

和仏法律学校講義録

松岡, 義正 / 掛下, 重次郎 / 内田, 嘉吉

(出版者 / Publisher)

和仏法律学校

(巻 / Volume)

3-22

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

55

(発行年 / Year)

1902-09-30

（明治三十四年十一月十四日第三種郵便物認可 毎月二回
明治三十五年九月三十日發行）

三十五年度 第三學年

和佛法律學校講義錄

和佛法律學校發行

第貳拾貳號

0 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 1 2 3 4 5 6 7 8 9 20 1 2 3

第三學年第二十二號目次

民法相續(自三三〇至三四〇) 法律學士 掛下重次 耶

商法海商(自九七五至九九〇) 法學士 内田嘉吉

破産法(自九三三至九三三) 法學士 松岡義正

民事訴訟法自第六編(自一〇三)至第八編(至一三四) 法學士 松岡義正

雜報 ○破産宣告ノ地域上ノ效力

ト否トニ關セス又遺言者ノ死亡カ何時ナリシヤヲ知ルコトヲ要セス當然遺言者死亡ノ時ヨリ遺言ヲ受クル者ノ爲メニ效力ヲ生スルモノトス
遺言カ遺言者死亡ノ時ニ效力ヲ生スルコトハ届出又ハ裁判ヲ要スル場合ニ於テモ變ルコトナシ例ヘハ遺言者カ遺言ヲ以テ養子ヲ爲シタル場合(第八四八條)ノ如キ元來養子縁組ナルモノハ縁組當事者ヨリ戸籍吏ニ届出ツルニ因リテ其效力ヲ生スルモノナルモ遺言ニ於ケル養子縁組ハ養子タルヘキ者カ承諾ヲ爲シ而シテ後届出ヲ爲スト雖モ其效力ハ常ニ遺言者死亡ノ時ニ遡リテ生シ其當時養子縁組成立セルモノト爲ルナリ又遺言ヲ以テ相續人ヲ廢除スル場合(第九七六條)ノ如キ廢除ノ裁判ヲ受クルニ非サレハ廢除ノ效力ヲ生セサルモノナルモ既ニ裁判ヲ以テ廢除セラレタルトキハ之カ效力ハ遺言者死亡ノ時ニ遡リテ廢除セラレタル相續人ハ被相續人死亡ノ時相續權ナカリシ者ト爲ルナリ相續人廢除ノ取消ニ關スル遺言(第九七七條)ノ如キモ亦同シ是レ蓋シ縁組ニ付テノ遺言者ノ意思表示又ハ遺言者ノ相續人廢除若クハ廢除取消ノ意思表示ハ遺言者死亡ノ時ニ效力ヲ生セスシテ届出ヲ爲シ又ハ裁判カ確定シタル時始メテ效

民法相續 遺言 遺言ノ效力

第三學年第二十二號目次

民法相續(論) 頁六〇

法學士 堀江 大 郎

商法海商(論) 頁七〇

法學士 西田 實 郎

破産法(論) 頁七五

法學士 小 泉 武 正

民事訴訟法(論) 頁八〇

法學士 松 岡 正 正

雜 報 ○ 後述(遺言ノ效力)

ト否トニ關セス又遺言者ノ死亡カ何時ナリシヤヲ知ルコトヲ要セス當然遺言者死亡ノ時ヨリ遺言ヲ受クル者ノ爲メニ效力ヲ生スルモノトス

遺言カ遺言者死亡ノ時ニ效力ヲ生スルコトハ届出又ハ裁判ヲ要スル場合ニ於テモ變ルコトナシ例ヘハ遺言者カ遺言ヲ以テ養子ヲ爲シタル場合(第八四八條)ノ如キ元來養子縁組ナルモノハ縁組當事者ヨリ戸籍吏ニ届出ツルニ因リテ其效力ヲ生スルモノナルモ遺言ニ於ケル養子縁組ハ養子タルヘキ者カ承諾ヲ爲シ而シテ後届出ヲ爲スト雖モ其效力ハ常ニ遺言者死亡ノ時ニ遡リテ生シ其當時養子縁組成立セルモノト爲ルナリ又遺言ヲ以テ相續人ヲ廢除スル場合(第九七六條)ノ如キ廢除ノ裁判ヲ受クルニ非サレハ廢除ノ效力ヲ生セサルモノナルモ既ニ裁判ヲ以テ廢除セラレタルトキハ之カ效力ハ遺言者死亡ノ時ニ遡リテ廢除セラレタル相續人ハ被相續人死亡ノ時相續權ナカリシ者ト爲ルナリ相續人廢除ノ取消ニ關スル遺言(第九七七條)ノ如キモ亦同シ是レ蓋シ縁組ニ付テノ遺言者ノ意思表示又ハ遺言者ノ相續人廢除若クハ廢除取消ノ意思表示ハ遺言者死亡ノ時ニ效力ヲ生セスシテ届出ヲ爲シ又ハ裁判カ確定シタル時始メテ效

民法相續 遺言ノ效力

カヲ生スルコトト爲スモノトスルトキハ遺言者ノ意思ニ反スルコト勿論ナルカ故ニ既ニ遺言ヲ以テ養子縁組又ハ相續人廢除ノ意思表示ヲ爲スコトヲ認メタル以上ハ遺言者ノ意思ヲ貫徹セシメサルヘカラサルヲ以テナリ

遺言ニ期限ノ附シアルトキモ亦遺言ノ效力ハ遺言者ノ死亡ノ時ヨリ效力ヲ生スル原則ニ從フヘキモノトス蓋シ期限アルトキハ固ヨリ其期限ハ遵守セサルヘカラスト雖モ其效力ニ至リテハ遺言者死亡ノ時ニ遡リテ生シ唯其執行又ハ效力消滅ノ時期ニ付キ別段ノ定アルニ過キヌ即チ遺言ニ始期ヲ附シタルトキハ其法律行為ノ履行ハ期限ノ到來スルマテ之ヲ請求スルコトヲ得ヌ又終期ノ附シアルトキハ其法律行為ノ效力ハ期限ノ到來シタル時ニ消滅スルモノトス

(第一三五條)

遺言ニ解除條件ノ附シアル場合ニ於テモ同一原則ノ範圍ヲ出テサルモノト謂ハサルヘカラスト蓋シ解除條件ハ其條件ヲ附セラレタル法律行為ノ效力發生ヲ妨タルモノニ非スシテ唯其條件成就シタル時ニ於テ其效力自ラ消滅スルニ過キサレハナリ(第一二七條第二項)

遺言ニ停止條件ノ附シアル場合ハ以上ノ場合ト同シカラスシテ其條件カ遺言者死亡後ニ成就シタルトキハ遺言ハ條件成就ノ時ヨリ其效力ヲ生スルモノトス蓋シ遺言ニ條件ヲ附シタル場合ニ於テ其條件カ遺言者ノ死亡前ニ成就シタルトキハ以上ノ原則ニ從ヒ遺言者ノ死亡ノ時效力ヲ生スヘク而シテ其條件カ遺言者ノ死亡後ニ成就シタルトキニ於テモ以上ノ原則ニ從ハシメ遺言者死亡ノ時ニ其效力ヲ遡ラシムルコトヲ得サルニ非スト雖モ本條ニ於テハ停止條件ニ關スル普通原則(第一二七條第一項)ニ從ヒ條件成就ノ時ヨリ始メテ其效力ヲ生スルモノト爲セリ是レ他ナシ他ノ場合ハ遺言者死亡ノ時效力ヲ生スルモノト爲シタルニ反シ停止條件附ノ場合ノミ其條件ヲ成就ノ時始メテ效力ヲ生スルモノト爲セルハ一旦總則ニ於テ停止條件附法律行為ノ效力ヲ既往ニ遡ラザルモノト定メタル以上ハ唯リ遺言ノ場合ノミ反對ノ主義ヲ採用スヘキ理由ナキヲ以テナリ而シテ此停止條件ニ關スル規定ハ遺言ノ效力ヨリ言ヘハ例外タルニ過キサルヲ以テ若シ遺言者カ停止條件附ノ遺言ニ付キ特ニ其效力ハ遺言者死亡ノ時ニ遡リ又ハ一定ノ時期マテ遡ルヘキ意思ヲ表示シタルトキハ其表

示ハ總則ノ規定第一二七條第三項ニ從ヒ有效ニシテ停止條件カ成就シタルトキハ遺言者ノ死亡ノ時又ハ或一定ノ時期マテ遡リテ其效力ヲ生スルモノトス』
 以上ハ遺言一般ニ通スル效力ノ法則ニシテ遺贈ニ付テハ常ニ之ヲ適用スルコトヲ得ヘシト雖モ他ノ遺言ニ付テハ其性質上適用スルコトヲ得サルモノアリ
 例ヘハ後見人後見監督人又ハ親族會員ノ指定第九〇一條第九一〇條第九四五條相續分ノ指定第一〇〇六條ノ如キハ其性質上期限ヲ附スルコトヲ得ス亦條件ヲ附スルコトヲ得ス之ニ反シテ養子縁組ニ關スル遺言第八四八條ノ如キハ條件附ト爲スコトヲ得ヘシ例ヘハ養親ノ臨終ニ養母タルヘキ者ノ懐胎セル子カ女子ナルトキハ某男子ヲ養子ト爲スト云ヘルカ如キ是ナリ相續人廢除又ハ其取消ノ遺言第九七六條第九七七條第一〇〇〇條家督相續人ノ指定又ハ其取消ノ遺言第九八一條ノ如キ遺產ノ分割ニ關スル遺言第一〇一〇條第一〇一一條第一〇一六條遺言執行者ニ關スル遺言第一〇一〇八條第一〇一一八條第一〇一九條第一〇二〇條ノ如キ亦同シキモノトス
 ○遺贈ノ拋棄及ヒ其效力發生時期 第九八十八條 受遺者ハ遺言者ノ死亡後

何時ニテモ遺贈ノ拋棄ヲ爲スコトヲ得

遺贈ノ拋棄ハ遺言者ノ死亡ノ時ニ遡リテ其效力ヲ生ス舊民法財產取得編第

三九〇條第四項

遺贈ハ遺言ノ一種ナルヲ以テ雖ニ叙述シタルカ如ク其遺言ハ受遺者ノ意思如何ニ拘ハラズ遺言者ノ死亡後ニ效力ヲ生セシメントスル單獨行為ナレトモ受遺者ハ遺言者ノ意思ニ依リテ拘束セララルルモノニ非ス是ヲ以テ法律カ遺言ハ遺言者ノ死亡後直チニ效力ヲ生スルモノトシ遺言者ノ意思ヲ尊重シテ之ヲ貫徹セシメントシタル主義ヲ探リタルモ受遺者ノ意思ヲ害セサル限度内ニ於テ然ルニ過キサルナリ故ニ受遺者ハ何時ニテモ遺贈ノ拋棄ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲シタリ而シテ此拋棄ハ遺言者死亡後即チ遺言カ效力ヲ生シタル後ニ於テ爲ササルヘカラス其以前ニ於テハ遺言カ效力ヲ生セサルカ故ニ別ニ拋棄ヲ爲スノ必要ナケレハナリ

受遺者カ遺贈ノ拋棄ヲ爲シタルトキ其效力ハ其之ヲ爲シタル時ヨリ生スルモノト爲ストキハ遺贈ノ目的物ハ一旦受遺者ノ有ニ歸シ其拋棄後受遺者ヨリ他

ノ者ニ移轉スルコトト爲ラン而シテ此ノ如クナルトキハ遺言者ノ死亡後受遺者ノ拋棄前遺贈ノ目的物ヨリ果實ヲ生シタル場合ニ於テハ其果實ハ受遺者ニ歸セザルヘカラサルコトト爲リ相續人ト受遺者トノ間ニ計算ニ付キ煩雜ヲ生スヘキノミナラス遺言者ノ意思ヲ推測スルニ受遺者カ遺贈ヲ拋棄シタルトキニ於テモ遺贈ノ目的物ヨリ生スル果實ヲ受遺者ニ與フル意思ナカリシナラン又受遺者カ拋棄ヲ爲シタル趣旨ニ反スヘキヲ以テ相續ノ拋棄ニ關スル第千三十九條ノ規定ノ如ク遺贈ニ付テモ受遺者カ拋棄ヲ爲シタルトキハ其效力ハ遺言者ノ死亡ノ時ニ遡ルモノト爲シタル所以ナリ

○受遺者ニ對スル遺贈ノ承認又ハ拋棄ノ催告——第千八十九條 遺贈義務者其他ノ利害關係人ハ相當ノ期間ヲ定メ其期間内ニ遺贈ノ承認又ハ拋棄ヲ爲スヘキ旨ヲ受遺者ニ催告スルコトヲ得若シ受遺者カ其期間内ニ遺贈義務者ニ對シテ其意思ヲ表示セザルトキハ遺贈ヲ承認シタルモノト看做ス

受遺者カ承認ヲ爲スカ將タ拋棄ヲ爲スカニ付キ意思表示ヲ爲スヘキ法律上ノ期間ナキカ故ニ受遺者カ何等ノ意思表示ヲ爲サスシテ數年ヲ經過スルトキハ

其間遺贈ノ目的タル權利ノ主體確定セザルカ故ニ遺贈履行ノ責ニ任スヘキ者ハ勿論其他債權者債務者等利害關係人ハ甚タ迷惑ヲ被ルヘキヲ以テ此等ノ利害關係人ハ相當ノ期間ヲ定メ其期間内ニ遺贈ノ承認又ハ拋棄ヲ爲スヘキ旨ヲ受遺者ニ催告スルコトヲ得ルモノト爲セリ而シテ此場合ニ於テ受遺者ハ遺贈義務者ニ對シテ何等カノ確答ヲ爲ササルヘカラサルモノニシテ其確答ヲ遺贈義務者ニ對シテ爲スヘキコトト爲シタルハ此者カ遺贈ノ確答ニ付キ最モ重ナル利害關係ヲ有スルヲ以テナリ

以上ノ如ク遺贈義務者其他利害關係人ヨリ受遺者ニ對シ期間ヲ定メ其期間内ニ遺贈ニ付キ何等カノ意思表示ヲ爲スヘキ催告ヲ爲スト雖モ受遺者カ其期間内ニ承認拋棄就レトモ意思表示ヲ爲ササルトキハ相續人カ法定期間内ニ相續ニ付キ何等ノ意思表示ヲ爲サザルトキ單獨承認ヲ爲シタルモノト看做サルル(第一〇二四條第二號)同シク受遺者ハ遺贈ヲ承認シタルモノト看做サルルノトス是レ第十九條第百十四條代理ニ付テノ追認又ハ拒絕ノ確答第百四十七條解除ヲ爲スヤ否ヤニ付テノ確答第百五十六條買賣ノ豫約ニ付キ買賣ヲ

完結スルヤ否ヤノ確答ノ規定ト其趣旨ヲ同シクスルモノニシテ法律カ利害關係人ノ定メタル期間内ニ受遺者カ遺贈ニ付キ何等ノ意思表示ヲ爲サザルトキ抽棄ヲ爲シタルモノトセスシテ承認ヲ爲シタルモノト看做シタルハ他ナシ法律上ニ於テハ相續ノ場合ニ於テ相續開始ト同時ニ被相續人ノ權利義務ハ相續人ニ移轉スルモノト看做サルト同シク遺言ノ效力發生スルト同時ニ遺贈ノ目的タル權利ハ擬制上受遺者ニ移轉セルモノナルカ故ニ受遺者カ特ニ遺贈ヲ拋棄セサル以上ハ其效力ヲ繼續シタルモノト爲シタルナリ

遺贈ノ承認又ハ拋棄ニ付テハ法律カ別段ノ方式ヲ設ケサルカ故ニ如何ナル方法ヲ以テ爲スモ可ナリ或ハ遺贈義務者ニ對シテ口頭ヲ以テ又ハ書面ヲ以テ其意思ヲ表示スルモ可ナルヘク或ハ默示ノ方法ヲ以テスルモ有效ナリ例ヘハ受遺者カ遺贈義務者ヨリ異議ナク遺贈ノ目的物ノ引渡ヲ受ケタルカ如キハ遺贈ヲ承認シタルナリ

遺贈義務者ハ相續人タルヲ通例ト爲セトモ相續人數人アルトキハ其中一人タルコトアルヘク又相續人アルコト分明ナラザルトキハ其相續財產ヨリ成ル法

管スル能ハサルハ普通ノ狀態ニ屬シ引渡シタル物品カ毀損サレ若クハ滅失スルモ其損害ハ果シテ天災ニ起因シタルカ或ハ運送人ノ過失怠慢ニ起因シタルカ之ヲ知ルコト極メテ困難ナリ又運送カ運延シタル場合モ同シク其原因如何ヲ判斷スルコト決シテ容易ニ非ス故ニ此等ノ關係人カ運送品ノ毀損滅失若クハ運送ノ運延ニ付テ賠償ヲ求メントスルモ運送人ノ過失又ハ惡意ヲ證明スルコトハ殆ト爲シ能ハサル所ニ屬ス故ニ運送ニ付テハ陸上ニ於テモ海上ニ於テモ羅馬法以來運送人ノ責任ヲ嚴重ナラシムルヲ普通トス羅馬法ニ於テハ之ヲ「レセプタム」ト謂フ此主義ニ依レハ船舶所有者若クハ船長カ運送品ヲ受取リタルトキハ滅失毀損スルコトナク最初受取リタル時ノ狀態ニ於テ無條件ニ之カ引渡ヲ爲スヘキモノナリ即チ船舶所有者又ハ船長ハ運送品ヲ受取リタル時ヨリ之ヲ引渡スマテノ間運送品ニ生スル各種ノ損害ニ對シ責任ヲ免ルルコトヲ得サルモノトス船舶所有者又ハ船長カ運送品ニ付キ負フ所ノ責任ハ運送契約ヨリ生スルニ非スシテ船舶所有者又ハ船長カ運送品ヲ受取リ之ヲ船積スルニ因リテ生スルナリ換言スレハ運送契約ニ明文アルト否トニ拘ハラズ船舶所有者又ハ船

長カ運送品ヲ受取ルトキハ其受取ノ事實ニ因リ嚴重ナル責任ヲ負フニ至ルモハナリ然レトモ船舶所有者ヲシテ運送品ヲ受取リタル時ヨリ之ヲ引渡スマテノ間其運送品ニ關シ生シタル總テノ損害ニ對シ責任ヲ負ハシムルハ極メテ酷ナリト謂ハサルヘカラス或ハ原因ノ如何ニ依リ絶對的ニ責任ヲ負ハシムヘカヲサルモノアルヘシ例ヘハ損害カ暴風雨等ノ天災ニ原因スルコトアルヘク或ハ敵兵ノ行爲ニ出ツルコトアルヘク或ハ運送品自體ノ性質ヨリ生スルコトアルヘク或ハ備船者荷送人等ノ過失ニ起因スルコトアルヘシ此ノ如キ場合ニ於テ船舶所有者ヲシテ其損害ニ對シ責任ヲ有セシムヘカラスルハ理ノ賅易キ所ナリ即チ近年各國ノ法律ニ於テ運送人タル船舶所有者ノ責任ノ重大ナルヲ認ムルト同時ニ此等ノ原因ニ基ク場合ニハ船舶所有者ノ責任ヲ免レシムルノ規定ヲ設ケタルヲ普通トス船舶所有者ノ責任ニ關スル規定ハ各國ノ法律ニ於テ規定スル所大同小異アルモ要スルニ二ノ方法ニ歸スルモノナリ一ハ免責事項ヲ列舉シ之ニ該當セザルトキニハ責任ヲ有スト定ムルモノ例ヘハ佛蘭西商法ノ如シ一ハ概括的ニ船舶所有者ハ普通ノ注意ヲ用ヒタルコトヲ證明スルニ非サ

レハ責任ヲ有スト定ムルモノ例ヘハ獨逸商法ノ如キ是ナリ我商法ハ獨逸商法ノ例ニ倣ヒテ規定ヲ設ケタリ即チ運送人ハ注意ヲ怠ラザリシコトヲ證明スルニ非サレハ損害賠償ノ責ヲ免レサルモノトセリ(第三三七條)以下我商法ノ規定ニ依リ船舶所有者ニ關スル責任ヲ說明セントス

船舶所有者ハ自己ノ所爲ニ付キ責任ヲ有スルノミナラス船長運轉士其他運送ノ爲メニ使用スル者並ニ運送取扱人等ノ所爲ニ對シテモ亦責任ヲ負フモノトス其責任ハ運送品ヲ受取リタル時ヨリ引渡ノ時マテ及フモノナリ運送品ヲ受取ルトハ必スシモ之ヲ運送スル船舶ニ積載スルコトヲ意味スルニ非ス船舶所有者又ハ船長其他使用人カ實際ニ之ヲ受取リタルコトヲ指ス引渡ニ付テモ同様ニ船舶ヨリ陸揚シタル時ニ非スシテ實際ニ荷受人ニ引渡シタル時ヲ指スモノトス船舶所有者又ハ船長ハ運送品ヲ受取リタルトキハ之ヲ保管シ之ヲ運送シ運送ヲ終リタルトキハ之ヲ引渡スル義務ヲ有シ其責任ハ運送品ノ受取保管運送引渡ニ及フモノトス責任ノ範圍ハ運送品ノ毀損滅失等ヨリ生スル直接ノ損害ノミナラス運送ノ延滞ヨリ生スル損害ニモ互ルモノナリ船舶所有者カ此

等ノ責任ヲ免レントスルニハ注意ヲ怠ラザリシコトヲ證明セサルヘカラス注意ヲ怠ラザリシコトヲ證明スルニハ運送品ノ毀損滅失若クハ延着カ不可抗力ニ起因シ若クハ其損害カ運送品ノ性質若クハ瑕疵又ハ荷送人ノ過失ニ起因シ注意ヲ用ヒタルモ之ヲ避クルコト能ハザリシコトヲ證明スルニ依リ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ

(一) 不可抗力 不可抗力トハ天災其他他人力ヲ以テ防ク能ハサルモノノミヲ指スノミナラス當事者カ相當ノ力ヲ用フルモ尙ホ避クルコトヲ得サル場合モ亦之ニ包含セラル然レトモ總令天災ニ起因シタルトキト雖モ船長其他ノ使用人カ相當ノ力ヲ以テ防禦スルニ非サレハ船舶所有者ハ之ニ因リ生シタル損害ヲ賠償スルノ責ヲ免ルルコトヲ得ヌ又損害ヲ生シタル原因カ不可抗力ニ在リタリトスルモ當初船長等ニ過失怠慢ノ行爲ナカリセハ此不可抗力ニ遭遇セザリシトスル場合ニハ船舶所有者ハ其結果タル損害ニ對シテ責任ヲ免ルルコトヲ得ヌ

(二) 運送品ノ性質又ハ瑕疵 運送品ノ性質又ハ瑕疵ヨリ生スル損害トハ運送

指

ヲ爲ササルニ於テモ仍ホ生シタルキモ計リ難キ損害ノ類ヲ指ス其他運送ニ免ルヘカラサル原因例ヘハ蒸發錆腐敗漏失等ヨリ生スル損害ニ付テモ同様ニ船舶所有者ハ責任ヲ有セサルモノナリ然レトモ此種類ノ原因ニ因リテ生スル損害ニテモ船長カ相當ノ注意ヲ以テ運送品ヲ取扱ヒタルニ非サレハ船舶所有者ハ仍ホ責任ヲ免ルルコトヲ得ヌ

(三) 荷送人ノ過失 荷送人ノ過失ニ因ル損害トハ主トシテ荷造ノ不完全ヨリ生スルモノヲ指ス荷造ノ良否ハ運送中ニ在ル物品ノ損害ニ關係ヲ有スルコト極メテ大ナリ荷送人ハ運送品ノ荷造ニ付テハ充分ニ注意ヲ爲スヘキ義務ヲ有ス若シ荷造カ不完全ナリシ爲メニ損害ヲ生シタルトキハ船舶所有者ハ之ニ付テ責任ヲ負フノ限ニ在ラス

以上述ヘタル三箇ノ場合ノ外ニ船舶所有者カ運送品ノ損害ニ付テ責任ヲ負ハサル場合アリ即チ貨幣有價證券其他ノ高價品ニ付テハ荷送人カ運送ヲ委託スルニ當リテ種類及ヒ價格ヲ明告シタルニ非サレハ運送人ハ之ニ損害ヲ生スルモ賠償ノ責ニ任セサルモノトス(第三三八條第六一九條)此規定ハ各國ノ法律ニ

於テ普通ニ認ムル所ニ係ル此場合ニ船船所有者ヲシテ責任ヲ負ハシメサル理
 由ハ他ニアラス即チ船船所有者又ハ船長カ運送ヲ爲スニ當リテハ責任ノ程度
 ヲ明カニシ自己ノ負フ所ノ責任ノ程度ニ依リテ必要ナル注意ヲ用ヒサルヘカ
 ラス換言スレハ船長等ノ責任カ重キトキハ重キ丈ケ多大ノ注意ヲ用フルコト
 ヲ要スルモノナリ貨幣有價證券其他寶玉金銀細工等ノ如キ高價品ハ普通ノ運
 送品ト比較スレハ容積重量ハ割合ニ少クシテ價格ノ著シク貴重ナルモノナル
 カ故ニ取扱上特別ノ注意ヲ施スコトヲ必要トス即チ運送者トシテ船船所有者
 又ハ船長カ其運送品ノ内容竝ニ價格ノ如何ハ豫メ之ヲ知り居ルコトヲ要シ之
 ヲ知ルニハ荷送人等ノ明告ニ依ルノ外途ナキモノナリ隨テ此ノ如キ運送品ニ
 付テハ船船所有者カ單純ニ之ヲ受取りタリトノ故ノミヲ以テ其損害ニ對スル
 責任ヲ負ハシムルコトハ頗ル酷ナリト謂ハサルヘカラス故ニ其種類及ヒ價格
 モ明告セシメテ運送ヲ委託シタルトキハ運送契約ハ成立セサルモノト認ムル
 ノ共支ナク隨テ損害ヲ生シタリトスルモ責任ヲ負ハシムルコトヲ得サルモノ
 トス又一面ヨリ觀ルモ貨幣有價證券其他ノ高價品ニ付テハ運送人ニ於テ特別

ナル取扱ヲ施スヲ要スルヲ以テ通常ノ物品ニ比較スレハ高價ノ運送貨ヲ請求
 スルヲ習慣トス然ルニ荷送人カ其種類價格ヲ明告セサルハ多クノ場合ニ於テ
 運送貨ヲ瞞著セントスル目的ニ出ツルモノナリ果シテ然ラハ荷送人ニ惡意ア
 ルモノニシテ運送中ニ生シタル損害ニ對シ賠償ヲ受クルコトヲ得ストスルモ
 酷ナリト謂フコトヲ得ス此ノ如キ理由アルヲ以テ我商法及ヒ外國ノ法律ニ於
 テハ貨幣有價證券等ニ付テハ種類價格ヲ明告スルニ非サレハ運送中損害ヲ生
 スルモ運送人ヲシテ之カ責任ヲ負ハシムルコト能ハスト定メタリ
 前段ニ述ヘタル所ハ船船所有者又ハ船長カ法律ノ結果トシテ責任ヲ負ヒ又法
 律ノ規定ニ依リテ責任ヲ免ルル場合ナリ然レトモ船船所有者等ハ備船者又ハ
 荷送人ト特別ノ約束ヲ爲シ一定ノ原因ヨリ生スル損害ニ付テハ責任ヲ有セス
 ト定ムルコトヲ得ヘシ是レ運送契約ニ於テ然ルノミナラス船荷證券ニ於テモ
 免責條款ヲ記載スルコトハ決シテ稀ナラス然ルニ我商法ノ規定ヨリ觀レハ船
 船所有者ハ如何ナル約束ヲ爲スモ自己船員其他使用人ノ惡意若クハ重大ナル
 過失又ハ船船カ航海ニ堪ヘサルニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ヲ免ルル

コトヲ得サルモノトス(第五九二條法律ニ於テ運送人ノ責任ヲ嚴重ナラシムルハ公益上ノ必要ニ基クモノナリ若シ當事者ノ間ニ特約アルノ故ヲ以テ如何ナル場合ニモ運送品ノ損害ニ對シテ責任ヲ負フコトナシトスレハ商業者又ハ荷送人ハ安心シテ運送品ヲ委託スルコトヲ得ス其儘放任スルトキハ船舶所有者ハ必ス總テノ場合ニ運送ニ關シテ責任ヲ負ハサルコトノ條件ヲ設タルニ至リ買物ノ輸送ハ極メテ不確定ト爲リ商業ハ遂ニ發達スルコトヲ見ル能ハサルニ至ラントス然レトモ船舶所有者ノ側ヨリ觀レハ一定ノ程度マテハ船舶所有者ヲシテ特約ニ因リ責任ヲ免レシムルコトヲ得セシムルハ亦已ムヲ得ナル所ナリトス其程度ヲ定ムルニ關シテハ立法者學者ノ間ニ種種ノ議論アリ我商法ハ千八百八十八年ノブリュッセル海事會議ニ於テ決議シタル結果ニ準據シテ規定ヲ設ケタルモノナリ通常船荷證券ニ於テ船舶所有者ノ責任ヲ制限スル所ノ條款ハ(一)天災(二)公敵(三)政府ノ強制(四)海賊(五)火災(六)船舶ノ衝突(七)荷積ノ方法(八)海員ノ惡業(九)海上ノ危險等ヲ普通ノモノトス此船荷證券ニ記載スル各事項ハ之ニ記載アルカ故ニ直チニ船舶所有者ノ責任ヲ免レシムルノ理由ト爲ルモノニ

非ス其免責條款ノ有效ナルト否トハ商法ノ規定ニ照シテ判斷ヲ下スヘキモノナリ

船舶所有者カ前述ノ理由ニ基キ運送品ニ付テ生シタル損害ニ對シテ責任ヲ負フモノトスレハ如何ナル程度ニ於テ賠償ヲ爲スヘキヤト云フニ二ノ場合ニ區別スルコトヲ必要トス一ハ運送中普通ノ事故ニ因リテ損害ヲ生シタル場合一ハ運送人ノ惡意又ハ重大ナル過失ニ因リテ損害ヲ生シタル場合は第一ノ普通ノ場合ニ於テハ次ノ區別ニ依リテ賠償ヲ爲スヘキモノナリ即チ運送品カ全部滅失シタルトキハ其引渡アルヘカリシ日ニ於ケル到達地ノ價格ニ依リ又一部滅失又ハ毀損シタルトキハ其引渡アリタル日ニ於ケル到達地ノ價格ニ依リ之ヨリ滅失毀損ノ爲メ支拂フコトヲ要セザリシ運送貨其他ノ費用ヲ除キタルモノヲ賠償ノ高ト定ムルモノトス第二ノ運送人ニ惡意又ハ過失アリタル場合ニハ運送品ノ滅失又ハ毀損ニ因リ生シタル直接ノ損害ニ對スル賠償ノ外民法ノ規定ニ依リテ一切ノ損害ヲ賠償セシムヘキモノトス(第三四〇條第三四一條船舶所有者ノ責任ハ何時マテ繼續スルカト云フニ運送品ヲ引渡シタル後ニ

於テ尙ホ永久ニ之ヲ繼續セシムルハ極メテ不穩當ニシテ運送業者ノ忍フ能ハサル所ナリ一方ヨリ觀レハ荷受人等ハ其運送品ノ引渡ヲ受タルニ當リテ之ニ毀損アリシヤ又ハ滅失アリシヤヲ相當ノ注意ヲ以テ調査ヲ爲ス責任ヲ負フカ故ニ荷受人カ留保ヲ爲サスシテ運送品ヲ受取リ且運送貨其他ノ費用ヲ支拂ヒタルトキハ船舶所有者ノ責任ハ消滅スルモノトス然レトモ若シ運送品ノ毀損滅失ニシテ引渡ヲ受タル際ニ直チニ發見スルコトヲ得サルモノナルトキハ運送品ノ引渡ト共ニ荷受人ノ權利ヲ消滅セシムルハ酷ナル嫌アルヲ以テ商法ニ於テハ二週間ノ猶豫ヲ與ヘ此期間内ニ荷受人ヨリ運送品ノ毀損又ハ滅失セルコトノ通知ヲ發シタルトキハ船舶所有者ハ責任ヲ負ハサルヘカラサルモノトモリ

以上ハ船舶所有者ニ惡意ナキ場合ヲ述ヘタルモノニシテ若シ惡意アリトスレハ荷受人ハ何時ニテモ民法上ノ原則ニ因リ賠償ヲ請求スルノ權利ヲ有スルモノトス

第八節 船荷證券

船荷證券ハ海商ノ慣例トシテ一般ニ採用シ各國ノ法律ニ於テ認ムル商事證券ナリ船荷證券ヲ發行スル手續ハ國ニ依リ多少ノ相違アルモ先ツ船舶ニ於テ運送品ヲ受取ルトキハ假ニ受取證ヲ渡シ其船積ヲ終リタル後船長船荷證券ヲ作成シ其受取證ト引替ニ之ヲ渡スヲ普通トス船荷證券ハ船舶ノ全部又ハ一部ヲ目的トスル運送契約ニ於テモ箇箇ノ運送品ヲ目的トスル運送契約ニ於テモ兩者同様ニ採用セラル外國ノ法律ニハ船長ハ必ス船荷證券ヲ交付スヘキモノト定ムル所アルモ我商法ニ於テハ然ラス荷送人又ハ備船者ノ請求アルトキニ限リ之ヲ交付スル義務アルモノトシ船長ハ必ス常ニ船荷證券ヲ交付スルコトヲ必要ト爲サス我商法ノ規定ニ依レハ陸上運送ニ於テ運送人ハ荷送人ノ請求アルトキニハ貨物引換證ヲ交付スル義務アリトセルヲ以テ船荷證券ニ付テモ亦同様ノ規定ヲ設ケタルニ外ナラス船荷證券ハ種種ノ效用ヲ爲スモノニシテ其重ナルモノ一二ヲ舉クレハ第一ニ運送品ヲ受取リタル證據ト爲リ第二ニ運送

品ヲ讓渡スル機關ト爲リ第三ニ船長ト所持人トノ間ノ法律關係ヲ定ムル用ニ供セラル先ツ船荷證券ノ交付ヲ説明シ次ニ其法律上ニ於ケル效用ヲ述ヘントス

第一款 船荷證券ノ交付

船荷證券ハ船舶ニ積荷ヲ受取リタルコトノ證據ト爲ルモノナリ故ニ船舶ノ責任者タル船長カ之ヲ交付スルヲ原則トス然レトモ大會社ニ於テ同時ニ多數ノ運送品ヲ受取リ船舶ニ於テ執ル所ノ事務繁雜ナル等ノ場合ニハ船長カ總テ自ラ船荷證券ヲ調製スルコトハ實際極メテ不便ニシテ又場合ニ依リ不可能ノ事ニ屬ス故ニ船長ニ非サル者ヲシテ交付セシムルコトヲ必要トスルコト尠カラス我商法ニ於テモ其必要ヲ認メ船長以外ノ者ニテモ船荷證券ヲ交付スルコトヲ得ルトノ規定ヲ設ケタリ尤モ此場合ニハ船舶所有者カ委任ヲ爲スコトヲ必要トス(第六二一條)

船荷證券ハ何時之ヲ交付スヘキモノナルヤト云フニ運送品ヲ船積シタル後運

漕ナク之ヲ交付スヘキモノナリ佛蘭西伊太利等ノ法律ニ於テハ二十四時間以内トノ制限ヲ設クルモ我商法ハ之ヲ探ラス

船荷證券ニハ如何ナル事項ヲ記載スヘキヤト云フニ運送契約ノ要點ヲ記載スルヲ原則トス大概各國ノ法律ニ於テ其記載スヘキ事項ヲ示セリ我商法ニ於テモ第六百二十二條ニ於テ明示スル所アリ此法律ニ掲クル所ノ事項ハ固ヨリ緊要ナル事項ニ相違ナシ然レトモ此事項ハ凡テ證券面ニ記載シテ之ヲ脱漏スルヲ得スト云フモノニ非ス船荷證券ハ所謂形式ニ依リテ義務ヲ生スルモノニ非サルヲ以テ多少ノ増減アリタリトスルモ船荷證券ハ必スシモ無効ト爲ルモノニ非ス若シ其有效無効ニ付テ爭ヲ生シタルトキハ裁判所ニ於テ之ヲ判定シ其果シテ船荷證券トシテ論スヘキモノナリヤ否ヤハ其決定ニ委セサルヘカラス尤モ船長カ船荷證券ヲ交付スル場合ニ法律ニ掲クル事項ヲ脱漏セルトキハ備船者又ハ荷送人ハ之ヲ補充セシムルコトヲ得ヘシ

我商法ノ規定ニ依レハ船荷證券ニハ荷受人ノ氏名若クハ商號ヲ記載スルカ又ハ所持人ニ運送品ヲ引渡スヘキコトヲ記載スヘキモノナリ此荷受人ノ氏名若

クハ商號ヲ記載スルコトハ所謂記名式ニシテ記名者ニ非サレハ運送品ノ引渡ヲ請求スル能ハサルモノナリ然レトモ我商法ハ船荷證券ヲ法定ノ指圖證券ト認メテ記名式ノ場合ト雖モ裏書ニ依リテ之ヲ讓渡スコトヲ得ト爲セリ但船荷證券ニ裏書ヲ禁スルコトヲ記載スルヲ妨ケス此場合ニハ爲替手形ト同様ニ裏書ノ方法ニ依リ讓渡ヲ爲スコトヲ得サルハ明白ナリ次ニ所持人ニ運送品ヲ引渡スヘキコトヲ記載スルトキハ何人ナリトモ現ニ證券ヲ所持スル者カ運送品ノ引渡ヲ請求スル權利ヲ有スルモノナリ船荷證券ハ引渡ニ依リテ權利ヲ移轉スルモノナリ我國ニ於テハ普通ニ記名式ヲ用ヒ居レリ

船荷證券ハ備船者又ハ荷送人ノ請求ニ應シテ幾通ニテモ船長ニ於テ交付スヘキ義務アルモノナリ我商法ニハ船荷證券ノ通數ニ付テ制限ヲ設ケス即チ船長ハ一通ナルモ二通ナルモ請求ニ應シテ之ヲ交付スヘキモノナリ佛蘭西伊太利等ノ法律ニテハ四通ト定メ一通ハ備船者又ハ荷送人一通ハ荷受人一通ハ船長一通ハ船舶所有者ニ於テ之ヲ所持スヘキモノトセリ此數通ヲ發行シタル場合ニハ證券面ニ其通數ヲ記載シ二人以上ノ手ニ分レ移リタルトキニ其通數ヲ知

ラシムルノ必要アリ此數通ノ證券ハ悉ク原本ニシテ其記載事項ニ於テ同一ノモノナルコトヲ要スルモノナリ若シ數通ノ證券カ記載事項ニ相抵觸スルモノアルトキハ最初ノ合意ニ基キ孰レカ正當ナルヤヲ判定セサルヘカラス此船荷證券ニハ船長ニ於テ署名ヲ爲ササルヘカラス前述スル如ク船長ニ非サル者カ船荷證券ヲ交付スルトキハ其交付ヲ爲ス者ニ於テ其署名ヲ爲スヘキハ勿論ナリ外國ノ商法ニハ備船者又ハ荷送人ヲレテ船荷證券ニ署名セシムルノ規定ヲ設クルモノアルモ我商法ハ備船者又ハ荷送人ハ船長又ハ代理人ノ請求アルトキ船荷證券ノ原本ニ署名ヲ爲スヘキ義務アルモノト定メタリ備船者又ハ荷送人ヲシテ署名ヲ爲サシムルハ運送品ニ關シ他日紛争ノ生スルヲ防クノ目的ニ出テタルモノナリ殊ニ運送品ノ種類重量容積等ニ付テ錯誤ナカラシメシコトヲ期スルニ外ナラス

第二款 船荷證券ノ效力

船荷證券ハ二様ノ效力ヲ有ス一ハ運送品ヲ受取リタルコトノ證據ト爲ルコト

一ハ運送品ヲ引渡ス義務ヲ負フ證據ト爲ルコト是ナリ此證券ハ運送契約ニ基キ運送ヲ履行スル爲メ發行スルモノニシテ運送契約自體トハ異ナルコト明カナリ何トナレハ船荷證券ハ運送契約ノ當事者タル船舶所有者カ之ヲ作成スルニハ非スシテ船長カ其義務トシテ之ヲ作成交付スルモノナレハナリ船長ハ運送品ヲ船舶ニ受取リタルトキハ船荷證券ヲ交付スル慣例ニシテ此點ヨリ觀レハ船荷證券ハ運送品ヲ船積シタルコトヲ證明スル具ト爲ルモノナリ而シテ普通ノ有様ニ於テハ船舶カ運送ヲ終リタルトキハ其運送品ハ船荷證券ノ所持人ニ引渡スヘキモノニシテ所持人ト船長トノ關係ハ船荷證券ノ定ムル所ニ從ハサルヘカラス外國ノ法律ニハ船荷證券ハ船長ト所持人トノ間ノ關係ノミナラス保險會社トノ關係ニ付テモ完全ナル效力ヲ有スト定ムルモノアレトモ我商法ニ於テハ之ヲ採用セス例ヘハ船荷證券ト運送契約ト相抵觸スル事項ヲ包含スル場合ニ我商法ノ規定ニ依レハ所持人ト船長トノ間ニ於テハ先ツ船荷證券ノ定ムル所ニ依リテ其關係ヲ決スヘキモノトス然レトモ此船荷證券ノ效力ヲ擴張シテ第三者ニ及ホスハ穩當ナリト謂フヲ得ヌ又船荷證券ハ必スシモ方式

一條ノ規定トニ依リ反對ニ論結スルヲ正當ト認ムルハ其理由ハ後述ノ如ク也

(C) 破産者ニ屬スル財産 他人ノ財産ハ自己ノ債務ノ辨濟ニ供スルコトヲ得ス故ニ破産者ニ屬セサル財産ハ破産財團ト爲ラス是ヲ以テ他人ノ財産カ事實上債務者ノ破産財團ニ存シタルトキハ其財産ノ權利者ハ取戻權ヲ行使シテ該財産ヲ破産財團ヨリ取戻スコトヲ得獨逸破産法ニ於テハ例外トシテ相續財産ニ對スル破産ニ在リテハ相續財産ノ管理又ハ相續人カ遲滞ナク破産宣告ノ申立ヲ爲ササルニ因リテ生シタル損害ニ付キ相續債權者ノ爲メニ相續人ニ對シテ發生シタル權利ハ破産財團ニ屬スルモノト定メタリ我破産法ニ於テハ斯ル法文ナシ故ニ斯ル論結ヲ爲スコトヲ得スト雖モ立法上斯ル趣意ノ明文ヲ設クルコトヲ正當ナリト認ム獨逸破産法第二二八條第二項、獨逸民法第一九七八條第一九八〇條我民法第一〇二八條

(D) 破産手續終局マテノ取得 破産財團ニ屬スヘキ債務者ノ財産ハ破産宣告ノ當時ニ於テ破産者ニ屬セシモノニ止マルヤ又ハ破産宣告後破産手續ヲ終局マテニ於テ破産者ニ屬シタル財産ヲモ包含スルヤ否ヤノ問題ニ關シタム立法

上二大主義アリ、獨逸主義及ヒ羅馬主義即チ是ナリ、獨逸主義即チ獨逸破産法第一條、第一〇八條、第一四條ハ破産手續開始ノ當時ニ於テ破産者ニ屬シタル財産ノミカ破産財團タル旨ヲ明言シタリ、其理由ハ(1)破産手續ノ進行ヲ容易ナラシメ(2)破産者及ヒ其家族ノ爲メニ其地位ニ適當ナル斟酌ヲ爲シ(3)債權者ノ利益ノ爲メニ破産者ニ破産手續繼續中ニ於テ取得シタル財産ニ付キ完全ナル權利ヲ有シ信用ヲ回復シ新ナル經營ヲ爲シ以テ其地位ヲ改良スルノ機會ヲ得セシメ債權者ニ爾後辨濟ヲ保スルヲ經濟上正當トシ(4)破産手續開始前ノ債權者ト其後ノ債權トノ關係ヲ明白ニシ破産債權者ヲ破産宣告ノ當時債務者ニ對シテ財産上ノ請求權ヲ有スル者ニ限定シ破産宣告後ニ於テ破産者ニ屬シタル財産ヲ破産財團中ニ包含セシムルノ不當ヲ避クト云フニ在ルモノノ如シ、羅馬主義即チ羅馬法獨逸古法、普漏西破産法第一條、佛蘭西法(第四四三條、英國破産法第四四條、奧太利破産法第一二條、瑞西破産法第一九七條、第三項其他伊白葡等ノ立法ハ破産手續終局以前ニ於テ破産者ニ屬シタル財産亦破産財團ニ屬スル旨ヲ明言シタリ、我商法亦此主義ニ屬スルコトハ商法第一千九條第五號第八號等ノ法文ニ

徴シ、瞭然タリ、其理由ハ可成破産債權者ニ完済ヲ得セシムルノ目的ニ出テタルモノト認ム、獨逸主義ニ依レハ其當然ノ結果トシテ破産宣告後破産者ノ取得シタル財産ニ付キ第一ノ破産手續繼續中第二又ハ其後ノ破産手續開始ヲ認メ第一ノ破産手續開始後破産者ニ對シテ財産上ノ請求權ヲ有シタル債權者カ破産債權者トシテ第二又ハ其後ノ破産手續ニ參加スルノ法理ヲ認メサルヲ得、第一ノ破産宣告後破産者ノ取得シタル財産ハ第二又ハ爾後ノ破産債權者ノ配當ニ供セラレ、第一ノ破産債權者ノ配當ニ供セラレ、ルモノニ非ス、羅馬主義ニ依レハ其當然ノ結果トシテ一旦開始シタル破産手續ノ繼續中ハ更ニ破産手續ヲ開始スルコトナキノ結果ヲ生スルニ至ル、獨逸主義ハ羅馬主義ヨリモ理論ニ適シ且重複破産ノ結果ヲ生スルカ爲メニ破産手續ヲ迅速ニ終局スルノ妨害ト爲ラサルヲ以テ予置ハ立法上之ヲ正當ト信ス、我商法ハ羅馬主義ヲ認メタルヲ以テ破産手續終局マテニ於テ破産者ニ屬シタル財産ハ皆破産財團ト爲ル、而シテ破産カ破産者ニ屬シタルヤ否ヤハ民法ニ依リテ定マル所ナリ、故ニ破産手續終局以前ニ於テ破産者ニ屬シタル財産タルニハ破産手續終局以前ニ於テ破産者ノ爲

メニ財産取得ノ要件ノ存スルコトヲ要ス(契約上ノ申込アルノミニテハ未タ財産取得アリト云フコトヲ得タルヤ當然ナリ)換言スレハ破産者ノ財産取得ノ原因カ破産手續終局以前ニ於テ發生シタルモノナル以上ハ縱令取得行為ノ實行カ破産手續開始後ニ在リタル場合ト雖モ其取得シタル財産ハ破産手續終局以前ニ於テ破産者ニ屬シタル財産トシテ破産財團ニ屬スト云ハサルヲ得ス蓋シ破産手續終局以前ニ於テ破産者ノ爲メニ成立シタル財産取得ノ權利ハ破産者ニ屬スル財産ノ成分タレハナリ是ヲ以テ(第一)ニ期限附權利即チ破産手續終局ノ當時マテニ於テ未タ期限ノ到來セサル權利ハ破産財團ニ屬シ管財人ハ斯ル權利ノ行使ニ依リテ取得シタル財産ヲ破産財團ニ歸セシムルコトヲ得ヘシ始期附權利ハ縱令其期限カ破産手續ノ終局以後ニ到來スヘキ場合ト雖モ破産財團ニ屬スルヤ當然ニシテ又終期附權利ハ破産財團ニ屬スレトモ其期限カ破産手續繼續中ニ到來シタルトキハ當然破産財團ニ屬スルコトヲ止メ取戻權ヲ成立セシメ(民法第一三五條)或ハ返還ノ債務ヲ發生セシム定期ノ重複的給付ヲ目的トスル破産者ノ權利ニ關シテハ其定期ノ給付カ破産者ノ行 働ニ對ス

テニテヒガト

ル反對給付ト認ムヘキ場合ニ於テハ破産手續ノ終局マテニ於テ破産者ノ行働ニ因リテ取得シタル請求權該請求ノ實行トシテ取得シタル財産亦然リカ破産財團ニ屬シ反對ノ場合ニ於テハ破産手續終局以後ニ於テ到來スヘキ每期ノ給付モ破産財團ニ屬ス蓋シ破産手續終局以後ニ於テハ破産財團ノ存スヘキ理ナキヲ以テ該手續終局以後ニ於ケル破産者ノ行働ニ因リ取得シタル財産カ破産財團ニ屬スルコトナキヤ當然ナレハナリ故ニ破産者ノ有スル終身定期金ノ債權恩給ノ權利民事訴訟法第六百十八條ノ制限アルヤ勿論ナリ)及ヒ俸給ニ關スル權利(民事訴訟法第六百十八條ノ制限アルヤ勿論ナリ)ハ破産手續終局以後ニ於テ受クヘキ部分ト共ニ破産財團ニ屬ス殊ニ俸給ハ國家カ官吏ニ給スル養料ニシテ任官ナル法律關係ニ伴ヒテ生スル官吏ノ終身定期金タル性質ヲ有シ官吏カ國家ニ對シテ給付スル義務ニ對スル報酬ニ非サレハナリ(民事訴訟法第六百四條及ヒ第六百五條ノ準用ニ依リ以上ノ如ク論結スルノ論旨ハ正當ニ非サルヘシ何トナレハ破産の執行ハ民事訴訟法ニ規定シタル強制執行ト異ニシテ債務者カ特定ノ時期ニ取得シタル財産ニ制限セラレサルヲ以テナリ)然レトモ

雇傭契約ニ基テ報酬ハ勞務者カ其服シタル勞務ノ割合ニ應シテ反對給付トシテ取得スルモノナルヲ以テ破産者カ破産手續終局以後ニ服シタル勞務ニ對スルモノハ破産財團ニ屬セザルナリ(第二ニ條件附權利ハ雖令其條件カ破産手續終局以後ニ於テ成就スヘキトキト雖モ破産財團ニ屬ス民事訴訟法第六一三條)解除條件附權利ハ前述ノ如ク權利ノ消滅カ條件ノ成就ニ係ルヲ以テ條件ノ成就ナキ以上ハ無條件權利ト同シク破産財團ニ屬ス但解除條件カ破産手續繼續中ニ成就シタルトキハ破産財團ニ屬スルコトヲ止メ取戻權ノ發生ノ原因ト爲ル停止條件附權利ハ前述ノ如ク權利ノ發生カ條件ノ成就ニ繫ルヲ以テ其成就ナキ間ハ條件ニ繫リタル權利其モノカ破産財團ニ屬スルコトナキヤ言フ埃タス然レトモ停止條件附權利ヲ處分シ又ハ之ヲ差押フルコトヲ得ル場合ニ於テハ條件ノ成否未定ノ間ニ於ケル破産者ノ權利取得ノ期望權ハ之ヲ處分シ又ハ之ヲ差押フルコトヲ得ヘキモノナルヲ以テ民法第一二九條破産財團ニ屬スヘシ但停止條件カ破産手續ノ繼續中ニ成就シタルトキハ之ニ因リテ發生シタル權利カ破産財團ニ屬シ又管財人カ破産手續ノ繼續中停止條件ノ成否未定ナリ

ト認メタル場合ニ於テハ換價ノ爲メニ權利取得ノ期望權ヲ讓渡通常射替契約ヲ以テス)スルコトヲ得ヘシ而シテ管財人カ斯ル讓渡ヲ爲スコト能ハスシテ破産手續ヲ終局シタル後停止條件カ成就シタルトキハ條件ニ繫リタル權利ハ破産財團ニ屬スルモノニ外ナラサルヲ以テ更ニ爲スヘキ配當ノ材料ト爲ル隨テ破産手續終局前ニ於テ破産者カ取得シタル抽籤ニ因リテ財產ヲ取得スル權利(一種ノ停止條件附權利)ニ基キ破産手續終局以後破産者カ取得スルニ至リタル財產ハ破産財團ニ屬ス又保險料ノ繼續支拂ヲ以テ條件トシ且死亡ヲ以テ期限トスル破産者ノ生命保險契約ニ基ク保險金額請求權亦破産財團ニ屬スルヲ以テ破産者タル被保險者カ破産手續繼續中ニ死亡シ又ハ其相續財產ニ付キ破産手續ノ開始アリタル場合ニ於テ保險金額カ破産財團ニ屬スルハ勿論被保險者カ破産手續終局以後ニ於テ死亡シタル場合ニ於テ亦保險金額カ破産財團ニ屬スヘシ然レトモ保險契約カ第三者ノ利益ノ爲メニ成立シタル場合ニ於テハ此第三者カ被保險者ノ自己ヨリ以前ニ死亡シタル一事ニ因リ保險金額ノ支拂ヲ受クル權利ヲ取得スルヲ以テ死亡シタル被保險者ノ相續財產ニ於ケル破産財

團ニ保險金額請求權ノ屬スルコトナシ(第三)ニ破産手續開始後其終局マテニ於テ破産者ノ爲メニ開始シタル相續ニ關スル財產ハ破産者カ拋棄ヲ爲ササル場合ニ限り破産財團ニ屬ス蓋シ相續財產及ヒ遺產ハ相續ノ開始ヨリ拋棄ヲ爲スコトヲ得ルノ留保ヲ以テ相續人カ承繼スルモノナルヲ以テナリ民法第九八六條第一〇〇一條第一〇一七條等但相續債權者ノ權利ハ縱令此債權者カ財產分離ノ請求ヲ爲ササリシトキト雖モ之ヲ尊重シ相續財產ヲ以テ優先的ニ辨濟スルヲ當然トス(相續ノ拋棄又ハ其承認ハ其性質上相續人ノ專屬權ナルヲ以テ獨逸破産法第九條ニ於テハ破産者タル相續人カ之ヲ行使スヘキモノト規定シ佛國商法及ヒ我破産法第一〇一九條第五號)ハ相續ノ拋棄又ハ其承認ヲ一ノ財產ニ關スル權利ト認メ破産者タル相續人ヲシテ之ヲ行使セシメスシテ管財人ヲシテ之ヲ行使セシメタリ立法上ノ見解トシテハ獨逸破産法ヲ正當ト認ム又相續ノ拋棄ハ相續カ之ヲ拋棄シタル者ニ對シ開始セラレサリシトノ效力ヲ生スルニ過キス故ニ既ニ取得シタル權利ノ拋棄ニ非スシテ却テ提供セラレタル權利ノ不取得ナリ)以上ノ法理ハ破産者ノ爲メニ爲サレタル遺贈ニ關シテ亦適用

アリ(商法第一〇一九條第五號)又破産手續開始後其終局マテニ於テ破産者カ爲シタル營業ノ結果トシテ取得シタル純益ハ破産財團ニ屬ス破産宣告ハ禁治産ノ宣告ニ非ス又破産債權者ニ對シ何等ノ損害ヲ被ラシメサルヲ以テ破産者カ其宣告後自己及ヒ家族ノ生活ヲ維持シ且復權ノ準備ノ爲メニ職業ヲ營ムコトハ法律ノ禁スル所ニ非サルヲ以テ破産者カ其宣告ヲ受ケタル後ニ爲シタル營業ノ結果トシテ生活費ノ外ニ財產ヲ取得スルコトアルヤ明白ナリ而シテ不當利得ハ法律ノ許スル所ニ非サルノミナラス破産財團タル財產ハ自動的財產タルコトヲ要スルヲ以テ前示ノ財產ヨリ破産者カ營業上負ヒタル債務ヲ辨濟シタル殘額即チ營業上ノ純益ノミカ破産財團ニ屬スルヤ明白ナリ其他破産者ノ勞務ニ因リテ取得シタル報酬亦理論上破産財團ニ屬スヘシ然レトモ實際上扶助料トシテ該報酬ノ全部又ハ一部ヲ破産者ニ專屬セシムルヲ適當トス(奧太利破産法第一條ハ破産者カ勞務ニ因リテ取得シタル報酬ヲ破産財團ニ屬セシメタル旨ヲ規定セリ)(第四)ニ破産手續ノ終局以前ニ於テ破産財團ニ屬スル財產ヨリ發生シタル果實民法第八八條破産財團ニ屬スル財產ノ竊盜其他之ニ對スル損害ニ

因リテ生シタル賠償請求權ノ如キ破産財團ニ屬スル從來ノ財産ニ代ルヘキ財産
 破産財團ノ管理及ヒ換價ニ因リテ取得シタル財産破産財團ニ屬スル請求權ノ實
 行ニ因リテ取得シタル財産取得時効ノ完成ニ因リテ取得シタル財産ハ破産財
 團ニ屬ス但破産手續ノ終局以前ニ於テ進行ヲ始メタル取得時効ノ完成ニ依レ
 ル財産取得ノ希望ハ權利ニ非サルヲ以テ破産財團ニ屬セサルナリ又前述シタ
 ルカ如ク手形ノ引受人ハ其引受ノ當時ニ於テ手形ノ完成シタルト否トニ拘
 ラス手形上ノ責任ヲ負フヲ以テ破産手續開始前ニ於テ破産者ノ爲メニ其振出
 前ニ引受アリタル手形ハ破産財團ニ屬シ管財人カ之ヲ振出スコトヲ得ヘシ(第
 五ニ破産手續終局以前ニ於テ破産者カ他人ト財産權ヲ共有スルニ至リタルト
 キハ民法第二四九條第二六九條第六八條第一〇〇二條等破産者ノ持分カ破
 産財團ニ屬ス但破産者カ共有物ニ付キ負擔スヘキ部分殊ニ管理費用アルトキ
 ハ該負擔ヲ控除シタル殘餘ノ持分カ破産財團ニ屬シ又共有者ノ一人カ共有物
 ニ付キ破産者ニ對シテ有スル債權アルトキハ該債權ヲ完済シタル殘餘ノ持分
 カ破産財團ニ屬ス蓋シ共有物ニ付キ破産者ノ負ヒタル負擔及ヒ債務ヲ單純ナ

ル破産債權ト爲スコトハ他人ヲシテ不當利持ヲ得セシムルニ外ナラザレバ
 リ此ノ如ク破産者ノ持分カ破産財團ニ屬スルヲ以テ分割其他ノ清算手續ニ依
 リ破産者ノ持分ヲ確定セサルヲ得ス該手續ニ於テハ管財人カ破産者ヲ代表ス
 蓋シ破産者ハ破産財團ニ屬スル財産ノ處分權ナケレハナリ又破産手續終局以
 前ニ於テ破産者カ親若クハ夫タル親族關係ニ基キテ有スル收益權(民法第七九
 九條第八八四條第八九〇條行使ノ結果トシテ得タル利益ハ讓渡スルコトヲ得
 ルヲ以テ破産財團ニ屬ス故ニ配偶者ノ財産上ニ收益ヲ爲ス權アル夫カ破産シ
 タル場合ニ於テハ法律上ノ負擔タル配偶者ノ債務ノ利息ヲ支拂ヒタル殘額ハ
 破産財團ニ屬シ又子ノ財産上ニ管理權ヲ有スル親カ破産シタル場合ニ於テ法
 律上ノ負擔タル子ノ養育費用及ヒ財産管理費用ヲ控除シタル殘額ハ破産財團
 ニ屬ス但前示ノ收益權其モノハ讓渡スルコトヲ得サルヲ以テ破産財團ニ屬セ
 ヲルヤ言フ埃タス

- (二) 破産財團ト破産債權者及ヒ破産者トノ關係
- (A) 破産財團ト破産債權者トノ關係

ニ付キ差押權 (Beschlagnahme) ヲ有ス (1) 差押權ハ債權ニ類似スル權利ニシテ破産債權者ハ之ニ基キテ破産者ノ財産ヲ換價シ平等ナル満足ヲ享ク差押權ハ執行爲ニ因リテ成立シ法律行爲ニ因リテ成立セス又差押權ハ破産者カ破産手續終局マテニ取得シタル財産即チ破産財團ヲ目的トシ破産者ノ有スル特定ノ財産ヲ目的トセス故ニ質權ニ類似スルニ止マリ之ト同視スヘキモノニ非サルヤ言フ埃タス (2) 差押權ハ總破産債權者ノ爲メニ成立シ各破産債權者ノ爲メニ成立スルモノニ非ス各破産債權者ハ差押權ニ付キ持分權ヲ有スルノミ而シテ該持分權ハ破産者ニ對スル債權ト共ニ他人ニ讓渡スルコトヲ得ルヤ言フ埃タス (或破産債權者カ破産手續ニ參加セザルトキハ其差押權ニ對スル持分權ハ他破産手續ニ參加シタル破産債權者ニ歸屬ス) 差押權ノ屬スル總破産債權者ハ一ノ團體ニシテ各破産債權者ノ集合體ニ非ス又法人ニ非ス蓋シ破産債權者ハ共同シテ破産財團上ニ満足ヲ享クヘキモノニシテ各別ニ破産財團上ニ満足ヲ享クヘキモノニ非ス又法人タルニ必要ナル資産及ヒ名稱等ナクハナリ此ノ如ク差押權カ總破産債權者ニ共同ノ權利トシテ成立シ單純ノ權利トシテ成立セザ

ル理由ハ蓋シ債權者カ共同スルコト非スンハ破産ノ目的ヲ達スルコトヲ得ザレハナリ故ニ債權者ハ團體關係ニ於テ差押權ヲ有スルモノト謂フヘシ元來破産債權者ト破産財團トノ法律關係ヲ説明スル學者ノ見解ハ極メテ區區ニ涉レリ獨逸ニ於テハ普通法ノ見解トシテ破産債權者ハ破産者ノ一般の承繼人若クハ自働的財産ニ關スル特定承繼人ナリトノ説行ハレタレトモ現行破産法ニ於テハ (獨逸破産法第一條第六條破産者カ破産財團ノ權利主體ニシテ破産財團ニ付キ生スル利害得失ハ皆破産者ニ歸屬スルヲ以テ該學說ハ現行ノ破産制度ヲ説明スルコトヲ得ス隨テ今日ニ於テ此學說ヲ主張スルモノナキハ明白ナリ現行破産法ノ解釋トシテハ破産債權者ト破産財團トノ關係ヲ直接ニ規定シタル條文ナキヲ以テ種種ノ學說アリ其主タルモノノ第一ハ破産手續ノ開始ニ因リ總破産者カ團體 (Gemeinschaft) ヲ組織シ破産財團ニ關スル質權 (專ラ) キフエルド氏ノ主張スル所ナレトモ破産關係ニ於テハ質權關係ニ於ケルカ如ク目的物ヲ賣却スルニ止マラスシテ破産者ノ取結ヒタル契約ヲ履行シ或ハ繫屬訴訟ヲ續行スルコトアルヲ以テ狄キニ失スルノ嫌アリ若クハ差押權專ラコーレル氏ノ主

張スル所ニシテ學理上最モ適當ナル見解ナリヲ有スト云フニ在リ其第二ハ獨逸破産法ハ各破産債權者ノ集合ト異ナル人格ナリトノ意味ニ於テ破産債權者團體ヲ認メタルコトナク又破産財團ニ對スル質權若クハ差押權ヲ認メタルコトナシ各破産債權者ハ獨立ノ權利者ニシテ唯其權利ノ行使ニ付キ破産財團カ法律上共同満足ノ用ニ供セラルルノ變更ヲ受タルノミ質權差押權ノ如キ破産財團ニ對スル物權ハ法律ノ明文ナクシテ存在スルコトヲ得ルモノニ非ザルノミナラス破産財團ハ依然破産者ニ屬シ各破産債權者ハ唯破産財團ニ對スル直接ノ權利ナクシテ單純ニ破産財團上ニ共同的満足ヲ請求スルコトヲ得ルノミト云フニ在リ(該說ハ「イエゲル」「ボッセル」「ペーテ」ルゼン「ウァルモースキ」氏等ノ主張スル所ナリ)佛國ニ於テハ共同擔保ヲ清算スルカ爲メニ成立シタル破産債權者ノ集合(Contrat)ハ法律上法人タルノ性質ヲ有ストノ學說勢力ヲ有スルニ似タリ(該說ハ「ターレル」及ヒ「リオンカシ」氏等ノ是認スル所ナリ)性質ニ破産債權者ノ團體ハ獨立シテ權利ヲ有シ義務ヲ負フ破産債權者團體ハ財產權トシテ破産者ノ財產上ニ差押權ヲ有スルノ外第三者ト金錢貸借ノ如キ法律行

爲ヲ爲スニ依リ第三者ニ對シ財產權ヲ有シ立替金ヲ以テ他人ノ財產上ニ必要費ヲ施シタルニ依リ不當利得ニ基ク財產權ヲ有シ自己ノ權利ヲ侵害シタル者ニ對シ不法行爲ニ依レル損害賠償權ヲ有シ管財人ニ對シ其責ニ歸スヘキ求償權ヲ有シ民法第四百二十四條ニ規定シタル取消權ヲ有スルコトアリ獨逸法ニ所謂 Masseforderung ナルモノ即チ是ナリ而シテ破産債權者團體ニ屬スル權利ナレバ破産者ニ屬スル權利ナルヤ否ヤノ區別ノ實用ハ破産者其者ニ對スル抗辯殊ニ相殺ヲ對抗セラルルト否トニ存ス(商法第九九五條)破産債權者團體ハ法律行爲不當利得不法行爲等ノ如キ原因ニ基キ義務ヲ負フコトアリ獨逸法ニ所謂 Masseverbindungen ナルモノ即チ是ナリ而シテ斯ル義務ハ破産債權者ニ屬スル財產權ヲ以テ完済シ各破産債權者ノ財產ヲ以テ完済スヘキモノニ非ス(權利能力)破産債權者團體ハ其資格ニ於テ行為能力ヲ有ス破産債權者團體ハ債權者集合ナル機關ニ依リ團體ノ意思ヲ表彰シ管財人ナル機關ニ依リテ之ヲ執行ス團體ノ機關カ其權限内ニ於テ爲シタル行為ハ團體ノ行為ナリ故ニ團體ノ爲メニ又ハ團體ニ對シテ效力ヲ有シ又ハ破産債權者團體ハ其組織員ト異ナレル特別ノ人格ヲ

有スルモノニ非サルヲ以テ團體ノ行為ハ各破産債権者ノ爲メニ又ハ各破産債権者ニ對シテ效力ヲ有ス行為能力破産債権者團體及ヒ差押權ハ破産手續ノ終局ニ因リテ消滅スルヲ當然トス然レトモ破産手續ノ形式の終局後ニ於テ尙ホ破産財團ノ存スル以上ハ破産債権者團體及ヒ差押權ハ尙ホ存續シ該破産財團ヲ配當ス蓋シ破産財團ノ配當カ終了セサル以上ハ未タ法律上有效ナル破産手續ノ終局アリト謂フヲ得サレハナリ(團體ノ終了)

(B) 破産財團ト破産者トノ關係 破産ノ宣告ニ因リ破産者ハ破産財團ニ屬スル財產權ヲ喪失スルモノニ非ス破産債権者ハ唯破産財團ニ付キ差押權ヲ有スルニ止マリ質權ヲ有セス又破産者ノ承繼人トシテノ權利ヲ有セス然レトモ破産財團ハ總破産債権者ニ平等ナル満足ヲ享ケシムルノ目的ニ於テ成立スルヲ以テ破産者ハ破産財團ニ損害ヲ及ホス行為ヲ爲スコトヲ得サルヤ當然ナリ是ヲ以テ破産宣告ニ因リ破産者ハ破産財團ニ屬スル財產ヲ管理シ且之ヲ處分スルノ權能ヲ喪失シ行為無能力者ト爲ルモノニ非ス破産管財人カ該財產ニ關スル管理及ヒ處分權ヲ行フ(商法第九八五條第一〇二條)獨逸破産法第六條故ニ破

産ノ宣告以後ニ於テ破産者ノ爲シタル權利行為ハ意思ノ善惡ニ拘ハラズ破産債権者ノ總員又ハ其ノ一員ノ利益ニ反スル效力ヲ破産財團上ニ及ホスコトヲ得ス獨逸破産法第七條)破産財團ニ屬スル財產ヲ以テ爲シタル辨濟該財產ノ讓渡若クハ質入該財產上ニ爲シタル他物權ノ設定又該財產ノ爲メニ存スル他物權ノ消滅ノ如キ直接ニ破産財團ニ關スル權利ハ利益ノ存否ニ拘ハラズ破産財團ニ對シテ當然無効ナリ管財人ハ破産財團ヲ保全スル權限ニ基キ破産財團ノ管理及ヒ換價ニ際シスル權利行為ヲ無効即チ法律上不成立トシテ取扱フコトヲ得ヘシ此場合ニ於テハ相手方タル各人ハ意思ノ善惡ニ拘ハラズ破産者ヨリ受領シタル金銭及ヒ讓受ケタル物件ノ返還其他破産財團ニ屬スル財產ノ爲メニ設定セラレタル他物權ヲ存續シタルモノト爲スカ如キ方法ニ於テ管財人ノ主張ニ反スル状態ヲ原狀ニ復セサルヘカラス管財人カ破産手續ノ停止及ヒ其終局ヲテニ於テ前ホノ權利行為ヲ無効ナリト主張セサル場合ニ於テハ斯ル權利行為ハ各人ニ對シ當初ヨリ有效トシテ取扱ハル何トナレハ斯ル權利行為ノ無効ナルヤ否ヤノ判断ハ破産債権者團體ノ利益ノ爲メニ職務ヲ取扱フヘキ

管財人カ獨リ爲シ能フ所ニシテ破産者及ヒ權利行爲ノ相手方タル第三者其他破産債權者各自ノ爲シ能ハサル所ナレハナリ(商法第九八五條獨逸破産法第六條破産者ノ受任者カ破産宣告以後ニ於テ破産財團ニ關シ直接ニ利害關係ヲ及ホスヘキ權利行爲ヲ爲シタルトキハ管財人ハ該行爲ヲ無効トシテ取扱フコトヲ得ヘシ蓋シ受任者ハ委任者ヨリ多クノ權能ヲ有スルコト能ハサレハナリ訴訟代理人ニ依ル訴訟ハ委任者タル當事者本人ノ破産宣告ヲ受ケタル事實ニ因リテ中斷ス民事訴訟法第百八十三條ノ適用ニ依リ委任消滅ノ通知ニ因リテ中斷セス蓋シ民事訴訟法第百七十九條ハ特別ノ規定ニシテ民事訴訟法第百八十三條ニ關係スル所ナキモノナレハナリ

(三) 破産財團ノ増減 破産財團ヲ減少スルモノハ取戻權別離權別除權及ヒ財團債權ニシテ破産財團ヲ増加スルモノハ取消權ノ行使及ヒ破産手經終局マテニ於ケル財産ノ取得是ナリ左ニ之ヲ分説スヘシ

(A) 取戻權 (Aussonderung) 民事訴訟法ニ規定セル強制執行ニ於テ執行カ債務者ニ屬セスシテ反テ第三者ニ屬スル財産上ニ行ハルコトアルト同シク破産

的強制執行ニ於テ管財人カ破産者ニ屬セスシテ反テ第三者ニ屬スル財産ヲ破産財團トシテ取扱フコトアリ此兩者ノ場合ニ於テハ何レモ第三者ノ財産權ノ侵害アリ蓋シ故ナク第三者ノ財産ヲ以テ債務ノ辨濟ニ充ツルコトヲ得サレハナリ是ヲ以テ前者ノ場合ニ於テハ第三者ハ自己ニ屬スル財産ニ付キ爲シタル執行ヲ解クヘキ旨ヲ請求シ又必要ノ場合ニ於テハ異議ノ訴ヲ以テ斯ル請求ヲ主張スルコトヲ得(民事訴訟法第五四九條後者ノ場合ニ於テハ第三者ハ自己ニ屬スル財産ヲ破産財團中ヨリ別離スヘキ旨ヲ請求シ又必要ノ場合ニ於テハ訴ヲ以テ斯ル請求ヲ主張スルコトヲ得ヘシ後者ノ場合ニ於ケル斯ル請求ヲ取戻權商法第一〇一五條ト謂フ獨逸破産法第四三條乃至第四六條奧太利破産法第二六條第二七條瑞西破産法第二〇三條佛國商法第五七四條乃至第五七九條白耳義商法第五六六條乃至第五七二條英國破産法第四四條等取戻權ニ關スル明文ヲ設ケタレトモ我破産法ニ於テハ第千十五條ヲ以テ取戻權ニ關スル訴ノ管轄裁判所ヲ規定シタル外何等ノ明文ナシ(舊商法第一編第九章參考)然レトモ之カ爲メニ取戻權ノ存在ヲ認メサルモノト謂フヲ得ス蓋シ取戻權ノ存在ハ前述

ノ法則ニ徴シ瞭然タレハナリ

(a) 性質 取戻權ハ破産財團中ヨリ破産者ニ屬セサル特定ノ財産ヲ別離セシムルコトヲ目的トスル權利ナリ(1)取戻權ノ行ハルルニハ特定ノ財産タルコトヲ要ス特定物及ヒ破産財團ト混同セサル特定金額ヲ目的トスル財産權ニ關シテハ取戻權カ行ハルルト雖モ不特定物ノ一定ノ數量ヲ目的トスル財産權ニ關シテハ取戻權カ行ハルルコトナシ蓋シ斯ル財産權ニ關シ取戻權ノ行ハルルコトハ解スヘカラサル觀念ナレハナリ(2)取戻權カ行ハルルニハ破産者ニ屬セサル特定ノ財産カ事實上破産財團中ニ存スルコトヲ要ス斯ル事實上ノ關係ノ存スルコトナクシテ特別ノ請求ヲ爲シタルノ結果ニ非スシテ破産者ニ屬セサル財産ノ別離ハ特別ノ請求ヲ爲シタルノ結果ニ非スシテ破産者ニ屬スル財産ニ非スルハ破産財團ニ屬セサル法則ヨリ生スル當然ノ結果ナリ故ニ管財人ハ破産財團ヲ確定スルニ際シ破産財團ニ屬セサル財産ヲ破産財團ヨリ別離スヘキ職務ヲ負フ管財人ハ破産財團ニ屬スル財産ニ非スルハ管理及ヒ處分スルノ權限ヲ有セス管財人カ斯ル職務ニ違背シ故意又ハ過失ニテ別離スヘキ特定ノ財産

ヲ換價シタル場合ニ於テ破産債權者カ該價格ニ付キ満足ヲ享クルコトヲ得サルハ破産債權者ハ唯破産財團ニ付キ満足ヲ享クルニ止マルノ法則ニ徴シ疑ナシ隨テ取戻權ハ特定ノ期間ニ屆出ヲ爲ササルカ爲メニ失權スルコトナシ(3)取戻權ハ特定ノ財産カ破産者ノ財産ニ屬セサル旨ノ消極的原因ニ基ケリ故ニ特定財産カ破産財團ニ屬スルコトヲ前提トスル別除權ト其性質ヲ異ニスルヤ言フ埃タス

(b) 取戻權ノ主體 如何ナル權利ヲ有スル者カ取戻權ヲ有スルヤノ問題ニ關シテハ我破産法ハ獨逸諸國ノ法律ニ於ケルカ如ク明文ヲ以テ規定セサルカ故ニ實體法及ヒ破産法ノ一般ノ法理ニ基キテ之ヲ論定セサルヘカラス(1)實體法ニ從ヘハ第一ニ破産財團ニ加ハリタル目的物カ破産者ニ屬セサル旨ヲ證明スルニ足ルヘキ權利ヲ有スル者ハ取戻權ヲ有ス故ニ物權ニ關シテハ之ヲ云ハハ破産財團ニ加ハリタル目的物ニ付キ占有權所有權共有權永小作權地上權及ヒ地役權ヲ有スル者ハ別離ヲ請求スルコトヲ得殊ニ占有者ハ占有回收ノ請求ノ爲メニ民法第二〇〇條所有者ハ破産者ノ占有セル所有物ヲ返還シニ所有權ノ侵

害除去例へハ破産者カ第三者ノ所有地上ニ於テ行使シタルニ過キサル地役權の事實ヲ破産管財人カ破産財團ノ爲メニ存スル地役權トシテ取扱ヒタル場合ニ於テ成立スル侵害除去ノ如キノ請求ノ爲メニ共有者カ分割前ニ於テハ目的物全體ニ付キ又分割以後ニ於テハ持分ニ付キ有スル請求ノ爲メニ取戻權ヲ主張シ又永小作權者地上權者及ヒ地役權者ハ管財人カ斯ル權利ノ存在ヲ否認シタル場合ニ於テ之ヲ承認セシムルカ爲メニ取戻權ヲ主張スルコトヲ得然レトモ破産財團ニ加ハリタル目的物ニ付キ質權及ヒ抵當權ヲ有スル者ハ別離ヲ請求スルコトヲ得ス蓋シ斯ル權利ハ破産財團ニ加ハリタル目的物カ破産者ニ屬セサル旨ヲ證明スルニ足ラサルモノナルヲ以テ別離權ノ原因タルモ取戻權ノ原因タルヲ得サレハナリ債權其他ノ權利ニ關シテ之ヲ云ハハ破産財團ニ組入レラレタル債權及ヒ特許權ニ付キ適法ニ讓受ケタル者ハ別離ヲ請求スルコトヲ得讓渡人カ債務者ニ債權讓渡ヲ通知スル以前ニ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ債權ノ讓渡ハ債務者其他ノ第三者殊ニ破産債權者ニ對抗スルコトヲ得サルヲ以テ債權ハ破産財團ニ屬スト云ヘル反對說アレトモ讓受人ト破産者タル讓

渡人トノ間ニ於テハ債權讓渡ハ有效ナルヲ以テ破産財團ニ屬スト謂フコトヲ得サルヘシ第二ニ破産者ト爲シタル契約ノ内容ニ基キ所有權ヲ移轉スルノ意思ヲ示シテ破産者ニ交付シタル目的物ノ引渡ヲ求ムル權利ヲ有スル者ハ別離ヲ請求スルコトヲ得故ニ貸貸人ハ貸貨物貸主ハ使用貨物寄託者ハ寄託物質權設定者ハ質物委任者ハ受任者ニ交付シタル物委託者ハ問屋營業者ニ交付シタル物ニ付キ取戻權ヲ主張スルコトヲ得又取立委任又ハ質人ノ目的ヲ以テ手形其他ノ指圖書券ヲ裏書シテ讓受人ニ交付シタル者ハ讓受人又ハ其後者ノ破産ニ於テ手形其他ノ指圖書券ニ付キ取戻權ヲ主張スルコトヲ得何トナレハ斯ル裏書ハ讓受人ニ手形其他ノ指圖書券ノ權利ヲ移轉スルモノニ非サレハナリ然レトモ權利ノ設定又ハ移轉ヲ目的トシタル債權ヲ有スル者ハ破産債權者タルニ止マリ其設定又ハ移轉ヲ爲スヘキ權利ニ付キ取戻權ヲ有セス故ニ買主ハ未タ移轉ナキ買受ケタル目的物ニ付キ質主ノ破産シタル場合ニ於テ取戻權ヲ主張スルコトヲ得ス(交換ニ於テ亦然リ)然レトモ買受ケタル目的物カ特定物ナルトキ又ハ賣主カ破産宣告ヲ受タル以前ニ於テ特定シタルトキニ限り取戻權ヲ

主張スルコトヲ得何トナレハ買主ハ目的物上ニ権利ヲ取得シタレハナリ又試験ノ條件ヲ以テ有體物ヲ賣渡シタル者ハ買主カ其破産宣告ヲ受タル以前ニ於テ意ニ適シタル旨ヲ表示セザルトキ即チ試験ノ條件ノ成就セザルトキニ限リ賣渡シタル目的物ニ付キ買主カ破産シタル場合ニ於テ取戻權ヲ主張スルコトヲ得何トナレハ買主ハ其賣渡シタル目的物上ニ所有權ヲ有スレハナリ請負人カ材料ヲ供シ且仕事ヲ施シタル場合ニ於テ殊ニ造船請負契約ノ場合ニ於テ注文者カ仕事ノ進行ノ割合ニ應ジテ報酬ヲ與ヘタル後請負人カ破産宣告ヲ受ケタルトキハ注文者ハ仕事ノ目的物殊ニ船舶ニ付キ取戻權ヲ主張スルコトヲ得ス蓋シ請負人ハ仕事ノ完成ニ至ルマテ仕事ノ目的物ノ所有者ナレハナリ消費貸借ノ貸主ハ借主ノ破産ニ於テ返還セシムヘキ同種ノ物ニ付キ取戻權ヲ主張スルコトヲ得ス蓋シ返還セシムヘキ物ハ不特定物タルノミナラス借主ノ財産ニ屬スレハナリ取消權者民法第四二四條ハ相手方ノ破産ニ於テ取消ノ結果トシテ返還セラルルニ至ルヘキ目的物ニ付キ取戻權ヲ主張スルコトヲ得ス蓋シ取消權者ハ取消スヘキ法律行為ノ目的物カ相手方ニ屬セザル旨ヲ主張スルモ

ノニ非サレハナリ不常利得ニ基キテ發生シタル債權ヲ有スル者ハ利得者ノ破産ニ於テ返還セラルヘキ目的物ニ付キ取戻權ヲ主張スルコトヲ得ス蓋シ不當ニ利得シタル者ハ利得者ニ屬スルヲ以テナリ利得者タル破産者ノ利得行為カ無効若クハ民法第二百一一條ニ從ヒテ無効ナリト看做サレタルトキハ債權者カ給付ノ目的物ニ付キ取戻權ヲ主張スルコトヲ得ルヤ當然ナリ又取立委任又ハ質入ノ目的ヲ以テ手形其他ノ指圖證券ヲ裏書シテ交付シ且其目的ヲ手形其他ノ指圖證券ニ附記セザリシ讓渡人ハ讓受人又ハ其後者カ破産シタル場合ニ於テ該手形其他ノ指圖證券ニ付キ取戻權ヲ主張スルコトヲ得ス蓋シ斯ル場合ニ於テハ手形其他ノ指圖證券ノ權利ハ完全ニ讓受人ニ移轉スルヲ以テナリ隨テ該手形ハ破産財團ニ屬ス(商法第四六三條(反對説)シテ讓渡人ト讓受人トノ間ニ於テハ裏書ノ原因タル行為ヲ以テ標準ト爲ササルヘカラス故ニ實質上裏書カ手形其他ノ指圖證券ノ權利ヲ讓渡スヘキモノニ非ザルトキハ讓渡人ハ讓受人ヨリ該證券ヲ取戻スコトヲ得ヘシ隨テ讓受人ノ破産ニ於テ取戻權ヲ主張スルコトヲ得ヘシト云ヘル學者アリ參考ノ爲メニ一言ス(2)破産ノ一般ノ法理

ニ從ヘハ第一ニ隔地取引ヲ爲シタル賣主ハ其發送シタル目的物タル動産カ代
金ヲ支拂ハサル買主ノ破産宣告以前ニ於テ到達地ニ到達セズ且破産者タル買
主又ハ其代理人ノ占有ニ歸セザリシ場合ニ於テ該目的物ニ付キ取戻權ヲ有ス
元來實體法ノ原則ニ從ヘハ賣渡シタル財産ハ代金ノ支拂ナキ場合ト雖モ買主
ノ所有ニ歸スルヲ以テ買主カ未タ代金ヲ支拂ハサル間ニ破産ノ宣告ヲ受ケタ
ルトキハ賣買ノ目的物ハ破産財團ニ屬シ賣主ハ破産債權者トシテ其代金支拂
ヲ目的トスル債權ヲ届出テサルヲ得サルニ至ル結果ハ隔地取引ノ安全ニ
害アルノミナラス隔地取引上ノ賣主ニ對シ甚タ不公平ナルヲ以テ又斯ル結果
ヲ除去スルカ爲メニ賣主ニ契約解除權ヲ認ムルハ取引ノ信用ニ害アルヲ以
テ賣主ハ其賣渡シタル目的物カ買主ノ破産宣告前ニ買主ノ占有ニ歸セザリ
シ場合ニ於テ該目的物ヲ中途ニ差止メ且破産シタル買主ノ占有ニ歸スルコト
ヲ妨タルヲ得ルノ制度ヲ生スルニ至リタリ蓋シ賣主ノ爲メニ其義務履行前ノ
原狀ニ回復シ引渡シタル目的物ノ占有ヲ得セシムルノミヲ以テ前示ノ如キ結
果ヲ除去スルコトヲ得レハナリ該制度ハ第十七世紀以來英國ニ於テ慣習トシ

テ認メラレ爾後有名ナル差止權(Right of stoppage in transit)ノ法制ト爲リ次ニ佛法
ノ認ムル所ト爲リ羅馬法系及ヒ獨逸法系諸國ニ傳播シ現行獨逸破産法第四十
四條ニ於テ取戻權ノ一種トシテ前示ノ如ク完成セラレタリ沿革賣主ノ有スル
發送物ニ關スル取戻權ハ其性質上物權の請求權ナルヤ債權の請求權ナルヤ又
ハ當事者ノ意思ニ關係ナク法規ニ依リテ直接ニ認メラレタル請求權ナルヤハ
甚タ困難ナル問題ニシテ學者間ニ爭アル所ナリ獨逸ニ於テハ賣主ノ有スル發
送物ニ關スル取戻權ヲ以テ物權の請求權ナリト主張スル學者ハ買主カ破産シ
タル場合ニ於テハ賣主ノ爲メニ賣渡シタル發送中ノ財産ニ關シ賣主カ所有權
ヲ有ストノ法理上ノ擬制アリトシ之ニ基キ取戻權ノ基礎ヲ説明セリ賣主ノ有
スル發送物ニ關スル取戻權ヲ以テ債權の請求權ナリト主張スル學者ハ該取戻
權ハ發送物ノ占有回復ヲ目的トスル債權(Borderingrecht)ナリトシ其理由トシテ
法律ハ該取戻權カ理由アリト認メラルルカ爲メニ賣主ニ發送物ニ付キ所有權
其他ノ物權ヲ有スル旨ヲ立證スルコトヲ命セサルカ故ニ該取戻權カ物權の請
求權ニ非サルヤ明白ナルノミナラス此種ノ取戻權ハ發送物カ買主タル破産者

ノ破産財團ニ屬スルコトヲ前提トスルカ故ニ實益アルモノナルヲ以テ前述ノ取戻權ト自ラ異ナレルモノタリ賣主ハ其發送物ノ占有回復ニ因リテ法律カ買主ノ破産シタル場合ニ於テ未タ發送中ニ在ル賣渡物ニ關シ賣主ヲ保護セントスルノ目的即チ代金ノ一部分獨逸破産法ニ於テハ破産財團タルヘキ財産ノ存セサルトキハ破産手續ノ申立ヲ却下シ之ヲ開始セス故ニ一部分ト爲ルコトト知ルヘシヲ喪失スルノ危險ヲ避タルコトヲ得ヘシト説明シ或ハ該取戻權ハ買主カ破産シタル場合ニ於テ效力ヲ生スル特質ヲ有スル賣主ノ對人的權利ニシテ所有物ノ返還ヲ目的トスルモノトシテ論結シタリ賣主ノ發送物ニ關スル取戻權ヲ以テ直接ニ法規ニ依リテ認メラレタル請求權ナリト主張スル學者ハ賣主カ買主ノ破産シタル場合ニ於テ發送中ノ目的物ニ付キ取戻權ヲ有スルハ法律カ條理ニ基キテ設ケタル例外的制度ニシテ當事者ノ現實的若クハ推定的意思ニ基キタルモノニ非ス管財人ハ買主タル破産者ノ破産財團ニ屬スル財産ニシテ未タ到達セサルモノヲ賣主ニ返還スルコトヲ要ス而シテ此返還ヲ目的トスル債權カ例外的取戻權ト爲ルモノニシテ獨逸破産法第四十四條ノ如キ明文

アルニ依リテ始メテ成立スルモノト云ヘリ佛國ニ於テハ前示ノ取戻權ヲ以テ占有ノ回復ヲ目的トスル權利ナリト説明スル者アレトモ這ハ甚タ少數ニシテ代金不支拂ニ基ク契約ノ解除權ナリトノ說多數ヲ占メタリ其理由賣買ノ目的物カ發送中ニ在リテ未タ買主ノ占有ニ歸セス且買主カ代金ヲ支拂ハサル場合ニ於テ賣主ニ破産法ノ原則ヲ適用シ契約解除權ヲ認メサルハ酷ニ失スルノミナラス買主ノ債權者ハ買主ノ占有ニ歸セザリシ財産ニ付キ共同擔保視スルノ處ナク且破産ニ陥ラントスル者ハ信用ヲ得ル手段トシテ多數ノ買取ヲ爲スヲ常トスルカ故ニ賣主ヲシテ其信用ノ犠牲ト爲スハ正當ニ非スト云フニ在ルモノノ如シ此等ノ學說ノ當否ハ諸君ノ判斷ニ委ス子輩ノ見解ニ依レハ賣買ノ目的物發送中ニ於テ未タ代金ヲ支拂ハサル買主カ破産シタルトキハ假令民法商法等ノ法律ニ從ヘハ既ニ該財産ノ所有權カ買主タル破産者ニ屬スト雖モ破産法カ賣主ノ爲メニ此法則ノ適用ヲ破産關係ニ認メス隨テ法律上賣買ノ目的物ノ所有權カ未タ破産者ニ移轉セサルモノトシテ賣主ニ其實渡物ヲ破産財團ヨリ別離スルコトヲ得セシムルモノタリ取戻權ハ前述ノ如ク破産財團中ヨリ破

産者ニ屬セサル特定ノ財産ヲ別離スルコトヲ目的トスル權利タルコトヲ忘ルヘカラス破産者ノ財産ニ屬スルコトヲ前提トシテ取戻權ナリト主張スルハ取戻權ノ觀念ヲ破壞スルニ外ナラス而シテ賣主ハ賣渡物ニ付キ所有權ヲ有スルトキハ所有權ニ基ク取戻請求權者トシテ又買主タリシ破産者ノ返還義務ヲ内容トスル賣主トシテ有スル債權ニ基ク取戻請求權者トシテ取戻權ヲ主張スルコトヲ得ヘシ物權の請求權又ハ債權の請求權ト限定スル特別ノ理由ナシ性質賣主カ其發送中ノ賣渡シタル動産殊ニ商品及ヒ有價證券ニ付キ取戻權ヲ有スルニハ下ノ要件ヲ具備セサルヘカラス其第一ハ賣買カ隔地取引(Distant purchase)ナルコトヲ要ス隔地取引トハ特定ノ動産カ發送地ヨリ到達地ニ達スルカ爲メニ送付セラルルコトヲ要スル取引ニシテ民事取引タルト商事取引タルト又契約者カ商人タルト否トヲ問ハサルナリ故ニ賣買ノ目的物カ契約成立ノ當時若クハ結約後製造スヘキ場合ニ於テハ其製造完成ノ當時ニ存スル地カ買主ノ該目的物ヲ受取ルヘキ地ト異ナルトキハ隔地取引ナリト云フコトヲ得ヘシ買主カ運送費及ヒ運送危険ヲ負擔シタルト到達地カ義務履行地ナルト賣主カ自己固

有ノ義務トシテ又ハ買主ノ委託ニ因リテ發送ノ爲メニ目的物ヲ運送人ニ或ハ運送取扱人ニ交付シタルト賣主自身カ目的物ヲ發送シタルト賣主ニ目的物ヲ賣渡シタル第三者カ目的物ヲ發送シタルト買主ノ負擔ニ歸シタルト義務ノ履行地カ賣主ノ住所ナルト營業所ナルト目的物ノ發送地ナルト目的物ノ到達地ナルト否トヲ問ハサルナリ同地取引(Direct purchase)即チ賣買ノ目的物ノ結約ノ當時若クハ製造完成ノ當時ニ於テ存スル地カ買主ノ該目的物ヲ受取ルヘキ地ト同シキトキハ買主又ハ其代理人カ結約後直チニ目的物ヲ他所ニ運搬スヘキ意思ヲ表示シタル場合ナルト買主ト第三者買主ノ買主ト約旨ニ基キ目的物ヲ他所ニ運搬スル場合ナルト否トヲ問ハス賣主ハ該目的物ニ付キ取戻權ヲ有セス此場合ニ於テハ買主カ賣買ニ因リ其目的物ニ付キ既ニ所有權ヲ取得シタルヤ否ヤヲ區別シ前者ノ場合ニ於テ縱合買主カ目的物ヲ受取ラザリシトキト雖モ賣主ハ之ヲ取戻スコトヲ得ス後者ノ場合ニ於テハ之ニ反シ賣主ハ所有權ニ基キ之ヲ取戻スコトヲ得ヘシ此ノ如ク隔地取引ナルコトヲ要スル理由ハ賣主ノ有スル取戻權ハ隔地取引ニ於テ缺タヘカラスル制度トシテ認メラレタルニ止

マレハナリ(佛國商法ハ隔地取引タルコトヲ要件ト爲ササルニ似タリ)其第二ハ目的物カ其買主ノ破産宣告ヲ受クル當時ニ於テ尙ホ發送ノ途中ニ在ルコトヲ要ス之ヲ換言セハ目的物カ買主ノ破産宣告ヲ受クル當時ニ於テ(支拂ヲ停止シタル當時ニ非ナルコトニ注意スヘシ)既ニ到達地ニ到達シ且破産宣告ヲ受ケタル買主又ハ買主ノ爲メニ目的物ヲ受取ルヘキ者ノ占有ニ歸セサリシコトヲ要ス故ニ目的物カ買主ノ破産宣告ヲ受クル以前ニ於テ到達地ニ到達シ且破産宣告ヲ受クル以前ニ買主又ハ其代理人ノ占有ニ歸シタルトキハ賣主ノ取戻權ハ法律上成立セス到達地ハ當事者ノ意思ニ從ヒテ運搬ノ終了スル地理上ノ區域ニシテ場所ニ非ス此ノ如ク到達地ハ當事者ノ意思ニ從ヒテ定マルヲ以テ運搬ノ未タ終了セサル間ニ於テ當事者ハ合意上自由ニ到達地ヲ變更スルコトヲ得隨テ目的物カ有效ニ變更セラレタル新到達地ニ於テ買主又ハ其代理人ノ占有スル所ト爲リタルトキハ賣主ノ取戻權ハ法律上成立スルニ由ナキニ至レトモ到達地カ未タ有效ニ變更セラレサルトキハ之ニ反シテ新到達地ニ於ケル買主ノ目的物占有ハ其性質發送中ニ於ケル目的物ノ占有タルヲ以テ法律上賣主ノ

取戻權ノ成立ヲ妨ケス占有ハ民法上ノ占有權成立要素ノ一タル所持即チ物ニ及ホス事實上ノ力ニシテ占有權其モノニ非ス(ゾキフエルド)氏カ民法上ノ占有ト同視シタルハ多數ノ學者ノ否認スル所ナリ)買主カ目的物ニ及ホス事實上ノ勢力ヲ得ルニ至リタルトキハ賣主ハ事實上該目的物ト關係ヲ有セザルニ至レハナリ買主ノ爲メニ目的物ヲ受取ルヘキ者ハ目的物ノ受領及ヒ不受領ニ付キ最終ノ判断ヲ下シ且該目的物ヲ買主ノ爲メニ保存シ若クハ處分スルノ權限ヲ有スルモノニシテ代理人質權者買主ノ爲メニ販賣ヲ擔當シタル問屋營業者倉庫營業者受寄者等ハ之ニ屬ス執達吏ハ買主ノ債權者ノ爲メニ有體動産ヲ差押フルモノナルヲ以テ其占有ハ買主ノ爲メニスル占有ト爲ラス運送取次人ハ荷送人ノ委託ニ基クトキハ同人ノ爲メニ荷受人ノ委託ニ基クトキハ同人ノ爲メニ運送品ヲ占有ス(運送取扱人カ荷送人ヨリ荷受人ノ指圖ニ從フヘキ旨ヲ指示セラレ且該指圖アリタルトキハ荷送人ノ委託カ終了シ荷受人ノ委託ニ因リ行動スルニ至ルヲ以テ爾後荷受人ノ爲メニ占有スルコトト爲ル)又運送人ハ運送品カ到達地ニ達シタル後運送品ヲ荷受人ニ交付シタルトキト雖モ之カ爲

メニ運送品ヲ占有スルモノト爲ラヌ唯荷受人ノ保管人トシテ運送品ヲ占有スルカ如キ特別ノ法律關係ニ基キテ運送品ヲ占有スルトキニ限り荷受人ノ爲メニ占有スルコトト爲ル運送狀船荷證券ノ交付等ハ荷受人カ運送品ノ占有原因ト爲ラス此ノ如ク目的物カ其買主ノ破産宣告ヲ受ケル當時ニ於テ未タ運送中ナルコトヲ要スル理由ハ蓋シ若シ目的物ニシテ買主ノ破産宣告以前ニ於テ既に到達地ニ達シ其買主ノ占有ニ歸シタルトキニ於テ賣主ニ尙ホ取戻權ヲ認ムルトキハ買主ノ占有ニ因リテ目的物ヲ擔保視シタル買主ノ債權者ノ權利ヲ害スルニ非スシテ反テ隔地取引カ同地取引ト變性スルヲ以テナリ其第三ハ賣主カ破産者タル買主ヨリ其破産宣告ヲ受ケル前ニ完全ナル辨濟ヲ受ケサリシコトヲ要ス支拂ハレサル代金ノ殘額ノ多少及ヒ辨濟ヲ受ケサル原因ノ如何ハ法理上問フ所ニ非ス故ニ買主カ其破産宣告ヲ受ケル以前ニ於テ代金ノ大半ヲ辨濟シ又賣主カ代金ノ支拂ニ付キ買主ノ爲メニ期限ヲ附シタルトキト雖モ賣主ノ目的物ニ付キ有スル取戻權ノ成立ヲ妨ケス賣主ノ完全ナル辨濟ノ受領ハ代金ノ完済代物辨濟代金ノ供託相殺免除等ヨリ成ル賣主及ヒ買主間ニ於テ永年

ノ交互計算關係アルトキハ賣主ハ買主ノ破産宣告ヲ受ケル當時ニ於テ計算上剩餘金ヲ有スル場合ニ限り目的物ニ付キ取戻權ヲ有ス買主カ賣主ノ爲メニ手形ノ引受ヲ爲シタルコト其他辨濟ノ擔保ヲ供シタルコト等ノ如キハ代金ノ完全ナル辨濟ト爲ラス買主カ代金辨濟ノ爲メニ賣主ニ手形ヲ交付シタル場合亦通則上代金ノ完済ト爲ラス蓋シ斯ル場合ニ於テハ賣主又ハ其後者カ手形金ヲ完全ニ受取リタルニ因リテ代金ノ完済ト爲ルモノナレハナリ故ニ賣主ハ後日手形金カ支拂ハレタルトキハ之ヲ破産財團ニ返還スヘキ義務ヲ留保シテ取戻權ヲ行フモノタリ但特約上賣主カ代金ノ支拂ニ代ヘテ手形ヲ受取リタルトキハ代物辨濟ト爲ルヲ以テ買主ノ破産ニ於テ賣買ノ目的物ニ付キ取戻權ヲ有スルコトナキヤ當然ナリ斯ル要件ノ存スル理由ハ賣主ニシテ買主ヨリ其破産宣告ヲ受ケル以前ニ代金ノ完済ヲ得タル以上ハ隔地取引ニ付キ毫モ損失ヲ被ルコトナク隨テ賣主ヲ保護スルノ必要ナクレハナリ(要件買主ノ破産ハ當然賣買契約ヲ解除スルモノニ非ス又買主ノ有スル取戻權ハ賣買契約ヲ解除スルノ效力ヲ有スルモノニ非ス賣買契約ハ取戻權ノ行使ニ因リ債務履行前ノ原狀ニ回

復セラレ、目的物ノ所有權ハ未タ買主タル破産者ニ移轉セザルコトト爲ル故ニ
(甲)買主ノ破産宣告ノ當時ニ於テ當事者雙方カ未タ其債務ヲ履行セザリシ買賣
ニ於ケルト同シク破産法其他實體法ノ原則ニ從ヒテ履行解除及ヒ損害賠償等
ノ法律關係ヲ定メサルヘカラス是ヲ以テ管財人カ破産財團ノ爲メニ買主タル
ノ債務ヲ履行シ且賣主カ債務ノ履行ヲ欲スル旨ノ意思ヲ表示シタルトキハ賣
主ハ其債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得ス蓋シ斯ル場合ニ於テハ賣主ハ管財人カ財
團債務トシテ買主ノ債務ヲ履行スルヲ以テ毫モ損失ヲ受クルコトナケレハナ
リ之ヲ換言セハ賣主ハ取戻權ノ行使ニ基ク履行前ノ原因ニ因リ管財人カ破産
財團ノ爲メニ破産者ニ代リテ買主タルノ債務ヲ履行スルコトヲ欲シ且賣主ニ
對シ其債務ノ履行ヲ求ムル旨ノ意思ヲ表示セルニ非スンハ買賣ノ目的物ノ引
渡ヲ管財人ニ對シ拒絶スルコトヲ得ヘキ地位ニ在ルニ過キサレハナリ故ニ管
財人ノ斯ル意思ノ表示ニ因リ賣主ハ其賣渡シタル目的物ヲ破産財團中ヨリ別
離セシムルコトヲ得ス管財人カ斯ル意思ヲ適當ノ時期ニ表示セザルトキハ賣
主ハ管財人ニ對シテ催告ヲ爲スコトヲ得而シテ管財人カ催告ニ應セザルトキ

ハ契約上ノ債務ノ履行ヲ欲セザルコトト爲ル(獨逸破産法第一七條管財人カ買
買ノ履行ヲ破産財團ノ爲メニ不利益ト認メ之ヲ爲スコトヲ欲セザルトキハ賣
主及ヒ管財人ハ買賣契約ヲ解除スルコトヲ得此場合ニ於テハ損害ノ賠償ヲ請
求スルコトヲ得(商法第九九三條民法第五四五條第三項其說明ハ破産ノ效力
ノ説明ニ讓ル)管財人カ賣買ノ履行ヲ欲セス又管財人及ヒ賣主カ契約ノ解除權
ヲ行使セザリシ場合ニ於テハ賣主ハ契約ノ不履行ニ基ク損害ノ賠償ヲ破産債
權トシテ主張スルコトヲ得然レトモ代金ノ支拂ヲ目的トスル請求權ヲ主張ス
ルコトヲ得ス蓋シ賣主ハ取戻權行使ノ結果トシテ賣買ノ目的物ヲ保有スレハ
ナリ(乙)賣主ハ買主ヨリ受取リタル代金ノ一部及ヒ手附金ヲ返還スヘキ義務ヲ
負フベータルゼン氏ハ買賣契約カ賣主ノ取戻權ノ行使及ヒ管財人ノ該契約ノ
履行ヲ欲セザル旨ノ意思表示ニ因リ消滅セス隨テ賣主ハ代金ノ支拂ニ付キ請
求權ヲ有スルヲ理由トシ取戻權ヲ行使シタル賣主カ買主ヨリ受取リタル代金
ノ一部ヲ所持スルモ法律上ノ原因ヲ缺クモノニ非サルヲ以テ不當利得ト爲ラ
ス隨テ返還ノ義務ナシト論結シタルレトモ多數ノ學者ノ認メサル所ナリ蓋シ然

ヲスルハ履行前ノ原状ニ回復シタルモノト謂フコトヲ得サレハナリ又賣主ハ賣買ノ目的物ノ爲メニ要シタル費用殊ニ返還ニ因リテ生スル費用ヲ負擔スヘキ義務ヲ負フ蓋シ斯ル費用ハ賣主ノ利益ノ爲メニ生シタル費用殊ニ取戻權ノ行使ノ爲メニ生シタル費用ナルヲ以テ賣主カ自ラ之ヲ負擔シ又之ヲ代償シタル管財人ニ賠償スヘキモノナレハナリ但該費用中買主ノ不履行ニ基キテ生シタルモノ殊ニ返還ニ因リテ生シタル費用ハ損害賠償ニ基ク破産債權トシテ之ヲ主張スルコトヲ得管財人ノ賣買ノ履行ヲ欲スルヤ否ヤニ關スル意思ノ表示ヲ不當ニ遲延シタルニ因リテ生シタルモノハ財團債務トシテ之ヲ主張スルコトヲ得商法第一〇三二條獨逸破産法第五九條第一號又約旨ニ從ヒ荷受人ノ負擔スヘキ發送費用ハ管財人カ賣買契約ノ履行ヲ欲シタル場合ニ限り代金ノ支拂ヲ目的トスル債權ト同シク財團債務トシテ之ヲ主張スルコトヲ得商法第一〇三二條獨逸破産法第五九條第二號(效力ノ)取戻權ノ目的物ハ破産財團ニ屬セス故ニ(甲)管財人ハ該目的物ノ到達ノ前後ヲ問ハス之ヲ處分スルノ權限ヲ有セス商法第三三五條第六二九條是ヲ以テ管財人カ取戻權ノ目的物ヲ處分シ未

タ之ヲ引渡ササルトキハ該處分カ管財人ノ破産財團ノ爲メニ賣買契約ノ履行ヲ欲スル默示ノ意思ト認ムルコトヲ得サル限ハ即チ管財人カ其處分ノ當時取戻權ノ目的物タリシコトヲ知ラザリシトキ又ハ斯ル處分ヲ爲シタルニモ拘ハラズ賣買契約ノ履行ヲ欲セサル旨ノ意思ヲ明示シタルカ如キ場合ニ於テハ賣主ハ破産財團中ニ現存スル目的物ニ付キ取戻權ヲ行使スルコトヲ得民法第一七八條斯ル場合ニ於テハ管財人ハ賣買契約ノ履行ヲ欲スル旨ノ意思ヲ表示シテ取戻權ノ行使ヲ止ムルコトヲ得ヘシ但管財人カ其處分シタル目的物ヲ既ニ第三者ニ引渡シタルトキハ賣主ハ後述ノ如ク管財人カ該處分ニ因リテ受取ルヘキ反對給付ノ目的トスル權利ニ付キ讓渡ヲ請求シ又ハ破産財團中ニ現存スル反對給付ニ付キ財團債權トシテ請求ヲ爲スモノタリ(乙)買主カ其破産宣告前ニ賣買ノ目的物ヲ處分シ且未タ之カ引渡ナキトキハ賣主ハ斯ル處分ナカリシ場合ニ於ケルト同シク該物件ニ付キ取戻權ヲ行使スルコトヲ得民法第一七八條斯ル場合ニ於テ管財人ハ第三者ニ對スル契約不履行ヨリ生スヘキ損害賠償ヲ避クルカ爲メニ賣主ニ對シ賣買契約ノ履行ヲ欲スル旨ノ意思ヲ表示シ取戻

權ノ行使ヲ止ムルコトヲ得ルヤ言フ埃タス但取戻權ノ目的物カ破産財團中ニ
 現存セザルトキハ賣主ハ反對給付ヲ目的トスル權利ニ付キ讓渡ヲ請求シ又ハ
 破産財團中ニ現存スル反對給付ニ付キ財團債權ヲ主張スヘキモノナルヤ後述
 ノ如シ買主カ其破産宣告後ニ於テ取戻權ノ目的物ヲ處分シ且之ヲ引渡シタル
 トキハ該行為ハ破産債權者團體ニ對シ無効ナルヲ以テ管財人カ之ヲ破産財團
 ノ爲メニ取戻シタル場合ニ於テ賣主ハ該目的物ニ付キ取戻權ヲ行使スルコト
 ヲ得若シ管財人カ破産者ノ行為ヲ是認シテ目的物ノ取戻ヲ爲サザリシトキハ
 管財人カ破産財團ニ屬スルヲ理由トシテ讓受ケタル第三者ヨリ取立ツヘキ反
 對給付ヲ目的トスル權利又ハ其權利ノ行使ノ結果トシテ破産財團中ニ屬スヘ
 キ反對給付ニ付キ權利ヲ主張スルコト管財人カ取戻權ノ目的物ヲ處分シタル
 ト同一ナリ(效力)ニ取戻權カ第三取得者ニ對シテ效力ヲ及ホスコトヲ得ルヤ
 ノ問題ニ關シテハ學者間ニ爭アリ積極論者例ヘハ「ペーナルゼン」ウエルモース
 キー「フエルド」氏等ハ取戻權ニ遡及的效力ヲ認メ取戻權ノ效力トシテ破産
 者タル買主ノ取戻權ノ目的物ノ占有權カ賣主ニ對シテ消滅スルト同シク第三

レタルトキハ訴又ハ反訴ノ擴張トシテ取扱ハルヘキモノナルヤ言フ埃タス假
 執行ノ申立ヲ爲スヘキ時期ヲ失シタル當事者ハ假差押又ハ假處分ノ方法ヲ以
 テ假執行ノ宣言ヲ受クルト同一ノ實ヲ享有スルコトヲ得ヘシ民事訴訟法第五
 百二條乃至第五百五條ニ規定シタル假執行ノ宣言ニ關スル申立ハ判決ヲ受ク
 ヘキ事項ノ申立第二二二條ニ外ナラス何トナレハ判決ノ執行ハ訴訟ノ目的ノ
 一部分ヲ成スモノナレハナリ隨テ此種ノ申立ハ書面ニ依リ準備セラレサルヘ
 カラス(第一〇四條)而シテ「フランク」氏ノ論旨ハ原告ハ被告ニ對シ敗訴ノ言渡ヲ求
 ムルノミナラス必要ノ場合ニ強制執行ヲ爲スコトヲモ求ムルモノナルヲ以テ
 訴ノ提起ト共ニ必要ノ場合ニ於テ強制執行ヲ許サルヘキ旨ノ訴訟的請求ヲ爲
 シタルモノト謂ハサルヘカラス隨テ原告カ其強制執行ヲ許サルヘキ旨ノ訴訟
 的請求權ヲ通則的方法ニ於テ主張セント欲セハ故ラニ判決カ確定セハ強制執
 行ヲ爲スコトヲ得ヘキ旨ノ宣言ヲ求ムル申立ヲ爲シテ以テ強制執行ノ許可ニ
 關スル明示的裁判ヲ受クルノ要ナシ然レトモ規則的方法ニ於テ主張セント欲
 セハ即チ判決ノ未確定ナルニモ拘ハラズ即時執行ヲ爲サント欲セハ須ク假執

行宣言ヲ求ムルノ申立即チ訴訟の請求權ノ實行ヲ爲ササルヘカラス此假執行宣言ヲ求ムル申立ハ法律上第五〇六條第五〇七條口頭辯論ヲ爲シ且終局判決ノ形式ニ依リ裁判スヘキモノナルヲ以テ被告ヲシテ送達セラレタル書面ニ基キ準備スルコトヲ得セシメサルヘカラス蓋シ被告ハ多クノ場合ニ於テ法律第五〇二條第五〇三條ノ明文ニ依リ原告ノ假執行ノ宣言ヲ求ムル申立ヲ爲スコトヲ得ル旨ヲ知ルト雖モ果シテ原告カ之ニ關スル申立ヲ爲シタルヤヲ確知セズ隨テ之ニ對シ防禦方法ヲ講スルノ必要ナクレハナリ所謂フニ在リテ最モ理論ニ適シタル見解ト認ム是ヲ以テ原告カ豫メ被告ニ對シ假執行ノ宣言ヲ求ムル申立ヲ記載シタル書面ヲ送達セサルトキハ(一)出頭シタル被告ハ原告ノ申立ニ反對シ辯論延期ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘシ(第二〇四條)然レトモ裁判所カ之カ爲メニ被告ハ即時ニ防禦方法ヲ決斷シ之カ實行ヲ爲スコト能ハサルヘシトノ意見ヲ有シタルトキニ於テノミ其效ヲ奏スルモノタリ(原告カ假執行ノ宣言ノ申立ヲ豫メ書面ヲ以テ被告ニ通知セサルカ爲メニ被告ハ民事訴訟法第五百四條ニ基キ假執行ノ免除ヲ申立ツルニ必要ナル疏明方法ヲ準備セサル場合)

如キ最モ著シキ適例タリ(二)被告カ關席シタル場合ニ於テ原告ハ本案ニ付キ關席判決ヲ求ムルコトヲ得ルモ假執行宣言ヲ求ムル申立ニ付テノ關席判決ノ申立ハ民事訴訟法第二百五十二條第一項第二號下段ノ適用トシテ本案ニ於ケル關席判決ニ附屬セル裁判即チ決定ヲ以テ却下セサルヘカラス(第二五二條第一項第二五三條)關席判決ノ申立ヲ却下スル決定獨逸舊民事訴訟法第三〇〇條第三項新民事訴訟法第三三五條然レトモ假執行宣言ヲ求ムル申立其モノヲ正當ナラサルモノトシテ民事訴訟法第二百四十八條ノ適用ニ依リ却下シタルトキハ其裁判ハ控訴ヲ以テ不服ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘキ一分判決タルヤ當然ナリ(ヘルマン)其他二三ノ法學者ハ被告關席ノ場合ニ於テ假執行ノ宣言ヲ言渡スカ爲メニ豫メ假執行宣言ヲ求ムル申立ノ通知シアルコトヲ要セス何トナレハ斯ル申立ハ事件ニ付テノ裁判ニ關スル申立トシテ又斯ル申立ニ付キ關席判決アリトシテ取扱ハルヘキモノニ非スシテ却テ訴訟上附加セラレタル單純ノ附加的申立トシテ取扱ハルヘキモノナレハナリト主張スレトモ多數ノ法學者ハ否認シタル學說ニシテ又子輩ノ贊成セサル所ナリ

(第二) 假執行ノ宣言ニ對スル防禦ノ申立 口頭辯論期日ニ出頭シタル被告ハ原告ノ明示の又ハ默示の職權の假執行宣言ヲ爲ス場合假執行宣言ヲ求ムル申立ニ對シ前述セルカ如キ假執行宣言ニ對スル防禦の申立ヲ爲スコトヲ得ヘシ此申立ハ判決ノ基本タル口頭辯論終結前ニ於テ之ヲ爲スヘク隨テ終局判決言渡後ハ勿論口頭辯論終結以後ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ス(第五〇六條)假執行ニ關スル申立……獨逸新民事訴訟法第七一四條其理由ハ判決ノ執行カ訴訟ノ目的ノ一部ニシテ此種ノ申立カ民事訴訟法第二百二十二條ノ意味ニ於ケル申立ニ外ナラスト謂フニ在ラスシテ寧ロ原告ノ假執行宣言ヲ求ムル申立ニ對スル防禦方法ニ外ナラサルヲ以テ判決ノ基本タル口頭辯論終結以前ニ斯ル申立ヲ爲ササルニ於テハ全然其效能ナキヲ以テナリ口頭辯論期日ニ關席シタル被告ハ縱令書面ヲ以テ此防禦の申立ヲ爲ス旨ヲ豫メ表示スト雖モ其懈怠ノ結果トシテ此防禦の申立ニ對スル不利益の判斷ヲ受クルヤ言ヲ埃タス……

(第三) 假執行宣言ニ關スル裁判 假執行ノ宣言ヲ爲スニ熟セル場合ニ於テハ本案ニ付テノ終局判決ト共ニ債權者ノ假執行宣言ヲ求ムル申立ニ關シ相手方

ノ出頭シタルト否トニ從ヒテ判決又ハ關席判決ヲ爲ササルニカラス而シテ前述シタルカ如ク判決ノ執行ハ訴訟物ノ一部分ニシテ又假執行ノ宣言ヲ求ムル明示の申立(第五〇二條、第五〇三條)及ヒ默示の申立(第五〇一條)ニ共ニ民事訴訟法第二百二十二條ニ所謂判決ヲ受クヘキ事項ノ申立ニ外ナラサルヲ以テ「假執行ニ付テノ裁判ハ判決主文ニ之ヲ掲クヘキヤ當然ナリ(第五〇七條)民事訴訟法第五百二條、第五百三條ニ規定セル假執行ノ宣言ヲ求ムル債權者ノ申立ヲ看過シ又ハ第五百一條ニ規定セル假執行ノ宣言ヲ求ムル默示の申立ヲ看過シ即テ職權ヲ以テ判決ノ假執行ヲ宣言スヘキ場合ニ於テ假執行ニ付テノ裁判ヲ爲ササルトキハ之ニ因リテ損害ヲ被リタル當事者ハ補充判決ヲ求ムルコトヲ得第五〇八條第二四二條、第二四三條、獨逸新民事訴訟法第七一六條此判決ハ其性質上一分判決タリ何トナレハ訴訟の一部分ヲ目的トスレハナリ(第二二六條)又此判決ハ本案ニ付キ言渡シタル終局判決ニ關係ナク當事者ノ一方ノ關席シタルトキハ關席判決タリ(第二四六條、第二四八條)假執行ノ宣言ニ付テノ判決ハ不完全ナル場合例ヘバ債權者ノ立ツヘキ保證額ヲ判決ニ於テ定メタルカ如キ場

合ニ於テハ之ニ因リテ損害ヲ受クル當事者ハ民事訴訟法第五百八條ニ從テ補充判決ヲ求ムルコトヲ得ルヤ否ヤ「ブランク氏ハ獨逸民事訴訟法第二百八十九條我民事訴訟法第二四二條ヲ論據シテ斯ル判決ハ大缺點アル判決ナリト雖モ債權者ノ訴訟的請求權ニ付キ裁判シタルニ外ナラサルヲ以テ補充判決ニ依リ欠缺ヲ補充スルコトヲ得ス唯之ニ因リ損害ヲ受クヘキ當事者ハ結局判決ニ對スル通常不服申立方法ヲ以テ攻撃スルコトヲ得ルニ止マルト論結シ「ガウプ氏ハ獨逸判例ヲ引用シ我民事訴訟法第五百八條ト同様ナル獨逸民事訴訟法ノ規定カ此場合ニ適用アリト論結シタリ前説ハ理論ニ適シ後説ハ便利タリ予輩ハ前説ニ贊成ヲ表ス補充判決申立期間第二四二條第二項ヲ懈怠シタルトキハ訴訟物ノ一部タル假執行ノ宣言ニ關スル裁判ノ存セナルコトヲ爲ルカ故ニ上訴ヲ以テ裁判所ノ不行爲ヲ攻撃シ前示ノ懈怠ヲ除去スルコトヲ得ス蓋シ上級審ハ前審ノ判決ノ目的ト爲ラサル請求ニ付キ裁判ヲ爲スコトヲ得タレハナリ然レトモ當事者ノ一方カ本案ニ付キ控訴ヲ提起シタル場合ニ於テハ債權者ハ更ニ上級審ニ於テ言渡サルヘキ判決ニ假執行ノ宣言ヲ付スヘキ旨ヲ控訴又ハ附

帶控訴ヲ以テ申立ツルコトヲ得ヘシ何トナレハ「ブランク氏ノ説明スルカ如ク假執行宣言ノ申立ハ各審級ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ヘケレハナリ假執行宣言ニ關スル補充判決ヲ受クル場合ニ於テ債務者ハ該判決ニ付テノ口頭辯論終結前ニ民事訴訟法第五百四條及ヒ第五百五條ニ規定シタル防禦的申立ヲ爲スコトヲ得ルヤ言ヲ決タヌ而シテ裁判所カ假執行宣言ニ對スル債務者ノ防禦的申立ヲ看過シタルトキハ上訴又ハ故障ニ依リテ之カ欠缺ヲ矯正スルコトヲ得ヘキモ之カ爲メニ補充判決ヲ求ムルコトヲ得ス何トナレハ此場合ニ於テハ被告ニ對シ防禦方法ヲ判斷セサル判決ノ存在シタルモノト謂ハサルヲ得サルヲ以テ補充判決ヲ爲スコトヲ得ヘキモノト爲ストキハ結局民事訴訟法第二百四十四條ノ規定ニ反シテ既ニ言渡シタル判決ヲ變更スルニ至レハナリ「ワルモースキ「サルベイ」ストロツマン氏等ハ以上ノ見解ニ反對シテ民事訴訟法第五百八條ハ同第二百四十二條獨逸民事訴訟法第二九二條ニ規定シタル一般ノ原則及ヒ假執行ノ宣言カ訴訟物ノ一部分タル事由ニ基キタルモノナルヲ以テ其實體上ノ理由ヲ推究スレハ民事訴訟法第五百八條ハ第五百四條第五百五條ノ防禦

的申立看過ノ場合ニ之ヲ適用スルヲ得ヘキコト明白ナリト論結シタリト雖モ正當ノ見解ニ非サルナリ何トナレハ斯ル場合ニハルマン氏モ明言スルカ如ク「主タル請求若クハ附帯ノ請求又ハ費用ノ全部若クハ一分」(第二四二條ニ關係スルモノ)ニ非サルヲ以テ補充判決ノ途ヲ取ラントスルニハ假執行ノ宣言ノ申立ヲ看過シタル場合ニ於ケルカ如ク(第五〇八條明文ヲ以テ民事訴訟法第二百四十二條ヲ準用スヘキ旨ヲ規定スルコトヲ要スレハナリ) (第二四二條) (第四) 上告控訴及ヒ故障ハ不服申立カ假執行宣言手續ニ關シテ呈スル特色(第四) 上告控訴及ヒ故障ハ不服申立カ假執行ノ宣言ノ手續ニ關シテ法律上左ノ特色ヲ呈ス(1) 當事者カ本案ニ關スル終局判決ニ對シテ控訴ヲ爲シタル場合ニ於テハ第一審ニ於テ假執行ノ宣言ヲ求ムル申立ヲ爲サザリシ當事者ハ控訴又ハ附帯控訴ノ申立ト共ニ假執行ノ宣言ヲ求ムル申立ヲ爲スコトヲ得何トナレハ假執行宣言ノ申立ハ前述ノ如ク一ノ新ナル請求ニ非スシテ既ニ第一審ニ於テ提起セラレ且本案ニ付キ言渡サレタル終局判決ノ強制執行許可ニ關スル訴訟的請求權主張ノ一形式ニ外ナラサレハナリ之ヲ換言セハ控訴審ニ於ケル判

決ヲ求ムル申立ニ關スル手續ノ再施ト共ニ之ニ當然包含セラレル假執行宣言ノ申立手續亦再施セラレヘキヤ當然ナルヲ以テナリ第一審ニ於テ假執行宣言ノ申立アリタルモ裁判所カ之ヲ看過シタル場合ニ於テハ尙ホ同一理由ニ依リ更ニ控訴審ニ於テ假執行宣言ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ當事者カ既ニ前審ニ於テ假執行ノ宣言ニ關スル補充判決ヲ求ムル申立ヲ爲シタルトキハ之ヲ取下ケタル以後ニ非サレハ控訴審ニ於テ更ニ假執行宣言ノ申立ヲ爲スコトヲ得ス當事者カ本案ニ關スル終局判決ニ對シテ上告ヲ爲シタルトキハ控訴審ニ於テ假執行宣言ノ申立ヲ爲サザリシ當事者ハ上告審ニ於テ之ヲ申立ツルコトヲ得ス何トナレハ上告審ノ權限ハ控訴審ノ判決カ法律ニ違背シタルヤ否ヤヲ裁判スルニ止マレハナリ控訴審ニ於テ假執行ノ申立ヲ看過シタル場合亦然リ何トナレハ假執行宣言ニ關スル控訴審ノ判決ニハ不服ノ申立ヲ爲スコトヲ得ナルカ故ニ(第五一一條) 上告ヲ以テ不服ノ申立ヲ爲スコトヲ得ハ單ニ假執行ニ關スル本案ニ付テノ一分判決ナリト謂ハサルヲ得サレハナリ當事者カ本案ニ付キ言渡サレタル關席判決ニ對シテ故障ヲ申立テタル場合ニ於テハ當

事者ハ其爲ナサリシ假執行宣言ノ申立又ハ其爲シタルモ裁判所カ看過シタル假執行宣言ノ申立ヲ故障ノ適法ナルコトト共ニ闕席前ノ程度ニ復シタル訴訟ニ於テ(第二六〇條爲スコトヲ得(2)前示ノ法則ニ關係ナク控訴審又ハ上告審ハ下級審ノ判決ニシテ不服申立ナキ部分ニ付キ口頭辯論進行中ニ爲サレタル當事者ノ申立ニ因リ無條件ニ假執行ノ宣言ヲ附ス隨テ保證ヲ立テ以テ假執行ヲ許サシメタル相手方ノ防禦方法ハ法律上此場合ニ許サレザルモノト知ルヘシ(第五〇九條(3)以上論述シタル勝訴者即チ債權者ノ利益ノ爲メニ設ケテラレタル特別ニ對シ敗訴者即チ債務者ノ利益ノ爲メニ設ケラレタル特別アリ假執行ノ宣言ヲ附シタル判決ニ對シ故障ヲ申立テ又ハ上訴ヲ起シタルトキハ其債務者ハ訴訟事件ニ關係スル裁判所即チ故障又ハ上訴ヲ受ケタル裁判所ニ對シ防禦方法トシテ特別處分ヲ求ムルコトヲ得第五一二條編逸新民事訴訟法第七一九條)詳細ハ強制執行ノ制限ヲ説明スル場合ニ於テ説明スヘシ(4)假執行宣言ハ前審ニ於ケル訴訟ノ目的ノ一部分ニシテ又其判決ノ一部分ナルカ故ニ當事者ハ特別ニ假執行宣言ハモ、ニ對シ或ハ本案ト共ニ假執行宣言ニ對シ控訴ヲ以テ不服ノ

申立ヲ爲スコトヲ得假執行ノ宣言ハ、モ、ニ對シ控訴ヲ爲スニ付テハ債權者ハ多クノ場合ニ利益ヲ有セス何トナレハ債權者ハ之ニ因リテ自己ノ利益ニ歸シタル本案ニ付テノ判決ノ一部ノ確定ヲ妨ケ又相手方ヲシテ附帶控訴ヲ爲スヲ得セシムレハナリ唯本案ニ付キ勝訴判決ノ言渡ヲ受ケタルモ假執行ノ宣言ヲ排斥セラレタル場合ニ於テ急速のニ判決ヲ受ケルノ利益ナルノミ之ニ反シテ假執行ノ宣言ノ言渡ヲ受ケタル敗訴債務者ハ先ツ成ルヘク急速ニ假執行ノ宣言ニ付テ裁判ヲ受ケ本案ニ關シテハ徐ニ完全ナル取調ヲ爲シ且準備ヲ爲スノ利益ヲ有スヘシ假執行ノ宣言ハ前述ノ如ク判決ノ一部分タルカ故ニ假執行宣言ノミニ付キ控訴ヲ爲シタル當事者ハ爾後口頭辯論ニ於テ本案ニ付テ控訴擴張ヲ爲スコトヲ得又本案ニ付テ控訴アリタル場合ニ於テハ相手方ハ假執行ノ宣言ニ付キ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得

以上述ヘタル如ク當事者雙方ノ控訴又ハ附帶控訴ニ因リ前審ノ爲シタル本案並ニ假執行ノ宣言ニ關スル判決カ控訴ノ目的ト爲リタル場合ニ於テハ當事者雙方ハ何レモ其判決ニ基キ強制執行カ著手セラレタルト又ハ強制執行カ終局

セラレタルト否トニ拘ハラズ先ツ假執行ニ付キ辯論及ヒ判決ヲ爲スコトヲ求ムルノ權利アリ(第五)一 條第一項獨逸新民事訴訟法第七一八條第一項蓋シ急速のニ假執行ニ付キ辯論及ヒ判決ヲ爲スハ當事者雙方ノ利益ナレハナリ(1) 控訴審ニ於テ先ツ假執行ニ付キ辯論及ヒ判決ヲ爲スニ當リテハ本案ニ付テ下級審ノ判決ノ當否ニ關係ナク獨立シテ假執行ノ宣言ニ付キ法定要件カ具ハルヤ否ヤヲ調査シ以テ之カ當否ヲ判決セラルヘカラス而シテ假執行ノ宣言ニ關スルモノナル以上ハ縱令保證ヲ立ツルコト又ハ其數額ノミカ不服申立ノ目的タルニ過キサザル場合ト雖モ等シク口頭辯論ヲ爲シ判決ヲ以テ其當否ヲ裁判セラルヘカラス是レ假執行ノ宣言ト雖モ控訴ノ目的タル判決ノ一部分ニ外ナラザルヨリ生スル當然ノ論結ナリ假執行宣言ニ付テノ判決ハ終局的ノ一分判決ニシテ中間判決ニ非ス殊ニ假執行宣言ヲ是認シタル判決ハ民事訴訟法第五百十條第一項ノ規定ノ適用ニ依リ爾後當然失效スルコトアルヲ以テ解除條件附判決ナリト謂フヲ得ヘシ(2) 假執行宣言ノ辯論ニ關シテハ民事訴訟法第四百十條ノ規定ヲ適用セス何トナレハ假執行ニ付テノ裁判ハ當事者雙方ノ利益ノ爲メ

ニ急速ニ終了スルコトヲ要スレハナリ然レトモ之カ爲メニ本案ノ辯論ニ付キ同條ノ適用ヲ妨グルモノニ非ス何トナレハ此場合ニ於テハ毫モ前示ノ理由カ存在セザルヲ以テナリ故ニ當事者カ前審ノ本案並ニ假執行ノ宣言ニ關スル判決ニ付キ不服申立ヲ爲シ且民事訴訟法第五百十條第一項ニ則リ先ツ假執行ニ付キ辯論ヲ制限シタルトキハ民事訴訟法第四百十條ノ適用ナキモノト知ルヘシ(第五)一 條第二項獨逸新民事訴訟法第七一八條第二項獨逸ノ多數ノ學者殊ニ「ガウプ」「ストロツクマン」「ブキフェル」氏等ノ見解ニ依レハ我民事訴訟法第五百十一條第一項及ヒ第二項ニ該當スル獨逸舊民事訴訟法第六百五十二條第一項及ヒ第二項ハ下級審カ假執行ニ付キ裁判ヲ爲シ且此裁判カ控訴又ハ附帶控訴ノ目的ト爲リシ場合ニ適用セラレ控訴審ニ於テ當事者カ新ニ假執行宣言ノ申立ヲ爲シタル場合ニ適用ナシ其理由ハ獨逸民事訴訟法ノ理由書及ヒ獨逸帝國議會ノ審議錄ニ徵シ明瞭ナリト云フニ在リ(「ケルモースキ」氏ハ法文上何等ノ區別ナキヲ理由トシ控訴審ニ於テ當事者カ新ニ假執行宣言ノ申立ヲ爲シタル場合ニモ適用アリト云ヘリ我民事訴訟法ニ於テハ前顯ノ如キ理由書等ナキ

ヲ以テツルモ「スキ」氏ト同一ニ論結スルヲ正當ト信ス然レトモ今姑ク獨逸
 法學者間ニ行ハルル通説ニ從フ(3)控訴審ニ於テ爲シタル假執行ニ付テハ判決
 ニ對シテハ縱令當事者カ控訴審ニ於テ新ニ假執行宣言ノ申立ヲ爲シタル場合
 ナルト假執行力控訴ノ目的タル場合ナルトヲ問ハス又其判決ノ内容カ或ハ假
 執行宣言ニ對スル控訴ヲ棄却シタルト或ハ假執行ノ宣言ヲ廢棄又ハ變更シタ
 ルト或ハ控訴審ニ於テ假執行ノ宣言ヲ言渡シタルトヲ問ハス均シク上告ヲ以
 テ不服ノ申立ヲ爲スコトヲ得ス蓋シ上告ヲ許スヨリ生スル當事者ノ利益ハ之
 ヲ許ササルヨリ生スル當事者ノ利益ノ多キニ及ハサレハナリ故ニ其結果トシ
 テ假執行ノ宣言ヲ是認シタル判決ハ言渡ニ由リ直チニ執行シ得ヘキモノト爲
 リ又假執行ノ宣言ヲ廢棄シタル判決ハ執行力アル判決正本ノ提出ニ由リ強制
 執行ヲ停止シ又ハ既ニ爲シタル執行處分ヲ取消スコトヲ得ヘキモノト爲ル(第
 五五〇條第一號第五五〇條然レトモ控訴審ノ判決カ前審ニ於テ民事訴訟法
 第五百一條乃至第五百十條獨逸新民事訴訟法第七〇八條乃至第七一五條ノ規
 定ヲ正當ニ又ハ不當ニ適用シタルカハ法律上ノ爭點ヲ裁判シタルモノナルト

キハ此裁判ニ對シ上告ヲ許シ民事訴訟法第五百十一條第三項ヲ適用スヘキモ
 ノニ非サルコト獨逸判例ノ認メタルカ如クナルヘシト思惟ス(第五一一條第三
 項獨逸新民事訴訟法第七一八條第三項)

(e) 假執行ノ消滅 假執行ハ左ノ場合ニ於テ消滅スル
 (第一) 執行スヘキ判決ノ確定 假執行ハ執行スヘキ判決ノ確定ニ因リテ消滅
 ス何トナレハ之ニ因リテ判決ニ確定ノ執行力カ生スルヲ以テナリ隨テ假執行
 宣言ニ於テ言渡サレタル保證ヲ立ツルコト等ノ條件モ亦當然消滅スルモノト
 謂フヘシ

(第二) 執行スヘキ判決ノ消滅 故障又ハ上訴ノ結果トシテ執行スヘキ本案ノ
 判決第五一〇條本案ノ判決茲ニ所謂本案トハ假執行ノ宣言ニ相對スルモノヲ
 謂フヲ取消即チ廢棄第二六一條廢棄(破毀)第四四七條破毀……)又ハ變更(第四二
 〇條變更……)第四二五條變更……)シタルトキハ假執行ハ其判決ノ言渡ニ因リ其
 取消ノ限度ニ於テ當然效力ヲ失ヒ(第五一〇條第一項獨逸新民事訴訟法第七一
 七條第二項其判決ノ確定シ又ハ其判決ニ假執行ノ宣言アルヲ必要トセス何ト

ナレハ判決ノ執行ハ執行スヘキ判決ノ存在ヲ前提要件ト爲ス隨テ執行スヘキ判決カ全部又ハ一分ニ於テ取消シタルトキハ假執行ハ其限度ニ於テ適用ノ目的ヲ缺クカ故ニ假執行宣言ヲ言渡シタル判決其モノハ取消サレシテ其效ナキモノト謂フヘケレハナリ而シテ本案ノ判決ヲ取消シタル判決ハ故障申立ノ結果トシテ第一審ニ於テ(第五一〇條第二六一條廢棄)上訴提起ノ結果トシテ上級審ニ於テ(第五一〇條第四四七條第四二〇條破毀)變更言渡シタルト取消ト共ニ原告ノ請求ヲ排斥シタル場合ナルト訴訟手續ヲ廢棄又ハ破毀シタルニ止メタル場合ナルト(第四二三條第四四七條第四四八條)否トヲ問ハサルナリ何トナレハ法律ハ此點ニ關シ何等ノ區別ヲ問ハサレハナリ又執行スヘキ判決ノ取消ニ基ク假執行消滅ノ效力ハ(1)債權者ヲシテ強制執行ニ從事スルコト能ハサラシム隨テ債權者ハ強制執行手續ヲ開始スルコト能ハサルハ勿論既ニ爲シタル強制執行ヲモ續行スルコト能ハス故ニ債權者カ之ヲ爲シタルトキハ損害賠償責任ノ原因ト爲ルコトアリ(2)債務者ハ民事訴訟法第五百五十條第一號ニ基キ執行スヘキ判決ヲ取消ス旨ヲ記載シタル執行力アル裁判ノ正本ヲ提出シ

テ強制執行ノ停止ノミナラス既ニ爲シタル執行處分ヲモ取消サシムルコトヲ得ヘシ
 債權者カ假執行宣言附判決ニ基キ債務者ヨリ強制的ニ又ハ強制執行ヲ避クルカ爲メニ任意的ニ受取リタル金錢(第五一〇條第二項支拂)其他ノ給付物ヲ費用、利息其他ノ損害ト共ニ債務者ニ賠償スヘキ義務アルヤ否ヤノ問題ハ民法ニ依リテ之ヲ定メ且之カ爲メニ債務者ハ新ナル訴ヲ以テ主張ヲ爲ササルヘカラス隨テ斯ル問題ハ假執行消滅ノ效力ニ關係ナキモノト謂ハサルヘカラス蓋シ前述シタル效力ノ一タル既ニ爲シタル執行處分ノ取消ニ因リテ債權者カ受取リタル目的物ヲ相手方ニ交付シタルノミヲ以テ相手方ノ債權者ニ對スル満足ヲ全カラシムルモノニ非サレハナリ然レトモ我民事訴訟法ハ例外トシテ債務者ニ特定ノ制限ノ下ニ於テ同一訴訟ニ於ケル判決ニ於テ債權者ニ對シ賠償義務ヲ言渡サシムル訴訟の請求權ヲ與ヘ以テ特別ニ之カ爲メニ訴訟ヲ提起スルノ努力時間及ヒ費用ヲ節略スルコトヲ得セシム而シテ此訴訟の請求權ハ民事訴訟法第二百條以下ニ所謂反訴ニ非サルヲ以テ(獨逸新民事訴訟法第三三條第五

九〇條控訴審ニ於ケル反訴提起ノ禁止の法則ハ蓋モ適用ナシト謂フヘシ特定期限内此種ノ訴訟の請求權ノ目的及ヒ手續ヲ略言スルハ(1)此種ノ訴訟の請求權ノ目的ハ判決ニ基テ被告ノ支拂ヒ又ハ給付シタルモノノ辨濟ニ外ナラス(第五一)〇條第二項獨逸舊民事訴訟法第六五條第三項新民事訴訟法第七一七條第二項故ニ債務者即チ第三者ニ非サル者カ債權者ニ支拂ヒタル金銭又ハ給付シタル物件訴訟費用及ヒ執行費用ハ皆之ニ屬スト雖モ損害ノ賠償ハ之ニ屬セス蓋シスル訴訟の請求權ヲ認メタル法意ハ同一ノ訴訟手續ヲ利用シ債務者ノ爲メニ給付物ノ償還ニ依リ容易ニ執行前ノ原狀ニ回復スルニ在レハナリ(損害賠償ハ其性質上訴訟手續ニ煩雜ヲ來スヲ以テ斯ル法意ニ伴ハサルヤ明カナリ)支拂ヲ受ケタル日以後ノ利息ハ損害賠償トシテ請求スルコトヲ得ルニ止マルモノナルカ故ニ此訴訟の請求權ノ目的ニ非スト主張スル者ナキニシモ非サレトモ予輩ハガウブ氏等ト共ニ反對ニ論結スルヲ正當ト認ム何トナレハ此種ノ利金ヲモ支拂フニ因リ事物カ完全ニ執行前ノ原狀ニ回復スルヲ以テナリ、假執行ニ基キ生シタル損害賠償請求權ハ唯特別ノ訴又ハ假執行ノ宣言附屬

判決ニ對シ故障ヲ申立テタル場合ニ於テハ反訴ヲ以テノミ之ヲ主張スルコトヲ得ルノミ而シテ給付物ノ返還ニ依リ其執行前ノ原狀ニ復スルコト能ハサル場合ニハ民事訴訟法第五十條第二項ノ訴訟の請求權ヲ主張スルコトヲ得ス是ヲ以テ抵當證書ノ返還ヲ目的トスル訴訟ニ於テ假執行宣言ノ結果勝訴原告カ其目的物ヲ受取リ爾後之ヲ抹消シ且之ヲ毀損シタルトキハ敗訴被告ハ前示ノ訴訟の請求權ヲ主張スルコト能ハサルヘシ(2)此種ノ訴訟の請求權ノ手續ハ被告ノ申立及ヒ判決ナリ(第五一)〇條第二項被告ノ申立ニ因リ判決ヲ……)原則上民法問題ニ屬スル民事訴訟法第五十條第二項ニ規定シタル賠償義務ヲ存在セシムルニ付テハ假執行力其モノヲ消滅セシムルニ足ル假執行宣言附判決ヲ取消ス判決ヲ爲スノミヲ以テハ不十分ナリ却テ原告ノ請求ヲ排斥セストモ少クトモ假執行宣言附本案ノ判決ヲ廢棄破毀又ハ變更スル判決訴ノ却下判決ノ如キニ於テ賠償義務ノ存在ヲ言渡ササルヘカラス此ノ如ク債務者ノ原狀回復ヲ目的トスル訴訟の請求權ニ關スル裁判ハ假執行ノ宣言アリタル本案ノ判決ヲ取消ス判決ニ法律上結合シタルカ故ニ債務者ハ斯ル判決言渡以前ノ口頭

辯論ニ於テ給付物ノ返還ヲ求ムル賠償の申立即チ前示訴訟の請求權ノ實行ヲ爲ササルヘカラス隨テ斯ル辯論終結後ハ斯ル申立ヲ爲スコトヲ得ス但之カ爲メニ特別ニ訴訟ヲ以テ給付物ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ルノ權能ヲ妨ケサルヤ言フ埃タス又此種ノ訴訟の請求權ノ當否ハ假執行ノ宣言アリタル本案ノ判決ヲ取消ス判決ニ於テ認定セラルヘキモノナルカ故ニ債務者ハ此判決ヲ爲スヘキ各審級殊ニ故障並ニ上告審ニ於テ給付物ノ返還ヲ求ムル賠償の申立ヲ爲スコトヲ得ヘシ但上告審ニ於テ債務者カ賠償の申立ヲ爲シタルトキハ上告審ハ總令本案ニ付キ裁判ヲ爲スヘキ場合ト雖モ(第四五一條)獨逸舊民事訴訟法第五二八條新民事訴訟法第五六五條辯論及ヒ裁判ヲ爲サシムルカ爲メニ事件全體ヲ控訴審ニ差戻ツサルヘカラス何トナレハ賠償の申立ニ對スル裁判ヲ爲スニ付キ事實ノ確定ヲ必要ト爲ヌヲ以テナリ而シテ賠償の申立ノミハ之ヲ差戻スコトヲ得ス何トナレハ假執行宣言附判決ヲ取消ス判決ニ於テ賠償の申立ニ關スル裁判ヲ爲スモノナレハナリ給付物ノ返還ヲ目的トスル訴訟の請求權ハ其性質上若シ債務者カ假執行宣言附判決ノ執行ノ結果トシテ相手方ニ何等ノ

給付ヲ強制的ニ又強制執行ヲ免ルルカ爲メニ任意的ニ爲ササルニ於テハ適用ノ目的ヲ缺クヲ以テ之ヲ主張スルコト能ハサルヘシ故ニ前示請求權ヲ實行シタル債務者ハ口頭辯論ニ於テ強制的ニ又ハ任意的ニ給付シタル物件ニ關シテ供述ヲ爲シ且必要ノ場合ニ之カ立證ヲ爲ササルヘカラス給付物返還ヲ目的トスル訴訟の請求權ノ當否ニ關スル裁判ハ終局判決ノ形式ヲ以テ之ヲ爲ス然リ而シテ口頭辯論期日ニ於テ債權者カ關席シタルカ爲メニ債務者カ關席判決ヲ求ムル申立ヲ爲シ且賠償の申立ヲ爲シタルトキハ裁判所ハ此後者ノ申立カ民事訴訟法第二百二十二條第二百五十二條第二項ノ規定ニ適シタル場合ニ限リ民事訴訟法第二百四十六條第二百四十八條ノ規定ニ基キ本案ニ於ケル原告ノ請求排斥ト共ニ給付物賠償ノ關席判決ヲ爲スコトヲ得ヘシ之ニ反シ口頭辯論期日ニ於テ當事者雙方カ出頭シ給付物ニ付キ爭アルトキハ裁判所ハ一分判決ヲ以テ本案ニ關スル原告ノ請求ヲ排斥シ係爭給付物ニ關シテハ證據調ヲ爲シ其終結後給付物賠償ノ終局判決ヲ爲スコトヲ得此種ノ終局判決ノ確定及ヒ執行ニ關シテハ普通ノ原則ノ適用ヲ受ク民事訴訟法第五百十一條第三項ハ之ヲ

適用スルコトヲ得ス何トナレハ民事訴訟法第五百十條第二項ハ其内容上假執行及ヒ其取消ニ關スル獨立ノ法規ナレハナリ債務者ハ以上論述シタル訴訟的請求權ニ依リ債權者ノ不當ナル訴訟ヨリ生シタル損害ノ一部賠償ノ目的ヲ達スルコトヲ得其他ノ部分ニ關シテハ爾後特別訴訟ヲ以テ之ヲ主張シ且民法上ノ原則ニ從ヒ其當否ヲ判定スヘキモノタルヤ言フ埃タス假執行宣言附判決ヲ以テ原告ノ訴ヲ却下シ且勝訴被告カ假執行宣言ニ基キ訴訟費用ヲ取立テタル場合ニ於テ爾後前示判決カ取消ナレ且被告カ本案竝ニ訴訟費用ニ付キ敗訴ノ言渡ヲ受ケタルトキハ訴訟費用ニ關シ原告ヨリ被告ニ對シ賠償義務ヲ命スル特別ノ請求權ニ付テノ規定ナシ是レ原告ハ斯ル特別ナシト雖モ被告ニ對シ被告カ訴訟費用ヲ負擔スル判決ヲ求ムルコトニ依リ既ニ支拂ヒタル訴訟費用ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得レハナリ

(第三) 假執行宣言ノ取消 假執行ノ宣言ハ之ヲ取消ス判決即チ廢棄、破毀及ヒ變更スル(第二六一條第四七條、第四二〇條)判決ノ言渡ニ因リ消滅ス(第五一〇條第一項)言渡アルヲ以テ足レリトシ其判決ノ確定ヲ必要トセサルハ蓋シ假執

行宣言ノ取消判決ノ未確定ナルノ故ヲ以テ未タ確定力ヲ有セス且其假執行ヲ取消シタル判決ヲ執行スルヲ得セシムルハ大ニ失當ナルヲ以テナリ假執行宣言ノ判決消滅ノ效力ハ前述シタル所ト同一ナルヲ以テ茲ニ之ヲ贅セス(第五一〇條第一號)獨逸舊民事訴訟法第六九一條第一項新民事訴訟法第七一七條第一項

(一) 我帝國通常裁判所ノ終局判決 我帝國通常裁判所ノ爲シタル終局判決ノミカ債務名義ナリ故ニ(1)裁判所ノ終局判決ニ非サルモノ即チ仲裁判斷(2)我帝國裁判所以外ノ終局判決即チ外國裁判所ニ於ケル終局判決(3)我帝國特別裁判所ノ裁判ハ我民事訴訟法上當然ノ債務名義ニ非サルナリ左ニ之ヲ分説スヘシ

(1) 裁判所ノ終局判決タルコトヲ要ス 裁判所即チ國家ヨリ我裁判權ノ行使ヲ委任セラレタル裁判官ノ爲シタル終局判決タルコトヲ要スルヲ以テ仲裁判斷即チ當事者カ其間ニ生スヘキ私法的法律關係ニ於ケル爭訟ヲ完結セシムルカ爲メニ裁判上保護ヲ求ムル權利即チ訴權ヲ拋棄シテ一私人タル一名若クハ數名ノ仲裁人ヲシテ裁判セシムルコトヲ豫メ諾約シタル契約ニ基キテ爲シタ

ル仲裁人ノ判斷其モノハ強制執行ノ債務名義ト爲ラス仲裁判斷ハ當事者間ニ於テハ確定シタル裁判所ノ判決ト同一ノ效力ヲ有シ第八〇〇條獨逸舊民事訴訟法第八六六條新民事訴訟法第一〇四〇條一旦判決セラレタル係争問題ノ再理ヲ拒絶スルノ力アリト雖モ強制執行力其モノハ法律上尙モ存在セス是ヲ以テ法律ハ當事者ノ管轄裁判所ニ起訴シ以テ仲裁判斷ノ強制執行許可ヲ認容スル判決即チ執行判決ヲ得ルノ途ヲ與ヘ訴訟法上ノ利益ヲ享有スルコトヲ得セシメタリ故ニ此場合ニ於ケル債務名義ハ執行判決其モノニシテ仲裁判斷ニ非ス唯判斷ニ於テ認メラレタル事物カ判決ニ於テ認メラレタル事物ト同シク強制執行ノ實體の内容ヲ成スニ止マルノミ

執行判決ハ唯強制執行許可ニ付テノ命令ノミヲ包含シ執行命令假差押命令及ヒ假處分命令等ノ如ク強制執行ノ命令ヲモ當然包含スルモノ非ス故ニ執行判決ニ基キテ強制執行ヲ爲サント欲セハ他ノ判決ニ於ケルト同シク執行力アル正本ヲ必要トス隨テ執行許可ヲ目的トスル執行判決ヲ求ムル訴ト執行交付與テ目的トスル訴トハ之ヲ區別セサルヘカラス前者ハ執行許可ヲ目的トシ後者

ハ強制執行命令ノ付與ヲ目的トス然レトモ二者共ニ非民法的請求即チ訴訟的請求之ヲ詳言セハ訴訟的利益保護ノ爲メニ民事訴訟法ノ認ムル權利ヨリ發生スルモノナルヤ言フ族タス

(2) 我帝國裁判所ノ終局判決タルコトヲ要ス 我帝國裁判所ノ判決タルコトヲ要スルヲ以テ外國裁判所ノ判決ハ我帝國内ニ行ハルヘキ強制執行ノ債務名義ニ非サルナリ外國裁判所ノ判決ニ其裁判所所屬國法ニ從ヒテ判決ノ確定若クハ假執行ノ宣言ヨリ生スル執行力ハ我帝國内ニ於ケル執行力ニ非サルナリ吾人ハ外國法律及ヒ外國ノ裁判權ハ其外國ノ領土内ニ於テ效力アルコトヲ認ム又外國裁判所ノ裁判ハ外國裁判所ノ裁判トシテ之ヲ認ム然レトモ吾人ハ外國裁判所ノ裁判カ我帝國ノ裁判權ヲ侵シ若クハ我帝國ノ安寧ヲ害スル場合ニ於テハ斯ル裁判ヲ尊重スルコト能ハス何トナレハ若シ然ラズンハ我帝國ノ主權ハ外國主權ノ爲メニ侵害セララルニ外ナラサレハナリ故ニ外國裁判所ノ判決ハ國際條約ニ依リ特別ノ約定アラサル限ハ其裁判所所屬國以外ニ於テ當然執行力ヲ有セサルモノト謂フヘシ然レトモ我民事訴訟法ハ獨逸民事訴訟法ト

同シク國際の交通ノ利益ノ爲メニ特定ノ前提要件ノ下ニ於テ外國裁判所ノ判決ニ基ケル強制執行權ヲ認メタリ特定要件トハ勝訴者カ我帝國ノ裁判所ニ對シテ訴ノ方法ヲ以テ執行判決即チ強制執行ノ許可ヲ認ムル判決ヲ求メ該判決ニ基キ強制執行ヲ爲スコト即チ是ナリ(第五一四條第一項)獨逸舊民事訴訟法第六〇條第一項、新民事訴訟法第七二三條故ニ前示ノ訴ハ執行判決ヲ求ムル目的トシ執行文ノ付與即チ強制執行命令其モノヲ求ムル目的トセス又強制執行ノ債務名義ハ我帝國裁判所ノ爲シタル執行判決其モノニシテ外國裁判所ノ判決ニ非サルナリ執行判決ハ我帝國裁判所カ外國裁判所ノ判決ノ適法テルコト即チ我帝國內ニ於ケル執行ノ許可ヲ言渡シ且我帝國ノ名ニ於テ債務者ニ給付ヲ命シタル判決ナリ此判決カ我帝國裁判所ノ終局判決トシテ他ノ終局判決ト同シク強制執行ノ債務名義ト爲リ執行判決ニ依リ外國裁判所ノ判決カ債務名義ト爲リ強制執行セラルルモノト解スヘカラス執行判決ハ通常訴訟手續ニ依リ債權者ノ訴ニ基キ我帝國ノ管轄裁判所ノ特定ノ要件ノ存在シタル場合ニ於テ言渡ス先ツ手續ノ進行ヲ略述シ次ニ特定ノ要件ノ説明ニ及フヘシ

(a) 手續ノ進行 (執行判決ヲ求ムル者ハ債務者ニ對シ通常訴訟手續ニ依リ執行判決ヲ求ムルノ訴(第五一四條第二項)獨逸舊民事訴訟法第六六〇條第二項、新民事訴訟法第七二三條第一項)ヲ提起セサルヘカラス訴ノ形式ヲ以テ求ムルハ執行判決カ判決ナルカ故ニ訴ノ形式ヲ必要ト爲スノミニ非スシテ當事者雙方ノ義務の口頭辯論ニ基キ嚴格ニ審判セシムルノ法意ニ基ケルモノニシテ又通常訴訟手續ニ依ルヘク證書訴訟手續ニ依ルコトヲ許ササルハ此種ノ訴ハ執行判決ヲ求ムル目的トシ金錢其他代替物給付ヲ目的ト爲サレハナリ(第四八四條)執行判決ヲ求ムル訴訟ノ目的ハ外國裁判所ニ提起シタル訴訟ノ目的ニ非スシテ外國裁判所ノ判決ノ執行ニ因リ受クヘキ給付ヲ目的トスル訴訟の請求ナリ蓋シ此種ノ訴ニ於テハ外國裁判所ニ於テ審判セラレタル訴訟事件其モノノ當否ヲ審理スルモノナレハナリ執行判決ヲ求ムル訴訟ニ付テハ帝國裁判所カ管轄裁判所タリ(第五一四條)本邦ノ裁判所……其事物ノ管轄即チ地方裁判所又ハ區裁判所カ管轄スヘキヤハ訴訟ノ目的ノ性質ト其價額トニ依リ之ヲ定ム故ニ執行判決ヲ求ムル訴訟ノ目的即チ外國裁判所ニ提起シタル訴訟ニ於テ

主張シタル法律關係ノ原因竝ニ價額ニ關係ナキ外國裁判所ノ判決ノ結果換言スレハ外國裁判所ノ判決ノ執行ニ因リ受クヘキ給付カ其性質上財產權ニ屬セ、タルモノナルトキハ一般ノ原則ニ從ヒ地方裁判所ノ管轄ニ屬スト雖モ裁判所構成法第二六條第一號其他ノ請求然ラサル場合ニ於テハ執行判決ヲ求ムル訴訟提起ノ當時ニ於ケル訴訟ノ目的ノ價額カ金百圓ヲ超過シタルト否トニ從ヒテ事物ノ管轄ヲ定ム裁判所構成法第一四條第二六條是ヲ以テ外國裁判所ニ提起シタル訴ハ我裁判所構成法第十四條第二項ノ如キ意義ヲ有スル該裁判所所屬ノ國法ニ從ヒテ外國ノ區裁判所ノ管轄ニ屬シタリト雖モ執行判決ヲ求ムル訴ハ之ニ拘ハラス我國法ヲ以テ定メタル訴訟ノ目的ノ價額ニ從ヒテ地方裁判所又ハ區裁判所ノ管轄ニ屬シ又執行判決ヲ求ムル訴ハ其性質上商事ニ屬セザルカ故ニ商事裁判所或ハ商事部ヲ特ニ設ケタル佛獨等ノ如キ外國裁判所ニ提起シタル訴カ商事ニ屬シタリト雖モ之ニ拘ハラス本邦ノ裁判所ノ民事部ニ於テ之ヲ取扱フモノタリ我帝國ニ於テモ商事裁判所或ハ商事部ノ設置ナキカ故ニ非スシテ執行判決ヲ求ムル訴訟其モノカ商事ニ非スシテ民事タルカ故ナリ

執行判決ヲ求ムル訴訟ノ目的ノ價額ノ算定ハ其提起ノ日時ニ於ケル價額ニ依リ前訴提起ノ日時ニ於ケル價額ニ依ラス第三條第六條獨逸舊民事訴訟法第三〇九條、新民事訴訟法第三〇九條故ニ外國裁判所ニ提起シタル訴ニ於テハ金百二十圓トシテ訴訟ノ目的ノ價額ヲ算定シタルモ判決ノ結果金九十圓ト爲リタルトキハ執行判決ヲ求ムル訴訟ニ於テハ金九十圓ヲ以テ訴訟ノ目的ノ價額トシテ事物ノ管轄ヲ定ム是レ外國裁判所ニ提起シタル訴訟ノ目的カ執行判決ヲ求ムル訴訟ノ目的ニ非サル法理ヨリ生スル當然ノ結果ナリ土地ノ管轄ハ普通裁判籍ニ依リ第一二條乃至第一四條、獨逸舊民事訴訟法第一三條乃至第二〇條、新民事訴訟法第一三條乃至第一八條定マルヲ正則トシ民事訴訟法第十七條(獨逸舊民事訴訟法第二四條、新民事訴訟法第二二三條)ニ依リ定マルヲ補則トス但財產權上ノ請求ノミニ制限セラル何トナレハ財產權ニ關係ナキ強制執行ニ付キ民事訴訟法第十七條ニ規定シタル裁判籍ニ依ルノ實益ナケレハナリ(第五一四條第二項、第五六三條、獨逸舊民事訴訟法第六六〇條第二項、第七〇七條、新民事訴訟法第七二二條第二項、第八〇二條)當事者ハ執行判決言渡以前ニ於テ通常ノ

手續ニ從ヒ辯論ヲ爲シ原告ハ後述ノ要件ノ存在ヲ主張シ且立證シ又裁判所ハ外國裁判所ノ判決ノ實體的並ニ形式的當否ヲ調査セシメテ唯判決ノ形式的確定ノ有無ト本邦ニ於テ此判決ノ執行ヲ許スヘキ要件ノ存否トヲ調査シ通常手續ニ於テ執行判決ヲ言渡スモノタリ(第五一五條第一項)獨逸舊民事訴訟法第六六一條第一項新民事訴訟法第七二三條第一項佛國同國民民事訴訟法第四六條同民法第二一二三條第二二八條(バイエルン)同國民民事訴訟法第八二四條等ハ外國裁判所ノ判決ノ内國ニ於ケル強制執行許可ニ付キ實體的當否ノ調査ヲ爲ス主義ヲ認メタリト雖モ近時ニ於テハ其反對ノ主義即チ内外國ノ訴訟法ヲ同等但相互擔保ナル條件ノ下ニ於テ外國裁判所カ其法規ニ從ヒ爲シタル訴訟行爲ハ内國ニ於テモ亦之ヲ有效視スル主義カ國際法家及ヒ獨逸民事訴訟法第六六一條第一項新第七二三條第一項ノ是認スル所ト爲レリ我民事訴訟法モ亦之ヲ是認シ外國裁判所ノ判決ハ内國ニ於テモ亦之ヲ有效視シ以テ其内容ノ當否ニ付キ再調査ヲ爲スコトヲ許サザリシ是ヲ以テ内國ノ裁判官ハ外國裁判所判決ノ實體的當否ヲ調査スルノ職權ナク隨テ外國ノ實體法並ニ訴訟法ニ反ス

ルヤ否ヤ又ハ自國若クハ外國ノ命令法ニ反シ禁止法ヲ侵シタルヤ否ヤヲ調査スルノ職權ナシ(第五百十五條第一項)ト規定スルニ止マリ實體的及ヒ形式的當否ノ區別ヲ設ケス故ニ實體的ノ當否ノミト斷定スヘカラス然レトモ外國裁判所即チ外國ニ於テ司法權行使ノ爲メニ設ケラレタル機關ノ判決ニシテ且確定シタルコト及ヒ外國裁判所ノ判決ニ因レル強制執行ヲ内國ニ於テ許ササルノ要件ニ觸ルル所ナキコトヲ調査セサルヘカラス何トナレハ執行判決ハ形式上確定シタル外國裁判所ノ判決カ提出セラレ且内國ニ於テハ該判決ニ因レル強制執行カ法律ヲ以テ禁止シタル要件ニ反スル所ナキ旨ヲ確定スルコトヲ目的トスレハナリ執行判決ノ主文ニハ強制執行ヲ許スヘキ旨ヲ明示セザルヘカラス而シテ我國法ニ從ヒテ強制執行ヲ許スニ在ルコトハ言ヲ缺タサル所ナリ蓋シ外國ノ法律ニ從ヒテ我帝國内ニ於テ強制執行ヲ爲スハ主權唯一ノ觀念上認ムルコトヲ得サルヤ當然ナルヘケレハナリ執行判決ハ外國裁判所ノ判決全體ニ及フヲ以テ訴訟費用ニ關シテモ亦強制執行ヲ爲スコトヲ許シタルモノト謂フヘシ執行判決モ亦一ノ終局判決ニ外ナラサルヲ以テ故障又ハ上訴

ヲ以テ不服ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘク又強制執行ヲ爲スニハ他ノ判決ト同シク確定シタルルコト(第四九七條)若クハ假執行ノ宣言(第五〇一條以下)アルコトヲ必要トシ且執行命令即チ執行文ノ付與アルコトヲ必要トス(第五一六條以下)而シテ執行文ハ外國裁判所ノ判決ノ正本ニ付與スルニ非スシテ執行判決ノ正本ニ付與ス何トナレハ執行文ハ我帝國ノ判決ノ執行ノ爲メニ付與スヘキモノナレハナリ、執行ヲ爲スニ急迫ヲ要スル場合ニ於テハ訴訟手續進行ヨリ生スヘキ運延ニ對スル危害ヲ避クルカ爲メニ假差押ノ途ヲ取ルコトヲ得ヘキヤ言ヲ埃タス執行判決ヲ求ムル訴ハ左ニ説明スル要件ヲ具備セザルトキハ之ヲ却下スヘシ、而シテ此訴カ民事訴訟法第五百十五條第二項ニ規定シタル要件ヲ具備シタルヤ否ヤノ問題ハ裁判所カ被告辯論期日ニ出頭シタルト否トニ拘ハラズ職權ヲ以テ之ヲ斟酌シ當事者ノ知了殊ニ自白及ヒ認諾ニ放任スルコトヲ得ザルモノナリ斯ル論結ハ獨リ該條ノ文言ノ文理解釋上當然ナルノミナラス左ニ説明スル要件ノ法律上ノ性質ヨリ當然生スルモノト謂フヘシ然レトモ之カ爲メニ裁判所ハ職權ヲ以テ事實上ノ調査ヲ爲スヘキ職務ヲ負フト論結スヘカラス

雜 報

○破産宣告ノ地域上ノ效力 破産宣告ノ國際地域上ノ效力ニ關シ現行法ノ如ク其明文ヲ缺ク場合ニ於テハ一國ニ於テ宣告シタル破産ノ效力ハ之ヲ他國ニ及ボスコトヲ得ルヤ否ヤニ付キ疑ヲ生セストモ今之ヲ學說ニ關ミルニ其見解甚タ區區ナルカ如シ(ア、セル、リ、グ、エ、ー)國際私法要論二八七二八頁寺尾氏國際私法第五版八四九八五〇頁バール國際私法及國際刑法論二二四頁以下參看新破産法草案ニ於テハ條約又ハ命令ニ別段ヲ定アル場合ノ外日本ニ於テ宣告シタル破産ハ外國ニ在ル破産者ノ財産ニ付テハ其效力ヲ及ボサス之ト同シク外國ニ於テ宣告シタル破産ハ日本ニ在ル破産者ノ財産ニ付テハ亦其效力ヲ及ボササルモノトシ而シテ原則トシテ外國人ト雖モ破産ニ關シテハ日本人ト同一ノ權利ヲ有スルモノトセリ(第二條乃至第四條)此草案ノ規定ニ依レバ外國ニ於テ破産ノ宣告ヲ受ケ而シテ其破産カ日本ニ在ル財産ニ關セザルトキハ日本ニ於テモ其宣告ノ效力ヲ認メサルヘカラザルモノトス然レモ法律ニ斯ル調

文ナキ現行法ノ下ニ於テハ如何ニ決スベキカ此點ニ對スル大審院ノ見解ハ取
 京控訴院ト相異ナルモノノ如シ今大審院ノ説明スル所ヲ見ルニ曰ク破産ハ各
 債權ノ額ニ應ジ債務者ノ總財産ヲ以テ其總債權者ニ平等分配ヲ得セシムル爲
 ノノ裁判上ノ手續ニシテ其性質一ノ強制執行方法ニ過キザルモノト不蓋シ破
 産宣告ノ申請ハ普通ノ強制執行ノ申立ト異ナリ執行名義ヲ有セザルトキモ
 亦タ之ヲ爲シ得ルニ因リ此點ニ於テハ二者ノ間差異ナキニアラスト雖モ破産
 手續ニ於テモ終局ノ目的タル配當ハ債權確定後ニアラザレハ之レヲ爲サザル
 ヲ以テ該差異アルノ故ヲ以テ破産ハ強制執行ノ性質ヲ有セザルモノト論斷ス
 ハカラス又破産ノ目的ハ債務者ヲシテ正實ナル辨濟ヲ爲サシメ且ツ債權者ヲ
 シテ平等分配ヲ得セシムルニ在リテ債務者ノ能力ヲ強制スルニ在ラス夫ノ破
 産者カ財團ニ屬スル財産ヲ占有管理若クハ處分シ得ザルハ普通ノ強制執行ニ
 於テ債務者カ差押物件ニ付キ處分權ヲ有セザルト其理由ヲ云ハズモハナレ
 ハ破産宣告ハ能力ヲ制限スル裁判ナリト云フヲ得ス從テ破産ニ因リ破産者ハ
 其權利行爲中多少ノ制限ヲ受タルコトアルモ其爲メ破産ハ強制執行タルノ性

質ヲ有セザルモノト云フヲ得ス既ニ破産ニシテ一ノ強制執行ニ外ナラザル以
 上ハ破産宣告ハ宣告裁判所所屬國ノ裁判カ執行力ヲ有スル地域内ニ限り效力
 ヲ有スヘキモノニシテ而シテ裁判ハ特別ノ法令若クハ國際條約アルニアラサ
 ル以上ハ領域内ニ限り執行力ヲ有スルモノナルヲ以テ甲國ニ於テ宣告シタル
 破産ハ乙國ニ於テ其效力ヲ有スルモノニアラザルナリ今マ本件ニ於ケル破産
 宣告國ト我國トノ間ニハ破産ニ關シ特別ナル國際條約ノ存スルモノニアラサ
 ルニ原院カ被控訴人(被上告人)ハ布哇國ニ於テ一旦破産ノ宣告ヲ受ケタルモ後
 巡回裁判所ニ於テ責任解除ノ命令ニ依リ破産宣告ノ日ニ存在シタル總テノ債
 務ノ免除ヲ得タルモノニシテ此命令ノ效果トシテ破産財團ニ對スル債權ハ盡
 ク消滅シタルモノト認ムヘキモノト云云ト説示シ布哇國ニ於ケル破産手續
 ニ關スル裁判ハ我國ニ於テモ其效力ヲ有スルモノト判斷シタルハ不法タルヲ
 免レス若シ夫レ甲乙二號證破産解除命令ニシテ單ニ債權者ノ承諾ニノミ基キ爲
 サルルモノニシテ原院モ亦上告人ニ於テ其解除ニ付キ承諾ヲ與ヘタルモノト
 判定セシモノナランカ原判決ハ敢テ不法ニアラスト雖モ破産解除命令ハ裁判

所ニ於テ正當ナリト認ムル場合ニハ債權者ノ諾否如何ニ拘ハラス之ヲ發スルモノナルノミナラス原院モ亦上告人ノ反訴ニ係ル債權ハ破産解除命令ノ效果トシテ消滅シタルモノト判定セシモノナレハ反訴ニ關スル原判決ハ到底破毀ヲ免レサルモノトス而シテ本訴ニ關スル原判決ノ理由ハ甲一號證契約ハ布哇國法ニモ亦我商法第九百八十五條ニモ違背スルモノニアラサルヲ以テ有效ナリト云フニ在リテ暗ニ布哇國ニ於ケル破産宣告カ我國内ニ於テ其效力アルコトヲ認メタルモノナレハ此點ニ於ケル原判決ノ理由ハ不法ナリト雖モ前段ニ説明セシ如ク布哇國ニ於ケル破産宣告ハ我國内ニ於テ其效力ヲ有セス從テ被告人ハ破産者ニアラサリシモノト看做スヘキモノナルニ因リ前記兩國法條ノ解釋如何ニ拘ハラス甲一號證契約ノ有效ナルコト勿論ナレハ該不法ハ以テ本訴ニ關スル原判決ヲ破毀スヘキノ理由タラスト(大審院明治三十五年才)第五年六月十七日第一民事部判決(三)

(注意) 校外生月納金ノ際ハ必ズ本校ヲ切款ト訂請 正付金ノ納付 金納付ニ準テ月納金ノ月納金ノ月納金ノ何月分ニモ何月分迄ノ納入レシムル事ニ注意スルベシトス

納付書

金納付書

一金

但第 學年 月分月納

右納付候也

居所

明治三十五年

和佛法律學校會計局印中

納付書

金納付書

一金

但第 學年 月分月納

右納付候也

居所

明治三十五年

和佛法律學校會計局印中

所ニ於テ正當ナリト認ムル場合ニハ債權者ノ諾否如何ニ拘ハラズ之ヲ發スルモノナルノミナラス原院モ亦上告人ノ反訴ニ係ル債權ハ破産解除命令ノ效果トシテ消滅シタルモノト判定セシモノナレハ反訴ニ關スル原判決ハ到底破毀ヲ免レサルモノトス而シテ本訴ニ關スル原判決ノ理由ハ甲一號證契約ハ布哇國法ニモ亦我商法第九百八十五條ニモ違背スルモノニアラサルヲ以テ有效ナリト云フニ在リテ暗ニ布哇國ニ於ケル破産宣告カ我國内ニ於テ其效力アルコトヲ認メタルモノナレハ此點ニ於ケル原判決ノ理由ハ不法ナリト雖モ前段ニ説明セシ如ク布哇國ニ於ケル破産宣告ハ我國内ニ於テ其效力ヲ有セス從テ被上告人ハ破産者ニアラザリシモノト看做スヘキモノナルニ因リ前記兩國法條ノ解釋如何ニ拘ハラズ甲一號證契約ノ有效ナルコト勿論ナレハ該不法ハ以テ本訴ニ關スル原判決ヲ破毀スヘキノ理由タラスト(大審院明治三十五年(才)第五號金請求反訴事件明治三十五年六月十七日第一民事部判決三十)

(注意) 校外生月謝納付ノ際ハ必ス本紙ヲ切取キ居所、氏名及爲替番號、金額、並ニ學年別、月謝ノ月別若クハ何月分ヨリ何月分迄ト記入レ爲替券ニ添附スルモノトス

納付書

爲替番號 ()

一金

但第 學年 月分月謝

右納付候也

居所

明治三十五年 月 日

和佛法律學校會計局御中

納付書

爲替番號 ()

一金

但第 學年 月分月謝

右納付候也

居所

明治三十五年 月 日

和佛法律學校會計局御中

法學志林

第三十五號

每月一回十五日發行
一冊特價郵稅共金九錢
十冊前金郵稅共八十錢
九月二十日發行

志林

○電報ノ偽造ノ論メ 法學士 豊島直通
○最近判例批評 法學博士 梅谷謙太郎
○商號ニ就テ 法學博士 富谷銚太郎

纂論

海山獵夫

取引所

海山獵夫

解疑

○留置權ノ發生ト占有トノ關係、法學博士 富井
○印章ノ署名ヲ異ニセル附帶控訴、法律學士 鶴見
○守義ノ陸約成立ノ時期、法學士 秋山雅之介
○木ノ生存間ヲ限トシタル地上權ノ效力、法學士
○中山成太郎ノ公用物ノ意義、法學士 岡實
○拔劍及ヒ憲兵ノ兵器使用ノ性質、法學士 岡實
其他判例、雜報、記事數十件

發行所

和佛法律學校

明治二十二年十二月九日內務省許可
明治三十四年十一月十四日第三種郵便物認可

明治三十五年九月廿九日印刷
明治三十五年九月三十日發行
(定價金參拾錢)

東京市東區南蒲田町二十七番地

編輯部

榎田久次郎

東京市牛込區矢來町三番地

印刷部

小宮山信野

東京市芝區西久保町九丁目十一番地

印刷所

金子活版所

東京市麹町區富士見町六丁目十六番地

發行所

指定

和佛法律學校

(電話番町百七十四番)