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

PDF issue: 2024-07-29

法政大學講義録

若槻，禮次郎 / 板倉，松太郎 / 加藤，正治 / 岡野，敬次郎 / 美濃部，達吉 / 筧，克彦 / 山田，三良 / 牧野，菊之助

(出版者 / Publisher)
法政大學
(巻 / Volume)
12
(号 / Number)
3学年の4
(開始ページ / Start Page)
1
(終了ページ / End Page)
52
(発行年 / Year)
1906-02-25

三十九年度

法政大學講義錄

第十二號

法政大學發行

（明治三十八年十一月九日第三種郵便物認可
毎月三回　五日、十五日、二十五日發行）　明治三十九年二月廿五日發行（第參學年ノ四）

0477

三十九年度第十二號目次

行政法總論（自二至四三）　法學博士　美濃部達吉
行政法各論（自一至一六九）　法學博士　筧　克彦
國際私法（自一七三至二一二）　法學博士　山田三良
民法親族（自二〇五至二〇五）　法學士　牧野菊之助
民法相續（自七一至七八）　法學士　若槻禮次郎
商法手形（自一〇九至一四八）　法學博士　岡野敬次郎
商法海商（自八八至八八）　法學博士　加藤正治
民事訴訟法（自第六編至第八編）（自四五至八二）　法學士　板倉松太郎

雜錄　○大審院判例要旨

090
1906
3-1-4

スルコトヲ常トナシタルカ故ニ、國家作用ノ分類ハ即チ國家行政作用ノ分類ニシテ皆國家活働ノ大小目的ニ遵ツテ之ヲ分類シタリ、

然ルニ國家ノ政中或目的ヲ有スル作用ハ漸次ニ之ト離ルヘカラサル特種獨立ノ機關ヲ通過シテ行ハルルコトトナリ、從ツテ其作用自身モ往時トハ全ク異ナレル特殊ノ意味ヲ得ルニ至レリ

蓋シ國家ハ合成我タリ各個人ヲ待ツテ存在シ各個人ヲ通過シテ活働ス、是ニ於テカ國家カ活働ノ主體トシテ成立存在スルト同時ニ活働ノ組織及ヒ機關ヲ生ス、國家ノ作用ハ此機關ノ行フ所ニシテ國家ノ活働力ハ此機關ノ自由意力ヲ通シテ始メテ社會心理ニ基キ合成意力トナルコトヲ得、

然ルニ往時國家發達ノ未タ完全セサル時ニ當ツテハ此種ノ國家組織國家機關中獨立不可侵ノ權限ヲ有シタリシ國家機關ハ唯一ナリキ、是ニ於テカ此種ノ機關ハ國權ノ主體ナリトマテ誤認セラレ人爲ノ法理ハ之レヲ認定セル例尠ナカラス、從ツテ國家ノ作用モ皆此唯一ノ獨立ノ機關ヲ通過シテ行ハレ國家作用ハ皆之ヲ同一ノ政即チ行政ト稱スルヲ得タリ、但之レヲ分類スル所以ハ其活働目的ノ如何ノ必要ニ應スルモノニ過キス、或ハ往往唯一ノ獨立機關ノ行フ作用ヲ分掌スル機關組織ノ異ナルヨリ機關組織ノミヲ標準トシテ之レヲ類別スルニ過キサリキ、

其後國家活働力ノ發展スルニ及ンテハ國家各種ノ目的共ニ充分ニ分岐發達スルニ至リ、同時ニ國家ノ機關組織ノ分岐發達ヲモ意味シタリ、而シテ國家目的ノ分岐發達ト國家機關ノ分岐發達トカ相合併シテ相待チ相發達スルニ及ンテ、愛ニ從前存在セサリシ特種ノ意味ヲ有スル國家機關及ヒ特殊ノ意味ヲ有スル國家作用ヲ發生セシメタリ、

元來活働ノ目的ト活働ノ機關トハ分離シテ之レヲ觀察スルコトヲ得ス、活働ノ特殊ノ目的ナクンハ特

0478

種ノ機關ナク特殊ノ機關ナクンハ特殊ノ活働目的アルヲ得ス、斯クノ如キハ獨リ國家ニ對シテ誠ナルノミナラス箇箇ノ生物ニ對シテモ亦誠ナリ、假令ハ人類ハ視ルト云フ目的ノ作用ヲナス聽クト云フ目的ヲ以テ作用ヲナス、此視作用聽作用ハ即チ眼耳等ノ機關ヲ通過シテ行ハルル作用ナリ、眼耳ナクシテ視ルト云ヒ聽クト云フ作用ヲナサンコトハ之レヲ想像シ得ヘカラス、然レトモ亦吾人カ視ンコトヲ欲セス又ハ視能力ヲ缺キ或ハ聽クコトヲ欲セス又ハ聽能力ヲ缺クコトアラハ眼モ亦能ク吾人ニ視作用ヲ爲サシムル能ハス耳モ亦吾人ニ聽作用ヲ爲サシムルコト能ハサルヘシ、故ニ眼ヲ有スル者モ必スシモ皆視ル者ニハ非ス耳ヲ有スル者モ必スシモ皆聽ク者ニ非ス、斯クノ如キハ實ニ國家作用ト其機關其目的トノ關係ニ一致スルモノナリ、獨リ此生物ノ作用ト國家作用トノ間ニ存スル差異ハ生物及ヒ其機關ハ自然必至ニノミ依リテ存スレトモ國家及ヒ其機關ハ自然必至ニ基キ之レヲ利用シタル人爲ノ自由ニ依ツテ成立存在スルノ點ニ在リ從ツテ國家機關ハ常ニ其存在ノ目的ヲ要件トシ生物ノ機關ハ其存在ニ對スル生物ノ能力ヲ要件トス、何トナレハ自然必至ノ關係ニ於テハ目的モ手段モ合一シテ只能力ニ歸著スレハナリ、

專制國家ニ於テハ總テノ作用カ唯一ナル獨立ノ機關ヲ通過シテ行ハレタリ、其他ノ機關ハ此獨立機關ノ道具タルニ止マリ之レニ依リテ任意ニ變更廢止セラレ其確固不可侵ノ權限ヲ有セサリシ、此時代ニ在リテハ總テノ國家作用カ當然此唯一ノ獨立機關ヲ經由シテ生スルコトヲ意味シタルカ故ニ國家作用ヲ分類スルニ當リテ機關ヲ眼中ニ置クコトナカリキ、其當時ハ國家作用ノ依リテ行ハルル獨立機關ニ著眼スルノ實用ナカリシノミ、然ルニ其後國家ノ目的ノ分岐發達ト共ニ之ニ伴ヒ國家ノ獨立機關カ數多發達シ各相侵スコトヲ得サル存在並ニ權限ヲ有スルニ至リシカハ、國家作用ヲ分類スルニハ必ス其由リテ行ハルル獨立機關ト其作用ノ目的トニ著眼セサルヘカラサルニ至レリ、

近來特ニ「ラバンド」「イエリネック」等ノ說明ノ語弊ニ陷リテ國家作用ヲ分類スルニ或ハ單ニ機關ニノミ著眼シテ形式的ニ分類シ得ヘク、或ハ單ニ其內容目的ノミニ著眼シテ實質的ニ分類シ得ヘシトナス說カ切ニ我邦ニ行ハル、然シ斯クノ如キハ國家作用ノ實質ト機關トカ如何ナル關係アルカノ根本的研究ヲ怠ルヨリ來ルノ誤解ナリ、形式的標準ト實質的標準トハ決シテ獨立シテ區別ノ標準タルヲ得ス相待チ相合シテ初メテ用ヒ得ヘキノ標準タリ、然ラハ如何ニ此兩標準ヲ合シテ區別ノ標準トナスヤハ之ヲ次項ニ論セント欲ス、

第二項　國家活働ノ分類

國家活働ハ自然必至ニ基キ之ヲ利用シテ爲ス國家ノ自由活働ノ發展ニ伴フテ分岐發達ス、從ツテ之ヲ分類スルニハ唯一ノ標準ヲ有スルコトナシ、唯歷史的分析的ニ之ヲ研究スヘキノミ、近來世上ニ流行スル區別法（即チ或ハ作用ノ實質的標準ニ依リ或ハ作用ヲ行フ機關ノ別ニ依リ、或ハ析裏シテ國家作用ヲ區別スル方法）ハ不完全ニシテ且ツ效用ナシ、但シ今茲ニハ主トシテ區別ノ結果ヲ列擧スルニ止ムヘシ、抑國家ハ法人ナリ、其活働ハ國內ニ法ノ存在スルヲ待ツテ後生ス、國家ノ活働ハ法ノ存在ヲ待ツテ存在シ得ル國家外部的組織ニ依ツテ行ハレ外部的組織ノ發展ヲ待ツテ發展ス、然レトモ此法ヲシテ法タラシムル者ハ國家ナリ故ニ國家ハ其法ヲ侵スヘカラス其法ニ遵ハサルヘカラスシテ仍法ノ成立存在ニ必要ナル自由力ヲ有スル者ナリ、法ニ由リテ附與セラレサル事實力ヲ有スル者ナリ、是ニ於テカ如何ナル國家モ其活働ヲ二大別シテ一性質上法ノ範圍外ニ立ツ作用ト二性質上法ノ範圍內ニモ立チ得ル作用ト

0479

ナスコトヲ要ス、

第一　性質上法ノ範圍外ニ立ツ作用、斯クノ如キ作用ハ又二別シテ甲　原働作用ト乙　非常作用トナスヘシ

甲　原働作用　此作用ハ國家カ其內部ニ對シテ最廣最强最大ノ自由力ヲ以テ全部ヲ統一スル作用ナリ、國家內部ノ各種ノ自由力ヲ合成シテ國家ノ自由力タラシムル作用ナリ、國家トシテ活働力ヲ生シムル源泉タル力ノ發動ナリ、此作用ハ法ニ依ツテ法ノ範圍內ニ存在スルニ止マラス、其本性ハ法以外ノ事實的作用ナリ、普遍我ノ原働力ノ發現タル作用ナリ、即チ法ト同時ニ存在シ法ノ背後ニ在ツテ之ヲ保障スル事實的作用ナリ、此原働作用ハ之ヲ行フ機關ヨリ謂ヘハ其機關ヲ構成シ其作用ヲ行フ組織タル自我ヨリ謂ヘハ其統一的心理作用ナリ、

乙　非常作用　國家ノ事實的作用カ發達膨脹シテ性質上マタ國家ノ法的作用タリ得サルニ至ルトキハ之ヲ國家ノ非常作用ト謂フ、

非常作用ハ國家ノ作用ナリ、國家カ既ニ滅亡シタル場合ニハ其國家ノ非常作用在リト謂フヘカラス、然ルニ國家ノ存在ニハ必ス最小限度ノ法在ルヲ要ス、此法ヲ存在セシムルニ必要ナル法ヨリ獨立セル事實力ハ即チ國家ノ原働力ナリ、原働力ハ國家法的活働ノ源泉タルト同時ニ法的タリ得サル活働ノ源泉タリ、此原働力カ法的活働トシテハマタ其效用ヲ奏シ得サル場合ニ事實的活働トシテ發働スルニ當リ其事實的活働ノ範圍程度ノ如何ヲ問ハス又其發動カ國外ニ對スルト國內ニ對スルトヲ問ハス之ヲ國家ノ非常作用ト謂フ、再言スレハ國家ノ存在ヲ危クセントスル外力ニ對シテ法的作用カ之ヲ排除シ得サルニ當リ法以前ニ獨立セル自然ノ事實力カ發動スルトキハ爰ニ國家ノ非常作用ヲ生ス

第二　法ノ範圍內ニモ立チ得ル作用　此種ノ作用ハ大別シテ國家ノ對外作用ト對內作用ト爲スヘシ、

甲　對外作用　此作用ハ本來之ヲ對外公的作用及ヒ對內私的作用ニ分ツコトヲ要ス、然レトモ現今ノ國際活働發展ノ程度ニ在ツテハ其公的作用ト稱スヘキモノハ極メテ稀ニシテ殆ト皆私的作用タリ、私的法理ノ支配スル所ナリ、

乙　對內作用　之レヲ對內私的作用ト對內公的作用トニ區別スルヲ要ス、

一　對內私的活働　國家カ獨立全部者タル活働ノ主體トシテ其國內ノ分子ノ獨立全部者タル活働主體ノ意力ノ發動ハ皆其私事タル活働ナリ、私事トシテハ其間ニ價値ノ差等ヲ立ツル能ハス、從ツテ此關係此國家ノ活働ヲ支配スル法ハ衡平ヲ標準トシ均一的正義ニ基ク、

二、對內公的活働　國家カ獨立全部者タル活働ノ主體トシテ其國內ノ分子ヲ分子トシテ全部ト其部分トノ關係ニ於テ惹キ起ス活働ナリ、分子トシテハ個人ハ私人ニ非スシテ公人ナリ、國家ノ外部的組織ハ一部ナリ、組織作用ノ主體ナリ、組織人格者ナリ、公法上ノ人格者ナリ、而シテ國家ハ之ヲ統括スル活働ノ主體ナリ、合成人格者ナリ、法人ナリ、公法上ノ人格者ナリ、

公的作用　現時ノ立憲國ニ於テハ其有機的發達ニ基キ之ヲ三大別セサルヘカラス、

立法作用　立法作用トハ國會ノ協贊ヲ以テ法規ヲ制定スル國家ノ活働ナリ、再言スレハ國會ト云フ國家機關ノ協贊ト云フ機關作用カ此國家活働ヲ生スル要件ナリ、國會ノ機關意思カ國家立法意思ノ分意ナリ、而シテ其制定スル所ノモノハ法規ナラサルヘカラス、

ろ　司法作用　司法作用トハ民事及ヒ刑事ノ裁判所ニ依リテ訴アルヲ待ツテ特定ノ場合ニ法規ヲ解

釋シ之ニ執行力ヲ與フル國家ノ活働ナリ、再言スレハ一、現今ノ史的發達ニ於テハ民事刑事ノ裁判所ニ依ツテ行ハルル機關作用ヲ國家ノ司法作用ト爲ス、裁判所ハ憲法上特ニ定ムル所ノ憲法上ノ機關人格者ナリ、二、訴アルヲ待ツテ特定ノ場合ニノミ爲シ得ヘキ活働ナレハ消極的性質ヲ有ス、三、然レトモ其機關作用ハ執行力アル國家ノ決意タル法規ノ解釋適用ヲナスモノナリ故ニ此意味ニ於テ消極的ナルニ非ス、

行政作用　以上二作用ヲ除キタル以外ノ國家作用ハ悉ク皆行政作用ナリ、從ツテ其實質ニ於テは法規ヲ設定スル活働ナルト裁判活働ナルト其他法規ノ範圍內ニ於ケル自由活働ナルト單ニ法規ノ執行ニ止マル活働ナルトヲ問ハス、或ハ其活働カ國會ノ協賛ヲ以テ行フコトヲ必要トスルモノタルト又裁判所ニ依リテ行ハルルモノタルト其他所謂政府ニ依リテ行ハルルモノタルトヲ問ハサルナリ、

斯クノ如ク行政作用ハ立法作用司法作用ヲ除キタル殘餘ノ國家作用ナレトモ、元來此等ノ分類ハ法的作用タリ得ル國家作用中ノ對內作用ノ小分タル對內公的作用ノ小別ニ過キサレハ其原働作用カ行政作用中ニ包含セラレサルコトハ明カナリ、原働作用ハ此等各種作用ノ上ニ在ツテ之ヲ統括スル事實的作用ノミ、

行政作用ハ公的作用ナリ然ルニ私的作用モ亦行政作用タルコトアレハ行政作用ハ公的作用ニ非スト論スヘカラス、蓋シ公的作用ハ其下ニ私的作用ヲ統括スルコトヲ得、統括セラレタル私的作用ヲ單獨ニ見レハ又行政作用ニ非ス獨リ之ヲ統括スル公的作用ヨリ觀テ始メテ之ヲ行政作用ト稱スルヲ得ルニ過キス、之レ恰モ國家ノ各種ノ活働ハ原働作用ニ非ス然レトモ此等ノ活働ヲ統括總攬スル作用ヨリシテ觀レハ此等ハ悉ク皆原働作用ノ發動ニ過キサルト一般ナリ

以上ノ行政作用ハ廣義ノ行政作用ニシテ未タ行政法學ニ於テ通常行政作用ト稱スルモノト其範圍ヲ一ニセス、

第三項　行政作用

第一目　行政作用ノ分岐發達ノ必要

國家ノ行政作用ハ往時ハ國家ノ政治的活働ノ全部ヲ網羅スル名稱ナリシコト政府カ國家機關ノ全部ノ中樞ヲ指シタル名稱ナリシト相俟テ相異ナルコトナカリキ、其後國家ノ發展ハ法ト事實力トノ分岐發達ヲ必要ナラシメ遂ニ國家裁判所カ政府ヨリ獨立スルニ至リ爰ニ立法司法作用モ亦行政作用中ヨリ分岐シ獨立スルニ至リタリ、去レハ行政作用ハ此兩作用ヲ除ケル國家作用ノ全部ノ名稱タルハ敢テ怪シムニ足ラス、然カモ將來此內ヨリ諸種ノ國家作用カ分岐發達スヘキ濫觴ナリ、

單ニ將來此行政作用カ再ヒ分岐スヘキニ止マラス現時ニ於テモ國家ノ權力ニ直接スル事實力ノ分岐發達ト共ニ行政作用ハ之ヲ數多ノ分類ト爲スヲ要ス、此事實力ノ分岐發達ト相俟ツテ必要ナリ、若シ此分岐ナクンハ假令國家ノ原働機關（又ハ總攬機關トモ謂フ）以外ニ憲法上獨立ノ存在ヲナセル憲法上原働機關ノ侵犯スル能ハサル國會裁判所等ヲ設クルモ有名無實ニ終ラントスルナリ、

抑國家ニハ自由力タル事實力在ルカ故ニ法タル規律的合成意力ヲ發生維持スルコトヲ得、然モ此兩者ハ相俟チ乍ラ相分岐シテ發展セサルヘカラス、而シテ此自由力タル事實力ハ原働力トシテ統一セラレ

0481

總攬力トシテ存在スレトモ之ニ密接シテ缺クヘカラサル事實力ハ兵力及ヒ財力ナリ、詳說スレハ國家ノ原働力ハ兵力及ヒ財力ノ自我ノ自由意力ノ存在トヲ必要トナス、兵力財力カ自我ノ自由力ニ依リ統括スル心理力ヲ有スル自我ノ自由意力ノ存在トヲ必要トナス、兵力財力カ自我ノ自由力ニ依リ統括セラレテ爰ニ法ヲ保障スル法以上ノ事實力ヲ生シ此法以上ノ事實力カ良ク法ノ外ニ在ツテ法ヲ保障シ法ノ內ニ在ツテハ法ノ對抗力ダル事實的ノ活働力トナル、今又換ヘテ之ヲ國家機關ノ方面ヨリ說明スレハ、法ト事實力トハ之ヲ分テ而カモ此等原働機關ニ依リテ統一セシメ同時ニ兵力ト財力モ亦之ヲ分ツテ同シク原働機關ヲシテ之ヲ統一セシムルニ至レリ、斯ノ如ク分岐統一ノ方面トカ相俟ツテ發展シタルコトハ極メテ必要ナル骨子ナレハ特ニ之ヲ注意ノ方面トセサルヘカラス、

今更ニ特ニ立憲君權國ニ付キテ之ヲ說カンニ、從來ノ專制君權國ニ在ツテハ國家ノ兵力及ヒ財力ハ共ニ原働機關ノ搆成者タル君主ト云フ自我カ絕對ニ之ヲ掌握シ自我ノ自由力ト兵力ト財力トハ全然合一セルノミナリキ、然ルニ立憲君權國ニ至ツテハ此兵力財力ヲ行フニハ分離獨立セル機關人格ノ機關作用ヲ必要條件トナスニ至レリ、即チ兵力モ財力モ終局原働機關ヲ搆成スル自我ノ自由力ニ依ツテ統一セラルコトハ益確定セシモ、財政權ハ國會ノ分意的機關作用ヲ以テ必要條件トセラレ國會ノ協贊ナクシテハ財力ノ運用ヲ爲スノ不適法ナルニ至リタリ、而シテ兵馬ノ權ハ原働力ノ發動者タル自我ノ自由力ト密接ノ關係ヲ有スルヲ以テ之ヲ君主ノ大權ニ委セリ、

君權國ニ於テ國會カ國家ノ財政ニ協贊スルノ權限責務ヲ認メラレタルハ國會ノ本來成立存在スル所以ハ一大理由ニシテ國會カ法規ノ制定ニ與ルコトヲ其本來ノ權限責務トスルコトト相下ラス、此理ヲ悟ラスシテ國會ト云ヘハ法規ノ制定即チ立法ニ協贊スルノミヲ其本能トスト思惟スルハ蓋シ不可ナリ、

止スル法律ヲ制定シテ支那勞働者ノ來住ヲ禁止シ南洋殖民地ニ於テ東洋勞働者ノ渡來ヲ禁止セントスルカ如キ場合ニ於テ斯ル禁止又ハ制限ハ正當ナリヤ否ヤノ問題ヲ生ス抑勞力ハ人類天賦ノ最モ神聖ナル資本ニシテ各人ハ世界ノ到ル處ニ此神聖ナル資本ヲ供給シテ生活ヲ營ムノ自由ヲ有スル限ハ特ニ歐米諸國ニ於ケルカ如ク個人ノ自由ヲ尊重シ人類ハ自己ノ欲スル處ニ移住シ生存スルノ權利ヲ有スト主張スル限ハ勞働者ナルカ爲メニ來住ノ自由ヲ否認スルコトヲ得サルヘシ故ニ米國又ハ歐洲諸國ノ殖民地ニ於テ往往內國勞働者ノ保護ヲ口實トシテ外國勞働者特ニ支那及ヒ日本勞働者ノ來住ヲ禁止セントスルカ如キハ即チ此權利自由ヲ蹂躪セントスルモノト謂フヘシ彼ノ國際法協會カ公益上ノ理由ヨリ外國人ノ來住ヲ禁止スルコトヲ得ル場合ヲ認メタルニモ拘ハラス特ニ「單ニ內國勞働者ノ保護ノミヲ口實トシテ外國人ノ來住ヲ拒絕スルコトヲ得ス」ト明言セル所以ハ即チ斯ル不正不當ノ來住禁止ヲ防遏センカ爲メナリ換言セハ近世國際法學者ノ定說ハ勞働者タルカ爲メニ漫ニ其來住ヲ禁スルコトヲ得サルハ猶ホ商人タリ旅客タルカ爲メニ之ヲ禁止スルコトヲ得サルト一般ニシテ勞働者モ亦來住ノ自由ヲ有スルコトヲ認ムルモノナリ果シテ然ラハ濠洲殖民地又ハ米國諸邦ノ如ク漫ニ東洋勞働者ノ來住ヲ禁止シ又ハ過當ノ上陸稅ヲ賦課シ若クハ洋語ヲ試驗シテ我勞働者ノ渡來ヲ制限セントスル如キハ國際法ノ基礎タル正義人道ノ原則ニ違反シ且列國同等ノ我國權ヲ無視スルモノト謂フヘシ但英國殖民地ハ概ネ彼我對當ノ基礎ヲ以テ相互ニ汎ク他方ノ臣民ノ來住自由ヲ擔保セル改正條約ニ加入セサルナリ又日米條約第二條末項ニ於テハ第一條及ヒ第二條ノ規定ハ勞働者ノ移住ニ關シ現ニ行ハレ又ハ將來制定セラルヘキ法令ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシト附記セルカ故ニ將來若シ米國カ一般的ニ外國勞働者ノ移住ヲ制限スルニ至ラハ我國勞働者ハ此條約ノ規定ニ依リ

0482

ヲ其制限ニ從ハサルヘカラス

犯罪人引渡ニ付テハ外國人ハ政治上ノ犯罪即チ國事犯ノ外ハ其本國ニ引渡サルルヲ以テ原則トス之ニ反シテ內國人ハ如何ナル種類ノ犯罪ニ付テモ外國ニ引渡サルルコトナキヲ以テ原則トス然レトモ近來犯罪人ノ處罰ニ關スル國際共同ノ思想益發達スルニ隨ヒ互ニ條約ヲ締結シテ或種類ノ犯罪ニ關シテハ內國人ト雖モ尙ホ外國ニ引渡スコトヲ約スルニ至レリ我國ニ於テハ今日マテハ唯去ル明治十九年ニ北米合衆國ト犯罪人引渡條約ヲ締結シタルノミニシテ其他ノ諸國トハ此種ノ條約ヲ結ハス又明治二十年八月勅令第二四號ヲ以テ逃亡犯罪人引渡條約ヲ發布シ其第一條ニ所謂破廉耻即チ强盜、殺人、詐欺取財罪ノ如キ犯罪ニ付テハ帝國臣民ト雖モ相互主義ノ條約ニ依リ外國ニ引渡スコトアル場合ヲ規定セリ是レ自國人ハ國外ニ放逐スルヲ得サル原則ノ例外ニシテ且憲法ノ保障スル居住移轉ノ自由ニ對スル例外ナリ尙ホ自國人ヲ外國ニ引渡スヤ否ヤニ付テハ歐洲大陸諸國ハ消極主義ヲ採リ英米ハ積極主義ヲ採用セリ

犯罪人引渡ハ元來國際刑法ニ於テ論スヘキコトニシテ茲ニ之ヲ說明スヘキモノニ非ス故ニ唯外國人ト帝國臣民トノ權利ノ異同ヲ論スル序ニ一言シタルノミ

以上ハ歐米條約國民ニ付テノ說明ナリ故ニ無條約國民及ヒ清國人竝ニ朝鮮人ニ付テハ元來條約上ニ何等ノ規定スル所ナキヲ以テ我國政府ハ此等ノ國民ニ對シテハ自由ニ其來住ヲ制限シ若クハ居住ノ區域ヲ制限スルコトヲ得然レトモ實際上ノ必要ナキ限ハ之ヲ歐米條約國民ト區別スヘキ理由ナキヲ以テ現今ノ有樣ニ於テハ清國人及ヒ朝鮮人其他無條約國民モ條約國民ト同等ニ其來往、居住ノ自由ヲ認メタルナリ唯勞働者ニ付テハ(主トシテ支那人ノ勞働者)地方長官ノ許可ヲ得ルニ非サレハ從來ノ居留地外ニ於テ勞働即チ農業、漁業、鑛業、土木建築、製造、運搬、挽車、仲仕業其他一業ノ雜役ニ從事スルコトヲ得ス但下僕下婢トシテ家事ニ使用セラルル者ハ此限ニ在ラストセリ(明治三十二年七月勅令第三五二號條約慣行ニ依リ居住ノ自由ヲ有セサル外國人ノ居住及ヒ營業等ニ關スル件參照)

第二　身體ノ自由、住所及ヒ所有權ノ不可侵　此等ノ權利ニ付テモ外國人ハ內國人ト同一ノ保護ヲ享有スルヲ以テ原則トス即チ外國人カ不法ノ逮捕、拘留、家宅侵入、家宅搜索、差押、沒收及ヒ不法ノ公用徵收ニ對シテ保護セラルルノ權利ヲ有スルコトハ條約上ニ於テ明カニ規定セル所ナリ例ヘハ日英條約第一條及ヒ第四條ノ如キ其他之ニ該ル他國ノ條約ニモ皆之ヲ規定ス唯放逐及ヒ犯罪人引渡ニ關シテハ前段ニ於テ既ニ說明シタルカ如ク內國人ト取扱ヲ異ニスルヲ以テ隨テ其結果トシテ逮捕、拘留、家宅搜索、差押沒收等ヲ受クルコトハ內國人ト異ナルコトアルヲ免カレス又身體及ヒ財產ノ保護ニ關シテハ或場合ニ於テハ外國人ハ內國臣民ヨリモ厚キ保護ヲ受クルコトアリ即チ內亂又ハ暴動等ノ場合ニ內國人ハ其身體、財產ニ受ケタル損害ニ對シテ政府ヨリ何等ノ賠償ヲモ受クルコトナキヲ以テ原則トスルニモ拘ハラス外國人カ斯ル不可抗力ニ因リテ其身體及ヒ財產上ニ損害ヲ被リタル場合ニ於テハ其本國政府ハ外交上ノ方法ニ因リテ此等ノ損害ノ發生シタル地ノ政府ヨリ相當ノ賠償ヲ受クルヲ以テ國際法上ノ慣例トセリ此點ハ外國人ハ却テ內國人ヨリモ厚キ保護ヲ受クルモノト謂フヘシ(最近ノ例ハ北清事件ノ如シ蓋シ國民ハ其國家ノ一員ナレハ其國家ノ不幸ハ即チ國民ノ不幸ニシテ國民ノ不幸ハ又國家ノ不幸ナリ故ニ共同危險ヲ負擔スルニ基クモノナリ)

第三　良心又ハ信敎ノ自由、言論、著作、集會、結社ノ自由(精神上ノ三大自由)　此等ノ自由ニ付テモ外國人ハ內國人ト同一ノ保護ヲ享有スルヲ以テ原則トス信敎ノ自由ニ付テハ條約上ニ之ヲ擔保セリ外

0483

國人ハ管ニ信教ノ自由ヲ有スルノミナラス併セテ公私ノ禮拜ヲ行ヒ又宗教上ノ慣習ニ從ヒテ埋葬ヲ爲スコトヲ得ルナリ此等ノ事ヲ條約ニ規定スルコトハ文明國間ニ在リテハ當然ノコトニシテ敢テ之ヲ規定スルノ必要ナキモ尚ホ注意ノ爲メニ之ヲ擔保スルモノナリ殊ニ東洋ト西洋トノ如ク宗教及ヒ風俗ヲ異ニセル國民間ニ於テハ斯ル規定ヲ設クルモ亦必要ナルヘシ然レトモ如何ナル場合ニ於テモ外國人ハ此等ノ自由ニ關シテ我國ノ法律、命令及ヒ其他ノ規則ニ從フヘキハ論ヲ俟タサルナリ即チ信教ノ自由ハ條約ノ保證スル所ナルモ若シ公ノ秩序ニ反スル宗教ナレハ之ヲ禁止シ其布教者ハ之ヲ外國ニ放逐スルコトヲ得尚ホ明治三十二年七月內務省令第四一號宗教宣布ニ關スル屆方ヲ參照スヘシ

又思想ノ自由即チ言論、著作ノ自由ニ付テモ外國人ハ內國人ト同一ノ保護ヲ享有スルモノナリ（新聞紙條例及ヒ出版法及ヒ著作權法參照）即チ新聞紙條例第六條ニ依レハ其本國法ニ從ヒ未成年者ニテモ年齡滿二十歲以上ニシテ帝國內ニ居住スル者ハ發行人、編輯人及ヒ印刷人ト爲ルコトヲ得舊條例ニハ外國人ハ新聞紙ノ發行人、編輯人、印刷人ト爲ルヲ禁シタリシモ明治三十二年七月一日ヨリ改正法ニ依リテ外國人ハ我國ニ住居スル以上ハ內國人ト同一ノ自由ヲ有スルモノナリ此等ノ點ニ付テハ我國ハ外國人ニ最モ寬大ナル自由ヲ與ヘタリ唯東京、橫濱、神戶ニ於ケル發行人ニハ保證金ヲ增加シ間接ニ之ヲ制限シタルノミ蓋シ我國ニ於テハ外國人ノ發行スル新聞甚タ少ナシ故ニ斯ル寬大ナル處置ニ出テタルモノナルヘシ歐米各國ニ於テハ必スシモ我國ト同一ナル自由ヲ與フルモノニ非ス例ヘハ佛國ノ如キハ千八百八十一年新聞紙條例ニ依リテ外國人ハ佛國ニ住居スル場合ニ於テモ尚ホ且新聞紙及ヒ定期刊行物ノ發行人又ハ編輯人ト爲ルコトヲ得サルナリ

外國人モ亦集會結社ノ自由ヲ有スルモ政談集會ノ發起人タルコトヲ得ス（舊集會政社法第五條、第七條、現行治安警察法第六條）且政談集會ニ於テ演說ヲ爲スコトヲ得ス又政社ノ會員タルコトヲ得ス此等ノ制限ハ固ヨリ當然ノコトニシテ外國人ハ後ニモ述フルカ如ク我國ニ於テ參政權ヲ享有スルモノニ非サルカ故ニ妄ニ我國ノ政策ニ關シテ政談ヲ爲スノ自由ヲ與フヘキモノニ非サレハナリ又一般ノ結社ニ付テハ固ヨリ自由ニシテ內國臣民ト同一ノ保護ヲ受ケタリ然レトモ多數ノ國ニ於テハ勞働者、職工ノ同盟組合ニハ外國人ノ加入スルコトヲ禁止シ若クハ制限セリ我國ニ於テモ將來斯ル必要ヲ生シタルトキハ自由ニ之ヲ制限スルコトヲ得ルハ勿論ナリ

第四　營業ノ自由　現今ノ文明諸國ニ於テハ所謂營業ノ自由ナル原則一般ニ行ハレ各箇人ハ皆其欲スル所ノ業ヲ何レノ地ニ於テモ營ミ得ルコトヲ以テ原則トス然レトモ外國人ニ付テハ斯ク一般ニ概論スルコトヲ得サルナリ玆ニ所謂營業ハ最モ廣義ニ用ヒタルモノニシテ製造、工業、販賣業、運送業等商法ノ支配ヲ受クヘキ商業ノミナラス尚ホ其他ノ業務若クハ職業ヲモ包含スルモノトス今左ニ之ヲ細別シテ說明セントス

一　普通ノ商工業　特別ノ免許又ハ一定ノ資格ヲ要スル者ノ外ハ外國人モ亦內國人ト同シク總テノ商工業ヲ營ミ得ルモノナリ殊ニ此點ニ付テハ近世ノ通商條約ニ於テ明カニ之ヲ規定スルヲ以テ例トス我國ト歐米諸國トノ條約ニ於テモ亦之ヲ明カニ規定セリ例ヘハ日英條約第三條、日佛條約第四條等ノ如シ此等ノ規定ニ依レハ外國人ハ製造業及ヒ手工業ニ從事シ又ハ各種ノ製產物及ヒ製造品ヲ卸賣又ハ小賣スルコトヲ得ルナリ又之ヲ爲スカ爲メニ土地、家屋ヲ借入ルルコトヲモ得ルナリ一言ニシテ之ヲ蔽ヘハ外國人ハ我國ニ於テ各種ノ製造業及ヒ商業、販賣營業ヲ自由ニ營ムコト

0484

ヲ得ルナリ唯前ニモ述ヘタル如ク特ニ政府ノ免許又ハ認可ヲ要スル營業ハ例外ニシテ彼ノ質屋取締法、古物商取締法、銃砲火藥類取締法、藥品營業、賣藥營業等ニ關シテハ外國人カ營ミ得サルコトヲ明言セスト雖モ之ヲ許可スルト否トハ當局官廳ノ權内ニ在リトス

二　銀行營業　銀行營業ニ付テハ外國人ハ我國ニ於テ之ヲ營ミ得ルコトハ我國ノ銀行條例及ヒ銀行條例施行細則第三條ニ規定スル所ナリ又從來居留地ニ於テ銀行業ヲ營ミタル外國人又ハ外國會社カ條約實施後之ヲ繼續シテ營業セント欲スルトキハ銀行條例施行細則ニ從ヒテ大藏大臣ノ認可ヲ受クヘキモノトス（明治三十二年六月大藏省令第三號）但外國人ハ國立銀行ヲ創立スルコトヲ得ス（國立銀行條例第一條）又政府ノ直接監督ニ係ル銀行即チ日本銀行、正金銀行、勸業銀行、臺灣銀行、農工銀行其他之ニ類スル銀行ハ外國人ノ設立ニ關係スルコトヲ得サルナリ或ハ條約上ノ權利トシテ此等ノ權利ヲモ外國人ニ許ササルヘカラストノ議論ヲ爲シタル者アルモ正當ノ解釋ニ非ス

三　保險營業　保險營業ニ付テハ外國人又ハ外國會社カ日本ニ支店ヲ設ケテ保險業ヲ營マント欲スルトキハ代表者ヲ定メテ農商務省ノ免許ヲ申請スルコトヲ要ス農商務省ハ其必要ヲ認ムルトキハ相當ノ金額ノ供託ヲ命スルコトヲ得又若シ之ヲ供託セシメタルトキハ我國ニ於ケル保險契約者、被保險者及ヒ代理店ニ對スル一般ノ債權者ハ此供託金ノ上ニ優先權ヲ有スルモノトス斯ノ如ク外國保險會社ハ明治三十三年法律第六九條保險業法第一一五條及ヒ明治三十三年九月勅令第三八〇條外國保險會社ニ關スル勅令トニ依リ明治三十三年十一月十五日ヨリ我國ニ於テ營業ノ免許ヲ受クルコトヲ得ルニ至レリ爾來今日ニ至マテ此營業ノ許可ヲ得タル外國保險會社ハ其數既ニ六七十ノ多キニ及ヘリ蓋シ外國保險會社ニ付テハ條約上何等ノ規定ナキヲ以テ之ヲ許可スルト否トハ全ク我國ノ自由ニシテ殊ニ保險營業ハ政府ノ監督ヲ要シ就中生命保險會社ノ如キハ一種ノ貯蓄銀行ノ性質ヲ有シ保險權利者ハ數十年ノ後ニ於テ始メテ保險金ノ支拂ヲ受クヘキモノナレハ之カ責任者タル會社ハ其資本ヲ内國ニ於テ放下シ且其信用最モ確實ナルコトヲ要スルノミナラス内國保險會社ノ發達ヲ保護スルコトヲ要スルカ故ニ内國化セサル外國保險會社カ濫ニ我國ニ於テ營業スルコトヲ許可スルカ如キハ最モ愼マサルヘカラス予輩ハ外國保險會社ノ營業制限ノ甚タ寛大ニ失シタルコトヲ惜マスンハアラス唯近來我當局者亦茲ニ顧ミル所アリ勅令ノ規定ニ基キ外國保險會社ニ各十萬圓宛ノ供託金ヲ命シ特ニ生命保險會社ニ付テハ若シ其責任準備金十萬圓以上ニ達スルトキハ更ニ其超過額ニ相當スル金額ヲ供託スヘキモノトスルニ至リタルハ誠ニ當然ノ監督ヲ爲スニ至リタルモノニシテ外國保險會社ハ固ヨリ此命令ニ從ハサルヘカラス然ルニ今日ニ至マテ或ハ異議ヲ唱ヘ尙ホ之ニ從ハサル會社少ナシトセスト云フ若シ果シテ然リトセハ斯ル外國保險會社ハ其營業ノ免許ヲ取消サルヘキモノトス

四　運送營業　運送營業ニハ海上運送ト陸上運送トノ二種アリ陸上運送營業ノ機關ハ今日ニ於テハ其重ナルモノハ鐵道ニシテ海上運送營業ノ機關ハ專ラ船舶ノミナリ鐵道ハ運送ノ機關タルト同時ニ國家ノ公道ニシテ又國防ニ關スルヲ以テ之カ布設ハ官設ヲ主トシ私設ヲ認可スル場合ニ於テモ外國人ニハ鐵道布設ノ權ヲ與ヘス外國人ハ通常條約上ノ特別ノ付與ニ依リテ其權利ヲ取得スルニ非サレハ縱令其國ノ鐵道布設法ノ明文ニ於テ外國人ヲ除外シタルコト明白ニ在ラスト雖モ此一事ヲ以テ其反對解釋ヲ爲シ鐵道布設權ヲ享有スルモノト解釋スルコトヲ得ス我國ノ鐵道布設法及ヒ明治三十三年法律第六四號私設鐵道法等ニ於テハ外國人ニ關シテ何等ノ明言スル所ナキモ此等ノ

0485

權利ハ外國人ノ享有スヘキモノニ非スト解釋スルヲ當然ナリト信ス

海上運送營業ニ付テハ外國人ト內國人トノ間ニ一大區別アリ通常內國ト外國トノ間ノ海上運送ニ付テハ外國人ト內國人ハ同一ノ保護ヲ受クルモノニシテ條約ニモ亦之ヲ規定シテ內國ノ船舶ニ與フル總テノ利益、特權、保護、奬勵金等ヲ均霑スルモノト爲セリ例ヘハ日獨條約第一〇條第一一條、日英條約第八條、第九條等ニ依リテ明カナリ然レトモ之ニハ例外アリ即チ遠洋航海勵法ニ規定セル航海奬勵金ハ日本船舶ニ限リ之ヲ受クルコトヲ得ルモノニシテ外國船舶ハ此特典ニ浴スルコトヲ得ス

然ルニ內國港灣間ノ運送營業即チ所謂沿岸貿易(コースチングトレード)ニ付テハ何國ニ於テモ之ヲ內國人ノ特權ト爲セリ但白耳義國ニ於テハ其沿岸僅少ナレハ外國人ニモ亦沿岸貿易權ヲ與ヘリ我國ニ於テハ沿岸貿易ハ外國人ニ之ヲ許ササルヲ以テ原則トスルモ從來ノ慣例ニ依リテ橫濱、神戸、長崎及ヒ函館間ノ海上運送等ハ尙ホ今日ニ於テモ自由ニ外國人ニ之ヲ許セリ例ヘハ日英條約第一一條第三項ニ於テ「但シ日本國政府ハ本條約ノ期間內是迄ノ通リ大不列顛國船舶カ帝國ノ現開港場間ニ積荷ヲ運搬スルコトヲ許スコトヲ承諾ス尤モ大阪新潟及ヒ夷港ハ此限ニ在ラス」トスルカ如シ

外國ノ船舶ハ右條約ノ規定ノ外ハ我國ノ範圍ニ屬スル各港灣ノ間ニ於テ貨物又ハ乘客ノ運送ヲ爲スコトヲ得サルモノナリ是レ明治三十二年法律第四六號船舶法第三條ニ明カニ規定スル所ナリトス

五　仲買營業　即チ取引所ノ仲買人タルコトヲ得ル者ハ帝國臣民ニ限ルモノニシテ外國人ハ此營業ニ從事スルコトヲ得サルモノナリ蓋シ取引所ハ取引商品ノ價ヲ公ニ定ムル機關ニシテ公益ニ關スルコト重大ナルヲ以テ概ネ各國ニ於テハ外國人ヲシテ之ニ從事スルコトヲ許サス我國ニ於テハ從來外國人ハ取引所ノ會員又ハ仲買人タルコトヲ得サルノミナラス又取引所ノ株主トモ爲ルコトヲ得サリシナリ然ルニ明治三十二年法律第五八號ヲ以テ此制限ヲ變更シテ明治三十二年七月十七日以來外國人モ亦此等ノモノノ株主ト爲ルコトヲ許スニ至レリ

六　職業　職業トシテ醫術開業、藥劑師、產婆、船長及ヒ辯護士ノコトヲ說明セン此等ノ職業ニ付テハ何レノ國ニ於テモ外國人ハ之ニ從事スルコトヲ得サルヲ以テ原則トス我國ノ現行法令ニ於テモ亦外國人ハ之ニ從事スルコトヲ得サルモノト爲セリ例ヘハ醫師免許規則ニ依レハ明カニ外國人ハ醫師タルコトヲ得ストノ明文ナキモ實際上醫術開業ノ學術試驗ヲ受クル者ハ日本人ニ限ルヲ以テ外國人カ醫師タルコトヲ得サルハ自ラ明カナリ藥劑師ニ付テモ亦同シ(藥劑師試驗規則、明治二十二年三月內務省令第三號藥品營業並藥品取扱規則、明治二十二年法律第一〇號等)改正條約實施前ニハ實際上ノ必要ヨリ外國人居留地ニ外國人ノ醫師アリシカ條約改正後ノ今日ニ於テモ尙ホ引續キ醫業ニ從事スルコトヲ默許スルカ如シ尙ホ產婆規則(明治三十二年勅令第三四五號)及ヒ產婆試驗規則(同年內務省令第四七號)ニ依レハ外國人ハ產婆ト爲ルコトヲ得サルノ主意ナルカ如シ唯例外トシテ近頃試驗ノ上某外國人ニ產婆ノ免許ヲ付與セリト云フ

船長ハ船舶內ノ主權者ニシテ司法上及ヒ行政上ノ權力ヲ行フコトヲ得ル者ナルカ故ニ何レノ國ニ於テモ官吏若クハ公吏ト同一ノ性質ヲ有スルモノト認メ之ヲ內國人ニ限ルコトトセリ我國ニ於テハ航海ノ術未タ十分ニ發達セサルヲ以テ外國人ヲ使用スルノ必要ヨリ外國人モ亦試驗ノ上船長ノ免狀ヲ與フルナリ即チ明治三十二年三月法律第四七號船員法、明治二十九年法律第六八號船舶職

0486

員法、明治三十年五月遞信省令第七號海員試驗規程及ヒ明治三十二年法律第四六號船舶法等ヲ參照スレハ明カナリ其他運轉士、機關士等船舶職員ニ付テモ亦然リ

辯護士法第二條ニ依レハ辯護士タル者ハ日本臣民タルヲ要スルハ明カナリ蓋シ辯護士ノ職務ハ公ノ性質ヲ有シ國家ノ司法權運用上ノ一要素ヲ成スカ故ニ官吏及ヒ公吏ハ內國人ニ限ルトノ一般ノ原則ニ從ヒ斯ノ如キ制限ヲ附スルモノナリ

其他鑛業ヲ營ムノ權(鑛業條例第三號)及ヒ砂鑛採取業ヲ營ムノ權(砂鑛採取法第四條第一項)ハ內國人ノ特權ニシテ外國人ハ此等ノ業務ヲ營ムノ權利ナキモノナリ又漁業ハ內國人ニ付テハ全ク自由ナルモ外國人ニ對シテハ國際法上ノ原則ニ依リ領海ニ於ケル漁業權ヲ認メス隨テ外國人カ他國ノ領海ニ於テ漁業ヲ營マントスルトキハ條約又ハ法律ニ依リテ其國ノ許可ヲ得サルヘカラス我國ニ於テハ一般ニ外國人ニ對シテ沿海ノ漁業權ヲ禁止スルノ主義ヲ採リ內國人ニ對シテモ漁業權ノ免許ヲ要スルコトトセリ(明治三十四年四月法律第三四號漁業法、明治二十八年法律第一〇號臘虎脇脇獵法及ヒ明治二十二年日韓通漁規則參照)

第二款　國家ノ保護請求權

個人カ國家ノ保護ヲ請求スル權利ハ其方法ノ異ナルニ從ヒ之ヲ三種ニ區別シテ說明スヘシ

第一　立法上ノ保護ヲ請求スル權(憲法ニ所謂臣民ノ請願權)

第二　司法上ノ保護ヲ請求スル權(民事訴訟法ニ所謂訴權)

第三　行政上ノ保護ヲ請求スル權(所謂訴願及ヒ行政訴訟)

是ナリ尙ホ臣民ハ外交上ノ保護ヲ請求スル權利ヲ有スルモノナレトモ今內外人ノ權利ノ差別ヲ說明スルニ當リテハ玆ニ之ヲ論スルノ必要ナシトス何トナレハ我國民カ外交上ノ保護ヲ請求スルノ權利ハ外國ニ滯在スル場合ニ於テ始メテ必要ナルカ如ク外國人カ我國ニ於テ外交上ノ保護ヲ請求スルハ其本國政府ニ對シテ請求ヲ爲スモノニシテ我國ニ何等ノ關係ナキカ故ナリ

第一　請願權　請願權ニ付テハ帝國臣民ハ憲法及ヒ議院法ノ規定ニ從ヒ請願スルコトヲ得ルモ外國人ハ該權利ヲ有スルヤ否ヤハ學說ノ岐ルル所ナリ我議院法及ヒ憲法ノ解釋トシテハ外國人ハ請願權ヲ有セサルモノナリトスルヲ妥當ナリト信ス

第二　訴權　訴權ニ付テハ外國人ハ內國臣民ト同樣ニ之ヲ享有スルヲ以テ例トス歐米諸國ニ在リテモ古代ニ於テハ外國人ハ被告タルコトヲ得ルモ原告タルコトヲ制限セルモノ多カリキ現ニ佛國訴訟法ノ如キハ今日仍ホ住所ヲ有セサル外國人ハ訴權ヲ享有セサルコトヲ認ムルモ斯ル規定ハ現今一般ニ排斥セラルル所ニシテ外國人ハ此點ニ付キ內國人ト異ナラサルヲ以テ原則トス我改正條約ニハ明カニ此權利ヲ享有スヘキコトヲ保證シ當ニ訴權ヲ享有スルノミナラス所謂訴訟上ノ保證ヲ免除セラレ或ハ訴訟上ノ救助ヲ請求スル點ニ付テモ亦相互主義ニ依リ內國人ト全ク同一ニ取扱フヘキコトヲ規定セリ(日英條約第一條第二項、日瑞條約第二條第二項、第八八條、第九二條)

第三　訴願又ハ行政訴訟　訴願又ハ行政訴訟ニ付テハ條約ニ何等ノ規定ナキモ我國現行ノ行政法上外國人モ亦內國人ト同シク違法ノ行政處分ニ對シテ訴願ヲ爲シ又ハ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ルモノトセリ彼ノ稅關ノ不當處分ニ付テ外國人カ大藏大臣ニ訴願スルカ如キコトハ日常ニ發生セル事件ナリ唯行政訴訟ニ付テハ外國人ハ訴訟ヲ爲ス權利ヲ有スルモ實際之ヲ行使スルコトハ稀ニシテ若シ

0487

內國人ナリセハ行政訴訟ヲ提起スヘキ場合ニ於テモ外國人ハ其本國政府ノ保護ヲ請求シテ外交上ノ方法ニ依リ之カ救正ヲ求ムルヲ以テ例トセリ是レ外國人ノ權利ノ最終保護者ハ本國政府ナリト云フニ由來スルモノナリ故ニ外國人ハ如何ナル權利ノ侵害ニテモ常ニ外交上ノ方法ニ依リ之カ救正ヲ請求スルコトヲ得ルモノナリ

第三款　參政權

直接又ハ間接ニ國家ノ政治ニ參與スルノ權利ハ唯リ其國情、民俗ニ精通スルコトヲ要スルノミナラス愛國ノ至誠ト絕對服從ノ觀念トヲ要スルカ故ニ其國臣民ニアラスンハ之ヲ享有サラシムルヲ以テ現今各國ノ通例トス我國ニ於テモ亦然リ即チ衆議院議員(選擧法第六條及ヒ第八條)府縣郡會議員(府縣制第六條郡制第六條)ノ選擧權、被選擧權ハ勿論市町村制(市町村制第七條及ヒ第八條)北海道及ヒ沖繩縣區制(同制第五條)ニ於テモ公民權及ヒ地方團體ノ公務ニ參與スルノ權ヲ以テ帝國臣民ノ特權ト爲セリ貴族院議員ニ付テハ帝國臣民タルヲ要スヘキ明文ナシト雖モ外國人カ我貴族院議員タルコトヲ得サルハ說明ヲ俟タサルナリ

斯ノ如ク外國人ハ直接ニ政治ニ參與スルノ權利ヲ制限セラルルノミナラス尙ホ間接ニ政治上又ハ公ノ性質ヲ有スル一切ノ職務ニ從事スルコトヲ得サルモノトス隨テ商業會議所、取引所等ノ役員又ハ會員、國立若クハ官立銀行ノ役員、所得稅調査委員等ト爲ルコトヲ得サルナリ唯一言スヘキハ所得稅調査委員(橫濱ニ於テ)中ニ一名ノ外國人アリト云フ是レ便宜上ヨリ許シタルモノニシテ外國人カ公權ヲ享有スル嚆矢トモ謂フヘキカ

尙ホ官吏ニ付テハ何等直接ノ明文ナキモ憲法ハ文武官ニ任用セラルルコトヲ以テ臣民ノ特權トスルノミナラス官吏恩給法、陸海軍將校分限令及ヒ國籍法等ノ規定ニ依リテ外國人ハ我國ノ官吏タルコトヲ得サルコト明カナリトス、執達吏公證人其他ノ公吏ニ付テモ亦同シ

第四款　外國人ノ公法上ノ義務

以上述ヘタルカ如ク外國人ハ我國民ト均シク我法律制度ノ保護ヲ享有スルモノナルヲ以テ隨テ亦我國民ト同シク我國ノ法律制度ヲ維持スルノ義務ヲ負擔シ又我國ノ國務ノ進行ニ必要ナル資本即チ各般ノ稅金ヲ納ムルノ義務ヲ負擔セサルヘカラス若シ外國人カ斯ノ如キ義務ヲ負擔セサルトキハ無償即チ何等ノ出捐スルコトナクシテ我國ノ保護ヲ享クルカ如キ不當ナル結果ヲ來スニ至ルカ故ニ此點ニ於テモ亦外國人ハ我國民ト同一ノ義務ヲ負擔スルヲ以テ原則トス然レトモ權利保護ノ點ニ於テ例外ヲ述ヘタルカ如ク義務負擔ノ點ニ付テモ亦外國人ハ內國人ト必スシモ同一ナルモノニ非サルヲ以テ左ニ其異同ノ大要ヲ述フヘシ而シテ此義務ヲ分チテ三種ト爲ス

第一　一般的服從ノ義務　外國人ハ苟モ我國ニ在留スル限ハ內國人ト均シク我國權ニ服從シ我國ノ法律命令ヲ遵守シ我國ノ行政及ヒ司法官廳ノ處分ニ對シテモ亦服從スルノ義務ヲ負擔ス是レ條約改正ノ結果ニシテ我國カ歐米諸國ト交通セシ以來十數年間屈辱ヲ受ケタル所謂治外法權即チ領事裁判權ヲ恢復シタル效果ナリトス斯ノ如ク外國人ハ內國人ト同シク我法權ニ服從スルモノナレトモ內國人ノ此義務ヲ負擔スル所以ハ我國家ノ臣民タル資格ニ於テ臣民主權ニ對シテ此義務ヲ負擔スルモノナルカ故ニ其結果トシテ苟モ我國ノ臣民タル以上ハ其居所ノ內國タルト將タ外國タルトヲ問ハス均シ

0488

ク此義務ヲ負擔スルモノナリ之ニ反シテ外國人ノ服從義務ハ我國家ノ領土主權ニ對シテ負擔スルモノナレハ現ニ我國ノ版圖内ニ居住スル場合ニ限リ此義務ヲ負擔ス隨テ外國人カ外國ニ在ル場合ニハ此義務ヲ負擔セサルモノナリ

第二　兵役ノ義務　兵役ノ義務ハ個人カ國家ニ一身的勤務ヲ盡スヘキ義務ノ中最モ重大ナルモノニシテ義務タルト同時ニ又國民タルノ特權ト看做スヘキモノナルカ故ニ外國人ハ斯ル義務ヲ負擔スルコトナク又斯ル業務ニ從事スルノ權利ナシ我徵兵令ニモ兵役ノ義務ヲ負擔スルモノハ帝國臣民タルコトヲ條件トセリ我國法上外國人ハ兵役ノ義務ヲ負擔セサルノミナラス條約上ニ於テモ亦外國人ハ總テ兵役ノ義務ヲ免カレ且兵役ノ義務ニ代ハルヘキ一切ノ稅金又ハ取立金ヲ免除セラルヘキコトヲ保障セリ（日英通商航海條約二條其他參照）

第三　稅金ノ義務　外國人ハ我國ニ滯在シテ我國家ノ保護ヲ受クルモノナルカ故ニ我國家ノ政務ニ必要ナル資本即チ稅金ヲ納メサルヘカラス此點ニ付テハ外國人ハ内國人ト全ク同一ニシテ苟モ我領地内ニ在ル限ハ一切ノ稅法ニ從ヒ納稅ノ義務ヲ負擔セサルヘカラス古代ニ於テハ外國人ハ内國人ヨリモ一層重大ナル納稅ノ義務アリシモ現今ノ國際慣例ニ於テハ外國人ハ内國人又ハ最惠國人民ヨリ多ク之ヲ負擔セサルヲ以テ例トセリ是レ我改正條約ニモ明言スル所ナリ

尙ホ此説明ヲ終ハルニ當リ一言注意スヘキコトハ以上述ヘタル公法上ノ義務ハ唯一般ノ外國人カ之ヲ負擔スルニ止マリ彼ノ國際公法上治外法權ノ特權ヲ有スル者ハ此等ノ義務ノ一部若クハ全部ヲ免除セラルルモノトス元來治外法權トハ此公法上ノ義務ノ免除ヲ指スニ外ナラサルコトヲ注意スヘシ而シテ如何ナル者ゝ此特權ヲ享有スヘキヤヲ説明スルハ國際公法ニ屬スルカ故ニ玆ニ之ヲ説明セス

第二節　私權

外國人ノ私權ノ享有ニ付テハ民法第二條ノ規定ニ依リ内外人平等主義ヲ原則トセルカ故ニ民法第二條ノ例外タル法令又ハ條約ノ禁止的規定ヲ列擧スレハ足ルモノニシテ斯ル禁止的規定ナキ限ハ外國人ハ一切ノ私權ヲ享有スルモノナリ今此等私權ノ禁止的規定ヲ説明スルニ當リ便宜ノ爲メ之ヲ分チテ財產權、親族權及ヒ相續權ノ三トス

第一欵　財產權

財產權ニ付テハ之ヲ別チテ物權、債權及ヒ智能的財產權ト爲ス

第一　物權　物權ニ付テハ民法第二編ニ九種ノ物權ヲ規定セリ此外更ニ明治三十四年四月法律第三九號ヲ以テ永代借地權ニ關スル法律ヲ設ケテ永代借地權ト稱スル一種ノ物權ヲ設定シタルヲ以テ十種ト爲レリ此十種ノ中ニ就テ外國人ノ享有スルコトヲ得サル物權ハ不動產ニ在リテハ土地ノ所有權動產ニ在リテハ二三ノ株券及ヒ船舶ノ所有權ナリトス

今土地所有權ノ禁制ニ付テ一言セン二土地ハ國家ノ領土ノ一部ヲ成スモノナレハ國家ハ自由ニ之ヲ處分スルコトヲ得ルモノナリ隨テ國家ハ内國人ニ限リテ土地所有權ヲ認メ外國人ニハ之カ所有ヲ禁止スルコトヲ得ヘク或ハ一定ノ區畫ヲ限リ或ハ特別ノ條件ヲ附シテ外國人ニ土地ノ所有權ヲ附與スルコトモ亦自由ナリ若シ外國人ニ土地所有ヲ禁止スル場合ニ於テハ外國人カ相續、遺贈又ハ抵當其他正當ノ原因ニ因リテ土地ヲ取得スヘキトキハ一定ノ期間内ニ之ヲ内國人ニ賣却セシムルノ自由ヲ與フルコト正當ニシテ土地所有ノ能力ナキコトヲ口實トシテ外國人カ相續、遺贈其他正當ノ原因ニ

0489

由リテ取得スヘキ利益全體ヲ否認スルコトヲ得サルコトハ猶ホ國籍喪失者ノ土地所有權ヲ沒收スルコトヲ得サルカ如シ(明治三十二年法律第九四號國籍喪失者ノ權利ニ關スル件參照)

現今各國ノ有樣ヲ觀ルニ土地ノ所有權ヲ外國人ニ與ヘサルモノハ尙ホ勸シトセス即チ米國ノ諸州ノ如キハ其著シキ例ナリ又露國ニ於テハ千八百八十七年三月十四日ノ勅令ヲ以テ外國人カ波蘭ニ在ル不動產ヲ所有スルコトヲ禁止シ且其當時不動產ヲ所有シタル外國人ニ對シテハ之ヲ賣却セシメタルカ如キ其一例ナリ又千八百七十九年以來「ルーマニヤ」國ニ於テハ憲法第七條第五項ヲ改正シテ外國人カ不動產ヲ所有スルコトヲ禁止シ千八百九十二年以來有名ナル「サッパ」事件ヲ惹起シ希臘國ト國際紛議ヲ構フルニ至レリ

之ヲ要スルニ外國人ニ土地所有權ヲ付與スヘキヤ將タ禁止スヘキヤトノ問題ハ寧ロ經濟政策上ノ立法問題ニシテ國際法上ノ問題ニ非ス隨テ我國ノ經濟狀態カ外國人ニ土地ノ所有權ヲ付與スルモ何等ノ危險ナキノミナラス之カ爲メニ外國人ニ資本ヲ放下スルノ安心ヲ與フルカ如キ便益アリトスルトキハ寧ロ外國人ニ土地所有權ヲ付與スルヲ以テ立法上ノ得策ナリトス

外國人若クハ外國法人ハ我政府ヨリ租借セル土地ニ對シテ永代借地權ナル一種ノ物權ヲ有スルコトヲ認メラレ且永代借地權ニ付テハ民法ノ所有權ノ規定ヲ適用スルコトト爲レルヲ以テ實際ニ於テハ外國人カ從來ノ居留地ニ於テ有スル借地權ハ所有權ト同樣ノ權利ト爲ルニ至レリ(明治三十四年法律第三九號永代借地權ニ關スル法律)殊ニ永代借地權法第三條ニ依レハ外國人ハ其權利ノ登記ニ付テハ登錄稅ヲ免除セラレタリ

尙ホ永代借地權ニ付テハ明治三十二年七月勅令第三三三號及ヒ之ヲ改正シタル明治三十四年四月勅令第一七九號ニ依リ帝國臣民又ハ法人カ政府ノ永代借地券ヲ以テ外國人及ヒ外國法人ノ爲メニ設定シタル永代借地權ヲ取得シタルトキハ遲滯ナク永代借地券ノ抹消ヲ受クヘキモノトシ無償ニテ其土地ノ所有權ヲ取得スルモノトセリ蓋シ永代借地權ノ如キ複雜ナル權利ハ成ルヘク之ヲ滅滅センコトヲ期スルカ爲メナリ

外國人ハ尙ホ不動產上ニ抵當權ヲ取得スルニ至レリ日獨通商航海條約附屬議定書第二ニ曰ク「兩締盟國ハ其一方ノ臣民カ他ノ一方ノ版圖內ニ於テ內國臣民ト同樣不動產抵當權ノ取得及ヒ占有ヲ許スコトニ同意ス」ト而シテ所謂無條件ノ最惠國條款ヲ有スル條約國人民ハ皆之ニ均霑シテ不動產抵當權ヲ有スルニ至レリ然ルニ斯ル外國人ハ此抵當權ヲ實行シテ其目的タル不動產ヲ自ラ取得スルコトヲ得サルカ故ニ外國人カ抵當權ニ關シ競賣ヲ請求スル爲メニハ特別ノ規定ニ依ラサルヘカラス(明治三十二年三月法律第六七號外國人抵當權ニ關シ增價競賣請求ノ件)隨テ明治六年一月布告第一八條地所質入書入規則第一一條ハ民法施行法第九條ニ依リ尙ホ現行法律ナリト雖モ土地所有權ノ賣買及ヒ質入ノ禁止ノミカ有效ニシテ書入ニ付テハ實際上既ニ變更セラレタルモノト謂フヘシ(民法施行法第九條ニ依リテ此規則ハ第一一條ノ外ハ既ニ廢止セラレタリ)

外國人ノ動產所有權ノ禁止ニ付テハ日本銀行ノ株券ハ外國人ハ之ヲ所有スルコトヲ得ス(日本銀行條例五條)橫濱正金銀行ノ株券モ亦同樣ナリ(橫濱正金銀行條例五條)日本勸業銀行、臺灣銀行等ニ付テハ別段ニ法律上ノ制限ナシ唯農工銀行法第四條ニ「農工銀行ノ營業區域內ニ原籍及ヒ住所ヲ有スル者ニ非サレハ株主タルコトヲ得ス」トアルカ故ニ外國人ハ農工銀行ノ株主タルコトヲ得スト解釋スルヲ以テ正當トス又國立銀行條例ニ依レハ外國人ハ其株主タルコトヲ得ス(國立銀行條例一條)其

0490

他ノ動產ハ外國人ハ一切之ヲ所有スルコトヲ得ルモノナリ次ニ船舶ニ付テハ船舶法第一條ニ依リテ日本ノ國籍ヲ有スル船舶ハ日本臣民若クハ日本ニ本店又ハ主タル事務所ヲ有スル法人ニシテ其代表者ノ全員カ日本臣民タルモノノ所有ニ屬スル船舶ニ限レリ然レトモ外國人ハ日本船舶ヲ所有スル會社ノ株主ト爲ルコトヲ得ルナリ

第二　債權　債權ニ付テハ外國人モ內國人ト同一ノ權利ヲ享有スルカ故ニ別ニ之ヲ說明スルノ必要ナシ

第三　智能的若クハ精神的財產權　此等ノ權利ニ付テハ玆ニ詳シク之ヲ說明スルノ餘暇ナキヲ以テ唯其外國人ノ地位ニ關スル要點ノミヲ說明セントス抑此等ノ權利ハ智識即チ精神的勞力ノ生產物ニシテ其權利ノ目的タルモノハ無形ノ思想即チ人格自身ナリ此無形ノ人格ヲ目的トスル權利カ其結果トシテ更ニ財產權ヲ生ス故ニ此權利ハ一方ニ於テハ他ノ人格權ト同一ノ性質ヲ有シ又他ノ一方ニ於テハ其權利ヲ他人ニ讓渡スルコトヲ得ル點ニ付テ財產權ノ一部分ヲ成スモノナリ然レトモ其有形ノ目的物ヲ缺ケル點ニ於テ物權ト異ナリ其世人一般ニ對抗シ得ヘキ點ニ於テ債權ト異ナリ從テ財產權ノ方面ヨリ觀察スルモ尙ホ之ヲ物權債權ト區別スヘキ必要アリトス此權利ハ大體上二箇ニ區別ス即チ一ハ著作權ニシテ著作者ノ文學的及ヒ美術的著作物ヲ保護スルノ權利ナリ他ノ一ハ通常之ヲ工業上ノ所有權ト稱シ特許權、意匠權及ヒ商標權ヲ總稱スルモノナリ

一　著作權　著作權ニ付テハ明治三十二年七月以來外國人ハ我國ニ於テ此權利ノ保護ヲ享有スルニ至リタリ即チ著作權法第二八條ニ依レハ外國人ハ我國ニ於テ始メテ著作物ヲ發行シタル場合ニ限リテ著作權ノ保護ヲ享有スルコトヲ得ルモノトセリ然ルニ之ト同時ニ即チ明治三十二年七月以來我國カ加盟シタル萬國著作權保護同盟條約ニ屬スル外國人ハ同條約ノ規定ニ依リ唯リ我國ニ於テ始メテ發行シタル著作物ニ付テ內國人ト同一ノ保護ヲ享クルノミナラス更ニ其本國ニ於テ始メテ發行シタル著作物ニ付テモ何等ノ條件ヲ要セスシテ我國ニ於テ其權利ノ保護ヲ享有スルニ至レリ蓋シ此同盟條約ハ千八百八十六年瑞士「ベルン」府ニ於テ歐洲列國間ニ締結セラレタルモノニシテ一國ニ於テ適法ニ成立シタル著作權ハ締盟各國ニ於テ均シク之ヲ保護スヘキコトヲ保障シ著作權ニ眞正ナル世界的權利ノ性質ヲ付與シタルモノナリ尙ホ著作權ノ中ニハ其著作物ヲ他ノ國語ニ飜釋スルノ權利ヲモ包含スルモノトス我國著作權法及ヒ條約ノ規定ニ依レハ著作者ハ十箇年間其著作物ヲ自ラ飜釋シ又ハ他人ニ之ヲ飜釋スルコトヲ認許スルノ權利ヲ有スルモノナリ我國カ此同盟條約ニ加盟セル結果トシテ從來僞作ト爲ラサリシ飜刻及ヒ飜釋ニ從事シタル者ノ既得ノ利益ハ著作權法附則ニ於テ經過的規定ヲ設ケテ之ヲ保護セリ（同法四八條乃至五一條）

二　工業上ノ所有權　工業上ノ所有權即チ最先ノ發明者カ其發明ヲ專用スルノ權（特許權）新ナル意匠ヲ發案シタル者カ其意匠ヲ專ラ使用スルノ權（意匠權）及ヒ自己ノ商品ヲ表彰スルカ爲メニ一定ノ徽號ヲ使用スルノ權（商標權）等ニ付キテハ外國人ハ從來我國ニ於テ何等ノ保護ヲモ享有スルコトヲ得サリシカ條約改正ニ際シ日獨通商航海條約附屬議定書第四、第一項ノ結果トシテ獨逸人先ツ我國ニ於テ此等ノ權利ヲ享有シ其他ノ諸國民亦相次テ相互ノ保障ヲ以テ之ニ均霑スルニ至レリ而シテ明治二十三年發布セラレタル特許法ニ依レハ我國ニ在ル外國人ハ條約ノ規定ノ如何ニ拘ハラス內國人ト同樣ニ此等ノ權利保護ヲ享有スルニ至レリ唯我國ニ住所ヲ有セサル外國人ハ此等ノ權利ヲ享有スルニ當リテハ帝國內ニ住所ヲ有スル者ヲ代理人トシテ請求セサレハ其保護ヲ享クル

0491

コトヲ得スト規定セルノミ(特許法六條)通常此等ノ代理人ハ何レノ國ニ於テモ辯護士ト同シク特別ノ職業ト爲スモノナリ我國ニ於テモ特許代理業者トシテ政府カ特別ノ資格ヲ有スル者ニ此代理ヲ常業トシテ營ムコトヲ免許スルナリ(明治三十二年勅令第二三五號特許代理業者登錄規則)特許法上ノ代理ハ民法上ノ代理ト異ニシテ民事訴訟及ヒ刑事訴訟上ニモ本人ヲ代理スルモノトス

以上ノ工業上ノ所有權ニ付テモ亦列國間ニ國際條約アリ我國モ明治三十二年七月十五日以來此條約ニ加盟セリ所謂萬國工業所有權保護同盟條約ナルモノ即チ是ナリ此條約ハ千八百八十三年佛國巴里ニ於テ列國間ニ締結セラレタルモノナリ此條約ノ結果トシテ外國人カ其本國ニ於テ保護ヲ享有セル特許、意匠、商標ニ關シ或一定ノ條件ヲ以テ我國ニ於テモ亦其權利ノ保護ヲ求ムルコトヲ得ルコトト爲レリ元來特許權ニ付テハ新規ノ發明ヲ要件トシ發明ノ新規ナルカ爲メニハ我國ニ於テノミナラス他國ニ於テモ亦尚ホ未タ世上ニ公知セラレサルコトヲ要ス從テ外國人カ其本國ニ於テ既ニ發明特許ヲ出願シタルトキハ我國ニ於テ新規ノ條件ヲ缺クカ故ニ特許權ヲ付與スヘキモノニ非スト雖モ若シ斯ノ如ク特許權ノ保護ヲハ一國內ニ限ルトキハ發明者ノ利益ヲ保護スルニ足ラサルカ故ニ此條約ノ特別ノ規定ニ依リ斯ル出願ニ對シテハ一个年間ノ優先期間ヲ與ヘ此期間內ニ出願スルトキハ我國ニ於テモ尚ホ全ク新規ナルモノトシテ其發明特許ヲ許可スルコトトセルナリ(此優先期間ハ從來七个月ナリシカ一昨年ノ「ブルッセル」會議ニ於テ一个年ニ延長セシナリ)又意匠ニ付テモ其優先期間四个月間ハ同一ノ意匠ニ付テ我國ニ於ケル保護ヲ出願スルコトヲ得ルモノトセリ商標ニ付テハ其保護更ニ寬大ニシテ苟モ其本國ニ於テ商標登錄ノ保護ヲ受クルトキハ我國ニ於テモ亦其儘之ヲ商標トシテ保護スルコトト爲セリ但我國ノ公ノ秩序ニ反スル商標例ヘハ菊花御紋所、官署ノ記號其他風俗ヲ害スル商標ハ我國ニ於テハ之カ登錄ヲ拒絕スヘキモノトス

萬國版權保護同盟條約ノ大要及ヒ萬國工業所有權保護同盟條約ニ付テ特許、意匠、商標ノ性質及ヒ國際的保護ニ關シテハ予ハ嘗テ法學協會雜誌第一五卷及ヒ第一九卷(明治三十年五月、七月、八月及ヒ同三十四年十二月)ニ之ヲ詳論セルヲ以テ就テ參照セラルヘシ

第二款　親族權

親族法ノ規定ニ依リテ保護セラレタル權利即チ親族權ニ付テモ亦外國人ハ內國人ト同等ノ保護ヲ享有スルモノトス唯茲ニ注意スヘキコトハ外國人ノ有スル親族權ハ法例ノ規定ニ從ヒ概ネ其本國ノ法律ニ依リテ保護セラルルモノニシテ我國ノ親族法ニ依リテ保護セラルルモノニ非サルコト是ナリ故ニ精密ニ言フトキハ其保護スル法律ニ內國法タルト外國法タルトノ差異アリテ外國人ハ我國人カ有スル親族權ト同等ナル權利ヲ其本國法ニ從ヒテ享有スルコトヲ我國ニ於テ認メラルルナリ然レトモ外國人ハ尚ホ我國ノ親族法ノ規定ニ依リテ權利ヲ享有スル場合アリ即チ婚姻、養子等ニ關シテハ外國人ハ我國ノ親族法ニ依リテ內國人ト同一ノ權利ヲ享有スルモノニシテ外國人ハ內國人ト均シク我國ノ男女ト相婚姻スルノ權利ヲ有ス唯例外トシテ外國ノ男子カ日本人ノ養子ト爲リ又ハ入夫ト爲ル場合ニ於テハ內務大臣ノ許可ヲ必要トス且內務大臣ハ其外國人カ引繼キ一个年以上我國ニ住所又ハ居所ヲ有シ且品行端正ナル場合ニ限リテ此許可ヲ與フルモノナリ故ニ若シ此條件ヲ具ヘサルトキハ內務大臣ハ許可スルコトヲ得ス(明治三十一年七月法律第二二號)斯ル條件ハ固ヨリ正當ナルコトニシテ此養子又ハ入夫婚姻ニ因リ其外國人カ我國ノ國籍ヲ取得スルノ結果ヲ來スカ故ニ外國人ノ歸化ト同樣ノ條件ヲ要スレハナ

0492

ヲ(國籍法第五條及ヒ第七條)

親族ノ源タル婚姻ニ付テ外國人カ既ニ內國人ト同等ノ權利ヲ有スルコトヲ認メラルルカ故ニ婚姻ノ效力タル夫婦間ノ權利義務及ヒ婚姻ヨリ發生スル權利義務、親子間ノ權利義務、及ヒ後見ニ付テモ亦外國人ハ內國人ト同等ノ權利ヲ享有スルコトヲ認メラルルモノナリ

第三款　相續權

相續權ハ前章ニ述ヘタル如ク古代ノ諸國ニ於テハ外國人ハ全ク之ヲ享有スルコトヲ得サリシカ中世以來漸ク一部分ノ相續權ヲ享有スルコトヲ認メラルルニ至レリト雖モ極メテ近世ニ至ルマテハ尙ホ大ニ其權利ヲ制限セラレタリシナリ然ルニ文明諸國ノ最近立法例ニ於テハ此等ノ制度ヲ悉ク廢止シテ一般ニ外國人ノ相續權ヲ認ムルニ至リタルノミナラス其本國法ニ從ヒテ此權利ヲ享有スルコトヲ保障スルニ至レリ且近世ノ通商條約ハ特ニ此點ニ付キ外國人ハ內國人又ハ最惠國人民ト同一ノ取扱ヲ受クヘキコトヲ明言スルヲ以テ例ヘハ日英通商航海條約第一條第三項ノ如キ即チ是ナリ從テ相續人ナキ場合即チ相續人ノ曠缺ニ關スル規定モ亦內外國人ニ均シク行ハルルモノナリ(民法一〇五一條乃至一〇五九條)然レトモ外國人ハ我民法ノ規定ニ從ヒ日本人ノ家督相續權ヲ享有スルコトヲ得サルモノトス何トナレハ日本人ニ非サレハ日本ノ家ニ入リ本籍ヲ有スルコトヲ得サルコトハ國籍法及ヒ戶籍法(戶籍法一七〇條)ノ規定ニ徵シテ明カニシテ我國ノ戶主權ハ國籍ヲ要件トスルモノナレハナリ

日獨領事職務條約第一四條ニ依レハ獨逸領事ハ獨逸人カ我國ニ於テ死亡シタルトキハ其遺產ノ管理ヲ爲スノ權利ヲ有ス故ニ其結果トシテ獨逸人ノ遺產ニ付テハ我國庫ニ歸屬スヘキ相續人ノ曠缺ノ場合ハ發生スルコトナカルヘシ

第三章　外國法ノ人地位

以上說明セシ所ハ自然人タル外國人ノ地位ニシテ外國人ハ必スシモ內國人ト同一ノ權利ヲ享有スルモノニ非サルコトヲ知ルヘシ然ルニ自然人ニ內外人ノ區別アルカ如ク法人ニモ亦內國法人ト外國法人トノ區別アルコトハ諸國ノ民法又ハ商法ニ認ムル所ニシテ外國法人ハ內國法人ト同一ノ權利ヲ享有スルコトヲ得サルカ故ニ自然人ニ付テ外國人ノ地位ヲ明カニスルノ必要アルカ如ク法人ニ付テモ亦外國法人ノ地位ヲ明カニスルコト極メテ必要ナリトス今之ヲ說述スルニ當リ先ヅ第一ニ外國法人ノ意義ヲ說明シ第二ニ外國法人ノ存在ヲ說明シ終リニ外國法人ノ權利ヲ說明セントス

第一節　外國法人ノ意義

法人ノ性質及ヒ法理論ニ付テハ民法及ヒ商法ノ講義ニ於テ諸君ノ既ニ研究セラレタル所ナルヲ以テ玆ニ之ヲ省略スヘシ唯玆ニ說明スヘキコトハ如何ナル法人ヲ外國法人ト稱スヘキヤ外國法人ノ意義如何是ノミ抑自然人ニ付テハ特ニ國籍法ノ規定アリテ如何ナル人類ハ如何ナル條件ニ依リテ我國籍ヲ取得スヘキヤヲ規定セリ從テ內外人ノ區別ハ專ラ我國籍ノ有無ニ依リテ定ムヘキモノニシテ外國人トハ我國籍ヲ有セサル人類ヲ稱スルニ過キサルカ故ニ特ニ外國人ノ意義ヲ說明スルノ必要ナシト雖モ法人ニ付テハ國籍法ノ規定存セサルノミナラス民法商法ハ唯外國法人又ハ外國會社ト稱スルノミニシテ如何ナル法人カ果シテ外國人タリ外國會社タルヤヲ明示セサルカ故ニ學理上ヨリ如何ナル標準ニ依リテ法

0493

人ノ内外ヲ區別スヘキヤヲ説明スルコト極メテ必要ナリトス固ヨリ國又ハ國ノ行政區劃ノ如キ公法的法人ハ一定ノ領域ヲ基礎トスルカ故ニ地理的區別ニ依リテ直チニ其外國法人タルヤ否ヤヲ知得スルコトヲ得ヘシト雖モ私法的法人特ニ商事會社ニ至リテハ斯ル要件ヲ缺クノミナラス會社ノ設立行爲地ハ必スシモ其本店ノ所在地又ハ營業ノ中心點ト同一ナルニ非ス或ハ内國ニ於テ設立シタル會社ニシテ外國ニ支店又ハ本店ヲ設クルモノアリ或ハ外國ニ於テ設立シタル會社ニシテ内國ニ於テ商業ヲ營ムヲ以テ主タル目的トスルモノアリ或ハ航海業ノ如ク數國間ニ於テ營業ヲ爲スモノアリ或ハ歐洲大陸ヲ貫通スル鐵道業ノ如ク數國内ニ於テ營業ヲ爲スモノアルカ故ニ何ヲ標準トシテ内外國法人ヲ區別スヘキヤヲ論定セサルヘカラス

一派ノ學者ハ法人ハ嚴正ナル意義ニ於ケル國籍ヲ有スルモノニ非サルカ故ニ自然人ノ如ク國籍ニ依リテ内外法人ヲ區別スルコトヲ得スト主張スト雖モ近世國際私法學者ハ内外法人ノ區別ヲ説明スルニ當リ便宜ノ爲メ法人ノ國籍ナル語ヲ使用スルヲ以テ例トス蓋シ國籍ハ素ト自然人ニ付テ發達シタル語ニシテ法人ヲ包含セサルコト明カナリト雖モ近世諸國ノ法典ニ於テハ法人ハ自然人ト同シク人格ヲ有シ住所ヲ有スルコトヲ認ムルノミナラス外國法人又ハ外國會社ナル名稱ヲ以テ内國法人又ハ内國會社ト對稱シ法人ハ各其所屬國ノ法律ニ絶對的ニ服從スヘキモノトスルカ故ニ法人ノ此絶對的服從關係ヲ現ハスニ國籍ナル文字ヲ以テシ自然人ト同シク國籍ニ依リテ内外法人ヲ區別セントスルモ敢テ此術語ノ不當ナル轉用ナリト謂フコトヲ得サレハナリ

然ラハ法人ノ國籍ハ何ヲ標準トシテ定ムヘキヤ之レ内外法人ノ區別ニ關スル難問ニシテ諸家ノ學説區區一定セサル所ナリ蓋シ自然人ハ或ハ血統主義ニ依リ或ハ出生地主義ニ依リ單ニ出生ナル自然的事實ノミニ因リテ直チニ國籍ヲ取得スルカ故ニ生來ノ國籍如何ヲ知得スルコト敢テ難シトセサレトモ法人ニ至リテハ血統主義存セサルノミナラス法人ノ出生即チ成立ハ自然人ノ出産ト異ナリテ一定ノ條件ヲ具備セル法律行爲ノ結果ナルカ故ニ先ツ其設立行爲ノ準據法タル法律ヲ知ルニ非サレハ法人ノ出生地即チ成立地ヲ知ルコト能ハス又其準據スヘキ法律ヲ豫メ定ムルニ非サレハ法人ノ成立地ヲ定ムルコト能ハス從テ法人ハ出生地ノ國籍ヲ取得スルモノトスルモ法人ノ出生地如何ヲ知ルハ即チ法人ノ國籍如何ヲ知ル所以ニシテ問ヲ以テ問ニ答ヘタルニ過キサルカ故ニ自然人ノ如ク出生地即チ設立地主義ニ依リテ其國籍ヲ定ムルコトヲ得サルナリ然ラハ何ニ依リテ内外法人ノ國籍ヲ定ムヘキヤ今左ニ此點ニ關スル重ナル學説二三ヲ説述セントス

一　準據法主義　一派ノ學者ハ法人ハ法律ノ規定ヲ俟テ始メテ存在スルモノナルカ故ニ内國官廳ノ認許ニ依リテ成立シ又ハ内國法律ニ準據シテ成立シタル法人ハ即チ内國法人ニシテ外國ノ認許ニ依リテ成立シ又ハ外國法律ニ準據シテ成立シタル法人ハ即チ外國法人ナリト説明スルヲ以テ例トス此説ハ其結果ヨリ云フトキハ敢テ誤レルニ非スト雖モ既ニ述ヘタル如ク問ヲ以テ問ニ答ヘタルニ過キスシテ如何ナル法人ハ内國法律ニ準據スルコトヲ要スルヤヲ説明スルコトヲ得サルカ故ニ内外法人ノ區別ノ標準トスルニ足ラサルナリ

二　設立地主義　法人ノ國籍ハ其設立行爲ヲ完成シタル地ニ依リテ定ムヘキモノニシテ法人設立地ノ内國ナリヤ將タ外國ナリヤニ依リテ内外法人ヲ區別スヘシト主張スル者アリ我商法起草者モ亦此主義ヲ採レルコトハ商法第二五八條ノ規定ニ徵シテ之ヲ知ルニ足ルヘシ然ルニ法人ヲ設立スル者ハ必スシモ其設立地ノ法律ニ準據スルモノニ非スシテ外國ニ於テ設立スルモ尚ホ内國法人タルコトヲ得

0494

ルカ故ニ法人ノ國籍ヲ定ムルニ當リ設立地主義ヲ採ルコトヲ得サルコトハ既ニ說明セシカ如シ

三　社員ノ國籍主義　一部ノ學者ハ法人設立者又ハ社員ノ國籍ニ依リテ法人ノ國籍ヲ定ムヘキモノトシ內國人ノミ若クハ社員ノ多數カ內國人ヨリ成立スル法人ハ內國法人ニシテ外國人ヨリ成立スル法人ハ外國法人ナリトセリ然ルニ法人ハ其社員ヨリ獨立シタル人格ヲ有スルモノニシテ法人ノ國籍ハ社員ノ國籍ト何等ノ關係ヲ有セサルカ故ニ斯ル說ヲ認ムルコトヲ得ス

四　株主募集地主義　一二ノ學者ハ株式會社ノ國籍ハ其資本ノ出所地如何ニ依リテ之ヲ定メ外國ニ於テ株主ヲ募集シタル會社ハ之ヲ外國會社ト看做スヘシト主張スルモノアリト雖モ斯ル主義ノ採ルニ足ラサルコトハ說明ヲ要セスシテ明カナリ

五　住所地主義　法人ハ自然人ト同シク一定ノ住所ヲ有スルカ故ニ法人ニ若シ國籍ヲ付與シテ內外法人ヲ區別スヘキモノトセハ其住所ノ內國ニ在ルヤ將タ外國ニ在ルヤニ依リテ之ヲ區別スルヲ以テ正當トストハ近世國際私法學者ノ一般ニ認ムル所ナリ此說ハ法人ノ設立ニ關スル各國ノ立法主義ニ通シテ最モ正當ナル學說ナリト云フヘシ而モ法人ノ住所ニ付テハ學說必スシモ一定セス或ハ法人ノ住所ハ其本據即チ主タル事務所又ハ本店ノ所在地ニ在リトスル者アリ或ハ其營業ノ中心點ニ在リトスル者アリ

甲　營業中心點說　「リオンカン」「ウエース」等佛國一派ノ學者ハ法人特ニ會社ノ本店ト其營業ノ中心點ト所在地ヲ異ニスルトキハ寧ロ後者ヲ以テ其住所地ト看做スヘキコトヲ主張セリ其理由トスル所ハ會社法ノ規定ハ內國ニ於テ營業ヲ爲ス會社ヲ目的トスルモノニシテ單ニ本店ヲ有スル會社ヲ目的トスルモノニ非ス且會社ノ本店所在地如何ハ設立者ノ自由ニ選定シ得ヘキモノナルカ故ニ

若シ之ニ依リテ會社ノ國籍ヲ定ムルトキハ內國法律ノ認定ヲ免カレンカ爲メニ故ラニ外國ニ於テ本店ヲ設クルカ如キ詐欺ヲ防遏スルコト能ハサルニ至ルヘシ從テ本店ノ所在地如何ニ拘ハラス內國ニ營業ノ中心點ヲ有スル會社ハ內國會社ニシテ內國法ノ規定ニ從フヘク外國ニ營業ノ中心點ヲ有スル會社ハ外國會社ニシテ外國法ノ規定ニ從ハサルヘカラストセリ然ルニ此說ハ保險會社銀行等數國ニ於テ營業スル會社ニハ之ヲ適用スルニ由ナキノミナラス各國ノ會社法ハ內國ニ本店ヲ有スル會社ヲ規定スルモノニシテ其營業ノ施行地ノ內國タルト外國タルトヲ問ハサルカ故ニ此說モ亦一般ノ法人ニ通シテ正當ナル標準トスルニ足ラサルナリ

乙　本據即チ主タル事務所又ハ本店所在地說　法人ノ住所ハ其本據即チ主タル事務所商法ニ於テハ會社ノ本店ノ所在地ニ在リトスルハ我民法第五〇條商法第四四條第二項ヲ始トシ歐洲諸國ノ民法ニ認メラレタル原則ナリ而シテ諸國ノ法人ニ關スル規定ハ內國ニ於テ主タル事務所ヲ有スル法人ヲ目的トスルコトハ我民法第三七條、第三九條、第四五條等ノ規定ニ依ルモ明カナリ故ニ內國法人トハ內國ニ於テ其住所即チ主タル事務所ヲ有スル法人ニシテ外國法人トハ外國ニ於テ其住所ヲ有スル法人ナリト解釋セサルヘカラス從テ其設立行爲地ノ內國タルト外國タルト將タ其營業中心點ノ內國ニ在ルト外國ニ在ルトヲ問ハサルナリ然レトモ斯ノ如ク住所地ノミニ依リテ法人ノ國籍ヲ定ムルトキハ營業中心點論者ノ主張スル如ク內國ニ於テ商業ヲ營ムヲ以テ目的トスルニモ拘ハラス尙ホ外國ニ於テ有名無實ノ事務所(本店)ヲ有スルノ一事ヲ以テ之ヲ外國法人トシテ內國法ノ規定ヲ免カレシムルニ至ルノ虞アルカ故ニ國際法協會ハ千八百九十一年株式會社ノ國籍ヲ議定スルニ當リ法人ノ住所カ現實ナル場合即チ詐欺ノ存セサル場合ニ限リ住所地ニ依リテ國籍ヲ定ムヘキ

0495

モノトシ左ノ如ク決議セリ

詐欺ナクシテ法律上ノ事務所(即チ本店)ヲ設定シタル國ヲ以テ株式會社ノ本國ト看做ス(同會決議五條)

我民法ノ解釋上ニ於テモ亦内外法人ノ區別ハ此國際私法上ノ原則ニ從ヒ内國ニ住所ヲ有スルヤ否ヤニ依リテ之ヲ定メサルヘカラス從テ民法第三六條ニ所謂外國法人トハ外國ニ住所ヲ有スル法人ニシテ外國法人トシテハ内國ニ住所ヲ有スルコトヲ得サルコト明カナリ此法理ハ我商法ノ規定ニ依ルモ亦同一ニシテ内國ニ本店(住所)ヲ有スル會社ハ即チ内國會社ニシテ外國ニ本店ヲ有スル會社ハ外國會社ナリト謂ハサルヘカラス而シテ民法第三六條ハ外國商事會社ニ付テハ一般的認許主義ヲ採ルカ故ニ外國會社ハ我商法外國會社ニ關スル規定ニ從ヒ我國ニ於テ其目的トスル商業ヲ營ムコトヲ得ヘキモノナリ然ルニ我商法第四四條第二項ニ於テハ本店即チ住所主義ヲ認ムルニモ拘ハラス第二五八條ニ於テハ營業中心點說ノ一部ヲ採用シ我國ニ於テ商業ヲ營ムヲ以テ主タル目的トスル會社ハ内國會社ト爲ラサルヘカラサルモノトシ外國會社トシテハ其成立ヲ認ムヘカラサルモノトセリ是レ民法第三六條ノ一般的認許ノ例外ヲ規定セルモノト云フヘシ又同條ニ我日本ニ本店ヲ設クル會社ハ内國會社ト同一ノ規定ニ從フヘキコトヲ規定スト雖モ既ニ述ヘタルカ如ク我國ニ本店(住所)ヲ設クル會社ハ當然内國會社ナルカ故ニ斯ル規定ヲ俟タスシテ内國法律ニ從フコトヲ要スルモノトス故ニ商法第二五八條ノ規定ハ其一半ハ全ク無用ニシテ他ノ一半ハ民法第三六條外國商事會社ノ成立ノ認許ノ例外ヲ爲スモノナレハ寧ロ同條ノ但書トシテ之ヲ規定スヘキモノトス尙ホ此點ニ付テハ予ハ法學協會雜誌第二一卷第五號ニ之ヲ詳論セリ宜シク參照セラルヘシ

第二節　外國法人ノ存在

外國法人カ存在スルヤ否ヤノ點ハ之ヲ二箇ノ點ヨリ觀察セサルヘカラス即チ外國法人カ外國ノ法律上果シテ有效ニ成立セルヤ否ヤ又外國法律ニ從ヒテ存在セル外國法人カ我國ノ法律上ニ於テモ亦法人トシテ存在スルヤ否ヤヲ研究セサルヘカラス

第一ノ問題ハ法人ノ人格ノ成立ニ關スル問題ニシテ外國法人カ苟モ外國ノ法律ニ從ヒ有效ニ成立セル以上ハ我國ノ裁判官ハ一ノ事實トシテ其法人タルコトヲ認メサルヲ得ス此點ニ付テハ我國ニ於テ特別ノ認許ヲ要セサルナリ

第二ノ問題タル外國法人カ我國ニ於テモ亦法人トシテ存在スルヤ否ヤハ我國内ニ於テ法人トシテ權利ヲ有シ義務ヲ負フコトヲ得ルコトヲ認ムヘキヤ否ヤ即チ外國法人ノ成立ノ認許ニ關スル問題ニシテ專ラ我國ノ法律ニ依リ之ヲ決定スヘキモノトス此點ニ付テハ各國ノ立法例ハ區區ニシテ或ハ外國法人ノ成立ヲ認ムルカ爲メニハ一一政府ノ特別ノ認許ヲ要スルモノアリ(特別認許主義)或ハ獨逸民法施行法第一〇條ノ如ク聯邦議會ノ決議ヲ以テ之ヲ認許スルモノアリ或ハ又我民法第三六條ノ如ク法律ノ規定ニ依リテ一般的ニ之ヲ認許スルモノアリ(一般的認許主義)此主義ハ現今最モ廣ク行ハル我民法第三六條ノ規定ニ依レハ外國法人ハ國、國ノ行政區劃竝ニ商事會社ハ我國ニ於テモ亦之ヲ法人ト認メタリ國ハ法人ノ最モ大ナルモノニシテ國家カ互ニ相交通スル以上ハ國ノ存在ヲ認メサルヲ得サルカ故ニ何國ト雖モ國カ法人タルコトヲ認メサルハナシ故ニ學者ハ之ヲ必然的承認ト云ヘリ既ニ國ノ法人タルコトヲ認ムル以上ハ其結果トシテ國ノ一部分タル行政區劃モ亦法人タルコトヲ認ムルコトヲ要スルヤ固ヨ

0496

リ論ヲ俟タス公法人ハ國及ヒ國ノ行政區劃ニ止マラスシテ尙ホ諸種ノモノアリ雖モ我民法ハ之ヲ認メス其他多クノ民事上ノ法人モ亦之ヲ認メサルヲ以テ原則トス(民法三六條但書)公法人ニ付テハ千八百九十七年「コーペンハーゲン」ノ會議ニ於テ國際法協會ハ次ノ如キ決議ヲ爲セリ即チ「公法人ハ其發生シタル國ニ於テ認メラレタル限ハ他ノ國ニ於テモ當然之ヲ認ムヘキモノトス」(同決議一條)所謂公法人若クハ民事上ノ法人ニシテ我民法ノ認メサル外國法人ハ如何ナル權利義務ヲ有スルヤハ後ニ說明スヘシ

外國法人ノ存在ヲ認ムルコトト外國法人カ我國ニ於テ事業ヲ營ムコトトハ全ク別物ナリ從テ外國法人カ我國ニ於テ其業務ヲ營マントスルトキハ我國法人ト同シク之ニ要スル方式ヲ履行スルコトヲ要ス民法第四九條ニ外國法人ノ登記ヲ要スル規定アルハ其一例ナリ

外國商事會社ノ成立ヲ認ムルコトニ付テハ各國ノ立法上一定スル所ナキモ近來ノ立法例ハ概ネ當然之ヲ認ムルコトト爲セリ我民法第三六條モ亦此主義ヲ採レリ是レ現今ノ學說ニ於テ一般ニ認メラルル所ニシテ千八百九十二年國際法協會決議ノ第一條ニ曰ク「本國ノ法律ニ依リテ成立シタル株式會社ハ特別又ハ一般ノ認許ヲ要セスシテ他國ニ於テ法廷ニ出訴スルノ權利ヲ有ス又其他ノ公益ニ關スル法令ニ從フトキハ事業ヲ營ミ代理店又ハ支店ヲ設置スルノ權利ヲ有ス」ト我國商法第二編第六章外國會社ニ關スル規定モ亦主トシテ此趣旨ヨリ出テタル規定ニシテ既ニ其成立ヲ認許セラレタル外國商事會社カ我國ニ於テ支店ヲ設ケ事業ヲ營ムニ當リテ履行スヘキ條件及ヒ方式ヲ定メタルモノナリ尙ホ注意スヘキハ商法施行前ニ日本ニ支店ヲ設ケタル外國法人ニ付テハ特別ニ規定ヲ設ケ商法施行後六箇月內ニ登記セシメタリ(商法施行法第九二條及ヒ明治三十二年六月勅令第二七二號)

第三節　外國法人ノ權利

外國法人ハ如何ナル權利ヲ享有スルヤ抑何レノ法律ニ依リテ權利ヲ享有スルヤ此問題モ亦二樣ニ區別シテ觀察セサルヘカラス

第一　一般的權利能力　即チ外國法人カ其定款ニ從ヒ法人トシテ即チ權利義務ノ主體トシテ存在スルコトヲ得ルノ範圍及ヒ能力如何ハ其本國ノ法律ニ從ヒテ之ヲ定ムヘキモノトス此點ニ付テハ本國法ハ外國法人ノ屬人法ヲ爲スモノナリ我民法第三六條第二項ハ後ニモ論スルカ如ク此區別ヲ明カニセサルカ如シ又法人ノ代表者ノ義務、權限、責任等ハ法人ノ行爲能力ニ關スル問題ニシテ自然人ノ能力ト同シク其法人ノ本國法ニ從フヘキモノトス唯我國ニ於テ業務ヲ營ム外國法人ノ代表著ハ我國ノ公益規定ニ從フヘキコトヲ要スルカ故ニ斯ル規定ノ違反ニ對スル制裁ニ付テハ固ヨリ我法律ノ規定ニ從フヘキモノトス商法第二六一條及ヒ第二六二條ニ於テ外國法人代表者ノ負擔スヘキ過料ヲ規定セルカ如キ即チ其一例ナリ

第二　特別的權利能力　即チ人格ヲ有スルコトヲ認メラレタル外國法人カ我國ニ於テ箇箇ノ私權ヲ享有スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ハ自然人タル外國人ノ權利享有ト等シク我國ノ法律ニ依リテ之ヲ決定スヘキモノナリ此點ニ付テハ民法第三六條第二項ハ前項ノ規定ニ依リテ認許セラレタル外國法人ハ日本ニ成立スル同種ノモノト同一ノ私權ヲ有ス但外國人カ享有スルコトヲ得サル權利及ヒ法律又ハ條約中ニ特別ノ規定アルモノハ此限ニ在ラス」ト規定セリ即チ此規定ノ一半ハ特別的權利能力ニ關スル規定ニシテ固ヨリ正當ナリト雖モ此規定ハ尙ホ一般的權利能力ヲモ規定シ外國法人カ自國ニ

於テ有スル權利能力モ我國ニ於テ有セサルコトアリ又本國ニ於テ有セサル權利能力モ我國ニ於テ有スルコトアリトスルカ如シ果シテ然ラハ此規定ハ外國法人ノ成立ヲ認許スルニ非スシテ我法律ニ依リテ新ナル人格ヲ創設セントスルモノナリトノ批難ヲ免カレサルカ如シ（尙ホ一般的權利能力及ヒ特別的權利能力ノ準據法如何ニ付テハ法學協會雜誌第二二卷第一二號ニ掲ケタル卑稿ヲ參照セラルヘシ）

終ニ臨ミ我國民法ノ認許セサル外國法人ノ權利果シテ如何ヲ略述センニ斯ル外國法人ハ我國ニ於テハ法人トシテ存在セサルモノナレハ其結果トシテ斯ル法人カ我國ニ於テ取得シタル權利及ヒ負擔シタル義務ハ其代表者又ハ社員カ其責任ヲ負擔スヘキモノニシテ無形ノ法人トシテ之ヲ負擔スルモノニ非ス獨逸民法施行法第一〇條ニハ特別ノ明文アリテ其人格ヲ認許セラレサル外國社團ニハ組合ニ關スル規定ヲ適用シ行爲者ヲシテ無限ノ責任ヲ負擔セシメ若シ數人アルトキハ各連帶債務者トシテ責任ヲ負擔セシム我國民法又ハ法例ニハ斯ル特別ノ規定ナキモ人格ナキ法人ノ爲メニ爲シタル法律行爲ハ其行爲者ノ責任ニ歸スヘキコトハ當然ノ法理ナルカ故ニ我國ニ於テモ亦獨逸民法施行法ノ規定ト同一ノ結果ヲ生スヘキモノト解釋スルヲ以テ妥當ナリト信ス

第二編　國籍及ヒ國籍ノ牴觸

國際私法上ノ問題ハ概ネ其先決問題トシテ當事者ノ國籍（nationality）如何ヲ決定セサルヘカラス國籍ノ何モノタルヤニ付テハ諸君ハ既ニ憲法ノ講義ニ於テ主權ノ客體トシテ研究セラレタル所ナレハ茲ニ深ク之ヲ說明スルノ必要ナカルヘシ唯一言注意スヘキコトハ佛國流ノ法學者ハ概ネ國籍ヲ解シテ國家ト人民トノ間ニ存スル契約的關係ナリト主張スル者ナキニシモアラスト雖モ國籍ノ特質ハ決シテ箇人ノ自由意思ニ出テタル合意的關係ニ非スシテ個人カ國家ニ對スル絕對的服從ニ存スルコトヽナリ茲ニ絕對的服從ト云フハ外國人ノ如ク我國ニ滯在スル間ノミ我國權ニ服從スルノミナラス世界何レノ處ニ至ルモ無條件ニ我國權ニ服從スルコトヲ云フ英米法學者ノ所謂永久的忠誠若クハ獨逸法學者ノ所謂絕對的服從モ亦此意味ニ外ナラス臣民カ國家ニ對シテ外國人ヨリモ特別ナル保護ヲ享有シ又外國人ヨリモ特別ナル義務ヲ負擔スルコトハ之レ國籍ノ效果ニシテ國籍自體ノ本質ニ非サルナリ

國籍ハ斯ノ如ク內國人ト外國人トヲ區別スルノ標準ニシテ又國家成立ノ要件ニ關スル事項ナルヲ以テ近世ノ文明諸國ニ於テハ國籍ハ或ハ憲法中ニ規定シ或ハ之ヲ民法ノ冒頭ニ規定シ或ハ又特別法ヲ以テ之ヲ規定セリ我國ニ於テハ憲法第一八條ニ「日本臣民タルノ要件ハ法律ノ定ムル所ニ依ル」トリアテ法律ヲ以テ之ヲ定ムヘキコトヲ豫想セリ明治三十二年法律第六六號ヲ以テ公布セラレタル國籍法ハ即チ此規定ニ從ヒ制定セラレタル重要ナル公法ニシテ私法ニ非ス

國籍私法上ニ於テハ國籍法自體ヲ論究スルノ必要ナク唯各國國籍法ノ規定ノ異ナルカ爲メニ發生スル國籍ノ牴觸ニ付テ論究スルコトヲ要スルノミナリ而シテ此問題ヲ論究スルニ先チ我國ノ國籍ハ如何ニシテ之ヲ取得シ喪失シ又ハ回復スルヤヲ說述シ然ル後ニ國籍ノ牴觸如何ヲ論究セントス

第一章　國籍ノ取得

第一節　生來ノ國籍取得

生來ノ國籍トハ人カ出生ニ因リテ取得スル國籍ニシテ人ノ出生ハ一方ニ於テハ其兩親ト子トノ間ニ親

0498

子ノ關係ヲ生シ他ノ一方ニ於テハ子ト其出生地トノ間ニ一種ノ事實關係ヲ生スルモノナリ普通ノ場合ニ於テハ子ノ出生地ハ即チ其父母ノ本國ニシテ此二種ノ關係カ同一地方ニ發生スルモノナレハ子カ其父母ト同一ノ國籍ヲ取得スルハ當然ノコトニシテ又之カ爲メニ何等ノ難問題ヲ發生スルコトナシト雖モ近世ノ列國間ニ於ケルカ如ク個人カ相互交通往復スル時代ニ於テハ子カ外國ニ於テ出生スルコトハ擧ケテ數フヘカラス此場合ニ於テ其子ノ國籍ヲ定ムルニ當リ以上二種ノ關係即チ血統ノ關係ト出生地ノ關係トニ付テ何レノ關係ニ重キヲ置クヘキヤノ問題ヲ生ス

今之ヲ沿革ニ徵シテ考フルニ古代ニ於テハ親子ノ關係ヲ主トシテ專ラ血統主義(jus sanguinis)ニ依リテ國籍ヲ決定シタルモノナリ即チ希臘、羅馬ニ於テモ我東洋ニ於テモ子ハ其出生地ノ如何ニ拘ハラス父母ノ國籍ヲ取得スルモノトセリ之ヲ血統主義ト云フ然ルニ中世封建制度ノ發達スルニ從ヒ百般ノ法律關係カ皆土地ヲ基トシ嚴正ナル屬地主義行ハルルニ從ヒ國籍モ亦出生地ニ依リテ之ヲ定メ其父母ノ國籍ノ如何ニ關セス其出生地ノ國籍ヲ取得ストスルモノアルニ至リタリ所謂出生地主義(jus soli)即チ之ナリ近來ニ至リ國家思想益發達シ國民ハ國土ノ附屬物ニ非スシテ寧ロ國土ハ國民ノ附屬物ナリトノ思想一般ニ認メラルルニ從ヒ人口稀少ニシテ移住民ヲ希望スルカ如キ新興國ヲ除クノ外ハ漸ク出生地主義ヲ排斥シテ血統主義ニ回復スルニ至レリ元來出生地ノ如何ハ今日ノ有樣ニテハ唯偶然ノ事實タルニ過キスシテ國民タルノ思想、習慣、風俗、性格等ハ皆血統ニ依リテ子孫ニ遺傳スルモノニシテ何國ニ於テモ現在ノ國民ノ子孫ハ即チ將來ノ國民タラサルヘカラサルカ故ニ國籍ノ如何ハ親子ノ間ノ血統關係ニ依リテ之ヲ定ムルコト最モ正當ナリトス然レトモ若シ血統主義ノ原則ノミニ依ルトキハ往往無國籍人ヲ出スニ至ルノ弊害アルヲ以テ多數ノ國ニ於テハ慨ネ血統主義ヲ原則トシ例外トシテ出生地主義ヲ定メ以テ此缺點ヲ補ヘリ今簡單ニ現今諸國ニ行ハルル立法ノ主義ヲ區別スレハ概ネ左ノ四種ニ歸ス

第一　專ラ血統主義ヲ採ルモノ即チ出生地ノ內國タルト外國タルトヲ問ハス常ニ父母ノ國籍ヲ以テ子ノ國籍ヲ定ムルモノ　獨逸、墺地利、伊太利、諾威、瑞西等ノ諸國之ニ屬ス

第二　血統主義ヲ原則トシテ出生地主義ヲ補則トスルモノ　我國籍法、佛蘭西、白耳義、和蘭、丁抹、瑞典、露西亞、伊太利、西班牙、土耳其等ノ諸國ハ此主義ヲ採レリ

第三　出生地主義ヲ採ルモノ即チ父母ノ國籍如何ニ拘ハラス內國ニ於テ生レタル子ヲ總テ內國人トナスモノ　南亞米利加ノ諸國トス

第四　出生地主義ト血統主義トヲ折衷スルモノ　英吉利、北亞米利加、葡萄牙等ノ諸國之ニ屬ス

斯ノ如ク各國國籍法ノ主義相異ナル結果トシテ外國ニ於テ出生シタル子ハ其本國ト其出生地トノ二箇ノ國籍ヲ有スルニ至ル場合少ナシトセス而シテ人若シ二箇以上ノ國籍ヲ有スルトキハ其者ノ親權、後見及ヒ其者ノ能力等ヲ支配スヘキ法律ノ適用ニ付テ雙方ノ法律ヲ適用スヘキ困難ヲ來スヘク殊ニ兵役ノ義務ニ付テハ更ニ困難ナル關係ヲ生ス又其兩國間ニ戰爭開始スル場合ニ於テハ二者孰レニ適從スヘキヤ一方ニ忠ナラントセハ他方ニ對シテ反逆タルヲ免カレサルカ如キ狀態ニ陷ルヘシ又實例ニ於テモ其出生地國ノ軍隊ニ加入シテ其血統主義ノ本國ト戰爭シタル場合ニ其本國政府ヨリ反逆罪ヲ以テ罰セラルルニ至リタル例アリ國籍ノ重複即チ牴觸ハ斯ル困難ヲ來スヲ以テ一國カ國籍法ヲ定ムルニ當リ立法者ノ第一ニ考フヘキコトハ國籍ノ牴觸ヲ減少スルコト即チ國際私法學者ノ所謂何人モ同時ニ二箇ノ國籍ヲ有スヘカラストノ原則ヲ適用シテ所謂積極的牴觸ヲ避クルト同時ニ何人ト雖モ必ス何

0499

レカノ國籍ヲ有セサルヘカラストノ原則ヲ適用シテ所謂消極的抵觸ヲ豫防スヘキコト之ナリ我國ノ國籍法ニ於テモ此二箇ノ原則ヲ適用シテ成ルヘク國籍ノ抵觸ヲ豫防スルコトヲ力メタリト雖モ我國家族制ヲ維持スヘキ公益上ノ必要ヨリシテ必スシモ此原則ノミニ拘泥スルコトヲ得サルノミナラス現今各國ノ立法主義相同シカラサルカ故ニ尚ホ多クノ場合ニ於テ國籍ノ抵觸ヲ發生スルコトアルヲ免カレス今左ニ我國籍法ノ規定ニ依リテ如何ナル者カ出生ニ依リテ我國ノ國籍ヲ取得スヘキヤヲ略述スレハ左ノ四箇ノ場合ニ我國ノ生來ノ國籍ヲ取得ス

第一　出生ノ當時父カ日本人ナリシトキ　父母共ニ生來ノ日本人ナル場合ハ勿論ノコトナルモ父ノミカ生來ノ日本人ナルカ又ハ歸化ニ依リ日本ノ國籍ヲ取得シタル場合ニ於テ苟モ日本人タル資格ヲ有スル者ノ子ハ血統主義ニ依リテ之ヲ日本人トナス而シテ其父ノ日本人タルコトハ通常子ノ出生ノ當時ニ日本人タルコトヲ要スト雖モ父カ若シ其子ノ出生前ニ死亡シタルトキハ死亡ノ當時日本人タリシコトヲ要ス苟モ此條件ヲ具備スル以上ハ其子ノ出生地カ內國タルト外國タルトヲ問ハス日本人ナリトス（國籍法一條）

第二　懷胎ノ當時父カ日本人ナリシトキ　父カ生來ノ日本人ニ非スシテ入夫婚姻又ハ養子緣組ニ因リテ日本人ト爲リタル者ナル場合ニ若シ其父カ子ノ出生前ニ離婚又ハ離緣ニ因リテ日本ノ國籍ヲ失ヒ外國人ト爲リタル後ニ生レタル子ハ何レノ國籍ヲ取得スルヤノ問題ヲ發生スヘシ若シ此場合ニ出生當時ニ於ケル父ノ血統主義ヲ採ルトキハ其子ハ外國人ト爲ルニ至ルカ故ニ懷胎當時ノ血統主義ヲ採リ若シ其子ノ懷胎ノ當初父カ尚ホ日本人タリシトキハ出生ノ當時既ニ外國人タルニモ拘ハラス其子ヲ日本人トセリ之レ外國人タル入夫又ハ養子カ離婚又ハ離緣ニ依リ其家ヲ去ルモ子ハ母ト共ニ日本ノ家ニ止マルヲ以テ若シ之ヲ外國人ト爲ストキハ一家內ニ外國人ヲ入ルルノ結果ヲ生シ我國ノ家族制ニ抵觸スルノ弊害アレハナリ（國籍法二條一項）然レトモ若シ其父タル夫カ外國人ト爲リタルノミナラス其母タル妻モ亦其夫ト共ニ其家ヲ去リ外國ノ國籍ヲ取得スルニ至リタルトキハ其子ハ前ノ規定ニ拘ハラス出生當時ノ父ノ本國法ニ隨ヒ之ヲ外國人トス（同條二項）

第三　出生ノ當時母カ日本人ナリシトキ　私生子即チ父ノ知レサル子又ハ父カ判明ナルモ何レノ國籍ヲモ有セサル者ナルトキハ父ノ血統主義ニ依リテ國籍ヲ定ムルコトヲ得サルカ故ニ此場合ニハ母ノ血統主義ニ依リ其母カ日本人ナルトキハ其子ヲ日本人トス（國籍法三條）此規定ハ少シク廣キニ失シタルノ嫌ナキニシモアラス何トナレハ子ノ出生地ノ內國タルト外國タルトヲ問ハサルカ故ニ苟モ其母カ日本人ナル以上ハ世界何處ニ生レタル者ニテモ皆之ヲ日本人トナセハナリ英米ニ於テハ子ハ母ノ血統ヲ相續セストノ格言ニ依リ斯ル場合ニ母ノ血統主義ニ依リテ子ノ國籍ヲ定ムルコトヲ認メサルナリ我國ニ於テモ少クモ外國ニ於テ日本人タル母ノ生ミタル私生子ニ付テハ母ノ血統主義ニ依リテ子ノ國籍ヲ定ムルコトハ頗ル考フヘキコトト信ス何トナレハ日本人タル母ヨリ外國ニ於テ生レタル子ニシテ父ノ知レサル場合ニハ其母タル女子ハ概ネ正當ノ婦人ニ非サルカ故ニ斯ル子ヲ日本人トス爲スヘキ必要存セサレハナリ

第四　我國ニ於テ出生シタル棄兒又ハ國籍ナキ者ノ子　我國ニ於テ生レタル子ノ父母共ニ知レサル場合即チ棄兒又ハ父母共ニ明カナルモ國籍ヲ有セサル場合ニハ父又ハ母ノ血統主義ニ依リテ其子ノ國籍ヲ定ムルコトヲ得ス此場合ニ若シ血統主義ノミヲ採ルトキハ其子ハ遂ニ世界何レノ國籍ヲモ取得スルコト能ハス全ク無國籍人ト爲ルニ至ルヘシ然ルニ人類ハ必ス何レカ一定ノ國籍ヲ有スヘキ必要

アリトセハ此場合ニハ其子ト土地トノ關係ヲ基トシテ出生地ノ國籍ヲ取得セシムルヨリ外ナカルヘシ我國籍法ハ血統主義ヲ原則トスト雖モ斯ル實際上ノ必要ヨリ唯一ノ例外トシテ茲ニ出生地主義ヲ採リ其子ヲ日本人ト爲セリ蓋シ實際上已ムヲ得サルノ規定ナリトス（國籍法四條）

第二節　傳來ノ國籍取得

茲ニ所謂傳來ノ國籍トハ出生ノ事實ニ因リ既ニ一旦國籍ヲ取得シタル者カ更ニ出生以後ノ原因ニ由リテ他國ノ國籍ヲ取得セル場合ヲ云フ斯ル國籍ノ取得ハ國籍ノ變更ニ伴フテ發生スヘキモノナルカ故ニ學者或ハ之ヲ取得國籍又ハ國籍ノ變更ニ依ル取得ト云フ此國籍取得ノ原因ニ凡ソ三アリ

第一　親族法上ノ原因（或ハ法律ノ規定ニ依ル取得ノ原因ト稱ス）

第二　歸化（或ハ個人ノ自由意思ニ依ル國籍取得ト稱ス）

第三　土地割讓ノ結果（或ハ國際法上ノ原因ニ依ル國籍取得ト稱ス）

第一款　親族上ノ原因

外國人カ親族法上ノ原因ニ依リ我國籍ヲ取得スル場合ヲ細別シラ婚姻、入夫婚姻、養子緣組及ヒ認知ノ四トス

甲　婚姻　婚姻ハ家族制度ノ根本ニシテ夫婦ハ同居ノ義務ヲ有スルヲ以テ若シ一家ノ成立ヲ完ウセントセハ夫婦カ同一ノ國籍ヲ有スルコトヲ必要トス故ニ文明諸國ノ立法例ニ依レハ概ネ妻ハ婚姻ニ因リテ當然夫ノ國籍ヲ取得スト認ム我國籍法第五條第一號ニ於テモ亦此通則ニ從ヒテ外國人タル女カ日本人ノ妻ト爲ルトキハ婚姻ニ因リテ當然日本ノ國籍ヲ取得スルモノナリトセリ且之ヲ取得スルカ爲メニ必スシモ妻カ日本ニ住居スルコトヲ必要トセス又妻カ承諾ヲ表示スルコトヲ要セサルノミナラス個人ノ意思ヲ以テ此規定ノ效力ヲ變更スルコトヲ許サス故ニ外國人タル女子カ苟モ日本人ノ妻ト爲ル以上ハ日本ニ於テ結婚スルト外國ニ於テスルトヲ問ハス我國ノ國籍ヲ取得スルモノナリ

乙　入夫婚姻　入夫婚姻ノ制度ハ諸君カ親族法ニ於テ研究セラレタル如ク我國ノ家族制度ヲ維持スル必要ヨリ存在スルモノニシテ我國ニ特別ナル制度ナリ（歐洲ニ於テハ王統維持ノ必要ヨリ女王ニ入夫スルモ夫ハ君主ニ非ス）通常ノ場合ニ於テハ婚姻ニ因リ妻カ夫ノ家ニ入リ夫ノ國籍ヲ取得スルモ入夫婚姻ノ場合ニ於テハ夫カ妻ノ家ニ入リ我國籍ヲ取得スルモノトセリ蓋シ若シ其夫ニ日本人タルノ國籍ヲ取得セシメサルトキハ日本ノ家ニ入リタル夫カ尙ホ外國人タル結果ヲ來シ其家族制度ヲ維持スルコトヲ得サルカ故ナリ（國籍法五條二號）然レトモ斯ノ如クスルトキハ外國人ノ男子カ我國籍ヲ容易ニ取得スルノ虞アルニ至ルヲ以テ立法者ハ一ノ制限ヲ設ケ外國人ヲ入夫トスル者ハ豫メ內務大臣ノ許可ヲ要スルコトトナセリ而シテ內務大臣ハ其外國人カ引續キ一年以上日本ニ住所又ハ居所ヲ有シ且品行端正ナル者ニ非サレハ此許可ヲ與フルコトヲ得サルモノトセリ（明治三十一年法律第二一號）

丙　養子　我國ノ養子ハ家族制ヲ維持スルノ必要ヨリ出テタル我國ニ特別ナル制度ニシテ養子ハ養家ニ入リ嫡出子ト同等ノ權利ヲ享有ス從テ若シ外國人ヲ養子ト爲ス場合ニ於テハ其養子ニ我國籍ヲ取得セシムルニ非サレハ養子ノ目的ヲ達スルコトヲ得ス故ニ我國籍法第五條第四號ニ於テ外國人カ日本人ノ養子ト爲リタルトキハ當然我國籍ヲ取得スルコトヲ規定セリ養子ニ付テモ亦前段ノ法律ニ依

0501

リ內務大臣ノ許可ヲ要ス

歐米諸國ニ於テハ養子ハ財產關係ノ爲メニ爲スモノニシテ國籍得喪ノ原因ト看做サザルカ故ニ此點ニ付テモ亦入夫婚姻ノ場合ト同シク本國ノ國籍ヲ喪失セサル外國人カ我國籍ヲ取得シ茲ニ國籍ノ抵觸發生スルコトアルハ寔ニ已ムヲ得サル所ナリトス

丁　認知　私生子カ父又ハ母ノ認知ニ因リテ其國籍ヲ取得スルコトハ諸國ノ法律ニ認メラルル國籍取得ノ一原因ナリ我國籍法第五條第三號モ亦之ヲ以テ國籍取得ノ一原因トセリ唯私生子ニ付テ考フヘキコトハ私生子ハ出生地主義ニ依リテ其出生國ノ國籍ヲ取得スルコトアリ或ハ母ノ血統主義ニ依リ母ノ國籍ヲ取得スルコトアリ又更ニ其父ノ認知ニ因リテ新國籍ヲ取得スルモノナレハ三箇ノ國籍ヲ取得スル機會アリトス故ニ成ルヘク國籍ノ抵觸ヲ生セシメサランカ爲メ何レノ國ニ於テモ私生子ノ認知ヲ幾何カ制限セリ我國籍法ニ於テモ其第六條ニ依テ外國人タル私生子カ認知ニ因リテ日本人タル國籍ヲ取得スルニハ左ノ條件ヲ要スルコトトセリ

第一　私生子カ其本國法ニ從ヒ尙ホ未成年者タルコト

第二　外國人ノ妻ニ非サルコト

第三　父母ノ中先ツ認知ヲ爲シタル者カ日本人ナルコト

第四　父母カ同時ニ認知ヲ爲シタルトキハ父カ日本人ナルコト

以上四箇ノ取得原因ハ當事者ノ意思ノ如何ニ拘ハラス法律ノ規定上當然我國籍ヲ取得スルモノナリ故ニ學者ハ之ヲ法律上ノ原因ニ基ク國籍取得ト稱ス

尙ホ注意スヘキコトハ以上四箇ノ場合ニハ其原因タル法律行爲(婚姻、養子緣組、私生子認知)カ有效ニ

(ロ)　妨害カ詐僞又ハ强迫ニ因ルコト　被相續人カ遺言ヲ爲シ又ハ之ヲ取消シ若クハ之ヲ變更セントスルヲ妨ケタル者ト雖モ其妨害カ詐僞又ハ强迫ニ因ルニ非サレハ家督相續人タルコトヲ失ハス故ニ被相續人カ遺言ヲ爲シ又ハ之ヲ取消シ若クハ之ヲ變更スルコトヲ以テ然ルヘカラスト爲シ之ヲ諫止シタル者又ハ不注意ニ因リ事實ヲ誤リ告ケ之ニ因リテ被相續人ヲシテ遺言ヲ爲シ又ハ之ヲ取消シ若クハ之ヲ變更スルコトヲ中止セシメタル者ハ第九六九條第三號ニ該當セサルモノトス

(四)　第九六九條第四號ノ事由　第九六九條第四號ノ事由ハ詐僞又ハ强迫ニ因リ被相續人ヲシテ相續ニ關スル遺言ヲ爲サシメ之ヲ取消サシメ又ハ之ヲ變更セシメタルコトニ在ルモノニシテ前項ノ事由ト表裏ヲ爲スモノナリ相續權喪失ノ原因トシテ前項ノ事由ヲ認ムル以上ハ亦此事由ヲモ認メサルヘカラサルコトハ當然ノ事ナリ

(五)　第九六九條第五號ノ事由　前二項ノ事由ハ被相續人ヲ要シテ其遺言ニ關スル自由ヲ妨害シタルコトニ係ルモノナリ本號ノ事由ハ被相續人ヲ要スルニ非サルモ既ニ作成シタル其遺言書ヲ僞造、變造、毀滅又ハ藏匿スルモノニシテ惡意ヲ以テ遺言者ノ眞意ヲ害セントスルノ點ニ於テハ前二項ノ事由ト異ナルコトナシ故ニ法律ハ之ヲ以テ同シク相續權喪失ノ一原因ト爲シタルナリ

(乙)　缺格ノ效力　家督相續ノ缺格者ハ家督相續人タルコトヲ得サルカ故ニ缺格ノ效力ハ一言ニシテ謂ヘハ缺格者ハ家督相續ヲ爲スコト能ハスト云フニ在リ然レトモ斯ノ如キハ殆ト言說ヲ要セサル所ニシテ予ノ茲ニ論セントスル所ノモノニ非ス予カ缺格ノ效力トシテ茲ニ論斷セントスル所ノモノハ實ニ缺格者ヲ家督相續ヨリ排斥スルニハ特ニ之ニ付テ裁判所ノ判決ヲ受クルコトヲ要スルヤ否ヤノ問題即チ之ナリ獨逸民法ハ明カニ其裁判所ノ判決ヲ受クルコトヲ要スルコトヲ定ムト雖モ(獨民二三四〇條、二

三四一條)我民法及ヒ佛伊ノ民法ハ斯ノ如キ明文ヲ設ケス然レトモ佛國ニ於ケル判決例及ヒ學者ノ多數ハ相續上ノ缺格ハ裁判所ノ判決アルニ非サレハ生スルモノニ非スト爲セリ其論據トスル所ヲ見ルニ左ノ二點ニ歸スルカ如シ

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

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

右ノ論斷ハ我民法ノ下ニ於テモ亦之ヲ主張スルコトヲ得ルヤ否ヤ予ハ佛國民法ノ解釋トシテモ右ノ論據ヲ以テ頗ル薄弱ノモノト爲スモノナリ特ニ我民法ノ下ニ於テハ決シテ斯ノ如キ議論ヲ爲スコト能ハスト爲スモノナリ請フ少シク進ミテ論スル所アラシメヨ第九六九條ハ其各號ニ揭クル者ヲ以テ家督相續人タルコトヲ得サルコトヲ定ム故ニ缺格ノ事由アル者カ相續人タルコトヲ得サルハ法律ノ定ムル所ニシテ裁判所ノ決スヘキ所ニ非ス之レ缺格ニ付キ裁判所ノ判決ヲ要セスト爲ス理由ノ第一ナリ我舊法ニ於テハ官ニ申請シテ廢嫡ヲ爲スコトヲ得ルノ制ヲ認メタルコトハ事實ナリ然レトモ廢嫡トハ民法ノ所謂相續人ノ廢除ニ相當スルモノニシテ法律ノ定メタル缺格トハ同一ノモノニ非ス缺格ナルモノハ民法カ新ニ規定シタル事項ニ係ルカ故ニ其效力ニ就テハ舊法ノ慣例ヲ引用スルコト能ハス況ヤ舊法ノ認メタル廢嫡ニ付テモ官ノ許可ヲ受クルヲ要シタルマテニシテ裁判所ノ判決ヲ受クルヲ要セサリシニ於テオヤ之レ缺格ニ付キ裁判所ノ判決ヲ要セスト爲ス理由ノ第二ナリ事實ノ有無ヲ決スルハ裁判官ノ認定ニ依ラサルヲ得スト雖モ事實ニ基テ法律上ノ效力ヲ論スルハ一ニ法律ノ規定ニ依リテ之ヲ決セサルヘカラス第九六九條ハ其各號ニ揭クル者ヲ以テ相續人タルコトヲ得スト爲スカ故ニ其各號ニ揭クル事由アリヤ否ヤノ事實問題ハ裁判官ノ認定ニ依ラサルヘカラスト雖モ事實ニ爭ナキ場合ニ於テハ其法律上ノ效力ニ付テハ裁判官ノ判決ヲ俟チテ始メテ之ヲ定ムヘキモノニ非ス事實認定ノ困難ナル爲メ特ニ裁判官ヲ煩ハスコトアルノ故ヲ以テ其法律上ノ效力モ亦裁判官ノ決スル所ナリト爲スハ之レ事實問題ト法律問題トヲ混同スルモノニシテ取ルニ足ラサルノ議論ナリ之レ缺格ニ付キ裁判所ノ判決ヲ要セスト爲ス理由ノ第三ナリ我民法ハ相續人ノ缺格ニ付テハ裁判所ノ判決ニ依ルヘキコトヲ定メサルニ反シ相續人ノ廢除ニ付テハ特ニ裁判所ノ判決ニ依ラサルヘカラサルコトヲ定ム同シク相續人ヲシテ相續權ヲ喪失セシムル事項ニシテ其一ニ付テハ裁判所ノ判決ヲ要スルコトヲ規定シ他ノ一ニ付テハ之ヲ規定セサルヲ以テ觀ルトキハ其特別ノ規定ナキモノハ裁判所ノ判決ヲ要セスト爲スノ意ナリト解スヘキコト比較解釋上當然ノ事ト爲ス之レ缺格ニ付キ裁判所ノ判決ヲ要セスト爲ス理由ノ第四ナリ予ハ以上ノ理由ニ由リ我民法ハ相續人ノ缺格ニ付キ特ニ裁判所ノ判決ヲ受クルコトヲ要セスト爲スモノナリト信ス但事實ノ有無ニ付キ爭アル場合ニ於テハ裁判所カ事實ノ有無ヲ決定シ其結果トシテ相續權ノ有無ヲ判決スヘキハ勿論ナリトス

第九六九條ノ各號ニ揭クル者ハ裁判所ノ判決ヲ俟タス法律上當然相續人タルコトヲ得サルモノナルカ故ニ被相續人ト雖モ之ヲシテ相續權ヲ有セシムルコト能ハス故ニ被相續人カ其非行ヲ宥恕スヘキ意思

0503

ヲ表示スルモ非行者ハ之ニ因リ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ンヨリハ寧ロ裁判上失權ノ原因ト爲スヲ可トスルモノナリ而シテ若シ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宥恕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擯斥セサル者ト雖モ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ヒ各自ノ利益ハ斯ノ如キ者ヲ相續ヨリ遠サクルコトヲ要求スルモノナリ之レ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擧スレハ凡ソ左ノ如シ

(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ナ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モ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メテ起ルモノナリ

(三)　法律上ノ缺格ハ未タ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モ裁判上ノ失權ハ常ニ推定家督相續人タル者ニ付テノミ生スルモノナリ

(四)　法律上ノ缺格ハ常ニ非行ニ起因シテ生スルモノナリト雖モ裁判上ノ失權ハ必スシモ非行ノ制裁ニ非ス

(甲)　家督相續人ノ廢除

(一)　廢除ノ事由　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　家名ニ汚辱ヲ及ホスヘキ罪ニ因リテ刑ニ處セラレタルコト

四　浪費者トシテ準禁治產ノ宣告ヲ受ケ改悛ノ望ナキコト

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

(イ)　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斯ノ如キ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サルヘ

0504

カラス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テ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ノ態度ヲ持スルノミヲ以テ直チニ其廢除ノ理由トスコト能ハス廢除ノ事由トシテハ必スヤ被相續人ヲシテ其苦痛ニ堪エサラ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リテ戸主ト爲ルヘキモノナリ戸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戸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エ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之レ法律カ疾病者、瘋癲、白痴者、盲者、聾者、啞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エサルカ爲メ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リ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　家名ニ汚辱ヲ及ホスヘキ罪ニ因リテ刑ニ處セラレタル者ヲ戸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ホスヘキ犯罪ヲ爲シタル者ヲ戸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) 家名ニ汚辱ヲ及ホスヘキ罪ヲ犯シタルコト　一ノ犯罪カ家名ニ汚辱ヲ及ホスヘキモノナルヤ否ヤハ之ニ對スル刑ノ輕重ニ依リテ之ヲ判スルコト能ハス其罪質ノ如何ニ依リ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ホ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リテ之ヲ說明シタルヲ以テ茲ニハ再ヒ之ヲ說カス

(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斯ノ如キ者ヲシテ家政ノ樞機ニ當ラシムルトキハ家計ハ忽チ其整理ヲ失ヒ一家ノ否運ハ立トコ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カニセサルヘカラス蓋シ廢除ヲ愼ミタルナリ

(1) 準禁治產ノ宣告ヲ受ケタルコト　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ヒ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

(ホ) 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モ若シ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サリ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擧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擧事項ニ該當セサルトキト雖モ推定家督相續人ヲ廢除スルニ付キ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擧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モ立法者ノ意ハ必スシモ斯ノ如キ狹隘ナルモノニ非サルカ如シ之ヲ法條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キ何等ノ制限ヲ爲ササルヲ以テ解釋上ニ於テモ苟モ推定家督相續人ヲ廢除スルニ付キ相當ト認メラルル事由アル以上ハ其事由ノ如何ニ拘ハ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婿養子ヲ以テ家督相續人ト爲スコトヲ得ルハ既

第一　振出人ニ爲シタル裏書　振出人カ被裏書人ト爲リタルトキハ其振出人タル資格ニ於ケル後者ニ對シテハ手形上ノ權利ヲ行フヲ得ス故ニ引受人アル場合ニ於テ之ニ對シテ手形金額ヲ請求スルノ權利ヲ有スルニ過キサルナリ

第二　引受人ニ爲シタル裏書　引受人カ被裏書人タルトキハ手形上ノ權利ヲ行フヘキ對手ナシ然レトモ引受人ハ更ニ裏書ヲ爲スコトヲ得ルナリ蓋シ引受人ハ滿期日ノ到來前ニ支拂ヲ爲スノ義務ナク從テ支拂アリタルモノトシテ手形上ノ法律關係消滅シタルモノト看做スヘカラサレハナリ特ニ引受人カ被裏書人ト爲ルハ既ニ手形ノ活動力ヲ奪ハス之ヲ利用スルノ意思ヲ表白セルモノト謂ハサルヘカラス手形上ノ關係ノ消滅セサルノ理由前述ノ如シ故ニ支拂ヲ爲スヘキ時ニ於テ引受人手形ヲ取得シ若クハ手形カ引受人ノ手裏ニ在ル間ニ滿期日到來シタルトキハ混同ノ原則ニ依リテ手形上ノ法律關係ハ自ラ消滅スルナリ手形ノ活動期終了ノ時ニ於テ債權債務同一人ニ集マレハナリ約束手形ノ振出人ニ爲シタル裏書ニ付テモ亦同一ノ理ナルヘキハ論ナキナリ

第三　裏書人ニ爲シタル裏書　裏書人カ更ニ被裏書人ト爲リタル場合ニ於テ中間ノ裏書人ニ對シテハ手形上ノ權利ヲ行使スルヲ得サルハ振出人ノ場合ト異ナルナシ唯一言スヘキハ支拂拒絕證書作成ノ期間經過後ニ於ケル裏書ニ於テハ裏書人ハ被裏書人ノ有シタル權利ヲ取得スルニ過キサルヲ以テ其被裏書人更ニ裏書ヲ爲シタルトキハ其裏書ノ被裏書人ハ裏書人ノ權利ヲ行使スヘカラサル中間ノ裏書人ニ對シテハ同シク其權利ヲ取得スヘカラサルナリ

第四　支拂人ニ爲シタル裏書　支拂人ハ手形上ノ債務者ニ非ス故ニ被裏書人ト爲リ又裏書ヲ爲スヲ得ルハ第三者ト異ナル所ナキナリ故ニ前者ニ對シテ手形上ノ債權者タルヘキハ自明ノ理ナリ

0506

第六節　裏書禁止ノ裏書

裏書ハ手形ノ通性ニシテ其要素ニ非サルハ既ニ述ヘタリ裏書人カ裏書ヲ爲スニ當リ裏書ヲ爲スヲ禁シタルトキハ予ハ之ヲ裏書禁止ノ裏書(Rektaindossament)ト稱ス其禁止ハ振出人ノ禁止トハ大ニ其效力ヲ異ニスルモノアリ振出人カ裏書ヲ禁止セサルトキハ其發行ノ形式ニ於テ裏書ヲ爲スヲ得ヘキモノニシテ取得者ハ發行者ノ意思ニ反シ絶對的ニ裏書ヲ爲スヲ得ヘカラサルモノト爲スヘカラス故ニ裏書人ノ裏書禁止ハ單ニ自己ノ利益ヲ保護スルノ目的ニ出テタルモノト解スヘク即チ裏書人ハ被裏書人ノ後者ニ對シテ手形上ノ責任ヲ負擔セサルナリ(四六〇條)其被裏書人ニ對シテ責任ヲ負擔スヘキハ裏書ノ效力ニ於テ當然ナリ此點ニ於テ無擔保ノ裏書ト區別セサルヘカラス其他裏書禁止ノ效力ニ付テハ振出人ノ裏書禁止ニ付キ述ヘタル所ニ同シキヲ以テ再說セス

第七節　支拂拒絶證書作成期間ノ經過後ニ於ケル裏書

手形ノ滿期日ハ其活動終了ノ時期ニシテ滿期日ノ到來ハ手形上ノ法律關係ヲ消滅セシムヘキ時期ナリ然レトモ滿期日ハ所持人ニ於テ支拂ヲ求ムルヲ得ヘキ始期タルニ止マリ必スシモ滿期日其日ニ於テ手形ヲ呈示セサルヘカラサルノ要ナク滿期日及ヒ其後ノ二日內ハ法律上正當ノ呈示ヲ爲スヘキ期間ナリ(四八七條)引受人カ手形金額ヲ供託シテ其債務ヲ免ルルヲ得ルモ支拂拒絶證書作成ノ期間經過ノ後ニ於テ始メテ之ヲ爲スヲ得(四八五條)即チ法律ノ普通ノ履行時期ニ附スル效力ハ手形上ノ債務ニ關シテハ支拂拒絶證書作成期間ノ末日ニ於テ生スルモノト稱シ不可ナキナリ恰モ普通ノ滿期日ハ手形ニ付テハ尙ホ二日延長セラレタルカ如シ故ニ其期間ハ尙ホ手形流通ノ期間ニシテ裏書ヲ爲スヲ得ルハ明白ナリ我商法カ支拂拒絶證書作成期間經過ノ後ニ於ケル裏書ニ付テ特別ノ規定ヲ設ケタルハ其前ノ裏書ハ滿期日到來前裏書ト毫モ異ナルナキヲ示セルモノト云フヘキナリ(四六二條)拒絶證書作成ノ期間內ニ之ヲ作成セシメスシテ裏書ヲ爲シタルトキハ其裏書ハ滿期日前ノ裏書ト同一ノ效力ヲ有スル論ヲ俟タス其期間內ト雖モ既ニ拒絶證書ヲ作成セシメタルトキハ獨國ノ手形法ニ於テハ之ヲ"Nachindossament eines protestsiten Wechsels"ト解スルヲ通說トス然レトモ我商法ハ期間ノ經過ヲ以テ唯一ノ標準トシ拒絶證書ノ作成如何ヲ區別セサルモノト信ス何トナレハ支拂拒絶證書作成ノ期間經過後ニ於ケル裏書ノ效力ヲ論スルハ所持人カ之ヲ作ラシメタル場合ニ於テノミ其必要アリト云フモ過言ナラサルヲ以テナリ(其作成ナキ場合ニ於テハ前者ハ皆其義務ヲ免ルレハナリ)而シテ支拂拒絶證書作成期間ノ經過後ノ裏書ナリヤ否ヤハ手形行爲完成ノ時期ヲ以テ之カ標準トセサルヘカラス

支拂拒絶證書作成期間經過後ニ於ケル裏書ハ其裏書タル性質ニ於テハ普通ノ裏書ト異ナルナシ唯實質上ノ效力ヲ異ニスルノミ固ヨリ普通債權ノ讓渡ヲ以テ律スヘカラス從テ債權讓渡ニ於ケルカ如ク手形授受ノ實質的連續ヲ必要トセス惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ手形ヲ取得シタル者ハ其前者正當ノ權利者ニ非サルモ自ラ手形ノ所有者トナリ又手形上ノ債權者トナルヘシ

手形ハ流通證券ニシテ手形上ノ債務者ハ皆手形ノ輾轉ヲ豫期シ取得者ノ何人タルヲ問ハス之ニ對シテ其債務ヲ履行スルノ意思ヲ表示セルモノト云フヘキナリ手形ノ活動期ニ在リテハ債權者タルヘキ者ノ範圍ハ不定ニシテ且變動スヘキ性質ヲ有シ恰モ被裏書人ハ皆債務者ノ豫想シタル債權者ト稱スルモ不可ナキナリ然レトモ一旦手形ノ活動力終熄スルヤ債務履行手形受戻ノ狀態ニ移レルヲ以テ爾後ノ手形

0507

授受ノ效力ニ差異ヲ生セサルヲ得ス蓋シ債務ノ履行ハ手形ノ活動期ト分離スヘカラサル關係アリ債務者ハ其時ニ於ケル債權者ニ履行ヲ爲スノ權利ヲ有スルヲ以テ債務者ノ地位ハ其特定ノ債權者トノ關係ニ從テ之ヲ決定スヘク債務者ノ此債權者ニ對シテ有スル免責ノ事由ハ總テ之カ利用ヲ認メサルヘカラス所持人更ニ裏書ヲ爲スモ之カ爲メニ債務者ノ有スル免責ノ權利ヲ制限剝奪シ以テ不利ヲ被ラシムルヲ得ス是レ支拂拒絶證書作成期間ノ經過後ニ於ケル裏書ハ被裏書人ヲシテ唯裏書人ノ有シタル權利ノミヲ取得セシメ(四六二條)前者ニ對スル人的抗辯ノ利益ヲ享受セシムル所ナリ換言スレハ被裏書人ハ普通ノ裏書ニ於ケルカ如ク獨立的權利者タルヲ得ス故ニ若シ數箇ノ裏書アリタルトキハ所持人ハ其一切ノ裏書人ニ對スル人的抗辯ヲ利用スルヲ得ヘク債務者ノ中間ノ被裏書人ニ對抗スルヲ得ヘキ抗辯ハ皆之ヲ所持人ニ對抗スルヲ得ルナリ

以上說明スル如ク被裏書人ハ裏書人ノ有シタル權利ノミヲ取得スト雖モ裏書人カ實的資格ヲ缺ク場合ニ於テ其惡意又ハ重大ナル過失ハ之ヲ善意ノ被裏書人ニ對抗スルヲ得ルヤ否ヤハ一箇ノ疑問ナリ予ハ消極的斷案ヲ可ナリトスル者ナリ何トナレハ惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ手形ノ占有ヲ取得シタル者ハ手形ノ所有者ト爲リ又手形ノ債權者ト爲リ手形返還ノ義務ハ取得者自身ノ惡意又ハ重大ナル過失ヲ前提トスルニ於テ第四四一條ハ支拂拒絶證書作成期間ノ前後ヲ區別セス而カモ其期間經過後ノ裏書モ亦等シク裏書ナレハナリ

支拂拒絶證書作成期間經過後ニ於ケル裏書人ハ拒絶證書ノ作成アリタルヤ否ヤヲ問ハス手形上ノ責任ヲ負擔セサルモノトス(四六二條)所持人拒絶證書ヲ作成セシメサリシトキハ其前者ニ對スル手形上ノ權利ヲ失フモノニシテ裏書ニ因リテ之ヲ復活セシムル能ハサルハ論ナク又裏書人手形上ノ責任ヲ負擔セストセハ被裏書人ハ主タル債務者(保證人アルトキハ其保證人)ニ對シテ手形上ノ權利ヲ有スルノミ引受人ナキトキハ被裏書人ハ債權者タル能ハス(獨國手形法ノ規定ハ此點ニ於テ大ニ異ナル所アリ)唯拒絶證書ノ作成ヲ免除シタル者ニ對シテハ拒絶證書ナシト雖モ尙ホ權利ヲ有ス之ニ反シテ所持人拒絶證書ヲ作成セシメ且償還請求ノ通知ヲ發シタルトキハ其通知ヲ受クヘキ者ニ對スル手形上ノ權利ヲ保全シタルモノニシテ被裏書人ハ主タル債務者ノ外ニ此等ノ前者ニ對シテ權利ヲ取得スルヲ得ルナリ

第八節　取立委任ノ裏書

取立委任ノ裏書(Prokuraindossament, endorsement a titre de procuration, indorsement for collection)大別シテ二トス即チ取立委任ノ裏書タルコトヲ手形ニ明示スルモノ之ヲ公然ナル取立委任ノ裏書(offenes Prokuraindossament)ト稱シ實質ニ於テ取立委任ノ裏書ノ目的ヲ達スルカ爲メニ固有ノ裏書ヲ爲スモノ之ヲ隱レタル取立委任ノ裏書(stilles Prokuraindossament, versteckites Inkassogiro)又ハ信託的裏書(fiduiarisches Indossament)ト稱ス

第一　公然ナル取立委任ノ裏書　取立委任ノ裏書ハ純然タル代理關係ヲ設定スルモノニシテ被裏書人手形ノ所有權ヲ取得セス又自己ノ資格ニ於テ手形上ノ債權ヲ取得セス裏書人ニ代ハリテ手形ヲ呈示シ拒絶證書ヲ作成セシメ通知ヲ發シ手形ノ返還ヲ請求シ其他手形上ノ權利ノ保全執行ニ必要ナル行爲ヲ爲スニ過キス被裏書人ハ裏書人ノ代理人ナリ故ニ裏書人ハ被裏書人ニ對シテ擔保義務ヲ負擔セス又債務者ハ被裏書人ノ請求ニ對シ裏書人ニ對シテ有スル抗辯ヲ利用スルヲ得ルハ理ノ當然ナリ被

0508

裏書人ニ對シテ有スル人的抗辯ヲ利用スルヲ得サルモ被裏書人ノ行フ權利ハ裏書人ノ權利ナルニ觀テ明瞭ナリトス而シテ裏書人ト被裏書人トノ間ニ於テハ委任ニ關スル民法ノ規定ニ從フナリ

所持人カ取立委任ノ裏書ヲ爲サント欲セハ其目的ヲ手形ニ明示セサルヘカラス(四六三條)之ヲ記載セサル場合ニ於テ被裏書人固有ノ裏書ヲ爲シタルトキハ善意ノ取得者ニ對シテハ取立委任タルノ事實ヲ主張スルヲ得ス取立委任ノ裏書タルヲ明示シタルトキハ其被裏書人ハ固有ノ裏書ヲ爲スヲ得ス形式ニ於テ此裏書ヲ爲シタルトキハ其裏書ハ無效ナルニ非ス當然取立委任ノ裏書トシテ其效力ヲ有スト解セサルヘカラス(四六三條三項)

第二　隱レタル取立委任ノ裏書　信託的裏書トハ實質ニ於テ取立委任ノ裏書ノ目的ヲ達スル爲メニスル固有ノ裏書ヲ謂フ手形金額ノ取立ヲ以テ經濟的ノ目的トシ其目的ヲ達スル爲メ法律上ノ效果ニ於テ更ニ形式ニ於テ著大ナル裏書ヲ爲スナリ當事者ノ意思ハ被裏書人ヲシテ其名ニ於テ裏書人ノ爲メニ手形上ノ權利ヲ行使セシメントスルニ在リ唯形式ニ於テ固有ノ裏書タルノミ此裏書ノ有效ナルハ學者ノ通說トス凡ソ信託行爲(fiduciarisches Geschäft)ト稱スルモノノ本體ニ付テハ學說同シカラスト雖モ予ハ當事者ハ眞實ニ其行爲ノ法律上ノ效果ヲ希望シ他ノ效果ヲ生セシメント欲スルニ非ス又全ク法律上ノ效果ヲ生セシメサラント欲スルニ非スト說明セント欲ス故ニ取立委任ノ目的ヲ以テ所有權移轉ノ裏書ヲ爲ス場合ニ於テモ當事者ノ意思ハ眞ニ被裏書人ヲシテ所有權ヲ取得セシメ又完全ナル債權者タラシムルニ在リ信託的裏書ノ性質ニ付テモ種種ノ學說アリ雖モ茲ニ詳說スルノ限ニ在ラス予ハ單ニ信託行爲ノ法律上ノ性質ヨリ推論シ當事者ノ眞意手形ノ所有權ヲ移轉スルニ在リトスルナリ當事者所有權移轉ノ意思アリ其意思ニ從テ所有權移轉ノ形式ヲ履行ス取立委任ノ目的ヲ以テ固有ノ裏書ハ意思形式共ニ具ハレル所有權移轉ノ裏書ナリ或ハ我商法ハ所謂所有權移轉ノ裏書及ヒ取立委任ノ裏書ヲ認メ取立委任ヲ經濟的ノ目的トシ法律上ノ效果ニ於テ所有權移轉ノ裏書ナルモノヲ認メスト謂フ者アラン是レ皮相ノ見解ナリ手形法ノ規定ハ毫モ予ノ見ル所ト牴觸スルヲ見ス何トナレハ裏書トシテハ所有權移轉ノ裏書ニシテ即チ我商法ノ明認スルモノナレハナリ被裏書人ハ代理人ニ非ス自己ノ名ニ於テ他人ノ權利ヲ行使スルニ非ス所有者債權者トシテ行動スルヲ得ルノミニ非ス對外關係ニ於テ所有權者債權者タルノ地位ヲ占ムルノミニ非ス第三者ニ對シテ形式ニ於テモ亦實質ニ於テモ所有者タルノ資格ヲ有スルナリ

第九節　質入裏書

質入裏書(Pfandindossament)ナルモノハ所持人カ既存ノ債務ヲ擔保スル爲メニ質權ヲ設定スルノ裏書ナリ即チ被裏書人ハ此裏書ニ依リテ質權者ト爲ルナリ此裏書ニテ其目的ヲ記載セサルトキハ善意ノ取得者ニ對シテハ所有權移轉ノ裏書タル效果ヲ生スルハ取立委任ノ裏書ト異ナル所ナシ而シテ質權ノ效力ニ至リテハ民法權利質ノ規定ニ從フモノト云ハサルヘカラス質權設定ノ目的ヲ以テスル固有ノ裏書ノ本體ニ付テハ前節ニ述ヘタルト其理一ナリ

第三章　引受

第一節　引受ヲ求ムル爲メニスル呈示

爲替手形ノ支拂人ハ其支拂人タル資格ニ於テ手形上ノ債務ヲ負擔セサルハ論ナク引受ト稱スル手形行

0509

爲ヲ爲シ引受人トシテ始メテ債務者ト爲ルナリ而シテ支拂人ヲシテ其行爲ヲ爲サシメント欲セハ所持人ハ手形ヲ呈示セサルヘカラス之ヲ稱シテ引受ヲ求ムルカ爲メニスル呈示ト云フ我商法第四六五條ニ於テ「所持人ハ何時ニテモ爲替手形ヲ支拂人ニ呈示シ其引受ヲ求ムルコトヲ得」ト規定シタルハ一ハ呈示ハ所持人ノ權利ニシテ義務ニ非サルヲ示シ一ハ呈示ハ所持人ノ自由ニ在リテ此自由ハ他人之ヲ制限シ若クハ禁止スルヲ得サルノ意ヲ明カニシタルモノト云フヘキナリ

第一　呈示ハ所持人ノ權利ナリ　支拂人ヲシテ振出人カ手形ニ表シタル支拂ノ委託ニ應スルヤ否ヤノ意思表示ヲ爲サシムルヲ試ムルト否トハ一ニ所持人ノ權能ニシテ所持人手形ヲ呈示セサルモ之カ爲メニ何等ノ不利益ヲ被ルコトナキナリ而シテ呈示既ニ所持人ノ自由ナリ偶呈示ヲ爲シタル場合ニ於テ引受ノ拒絶ニ遭フモ引受拒絶證書ヲ作ラシムルト否トハ亦所持人ノ自由ナル事理ノ當然ナリ故ニ呈示ヲ爲ササルモ可ナリ呈示ヲ爲シ引受ノ拒絶アルモ拒絶證書ヲ作ラシメスシテ可ナリ所持人ハ何時ニテモ更ニ呈示ヲ爲スヲ得ヘク唯引受拒絶ヲ理由トシテ前者ニ對スル擔保請求權ヲ行ハント欲セハ拒絶證書ヲ作ラシメ且擔保請求ノ通知ヲ發セサルヘカラサルノミ其引受拒絶ノ場合ニ於テ拒絶證書ヲ作ラシメス手形ノ裏書ヲ爲スヲ得ルハ明カナリ

引受ヲ求ムルカ爲メニスル呈示ヲ以テ所持人ノ義務トスルハ前者之カ爲メニ利益ヲ享クルコト勘シトセス支拂人カ債務負擔ノ意思ヲ表示シタルヤ否ヤヲ知リ引受アリタルトキハ滿期日到來ノ時ニ於テ引受人必ス手形金額ノ支拂ヲ爲スヘシト推測スルヲ得ヘク從テ償還請求ニ應スルノ準備ヲ爲スヲ要セサルナリ又振出人ハ拒絶ノ事實ヲ知ルトキハ支拂人ニ對シテ資金回收ヲ請求シ其他資金處分ノ方法ヲ講スルヲ得ヘキナリ而シテ支拂人引受ヲ爲シタルトキハ振出人ハ引受人ニ對シテ資金處分ノ

方法ヲ命スル能ハサルニ至リ引受人ハ手形ノ支拂ヲ爲スヘク裏書人ハ自ラ其擔保義務履行ノ危險ヲ免ルヘキナリ斯ノ如ク引受有無ノ事實ハ前者ノ利害ニ關スルコト頗ル大ナルニ拘ハラス我法律ハ唯所持人ノ利益ヲ重シ所持人ハ手形取得ノ爲メニ一方的ノ權利ヲ取得スルノミニシテ前者ノ利益ノ爲メニ何等ノ負擔ヲモ命セス所持人ハ前者ノ利益ヲ保護スルノ責任ナシトセリ此引受ヲ求ムルカ爲メニスル呈示ハ所持人ノ權利ナルノ原則ハ近世手形法ノ一般ニ認ムル所ナリ呈示義務ヲ定ムルモノハ極メテ少シ然レトモ茲ニ一言スヘキハ所持人ノ呈示義務ナキハ手形上ノ關係ニ於テ之ヲ謂フノミ當事者間ニ於テ其實質上ノ關係ニ基キ此義務アルヤ否ヤハ各場合ニ付テ之ヲ決セサルヘカラス

第二　呈示ノ權能ハ制限スヘカラス　呈示ハ所持人ノ絶對的自由ニ在リテ即チ呈示ノ義務ヲ負擔セシムルヲ得サルハ勿論呈示ノ始期若クハ終期ヲ定ムルヲ得サルナリ第四六五條ニ「何時ニテモ」ト云フハ此意ナリ所持人ハ手形發行ノ當日ト雖モ直チニ引受ヲ求ムルカ爲メニ手形ヲ呈示スルコトヲ得之ヲ稱シテ即時引受ノ原則ト云フ（Grundsatz des prompten Accepts）是レ期間ヲ定メテ呈示ヲ爲スヘキヲ命シ若クハ呈示ヲ爲スヘカラサルヲ命スル（佛法ニ所謂 lettre non acceptable）モ手形法上何等ノ效力ヲモ生セサルノ謂ナリ又呈示期間ノ終期ヲ定メ其期ニ於テ呈示ヲ爲ササルトキハ手形上ノ權利ヲ喪失スヘキヲ記載スルモ手形法上無效ナリ

我商法ハ手形法ニ規定セサル事項ハ之ヲ手形ニ記載スルモ手形上ノ效力ヲ生セサルノ原則ヲ揭ケタルヲ以テ以上ノ解釋ニ付テ疑ヲ容ルノ餘地ナキナリ

一　呈示者　呈示權ハ債權者タル資格ヲ備フル所持人ノ有スル所タルハ疑ナク獨國手形法第一八條第二項ハ「手形ノ單純ナル占有ハ手形ノ呈示及ヒ引受拒絶證書ノ作成ノ權能ヲ與フ」ト明揭シ手形

ヲ所持スル者ハ何人ト雖モ呈示權ヲ行使スルヲ得ルナリ我商法此明文ナク即チ呈示者ハ所謂形的資格ヲ備フル所持人ナルヲ本則トス唯其所持人ノ取立委任ノ被裏書人タルヲ得ヘキハ論ナキナリ然レトモ所持人ハ執達吏ニ委任シテ呈示ヲ爲サシムルコトヲ得(執達吏規則二條)

二　被呈示者ハ債務負擔ノ意思ヲ表示スル者ハ支拂人ナルヲ以テ引受呈示ヲ受クルハ自ラ支拂人ナラサルヘカラス他地拂手形ニ於テモ被呈示者ハ支拂人ナリ獨國ノ學者ハ支拂人カ手形能力ヲ失ヒ死亡シ若クハ破產ノ宣告ヲ受ケタルトキト雖モ手形ノ所載ニ從ヒテ之ニ呈示ヲ爲スヘキモノト論ス予モ亦之ヲ是認スト雖モ其詳細ニ至リテハ他日ヲ俟チテ說明スヘシ

三　呈示地　呈示ヲ爲スノ地ハ他地拂手形ニ在リテモ支拂人ノ營業所ヲ住所ノ所在地ナリトス蓋シ支拂地ハ支拂ノ爲メニスル地タルニ過キスシテ之カ引受ヲ爲スノ地トスヘカラサレハナリ(四四二條一項)

四　呈示權ノ存續　滿期日到來ノ後ニ於テ引受ヲ求ムル爲メニ手形ヲ呈示シ其拒絕ノ場合ニ於テ所持人前者ニ對シテ擔保請求權ヲ行フヲ得ルヤ否ヤニ付テハ學者其說ヲ異ニス予ハ「グリューンフート」ノ消極論ヲ可ナリトス蓋シ引受ハ將來ノ支拂ヲ確保スルノ制度ニシテ既ニ支拂時期ニ到達シタル後ハ手形上ノ法律關係ヲ消滅セシムヘキ手段ニ出テサルヘカラサレハナリ

引受ヲ求ムルカ爲メニ手形ヲ呈示スルト否トハ所持人ノ自由ニシテ其呈示ヲ爲ササルモ何等ノ損失ヲ被ルナシトスル原則ニ對シテ法律ハ二箇ノ例外ヲ認ム一覽後定期拂手形及ヒ他地拂手形是ナリ

第一　一覽後定期拂手形ニ於テハ所持人ハ其日附ヨリ一年內ニ引受ヲ求ムル爲メニ手形ヲ呈示スヘク又振出人ハ一年ヨリ短キ呈示期間ヲ定メタルトキハ其期間內ニ呈示ヲ爲ササルヘカラス此場合ニ於テ所持人呈示期間ヲ遵守セサルトキハ前者ニ對スル手形上ノ權利ヲ失フ(四六六條)一覽後定期拂手形トハ其呈示アリテ始メテ滿期日ノ定マル手形ニシテ法律ハ滿期日ヲ確定スルノ必要ヨリ呈示ヲ命シ又呈示ヲ爲ササル場合ニ於テ手形上ノ權利喪失ノ制裁ヲ定メタルナリ而シテ其呈示期間ハ一年ヲ以テ法定ノ最長期トシテ之ヨリ短キ期間ヲ定ムルヲ振出人ニ許シタルハ債務者ヲシテ債務履行ノ期日不定ナルカ爲メニ永ク償還請求ニ應スルノ準備ヲ爲ササルヘカラサルノ不利ヲ被ラシメサルカ爲メナリ而シテ呈示ハ單ニ一覽ノ爲メニスルモノナルヤ(Präsentation zur Annahme)獨國手形法ノ解釋トシテ所說同シカラスト雖ムルカ爲メニスヘキヤハ(Präsentation zur Sichtnahme)將タ引受ヲ求モ我商法ニ於テハ引受ヲ求ムルカ爲メニスル呈示ト解スヘキハ疑ヲ容レサルナリ其理由ヲ法文ニ求ムレハ第四六六條第一項ニ於テハ「引受ヲ求ムルコトヲ要ス」ト云ヒ第四六七條ハ「引受」「引受ノ日附」ノ文字ヲ用ヒ殊ニ一覽後定期拂ノ約束手形ニ付テハ第五二七條及ヒ第五二八條ノ二个條ヲ揭ケ「呈示」『呈示ノ日附』ト云フカ故ニ彼此相對照セハ爲替手形ニ在リテハ呈示ハ引受ヲ求ムルカ爲メノ呈示ニシテ約束手形ニ在リテハ所謂一覽ノ爲メニスル呈示ナルハ炳焉トシテ明カナリ元來呈示自由ノ原則ニ對シテ例外ヲ定メタルハ一ニ擔保義務者ノ利益ヲ保護スルノ趣意ニシテ支拂人ノ引受ヲ求ムヘキヲ所持人ニ强制シ前者ノ擔保義務履行ノ繫ル期日ヲ確定スルニ支拂人ノ債務ヲ生スル手形行爲ニ依ラシムルニ非サレハ呈示義務ヲ定メタル法律ノ目的ヲ達スル能ハサルナリ(s. Grünhut II § 50 s. 388-391, a. A. Thöl § 40 s. 177, Liebmann § 96 s. 367, Staub zu Art. 20 § 2, Bernstein zu Art. 19 § 1 u. s. w.)所持人呈示期間ヲ遵守シ手形ヲ呈示シタル場合ニ於テ支拂人引受ヲ爲シ且引受ノ日附ヲ記載シタルトキハ其日附ニ基キテ滿期日ヲ計算スルヲ得ヘク引受人及ヒ償還義務者ノ償

務ハ之ヲ以テ決定スルナリ之ニ反シテ支拂人引受ヲ爲サス又引受ヲ爲シタルモ其日附ヲ記載セサルトキハ所持人ハ拒絶證書ヲ作ラシメサルヘカラス之ヲ作ラシメサルトキハ前者ニ對スル手形上ノ權利ヲ失フ(四六八七條二項三項)而シテ所持人ハ直チニ拒絶證書ヲ作ラシムルヲ要セス呈示期間内ニ於テ之ヲ作ラシムルヲ以テ足レリトス何トナレハ呈示期間ハ則チ引受ヲ求ムルカ爲メニ設ケタル期間ニシテ所持人ハ何回ニテモ呈示ヲ爲スノ自由ヲ有スレハナリ支拂人引受ヲ爲シテ其日附ヲ記載セサル場合ニ於テ所持人ハ他日更ニ手形ヲ呈示シテ引受人ヲシテ其日附ヲ記載セシムルヲ得ルハ其理一ナリ之ヲ要スルニ所持人ハ呈示期間内ニ於テハ引受若クハ引受日附ノ記載ヲ要求スルノ自由ヲ有スト雖モ一度引受ノ拒絶若クハ引受日附ノ記載ナキヲ理由トシテ拒絶證書ヲ作ラシメタルトキハ之ニ因リテ一覽後ノ確定期間ハ其進行ヲ始メ滿期日ハ絶對的ニ確定スルモノト云ハサルヘカラス呈示期間内ニ拒絶證書ヲ作ラシメサル場合ニ於テ所持人其前者ニ對スル權利ヲ失フハ前述シタルカ如シ

支拂人引受ヲ爲シタルモ其日附ヲ記載セス所持人呈示期間内ニ拒絶證書ヲ作ラシメスシテ擔保義務者其義務ヲ免ルルモ支拂人引受ヲ爲シ自ラ手形金額ノ支拂ヲ爲スヘキ債務ヲ負擔スルノ意思ヲ表示シタル以上ハ其引受ヲシテ無效ニ歸セシムル理由ナキナリ其效力ヲ認メ引受人ヲシテ債務ヲ負擔セシムルハ寧ロ行爲者ノ希望ニ副フモノト云フヘシ然レトモ日附缺如セルカ故ニ滿期日ヲ定ムルノ基礎ナク確定期間ノ進行ヲ始ムヘキ事情存セサルヲ以テ呈示期間ノ末日ヲ以テ呈示ノ日ト看做シ(四六七條三項)之ニ依リテ引受人ノ債務ニ關スル確定期間ヲ計算ス

一　支拂人引受ヲ爲シ且其日附ヲ手形ニ記載シタルトキハ其日

二　支拂人引受ヲ爲サス又ハ引受ヲ爲シタルモ其日附ヲ記載セサル場合ニ於テ所持人拒絶證書ヲ作ラシメタルトキハ其作成ノ日ヲ以テ一切ノ債務者ニ對スル標準日トシ

三　支拂人引受ヲ爲シテ其日附ヲ記載セサル場合ニ於テ所持人拒絶證書ヲ作ラシメサリシトキハ呈示期間ノ末日

ヲ以テ引受人ニ對スル標準日トシ前者ハ既ニ其債務ヲ免レタルナリ

四　支拂人引受ヲ爲サス所持人拒絶證書ヲ作ラシメサルトキハ前者ハ其義務ヲ免レ支拂人ハ債務ヲ負擔セサルナリ

約束手形ニモ一覽後定期拂ナルモノアリ其滿期日ヲ確定スルニ所持人ノ呈示ヲ要シ其呈示期間ハ日附ヨリ一年ヲ法定ノ最長期トシ振出人之ヨリ短キ期間ヲ定ムルヲ得ヘク所持人呈示期間ヲ遵守セサルトキハ裏書人ニ對スル手形上ノ權利ヲ失フ(五二七條)振出人呈示ヲ受ケタル旨ヲ記載セス又ハ其日附ヲ記載セサルトキハ所持人ハ呈示期間内ニ拒絶證書ヲ作ラシムヘク之ヲ爲ササルトキハ裏書人ニ對スル權利ヲ喪失スヘク拒絶證書ヲ作ラシメタルトキハ其作成ノ日ヲ以テ呈示ノ日ト看做シ(五二八條一項二項)之ニ依リテ確定期間ヲ計算スヘク又振出人呈示ヲ受ケタル旨ヲ記載シテ其日附ヲ記載セサルトキハ呈示期間ノ末日ヲ以テ呈示ノ日ト看做シ(五二八條三項)以テ振出人ノ債務ニ關スル標準日トスル大體ニ於テ爲替手形ニ付キ說明シタル所ヲ應用スルヲ得ルナリ唯一言加フヘキハ所持人呈示期間ヲ遵守セサル場合ニ於テ振出人ニ對スル權利如何ノ問題ナリ所持人カ振出人ニ對スル權利ヲモ失フヘシトスルノ說ハ予ノ採ラサル所ニシテ此場合ニ於テ確定期間ノ計算ニ付テハ第五二八條第三項ノ趣旨ヲ推擴シテ呈示期間ノ末日ヲ以テ呈示ノ日ト解釋スルノ正當ナルヲ信ス

第二　他地拂手形即チ支拂人ノ住所地ニ非サル地ヲ以テ支拂地トシタル手形ニ在リテハ振出人ハ引受ヲ求ムル爲メニスル呈示期間ヲ定ムルコトヲ得テ所持人之ヲ遵奉セサルトキハ其前者ニ對スル手形上ノ權利ヲ失フナリ(四七二條二項)支拂人ハ往往ニシテ手形發行ノ事實ヲ知ラサルコトアリテ所持人滿期日到來ノ後支拂地ニ於テ支拂ヲ求メントスルニ當リ支拂人不在ノ爲メニ拒絶證書ヲ作ラシムルノ必要ヲ生スヘシ然ルトキハ振出人ハ所持人ノ請求ニ應シテ償還義務ヲ履行セサルヘカラサルニ至ル引受ヲ求ムルカ爲メニスル呈示ヲ命スルヲ振出人ニ許シタルハ此危險ヲ冒サシメサルカ爲メナリ

他地拂手形ニ二種アルハ曩ニ說明シタル所ニシテ振出人支拂地ニ於ケル支拂擔當者ヲ記載シタル場合ニ於テハ引受ノ爲メニスル呈示ヲ命スルハ其效果大ナリトセス然レトモ支拂人カ振出人ノ債務者ニシテ其債權、資金タルトキハ支拂人ヲシテ支拂擔當者トノ間ニ於テ資金關係ヲ定メ以テ支拂ノ準備ヲ爲サシムルノ要アルヘシ振出人ニ於テ支拂擔當者ヲ記載セサルトキハ支拂人ハ引受ヲ爲スニ當リテ支拂地ニ於ケル支拂擔當者ヲ記載スルナリ(四七二條一項)

一　支拂人引受ヲ爲ササルトキハ所持人ハ一般ノ原則ニ從ヒ引受拒絶證書ヲ作ラシメ以テ前者ニ對シテ擔保ヲ請求スルコトヲ得

二　支拂人引受ヲ爲シテ支拂擔當者ヲ記載セサルトキハ引受人ハ自ラ支拂地ニ於テ支拂ヲ爲スノ債務ヲ負擔ス第四七二條第一項ニ於テ支拂人支拂擔當者ヲ記載セサルトキハ支拂地ニ於テ自ラ支拂ヲ爲スノ責ニ任スト云フハ支拂人カ引受ヲ爲シタル場合ナルハ同條ノ行文ニ依リテ明カナルノミナラス單ニ支拂人タルノ資格ニ於テ債務ヲ負擔スルノ理由ナケレハナリ

三　支拂人支拂擔當者ヲ記載シタルノミニテ引受ヲ爲ササルトキハ所持人ハ拒絶證書ヲ作成セシメサルヘカラス支拂人カ引受ヲ爲シタルニ非スンハ振出人ノ償還請求ニ應セサルヘカラサルノ危險ヲ減スルコトナシ故ニ支拂人單ニ支拂擔當者ヲ記載シ自ラ債務ヲ負擔スルヲ欲セサルトキハ振出人ヲ保護セントスル法律ノ目的ヲ達セサルモノニシテ所持人前者ニ對スル權利ヲ保全セントセハ拒絶證書ヲ作ラシメサルヘカラス

第二節　引受ノ方式

引受ハ手形行爲トシテ支拂人ノ署名ヲ必要トス支拂人口頭ヲ以テ支拂ヲ爲スヘキヲ約シ若クハ手形以外ノ書面ヲ以テ債務負擔ノ意思ヲ表示スルハ引受ニ非サルナリ暗默ノ引受ナルモノナキモ亦當然ナリ支拂人或ハ振出人ニ對シテ其發行スル手形ノ引受ヲ爲スヘキヲ約スルコトアルヘシ其契約カ手形上ノ效力ヲ有セサルハ論ナク手形ノ取得者モ手形ノ所有者手形上ノ債權者タルニ因リテ其契約ノ利益ヲ享受スヘカラサル亦明瞭ナリ而シテ引受ハ支拂人ニ於テ手形ニ引受ノ旨ヲ記載シテ之ニ署名スルヲ普通ノ形式トスト雖モ單ニ署名シタルノミニテ我商法ハ獨、佉、白、伊、英、葡等ノ法律ト同シク引受アリタルモノト看做スノ主義ヲ執レリ(四六八條)其署名ハ必スシモ手形ノ表面タルヲ要セサルヘシト雖モ裏面ナルトキハ引受ノ意思ヲ以テ署名シタルヲ推知スヘカラサルカ故ニ其效力ヲ有セサルナリ引受ノ方式ハ上述セルカ如シ故ニ年月日ヲ必要トセス金錢ノ記載ヲ必要トセス又引受地ヲ必要トセサルナリ引受ノ複本ニ爲スヲ得ヘキハ複本各通皆手形ヲ代表スルノ資格ヲ具有スレハナリ謄本ニ爲スヲ得ヘキヤ否ヤニ付テハ獨國學者其說ヲ異ニス「グリューンフート」ハ論シテ曰ク支拂人カ謄本ニ引受ヲ爲シ手

形其モノノ呈示アルニ拘ハラス之ニ引受ヲ爲スヲ欲セサルトキハ所持人ハ引受拒絶證書ヲ作ラシムルヲ得所持人ハ一方ニ在リテハ擔保請求權ヲ行ハント欲スレハ手形自身ヲ呈示セサルヘカラス他ノ一方ニ在リテハ謄本ニ爲ス引受ヲ以テ滿足スルノ義務ナキナリ然レトモ支拂人カ任意ニ謄本ニ引受ヲ爲シタルトキハ其引受ハ手形法上債務發生ノ效力ヲ有スト(II § 99 s. 211, 212)然レトモ謄本ニ爲ス引受ハ手形上ノ效力ナシトスルヲ定説ト稱シテ不可ナルナシ我商法ニ於テ消極説ヲ正當トスルハ手形行爲ノ方式ニ關スル各條ヲ比較セハ明カナリ裏書保證ハ各謄本ニ之ヲ爲スヲ得ヘキヲ明定シ(四五七條一項四九七條)獨リ引受(參加引受ニ付テハ別ニ意見アリ)ニ付キ爲替手形ニ爲スヘキヲ命スルハ自ラ謄本ニ爲スヘカラサルノ法意ト推測セサルヘカラス

引受ハ支拂人トシテ手形ニ指定セラレタル者ノ行爲ナルヲ要シ而モ支拂人引受人ノ實質的符合ヲ以テ足レリトセス形式的符合モ亦引受ノ要件ナリ引受ニ關スル我法規ハ常ニ支拂人ノ文字ヲ用フルノミナラス支拂人ニ出ツルヲ以テ引受ノ意義ニ適フモノトス故ニ支拂人ニ非サル者ノ引受ハ法律上其效力ナク所持人ハ之ヲ度外視シ滿期日到來ノ後ニ於テハ支拂人ニ對シテ支拂拒絶證書ヲ作ラシムヘキナリ「テォール」ハ有效ナル約束手形トシテ效力アリトシ(§34 s. 292)「グリューンフート」ハ後日支拂人トシテ指定セラレタル者ノ引受ノ加ハルアラハ第八一條ノ規定ニ依リ保證トシテ效力ヲ有ストス(II § 100 s. 214, 215)我商法ノ解釋トシテハ共ニ採ルヘカラス既ニ引受ハ支拂人ノ行爲タルヲ要ストセハ手形ノ外形ニ於テ支拂人引受人ノ符合スルヲ要件トスルハ外觀的解釋ノ原則ノ當然ノ結果ト云フヘキナリ故ニ支拂人ノ氏名又ハ商號ヲ誤記シタル場合ニ於テ實質ニ於テハ引受人ト同一ナルヲ證明スルヲ得ルモ其引受ヲシテ有效ナラシムルヲ得ス例セハ支拂人トシテハ商號ヲ記載シ引受人トシテハ氏名ヲ署シタルカ如シ蓋シ其同一人ナルハ手形ノ形式ニ於テ之ヲ推測スヘカラサレハナリ然レトモ支拂人若クハ引受人ノ表示毫末ノ差異アルヲ許ササルニ非ス手形自體ヨリ實質上同一人ナルヲ推知スルヲ得ヘキトキハ之ヲ以テ足レリトス「グリューンフート」ハ此場合ヲ説明シテ形式的ノ同一人(formelle Identität)ヲ缺クモ實質的ノ同一人(materielle Identität)ニテ可ナリト云フハ(II § 100 s. 213)當ラス微細ナル不正確ハ形式的ノ同一人ナルヲ傷ケサルモノト解釋スヘキナリ而カモ此原則ハ支拂人引受人ノ符合問題ノミニ限ラサルハ曩ニ説述シタルカ如シ

引受行爲ノ成立ニ付テハ手形理論ノ章ニ於テ詳説シタルヲ以テ再ヒ贅セス

第三節　引受ノ效力

支拂人ハ其支拂人タル資格ニ於テ手形上ノ債務者タラス引受ト稱スル手形行爲ヲ爲シテ之ニ因リテ始メテ手形上ノ債務ヲ負擔スルニ至ルハ既ニ屢説明シタル所ナリ而シテ引受ハ手形ニ記載スル文言ニ從テ手形金額支拂ノ債務ヲ負擔セシム(四三五條四七〇條)爲替手形ノ發行ハ支拂人ヲシテ支拂ヲ爲サシムルニ在リ振出人及ヒ裏書人ハ支拂人ニ於テ引受及ヒ支拂ヲ爲スヘキヲ擔保スルモノニシテ支拂人カ引受ニ因リテ所謂主タル債務者ト爲ルハ當然ノ結果ト云ハサルヘカラス然レトモ引受ハ全然前者ノ擔保義務ヲ免スルノ效果ヲ有セサルハ前者ハ尚ホ支拂アルヘキヲ擔保スレハナリ引受人手形ニ記載スル所ニ從ヒテ其債務ヲ履行シタルトキハ乃チ豫定ノ目的ヲ達シタルモノニシテ手形上ノ法律關係ノ消滅スヘキハ論ヲ俟タサルナリ

引受ハ手形行爲トシテ手形行爲ニ關スル一般ノ原則ニ從フ故ニ獨立的ニシテ且絶對的ノ效力ヲ生ス其

0514

獨立的ナルトハ他ノ手形行爲ノ效力如何ニ關セサルヲ謂フ振出人ノ署名僞造ナルモ其他發行行爲無效若クハ取消シ得ヘキ場合ト雖モ引受人ハ善意ノ取得者ニ對シテハ支拂ノ義務ヲ負擔ス引受ハ其形式ニ於テハ形式的ノ委託ニ應スルノ意思表示ナリト雖モ其成立效力ハ手形カ其外觀ニ於テ完備スルヲ條件トスルノミ佛法ニ於テハ此點ニ付テ學者說ヲ同シウセサルカ如シ又引受ハ絶對的ニ其效力ヲ生ス故ニ引受人ト振出人トノ間ニ於ケル關係ハ何等ノ影響ヲ及ホスコトナク資金關係ノ如何ハ引受ノ效力ヲ左右セス支拂人一度引受ヲ爲シタルトキハ直接ニ其拘束ヲ受クルヲ以テ資金ヲ受領セス若クハ振出人ノ求ニ應シテ資金ヲ返還シタルヲ理由トシテ責任ヲ拒否スルヲ得ス引受人カ如何ナル目的ヲ以テ引受ヲ爲シタルヤハ固ヨリ法律ノ問フ所ニ非サルナリ又引受人ハ主タル債務者トシテ啻ニ其引受ヲ爲シタル當時ノ所持人ニ對スルノミナラス其後ノ取得者及ヒ其前ノ被裏書人ニ對シモ手形金額若クハ償還金額支拂ノ債務ヲ負擔ス引受人ノ債務ノ法律上ノ理由ハ引受行爲ナリ引受人カ其手形行爲ニ因リテ拘束ヲ受クルナリ故ニ其對手ノ最後ノ被裏書人タルト後者ノ請求ニ應シテ償還義務ヲ履行シタル者タルトヲ顧ミス振出人モ其義務ヲ履行シタルトキハ引受人ニ對シ手形上ノ債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ルナリ獨國手形法ハ第二三條第二項ニ於テ支拂人ハ引受ニ因リテ振出人ニ對シテモ手形上ノ責任ヲ負擔スヘキヲ明定ス我商法第四七一條モ亦引受人ハ償還ヲ爲シタル振出人ニ償還金額ノ支拂ヲ爲サルヘカラサルヲ示ス振出人カ自己ヲ受取人ト指定シタルトキハ受取人タル資格ニ於テ債權者タリ又裏書ニ依リテ手形ヲ取得シタルトキハ被裏書人タル資格ニ於テ債權者タリ更ニ振出人償還請求ニ應シタルトキハ亦引受人ニ對シテ手形上ノ債權者タルナリ前者ニ付テハ法律カ何等ノ明文ヲ揭ケス後者ニ付テ之ヲ明定スルハ他ナシ振出人カ他人ヲ受取人トシテ指定シタルハ自ラ支拂ヲ求ムルノ意思ヲ以テ手形ヲ發行シタルモノト云フヘカラサルノミナラス償還義務ノ履行ハ前者ノ權利發生ノ原因ニ非スシテ裏書ニ有シタル權利カ再ヒ其效果ヲ現ハスモノナレハナリ而シテ償還ヲ爲シタル裏書人及ヒ振出人ニ對シテ引受人ノ支拂フヘキ金額ハ償還請求ノ下ニ於テ說明スルヲ便トス(四七一條)

引受人ハ主タル債務者トシテ手形金額支拂ノ義務ヲ負擔ス故ニ所持人カ拒絶證書作成ノ期間內ニ手形ヲ呈示セス支拂拒絶ノ場合ニ於テ拒絶證書ヲ作ラシメサルモ引受人ニ對スル權利ヲ失フコトナシ我舊商法ハ引受人ニ對シテ權利ヲ保存スルニハ支拂ヲ求ムルカ爲メノ呈示及ヒ拒絶證書ノ作成ヲ必要トセサルヲ明定セリ(舊商法七七八條)外國法ニ於テ斯ノ如キ規定ヲ設ケタルノ例アリト雖モ既ニ引受人ノ主タル債務者ナルヲ認ムル以上ハ敢テ明文ヲ俟タサルナリ此理ハ約束手形ノ振出人ニ應用スヘキハ亦明カナリ(大審院判決錄第一〇輯第八卷三〇一頁、第一一輯第六卷二九八頁、同第九卷四七一頁)支拂擔當者ノ記載アル爲替手形ノ引受人及ヒ約束手形ノ振出人ハ償還義務者ニ非サルモ手續ノ欠缺ニ因リテ其義務ヲ免ル(四九〇條二項、五二九條)

第四節　單純ナラサル引受

單純ナル引受トハ手形所載ノ文言ニ從テ爲ス引受ノ謂ニシテ支拂人引受ヲ爲スニ當リ唯其旨ヲ記載シテ何等變更ヲ加フルノ意思ヲ手形ニ表示セサルトキハ則チ單純ナル引受ナリ手形ノ取得者ハ之ニ記載セル文言ニ從ヒテ引受及ヒ支拂アルヘキヲ豫期セルカ故ニ單純ナル引受アリタルトキハ所持人ハ之ヲ以テ滿足セサルヘカラス之ニ反シテ支拂人引受ヲ爲スニ當リ體樣ヲ變シタルトキハ(滿期日、支拂地ニ變更ヲ加ヘタルカ如シ)所持人ハ手形取得ノ際期待セル支拂ヲ得ル能ハサルノ位地ニ在ルモノニシ

テ之ヲ以テ所持人ヲ檢束スヘカラサルハ言ヲ俟タス所持人ニ於テ拒絶ノ場合ト同シク前者ニ對シテ擔保ノ請求ヲ爲スヲ得ルハ當然ノ結果ナリ前者ハ亦手形所載ノ文言ニ從ヒテ引受及ヒ支拂アルヘキヲ擔保スルカ故ニ單純ナラサル引受アリタル場合ニ於テハ寧ロ其擔保義務履行ノ條件備ハレリト云フヘキナリ是レ第四六九條第二項ニ於テ支拂人カ單純ナル引受ヲ爲ササリシトキハ其引受ヲ拒絶シタルモノト看做スト規定シタル所以ナリ單純ナラサル引受ハ所持人ノ之ヲ認諾シタルト否トノ別ナク法律ニ於テ之ヲ引受ノ拒絶ト看做ス法律上引受ノ拒絶ナリ故ニ前者ニ對シテ擔保ヲ請求スルト否トハ所持人ノ自由ニシテ更ニ引受ヲ求ムルカ爲メニ手形ヲ呈示シ單純ナル引受ヲ得サル場合ニ於テ擔保請求權ヲ行ヒ又滿期日到來ノ後支拂ヲ求ムルカ爲メニ手形ヲ呈示シ其所載ニ從ヒテ支拂ヲ得サル場合ニ於テ償還請求權ヲ行フヲ妨ケサルナリ

單純ナラサル引受ノ效力ニ付テハ外國法ノ主義一ナラス其手形上ノ效力ヲ認メサルハ佛、白、蘭、西、葡等ノ法律ニシテ「スカンヂネービヤ」法ハ之ヲ單純ナル引受ト看做ス二者共ニ不可ナリ(s. Grunhut II §. 101 n. 4, vgl. Lyon IV ur. 207)我商法ハ獨、勾、伊、英、瑞等ノ法律ト同シク引受人ヲシテ其單純ナラサル引受ノ文言ニ從ヒテ責任ヲ負擔セシムルノ主義ヲ採用シタリ(四六九條二項)蓋シ支拂人ハ手形上ノ法律關係ニ立タサルモノニシヲ特ニ引受ヲ爲シテ手形上ノ債務ヲ負擔スヘキノ意思ヲ表示シタルトキハ縱令其引受ハ手形所載ノ文言ト異ナルアルモ其效力ヲ認メ以テ引受人ヲ拘束スルハ却テ其意思ニ副フモノナレハナリ然レトモ其拘束力ハ唯引受人ニ付テ之ヲ認ムルノミ振出人及ヒ裏書人ノ地位ニ變動ヲ及ホスヘキニ非ス其擔保義務ハ手形ニ記載シタル文言ヲ標準トシテ之ヲ爲スヘキナリ今支拂人引受ヲ爲スニ當リ滿期日ヲ變シタル場合ニ於テ所持人カ振出人ノ記載セル滿期日及ヒ其後二日內ニ支拂

ヲ求ムルカ爲メニ手形ヲ呈示セサルトキハ前者ハ其義務ヲ免ルルニ至ルナリ其支拂地ヲ變シタル場合ニ於テモ所持人前者ニ對スル手形上ノ權利ヲ保全セント欲セハ振出人ノ記載セル支拂地ニ於テ呈示及ヒ拒絶證書作成ノ手續ヲ爲ササルヘカラス之ヲ要スルニ引受ニ記載シタル滿期日又ハ支拂地ハ前者ノ擔保義務ヲ左右スルノ效力ヲ有セサルナリ

前述セル如ク支拂人ハ引受ニ制限ヲ加フルヲ得テ法律モ亦其制限ノ效果ヲ認ムト雖モ所持人ノ擔保請求權ヲ動カササルヲ一般ノ原則トス單純ナラサル引受ニシテ所持人ヲ拘束スルモノ二アリ

第一　一部引受即チ手形金額一部ノ引受(Teilaccept; partial acceptance)ハ所持人ヲ拘束スルノ效力ヲ有ス其所持人ヲ拘束スルハ唯殘額ニ付キ前者ニ對シテ擔保ヲ請求スルヲ得一部引受ヲ拒絶スルモ其金額ニ付テハ擔保請求權ヲ行フヲ得サルノ謂ナリ(四六九條一項、四七四條二項)一部引受ノ場合ニ於テモ其殘額ニ付キ擔保請求權ヲ行フト否トハ所持人ノ自由ニシテ之ヲ行ハサルモ他日支拂拒絶ノ場合ニ於テ償還請求權ノ行使ヲ損傷スルコトナキナリ

一部引受ノ拘束力ハ外國法ノ一般ニ認ムル所ナリ英法ハ之ヲ認諾スルヲ所持人ノ權利トスルノミ

第二　支拂場所(gahlstelle)ノ記載モ亦所持人ヲ拘束ス我商法第四七二條ニ於テ「支拂人ハ引受ヲ爲スニ當リ爲替手形ニ其支拂地ニ於ケル支拂ノ場所ヲ記載スルコトヲ得」ト明定ス即チ所持人ハ之ヲ引受ノ拒絶ナリトシ前者ニ對シテ擔保請求權ヲ行フヲ得サルナリ支拂ノ場所記載ノ效果ニ至リテハ獨國學者必スシモ其說ヲ同シウセス引受人ハ絶對的支拂ノ義務ヲ負擔スルカ故ニ拒絶證書作成ノ期間內ニ於ケル支拂呈示及ヒ拒絶證書ノ作成ヲ必要トセサルハ既ニ說明シタル所ニシテ固ヨリ支拂ノ場所ニ於テ手形ヲ呈示スルヲ引受人ノ義務ノ條件トスヘカラサルハ明カナリ而シテ被呈示者及ヒ拒絶

者ノ引受人タルコト及ヒ支拂ノ場所ニ於テ引受人ヲ拒絶者トシテ拒絶證書ヲ作ラシムヘク予ハ我大審院カ約束手形ノ振出人カ特定ノ銀行ヲ支拂ノ場所トシテ指定シタル場合ニ於テ「支拂ノ場所ニ於テ振出人ニ呈示シ拒絶證書作成ノ手續ヲ爲スヘシ振出人其場所ニ在ラサルトキハ面會スルコト能ハサリシ理由ニ依リテ拒絶證書ヲ作ラシムヘク銀行員ニ對シテ呈示ヲ爲シ其支拂拒絶ヲ證スルモ前者ニ對スル手形上ノ權利ヲ保全スルニ足ラス」ト判決シタルニ全然贊成ノ意ヲ表ス(大審院判決錄第一〇輯第一五卷七五七頁)(vgl. Grunbut II § 101 s. 223, 224, Bernstein Zusatz zu Art 24, zu Art, 43 § 5)支拂ノ場所ノ記載ハ引受ノ制限ト解セサルヲ學者ノ定說トス然レトモ其場所ニ於テ呈示ヲ爲シ拒絶證書ヲ作ラシムルヲ前者ニ對スル償還請求權ノ條件トセハ理論ニ於テハ之ヲ單純ナラサル引受ノ一種トスルヲ正當ナリト信ス

以上說明シタルモノノ外單純ナラサル引受ハ引受ノ拒絶ニシテ所持人ハ擔保請求權ヲ行フヲ得ルナリ然レトモ其制限ノ種類如何ヲ問ハス之ヲ有效トシ引受人ヲ拘束スルヤ否ヤニ付テハ亦學說區區ナリ予ハ手形ノ本質ニ反スル制限ヲ加ヘテ引受ヲ爲シタルトキ啻ニ其制限カ無效ナルノミナラス引受ヲシテ無效ニ歸セシムルモノト解セント欲ス例セハ商品ヲ引渡スヘシトシ若クハ支拂ヲシテ反對給付ニ繫ラシムルカ如シ條件附ノ引受若クハ割拂ノ引受ハ法律カ單純ナル支拂ノ委託及ヒ一定ノ滿期日ヲ手形發行ノ形式ト定メタル趣意ヨリ推論シテ引受行爲ヲ無效ナラシムルモノト斷定セサルヘカラス(Grünhut II § 101 s. 220, 221, Staub zu Art. 22 §6, Wächter § 71 s. 306, Beyer Z. F. A. R. XXXIVs. 38, Dernburg B. R. II § 263 s. 278, a.b.w. Bernstein zu Art. 22 § 1,2 v. Canstein § 19 s. 273 n. 23, Thöl § 83 s. 295)左ニ制限ノ主要ナルモノニ付テ簡單ナル說明ヲ加ヘントス欲ス

一　滿期日ノ變更　支拂人引受ヲ爲スニ當リ滿期日ヲ變更スルモ其變更カ前者ノ擔保義務ノ繼續期間ヲ伸長シ若クハ短縮スヘカラサルハ論ナク唯引受人其引受ニ記載シタル滿期日ニ從テ支拂ノ義務ヲ負擔スルノミ引受人ニ付テハ此滿期日ヲ基礎トス故ニ引受人カ供託ニ依リテ其義務ヲ免ルルモ其滿期日ニ依ル拒絶證書作成期間ノ經過後ナラサルヘカラス(四五八條)今引受人滿期日ヲ延長シタル場合ニ於テ所持人前者ニ對スル償還請求權ヲ保全セント欲セハ手形ニ記載シタル滿期日ニ從ヒテ呈示及ヒ拒絶證書ノ作成ヲ爲ササルヘカラス又滿期日ヲ短縮シタル場合ニ於テ其期日ニ呈示及ヒ拒絶證書ノ作成ヲ爲スモ前者ニ對スル償還請求權ヲ保全スルニ足ラサルナリ

二　支拂地ノ變更　振出人カ支拂地ヲ記載セサルトキハ手形ニ記載シタル支拂人ノ住所地ヲ以テ手形ノ支拂地トス(四五二條)此場合ニ於テ支拂人引受ヲ爲スニ當リ特別ノ支拂地ヲ記載シタルトキハ固ヨリ之ヲ他地拂手形ナリトスヘカラス前者ニ對スル遡求權ニ付テハ本來ノ支拂地ヲ標準トスヘキハ論ナク引受人ハ手形ニ記載シタル支拂地ニ於テ拒絶證書ノ作成ナキモ其義務ヲ免ルルヲ得ス第四九〇條第二項ハ此場合ニ適用スヘカラサルナリ

三　裏書ノ禁止　支拂人引受ヲ爲スニ當リ裏書ヲ禁止シタルトキハ其引受ノ當時ニ於ケル所持人ニ對スル人的抗辯ヲ利用セントスルノ意思ト解セサルヘカラス

四　支拂人引受ヲ爲スニ當リ手形ニ記載シタル金額ヲ超エテ大ナル金額ヲ記載シタルトキハ如何之ヲ有效トスルハ「グリューンフート」(II § 101 s. 226)「レーマン」(§115 s. 452)又手形ニ記載シタル金額ノ限度ニ於テ有效ナリトスルハ多數學者ノ說ニシテ予モ亦之ヲ是ナリトス

0517

第四章　保證

主タル手形行爲アリテ之ニ因リテ生シタル債務ヲ擔保スルノ目的ヲ以テ從タル手形行爲ヲ爲シタルトキハ其行爲ヲ稱シテ保證(Wechselbürgschaft, Aval)ト云フ其從タル債務ナルヲ表示シタルモノ即チ固有ノ意義ニ於ケル保證ニシテ學者之ヲ公然ノ保證ト稱スルヲ例トス(offene Bürgschaft)蓋シ隱レタル保證(verstekte, verkleidet Bürgschaft)ニ對スル名稱ナリ保證ハ手形上ノ債務者ヲ增加シ手形ノ擔保力ヲ增進シ從ヒテ債權者ノ權利ヲ確實ナラシムルノ觀アリト雖モ從タル債務ノ存スル事實ハ主タル債務者ノ不信用ヲ公表シ手形ノ流通力ヲ減殺スルノ嫌アリ故ニ實際ニ於テハ保證ヲ表示スルヲ避ケ他ノ手形行爲ノ形式ヲ選ミ以テ其目的ヲ達スルヲ常トス試ニ其方法ヲ例擧セハ甲手形ヲ發行シ之ヲ乙ニ交付セントスルニ當リ乙若シ甲一人ノ手形行爲ヲ以テ滿足セサルトキハ丙ヲシテ甲ヲ支拂人トシテ手形ヲ發行セシメ甲引受ヲ爲シタル後之ヲ乙ニ交付ス此場合ニ於テハ丙ハ振出人トシテ擔保義務ヲ負擔ス又丙ヲシテ丁ヲ支拂人トシ甲ヲ受取人トシテ手形ヲ發行セシメ甲裏書ヲ爲シテ之ヲ乙ニ交付スルトキハ丙ハ又振出人トシテ乙ノ權利ヲ確實ナラシム又甲振出人ト爲リ丙ヲ受取人トシテ指定シ之ニ裏書ヲ爲サシメ丙ヲ支拂人トシテ之ニ引受ヲ爲サシメ其他丙ヲシテ手形ヲ發行セシムル等皆保證ノ目的ヲ達スルノ方法タラスンハアラス凡ソ是等ノ場合ニ於テハ保證ヲ爲サントスル者ハ引受、裏書、振出ノ行爲ヲ爲シ以テ手形上ノ債務ヲ負擔ス然レトモ此實質的意義ニ於ケル保證ハ所謂對內關係ニ於テ從タル債務ノ性質ヲ有スルニ過キス第三者ニ對スル關係ニ於テハ手形ニ記載シタル文言カ決定力ヲ有スルカ故ニ從タル債務ノ效果ヲ現ハササルナリ即チ手形上ノ法律關係ヲ以テ論スレハ隱レタル保證ニ非スト謂ハ

サルヘカラス

保證ハ從タル手從行爲ナリ故ニ數人カ振出人ト爲リ裏書人ト爲リ若クハ支拂人トシテ引受ヲ爲シタル場合ト區別セサルヘカラス此等ノ場合ニ於テハ數人皆主タル手形行爲者ニシテ各自其手形行爲ニ因リテ振出人、裏書人若クハ引受人トシテ獨立シテ債務ヲ負擔ス其一人ノ行爲カ無效ナルトキト雖モ他ハ依然トシテ振出人タリ裏書人タリ又引受人タリ之ニ反シテ保證ノ場合ニ在リテハ一ハ主タル手形行爲ニシテ一ハ從タル手形行爲ナリ故ニ主タル手形行爲ナク主タル債務ナキトキハ保證ハ亦其效力ヲ生セサルナリ然レトモ保證カ從タル行爲トシテ主タル行爲ノ存在ヲ前提トスルハ手形ノ外觀ニ於テ之ヲ謂フノミ即チ形式ニ於テ完全ナル行爲アレハ其僞造ナルトキ若クハ無能力者ノ行爲ニシテ取消サレタルトキト雖モ保證ノ效力ヲ傷クルコトナキナリ故ニ學者保證人ハ手形ニ記載スル所ニ從ヒテ責任ヲ負擔スト云ヒ又主タル手形行爲ノ形式的存在(formelles Vorhandensein)ヲ必要トスルノミニシテ實質的效力(materielle Giltigkeit)ヲ前提トセスト云フ我商法第四九七條ニ於テ「主タル債務カ無效ナルトキト雖モ保證人ハ主タル債務者ト同一ノ責任ヲ負フ」ト定メタルハ亦此意ニ解セサルヘカラサルナリ其「債務カ無效ナルトキト雖モ」ハ極メテ汎博ナル文字ニシテ形式ノ欠缺ヲモ包含スルカ如シト雖モ斯ノ如ク解スルハ保證ノ從タル性質ニ反ス而シテ形式的存在ヲ以テ足レリトスルハ手形行爲ノ法律上ノ特質ヨリ來ルナリ

保證ハ主タル手形行爲ノ實質的效力ヲ前提トセサルハ前述セルカ如シ而シテ其從タル性質ヲ有スト論スルハ

一　主タル手形行爲ナキトキ若クハ主タル債務存在セサルトキハ保證ハ亦其效力ヲ生セス數人カ唯保

一　證人トシテ署名シタルハ前者ノ例ナリ裏書人手形上ノ責任ヲ負擔セサルヲ記載シ裏書ニ間斷アル場合ニ於テ其間斷後ノ裏書ニ保證人トシテ署名シタルカ如キハ後者ノ例ナリ

二　所持人カ主タル債務者ニ對シテ其手形上ノ權利ヲ保全スルノ行爲ヲ爲シタルトキハ其行爲ノ效果ハ當然保證人ニ及フ又所持人其行爲ヲ爲サザルトキハ保證人ニ對スル權利ヲモ併セテ失フナリ

三　主タル債務者ニ對スル時效ノ中斷ハ保證人ニ對シテ其效力ヲ生ス（民四五七條二項）（R. A. Grunhut II § 76 s. 29, Staub zu Art. 81 § 6, Bernstein § 1, 3 a. s. 394）

四　主タル債務者其債務ヲ履行シ其他債務消滅ノ原因生シタルトキハ保證人ノ債務ハ自ラ消滅セサル（カラス）

五　保證人ハ主タル債務者ニ屬スル抗辯ヲ利用スルコトヲ得（民四五七條二項）

第一　保證ノ方式　保證ハ手形行爲トシテ手形ニ署名スルヲ必要トス外國ノ法律中手形以外ノ書面上ノ陳述（par acte separé）ヲ以テスルヲ認ムルモノアリ（佛、蘭、白、葡法ノ如シ）我舊商法モ亦之ニ倣ヘリ（舊商法七五二條）ト雖モ現行法ハ獨、伊、瑞、伊法ト同シク手形行爲ニ關スル一般ノ原則ニ從ハシム然レトモ保證ハ必スシモ手形其モノニ之ヲ爲スヲ要セス主タル手形行爲ノ傍ニ署名スルヲ通例トスト雖モ主タル署名手形ノ表面ニ在リテ保證ハ其裏書ニ爲シ若クハ謄本、補箋ニ爲スヲ妨ケス（四九七條）要ハ保證タルノ意ヲ明カニスレハ足ル

第二　保證ノ效力　保證人ハ主タル債務者ト同一ノ責任ヲ負擔ス（四九七條）保證債務ハ其成立ニ於テ主タル債務ト相關セサルモ保證人ノ債務ハ主タル債務ト其效力ヲ一ニス振出人ノ保證人ハ後者ノ全員ニ對シ裏書人ノ保證人ハ被裏書人及ヒ其後者ノ全員ニ對シテ振出人裏書人ト同一ノ債務ヲ負擔シ引受人ノ保證人ハ振出人ニ對シテモ債務者タリ又引受人ノ保證人ハ拒絕證書ノ作成ナシト雖モ其義務ヲ免ルルコトナク其債務ハ三年ノ時效ニ因リテ消滅スヘク裏書人ノ保證人ハ裏書人カ拒絕證書ノ作成ヲ免除シタル場合ノ外其作成ナキニ因リテ義務ヲ免ル保證人カ分別ノ利益、檢索ノ利益若クハ後訴ノ利益ヲ有セサルハ當然ナリ（大審院判決錄第一〇輯第八卷三〇一頁）然レトモ予ハ保證人ヲ目シテ連帶債務者トセス人動モスレハ保證ノ商行爲ナルノ故ヲ以テ第二七三條第二項ニ依リ保證人ヲ連帶債務者ト解ス是レ手形行爲ノ本質ニ反スルノ論ナリ

第三　主タル債務者　保證人ハ何人ノ爲メニ保證ヲ爲スカヲ手形ニ記載スルハ固ヨリ普通ノ事例ナリ其之ヲ明示セサル場合ニ於テハ引受アル爲替手形ニ付テハ引受人ノ爲メニシタルモノト看做シ未タ引受アラサルトキハ振出人ノ爲メニシタルモノト看做ス（四九八條）是レ伊、伊、羅、葡法ノ採ル原則ニシテ我商法ハ反證ヲ許ササルナリ主タル債務者ヲ明示セサル場合ニ於テ保證ヲ無效トスレハ即チ己ム苟モ之ヲ有效ナリトスレハ法律ニ於テ其效力ヲ限定スルヲ可トス反證ヲ認ムルハ證券的權利ノ思想ニ悖リ善意ノ取得者ノ利益ヲ損スルノ結果ヲ生スヘシ（vgl. Grunhut II § 76 s. 26, 27 約束手形ニ在リテ主タル債務者ヲ示ササルトキハ振出人ノ爲メニ保證ヲ爲シタルモノト解スヘキハ第五二九條ニ於テ第四九八條ヲ準用シタルニ依リテ明瞭ナリ

第四　保證人ノ權利　保證人其債務ヲ履行シタルトキハ所持人カ主タル債務者ニ對シテ有セシ權利及ヒ主タル債務者カ其前者ニ對シテ有スヘキ權利ヲ取得ス（四九九條）償還義務者其義務ヲ履行シタルトキハ新ニ權利ヲ取得スルニ非スシテ嘗テ被裏書人トシテ有シタル地位ヲ回復シ舊權利再ヒ其效果ヲ現ハスモノナルハ既ニ說明シタルカ如シ此理ハ保證人カ其義務ヲ履行シタル場合ニ應用スヘカラ

サルヲ以テ保證人ハ獨立ノ權利ヲ有セスト云ヒ或ハ手形上ノ債權者ニ非スト云フハ獨國學者ノ定說トス(Grunhut II § 76 s. 30, Staub zu Art. 81 § 16, Bernstein § 1, 3, d) s. 4306, a. A. v. Canstein § 21 s. 316) 然レトモ我商法ノ解釋トシテハ保證人ハ法律ノ規定ニ依リテ所持人カ主タル債務者ノ前者及ヒ引受人ニ對シテ有シタル權利ヲ取得スト論セサルヘカラス又保證人ト主タル債務者トノ間ニ於ケル關係ハ手形上ノ關係ニ非ストスルヲ獨國手形法ノ解釋トスト雖モ我商法ノ規定ニ依レハ保證人ハ主タル債務者ニ對シテ有シタル所持人ノ權利ヲ取得スルカ故ニ亦手形上ノ債權者ト云ハサルヘカラス唯主タル債務者ハ實質上ノ關係ニ基キテ直接ノ請求者タル保證人ニ對シテ有スル抗辯ヲ利用スヘキノミ(四四〇條)

第五章　支拂

第一節　支拂ヲ求ムルカ爲メニスル呈示

爲替手形ハ支拂人若クハ引受人カ其手形ニ記載シタル住所地ニ於テ支拂ハルヘキヲ通則トシ他地拂手形ニ在リテハ手形ノ支拂地ニ於テ支拂ハルヘキナリ約束手形ニ在リテハ特ニ支拂地ノ記載ナキトキハ振出地ニ於テ又他地拂手形ナルトキハ支拂地トシテ指定セラレタル場所ニ於テ支拂ハルヘキナリ而シテ他地拂爲替手形ノ支拂ヲ爲スヘキ者ハ引受人又ハ支拂擔當者トシテ振出人若クハ引受人ニ於テ指定シタル者ニシテ他地拂約束手形ニ在リテハ振出人若クハ其指定セル支拂擔當者支拂ヲ爲スノ地位ニ在リ此等支拂ヲ爲スヘキ者ハ或ハ債務者タリ或ハ債務者タラスト雖モ所持人ハ法定又ハ手形ニ記載シタル支拂地ニ於テ支拂ヲ受クルノ權利ヲ有スルナリ而シテ所持人支拂ヲ得ント欲スレハ自ラ支拂ヲ爲スヘキ者ニ就キ手形ト交換的ニ支拂ヲ求ムルノ目的ヲ以テ手形ヲ呈示セサルヘカラス之ヲ支拂ヲ求ムルカ爲メニスル呈示ト稱ス

支拂ヲ求ムルカ爲メニスル呈示ノ法律上ノ效果二アリ

第一　爲替手形ノ引受人又ハ約束手形ノ振出人ハ履行期日ノ到來ト共ニ遲滯ノ責ニ任スルニ非ス履行期日到來ノ後所持人カ手形ヲ呈示シテ履行ノ請求ヲ爲シタル時ヨリ始メテ遲滯ノ責ニ任ス民法第四一二條第一項ノ„dies inter-pellat prolonine"ノ原則ハ手形ニ適用スルヲ得サルナリ(二七九條、二八〇條)凡ソ流通ヲ目的トスル證券ニ在リテハ權利ノ主體ハ常ニ變動シ債務履行ノ期日ニ於テ證券ニ表スル權利ノ取得者ノ誰タルカハ債務者ノ知ル能ハサル所ニシテ呈示ト稱スル特定ノ催告行爲アリテ始メテ債權者ノ何人ナルカヲ知リ之ニ對シテ履行ヲ爲スヲ得ヘキナリ手形ノ所持人ハ之ヲ交付スルノ意思ヲ以テ交換的ニ支拂ヲ求ムルヲ得ヘク(四八三條一項)又債務者ハ呈示者ノ果シテ最後ノ被裏書人トシテ手形ニ表セラルル者ト同一人ナルヤ否ヤヲ調査スルノ義務ヲ有スル者ニシテ其呈示ニ先チテ既ニ遲滯ノ責ニ任セシムヘカラサルナリ(大審院判決錄第一一輯第一五卷八九六頁)學者手形ヲ呈示證券(Präsentationspapiere)ノ一トシ若クハ受戻證券(Einlösungspapier)ト稱スルハ此趣意ヲ示スノ文字タリ之ヲ要スルニ引受人ハ手形ノ呈示アリタル後始メテ遲延利息及ヒ費用ヲ支拂フヘキニ至ルナリ

第二　支拂ヲ求ムルカ爲メニスル呈示ハ所持人ノ償還請求權保全ニ必要ナル行爲ナリ前者ハ所持人カ正當ノ呈示ヲ爲シタル場合ニ於テ全部若クハ一部ノ支拂ヲ得サルヲ條件トシテ其義務ヲ履行スヘキモノナレハナリ茲ニ一言スヘキハ呈示ハ溯求權ノ保全條件タルニ過キス呈示ニ因リテ權利ヲ取得ス

0520

ルニ非ス我邦ノ手形法ヲ論スル者動モスレハ呈示ハ償還請求權ノ發生條件ナリト云フ其謬レルハ說明ヲ俟タスシテ明カナリ

爲替手形ノ引受人及ヒ約束手形ノ振出人ハ絕對的主タル債務者ニシテ之ニ對スル權利ノ保全行爲ナルモノ在ラサルナリ然レトモ支拂擔當者ノ記載アル他地拂手形ノ引受人及ヒ振出人ハ普通ノ償還義務者ノ如ク呈示ヲ前提トシテ其義務ヲ履行ス所持人ハ支拂地ニ於テ支拂擔當者ニ手形ヲ呈示スヘク之ヲ爲ササルトキハ引受人及ヒ振出人モ其義務ヲ免ルルナリ(四九〇條、五二九條)支拂擔當者ノ記載アルトキハ先ツ其者ヲシテ支拂ヲ爲サシメ其支拂拒絕ノ場合ニ於テ引受人又ハ振出人其義務ヲ履行スルノ意思ヲ表示シタルモノト云フヘク所持人之ヲ知リテ手形ヲ取得シタリト云ハサルヘカラス而シテ所持人呈示ヲ爲ササル場合ニ於テ其義務ヲ免ルルハ其主タル理由資金ノ關係ニ在リテ恰モ爲替手形ノ振出人ト同一ノ地位ニ在レハナリ然レトモ引受人及ヒ振出人ハ償還義務者ニ非ス唯其義務ノ體樣ニ於テ相同シキノミ「チェール」ハ引受人ヲ見ルニ支拂擔當者ヲ支拂人トシテ發行シタル手形ノ振出人トシ以テ純然タル償還義務者ト解スルカ如シ(§ 162 s. 643 ff.)ト雖モ學者概ネ之ニ贊同セス(Grunhut II § 102 s. 131 Staub zu Art. 43 § 5, Bernstein § 3, 2 u. s. w)

第二節　支拂ノ時期

滿期日ハ手形金額ノ支拂アルヘキ日ニシテ之ヲ指定スルノ方法ニ依リテハ定日手形、日附手形、一覽手形及ヒ一覽後定期拂手形ノ四種ニ區別スヘキハ既ニ說明シタル所ナリ而シテ一覽拂手形ハ支拂ヲ求ムルカ爲メニ之ヲ呈示シタル時ニ於テ支拂ヲ爲スヘク其他ノ手形ニ在リテハ確定セル日、日附後確定セル期間ヲ經過セル日若クハ一覽後確定セル期間ヲ經過シタル日カ各滿期日ニシテ或ハ振出人カ手形ニ記載スル所ニ依リ或ハ引受ノ日附ニ依リ滿期日ハ手形ノ示ス所ナリ此期日ニ於テ所持人ハ支拂ヲ求ムルヲ得ヘク被呈示者債務者ナルトキハ此期日ニ於ケル所持人ノ請求ニ應シテ支拂ヲ爲ササルヘカラサルナリ獨國手形法ハ滿期日(Verfalltag)ト支拂日(Zahlungstag)トヲ區別シ前者ハ手形所載ノ日ニシテ後者ハ所持人ニ於テ支拂ヲ請求スルヲ得テ債務者ニ於テ支拂ヲ爲ササルヘカラサル日ナリ滿期日カ日曜日其他祭日ナルトキハ其翌日ヲ以テ滿期日トス我法律ハ此區別ヲ認メス期間ノ末日カ滿期日トシテ休日ニ當ルトキハ其翌日ヲ以テ滿期日トスルナリ(民一四二條)立法論トシテモ支拂日ヲ格別ノ觀念トシテ規定スルノ理由ヲ發見セス

所持人ハ滿期日其日ニ於テ支拂ヲ求ムルカ爲メニ手形ヲ呈示シ其日ニ於テ亦拒絕證書ヲ作ラシムルヲ得恩惠期日其他猶豫時間ハ我商法ノ認メサル所ナリ英法ハ一覽拂手形ヲ外ニシテ手形ニ反對ノ記載ナキトキハ三日ノ恩惠期日(three days of grace)アルモノトシ勾國手形法ハ支拂日ノ正午前ニハ支拂ヲ爲スヲ要セストシ西、葡法ハ日沒ニ至ルマテ支拂ノ猶豫ヲ認メ其他佛、蘭、白等ノ法律ハ滿期日ノ翌日始メテ拒絕證書ノ作成ヲ許シ自ラ一日ノ猶豫ヲ認ム我舊商法ニハ獨國手形法第三三條ニ倣ヒ第七五五條第二項ニ「支拂恩惠期日ハ之ヲ許サス」ト明定シタルモ現行商法ハ當然ナリトシテ之ヲ削除シタリ支拂拒絕證書作成ノ期間ハ恩惠期日ト混視スヘカラス何トナレハ所持人償還請求權ヲ保全スルニハ必スシモ滿期日ニ手形ヲ呈示スルヲ要セストノ謂ニシテ債務者ニ猶豫ヲ請求スルノ權利ヲ付與シタルニ非サレハナリ

一覽拂手形ハ所持人カ支拂ヲ求ムルカ爲メニ其呈示ヲ爲シタル時ニ於テ滿期日ト爲ル則チ呈示ノ日ヲ

以テ滿期日トスルナリ而シテ其呈示ハ一年ヲ以テ法定ノ期間トシ振出人ハ一年ヨリ短キ期間ヲ記載シテ呈示ヲ爲スヘキヲ命スルコトヲ得ヘク所替人其期間ヲ遵守セサルトキ前者ニ對スル手形上ノ權利ヲ失フ(四八二條)ハ既ニ說明シタルカ如ク玆ニ一言セント欲スルハ一覽拂手形ノ引受ヲ認ムルヤ否ヤノ問題ナリ抑一覽拂手形ハ呈示ノ時ニ於テ滿期ト爲リ所持人ハ呈示期間內何時ニテモ手形ヲ呈示シテ支拂ヲ求ムルヲ得ルカ故ニ先ツ引受ヲ求メ然ル後更ニ呈示シテ支拂ヲ求ムルハ徒ニ無用ノ手數ヲ勞スルノミナラス即時ノ支拂要求ニ代ヘテ特ニ支拂ノ債務ヲ以テ滿足スルハ寧ロ迂愚ノ策ト稱セサルヘカラス我商法ニ於テ一覽拂手形ノ引受ヲ揭ケス又第四八二條ニ於テ引受人ニ對スル權利ニ付キ何等定ムル所ナキハ洵ニ以アルナリ然レトモ一覽拂手形ノ呈示ハ支拂ヲ求ムルノ目的ヲ以テセサルヘカラサルノ理由ナク理論ニ於テハ其引受ヲ想像スルヲ得サルニ非ス恰モ一覽拂ノ小切手ニ保證(手形行爲トシテ手形上ノ效力ヲ有セサルモ)ヲ爲スカ如シ獨國ノ學者亦引受ノ有效ナルヲ認ム既ニ引受ノ效力ヲ認ムルトキハ更ニ進シテ說明セサルヘカラサル問題二アリ

第一　所持人呈示期間ヲ遵守セサルトキハ引受人ニ對シテ手形上ノ權利ヲ喪フヤ否ヤ　此問題ニ付テ「レーマン」ハ積極說ヲ主張スト雖モ予ハ獨國學者ノ定說ニ從ヒ消極說ヲ是ナリトス呈示期間ヲ遵守セサルニ權利喪失ノ制裁ヲ附シタルハ償還義務者ノ利益ヲ重ンスルカ爲メニシテ其理ハ支拂人カ引受ヲ爲シタル場合ニ應用スヘカラサレハナリ引受人ハ引受ノ拘束ヲ受ケ毫モ前者ノ償還義務ノ存續ヲ前提トスルコトナシ一覽後定期拂手形ノ支拂人引受ヲ爲シテ其日附ヲ記載セサル場合ニ於テ所持人拒絕證書ヲ作レシメサルトキハ前者ハ其義務ヲ免ルルモ引受人ハ依然トシテ支拂ノ義務ヲ負擔スルカ如シ殊ニ第四八二條ノ規定ハ約束手形ニモ適用スヘク(五二九條)所持人ハ呈示期間ヲ遵守セサルカ爲メニ振出人ニ對スル權利ヲ失フノ理ナキナリ「レーマン」ハ爲替手形ノ振出人ニ對シテ權利ヲ失フノ規定ハ約束手形ニ付テハ其振出人ニ屬スル權利喪失ノ意ナリト解ス(§95 s. 361)瑞西債務法第八二七條ハ約束手形ニ於テハ裏書人獨リ其義務ヲ免ルヘキヲ明定ス我商法モ亦斯ノ如ク解セサルヘカラス

第二　引受人又ハ約束手形ノ振出人ニ對シテハ何レノ日ヲ以テ滿期日トスヘキヤ「グリューンフート」ハ所持人ノ手形呈示ノ日ト論スルモ(I § 48 s. 383-385)予ハ其根據ヲ看取スルヲ得ス呈示期間ノ末日ヲ以テ滿期日トスル說ハ多數學者ノ採ル所ニシテ予モ亦之ヲ是認ス(Staub zu Art 31 § 5, Bernstein § 3, v. Canstein § 26 n. 40. Dernburg B. R. II § 256 n. 12, a. A. Thöl § 39 s. 175, Lehmann § 95 s. 365, Pemeud § 65 s. 212)瑞・白・伊等ノ諸法ハ各此趣意ヲ明揭ス一覽後定期拂手形ニ於テ呈示期間ノ末日ヲ以テ呈示ノ日ト看做スト理ニ於テ異ナルナキナリ若シ夫レ時效期間モ呈示期間ノ末日ヨリ三年トスヘキハ此日ヲ以テ滿期日ト看做スノ當然ノ結果ト云フヘキノミ滿期日到來前ニ於テ所持人ハ支拂ヲ求ムルヲ得サルハ論ナク又所持人ニ支拂ヲ强制スルヲ得サルハ明カナリ而シテ所持人ノ同意ヲ得テ滿期日前ニ支拂ヲ爲シタルトキハ免責ノ效果ヲ生セサルハ外國法多數ノ明定スル所ニシテ我舊商法モ之ニ倣ヒ第七五九條ニ「債權者ハ滿期日前ニ支拂ヲ受クル義務ナシ若シ滿期日前ニ支拂ヲ爲シタルトキハ債務者其危險ヲ負擔ス」ト規定シタリ現行法ハ此明文ヲ揭ケスト雖モ解釋ニ於テ異ナルヘキ理由ヲ發見セス蓋シ債務者カ所持人ノ實的資格ヲ調査セス單ニ手形ノ外觀上所謂形的資格ヲ看之ニ信賴シテ支拂ヲ爲シ以テ完全ナル免責ノ利益ヲ享受スルヲ得ルハ支拂時期到達ノ後ニ於テ其必要存スレハナリ(s. Grunhut II § 103 n.10,11)

0522

第三節　支拂ノ目的

支拂ヲ爲スニ當リ如何ナル貨幣ヲ以テスヘキカニ付キ我商法ハ明文ヲ揭ケス總テ民法第四〇二條及ヒ第四〇三條ノ定ムル所ニ從フ今其極概ヲ示セハ手形ニ特種ノ通貨ヲ揭ケ之ヲ以テ支拂ノ目的トセサルトキハ支拂ヲ爲ス者ハ其選擇ニ從ヒ支拂地ニ於ケル各種ノ通貨ヲ以テ支拂ヲ爲スコトヲ得其法貨タラサルヘカラサルハ當然ニシテ補助貨幣ハ所持人ニ於テ法定ノ金額ヲ超エテ之ヲ受領スルノ義務ナキナリ(貨幣法七條)特種ノ通貨ヲ支拂ノ目的トシテ之ヲ手形ニ記載シタルトキハ所持人ハ其通貨ヲ以テ支拂ヲ受クルノ權利ヲ有シ從テ支拂ヲ爲ス者ハ他ノ貨幣ノ受領ヲ强フルヲ得ス然レトモ其貨幣カ滿期日ニ於テ强制通用ノ效力ヲ有セサルトキハ支拂ハ他ノ通貨ヲ以テ之ヲ爲スヲ得ヘク所持人ハ之ヲ拒絶スルノ權利ナシ又外國ノ通貨ヲ以テ手形金額ヲ定メタルトキハ支拂地ニ於ケル爲替相場ニ依リ日本ノ通貨ヲ以テ支拂ヲ爲スヲ得ルナリ

第四節　一部支拂

一部支拂トハ手形金額ノ一部ノ支拂ノ謂ニシテ支拂ヲ爲ス者ノ債務者タルト否トヲ問ハス手形金額ノ全部ニ付キ引受アリタルト否トヲ問ハス所持人ニ其受領ヲ强制ス(四八四條一項)我商法ハ既ニ一部引受ノ有效ニシテ所持人ヲ拘束スルノ原則ヲ認ム所持人ニ一部支拂拒絶ノ自由ヲ與ヘサルト理ニ於テ異ナラス共ニ前者ノ利益ヲ保護スルノ趣意ニシテ而モ所持人ノ利益ヲ損傷スルコトナケレハナリ

一部支拂ノ場合ニ於テハ所持人ハ其殘額ニ付キ支拂拒絶證書ヲ作ラシメ償還請求ノ通知ヲ發シ前者ニ對シテ償還ヲ請求スルコトヲ得(四八七條、四九一條一項)所持人カ一部支拂ヲ拒絶シタルトキハ所持人ハ引受人ニ對シテハ利息及ヒ費用ヲ請求スルノ權利ヲ失ヒ(民法四一三條)前者ニ對シテハ償還請求權ヲ失フニ至ルナリ我商法ハ權利喪失ノ制裁ヲ明示セスト雖モ一部支拂ヲ認ムルノ趣意及ヒ所持人ニ拒絶ノ自由ヲ與ヘサルノ精神ヨリ斯ク推論セサルヘカラス

一部支拂ノ效力ハ唯所謂手形金額ニ付テ之ヲ論スルノミ故ニ振出人裏書人一部支拂ヲ爲サントスル場合ニ於テハ所持人之ヲ拒絶シ爲メニ何等損失ヲ被ルコトナキナリ

約束手形ノ一部支拂ニ付テハ亦前述スル所ヲ應用スヘキナリ(五二一九條、四八四條、四八七條、四九一條)

重ネテ說明スルノ要ナシ

第五節　所持人ノ資格

凡ソ手形ノ所有權ヲ取得シ手形上ノ債權者タルニハ惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ手形ノ占有ヲ取得スルヲ必要トシ又手形ノ外觀ニ於テ受取人若クハ最後ノ被裏書人トシテ手形ニ指定セラレタル者ナラサルヘラサルハ曩ニ說明シタル所ナリ前者ハ實質的ノ意義ニ於テ權利者タルヲ表スルモノナルカ故ニ之ヲ實的條件ト稱シ後者ハ實質的ノ連鎖ノ如何ヲ問ハス手形ノ形式ニ於テ權利者タル者トシ推定セラレタル者ナルヲ表スルニ過キサルヲ以テ之ヲ形的條件ト稱スルヲ得ヘシ此二箇ノ條件ヲ具備スル者ハ完全ナル所有者ナリ完全ナル債權者ナリ

一　實的條件　實的條件トハ惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ手形ヲ取得シタルノ謂ナリ其惡意又ハ重大ナル過失ノ有無ハ手形取得ノ當時ヲ以テ決スヘキハ第四四一條ノ明示スル所ニシテ惡意トハ手形

0523

授者ノ無能力ナルコト其手形ノ所有者ニ非ス若クハ手形處分ノ權能ヲ有セサルヲ知ルカ如キヲ謂ヒ手形僞造變造ノ事實ヲ知ルモ(四三七條三項)亦然リ重大ナル過失トハ受者ニ於テ前掲ノ事實ヲ知ラサルカ其重大ナル過失ニ歸スヘキヲ謂フナリ又惡意若クハ重大ナル過失ハ受者ノ其直接ノ授者ニ於ケル關係ニ於テ之ヲ謂フ其直接ノ授者惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ所有者タリ債權者タル場合ニ於テハ其受者カ權利者タルヲ得サルノ理ナカルヘン

惡意又ハ重大ナル過失ナキ手形ノ取得ハ債權者タル資格ノ要件ナリト雖モ此實的權原ヲ證明スルハ所持人ノ責任ニ非サルナリ惡意又ハ重大ナル過失ノ推定スヘカラサルハ普通ノ原則ニシテ敢テ手形ニ特別ナルニ非ス大審院カ民法第四七〇條ノ規定ヲ根據トシテ「約束手形ノ振出人カ手形ノ裏書ヲ爭フ場合ニ於テ所持人ハ其裏書ノ眞正ナルコト即チ自ラ正當ノ所持人ナル事實ヲ立證スルニ非サレハ振出人ニ對シテ手形金ノ請求ヲ爲スヲ得ス」ト判決シタル(判決錄第一〇輯第一九卷一〇八五頁)ハ若シ手形流通ノ瑕瑾ナキノ證明ヲ所持人ニ負擔セシムルノ意ナリトセハ手形法ノ誤解ナリ(此判決ノ批評ニ付テハ法學新報第一五卷第五號四三頁以下參照)之ヲ要スルニ所持人ノ實的條件ハ法律ノ推定スル所ニシテ債務者其欠缺ヲ證明セサルヘカラス反證ヲ擧クルノ確信ナクシテ支拂ヲ拒絕スルハ己ノ負擔ヲ重カラシムルノ結果ヲ生ス

二　形的條件　形式的資格ハ手形ノ外觀ニ於テ所持人カ受取人若クハ最後ノ被裏書人トシテ表セラルルヲ謂フ其果シテ實質的關係ニ於テ正當ノ債權者ナルヤ否ヤハ相聯渉スルニ非サルナリ獨國ノ學者ハ(,, materielle Legitimation,", ,,formelle Legitimation,") ノ文辭ヲ用フルヲ例トス而シテ形式的資格ハ裏書ナキ手形ニ付テハ手形ニ受取人トシテ指定セラレタル者ニ屬シ裏書アル手形ニ付テハ受取人

ヨリ所持人ニ至ルマテ形式ニ於テ裏書相連續シテ所持人カ最後ノ被裏書人タルヲ示ス場合ニ於テ所持人即チ形式的資格ヲ具備スルナリ(四六四條)之ヲ裏書連續ノ原則ト稱ス詳言スレハ第一ノ裏書ハ受取人トシテ指定セラレタル者ニ出テ其他相次ク裏書ハ其直接ノ前裏書ニ於テ被裏書人トシテ指定セラレタル者ニ出テサルヘカラス其同一人ナルハ固ヨリ手形ニ明カナルヲ必要トスルモ些微ノ點ニ於テ異ナル所アルモ手形自體ニ就テ同一人タルヲ判定スルヲ得ハ必スシモ嚴格ノ符合ヲ要セス(s. Grünhut II § 85 n. 5, Staub zu Art. 36 § 9, Bernstein A § 1 s. 179, Lehmann § 103 s. 531)斯ノ如ク各裏書ニ於ケル被裏書人ハ直接ニ相次ク裏書ニ於テ裏書人タラサルヘカラサルカ故ニ苟モ被裏書人トシテ指定セラレタル者アルトキハ其裏書アルニ非サレハ後者ヲシテ權利者タラシムルヲ得サルナリ此場合ニ於テ通例裏書ニ間斷アリト稱ス而シテ裏書ニ間斷アルトキハ其間斷後ノ被裏書人ハ手形上ノ債權者タル能ハス亦裏書人ハ手形上ノ債務者タラス其間斷前ノ裏書カ相連續シ若クハ間斷後ノ裏書カ形式ニ於テ缺クル所ナキヤ否ヤヲ問ハサルナリ

各裏書ニ於ケル被裏書人ト直接ニ相次ク裏書ニ於ケル裏書人ト同一ナラサルヘカラサルハ唯手形ノ形式ニ於テ之ヲ謂フナリ獨國ノ學者(, formelle Identität," ,formeller Zusammenhang der Indossamente," ,äusserlich zusammenhängende Reihe von Indossamenten," ,Formalnatur der Wechsellegitimation.") 等ノ文辭ヲ以テ此趣意ヲ表ス故ニ所持人ノ形式的資格ニ付テハ裏書ノ眞正ナルヲ要セス裏書僞造ナルトキト雖モ裏書ノ連續ヲ傷クルコトナキナリ此點ニ於テハ僞造ノ裏書ハ眞正ノ裏書ト同一ノ效果ヲ生ス今一例ヲ擧ケテ說明スレハ被裏書人手形ヲ遺失シタル場合ニ於テ他人之ヲ拾得シ自己ノ名ヲ以テ裏書ヲ爲シタルトキハ裏書ノ連續ヲ缺クナリ之ニ反シテ拾得者カ遺失者ノ名ヲ用ヒ被裏

書人ト稱シテ裏書ヲ爲シタルトキハ形式的資格ヲ具備スルモノト云フヘキナリ其裏書人擔保義務ヲ負擔セサルハ自己ノ名ヲ以テ手形行爲ヲ爲ササルカ故ニシテ振出人他ノ裏書人若クハ引受人ノ債務ニ影響ヲ及ホササルハ手形行爲獨立ノ原則ニ照シテ明カナリ

裏書カ悉ク記名式ナルトキハ各裏書人及ヒ被裏書人ノ氏名又ハ商號カ手形ニ顯然タルヲ以テ裏書ノ連續セルヤ否ヤハ一見シテ之ヲ判定スルヲ得ヘキナリ然レトモ一度無記名式ノ裏書アリタルトキハ大ニ其趣ヲ異ニスルモノアリ無記名式ノ裏書ハ被裏書人ノ何人タルカヲ示ササルモノニシテ此裏書アリタルトキハ爾後引渡ノミニ依リテ手形ヲ移轉スルニ至ル（四五七條二項）ハ既ニ說明シタルカ如シ無記名式ノ裏書アリタル後、裏書ヲ爲スモノナク引渡ヲ以テ手形ヲ轉セルトキハ取得者ハ所持人トシテ手形上ノ權利ヲ行フヲ得唯受取人ノ裏書ヨリ無記名式ノ裏書ニ至ルマテ間斷ナキヲ必要トスルノミ然レトモ無記名式ノ裏書アリタル後ニ於テ其裏書ニ依リテ手形ヲ取得シタル者若クハ引渡ニ依リテ之ヲ取得シタル者更ニ裏書ヲ爲スコトヲ得ヘク其裏書ノ記名式ナルト無記名式ナルトヲ問ハサルナリ何レノ場合ニ於テモ無記名式ノ裏書ニ次ク裏書ニ於ケル裏書人ハ無記名式ノ裏書ニ依リテ手形ヲ取得シタルモノト看做シ（四六四條）以テ裏書連續ノ形式ヲ維持スルナリ又無記名式ノ裏書アリタルトキハ引渡ニ依リテ手形ヲ移轉シタルト否トヲ問ハス所持人ハ自己ヲ其裏書ノ被裏書人ト爲スコトヲ得（四六一條）此場合ニ於テハ次ノ裏書人ハ其被裏書人ナラサルヘカラサルハ裏書連續ノ原則ノ當然ノ結果ナリ

以上說明シタル二箇ノ條件ハ完全ナル債權者ノ資格ニ缺クヘカラサルモノニシテ裏書ヲ爲シ擔保請求若クハ償還請求ヲ爲シ支拂ヲ請求シ拒絕證書ヲ作成セシメ手形債權者トシテ其權利ヲ行フハ皆之ヲ以テ要件トス此資格ヨリ推論シテ以テ支拂者ノ調査ノ權義ヲ斷スルヲ得ルナリ

一　實的條件ノ存否ハ支拂者ニ於テ之ヲ調査スルノ權利ヲ有ス所持人カ惡意又ハ重大ナル過失アリテ手形ヲ取得シタル者ナルトキハ實質的債權者ニ非サルヲ以テ支拂ヲ拒絕セサルヘカラス然レトモ惡意又ハ重大ナル過失ハ固ヨリ推定スヘキニ非ス所持人ニ於テ手形ノ流通ニ瑕瑾ナキコト及ヒ實質的ノ連續ノ存スルコトヲ證明スルノ責任ナク之ヲ證明スルハ債務者ノ負擔ナリ

二　形的條件ノ存否即チ手形ノ外觀ニ於テ裏書ノ相連續スルヤ否ヤハ支拂者之ヲ調査セサルヘカラス裏書ニ間斷アルコト手形ニ明カナルニ拘ハラス支拂ヲ爲シタルトキハ債務者ハ眞正ノ債權者ニ對シテ更ニ支拂ヲ爲ササルヘカラサルノ危險ヲ負擔ス各裏書カ其形式ニ於テ完全ナルハ裏書ノ連續ニ必要ナルヲ以テ其存否モ亦調査セサルヘカラサルハ當然ナリ

三　裏書ノ僞造ナルヤ否ヤハ支拂者ニ於テ之ヲ調査スルノ義務ナキノミナラス之ヲ調査スルノ權利ナキナリ裏書僞造ナルモ惡意ナク又重大ナル過失ナクシテ手形ヲ取得シタル者ノ實的資格ヲ傷ケサルハ既ニ述ヘタルカ如シ故ニ所持人ノ惡意又ハ重大ナル過失ヲ立證スルヲ得ルニアラスンハ債務者ハ支拂ヲ拒ム能ハス縱令裏書ノ一カ僞造ナルヲ證明スルモ債務者ニ利スル所ナキナリ獨國手形法第三六條ハ、Die Echtheit der Indossamente zu prüfen, ist der Zahlende nichtverpflichtet. ト云フノ當然レトモ調査ノ權利ナシト解スルヲ學者ノ定說トス（Grünhut II § 107 s.259, 260, Bernstein zu Art. 36 A. § 1,2s. 181, Staub §§ 18, 25, Derburg B. R. II § 249 s. 239, s. auch Lehmann § 133, s. 535, 536, v. Canstein § 24 s. 362）

四　形的資格ヲ備ヘ實的資格ヲ缺ク者ニ爲シタル支拂ハ支拂者ヲシテ免責ノ利益ヲ享受セシム即チ支

0525

拂者ハ實的資格ノ存否ヲ調査スルノ義務ナク形的資格ノ存在ヲ調査スルヲ以テ足レリトス我商法第四六四條ニ於テ裏書連續ノ形式ヲ定メタルノ理由ハ一ハ債務者ヲシテ其形式ニ信頼シ安シテ支拂ヲ爲スヲ得セシムルニ在リト云ハサルヘカラス實質的權利者ト債務者ニ於テ免責ノ利益ヲ享受スルヲ得ルトハ別個ノ觀念ニシテ前者存セス後者獨リ存スルコトアルハ "Berechtigung" ト "Legitimation" トニ依リテ之ヲ說明スヘキナリ

五　所持人ノ眞僞ノ調査（Identitätsprüfung）トハ連續セル裏書ニ依リテ最後ノ被裏書人トシテ手形ニ表セラルル者ト手形ヲ呈示シテ支拂ヲ求ムル者トカ同一人ナルヤ否ヤ即チ呈示者ハ手形ノ形的資格者トシテ表示スルモノナルヤ否ヤノ問題ニ關ス最後ノ裏書カ無記名式ナルトキハ呈示者ハ其權利者タルト否トニ拘ハラス所謂資格者ナルヲ以テ眞僞ノ調査ヲ論スルノ要ナシ然レトモ手形ニ指定セラレタル者ニ支拂ヲ爲ササルヘカラサルハ一般ノ原則トシテ當ニ然ラサルヲ得ス支拂者ニ惡意又ハ重大ナル過失ノ責ノ歸スヘキナクシテ誤テ他人ニ支拂ヲ爲シタル場合ニ於テ免責ノ利益ヲ享クルヲ得ルヤ否ヤニ付テハ獨國手形法ニ明文ナク學者亦其說ヲ異ニス消極說ヲ主張スルハ「レーマン」（§ 133 s. 536）「ヴルンスタイン」（zu Art. 36 A. § 9, 3 s. 183）「スタウブ」（zu Art. 36 § 17）「チョール」（§ 130 s. 514）「デルンブルグ」（B. R. II § 269 s. 293）「ウヒュテル」（§ 67 s. 277）等ニシテ積極說ハ「グリューンフート」（II § 107 s. 260-262）ノ外僅ニ一二アルノミ予ハ後說ニ左袒スル者ニシテ民法第四七〇條ニ定メタル原則ヨリ推論スヘキモノト信ス

支拂拒絕ノ場合ニ於テ後者ノ請求ニ應シテ償還ヲ爲シタル者ハ當然ノ資格者ナリ償還ヲ爲シタル者ハ自己カ背テ被裏書人トシテ有シタル地位ヲ回復スルモノナルハ屢說明シタル所ニシテ固ヨリ相手方

雜錄

○大審院判例要旨

○不法相續ノ排除權者竝ニ相續無效確認ノ請求　凡ソ自己ニ家督相續權アルコトヲ主張シ他人ノ爲シタル不法相續ヲ排除セントスルニハ必スヤ家督相續回復ノ訴ニ依ルヘキモノニシテ而シテ之カ請求ヲ爲スノ權利ハ家督相續人ニ專屬スヘキモノナルコトハ民法第九百六十六條ニ徵シ明カニシテ縱令親族タリトモ家督相續人ニ非サル者ニ於テ這般ノ請求ヲ爲スコト能ハサルヤ言ヲ俟タス（中略）若シ又本件ノ請求ハ先ツ被上告人ニ對シテ相續無效ノ確認ヲ求メ該判決確定ノ上相續人選定ノタメ親族會招集ノ申請ヲ爲シ若シ上告人民法第九百八十二條ニヨリ相續人ニ選定セラレタルトキハ茲ニ始テ被上告人ニ係リ家督相續回復ノ請求ヲ提起スヘキ順序ニシテ本訴ハ右相續回復ノ訴ノ前提ヲ爲スモノナリトノ趣旨ナリトセンカ是レ家督相續ニ關スル權利關係ヲ紛亂スルモノナリ何トナレハ現實相續權ヲ有セサル親族ヨリ相續人ニ係リテ其相續ノ無效確認ヲ求メ其判決確定後ニ至リ新ニ選定セラレタル家督相續人ヨリ再ヒ右相續人ニ依リ家督相續回復ノ訴ヲ爲スコトヲ許スヘキモノトセンカ一箇ノ家督相續關係ニ付キ二箇ノ判決ヲ生シ隨テ二者互ニ矛盾衝突シ家督相續ニ關スル權利關係ハ終ニ之ヲ確定スルコト能ハサルノ虞アルヲ免レス若シ又此場合ニ於テ無效確認ニ關スル判決ハ當然其確定力ヲ後者タル家督相續回復ノ請求ニ及ホスヘキモノトセンカ已ニ相續無效ノ判決ヲ受ケ確定シタル不法相續人ニ對シ重テ相續回復ノ請求ヲ爲スノ必要毫モ之レナキノミナラス斯ノ如クセハ先

キニ家督相續人ニ非サル他ノ親族ヨリ提起シタル無效確認ノ訴ハ其實質ニ於テハ家督相續回復ノ訴ト同一ノ效果ヲ生スルコトトナリ其不當ナルヤ瞭然タリ（明治三十八年（オ）第三百二十四號同年十二月七日第一民事部判決）

○舊商法第九八〇條第一項第一號ノ解釋竝ニ破產事件ト民事訴訟法ノ應用　支拂停止ノ日時ハ破產宣告ノ當時ニ於テ必シモ之ヲ定ムルヲ要セスシテ其宣告ノ後ニ至リ更ニ決定ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得ヘキコトハ破產法第九百八十條第一項第一號ノ規定スル所ナリ而シテ此決定ノ理由ハ遲延スヘキモノニ非サルハ勿論ナリト雖モ必シモ破產宣告ニ對スル抗告ノ裁判前ニ之ヲ爲ササル可カラサルモノニ非ス何トナレハ法律上何等ノ明文ナキノミナラス支拂ノ日時ヲ定メサル破產宣告ノ決定ニ對シテモ抗告ヲ爲スコトヲ得ル以上ハ條理上斯ノ如キ制限ヲ認ムヘキ理由アルヲ見サルナリ（中略）破產事件ニ就テハ特ニ民事訴訟法ノ規定ニ依ルヘキ旨ノ明文アル場合ノ外ハ同法ノ規定ヲ應用スヘキモノニ非サルコトハ從來本院ノ判例トシテ認ムル所ナリ按スルニ商法施行條例第二十五條ハ破產事件ノ抗告手續ニ付キテモ民事訴訟法第三編第三章ノ規定中數條ヲ除キタル以外ノ規定ヲ準用スヘキ旨ヲ規定シタルモノナルコトハ解釋上毫モ疑ヲ容レス而シテ法律カ特ニ斯ノ如キ規定ヲ設ケタル所以ハ破產事件ニ付キ一般ニ民事訴訟法ノ規定ニ依ルヘキ主義ヲ採ラサルカ故ニ特ニ斯ノ如キ規定ヲ設クルノ必要アルカ爲メニ外ナラス且又商事非訟事件印紙法ニ於テ破產手續ニ關スル印紙貼用ノ方法ヲ規定シタル點ヨリ考按スルモ破產事件ニ付キテハ特ニ規定アル場合ノ外ハ民事訴訟法ノ規定ヲ應用スヘキ法意ニ非サルコトヲ推知スルニ難カラス（明治三十八年（ク）第二百六十號同年十二月十九日第一民事部判決）

法學志林

第八卷第二號　二月二十日發行

毎月一回廿日發行　定價一冊拾貳錢　郵稅壹錢　十冊前金壹圓貳拾錢（第七十八號）

◎志林

船舶所有者ノ責任ノ沿革　法學博士　加藤正治

山林立木買主ノ競合　法學士　横田秀雄

官公吏及議員ノ私心ノ效力　法學士　岩田宙造

所謂時的衝突規程ト地的衝突規程トノ關係（承前）　講師　山口弘一

最近判例批評　法學博士　梅謙次郎

墮胎罪ト遺棄罪ニ就テ　法學博士　勝本勘三郎

◎法典

民法二題（梅博士）　商法一題（矢部學士）

◎質疑錄

民事訴訟法二題（岩田學士）　憲法二題（清水博士）

◎纂論

保險金受取人ノ保護　法學士　佐竹三吾

私人モ國家ノ公權ヲ行使ス（承前）　法科大學學生　木村鋭一

◎散錄

東西南北　孤螢子

◎判例

大審院新判決例十二件

列檢專歸護士試驗ト外國語○醫療事件善後策ニ關スル決議○行政裁判所ノ訴訟制度○三个月內ニ明渡スヘキ旨ノ約款○振替貯金規則ノ便益○韓國ノ鑛業條例○人學問題ノ落著○驚クヘキ殺人狂○家族五人ヲ毒殺シ父サ慘殺ス○一村過半ノ惡噶取財○兇作地ノ慘狀○凱旋軍人ノ強盜○十二月中ノ當車ノ事故

◎雜報

講談會○法政速成科講師會○法政速成科特別試驗○法政速成科講義會○第七、八回討論會○金森陸夫氏ノ歸朝○本木房吉氏○歸護士村山賢作氏○校友小集○校友三四會○校友異動○寄附書目○住所異同○買藥懇和會○本誌編輯賀（本誌第六二號乃至第六四號及第七卷總目次）

發行所　法政大學

校外生規則摘要

一　十个月以上本大學ノ校外生タル者ニシテ本大學ニ入學スル者ハ入學金ヲ免除ス

一　講義錄ノ講習ヲ終リタル者ハ校外生修業書ヲ請求スルコトヲ得但手數料金貳拾錢ヲ納ムヘシ

一　校外生ノ講習料ハ金九圓トシ一時前納金七圓五拾錢トシ二回前納金四圓トシ十五个月分納金六拾錢トス但講義錄ハ二个月ニテ完結ス

一　講習料ヲ納付シタルトキハ講義錄ヲ郵送スルヲ以テ別ニ領收証ヲ交付セス若シ發信ノ日ヨリ二十日ヲ過キテ講義錄ノ到達セサルトキハ其旨本大學出版局ニ通知スヘシ

一　校外生ニシテ講習十个月ヲ終リタルトキハ本人ノ望ミニ依リ論文試驗及ヒ筆記試驗ヲ施行ス但時宜ニ依リ口述試驗ヲ爲ス

一　前項ノ試驗成績優等ナル者ハ本大學ノ學生又ハ聽講生ニ編入シ有志寄贈ノ奬學金ヲ以テ一學年中ノ授業料並ニ寄宿料ヲ支辨スヘシ

一　三十九年度校外生ニ付テハ三十九年八月及ヒ十二月ノ二回ニ試驗ヲ施行シ優等生ヲ選拔スヘシ

一　校外生ハ講義錄中ニ疑義アルトキハ講義錄ノ番號、科目、頁數及ヒ疑問ノ要點ヲ記載シ本大學編輯局ヘ宛テ郵送スヘシ

一　質疑通信ノ文意解シ難キモノ、主旨明瞭ニシテ解答ヲ要セスト認ムルモノハ解答ヲ付セス

一　質疑ノ有益ト認ムルモノハ之ニ解答ヲ付シ法學志林又ハ講義錄ニ登載スヘシ

明治三十九年二月廿二日印刷
明治三十九年二月廿五日發行　（定價金參拾錢）

編輯兼發行者　東京市牛込區牛込北町十番地　萩原敬之

印刷者　東京市牛込區矢來町三番地　小宮山信好

印刷所　東京市芝區明舟町十一番地　金子活版所

發行所　東京市麹町區富士見町六丁目十六番地　司法省指定　法政大學

（電話番町百七拾四番）

明治三十八年十一月九日第三種郵便物認可
毎月三回　五日、十五日、二十五日發行

0528