ之ニ當ラシメ其職務ノ執行ニ付テハ上級官廳ハ國政事務ノ執行ニ於ルト同ク指揮命令權ヲ有シ法律ニ依テ其監督權ヲ制限セラルコトナシ

郡ノ機關ハ郡長、郡參事會及郡會ノ三ナリ郡會及郡參事會ハ郡ニ特別ナル議決機關ニシテ郡長ハ國家ノ官廳ヲ以テ兼テ郡ノ機關タルモノナリ郡會ハ郡内ノ町村公民直接國稅年額五圓以上ヲ納ムル者ヨリ選舉シタル議員ヲ以テ組織ス郡參事會ハ郡長及名譽職參事會員ヲ以テ組織ス名譽職參事會員ハ郡會ニ於テ議員中ヨリ之ヲ選舉ス

郡會ハ郡ノ議決機關ナリ然レトモ郡會ノ權限範圍ハ市町村會ノ權限ト異ナリ郡ノ一切ノ事件ヲ議決スルノ權ヲ有スルモノニ非ス其權限ニ屬スル事項ハ法律ヲ以テ限定セラレ其以外ニ於テハ郡ニ關スル事件ト雖郡會ハ之ヲ議決スルノ權限ヲ有セサルナリ郡參事會モ亦市參事會ノ市ニ於ルトハ全ク其性質ヲ異ニシ市參事會ハ市ノ執行機關ナルニ反シテ郡參事會ハ純然タル議決機關ニシテ其權限ハ郡會ノ委任ヲ受ケタル事項ヲ議決シ又ハ應急施設ヲ要シ郡會ヲ召集スルノ暇ナキ場合ニ於テ郡會ニ代リテ議決スル等要スルニ郡會ノ權限ヲ補充スルノ性質ヲ有スルモノナリ

郡長ノ郡行政ニ關スル權限ハ單ニ郡會又ハ郡參事會ノ議決ヲ執行スルニ止ラスシテ法律ニ依テ郡會又

ハ郡參事會ノ議決ヲ要スヘキ事項ノ外ハ總テ郡長ニ於テ之ヲ專決處分スル權限ヲ有スルモノナリ郡ハ獨立ノ財產權ノ主體トシテ自己ノ經濟ヲ保護シ郡ノ固有事務及委任事務ニ要スル費用ハ郡ニ於テ之ヲ負擔スルノ義務アリ其支出ニ充テル財源トシテハ郡ハ國庫又ハ府縣ノ補助金ヲ受テ大ニ市町村ト數科ヲ徵收スルノ權ヲ有ス此等ノ點ニ於テハ郡ハ市町村ト異ナル所ナシ郡ノ財政ニ付テ大ニ市町村ト異ナル點ハ市町村ハ其住民ヨリ直接ニ租稅ヲ賦課徵收スルノ權利ヲ有スルニ反シテ郡ハ租稅徵收ノ權利ヲ有セス財產收入、補助金、手数料其他雜收入ヲ以テ其費用ヲ充タス能ハサル場合ニハ其費用ハ之ヲ郡内ノ町村ニ賦課スヘキモノナルコトニ在リ郡費ノ直接ノ負擔ニ任スル者ハ郡ノ住民ニ非スシテ町村カ自ラ其費用ヲ負擔スル義務者タルナリ

第四章 府縣

府縣ハ最上級ノ地方自治體ナリ其機關ハ略郡ノ機關ト同ク府縣會、府縣參事會、府縣知事ノ三ヲ以テ之ニ充テ其組織及權限ハ概郡ニ於ルト異ナル所ナシ府縣ノ財政ニ付テハ郡ノ財政ト一ノ點ニ於テ大ニ其規定ヲ異ニス府縣ハ直接ニ府縣住民ヨリ府縣稅ヲ徵收スル權利ヲ有スルコト是ナリ府縣ハ此外ニ又場合ニ依テハ勅令ノ定ムル所ニ依テ郡ニ於ルト同ク其費用ヲ市町村ニ分賦スルノ權利ヲ有ス

第五章 公共組合

公共組合トハ住人格ヲ有スル組合ニシテ公ノ行政ヲ以テ其生存目的トスルモノナリ公共組合ハ公ノ行政ヲ其目的トスルモノナルカ故ニ又自治團體ノ一種ニシテ公ノ法人ナリ此點ニ於テ公共組合ハ私法人

上ノ社團法人ト異ナレリ公共組合ハ組合員ヲ以テ組織スルモノナリ此點ニ於テ公共組合ハ地方團體ト區別セラル。公共組合ハ地方團體ノ利益ニ關スルモノハ地方團體ヲシテ之ヲ處理セシムルヲ原則トス然レトモ總テ公ノ行政ニシテ地方の利害ニ關スルモノハ地方團體ヲシテ之ヲ處理セシムルヲ原則トス然レトモ地方の利害ヲ有スル公共事務ハ必シモ其利害區域ヲ地方團體ノ區域ト同ウセサルモノアリ例之水害ヲ豫防シ水利土木ヲ起スカ如キ地方の公共事務ノ最著シキモノナリ然レトモ水害豫防又ハ水利土木ヲ起スハ必シモ市町村ノ區域ト其利害範圍ヲ同ウセシテ市町村ニ於テ之ヲ執行スルコトヲ得サル場合ハカラス如此地方團體ノ區域ト利害範圍ヲ同ウセサル特別ノ公共事務ヲ處理スル爲ニハ地方團體ノ外ニ適當ナル特別ノ公共團體ヲ必要トス公共組合ノ設立ハ此目的ヲ達スル所以ナリ公共組合ニシテ今日我國法ニ於テ認メラルル重ナルモノハ水害豫防組合、普通水利組合、重要物產同業組合、茶葉組合、商業會議所等ナリ

公共組合ハ公ノ行政ヲ目的トスルモノナルカ故ニ其設立ニハ必國家ノ行爲ヲ要ス然レトモ國家ノ行爲ノ外又多少ノ度ニ於テ其組合員タルヘキ者ノ其設立ニ參與スルコトヲ許ス例トシ組合員カ其設立ニ參與スルノ程度ノ多少ニ依テ公共組合ニ強制組合、半強制組合及任意組合ノ三種ヲ區別スルコトヲ得強制組合トハ全然組合員ノ其設立ニ參與スルヲ許サズ國家カ強制シテ其組合ヲ設立セシムルモノヲ謂フ國家ハ組合員タルヘキ一定ノ標準ヲ定メテ組合ノ設立ヲ命ス然ルトキハ其標準ニ該當スル者ハ當然其組合員タルヘキモノニシテ組合ニ加入スルノ意思アルト否トヲ問ハサルナリ任意組合トハ組合ノ設立ヲ以テ全ク組合員タルヘキ當事者ノ意思ニ放任シ當事者カ其隨意ノ協議ニ依テ組合ヲ設立シタルトキハ國家ハ之ニ對シテ公共組合タル性質ヲ認可スルモノヲ謂フ任意組合ニ在テハ何人モ自己ノ意思ニ

反シテ其組合ニ加入スヘキ義務ナシ然レトモ公共組合ハ如何ナル場合ニ於テモ當事者ノ任意ノ協議ノミニ依テ當然成立スルモノニ非ス其成立ニハ少クトモ國家ノ認可ヲ要ス半強制組合ハ右二者ノ中間ニ在ルモノナリ國家ハ一定ノ標準ヲ以テ組合員タルヘキモノヲ定ム其標準ニ該當スル者ノ一部分ニ於テ組合ノ設立ヲ協議シ其協議調ヒタルキハ國家ハ其組合ノ設立ヲ認可ス然ルトキハ其協議ニ與ラザリ

シ他ノ部分ノ者モ自己ノ意思ニ反シテ當然其組合ニ加入セシメラルモノナリ
公共組合ハ一定ノ資格ヲ有スル者ノ組合ヲ以テ組織ス故ニ市町村其他ノ地方團體ニ在テハ無能力者ト離居住ノ事實ニ依リ當然其團體ヲ組織スル一分子タルニ反シテ公共組合ニ在テハ其組合員タル者ハ必意思能力ヲ有スル者ナルカ然ラサレハ之ヲ代理スル者アルコトヲ要ス其差異ヨリ生スル結果トシテ其機關ノ組織ニ於テモ地方團體ト公共組合トノ間ニハ一ノ重要ナル差異アリ市町村其他ノ地方團體ニ在テハ團體ノ住民ハ其住民タル資格ニ於テ當然團體ノ機關ニ參與スルノ權限ヲ有スルモノニ非ス住民中ノ一小部分ヲ選拔シ此少數ノ住民ノミカ市町村ノ公民トシテ機關ノ組織ニ參與スルモノナリ公共組合ニ在テハ反之如此選拔ノ存スルコトナク組合員タル資格ニ於テ當然組合ノ機關ノ組織ニ參與スルノ權ヲ有ス其組織ニ參與スルハ或ハ直接ニ組合總會ノ決議ニ加ハリ自ラ組合機關ノ一員タルニ依ルコトアリ或ハ選舉ニ依テ理事其他ノ代表者ヲ選舉スルノ權利ヲ有スルニ依ルコトアリ何レカノ方法ニ依テ總テノ組合員ハ當然組合機關ノ組織ニ參與スルノ權ヲ有ス約言スレハ總テノ組合員ハ皆組合公民タリ
(完結)

行政法總論 終

行政法總論目次

緒論	一
第一章 國家ノ觀念	一
第二章 行政ノ觀念	七
第一節 行政ノ形式的觀念	七
第二節 行政ノ實質的觀念	一三
第三節 立法、司法、行政以外ノ作用	一八
第三章 行政種別	二〇
第一節 國家ノ目的ヨリセル行政ノ種別	二〇
第二節 權力ノ關係ニ基ク行政ノ種別	二一
第三節 法規ノ關係ニ基ク行政ノ種別	二二
第四章 行政法	二三
第五章 行政法ノ法源	二五
第六章 行政作用	三〇
第七章 公權	三四

第一章 公權ノ觀念	三四
第二節 個人ノ公權ノ種類	四〇
第一款 國家ノ不行爲ニ對スル權利(自由權)	四一
第二款 國家ノ作爲ヲ要求スルノ權	四六
第三款 參政權	四七
第三節 公權ノ發生及消滅	四九
第八章 行政法學ノ研究方法	五二
第一編 行政組織	五三
第一章 行政官廳	五三
第一節 官廳ノ觀念	五四
第二節 官廳ノ組織	五六
第三節 官廳ノ權限	五七
第四節 官制	五九
第五節 官廳ノ統一	六〇
第二章 中央官廳	六二
第三章 地方官廳	六五

第一節 總論	六五
第二節 一般府縣ニ於ル官廳	六七
第三節 北海道ニ於ル地方官廳	七〇
第四節 臺灣ニ於ル地方官廳	七〇
第二編 行政權ノ發動	七八
緒言	七八
第一章 警察權	七九
第一節 警察ノ觀念	七九
第二節 警察ノ種類	八三
第三節 警察上ノ作爲及不作爲	八六
第一款 警察命令	八六
第二款 警察處分	九九
第四節 警察許可	一〇四
第五節 警察罰	一〇八
第六節 警察強制	一一三
第七節 法令ノ規定ナキ場合ニ於ル警察權ノ發動	一一八

第二章 財政權

一三三

第一節 財政權及國庫

一三三

第二節 豫算

一三六

第一款 豫算ノ性質

一三六

第二款 豫算ノ編成

一三一

第三款 豫算ノ效力

一三三

第三節 國家ノ收入

一三四

第一款 國家收入概編

一三四

第二款 租稅ノ概念

一三六

第三款 租稅ノ徵收

一四〇

第四款 租稅ノ納期返還及消滅

一四四

第五款 專賣

一四六

第六款 國債

一四八

第四節 會計監督

一四八

第五節 財政罰

一五〇

第六節 財政強制

一五二

第三章 公用徵收

一五三

第一節 公用徵收概論

一五三

第二節 公用徵收ノ手續

一五七

第三節 公用徵收ノ效果

一六六

第四章 公用物及營造物

一七二

第一節 公用物ノ概念

一七二

第二節 公用物ノ法律關係

一七五

第一款 公用物ノ所有權

一七六

第二款 公用物ノ成立

一七九

第三款 公用物タル性質ヨリ生スル效果

一八二

第四款 公用物ノ管理

一八四

第五款 公用物ノ消滅

一八六

第三節 公用物ノ使用權

一八七

第一款 概論

一八七

第二款 自由使用

一八八

第三款 使用許可及特許占用

一九〇

第四節 營造物ノ利用	一九四
第一款 營造物ノ觀念	一九四
第二款 營造物利用ノ二種ノ形式	一九五
第三款 營造物利用關係ノ開始	一九六
第四款 營造物利用關係ノ法律上ノ效果	一九八
第五款 營造物ノ利用關係ノ消滅	二〇一
第五節 營造物及公用物ニ關スル金錢給付ノ義務	二〇一
第五章 公法上ノ服務義務	二〇六
第一節 總論	二〇六
第二節 官吏ノ法律上ノ性質	二〇七
第三節 官吏關係ノ發生	二一〇
第四節 官吏ノ義務	二一四
第五節 官吏ノ權利	二二二
第六節 官吏ノ責任	二二六
第一款 官吏ノ官吏法上ノ責任	二二六
第二款 官吏ノ刑法上ノ責任	二三〇

第三款 官吏ノ民法上ノ責任	二三二
第七節 官吏關係ノ消滅及變更	二三五
第八節 兵役義務	二三八
第六章 私人ニ對スル國家事務ノ特許	二三九
第七章 公法上ノ負擔義務	二三九
第三編 行政ニ對スル救濟手段	二四〇
第一章 訴願	二四〇
第二章 行政裁判	二四六
第一節 行政裁判ノ性質	二四六
第二節 行政裁判所ノ組織	二五二
第三節 行政訴訟事項	二五四
第四節 行政訴訟手續	二五六
第五節 行政訴訟ノ當事者	二五八
第六節 行政裁判ノ效力	二五九
第三章 權限爭議	二六〇
第四編 自治團體	二六四

第一章 自治制總論	二六五
第一節 自治ノ觀念	二六七
第二節 自治權ノ主體	二七一
第三節 自治體ノ事務	二七三
第四節 自治體ニ對スル國家ノ監督權	二七五
第二章 市町村	二七五
第一節 市町村ノ組織	二七五
第二節 市町村ノ機關	二七七
第三節 市町村ノ事務	二八二
第四節 市町村ノ財政	二八三
第五節 市町村ノ監督	二八六
第六節 市町村內ノ區及町村組合	二八八
第三章 郡	二九〇
第四章 府縣	二九一
第五章 公共組合	二九一

行政法總論目次 終

隨テ「ウキルモースキー、ストロクマン」氏等ノ主張スルカ如キ反對ノ見解ハ我民事訴訟法ノ解釋トシテ探ルコトヲ得サルヘシ(四六二條二項乃至三項、民訴案四九五條二項)又抗告人及相手方ハ事件ノ關係ヲ明瞭ナラシムルカ爲ニ口頭辯論ノ終結迄新事實及新證據方法ヲ提出スルコトヲ得(四五八條、民訴案四九一條)但裁判所カ口頭辯論終結後尙書面上ノ陳述ヲ命シタルトキハ口頭辯論終結後ト雖新事實及新證據方法ヲ提出スルコトヲ妨クス第二〇九條及二一四條ノ規定ハ第四五八條ニ規定セル權利ニ付適用ナキモノナリ(3)抗告裁判所ハ口頭辯論ヲ開始シタルトキハ一般ノ法則ニ隨テ證據調ヲ爲ス但下級裁判所ニ於テ疏明ニ關スル手續ニ依リ裁判ヲ爲スヘキ場合ニ在テハ抗告裁判所ニ於テ亦斯ル手續ニ依テ證據調ヲ爲スコトヲ辯論ヲ開始セザルトキハ反之證據調ヲ爲スコトヲ得ス唯訴訟記録ニ基キ裁判ヲ爲スヘキノ蓋斯ル場合ニ於テハ民事訴訟法第一編第三章第一節ニ規定セル法則ノ適用ナキヲ以テナリ抗告裁判所ハ以上略述シタルカ如キ調査ヲ爲シタル後決定ノ形式ヲ以テ抗告ノ適否及其當否ニ付裁判ヲ爲ス(四六三條、四六四條、民訴案四九六條、四九七條)蓋抗告手續ニ於テハ必要的口頭辯論ナキヲ以テナリ故ニ口頭辯論ニ基キテ抗告ニ付裁判ヲ爲ストキハ之ヲ言渡シ然ラサルトキハ之ヲ送達シ若相手方カ抗告手續ニ干與シタルトキハ尙之ニ對シ裁判ヲ送達セサルヘカラス(二四五條)又抗告裁判所ハ抗告ヲ理由アリト認メタル裁判ヲ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通知スヘシ(四六四條二項、民訴案四九七條二項)而シテ抗告裁判所ハ裁判ヲ爲スニ際シ抗告ノ申立ノ範圍ヲ超越スルコト能ハスト雖抗告人ノ主張セサル理由ヲ斟酌スルコトヲ得ルヤ言フ俟タス抗告ノ費用ニ關シテハ第七二條七七條及七八條ノ規定ニ據ル又訴訟記録ノ返還ニ關シテハ法律上明文ナシト雖事物ノ性質上當然第四三一條第二項ノ準用ニ依リ抗告裁判所ヨリ下級裁

- 判所ニ反逆スヘキモノナルヘシ
- (2) 抗告ヲ抗告裁判所ニ提起シタル場合、抗告人カ急迫ナル場合トシテ抗告ヲ直ニ抗告裁判所ニ提起シタルトキ、抗告裁判所ハ前示(乙)ニ於テ說明シタル法則ニ從ヒ抗告ニ付裁判ヲ爲ス但抗告裁判所ハ事件ヲ急迫ナラスト認ムルトキハ抗告ヲ其目的タル裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ裁判長ニ送付シ不適法トシテ之ヲ棄却セザルコト前通ノ如シ(四六一條、民訴案四九〇條)

附言 再抗告及附帶抗告

(一) 再抗告 抗告裁判所カ抗告ニ付爲シタル終局的裁判ニ對シテハ抗告人カ不服ヲ申立ツルコトヲ得サルヲ原則トス是我民事訴訟法ニ於テハ獨逸民事訴訟法ニ於ルト同ク法律保護ノ目的ヲ達スルカ爲ニハ同一ノ事件ニ付第一審裁判所及第二審裁判所ニ於テ裁判ヲ受クルノ權利ヲ當事者ニ認ムルヲ以テ足レリト爲シタルニ依ル然レトモ例外トシテ抗告裁判所ノ裁判ニ對シ其裁判ニ因リ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生シタルトキニ限リ抗告ヲ爲スコトヲ許ス此抗告ヲ法學上再抗告ト謂フ而シテ此抗告ハ上級抗告ニ非シテ反テ一ノ單獨ナル抗告ナリ換言スレハ抗告裁判所ノ裁判ニ對スル再抗告ハ從前ノ抗告ニ關係ナクシテ新ニ裁判所ノ裁判ニ對シテ爲ス第一ノ抗告ナリ是即法タル獨逸民事訴訟法ノ法意ニ依リ明白ナル處ナリ故ニ再抗告ハ獨立ノ上訴方法ニ非シテ單ニ抗告裁判所ノ裁判ニ對スル抗告タルニ過キス(四五六條、更ニ抗告ヲ……)隨テ前述シタル抗告ノ要件、抗告權ノ喪失、抗告ノ内容、抗告ノ效力及抗告ノ手續ニ關スル法則ハ法律上別段ノ定ナキ場合ニ於テハ再抗告ニ付適用アルモノナリ仍テ左ニ再抗告ニ關スル特別ノミヲ略述スルニ止ムヘシ

- (1) 裁判所 抗告裁判所ノ裁判ニ對スル抗告ニ付テハ直近ノ上級裁判所カ裁判ヲ爲ス故ニ地方裁判所カ抗告裁判所ナルトキハ控訴院カ、又控訴院カ抗告裁判所ナルトキハ大審院カ抗告ニ付裁判ヲ爲ス而シテ控訴院カ再抗告ニ付裁判ヲ爲シタル場合ニ於テハ之ニ依リ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生シタルトキニ當事者ハ大審院ニ對シテ更ニ抗告ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ニ關シテハ獨逸新民事訴訟法第五六八條第四項ノ規定ノ如キ再抗告ニ付テノ裁判ニ對シテハ更ニ抗告ヲ爲スコトヲ得サル旨ノ法則ナキ我民事訴訟法ノ解釋トシテ積極的ニ論結スルヲ正當ト謂ハサルヲ得ス蓋民事訴訟法及裁判所構成法ノ規定ニ於テ四審級ニ於ル法律保護ノ請求ヲ禁止スル旨ノ明文ナキノミナラス元來再抗告ハ其性質上新ナル第一ノ抗告トシテ法律上之ヲ取扱フヘキモノナルヲ以テ審級ヲ重スルコトハ外觀的事實タルニ止リテ法律上ノ意味ヲ有スルモノニ非サレハナリ然レトモ我大審院ハ消極的ニ論結シタリ(四五六條、民訴案四八八條)

(2) 要件 再抗告ノ許可ニ關シテ之ヲ言ヘハ再抗告ハ抗告人及抗告裁判所ノ裁判ニ依テ利益ヲ被ル相手方カ之ヲ爲スヲ得ルコト抗告ハ前通ノ如ク當事者及第三者カ之ヲ爲スヲ得ルコトニ同シ故ニ下級裁判所ノ裁判ニ對シテ抗告ヲ爲サザリシ相手方ハ再抗告ノ形式ニ依テ該抗告ヲ爲スコトヲ得ス又下級裁判所ノ裁判ヲ認可シタル裁判ニ對シテハ相手方ハ抗告ヲ爲スコトヲ得ス(主觀的的要件)又再抗告ハ抗告裁判所ノ爲シタル裁判ニシテ法律上抗告ヲ爲スコトヲ得ヘキ者ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得故ニ法律上不服ヲ申立ツルコトヲ得スト規定セル裁判(二四一條三項)抗告以外ノ方法ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判(七四四條)及終局的決定ニ對スル再抗告ト共ニ攻撃スルコトヲ得ル中間的決定即抗告手續ノ進行中ニ爲シタル決定ニ對シテハ再抗告ヲ爲スコトヲ得ス(客觀的的要件)再抗告ノ

方式ニ關スル要件ニ付之ヲ言ハハ再抗告ハ抗告ノ提起ト同一ノ方式ニ從テ之ヲ爲スヲ要スコト抗告
ニ同シ、再抗告ノ期間ニ關スル要件ニ付之ヲ言ハハ抗告ヲ棄却シタル裁判ニ對シ、再抗告ヲ爲スヘ
キ場合ニ在テハ抗告カ即時抗告ナルヤ否ヤニ依テ再抗告カ即時抗告ナルヤ否ヤヲ定ム故ニ第一ノ抗
告カ即時抗告ナルトキハ即時抗告ニ關スル法則ニ依リ七日ノ不變期間内ニ再抗告ヲ提起スルコトヲ
要ス抗告ヲ認可シタル裁判ニ對シ再抗告ヲ爲スヘキ場合ニ在テハ斯ル裁判ニ對スル裁判ノ種類ニ從
テ再抗告ノ種類ヲ定ム故ニ下級裁判所ノ裁判ヲ變更シタル抗告裁判所カ訴訟手續ノ中止ヲ拒ミ裁判
ナルトキハ再抗告ハ即時抗告ニ關スル法則ニ依テ之ヲ提起スルコトヲ要ス又再抗告ノ理由ニ關スル
要件ニ付之ヲ言ハハ再抗告ハ抗告裁判所ノ裁判ニ因テ新ナル獨立ハ抗告理由ヲ生シタルトキニ限リ
之ヲ許ス者ナリ(四五六條二項、民訴案四八八條二項)抗告裁判所ノ裁判ニ因テ生シタル新ナル抗告
理由トハ前審裁判ノ内容ニ於テ包含セラレサル抗告理由ナリ故ニ抗告裁判所ノ裁判カ下級裁判所ノ
裁判ト其内容ヲ同ウスルトキハ再抗告ヲ爲スコトヲ得ヌ例之抗告ヲ理由ナシテ棄却シタル裁判ニ
對シテハ再抗告ヲ爲スコトヲ得サルカ如シ又抗告裁判所ノ裁判ニ因テ生シタル獨立ハ抗告理由トハ
抗告裁判所ノ裁判カ其内容ニ從ヒ當然抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルヲ得ヘキコト宛第一審ノ裁判トシ
テ抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルカ如クナラサルヘカラサルヲ謂フ故ニ第一審ノ裁判ニ
對シ抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ヘキ事情ハ再抗告ヲ許スニ足ラサルモノナリ例之訴訟上ノ
救助ヲ拒ミタル第一審ノ裁判ヲ廢棄シ之ヲ付與シタル抗告裁判所ノ裁判ニ對シテハ檢事ニ非ナル者
カ再抗告ヲ爲スコトヲ得サルカ如シ(一〇二條一項)如此再抗告ノ提起ニ付特別ノ要件ヲ要スルハ蓋
擧逸民事訴訟法理由書ニ表示セルカ如ク二箇ノ内容ヲ同ウスル裁判アリタル場合ニ於テハ再抗告ヲ

許サルノ法意ニ出テタルモノナリ故ニ四五六條第二項ニ所謂「抗告裁判所ノ裁判ニ因リ新ナル
獨立ハ抗告理由ヲ生シタルトキ」ハ獨逸多數ノ學者ノ主張スルカ如ク二箇ノ下級裁判所ノ裁判カ其
内容即效力及範圍ヲ同ウセサルトキ」ト同義ナリト謂フコトヲ得ヘシ是ヲ以テ第一ニ抗告ヲ不適法
トシテ棄却シタル抗告裁判所ノ裁判ニ對シテハ再抗告ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ何トナレハ斯ル裁
判ハ前審ノ裁判ヲ認可シタルモノニ非シテ反テ訴訟上ノ欠缺ノ爲ニ實體上ノ調査ヲ拒ミタルモノ
ナリ隨テ内容ヲ同ウスル二箇ノ下級審ノ裁判アリト云フコト能ハサレハナリ換言スレハ抗告裁判所
ノ裁判ニ於テ當然新ニシタ且四五五條(一)申請却下(二)ニ從ヒ獨立ナル抗告理由存スレハナ
リ而シテ斯ル再抗告ニ付管轄權ヲ有スル裁判所カ再抗告ヲ理由アリト認メタルトキハ前審ノ裁判ヲ
廢棄シ且抗告ニ關スル裁判ヲ前審裁判所ニ委任スルヲ適當トス(四六四條第二)抗告ヲ理由ナシト
シテ棄却シタル裁判ニ對シテハ其裁判カ抗告裁判所ノ裁判ト其理由ヲ異ニスルト否ト、隨テ相手方
ノ提出シタル新事實及新證據方法ニ根據シタルト否ト、失當ナル事實ヲ憑據シタルト否ト又實體
法ノ法則ニ違背シタルト否トノ區別ヲ問ハス再抗告ヲ爲スコトヲ得ヌ何トナレハ裁判ノ理由ハ抗告
裁判所ノ裁判ニ必要ナルカ故タルモノナラス斯ル裁判アリタル場合ニ於テハ内容ヲ同ウスル二箇
ノ下級審ノ裁判アルヲ以テナリ換言スレハ抗告裁判所ノ裁判ニ於テ新ナル抗告理由存セザレハナリ
又抗告裁判所ノ裁判カ下級裁判所ノ裁判ノ一部ト其内容ヲ同ウスルトキハ其部分ニ付再抗告ヲ爲ス
コトヲ得ヌ例之地方裁判所ニ於テ訴訟費用ヲ金二百圓ト確定シタル決定ニ對スル抗告ニ因リ控訴院
カ之ヲ百五十圓ト確定シタルトキハ抗告人ハ減額五十圓ニ付其目的ヲ達スルカ爲ニ再抗告ヲ爲スコ
トヲ得サルカ如シ反之抗告ヲ理由ナシトシテ棄却シタル裁判カ抗告人ニ對シ第一審ノ裁判ニ比シテ

不利益ナル内容ヲ有スルトキハ、抗告人ハ再抗告ヲ爲スコトヲ得例之抗告裁判所カ申請ヲ不適法トシテ棄却シタル裁判ニ對スル抗告ニ付申請ヲ適法ナリト認メタルモ其理由ナキノ故ヲ以テ棄却ノ裁判ヲ爲シ若クハ反對ニ申請ヲ理由ナシトシテ棄却シタル裁判ニ對スル抗告ニ付申請ヲ不適法ナリト認メラ棄却ノ裁判ヲ爲シ又ハ費用ノ賠償及罰金ヲ言渡シタル裁判ニ對スル抗告ニ付下級裁判所カ其裁判ノ憑據トシタル第二ノ辯論期日ニ出頭セサルノ事實ニ非スシテ反テ第一ノ辯論期日ニ出頭セサルノ事實ニ依リ棄却ノ裁判ヲ爲シタルトキハ、抗告人ハ再抗告ヲ爲スコトヲ得何トナレハ斯ル場合ニ於テハ抗告裁判所ノ裁判ハ下級裁判所ノ裁判ヲ廢棄シ之ト論決ヲ同ウスル新ナル裁判ノ在ルニ過キス隨テ内容ヲ同ウスル二箇ノ下級裁判所ノ裁判アリト云フコト能ハサレハナリ又抗告棄却ノ裁判ニ付重要ナル訴訟手續ニ關スル違法アルトキハ、抗告人ハ再抗告ヲ爲スコトヲ得例之抗告裁判所カ規定ニ從ヒ構成セラレザリシトキ、法律ニ依リ職務ノ執行ヨリ除斥セラレタル刑事裁判ニ參與シタルトキ、抗告裁判所カ管轄權ヲ有セザルトキ、當事者ノ提出シタル新事實及新證據方法ヲ斟酌セザルトキ、抗告理由ノ判斷ヲ爲サザリシトキハ、抗告人ハ再抗告ヲ爲スコトヲ得何トナレハ斯ル場合ニ於テ單ニ意義ヲ同ウスル二箇ノ下級裁判所ノ裁判アルニ止レハナリ「フツチング」氏ハ舊版ノ著書ニ於テ訴訟手續ノ違背ヲ再抗告ノ理由トスルニ適セサルモノト主張シ又「ブラント」氏ハ再抗告ノ理由ヲ分テ抗告裁判所ノ手續ニ於ル抗告理由ト、抗告裁判所ノ裁判ノ内容ニ於ル抗告理由トセリ」第三ニ抗告ヲ理由アリト認メ前審ノ裁判ノ變更アリタルトキハ、抗告人ハ再抗告ヲ爲スコトヲ得然ナリト雖相手方ハ再抗告ヲ爲スコトヲ得何トナレハ斯ル場合ニ於テハ内容ヲ同ウスル二箇ノ下級裁判所ノ裁判ナキヲ以テナリ但抗告裁判所裁判ノ内容ニ從ヒ相手方カ抗告權ヲ有セザルトキハ此限ニ在ラス

例之相手方ハ期日ノ指定ヲ命シタル抗告裁判所ノ裁判、假差押ヲ命シタル抗告裁判所ノ裁判ニ對シ再抗告ヲ爲スコトヲ得ナルカ如シ而シテ抗告裁判所カ下級裁判所ノ裁判ヲ變更スルニ際シ抗告人ニ訴訟費用ノ全部又ハ一部ヲ負擔セシメタルトキハ、抗告人ノ爲ニ再抗告ノ理由ヲ發生スルモノナリ然レトモ第八二條ノ適用ニ依リ再抗告ヲ爲スコトヲ得ス

(二) 附帶抗告 相手方(被抗告人)ハ附帶抗告ヲ提起スルコトヲ得ルヤ否ヤハ學者間ニ爭アル問題ナリ「ガウプ」「ゾキフニルド」氏等ハ附帶控訴及附帶上告ニ關スル法則ノ準用ニ根據ヲ設ケ相手方ハ自己ノ利益ノ爲ニ抗告ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル裁判ノ變更ヲ目的トスル附帶抗告ヲ提起スルコトヲ得而シテ違ハ殊ニ訴訟費用額確定手續ニ實用アルモノナリト主張シ又「ブラント」「ストロツクマン」氏等ハ反之抗告ハ唯不服アル裁判ヲ爲シタル裁判所又ハ裁判長ヲ攻擊スルノミニシテ相手方ヲ攻擊スルモノニ非ス換言スレバ抗告ハ他ノ上訴ト異ニシテ片面的性質ヲ有スルモノナルヲ以テ相手方ハ假令民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ抗告裁判所ニ於テ審訊セラルトキト雖(四六二條)附帶抗告ヲ爲スコトヲ得スト主張シタル余輩ハ後說ヲ正當ト認ム而シテ抗告ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ抗告人ノ不利益ニ變更スルノ裁判ヲ爲スハ當事者訴訟專行主義(不干涉審理主義)ノ法則上許サズ所ニ非サルヲ以テ抗告人カ不服ヲ申立テタル裁判ニ付不服アル相手方ハ獨立の抗告ヲ提起セサルヘカラス此場合ニ於テハ抗告裁判所ハ二箇ノ抗告ニ付併合審理ヲ爲スコトヲ得ルヤ言フ俟タス

第四編 再審

緒言

(一) 再審ノ本質及意義。單ニ外觀ノミヲ備フル判決(例之判決ノ原本ニ裁判ヲ爲シタル判事ノ署名、捺印ナキ判決、當該裁判所ニ非サル官廳其他一私人カ裁判權ヲ濫用シテ爲シタル判決、我帝國ノ司法權ノ下ニ立タル人ニ對シテ爲シタル判決、當事者能力ナキ者ニ對シテ爲シタル判決ノ如キ)及法律上執行ヲ許サス又ハ執行スルコトヲ得サル内容ヲ有スル判決ハ法律上無効ナルヲ以テ斯ル判決ノ效力除去ヲ目的トスル法律保護ノ方法ヲ當事者ノ爲ニ認ムルノ必要ナシ斯ル判決ニ對シテハ當事者ハ何時ニテモ消極的確認ノ訴又ハ強制執行上ノ異議ヲ以テ有效ニ之カ當否ヲ爭フコトヲ得可シ反之法律上有效ニシテ且確定シタル終局判決ニ對シテハ其效力トシテ爾後當事者ハ之カ當否ヲ爭フコトヲ得サルヲ原則トス然レトモ重要ナル訴訟法規ノ違背及當事者ノ實體的權利ノ侵害アル場合ニ於テハ例外トシテ當事者ノ爲ニ確定判決ノ效力ヲ除去シ且訴訟手續ノ再施ヲ許スヲ正當トス我民事訴訟法及獨逸民事訴訟法ニ於テ再審ナル制度ヲ設ケタル立法上ノ理由ハ即茲ニ存ス是ヲ以テ再審ハ當事者ヲシテ其不服アル確定判決ノ效力ヲ除去シ且之ニ依テ終結シタル訴訟手續ノ再施ヲ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所ニ求ムルコトヲ得セシムル訴訟的法律保護ヲ求ムルノ方法ナリト云ハサルヲ得ス故ニ再審ハ上訴ト異ニシテ上級裁判所ニ之ヲ申立ツルモノニ非スシテ不服アル裁判ヲ爲シタル裁判所ニ申立ツルモノニシテ又通常ノ訴ト異ニシテ其原因ニ法定ノ制限アルモノナリ(四六七條、四七二條、四六八條、四六九條、民事訴訟法五〇〇條、五〇五條、五〇一條、五〇二條)

(二) 再審ノ種類及要件。我民事訴訟法ハ獨逸民事訴訟法ト共ニ主トシテ普國民民事訴訟法草案ニ於テ採用シタル立法例ニ則リ再審ノ類ニ於テ取消ノ訴及原狀回復ノ訴ヲ規定シタリ(獨逸普通法ハ取消ノ訴及原狀回復ノ訴ニ類似スル訴ヲ非常上訴トシ又普國民民事訴訟法草案ハ之ヲ上訴トシタリ)是畢竟

此二者ハ何レモ確定判決ニ對スル不服申立方法ニシテ又殆同一ノ訴訟法規ニ依ルコトヲ得ヘキモノナルカ故ニシテ其性質ヲ全然同クスルカ爲ニ非ス取消ノ訴ハ重要ナル訴訟法規ノ違背ヲ原因トシ又原狀回復ノ訴ハ當事者ノ實體上ノ權利ノ侵害ヲ原因トスルモノニシテ獨逸ノ普通法ニ所謂(der quereinstimmung mit dem geltenden Recht)及(Der in integrum restitutio)ニ該當ス民訴案ニ在ラハ取消訴訟及再審訴訟ト題シ現行法ノ所謂原狀回復ノ訴ヲ再審ノ訴ト改稱シタリ蓋原狀回復ノ文意ハ其實質ニ兩ハサルヲ以テナリ再審ノ訴ハ上訴殊ニ控訴及上告ト同ク終局判決ヲ攻擊シ且之ニ代ルヘキ適當ノ判決ヲ受クルコトヲ目的トス故ニ再審ノ訴ニハ上訴ト同ク適法要件ト有效要件ノ二種アルヤ當然ナリ適法要件トハ再審ノ訴ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル事件ニ付事實上ノ調査ヲ爲スニ必要ナル前提要件ニシテ其ノ一ヲ缺クトキハ再審ノ訴ヲ不適法トシテ棄却スヘキモノナリ(四七六條、四七八條、民訴案五一〇條)又有效要件トハ再審ノ訴ヲ是認ハル裁判ヲ爲スニ必要ナリ前提要件ニシテ之ヲ缺クトキハ再審ノ訴ヲ理由アリトシテ棄却スヘキモノナリ

(三) 再審ノ訴提起ノ效力。再審ノ訴ハ之ニ依テ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所ノ管轄ニ屬スルヲ以テ移審ノ效力ヲ發生スルコトナク(四七二條)又再審ノ訴ハ上訴ニ非サルヲ以テ之ニ依テ不服ヲ申立テラレタル判決ノ確定ヲ遮斷シ隨テ又其執行ヲ停止スルノ效力ヲ發生セス(五〇〇條、四九八條、民訴案六三三條、二八二條)唯第五〇〇條(民訴案六三三條)ノ規定ニ從ヒ執行ノ停止ハ命スルコトヲ得ルノミ

第一章 總論

再審ノ訴ハ確定判決ヲ言渡シタル裁判所ニ對シ其裁判ノ取消ヲ求ムル方法ナリ換言スレハ確定判決ニ對シテ不服アル當事者カ斯ル判決ヲ爲シタル裁判所ニ對シテ其再施シタル訴訟手續ニ於テ該判決ノ形式及實體の當否ヲ調査シ之ヲ不當ト認メタルトキハ廢棄シタル後更ニ之ニ代ルヘキ適當ノ判決ヲ爲スヘキ旨ノ訴訟的法律保護ヲ求ムルノ方法ナリ左ニ之ヲ分説スヘシ

(一)性質 (1)再審ノ訴ハ其取消ノ訴タルト原狀回復ノ訴タルトヲ問ハス確定判決ノ取消ヲ求ムルノ方法ナリ換言スレハ管轄裁判所ニ對シ訴ノ形式ヲ以テ訴訟手續ヲ再施シ確定判決ノ當否ヲ調査シ之ヲ不當ナリト認メタルトキハ廢棄ノ上更ニ之ニ代ルヘキ適當ノ判決ヲ受クルカ爲ニ爲ス請求ニシテ民事訴訟法ニ所謂上訴ニ非ス蓋再審ノ訴ハ上級裁判所ニ對シ法律ノ保護ヲ求ムルモノニ非サレハナリ又民事訴訟法ニ所謂通常ノ訴ニモ非ス蓋再審ノ訴ハ必シモ第一審裁判所ノ管轄ニ屬スルモノニ非サレハナリ(四七二條)而シテ再審ノ訴ハ訴訟上一旦確定セル權利狀態ヲ變更スルノ效力ヲ有スル判決ヲ求ムル訴ナルヲ以テ訴訟法學上ニ所謂設定ノ訴即已存ノ權利狀態ノ變更ヲ目的トスル訴(Bewirkungsklage)ニ屬スルモノナリ如此再審ノ訴ハ當事者カ管轄裁判所ニ對シ確定判決ノ取消ヲ求ムル請求ニ他ナラサルヲ以テ再審ノ訴權ハ他ノ訴權ト同ク之ヲ形式的訴權ト實體の訴權トノ二ニ區別スルコトヲ要ス再審ノ形式的訴權トハ訴訟手續ノ再施ヲ求ムル當事者ノ權利ニシテ又再審ノ實體の訴權トハ再施シタル訴訟手續ニ於テ不服ヲ申立テラレタル確定判決ヲ取消シ之ニ代ルヘキ適當ノ判決ヲ求ムル當事者ノ權利ナリ再審ノ形式的訴權ニ關スル爭ハ之ヲ再審ノ形式若クハ再審ノ適當ノ關スル爭ト謂ヒ再審ノ實體の訴權ニ關スル爭ハ之ヲ再審ノ實體ニ關スル爭若クハ「本案ニ付テノ辯論」ノ爭ト云フ(四七九條)本案ニ付テノ

辯論民事訴訟法五一一條)故ニ再審ノ訴ニ關スル當事者ト裁判所トノ關係ヲ一言スレハ該關係ハ他ノ訴ト裁判所トノ關係ニ異ナラスト云フコトヲ得ヘシ(2)再審ノ訴ニ依テ生シタル事件ハ變更シタル事件ノ一部ナリ是再審ノ訴ハ之ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所ノ管轄ニ專屬スル所以ナリ然レトモ之レカ爲ニ再審ノ訴ニ依テ更新セラルル手續ハ故障ノ場合ニ於ルカ如ク故障ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル裁判ニ依テ終結セラレタル辯論ノ一部ト爲ラシテ反テ控訴ノ場合ニ於ルカ如ク不服ヲ申立テ範圍内ニ於テ更ニ爲スヘキ辯論ナリ(四七二條、四七九條、民事訴訟法五〇五條、五一一條)故ニ再審以前ニ於テ施行セラレタル手續ト再審ニ依テ更新セラレタル手續トノ關係ヲ一言スレハ這ハ控訴ニ於ル手續ニ同シト云フコトヲ得ヘシ(3)當事者ノ双方カ同種ノ再審ノ訴ヲ以テ同一ノ判決ニ對シ不服ヲ申立テタルトキハ裁判所ハ兩訴ヲ併合スルコトヲ得(二〇條)反之當事者ノ一方又ハ雙方ヨリ異種ノ再審ノ訴即取消ノ訴又ハ原狀回復ノ訴ヲ提起シタルトキハ裁判所ハ職權ヲ以テ取消ノ訴ニ付テノ裁判確定スルニ至ル迄原狀回復ノ訴ニ付テノ辯論及裁判ヲ中止スルコトヲ要ス是原狀回復ノ訴ハ取消ノ訴ニ比シ其效力ノ範圍小ナルノミナラス前者ハ訴訟法上適法ナル確定判決ノ存在ヲ前提トスルモノナルヲ以テ取消ノ訴ニシテ裁判所ノ是認スル所トナラハ原狀回復ハ其目的ノ欠缺スルニ至ルヲ以テナリ斯ル中止ノ決定ハ口頭辯論ノ後ニ之ヲ爲スコトヲ要シ又之ニ對シテハ抗告ヲ不服ヲ申立テラコトヲ得(一八九條)而シテ取消ノ訴ヲ是認シタル判決確定スルトキハ原狀回復ノ訴ハ目的ノ欠缺ニ因テ當然消滅シ反之取消ノ訴ヲ却下シタル判決確定スルトキハ裁判所ハ當事者訴訟專行主義ノ法則ニ從ヒ當事者ノ自立ニ因テ原狀回復ノ訴訟手續ヲ續行スルコトヲ要ス(四六七條二項、民事訴訟法五〇條二項)故ニ再審ノ訴ノ關係ヲ一言スレハ同種ノ再審ノ訴ハ互ニ獨立シ異種ノ再審ノ訴ニ在テハ取消ノ訴

カ原狀回復ノ訴ニ先テ審判セラルモノト謂フ可シ
(二)目的 再審ノ訴ハ確定判決ヲ攻撃スル唯一ノ方法ナリ故ニ確定判決ノ效力ヲ受クルコトヲ欲セサル當事者ハ再審ノ訴ヲ提起シ且之ニ依テ不服ヲ申立タル確定判決ノ執行停止ノ申立ヲ爲シ其利益ヲ防禦セサルヘカラス隨テ確認ノ訴ヲ以テ確定判決取消ノ確定ヲ請求シ又ハ抗辯得タル再抗辯(一事不再理ノ抗辯ニ對スル抗辯)ヲ以テ確定判決ノ取消ヲ求ムルコトヲ得ス然レトモ法律上無効ナル判決殊ニ通常裁判所カ爲シタル宣告書ニシテ當事者間ニ在テ其請求ノ當否ヲ定ムル標準ト爲スニ足ラサルモノニ因テ利益ヲ害セラレントスル當事者ハ相手方該判決ヲ使用スルニ際シテ判決ノ成立セサル旨ノ異議ヲ提出シテ其利益ヲ防禦スルコトヲ得敢再審ノ訴ヲ提起スルコトヲ要セス何トナレハ再審ノ訴ハ法律上有效ナル判決ノ存在ヲ前提トスレハナリ又再審ノ訴ハ確定ノ終局判決ヲ攻撃スル方法ナリ故ニ再審ノ訴ハ形式の確定力ヲ有スル終局判決ヲ前提要件トス隨テ再審ノ訴ハ全然訴訟ヲ終結スル終局判決及單ニ或審ニ於テ訴訟ヲ終結スル終局判決殊ニ控訴及上告ヲ不適法トシテ又ハ理由ナシトシテ棄却スル判決及事件ヲ前審ニ差戻ス判決ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得ルヤ疑ナシ(四六七條一項、民事訴訟法五〇條一項)反之再審ノ訴ハ上訴ニ關シテ終局判決ト看做スヘキ中間判決ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得ヘキヤ否ハ頗疑アリ獨逸民事訴訟法ノ再審ノ模範タル普瀋西民事訴訟法草案ニ於テハ再審ノ訴ヲ上訴ト認メタルヲ以テ斯ル中間判決ニ對シテ獨立シテ再審ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルハ洵ニ疑ナシト雖(普民草五九二條五九四條)獨逸民事訴訟法ニ於テハ再審ノ訴ヲ上訴ト認メス故ニ斯ル中間判決ハ獨逸民事訴訟法第五七八條ノ規定ニ依リ獨立シテ再審ノ訴ヲ以テ攻撃スルコトヲ得ルヤ又ハ爾後言渡サルヘキ終局判決ニ對シテ提起スヘキ再審ノ訴ト共ニ該判決前ノ裁判トシテ之ヲ攻撃スヘキモノナル

ヤ洵ニ疑アル所ニシテ又獨逸民事訴訟法ト殆同一ナル我民事訴訟法ノ解釋トシテ洵ニ疑アル所ナリ獨逸ノ多數ノ學說ニ依レハ再審ノ訴ノ範圍ハ普瀋西民事訴訟法草案ニ於ル再審ノ訴ノ範圍ヨリ縮少セラレタルノ法意不明瞭ナルノミナラス獨逸民事訴訟法第五八三條(日四七一條民事訴訟法五〇四條)ハ不服ヲ申立タル判決前ニ同一ノ裁判所又ハ下級裁判所ノ爲シタル裁判ニ關スル不服ノ理由ハ再審ヲ求ムル訴ト共ニ之ヲ主張スルコトヲ得ル旨ヲ規定シタルニ止ルヲ以テ假令上訴ニ關シテ終局判決ト看做スヘキ中間判決カ獨逸民事訴訟法第五八三條ニ所謂裁判ニ屬ストスルモ斯ル中間判決カ上級裁判所ノ言渡シタルモノナルトキハ同條ノ適用ヲ缺ク結果獨立シテ再審ノ訴ヲ提起スルコトヲ得セシムルコトヲ要ス故ニ積極的ニ論結スルヲ正當アリト云フニ似タリ然レトモ我民事訴訟法ノ解釋トシテハ再審ノ訴ハ上訴ニ屬セラルヲ以テ上訴ニ關シテ終局判決ト看做スヘキ中間判決ハ再審ノ訴ニ關シテ終局判決ト看做スコトヲ得ス故ニ斯ル判決ニ對シテハ獨立シテ再審ノ訴ヲ以テ不服ヲ申立タルコトヲ得ス其結論スルヲ正當ナリト思惟ス(二〇七條、二二八條、四二六條、四九一條、民事訴訟法二五六條、五二五條)其他再審ノ訴ハ確定ノ席判決及關席中間判決ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得但斯ル判決ニ對シテ原狀回復ノ訴ヲ提起スル場合ニ於テハ唯第四六九條第一第二第六及第七ノ掲ケタル理由ノミヲ根據トスルコトヲ得又再審ノ訴ハ執行命令ニ對シテハ關席判決トシテ之ヲ爲スコトヲ得(三九四條、四七二條三項、民事訴訟法五〇五條二項)

(三)管轄裁判所 再審ヲ求ムル訴ノ土地及事物ノ管轄ハ不服ヲ申立タル裁判即確定判決ヲ爲シタル裁判所ニ專屬スルヲ原則トス(四七二條一項、三一條民事訴訟法五〇五條一項、三五條)是蓋再審ノ訴ニ依テ發生シタル事件ハ再審ノ訴ヲ以テ不服ヲ申立タル裁判所確定判決ニ依テ終結セタル事件ノ一部

タルニ依ル(此兩者ヲ關聯セシムルカ爲ナリト云フ學說アリ)然レトモ例外トシテ同一ノ事件ニ付下級裁判所又ハ上級裁判所ニ於テ爲シタル敍箇ノ確定判決ニ對シテ爲ス再審ヲ求ムル訴ノ土地及事物ノ管轄ハ上級裁判所ニ專屬ス(四七二條二項、三一條、民訴案五〇五條二項、三五條)是蓋下級裁判所及上級裁判所ニ於テ同時ニ再審ノ訴ニ付辯論ヲ開始スルコトヲ避クルノ法意ニ出タルモノナリ(同一ノ確定判決ニ對スル二個以上ノ再審ノ訴アリタル場合ニ於テハ第四六七條第二項ニ説明シタル法則ニ依ル)是ヲ以テ

(A) 單一第一審裁判所ノ爲シタル確定判決ノミカ存スル場合ニ於テハ再審ノ訴ハ第一審裁判所ノ管轄ニ專屬ス

(B) 控訴裁判所ノ爲シタル確定判決存スル場合ニ於テハ再審ノ訴ハ左ノ區別ニ從テ第一審裁判所又ハ控訴裁判所ノ管轄ニ專屬ス(1)控訴裁判所カ控訴ヲ不適法トシテ棄却スル旨ノ裁判ヲ爲シタルトキハ再審ノ訴ヲ以テ獨立シテ不服ヲ申立ツルコトヲ得ヘキ數箇ノ確定判決即第一審判決及控訴審判決(控訴ヲ不適法トシテ棄却スル判決)存在ス故ニ第一審判決ニ不服ノ原因アルトキハ再審ノ訴ハ第一審裁判所ノ管轄ニ專屬シ、控訴審判決ニ不服ノ原因アルトキハ再審ノ訴ハ控訴裁判所ノ管轄ニ專屬シ又第一審判決及控訴審判決ニ不服ノ原因存スルトキハ其各判決ニ對スル再審ノ訴ハ何レモ控訴裁判所ノ管轄ニ專屬ス(2)控訴裁判所カ控訴ヲ適法ト認メ第一審判決ヲ認可シテ之ヲ變更スル旨ノ裁判ヲ爲シタルトキハ控訴審判決カ第一審判決ニ代ルモノナルヲ以テ再審ノ訴ハ控訴裁判所ノ管轄ニ專屬ス但控訴ヲ以テ不服ヲ申立テサリシ第一審判決ノ一部ニ付不服ノ原因アルトキハ其部分ニ對スル再審ノ訴ハ第一審裁判所ノ管轄ニ專屬スルヤ言フ俟タス(3)控訴裁判所カ控訴ヲ適法ニシテ理由

アリト認メ事件ヲ第一審裁判所ニ差戻ス旨ノ裁判ヲ爲シ且第一審裁判所ハ差戻後新ナル判決ヲ爲シタルトキハ再審ノ訴ヲ以テ獨立シテ不服ヲ申立ツルコトヲ得ヘキ二箇ノ確定判決即控訴審判決及第一審判決存スルコト宛モ(1)ノ場合ニ同シ故ニ控訴審ノ差戻判決ニ不服ノ原因存スルトキハ再審ノ訴ハ控訴裁判所ノ管轄ニ專屬シ第一審判決ニ不服ノ原因存スルトキハ再審ノ訴ハ第一審裁判所ノ管轄ニ專屬シ又第一審判決及控訴審判決ニ不服ノ原因存スルトキハ其各判決ニ對スル再審ノ訴ハ何レモ控訴裁判所ノ管轄ニ專屬ス

(C) 上告裁判所ノ爲シタル確定判決存スル場合ニ於テハ再審ノ訴ハ左ノ區別ニ從テ下級裁判所又ハ上級裁判所ノ管轄ニ專屬ス(1)上告裁判所カ上告ヲ不適法トシテ棄却スル旨ノ裁判ヲ爲シタルトキハ再審ノ訴ヲ以テ獨立シテ攻擊スルコトヲ得ヘキ數箇ノ確定判決即控訴審ノ判決及上告審判決(若控訴審判決カ控訴ヲ不適法トシテ棄却スル裁判ナルトキハ尙第一審判決)存在ス故ニ控訴審ノ判決ニ不服ノ原因アルトキハ再審ノ訴ハ控訴裁判所ノ管轄ニ專屬シ上告審判決ニ不服ノ原因アルトキハ再審ノ訴ハ上告裁判所ノ管轄ニ專屬ス(第一審判決ニ不服ノ原因アルトキハ再審ノ訴ハ第一審裁判所ノ管轄ニ專屬ス)又控訴審判決及上告審判決ニ不服ノ原因アルトキハ其各判決ニ對スル再審ノ訴ハ第四七二條第二項ノ文理解釋ニ依レモ上級裁判所タル上告裁判所ノ管轄ニ專屬ス(二)似タリト雖モ余輩ハ單ニ法律問題ニ付調査ヲ爲スニ過キサル上告審ノ性質ニ徴シ論理解釋上斯ル再審ノ訴ハ各之ニ依テ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所ノ管轄ニ專屬スル者ト云フヲ正當ナリト信ス(2)上告裁判所カ上告ヲ適法ト認メ第二審判決ヲ認可シタルトキハ(上告ヲ理由ナシトシテ棄却シタルトキハ)再審ノ訴ヲ以テ獨立シテ攻擊スルコトヲ得ヘキ二箇ノ確定判決即控訴審ノ判決及上告

審判決存在ス故ニ上告ノ棄却ニ因テ確定シタル控訴審判決ニ不服ノ原因アルトキハ再審ノ訴ハ控訴裁判所ノ管轄ニ專屬シ上告ノ理由ナシトシテ棄却シタル上告審判決ニ不服ノ原因アルトキハ再審ノ訴ハ上告裁判所ノ管轄ニ專屬ス又控訴審判決及上告審判決ニ不服ノ原因アルトキハ其ノ各判決ニ對スル再審ノ訴ハ何レモ之ニ依テ不服ヲ申立テラレタル判決ヲ爲シタル裁判所ノ管轄ニ專屬スルヤ前述ノ如シ又上告裁判所カ上告ヲ適法ニシテ理由アリト認メ第二審判決ヲ變更スルノ裁判ヲ爲シタルトキハ再審ノ訴ヲ以テ攻撃スルコトヲ得ヘキ確定判決ハ斯ル上告審ノ判決ナリ故ニ該判決ニ不服ノ原因アルトキハ再審ノ訴ハ上告裁判所ノ管轄ニ專屬ス但再審ノ訴ノ原因カ上告審ノ判決ノ標準ト爲リタル事實ニシテ控訴審判決ニ於テ確定シタルモノニ存スルトキハ(四四六條、四六九條第三、第四第五乃至第七、民訴案五〇五條)再審ノ訴ハ不服ノ原因存スル裁判ヲ爲シタル控訴裁判所ノ管轄ニ專屬ス何トナレハ上告裁判所ハ控訴審判決ニ於テ確定シタル事實上ノ判斷ニ羈束セラレタルヲ以テ斯ル再審ノ訴ハ實體上之ヲ控訴裁判所ニ提起スヘキモノ換言スレバ控訴審判決ヲ變更シタル上告審判決ハ之ニ依テ控訴審判決ヲ全然除去セス反テ事件ニ關シ事實問題ヲ判斷シタル部分ヲ存在セシムルモノナレハナリ隨テ再審ノ訴ノ原因カ第四六八條及第四六九條第四及第五ナルトキハ上告裁判所カ再審ノ訴ニ付管轄權ヲ有スルモノト知ルヘシ(3)上告裁判所カ上告ヲ適法ニシテ理由アリト認メ控訴審判決ヲ廢棄シ事件ヲ控訴裁判所ニ差戻ス旨ノ判決ヲ爲シ且控訴裁判所カ差戻後新ニ判決ヲ爲シタルトキハ再審ノ訴ニ因リ獨立シテ攻撃スルコトヲ得ル二箇ノ確定判決即上告審判決及控訴審ノ判決存在ス故ニ上告審判決ニ不服ノ原因アルトキハ再審ノ訴ハ上告裁判所ノ管轄ニ專屬シ控訴審判決ニ不服ノ原因アルトキハ再審ノ訴ハ控訴裁判所ノ管轄ニ專屬ス又控訴審判決及上告審判決ニ不服ノ原因

アルトキハ其各判決ニ對スル再審ノ訴ハ何レモ之ニ依テ不服ヲ申立テラレタル判決ヲ爲シタル裁判所ノ管轄ニ專屬スルヤ前述ノ如シ然リ而シテ數箇ノ一分判決ハ再審ノ訴ニ於テハ之ヲ獨立シタル終局判決トシテ取扱フヘキモノナルコト上訴ニ於ル場合ト異ナルノ理ナシ故ニ甲一分判決ニ對スル再審ノ訴ニ付テノ管轄、乙一分判決ニ對スル再審ノ訴ニ付テノ管轄ト相屬ルルコトナク又第一審ノ甲一分判決及第一審ノ乙一分判決ニ對スル第二審ノ判決ニ不服ノ原因アルトキハ其各判決ニ對スル再審ノ訴ハ何レモ之ニ依テ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所ノ管轄ニ專屬スルモノナリ督促手續ニ依テ區裁判所ノ爲シタル執行命令ニ對シテ爲ス再審ノ訴ハ支拂命令ニ對シテ異議ノ申立アリタル場合ニ於テ訴訟ニ付管轄權ヲ有スル裁判所ノ管轄ニ專屬スルモノナリ(四七二條三項、三九〇條、三九一條、民訴案五〇五條)再審ノ訴カ區裁判所ノ管轄ニ專屬シ且其ノ不服ノ原因カ第四六八條第二及第四六九條第一ニ掲ケタルモノナルトキハ當該區裁判所ノ判事カ再審ノ訴ニ付裁判ヲ爲スヲ得タルコトアリ斯ル場合ニ於テハ再審ノ訴ハ裁判所構成法第一〇條第一ニ從テ定リタル管轄裁判所ノ管轄ニ專屬スルモノナリ又第四七二條ノ規定ニ從テ再審ノ訴ニ付管轄權ヲ有スル裁判所カ法律構成ノ變更ニ依テ廢棄セラレタルトキハ再審ノ訴ハ斯ル裁判所ノ管轄區域ヲ管轄スル裁判所即法律上斯ル裁判所ニ代リタル裁判所ノ管轄ニ專屬シ又若第四七二條ノ規定ニ從テ再審ノ訴ニ付管轄權ヲ有スル裁判所カ裁判所構成ノ變更ニ依テ廢止セラレ且其ノ管轄區域カ數箇ノ裁判所ニ分割セラレタルトキハ再審ノ訴ハ訴訟ノ裁判權ヲ定ムルカ爲ニ準據スヘキ場所ヲ管轄スル裁判所ノ管轄ニ專屬シ斯ル場所カ數箇アリ隨テ斯ル場所ニ依テ定ルヘキ裁判權カ數箇アルトキ若クハ合意上ノ裁判權アリ隨テ斯ル場所ト裁判權トノ關係ナキトキハ再審ノ訴ハ裁判所構成法第一〇條第二ニ從テ定ルヘキ裁

判所ノ管轄ニ專屬スルモノナリ

第二章 取消ノ訴

- (一) 取消ノ訴ノ性質 取消ノ訴ハ再審ノ一種ニシテ重要ナル法定ノ手續ニ依テ正當ニ擔保セラレサリシ確定判決ニ對スル不服申立方法ナリ故ニ取消ノ訴ハ原狀回復ノ訴ト同ク確定判決ノ廢棄ヲ目的トスレトモ之ト其本質ヲ異ニシテ原狀回復ノ訴ノ如クニ重要ナル法定ノ手續ニ依リ正當ニ擔保セラレタル確定判決ヲ條理ニ基キ即確定判決カ判事、當事者、其代理人、證人若クハ鑑定人ノ判決上處罰スヘキ行為ニ根據シ又ハ新ナル調査ヲ正當ナラシムル情況ノ存セルカ爲ニ手續ヲ再施シ以テ確定判決ヲ廢棄スルコトヲ目的トセス換言スレバ取消ノ訴ハ確定判決ノ内容ニ關係ナキ形式上ノ欠缺(訴訟手續ノ欠缺)ヲ原因トシ原狀回復ノ訴ハ實體上ノ欠缺(確定判決ノ内容ニ影響ヲ及スヘキ情況)ヲ原因トス又取消ノ訴ハ原狀回復ノ訴ト異ニシテ當事者雙方ヨリ之ヲ提起スルコトヲ得後者ハ唯其原因タル實體上ノ欠缺ニ因テ損害ヲ受タル當事者カ之ヲ提起スルコトヲ得ルノミ
- (二) 取消訴權ノ行使 取消訴權ヲ行使スルト否トハ當事者ノ自由ニ決スル所ナリ然レトモ取消訴權ヲ行使セントスル當事者ハ上訴權ノ行使ニ於ルト同ク法律上一定セル適法要件ヲ具備スルコトヲ要シ而シテ此要件ニハ上訴ノ要件ニ於ルト同ク三種アリ取消ノ訴ヲ許スヘキコト、取消ノ訴カ法定ノ方式ニ從ヒタルコト及取消ノ訴カ法定ノ期間内ニ提起セラレタルコト即是ナリ此要件ノ存否ハ何レモ裁判所カ職權ヲ以テ調査スヘキモノナリ(四七六條、四七八條、民訴案五一〇條)
- (1) 取消ノ訴ノ許可ニ關スル要件 取消ノ訴ハ之ヲ當事者カ法律上一定ノ場合ニ於テ確定ノ終局判決ニ

對シ通常其確定ノ日ヨリ起算シテ五箇年ノ滿了前ニ提起シタルトキニ限リテ許スヘキモノト爲ル

(四六七條一項、四六八條、四七四條三項、民訴案五〇〇條一項、五〇一條、五〇七條)

- (甲) 主觀的要件 取消ノ訴ハ法律上別段ノ制限ナキヲ以テ當事者雙方カ獨立シテ之ヲ提起スルコトヲ得故ニ當事者雙方ハ規定ニ從ヒ判決裁判所ヲ構成セサルコト及判事カ忌避セラレ且忌避ノ申請ヲ理由アリト認メタルニモ拘ラス裁判ニ參與シタルコトヲ理由トスル場合ニ於テハ曩ニ上訴若クハ故障ヲ以テ判決ノ失當ナルコトヲ主張シ得ヘカヲサリシトキニ限リテ取消ノ訴ヲ提起スルコトヲ得又法律ニ依リ職務ノ執行ヨリ除斥セラレタル判事カ裁判ニ參與シタルコト及訴訟手續ニ於テ原告若クハ被告カ法律ノ規定ニ從ヒ代理セラレサリシコトヲ理由トスル場合ニ於テハ斯ル制限ナク取消ノ訴ヲ提起スルコトヲ得(四六八條二項、民訴案五〇一條二項)而シテ斯ル制限アル理由ハ畢竟前者ノ場合ニ於テハ其不服ノ理由ハ之ヲ當事者カ判決言渡ノ際ニ容易ニ知ルコトヲ得ヘク又ハ知ルコトヲ得サルヘカヲサルモノナルヲ以テ又後者ノ場合ニ於テハ其不服ノ理由ハ之ヲ當事者カ判決確定後ニ始テ知ルコトヲ得ヘキモノナルヲ以テ前者ノ場合ニ於テハ當事者カ上訴若クハ故障ヲ以テ不服ヲ主張シ得ヘカヲサリシトキ則其ノ過失ニ非スシテ取消ノ原因ヲ知ラナリシカ爲ニ適法ニ上訴若クハ故障ヲ爲スコトヲ妨ケラレタルニ非サルコトハ取消ノ訴ヲ許スニ必要ナキニ在リ又取消ノ訴ハ申付タル當事者及其水繼人カ之ヲ提起スルコトヲ得ルハ勿論ナリト雖從タル當事者即從參加人ハ之ヲ提起スルコトヲ得ス(五六條四項)推理其他尙取消ノ訴ヲ提起スル權利ヲ有スル當事者ニ關シテハ控訴提起ノ權利ヲ有スル當事者ノ説明ヲ參照ス可シ
- (乙) 客觀的要件 取消ノ訴ハ法律上一定ノ場合ニ於テ確定ノ終局判決ニ對シ通常其確定ノ日ヨリ起

算シテ五箇年ノ満了前ニ提起シタルトキニ限り許スヘキモノト爲ル故ニ(4)取消ノ訴ハ法律上一定ノ場合即第四六八條(民事訴訟法第五〇一條)ニ規定セル取消ノ原因存スル場合ニ非サレハ之ヲ許サズ其原因ノ第一ハ規定ニ從ハサル判決裁判所即裁判ヲ爲シタル裁判所ノ構成ノ違法四六八條第一、四三六條第一ノ說明參照第一ハ法律上職務ノ執行ヨリ除斥セラレタル判事ノ裁判ノ參與四六八條第三、四三六條第三、四三六條第二ノ說明參照第三ハ有效ニ忌避セラレタル判事ノ參與(四六八條第三、四三六條第三)第四ハ原告若クハ被告カ裁判ノ基本ト爲リタル訴訟手續ニ於テ法律ノ規定ニ從ヒ代理セラレナリシコト即是ナリ(四六八條第四、四三六條第五ノ說明參照)而シテ第二ノ原因ニ關シテ注意スヘキハ當事者カ忌避ノ申請又ハ抗告ヲ以テ除斥ノ理由ヲ主張シタルモ其外ナキトキ即忌避ノ申請ヲ不當ナリトスル決定カ確定シタルトキハ其效力トシテ除斥ノ理由ヲ主張シタル當事者ハ勿論其相手方モ第二ノ原因ヲ以テ取消ノ訴ヲ提起スルヲ得サルコト是ナリ(四六八條第二)……申請又ハ上訴(抗告)當事者カ控訴及上告ヲ以テ除斥ノ理由ヲ主張シタルモ其效ナキトキ即確定シタル控訴判決若クハ上告判決ノ理由ニ依リ除斥ノ原因ナキコトハ明白ナルトキモ亦然リ蓋斯ル判決ニ於テ除斥ノ原因ノ否認ハ忌避ノ申請却下ノ裁判ト同一ノ效力ヲ有スレハナリ隨テ當事者カ除斥ノ理由ヲ忌避ノ申請若クハ上訴ヲ以テ主張スルコトヲ得ヘカリシ事情ハ毫モ第二ノ原因ニ基テ取消ノ訴提起ノ妨ト爲ラス(四六八條「……上訴」)又第四ノ原因ニ關シテ注意スヘキコトハ訴訟開始ノ期日呼出モ茲ニ所謂訴訟手續ニ屬スルヲ以テ期日呼出狀カ被告又ハ其法定代理人ニ送達セラレサル場合又ハ偽稱代理人ニ送達セラレタル場合ニ於テ訴訟手續ニ有效ニ代理セラレナリシ被告ニ對シ言渡サレタル判決若クハ闕席判決(現實ニ送達ヲ受ケタル人カ期日ニ出頭シタルト否トニ拘ラス)ニ對シ當事者カ取消ノ訴ヲ爲ス

ヲ得ルコト是ナリ偽稱代理人カ一旦期日ニ出頭シタルカ爲ニ續行期日ノ呼出ヲ爲ササルニ因テ(一六一條)言渡サレタル闕席判決ニ對シテ亦然リ但訴訟能力ヲ有セサル當事者又ハ偽稱代理人ノ相手方カ代理ノ欠缺ヲ主張シ且此點ニ付裁判アリタルト否トハ取消ノ訴ノ許可ニ付影響スル所ナシ蓋判決ハ有效ニ代理セラレナリシ當事者ニ對シテ其效力ヲ及スモノニ非サレハナリ然レモ真正ノ代理人カ錯誤ノ呼出アリタルニモ拘ラス期日ニ出頭シタルトキハ此限ニ在ラス何トナレハ斯ル場合ニ於テハ代理ノ欠缺アリト云フコト能ハサレハナリ如此取消ノ訴ハ法定ノ原因ニ依リニ非サレハ之ヲ提起スルコトヲ得サルハ蓋公益上確定判決ニ依リ確定セル權利狀態ノ安全ヲ確保シ極テ重要ナル訴訟手續ノ違背アルニ非サレハ確定判決ノ效力ヲ動スコト能ハサラシムルノ注意ニ出テタルモノナリ隨テ管轄違無訴權等ノ原因ニ基キ取消ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヌ又取消ノ原因ハ確認ノ訴又ハ抗辯若クハ再抗辯ヲ以テ之ヲ主張スルコトヲ得ヌ何トナレハ斯ル主張ハ再審ノ訴ニ關スル特別殊ニ專屬管轄ノ法則ヲ無視スルニ至ルヲ以テナリ(四七二條(6)取消ノ訴ハ確定ノ終局判決ニ對シテ之ヲ爲ス故ニ取消ノ訴ハ上級審判決タルト下級審判決タルト問ハヌ又闕席判決タルト對席判決タルト問ハヌ上訴ニ關シ終局判決ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得闕席判決ト同視ス可キ執行命令ニ對シテ亦然リ然レトモ上訴ニ關シ終局判決ト看做ス可キ中間判決ニ對シテハ反之獨立シテ取消ノ訴ヲ提起スルヲ得サルコト前述ノ如シ(二章)ノ說明參照四六七條、民事訴訟法五〇一條)然レトモ取消ノ訴ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル判決前ニ同一ノ裁判所又ハ下級ノ裁判所ニ於テ爲シタル裁判ニ關スル不服ノ理由ハ不服ヲ申立テラレタル判決カ裁判ニ根據スルトキ即因果ノ關係存スルトキニ限リテ取消ノ訴ト共ニ之ヲ主張スルコトヲ得(四七一條、三九七條、四三三條、民事訴訟法五〇四條)是ヲ以テ第一ニ不服ヲ申立テ

ラレタル判決前ニ爲シタル裁判即第四六七條ノ規定ニ從ヒ獨立シテ取消ノ訴又ハ原狀回復ノ訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得サル裁判申立ツルコトヲ要ス蓋斯ル裁判ニ非サル裁判即獨立シテ再審ノ目的物タルコトヲ得ヘキ判決ニ對シテハ直ニ再審ノ訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得セシムルヲ以テ足レハナリ第二ニ同一ノ裁判所又ハ下級裁判所ニ於テ爲シタル裁判コトヲ要ス何トナレハ上級裁判所ニ於テ爲シタル裁判ニシテ本案ニ關セサルモノハ下級裁判所ノ裁判ノ標準ト爲ル隨テ上級裁判所ノ裁判廢棄セラハルトキハ下級裁判所ノ裁判ハ當然其效力ヲ失フ故ニ下級裁判所ノ裁判前ニ爲シタル上級裁判所ノ裁判ニ不服ノ理由存スルトキハ之ニ對シ直ニ再審ノ訴ヲ提起シ下級裁判所ノ裁判ニ對シ再審ノ訴ヲ提起スル必要ナクハナリ第三ニ取消ノ訴ヲ以テ不服ヲ申立ツラレタル判決ト其以前ニ爲シタル裁判トノ間ニ於テ因果ノ關係存スルコトヲ要ス何トナレハ斯ル關係存スルニ非サレハ不服ノ理由ナキモノナレハナリ故ニ取消ノ訴ヲ以テ不服ヲ申立ツラレタル判決カ其以前ノ裁判ニシテ取消ノ原因タルモノト因果ノ關係アラサルトキハ實體上理由ナシテ取消ノ訴ヲ却下スルコトヲ要ス隨テ事情ノ變更ニ依リ因果ノ關係ナキニ至リタルトキハ再審ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス例之當事者カ適法ニ代理セラレザリシ訴訟手續ニ關スル部分カ不服ヲ申立ツラレタル判決ニ關係ナキ場合ノ如シ但不服ヲ申立ツラレタル判決前ノ裁判ニ存存スル取消ノ理由ハ第四六七條第二項ノ規定ニ依リ主張シ得サルニ至ラザリシコトヲ要スルヤ勿論ナリ(第四七一條ニ「再審ヲ求ムル訴ト共ニ」ト明示シタルカ爲ニ不服ヲ申立ツラレタル判決ニ取消ノ原因存スルコトヲ要スルモノト誤解スルコト勿レズ)又取消ノ訴ハ確定ノ終局判決ニ對シテ之ヲ爲ス故ニ終局判決カナクモ取消ノ訴ヲ提起スルニ足ル)又取消ノ訴ハ確定ノ終局判決ニ對シテ之ヲ爲ス故ニ終局判決カ

未、確定セサル間ハ(四九八條)取消ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス是判決ノ確定前ニ在テハ取消ノ原因ヲ知リタル當事者ヲシテ上訴又ハ故障ヲシテ取消ノ原因ヲ主張セシムルノ法意ニ出テタルモノナリ而シテ第四六八條第一號及第三號ノ場合ニ於テハ當事者ハ必ス上訴又ハ故障ヲ以テ取消ノ原因ヲ主張スルコトヲ要スルモノニシテ(四六八條二項)其他ノ場合ニ在テハ當事者ハ上訴又ハ故障ヲ以テ取消ノ原因ヲ主張スヘキモノナリ(四)取消ノ訴ハ通常判決確定ノ日ヨリ起算シテ五箇年ノ満了前ニ提起スルトキニ限リ適法ト爲ル例外トシテ第四六八條第四號ノ場合ニ於テハ原告若クハ被告又ハ其ノ法定代理人ハ移送ニ依テ判決アリタルコトヲ知リタル日ヨリ起算ス(四七四條)民事訴訟法(五〇七條)此點ニ關スル說明ハ法定ノ期間ニ關スル要件ノ說明ニ讓ル

(2)取消ノ訴ノ法定ノ方式ニ關スル要件 再審ノ訴ハ獨立ノ訴ナルヲ以テ取消ノ訴ハ之ヲ其上級裁判所ニ提起スルコトト雖第一審ニ於テ訴訟ノ法則ニ從テ之ヲ爲シ上訴ノ提起ニ關スル法則ニ從テ之ヲ爲スコトナシ故ニ取消ノ訴カ區裁判所ノ管轄ニ屬スル場合ニ於テハ區裁判所ノ訴訟手續ニ關スル法則ニ從テ之ヲ提起シ地方裁判所其他ノ上級裁判所ノ管轄ニ屬スル場合ニ於テハ地方裁判所ノ訴訟手續ニ關スル法則ニ從テ之ヲ提起ス(四七三條)訴ノ提起……ニハ……其訴ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲スヘキ裁判所ノ訴訟手續ニ關スル規定ヲ準用ス(一九〇條、一九四條、三三七條、三三七條、民事訴訟法五〇六條)然レトモ再審ノ訴ハ終局判決ノ廢棄シ之ニ代ヘ他ノ正當ナル判決ヲ受クルコトヲ目的トスルヲ以テ上訴ニ類似シ又法定ノ理由存スルトキニ限リ之ヲ許シ且獨立ノ訴ノ以テ之ヲ主張スヘキモノナルカ故ニ起訴ノ方式ニ關シ特別アルハ固ヨリ怪ムニ足ラス(四七三條)以下數條ニ於テ別段ノ規定ヲ設ケサル限リハ……四七五條、民事訴訟法五〇六條、五〇八條)換言スレハ再審ノ訴ハ二面ノ性質ヲ有シ

其形式ニ從ヘハ一ノ訴ニシテ又其内容ニ從ヘハ一ノ上訴ナルヲ以テ其手續ニ關シテ亦訴及上訴ニ關スル法則行ル而シテ第四七三條ノ法意ニ依レハ前者ハ原則トシテ後者ハ例外トシテ行ル是ヲ以テ管轄裁判所ニ起訴ノ方式トシテ差出スヘキ取消ノ訴狀若クハ其訴狀ニ代用スル調書(三七四條、一三五條)ニハ他ノ訴狀及上訴狀ニ於ルト同ク記載事項ニ必要ナルモノト準備ノ爲ニスルモノト二者アリ(一五〇條、一七五條)

甲) 必要の記載事項 トハ若取消ノ訴狀ニ於テ之カ記載ヲ缺クモ取消ノ訴狀タルノ效力ナク隨

テ又取消ノ訴提起ノ效力ナシ故ニ管轄裁判所カ職權ヲ以テ唯外形の存在ノミヲ有スル取消ノ訴ヲ不適法ナリトシテ棄却スルニ至ルヘキ事項ヲ提示ス其事項ハ當事者及裁判所ノ表示ノ他(一九〇條第一項)第一取消ノ訴ヲ受クル判決ノ表示第二取消ノ訴ヲ起ス旨ノ陳述即ち是ナリ(四七五條第一項一號二

號四〇一條二項一號及二號ノ說明參照、民訴案五〇八條)

乙) 準備の記載事項 トハ假令取消ノ訴狀ニ於テ之カ記載ヲ缺クモ取消ノ訴狀タルノ效力ヲ害スルコトナク隨テ又起訴ノ效力ヲ發生セシムルノ妨ヲ爲ササルモノニシテ唯單ニ訴訟費用ヲ負擔シ又ハ期日ニ出頭セザリテ被告ニ對スル開席判決ヲ求ムル申立ヲ却下セラルルニ至ルコトアルヘキ危險ヲ負擔スルノ原因ト爲ル事項ヲ指示ス(七五條、二五二條第二、四七五條二項)而シテ訴狀ハ他ノ一面ニ於テハ準備書面タルノ性質ヲ有ス故ニ取消ノ訴狀モ亦準備書面ニ關スル一般ノ規定ニ從テ準備の成分ヲ記載ス(四七五條二項、一〇五條乃至一〇八條、民訴案五〇九條)殊ニ(四)不服ノ理由即原告カ主張セシムル取消ノ原因ヲ表示シ(五)不服ノ理由及不變期間(四七四條)ノ遵守ヲ明白ナラシムル事實ニ付テノ證據方法ヲ掲ケ(六)取消ノ訴ノ申立即判決ニ付全部若クハ或部分ノ廢棄若クハ破毀ヲ爲ス

コトヲ求ムル旨ノ申立(意思表示)及本案ニ付更ニ如何ナル判決ヲ爲スヘキヤノ申立意思表示ヲ掲ケルモノナリ

訴狀ノ必要の記載事項ノ變更ハ法律ノ禁止スル訴ノ變更ト爲ル反之訴狀ノ準備の記載事項ノ變更ハ訴ノ變更ト爲ルコトナシ故ニ原告ハ取消ノ訴ヲ以テ不服ヲ申立タル判決ヲ變更シ又ハ取消ノ訴ヲ原狀回復ノ訴ニ變更スルコトヲ得スト雖(四七五條第一項第一、民訴案五〇八條)訴狀ニ掲ケタル取消ノ原因證據方法及訴ノ申立ハ口頭辯論ニ於テ之ヲ補充シ拋棄シ若クハ變更スルコトヲ得(四七五條二項、民訴案五〇九條)殊ニ取消ノ原因ノ變更ハ不變期間ヲ遵守(四七四條)セシテ有效ニ之ヲ爲スコトヲ得口頭辯論ニ於テ新ニ取消ノ原因ヲ主張スル場合モ亦然リ何トナレハ不變期間ノ遵守ハ唯再審ノ訴ノ提起ニ付必要ナルモノニシテ又不服ノ理由ノ表示ハ再審ノ訴ノ提起ノ要件ニ非サルコト前述ノ如クナルヲ以テナリ隨テ「ブラント」氏カ不服ノ理由ノ變更ハ不變期間ノ經過セサルコトヲ前要件トスト主張セル見解ハ正當ニ非サルヘシ然レトモ原告ハ口頭辯論ニ於テ不服ノ理由ヲ開示シ又裁判ハ斯ル理由ニ制限スヘキ言ヲ俟タス又原告ハ口頭辯論ニ於テ取消ノ訴ノ申立ヲ爲シ又斯ル申立ハ裁判ノ限界ト爲ルヤ疑ヲ容レヌ(二三一條)

(3) 取消ノ訴ノ期間ニ關スル要件 取消ノ訴ハ一箇月ノ不變期間ニ之ヲ提起シタルトキニ限り適法ナリトス(四七四條一項、民訴案五〇七條一項、但民事訴訟法案ニ在テハ「一箇月」ヲ「長キ」失スト認メ「十四日」ニ修正シタリ)是當事者ノ利益ヲ害セサル範圍内ニ於テ確定判決ノ效力ノ安全ヲ保護スルノ法意ニ出テタルモノナリ但當事者カ斯ル不變期間ノ進行前ニ於テ有效ニ取消ノ訴ヲ提起スルコトヲ防ケラルルコトナシ(四〇〇條二項及四三七條二項ノ反對推理)隨テ不變期間内ノ文詞ニ拘泥シテ反對

ニ論結スルコト勿レ
 (甲) 取消ノ起訴期間ハ不變期間ナリ故ニ之ヲ短縮シ又ハ之ヲ伸長スルコトヲ得ヌ又其進行ハ裁判所
 (乙) 休暇及訴訟手續ノ休止ニ依テ停止セラルコトナシ(一六八條、一八八條等)
 (乙) 取消ノ起訴期間ハ原告若クハ被告カ取消ノ目的タル判決ノ確定後不服ノ理由即取消ノ原因タル
 事實(四六八條第一乃至第三)ヲ知リタル場合ニ於テハ其之ヲ知リタル日ヲ以テ始リ又若原告若クハ
 被告カ判決ノ確定前ニ不服ノ理由ヲ知リタル場合ニ於テハ判決確定ノ日ヨリ始ル(四七四條第二項民
 訴案五〇七條第二項) 舊前者ノ場合ニ於テ不服ノ理由ヲ知リタル日ヨリ起訴期間ノ進行始ルモノト規
 定シタル理由ハ若然ラスンハ取消ノ訴ヲ以テ當事者ノ利益ヲ保護セント欲スル法意ニ副ハサルニ至
 ルヲ以テ又後者ノ場合ニ於テ判決確定ノ日ヨリ起訴期間ノ進行始ルモノト規定シタル理由ハ再審ノ
 訴ハ確定判決ニ對スル不服申立方法ナルヲ以テ假令當事者カ判決確定前ニ取消ノ原因タル事實ヲ知
 ルト雖モ之カ爲ニ其之ヲ知リタル日ヨリ即判決確定前ニ取消ノ訴ヲ提起スルヲ許スコト能ハサルノミ
 ナラス當事者ハ上訴又ハ故障ヲ以テ取消ノ原因タル事實ヲ主張スルコトヲ得ルカ故ニ取消ノ訴ヲ爲
 スコトヲ得セシムルノ必要ナキニ在リ而シテ取消ノ原因タル事實ヲ知リタル事由ハ法律ノ間フ所ニ
 非ス(四七四條第四項) 送達ニ因リ……ノ反對推理、民訴案五〇四條第四項)但判決確定ノ日ヨリ起算シテ
 五箇年ノ満了後ハ假令原告若クハ被告カ不服ノ理由ヲ知ラザリシトモ雖取消ノ訴ヲ提起スルコト
 ヲ許サヌ(四七四條第三項、民訴案五〇四條第三項)是畢竟界限ナク取消ノ訴ヲ許ストキハ確定判決ノ効
 力ノ安全ヲ害シ權利狀態ノ不確實ヲ永久ニ除去スルコト能ハサルヲ以テナリ而シテ斯ル期間ハ一ノ
 除斥期間即新ナル訴訟ノ開始ニ付テノ消極的要件ヲ成ス期間ニシテ不變期間ニ非ヌ又時效期間ニモ

非ス何トナレハ該期間ハ不變期間ノ如クニ訴訟中當事者ノ行為ヲ制限スルコトヲ目的トセス又訴訟
 上ノ法律關係ノ爲ニ設ケラレタルモノナレハナリ如此五箇年ノ期間ハ特種ノ法定期間ナルヲ以テ之
 ヲ短縮シ又ハ之ヲ伸長スルコトヲ得ヌ又其進行ハ裁判所ノ休暇ニ依テ停止セラルコトナシ其他當
 事者ノ處分ニ委セラルモノニ非ス然レトモ例外トシテ代理ノ欠缺ノ原因トスル取消ノ訴ニ在テハ
 (四六八條四號、民訴案五〇一條四號)一面ニ於テ判決確定後五箇年ノ期間ノ満了ニ因リ起訴スルコ
 トヲ得サル旨ノ規定ノ適用ヲ受ケテ取消ノ訴ヲ爲スコトヲ妨ケラルルコトナク又他ノ一面ニ於テ起
 訴ノ不變期間(四七四條第一項、民訴案五〇七條第一項)適法ニ代理セラザリシ當事者本人又ハ其法定
 代理人(適法ニ代理セラザリシ當事者本人カ訴訟能力ヲ有セザルトキ)カ送達ニ因リ判決アリタル
 コトヲ知リタル日ヲ以テ始ルモノトス(四七四條第四項、民訴案五〇四條第四項)何トナレハ適法ニ代理
 セラザリシ當事者ニ對シ取消ノ目的タル判決ノ送達アル迄ハ未ダ斯ル當事者トスル判決ノ原因トス
 ル取消ノ訴ニ適用スルコト能サルハ當然ニシテ又訴訟手續ニ於テ當事者カ適法ニ代理セラザリシ
 場合ニ於テハ當事者本人又ハ其法定代理人ハ判決ノ送達ヲ受タルコトナク隨テ不服ノ理由ヲ確知ス
 ルコトナシ故ニ當事者カ送達ニ因リ判決アリタル日ヲ以テ起訴期間ノ起算點トシ第
 四七四條第二項ノ適用ナカラシムルハ固ヨリ當然ナレハナリ(民訴案第五〇七條第四項ニ於テハ判
 決ヲ送達シタル時ヲ以テ不變期間ノ起算點トセリ立法上其當ヲ得タルモノト思フ)但此場合ニ於ル
 送達ハ法律上何等ノ區別ナキヲ以テ必シモ通常ノ送達タルコトヲ要セス補充送達又ハ公示送達ヲ以
 テ足レリトス而シテ此場合ニ於ル不變期間ノ進行ニ關シテハ判決ノ送達ノ他ニ尙判決ノ形式の確定

ヲ前提要件ト爲スヤ否ヤニ付學者ノ論爭スル所ナリ(ガウプ、ウキルモースキ、ストロツクマン氏等ノ如キ多數學者ハ消極的ニ論結シ其理由トシテ不變期間ノ進行ニ付判決ヲ確定ヲ前提トスル獨逸民事訴訟法第五八六條第二項(我第四七四條第二項)ノ規定ハ代理ノ欠缺ノ原因トスル取消ノ訴ニ適用ナク獨逸民事訴訟法第五八六條第三項(我四七四條第四項)又適法ニ代理セラレザリシ當事者ハ上訴又ハ故障ヲ以テ取消ノ原因ヲ主張スルカ爲ニ其名ニ於テ僞稱代理人ノ訴訟ヲ引受クルノ責任ナキモノナリト主張セタリ)然レトモ余輩ハ(ヘルマン、ジキ、ヘルド、ブランク氏等ト共ニ積極的ニ論結スルヲ正當ナリト思惟ス蓋再審ノ訴ハ前述ノ如ク確定判決ニ對スル不服申立方法(四六七條)ナルカ故ニ消極論ノ如キ判決ノ確定ノ如何ニ拘ラス送達ニ因リ判決アリタルコトヲ知リタルノ一事ヲ以テ不變期間ノ進行アルモノト爲スハ再審ノ訴ノ性質ニ反スルヲ以テナリ是ニ於テ第一、ニ取消ノ目的タル判決カ其言渡ニ因テ確定スル場合ニ於テハ(上告審ノ對席判決又ハ故障ヲ許サナル關席判決)取消ノ訴ノ不變期間ハ適法ニ代理セラレザリシ當事者本人又ハ其法定代理人カ送達ニ因テ判決アリタルコトヲ知リタル日ヨリ始ル第二、ニ其他ノ場合即判決カ送達後不變期間ノ經過ニ依テ確定スル場合ニ於テ判決カ僞稱代理人ニ送達セラレ隨テ送達以外ノ方法ニ依リ僞稱代理人ノ行爲ニ依テ自己名義ノ判決存スルニ至リタルコトヲ知リタル當事者又ハ其法定代理人ハ僞稱代理人ノ爲シタル訴訟ヲ引受ク自ラ上訴又ハ故障ニ依リ取消ノ原因ヲ主張スルコトヲ得若故歐期間若クハ上訴期間ノ徒過アリタルトキハ之ニ依テ判決確定スルカ故ニ適法ニ代理セラレザリシ當事者及其法定代理人ハ後述ノ如キ理由ニ依リ直ニ取消ノ訴ヲ提起スルコトヲ得又取消ノ訴ノ不變期間ハ適法ニ代理セラレザリシ當事者又ハ其法定代理人カ判決確定後更ニ爲サレタル送達ニ因リ判決アリタルコトヲ知リタル日ヨリ以テ始ル(ヘルマン)氏ハ僞稱代理人ニ對スル送達ハ法律上無効ナルヲ以テ上訴期間又ハ故障期間ハ適法ニ代理セラレザリシ當事者又ハ其法定代理人ニ判決ノ送達アリタル日ヨリ進行ヲ始ム隨テ僞稱代理人ニ對スル判決ノ送達ハ判決ノ形式確定力ヲ發生セシムルニ足ラスト主張セリ然レトモ道ハ「ジキ、ヘルド、ガウプ」氏等ノ如キ有力ナル學者ノ反對スル所ナリ(反之僞稱代理人ノ死亡其他ノ原因ニ依テ判決カ適法ニ代理セラレザリシ當事者又ハ其法定代理人ニ送達セラレタルトキハ當事者又ハ其法定代理人ハ判決カ未確定セサルカ故ニ取消ノ原因ヲ上訴又ハ故障ヲ以テ主張スルコトヲ得ルニ止リ直ニ取消ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス若上訴期間又ハ故障期間ノ徒過アリタルトキハ之ニ依リ判決確定スルカ故ニ取消ノ訴ヲ提起スルコトヲ得第四七四條第四項ニ規定セル判決ノ送達ヲ必要トセス何トナレハ再審ノ訴ハ前述ノ如ク判決確定セル以上ハ期間ノ進行前ト雖有效ニ之ヲ提起スルコトヲ得レハナリ然レトモ取消ノ訴ノ不變期間進行スルニハ判決確定後更ニ其判決ヲ適法ニ代理セラレザリシ當事者又ハ其法定代理人ニ送達シ之ニ依テ該當事者又ハ該代理人カ判決アリタルコトヲ知ルヲ要ス第三ニ總テノ場合ニ於テ取消ノ訴ノ不變期間ノ進行ニハ適法ニ代理セラレザリシ當事者又ハ其法定代理人カ送達ニ因リ判決アリタルコトヲ知リタルヲ以テ足レリトシ不服ノ理由ヲ知リタルコトヲ必要トセス蓋代理ノ欠缺ハ判決ノ送達ニ因リ之ヲ知ルコトヲ得ルハ當然ナルヲ以テ事實上之ヲ知ラザリシ當事者ノ過失ナリト謂フヘク隨テ之ヲ保護スルノ必要ナケレハナリ又判決ノ送達ハ適法ニ代理セラレザリシ當事者又ハ其法定代理人ノ申立ニ因リ爲シタルモノナルト相手方ノ申立ニ因リ爲シタルモノナルトノ區別ヲ問ハサルモノナリ蓋法律ハ此點ニ付何等ノ區別ヲ設ケザレハナリ以上略述シタル第四七四條第四項ノ規定ハ適法ニ代理セラレザリシ當事者ノ相手方カ取消ノ訴ヲ提起シタル場合ニ於

テ亦適用アリ取消ノ訴ハ當事者雙方カ之ヲ提起スルコトヲ得ルハ前述シタル所ナリ
以上略述シタル三要件ヲ具備シタル取消ノ訴ハ適法ニシテ之ヲ具備セサル取消ノ訴ハ不適法ナリ故ニ
裁判長裁判所ハ職權ヲ以テ要件ノ存否ヲ調査シ若要件ニ缺クル所アラハ取消ノ訴ヲ不適法トシテ棄却
スルノ裁判ヲ爲ササルヘカラス(四七六條、四七四條、民訴案五一〇條此點ニ關シテ第四〇二條、第四
一九條ノ說明ヲ參照ス可シ)

(三)取消ノ訴權ノ喪失 取消ノ訴權喪失ノ原因ニ二箇アリ取消ノ起訴期間ノ懈怠及取消訴權ノ拋棄即是ナリ

(1)取消ノ起訴期間ノ懈怠 當事者カ民事訴訟法第四七四條(民訴案五〇七條)ニ掲ケタル起訴期間ヲ懈怠シタルトキハ取消ノ訴權ヲ喪失ス故ニ當事者カ斯ル期間後ニ提起シタル取消ノ訴ハ不適法ニシテ裁判長又ハ裁判所カ之ヲ棄却スルコト前述ノ如シ尙此點ニ關シテハ控訴權喪失ノ說明ヲ參照スヘシ
(2)取消訴權ノ拋棄 取消訴權ノ拋棄ニ關シテハ民事訴訟法ニ於テ何等ノ規定ナシ然レトモ之カ爲ニ取消訴權ノ拋棄ハ之ヲ爲スコトヲ得サルモノト論結スルコト勿レ當事者ハ判決言渡前ニ在テハ總テノ取消ノ原因タル事實又ハ或一定ノ取消原因タル事實ヲ取消ノ訴ヲ以テ主張スルノ權利ヲ拋棄シ又ハ判決言渡後ニ在テハ其ノ未知ラサル取消ノ原因タル事實ヲ取消ノ訴ヲ以テ主張スルノ權利ヲ拋棄スルコトヲ得スト雖判決言渡後其知リタル或一定ノ取消ノ原因タル事實ヲ取消ノ訴ヲ以テ主張スル權利ヲ拋棄スルコトヲ得ヘシ蓋前者ノ拋棄ハ公益規定ニ反スルヲ以テ換言スレハ豫違法ノ手續ヲ甘諾スルニ他ナラスシテ善良ノ風俗ヲ害スルヲ以テ其效ナク又後者ノ拋棄ハ第四七四條ニ於テ再審ノ訴ヲ主張スルカ爲ニ遵守スヘキ期間ヲ規定シタル法意ニ依リ其效アルコト明白ナレハナリ而シテ取消

訴權ハ訴訟上ノ權利ニシテ實體上ノ權利ニ非サルヲ以テ其拋棄ノ意思表示ニ關シテハ上訴權拋棄ノ法則ニ準據スヘキ第二九條ニ規定セル拋棄ノ法則ニ準據スヘキノニ非ス取消ノ訴ハ之ヲ取下クルヲ得ルコトハ學者間ニ爭ナシト雖其取下ニ關シテハ控訴ノ取下ニ關スル法則ヲ準用スヘキノナリ又再審ノ訴ハ前述ノ如ク二箇ノ性質ヲ有スルヲ以テナリ「ブランド」ストロクマン氏等ハ再審ノ訴ハ其性質上上訴ニシテ單純ナル訴ニ非ス故ニ控訴ノ取下ニ關スル法則ヲ準用スヘキノナリト主張スレトモ余輩ハ「ガウプ」ゾキフヘルト「ヘルマン」氏等ト共ニ第四七三條ノ規定ニ依リ訴ノ取下ニ關スル法則ヲ準用スヘキノト主張スルヲ正當ナリト信ス隨テ原告ハ本案即取消ノ訴ノ基本タル權利(第四七九條ニ所謂本案ニ非ス)ニ付被告ノ第一口頭辯論ノ始ル迄ハ被告ノ承諾ナクシテ之ヲ取下クルコトヲ得(一九八條)又控訴不變期間後ニ於テ取消ノ訴ノ取下ハ訴權ヲ消滅スルノ效力ヲ生スト雖斯ル期間前ニ於テ取消ノ訴ノ取下ハ斯ル效力ヲ生セサルコト他ノ訴ノ取下ト異ナルコトナキナリ(四)取消ノ訴提起ノ效力 取消ノ訴ハ上訴ト異ニシテ移審ノ效力ヲ發生スルコトナク又停止ノ效力ヲ發生スルコトナシ取消ノ訴ハ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所ニ於テ辯論及裁判ハ口頭辯論七二條(民訴案五〇五條)故ニ移審ノ效力發生スル理ナシ然レトモ本案ニ付テハ辯論及裁判ハ口頭辯論ノ終結ニ至ル迄ニ原告カ爲シタル申立ノ範圍ニ制限セラル又確定ノ終局判決ハ其效力トシテ執行力ヲ有テ取消ノ訴提起ノ爲ニ其效力ヲ停止セラルコトナシ(五〇〇條民訴案六三二條)然レトモ裁判所ハ申立ニ因リ強制執行ノ停止ヲ命シ(五〇〇條、民訴案六三二條)又取消ノ訴ヲ理由アリト認メ取消ノ目

告ノ支拂又ハ給付シタルモノノ辨濟ヲ判決ヲ以テ原告ニ言渡スコトヲ得(五一〇條第二準用)
(五)取消ノ訴ノ訴訟手續 再審ノ訴ハ前述ノ如ク二面ノ性質ヲ有シ其内容ニ從ヘハ上訴ニシテ又其形式ニ從ヘハ訴ナリ故ニ再審ノ訴訟手續ハ上訴及訴ノ訴訟手續ニ關スル法則ニ依ルヘキモノナルコト固ヨリ當然ナリ而シテ我民事訴訟法ハ獨逸民事訴訟法ト同ク原則トシテ訴ノ訴訟手續ニ關スル法則ニ依リ例外トシテ上訴ノ訴訟手續ニ關スル法則ニ依ルヲ正當ト認メタリ是第四七三條(民事訴訟五一〇條)ニ於テ再審ノ訴ノ提起及其後ノ訴訟手續ニハ原則トシテ其訴ニ付辯論及裁判ヲ爲スヘキ裁判所ノ訴訟手續即第一審ノ訴訟手續ニ關スル規定ヲ準用スト規定シ且例外トシテ上訴ニ關スル法則ト其精神ヲ異ニセタル別段ノ規定(四七四條乃至四八二條、民事訴訟五一〇八條乃至五一二條)ニ依ルコトヲ明示シタル所以ナリ、故ニ再審ノ訴訟手續ニハ獨第一審ノ通常訴訟手續ニ關スル總則ノミナラス特別訴訟手續殊ニ證書訴訟、爲替訴訟、人事訴訟、假差押訴訟等ニ關スル法則ノ準用アリト附フヘシ隨テ此等ノ特別訴訟手續ニ依テ言渡サレタル確定判決ニ對シ再審ノ訴ノ提起アリタルトキハ原告ノ請求ノ當否ハ斯ル特別ノ訴訟手續ニ依テ之ヲ判定ス但再審ノ適否及其原因ノ存否ニ關シテハ斯ル特別ノ訴訟手續ニ依テ之ヲ判定スルコトヲ得ス

取消ノ訴ノ訴訟手續モ亦他ノ第一審訴訟手續ト同ク正則手續及懈怠手續トノ二者ニ之ヲ區別スルコトヲ得前者ハ正則ニシテ後者ハ變則ナリ仍テ先正則手續ヲ略述シ次ニ懈怠手續ノ大要ヲ述ヘン

(1)正則手續 正則手續トハ當事者カ期日ヲ懈怠スルコトナクシテ取消ノ訴ノ訴訟手續ヲ終了スル手續ナリ左ニ之ヲ分テ説明スヘシ

(甲) 開始手續 取消ノ訴ノ訴訟手續ハ取消ノ訴狀ヲ管轄裁判所ニ差出シ訴ヲ提起スルニ依テ之ヲ開始ス(四七三條四七二條一九〇條民事訴訟五一〇五條五〇六條二二〇條)取消ノ訴狀ノ方式ハ前述シタル處ナルヲ以テ茲ニ之ヲ省略ス(四七五條民事訴訟五一〇八條)而シテ取消ノ訴ニ關スル特別ノ手續ニ付テハ裁判長ハ取消ノ起訴要件ノ存否ヲ調査シ判然該要件ヲ缺クモノト認メタルトキハ命令ヲ以テ之ヲ却下ス此却下ノ命令ニ不服アル原告ハ之ニ對シ即時抗告ヲ爲スコトヲ得(四七六條)裁判長ニ斯ル職權ヲ認メタル理由ハ我民事訴訟法ニ於テハ本人訴訟主義ヲ是認シタルニ依ル詳細ハ裁判長カ控訴ヲ棄却スル場合ニ付爲シタル説明ヲ參照ス可シ民事訴訟ニ在テハ斯ル規定ヲ削除シタリ反之該要件ヲ具フルモノト認メタルトキハ辯論期日ヲ指定スルコト他ノ起訴アリタル場合ニ異ナルコトナシ

(乙) 準備手續 取消ノ訴ノ訴訟手續ニ於テハ當事者雙方カ準備書面ヲ作り互ニ之ヲ交換シ訴訟ヲ準備スルコト第一審ノ訴訟手續ト異ナルコトナシ而シテ取消ノ訴ニ關スル特別手續ハ取消ノ訴狀ニ於テ第四七五條第二項(民事訴訟五一〇九條)ニ規定セル事項ヲ記載スルコト即起ナリ

(丙) 辯論手續 取消ノ訴ノ訴訟手續ニ於ル口頭辯論亦主トシテ第一審ニ於ル口頭辯論ト同一ノ方法ニ於テ之ヲ爲ス而シテ取消ノ訴ニ關スル特別手續ハ第一ニ口頭辯論期日ニ於テ裁判所ハ職權ヲ以テ前述シタル取消ノ訴ノ適法要件ノ存否ヲ調査シ又原告ハ該要件中再審ヲ求ムル理由及法律上ノ期間ノ遵守ヲ明白ニスル事實ハ(管轄權ヲキ裁判所ニ起訴シタル事實ハ法律上ノ期間ノ遵守ト爲ラス)相手方ノ陳述ノ有無ニ拘ラス之ヲ疏明スルヲ以テ足レリトシ其他ノ事實ハ之ヲ立證スルコトヲ要ス(四七八條四七七條四六八條四七四條四七五條二二〇條民事訴訟五一〇條五〇七條五〇八條二五〇條)如此裁判所ハ職權ヲ以テ取消ノ訴ノ適法要件ノ存否ヲ調査スルハ蓋再審ノ訴ハ其内容ニ

從へハ前述ノ如ク上訴タルノ性質ヲ有スルヲ以テナリ(四一九條)而シテ裁判所ノ職權調査ハ當事者ノ自由處分ヲ除外スルモノナルヲ以テ被告ノ自由又ハ懈怠ハ取消ノ訴ノ適法要件タル事實ニ關シテ裁判所ヲ羈束スルノ效力ヲ生スルコトナシ又如此原告カ再審ヲ求ムル理由及法律上ノ期間ノ遵守ヲ明白ニスル事實ニ限り疏明ヲ爲スハ蓋スル事實ハ唯疏明ノミヲ以テ十分ニ信認スルニ足レハナリ(獨逸民事訴訟法第五八九條ニ於テハ單ニ期間ノ遵守ニ付疏明ヲ以テ足リトスルノミ我民事訴訟法ノ如ク再審ヲ求ムル理由ヲモ疏明ヲ以テ足レトスルハ立法上失當ナリ是民事訴訟法案第五〇條第二項ヲ以テ現行法ニ修正ヲ加ヘタル所以ナリ)而シテ裁判所ノ職權調査ハ前述ノ如ク當事者ノ自由處分ヲ除外スルモノナルヲ以テ相手方ノ陳述(例之自白)ノ有無ニ拘ラス又相手方ノ懈怠ニ拘ラス疏明ヲ爲ササルヘカラス又如此取消ノ訴ノ適法要件ハ裁判所ノ職權ヲ以テ調査スルモノナルカ故ニ取消ノ訴カ上告裁判所ニ屬スルトキハ上告裁判所ハ再審ヲ求ムル理由及其可否ニ付テハ辯論ノ完結カ係爭事實ノ確定及斟酌ニ繫ルトキト雖其元結ヲ爲スコトヲ要ス(四八一條四四六條四三八條二項民事訴訟法五一二條四八〇條四七三條)而シテ調査ノ結果取消ノ訴ノ適法要件ニ欠缺アリト認ムル場合ニ於テハ不適法トシテ訴ヲ却下スルノ判決ヲ言渡シ反對ノ場合ニ於テハ中間判決ヲ以テ訴ノ適法ナル旨ヲ言渡ス(四七八條五一〇條)本案ノ終局判決ノ理由中ニ於テ訴ノ適法ナル旨ヲ表示シ中間判決ニ代フルコトヲ得ルハ疑ナキ所ナリ(第二ニ取消ノ訴カ適法ナル場合ニ於テハ再審ヲ求ムル理由ニ付テハ辯論(四七九條二項民事訴訟法五一一條二項)ヲ爲ス換言スレバ取消ノ訴ノ理由ノ存否ニ付調査ヲ爲ス而シテ其結果取消ノ訴ノ理由ナシト認メタルトキハ理由ナシトシテ訴ヲ却下スルノ判決ヲ言渡シ反之取消ノ理由アリト認メタルトキハ取消ノ訴ノ目的タル確定判決ヲ廢棄シ(四七九條二項

(再審ヲ求ムル理由ニ付テハ裁判)本案ニ付テハ辯論及裁判ヲ爲スニ至ル(四七九條一項民事訴訟法五一一條二項)第三ニ取消ノ訴カ適法ニシテ且其理由存スル場合ニ於テ更ニ爲スヘキ本案則ち再審ノ訴ノ適法(前者第二ノ問題)及有效(前者第二ノ問題)要件ニ關スル訴訟手續ノ反對タル以前ノ訴訟手續ノ再審ノ訴ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル判決ニ關スル訴訟手續ノ辯論及裁判ノ範圍ハ不服ノ申立ノ理由存スル部分ニ限定セラルルモノナリ(四七九條一項民事訴訟法五一一條一項)是ヲ以テ取消ノ訴ニ於テ不服ノ申立ノ理由カ取消ノ訴ノ目的タル判決ノ基本タル訴訟手續ノ全體ニ存スルトキハ訴訟手續ノ全體ニ付更ニ辯論及裁判ヲ爲シ反之取消ノ訴ノ目的タル判決ノ基本タル訴訟手續ノ一部ニ存スルトキハ其一部ニ付更ニ辯論及裁判ヲ爲ス例之起訴ノ當時已ニ代理ノ欠缺存ルトキハ(四六八條第四)訴訟手續ノ全部ヲ廢棄シ且訴ヲ却下スル終局判決ヲ爲スカ如ク又除斥セラレタル判事力獨立セル攻擊若クハ防禦ノ方法ニ付言渡シアリタル中間判決ニ參與シ又ハ證據調ノ一部ニ付當時者カ適法ニ代理セラレタル場合ニ於テハ其一部ヲ廢棄シ更ニ爲スヘキ辯論及裁判ノ範圍ヲ該不服ノ理由存スル部分ニ制限シ他ノ訴訟手續ハ其效力ヲ存續スルカ如シ而シテ不服ノ理由カ訴訟手續ノ全部ニ存スルトキハ其手續ハ無効ナルヲ以テ當事者ハ更ニ總テノ攻擊及防禦ノ方法ヲ主張スルコトヲ得以前ノ訴訟手續ニ於テ存セシ中間判決ノ失權ノ效果及自白等ニ拘束セラレコトナシ反之不服ノ理由カ訴訟手續ノ一部ニ存スルトキハ單ニ其手續カ無効ナルヲ以テ當事者ハ唯該手續ヲ確定スルニ必要ナル攻撃及防禦ノ方法ヲ主張スルコトヲ得ルノミ(上訴ノ結果訴訟手續ノ一部ヲ廢棄シ事件ヲ差戻シタル場合ニ在テハ當事者ハ廢棄セラレラリシ中間判決ノ失權ノ結果及自白ニ反セサル限ハ無制限ニ總テノ攻擊及防禦方法ヲ提出スルコトヲ得ルヲ以テ再審ノ場合ト其範圍ヲ同ウセス是畢竟再審ノ訴ハ確定

判決ニ對スル不服申立方法ナルヲ以テ判決ノ確定力ヲ維持スルノ法意ニ出タルモノナリ而シテ本案ノ辯論ノ結果取消ノ訴ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル判決ノ内容ヲ正當ナリト認メタルトキハ之ト同一ノ判決ヲ爲シ失當ナリト認メタルトキハ失當ト認ムル判決ヲ爲ス、其他本案ノ辯論ハ民訴ニ規定セル通則殊ニ第一〇九條第二一六條ノ規定及本案ノ辯論ノ開始セラルル場合ニ於テハ第四一三條及第四一六條ノ規定ニ依テ之ヲ定ム（反訴ハ本案ノ辯論カ上告審ニ於テ開始セラルル場合ニ於テ之ヲ提起スルコトヲ得タルハ上告ノ性質ニ徴シ疑ヲ容レサル所ナリ）

以上略述シタル第一第二及第三ノ辯論ハ法律上其分離ヲ命セサルヲ以テ之ヲ併合シテ爲スヲ通則トス故ニ被告ハ再審ノ訴ノ可否ニ付テノ裁判アル迄本案ニ付テノ辯論ヲ拒ムコトヲ得ス然レトモ裁判所ハ本案ニ付テノ辯論前ニ再審ヲ求ムル理由及可否ニ付テノ辯論ヲ制限スルコトヲ得此場合ニ於テハ本案ニ於テノ辯論ハ再審ヲ求ムル理由及可否ニ付テノ辯論ノ續行ト看做ス（四七八條二項民訴案五一條二項）故ニ原告若クハ被告カ本案ニ付テノ辯論ニ於テ任意ニ退廷スルモ闕席判決ヲ爲スコトヲ得ス（二五一條）但裁判所カ再審ヲ求ムル理由ナク又ハ訴ヲ不適法ト認メ終局判決ヲ言渡シタル場合ニ於テハ之ニ依リ當然本案ノ辯論及裁判ヲ爲スノ必要ナキニ至ルヲ以テ後段ハ原告ノ爲ニ再審ヲ求ムル理由存シ又ハ訴ヲ適法トスル中間判決ヲ爲シタル場合ニ適用アルモノナリ

(丁) 判決 再審ノ手續ハ以前ノ訴訟ヲ再施スルモノナリ故ニ之ニ基キ言渡サレタル判決ハ取消ノ訴ヲ不適法ナリトシテ若シハ理由ナシトシテ棄却シタルモノナルト又ハ本案ニ付爲シタル裁判ナルトニ關係ナク以前ノ訴訟手續ニ基キテ言渡サレタル判決即取消ノ訴ノ目的タル判決ト法律上同一視ス

ヘキモノナリ故ニ第一ニ取消ノ訴ニ付裁判ヲ爲シタル裁判所ノ判決ニ對シテハ一般ニ上訴ヲ爲スコトヲ得ヘキトキニ限リ之ヲ爲スコトヲ得隨テ裁判所カ上告裁判所ナルトキハ其判決ニ對シ上訴ヲ爲スコトヲ得ス（四八二條民訴案五一三條）第二ニ再審ヲ求ムル法定原因存スルトキハ更ニ再審ノ訴ヲ以テ不服ヲ申立タルコトヲ得（四六七條民訴案五〇〇條）而シテ以前ノ訴訟手續ニ關スル新ナル不服ノ理由ハ再審ノ手續ニ基キテ言渡サレタル確定判決ニ對シ再審ノ訴ヲ以テ之ヲ主張スルコトヲ得サルヤ當然ナリト雖（再審ノ手續其モノニ存セサルモノナルヲ以テ）再審ノ訴ノ理由ナシトシテ棄却シタル判決確定後以前ノ訴訟手續ニ基キテ言渡サレタル確定判決ニ對シ更ニ再審ノ訴ヲ以テ之ヲ主張スルコトヲ得ルヤ否ハ頗疑ハシ（ブランド氏）再審ノ手續ニ基キ言渡サレタル判決ノ實體の確定力ハ當事者ノ主張スルコトヲ得ヘカリシ總テ不服ノ理由ヲ消滅セシムルモノナルコトヲ理由トシ消極的ニ論結シ「ガウプ」氏ハ再審ノ訴ハ取消ノ訴ト異ニシテ事件全體ニ付審判サルモノニ非スシテ反テ當事者ノ主張シタル各箇ノ不服ノ理由ニ制限セラルルモノニシテ未主張セサル他ノ理由ハ訴ノ新ナル原因ト爲ルトノ論旨ニ基キ積極的ニ論結シタルニ似タリ余輩ハ我民事訴訟法ノ解釋トシテ後説ヲ正當ト思フ（第三ニ再審ノ訴ハ前述ノ如ク設定ノ訴即已存ノ權利狀態ノ變更ヲ目的トスル訴ナリ故ニ再審ノ訴ヲ是認スル判決アリタルトキハ其判決ハ第三者ニ對シテモ效力ヲ有スルヲ當然ナリトス是民訴案ニ於テ善意ノ第三者ヲ保護スルカ爲ニ第五一四條ヲ設ケタル所以ナリ）(2) 懈怠手續 懈怠手續ニ關スル法則（二四六條以下）カ取消ノ訴ニ適用アルコト固ヨリ當然ナリ故ニ原告カ口頭辯論期日ニ出頭セス且未取消ノ訴ヲ適法ト認ムル判決存セサル場合ニ於テ裁判所カ職權ヲ以テ取消ノ訴ノ可否ヲ調査シ其結果之ヲ不適法ナリト認メタルトキハ判決ヲ以テ不適法トシテ取消

ノ訴ヲ却下シ反之取消ノ訴ヲ適法ナリト認メタルトキハ第二四六條及第二四七條ノ規定ニ則リ闕席判決ヲ以テ理由ナシトシテ取消ノ訴ヲ却下ス而シテ本案ノ辯論ハ再審ヲ求ムル理由及許否ニ付テノ辯論ノ續行ト看做スヘキモノナルヲ以テ斯ル闕席判決ハ已ニ取消ノ訴ヲ適法ナリト認ムル中間判決存スルカ爲ニ毫モ其言渡ヲ妨ケラルモノニ非ス(四七九條二項民事訴訟法五一一條二項)被告カ口頭辯論期日ニ出頭セサル場合ニ於テ原告カ自己ニ利益アル闕席判決ヲ受クルニハ第一審ニ於ル闕席判決ヲ受タル場合ニ於ルト同ク控訴ノ提起アリタルコト、當事者ニ對シ口頭辯論ノ爲ニ其期日ニ不適法ナル呼出アリタルコト、期日ニ出頭セス若クハ辯論ヲ爲ササル旨ノ懈怠アリタルコト及出頭シタル當事者ノ一方カ懈怠判決ヲ求ムル旨ノ申立ヲ爲シタルコトヲ要ス(二四六條以下)而シテ取消ノ訴ノ懈怠手續ニ關スル特則トシテハ第一原告ハ舉證又ハ疏明ニ依テ取消ノ訴ノ適法ナルコトヲ明ニスルコトヲ要ス蓋再審ヲ求ムル理由ノ存否及再審ノ許否ニ關スル辯論及裁判ニ付テハ前述ノ如ク裁判所カ職權ヲ以テ之ヲ調査シ被告ノ闕席ニ因テ其適法ナル旨ヲ自白シタルモノト看做スコト能ハサルハナリ故ニ裁判所ハ調査ノ結果取消ノ訴ヲ不適法ナリト認メタルトキハ被告ノ闕席ニ拘ラス判決ヲ以テ不適法トシテ取消ノ訴ヲ却下ス而シテ斯ル判決ハ被告ノ懈怠ノ結果ニ基カサルヲ以テ所謂對席判決ニシテ闕席判決ニ非ス第二ニ本案ノ辯論ニ前述ノ如ク民事訴訟法ニ規定セル通則及本案ノ辯論ノ開始セラルヘキ各審ノ特則ニ從テ之ヲ爲スヘキモノナルヲ以テ被告ノ懈怠ノ結果(二四六條乃至二四八條四二八條四二九條)ニ基テ判決即原告ノ請求ヲ實體上正當ナリト爲ス闕席判決ハ闕席シタル被告ノ本案ニ於ル當事者ノ地位(原告若クハ被告)ニ從テ異ナラサルヲ得ス之ヲ左ニ分説ス、シ(甲) 第一審ニ於ル懈怠手續 取消ノ訴訟手續カ第一審ニ於テ開始セラレタル場合換言スレハ第一審

ハ終局判決ヲ廢棄スルカ爲ニ取消ノ訴ノ提起アリタル場合ニ於テ期日ヲ懈怠シタル被告カ本案ノ原告タルトキハ其訴却下ノ闕席判決ヲ爲シ(二四六條二四七條)本案ノ被告タルトキハ原告ノ事實上供述ヲ自白シタルモノト看做シ且原告ノ請求ヲ正當ト認メタルトキニ於テ原告勝訴ノ闕席判決ヲ爲ス(二四六條二四八條)

(乙) 第二審ニ於ル懈怠手續 取消ノ訴訟手續カ第二審ニ於テ開始セラレタル場合換言スレハ第二審ノ終局判決ヲ廢棄スルカ爲ニ取消ノ訴ノ提起アリタル場合ニ於テ期日ヲ懈怠シタル被告カ本案ノ控訴人タルトキハ其控訴棄却ノ闕席判決ヲ爲シ(四二八條)本案ノ被控訴人タルトキハ民事訴訟四二九條ノ規定ニ從テ原告勝訴ノ闕席判決ヲ爲スモノナリ

(丙) 第三審ニ於ル懈怠手續 取消ノ訴訟手續カ第三審ニ於テ開始セラレタル場合換言スレハ上告審ノ終局判決ヲ廢棄スルカ爲ニ取消ノ訴ノ提起アリタル場合ニ於テ期日ヲ懈怠シタル被告カ本案ノ上告人ナルトキハ其上告棄却ノ闕席判決ヲ爲シ被告カ本案ノ被上告人ナルトハ原告ノ事實上供述ヲ自白シタルモノト看做シ且原告ノ請求ヲ正當ナリト認メタルトキニ於テ原告勝訴ノ闕席判決ヲ爲ス(四四四條二四六條二四八條)

(丁) 故障ノ申立 取消ノ訴ノ基キ言渡シタル判決カ闕席判決ナル場合ニ於テハ之ニ對シテ故障ヲ申立タルコトヲ得ルヤ疑ヲ容レヌ(二五五條)

第三章 原狀回復ノ訴

(一) 原狀回復ノ訴ノ性質 原狀回復ノ訴ハ再審ノ一種ニシテ實體上不正ナル基礎ニ根據セル確定判決ニ

對スル不服申立方法ナリ而シテ原狀回復ノ訴ト取消ノ訴トノ差異(性質ノ)ニ關シテハ第二章ノ(一)ヲ參

照スヘシ

(二)原狀回復ノ訴ノ要件 原狀回復ノ訴ハ取消ノ訴ト其性質ヲ同クセサルヲ以テ適法要件モ亦各同一ニ

非ス左ニ唯原狀回復ノ訴ニ關スル適法要件ノ特色ノミヲ略述ス可シ

(1)原狀回復ノ訴ノ許可ニ關スル要件 原狀回復ノ訴ハ之ヲ當事者カ法律上一定ノ場合ニ於テ確定ノ

終局判決ニ對シ通常其確定ノ日ヨリ起算シテ五箇年ノ滿了前ニ提起シタルトキニ限り許ス(ヘキモノ

ト爲ル(四六七條一項四六九條四七四條三項民訴案五〇〇條一項五〇二條五〇七條三項)

(甲)主觀的要件 原狀回復ノ訴ハ原狀回復ノ理由アルニ因テ勝訴ノ判決ヲ受クルコト能ハサリシ當事者ノ一方換言スレハ斯ル理由ニ因テ不利ヲ被リタル當事者ノ一方カ(四七〇條)原告若シテハ被告カ(五〇三條)「當事者カ」自己ノ過失ニ非スシテ前訴訟手續即再審ノ目的タル確定判決ヲ爲シタル訴訟手續ニ於テ原狀回復ノ理由ヲ主張スルコト能ハサリシ前提要件存スルコトヲ得ルヲ提起スルコトヲ得如此原狀回復ノ訴ハ取消ノ訴ト異ニシテ斯ル當事者カ之ヲ提起スルコトヲ得ルノ理由ハ蓋此訴ハ前述ノ如ク實體上ノ不正ナル基礎ニ根據セル確定判決ニ依テ不利ヲ被ル當事者ヲ保護スル方法ニ他ナラサレハナリ又如此前提ノ要件存スルコトヲ要スル理由ハ蓋權利伸張又ハ權利防禦ニ必要ナル行為ヲ爲スコトヲ意リタル當事者ノ利益ヲ保護スルヨリモ寧確定判決ノ效力ノ安全ヲ維持スルヲ正當トスルニ在リ是原狀回復ノ訴ト取消ノ訴ト異ナル一ノ要點ニシテ學說上原狀回復ノ訴ハ補充的性質(Substantive character)ヲ有ストノ論據ヲ成スモノナリ(四七〇條民訴案五〇三條)而シテ玆ニ所謂「過失」ハ法律上何等ノ區別ナキヲ以テ重過失タルコトヲ必要トセス又當事者本人ノ過失

配當要求ノ效力ハ如何ナル時ニ生スルモノナリヤト云フニ其要求申立カ形式上適法ニシテ裁判所ニ受理セラレタル時直ニ其效力ヲ生スルモノナリ其效力ハ左ノ如シ

第一 配當要求者ハ其原因タル權利ノ性質ニ從ヒテ執行手續ニ於テ排濟ヲ受クルコトヲ得ルモノナリ第二 既ニ爲シタル差押カ取消ト爲リタル場合ニ於テ差押ノ效力ヲ生スルモノナリ但此效力ハ總テノ配當要求者ノ爲ニ生スルモノニ非スシテ執行力アル正本ニ依リ配當要求ヲ爲シタル債權者ノ爲ニ生スルモノナリ差押ナルモノハ強制執行中ノ主要ノ行為ニシテ執行力アル正本ヲ有セサル債權者ハ自ら強制執行ヲ爲ス能ハサルモノナルカ故ニ隨テ其配當要求ハ差押ノ效力ヲ生スルコトヲ得サルナリ執行力アル正本ニ基キ配當要求ヲ爲シタル債權者ノ爲ニ差押ノ效力ヲ生スルニ付テハ條件タル一ノ手續ヲ盡ササルハカラス其手續ハ執行裁判所カ職權ヲ以テ爲ス所ニシテ即配當要求ヲ第三債務者及差押債權者ニ送達シタルコトヲ要スルモノナリ(六二〇條三項)執行力アル正本ヲ有セサル債權者ハ差押ヲ爲スコトヲ得サルモノナリ縱令此場合ニ於テ債務者カ其配當要求ノ原因タル債權ヲ認諾スル旨ヲ執行裁判所ニ對シテ申立タル時ト雖此差押ノ效力ヲ生セサルモノナリ其理由ハ認諾ノ行為自體カ未タ形式上執行名義ト爲ル能ハサルヲ以テナリ

第三 第三債務者ニ其債務額ヲ供託スル權利ヲ生スルモノナリ此效力ハ配當要求ヲ第三債務者ニ送達スルニ依テ始ラ生スルモノナリ配當要求ノ送達ヲ受ケタル第三債務者ハ其送達前ニ取立命令ノ送達ヲ受ケタル時ト雖此供託ノ權利ヲ有スルモノナリ(六二一條一項)

第四 第三債務者ハ配當ニ與ル或債權者ノ求ニ依テ其債務額ヲ供託スル義務ヲ負フ此效力モ亦配當要求ノ送達ニ依ラ生スルモノナリ(六二二條二項)如此第三債務者ニ供託權ヲ有セシメタル法律上ノ理由

ハ第三債務者ヲシテ取立命令ニ應シタル後配當要求債權者ヨリ請求ヲ受クルノ煩累ヲ避ケシメンカ爲ナリ又如此債務額供託ノ義務ヲ負ハシメタル理由ハ配當要求債權者ヲ保護スル趣旨ニ出タルモノナリ詳言セハ差押債權者カ取立命令ニ依テ債務額ヲ取立テ之ヲ費消シテ配當ノ實施ヲ爲ス能ハサルニ至ルコトナカラシメンカ爲ナリ

以上第三及第四ノ場合ニ於テ債務額ヲ供託シタルトキハ第三債務者ハ其狀況ヲ執行裁判所ニ届出テナルヘカラス
第五 適法ナル配當要求アリタルトキハ配當要求者ノ權利ヲ害スヘキ轉付命令ヲ發スルコトヲ得ス此論據ハ第六二〇條二項ノ類推論ニ在リ即支拂ニ換ヘテ轉付命令アリタル後ハ配當要求ヲ爲スコトヲ得ス是轉付命令ヲ受ケタル債權者ヲ害スルヲ以テナリ配當要求アリタル後若轉付命令ヲ發スルヲ得ヘシトセハ配當要求ヲシテ無價值ナラシムヘク法律ハ無益ナル配當要求ヲ許ス謂レナキカ故ニ配當要求アリタルトキ其要求者ヲ害スヘキ轉付命令ヲ發スルコトヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス以上説明スル效力ノ外執行力アル正本ニ依リ配當要求ヲ爲シタル債權者ハ取立命令ヲ怠リタル差押債權者ニ對シテ取立ノ催告ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ而シテ其催告ノ效ナキ場合ニ於テハ執行裁判所ノ許可ヲ得テ自ラ取立ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ(六二四條)

第四節 配當手續

第一款 配當手續ノ開始及配當表ノ作成

配當ノ實施ハ左ノ要件ノ具備スル場合ニ於テ之ヲ爲スモノナリ

第一 配當ニ加ハルヘキ債權者數名アルトキ茲ニ所謂債權者トハ執行力アル正本ヲ有スル配當ヲ要求

スル債權者第五八九條ニ所謂民法ニ依テ配當ヲ要求スル債權者ノ如シ

第二 差押ヘタル金錢或ハ取立タル金錢或ハ買得金ヲ以テ總債權者ヲ満足スルニ足ラサルトキ

第三 動産ノ變賣期日金錢ノ差押ヲ爲シタル日及債權取立ノ届出ヲ爲シタル日ヨリ十四日ノ期間内ニ債權者間ノ協議調ヘサルトキ

配當實施ノ手續ヲ開始スルニ付テハ特ニ配當實施ノ申立ヲ債權者ヨリ爲スヲ必要トセス動産ニ對スル強制執行ノ場合ハ執達吏ヨリ債權者間ニ配當ノ協議調ヘサル旨ノ狀況届出ヲ執行裁判所ニ提出スヘキモノニシテ此届出ヲ受理シタル後ニ於テ執行裁判所ハ職權ヲ以テ實施手續ヲ行フモノナリ而シテ債權者ノ取立ヲ爲シタル場合ハ疑問ナリ即其手續ニ關スル規定ヲ缺除セリ蓋此場合ニハ債權者ハ取立ヲ爲シタルコトヲ執行裁判所ニ届出ツヘキモノナレバ此場合ニ於テ執行裁判所ハ配當ニ與ルヘキ各債權者ニ對シテ協議上配當ヲ爲シ得ルヤ否ヤヲ確メ配當協議調ヘサリシ場合ニ於テ之ヲ實施スルモノナラン執行裁判所ハ狀況届出ヲ受理シタルトキ又ハ債權取立ノ場合ニ於テ協議ノ調ヘサルコトヲ確メタルトキハ各債權者ニ計算書提出ノ催告ヲ爲スモノナリ其提出ノ期間ハ七日間トセリ其計算書ニ掲クヘキ事項ニ付テハ第六二七條ニ規定スル所ナリ此催告ヲ受クヘキ債權者トハ第一、差押債權者第二、民法ニ從ヒ配當ヲ要求セシ債權者(此債權中ニハ固ヨリ停止條件附債權ヲ有スル者ヲモ包含ス)第三、執行力アル正本ニ依リ配當要求債權者第四、假差押債權者ナリ

此催告期間經過後裁判所ハ配當表ヲ作ルモノナリ此配當表ニハ計算書ヲ提出セサル債權者ノ債權額ヲモ掲ケサルヘカラス故ニ計算書ヲ提出セサル債權者ハ其提出ヲ怠リタルカ爲ニ何等ノ不利ヲ受ケタルカ如シ然レトモ場合ニ依リ大ニ不利ヲ生スルコトアリ即計算書ヲ提出セサル債權者ニ付テハ裁判

所ハ配當要求ノ趣旨並ニ狀況屆等ノ趣旨ヲ参照シテ其債權額ヲ定ムルモノニシテ其計算カ真實ノ債權額ヨリ寡少ナリシ場合ニ於テモ其債權額ヲ補充スルコトヲ許ササルモノナレハナリ
配當表ニハ債權ノ種類數額債權者ノ氏名配當ノ目的タル金額配當ノ割合等ヲ記載スルモノナリ配當表作成ノ後ニ執行裁判所ハ其配當表ニ關スル陳述期日及配當期日ヲ定メテ各債權者及債務者ヲ呼出シモノナリ若債務者ノ所在不明ナルトキ或ハ外國ニ在ル場合ニ於テハ其呼出ヲ爲ササルモノナリ其結果トシテ債務者ハ配當表ニ對シテ陳述ヲ爲ス權利ヲ失フニ至ルモノナリ而シテ配當表ハ遲クモ陳述期日ノ三日前ニ裁判所書記課ニ備ヘ置キ利害關係人ノ閱覽ニ供スルモノナリ此陳述期日及配當期日ハ申立ニ依リ變更スルコトヲ得ルモノナリ而シテ陳述期日ニ於テ配當表ニ對シテ異議ヲ申立ナキトキハ配當期日ニ於テ配當ヲ實施スルモノナリ配當表ニ對シテ異議ヲ申立ツル者アリテ其異議ニ基キ利害關係人カ配當表ヲ更正スルコトヲ合意スルトキハ其合意ニ基キテ配當表ヲ更正スルモノナリ而シテ更正シタル配當表ニ基キ配當ヲ實施スルモノナリ又異議ノ申立アリト雖其異議ハ配當表全部ニ亘ラサル場合ニ於テハ異議ニ關係ナキ部分ニ付テ配當ヲ實施スルモノナリ

第二款 異議及異議ノ訴

配當表ニ對シテ異議ヲ申立ツルノ權利アル者ハ期日ニ出頭シタル債權者ノミナリ債務者ハ固ヨリ其權利ヲ有スルモノナリ期日ニ關席シタル債權者ハ異議申立ノ權利ヲ失フモノナリ即法律ハ此關席債權者ヲ以テ配當表ヲ精確ナリト認メタルモノト看做スモノナリ
異議ノ申立ハ配當表ニ關シ如何ナル更正ヲ求ムルヤヲ明示スルヲ以テ足ルモノナリ如何ナルモノカ異

議ノ理由ト爲ルモノナリヤ即其主要ナルモノヲ舉ケレハ第一、或債權ノ成立セサルコト或ハ其債權ニ附隨スル優先權ノ存在セサルコト第二、自己ノ債權ヲ配當要求額ヨリ寡少ニ認メタルコト又ハ自己ノ債權ノ優先權ヲ認メサリシコト第三、配當ノ割合カ債權額ニ比例セサルコト等ノ如シ異議ノ申立アリタル場合ニハ其目的ト爲リタル債權ヲ有スル者ハ之ニ對シテ陳述ヲ爲ス權利ヲ有スルモノナリ若右ノ場合ニ其債權ヲ有スル者カ關席シタルトキハ異議ヲ爭ヒタルモノト認メラルモノナリ是或ハ關席判決ノ理論ニ反スルカ如クナレトモ然ラズ即關席シタル債權者ハ配當表ニ同意シタルモノト爲ルモノナリ

此異議ニ關係スル債權者ハ和解ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ
配當表ニ對スル異議ノ訴トハ配當表ニ關スル陳述期日ニ於テ異議ヲ主張シタル債權者カ配當表ノ更正ノ目的トシテ提起スル訴ニシテ其性質ハ制定ノ訴訟ニ屬スルモノナリ此訴ニ於テハ第四八條ニ依レル共同訴訟人ヲ生スルコトアリ又第一二〇條ニ依テ裁判所ハ數多ノ訴ヲ併合スルコトヲ得ルモノナリ此訴ニ於テ被告ト爲ルモノハ配當表ニ於ル自己ノ位置ヲ不利益ニ變更セラレントスル債權者ナリ
此訴ノ原因トスヘキモノハ異議ノ原因トシテ既ニ説明シタル如ク或ハ原告ノ優先權ノ存スルコト或ハ被告ノ權利ノ不成立又ハ取消アリタルコト等ノ如シ原告ハ配當表ニ對スル異議ノ理由トシテ主張シタルモノト異ナル理由ヲ此訴ノ原因トシテ主張スルコトヲ得ルモノナリ

一定ノ申立トシテハ原告ノ主張スル如ク配當表ヲ更正セラレントヲ求ムルニ在リ被告ハ又反訴ヲ以テ原告ノ權利ヲ半フコトヲ得ルモノナリ
此訴ハ配當ノ實施ヲ妨クル効力ヲ當然生スルモノニ非ス配當ノ實施ヲ妨ケントセハ此訴ヲ提起シタルトトモ配當裁判所ニ對シテ訴ノ提起ヨリ七日間ニ證明スルコトヲ必要トス而シテ若訴ヲ受ケタル裁判

ハ新配當表カ判決ノ當事者タラサリシ債權者ノ配當額ヲ舊配當表ヨリ少額ニ爲シタルコト等ナリ
此配當ノ訴ニ關シテハ關席判決ヲ爲シ得ルモノナリ即第六三七條ニ規定スル所ニシテ其關席判決ノ主
文トシテ原告ノ關席シタル場合ニハ異議ヲ取下ケタルモノト看做ス旨ノ宣告ヲ爲スモノナリ被告ノ關
席シタル場合ニハ關席判決ニ關スル一般ノ規定ニ從ヒ其判決ヲ爲スモノナリ原告ノ關席ノ場合ニ訴ヲ
却下ストノ判決ヲ爲ナスシテ(二四七條)異議ヲ取下ケタルモノト看做ス關席判決ヲ爲ス所以ハ形式上
異議ヲシテ消滅セシメントノ趣旨ニ出ヅルモノナリ換言セハ訴ヲ却下スト云フニ於テハ陳述期日ニ於
ル異議ノ申立ハ形式上存在スルヲ以テナリ

第三款 配當ノ實施

配當ハ左ノ場合ニ於テ之ヲ實施スルモノナリ

- 第一 配當期日ニ於テ異議ノ申立ナキ時
 - 第二 右期日ニ異議ノ申立アリテ全債權者ノ同意ニ依テ配當表ノ更正アリタルトキ
 - 第三 異議ノ申立アルモ其異議ハ配當表ノ全部ニ影響セシテ單ニ一部ニ對シテ存スルトキハ異議ニ
關係ナキ配當表ノ部分ニ付配當ヲ實施ス
 - 第四 異議申立者カ第六三三條ノ期間内ニ訴ヲ起シタルコトヲ證明セザル時
 - 第五 異議ノ訴ヲ完結シタル時
- 配當實施ノ手續ハ第六三九條ニ規定スル所ニシテ條文明瞭ナルヲ以テ一之ヲ説明セス

第二章 不動産ニ對スル強制執行

第一節 通則

不動産ニ對スル強制執行トハ金錢ノ債權ニ基テ強制執行ヲ謂フ故ニ不動産ノ引渡ヲ目的トスル債權ニ
付テノ強制執行又ハ債務者ノ有スル不動産請求權ニ對スル強制執行ハ此規定中ニ包含セザルナリ但第
六一六條ノ場合ニ於テ第三債務者ヨリ不動産ノ引渡アリタル場合ニハ此章ノ規定ニ依テ執行ヲ續行ス
ルモノナリ

第六四〇條ニ依ルトキハ不動産ニ關スル強制執行ヲ別テ二種ト爲セリ即第一ハ強制競賣第二ハ強制管
理ナリ

強制執行ノ目的ト爲ルヘキ不動産ニ付テハ我訴訟法ニハ別ニ制限ヲ設ケス故ニ總テノ不動産ハ強制執
行ノ目的ト爲ルコトヲ得ルモノナリ唯不動産中ニ強制管理ノ目的ト爲リ得レトモ強制競賣ノ目的ト爲
リ得ザルモノアリ法律カ所有權ノ移轉ヲ禁シタル不動産ニ此二箇ノ執行方法ハ債權者ニ於テ必シ
モ其一ヲ選ハサルヘカラサル義務ナキモノナリ即二箇ノ方法ヲ併用フルコトヲ得ルモノナリ同時ニ
目的トスヘキ數箇ノ不動産アルトキハ其一箇ニ付テハ強制管理ヲ他ノ數箇ニ付テハ強制競賣ヲ併用シ
得ルモノナリ又一ノ不動産ニ對シテ先一箇ノ方法ヲ用ヒ次ニ之ヲ他ノ方法ニ變更スルコトヲ得ルモノ
ナリ例之一旦強制競賣ノ目的ト爲シタルモノヲ競落決定前之ヲ取消シ更ニ強制管理ノ決定ヲ爲スカ如
シ而シテ此執行方法中強制管理ノ方法ハ假差押ノ執行ノ爲ニモ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ何トナレ
ハ強制管理ナルモノハ不動産ノ收益ニ對スル執行方法ナルカ故ニ假差押ノ執行トシテ不動産ノ強制管

理ヲ爲スハ債務者ノ利益ヲ害スルコトナキヲ以テナリ

不動産ニ對スル強制執行ノ機關ハ執行裁判所ナリ其執行裁判所トハ不動産所在地ノ裁判所ヲ謂フ執行ノ目的ト爲ル不動産數箇アル場合ニ於テ其不動産數箇ノ管轄裁判所ニ屬スルトキハ債權者ハ先管轄指定ノ申請ヲ爲ササルヘカラス其申請ニ對シテハ管轄裁判所ヲ定ムル裁判ヲ受ケ其裁判ニ基キ定メラレタル裁判所ニ對シテ強制執行ノ申請ヲ爲ササルヘカラス法律ニハ一箇ノ不動産數箇ノ區裁判所ノ管轄ニ跨リテ存在スル場合ニ於テ何レノ裁判所ノ管轄ニ屬スルヤノ問題ヲ決セス然レトモ此場合ニ於テハ第六四一條ノ規定ノ精神及裁判所構成法第一〇條等ニ依リ等シク上級裁判所ニ其管轄裁判所ヲ定メシムヘキモノナリ

不動産ニ對スル執行機關ヲ執達吏ト爲サスシテ區裁判所ト爲シタル理由ハ即左ノ如シ

第一 不動産ハ有體物ニ比シテ其價貴重ナルモノナリ故ニ其所有者ヲ保護スル爲ニ執達吏ヨリ法律ノ智識ノ勝レル判事ヲシテ執行手續ヲ取扱ハシメンカ爲メ區裁判所ヲシテ其執行機關ト爲シタルモノナリ

第二 財産權ニ對スル場合ト同ク執行上困難ナル問題ヲ生シ得ヘク面シテ執達吏ハ此問題ヲ解決スルニ適セサルモノナルヲ以テ區裁判所ノ管轄ト爲シタルモノナリ

第二節 強制競賣ニ依レル執行手續

第一款 競賣ノ申立

競賣ノ申立ハ第六四二條ニ規定スル所ノ要件ヲ具備セサレハ適法ト爲ラサルナリ其要件トハ即

屬スル財産ノ賣得金ニ付優先的辨済ノ目的トシ又管財人カ職權ヲ以テ斟酌スルモノニ非シテ(破産財團ニ屬セサル財産ハ管財人カ之ヲ處分スルノ職權ナキヲ以テ取戻權ハ職權ヲ以テ斟酌スルヤ當然ナリ)却テ權利者ノ主張ヲ待テ斟酌スルモノナリ然レトモ取戻權ト同ク破産財團ヲ減少スルノ效力ヲ有シ又別除權者タルニ破産者其人ニ對スル債權者タルコトヲ要セス(破産者カ其宣告前第三者ノ債務ノ爲ニ自己ノ財産ニ質權ヲ設定シタルトキハ其質權者カ別除權者タルカ如シ)

(a) 性質 別除權ハ破産財團ニ屬スル一定ノ財産ニ付優先權其他特定ノ權利ヲ有スル者カ破産債權者ヨリ優先シテ該財産ノ賣得金ニ満足ヲ享クルコトヲ目的トスル權利ナリ(1)破産財團ニ屬スル特定ノ財産ニ付優先權其他一定ノ權利ヲ有スル者カ別除權ヲ有ス破産財團ニ屬スル特定ノ財産ニ非シテ破産者ノ有スル總財産ニ付優先權ヲ有スル者殊ニ一般先取特權者ハ理論上別除權ヲ有セス何トナレハ斯ル權利ハ破産者ノ總財産ニ付満足ヲ享有スヘキモノナルヲ以テ破産債權ト其目的及目的物ヲ同ウス隨テ斯ル權利者ハ其優先權ヲ以テ擔保セラレタル債權ニ付破産債權者トシテ他ノ破産債權者ニ先テ辨済ヲ受クシムルノミヲ以テ足レハナリ(2)別除權者ハ取戻權者ト異ニシテ破産財團中ヨリ之ニ屬セサル特定ノ財産其モノヲ取戻シテ満足ヲ享有スルニ非シテ却テ破産財團ニ屬スル財産ノ賣得金ニ付満足ヲ享有スルモノナリ別除權ノ目的物ハ破産財團ニ屬スルヲ以テ管財人ハ他ノ破産財團ニ屬スル財産ト同ク之ヲ換價シ其賣得金ヲ破産財團ニ歸セサルヲ得ス又該財産ニ付優先的辨済ヲ受ケヘキ權利ヲ有スル者ハ其満足ヲ享ハシタル後ニ存スヘキ殘額ヲ返還セサルヲ得ス隨テ該權利者ハ其目的物ヲ擔保スルコトヲ得ス却テ返還額ノ有無ヲ確定スルカ爲ニ之カ換價ヲ爲ササルヲ得ス故ニ別除權ハ唯其目的物ノ賣得金ニ満足ヲ享有スルコトヲ目的トスルノミ(3)破産財團ニ屬スル財産ニ付破産宣告前ニ成立シ

タル優先の満足ヲ享有スヘキ權利ヲ有スル者ハ別除權ヲ有ス破産手續ノ開始ハ既往ニ遡リ其開始前ニ成立シタル優先の法律關係ヲ破産スルノ效力ヲ有セス故ニ優先の満足ヲ享有スヘキ權利ヲ有スル者ハ破産手續ノ開始ニ拘ラス破産財團ニ屬スル該權利ノ目的物ニ付優先の満足ヲ享有スルコトヲ得アルヘカラス是ヲ以テ破産法ハ別除權ヲ認め質權、抵當權等ノ如キ優先の満足ヲ享有スヘキ權利ヲ有スル者ヲ保護シ破産手續ノ開始ニ拘ラス破産財團ニ屬スル該權利ノ目的物ニ付他ノ破産債權者ヨリ優先シテ満足ヲ享有スルコトヲ得セシム隨テ別除權ハ獨立ノ權利ニ非シテ優先の満足ヲ享有スヘキ權利ニ依テ存在スルモノト謂ハサルヲ得ス又別除權ノ原因ト爲ル權利ハ破産宣告前ニ成立セルコトヲ要ス蓋破産宣告後ニ於テ破産財團ニ屬スル財産ヲ目的トスル權利ハ財團債權ヲ除ク外破産債權者者團體ニ對シ有效ニ取得スルコトヲ得サレハナリ

(b) 主體 債權者ノ有スル一定ノ財産ニ付優先の満足ヲ享有スヘキ權利ヲ有スル者ハ實體法ニ依テ定リ斯ル權利ヲ有スル者カ別除權ヲ有スルヤハ破産法ニ依テ定ル蓋破産法ハ別除權ノ行ル場合ヲ限定シテ規定シタルハナリ故ニ破産手續カ開始セル場合ニ於テ破産財團ニ屬スル財産ニ付優先權ヲ有スト雖之カ爲ニ當然別除權アリト論決スヘカラス唯破産法ニ於テ斯ル優先權ノ爲ニ別除權ヲ認メタルトキニ限リ別除ノ辨償ヲ受クルコトヲ得我破産法ニ從ヘハ優先權者、相續債權者、受遺者ハ別除權ヲ有ス又破産法案ニ依レハ留置權者ハ特別ノ先取特權者、質權者、抵當權者及破産者ト或財産ヲ其有スル者ハ別除權ヲ有ス

第一ニ優先權者即質權者、抵當權者、特別ノ先取特權者等ノ如キ民法其他ノ法令ニ依テ債務者ニ屬スル一定ノ財産ノ賣得金ニ付他ノ債權者ヨリ優先シテ辨償ヲ受クル權利ヲ有スル者ハ債務者カ破産シタル

場合ニ於テ該擔保物ノ賣得金ニ付費用、利息及元金ノ完済ヲ受クルカ爲ニ別除ノ辨償ヲ請求スルコトヲ得(舊商九七條、民四九一條、三〇三條乃至三〇五條、三一一條乃至三九八條、商六八〇條乃至六八九條、保險業法九六條、三三年勅令三八〇號、獨破四七條乃至四九條、英破四〇條、佛商五四六條乃至五五六條等)如此優先權者カ別除權ヲ有スルハ蓋破産宣告ノ爲ニ既存ノ優先の法律關係ノ效力ヲ害スルコトアラハ優先權ヲ設ケタル法意ニ反ヘルニ至ルヲ以テナリ故ニ破産の執行ハ既存ノ優先權ノ效力ヲ侵害セサル範圍内ニ於テ行レ優先權者ハ破産手續ノ開始ナキ場合ニ於テ同ク民法及民事訴訟法ノ規定ニ從ヒテ其權利ヲ實行スルコトヲ得ヘシ隨テ優先權ノ目的物カ其權利ヲ尊重セラルルコトナク事實上差押ニ係リタルトキハ優先權者ハ別除權者トシテ優先權ヲ侵害セサル範圍内ニ於テ其目的物カ破産の差押ノ目的物タルヘキモノナリト主張スルコトヲ得ヘシ留置權ハ其目的物ノ賣得金上ニ優先の辨償ヲ得セシムルモノニ非サルヲ以テ留置權者ハ法律上何等ノ明文ナキ以上ハ別除權ヲ有スト認ムルコトヲ得ス(民二九五條乃至三〇二條、商二八四條)但債務者ノ相當ナル擔保ノ提供ニ因テ留置權カ消滅シタルトキハ其擔保力質、抵當タルトキニ限リテ留置權ヲ以テ擔保セラレタル債權ヲ有スル者カ別除權ヲ有シ(民三〇一條)又留置權ハ破産手續開始ノ爲ニ其效力ヲ喪失スルモノニ非サルヲ以テ留置權者ハ其權利ヲ抗辯トシテ管財人ニ主張スルコトヲ得ヘシ然レトモ破産法案ハ留置權者ニ別除權ヲ認シタルハ是蓋之カ爲ニ破産債權者ノ利益ヲ害スルコトナキノミナラス破産手續ノ進行ニ付便益スル所アレハナリ(破案三〇條)一般ノ先取特權ハ前述ノ如ク理論上別除權ノ原因タル權利ニ非サルヲ以テ破産法案ニ於テハ一般ノ先取特權者ニ亦別除權ヲ認メサリ反之現行破産法ニ於テハ一般ノ先取特權者ニ亦別除權ヲ認メタルモノノ如シ蓋一般ノ先取特權者亦商法第九七條ニ所謂優先權ヲ有スル債權者ニ外ナ

ラサレハナリ立法上ノ見解トシテハ其宜キヲ得サルモノナルコト勿論ナリ又差押ヲ禁シタル財産ヲ目的ト爲ス留置權、先取特權(特別ノ)及質權ハ破産財團ニ屬スル財産ノ目的トスル優先權ニ非サルヲ以テ別除權ノ原因タル權利ト爲ラサルコト敢テ疑ハ容レズ隨テ斯ル優先權ヲ有スル債權者ハ債務者ノ破産ニ於テ別除權ヲ主張シ其目的物ノ賣得金ニ付別除の満足ヲ受クルコト得ス然レトモ斯ル優先權ヲ有スル債權者カ債務者ノ破産ニ於テ其擔保ノ目的物ニ付其權利ヲ行フコト能ハサルハ斯ル優先權ヲ是認シタル法意ニ副ハサルモノナリ破産法案ニ於テ斯ル優先權ヲ有スル債權者ヲシテ別除權ニ關スル手續ニ依リ其權利ヲ行使スルコトヲ得セシメタル所以ナリ(破産三四條)種別優先權者ハ破産財團ヨリ辨濟ヲ受ケタルトキハ(商九九七條、一〇四五條)別除ノ請求ヲ爲スコトヲ得何トナレハ別除權ノ原因タル權利ハ之ニ依テ消滅スルヲ以テナリ又優先權者ハ賣得金ノ殘額ヲ取得スルコトヲ得何トナレハ該殘額ハ破産財團ノ一部分ニ外ナラサルヲ以テナリ(商九九七條末段、該條ニ於テ「買主之ヲ財團ニ拂込ム可シ」ト規定シタルハ蓋優先權者ハ賣得金ニ付費用、元利金ノ支拂ヲ受クルニ止ルヲ以テ買主ハ直接ニ相當ノ金額ヲ優先權者ニ支拂ヒ剩餘ハ破産財團ニ屬スルモノナルヲ以テ之ヲ財團ニ拂込ムヘキモノトシ以テ二重支拂ヲ爲スノ虞アルコトヲ注意シタルモノナルヘシ然レトモ民事訴訟法及競賣法ニ依レハ買主ハ執行機關ニ代金ノ支拂ヲ爲スヘキモノナルヲ以テ此法律ニ依レル賣却ノ場合ニハ同條末段ノ適用ヲ見ス唯任意賣却ノ場合ニ於テ適用アルノミ尙此點ニ關シテハ商法第一〇一八條ヲ參考スヘシ立法上ノ見解トシテハ全然不必要ノ規定ナリト認ム)優先權ヲ以テ保護セラレタル權利カ破産者其人ニ對スル權利ナルトキハ優先權者ハ別除權ヲ主張スルコト同時ニ破産債權トシテ該權利ヲ届出テ擔保物ノ賣得金ヨリ完全ナル辨濟ヲ受ケタル場合ニ於テ該不足額ニ付配當ヲ受ケ又優先權ヲ抛棄シテ其之

ニ關スル債權金額ニ付配當ヲ受クルコトヲ得反之優先權ヲ以テ保護セラレタル權利カ破産者其人ニ對スル權利ニ非サルトキハ別除權カ破産者ニ對スル債權ノ從タル權利ニ非サルトキハ別除權ヲ有スル優先權者ハ破産債權者ニ非ス故ニ配當手續ニ於テ斟酌セラレサルハ當然ナリ隨テ第三者カ債務者ノ爲ニ所有物ヲ債權者ノ擔保ニ供シタル後ニ於テ破産シタルカ如キ場合ニ於テハ債權者ハ其權利ヲ破産債權トシテ第三者ノ届出ツルコトヲ得ス優先權ノ目的物カ破産財團ニ屬セサルトキハ優先權者ハ別除權者ニ非ス蓋別除權ハ破産財團ニ屬スル一定ノ財産ニ付別除ノ辨濟ヲ受クルコトヲ目的トスル權利ナルヲ以テナリ故ニ破産債權ト同時ニ別除權ヲ主張スルノ謂レナシ隨テ第三者カ債務者ノ爲ニ所有權ヲ債權者ノ擔保ニ供シタル後ニ於テ債務者カ破産シタル場合ニ於テハ債權者ハ破産債權トシテ其權利ヲ主張スルコトヲ得レトモ別除權トシテ其優先權ヲ行使スルコトヲ得ス又債務者カ其有スル所有權ヲ債權ノ擔保ニ爲ニ債權者ニ移轉シタルトキハ債權者ハ該財産ニ付別除權ヲ有セスシテ却テ取戻權ヲ有シ且其債權ヲ破産債權トシテ届出ツルコトヲ得ヘシ何トナレハ斯ル場合ニ於テハ移轉セラレタル財産ハ破産財團ニ屬セサルヲ以テ別除權ノ存スヘキ理ナク又債權者ノ有スル債權ハ移轉ニ因テ生シタル反對給付ノ目的トスル債務ト相殺セラレ爲ニ當然消滅シタルモノト謂フコトヲ得サレハナリ故ニ管財人ハ破産者タル債務者ト債權者トノ間ニ於テ成立シタル契約ノ内容ニ從ヒ殊ニ移轉シタル財産ノ讓渡ヲ特定ノ期間ニ爲スヘキ特約ノ存スルトキハ其特約ニ從ヒ之カ履行ヲ請求シ以テ破産債權者ト相殺ヲ爲スノ途ヲ執ルコトヲ得ルノミ隨テ信用關係ノ爲ニ公益上又當事者ハ終局のニ債務者ノ財産中ヨリ前示ノ財産ヲ除去スルノ意思ナシトノ解釋上別除權アリト反對ニ論決スルハ正當ノ見解ニ非ス而シテ前述ノ如ク優先權ヲ以テ保護セラレタル權利カ破産債權ナルトキハ其債權者カ其有スル別除權ヲ主張シテ

ルカ爲ニ破産債權ヲ主張スルコトヲ妨ケラルルコトナキ理由ハ蓋スル權利者ハ別除權者タルト同時ニ破産債權者タルノ地位ヲ有スレハナリ故ニ別除權ヲ有スル優先權者ハ其債權金額ヲ届出テ且破産手續ニ從テ之ヲ確定セシムルコトヲ得ヘシ元來債務者ニ對シ其財産上ニ優先權ヲ有スル債權者ハ該目的又ハ債務者ノ他ノ財産ニ付差押ヲ爲シ満足ヲ享有スルノ選擇權ヲ有ス然レトモ法律ハ債務者ノ破産シタル場合ニ於テハ條理上債權者カ其優先權ヲ拋棄セサル限ハ唯其行使ニ依テ受クルコト能ハサル不足額ニ付破産手續ニ參加スルコトヲ得セシムルニ止メタリ故ニ優先權ヲ有スル債權者ハ同時ニ別除權ト破産債權(全額)トヲ主張スルコトヲ得レトモ破産手續ニ於テ斟酌セラルヘキ債權額ハ別除權ノ行使ニ依リ受クルコト能ハサルヘキ不足額ヲ出テスル隨テ斯ル債權者ハ債權者集會ニ於テ(商一〇三五條)該不足額ニ付議決權ヲ有シ又中間ノ配當ヲ爲ス場合ニ於テ斯ル債權者ノ爲ニ該不足額ニ對スル配當額ヲ供託シ終局ノ配當ヲ爲ス場合ニ於テ別除權ノ行使ニ依テ確定シタル該不足額又ハ別除權ヲ拋棄シタル債權額ニ該當スル配當額ヲ斯ル債權者ニ交付ス債權全額ニ該當スル配當額ヲ破産財團ヨリ受ケ其不足額ヲ別除權ノ目的物ノ賣得金ヨリ受ケ又ハ別除權ヲ主張シタル後破産債權全額ニ對スル配當額ヲ破産財團ヨリ受ケントスルカ如キ行爲ハ總令債務者カ其破産宣告前ニ契約上先債務者ノ全財産上ニ於テ満足ヲ享有シ次ニ其不足額ノ支拂ヲ別除權ノ原因タル優先權ノ目的物上ニ於テ受ヘキ權利ヲ債權者ニ認メタル場合ニ於テモ許スコトヲ得ス蓋スル契約ハ破産債權者ニ對シテ無効ナレハナリ優先權ヲ拋棄シタル債權者ハ其債權全額又ハ拋棄シタル優先權ノ關係タル債權ノ一部ニ付破産手續ニ於テ斟酌セラレト要セス或行爲ニ依リ默示セラルルヲ以テ足ル又拋棄ハ破産手續終局以後ニ於テ其效力ヲ存續スル

ヤ當然ナリ(商九九九條、佛商五四八條、獨破六四條)但破産法案ニ於テハ優先權者カ別除權ヲ主張スルト同時ニ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ル旨ノ法則ヲ否認シタルコトハ前述ノ如シ(破産七條但書二三條、二三條)破産財團ニ屬スル一定ノ財産上ニ數多ノ優先權カ存スルトモ隨テ數多ノ別除權カ存スルトモキハ民法及特別法ニ從テ其順位ヲ定ム蓋別除權ハ後述ノ如ク破産手續ノ外ニ於テ行ハルモノナルヲ以テ破産法ニ於テ之カ順位ヲ規定スヘキモノニ非サレハナリ(商九九八條)又同一ノ場合ニ於テ管財人カ第一位ノ優先權ヲ有スル債權者ニ辨濟ヲ爲シテ以テ別除權ヲ消滅セシタルトモキハ第二位ノ優先權ヲ有スル債權者ハ斯ル辨濟ヲ自己ノ利益ノ爲ニ利用シ第一位ノ優先權者ナキ場合ニ於ルカ如ク別除權ヲ主張スルコトヲ得ス蓋劣等ノ優先權者ハ優等ノ優先權者カ同一ノ目的物ノ賣得金ニ付満足ヲ享有シタル殘額ニ付満足ヲ享有スヘキ權利ヲ有スルニ止ルヲ以テ管財人カ破産財團ニ屬スル他ノ財産ニテ優等ノ優先權者ニ完済シタルカ爲ニ該制限ノ除去セララルヘキ理ナケレハナリ故ニ第二位ノ優先權者ハ唯其目的物ノ賣得金上ヨリ管財人カ破産財團ヲ以テ第一位ノ優先權者ニ爲シタル辨濟ヲ控除シタル殘額ニ付別除權ヲ行フコトヲ得ルノミ反ノ第一位ノ優先權者カ別除權ヲ拋棄シタルトモキハ第一ニ第二位以下ノ優先權者ヲ利シ第二ニ破産債權者ヲ利ス何トナレハ管財人ハ斯ル場合ニ於テハ拋棄シタル別除權カ存セザリシトキト同一ノ取扱ヲ爲シ第二位以下ノ優先權者ノ不利益ニ於テ該別除權ヲ存セシムルコトヲ得サレハナリ(效力)

第二ニ相續債權者及受遺者ハ(特定物ノ所有權ヲ取得シタル受遺者ハ取戻權ヲ有スルモ別除權ヲ有セス隨テ茲ニ所謂受遺者ハ相續財産ニ於ル給付ヲ目的トスル債權ヲ取得シタルモノト解セサルヘカラス)破産シタル相續人カ承繼シタル相續財産ニ付別除權ヲ有ス債務者其人ノ事實上ノ變更ニ因リ債權

0498

破産法 實體規定 破産財團

競合スルニ因リ不利益ヲ被ルヘキ場合ニ於テ相續債權者及受遺者ニ相續財産ノ別除權ヲ認メタル我法
律亦然リ(民一〇四一條、商一〇〇一條)(舊瀋西破産法第三七條、第二五七條及舊獨逸破産法第四三條
ハ相續人カ破産宣告ヲ受ケタル場合ニ於テノミ相續債權者及受遺者ニ別除權ヲ認メタルモノ如シ)
故ニ相續財産ニ關スル別除權ハ唯單純承認ノ相續ヲ爲シタル債權者アル場合ニ於テ存在スルノミ(2)相
續債權者及受遺者ハ相續人タル債務者カ其之ニ對スル破産手續ノ終局迄ニ於テ單純承認ニ因リ相續財
産ヲ取得シタル場合ニ於テ相續財産ニ付別除權ヲ有ス相續人タル債務者カ其之ニ對スル破産手續ノ終
局後ニ於テ相續財産ヲ取得シタル場合ニ於テ破産財團ノ存スルコトナキヲ以テ相續債權者及受遺者カ
別除權ヲ有スルコトナキヤ當然ナリ又相續人タル債務者カ其支拂停止前又ハ其之ニ對スル破産手續開
始前ニ於テ相續財産ヲ取得シタル場合タルコトヲ要セサルハ債務者カ其破産手續開始後ニ取得シタル
財産ノ破産財團ニ屬スルコト我破産法ノ法則ニ依リ明白ナリ獨逸破産法ニ於テハ前述シタルカ如ク債
務者カ其破産宣告前ニ取得シタル財産ノミカ破産財團ニ屬スルヲ以テ破産手續開始後ニ取得シタル財
産ハ總合相續ニ依リ取得シタルモノト雖破産者ノ自由財産ニシテ破産財團ニ屬セス故ニ舊獨逸破産法
第四三條ニ於テハ債務者カ其破産宣告ヲ受ケタル前ニ相續財産ヲ取得シタルヲ要件ト爲セリ我破産法
ニ於テハ我商法起草者カ前述シタル如ク破産手續開始後ニ於テ債務者カ取得シタル財産亦破産財團ニ屬
スル主義ヲ是認シタル佛法系諸國ノ立法例ニ依テ立案シ商法第一〇〇條カ之ニ基キテ成立シタルモ
ノナルヲ以テ特ニ「其支拂停止後」ト明言シ單ニ支拂停止前ニ於ル相續財産ノ取得ハ勿論支拂停止後ニ
於ル相續財産取得ノ場合ト雖別除權カ相續財産ニ付存スルコト並ニ獨派ノ立法例ニ於ルカ如ク破産手
續開始前ノ相續取得タルヲ要件ト爲サルコトヲ示シタリ隨テ反對推理ニ基キ支拂停止前ニ於ル相續

財産取得ノ場合ニ於テハ相續財産ニ關スル別除權ナシト謂フヘカラス第二ニ相續財産ノ現存スルコト
ヲ要ス蓋相續財産ノ現存スルコトナクシハ相續財産ニ付別除權ヲ行フニ由ナケレハナリ故ニ相續債權
者及受遺者ハ破産財團中ニ存スル相續財産タルノ性質ヲ失ハサル各箇ノ財産ニ關シテハ主タルモノ從
タルモノ又ハ代リタルモノ殊ニ「未タ債權者ニ支拂ハレサル相續財産ニ屬スル金錢」(例之相續人ニ依
リ賣却セラレタル相續財産ニ關スル代金ノ支拂ヲ目的トスル債權)タルト問ハス別除權ヲ行フコト
ヲ得ヘシ然レトモ相續人カ取立タル金錢ニ關シテハ別除權ヲ行フコト能ハス何トナレハ斯ル金錢ハ
他ノ財産ニ混同シ別除權ノ目的ヲ達スルコト能ハサルモノナレハナリ而シテ相續人タル破産者カ其宣
告ヲ受ケタル以前ニ於テ又ハ其宣告以後管財人カ相續債權者及受遺者ノ權利ヲ害スルカ爲ニ爲シタル權
利行爲ハ民法第四二四條ニ從ヒテ之ヲ攻撃スルコトヲ得ヘシ(要件)相續債權者及受遺者ハ相續人ノ破
産財團ヨリ辨濟ヲ受ケタルトキハ別除權ヲ主張スルコトヲ得ス何トナレハ斯ル辨濟ニ因リ別除權ノ原
因タル權利カ消滅シタルヲ以テナリ又相續債權者及受遺者ノ有スル權利ニ付満足ヲ供シタル相續財産
ノ剩餘ハ相續人ノ破産財團ニ屬ス何トナレハ相續財産ヲ拋棄セサル相續人ノ財産ニ外ナラサレハナリ
相續債權者及受遺者ハ他ノ別除權者ト同ク別除權ヲ拋棄シタル部分又ハ別除權ノ主張ニ因リ満足ヲ享
有スルコト能ハサリシ部分ニ付破産シタル相續人ノ破産財團上ニ満足ヲ求ムルコトヲ得ヘシ羅馬ニ於
テハ其初メ相續人ハ當然相續債權者ノ債務者タルヲ以テ相續債權者カ別除權ヲ主張シタルカ爲ニ之ニ
對シ對人ノ責任ヲ免ルモノニ非スト云ヘル思想ト相續債權者ハ別除權ノ主張ニ因リ相續人其人ニ對
スル權利ヲ拋棄シタルモノナリト云ヘル思想トアリタレトモ後世ニ於テハ後者ノ思想ヲ正當視シ又普
瀋西破産法(三九條)獨逸破産法(六四條)ハ前者ノ思想ヲ是認シタルモノノ如シ我商法モ亦然ラン(民

一〇四八條、商九八八條準用）和續債權者及受遺者ノ別除權ノ順位ハ民法ノ定ムル所ニ依ル（民一〇四七條、一〇三三條等）（效力）

第三ニ破産法案ニ依レハ組合（民六六八條）和續（民一〇〇一條）夫婦財產制ニ基テ共有財産（民七九六條、七七七條）等ノ原因ニ基キ破産宣告ノ當時破産者ト共有關係ヲ有スル者ハ分割ニ因リ破産者ノ破産財團ニ歸ス（ヘキ）共有物ノ部分ニ付共有ニ關スル債權ノ爲ニ別除權ヲ有ス破産者カ他人ノ特定ノ財産ヲ共有シタルトキハ破産者ノ持分カ破産財團ニ屬スルコト及此持分ハ共有ニ關スル債權ニ付破産者ノ負擔ニ屬スルモノヲ控除シタル部分ナルコトハ前述シタル所ナリ而シテ破産宣告ノ當時ニ存在シタル共有物ヲ破産手續中ニ分割シ破産者ノ屬スル持分ヲ破産財團ニ加ヘタル場合ニ於テハ共有ニ關スル債權ヲ單絶アル破産債權トシ債務者タル破産者ニ歸シタル共有物ノ部分ニ付別除權ヲ認メサルトキハ共有ニ關スル債務ヲ有スル者ノ利益ヲ害セ共有ニ關スル債權ニ付破産者ノ負擔ニ屬スルモノヲ控除シタル部分ニ非スルハ破産財團ニ屬セサル旨ノ法意ヲ貫徹セサルヲ以テ法律ハ別除權ヲ認メ共有ニ關スル債權ヲ有スル者ノ利益ヲ保護シタリ（破法三一條、民二五九條、獨民七五六條、獨破五一條）（理由）破産者ト或物ヲ共有スル者カ分割ニ因リ破産者ノ破産財團ニ歸ス（ヘキ）共有物ノ部分ニ付別除權ヲ有スルニハ第一ニ共有者ノ有スル債權カ共有ニ關スルモノナルコトヲ要ス如何ナルモノカ共有ニ關スル債權ナルヤハ民法ノ規定ニ從ヒテ之ヲ定ム立替費用ノ賠償請求權、共有關係ノ目的ノ爲ニシタル貸金ノ返還請求權、組合者ノ義務違背ニ因テ生シタル損害賠償請求權等ハ之ニ屬スレトモ共有者カ共有關係ニ基カサル原因ニ基キ他ノ共有者ニ對シタル有スル債權殊ニ共有ニ關係ナキ貸金賣買等ニ基キ他共有者ニ對シタル有スル權利等ハ之ニ屬セス又共有者カ共有ニ關スル債權ノ主體タルコトヲ要ス共有關係ニ基キテ發生

シタル第三者ノ債權（破産者及其他ノ共有者カ共有者ノ資格ニ於テ共同シラ負ヒタル債務）ノ爲ニハ別除權ノ存スルコトナク又ハ之ヲ認ムルノ必要ナシ蓋破産者ノ持分ヲ確定スルカ爲ニ破産手續ニ依ラスシテ共有物ヲ分割スル場合ニ於テハ破産者ノ歸ス（ヘキ）共有財産ノ部分ヨリ共有ニ關スル債權ニ付破産者ノ負擔ス（ヘキ）部分ヲ控除シタルモノヲ破産財團ニ加フ（ヘキ）モノナレハナリ但共有者カ共有ニ關スル債務ニ付破産者ト共有ニ關スル債權者タル第三者ニ對シテ連帶其他ノ原因ニ基キ責任ヲ負ヒタル場合ニ於テハ破産者ニ對スル求償權ニ關シ別除權ヲ有ス蓋斯ル求償權ハ共有ニ關スル共有者固有ノ債權ナレハナリ第二ニ破産者ニ歸ス（ヘキ）共有財産ノ部分ノ存スルコトヲ要ス何トナレハ破産者ニ歸ス（ヘキ）共有財産ノ部分ノ存セサルトキハ共有ニ關スル債權ヲ有スル共有者ハ別除權ヲ行フニ由ナク唯破産債權者トシテ該債權ヲ主張スルコトヲ得ルニ止レハナリ然レトモ該部分ノ存スル以上ハ管財人カ破産者ニ歸ス（ヘキ）部分ヲ換價シタルカ爲ニ共有者ハ別除權ヲ喪失スルコトナシ換價ニ因テ發生シタル賣得金ノ支拂ヲ目的トスル權利若クハ其權利ノ行使トシテ管財人ノ受取リタル賣得金ニ付別除權ヲ行フコトヲ得（ヘキ）第三ニ破産宣告ノ當時ニ於テ共有關係ノ現存スルコトヲ要ス故ニ破産宣告前ニ於テ既ニ共有財産ノ分割アリタルトキハ其當時辨濟ヲ受ケサリシ共有ニ關スル債權ハ單絶ナル破産債權トシテ之ヲ主張セサルヲ得ス蓋共有關係ノ消滅ニ因テ共有者ハ其資格ヲ喪失ス隨テ又共有者トシテ別除權ヲ行使スルコトヲ得サルモノナレハナリ獨逸ニ於テハ「ゾキフェルド」氏カ多數ノ學說ニ反對シ一旦有效ニ成立シタル共有ニ關スル債權ハ爾後債務者カ破産宣告ヲ受ケタルニ因テ其效力ヲ減縮セラルコトナシト主張シタルト雖我破産法案ノ解釋トシテハ之ヲ採ルコト能ハス何トナレハ破産法案第三一條ニ於テハ「他ノ共有者ハ」ト明示シタルノミナラス別除權ハ例外制度ナルヲ以テ其行ル範圍ハ之ヲ嚴格ニ解釋ス（ヘキ）

モノナレハナリ(要件)共有ニ關スル債權ヲ有スル共有者ハ其有スル別除權ノ主張前ニ於テ管財人カ破産者ノ共有財産ノ部分ヲ讓渡シタルカ爲ニ別除權ヲ喪失セス却テ賣拂代金ノ支拂ヲ目的トスル債權ニ對スル破産者ノ持分ニ付別除權ヲ行フコトヲ得又管財人該持分ニ相當スル金錢ヲ取立タルトキハ其金錢ニ付別除權ヲ行フコトヲ得(シ)別除權ノ主體ヲ講了スルニ臨ミ一言スヘキ問題ハ別除權ノ有無ニ關スル涉外私法ノ問題ナリ別除權ノ有無及別除權者ハ其權利ノ行使ニ依テ依テ之ヲ定ム別除權ハ(キ)不足額ニ非ブレハ破産手續ニ參加スルコトヲ得サルヤ否キハ自國ノ破産法ニ依テ之ヲ定ム別除權ノ原因タル優先權ノ存否ハ涉外私法ノ原則ニ從テ之ヲ定ム故ニ有體物ヲ目的トスル抵當權、質權等ノ效力ノ有無及其順位等ハ目的物所在地ノ法律ニ依テ定ルヲ原則トシ權利ヲ目的トスル質權ノ效力ノ有無及其順位等ハ權利ノ讓渡ニ付章據スヘキ法則ニ依テ定ルモノナリ蓋權利質ハ其目的物タル權利ノ條件附讓渡ニ外ナラザレハナリ尙本問ニ關シテハ破産法ノ處ニ關スル效力ノ説明ヲ參照スヘシ

(c) 主張 別除權ハ破産債權ニ非サルヲ以テ別除權者ハ破産手續ニ依ラスシテ其權利ヲ行フ(破産三條一項)而シテ別除權者ハ其權利ヲ管財人ニ對シテ之ヲ主張スルコトヲ要ス別除權ノ目的物ハ破産財團ニ屬スル財産ナルヲ以テ唯管財人カ該目的物ニ付管理及處分ヲ爲スノ職權ヲ有スルノミ(商九八五條、破産四三條)故ニ別除權者ハ其權利ヲ管財人ニ對シテ主張スルヲ要スルコト固ヨリ當然ナリ但別除ノ原因タル優先權ノ目的物カ第三者ノ財産ニ屬シ破産財團ニ屬セザルトキ(第三者カ破産者ノ爲ニ其所有財産上ニ抵當權ヲ設定シタルカ如キ)ハ別除權ノ主張アルコトナキヲ以テ別除權ニ關スル破産法ノ適用ナキヲ言フ俟タス而シテ別除權ノ主張アリタルトキハ管財人ハ承認ノ有無ニ關スル意思ヲ表示セサルヘカラス

然レトモ別除權者ハ管財人ニ對シ即時ニ斯ル意思ヲ破産手續上ノ期日ニ於テ表示スヘキ旨ヲ請求スルコトヲ得蓋管財人カ其承認ニ關スル意思ヲ表示スルカ爲ニ適當ナル調査ヲ爲スニ必要ナル時間存スルコトヲ要スルハ當然ニシテ又破産手續上ノ期日ハ破産手續ノ爲ニ存スルモノナルヲ以テ破産手續ニ依ラスシテ行ル別除權ニ付之ヲ利用スルコト能ハザレハナリ但管財人カ別除權ヲ破産手續上ノ期日殊ニ債權調査ノ期日ニ於テ明示のニ且何等ノ留保ヲ爲スコトナクシテ承認シタルトキハ其效力ヲ有スルヤ言フ俟タス(2)別除權ハ裁判外又ハ裁判上ニ於テ之ヲ主張スルコトヲ得管財人カ裁判外ニ於テ主張セラレタル別除權ヲ承認シタルトキハ特ニ裁判上ニ於テ別除權ヲ主張スルノ必要ナシ反之管財人カ別權ノ承認ヲ爲サザルトキハ別除權者ハ裁判上ニ於テ別除權ヲ主張スルコトヲ要ス然ラズンハ別除權者ハ別除權ヲ無視セラレタルニ因ラ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得裁判外ノ主張即訴訟ハ別除權者又ハ管財人カ原告トシテ之ヲ提起シ又破産宣告前ニ於テ別除權ノ原因タル權利ニ付訴訟ノ繫屬アリタルトキハ管財人ニ對シ又ハ管財人ヨリ該訴訟ヲ受繼スルニ依テ之ヲ爲ス(商九八五條三項、民訴一七九條破産六九條、獨破一一條)而シテ別除權ニ關スル訴訟カ破産手續終結前ニ於テ未完結セザルトキハ破産手續カ適當ニ依テ終結スルコト協諾契約ニ依テ終結スルコトヲ區別シ前者ノ場合ニ於テハ管財人ハ係爭別除權ヲ以テ擔保セラルル債權額ヲ供託シテ破産手續ヲ終結スルモノナルヲ以テ爾後管財人カ訴訟ヲ續行スルコトヲ要ス蓋供託シタル金額ハ管財人勝訴シタル場合ニ於テ破産財團トシテ破産債權者ニ配當スヘキモノナレハナリ後者ノ場合ニ於テハ別除權ニ關スル訴訟カ破産者ヨリ又ハ破産者ニ對シテ受繼スルコトヲ要ス蓋協諾契約ノ效果トシテ別除權ノ目的物若クハ其賣得金ニ關スル處分權ハ破産者ニ歸屬シタルヲ以テナリ(3)別除權ノ存在ニ付爭ナキトキ又ハ別除權ノ存在ヲ是認シタル確定判決ア

リタルトキハ、別除權者ハ其權利ヲ民法、就賣法及民事訴訟法ニ從ヒテ行使スルコトヲ得而シテ別除權者カ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒテ競賣ヲ爲スニハ管財人ニ對シ強制執行ノ債務名義ヲ有スルコトヲ要ス（民訴五一六條、五五九條、獨破一一條）何トナレハ管財人カ別除權ノ目的物ヲ處分スルノ權限ヲ有スルモノナレハナリ故ニ別除權者ハ管財人ニ對スル起訴若クハ督促手續ニ依リ又ハ破産宣告前ニ別除權ノ原因タル權利ニ付屬セル訴訟ヲ管財人ニ對シ受讓（民訴一七九條）シテ斯ル債務名義ヲ取得セサルヘカラス但別除權者カ破産宣告前ニ於テ既ニ破産者ニ對スル強制執行上ノ債務名義ヲ有シタル場合ニ於テハ破産債權者團體ノ機關タル管財人ハ「ブラント」氏ノ主張スルカ如ク破産シタル債務者ノ形式の代表資格ヲ承繼シタルモノト謂フヘキモノナルヲ以テナリ然レトモ「ゾキフエルド」氏ハ破産債權者團體カ破産財團ノ處分權ニ關シ破産シタル債務者ヲ承繼セルヲ以テ該團體ノ機關タル管財人ニ對スル執行文ヲ受クルコトヲ要スト主張シタリ又別除權者カ破産宣告前ニ於テ既ニ強制執行手續ヲ開始シタルトキハ爾後破産宣告アリタルニモ拘ラス該執行手續ヲ續行スルコトヲ得何トナレハ別除權ハ破産手續ニ依ラスシテ行ル權利ナルヲ以テ之ニ基ク強制執行手續カ破産手續ノ開始ニ依テ中新セラルルノ理ナキヲ以テナリ如此別除權者ハ破産手續ニ依ラスシテ其權利ヲ行フコトヲ得ルヲ以テ別除權者カ其權利ヲ主張シタル場合ニ於テハ管財人ハ之ヲ斟酌シ且其行使ヲ妨クルニ至ルヘキ行為殊ニ目的物若クハ其賣得金ノ處分ヲ遮止スヘキ職務ヲ負フ故ニ此職務ニ違背シタル管財人ハ之ニ因テ生シタル損害ニ付賠償ノ責ニ任ス然レトモ之カ爲ニ管財人ハ第一ニ一切別除權ノ目的物ヲ換價スルノ職權ナシト速斷スルコト勿レ別除權ノ目的物ハ破産財團ニ屬スル財產ナルヲ以テ管財人ハ別除權者ノ利益ヲ害セサル限ハ該目的物ヲ

有效ニ處分スルコトヲ得ヘキヲ當然ナリトス而シテ管財人カ斯ル職權ヲ行使シタルトキハ之ニ因テ別除權ノ原因タル權利カ消滅スル場合ト否トヲ區別シ前者ノ場合ニ於テハ別除權者ハ財團債權者トシテ其權利ヲ行ヒ（破産三五條五號、獨破五九條三號）又管財人ハ賣得金ヲ別除權者ノ爲ニ供託シ又ハ別除權者ニ對スル辨濟ニ供スルコトヲ要ス別除權者ハ唯其目的物ノ賣得金上ニ優先的辨濟ヲ受クルノ權利ヲ有スルニ止ルヲ以テ換價ヲ妨クルコト能ハサルハ當然ナリ後者ノ場合ニ於テハ別除權者ハ其原因タル場優先權ヲ第三取得者ニ對シテ主張スルコトヲ得（シ例之管財人カ抵當物ヲ其負擔附ニテ換價シタル場合ニ於ルカ如シ）第二ニ別除權者ニ對シ完全ナル辨濟ヲ爲シテ其原因タル權利カ消滅ニ歸セシメ以テ別除權ノ目的物ニ付完全ナル處分ヲ爲スノ職務ナシト速斷スルコト勿レ却テ斯ル職務ヲ行使シ容易ナラシムルカ爲ニ法律上別除權者ハ一定ノ義務ヲ負フ蓋別除權ノ目的物ハ當然破産財團ニ屬スル財產ナルヲ以テナリ例之別除權ノ原因タル權利ヲ届出テ目的物ヲ占有シタルトキハ其旨ヲモ（商一〇二三條優先權アルモノハ破産二二條獨破一一八條、一九九條）目的物ノ提出及其評價ヲ承諾シ（商一〇〇六條二項）破産一九七條獨破二二〇條）受讓ニ同意シ（商一〇一九條三號、佛商五四七條）目的物ノ強制賣却ヲ承認（商一〇一九條、獨破二二六條、二二七條、佛商五七一條、五七二條）スルカ如シ蓋届出ハ別除權ノ存在ヲ知ラシメ以テ之ニ處スル適當ノ方法ヲ選定スルコトヲ得セシメ評價ノ目的物ノ價額ヲ知り受讓權ヲ行使スルノ利害又ハ破産財團ニ歸屬スヘキ賣得金ノ殘額存スルコトヲ知ラシメ受讓ハ擔保權設置者ノ權利ナルヲ以テ之ヲ拒ムコトヲ得サルハ當然ニシテ又別除權ハ其目的物ノ賣得金上ニ優先的辨濟ヲ求ムル權利ニ過キサルヲ以テ（民訴六五六條）目的物ノ換價ニ付異議ヲ申立ツルコトヲ得サルヤ疑フ容レズ第三ニ別除權ノ目的物ニ關スル處分權ヲ拋棄スルノ職權ナシト速斷スルコト勿レ管財人ハ別除

權ノ目的物ヲ換價スルモ其賣得金ヲ別除權者ニ完済ヲ爲シタル後尙破産財團ニ歸屬スヘキ殘額ナシト認メタルトキハ自ラ別除權者ノ主張ニ對シテ破産財團ノ爲ニ行動スルノ必要ナシ但別除權ノ行使ニ付管財人ノ其助ヲ要スル場合ニ於テハ別除權者ノ求ニ因テ其行使ニ必要ナル其助ヲ供スヘキ職務ヲ負フ反之別除權者カ其權利ヲ主張セサル場合ニ於テハ管財人ハ該別除權ニ付斟酌ヲ爲スコトナク其目的物ヲ他ノ破産財團ニ屬スル財産ト同ク換價スルコトヲ得蓋別除權ハ前述ノ如ク管財人カ職權ヲ以テ之ヲ斟酌スヘキモノニ非ナレハナリ故ニ別除權ヲ主張セザリシ別除權者ハ別除權ノ存在ヲ知リテ之ヲ斟酌セザリシ管財人ニ對シ之ニ因テ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得然レトモ財團債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ヘク(破産三五條五號、獨破五九條三號)民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ優先ノ辨済ヲ請求スルコトヲ得ヘク(民事訴訟法五六五條、六四九條)又民法及民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ第三取得者ニ對シ別除權ノ原因タル優先權ヲ主張スルコトヲ得ヘシ但別除權ヲ主張セサルコトハ其原因タル優先權ノ拋棄ト爲ラサルヲ以テ管財人ハ登記簿其他ノ原因ニ依テ認識シタル優先權者ニ對シ其目的物ノ賣得金ヲ以テ優先ノ辨済ヲ爲スコトヲ要ス(商一〇四五條)別除權ハ未自ラ其目的物ヲ換價スルコトヲ得サル場合殊ニ別除權ノ原因タル優先權ヲ以テ擔保セラレタル債權カ停止條件附ナル場合及期限附ナル場合ニ於テハ唯管財人ニ對シ別除權ノ目的物ヲ換價スルコトキニ際シ適當ナル斟酌ヲ爲スヘキコトヲ請求スルヲ得ルノミ殊ニ停止條件附別除權者ハ其受クヘキ辨済額ノ供託ヲ請求シ又期限附別除權者ハ利息ヲ割引シタル金額ノ即時支拂ヲ請求スルコトヲ得(ゾキフェルド氏ハ尙留置權者ハ別除權ヲ有スル債權者ナルモ自ラ其目的物ヲ換價スルコト能ハサル者ナルヲ以テ唯管財人ニ對シ留置權ノ目的物ヲ換價スルニ際シ辨済ヲ請求スルコトヲ得ルノミト主張セリ參考ノ爲ニ一言ス(留置權者ノ別除權ノ說明參照)

別除權ノ主張ヲ講了スルニ臨ミ特ニ注意スヘキ點ハ破産債權者カ債務者ノ支拂停止ヲ知リタル後其債權ヲ直接又ハ間接ニ外國所在ノ財産ニシテ破産財團ニ屬スルモノヲ占有スル者ニ讓渡シ且此者カ其讓受ケタル債權ノ爲ニ外國法ニ從ヒテ我國法ノ是認セサル管權其他ノ優先權ヲ該財産上ニ取得シ且之ニ依テ優先ノ辨済ヲ受ケタルトキハ事實上單純ナル破産債權ノ爲ニ我國法ノ是認セサル別除權ニ依リ辨済ヲ受ケタルコト爲ルヲ以テ讓渡ヲ爲シタル破産債權者ハ讓受人タル占有者カ質權其他ノ優先權ヲ其占有物上ニ行ヒタルニ因テ破産財團ニ歸屬スルニ至ラザリシ部分ヲ之ニ返還スヘキコト是ナリ(獨破五〇條)蓋破産債權者ハ我國破産法ノ外國ニ行レサルコト及質權其他ノ優先權ニ關シテハ其目的物所在ノ法律ニ支配セラルヘキモノナルコトヲ奇貨(Bog. p. 210)トシ我國法ニ從ハ別除權ニ依リ辨済ヲ受ケルコト能ハサレハナリ(理由)斯ル返還請求權ノ成立ニハ第一ニ破産債權者カ其債權ヲ外國所在ノ財産ニシテ破産財團ニ屬スルモノヲ占有スル者ニ讓渡シタルコトヲ要ス茲ニ所謂讓渡ハ廣義ニシテ民法第四六六條以下ニ規定セル債權ノ讓渡ノミナラス有價證券ノ裏書、交付其他法律上債權移轉之ニ屬ス而生スヘキ行爲ヲ總稱ス故ニ民法第五〇〇條ニ基キ外國ニ居住ノ連帶債務者カ爲シタル辨済亦之ニ屬ス而シテ讓渡カ直接ニ行レタルト又間接ニ行レタルト即破産債權者カ外國所在ノ財産ニシテ破産財團ニ屬スルモノヲ占有スル者ニ對シ債權ノ直ニ讓渡シタルト又ハ斯ル占有者ニ破産債權ヲ取得セシタルト又讓渡ノ反目的ヲ以テ先仲介人ニ債權ヲ讓渡シ次ニ仲介人ヲシテ斯ル占有者ニ債權ヲ讓渡シタルト又讓渡ノ反對給付カ豫定ノ配當額ヲ超越シタルト否トハ法律ノ問フ所ニ非ス但相續及轉付命令ニ依リ債權ノ移轉ハ茲ニ所謂讓渡ニ屬セス第二ニ債權ヲ讓受ケタル者カ破産財團ニ屬スル外國所在ノ占有財産ニ付外

國法ニ從ヒ差押其他ノ方法ニ依リ質權其他ノ優先權ヲ取得シ且之ヲ行使シタルコトヲ要ス而シテ占有者ノ國籍ノ内外及居所ノ内外ノ區別ハ法律ノ間フ所ニ非ス蓋スル占有者カ事茲ニ出テスシテ其占有財產ヲ破産財團ニ引渡シタルトキハ破産財團ニ於テ何等ノ損害ヲ受ケサルヲ以テ前示ノ返還請求權成立スヘキ理ナクハナリ第三ニ破産債權者カ其債權ヲ讓渡スル當時已ニ破産宣告アリタルコト又ハ破産宣告ノ申立アリタルコト若クハ債權者カ其支拂ヲ停止シタルコトヲ知リタルヲ要ス債務者カ其支拂ヲ停止セザル場合ニ於テハ各債權者ハ平等ノ割合ヲ以テ辨濟ヲ受クヘキモノニ非アルヲ以テ債權者ハ前示ノ手段ヲ用ヒ其債權ノ完済ヲ受ケタルコトハ法律ノ禁止セザル所ナリ然レトモ債權者カ債務者ノ支拂ヲ停止シタルコトヲ知リタル後其他破産宣告ノ申立又ハ破産宣告アリタルコトヲ知リタル後ニ於テ前示ノ手段ヲ弄シ其債權ノ辨濟ヲ受ケントスルハ畢竟破産法ノ適用ヲ免レンカ爲ニスルニ外ナラサルヲ以テ法律上之ヲ是認スルヲ得サルコト固ヨリ當然ナリ是第三ノ要件アル所以ナリ(要件)破産財團ニ歸屬スルニ至ラザリシ部分ノ返還請求權ハ外國所在ノ財產ニシテ破産財團ニ屬スルモノヲ占有スル者ニ對シ其別除權取得行為ノ無効(債權ノ讓渡カ破産宣告後ニ成立シタルトキ)又其取消(債權ノ讓渡カ破産宣告前ニ成立シタルトキ)商九九〇條乃至九九二條、獨破一五條、三〇條)ヲ主張スルコト能ハサルニ依リ之ニ代リタルモノナルヲ以テ破産債權者團體ニ屬シ且管財人ニ依テ行使セラル隨テ又該權利ハ唯破産手續中ノ主主張スルコトヲ得ルノミニシテ破産手續終結後破産者ニ歸屬スルコトナシ但此權利ニ關スル訴訟カ破産手續終結後ニ至テモ未終結セザルトキハ取消權(否認權)ニ關スル訴訟ト理論上同一ニ之ヲ取扱フヘキモノナリ(商九九一條)返還額ハ破産債權ノ讓渡人カ破産債權者トシテ受クヘキ配當額ヲ破産債權ノ讓受人カ質權其他ノ優先權ヲ行使シタル外國所在ノ財產ニシテ破産財團ニ屬スルモ

ノノ價額ヨリ控除シタル殘額ナルコトハ學者間ニ爭ナキカ如シ而シテ破産債權ノ讓渡人カ破産債權者トシテ受クヘキ配當額ハ破産手續ノ終結前ニ在ラハ未確定ナルヲ以テ多數ノ學者殊ニ「ベーターセン」「ウエルモースキー」「ボゼルト」氏等ハ破産財團ノ爲ニ斯ル返還請求權ヲ主張スル當時ニ於テ確定シタル破産債權ノ讓渡人ノ受クヘキ配當額ノミヲ斟酌シテ返還額ヲ定ム其他ノ部分ニ關シテハ讓渡人ニ爾後返還ヲ目的トスル財團債權トシテ主張スルノ權利ヲ留保スヘキモノナリト主張シ「ゾキフェルド」氏ハ破産債權ノ讓渡人カ受クヘキ未確定ノ配當額ヲ鑑定シ之ニ依テ定リタル配當額ヲ斟酌シテ返還額ヲ定ムヘキモノト主張シタリ「フツチング」氏ハ外國所在ノ財產ノ全價額ヲ返還セシムヘキモノナリト主張スレトモ這ハ正當ニ非ス)予輩ハ後説ヲ正當ト思フ破産債權ノ讓渡人ト共謀シテ債權ノ讓渡ニ干與シタル多數ノ仲介人ハ何レモ該讓渡人ト連帶シテ其責任(民七一九條準用)又讓渡アリタル破産債權カ數人ノ共有ニ屬シタルトキハ其責任ハ分擔ナリトス何トナレハ此場合ニ於テハ人數ニ應ジタル數箇ノ破産債權ノ讓渡アリタルモノニ外ナラザレハナリ

(d) 喪失 別除權ハ前述ノ如ク破産財團ニ屬スル財產ニ付優先ノ辨濟ヲ求ムルノ權利ナルヲ以テ(1)管財人カ別除權ノ主張ナキ場合ニ於テ其目的物ヲ他ノ破産財團ニ屬スル財產ト同ク換價シタルトキハ之ヲ喪失スルモノナリ蓋スル換價ニ依テ別除權ノ目的物カ破産財團タルノ性質ヲ失フヲ以テナリ而シテ管財人ノ換價ニ依テ別除權ノ原因タル權利カ消滅シタルトキハ別除權者ハ財團債權者トシテ目的物ノ賣得金上ニ優先ノ辨濟ヲ求ムルコトヲ得ヘシ何トナレハ破産財團ニ於テ別除權者カ其權利ノ行使ニ依テ受クヘキ部分ニ付法律上ノ原因ナクシテ得タル利益存スルヲ以テナリ反之別除權ノ原因タル權利カ消滅セザルトキハ(抵當權ノ如キ)別除權者ハ第三取得者ニ對シ別除權ノ原因タル權利ヲ主張スルコト

ヲ得ルヤ當然ナリ(2)破産手續ノ終結ニ依ラ之ヲ喪失スルモノ何トナレハ破産手續終結後ニ在テハ破産財團存スルコトナキヲ以テナリ而シテ別除權ノ原因タル權利カ其目的物ノ換價ニ依テ消滅シタルトキハ別除權者ハ破産手續終結後各破産債權者ニ對シ別除權ノ行使ナキカ爲ニ得タル利得ノ返還ヲ請求スルヲ得ルコト恰破産財團ニ屬セサル財産ノ換價アリタル場合ト法律上ノ狀態ヲ同ウス

(E) 財團債權ノ行使 破産ノ目的ヲ達スルカ爲ニ破産財團ノ管理換價及配當ヲ爲スニハ相當ナル費用ヲ要シ又管財人カ其職權ニ屬スル行為ヲ爲スニ因テ義務ヲ發生スルヤ當然ナリ此等ノ費用及義務ハ何レモ破産債權者ノ共同ノ目的ヲ達スルカ爲ニ生シタルモノナルヲ以テ破産財團ノ負擔トシテ破産債權ニ先テ破産手續ニ依ラスシテ(破産法案ニ從ヘハ配當手續ニ依ラスシテ)之ヲ辨濟スルコトヲ要ス換言スレハ破産債權者ハ唯此等ノ負擔ヲ控除シタル破産財團ニ付辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘキノミ隨テ管財人ハ此等ノ負擔ヲ破産手續終結前ニ於テ破産債權ニ先テ辨濟セサルヘカラス(Omnis bona nominatè liguntur nisi deducto onere alieno)此等ノ關係ニ基キ破産財團ヲ以テ破産債權ニ先テ辨濟ヲ受クルノ債權ヲ財團債權ト謂フ故ニ此債權ハ別除權ト同ク破産債權ニ先テ破産財團上ニ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘキ權利ナリト雖之ト異ニシテ破産財團ニ屬スル一定ノ財産ノ賣得金上ニ於テ破産債權ニ先テ辨濟ヲ制限セラルモノノ非ス又破産債權ト同ク破産財團ニ屬スル一切ノ財産上ニ辨濟ヲ受クヘキ權利ナリト雖之ト異ニシテ通常破産手續中ニ發生スルモノナリ(破産宣告ノ當時ニ於テ未當事者雙方ヨリ履行ヲ完了セサル雙務契約ニ關シ管財人カ破産財團ノ爲ニ其履行ヲ求メタル場合ニ於テ反對給付ヲ目的トスル相手方ノ請求權及商法施行法第一四〇條ニ基キ國庫カ支辨シタル費用其他破産宣告ノ申立ヲ爲シタル債權者ノ支辨シタル費用等ニ關スル權利ハ破産宣告ノ際ニ發生シタル財團債權ナリ故ニ通常ト

謂ヒ必シモ破産手續中ニ發生シタルモノニ限ラサルノ意ヲ明ニス(商九三三條、一〇三二條、破案五九條、三五條、三八條)獨逸破産法第五七條乃至第六〇條、佛國商法ニ於テハ法文ナント雖法理上財團債權存スルコトハ「ラオンカン」氏者商法講義第七冊第五五六號乃至第五六一號ニ依リ明白ナリ如此財團債權ハ破産財團ヲ以テ破産債權ニ先テ辨濟ヲ受クル權利ナルヲ以テ其行使ハ破産財團ヲ減少スルニ至ルヤ言フ俟タス左ニ財團債權ノ性質、主體、種類、主張及喪失ヲ略述スヘシ

(a) 性質 財團債權ハ破産債權者團體ニ對スル權利ニシテ破産債權ニ先テ破産手續ニ依ラスシテ破産財團上ニ辨濟ヲ受クルモノナリ(1)財團債權ハ破産債權者團體ニ對スル權利ナリ元來財團債權ニ對スル義務ヲ負フ者ハ破産者ナルヤ破産債權者團體ナルヤハ獨逸ニ於テ大ニ學者ノ論爭スル問題ナリ多數ノ學者殊ニ「ベールゼン」「ウキルモースキー」「デルンブルヒ」「イェゲル」「フチング」氏等ハ專獨逸破産法理由書ニ基キ破産者ヲ以テ財團債權ニ對スル義務者ナリト主張シ其論據ハ佛國商法及獨逸普通法普國破産法等ニ於テ破産債權者團體カ財團債權ニ對スル義務者ナリト學說行レ又ハ行レタルハ破産債權者團體カ法人トシテ又ハ團體トシテ破産者ノ有スル財産者クハ其處分權ヲ承繼シタルト觀念ニシテ管財人ハ唯破産者ニ代リテ破産財團ヲ管理スルニ過キス故ニ財團債權ニ對スル義務者ハ破産者ニシテ破産債權者ノ團體ニ非ス反對說ノ如キハ破産宣告前ニ成立セル財團債權(例之前述ノ如キ雙務契約ニ關シ破産宣告ヲ受ケサル當事者ノ一方カ反對給付ヲ求ムル請求權ノ如キ)ノ法意ヲ説明スルコト能ハサルモノナリト云フニ在リ(財團債權ハ破産ノ宣告ニ依テ成立スル權利換言スレハ破産宣告ノ效力トシテ發生スル債務關係ナルヲ以テ縱令財團債權ノ原因カ破産宣告前ニ存スト雖之カ爲ニ破産宣告前

ニ成立セル財團債權アリト謂フコトヲ得ス故ニ斯ル攻撃ハ其當ヲ得タルモノト謂フコトヲ得ス。反之「コレル」ジキフルド「エンゲルマン」氏等ハ財團債權ニ對スル義務ヲ負フ者ハ破産債權者團體ナリト主張シタリ其論據ハ破産債權者團體亦法律行為、不法行為、不當利得、國家其他ノ公法人ニ對スル關係等ノ如キ種種ノ原因ニ基キテ義務ヲ負フコトヲ得此義務ヲ財團債權者又ハ財團債權ト謂フ故ニ破産債權者團體カ義務者トシテ之ニ屬スル財產(破産財團ニ對スル差押權)ヲ以テ其實ニ任シ各破産債權者カ其有スル財產ヲ以テ其實ニ任セス破産者亦其實ニ任セス隨テ財團債權者ハ破産債權者團體ニ屬スル財產(Beschlagnungen, Gemeinschaftsvermögen)カ各財團債權ヲ完済スルニ足ラサル場合ニ於テ其權利ヲ各破産債權者及破産者ニ對シテ主張スルコトヲ得然レトモ財團債權ヲ無視シテ各破産債權者間ニ配當アリタルトキハ各破産債權者ニ對シテ財團債權ヲ無視シタルカ爲ニ得タル配當額ノ返還ヲ不當利得ノ法則ニ依テ請求スルコトヲ得ヘシ反對說ハ破産者カ勞務ニ服シタルコト其他ノ法律關係ニ基キ有スル財團債權(商一〇七條、破案三五條八號)ノ法意ヲ説明スルコト能ハサルモノナリト云フニ在リ(破産者ヲ以テ財團債權ニ對スル義務者ナリト説明スル學者ハ破産法ニ於テ破産財團ト其他ノ財產トヲ區別シタル結果トシテ破産手續中此兩者ノ財產ニ付利害關係成立スルニ至リタルトキハ破産財團ニ關シ破産者ヲ代理スル管財人ト破産者トノ間ニ於テ法律關係成立スルニ至ルコト恰限定承認ヲ爲シタル相續人ト其相續財產トノ關係ニ於ルカ如シ故ニ斯ル攻撃ハ其當ヲ得スト謂ヘリ)佛國ニ於テハ破産債權者團體カ債務者タルコトハ學者間ニ爭ナキカ如シ蓋佛國商法ニ於テハ前述ノ如ク破産債權者團體ハ一ノ法人ナレハナリ此兩說中何レヲ可ト爲スカハ固ヨリ諸君ノ選擇ニ委スト雖予輩ハ我現行破産法及破産法案ノ解釋トシテ後說ヲ正當ナリト思フ何トナレハ破産者ハ財團債權者タルト同時ニ財團債

務者タルコトヲ得タルヲ以テ破産者及其家族ノ扶助料ヲ財團債權ト爲ス我國法ノ下ニ在テハ破産債權者團體カ財團債權者タルコトヲ推知スルニ餘リアレハナリ(2)財團債權ハ破産手續ニ依ラシテ支拂ハルモノナリ何トナレハ財團債權ハ單ニ優先ノ順位ヲ有スル破産債權ニ非サルヲ以テナリ(商一〇三二條二項「……通常ノ方法ヲ以テ……」破産法案ニ於テハ配當手續ニ依ラシテ支拂ハルモノナリ是財團債權ニ對スル辨濟手續ハ破産手續ニ屬スルモノト認メタルニ由ル(3)財團債權者ハ破産債權者ニ先テ辨濟ヲ受ク(一〇三二條二項、破案三九條)破産者ヲ以テ財團債權者ナリト主張スル學者ハ此法意ヲ説明シテ財團債權ハ破産債權者ノ共同ノ利益ノ爲ニ破産財團ノ管理、換價及配當ヲ爲スニ必要ナル手續ニ基キテ發生シタル請求權ナルヲ以テ各破産債權者ハ斯ル權利ノ行使ニ依リ破産財團ノ減少ヲ承認スルノ義務ヲ負フヲ當然トス是財團債權ハ破産債權ニ先テ支拂ハル所以ナリト曰ヒ破産債權者團體ヲ以テ財團債權者ナリト主張スル學者ハ此法意ヲ説明シテ財團債權ハ之ニ對シ破産債權者團體カ其之ニ屬スル財產ヲ以テ其辨濟ノ責ニ任スルモノナルヲ以テ斯ル財團ハ各破産債權者間ニ配當スル以前ニ於テ財團債權者ハ辨濟ヲ爲スヲ當ルナリトス是財團債權ハ破産債權ニ先テ辨濟ヲ受タル所以ナリト曰ヘリ予輩ハ斯ル法意ハ不當利得ヲ許ササルニ在リト思フ蓋財團債權ヲ完済セシテ破産財團ハ破産債權者ニ配當スルトキハ破産債權者ハ財團債權者ノ利益ヲ害シ客觀的ニ不當利得ヲ爲スニ至レハナリ

(b) 主體及其種類 獨逸破産法ニ於テハ財團債權ノ主體ヲ財團債權者(Maschinen)ト稱シ財團債權ヲ分額シテ財團費用(Maschinen)及財團債務(Maschinen)トシ佛國商法ニ於テハ學說上財團債權ノ主體ヲ破産債權者團體ノ債權者(Crancier de la masse)ト稱シ獨逸破産法ニ所謂財團費用及財團債

務ノ實體ヲ是認シ又我現行破産法ハ財團債權ノ主體ヲ特種ノ債權者ト稱シ財團債權ヲ分類シテ第一、裁判費用管理費用其他破産手續上ノ費用第二、公ノ手数料及諸稅第三、管財人カ財團ノ爲ニ負担シタル義務ヨリ生スル債權トシ(商一〇三二條)タリ然レトモ我現行破産法ニ於テ是認シタルカ如キ名稱及分類ハ立法上不完全ニシテ又曖昧ニ失スルヲ以テ破産法案ニ於テハ財團債權ノ主體ヲ財團債權者ト稱シ財團債權ヲ分類シテ第一、破産債權者ノ共同ノ利益ノ爲ニ裁判上ノ費用第二、破産財團ノ管理、換價及配當ニ關スル費用第三、破産管財人カ破産財團ニ關シテ爲シタル法律行為ニ因テ生シタル債權第四、破産財團ノ爲ニ爲シタル事務管理ニ因テ生シタル債權第五、破産財團力受ケタル不利益ヲ因テ生シタル債權第六、破産管財人カ變務契約ノ解除ヲ爲ササルニ因リ破産宣告後其履行ヲ爲スヘキ場合ニ於テ相手方カ有スル債權及管財人カ解約ノ申入ヲ爲シタル場合ニ於テ解除ニ至ル迄ノ債權第七、委任終了又ハ代理權消滅ノ後怠迫ノ必要ノ爲ニ爲シタル行為ニ因テ生シタル債權第八、破産者及其家族ノ扶助料トシテ現行破産法ノ法文ニ修正ヲ加ヘ且其不足ヲ補充シタル(破案三五條)左ニ之ヲ分説スヘシ

(1) 商法第一〇三二條第一號ニ所謂裁判費用、管理費用其他破産手續上ノ費用ハ破産債權者團體ト其機關タル管財人、裁判所、破産者、國家其他ノ公法人トノ間ニ於テ破産手續ノ開始、進行及終結ニ關スル法律關係ニ基キ發生シタル債權ニ外ナラス(破産債權者團體ノ存在ヲ否認スル學說ヲ採ラハ破産債權者ノ共同ノ利益ノ爲ニ生シタル費用即破産手續ノ實施ニ必要ナル費用ト附ハサルヲ得ス)故ニ破産法案第三五條一號、二號及八號ニ規定セル債權ニ該當スルモノト謂フコトヲ得ヘシ甲財團債權タル裁判上ノ費用トハ破産債權者ノ共同ノ利益ノ爲ニ國庫ニ(及其機關タル執達吏ニ)支拂ヘキ

手数料及國庫ノ立替金ヲ總稱スルモノニシテ第一ニ破産宣告ノ準備手續費用ハ之ニ屬ス(破産宣告ノアリタルコトヲ前提トスルヤ勿論ナリ)故ニ破産宣告ノ申立ニ關スル費用(商事非訟事件印紙法二條)國庫カ支辨シタル費用(商施一四〇條破案一四五條破産宣告ノ申立ヲ爲シタル債權者カ豫約シタル破産手續ニ必要ナル費用ニシテ)商施一三九條、破案一四四條破産宣告ノ準備手續費用ニ充テタル部分ハ財團債權タル裁判上費用ニ屬スト雖破産宣告ノ申立ヲ爲スカ爲ニ債權者ニ要シタル裁判外費用殊ニ旅費、滞在費等ハ財團債權タル裁判上費用ニ屬セス蓋此等ノ關係ニ其タ債權ハ破産債權トシテ之ヲ主張スルコトヲ得ヘキモノニ過キサレハナリ(商一〇三三條)第二ニ破産宣告後其終結前ニ於テ破産債權者ノ共同ノ利益ノ爲ニ要シタル裁判上費用ハ之ニ屬ス故ニ破産宣告ノ公告費用(商施一三九條一四〇條破案一四四條一四五條)破産財團ノ保全、管理及換價債權ノ取立ヲ包含スニ關スル裁判上ノ費用破産債權ノ確定ニ關スル裁判上ノ費用及管財人カ破産財團ノ爲ニ爲シタル訴訟ニ付負擔スヘキ裁判上費用ハ何レモ財團債權タル裁判上ノ費用ニ屬スト雖裁判所ニ於テ却下セラレタル破産宣告ノ申立ニ關スル裁判上費用、債權調查會ノ終リタル後ニ於テ届出ラタル債權ノ調査費用(商一〇二七條、破案二二九條)破産債權者相互間ノ訴訟ニ付生シタル裁判上ノ費用(商一〇二七條、一〇二九條)及裁判所ニ於テ却下セラレタル抗告ニ關スル費用(商事非訟事件印紙法二條)等ハ財團債權タル裁判上費用ニ屬セス蓋此等ノ關係ニ基テ費用ハ破産債權者ノ共同利益ノ爲ニシタルモノニ非サレハナリ第三ニ破産手續ノ終結ニ關スル裁判上費用ハ之ニ屬ス故ニ配當及協議契約ニ關スル裁判上費用ハ何レモ財團債權タル裁判上費用ニ屬ス協議契約成立セス又ハ協議契約ノ棄却、消滅、取消又ハ解除等ニ因リ破産手續ヲ再施スルニ至リタル場合ニ於テモ亦然リ(商一〇四四條)蓋協議契約手續ハ其性

質上破産債權者ノ共同利益ノ爲ニスル裁判上ノ手續ナレハナリ隨テ協議契約ハ必シモ破産債權者ノ共同利益ニ基キテ成立スルモノニ非ス殊ニ協議契約ノ提供カ排斥セラレタルトキハ毫モ破産債權者ノ共同利益存セサルモノナリト理由ヲ以テ反對ニ論決スルハ正當ノ見解ニ非スト思フ(商一〇三二條一號、商事非訟事件印紙法五條六七條、破案三五條一號、三七〇條)(乙)財團債權タル管理費用トハ破産財團ノ管理擔價及配當ニ關スル裁判外ノ費用ヲ總稱スルモノニシテ第一ニ管財人ニ對シテ支拂フヘキ報酬(商一〇〇九條)及立替金(破案一六二條)例之郵便費用、賃金、保險料等ノ如キ破産宣告後ニ於テ破産財團ヨリ支拂フヘキ費用ヲ管財人カ立替ヘタルニ因テ生シタル債權ハ何レモ財團債權タル管理費用ニ屬ス故ニ管財人カ此等ノ費用ヲ立替ヘタルニ非シテ換言スレバ管理ノ爲ニ自己ノ金錢ヲ使用シタルニ非スシテ却テ管理費用其他破産手續上費用ニ屬セサル此等ノ費用ニ付辨償ヲ目的トスル第三者ノ債權ヲ完済シテ代位シ又之ヲ讓受ケタルトキハ管財人ハ斯ル債權ニ付管財費用タル財團債權トシテ主張スルコトヲ得ス(郵便費用、賃金、保險料等ハ管財人カ立替ヘサル間ハ破産債權者團體カ管財人、破産者、國家其他ノ公法人ニ對シテ支拂フヘキモノト謂フコト能ハサルヲ以テ反對ニ論決スヘシ)第二ニ諸稅、公課其他公ノ手數料ニシテ破産手續中納付スヘキモノハ財團債權タル管理費用ニ屬ス蓋管財人ハ諸稅公課及公ノ手數料等ヲ納付スルコトナクシテ破産財團ニ屬スル財產ヲ利用シ且之ヲ處分スルコトヲ得サレハナリ隨テ諸稅、公課及公ノ手數料ハ管理費用ニ屬セスシテ却テ管財人ノ行爲即管財人カ其占有スル財團ヲ即時ニ換價セサル事情ニ基クモノナルヲ以テ商法第一〇三二條第一項第三號ニ規定セル義務ニ屬スト曰ヘル見解ハ正當ト謂フヲ得サルヘシ而シテ第

一〇三二條第一項第二號ニ於テ特ニ「公ノ手數料及諸稅」ト規定シテ同條第一號ニ規定セル管理費用中ヨリ除外シタル理由ハ蓋公ノ手數料及諸稅ヲ他ノ管理費用ヨリ劣等ノ順位ニ在ラシムルノ目的ニ出テタルニ過キスシテ管理費用タルノ性質ヲ有セサルカ爲ニ非サルヘシ(商一〇三二條二號、破案三五條二號)(丙)裁判費用、管理費用以外ノ破産手續費用殊ニ破産者及其家族ニ給付スヘキ扶助料(商一〇〇七條)ハ破産者及其家族カ破産債權者團體ニ對シテ請求スルコトヲ得ヘキモノナルヲ以テ財團債權ニ屬スルヤ固ヨリ當然ナリ(破産主任官ハ何時ニテモ扶助料ヲ給付スヘキ旨ノ命令ヲ取消スコトヲ得ルヤ疑ヲ容レス然レトモ此一事ニ依リ扶助料ノ給付カ破産者ノ有スル財團債權ニ非サルモノト論決スルヲ得ス蓋破産者及其家族ハ斯ル命令ノ取消ナキ間ハ破産債權者團體ニ對シテ訴ノ方法ニ依テモ扶助料ノ給付ヲ請求スルコトヲ得ヘキヲ以テナリ)破産者及其家族ノ葬式費用ハ破産手續ノ目的及其實施ニ何等ノ關係ナキヲ以テ破産手續費用ニ屬ス隨テ扶助料トシテ財團債權ニ屬セス然レトモ扶助料ノ名義ノ下ニ於テ葬式ニ必要ナル費用ヲ給付スルコトヲ得ヘキヲ當然ナリス但破産宣告前ニ成立セル破産者ノ家族ノ葬式費用ハ民法第三〇六條、第三〇七條及商法第一〇四五條ノ規定ニ依リ優先權アル債權トシテ之ヲ支拂フコトヲ得ヘシ獨逸破産法ニ於テハ破産者ノ葬式費用ハ破産者カ破産宣告前ニ死亡シタルト破産宣告後ニ死亡シタルトノ區別ナク相續財產ニ對スル破産手續ニ在テハ破産手續上ノ費用ニ屬セサル財團債權ト爲ル(獨逸二四條二號、破産宣告後ニ於テ破産者ノ死亡ハ其宣告前ニ開始セル破産ヲ當然相續財產ニ對スル破産ニ變更スルモノナリ)又破産者ノ家族ノ葬式費用ハ家族ノ死亡カ破産宣告前ナル場合ニ於テハ破産者カ實體法ノ規定ニ從ヒ責任アルトキニ限リ破産債權ト爲リ破産宣告後ナル場合ニ於テハ破産財團ノ負擔ト爲ラス唯破産者カ扶助料トシテ金

錢ヲ以テ葬式費用ノ支拂ニ充ツルコトヲ妨ケラレサルノミ

(2) 商法第一〇三條第一項第三號ニ所謂管財人カ財團ノ爲ニ負擔シタル義務ヨリ生スル債權トハ破産債權者團體ト其機關タル管財人、裁判所、破産者、國家其他ノ公法人ニ非サル第三者トノ間ニ於テ成立シタル法律關係ニ基キ發生シタル第三者ノ債權ニ外ナラス(破産債權者團體ノ存在ヲ否認スル學說ニ依ラハ消極的ニ破産手續上ノ費用ニ屬セサル財團債權ト謂ハサルヲ得)故ニ破産法案第三五條第三號及第六號ニ規定セル債權ニ該當スルモノト謂フコトヲ得ヘシ(管財人ノ職權内ノ行爲ニ因テ第三者ノ爲ニ發生シタル債權ハ其結果カ破産債權者ノ利益ニ歸スルト否トニ拘ラス財團債權ニ屬ス蓋管財人ハ其職權内ノ行爲ニ關シテハ破産債權者團體ヲ代表スル者ナレハナリ而シテ管財人ノ職權内ニ屬スル行爲ノ限界ハ破産ノ目的ニ依テ定ル故ニ破産財團ノ管理及換價トシテ管財人ノ爲シタル行爲ハ其結果カ破産債權者ノ利益ニ歸スルト否ト實際ノ適當ノ處置ニ非ザルト否ト又等財人ノ不注意ニ出テタルト否トヲ問ハス何レモ管財人ノ職權内ノ行爲ニ屬ス但破産債權者及破産者カ管財人ニ對シテ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルヤ言フ俟タス是ヲ以テ第一ニ管財人カ破産財團ノ管理ノ爲ニ爲シタル貸借、雇傭及破産財團ノ爲ニ爲シタル賣買其他破産財團ノ爲ニ管財人ノ爲シタル手形行爲等ノ如キ法律行爲ニ基キテ第三者ノ爲ニ發生シタル債權ハ財團債權ニ屬スト雖破産財團ニ屬スル債權ニ付管財人カ爲シタル免除ノ如キ行爲ハ管財人ノ職權内ノ行爲ニ屬セサルヲ以テ破産債權者團體ニ對シ何等ノ效力ヲ及スコトナシ(破産三條三號第二ニ管財人ノ職權内ノ行爲ニ爲ニ基キ第三者ノ爲ニ發生シタル損害賠償請求權ハ破産財團ニ屬スト雖管財人ノ職權外ノ行爲ニ爲ニ基キ第三者ノ爲ニ發生シタル損害賠償請求權ハ反之破産財團ニ屬セス元來管財人ハ破産債權者

團體ノ執行機關ナルヲ以テ管財人ノ職權内ノ行爲ニ爲ニ基キ發生シタル損害ニ關シテハ破産債權者團體ハ其賠償責任ヲ辭スルコトヲ得タルヲ當然ナリトス唯職權内ノ行爲ハ管財人ノ職務違背アルヲ以テ被害者タル第三者ニ損害ヲ賠償シタル破産債權者團體カ管財人ニ對シテ求償權ヲ有スルヲ妨ケラルコトナキノミ第三ニ管財人カ破産財團ノ爲ニ爲シタル訴訟行爲ニ基キテ第三者ノ爲ニ發生シタル訴訟費用賠償ノ請求權ハ管財人カ提起シタル訴訟ニ關スルモノナルト破産手續ノ開始ニ依テ中斷シタル訴訟ヲ受繼シタルモノナルトヲ問ハス又破産宣告前ニ於テ訴訟行爲ニ因テ既ニ發生シタルモノナルト否トヲ問ハス財團債權ニ屬ス蓋管財人ハ破産宣告前ニ繫屬セル訴訟ノ承繼ニ因テ其以前ニ施行セラレタル訴訟行爲ニ同意シタルモノナレハナリ詳細ハ破産宣告ノ效力ノ説明ニ讓ル(破産三五條三號但同條ニ所謂法律行爲ハ廣義ニシテ訴訟行爲ヲ包含スルモノナルコトハ破産法案第一編第四章ノ條則ニ徴シテ明白ナリ)商法第一〇一八條及第一〇一九條ニ所謂破産主任官ノ認可ノ有無ハ管財人ノ行爲ノ效力ノ有無ニ何等ノ關係ヲ及スコトナシ故ニ斯ル規定ニ依テ認可ヲ受ケザリシ管財人ノ行爲ニ基キ第三者ノ爲ニ發生シタル債權ハ財團債權タルコトヲ妨ケス又管財人カ受任者ヲシテ其職權内ノ行爲ヲ爲サシメタル場合ニ於テ第三者ノ爲ニ發生シタル債權ハ管財人其者カ爲シタル行爲ニ因テ發生シタル債權ト同ク財團債權ト爲ルヤ言フ俟タス(獨民二七八條乙破産財團債權爲シタル事務管理又ハ破産財團カ受ケタル不當利得ニ因テ第三者ノ爲ニ發生シタル債權ハ財團債權ニ屬スト雖未破産宣告ナキ以前ニ於テ第三者カ破産者ノ爲ニ事務管理ヲ爲シタルニ因

ヲ發生シタル債權ハ破産債權ニシテ財團債權ト爲ラス(破産三五條四號民七〇二條)第二ニ破産財團カ不當ニ利得ヲ受ケタルトキハ之ニ因テ不當利得ニ基キ財團債權發生スト雖破産者カ其破産宣告ヲ受ケタル以前ニ於テ受ケタル不當利得ニ因テ破産財團ニ増加アリタルトキハ之ニ因テ不當利得ニ基キ破産債權發生スルニ止リ不當利得ニ基キ財團債權發生スルコトナシ(破産三五條五號蓋破産宣告前ニ在テハ破産債權者團體ナク又破産財團ナシ隨テ破産債權者團體カ不當ニ利得ヲ受ケタルコトナキヲ以テナリ相續財産ノ管理及其財産ノ分離ニ關スル費用ハ相續財産ニ對シ破産宣告アリタル場合ニ於テ財團債權ト爲ル蓋管財人ハ相續財産ノ管理及其財産ノ分離アリタルカ爲ニ破産財團ノ管理トシテ爲スヘキ行爲ニ要スル費用ヲ節約スルコトヲ得タル結果トシテ間接ニ破産財團ニ於テ不當利得アルヲ以テナリ又相續財産ノ管理人又ハ遺言執行者ノ行爲ニ因テ生シタル債權ハ相續財産ニ對シ破産宣告アリタル場合ニ於テ財團債權ト爲ル蓋斯ル債權ハ畢竟相續財産ノ管理ノ爲ニ相續財産ノ管理人又ハ遺言執行者ノ三者ニ對シテ爲シタル行爲ニ基キタルモノナルヲ以テ第三者カ該債權ニ付破産債權者トシテ其權利ヲ行フヘキモノト爲ストキハ破産財團ニ於テ不當利得ヲ受ケタルコト爲レハナリ(破産三七條民一〇二二條一〇二八條一〇四〇條一〇四三條一〇五三條一一一四條一一二〇條獨破二二四條)解散シタル法人ノ清算ニ關スル費用ハ解散シタル法人ニ對シ破産宣告アリタル場合ニ於テ破産債權ト爲ル清算人ノ行爲ニ因テ生シタル債權亦然リ其理由ハ相續財産ノ管理並ニ財産ノ分離ニ關スル費用及相續財産管理人又ハ遺言執行者ノ行爲ニ因テ生シタル債權カ財團債權ト爲ル理由ニ同シ(破産三六條民八一條商九一條一〇五條一二三四條三六條產業組合法七五條保險業法八二條)(丙破産財團ノ爲ニ管財人カ破産宣告ノ當時當事者雙方ヨリ履行ヲ完了セサル債務契約ヲ解除セザル

ニ因リ破産宣告後其履行ヲ受ケヘキ場合ニ於テ相手方カ反對給付ニ付有スル債權及破産財團ノ爲ニ管財人カ解約ノ申入ヲ爲シタル場合ニ於テ相手方カ解除ニ至ル迄ノ反對給付ニ付有スル債權ハ財團債權ト爲ル元來破産宣告ハ未履行ノ完了セサル債務契約ノ履行ヲ妨ケ之ニ代ヘ不履行ニ基キ損害賠償請求權ヲ發生セシムル原則トス然レトモ法律ハ破産ノ目的ヲ達スルニ適當ナル手段トシテ例外的ニ破産者カ其宣告前ニ於テ爲シタル法律行爲ニ基キ履行ノ請求ヲ破産宣告後管財人ノ行爲若クハ法律ノ規定ニ依テ存續セシメ之ヲ財團債權ト爲シタル前小二種ノ權利即是ナリ是ヲ以テ第一ニ破産財團ノ爲ニ管財人カ破産宣告前ニ破産者ノ締結シタル債務契約ニシテ破産宣告ノ履行シ又反對ノ履行完了セザルモノヲ解除セシメテ却テ其履行ヲ求メタルトキハ相手方ハ其債務ヲ履行シ又反對給付ニ付財團債權者トシテ其權利ヲ行フモノナリ、破産宣告後ニ管財人カ履行シタル給付ノ瑕疵又ハ追奪ニ因テ相手方ノ爲ニ發生シタル損害賠償請求權ニ關シテ亦然リ蓋管財人カ相手方ニ對シテ爲スヘキ反對給付ハ破産者カ相手方ニ對シテ負ヒタル債務ヲ完全ニ履行スルニ必要ナル給付ナルヲ以テナリ反ニ破産財團ノ爲ニ管財人カ破産宣告前ニ破産者ノ締結シタル債務契約ニシテ破産宣告ノ當時未當事者雙方ノ履行完了セザルモノヲ解除シタルトキハ相手方ハ不履行ニ基キ發生シタル損害賠償ノ請求權ヲ破産債權トシテ主張スルコトヲ得ヘシ第二ニ破産財團ノ爲ニ管財人カ破産宣告前ニ破産者ノ締結シタル債務契約ニシテ破産宣告後解除ニ至ル迄破産債權者團體ノ爲ニ給付ヲ爲シタルニ因テ發生シタル場合ニ於テ相手方カ破産宣告後解除ニ至ル迄破産債權者團體ノ爲ニ給付ヲ爲シタルニ因テ發生シタル債權ニ賃借人カ破産宣告ヲ受ケ賃借人又ハ管財人カ直ニ解約ノ申入ヲ爲シテ賃借借契

約ヲ解除セサル場合ニ於テ貸貸人ハ破産宣告後貸借契約ノ解除ニ至ル迄ノ貸金ニ付財團債權者トシテ其權利ヲ行フ以テ之則揭ノ變務契約ニ關シ相手方ノ爲ニ破産者ニ對シ其破産宣告前ニ給付ヲ爲シタルニ因テ成立シタル請求權ハ破産債權ニシテ財團債權ト爲ラサルヤ言フ後タス(破案二五條第六五九條商九九三條民六二一條六三一條六四二條)

(3) 破産法案第三五條第七號ニ依レハ破産宣告ニ依レル委任終了又ハ代理權消滅ノ後迄退ノ必要ノ爲ニ爲シタル行爲ニ因テ生シタル債權(民六五〇條)ハ財團債權ニ屬ス何トナレハ斯ル場合ニ於テハ委任又ハ代理ノ關係ハ管財人カ委任事務ヲ處理スルコトヲ得ルニ至ル迄同存續セルモノト看做スハク且其存續ハ畢ニ破産財團ノ利益ニ歸スルモノナルヲ以テ其存續ノ結果トシテ發生シタル委任者又ハ代理人ノ債權ハ之ヲ破産財團ト爲ス正當トスレハナリ(民六五三條一一一條六五四條附註トモ受任者カ委任者ノ破産宣告ニ依テ委任ノ終了シタル事由ノ通知ヲ受ケス又ハ之ヲ知フシテ委任事務ヲ處理シタル場合ニ於テハ之ニ因テ受任者ノ爲ニ生シタル債權ハ(民六五〇條)財團債權ニ屬セス何トナレハ斯ル場合ニ於テハ委任關係ノ存續ハ畢竟善意ナル受任者ノ利益ニ歸スルモノナレハナリ(破案六六條民六五五條(獨破二三條二七條獨民六七二條二項六七四條六七〇條)現行破産法ニ於テ斯ル趣旨ノ明文ヲ缺クハ立法上ノ缺點タルヲ免レスニ破産法案ニ於テ之ヲ補ヒタル所以ナリ

(c) 主張 財團債權ハ前述ノ如ク破産債權ニ非サルヲ以テ財團債權者ハ其權利ノ主張ニ關シ破産債權ノ主張ニ於テカニ債權ノ届出及確定ノ手續ニ關スル規定ニ從フコトナク(商一〇三二條一項協議契約ノ效力ヲ受クルコトナク誤テ届出ヲ爲シタルカ爲ニ優先ノ辨濟ヲ受クル權利ヲ喪失スルコトナク又債權者集會ニ於テ決議權ヲ有スルコトナク破産手續ニ依ラシメテ辨濟ヲ受ク(商一〇三二條二項破

案三八條三九條)而シテ財團債權者ハ其權利ヲ管財人ニ對シ裁判外又ハ裁判上ニ於テ主張スルコトヲ要ス

(1) 財團債權ハ前述ノ如ク破産債權者團體ニ對スル權利ナリ而シテ管財人ハ破産債權者團體ノ機關ナリ故ニ財團債權者ハ其權利ヲ管財人ニ對シテ主張スヘキヲ當然ナリトス但管財人カ財團債權ヲ有スルトキハ財團債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ルヤ言フ後タス(2) 裁判外ノ主張ニ依テ管財人カ財團債權ノ存在及其數額ヲ是認シタルトキハ財團債權者ハ裁判上ノ主張即訴ヲ提起ス爲スヲ要セザルコト敢テ疑フ容レスト雖管財人カ財團債權ノ存在及其數額ヲ否認シタルトキハ財團債權者ハ管財人ニ對シ裁判上ノ主張ヲ爲スコトヲ要ス裁判上ノ主張ハ管財人ニ對シ訴ヲ提起シテ之ヲ爲シ若破産宣告前ニ在テ財團債權ニ屬スヘキ權利ニ付債權ノ繫屬アリタルトキハ該訴訟ヲ受繼シテ之ヲ爲ス(商九八五條三項民訴一七九條破案六九條)但財團債權者ハ豫裁判上ノ主張ノ是認セラルルコトナキヲ慮リ其權利ニシテ破産宣告前ニ成立セルモノヲ財團債權トシテ主張スルコト同時ニ破産債權トシテ主張スルコトヲ妨ケラルルコトナシ又財團債權者ハ破産宣告前ニ成立シタル變務契約ニ基キテ發生シタル權利ヲ先破産債權トシテ主張シ其異議ニ關スル訴訟中管財人カ財團ノ爲ニ履行ヲ請求シタルトキハ爾後財團債權トシテ之ヲ主張セルコトヲ得蓋道ハ訴ノ中立ノ擴張ニシテ訴ノ變更ニ非サレハナリ(民訴一九六條二號商一〇二九條一〇二七條破案二三八條)而シテ財團債權ニ關スル訴訟カ破産手續終結ノ當時未完結セザルトキハ管財人ハ該債權ノ爲ニ保單金額ヲ供託配當ニ依テ破産手續ヲ終結スル場合ニ於テハ爾後管財人カ斯ル訴訟ヲ總行シ協議契約ニ依テ破産手續ヲ終結スル場合ニ於テハ破産者ニ對シテ斯ル訴訟ヲ受繼セルモノナリ何トナレハ前者ノ場合ニ於テハ財團債權ノ爲ニ供託シタル係爭

金額ハ管財人ノ勝訴ニ依テ破産財團トシテ之ヲ取扱フヘク又後者ノ場合ニ於テハ財團債權ノ爲ニ供託シタル係争金額ハ財團債權者ノ敗訴ニ依テ破産者ニ屬スヘキ財産トナレハナリ(3)管財人ハ財團債權タルコトヲ是認シタルトキ又ハ財團債權タルコトヲ是認シタル確定判決アリタルトキハ管財人ハ破産主任官ノ指圖ニ從ヒ通常ノ方法即破産手續ニ依ラスシテ破産財團ノ現額ヨリ破産債權ニ先テハ財團債權ヲ辨済ス(商一〇三二條二項破産三九條)是財團債權ハ破産債權ニ非サル當然ノ結果ナリ但破産法案ニ於テハ破産主任官ナル制度ヲ認メサルヲ以テ管財人ハ財團債權ノ辨済ヲ爲スニ付破産主任官ノ指圖ニ從フコトナシ又管財人ハ財團債權ヲ辨済スルニ際シテハ(甲)前述ノ理由ニ依リ破産債權ニ先テハ財團債權ノ辨済ヲ爲スノ職務ヲ負フト雖取戻權及別除權ニ基ク義務履行前ニ於テ財團債權ヲ完済スルコトヲ得ス何トナレハ斯ル義務ノ履行完了後ニ非サルハ破産手續ノ目的ニ供スヘキ財産ナリト謂フコト能ハサルハナリ(乙)破産財團カ各財團債權ヲ完済スルニ不足ナルコト明白ト爲リタル以後ニ在テハ管財人ハ商法第一〇三三條ニ規定セル順位ニ從ヒ財團債權ヲ辨済シ又同順位ノ財團債權ヲ完済スルコト不能ハサルトキハ平等ノ割合ヲ以テ辨済ヲ爲スコトヲ要ス蓋破産財團カ各財團債權ヲ完済スルニ不足ナルコト明白ナル場合ニ於テモ各財團債權者ヲシテ各別ニ其權利ヲ主張シ以テ辨済ヲ受クルコトヲ得セシムルハ條理上其宜キヲ得サルヲ以テナリ隨テ破産財團カ各財團債權ヲ完済スルニ不足ナルコト明白ト爲リタル以後ニ於テ斯ル法則ニ違背シ管財人ヨリ任意ノ辨済又ハ不任意ノ辨済(強制執行ノ方法ニ依レル辨済)ヲ受ケタル財團債權者ハ不當利得ヲ許サル法則ノ適用ニ依リ其受ケタル餘分ノ辨済額ヲ管財人ニ返還セサルヘカラス又斯ル法則ニ違背シテ辨済ヲ爲シタル管財人ハ財團債權者ニ對シ損害ヲ責ニ任セサルヘカラス(商一〇一一條破産四〇條獨破八二條)但破産法案ニ於テハ破産者及其家族

以外ノ財團債權者ノ利益ヲ保護シ扶助料ハ之ヲ他ノ財團債權者ニ先テハ辨済スルコトヲ得シノス(破産四〇條但書)隨テ破産法案ニ於テハ唯扶助料ノミカ他ノ財團債權ヨリ劣等ノ順位ヲ有スト謂フヘシ反之破産財團カ各財團債權ヲ完済スルニ不足ナルコト未明白ト爲ラサル以前ニ在テハ管財人ハ法定ノ順位ニ從ヒ又ハ平等ノ割合ヲ以テ各財團債權ヲ辨済スルコトヲ要セス却テ主張セラレタル各財團債權ニ付各別ニ適當ナル辨済ヲ爲スコトヲ要ス蓋財團債權者ハ破産債權者ニ非サルヲ以テ各別ニ其權利ヲ管財人ニ對シ主張スルコトヲ得ヘキモノニシテ商法第九八七條ノ如キ規定(破産八條)ハ財團債權者ニ適用ナクレハナリ(破産四〇條ノ反對推理獨破一二條、一四條、一五條隨テ破産財團カ各財團債權ヲ完済スルニ不足ナルコト未明白ト爲ラサル以前ニ於テ各財團債權者カ一旦管財人ヨリ受ケタル辨済又ハ得タル物上擔保ハ爾後破産財團カ各財團債權ヲ完済スルニ不足ナルコト明白ト爲リタルカ爲ニ其效力ヲ喪失セス故ニ財團債權者ハ其受ケタル辨済ヲ管財人ニ返還スル責ナク又破産財團ニ屬スル一定ノ財産上ニ設定セラレタル擔保權ヲ有效ニ行フコトヲ得又管財人ハ他ノ財團債權者ニ對シ損害賠償ノ責ニ任スルコトナシ而シテ破産財團カ各財團債權ヲ完済スルニ不足ナルヤ否ハ現行破産法ニ於テハ破産主任官カ管財人ノ申立、財團ノ情況、利害關係人ノ申出並ニ立證等ニ基キテ認定スヘキ事實問題ニシテ(商一〇三三條)……指圖ニ從ヒ……(民訴二七條)又斯ル問題ニ關スル破産主任官ノ命令ニ對シテハ利害關係人カ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ(商九八三條)破産法案ニ於テハ管財人ハ認定スヘキ事實問題ニシテ裁判所ノ決定ヲ以テ認定スヘキモノニ非ス(獨逸破産法ノ解釋トシテハ「グキフニル」氏ハ管財人カ之ヲ認定シ裁判所カ決定ヲ以テ之ヲ認定スルモノニ非スト主張シ「フチング」氏「ウキル」氏等ハ破産裁判所カ之ヲ認定スヘキモノト主張シ又「イエゲル」氏「ペーテルセン」氏

等ハ爭アル場合ニハ受訴裁判所ノ決定ヲ以テ之ヲ認定スヘキモノト主張シタリ(獨破七三條)又破産財團カ各財團債權ヲ完済スルニ不足ナル場合ニ於テ管財人カ各財團債權者ニ對シ其債權額ノ割合ニ應ジ辨濟ヲ爲ス手續ニ關シテハ法律上別段ノ規定ナキヲ以テ管財人ハ其適當ト認ムル方法ニ從ヒテ辨濟ヲ爲スコトヲ得故ニ管財人ハ適宜ニ作成シタル計算書ニ基キテ配當ヲ爲シ又ハ利害關係人ト協議シテ辨濟ヲ爲スコトヲ得(後者ノ方法ハ利害關係人ノ異議ヲ杜絶スルノ利益アリ)破産債權ニ對スル配當手續カ斯ル辨濟ニ準用セラルヘシトノ見解ハ多數ノ學者ノ採ラサル所ナリ而シテ財團債權中其債權者ノ不分明ナルモノニ充テタル辨濟ハ之ヲ供述シ又爭ニ係リタルモノハ利害關係人ヲシテ確認ノ訴ヲ以テ之ヲ確定セシム(財團債權ニ關スル訴訟ハ破産手續ニ屬セサルヲ以テ破産裁判所ノ管轄ニ屬スルモノニ非ス)商一〇三二條獨破六〇條丙管財人ハ優先權ヲ以テ擔保セラレタル財團債權ニ付優先の辨濟ヲ爲ササルヘカラス財團債權ハ其性質ト前連ノ如ク破産財團ヨリ辨濟ヲ受クルニ止ルヲ以テ破産財團ニ屬セサル財産上ニ物上擔保ヲ設定シ或ハ對人擔保ヲ約定シテ財團債權ヲ擔保シ其效力ヲ強大ナラシムルコトハ法律ノ許サザル所ナレトモ破産財團ニ屬スル財産上ニ物上擔保ヲ設定シ一定ノ財團債權ノ效力ヲ確實ニスルコトハ法律ノ禁スル所ニ非ス而シテ破産財團カ各財團債權ヲ完済スルニ不足ナルコト未明白ト爲ラサル以前ニ於テ財團債權者ノ取得シタル物上擔保ハ爾後破産財團カ各財團債權ヲ完済スルニ不足ナルコト明白ト爲リタルカ爲ニ其效力ヲ喪失スルモノニ非サルヤ前連ノ如ク故ニ破産財團カ各財團債權ヲ完済スルニ不足ナル場合ニ於テ物上擔保ヲ有スル財團債權者ハ別除權者カ他ノ破産債權者ヨリ優先の辨濟ヲ受クルト同ク他ノ財團債權者ヨリ擔保物ノ賣得金ニ付優先の辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘシ財團債權ノ主張ヲ講スルニ應ミ注意スヘキコトハ債權者カ其有スル債權ヲ財團債權ニ主張スル

コトヲ得ルヤ否ヤ又其財團債權ハ如何ナル順位ヲ有スルヤ否ヤノ問題即財團債權ニ關スル涉外私法ノ問題はナリ前連ノ如ク財團債權ハ破産債權者團體ノ法律關係ヲ規定スル法律ニ依テ決定セラルモノナリ故ニ此等ノ問題ニ關シテハ破産裁判所所在地ノ法律ニ從ヒテ之ヲ定ムヘキヤ疑テ容レサルヘシ

(d) 喪失 財團債權ハ前連ノ如ク破産手續ニ依ラシテ行フ權利ニシテ破産債權者團體ニ對スルモノナルヲ以テ(1)管財人カ財團債權ノ存在ヲ知ラス隨テ之ニ辨濟ヲ爲サスシテ破産財團ノ配當ヲ完了シタルトキハ之ニ依リ財團債權者ハ其權利ヲ喪失スルヲ當然ナリトス此場合ニ於テハ財團債權ヲ有セシ者ハ各破産債權者及破産者ニ對シ財團債權者トシテ何等ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス蓋財團債權ニ對シテハ單ニ破産債權者團體カ破産財團ヲ以テ其責任スルニ過キサレハナリ破産者ヲ以テ財團債權ニ對スル債權ヲ負フ者ト主張スル反對説ヲ採ラハ財團債權者ハ其權利ニ付破産財團ヨリ完済ヲ受ケサル以上破産手續終結後尙破産者ニ對シ辨濟ヲ求ムルコトヲ得ヘキモノナリト立論セサルヘカラス)又管財人ニ對シテ之カ爲ニ被リタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ス蓋管財人ハ其知レサル財團債權ヲ辨濟スルニ由ナキヲ以テ斯ル財團債權ニ對シ其權利ノ存在ヲ認識セシムルニ適當ナル手續ヲ悉メテ可ナリトスナリ故ニ財團債權者ハ管財人ニ對シ其權利ノ存在ヲ認識セシムルニ適當ナル手續ヲ悉メテ可ナリトス蓋管財人ハ當然總テノ財團債權ヲ認識セルモノト謂フコトヲ得サレハナリ而シテ管財人ヲシテ財團債權ノ存在ヲ認識セシムル時期ハ法律上別段ノ規定ナシト雖破産財團ノ現存スル時間内ニ限ルコトハ破産財團ト共ニ消滅スヘキ財團債權ノ性質ニ徴シ明白ニシテ又財團債權ヲ認識セシムルノ方法ニ關シテハ法律上別段ノ規定ナキヲ以テ財團債權者カ其適當ナリト認ムル方法ヲ選擇スルコトヲ得ルヤ言フ俟タス如此管財人カ財團債權ノ存在ヲ知ラザリ場合ニ於テ其之ヲ認識セシムルニ適當ナル手續ヲ悉

ナリシ財團債權者ハ破産財團ノ消滅ニ依リ其權利ヲ喪失スルヲ以テ破産手續終結後各破産債權者ニ對シ不當利得ニ基テ返還ノ請求ヲ爲スコトヲ得各破産債權者カ比較的多額ノ配當額ヲ受取リタルコトハ財團債權喪失ノ結果トシテ毫モ不當利得ト認ムルコトヲ得ナリ然レトモ管財人ハ其知レル財團債權ニ關シテハ假令其債權者ヨリ之ヲ認識セシムルコトニ適當ナル手續ヲ悉サリシ場合ト雖職權ヲ以テ之ヲ斟酌シ破産財團ヨリ辨濟ヲ爲スヘキモノナルヲ以テ管財人カ其義務ニ違背シ斯ル財團債權ニ對シ辨濟ヲ爲サシテ破産財團ノ配當ヲ完了シタルトキハ財團債權者ハ第一ニ管財人ニ對シ之カ爲ニ被リタル損害賠償ヲ請求スルノ權利ヲ有シ第二ニ客觀的ニ不當ノ配當ヲ受ケタル各破産債權者ニ對シ財團債權ノ完済後ニ受クヘキヲシシ配當額ヲ其完済前ニ受ケタル名額ノ配當額ヨリ控除シタル差額ニ付利得シタルモノノ返還ヲ請求スルノ權利ヲ有シ(民七〇三條七〇四條獨民八二二條)破産財團カ各財團債權ヲ完済スルニ不足ナル場合ニ於テ管財人カ法定ノ順位ヲ無視シ又ハ債權額ノ割合ニ依ラズシテ爲シタル辨濟ヲ受ケタル他ノ財團債權者ニ對シ其餘分ニ受ケタルモノニ付不得利得ニ基テ返還ノ請求權ヲ有シ(民七〇三條七〇四條獨民八二二條)第三ニ破産者ニ對シ民法ノ規定ニ從ヒ不當利得ニ基テ返還請求權ヲ有ス蓋シ財團債權ハ破産債權者團體ニ對スル債權ニシテ破産財團ヨリ辨濟スヘキモノナルヲ以テ配當ニ依リ破産手續ノ終結後破産者ニ交付スヘキ財產ハ財團債權ヲ辨濟シタル殘額ナルコトヲ要ス隨テ破産者カ管財人ヨリ財團債權ニ付未辨濟ヲ爲サナリ破産財團ヲ受取リタルトキハ斯ル辨濟額ニ付不當利得シタルモノト謂ハセラル得ナリ(三)管財人カ財團債權ノ存在ヲ知ラス隨テ之ニ辨濟ヲ爲サシテ破産財團ヲ協諾契約上ノ權利ヲ得タル破産者ニ交付シタルトキハ之ニ依テ斯ル財團債權ヲ有スル者カ其權利ヲ喪失スルヲ當然ナリトス故ニ財團債權者ハ其權利ヲ管財人ニ認識セシムル

ヲ可ナリトスルコト前述ノ如シ然レトモ管財人ハ其知レル財團債權ニ關シテハ經令財團債權者ヨリ之ヲ認識セシムルニ適當ナル手續ヲ悉サナリシ場合ト雖職權ヲ以テ之ヲ斟酌シ破産手續カ協諾契約ニ依テ終結スルニ際シ財團債權中爭ナキモノハ之ヲ辨濟シ又爭アルモノハ之カ辨濟額ヲ供託セラルヘカラス(獨破一九一條)而シテ財團債權者ハ破産債權者ニ非ナルヲ以テ協諾契約ニ羈束セラルコトナシ故ニ管財人ハ斯ル職務違背ニ因テ財團債權者ニ被ラシメタル損害ニ付其賠償ノ責任シ又破産者ハ管財人ヨリ財團債權ヲ辨濟セシテ破産財團ノ交付ヲ受ケタル場合ニ於テ民法ノ規定ニ從ヒ不當利得ニ基テ責ニ任スルヤ前述ノ如シ

(四)破産財團ノ消滅 破産財團ハ破産債權者ニ平等ナル滿足ヲ得セシムルノ用ニ供スル破産者ノ財產ナルヲ以テ破産手續ノ終結ニ因テ消滅スルヲ當然ナリトス隨テ破産手續カ協諾契約ニ因テ終結シタルトキハ破産者タリシ債務者ハ破産財團タリシ財產ノ占有、管理及處分ノ權能ヲ回復シ又破産手續カ配當ニ因テ終結シタルトキハ破産者タリシ債務者ハ破産財團タリシ殘餘財產ノ返還ヲ受ケ而シテ管財人カ破産手續ノ存続中發見スルコト能ハナリシ財產ニシテ破産財團ニ屬スヘキモノハ之ヲ未完済ヲ受ケタル破産債權者ニ配當セラルヘカラス何トナレハ配當スヘキ破産財團ヲ配當セシテ破産手續ヲ終結シタルトキハ未適法ナル破産手續ノ終結アリタルモノト謂フコト能ハサレハナリ(商一〇四八條)……財團ノ配當ヲ全ク終リタルトキハ……」ノ法文引用、破産二七八條以下、獨破一九七條二項)

第三章 破産ノ效力

破産ノ目的ヲ達スルニハ利害關係人ノ權利ヲ制限スルヲ必要トス例之破産者ノ債權者ニ對シテハ各別

破産法 實體規定 破産ノ效力

のニ強制執行ヲ爲スコトヲ禁止シ破産者ノ債務者ニ對シテハ破産者ニ辨濟ヲ爲スコトヲ禁止シ破産者ニ對シテハ爾後破産財團ヲ減少スルニ至ルヘキ行爲ヲ爲スコトヲ禁止シ破産宣告前ニ於テ破産者ノ爲シタル行爲ニ關シテハ破産宣告後破産債權者ノ利益保護ノ爲ニ或ハ之カ履行ヲ爲サシメ或ハ之ヲ否認スルコトヲ得セシムルカ如シ故ニ破産ノ效力ハ之ヲ大別シテ破産者ノ債權者ニ對スル效力、破産者ノ債務者ニ對スル效力、破産者ニ對スル效力及破産者ノ爲シタル行爲ニ對スル效力ニ分類スルコトヲ得

左ニ之ヲ分説スヘシ

(一) 破産者ノ債權者ニ對スル效力 債務者カ破産宣告ヲ受ケタルトキハ破産債權者ハ團體關係ニ於テ破産財團ニ付差押權ヲ有シ又財團債權者ニ對スル債務ヲ爲リ各別ニ強制執行ヲ爲スヲ得サルコトヲ爲リ破産財團ニ對シ破産宣告以後ノ利息ヲ請求スルヲ得サルコトヲ爲リ又辨濟期ノ未到來セサル債權ニ付辨濟ヲ求ムルヲ得ルコトヲ爲ル而シテ破産債權者カ團體關係ニ於テ差押權ヲ有シ又財團債權者ニ對スル債務ヲ負フコトハ前述シタル所ナリ故ニ左ニ強制執行ノ禁止、財團ニ對スル利息ノ停止及破産債權ノ請求權發生ヲ説明スルニ止ムヘシ

(A) 強制執行ノ禁止 破産債權者ハ破産手續中民事訴訟法ノ強制執行、假差押及假處分ニ依テ其權利ヲ行フコトヲ得ス(商九八七條破産八條獨破一二條一四條蓋破産債權者團體カ破産財團ニ付有スル差押權ハ破産債權各自ノ爲ニスル強制執行、假差押ノ執行等ニ依テ害セラルモノニ非サレハナリ故ニ破産債權者カスル法則ニ違背シテ強制執行ヲ爲シタルトキハ管財人ハ民事訴訟法第五四條ニ基キ異議ヲ申立テ及既ニ爲シタル執行處分ノ無効ナル旨ヲ主張スルコトヲ得ヘク又裁判所カ職權ヲ以テスル禁止違犯ヲ調査スヘキモノナリ但取戻權者、別除權者及財團債權者ハ破産債權者ニ非サルヲ以テスル

報 録

○大審院判例要旨

二二三 親權者ノ代表權ト隱居ノ行爲 民法第八九五條ニ謂フ戸主權ノ實行ニハ隱居ヲ爲スカ如キ行爲ヲ包含セス故ニ親權者カ未成年ノ子ヲ代表シテ爲シタル隱居ノ行爲ハ無効ナリ(三十七年十二月二十七日第一民事部)

二二四 抗告理由ニ對スル判斷ノ遺脱 抗告裁判所カ抗告人ノ提出セル理由中數點ノ判斷ヲ遺脱シテ抗告ヲ不適法トシテ棄却シタルトキハ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生スルモノトス(三十八年一月十七日同部)

二二五 當事者ノ指圖ト執達吏ノ職責 執達吏カ當事者ノ委任ニ基キ裁判ヲ執行スルニ當リテハ普通ノ受任者ト異リ法令ニ別段ノ規定アラサル以上ハ必シモ常ニ當事者ノ指圖ニ服從スヘキ義務ヲ負フモノニ非ス(三十七年十二月二十三日第二民事部)

二二六 假差押ト本差押トノ關係 假差押ニ因リ有效ニ時效ヲ中断シタル後其假差押カ本差押ニ移リタルトキハ假差押ノ效力ハ當然本差押ニ移ルヘキモノトス(同年十二月十六日同部)

二二七 破産債權確定決定請求ノ方式 破産者ニ對スル債權確定ノ請求ハ訴ノ形式ヲ以テスヘキ旨ノ規定ナキヲ以テ申請ニ依リ之ヲ求ムルモ違法ニ非ス(同年十二月十六日同部)

二二八 破産申立ノ性質 債權者ノ破産宣告ノ申立ハ之ニ因テ破産者ノ財産ヲ保全シ公平ニ辨濟ヲ

受タルノ手續ヲ施サシメンカ爲ニスルモノナレハ一種ノ裁判上ノ請求ニ外ナラス(同年十二月九日同部)

二一九 區ノ財産ニ對スル町村長ノ權限 町村內ノ區カ特別ニ所有スル財産ノ管理及訴訟行爲ニ付

ヲハ必シモ區會ヲ開設スルコトヲ要セス而シテ區會ヲ開設セサル場合ニハ町村會ノ議決ニ依リ町村

長ニ於テ其事務ヲ管理スヘキモノトス(二十八年一月十六日同部)

二二〇 投票數ノ過剩ト選舉ノ效力 衆議院議員選舉ニ於テ投票人員百四名ニ對シ投票ノ數百五票

アリタル場合ト雖當選ノ結果ニ異動ヲ及ササルコトノ明確ナル限ハ其選舉ヲ無効ト爲スヘキモノニ

非ス(三十七年十二月十六日同部)

二二一 衆議院議員選舉法ニ所謂「請負」ノ範圍 衆議院議員選舉法第十三條第二項ニ所謂「請負」ノ

範圍ハ民法ノ請負ト同一ニ非ス通俗ニ謂フ所ノ廣汎ナル意義ノ請負ニシテ即同項ニ掲ケタル者ハ選

舉ノ當時政府ノ爲ニ民法上ノ請負ヲ爲ス自然人又ハ法人ノ役員ハ勿論其他政府ト契約ヲ爲シ一定ノ

報酬ヲ得テ政府ノ爲ニ其需用ヲ供給スルコトヲ業トスル自然人又ハ法人ノ役員ヲモ包含ス(同年十

二月十四日同部)

二二二 同法所謂「法人」ノ役員ナル語ノ意義 法人ノ役員ナル語ハ普通慣用ノ意義ニ於テ理事又ハ

取締役ニ止ラス監事又ハ監査役ヲモ包含ス故ニ衆議院議員選舉法第十三條第二項ニ謂フ「法人」ノ役

員ナル文字ハ理事又ハ取締役ノ外監事又ハ監査役ノ如キ業務監督ノ機關ヲモ包含スルモノトス(同

上)

法學志林

第七卷 第八號
發行 每月一冊 定價一圓
十冊前金 郵稅拾錢
壹圓貳拾錢

(第七十二號)

○最近判例批評(其三)

志林

○體權ニ就テ

法學博士 梅 謙次郎

解疑

○精神病者ト民事責任

法學士 牧 野 英一

○他人カ婦女ノ手足ヲ制縛シアルヲ

法學士 豐 島 直通

○寄貨トシ森シタル者ノ處分

法學士 豐 島 直通

○上告裁判所ニ於ケル刑ノ執行猶豫

法學士 栗 田 貞三

○手形ハ有價證券ナリヤ否ヤ

法學士 栗 田 貞三

散錄

○鮎魚二日ノ遊

水 去 堂 主人

○自惚論

碧 江 學 人

寄書

於清國釐金稅之可否

法政大學 楊 度

其他判例、雜報、記事等 數十件

發行所

法政大學

校外生規則摘要

- 一 一个年引續者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 講義録ノ講習ヲ終リタル者ハ學費料金二錢ヲ納メテ校外生修業證書ヲ請求スルコトヲ得
- 一 校外生ハ少クモ學月分ノ月謝ヲ毎月末日迄ニ納付スヘシ月謝金不納三ヶ月ニ及フトキハ退學ト看做ス
- 一 校外生ハ講義録ニ記載スル所ノ學科目中ニ懸義アルトキハ相當返信封(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

明治三十八年九月二日印刷
明治三十八年九月五日發行
(定價金三十錢)

編輯兼發行者 萩原敬之
東京市牛込區牛込北町十番地

印刷者 小宮山信好
東京市牛込區矢來町三番地

印刷所 金子活版所
東京市芝區西ノ久保町十一番地

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