

法政大學講義録

山田, 三良 / 松岡, 義正 / 加藤, 正治 / 掛下, 重次郎 / 矢部, 廉

(出版者 / Publisher)

法政大學

(巻 / Volume)

3-29

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

54

(発行年 / Year)

1904-07-28



（明治三十六年十月十二日第三種郵便物認可）
每月十四日、十五日、十六日、十七日、十八日、十九日、二十日、二十一日、二十二日、二十三日、二十四日、二十五日、二十六日、二十七日、二十八日、二十九日、三十日發行

三十七年度

明治三十七年七月二十八日發行

第三學年ノ二十九

法政大學講義録

第九拾三號



法政大學發行

第二學年第二十九號目次

民法 親族 (自四四九至四六一) (完)

法律學士 掛下重次 耶

表紙及目次 六頁

商法 手形 (自三〇九至三二〇)

法學士 矢部 廉

商法 海商 (自八九至一〇四)

法學博士 加藤 正 治

國際私法 (自三二九至三五二)

法學博士 山田 三 良

破産法 (自三四一至三六四)

法學士 松岡 義 正

雜報

○支拂拒絕證書作成免除ト償還請求ノ通知期間○拒絕證書ノ要件
存否ノ調査○破産財團ト訴訟上管財人ノ表示

090
1904
3-1-29

ハ扶養義務者カ其義務トシテ出ス金員ヲ平等ニ分チテ受クヘキヤ如何法律ハ
此場合ニハ扶養ノ資ヲ各權利者ノ需要ニ應ジテ分ツコトトセリ故ニ例ヘハ扶
養ヲ受クヘキ子三人アリテ各其需要ノ同シキトキハ平等ニ分ツヘシト雖モ各
扶養權利者ノ需要ハ其資力身體ノ強弱年齢男女等ニ依リ同シカラサルコトア
リ此ノ如キ場合ニ於テハ自ラ差等ナキヲ得サルモノトス例ヘハ甲乙丙ノ三子
アリテ甲男子ハ大學ニ入り一箇月十八圓ヲ要スレトモ他ヨリ八圓ノ收入ヲ得
ル途アリ乙(女子)ハ一箇月十二圓ヲ要スレトモ他ヨリ收入スルモノナクハ幼
稚ニシテ僅ニ六圓ヲ要スルノミ此場合ニ於テハ扶養義務者ニ對シ甲ハ一箇月
十圓ヲ請求スルニ止マルモ乙ハ十二圓丙ハ六圓ヲ請求スルコトヲ得ヘシ然レ
トモ甲乙丙共ニ同一ノ學校ニ入り同額ノ學費ヲ要シ孰レモ他ヨリ收入ヲ得ル
途ナキトキ換言スレハ各其需要ノ相同シキトキハ孰レモ同額ヲ受クルモノト
ス

此場合ニ於テモ亦家ニ在ル權利者ト然ラサル者トノ間ニハ區別アリ例ヘハ甲
男ハ家ニ在ルモ乙男ハ養子ト爲リテ他家ニ在リ父母ノ中父ハ家ニ在ルモ母ハ

其實家ニ在ル場合ニ於テ孰レニ扶養ヲ受ケントスル場合ニ於テ扶養義務者カ各權利者ノ需要ニ應ズルコトヲ得ルトキハ別ニ説明ヲ要スルコトナシ然レトモ其義務者ニシテ各權利者ノ需要ニ應ズルノ資力ナキトキハ恰モ扶養義務者ニ關スルカ如ク(第九五六條)ニ在ル者先ツ扶養ヲ受クル權利ヲ有スルモノトス是レ家族制度ヨリ生ズル自然ノ結果ナリ亦從來ノ慣習モ然ルナリハ扶養義務ヲ生ズル場合(第九五九條)ニ扶養ノ義務ハ扶養ヲ受クヘキ者カ自己ノ資産又ハ勞務ニ依リテ生活ヲ爲スコト能ハサルトキニ存在ス自己ノ資産ニ依リテ教育ヲ受クルコト能ハサルトキ亦同シ兄弟姉妹間ニ在リテハ扶養ノ義務ハ扶養ヲ受クル必要カ之ヲ受クヘキ者ノ逸失ニ因ラスシテ生シタルトキニ存在ス但扶養義務者カ戸主ナルトキハ此限ニ在ラス(舊民法事編第二七條第二九條)何人モ各自立シテ生活スルヲ原則トスルカ故ニ扶養ノ義務ハ自活スルコトヲ得サル者ニ對シテ與フルコトニ限ラサルヘカラス故ニ本條ヲ以テ此義ヲ明カニシ扶養權利者カ自ラ生活スルコト能ハサル場合ニ限り此義務アルモノトセ

ヲ而シテ茲ニ此規定ヲ設ケタルトキハ第九百五十四條ニハ單ニ直系血族及兄弟姉妹ハ互ニ扶養ノ義務ヲ負フトアルカ故ニ自ラ生活スルコトヲ得ル者ト雖モ扶養ヲ受クル權利ヲ有スルモノニ非サルカノ疑ヲ生ズルニ至ルヘキヲ以テ此規定ヲ設ケタリ蓋シ父又ハ子カ莫大ノ資産ヲ有スル場合ニ於テ父又ハ子カ敢テ自活スルコト能ハサルトキニモ尙ホ之カ衣食ノ資ヲ助ケルハ德義上ノ問題ニシテ法律上ノ義務ト爲スヘキモノニ非ス德義上ノ問題ハ敢テ自治ヲ爲スコト能ハサルカ如キ必要ノ場合ノミニ生ズルモノニ非サレトモ法律上ノ問題ハ必要ノ場合ニノミ規定スルモノナレハ前ノ場合ノ如ク扶養ヲ爲スノ必要ナキカ如キ場合ニ於テハ其義務ヲ認メサルナリ是ヲ以テ幾分カ財產ヲ有スル者カ其收益ノミヲ以テ生活スルコト能ハサルトキハ其元本ヲ盡シタル後ニ非サレハ他ヨリ扶養ヲ受クルコトヲ得ス又身體健全ニシテ苟モ勞務ニ服スル以上ハ之ニ因リテ生活ノ資ヲ得ルニ難カラサルトキハ唯安居シテ他ノ給養ヲ受ケント欲スルトモ許スヘキモノニ非ス若シ其者カ年少若クハ老年ニシテ勞務ニ堪ヘ難キトキハ論ヲ埃タス縱令壯年ニシテ勞務ニ服スルニ堪マル者ト雖モ

其者ノ身分ニ依リ勞務ニ服シ難キトキハ扶養ヲ受クルヲ得ルモノトス又扶養ノ義務ハ單ニ生活ヲ扶養スル義務ニ止マラス必要ナル場合ニ於テハ教育ニ付テモ扶養ノ義務アリ蓋シ教育ハ文明國ニ在リテハ必須ニシテ缺クヘカラス教育ナキ生活ハ殆ト生活ト爲スニ足ラサルモノナルカ故ニ自己ノ資産ニ依リテ教育ヲ受クルコト能ハサル者ハ扶養義務者ノ費用ヲ以テ教育ヲ受クルコトヲ得ルモノトセサルヘカラス而シテ其教育ノ程度ハ各人同シカラズ其身分、年齢、身體ノ強弱及ヒ扶養義務者ノ身分、資力等ニ依リテ異ナルヘク敢テ國家カ國民ニ對シテ負ハシメタル教育義務ノ程度ト同シキモノニ非サルナリ(小學校令第三二條)

以上叙述スルカ如ク扶養ノ權利義務ハ其權利者カ自活スルコト能ハサル場合ニノミ存スルヲ原則トスレトモ之ニ對スル例外ナキニ非ス(第七百九十八條ノ規定ニ從フトキハ夫又ハ妻タル女戸主ハ其妻又ハ夫ノ資力ノ如何ニ拘ハラズ一切ノ生活費ヲ負擔ス但其義務者ハ其權利者ノ財産ヲ使用及ヒ收益ヲ爲ス權利ヲ有ス)親權者ハ其子ノ資力如何ニ拘ハラス之ヲ教育セサルヘカラス(第

八九〇條)但親權者ハ之カ爲メニ子ノ財産ノ收益ヲ爲ス故ニ第一、第二ノ場合共ニ權利者ノ財産ヨリ生スル收益ニシテ生活費、教育費ヲ償フニ足ラサル場合ニ於テノミ眞ノ義務タルヘシト雖モ若シ生活費、教育費カ權利者ノ財産ヨリ生スル收益ト同シキカ又ハ之ヨリ少キトキハ眞ノ義務トシテ不利益ヲ受クルモノニ非ス

或立法例ニ於テハ過失ニ因リテ自活スルコト能ハサルニ至リタル者ニハ單ニ生命ヲ保ツニ必要ナル資料ノミヲ給スヘキモノト爲セリ然レトモ本法ニ於テハ第二項ノ場合ヲ除クノ外ハ右ノ如キ條件ヲ設ケス扶養權利者ハ自己ノ資産又ハ勞務ニ依リテ衣食任及ヒ教育ノ資ヲ辨スルコト能ハサル者ニハ其一切ノ費用ヲ給スヘキモノト爲シ其生活ヲ爲スコト能ハサル原因ノ如何ハ敢テ之ヲ問ハサルナリ然レトモ例外トシテ兄弟姉妹ノ間ニ在リテハ其自活スルコト能ハサルニ至リタル者ノ過失ニ因リテ茲ニ至リタルトキハ敢テ扶養ヲ請求スルコトヲ得サルモノトセリ故ニ父カ放蕩ノ爲メニ自己ノ資産ヲ浪費シ自活スルコト能ハサルニ至リタルトキト雖モ其子ハ之ニ對シテ扶養ヲ爲ササルヘカラ

ス然レトモ若シ兄又ハ姉カ然ルトキハ弟又ハ妹ハ之ヲ扶養スルノ義務ナシ兄弟姉妹ヲ他ノ者ト區別シタルハ蓋シ兄弟姉妹ハ親子其他直系血族間ニ於ケルカ如ク互ニ相扶養スヘキ必要アルコトハ寧ロ例外ニ屬スルモノニシテ其間相互ノ扶養ヲ責ムルコト直系血族ノ如クスルコト能ハサルハ是レ自然ノ情愛ノ厚薄アルニ依ルナリ故ニ佛蘭西民法及ヒ獨逸民法ノ如キハ兄弟姉妹ノ間ニハ扶養ノ義務存セサルモノト爲シタリト雖モ多數ノ立法例ニ於テハ扶養ノ義務存スルモノト爲シ本條第二項ニ於ケルカ如キ制限ヲ設ケタリ然レトモ戸主ハ其兄弟姉妹カ扶養ヲ受クルノ必要其過失ニ因リテ生シタルキト雖モ扶養ノ義務ヲ負フモノトス是レ家族制度ヨリ生スル當然ノ結果ト謂フコトヲ得ヘシ蓋シ我邦ニ於テハ戸主其家ノ全財産ヲ有シ家族ハ一切ノ財産ヲ有セサルヲ通例トスルカ故ニ家族ハ如何ナル理由ニ因リテ自ラ生活スルコト能ハサルニ至ルトモ戸主カ之ヲ顧ミサルコトヲ得ルモノトスルトキハ家族ハ如何トモスルコト能ハサルニ至ルヘキヲ以テナリ而シテ戸主カ家族ヲ扶養スヘキ此義務ハ獨リ兄弟姉妹ニ對スル場合ノミニ限ラス之ヨリ親族關係ノ遠

キ者ト雖モ其家族タル以上ハ之ニ對シテ兄弟姉妹ニ於ケルカ如キ同一ノ義務ヲ負フモノトス
 扶養ノ程度第九六〇條 扶養ノ程度ハ扶養權利者ノ需要ト扶養義務者ノ身分及ヒ資力トニ依リテ之ヲ定ム(舊民法人事編第二九條)
 扶養ノ程度ハ職ノ法律ヲ以テ之ヲ一定スルコト能ハス其程度ハ一方ニ於テハ扶養權利者ノ需要ト又他ノ一方ニ於テハ扶養義務者ノ身分及ヒ資力トニ依リ異ナラサルヲ得サレハナリ例ヘハ扶養權利者ニ付テ言ヘハ或ハ全ク資産ヲ有セズ又勞務ニ就クテ得サルコトアリ或ハ多少ノ資産ヲ有スルコトアリ又ハ勞務ニ就キ多少生活ノ資ヲ得ルモ自己ノ資産又ハ勞務ニ依リテハ自己生活ノ費用ノ全部ニ充ツルニ足ラサルコトアリ其第一ノ場合ニ於テハ生活費ノ全部ニ付キ扶養ヲ受クル必要アルヘシト雖モ之ト異ナリテ第二ノ場合ニ於テハ不足部分ノミハ扶養ヲ受クルニ過キサルナリ又其全部又ハ一部ノ扶養ヲ受クル場合ニ於テ扶養權利者ノ身分ハ其需要ニ影響ヲ及ホスヤ論ヲ埃タス身分ノ高キ華族ノ如キハ下等社會ノ者ニ比スルトキハ多額ノ生活費ヲ要スルナリ而シテ

又扶養ノ義務者ニ付テ言ヘハ或ハ資産ノ薄弱ナル者アリ富裕ナル者アリ或ハ身分ノ高キ者アリ又ハ然ラザル者アリ例ヘハ華族又ハ三井岩崎ノ如キ者ハ薄給ヲ受クル者又ハ車夫馬丁カ扶養ヲ爲ス場合ト同シキコト能ハス薄給者車夫馬丁カ扶養ヲ爲ス場合ニ於テハ僅ニ其權利者カ生活ヲ爲スニ足ル丈ノ資ヲ給スレハ足ルモ華族又ハ富裕者カ扶養ヲ爲ス場合ニ於テハ其權利者ノ生命ヲ保持スルニ止マラスシテ尙ホ相當ノ資ヲ給セザルヘカラス而シテ此等ノ程度ハ權利者ノ資力如何ニ依リテ定ムヘキハ勿論ナレトモ必スシモ之ノミヲ以テ定ムルヲ得ス義務者ノ資力及ヒ身分ノ如何ニ依リテモ斟酌セザルヘカラザルカ故ニ以上ノ如ク規定シタルナリ

扶養ノ程度ハ右ノ如ク扶養權利者ノ需要及ヒ扶養義務者ノ資力及ヒ身分ニ依リテ一旦之ヲ定メタリトモ其後ニ至リ若シ權利者ノ需要及ヒ義務者ノ資力及ヒ身分ニ變動ヲ生シタルトキハ之ヲ増減スルコトヲ得ヘキナリ例ヘハ最初其程度ヲ定ムル際ハ義務者ノ資力不十分ニシテ相當ノ資ヲ給スルコト能ハザリシモ後ニ至リ富裕ト爲リタルトキハ十分ノ扶養ヲ爲サザルヘカラス又最初ハ

權利者全ク無資力ナリシモ其後多少ノ財産ヲ有シ又ハ勞務ニ就キタルトキハ最初定メタル扶養ノ資額ヲ減スルコトヲ得ヘキナリ

扶養ノ方法第九六一條 扶養義務者ハ其選擇ニ從ヒ扶養權利者ヲ引取リテ之ヲ養ヒ又ハ之ヲ引取ラズシテ生活ノ資料ヲ給付スルコトヲ要ス但正當ノ事由アルトキハ裁判所ハ扶養權利者ノ請求ニ因リ扶養ノ方法ヲ定ムルコトヲ得

舊民法ニハ別ニ扶養ノ方法ヲ定メザレトモ扶養義務ヲ養料ヲ給スヘキ義務ト爲シタルカ故ニ當事者間ノ協議ニテ其義務者カ權利者ヲ引取リテ扶養ヲ爲ストキハ別ニ論スルコトナシト雖モ若シ此ノ如キ協議調ハサルトキハ其義務者ハ單ニ扶養ノ資料ヲ給スルヲ以テ足ル又外國ノ立法例ニ於テモ多クハ扶養ノ方法トシテ金錢ノ支拂ヲ爲スヘキモノト爲スト雖モ我邦ノ事情ニ照ストキハ扶養權利者ニ扶養ノ資料ヲ與フル方法ヲミニテハ適當ナラザルカ故ニ或ハ扶養權利者ヲ引取リテ之ヲ養ヒ或ハ之ヲ引取ラズシテ單ニ生活ノ資料ヲ給スルコトトシ其選擇ハ一ニ之ヲ其權利者ニ任シタリ然レトモ單ニ此等ニ方法ノミナルトキハ不便ナルコトアルヘキヲ以テ正當ノ事由アルトキハ裁判所ハ扶養

權利者ノ請求ニ因リ扶養ノ他ノ方法ヲ定ムルコトヲ得ルモノトモ例ハ扶養權利者ヲ扶養義務者ノ家ニ引取ルルキハ家内ニ不和ヲ生ス然レトモ其權利者カ生活ノ資料ヲ受クテ他人ノ家ニ居住スルコトノ不可ナリ事情アルカ如キ場合ニ於テハ扶養權利者ハ別ニ一戸ヲ構ヘ扶養義務者ヨリ唯其費用ヲ受クルコトトスルヲ得ヘキナリ而シテ其方法ハ一ニ裁判所ノ定ムル所ニ依ラサルヘカラス扶養ノ義務者ハ其權利者ノ生活ノ維持ニ必要ナル程度ノ扶養ヲ爲スルコトヲ得ルモノトモ例ハ扶養ノ程度又ハ方法ヲ定ムル判決ノ效力(第九六二條) 扶養ノ程度又ハ方法カ判決ニ因リテ定マリタル場合ニ於テ其判決ノ根據ト爲リタル事情ニ變更ヲ生シタルトキハ當事者ハ其判決ノ變更又ハ取消ヲ請求スルコトヲ得民事訴訟法第二四〇條(第二四四條) 凡ソ判決ハ一旦確定シタルトキハ後ニ至リ其效力ニ變更ヲ生セサルヲ通例トスト雖モ扶養義務ニ付テハ此原則ニ依ルコト能ハサルナリ既ニ第九百六十條ニ於テ叙述シタルカ如ク契約ニ因リテ扶養ノ程度及ヒ方法ノ定マリタル場合ニ於テハ其後ニ至リ其根據タル事情ノ變更ニ依リ變更ヲ來シ又ハ其消滅ヲ來

シタルトキハ其義務ニ變更ヲ生シ又ハ之ヲ消滅セシムルハ論ヲ埃タサル所ナルカ判決ニ因リテ扶養ノ程度及ヒ方法ヲ定マリタル場合ニ於テモ其判決ノ根據ト爲リタル事情ニ變更ヲ生シタルトキハ當事者ハ其判決ノ變更又ハ取消ヲ請求スルコトヲ得セシメサルヘカラス扶養ノ程度ハ權利者ノ需要ト義務者ノ身分及ヒ資力トニ依リテ定ムルモノナレハ權利者ノ需要又ハ義務者ノ身分及ヒ資力ノ變更シタルトキハ其程度ハ最初定メタルモノト同シカラサルヘキコトハ契約ニ因リテ之ヲ定メタル場合ト判決ニ因リテ其定マリタル場合トニ依リテ異ニスヘキ理由アルヲ見サルナリ又扶養ノ方法ニ付テモ亦同レキナリ例ヘハ最初判決ニ因リテ扶養ノ程度ヲ定メタルトキニ在リテハ扶養權利者ハ全ク無資力ナリシモ其後ニ至リ多少財産ヲ有スルニ至リ又ハ勞務ニ就キ多少ノ収入ヲ得ルニ至リ又最初多少ノ財産ヲ有シ又ハ勞務ニ就キタル者カ其後ニ至リ全ク無資力ト爲リ又ハ勞務ニ就クコト能ハサルニ至ルコトアリ又扶養義務者ニ付テ云ヘハ最初富裕ナリシモ後貧困ニ陥ルコトアリ又最初ハ十分ノ生活ノ資料ヲ給スルコト能ハサルニシモ後富裕ト爲リ十分ノ生活資料ヲ給スルヲ得

ルニ至ルコトアリ又扶養ノ方法ニ付テモ最初權利者ヲ義務者ノ家ニ引取リテ養ヒシモ幼年ナリシ權利者カ成年ニ達シ他所ニ於テ教育ヲ受クル必要ヲ生シタルカ如キ場合又ハ最初權利者ヲ引取ラスシテ單ニ生活ノ資料ノミヲ給セシモ後ニ至リ引取リテ看護ヲ要スヘキ疾病ニ罹リタルカ如キ場合ニ於テハ其方法ヲ變更セサルヘカラサルノ必要アリ而シテ是レ特ニ明文ヲ設ケテ規定セザルトキハ扶養ノ程度及ヒ方法ニ關スル判決モ普通ノ原則ニ依リ確定後ニ於テハ之カ變更又ハ消滅ヲ請求スルコトヲ得サルヲ以テナリ

扶養ノ權利ノ性質(第九六三條) 扶養ヲ受タル權利ハ之ヲ處分スルコトヲ得ス。扶養ヲ受タル權利ハ一ノ財產權(債權)ナルカ故ニ債權總則ノ規定ハ總テ之ニ適用セラルヘキヲ原則トスト雖モ扶養ヲ受タルコトハ實ニ其權利者ノ生活教育ヲ目的トシ必要缺クヘカラサルモノニシテ若シ之カ處分ヲ許スコトトスルトキハ其目的ヲ達セサルヘシ而シテ法律カ此扶養ノ權利及ヒ義務ヲ設ケタルハ公益ニ基キタルナリ若シ扶養權利者カ其權利ヲ拋棄シテ扶養ヲ受ケサルニ至ルトキハ遂ニ餓死スルニ至ルヘク然ラサルトモ國又ハ地方自治體ニ於テ之

ヲ養ハサルヲ得サルニ至ルヘクシテ此ノ如キハ此規定ヲ設ケタル精神ニ反スルナリ故ニ扶養ヲ受クル權利ハ之ヲ讓渡スコトヲ得サルハ勿論之ヲ擔保ニ供シ又ハ差押フルコトヲ得サルナリ(民事訴訟法第六一八條第一項第一號)

民法親族 終

民法親族目次

第一章 緒言

一四八

緒言

一四八

第一章

總則

一四八

第二章

戶主及ヒ家族

一五〇

第一節

總則

一五〇

第二節

戶主及ヒ家族ノ權利義務

一五一

第三節

戶主權ノ喪失

一四九

第三章

婚姻

一七六

第一節

婚姻ノ成立

一七七

第一款

婚姻ノ要件

一七七

第二款

婚姻ノ無效及ヒ取消

一〇〇

第二節

婚姻ノ效力

一一九

第三節

夫婦財產制

一二七

民法親屬目次

第一章 總則……………二二八

 第一款 法定財產制……………一三八

 第四節 離婚……………一五二

 第一款 協議上ノ離婚……………一五四

 第二款 裁判上ノ離婚……………一六一

第二章 親子……………一七七

 第一節 實子……………一七八

 第一款 嫡出子……………一七八

 第二款 庶子及ヒ私生子……………一九〇

 第二節 養子……………二〇九

 第一款 緣組ノ要件……………二一〇

 第二款 緣組ノ無效及ヒ取消……………二三四

 第三款 緣組ノ效力……………二四六

 第四款 離縁……………二四八

第五章 親權……………二七三

 第一節 總則……………二七八

 第二節 親權ノ效力……………二八二

 第三節 親權喪失……………三一六

第六章 後見……………三二一

 第一節 後見ノ開始……………三二三

 第二節 後見ノ機關……………三二六

 第一款 後見人……………三二七

 第二款 後見監督人……………三五二

 第三節 後見ノ事務……………三六七

 第四節 後見ノ終了……………四〇六

第七章 親族會……………四二〇

第八章 扶養ノ義務……………四三九

小切手ノ形式ニ付テハニ説明スヘキ點ハ第五百三十條第四號ノ規定ナリ此規定ニ依レニ小切手ノ形式ハ第一記名式第二無記名式ノ二種ナルコトハ明カニシテ尙ホ此他ニ一般ノ指圖式ノ小切手ヲ別ニ下ニ及テ又手形ニ性質ノシテ議論ナキ所ナリトス(第五三〇條第四五五條第五三七條)而シテ小切手ニ付テ爲替手形ト異ナル點ハ爲替手形ニ付テハ第四百四十九條ノ規定ヲ以テ無記名式ノ手形ハ三十圓以上ノモノニ限ル下雖モ小切手ニハ此規定ヲ準用セザルヲ以テ三十圓以下ノモノト雖モ亦無記名式ノモノト爲スコトヲ得ルニ在リ尙ホ茲ニ一言スヘキハ手形法ノ規定ニシタル三種ノ手形ニ付テ例ヘハ甲殿又ハ持參人ニ支拂フヘキ旨ヲ記載シタル手形ハ我手形法上有效ナルヤ否ヤノ點是ナリ此點ニ付テハ勿論議論ノ存スル所ナルモ嚴格ナル解釋ヲ採ルトキハ我手形法上此種ノ手形ハ無効ナリト決セザルニ至ラスナリ

第三 小切手契約

小切手ニ關スル法律關係ニ付テ第一ニ注意スヘキ點ハ小切手ノ振出ニ付テハ他ノ手形ト異ナリ振出人ト支拂人トノ間ニ所謂小切手契約ノ存在スルコトヲ

要スルコト是ナリ即チ振出人ハ其契約ノ範圍内ニ於テノミ小切手ヲ支拂人ニ宛テ振出し又支拂人ハ其契約ノ範圍内ニテ所持人ニ支拂フコトヲ振出人ニ對シテ約スルモノニシテ此法律關係ハ嚴格ナル所謂手形關係ニ非スト雖モ小切手ノ實際ノ行動ハ常ニ此小切手契約ノ如何ニ關係スルモノナリ故ニ第五百三十六條第一號ニ依レハ小切手ノ振出人カ資金ナク又ハ信用ヲ得スシテ小切手ヲ振出シタルトキハ五圓以上千圓以下ノ過料ニ處セラレル旨ヲ規定シタルハナリ即チ小切手ノ振出人ニ付テハ小切手契約ナルモノノ存在スルコトヲ要スル旨ヲ表ハシタルモノナリ此規定ニ依レハ振出人ハ支拂人ニ對シテ資金ヲ供シ置クカ又ハ信用ヲ得置カサルヘカラス例ヘハ支拂人ハ千圓ノ資金ヲ受取リタルニ拘ハラス二千圓ノ金額ニ達スルマテハ其振出人ハ小切手ヲ支拂フヘキ旨ヲ約シタル場合ニハ振出人ハ千圓ノ信用ヲ得タルナリ故ニ此場合ニハ振出人ハ二千圓ニ達スルマテ小切手ヲ振出スコトヲ得此ニ如キ規定ヲ設ケタルハ又小切手ハ單ニ支拂ノ方法トシテ發行スルモノニシテ金融ノ爲メニ發行スルモノニ非ザルコトヲ知ルヲ得ヘシ

第四 小切手ニ自己拂式ナシ

小切手ニ自己拂ノモノヲ認メタルハ元來小切手ヲ認メタル趣旨ハ自身直接ニ現金ヲ支拂フノ煩累ト危険トヲ防ク爲メニ在ルモノニシテ流通ヲ爲メニ設ケタルモノニ非サルヲ以テ若シ振出人自身カ自ラ支拂フコトヲ得ルニ於テハ小切手ヲ用フルコトナク直接ニ現金ヲ支拂フヲ以テ足レハナリ

第五 小切手ノ償還請求權

小切手ノ償還請求權ニ付テハ第五百三十七條ノ規定ヲ以テ爲替手形ノ償還請求權ノ行使ニ關スル一般ノ償還方法ノ規定ヲ準用シ尙ホ第五百三十四條ノ規定ヲ以テ小切手ニ特別ナル償還方法ヲ認メタリ其要件左ノ如シ
(一) 支拂拒絕ノ旨及ヒ其年月日ヲ支拂人ヲシテ小切手ニ記載セシムルコトヲ要ス故ニ其記載ハ小切手面ニ記載セサルヘカラス原本又ハ補箋ニ記載セシムルモ本條ノ要件ヲ充タヌ又其記載ハ支拂人ヲシテ記載セシムルヲ以テ足リ
(二) 一般ノ拒絕證書ニ於ケル如ク公證人又ハ執達吏ヲ煩ハスノ必要ナシ
(三) 其記載期間ハ振出ノ日附ヨリ一週間ナルコトヲ要ス 此期間ヲ經過シタ

ルトキハ縱令支拂拒絕ノ旨ヲ手形ニ記載セシムルモ本條ニ依ル償還請求ヲ爲スコトヲ得ス

(三) 支拂人ノ署名ヲ要ス

第六 平行線小切手

平行線小切手ニ關スル規定ハ又小切手ニ特別ナル規定ナリ此規定ノ趣旨ハ小切手ハ多クハ所持人拂ノモノニシテ其支拂期限モ亦極メテ短期ナルヲ以テ詐僞行ハレ易ク隨テ眞ノ所持人ニ非サル者カ支拂ヲ受タルコト容易ニ行ハルヲ以テ此危険ヲ豫防スルカ爲メニ支拂人カ一定ノ所持人ニ對スルニ非サルハ小切手ヲ支拂ハサルコトヲ得ルノ權利ヲ認ムルコトヲ必要トス即チ其一定ノ所持人ハ之ヲ銀行ニ限ルヲ以テ最モ便利ニシテ又安全ナリ蓋シ現今小切手ヲ使用スル者ハ皆銀行ト取引ヲ爲サタル者ナケレバナリ此場合ニ於テ平行線小切手ハ如何ニ行動スルヤヲ觀ルニ例ヘハ甲ナル者カ小切手ヲ取得シタル場合ニ甲ハ例ヘハ第一銀行ト取引アル場合ニ於テハ第一銀行ヲシテ其小切手ノ支拂ヲ受ケシメ直チニ其金額ヲ以テ自己ノ當座預金ニ記入スルトキハ其支拂ハ

類ル安全ナルノミナラス同時ニ自己ノ貯金ト爲ルヲ以テ甚タ輕便ナリ而シテ此方法ヲ採ルニハ小切手ノ表面ニ二條ノ平行線ヲ書キ其中ニ第一銀行ノ商號ヲ記入シテ之ヲ其銀行ニ交付スルコトヲ要スラスルトキハ小切手ノ支拂人ハ第一銀行以外ノ者ニハ支拂ヲ爲ササルヲ以テ甲ハ頗ル安全ノ地位ニ立ツモノナリト謂フヘシ又若シ平行線内ニ單ニ銀行ト記載シタル場合ニ在リテハ支拂人ハ何レノ銀行ニ對シテ支拂ヲ爲スモ妨ナク小切手ノ支拂ヲ受クヘキ者ハ何レノ銀行ニテモ可ナリ隨テ支拂關係ハ稍ヤ廣マルト雖モ要スルニ銀行以外ノ者ハ支拂ヲ受クルコト能ハサルヲ以テ危險ノ度ヲ減スルコト大ナリヘシ

平行線小切手ノ要件ハ左ノ如シ

(一) 小切手ノ表面ニ二條ノ平行線ヲ畫クコト即チ二條ノ平行線ハ小切手ノ表面ニ記載スルコトヲ要ス 故ニ裏面ニ記載スヘキモノニ非ス又其線ハ平行線ナルコトヲ要スルヲ以テ方形圓形等ヲ畫クモノハ平行線小切手ニ非ス

(二) 平行線内ニ銀行又ハ之ト同一ノ意義ヲ有スル文字ヲ記載スルコトヲ要ス 平行線小切手ナルモノハ銀行ヲ中心トシテ小切手ノ支拂關係ヲ定メ之ニ依

リ支拂ノ安全ヲ期スルモノナルヲ以テ銀行若クハ之ト同一ノ意義ヲ有スル文字ヲ記載セザルヘカラス又其記載ハ必ス平行線内ナラサルヘカラス故ニ平行線外ニ記載スルモノハ本案ノ要件ヲ充タサス又銀行ヲ示スヘキ文字ハ單ニ銀行トノミ記載スル場合ト特定ノ銀行ノ商號ヲ記載スル場合トアリ前ノ場合ハ支拂人ハ如何ナル銀行ニ對シテ支拂ンモ可ナリト雖モ後ノ場合ニハ必ス其特定ノ銀行ニ對シテノミ支拂ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ此場合ニ其銀行ハ自ら小切手ノ取立ヲ爲スコトヲ以テ不便ナリトスルトキハ自己ノ商號ヲ抹消シテ他ノ銀行ノ商號ヲ記入シ以テ取立ノ委任ヲ爲スコトヲ得第五三五條第二項第七ハ小切手ノ虛偽ヲ日附ヨリ辨メ得ルモノニ限リ其ノ他ノ事項ハ別ニ規定ス尙ホ小切手ニ關シ特別ノ規定ハ第五百三十六條第二號ノ規定ナリ即チ提出人カ小切手ニ虛偽ノ日附ヲ記載シタルトキハ五圓以上千圓以下ノ過料ニ處セラレ此趣旨ハ小切手ノ種類ヲ短期間内ノ流通スヘキモノナルヲ以テ其日附ニ付キ嚴格ニ之ヲ取締ラザルニキヤ詐偽ノ行爲其間ニ行ハレ遂ニ小切手ノ本質ヲ滅却スルノ虞アリ故ナリ

爲替手形ニ關スル規定ニシテ小切手ニ準用セラレタルハ爲替手形ニ於ケル引
 受ヨリ生スル一切ノ法律關係ナリ即チ引受參加引受及ヒ擔保請求ニ關スル規
 定ハ全然小切手ニ適用ヲ生セス故ニ小切手ノ支拂人カ引受ノ形式ヲ履行スル
 モ何等ノ手形上ノ效力ヲ生セス隨テ支拂人ハ手形上ノ支拂義務ヲ負擔スルコ
 トナシ元來小切手ハ支拂人アルヲ以テ其形式上又ハ法理上ヨリ之ヲ觀察スル
 トキハ引受ノ制度ヲ認ムルコトヲ得サルニ非スト雖モ實際上其必要ヲ認メス
 故ニ各國ノ手形法ハ何レモ小切手ニ付テ引受ノ制度ヲ認メタルモノナシ蓋シ
 其理由ハ(一)支拂期ノ短キコト(二)所謂小切手契約ナルモノノ存在スルヲ以テナ
 リ(三)此他爲替手形ニ關スル規定ニシテ小切手ニ準用セラレタルモノハ手形ノ
 保證復本原本及ヒ參加支拂ニ關スル規定ナリ其所以ハ又前ニ述ヘタル二箇ノ
 理由ヨリ之ヲ説明スルコトヲ得

小切手ノ支拂保證トハ小切手ヲ支拂人又ハ其他小切手ノ支拂ノ確實ナルヘキ
 コトヲ保證セシトスル者カ小切手ニ其支拂ノ確實ナルヘキコトヲ示スヘキ意

思フ表示スルモノヲ謂フ此意思表示ヲ爲シタル場合ニ於テ其效力如何我手形
 法ニ於テハ小切手ノ引受ヲ認メズ又ハ保證ヲモ認メサルヲ以テ隨テ引受人又
 ハ保證人トシテ手形上ノ債務ヲ負フ者ニ非ス然レトモ手形外ノ行爲トシテ保
 證ヲ爲ス者ハ小切手資金ノ有無ニ拘ハラズ全ク自己ノ責任ヲ以テ小切手ノ支
 拂ヲ爲スコトヲ承諾シタルモノナルヘシ故ニ此小切手ヲ所持スル者ハ其保證
 ニ依頼シテ支拂ノ安全ヲ期スルモノナリ次ニ此保證者ト振出人トノ關係ハ保
 證者ハ保證ヲ爲シタル時ヨリ恰モ小切手金額ヲ振出人ノ資金中ヨリ實際支拂
 ヒタルト同様ニ觀ルノ意思ニシテ其時ヨリ自己ノ預カレル資金中ヨリ小切手
 金額ニ對スル部分ニ付テハ利息ヲ附セサルノ意思ナリ此ノ如キハ我銀行者間
 ニ行ハルル慣習ニシテ之ヲ否認スヘキ理由ノ存スルヲ見ス

第五編 手形ニ關スル雜則

理解上ノ便宜ノ爲メ手形ノ總則ノ規定中未ダ講述セサルモノ即チ手形ノ偽造
 變造手形上ノ權利行使又ハ保全ノ爲メニスヘキ行爲ノ場限手形ノ時效不常規

得ノ訴權手形ノ國際的法律關係ニ付テハ今ヤ各論ヲ終ラズルカ以テ以下層夫
之ヲ説明スルニシテハ手形ノ偽造・變造ノ點ニ於テハ其ノ點ニ於テハ手形ノ偽造・變造

第一章 手形ノ偽造・變造

第一節 偽造手形

偽造ノ手形トハ手形ノ署名ノ虛偽ナルモノヲ謂フ即チ振出人引受人又ハ裏書
人ノ署名ノ虛偽ナル手形ヲ偽造手形ト謂フ偽造手形ニ付テハ偽造者ハ手形上
ノ責任ヲ負ハス是レ其者ノ署名カ手形上ニ表ハレザレハナリ又名義ヲ詐ラレ
タル者モ手形上ノ責任ヲ負フモノニ非ス何トナレハ其署名ハ自己ノ眞實ノ署
名ニ非サレハナリ然レトモ偽造手形ニ爲シタル眞實ノ署名ハ有效ニシテ其署
名者ハ各手形ノ文言ニ從ヒ其責任ヲ負フ第四三七條第一項其所以ハ手形ナル
モノハ多數當事者間ニ流通スル信用證券ナルヲ以テ偶、虛偽ノ署名アルカ爲メ
ニ他ノ眞實ノ署名ヲシテ悉ク無効ナリトセハ手形ノ流通ヲ阻害スルノ虞アル
ヲ以テナリ

右ノ場合ニ付テ之ヲ説明スレハ
(一) 振出人ノ署名カ虛偽ニシテ手形カ振出サレタルトキ 此場合ハ偽造者ハ
手形上ノ責任ヲ負ハス何トナレハ振出人トシテ自己ノ名ヲ署名セザレハナリ
又其名義ヲ詐ラレタル者モ手形上ノ責任ヲ負ハス是レ亦自己ノ署名ナリトシ
テ手形上ニ表ハレタル名義ハ自己ノ眞實ノ署名ニ非サレハナリ隨テ此場合ニ
ハ振出人トシテ手形ノ責任ヲ負フ者全ク存在セズ然レトモ若シ此手形カ一タ
ヒ受取人以下ノ後者ノ手中ニ入り爾後流通スルニ當リ其手形ニ爲シタル署名
カ眞實ナルトキハ此等ノ者ハ各手形ノ文言ニ從ヒテ其責任ヲ負フ
(二) 裏書人ノ署名カ虛偽ナルトキ 此場合モ亦前ノ場合ト同シク虛偽ノ裏書
ヲ爲シタル者ハ自己ノ署名カ手形ニ表ハレザルヲ以テ裏書人タルノ責ヲ負ハ
ス又其名ヲ詐ラレタル者モ自己ノ眞實ノ署名ナキヲ以テ手形上ノ責任ヲ負フ
ヘキ理由ナシトス然レトモ其偽造前ニ裏書ヲ爲シタル者及ヒ其以後ニ裏書ヲ
爲シタル者ノ效力ハ之カ爲メニ妨ケラザルモノニ非ス隨テ此等ノ者ハ各手形
ノ文言ニ從ヒテ責任ヲ負フ

(三) 引受人ノ署名が虚偽ナルトキ 虚偽ノ引受ヲ爲シタル者ハ其名義ハ手形上ニ表ハレタルヲ以テ引受人トシテ責任ヲ負ハス又其名ヲ詐ラレタル者モ自己ノ眞實ノ署名ニ非サルヲ以テ引受人タル責任ヲ負ハス之ヲ要スルニ此場合ニハ眞實ノ引受人ナキナリ故ニ若シ偽造者カ支拂人ナル場合ニハ畢竟引受ヲ爲ササルモノナルヲ以テ引受拒絶ニ歸著ス

以上述ヘタル所ヲ要言スルニ偽造ノ手形ニ於テモ形式ヲ具備スル以上ハ即チ純然タル手形ナルヲ以テ偽造者ハ責任ヲ負ヘスト雖モ其他ノ者ノ眞實ノ署名ハ之カ爲メニ毫モ效力ヲ妨ケラレサルモノトス

第二節 變造手形

變造ノ手形トハ手形ノ記載事項ヲ變更シタルモノヲ謂フ例ヘハ手形金額支拂地又ハ満期日等ノ記載事項ヲ變更シタルモノノ如シ而シテ變造手形モ其形式ヲ具備スル以上ハ依然手形ニシテ之ニ署名シタル者ハ各其變造手形ノ文言ニ從ヒ責任ヲ負フヘキモノトス(第四三七條第一項然レトモ手形カ變造セラレタ

ルニ至レハ前キニ述ヘタル如ク其間ニ組合關係ヲ生スルモノナリ既ニ組合關係ヲ生スルハ民法ノ組合ニ關スル規定ハ總テ皆適用セラレルニ至ルヘシ故ニ商法ノ船舶共有者ノ規定ハ畢竟民法ノ共有竝ニ組合ノ規定ニ對シテ特別規定ヲ必要トスルモノノミヲ設ケタルニ過キサルナリ仍テ今ハ民法ノ規定ニ立入ラスシテ唯商法ノ特別規定ノミヲ述フヘシ

第一 船舶共有者ノ權利

(一) 船舶ノ利用ニ關スル議決權 船舶ノ共有者カ其船舶ノ利用ニ參與スル權利ヲ有スルハ勿論ナリ是レ寧ロ所有權行使ノ當然ノ結果ト謂フヘシ唯其議決權ヲ如何ニ行使スルカカ問題ニシテ組合關係ノ存スル場合ニハ多クハ皆該契約ニ依リテ定メラルヘシト雖モ特約ノ欠缺セシ場合ニハ如何ニ之ヲ決スルカハ法律ニ於テ之ヲ定メ置ク必要アリ即チ商法第五百四十六條ニ曰ク

船舶共有者ノ間ニ在リテハ船舶ノ利用ニ關スル事項ハ各共有者ノ持分ノ價格ニ從ヒ其過半數ヲ以テ之ヲ決ス

ト之ニ由リテ以テ右ノ議決權ハ共有者ノ頭數ニ依ラズシテ其持分ノ價格ニ依

ルニトヲ知ルベキナリ是レ民法ニ於テ一般組合ノ業務執行ハ組合員ノ過半数ヲ以テ之ヲ決スト定メタルモノニ對スル特別規定ナリ(民法第六七〇條蓋シ一般組合ノ議決方法トシテハ民法ノ規定穩當ナルヘシト雖モ商行為ヲ行フ組合ノ議決方法トシテハ其當ヲ得ス故ニ船舶ヲ共有シテ商行為ヲ爲ス目的ニ之ヲ利用スルニ當リテハ出資額ノ多少ニ依リテ議決權ヲ定ムルヲ以テ至當ト謂フベキナリ唯均シク船舶ノ利用ニ關スル事項ニ屬スト雖モ事體極メテ重大ニシテ共有者ノ利害休戚ニ非常ナル關係ヲ有スル事項ニ付テモ尙ホ少数者アリテ常ニ多數者ノ意見ニ從ハシメザルヘカラストセハ少数者ニ對シテ極メテ酷ナリト謂フベク其結果延イテ船舶共有ノ組織ヲ以テ船舶ヲ利用スルコトヲ人人危惧スルニ至ルヘシ仍テ事體極メテ重大ナル事項即チ商法第五百四十八條ニ規定シタル新ニ航海ヲ爲スコト又ハ船舶ノ大修繕ヲ爲スコトノ二事項ニ付テハ特ニ少数者保護ノ規定ヲ設ケ該決議ニ對シテ異議アル者ハ他ノ共有者即チ多數者ニ對シテ自己ノ持分ヲ買取ルベキコトヲ請求シ得ルモノトセリ(船舶ノ利用トハ例ヘハ船舶ヲ運送營業ニ使用スルカ如キ是ナリ其他利用ノ方

法種種アルヘシト雖モ要スルニ商行為ヲ爲ス目的以外ニ脱出スヘカラス蓋シ船舶自體カ其目的ノ範圍ニ限ラルレハナリ又過半数ト云フハ比較多數ト云フト異ナリ船舶價格全部ノ過半数ヲ云フモノニシテ若シ意見數派ニ岐レ何レモ過半数ヲ得ザルトキハ各意見何レモ成立セザルナリ(二) 利益分配ニ與ルノ權是レ亦所有權行使ノ當然ノ結果ナリ唯如何ナル時期ニ於テ如何ナル割合ヲ以テ利益分配ヲ爲スベキカ問題ナリ而シテ是レ亦契約ニ因リテ定メラルヘシト雖モ契約ナキ場合ハ如何ニスベキキ商法第五百五十條ハ規定シテ曰ク「六商員等ハ一季以上船舶ヲモ艦隊ヲ隊員ニシテ損益ノ分配ハ每航海ノ終ニ於テ船舶共有者ノ持分ノ價格ニ應シテ之ヲ爲スト之ニ由リテ以テ分配ノ時期ハ每航海ノ終ニ存シ分配ノ割合ハ持分ノ價格モ應スルモノタルコトヲ知ルベキナリ蓋シ民法ノ組合ニ於テモ損益ノ分配ノ割合ハ出資額ニ從フモノト爲シタルカ故ニ民法第六七四條商事ニ於ケル損益ノ分配ヲ持分ノ價格ニ從ハシムルハ至當ト謂クベシ又分配ノ時期ヲ每航海ノ終ト爲シタルハ時トシテハ頻繁ニ過タルノ觀オキニ非ス例ヘハ京濱間又ハ東京

灣内ニ於ケル航海ヲ營ム船舶ニ付キ一航海毎ニ損益ノ計算ヲ立ラシムルハ煩勞ニ堪ヘサルカ如キ趣キアリ然レトモ斯ル小航海ヲ目的トスルモノニ在リテハ多クハ當事者間ニ於テ損益分配ノ時期ヲ定メ恰モ株式會社ノ事業年度毎ニ損益勘定ヲ立ツルカ如ク或ハ六箇月毎ニ或ハ一年毎ニ之ヲ爲スモノト爲ルヘシ唯斯ル特約ナキ場合ニ於ケル損益分配ノ時期ヲ法律カ定メントスルニ當リテハ六箇月毎ニ或ハ一年毎ニ之カ計算ヲ爲スヘシト定ムルコト能ハサルナリ何トナレハ船舶共有者カ六箇月若クハ一年以上繼續シテ船舶ヲ利用スルヤ否ヤ得テ知ルヘカラサレハナリ故ニ一般ニ通スル規定ヲ設ケントセハ分配ノ時期ヲ每航海ノ終ト定ムルノ外其詮ナキナリ

(三) 自己ノ持分ヲ他ノ共有者ニ強賣スル權先ニ既ニ述ヘタル如ク多數者カ少數者ヲ壓シテ新ニ航海ヲ爲シ又ハ船舶ノ大修繕ヲ爲スヘキコトヲ決議シタルトキハ其決議ニ對シテ異議アル者ハ他ノ共有者ニ對シテ相當代價ヲ以テ自己ノ持分ヲ買取ルヘキコトヲ請求スルコトヲ得ルナリ(第五四八條第一項例ヘハ冬期ニ於テ北海ニ向テ航海ヲ始ムルハ危險ナリトシテ少數者之ヲ拒ミタル

ニ多數者ハ其危險ヲ冒シテ進マントスルカ如キ又老朽シタル船舶ハ之ニ大修繕ヲ施サハ莫大ナル費用ヲ要シ却テ利害價ハサルヲ信シ少數者之ヲ拒ミタルニ多數者ハ之ヲ行ハントスルカ如キ場合ナリ斯ル場合ニ於テ少數者ヲ保護セントセハ寧ろ其利害關係ヨリ離脱セシムルヨリ其詮ナシ仍テ少數意見者ハ其持分ヲ相當代價ヲ以テ多數意見者ニ買取ルヘキコトヲ請求シ得ルモノトセリ若シ相當代價ニ付キ當事者間ノ協議調ハサルトキハ畢竟裁判所ヲ煩ハシ裁判所ハ鑑定人ノ意見ヲ聽ク等相當ノ手段ヲ用ヒテ之ヲ算定スヘキナリ又右ノ買取ルヘキコトヲ請求セントセハ自ラ右ノ決議ニ列席セシ者ハ決議ノ日ヨリ三日間内ニ他ノ共有者又ハ船舶管理人ニ對シテ其通知ヲ發スルコトヲ要シ若シ決議ノ際列席セザリシ者ニ在リテハ右ノ決議ノ通知ヲ受取リタル日ノ翌日ヨリ起算シテ三日間内ニ其通知ヲ發スルコトヲ要スルナリ若シ此三日ノ期間ヲ空過スルトキハ決議ニ服従シタルモノト看做スノ外ナク買取ヲ強請スル權ハ消滅スルナリ(第五四八條第二項)而シテ法文ニ通知ヲ發スルコトヲ要ストアルカ故ニ三日間内ニ發シサヘスレハ足レリ該期間内ニ相手方ニ到達スルコト

ヲ要セザルナリ
 (四) 持分ヲ自由ニ讓渡シ得ル權凡ソ所有權ハ自由ニ讓渡シ得ルヲ以テ原則トス縱令所有權カ共有セラルル場合ト雖モ亦然リトス唯共有者間ニ組合關係ノ存スルトキハ該財產ハ組合ノ目的ヲ達スル爲メニ出資トセルモノナルカ故ニ組合ノ存續中組合員ハ猥ニ之ヲ處分スヘカラス何トナレハ若シ之ヲ處分シ得ルトセハ共同事業ノ成功ハ得テ期スヘカラサレハナリ然レトモ財產ノ處分ハ成ルヘク之ヲ自由ナラシムルヲ以テ經濟上頗ル策ノ得タルモノトスルカ故ニ民法ハ組合財產ハ處分ヲ絕對的ニ禁止セス組合關係ヲ害セザル範圍内ニ於テ之カ處分ヲ許セリ即チ組合財產ヲ若シ處分スルモ其處分タルヤ組合ノ存續中ハ之ヲ處分セル組合員ト其相手方トノ間ニ效力ヲ生スルニ止マリ組合並ニ組合ノ債權者ニ對シテハ全ク其效力ヲ發セザルナリ換言スレハ其處分タルヤ僅ニ半面的ノ效力ヲ生スルニ過キサルナリ民法第六七六條然リト雖モ船舶ニ付テハ特別ノ理由ノ存スルアリテ共有者間ニ縱令組合關係ノ存スル場合ト雖モ各共有者ハ其組合關係ニ拘束サレヌ又他ノ共有者ノ承諾ヲ得シテ其持分

ノ全部若クハ一部ヲ自由ニ他人ニ讓渡スコトヲ得ルナリ即チ商法第五百五十一條ニ曰ク
 船舶共有者間ニ組合關係アルトキト雖モ各共有者ハ他ノ共有者ノ承諾ヲ得シテ其持分ノ全部又ハ一部ヲ他人ニ讓渡スコトヲ得但船舶管理人ハ此限ニ在ラス
 蓋シ船舶ハ其價高クシテ且之ヲ航海ノ用ニ供スルトキハ海上幾多ノ危險ニ遭遇スルモノナリ故ニ航海事業ニ付テハ成ルヘク危險分擔ノ主義ヲ取リ船舶ハ成ルヘク多數ノ人ニテ之ヲ共有シ得ルノ方法ヲ取ラサルヘカラス然ラズンハ一國航海業ノ進歩ハ得テ期スヘカラス彼ノ航海事業カ株式組織ノ發達シテヨリ大ニ進歩シタルハ蓋シ之カ爲メナリ仍テ本條ヲ設ケテ以テ共有者間ニ縱令組合關係ノ存スル場合ト雖モ船舶共有持分ノ自由讓渡ハ權利ヲ認メ民法第六百七十六條ニ對シテ特別規定ヲ設ケ船舶共有持分ノ讓渡ハ唯リ該當事者間ニ其效力ヲ生ズルニミナラス組合並ニ組合ト取引シタル第三者ニモ亦對抗シ得ルモノトシタルナリ換言スレハ民法ニ於テハ組合財產ノ處分ハ唯リ半面的

ノ效力ヲ生スルコトノミヲ認ムルニ反シテ商法ニ於テハ持分ノ讓渡ヲ以テ總
 タノ方面ニ向テ效力ヲ生シ得ルコトヲ認メタルナリ是レ實ニ船舶共有ニ於ケ
 ル特質ノ一ト云フモ可ナリ其要旨ハ船舶共有者ノ權利ハ一部ノ讓渡ニ依
 此ノ如ク持分ノ自由讓渡ヲ認メタルカ爲メニ若シ共有者カ其持分ノ全部ヲ他
 人ニ讓渡シタルトキハ當然組合關係ヨリ脱退スルヤ否ヤ若シ然リトセハ是レ
 亦組合脱退ノ一原因ニシテ民法第六百七十八條ニ對スル特別任意脱退ノ一原
 因ヲ爲スモノナリ然ルニ船舶持分ノ一部ノ讓渡又ハ持分全部ノ讓渡アリトモ
 他ニ尙ホ出資ノ存スルアルトキハ其組合ヨリ脱退スルニ至ラザルコト固ヨリ
 言ヲ待タスト雖モ若シ持分全部ノ讓渡カ組合ニ對スル出資ノ全部ノ讓渡ナル
 トキハ之ニ因リテ以テ當然組合ヨリ脱退スルノ結果ヲ生スルモノト謂ハサル
 コトヲ得スト何トナレハ組合契約ノ一要素タル出資ノ義務ヲ缺クニ至ルヘケレ
 ハナリ而シテ脱退後ノ結果タルヤ若シ持分ノ讓受人カ讓渡人ノ權利義務ヲ全
 部承繼シテ組合ニ加入スレハ組合財産ハ依舊變更スルコトナシト雖モ若シ加
 入セザルニ於テハ民法組合ノ脱退ニ關スル規定並ニ共有ニ關スル規定ニ從

ヒテ組合財産ハ處理セラルヘキモノナリトイフハ日本ハ其旨ヨシニモ
 船舶管理人ノミハ但書ノ規定ニ依リテ船舶持分ノ自由讓渡ヲ爲スコトヲ得サ
 ル所以ハ若シ船舶管理人タル共有者モ亦自由ニ持分ヲ讓渡シ得ルモノトセハ
 共有者ニ非サル者カ船舶管理人ト爲ルノ結果ヲ生ス元來共有者ニ非サル者ヲ
 船舶管理人ト爲スコトハ法律モ亦之ヲ認ムト雖モ共有者ヲ以テ管理人トスル
 ト非共有者ヲ以テ管理人ト爲ストハ其選任ノ方法ニ非常ナル差異アリ然ルニ
 當初共有者タリシカ故ニ管理人ニ選定サレタル者カ自己ノ任意ニ持分ヲ處分
 シテ非共有者ト爲リ而モ依然トシテ管理人ノ職ニ在ルトキハ當事者ノ意思ニ
 背クコト大ナリト謂フヘシ仍テ船舶管理人ノ職ニ在ル船舶共有者ハ其持分ノ
 自由讓渡ヲ爲スコトヲ得シ他ノ總テノ共有者ノ承諾ヲ得レハ之ヲ爲スコトヲ
 得ルハ勿論ナリトス其旨ハ船舶共有者ノ權利ハ一部ノ讓渡ニ依
 (五) 其他ノ共有者ノ持分ヲ買取リ又ハ其就賣ヲ請求スル權即チ船舶維持ノ權
 此權利ハ前キニ述ヘタル第二ノ權利ト反對ナリ即チ第二ノ權利ハ自己ノ持分
 ヲ他ノ共有者ニ買取ルヘキコトヲ請求スル權利ナリ然ルニ此ニ所謂權利ハ他

ニ至ルヘシ仍テ此等ノ場合ニ於テハ他ノ社員若クハ無限責任社員ニ於テ相當代價ヲ以テ將ニ移轉セントスル社員ノ持分ヲ買取ルコトヲ得ルモノトシタルナリ

然リ而シテ右第五百五十五條第一項ト第二項トヲ比較センニ第一項ニ於テハ共有者ノ國籍喪失ノ場合ヲ見タリト雖モ第二項ニ於テハ社員ノ國籍喪失ノ場合ヲ見ス蓋シ船籍維持ノ點ヨリ考フレハ第二項ニ於テモ社員ノ國籍喪失ノ場合ヲ加ヘサルヘカラサルカ如シ然ルニ之ヲ加ヘサル理由如何蓋シ同條第一項ト第二項トハ大ニ趣キヲ異ニスルモノアリ何ソヤ第一項ニ所謂持分トハ單ニ特定セル一船舶ノ共有權ノ持分ナリ之ニ反シテ第二項ニ所謂持分トハ社員ノ會社財產ニ對スル持分ナリ故ニ第一項ノ場合ニ於テ他ノ共有者カ外國人ノ有ニ歸セントスル持分ヲ買取ラルル當事者ニ在リテハ左程ノ痛痒ヲ感セス何トナレハ單ニ船舶ノミノ持分ニ止マレハナリ然ルニ第二項ノ場合ニ於テハ會社ニ對スル持分ナルカ故ニ之ヲ買取ラルル當事者ニ在リテハ痛痒ヲ感スルコト大ナリ若シ第二項ニ所謂合名合資若クハ株式合資會社ニシテ航海業ヲ營ミ會

社資産ノ大部分ハ船舶ニ存スル場合ニ於テハ第二項所定ノ權利ヲ他ノ社員ニ與ヘラルルコトアルモ敢テ怪シムニ足ラスト雖モ若シ右ノ會社カ全ク他ノ營業ヲ目的トシ會社所有ノ船舶ハ會社所有ノ財產ノ總額ニ比シテ百牛中ノ一毛ニタモ及ハサル場合ニ於テ偶一社員カ會社ニ對スル其持分ヲ外國人ニ讓渡シ爲メニ會社財產中ノ一船舶カ日本船舶タルノ資格ヲ失スルヲ機トシ他ノ社員カ其持分ヲ買取リ右社員カ自己ノ欲スル價格ニテ其持分ヲ外國人ニ讓渡スコトヲ得サラシムルハ事體頗ル酷ト謂ハサルコトヲ得ス尤モ他ノ社員カ其持分ヲ買取ルニ付テモ相當ノ代價ヲ拂フコトハ當然ナリト雖モ相當ノ代價ナルモノハ容易ニ定メ難ク多クハ裁判所ノ認定ニ一任スルニ至ルヘク隨テ當事者間ノ自由契約ニ基ク價格ヨリモ不確實ニ且特別ノ事情ヨリ生スル奇利ハ之ヲ收ムルコト能ハサルヘシ故ニ第二項ノ規定ハ會社ノ持分ヲ讓渡サントスル社員ニ取リテハ非常ニ不利益ナル場合ナキヲ保シ難シ然リト雖モ立法者ハ船舶ヲ夥多ニ所有スル運送會社ノ如キモノト他ノ營業會社トヲ區別シ又ハ會社所有ノ船舶ノ多寡ニ因リテ之カ規定ヲ異ニスルコトハ到底能ハサル所ナリ且ヤ第

二項ノミニ付テ言ヘハ社員ノ持分ノ移轉ノ場合ト社員ノ國籍喪失ノ場合トハ大ニ趣キヲ異ニセリ何トナレハ合名合資等ノ會社ハ人の團結ニシテ何人カ社員タルヘキカハ社員相互間ニ在リテモ非常ナル關係ヲ有スル所ナリ然ルニ社員ノ持分ノ移轉ニ因リ從來會社ニ無關係ナル他人而モ外國人カ社員ニ加入シ來ルトキハ大ニ之ヲ恐レサルコトヲ得ス然レトモ社員ノ國籍喪失ノ場合ニ於テハ社員其人ニハ變更ナキカ故ニ會社ニ取リテハ左程ノ痛痒ヲ感セサルナリ是レ亦立法者カ第二項ヲ規定スルニ當リ社員ノ國籍喪失ノ場合ヨリモ社員ノ持分ノ移轉ノ方ニ重キヲ置キタル一理由タルヘシ殊ニ第一項ニ於テハ持分ノ競買ヲ請求スルコトヲ許シタルニ第二項ニ於テハ之ヲ許サズ單ニ持分ヲ買取ルコトノミノ權利ヲ與ヘタルハ猥ニ他人カ社員トシテ入り來ルコトアルヲ虞レタルニ由ルモノナリ

次ニ株式會社ニ付テハ船籍維持ニ關シ何故ニ別ニ何等ノ規定ヲ設ケザルカ此點ヲ説明スヘシ株式社會ニ在リテハ管ニ株主ノ數多キヲ常トスルノミナラス株金全額拂込ノ後ニ於テハ株式ヲ以テ無記名ト爲スコトヲ許スカ故ニ第一五

五條無記名式ノ株ニ付テハ果シテ何人カ株主タルヤ平素容易ニ之ヲ知ルコトヲ得ス又果シテ外國人カ多數株主ト爲リタリトスルモ會社ノ取締役ニ必ス外國人ヲ選舉スルトモ限ルヘカラサルナリ且又大ニ其虞アリトスルモ果シテ何レノ株主カ進ミテ外國人株主ヨリ其株式ヲ買取ルヘキヤ若シ又買取り得ル場合ニ於テハ日本人株主ニ外國人所有ノ株式ヲ買取ルコトノ權ヲ與フルモ可ナリト雖モ立法者ハ斯程マテニ干渉ノ規定ヲ設ケテ當初株式ニ無記名ノモノアルコトヲ許シテ株式ノ融通ヲ至便ナラシメタル趣意ヲ沒了セシムルニ忍ヒサルナリ故ニ若シ多數株主ノ意思ニシテ外國人ノ手ニ多ク株式ノ渡ルコトヲ恐レ且其結果遂ニ會社所有ノ日本船舶カ其國籍ヲ失フコトアルヲ憂フルニ於テハ豫メ定款ニ規定ヲ設ケテ當會社ノ株主ハ日本人ニ限ルト定ムヘキナリ要スルニ立法者ハ株式會社ニ付テハ干渉ノ規定ヲ設ケスシテ之ヲ定款ノ範圍ニ一任シタリ

終ニ臨ミ右第一項及ヒ第二項ノ場合ニ於テ船舶カ既ニ日本ノ國籍ヲ失ヒタルトキハ他ノ共有者又ハ他ノ社員ハ買戻權ヲ有セザルヤ否ヤヲ説明センニ法文

ニ日本ノ國籍ヲ喪失スヘキト云ヒテ未來ヲ言ヒ表セリ故ニ喪失後ニ於テハ買戻權ヲ有セサルコト明白ナリ然ラハ則チ他ノ共有者又ハ他ノ社員ハ如何ナル時期ニ於テ持分ノ買取りヲ強請スヘキモノナルカト云フニ船舶持分ノ讓渡ニ付テハ例ヘハ既ニ讓渡ノ約成ルモ未タ之カ登記ヲ爲ササル前若クハ船舶國籍證書ニ其旨ヲ記載セサル前ノ如キヲ謂ヒ第五四一條社員ノ持分ノ讓渡ニ付テハ例ヘハ一ノ社員ノ承諾ヲ得タルモ未タ他ノ社員ノ承諾ヲ得タル場合ノ如キヲ言ヒ第五九條又共有者ノ國籍喪失ノ場合ニ付テハ例ヘハ國籍法第十八條以下ノ規定ニ從ヒ將ニ國籍ヲ喪失セントスル手續中ニ在ルカ如キ場合ヲ謂フモノナリ而シテ此等諸例ノ行爲ヲ未タ全ク開始セサル以前ニ在リテハ唯持分ノ移轉等ニ因リテ船舶カ日本ノ國籍ヲ失ヒ得ルノ狀態ニ在ルニ止マリ未タ喪失スヘキト謂フコトヲ得サルカ故ニ他ノ共有者又ハ他ノ社員ハ其權利ヲ行フコトヲ得サルナリ然ラハ則チ第五百五十五條ハ畢竟船舶カ將ニ國籍ヲ喪失セントシテアルトキノミニ其適用アリト謂フヘキナリ

第二 共有者ノ義務

ノ規定ニシテ法例ニ規定スヘキモノニ非ストシテ之ヲ削除スルニ至リシモ其精神ハ我國ノ現行法上尙ホ斯ル原則ヲ認メラレタルモノト謂ハサルヘカラス近世諸國ノ私法制度ニ於テハ彼ノ古代ノ羅馬法又ハ英國慣習法ノ如ク訴訟手續法自體ヲ裁判官カ自ラ制定スルコトヲ得サルモノニシテ裁判所ハ唯訴訟法ノ範圍内ニ於テノミ裁判スヘキモノナルモ其裁判ノ準則ト爲ルヘキ法則ハ必スシモ明文ニノミ依ルモノニ非スシテ成文法ナキ場合ニハ慣習ニ依リ條理ニ依リ裁判官カ自ラ立法ノ目的トシ正當トスヘキ考ニ依リテ必ス裁判ヲ與ヘサルヘカラサルモノナリ即チ法律ノ不備缺點ヲ理由トシテ裁判ヲ拒絕スルコトヲ得ストノ格言ハ司法權運用上當然認メラレタルモノト謂ハサルヘカラス加之我法例カ外國法ヲ適用スヘキコトヲ規定シタルハ後ニ陳述スルカ如ク其法律關係ノ性質上外國法ニ依ルヲ以テ寧ロ立法ノ旨ニ適スヘキモノト看做シタル通常ノ場合ヲ豫想シタル規定ナルモ元來外國法ニ依ルヘキコトハ寧ロ例外ニシテ內國ニ於テハ其當事者ノ外國人タルト内國人タルトヲ同ハ其寧ロ內國法ニ依ルヲ以テ原則ト看做スヘキモノナリ隨テ今例外ヲ爲シテ外國法ニ依ル

國際私法 法律ノ範圍 總論 外國法ノ適用 外國法ノ證明 附則

キコトヲ規定セザル場合ニ其依ルヘキ外國法ノ存在セザル場合ハ立法者ニ他
ノ法律ニ依ルコトヲ禁止シタルモノト解釋スルコトヲ得スシテ法律ヲ適用ス
本來ノ原則タル內國法律ヲ適用スヘシト解釋セザルベカラサルナリ
第二節 外國法ヲ不當ニ適用シタル判決ハ上告ノ
理由ト爲ルヤ否ヤ

此問題ハ之ヲ二箇ニ區別シテ説明スルヲ要ス
第一 其判決カ我法例ニ規定シタル準據法ニ違反シタル場合
第二 法例ノ規定ニ從ヒ準據法タル外國法律ノ解釋ヲ誤リ又ハ不當ニ之ヲ
適用シタル場合
第一 我法例ニ規定セル準據法ニ違反シタル裁判トハ例ヘハ契約ニ付テハ當
事者ノ意思明カナラサルトキハ行爲地法ニ據ルト規定セルニ拘ルラス裁判
所カ履行地法又ハ住所地法ニ據リテ之ヲ判決シタル場合又ハ能力ニ付テ法例
第三條ノ規定ニ反シテ我國法律ノ規定ニ據リテ判決シタル場合ハ如キ即チ

是ナリ斯ル場合ニ外國法ヲ適用セザル裁判ハ即チ斯ル準據法ヲ定メタル法例
ノ規定自體ニ違反シタルモノナルカ故ニ民事訴訟法第四百三十五條ニ依リ法
律ニ違背シタル裁判トシテ上告ノ理由ト爲ルコト固ヨリ明カナリトス斯ル場
合ハ學者ノ所謂國際私法ノ原則ニ違反シタル裁判ニシテ何レノ國ニ於テモ之
ヲ上告ノ理由ト認メサルハナシ
第二 法例ニ規定セル準據法タル外國法ノ解釋ヲ誤リ又ハ不當ニ之ヲ適用シ
タル場合ニ付テハ歐洲多數ノ學者ハ皆之ヲ上告ノ理由ト爲ラザルモノトセリ
其理由トスル所ハ歐洲多數ノ學者ハ素ト内國ノ裁判ヲ統一シ法律ノ解釋ヲ一定
スル爲メニ存在スルモノナリ然ルニ外國法ノ解釋ニ付テハ各其本國ニ於テ其
解釋ノ統一ヲ期スル大審院アルカ故ニ他國ニ於テ外國法律ノ解釋ヲ一定スル
ノ必要ナク又之ヲ一定スルコト能ハス隨テ外國法ノ解釋適用ヲ誤ルモノ之ヲ以
テ上告ノ理由ト爲スヘキモノニ非ストセリ佛蘭西自耳義和蘭瑞西等ノ裁判例
及ヒ學說ハ皆此主義ヲ採ルモノナリ獨リグエースハ上告說ヲ爲シテ伊太利法
學者ハ外國法モ亦法律ナリトノ理由ニ基キ上告ヲ爲スコトヲ得ルモノトセリ

例ハ「フュジタ」ビエラントニ「氏等ナリ」獨逸ニ於テ「パトリ」氏上告説ヲ採
 大審院ハ内國ノ他ノ裁判所ヨリモ外國法ヲ知ルノ便宜ヲ有シ且他ノ一方ニ
 於テ内國各裁判所カ外國法ノ解釋ヲ異ニシ判決ヲ異ニスルカ爲メニ發生スル
 弊害ハ大審院カ外國法ノ解釋問題ニ關スル上告ヲ受理スルノ不便煩雜ト比較
 スルトキハ寧ロ上告ノ途ヲ開クヲ以テ正當トスヘキコトヲ主張セリ我法例ノ
 解釋トシテ外國法ノ解釋ヲ誤リタル裁判ハ上告ノ理由ト認ムヘキヤ否ヤト云
 フニ我輩ノ見ル所ニ據レハ我大審院ハ我國内ニ於ケル外國法ノ解釋ヲ一定ス
 ルノ義務ヲ有シ且外國法ノ解釋ヲ一定スルハ即チ我國法例ノ規定ノ内容ヲ一
 定スル所以ナレハ外國法ヲ不當ニ適用シ又ハ其解釋ヲ誤リタル裁判ハ我法例
 ノ規定ヲ不當ニ解釋シタルモノトシテ當然之ヲ上告ノ理由ト爲スヘキモノト
 信ス蓋シ外國法カ我法例ノ規定ノ内容トシテ單據法トシテ適用セララル場合ニ
 其外國法ノ規定自身ヲ誤ルハ即チ我法例ノ規定自體ヲ誤ルモノニシテ内國法
 タル單據法ヲ不當ニ適用シタル裁判タルヲ免レサレハナリ

第二章 外國法適用ノ制限

外國法ヲ適用スルニ當リテ常ニ裁判官ノ注意スヘキコトハ若シ其外國法ヲ適
 用スヘキモノトセハ我國ノ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルノ結果ヲ來ササ
 ルヤ否ヤヲ先決問題トシテ判定セサルヘカラザルコト是ナリ蓋シ何レノ國ニ
 於テモ立法者ハ自國ノ公益ニ反スル場合ニ於テモ仍ホ且外國法ヲ強ヒテ適用
 セシムルカ如キ規定ヲ設ケタリトハ想像シ得ザルヲ以テ法律全體ノ精神目的
 ニ反シ國家ノ公益ヲ害スルカ如キ外國法ノ適用ヲ制限セサルヘカラス今諸國
 ノ實例ニ就テ外國法適用ノ制限ニ關スル規定ヲ見ルニ時代ニ依リ自ラ三種ノ
 區別アルコトヲ知ル

第一 古キ法典ニ於テハ一定ノ内國法ヲ絕對的ニ強行スヘキコトヲ明言シ以
 テ間接ニ之ニ牴觸スル外國法ノ適用ヲ認めザルコトヲ明カニスルヲ以テ例ト
 セリ例ヘハ佛蘭西民法第三條ニ於テ警察又ハ安寧ニ關スル法律ハ國內ニ在ル
 總テノモノヲ拘束スト規定セルカ如シ和蘭法例及ヒ白耳義「ローラ」案等亦之

ニ倣ヘリ斯ル規定ハ素ト所謂屬人法ヲ以テ原則トスル思想ヨリ由來セシモノニシテ外國人ノ本國法ハ國內ノ公安ニ關スル規定ニ抵觸セザル限リ當然行ハルヘキモノトシ隨テ或種ノ內國法律ハ内外人又問ハス如何ナル場合ニ於テモ絕對的ニ強行スヘキコトヲ明言スルノ必要アリトセル結果ナリトス然ルニ斯ル規定ハ一國立法ノ觀念ニ反スルモノナリ何トナレハ刑法其他ノ公法ハ勿論私法の規定ト雖モ一國ノ法律ハ元來內國人タルト外國人タルトヲ問ハス其國權ノ及フ場所ニ當然行ハルヘキモノニシテ反對ノ規定ナキ以上ハ內國法ノ適用ハ原則ニシテ外國法ノ信用ハ例外ナラサルヘカラス即チ外國法ハ唯立法者ノ明示又ハ默示ニ依リ特ニ之ニ據ルヘキコトヲ認メタル場合ニノミ之ヲ適用スヘキモノトス果シテ然ラハ立法者ハ特別ノ內國法ヲ絕對的ニ強行スルコトヲ特ニ規定スルノ必要ナシ加之斯ル規定ヲ設ケルノミニテハ未タ以テ外國法ノ適用ヲ制限スルニ足ラサルナリ何トナレハ絕對的ニ強行スヘキ內國法律カ存在セザル場合ニ於テモ若シ外國法ノ規定カ內國ノ公益又ハ善良ノ風俗ニ反スルトキハ之ヲ適用スヘカラサルモノナレハナリ

第二 是ヲ以テ佛國民法ヲ模倣シタル諸國ノ法典ニ於テハ特殊ノ內國法ノ絕對的強行ヲ規定スルト同時ニ內國ノ公益又ハ善良ノ風俗ニ反スル外國法ハ之ヲ適用スヘカラサルコトヲ明言スルニ至レリ即チ伊太利民法西班牙民法白耳義民法草案等ノ如キ是ナリ然ルニ此ノ如キ規定ハ一段ノ進歩ヲ爲シタル地尙ホ變遷ノ中間ニ位スルモノニシテ其一半即チ內國法強行の規定ハ全く無用ノ規定ナリトス故ニ近來ノ立法例ニ於テハ更ニ一歩ヲ進メ第三ノ立法ヲ採ルニ至レリ

第三 此方法ハ直接ニ外國法ノ適用制限主義ヲ採リ外國法ノ規定ニ依ルコトヲ認メタル場合ニ於テモ若シ其規定カ國家ノ公益ト兩立セザルトキハ之ヲ適用スヘカラサルコトヲ規定スルニ至レリ而シテ之ヲ規定スルノ標準トシテ或ハ內國ノ公益公安ニ反スル外國法ト云ヒ或ハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルトキト云ヒ或ハ內國法律ノ目的ニ反スル外國法律ト云ヒ其規定ノ文字ニ至リテハニ様ナラスト雖モ最近ノ立法例ハ皆外國法適用ノ制限ノミヲ明言スルヲ以テ例トセリ我法例第三十條モ亦此主義ヲ採リ外國法ニ依ルヘキ場合

二若シ其規定カ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルトキハ外國法ヲ適用スルカ
 ラタルコトヲ明言スルニ至レリ。又ハ立法機關ハ其本國對其國民ノ權利ヲ如何ニ
 法例第三十條ヲ適用スルニ當リ甚タ困難ナルコトハ所謂公ノ秩序トハ何ヲ意
 味スルヤヲ一定シ難キコト是ナリ凡ソ法律ハ公法タルト私法タルトヲ問ハス
 或意味ニ於テハ總テ公ノ秩序ニ關係スルモノナリ又私法上ノ規定ニ於テモ親
 族法上ノ規定ノ如キハ概テ善良ノ風俗ニ關係スル規定ナリ果シテ然ラハ若シ
 一切ノ內國法律ハ或ハ公ノ秩序或ハ善良ノ風俗ニ關係スルモノニシテ此等ノ規定
 ニ反スル外國法ハ皆之ヲ適用スルコトヲ得サルモノトセハ法例第三條以下ニ
 於テ外國法ニ依ルヘキ場合ヲ規定セル法文ハ竟ニ空文ト爲ルニ至ルヘシ然ル
 ニ此ノ如キハ法例ヲ制定セル立法ノ目的ニ反スルモノニシテ到底之ヲ認ムル
 コトヲ得サルカ故ニ此難問ヲ解釋スルノ一方法トシテ學者ハ公ノ秩序ニ內國
 人ニ限ルモノト内外人ヲ問ヤス絕對的ニ強行スヘキモノトノ二種アルコトヲ
 主張シ茲ニ國際公安公序ト國內公安公序トノ區別ヲ説明スルニ至レリ此名稱
 ハ素ト瑞西ノ「プロシエ」ノ創造セシモノニシテ內國人ニ對シテノミ公益ニ關

スル規定トスルモノヲ稱シテ國內公安ノ規定トシ内外人ヲ問ハス公益ニ關ス
 ル規定トシテ絕對的ニ適用スヘキ法律ヲ稱シテ國際公安ニ關スル規定ト曰
 フ例ヘハ成年年齢ハ內國人ニ對シテハ公益ニ關スル規定ナルニ由リ當事者ノ
 意思ニ依リテ之ヲ變更スルコトヲ得サルモ外國人ニ付テハ必スシモ斯ル年齢
 ニ依ルコトヲ要セス却テ其本國法ニ依ルヘキコトヲ認ムルカ故ニ此ノ如キ規
 定ハ國際公安ニ非スシテ國內公安ニ關スル規定ナリトス又婚姻ノ年齢ニ付テ
 モ同一ナリ即チ一定ノ年齢ニ達セサル者カ婚姻スルコトハ內國ニ付テハ善良
 ノ風俗ニ反スルモノトスルモ外國人ニ付テハ其本國法ニ規定セル年齢ニ達ス
 ルトキハ內國法ノ定ムル年齢ニ達セサルモ內國ニ於テ結婚スルコトヲ得ルモ
 ノト認ムルヲ以テ斯ル規定ハ國內公安ニ關スル規定ニシテ國際公安ニ關スル
 規定ニ非ストセリ之ニ反シテ奴隸及ヒ一夫多妻ノ制度ノ如キハ內國人ナルト
 外國人ナルトヲ問ハス之ヲ認メサルカ故ニ斯ル規定ハ之ヲ國際公安ニ關スル
 規定トシ之ニ反對スル外國法ハ適用スルコトヲ得サルモノトスルニ在リ
 此區別ハ一見甚タ明瞭ナルカ如キモ其實唯公序ヲ二種ニ區別シタル結果ニ付

ナ與ヘタル名稱タルニ過キスシテ如何ナル公益規定カ果シテ國際公安ニ關スル規定ニシテ如何ナル規定カ國內公安ニ關スル規定ナルヤヲ説明スルニ足ラザルナリ故ニ「ウエース」如キハ此根本ノ問題ニ付テ説明ヲ爲シテ曰ク憲法、行政法裁判所構成法等ノ公法及ヒ各人ノ自由ニ關スル公法又ハ刑罰の性質ヲ有スル法律ハ皆國際公安ニ關スル規定ニシテ内外人ヲ區別セズ絕對的ニ之ヲ適用ス隨テ之ニ反スル外國法ノ適用ヲ認ムヘカラザルモノトセリ今一步ヲ進メ此他ノ公益ニ關スル規定カ果シテ國內公安ニ關スル法律ナリヤ將タ國際公安ニ關スル法律ナリヤヲ判定スルコトハ唯裁判官ノ自由ノ判斷ニ一任スルノ外ナシ而シテ裁判官カ之ヲ判斷スルニ當リテハ其法律ノ規定カ必スシモ強行的又ハ命令の性質ヲ有スルヤ否ヤノミヲ標準トスルコト能ハス宜シク此等ノ法律ノ精神及ヒ目的ニ徴シテ之ヲ判斷スヘキモノトセリ「ウエース」此等ノ法律之ヲ要スルニ國際公安ト國內公安トノ區別ハ畢竟問題ヲ以テ問題ニ答フルモノニシテ其意義ヲ爲サザルカ故ニ或ハ一案ヲ出シテ此區別ノ代リニ相對的の公安及ヒ絕對的の公安ノ名稱ヲ用ヒ所謂國際公安トハ内外人ヲ問ハズ絕對的ニ之

ヲ適用スヘキ公益規定ヲ云フニ外ナラザルカ故ニ之ヲ絕對的の公安ト稱シ所謂國內公安トハ唯國內國人ニ對シテノミ公安ト爲ルヘキ規定ナルカ故ニ之ヲ相對的の公安ト稱セントスル者アリ例ヘハ巴里大學教授「レ」ノ如キハ即チ是ナリ或ハ又此區別ヲ排斥シ凡ソ公安又ハ公ノ秩序ト云ヘハ唯一ニシテ二ナラス又彼ノ國際及ヒ國內公安ノ區別ハ主トシテ能力ニ關シテ發生スルカ故ニ身分能力ニ關スル規定ハ毫モ公安ニ關セズト主張シ其他ノ公序ニ關スル規定ハ皆内外人ヲ問ハズ適用セラレヘキモノトシ之ヲ單ニ公ノ秩序ニ關スル規定ト云ヘ「ウエース」トスル者アリ巴里大學教授「ビエ」ノ如キ即チ是ナリ「ウエース」我輩ノ見ル所ニ依レハ凡ソ公安又ハ公序如何ハ程度ノ問題ニシテ之カ爲スニ學理上一定ノ標準ヲ立ツルコト能ハスト雖モ我法例カ外國人ノ能力ニ付テ既ニ外國法ニ依ルヘキコトヲ認メタル以上ハ身分又ハ能力ニ關スル規定ハ通常法例第三十條ニ所謂公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ關スル規定ト看做サザルモノト論定セザルヘカラス果シテ然ラハ法例第三十條ニ所謂公序ト云フニ「ウエース」ト謂フヘシ唯如何ナル外國法ノ規定カ果

シテ我國ノ此ノ如キ公序又ハ善良ノ風俗ニ反スルヤ否ヤハ「ウエニス」云ヘルカ如ク我國法ノ精神若クハ目的ニ依リテ解釋スヘキモノニシテ裁判官ノ判定ニ一任スルノ外ナシ今假ニ國際公安ナル文字ヲ用フヘキモノトセハ裁判官カ法例第三十條ニ規定セル公ノ秩序ニ反スルモノト決定シタル外國法ヲ以テ國際公安ニ反スト云フニ過キヌ例ヘハ奴隸ノ如キ或ハ一夫多妻ノ如キ或ハ又不動產所有權禁止ノ如キ規定ハ何人モ法例第三十條ニ規定セル公ノ秩序ニ關スルモノト看做スカ故ニ之ヲ國際公安トシテ説明スヘキヤ或ハ法例第三十條ニ所謂公ノ秩序トシテ説明スヘキヤハ名稱上ノ問題ニ過キタレトモ我輩ハ法例第三十條ノ法文ニ依リテ之ヲ決定スルニ足ルコトヲ信スルカ故ニ故ラニ意義不正確ナル國際公安ナル語ヲ使用スヘキ必要ヲ認メサルモノナリ

第三章 反致法

反致法トハ獨逸語「レユ」ヲ「フェルワイズング」即チ「送リ返ス」ノ意義ヲ有スル術語ヨリ由來セシ原則ニシテ我國ノ國際私法の規定ニ於テハ外國ノ實質法ヲ以

テ準據法トセル場合ニ該外國ノ國際私法の規定ニ依レハ却テ我國ノ實質法ヲ以テ準據法トスルトキハ此反致ヲ認メ我國ノ實質法ヲ適用スヘキコトヲ定ムル規定ヲ謂フナリ蓋シ國際私法ハ内外諸國ノ實質的法律各其規定ヲ異ニスル結果トシテ發生スヘキ抵觸ヲ解釋スルカ爲メニ發達シ來リタルコトハ既に説明セシカ如シ然ルニ國際私法ハ今尙ホ幼稚ニシテ學說上ニ於テモ立法上ニ於テモ諸國ニ行ハルル主義區區一定スル所ナシ固ヨリ諸國ノ法學者ハ或ハ著書或ハ學會ノ決議ニ依リ諸國ノ立法者ハ屢列國會議ヲ開キ國際條約ニ依リ國際私法上ノ原則ヲ一定シテ各國共通ノ法則タラシメント企圖スルコト比年益々盛ナルモ尙ホ近キ將來ニ於テハ斯ル希望ハ實行セラルルノ希望少ク現在ノ有様ニテハ諸國ノ實質法相抵觸スルカ如ク諸國ノ國際私法モ亦各其規定ヲ異ニスシ相抵觸スル所アルヲ免レス而シテ此抵觸ハ主トシテ國際私法ノ一大原則タル屬人法ノ主義相異ナル點ニ存ス即チ我國ニ於テハ歐羅巴大陸諸國ト同シク當事者ノ本國法ヲ以テ屬人法トスルモ英米ニ於テハ當事者ノ住所地法ヲ以テ屬人法トセリ故ニ今假ニ我國ニ住居スル英國人ニ就テ考フルニ或法律關係ニ付

此決議ハ我法例ノ如キ國際の規定ニ依リ準據スヘキ法律ヲ指定スルニ當リ外國ノ國際私法の規定ヲ指定セスシテ外國ノ民法又ハ商法ノ如キ實質法ノ規定ヲ指定セザルヘカラストスルノ主義ナリ此點ハ我法例ニ於テモ亦同一ニシテ法例ニ本國法ト云ヒ或ハ住所地法ト云ヘル法ナル文字ハ皆其國ノ實質法ノミテ意味スルモノニシテ其國ノ國際私法の法律ヲ云フモノニ非サルナリ故ニ右ノ如キ決議ハ佛蘭西及ヒ伊太利ノ裁判例又ハ學說ニ於ケルカ如ク當事者ノ本國法ト云フ文字ハ唯リ其本國ノ實質法ヲ意味スルノミナラス又其本國ノ國際私法の規定ヲモ包含シタル規定ナリト解釋スル者ニ對シテ其解釋ノ不當ナルコトヲ明カニスルノ力アルモノナリ

今反致法ノ原則ニ對シテ最モ有力ナル反對說ノ大要ヲ述ブレハ元來身分及ヒ能力ハ本國法ニ依ルトノ規定ハ國家カ裁判官ニ命シタル法律適用ノ大原則ナレハ純然タル公法ナリ公法ハ其性質上絕對的ニ適用セラルヘキ強行の規定ナレハ其本國ノ法律如何ニ依リテ其適用ヲ異ニスヘキモノニ非ス且身分及ヒ能力ハ本國法ニ依ルヘキモノト規定シタル所以ハ立法者カ其性質上必ス本國法

ニ依ラサルヘカラサル必要ヲ認メタルモノナレハ當事者ノ本國ノ國際私法ニ於テ之ト異ナル主義ヲ探ルト否トニ拘ハラス絕對的ニ本國法ニ依ラサルヘカラス隨テ反致法ノ原則ヲ認ムルコトヲ得スト云フニ在リ此議論ノ一部分ハ極メテ正當ナリ何トナレハ一國ノ立法者カ國際私法の規定ヲ設ケルニ當リテハ他國ノ國際私法の規定ノ如何ニ拘ハラサルモノニシテ唯内外實質的法律ノ異同ヲ研究シ或ハ本國法或ハ住所地法ヲ適用スヘキモノト規定スルモノナルカ故ニ裁判官カ斯ル規定ニ從ヒ其適用スヘキ法律ヲ定ムルニ當リテハ外國ノ國際私法如何ヲ論セス唯内外實質法ノ中ニ之ヲ求メサルヘカラサレハナリ此點ニ付テハ反對說ハ極メテ正當ナルモ斯ル反對說ハ我國法例ノ如ク立法者自ら所謂反致法ノ原則ヲ認メ外國ノ國際私法の規定ノ如何ニ依リテ內國法律ヲ適用ヲ命シタル場合ニハ當ラサルハ駁論ナリ何トナレハ法例ハ通常ノ場合ニハ内外國ノ實質法ヲ基礎トシテ其適用スヘキ法律ヲ定メタルモノナレトモ或特別ノ場合ニ於テ其本國ノ國際私法の規定ヲ參酌シ其本國立法者カ住所地法タル我國ノ法律ニ依ルヲ以テ其外國人ノ能力ヲ定ムル正當ナルモノト認ム

ル如キ特殊ノ場合ニハ本國法ヲ適用スルベシトノ通則ヲ制限シテ内國法律ヲ適用スヘキモノトモカ故ニ裁判官カ斯ル規定ニ依リテ我國ノ能力ニ關スル法律ヲ適用スルハ即チ是レ我法例ヲ適用シタルモノニシテ外國ノ國際私法ノ規定ニ從ヒタルモノニ非サレハナリ

反致法ノ原則ニ付テ佛蘭西²ウエ³ニ其根據ヲ説明シテ曰ク國際私法ナルモノハ元來法律ノ抵觸ヲ解釋スルノ學問ナリ而シテ總テ法律ハ一方ニ於テ屬人的效力ヲ有シ他方ニ於テ屬地的效力ヲ有スル結果トシテ法律ノ抵觸發生スルモノナレハ各國ノ立法者ハ孰レカノ一方ニ重キヲ置キ他ノ一方ヲ犧牲トセタルヘカラス而シテ本國法主義ヲ採ル國ニ於テハ屬人的效力ニ重キヲ置キ屬地的效力ヲ犧牲ニ供シタルモノナリ然ルニ今當事者ノ本國ニ於テ屬人的效力ヲ付與セラルルコトヲ豫期セシテ屬地的效力タル住所地法ニ依ルヘキモノトセル以上ハ本國法ニ依ラサルモ決シテ法律ノ抵觸ナルモノ存在セサルナリ果シテ然ラハ本國法主義ヲ採リタル立法者カ其豫想セル屬人的效力ヲ付與スルニ必要存セサルカ故ニ法律ノ他ノ一面ノ效力タル屬地的效力ニ依リテ自國

法ヲ適用スルコト當然ナリトスト尙ホ一理由ヲ附加シテ曰ク此ノ如クシテ始メテ判決ノ同一ヲ期スルコトヲ得ルナリ何トナレハ若シ英吉利ノ如ク住所地法ヲ採ル國民ニ對シテ強ヒテ其本國法ヲ適用シ英國法ニ依リテ判決セハ英吉利ニ於テハ住所地法ヲ適用セサル判決ハ英國法ノ認メサル判決ナルカ故ニ之ヲ執行スルコトヲ許ササルコトト爲ルナリ且又若シ其訴訟カ英吉利ニ於テ起リタル場合ニハ住所地法タル内國ノ法律適用セラルルコトト爲ルヲ以テ内國ニ於テ裁判スル場合ニ於テモ等シク内國法ヲ適用スヘキモノトシ以テ其判決ノ同一ニ出ヅヘキコトヲ期セサルヘカラサルヲ以テナリ

尙ホ此反致法ノ原則ニ反對スル說ニ曰ク斯ル原則ヲ認ムルトキハ循環論法ニ陥リ途ニ適用スヘキ法律ヲ定ムルコト能ハサルニ至ルヘシ何トナレハ住所地ノ國際私法ハ本國法ニ依ルヘシト命シ其本國ノ國際私法ハ住所地法ニ依ルヘシト命シ互ニ其適用スヘキ法律ヲ他ニ讓ル結果トシテ途ニ適用スヘキ法律定マラサレハナリトレ⁴及ヒ⁵チ⁶ールマン⁷等此說ヲ唱ヘリ然ルニ此批難ハ其當ヲ得ス何トナレハ我國法例ニ於テ本國法ニ依ルヘキ場合ニ其本國ノ國際私法

カ住所法タル我國ノ法律ニ依ルヘキモノトセルトキハ則チ我法律ヲ適用ス
 (ヘシト規定セルヲ以テ適用セラルヘキ法律ハ直チニ茲ニ確定シ毫モ循環スル
 所ナケレハナリ又或ハ反致法ノ原則ニ反對シテ曰ク斯ル原則ヲ認ムルトキハ
 住所法主義ヲ維持セシムルノ便宜ヲ與フルモ、
 行ハルルニ至ルコトハ到底期スヘカラサルコトト爲ルノ弊アリト然ルニ此反
 對說モ亦當ラサルモノニシテ素ト此原則ヲ認ムル所以ハ住所法主義ヲ採ル
 國ノ爲メニ認ムルニ非スシテ本國法主義ヲ採ル立法者カ自己ノ便益ノ爲メニ
 之ヲ認ムルモノナルカ故ニ之カ爲メニ決シテ住所法主義ヲ獎勵ストノ批難
 ヲ來スヘキ理由ナキノミナラス此原則ノ如何ニ拘ハラシテ住所法主義ヲ
 認ムル國實際現存スル以上ハ斯ル國際私法ノ規定ノ抵觸ヨリ發生スル不便ハ
 二國立法權ノ範圍内ニ於テ出來得ヘキ限り之ヲ減少スルコトヲ期スヘキ必要
 アルヲ以テ予ハ毫モ此原則ヲ不當トスヘキ理由ヲ發見セサル者ナリ
 尙ホ終ニ注意スヘキハ法例第二十九條ニ依リテ本國法ノ代リニ我國法律ヲ適
 用スヘキ外國人ハ英吉利亞米利加丁扶諾威及ヒ南亞米利加諸國ノ如キ住所

法主義ヲ採ル諸國ニ屬スルモノナリ其他ノ外國人ニ付テハ本國法ノミニ依リ
 我國ノ法律ヲ以テ之ニ代フルコトナシ又法例第二十九條ニ依リテ我國ノ法律
 ヲ適用スヘキ機會ノ發生スヘキ事項ハ能力法例第三條婚姻同第一三條乃至第
 二六條親子同第一七條乃至第二〇條後見保佐同第二三條第二四條相續遺言同
 第二五條第二六條等ナリ

第二卷 國際民法

第一章 總則編

第一節 能力

能力ニ付テハ各國ノ法律區區ニシテ一定セサルヲ以テ斯ル抵觸ニ對シテ孰レ
 フ法律ヲ適用スヘキカノ問題ハ古來國際私法學者ノ最モ深ク研究セル所ニシ
 テ古今大ニ其法理ヲ異ニセリ今少シク能力ノ實質ニ付テ説明セントス
 抑モ能力ニハ權利能力ト行爲能力トノ區別アルコト以既ニ諸君ノ知ラルル所
 ナリ而シテ外國人カ我國ニ於テ如何ナル權利能力ヲ有スルヤノ問題ハ我國ノ

法律ニ依リテ之ヲ判決スヘキモノニシテ外國人カ我國法上如何ナル權利能力ヲ有スルヤハ既ニ前編ニ於テ之ヲ說明セリ故ニ茲ニ研究ヲ要スルモノハ唯行為能力ノミナリトス

現今ニ於テハ何レノ國ニ於テモ人ノ年齢、身體又ハ精神上ノ狀態等ニ據リ行為能力ノ有無ヲ定ムルト雖モ古代ニ在リテハ身分ト能力ト相待テ始メテ能力問題カ決セラレタリ蓋シ古代ニ在リテハ人事百般ノ關係ハ身分ヲ主トシテ定メタルモノニシテ身分ハ公法上ニ於テモ又私法上ニ於テモ極メテ重要ナル地位ヲ占メタルモノナリ隨テ國際私法上ニ於テモ身分ト能力トハ相離ルヘカラサルモノナルカ如ク考ヘ常ニ此二者ヲ相並ヘテ説明スルヲ以テ例ト爲セリ然ルニ近世ニ於テハ私法上ノ法律關係ハ概テ個人ノ意思又ハ契約ニ依リテ定マリ彼ノ「メイン」氏ノ言ヘル如ク社會ノ狀態カ身分ヨリ契約ニ進ミタルカ故ニ身分ハ親子、夫婦等ノ親族關係ヲ除ク外殆ト何等ノ意味ヲモ有セサルニ至レリ然ルニ彼ノ佛國民法ヲ首メトシ和蘭、伊太利等ノ法例、白耳義民法草案及ヒ我舊法例第三條ニ於テ人ノ身分及ヒ能力ハ云々ト規定シ或ハ英吉利、合衆國、佛蘭西、伊

太利等ノ諸學者カ常ニ其著書ニ於テ身分及ヒ能力ト並ヒ記セル所以ノモノハ一方ニ於テハ上述ノ如キ沿革的ノ慣習ヲ脱スルコト能ハサルト他ノ一方ニ於テハ此等ノ諸國ニ於テ親族關係ニ關スル國際私法の規定ノ欠缺セルカ爲メナリ故ニ我現行法例ニ於テハ斯ル意味ナキ文字ハ之ヲ排斥シテ單ニ能力ハ云々ト規定セリ茲ニ所謂人ノ能力トハ自然人ノ行為能力ヲ謂フモノニシテ自然人ノ權利能力ヲ謂フモノニ非ス又法人ノ行為能力ヲ謂フモノニモ非タルナリ人ノ能力ハ其本國法即チ當事者ノ屬スル本國ノ法律ニ依リテ之ヲ定ムトハ法例第三條第一項ニ認メラレタル原則ナリ抑モ人ハ能力ヲ有スルヲ以テ通則トスト雖モ種種ノ原因ニ依リテ完全ナル行為能力ヲ有スルコトヲ得サルコトハ各國法律ノ認ムル所ナリ故ニ能力ト云ヘバ則チ能力ノ有無ヲ豫想セル規定ニシテ諸國ノ民法ニ於テ人カ無能力者ト爲ルコトヲ認メタル原因ハ種種アリ

第一 年齢ニ基ク無能力者(未成年者)

第二 心神喪失ニ基ク無能力者(禁治產者)

第三 身體精神ノ不完全ニ基ク無能力者即チ心神耗弱者(盲者、聾者、啞者及

第七 浪費者軍禁治産者ニ基キ破産宣告ニ付テハ破産宣告後ニ於テハ破産ノ原因ニ因リテ向ホ此他刑罰ノ結果トシテ能力ヲ剝奪セラレタル者即チ刑事上ノ禁治産者或ハ政治上又ハ宗教上ノ原因ヨリ能力ヲ有セタル者アリ或ハ破産ノ宣告ニ因リテ能力ヲ制限セラルル者アリ此ノ如ク人ハ種種ノ原因ニ由リテ無能力者ト爲ルカ故ニ法例第三條ニ所謂能力ノ問題ヲ研究スルニ當リテハ先ツ此等各種ノ無能力ヲ包含スルモノナリヤ否ヤヲ考究セサルヘカラス

第一ニ宗教上又ハ政治上ノ原因ニ基キ無能力ハ我國法ニ於テハ之ヲ認メタルカ故ニ法例第三條ハ假ニ斯ル原因ニ基キ無能力ヲモ包含スルモノトスルモ法例第三十條ノ規定ニ從ヒ斯ル本國法ニ依ルコトヲ得サルモノナリ第二ニ刑罰ニ基キ無能力モ亦本國法ニ依ルコトヲ得サルモノニシテ後ニ禁治産ヲ説明スル際刑事上ノ禁治産ヲモ併セテ之ヲ説明スヘシ第三ニ破産ノ宣告ニ因ル能力

所有取得ノ如キ私法上ノ效力ヲ惹起スルコトヲ欲スルノ意思ナクシテ法律上一定ノ效力ヲ生スルニ足ル行爲及ヒ訴訟上ノ效力ヲ生スヘキ行爲即チ訴訟行爲ハ皆之ニ屬ス破産宣告前ニ於テ破産者ト第三者トノ間ニ繼續シタル訴訟カ其宣告ノ當時未タ終局セザル場合ニ於テ破産者カ管財人ノ訴訟ヲ受繼スルヤナニ爲シタル訴訟行爲ニシテ破産債權者團體ニ不利益ナルモノハ管財人之ヲ取消スコトヲ得ヘシ又積極的行爲ハ無論消極的行爲(不行爲)亦之ニ屬ス(破産宣告前ニ於テ破産者カ相續ノ承認ヲ爲ササルコト贈與ヲ受ケサルコト手段上ノ權利ヲ保全スルカ爲メニ必要ナル行爲ヲ爲ササルコト等)如キ不行爲ニシテ破産債權者團體ニ不利益ナルモノハ管財人之ヲ取消スコトヲ得ヘシ博義ノ權利行爲ニシテ不法行爲亦包含セラルルモノナリ(破産法案ニ於テハ權利行爲ニ換フルニ行爲ナル用語ヲ以テシタリ)内ニ於テ破産者カ破産ノ必要ナシ故ニ取消權ノ目的破産財團ニ關係ナキ破産者ノ行爲ハ之ヲ取消スノ必要ナシ故ニ取消權ノ目的タル權利行爲ハ破産財團ニ關係スルモノナリコトヲ要ス(破産法ノ目的)左ニ取消スコトヲ得ヘキ行爲ノ種類取消ノ手續取消ノ效力及ヒ取消權ノ消滅

ヲ略述スヘシ
 (甲) 取消スコトヲ得ヘキ行爲ハ、現行破産法ニ依レハ破産ノ效力トシテ取消スコトヲ得ヘキ行爲ノ外ニ尙ホ破産財團ニ對シテ當然無効ノ行爲アリ支拂ノ停止後又ハ支拂ノ停止前三十日以内ニ於テ破産者カ爲シタル破産債權者ニ損害ヲ及ホスヘキ行爲ニシテ法律上一定シタルモノハ當然無効ノ行爲ニシテ(商法第九九〇條)破産者カ其支拂ノ停止後破産宣告前破産財團ノ損害ニ於テ爲シタル行爲ニシテ相手方ノ支拂停止ヲ知リテ成立シタル者及ヒ日附ノ如何ニ拘ハラズ債權者ニ損害ヲ加フル目的ヲ以テ爲シタル行爲(商法第九九一條)第九六條)ハ取消スコトヲ得ヘキ行爲ニシテ又第三者ニ對抗スルニ登記ヲ要件ト爲ス權利ニ關シ支拂ノ停止後其取得ノ時ヨリ十五日以内ニ爲シタル登記ニ非ナルモノ(商法第九九二條)ハ當然無効ノ行爲ナリ(破産法案ニ於テハ斯ル區別ヲ設クスシテ總テ否認スルコトヲ得ル行爲トセリ取消權ハ彼ノ廢罷權ノ變體ナルヲ以テ立法上破産法案ヲ正當ナリト謂ハサルヲ得ス) 第一 支拂ノ停止後又ハ支拂ノ停止前三十日以内ニ於テ破産者カ爲シタル

破産債權者ニ損害ヲ及ホスヘキ行爲ニシテ法律上一定セル者カ破産ノ效力トシテ破産財團ニ對シ當然無効ナリ故ニ第一ニ支拂ノ停止後又ハ其前三十日以内ニ爲シタル債務者ノ行爲ナルコトヲ要ス是レ蓋シ斯ル破産者ノ行爲ハ其意思ノ善惡ニ拘ハラズ當然債權者ニ損害ヲ及ホスヘキモノナレハナリ(破産者ノ行爲カ民法上無効ナルトキハ商法第九百九十條ノ適用ナルコト勿論ナリ)第二ニ破産者ノ行爲カ債權者ニ完済ヲ得セシメサルノ原因ト爲ル意味ニ於テ債權者ヲ害スルコトヲ要ス是レ蓋シ債權者カ破産手續ニ從ヒテ完済ヲ受クルニ於テハ敢テ破産者ノ行爲ノ取消ノ必要ナキヲ以テナリ第三ニ破産者ノ行爲ハ其效力トシテ或人カ財産ヲ取得シ若クハ義務ヲ免レ以テ破産財團ヲ減少スルモノナルコトヲ要ス是レ蓋シ斯ル行爲ニ非ザレハ破産債權者ニ損害ヲ來スコトナケレハナリ而シテ現行破産法ハ此行爲ニ屬スル種類ヲ制限的ニ列記シ以テ解釋上ノ論争ヲ絶タント欲シタリ(商法第九九〇條)本條ニ所謂無償行爲ハ破産者カ自己ノ財産ヲ以テ他人ニ利得セシメント欲スル意思ヲ以テ爲シタル行爲例ヘハ贈與寄附無償的地上權ノ設定等ノ如キ

行爲ニ外ナラス無償行爲ト同視スヘキ有償行爲ハ破産者ノ受領スヘキ對價カ相手方ニ給付スヘキ目的物ノ價額ニ比シ甚シク低廉ナル行爲例ヘハ金千圓ノ實價アル土地ヲ金一圓ニテ賣渡シタルカ如キ行爲ニ外ナラス期限ニ至ラサル債務ノ支拂トハ破産者カ或債權者ニ特別ノ利益ヲ授與スル意思ヲ以テ未タ期限ノ到來セザル若クハ條件ノ成就セザル債務ニ付キ爲シタル辨濟ニ外ナラス期限ニ至リタル債務ノ代物辨濟トハ破産者カ或債權者ニ特別ノ利益ヲ授與スル意思ヲ以テ其同意ヲ得テ從來負擔シタル債務ノ目的タル給付ニ代ヘテ他ノ給付ヲ爲スニ依リ債務ヲ消滅セシムル行爲(民法第四八二條)ニ外ナラス從來負擔シタル債務ノ爲メ新ニ供スル擔保トハ破産者カ擔保設定ノ請求權ヲ有セザル或債權者ニ特別ノ利益ヲ授與スルノ意思ヲ以テ破産財團ニ屬スル財産ニ付キ設定シタル質權抵當權等ノ如キ一切ノ物上擔保ニ外ナラス(破産法案第八六條第四號第五號)但破産法案第八六條第五號ニ於テハ獨逸破産法第三十條第二號ト同シク善意ノ反證即チ債權者モ其行爲ノ當時支拂ノ停止若クハ破産ノ申立アリタルコト又ハ他ノ債權者ヲ害スヘ

キ事實ヲ知ラザリシ旨ノ反證アリタルトキハ否認ヲ爲スコトヲ得サルモノトシ以テ善意ニ破産者ト取引ヲ爲シタル債權者ノ利益ヲ保護シタリ) 第二 破産者カ其支拂ノ停止後破産宣告前破産財團ノ損害ニ於テ爲シタル行爲ニシテ相手方カ支拂停止ヲ知リテ成立シタルモノ及ヒ日附ノ如何ニ拘ハラス債權者ハ損害ヲ加フル目的ヲ以テ爲シタル行爲ハ破産宣告ノ效力トシテ之ヲ取消スコトヲ得故ニ前者ノ行爲ニ關シテハ第一ニ相手方カ債務者ノ支拂停止ヲ知リタルコトヲ要ス是レ蓋シ唯斯ル場合ニ於テノミ相手方カ破産者タル債務者ト共ニ破産債權者ニ對シテ不法ノ行爲ヲ爲シタルモノト謂フコトヲ得ヘキヲ以テナリ 第二ニ支拂停止後破産宣告前ニ於テ爲シタルモノナルコトヲ要ス是レ相手方カ債務者ノ支拂停止ヲ知リタルコトヲ要スルヨリ生スル當然ノ結果ナリ相手方ハ債務者ノ支拂停止前ニ於テ其支拂停止ヲ知ルノ理ナク又破産宣告後ニ在リテハ破産者ノ權利行爲ハ當然無効ナルヲ以テ破産宣告後ノ行爲ニ付キ取消スコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ヲ生スルノ理ナシ 第三ニ破産財團ノ損害ニ於テ爲シタルモノナルコトヲ要ス是レ蓋シ

破産者ノ行為カ破産財團ヲ減少スルコトナク隨テ破産債權者ニ不利益ヲ被ラシメタルトキハ敢テ破産者ノ行為ヲ取消スノ必要ナキニ依ル而シテ現行破産法ハ此行爲ニ關シ概括的ニ且消極的ニ前條ニ掲ケタルモノノ外債務者カ……爲シタル總テノ支拂及ヒ權利行爲(商法第九九一條第一項)ト規定シタリト雖モ概括的ニ且積極的ニ之ヲ言ヘハ商法第九九一條第一項ニ依リテ取消スコトヲ得ヘキ行爲ハ期限ニ至リタル債務ノ支拂破産者ノ義務ニ屬スル擔保ノ供與其他無償行爲ト同視スヘカラサル有償行爲ナルコト疑ヲ容レズ(破産法案第八六條第二號)破産法案第八十六條第三號ハ斯ル行爲ノ相手方カ破産者ノ直系血族配偶者兄弟姉妹又ハ家族ナルトキハ通常支拂ノ停止又ハ破産ノ申立アリタルコトヲ知リタルモノト推定シ其反證ナキ限ハ斯ル行爲ノ否認ヲ許シタリ又後者ノ行爲ニ關シテハ第一ニ破産者カ債權者ニ損害ヲ加フルノ意思ヲ以テ爲シタル行爲ナルコトヲ要ス斯ル意思ハ破産者カ其爲シタル行爲ノ效力ノ破産債權者ヲ害スルコトヲ確知セル場合ニ存ス是レ蓋シ斯ル意思ヲ以テ爲シタル行爲ハ甚タ不法ナル行爲ナルヲ以テ之カ取

消ヲ許スヲ正當トスルヤ當然ナルニ依ル而シテ破産債權者ヲ害スルノ意思ハ或債權者ニ特別ノ利益ヲ授與スルノ意思ト異ナルヲ以テ彼此混同スルコト勿レ又破産者ノ代理人カ取消スヘキノ行爲ヲ爲シタルトキハ破産債權者ヲ害スル意思ノ存否ハ代理人カ本人ノ指圖ニ從ヒ該行爲ヲ爲シタル場合ヲ除ク外代理人其モノニ依リテ之ヲ定ム(民法第一〇一條第二ニ破産債權者カ損害ヲ受ケタルコトヲ要ス是レ蓋シ破産債權者ニ實害發生セザルトキハ取消ヲ許スモ何等ノ實益ナク徒ニ手續ヲ煩雜ナラシムルニ過キテレハナリ)第三ニ破産者ノ行爲ニ因リテ利益ヲ受ケタル相手方カ其行爲ノ當時破産債權者ヲ害スル事實ヲ知リタルコトヲ要ス是レ蓋シ破産者カ詐害ノ意思ヲ有シ相手方カ之ヲ知ル場合ニ非テレハ法律上認容スルヲ得タル不法行爲ナルモノナケレハナリ破産法案第八五條第一號但破産法案ハ民法第四百二十四條ノ文例ニ依リタルヲ以テ相手方カ其善意ノ證明ヲ爲ス責任アリト論決セザルヲ得ス而シテ道ハ立證責任ノ法則ニ違背スル批難ヲ免レザルヘシ)而シテ現行破産法ハ破産法案ト同シク取消スコトヲ得ヘキ行爲ニ付キ限定スル所

ヲキテ以テ契約ノ如キ法律行為ハ勿論請求ヲ拋棄ノ如キ訴訟行為亦取消ノ目的タルコトヲ得又積極的行為ハ勿論時効ノ中断ヲ妨タルカ爲メニ中断ノ手續ヲ爲サナリシカ如キ消極的行為亦取消ノ目的タルコトヲ得ト論決セタルヲ得ス(家督相続ノ拒絕ハ財産ヲ取得セザルノ不行爲ナルヲ以テ債務者ノ資産ヨリ散失シタル財産ノ復歸ヲ目的トスル取消權ノ目的ト爲ラサルヘシ現行破産法ニ於テハ破産者カ破産債權者ヲ害スルコトヲ知リテ爲シタル家督相続ノ單純承認遺產相續又ハ包括遺贈ノ單純承認又ハ拋棄及ヒ特定遺贈ノ拋棄ニ付キ管財人カ財團ノ爲メニ取消スコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ニ關シ何等ノ規定スル所ナシ是レ立法上ノ缺點ナリ故ニ破産法案ニ於テハ第九十條乃至第九十五條ノ規定ヲ設ケテ斯ル缺點ヲ補ヒタリ)

債務ノ支拂ハ其債務ノ發生原因ノ如何ニ拘ハラズ原則トシテ之ヲ取消スヲ得ルコト前述ノ如シ然レトモ現行破産法ハ手形ノ支拂ニ關シ一ノ例外ヲ設ケタリ即チ手形ノ所持人カ手形義務者ニ對スル手形上ノ權利ヲ喪失スルモ非ナレハ破産者ト爲ルヘキ手形支拂義務者(振出人裏書人引受人及ヒ支拂人

ノ提供シタル手形ノ支拂ノ受領ヲ拒絕スルコト能ハサル場合ニ至リテハ其支拂ヲ手形所持者カ手形支拂義務者ノ支拂ヲ停止シタル事實ヲ知リタル一事ニ依リテ取消スヲ許サタルコト是ナリ是レ蓋シ斯ル支拂ヲ取消シ得ヘキモノトセハ手形所持人ニ對シ甚タ酷ニ失スレハナリ是ヲ以テ手形ノ支拂義務者カ支拂ヲ提供シタルトキハ拒絕證書ヲ作成スルコトヲ得ス隨テ又拒絕證書ヲ作成セザルトキハ前者ニ對シ償還請求ヲ爲スコトヲ得サル場合ニ於テ手形所持人カ受取リタル手形ノ支拂ハ其當時其義務者ノ支拂ヲ停止シタル事實ヲ知リタルカ爲メニ取消ナルルコトナシ拒絕證書ヲ作成ノ提供アル場合ニ於テ亦償還請求權ヲ喪失スルコトナクシテ提供セラレタル手形ノ支拂ノ受領ヲ拒絕スルコト能ハサルヘシ然レトモ拒絕證書作成後受取リタル手形ノ支拂若クハ拒絕證書作成期間後受取リタル支拂ハ原則ニ依リテ之ヲ取消スコトヲ得(商法第四八七條蓋シ前者ノ場合ニ於テハ既ニ償還請求權保全セラレ又後者ノ場合ニ於テハ既ニ償還請求權ヲ喪失セズタルヲ以テ償還請求權ノ喪失ニ關係ナク提供セラレタル手形ノ支拂ノ受領ヲ拒ムコトヲ得

第九九(商法第九九)條第二項、破産法案第八六條第一項(破産法案ニ於テハ相續財産ニ對シ破産ノ宣告ヲ爲スコトハ是認シタルヲ以テ相續財産ニ對スル破産宣告前ニ被相續人相續人相續財産管理人並ニ遺言執行者カ相續財産ニ對シテ爲シタル行爲及ヒ前戸主カ留保財産ニ關シテ爲シタル行爲ハ破産法案第八十五條及ヒ第八十六條ノ法意ニ依リ之カ否認ヲ許ス旨ヲ規定セラルヲ得ス蓋シ被相續人カ相續關係前ニ於テ破産財團ニシテ且相續財産タルヘキ財産ニ付キ爲シタル行爲相續人相續財産管理人並ニ遺言執行者カ相續開始後ニ於テ破産財團タルヘキ相續財産ニ付キ爲シタル行爲及ヒ前戸主即チ隱居者又ハ女戸主カ相續開始後ニ於テ破産財團ニ屬スヘキ留保財産ニ關シ爲シタル行爲ハ破産者カ破産宣告前ニ爲シタル行爲ト同視スヘキモノナレハナリ是レ破産法案第八十七條ノ規定アル所以ナリ)

第三 第三者ニ對抗スルニ登記ヲ要件ト爲ス權利ニ關シ支拂ノ停止後其取得ノ時ヨリ十五日内ニ爲シタル登記ニ非サルモノハ破産ノ效力トシテ破産財團ニ對シ當然無効ナリ是レ蓋シ破産ノ運命ヲ免ルコト能ハサル旨ヲ豫

知シタル債務者ハ其財産上ニ設定シタル質權抵當權等ノ登記ニ依リ賣力ノ不如意ナル事實ヲ公衆ニ表白シ社會ノ信用ヲ失フコトヲ恐レ債權者ニ乞フテ故ラニ登記ヲ遅延シ信用ヲ維持シ取引ヲ繼續シ以テ一時ノ彌縫策ヲ試ミタルモ其目的ヲ達セザルヨリ前ニ登記遅延ノ求ヲ認定シタル債權者ニ破産宣告ヲ受タル旨ヲ豫知セシメ以テ登記ヲ爲サシムルト同時ニ爾後取引ヲ爲シタル債權者ヲ詐害シ大ニ取引上ノ安全ヲ妨グル害毒ヲ防止スルニ在ルノミナラス斯ル求ニ應シタル債權者ニ對スル怠慢若クハ共謀ノ責罰トシテ登記ニ必要ナル時間即チ權利取得後十五日内ニ爲サザリシ登記ヲ無効トシ破産債權者團體ニ對シ效力ナキコト而モ無登記質權抵當權等カ第三者ニ對シ無効ナルト同一ノ效ヲ得セシムル法意ニ外ナラス

第三者ニ對抗スルニ登記ヲ要件ト爲ス權利ニ關シ支拂ノ停止後其取得ノ時ヨリ十五日内ニ爲シタル登記ト雖モ其日カ破産宣告以後ナルトキハ破産債權者團體ニ對シテ無効ナルコト言フ埃タス(商法第九九)條第九八五條第一項破産法案第八八條唯破産法案ニ於テハ第三者ニ對抗スルニ登記ヲ要件トスル權利ノ外尙ホ登録ヲ

要件トスル權利ヲモ包含セシムルカ爲メニ「第三者ニ對抗スルニ必要ナル行爲カ」ト規定シ善意ノ取引者ヲ保護スルカ爲メニ「惡意ニテ爲シタルモノナル」コトヲ要件トシ又假登記ハ「第三者ニ對シテハ本登記ト同一ノ效力ヲ有スル」キモノナルヲ以テ假登記後ニ爲シタル本登記ハ破産法案第八十八條第一項ノ規定ニ從ヒ之ヲ否認スルコトヲ得サル旨ヲ規定シタルノミ）

(乙) 取消ノ手續 現行破産法ニ依レハ前示第一及ヒ第三ノ行爲ハ破産債權者團體ニ對シ當然無効相對的無効這ハ商法第九百九十條財團ニ對シテハ當然無効タリ」ノ明文及ヒ商法第九百九十二條十五日ヲ過キタルトキニ限リ破産宣告ノ日ヲ登記ヲ爲スコトヲ得」ノ反對推理ニ依リ明白ナリナルヲ以テ管財人ハ斯ル行爲ヲ取消ス旨ノ意思ヲ別段ニ表示スルコトナク單ニ斯ル行爲ノ無効ナル旨ヲ主張シ以テ之ニ依リ散失シタル財産ヲ復歸キシムルコトヲ得ルト雖モ前示第二ノ行爲及ヒ破産法案ニ依レハ否認權ノ目的タル破産者ノ總テノ行爲ハ破産財團ニ對シ當然無効ナルニ非スレテ却テ管財人カ破産財團ノ爲メニ之ヲ取消若クハ否認スルコトヲ得ルニ止マルヲ以テ斯ル行

爲ニ關スル取消ハ管財人カ其旨ヲ相手方ニ表示シテ之ヲ爲ス而シテ破産者ノ行爲ニ關シ相手方カ執行力アル債務名義ヲ有シ又ハ強制執行若クハ假差押ニ基テ執行行爲アリタル事實ニハ取消權ノ主張ヲ妨クルニ足ラス蓋シ執行力アル債務名義ハ唯當事者間ニ於テ效力ヲ有スルニ過キサレハナリ破産法案第九五條「商法第九九一條第一項異議ヲ述フルコトヲ得破産法案第九六條(1)破産者ノ行爲ヲ取消又ハ否認權ハ破産債權者團體ニ屬スル權利ナリ故ニ取消權ハ唯破産債權者團體ノ機關タル管財人カ之ヲ行使スルコトヲ得ルノミ(2)取消ノ意思表示ハ其方式ニ關シ法律上別段ノ定ナキヲ以テ或ハ裁判外ニ於テ或ハ裁判上ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得而シテ取消ノ訴訟カ破産手續終結ノ當時未タ終結セザル場合ニ於テハ破産手續終結カ配當ナルト協議契約ナルトヲ區別シ前者ノ場合ニ於テハ管財人カ該訴訟ヲ續行スルノ權限ヲ有スルモノト謂フヘク(何トナレハ取消權ノ目的物ハ破産財團ニ屬スル財産ニシテ取消スヘキモノナレハナリ)後者ノ場合ニ於テハ取消訴訟ハ目的物ノ滅失ニ依リテ終結スト謂フヘシ取消權ハ破産債權者團體專屬ノ權利ナルヲ

ル負擔ナキ財産トシテ之ヲ取扱ヒ無償ニテ拋棄シタル權利ハ破産財團ノ爲
 ナニ之ニ對スル財産トシテ之ヲ取扱ヒ破産者カ免除シタル債務ハ破産財團
 ノ爲メニ存在スルモノトシテ之ヲ取立テ新ニ供シタル擔保ノ目的物ハ破産
 財團ノ爲メニ斯ル擔保ニ關係ナク之ヲ處分スルコトヲ得ベク又第三ノ行爲
 タル登記アルニ過キタル物權ハ破産債權者團體ニ對シ其效力ヲ全クスルコ
 トヲ得セシメス前示第二ノ行爲及ヒ破産法案ニ規定セル否認權ノ目的タル
 行爲カ取消サレタルトキハ其效果トシテ第一ニ相手方ハ破産財團ヲ行爲以
 前ノ原狀ニ回復セシムル義務ヲ負フニ止マリ行爲自體ヲ或ハ絕對的無效民
 法上ノ無效或ハ相對的無效ト爲スコトナシ(破産法案第九八條是レ蓋シ斯ル
 效果ニ依リテ破産債權者ノ共同ノ利益ヲ十分ニ保護スルニ足ルニ由ル故ニ
 原狀回復ノ請求ハ其性質上債權の請求ニシテ物權の請求ニ非ス又行爲自體
 ハ破産者ト其相手方トノ間ニ在リテハ取消ニ依リテ毫モ影響ヲ受クルコト
 ナシ是ヲ以テ(1)支拂期ニ至リタル債務ノ辨濟力取消サレタルトキハ相手方
 ハ其辨濟ノ目的物ヲ管財人ニ引渡シ若クハ給付スルコトヲ要ス但手形ノ支

拂ニ關シテハ例外トシテ之カ取消ヲ許サタルコト前述ノ如シ然レトモ之カ
 爲メニ管財人ハ何人ニ對シテモ何等ノ償還ヲ請求スルコトヲ得スト論決ス
 ルコト勿レ爲替手形ノ振出人カ振出ノ際振出委託者カ振出サシムル際又ハ
 約束手形ノ第一裏書讓渡人カ裏書讓渡ノ際手形ノ支拂義務者ノ支拂停止ヲ
 知リタルトキハ管財人ハ之ヲシテ破産者ト爲リタル該支拂義務者カ支拂ヒ
 タル金額ヲ償還セシムルコトヲ得例ヘハ此等ノ者ハ手形ノ支拂義務者ノ眞
 實ナル債權者ニシテ且支拂ヲ受ケタル者ニシテ所持人其他ノ裏書讓渡人ノ
 如キハ仲介者ニ過キタルヲ以テ手形ノ支拂義務者カ支拂ヲ停止シタル事實
 ナ知ルトキ即チ惡意ナルトキハ之ヨリ直接ニ有效ナル支拂ヲ受クルコトヲ
 得ス隨テ間接ニ亦之ヲ受クルコトヲ得サレハナリ小切手ノ支拂ニ關シテモ
 亦然ラン(商法第九九一條第二號破産法案第八七條第二項第三項但破産法案
 ニ於テハ約束手形ノ第一裏書人ニ關シテモ振出ノ當時惡意ナルコトヲ要件
 トシ又破産者カ參加支拂人ナルトキハ其性質上最終ノ償還義務者又一手形
 ノ振出義務者ヲシテ破産者カ支拂ヒタル金額ヲ償還セシムルコトヲ要ス

明示シタルヲ破産者ノ義務ニ屬スル擔保ノ供與カ取消シタルトキ例へハ質
 權抵當權カ取消シタルトキハ相手方ハ破産債權者團體ニ對シ擔保權ヲ主
 張スルコトヲ得ス故ニ相手方ハ管財人ヲシテ擔保權ノ目的物ヲ擔保權ナク
 シテ換價スルコトヲ得セシムルカ爲メニ登記取消ノ手續ヲ爲ササルヘカラ
 ス目的物ノ滅失毀損果實ノ返還其他費用ノ償還等ノ責任ニ關シテハ民法ノ
 規定ニ依リテ之ヲ定ム(民法第一九〇條第一九一條第一九六條)破産者ノ爲
 シタル有價行爲カ取消シタルトキハ即チ(ア)債權成立ノ行爲カ取消シタ
 ルトキハ相手方ハ破産手續ニ依リ其權利ヲ主張スルコトヲ得ス(イ)地上權地
 役權ノ如キ他物權ノ設定行爲カ取消シタルトキハ擔保權ノ設定行爲カ取
 消シタル場合ト同シク相手方ハ破産債權者團體ニ對シ斯ル他物權ヲ主張
 スルコトヲ得ス(前記(ウ)參照)權利移轉ノ行爲カ取消シタルトキハ相手
 方ハ其讓受ケタル權利ヲ破産財團ニ返還シ管財人ヲシテ之カ換價ヲ爲サシ
 ムルコトヲ要ス但現物ノ返還ヲ爲スコト能ハサル場合ニ於テハ之ニ相當ナ
 ル價額ヲ返還スルコトヲ要ス而シテ目的物ノ滅失毀損果實ノ返還其他費用

ノ償還等ノ責任ニ關シテハ民法ノ規定ニ從ヒテ之ヲ定ム(民法第一九〇條第
 一九一條第一九六條)破産法案第九十七條ノ規定ニ依レハ破産法案第八十五
 條第四號ニ掲ケタル行爲ニ因リテ利益ヲ受ケタル者カ其行爲ノ當時善意ナ
 リシトキ即チ破産者カ支拂ノ停止若クハ破産ノ申立アリタルコトヲ知ラザ
 リシトキハ其現ニ受ケタル利益ヲ償還スルヲ以テ足レリトセリ是レ民法第七
 百三條ノ適用ニ外ナラス第ニ破産財團ハ破産者ノ行爲ノ取消ニ因リテ不
 當ニ利得ヲ受ケタルコトヲ得ス故ニ(1)相手方ハ破産者カ受ケタル反對給付又
 ハ之ニ因リテ生シタル利益即チ反對給付ノ對價ニシテ取消ノ當時破産財團
 中ニ現存スルモノニ付キ自己ノ義務ノ履行ヲ提供シテ其返還ヲ請求スルコ
 トヲ得破産法案第九九條第三五條第五條(現物)ノ返還亦不當利得ヲ許サザル
 ノ法則ニ基クモノニシテ破産者ニ屬セザル財産ノ取戻ヲ目的トスル取戻權
 ノ法理ニ基クモノニ非ス蓋シ取消ハ尙ホ其所有權ヲ復歸セシムルノ效力ヲ
 有セザレバナリ而シテ反對給付カ破産財團中ニ現存セザルニ付キ即チ破産財
 團ニ於テ不當利得現存セザルトキハ相手方ハ其價額ノ償還ニ付キ破産債權

者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得又反對給付ノ價額カ破産財團中ニ現存スル利益ヨリ大ナル場合例ヘハ反對給付ノ價額カ千圓ニシテ反對給付ニ依リテ破産財團ニ生シタル利益カ五百圓ナル場合破産財團ニ於テ一部ノ不當利得現存スルトキニ於テ其差額ニ付キ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得蓋シ斯ル場合ニ於テハ取消ノ結果破産者カ破産宣告前ニ不當利得ヲ爲シタルモノト爲レハナリ但相手方カ行爲ノ當時善意ナリシ場合ニ限ル(惡意ナリシ場合ニ於テハ之ヲ保護スルノ必要ナシ)破産法案第九八條第二項(2)相手方カ破産者ニ對シテ有スル債權ハ之ニ對スル辨濟ノ取消ニ因リテ當然其效力ヲ回復ス故ニ相手方ハ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得該債權ヲ擔保スル權利即チ物上擔保權(質權、抵當權等)及ヒ對人擔保價保護亦然リ破産法案ニ依レハ管財人カ破産財團ノ爲メニ破産者ノ家督相続ノ單純承認ヲ否認シタルトキハ其效力トシテ破産者ハ破産財團ニ對シテ限定承認ヲ爲シタルモノト看做ス是レ蓋シ限定承認ハ相続人カ相続財産ニ於テノミ被相続人ノ債務及ヒ遺贈ヲ辨濟スヘキ義務アルニ過キサルヲ以テ破産者ノ限定承

認ハ破産財團ヲ害スルノ原因ト爲ラサルニ由ル(破産法案第九〇條第二項又相続財産ニ對シ破産ノ宣告アリタル場合ニ於テ管財人カ被相続人ノ行爲ヲ否認シタルトキハ之ニ因リテ得タル財産ハ先ツ相続債權者ニ辨濟ヲ爲シ次に尙ホ殘餘アルトキハ否認權ノ行使ニ因リテ前示ノ財産ヲ失ヒタル者ニ之ヲ返還スルコトヲ要ス而シテ斯ル財産ヲ失ヒタル者數人アルトキハ例ヘハ共有其權利ノ價額ノ割合ニ應シテ之ヲ返還スルコトヲ要ス是レ蓋シ被相続人ノ行爲ニ對スル否認ハ相続債權者ノ爲メニ之ヲ爲スモノニシテ又否認ノ結果行爲ノ目的タル財産ヲ喪失シタル者ノ利益ハ單ニ利益ヲ得ントスル受遺者ノ利益ロリモ之ヲ保護スルヲ正當ト爲スヲ以テナリ(破産法案第九九條第八七條)

(丁) 取消權ノ消滅 取消權ハ破産債權者團體ニ屬スル債權ナルヲ以テ(1)權利ノ拋棄(2)破産債權者團體ト相手方トノ和解(3)破産手續ノ終結(4)原狀回復ノ完了ニ因リテ消滅ス又破産法案ニ依レハ否認權ハ破産宣告ノ時ヨリ二年間之ヲ行ハサルトキ又ハ行爲ノ時ヨリ二十年ヲ經過シタルトキニ於テ消滅

（破産法案第九九條）民法第四二六條而シテ道ハ公益ノ爲メニ假ケラレタル權利行使ヲ除クハ、スル期間ニシテ民法上ノ時効ニ非ス蓋シ民法上ノ時効ハ破産法ニ於テ認めラレタル權利ニ適用セラシムルモノニ非サレハナリ是レ破産法案第九九條ニ於テ民法第四百二十六條ニ於ケルカ如クニ時効ニ因リテ消滅スト謂ハサル所以ナリ（破産法案第百條ニ依レハ破産宣告ノ時ヨリ六日以前ニ爲シタル行爲ハ支拂停止ノ事實ヲ知リタルコトヲ理由トシテ之ヲ否認スルコトヲ許サス是レ取引ノ安全ヲ確保スルカ爲メニ公益上必要ナル制限ナリ現行破産法ニ於テ斯ル趣意ノ明文ヲ缺クハ立法上ノ缺點ナリ）取消權ヲ講了スルニ際シ一言注意スヘキモノハ取消權ノ存否ハ破産裁判所所在地法ニ從ヒテ之ヲ定ムルコト是ナリ蓋シ取消權ハ其性質上執行ノ擴張ニ外ナラサレハナリ

(3) 破産者ノ訴訟行爲ノ續行ニ關スル破産ノ效力 破産財團ニ屬スル財産ニ關シ破産宣告ノ當時ニ繫屬セル訴訟ハ破産ノ宣告ニ因リテ之ヲ中斷ス又破産財團ニ關シ破産者ノ爲メニ爲ス強制執行ノ著手又ハ其續行ハ管財人カ之ヲ爲

ス是レ蓋シ破産者ハ破産財團ニ屬スル財産ノ管理及ヒ處分ノ權能ヲ喪失スル當然ノ結果トシテ斯ル財産ニ關スル訴訟行爲ヲ爲スノ能力即チ訴訟能力ナキニ至リタルノミナラス斯ル訴訟ノ結果ハ直接ニ破産債權者ニ損益アルモノナルヲ以テナリ故ニ

(甲) 破産宣告ノ時ニ於テ破産財團ニ關シ破産者ノ爲メニ繫屬セル訴訟即チ破産者ノ所有權他物權債權等ニ基ク訴訟カ破産手續ノ開始ニ依リテ中斷アリタルトキハ（民事訴訟法第一七九條）管財人ニ於テ民事訴訟法第百八十七條ノ規定ニ從ヒテ之ヲ受繼スルコトヲ得斯ル訴訟ニ於テハ其性質上相手方ニ訴訟ヲ受理スルノ權利ヲ認ムルノ必要ナキヤ言フ俟タズ）又ハ訴訟ノ相手方ニ對スル單純ナル拒絕ノ意思表示ヲ以テ（商法第九八五條第三項）……繼續……）之ヲ拒絕スルコトヲ得（破産法案第六八條第一項而シテ管財人カ斯ル訴訟ノ受繼ヲ遲滞シタルトキハ民事訴訟法第百七十八條第二項及ヒ第三項ノ規定ニ依リテ訴訟ヲ受繼セシムルコトヲ得破産法案第六八條第二項又管財人カ斯ル訴訟ノ受繼ヲ拒ミタルトキハ道ハ訴訟物ニ對スル破産債權者團體ノ破

産の差押權ノ拋棄ニ外ナラサルヲ以テ訴訟物カ破産財團ニ關係ナキ破産者
 ノ財産ト爲ル隨テ破産者又ハ相手方ニ於テ斯ル訴訟ヲ受繼スルコトヲ得破
 産法案第六八條第三項破産宣告ノ時ニ於テ破産財團ニ關シ破産者ニ對シテ
 繫屬セル訴訟即チ破産宣告後別除權取戻權又ハ財團債權タルヘキ權利ニ基
 ク訴訟カ破産手續ノ開始ニ依リテ中断アリタルトキハ民事訴訟法第一七九
 條管財人又ハ相手方ニ於テ民事訴訟法第一八七條ノ規定ニ從ヒ之ヲ受繼ス
 ルコトヲ得斯ル訴訟ニ於テハ其性質上相手方ニ訴訟ヲ受繼スルノ權利ヲ認
 ムルノ必要アルヤ言フ餘タズ而シテ此場合ニ於テハ相手方モ亦管財人ト同
 シク訴訟ヲ受繼スルコトヲ得ルカ故ニ管財人カ訴訟ノ受繼ヲ遲滞シタル場
 合ニ處スル手段ヲ慮カルノ必要ナシ(獨逸破産法第一一條第一項破産法案ニ
 於テハ唯相手方ノミニ訴訟ヲ受繼スルノ權利ヲ認メタルヲ以テ同案第六十
 九條第二項ノ規定アル所以ナリ)而シテ管財人カ訴訟物ヲ破産財團ニ屬スル
 財産トシテ取扱ハサル旨ノ意思ヲ表示シタルトキハ之ニ依リテ繫屬訴訟カ
 破産財團ニ關セサルノ效力ヲ生ス隨テ破産者又ハ相手方ニ於テ斯ル訴訟ヲ

報

○支拂拒絶證書作成免除ト償還請求ノ通知期間
 ハ所持人ハ通常満期日又ハ其後二日內ニ支拂拒絶證書ヲ作ラシメ且償還ヲ請
 求セント欲スル者ニ對シ拒絶證書作成ノ翌日マテニ償還請求ノ通知ヲ發シテ
 償還セシムルモノナレトモ(商法第四八七條第五二九條第五三七條償還義務者
 ニ於テ支拂拒絶證書ノ作成ヲ免除シタルトキハ其免除シタル者ニ對シテハ支
 拂拒絶證書ニ依ラスシテ償還ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルコト論ナキ所ナルモ(同
 第四八九條第五二九條第五三七條此場合ニハ償還請求ノ通知ヲモ發スルコト
 ヲ要セサルヤ否ヤ若シ之ヲ要スルトセハ何時ニ之ヲ發スヘキモノナルカニ付
 テハ多少疑アル所ニシテ或ハ支拂拒絶證書作成免除ノ效力ハ償還請求ノ通知
 ノ要件ヲモ免除シタルモノナリト爲セトモ此說ハ正當ノ解釋ト謂フコトヲ得
 サルヘシ然ラハ其通知ハ何時之ヲ發スヘキカ或ハ支拂拒絶證書ノ作成ヲ免除
 シタル以上ハ償還ノ通知ヲ發スル時期ニ制限ナシト言フ者ナキニ非サルヘシ

ト雖モ是レ亦穩當ノ説ニ非サルヘシ是ニ於テカ大審院ハ判決シテ同キ約束手形ノ所持人カ支拂ノ請求ヲ爲サントスルニハ手形ノ満期日又ハ其後二日以内ニ之カ請求ヲ爲スコトヲ得ヘク支拂拒絶證書作成ノ義務ヲ免セラレタルカ爲メ右期間ノ短縮ヲ來スヘキモノニ非ス隨テ振出人カ支拂ヲ爲ササルタメ所持人ニ於テ其前者ニ對シ償還ノ請求ヲ爲サントスルニハ満期日後三日即チ支拂拒絶證書作成期間ノ翌日迄ニ償還請求ノ通知ヲ發スルヲ以テ足ルヘク拒絶證書作成義務ヲ免除セラレタル場合ナルト否トニヨリ右期間ニ何等ノ影響ヲ及ホスヘキモノニ非サルナリ是故ニ原院カ同期日ヨリ二日後ニ發シタル本件償還請求ノ通知ヲ有效ナリト判決シタルハ相當ニシテ云云ト(大審院明治三十七年九月二十八日第一民事部判決)

○拒絶證書ノ要件存否ノ調査
拒絶證書ハ手形上ノ權利ノ行使ニ關シ又ハ質入證券ノ所持人カ辨濟期ニ至リ支拂ヲ受ケサル場合ニ於テ作成セシメ之ニ依リテ其重要事項ヲ證明スル唯一ノ要式證書ナルカ(商法第四六七條第四七二條第二項第四七五條第五〇〇條第四六七條第四八〇條第四八二條第二項第四

八七條第四九〇條第五〇八條第五二一條第五二四條第五一五條第三六八條此證書ヲ證據トシテ裁判上證明ノ具ニ供スルニ方リ若シ其證書カ要件ヲ具備セサルトキハ裁判所ハ職權ヲ以テ之ヲ調査スルコトヲ要スルカ換言スレバ拒絶證書ノ要件ノ具備セムヤ否ヤニ付キ被告力之ヲ争ハサルトキハ裁判所ハ取リテ以テ斷訟ノ用ニ供スルコトヲ得ルカ大審院ハ曰ク「拒絶證書ハ商法第五百十五條ノ規定ニ遵據シ作成セラレルニアラサレバ有效ナラサルコトハ上告所論ノ如シト雖モ同條所定ノ要件ヲ具フルヤ否ヤハ裁判所カ職權上調査スヘキ事項ニアラサルヲ以テ當事者ニ於テ其要件ニ缺タル所アル旨ノ事實ヲ主張セザル以上ハ裁判所ハ自カラ進ンテ之カ調査ヲ爲シ其無効ヲ判定スヘキ責ヲ負フモノニアラスト」(大審院明治三十七年四月二十六號第一民事部判決)

○破産財團ト訴訟上管財人ノ表示
破産財團カ訴ヘ又ハ訴ヘラルル場合ニ於テ管財人カ訴訟行為ヲ爲ス場合ニ關シ大審院ハ判決ヲ下シテ曰ク「凡ソ破産財團カ訴ヘ又ハ訴ヘラルル場合ニ於テハ其破産管財人カ之ヲ代表スルモノナ

掲クルノミヲ以テ足レリトセス少クモ破産者ハ何人ナルヤヲ知り得ヘキ程度ニ掲ケサルヘカラス何トナレハ破産管財人ノ氏名ノミニテハ何人ノ破産財團ナルヤヲ知ルニ由ナケレハナリ而シテ當事者ノ表示ハ訴狀ノ要件ニ係ルヲ以テ職權上調査ヲ遂クルニ被上告人カ第一審ニ提起シタル訴狀ニ於ケル當事者ノ表示ニハ原告株式會社東京明治銀行ト掲ケ其次項ニ右法律上代表者同銀行破産管財人松尾清次郎ト掲ケアリ而シテ茲ニ所謂右法律上代表者ノ數字ハ無意味ナルモ之レヲ省ケハ同銀行破産管財人タル松尾清次郎カ本訴ヲ提起シタル筋合ニ歸シ且其訴旨ニ於ケルモ該銀行ノ破産財團ノ管財人タル資格ニ於テ之ヲ代表シテ訴ヲ起シタル趣旨ニ外ナラサルコトハ一切ノ記錄ニ徴シテ自ラ明カナリ果シテ然ラハ右法律上代表者ノ數字ヲ挿入セシム所ハ穩當ナラサルモ當事者ノ表示ニハ敢テ欠缺アルニアラスト(大審院明治三十七年三月三十一日第二民事部判決)

●學生募集

本大學新學年授業ハ來九月十二日ヨリ開始ス入學志願者ハ速カニ申込ムヘシ學則入用ノ向ハ貳錢郵券ヲ送付スヘシ

●大學部

來九月新學年ヨリ新ニ講筵ヲ開ク中學校卒業者又ハ之ト同資格者ニシテ入學試験ニ及第シタル者又ハ他ノ同等學校豫科卒業者ヲ入學セシム

入學試験 來八月二十五日(午前七時)ヨリ施行ス

●專門部

法律科 實業科 入學試験來九月二日、十日、十月三日午前八時ヨリ施行ス

第貳年級編入試験 來九月一日(午前七時)ヨリ施行ス

●高等研究科

來十月ヨリ授業ヲ開始ス

●大學豫科

第貳期編入試験 來九月一日、十五日午前八時ヨリ施行ス

●聽講生

九月以後隨時入學ヲ許ス

東京市麴町區富士見町六丁目十六番地

七月

司法省指定
文部省認定

私立 法政大學

法學志林

每月一回十五日發行
定價一冊拾貳錢
郵費在內
寄閱者
郵費拾錢
共銀

第五十八號目次 (七月十五日發行)

- 行政裁判ト訴願トノ區別ニ付テ
法學博士 美濃部達吉
- 我國法上ニ於ケル物權契約續
法學博士 岡松參太郎
- 最近判例批評
法學博士 梅謙次郎
- 破産法上否認權ノ歸屬者ヲ論ス
法學博士 中村進午
- 停廢
法學博士 中村進午
- 代理商ノ留置權ト債權ノ辨濟期
法學士 松本添治
- 持分ノ全部ヲ讓渡シタル合名會社員
法學士 松本添治
- 會社並ニ第三者ニ對スル權利義務
法學士 松本添治
- 商法第七十一條ノ持分ト同第五十九
條ノ持分トノ差異
法學士 松本添治
- 他人カ犯罪ノ爲ニ基キ設定シタル抵
當不動産ノ競落人カ該不動産ノ所有
者ヨリ追奪セラレタル場合ニ於ケル
賠償責任者
法學士 板倉松太郎
- 表ノ責道具
秩父山人

其他判例、雜報、記事

(明治三十六年十月十二日 第三種郵便物認可)
每月一回 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

明治三十七年七月廿五日印刷
明治三十七年七月廿八日發行

(定價金貳拾錢)

編輯者 秋原敬之
發行者 東京市牛込區牛込北町十番地

印刷者 小宮山信好
東京市牛込區矢來町三番地

印刷所 金子活版所
東京市芝區西ノ久保明倉町十一番地

發行所 司法省 法定
法政大學
東京市麴町區富士見町六丁目十六番地
(電話番町百七十四番)