

法政大學講義録

掛下, 重次郎 / 若槻, 禮次郎 / 加藤, 正治 / 上杉, 慎吉 /
松岡, 義正

(出版者 / Publisher)

法政大學

(巻 / Volume)

3-25

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

52

(発行年 / Year)

1904-06-18

0 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23

(明治三十六年十月十二日 第三種郵便物認可)
(毎月十四日三十五日八日十一日十五日十八日廿一日廿五日廿八日發行)

三十七年度

明治三十七年六月十八日發行

第三學年ノ二十五

法政大學講義録

第八拾號



法政大學發行

第三學年第二十五號目次

民法	親族	(自四〇六) (至四一六)	法律學士	掛下重次郎
民法	相續	(自三四三) (至三五〇)	法學士	若槻禮次郎
商法	海商	(自三二) (至三三)	法學博士	加藤正治
行政法	各論	(自二六三) (至二七〇)	法學士	上杉慎吉
民事訴訟法	自第六編 至第八編	(自二二七) (至二三四)	法學士	松岡義正
破產	法	(自二六) (至二九)	法學士	松岡義正

表紙及七目次 六頁

雜報

○抵當權者間ノ順位確認ノ相手方○民法施行前ノ廢嫡ノ效力○仲
裁契約ト豫定條件

090
1904
3-1-25

外母ナキカ家ニ母アレトモ母カ第八百九十條ノ規定ニ從ヒ財產ノ管理ヲ辭シタルトキ又ハ母モ禁治產者ナルトキハ第九百條ノ規定ニ依リ禁治產者ノ子ノ爲メニ後見ノ開始アルヘケレハ此場合ニ於テハ禁治產者ノ子ニ對シテハ其後見人保護者タルヘクシテ父又ハ母タル禁治產者ノ後見人カ禁治產者ニ代リテ親權ヲ行フヘキモノニ非ス依テ禁治產者カ親權者ナル場合ニ於テハ未成年者カ親權者ナルトキ其親權者(第八九五條)又ハ後見人カ之ニ代リテ親權ヲ行フカ如キ規定ヲ設クルコトヲ得サル所以ナリ但禁治產者自身カ未成年者ニシテ子ヲ有スルトキハ其未成年者禁治產者ニ親權者又ハ後見人アルトキハ第八百九十五條又ハ第九百三十四條第二項ノ規定ニ依リ禁治產者ノ親權者又ハ後見人ニ於テ之ニ代リテ親權ヲ行フモノトス

親權ノミニ關スル後見人ノ權限(第九三五條) 親權ヲ行フ者カ管理權ヲ有セサル場合ニ於テハ後見人ハ財產ニ關スル權限ノミヲ有ス

親權ヲ行フ父又ハ母カ管理ノ失當ニ因リテ其子ノ財產ヲ危クシタルトキハ其

民法親族

後見 後見ノ事務

管理權ヲ失フコトアリ(第八九七條)又親權ヲ行フ母ハ財産ノ管理ヲ辭スルコトヲ得ル(第八九九條)モノニシテ此場合ニハ第九百條第一號ニ依リ後見ノ開始スルコトハ曩ニ説キタリ而シテ此場合ニ於ケル後見人ハ他ノ場合ニ於ケルモノト其權限同シキモノニ非ス普通ノ場合ニ於ケル後見人ハ以上説キタルカ如ク被後見人ノ財産並ニ身上ニ關スル事項ニ付キ權限ヲ有スト雖モ親權ヲ行フ者カ管理權ヲ有セサル場合ニ於テ後見ノ開始シタルトキハ被後見人ノ身上ニ關スル事項ニ付テハ親權ハ仍ホ完全ニ行ハルカ故ニ其權限ヲ後見人ニ與フヘキ必要アラサルナリ若シ此場合ニ於テ後見人ニモ被後見人ノ身上ニ對スル權限ヲ與フルモノトスルトキハ權力二途ニ分レ却テ被後見人ノ不利益タルヘキヲ以テ後見人ニハ被後見人ノ身上ニ對スル權限ヲ與ヘス單ニ其財産ニ關スル權限ノミヲ與ヘタル所以ナリ

本條ニ於テ後見人カ有スル權限ハ財産ノ管理ニ止マラス尙ホ其外財産ニ關スル行為ニ付キ被後見人ヲ代表シ及ヒ之ニ同意ヲ與フル權限ヲモ包含スルモノトス故ニ法文ニハ管理權ノミヲ有スト言ハスシテ廣ク財産ニ關スル權限ノミ

ヲ有スト言ヘリ

委任及ヒ親權ニ關スル規定ハ準用(第九三六條)第六百四十四條第八百八十七條第八百八十九條第二項及ヒ第八百九十二條ノ規定ハ後見ニ之ヲ準用ス舊民法人事編第一八六條第一九七條第二〇一條財産編第三一九條第一項第五四七條第一項

後見人ニハ委任及ヒ親權ニ關スル規定ヲ準用スヘキ必要アルヲ以テ茲ニ之ヲ準用スルコトト爲シタリ

第一 第六百四十四條ノ準用 此條ハ委任ニ關スル規定ニシテ受任者カ委任事務ヲ處理スル場合ニ於ケル注意ノ程度ヲ定メタルモノナリ受任者ハ委任者ニ對シテ其受任ノ事務ヲ處理スルニ當リテハ善良ナル管理者ノ注意ヲ爲スヘキモノト爲セリ而シテ後見人モ委任ノ場合ト同シタ被後見人ノ爲メニ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ後見ノ事務ヲ處理セサルヘカラス後見人カ被後見人ノ爲メニ後見ノ事務ヲ處理スルハ親權者ノ子ニ於ケル夫ノ妻ニ於ケルカ如キ間柄ニ非ス此等親子及ヒ夫婦間ニ在リテハ曩ニモ説キタルカ如ク親又ハ夫カ子

又ハ妻ノ爲メニ事務ヲ處理スルトキニ普通ノ場合ノ如ク十分ナル責任ヲ負ハシムルハ甚タ酷ニ失スルカ故ニ之ヲ恕シテ特ニ自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ爲スヲ以テ足レリト爲シタレトモ是レ寧ロ普通ノ場合ニ於ケル例外タリ然ルニ後見人ニハ毫モ其責任ヲ輕クスヘキ理由存セサルヲ以テ之ヲ受任者ノ責任ト同一ニ爲シタルナリ被後見人ノ親族ニシテ其後見人タル者アルヘケレトモ其間ハ親子及ヒ夫婦ノ如キ近親ニハ非サルナリ而シテ他人ノ爲メニ事務ノ管理ヲ爲ス義務アル者ハ原則トシテ善良ナル管理者ノ注意佛蘭西民法ニ於テハ之ヲ善良ナル家父ノ注意ト稱スヲ爲スヘキコトハ近來ノ法律ノ一般ニ是認スル所ナレハ本法ニ於テモ之ヲ採用シタルナリ

第二 第八百八十七條ノ準用 此條ニハ親權ヲ行フ母カ第八百八十六條ノ規定ニ違反シテ爲シ又ハ同意ヲ與ヘタル行爲ハ子又ハ其法定代理人ニ於テ之ヲ取消スコトヲ得トアリテ親權ヲ行フ母カ越權ニテ爲シ又ハ同意ヲ與ヘタル行爲ハ取消スコトヲ得ル旨ヲ規定シタルモノニシテ之ヲ後見人ニ準用スルカ故ニ後見人カ第九百二十九條ノ規定ニ違反シテ爲シ又ハ同意ヲ與ヘタル行爲ハ

被後見人又ハ其法定代理人ニ於テ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ其他後見人カ親族會ノ同意ヲ得ルニ非サレハ爲スコトヲ得サル行爲ヲ其獨斷ニテ爲シタル場合ハ孰レモ取消スコトヲ得ヘシ而シテ此場合ニ於テハ無能力者ノ行爲ノ取消ニ關スル規定(第一二一條乃至第一二六條)ヲ準用スヘキモノトス

第三 第八百八十九條第二項ノ準用 此條ニハ母ハ親族會ノ同意ヲ得テ爲シタル行爲ニ付テモ其責ヲ免ルルコトヲ得ス但母ニ過失ナカリシトキハ此限ニ在ラストアリテ親權ヲ行フ母ノ責任ヲ規定シタルモノニシテ之ヲ後見人ニ準用スルコトト爲シタルカ故ニ後見人ハ親族會ノ同意ヲ得テ爲シタル行爲ニ付テハ其同意ヲ得タルノ故ヲ以テ之カ責任ヲ免ルルコトヲ得サルモノトス而シテ此場合ニ於テモ親權ヲ行フ母ト同シク後見人ニ過失ナカリシコトヲ證明スルトキハ其責任ヲ免ルルコトヲ得ヘキナリ

第四 第八百九十二條ノ準用 此條ハ無償ニテ子ニ財産ヲ與フル第三者カ親權ヲ行フ父又ハ母ヲシテ之ヲ管理セシメサル意思ヲ表示シタル場合ニ關スル規定ニシテ之ヲ後見人ニ準用スルコトト爲シタルカ故ニ第三者カ無償ニテ被

後見人ニ財産ヲ與ヘ而シテ其管理ヲ後見人ニ爲サシメサル意思ヲ表示シタルトキハ其財産ノ管理ハ後見人ニ屬セスシテ別ニ其第三者ノ指定シタル管理人又ハ第三者カ之ヲ指定セザリシトキハ被後見人其親族又ハ檢事ノ請求ニ因リテ裁判所カ選任シタル管理人ヲシテ之ヲ管理セシムルモノトス而シテ又第三者カ管理人ヲ指定セシトキト雖モ其管理人ノ權限カ消滅シ又ハ之ヲ改任スル必要アル場合ニ於テ第三者カ更ニ管理人ヲ指定セザルトキモ亦同シテ裁判所カ選任シタル管理者ヲシテ管理セシムルモノトス

第四節 後見ノ終了

本節ニ於テハ後見カ終了シタル場合ニ於ケル後見人ノ義務及管理ヨリ生シタル債權ノ特別時效ヲ規定ス

後見終了ノ原因ハ被後見人ニ出ツルモノアリ後見人ニ出ツルモノアリ其被後見人ニ出ツル場合ハ第一死亡シタルトキ第二成年ニ達シ若クハ禁治産ノ宣告ノ取消サレタルトキ第三他人ノ養子ト爲リタルカ爲メ養親カ親權ヲ行フトキ

第四戸主カ後見人タル場合ニ於テ被後見人カ其家ヲ去リタルトキ是ナリ又其後見人ニ出ツル場合ハ第一死亡シタルトキ第二辭任シタルトキ第三免職其他資格ノ欠缺シタルトキ第四第九百二條第一項ノ場合ニ於テ父又ハ母カ家ヲ去リタルトキ第五第九百三條ノ場合ニ於テ戸主カ隱居ヲ爲シタルトキ是ナリ面シテ其原因ノ被後見人ニ出ツル場合ノ第一乃至第三ハ後見終了ノ絕對ナルモノニシテ復タ後見人アルコトナシ然レトモ其他ノ場合ニ於テハ後見ノ終了ハ絕對ナルモノニ非サレハ總テ後見人アルヘキモノトス

計算ノ義務(第九三七條) 後見人ノ任務カ終了シタルトキハ後見人又ハ其相續人ハ二个月内ニ其管理ノ計算ヲ爲スコトヲ要ス但此期間ハ親族會ニ於テ之ヲ伸長スルコトヲ得(舊民法人事編第二〇五條(第二〇七條))

他人ノ財産ヲ管理スルトキハ何人ト雖モ其計算ヲ爲ササルヘカラサルヤ言フヲ埃タサル所ニシテ既ニ説キタルカ如ク親權者ニ付テモ其規定アリ(第八九〇條)故ニ後見人又ハ其相續人ニモ此義務ヲ負ハシメタルモノニシテ固ヨリ當然ノ規定ナリ

後見人指定又ハ選定ノモノニ限ルハ第九百二十八條ノ規定ニ從ヒ每年少クトモ一回被後見人ノ財産ノ狀況ヲ親族會ニ報告スル義務アレトモ計算ノ義務ハ之ト異ナリテ指定又ハ選定後見人ニ限ラス如何ナル後見人ト雖モ總テ其義務ヲ負フモノトス而シテ管理ノ計算ハ後見終了ノ時ヨリ二箇月内ヲ以テ原則トス然レトモ被後見人ニ財産夥多アルカ其他正當ノ理由ニテ此期間内ニ計算ヲ爲スコト能ハサルカ如キトキハ親族會ニ於テ之ヲ伸長スルコトヲ得又其反對ニ於テ容易ニ計算ヲ爲スコトヲ得ヘクシテ二箇月ヲ要セスト認メタルトキハ親族會ハ之ヲ短縮スルコトヲ得ルモノト爲シタリ

後見ノ職務ハ後見人ノ一身ニ關スルモノナルカ故ニ後見人カ死亡シタルカ如キ場合ニ於テ其職務ハ之ヲ相續人ニ承繼セサルヲ原則トスレトモ事務引繼ノ場合ニ於テ急迫ノ事情アルトキハ被後見人其相續人又ハ法定代理人カ自ラ其事務ヲ處理スルコトヲ得ルニ至ルマテ必要ナル處分ヲ爲シ又ハ後見ノ任務ヲ繼續セサルヘカラサルコト(第九四一條)ト本條ニ規定スル管理ノ計算ヲ爲スコトハ後見人ノ相續人ニ承繼スルモノトス而シテ此等ノ事ハ被後見人ノ身分

ニ關セシシテ其財産權ニ係ルモノナレハ之ヲ後見人ノ相續人ニ承繼スルコトヲ爲スハ當然ナリ而シテ此義務ヲ相續人ニ承繼セシメサルコトトスルトキハ後見人カ死亡シタル場合ニ於テハ被後見人ハ常ニ損失ヲ被ルヘケレハナリ

後見人ノ計算ニ關スル條件第九三八條ニ後見ノ計算ハ後見監督人ノ立會ヲ以テ之ヲ爲ス

後見人ヲ更迭アリタル場合ニ於テハ後見ノ計算ハ親族會ノ認可ヲ得ルコトヲ要ス(舊民法人事編第二〇六條)

後見人カ計算ヲ爲スヘキ場合ニ於テ之ヲ其自己ニ於テ爲スヘキモノトスルトキ其計算正確ナラサルベク然ルトキ則他ノ保護規定アルトモ被後見人ノ爲メニ殆ト何等ノ用ヲ爲ササルニ至ルヘシ故ニ後見ノ計算ハ必ス後見監督人ノ立會ヲ以テ之ヲ爲スヘキモノト爲シタリ而シテ此場合ニ於テ被後見人其相續人後任ノ法定代理人ヲ立會ハサシメテ後見監督人ノ立會ヲ以テスル

其爲シタルニ他ナシ此等ノ人ハ被後見人ノ財産ノ實況ニ通曉セサルヲ以テ其計算結果シテ正確ナルキ否キヲ知ルコト難クシテ後見監督人ハ常ニ

被後見人ノ財産ノ實況ヲ知悉スヘケレハ其計算ノ正否ヲ分別スルコトヲ得ケレハナリ。此等ノ人ハ被後見人ノ保護人ノ性質ニ依リテ後見監督人モ改選セラルヘキカ此場合ニ於テハ後見ノ計算ニ立會フ後見監督人ハ前任者ナル者將タ後任者ナル者ハ別ニ明文ヲ以テ之ヲ定メスト雖モ此場合ニ於テハ前任後見監督人ノ立會ヲ以テスヘキモノトス何トナレハ前任後見監督人ニ非サレハ財産ノ實況ヲ知悉セサルモノニシテ且後見監督人ハ後見人ノ管理ノ計算ヲ終ルマデハ其任務未タ完カラサルモノナレハナリ

本條ノ條件ハ絕對ノ條件ニシテ若シ之ヲ缺キタルトキ即チ後見監督人ノ立會ナクシテ爲シタル計算ハ計算トシテ效力ヲ有セス故ニ此場合ニ於テハ前任後見人又ハ其相續人ハ更ニ後見監督人ノ立會ヲ以テ計算ヲ爲ササルヲ得ス。後見カ被後見人ノ爲メニ終了セ後任後見人ノアラサル場合ニ於テハ後見人カ後見監督人ノ立會ヲ以テ爲シタル計算ハ被後見人自身又ハ其相續人ニ對シテ爲スモノナルカ故ニ本人又ハ其相續人ニ於テ之ヲ審查スルヲ以テ其計算ニシ

テ正當ナラサルトキハ之カ救済ヲ求ムルコトヲ得ヘシ是ヲ以テ此場合ニハ別ニ後見ノ計算ハ親族會ノ認可ヲ得ルノ必要ナキモノトス之ニ反シテ後見人ノ更迭アリタル場合即チ被後見人ノ爲メ後見未タ終了セス後任後見人カ前任後見人ニ交替シタル場合ニ於テ前任後見人カ爲ス計算ハ被後見人自身又ハ其相續人ニ對シテ爲スモノニ非スシテ後見事務引續ノ爲メ後任後見人ニ對シテ爲スモノナルカ故ニ此場合ニ於テハ前後ノ後見人共謀スルトキハ私曲ヲ爲スコトヲ得ヘキ處アルヲ以テ計算ノ審查ハ後任後見人ノミニ委セスシテ親族會ノ認可ヲ得ルコトヲ要スルモノトシ被後見人ノ利益ヲ保護セリ。又ハ其計算終了前ニ成年ニ達シタル者カ後見人ニ對シテ爲シタル契約及ヒ單獨行爲ノ效力第九三九條ニ未成年者カ成年ニ達シタル後後見ノ計算ノ終了前ニ其者ト後見人又ハ其相續人トノ間ニ爲シタル契約ハ其者ニ於テ之ヲ取消スコトヲ得其者カ後見人又ハ其相續人ニ對シテ爲シタル單獨行爲亦同シ。自由ニ第十九條及ヒ第二百一十一條乃至第二百十六條ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス。舊民法人事編第二〇八條ノ規定ハ其旨未タ達セズ。而シテハ

未成年者カ僅ニ成年ニ達シタル際ニ在リテハ其智能未タ完カラス而シテ久シク後見人ノ羈絆ノ下ニ在リテ未成年者ハ之ヲ脱シタル後ニ在リテモ其威嚴ニ制セララルルハ人情ノ免レサル所又久シク後見ニ付セラレ自ラ其財産ヲ自由ニスルコト能ハナリシ者カ成年ニ達シテ遽ニ其財産ヲ利用シ又ハ浪費セント欲スル者多キハ是レ亦人情ノ免レサル所ナリ故ニ未成年者カ成年ニ達シタル際ニ在リテハ金錢其他ノ財産ノ引渡ヲ受ケント欲スル念切ナルヨリ後見人ニ對シテ自己ニ如何ナル不利益ナル契約ヲ爲スヤモ圖リ知ルヘカラサルナリ例ヘハ未成年者タリシ者ノ不動産ヲ廉價ニテ後見人ニ讓渡シ又ハ後見人ヨリ些少ノ金額ヲ受取リテ其計算其他一切ノ責任ヲ免除スル契約ヲ爲ス如キ是ナリ而シテ此危險ハ後見任務ノ繼續中ニ於ケルト毫モ異ナルコト非サルナリ故ニ未成年者カ成年ニ達シ能カヲ取得シタル後ト雖モ後見ノ計算ニシテ未タ終了セサルトキニ在リテハ被後見人タリシ成年者又ハ其相續人ト後見人トノ間ニ爲シタル契約及ヒ其者カ後見人又ハ其相續人ニ對シテ爲シタル單獨行為權利ノ拋棄追認等ハ之ヲ取消スコトヲ得ルモノト爲シタリ

以上ノ場合ニ於テ外國ノ立法例ニ於テハ取消スコトヲ得ヘキ法律行為ノ性質ヲ限定シタルモノアレトモ實際其性質ヲ區別スルコト難キノミナラス各種ノ行為皆多少ノ危險ヲ存スルカ故ニ寧ロ一切ノ行為ヲ取消ヲ許スコトト爲スノ便レルニ如カサルモノトシ本法ニ於テハ一切ノ行為ヲ取消ヲ許シタルナリ本條ノ取消ハ當事者雙方ヨリ請求スルコトヲ得ルモノニ非スシテ被後見人タリシ者ニ限ル是レ本條ニ於テ被後見人タリシ者ノ利益ヲ保護スル趣旨ハ無能力者ノ爲シタル行為ヲ取消ヲ其無能力者ノミニ許シ之ヲ其相手方ニ許ササルト同一ナリ

本條ノ規定ハ後見終了ノ總テノ場合ニ適用スヘキモノニ非ス(一)未成年者ノ後見ニ限ル故ニ禁治產者ノ後見ニハ適用セサルナリ(二)後見カ成年ニ達シタルニ因リテ終了スルコトヲ條件トス故ニ被後見人ノ死亡ニ因リテ後見ノ終了シタル場合又後見人ノ死亡辭任又ハ免職等ノ場合ニモ適用セサルモノトス

本條ニ規定スル被後見人ノ取消權ハ無能力者ノ取消權ニ非スト雖モ其性質之ニ類似スルカ故ニ後見人又ハ其相續人カ其追認ヲ求ムルハ權利取消ノ效力追

認ノ效力取消及ヒ追認ノ方法取消權ノ特別時効等ニ關シテハ無能力者ノ行為又ハ瑕疵アル意思表示ノ取消ニ關スル總則編(第一九條及ヒ第一二一條乃至第一二六條)ノ規定ヲ準用スルコトト爲シタリ而シテ茲ニ適用スト言ハスシテ準用スト言ヒタルハ他ナシ右ノ法條ハ主トシテ無能力者ノ行為ニ關シタルモノナレトモ本條ハ未成年者カ成年ニ達シ既ニ能力者ト爲リタル後ノ行為ノ取消ニ關シ其間ニ稍ヤ異ナル所アルヲ以テナリ

金錢返還ノ義務及ヒ此義務ヲ怠リタル場合ノ制裁第九四〇條) 後見人カ被後見人ニ返還スヘキ金額及ヒ被後見人カ後見人ニ返還スヘキ金額ニハ後見ノ計算終了ノ時ヨリ利息ヲ附スルコトヲ要ス

後見人カ自己ノ爲メニ被後見人ノ金錢ヲ消費シタルトキハ其消費シタル時ヨリ之ニ利息ヲ附スルコトヲ要ス尙ホ損害アリタルトキハ其賠償ノ責ニ任ス(舊民法人事編第二一〇條)

後見ノ管理ノ計算終了シタルトキハ後見人及ヒ被後見人ハ各直チニ其返還スヘキ金額ヲ拂渡スヘキモノナルヲ以テ若シ之ヲ怠ルトキハ其後見人ヨリ被後

見人ニ返還スヘキ金額ト被後見人ヨリ後見人ニ立替金等ヲ返還スヘキトテ區別スルコトナク孰レモ計算終了ノ時ヨリ當然之ニ利息ヲ附スルコトトセリ舊民法人事編第二一〇條伊太利民法及ヒ佛蘭西民法(第四七四條)等ハ後見人ヨリ返還スヘキモノト被後見人ヨリ返還スヘキモノトニ付キ區別ヲ爲シ後見人ヨリ被後見人ニ返還スヘキ金額ニ對シテハ計算終了ノ時ヨリ當然利息ヲ生スルコトト爲シ其被後見人ヨリ後見人ニ返還スヘキ金額ニ對シテハ計算終了後後見人ノ催告ヲ受ケタル時ヨリ利息ヲ生スルコトト爲シタルトモ被後見人ト後見人トノ間後見關係ノ全ク絶ヘタル後ニ在リテモ此ノ如キ差異ヲ設クルハ公平ヲ缺クヲ以テ本法ニハ右ノ區別ヲ採用セザリシナリ

後見人ハ被後見人ノ金錢ヲ保存シ又ハ被後見人ノ爲メニ之ヲ利殖スヘキモノニシテ自己ノ爲メニ之ヲ消費スルコトハ許サレタル所ナリ然ルニ之ニ拘ハラヌ後見人カ被後見人ノ金錢ヲ消費シタルトキハ其計算終了後(此場合ハ利息ニ付テハ第一項ノ規定ニ依ルニ係ルト其以前ニ係ルトヲ問フコトナク)不法行為ニ屬スルヲ以テ敢テ計算ノ終了ヲ待ツコトナク其消費ノ時ヨリ之ニ利息ヲ附

シ向ホ其外損害アリタルトキハ之ヲモ賠償スヘキ責ニ任セシムルハ固ヨリ當然ナリ故ニ例ヘテ被後見人カ後見人ノ保存スル金額ヲ以テ或會社ニ對シ株金ノ拂込ヲ爲スヘキ場合ニ於テ後見人カ其金錢ヲ消費セシヨリ會社ニ拂込ムヘキ金額ナク爲ヌニ株式ヲ就賣セラレテ損害ヲ被リタルトキハ後見人ハ右法定利息ノ外尙ホ其損害ヲ賠償セサルヘカラス是レ不法行為ノ原則ヨリ生スル當然ノ結果ナリト雖モ本條第一項ニ於テ計算終了ノ時ヨリ利息ヲ附スヘキ旨ヲ規定シタルカ故ニ後見人カ消費シタル場合ニ於テモ計算終了ノ時ヨリ利息ヲ附スレハ他ニ最早賠償ノ責ナキカ如キ疑ヲ生スルヲ以テ此疑ヲ豫防スルカ爲メニ第二項ノ規定ヲ設ケタルナリニ違ハズ一トモハ損益ノ計算ニ對シ本條ノ規定ハ金錢ヲ返還スヘキ場合ニノミ適用セラルルモノニシテ其他ノ財産ヲ返還スヘキ場合ニハ適用セサルナリ而シテ金錢以外ノ財産ヲ消費シテ後見人カ返還ヲ爲ナス若クハ之ヲ遲延シタルトキハ損害賠償ニ關スル原則ノ適用ヲ受クルハミ露ニテ損益ノ計算ニ對シモ當然之ノ賠償ニ關スルモノナリ

後見事務引繼ノ義務(第九四一條) 第六百五十四條及ヒ第六百五十五條ノ規定

「法律ノ定メタル所ニ依ルハキモモ」此ヲ其範圍ヲ出ツテモト能ハサルモノナリ

第三 遺言執行者ハ權利義務者其遺言ノ執行ニ必要ナル一切ノ行為ヲ爲シ

一 遺言執行者ハ相續財産ノ目錄ヲ調製スルノ義務アリ遺言執行者ハ相續財産ヲ管理シテ是ヲ以テ遺言ノ執行ヲ爲スモノナルカ故ニ其任務ヲ執行スル第一著手トシテハ遺產ノ目錄ヲ調製シ他日計算報告ヲ爲ストキノ基礎ト爲ササルヘカラス故ニ遺產執行者カ就職シタルトキハ遲滞ナク相續財産ヲ調査シテ其目錄ヲ作リ之ヲ相續人ニ交付セサルニカラス而シテ相續財産ノ目錄調製ハ唯遺言執行者カ自己ノ責任ヲ明カニスル爲メノミ作ルモノニ非スシテ相續人モ亦相續ニ對スル決意ヲ定ムル爲メ其他常ニ相續財産ノ額ヲ觀干アルモノ明カニスル爲メ之ヲ必要トスルカ故ニ相續財産目錄ノ調製ハ自己自由立會ヲ爲スコトヲ請求シ又ハ公證人ヲ以テ之ヲ調製セシムルコトヲ請求スルコトヲ得ルモノナリ而シテ第十百三十三條ノ第二項ハ遺言執行者カ相續人ニ對シテ財産目錄ノ交付ヲ爲シタル後ハ此規定ヲ適用セザルハ明文ナキヲ以テ

相續人ハ遺言執行者ヲ單獨ニテ財産目錄ヲ調製シ之ヲ相續人ニ交付シタル後ト雖モ尙ホ立會調製又ハ公證人調製ヲ請求スルコトヲ得ト謂ハサルヘカラス」遺言カ特定財産ニ關スル場合ニ於テハ目錄ヲ調製モ亦其特定財産ニシテ限ルコトハ第一千六百十六條ノ明示スル所ナリ遺言カ財産ニ關セサルモノ例ヘハ養子ヲ爲ストカ又ハ相續人廢除ノ如キ遺言ヲ爲ストキハ尙ホ財産目錄調製ノ義務アルヤ否ヤ財産ニ關セサル遺言ニ付テハ遺言執行者ヲシテ財産目錄ノ調製ヲ爲サシムル必要ナキカ如キモ第一千百十三條ハ廣ク規定シテ此場合ニモ除外セサルカ故ニ財産ニ直接ニ關係ナキト雖モ遺言執行者ハ尙ホ財産目錄ヲ調製セサルヘカラス而シテ此ノ如ク爲サシムルハ實際ニ於テ必要ナルヘシ何トナレバ直接財産ニ關係ナキ遺言ト雖モ相續財産ニ關係ヲ有スルコト尠カラサルヲ以テナリ」

二三遺言執行者ハ相續財産ノ管理其他遺言ノ執行ニ必要ナル一切ノ行爲ヲ爲ス權限ヲ有ス遺言執行者ハ遺言ノ執行ヲ爲ス任務アル者ナリ遺言ノ執行ヲ爲スニハ自己ニ相續財産ヲ占有シ是ヲ以テ遺言ノ實行ニ充タサルヘカラス

故ニ遺言執行者ハ相續人ノ財産ヲ管理シ且ツ必要アルトキハ之カ處分ヲモ爲スコトヲ得サルヘカラス是レ唯リ遺言執行者ノ權利ナルノミナラス又其義務ナリ遺言執行者ハ第一千百十四條ノ規定ニ依リテ相續財産ハ必ス之ヲ管理セタルヘカラスサルモ其他ノ行爲ハ遺言ノ執行ニ必要ナルモノニ限リテ之ヲ爲スコトヲ得ルナリ故ニ遺言ノ執行ニ必要ナラスシテ相續財産ヲ賣却スルカ如キコトアルトキハ相續人ニ對シ其責任ヲ負ハサルヘカラス第一千百十四條ハ廣ク一切ノ行爲トアルカ故ニ債務ノ辨濟モ亦時トシテ之ヲ爲ササルヘカラス何トナレバ相續人カ限定承認ヲ爲シタルトキハ債務辨濟後ニ非サレバ遺贈ノ辨濟ヲ爲スコトヲ得サルカ故ニ債務辨濟モ亦時トシテハ遺言執行ニ必要ナレハナリ遺言執行者ハ相續人ノ代理人ナレトモ是レ法律ノ定ムル所ニ因ルモノニシテ元來其委任ヲ受ケタルモノニ非サルカ故ニ委任ニ關スル規定ハ當然行ハルルモノニ非ス然レトモ委任ニ因ル規定ヲ之ニ適用スルハ最モ便宜トスル所ナルカ故ニ第一千百十四條第二項ハ其規定ヲ設ケタリ遺言カ特定財産ニ關スルトキハ遺言執行者ノ管理權其他遺言執行ニ必要ナル行爲ヲ爲ス權利ハ其特定財産

ノミニ限ルモノトス。遺言執行者ニシテ遺言者ノ指定シタル者ナルカ又ハ遺言者ノ委託シタル者ノ指定シタル者ナルトキハ遺言者又ハ委託ヲ受ケタル者ハ其指定シタル者ヲ信用シ其人ニ遺言ノ執行ヲ爲サシメントノ意思ナリト謂ハサルハカラス裁判所ノ選任ニ係ル場合ニハ裁判所ハ其人カ最も適任ナリトシタルカ故ニ之ヲ選任シタルモノト爲ササルヘカラス故ニ遺言執行者ハ自ラ其任務ヲ行ハサルヘカラス但シ疾病其他ノ事故ニ依リ自ラ其任務ヲ行フ能ハサルカ如キ場合ニ於テモ常ニ必ス自ラ職務ヲ行フヘキモノト爲ストキハ却テ適當ニ任務ヲ盡ス能ハサルカ又ハ遺言ノ執行ヲ大ニ遲延ナラムルモ至ルヲ以テ已ムヲ得サル事由アリタルトキハ他人ヲシテ代リテ事務ヲ取ラシムルヲ得ルハ勿論ナリ遺言執行者ヲシテ復代理人ヲ選任セシメサルハ遺言者カ其人ニ重キヲ置キタルニ由ル故ニ遺言者カ反對ノ意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從フハ固ヨリ妨ナシ故ニ此場合ニハ遺言執行者ハ第三者ヲシテ其任務ヲ行ハシムル

コトヲ得ルナリ若シ其第三者ニシテ遺言執行者カ選任シタルトキハ其選任監督ニ付テ責ニ任セサルヘカラス若シ其第三者ニシテ遺言者カ指定シタル者ナルトキハ其不適任不誠實ナルコトヲ知リテ之ヲ解任スルコトヲ怠リタルトキニ非サレハ遺言執行者ハ其責ニ任セス。遺言執行者ハ其過半数ノ決議ヲ以テ遺言ヲ執行ス、遺言執行者多數ナル場合ニ於テ法律ニ何等ノ規定ナレトモハ總員一致スルニ非サレハ任務ヲ執行スルコト能ハサルナリ然ルニ此ノ如クナルトキハ遺言執行者間ニ意見ヲ異ニシタルトキハ遺言ハ之ヲ執行スルヲ得サルニ至リ遺言ノ利益ヲ受ケタル者ノ不利益ナルノミナラス相續人モ亦之カ爲メニ不利益ヲ受ケルモノナリ故ニ法律ハ一ノ便法ヲ設ケ此場合ニ於テ多數者ノ意思ヲ發表スルニ付テ常ニ用ヒラルル方法ナル過半数決議ナル方法ヲ適用スヘキモノトセリ然レトモ若シ遺言者カ特ニ意思ヲ表示シテ各遺言執行者ハ單獨ニテ職務ヲ行フコトヲ得又ハ多數決ニテ之ヲ行フコトヲ得ト定メタルカ又ハ總員一致スルニ非サレハ執行スルコトヲ得スト爲シタルトキハ遺言執行者ハ其意思ニ從

ハナルヘカラス以上ハ保存行為ニ非サル場合ニ付テ述ヘタリ保存行為ハ財產ノ現狀ヲ維持スル行為ニシテ何人ノ利益ヲ害セザルヲモナラス之ヲ爲サザラシトキハ却テ相續人及ヒ遺言ノ利益ヲ受クヘキ者ノ利益ヲ害スルカ故ニ遺言執行者ハ他ノ同意ナクモ保存行為ハ各自之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ

五 遺言執行者ハ報酬ノ定メアルトキニ限り之ヲ受タルコトヲ得代理人ハ報酬ヲ受ケサルヲ以テ原則トス遺言執行者モ亦一ノ代理人ナルカ故ニ原則トシテハ報酬ヲ受タルコトヲ得然レトモ遺言ヲ執行スルカ爲メニハ心神ヲ勞スルコト尠カラス又執行上ニ過失アリタルトキハ賠償ノ責ニ任セサルヘカラス然ルニ若シ如何ナル場合ニテモ報酬ヲ受クルコト能ハストセハ遺言執行者ニ指定セラレタル者又ハ選任セラレタル者ハ實ニ迷惑ナリト謂フヘシ故ニ辭任スルコトヲ得ル者ハ成ルヘク之ヲ辭シテ容易ニ就職セサルノ虞アリ故ニ遺言者ハ豫メ報酬ノ額ヲ定メテ遺言執行者ノ迷惑ヲ來ササルコトニ注意スルコト多シ裁判所ノ選任スル者ニ至テハ任意ニ辭任スルコトヲ得サルモノナルヲ故ニ裁判所ハ事情ニ由リ其報酬ヲ定ムルコトヲ得ルモノニシテ實際ニ於テ

「多クハ報酬ヲ定ムルナリ」ハ聯合ニモテ一旦遺言者ノ利益ヲ保護スル爲メ第四 遺言執行者アル場合ニ於ケル相續人ノ義務ニ其遺言ヲ執行スルハ其遺言執行者アルトキハ相續人ハ相續財產ヲ處分シ其他遺言ノ執行ヲ妨クヘキ行為ヲ爲スコトヲ得サルモノナリ遺言執行者ヲ置キタルハ其者ヲシテ遺言ヲ執行セシムル爲メナリ然ルニ相續人ハ自由ニ相續財產ヲ處分スルコトヲ得トセハ遺言執行者ハ其任務ヲ盡スコトヲ得ス換言セハ遺言執行者ヲ設クルコトト相續人ハ自由ニ相續財產ヲ處分スルコトトハ相容レサルモノナリ佛蘭西民法ノ如キハ此點ニ於テ遺言執行者ノ權限ヲ甚タ狹キ範圍ニ限レトモ遺言執行者ヲ以テ必要ナキモノトセハ則チ已ム荷モ之ヲ以テ必要ナリト爲セ此ノ如キ者ヲ設クルコトヲ得ト爲セタル以上ハ其任務ノ執行ヲ完全ニスルコト能ハサルシムルカ如キハ立法ノ當ヲ得タルモノト謂フコトヲ得ス第一千五百條ノ相續人ノ權利ヲ制限セタルハ適當力ニ非ズ謂ハサルヘカラス但シ同條ノ規定ハ遺言執行者ヲシテ完全ニ其任務ヲ行ハシムルカ爲メニ設ケラレタルモノナルカ故ニ其範圍ハ自ラ此目的以外ニ出スルコト能ハス故ニ遺言カ特定ノ財產ニ關

第五 遺言執行者ノ任務終了ニ付ハ其職務ヲ繼承スルモノ無キ限リ、
遺言執行者ノ任務ハ左ノ場合ニ於テ終了スベシトス。
(イ) 遺言ヲ完全ニ執行シタルトキ、
(ロ) 遺言執行者カ死亡シタルトキ、
(ハ) 遺言執行者カ無能力者又ハ破産者ト爲リタルトキ、
(ニ) 遺言執行者カ辭任シタルトキ、
(ホ) 遺言執行者カ就職ノ後ニモ其職務ヲ辭スルコトヲ得セシメタリ故ニ病氣又ハ遠隔ノ
土地ニ轉住スルカ如ク遺言ノ執行ヲ爲スニ困難ナル事情ヲ生ジタル場合ニ於
テハ辭任スルコトヲ得ルモノナリ而シテ遺言執行者ノ辭任ハ法律ノ許ス所
ナルヲ以テ遺言執行者ハ其任務ヲ辭スルモ委任ニ因リ代理人ノ如ク損害賠
償ノ責ニ任スルモノニ非ズ。但シ辭任後遺言ノ執行ハ其職務ヲ繼承スルモノ無キ
限リ、遺言執行者カ解任セラレタルトキハ遺言執行者カ其任務ヲ執行スルニ付テ
不適當ナルトキ又ハ不誠實ナル場合ニテモ一旦執行者ト定メタル以上ハ必

付テハ「シムレ」ゾルノ説必シモ一概ニ之ヲ棄テベキモノニ非サルモノ如シ然ルニ「ゴツク」ヤ一言ニ下ニ「シムレ」ゾルノ辯駁シテ曰ク漁業ニ付テハ航海ノ要素ナリ之ニ反シテ醫者ニ付テハ馬ニ乗ルモノハ要素ニ非ル故ニ右ノ比喻ヲ取ルニ足ラス然レバ「シムレ」ノ此辯駁ハ獨逸文ニ對スルヨリモ我第二修正案ノ法文ニ對シテ最モ能ク當リ其故ニ我第二修正案者法文ニ取リテハ漁船ヲ無論其中ニ包含スルモノト謂フ事ヲ得ナリシニ仍テ新商法確定ノ際ニ該法文ヲ改メテ商行為ノ爲メ目的ニ爲シタル之ヲ爲メタルヘシ隨テ我新商法ニ於テハ漁獵船ハ海商法ニ所謂船舶ニ非サルモノト最モ明白ニシテ漁業ノ商事ニ非サルモノトモ亦間接ニ決セラルベシ所ナリト謂フヘシ當ニハ「シムレ」ノ辯駁ハ亦以上商行爲ヲ爲ス目的ヲ有スル船舶ニ付キ説明シタル點隨テ此以外ハ航海ノ用ニ供スル船舶ハ船舶法第三十五條ニ依リテ海商法ヲ準用ヲ受クル船舶ト爲ルモノナリ然レドモ稀ニハ其適用無關シテ疑ヲ生スル場合ナキニ非ス仍テ今其通例ニ正ヲ示スヘシ例ヘテ運送營業者ノ所有船舶ヲ政府ニテ賃借リシ之ヲ公船ニ供スル場合即チ所謂御用船ニ如キハ船舶所有者ノ側ニテ觀察スルハ自ラ

船舶ヲ運送營業ニ利用シテ利益ヲ收ムルモ他人ニ之ヲ貸貸シテ其使用料ヲ收ムルモ共ニ收利ノ目的ニ供スルコトハ同一ナルカ如キ觀アリト雖モ法文ハ商行爲ヲ爲ス目的ヲ有スルコトト航海ノ用ニ供スルコトヲ獨立シタル二箇ノ要件ト看スシテ二者相關連セルモノトシ航海ノ用ニ供スル目的ハ必ス商行爲ヲ爲スコトニ在ラサルヘカラスト爲シタルカ故ニ一旦御用船ニ化シタル後ハ海商法ヲ適用スヘカラサルナリ且ヤ賃借人タル政府ハ賃借シタル船舶ヲ必スシモ航海ノ用ニ供スルコトヲ要セス或ハ之ヲ湖川港灣ニ繫留シテ人馬ノ揚卸ニ供シ或ハ軍糧ヲ貯フル倉庫用ニ供スルヤモ得テ知ルヘカラサレハナリ尤モ日清戰爭中若クハ現時ノ日露戰爭中政府カ民間ノ船舶ヲ多ク使用シ御用船ナルモノハ許多之アルモ若シ其契約關係カ單ニ船舶全部ノ備船ニシテ政府ハ船舶所有者トノ間ニ備船契約一種ノ運送契約ヲ締結シ之ヲ使用スルニ過キサル場合ハ該船舶ハ名ハ御用船ナルモ依然トシテ海商法ノ適用ノ下ニ立ツコト勿論ト謂フヘシ而シテ予カ前述シタル政府カ船舶所有者トノ間ニ船舶貸借契約ヲ締結シ之ヲ賃借リシテ使用シタル所謂眞ノ御用船トモ謂フヘキ場合ハ即チ

海商法ノ適用ノ下ニ立タサルナリ而シテ御用船カ果シテ備船契約ナルカ貸借契約ナルカハ各場合ノ契約ノ要領ヲ熟知シタル後ニ非サレハ一概ニ斷言スルコトヲ得ス
又右ノ例ト反對ニ政府所有ノ船舶ヲ一私人カ賃借シテ商行爲ヲ爲ス目的ヲ以テ之ヲ航海ノ用ニ供シタルトキハ海商法ノ適用ヲ受クルコト固ヨリ論ナシ然レトモ政府所有ノ船舶ハ他ノ法令ノ支配ヲ特ニ受クルコトハ之アルヘシ又一船舶ニシテ一部ハ商行爲ヲ爲ス目的ニ供シ一部ハ公用ニ供スルコト之アルヘシ例ヘハ政府カ船舶所有者ニ直接ニ命令シテ定期若クハ不定期ノ航路ニ付キ其郵便事務ヲ取扱ハシムルカ如キ是ナリ小包郵便ノ行ハルルニ要リテハ之カ爲メニ船内ヲ使用スル部分モ亦多カルヘシ彼ノ地方ニ於ケル三等郵便局長若クハ郵便物受取所員ハ實際ニ於テハ郵便事務並ニ郵便物遞送ノ請負人タルニ相違ナシト雖モ表面上ハ立派ナル官吏ニシテ上級官廳ノ下ニ立チ其事務ヲ行フ恰モ之ト類似ノ命令ヲ船舶所有者カ有スル場合はナリ若シ政府ニ於テ船體ノ一部ヲ借切ニシ郵便事務官ヲ之ニ乘込マシメ其事務ヲ執行スルトキハ是レ

船舶一部ノ備船ニシテ單ニ運送契約ヲ結ビタルニ過キサルカ故ニ船舶所有者ノ側ヨリ觀レハ同シク商行爲ノ目的ニ供スルモノトシテ失ハレト雖船舶所有者カ直接ニ政府ノ命ヲ受ケテ自己ノ職務トシテ船長若シテ事務長ヲシテ其事務ヲ執ラシムルトキハ是レ公用ト私用ト同ニ船ニテ取扱フモノト謂フヘキナリ此場合ニ於テハ其公用ニ供スル部分ニ付テハ政府ノ命令ハ海商法ニ對シテ特別法令タルノ位置ニ在ルカ故ニ海商法ニ先テ適用セラルベシ若シ其同海損等ヲ生シタル場合ニ公用物モ同シク其損害ヲ分擔スベキ否ハ其特別法令ニ依リテ決スヘキナリ然レバ前記ノ三ノ點ハ英國ニ對シテモイハレハ二 航海ノ用ニ供スルコト 廣義ノ船舶トハ水上航行ノモノヲ謂ヒ其中ニ就テ海商法ノ適用ヲ受クルモノハ海上航行ノ船舶ニ限ル然ラハ海上ノ範圍ハ如何通常一般ノ海事交通ノ慣習殊ニ海員社會ノ觀念ニ依リテ定ムヘキモノナリト雖モ獨逸ノ如キハ千八百九十九年六月二十二日ノ商船國旗法第二十五條ノ施行法ニ依リ列舉的ニ航海ノ範圍ヲ定メタリ我國ニテモ航海業並ニ海上保險業等未タ十分ニ進歩セズ航海ノ範圍ニ付未タ確タル慣習成立セズ故ニ海上

ノ範圍ヲ單ニ事實問題ノミニ一任セハ後日ノ紛爭ヲ生スルコトナキヲ保セス仍テ商法施行法第二百二十二條ニ於テ湖川、港灣及ヒ沿岸小航海ノ範圍ハ遞信大臣ヲシテ之ヲ定メシムルモノトシ間接ニ海上ノ範圍ヲ決定セシムルモノトシタリ即チ湖川、港灣ニ於テスル運送ハ陸上運送ト爲リ(第三十三條其以外ニ於テスル運送ハ海上運送ト爲ルナリ然ルニ遞信大臣ハ明治三十二年五月省令第二十號ヲ以テ湖川、港灣ノ範圍ハ平水航路ノ區域ニ依ル)ト定メタリ平水航路トハ何カト云フニ明治三十三年十二月遞信省令第八十七號船舶檢査法施行細則第五十二條ニ列記セル區域ヲ謂フモノトス(船舶檢査法第三十八條第一項ニテ三 端舟其他櫓權ノミヲ以テ運轉シ又ハ主トシテ櫓權ヲ以テ運轉スル舟 此等ノ小舟ハ通常湖川、港灣ニ於テ航行スルニ止マリ遠シ本國ヲ離レテ外洋ヲ航スルモノニ非ス其船體モ亦小ニシテ能ク風波ニ堪ヘ海上百種ノ偶變及ヒ危險ヲ凌クノ力アルモノニ非ス然ルニ偶ニ航海ノ用ニ供シタルカ爲メ其止ニ生スル法律關係ニ付キ海商編ノ特別規定ヲ適用スルハ事端繁雜ニ失シテ不便ニ堪ヘス例ヘハ船舶所有者並ニ第三者ニ對スル船員ノ規定ノ如キ共同海損ノ規定

ノ如キ又ハ船舶債權者ノ規定ノ如キ總テ皆斯ル小舟ニ適用スヘキ性質ノモノニ非ス故ニ斯ル小舟ハ之ヲ海商法適用ノ外ニ置ケリ仍テ之ニ依ル海上運送又ハ之ニ對スル保險ノ如キハ總テ商行爲編ノ一般規定ニ依リテ之ヲ支配スヘキナリ又法文ニハ主トシテ機點ヲ以テ運轉ストアルカ故ニ或ハ帆ヲ揚タルノ準備アリト雖モ航行ノ主タル力カ機點ニ在ルトキハ海商法ノ適用ナキナリ故ニ海商法ノ適用ヲ受クル船舶ハ其構造ヨリ言ヘハ汽船及ヒ帆船ナリトス尙ホ終ニ注意スヘキ點ハ商法ニ所謂船舶ノ範圍ハ第五百三十八條第一項ニ示ス所ノ全體ニシテ海商法ノ適用ヲ受クル船舶ハ之ヨリモ其範圍狹クシテ即チ前記ノ小舟ヲ除去シタルモノ是ナリ

以上ハ日本船舶ニ對スル海商法適用ノ説明ナリ然レトモ外國船舶ニ付テモ亦之ヲ適用スル場合アルヘシ而シテ如何ナル場合ニ外國船舶カ日本法ノ適用ヲ受クルカハ是レ全ク國際私法上ノ問題ナリ國際私法上ヨリ言フトキハ船舶ハ所在地法ニ依ルヘキカ所有者ノ本國法ニ依ルヘキカ將タ船籍國法ニ依ルヘキカノ問題ヲ生ス然ルニ法例第十條ニ依ルトキハ動産ニ關スル物權其他登記スヘ

キ權利ハ其目的物ノ所在地法ニ依ルトシ而シテ船舶カ動産タルコトハ前述シタルカ如ク最モ明白ナルカ故ニ直チニ之ニ依リテ支配スヘキカ現行法規ノ解釋トシテハ固ニ然リト答ヘサルヘカラサルカ如シト雖モ船舶ハ此點ニ關シテモ猶ホ不動産ノ如ク船籍國法ニ依リテ支配スルヲ以テ國際私法ノ通説ナリトス然ルニ法例ノ規定ハ國際私法ノ問題ヲ總テ網羅シ決定シタルモノニ非ス商事ニ關スル國際私法ノ問題ハ概シテ之ニ依リテ決セラレス彼ノ外國ニ於ケル手形行爲ノ效力問題ノ如キハ商施第百二十五條ヲ設ケテ總ニ之ヲ決セリ仍テ海商其他ノ商事ノ國際私法問題ニ付テハ他日特別法令ニ依リテ決セラルルノ期アルヘシト信ス

第三節 船舶ノ國籍

船舶ノ國籍ノ事ハ舊商法ニテハ之ヲ海商編中第八二四條ニ規定セリト雖モ其性質公法的规定ニ屬スルカ故ニ民法ニテモ國民分限ノ規定ヲ人事編中ヨリ刪除シテ之ヲ特別法タル國籍法ニ譲リタルカ如ク新商法ニテハ船籍ノ規定ヲ船

舶法ニ讓リタリ故ニ海商法ノ講義中船舶ノ事ヲ述フル必要ナキカ如シト雖モ唯後ニ船舶登記ノ規定ヲ述ヘントスル關領トシテ茲ニ一節ヲ設ケテ之ヲ説明スベシ

船舶ノ國籍ハ之ヲ定ムル必要ハ萬萬之アルモ之ヲ定ムル標準ニ付テハ法理上固ヨリ一定セルモノナク畢竟一國ノ航海業造船業其他經濟上ノ狀況ニ照シテ取捨伸縮シテ之ヲ決スヘキナリ而シテ之ヲ定ムルニ付テ從來三箇ノ主義行ハレタリ

其一ハ船舶ノ製造地又ハ材料ノ產地ノ自國タルト否トヲ以テ船舶ヲ決スル標準トスルモノナリ此主義ハ畢竟造船獎勵ノ目的ヨリ出ラタルモノニシテ自國製造ノ船舶ニ非スルハ自國船舶トシテ之ニ伴フ特權若クハ保護ヲ與ヘス以テ成ルベク自國ノ造船ヲ獎勵セシトスルニ在リ斯ル主義ハ排外思想ノ熾ナル中古ニ在リタハ最も多ク行ハレタル所ニシタ管ニ外國製造ノ船舶ヲ自國籍ノ船舶トスルコトヲ許ササルニミカラス又自國船舶ヲ外人ニ讓渡スコトヲ禁ズ

其二ハ彼ノ佛國ノ如キハ千七百九十三年九月二十日ノ航海法ニ依リ佛國

又ハ其領地ニ於テ製造シタル船舶ニ非ズレハ佛國船舶タルコトヲ得サルヲ原則トシ千八百六十六年ノ法律ハ之ヲ廢止シタルトモ尙ホ外國製造ノ船舶ヲ輸入スルニハ積量一噸ニ付キニフランノ税金ヲ拂ハシメ千八百七十二年ニ至リテハ更ニ其稅額ヲ増セリ尙ホ右ノ千七百九十三年九月二十一日ノ法律ハ佛國製造ノ船舶ノ全部又ハ一部ヲ外國人ニ賣渡スコトヲ禁ゼシカ千八百十八年四月二十一日法律第二條ヲ以テ總ニ其禁ヲ解ケリ此ノ如ク此主義ハ造船獎勵ノ目的ヨリ古ニ在リタハ能ク行ハレタリ然レトモ今日ニ在リテハ有無相通シ長短相補フヲ以テ萬國交通ノ本旨トシ各國其貿易ヲ獎勵スル時代ナルカ故ニ窮屈ナル主義ハ到底現時ノ經濟思想ヲ容ルヘキ所ニ非ス宜シク各國競ヒテ外國ノ船舶製造ノ注文ニ應シ又好ミテ船舶製造ヲ外國ニ依頼スヘキナリ殊ニ我國ノ如キ造船製鐵機械製造等未ダ十分ニ進歩セザル處ニ在リタハ斯ル主義ハ一日モ採ルヘカラス唯造船獎勵ノ目的ヲ以テ自國製造ノ船舶ヲ特ニ保護スル規定ノミヲ設クルコトハ今日ト雖モ之アリ現ニ我國ノ航海獎勵法第五條ニハ同シク帝國船舶ニ屬スル船舶タルニ拘ハラヌ外國製造ノ船舶ニ對シテハ航海獎

勵金ヲ與フル點ニ於テ日本製造ノ船舶ニ比シテ非常ナル差異ヲ設ケタリ三十
二年三月公布航海獎勵法中改正法律第五條第三項 船舶ノ職務ニ關
其二ハ船長以下ノ乘組員ノ自國人タルト否トヲ以テ船籍ヲ決スル標準トスル
モノナリ元來船長以下ノ乘組員タルハ船舶所有者トノ間ニ成立スル委任若ク
ハ雇傭契約ニ基キ其職ニ就クモノニシテ彼等カ該船舶運轉ノ職ニ任スルハ右
契約關係ノ繼續スル間ノミ又其選任及ヒ解任モ契約ノ範圍内ニ於テ船舶所有
者ノ自由ニ屬シ彼等ハ決シテ船舶ト共ニ永久終始スルモノニ非ス又電信ノ如
キ通信技術ノ非常ナル進歩ニ由リテ船長ノ權限ノ如キモ漸次削減セラレ船長
ハ殆ト船舶運轉ノミノ技術長タルノ觀アラントス(法學協會雜誌第二十一卷第
八號一〇八〇頁)拙者講演參照殊ニ船籍港ニ於テ然リトス故ニ船長ト雖モ今日
ニ在リテハ左程重要視スヘキモノニ在ス唯航海中ニ在リテ船内ノ規律ヲ保テ
船員法ニ認メラレタル範圍内ニ於テ權力ノ執行ヲ爲シ又特別法令ニ依リテ委
任タレタル行政司法警察等ノ職務ヲ有スルノミ此等ノ公務ノ執行ヲ外國人船
長ニ委任スルハ稍ヤ不可ナルカ如シト雖モ此種ノ事例ハ他ニ其類ニ乏シカラ

ス例ヘハ名譽領事ノ如キ皆然リ殊ニ船員ニ付テハ船員法ニ於テ重大ナル責任
ヲ負擔セシメ各場合ニ於ケル制裁ヲ規定シ又各特別法令ニ於ケル職務ニ付テ
ハ其法令ニ於テ各制裁アリ又外國人船員カ日本船舶乘組員トシテ其職務ヲ取
ルニ當リテハ外國ノ船員免狀ヲ有スルノミニテハ不可ナリ必ス日本人ト同
ニ試験ヲ受ケ船長其他ノ船員ニ適任ナルコトヲ證明ヲ得タルヘカラス仍テ外
國人船員ヲ日本船舶ニ使用スルコトハ左ヤテ重要視スヘキコトニ非ス要スル
ニ船員ノ内外人タルニ依リテ船籍ヲ區別スルハ稍ヤ時勢ニ從レタルノ觀ナク
シハ非ナルナリ例ヘハ彼ノ佛國ノ如キ稍ヤ古キ商法ノ行ハル處ニ在リテハ
自國船タルノ要件トシテ船長其他ノ船内ノ役員ハ總テ自國人ニシテ且東洋航
海ノ場合ノ外ハ水夫ノ四分ノ三ハ亦自國人タルコトヲ要スト規定スト雖モ近
來學術實業共ニ駁駁タル勢ヲ以テ進ム獨逸ノ如キ又世界航海業ニ最モ進歩セ
ル英國ノ如キハ決シテ斯ル制限ヲ設ケサルナリ殊ニ我國ノ如キ航海業未タ十
分ニ進歩セス船員ノ養成極メテ不十分ニシテ外國人船員ヲ雇入ルル必要最モ
切ナル處ニ在リテハ船員ノ内外人タルニ依リテ船籍ヲ定ムルカ如キハ愚ノ至

ヲト謂フヘシ故ニ船舶法ハ決テ新ル標準ヲ採用セズ是レ吾人ノ贊スル所也
 其三ノ主義ハ船舶所有者ノ何人ナルヤヲ以テ船舶ヲ定ムル標準トスルモノナ
 リ船舶ニ付テ利害ノ關係最モ深キ者ハ所有者ニ若クモノチ所有者獨リ船舶
 ノ處分スルノ權能ヲ有スルモノナリ故ニ所有者ニ依リテ船舶ヲ定ムル最モ
 其當ヲ得タルモノト謂フヘシ而シテ近世諸國ハ概テ此主義ヲ採用セリ今參考
 ノ爲メニ二三強國ノ立法例ヲ示シ最後ニ我船舶法ヲ規定ヲ述ヘシ
 獨國船舶製造地若クハ船員ノ國籍如何ニ拘ハラス專ラ船舶所有者ノ國籍ニ
 依リテ船舶ヲ定ム即チ千八百九十九年六月二十二日商船ノ國旗掲揚ニ關スル
 法律第二條ニ曰ク商船ハ聯邦人民ノ專有ニ屬スルトキニ限り聯邦ノ旗章ヲ樹
 ツルコトヲ得帝國版圖内ニ本據ヲ有スル法人登記ヲ經タル組合及株式會社
 並ニ帝國ノ版圖内ニ本據ヲ有シ且其無限責任社員ノ全員カ帝國ノ國籍ヲ有ス
 ル株式會社ハ前項ノ一箇人ト同一視スト而シテ船舶ノ所有權ヲ有スル株
 式會社會社ノ株式ハ外國人之ヲ所有スルトモ該船舶カ獨逸ノ國籍ヲ有スル株

式會社會社ノ株式ハ外國人之ヲ所有スルトモ該船舶カ獨逸ノ國籍ヲ有スル株
 ムル公認教ノ主義ナルコトヲ得又更ニ一歩ヲ進メテ宗教ヲ以テ全然國家ノ事
 務ノ一部ト看做シテ一ノ宗教ヲ認メテ國教トシ國家ノ力ヲ以テ其信仰ヲ強制
 シ異教ヲ禁スル國教主義ナルコトヲ得又或ハ國家ト教會トヲ對立スルモノニ
 シ國家ハ俗界ノ事ニ關シ教會ハ精神界ノ事ニ關シ各最高權ヲ有スルモノニシ
 テ互ニ相守リテ侵サス國家ハ教務ニ關シ教會ハ權限ヲ侵スコトヲ得サルヘ
 ク教會ハ政務ニ關シテ國家ノ領域ニ立入ルコトヲ得ナラシムル所謂政教對立
 主義ナルコトヲ得予輩ノ主張スル所ハ政教分離ノ主義ト謂フヘキモノニ屬シ
 信教ヲ以テ全ク之ヲ自由トシ教會ト國家トノ間ニ何等ノ特別ノ關係ヲ認メズ
 唯公益上多少ノ取締ヲ爲スニ止マントスルモノナリ
 以上ノ數主義ハ或ハ信教自由ノ趣旨ニ反シ或ハ國家ノ本質ト相容レズ或ハ國
 家ノ正當ナル職分トスル所ヲ踰越シテ皆轉ルヘカラスナルモノナリ彼ノ教國主
 義ト云フモノハ國家ヲ以テ教會ノ最高權ニ屬スル營造物ナリトスルモノニシ
 テ固ヨリ國家主權ノ觀念ト相反シ全ク之ヲ執ルヘカラスナルナリ加之唯一ノ教
 會ノ教義ヲ國家ノ力ヲ以テ臣民ニ強ヒンコトヲ求ムルコトヲテ教會ノ主張

スル所ノ如キハ信教自由ノ主義ト相容レズ彼ノ國教主義モ亦信教自由ヲ無視スルモノナリ唯一ノ宗教ニ對スル信仰ヲ強ヒ之ニ屬スルゴトヲ以テ臣民タル地位ニ伴フ義務トシテ強制シ異教ノ信仰ヲ禁止シ之ヲ處罰スルカ如キハ近世立憲國ノ趣旨ニ非ス真正ナル宗教ヲ宣布スルハ神ノ意ニ適シ神ノ攝理ヲ成レバ國家ノ最高ノ天職ナリ異教ヲ信スル者ハ神ニ對スル罪惡ニシテ又國法上ノ犯罪ナリ國家ノ其有スル所ノ權力ヲ以テ眞ノ宗教ニ奉シテ異教ヲ壓セサルヘカラスト云フカ如キハ國家ノ正當トセラレベキ職分ヲ踰越スルモノト爲ササルヘカラスト現今英獨佛ノ諸國ニ行ハルル彼ノ公認教ノ主義モ亦國教主義ノ過ヲ繼クモノナリ殊ニ英國ノ制度ハ國教主義ニ近ク英國教會以外ノ教會モ之ヲ承認スト雖モ英國教會ハ之ヲ國立教會ト稱シ國王ヲ以テ其首長トシ國家ノ權力ヲ以テ其教會内部ノ事項ヲ規定處理セリ國家ノ職分ノ當然ヲ踰ユルノミナラス又信教自由ノ趣旨ニ反ス信教ノ自由トハ一切ノ信仰教會ノ設立ヲ容認スルニ止マラス信教ニ由リテ人ノ權利ヲ區別セズ特別ノ教會ニ特別ノ保護ヲ與ヘサルハ意味ヲ有スルヲ以テナリ獨逸佛蘭西ニ於テ教會ヲ公法上ノ法人

ト爲スモ亦政治ト宗教トヲ混同スルモノナリ公法上ノ法人ト爲スハ教會ヲ以テ國家ノ組織ノ一部トシ國家ノ機關トシテ公法上ノ存在ヲ有スル法人ナリト爲スモノナリ即チ宗教ノ義務ヲ以テ國家ノ義務ト爲スモノナリ特殊ノ權利ヲ之ニ認メテ國家ノ行政ヲ以テ教會ノ行政モ亦國家ノ行政ノ一部ト爲スカ如キ行政上ノ監督ヲ爲ススル制度ハ信教自由政教分離ノ原則ト合ハサルハ固ヨリ論ヲ埃タスシテ國教主義ト異ナルナキナリ然レトモ政治ト宗教トヲ併行セシメ國家ト教會トヲ相對立スルモノナリト爲ス主義モ亦誤レリ此ノ如キハ國家ノ性質ニ反シ一ノ區域ノ中ニ二箇ノ最高權アルコトヲ認ムルハ最高權ノ主義ニモ背反ス教會ヲシテ國家ノ外ニ獨立ノ地位ヲ有セシメントスルカ如キハ全然執ルヘカサル制度ナリ政教ヲ分離スヘシト雖モ教會ハ國家ノ支配ヲ下ニ屬セシメサルヘカラス之ヲ要スルニ教會ノ國家ニ對スル關係ヲ定ムルニ教會ヲ以テ國家ノ權力ノ上又ハ外ニ置カントスルノ主義ハ總テ不可ナリ人ノ行爲ハ總テ國家ノ包括スル所ナリ宗教ノ目的ハ如何ニ高尚ナリトスルモ表ハレテ地上ニ現世ノ形體ヲ有スル以上ハ教會モ亦法律上ノ結社ニ外ナラズ其國家

權力ニ服從セサルヘカラサルハ一般私人ノ團體ト異ナルナキハ近來國家ノ原則トシテ疑ナキ所ナリ故ニ教會ハ國家ノ下ニ其地位ヲ有セシメサルヘカラス唯國教主義公認教ノ主義ハ政教分離信教自由ノ原則ト相背馳スルカ故ニ又執ルコトヲ得ス之ヲ要スルニ國家ト教會トノ關係ヲ定ムルハ政教分離ノ主義唯リ依ルヘキノミ此主義ヲ執ルハ亞米利加合衆國及ヒ白耳義ナリ此等ノ諸國ニ於テハ宗教ヲ以テ政治ノ外ニ置キ信教自由ノ趣旨ヲ貫徹センコトヲ期セリ我帝國憲法第二十九條モ亦帝國臣民ハ信教ノ自由ヲ有スル旨ヲ定ム而シテ宗教ヲ以テ固ヨリ國家ノ事務トハ爲サスシテ之ヲ國家ノ政務ノ外ニ置クハ國教ノ自由ハ近來立憲諸國憲法ノ認ムル所ノ臣民ノ自由權ノ一ナリ箇人ノ宗教上ノ信仰神ニ對スル思想ハ固ヨリ純然タル心裡ノ作用ニ屬シテ外部ヨリ認識スルコトヲ得ス人ノ生活ノ外部關係ヲ支配スル國家ハ之ニ干渉スルニ由ナク固ヨリ臣民ノ自由ニシテ法律ヲ以テ論スヘキ事項ニ非サルナリ其法律ヲ以テ論スヘク憲法上其之ヲ自由トセラルハ内部ノ思想カ外部ノ行爲ニ表ハレテ或ハ單獨ニ一定ノ宗教上ノ儀式禮拜ヲ爲シ或ハ宗教ヲ同シスル者相結合

シテ一定ノ宗教ヲ奉シ共同ノ禮拜ヲ爲スノ關係ナリ之ヲ自由トスルハ直接ニ或宗教ヲ奉スルコトヲ強ヒ又ハ或宗教ヲ奉スルコトヲ禁スルコトナキハ勿論間接ニ信教ヲ以テ公私ノ權利ヲ享有行使スルノ要件ト爲シ或宗教ヲ奉スル者ニハ各種ノ保護特權ヲ付與シ或宗教ヲ奉スル者ニハ民事上政治上ノ關係ニ於テ法律上劣等ノ地位ヲ認ムルコトナキヲ謂フ如何ナル宗教モ禁止セラルコトナク如何ナル宗教モ特別ノ利益ヲ國法上保有スルコトナク臣民ノ權利ノ享有行使ハ信教ノ故ヲ以テ左右セラルコトナキハ信教自由ノ趣旨トスル所ナリ然レトモ此ノ如キ信教ノ自由ハ固ヨリ無制限ニハ非ス信教ノ自由ヲ認ムル國家ハ宗教ニ對シテ少シモ干渉スルコトナカルヘシト云フハ非ナリ臣民ハ出版ノ自由ヲ有スルモ言論著作ヲ以テ公共ノ安寧秩序ヲ紊亂スルコトヲ得ス其他諸般ノ制限ニ從ハサルヘカラス國家ハ之ニ對シテ種種ノ制限ヲ爲スコトヲ得ルカ如ク信教ノ自由モ亦國家ノ目的ト臣民ノ義務トニ基ケル制限ヲ有セサルヘカラス信教ノ自由ナル意義ハ一切ノ總テノ宗教ヲ同一ニ取扱ヒ其間ニ權利

ノ差等ヲ設ケサルヲ謂フモノニシテ等シク同一ノ制限ニ服セシムルコトハ信
教自由ノ趣旨ニ反スルモノトナク國家ノ本來爲シ得ル所ナリ帝國憲法第二十八
條ニ日本臣民ハ安寧秩序ヲ妨ケス及臣民タル義務ニ背カサル限ニ於テ信教ノ
自由ヲ有スル旨ヲ規定ス安寧秩序ヲ妨ケス及臣民ノ義務ニ背カサルハ實ニ
信教自由ノ根本的制限ナリ信教ノ自由ヲ名トシテ一般臣民ノ義務ニ背クコト
ヲ主張スルコトヲ得ス臣民タルノ義務トハ廣ク臣民一切ノ義務ヲ謂フモノニ
シテ國家ハ其目的ノ上ヨリ臣民ニ一定ノ義務ヲ定ムルトキハ此理由ニ由リテ
之ヲ限度トシテ信教ノ自由ニ干渉スルコトヲ得ルカヲ又信教ヲ以テ安寧秩序
ヲ紊亂スルコトヲ得ス安寧秩序ヲ保持スル爲メニスル諸般ノ制限ニ從ハサル
ヘカラス此目的ノ爲メニ國家ハ宗教ニ對シテ諸般ノ取締ノ規定ヲ爲スコトヲ
得是レ國家ノ目的ノ當然要求スル所ニシテ信教ハ自由ナルモ國家ハ固ヨリ之
ニ對シテ行政上ノ制限ヲ爲スコトヲ得ルハ言ヲ俟タサルナリ宗教ノ自由ヲ
擾ニ政府ハ宗教取締ノ一般的规定トシテ宗教法案ヲ帝國議會ニ提出セシモ議
定ニ至ラズシテ止ミタリ現行法ニ於テハ此ノ如キ一般的规定ナシ彼ノ神佛

二教ハ我國ニ於テ長キ歴史ヲ有シテ國民ノ生活ト密接ナル關係ヲ有スルカ故
ニ之ニ對シテハ特別ノ取扱ヲ爲ス又一般ノ宗教ニ關シテハ治安警察法ノ定ム
ル所ニ由リテ公ノ結社トシテ警察上ノ取締規定ノ存スル外ニ明治三十二年七
月內務省令第四十一號ヲ以テ規定スル所アリ此省令ニ依レハ神佛二教以外ノ
宗教ノ宣布ニ從事セントスル者ハ宗教ノ名稱布教ノ方法ヲ具シ履歷書ヲ添ヘ
地方長官ニ届出ヲ爲スコトヲ要ス宗教ノ用ニ供スル堂宇會堂說教所又ハ講義
所ノ類ヲ設立セントスル者ハ設立ヲ要スル理由其名稱所在地宗教ノ名稱擔當
布教者ノ資格及ヒ其選定方法等ヲ具備シテ地方長官ノ許可ヲ受クルコトヲ要
ス上ニ以テ其選定者ハ地方長官ノ許可ヲ受クルコトヲ要ス

神佛二教ニ關シテハ前ニ述ベタル如ク特別ノ取扱ヲ爲ス之ニ關スル規定ハ明
治十七年八月第十九號布達ヲ以テ其重ナルモノト爲ス此布達ニ依レハ神佛二
教ノ各派各宗又ハ教派教宗連合シテ管長ヲ置キ管長ヲシテ其教職宗制寺法僧
侶並ニ教師タルノ分限及ヒ稱號ヲ定ムルモノト寺院ノ住職ノ任免及ヒ教師ノ等
級進退ノ事等各宗各派ノ内部ニ屬スルコトヲ處理セシム管長ヲ置クヘキ規則

ハ各宗各派ノ教職宗制ニ依リテ之ヲ定ム而シテ國家ハ之ニ對シテ一定ノ監督權ヲ有シテ以上ノ事項ヲ定ムルハ總テ內務大臣ノ許可ヲ要スルモノト爲ス又各宗派濫ニ分合ヲ囑ヘ爭論ヲ爲スヘカラスル旨ヲ規定シ若シ別派獨立シ又ハ數派合併スルトキハ結局內務大臣ノ認可ヲ受タルコトヲ要シ各宗派ニ屬スル敎院講社ノ新設モ亦許可ヲ受タルコトヲ要スルモノト爲スニ關スル規定ハ則

以上ヲ以テ行政法各論ノ講述ヲ閉ツ

行政法各論 終

法學士 上杉 愼吉 講述

行政法各論

法政大學發行

行政法各論目次

緒論

第一部 軍務行政

第一章 兵役

第二章 軍事負擔

第一節 徵發

第二節 要塞地帶ノ制限

第二部 外務行政

第三部 司法行政

第四部 財務行政

第一章 豫算

第二章 會計

第三章 國庫

第四章 國有財産	三二
第五章 租税	三二
第六章 手数料	四〇
第七章 國債	四三
第八章 決算及ヒ會計検査	四四
第五部 内務行政	四五
第一章 保安警察	七三
第一節 特ニ取締ヲ要スル人ニ對スル保安警察	七六
第二節 出版警察	八〇
第三節 結社及ヒ集會警察	八四
第四節 武器警察	八九
第五節 非常保安警察	九〇
第六節 災害警察	九二
第一款 火災警察	九三

第二款 水害警察	九四
第三款 建築警察	九七
第四款 道路警察	九八
第五款 埋葬警察	九九
第二章 衛生警察	九九
第一節 公ノ健康保持ノ行政	一〇一
第二節 醫療制度	一一一
第三章 經濟行政	一一九
第一節 農業	一二一
第二節 牧畜	一二六
第三節 狩獵	一二八
第四節 漁業	一二九
第五節 山林	一三一
第六節 鑛業	一三三

第七節 商業	一三七
第八節 融通制度	一五四
第九節 信用制度	一五九
第十節 交通運輸	一六二
第十一節 保險制度	二〇〇
第十二節 救貧制度	二〇五
第十三節 人口制度	二二二
第四章 教化行政	二三〇
第一節 教育行政	二三〇
第二節 道德行政	二五〇
第三節 宗教行政	二五五

行政法各論目次 終

其和解調書ハ強制執行ノ債務名義ト爲ル(第三八一條)ニシテハ、對債務者カ執行シ得ヘキ和解調書アルニ拘ハラス債務者ニ對シ或一定ノ給付ヲ命スヘキ判決ヲ求ムルカ爲メニ訴ヲ提起スルコトヲ得ルヤ否ヤハ學者ノ爭フ所ナリ此問題ノ説明ニ關シテハ債權者カ公證人作成ノ執行證書ヲ有スルニ拘ハラス債務者ニ對シ或一定ノ給付ヲ命スヘキ判決ヲ求ムル訴ヲ提起スルコトヲ得ルヤ否キノ問題ニ付キ爲シタル説明ヲ參照スヘシ(第三八二條)。

(C) 抗告ヲ以テ不服ヲ申立タルコトヲ得ル裁判原本又ハ調書中抗告ヲ以テ不服ヲ申立タルコトヲ得ル裁判トハ尙ホ抗告ヲ以テ攻撃シ得ヘキ裁判ノミナラス最上級裁判所ニ於テ爲シタル裁判其他不服申立期間經過ニ因リ確定シタル裁判ノ如ク抗告ヲ以テ不服申立ヲ爲スコト能ハサルニ至リタル裁判ヲ指示ス何トナレハ民事訴訟法第五百五十九條第一號(第六八五條第一號)ニ所謂抗告ヲ以テ不服ヲ申立タルコトヲ得ル裁判ナル用語ハ裁判ノ形式及ヒ内容カ民事訴訟法ニ從ヒ抽象的ニ抗告ヲ以テ不服申立ヲ爲スコトヲ得ルヲ以テ足レトシ現實的ニ抗告ヲ申立タルコト能ハサルニ至リ

タル事情ニ無關係ナル旨ヲ表示スルニ外ナラザルハナリ斯ル裁判ヲ強制執行ノ債務名義ト爲ルニハ左ノ二條件ヲ具備セサルベカラズ不即申立ニ從ス

(第一) 強制執行ニ適當ナル裁判ナルヲ要ス故ニ訴訟費用確定決定第八五條(獨逸ニ在リテハ獨リ「フハルトマン」氏ハ斯ル決定ヲ債務名義ニ屬セザルモノト立論セリ)其他民事訴訟法第八十三條第百條第百二條第二百九十四條第二項第三百二條第三百二十八條第六百六條第七百三十三條等ニ規定セル決定ハ之ニ屬ス申立ニ從フハ其ノ當然ナル事ナリ(獨逸ニ在リテハ「フハルトマン」氏ハ「獨逸ニ在リテハ」云々ト云フ) (第二) 抗告ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル裁判ノ執行停止又ハ執行中止ナキヲ要ス民事訴訟法第四百六十條ノ規定ニ從ヘハ其抗告力之ニ依リテ不服ヲ申立テラレタル裁判ノ執行停止ノ效力ヲ有セザル場合ニ於テ抗告ノ申立アリタルトキハ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所若クハ其裁判長又ハ抗告裁判所ハ其裁判ノ執行ノ效力ヲ中止スルノ權限ヲ有ス而シテ此執行停止又ハ執行中止ハ強制執行ヲ妨グルモノナルヲ以テ抗告ニ依リ不服ヲ申立テラレタル裁判カ其執行ヲ停止シ又ハ中止セラレタルトキハ抗告ノ

不變期間經過シタルカ抗告ノ途ヲ盡シ終リタルカ又ハ抗告ヲ取下ケタルカノ前提要件アルニ非スハ強制執行ヲ爲スヲ許サス隨テ斯ル裁判ニ基テ執行ニ必要ナル執行力アル裁判ノ正本ハ裁判ノ執行ノ停止若クハ其中止ナキ場合又ハ其停止若クハ中止消滅シタル場合ニ於テノミ之ヲ付與スヘキモノトス又斯ル裁判ニ基テ執行ハ抗告ノ結果トシテ前審不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所若クハ裁判長又ハ抗告裁判所ニ於テ其執行スヘキ裁判ヲ廢棄又ハ變更シタル裁判ヲ爲スニ因リ消滅ス(第四五九條第四六四條訴訟費用確定決定ハ尙ホ訴訟費用確定ノ手續ノ基本タル判決ノ假執行ノ消滅ニ因リ消滅ス(第五一〇條第八四條第二項此消滅ノ效力ハ強制執行ノ著手ヲ禁シ其續行ヲ許サス又ハ既ニ爲シタル執行處分ヲ取消スニ在リ其他前審ノ敗訴者ハ執行スヘキ裁判ノ廢棄若クハ執行スヘキ請求ノ却下ト先ニ取立テラレタルモノノ辨濟ヲ目的トスル裁判ヲ求ムルコトヲ得ヘシ元來此問題ニ關シテハ學說二派ニ岐ル第一說ニ曰ク民事訴訟法第五百六十條ニ則リ民事訴訟法第五百十條第二項ハ抗告ヲ以テノミ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判

タル債務名義ニ準用スルコト能ハス何トナレハ民事訴訟法第五百十條ハ判決ノミニ適用スヘキモノナレハナリト第二説ハ反對ニ準用スヘキ旨ヲ主張シ其理由トシテ民事訴訟法第四百二十七條第二項第四百九十二條第二項第五百十條第二項ノ各規定ハ前審ノ敗訴者ハ判決タルト決定タルトニ論ナク苟モ強制執行ノ基本タル債務名義ノ確定的廢棄アリタル場合ニ在リテハ取立テラレタルモノノ辨濟ヲ目的ト爲ス裁判ヲ同時ニ求メ得ルノ訴訟の請求權アル原則ノ適用ヲ示シタリ隨テ此原則ノ適用トシテ前審ノ敗訴者ハ不服ヲ申立テタル裁判ノ取消ト共ニ取立テラレタルモノノ辨濟ヲ目的ト爲ス裁判ヲ同時ニ求ムルコトヲ得ヘキナリト曰ヘリ予輩ハ後説ニ賛成ス又前審ノ敗訴者ハ假執行宣言付判決ノ確定的廢棄ト同時ニ該判決ヲ根據トセル訴訟費用確定決定ニ基キ取立テラレタル費用ノ返還ヲ目的トスル裁判ヲ求ムル申立ヲ爲スコトヲ得何トナレハ民事訴訟法第五百十條第二項ハ強制取立カ直接ニ取消サレタル判決ニ基クト之ヲ根據トセル訴訟費用額確定決定ニ基クトノ區別ヲ問ハサルヲ以テ同條ハ斯ル場合ニモ適用アリト謂ハサルヲ

得テレハナリ
(D) 執行命令原本 執行命令即チ假執行宣言付支拂命令ノ原本ハ強制執行ノ債務名義ト爲ル(第五五九條第二號第三九三條、民事訴訟法改正案第六八五條第二執行命令ハ假執行ノ宣言ヲ付シタル關席判決ト同一ノ效力ヲ有ス(第三九四條)故ニ故障期間ノ徒過ニ依リ確定セサル以前ニ在リテモ之ニ基キ強制執行ヲ爲スコトヲ得又故障ノ申立アリタルカ爲メニ斯ル效力ヲ喪失スルコトナシ然レトモ請求カ地方裁判所ノ管轄ニ屬スル場合ニ於テ故障ヲ違法トスル中間裁判アリタルトキハ之ニ依リ法律上當然執行命令ノ效力消滅スルモノナルヲ以テ強制執行ヲ爲スコトヲ得ス之ニ反シテ請求カ區裁判所ノ管轄ニ屬スル場合ニ於テ故障ヲ違法ナリトスル中間判決アリタルトキハ之ニ依リ法律上當然執行命令ノ效力消滅セサルヲ以テ強制執行ヲ爲スヲ妨ケス蓋シ前者ノ場合ニ在リテハ債權者ハ故障ヲ許ス判決ノ確定ヨリ一箇月ノ期間内ニ訴ヲ起スヘキモノナルヲ以テ執行命令ノ效力存續セサルコト疑ナク又後者ノ場合ニ在リテハ訴訟カ關席前ノ程度ニ復スルニ止マレハナリ第

三九四條末段第二六〇條

(E) 公證人作成ノ執行證書 公證人即チ公衆ノ委託ニ因リ民事ニ付キ證書ヲ作成スル職權ヲ有スル公吏カ其權限内ニ於テ法定ノ方法ニ依リ一定ノ金額ノ支拂又ハ他ノ代替物若クハ有價證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ目的トスル請求ニ付キ當事者カ直チニ強制執行ヲ受クヘキ旨ヲ記載シタル證書ハ強制執行ノ債務名義ト爲ル是レ斯ル請求ハ困難ナル法律關係ヲ生スルコトナク且當事者ハ之ヲ甘諾セルヲ以テ強制執行ノ債務名義ト爲スニ何等ノ妨害ナキノミナラス却テ費用ト手續トヲ省略スルノ便アレハナリ(第五五九條第五號民事訴訟法改正案第六八五條第六號公證人作成ノ執行證書ノ要件ハ左ノ如シ)

(第一) 公證人カ其權限内ニ於テ成規ノ方式ニ依リ作成シタル證書ナラサルヘカラス 方式ノ適否權限ノ有無ハ公證人規則ニ依リ之ヲ定ム(公證人規則第一條第二條第四條第七條第三十六條第三十七條ハ權限ニ關係シ第十三條第三章第一節及ヒ第二節ニ規定セル條文ハ方式ニ關係ス)權限外ニ於テ又成

規ノ方式ニ依ラスシテ作成シタル證書ハ權限並ニ方式ヲ設ケタル法意ニ反スルヲ以テ公證人作成證書トシテ法律上無効ナルヤ言フ埃タス(第一條第二條)
(第二) 一定ノ金額ノ支拂又ハ他ノ代替物若クハ有價證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ以テ目的ト爲ス請求ニ關スル證書ナラサルヘカラス (a) 一定ノ金額トハ必スシモ金錢の數量ノ明示アルヲ必要トセス一定期間年五分ノ利息ト云フカ如キ證書ノ文字ヨリ計算的ニ其數量ヲ認識シ得ルヲ以テ足レリトス又金錢ノ種類ヲ明示スルモ之カ爲メニ一定ノ金額ノ支拂ヲ目的ト爲ス請求ニ非サル請求ト爲ラス何トナレハ他ノ種類ノ金錢ヲ以テ對價ヲ供給スルヲ得レハナリ故ニ一定ノ金額ノ支拂トハ一定ノ金錢の價額ノ支拂ト解スルヲ正當ト認ム (b) 代替物ノ一定ノ數量ノ給付トハ通常取引ノ慣習ニ從ヒ一定ノ種類ニ屬スル物ヲ以テ對價ト爲シ得ル物ノ數量ノ給付ヲ指示ス然レトモ當事者カ特定物トシ且之ヲ義務ノ目的物トシテ表示シタルトキハ其給付ハ代替物ノ一定ノ數量ノ給付ニ非ス但種類ヲ以テ目的物ヲ表示シタルモ之カ爲メニ代替物ノ意義ヲ變更スルモノニ非ス (c) 有價證券ノ一定ノ數量ノ給付トハ

公債株券、手形等ノ如キ所持者其モノヲ權利者ト爲ス證券ノ一定ノ數量ノ給付ヲ指示スルモノハ、執行ノ得ヘキ債務名義ト爲ス。以上三種ノ給付ヲ目的ト爲ス請求ナル以上ハ其請求發生原因ノ一方的法律行為ナルト雙方の法律行為ナルト其請求ノ性質カ物權的ナルト債權的ナルト其請求ノ體様カ期限附ナルト條件附ナルト反對給付ニ繫ルト否トヲ問ハサルナリ。

（第三） 證書ニ直チニ強制執行ヲ受クヘキ旨ヲ記載スルヲ要ス此ノ如ク直チニ強制執行ヲ受クヘキ旨ヲ記載スルヲ必要ト爲ス故ニ證書ニ表示シタル請求權ハ現存ノ請求權タルコトヲ要ス蓋シ債務者ハ將來ノ請求權ノ爲メニ直チニ強制執行ヲ受クヘキ旨ヲ諾スルヲ得ツレハナリ但現存ノ請求權タル以上ハ條件附又ハ期限附タルヲ妨ケス同一證書中ニ於テ直チニ強制執行ヲ受クヘキ目的物ヲ限定スルコトヲ得ルヤ言フ俟タス。

債權者カ公證人作成ノ執行證書ヲ有スルニ拘ハラス債務者ニ對シ或一定ノ給付ヲ命スヘキ判決ヲ求ムルカ爲メニ給付ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ルヤ否

破産財團ヲ協議契約上ノ權利ヲ得タル破産者ニ交付シタルトキハ之ニ依リテ斯ル財團債權ヲ有スル者カ其權利ヲ喪失スルヲ當然ナリトス故ニ財團債權者ハ其權利ヲ管財人ニ認識セシムルヲ可ナリトスルコト前述ノ如シ然レトモ管財人ハ其知レル財團債權ニ關シテハ縱令財團債權者ヨリ之ヲ認識セシムルニ適當ナル手續ヲ悉サザラシ場合ト雖モ職權ヲ以テ之ヲ斟酌シ破産手續カ協議契約ニ依リテ終結スルニ際シ財團債權中爭ナキモノハ之ヲ辨濟シ又爭アルモノハ之カ辨濟額ヲ供託セサルヘカラス獨逸破産法第一九一條而シテ財團債權者ハ破産債權者ニ非ナルヲ以テ協議契約ニ羈束セラルルコトナシ故ニ管財人ハ斯ル職務違背ニ因リテ財團債權者ニ被ラシメタル損害ニ付キ其賠償ノ責任シ又破産者ハ管財人ヨリ財團債權ヲ辨濟セシメ破産財團ノ交付ヲ受ケタル場合ニ於テ民法ノ規定ニ從ヒ不當利得ニ基ク責任スルヲ前述ノ如シ。

（四） 破産財團ノ消滅 破産財團ハ破産債權者ニ平等ナル満足ヲ得セシムルノ用ニ供スル破産者ノ財産ナルヲ以テ破産手續ノ終結ニ因リテ消滅スルヲ當然ナリトス隨テ破産手續カ協議契約ニ因リテ終結シタルトキハ破産者タリシ債

務者ハ破産財團タリシ財産ノ占有管理及ヒ處分ノ權能ヲ回復シ又破産手續カ配當ニ因リテ終結シタルトキハ破産者タリシ債務者ハ破産財團タリシ殘餘財産ノ返還ヲ受ク而シテ管財人カ破産手續ノ存続中發見スルコト能ハサリシ財産ニシテ破産財團ニ屬スヘキモノハ之ヲ未タ完済ヲ受ケサル破産債權者ニ配當セサルヘカラス何トナレハ配當スヘキ破産財團ヲ配當セスシテ破産手續ヲ終結シタルトキハ未タ適法ナル破産手續ノ終結アリタルモノト謂フコト能ハナレハナリ(商法第一〇四八條……財團ノ配當ヲ全ク終リタルトキハ……)ノ法文引用破産法案第二七八條以下、瑞西破産法第一九七條第二項)

第三章 破産ノ效力

破産ノ目的ヲ達スルニハ利害關係人ノ權利ヲ制限スルヲ必要トス例ヘハ破産者ノ債權者ニ對シテハ各別的ニ強制執行ヲ爲スコトヲ禁止シ破産者ノ債務者ニ對シテハ破産者ニ辨済ヲ爲スコトヲ禁止シ破産者ニ對シテハ附後破産財團ヲ減少スルニ至ルヘキ行爲ヲ爲スコトヲ禁止シ破産宣告前ニ於テ破産者ノ爲

シタル行爲ニ關シテハ破産宣告後破産債權者ノ利益保護ノ爲メニ或ハ之カ履行ヲ爲サシメ或ハ之ヲ否認スルコトヲ得セシムルカ如シ故ニ破産ノ效力ハ之ヲ大別シテ破産者ノ債權者ニ對スル效力、破産者ノ債務者ニ對スル效力、破産者ニ對スル效力及ヒ破産宣告前ニ破産者ノ爲シタル行爲ニ對スル效力ニ分類スルコトヲ得左ニ之ヲ分説スヘシ

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

(A) 強制執行ノ禁止 破産債權者ハ破産手續中民事訴訟法ノ強制執行假差押

反ニ假處分ニ依リテ其權利ヲ行フコトヲ得ス(商法第九八七條破産法案第八條)
獨逸破産法第一二條第一四條)蓋シ破産債權者團體カ破産財團ニ付キ有スル若
押權ハ破産債權者各自ノ爲メニスル強制執行假差押ノ執行等ニ依リテ害セラ
ルモノニ非サレハナリ故ニ破産債權者カ斯ル法則ニ違背シテ強制執行ヲ爲
シタルトキハ管財人ハ民事訴訟法第五百四十四條ニ基キ異議ヲ申立テ及ヒ既
ニ爲シタル執行處分ノ無効ナル旨ヲ主張スルコトヲ得ヘク又裁判所カ職權ヲ
以テ斯ル禁止違犯ヲ調査スヘキモノナリ但取戻權者別除權者及ヒ財團債權者
ハ破産債權者ニ非サルヲ以テ斯ル強制執行禁止ノ效力ハ此等ノ權利者ニ對シ
テ及フコトナシ(商法第九八七條)……優先權ノ存スルニ非サレハ……破産法案
第三二條第三八條第七四條獨逸破産法第一一條)之ニ反シテ破産債權者ハ破産
手續中民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ訴又ハ督促手續ニ依リテ其權利ヲ行フコトヲ
得ヘシ蓋シ損失分擔主義ノ實行ハ唯各破産債權者ニ強制執行假差押ノ執行及
ヒ假處分ノ執行ヲ許ササルノミヲ以テ其目的ヲ達スルコトヲ得ヘケレハナリ
元來破産宣告ハ破産債權者ノ爲メニ新ナル法律保護ノ請求權ヲ成立セシムル

モノニ非ス法律上一定シタル前提要件ノ下ニ於テ破産手續ニ依レル法律保護
ノ請求權ハ既ニ破産宣告前ニ存在シ破産宣告ハ單ニ斯ル要件ノ存在ヲ確認シ
タルモノニ外ナラス然レトモ之カ爲メニ各破産債權者ハ破産手續中破産手續
ニ依レル法律保護ノ請求權ノ外ニ何等ノ法律保護ノ請求權ヲ有セサルモノト
遮斷スルコト勿レ各破産債權者ハ破産手續中普通及ヒ特別ノ民事訴訟手續ニ
依リ若シ債權カ私訴ノ目的ト爲ルコトヲ得ヘキモノナルトキハ刑事訴訟手續
ニ依リ裁判所ニ對シ法律保護ヲ請求スルコトヲ得故ニ各破産債權者ハ其債權
ノ爲メ破産者ニ對シ確認ノ訴ハ勿論給付ノ訴ト雖モ之ヲ提起スルコトヲ得獨
逸ニ於テハ「フツチング」氏カ破産債權者ハ破産手續中破産者ニ對シ確認ノ訴ヲ提
起スルコトヲ得レトモ給付ノ訴ハ之ヲ提起スルコトヲ得スト主張シタリ是レ
畢竟被告タル破産者ハ執行ノ訴ノ目的物タル給付ヲ爲スコト能ハサルヲ以テ
斯ル訴ハ之ヲ不適法トシテ却下スヘキモノトストノ趣意ニ基クト雖モ前述ノ
如ク強制執行ヲ許ササルノ一事ヲ以テ破産ノ目的ヲ達スルコトヲ得ルカ故ニ
「フツチング」氏ノ見解ハ破産宣告ニ立法上ノ目的ヲ超過スル效力ヲ付スルト謂ハ

タルヲ得ス隨テ同氏ノ見解ハ正當ナリト認メ難シ隨テ破産ノ宣告ハ破産債權者ニ對シテ破産手續ニ依ルノ外ニ何等ノ法律保護ヲ請求スルコトヲ許ササルノ效力ヲ有スルモノニ非スト謂フヘシ然レトモ同一ノ權利ノ爲メニ同時ニ二箇ノ法律保護ヲ請求スルコトハ努力費用及ヒ時間ノ節約ヲ主眼トスル民事訴訟法ノ原則ニ觸ルルヲ以テ之ヲ許ササルヲ當然ナリトス故ニ破産債權者カ其債權ノ届出ヲ爲シタル後尙ホ破産者ニ對シテ起訴シタルトキハ破産者ハ權利拘束ト同性質ノ防禦方法ヲ提出シテ訴ノ許可ヲ爭フコトヲ得破産者カ債權調査會ニ於テ届出アリタル債權ヲ爭ヒタルトキハ此限ニ在ラス何トナレハ破産手續ハ破産者ノ異議ヲ成功セシムルカ爲メノ手段ニ非サレハナリ又破産債權者カ其債權ニ付キ破産手續中破産者ニ對シテ起訴タル後尙ホ同一債權ノ届出ヲ爲シタルトキハ管財人及ヒ利害關係アル各債權者ハ其届出ニ對シ異議ヲ申立フルコトヲ得權利拘束ハ裁判所カ職權ヲ以テ調査スヘキモノニ非サルカ故ニ訴又ハ債權ノ届出ヲ却下スヘキヤ否ヤノ論點ハ職權ヲ以テ裁判スヘキモノニ非ス(民事訴訟法第一九五條第二〇六條但債權者ハ法律保護ヲ請求ヲ變更シ

債權ノ届出即チ破産手續ニ依ル權利ノ主張ヲ取下ケテ破産者ニ對シテ起訴シ又反對ニ破産者ニ對シテ提起シタル訴ヲ取下ケテ債權ノ届出ヲ爲スコトヲ得ヘシ何トナレハ法律ハ斯ル變更ヲ禁止セサレハナリ而シテ破産者管財人及ヒ利害關係アル各債權者カ前示ノ如キ防禦方法ヲ提出セス又ハ破産債權者カ法律保護ヲ請求ヲ變更セサル場合ニ於テハ同一ノ債權カ破産手續ニ在リタルハ破産者ニ對シテ存在スルモノトシテ確定シ又訴訟手續ニ在リタルハ之ニ反シテ破産者ニ對シテ存在セサル旨ノ判決確定スルカ如キ彼此矛盾スルノ結果ヲ生スル場合ニ於テハ民事訴訟ニ於テ當事者カ權利拘束ノ妨訴抗辯ヲ提出セザリシカ爲メニ同一事件ニ付キ二箇以上ノ異ナリタル判決アリタル場合ニ於テ行ハルル法則ニ基キテ實體的效力ヲ判定セサルヘカラス(ヅキエルト氏ハ我民事訴訟法第四百六十九條第六號即チ獨逸民事訴訟法第五百八十條第七號)ニ基キテ以後ノ行爲ヲ攻撃スルコトヲ得若シ之ヲ爲サナルトキハ我民事訴訟法第五百四十五條即チ獨逸民事訴訟法第七百六十七條ニ基キテ以前ノ行爲ヲ攻撃スルコトヲ得ヘシト論決シタリ予輩ハ新法ハ舊法ヲ廢止スル法則ト同趣意ニ依

リタ以後ノ行爲カ國家ノ新ナル行爲トシテ效力ヲ有スト信ス但我民事訴訟法第四百六十九條第六號ノ規定ニ則リ之カ取消ヲ求ムルコトヲ得ルハ言フ埃タス「ガウプ」コレ「氏」獨逸民事訴訟法ノ解釋トシテ亦斯ル見解ヲ採ルニ似タリ」破産宣告前ニ於テ一旦破産者ニ對シ開始シタル強制執行手續ハ爾後ノ破産手續開始ニ因リテ其執行ヲ妨ケラルモノ即チ中斷スルモノニ非ス民事訴訟法第五五二條參照然レトモ破産手續中ハ前述ノ如ク各破産債權者ノ爲メニ強制執行ヲ爲スコトヲ許ササルヲ以テ管財人カ破産債權者團體ノ爲メニ強制執行ヲ續行スルコトヲ得ルニ止マリ差押債權者タル破産債權者カ之ヲ續行スルコトヲ得ス是レ差押ニ因リテ生シタル利益ヲ破産債權者團體ニ授與スルノ法意ニ外ナラス例ヘハ甲カ乙ノ財産ヲ差押ヘタル後ニ於テ乙ハ甲ノ差押ヲ害セサル範圍内ニ於テ差押物上ニ抵當權ヲ設定シ且爾後破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ斯ル抵當權ハ破産債權者團體ニ對シテ其效力ナキカ如シ破産法案第七一條（獨逸埃太利ノ破産法ニ於テ差押債權者ハ別除權者トシテ管財人ニ對シ強制執行ヲ續行スルコトヲ得蓋シ同國ニ於テハ差押債權ヲ認メタルヲ以テナリ）埃太

利破産法第一一條第二條獨逸破産法第一四條（白耳義商法和關商法ノ如キ破産法ニ於テハ執行手續ト執行費用トヲ全ク無用タラシムルカ如キ不經濟ノ結果ヲ避ケル目的ヲ以テ執行手續ト破産手續トノ關係ヲ詳細ニ規定シタリ）（白耳義商法第四五三條和關商法第七七一條西班牙民事訴訟法第一一七三條第一一八六條第一一三七六條瑞典破産法第一〇條等之ニ反シテ破産宣告前ニ於テ破産者タル債務者ト破産債權者タル債權者トノ間ニ於テ其有スル債權ニ付キ訴訟ノ繫屬アリタルトキハ其手續ハ爾後ノ破産宣告ニ因リテ中斷スルモノナリ（民事訴訟法第一七九條破産法案第六九條獨逸民事訴訟法第二四〇條是レ蓋シ單ニ破産手續ノ開始ノミヲ以テ訴訟ノ當事者タル債權者カ其相手方ノ破産手續ニ參加シ且之ニ依リテ當然破産手續ト民事訴訟手續トノ衝突ヲ惹起スルモノニ非ス然レトモ債權者ハ破産手續ニ依リテ其權利ヲ行フコトヲ欲スル者ナリト推定スルヲ適當ナリトス故ニ斯ル推定ニ基キ繫屬訴訟ヲ中斷セシムルニ外ナラサルヘシ而シテ中斷アリタル訴訟ハ債權者カ破産手續ニ參加シタル場合ニ於テハ債權者ハ其届出テタル債權（訴訟ノ目的ニ對シ債權調査會ニ於テ破産

者カ異議ヲ申立テタルトキニ破産者ニ對シテ之ヲ受繼スルコトヲ得(破産法案第六九條、獨逸破産法第一四四條第二項之ニ反シテ債權者カ破産手續ニ參加セタル場合ニ於テハ直チニ破産者ニ對シテ之ヲ受繼スルコトヲ得是レ破産債權者團體ノ利益ヲ害セタル範圍内ニ於テ債權者ニ對スル強制執行ノ債務名義ヲ得ルノ必要アルニ依ル而シテ破産手續ニ參加セシテ直チニ債務者ニ對シテ訴訟ヲ續行シタルノ一事ハ未タ以テ破産手續ニ參加スルノ權利ヲ拋棄シタルモノト認ムルヲ得ス故ニ訴訟ヲ續行シタル債權者カ爾後破産手續ニ參加シタルトキハ同一ノ債權ニ付キ同時ニ二箇ノ法律保護ノ請求ヲ爲シタルモノトシテ之ヲ取扱ハサルヘカラス訴訟ノ受繼ナキ場合ニ於テハ訴訟ノ中断ハ破産手續ノ終結ニ因リテ終了ス(民事訴訟法第一七八條)又ハ債權者カ破産手續中ニ在リテハ唯強制執行假差押ノ執行及ヒ假處分ノ執行ヲ爲スコト能ハサルニ止マルヲ以テ新訴ノ提起又ハ繫屬訴訟ノ續行ニ依リ破産者ニ對シテ勝訴ノ判決ヲ受タルコトヲ得而シテ斯ル判決カ法律關係ヲ確證シタルモノニ非スシテ却テ義務ノ履行ヲ命令シタルモノナルトキハ破産手

續終結後ニ於テ之ニ基キ強制執行ヲ爲スコトヲ得此ノ如ク該判決ハ破産手續ノ終結後ニ非ナレハ之ニ基キテ強制執行ヲ爲スコトヲ得サルモノナリト雖モ之カ爲メニ假執行ノ宣言ヲ付スルコトヲ妨ケス何トナレハ假執行ハ單ニ判決カ故障又ハ上訴ニ關係ナク執行シ得ヘキ旨ヲ宣言スルニ止マレハナリ(斯ル宣言ハ破産手續カ判決確定前ニ終結シタル場合ニ於テ強制執行ヲ爲サシムルノ實益アルヲ以テ實益ナキヲ理由トシテ反對ニ論決スルコト勿レ)又執行文付與ヲ妨ケス何トナレハ執行文ノ付與即チ強制執行命令ハ抽象的ニ執行ヲ許スヘキ旨ヲ表示スルニ止マリ破産手續中ナルカ爲メニ強制執行ヲ實施スルコトヲ得サルカ如キ現實的調査ハ執行機關力之ヲ爲ス所ナレハナリ

(B) 財團ニ對スル利息ノ停止 破産債權ノ利息ハ其法定タルト(民法第四〇四條、商法第二七六條約定タルトニ拘ハラス破産宣告ノ日ヨリ破産財團ニ對シテ其發生ヲ止ム(商法第九八九條、佛國商法第四四五條第一項、白耳義商法第四五一條、伊太利商法第七〇〇條、西班牙商法第八八四條是レ現行破産法ニ於テハ佛法、露諸國ニ行ハルル法則ニ從ヒ計算上ノ便益及ヒ債權者間ニ於ケル平等ノ關係

維持ノ必要等ニ基キ斯ル事項ヲ破産宣告ノ效力トシテ規定シタルモノナリ。併
 國商法大案タアルル「ボアスタル」ローレン「リオンカン」氏等ノ説明スル所ニ依レ
 ハ破産債權中ニ無利息ノモノト否トアリ又其利息ノ高低アリ斯ル場合ニ於テ
 ハ破産手続ノ終結ニ付キ多數ノ日時ヲ要スルト否トニ從ヒ右利息若クハ高利
 息ノ債權者ハ利益ヲ受ケ他ノ債權者ハ不利益ヲ受ケルノ不公平ナル結果ヲ生
 ス又計算上不便ヲ來シ破産手續ノ終結ヲ淹滞セシムルノ虞アリ然レトモ破産
 宣告後ニ發生スヘキ利息ハ破産宣告ノ當時ニ存在スル債權ニ非スシテ却テ將
 來成立スルコトアルヘキ債權ナルヲ以テ破産債權トシテ之ヲ主張スルコトヲ
 得サルヤ前述ノ如シ故ニ財團ニ對スル破産債權ノ利息ノ停止ハ破産宣告ノ效
 力ニ非スシテ却テ破産債權ニ非サルカ爲メナリト謂ハサルヲ得ス是以テ我
 破産法案ニ於テハ獨法系諸國ニ行ハルル法則ニ從ヒ斯ル事項ヲ破産宣告ノ效
 力トシテ規定セス（埃太利破産法第十七條同民法第千三百三十三條、第千三百三
 十四條等ニハ反對ニ利息ヲ發生スト規定シタリ又千八百六十九年英吉利破産
 法第三十六條ニハ利息ノ發生停止ヲ規定アリタリト雖モ現行英吉利破産法ニ

ハ斯ル明文ヲ缺ケリ然レトモ同一ノ法意ナルコトハ疑ヲ容レスト信ス）

此ノ如ク破産債權ノ利息ハ財團ニ對シ其發生ヲ停止スルヲ以テ第一ニ前拂
 アタル利息ハ期限ニ至ラサル債務ノ支拂トシテ破産財團ニ對シ當然無効ナリ
 トス（商法第九〇條故ニ利息ノ前拂ヲ受取リタル債權者ハ破産宣告後ニ發生
 スヘキ利息額ヲ破産財團ニ返還セサルヘカラス第二ニ元本ニ利息ヲ加算シ其
 合額ヲ券面ニ記載シタル場合例ヘハ金百圓ノ貸借ノ爲メニ手形ヲ振出し其手
 形面ニ利息ヲ加算シテ金百六圓ノ支拂金額ト爲シタル場合ニ於テ債務者カ其
 債務履行期前ニ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ債權者ハ券面額ヨリ破産宣告後
 債務履行期マタノ利息ヲ控除シタル部分ニ非サレハ破産債權者トシテ其權利
 ヲ行フコトヲ得ス但手形ノ如キ特別ナル法律關係ニ基キ債權ヲ取得シタル第
 三者ハ之ニ對シ直接ニ對抗スルコトヲ得ヘキ事由存セサル限ハ券面ノ額ヨリ
 利息額ヲ控除セラルルコトナカルヘシ（商法第四三七條第四四〇條）佛國ニ於
 テハ多數ノ學者殊ニ「リオンカン」「アロゼー」「アラバル」氏等ハ實際上債權額中ヨ
 リ主從ノ區別ヲ爲シ之カ減額ヲ行フハ困難ニシテ且煩雜ナリト云フ理由ト及

ビ理論上善意ニ債權ヲ取得シタル第三者ニ對シ之カ減額ヲ爲スハ失當ナリト云フ理由トニ基キ反對ニ論決シ券面額ヨリ破産宣告後債務履行期マテノ利息ヲ控除スルモノニ非スト主張スレトモ利息カ券面上元本ト合記セラレタルノ一事ヲ以テ財團ニ對シテ其發生ヲ停止セスト云フハ故ナク學者カ前示ノ原則ニ對スル例外ヲ設クルニ外ナラサルヲ以テ斯ル見解ハ我破産法ノ解釋トシテ予輩ノ採ラサル所ナリ又同國ニ於テハ千八百三十八年利息減額ヲ爲スヘキ旨ノ修正案ノ提出アリタルモ議會ニ於テ否決スル所ト爲リタリ是レ予輩ノ大ニ遺憾トスル所ナリ第三ニ期限附債權ヲ其期限到來前ニ支拂ハシムルカ爲メニ割引ヲ以テ取引ヲ爲シタル場合ニ於テ債務者カ破産宣告ヲ受ケタルトキハ債權者ハ其債權全額ニ付キ即チ割引スヘキ金額ヲ控除スルコトナク破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ蓋シ割引ハ一定ノ期間内ニ支拂アリタルトキハ一定ノ金額ヲ減少スヘキ旨ノ條件附行爲ニ過キスシテ又破産宣告若クハ破産手續ニ依ル配當ハ斯ル支拂ト同視スルコトヲ得サルヲ以テ割引ヲ爲スヘキ條件未タ成就シタルモノト認ムルコトヲ得ス隨テ債權者ハ割引ヲ爲スコト

ヲ要セザルモノト謂ハサルヲ得サレハナリ斯ル論決ハ佛國ニ於テ「リオンカン」
「アラバル」又白國ニ於テ「ナミユル」氏等ノ是認スル所ナリト雖モ少數ノ學者ハ斯
ル論決ヲ否認シ其理由トシテ割引ヲ約定シタル結果トシテ債權額ハ債權者ニ
於テ元本ノ使用ニ因リテ生スヘキ利息ヲモ包含シ單純ナル元本額ヲ表示セス
隨テ割引スヘキ金額ヲ控除シタル殘額ニ非サレハ破産手續ニ參加スルコト能
ハスト云フニ在リ然レトモ斯ル見解ハ當事者ノ意思ニ適セザルモノナルヲ以
テ我破産法ノ解釋トシテ採ルヘカラス第四ニ主タル債務者ノ支拂フヘキ利息
ノミヲ擔保シタル保證人カ破産宣告ヲ受ケタルトキハ主タル債務者カ各支拂
期ニ支拂フヘキ利息ノ總額ハ破産者タル保證人ニ對シテハ元本ナルヲ以テ債
權者ハ斯ル利息ノ總額ニ付キ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得但主タ
ル債務者カ利息ヲ支拂ヒタルトキハ保證人ノ破産ニ於テ債權者ニ支拂フカ爲
メニ供託セシ配當額ハ之ヲ各破産債權者ニ配當ス保證人ノ破産ニ關スル説明
参照又此ノ如ク破産宣告後ニ發生スヘキ破産債權ノ利息ハ唯破産財團ニ對シ
其發生ヲ停止スルニ止マルヲ以テ破産債權ノ利息ハ破産者保證人及ヒ他ノ共

同債務者ニ對シテ其發生ヲ止ムルモノニ非ス故ニ破産者ハ破産宣告後ニ發生スヘキ利息ヲ支拂フヘク又之ヲ支拂フニ非サレハ復雜ノ許可ヲ受クルコトヲ得ス(商法第一〇五五條)利息……破産法案第三百五十三條……債務ノ全部ノ免責……(佛國ニ於テハ)「オンカン」氏ハ破産財團ヲ以テ各破産債權ノ配當ニ充テタル後尙ホ剩餘アリタルトキハ之ヲ管財人カ破産宣告後ニ發生シタル各破産債權ノ利息ノ支拂ニ充用スト曰フト雖モ斯ル利息ニ對スル辨濟ハ管財人ノ職權外ニ涉ルヲ以テ予輩ハ我破産法ノ解釋トシテ之ヲ正當ト認ムルヲ得ス而シテ破産者ノ支拂ヘキ利息ハ法定ナルト約定ナルト又破産宣告前ニ既ニ發生ヲ始メタルト破産宣告後ニ發生ヲ始メタルト間ハサルナリ故ニ無利息ノ債權ニ關シテ亦付遲滯後ニシテ且破産宣告後ニ發生スヘキ利息ハ(民法第四一二條、但同條末項ノ履行ノ請求ハ債權ノ届出ニ該當ス)破産者之ヲ支拂フノ義務アリ又保證人及ヒ他ノ共同債務者亦破産宣告後ニ發生スル利息ヲ辨濟セサルヲ得ス

質權抵當權其他ノ優先權ヲ以テ擔保セラレタル破産債權カ其擔保ノ目的物ノ

賣拂代金ヲ以テ辨濟ヲ受タル場合ニ於テハ破産宣告後ノ利息ハ其發生カ既ニ破産宣告前ニ在ルト又ハ破産宣告後ニ在ルトヲ問ハス賣拂代金ノ存スル限ニ於テ之ヲ元金ヨリ先ニ支拂ハサルヲ得ス(民法第四九一條蓋シ優先權ハ債務者カ財産上不如意ノ地位ニ陷リタル場合ニ於テモ債權ノ辨濟ヲ擔保スル手段ナルヲ以テ斯ル支拂ハ之ヲ優先權ノ效果ト謂フヘケレハナリ)斯ル論決ハ賣拂代金カ元利金完済ニ不足ナル場合ニ在リテハ其不足部分ニ付キ優先權ヲ有スル債權者カ普通ノ破産債權者トシテ破産手續ニ參加スルヲ以テ結局財團ニ對スル利息ノ停止ハ優先權者ノ利益ニ歸著スルノ結果ヲ生ス故ニ元本ヲ先ニ支拂フヘシトノ反對說アレトモ正當ノ見解ニ非ス但優先權アル債權者ハ優先權ノ目的物ノ賣拂代金ノ外ニ在リテハ普通ノ破産債權者ニ外ナラサルヲ以テ破産財團ニ對シ破産宣告後ノ利息ヲ請求スルコトヲ得タルヤ言フ埃タス(商法第九八九條)

(C) 破産債權ノ請求權發生ヲ辨濟期ノ未タ到來セタル債權ハ債務者ノ破産宣告ニ因リテ辨濟期ニ至リタルモノト爲ル(商法第九八八條第一項民法第一三七

條第一號破産法案第九條其理由ハ前述シタル所ナルヲ以テ茲ニ之ヲ贅セス而シテ現行破産法ハ獨逸破産法第六五條第一項及ヒ瑞西破産法第二〇八條等ノ立法例ニ依リ破産手續ニ參加スルカ爲メニ辨濟期ノ未タ到來セサル債權ヲ債務者ノ破産宣告ニ因リテ辨濟期ニ至リタルモノト看做シタルニ過キスト雖モ民法ハ佛法系諸國ノ立法例ニ依リ破産ノ宣告ヲ受ケタル債務者ハ期限ノ利益ヲ主張スルコトヲ得サルモノト規定シタリ故ニ破産手續ニ依リテ完全ナル辨濟ヲ受ケナリシ債權者ハ破産手續ノ終結後辨濟期ノ未タ到來セサル債權ニシテ破産債權タルモノニ付キ破産者ニ對シテ其權利ヲ行フコトヲ得ルモノト論決セサルヲ得ス是レ蓋シ期限ハ債務者ノ支拂實力上ノ信用ニ依ルモノナルヲ以テ債務者ハ破産宣告ニ因リテ期限ノ利益ヲ失フヲ當然ナリトスト云ヘル思想ニ出テタルニ外ナラスト雖モ這ハ債務者ニ對シテ聽ニ失シ且破産債權ノ請求權發生ノ立法上ノ目的ヲ超過スルヲ以テ其當ヲ得スト謂フヘシ破産債權ノ請求權發生ハ破産ノ目的ニ制限スルヲ以テ足レトス佛國ニ於テハ民法第千百八十八條ニ於テ債務者ハ破産宣告ヲ受ケタルトキハ期限ノ利益ヲ主張ス

ルコトヲ得スト規定シ又商法第四百十四條ニ於テ破産ノ宣告ハ第三者ニ對シ其未タ期限ノ到ラサル債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノト爲スト規定シタリ此二箇ノ規定ハ其觀念ヲ同シクセサルモノナリ蓋シ前者ハ期限カ債務者ノ支拂實力上ノ信用ニ基クトノ觀念ニ根據シ後者ハ未タ期限ノ到來セサル債權ノ爲メニ其之ニ對スル配當額ヲ供託スルモノトセハ之カ爲メニ破産手續ノ終結ヲ遲滞スルニ至ル故ニ之ヲ避クルカ爲メニ破産宣告ニ債務者ノ期限ヲ消滅セシムルノ效力ヲ有セシムルノ觀念ニ根據スレハナリ民法及ヒ破産法案ハ前者ノ觀念ニ依リ現行破産法及ヒ獨逸破産法ハ後者ノ觀念ニ依ル故ニ民法及ヒ破産法案ニ於テハ債務者カ破産宣告ニ因リテ期限ノ利益ヲ喪フハ破産宣告ノ效力ニ非スシテ期限ノ性質ニ基ク當然ノ效果ナリ之ニ反シテ現行破産法及ヒ獨逸破産法ニ於テハ破産債權ハ其期限カ未タ破産宣告ノ當時到來セザルトキト雖モ之ヲ破産手續ニ於テ主張スルコトヲ得ルハ期限ノ性質ニ基ク當然ノ結果ニ非スシテ寧ロ破産宣告ノ效力ナリ是レ破産法案ニ於テ破産債權ノ請求權發生ニ付キ何等ノ規定ヲ設ケサル所以ニシテ又現行破産法ニ於テ斯ル

事項ニ付キ別段ノ規定アル所以ナリ立法上ノ見解トシテハ現行破産法ノ立法ヲ正當ト思フ)

以上略述セルカ如ク現行破産法ニ依レハ破産宣告ノ效力トシテ期限ノ未タ到來セサル破産債權ハ破産手續ニ從ヒテ之ヲ主張スルコトヲ得換言スレハ期限ハ破産財團ニ對シテ到來シタルモノト看做ス又民法及ヒ破産法案ノ法意ニ依レハ破産者カ期限ノ利益ヲ喪フ換言スレハ期限ハ破産者ニ對シテ到來シタルモノニ外ナラサルヲ以テ何レノ論決ニ依ルモ期限ハ未タ到來セサル債權ハ破産者ハ保證人其他ノ共同債務者ニ對シテ辨濟期ニ到リタルモノト爲ラス何トナレハ破産手續ノ外ニ於テハ辨濟期ノ未タ到來セサル債權ニ付キ其請求權ヲ發生セシムルノ必要ナク又他人ノ行爲ニ因リテ不利益ヲ被ルヘキ理ナキヲ以テナリ唯例外トシテ爲替手形及ヒ約束手形ノ主タル義務者爲替手形ノ引受人又ハ引受ナキ爲替手形ノ振出人及ヒ約束手形ノ振出人カ破産宣告ヲ受ケタルトキハ手形ノ償還請求權ニ付キ辨濟期ノ到來シタルモノトシ所持人ハ振出人及ヒ裏書譲渡人ニ對シテ償還請求ヲ爲スコトヲ得ルノミ是レ手形ノ確實ヲ期スル

カ爲メノミナラス主タル義務者ノ破産ニ因リテ信用ヲ喪失シタル手形ヲ手形トシテ存在セシムルモ其效用ヲ全ウスルコト能ハナレハナリ(商法第九八八條第二項)元來此例外規定ハ舊商法第七百七十九條及ヒ第八百十五條ノ規定ヲ前提トシテ行ハル而シテ現行商法第四百八十條及ヒ第五百二十九條ハ舊商法ト其趣意ヲ異ニス故ニ斯ル例外規定ハ全然其適用ヲ見サルヘシ(保證人カ破産宣告ヲ受ケ無資力ト爲リタル場合ニ於テハ主タル債務者カ債權者ノ求メニ因リ他ノ有資力ナル保證人ヲ立ツヘキ義務ヲ負フヤ民法第四百五十條ノ規定ニ依リ明白ナリ又期限ノ未タ到來セサル債權ハ之ヲ擔保セル優先權ハ實行ニ關シテハ期限ニ到リタルモノト爲ラス何トナレハ優先權ノ實行ハ別除權トシテ破産手續ニ依ラサルヲ以テナリ(斯ル論決ハ獨派ノ立法殊ニ獨逸破産法埃太利破産法及ヒ瑞西破産法ニ在リテハ一點ノ疑ナシト雖モ佛派ノ立法ニ在リテハ殊ニ佛國商法第四百四十四條ノ解釋トシテハ學者間ニ爭アル所ナリ或學者ハ佛國商法第四百四十四條ニ於テハ通常ノ債權者ト優先權アル債權者トノ間ニ何等ノ區別ヲ設ケサリシテ理由トシテ債權的ニ論決シ或ハ質權抵當權ノ如キ

優先權アル債權者カ其優先權ヲ實行スルニハ破産手續ニ依ラサルモノナルヲ以テ辨濟期ニ到リタルモノト看做スノ法則ヲ適用スルハ不當ナリトノ理由ヲ以テ反對ニ論決シタリ我商法第九百八十八條第一項亦佛國商法第四百四十四條ト同シク破産者ノ債務ト云フニ止メタルヲ以テ優先權ノ實行ニモ同條ノ適用アルカ如キ觀アリト雖モ理論上優先權ノ實行ハ別除權トシテ破産手續ニ依ラサルモノナルヲ以テ前示ノ如ク消極的ニ論決スルヲ正當ト思フ

(二) 破産者ノ債務者ニ對スル效力 破産者ノ債務者ニ對スル破産宣告ノ效力ニ二アリ其第一ハ債務者カ債權者ニ對シ其破産宣告後ニ爲シタル債務ノ辨濟カ破産債權者團體ニ對シテ無効ナルコト(商法第九八五條第二項、破産法案第五七條ニシテ其第二ハ債務者カ債權者ニ對シ其破産宣告後ニ於テ相殺ヲ爲スヲ得ルコトナリ)(商法第九八五條、破産法案第七九條以下、獨逸破産法第五三條乃至第五六條)前者ハ破産者ノ權利行爲ニ關スル效力ヲ説明スルニ當リテ詳述スルヲ適當ナリトス故ニ茲ニ之ヲ讓リ相殺ノ法則ヲ略述スルニ止ム(ハ八八條)

(1) 相殺權ノ意義 相殺ナル觀念ハ佛法系ト獨逸系ト其趣意ハ異ニモリ佛法

系諸國ニ於テハ相殺ヲ以テ單純ナル節略辨濟ト認メタルカ故ニ債務者ハ債權者ニ對シ其破産宣告ニ於テ相殺ヲ爲スコトヲ得ス是レ蓋シ債權者ハ其破産宣告ニ因リテ破産財團ニ屬スル財產ニ付キ管理及ヒ處分ヲ爲スノ權能ヲ喪失セラルニ由ル(商法第九八五條第一項參照)之ニ反シ獨逸系法國ニ於テハ相殺ヲ以テ單純ニ單純ナル辨濟節略ノ方法トセスシテ尙ホ他ニ債務者ニシテ債權者タル者ノ債權、擔保ノ方法、タル性質アルモノトシ其法理ハ留置權ニ關スル法理ト異ナルコトナシ換言スレハ留置權ハ債權者カ自ラ占有スル債務者ノ有體物ニ對シ他ノ債權者ヨリ優先シテ支拂ヲ受クル權利ニシテ相殺權ハ債務者ニシテ債權者タル者カ其負ヒタル債務ヲ他ノ債權者ノ利益ノ爲メニ辨濟スルコトナク却テ之ヲ自己ノ債權ニ對スル辨濟ニ充ツヘキ權利ナリ故ニ債務者ハ債權者ニ對シ其破産宣告後ニ於テ相殺ヲ爲スコトヲ得我現行破産法及ヒ破産法案ニ於テハ此點ニ關シ獨逸系ノ法則ヲ是認シタルコトハ起草者ノ説明及ヒ破産法案第一編第六章相殺權ナル用語ニ依リテ尙ニ明白ナリト認ム故ニ現行破産法及ヒ破産法案ニ所理相殺權ハ單純ニ節略辨濟ノ方法タルニ止マラスシテ甲債權者ニ

對シテ債權ヲ有スル乙債務者ノ爲メニ甲債權者ノ破産宣告ニ因リテ受クルコトアルヘキ損失ヲ避クル手段トシテ存スル防禦權 (Defensungsrecht) ナリ換言スレハ破産宣告ヲ受ケタル債權者ニ對シ債權ヲ有スル債務者カ其擔保シタル債務ヲ他ノ債權者ノ利益ノ爲メニ辨済スルコトナク却テ之ヲ自己ノ有スル債權ニ充ツルコトヲ得ル權利ナリ是ヲ以テ債權者カ破産宣告ヲ受ケタル場合ニ於テハ之ニ對シ債權ヲ有スル債務者ハ或ハ民法ニ規定セル相殺ノ要件存セサルトキト雖モ破産法ノ規定ニ從ヒテ相殺ヲ爲スコトヲ得或ハ民法ニ規定セル相殺ノ要件存スルトキト雖モ破産法ノ規定ニ從ヒテ相殺ヲ爲スコトヲ得サル場合アリ左ニ此各場合ヲ略述スヘシ

(2) 相殺ヲ爲スコトヲ得ル場合及ヒ之ヲ爲スコトヲ得サル場合

(甲) 相殺ヲ爲スコトヲ得ル場合 債權者カ破産宣告ヲ受ケタル場合ニ於テハ其當時之ニ對シ債權ヲ有スル債務者ハ破産宣告ノ時ニ於テ未タ民法ニ規定セル相殺ノ要件存セサルトキト雖モ破産法ノ規定ニ從ヒテ相殺ヲ爲スコトヲ得是ヲ以テ

(4) 相殺ハ民法上同種ノ目的ヲ有シ且辨済期ニ到リタル二箇ノ債權カ各當事者間ニ存スル場合ニ行ハルル債權消滅ノ方法ナリト雖モ民法第五〇五條、獨逸民法第三八七條債權者カ破産宣告ヲ受ケタル場合ニ在リテハ之ニ對スル債務者ノ債權及ヒ債務カ期限附ナルトキト雖モ債務者ハ相殺ヲ爲スコトヲ得(商法第九九五條第一項期限ニ至ラサル債權……破産法案第七九條獨逸破産法第五四條第一項債務者ノ債權カ期限附ナル場合ニ於テハ其債權ハ商法第九百八十八條第一項ノ適用ニ依リテ辨済期ニ至リタルモノト爲ル民法第一三七條第一號又債務者ノ債務カ期限附ナル場合ニ於テハ債務者ハ其權利トシテ期限前ニ辨済ヲ爲スコトヲ得期限カ債務者ノ利益ノ爲メニ存スルモノナルトキハ債務者之ヲ拋棄スルヲ得ルコト固ヨリ當然ナリ)隨テ債務者ハ其期限附債務ヲ相殺ノ用ニ供スルコトヲ得但破産法案ニ從ヘハ貸貸人カ破産宣告ヲ受ケタル場合ニ於テハ貸借人ハ其前拂ヲ爲シタル借貸中破産宣告ノ時ニ於ケル當期及ヒ次期ノ借貸ニ付テハ相殺ヲ爲スコトヲ得是レ蓋シ破産宣告後ノ借貸ハ破産財團ニ屬スル財産ヨリ生スル果實ナルヲ以テ破

産財團ニ屬シ之ヲ相殺ノ用ニ供スルコトヲ得タルヲ當然ナリトスト雖モ賃借人ノ利益ヲ保護シ破産宣告ノ時ニ於ケル當期及ヒ次期ノ借貸ニ付キ相殺ヲ爲スコトヲ得サレバモノナリ(破産法案第八〇條民法第三一五條獨逸破産法案第二一條第二項債權及ヒ債務カ條件附ナルトキハ債務者ハ相殺ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤニ關シテハ現行破産法ニ於テハ別段ノ規定ナシト雖モ論理解釋上之ヲ爲スコトヲ得ト云フヲ正當ノ見解ナリト思フ但債務者ノ債權カ停止條件附ナル場合ニ於テハ債務者ハ其停止條件成就前ニ在リテ停止條件ノ成就ニ因リテ成立スヘキ債權ヲ相殺ノ用ニ供スルヲ得サルコト固ヨリ當然ニシテ債務者ハ管財人ニ對シテ自己ノ債務ノ辨濟ヲ爲ササルヲ得スト雖モ債務者ハ將來條件ノ成就ニ際シ之ニ因リテ成立スルコトアルヘキ債權ヲ相殺ノ用ニ供スル旨ノ意思ヲ表示シテ後日相殺ヲ爲スニ因リ受クヘキ利益ト同一ノ利益ヲ受クルコトヲ得ヘシ換言スレハ斯ル意思ヲ表示シテ自己ノ辨濟シタル債務額中其有スル停止條件附債權額ヲ限度トシタルモノノ返還ヲ目的トスル條件附請求權停止條件成就ノ際ニ斯ル返還ヲ受クヘキ

キ請求權ヲ自己ノ爲メニ存在セシメ且斯ル請求權ニ付キ擔保ヲ立ツヘキ旨ヲ請求スルコトヲ得ヘシ(民法第一二九條獨逸破産法第五四條第三項而シテ後日相殺ヲ爲スヘキ旨ノ意思表示及ヒ後日返還ヲ求ムルコトヲ得ヘキ請求權ニ付テノ擔保ヲ立ツヘキ旨ノ意思表示ハ遅クモ自己ノ債務ヲ履行スルと同時に之ヲ爲ササルヘカラス蓋シ單純ニ債務ヲ辨濟シタル以後ハ其效果トシテ前述ノ如キ請求權カ債務者ノ爲メニ存スルコトナキヲ以テナリ(擔保トシテ供託シタル金額ハ停止條件成就セサル場合ニ於テ破産財團トシテ之ヲ配當スルヤ言フ埃タス)又債務者ノ債權カ解除條件附ナル場合ニ於テハ債務者ハ無條件債權者ト同シク之ヲ以テ相殺ノ用ニ供スルコトヲ得此場合ニ於テ管財人ハ債務者ニ對シ將來解除條件ノ成就ニ因リテ返還ヲ受クヘキ給付ノ爲メニ擔保ヲ請求スルコトヲ得ルヤ否ヤハ民法ノ規定ニ依リテ之ヲ定ム(民法第一二九條之ニ反シテ債務者ノ債務カ停止條件附又ハ解除條件附ナル場合ニ於テハ其法理ハ破産法案ノ解釋トシテ後述スルモノニ同シ故ニ之ヲ省略ス破産法案ニ從ヘハ債權及ヒ債務カ條件附ナルトキ又ハ將來ノ請求權

ニ關スルトキト雖モ債務者ハ相殺ヲ爲スコトヲ得破産法案第七九條第八〇條獨逸破産法第五四條第一項將來ノ請求權ノ意義ニ關シテハ破産債權ノ説明ヲ參照スヘシ但債務者ノ債權カ停止條件附ナル場合又ハ將來ノ請求權ニ關スル場合ニ於テハ債務者ハ其債務ヲ辨済スルト同時ニ後日相殺ヲ爲ス爲メ其債權額ヲ限トシ辨済額ノ寄託ヲ請求スルコトヲ得ルニ止マリ直チニ其有スル停止條件附債權又ハ將來ノ請求權ノ相殺ノ用ニ供スルコトヲ得ス破産法案第八二條獨逸破産法第五四條第三項蓋シ停止條件附債權ハ條件ノ成就前ニ在リテハ未タ成立セザルヲ以テ停止條件附債權者ハ條件ノ成就ニ際シ之ニ因リテ成立セル權利ノ目的ニ付キ満足ヲ享クルニ必要ナル行爲ヲ爲スノ權利ヲ有スルニ過キス民法第一二七條又將來ノ請求權ハ前述ノ如ク停止條件附債權ト其法律上ノ狀態ヲ同シウスレハナリ又債務者ノ債權カ解除條件附ナル場合ニ於テハ債務者ハ其債務ニ付キ相殺ヲ爲スト同時ニ其相殺額ニ付キ擔保ヲ供シ又ハ寄託ヲ爲スコトヲ要ス蓋シ解除條件附債權ハ條件ノ成就前ニ在リテハ未タ消滅セザルヲ以テ解除條件附債權者ハ無條件權利

者トシテ其負ヒタル債務ニ付キ直チニ相殺ヲ爲スコトヲ得又條件成就ニ際シテハ解除條件附債權者ハ一旦相殺ノ用ニ供シタル債務ヲ履行セザルヘカラス隨テ其不履行ニ因リテ損害ヲ被ルコトナカラシムルカ爲メニ破産債權者其他ノ利害關係人ノ利益ヲ保護スルコトヲ要スルヲ以テナリ破産法案第二十七條乃至第二十九條ノ規定ニ依リ他ノ債權者ヨリ後ニ辨済ヲ受クヘキ者カ相殺ヲ爲ストキ亦然リ蓋シ斯ル債權者ハ解除條件附債權者ト其法律上ノ狀態ヲ同シウスルヲ以テナリ破産法案第八三條之ニ反シテ債務者ノ債務カ停止條件附ナル場合ニ於テハ債務者ハ其債務ニ附キ直チニ相殺ヲ爲スコトヲ得蓋シ條件ノ成就ニ關スル機會(Chance)ニ付テノ利益又拋棄スルハ債務者ノ自由ニシテ又他ノ破産關係人ノ利益ヲ害スルコトナキヲ以テナリ而シテ債務者ハ其負ヒタル停止條件附債務ヲ直チニ相殺ノ用ニ供セスシテ却テ條件ノ成就後破産手續ニ依リ受ケタル配當額ヲ控除セタル破産債權ノ殘額ト相殺スルコトヲ得ルヤ言フ埃タス又債務者ノ債務カ解除條件附ナル場合ニ於テハ債務者ハ其債務ニ付キ直チニ相殺ヲ爲スコトヲ得蓋シ解除條

件附債務ハ無條件債務トシテ之ヲ取扱フヘキモノナレハナリ而シテ相殺ヲ爲シタル場合ニ於テハ債務者ハ管財人ニ對シ將來解除條件成就ノ爲メ相手方ヨリ受クヘキ給付ニ付キ擔保ヲ請求スルコトヲ得ルヤ否ヤハ民法ノ規定ニ依リテ之ヲ定ム又債務者ハ將來解除條件成就ノ爲メニ相殺ノ效力ナカリシ結果トシテ復タ行使スルニ至ルヘキ破産債權ニ付キ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得蓋シ解除條件附債務ヲ相殺ノ用ニ供シタル債務者ハ解除條件ノ成就ヲ停止條件トシタル破産債權ヲ有スル者ニ外カラザレハナリ債權者ノ債權及ヒ債務カ共ニ未タ辨濟期ニ至ラザリシコトハ直チニ相殺ヲ爲スノ妨ト爲ルコトナク債務者ノ債權及ヒ債務カ共ニ條件附ナルコト亦然リ但停止條件附ナル場合ニ於テハ一方ノ條件成就後ニ非サレハ相殺ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ若シ然ラサルコトキハ前述ノ法則ヲ適用スルコト能ハサレハナリ一方ノ停止條件成就セサルコト確實ナルニ至リタルトキハ相殺ノ目的欠缺スルヲ以テ相殺權ヲ行使スルコトヲ得サルヤ言フ埃タス又相殺權ハ以上略述シタルカ如ク債務者ニシテ債權者タル者ノ有スル擔保方法ナ

ルヲ以テ債務者カ破産者ニ對シ多數ノ債權ヲ有シ又債務ヲ負ヒタル場合ニ於テハ其相殺ヲ爲スヘキ債權及ヒ債務ヲ選擇スルコトヲ得

(b) 相殺ハ民法上同種ノ目的ヲ有シ且辨濟期ニ至リタル二箇ノ債權カ各當事者間ニ存スル場合ニ行ハルル債權消滅ノ方法ナリト雖モ債權者カ破産宣告ヲ受ケタル場合ニ在リテハ之ニ對シテ有スル債務者ノ債權カ一定ノ金額ノ支拂ヲ目的トセサルトキト雖モ債務者ハ其金錢債務ト相殺ヲ爲スコトヲ得(商法第九九五條金額未定ノ債權……破産法案第七九條蓋シ債務者カ破産宣告ヲ受ケタル債權者ニ對シテ有スル債權ニシテ破産債權タルモノハ前述ノ如ク破産宣告當時ノ債權ニ於ケル金錢債權ニ變性スルモノナレハナリ而シテ斯ル債權ノ債權ハ鑑定ニ依リテ之ヲ定ム(破産法案第八一條參照)債務者カ破産宣告ヲ受ケタル債權者ニ對シテ有スル債權ニシテ破産債權ニ非サルモノハ斯ル債權者ニ對シテ負ヒタル債務ト相殺スルコトヲ得ルヤ否ヤハ民法ノ規定ニ依リテ之ヲ定ム破産法ニ於テ認メラレタル相殺ノ法則ニ依リテ之ヲ定ムルヲ得サルモノナリ)

(乙) 相殺ヲ爲スコトヲ得タル場合 破産ハ前述ノ如ク損失ノ分擔ヲ目的トス故ニ各破産債權者ノ地位ハ破産宣告ニ依リテ確定シ其有スル破産債權ニ對スル配當額ヲ受クルニ止マリ爾後ノ事情ニ基キテ之ヲ變更スルコトヲ得ス隨テ破産宣告後ニ於テ破産者ト其相手方トノ間ニ於テ民法上相殺ヲ許スヘキ要件存スルニ至リタルトキト雖モ相殺ヲ爲スコトヲ得ス是ヲ以テ

(a) 破産債權者カ破産宣告ノ後管財人ト取引ヲ爲シタル結果トシテ破産債權者團體ニ對シ債務ヲ負擔シタル場合ニ於テハ斯ル債務ト破産債權トヲ相殺スルコトヲ得ス蓋シ斯ル債務ハ破産債權者團體ノ債務ニ屬スルモノニシテ破産者ノ債權ニ屬スルモノニ非ナレハナリ破産債權者團體ノ存否ヲ否認スル學說ニ依レハ斯ル債務ハ破産宣告後ニ成立セル破産者ノ債權ニ外ナラサルヲ以テ相殺ヲ許サズト謂ハサルヲ得ス民法第五〇〇條破産法案第八四條第一號獨逸破産法第五條其他破産債權者カ破産宣告後破産者ニ對シ取引ヲ爲シタル結果トシテ債務ヲ負擔シタル場合亦然リ商法第九九五條第二項引用蓋シ斯ル破産者ニ對スル債務ハ破産財團ニ屬スル債權ナレハナリ但

雜 談

○抵當權者間ノ順位確認ノ相手方 同一不動産ニ對シ二以上ノ抵當權者アリテ裁判上其順位ヲ爭フ場合ニ於テハ抵當債務者モ亦被告トスヘキモノナルカ換言セハ抵當債務者ト順位ヲ爭フ一方トハ權利關係カ合一ニ確定スヘキモノナルカ大審院ハ曰ク債務者カ自己ノ不動産ヲ抵當ト爲ス場合ニ於テ其抵當權設定ノ契約ハ抵當者トノ間ニ締結セラルルモノナルコト勿論ニシテ其抵當權ノ一番タリ二番タルコトハ抵當權設定ノ契約ニ附隨スル條件ナレハ是亦債務者ト抵當權者トノ合意ニ依リ成立スルモノタルコト論ヲ突タス然レハ其抵當權者カ同一ノ抵當物ニ對シ他ノ抵當權者ト順位ヲ爭フ場合ニハ抵當物所有者タル債務者ヲ差措キ獨リ他ノ抵當權者ノミニ對シテ其請求ヲ爲スヘキモノニアラス必ス債務者ト他ノ抵當權者トニ對シテ同一ニ其關係ヲ確定セサルヘカラス若シ然ラスシテ債務者ト他ノ抵當權者トニ對シテ各別ニ請求スルヲ得ヘキモノトセバ債務者ニ對シテハ一番抵當權者トナリ他ノ抵當權者ニ對シテ

ハ二番抵當ノ順位ニ立タサルヲ得タルカ如キ事理ニ適セサル結果ニ歸スルナ
 キヲ必スヘカラスト（大審院明治三十六年四月二十八日第二民事部判決）
 ○民法施行前ノ廢嫡ノ效力 民法施行前虛偽ノ事由ヲ捏造シテ願書ヲ差出
 シ廢嫡ノ許可ヲ得タル事實明カナルトキハ民法施行後ニ於テ之ヲ取消スコト
 ヲ得ルカ大審院ハ之ヲ否定シテ曰ク民法實施以前ニ於テ當該官吏カ當時ノ法
 規ニ遵ヒ審査ヲ遂ケ相當ト認メタル上廢嫡願ヲ許可シタルトキハ其廢嫡ハ確
 定ノ效力ヲ生シ法規ノ許ス場合ニアラサレハ後日之ヲ變改シ得ヘキモノニア
 ラサルコトハ民法施行後ニ於テ裁判所ノ認可ヲ得テ爲シタル相續人ノ廢除ト
 毫モ異ナルコトナキモノトス而シテ相續人廢除ノ取消ニ關スル民法ノ規定ハ
 其施行以前ニ廢除シタル相續人ニモ亦之ヲ適用スヘキモノナルコトハ民法施
 行法第八十七條ノ明記スル所ナレハ本訴上告人ノ請求ノ當否ハ民法ノ法則ニ
 基キ之ヲ判定セサルヘカラス依テ之ニ關スル民法ノ規定ヲ按スルニ同法第九
 百七十七條ハ相續人ヲ廢除シタル原因カ後日ニ至リ消滅シタル場合ニ限り廢
 除ノ取消ヲ許シタルモノニシテ本件ノ如ク廢除ノ原因ト爲リタルモノハ全ク

虛偽ノ事實ニシテ當初ヨリ廢除ノ原因存在セザリシト云フ場合ニ於テハ廢除
 ノ取消ヲ許スモノニアラサルコトハ同條ニ推定家督相續人ノ廢除ノ原因止ミ
 タルトキハ被相續人又ハ推定家督相續人ハ廢除ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコ
 トヲ得トアルニ因リ明ナリ而シテ本訴ノ如キ場合ニ於テ相續人廢除ノ取消ヲ
 許ササル所以ノモノハ蓋シ裁判所ニ於テ正當ノ原因アルモノトシ其廢除ノ請
 求ヲ認許シタルトキハ其原因タリシ事實ハ總テ真正ニ適合シタルモノト看做
 スヘキモノナルヲ以テナリト（大審院明治三十六年四月二十三日第一民事部判決）
 ○仲裁契約ト豫定條件 民事訴訟法第七百九十三條ニ曰ク仲裁契約ハ當事
 者ノ合意ヲ以テ左ノ場合ノ爲メ豫定ヲ爲サザリシトキハ其效力ヲ失フト此規
 定ニ依レハ同條列記ノ場合ニ付キ豫定ヲ爲シ置カサルトキハ仲裁契約ハ其效
 力ヲ失フモノタリ此規定ノ意義如何詳言スレハ其豫定ヲ爲ササルニ因リ仲裁
 契約カ效力ヲ失フハ何レノ時ヨリナルカ或ハ初ヨリ仲裁契約トシテ效力ヲ生
 セサルノ意ト解スヘキカ大審院ハ說明シテ曰ク民事訴訟法第七百九十三條ノ
 規定ハ仲裁人補缺ノ候補者ヲ豫定セサルトキハ仲裁人ノ死亡其他ノ理由ニ因

第五十七號
每月一回十五日發行
定價一冊拾貳錢
郵稅一冊拾錢
共銀
壹圓貳拾錢
行

○士ノ判例批評ニ對スル志方氏ノ駁論ニ就テ
○講師會ニ對スル志方氏ノ駁論ニ就テ
○學年試驗
○校友異動
○校友死亡
○寄贈書目
○實業懇話會
○明治二

法政大學

リ欠缺ヲ生シタルトキ其仲裁契約ノ效力ヲ失ヒ又ハ仲裁人ノ意見同數ナルト
キ或ル標準ヲ豫定セサルトキハ其意見同數ニ出ラタルトキ其效力ヲ失フト云
フノ規定ニ過キスシテ是等ノ事項ヲ豫定セサルカ爲メ初メヨリ仲裁契約タル
效力ナシト云フニ非ス殊ニ仲裁人ヲ定メサリシトキハ同法第七百八十八條以
下ノ規定ニ依ルヘキモノタリ而シテ本件ニ付テハ仲裁人ノ死亡其他ノ理由ニ
因リ其欠缺ヲ生シタル場合ニアラス又仲裁人ノ意見同數ニ出ラタル場合ニモ
アラス故ニ未タ以テ仲裁契約ノ效力ヲ失フヘキ場合ニ該當セス要スルニ同條
ノ規定ハ其第一號第二號ニ掲ケタル出來事ノアリタルトキ其豫定ナカリシ場
合ニ在テハ仲裁契約ノ效力ヲ失フヘキ法意ニシテ云云ト(大審院明治三十七年
四月十五日事件明治三十七年民事部判決)

法學志林

第五十七號
六月十五日
發行
定價一冊拾貳錢
郵稅壹錢
共錢貳拾貳錢

●校友學生校外生ニ限リ特價一冊拾錢郵稅壹錢十冊前金郵稅共壹圓

◎志林

○我國法上ニ於ケル物權契約
○滿洲地方ニ對シ我軍隊ハ軍隊占領
○權利ヲ完全ニ行使シ得ルヤ否ヤ
○片約單獨行為ニ就テ(承前)
○國際公法ノ基礎ヲ論シテ戰爭ノ地位ニ及フ

◎纂論

○露國新手法(六)
○無盡講ノ性質及各講員間ノ法律關係
○官吏カ將來ノ職務ニ對スル請託

◎解疑

○官吏カ將來ノ職務ニ對スル請託
○公用徵收ノ性質
○大審院新判決例三十四件

◎判例

○露國ノ逆振○認知始末書ノ效力○支拂命令申請ノ減少○衆議院議員ノ當選訴訟○數
○露國ノ逆振○認知始末書ノ效力○支拂命令申請ノ減少○衆議院議員ノ當選訴訟○數

◎雜報

○露國ノ逆振○認知始末書ノ效力○支拂命令申請ノ減少○衆議院議員ノ當選訴訟○數
○露國ノ逆振○認知始末書ノ效力○支拂命令申請ノ減少○衆議院議員ノ當選訴訟○數

◎記事

○露國ノ逆振○認知始末書ノ效力○支拂命令申請ノ減少○衆議院議員ノ當選訴訟○數
○露國ノ逆振○認知始末書ノ效力○支拂命令申請ノ減少○衆議院議員ノ當選訴訟○數

發行所

法政大學

特別法講義錄

第十五號 (六月三日發行)

每月一回發行
謝金十五錢

市制町村制

法學士松浦鎮次郎

現行租稅法論(完)

法學士若槻禮次郎

表紙及び目次 四頁

競賣法

法學士吾孫子勝

著作權法

法學博士水野鍊太郎

公證人規則

法學士山脇貞夫

○戶籍法(完結)法學士島田鐵吉○人事訴訟手續法

(完結)法學士松岡義正○特許法(完結)法學士杉本

貞治郎

●一號ヨリ缺本ナシ

六月

法政大學

(明治三十六年十月十二日第三種郵便物認可)
(毎月十四日三十五日八日十一日十五日十八日廿一日廿五日廿八日發行)

明治三十七年六月十五日印刷
明治三十七年六月十八日發行
(定價金貳拾錢)

編輯者 東京市牛込區牛込北町十番地
萩原敬之

印刷者 東京市牛込區矢來町三番地
小宮山信好

印刷所 東京市芝區西久保明壽町十一番地
金子活版所

發行所 東京市麴町區富士見町六丁目十六番地

發行所 司法省
指定 法政大學

(電話番町百七十四番)