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

PDF issue: 2025-07-04

法政大學講義録

加藤，正治 / 入江，良之 / 板倉，松太郎 / 齊藤，十一郎 / 島村，他三郎 / 牧野，菊之助 / 青木，徹二 / 市村，富久

(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)
80
(発行年 / Year)
1908-03-31

明治四十一年三月三十日發行

（第參學年ノ六）

四十一年度

法政大學講義錄

第十八號

法政大學發行

0293

四十一年度第十八號目次

行政法各論（自一七至四四）　法學士　島村他三郎
民法親族（自二〇一至二二四）　法學士　牧野菊之助
商法手形（自一八九至一〇六）　青木徹二
表紙及ヒ目次ノ六頁
商法海商（自一九七至一〇八）　法學士　市村富久
破産法（自一六三至一七四）　法學博士　加藤正治
民事訴訟法（自第三編至第五編　自一一至一八）　法學士　齊藤十一郎
民事訴訟法（自第六編至第八編　自二六五至三一二）　法學士　板倉松太郎
國際私法（自一四三至一八六）　法學士　入江良之
雜錄　○大審院判例要旨

090
1908
3-1-6

上選擧區及ヒ投票區ヲ設クルカ如シ徵兵區ハ師管、聯隊區等ノ區域ニ由リ徵募區ハ聯隊區ニ屬スル區域內ノ郡市ニ由リ之ヲ定ムルモノニシテ檢査區ハ三府ニ限リ區ヲ以テ檢査區ト爲シ事務ノ便宜ヲ計ル

三、徵兵事務　每年徵集スヘキ現役兵及ヒ補充兵ノ員數ハ勅裁ヲ經テ陸軍大臣之ヲ各師管ニ配付シ師團長ハ之ヲ各聯隊區ニ、聯隊區司令官ハ之ヲ各徵募區ニ分賦スルノ規定ナリ而シテ市町村長ハ每年戶籍簿ニ依リ壯丁名簿ヲ作リ郡市長ヨリ之ヲ徵兵署ニ提出シ徵兵署ハ每年壯丁ニ對シ身體檢査ヲ行ヒ以テ兵役ノ適否ヲ定ム

徵兵ニ關スル法規ハ一定ノ場合ニ於テ徵集ヲ延期シ徵集ヲ猶豫シ徵集ヲ免除シ及ヒ兵役ヲ免除スヘキ場合ヲ定ム故ニ此ノ如キ規定ニ該當スルヤ否ヤニ付キ裁定セサルヘカラス是レ即チ一ノ行政處分ナリ

イ　徵集延期トハ當該年度ニ於ケル徵集ヲ延期スルモノニシテ其延期スヘキ場合ハ次ノ如シ

一　身幹定尺ニ滿タサルモノ　二、疾病ニ因リ勞役ニ堪ヘサルモノ　三、公權剝奪又ハ停止ヲ附加セラルヘキ犯罪ノ爲メ訊問又ハ拘留中ノモノ　四、徵集ニ應スルトキハ家族ノ自活シ能ハサル確證アルモノ

ロ、徵集猶豫トハ一定ノ期間徵集ヲ猶豫スルモノニシテ其場合次ノ如シ

一、一定ノ學校ニ在學スルモノ　二、法定ノ外國領土ニ在ルモノ

0294

ハ、徵集免除トハ徵集ヲ延期スルモ尙ホ徵集條件ニ該當セサルモノニ對シ國民兵役ニ服スルノ外其他ノ兵役義務ヲ免除スルヲ謂フ

ニ、兵役免除トハ全然兵役義務ヲ免除スルモノニシテ癈疾不具等ニ因リ兵役ニ堪ヘスト認ムルモノニ限リ此ノ如キ處分ヲ受ケタル者ハ全然兵役義務ヲ免除セラルルモノトス

徵集延期、徵集猶豫ノ裁定ヲ假決ト稱シ徵集免除及ヒ兵役免除ノ裁定ヲ終決ト稱ス徵兵官ノ裁定ニ對シテハ原則トシテ救濟ノ途ヲ開カス是レ國民ニ對スル强力ナル義務ヲ反影スルモノニシテ唯徵兵令第二二條ニ依リ徵集ニ應スルトキハ家族ノ自活ヲ阻止スヘキ場合ニ限リ上級徵兵官ニ訴願シ得ルノ途ヲ開キタルノ外行政訴訟ヲ許ササル旨明文ヲ以テ之ヲ定ム勿論上級徵兵官ニ於テ下級徵兵官ノ違法處分ヲ發見シタル場合ニ於テハ監督權ノ作用ニ依リ之ヲ取消シ得ヘキモノトス

第三節　物的軍事負擔

物的軍事負擔トハ軍事上ノ必要ニ基キ財產上ノ給付（物件又ハ勞役）ヲ爲シ又ハ財產上ニ制限ヲ受クヘキ法律上ノ特別義務ニシテ負擔ノ客體カ國民タルヲ要件トセス

一、軍事上ノ必要ニ基キ財產上ノ給付ヲ爲シ又ハ財產上ニ制限ヲ受クヘキ義務ナリ

國家ノ存立上國防用兵ハ最モ重要ナル事項ニ屬スルカ故ニ軍事上ノ必要ニ基キ國民ニ對シ負擔セシムル義務亦甚タ嚴格ナルモノアリ單ニ兵役義務ヲ負擔セシムルノミナラス又財產上ノ大ナル負擔ヲ命スルコトアリ軍隊ニ於ケル各種ノ需要ハ通常民法上ノ契約ニ因リ供給ヲ受クルモ支障ナシト雖モ戰陣ノ際ニ當リテハ繁冗ナル手續ト時間トヲ要スヘキ供給法ハ其需要ヲ全ウスルノ途ニ非ス故ニ權力ヲ以テ一私人ノ所有物又ハ勞役ヲ給付セシメ又ハ軍事上ノ營造物ヲ保存スルカ爲メ一私人ノ財產ニ猛烈ナル制限ヲ加フルコトアリ是レ即チ物的軍事負擔ニシテ徵發及ヒ要塞地帶ニ關スル制限ノ如キ之ニ屬ス

二、軍事上ノ必要ニ基ク法律上ノ特別義務ナリ

兵役ハ法律上ノ一般的義務ナリト雖モ物的軍事負擔ハ一般的ノ負擔ニ非ス特別ノ地方、特別ノ動產又ハ不動產、特別ノ人ニ對スル義務ニシテ要スルニ特殊ノ財產ニ重キヲ置ク軍事負擔ナリ故ニ兵役義務ト異ナリ此ノ如キ特別ノ負擔義務者ニ對シ其失捐又ハ損失ヲ賠償スルヲ原則トス是レ租稅及ヒ兵役義務ト異ナル要點ナリ

三、物的軍事負擔トハ其客體カ國民タルヲ要件トセス

兵役義務ハ其客體カ國民タルヲ要件トス是レ忠誠奉公ヲ以テ義務ノ內容ト爲ス當然ノ結果ナリ然ルニ徵發ノ如キ要塞地帶ノ制限ノ如キハ財產ノ給付又ハ財產上ノ制限ヲ以テ義務ノ內容ト爲スカ故ニ勢ヒ義務ノ客體カ國民タルヲ必要トセサルナリ是レ亦兵役義務ト異ナル要點ナリ

第一款　徵發

0295

徵發ハ物的軍事負擔ノ一種ニシテ財產及ヒ勞役ノ給付ヲ以テ義務ノ內容トス

イ　徵發シ得ヘキ場合

物的軍事負擔トシテ徵發ヲ爲シ得ヘキ場合ハ戰時又ハ事變ニ際シ動員上軍需ヲ地方人民ニ賦課スルノ必要アル場合及ヒ平時ニ於ケル演習又ハ行軍ノ際軍需ノ徵發ヲ必要トスル場合ナリ（徵發令一條）

ロ　徵發シ得ヘキ財產及ヒ勞役

平時、戰時ヲ通シ徵發シ得ヘキモノ左ノ如シ

一、飲水、米、麥、穀物、鹽、味噌、醬油類及ヒ薪炭

二、馬、車輛、其他運搬ニ供スル獸類及ヒ器具

三、宿舍、倉庫類

四、船舶、鐵道、汽車

五、演習用ノ地所、材料及ヒ器具、

六、人夫、

戰時事變ノ際ニ限リ徵發シ得ヘキモノ左ノ如シ

一、造船所、工作所及ヒ軍事工作ニ要スル材料器具

二、被服、裝具、兵器、彈藥、藥劑、醫療器械用具類

三、水車、挽臼ノ類

四、病院

五、職工、鑛夫、洗濯人ノ類

ハ　徵發ヲ免除セラルヘキ財產

徵發令ハ車馬及ヒ宿舍ニ關シ特ニ徵發ヲ免除セラルヘキモノヲ定ム即チ左ノ如シ

車馬
- 皇族用ノ車馬
- 外國公使館及ヒ領事館ニ屬スル車馬
- 乘馬本分タル職務ニ要スル馬匹
- 郵便用ノ車馬
- 公認セラレタル種牛、種馬

宿舍
- 官署、公署
- 皇族ノ邸宅
- 外國公使館及ヒ領事館其所屬館
- 鐵道及ヒ通信用ノ建設物
- 陸海軍將校及ヒ相等官ノ現住家屋
- 博物館、圖書館、病院、官廳、學校

0296

（製造場内ノ器械室

前ニ述ヘタルカ如ク徵發ハ其義務ヲ履行スヘキ客體カ國民タルコトヲ必要條件ト爲ササルカ故ニ外國公使館及ヒ領事館ニ屬スル車馬所屬館ノ如キモ亦原則トシテ徵發スルヲ妨ケサル理由アリト雖モ國際禮式上特ニ免除スルノ規定ヲ設ケタルモノトス其他特ニ徵發ヲ免除スル物ハ物自體カ既ニ軍事上ノ目的ニ使用セラルルカ又ハ軍事上ノ目的ニ使用スルノ却テ公益上不利益ナル場合ニ限レルモノトス

ニ　徵發事務

徵發ハ一種ノ行政處分ニシテ陸海軍官憲ノ發スル徵發書ハ即チ此處分ノ形式ナリ徵發書ヲ發シ得ヘキ權限ヲ有スルモノハ

一、陸海軍大臣、鎭守府司令長官

二、軍團長、師團長、旅團長、演習行軍ノ軍隊長、艦隊司令官、操練航海ノ艦隊司令官又ハ艦長、陸海軍ノ特命司令官、陸海軍ノ分遣隊長ニシテ徵發ハ强力ナル義務ヲ國民ニ負擔セシムル處分ナルカ故ニ普通ノ行政處分ト異ナリ過テ此ノ如キ處分ヲ爲シタル者ハ一年以上四年以下ノ輕禁錮ニ處セラルヘキモノトス

徵發ニ關シ便宜上徵發區ヲ設ク

徵發區ハ物件ノ種類ニ從ヒ府縣、郡、市町村ノ區劃ニ依リ之ヲ定ム徵發令ハ船舶及ヒ汽車ニ付テハ會社ハ一ノ徵發區ト定ムレトモ此ノ如キ場合ニ在リテハ會社自體カ徵發義務者ナルカ故ニ事務上ノ便宜區劃タル府縣、郡、市町村ト之ヲ同一視スルハ法理ヲ紊ルモノナリト謂ハサルヘカラス

徵發官廳ノ補助機關ト認ムヘキ府縣知事、郡市町村長ハ常ニ徵發ニ必要ナル準備ヲ整ヘ置クヘキ義務ヲ負擔スルモノニシテ一旦徵發書ノ交付ヲ受ケタルトキハ直チニ當該物件ヲ所有スル者ニ對シ徵發義務ノ履行ヲ爲サシムヘキモノトス若シ義務者カ履行セサルカ爲メ時機ヲ誤ル虞アルトキハ他ノ方法ニ依リ供給シ義務者ヲシテ其調達費用ヲ辨償セシムヘキモノトス若シ義務者ニシテ故ナク供給ヲ拒ミ又ハ物件ヲ藏匿シタル場合ノ如キハ直チニ之ヲ使用スルコトヲ得ルモノトス

府、縣、郡、市町村ハ徵發物件ノ輸送費ヲ負擔スヘキ義務アリト雖モ是レ全然物件給付以外ノ別個ノ義務ニシテ物件自體ヲ提供スヘキ義務ハ徵發區タル府縣、郡、市町村ニ在ルニ非スシテ物件ヲ有スル人民ニ存スルモノナリ隨テ府縣知事、郡市町村長ハ徵發義務者ノ代表者トシテ其義務履行ノ責任アルモノニ非スシテ徵發官廳ノ補助機關トシテ行動スルモノナリト認メサルヘカラス徵發事務ノ細目ニ付テハ徵發事務條例ヲ參照スヘシ

ホ　賠償

徵發ハ特別ノ地區ニ於ケル特別ノ財產ニ關シ特別ノ人ニ對スル法律上ノ特別義務ナルカ故ニ一

般的ノ負擔ナル納稅又ハ兵役ノ義務ト異ナリ賠償ヲ與フル理由アルカ故ニ徵發令第二九條乃至第五〇條ニ於テ賠償ニ關スル規定ヲ設ク賠償金ハ徵發區每ニ一括シテ府縣知事、郡市町村長ヨリ之ヲ請求スルトキハ徵發令ノ規定ニ依リ相當ノ賠償ヲ交付スト雖モ本來私法上ノ關係ヲ離脫セル行政處分ナルカ故ニ之ヲ民法上ノ賣買又ハ貸借ト混同スヘキニ非ス徵發モ亦行政處分ニシテ賠償ノ給與モ亦是レ一個ノ行政處分ナルヲ忘ルヘカラス

第二款　財產權ニ對スル制限

國家ハ前款ニ於テ述ヘタル如ク私人ノ財產ヲ徵發シテ直接ニ軍事ノ目的ニ使用又ハ消費スルノミナラス軍事上ノ營造物等ヲ保護シ完全ニ其目的ヲ達セシムルカ爲メニ私人ノ所有權ヲ制限スルコトアリ其主要ナル事例ヲ要塞地帶法ニ定ムル所有權ノ制限トス

要塞地帶トハ國防ノ爲メ建設シタル諸般ノ防禦營造物ノ周圍ノ區域ヲ謂フモノニシテ要塞地帶ニ關スル主要ナル制限ハ次ノ如シ

一、要塞地帶ヲ定ムル爲メ必要ト認ムルトキハ要塞司令官、鎭守府司令官等ハ要塞地帶及ヒ之ニ準スヘキ區域內ノ土地ニ部下ノ官吏ヲシテ自由ニ出入セシムルコトヲ得

二、要塞地帶ノ第一區ニ屬スル水面ニ在リテハ司令官ノ許可ヲ受クルニ非サレハ漁業及ヒ土砂ノ堀鑿等ヲ爲スコトヲ得ス

三、第一區內ニ於テハ絕對ニ不燃質物ヲ以テ家屋倉庫等ヲ築造スルヲ得ス

四、第一區內ニ於テハ司令官ノ許可ヲ受クルニ非サレハ埋葬地、圍障等ヲ築造スルヲ得ス其他第二區以下ノ地域ニ付テハ程度較〻徵弱ナルモ尙ホ之ニ準スヘキ制限アリ雖モ今ハ之ヲ略ス

要スルニ要塞地帶ニ於ケル所有權ノ制限モ徵發ト同シク軍事上ノ必要ニ基キ事實上私人ノ財產權ヲ侵害スルモノナレトモ徵發ハ直接ニ臨時的ニ且積極的ニ財產ヲ使用シ又ハ之ヲ消費スルニ拘ハラス要塞地帶ニ於ケル制限ハ間接ニ永續的ニ且消極的ニ無形的ニ之ヲ使用スルヲ異ナル要點ナリトス

要塞地帶ニ於ケル所有權ノ制限モ亦特別ノ地區ニ於ケル特別ノ不動產ニ關スル制限ナルカ故ニ理論上賠償ヲ與フルヲ以テ正當ナリト認ムレトモ現行法ハ賠償ヲ與フルノ規定ナク唯其禁止制限ニ關シ官廳ノ處分ヲ不當トスル者ハ三十日以內ニ陸軍大臣ニ訴願シ得ルノ途ヲ開キアルノミ以上ハ旣存ノ所有權ニ關スル制限ニシテ其他尙ホ他ノ特別法規ニ依リ特別ノ行政處分ヲ俟タスシテ人民カ甘受スヘキ制限アリ例令鑛業法第一〇條ニ於テ要塞地帶第一區內ノ場所ヲ鑛區ト爲スコトヲ禁止シ軍港要港ノ周圍三百間以內及ヒ要塞地帶第二區及ヒ第三區內ノ場所ハ所轄官廳ノ許可ヲ受クルニ非レハ鑛區ト爲スコトヲ許ササルカ如シ

0298

第二章　外務行政

國ト國トノ關係ハ國際法ノ範圍ニ屬スルハ勿論他ノ國家ト條約ヲ締結スルカ如キ外交事務ハ大權ノ發動ニ基クモノナルカ故ニ固ヨリ行政法ノ研究事項ニ非ス此ニ說明セント欲スルハ外交事務ニ附隨シテ行ハルル行政事務ニ關スルモノニ外ナラス

第一節　外務行政ノ機關

外務行政ノ主要ナル機關ハ外務大臣、外交官、領事官ナリ今其性質、職權ニ付テ略說スヘシ

一、外務大臣　ハ外國ニ關スル政務ノ施行、外國ニ於ケル帝國商事ノ保護及ヒ外國在留帝國臣民ニ關スル事務ヲ管理シ外交官及ヒ領事官ヲ指揮監督ス（外務省官制一條）

二、外交官　ノ大使、公使、辨理公使等アリテ主トシテ外交事務ノ機關ナルカ故ニ行政ニ關與スル範圍頗ル狹小ナリ

三、領事官ニ總領事、領事、副領事等アリテ領事官ハ主要ナル外務行政ノ機關ニシテ外務行政ノ說明ハ殆ト領事官ノ職務ノ說明ナリト謂フモ過言ニ非ス

領事官ハ國內ノ法令及ヒ駐在國トノ條約ニ準據シ其範圍內ニ於テ外務行政ヲ行フモノニシテ外務大臣ノ指揮、監督及ヒ駐在國ニ在ル帝國公使ノ監督ヲ受クヘキモノトス

領事ハ外國ニ在リテ主トシテ帝國臣民ノ保護取締ニ任スルモノニシテ其職務ノ實質ハ內務行政ノ部ニ於テ後ニ說明スヘキ事項ト殆ト同一ナリト雖モ外國ノ領土ニ於テ事務ヲ行フモノナルカ故ニ領事ノ職務ニ關スル法律第三條ニ領事官其他本法ニ依リ職務ヲ行フ者ハ法令及ヒ條約ノ規定ニ從ヒテ其職務ヲ行フヘシ但國際法ニ基因スル慣例又ハ駐在地特別ノ慣例ニ從フコトヲ得ト規定スルカ如ク內國法令ト條約トノ範圍內ニ於テ職務ヲ執行スルト同時ニ國際上ノ慣例ヲモ參酌スヘキモノナルカ故ニ自ラ特殊ノ關係ヲ生スルハ又止ヲ得サル所ナリ

領事ノ主要ナル一般的ノ職務ハ次ノ如シ

一、義務履行ノ監視　駐在國カ條約又ハ國際法ニ依リ帝國及ヒ帝國臣民ニ對シ負擔セル義務ニ違反セサルヤヲ注意シ若シ之ニ違反セル事項ヲ發見シタルトキハ相當官廳ニ對シ相當ノ處置ヲ要求スヘキモノトス此職務ハ寧ロ外交事務ノ一部ニ屬ス

二、公證　領事ハ駐在國ノ官公署ノ發シタル文書ノ正確ナルコトヲ保護シ內外國ノ臣民ニ對シ職務上ノ事項ニ付キ證明ヲ與ヘ日本臣民ノ法律行爲ニ關シ證明スヘキ職務ヲ有ス

三、財產ノ保護、管理　領事ハ其管轄區域內ニ於ケル日本臣民ノ財產ヲ保護シ之ヲ管理スルニ付キ必要ナル處置ヲ爲スヘキモノトス

四、身分ノ登錄　領事官ハ名簿ヲ備ヘ日本臣民ノ居住及ヒ身分ニ關スル登錄事務ヲ處理セサルヘカラス

五、船舶、船員ノ取締及ヒ保護　領事官ハ其一般的ノ任務トシテ在留帝國臣民ノ保護取締ヲ爲スヘキハ勿論ナルカ故ニ船舶ニ付テハ若シ其船員カ脫船シタル場合ノ如キハ艦長又ハ船長ノ請求ニ因リ脫船者ヲ復歸セシムルニ必要ナル手段ヲ執ラサルヘカラス

六、旅券ノ付與及ヒ査證　旅券ヲ付與シ幷ニ日本臣民ノ旅券及ヒ日本ニ旅行セントスル外國人ノ旅券ヲ査證スルモ亦領事ノ職務ノ一ナリ

七、爭議ノ和解及ヒ仲裁　日本臣民相互間又ハ日本人ト外國人トノ間ニ民事上ノ爭議アリタル場合ニハ領事ハ便宜和解又ハ仲裁ヲ試ミサルヘカラス

以上ハ領事ノ一般的ニ行フヘキ職務ナルモ其他條約又ハ慣例ニ依リ認メラルル場合ニ在リテハ尙ホ訴訟事件ヲモ取扱フヘキモノニシテ重罪ノ公判ヲ爲スコトヲ得サル外略〻地方裁判所及ヒ區裁判所ト同一ノ權限ヲ有ス

以上列擧シタル事務ハ領事職務規則及ヒ領事ノ職務ニ關スル法律中ニ定ムル所ニシテ此ノ如キ事務ハ領事職務條約ニ於テモ亦認メラルルコトハ例ヘハ日獨領事職務條約ニ依ルモ明カナリ即チ義務履行ノ監視ニ付テハ職務條約第九條、公證ニ就テハ第一〇條、第一二條、財產ノ保護、管理ニ就テハ第一三條、第一四條、身分ノ登錄ニ就テハ第一一條、爭議ノ和解、仲裁ニ付テハ第一六條ノ規定アルカ如シ之ヲ要スルニ以上ハ職務條約及ヒ法令ノ範圍內ニ於テ領事ノ職務トシテ認メラルルモノトス

第三節　領事裁判ノ性質

領事カ條約又ハ慣例ニ依リ認メラルル場合ニ於テ一般事務ノ外尙ホ民事、刑事ノ裁判事務ヲ取扱フヘキモノナルコトハ既ニ述ヘタリ若シ此ノ如キ場合ニ於テ領事ヲ以テ憲法上ノ所謂裁判所ト認ムヘク領事裁判ヲ以テ行謂裁判ナリト認ムヘキモノトセハ是レ即チ司法事務ナルカ故ニ之ヲ行政法中ニ論スヘカラサルモノノ如シ是ニ於テ裁判事務ヲ行フ場合ニ於ケル領事ノ性質及ヒ其裁判ノ觀念ヲ研究スルノ必要アリ若シ領事ヲ以テ裁判所ト認ムヘシトセハ憲法第五七條第二項「裁判所ノ構成ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム」及ヒ第五八條第一項「裁判官ハ法律ニ定メタル資格ヲ具フル者ヲ以テ之ニ任ス」同條第三項「懲戒ノ條規ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム」ト規定セルニ違反スルモノナリト謂ハサルヘカラス蓋シ領事ノ官制ハ法律ニ非スシテ勅令ヲ以テ定メラレ其免職、懲戒ハ一般ノ文官懲戒令ニ依ルノ外特ニ法律ヲ以テ規定スルモノナキカ故ニ領事ヲ憲法上ノ所謂裁判所ト認ムルヲ得ス已ニ領事カ憲法上ノ機關タル裁判所ニ非サル以上ハ其行フ所ノ事務カ憲法上ノ所謂裁判所カ行フ裁判ト其實質ヲ同シウスルモ之ヲ司法事務ト認メスシテ行政事務ト看做スヘキハ「行政トハ主權者カ法律又ハ勅令ニ依リ行政機關ニ委任シテ行ハシムル政務

ノ範圍ナリトセル予カ行政ノ定義ニ因リ疑ナシトセサルヘカラス

以上述ヘタル事項ノ外尙ホ外務行政ニ關シ說明スヘキハ居留民團ナリ居留民團ハ專管居留地、各國居留地、雜居地其他ニ住居スル帝國人民ノ狀態ニ依リ其公共事務ヲ處理セシムル爲メ必要アリト認ムルトキ外務大臣之ヲ設立スルコトヲ得ルモノニシテ居留民團ノ公共事務ニ關スル事項ニ付テノ議決機關トシテ居留民會ノ制ヲ設ケ又居留民團吏員ヲ置ク居留民團ハ領事公使及ヒ外務大臣ノ監督ニ屬スヘキモノトス、專管居留地トハ居留地內ノ警察權道路管轄權及ヒ其他一切ノ行政事項カ日本領事官ノ管理ニ屬スルモノトス

第三編　司法ニ附隨スル行政

司法ノ範圍ニ屬スル訴訟事務ノコトハ固ヨリ行政ノ範圍ニ屬セサル裁判ヲ行フ官廳ノ組織及ヒ相互監督ノ關係、完全ニ裁判ヲ行ハシムル附隨ノ行爲及ヒ裁判判決ノ執行ハ純粹ナル司法事務ニ非スシテ司法ニ附隨スル行政事務ナリト認ムルヲ可トス次ニ之ヲ概說スヘシ

一、裁判所ノ組織及ヒ權限

裁判所ハ判事、檢事、書記、執達吏及ヒ廷丁ヲ以テ組織ス判事ハ裁判ヲ行フヲ以テ職務ト爲スカ故ニ職務ノ嚴正公平ヲ期スルカ爲メ公然政治ニ關係シ政黨、政社ノ黨員、社員又ハ府縣、郡、市町村會ノ議員ト爲リ又ハ金錢ノ利益ヲ目的トスル業務ヲ行フヲ得サル制限ヲ受クルト同時ニ特別ノ事由アル場合ヲ除ク外刑法ノ宣告又ハ懲戒ノ處分ニ依ルニ非サレハ其意ニ反シテ轉官、轉所　停職、免職又ハ減俸セラレサル身分上ノ保障ヲ有ス（裁構七二條、七三條）檢事ハ公益ノ保護者トシテ裁判所ノ構成分子ナリト雖モ純然タル裁判官ニ非スシテ寧ロ行政官ト其性質ヲ同シウシ裁判所構成法第八一條ハ「檢事ハ如何ナル方法ヲ以テスルモ判事ノ裁判事務ニ干涉シ又ハ裁判事務ヲ取扱フコトヲ得ス」ト規定セリ書記ハ判事又ハ檢事ノ命令ニ從ヒ判事又ハ檢事ノ行フヘキ事務ヲ補助ス執達吏ハ裁判所ヨリ發スル書類ノ送達、警察官吏ヲ以テ爲ササル刑事裁判ヲ執行シ其他訴訟法及ヒ特別法ノ定ムル事務ヲ取扱フヲ職權トシ通常裁判所書記ノ命令ニ依リ行動スヘキモノトス廷丁ハ執達吏ヲ用フルコト能ハサル場合ニ書類ノ送達ヲ爲ス外法廷ニ關係者ヲ出廷セシムル等ノ事務ヲ取扱フヘキモノトス

二、裁判ノ執行其他ノ司法行政事務

イ、刑事裁判ノ執行　刑事裁判及ヒ之ニ準スヘキ處分ノ執行ニ關シテハ監獄行政ノ事項ヲ述ヘサルヘカラス監獄ニ關シテハ明治二十二年勅令第九三號監獄則ニ其規定アリ監獄ノ種別左ノ如シ

一、集治監　集治監ハ徒刑、流刑ニ處セラレタル者ヲ拘禁ス

二、假留監　徒刑、流刑ニ處セラレタル者ヲ集治監ニ收容スルマテノ間拘禁スル處ナリ

三、地方監獄　拘留、禁錮、懲役ニ處セラレタル者及ヒ婦女ニシテ徒刑ニ處セラレタル者ヲ

0301

拘禁ス

四、拘置監　刑事被告人ヲ拘禁スル處ナリ

五、留置場　刑事被告人ヲ一時留置スル處ナリ

六、懲治場　不論罪ニ係ル幼者及ヒ瘖啞者ヲ拘留スル處ナリ

以上ノ監獄ハ司法大臣之ヲ監督シ集治監、假留監ハ司法大臣其他ノ監獄ハ警視總監、地方長官之ヲ管理スヘキモノトス其他監房ノ收容ニ關スル手續、監房內ノ秩序維持ニ關スル行政事務アレトモ之ヲ略ス

ロ、民事裁判ノ執行　民事訴訟法其他ノ特別法規ヲ參照スヘシ

ハ、其他ノ司法行政事務　辨護士ニ對スル監督ハ其一ナリ辨護士ハ當事者ノ委任ヲ受ケ又ハ裁判所ノ命令ニ從ヒ法律ニ定メタル職務ヲ行フモノニシテ其所屬裁判所每ニ辨護士會ヲ設立スヘキモノニシテ所屬地方裁判所檢事正之ヲ監督スヘキ職責ヲ有ス辨護士會ノ會則ニ對スル認可ハ司法大臣ノ職權ニ屬スルハ勿論檢事正ハ監督上辯護士會ノ會場ニ臨席シ又ハ會議ノ結果ニ付キ報告ヲ徵シ得ヘキモノトス若シ辯護士會ノ決議ニシテ法律、命令又ハ辯護士會ノ會則ニ違反スルモノト認ムルトキハ司法大臣其決議ヲ無效トシ又ハ議事ヲ停止スルコトヲ得ヘキモノトス辯護士ニシテ懲戒スヘキ行爲アリタルトキハ辯護士會ノ申告又ハ職權ニ依リ檢事正ハ懲戒訴追ヲ檢事長ニ申告スヘキモノニシテ管轄控訴院ニ於ケル懲戒裁判所ニ於テ之ヲ處分スヘキモノトス其他裁判開廷中ニ於ケル廷內ノ秩序維持等亦司法行政事務ニ屬スト雖モ之ヲ略ス

三、司法行政ニ關スル監督關係

司法行政ニ關スル監督ノ順位次ノ如シ

- 司法大臣
  - 檢事局
    - 檢事長
      - 下級檢事局
  - 檢事正
    - 其局
      - 下級檢事局
  - 裁判所
    - 大審院長—其院
    - 控訴院長
      - 其院
      - 管內ノ下級裁判所
    - 地方裁判所長
      - 其所（及支部）
      - 管內ノ區裁判所
    - 區裁判所ノ監督判事
      - 書記
      - 執達吏

（其局
（下級檢事局
（檢事總長
（其局

監督權ノ作用トシテ不適當又ハ不充分ニ取扱ヒタル事務ニ付キ注意ヲ喚起シ適當ニ其事務ヲ取扱フヘキコトヲ訓令シ及ヒ職務上ト否トヲ問ハス其地位ニ不適當ナル行狀ニ付キ諭告スルコトヲ得ヘク此ノ如キ監督權ノ作用ニ依リ其目的ヲ達セサルトキハ法律ノ定ムル所ニ依リ懲戒ヲ加フヘキモノトス

第四編　立法ニ附隨スル行政

帝國議會ハ憲法上ノ機關ニシテ行謂行政機關ニ非サルカ故ニ法律案、豫算案ヲ議決スルカ如キ機關ノ行動ハ固ヨリ行政法ノ範圍ニ在ラスト雖モ帝國議會ノ構成上必要ナル選擧ノ關係ハ行政機關ノ職權ニ屬スルモ貴族院ノ構成ニ關シテハ皇族、公候爵ハ當然ニ貴族院ノ構成分子ニシテ勅選議員ハ勅任サレ選擧ニ依ラサルカ故ニ行政機關カ干與スルコトナキハ勿論伯子男爵議員ノ如キ選擧ニ依ルモ其選擧管理者ハ同爵中ヨリ選任スルモノ之ニ當ルカ故ニ行政機關ノ干與スルコトナシ唯多額納稅議員ノ互選ニ關シ互選人ノ名簿調製配付及ヒ選擧管理ニ付キ府縣知事カ干與スルニ過キス故ニ茲ニハ衆議院ノ構成ニ關シ其ノ概略ヲ說明スルノ必要アリ

一、選擧區及ヒ投票區

衆議院議員ノ選擧ニ關シテハ便宜上選擧區及ヒ投票區ノ制アリ

選擧區ハ郡部、市部ノ區劃ニ依ルモノニシテ選擧法ニ附屬スル別表ニ於テ選出スヘキ議員ノ定數ト共ニ之ヲ定ム

投票區ハ市町村ノ區域ニ依ルヲ以テ原則トシ例外トシテ特別ノ事情アル市町村ニ付テハ勅令ノ定ムル所ニ依リ二個以上ノ投票區ヲ設ケ又ハ數町村ノ區域ニ依リ一投票區ヲ設クルコトヲ得ヘカラシム

二、選擧權

選擧權ヲ有スルニハ次ノ要件ヲ具備セサルヘカラス

一　帝國臣民タル男子ニシテ年齡滿二十五年以上ナルコト

二　選擧人名簿調製ノ期日前滿一年以上其選擧區內ニ住所ヲ有シ尙ホ引續キ有スルコト

三　選擧人名簿調製ノ期日前滿一年以上地租十圓以上又ハ滿二年以上地租以外ノ直接國稅若クハ地租ト其他ノ直接國稅トヲ通シテ十圓以上ヲ納メ尙ホ引續キ納ムルコト

選擧權ニ關スル立法例ヲ大別スルトキハ三種別アリ平等選擧法、不平等選擧法、折衷選擧法是ナリ平等選擧法トハ消極的ノ制限ヲ附スルノ外財產其他ニ付キ條件ヲ設ケス一般ニ平等ニ選擧權ヲ與フルモノヲ謂ヒ米、佛ノ如キ民主的思想ノ盛ニ行ハルル國ニ於テ現ニ採用セラルル所

0303

ノ制度ナリト雖モ是レ全ク政治上ノ沿革的趨勢ヨリ生シタル現象ニシテ理論上ヨリ之ヲ觀察スルトキハ良好ナル制度ナリト謂フヲ得ス蓋シ一般人民ニ選擧權ヲ與フル結果多數ハ無資無產ノ徒ナルカ故ニ選擧ハ此等ノ多數ナル無資產者ノ勝ヲ制スル所ト爲リ議會ヲシテ彼等ノ爪牙タラシムルノ弊害ヲ生スヘキカ故ナリ不平等選擧法トハ一定ノ財產ヲ有シ又ハ一定ノ納稅義務ヲ負擔スル者ノミニ選擧權ヲ與ヘ且財產額又ハ納稅額ニ依リ選擧權ニ差等ヲ設クルノ制度ヲ謂フ我市町村制ノ如キ此制度ヲ採用セルヲ見ル此制度ハ相當ノ資產ヲ要件トスルカ故ニ無資產ノ者ヲシテ議決機關ヲ私セシムルノ弊害ヲ除キ得ヘシト雖モ特ニ財產ノミニ重キヲ置キ資產家ノ保護ニ偏スルノ嫌ナキニ非ス折衷選擧法トハ資產又ハ納稅ニ關スル要件ヲ必要トスルコト不平等選擧法ト異ナルコトナシト雖モ其間ニ階級ヲ設ケテ以テ特ニ資產家ヲ保護スルノ偏頗ヲ生スルヲ避ケ一定ノ財產要件ヲ充タス者ニ對シテハ平等均一ナル選擧權ヲ與フルノ制度ヲ謂フ此制度ハ前二法ヲ折衷シタルモノニシテ我衆議員選擧法ハ此制度ニ依レリ

三、被選擧資格

選擧權ニ關シテハ財產上ノ資格ヲ要件ト爲スモ被選擧權ニ關シテハ此ノ如キ制限ナク唯帝國臣民タル男子ニシテ年齡滿三十歲以上ノ者タルヲ要スルノ外何等ノ條件ナシ外國ノ立法例ヲ見ルモ普佛兩國ノ如キ又年齡ニ關スル制限ノ外財產上ノ資格ヲ必要トセス惟フニ汎ク人才ヲ議會ニ收容スルノ趣旨ニ出ツルモノナルヘシ

四、選擧人名簿

選擧權ノ有無ハ實質ニ因リテ定マル然レトモ其選擧權ハ公ニ證明セラルルニ非サレハ其實效ヲ奏セス故ニ實質上選擧權アル者ト雖モ形式上公證セラレタルモノニ非サレハ選擧權ヲ行フコトヲ得ス選擧權ノ存在ヲ公認スル形式ヲ稱シテ選擧人名簿ト謂フ然レトモ選擧人名簿ハ單ニ形式ニ止マリ選擧權ノ實質ヲ增減變更スルモノニ非サルカ故ニ實質上選擧權ナキ者カ選擧人名簿ニ登載セラルルモ其登載ノ事實ニ因リ直チニ選擧權ヲ生スルモノニ非サルナリ

選擧人名簿調製ノ手續等ニ付テハ選擧法ヲ參照スヘシ

五、選擧手續

選擧ニ關スル投票場取締、選擧會等ノ事ハ是レ亦規則ヲ一讀シテ明瞭ナルカ故ニ唯其內ニ就キ論究スヘキ價値アルモノノミヲ說明スヘシ

選擧權ハ代理人ヲ以テ之ヲ行使スルコトヲ得ルヤ否ヤ

選擧法ニ在リテハ選擧權ノ行使ハ本人自ラ之ニ當ルヘキモノトシ代人ヲ以テ之ヲ行使スルヲ許サス蓋シ選擧人ノ資格ヲ定メ一定ノ資格アル者ヲシテ公正ニ其意思ヲ表示セシムルノ趣意ニ出テ其人ノ資格ニ重キヲ置クノ結果ナルヲ知ルヘシ地方自治體ノ議決機關ノ構成ニ關スル選擧ニ付テモ亦府縣制、郡制ニ在リテハ選擧法ト同一ナルモ獨リ市制町村制ニ在リテハ本人自ラ選擧權ヲ行使スヘキヲ原則トスレトモ例外トシテ代理人ヲ以テ之ヲ行使シ得ヘキ場合ヲ認ム即チ市

0304

町村公民ニ非スシテ市町村公民ノ最多額納税者三名中ノ一人ヨリモ多額ノ直接市町村税ヲ納ムル者及ヒ法人ニシテ同一ノ條件ヲ具備スルモノハ代人ヲ以テ選擧權ヲ行フコトヲ得ルモノトセリ是レ市町村公民以外ノ者及ヒ法人ニ選擧權ヲ與フルハ主トシテ市町村ノ自治ト財産トノ關係ニ重キヲ置キ其人的資格ニ重キヲ置カサルカ故ニシテ選擧權ハ本人自ラ行使スヘキヲ以テ理論上正當ナリトスルヲ勵カスニ足ラス

選擧法ハ無記名投票ノ制ヲ採レリ無記名式ト記名式トノ得失ヲ論スルニ當リ先ツ記名式ノ利益ヲ擧クレハ

一、無記名式ニ依ルトキハ何人カ何人ヲ選擧セシヤ明カナラサルノ結果選擧事務ニ從事スル者ヲシテ不公正ノ行爲ヲ其間ニ行ハシムルノ虞ナキニ非ス然ルニ記名式ニ依ルトキハ何人カ何人ヲ選擧セシヤハ明カナルカ故ニ此ノ如キ危險ヲ避クルコトヲ得ルノ利益アリ

二、選擧ハ公事ニシテ選擧權ノ行使ハ公權ノ行使ナルノミナラス一面ヨリ之ヲ觀察スルトキハ尙ホ之ヲ公義務ナリト云ヒ得ヘキモノナルカ故ニ隱密ニ之ヲ行使セシムルヨリハ公然之ヲ行ハシムルノ勝レルニ如カサルノミナラス何人ヲ選擧セシヤヲ他人カ知リ得ヘキ機會ナキカ故ニ公益ヲ度外視シテ自己ノ利害關係上都合ヨキ人物ヲ選擧スルノ弊害ナキヲ保セス然ルニ記名式ニ依ルトキハ此等ノ弊ヲ除キ得ルノ利益アリ

次ニ無記名式ノ利益アル點ヲ擧クレハ

一、黨派其他ノ關係上暴行、强迫其他不正ノ壓迫カ神聖ナル選擧權ノ行使ヲ阻害スルノ實例ハ殆ト選擧ニ付キ免レサルノ通弊ニシテ記名式ニ依ルトキハ此ノ如キ壓迫ヲ受クルヲ恐レ止ムヲ得ス自己ノ意思ニ反シテ投票スルコトナキヲ保セス無記名式ニ依ルトキハ此ノ如キ虞少キカ故ニ投票ノ自由ヲ保障シ得ルノ利益アリ

二、隨テ無記名式ニ依ルトキハ選擧權行使ノ自由ヲ保障セラルルカ故ニ勢ヒ棄權者ヲ多カラシメサルノ利益アリ

以上述フルカ如ク記名、無記名各〻得失アリト雖モ我選擧法カ無記名式ヲ採用シタル所以ノモノハ選擧權行使ノ自由ヲ保障シ棄權者ヲ少クシ大局ニ於テ公平ナル結果ヲ收ムルト同時ニ多少選擧事務ニ從事スル者ノ不正行爲ヲ誘致スルノ嫌アリト雖モ多數選擧人ニ比較シ少數ナル選擧事務ニ從事スル者ノ不正ハ之ヲ取締ルコト容易ナルト現今ノ民情ヲ斟酌シ此ノ如キ制度ニ依リタルモノト認メサルヘカラス

當選ノ決定ニ付キ選擧法第七〇條第一項ハ有效投票ノ最多數ヲ得タル者ヲ以テ當選人トス但其選擧區内ノ議員定數ヲ以テ選擧人名簿ニ記載セラレタル者ノ總數ヲ除シテ得タル數ノ五分ノ一以上ノ得票アルコトヲ要スト定ム是レ學者ノ所謂絶對多數法ナリ絶對多數法トハ即チ得票數ニ一定ノ限度ヲ設ケ其限度ヲ超ユル者ノ内ニ就キ比較的ニ多數ヲ得タル者ヲ以テ優先ノ順位ト爲スノ決定法ニシテ之ト異ナルモノハ比較多數法ナリ

比較多數法トハ得票數ニ一定ノ限度ヲ設クルコトナク單ニ得票數ノ多少ニ依リ當選者ヲ定ムルノ方法ヲ謂フ比較多數法ト絶對多數法トノ得失ニ就テハ理論上ハ絶對多數法ヲ可トシ實際上ノ便宜ヨリ云フトキハ比較多數法ヲ可ナリト信ス蓋シ投票ニ依リ議員ヲ選擧セシムル所以ハ最モ健全ナル國民ヲシテ議決機關ノ公務ニ關與セシムルヲ趣旨トス爲スニ拘ハラス棄權者ノ多數ナルカ又ハ衆望ヲ博スルノ人才ナキカ爲メニ僅少ノ得票ニ過キサルモ尚ホ比較上多數ヲ占ムルノ故ヲ以テ當選者ト定ムヘキモノトセハ投票ニ依リ衆望アル代表者ヲ選擇スル立法ノ趣旨ニ反スルカ故ニ理論上ハ絶對多數法ヲ可ナリトセサルヘカラス然レトモ實際ノ便宜ヨリ之ヲ考フルニ絶對多數法ヲ採ルトキハ得票數一定ノ限度ニ達セサル場合ニ於テ選擧ヲ再ヒスルノ煩累ナキニ非ス故ニ便宜論トシテハ比較多數法ヲ可ナリトスル所以ナリ

選擧法ハ選擧權者ヲシテ直接ニ一定數ノ議員ヲ選擧セシム是レ所謂直接選擧法ナリ之ニ反シテ總テノ選擧權者ヲシテ一定數ノ議員ヲ選擧スヘキ議員ヲ選擧セシムルノ方法ヲ間接選擧法ト謂フ直接選擧法ト間接選擧法トヲ比較スレハ間接選擧法ハ選擧事務ノ煩雜ヲ避クルコトヲ得ヘキモ不正行爲ヲ防壓スルヲ得ス且多數人ノ意思ヲ確實ニ顯ハスコトヲ得サルノ不利益アリト謂フヘシ

第五編　純粋行政

第一章　財務行政

第一節　總論

主權者カ諸種ノ機關ヲ設ケテ之ヲ維持スルニハ經費ヲ要スルコト勿論ニシテ如何ニシテ此等經費ニ充ツヘキ財產ノ收入シ如何ニシテ收入シタル財產ヲ支出シ如何ニシテ收入支出ヲ整理監督スルヤハ行政法ヲ研究範圍ニシテ此間ニ於ケル國家ト個人トノ關係ハ主トシテ公權關係ナリト雖モ此以外尚ホ私人相互ノ間ニ於ケル賣買、貸借等ト同一ノ形式ヲ以テ財產ノ收入支出ヲ爲スコトナキニ非ス嚴格ニ論スルトキハ此ノ如キ場合ニ於ケル國家ト個人トノ關係ハ私法上ノ關係ニ外ナラサルカ故ニ之ヲ行政法中ニ論スヘカラサルモノノ如シト雖モ國家ヲ本位トスルノ關係上一般民法上ノ準則ニ對シ除外的ノ特別規定ヲ設クルコト勘カラスシテ此ノ如キハ併セテ之ヲ論スルニ非サレハ研究ノ機會ナキカ故ニ必要ニ應シテ之ヲモ併セ論スルコトト爲セリ

第二節　豫算

第一款　豫算ノ編成

豫算ノ編成ニ關シテハ憲法第六八條ニ「特別ノ須要ニ因リ政府ハ豫メ年限ヲ定メ繼續費トシテ帝國議會ノ協贊ヲ求ムルコトヲ得」ト規定シテ繼續費ニ限リ數會計年度ニ涉リ其豫算ヲ編成シ

0306

得ルコトヲ認メ同第六九條ニ於テ避クヘカラサル豫算ノ不足ヲ補フ爲メニ又ハ豫算外ニ生シタル必要ノ費用ニ充ツル爲メ豫備費ヲ設クヘシト定メ豫備費ヲ豫算中ニ設定スヘキ旨ヲ定メタル外豫算ノ編成ニ關スル事項ハ總テ會計法及ヒ同規則中ニ其規定ヲ網羅セリ總豫算ノ編成ハ大藏大臣ノ職權ニ屬シ大藏大臣ハ各省大臣カ其所管ニ屬スル各部局ニ要スヘキ毎年度ノ經費ヲ算定シ前年度ノ決定經費額ト比較對照シテ作成シタル豫定經費要求書ニ依リ總豫算ヲ編成スヘキモノニシテ其形式ニ關シテハ經常、臨時ノ二部ニ大別シ附屬書類トシテ歳計全體ニ關スル說明、各省ノ豫定經費要求書、前會計年度ノ歳入歳出現計書ヲ添附スヘキモノトス歳入歳出現計書ハ前年度ノ歳入歳出ニ關スル大要ヲ參照スルノ便宜上作成スルモノニシテ歳入ニ關シテハ豫算額ニ對スル收入額、未收入額缺損額ヲ算出スヘク歳出ニ關シテハ豫算額ニ對スル決定後ノ增加額支出額及ヒ支出殘額ヲ記載スヘキモノトス豫算中ニ設クヘキ豫備費ハ他ノ費額ニ比シ別個ノ性質ヲ有シ特ニ憲法第六九條ニ依リ其設定ヲ强制セル結果會計法亦之ニ關スル規定嚴密ニシテ第一豫備金及ヒ第二豫備金ノ區別ヲ設ケ第一豫備金ハ避クヘカラサル豫算ノ不足ヲ補フ爲メ相當ノ費額ヲ見積ルヘク第二豫備金ハ豫算外ニ生シタル費用ニ充ツル爲メ相當ノ費額ヲ計上スヘキモノトセリ

一般收支ノ豫算ト異ナレルモノ二アリ特別會計及ヒ追加豫算即チ是ナリ特別會計トハ一般收支ノ經濟ト共ニ通セサル特別事業ノ收支見積ニシテ法律ヲ以テ特ニ之ヲ定ムヘキモノトス追加豫算ハ必要避クヘカラサル經費及ヒ法律又ハ契約ニ本ク經費ニ不足ヲ生シタル場合ニ限リ提出スルコトヲ得ルモノトス

第二款　豫算ト行政官廳トノ關係

豫算ノ性質論ハ憲法上ノ問題ニ屬スルカ故ニ行政法ニ於テ深ク之ヲ研究スルノ必要ナキカ故ニ唯其行政官廳トノ關係ニ付キ說明スルヲ以テ滿足セントス憲法第六四條ニ於テ「國家ノ歳入歳出ハ毎年豫算ヲ以テ帝國議會ノ協贊ヲ經ヘシ」豫算ノ款項ニ超過シ又ハ豫算外ニ生シタル支出アルトキハ後日帝國議會ノ承認ヲ求ムルコトヲ要ス」ト定メ第六九條ニ於テ「避クヘカラサル豫算ノ不足ヲ補フ爲メ又ハ豫算外ニ生シタル必要ノ費用ニ充ツル爲メ豫備費ヲ設クヘシ」ト定ムルカ故ニ歳入歳出ハ毎年之ヲ豫算ニ編成シ帝國議會ノ協贊ヲ經ルヲ必要條件ト爲スト同時ニ豫算ニ違背シ又ハ之ヲ紛更スヘキ支出ヲ爲スヘカラサルコトハ疑ナキノミナラス會計法第一二條ニ於テ「國務大臣ハ豫算ニ定メタル目的以外ニ定額ヲ使用シ又ハ各項ノ金額ヲ彼此流用スルコトヲ得ス」ト定ムルニ因リ行政ノ範圍ニ於テハ豫算ハ歳入歳出ニ關スル收入支出ノ標準ナリト認ムルヲ以テ足ル隨テ豫算ハ法律ト同一ノ性質ヲ有スルヤ否ヤ議會カ政府ニ對スル財政ノ委任ナリヤ否ヤ又ハ法律ニモ非ス財政ノ委任ニモ非サル一種特別ノ形式ナリヤハ之ヲ討究スルノ必要ナキモ唯之ヲ略言セハ憲法上豫算ヲ以テ法律ト看做スヘキ明文ノ存在セサルト豫算ヲ以テ

0307

法律ト同一ノ性質ヲ有スルモノトセハ豫算ヲ以テ當然法律ノ結果ニ依リ又ハ法律上政府ノ義務ニ屬スル歳出ヲ排除削減シ得ヘキカ故ニ既定ノ歳出及ヒ法律ノ結果ニ依リ又ハ法律上政府ノ義務ニ屬スル歳出ハ政府ノ同意ナクシテ帝國議會之ヲ排除シ又ハ削減スルコトヲ得ストノ憲法第六七條ノ規定ハ何等ノ意義ヲ有セサルニ至ルトノ理由ニ據リ豫算カ法律ニ非サルコト言ヲ俟タサルノミナラス帝國議會ハ憲法上ノ統治機關トシテ歳入歳出ニ關スル豫算ノ議定權限ヲ有スルニ止マリ政府ニ對シ財政ノ委任ヲ與フルノ沿革モ明文モナキヲ以テ豫算ハ政府ニ對スル財政ノ委任ニ非サルコト疑フノ餘地ナシ

豫算ハ法律以外ニ於テ議會ノ協賛ヲ要スル收入支出ノ見積ニシテ官廳ハ會計法規ノ命スル所ニ隨ヒ之ニ準據シ收入支出ヲ爲スヘキ義務アルモノニ過キス次ニ豫算ヲ歳入歳出ノ二部ニ分チ官廳ニ對スル拘束力ノ程度ヲ説明スルトキハ歳入中租税其他ノ公課ノ如キハ法律ニ依リ人民カ當然之ヲ納ムヘキ義務ヲ負擔シ當該官廳ハ法律ニ據リ當然之ヲ收入スヘキモノニシテ豫算ニ定ムル金額ニ相當スル金額以上ノ收入ハ之ヲ拋棄シ其以下ノ收入ハ義務違反ト看做スヘキ性質ノモノニ非サルカ故ニ豫算上ノ歳入ハ行政官廳ニ對シ殆ト拘束力ヲ有セス會計法カ歳出ニ關シ其第一二條第一項ニ於テ「國務大臣ハ豫算ニ定メタル目的ノ外ニ定額ヲ使用シ又ハ各項ノ金額ヲ彼此流用スルコトヲ得ス」ト定ムルニ拘ハラス歳入ニ關シテハ其第一〇條ニ於テ租税及ヒ其他ノ歳入ハ法律命令ノ規定ニ從ヒ之ヲ徴收スヘシト定ムルカ如キ其關係ヲ窺フニ足ルヘシ之ニ反シ

順養子ト稱シ兄カ其弟ヲ養子ト爲スコトアリ又前妻ノ女ニ壻養子ヲ爲スコトアリ斯ル場合ニ於テハ養親子間ニ甚シキ年齢ノ懸隔ナキヲ普通トセルカ故ニ單ニ自己ヨリ年長ナル者ヲ養子ト爲スコトヲ得ストセリ又伯叔父母ノ甥姪ヨリ年少ナルハ實際上往往見ル所ナレハ單ニ年少者ヲ養子ト爲シ得ルモノトスルトキハ不都合ナルヘキヲ以テ自己ノ尊屬ノ親族ヲ養子ト爲スヲ得ストセリ既ニ尊屬又ハ年長者ニ非サル以上ハ甥姪ハ勿論弟妹、從父兄弟ノ如キ又ハ自己ノ孫其他ノ直系卑屬ニシテ嫡出子ニ非サル者ハ之ヲ養子ト爲スニ妨ナカルヘシ

實子ハ之ヲ養子ト爲スコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ異論アルヲ免レス絶對ニ積極論ヲ採ルモ又絶對ニ消極説ヲ唱フルモ共ニ非ナリ假令實子ト雖モ之ヲ養子ト爲スニ付テ法定ノ利益アリ且法規ニ違反セサルニ於テハ之ヲ爲スニ何ノ妨カ之レアラン予ハ自己ノ嫡子ト雖モ其他家ニ在ル場合ニ之ヲ養子トシテ自家ニ入ルルハ親族入籍ノ手續ニ依リ之ヲ自家ニ引取ルヨリモ相續上ノ順位ニ法定ノ利益アルニ於テハ之ヲ養子トスルコトヲ得ヘク庶子及ヒ私生子ノ如キハ假令同一家籍内ニ在ル場合ト雖モ之ニ嫡出子ノ身分ヲ取得セシムルノ法定利益アレハ亦養子ト爲スニ妨ナカルヘシト信ス

三　法定ノ推定家督相續人タル男子アル者ハ男子ヲ養子ト爲スコトヲ得ス（八三九條）養子ヲ爲スノ目的ハ必スシモ家督相續人ヲ得ンカ爲メニ非スト雖モ此場合ニハ別ニ男子ヲ養子ト爲スノ要ナキハ勿論若シ之ヲ許ス時ハ徒ニ相續其他ノ事ニ關シ紛爭ヲ生シ一家ノ和熟ヲ壞ルノ

害アルニ過キサレハナリ

抑〻養子ハ必スシモ男子ニ限ルニ非ス養子ト云ヘハ養男、養女ヲ包含スルハ當然ナリ而シテ女子カ法定ノ推定家督相續人ナル場合ニ於テハ男子ヲ養子ト爲スヲ妨ケス又男子カ法定ノ推定家督相續人ナル場合ニ於テモ女子ヲ養子トスルハ敢テ法律ノ禁スル所ニ非ス又此禁止ハ收養者カ戸主ナル場合ニノミ適用アルヘキモノニシテ收養者カ家族ナルトキハ固ヨリ法定ノ推定家督相續人アルヘキニ非サルヲ以テ實男子アルトキ雖モ男子ヲ養子ト爲スコトヲ妨ケサルナリ唯收養者カ戸主ニシテ男子カ既ニ法定ノ推定家督相續人トシテ存在スルニモ拘ハラス他ノ男子ヲ養子トスルヲ得ヘシトセハ養子カ嫡出子ト爲ルノ結果或ハ庶子又ハ私生子タル男子ニ先チテ家督相續ヲ爲スコトヲ得ルニ至ルヘク「九七〇條參照」或ハ嫡出子タル男子ヲ廢除シテ養子ニ相續權ヲ取得セシムルニ至ルヘク延テ一家ノ平和ヲ攪亂スルノ害アレハナルヘシ而モ此立法理由ハ十分貫徹スルヲ得サルノ嫌アルヲ免レス

男子ヲ養子ト爲スコトヲ得サルハ法定ノ推定家督相續人タル男子アル時ニ限ル養ヲ爲シタル後養親ニ於テ男子ヲ擧クルコトアリトモ縁組ノ無效ヲ惹起スルモノニ非ス何トナレハ一旦有效ニ成立シタル養子縁組カ其後ニ偶生シタル事實ニ因リ其效力ヲ失フヘキノ理由ナケレハナリ

女壻ト爲ス爲メニスル場合ニ於テハ法定ノ推定家督相續人タル男子アルトキト雖モ男子ヲ養子ト爲スヲ妨ケス是レ從來家督相續人ノ姉又ハ妹ニ壻養子ヲ迎フルカ如キハ普通ニ行ハルル所ニシテ且之カ爲メニ毫モ家督相續人ノ相續權ヲ害スルコトナケレハナリ（九七〇條、九七三條）而シテ茲ニ所謂女壻ト爲ス爲メニスルトハ壻養子縁組ノ場合ヲ謂フモノニシテ將來女子ノ夫ト爲サントスルノ目的ヲ以テ豫メ男子ヲ養子ト爲ス場合ヲ包含スルモノニ非サルナリ其壻養子縁組ト云ハスシテ女壻ト爲ス爲メニスルト云ヘルハ畢竟第八三九條ハ縁組ノ要件ヲ定メタルモノナルカ故ニ壻養子縁組ト云ヘハ婚姻ノ要件ニモ言及ホシタルヤノ不都合アレハナリ

四　後見人タラサルコトヲ要ス　後見人ヲシテ被後見人ヲ養子ト爲スコトヲ得セシメ又ハ後見人ノ計算終了以前ニ於テ被後見人ヲ養子ト爲スコトヲ得セシメハ或ハ後見人ヲシテ管理ノ計算ヲ爲スコトヲ免レシメ或ハ後見ノ任務ヲ曖昧模糊ニ付シ自己ノ私曲ヲ逞ウセシムルノ虞アルヲ以テナリ元來法律カ後見制度ヲ設クルノ趣旨ハ幼者ノ保護ニ在リテ從テ法律ハ之ニ種種ノ義務ヲ負ハシム殊ニ後見人ヲシテ管理ノ計算ヲ爲スノ義務ヲ負ハシムルハ其奸曲ヲ防クニ在ルモノナレハ此等立法ノ趣旨ヲ貫徹スルカ爲メニモ收養者ニ付テ此條件ヲ設クルノ必要アリト謂フヘシ

然リト雖モ遺言ヲ以テ被後見人ヲ養子ト爲スノ意思ヲ表示シタル場合ニ於テハ計算ヲ曖昧ニシ其私曲ヲ逞ウスルカ如キ餘地ナカルヘシ是レ即チ第八四〇條第二項ノ規定アル所以ナリ

五　配偶者アル者ハ配偶者ト共ニスルニ非サレハ養子ヲ爲スコトヲ得ス（八四一條一項）夫婦各別ニ養子ヲ爲スコトヲ許ストキハ配偶者ノ一方ニハ子ニシテ他ノ一方ニハ子ニ非サルカ如キコトト爲ルヘク此ノ如キハ我舊慣ノ認許スル所ニ非ス殊ニ養子ト養親トハ血族ト同一ノ關係ヲ生スヘキモノナレハ夫婦各別ニ養子ヲ爲スカ如キハ養子制度ノ本旨ニ適合スルモノニ非サルナリ故ニ配偶者アル者カ養子ヲ爲サントスルニハ必スヤ夫婦相一致スルヲ要ス然レトモ夫婦ノ一方カ他ノ一方ノ子ヲ養子ト爲サント欲スル場合ニ於テハ養子ト爲ルヘキ者ハ即チ一方ノ配偶者ノ子ニシテ既ニ親子關係アルモノナレハ他ノ一方カ之ヲ養子ト爲サザレハトテ別ニ不都合アルナシ故ニ此ノ如キ場合ニ在リテハ夫婦相一致スルコトヲ要セス其一方ノミニテ縁組ヲ爲スコトヲ得ヘシ而モ他ノ一方ノ意ニ反シテ縁組ヲ爲スコトヲ許スハ夫婦ノ不和ヲ釀シ延テ一家ノ紛擾ヲ惹起スルノ基ト爲ルヘキヲ以テ一方ノ同意ヲ得ルコトヲ要件トセリ（同條二項）

（ロ）養子ト爲ル者ニ對スル要件　唯一アルノミ即チ左ノ如シ

配偶者アル者カ養子ト爲ルニハ其配偶者ト共ニスルヲ要ス（八四一條）夫婦カ各別ニ他人ノ養子ト爲ルハ猶ホ夫婦カ各別ニ養子ヲ爲スト同一ノ不都合アルヘク特ニ妻ノミカ養子ト爲ルモ夫婦ハ本來其家ヲ異ニスルヲ得サルモノナレハ妻ハ養親ノ家ニ入ルコトヲ得サルコトト爲ルヘク若シ養親ノ家ニ入ルコトト爲レハ婚姻ヲ維持スルヲ得ス茲ニ婚姻ノ性質ニ悖戻スルニ至ルヘケレハナリ

第二　承諾ニ關スル要件　養子縁組ノ成立スルカ爲メニハ當事者雙方ノ共諾ニ出ツルコトヲ必要トスルハ婚姻ニ於ケルト異ナル所アルナシ已ニ然ラハ其承諾ノ全ク缺ケタル場合即チ當事者間ニ縁組ヲ爲スノ意思ナキトキハ其縁組ハ無效ナリト謂ハサルヘカラス

養子ヲ爲ス者ハ本人自ラ縁組ノ意思表示ヲ爲スコトヲ要スルハ勿論ナリ夫婦カ共ニ養子ヲ爲ス場合ニ於テモ亦然リ唯此場合ニ於テ夫婦ノ一方カ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ他ノ一方ハ其者ヲ代表シ其者ノ爲メニモ縁組ヲ爲スコトヲ得ヘシ換言スレハ一方ヲ代表シ雙方ノ名義ヲ以テ縁組ヲ爲スコトヲ得隨テ此場合ニ於テハ意思ヲ表示スルコト能ハサル者ト雖モ當然養親ト爲ル

夫婦カ養子ト爲ル場合ニ於テモ若シ其一方カ意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ他ノ一方ハ其者ヲ代表シ其者ノ爲メニモ縁組ヲ爲スコトヲ得ヘク其意思ヲ表示スルコト能ハサル者ト雖モ此場合ニ於テ當然養子ト爲ルヘキモノトス

養子ト爲ルヘキ者カ十五年未滿ナルトキハ其家ニ在ル父母之ニ代リテ縁組ノ承諾ヲ爲スコトヲ得但繼父母又ハ嫡母カ右ノ承諾ヲ爲スニハ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス（八四三條）蓋シ我從來ノ慣習ニ依ルトキハ養子ハ其幼少ノ時ヨリ養ウテ子ト爲スコト最モ普通ニシテ又養子ハ以テ實子ニ擬スルモノナルカ故ニ其間ニハ可及的實親子ニ等シキ愛情ヲ保持セシムルノ要アリ此必

0310

要ニ應スルカ爲メニハ幼少ノ時ヨリ收養スルコトヲ許スヲ以テ上策トス故ニ本法亦之ヲ許スト雖モ此等幼少ノ者ニ在リテハ意思能力ナキヲ常トスルカ故ニ法律上之ニ代ハリテ意思表示ヲ爲スヘキ者ヲ認メサルヘカラス是レ即チ此ニ意思表示ノ法定代理權ヲ認メタル所以ナリ若シ父母ノ一方カ知レサルトキ死亡シタルトキ家ヲ去リタルトキ又ハ意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ他ノ一方ノ意思ノミヲ以テ其子ノ意思ニ代フルコトヲ許シ父母トモニ不明、死亡、去家又ハ意思ナキトキハ其子ノ後見人及ヒ親族會ノ合致シタル意思ヲ以テ其子ノ意思ニ代フルコトヲ許ス（八四六條一項）而シテ繼父母又ハ嫡母ノ代理權ニ關シ制限ヲ附シタルハ繼子又ハ庶子ノ不利益ニ緣組ヲ爲スカ如キ弊害ヲ豫防センコトヲ欲シタルニ由ル

尙ホ養子緣組ニ付テハ保護者ノ同意ヲ得ルコトヲ要ストセルコト婚姻ニ於ケルト同シ元來養子ヲ爲シ又ハ養子ト爲ルコトハ人事ノ重要事項ニ屬シ禍福ノ基スル所ナレハ須ク愼思熟慮以テ他日噬臍ノ悔ヲ胎ササランコトヲ要ス隨テ未成年者ノ爲メ又ハ父母アル者ノ爲メニ其保護者ノ同意ヲ得サルヘカラストセリ而シテ本要件ニ付テモ亦之ヲ養子ヲ爲ス者ト養子ト爲ル者トニ區別セサルヘカラス

一　養子ヲ爲ス者ハ其家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス　養子ハ緣組ニ因リテ養親ノ嫡出子タル身分ヲ取得シ隨テ養親ノ父母ニ對シテハ親族ノ關係ヲ生ス故ニ緣組ハ一身一家ニ種種ナル利害關係ヲ惹起スヘキモノナルヲ以テ父母ノ承諾アルニ非サレハ養子ヲ爲スコトヲ得サルモノトセリ而シテ此場合ニ於テハ第七七二條第二項及ヒ第三項、第七七三條ノ規定ヲ準用ス（八四六條）

成年者ニシテ家ニ父母アル者カ養子ヲ爲サントスルニハ年齡ノ如何ニ拘ハラス必スヤ父母ノ同意ヲ必要トス是レ婚姻ノ場合ニ年齡ニ制限アルト異ナル所ナリトス（七七二條參照）

禁治產者カ緣組ヲ爲スニハ其後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セス（八四六條）

二　養子ト爲ル者モ亦同シク保護者ノ同意ヲ得サルヘカラス即チ左ノ如シ

（イ）滿十五年以上ノ子カ養子ト爲ルニハ其家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス（八四四條）是レ第七七二條ト同一ノ精神ニ出ツルモノナリ

（ロ）緣組又ハ婚姻ニ因リテ他家ニ入リタル者カ更ニ養子トシテ他家ニ入ラントスルトキハ實家ニ在ル父母ノ承諾ヲ得ルコトヲ要ス（八四五條）本法ハ緣組又ハ婚姻ニ因リテ他家ニ入リタル者カ實家ニ復籍セスシテ婚姻又ハ養家ヨリ直チニ他家ニ入リ其養子ト爲ルコトヲ許スカ故ニ（七四一條）第八四四條ノ規定ノミニテハ實家ノ父母ノ同意ヲ要セサルコトト爲ルヘキヲ以テ同條立法ノ趣旨ヲ擴張シテ本條件ヲ設ケタルモノトス但妻カ夫ト共ニ緣組ニ因リテ他家ニ入ルハ此限ニ在ラス

右（イ）（ロ）ノ場合ニ於テハ第七七二條第二項及ヒ第三項、第七七三條ノ規定ヲ準用ス

禁治產者カ緣組ヲ爲スニハ其後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セサルハ養子ヲ爲ス者ニ付テ述ヘ

0311

タルト同シ

以上列記シタルノ外(一)家族カ緣組ヲ爲スニハ戶主ノ同意ヲ得ルコトヲ要シ(七五〇條)(二)婚姻又ハ緣組ニ因リテ他家ニ入リタル者カ更ニ緣組ニ因リテ他家ニ入リ子ト爲ラントスルニハ婚家又ハ養家及ヒ實家ノ戶主ノ同意ヲ得ルコトヲ要シ(七四一條)(三)養子トシテ他家ニ入ルニハ法定ノ推定家督相續人ニ非サルコトヲ要ス(七四四條)ルカ如キ亦緣組ノ要件中ニ入ルヘキモノトス又民法以外ノ法令中ニモ例ヘハ明治三十一年法律第二一號第一條ニ日本人カ外國人ヲ養子ト爲スニハ內務大臣ノ許可ヲ得ルコトヲ要ストアルカ如キ華族令第九條ニ華族又ハ其家族カ緣組ヲ爲スニハ宮內大臣ノ許可ヲ得ルコトヲ要ストアルカ如キ均シク緣組ノ要件ナリト謂ハサルヘカラス

乙　形式上ノ要件

緣組ハ之ヲ戶籍吏ニ屆出ツルニ因リテ其效力ヲ生ス(八四七條、七五五條)是レ緣組ノ形式上唯一ノ要件トスル所ノモノナリ緣組ニ付テモ婚姻ト同シク或一定ノ儀式ヲ行フヲ以テ要件トスルモノアリ我從來ノ慣習ニ於テモ各地方特別ナル儀式ノ存スルモノアリト雖モ本法ハ之ヲ以テ要件ト看做サス

緣組ノ屆出ハ當事者雙方及ヒ成年ノ證人二人以上ヨリ口頭ニテ又ハ署名シタル書面ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ要ス(八四七條、七五五條)其屆出ノ場所ハ養親ノ本籍地又ハ所在地ノ戶籍吏ニ之ヲ屆出ツルヲ要シ(戶九〇條)其屆書ニ記載スルコトヲ要スル事項其他ノ手續ハ一ニ戶籍法ノ規定ニ從ハサルヘカラス(戶八五條以下)又外國ニ在ル日本人間ニ於テ緣組ヲ爲サント欲スルトキハ其國ニ駐在スル日本ノ公使、領事ニ其屆出ヲ爲スコトヲ得(八五〇條)

緣組ノ屆出ハ當事者雙方ヨリスヘキモノトスルモ遺言養子緣組ニ在リテハ此規定ニ準據スルヲ得ス何トナレハ遺言養子緣組ハ遺言者死亡ノ後ニアラサレハ其效ヲ生スルコトナカルヘケレハナリ即チ遺言養子緣組トハ遺言書ニ因リ養子ヲ指定シ之ヲ以テ養子トスルノ意思ヲ表示シタル場合ニ生スルモノニシテ遺言者死亡ノ後ニ於テ被指定者ノ承諾アリテ始メテ成立スルモノトス蓋シ養子制度ハ一家ノ斷絕ヲ防止スルノ目的ニ出ツルモノナルカ故ニ遺言ニ因リテ養子ヲ爲スノ意思ヲ表示スルモ法律上敢テ制限ヲ加フヘキニ非ス從來ノ習慣上斯ル養子緣組ヲ認メタレハ本法ノ之ヲ許シタル亦相當ナリトス而シテ遺言ニ因ル養子緣組ノ屆出ニ付テハ遺言執行者養子ト爲ルヘキ者又ハ第八四三條ノ規定ニ依リ之ニ代リテ承諾シタル者及ヒ成年ノ證人二人以上ヨリ遺言カ效力ヲ生シタル後成ルヘク速ニ之カ屆出ヲ爲ササルヘカラス(八四八條)尙ホ此場合ニハ其屆書ニハ遺言者ノ死亡ノ年月日ヲ記載スルヲ要シ且之ニ養子ニ關スル遺言ノ謄本ヲ添フルコトヲ要ス(戶八九條)

緣組ノ屆出ハ當該官吏ノ受理ニ因リテ完全ナル效力ヲ生ス而シテ當該官吏ハ緣組カ法律上ノ要件ヲ具備セサルトキハ其屆出ヲ受理スルヲ得ス從テ當該官吏ハ民法上ノ要件其他戶籍法又ハ特

別ナル法令ニ定ムル要件ノ具備セルコトヲ認メタル後ニ非サレハ之ヲ受理スヘカラス唯縁組カ第七四一條第一項又ハ第七五〇條第一項ノ規定ニ違反シタル場合ニ於テ當該官吏カ一應其違法ナル旨ヲ注意シタルニ拘ハラス尚ホ當事者ニ於テ其屆出ヲ爲サント欲スルトキハ其儘之ヲ受理セサルヘカラス(八四九條)是レ蓋シ此等ノ場合ニ於テハ縁組ヲ成立セシムルニ妨ナク戸主ハ其同意ヲ與ヘサルノ故ヲ以テ之ヲ離籍シ得ルモノトセルヲ以テナルヘシ

第二項　縁組ノ無效及ヒ取消

縁組ハ一ノ法律行爲ナリ故ニ法律行爲ノ無效タリ又取消シ得ヘキモノタルトニ關シ一般ノ原則ニ依リテ支配セラルヘキハ論ヲ俟タサル所ナリト雖モ縁組ニ付テハ種種ナル要件ノ存スルアリ又特別ノ規定ヲ要スルモノアリ隨テ我法律ハ玆ニ一ノ特例ヲ設ケ以テ縁組ノ無效及ヒ取消ヲ支配セシム

甲　縁組ノ無效

縁組ノ無效ナル場合ハ之ヲ分チテ二トス(八五一條)

(イ)　當事者間ニ縁組ヲ爲スノ意思ナキトキニ縁組ハ當事者雙方ノ意思ノ合致ニ因リテ成立スルモノナリ故ニ當事者ノ意思ニシテ全ク存在セサルニ於テハ縁組ノ成立セサルヘキハ論ヲ俟タス而シテ當事者ニ縁組ヲ爲スノ意思ナキ場合ニ種種アリ或ハ人違ニ因ルアリ或ハ全ク意思能力ナキアリ又或ハ抗拒スヘカラサル强制ニ遇ヒ意思ナクシテ縁組ヲ爲シタルモノアルヘシ此等ノ場合ハ全ク意思ノ不存在ナルカ故ニ縁組ノ成立スヘキ謂レナシ唯意思ノ表示ニ瑕疵アルニ過キサルモノハ之ヲ無效ト謂フヘキニ非ス

養子ト爲ルヘキ者カ十五年未滿ナルトキ之ニ代リテ其子ノ爲メニ縁組ヲ爲ス權利ヲ有スル者カ其子ト相手方トノ間ニ縁組ヲ爲スノ意思ナカリシトキハ同シク無效タルヘシ

(ロ)　當事者カ縁組ノ屆出ヲ爲ササル時　縁組ハ屆出ヲ以テ一要件トスルモノナレハ其屆出全ク之ナキ場合ハ縁組ハ絶對ニ無效タルヘシ但其屆出カ單ニ屆出ノ形式上ニ缺クル所アルニ止マリ而モ戸籍吏カ之ヲ受理シタルニ於テハ縁組ハ取消サルルマテハ仍ホ有效ナリトス

乙　縁組ノ取消

縁組ノ取消モ亦婚姻ノ取消ト同シク法律カ明白ニ定メタル取消以外ニ縁組ノ取消ナルモノナク公益上其他ノ理由ニ因リ總テ之ヲ豫見シ總テ之ヲ規定シ何等ノ專斷ヲモ許サス又縁組ノ取消ハ利害ノ關係ナキ者ニ之ヲ訟求スルヲ得セシメス必スヤ法律カ指定シタル人ノ訟求ニ因ルニ非サレハ宣告セラルルコトナシトス

第一　取消權ヲ有スル者　縁組ノ取消ヲ求ムルコトヲ得ル者ハ場合ニ由リ自ラ異ナル所アレトモ(一)養親又ハ其法定代理人(二)各當事者(三)其戸主(四)親族(但養親ノ親族タルト實方ノ親族タルトヲ問ハス)(五)配偶者(六)同意ヲ爲ス權利ヲ有スル者等ナリトス

0313

第二　取消ノ原因及ヒ取消權行使ノ期間　即チ左ノ如シ

一　成年ニ達セサル者カ養子ヲ爲シタルトキ　法律ハ成年ニ達セサル者カ養子ヲ爲スハ養子縁組ヨリ生スル諸種ノ負擔ヲ負ハシムルニ不可ナリトセルニ在リ故ニ此規定ニ違反シテ養子ヲ爲シタル場合ニ於テハ其利益ノ爲メニ之ヲ取消スコトヲ得セシム隨テ此取消權ヲ有スル者ハ養親又ハ其法定代理人（養親カ未成年者ナルトキ又ハ禁治産者ナルトキ）トシ養親カ成年ニ達シタル後六个月ヲ經過シ又ハ追認ヲ爲シタルトキハ取消權ヲ消滅セシム（八五三條）是レ一ニ不確定ナル縁組關係ヲ早ク確定セシムルト追認ニ因リテ其縁組ノ利益ニ反スルモノニ非サルコトヲ推測シ得ヘキニ由ル

二　尊屬又ハ年長者ヲ養子ト爲シ又ハ第八三九條ノ規定ニ違反シタルトキ　此等ノ場合ハ何レモ公益ニ關スルモノナルカ故ニ廣ク取消權ヲ認ムルノ要アリ故ニ各當事者、當事者ノ戸主又ハ當事者ノ親族ヨリ縁組ノ取消ヲ請求スルヲ得セシム且又此場合ノ取消權ハ期間ノ經過又ハ追認ニ因リテ消滅スルコトナシ（八五四條）

三　第八四〇條ノ規定ニ違反シタルトキ　此場合ノ取消ハ主トシテ被後見人ノ財産上ノ利益ヲ保護スルニ基ク隨テ養子ト爲リシ被後見人又ハ其實方ノ親族（被後見人ノ實父母又ハ實父母ノ血族）ヨリ其取消ヲ請求スルコトヲ得セシム

此場合ニ於ケル取消權ハ期間ノ經過又ハ追認ニ因リテ消滅ス即チ（一）管理ノ計算カ終リタル後六个月内ニ取消權ヲ行使セサルトキハ消滅ニ歸ス若シ又養子カ成年ニ達セス又ハ能力ヲ回復セサル間（禁治産ノ宣告ノ取消サレサル以前）ニ計算ノ終了シタル場合ニ於テハ其成年ニ達シ又ハ能力ヲ回復シタルトキヨリ六个月内ニ行使セサルニ因リ消滅ス（二）養子ト爲リシ被後見人カ成年ニ達シ又ハ能力ヲ回復シタル後ニ於テ其縁組ヲ追認シタルトキハ取消權ハ消滅スヘシ（八五五條）其理由ハ第八五三條ニ於ケルト同シ

四　第八四一條ノ規定ニ違反シタルトキ　配偶者アル者カ養子ト爲リ又ハ養子ヲ爲スニ相一致スルヲ要スルハ夫婦間ノ和熟ヲ妨ケサラシメンカ爲メナレハ此規定ニ違反シタル場合ニ於テ同意ヲ爲ササリシ配偶者ヲシテ自己ノ利益保護ノ爲メ取消ヲ請求スルコトヲ得セシメサルヘカラス

此場合ニ於ケル取消權ハ配偶者カ縁組アリタルコトヲ知リタル後六个月ヲ經過シタルトキハ追認ヲ爲シタルモノト看做シ消滅セシム蓋シ配偶者ハ縁組ニ付キ毫モ自己ノ意思表示ヲ爲ササリシモノナレハ此場合ニ在リテハ意思表示ヲ爲シタルト同樣ノ效力ヲ生セシムルノ要アリ單ニ期間ノ經過ノミニ因リ取消權ヲ消滅セシムルニ足ラス是レ即チ追認ヲ爲シタルモノト看做スト云ヘル所以ナリ（八五六條）

五　承諾ニ關スル條件ニ違反シタルトキ　此場合ハ同意ヲ爲ス權利ヲ有スル者カ同意ヲ爲ササリシトキノミナラス其同意カ詐僞又ハ强迫ニ因リタルトキト雖モ取消ヲ求ムルコトヲ得ヘシ

0314

而シテ此場合ノ取消權ハ左ノ場合ニ於テ消滅ス（八五七條）

（イ）同意ヲ爲ス權利ヲ有セシ者カ緣組アリタルコトヲ知リタル後又ハ詐僞ヲ發見シ若クハ强迫ヲ免レタル後六个月ヲ經過シタルトキ

（ロ）同意ヲ爲ス權利ヲ有セシ者カ追認ヲ爲シタルトキ

（ハ）緣組屆出ノ日ヨリ二年ヲ經過シタルトキ

其理由ハ第七八三條、第七八四條ニ於ケルト同シ

六　承諾ニ瑕疵アルトキ　詐僞又ハ强迫ニ因リテ緣組ヲ爲シタル者ハ緣組ノ取消ヲ求ムルコトヲ得而シテ此取消權ハ當事者カ詐僞ヲ發見シ又ハ强迫ヲ免レタル後六个月ヲ經過シ又ハ追認ヲ爲シタルトキハ消滅スヘシ其理由亦婚姻取消ノ場合ニ於ケルト異ナルナシ（七八五條、八五九條）唯婚姻ニ關シテハ之ヲ三个月トスルノ差アルノミ

七　增養子緣組ノ場合　此場合ニ於テハ各當事者ハ婚姻ノ無效又ハ取消ヲ理由トシテ緣組ノ取消ヲ求ムルコトヲ得（八五八條）是レ全ク增養子緣組ニ付テハ婚姻ト緣組トハ彼此互ニ條件ヲ爲ストノ主義ヲ採レルニ依ル

右ノ取消權ハ當事者カ婚姻ノ無效ナルコト又ハ其取消アリタルコトヲ知リタル後六个月ヲ經過シ又ハ取消權ヲ拋棄シタルトキハ消滅ス

婚姻ノ無效又ハ取消ハ緣組取消ノ原因タルヘキカ故ニ婚姻ノ無效又ハ取消ノ確定シタル後ニ於テ緣組ノ取消ヲ求メシムルハ寧ロ本則トスル所ナリ

然レトモ法律ハ婚姻ノ無效又ハ取消ヲ請求スルト同時ニ附帶ノ請求トシテ緣組ノ取消ヲ請求セシムルハ審理上ノ便宜ト手數ト費用トヲ省略スルノ利益アルヲ以テ之ヲ許セリ（八五八條一項但書）

緣組ノ取消ハ訴ヲ以テ裁判所ニ請求スヘキモノニシテ裁判管轄其他訴訟ノ手續ハ載セテ人事訴訟手續法ニ在リ就テ參照スヘシ

丙　無效及ヒ取消ノ效果

緣組ノ無效ハ初ヨリ緣組ノ成立セサルモノニシテ將來ニ於テモ亦過去ニ於テモ毫モ親子タルノ關係效力ヲ存セシメサルモノトス換言スレハ他人關係ニシテ親族關係ハ此兩者ノ間ニ存セサリシモノトスルニ在リ

緣組ノ取消ハ之ニ反シ緣組ハ一旦成立シタルモ裁判所ノ判決ニ因リ取消サルルモノナレハ其判決ノ確定以後ニ於テノミ緣組ノ效果ヲ生セシメサルモノナリ換言スレハ緣組ノ取消ハ其效力ヲ既往ニ遡ラシメサルモノトス（八五九條、七八九條）是レ婚姻ノ取消ニ於ケルト同シ此ノ如ク緣組ノ取消ハ其效力ヲ既往ニ及ホサストスルモ不當利得ノ原則ニ基キ財產上ノ關係ニ付テ當事者ノ各自カ返還ヲ要スヘキモノニ在リテハ第七八七條ノ規定ヲ準用スヘキモノトス故ニ

（イ）善意ノ當事者ハ取消ノ當時ニ於テ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テ緣組ニ因リテ得タル財產

0315

ヲ返還スルノ義務ヲ負フ

（ロ）惡意ノ當事者ハ（取消原因ノ存スルコトヲ知リテ緣組ヲ爲シタル者）緣組ニ因リテ得タル利益ノ全部ヲ返還スルコトヲ要シ尙ホ相手方カ善意ナリシトキハ之ニ對シテ損害賠償ノ責ニ任セサルヘカラス

第三款　緣組ノ效力

第一　養子ハ緣組ノ日ヨリ養親ノ嫡出子タル身分ヲ取得ス　養子ハ養親及ヒ其血族トノ間ニ親族關係ヲ生ス（七二七條）親族關係ニモ種種アリ或ハ直系親、傍系親アリ又尊屬親、卑屬親アリ均シク親子關係ナルモ嫡出子アリ庶子又ハ私生子ナルアリ其關係必スシモ同一ニ目スヘキニ非ス而モ養子ハ養親ノ嫡出子タル身分ヲ取得スヘキコトハ我舊慣ノ認ムル所ナリトス而シテ緣組ノ日ハ即チ養親子ノ關係ヲ生シタル時ナルヲ以テ此日ヨリシテ嫡出子タル身分ヲ取得セシム（八〇六條）

養子ハ緣組ノ日ニ於テ嫡出子タル身分ヲ取得スルモノナレハ養家ニ對シテハ法律上其日ニ於テ生レタルト同一ニ看做サルルヲ得ス隨テ嫡出子タルニ因リテ取得スヘキ權利義務ニ付テハ緣組ノ日ヨリ前ニ生レタル實子ニ對シテハ假令之ヨリ年長ナルモ其次順位ニ在ラサルヘカラス例ヘハ家督相續ノ順位ニ於ケルカ如シ（九七〇條二項）

第二　養子ハ緣組ニ因リテ養親ノ家ニ入ル　養子ハ緣組ニ因リ養親ト親族關係ヲ生スルモ之カ爲メニ當然養親ノ家ニ入ルヘキモノトスルヲ得ス假令實家ニ其籍ヲ有ストスルモ尙ホ養親ト親族關係アリトスルニ妨ケサルナリ然レトモ從來ノ慣習上養子ハ必ス養親ノ家ニ入ルヘキモノトセルハ明カニシテ此ノ如クニシテ始メテ我養子制度ノ本來ノ趣旨ヲ全ウスルヲ得ヘキナリ佛民法ハ養子ハ其實家ニ於テ一切ノ權利義務ヲ保有シ養家ニ於テ之ヲ獲得セス唯養親トノ關係上親子ニ準スヘキ多少ノ效果ヲ生スルニ過キストセリ是レ我慣習ニ反スルモノニシテ本法ハ養子ハ實家ニ於テ一切ノ權利義務ヲ失ヒ養家ニ於テ之ヲ得ルモノトセリ（八六一條）但養子ハ緣組ニ因リ其實家ニ於ケル親族關係ヲ脫スルモノニ非ス隨テ實家ノ父母ニ對シテハ依然親子ノ關係アルヘシ

養子ハ養家ニ入ルヘキモノナルカ故ニ其結果トシテ實家ノ氏及ヒ族稱ヲ捨テ養家ノ氏及ヒ族稱ヲ冒スヘキモノトス（七四六條）

第三　養子ト養親及ヒ其血族トノ間ニ緣組ノ日ヨリ血族間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生ス（七二七條）故ニ養親ノ父母ハ養子ノ祖父母ニシテ養親ノ兄弟姉妹ハ養子ノ伯叔父母タルヘク養親ノ實子トハ即チ兄弟姉妹タルヘシ

第四　緣組ハ婚姻ニ或障碍ヲ生セシム　是レ第七七一條ノ規定スル所ニシテ緣組ニ因リテ血族ト同一ノ關係ヲ生セシムルカ爲メ倫理ノ然ラシムル所トス

第五　緣組ハ養子ト養親及ヒ其他親族ノ間ニ扶養ノ義務ヲ生セシム（九五四條）

第六　緣組ハ養子ヲシテ養親ノ親權ニ服セシム（八七七條）

第七　緣組ハ養子ト養親トノ間ニ相續ノ權利ヲ生セシム（九七〇條、九九六條）

之ヲ要スルニ緣組ハ養子ト養親及ヒ其血族トノ間ニ自然ノ血族ト同一ノ關係ヲ生スルヲ以テ親族關係ヨリ生スル效果即チ或權利義務又ハ或不能力ヲ致スモノト知ルヘシ

第四款　離緣

緣組ハ離緣ニ因リテ解消スルコト猶ホ離婚ノ婚姻ニ於ケルト同一ナリ而シテ離緣トハ當事者ノ協議又ハ法律ノ定ムル原因ニ因ル緣組ノ解消ヲ謂フ

抑ゝ緣組ハ當事者間ニ親子ノ關係ヲ生セシムルモノニシテ此關係ハ未來永久ニ存續セシメ能ク實親子ト同一ノ親愛ヲ保持セシメサルヘカラス然ルニ世事往往豫想ノ外ニ出テ養親ニシテ養子ヲ虐使スルアリ養子ニシテ不孝ノ所爲ヲ極ムルモノアリ一身一家ノ利害休戚ニ關シ緣組ノ本體ニ悖ルノ事情ナシトセス斯ル惡緣ニ陷リタル者ヲシテ一旦結ヒタル緣組ヲ解キ更ニ他ノ良緣ヲ結フノ自由ヲ得セシムルコト社會ノ風俗上將タ公益上極メテ必要ナルコトナルヘシ是レ實ニ法律カ離緣ニ關スル規定ヲ設ケタル所以ニシテ亦已ムヲ得サルニ出ツルモノト謂フヲ得ヘシ

離緣ハ離婚ト同シク二個ノ方法即チ當事者ノ協議ニ因ルカ若クハ法律ノ特定セル原因ニ基キ裁判所ノ判決ヲ受クルカ二者其一ニ依ラサルヘカラス是レ前示離緣ノ定義ニ由リ自ラ明カナル所ナリトス

第一項　協議上ノ離緣

協議上ノ離緣トハ其名ノ如ク收養者ト被收養者トノ協議ヲ以テ緣組ヲ解除スルヲ謂フ法律カ之ヲ許スノ根據ハ全ク婚姻ニ對シテ協議上ノ離婚ヲ許シタルト同シ

協議上ノ離緣ハ如何ナル原因ニ由ルヲ問ハス苟モ當事者ノ協議タニ存セハ緣組ヲ解除スルヲ得ヘク唯左ノ條件ヲ具備スルコトヲ要スルノミ

第一　當事者ノ協議　緣組ノ當事者ハ其協議ヲ以テ離緣ヲ爲スコトヲ得（八六二條）而シテ當事者ノ協議ハ其意思表示ニ瑕疵ナキコトヲ要シ又其意思ハ法定代理人ニ依リ補完セラルルコトヲ許サス若シ當事者雙方又ハ其一方ニシテ意思ヲ缺クトキハ協議上ノ離緣ヲ爲スニ由ナカルヘク其意思表示ニ瑕疵アルトキハ無效ト爲リ或ハ取消サルルコトアルヘシ

離緣ハ右ノ如ク當事者ノ意思ノ一致ヲ必要トスルモ左ノ如キ例外ノ場合アリ

（イ）　養子カ十五年未滿ナルトキ　養子カ十五年未滿ナルトキハ本人自ラ其意思ヲ表示スルヲ得ス故ニ其子ニ代ハリテ緣組ノ承諾ヲ爲ス者即チ家ニ在ル父母カ養親トノ協議ヲ以テ養子ノ爲メニ離緣ヲ爲スコトヲ得ヘシ（八六二條二項）

0317

（ロ）養親カ死亡シタルトキ　此場合ニハ養子ハ養家ノ戸主ノ同意ヲ得テ離縁ヲ爲スコトヲ得（八六二條三項）蓋シ協議上ノ離縁ハ通則トシテ縁組當事者ノ協議ヲ以テスヘキモノナリト雖モ養親死亡以後ニ於テハ如何ナル事情ノ存スルニモ拘ハラス縁組ヲ維持セサルヘカラストセハ惡縁ニ陷リタル者ヲシテ終生不幸ニ沈淪セシムルニ至ラン從前ノ慣習上亦養親死亡ノ後ニ於テ離縁ヲ爲スコトヲ認ムルヲ以テ本法ハ斯ニ戸主ノ同意ヲ得テ離縁ヲ爲スコトヲ得ヘシトセリ

第二　保護者ノ同意　滿二十五年ニ達セサル者カ協議上ノ離縁ヲ爲スニハ其縁組ニ付キ同意ヲ爲ス權利ヲ有スル者ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス（八六三條）是レ蓋シ年少者ヲシテ輕卒ニ離縁ヲ爲シ其生涯ヲ誤マラサラシムルニ適當ナル擔保ナルナランカ唯第八四四條ニ在リテハ成年ノ子カ養子ヲ爲シ又ハ滿十五年以上ノ子カ養子ト爲ルニハ年齢ノ制限ナシニ父母ノ同意ヲ得ヘシトセルニ反シ斯ニハ年齢ニ制限ヲ設ケタルノ差アルニ過キス想フニ彼ニ在リテハ新ニ親子ノ關係ヲ生セシムルモ此ニ在リテハ其關係ヲ解クニ在リ隨テ彼ニ在リテハ此關係ヨリ生スル重大ノ效果ヲ惹起スヘキモノナルモ此ニ在リテハ其效果ヲ將來ニ生セシメサルニ在ルモノナルヲ以テナランカ

保護者ノ同意ヲ要スルノ條件ニ關シテハ尙ホ第七七二條第二項、第三項及ヒ第七七三條ノ規定ヲ準用ス其理由ハ協議上ノ離婚ニ於ケルト同一ナリトス

第三　離縁ノ屆出　協議上ノ離縁ハ之ヲ戸籍吏ニ屆出ツルニ因リテ其效力ヲ生ス而シテ其屆出ハ當事者雙方及ヒ成年ノ證人二人以上ヨリ口頭ニテ又ハ署名シタル書面ヲ以テ之ヲ爲スヘシ（八六四條）其屆出ノ場所、手續等ハ戸籍法ノ規定ニ依ル（戸九五乃至一〇一條）

離縁ノ屆出ハ當該官吏ノ受理ニ因リ完全ナル效力ヲ生ス而シテ當該官吏ハ離縁カ法律上ノ要件ヲ具備セルコトヲ認メタル後ニアラサレハ之ヲ受理スヘカラス若シ誤テ右ノ要件ヲ具備セサル屆出ヲ受理シタルトキハ離縁ハ之カ爲メニ其效力ヲ妨ケラルルコトナシ（八六五條）

離縁ノ無效及ヒ取消　協議上ノ離縁ノ無效及ヒ取消ニ付テハ一般法律行爲ト同シク民法總則ノ規定ヲ適用スヘク本法ハ縁組ニ於ケルカ如キ特別ノ規定ヲ存セス而シテ此點ニ付テハ先キニ離婚ニ關シ説明シタルト同一ナルヘキヲ以テ之ヲ再説スルノ要ナシ

第二項　裁判上ノ離縁

裁判上ノ離縁トハ裁判所カ判決ヲ以テ縁組ヲ解消セシムルコトヲ謂フ故ニ法律ノ特定セル原因アルトキニ限リ當事者ノ一方ヨリ訴訟ヲ提起シ裁判所ノ判決ヲ受クルコトヲ要スルモノトス

第一　離縁ノ原因

裁判上ノ離縁ヲ許スノ原因ハ制限的ノモノニシテ左ニ掲クル場合ノ外ハ之ヲ許サス（八六六條）

是レ猶ホ裁判上ノ離婚ニ其原因ヲ特定セルト同一ノ理由アルニ因ル但其原因タル事實カ民法施

行前ニ生シタルトキト雖モ當事者ノ一方ハ離縁ノ訴ヲ提起スルヲ得ヘシ（民施七〇條）

一　他ノ一方ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ　虐待及ヒ侮辱ノ何タルハ既ニ前述シタル所ニシテ親子間ニ此等ノ行爲アルニ於テハ相互ノ親愛ハ得テ保持シ得ヘキニ非ス是レ此原因アル所以ナリ唯離縁ノ場合ニ關シテハ虐待ハ同居ニ堪ヘサルヘキ性質ノモノタルコトヲ要スレモ此ニハ必スシモ此性質ヲ存スルヲ要セス是レ蓋シ夫婦ハ必ス同居スルヲ要スルモノナルモ養親子ハ必スシモ同居ヲ要セサルモノナレハナルヘシ

二　他ノ一方ヨリ惡意ヲ以テ遺棄セラレタルトキ　此場合ハ親子ノ關係ヲ持續シ相互ノ扶養義務ヲ盡シ得サルニ因ルモノニシテ離縁第六ノ原因ト其立法ノ趣旨ヲ均シウスルモノナリ

三　養親ノ直系尊屬ヨリ虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ　養子ハ縁組ニ因リテ養親ノ家ニ入ルヘキモノニシテ血族ト同一ノ關係ヲ生スヘキモノナルカ故ニ一家和合ノ實ナカラサルヘカラス然ルニ養親ノ直系尊屬ヨリ虐待又ハ侮辱ヲ受クルニ於テハ如何ニシテ其實ヲ上クルヲ得ン法律ハ既ニ離婚ニ關シ第七ノ原因ヲ設ケタレハ之ト同一ノ趣旨ヨリシテ此規定ヲ爲スニ至レリ

四　他ノ一方カ重禁錮一年以上ノ刑ニ處セラレタルトキ　是レ亦裁判上離婚ノ原因タル第四ト同一ノ精神ニ出ツルモノニシテ即チ一家親族間ニハ名譽ノ連帶アルヲ以テナリ唯離縁ノ場合ニ於テハ法律ハ敢テ其罪質ヲ限定スルヲ要ナシト認メタルノ差アルノミ

五　養子ニ家名ヲ汚シ又ハ家産ヲ傾クヘキ重大ナル過失アリタルトキ　養子ヲ爲スノ目的ハ畢竟家名ヲ繼承セシメンカ爲メナレハ養子ニシテ家名ヲ汚シ又ハ家産ヲ傾クヘキ過失アランカ養子ヲ爲シタルノ效ナカルヘシ家名ニ汚辱ヲ及ホシ若クハ家産ヲ蕩盡スヘキ過失アルニ於テハ祖先ニ對スルノ面目ナク一家ヲ斷絶セシムルノ惧アルニ至ラン是レ之ヲ以テ離縁ノ請求ヲ許ス所以ナリ

六　養子カ逃亡シテ三年以上復歸セサルトキ　是レ裁判上離婚ノ第九ノ原因ト同一ノ趣旨ニ出ツルモノニシテ養親ヲシテ更ニ他ノ良縁ヲ結ハシメンコトヲ欲スルニ因ル從前ノ慣習ニ於テハ養子ノ失踪後二十四ヶ月ヲ過キ養實兩家親戚協議ノ上願出ツルトキハ之ヲ聞屆ケ若シ已ムヲ得サル事情アリテ速ニ離縁ヲ要スルモノハ十ヶ月ヲ過キ前同樣協議調ヘハ之ヲ聞屆ケ其協議整ハサル者ハ裁判處分ニ付シタルモノノ如シ（明治十七年五月九日太政官指令）

七　他ノ一方カ自己ノ直系尊屬ニ對シ虐待ヲ爲シ又ハ之ニ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルトキ　本法ハ既ニ前示第三ノ原因ヲ設ケタレハ離婚第八ノ原因ヲ設ケタルト同シク之カ權衡上本號ノ原因ヲ設クルニ至レリ其立法ノ趣旨亦敢テ異ナル所ナシ

八　壻養子縁組ノ場合ニ於テ離婚アリタルトキ　又ハ養子カ家女ト婚姻ヲ爲シタル場合ニ於テ離婚若クハ婚姻ノ取消アリタルトキ　此場合ハ離婚第十ノ原因ニ付テ說明シタル所ト同一ノ理由ニ基クモノニシテ之ヲ再說スルノ要ナシ

第二　離縁ノ訴

離縁請求ノ訴權ハ離婚ト同シク原則トシテ緣組ノ當事者ニ屬ス蓋シ養親タリ養子タル者ニ非サレハ此權利ナキハ當然ノ事理ニ屬ス此ノ如ク此權利ハ當事者ノ一方ニ專屬スル權利ナルカ故ニ假令無能力者ト雖モ離緣ニ關スル訴訟行爲ヲ爲スニハ其法定代理人、保佐人又ハ夫ノ同意ヲ得ルコトヲ要セス(人訴三條)又養親カ禁治產者ナルトキハ其後見人ハ親族會ノ同意ヲ得テ離緣ノ訴ヲ提起スルヲ得ヘク養子カ禁治產者ナルトキハ實方ノ直系尊屬又ハ實家ノ戶主ハ離緣ノ訴ヲ提起スルヲ得ヘシ(人訴二五條)

又離緣請求ノ訴權ハ十五年未滿ノ養子ニ付テハ其緣組ニ付キ承諾權ヲ有スル者ヨリ離緣ノ訴ヲ提起スルヲ得(八六七條一項)是レ第八四三條ヨリ生スル必然ノ結果ニシテ若シ其者カ繼父母又ハ嫡母ナルトキハ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス(八六七條二項)

離緣ノ訴ハ緣組ノ無效若クハ取消ヲ目的トスル訴ト同シク養親カ普通裁判籍ヲ有スル地又ハ其死亡ノ時ニ之ヲ有シタル地ノ地方裁判所ニ提起スヘキモノニシテ(人訴二四條)其手續ハ總テ人事訴訟手續法ノ規定ニ從ハサルヘカラス但婚姻事件ニ附帶シテ離緣ノ請求ヲ爲ス場合即チ前示第九ノ原因ニ基ク場合ニ於テハ離婚又ハ婚姻取消ノ請求ニ附帶シテ離緣ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナレハ(八七三條)此場合ニ於テハ管轄裁判籍自ラ異ナラサルヲ得ス

離緣ノ訴ヲ提起スルカ爲メニハ左ニ掲クルカ如キ不受理ノ原因ノ存セサルコトヲ要ス

テ不渡ノ恐少シト雖モ而モ其絕無ヲ保スル能ハサルカ故ニ所持人ニ安心ヲ與ヘ殊ニ銀行ヨリ正金ヲ引出スコトナク其小切手ヲ正金ノ代リトシテ他ニ流通スルヲ得セシムルコト頗ル便利ナルヘシ

第二章　小切手ノ要素

小切手ニ記載スヘキ要素ハ爲替手形ト大同小異ナリ今商法第五三〇條ニ依リ左ニ列擧スヘシ

第一　小切手タルコトヲ示スヘキ文字　小切手ト爲替手形トヲ一見區別スルニハ此文字ニ據ルノ外ナシ

第二　一定ノ金額　數箇所ニ記シタル金高カ相違スルトキハ主タル部分ニ記シタル金高ヲ小切手ノ金額ト爲ス(五三七條、四四六條)

第三　支拂人ノ表示

第四　受取人ノ表示　即チ受取人ノ氏名又ハ商號其他名稱ノ類ヲ記スレハ可ナリ又無記名式ノ小切手ナラハ所持人ニ支拂フヘキ旨ヲ記スヘシ(甲殿又ハ所持人)ト云フカ如ク指名持參人式ニテモ差支ナシ

小切手ニモ爲替手形ト同シク自分拂ノモノアリ即チ小切手ノ振出人ハ自ラ受取人ヲ兼ヌルコトヲ得ルナリ(五三一條)之ニ反シテ自己宛小切手ハ法ノ許ササル所ナリ此點ハ爲替手形ト異

ナル是レ小切手ノ支拂ノ具タル經濟上ノ性質ヨリ生スル結果ナリ何トナレハ自己ヲ支拂人トスルモ之ニ因リテ現金代用ノ作用ヲ全ウスルヲ得サレハナリ

第五　單純ナル支拂ノ委託

第六　振出ノ年月日　小切手ニ虛僞ノ日附ヲ記載シタルトキハ振出人ハ五圓以上千圓以下ノ過料ニ處セラル(五三六條二號)是レ前述ノ如ク振出ノ日附ヲ遲クシ以テ實際上一週間以上小切手ヲ流通セシメントスル者ヲ防クカ爲メナリ

然レトモ此場合モ資金、信用ナクシテ小切手ヲ振出シタル場合ト同シク法ノ規定ニ反セシ事實アルモ之カ爲メニ小切手ノ無效ヲ來スモノトハ解スヘカラス即チ小切手ニ虛僞ノ日附ヲ附シタルトキハ振出人ハ之ニ由リ過料ノ制裁ヲ受クヘキモ之ハ小切手ノ成立如何トハ別問題ナリ小切手ノ善意ノ所持人ハ振出人ニ如何ナル事由アリシヤヲ顧慮スルコトナク完全ニ其權利ヲ主張シ得ヘキナリ

第七　支拂地　若シ小切手ニ支拂地ヲ記載セサリシトキハ其小切手ニ記載シタル支拂人住所地ヲ以テ其支拂地トス(五三七條、四五二條)

右ノ外小切手ニハ振出人之ニ署名(又ハ記名捺印)シ且金高ノ多少ニ拘ハラス一錢印紙ヲ貼用スルコトヲ要ス

第三章　小切手ノ償還請求

小切手ノ所持人カ小切手不渡ノ爲メ其前者ニ對シテ償還ノ請求ヲ爲スニハ支拂拒絶證書ノ作成ニ代ヘ(支拂人ヲシテ振出ノ日附ヨリ一週間內ニ支拂拒絶ノ旨及ヒ其年月日ヲ小切手ニ記載セシメ且之ニ署名セシムルヲ以テ足ル(五三四條)是レ頗ル簡便ナル方法ニシテ畢竟小切手ノ如キ日常些細ノ額ニ付キ振出スコト多キモノニ對シテ一一拒絶證書ノ如キ嚴格ナル手續ヲ履マシムルハ煩累ニ堪ヘサレハナリ約束手形及ヒ爲替手形ニ此輕便ナル方法ヲ採用スヘシトハ東京商業會議所ノ修正意見ナリ

然レトモ若シ支拂人カ小切手ニ右記載ヲ爲スコトヲ肯セサルトキハ便法ニ依ルニ由ナキヲ以テ正式ニ支拂拒絶證書ヲ作成セシムルノ外ナシ

第四章　筋引小切手 (Crossed Cheque)

第一節　一般ノ說明

小切手ノ表面ヲ横キリテ二條ノ平行線ヲ畫キ其線內ニ一定ノ銀行ノ商號ヲ記シ又ハ單ニ銀行其他之ト同一ノ意義ヲ有スル文字ヲ記スルコトアリ之ヲ筋引(Crossing)ト稱シ筋引アル小切手ヲ筋引小切手ト謂フ或ハ之ヲ横線小切手又ハ平行線小切手トモ謂フ

0321

捌、小切手ハ正金ノ支拂ニ代ヘテ之ヲ發行セラルルコト最モ多キモノナルヲ以テ便宜上之ヲ持參人拂ト爲スヲ常トス然ルニ持參人拂ノ小切手ハ持參者ニ支拂フヘキモノナルカ故ニ其小切手ノ流通又ハ送付ノ途中ニ於テ之ヲ盜取シ又ハ拾取シタル者ト雖モ容易ニ其支拂ヲ受クルヲ得ヘク隨テ正當權利者ハ最早支拂ヲ得ル能ハサルカ加キ危險ヲ伴フモノトス筋引小切手ハ此危險ヲ豫防スルノ效用アリ即チ筋引小切手ナルモノハ銀行ヲ通シテノミ支拂ヲ請求シ得ヘキモノナルヲ以テ銀行ト取引ナキ者ハ其支拂ヲ得ルニ由ナシ而シテ小切手ヲ盜取シ又ハ拾取シテ不法ノ利ヲ貪ラントスルカ如キ惡漢ハ銀行ト平常取引ヲ爲ス者ニ非サルヲ以テ其小切手ヲ盜取シ又ハ拾取スルモ之ヲ利用スルノ道ナク又新ニ銀行ト取引ヲ開カントスルモ地位身元ノ確カナラサル者ニ對シテハ銀行ハ之ヲ拒絶スヘキカ故ニ如何トモスル能ハサルヘシ故ニ筋引アル小切手ハ紛失、盜難等ヨリ生スル危險ヲ避クルコトヲ得ルノ利益アルモノナリ

筋引小切手ハ英國ニ始マリ英國ニ最モ廣ク行ハル其他歐洲諸國及ヒ米國ニテハ未タ多ク之ヲ利用セス我國ニ於テモ亦然リ然レトモ以上述ヘタル便益アルカ故ニ今後大ニ增加スルノ傾アリ英手形法ハ筋引小切手ニ付キ規定セルコト最モ詳密ニシテ參考ト爲スニ足ル（英手形法七六條乃至八一條）

第二節　筋引ノ種類、效力

小切手ニ筋引スルハ振出人ナルコトアリ即チ小切手カ振出ノ當初ヨリ筋引ヲ有スルコトアリ或ハ振出人ニ於テ此注意ヲ用ヒサルモ所持人ニ於テ紛失、盜難等ノ危難ヲ防クカ爲メニ之ヲ爲スコトアリ孰レノ場合ニ於テモ效力ニ差異ナシ筋引ノ種類ニ二アリ左ノ如シ

第一　一般筋引(General Crossing)　一般筋引トハ小切手ノ表面ニ二條ノ平行線ヲ畫キ其線内ニ銀行又ハ之ト同一意義ヲ有スル文字ヲ記載シタルモノヲ謂フ一般筋引アル小切手ニ在リテハ支拂人ハ何レカノ銀行ニ對シテ支拂ヲ爲スコトヲ得ルナリ（五三五條一項）

第二　特別筋引(Special Crossing)　特別筋引トハ平行線内ニ特定セル銀行ノ商號ヲ記載シタルモノヲ謂フ特別筋引アル小切手ニ於テハ支拂人ハ其特定ノ銀行ニ對シテノミ支拂ヲ爲スコトヲ得ルナリ（五三五條二項本文）若シ其特定ノ銀行カ自ラ支拂ヲ受クルヲ不便ナリトセハ其取立ヲ他ノ銀行ニ依賴スルコトヲ得ヘシ此場合ニハ自己ノ商號ヲ抹消シテ他ノ銀行ノ商號ヲ記載シ以テ之ニ取立ノ委任ヲ爲スモノトス（同項但書）此方法ニ依ル委任ハ取立委任ノ裏書ニ非スシテ小切手法ノ特ニ認ムル別種ノ行爲ニ屬スルナリ

尙ホ筋引ニ關シテ注意スヘキハ

1　筋引ハ手形ノ表面ニ爲スヘシ裏面ニ爲スハ無效ナリ之ヲ表面ニ爲スヲ要スルハ一見明瞭ナラシムルカ爲メニ外ナラス

2　筋引ナキ小切手ニ筋引スルヲ得レトモ筋引アル小切手ヲ無筋引ト爲スヲ得ス又一般筋引ヲ

0322

特別筋引ト爲スヲ得レトモ特別筋引ヲ一般筋引ト爲スヲ得ス

3　特別筋引ニ於ケル特定ノ銀行ノ商號ヲ抹消シテ他ノ銀行ニ取立ノ委任ヲ爲スヲ得ルハ其銀行ニ限ル故ニ所持人ニ此權能ナシ

第五章　爲替手形トノ對照

小切手ハ其法律上ノ性質ハ爲替手形ト異ナラサレトモ其經濟上ノ作用ヲ異ニスルカ爲メ各種ノ規定ニ差異ヲ生セシコト上來述ヘタル所ニ依リ略ホ明カナルヘシ此外法ノ規定セル便宜上ノ相違ヲ擧クレハ左ノ如シ

一　小切手ニ豫備支拂人ナシ

二　小切手ハ三十圓以下ニ於テモ無記名式ト爲スコトヲ得

三　小切手ニ支拂擔當者ナシ

四　小切手ニハ支拂ノ場所ヲ記スルヲ得ス

五　戻裏書ニ依リ小切手ヲ讓受ケタル者ハ更ニ裏書スルヲ得ス

六　小切手ニハ質入又ハ取立委任ノ裏書ナシ

七　小切手ノ償還請求ニハ戻爲替ヲ振出スヲ得ス

八　小切手ニハ證書ナシ

九　小切手ニハ引受ナキ故參加引受ナシ

十　小切手ニハ參加支拂ナシ

十一　小切手ニハ複本、謄本ナシ但一部支拂ノ受取書トシテノ謄本ハアリ（五三七條、四八四條）此點ハ約束手形ト同一ナリ

第五編　手形法餘論

第一章　荷爲替手形

荷爲替ナルモノハ從來廣ク吾國ノ商業社會ニ行ハレタルモノナレトモ其法律關係ニ至リテハ頗ル明瞭ナラスシテ裁判所ノ見解亦區區タリシカ如シ然ルニ明治三十六年六月十三日大審院ノ下シタル判決ハ荷爲替ノ規定ヲ說明スルコト比較的詳細ナルヲ以テ便宜上之ヲ基礎トシテ左ニ荷爲替ノ性質ヲ述ヘ併セテ判決ノ誤マレル部分ヲ正サントス

現今我國ニ於テ行ハルル荷爲替ト稱スルモノハ賣主（荷主）カ遠隔ノ地ニ在ル買主ニ物品ヲ送付スルニ當リ銀行ヨリ代金ノ融通ヲ得ル方法トシテ使用スルモノニシテ荷主ハ先ツ荷受人（買主）ニ宛テ銀行ノ指圖ニ依リ記載ノ金額ヲ支拂フヘキ旨ヲ委託シタル爲替手形ヲ作成シ之ヲ銀行ニ交付シ之ニ添フルニ物品運送者ヨリ得タル運送證券ヲ以テシ尙ホ別ニ爲替手形カ不渡リト爲ルトキハ銀行ハ物品ヲ處分シ代金ヲ以テ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘキ旨及ヒ若シ其辨濟ヲ受クル能

0323

ハサル等ノ場合ニ於テハ荷主カ其辨濟ヲ爲ス責ニ任スル旨ヲ特約セル證書ヲモ加ヘテ銀行ニ交付シ銀行ハ之ニ依リ其相當ト認ムル金圓ヲ貸出スモノトス是レ荷爲替ナルモノノ狀態ナリ故ニ荷爲替ハ左ノ元素ヲ包含セルナリ

第一　物品ノ賣主(荷主)カ買主(荷受人)ニ物品ヲ送付スル爲メ之ヲ運送業者ニ託シ之ト引換ニ運送證券ヲ得タルコト例ヘハ運送人ヨリ貨物引換證ヲ受取リ又ハ船主ヨリ船荷證券ヲ受取ルノ類ナリ

第二　荷主カ荷受人ヲ支拂人トシ銀行ヲ受取人ト爲シタル爲替手形ヲ發行シ其對價ノ名義ニ於テ銀行ヨリ金錢ヲ借入ルコト

第三　荷主ハ金錢借入ノ際ハ爲替手形ニ添ヘテ擔保トシテ右運送證券ヲ銀行ニ交付スルコト

第四　荷主ハ右手形及ヒ運送證券ノ外ニ一ノ副證文ヲ銀行ニ差入レ通常之ニ左ノ約束ヲ記載スルコト

運送證券ハ手形金ノ支拂ト引換ニ之ヲ荷受人ニ交付スルコト若シ荷受人カ手形ヲ支拂ハサルトキハ銀行ハ直チニ其荷主ニ辨濟ヲ請求スルモ或ハ運送證券ニ依リ運送貨物ヲ賣却シ以テ貸金ノ辨濟ニ充ツルモ隨意ナルコト又若シ其代金ニテ辨濟スルニ足ラサルトキ或ハ運送品ノ滅失又ハ運送人ノ行爲ニ因リ銀行カ之ヲ處分シテ辨濟ヲ受クルコト能ハサルトキハ荷主カ其辨濟ヲ爲ス責ニ任スル旨ヲ特約スルコト

是ニ由リテ觀レハ荷爲替ナルモノハ運送物品ヲ擔保トシテ借入レタル金員ヲ其物品引換ヘハ債權者又ハ債權者ノ指名シタル者ニ支拂フヘキ旨ヲ荷受人ニ對シテ指圖ヲ爲シ其支拂ヲ爲ササル場合ニ於テハ擔保物ヲ賣却シ其賣得金ヲ以テ辨濟ニ充當スル權利ヲ債權者ニ與ヘタル契約ノ關係ニ外ナラス(三二一年一月一二日大審院判決參照)

約言スレハ荷爲替ナルモノハ其本體ニ於テハ爲替手形ノ形式ヲ藉リタル物品擔保附ノ金錢貸借上ノ法律關係ナリト云フヲ得ヘキナリ

然レトモ此目的ノ爲メニ利用セラレタル爲替手形其物ハ純然タル一ノ手形ナルヲ以テ凡テ商法手形編ノ規定ニ支配セラルヘキモノナリ故ニ其手形自體ノ效力ハ記載ノ文言ニ因リテ之ヲ決セサルヘカラス例ヘハ貸主タル銀行カ取立委任ノ爲メ通常ノ裏書ノ方式ヲ以テ之ヲ他人ニ裏書シタリトセハ其裏書ハ善意ノ手形取得者ニ對シテハ讓渡裏書タル效力ヲ生スヘシ故ニ當事者ノ意思ヲ推測シテ之ヲ取立委任ノ裏書ナリト解スヘカラス然ルニ大審院カ前記判決(三六年六月一三日)ニ於テ「前略其手形ヲ添附シタル貨物證券及ヒ副證ハ銀行ヲシテ貸出金ノ取立ヲ確實ナラシムル爲メ銀行ニ交付スルコト當事者ノ意思ニシテ爲替手形ハ流通證券トシテ發行スルモノニ非ス從テ其受取人ナル銀行カ他ノ銀行ニ裏書ヲ爲スコトアルモ其趣旨タル手形記載ノ金額ノ取立ヲ委託スルヲ以テ通例トシ權利ノ移轉ヲ目的トスルモノニアラス」ト說明セルハ言辭頗ル曖昧ニシテ手形ノ性質ヲ誤解セルノ嫌アリ爲替手形ハ如何ナル目的ニ利用セラルルモ又如何ナル

事情ノ之ニ件フモノアルモ苟モ其手形面ニ裏書禁止ノ記載ナキ限リハ其手形自體ハ飽クマテ流通證券タルナリ故ニ手形面上通常ノ裏書アルトキハ善意ノ手形取得者ニ對シテハ權利移轉ノ效ヲ生スルモノトス前記判決ハ此點ニ於テ不當ナリ殊ニ最モ驚クヘキハ大審院カ最近ノ判決（三七年六月一四日）ニ於テ爲シタル說明ナリ曰ク「荷爲替契約ハ我國ニ於テ商法施行前ヨリ存在シタル行爲ナルヲ以テ荷爲替手形ハ必スシモ商法ニ規定シタル爲替手形タルコトヲ要セス」ト是レ何タル謬見ソヤ我國法上商法以外ニ爲替手形ヲ認ムルモノナシ爲替手形ト云ヘハ當然商法ニ規定シタルモノニ限ルナリ殊ニ若シ荷爲替手形カ商法施行以前ヨリ存在シタルノ故ヲ以テ商法ノ支配ヲ受ケスト論スルヲ得ヘクンハ同シク商法施行以前ヨリ存在シタル普通ノ爲替手形ニハ商法以外ノ如何ナル法規ヲ適用スヘシトスルカ此判決ノ誤マレルコトハ一點ノ疑ナク學者ノ均シク認ムル所ナリ荷爲替手形ノ性質ニ關シ大阪控訴院モ亦大審院ト同一ノ誤謬ニ陷レリ（三六年一二月二六日同院判決參照）

第二章　手形訴訟

手形訴訟ハ民事訴訟法ニ所謂爲替訴訟ノ義ナリ爲替訴訟ノ名ハ適當ニ非サルヲ以テ之ヲ手形訴訟ト稱スヘシ何トナレハ此訴訟手續ハ爲替手形ニ限ラス他ノ手形ニモ適用スルヲ得レハナリ（民訴四九四條）抑、手形上ノ權利ハ最モ迅速ニ其救濟ヲ得ヘキ必要アルコトハ上來述ヘシ所ニ依リ明瞭ナルヘシ故ニ各國法多クハ之カ爲メ特別ノ訴訟手續ヲ定ムルヲ常トシ我民事訴訟法亦其規定ヲ置ケリ手形訴訟ハ證書訴訟ノ一種ナルカ故ニ先ツ證書訴訟ノ何タルカヲ知ラサルヘカラス證書訴訟トハ一定ノ金額ノ支拂其他ノ代替物若クハ有價證券ノ一定數量ノ給付ヲ目的トスル請求ヲ起ス理由タル總テノ必要ナル事實ヲ證書ニ依リテ證スルコトヲ得ヘキ場合ニ採ルヘキ特別ノ訴訟手續ナリ（民訴四八四條）其通常ノ訴訟手續ト異ナル點ハ主トシテ左ノ如シ

第一　證書訴訟ニ於テハ本案ノ辯論ハ妨訴ノ抗辯ニ基キ之ヲ拒ムコトヲ許サス（民訴四八六條、二〇六條參照）

第二　證書訴訟ニハ反訴ヲ許サス（民訴四八七條、二〇〇條參照）

右孰レモ證書訴訟ヲ普通ノ訴訟ヨリモ迅速ニ結了セシメンカ爲メナリ然ルニ手形訴訟ハ一層迅速簡便ニ落著ヲ見ルノ必要アルヲ以テ左ノ特別規定ヲ生セリ

第一　手形ノ訴ハ支拂地ノ裁判所又ハ被告カ其ノ普通裁判籍ヲ有スル地ノ裁判所ニ之ヲ起スコトヲ得ヘク又數人ノ手形義務者カ共同ニテ訴ヲ受クヘキトキハ支拂地ノ裁判所又ハ被告ノ各人カ其普通裁判籍ヲ有スル地ノ裁判所各、之ヲ管轄ス（民訴四九五條）

第二　裁判所カ手形訴訟ヲ受理シタルトキハ直チニ口頭辯論ノ期日ヲ定ム此期日ト訴狀送達トノ間ハ之ヲ二十四時マテニ短縮スルコトヲ得ヘシ（民訴四九六條）

是ニ由リテ見レハ手形訴訟ナルモノハ時ト場所トニ關シ非常ナル便宜ヲ與ヘラレアルカ故ニ手

形上ノ權利者ハ其救濟ヲ求ムルニ付キ遺憾ナキモノノ如シト雖モ若シ被告ヨリ手形ニ存スル署名等否認セラルル時ハ已ムナク檢眞其他證書外ノ證明方法ヲ用ヒサルヘカラサルカ故ニ勢ヒ手形訴訟ヲ中止シテ通常ノ訴訟手續ニ繫屬セシメサルヘカラス故ニ實際ニ於テハ初ヨリ通常訴訟ヲ以テ手形上ノ請求ヲ爲スヲ常トスルニ至レリ之ヲ以テ見レハ民事訴訟法カ證書訴訟殊ニ手形訴訟ナル特別手續ヲ設ケタル精神ハ全ク水泡ニ歸セシヲ知ルヘシ他日法典修正ノ際ニハ考量ヲ要スル問題ナリ

第三章　手形ノ基本關係（既存債務ト手形ノ關係）

茲ニ手形ノ基本關係ト云フハ手形行爲カ既存ノ法律關係ニ如何ナル影響ヲ及ホスヤノ問題ヲ謂フナリ之ハ手形關係ニハ非サレトモ手形法及ヒ民法ニ關聯セル根本的ノ疑問ニシテ學者ノ說明ニ苦シム所ナリ抑〻從來何等ノ法律關係ニ立タサル當事者間ニ於テ手形關係ヲ設定スルノミノ目的ヲ以テ手形ノ授受ヲ爲ス場合ニハ別ニ民法的關係ノ存スルモノナキカ故ニ唯其手形自體ノ權利義務タニ決定スレハ充分ナレトモ實際上此ノ如キコトハ多カラスシテ寧ロ商品賣買其他ノ法律行爲ニ因リ既ニ權利義務ノ關係ニ立ラル當事者カ法律關係ニ關聯シテ手形ノ授受ヲナスコト最モ普通ナルヲ以テ其手形ノ授受ハ既存ノ法律關係ニ如何ナル效力ヲ及ホスヤヲ研究セサルヘカラス例ヘハ債務者カ債權者ニ手形ヲ振出シ又ハ裏書スルトキハ之ニ因リテ既存債務ハ消滅スルヤ否ヤ若シ消滅ストセハ代物辨濟ナルカ將タ更改ナルカ又若シ消滅セストセハ手形債務ト併存スルヤ否ヤ等ハ皆手形ノ基本關係ノ問題ナリ民法第五一三條一項ニ曰ク「當事者カ債務ノ要素ヲ變更スル契約ヲ爲シタルトキハ其債務ハ更改ニ因リ消滅ス」ト是ニ因リテ見レハ更改契約ハ債務ノ要素ノ變更ノ契約ナルカ故ニ條件附債務ヲ無條件債務トシ無條件債務ニ條件ヲ附シ又ハ條件ヲ變更スルハ更改ニ非ス何トナレハ條件ハ債務ノ要素ニ非サレハナリ然ルニ同條第二項ハ特ニ之ヲ要素ノ變更ト看做シ更改アルモノトセリ債務ノ履行ニ代ヘテ爲替手形ヲ發行スル亦同シ是レ法ノ特別規定ニ基クモノニシテ規定ナキ場合ニハ此特例ヲ擴張スルヲ得ス從テ債務ノ履行ニ代ヘテ他ノ各種手形ノ裏書及ヒ約束手形又ハ小切手ノ發行ヲ爲スモ之ヲ更改ナリト論スルヲ得サルヘシ此結果タルヤ實際上甚シキ不權衡ニシテ明カニ立法ノ缺點トシテ指摘スルコトヲ得ヘキモ解釋上ハ之ヲ調和スルノ途ナカラン然ラハ債務ノ履行ニ代ヘテ爲替手形ノ發行以外ノ手形行爲ヲ爲ス場合ニハ之ヲ代物辨濟ナリト云フヲ得ヘキカ代物辨濟ハ債務者カ債權者ノ承諾ヲ以テ其負擔シタル給付ヲ一ノ給付ナリト解シ得ラレサル限リハ既存債務ハ消滅スルコトナカルヘシ故ニ爲替手形ヲ發行スル場合ノ外ハ手形債務ト既存債務トハ併存スヘキモノト論スヘキカ如シ然レトモ此兩債務カ永久併存スト云フカ如キハ固ヨリ當事者ノ意思ニ反ス即チ或時期ニ達スルトキハ既存ノ債務ハ消滅スヘキモノトセサルヘカラス例ヘハ手形ノ支拂又ハ參加支拂アルトキハ舊債務ハ消滅ニ歸スヘキコト最モ多カラン其他手形關係ノ複雜ナル各場合ニ於テ

0326

如何ナル時期ニ既存ノ債務カ消滅スヘキヤハ結局其各場合ニ於ケル當事者ノ意思解釋ノ問題ニ歸著スヘシ（手形ノ基本關係ニ付テハ予ノ研究未タ熟セス他日詳論ヲ期ス岡野博士ハ此問題ニ關シ法學協會雜誌二三卷一號以下ニ於テ有益ナル研究ノ結果ヲ發表セリ學ニ忠ナル人就テ一讀スレハ得ル所多カラン）

第四章　涉外手形法

手形殊ニ爲替手形ハ外國貿易ニ於テ盛ニ授受セラレ萬國貸借ノ相殺具タルノ效用ヲ現ハスモノナルヲ以テ其流通ノ範圍ハ啻ニ一國內ニ止マラス諸外國ニ涉ルコトアリ故ニ同一ノ手形カ甲國ニ於テ振出サレ乙國ニ於テ裏書サレ丙國ニ於テ引受ケラレ丁國ニ於テ支拂ヲ受クルカ如キコトアルヘシ隨テ此等ノ手形行爲ニ關シテ法律問題ヲ生スルトキハ何レノ國ノ法律ヲ適用スヘキヤノ疑ヲ生スルヲ以テ豫メ之ヲ決セサルヘカラス我國ノ法例ハ涉外私法（所謂國際私法）ノ原則ヲ定メタルモノナルヲ以テ手形ト稱スル私法上ノ法律關係ニ付テハ亦其適用アルヘキハ勿論ナルカ商法施行法ハ特ニ手形ニ關シテ其第一二五條及ヒ第一二六條ニ於テ特別ノ法則ヲ定メタリ今此兩法律ニ據リテ手形ノ涉外關係ニ付テ何レノ國法ヲ適用スヘキヤヲ簡單ニ說示スヘシ

第一節　手形行爲能力

手形殊ニ爲替手形ハ外國人カ其本國法ニ依リテ能力者ナルトキハ日本ノ法律ニ依レハ無能力者タルトキト雖モ之ヲ能力者トスルナリ故ニ其者ノ爲シタル手形行爲ハ何レノ地ニテ爲サルルトモ有效ト爲リ得ルナリ然レトモ此本國法主義ニ對シテ例外アリ即チ「外國人カ日本ニ於テ手形ノ振出裏書其他ノ手形行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ其外國人カ本國法ニ依レハ無能力者タルトキト雖モ日本ノ法律ニ依レハ能力者タルヘキトキハ之ヲ能力者ト看做ス」（同條二項）故ニ其外國人ハ日本ニ於テ爲シタル手形行爲ヨリ生シタル債務ヲ取消スコトヲ得サルナリ詳細ハ涉外私法專問ノ著書ニ讓ル

人ノ能力ハ其本國法ニ依リテ之ヲ定ム（法例三條一項）即チ外國人カ其本國法ニ依リテ能力者ナルトキハ日本ノ法律ニ依レハ無能力者タルトキト雖モ之ヲ能力者トスルナリ故ニ其者ノ爲シタル手形行爲ハ何レノ地ニテ爲サルルトモ有效ト爲リ得ルナリ然レトモ此本國法主義ニ對シテ例外アリ即チ「外國人カ日本ニ於テ手形ノ振出裏書其他ノ手形行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ其外國人カ本國法ニ依レハ無能力者タルトキト雖モ日本ノ法律ニ依レハ能力者タルヘキトキハ之ヲ能力者ト看做ス」（同條二項）故ニ其外國人ハ日本ニ於テ爲シタル手形行爲ヨリ生シタル債務ヲ取消スコトヲ得サルナリ詳細ハ涉外私法專問ノ著書ニ讓ル

第二節　手形行爲ノ要件

外國ニテ爲シタル手形行爲ノ要件ハ行爲地ノ法律ニ依リテ之ヲ決ス（商施一二五條）之ハ場所ハ行爲ヲ支配ストノ原則ノ適用ナリ此點ハ少シク法例ト規定ヲ異ニス法例第七條ニ依レハ「法律行爲ノ成立及ヒ效力ニ付テハ當事者ノ意思ニ從ヒ其何レノ國ノ法律ニ依ルヘキカヲ定メ若シ當事者ノ意思分明ナラサル時ハ行爲地法ニ依ル」トアルカ故ニ一般ノ法律行爲ニ付テハ先ツ當事者ノ意思ハ何レノ國ノ法律ノ適用ヲ受クルニ在リシヤヲ探究セサルヘカラス然レトモ手形ノ如キ形式證券ニシテ當事者ノ意思如何ニ重キヲ措カスシテ權義關係ヲ定ムルモノニ在リテハ當事者ノ意思ヲ標準トシテ適用法律ヲ定ムルカ如キハ甚シク其性質ニ反スルナリ故ニ商法施行法ハ

外國ニ於テ爲シタル手形行爲ノ要件ハ常ニ行爲地ノ法律ニ依ルヘキモノトスルナリ例ヘハ英國ニテ振出サレタル手形カ獨逸ニ於テ裏書サレ佛國ニ於テ引受ケラレ日本ニ於テ支拂ハルヘキ場合ニ於テハ其振出ノ成立如何ハ英國法ニ依リ裏書ノ成立如何ハ獨逸法ニ依リ引受ノ成立如何ハ佛國法ニ依リテ日本裁判所カ裁判ヲ爲スモノトス然レトモ此原則ニ對シテハ二例外アリ

(一) 外國ニ於テ爲シタル手形行爲カ日本ノ法律ニ定メタル要件ヲ具備スルトキハ外國ノ法律ニ依レハ要件ヲ具備セサルトキ雖モ爾後日本ニ於テ爲シタル手形行爲ハ有效トス（商施一二五條二項前段）例ヘハ獨逸ニテ振出サレタル手形カ獨逸法律ニ定ムル振出ノ要件ヲ具備セサルトキハ全ク無效ニシテ隨テ無效ナル手形ニ爲シタル裏書其他ノ手形行爲モ當然無效ナルヘキ理ナレトモ若シ其手形カ日本法律ニ依レハ要件ヲ具備シタルモノナルトキハ其後日本ニ於テ爲サレタル裏書、引受、保證等ハ有效ト爲ルナリ唯初メ無效ナリシ振出又ハ裏書ノミハ之ヲ蘇生セシムルニ由ナキナリ此點ハ恰モ僞造手形ニ爲シタル手形行爲カ有效ニ成立シ得ルコトト結果ニ於テ類似セリ

(二) 日本人カ外國ニ於テ日本人ニ對シテ爲シタル手形行爲カ日本ノ法律ニ定メタル要件ヲ具備スルトキハ假令其外國法ニ依レハ無效ナルトキ雖モ其手形行爲ハ初ヨリ有效ナルモノトスルナリ（同條同項後段）例ヘハ佛國ニ在留スル日本人間ニ於テ對價文句ヲ記載セサル手形ヲ振出シタリトセハ其手形ハ佛國ニ於テ無效ナレトモ日本法律ハ對價文句ヲ手形ノ要件ト爲ササルヲ以テ其手形ヲ初ヨリ有效ト爲スナリ

（注意）前記商法施行法第一二五條二項後段ノ最後ニアル「亦同シ」ナル文字ハ同項前段ノ最後ニ在ル「手形行爲ハ有效トス」ノ意ヲ承ケタルモノニシテ決シテ「爾後日本ニ於テ爲シタル手形行爲ハ有效トス」トノ意ヲ承ケタルニ非ス法文ノ書方曖昧ナレトモ斯ク解セサルヘカラス然ラサレハ同項後段ハ無意味ノ規定ト化シ去レハナリ

第三節　手形行爲ノ效力

之ニ付テ商法施行法ニ何等ノ規定ナシ既ニ手形行爲ノ要件ニ關シ手形ノ性質上ヨリ打算シテ法例第七條ノ規定ニ對スル特別規定ヲ設ケシ以上ハ手形ノ效力ニ關シテモ亦權衡上當然特別規定ヲ置クヘキ理ナルニ何ノ規定モナキハ恐ラクハ立法ノ一缺點ナラン已ムナクンハ當事者ノ意思ヲ容レサルモノトシ或ハ不分明ノモノトシテ法例第七條二項ニ依リ行爲地ノ法律ニ依ルヘキカ

手形行爲ノ效力トハ例ヘハ振出人ハ如何ナル責任ヲ負擔スルヤ受取人其他ノ所持人ハ如何ナル權利ヲ取得スルヤ其他變則裏書ノ效力、不單純引受ノ效力ハ如何、償還義務ノ範圍如何等ヲ謂フ手形行爲ノ效力ハ行爲地法ニ依ルモノトスレハ此等ハ皆其個個ノ手形行爲タル振出、裏書又ハ引受ヲ爲シタル國ノ法律ニ依リ之ヲ決スルナリ支拂地ト引受地ト異ナル場合ニ於テモ引受ノ

0328

效力ハ支拂地ノ法ニ依ラスシテ引受地ノ法ニ依ルナリ例ヘハ支拂人ノ住所地カ倫敦ニテ支拂地カ横濱ナルトキハ其手形ハ他地拂手形ナリ此手形カ如何ナル效力ヲ生スヘキカハ英法ニ依リテ日本裁判所カ裁判スルナリ又例ヘハ英法ハ擔保請求ヲ認メサルカ故ニ引受拒絶アレハ直チニ償還請求ヲ爲スヲ得ヘシ故ニ前者ノ爲シタル手形行爲カ英國内ニ在ルトキハ所持人ハ日本ニ於テモ直チニ前者ニ對シテ償還ヲ爲サシムルヲ得ヘキナリ

第四節　手形ニ關スル方式

外國ニ於テ手形上ノ權利ヲ行使シ又ハ保全スル爲メニ爲ス行爲ノ方式ハ行爲地ノ法律ニ依ル（商施一二六條）即チ拒絶證書ノ作成、擔保又ハ償還請求ノ通知等ニ付テハ其行爲地ノ法ニ依リテ有效無效ヲ決スルナリ故ニ例ヘハ英國ノ如キ内國手形ニ付テ拒絶證書ノ作成ヲ要セサル地ニ於テ償還請求ヲ爲スニハ通知ノミヲ以テ權利ノ保全又ハ行使ニ必要ナル手續ヲ盡シタルモノトシテ之ヲ有效ト爲スモノナリトス此規定ハ法例第八條ト少シク異ナル詳細ハ茲ニ略ス

商法手形　終

青木徹二講述

商法手形

法政大學發行

0329

商法手形目次

緒論……一
本論……八
第一編　總則……八
第一章　手形ノ性質……八
第二章　手形行爲ト手形上ノ權利……一二
第三章　手形行爲ノ代理……一四
第四章　手形上ノ權利ノ獨立……一五
第五章　手形抗辯ノ制限……二〇
第六章　手形上ノ物權……二二
第七章　手形法上ノ行爲ノ場所……二三
第八章　手形ノ時效……二四
第九章　手形ノ利得償還……二六
第二編　約束手形……二八
第一章　手形ノ振出……二八

0330

第二章　手形ノ裏書……四一
第一節　裏書ノ方式……四二
第二節　裏書ノ性質及ヒ效力……四四
第三節　裏書ノ連續……四六
第四節　裏書ノ任意事項……四八
第五節　戻裏書……四九
第六節　期限後ノ裏書……五一
第七節　質入裏書……五一
第八節　取立委任ノ裏書……五二
第三章　手形ノ支拂……五三
第四章　償還請求……五六
第五章　手形ノ保證……六二
第三編　爲替手形……六四
第一章　爲替手形ノ振出……六五
第二章　爲替手形ノ裏書……六八
第三章　爲替手形ノ引受……六九

第四章　爲替手形ノ支拂……七三
第五章　擔保請求……七三
第六章　償還請求……七八
第七章　參加……七九
第八章　保證……八二
第九章　手形ノ複本……八二
第十章　謄本……八四
第四編　小切手……八五
第一章　一般ノ說明……八五
第二章　小切手ノ要素……八九
第三章　小切手ノ償還請求……九一
第四章　筋引小切手……九一
第一節　一般ノ說明……九一
第二節　筋引ノ種類、效力……九二
第五章　爲替手形トノ對照……九四
第五編　手形法餘論……九五

0331

第一章　荷爲替手形……九五
第二章　手形訴訟……九八
第三章　手形ノ基本關係……一〇〇
第四章　涉外手形法……一〇二
第一節　手形行爲能力……一〇二
第二節　手形行爲ノ要件……一〇三
第三節　手形行爲ノ效力……一〇五
第四節　手形ニ關スル方式……一〇六

商法手形目次終

ス然ルニ我法律ニハ此規定無キヲ以テ解釋ヲ以テ法ノ缺陷ヲ補ハンコトハ實際上望マシキコトナリ而シテ共同ノ利益保護ノ爲メ積荷ヲ處分シタル場合ニ於テハ其處分ヲ受ケタル積荷ノ爲メ共同海損ノ清算ヲ爲スコトハ其積荷ノ利害關係人ノ利益保護ノ爲メ船長ノ爲ス可キ所ナリト解セハ庶幾クハ以テ法ノ缺陷ヲ補フニ足ランカ（又船舶ニ共同海損的損害アル場合ニモ之ニ準シタル論ヲ爲スヲ得可キカ）或ハ此ノ清算自身ハ危險ヲ免レタルモノノ共同ノ不利益ニ於テ爲サルルナリト辯スル者アラン然レトモ危險ヲ免レタルモノニ海損ノ分擔ヲ爲サシムルコトハ既ニ法律ノ定ムル所ナルヲ以テ强チ清算ハ共同ノ不利益ニ於テ爲サルトモ云ヒ難カル可シ

第四款　船舶所有者ニ關シテ生スル關係

第一項　船長ト船舶所有者トノ關係

第一　船長ハ船舶ノ指揮者ナリ

此指揮者ヲ選任スル者ハ航海業ノ主體タル船舶所有者又ハ船舶賃借人若クハ共有ノ場合ニ於ケル船舶管理人（五五三條）トス其選任ニ關シテハ法ノ規定アリ相當ノ海技免狀受有者ヲ選任セサル可カラサルコトハ既ニ述ヘタリ（船舶職員法一條、二條、四條、六條、八條、九條）然レトモ船長カ已ムコトヲ得サル事由ニヨリテ自ラ船舶ヲ指揮スルコト能ハサルトキハ船長ハ他ノ人ヲ選任シテ自己ノ職務ヲ行ハシムルコトヲ得（五六〇條）茲ニ他人ヲ選任スルトハ

船長カ船舶所有者ノ代理人トシテ新船長ヲ選任スルヲ謂フ（法文ニハ自己ノ職務ヲ行ハシムルコトヲ得トアリ精確ニ論スレハ新任船長ノ生スル場合ニハ其新任者ハ舊任船長ノ職務ヲ行フモノニ非スシテ自身其自己ノ職務ヲ行フモノナリ故ニ法文ノ本意若シ新船長ヲ任スルヲ許スニ在リトセハ「自己ノ職務ヲ行ハシム」ト云フコトハ蛇足トナルノ觀アリ從テ此文字ヲシテ十分ニ意味アラシメントセハ所謂他人ヲ選人シテ自己ノ職務ヲ行ハシムト謂フハ第五六三條ニ所謂職務ノ委任ト同意義ニ解スルノ必要アル可シ乍併船長カ尙ホ船長トシテ留職スル以上ハ監督ノ職責アルヲ免ル可カラサルモノナルヲ以テ見レハ第五六三條ノ職務ノ委任ノ場合ト第五六〇條ノ場合トハ異ナルモノト解スルヲ妥當トスヘシ其他ノ解釋方法トシテハ復代理ヲ以テ第五六〇條ヲ解スル者アルヘキモ船長ノ本來ノ職責ハ船舶ノ指揮ニ在リテ代理行爲法律行爲ヲ爲スニアラサルヲ以テ此說ヲ採ルニ躊躇ス）其選任ニ關シテモ尙ホ船舶職員法ヲ遵守スヘキモノナリ是等ノ船長ハ其選任ノ形式如何ニ拘ハラス船長トシテ船舶所有者ノ使用人トナルモノトス其ノ第三者ニ對スル職責ニ至リテモ既ニ述フル所ノ如シ

第二　右ノ場合ノ外船員法ニ於テハ高級運轉士カ船長ノ職務ヲ行フコトヲ規定セリ（二五條）

其場合ニ於テハ其運轉士ハ船長ナリヤノ問題アリ予ハ之ヲ以テ尙ホ船長ナリト爲スナリ其之ヲ船長ナリト謂フハ第三者ニ對シテ船長ト同一ノ法律上ノ關係ヲ生スト謂フナリ船長ノ職務ヲ行フトハ船舶指揮ノ職務ヲ行フノ謂ナリ從テ法律カ船舶ノ指揮者ニ與ヘタル權能ハ此ノ代位船長モ亦之ヲ有セサル可カラス指揮者ニ命シタル義務ハ此代位船長モ亦之ヲ盡ササル可カラスト謂フナリ然レトモ其職責ヲ盡スニ付テノ注意ノ程度ノ如キハ其自己ノ資格以上ノモノヲ望ムノ義ニハ非ス又船舶所有者トノ雇入契約關係カ當然終了シ又ハ影響ヲ受クト謂フニハ非ス之ヲ要スルニ代位船長カ船長タリト謂フハ第三者ニ對スル關係上法律カ船舶ノ指揮者ニ與ヘタル權能ト職務トヲ有スト謂フニ過キス

第三　右述フル所ニシテ謬ナクンハ船長ト船舶所有者トノ關係ヲ論スルニ當リテハ代位船長ノコトハ之ヲ考量セサルモ不可ナカル可シ

船舶所有者ト船長トノ間ノ法律上ノ關係如何ニ付テハ甚タ議論ノ存スル所ニシテ船長選任行爲ノ性質ヲ以テ或ハ雇傭ト爲スモノアリ（Lewis in Endemann H.B.IV.S.89）或ハ場合ヨリ請負ナリト謂フモノアリ（同上）或ハ雇傭ト委任トノ混合ト論スル者モアリ最後ノ說ハ我國多數學者ノ採用スル所ノ如シ

是等ノ諸說中予ハ「レキス」氏ノ採レル說即チ雇傭說ヲ以テ正シト解ス即チ予ハ選任行爲ノ性質ハ多クノ場合ニハ雇傭ニシテ稀ニ請負ナル場合アリト爲スモノナリ而シテ我商法ニ於テハ雇傭說ヲ採ルモノノ如ク第五四四條、第六八〇條等ニ於テモ雇傭契約ニヨル船員ノ權利ナル文字ヲ用ヰタリ然ルニ加藤博士ハ船長ト船舶所有者トノ關係ヲ單ニ雇傭ノミト說明スルト

0333

キハ第五六六條ヲ初トシ船長ノ代理權ヲ說明スルニ窮ス可シトノ民法上代理權ノ授與ハ法定代理ト委任代理ノ二ノミトナシ船舶所有者ヵ船長ヲ選任スルニ當リテハ獨リ船舶航運ノ勞務ニ服セシムルコトノ意思ヲ有スルノミナラス航海中ニ必要ナル幾多ノ法律行爲ニ從事セシムルハ意思アルヤ明白ナリ然ルニ、選任行爲ハ唯リ勞務ニ服スルコトヲ依賴スルニ止マリ法律行爲ノ代理權限ハ當事者ノ知ラサル間ニ法律ノ力ニ因リテ當然與ヘラルルモノト爲サハ當事者タルモノ敢テ驚駭セサランヤ此ノ如キ見解ハ是レ事實ヲ誣フルノ甚シキモノニシテ又當事者ノ意思ニ背クコト大ナリ當事者ハ選任ノ際ハ勞務益ニ法律行爲ノ代理二者合セテ契約ノ目的トシテ之ヲ眼中ニ置クコトハ當然ナリト謂ヒ尚ホ第五六九條ニ特ニ委任ノ文字アルヲ援用シテ船長ハ船舶所有者ニ對シテ雇傭ト委任トノ二契約關係ニ立ツモノト斷論セラレタリ博士ノ論決ハ甚タ明瞭ヲ缺クモノニシテ雇傭ト委任トノ二個ノ契約關係アリト謂フノ意ナリヤ將タ二ノ契約關係ヲ包含セル特殊ノ一個ノ契約アリト謂フノ義ナリヤ明カナラス論決ノ文句ノミヲ見レハ前者ノ如ク解ス可キモ其理由トシテ擧ケラルル所ヲ見レハ後者ノ如ク解ス可シ博士ノ意若シ前者ニアラハ予ハ博士ノ見ニ同感ナリ後者ニ在ラハ予ハ博士ノ說ニ服セス博士ノ意若シ前者ニ在リトセハ其理由トシテ述ヘラルル所ハ殆ト自殺的議論ナリ故ニ予ハ假リニ博士ノ說ヲ後者ノ意味ニ解セリ換言セハ博士モ亦雇傭委任混合契約論者ノ一人ナリト解セリ』予ハ選任行爲ヲ以テ大多數ノ場合ニ於テ雇傭ナリトシ又雇傭契約ト委任契約トカ益ヒ存スル

コト多カル可キヲ認ムルモノナリ雇傭契約關係ニ立ツモノハ服務ニ關シ主從的關係ニ立ツコトアル可シト雖モ（同上民二三條）（Pappenheim.Seerechtj S. 413）主從的關係ヲ生スルコトハ必スシモ委任契約締結ノ能力ヲ喪失スルノ結果ヲ生セサル可ク又雇傭契約ハ勞務ニ服スルコトヲ目的トシ（民六二三條）委任ハ法律行爲ヲ爲スコトヲ目的トス（民六四三條）勞務ニ服スルコトハ法律行爲ヲ爲スコトト氷炭相容レサルモノニ非ス然ラハ雇傭契約ヲ爲セル者カ同時ニ委任契約ヲ爲スト雖モ其雇傭契約ノ性質ハ變更ヲ受クルモノニハ非サル可シ是レ予カ前ニ加藤博士ノ說ニ付テ若シ二個契約幷存說ナリトセハ同感ナリト謂ヘル所以ナリ抑モ契約ノ內容ハ當事者ノ意思ニヨリテ定マル當事者ノ意思ハ各個ノ場合ニヨリテ異ナレリ船長ヲ雇入ル者ハ必然的ニ代理權授與ノ意思ヲ有スト論定スル如キ議論ハ事實ヲ誣フルノ甚タシキモノニシテ或ハ船舶所有者ハ船長ニ命シテ法律行爲ハ凡テ之ヲ支店支配人ニ爲サシムルヲ以テ自ラ法律行爲ヲ爲ス勿レト命スルコトモアル可シ斯ク船長ノ代理權ヲ制限スルコトハ適法ニシテ法ノ認ムル所ナリ（五六七條）博士ノ如ク論セハ第五六七條ハ到底說明スルコトヲ得サルヘシ

船長ノ選任ハ必然的ニ委任ノ意思表示ヲ伴フモノニ非ス必然的ニ委任ヲ伴フ如ク說明スルハ代理ト委任トヲ混同セル思想ノ遺物ニハ非サル乎法律ハ一般取引上ノ安寧ヲ計ルカ爲メニ船長ノ代理權ノ範圍ヲ法定ス其範圍內ノ行爲ニ付テハ船舶所有者ハ何等ノ委任ヲ爲ササルモ善

意ノ第三者ニ對シテ責任ヲ負ハサル可カラス或法律行爲ヲ禁シタル場合ト雖モ又責ヲ負フナリ（五六七條）其權限制限ノ效力ハ船長ト及ヒ善意ノ第三者ノミニ對シテ生スルニ過キス船長カ何等ノ委任ナキニ拘ハラス船舶所有者ニ付テ有責ナル可キ行爲ヲナサハ其船長カ船舶所有者ニ對シテ責任ヲ負フノミ博士及ヒ佛國學者ノ所論ノ如キハ對外關係ト對內關係トヲ混合セルニハ非サルカ

選任行爲ノ性質ヲ論スルニ當リテ之ヲ雇傭ト委任ノ混合契約ナリトセハ今事實問題トシテ雇傭即チ報酬ヲ拂テ勞務ニ服セシムルノ意思即チ船舶ノ事實上ノ指揮ヲ執ラシムルノ契約ヲナセル場合ニ於テハ之ヲ解シテ船長ノ選任ニ非スト爲ササルヲ得サル可シ然レトモ予輩ノ見ヲ以テスレハ是レ亦選任ナリ其選任セラレタル者ハ船長トナリ第三者ニ對スル關係ニ於テハ法律行爲ヲ爲スノ委任ヲ受ケタル船長ト少シモ異ナル所ナシ蓋シ予輩ハ選任行爲ノ本質ヲ以テ雇傭ナリト解スレハナリ然レトモ船長トシテノ勞務即チ海技者トシテ船舶ヲ指揮スルコトヲ以テ契約ノ內容トセサル契約アル場合ニ於テハソハ船長ノ選任ニ非ストナスナリ

之ヲ要スルニ予輩ハ多數學者ノ所見ニ反對シテ船長ノ選任契約ノ性質ヲ以テ多クハ雇傭ナリト爲スナリ然レトモ事實上船長ニ代理權ヲ授與スル契約ヲ爲スコト多カル可キコトハ之ヲ認ム唯此場合ニ於テハ偶然二個ノ契約カ幷存スト解スルノミ

第四　船長ハ船舶所有者等ノ被傭者ナリ

故ニ船舶所有者ト船長トノ間ノ關係ニ付テハ商法商慣習法ニ別段ノ定ナキ限リハ民法第六二三條乃至第六三一條ニ依ルモノトス然レトモ商法ニハ既述第五六〇條ノ外尙ホ少シク特別規定ヲ設ク

船長ハ船舶所有者ノ雇人ニシテ對外關係ニ於テハ代理權ヲ有ス船長カ其代理權ニヨリ船舶所有者ノ名ニ於テ法律行爲ヲ爲ス場合ニ付テハ後ニ說明ス可シ乍併其代理權行使ニ付キ船長カ何等ノ委任ヲ受ケサリシ場合ニ於テハ船長ハ船舶所有者ニ對シテ其損害ヲ生シタル場合ニハ責任ヲ負フニ至ル可シ然レトモ船長ハ航海ヲ成就セシメサル可カラサルヲ以テ或ハ自ラ費用ヲ立替ヘ又ハ債務ヲ負擔スルコト無シトセス此場合ニ於テハ若シ船舶所有者ト船長トノ間ニ特ニ斯カル間接代理ノ委任アル場合ニハ船舶所有者ハ船長ニ對シテ無限ニ責任ヲ負擔ス可キモ其特約ナキ場合ニ於テハ船舶所有者ハ單ニ事務管理ト同一理由ニヨリ（民七〇二條）船長ニ對シテ賠償ヲ爲ササル可カラス法律ハ此賠償義務ヲ認メテ此ノ場合ニ於テ船舶所有者ニ委付免責ノ權ヲ與ヘタリ（五六九條）

船長ハ委任ナキ場合ニ於テモ第三者ニ對スル關係上代理權ヲ有シ又實際上船舶所有者カ委任ヲ爲スコト多キコトハ委任雇傭混合契約論ノ生スルヲ見テモ知ル可シ故ニ斯カル場合ニ其計算ヲ爲ササル可カラス其委任契約無カリシ場合ト雖モ船舶ノ指揮者ヲシテ其航海中ノ重要ナル事項ヲ船舶所有者ニ報告セシメ又其航海ノ計算ヲ爲サシムルハ不當ニ非スシテ而モ船舶所

0335

有者ノ爲メニハ甚タ必要ナル事ニ屬スルヲ以テ法律ハ重要事項ノ報告各航海ノ終ニ於ケル計算及ヒ船舶所有者ノ請求ニヨリ計算報告ノ義務ニ關スル規定ヲ設ク（五七三條）

船長ハ雇人ナリ故ニ民法ノ規定ニ從テ解約スルヲ得可シト雖モ船長ハ船員法及ヒ商法ニ設ケタル取締法ニ從ハスシテ船舶ヲ去ル場合ニハ制裁ヲ受ク又船舶所有者又ハ賃借人ハ何時ニテモ船長ヲ解任スルヲ得可キモ正當ノ理由ナクシテ雇傭期間ノ中途ニ解任セハ損害賠償ノ義務ヲ負擔ス可シ

船長カ船舶共有者ナル場合ニ於テハ其意ニ反シテ解任セラレタル場合ニハ他ノ共有者ニ相當代價ヲ以テ其持分ノ買取ヲ請求スルコトヲ得ヘシ其請求ヲ爲スニハ遲滯ナク之ヲ他ノ共有者又ハ船舶管理人ニ通知ス可ク其通知ハ發信ニヨリテ效力ヲ生ス（五七四條）

船長カ船舶所有者ニ對シテ有スル債權中雇傭契約ヨリ生スル債權ハ他ノ船員ノ同種ノ債權ト同シク特別ニ保護セラル（五四四條、六八〇條）而シテ船長カ船舶所有者ニ對シテ有スル債權ノ時效ニ付テハ法律ハ其時效期間ヲ一年トセリ（五七五條）

第二項　代理關係

第一　精確ニ論セハ代理關係トハ代理人ノ行爲ニヨリテ生ス可キ本人ト第三者トノ關係ナリ代理人カ本人ノ爲メニ本人ノ名ヲ以テ爲セル行爲カ直接ニ本人ニ對シテ效力ヲ生スルヲ謂フ

ナリ乍併全然無關係ノ者カ本人ノ名ニ於テ本人ノ爲メニ行爲ヲ爲スモ決シテ直接ニ本人ニ對スル法律上ノ關係ヲ生セス其之ヲ生スルニ付テハ代理權アルカ然ラサレハ本人ノ追認ヲ必要トス此ノ代理權ハ本人カ授權ノ意思表示ヲ爲セルカ故ニ發生スル場合アリ民法上ノ委任代理ノ如キ是ナリ乍併法律ハ此外本人ノ委任ナキニ拘ハラス尙ホ代理權ヲ發生セシムル場合アリ船長ノ代理權ノ如キ是ナリ船舶所有者又ハ賃借人ハ船長ニ對シテ何等ノ代理權授與ノ意思表示ヲ爲ササリシ場合ニ於テ苟クモ船長タル地位ヲ占ムル者アル場合ニハ法律ハ之ヲシテ一定ノ代理權ヲ有セシム換言セハ其船長カ本人ノ名ニ於テ本人ノ爲メニ爲セル法律行爲ノ拘束力ヲシテ直接ニ本人ニ對シテ有效ナラシム（五六六條以下）其行爲カ本人ヲ拘束スルコトニ至リテハ苟クモ法律ノ規定セル權限ノ範圍內ニ在テハ本人カ船長ニ對シテ委任ヲ爲セルト否トヲ問ハス本人ヲ拘束スルノミナラス本人カ特ニ船長ニ對シテ或行爲ヲ爲スコトヲ禁シタル場合ニモ尙ホ本人ヲ拘束スルコトアル可シ（五六七條）Schaps §526 S. 185 H6 其法律ノ規定セル權限ノ範圍ヲ船長ノ法定權限トイフ故ニ船長ノ法定權限內ノ行爲ハ船舶所有者ニ對シテ直接ニ效力ヲ生スルヲ原則トス（積荷ノ利害關係人ニ付テモ亦同樣ナルコトハ既ニ述ヘタリ）

其法定權限外ノ行爲ニ付テハ特殊ノ代理權授與ノ意思表示ナクハ船舶所有者ニ對シテ直接ニ效力ヲ生セス而シテ特殊ノ授權即チ委任アル場合ニ於テハ船舶所有者ニ對シテ直接ニ效力ヲ生スルノミナラス船舶所有者ハ其行爲ニ付テノ無限ニ責ニ任セサル可カラス

右ノ如ク論スレハ必スヤ一種ノ疑問ヲ生ス可シ即チ船舶所有者カ船長ノ法定權限外ノ行爲ニ付キ委任ヲ爲シタル場合ニ於テ其行爲ニ付テノ責任ヲ無限ナリトセハ其權限內ノ行爲ニ付テ委任ヲ爲シタル場合ニ於テモ亦無限ノ責任ヲ負ハサル可カラサルカノ疑問是ナリ

船舶所有者ノ側ヨリ見レハ法ノ規定ノ有無ニ拘ハラス二ノ場合共ニ船長ヲ以テ受任者ト爲セルナリ然ルニ船舶所有者ノ意思ト相關係セサル法ノ規定即チ權限ノ規定ノ有無ニヨリテ船舶所有者ノ責任ニ有限ト無限トノ區別アラシムルハ如何ニモ不合理ノ觀アリト雖モ委任ノ有無ニヨリテ船舶所有者ノ責任ニ輕重アラシムルトキハ第三者ノ權利ハ甚タ不明トナリ（五四四條、六八〇條參照）却テ取引ノ安寧ヲ害スル虞アリ故ニ第五四四條ニ所謂船長ノ法定ノ權限內ノ行爲トハ其法定權限ニヨリテ行爲ヲ爲セルノ意味ニ解セシテ其法定權限內ト規定セラレタル範圍內ノ事項ニ關スル行爲ハ船舶所有者ノ委任アル場合ト否トヲ問ハス之ヲ包含スルモノト解セサル可カラス

註　法定權限內ノ行爲ニ付テ委任ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤヲ疑フ者アル可キモ予輩ハ之ヲ爲スコトヲ得ルモノト解スルナリ換言セハ法定權限ト委任トハ互ニ相排斥スルモノニ非スト解スルナリ此點ハ代理ノ法理上興味アル問題ニシテ從來人ノ餘リ述ヘサル所ナレハ特ニ注意スルノミ詳細ノ說明ハ之ヲ略ス

第二　船長ノ法定權限

之ニ付テハ法律ハ其範圍ヲ確定セリ而シテ之ヲ說明スルニ付テ先ツ注意ス可キハ船長ノ權限ハ其指揮スル船舶ニ關係アル範圍ニ止マルコトトス船長ハ其船舶ノ指揮者ナルカ故ニ法定權限ヲ與ヘラルルモノナレハ其範圍モ自ラ其船舶ヲ根源トシテ定メラル可キハ當然トス我商法ハ之ニ付テ明白ナル規定ヲ欠クト雖モ解釋上然カ解ス可キナリ

我商法ニ於テハ船長ノ代理權ヲ規定スルニ當リ先ツ船籍港ノ內外ニヨリテ區別ヲ爲セリ外國立法例ニ於テハ或ハ行爲ノ種類ヲ標準トシ（英）或ハ船舶所有者トノ場處的關係ヲ標準トシ（佛）テ立法スルモノアルモ我商法ハ獨商法（五二六條五三七條等）ニ倣ヒテ船籍港ノ內外ニヨリテ權限ヲ異ニセシメタリ其當否ハ決シテ一概ニ斷言スル得ス我國ノ實際ヲ見ルニ日本郵船會社ノ船舶ノ如キハ東京ヲ以テ船籍港トスレトモ決シテ東京ニ入港スルヲ得サル船舶モアリ故ニ船籍港ナルモノハ實際机上ニ想像スルヨリハ遙ニ船舶ト無關係ナル場合アル可ケレハナリ

一　船籍港ニ於ケル船長ノ代理權　船籍港ニ於テハ船長ハ特ニ委任ヲ受ケタル場合ヲ除ク外海員ノ雇入及ヒ雇止ヲ爲ス權限ノミヲ有ストハ商法第五六六條第二項ニ規定スル所ナリト雖モ此規定ハ少シク不妥當ナリト謂フ可シ蓋シ船長ハ其船舶ヲ指揮スルカ故ニ船積終了ノ場合ニ於テ荷送人ノ請求ニ應シテ船舶證券ヲ發行セシムルモノニシテ（六二〇條）船荷證券發行ノ如キハ別ニ船籍港ノ內外ニヨリテ船長ニ權限存否ノ差異ヲ生セシムヘカラサレハ

0337

ナリ然ノミナラス代理權ハ主働的ノ場合ト受働的ノ場合トアリ其受働的ノ場合ニ於テハ船籍港ニ於テモ猶ホ船長ニ其權限ヲ與フルノ必要アル可ク民事訴訟法第七二二條ノ如キハ船長カ受働的權限ヲ有スルモノト前提シテ規定ヲ設ケタル傾向アリ故ニ商法第五六六條第二項ニ「權限ノミ」ヲ有スト規定セルハ狹キニ失シテ不當タルノ譏アリ解釋論トシテハ予ハ船長ハ船籍港ニ於テモ第六二〇條ノ權限及ヒ訴訟手續上受働的代理人タル權限アルモノナリト解ス(Schaps § 526 S. 187. Anm. 4.)

海員ノ雇入雇止ハ船長ノ權限ニ屬シ船長ハ又必要ナル船員ヲ雇入ルル義務アリ(五六一條)其雇入ニ當リテハ或ハ船舶所有者カ指圖ヲ爲ス場合モアリ機關長ノ雇入ノ場合ノ如キハ此ノ例アリト謂フ此場合ニ於テモ船長ハ猶ホ第五五八條第五五九條ニ定メタル責任アルモノトス

二　船籍港外ニ於ケル船長ノ代理權　船籍港外ニ於テハ船長ハ航海ノ爲メニ必要ナル一切ノ裁判上又ハ裁判外ノ代理權ヲ有ス(五六六條一項)此船長ノ代理權ノ範圍ハ船長カ指揮スル船舶ト其積荷ニ限ラルルコトハ勿論ナリ其航海モ亦船舶ノ航海ノ範圍ニ限ラルルモノナリ此點ニ於テ船長ノ權限ハ支配人ノ權限ト趣ヲ異ニス

商法ニ於テハ航海ノ爲メニ必要ナル行爲ヲ爲スノ權限アリトス其所謂航海トハ船舶ノ航海ニシテ從テ積荷ノ航海ニノミ限局セラルルニ非ス船舶ノ航海ノ範圍ハ船舶所有者ノ意思ニ

六四條、舊商九八〇條六號、一〇四八條)

招集ノ方法ハ債權者集會ノ期日及ヒ議決スヘキ事項ヲ定メ豫メ公告シテ之ヲ爲ス又稀ニ送達ヲ要スルモノアリ(破案一七二條、一四九條、一五二條、舊商一〇三五條一項)是レ其出席者ヲシテ豫メ之ニ對スル準備ヲ爲サシメンカ爲メナリ草案ハ招集ノ場所ニ付テ明言セサルモ是レ亦公告セシムルヲ可トス而シテ決議ハ必ス其公告シタル事項ニ限リ他ノ事項ニ及フヲ得ス故ニ議決事項ノ變更ナクシテ集會ヲ續行シ新期日ヲ其席ニ於テ直チニ言渡シタルトキハ更ニ公告ノ必要ナキモノトス然ラサル場合ハ公告ノ必要アリ公告ノ方法ハ既ニ說明シタルカ如シ(破案一二〇條以下)

招集ノ命令ニ對シテハ總テノ利害關係人ヨリ又招集ノ申立ヲ却下シタルトキハ申立人ヨリ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得(破案一〇九條、舊商九八三條)尤モ破產債權者カ招集ノ申立ヲ爲シタル場合ニ其額カ總債權額ノ五分ノ一ニ當ルヤ否ヤノ判斷ハ裁判所ノ權內ニ屬シ之ニ對シテハ不服ヲ申立ツコトヲ得ス

三　指揮　債權者集會ハ裁判所之ヲ指揮ス(破案一七三條、舊商一〇三五條一項)故ニ裁判所ニ於テ會議ノ開會、閉會、發言ノ許否、議事日程ノ討議、續行期日ノ言渡、席場ノ取締、議事調書ノ作成等ノ事ヲ司ル而シテ該會議ノ辯論ハ判決裁判所ノ辯論ニ非サルカ故ニ公開スルモノニ非ス(民訴一〇三條、憲五九條)

0338

四　列席者　破產管財人、破產債權者、監査委員ハ會議ニ列席スルコトヲ得裁判所ハ財團債權者、取戻權者等ノ列席ヲ許スコトヲ得又破產者ハ破產ニ關スル說明義務ヲ有スルカ故ニ集會ノ請求アレハ會議ニ出席セサルヘカラス（破案一一八條、舊商一〇〇四條、一〇二二條、一〇三五條四項、一〇三七條二項）

五　決議　決議ヲ爲スニハ出席破產債權者ノ過半數ニシテ其債權カ出席破產債權者ノ總債權ノ半額ニ超ユル者ノ同意アルコトヲ要ス故ニ頭數ト債權者ノ二者ニ於テ出席債權者ノ過半數ナルコトヲ要ス又破產債權者ハ代理人ヲ以テ其議決權ヲ行フコトヲ得（破案一七四條、舊商一〇三五條、一〇三六條）優先權ヲ有スル破產債權者モ亦其決議ニ與ルコトヲ得而シテ一人ニシテ許多ノ債權ヲ有スルトキモ之ヲ一員トシテ計算スヘク又同一ノ人カ數多ノ債權者ヲ代表スルトキハ是レ亦數員トシテ計算スヘシ

破產債權者ハ確定債權額ニ付キ議決權ヲ行フコトヲ得破產債權者以外ノ者ハ議決權ヲ行フコトヲ得ス未確定債權又ハ別除權ノ行使ニ依リテ辨濟ヲ受クルコト能ハサルヘキ債權額ニ付キ議決權ヲ行ハシムヘキモノナリヤ又如何ナル金額ニ付キ之ヲ行ハシムヘキヤハ異議アル場合ニ於テハ裁判所之ヲ定ム停止條件附債權又ハ將來ノ請求權ヲ有スル破產債權者ニ付テモ亦裁判所之ヲ定ム斯ル決定ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス（破案一七五條、舊商一〇二八條、一〇三五條二項）

六　決議ノ效力　監査委員ノ同意ヲ得ルコトヲ要スル場合ト雖モ債權者集會ノ決議アリタルトキハ之ヲ以テ其同意ニ代フルコトヲ得又二者ノ意見異ナルトキハ債權者集會ノ決議ニ從フ是レ債權者集會ハ一層高等ノ機關ナレハナリ（破案一七六條）

裁判所ハ債權者集會ノ決議ニ對シテ最後ノ決定力ヲ有ス卽チ其決議カ破產債權者ノ一般ノ利益ニ反スト認メタルトキハ破產管財人又ハ少數債權者ノ一人若クハ數人ノ申立ニ因リ其決議ノ執行ノ停止ヲ命スルコトヲ得（破案一七七條、舊商一〇三七條二項）

第十四章　破產財團ノ管理及ヒ換價

第一節　破產財團ノ占有及ヒ管理

一　破產財團ノ占有　破產管財人ハ破產宣告後直チニ破產財團ノ占有及ヒ管理ニ著手スルコトヲ要ス（破案一七八條、舊商一〇一二條一項）蓋シ破產財團ノ管理及ヒ處分ノ權ハ破產宣告後管財人ニ專屬スルカ故ニ管財人ハ直チニ之ニ著手シテ其減少ヲ豫防スヘキモノトス而シテ其占有トハ事實上其權力ノ下ニ財產ヲ置クコトヲ意味シ破產ノ宣告ニ因リテ法律上當然管財人ノ占有ニ歸スルモノニ非ス又破產財團其モノハ破產宣告後モ破產者ニ屬スルカ故ニ所有權ト共ニ占有權モ亦破產者ニ屬スルモノトス而シテ管財人ハ破產財團ニ屬スヘキ財產ノミヲ占有、

0339

管理スヘキハ勿論ニシテ其判斷ハ管財人自ラ之ヲ爲スト雖モ若シ過ヲ他人ノ財產ヲ占有シタルトキハ第三者ハ取戻權ヲ行使スルコトヲ得ヘク(破案七四條、舊商一〇一五條)又眞ニ破產財團ニ屬スヘキ財產ヲ故意又ハ過失ニ因リテ見逃シタルトキハ管財人自ラ責任ヲ負フハ勿論利害關係人ハ裁判所ニ請求シテ管財人ニ注意ヲ與フルコトヲ得ヘシ(破案一六〇條、一六一條、舊商一〇一一條、一〇一三條)

破產者カ占有及ヒ管理ニ反對シタルトキハ管財人自ラ威力ヲ用ヒテ之ヲ執行スルコトヲ得ス是レ亦破產宣告ナル債務名義ニ基キ執達吏ニ依賴シテ之ヲ執行スルノ外ナシ(民訴五五九條一項一號)若シ第三者カ其所持セル破產者ノ財產ヲ任意ニ引渡ササルトキハ管財人ハ破產者所屬ノ權利ニ基キ引渡ノ訴ヲ起ササルヘカラス又別除權者ニ對シテハ其權利ノ目的ノ呈示ヲ求ムルコトヲ得(破案一九七條、舊商一〇〇六條二項)

又管財人ハ破產財團ノ管理行爲トシテ債權ノ取立ヲ爲シ又破產者ノ權利ヲ第三者ニ對シテ主張シ且保存行爲ヲ行ヒ得ルハ勿論トス(舊商一〇一九條一項)

二　財產ノ封印並ニ其除去　草案ニ在テハ破產財團ニ屬スル財產ノ封印ヲ爲スト否トハ管財人ノ認定權內ニ屬スルモノトシ管財人ノ必要アリト認メタルトキニ於テ之ヲ爲サシムルモノトス故ニ腐敗又ハ減價ノ虞アル物又ハ營業繼續等ニ必要ナル物件ハ管財人固ヨリ之ニ封印ヲ爲サシメス(破案一七九條一項、一八七條)而シテ封印ハ倉庫等ニ對シテモ之ヲ爲ス

現行法ニ於テハ裁判所ハ破產宣告ト同時ニ破產者ノ動產ノ封印ヲ命ス又會社ニ在リテハ連帶無限ノ責任ヲ負ヘル總社員ノ動產ニ對シテ封印ヲ命ス是レ其財產ノ減少ヲ豫防センカ爲メナリ尤モ破產財團ニ屬スヘカラサル財產ハ封印ノ必要ナキハ勿論又腐敗減價等ノ爲メ即時ノ換價ヲ必要トスル物又ハ封印ノ爲メ繼續利用ヲ妨ケラルル物ニ付キテハ封印ヲ爲ササルコトヲ得然レトモ是等ノ物ニ付テハ管財人直チニ之ヲ財產目錄ニ載セ且占有スルコトヲ要ス(舊商一〇〇二條、一〇〇五條二項)又高價品ノ保管方法ニ付テハ特別規定ヲ設ケ即時之ヲ管財人ニ交付シ又ハ一時之ヲ裁判所ニ引取ルコトヲ得ルモノト爲セリ(舊商一〇〇五條四項)草案ニ於テハ高價品ノ保管方法ハ第一回ノ債權者集會ニ於テ之ヲ定ムルモノトシ第一回ノ債權者集會前ニ於テハ裁判所之ヲ定ムルモノト爲セリ(破案一八九條、一九一條)

封印ノ執行者ハ執達吏又ハ公證人又ハ裁判所書記ナリトス是等ノ者ハ何レモ其調書ヲ作成スヘキモノトス(破案一七九條、執達吏規則三條)而シテ其調書ハ公衆ノ閱覽ニ供ス(破產一八四條末段、舊商一〇一四條三項)

封印ノ必要ナキニ至リタルモノハ之ヲ除去ス其除去ニ付テハ封印ニ付テ說明シタル點ヲ皆準用スルコトヲ得ヘシ(破案一八〇條、舊商一〇〇五條一項)

三　帳簿ノ閉鎖　破產者ノ財產ニ關スル帳簿ニ付キ後日ノ記入、變更等ヲ豫防スルカ爲メニ破產宣告後直チニ裁判所書記之ヲ閉鎖シ之ニ署名捺印スルコトヲ要ス而シテ此場合ニハ之カ調

書ヲ作リ之ニ其帳簿ノ現狀ヲ記載スルコトヲ要ス（破案一八一條）現行法ニ於テハ商人ノ提出シタル商業帳簿ヲ管財人ニ交付シ且其帳簿ノ現狀ハ破産主任官之ヲ認證スルモノトセリ（舊商一〇〇五條三項）

四　財産目錄ノ作成　管財人ハ破産宣告後遲滯ナク裁判所書記、公證人又ハ執達吏ノ立會ヲ以テ破産財團ニ屬スル財産ノ總目錄ヲ作ルコトヲ要ス苟モ破産財團ニ屬スルモノタル以上ハ他人ノ占有ニ屬スル物モ別除權ノ目的タル物モ亦之ニ屬スルヤ否ヤ疑問中ニ屬スル物モ皆之ニ記載スルコトヲ要ス然レトモ他人所屬ノ財産ハ勿論又訴訟中ニ屬シ管財人之ヲ破産財團ヨリ放任シタル物ハ之ヲ記載スルコトヲ得ス現行法ニ於テハ之ニ反シテ財團ニ組入ルヘカラサル物モ亦之ヲ記載ス（破案一八二條一項、舊商一〇一四條二項）

財産目錄ニハ財産ノ價格ヲ記載スルコトヲ要ス若シ必要アルトキハ鑑定人ヲシテ評價ヲ爲サシムルコトヲ得（破案一八二條三項、舊商一〇一四條二項）

財産目錄ノ調製ニハ已ムコトヲ得サル理由アルトキノ外ハ破産者ノ立會アルコトヲ要ス是レ其調製ニ便宜ニシテ且正當ナル目錄ヲ調製スルコトヲ得レハナリ（破案一八二條二項）現行法ニ於テハ之ニ反シテ必要アルトキニ於テノミ破産者ヲ立會ハシムルモノトシ又檢事ハ其見込ニ因リ職權ヲ以テ其作成ニ立會フコトヲ得ト爲セリ是レ其犯罪搜査ニ便ナルカ爲メナリ（舊商一〇一四條一項、四項）

財産目錄ハ利害關係人ノ閲覽ニ供ス（破案一八四條、舊商一〇一四條三項）

五　貸借對照表ノ作成　管財人ハ貸借對照表ヲ作ルコトヲ要ス（破案一八三條）是レ財産目錄ト相竝テ財産ノ狀態ヲ直チニ知ルノ便ニ供センカ爲メニシテ之ニ依リテ破産債權者ニ何程ノ配當ヲ爲シ得ヘキカヲ知ルコトヲ得殊ニ强制和議ノ決議ニ際シテ必要アリ而シテ其記載スヘキ價格ハ其作成ノ時ノ價格ニ依ル

現行法ニ於テハ管財人ヲシテ破産主任官ノ定メタル三十日以内ノ期間ニ破産者ヨリ差出シタル屆書及ヒ貸借對照表ヲ調査シ報告書ヲ提出セシム若シ破産者ヨリ貸借對照表ヲ差出ササリシトキハ管財人自ラ之ヲ作成ス其報告書及ヒ貸借對照表ハ之ヲ檢事ニ送致ス尙ホ其認證アル謄本ハ之ヲ裁判所書記課ニ備ヘテ公衆ノ閲覽ニ供ス（舊商一〇一六條）

六　破産宣告後ノ財産ノ取得　破産宣告後相續其他ノ原因ニ因リ破産者カ新ニ取得シタル財産モ亦破産財團ニ屬スルコトハ既ニ述ヘタル所ナリ故ニ此場合ニハ其財産ノ負擔ニ屬スル債務ヲ履行セシ後殘餘財産ヲ破産財團ニ組入ルルコトヲ要ス而シテ之ニ對シテハ草案第一七八條乃至第一八一條ノ規定ニ從ヒ占有及ヒ管理ヲ爲シ必要アルトキハ封印ヲモ爲サシムルモノトス又破産者若クハ管財人カ相續又ハ包括遺贈ノ限定承認ヲ爲シタルトキハ管財人ハ民法第一〇二九條乃至第一〇三五條ノ規定ニ依リ相續財産ノ處分ヲ爲スコトヲ要ス是等ノ場合ニハ殘餘財産ニ付キ財産目錄及ヒ貸借對照表ヲ補充スルコトヲ要ス（破案二一九條乃至二二一條、

0341

四五條乃至四八條）

七　信書ノ開封　破産財團ノ發見竟ニ狀態ヲ知ルニ便ナラシメンカ爲メニ法律ハ信書ノ祕密保護ニ對スル一大例外ヲ認メ裁判所ハ職權ヲ以ヲ破産者ニ宛テタル郵便物又ハ電報ヲ管財人ニ直接ニ交付スヘキ旨ヲ郵時官署ニ囑託スルコトヲ要シ管財人ハ其受取リタル郵便物又ハ電報ノ開封ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲セリ（破案一八五條、憲二六條、舊商一〇〇六條三項、四項）裁判所ハ其囑託ヲ爲シ又ハ其囑託ヲ擴張スルニ付テハ毫モ破産者ノ意見ヲ聞クコトヲ要セサルナリ又其郵便物ノ中ニハ書狀、端書、印刷物、小包郵物等ヲ包含ス

右開封ノ事タルヤ猥ニ破産者ノ祕密ヲ發キテ彼ヲ苦痛ニ陷ラシメンコトヲ目的トスルニ非ス故ニ破産者ハ其開封ニ立會ヒ又ハ閲覽ヲ求メ且其破産財團ニ關セサルモノニ付テハ其交付ヲ請求シ得ルモノト爲セリ若シ管財人ニ於テ之ヲ承諾セサルトキハ普通訴訟ニ依リテ訴追スルコトヲ得

裁判所ハ破産者ノ申立ニ因リ破産管財人ノ意見ヲ聽キ郵便官署ニ對スル右ノ囑託ヲ取消シ又ハ制限スルコトヲ得又破産ノ取消若クハ破産廢止ノ決定カ確定シタルトキ又ハ破産終結ノ決定アリタルトキハ裁判所ハ右ノ囑託ヲ取消スコトヲ要スルハ勿論トス（破案一八六條）

第二節　破産財團ノ換價

一　換價ノ時期　一般ノ債權調査終了前又ハ强制和議ノ提供アリタル場合ニ於テ其落著ニ至ルマテハ財團ノ換價ニ著手スルコトヲ得ス（破案一八八條）蓋シ强制和議ハ一般ノ債權調査ノ終了前ニハ之ヲ決議スルコトヲ得ス（破案二九五條）然ルニ換價ヲ早計ニ爲シ遂クルトキハ强制和議ニ因リテ破産ノ終結スル利益ヲ沒了セシムルニ至ル故ニ換價ノ時期ニ付キテ斯ル制限ヲ置クモノトス此制限以外ニ在リテハ管財人ノ見込ニ因リ適當ト思フ時期ニ於テ之ヲ爲ス現行法第一〇一二條第一項ニハ即時ニ財團ノ換價ニ著手スヘキカ如ク規定スト雖モ是レ唯其發端ヲ示スニ止マリ爾後管財人ノ見込ニ從ヒ適當ト思フ時期ニ於テ換價スレハ足レリトス但損敗又ハ減價ノ虞アルモノ及ヒ保管ニ不便ナルモノニ付テハ草案ニ於テモ右ノ制限ニ拘ハラス監査委員ノ同意又ハ裁判所ノ許可ヲ得テ賣却ヲ爲スコトヲ得ト爲セリ是レ己ムヲ得サルノ必要ニ出ツルモノナリ（破案一八八條二項）

二　換價ノ方法　換價トハ財團所屬ノ財産ニ依リ金錢又ハ金錢的價値ヲ得ルコトヲ謂フ金錢的價値ヲ得トハ例ヘハ破産債權者又ハ財團債權者ニ對シテ金錢債務ノ代物辨濟トシテ破産財團ニ屬スル財産ヲ與フルカ如キ是ナリ換價ノ方法ハ草案ニ依レハ原則トシテ管財人ノ適當ト認メタル所ニ依ルモ例外トシテ

(1)　監査委員ノ同意若クハ債權者集會ノ決議ヲ得テ始メテ爲シ得ト定メタルモノアリ之ニ關シテハ後ニ說明スヘシ（破案一九二條以下）

(2) 不動產又ハ船舶ヲ目的トスル權利ノ換價ハ草案第一九二條ノ規定ニ依リテ任意賣却ヲ爲ス外民事訴訟法又ハ競賣法ノ規定ニ依リテノミ之ヲ爲スコトヲ得(破案一九八條)

(3) 別除權ノ目的タル財產ノ換價モ亦民事訴訟法又ハ競賣法ノ規定ニ依リテノミ之ヲ爲スコトヲ得是レ別除權者ノ利益ヲ保護スル爲メニ最モ公平ナル方法ナルヲ以テナリ而シテ換價後ハ別除權ハ其代金ノ上ニ存スルモノトス又管財人ハ別除權者カ受クヘキ金額ハ之ヲ供託スルコトヲ要ス(破案一九九條)

別除權者カ法律ニ定メタル方法ニ依ラスシテ別除權ノ目的ヲ處分スル權利ヲ有スルトキハ管財人ハ裁判所ニ申立テテ別除權者カ其處分ヲ爲スヘキ期間ヲ定メシメ別除權者カ其期間內ニ處分ヲ爲ササリシトキハ管財人ハ民事訴訟法又ハ競賣法ノ規定ニ依リテ換價ヲ爲ス(破案二〇〇條)

以上述フル所ハ草案ニ規定シタル換價ノ方法ナリ現行法ニ於テハ動產タルト不動產タルトヲ問ハス換價ハ原則トシテ民事訴訟法ニ依ル競賣ノ方法ニ從フモノトス唯例外トシテ動產ニ付テハ破產主任官ノ認可ヲ得テ相對賣却ヲ爲スコトヲ得是レ却テ費用ヲ節約スルコトヲ得レハナリ(舊商一〇一八條)

第三節　他ノ破產機關ノ關與

一　扶助料ノ給與　破產者及ヒ其家族ニ對スル扶助料ニ付テハ其地位、人數等ニ鑑ミテ結局ノ決定ハ第一回ノ債權者集會ニ於テ之ヲ決議ス是レ其多寡ハ破產債權者ノ利害ニ關スルコト大ナルヲ以テナリ然ルニ第一回ノ債權者集會前ニ在リテモ扶助料ノ必要アルコト勿論ナルヲ以テ此場合ニハ管財人ハ裁判所ノ許可ヲ得テ臨時之ヲ給與スルコトヲ得(破案一八七條、一九一條)而シテ扶助料ハ財團債權タルコト既ニ述ヘタルカ如シ(破案三五條八號)現行法ニ於テハ破產主任官ニ於テ破產者及ヒ家族ノ爲メニ給養ノ扶助料ヲ與フ(舊商一〇〇七條)

二　營業ノ繼續　是レ亦其結局ノ決定ハ第一回ノ債權者集會ニ於テ之ヲ爲ス其以前ニ在リテハ管財人ニ於テ繼續ヲ必要ナリト認ムルトキハ裁判所ノ許可ヲ得テ之ヲ爲スコトヲ得(破案一八七條、一九一條)現行法ニ於テハ貸方ノ借方ニ超ユルコト判然ナルトキ又ハ協諧契約ノ豫期セラルル間ニ於テノミ破產主任官ノ申立ニ因リ裁判所ハ管財人ノ意見ヲ聞キタル後管財人ヲシテ營業ノ續行ヲ爲サシムル決定ヲ爲スコトヲ得故ニ營業ノ續行ヲ爲ス場合勘シト謂フヘシ而シテ管財人營業續行ノ場合ニ於テ財團ニ屬スル物ヲ通常ノ營業外ニテ賣却セントスルニハ破產主任官ノ認可ヲ受ケ且豫メ破產者ノ意見ヲ聽クコトヲ要ス(舊商一〇一七條)

三　高價品ノ保管方法並ニ其返還　貨幣、有價證券、金銀細工物、美術品等ノ高價品ノ保管方法モ亦結局ノ決定ハ第一回ノ債權者集會ニ於テ之ヲ決議ス唯其集會前ニ於ケル一時的ノ保管方法ハ破產裁判所ニ於テ之ヲ定ム(破案一八九條、一九一條)

又管財人ハ寄託シタル高價品ノ返還ヲ求ムルニ監査委員ノ一人ノ同意、若シ監査委員ナキトキハ裁判所ノ許可ヲ得ルコトヲ要ス是レ管財人ノ濫費支出ヲ豫防センカ爲メナリ尤モ債權者集會ニ於テ別段ノ決議ヲ爲シタルトキハ此限ニ在ラス是レ債權者集會ノ自衛上其必要ナシト認メタルニ由ルモノナリ（破案二〇二條）現行法ニ於テハ債權ノ取立其他財團ノ換價ニ依リテ收入シタル金錢ノ保管ニ付テハ破産主任官ノ定ムヘキ常用支出額ノ外遲滯ナク之ヲ供託所ニ寄託セシムルモノトシ爾後破産主任官ノ支拂命令ニ依ルニ非サレハ支出スルコトヲ得サルモノト爲セリ又高價品ニ付テハ即時之ヲ管財人ニ交付シ又ハ一時裁判所ニ引取ルコトヲ得ト爲セリ（舊商一〇〇五條四項、一〇二〇條）

四　草案第一九二條若クハ現行法第一〇一九條第二項ニ列擧シタル行爲　茲ニ列擧シタル行爲ハ何レモ其重要ナルノ故ヲ以テ又ハ其通常爲スヘカラサル行爲タル等ノ故ヲ以テ他ノ破産機關ノ關與ヲ必要トシタルモノナリ現行法ニ於テハ破産主任官ヲ置ケルヲ以テ其認可ヲ必要ト爲シタルモ草案ニ於テハ之ナキカ故ニ第一回ノ債權者集會前ニ於テ此等ノ行爲ヲ爲スノ必要アルトキハ管財人ハ破産裁判所ノ許可ヲ受クヘキモノトシ第一回ノ債權者集會ニ於テ監査委員ヲ設置スルコトヲ議決シタルトキハ爾後ハ監査委員ノ同意ヲ受クヘキモノトス（破案一六六條、一九二條一項）其同意ハ概括的ニ之ニ與フルヲ妨ケス若シ監査委員ヲ置カサル場合ニ於テハ管財人ハ草案第一九二條第一項第一號乃至第六號ニ掲ケタル行爲ヲ爲スニハ債權者集

民事訴訟法（第三編乃至第五編）

法學士　齋藤十一郎講述

第一編　上訴

上訴ナル語ハ相異ナレル二種ノ意義ヲ有ス由來民事訴訟ニ關スル觀念中ニハ二種ノ意義ヲ有スルモノ其數尠ナカラス就中最モ顯著ナルモノヲ訴ナリトス訴トハ（一）爭ニ係ル私權ヲ保護スルノ方法其モノヲ謂ヒ又ハ（二）私人カ國家ニ對シテ權利ノ保護ヲ要求スルノ行爲ヲ謂フモノナリ上訴モ亦訴ト同シク二種ノ意義ヲ有ス即チ

一　當事者ノ一方カ不服アル下級裁判所ノ裁判ヲ上級裁判所ヲシテ變更、廢棄若クハ破毀セシムル爲メニ用ヰル訴訟上ノ救濟方法ナリ此意義ハ制度其モノヨリ觀察シタルモノトス

二　當事者ノ一方カ下級裁判所ノ裁判ニ對シ其變更、廢棄若クハ破毀ヲ求ムル爲メニ上級裁判所ニ爲ス不服ノ申立ナリ此意義ハ寧ロ當事者ノ行爲ヨリ觀察シタルモノトス

上訴ハ右二箇ノ意義ヲ有スト雖モ予カ茲ニ上訴ト題シテ說明セントスルモノハ第二ノ意義ニ解スルモノナリ尤モ第一ノ意義ト雖モ誤謬ナルニアラス法典ノ解釋トシテハ兩者共ニ正鵠ヲ得タ

ルモノナリ唯觀察點ヲ異ニスルニ因リ其間ニ差異ヲ生シタルニ過キス

既ニ第二ノ意義ニ解スルトキハ上訴ハ民事訴訟手續ニ於ケル不服申立ノ一種ナリ而シテ他ノ不服申立ト區別セラルル標準ハ其申立ヲ上級裁判所ニ爲スノ點ニ存ス故ニ支拂命令ニ對スル異議、闕席判決ニ對スル故障等ハ上訴中ニ包含セス何トナレハ此等ノ不服申立ハ其不服アル裁判ヲ爲シタル同一裁判所ニ之ヲ爲スモノナレハナリ又取消ノ訴、原狀回復ノ訴モ亦上訴中ニ包含セス此等ノ訴モ原則トシテハ不服アル裁判ヲ爲シタル同一裁判所ニ申立ツルモノナルヘク加之此等ノ訴ハ不服アル裁判ヲ爲シタル裁判所ノ上級裁判所ニ爲スヘキ場合存セサルコトアルヲ以テナリ（四八二條）

法典ノ規定ニ依レハ上訴ニ屬スルモノ三種アリ即チ

控訴

上告

抗告

是ナリ而シテ右ノ中控訴及ヒ上告ハ主タル裁判ニ對シテ爲ス不服ノ申立ニシテ此兩者間ノ區別ハ前者ハ第一審ノ主タル裁判ニ對スルモノナルト後者ハ第二審ノ主タル裁判ニ對スルモノナルトノ異ナル點ニアリ又抗告ハ主トシテ先決的裁判ニ對シテ爲ス不服ノ申立ナリ

上訴アリタルトキハ其最モ著シキ效果トシテ移審ノ效力ヲ生ス移審ノ效力トハ爭カ下級裁判所ヨリ上級裁判所ニ移轉スルノ效力ナリ訴訟其モノニ付キ之ヲ云フトキハ訴訟カ下級裁判所ノ繫屬ヲ脫離シ上級裁判所ニ繫屬スルノ效力ナリ次ニ上訴ノ效力ハ不服アル裁判ノ執行ヲ停止セシム一歩ヲ進メテ之ヲ云ヘハ上訴ハ裁判ノ確定力ヲ妨クルノ效力ヲ生ス此效力ハ抗告ノ申立ノ場合ニハ當然ニ生スルコトナキヲ原則トス

右述ヘタル移審ノ效力及ヒ停止ノ效力ハ後ニ控訴、上告等ヲ說明スルニ當リ自ラ明瞭トナルヘシト雖モ學問上著シキ名稱ナルカ故ニ特ニ玆ニ注意シタルノミ

以下章ヲ分チテ控訴、上告及ヒ抗告ヲ說明スヘシ

第一章　控訴

第一節　控訴ノ意義及ヒ條件

控訴トハ第一審ノ主タル裁判ニ對シ第二次ノ無制限ナル更審ヲ求ムル爲メニ爲ス上訴ヲ謂フ玆ニ無制限ナル更審トハ裁判所ノ審理カ其事項ニ制限ナク且其材料ニ制限ナキコトヲ謂フ故ニ控訴ハ恰モ第一審ニ於ケルカ如ク裁判所ノ審理ヲ求ムル爲メニ爲ス上訴ナリ是ヲ以テ控訴ハ第一審ノ裁判ノ正當若クハ不當ヲ裁判スルヲ直接ノ目的トナスモノニアラス爭ニ係ル權利其モノノ正否ヲ總テノ材料ヲ用ヰテ判斷スルヲ其目的トナスモノナリ

主タル裁判トハ如何ナル裁判ヲ指スヤ後ニ控訴ノ條件ヲ說クニ當リ詳カニ述フヘシト雖モ主タ

0345

ル裁判ナル語ハ蓋シ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ其實質ヨリ觀察シテ之ニ與ヘタル名稱ナリ

以上述ヘタル所ニ依リ控訴ノ條件ヲ求ムレハ左ノ如シ

第一　不服ヲ申立テラルル裁判ハ第一審ノ主タル裁判ナルコトヲ要ス

是レ不服ヲ申立テラルル裁判ノ範圍ニ付テノ條件ナリトス

主タル裁判トハ何ソヤ法理上ヨリ裁判ヲ觀ルトキハ訴ニ係ル請求若クハ法律關係其モノニ付テ爲シタル裁判アリ又訴訟的法律關係カ成立シタリヤ否ヤノ點ニ付テ爲シタル裁判アリ此兩者ハ一箇ノ訴訟トシテ繫屬シタルモノニ對スル最終ノ目的タル裁判ナリトス尤モ原告ノ方面ヨリ觀テ最終ノ目的ヲ達スルモノト被告ノ方面ヨリ觀テ最終ノ目的ヲ達スルモノトノ二者ナキニアラサレトモ結局權利ノ保護ヲ直接ノ目的トスル裁判ナリ之ヲ主タル裁判ト云フ

所謂主タル裁判トハ先決裁判即チ前提ト爲ルヘキ裁判(前提的裁判)ニ對スルノ語ナリ然ラハ先決裁判トハ如何ナル裁判ナリヤ先決裁判トハ訴訟上ニ生シタル實體法的ノ先決問題及ヒ手續上ノ先決問題ニ付テ爲シタル裁判ナリ今試ミニ一箇ノ訴訟事件ヲ取リ來リテ之ヲ觀察スルトキハ其起訴ノ當時ヨリ終局ニ至ルマテノ間ニハ種種複雜ナル問題ヲ生スヘク爲メニ當事者間ニ幾多ノ爭ヲ生スヘシ而シテ此爭ハ先ツ之ヲ解決スルニアラサレハ最終ノ目的ヲ達スルニ至ルマテ訴訟ヲ進捗セシムルコトヲ得サルノ場合アルヘシ此等ノ場合ニ於テ訴訟法ハ先決問題トシテ先ツ其爭ヲ裁判スヘキコトヲ命シ又ハ之ヲ爲スコトヲ得セシム斯ノ如キ性質ヲ有ス

ル裁判ハ總テ先決裁判或ハ前提的裁判中ニ包含セラルルモノニシテ其目的トスル所ハ訴訟ヲ最終ノ目的ニマテ進捗セシムルニアリ上述セル主タル裁判ハ畢竟此等ノ先決的裁判ヨリ觀テ其名稱ヲ與ヘタルモノニ過キサルナリ

予ハ今主タル裁判ヲ學理的ニ分析シ如何ナルモノカ之ニ屬スルヤヲ說明セントス

一　請求若クハ法律關係其モノニ付テノ裁判

請求ヲ是認シ被告ニ敗訴ヲ言渡ス裁判又ハ其反對ニ之ヲ否認スルノ裁判ハ等シク右裁判ニ含マル而モ之ニ包含サルルモノハ無制限ニ審理ヲ遂ケタル裁判タルト又制限的ニ審理ヲ遂ケタル裁判タルトヲ問ハサルナリ彼ノ請求ノ原因ト數額トニ付キ爭アル場合ニ裁判カ先ツ其原因ノミニ制限セラレタルモノノ如キハ判斷スヘキ事項カ制限セラレタルモノナリト雖モ是レ請求自體ニ付テノ裁判タルヲ妨ケス(二二八條)又訴訟ノ材料カ制限セラレ裁判ヲ言渡サルル場合アリ證據方法又ハ防禦方法ヲ却下シテ裁判ヲ爲ス場合即チ是ナリ(二一〇條)此場合ニ於ケル裁判モ亦請求自體ニ付テノ裁判ナリトス

二　訴訟關係ノ條件カ存在セサルコトニ付キ言渡ス裁判

此裁判ハ請求其モノニ付テノ裁判ニアラス裁判所カ請求其モノニ付テノ裁判ヲ拒絕スル趣旨ノ裁判ナリト雖モ此裁判ハ訴訟的法律關係ノ上ニ及ホス效力カ請求自體ニ付テノ裁判ト形體上殆ト同一ナルニ由リ此點ヨリ觀察シテ之ヲ主タル裁判中ニ入ルルモノナリ例ヘハ裁

0346

判所カ通常裁判所ニ於テ權利ノ保護ヲ受クル條件ノ存セサルモノナリトナシ又ハ原告ニ訴訟能力ナシトシテ訴ヲ却下スルトキハ此裁判ハ主タル裁判ナリトス

實質ノ上ヨリ主タル裁判ヲ見ルトキハ右説明ノ如シト雖モ訴訟法ニ規定セラルル主タル裁判ノ形式ハ如何主タル裁判ハ終局判決又ハ中間判決ノ形式ヲ以テ現ハルルモノナリ之ニ反シテ彼ノ先決裁判ハ主トシテ決定若クハ命令ノ形式ニ於テ現ハルヘク事實ニ於テハ稀ニ中間判決ノ形式ニ依ルコトアルニ過キス而シテ主タル裁判ノ性質ヲ有スル中間判決ハ特別ノ規定ニ依リ上訴ニ關シテノミ終局判決ト看做サルルモノナリト雖モ其性質ハ依然トシテ中間判決タリ

右述ヘタル所ハ學理上ヨリ如何ナル裁判カ之ニ對シテ不服ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルモノナルヤニ付テノ説明ナリ若シ法典ノ條文ヲ藉リ來リテ其範圍ヲ述フルトキハ甚タ容易ナリ即チ左ノ一言ヲ以テ之ヲ悉クスコトヲ得ヘシ

控訴ハ區裁判所又ハ地方裁判所ノ第一審ニ於テ爲シタル總テノ終局判決及ヒ上訴ニ關シ終局判決ト看做サルル中間判決ニ對シテ之ヲ爲ス（三九六條二〇七條二二八條四九一條）

故ニ右ノ範圍ニ屬セサル裁判就中中間判決ハ控訴ニ依ル不服申立ノ目的ト爲ルヘキモノニアラス此等ノ裁判ニ對スル控訴ハ許スヘカラサルモノナリ次ニ法典ノ規定ニ依リ如何ナル判決カ之ニ對シテ控訴ヲ申立ツルコトヲ得ルヤヲ述フヘシ

一　履行ノ訴（給付訴訟）及ヒ確定ノ訴（確認訴訟）ニ於テ言渡ス終局判決

之ニ屬スルモノハ其請求又ハ法律關係ヲ是認スルモノナルト之ヲ否認スルモノナルトヲ問ハス又所謂一分判決ナルト全部判決ナルトヲ問ハサルナリ（二二五條二二六條）又請求ノ認諾ニ基キテ被告ニ敗訴ヲ言渡ス判決ナルト請求ノ抛棄ニ基キテ原告ノ訴ヲ却下スルモノナルトヲ問ハサルナリ（二二九條）

二　假差押ニ付テノ判決及ヒ假處分ニ付テノ判決（七四二條七五六條）

三　左ニ掲クル中間判決

（イ）請求ノ原因及ヒ數額ニ付キ爭アル場合ニ先ツ其原因ニ付キ言渡ス判決（二二八條二項）

（ロ）證書訴訟手續ニ於テ被告ニ敗訴ヲ言渡シタル判決ニシテ權利行使ノ留保ヲ掲ケタルモノ（四九一條）

（ハ）妨訴ノ抗辯ヲ理由ナシトシテ棄却スル判決（二〇七條二項）

右ニ列擧シタル判決ニ對シテハ總テ控訴ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ而シテ不服申立ノ範圍ハ右ニ列擧シタル判決其モノノ範圍ヨリモ廣キヲ原則トス何トナレハ一箇ノ判決ニ對シテ控訴ヲ爲ス場合ニハ其判決ノミカ控訴審ノ判斷ノ目的トナルヘキモノニアラスシテ其判決ヨリ前ニ爲シタル先決裁判モ亦此範圍内ニ屬スヘケレハナリ而モ其先決裁判ノ中間判決タルト決定

0347

タルト將タ命令タルトハ之ヲ問フヲ要セス故ニ控訴裁判所ニ於テ判斷ヲ受クヘキ裁判ハ直接ニ不服ヲ申立テラレタル判決ノミニアラスシテ之ニ先タツ總テノ先決裁判ヲ包含スヘシ然レトモ（一）民事訴訟法カ明カニ不服申立ヲ禁スル場合ノ先決裁判ナルトキ（一九七條）及ヒ（二）先決裁判ニ對シテ抗告ナル不服申立ノ方法カ許サルル場合ナルトキ（四五五條）ノ二ノ場合ニ於テハ控訴ノ目的タル裁判ノ範圍ハ斯ノ如キ裁判ニマテ擴張セラレサルモノトス（三九七條）

以上述ヘ來リタル控訴ヲ申立テ得ヘキ裁判中例外トシテ之ニ對シ控訴ヲ許ササルモノ二アリ即チ

（イ）單ニ訴訟費用ノ裁判ノミヲ爭フ場合

即チ費用ノ裁判ノミニ對シテハ控訴ヲ爲スコトヲ得ス然レトモ本案ノ裁判ニ對シ控訴ヲ提起シ且之ヲ追行スル場合及ヒ相手方カ爲シタル控訴ニ附帶スル場合ニハ例外トシテ訴訟費用ノ裁判ノミニ對シ控訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ（八二條）

（ロ）闕席判決ニ對シテハ控訴ヲ爲スコトヲ得サルヲ原則トス

然レトモ次ノ二條件ノ具備スル場合ニ於テハ例外トシテ控訴ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ（三九八條）

一　不服ヲ申立テラルル闕席判決カ最早故障ヲ許サレサル判決ナルコト

終ニ一千九百年九月「ニウシャテル」ニ開キタル國際法協會カ反致法ニ關シテ爲シタル決議ヲ述フヘシ

決議ノ原案ハ委員「ブザッチー」及ヒ「レーネ」二氏ニ依リ提出セラレタリ曰ク

第一條　立法者カ國際私法的規定ヲ設ケ裁判所ヲシテ一定ノ事項ニ直接ニ適用スヘキモノ（準據法）トシテ或外國民法ヲ指定スルトキハ立法者ハ其外國法律ニ於テモ亦同一ノ法律ノ適用（同一ノ準據法）ヲ命スルコトノ條件ニ其指定シタル外國民法ノ適用ヲ繫ラシムヘカラサルモノトス

第二條　國際私法的規定（準據法）ノ條文ニ於テ他ノ說明ナク一定ノ事項ニ一定ノ外國法ヲ適用スト宣言スルトキハ如何ナル理由アルモ又如何ナル場合ニモ裁判官ハ之ヲ其事項ニ關スル外國ノ國際私法的規定ヲ指スモノト解釋スルヲ得ス

第三條　國際法協會ニ於テ第一條ニ定メタル原則ニ反スル原則ヲ採用スルコトハ曩ニ多數ノ場合ニ於テ外國法律ヲ適用スヘシト爲シタル決議ノ旨趣ニ違反スルモノトス

要スルニ第一條ハ各國ノ立法ニ付キ第二條ハ各國ノ法律解釋ニ付キ與ヘタル意見ニシテ第三條ハ國際法協會ノ從來及ヒ將來ノ主義ヲ言明シタルモノナリ而シテ該會ハ斯學ニ於ケル諸大家ノ集合ナルヲ以テ其討議ハ虎嘯龍躍ノ概アリ然レトモ右第二條ハ解釋ニ關スル問題ニシテ此問題ハ立法者ノ意思ニ讓ラサルヘカラサルモノ又第三條ハ第一條ノ推論ニ過キサルモノナリトノ

「アッセル」氏ノ注意ニ由リ提出者ハ右二條ヲ拋棄シ論議二日ニ渉リテ右第一條ハ會員中二十一人ニ對スル六人ノ反對ヲ以テ可決セラレタリ而シテ反對者中「バール」、「ウェーストレーキ」二氏ハ最モ熱心ニ反致法ヲ辯護シタリ試ニ氏名ヲ擧クレハ

原案ヲ可トスル者　「アッセル」、「ポアソー」、「プザッチー」、「カテラニー」、「コルシー」、「デ、カンチュビュイ」、「フオシイ」、「ヒルチイ」、「ホルランド」、「クベッヂー」、「レール」、「フオンリスト」、「リヨン、カン」、「ミドシー」、「ルノー」、「ロストウォロスキー」、「ド、ロスツコウスキー」、「サセルドッチー」、「ストレート」、「ウェスニッチ」諸氏

否トスル者　「バール」、「ブルウザ」、「ハールブルゲル」、「ロゲン」、「ウェース」、「ウェーストレーキ」諸氏

而シテ右第一條ハ一致ヲ以テ左ノ如ク文辭ノ修正アリタリ曰ク

「一國ノ法律ニ於テ國際私法的事項ニ於ケル法律ノ牴觸ヲ規定スルトキハ各種ノ場合ニ適用セラルヘキ法規自體（直接規定）ヲ指定スヘク其場合ニ對スル外國ノ牴觸的規定（準據法的規程）ヲ指定セサルコトヲ企望ス」ト

第十三章　準據法タル外國法ト其證據トノ關係

我法例各條ノ如ク外國法ヲ以テ準據法ト定メタル場合ニ於テハ判事ハ一定ノ國際的私法關係ニハ其準據法タル外國法ヲ適用セサルヘカラサルヤ論ヲ俟タス外國ノ學說ニ於テ判事ハ當事者ノ申立ナキモ職權ヲ以テ準據法タル外國法ヲ適用スルヲ得ルヤ否ヤノ問題アルモ是レ英、佛、白、和ノ如ク國際私法的規定ノ大部分ニ付キ國法ニ明文ヲ缺ク國ニ於ケル場合ノ問題ト爲リ得ルモ我法例ノ如ク明カニ明文ヲ以テ本國法ニ從フ所在地法ニ從フト云フ如ク宣言スル國ニ於テハ問題ト爲ラス法文上當然職權ヲ以テ判事ハ外國法ヲ適用セサルヘカラサルコト一點ノ疑ナシ

然ルニ外國法ナルモノハ自國主權ノ命令ニ非サレハ內國ノ裁判所及ヒ臣民ヨリ見レハ法律ニ非スシテ一ノ事實ニ過キス唯我國法例カ我國ノ裁判所ヲシテ一定ノ法律關係ニ適用スヘキモノト爲シテ其場合ニ限リ法律タル效力ヲ與フルニ過キサルモノナリ即チ外國法ハ內國ニ定メタル方式ニ從ヒ公布セラレサルモノナリ然ルニ或法律關係ニハ外國法ヲ適用セサルヘカラサルコト前述ノ如シ是ニ於テカ裁判所ハ如何ニシテ外國法ノ存在ト其內容トヲ知ルヘキヤノ問題起ル

英國ニ於テハ「ウエーストレーキ」氏ノ說ニ據レハ英國法ト異ナリタル外國法ノ規定ヲ援用スル者ハ之ヲ證明スルヲ要ス其證明ナキトキハ裁判所ハ英國ニ於テ特別組織ノ方法ニ依リテノミ行ハルル所ノ（破產ノ如キ）制度ノ外ハ總テ外國法ハ英國法ト同一ナリト推測ス故ニ外國法ノ適用ヲ求ムル當事者ハ常ニ此推測ヲ打破スル爲メニ之ヲ立證セサルヘカラス而シテ其證明ノ方法ハ鑑定ノ方法ニ依ルコトヲ要ス而シテ當事者カ單ニ成文法又ハ成典ヲ提出スルヲ以テ足レリトセス其法律アルコトヲ鑑定シタル鑑定人ニ於テ其成文法又ハ成典ヲ提出スルコトヲ要ス故ニ問

0349

題ノ目的及ヒ鑑定スヘキ目的ハ單ニ法律ノ明文ノ存否ニ在ラスシテ其明文ニ基キタル學問上ノ解釋及ヒ判例ヨリ成ル法理如何ニ在リトス而シテ其職ニ堪能ナル者ハ外國法ノ鑑定人ト爲スコトヲ得ルモノニシテ單ニ判事又ハ辯護士ニ限ラス而シテ裁判官又ハ陪審官ハ鑑定人ノ供述ヲ注意シテ調査セサルヘカラス鑑定人ノ意見カ曖昧ナルトキ又ハ撞着スルトキハ殊ニ然リトス若シ鑑定人カ不當ニ推論シタルコトノ心證ヲ得タルトキハ鑑定人ノ意見ニ拘ハラス鑑定人ノ引用シタル法文ニ依リ其判斷ヲ定ムルヲ得然レトモ鑑定人ノ引用セサル學說等ニ依リ判斷スルヲ得ス（國際法雜誌一八八二、三〇四頁）

北米ニ於テハ外國法ハ凡テノ他ノ事實ノ問題ト同シク陪審官ノ前ニ於テ立證セサルヘカラストノ原則行ハル（一八六八年「マサチュセット」最高裁判所及ヒ「ニウハンプシヤイヤ」最高裁判所判例、「ストーリー」氏、「ホアートン」氏等）

佛、白ノ判例ニ於テハ外國法ヲ一ノ事實ト看做シ之ヲ援用スル者ニ於テ證明ノ責任アルモノトシ證據ニ關スル普通ノ法則ニ從テ立證スヘキモノトセリ

獨逸帝國商事高等裁判所ハ一千八百七十一年ニ次ノ如ク判決セリ曰ク法律關係ノ性質上外國法律ニ從フヘキトキハ判事ハ自己ノ知ル限リハ外國法律ヲ適用スルヲ要ス判事ハ自己ノ研究ニ因リ又ハ當事者ノ提出シタル證據ニ因リ其心證ニ於テ十分ナリト爲ストキハ外國法ヲ知リタルモノトス判事ノ知ラサル外國法律ノ原則ニ付テハ之ヲ援用スル當事者ヲシテ證明セシメ若クハ職

權ヲ以テ必要ナル調査ヲ爲スコトヲ得然レトモ判事ハ此ノ如キ義務アルニ非ス判事ハ自己ノ知ラサル外國法律ヲ以テ自己ノ國法ト同一ナリト推測スルコトヲ得然レトモ當事者ハ反對ノ證據ヲ以テ此推測ヲ打破スルコトヲ得ルカ故ニ判事ハ此推測ニ從ヒテ決定セサルヘカラストノ義務ナシトス裁判官ハ法律ヲ知ルトノ原則ハ外國法律ノ事項ニ付テハ之ヲ適用スルヲ得スト而シテ獨逸民事訴訟法第二九三條ニハ「他國ノ現行法、習慣法及ヒ規約ハ裁判所ニ知レサルモノニ限リ之カ立證ヲ要ス此規定ヲ知ルカ爲メ裁判所ハ當事者ノ提出シタル證明ニ羈束セラルルコトナシ又裁判所ハ他ノ認知方法ヲ使用シ及ヒ其使用ノ爲メ必要ナルコトヲ命スルノ權ヲ有ス」ト規定セリ（同國舊法二九三條）

以上ノ例ニ依レハ獨國以外各國ノ大部ニ於テハ外國法證明ノ點ニ關シテハ之ヲ一ノ單純ナル事實ト爲スカ如シト雖モ我法例ノ如ク我裁判所ニ於テ判斷スヘキ一定ノ法律關係ニ適用スヘキモノトシテ外國法ヲ指定シタルトキハ其點ニ於ケル外國ノ法律ハ即チ我國法ノ一部ヲ成スモノト謂ハサルヘカラス（一章三參照）然ルニ其外國法ハ我國ニ於テ文書ヲ以テ公布セラレサルモノナレハ我裁判所ヨリ見レハ慣習法ト同シク一ノ不文法ナリトス而シテ法例カ準據法トシテ外國法ヲ指定スル場合ニ於テ特ニ之カ適用ニ依リテ利益ヲ受クヘキ當事者ノ證明ヲ俟チテ外國法ヲ適用スル旨ノ明文ナキ故ニ裁判所ハ外國法ノ規定如何ヲ當事者カ立證セストノ理由ヲ以テ法例ニ適用スヘキ旨ヲ定メタル外國法ノ適用ヲ拒ムコトヲ得サルヘシ故ニ外國法ノ規定如何ヲ知ルコ

トハ裁判官カ職權ヲ以テスヘキモノトス外國法ノ存在及ヒ內容如何ヲ全然係爭事實ト同シク當事者ニ於テ立證スヘキモノトスルハ我法例ノ法理ニ非スト謂ハサルヘカラス然レトモ「裁判官ハ法律ヲ知ル」(Jura novit curia)トノ原則ヲ外國法ニ關シテモ內國法ニ於ケルカ如ク絕對的ニ適用スルヲ得ス何トナレハ事物ノ性質上之ヲ許サス即チ內國法ハ公布アルカ故ニ裁判官ハ之ヲ知ラスト云フヲ得サルモ外國法ハ我立法者ニ依リ公布セラレサルカ故ニ裁判官ト雖モ之ヲ知ルコト容易ナラサルカ故ナリ故ニ裁判官ノ之ヲ調査スルニ付キ過度ノ煩勞ヲ輕減セシメンカ爲メニ當事者ヲシテ外國法ノ存在及ヒ內容ヲ立證セシムルノ必要ヲ生ス然レトモ是レ唯當事者ヲシテ判事ニ協力セシムル旨意ニ過キスシテ當事者ニ立證ノ責ヲ負擔セシメタルニ非ス即チ唯實際的必要ヨリ立證ヲ命スルノミナリ故ニ當事者ニシテ外國法ノ存在及ヒ內容ヲ立證セサルモ當事者カ事實ヲ立證セサル場合ト同シク裁判所ハ直チニ立證セサルモノヲ敗訴者ト爲スヲ得サルモノトス（此ノ如ク判事ニ於テ調査スルヲ本則トシ當事者ノ立證ハ協力ニ止マルトノ主義ヨリ推セハ上告審ニ於テモ判事及ヒ當事者ハ外國法ヲ調査シ又ハ立證スルヲ得ルモノト見ルヲ可トス「ゾエヘル」ト氏所說參照）

我民事訴訟法第二一九條ニ「地方慣習法、商慣習及ヒ規約又ハ外國ノ現行法ハ之ヲ證ス可シ」裁判所ハ當事者カ其證明ヲ爲スト否トニ拘ハラス職權ヲ以テ必要ナル取調ヲ爲スコトヲ得」トアルハ以上ノ旨趣ニ出テタル規定ニシテ獨逸民事訴訟法第二九三條ト共ニ事物ノ狀態ニ極メテ適合シタル規定トス蓋シ我法例ノ準據法的規定ハ强行法ニシテ許容法ニ非サレハ外國法ノ規定ヲ以テ單純ナル事實トシテ當事者ノ立證ノミニ一任スルトキハ法例ヲ設ケタル精神ヲ貫徹セサルヘケレハナリ

故ニ判事ハ當事者ノ立證如何ニ拘ハラスシテ又職權ヲ以テ必要ナル取調ヲ爲スコトヲ得ヘシ而シテ外國法ノ立證ニ付テハ當事者ハ法律ニ定メタル證據方法ニ限ラルヘシト雖モ判事ハ如何ナル方法ニ依リ其取調ヲ爲スモ自由ナルヘシト信ス今各國ニ於テ外國法ヲ知ルカ爲メニ用ヒラルル方法ヲ示セハ外國裁判官ノ意見書、外國政府ノ證明書、外國ノ公使又ハ領事若クハ外國駐在ノ內國公使、領事ノ證明書、內外法律家ノ鑑定、著者ノ一致シタル學說、外國裁判所ノ判例等ニシテ或國ニ於テハ司法大臣ニ於テ公正ノ效力アル宣言書ヲ發スルコトアリトス

佛國「シャンペリー」控訴院ハ當事者雙方ヨリ提出セラレタル法律家ノ意見書區區ナリショリ當事者ノ一方ニ外國ノ法律家三名ノ一致シタル意見ノ提出ヲ命シタルコトアリ

又或國ノ間ニハ各國法律文ノ交換ヲ容易ナラシムル爲メニ條約ヲ結ヒタルモノアリ千八百八十六年五月十五日白耳義、巴西、西班牙、北米合衆國、伊太利、葡萄牙、塞爾比亞、瑞西間ノ條約是ナリ「ペルー」及ヒ「エクアドール」其後之ニ加入セリ

英國千八百六十一年五月十七日法律ハ國際條約ノ許ス場合ニ於テハ英國裁判所ヲシテ其裁判所ニ於テ適用スヘキ外國法律ニ付キ外國裁判所ノ意見ヲ求ムルコトヲ許シ又英國裁判所ヲシテ外

0351

國裁判所ニ屬スル訴訟ニ適用スヘキ英國法律ニ付キ其意見ヲ與フルコトヲ得セシメタリ

以上ハ裁判所カ法律ヲ知ルニ達スル各種ノ實際上ノ方法ニ付キ述ヘタルモノナリ然レトモ「ローレン」氏ノ云フ如ク或ハ外國法典ノ明文ヲ有スト雖モ直チニ之ヲ內國裁判所ニ於テ係爭事實ニ適用スルハ危險ナリトス何トナレハ外國法ノ解釋ハ困難ナル場合アルヘク又之カ解釋ノ必要ナル基礎ト爲ルヘキ各種ノ材料ハ內國判事ノ有セサル場合アルヘク又外國法律ハ却テ其表見セラレタル法文ト異ナリテ解釋セラレ法文ノ理由書又ハ先例ニ於テ其明文ト異ナリタル解釋ヲ是認セラルル場合アルヘク殊ニ外國法典ノ反譯書ノ如キハ眞意ヲ得サル場合ナキニ非サレハナリ要スルニ今日ノ狀態ニ於テ各國ニ最モ行ハルル適當ノ方法トシテハ內外法律家ヲシテ係爭ノ外國法ノ規定ヲ鑑定セシムル方法トス

國際法協會モ(一)外國法ヲ知ルコト及ヒ(二)外國法ヲ證明スルコトニ付キ適當ノ方法ヲ考究シ『(一)ニ付テハ「ハイデルベルヒ」(一八八七年)ノ決議ニ於テ

各國政府ハ各國ノ現行法及ヒ將來公布セラルヘキ法律(民法、商法、刑法、民刑訴訟法、破產法、裁判所構成法等ニ關スル法典、法律、諸規定、各國及ヒ其臣民ニ一般ニ關係アル行政法及ヒ公法ニ關スル法律及ヒ諸規定、民法又ハ經濟的利益ニ關スル諸條約及ヒ之ニ附帶スル諸法規等)ヲ相互ニ交換シ各國ニ於テ之ヲ中央保管局(Dépôt central)ニ納メ公衆ヲシテ閱覽ヲ得セシメンコト

ノ企望ヲ發表セリ

(二)ニ付テハ千八百九十一年「ハンブール」ノ會議ニ於テ次ノ決議ヲ爲セリ曰ク

甲　國際法協會ハ宣言スルコト左ノ如シ

イ　今日ノ法學及ヒ國際關係ノ狀態ニ於テ又各文明國ニ於テ行ハルル大多數ノ法律ニ對シテハ外國法律ノ證據ハ當事者ノ意思ニ一任スヘキ事實問題ト爲スコトヲ得ス

ロ　現行セラルル各種ノ制度ニ代ルヘキ各國ニ一樣ナル一般的規定ヲ設クルヲ必要トス

乙　國際法協會ハ國際間ノ一致ニ依リ各國カ次ノ規則ヲ適用スルノ約定ヲ爲サンコトヲ企望ス

イ　訴訟ニ於テ其存在及ヒ內容ニ付キ當事者ノ一致セサル外國法ヲ適用スル必要アルトキハ判事、裁判所又ハ法院(クール)ハ當事者ノ申立又ハ職權ニ依リ準備判決(アンシデンテル・ヴェルドクト)ニ於テ如何ナル法規又ハ法律ノ點カ事件ヲ終結スルニ必要ナルカヲ宣告スヘシ

ロ　判事又ハ所長、院長ハ直チニ囑託書ヲ發スヘシ其囑託書ハ司法大臣及ヒ外務大臣ヲ經テ其法規又ハ法律ノ點ヲ知ラントスル國ノ司法大臣ニ交付サルヘシ

ハ　右司法大臣ハ右問合ニ對シ凡テノ事實問題ニ付キ助言又ハ意見ヲ付スルコトヲ避ケ法律ノ存在及ヒ其內容ニ限リテ答辯ヲ爲スヘシ

ニ　法律ノ條文及ヒ證明書カ先ノ裁判所ニ交付セラレタルトキハ之ヲ書記課ニ保管シ當事

0352

者ノ申立ニ依リ訴訟手續ハ再ヒ進行セラルヘシ

以上述ヘ來リタル所ハ裁判官カ外國法律ヲ知ルニ達スル實際ノ方法及ヒ理想ノ方法ノ說明ニ關ス而シテ我民事訴訟法ニ依レハ外國法ノ規定ヲ援用スル者ニ於テ之カ存在ヲ立證スルヲ得サルモ直チニ敗訴ヲ言渡スヘキニ非スシテ尙ホ裁判官ハ各種ノ方法ニ依リ之カ取調ヲ爲スヘキモノナルコトハ先ニ述ヘタリ而シテ若シ右取調ノ結果尙ホ外國法ノ規定ヲ知リ得サル場合ナキニ非ス斯ル場合ハ之ヲ如何ニスヘキカ此場合ニハ外國法ハ自國法即チ法廷地法ニ同一ナリト推測シテ係爭ノ私法關係ニ適用スヘキモノトスルヲ通說トス而シテ「ウエース」氏ハ此場合ニ自國法ハ解釋上外國法ヲ補充スルモノトナリテ適用セラルルモノナリト云ヘリ（「ウエース」三、一六九頁、「フイオレー」一、三九一頁、前出獨逸高等商事裁判所判例、前出「ウエストレーキ」ソ說、一八八三年「ニウヨルク」控訴院判決、一八六四年巴里控訴院判決、「パール」一、一三五頁等ノ如シ反對「ストルックマン」及ヒ「コツホ」、一、三八二頁）

但反對說トシテハ「デパニエ」氏ハ外國法存在ノ立證ナキトキハ請求ヲ棄却スヘシトノ說ヲ非難スルノミナラス更ニ曰ク外國法ノ存在及ヒ內容ノ立證ナク又ハ其規定アルコト明確ナラサル場合ニ自國法ヲ適用スルコトヲ得トスル說モ亦許スヘキニ非ス若シ斯ク解セハ國際私法ノ價値ヲ如何スヘキ、何トナレハ此解釋ハ法律上特定ノ外國法ノミニ限リ適用セラルヘキコトヲ認メナカラ判事カ其外國法ヲ知ルコトニ困難ナルトキハ自國法ヲ適用スルコトトナルカ故ナリ（「デパニエ」四八頁）ト云ヒ又「アッセル」氏ハ英米法ニ於テ立證ナキトキハ外國法ト自國法ト同一ナリトスル推測ハ理由ナシト云ヘリ（同氏著一三節註）

又獨ノ「ブランク」氏ノ如キハ外國法規存在ノ不明ナル場合ニ於テハ其外國法ヲ基礎トシタル權利ハ之ヲ存在セサルモノト看做シ之ヲ基礎トシタル訴若クハ抗辯ハ之ヲ棄却スヘシト論ス予輩ハ外國法ヲ自國法ト同一ナリト推測スヘシトノ說ハ最モ廣ク行ハルル說ナリト雖モ此點ニ付キ何等ノ基礎ト爲ルヘキ法規ナキ故我國ニ於テ認メラルヘキヤ如何ニ付キ疑ナキ能ハス予輩「法律ナキトキハ慣習ニ依リ慣習ナキトキハ條理ニ依ル」トノ我邦從來ノ成規カ未タ廢止セラレサル以上ハ我國ニ於テ外國法ノ存在及ヒ內容ニ付キ判事ハ之ヲ知ルヲ得サル場合ニ於テハ外國法ハ條理ニ一致スルモノトシテ條理ニ依リ判決スヘク而シテ我國法ノ規定ヲ以テ條理ニ適スルモノトシテ條理ノ名ヲ以テ我國法ヲ適用スヘシトノ解釋ノ穩當ニ非サルナキヤヲ疑フ然レトモ此ノ如キハ外國法カ我國法ト同一ナルニ非スシテ外國法ハ條理ニ一致シ條理カ我國法ニ一致スルモノト解セサルヘカラス

（我民事訴訟法修正案ニ依レハ現行民事訴訟法第二一九條ノ規定ヲ削除シ外國法ノ證據ニ關シテ全ク規定ヲ置カサルモノノ如シ此修正ニ付テハ多少論議スヘク又說明スヘキ點アルモ今之ヲ省ク）

第十四章　準據法タル外國法ト上告トノ關係

或國（佛、白、和、獨、伊等）ニ於テハ裁判カ法律ニ違背シタルモノナルトキハ之カ上告ヲ爲サシムル制度ヲ設ク今國際私法ト此上告トノ關係ニ付テ之ヲ研究セン此關係ニ付テハ二ノ點ヨリ觀察スルヲ要ス即チ其一ハ準據法的規定ヲ裁判所カ訴訟ニ適用セサルトキハ上告ノ理由ト爲ルカノ問題、其二ハ準據法的規定ヲ適用シタルモ其準據法ト爲ル處ノ外國法ノ適用ヲ謬リ又ハ之ヲ不當ニ適用シタルトキハ上告ノ理由ト爲ルカノ問題是ナリ

第一ノ問題ハ判事ハ當事者ノ援用スルヲ俟チテ準據法タル外國法ヲ適用スヘキカ又ハ職權ヲ以テ準據法タル外國法ヲ適用スヘキカノ問題ト爲ル此問題ハ準據法的規定ヲ悉ク法律ノ明文ニテ設ケタル諸國即チ明文ナキニ裁判例カ解釋上準據法ヲ定メテ適用シツツアル佛、白、蘭等ノ諸國ニ於テハ學者間ニ多少ノ議論アルヲ免レサルモ我邦ノ如ク既ニ法例其他ノ準據法的成文アル國ニ於テハ殆ト問題ト爲ラス何トナレハ某某ノ關係ハ本國法ニ從フ又ハ所在地法ニ從フトノ法律規定明カナルニ其本國法又ハ所在地法ヲ其關係ニ適用セサル裁判ハ明カニ法律ニ違背シタル裁判ナレハナリ故ニ我國ノ如キハ明カニ判事ハ職權ヲ以テ外國法ヲ適用スヘキモノナルカ故ニ此問題ハ深ク之ニ渉ルノ要ナシ故ニ玆ニ論究スヘキハ第二問トス例ヘハ人ノ能力ヲ定ムルニ當リ裁判所ハ法例ニ從ヒ其本國法ヲ適用シタルモ其適用ニ當リ其本國法ノ解釋ヲ誤リ又ハ適用ヲ誤リタル場合即チ概シテ言ヘハ其本國法ヲ不當ニ適用シタルトキハ上告ノ理由ト爲ルヤ否ヤノ問題トス

外國ノ學說ニ據レハ準據法タル外國法ヲ不當ニ適用シタル場合ニハ上告ヲ許サストノ第一說トシテハ裁判官ハ外國法ヲ適用スル義務ナシ若シ裁判官カ外國法ヲ適用ストセハ是レ國際友誼ニ由ルモノナレハナリト云フニ在リ此說ハ外國法ヲ準據法トシテ訴訟ニ適用スヘシトノ明文ナキ國ニ於テハ或ハ行レ得ヘシト雖モ勿論正當ノ學說トシテハ行ハレサルコト明カナリ殊ニ我國ノ如ク外國法ヲ適用スルハ判事ノ自由裁量ニ任セシテ之ヲ法律ニ定ムルコトノ制度ヲ採ル國ニ向テハ全ク價値ナキ學說ト謂ハサルヘカラス

第二說ハ外國法ハ我官報ヲ以テ公布セラレサルカ故ニ公文式ニ依リ公布セラレタル法文ニ立法者カ與ヘタル保障ト同一ノ保障ヲ享有スルヲ得ス隨テ之カ適用ヲ誤ルモ上告ノ理由ト爲ラス（佛ノ檢事長「エルロー」氏ノ論告）ト云フニ在ルモ是レ最モ淺薄ナル議論ニシテ慣習法モ官報ニ依リ公布セラレサル故之カ違背モ上告ノ理由ト爲ラスト論セサルヘカラサルニ至ル之ニ違背セル場合ニ上告ヲ許スハ必スシモ成文法ニ限ラス不文法ト雖モ之カ違背ハ上告ヲ許スモノナリ何トナレハ國法カ上告ヲ許スハ法律ニ違背シタル總テノ場合ヲ包含スルモノニシテ成文法、不文法ニ區別ヲ置カサレハナリ

第三說ハ「アッセル」氏ノ說ニシテ氏ハ曰ク上告破毀ニ關シテハ佛國、白耳義、和蘭ノ如ク破毀

ヲ以テ判例ノ統一ニ依リ法律ノ統一ヲ補充スル目的ヲ有スルモノトスルトキハ予輩ハ外國法ノ適用ヲ誤リ又ハ外國法ニ違背シタル場合ハ上告ヲ許スヘカラスト思考ス是レ上告問題ニ於ケル佛國法理ノ根本的觀念ヨリ生スル當然ノ結果ナリト信ス即チ上告ヲ許スト否トノ區別ノ標準ハ其論點カ法律ニ關スルカ事實ニ關スルカニ存セスシテ寧ロ一方ニ於テハ自國法律ノ適用ニ關スルコトト他ノ一方ニ於テハ自國法律以外ノ總テノ法律及ヒ事實ニ關スルコトトニ付キ標準ヲ取ルヘキモノトス云云ト論シ「リビエー」氏ハ一千八百六十一年佛國判例ニ於テ「判例ノ統一ニ依リ佛國法律ノ統一ヲ維持センカ爲メニ設ケラレタル大審院ハ外國ノ法律ノ適用ヲ誤リタルコトカ佛國法律ニ違背スル結果ヲ生スルニ非サレハ其誤謬ヲ矯正スル職權ヲ存セス」云云ト宣告シ一千八百五十五年白國判例カ「上告ノ理由トシテ援用セラレタル法律ハ外國法ナルニ由リ大審院ハ外國法ノ解釋ヲ誤リタルコトカ白耳義法律ニ違背シタル結果ヲ生セサル限ハ外國法ニ違背シタル爲メニ裁判所ノ判決ヲ破毀スルヲ得サルニ由リ」云云ト宣言シタル判例ヲ援用セリ然レトモ之ヲ非トスル學者ハ曰ク大審院ハ裁判例ノ統一ヲ維持スルノ任ヲ有スルモノナルニ若シ外國法ノ違背ヲ矯正スルヲ要セストスレハ大審院ハ其職務ノ一部ヲ盡ササルコトト爲ルナリ何トナレハ佛法ニハ「大審院ハ法律ノ明文ニ明カニ違背シタル判決ヲ破毀ス」ルモノトシ白耳義法ニテモ「大審院ハ法律ニ明カニ違背シタル點ヲ包含スル判決ヲ破毀ス」ルモノトセリ即チ立法者ハ某ノ法律ニ違背シタル判決ト曰ハスシテ單ニ法律ニト曰ヘリ是レ凡テ其事件ニ適用セラ

ルヘキ法律ノ意ナリ若シ上告ハ或種ノ法律ノミニ限レリトセハ立法者ハ之ヲ明言スヘキ理ナリ或ハ其違背ニ付キ上告ヲ許スハ國法ノ違背ニノミ限ルモノニシテ外國法ハ其國境ニ到リテ效力ヲ失フカ故ニ自國ノ眼ヨリ見レハ法律ニ非スト云ハンモ立法者カ其外國法ニ準據スヘキコトヲ明示シ又ハ默示シタル場合ハ外國法ハ法律ニ非スト云フヲ得ス即チ斯ル場合ニハ立法者ハ外國法ニ本來ナカリシ效力ヲ付與シタルモノナリ彼ノ獨逸民事訴訟法ノ如ク帝國ノ法律ニ違背シタル場合ニ限リ上告ヲ許ス（獨民訴舊五一一條新五四九條）ト定メタル國ニ於テ外國法ノ違背ニ付キ上告ヲ許サストスルハ相當ナレトモ佛國ニ於テハ之ト異ナリテ解セサルヘカラス云云ト論ス（「ローレン」一五一二節、國際私法雜誌一八九〇年七九九頁、「ローレン」(Lolin) 氏所說）此駁論ハ相當ナリト信ス

第四說ハ若シ外國法ノ適用ヲ誤リタルコトニ付キ上告ヲ許ストセハ大審院ハ外國法ノ解釋ヲ一定スル任アル外國最高裁判所ノ意見ト衝突スルコトヲ恐ルルカ故ニ上告ヲ許ササラシムヘシトノ說ナリ然レトモ若シ斯ル場合アリトセハ止ムヲ得サルノ結果ナルノミナラス若シ上告ヲ許サスシテ控訴ニ止メシムルモ控訴裁判所ハ必スシモ外國ノ最高裁判所ノ判決ニ一致シテ判決スルモノト謂フヲ得サルヘシ或學者ハ上告ヲ許ストセハ上告裁判所ハ外國法律ヲ解釋スルニ困難ヲ感スヘキヲ以テ上告ヲ許スヘカラスト論スレトモ既ニ下級裁判所ニシテ外國法ヲ適用シ又之ヲ解釋スルノ任アル以上ハ上級裁判所タル大審院ハ下級裁判所ニ比シテ困難ナル理由ナカルヘシ

故ニ此ノ如キ議論モ採ルニ足ラス

要スルニ以上佛、白ノ如キハ從來判例ニテハ一般ニ外國法ノ違背ハ上告ヲ許サストシタルモ多數ノ學說ニテハ之ヲ許スヘキモノト論ス然レトモ佛、白ノ判例モ亦漸次上告ヲ許スコトニ傾キツツアルハ事實ナリトス

予輩ハ上來屢〻外國法カ私法關係ノ準據法トシテ國法ニ依リ指定セラレタル場合ニハ國法ハ其外國法ニ法律タルノ效力ヲ付與シタルモノナリト言フヘク故ニ外國法ヲ不當ニ適用シタル場合ト雖モ我民事訴訟法第四三四條、第四三五條ニ於ケル上告ヲ許スヘキモノナリトス（Planck六二五頁參照）

加之若シ一方ニ於テ外國法ヲ適用セサルトキハ上告ヲ許シ一方ニテハ裁判所カ之ヲ適用シタリト判決文ニ言表ハス以上ハ外國法ノ內容ニ付キテ誤判百出スルモ大審院ハ之カ上告ヲ受理セスト論スルハ矛盾ノ甚シキモノニシテ上告ヲ許スコトノ目的ハ遂ニ達セラルルヲ得サルヘシ例ヘハ下級裁判所カ佛人ノ能力ヲ定ムルニ佛國法ヲ適用スト言ヒナカラ佛法ニ從ヒ二十一年ヲ成年トセスシテ他ノ國ノ制度タル二十五年ヲ以テ成年トシ以テ佛法ノ規定ニ從ヒタリト託言シタルニ對シ上告ヲ爲シタルニ其上告ハ之ヲ許サストセハ如何蓋シ佛法ヲ不當ニ適用シタルモノ換言スレハ即チ佛法ヲ適用セサルモノニシテ唯下級裁判所カ其判決ノ理由ニ於テ表面上佛法ヲ適用セリト宣言スル以上ハ其所謂佛法ノ內容ハ全ク佛法ノ規定ニ非スシテ絕對的ニ異ナリタル判事自己ノ空想シタル法律ヲ適用スルモ之ヲ矯正スルノ途ナシトセハ實際上ニ於テモ內外人ノ法律關係ニ付テハ第二審ヲ以テ終審トスルカ如キ異狀ヲ呈シ內外人ヲシテ不滿ノ感ヲ抱カシムルニ至ラス故ニ予輩ハ準據法タル外國法ヲ不當ニ適用シタルハ即チ準據法タル外國法ヲ適用セサルモノト論スルモノニシテ此場合ニハ上告ヲ許ササルヘカラスト信スルナリ

各論

第一編　能力及ヒ親族法ニ基ク法律關係ノ準據法

第一章　總說

第一節　本國法主義ノ理由及ヒ沿革

能力及ヒ親族關係ノ準據法ノ說明ニ先チ一言スヘキハ今日ト雖モ各國ノ法文ニ認メラレ又各國ノ學者間ニ唱導セラルル「身分、能力ハ本國法ニ從フ」トノ原則是ナリ此原則ハ「スタチユ」說ノ人ニ關スル法律即チ人事法（Statuta personalia）ハ到ル處其人ニ追隨ストノ原則ニ胚胎シタルモノニシテ身分トハ主トシテ親族關係ニ基ク人ノ法律上ノ地位即チ親、子、夫、妻、嫡出子、庶子等ノ地位ニシテ能力トハ行爲能力ヲ謂フ此身分、能力ニ關スル法律ハ所謂人事法（Ste pers）ト名ケラレタルモノトス而各人ノ身分、能力ナルモノハ常ニ一定不變ノ法律ニ依ラシムルノ必要アルコトハ從來學者ノ一致セシ所ナリ若シ各人ノ身分、能力ハ其到ル處ノ國ニ於テ法律ノ異

0356

ナルニ從ヒ變動スヘキモノトセハ其人ノ權利ハ不確定ニシテ變動シ易キモノトナルコトハ何人モ爭ハサル所トス例ヘハ同一ノ人ニシテ甲國ニ到レハ成年ニシテ乙國ニ到レハ未成年タリ丙國ニ到レハ親權ニ服スヘキモノ丁國ニ到レハ親權ニ服スルヲ要セサルモノトナルトキハ其行爲ハ一地方ニ於テハ有效ニシテ他ノ地方ニ於テハ無效ト爲レハナリ故ニ從來學者ハ法律ハ自國內ニ於ケル內外國人ノ總テヲ支配ストノ原則ヲ唱導シナカラモ人ノ身分、能力ニ關シテハ例外ヲ設ケ各人ノ地位ヲシテ確定不動ナラシムル社會上ノ必要ヨリ身分、能力ニ關スル各國ノ法律ニハ領土以外ニ及フ效力ヲ認メ之ヲ人事法ト名ケテ其法律ハ到ル處其人ヲ支配スルモノト論決スルニ至レリ(「フイオレ」四二節)而シテ物ニ關スル法律ハ之ヲ物件法(Statutarea'in)ト名ケ領土以外ニ及ハサル代リニ領土內ノ總テノ物ニ關スル事項ヲ支配スルモノトシタルナリ即チ Statuta personalia ハ領土外ニ及フ故ニ人ニ隨フモノナルニ反シテ Statuta realia ハ人ニ隨ハスシテ人ヲ俟ツモノタリ(然レトモ玆ニ序ナカラ注意スヘキハ Stat, pers 及ヒ Stat realia ヲ上ノ如ク人事法、物件法ト解スルハ其規定ノ目的ヨリ觀察シタルモノナレトモ更ニ Stat, pers 及ヒ Stat realia ヲ其效力ヨリ觀察シテ人ニ追隨スル法律ヲ Stat, pers ト云ヒ國內ノ一切ノ物及ヒ人ヲ支配スルモノヲ Stat, realia トモ用フルコトアリ此場合ニハ前者ヲ屬人法ト譯シ後者ヲ屬地法ト譯スヘキモノトス)以上ハ人ノ身分、能力ハ唯一ノ法律ヲ以テ常ニ一貫シテ支配スヘシトノ理由ヲ述ヘタルモノナレトモ然ラハ孰レノ土地ノ法律カ人ノ身分、能力ヲ支配スヘキヤト云フニ

「スタチユ」說以降從來ハ各人ノ住所地法ハ人ノ身分、能力ヲ支配ストノ說行ハレタリ蓋シ此時代ニ於テハ各地方每ニ慣習法ヲ異ニシ佛國ニテモ相互異ナリタル三百種ノ慣習法存在セリト云フ程ニシテ且取引ハ地方間ニ止マリ國際間ノ取引ハ未タ發達セサリシ故學者ハ當事者ノ本國法ヲ以テ身分、能力ノ準據法トスヘシト云フカ如キ說ヲ唱フルニ由ナキノミナラス此ノ如キ思想モ由テ起ルヘキ基礎材料ナカリシモノタリ但同シク住所地法ニ依ルトノ說ナリト雖モ其間ニ二派アリテ一ハ生來住所(Domicile le origine)地法ニ依ルヘシトシ他ハ現在住所(Domicile actuel)地法ニ依ルヘシト主張セリ生來住所地法ニ依ルヘシトノ說ハ各人ハ其出生地ノ氣候風土、傳說等各種ノ感化ヲ受クルモノニシテ其出生地ノ法律ハ其住民ニ適應シテ成リタルモノナレハ身分能力ニハ生來住所地ノ法律ヲ適用スヘシト云フニ基ケリ(此ト同一ノ理由ハ今日身分、能力ハ本國法ニ依ルトノ主義ヲシテ全勝ヲ得セシメタルコト後ニ述フル所ニ就テ知ラルヘシ)然レトモ此說ハ勢力少ク學者ノ大多數ハ現在住所地法ニ據ルヘシトノ主義ニ傾ケリ蓋シ生來住所ノ知リ難キニ比シテ現在住所ハ何人ニモ正確ニ知リ易キカ故ナリ而シテ此時代ニ於テハ當事者ノ本國ハ殆ト同一ナル者ノ間ニ慣習法ノ抵觸アリシ故ニ本國法ハ身分、能力ヲ定ムルニ適セス然ルニ本國法ヲ除キテハ各人ノ生活ノ本據タル現在住所ヲ除キテハ適當ノ標準ナカリシナリ而シテ又當事者ノ住所ノ移轉ハ必然其新ニ取得シタル住所ノ法律ニ從フコトト爲リテ住所ノ變更ハ常ニ其屬人法ノ變更ヲ伴ヒタルモノトス

0357

然ルニ歐洲大陸各國カ各地方ノ慣習ヲ全廢シテ統一的法典ヲ發布スルニ至リ佛民法始メテ其第三條ニ於テ「人ノ身分、能力ニ關スル法律ハ縱令外國ニ居住スル場合ト雖モ佛蘭西人ヲ支配ス」ト定メタルヨリ屬人法タルヘキモノハ住所地法ニ非スシテ本國法ナラサルヘカラストノ主義ヲ唱フル學者多ク生スルニ至リ此住所地法主義ト本國法主義トノ學者互ニ論難スルヲ見ルニ至レリ然レトモ爾後遂ニ本國法主義ハ日ヲ追ウテ其領地ヲ廣ムルニ至レリ蓋シ一國ノ人事法ハ其國ノ人民ノ特性ニ最モ適合シタルモノニシテ其國ノ人事法ハ其國體、人種、風土、宗教、慣習等其國ノ特性ハ勿論其他其國ニ固有ナル僻見スラモ基礎トシテ成ルモノナリ然ラハ此ノ如ク特定ノ狀態ニ於ケル人人ニ應シテ成リタル人事法ハ其人人ノ到ル處ニ附隨スルハ道理アリト謂ハサルヘカラス「ウエース」氏ノ如キハ私法ノ總テカ其國民ニ適合シテ成リタリト論スルモ私法中ニテモ特ニ人事ニ關スル法律ニ限リ最モ多ク其國民ノ性格ニ應シテ成リタルモノナルコトヨリ日本ニテ民法中總則、物權、債權ノ三編ハ獨、佛英等ノ理論ノ粹ヲ拔キ編セラレタリト云ハルルニ反シテ親族、相續ノ二編カ日本古來ノ風俗慣習ヲ主トシテ參酌シテ編成セラレ他ノ三編ト趣ヲ異ニスルヲ見ルモ明カナリトス要スルニ以上ノ如キ理由カ身分、能力ノ準據法トシテ本國法ヲ採ルコトヲ相當ナラシメタルモノトス即チ一國內ノ各地方每ニ慣習法ヲ異ニシタル時代ニ在リテ必要タリシ住所地法ノ勢力ハ地方慣習法ノ廢滅ニ歸シタル今日ハ最早存在理由ヲ缺クモノトス但原來住所地法主義ノ思想ハ統一的法典成リ取引ハ國際的ト爲リタル今日ニ於テハ其理由ニ於テ同一ナル本國法主義ヲ隱然辯護スルモノトス(「デバニエ」二二六節、「ローレン」一〇〇節等)故ニ本國法主義ハ一千八百六十六年ニ伊民法ニ採用セラレ又一千八百八十年「オクスフォルド」開會ノ國際法協會ニ於テモ人ノ身分及ヒ能力ハ其人カ國籍ヲ有スル國ノ法律ニ從フト決議セリ(但此會議ニハ住所地法主義ヲ取ル英米ノ學者ハ「ウエーストレーキ」ノ外ハ出席セサリキ)其後我法例、獨逸民法施行法モ人事法ニ關シテハ本國法主義ヲ採ルニ至レリ

次ニ本國法主義ト住所地法主義トノ互ニ論難スル點二三ヲ述ヘン

一　本國法主義論者ハ曰ク屬人法ハ確定不動ナルヲ尊シトス然ルニ住所ハ各人ノ利益若クハ好奇心ニ依リテスラモ容易ニ變更シ得ルカ故ニ國籍ノ確定不動ナルニ若カスト

住所地法主義論者答ヘテ曰ク國籍ト雖モ歸化其他ノ方法ニ依リ變更セサルニ非スト

二　前者曰ク國籍ノ如何ハ一般ニ之ヲ說明シ易キニ反シテ住所ハ屢〻居所ト混同シ易ク且或人ハ二以上ノ住所ヲ有スルニ非サルヤヲ疑ハシムト

後者曰ク國籍ト雖モ二以上ノ國籍ヲ有スルニ至ルコト無シトセスト

三　前者又曰ク本國法タル人事法ハ其國民ノ特性ニ適合シタル法律ニシテ住所地ニ行ハルル人事法ノ如ク偶然ニ支配ヲ强要セラルルモノニ非スト

後者曰ク然レトモ本國ノ人事法ハ凡テ皆此ノ如キ性質ヲ有スルモノニ非ス且國籍ヲ變更シタル者ノ新本國法ハ毫モ其特性ニ適合シタルモノト謂フヲ得サルヘシト

0358

此他住所地法主義ハ住所ハ各人ノ熟慮シタル意思ニ因リ定マルモノニシテ國籍ハ多クハ其國ニ出生スルトノ偶然ノ結果ニ過キサレハ住所地ノ法律ヲ適用スルハ即チ暗默ニ服從スルトノ意思アルニ基クモノナレハ偶然强制セラレテ服從スル所ノ本國法主義ニ優レリト論シ本國法主義論者ハ住所ト雖モ子若クハ妻ノ如キ者ハ自由意思ニ因リテ住所ヲ定ムルヲ得サルコトアルヲ免レスト駁論スルモノアリト雖モ要スルニ本國法主義ヲ以テ比較的非難少キモノトス是レ今日ニ於テ身分、能力ハ本國法ニ從フトノ原則ノ一般ニ認メラルルニ至リシ所以ナリ

以上要スルニ(1)身分、能力ニ關スル法律即チ人事法ハ到ル處唯一ノ法律ニテ支配スヘク各人每ニ確定不變ニシテ國境ヲ超ユル每ニ變動スルカ如キコトナキヲ必要トスル理由ト(2)其唯一ノ法律トハ今日ニ於テハ本國法ヲ以テ最モ適當シタルモノトスル理由ニ付キ說明セリ以上ノ理由アルカ爲メニ各國ニテ右原則ハ或ハ法典中ニ採用セラレ或ハ判例ニ依リ認メラレタルモノトス而シテ右原則ノ結果トシテ一國ノ法律ハ其國民ノ身分、能力ニ付テハ他國ノ領土內ニ於ケル自國臣民ヲ支配スル結果ヲ生スルモ是レ各國ハ凡テ領土主權ト臣民主權トヲ有スルカ故ニ人事法ニ關シテハ絕對的ニ其臣民主權ノ適用ヲ維持スルモノニシテ決シテ他國ノ領土主權ヲ侵害スルモノニ非サルナリ然レトモ此場合ニハ自國ノ領土內ニ於テモ他國ノ身分、能力ニ關スル法律ヲ他國ノ臣民ニ對シテ適用スルコトヲ認ムルヲ正義ニ適合シタル處置トス

以上ノ理由ニ依リ身分、能力ニ關シ即チ人事法上ノ關係ニ付テハ我法例ハ凡テ本國法主義ヲ採用セリ但身分、能力ノ身分ナル文字ニ付テハ茲ニ一言セサルヘカラサルモノアリ即チ舊時ニ於テハ人ノ權利義務ハ多クハ身分ニ伴ウス定マリタルモノナリ未成年者、後見人、夫、妻ハ身分ニシテ未成年者ノ權利、後見人ノ義務等ハ凡テ其身分ニ因リ定マルモノナリ故ニ身分、能力ト云フトキハ人事法上ノ關係ヲ凡テ包含セルモノトシテ身分、能力ハ本國法ニ從フト云フ原則ヲ置ケリ然レトモ精細ニ之ヲ分析スレハ此原則ノ用語ハ不十分タルヲ免レス即チ後見人ト未成年者トカ國籍ヲ異ニスルトキ其間ノ關係ヲ定ムルニ身分、能力ハ本國法ニ從フト云フモ一ノ法律關係ニ二ノ本國法ヲ適用スルヲ得ス然ラハ後見人ノ本國法ニ依ランカ未成年者ノ本國法ニ依ランカ二ノ付テハ更ニ一ノ原則ヲ置カサルヘカラス夫婦間、親子間等亦然リ故ニ斯ル場合ニ對シテハ右ノ身分、能力ハ本國法ニ從フトノ原則ノ外更ニ例ヘハ後見人ハ被後見人ノ本國法ニ依ル(法例二三條)婚姻ノ效力カ夫ノ本國法ニ依ル(法例一四條)ト云フカ如ク當事者雙方間ノ本國法中其一ヲ選ンテ適用ヲ命スル原則ノ必要ヲ生シ遂ニ總テノ幾多ノ身分ト稱スルモノノ中ニ付キ更ニ後見人ト被後見人ノ關係、夫ト妻ノ關係ト云フ如ク細別ヲ爲シ等シク本國法ヲ適用スルモ各關係ニ付キ各〻之ニ適合シタル特別準據法ヲ設クルノ必要ヲ見ルニ至レリ例ヘハ以上擧ケタル法文ノ外法例第一三條、第一五條、第一六條、第一七條、第一八條、第一九條、第二〇條、第二一條、第二二條、第二三條、第二四條皆然リ茲ニ於テ身分、能力ニ付キ概括シテ本國法ニ依ルト宣言スルノ規定ハ新ニ不必要ト爲リタル故ニ我法例ノ如キ身分、能力云云ノ文字ヲ用ヒサル代リニ親子、

0359

夫妻、後見人、被後見人等ノ間ノ關係ニ付キ準據法ヲ別ニ規定スルニ至リシモノナリトス社會上ノ關係復雜ト爲ルニ隨ヒ私法關係ノ準據法亦益〻細分スヘキハ自然ノ勢ナレハ上述ノ變遷ハ相當ナリ唯舊時ニ成リタル法典中我法例ノ如ク種種ノ人事關係ニ付キ特別ニ準據法ヲ定メサル法典ニ於テハ今尙ホ舊ノ如ク身分能力云云ト概括的ニ記載シ置クノ必要アルヘシト雖モ概括的ノ原則ハ前述ノ如ク缺點アルヲ免レサルナリ

第二節　國籍變更ノ場合ニ於ケル本國法ノ適用

能力又ハ親族關係ニ當事者ノ本國法ヲ適用スヘキ場合ニ於テ當事者ノ國籍ニ變更ヲ來スコトアリ此場合ニハ當事者ハ新ニ國籍ヲ取得スルヲ以テ其當事者ハ新本國法ニ依ルコトヲ通則トス故ニ例ヘハ其者ノ初ノ本國法ハ二十年（例ヘハ日本法律）ヲ以テ成年トシタルニ新本國法（例ヘハ佛國法）ニ依レハ二十一年ヲ以テ成年トスルトキハ年齡二十歲何ケ月ナル其人ハ初メ能力者ナリシモ新國籍ノ取得ト同時ニ又無能力者ト爲ル又之ト反對ニ初メハ無能力ナル者新國籍ノ取得ト同時ニ能力者ト爲ルコトアルヘシ或學者ハ能力者タル資格ハ既得權ナルカ故ニ初メ本國法ニ依リ能力者タリシ者ハ新國籍取得ト共ニ無能力者ト爲ルコトナシト論ス然レトモ是レ謬說ナリ能力ハ既得權ニ非ス故ニ一國內ニテモ初メ二十年ヲ成年ト定メタルニ新法カ二十一年又ハ二十二年ヲ成年ト改メ其能力ヲ失ハシムルコトヲ得ヘキモノナレハナリ但以上ノ所說ハ我邦ノ如ク法律ニ何等ノ明文ナキ場合ニ適用セラルヘキ法理ニシテ例ヘハ獨逸民法ノ如ク明文ヲ以テ之カ反對ヲ定メタル場合ハ勿論適用スヘキ限ニ在ラス

獨逸民法施行法第七條ニ曰ク「人ノ行爲能力ハ其人ノ屬スル國ノ法律ニ依リテ之ヲ定ム、成年ノ外國人若クハ成年タル法律上ノ地位ヲ有スル外國人カ帝國ノ國籍ヲ取得シタルトキハ假令獨逸ノ法律ニ依レハ成年ニ非サルトキ雖モ成年ノ地位ヲ保有ス」ト

然レトモ又國籍ノ變更ハ將來ニノミ其效力ヲ及ホスニ過キサルモノニシテ變更前ニ爲シタル行爲ニ何等ノ影響ヲ及ホスモノニ非ス故ニ前例ノ如ク二十歲ノ日本人カ二十一年ヲ成年トスル佛國ニ歸化スル以前ニ爲シタル契約ハ能力者ノ契約トシテ有效ニ存在スルモノトス

以上即チ當事者國籍ノ變更ト共ニ之ニ適用スヘキ本國法モ亦變更ストノ原則ハ通則ニ過キスシテ例外アルコトヲ注意スヘシ例ヘハ夫婦財產制ハ婚姻ヲ爲シタル當時ノ夫ノ本國法ニ依ルヲ以テ其夫ノ國籍ノ變更ニ伴ハサルカ如シ（法例一五條）此他ノ例外ハ各其法律關係ノ特性ヨリ生シタル止ムヲ得サル規定ニシテ詳シクハ各例外ノ場合ニ付キ更ニ說明スル所アルヘシ

第三節　重國籍者ニ對スル本國法ノ適用

各國國籍ニ關スル制度ノ一樣ナラサルヨリ重國籍者、無國籍者ヲ生スルコトハ第九章ニ於テ之ヲ述ヘタリ前者ノ場合即チ一人ニシテ二個以上ノ國籍ヲ有スル場合ニ本國法ヲ適用セントスル

トキハ同時ニ二國ノ法律ヲ適用スルヲ得サルカ故ニ之ニ適用スヘキ本國法ハ何レノ本國法ト爲スヘキヤノ問題アリ「ウエース」(三卷七三頁)ノ如キハ其人カ二國ノ內孰レカ住所ヲ有スル場合ニハ其住所ヲ有スル國ノ法律ヲ推定的本國法トシテ適用スヘク二國內孰レニモ住所ヲ有セス第三國ニ住所ヲ有スル場合ニハ法廷地法ノ規定ニ最モ近似シタル規定ヲ有スル國法ヲ適用スヘシト論シ「シルウイエ」「アルチウィ」二氏(同氏著一四三節)亦同一ノ決定ヲ與ヘタリ「マンチニー」氏及ヒ「アッセル」氏ハ(二六節)國籍重複ノ場合ニハ住所地法ヲ適用スヘシトシ「ローレン」氏ハ此場合ニハ專ラ法廷地法ニ近似セル法律ヲ本國法トシテ適用スヘシトセリ

我法例第二七條第一項ニ依レハ「當事者ノ本國法ニ依ルヘキ場合ニ於テ其當事者カ二個以上ノ國籍ヲ有スルトキハ最後ニ取得シタル國籍ニ依リテ其本國法ヲ定ム但其一カ日本ノ國籍ナルトキハ日本ノ法律ニ依ル」ト定ム即チ

イ　二ノ國籍共外國ナルトキハ最後ニ取得シタル國籍地法ヲ本國法トス

ロ　一ノ國籍ハ日本ニシテ他ノ國籍ハ外國ナルトキハ日本ノ法律ヲ以テ本國法トス

(ロ)ノ場合ハ日本ノ法律ニ依リテ日本國民タル資格ヲ有スルモノハ外國法ノ規定ニ依リ外國臣民タルモ日本ノ法律ノ規定ヲ重シト爲シ他國ノ法律ニ顧慮セス之ヲ日本國民トシテ日本法律ヲ本國法ト爲シタルモノナルヘク(イ)ノ場合ハ共ニ外國ナレハ孰レノ法律ニモ重キヲ措カス後ノ國籍ノ取得ニ因リ前ノ國籍ハ失ハレタルモノト看做シタルモノナルヘシ

(ロ)ノ場合ノ規定ハ一國的研究ヨリ見レハ誠ニ當然ナレトモ之ヲ理想上ヨリ見レハ自然ナラサル如ク感セラル然レトモ嘗テ述ヘタル如ク根本ニ於テ「何人モ二以上ノ國籍ヲ有セシムヘカラス」トノ理論ヲ各國ニテ認メ共通ノ國籍法ヲ制定セサル限リハ我法例ノ規定亦止ムヲ得サルモノナルヘシ

第四節　無國籍者ニ對スル本國法ノ適用

「凡テ人ハ國籍ヲ有セサルヘカラス」トノ理論上ノ原則モ第九章ニ述フルカ如ク今日ニ於テ嚴格ニ行ハルル能ハサレハ無國籍者ヲ生ス此者ニ對シテハ本國ナシ隨テ本國法ヲ適用スルヲ得ス然レトモ適用セスシテ止ムヘキニ非ス即チ如何ナル法律ヲ適用スヘキヤ「ウエース」氏ハ國籍ナキ場合ハ住所地法ヲ適用スヘシ何トナレハ住所地法ハ數世紀間(「スタチユ」說行ハレシ時代ヲ指ス)專ラ適用セラレ來リシモノニシテ本國法ニ次キテハ身分、能力ヲ定ムル基礎タルニ最モ適當ナレハナリト云ヒ「レーネ」氏モ(白國民法第二草案總則ヲ論シテ)住所ハ本國ヲ補フヲ要ス何トナレハ住所ハ法律的生活ノ中心ナレハナリト云ヘリ「アッセル」氏亦同シ國際法協會モ「人ノ本國ノ知ラレサルトキハ身分、能力ハ住所地法ニ依テ支配セラル」ト決議セリ(一八八〇年「オックスフオルト」開會)

住所地法ハ本國法ニ次キテ確定不動ノ法律ナリ而シテ無國籍者ノ地位ハ本國法主義ノ起ラサル

0361

以前ニ屬スル「スタチユ」說ノ時代ノ各人ト同樣ノ地位ニ立ツモノナリ仍テ住所地法ヲ適用スルハ相當ナリ

法例第二七條第二項ニ曰ク「國籍ヲ有セサル者ニ付テハ其住所地法ヲ以テ本國法ト看做ス其住所カ知レサルトキハ其居所地法ニ依ル」ト而シテ住所不明ノ場合ニ居所地法ニ依ルトノ理由ハ民法第二二條ト同一ノ精神ニ基クモノトス

第五節　地方ニ依リ法律ヲ異ニスル場合ニ對スル本國法ノ適用

一國內ニ數多ノ地方アリ地方每ニ法律ノ異ナル場合例ヘハ瑞西聯邦、北米合衆國新民法制定以前ノ獨逸ノ如キ國ノ人民ニ付キ本國法ヲ適用スヘキトキハ何レノ州又ハ郡ノ法律ヲ以テ本國法トスヘキヤ例ヘハ其當事者ハ米國人タルコト明カナルモ米國ノ孰レノ州ノ法律ヲ適用スヘキヤノ場合ノ如シ法例第二七條第三ハ此場合ニ付キ決定セリ曰ク「地方ニ依リ法律ヲ異ニスル國ノ人民ニ付テハ其者ノ屬スル地方ノ法律ニ依ル」ト故ニ其者カ紐克州ニ屬スレハ紐克州ノ法律ニ依リ「カリフォルニヤ」州ニ屬スレハ「カリフォルニヤ」州ノ法律ニ依ルカ如シ而シテ其者カ何レノ地方ニ屬スルヤハ其者自國ノ法律ニ依リテ定マルモノトス即チ其者ノ自國ノ法律カ其者ハ住所ヲ有スル地ノ法律ニ依ルト定ムルコトアルヘク又ハ其者ハ其民籍ヲ有スル州ノ法律ニ依ルト定ムルコトアルヘシ

此場合ニ對シテハ一千八百八十年ノ國際法協會ハ「一國內ニ多數ノ民法併存スル場合ニ於テハ其外國人ノ身分能力ハ其本國ノ國內法(Lex Patriae)ニ依リテ之ヲ決ス」トシテ之カ決定ヲ外國ノ國內法ニ一任シタリ又右決議ノ草案ハ「アルンツ」及ヒ「ウエーストレーキ」ノ手ニ成リテ「同一ノ國內ニ異ナリタル民法アルトキハ其者ノ生來住所地法ニ依ル」ト爲シタルモノナリ又「マンチニー」氏ハ此場合ニハ住所地法ニ依ルト爲サントセリ(同氏一八七四年國際法協會ニ對スル建議)此等ノ諸主義ニ比シ我法例ノ主義最モ適當ナルカ如シ此規定ハ反致法ニ類似スレトモ然ラス何トナレハ反致法ハ準據法ノ決定ヲ外國國際私法規定ニ讓ルモノナレトモ是レハ國際私法ノ規定ニ讓リタルニ非ス本國法ノ定ムル所ニ讓ルニ過キサレハナリ唯斯カル明文ナキモ同一ノ解釋ヲ得ヘシトノ非難ハ之アルヘシ

第二章　能力

茲ニ說明スルハ所謂行爲能力ニ關スル權利能力ハ總論第八章ニ於テ既ニ說明シタル所ニ屬ス能力ノ準據法ニ付テハ無能力ニ關スル法律ノ抵觸ヲ決定スルヲ主トス無能力ハ法律カ直接ニ定ムルモノアリ年齡ヨリ生スル無能力、婚姻ノ效力ヨリ生スル無能力ノ如シ(法律上ノ無能力)又法律ニ原因ヲ定メ裁判所ノ宣告ニ因リ生スルモノアリ禁治產又ハ單禁治產又ハ刑罰ノ結果ニ因ル

無能力ノ如シ（裁判上ノ無能力）

第一節　年齢ニ因ル無能力

第一　原則　法例第三條ニ曰ク「人ノ能力ハ其本國法ニ依リテ之ヲ定ム」（一項）ト蓋シ各國法制ノ異ナルニ從ヒ能力者タルヘキ年齢ニ差異アリ是ヲ以テ我邦ニ於テ能力者ト爲スヘキヤ否ヤニ付テハ其各自ノ本國法ノ定ムル所ニ依リテ之ヲ決定スヘキモノトス左ニ各國制度ノ一班ヲ擧クレハ

佛國（民四八八條）、伊國（民二四〇條）、露國（普通法一六〇條）、獨國（民二條）、葡國（民三一條）、墨國（民三八八條）其他「ルーマニー」、瑞典、那威、希臘「リクザンブール」、巴西、南米諸國ノ大部分、英國、北米合衆國等ニ於テハ滿二十一年ヲ以テ成年トシ瑞西ニ於テハ聯邦法第一條ニ成年ヲ滿二十一年トシ尙ホ二十一年未滿ト雖モ婚姻アリタルトキハ其時ヨリ成年トスト規定シ「アルジャンテン」ニテハ滿二十二年ヲ以テ成年トシ西班牙（民三二〇條）、和蘭（民三八五條）ニテハ滿二十三年トシ墺國（民二一條）ニテハ滿二十四年トシ伊太利ニテハ（一八七一年二〇號法律一條）同シク滿二十四年トシ但女子ハ何歲ト雖モ結婚シタルトキヨリ成年トナルト定メ又墺馬、智利等ニテハ羅馬法ノ成年即チ滿二十五年ヲ成年トセリ

能力ノ準據法ハ如何ナル國法ニ依ルヘキヤノ理由ハ前章ニ說明シタルカ如シ學說ニテハ主トシテ本國法主義、住所地法主義相爭ヒ又各國ノ制度ニ付テハ右二主義ヲ採用スル國ノ外尙ホ行爲地法主義、法廷地法主義ヲ採ル國アリ行爲地法主義ハ人ノ能力ハ法律行爲ヲ爲ス國ノ法律ニ依ルト定メ法廷地法主義ハ法廷地ノ法律ニ依ルト云フニ在リ而シテ本國法主義ヲ以テ優レリトスル理由ハ前章ニ之ヲ述ヘタルニ由リ贅セス而シテ能力ノミニ止マラス其結果タル無能力者ノ爲シタル行爲ノ效力モ亦同一ノ準據法ニ依テ定ムヘキモノナリ學者中人カ成年者未成年者ナルヤヲ定ムルハ本國法ニ依ルモ成年未成年ノ效力ハ行爲地法若クハ法廷地法ニ依ルトノ區別即チ能力ト其效果トノ間ニ區別ヲ設クルノ說ハ學者ノ專斷ニ過キス（アッセル、十九號）

第二　制限　以上能力ハ本國法ニ依ルトノ原則ハ（イ）日本人カ外國ニ在ル場合ト（ロ）外國人カ日本ニ在ル場合トヲ問ハス適用セラル然レトモ（ロ）ノ場合ニ付テハ以上ノ原則ニ例外アリ第三條二項是ナリ曰ク「外國人カ日本ニ於テ法律行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ其外國人カ本國法ニ依レハ無能力者タルヘキトキ雖モ日本ノ法律ニ依レハ能力者タルヘキトキハ前項ノ規定ニ拘ハラス之ヲ能力者ト看做ス」ト此制限ノ理由トスル處ハ內國ニ於ケル外國人間ノ取引ヲ保護シテ安全鞏固ナラシメンカ爲メナリト云フニ在リ即チ近世益〻內外人間ノ取引頻繁ト爲リ且敏速ヲ貴フコトトナルニ從ヒ我邦ニ於テ外國人ト取引スル者ハ果シテ其外國人ハ其本國法ニ從ヒ能力者タルヤ否ヲ一一調査スルノ暇ナシ即チ第一ニ國籍ヲ調査シ第二ニ其本國

0363

ノ法律ニテ何歳ヲ能力者トスルヤヲ調査スルノ暇ナキ故ニ苟モ其外國人カ日本ノ民法ニ從ヒ能力者タルヘキ場合ニ於テハ其本國法上無能力者ト雖モ其者カ日本領土内ニ於テ爲シタル法律行爲ニ效力ヲ認メ以テ取引ヲ保護スルヲ目的トスルモノニシテ獨逸民法施行法第七條第三項ノ規定ト全ク相同シク其他獨逸爲替法第八四條、瑞西債務法典第八二二條等ノ主義ニ則リタルモノトス

此ノ如ク以上ノ制限ハ内國ニ於ケル取引ノ保護即チ商取引又ハ財産權ニ付テノ法律行爲ノ成立ヲ保護スルヲ目的トシテ成リタル制限ナレハ外國ニ於ケル取引ニハ適用ナキコト勿論ナリ又親族、相續等ノ關係ニ基ク法律行爲ヲ爲スノ能力ニマテ此制限ヲ及ホスノ必要ナキ故ニ法例第三條ハ第三項ニ於テ「前項ノ規定ハ親族法又ハ相續法ノ規定ニ依ルヘキ法律行爲ニ付テハ之ヲ適用セス」トノ明文ヲ置キ以テ此等ノ場合ニハ通則ニ立戻ルモノトシタリ第三條第三項ハ此他「外國ニ在ル不動産ニ關スル法律行爲ニ付テ」モ第二項ノ制限ヲ及ホササル旨規定セリ法例修正案理由書ニ依レハ「外國ニ在ル不動産ニ關スル法律行爲ハ畢竟其不動産所在地ノ公力ヲ藉ルニ非サレハ其執行ヲ完ウスルヲ得サルノミナラス不動産ニ關スル權利ハ各國其ニ所在地法ニ從ハシムルヲ以テ原則トスルカ故ニ外國人ノ本國法ニ依レハ外國ニ在ル不動産ヲ處分スル能力ナキ場合ニ於テモ强テ其外國人ノ爲シタル法律行爲ヲ有效トスルハ啻ニ内國取引ノ安全ヲ保護スルニ足ラサルノミナラス實際上無效ノ行爲ヲ有效トシ却テ内國取引ノ危險ヲ增加スルノ結果ヲ免レサルニ至ルヘシ」ト云フニ在ルモ斯カル理由ハ外國ニ在ル動産ニ付テモ存スヘキ理由ナレハ特ニ外國ニ在ル不動産ニ限リタル理由トスルニ足ラスト云ハサルヘカラス故ニ此理由ヲ一貫セントセハ第三項ノ「不動産」ノ文字ノ上ニ「動産」ノ二字ヲ加フルノ必要アリ然レトモ予輩ハ强テ法文ノ變更ヲ試ミサルヘシ而シテ左ノ如ク云ハントス

曰ク外國ニ在ル不動産ニ關スル法律行爲ニ付テハ他ノ取引ノ如ク内國ニ於テ頻繁ニ行ハルルモノニ非ス且又敏速ヲ要スルモノニ非サルカ故ニ果シテ相手方カ本國法ニ依リ能力者ナルヤ否ヲ調査スル暇ナシト云フヲ得サルヲ以テ第二項ノ制限ノ必要ナシト爲シタルモノナリト

獨逸民法施行法第七條第三項ニハ同樣ノ法文中「不動産ニ關スル法律行爲」ト云ハスシテ「不動産ヲ處分スヘキ法律行爲」(……auf Rechtsgeschäfte, Iurch Ile über ein auslänIisches grundstück verfügt wird……) トアリ

佛國ニ於テハ能力ニ付キ外國人ノ本國法ヲ適用スルトキハ佛國人ノ利益ヲ害スル場合ニハ之ヲ適用セストシテ以上述ヘタル制限ト類似シタル制限ヲ設クル學說及ヒ判例アリ即チ其本國法ニ依レハ無能力ナレトモ佛國法ニ依レハ能力アル外國人カ佛國人ト取引シタル場合ニハ其無能力ヲ理由トシテ契約ヲ無效ヲ得ンカ爲メニ其本國法ヲ援用スルヲ得スト爲ス說是ナリ(「ヴレット」氏所說一八三四年一〇月一五日巴里控訴院判例) 又千八百六十一年一月十六日

0364

佛大審院判例ハ曰ク「原則トシテ人ハ其取引スル相手方ノ能力ヲ知ルヲ要スレトモ此原則ハ佛國ニ於テ取引スル外國人ニ對シテハ嚴正ニ之ヲ適用スルヲ得ス蓋シ佛人間ノ取引ニ付テハ民事上ノ能力ハ容易ニ調査スルヲ得ヘシト雖モ佛人ト外國人ト佛國ニ於テ取引スル場合ハ能力ノ調査ハ容易ナリト謂フヲ得ス此ノ後ノ場合ニ於テハ佛人ハ各國ノ法律殊ニ成年、未成年及ヒ其能力ノ程度ニ於テ外國人ノ爲シ得ヘキ行爲ノ範圍ニ關スル條項ヲ詳知スルノ責ニ任スヘキモノニ非ス然ラハ佛人カ輕忽又ハ不注意ナクシテ善意ヲ以テ爲シタルトキハ其取引ヲ有效ト爲スニ十分ナリトス」云云ト然レトモ多數ノ學者ハ斯ル制限ハ認ムヘキモノニ非ス唯外國人ノ能力ニ本國法ヲ適用スヘシトノ原則ハ單ニ外國人カ詐術ヲ以テ其無能力ヲ隱蔽シタル場合ニノミ（國際公安ノ場合ニハ本國法ヲ適用セサルコトハ論外）例外トシテ適用セラレサルノミト論ス蓋シ前記佛國判例ノ云フカ如キ制限ハ之ヲ辯疏スルノ理由ニ乏シキカ故ナリ（「デパニエ」二三二節「シルウィユ、アレチュイ」一五一節等）

以上ノ佛人ノ利益ヲ保護スルトノ主義ヲ我法例ノ規定ニ比スレハ我法例ハ敢テ日本人ノ利益ノミヲ保護スルモノニ非サルヲ以テ（即チ第三條二項ノ解釋上外國人相互ノ取引ニ付テモ日本ノ法律ニ依リテ能力者ナルトキハ之ヲ能力者ト看做ストノ規定ニ支配セラルルカ故ナリ）佛人利益保護主義ノ制度ノ固陋ナルニ比シテ頗ル一層公平ナルモノト謂フコトヲ得ヘシ然レトモ我法例ノ主義ト雖モ非難ナキニ非ス「アッセル」氏曰ク「各國ノ成法ニテハ或ハ取引ヲシテ有效ナラシメンカ爲メ（我法例ハ然ラン）或ハ外國人ニ對シ內國人ヲ保護スルカ爲メ（佛ノ判例ハ然ラン）人ノ能力ハ本國法ニ依ルトノ原則ニ例外ヲ規定セリ此等ノ例外ハ一定ノ場合ニ於テ契約ヲ有效ナラシムルニ最モ利益アル法律ニ依ルヘシトセリ普魯西普通法典、埃國法典、獨逸爲替法、瑞西債務法典ノ如シ而シテ「サビニー」氏ハ屬人法ノ原則ニ對スル此例外ヲ是認セリ然レトモ予輩ノ感ハ之ニ異ナレリ何トナレハ能力ナルモノハ行爲地ニ如何ニ拘ハラス常ニ同一ナル法律ノ支配ヲ受ケ一定不變ナルヲ要スルモノナレハナリ論者ハ此例外ヲ以テ外國人ト結約スル內國人ノ利益ヲ保護スルカ爲メナリト云フモ是レ裏面ヨリ之ヲ見レハ外國人ノ權利ヲ否認シ外國人ノ利益ヲ害スルモノニ外ナラス予輩ハ將來ニ於テハ國際間ノ規定ヲ內外人平等ニ基カシメ上述ノ如キ例外的規定ヲ除却セサルヘカラスト信ス」ト

予輩カ以上「アッセル」氏ノ所論ヲ擧ケタルハ我法例第三條第二項ノ規定カ未タ必スシモ全ク學者ノ批難ナキニ非サルコトノ一班ヲ示サンカ爲メナリ

第二節　禁治產及ヒ準禁治產ヨリ生スル無能力

本節ニハ民法上ノ禁治產及ヒ準禁治產ニ付キ說明ス而シテ禁治產及ヒ準禁治產ニ付テハ其宣告ノ原因及ヒ其宣告ノ效力ニ付キ各國法制同シカラス仍テ之カ準據法ヲ定ムル必要アルコト成年未成年ノ問題ニ讓ラサルコトハ玆ニ說明スルノ必要ナカルヘシ

0365

學說ニ於テ「人ノ身分、能力ハ本國法ニ從フ」トノ原則ニハ禁治產及メ準禁治產（以下單ニ禁治產ト略言スレトモ準禁治產モ同一ノ法理ナリト知ルヘシ）ヨリ生スル無能力ヲモ包含セシム而シテ佛國ノ如ク國際私法的規定ノ明文少キ國ニ於テハ解釋上是ニ類スル明文即チ「人ノ身分及ヒ能力ニ關スル法律ハ外國ニ居住スル場合ト雖モ佛國人ヲ支配ス」（佛民三條）ト云フ法文アルノミニシテ特ニ禁治產ノ場合ニ對スル法文ナシ然ルニ禁治產ニ因ル無能力ハ其實年齡ヨリ生スル無能力ノ如ク法律ノ規定ヨリ直接ニ生スルモノニ非スシテ一定ノ原因アル場合ニ於テ裁判上ノ宣告ヨリ生スル無能力ナリ而シテ上述ノ原則及ヒ法文ハ人ノ身分、能力ハ本國法ニ依ルト云フモ本國ノ裁判宣告ニ依ルト云ハサルカ故ニ嚴格ナル形式的論理ヲ推セハ右ノ原則及ヒ法文ニハ禁治產ノ場合ヲ包含セスト謂ハサルヘカラス然レトモ右原則ノ精神ヨリ云ヘハ禁治產ヨリ生スル無能力モ勿論本國ノ制度ニ依ルヘキモノナルコトハ前章總說中ニ述ヘタルカ如キヲ以テ之カ解釋ヲ爲ス者ハ禁治產宣告ハ能力ノ構成要件ナレハ人ノ能力ハ本國法ニ從フトノ明文中ニ間接ニ包含セラルルモノナリト唱ヘテ滿足セリ然レトモ我邦ノ如ク新ニ國際私法的規定ヲ立法スル場合ニハ充分ナル明文ヲ置カサルヘカラサルヲ以テ人ノ能力ハ本國法ニ依ルトノ原則以外ニ更ニ禁治產ヨリ生スル無能力ノ場合ヲ明文ヲ以テ定メタルナリ法例第四條第一項ニ於テ「禁治產ノ原因ハ禁治產者ノ本國法ニ依リ其宣告ノ效力ハ宣告ヲ爲シタル國ノ法律ニ依ル」ト曰フモノ是ナリ此ノ如クニシテ「人ノ能力ハ本國法ニ依ル」トノ明文ヲ範圍以外ニ擴張シテ「本國ノ裁判宣告ニ因リ生スル能力」ヲモ强テ包含セシムルカ如キ解釋ヲ必要トセサルニ至ラシメタルナリ」

但我法文ニ禁治產ノ原因及ヒ宣告ノ效力共ニ禁治產者ノ本國法ニ依ルト曰ハスシテ上ノ如ク宣言シタル所以ハ次ニ說明スルカ如シ

即チ禁治產ヨリ生スル無能力ハ年齡ヨリ生スル無能力ノ如ク各人ヲ通シテ終生變セサルモノニ非ス故ニ初メ本國ニ在ルトキハ禁治產ノ原因ナキモノ在留國ニ來リテ始メテ心神喪失ノ如キ禁治產原因ヲ發スルナキヲ保セス此ノ如キ者ニ對シテ尙ホ萬里ヲ隔ツル本國裁判所ニ對シ禁治產ノ宣告ヲ求ムルノ申立ヲ爲サシムルトセハ甚タ煩勞ナルノミナラス本國裁判所モ遠隔ナルカ故ニ之カ審理ヲ十分ニ爲ス能ハサルノ恐アリ然ルニ又一方ニ於テハ在留國ヨリ見レハ一日モ速ニ此等無能力ノ原因アル者ヲ保護シ之ト同時ニ其國家ノ一般公安ヲ保持セサルヘカラス故ニ在留國ニ於テモ本國ニ拘ハラス之ニ對シテ禁治產ノ宣告ヲ爲スヲ得サルヘカラス然レトモ元ト是レ人ノ身分、能力事項ニ屬スルカ故ニ斯ル場合ニモ禁治產宣告ノ原因ハ本國法ヲ標準トスヘキモノナラサルヘカラス（前節總說參照）唯宣告ノ效力ニ付テハ其在留國カ禁治產ヲ宣告シタル以上ハ宣告ノ效力ニ付テモ宣告地ノ法律ヲ適用スルヲ相當トスヘキモノトス何トナレハ若シ宣告ノ效力ニ付テモ本國法ニ依ルトセハ一國ノ裁判宣告ノ效力カ其自國民ナルト外國人ナルトニ依リ二途ノ異ナリタル效力ヲ生スルコトト爲リ內國ニ於テ其取引ノ安全ニ害アレハナリ

要スルニ法例第四條ノ法文ハ次ノ二場合ヲ豫見ス

0366

イ　當事者ノ本國裁判所カ禁治產ヲ宣告シタル場合ニハ禁治產ノ效力ハ本國法ニ從フ

ロ　當事者ノ居住スル國ノ裁判所カ禁治產ヲ宣告スル場合ニハ原因ハ本國法ニ從ヒ效力ハ宣告地ノ法律ニ從フ

而シテ（イ）ノ場合ニハ單ニ身分、能力ハ本國法ニ從フトノ精神ヲ敷衍シタルニ過キサレトモ（ロ）ノ場合ハ之ヲ分析スレハ第一ニ在留國ノ裁判所ニ禁治產宣告ノ管轄權アルコトヲ定メ（一國カ外國人ニ對シ禁治產宣告ノ管轄權アルヤ否ヤノ問題ハ學者間ニ積極、消極二說アリ但此問題ハ一國ノ裁判所ハ外國人ノ身分ニ關スル爭訟ヲ判斷スル管轄ヲ有スルヤ否ヤトノ國際民事訴訟法ニ於ケル一般問題ニ包含セラルヽ禁治產ニ付テハ學者ノ多數ハ例外トシテ管轄アリトスルモノノ如シ一般ノ問題ハ後ニ機會アレハ之ヲ述フヘシ）第二ニ其裁判所カ宣告スルニ必要ナル要件（宣告ノ原因）ヲ定メ第三ニ其宣告ノ效力ヲ定メタルモノト謂フヲ得

而シテ右（ロ）ノ第二ニ於ケル要件ハ同條第二項ニ於テ更ニ制限セラレタリ曰ク「日本ニ住所又ハ居所ヲ有スル外國人ニ付キ其本國法ニ依リ禁治產ノ原因アルトキハ裁判所ハ其者ニ對シテ禁治產ノ宣告ヲ爲スコトヲ得但日本ノ法律カ其原因ヲ認メサルトキハ此限ニ在ラス」ト即チ此規定ニ依リ外國人ノ居住國タル日本ニ於テ宣告セラルヘキ禁治產ノ原因ハ當ニ本國法ニ定メタル原因タルヲ要スルノミナラス日本ノ法律ニ於テモ亦禁治產ノ原因トシテ認ムルモノタルヲ要ス蓋シ外國人ノ居住國タル我國ニ於テ禁治產ヲ宣告スル必要ハ前說明ノ如ク單ニ其外國人ヲ保護スルノ目的ノミヲ有スルニ止マラスシテ我一般公安ヲ保持スル目的ヲモ有スルモノナレハ外國人ノ利益ニ適シタル本國法ヲ適用スルノ外我公安ニ適シタル我國法即チ法廷地法ノ適用ヲ命シタルモノトス而シテ第三國カ當事者タル外國人ノ居住國タル場合ニ於テ其第三國ノ宣告シタル禁治產ニ付テハ法例第四條ノ豫見シタル處ニ非スト解スヘキモノナリ故ニ此場合ニ於ケル宣告ハ全ク我國ニ於テ效力ヲ有セスト云フヲ可トス（通則トシテ外國ノ裁判ハ一ノ事實ニ過キサレハナリ

尙ホ顧ミテ（イ）ノ場合ニ付キ本國裁判所カ禁治產ヲ宣告シタル場合ニ付キ二三ノ注意スヘキ點アリ即チ第一ハ我法例ニ依レハ本國ニテ禁治產ヲ宣告セラレタル外國人カ我國ニ渡來スルトキハ法例第四條第一項ニ依リ當然禁治產者タル無能力者ニシテ本國法ニ定ムル禁治產宣告ノ效力ニ服スルモノトス此點ニ付テハ歐洲大陸ノ學說モ略ホ一致スルカ如シト雖モ英、米ノ裁判例ニ於テハ之ニ反シテ原則トシテ無能力者ノ身體及ヒ財產ノ管理ノ點ニ付キ外國ニテ宣告セラレタル禁治產ノ裁判ニハ一切其效力ヲ認メス是レ或ハ外國ノ裁判ハ自國ノ法律上何等ノ效力ナシトスルカ故ナランカ（悉シクハ「フィリモーア」五六三節、五六四節、「ストーリー」四九九節、「ホアートン」二六一節、「フィールド」六三四號、八八九號等ヲ見ルヘシ）然レトモ我國ニ於テハ此ノ如キ解釋ハ成立セス法例第四條アルカ故ナリ

第二ニ注意スヘキハ佛國ノ或說ニ依レハ心神喪失又ハ浪費ノ原因ニ因リ禁治產等ヲ宣告セラレ

0367

タル外國人ハ若シ其裁判宣告アリタルコトカ佛國ニ於テ公示セラレ（我非訟五三條、六二條參看）又ハ少クトモ其禁治產者ト取引シタル佛人カ其裁判宣告アリタルコトヲ知リタルニ非サレハ佛國ニ於テ其禁治產ニ因ル無能力ヲ對抗スルヲ得ストノ論アリ千八百八十五年三月十七日佛國「セーヌ」裁判所ハ本國ノ裁判宣告ニ因リ裁判上ノ輔佐ヲ附セラレタル普魯西人カ其振出シタル約束手形ノ債務ヲ免レントシテ無能力ヲ對抗センカ爲メニハ其普魯西ノ裁判宣告カ佛國ニ於テ公示セラレタルコトヲ立證スルヲ要ストシテ曰ク「此普國ノ裁判宣告（禁治產ノ）ハ正當ニ其普國人ヲ契約能力アリト認メ其者ノ外見上ノ狀態ニ信ヲ措キテ普意ニ取引ヲ爲シタル第三者ニ對抗スルヲ得ス」云云ト判決シタルカ如シ而シテ公示ノ處置ハ國際公安ノ命スル所ナリトマテ極論セリ此說ヲ推ストキハ前節ニ述ヘタル法例第三條第二項ト立法理由ト相近似スルニ至ルヘシ否寧ロ第三條第二項ノ理由ヨリ重大ナル價値アルヘシ何トナレハ彼ハ年齡ニ關スル知リ易キモノナレトモ是ハ裁判宣告ノ結果ニシテ自國ニ於テ宣告シタル禁治產ハ之ヲ公告スルモノナルニ（前出非訟事件手續法條文ヲ見ヨ）外國ニテ宣告シタル禁治產ハ我國內ニハ之ヲ公示セサル故ニ我國ニ在ル者カ相手方タル外國人ノ禁治產者ナルヤ否ヲ知ラサルハ一層理由アルヘキコトナレハナリ（故ニ國際法協會ハ外國禁治產宣告ノ效力ノ承認ヲ自國ニ於テノミ禁治產公示方法ト同一ノ條件ニ繫ラシムルコトヲ認メタリ後ニ述フヘシ）然ルニ法例第三條第二項ハ其明文ヨリ年齡ニ因ル無能力ノミニ適用ヲ限ラレタル如ケレハ我法例ハ禁治產ニ付ハ法例第三條第二項ノ如キ規定ヲ置カスト云フコトヲ得ルカ故ニ輕重宜シキヲ失シタリトノ非難ナキヲ保セス然レトモ前述シタル佛國ノ學說ノ如キハ法例第三條第二項ニ付キ述ヘタル「アッセル」氏ノ批難ト同シク一般ノ學者ノ批難スル所ニシテ（「ウエース」三三七二頁「シュルウィユ」立法判例批評雜誌一八九四年二五九頁等）殊ニ佛國ノ他ノ裁判例ニテモ之ニ反對スルモノ多シ千八百九十三年三月二十八日「セーヌ」裁判所判例ニ曰ク「人ノ身分、能力ニ關スル法律ハ其人カ如何ナル場所ニ在ルモ縱令其本國以外ニ在ルモ其人ヲ支配ストノ原則ハ佛國ニ住スル外國人ニ對シ佛國ニ於テ適用セラルルモノトス而シテ人ノ身分、能力ニ關スル法律ト云フコトハ又人ノ能力ニ變更ヲ及ホスヘシ合法適正ナル裁判殊ニ其目的ト爲リタル人ニ對シテ禁治產ヲ宣告シ若クハ輔佐ヲ付スル裁判ヲモ意味スルモノタリ而シテ其本國ニ於テ輔佐ヲ附セラレ又ハ治產ヲ禁セラレテ能力ヲ制限セラレタル外國人カ佛國ニ在留シ其外國裁判ニ依リテ制限セラレタル能力ヲ以テ訴ヲ爲スコトアルヘシ斯ル場合ニ他人ハ其能力ヲ變更シタル裁判カ佛國ニ於テ公示セラレサルヲ理由トシテ其裁判ヲ知ラサルヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ得サルコト恰モ外國法律カ佛國ニ於テ公布セラレサルコトヲ理由トシテ之ヲ知ラサルコトヲ以テ對抗スルヲ得サルニ異ナラス仍テ上述ノ如キ裁判宣告ハ何等特別ノ公示方法ナキモ佛國ニ於テ效力ヲ生スヘキモノナルコト明確ナリ云云ト

終ニ我法例ト必スシモ相一致セサル千八百九十五年「ケンブリッヂ」開會國際法協會決議ノ要

0368

點ヲ左ニ掲ケン曰ク

第一條　成年者ノ禁治産ハ其本國法ニ依リ支配セラル

第二條　原則トシテ禁治産ハ治産ヲ禁セラルヘキ人ノ本國ノ管轄官廳ニ依テノミ宣告セラルヘキモノトス

然レトモ其者居住ノ國ノ官廳ハ其者ノ身體若クハ財産ニ關シ總テノ保全處分若クハ假處分ヲ命スルコトヲ得

第三條　本國ノ管轄官廳カ宣告シタル禁治産ハ執行判決ヲ要セスシテ總テノ他國ニ於テ效力ヲ生スルモノトス

但他國ノ官廳ハ其宣告ノ第三者ニ對スル效力ヲ國法カ自國民ノ禁治産ニ對シテ命スル公示方法ニ類スル公示方法ヲ爲スノ條件ニ繫ラシムルコトヲ得

第四條　外國人ノ本國官廳カ原因ノ如何ヲ問ハス禁治産ノ申請ニ付キ裁判スル能ハサル總テノ場合ニ於テハ其外國人居住國ノ官廳ハ第二條ノ例外トシテ禁治産ヲ宣告スルコトヲ得

此場合ヲ除クノ外ハ居住國官廳ハ職權ヲ以テ管轄權ナシト宣言スルコトヲ要ス

第五條、第六條　（在留國官廳ヨリ本國ノ領事ニ通知スル件略ス）

第七條　外國官廳カ禁治産ノ申請ニ付キ裁判管轄權ヲ有スルトキハ其事件ノ審理ノ爲メニハ其自國人ニ對スルト同一ノ訴訟手續ニ從フ

禁治産ノ申請ハ本國法若クハ居住國法ニ依リテ之ヲ爲スノ權利アル人若クハ官廳ヨリ之ヲ爲スコトヲ得

外國官廳ハ當事者ノ本國法ニ依リ認メラレタル原因ニ因ルニ非サレハ禁治産ヲ宣告スルコトヲ得ス而シテ其禁治産ハ其本國法ニ定メタル效力ヲ生ス

禁治産者ノ身體及ヒ財産ノ管理ハ自國法ニ從ヒテ外國官廳之ヲ組織ス

第五項　（禁治産者ノ監督人ノ件略ス）

第八條　（管理セラルヘキ財産ノ件略ス）

又獨逸民法施行法ハ禁治産ニ付キ左ノ規定ヲ設ケタリ曰ク

第八條　外國人ハ獨逸ニ於テ其住所ヲ有シ又ハ住所ナキモ居所ヲ有スルトキハ獨逸ノ法律ニ從ヒ獨逸ニ於テ治産ヲ禁セラルルコトヲ得

準禁治産ニ關シテハ法例第五條ニ前條ノ規定ハ準禁治産ニ之ヲ準用ストアリテ理論及ヒ適用モ前説明ニ付キ之ヲ推知スルヲ得ヘキニ由リ更ニ贅セス

第三節　刑事上ノ宣告ヨリ生スル無能力

禁治産ハ刑事上ノ判決ヨリ生スルコトアリ例ヘハ我舊刑法ニ依レハ重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ別ニ宣告ヲ用ヒス其主刑ノ終ルマテ自ラ財産ヲ治ムルコトヲ禁ス（舊刑三五條）ルカ如シ此

0369

種ノ刑法的規定ハ數多ノ國ニ存シ其規定同一ナラス此種ノ禁治產ニ付テハ一國ニテ宣告シタル禁治產ヨリ生スル無能力ヲハ他國ニ於テ認メラルヘキヤ否ヤノ問題ヲ生ス

予輩ノ考フル所ニ依レハ外國裁判所ノ裁判ハ殊ニ刑事判決ハ通則トシテハ他國ハ其國內ニ於テ之カ執行ヲ認容セスト云フヲ至當トス何トナレハ外國判決ハ一ノ事實ニ過キサレハナリ隨テ各國ハ此判決ヨリ生スル無能力ニ付テモ其效力ヲ認ムヘキニ非ス(「フェリクス」二二六〇四節)唯其國ノ法規ノ明示又ハ默示ニ因リ其效力ヲ認メラレタル場合ニ效力アルニ過キス例ヘハ我法例第四條ニ禁治產ノ效力ハ宣告ヲ爲シタル國ノ法律ニ依ルト云フカ如シ而シテ法例第四條ハ刑事上ノ禁治產ヲ包含スルヤ否ト云フニ其明文ニ於テ禁治產ノ原因ハ云云ト廣ク記載シ民事上ノ禁治產トヲ區別セサルカ故ニ刑事上ノ禁治產モ包含スルカ如ク見エ又學說ニ於テモ少クトモ「當事者ノ本國裁判所ノ刑事上ノ宣告ニ因ル無能力ハ到ル處效力ヲ有ス」トノ說アリ「ウェース」曰ク佛國人ヲ處罰スル佛國法律ハ其佛國人ノ上ニ效力ヲ及ホス而シテ是レ佛國ニ現在スル總テノ人ニ對シテ警察的法規トシテ效力ヲ及ホスニ非スシテ佛國人タル國籍アルカ故ニ效力ヲ及ホスモノトス即チ此法律ハ屬人法ナリ而シテ之ヲ解釋スル任アル佛國裁判所カ佛人ノ能力ニ加ヘタル制限ハ民事上ノ無能力ヲ定ムル法律ト同シク佛國以外ニ於テモ佛人ニ追隨セサルヘカラス云云(三三八一頁)「ドマンジャー」曰ク屬人法ハ人ノ身分、能力ヲ支配スルコトヲ認ムル以上ハ如何ナル原因ニ因リ身分、能力カ定マリタルヤヲ區別スルノ要ナシ云云(「フェリークス」國際

雜錄

○大審院判例要旨

○責問權ノ拋棄　證言拒絕ノ當否ニ付當事者ヲ審訊シタル後之レカ裁判ヲ爲スヘキコトハ上告人ノ云フ如ク民事訴訟法第三百一條ニ規定スル所ナルヲ以テ證人野崎儀平ノ爲シタル證言拒絕ノ當否ニ付テモ原院カ當事者ヲ審訊シタルモノト推定セサルヲ得ス假ニ原院カ當事者ヲ審訊セサリシトスルモ當時上告人ハ何等ノ異議ヲ述ヘス即チ責問權ヲ拋棄シタルモノナレハ今更之ヲ以テ上告ノ理由ト爲スヲ得ス(明治四十年(オ)第四七七號明治四十一年二月十五日第一民事部判決)

○應訴ニ關スル保佐人ノ同意　準禁治產者タル上告人カ第二審ニ於テ爲シタル訴訟行爲ニ付テハ其保佐人石川ミチノ同意ヲ得タル形跡ナク同保佐人ハ明治四十年十一月二十九日本件カ當審ニ繫屬シタル後右行爲ヲ取消シタル旨ノ書面ヲ提出シタレトモ上告人ニ對シテハ第一審ニ於テ明治四十年五月二十八日應訴ノ際其保佐人ヨリ同意ヲ爲シタル旨ノ書面提出シアルモノニシテ其同意カ特ニ第一審ニ於テ答辯ヲ爲ス可キ訴訟行爲ニ限定シアルニ於テハ控訴審ニ於ケル訴訟行爲ニ付テハ更ニ保佐人ノ同意ヲ得ルコトヲ要スルハ勿論ナリト雖モ否ラスシテ訴訟行爲ヲ爲スコトノ同意ノ意義廣キトキハ其事件終局ニ至ル迄ノ同意ト見ル可キモノトス

換言スレハ保佐人ノ同意ヲ得タル者カ被告ナルトキハ廣ク應訴ニ付キ同意ヲ得タルモノトス而シテ第一審廷ニ提出セラレタル上告人ノ保佐人ノ同意書ニハ「前略辯護士行森龍太ニ委任シ本件答辯訴訟一切ヲ爲サシムルコト右同意候也」トアリテ其意義廣ク特ニ第一審ノ答辯ニ限定セラレタルニ非サルカ故ニ此中ニ控訴審ニ於ケル訴訟行爲ノ同意ヲモ包含スルモノトス（明治四十年（オ）第四二二號　明治四十一年二月二十六日第二民事部判決）

○町村長ノ權限　町村稅ハ町村內ニ家屋ヲ有スル者ニ其家屋ニ對シテ賦課スルコトアルヲ以テ町村ハ町村內ノ家屋及ヒ其所有者ヲ登錄シタル薄冊ヲ設備シ町村長ハ其職務上之ヲ保管スルカ故ニ町村長カ町村內ノ家屋ノ所有者ヲ證明スルコトハ其權限內ニ屬シ其證明書ノ證據力ハ一私人ノ證明書ト同一ニ論スルヲ得ス（明治四十一年（オ）第三七號　明治四十一年二月二十七日第一民事部判決）

梅法學博士主筆

法學志林

第十卷　第三號　三月二十日發行

毎月一回廿日發行
定價一冊金拾貳錢
郵稅金壹錢
十冊前金郵稅共
金壹圓貳拾錢

（第百三號）

◎志林
代位ノ性質
永久無限ナル地上權ノ設定
法人ノ刑事責任ト其代表者ノ刑事責任
最近判例批評
法學博士　岡松參太郎
法學博士　横田秀雄
法學士　牧野英一
法學博士　梅謙次郎

◎法學志林
民法三題（梅法學博士、岡松法學博士、横田法學博士）
商法三題（和仁法學博士、加藤法學博士）
刑法二題（牧野法學博士、泉二法學博士）
民訴二題（板倉法學士）
行政一題（島村法學士）

◎散疑錄
獨逸國ノ司法官採用試驗　法學士　吾孫子勝

◎判例錄
大審院判決例　二十五件

◎雜報
○補闕選擧ニ關スル一問題○未成年者飲酒禁止法案○商科大學設置ノ建議○徵兵事務條例中改正ノ請願○齋藤中佐ノ間島談○新法學博士○法官送迎會○在監囚徒及刑事被告人○韓國司法官及法典調査局職員

◎記事
○校友會滿洲支部幹事總會○校友會滿洲支部役員○討論會○民法擔任講師ノ交替○鈴木講師ノ歸朝○校友東君ノ渡米○法政大學校友茶話會○十日會○十日會遠足會○校友異動○寄贈書目○校友住所異動

發行所　東京市麴町區富士見町六丁目十六番地　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證書ヲ請求スルコトヲ得但手數料金貳拾錢ヲ納ムヘシ

一　校外生月謝ハ左ノ如シ

一个月分	各學年　金四拾錢	全學年	金壹圓
六个月分	各學年　金貳圓三拾錢	全學年	金五圓五拾錢
一个年分	各學年　金四圓五拾錢	全學年	金拾壹圓

一　月謝ヲ納付シタルトキハ講義錄ヲ郵送スルヲ以テ別ニ領收證ヲ交付セス若シ相當ノ日時ヲ過キテ講義錄ノ到達セサルトキハ其旨本大學ニ通知スヘシ

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　質疑中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

◎注意

振替貯金ヲ以テ月謝ヲ納付セラルルトキハ其都度振替貯金規則ニ依ル登記料金二錢ヲ要スルノ外失費ナク安全ニシテ便利ナリ

振替貯金口座『三二九四番』

明治四十一年三月三十日印刷
明治四十一年三月三十一日發行
（定價金五十錢）

東京市牛込區牛込北町十番地
編輯兼發行者　荻原敬之

東京市四谷區四谷左門町五十八番地
印刷者　重利俊夫

東京市赤坂區新町五丁目四十二番地
印刷所　金子活版所

發行所
私立　法政大學
東京市麹町區富士見町六丁目十六番地
（電話番町一七四番）

0372