

法政大学学術機関リポジトリ

HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2024-07-28

法政大學講義録

加藤, 正治 / 若槻, 禮次郎 / 岡野, 敬次郎 / 山田, 三良 /
板倉, 松太郎 / 美濃部, 達吉

(出版者 / Publisher)

法政大學

(巻 / Volume)

18

(号 / Number)

3学年の6

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

33

(発行年 / Year)

1906-04-25

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

明治三十九年四月廿五日發行

・第參學年ノ六

三十九年度

法政大學講義錄

第 十 八 號

法政大學發行

0006

三十九年度第十八號目次

行政法總論	(至九七〇)	法學博士 美濃部達吉
國際私法	(至一三〇五)	法學博士 山田三良
民法相續	(自一〇七 至一〇三)	法學士 若槻禮次郎
商法手形	(自一九六 至一九六)	法學博士 岡野敬次郎
商法海商	(自一五三 至一五三)	法學博士 加藤正治
民事訴訟法	(自第六編 至第八編 自一八三 至一六六)	法學士 板倉松太郎

雜錄 ○五大學聯合懸賞大討論會○大審院判例要旨

090
1906
3-1-6

ハ假令割讓地ニ住所ヲ有スル場合ニ於テモ其國籍ヲ變更セザルコトハ明カナリ是レ猶ホ契約ハ第三者ニ效力ヲ及ボササルカ如ク領地割讓ノ條約モ亦第三國及ヒ第三國ノ臣民ニ何等ノ影響ヲ及ボスヘキモノニ非ス此點ニ付テハ疑ノ存セザル所ナレトモ割讓國ニ屬スル臣民ニ付テハ疑義屢、發生スルモノナリ元來割讓地ニ屬スル人民ニシテ割讓地ト關係ヲ有スルモノハ凡ソ四種類ニ區別スルコトヲ得ヘシ其一ハ割讓地ニ住所ヲ有スル者ニシテ本籍ヲ有セザル者、其二ハ割讓地ニ本籍ヲ有スレトモ現ニ住所ヲ有セザル者、其三ハ割讓地ニ本籍ヲ有シ且現ニ住所ヲ有スル者、其四ハ本籍又ハ住所ヲ有セザルモノ單ニ住所ヲ有スル者是ナリ此四種類ノ中ニテ單ニ住所ヲ有スル割讓國ノ臣民ニ付テハ領地ノ割讓ハ何等ノ變更ヲ及ボササルヲ以テ通例トス唯或ハ讓受國ノ政治上ノ都合ニ依リ斯ル人民ニ一定ノ期間又ハ永久ノ居所ヲ有スルコトヲ許ササルコトアルノミ換言スレハ退去ヲ命スルコトアルノミ然レトモ他ノ三種ノ臣民ニ付テハ國籍ヲ變更スヘキモノナリヤ否ヤノ問題ヲ生ス今單ニ條約ノ明文ニ割讓地ノ住民トアル場合ニ以上ノ三種類ノ人民ヲ悉ク包含スルヤ否ヤト云フニ學說上ニ種種ノ異論アリテ之ヲ五箇ニ分ツコトヲ得今其大要ヲ左ニ略述スヘシ

一 割讓國ノ國體ニ依リテ或ハ住所主義或ハ本籍主義 即チ若シ割讓國カ統一的ノ國體ニシテ地方ニ依リテ法律ヲ異ニセザル場合ニ於テハ所謂割讓地ノ住民ナル語ハ現ニ割讓地ニ住所ヲ有スル者ノミヲ謂フモノニシテ苟モ住所ヲ有セザル者ハ假令其地ニ本籍ヲ有スル場合ニ於テモ尙ホ國籍ヲ變更スルコトナシトス之ニ反シ若シ讓渡國カ聯邦國ナルカ又ハ地方ニ依リテ法律ヲ異ニスル國例ヘハ北米合衆國、瑞西ノ如ク各地方ニ依リテ特殊ノ法律ヲ有スル國ナルトキハ住所ノ如何ニ拘ハラス割讓地ニ本籍ヲ有スル者ノミカ國籍ヲ變更スヘキモノナリトスル主義ナリ

國際私法 國籍及ヒ國籍ノ抵觸 國籍ノ取得 傳來ノ國籍取得

二 住所主義 領地ノ割讓ニ因リテ國籍ヲ變更スヘキ住民トハ割讓ノ當時現ニ割讓地ニ住所ヲ有スル居民ノミナリトスル說ニシテ此說ノ根據トスル所ハ領地割讓ノ目的上讓受國ハ唯其新領地ニ住所ヲ有スル者ヲ以テ足レリトシ割讓地ニ本籍ヲ有スルモ現ニ他ノ地方ニ住所ヲ有スル者ハ國籍ヲ變更セシムヘキ理由ナシ之ニ反シ現ニ他ノ地方ニ本籍ヲ有スル者ナリト雖モ尙モ現在ノ住所カ割讓地ニ在ル以上ハ國籍ヲ變更スヘキモノトセサルヘカラストスルナリ領地主權ノ目的ヨリ云フトキハ此主義カ最モ正當ナルモノニシテ且割讓地ノ住民ナル語ト相應スルモノナリ

三 本籍主義 此主義ハ住所ノ割讓地ニ在ルト又其他ノ地方ニ在ルトヲ問ハスシテ尙モ割讓地ニ本籍ヲ有スル者即チ多ク場合ニ於テハ其地ニ出生シタル者ハ皆國籍ヲ變更スヘキモノトスルナリ此說ノ根據トスル所ハ領地割讓ノ結果トシテ國籍ヲ變更スヘキ者ハ其領地ト最モ密著ナル關係ヲ有スル者ニ限ラサルヘカラストシ斯ル密著ナル關係ヲ有スル者ハ住所ヲ有スルモノニ非スシテ其地ニ出生シタル者即チ本籍ヲ有スル者ナリト謂フニ在リ然レトモ住民ナル語ハ住所及ヒ居所ノ觀念ト相俟テ離ルヘカラサルモノニシテ寧ロ本籍ノ如何ニ拘ハラサルモノナリ從テ住民ト明言セルニモ拘ハラス住所ノ如何ヲ問ハスシテ本籍ヲ有スル者ノミト解釋スルコトハ穩當ナラサルモノト謂ハサルヘカラス

四 住所及ヒ本籍主義 此主義ハ割讓地ニ本籍ヲ有シ且現ニ住所ヲ有スル者ノミカ國籍ヲ變更スヘシトスル說ニシテ領地ノ割讓ニ因リテ國籍ヲ變更スヘキ運命ニ遭遇スル者ヲシテ成ルヘク少クセントスル主義ナリ是レ佛國ノ學者カ獨逸ニ割讓シタル「エルザス」「ロートリンゲン」二州ニ於ケル住民ノ國籍變更ヲ減少セシメンカ爲メニ盛ニ主張セシ所ナリ(例ハ佛國ノ「ウエース、ルノー」等ノ如シ)

然レトモ此說ハ穩當ナラス

五 住所又ハ本籍主義 此主義ハ割讓地ニ住所ト本籍トヲ併有スル者ハ勿論本籍ヲ有セサルモ現ニ住所ヲ有スルカ又住所ヲ有セサルモ其地ニ本籍ヲ有スル者ハ悉ク國籍ヲ變更スヘキモノトスルナリ即チ第四ノ主義ノ正反對ニシテ領地ノ割讓ニ因リテ國籍ヲ變更スヘキ者ヲ成ルヘク多クセントスル主義ナリ從來ノ實例ニ於テモ亦此主義ヲ認ムルモノ多ク現ニ普佛領地割讓條約ノ結果ニ依リ「エルザス」「ロートリンゲン」二州ノ人民ニ對シテ獨逸政府ノ固ク主張シタル所ナリトス

以上述ヘタル如ク領地割讓ノ場合ニ於ケル國籍變更ハ五主義アリト雖モ現今一般ニ各國ノ學者間ニ唱道セラルルハ多クハ第二或ハ第五ノ主義ニシテ其第二ヲ採ルカハ割讓條約締結當時ノ狀態又ハ國情ニ因リ決スヘキモノトス

第二章 國籍ノ喪失

古代ニ於テハ一國ノ臣民ハ或ハ國家ヨリ國籍ヲ剝奪セラレ國外ニ追放セラルルコトアリシモ自己ノ任意ニ因リテ國籍ヲ脫スルコトハ認メラレザリキ從テ一度臣民タル者ハ永久臣民タリトノ格言發生シ我國ニ於テモ西洋諸國ニ於テモ極メテ近來マテハ個人カ自由ニ國籍ヲ喪失スルコトヲ許サリシナリ然ルニ近世ニ至リ個人カ自由ニ國外ニ移住スルコトヲ認メラルニ至リタルト同時ニ内外國ノ交通ハ益、發達シ各開國主義ヲ採リ外國ノ移住民ヲ國內ニ來住セシムルコトカ一般ニ認メララルニ至リタルノミナラス或ハ北米合衆國或ハ南米諸國ノ如ク外國ノ移住民ニ依リテ國家ノ富榮ヲ圖リ國民ノ増加スルコトヲ希望スル諸國ハ其本國ニ於テ國籍ヲ喪失スルト否トニ拘ハラズ移住民ニ自國ノ國籍ヲ付與ス

ルニ至リタル以來近世諸國ニ於テハ漸ク個人カ國ヲ去リ籍ヲ脱スルノ自由ヲ一般ニ認ムルニ至レリ現今尙ホ此自由ヲ認メタル國ハ露國ノミナリ我國籍法ノ規定ニ依レハ我臣民カ國籍ヲ喪失スル原因ハ凡ソ四箇アリ今左ニ國籍喪失ノ原因及ヒ制限並ニ其效果ノ二節ニ分チテ之ヲ略説セントス

第一節 國籍喪失ノ原因

第一 婚姻

國籍法第一八條ニ依レハ日本ノ女カ外國人ト婚姻シ外國人ノ妻ト爲リタルトキハ日本ノ國籍ヲ喪失スヘキモノトセリ此國籍喪失ノ原因ハ明治六年布告第一〇三號ニ依リ始メテ認メラレタルモノニシテ現今文明諸國ニ於テ一般ニ認メラル喪失原因ナリトス斯ル國籍喪失ノ原因ハ夫婦ヲシテ國籍ヲ同シクセシムルノ必要ヨリ出テタルモノナレトモ我國籍法第一八條ノ如ク如何ナル場合ニ於テモ絶對的ニ國籍ヲ喪失スヘキモノトスルハ極メテ少キ立法例ナリ我輩ハ此規定ニ對シテ聊カ缺點ヲ鳴ラササルヲ得ス他ノ諸國ニ於テハ皆妻カ其夫ノ國籍即チ外國ノ國籍ヲ取得スヘキコトヲ條件トシテ從來ノ國籍ヲ失フヘキモノトセリ我國籍法ニ於テモ國籍ノ喪失ハ外國ノ國籍ヲ取得スルコトヲ條件トスルニモ拘ハラス獨リ此場合ニ限リテ此ノ如キ制限ヲ設クルコトヲ爲サザリシハ日本ノ女カ無籍外國人ニ嫁スヘキ場合アルコトヲ忘レタルモノニシテ甚タ其當ヲ失シタルモノト謂ハサルヘカラス

第二 離婚又ハ離縁

外國人タル者カ入夫婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ我國籍ヲ取得スルコトハ既ニ國籍ノ取得ニ付テ述ヘタル所ナリ今此ノ如キ者カ離婚又ハ離縁ニ因リテ日本ノ家ヲ出ツル場合ニ於テハ引續キ日本人ト看做スヘキ必要ナキカ故ニ斯ル者ハ其國籍取得ノ原因タリシ婚姻關係又ハ養子關係ノ消滅ト共ニ我國籍ヲ喪失スルモノトセルナリ然レトモ若シ此等ノ外國人カ再ヒ其舊國籍ヲ回復シ得ザル場合ニ於テハ遂ニ無籍人ト爲ルニ至ルカ故ニ斯ル弊害ヲ避ケンカ爲メ我國籍法第一九條ニ於テハ外國ノ國籍ヲ取得スヘキトキニ限り我國籍ヲ喪失スヘキモノトセリ又此國籍喪失ノ原因ハ我國固有ノ原因ニシテ歐米諸國ニ其例ヲ見サル所ナリ

第三 認知

日本ノ國籍ヲ有スル子カ外國人タル父又ハ母ノ認知ニ因リテ外國ノ國籍ヲ取得スルトキハ我國籍法ハ父子國籍ヲ同シクセシムルノ精神ヨリシテ我國籍ヲ喪失スルモノトセリ(國籍法二三條)茲ニ所謂日本人タル子ハ國籍法第三條ニ規定セル私生子及ヒ第四條ニ規定セル棄兒ヲ云フ斯ル子カ日本國籍ヲ取得セルハ素ト例外トシテ母ノ血統主義ニ依リ又ハ出生地主義ニ依リ日本人ノ子ナルヘシト推定セシ結果ナルカ故ニ今其子カ外國人ヨリ認知セララルニ至ルトキハ強テ我國籍ヲ保有セシムルノ必要ナキヲ以テナリ然レトモ若シ其子カ認知前既ニ日本人ノ妻ト爲リ又ハ日本人ノ入夫或ハ養子ト爲リテ他ノ家ニ在ル場合ニ於テハ外國人ノ認知如何ニ拘ハラヌ我國籍ヲ喪失セザルモノトス何トナレハ此場合ニ於テハ假令生來ノ外國人ニテモ尙ホ我國籍ヲ取得スヘキモノナレハナリ

第四 歸化

我日本人カ自己ノ志望ニ因リテ外國ノ國籍ヲ取得スルトキハ我國籍ヲ失フヘキモノトス自己ノ志望ニ因リテ外國ノ國籍ヲ取得スル者トハ我國籍法ノ所謂歸化ナリ故ニ假令外國ノ國籍ヲ取得スルモ若

シ外國ノ法律上強テ國籍ヲ付與スルモノニシテ個人任意ノ志望ニ出ラザルモノニ非サルトキハ之カ爲メニ我國籍ヲ喪失スヘキモノニ非ス又既ニ自己ノ希望ニ因リテ外國ノ國籍ヲ取得スルモノナレハ斯ル法律關係ヲ爲スヘキ能力ヲ有セサルヘカラスハ明カナリ從テ無能力者ハ自己ノ單獨ノ意思ニ因リテ我國籍ヲ喪失スルコトヲ得サルモノニシテ唯能力者ノミスル條件ニ依リテ我國籍ヲ喪失スルノ自由ヲ認メラレタルモノナリ(國籍法二〇條)

以上ハ我國籍法ニ認メラレタル國籍喪失ノ原因ナレトモ我舊民法(人事編一二條及七一五條)ニ於テハ我政府ノ允許ナクシテ外國政府ノ官職ニ就キタル者又ハ外國軍隊ニ入リタル者ハ當然我國籍ヲ喪失スヘキモノトシテ規定ヲ設ケタリ斯ル原因ハ歐洲諸國ニ於テ概ネ認メラルル所ニシテ唯其條件ヲ異ニスルノ如キハ辭職ノ命令ヲ受クルモ之ニ從ハサルトキハ當然國籍ヲ喪失スヘキモノトシテ獨逸、埃地利、匈牙利ノ如キハ一定ノ期間内ニ辭職ノ命令又ハ歸國ノ命令ニ從ハサル場合ニハ其國籍ヲ剝奪スルコトヲ得ルノ如キトシ露西亞ノ如キハ之ヲ以テ犯罪トシ政府ノ命令ニ從ハサルトキハ再ヒ國ニ入ルコトヲ許ササルノミナラス重罪ノ刑ニ處スヘキモノトセリ我現行國籍法ニ於テ此ノ如キ原因ヲ認メサリシ理由ハ果シテ何レニ存シタルヤハ我輩ノ知ル所ニアラサルモ國際法上ノ局外中立ノ義務ヲ顧ミルトキハ寧ろ之ヲ認ムルヲ以テ正當ナリト信ス尙ホ歐洲諸國ノ法制ニ於テハ政府ノ許可ナクシテ一定ノ期間外國ニ滞在スルコトニ因リテ國籍ヲ喪失スルコトヲ認ムルモノアリ例(ハ獨逸、匈牙利、メキシコ)等ニ於テハ五十年間政府ノ許可ナクシテ外國ニ滞在スル者ハ國籍ヲ失フヘキモノトシ又和蘭、諾威等ニ於テハ五十年間歸國ノ意思ナクシテ外國ニ滞在スル者ハ國籍ヲ喪失スルモノトセリ我國ニ於テハ此種ノ原因

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察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」ト曰ヒ其何人ノ親族ナルヤヲ明言セズ然レトモ相續上ノ事柄ニ付キ法律カ何人ノ親族ナルヤヲ限定セズシテ單ニ親族ト曰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クルヲ以テ見ルモ益、其然ルヘキコトヲ信セサルヲ得ス

遺言ヲ以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マテ將ニ廢除セラレ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ヒ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ナ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ラルモノトス但第九七八條ハ獨リ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ズ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ダラサルコトヲ要ス
 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ス一人ノ戸主ヲ有セサルヘカラス
 ルカ故ニ古來家族制度ノ行ハレタル邦國ニシテ一人カ數家ノ戸主ヲ兼ヌルコトヲ認メタルモ
 ノアルコトナシ我國ニ於テモ亦舊法時代ハ勿論民法ノ規定ハ戸主ノ兼攝ナルコトヲ認メス故ニ一家ノ
 戸主ニシテ他家ノ戸主ト爲ラントセハ其現戸主ノ地位ヲ脱セサルヘカラス戸主カ他家ニ入ルカ爲メ其
 地位ヲ脱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タヌニ非サレ
 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脱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
 家ヲ重ニスル我邦ニ於テハ努メテ家ノ繼續ヲ絶タル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拋棄ヲ爲スコトヲ
 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)必ス其家ニ止マルヘキモノト爲シタリ故ニ既ニ一ノ家ニ於
 ケ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一ノ
 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モ尙ホ且

其家ヲ廢シテ本家ヲ相續スルコトヲ得ルモノナリ況ヤ末代戸主ト爲ラサル其推定家督相續人ニ於テオ
 ヤ
 家督相續人ノ備フヘキ要件ニ付テハ以上之ヲ説述シタリ本節ヲ終ハルニ臨ミ一言附加シ置カサルヘカ
 ラサルモノアリ相續人ノ備フヘキ要件中法律上ノ缺陷及ヒ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キ法律上ノ缺陷又ハ裁判上ノ失權ヲ定メタルカ故ニ
 一ノ相續ニ付キ缺陷者又ハ失權者タル者ト雖モ他ノ相續ニ付テハ更ニ缺陷者又ハ失權者ト爲スヘキ事
 由アルニ非サ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陷ノ事由アリトシテ
 家督相續ヨリ排斥セラレタルニ因リ其者ノ子即チ被相續人ノ孫カ家督ヲ相續シタル後更ニ其孫ニ付キ
 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陷者
 タリシ者ト雖モ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
 父ノ家督相續ニ付キ廢除ノ判決ヲ受ケタル者ト雖モ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)法律上ノ缺陷ナキコト
 - (三)裁判上ノ失權ナキコト
- 第一ノ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)
 第二ノ條件モ亦始ト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少カラズ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トテ圖ル者亦之レ無キヲ保セス而シテ此ノ如キ者ハ之ヲ相續ヨリ排斥スルノ必要アルコト相續ニ付キ先順位ニ在ル者ヲ死ニ致シタル者ヲ排斥セサルヘカサルコト異ナルコトナキカ故ニ第九七七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

第三ノ條件ニ至リテハ少シク説明スル所ナカルヘカラス遺產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モ裁判上遺產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り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シ家督相續ハ相續人ヲシテ戸主タルニ至ラシムルモノナルヲ以テ戸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モ遺產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產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ノ場合ニ於テハ被相續人ノ意思ニ適合スルモノナリ

遺產相續人廢除ノ手續、廢除ノ取消、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リ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マ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遺產相續ニ在リテハ遺留分ヲ有スル推定遺產相續人ハ之ヲ廢除スルコトヲ得ルカ故ニ直系尊屬カ遺產相續人タル場合ニ於テモ之ヲ廢除スルコトヲ得ルコト是ナリ蓋シ遺產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モ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セント欲セハ被相續人ハ自ら相續人ヲ指定シ之ニ因リ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產相續ニ在リ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ハラズ家督相續ニ在リ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ヒ裁判上ノ失權ヲ認メタルニ拘ハラズ遺產相續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ケル特有ノ事情ナリシテ以テ舊民法カ遺產相續人ノ裁判上失權ナルモノヲ認メサリシハ此ノ如キ原因ハ以テ遺產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リテハ其家督相續人ニ付テ定メタル所ハ遺產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產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尚ホ他ニ三條件ヲ具備スルコトヲ必要トシタルニ反シ遺產相續

人ニ關シテハ之ヲ必要トセス是レ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モ家族制度ト關係ナキ遺產相續ニ於テハ其必要ヲ見サルヲ以テナリ
遺產相續人ノ備フヘキ要件中法律上ノ缺格及ヒ裁判上ノ失權ニ關スルモノハ相對的ニシテ絕對的ニ非ス此事タルヤ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ヒ之ヲ説カス

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 直系卑屬
 - 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)蓋シ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メナルヲ以テ此場合ニ於ケ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 直系卑屬

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モ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望ムコト最モ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頭ニ在ルモノナリ(九七〇條)但直系卑屬ト雖モ尙ホ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タ深カラサルノミナラス此ノ如キ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モ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ス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子ハ先ツ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リ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ツ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リテハ子ハ孫ニ先チ曾孫ト立孫トノ間ニ在リテハ曾孫ハ玄孫ニ先ツ

(二) 親等ノ同シキ者ノ間ニ在リテハ男ヲ先ニス(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ハ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一項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モ(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婿養子ト爲ル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レ一種ノ相續人廢除ナリ立法論トシテハ子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) 親等ノ同シキ男又ハ女ノ間ニ在リテハ嫡出子ヲ先ニス(九七〇條一項三號) 正婚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ネ其軌ヲ同シウ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モ兄ト妹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レ亦一種ノ相續權剝奪ナリト雖モ子ハ

此場合ニ於テハ民法ノ規定ヲ批難セズ蓋シ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ナリ

(四) 親等ノ同シキ嫡出子庶子及ヒ私生子ノ間ニ在リテハ嫡出子及ヒ庶子ハ女ト雖モ之ヲ私生子ヨリ先ニス(九七〇條一項四號) 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此ノ如キ者カ相續上好遇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モ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「嫡出子及ヒ庶子ハ女ト雖モ之ヲ私生子ヨリ先ニス」ト規定シ女子ト雖モ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リテハ庶子カ私生子ニ先ツヘキコトハ論ヲ俟タス

(五) 前四號ヲ揭ケタル事項ニ付キ相同シキ者ノ間ニ在リテハ年長者ヲ先ニス(九七〇條一項五號) 家督相續ニ付キ年長者ニ特權ヲ有セシムルコトハ猶ホ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リテハ兄ヲ先ニシ姉妹ノ間ニ在リ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)ニ付キ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ル(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ノ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レ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シ之ニ依リ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此ノ如キ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此ノ如キ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チ既ニ日本國籍ヲ有スル弟アルトキト雖モ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チテ家督相續人ト爲ルモノト

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フ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七三七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ト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此ノ如キ例外ヲ設ケタルハ家長ノ存立ヲ繼續スルノ必要ニ出テタル家督相續ニ在リテハ其家ニ對シ最モ深キ關係ヲ有スル者ヲシテ家長ノ地位ヲ承繼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全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生レタル者ト雖モ其家ニ入りタルトキハ其家族ト爲リタルコトニ因リテノミ定マルモノニ非ス他家屬スト雖モ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リテノミ定マルモノニ非ス此ノ如キ戸主及ヒ其配偶者ノ雙方ニ對シ血統上最モ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メ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ラ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ラスナルノ理由ニ至リテハ
 子ノ最モ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ヘキノ事ト爲サレタリ(民法要義卷之五(三七頁)此
 點ハ寧ロ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リ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ヒ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モノナリ而シテ第九七二條カ庶子ヲ以テ嫡出子ニ先ダ
 シムルノ一事ニ至リテハ特ニ其不當ナルコトヲ主張スルモノナリ

第九七二條ハ第七三七條及ヒ第七三八條ノ規定ニ依リテ家族ト爲リタル直系卑屬ニ付テ例外ヲ設ケタ
 ルヲ以テ第七四三條第二項ノ規定ニ依リテ家族ト爲リタル直系卑屬ニ付テハ同條ノ適用アルコトナシ
 又第九七二條ハ其家ニ生レタル直系卑屬カ嫡出子又ハ庶子タル場合ニ付テ規定シタルモノナルヲ以テ
 其家ニ生レタル直系卑屬カ私生子ナル場合ニ於テハ同條ノ適用アルモノニ非ス此等ノ場合ニ於ケル相
 續順位ハ總テ第九七〇條ノ規定ニ依リテ之ヲ定ムヘキノトス

他家ヨリ入りテ家族ト爲リタル直系卑屬二人以上アル場合ニ於テ其間ノ相續順位ニ付テモ亦第九七〇
 條ノ規定ニ依ルヘキモノニシテ其家ニ入りタル時ノ前後ハ相續ノ順位ニ何等ノ影響ヲ及ボスヘキモノ
 ニ非ス

第九七二條ハ「嫡出子又ハ庶子タル他ノ直系卑屬ナキ場合」ト云フモ何レノ時ニ於テ此等ノ者ナキ場合
 ナルヤヲ明言セス然レトモ凡ソ相續ニ關スル規定ヲ解釋スルニハ特ニ反對ノ意義ヲ有スルコト明カナ
 ル場合ノ外ハ常ニ相續開始ノ時ニ在リテ觀察スルコト當然ナルノミナラス第九七二條制定ノ趣旨ハ他

家ヨリ入りタル者ニ對シ其家ニ生レタル者ヲ保護スルニ在ルモノナルヲ以テ相續開始前ニ其家ニ生レ
 タル者ハ其出生ノ時期如何ニ拘ハラズ相續上常ニ他家ヨリ入りタル者ニ先ンセシムルコト正シク同條
 制定ノ趣旨ニ適合スルモノナリ故ニ同條ハ相續開始ノ時ニ於テ此ノ如キ直系卑屬ナキ場合ニ限り他家
 ヨリ入りタル直系卑屬ヲシテ家督相續人タラシムヘキコトヲ定メタルモノト見サルヘカラス若シ然ラ
 スシテ他家ヨリ入りテ家族ト爲リタル者ハ其家族ト爲リタル時以後其家ニ生レタル者ニ對シテ同條ノ
 適用ヲ受ケサルモノトセハ甚奇妙ナル結果ヲ見ルニ至ルヘシ即チ戸主カ其女子ニシテ他家ニ在ル者ヲ
 其家ニ入レテ家族ト爲シタル後嫡出ノ一女子ヲ擧ケ其後更ニ其男子ニシテ他家ニ在ル者ヲ入レテ家族
 ト爲シタルトキハ當初家族ト爲リタル女子ハ其家ニ生レタル嫡出ノ女子ニ先テ家督相續人ト爲ルコト
 ヲ得ヘキモ其後ニ家族ト爲リタル男子ハ之ニ先ツコト能ハス然ルニ其男子ハ當初家族ト爲リタル女子
 ニ對シテハ第九七〇條ノ規定ニ依リ相續上優先ノ權利ヲ有スルニ至ルヘシ或ハ曰ハン當初家族ト爲リタ
 ル男子ハ其當時其家ニ嫡出子ナカリシ爲メ當然家督相續人タル權利ヲ得タルナリ後ニ家族ト爲リタ
 ル男子ハ其當時其家ニ勝ルコト能ハストセハ其家ニ生レタル女子ニ先テ勝ルコト能ハサル者即チ當初家
 其家ニ生レタル女子ニ勝ルコト能ハストセハ其家ニ生レタル女子ニ先テ勝ルコト能ハサル者即チ當初家
 族ト爲リタル女子ニ對シテハ勿論ニ勝ルコト能ハス故ニ第九七二條ハ他家ヨリ入りタル直系卑屬ニ
 對シ其者カ家族ト爲リタル時以前ニ於テ既ニ其家ニ生レタル嫡出子又ハ庶子タル直系卑屬ノミヲ保護
 シタル規定ト爲スモ何等不都合ナル結果ヲ呈スルコトナシト然レトモ此ノ如キ解釋ヲ取ルトキハ第七
 三七條及ヒ第七三八條ノ規定ニ因リテ家族ト爲リタル直系卑屬カ家督相續人ト爲ル順序ハ第九七〇條
 ノ定メタル所ニ依ルモノニ非サルコトト爲リ直チニ第九七二條ノ規定ニ反スルニ至ルヘシ特ニ反對論



者ノ主張スル如ク第九七二條カ第七三條及七三八條ノ規定ニ依リテ家族ト爲リタル直系卑屬ハ其家族ト爲リタル當時ニ於テ其家ニ他ノ直系卑屬ナキトキハ其相續權確定スルコトヲ定メタルモノナリトセハ他家ニ在ル戸主ノ女子ヲ入レテ其家族ト爲シタル後其家ニ嫡出ノ男子出生シタルトキト雖モ其男子ハ相續ノ順位ニ於テハ先ニ家族ト爲リタル女子ノ後ニ在ルヘキモノト爲ササルヘカラス當初ヨリ其家ニ生レタル女子スラ向ホ男子ニ對シテハ其地位ヲ讓ラサルヘカラサルコト第九七〇條ノ明カニ定ムル所ナルニ拘ハラズ他家ヨリ入りタル女子ニシテ其家ニ生レタル男子ヲ排スルコトヲ得ルカ如キハ斷シテ法律ノ精神ニ非サルナリ

(二) 法定ノ推定家督相續人ノ姉妹ノ爲メニシタル養子ノ相續順位 法定ノ推定家督相續人ハ其姉妹ノ爲メニスル養子縁組ニ因リテ其相續ヲ奪ハルルコトナシ(九七三條)故ニ推定家督相續人ハ其男子タルト女子タルトヲ問ハス又其庶子タルト私生子タルトヲ論セス其姉妹ト結婚セシムルカ爲メニ爲シタル養子ノ爲メニ其相續順位ヲ讓ラシメラルルコトナキモノトス第九七三條ハ第八三九條第九七〇條第二項及ヒ第九七二條ト共ニ推定家督相續人ノ相續權保護ニ關スル規定ニシテ之ニ依リテ人事ノ必要ヲ認ムルカ爲メニ權利ノ毀損ヲ生スルコトナカラシメントシタルモノナリ

第九七三條ハ推定家督相續人ハ其姉妹ノ爲メニスル養子縁組ニ因リテ其相續ヲ奪セラルルコトナキコトヲ定ムルカ故ニ其反面ニ於テ推定家督相續人ハ其姉妹ノ爲メニスル養子縁組ニ因リテハ其相續權ヲ奪セラルルコトアルヘキコトヲ認ムルモノナリ推定家督相續人ノ姉妹ノ爲メニセサル養子縁組ハ之ヲ分チテ推定家督相續人ノ爲メニスル養子縁組及推定家督相續人ノ爲メニ非ス又其姉妹ノ爲メニモ非ササル養子縁組ノ二ト爲スコトヲ得

(甲) 推定家督相續人ノ爲メニスル養子縁組 推定家督相續人ノ爲メニスル養子縁組ハ更ニ之ヲ二箇ノ場合ニ區別スルコトヲ得

(イ) 推定家督相續人タル男子ト結婚セシムルカ爲メ女子ヲ養子トシタルトキ 此場合ニ於テハ推定家督相續人ノ權利ハ養子縁組ノ爲メニ害セラルルコトナシ(九七〇條)但推定家督相續人カ私生子ナルトキハ第九七〇條第一項第四號ニ依リテ養子タル女子ニ相續順位ヲ讓ラサルヘカラサルカ如シト雖モ法律ハ女戸主カ入夫婚姻ヲ爲シタル場合ニ於テ入夫カ戸主ト爲ルヘキコトヲ定ムルニ拘ハラズ家督相續人ノ縁女トシテ女子ヲ養子トシタル場合ニ於テ養女カ其夫タルヘキ者ノ相續權ヲ害スルコトヲ認メタルモノト推定スルコト能ハサルカ故ニ此場合ニ於テモ推定家督相續人ノ相續權ハ其縁女タル養子ニ移ルモノニ非スト爲ササルヘカラス

(ロ) 推定家督相續人タル女子ト結婚セシムルカ爲メ男子ヲ養子トシタルトキ 此場合ニ於テハ推定家督相續人ノ相續權ハ養子縁組ニ因リテ害セラレ家督相續人タル地位ハ其養子ニ移ルモノトス(九七〇條)一項二號ニ是レ我慣習ノ認メタル所ニシテ而モ家族制度ノ精神ニ適合スルモノナリ

(乙) 推定家督相續人ノ爲メニ非ス又其姉妹ノ爲メニモ非サル養子縁組 推定家督相續人ノ爲メニ非ス又其姉妹ノ爲メニモ非サル養子縁組ハ更ニ之ヲ三箇ノ場合ニ區別スルコトヲ得

(イ) 推定家督相續人カ男子ナル場合ニ於テ女子ヲ養子トシタルトキ 此場合ニ於テ推定家督相續人カ嫡出子又ハ庶子ナルトキハ養子タル女子ヨリ優先ノ順位ニ在ルヘシト雖モ(九七〇條)一項二號推定家督相續人カ私生子ナルトキハ養子タル女子ニ對シテ其順位ヲ讓ラサルヘカラサルモノトス(同條)同項四號)

(ロ) 推定家督相續人カ女子ナル場合ニ於テ男子ヲ養子トシタルトキ 此場合ニ於テハ推定家督相續人ノ相續權ハ常ニ養子縁組ノ爲メニ害セラルルモノナルコト既ニ述ヘタル所ノ如シ(九七〇條一項二號)

(ハ) 推定家督相續人カ女子ナル場合ニ於テ女子ヲ養子トシタルトキ 此場合ニ於テ推定家督相續人カ嫡出子ナルトキハ其相續權ヲ失ハサルモノナリト雖モ(九七〇條一項五號及ヒ同條二項)推定家督相續人カ庶子又ハ私生子ナルトキハ家督相續權ハ養子ニ移ルモノトス(九七〇條一項三號)

是ニ由テ之ヲ觀レハ第九七三條ノ規定ハ推定家督相續人ノ相續權保護ニ關シ第八三九條第九七〇條第二項及ヒ第九七二條ノ規定ノ及ハサル所ヲ悉ク補完シ盡シタリトハ謂フコト能ハサルヘシト雖モ推定家督相續人アル者カ養子縁組ヲ爲ス場合ニシテ普通ニ最モ多ク發生スルモノ即チ推定家督相續人ノ姉妹ノ爲メニ婚養子ヲ爲シ又ハ其者ト結婚セシムルノ目的ヲ以テ養子ヲ爲ス場合ニ於テハ相當ニ推定家督相續人ノ權利ヲ保護シタルモノト謂フコトヲ得ヘシ但第九七三條ハ其法文ノ粗漫ナルカ爲メニスル養子ニ付キ頗ル疑義ヲ挿ムヘキモノナキニ非ス同條ハ「法定ノ推定家督相續人ハ其姉妹ノ爲メニスル養子縁組ニ因リテ其相續權ヲ害セラルルコトナシ」ト言ヘリ故ニ法文ノミニ依リテ同條ヲ觀ルトキハ同條ハ單ニ養子縁組當時ニ於テ既ニ推定家督相續人タリシ者ノ相續權ハ養子縁組ノ爲メニ害セラレザルコトヲ定メタルモノニシテ養子縁組當時ニ於テ未ダ推定家督相續人タラザリシ者ト養子トノ間ニ於ケル相續順位ニ付テハ同條ノ關スル所ニ非スト謂ハサルヘカラス隨テ一男一女ヲ有スル者カ其女子ノ爲メニ婚養子ヲ爲シタル後更ニ次男ヲ擧ケタルニ家督相續開始前其長男死亡シタルトキ又ハ三人ノ女子ヲ有スル者カ末子ノ爲メニ婚養子ヲ爲シタル後長女死亡シタルトキハ婚養子ハ次男又ハ次女ヲ排シテ家

ニ手形面ノ滿期日ニ至リ其請求ヲ爲スノ權利ヲ失フモノニアラスト論斷シテ以テ所持人ニ選舉權ヲ與ヘタルカ如シ(同上判決録三二八三一九頁)加藤博士ハ法律制定ノ過渡時期ニ在リテハ解釋ノ融和ヲ圖ラサルヘカラサルヲ理由トシテ現行商法ト破産法トノ併行ヲ説キ大審院ノ判官ニ贊同セラル(法學新報第一五卷第八號二六頁)予ハ二者共ニ理由及ヒ結論誤レルモノト信ス民法ノ規定ヲ援引スヘカラサルハ前述セル如ク又商法ノ規定ヲ度外視スヘカラサルモ明カナリ加藤博士ノ調和論ハ商法ノ主義ヲ誤解スルモノニシテ博士ノ所説ノ如ク商法ト破産法トヲ兩立セシメントスルハ不可能ナリ何トナレハ引受人ノ振出人破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ付テハ二者ノ規定全然相抵觸シ又其實力ノ確ナラサルニ至リタル場合ニ於テ商法ハ所持人ニ擔保請求權ヲモ與ヘサルニ破産法ハ支拂ノ要求及ヒ償還請求ヲ認ムルハ權衡ヲ失スルノ甚シキモノナレハナリ(此問題ニ付テハ法學新報第一五卷第六號加藤博士ノ判例批評同第七號ニ「加藤博士ノ判例批評ヲ讀ム」ト題スル拙論及ヒ同第八號加藤博士ノ「岡野博士ノ論評ニ答フ」ト題スル論文ヲ参照スヘシ)予ハ商法ハ新法トシテ破産法ヲ改メタルモノト論シタルモ少シク論旨足ラサルノ感アルヲ以テ一言補充セント欲スルハ他ニ在ラス破産法ハ商人カ支拂ヲ停止シタル場合ニ限リ適用スヘキ(施行法二三八條)カ故ニ引受人若クハ約束手形ノ振出人カ商人ナルトキハ破産法ノ規定ヲ適用シ前者ハ商人タルト非商人タルト問ハス償還義務ヲ履行スヘキモノトス非商人ナルトキハ商法ノ規定ヲ適用シテ擔保請求權ヲ行ハシムト解スルハ正當ナルヘシ(非商人ノ破産トハ民法施行法第二條及ヒ第三條ノ規定ニ依リ家資分散宣告又ハ身代限ノ處分ヲ受ケタルヲ謂フ)然レトモ是レ止ムヲ得サルノ解釋ニシテ既ニ二法其主義ヲ異ニシ商法ノ規定ヲ可トセハ破産法ヲ修正セサルヘカラサルハ予ノ信シテ疑ハサル所ナリ

商法手形 各論 請求權 擔保請求權



第一 擔保請求ノ條件 擔保請求ノ原因ハ引受人又ハ約束手形ノ振出人ノ破産ナリ其破産ノ宣告ハ引受人ハ振出行爲ノ前後ヲ問ハサルヤニ付キ獨國學者ノ說ヲ異ニスル所ニシテ我商法ノ解釋トシテハ手形行爲ノ後ナルヲ要スルモノト論ス

所持人ハ先ツ破産者ニ對シテ擔保ヲ請求シ其之ヲ得サル場合ニ於テ拒絕證書ヲ作ラサルヘカラス(四八〇條一項)擔保請求權ハ破産債權ニ非ス從テ破産財團ニ對シテ之ヲ行フ能ハス又破産管財者ハ擔保ヲ供スルノ義務ヲ負擔セス擔保供與ノ義務者ハ破産ノ宣告ヲ受ケタル引受人ニシテ擔保ハ自ら破産財團ニ屬セサル財産ヲ以テセサルヘカラス故ニ所持人十分ナル擔保ヲ得ルハ事實ニ於テ稀ナルヘシ破産ノ外尚ホ擔保請求ノ原因ヲ認ムル法律ニ在リテハ引受人振出人ニ對シテ擔保ヲ請求セシムルハ其目的ヲ達スルコト比較的多カルヘシト雖モ破産者擔保ヲ供スル場合ニ保證人ヲ立ツルヲ得ル既ニ稀有ニシテ自ラ物上擔保ヲ供スルニ至リテハ殆ト絶無ト稱シテ不可ナカルヘシ而シテ拒絕證書ハ所持人カ破産者ヨリ擔保ヲ得サルノ事實ヲ證スルニ至リテ破産ノ宣告アリタルヲ證スルヲ目的トセサルハ論ナシ公證人又ハ執達吏ハ拒絕證書ヲ作成スルニ當リ其實驗シタル事實ヲ公正的ニ記載スルノミ

所持人前者ニ對シテ擔保ヲ請求スルニ當リテ其通知ヲ發シ又擔保請求ノ通知ヲ受ケタル前者其前者ニ對シ更ニ通知ヲ發スヘキハ引受欠缺ノ場合ト異ナルナク(四八〇條二項、四七五條、四七六條、四七八條二項)第一款ニ說明シタル所ヲ應用スヘキナリ

豫備支拂人ノ記載アル場合ニ於テハ所持人ハ前者ニ對シテ擔保ヲ請求スルニ先チ其引受ヲ求メサルヘカラス(第四八〇條第一項)ニハ所持人ハ豫備支拂人ノ引受ヲ求ムルコトヲ得ト云フ得ハ要スルノ意ニ非ス又之ヲ要スト解スルハ誤ナリ擔保請求ハ所持人ノ自由ニシテ引受人破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於テ擔保ノ供與ヲ得サルモ所持人ハ豫備支拂人ノ引受ヲ求メスルコトナリ得テ之ヲ求メサルモ將來ニ於テ何等ノ損失ヲ被ルコトナシ唯前者ニ對シテ擔保請求權ヲ行ハント欲セハ豫備支拂人ノ引受ヲ求メサルヘカラサルノミ其引受ヲ求メントスルニ當リテハ所持人ハ拒絕證書作成ノ後遲滞ナク其通知ヲ發セサルヘカラス(四八〇條一項)此通知ノ必要ナル所以ハ予之ヲ解スル能ハス若シ豫備支拂人ニ對スル突然ノ請求ヲ避ケシムルノ趣意ナリトセハ引受欠缺ノ場合ニ於テモ亦然ラサルヲ得ス(五〇〇條一項)而シテ豫備支拂人ノ引受ヲ得サルトキ又ハ引受ヲ得タルモ其引受單純ナラサルトキニ於テ始メテ前者ニ對シテ擔保ヲ請求スルヲ得ルナリ豫備支拂人ノ引受ノ效果ニ付テハ後ニ詳説セ

第二 擔保ノ失效 擔保失效ノ原因ハ大體ニ於テ引受欠缺ノ場合ト異ナルナシ特ニ茲ニ掲クヘキモノニアリ(四八一條)

一 豫備支拂人ノ單純ナル引受アリタルトキ 所持人ハ豫備支拂人ノ引受ヲ受諾セサルヘカラス(之ヲ拒ミタル場合ニ於ケル制裁ハ他日ニ讓ル)豫備支拂人ノ記載アルトキハ其單純ナル引受ヲ得サルハ前者ニ對スル擔保請求ノ條件ナリ故ニ其單純ナル引受ハ擔保失效ノ結果ヲ生セサルヲ得ス約束手形ニ於テモ亦然リ(五二九條、四八一條)

二 引受人擔保ヲ供シタルトキ 破産ノ宣告ヲ受ケタル引受人擔保ヲ供セサル場合ニ於テ前者ハ擔保ヲ供スルナリ後日ニ至リテ引受人擔保ヲ供シタルトキハ前者ノ擔保供與ノ理由ハ消滅シタルナリ約束手形ノ振出人ニ付テモ亦同シ

第三 支拂人ノ破産 支拂人カ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ付テハ我商法ハ明文ヲ掲ケス蘭商法ハ所持人ニ與フルニ擔保請求權ノ行使ヲ以テスト雖モ我商法ニ於テハ然ラス所持人引受ヲ求ムル爲メニ手形ヲ呈示シ之ヲ得サル場合ニ於テ擔保ヲ請求スルヲ得ルハ論ナシ引受アリタル場合ニ於テ「グリーンフット」ハ直チニ破産者ニ對シテ擔保ヲ請求シ之ヲ得サルトキハ前者ニ對スル擔保請求權ヲ行フヘシト論シ(II § 120 n. 2 a B) 引受ノ破産宣告ノ前後ニ在ルヲ問ハサル論者ハ之ヲ認メサルヘカラス然レトモ既ニ引受ハ其宣告ノ前ナルヲ必要トセハ同一ノ結論ニ歸著スヘカラスハ明白ナリ

第三節 償還請求權

償還請求權 (Zahlungsregress, Regress auf Zahlung, Right of recourse, recours, actions recourtoies) ハ所持人カ支拂ヲ得サル場合ニ於テ其前者ニ對シテ行フ權利及ヒ償還ヲ爲シタル前者カ其前者ニ對シテ行フ權利ノ總稱ナリ其本體ヲ論スルニ先テテ手形行爲者ノ債權者ニ對スル法律關係ノ性質ニ付キ一言スルノ要アリ爲替手形ノ引受人ハ受取人及ヒ被裏書人ニ對シテハ勿論振出人ニ對シテモ支拂ノ債務ヲ負擔シ約束手形ノ振出人ハ受取人及ヒ被裏書人ノ全員ニ對シテ同シク支拂ノ債務ヲ負擔ス之ヲ主タル債務ト稱スルヲ得ヘシ又爲替手形ノ振出人ハ受取人及ヒ被裏書人ノ全員ニ對シテ支拂擔保義務ヲ負擔シ爲替手形及ヒ約束手形ノ裏書人ハ其ニ亦其後者ノ全員ニ對シテ支拂擔保義務ヲ負擔ス之ヲ償還義務ト稱ス主タル債務及ヒ償還義務ハ各獨立シテ其效力ヲ生スルモノニシテ手形行爲者ハ各自己ノ手形行爲ヲ拘束ヲ受ケ他ノ手形行爲者ノ債務ヲ負擔スルト否ト問ハサルナリ債務者各自ノ債務ノ原因

ハ即チ各自ノ手形行爲ニシテ各特別ノ理由ニ基キテ債務ヲ負擔ス此原則ハ相次テ各別ニ手形行爲ヲ爲シタル場合ノミナラス共同シテ一箇ノ手形行爲ヲ爲シタル場合ニモ行ハルルモノニシテ數人カ振出ノ裏書者クハ引受行爲ヲ爲シタルトキハ各自振出人タリ又引受人タリ是ヲ以テ手形行爲手形上ノ債務者ノ數ニ應ジテ手形上ノ債務存スルモノト謂フ(Grubhut II § 76 s. 21, § 130 s. 445, Staub Edg. zu Art. 49, Benstein Edg. zu Art. 49 n. 1, zu Art. 51 § 13, o) s. 305, Lehmann § 112 s. 483, 477, 478, v. Canstein § 18 s. 248, Demburg B. R. II § 274 s. 306 n. s. w.) 斯ク單一ノ債務ノ非ス複數ノ債務タル理由ニ因リテ獨國ノ學者ハ Solidarschuld, obligatio solidae Haftung, Gesamtschuld 等ノ文辭ヲ用フルヲ常トス

- 一 選擇遡求權 償還義務者ハ各其手形行爲ニ因リテ債務ヲ負擔シ他ノ手形行爲者ト獨立シテ直接ノ責任ヲ有スルカ故ニ所持人ハ一箇ノ訴訟ヲ以テ全員若クハ數員ヲ共同ニ訴ヘ數箇ノ訴訟ヲ以テ各自ニ請求シ一人ヲ探ミテ之ヲ訴ヘ全額ヲ請求スルノ自由ヲ有スルハ當然ノ結果ナリ償還ヲ爲シタル前者其前者ニ對シテ償還請求權ヲ行フニ付テモ其理一ナリ債務者ハ裏書ノ順序ニ依ルヘキヲ主張シ若クハ請求者ト自己トノ間ニ債務者アルヲ抗辯ノ事由トスルヲ得サルハ論ナシ
- 二 變更權 債務者償還請求權ヲ行フニ當リ前者ノ一人ニ對シテ訴ヲ提起スルモ其後者ハ其義務ヲ免カレス訴ヲ取下ケ更ニ之ニ對シ又己ノ欲スル前者ヲ選ミテ訴ヲ提起スルヲ得是レ亦手形上ノ債務ノ性質ノ當然ノ結果ニシテ外國法中此自由ヲ認メサルモノ闕西其他二三アルノミ
- 三 債務者ノ一人ノ債務ノ履行ハ必スシモ他ノ債務者ノ爲メニ其效果ヲ生セス引受人又ハ約束手形ノ振出人支拂ヲ爲シタルトキハ發行者、取得者皆其豫期セル目的ヲ達シタルモノニシテ手形上ノ

法律關係ハ絶對ニ消滅セザルヘカラス前者之ニ因リテ其償還義務ヲ免ルル固ヨリ明カナリ前者其償還義務ヲ履行シタルトキハ其後者ニ付テハ免責ノ效力ヲ有スト雖モ其前者及ヒ主タル債務者ノ債務ハ依然トシテ存ス否償還ヲ爲シタル前者ハ嘗テ被裏書人トシテ有シタル地位ヲ回復シ其前者及ヒ主タル債務者ニ對シテ權利ヲ行フナリ

四 時効ノ中断ハ其事由ノ生シタル債務者ニ對シテ獨リ其效力ヲ生シ時効ハ債權者及ヒ各債務者トノ間ニ於テ各別ニ完成シ債務者ノ一人トノ間ニ更改アリタルモ他ノ債務者ハ債權ノ消滅ヲ主張スルヲ得ヌ又債務者ノ一人ニ對シテ爲シタル債務ノ免除ハ他ノ債務者ノ利益ニ歸スルコトナシ

五 債務者ノ一人カ債權者ニ對スル相殺ノ主張ハ對人ノ抗辯トシテ之ヲ認ムルノミ主タル債務者トノ間ニ於ケル相殺ハ主タル債務消滅ノ原因ナルヲ以テ償還義務ノ消滅スヘキハ當然ナリ

六 混同ノ原則ノ適用ニ付テハ裏書ノ下ニ其梗概ヲ説明シタリト雖モ裏書人ノ一人カ更ニ被裏書人トナリ又ハ最後ノ被裏書人ノ相續人ト爲ルモ更ニ裏書ヲ爲スヲ得中間ノ裏書人ハ其義務ヲ免レ

以上列擧スルハ皆手形行爲ノ獨立ニシテ行爲者ハ各其行爲ノ拘束ヲ受クルノ論理上ノ結果ナラサルハナシ我國ノ手形法ヲ論スル者往往手形上ノ債務者ヲ連帶債務者ナリト説明ス今叙列シタル所ヲ取リテ連帶債務ニ關スル民法ノ規定ニ對比セハ著大ナル差異ノ其間ニ存スルヲ知ルニ難カラサルヘシ又數人共同シテ手形行爲ヲ爲シタル場合ニ於テモ各自其手形行爲ニ因リテ拘束ヲ受クルノ原則ヲ適用スヘキナリ故ニ第二七三條第一項ニ依リテ連帶債務者ナリトスルハ予之ヲ執ラス(大審院判決錄一〇輯二九卷一五五七頁)

第一款 償還請求ノ條件

手形ノ所持人カ何人ニ對シテ支拂ヲ求ムルカ爲メニ之ヲ呈示スヘキカノ問題ハ第五章第一節ニ略述シタリ而シテ所持人其呈示ヲ爲シテ支拂ヲ得サルトキハ前者ニ對シテ償還請求權ヲ行フヲ得ルナリ(四八〇條、四九〇條、五二九條)償還請求權行使ノ條件トシテ法律ノ掲ケタルモノニアリ

(一) 支拂ヲ求ムルカ爲メニスル呈示(二) 支拂拒絕證書ノ作成(三) 償還請求ノ通知

此三箇ノ條件ハ償還請求權ノ行使ニ缺クヘカラサルモノニシテ所持人ノ之ヲ爲ササルトキハ償還請求權ヲ失フ(四八七條、四九一條、五二九條)償還請求ノ通知ヲ受ケタル前者其前者ニ對シテ償還請求ヲ爲サント欲セハ亦通知ヲ發セザルヘカラス(四八八條、五二九條)而シテ通知ヲ發セザル場合ニ於ケル制裁ハ我商法ニ之ヲ明言セスト雖モ償還請求權ヲ喪失スルモノト解セザルヘカラス何トナレハ通知ヲ以テ償還請求ノ要件トスルノ主義ヲ採用シタル以上ハ理ニ於テ所持人ノ償還請求ト區別スヘカラサレハナ

リ
通知ノ期間、方式、效力等ニ至リテハ第四節ニ説明スヘキヲ以テ茲ニハ呈示及ヒ拒絕證書ニ付キ其大要ヲ述ヘント欲ス而シテ前述セル如ク此二者ハ償還請求ノ要件ナリト雖モ呈示ノ事實ハ拒絕證書ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ證明スルヲ許サス則チ支拂拒絕證書ハ所持人ニ於テ支拂ヲ求ムルカ爲メニ手形ヲ呈示シタルコト及ヒ其呈示アリタルニ拘ハラス支拂ヲ得サルコトヲ證スルカ爲メニ之ヲ作成スルモノナルカ故ニ拒絕證書作成ノ期間ハ自ら呈示期間タルノ效力ヲ有セザルヘカラス我商法第四八七條ハ「所持人……手形ヲ支拂人ニ呈示シ若シ手形金額ノ支拂ナキトキハ滿期日又ハ其後二日內ニ支拂拒

絶證書ヲ作ラシメ云ト云ヒ直接ニ呈示期間ヲ明言セスト雖モ前述ノ理由ニ因リテ満期日及ヒ其後ノ二日ハ適法ノ呈示ヲ爲スラ得ル期間ナラサルヘカラス殊ニ後ニ説明スル如ク所持人手形ヲ呈示シテ支拂ヲ得サル場合ニ於テハ公證人又ハ執達吏ニ拒絶證書ノ作成ヲ委託スルモ公證人、執達吏ハ單ニ所持人ノ報告ニ信賴シテ之ヲ作成スルニ非ス呈示其效ヲ奏セサルヲ公證スルニハ自ラ支拂ノ要求ト共ニ手形ヲ呈示セサルヘカラス公證人又ハ執達吏カ手形ヲ呈示シテ支拂ヲ求ムルヲ試ミタルノ事實即チ拒絶證書ヲ以テ證スヘキ事項ナリ所持人ノ呈示 (Private Presentation) ハ拒絶證書ノ間フ所ニ非ス斯ノ如ク呈示ト拒絶證書ト離ルヘカラサル關係ヲ有スルニ視テモ拒絶證書作成ノ期間ハ法律上之ヲ呈示期間ト解スルハ疑ヲ容レサルナリ大審院ノ判決ハ解釋ノ理由ニ付テ大ニ曖昧タルヲ免レザリシト雖モ明治三十六年十月ニ追ヒテ漸ク予ノ所論ト合スルニ至レリ (大審院判決録九輯三卷一三九頁同一九卷九一三頁、同一三卷一五一頁) 此點ニ付テハ法學新報第一四卷第五號「支拂拒絶證書作成ノ期間ハ支拂ヲ求ムルカ爲メニスル呈示ノ期間ナリ」ト題スル拙論ヲ參照ス (Granbuch II s. 121 n. 8; Staubzu Art. 41 § 8; Bernstein § 1, 1, b) (j) s. 197; Demburg B. R. II § 273 n. 4)

- 一 呈示及ヒ拒絶證書ノ作成ハ債權請求權ノ保存ニ缺クヘカラサル條件ニシテ振出人カ支拂適當者タリ又ハ支拂人タルトキト雖モ亦然リ而シテ拒絶證書作成ノ免除アリタル場合ハ即チ唯一ノ例外ニシテ而モ其免除ハ停止ノ免除タルノ效果ヲ有セサルハ後ニ説明スルカ如シ
- 二 被呈示者ヨリ支拂ヲ得ル能ハサル事情アルトキト雖モ呈示及ヒ拒絶證書ノ作成ハ所持人ノ之ヲ意ルヘカラス支拂人豫メ支拂ヲ爲ササルヘキヲ告ケタルトキ、死亡シタルトキ禁治産ノ宣告ヲ受ケタルカ如キ即チ其例ナリ疑ニ引受拒絶證書ノ作成アリタルノ事實ハ呈示及ヒ拒絶證書ノ作成ヲ無用ナラ

シメサルハ擔保請求權及ヒ債權請求權ヲ併セ認メタル當然ノ結果ナリ引受人又ハ約束手形ノ振出人カ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於テモ呈示ハ破産者ニ對シテ之ヲ爲スヘキナリ人或ハ論シテ曰ク支拂ヲ爲ス者既ニ破産ノ宣告ヲ受ケタリ之ニ對シテ支拂ヲ求ムルカ爲メニ手形ヲ呈示スルカ如キハ無用ノ手續ニシテ法律ノ求ムル所ニ非ス是レ斷シテ誤ナリ引受人又ハ約束手形ノ振出人破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於テ之ニ對シテ擔保ヲ請求シ其之ヲ供セサルニ當リテハ拒絶證書ヲ作ルハ満期日到來ノ時ニ於テ支拂ヲ求ムルカ爲メニスル呈示及ヒ支拂拒絶證書作成ノ理由タラスンハ非ス (大審院判決録第一〇輯第八卷三〇九頁) 是レ獨國手形法ノ解釋トシテ學者ノ疑ハサル所ニシテ外國法中之ヲ明定スルモノ其例妙シトセス

- 三 呈示及ヒ拒絶證書作成ノ時期 呈示ト拒絶證書トノ關係及ヒ拒絶證書作成ノ期間ハ呈示期間タルノ效果ヲ有スルハ既ニ述ヘタルカ如シ満期日及ヒ其後ノ二日內ニ呈示及ヒ拒絶證書ノ作成アレハ即チ債權請求權ヲ保存スルニ足ル其期間ハ其行爲ヲ爲スヘキ時期ニシテ所持人ハ満期日ニ呈示シ其日ニ拒絶證書ヲ作ラシムルモ可ナリ満期日ニ呈示シ支拂ヲ得サル場合ニ於テ其翌日又ハ翌翌日ニ呈示シテ拒絶證書ヲ作ラシムルモ可ナリ第三日ニ至リテ始メテ呈示シ拒絶證書ヲ作ラシムルモ可ナリ其ニ保全行爲ヲ過ラザルモノナリ一覽拂手形ニ在リテハ支拂ヲ求ムル爲メニ呈示シタル日ハ即チ満期日ニシテ拒絶證書ハ其後二日內ニ作成スヘキモノタルハ明カナリ
- 呈示及ヒ拒絶證書作成ノ期間ニ付テハ我商法ハ休日ナルト否トヲ區別スルコトナシ然レトモ期間ヲ以テ満期日ヲ定メタル場合ニ於テ其日カ休日ナルトキハ翌日ヲ以テ満期日トスルカ故ニ自ラ呈示及ヒ拒絶證書ノ作成ハ一日延長スヘク又拒絶證書作成期間ノ末日カ休日ナルトキハ其翌日ニ爲スヘキ

商法手形 各論 請求權 債權請求權

0022

ナリ(民二四二條)呈示及ヒ拒絕證書作成ノ時間ニ付テハ法令又ハ慣習ニ依ル取引時間アルトキハ之ヲ遵守スヘキナリ(二八三條)故ニ銀行ノ營業時間(午前九時ヨリ午後三時マテ)ハ亦銀行ニ對スル呈示及ヒ拒絕證書作成ノ時期ト云ハサルヘカラス(二十三年銀行條例六、二十八年法律第一號)營業者ノ隨意ニ定メタル時間ハ其效ナシト雖モ他方ニ在リテハ通例ノ營業時間ハ之ヲ度外視スルヲ得ス

茲ニ一言加フヘキハ不可抗力其他ノ原因ノ爲メニ期間ヲ遵守スル能ハサルトキハ其危險ハ所持人ノ負擔ニ歸スヘキナリ蓋シ拒絕證書ハ法律ノ要求スル嚴格ナル條件ニシテ不可抗力ヲ斟酌スルヲ許ストセハ拒絕證書ヲ以テ證セサルヘカラス事實ナルヘシト雖モ公證人又ハ執達吏ハ之ヲ證明スル能ハサルノミナラス時効期間ニ非サルヲ以テ時効停止ニ關スル民法ノ規定ヲ適用スヘカラスレハナリ例ヘハ公證人又ハ執達吏カ作成地ニ在ラス證書ノ作成ヲ怠ルカ如キモ尙ホ所持人ニ歸ストスルヲ獨國學者ノ定説トス而シテ其理由ハ管ニ法律編纂ノ記錄ノミニ非サルナリ瑞西債務法ハ不可抗力ヲ斟酌セサルヲ明定ス佛法ハ明文ヲ掲ケス而シテ理論實際共ニ不可抗力ノ止ミタル後直チニ拒絕證書ヲ作ラシムレハ可ナリトス英國手形法第四六條亦然リ

四 呈示及ヒ拒絕證書作成ノ地及ヒ場所 呈示及ヒ拒絕證書ノ作成ハ支拂地ニ於テセサルヘカラス特ニ支拂地ノ記載ナキトキハ爲替手形ニ在リテハ手形ニ記載シタル支拂人ノ住所地ヲ以テ支拂地トシ約束手形ニ在リテハ振出地ヲ以テ支拂地トシ(四五二條、五二六條)他地拂手形ニ在リテハ特ニ支拂地ノ記載アルヲ以テ各其地ニ於テ呈示及ヒ拒絕證書ノ作成ヲ爲ササルヘカラス他地拂手形ニ於テ支拂人引受ヲ爲サス又支拂擔當者ヲ記載セサルトキト雖モ亦然リ(大審院判決錄第九輯第九卷四二二頁)之ヲ要スルニハ手形ハ支拂時期ニ到達シタルトキハ支拂地ニ在ルヘキモノニシテ豫備支拂人、支

拂ノ場所共ニ支拂地ニ在ラサルヘカラストスルハ(四四八條、四五四條、四五八條、四七三條、五二九條)之カ爲メナリ

呈示及ヒ拒絕證書作成ノ場所ハ被呈示者ノ營業所若シ營業所ナキトキハ其住所又ハ居所ナルヲ本則トス(四四二條一項)而シテ支拂ノ場所ノ記載アルトキハ其場所ニ於ラスヘキナリ(大審院判決錄第九輯第一五卷六九八頁、同第二三卷一一七七頁、第一〇輯第一五卷七五七頁)

五 被呈示者及ヒ拒絕者 支拂ヲ爲スヘキ者カ手形ノ呈示ヲ受クヘキハ論ヲ俟タズ玆ニ支拂ノ場所ノ記載アル場合ニ於テ支拂ヲ求ムルカ爲メ呈示ハ何人ニ對シテ爲スヘキカラ一言セント欲ス支拂ノ場所ハ支拂人、引受人又ハ約束手形ノ振出人自ラ其場所ニ於テ支拂ヲ爲スヘシトノ意ニシテ特定ノ銀行ヲ指定シタル場合ニ於テ其銀行カ支拂擔當者タルニ非ス故ニ呈示ハ支拂人、引受人又ハ振出人ニ對シテ爲スヘク又之ヲ拒絕者トシテ拒絕證書ヲ作成スヘキナリ大審院ノ判例モ獨國學者ノ定説ニ同シ(大審院判決錄第一〇輯第一五卷七五七頁、同第二〇卷一〇九二頁)

第二款 償還金額

償還請求權ノ目的ハ金錢ニシテ其金額ハ所持人カ其前者ニ對シテ請求スルト償還ヲ爲シタル前者カ其前者ニ對シテ請求スルト問ハス法律ノ規定スル所ニ依リテ定マル之ヲ稱シテ償還金額(Depossumt)ト謂フ法律ヲ以テ此金額ヲ定ムル所以ハ支拂ノ拒絕若クハ償還義務ノ履行ニ因リテ生スル損害又ハ失フ利益ノ個人ニ依リテ異ナルヲ排斥スルニ在リテ手形行爲ヲ爲シ之ニ因リテ債務ヲ負擔スル者豫メ支拂拒絕ノ場合ニ於テ支拂フヘキ金額ヲ知ラス常ニ偶然ナル人ノ關係ニ基キ損害ヲ賠償セサルヘカ

ラストセハ安シテ手形行為ヲ爲スヲ得サルニ至ルヘキナリ是ヲ以テ個個ノ場合ニ於テ債權者ノ被ムル損害ノ如何ヲ顧ミス一定ノ物ノ標準ヲ設ケテ償還金額ヲ定ム故テ損害判定ノ困難ヲ避クルニハ非ザルナリ (s. Grünhut II § 129 s. 492, Lehmann § 187 s. 554, Saub zu Art. 50 § 8, Bernstein Fig. in Art. 50 ff. s. 219)

償還金額ハ商法ノ定ムル所ニ從ヒ二箇ノ場合ニ分テテ説明スルヲ便トス

第一 所持人ノ請求スルヲ得ヘキ償還金額ハ第四九一條ニ於テ之ヲ定ム

一 手形金額 一部支拂ノ場合ニ於テハ其殘額ニ付キ償還請求ヲ爲スヘキハ論ナシ又所持人カ手形取得ノ爲メニ與ヘタル對價ヲ問ハサルモ明カナリ

二 法定利息 利率ハ年六分(二七六條)ニシテ滿期日以後ノ利息トス此利息ノ性質ハ人動モスレハ誤解ス既ニ述ヘタル如ク手形ハ所謂呈示證券ニシテ引受人又ハ約束手形ノ振出人ト雖モ滿期日ノ到來ニ因リテ直チニ遲滞ノ責ニ任スルニ非ス而シテ所持人拒絶證書作成期間ノ末日ニ至リテ始メテ支拂ヲ求ムルカ爲メニ手形ヲ呈示スルモ尙ホ利息ハ滿期日以後ノ分ヲ支拂ハサルヘカラサルカ故ニ之ヲ遲延利息ト稱スルヲ得ス償還義務者モ己ニ對スル呈示アリテ始メテ遲滞ノ責ニ任スルヤ否ヤニ付テハ獨國學者其說ヲ異ニスト雖モ償還金額ノ計算ニ付テハ當然滿期日以後ノ利息ヲ算入ス故ニ民法第四一九條ノ規定ヲ假リテ債務者損害賠償トシテ利息支拂ノ責ニ任スト説明スルハ手形ハ其可ナル所以ヲ知ラス

三 費用 所持人カ支拂ヲ得サルニ因リテ生スル必要又ハ通常ノ費用ハ償還義務者ニ對シテ請求スルヲ得サルヘカラス拒絶證書ノ作成ニ關スル費用、償還請求通知ノ費用、償還計算書ノ費用等はナシ

リ(公證人規則六四條、六五條、六七條、執達吏手数料規則一六條)訴訟費用ニ付テハ明文ヲ掲ゲスト雖モ償還義務者ハ訴ノ方法ヲ以テ支拂ヲ求ムルヲ試ムルヨリハ先ツ己ニ對シテ償還請求ヲ爲スヘキヲ主張スルヲ得ト解スルヲ正當トス

四 相場ノ差額 償還請求ノ目的ハ所持人ヲシテ支拂地及ヒ支拂時期ニ於テ正ニ支拂ヲ受ケタルト同一ノ地位ヲ得セシムルニ在リテ恰モ支拂拒絶ノ地及ヒ時ニ於テ現金ヲ以テ他人ヨリ償還金額ノ支拂ヲ受ケタルト同一ノ效果ヲ收メシメテ可ナリ今手形ノ支拂地ト償還義務者ノ住所地ト同一ナルトキハ所持人ハ直接ニ支拂地ニ於テ償還金額ヲ請求スルモノト看做スヘシト雖モ二者相異ナリテ償還義務者ノ住所地ニ於テ請求セサルヘカラサル場合ニ於テハ其地ヨリ支拂地ニ現金ニテ償還金額ニ相當スル金額ノ輸送ヲ爲サシメタルト同一ノ負擔ヲ償還義務者ノ住所地ヲ支拂地トシ目的一副フモノト云フヘシ即チ所持人カ本手形ノ支拂地ニ於テ償還義務者ノ住所地ヲ支拂地トシテ一覽拂ノ手形ヲ發行シ其授受ノ對價トシテ償還金額ヲ當ル金額ヲ得ヘキモノトシテ之ヲ償還義務者ニ請求スルヲ得ルナリ一例ヲ舉ケテ之ヲ説明センニ償還金額ヲ千十圓ナリトシ戻手形ヲ發行シテ之ヲ他人ニ與フルニ當リ此千十圓ヲ對價トシテ收メント欲セハ其戻手形ノ金額幾許ニスヘキカヲ考フヘシ還ハ本手形ノ支拂地即チ戻手形ノ發行地ニ於テ償還義務者ノ住所地ヲ支拂地トシタル手形ノ需用供給ノ如何ニ依リテ定マルモノニシテ前記千十圓ヲ收ムルニ手形金額ヲ千二十五圓トスヘキトキハ其差額タル十五圓ハ之ヲ償還金額ニ加算スルナリ所持人ハ事實戻手形ヲ發行スルニ非ス之ヲ發行シタルモノト假定シテ償還金額ヲ計算スルカ故ニ獨國ノ學者之ヲ假定ノ戻手形ノ制度(System der hinteren Rückrate)ト稱ス而シテ本手形ノ支拂地ニ於テ償還義務者ノ住所地ヲ



支拂地トシタル手形ノ相場ナキトキハ其住所地ニ最モ近キ地ニ宛テテ振出シタル手形ノ相場ニ依リテ計算ス償還義務者ノ住所地ノ異ナルニ依リテ相場ノ差アルハ論ナキナリ

第二 償還ヲ爲シタル者ノ請求スルヲ得ヘキ償還金額 (Reboursangessumme) ハ第四九二條ノ定ムル所ナリ

- 一 後者ニ支拂ヒタル償還金額
- 二 償還金額、支拂ノ日以後ノ法定利息
- 三 費用

此等償還金額ノ各項目ニ付テハ特ニ説明ヲ要セサルヘシ

四 相場ノ差額 假定的戻手形ノ制度ノ何タルヤハ既ニ説明シタル所ニシテ償還者ノ其前者ニ對シテ請求スル金額ニ付テモ爲替相場ノ昂低ニ依リ差額ヲ加算スルヲ得ルナリ(四九二條二項)而シテ其相場トハ償還者ノ住所地ヨリ償還ヲ受クル者ノ住所地ニ宛テ振出シタル一覽拂ノ手形ノ相場ヲ謂ヒ若シ前者ノ住所地ニ於テ其相場ナキトキハ後者ノ住所地ニ最モ近キ地ニ宛テタル手形ノ相場ヲ謂フハ自ラ明カナリ斯ノ如ク後者ヨリ順次相場ノ差額ヲ加算スルトキハ最後ノ償還義務者タル爲替手形ノ振出人若クハ約束手形ノ受取人ノ償還スヘキ金額ハ手形金額ヨリ著シク大ナルニ至ルコトアルヘキハ自然ノ結果ナリ (Prinzip der Kumulation der fngigen Rückwechsel und der meh-fachen Retourrechnung)

第四九二條ハ償還義務者カ後者ニ償還ヲ爲シタル場合ニ於ケル償還金額ヲ定メタルナリ故ニ償還義務ヲ負擔セサル者例ヘハ無擔保裏書ヲ爲シタル者、前者カ手形上ノ權利ヲ喪失シタル場合ニ於テ

任意ニ償還ヲ爲シタル者ノ如キハ獨立ノ償還請求權ヲ有セサルナリ然レトモ償還トハ必スシモ償還金額ノ支拂ノ謂ニ非ス相殺、贈與其他ノ原因亦償還タルノ性質ヲ傷フニ非サルハ恰モ支拂ノ現金ノ授受ヲ意味セサルカ如シ (Grundb. II § 126 n. 3, Barenstein zu Art. 51 § 2, 3, b) s. 223) 本章ヲ終ハルニ臨ミテ一言スヘキハ引受人又ハ約束手形ノ振出人カ支拂ヲ拒絶シタル場合ニ於テ其支拂フヘキ金額ハ第四九一條及ヒ第四九二條ノ規定スル所ニ準シテ之ヲ定ムルナリ(四七一條、五二九條)

第三款 戻手形

戻手形 (Rambio, Retourwechsel, Rücktratte, retratte, rechange, retrat) トハ償還金額ノ取得ヲ目的トシテ發行スル爲替手形ヲ謂フ之ヲ發行スルハ償還金額取立ノ簡便ナル方法ニシテ償還請求ヲ爲ス者、手形、拒絶證書及ヒ償還計算書ヲ償還義務者ニ送付シ償還金額ノ送致ヲ俟タスレテ戻手形ノ發行交付ニ對スル報酬ヲ以テ直チニ償還ニ充ツルナリ然レトモ償還義務者カ好ミテ支拂ヲ爲シ且其信用ニ倚賴スルヲ得ヘキトキニ非サレハ却テ錯雜ヲ生スルノ虞アルヲ以テ實際ニ於テハ此方法ニ依ルハ極メテ其例尠シト謂フ

戻手形ノ發行ニ關スル事項ハ第四九三條及ヒ第四九四條ノ規定スル所ナリ

- 一 振出人ハ償還請求ヲ爲ス者ニシテ所持人タルコトアリ償還ヲ爲シタル者ナルコトアリ
- 二 支拂人ハ償還ノ請求ヲ受クル者ニシテ其住所地同一ナルトキハ數人ニ對シテ發行スルヲ妨ケス數箇ノ手形ヲ發行シテ請求ヲ重複スル能ハサルハ論ナシト雖モ數人ヲ支拂人トスル能ハサルノ理ナキ

ナリ (anders Grünhut II § 128 s. 442)

- 三 受取人ハ償還請求ヲ爲ス者タルヘク又第三者タルヘシ
 - 四 手形金額ハ償還金額及ヒ戻手形ノ發行ニ因リテ生スル費用ナリ 印紙税、手形仲立人ノ周旋料其他償還金額ノ全部ヲ對價トシテ受クルニ必要ナル出費ハ皆之ヲ手形金額ニ加算スルヲ得
 - 五 満期日ノ種類トシテハ一覽拂ナラサルヘカラス償還請求ヲ爲ス者即時ノ收得ヲ目的トスルノミナラス他ノ方法ヲ以テ満期日ヲ定ムルトキハ其日ニ至マテノ利息ノ爲メニ對價ノ減額ヲ來タスヘク之ヲ償還義務者ノ負擔ニ歸セシムヘカラスナリ
 - 六 支拂地ハ償還請求ヲ受クル者ノ住所ナルヲ要ス故ニ他地拂手形ヲ發行スル能ハス
 - 七 振出地ハ所持人發行ノ場合ニ於テハ本手形ノ支拂地ニシテ償還ヲ爲シタル者發行ノ場合ニ於テハ其住所ナリ第四九四條第二項ノ文字ヨリ見ルトキハ振出地ヲ手形ニ記載スルヲ必要トスルカ如シト雖モ元來振出地ハ爲替手形ノ要件ニ非サルノミナラス償還請求ノ場合ニ於テ特ニ之ヲ記載セシムルノ理由アルナシ
- 戻手形ニシテ以上ノ條件ヲ具備スルトキハ償還義務者タル支拂人ハ其請求者ニ對スル關係ニ於テ支拂ヲ爲ササルヘカラス(戻手形ヨリ生スル法律關係ニ於テハ單ニ支拂人タルニ止マルヲ以テ手形上ノ債務者ニ非サルハ言フ俟タス)然レトモ支拂人ハ本爲替手形、拒絕證書及ヒ受取ノ旨ヲ記載シタル償還計算書ト交換ノニ支拂ヲ爲スノミ(四九五條)故ニ戻手形ノ振出人ハ戻手形ト共ニ附屬書類トシテ是等ノ書類ヲ受取人ニ交付シ若クハ之ヲ支拂人ニ送付スヘキナリ而シテ支拂人支拂ヲ爲ササルトキハ振出人ハ本爲替手形ニ基キ其權利ヲ主張スルノ外ナク此場合ニ於テ支拂拒絕ノ爲メニ生シタル費用ヲ請求ス

ルヲ得ヘキハ論ナキナリ
戻手形モ亦普通ノ爲替手形ナリ故ニ支拂人支拂ヲ爲サルトキハ振出人ハ償還義務ヲ履行セサルヘカラス

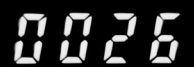
第四款 償還ノ體様

償還請求ヲ受クル者ハ手形、拒絕證書及ヒ償還計算書ト交換ノニ非サレハ償還金額ノ支拂ヲ爲スノ義務ナク(四九五條一項)即チ償還請求者ハ之ヲ提供スルノ用意ナカルヘカラス償還者ニ於テ此等ノ書類ノ交付ヲ請求スルハ一ハ償還義務ヲ履行シタルノ確證ヲ得テ再度ノ請求ニ應スルノ危険ヲ免カレ一ハ自己ノ前者ニ對シテ償還請求權行使ノ基礎ヲ得ルニ在リ (and Grünhut II § 127 n. 3) 此二箇ノ理由アリ故ニ爲替手形ノ振出人若クハ約束手形ノ受取人ノ如キ償還義務者ヲ有セサルモノト雖モ書類ノ交付ヲ請求スルヲ得ルナリ

一 手形 手形ハ無償ナラサルヘカラスナルハ獨國學者ノ定説ト稱スハム (Lehmann § 137 n. 20, Thal § 99 n. a, § 101, § 197 n. 1, Stamb. za Art. 54 § 3, Bernstein § 1, 1, a) s. 228, Demburg B. R. II § 274 n. 10) 反對説 (Grünhut II § 127 s. 433, v. Canstein § 24 n. 77, Goldschmidt System 2. A. § 196) ハ予ノ首肯スル能ハサル所ナリ

二 拒絕證書 原本滅失シタルトキハ償還者ハ原本ヲ以テ満足セサルヘカラス(五一七條二項)ト雖モ償還請求者ハ償還者ニ必要ナラサルノ理由ヲ以テ其交付ヲ拒絕スル能ハス

三 償還計算書 (Rechnung, compte de retour, recourse account) ニ記載スヘキ事項ハ我商法ニ



ヲ定メスト雖モ償還金額ノ計算ヲ明カニスヘキモノニシテ手形金額、利息、拒絶證書作成ノ手数料其他ノ各項目ヲ掲ケ之カ領收ノ旨ヲ記載シ請求者署名シテ之ヲ償還者ニ交付スルナリ(四九五條二項) 茲ニ償還計算書ト云フハ請求者ノ作成交付スルモノニシテ請求者カ其後者ヨリ受領シタルモノヲ併セ交付スルニ非サルナリ

一部ノ償還ハ請求者ニ於テ之ヲ受諾スルノ義務ナシト雖モ之ヲ受諾シタルトキハ償還者ハ一部支拂ノ場合ニ準シテ其旨ヲ手形ニ記載セシメ且署名シタル謄本ヲ交付セシムルコトヲ得(四八四條二項)

第五款 支拂拒絶證書作成ノ免除

所持人カ其前者ニ對スル償還請求權ヲ保有セント欲セハ拒絶證書ヲ以テ支拂ヲ求ムルカ爲メ手形ヲ呈示シタル事實及ヒ支拂ヲ得サルノ事實ヲ證明セサルヘカラサルハ第一款ニ説明シタルカ如シ然レトモ拒絶證書ハ保全行爲ノ確證トシテ専ラ償還義務者ノ利益ヲ保護スルノ趣意ニ出テタルモノニシテ其利益ヲ享受スル者カ公正ノ證憑ナキニ拘ハラズ其償還義務ヲ盡サントセハ法律ニ於テ拒絶證書ノ作成ノ強要スルノ理アラス是レ拒絶證書作成ノ免除(Protestaus, dispense du) (protest) ヲ認ムル所以ナリ(四八九條一項)之ヲ明定スルノ例鈔ナカラス佛國ノ實例其效力ヲ認メ(Lyon-Caen Pratic IV nr 100, 376-379)英國手形法ハ呈示及ヒ拒絶通知ノ拋棄(waiver of presentment, waiver of notice of dishonour)ヲ定ム

拒絶證書ノ作成ハ償還請求權保全ノ要件ニシテ所持人ノ義務ト稱スヘカラス然ルニ我邦ノ論者往往拒絶證書作成義務ノ免除ト云ヒ大審院ノ判決モ亦屢、此文字ヲ用フ蓋シ舊商法第七八三條ノ用語ヲ

襲踏セルモノナルヘシ然レトモ手形ノ取得者ハ唯權利ヲ取得スルノミニシテ何等ノ負擔ヲ命セラルルコトナシトノ原則ニ對シテ甚タ妥當ナラサルノ感アリ獨國ノ學者亦動モスレハ此誤ニ陥ル宜シタル現行商法ニ「作成ヲ免除シタル」ト云ヘルニ留意スヘキナリ事頗ル小ナルニ似タリト雖モ手形法ノ原則ヨリ觀察シテ之ヲ默過スル能ハス故ニ茲ニ一言ス

第一 免除ノ方式 免除ノ意ヲ表スルノ文句(Protestausklause, clause de retour sans frais)ハ我商法ハ之ヲ限定セス普通ノ手形用紙ニ「拒絶證書ノ作成ヲ免除スル」ノ文字ヲ用ウ而シテ斯ノ如キ文字ヲ手形ニ記載シタルトキハ後ニ説明スルカ如キ手形上ノ效力ヲ生スト雖モ手形以外ノ書面ヲ以テシ若クハ口頭ヲ以テスルトキハ唯所謂直接ノ當事者間ニ於テ其效果ヲ有スルノミ(大審院判決録第一〇輯第二九卷一五八五頁)獨國ノ學者間此點ニ付キ異議アルヲ聞知セズ

第二 免除 償還義務者ハ拒絶證書ノ作成ヲ免除スルヲ得其保證人ハ同一ノ責任ヲ負擔スルヲ以テ同シク免除者タルヲ得又償還義務者ニ非サル者ト雖モ拒絶證書ノ作成ヲ前提トシテ其債務ヲ履行スル者ハ之ヲ免除スルヲ得サルヘカラス他地拂手形ノ引受人ノ債務ハ償還義務ト稱スヘカラサルモノニ對スル權利ノ保全ニハ拒絶證書ノ作成ヲ必要トス故ニ亦免除文句ヲ記載スルヲ得之ニ反シテ普通ノ引受人若クハ約束手形ノ免除ハ法律上何等ノ意義ヲ有セス

第三 免除ノ效果

一 免除ノ直接ノ效果ハ免除者ハ拒絶證書ノ作成ナキモ償還請求ニ應セサルヘカラサルニ在リ(四八九條一項)然レトモ所持人ハ拒絶證書ヲ作成セシメ且其費用ヲ免除者ニ對シテ請求スルヲ得(四八九條二項)拒絶證書ノ作成ヲ所持人ノ義務ト誤解スル者ハ曰ク免除ハ義務ノ免除タルノミ權利

剽奪ノ效力ヲ有セスト (Z. B. Staub zu Art. 42 § 6, Bernstein § 4, I. B.) a. E. a. 205) 大審院ノ判決 (判決録第八輯第一卷三八頁) 亦然リ是レ所持人ノ權利ノ在ル所以ヲ説明セサルナリ抑、拒絕證書ハ公正證書ニシテ所持人ノ作ラシメタルトキハ保全行為ヲ爲シタルヲ容易ニ證明スルヲ得テ事實ノ紛争ヲ避クルノ利アリ其作成ハ一之ヲ償還義務者ノ私益ヘカラス故ニ免除ハ作成ノ禁止タルノ效果ヲ有スヘカラス (so Grunhut II § 122 s. 400) 人或ハ難シテ云ハシテ免除アリタルトキハ所持人呈示ノ事實ヲ證明スルニ非スシテ却テ免除者呈示ナカリシコトヲ證明スルノ責任ヲ負擔ス (此點ハ後段ニ論スヘシ) トセハ免除アリタル場合ニ於テ拒絕證書ヲ作成セシムルハ所持人ノ利益ト稱スヘカラスト是レ一ヲ知リテ二ヲ知ラサル淺薄ノ論議ナリ何トナレハ所持人ハ拒絕證書ニ依リテ呈示ノ有無ニ關スル事實上ノ主張ヲ杜絶スルヲ得レハナリ殊ニ免除者ニ非サル償還義務者ニ對シテ其權利ヲ保全スルニハ拒絕證書ノ作成ヲ必要トスルハ論ナク一人ノ免除者アリタルカ爲メニ之ヲ作成セサルノ義務ヲ所持人ニ命シ其作成費用ヲ請求スルヲ得サラシムルハ寧ろ所持人ノ利益ヲ傷フモノト云ハサルヘカラス

二 免除ハ免除者ニ對シテノミ其效力ヲ生ズ是レ手形行為ハ互ニ相獨立シ行為者ハ各其行為ノ拘束ヲ受クルノ結果ニ外ナラス今爲替手形ノ振出人カ免除文句ヲ記載シタル場合ニ於テ所持人拒絕證書ヲ作ラシメサルトキハ裏書人ハ其義務ヲ免カル他地拂手形ノ引受人亦然リ又他地拂手形ノ引受人カ免除ヲ爲シタル場合ニ於テ所持人、振出人及ヒ裏書人ニ對シテ其權利ヲ保全セント欲セハ拒絕證書ノ作成ヲ怠ルヘカラス此免除ノ相對的ノ效力ハ我商法第四八九條第一項之ヲ明示ス

三 免除者ニ對シテハ手形ノ取得者皆拒絕證書ヲ作ラシメシテ償還請求權ヲ行フヲ得ルハ手形行為ノ絕對的效力ヨリ然ラサルヲ得ス

四 拒絕證書作成ノ免除ハ支拂ヲ求ムルカ爲メニスル呈示ノ免除タルノ效果ヲ有セス免除ハ拒絕證書ノ作成ナキモ權利喪失ノ制裁ヲ所持人ニ加ヘサルニ在リ故ニ所持人拒絕證書作成ノ期間内ニ呈示ヲ爲ササルトキハ免除者ニ對シテモ其權利ヲ失フ (大審院判決録第九輯第一八卷第八五三頁) 而シテ呈示ノ事實ハ所持人ニ於テ證明セサルヘカラサルカ將タ免除者ニ於テ呈示ナカリシコトヲ證明セサルヘカラサルカノ問題ニ付テハ獨國手形法第四二條ハ舉證ノ責任ハ免除者ノ負擔タルヲ明言ス我商法ニ明文ナク手形法ヲ論スル者其說ヲ異ニスルカ如シ予ハ明文ナキニ拘ハラズ舉證ノ責任ノ免除者ニ在ルヲ斷言セント欲ス呈示ノ事實ヲ證明スルニ拒絕證書ヲ以テセサルヘカラサルハ手形法ニ一貫セザル原則ニシテ償還請求ノ場合ノミナラス他ニ幾多其例アリ (四六六條二項、四六七條一項、四七二條二項、四七五條、四八二條二項、五〇八條二項、五二七條二項、五二八條一項)

其他手形法上ノ行為ニシテ獨リ拒絕證書ヲ以テ證明スルヲ得ルモノ亦尠ナカラス支拂ヲ求ムルカ爲メニスル呈示ヲ證明スルハ唯此拒絕證書アルノミ故ニ呈示ノ確證アルモ拒絕證書ナクハ唯此一事實ニ因リテ所持人ハ償還請求權ヲ失フニ至ルナリ之ヲ要スルニ拒絕證書ハ呈示ノ唯一ノ證明具ニシテ他ノ證據ヲ以テ其欠缺ヲ補フヲ認メ今免除者カ法律ノ認ムル唯一ノ證明具ヲ作成セザルモ償還請求ニ應スヘキノ意思ヲ表示シタル場合ニ於テ所持人ノ作ラシメタルトキハ普通ノ場合ニ於テ認許セザル立證ノ方法ニ依リテ呈示ノ事實ヲ證明セサルヘカラスト云フハ拒絕證書ノ手形法上ノ價值ヲ誤解スルモノナリ獨國手形法ニ舉證ノ責任ニ關スル明文アルハ當然ノ理ヲ示シタルニ過キス學者ノ所說ヲ見ルニ明條ヲ必要トセザルカ如シ大審院ハ反對ノ見解ヲ執リ「拒絕證書作成ノ



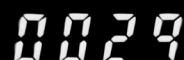
義務ノ免除ハ單ニ拒絕證書ノミニ依リ立證方法ノ制限ヲ解キタルニ過キスシテ立證責任ヲ免除スルモノニ非サレハ手形所持人ハ呈示ノ事實ヲ立證スル責任アルモノトス〔大審院判決録第八輯第六卷四二頁〕ト云ヒ又「支拂拒絕證書作成義務ノ免除ハ償還請求權ノ保存ニ付キ手形所持人ヲシテ單ニ支拂拒絕證書ヲ作成ヲ免カレシムルニ止マリ支拂ノ爲メニ手形ヲ呈示スルノ義務ハ勿論其呈示ノ事實ヲ證明スルノ責任ヲ免カレシムルモノニ非ス」〔大審院判決録第九輯第一八卷八五二頁〕ト云ヒ拒絕證書ヲ以テ立證ノ制限ナリトスルハ予ノ解スル能ハサル所ナリ拒絕證書ヲ措キテ他ノ立證方法ヲ認メサルカ我商法ノ爭フヘカラサル原則ナルニ拘ハラス之ヲ作ラサルトキハ他ノ立證方法ヲ所持人ニ強フルハ法ノ矛盾ナリ近時松波博士ハ予ノ持論ニ反對ノ意見ヲ明治學報ニ掲ケラレタリ其要ニ曰ク我商法ノ解釋トシテハ證書ノ免除ノミヲ以テ直チニ呈示ノ證明ノ責任カ償還義務者タル免除者ニ移轉シタリト云フヲ得ス權利ヲ主張スル者ハ必スヤ自ラ先ツ其權利ヲ有スルコトヲ證明セサルヘカラス手形ノ呈示ハ償還請求權ノ發生條件ナルヲ以テ償還請求權アリト云フニハ呈示アリシコトヲ示ササルヘカラス而シテ裁判所ニ於テハ言フノミニテハ足ラス必スヤ呈示アリトノ事實ヲ證明セサルヘカラス即チ訴ノ原因ノ證明ナリ通常ナレハ此事實ハ拒絕證書ヲ以テ證明セサルヘカラサルモ免除ノ場合ニハ其嚴格ナル證明方法ヲ免除セラレ居ルヲ以テ如何ナル方法ニテモ證明スルコトヲ得ト云フナリト〔第八九號三二頁〕博士ノ說ク所ハ「手形ノ呈示ハ償還請求權ノ發生條件ナリ」ト云ヘルノ謬妄ナルヲ外ニシテハ大審院ノ判旨ト異ナルヲ見ス不幸ニシテ駁論ノ根據ヲ窺フ能ハサルヲ遺憾トス殊ニ末段ニ至リテ拒絕證書ヲ嚴格ナル證明方法ト解セラルルハ予ノ服スル能ハサル所ナリ拒絕證書ハ嚴格ナル證書ナリト雖モ立證ノ方法トシテハ嚴格不嚴格

ヲ區別スルニ非ス法律ノ認ムル唯一ノ證據ナリ「*London*」On a dit que le porteur n'était pas obligé de prouver qu'il est présenté la lettre au tiré; cela semble exagéré; le recours suppose toujours l'enlèvement de paiement; seulement ici il n'est pas nécessaire que ce refus ait été légalement constaté (Traité IV n. 376) 大審院ノ判決及ヒ松波博士ノ所論ト其主趣同

五、拒絕證書作成ノ免除ハ償還請求ノ通知ノ免除タルノ效果ヲ有セス我商法ニ於テ通知ヲ必要トスルハ其理由一ナラス償還請求ニ應スルノ準備ヲ爲サシムルヲ以テ主タル目的トスト雖モ通知ヲ受ケタル者ハ支拂拒絕ノ事實ヲ知リテ振出人ハ支拂人若クハ引受人ニ對シテ資金ノ回收其他適當ナル措置ヲ施シ裏書人ハ自己ノ前者ニ通知ヲ發シ又手形授受ノ原因タル法律關係ニ基キテ其權利ヲ伸張スルノ便利アリ即チ通知ハ拒絕證書ノ作成ヲ告知スルニ非ス故ニ拒絕證書作成ノ免除カ通知ノ免除タル效力ナキトハ當然ノ結果ナリ (s. Grünhut II § 122 s. 406, Thöl § 90 s. 324, Staub zu Art. 42 § 9) 尙ホ此拒絕證書作成ノ免除ト通知トノ關係ニ付テハ次節ニ於テ詳説スヘシ

第四節 通知

通知 (Notification, Notenzugewertigung, notification, notice of dishonour) ハ遡求權行使ノ條件ニシテ擔保請求ノ通知及ヒ償還請求ノ通知ニ大別スヘキハ既ニ説明シタリ所持人引受ヲ求ムル爲メニ手形ヲ呈示シタル場合ニ於テ之ヲ得サルトキハ引受拒絕證書作成ノ後遲滞ナク通知ヲ發シ(四七五條)裏書人其前者ニ對シテ擔保請求ヲ爲サント欲セハ亦遲滞ナク通知ヲ發セサルヘカラス(四七六條二項)又償還請求ノ通知ハ第四八七條第一項及ヒ第四八八條第二項ノ定ムル所ニシテ所持人ハ支拂拒絕證書作成



ノ翌日マテニ裏書人ハ自己カ通知ヲ受ケタル日ノ翌日マテニ之ヲ發セサルヘカラスノ要スルニ通知ノ發送ハ迴求權ノ行使ニ缺クヘカラサル條件ナリト云フヘキナリ

第一 通知ノ目的 我商法ハ擔保請求ノ通知ト云ヒ又償還請求ノ通知ト云フ而カモ擔保ヲ供セシメ又ハ償還ヲ爲サシメント欲スル者ニ之ヲ發スヘシト規定ス以テ引受若クハ支拂拒絕ノ事實又ハ拒絕證書作成ノ事實ヲ告知スルヲ法律上ノ目的トスルニ非サルヲ推知スルヲ得ヘキナリ又通知ハ迴求權行使ノ獨立ノ條件ナルヲ以テ拒絕證書ノ送付ノ之ニ伴フヲ必要トセス亦拒絕證書ノ送附ヲ以テ通知ニ代フヘキニ非ス拒絕證書ハ擔保ノ供與又ハ償還金額ノ支拂ト引換ニ之ヲ交付スルナリ(四七七條、四九五條一項)外國ノ法律ニ於テ拒絕證書ノ送付ヲ命シ若クハ拒絕證書ノ作成ヲ通知セシムルハ其例少カラス

第二 通知ノ方式 通知ヲ爲ス方法ニ付テハ我商法ハ何等ノ明文ヲ掲ケス必スシモ文書ニ依ルコトヲ必要トセス郵便ニ依ルト執達吏ニ依ルト若クハ雇人其他ノ人ヲ介ストヲ問ハサルヘシ(大審院判決第八輯第八卷二四頁)ト雖モ文書ヲ以テスルヲ通例トス又郵便ニ付スルトキハ配達證明若クハ書留ノ方法ニ依ルヲ要セス電報ハ受信電報若クハ追尾電報ナルヲ要セス然レトモ擔保請求若クハ償還請求ノ意ヲ表セサルヘカラサルナリ

通知ノ内容ハ擔保又ハ償還ノ請求ナリ其内容ハ請求者ニ於テ證明セサルヘカラス通知書ヲ發送シタルノ事實明カナルモ又ハ郵便若クハ電報ノ受取書アルモ其所載ノ文言ヲ證スルニ足ラス獨國手形法第四六條ハ簡易ナル證明方法ヲ定メ郵便證明書(Postbrief)ハ當日ニ發送人ヨリ宛名ノ者ニ通知(不支拂ノ通知ナリ)シタリトノ推定ヲ生スルモノトシ宛名ノ者ニ於テ其内容ノ異ナレルヲ證明セサル

ヘカラト規定シ句、伊法亦之ニ倣ヘリ(伊國商法第三一七條第三項ノ法文ニ曰ク *Il n'est vérifié que répété donné par la fait de la mise à la poste d'une lettre recommandée adressée à la personne qui agit daveriti.*)我商法ハ斯ノ如キ便法ヲ認メス實際ニ於テ執達吏ニ委嘱シ若クハ電報ノ正寫手續明治三年逓信省令第四六號電報規則一〇五乃至一〇七條ニ依リ以テ他日ノ證左ヲ保存スルカ如シ

第三 通知ノ期間 擔保請求ニ付テハ所持人ハ拒絕證書作成ノ後遲滯ナク裏書人ハ其後者ヨリ通知ヲ受ケタル後遲滯ナク通知ヲ發スレハ足ル(四七五條、四七六條二項)特ニ通知ノ時期トシテ定ムル所ナシ之ニ反シテ償還請求ニ付テハ所持人ハ拒絕證書作成ノ翌日マテニ又裏書人ハ其後者ヨリ通知ヲ受ケタル日ノ翌日マテニ通知ヲ發セサルヘカラス(四八七條一項、四八八條二項)其遲滯ノ有無若クハ時期ハ發送ノ時ヲ以テ決定スヘキモノナルハ我商法カ發信主義ヲ採用シタルニ依リテ明カナリ(大審院判決第七輯一〇券七七頁、第一〇輯第三卷二二六四頁)而シテ通知ノ發送ヲ執達吏ニ委託スル場合ニ於テハ執達吏ノ承諾ヲ得タル時期ニ至リ始メテ通知ヲ發シタルモノトシ(大審院判決第十輯二三卷二二六四頁)又執達吏ハ其職務ヲ行フヲ得ル區域内ノ者タラサルヘカラス(大審院判決第十輯二三卷二二五九頁)要スルニ通知ノ發送ニ關シ爲スヘキ行爲ヲ完了シ通常先方ニ到達スヘキ状態ニ在ラシメサルヘカラサルナリ

償還請求ノ通知發送ノ時期ハ拒絕證書作成ノ翌日又ハ通知受領ノ翌日マテトス其當日ニ於テスルノ妨ナキハ論ナキナリ而シテ拒絕證書作成ノ免除アリタル場合ニ於テ所持人之ヲ作ラシメタルトキハ本則ニ依ルハ疑ナシト雖モ之ヲ作ラシメサルトキハ何レノ時期ニ於テ通知ヲ發スヘキカハ人大ニ其



説ヲ異ニスルカ如シハ、
 一 所持人ハ通知ヲ發セサルヘカラスト雖モ法律ニ期日ノ定ナキヲ以テ何時ニテモ通知ヲ發スレハ可ナリト云フハ通知ノ趣意ヲ解セサルノ謬説ナリ探ルニ足ラス蓋日マテハ其期日ニ依リテ發スレハ二 拒絶證書作成ノ免除ハ通知ノ免除タルノ效果ヲ有ストスルノ説ハ梅博士ニ依リテ代表セラル最
 近ノ法學協會雜誌(第二三卷第六號七五五頁)ニ「拒絶證書作成ノ免除ト償還請求通知ノ義務トノ關係ヲ論ス」ト題スル博士ノ論文ニ依リテ其理由ヲ窺フニ商法第四八七條ハ「拒絶證書作成ノ翌日マテ」ト明言スルカ故ニ拒絶證書ヲ作成セサルトキハ通知期間ノ起算點ナキヲ以テ第四八七條ヲ適用スル能ハス又通知懈怠ノ制裁ニ付テハ佛法ト同一ノ主義ヲ採用セルヲ以テ獨國手形法ノ解釋ニ從フヘカラストスルニ在ルカ如シ然レトモ起算點ヲ知ルヘカラスト云フハ文字ニ拘泥シタル論ニシシ償還請求ノ通知ノ拒絶證書ト相關セサル獨立ノ制度タルニ反シ又通知懈怠ノ制裁ノ獨法ト同シカラサルハ毫モ通知免除ノ理由トスルニ足ラス而シテ博士ハ佛國ノ學說ヲ引照セラルルモ佛商法ノ通知ハ償還請求ノ通知ニ非ス支拂欠缺ノ通知ニ非ス法文ニ「notifier le protesté」ト云フノ「notification du protesté」ト稱スルヲ正當トス以テ我法ノ償還請求ノ通知獨國手形法ノ「Nichtzahlung des Wechselns」ノ通知トハ其根本の觀念ヲ異ニスルヲ知ルニ足ラン佛法ハ拒絶證書作成ノ通知ナリ故ニ拒絶證書作成ノ免除ハ通知ノ免除ナリト解スルハ或ハ可ナルヘシト雖モ之ヲ我商法ノ解釋ニ應用スヘカラサルナリ問題ハ同シカラサルモ時效ニ關スル佛商法第一八九條ニ「Toutes actions relatives aux lettres de change…… se prescrivent par cinq ans à compter du jour du protesté etc」ト云ヒ拒絶證書作成ノ免除ニ付テ明文ナシト雖モ「リオンカン」カニ「Nous croyons qu'il faut entre-

ndra la loi en ce sens que le point de départ est le jour où le protesté a du être fait.」(Traité IV n. 432)ト論スルヲ正當ナリト信ス予ハ之ヲ以テ佛法ノ通知ハ拒絶證書作成ノ通知ナルカ故ニ證書作成ノ免除ハ自ラ通知ノ免除ト解スルノ止ムヲ得サルノ論結ノ證ト爲サント欲ス
 三 更ニ一説アリ青木徹二氏ハ其手形法論ニ曰ク吾輩ノ私見ニ依レハ支拂ノ呈示期間(滿期日又ハ其後二日內)ニ呈示ヲ爲シタル日ノ翌日マテニ通知ヲ發スヘキモノナリ蓋シ普通ノ場合ニ於テハ支拂拒絶證書ヲ作成シタル日ハ即チ前者ニ對シテ償還請求ヲ爲スニ熟セル日ナルヲ以テ其通知期間ヲ翌日マテト規定セル精神ヲ推考スレハ拒絶證書ノ作成ヲ要セサル場合ニハ支拂ノ呈示ヲ爲シタル日ハ即チ前者ニ對シテ償還請求ノ通知ヲ爲スニ熟セル日ナルヲ以テ其通知期間ハ其日ノ翌日マテト解スヘキコト最モ正當ナリトスヘシ唯證書作成免除ノ場合ニハ之ヲ證明スルヲ要セサルカ故ニ其結果事實上ニ於テハ所持人ハ滿期日ニ呈示シタルトシテ其翌日マテニ償還請求ノ通知ヲ發スルモ或ハ滿期日後二日ニ呈示シタルトシテ恰モ其日ニ支拂拒絶證書ヲ作成セシメタル場合ト同シク其翌日マテニ通知ヲ發スルモ償還請求權ヲ保全シ行使スルニ差支ナキコト爲ルヘシ然レトモ法律上通知期間ニ關スル解釋トシテハ支拂呈示ノ翌日ナリト解スヘキモノニシテ決シテ事實上結果カ同一ニ歸著スルコトアルノ故ヲ以テ通知期間ハ孰レニテモ可ナリト解スヘカラスト(三四頁、三二五頁)ト前段ハ手形法ヲ達觀セサルノ誤ニシテ後段ハ舉證ノ責任ト期間ト遵守トヲ混同セルノ謬見ナリ今其理由ヲ概陳センニ拒絶證書ハ法定ノ事實ヲ絕對的ニ確定スルモノニシテ其作成期間ハ滿期日及ヒ其後二日內ナルモ一旦之ヲ作ラシメタルトキハ之ヲ以テ動カスヘカラサル標準トスルハ我商法ノ一原則ニシテ其作成ノ翌日ヲ以テ呈示ノ日ニ比スルハ失當タルヲ免レス何

トナレハ拒絶證書作成ノ期間ハ呈示ノ期間ニシテ一タヒ呈示シ支拂ヲ得サルモ更ニ再三再四呈示ヲ爲スヲ妨ケサルノミナラス其期間内ニ手形金額ノ提供アルトキハ所持人ノ拒絶スルヲ得サレハナリ又呈示ノ事實ハ拒絶證書ノ作成ナキ場合ニ於テハ所持人ニ於テ證明スルヲ要セサルカ故ニ作成期間内ナルトキハ事實上満期日ニ呈示シテ其翌日マテニ通知ヲ發スルモ其後二日ニ呈示シ其翌日マテニ通知ヲ發スルモ償還請求權ノ保全行使ノ條件タルニハ一ナルカ如ク論セラルルモ既に法律ノ解釋トシテ呈示ノ翌日マテニ通知ヲ發スヘカラストセハ償還義務者ハ呈示ノ日ヲ證明シ通知ノ期ニ後レタルヲ理由トシテ其責任ヲ辭スルヲ得サルヘカラス所持人ニ舉證ノ責任ナシト云フハ償還義務者ノ證明ヲ認メサルノ意ニ非サレハナリ之ヲ要スルニ舉證ノ責任ナキハ法律上期間ヲ遵守セリト看做スノ謂ニ非ス然ラスンハ拒絶證書作成ノ免除ハ呈示ノ免除タル效果ヲ有スト斷定セサルヘカラスニ至ラン

予ハ拒絶證書作成ノ免除アリタル場合ニ於テ所持人之ヲ作ラシメサルトキハ普通ノ場合ニ於テ拒絶證書ヲ作成スヘカリシ日ノ翌日マテニ通知ヲ發スヘキモノトスル獨國學者ノ定説ヲ是認スル者ニシテ蚤ニ之ヲ紹介シ又之ヲ唱道シタリ苟モ拒絶證書ノ作成ト通知トハ二箇獨立ノ制度ニシテ前者ノ免除ハ後者ノ免除タルノ效果ヲ有セストセハ自ラ法律ノ精神ノ存スル所ヲ推擴シテ斯ノ如ク解釋セサルヘカラス「拒絶證書作成ノ翌日」ノ文字ニ拘泥スルハ法文ヲ活用スル所以ニ非サルナリ「所持人カ支拂ノ請求ヲ爲サントスルニハ手形ノ満期日又ハ其後二日内ニ之カ請求ヲ爲スコトヲ得ヘク支拂拒絶證書作成ノ義務ヲ免除セラレタルカ爲メ右期間ノ短縮ヲ來スヘキモノニ非ス」(大審院判決録第一〇輯第一二卷五七五頁)「拒絶證書作成ノ免除ヲ受ケタルヲ利用シテ之ヲ作成セザ

ル場合ニ於テハ償還請求ノ通知ヲ發スルハ拒絶證書作成ノ期間終了ノ翌日ニ於テ爲スヘキモノニシテ結局拒絶證書ヲ作成スル場合ト其期間ヲ異ニスヘキニ非ス(大審院判決録第一〇輯第二九卷一五五九頁一五六〇頁)ト云ルハ亦獨國學者ノ所論ト契符ヲ合スルカカ如シ(s. Grundr. II § 123 s. 414-415, Thiel § 105 s. 399, Bernstein zu Art. 45 § 6 s. 213, Weidner § 90 s. 386, Rehbain zu Art. 41-55 Ann. 15) 松波博士ハ此點ニ付テハ予ト其説ヲ同シク「作成期間説」ハ博士ノ下セル名稱ナルカ如シト雖モ其論旨ハ敢テ斬新ナルニハ非サルナリ(明治學報第八九號三七頁乃至四〇頁)

第四 通知ノ對手 擔保請求ニ付テハ所持人ハ擔保ヲ供セシメント欲スル者ニ對シ又裏書人ハ擔保ヲ供セシメント欲スル前者ニ對シ通知ヲ發スヘク(四七五條、四七六條二項)償還請求ニ付テモ償還ヲ爲サシメント欲スル者ニ對シ各通知ヲ發スヘキナリ(四八七條一項、四八八條二項)償還請求ノ爲メニスル通知ハ所持人ニ於テ其直接ノ前者ニ爲スヲ以テ足レリトスルノ立法例多シト雖モ此點ニ於テハ我商法ハ佛法ト其主義ヲ一ニス(一六五條以下)英國手形法モ振出人及ヒ各裏書人ニ通知ヲ發スルヲ本則トシ之ヲ發セラレサル振出人又ハ裏書人ハ其義務ヲ免カルルモノトス(s. 4949 (15))支拂擔當者ノ記載アル爲替手形ノ引受人又ハ約束手形ノ振出人ニ對シテ償還請求ノ通知ヲ發スルヲ要スルヤ否ヤハ獨國學者此説ヲ異ニスト雖モ我商法ハ之ヲ明文ニ現シタリ(四九一條一項、五二九條)無擔保裏書人ニ通知スルハ何等ノ意義ナキナリ

擔保義務ヲ履行セシメント欲スル者ニ對シテ通知ヲ發セサルヘカラサルハ前述ノ如シ然レトモ裏書ニハ裏書地ヲ要件トセス又裏書人ノ營業所、住所ノ記載ヲ命セス通知ヲ發スルニ便利ヲ缺クコ

トナキヲ保シ難シト雖モ我邦ノ實例ニ於テハ振出人、裏書人各、其住所ヲ記載スルヲ常トシ縱令偶、之ヲ記載セサルモ手形ノ取得者ハ己ノ信スル一ノ行為者ヲ知ルヲ以テ足レリトスルカ故ニ不便ヲ訴フルヲ聞カス然レトモ立法論トシテハ獨國手形法第四七條又ハ伊國商法第三一七條第四項ノ趣意ヲ酌衷シテ相當ノ規定ヲ設クルヲ可トス

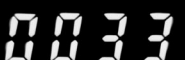
第五 通知ノ效力 通知ノ效力ハ擔保請求ト償還請求トニ依リテ異ナルコトナシ所持人又ハ裏書人カ通知ヲ發シタルトキハ其通知ヲ受クル者全員ノ爲メニシタルモノト看做ス(四七八條二項、四九六條)今所持人カ爲替手形ノ振出人ニ對シテ通知ヲ發シタルトキハ裏書人ハ法律ノ規定ニ因リテ通知ヲ發シタルモノト看做サルカ故ニ特ニ自ラ通知ヲ發セサルモ擔保若クハ償還ヲ請求スルヲ得ヘク所持人擔保請求又ハ償還請求ノ通知ヲ發シタル後裏書ヲ爲セルトキ其被裏書人ハ亦通知ノ利益ヲ受クルナリ(拒絕證書作成ノ期間經過後ニ裏書ヲ爲シタルトキハ被裏書人ハ裏書人ノ權利ヲ承繼ス)其請求ヲ受クヘキ者一度通知ヲ受クレハ其何人ニ出ツルカラ問フ必要ナク再三再四通知ニ接セサルモ可ナリトノ趣意ニシテ説明ヲ須キサルカ如シト雖モ必スシモ然ラス所持人カ振出人ニ對シテノ通知ヲ發シ裏書人ニ通知ヲ發セサルトキハ裏書人ハ擔保ヲ供スルノ義務ナク(所持人カ更ニ呈示ヲ爲シ引受ヲ得サル場合ニ於テ法定ノ手續ヲ履行セハ格別)又償還義務ヲ免カルルニ至ルハ後ニ説明スルカ如シ故ニ裏書人ハ所持人カ振出人ニ對シテ發シタル通知ノ利益ヲ享受スルコトナキナリ
同一人ニ對スル通知ノ重複ヲ避ケントスルハ主義ニ於テハ不可ナラス然レトモ所持人カ振出人其他前者ニ對シテ通知ヲ發シタルカハ裏書人ニ於テ之ヲ知ル能ハス之ヲ知ル能ハサルカ故ニ前者ニ對シテ擔保若クハ償還請求權ヲ行使セント欲セハ自ラ通知ヲ發スルヲ意ルヘカラス果シテ然ラハ所持人

若クハ後者ヨリ何人ニ對シテ通知ヲ發シタルカノ通告ニ接セサレハ後者ノ通知カ前者ノ利ニ歸スト云フハ眞ニ机上ノ空論ノミ茲ニ所謂通知ノ效力ニ付テハ各國ノ法則一ナラス立法上ノ利害得失大ニ議スヘキモノアリト雖モ特ニ略スヘシ

第六 通知不發ノ制裁 先ツ一言スヘキハ通知ハ遡求權行使ノ條件タルニ過キスシテ通知義務ト稱スルノ不可ナルハ猶ホ拒絕證書作成ノ義務ト稱スルノ不可ナルカ如シ而シテ通知ヲ發セサル場合ニ於ケル制裁ニ付テハ亦擔保請求權ト償還請求權トヲ區別スルヲ便トス

擔保請求ニ付テハ我商法ハ通知ヲ發スルヲ要スト規定シ(四七五條、四七六條二項)之ヲ發セサル場合ニ於テ所持人又ハ裏書人ノ被ルヘキ制裁ニ及ハス然レトモ通知ハ前者ニ擔保供與ノ準備ヲ爲スノ餘裕ヲ與ヘ之ヲシテ突然ノ請求ニ遭遇セシメサルヲ以テ其主たる目的トセハ自ラ通知ヲ發セスシテ擔保ノ請求ヲ爲ス能ハサルモノト云ハサルヘカラス茲ニ注意スヘキハ通知ハ擔保請求權行使ノ條件ニシテ保全ノ條件ニ非サルコト是ナリ既ニ屢ニ説明シタルカ如ク擔保請求ヲ爲スト否トハ所持人ノ自由ニシテ一タヒ引受ノ拒絕ニ遭フテ拒絕證書ヲ作ラシメ通知ヲ發セスシテ爲メニ擔保請求ノ機會ヲ失フモ更ニ引受ヲ求メ之ヲ得サル場合ニ於テ法定ノ手續ヲ履行スルトキハ擔保請求權ヲ行フヲ得ルナリ唯裏書人其後者ヨリ通知ヲ受ケテ擔保ヲ供シタルモ自ラ通知ヲ發スルヲ意ルトキハ後者ノ通知ノ利益ヲ享受スヘキトキハ格別然ラサルトキハ其前者ニ對シテ擔保ヲ請求スルヲ得サルニ至ルヘキナリ

引受人又ハ約束手形ノ振出人破産ノ宣告ヲ受ケテ擔保ヲ供セサル場合ニ於テ豫備支拂人ナク又豫備支拂人アルモ單純ナル引受ヲ爲ササルトキハ所持人ハ前者ニ對シテ擔保ヲ請求スルヲ得ト雖モ其之



ヲ爲スニ當リテ發スヘキ通知ニ付テハ前述セル所ト異ナルノ理ナシ(四八〇條二項)
 償還請求ニ付テハ擔保請求ト大ニ異ナルモノアリ所持人カ拒絕證書作成ノ翌日マテニ通知ヲ發セザ
 ルトキハ償還請求權ヲ失フ(四八七條二項)而シテ通知ヲ受ケタル裏書人其受領ノ翌日マテニ通知ヲ
 發セサル場合ニ付テハ明文ナシト雖モ其後者ノ發シタル通知ノ利益ヲ受ケサル限ハ同シク償還請求
 權ヲ失フモノト解セサルヘカラス(第二節三款)通知ヲ發セスシテ償還請求權ヲ行フヲ得サルノ點ヨ
 リ之ヲ行使ノ條件ト云ヒ通知ヲ發セザルトキハ償還請求權ヲ失フノ點ヨリ之ヲ保全ノ條件ト云フ
 他地拂手形ノ引受人ニ對スル權利ハ償還請求權ニ非スト雖モ通知ハ引受人ニ對シテモ之ヲ發スヘク
 然ラザルトキハ引受人モ亦其義務ヲ免カル(四九〇條二項)

一 嚴格ナル通知主義 (stranges Notifikationsystem) ハ英國手形法之ヲ代表シ通知ハ相當ノ期間内
 通知不發ノ制裁ニ關スル我商法ノ規定ハ其梗概ヲ説明シタリ而シテ茲ニ諸外國ノ立法例ヲ揭ケ其利
 害得失ヲ比較詳論スルノ限ニ在ラスト雖モ問題頗ル重要ナルヲ以テ其大綱ヲ示サント欲ス復タ手形
 法ノ原則ヲ了解スルニ於テ參考ニ資スル所尠ナカラサルナリ外國法ノ主義ハ之ヲ四種ニ區別スルヲ
 得ヘシ

一 嚴格ナル通知主義 (stranges Notifikationsystem) ハ英國手形法之ヲ代表シ通知ハ相當ノ期間内
 通知不發ノ制裁ニ關スル我商法ノ規定ハ其梗概ヲ説明シタリ而シテ茲ニ諸外國ノ立法例ヲ揭ケ其利
 害得失ヲ比較詳論スルノ限ニ在ラスト雖モ問題頗ル重要ナルヲ以テ其大綱ヲ示サント欲ス復タ手形
 法ノ原則ヲ了解スルニ於テ參考ニ資スル所尠ナカラサルナリ外國法ノ主義ハ之ヲ四種ニ區別スルヲ
 得ヘシ

依リテ異ナレリ(ニ通知シ且訴ヲ提起セザルヘカラス通知ハ從ニシテ訴ノ提起ハ主ナリ而シテ此
 期間ヲ徒過シタルトキハ裏書人及ヒ資金ヲ供シタル爲替手形ノ振出人ハ其義務ヲ免カル(佛商法
 一六五條乃至一七〇條)

三 獨國手形法ハ通知ヲ命スルモ其通知ハ償還請求權ノ行使保全ニ必要ナルニ非ス唯通知セザルト
 キハ利息及ヒ費用ヲ求ムルヲ得ス又突然ノ請求ノ爲メニ前者ノ破リタル損害ヲ賠償セザルヘカラ
 サルノミ通知不發ハ損害賠償ノ責任ヲ生スルカ故ニ法文ニ於テモ通知スルノ義務アリト云ヒ學者
 亦通知義務ト稱ス(Notifikationspflicht, Pflicht der Notenzahlung)而シテ此義務ハ法律ノ規定ニ因リテ
 生スルモノニシテ手形取得者ハ唯權利ヲ取得スル原則ノ例外ナリト説明スルヲ定説トス我商法ヲ
 解スル者通知義務ノ文字ヲ用フルハ妥當ナラス伊商法第三一七條第五項亦損害賠償ノ責任ヲ定ム

四 瑞西債務法ハ通知ヲ所持人ノ隨意トス
 以上四種ノ主義ハ前述セル大綱ニ據リテ俄ニ其是非ヲ判斷スヘカラス何人ニ通知ヲ與フヘキカ通知
 力如何等ト牽聯スルヲ以テ根本ノ研究ニ俟タサルヘカラス (s. Weidner § 90 n. 1, Grunhnt
 II § 123 n. 3)

第七章 參加

第一節 緒言

手形順當ノ徑路ヲ經サルノ事由發生シ若クハ其圓滿ナル終局ヲ豫期スル能ハサル状態ニ陥リタル場合
 ニ於テ手形ノ信用ヲ保護シ債務者ノ聲譽ヲ毀損セス兼テ遡求權行使ノ爲メニ生スル負擔ヲ減殺スルノ

商法手形 各論 參加 緒言

目的ヲ以テ手形上ノ法律關係ニ加入スル行爲ヲ稱シテ參加 (Intervention, Intervention) ト謂フ而シテ手形ノ危險狀態ハ我商法之ヲ分チテ五トス

一 支拂人ノ引受ナキトキ (四七四條)

二 支拂人又ハ引受人ノ支拂ナキトキ (四八六條)

三 引受人破産ノ宣告ヲ受ケテ擔保ヲ供セサルトキ (四八〇條)

四 約束手形ノ振出人ノ支拂ナキトキ (五二九條、四八六條)

五 約束手形ノ振出人破産ノ宣告ヲ受ケテ擔保ヲ供セサルトキ (五二九條、四八〇條)

約言スレハ引受若クハ支拂ノ欠缺及ヒ破産ノ宣告ニシテ即チ遡求權行使ノ理由生シタル場合ニ外ナラス是レ亦參加ノ由タリ而シテ參加ヲ爲ス者ヲ參加人ト謂ヒ參加ノ直接ノ利益ヲ享クル債務者ヲ被參加人ト謂フ我舊商法ハ債務者ノ榮譽 (Ehre, honneur, honout) ノ爲メニスルノ點ヨリ受榮譽者ノ文字ヲ用ヒタリ參加ハ遡求權行使ノ事由由發生シタル場合ニ於テ之ヲ爲スモノニシテ遡求權ニ擔保請求及ヒ償還請求ノ二アリテ之ヲ行使スヘキ場合各、異ナレルヲ以テ參加ニハ自ラ參加引受 (榮譽引受) 及ヒ參加支拂 (榮譽支拂) ノ二種アリ參加引受ヲ爲シタル者ヲ參加引受人トシ參加支拂ヲ爲シタル者ヲ參加支拂人トス

參加ハ手形ニ記載シタル委託ニ因リテ之ヲ爲スコトアリ或ハ何等ノ委託ノ手形ニ表セラレサルニ之ヲ爲スコトアリ手形上參加ノ委託ヲ受クル者ハ豫備支拂人ニシテ其委託ヲ表スル者ハ豫備支拂人ノ指定者ナリ故ニ參加引受ハ豫備支拂人ニ出ツルアリ委託ヲ受ケサル者ニ出ツルアリ第五〇一條ニ豫備支拂人ニ非サル者ノ參加引受ト云フハ後者ノ引受ナリ參加支拂ハ豫備支拂人トシテ爲スアリ豫備支拂人若

クハ委託ヲ受ケサル參加引受人トシテ爲スアリ或ハ豫備支拂人ニ非ス參加引受人ニ非サルモノ任意ニ爲スアリ第五〇九條及ヒ第五一條ニ謂フ參加支拂ハ此最後ノ參加支拂ナリ

第一 參加ノ條件 參加ハ遡求權行使ノ條件備ハル場合ニ於テ始メテ之ヲ爲スヘキナリ被參加人ニ對スル遡求權ノ行使ヲ阻止スルニアルヲ以テ法定ノ事由發生セサルトキハ參加ヲ爲スノ必要ナク又餘地ナキモノト云ハサルヘカラス所持人法定ノ手續ヲ過ラシテ手形ヲ呈示シタル場合ニ於テ單純ナル引受ヲ得サルトキ手形金額全部ノ支拂ヲ得サルトキ若クハ引受人ノ約束手形ノ振出人破産ノ宣告ヲ受ケテ擔保ヲ供セサルトキハ所持人ハ前者ニ對シテ擔保若クハ償還ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルナリ

(四六九條、四七四條、四八〇條、四八六條、五二九條) 而シテ其實ハ獨リ拒絕證書ヲ以テ證スルヲ得ヘキモノナルカ故ニ自ラ拒絕證書ノ作成ハ參加ニ缺クヘカラサル條件ト云フヘキナリ第四八〇條第一項ハ拒絕證書ノ作成ヲ命シ第五〇〇條第一項ニハ所持人引受拒絕證書ヲ作ラシメタル場合ニ於テ參加引受アルヘキヲ謂ヒ第五〇八條第一項亦支拂拒絕證書作成ノ場合ニ於テ參加支拂アルヘキヲ示

ス是故ニ拒絕證書ノ作成前ニ爲シタル參加ハ法律上ノ效力ナク豫備支拂人ニ出ツルト否ト

ノ間ハサルナリ拒絕證書ナクシテ償還請求權ヲ行フヲ得ルトキハ自ラ亦拒絕證書ナクシテ參加ヲ爲スヲ得サルヘカラス拒絕證書作成ノ免除アリタル場合即チ是ナリ此場合ニ於テハ免除ノ爲メニハ拒絕證書ナクシテ參加支拂ヲ爲スヲ得ヘク其參加支拂人ハ免除者タル被參加人ニ對シテ所持人タルノ權利ヲ取得ス (五二三條) 獨リ免除者ノ爲メニスルヲ得又免除者ニ對シテノ權利ノ存スル所以ハ他

ノ償還義務者ハ拒絕證書ナクシテ其義務ヲ免カレレハナリ其引受人ニ對シ若クハ約束手形ノ振出人ニ對スル權利アルハ敢テ説明ヲ須キサルナリ

0035

拒絶證書ナクシハ參加ナシトハ往往學者ノ唱フル所ニシテ二者ノ關係ヲ表スル文字トシテ必スシモ不當ニハ非サルヘシト雖モ予ハ之ヲ正確ナリトセテ遡求權行使ノ條件ノ備ハレルカ本ニシテ拒絶證書ハ未ナリ唯前者ヲ證スルニ後者ヲ以テセサルヘカサルヲ原則トスルノミ拒絶證書ノ作成アリト雖モ支拂ヲ求ムル爲メニスル呈示ナシ若クハ満期日ノ到來前ニ呈示シタルカ如キ事實ノ證明アルトキハ參加支拂トシテ法律上ノ效果ヲ生セス又拒絶證書作成ノ免除アリタル場合ニ於テ支拂拒絶ノ事實ナキコトノ證明アリタルトキハ參加ハ亦自ラ無効ナラサルヲ得ス

第二 參加及ヒ其拒絶ノ公證 參加ハ其引受人ト支拂ナルトヲ問ハズ豫備支拂人ハ參加引受人若クハ豫備支拂人ニ非ス參加引受人ニ非サル者ニ出ツルノ外ナク之ヲ拒絶證書ニ記載セシメサルヘカラス(五〇四條、五一二條、五一五條七號)參加引受人ナルヤ參加支拂ナルヤ參加人及ヒ被參加人ノ何人ナルヤヲ拒絶證書ニ記載スルハ參加人ノ法律上ノ地位、被參加人ノ前者及ヒ後者ニ對スル法律關係ヲ明確ニシ亦參加支拂人ノ手形上ノ債權者タルノ資格ノ形式の證明ヲ表スルニ在リ其詳節ハ各、參加引受及ヒ參加支拂ノ下ニ説明スヘシト雖モ茲ニ其大綱ヲ舉ケレハ參加引受ニ在リテハ如何ナル債權者カ擔保請求權ヲ失ヒ如何ナル債權者ニ對シテ參加引受人ハ債務ヲ負擔シ又如何ナル前者ニ對シテ被參加人ハ擔保ヲ請求スルヲ得ルカハ皆拒絶證書ノ記載スルニ依ル(五〇五條乃至五〇七條)參加支拂ニ在リテハ拒絶證書作成ノ期間内ニ於テシタルヤ否ヤ如何ナル債權者カ其義務ヲ免カレ參加支拂人ハ如何ナル前者ニ對シテ所持人タルノ權利ヲ取得スヘキヤハ亦拒絶證書ヲ以テ決定スヘキ事項タリ(五一三條)

所持人カ豫備支拂人又ハ參加引受人ノ參加ヲ得サルノ事實ハ之ヲ拒絶證書ニ記載セシメサルヘカラス

雜 錄

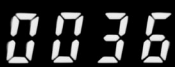
○五大學聯合懸賞大討論會 來ル本月二十二日(日曜日)本大學ニ於テ牧野法學士ノ出題ニ係ル左ノ問題ニ付キ五大學聯合懸賞大討論會ヲ開ク其狀況ニ至リテハ次號ニ之ヲ録セン(二十日稿)

甲アリ自己ノ所有地ニ遺棄セラレタル幼者アルコトヲ知り之ヲ扶助セントシタルニ乙アリ甲ヲ妨ケ之ヲ扶助スル能ハサルニ至ラシメタリ乙ノ處分如何

○大審院判例要旨

○有體動產假差押命令ノ效力 凡ソ裁判所カ債務者ニ對シテ發スル有體動產假差押命令ハ債務者所有ノ有體動產ニ限り之ヲ差押フルコトヲ命スルモノナリ故ニ該命令ニ依リ債務者以外ナル第三者所有ノ有體動產ヲ差押ヘ得ヘキモノニアラス然ルニ該命令アリタルカ爲メ偶第三者所有ノ有體動產ヲ差押フルコトアルハ畢竟該命令ノ執行者タル執達吏カ第三者所有ノ有體動產ヲ以テ債務者所有ノ有體動產ナリト誤認シタル結果タルニ過キス是ヲ以テ該命令ニ依リ第三者所有ノ有體動產ヲ差押フルカ如キハ該命令ノ法律上ノ效力トシテ當然生スヘキ結果ニ非サルコトハ言ヲ俟タサル所ナリ(明治三十九年三月十九日第二民事部判決)

○行政裁判ヲ無視シタル刑事判決 刑法第四十八條後段ノ規定ハ其前段贓物ノ還給損害ノ賠償ト等シク被害者ト加害者トノ間ニ存スル私法的權利關係ヲ基礎トスルモノニシテ相異ナル點ハ本來



被害者ノ請求ヲ待テテ之レカ還付ヲ命スヘキモノナレトモ贓物カ加害者ノ手ニ存スルトキハ便宜上裁判所ヲ直チ直チニ之カ還付ヲ爲サシムルニ過キサルモノトス故ニ該規定ハ被害者カ加害者ニ對シテ當然其返還ヲ要求スルノ權利ヲ有シ民事裁判所ニ訴求シテ直チニ其目的ヲ達シ得ヘキ場合ニ限リテ適用セラルヘキモノニシテ被害者カ民事上ニ於テ直ニ之カ救済ヲ求ムルコトヲ得サル場合ニ適用スルコトヲ得ス是ヲ以テ被害者カ其以前判決ノ效力ニ基キ目的物ヲ犯人ニ交付シタルモノナルトキハ其判決ニシテ存スル限りハ被害者ハ民事上ニ於テ其返還ヲ要求スルコトヲ得サルヲ以テ刑事裁判所モ亦微價處分ヲ爲スニ當リ刑法第四十八條後段ノ規定ヲ適用シ贓物犯人ノ手ニ存スルモノトシテ之カ還給ヲ命スルニ由ナキモノトス況ンヤ犯罪ニ關連スル私法ノ爭議カ民事裁判所ノ權限ニ屬セテ之カ還給ヲ命スルノ權限ニ屬スルトキハ行政裁判所ノ判決ヲ以テ一旦給付セラレタル物ヲ更ニ刑事裁判所ノ裁判ヲ以テ之カ還給ヲ命スルカ如キハ行政裁判所ノ權限ヲ侵蝕スルモノナルニ於テテハ抑モ刑事裁判所ハ實體上ヨリ公訴ノ目的タル犯罪事實ノ有無ヲ判定シ刑ノ言渡ヲ爲スニ付キテハ必スシモ民事行政ノ裁判ノ憑據トナリタル事實ノ爲メニ羈束セラルルモノニアラスシテ之ト異ナリタル事實關係ヲ確定シ之ヲ基礎トシテ被告人ノ罪ノ有無ヲ定ムルハ固ヨリ妨ケンシテ之ト雖モ是レ唯々其刑事裁判所トシテ犯人ニ對シ刑罰ヲ當行スル職務上ニ於テ然ルノミニシテ是レカ爲メ民事行政ノ確定判決ヲ動カシテ當事者間ノ私法ノ關係ヲ確定スルヲ得ス何トナレハ贓物ノ還給損害ノ賠償ニ付テハ刑事裁判所ハ民事裁判所ト同一ノ職務權限ヲ有スルニ止マリ之レヨリモ以上ノ職權ヲ付與セラルルモノニアラサルコトハ既ニ說明スル所ノ如クナルヲ以テナリ(明治三十九年(己未)第六十二號)

法學志林

第八卷 每月一回廿日發行
 第三號 定價一冊拾貳錢
 三月二十日 郵價前金 郵稅共
 發行 壹圓貳拾錢

(第八十號)

◎ 志林 (最近判例批評) 手形ノ經濟上ニ於ケル作用ニ就テ
 法學博士 梅 謙次郎
 法學博士 山崎 謙次郎
 法學博士 牧野 英一
 法學博士 仁井田 益太郎
 法學博士 筧 克彦

◎ 質疑錄 (民刑法) 法學博士 梅 謙次郎
 法學博士 山崎 謙次郎
 法學博士 牧野 英一
 法學博士 仁井田 益太郎
 法學博士 筧 克彦

◎ 判例論 (法學博士) 梅 謙次郎
 法學博士 山崎 謙次郎
 法學博士 牧野 英一
 法學博士 仁井田 益太郎
 法學博士 筧 克彦

◎ 雜報 (大審院判決例十件)
 法學博士 梅 謙次郎
 法學博士 山崎 謙次郎
 法學博士 牧野 英一
 法學博士 仁井田 益太郎
 法學博士 筧 克彦

◎ 記事 (待友會東京支部幹事會) 法學博士 梅 謙次郎
 法學博士 山崎 謙次郎
 法學博士 牧野 英一
 法學博士 仁井田 益太郎
 法學博士 筧 克彦

發行所

法政大學

(電話番町一七四番)

校外生規則摘要

- 一 十個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 講義録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個月分納金六拾錢トス但講義録ハ十二個月ニテ完結ス
- 一 講習料ヲ納付シタルトキハ講義録ヲ郵送スルヲ以テ別ニ領收證ヲ交付セシ若シ發信ノ日ヨリ二十日ヲ過キテ講義録 到達セザ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個月ヲ終リタルトキハ本入ノ望ミニ依リ論文試験及ヒ筆記試験ヲ施行ス但時宜ニ依リ口演試験ヲ爲ス前項ノ試験成績優等ナル者ハ本大學ノ學生又ハ總學生ニ編入シ有志者諸ノ獎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験ヲ施行シ優等生ヲ選拔スヘシ
- 一 校外生ハ講義録中ニ講義アルトキハ講義録ノ番號・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 電報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ズ
- 一 質問中有條ト認ムルモノハ之ニ解答ヲ付シ法學志林又ハ講義録ニ登載スヘシ

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

明治三十九年四月廿二日印刷
明治三十九年四月廿五日發行
(定價金參拾錢)

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
東京市芝區明舟町十一番地

東京市麴町區富士見町六丁目十六番地

發行所 司法省 法政大學
指定 (電話番町百七拾四番)