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

PDF issue: 2025-03-14

法政大學講義録

松岡，義正 / 加藤，正治 / 山田，三良

(出版者 / Publisher)
法政大學
(巻 / Volume)
3-32
(開始ページ / Start Page)
1
(終了ページ / End Page)
54
(発行年 / Year)
1904-08-28

（明治三十六年十月十二日第三種郵便物認可
毎月十四日二日三日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

明治三十七年八月二十八日發行

第三學年ノ三十二

法政大學講義錄

第百參號

和文洋書
法政大學
編輯局

法政大學發行

第三學年 第三十二號目次

商法海商（自一一七至一四〇）　法學博士　加藤正治

國際私法（自三〇一至三二四）　法學博士　山田三良

破産法（自四二九至四七六）　法學士　松岡義正

雜報

○質物ヲ以テスル辨濟○戸主死亡後ノ壻養子○民法施行前ノ指定家督相續人ト養子○再抗告棄却後ノ抗告

090
1904
3-1-32

ニ「利用ニ關スル事項ニ付テハ第三者ニ對シテ船舶所有者ト同一ノ權利義務ヲ有ス」ト曰ヘハナリ而シテ船舶ノ委付カ船舶ノ利用ニ關スル事項タルコトアルハ既ニ前節第五百五十三條ヲ說明スル段ニ於テ十分說述シタル所ナリ人或ハ賃借人ハ委付ヲ爲スコトヲ得ルモ其委付ノ目的物タルヤ賃借人カ當然處分シ得ル運送賃ノミニ限ルト爲ス者アリ（法學協會雜誌第二十一卷第十號市村學士論文然レトモ是レ非ナリ賃借人ト第三者トノ關係ニ於テハ第五百五十七條第一項ノ趣旨ニ從ヒ若シ委付ヲ爲ササレハ則チ已ム苟モ委付ヲ爲ス以上ハ第五百四十四條ニ列擧シタル財産ノ全部ナラサルヘカラス即チ船舶モ亦併セ委付セサルヘカラス何トナレハ法文ニ「船舶所有者ト同一ノ權利義務ヲ有ス」ト曰ヒテ賃借人カ委付ヲ爲ス場合ニ付キ特ニ何等ノ區別ヲ設ケサレハナリ

然リ而シテ船舶賃借人ト所有者トノ關係ニ於テハ賃借人ハ他人所屬ノ物ヲ當然委付スルコトヲ得ルヤ否ヤ是レ即チ問題ナリ此點ニ付テハ法文何等ノ規定スル所ナシ何トナレハ第五百五十七條第一項タルヤ賃借人ト第三者トノ關係ヲ規定シタルモノニシテ賃借人ト所有者トノ關係ヲ規定シタルモノニ非サレ

ハナリ蓋シ法文ニ第三者ニ對シテ云云トアルニ據リテ此點明瞭ナリ既ニ賃借人ト所有者トノ關係ニ付キ何等ノ明文ナシトスレハ全ク民法ノ賃貸借ノ規定ニ依リテ判斷セサルヘカラス然ルニ民法賃貸借ノ效力トシテハ賃借物ノ使用收益ノ權ヲ賃借人ニ認ムルニ止マリ賃借物ノ讓渡若クハ委付ノ如キ處分行爲ヲ當然認ムルモノニ非サルナリ故ニ賃借人ト所有者トノ間ニ明示若クハ默示ノ特約アレハ格別若シ然ラサルニ於テハ船舶賃借人ハ船舶所有者ニ對スル關係ニ於テハ委付ヲ爲スコトヲ得サルモノナリ故ニ賃借人ハ若シ委付ヲ爲スコトヲ以テ自己ノ爲メニ利益アリト信セハ委付ヲ爲ス前ニ當リ豫メ船舶所有者トノ間ニ交渉ヲ爲シテ其承諾ヲ經サルヘカラス然ルニ船舶所有者ニ於テ其承諾ヲ與ヘス又ハ承諾ヲ求ムル暇ナキニ因リ事後承諾ヲ求ムル考ニテ船舶ノ委付ヲ爲サントスル場合ニ於テハ賃借人ハ畢竟法律上又ハ契約上ノ權利ニ基キテ委付ヲ爲スニ非スシテ不法行爲トシテ委付ヲ爲スモノナリ故ニ船舶所有者ニ對シテ不法行爲ニ因ル損害賠償ノ責ニ任スヘキナリ

右ハ賃借人ト第三者若クハ船舶所有者トノ關係ナリト雖モ第三者ト船舶所有者トノ關係ハ如何即チ賃借人カ船舶ヲ利用セシカ爲メニ幾多ノ利害關係人ヲ生シ其利害關係人中第六章船舶債權者ノ中ニ規定シタル法定原因ニ基キ船舶ニ對スル先取特權ヲ取得スル者アルヘシ其先取特權ハ以テ船舶所有者ニ對シテモ亦效力ヲ有スルヤ否ヤノ點是ナリ元來純理ヨリ言ヘハ該債權者タルヤ船舶賃借人ノ債權者ニシテ船舶所有者ノ債權者ニ非サルカ故ニ其先取特權ヲ以テ船舶所有者ニ對抗シ得サルカ如シ然リト雖モ若シ此ノ如クンハ法律カ特種ノ債權者ヲ保護スル爲メニ特ニ先取權ヲ與ヘタル目的ヲ達スルコト能ハサルヘク其結果延テ航海業ノ進歩ヲ害スルニ至ルノミナラス元來船舶所有者ト雖モ既ニ船舶ヲ賃貸シ船舶ヲ利用スルコトヲ許シタル以上ハ其結果先取特權者ヲ生シ之カ行使ヲ對抗セラルルコトアルヲ豫想セシモノナリト謂ハサルヘカラス故ニ船舶ノ利用ニ付キ生シタル先取特權ハ船舶所有者ニ對シテモ亦其效力ヲ有セシメサルヘカラス然レトモ賃借人ノ船舶利用ノ方法カ其船舶所有者トノ間ニ締結シタル船舶賃貸借契約ニ違反シテ行フモノタルコトヲ先取特權者ニシテ既ニ之ヲ知レル場合ニ於テハ先取特權者ハ其權利ヲ以テ船舶所有者

ニ對シテ效力ヲ有スルコトヲ得サルモ爲メニ損害ヲ被ルコトナカルヘキナリ故ニ此場合ニ於テハ先取特權者ハ船舶所有者ニ對シテ其權利ヲ行使スルコトヲ得サルナリ(第五五七條第二項)

第三章　船長

第一節　船長ノ地位一般

船長ハ商法ノ意義ニテ之ヲ言ヘハ商行爲ヲ爲ス目的ヲ以テ航海ノ用ニ供スル船舶ノ指導者ナリ其地位ハ公私ノ二方面ニ分チテ之ヲ觀察スルヲ可トス

(一)　公法上ノ地位　船長ノ公法上ノ地位トハ船長ノ國家ニ對スル關係ナリ其關係モ亦二方面ニ分チテ觀察スルヲ可トス即チ一ハ船長ノ公法上ノ職務若クハ權限ニ關スル方面ニシテ他ハ船長タルニ要スル資格又ハ其取締ニ關スル方面是ナリ

(イ)　船長ノ公法上ノ職務並ニ權限ニ付テハ船員法其他ノ行政法規ニ依リテ定マル蓋シ船舶ハ陸地ヲ離レテ遠ク外洋ニ航行スルモノナルカ故ニ船舶内ノ平和秩序ヲ維持セシメンカ爲メニハ之カ指導者タル船長ニ多少ノ行政並ニ司法警察的ノ職務權限ヲ有セシムヘキハ當然ナリトス故ニ例ヘハ船内ニ犯罪者アリタルトキハ船長ハ司法警察官ノ職務ヲ行フ(刑事訴訟法第四八條)又船長ハ海員ヲ指揮監督シ且船中ニ在ル者ニ對シテ其職務ヲ行フニ必要ナル命令ヲ爲スコトヲ得(船員法第一三條)又船内ノ規律ヲ維持スル爲メニハ海員並ニ旅客ニ對シテ懲戒權ヲ行フコトヲ得(船員法第三六條以下)尚ホ其命令ニ服從セサル者アリテ必要ナル場合ニハ軍艦、地方官廳又ハ管海官廳ニ其援助ヲ求ムルコトヲ得此ノ如ク船長ハ公法上ヨリ來ル許多ノ職務並ニ權限ヲ有ス

(二)　(ロ)　他方ニ於テ船長自身ノ資格並ニ取締ニ關シテハ船舶職員法、海員懲戒法等ニ規定アリ蓋シ船長ハ船舶ノ指揮者ニシテ許多ノ生命、財産ハ擧ケテ彼レノ一身ニ委ネラルルモノナルカ故ニ船長タルニハ一定ノ試驗ニ及第シ海技堪能ノ者ナラサルヘカラス現行法ニ定メラレタル船長免狀ノ種類ニ甲種船長、乙種船長、丙種船長ノ三種アリ(船舶職員法第三條)又船長カ其職務ヲ行フニ

當リ不法ノ行爲アリタルトキハ其輕重ニ依リテ懲戒セラル(海員懲戒法第一條、及ヒ第二條)

以上ハ船長ノ公法上ノ地位ノ概要ナルモ詳細ハ行政法規ノ説明ニ讓リテ茲ニ之ヲ述ヘス

(二)私法上ノ地位　商法ハ即チ專ラ船長ノ私法上ノ權利義務ニ關係セル事項ニ付テ規定ヲ設ケタルモノトス然レトモ同一規定ニシテ公法上ノ目的ノ爲メニモ亦私法上ノ目的ノ爲メニモ必要ナルモノナキニ非ス隨テ商法中ノ規定ニシテ必スシモ唯リ私法上ノ權義ニノミ關スル規定ナリト解スヘカラス船員法中ノ規定ニ付テモ亦然リ其中ノ規定カ毫モ私法上ノ權義ニ關係ナシト謂フヘカラス唯其目的ノ輕重ニ從ヒ或規定ハ之ヲ船員法中ニ收メ或規定ハ之ヲ商法中ニ容レタリト解スルノ外ナク二者竝ヒ行ハレテ法ノ目的ヲ達スルモノト謂フヘキナリ

船長ノ私法上ノ關係ハ一ニ船長ノ一般ノ利害關係人ニ對スル關係、二ニ船長ノ船舶所有者ニ對スル關係、三ニ船長ノ積荷ノ利害關係人ニ對スル關係ノ三ニ分チテ説明スルヲ便宜トス

第二節　船長ノ一般ノ利害關係人ニ對スル關係

第一項　職務上注意ノ責任

商法第五百五十八條第一項ニ曰ク

船長ハ其職務ヲ行フニ付キ注意ヲ怠ラサリシコトヲ證明スルニ非サレハ船舶所有者、傭船者、荷送人其他ノ利害關係人ニ對シテ損害賠償ノ責ヲ免ルルコトヲ得ス

ト、本條ハ即チ船長カ其職務ヲ行フニ付キ船長トシテノ相當ノ注意ヲ怠リ爲メニ船舶所有者、傭船者、荷送人、旅客、海員、船舶債權者等ノ利害關係人ニ對シテ損害ヲ生シタル場合ニ直接ニ其賠償ノ責ニ任スル旨ノ通則ヲ定メタルモノナリ茲ニ所謂職務トハ頗ル廣キ書キ方ナルカ故ニ船長ノ有スル總テノ職務ト解スルノ外ナシ故ニ其範圍極メテ廣ク或ハ公法上ノ職務ニ屬スルモノアリ或ハ私法上ノ職務ニ屬スルモノアリ又私法上ノ職務ノ中或ハ技術上ノ勞務ニ屬スル

モノアリ或ハ法律行爲ニ關スルモノアリ又契約上ニ基クモノアリ又ハ法律上ヨリ直接ニ課セラレタルモノアリ其法律上ヨリ來ル職務ニ付テハ一定不變ナルモ契約上ヨリ來ル職務ニ在リテハ契約ニ依リテ其職務ノ範圍ノ廣狹ニ差異アルヘシ例ヘハ船舶所有者カ船長トノ契約ニ於テ其權限ノ範圍ヲ制限セル場合ノ如キ是ナリ斯ル場合ニ於テハ船長ト船舶所有者トノ關係ニ於テハ其狹キ範圍ノ職務ニ過キサルモ第三者ニ對スル關係ニ於テハ其職務ノ範圍タルヤ客觀的ニ法律上定メラレタル權限内ニ於テ船長ハ其責任ヲ負フモノト謂フヘシ然レトモ惡意ノ第三者ニハ同シク對抗シ得ヘシ(第五六七條(「ワグナー」海法論第三六九頁)今何カ故ニ船長カ斯ル責任ヲ負擔スルカ其責任ノ根據ヲ考察センニ

(1)船舶所有者ニ對シテハ船長ハ使用人トシテノ契約關係ニ立ツ故ニ船舶所有者ニ對シテハ船長ハ契約上ノ義務トシテ相當ノ注意ヲ加フル責任アルコト勿論ナリ

(2)積荷ノ利害關係人ニ對シテハ法律上ヨリ與ヘラレタル權限ニ依リテ積荷ノ處分ノ爲メニ直接ノ代理關係ニ立ツ(第五六五條)隨テ其代理權限ヲ執行スル上ニ於テ直接ノ責任ヲ負フヘキヤ勿論ナリ

(3)此他總テノ利害關係人ニ對スル關係ニ於テ船長カ若シ故意又ハ過失ニ因リ此等ノ者ニ損害ヲ加ヘタル場合ニハ民法不法行爲ノ原則ニ因リ直接ノ責任ヲ負フコトアルヘキハ勿論ナリ(「シャップス」海商註釋第一四三頁)

以上述ヘタル(1)乃至(3)ノ場合ニ在リテハ本條ノ有無ニ拘ハラス船長ハ既ニ此等ノ利害關係人ニ對シテ直接ニ損害賠償ノ責任ノ地位ニ立ツモノナリ唯本條アルカ爲メニ船長カ相當ノ注意ヲ缺キタルコトノ擧證ノ責任ノ上ニ於テ相手方ハ單ニ裨益ヲ蒙ルコトアルノミ何トナレハ法文ニ船長ハ注意ヲ怠ラサリシコトヲ證明スルニ非サレハト曰ヒテ相當ナル注意ヲ盡シタルコトノ擧證ノ責任ヲ船長ニ負ハシムレハナリ

故ニ此等ノ(1)乃至(3)ノ場合ニ在リテハ船長カ直接ニ損害賠償ノ責ニ任スル根據既ニ明カナルモ其以外ノ場合ニ於テ何故ニ船長ハ此ノ如ク直接ニ責任ヲ負フカ蓋シ船長ハ船舶所有者ニ對シテ直接ニ契約關係ニ立チコソスレ他ノ利害

關係人ニ對シテハ毫モ契約關係ニ立タサルモノナリ故ニ契約關係ヲ以テ船長直接ノ責任ヲ說明スルコト能ハサルナリ傭船者荷送人旅客等ノ利害關係人ニ對シテ直接ノ契約關係ニ立ツ者ハ船舶所有者彼レ自身ナリ船長ハ唯彼レノ代理人トシテ運送契約ヲ締結シ又ハ其履行ヲ完了セントスルモノナリ代理人ノ行爲ハ代理人カ直接ニ其責ニ任セスシテ本人カ其責ニ任スヘキハ勿論ナルカ故ニ船長ノ行爲ニ付テモ本人タル船舶所有者カ其責ニ任スヘキハ當然ナリ故ニ契約關係ヲ以テ船長カ傭船者以下ノ利害關係人ニ對スル直接責任ヲ說明スルコト能ハサルナリ然ラハ本條ノ船長ノ廣キ直接ノ責任ハ何ニ基因スルカ是レ全ク本條即チ法律ノ力ニ因リテ創設シタル直接ノ責任ト謂ハサルコトヲ得ス然ラハ何カ故ニ法律ハ此ノ如ク法律ノ力ニ因リテ船長ニ直接ニ責任ヲ負擔セシメタルカ蓋シ契約當事者タル船舶所有者カ既ニ船長ノ行爲ニ對シテ責任ヲ負フト雖モ其責任タルヤ有限ナリ(第五四四條)殊ニ船舶所有者カ負擔スル契約關係上ノ責任以外ニ於テ船長ノ行フ所ノ職務ノ範圍タルヤ頗ル廣大ナルカ故ニ契約關係上竝ニ船員ノ不法行爲ニ付テ船舶所有者カ第五百四十四條ニ依リ既ニ責任ヲ負擔セルニ拘ハラス之ト同時ニ船長ヲシテ本條ニ依リ彼レノ自家ノ頭上ニ直接ニ注意ノ責任ヲ負擔セシメ以テ彼レヲシテ十分ニ其注意ノ職責ヲ盡サシメンコトアラシメンカ爲メナリ(「シヤップス」海商註第一四五頁、「マヨーウエル」第一二版第五一二條第二卷第三二頁、「ワグナー」第三六六頁以下、「ポーエンス」第一卷舊獨第四七八條三一〇頁)

而シテ注意ノ程度ハ如何法文何等ノ明言スル所ナキカ故ニ船長トシテノ普通一般ノ相當ナル注意ト謂ハサルヘカス而シテ其注意ナルモノハ實際ニ當リタル各場合每ニ異ナルヘキモノニシテ敢テ客觀的ノ絕對ノ標準アルモノニ非サルナリ故ニ多クハ海員社會ノ技術的慣習ニ依リテ定マリ又商法ノ船員法其他ノ特別法令ニ於テ各場合ニ付キ特別ノ規定アルモノハ之ニ依ルヘキハ勿論トス例ヘハ船員法第十五條ニ謂フ所ノ「船舶カ港灣ヲ出入スルトキ、狹隘ナル水路ヲ通過スルトキ其他危險ノ虞アルトキハ船長ハ甲板ニ在リテ自ラ船舶ヲ指揮スルコトヲ要ス」ト云フ場合ノ如キ又ハ同法第十九條ニ所謂「船舶ニ急迫ノ危險アルトキハ船長ハ人命、船舶及ヒ積荷ノ保護ニ必要ナル手段ヲ盡シ且旅客、海員

其他船中ニ在ル者ヲ去ラシメタル後ニ非サレハ其指揮スル船舶ヲ去ルコトヲ得ス」ト云フ場合ノ如キハ之ニ從ヒテ其注意ヲ盡スヘキハ勿論ナリ又水先人ヲ附シタル場合ト附セサル場合又ハ强制水先人ヲ附シタル場合トニ付テハ船長ノ注意ニ差異アルヘキモ法律ニ明文アルモノハ格別然ラサレハ畢竟各場合ノ事實問題ニ歸スヘキモノトス(ボーエンス)第一卷第三一三頁要スルニ船長カ相當ナル注意ヲ盡スモ生シ得ヘキ損害例ヘハ不可抗力ニ因ル損害等ニ付テハ船長ハ固ヨリ賠償ノ責任ナキハ勿論ナリ

船舶所有者カ若シ船長ニ指圖ヲ與ヘ船長ハ其指圖ニ從ヒテ職務ヲ行ヒタル場合ト雖モ船舶所有者以外ノ第三者ニ對シテハ船長ハ前述シタル賠償ノ責任ヲ免ルルコトヲ得ス(第五五八條第二項)蓋シ船長ハ航海ニ關スル技術者ニシテ其職務ヲ行フニ付テ彼レ自ラ能ク其判斷ヲ爲スコトヲ得ヘク殊ニ前述シタル責任タルヤ法律上ヨリ直接ニ船長彼レ自身ノ頭上ニ課シタルモノナレハナリ故ニ船舶所有者ノ指圖ニ名ヲ籍リテ其責任ヲ免ルルコトヲ得ス但指圖ヲ與ヘタル船舶所有者ニ對シテハ其責任ヲ免ルルコトヲ得ルハ勿論ナリ尤モ縱令船舶所有者ノ指圖アリタル場合ト雖モ船長ハ技術者ニシテ能ク其指圖ノ危險ナルコトヲ知リ船舶所有者ハ非技術者ニシテ之ヲ知ラスシテ指圖ヲ與ヘタル場合ニ船長ハ故意ニ其指圖ニ名ヲ籍リテ其職務ヲ行ヒ爲メニ損害ヲ生シタル場合ニ船舶所有者ニ對スル賠償責任ヲ免ルルコトヲ得ルヤ否ヤ此場合ニ於テハ船長ハ第五百五十八條第一項ノ責任ヲ免ルルト雖モ民法ノ不法行爲ノ原則ニ依リ其責ヲ負ハサルヘカラス何トナレハ偶〻船舶所有者ノ指圖アリタルヲ機會トシテ故意ニ他人ノ權利ヲ害シテ損害ヲ加ヘタリト謂フコトヲ得レハナリ(シヤツプス)第一四五頁)

船長カ船舶所有者ノ指圖ニ從ヒタル場合ト雖モ船長彼レ自身カ第三者ニ對シテ其責任ヲ免ルルコト能ハサルハ前述シタルカ如シト雖モ此場合ハ船舶所有者彼レ自身モ亦第五百四十四條ニ依リ責任ヲ負擔スヘク殊ニ此場合ノ多クハ同條第一項但書ノ場合ニ相當シ船舶所有者ハ委付權ヲ行フコトヲ得ス無限責任ヲ負擔スルニ至ルヘキナリ

又第五百五十八條ニ謂フ所ノ船長ノ責任タルヤ常ニ無限責任ナルカ故ニ船舶

所有者同時ニ船長タル場合ニ於テハ第五百四十四條ニ依リ船舶所有者トシテ縱令委付權ヲ行ヒ得ル場合ト雖モ若シ船長トシテ其職務ヲ行フニ付キ注意ヲ怠ラサリシコトノ證明ヲ爲スニ非スンハ船長トシテ無限責任ヲ負擔スヘキナリ

以上ヲ以テ第五百五十八條ノ解釋ノ說明ヲ終レリト雖モ立法論トシテハ本條ハ頗ル議スヘキ點ナキニ非ス例ヘハ船長カ責任ヲ負フ相手方ノ範圍ニ付テモ獨商法第五百十二條第一項ノ如キハ特ニ指定シタル範圍ニ限リ殊ニ船舶債權者等ニ付テハ獨商法ノ議定ニ際シ第一讀回及ヒ第二讀回ニ於テ大ニ議論ノ存シタル所ナリシ(「マコーウエル」第五一二條)然ルニ我商法ハ單ニ「其他ノ利害關係人」ト曰ヒテ其範圍頗ル廣キニ過クルノ觀アリ又舉證ノ責任ニ付テモ獨商法ハ之ヲ賠償請求者ニ負ハシメタリ我商法カ免責舉證ノ責任ヲ船長ニ負ハシメタルハ畢竟斯種ノ舉證ヲ相手方ヲシテ爲サシムルハ頗ル困難ナルニ由ルモノナリ

第二項　海員監督ノ責任

海員ハ船舶所有者ノ使用人ナルカ故ニ海員カ其職務ヲ行フニ當リ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ船舶所有者其責ニ任スルコトハ既ニ第五百四十四條ニ於テ說明シタル所ナリ然ルニ商法第五百五十九條ハ船舶所有者ノ責任ト全ク分離シテ海員監督ノ責任ヲ船長ニ負ハシメタリ第五百五十八條ハ船長カ職務ヲ行フニ付キ他人ニ損害ヲ加ヘタル場合ニシテ第五百五十九條ハ海員カ職務ヲ行フニ付キ他人ニ損害ヲ加ヘタル場合ナリ此場合ニ海員自ラ責任ヲ負フヘキハ當然ナレトモ海員ハ資力無キ者ナルカ故ニ之カ監督ノ地位ニ在ル船長ヲシテ第三者ニ對シテ直接ニ責任ヲ負ハシメタルモノナリ而シテ舉證ノ責任ハ船長ニ在リテ自ラ監督ヲ怠ラサリシコトヲ證明セサルヘカラサルナリ尙ホ本條ノ責任ハ全ク民法第七百五條第二項ノ監督者ノ責任ト同一ノ理由ニ基ク但本條ノ責任ハ唯リ監督ノミニ關シ選任ニ付テノ責任ハ使用者タル船舶所有者カ負フヘキヲ當然トス外國ノ立法例トシテハ西班牙第六百十八條第四號及ヒ丁抹、

諸威第五十九條第二項ニ本條ト略ホ同趣意ノ規定アリ(リオン、カン及ルノー第三版第五卷第五二一號乃至第五五二號)

第三項　船舶ノ指揮ニ關スル義務

船舶ノ指揮ニ關スル義務ハ「ワグナー」ノ分類ニ從ヒ之ヲ二分シテ形式上ノ義務ト實質上ノ義務トス爲スヘシ形式上ノ義務トハ之ヲ怠ルカ爲メニ直接ニ利害關係人ニ損害ヲ生セスト雖モ或ハ後日事件ノ發生シタルニ際シ擧證ノ困難ヲ來シ或ハ國家行政上ノ取締ニ對スル怠慢ト爲リ遂ニハ航海其モノヲ成就スルコトヲ得サルノ結果ヲ生シ間接ニ利害關係人ニモ亦損害ヲ來スモノナリ實質上ノ義務トハ船舶(積荷乘組員旅客等)ノ安全ヲ計リ且航海ヲ成就スル爲メニ航海其モノノ實質ニ關シテ存スル義務ナリ

一　形式上ノ義務

形式上ノ義務トシテ商法カ規定シタルハ單ニ第五百六十二條ニ列擧シタル書類備附ニ關スル義務ノミナリトス同條ニ依レハ船長ハ常ニ船中ニ一船舶國籍證書二海員名簿三屬具目錄四航海日誌五旅客名簿六運送契約及ヒ積荷ニ關スル書類七稅關ヨリ交付シタル書類ヲ備ヘ置クコトヲ要ス船舶國籍證書ハ船舶ニ付テハ最モ重要ナル書類ニシテ之ヲ請受ケタル後ニ非スンハ船舶ハ日本ノ國旗ヲ揭ケ又ハ航行スルコトヲ得ス(船舶法第六條)而シテ船舶カ外國ニ航行セシ場合ニハ之ニ依リテ其船籍ヲ證明シ戰時ニ際シテハ中立國船舶ハ其證明ニ依リテ其捕拿ヲ免ル此他公法上ノ目的ノ爲メニ必要ナルノミナラス私法上ノ目的ノ爲メニモ亦大ニ其必要アリトス例ヘハ船舶ノ讓渡アリタル場合ニハ第三者ニ對抗スル要件トシテ登記ノ外ニ尙ホ其言ヲ國籍證書ニ記載スルコトヲ要ス(第五四一條)國籍證書ニハ如何ナル事項ヲ記載スルカ其要件竝ニ書式ニ付テハ船舶法施行細則第三條第三號書式ヲ參照スヘシ

海員名簿ハ船舶ノ乘組員ヲ記載シタル名簿ナリ船長自フ記載スルモノナルカ故ニ自己ノ姓名モ必ス之ニ記載スルモノト看テ「海員名簿ト曰ヒタルナリ屬具目錄ハ船舶ノ從物ト推定サルヘキ物ヲ記載スルモノニシテ(第五三九條)船舶ノ讓渡アル場合ノ如キハ之ト實物トヲ對比シテ船舶其モノノ價ヲ定ムルモノナ

ルカ故ニ之ヲ備ヘ置クコトノ必要ナルハ勿論トス航海日誌ニハ航海ノ發著里程、航路ノ變更、人命又ハ船舶ノ救助衝突其他ノ海難、海員ノ懲戒及ヒ處分船中ニ於ケル犯罪、出生、死亡其他異常ノ事實等ヲ記載スヘキモノニシテ總テ此等ノ事項ニ關スル後日ノ證據トシテ最モ重要ナルモノトス尚ホ海員名簿、屬具目錄、航海日誌、旅客名簿ノ調製ニ關スル書式竝ニ記載事項ハ明治三十五年十月遞信省令第四十八號ヲ以テ詳細ニ規定シタルカ故ニ之ニ從ヒテ調製スヘク船舶所有者又ハ船長ノ任意ニ之ヲ調製スルコトヲ得サルモノナリ

運送契約及ヒ積荷ニ關スル書類トハ例ヘハ傭船契約書、船荷證券ノ謄本、第五九〇條、第六二三條檢疫證書等ヲ謂フ稅關ヨリ交付シタル書類トハ納稅受取書其他積荷ノ輸出入ニ關スル書類ナリ

以上説明シタル書類ノ中屬具目錄、航海日誌、旅客名簿ノ三者ニ付テハ外國ニ航行セサル船舶ニ限リ命令ヲ以テ之ヲ備フルコトヲ要セサルモノト定ムルコトヲ得(第五六二條第二項)蓋シ外國ニ航行セサル船舶ハ船體モ大ナラス又航海日數モ餘リ多カラサルカ故ニ悉ク此等ノ書類ヲ備ヘ置カシメントスルハ少シク繁ニ失スルニ由ル然ルニ遞信省令ハ如何ニ之ヲ定メタルカト云フニ前掲三十五年省令第二條ニ依ルニ內國沿岸ノミヲ航行スル船舶ニ在リテハ航海日誌、旅客名簿ニ付キ所定ノ記載事項ヲ省略シテ簡約ナルモノヲ調製スルコトヲ得トシ又沿海航路ノミヲ航行スル船舶ニ在リテハ旅客名簿ヲ備ヘサルコトヲ得トシタリ

以上ノ書類ハ唯書類ヲ備附ケ置クノミニテハ不可ナリ記載事項ニ變更アレハ之ヲ訂正シ且追加ヲ爲スヘキハ勿論トス

二　實質上ノ義務

(1)　船舶及ヒ航海準備檢査ノ義務　船長ハ發航前ニ於テ船舶ノ航海ニ支障ナキヤ否ヤ其他航海ニ必要ナル準備ノ整頓セルヤ否ヤヲ檢査スル義務アリ(第五六一條)獨新第五一三條及ヒ第五一四條仍テ先ツ(イ)船舶其モノカ航海堪能ナルヤ否ヤ例ヘハ船舶ノ年齡、構造ノ健否等(ロ)屬具、積荷ノ揚卸ニ關スル諸器械其他當該航海ニ對スル器具機械ノ整頓セルヤ否ヤ(ハ)食料品、燃料、飲用水等ノ消費物ノ十分ナルヤ否ヤ(ニ)乘組員カ其員數及ヒ技術ニ於テ十分ナリヤ否ヤ(ホ)積荷ノ

積込ミ適當ナリヤ否ヤ例ヘハ積荷カ航海能力ニ比シテ過多ニ積込マレサリシヤ又過少ナリシトキハ底荷(バラスト)ヲ入レタルヤ否ヤ又積込ノ配置適當ナリヤ又積荷ノ動搖ヲ防キ又ハ濡損等ノ豫防十分ナリヤ燃燒物・爆發物等ノ積込ニ付テハ適當ノ注意ヲ與ヘタルカ又甲板ヘノ積込ハ海上慣習ノ適當ナル範圍ニ於テ爲シタルカ等ヲ檢査スルコトヲ要スルモノトス而シテ是レ皆發航前ニ於ケル義務ナリトス

(2) 在船ノ義務　船長ハ船舶ノ指揮者ナルカ故ニ航海中ハ勿論荷物ノ船積及ヒ旅客ノ乘込ノ時ヨリ荷物ノ陸揚及ヒ旅客ノ上陸ノ時マテ其指揮スル船舶ヲ去ルコトヲ得ス(第五六三條獨新第五一七條)蓋シ此ノ如クシテ始メテ能ク其職務ヲ盡スコトヲ得レハナリ舊商法第八百六十六條ニハ單ニ發航ノ始ヨリ終マテ船中ニ在ルコトヲ要スト曰ヒタレトモ荷物ノ船積・陸揚ノ如何ハ大ニ航海ノ安否ニ關スルモノナルカ故ニ其際ト雖モ船長ハ原則トシテ船舶内ニ在ラサルヘカラス尤モ在船ノ義務ト云フト雖モ單ニ船内ニ在リタルノミニテハ固ヨリ不可ナリ船内ニ在リテ船長トシテノ職務ヲ盡スヘキハ勿論ナリ故ニ獨逸法ニ

テハ之ヲ船舶監視ノ義務ト曰ヘリ此ノ如ク船長ハ當該航海企業ノ發端ヨリ船舶内ニ在ラサルヘカラスト雖モ絶對ニ此義務ヲ負ハシムルハ酷ニ失ス殊ニ荷物ノ船積及ヒ陸揚ナルモノハ長時日ヲ要スルモノニシテ大船ニ在リテハ長キハ十數日ニ亘ルモノトス此間船長ヲシモ毫モ上陸スヘカラスト爲スハ到底無理ナル注文ト謂ハサルヲ得ス仍テ法文ニハ二箇ノ例外ヲ認メタリ一ハ已ムコトヲ得サル場合例ヘハ病氣・官廳ノ召喚其他ノ事故ニ因リ是非トモ上陸スル必要アルトキノ如キ場合ニシテ二ニハ自己ニ代リテ船舶ヲ指揮スヘキ者ニ其職務ヲ委任シタルトキ是ナリ船長カ已ムコトヲ得サル場合ニモ多クハ自己ニ代リテ船舶ヲ指揮スヘキ者ニ職務ヲ委任シテ船舶ヲ去ルヘシト雖モ是レ必須ノ要件ニハ非ス何トナレハ法文ニ「已ムコトヲ得サル場合ヲ除ク外」ト云ヒテ已ムコトヲ得サル場合ニシテ且代リテ指揮スル者ヲ委任シ置クコトヲ命セサレハナリ故ニ法律ハ已ムコトヲ得サルト云フ要件ト代リテ指揮スル者ヲ委任シ置クコトノ要件トハ船長カ船舶ヲ去ルニ付テ二者合セテ必要トスル條件トハ見サルモノト謂フヘキナリ仍テ已ムコトヲ得サル場合ニ非スト雖モ自己ニ代リ

テ指揮スル者ヲ委任スレハ上陸スルコトヲ得ルモノトス然レトモ船長ハ常ニ船長トシテノ相當ノ注意ヲ要スルコトハ第五百五十八條ノ説明ニ於テ既ニ述ヘタル所ナリ故ニ縱令代人ヲ委任シタリト雖モ敢テ濫ニ上陸シ得ルモノト謂フヘカラス必ス注意ヲ用ヒ上陸ノ必要アル場合ニ於テ船舶ヲ去ルコトヲ要ス〔シャップス〕第一五七頁〕若シ船長カ已ムコトヲ得サル場合ニ何人ニモ委任ヲ爲サスシテ上陸シタルトキハ船員法第二十五條ニ依リ次席ノ者法律上ノ義務トシテ當然船長ノ職務ヲ行フモノトス

尤モ「已ムコトヲ得サル場合ヲ除ク外」ト云フ文字ヲ「自己ニ代ハリテ船舶ヲ指揮スヘキ者ニ其職務ヲ委任シタル後ニ非サレハ」ト云フ文字ニ直チニ接續セシメスシテ寧ロ之ヲ「其指揮スル船舶ヲ去ルコトヲ得ス」ト云フ文字ニ繫ルモノト解スルトキハ已ムコトヲ得サルト云フ要件ト代リテ指揮スル者ニ委任スルト云フ要件トハ船長カ船ヲ去ルニ付テ併セ要スル條件ナリト謂フコトヲ得ヘキモ邦文トシテ文理上此ノ如キ解釋ハ許スヘキモノニ非ス故ニ前段ノ如キ解釋ヲ採ルノ外ナシ

右ハ一般ノ場合ニ於ケル船舶ヲ去ルコトヲ得ルニ付テノ要件ノ説明ナルモ船員法第十九條ノ場合ノ如キ法律ニ特別ノ規定アルモノハ之ニ從フヘキハ勿論トス次ニ第百六十條ノ場合ト第五百六十三條ノ場合トノ區別ニ付キ一言スヘシ第五百六十條ノ場合ハ自己ニ代リテ船舶ヲ指揮スヘキ船長ヲ選任スルモノナルカ故ニ選任サレタル者ハ代リテ後任船長ト爲リ船舶所有者及ヒ第三者ニ對シテ船長トシテノ責任ヲ負フモノ爲リ故ニ舊船長ハ其選任ニ付テ船舶所有者ニ對シテ其責ニ任スルノミ然ルニ第五百六十三條ノ場合ハ一時船長ニ代リテ其職務ヲ執ルコトヲ委任シタルモノニシテ委任ヲ受ケタル者ハ委任事項ヲ處理スルコトヲ得ルノミニシテ船長ト爲リタルニハ非ス〔シャップス〕第一五七頁〕故ニ船舶所有者及ヒ第三者ニ對シテ責任ヲ負フ者ハ從來ノ船長彼レ自身ナリトス

(3) 航海成就ノ義務　船長ハ航海ノ準備カ終ハリタルトキハ遲滯ナク發航ヲ爲シ且必要アル場合ヲ除ク外豫定ノ航路ヲ變更セスシテ到達港マテ航行スルコトヲ要ス〔第六四條〕獨新第五一六條〕船舶カ發航ノ準備既ニ成リ法律上又ハ事

實上ノ故障ナキ限ハ船長ハ速ニ發航スヘキハ當然トス若シ天候其他ノ故障ニ因リ發航シ能ハサリシトキハ船長ニ於テ其擧證ノ責ニ任セサルヘカラス然ラスンハ利害關係ニ對シテ之ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ヲ免ルルコトヲ得ス（第五五八條）又既ニ發航シタル後ニ在リテモ海難其他ノ已ムコトヲ得サル場合又ハ法律ニ特ニ規定アル場合例ヘハ船員法第二十條ニ所謂船舶カ衝突シタルトキ互ニ人命及ヒ船舶ノ保護ニ必要ナル手段ヲ盡ストキノ如キ又ハ同第二十一條ニ所謂人命ヲ救フ爲メノ手段ヲ取ル必要アルトキノ如キ其他必要アル場合ヲ除ク外妄ニ航海ヲ中斷シ若クハ豫定ノ航路ヲ變更スルコトヲ得サルナリ而シテ航路トハ海圖其他海員社會ノ慣習ニ依リテ定マルヘキモノニシテ陸上運送ニ於ケル鐵道線路ノ如ク固定セルモノニハ非ス故ニ多少ノ動搖ハ免レサルモノナルモ西水道ヲ變シテ東水道ヲ取リ又ハ內海航路ヲ取ラスシテ土佐沖航路ヲ取ルカ如キ即チ航路ノ變更ト謂フヘキナリ而シテ航路ノ變更ハ海上保險契約ニ對シテ主トシテ影響ヲ與フルモノナリ（第六六三條）

發生スルトキハ當事者ノ意思如何ニ拘ハラス法律ノ規定ヨリ一定ノ債權債務ヲ發生セシムル場合アリ即チ事務管理不當利得及ヒ不法行爲ヨリ發生スル債權是ナリ

以上各種ノ債權發生ノ原因ノ中親族關係ヨリ發生スル債權ニ付テハ我法例ニ於テ特別ノ規定ヲ設ケタルヲ以テ他日親族編ノ準據法ヲ說明スルトキニ讓ル又物權關係ヨリ發生スル債權ハ主タル物權ト獨立シテ成立スルコトヲ得サル債權ナレハ物權ノ準據法ニ從フヘキモノニシテ茲ニ更ニ說明スルノ必要ナシ故ニ茲ニ債權トシテ攻究スルモノハ法律行爲ヨリ發生スル債權不法行爲不當利得及ヒ事務管理ヨリ發生スル債權ナリ前者ハ法例第七條及ヒ第九條後者ハ第十一條ニ之ヲ規定シタリ

法例第七條ニ規定セル法律行爲ニ付テ一言說明スヘキコトハ茲ニ所謂法律行爲トハ債權發生ノ原因タル法律行爲特ニ契約ヲ意味スルモノナリ我法例ニ於テハ物權ニ付テハ既ニ法例第十條ニ於テ其所在地法ヲ適用スヘキコトヲ規定シ婚姻養子緣組等親族法ニ依ルヘキ法律行爲若クハ相續遺言等相續法ニ依ル

ヘキ法律行爲ニ付テモ亦特別ノ準據法ヲ規定セリ且斯ル法律行爲ノ準據法ハ當事者ノ意思如何ニ因リ自由ニ之ヲ選定スルコトヲ得サルヲ以テ法例第七條ニ於テ特ニ法律行爲ニ付テ其準據法ヲ定ムヘキ必要アルモノハ一般ノ法律行爲ニ非スシテ唯債權發生ノ原因タルヘキ法律行爲ノミヲ意味スルモノト解セサルヘカラサレハナリ而シテ債權發生ノ原因タル法律行爲ハ通常相對的行爲タル契約ナリ又我民法ニ於テハ贈與モ亦一種ノ契約トスルカ故ニ此民法ノ趣旨ヨリ言ヘハ法例第七條ニ所謂「法律行爲」ノ代リニ「契約」ノ文字ヲ以テシ「契約ノ成立及ヒ效力ニ付テハ云云」ト規定スルモ敢テ不可ナルニ非サルモ他國ノ民法ニ於テハ贈與ヲ單獨行爲トシテ契約トセサルモノアルカ故ニ法例ノ規定トシテハ之ヲ契約ニ限ルコトヲ得サルナリ尙ホ其他ノ單獨行爲ニ付テモ亦同シ故ニ法例第七條ハ廣ク「法律行爲」ト云ヒ其單獨的タルト相對的タルトヲ問ハス苟モ債權發生ノ原因タル法律行爲ニ付テ其準據法ヲ定メタルモノナリ

第二節　法律行爲殊ニ契約ヨリ發生スル債權

現今諸國ノ民法上契約自由ノ原則ハ一般ニ認メラルル所ナリ隨テ國家ノ公益ニ反セサル限リ各人ハ如何ナル契約ヲ爲スモ全ク自由ナリ故ニ各國民法ノ契約ニ關スル規定ハ皆立法者カ之ヲ絶對的ニ强制スルコトヲ命スルモノニ非スシテ寧ロ當事者ノ意思カ明カナラサル場合即チ當事者カ明カニ特約ヲ爲ササリシ場合ニ一定ノ規定ヲ設ケ以テ當事者ノ意思解釋ノ標準ト爲スニ過キス此民法ニ於ケル契約自由ノ原則ハ國際私法上ニモ亦一般ニ認メタル所ナリ殊ニ「サビニー」カ强行法ト任意法トノ區別ヲ明カニシ任意法ノ規定ニ付テハ當事者ノ意思ヲ以テ之ト異ナル法律ニ依ルコトヲ得ルコトヲ明カニシタルヨリ以來契約ヨリ發生スル債權關係ニ付テハ當事者ノ自由意思ニ依リテ其準據法ヲ定ムルコトヲ得ヘシトノ原則ハ學說上ニ於テモ實際上ニ於テモ一般ニ認メラルルニ至レリ唯此原則ヲ認ムル立法例ニ至リテハ區區ニシテ或ハ佛國民法ノ如ク之ヲ消極的ニ認ムルモノアリ或ハ又之ヲ積極的ニ認メ契約ニ付テハ當事者ノ意思ニ依リテ準據法ヲ定ムルコトヲ得ルモノト明言スルモノアリ或ハ獨リ契約ノミニ限ラス廣ク法律行爲ノ準據法ニ付テ自由意思ヲ認ムルコト我法例第

七條ノ如キモノアリテ其體裁ハ一定セスト雖モ契約ヨリ發生スル債權ノ準據法ハ第一ニ當事者ノ意思ニ依リテ之ヲ定ムヘキモノトスルニ至リテハ即チ一致セリ而シテ當事者ノ意思ハ或ハ明示ナルコトアリ或ハ默示ナルコトアリ故ニ當事者ノ意思如何ヲ判定スルニ當リテハ其法律行爲ノ全體ニ付テ裁判官カ自由ニ之ヲ判定スヘキモノトス尙ホ如何ナル事項ニ付テ當事者カ自ラ其準據法ヲ定ムルノ自由ヲ有スルヤ否ヤニ付テハ法例第三十條及ヒ民法第九十條以下法律行爲ノ總則ニ依リテ之ヲ定ムヘキモノトス

然ルニ若シ當事者ノ意思明カナラサルトキハ何レノ法律ヲ以テ準據法トスヘキヤ即チ何レノ法律ヲ適用スルヲ以テ當事者ノ意思ニ最モ能ク適合スルモノト看做スヘキヤ此意思解釋ニ關スル問題ハ即チ玆ニ說明ヲ要スヘキ難問ニシテ學說上ニ於テモ又諸國ノ立法上ニ於テモ其主義一定セサル所ナリトス即チ或ハ行爲地法主義ヲ採ルモノアリ或ハ履行地法主義ヲ採ルモノアリ或ハ債務者ノ住所地法主義ヲ採ルモノアリ今左ニ其大要ヲ說明スヘシ

第一　履行地法主義

此說ハ契約ノ履行ハ債權終局ノ目的ナルカ故ニ當事者ハ履行ニ重キヲ置キタルモノト推定スルヲ以テ當然トス隨テ其債權ノ成立及ヒ效力ニ付テハ履行地法ニ依ルヲ以テ正當トスルモノナリ獨逸ニ於テハ「サビニー」以來近年ニ至ルマテ此主義ニ依レリ然ルニ契約ノ履行ハ當事者カ豫期セサル外國ニ於テ發生スルコトヲ得ルヲ以テ常ニ必スシモ當事者カ履行地ノ法律ニ依ルヘキ意思ヲ有シタルモノト推定スルコトヲ得サルノミナラス債務ノ履行地カ二箇以上アル場合ニハ何レノ履行地法ニ從フヘキヤ明カナラス且契約ノ履行ハ契約カ成立シタル後ニ始メテ知ルコトヲ得ヘキモノナルカ故ニ契約カ果シテ成立セリヤ否ヤヲ決スルニ當リ履行地法ニ依ルカ如キハ本末ヲ顚倒スルモノト謂フヘシ

第二　債務者ノ住所地法主義

此主義ヲ採ル者ハ曰ク債權ニ關スル規定ハ概子債務者ノ利益ノ爲メニ設ケタルモノナリ隨テ債務者ハ偶然外國ニ於テ債務ヲ負擔シタルカ爲メニ此保護ヲ失フヘキ理由ナキカ故ニ債務ヲ負ヒタル場所ノ如何ニ拘ハラス債權債務ノ關係ハ常ニ債務者ノ住所地法ニ依リテ之ヲ定ムヘシト此說モ亦中世以來行ハレ

タルモノニシテ近來ノ獨逸學者ハ概子此說ヲ採レリ然ルニ此主義ニ依ルトキハ雙務契約ノ場合及ヒ連帶債務ノ場合ニ於テハ債務者二人以上アリテ其住所ヲ異ニスルトキハ何レノ債務者ノ住所ヲ以テ準據法ヲ定ムヘキカ明カナラス且若シ債務者カ全ク住所ヲ有セサルトキハ之ヲ實行スルコトヲ得サルナリ況ヤ債權法ハ單ニ債務者ノ利益ノミヲ保護スルモノニ非スシテ又債權者ノ利益ヲモ保護スルモノナリ然ルニ債權ノ發生如何ニ拘ハラス常ニ債務者ノ住所地法ニ依ルヘキモノトスルカ如キハ債權者ヲシテ豫期セサル法律ニ從ハシムルモノニシテ其利益ヲ不當ニ抑損スヘキモノト謂フヘシ故ニ我法例ハ此主義ヲモ亦排斥セリ

第三　行爲地法主義

此主義ハ契約ヨリ生スル債權ハ其契約ヲ結ヒタル地ノ法律ニ依リテ定ムヘシトスルモノニシテ古來最モ廣ク認メラレタル原則ナリ現今ニ於テ佛、伊、白國、瑞等ノ裁判例又ハ立法例ニ於テモ一般ニ認メラレ又獨逸ノ二三學者ハ此說ヲ採レリ蓋シ當事者ノ意思カ分明ナラサルトキハ當事者雙方ニ共通ナル法律ハ唯此行爲地法アルノミ故ニ若シ反對ノ意思表示ナキ以上ハ當事者ハ其行爲地法ノ認ムル債權債務ヲ成立セシムルノ意思ヲ有シタルモノト推定スルヲ以テ正當トセサルヘカラス且此說ニ依レハ履行地法主義又ハ住所地法主義ニ伴フ所ノ種種ノ困難ハ毫モ發生セサルモノナリ何トナレハ法律行爲ノ地ハ當事者雙方ニ共通ニシテ且何レノ地カ行爲地ナリヤハ簡單且明確ニ之ヲ知ルコトヲ得ルカ故ナリ

此ノ如ク行爲地法主義ハ極メテ正當ナルモ之ヲ實行スルニ當リテ此主義ニ伴ヘル一ノ困難アリ即チ一箇ノ法律行爲ニ付キ二箇ノ行爲地法存スルカ如キ場合アルコト是ナリ詳言スレハ法律ヲ異ニスル地ニ在ル者カ法律行爲ヲ爲ストキハ其意思表示ノ通知ヲ發シタル地ヲ以テ其行爲地ト看做スヘキヤ又ハ其通知ヲ受ケタル地ヲ以テ行爲地ト看做スヘキヤノ問題是ナリ我法例ニ於テハ此問題ヲ解釋センカ爲メ特ニ一箇條ヲ設ケ單獨行爲ニ付テハ發信主義ヲ採リ當事者ノ意思表示ヲ爲シタル地ヲ以テ行爲地ト看做シ(第九條)又相對的行爲即チ契約ニ付テハ申込ヲ發シタル地ヲ以テ行爲地ト看做シ斯ル法律行爲ノ成立及

ヒ效力ハ申込發信地法即チ行爲地法ニ代リテ之ヲ定ムヘキモノトセリ尙ホ承諾者カ其當時申込ノ發信地ヲ知ラサルトキハ申込者ノ住所地ヲ以テ行爲地法ト看做スヘキモノトセリ(第九條第二項)是レ已ムヲ得サルノ規定ナリ

以上ニ述ヘタルカ如ク債權發生ノ原因タル法律行爲ノ成立及ヒ效力ニ付テハ當事者ノ意思ニ從ヒ其準據法ヲ定メ若シ其意思不明ナルトキハ行爲地法ニ依リテ之ヲ定ムヘキモノニシテ此規定ハ唯リ債權ノ成立及ヒ效力ノミナラス又其消滅及ヒ目的ニ付テモ適用セラルルモノナリ即チ債權ノ目的カ適法ナルヤ否ヤノ如キハ此準據法ニ依リテ之ヲ定ムヘキモノトス唯此點ニ付キ注意スヘキハ債權ノ準據法カ外國法ナル場合ニ若シ其債權ニ付キ我國ニ於テ訴訟ヲ起シタルトキハ更ニ我國法律ニ從フモ亦其目的ノ適法ナルコトヲ要スルコト即チ法例第三十條ノ制限ニ從フヘキコト是ナリ又債權ノ消滅原因ハ債權ノ準據法ニ依ルヘキハ當然ナレトモ消滅ノ一原因タル辨濟ノ手續若クハ方法例ヘハ金錢ノ債權ニ付テハ如何ナル種類ノ貨幣ヲ以テ辨濟スヘキヤ等ニ付テハ辨濟地ノ法律ニ從フヘキモノトス又債權ノ消滅ノ原因タル時效ニ付テハ少シク疑アリ何トナレハ我國ニ於テハ時效ハ債權消滅ノ原因ナルモ他國ニ於テハ或ハ之ヲ以テ單ニ訴權ノ制限トシ債權自體ハ尙ホ消滅セサルモノトスルモノアルカ故ナリ今左ニ少シク之ヲ說明セン

我法例ハ取得時效ニ付テハ特別ノ規定ヲ設ケタレトモ消滅時效ニ付テハ何等ノ規定ヲ設ケス然ラハ消滅時效モ亦債權自體ト同一ノ準據法ニ從フヘキモノナリヤ或ハ又之ト異ナル準據法ニ從フヘキヤノ問題發生ス此問題ニ付キ學說又ハ實際上ニ於テ種種ノ主義アリ其主ナルモノヲ擧クレハ四アリ

(一)　法廷地法主義　消滅時效ハ債權自體ノ消滅ヲ來スニ非スシテ唯一定ノ期限經過後ハ其訴權ヲ行使スルヲ得サルニ過キスト看做ス者ハ時效ハ唯訴訟手續上ノ制限ニ過キサルモノナルヲ以テ訴訟手續ハ法廷地法ニ從フトノ原則ニ依リ或債權カ時效ニ權リタルヤ否ヤハ專ラ法廷地法ニ依リ定ムヘキモノナリト主張ス斯ル說ハ英米ノ普通法ノ如ク單ニ出訴期限制限法ト認ムル諸國ニ於テ實際上行ハルル所ナリ然レトモ我國ノ如ク消滅時效ハ訴權ノ消滅ニ止マラスシテ債權自體ノ消滅ト認ムル以上ハ斯ル說ヲ採ルヲ得サルヤ明カナリ且英

米ニ於テモ漸ク斯ル主義ノ不當ナルコトヲ覺ルニ至リタル者少カラス例ヘハ「ウェストレーキ」「ホワートン」ノ如シ

(二) 履行地法主義　一部ノ學者ハ消滅時效ハ債權ノ履行ト最モ密著ナル關係ヲ有スルヲ以テ債權カ消滅セリヤ否ヤハ履行地法ニ依リ之ヲ定ムヘシト主張セリ此說ハ獨逸ノ裁判例ニ於テ認メラルル如ク債權自體カ元來履行地法ニ據ルトノ主義ヲ採ル國ニ於テハ之ヲ主張シ得ヘキモ債權自體ニ付テ行爲地法主義ヲ採ルニモ拘ハラス唯時效ニ付テノミ履行地法ニ據ルト云フハ甚タ其當ヲ失シタルモノト謂ハサルヘカラス(佛國ノ「レール」白耳義ノ「ローラン」等)

(三) 債務者ノ住所地法主義　一派ノ學者ハ時效ハ素ト債務者ノ利益ヲ保護スルヲ以テ目的トシ且此ノ如キ保護ハ一定ノ土地ニ永住セル者ニ對シテ制定シタルモノナルヲ以テ消滅時效カ完成シタリヤ否ヤハ專ラ債務者ノ住所地法ニ依リテ定ムヘキモノトセリ且說ヲ爲シテ曰ク若シ此ノ如クセサルトキハ債權發生地又ハ履行地ニ於テ時效ノ制度ヲ認メサル場合ニハ其債權者ハ債務者ノ住所地法ニ認メタル制限如何ニ拘ハラス何年後ニ於テモ常ニ債權ノ請求ヲ爲シ得ルコトト爲リ被告タル債務者ノ住所地ノ公安ヲ害スヘキ結果ヲ生スヘシト然レトモ斯ル說ハ其當ヲ得サルモノニシテ時效ノ制度ハ元來債務者ノ利益ヲ保護スルカ爲メノミニ非ス斯ル制度ハ國家カ司法權行使ノ制限ヲ目的トスルモノニシテ其結果債權者ノ權利行使ヲ制限シ債務者ノ利益ヲ保護スルニ過キサルカ故ニ債權發生地ノ如何ニ拘ハラス常ニ債務者ノ住所地法ニ從ハシムルカ如キハ甚タ理由ナキモノト謂ハサルヘカラス此說ハ獨逸ニ於テ最モ多ク行ハルル所ナリ

(四) 債權準據法主義　時效ハ債權消滅ノ一原因ニシテ債權發生ノ當初ヨリ當事者ノ豫期スルコトヲ得ヘキ所ナリ即チ當事者ハ其債權ハ唯債權ノ準據法ニ於テ認メラレタル範圍內ニ於テノミ成立シ存在シ且消滅スヘキモノト看做シタルモノナルカ故ニ消滅時效カ既ニ成立シタルヤ否ヤノ如キモ債權ノ準據法ニ據リテ之ヲ定ムルノ外ナキモノトス隨テ此主義ヲ採ルトキハ消滅時效ニ關シテ何等ノ特別ノ規定ヲ設クルノ必要ナシ我法例第七條ニ於テ消滅時效ニ關スル規定ヲ設ケサル所以ノ理由ハ即チ此主義ヲ認メタルカ爲メニシテ若シ當

事者カ其準據法ヲ定メタル場合ニ於テハ其債權モ亦斯ル準據法ノ範圍內ニ於テノミ存續スヘキモノト認ムルヲ以テ當事者ノ意思ト謂ハサルヘカラス若シ亦斯ル準據法ヲ選定セサル場合ニ於テハ當事者ノ意思ハ時效ニ付テモ亦行爲地法ニ據ルヘキモノトスルニ在リト推定セサルヘカラス何トナレハ消滅時效ハ債權ノ效力ニ關スルモノナレハナリ隨テ不法行爲不當利得事務管理ヨリ發生スル債權ニ付テモ亦其消滅時效ハ債權自體ノ準據法ニ依ルヘキモノト謂ハサルヘカラス唯茲ニ注意スヘキコトハ時效ノ制度ハ前述ノ如ク國家ノ司法權運用ニ關スル一ノ制限ニシテ公益ニ關スル規定ナルカ故ニ當事者ノ自由意思ニ依リテ此期間ヲ延長スルヲ得サルコト是ナリ隨テ當事者ノ選定シタル準據法又ハ行爲地法ニ於テ我法律ノ認ムル時效ヨリモ長キ期間ノ消滅時效ヲ認ムルトキハ法例第三十條ノ適用ニ依リ斯ル規定ハ適用スルヲ得サルモノナリ即チ如何ナル場合ニ於テモ消滅時效ハ我法律ノ認ムル期間ヨリ長キコトアリ得サルモノナリ之ニ反シテ若シ其期間カ我國ノ法律ニ認メタル期間ヨリモ短キ場合ニ於テハ故ラニ我法律ト同一ノ期間ニ延長スヘキ必要ナシ若シ此場合ニ我法律ノ期間經過スルマテ債權消滅セサルモノトスレハ債權ノ準據法ニ於テ既ニ消滅シタルニモ拘ハラス尙ホ我國ニ於テ其債權ノ成立ヲ認ムルモノニシテ凡ソ判決ハ權利ノ存在ヲ確定スルノミ新ニ權利ヲ付與スヘキモノニ非ストノ原則ニ反スヘキ結果ヲ來スヘシ是レ甚タ不當ナリト謂ハサルヘカラス

第三節　事務管理、不當利得及ヒ不法行爲ヨリ發生スル債權

此等ノ債權發生ノ原因ニ付テハ不法行爲ハ姑ク措キ他ノ二ニ付テハ諸國ノ法律ハ之ヲ準契約ト看做スモノ多シ隨テ契約關係ト同シク意思ノ合致ヲ推定シ若クハ意思ノ推定ニ出テタル規定ナリトセリ然ルニ此等ノ行爲自體ハ其實當事者間ニ意思ノ合致アルモノニ非ス唯其行爲者自身ニ於テ一定ノ結果ヲ豫期シタルモノト認ムルニ過キス故ニ國際私法的關係ニ於テハ之ヲ契約ト同一ノ原則ニ據ラシムルコトヲ得サルモノニシテ更ニ特別ノ準據法ヲ要スヘキモノナリ我法例第十一條ハ此等ノ原因ヨリ發生スル債權ハ其原因タル事實ノ發生

地法ニ據ルヘキモノトセリ此主義ハ諸國ノ立法上又ハ實際上ニ於テ最モ廣ク認メラルル所ニシテ先ニ契約上ノ債權ニ付テ述ヘタル如ク當事者ノ意思ニ依リテ選定スヘキ準據法カ存在シ得ヘカラサルモノナルヲ以テ其結果トシテ唯行爲地即チ事實發生地ノ法律ニ據ルコトヲ得ヘキノミナリ今事務管理又ハ不當利得ニ付テハ特ニ詳細ニ說明スルノ必要ナキモ不法行爲ニ付テハ唯其不法行爲地法ニ據ルトノミ概論スルコトヲ得サルカ故ニ左ニ少シク之ヲ研究セントス

元來不法行爲ハ債權發生ノ一原因タルコトハ諸國ノ法律ニ於テ認ムル所ナレトモ如何ナル行爲カ果シテ不法行爲ナリヤ否ヤハ各國法律ノ規定必スシモ一致セス一國ノ法律上不法行爲タルコトモ他國ノ法律ニ於テハ適法ノ行爲タルコトアリ又等シク不法行爲ト認ムルモ一方ニ於テハ其損害賠償ノ責任ヲ制限シ或ハ其方法ヲ異ニスルコトモアリ隨テ其適用セラルヘキ法律ノ如何ニ依リ不法行爲ヨリ發生スル債權債務カ大ニ異ナルニ至ル今此場合ニ先ツ注意スヘキハ不法行爲ハ犯罪ト異ナレトモ素ト斯ル規定ノ認メラルルニ至レル所以ハ

社會ノ秩序ヲ維持シ損害賠償ノ制裁ニ依リ不法行爲ナカラシメンコトヲ期スルモノナレハ所謂公ノ秩序ニ關スル規定ナリトス隨テ其行爲者ノ外國人タルト內國人タルトヲ問ハス苟モ我國ニ於テ我法律ノ認ムル不法行爲ヲ爲シタル以上ハ我法律ノ規定ニ從ヒ之カ損害賠償ノ義務ヲ負擔セサルヘカラス又之ト反對ニ苟モ我法律カ認メテ以テ適法ノ行爲,自由ノ行爲トスル行爲ハ縱令外國ノ法律ニ依レハ不法行爲ナルモ我國ニ於テ何等ノ責任ヲモ負擔セサルコトハ固ヨリ論ヲ俟タス隨テ不法行爲ニ關シテ國際私法的問題ノ發生スル場合ハ其行爲地ト其訴訟地ト相異ナル場合ニ於テノミ起ル例ヘハ外國ニ於テ行ヒタル不法行爲ニ付キ我國ニ於テ訴訟起リタル場合ニ如何ニシテ其債權債務ヲ定ムヘキヤト云フ場合ニ限ル此問題ニ付キ從來學說ノアル所ハ主トシテ二ナリ即チ行爲地法說及ヒ法廷地法說是ナリ

第一　法廷地法說

或學者ハ不法行爲ヨリ發生スル債權ニ付テハ專ラ法廷地法ニ依リテ定ムヘシト曰ヘリ其理由トスル所ハ不法行爲ニ關スル規定ハ最モ嚴正ナル强行法ニシ

ヲ他國ニ於テ效力ヲ有セサルト同時ニ外國ノ斯ル規定ハ內國ニ效力ヲ及ホスヘキモノニ非サルカ爲メナリトスルナリ此說ハ素ト獨逸ノ「サビニー」「ウエヒテル」氏等ノ主張スル所ニシテ獨逸ニ於テ一時行ハレタルモ今日ニ於テハ復タ斯ル說ヲ主張スルモノナシ何トナレハ內國法ノ不法行爲ト認メサル事ニ付テハ外國ノ行爲地法ニ於テ不法行爲ナルモ之カ救濟ヲ與フル能ハストスルハ固ヨリ正當ナレトモ行爲地法タル外國ノ法律ニ從ヒ適法ノ行爲ナルモ尙ホ內國ノ法律上不法行爲ナルトキハ其責任ヲ負擔スヘキモノトスルカ如キハ甚タ不當ナル結果ナルヲ以テナリ

第二　行爲地法說

歐洲大陸諸國ノ立法上及ヒ學說上ニ於テハ不法行爲ヨリ發生スル債權債務ハ其事實發生地即チ行爲地法ニ依リテ之ヲ定ムヘキモノトセリ此學說ハ二箇ノ原則ヲ根據トス第一ニ行爲地ニ於テ適法ナル行爲ハ何レノ地ニ至ルモ之ヲ不法行爲ト爲スコトヲ得サルモノニシテ隨テ之ニ對シテ損害賠償ノ債權發生スルコトナシトスルナリ第二ハ行爲地法ニ於テ不法行爲ナルトキハ玆ニ債權發生スルモノナルヲ以テ斯ル不法行爲ヨリ發生スル債權ハ既得ノ權利ニシテ隨テ何レノ國ニ於テモ既得權トシテ之ヲ保護セサルヘカラスト云フナリ第一ノ原則ハ固ヨリ正當ニシテ既ニ述ヘタル如ク或行爲カ不法ナリヤ適法ナリヤハ唯行爲地法ニ據リテノミ判定スヘキモノニシテ行爲地以外ノ法律ニ於テ不法ナルト否トハ固ヨリ問フ所ニ非サルナリ若シ斯ル原則カ認メラルルニ非スンハ各人ハ行爲自由ノ範圍ヲ知ルニ由ナキモノト爲リ法律的生存ヲ爲シ能ハサルニ至ルヘケレハナリ然レトモ第二ノ原則ニ至リテハ一理ナキニ非サルモ未タ直チニ之ヲ以テ絕對的ノ原則トスルヲ得ス何トナレハ國家ハ既得權ヲ保護スルノ必要アレトモ唯自國ノ公益ニ反セサル範圍內ニ於テノミ之ヲ保護スヘキモノニシテ苟モ內國ノ公秩、良俗ニ反スヘキ場合ニ於テハ縱令外國法律ノ規定ニ依リ既ニ權利發生シタル場合ニテモ內國ニ於テ之カ權利保護ヲ認ムルヲ得サルモノナレハナリ例ヘハ我舊版權法ニ於テハ飜譯ハ自由ニシテ飜刻モ亦適法ノ行爲ナリキ然ルニ今我國民カ外國ニ於テ斯ル行爲ヲ爲シ其行爲地法ニ據レハ僞版ヲ以テ論セラレ不法行爲トシテ義務ヲ負擔スヘキモノニテモ斯

ル債權ヲ我國ニテ行使セントスル者アルニ當リテハ我裁判所ハ斯ル權利ヲ認ムルコトヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス其他損害賠償ノ制限ニ付テモ亦同一ニシテ行爲地法ニ據レハ無限ノ責任ヲ負ハシムル場合ニ於テモ我法律ニテ一定ノ制限ヲ設クル限ハ此制限内ニ於テノミ保護ヲ請求シ得ヘキモノニシテ隨テ絶對的ニ行爲地法ニ據ルヲ得サルモノナリ

第三　行爲地法兼法廷地法主義

此主義ハ外國ニ於テ發生シタル不法行爲ニ付キ内國ニ於テ損害賠償ノ請求權ヲ行フ爲メニハ(第一)其行爲カ行爲地法ニ從ヒテ不法行爲タルコトヲ要シ(第二)其不法行爲カ法廷地法ニ從フモ亦不法行爲タルコトヲ要シ且(第三)法廷地法ノ認ムル範圍内ニ於テノミ之カ救濟權ヲ行フコトヲ得ルモノトスルナリ此主義ハ英米ノ學説及ヒ判例ニ於テ一般ニ認メラレタル所ニシテ不法行爲地法ト裁判所所在地法トノ相協合シタル範圍内ニ於テノミ債權成立シ且效力ヲ有スルモノトスルナリ此説ハ不法行爲ノ本質ト斯ル行爲ヨリ發生スル債權ノ保護トノ二箇ノ目的ヲ調和シタルモノニシテ最モ實際ニ適當ナル主義ナルカ故ニ歐

洲大陸ニ於テモ漸ク此主義ヲ認ムルニ至レリ獨逸民法編纂ノ際ニ於テモ第一草案ニハ歐洲大陸從來ノ行爲地法主義ヲ取リ第二草案ニハ之カ制限ヲ規定シ第三草案ニ至リ始メテ從來ノ行爲地法主義ヲ拋棄シ外國ニ於テ發生シタル不法行爲ニ付キ獨逸人ニ對シテハ獨逸法律ニ認メラレタル範圍ヨリハヨリ大ナル請求權ヲ行フヲ得スト規定シ唯内國法ノ認ムル範圍内ニ於テノミ行爲地法ノ規定ヲ適用スヘキモノトスルニ至レリ我法例第十一條第二項及ヒ第三項ニ於テハ獨逸法ノ規定カ内外人ノ保護ヲ異ニシタル弊ヲ覺リ被害者又ハ加害者ノ内國人タルト外國人タルトニ拘ハラス凡ソ不法行爲ヨリ發生スル債權ニ付キ其行爲カ我法律ニ據ルモ亦不法行爲ニシテ且我法律ノ認メタル損害賠償及ヒ救濟方法ノミヲ請求シ得ルモノトシ英米ノ學説及ヒ實例ヲ採用シテ之ヲ明文ニ揭クルニ至レリ斯ル規定ハ將來ニ於テ歐洲一般ニ認メラルルニ至ルヘキ傾向ヲ有シ彼ノ國際法協會ノ如キモ亦此趣意ト同一ノ規定ヲ議決セントスルニ至レリ

第四節　債權ノ讓渡

債權ハ其發生ノ原因如何ニ拘ハラス一タヒ發生シタル債權ハ既ニ其債權者ノ財產ニ屬スルモノニシテ隨テ一種ノ財產權トシテ債權者カ自由ニ之ヲ處分スルコトヲ得ルモノトスルヲ以テ原則トス固ヨリ古代ノ羅馬法ニ於テハ債權ハ他人ニ讓渡スコトヲ得ス唯委任ノ方法ニ依リテ讓渡ノ結果ヲ收ムルニ過キサリキ然レトモ近世諸國ノ法律ニ於テハ債權ハ尙ホ他ノ財產權ノ如ク之ヲ讓渡シ得ヘキモノトス唯例外トシテ或ハ其性質上ヨリ或ハ特別ノ規定上ヨリ讓渡シ得ヘカラサルモノヲ認ムルノミ如何ナル債權カ讓渡シ得ヘキモノナリヤノ問題ハ債權ノ準據法タル實質法上ノ問題ニシテ茲ニ之ヲ說明スルノ必要ナシ然レトモ債權ノ讓渡ナル行爲茲ニ謂フ所ハ債權者ノ任意ニ其債權ヲ他人ニ讓渡ス場合ヲ云フモノニシテ彼ノ相續法上ノ規定ニ依リ或ハ破產法ノ規定ニ依リテ債權カ一人ヨリ他人ニ移轉スル場合ヲ謂フニ非ス茲ニ所謂債權ノ讓渡ハ一種ノ契約關係ニシテ讓渡ノ目的タル債權ト獨立シタル債權關係ヲ發生ス隨テ債權ノ讓渡ナル行爲ハ普通ノ契約ト同シク其準據法ニ從フモノニシテ法例第七條ノ規定ニ據ルヘキモノナリ然レトモ債權ノ讓渡ハ此ノ如キ契約關係即チ讓渡人ト讓受人トノ間ノ法律關係ヲ生スルノミナラス更ニ讓受人ト第三者トノ間ニモ亦法律關係ヲ生ス第一ノ當事者ノ法律關係ニ付テハ法例第七條ノ原則ニ基キ其成立及ヒ效力ニ付テモ當事者ノ意思表示ナキトキハ行爲地法ニ據リテ之ヲ定ム然レトモ債權ノ讓渡ハ讓渡人ノ有スル債權ヲ讓受人ニ移轉スルモノニシテ其目的タル債權ニモ亦準據法アルヲ以テ債權讓渡ノ準據法ハ其目的タル債權自體ノ準據法ニ據リテ自ラ制限セラルル所アリ殊ニ目的ノ可能、不可能換言スレハ債權カ讓渡シ得ヘキモノナリヤ否ヤハ其目的タル債權自體ノ準據法ニ依リ定マルカ故ニ債權讓渡ノ準據法上其讓渡ノ有效ナルカ爲メニハ之カ目的タル債權ノ準據法ニ於テ讓渡シ得ヘキモノナラサルヘカラサルコト明カナリ然レトモ此ノ如キ關係ハ二箇ノ債權關係カ相關連セル結果タルニ過キスシテ法例第七條ノ規定ヨリ當然由來スヘキ結果ナルヲ以テ之ニ付テ特別ノ規定ヲ設クルノ必要ナシトス隨テ唯第二ノ關係即チ債權讓渡ノ第三者ニ

對スル效力ニ代テ特別ノ規定ヲ必要トスルノミナラ
抑モ債權ノ讓渡ハ當事者間ニ有效ナルノ一事ヲ以テ直チニ第三者ニ對シテモ
亦有效ナリトハ斷言スルヲ得ス何トナレハ何レノ國ノ法律ニ於テモ物權ノ移
轉ニ付キ一定ノ方式ヲ要スルカ如ク債權ノ讓渡ニ付テモ亦第三者ニ對スル有
效條件トシテ一定ノ公示方法ヲ必要トスレハナリ然レトモ凡テノ債權ニ付キ
皆此點ニ特別ノ規定ヲ要スルヤ否ヤヲ研究スルノ必要アルニ非ス唯記名債權
即チ普通ノ債權ニ付テノミ斯ル問題發生ス之ニ反シテ無記名債權ニ付テハ或
ハ之ヲ動產ト看做シ動產ト同一ノ規定ニ從ハシムルモアリ蓋シ斯ル債權ハ其
債權ヲ表示スル證書ト相離ルヘカラサル關係ヲ有ス隨テ債權ノ移轉ハ當事者
間ニ於テモ又第三者ニ對シテモ其證書自體ノ交付ニ因リテ成立スルモノナル
カ故ニ尙ホ動產ト同シク其所在地法ニ從フヘキモノニシテ茲ニ之ヲ論究スヘ
キモノニ非ス又指圖債權ニ付テハ其裏書ニ依リテ證書自體ヲ交付シタル後始
メテ讓渡カ成立スルモノナルヲ以テ當事者間ニ於ケル效力ト第三者ニ對スル
效力ノ間ニ何等ノ區別ヲ爲スヘキ必要モナキヲ以テ之ニ對シテモ亦讓渡ニ付

キ特別ノ規定ヲ要セス之ニ反シテ普通ノ債權即チ斯ル流通ノ性質ヲ有セサル
債權ニ付テハ或ハ債務者ノ承諾ヲ要シ或ハ債務者ニ通知スルコトヲ要シ又其
通知若クハ承諾ニ付キ確定日附ヲ要スルモノアリ又確定日附ヲ認ムルニ付キ
諸國ノ法律必スシモ一致セサルヲ以テ斯ル債權ノ讓渡カ當事者間ニ成立シタ
ル場合ニ債務者其他ノ第三者ニ對シテ債權讓渡ノ效力アリヤ否ヤ及ヒ何レノ
法律ニ據リテ之ヲ定ムヘキヤノ問題發生ス之ニ關スル學說又ハ立法例ヲ說明
スレハ凡ソ三主義アリ債權者ノ住所地法主義債權讓渡ノ行爲地法主義債務者
ノ住所地法主義是ナリ

第一　債權者ノ住所地法主義

此主義ハ債權ハ債權者ノ財產ヲ成スモノニシテ債權者ノ住所地ニ存在スルモ
ノナリ隨テ他ノ財產ト同シク之カ移轉ノ效力ハ其所在地タル債權者ノ住所地
法ニ依リテ之ヲ定ムヘキモノトスルナリ英米ノ判決例ニ於テハ斯ル說ヲ採ル
モノ少シトセス

第二　債權讓渡ノ行爲地法主義

此主義ハ債權ノ讓渡自體ハ行爲地法ニ從フモノナルカ故ニ債權讓渡ノ第三者ニ對スル效力モ亦之ト同一ノ法律即チ行爲地法ニ據リテ之ヲ定ムヘキモノトスルナリ然レトモ斯ル說ハ甚タ債務者ノ爲メ危險ニシテ債權ノ讓渡ハ債權者ノ自由ニ爲シ得ヘキコトナルヲ以テ何レノ地ニ於テ之ヲ讓渡スヤモ豫メ知リ得ヘカラサルコトナリ然ルニ如何ナル場合ニ於テモ債務者ハ常ニ讓渡地ノ法律ニ據リ支配セラルヘキモノトセハ自己ノ知ラサル間ニ債權ヲ移轉セラルル如キ危險ヲ負擔シ甚タ不當ナルモノト謂ハサルヘカラス米國ノ判決例ニ於テハ此行爲地法ヲ認ムレトモ例外トシテ行爲地カ若シ外國ニシテ債務者カ內國人ナルトキハ讓渡ノ效力ハ裁判所所在地法即チ米國ノ法律ニ依リ之ヲ定ムヘキモノトセリ斯ル例外ヲ認ムルハ即チ其說ノ債務者ニ危險ナルヲ證明シテ餘アリト謂フヘシ

第三　債務者ノ住所地法主義

債權ノ讓渡ハ一定ノ方式ニ從フヘキモノトスル所以ハ主トシテ債務者ノ安全ヲ保護スルカ爲メニシテ債務者カ自己ノ承諾セサル又ハ通知ヲモ受ケサル場

破產法案第二四五條第三ニ破產者ハ協諧契約ヲ提供シ(商法第一〇三八條、破產法案第二八六條其他管財人ノ計算ニ付キ異議ヲ申立ツルコトヲ得(商法第一〇四八條、破產法案第一六四條)又破產者ハ破產ノ目的ヲ達スルニ必要ナルコトニ共助スヘキ義務ヲ負フ隨テ一方ニ於テハ破產財團ニ屬スル總テノ財產ヲ提出シ他ノ一方ニ於テハ破產財團カ常ニ正當ナル破產債權者ニ對スル辨濟ニ供セラルルコトニ注意スルノ義務ヲ負フ是ヲ以テ第一ニ破產者ハ裁判所及ヒ破產主任官ニ對シ其求ニ因リ破產手續上ノ關係ニ付キ眞實ナル說明ヲ爲ササルヘカラス(商法第一〇二二條、破產法案第一一八條第二ニ破產者ハ管財人ノ執務ヲ補助スルノ義務ヲ負フ(商法第一〇一四條破產法案第一八二條)第三ニ破產者ハ屆出債權ニ付キ意見ヲ述フルコトヲ要ス(商法第一〇二五條第一項、破產法案第二二七條)

商事會社ニ對スル破產ニ在リテハ其機關(例ヘハ取締役淸算人ノ如キ)カ破產者ノ權利ヲ行使シ又破產者タル義務ヲ履行スルコト他ノ訴訟手續ニ於ケル場合ニ異ナラス其他ノ法人ノ破產(破產法案ニ依リ破產ノ宣告アリタルトキ)ニ在リ

ヲ亦然リ(破産法案ニ依リテ無能力者ニ對シ破産ノ宣告アリタルトキハ其法定代理人カ破産者ノ權利ヲ行使シ又其義務ヲ履行シ相續財産ニ對シ破産ノ宣告アリタルトキハ相續人、其代理人ト看做スヘキ遺言執行者(民法第一一一七條)又ハ其他民法ノ規定ニ從ヒ相續財産ヲ代表スル者殊ニ相續財産ノ管理人カ破産者ノ權利ヲ行使シ又ハ其職務ヲ履行ス(破産法案第一一八條)

第三章　破産手續ノ進行

狹義ノ破産手續規定卽チ破産手續ニ特別ナル規定(廣義ノ破産手續規定ハ破産手續ニ特別ナル規定ノ外ニ尙ホ破産手續ニ準用セラルヘキ民事訴訟法ノ規定ヲ包含ス)ニハ他ノ訴訟手續規定ト同シク總則ト特則トノ二者アリ總則ハ之ヲ(一)干渉主義及ヒ任意的辯論(二)不服ノ申立(三)公告、送達及ヒ通知トシ特則ハ之ヲ分チテ(一)破産ノ宣告手續、破産債權及ヒ破産財團ノ確定手續(三)破産ノ終結手續ト爲スコトヲ得先ツ總則ヲ略述シ次ニ特則ヲ略述スヘシ

第一節　總則

(一)　干渉主義及ヒ任意的辯論　破産手續ニ在リテハ通常訴訟ト異ニシテ原則トシテ干渉主義ヲ採リ不干渉主義ヲ採ラサリシ故ニ破産裁判所ハ法律上特ニ當事者ノ申立ヲ要スル旨ノ明文ナキ限ハ職權ヲ以テ破産手續ヲ進行セシメ且必要ナル調査ヲ爲スコトヲ要ス殊ニ證人、鑑定人ノ訊問等ノ如キ事實發見ニ必要ナル證據調ヲ爲ササルヘカラス是レ獨逸ノ「コーレル」氏カ破産手續ハ審問的性質ヲ有スト曰フ所以ナリ(破産法案第一一〇條)

破産手續ニ在リテハ裁判所ハ口頭辯論ヲ經スシテ裁判ヲ爲スコトヲ得(商法第九七八條第二項、破産法案第一〇七條、民事訴訟法第五四三條第三項)此意味ニ於ケル口頭辯論ヲ學說上任意的口頭辯論ト稱ス其性質ハ審問的手段タルニ止マリテ判決裁判所ニ於ケル口頭辯論(學術上必要的口頭辯論)(民事訴訟法第一〇三條)ノ如ク當事者カ裁判ノ基礎タル陳述ヲ爲スカ爲メニ出頭スル形式ニ非ス故ニ裁判所ハ當事者カ口頭辯論ニ於テ爲シタル陳述ノミヲ裁判ノ基礎ト爲サス

シテ却テ破産記錄ニ存スル他ノ事項ヲ斟酌スルコトヲ得ヘシ又破産手續ニ於ケル口頭辯論ハ任意的辯論ナルヲ以テ破産手續ニ關スル裁判ノ形式ハ決定ナルコト言ヲ俟タス此ノ如クニ破産手續ニ關スル口頭辯論ハ任意的辯論ニシテ又破産手續ニ關スル裁判カ決定ナルハ蓋シ當事者ノ實體的權利ニ付キ裁判スルモノニ非サレハナリ

(二)　不服ノ申立　破産手續ニ關スル裁判ノ形式ハ決定ニシテ判決ニ非サルヲ以テ其之ニ對スル不服申立ノ形式カ抗告ナルコトハ疑ナシ而シテ破産ハ前述ノ如ク一般的强制執行ナリ故ニ破産法ニ於テハ民事訴訟法第五百五十八條ニ於ケルト同シク即時抗告ヲ以テ破産手續ニ關スル裁判ニ對スル不服申立方法ト爲シタリ(商法施行法第一三八條第二項、商法第九八三條、破産法案第一〇九條、民事訴訟法第四六六條)通常ノ抗告ハ破産訴訟ニ於テ爲シタル裁判ニシテ破産法ニ基カサルモノ例ヘハ民事訴訟法第二百九十四條、第三百二條、第三百二十九條等ニ規定セル裁判ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得(破産法案第一〇五條)抗告ヲ爲ス權利者ハ法律上別段ノ規定ナシト雖モ管財人(破産財團ノ爲メニ又ハ報酬額

ノ決定ノ如キ自己固有ノ利益ニ關スルモノノ爲メニ各破産債權者及ヒ破産者ナルコト疑ナシ蓋シ此等ノ者ハ裁判ニ付キ利害關係ヲ有スレハナリ但申請却下ノ裁判ニ對シテハ唯申請者ノミカ利害關係者ニシテ抗告ヲ爲ス權利ヲ有スルコト言ヲ俟タス

適法ナル抗告ノ申立ハ決定ノ形式的確定力ノ發生ヲ遮斷スルノ效力ヲ有ス(民事訴訟法第四九八條第二項、破産法案第一〇九條)元來破産手續ニ關スル裁判ハ其之ニ對スル不服申立ノ爲メニ規定セラレタル不變期間ヲ徒過スルニ因リテ形式的確定力ヲ生ス(民事訴訟法第四九八條第一項)故ニ適法ナル抗告ノ申立アリタル時斯ル確定力ノ發生ヲ遮斷スルヤ當然ナリ而シテ決定ハ民事訴訟法ニ依レハ(民事訴訟法第四六〇條)其形式的確定ヲ要セスシテ執行ノ效力ヲ有ス然レトモ商法施行條例第二十五條ニ依レハ(商法施行法第一四七條民事訴訟法第四百六十條第一項及ヒ第二項ノ規定ハ破産手續ニ適用ナキヲ以テ現行破産法ノ解釋トシテ總テ破産手續ニ關スル決定ハ原則トシテ其形式的確定力發生前ニ於テハ執行ノ效力ヲ有セスト謂ハサルヲ得ス故ニ特ニ破産ノ宣告ハ假執行

ヲ爲スコトヲ得ト規定シ(商法第九八一條)以テ債務者カ破産宣告ノ未タ確定セサルヲ奇貨トシ財産ヲ隱匿シ或ハ甲債權者ヲ利シ乙債權者ヲ害スルカ如キ偏頗ノ行爲ヲ爲シ債權者ヲ害スルノ弊害ヲ防止シタリ此ノ如ク決定ノ執行ニ關シ破産法ノ採ル法則ト民事訴訟法ノ採ル法則ト互ニ相異ナルコトハ立法上不當ナルヲ以テ破産法案ニ於テハ此點ニ關シテハ全然民事訴訟法ノ採ル法則ヲ是認シ破産手續ニ關スル決定ハ其形式的決定力發生前ニ在リテモ之ヲ執行スルコトヲ得セシメタリ(破産法案第一〇九條但抗告裁判所ノ決定ニ關シテハ特ニ裁判所ニ於テ直チニ執行ノ效力ヲ有スヘキ旨ヲ表示セサル限ハ形式的確定力發生後ニ非サレハ執行ノ效力ヲ有セサルモノト規定シタリ(破産法案第一一九條是レ蓋シ破産宣告ノ決定ヲ變更シ若クハ破産ノ申立ヲ却下シタル決定ヲ變更シタル抗告裁判所ノ決定ノ如キ重大ナル決定ハ復タ再抗告ノ結果變更セラルルコトナキニシモ非サルヲ以テ形式的確定前ニ執行スルコトヲ得セシメサルヲ適當ナリト認メタルニ依ル(破産手續ニ關スル決定ニシテ重大ナルモノヲ其執行中ニ變更シ手續ノ煩雜ヲ招クハ實際上其當ヲ得サルコト勿論ナリ)

(三)　公告、送達及ヒ通知　不定多數ノ當事者(利害關係人)ニ對スル決定殊ニ破産ノ宣告、破産ノ終結、債權屆出期間、債權調査會期日等ニ關スル決定及ヒ命令(破産主任官ノ指定ニ係ル調査會若クハ集會ニ關スル期日ノ命令)ハ之ヲ公告スルコトヲ要ス(商法第九八一條、第九八二條、第一〇四八條等)是レ蓋シ送達ハ之ヲ不定多數ノ當事者ニ爲スコト能ハサルカ故ニ公告ヲ以テ總テノ利害關係人ニ對シテ爲シタル送達ト同一ノ效力ヲ有セシムルノ法意ニ出テタルモノナリ(破産法案第一二二條但現行破産法ニ於テハ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判ハ言渡シタルモノヲ除キ公告ノ外特ニ特定ノ當事者ニ之ヲ送達シ以テ即時抗告ノ期間ヲ進行セシムルモノト爲シタリ(商法施行條例第二四條、商法施行法第一四七條、破産法案ニ於テハ斯ル規定ヲ設ケス)而シテ公告ノ方法ハ現行破産法ニ於テハ各規定ニ依リテ定マル公告スヘキ事項ヲ裁判所ノ掲示場並ニ破産者ノ營業場所ニ貼附シ及ヒ其他ノ新聞紙ニ載セテ之ヲ爲シ(商法第九八一條)又公告ノ效力ハ現行破産法ニ於テハ法律上別段ノ規定ナキヲ以テ即時ニ發生スルモノト謂ハサルヲ得ス然レトモ前者ハ煩雜ニシテ後者ハ失當ナルヲ以

テ破産法案ニ於テハ公告ハ登記事項ノ公告ヲ掲載スヘキ新聞紙ヲ以テ之ヲ爲シ(公告ノ方法)又公告ハ之ヲ掲載シタル最終ノ新聞紙發行ノ日ノ翌日ニ於テ其效力ヲ生ス(公告ノ效力發生期)若シ裁判所ノ管内ニ公告ヲ爲サシムヘキ新聞紙ナキトキハ公告ハ裁判所及ヒ其出張所又ハ其管轄地ノ市役所、町村役場若クハ之ニ準スヘキ公署(區役所、市町村制ノ實施ナキ地方ノ戸長役場)ノ掲示場ニ掲示シテ之ヲ爲ス(公告ノ方法)此場合ニ於テハ公告ハ最終ノ掲示ノ日ノ翌日ニ於テ其效力ヲ生ス(公告ノ效力發生期)ル旨ヲ規定シタリ是レ非訟事件手續法第百四十四條及ヒ第百四十六條ト同一ノ法意ニ基キタルモノナリ又特定ノ當事者(利害關係人)ニ對スル裁判ハ特ニ破産ノ申立却下ノ決定、協諧契約ノ認可又ハ棄却ニ付テノ決定等ヲ言渡シタル者ヲ除ク外裁判所ハ職權ヲ以テ之ヲ送達スルコトヲ要ス(商法施行條例第二〇條、第二四條、商法施行法第一四七條、民事訴訟法第二五條準用)之ニ反シテ破産法案ニ於テハ破産手續ニ關スル裁判ハ其言渡アリタルトキト雖モ裁判所カ職權ヲ以テ各利害關係人(利害關係人ノ範圍ハ各箇ノ場合ニ於テ之ヲ定ム)ニ其送達ヲ爲スコトヲ要シ又裁判所ハ之ニ代ヘ公告ヲ爲スノ職權ヲ有セリ利害關係人多數ナルトキハ之ニ對スル送達ニ代フルニ公告ヲ以テスルヲ適當トス蓋シ這ハ費用、勞力ヲ省略スルヲ以テナリ)是レ破産手續ハ民事訴訟ニ比スレハ其關係複雜ナルヲ以テ破産手續ノ爲メニ特ニ斯ル法則ヲ設クルヲ適當トスレハナリ但送達及ヒ公告ヲ爲スヘキ場合ニ於テハ公告ノ外ニ送達ヲ爲シ公告ヲ以テ送達ニ代フルコトヲ得ス是レ送達及ヒ公告ヲ爲スヘキ趣意ニ反スルニ至ルヲ以テナリ而シテ送達及ヒ公告ヲ爲スヘキ場合(破産法案第一五一條、第一五二條、第二九三條)ニ於テモ公告カ利害關係人ニ對スル送達ノ效力ヲ有スルモノニシテ(破産法案第一二二條)送達ハ單ニ利害關係人ニ注意スルノ目的ヲ有スルニ止マル訓示的性質ヲ有スル裁判所ノ行爲ニ過キス隨テ斯ル場合ニ於ケル送達ハ簡易ニシテ且多額ノ費用ヲ要セサル郵便ニ付シタル送達ヲ以テ足レリトス(破産法案第一三三條、第一〇五條、民事訴訟法第一四三條第三項)

現行破産法ニ於テハ裁判所カ商業登記ヲ爲シタル者ニ對シ破産ノ宣告ヲ爲シタルトキハ職權ヲ以テ遲滯ナク其營業所所在地ノ登記所ニ其旨ヲ通知スルコ

トヲ要シ又登記所ハ職權ヲ以テ破産者ノ商業登記ニ其通知ヲ受ケタル事項ヲ記載スルコトヲ要ス(非訟事件手續法第一五二條、第一五三條是レ商業登記簿ニ關スル公ノ信用ヲ維持シ且取引上ノ安全ヲ確保スルノ法意ニ出テタルモノナリ破産法案ニ於テ亦同一趣意ニ依リ破産法案第百二十五條及ヒ第百二十八條ヲ設ケタリ而シテ現行破産法ト異ナル所ハ確實ヲ期スルカ爲メニ通知ニ換フルニ登記ノ囑託ヲ以テシ又破産者ニ關スル法人登記卽チ法人ノ機關トシテ登記セラレタル社員ニ對シ破産ノ宣告ヲ爲シタル場合ニ於テ(民法第四六條第一項第八號)亦同一ノ手續ヲ爲スヘキ旨ヲ規定シタルニ在リ(破産法案第一二五條、第一二八條)現行破産法ニ於テハ裁判所カ破産ノ宣告ヲ爲シタル場合ニ於テ破産財團ニ屬スル權利ニシテ登記シタルモノ(例ヘハ土地、建物、船舶ノ所有權、地上權、永小作權、地役權ノ如キ主タル他物權ノ如キ質權、抵當權ノ如キ從タル他物權ノ如キ)ヲ知リタルトキハ職權ヲ以テ遲滯ナク登記所ニ破産ノ登記ヲ囑託シ以テ破産ノ登記ナキニ因リテ取引上ニ生スヘキ危險ヲ豫防スルノ方法ヲ規定セサリシ是レ立法上ノ缺點タルコトヲ免レサルヲ以テ破産法案ニ於テハ之ヲ補

ヒタリ(破産法案第一二五條、第一二七條、第一二八條)又現行破産法ニ於テハ商業登記ヲ爲シタル者ニ對シ破産ノ宣告ヲ爲シタル場合ニ於テ破産手續ノ停止、破産宣告ノ取消、破産手續ノ終結又ハ協諧契約ノ認可アリタルトキハ破産裁判所カ又協諧契約ノ認可ヲ受ケタル破産者カ有罪破産ノ宣告ヲ受ケ又其協諧契約カ取消サレタルトキハ受訴裁判所カ職權ヲ以テ遲滯ナク破産者ノ營業所所在地ノ登記所ニ其旨ヲ通知スルコトヲ要シ又斯ル通知ヲ受ケタル登記所ハ職權ヲ以テ遲滯ナク破産者ノ登記簿ニ其通知ヲ受ケタル事項ヲ記載スルコトヲ要ス(非訟事件手續法第一五二條、第一五三條是レ蓋シ斯ル事項ハ破産者其他ノ利害關係人ニ對シ必要ナルヲ以テナリ破産法案ニ於テ亦同一ノ必要ニ基キ破産取消、破産廢止(破産法案第三三四條若クハ强制和議ノ決定(破産法案第二二條)カ確定シタル場合輕忽ニ登記ヲ爲スノ弊害ヲ防止スルカ爲メニ此等ノ決定ニハ特ニ其確定ヲ必要トシタリ)及ヒ破産終結ノ決定アリタル場合ニ於テ裁判所カ職權ヲ以テ遲滯ナク囑託書ニ該決定書ノ謄本ヲ添附シテ其旨ノ登記ヲ登記所ニ囑託スルコトヲ要シ又登記所カ遲滯ナク其登記ヲ爲スコトヲ要スル旨ヲ規

定シタリ(破産法案第一二六條、第一二八條)現行破産法ニ於テハ管財人カ破産財團ニ屬スル或權利ニシテ登記シアルモノヲ破産財團ヨリ拋棄シタル場合即チ破産財團トシテ之ヲ取扱ハサル場合ニ於テ裁判所カ破産者又ハ管財人ノ申立ニ因リ斯ル趣旨ノ登記ヲ囑託シ又登記所カ遲滯ナク斯ル趣意ノ登記ヲ爲スヘキ旨ノ規定ナシト雖モ斯ル權利ニ關シ破産ノ登記ヲ維持スルノ必要ナキヲ以テ裁判所ヲシテ利害關係アル破産者又ハ管財人ノ申立ニ因リ斯ル權利ニ關スル破産登記ヲ取消スコトヲ得セシメサルヘカラス是レ破産法案第百二十六條末段及ヒ第百二十八條ノ規定アル所以ナリ(現行破産法ニ於テハ一般破産主義ヲ是認セサルヲ以テ一般ニ内外ノ法人ニ對シ破産ノ宣告ヲ爲シタル場合ニ於テ爲スヘキ解散又ハ破産ノ登記ニ關スル手續ヲ規定セス然レトモ破産法案ニ於テハ一般破産主義ヲ是認シタルヲ以テ斯ル規定ヲ設クルヲ立法上當然ナリトス是レ破産法案第百二十四條、第一項及ヒ第百二十九條ノ規定アル所以ナリ而シテ内國法人ニ在リテハ其之ニ對スル破産ハ法人解散ノ原因ト爲ルモ外國法人ニ在リテハ其之ニ對スル法人解散ノ原因ト爲ラス故ニ破産法案第百二十四條ニ於テハ前者ニ關シテハ解散ノ登記ヲ爲スモノト規定シ後者ニ關シテハ破産ノ登記ヲ爲スモノト規定シタリ但破産法案ニ於テハ内外法人ノ破産ニ關シ其取消ノ確定シタル場合其他破産法案第百二十六條ニ規定セル場合ニ於テ爲スヘキ登記手續ヲ規定セスト雖モ理論上此點ニ關シ自然人ニ關スル破産ト區別スルノ理ナキヲ以テ破産法案第百二十七條及ヒ第百二十八條ニ依リ同一ノ登記ヲ爲スモノト思フ(獨逸民法第七五條參照)

以上略述シタルカ如キ商業登記ニ記載スヘキ事項ノ記載ハ之ヲ公告スルコトヲ要セス蓋シ破産ノ宣告其他破産ノ取消等ハ之ヲ公告スヘキモノナルヲ以テ若シ該記載若クハ登記ヲ公告スルモノトセハ同一事項ニ付キ二重ノ公告ヲ爲スノ不經濟ナル結果ヲ生スレハナリ(非訟事件手續法第一五三條)(破産法案ニ於テハ内國法人ノ解散登記及ヒ外國法人ノ破産登記ニ限リ同一ノ理由ニ依リ公告ヲ爲スコトヲ要セサル旨ヲ規定シタリ又破産法案第百二十八條ニ於テハ破産法案第百二十四條乃至第百二十六條ノ登記ニ付テハ登錄稅ヲ課セサル旨ヲ規定シタリ是レ蓋シ登錄稅ノ稅額ハ登記ノ目的物ノ價額ニ從ヲ之ヲ算定スル

モノナルカ故ニ斯ル登記ヲ爲ス毎ニ破産財團ノ總額ヨリ算定スル制規ノ登錄稅ヲ破産財團ヨリ支拂フトキハ破産債權者ノ利益ヲ害スルコト頗ル大ナルヲ以テナリ）

現行破産法ニ於テハ裁判所カ破産ノ宣告ヲ爲シタル場合ニ於テ破産財團ニ屬スル權利ニシテ登錄シタルモノ（特許法第四條、意匠法第六條、商標法第六條、鑛業條例第二〇條）アルコトヲ知リタルトキ破産ノ宣告アリタル旨ヲ當該官廳又ハ公署ニ通知スルコトヲ要スル旨ヲ規定セス然レトモ斯ル通知ハ裁判所カ破産財團ニ屬スル權利ニシテ登記シタルモノアルコトヲ知リタルトキハ破産法案第百二十五條ノ規定ニ從ヒ破産ノ登記ヲ登記所ニ囑託スルト同一ノ必要アルニ依リ之ヲ爲スコトヲ要ス是レ破産法案第百二十九條第一項ノ規定アル所以ナリ（同條第二項（第百二十六條……）ノ規定ハ……）隨テ破産法案第百二十六條ニ規定シタル場合ニ於テハ其旨ノ通知ヲ爲スコトヲ要スルハ當然ナリ是レ破産法案第百二十九條第二項ノ規定アル所以ナリ又現行破産法ニ於テハ法人ノ解散ニ關シ主務官廳ニ屆出ヲ爲スヘキ場合ニ於テ裁判所カ其法人ニ對シ破産ノ宣告ヲ爲シタルトキ其旨ヲ主務官廳ニ通知スルコトヲ要スル旨ヲ規定セス然レトモ法人カ破産ニ因リテ解散シタル場合ニ於テハ清算人ナク隨テ主務官廳ニ解散ノ旨ヲ屆出ツヘキ者ナキヲ以テ裁判所ヲシテ法人解散ノ旨ヲ主務官廳ニ通知セシムルヲ必要トスルハ言ヲ俟タス此ノ如ク裁判所カ法人解散ノ旨ヲ主務官廳ニ通知スルヲ必要ト爲ス以上ハ破産取消、破産廢止若クハ强制和議取消ノ決定カ確定シタルトキ又ハ破産終結ノ決定アリタルトキニ於テ亦裁判所ヲシテ其旨ヲ通知セシムルヲ當然ナリトス是レ破産法案第百三十條ノ規定アル所以ナリ民法第七七條、第八三條、產業組合法第七五條）

總則ヲ講了スルニ臨ミ一言注意スヘキモノハ法律上ノ補助（商法施行法第一四二條、第一〇六條）及ヒ破産法案第百十一條ノ規定是ナリ前者ハ裁判所構成法第百三十一條ノ適用ニシテ後者ハ民事訴訟法第百三十五條ノ適用タルニ過キス

第二節　特則

(一) 破産ノ宣告手續　裁判所ハ支拂ヲ停止シタル商人ヲ其債權者又ハ本人ノ

申立ニ因リ決定ヲ以テ破産者ト認定ス此決定ヲ破産ノ宣告ト謂フ商法施行法第一三八條第一項破産法案第一三一條左ニ破産宣告ノ要件破産宣告ノ前手續破産宣告ニ關スル裁判手續及ヒ之ニ伴フ諸手續ヲ略述スヘシ

(1) 破産宣告ノ要件　破産宣告ノ要件ハ之ヲ分チテ債務者又ハ債權者ノ申立(形式的要件)及ヒ商人ノ支拂停止(實體的要件即チ破産宣告ノ原因)トス

(甲) 債務者又ハ債權者ノ申立　裁判所ハ申立ニ因リ決定ヲ以テ破産ヲ宣告ス國家カ一私人ノ法律保護ノ請求ナキニモ拘ハラス其私法的法律關係ニ干渉スルハ極メテ有害無益ナリ是レ不告不理ノ裁判上ノ原則アル所以ニシテ又破産宣告ニ申立ヲ要件ト爲ス所以ナリ(商法施行法第一三八條……申立ニ因リ……破産法案第一三一條……申立ニ因リ……)商事非訟事件印紙法第二條第二號但法人ニ對シテハ其財産ヲ以テ債務ヲ完濟スルコト能ハサルニ至リタル場合ニ於テハ例外トシテ裁判所カ職權ヲ以テモ申立ニ因ラスシテ破産ノ宣告ヲ爲スコトヲ得(民法第七〇條、産業組合法第六九條、破産法案第一三二條第一項斯ル例外規定ハ公益ヲ以テ其理由ト爲スニ在リト雖モ立法上其當ヲ得ス蓋シ犯罪ニ關シテモ尚ホ公訴ヲ必要ト爲スニ拘ハラス獨リ法人ノ破産ニ關シ裁判所ハ職權ヲ以テ之ヲ宣告スト云フハ公益ノ輕重ヲ顚倒シタルモノ決謂フヘキヲ以テナリ(合名會社及ヒ合資會社ハ他ノ會社ト異ニシテ獨リ資本上ノ信用ニ依據スルノミナラス其社員ノ信用ニ依賴スルモノナルヲ以テ其存立中ハ即チ精算中ニ非サル以上ハ會社財産ヲ以テ債務ヲ完濟スルコト能ハサルニ至リタルノ事ニ依リ裁判所カ職權ヲ以テ破産ヲ宣告スルハ其當ヲ得サルモノナリ是レ破産法案第百三十二條第二項ノ規定アル所以ナリ)

債務者ハ破産ノ申立ヲ爲スヿヲ得(商法施行法第一三條第一項……本人又ハ債權者ノ申立……破産法案第一三六條第一四一條第一項將來破産者ト爲ルヘキ債務者ハ破産ノ申立ヲ爲スノ權利ヲ有ス元來債務者ハ少クモ債權者ヲ同等ニ待遇シ甲ヲ利シ乙ヲ害セサルノ德義ヲ負フモノナルヲ以テ之ニ斯ル德義ヲ全ウスルコトヲ得セシムルヲ正當トス是レ債務者ニ破産ノ申立權ヲ與ヘタル所以ナリ而シテ合名會社合資會社及ヒ株式會社ニ對スル破産ニ關シテハ無限責任社員舊商法ノ規定ニ依リテ設立シタル合資會社ニ對スル破産ニ關シテハ

業務擔當社員、株式會社及ヒ相互保險會社ニ對スル破産ニ關シテハ取締役(破産法案ニ依レハ民法ナ規定ニ依ル法人及ヒ産業組合ニ對スル破産ニ關シテハ理事又相續財産ニ對スル破産ニ關シテハ相續人、相續財産管理人及ヒ遺言執行者)カ破産ノ申立ヲ爲ス權利ヲ有ス(破産法案第一三七條、第一四〇條)蓋シ此等ノ者ハ裁判上破産者ヲ代表スル權限ヲ有スルモノナレハナリ(相續財産ニ對スル破産ノ申立ハ管理行爲ナルヲ以テ相續人ハ勿論相續財産ノ管理人及ヒ遺言執行者ハ斯ル申立權ヲ有ス(但例外トシテ株式會社又ハ株式合資會社ノ取締役及ヒ清算人ハ法律上一定ノ場合ニ於テ會社ニ對スル破産ノ申立ヲ爲スノ義務ヲ負フ(商法第一七四條第二項、第二三六條第二六二條第六號、民法第八一條(破産法案ニ依レハ尙ホ第一ニ民法ノ規定ニ依ル法人ニ對シテハ理事及ヒ清算人ハ法人ノ財産カ其各債務ヲ完濟スルニ不足ナルコト分明ナル場合ニ於テ法人ニ對シ破産ノ申立ヲ爲ス義務ヲ負フ第二ニ相續財産ニ對シテハ相續財産ノ管理人及ヒ遺言執行者カ相續財産ヲ以テ相續債權者ニ全部ノ辨濟ヲ爲スコト能ハサルコトヲ發見シタル場合ニ於テ相續財産ニ對シ破産ノ申立ヲ爲ス義務ヲ負フ(民法第七〇條、第八一條、第八四條、破産法案第一四〇條第二項)是レ破産手續ヲ利用シテ各債權者ニ成ルヘク完全ナル辨濟ヲ受ケシメンカ爲メナリ此ノ如ク破産宣告ノ申立ハ債務者ノ權利ニシテ其義務ニ非スト雖モ法律ハ破産手續ノ進行ヲ容易ナラシムルカ爲メニ破産ノ申立ヲ爲ス債務者ニ其支拂停止ヲ屆出ツル義務ヲ負ハシメ(商法第九七九條)債務者カ此義務ニ違背シタルトキハ協諧契約ノ提供ニ於テ權利ヲ失フノミナラス過怠破産者トシテ之ヲ罰スヘキモノトシタリ(商法第一〇三八條、第一〇五一條)破産法案ニ於テ亦同一ノ目的ヲ以テ第百四十三條ノ規定ヲ設ケタリ然レトモ現行破産法ニ於ケルカ如ク斯ル義務ヲ缺キタルカ爲メニ協諧契約ノ提供ヲ爲スノ權利ヲ當然喪失スルコトナク又過怠破産者トシテ處罰セラルルコトナシ蓋シ此點ニ關シテハ現行破産法ハ嚴酷ニ失スレハナリ然レトモ破産ノ申立ヲ爲ス債務者ハ之ヲ爲ス債權者ト異ニシテ破産手續ニ必要ナル費用殊ニ公告費用ヲ豫納スルノ義務ヲ負フコトナシ此場合ニ於テハ國庫カ假ニ該費用ヲ支辨ス(商法施行法第一四〇條破産法案第一四五條前段)此支辨シタル費用ハ破産手續上ノ費用ニ屬スルヲ以テ商法第千三十

二條ノ規定ニ從ヒ破産手續ニ依ラスシテ破産財團ヨリ之ヲ支拂フ(商法第二〇三二條第一項第一號破産法案第三五條第一號)債權者亦破産ノ申立ヲ爲スコトヲ得(商法施行法第一三二條「……債權者ノ申立……」破産法案第一四一條第一項)將來破産債權者ト爲ルベキ債權者ハ其自衛ノ方法トシテ自己ノ債權ニ付キ支拂ヲ停止シタル債務者ニ對シ破産ノ申立ヲ爲ス權利ヲ有ス元來債權ハ債務者ノ意思ニ拘ハラス之ヲ實行スルコトヲ得サルヘカラス故ニ債務者カ任意ニ其債務ヲ履行セサル場合ニ於テハ債權者ニ其權利實行ノ爲メニ必要ナル申立ヲ裁判所ニ對シテ爲スノ權利ヲ授與スルコトヲ要ス是レ債權者ニ執行ノ申立權ト同シク破産ノ申立權ヲ認メタル所以ナリ而シテ法人カ債權者ナル場合ニ於テハ法人ノ爲メニ其權利ヲ行フ權限ヲ有スル機關カ斯ノ申立ヲ爲スヤ言フマテモナシ破産法案ニ依レハ相續財産ニ對スル破産ニ關シテハ相續債權者カ破産ノ申立ヲ爲スコトヲ得是レ蓋シ相續債權者ハ相續財産ニ對シ辨濟ヲ受クルノ權利ヲ有スルヲ以テナリ(破産法案第一四一條第二項)此ノ如ク破産ノ申立ハ債權者ノ權利ナリト雖モ法律ハ斯ル申立ヲ爲シタル債權者ニ對シ裁判所ノ自由ナル意見ヲ以テ定ムル所ニ從ヒ破産手續ニ必要ナル費用ヲ豫納スル義務ヲ負ハシメタリ是レ蓋シ破産手續ハ債權者ノ利益ノ爲メニ開始スル執行手續タルカ爲メナリ(商法施行法第一三九條第二項民事訴訟法第五七一條第七二一條參照)故ニ債權者カ斯ル義務ヲ履行セサルトキハ裁判所ハ破産ノ申立ヲ棄却スルコトヲ得(商法施行法第一三九條第二項)然レトモ債權者貧困ニシテ破産手續ニ必要ナル費用ヲ豫納スルコト能ハサル場合ニ在リテハ裁判所ハ債權者ノ申立ヲ棄却セサルコトヲ得此場合ニ於テハ國庫カ假ニ破産手續ニ必要ナル費用ヲ支辨スルモノトス是レ民事訴訟法ニ規定セル訴訟上ノ救助ト同一法意ニ出テタルモノナリ(商法施行法第一四〇條民事訴訟法第九一條乃至第一〇二條破産法案第一四四條第一四五條末段但破産法案ニ於テハ豫納金カ不足ナルニ至リタルトキハ其不足額ヲ更ニ豫納セシムルコトナク又裁判所カ職權ヲ以テ破産ノ宣告ヲ爲ス時ハ國庫カ假ニ破産手續ニ必要ナル費用ヲ支辨スヘキ旨ヲ明示シタリ蓋シ豫納金カ不足ナルニ至リタル場合ニ於テ更ニ其不足額ヲ債權者ニ豫約セシムル如キハ破産手續ノ進行ヲ害シ

又職權ヲ以テ破産ノ宣告ヲ爲ス場合ハ事公益ニ關スルモノナルヲ以テ國庫カ支辨スルヲ當然トスレハナリ而シテ債權者カ豫納シ又ハ國庫カ支辨シタル費用ハ何レモ破産手續上ノ費用ニ屬スルヲ以テ商法第千三十二條ノ規定ニ從ヒ破産手續ニ依ラスシテ破産財團ヨリ之ヲ支拂フ(商法第一〇三二條第一項第一號破産法案第三五條第一號)

債務者又ハ債權者カ爲シタル破産ノ申立ハ破産ノ決定確定スルニ至ルマテ之ヲ取下クルコトヲ得隨テ破産事件カ抗告審ニ繫屬スル場合ニ於テ亦之ヲ取下クルコトヲ得(破産法案第一〇五條民事訴訟法第一九八條準用但民事訴訟法第百九十八條第一項ニ於ケル「口頭辯論ノ終結ニ至ルマテハ」ノ明文ニ拘泥シ破産裁判所ノ裁判アリタルトキハ已ニ破産ノ申立ヲ取下クルコトヲ得サルモノナリト論決スルコト勿レ同條第三項ニ於ケル「適法ナル取下ハ權利拘束ハ總テハ效力ヲ消滅セシムルノ結果ヲ生ス」トノ明文ハ取下ハ裁判ノ確定ニ至ルマテ之ヲ爲スコトヲ得ル法意ヲ示スニ足レリ)(破産宣告ノ申立ヲ爲シタル債權者カ破産宣告前ノ辨濟ヲ受ケタルトキハ其申立ヲ取下ケタルトキト同一ノ取扱ヲ爲ササルヘカラス何トナレハ破産ノ申立權ハ破産宣告ノ當時ニ現存スルコトヲ要スレハナリ)其他破産以外ノ原因ニ依リテ解散シタル法人ニ對スル破産ノ申立ハ清算カ現實ニ終了セサル間即チ殘餘財産ノ引渡(歸屬權利者ニ對スル又ハ殘餘財産ノ分配(社員間ニノ終了セサル間ハ之ヲ爲スコトヲ得蓋シ破産以外ノ原因ニ依リテ解散シタル法人ハ其清算終了ニ至ルマテハ尙ホ人格ヲ有スルヲ以テ破産宣告ノ原因存スルニ至リタルトキハ之ニ對シ破産ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ヘキヲ當然トレハナリ(破産法案第一三三條(相續財産ニ對スル破産ニ關シテハ其ノ申立ヲ爲ス期間ノ制限ヲ付セサルトキハ相續開始以來又ハ相續人ノ相續財産占有以來長年月經過ノ爲メニ相續財産ト相續人固有ノ財産トヲ區別スルコト頗ル困難ナルノミナラス相續人ノ債權者ノ利益ヲ害スルヤ瞭然ナリ是レ破産法案第百三十六條ノ規定アル所以ナリ)

(乙)商人ノ支拂停止　商人カ支拂ヲ停止シタルトキハ裁判所ハ決定ヲ以テ破産ヲ宣告ス(商法施行法第一三八條第一項現行破産法ニ於テハ前述ノ如ク商人破産主義ヲ認メタリ又商人カ其支拂ノ期日ヲ確守セサルトキハ商業ノ發達ニ

害アリ(甲商人ハ其取引先ナル乙商人ヨリ受クベキ金圓ヲ自己ノ債權者タル丙商人ニ對スル支拂ニ充ツルヲ計算ニテ取引ヲ爲シ丙商人亦甲商人ヨリ受クル金圓ヲ丁商人ニ對スル債務ノ辨濟ニ充ツヘキヲ計算ニテ取引ヲ爲スモノナリ故ニ甲商人カ其支拂期日ヲ確守セスシテ支拂ヲ爲サヽルトキハ其影響ハ獨リ丙商人ニ止マラスシテ丁商人其他戊己等ノ商人ニモ及フ所ト爲リ取引ノ安全ヲ妨ケ商業ノ衰微ヲ因ト爲ル)是レ商人ノ支拂停止ヲ以テ破産ノ原因ト爲ス所以ナリ(破産法案ニ於テハ前述ノ如ク一般破産主義ヲ認メタリシ而シテ商人ノ支拂停止ナル事實ヲ以テ破産ノ原因ト爲スノ必要ヲ認メサリシ却テ債務者カ支拂資力ノ欠缺ニ因リテ支拂フヘキ債務ノ支拂ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルノ狀態ヲ以テ破産ノ原因ト爲スノ必要ヲ認メタリ蓋シ斯ル狀態ニ在ル債務者ニ對シテハ破産ノ宣告ヲ爲シ各債權者ニ損失ヲ分擔セシムルヲ適當トスレハナリ是レ破産法案第百三十一條ニ於テ債權者カ支拂ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキヲ破産ノ原因ト爲シタル所以ナリ)(ハ)商人トハ自己ノ名ヲ以テ商行爲ヲ爲スヲ業ト爲ス各人ナリ(商法第四條)故ニ第一自己ノ名ヲ以テ商行爲ヲ爲サヽ

サル者卽チ商行爲ニ基キ發生スル權利及ヒ義務ノ歸屬スル主人トシテ商行爲ヲ爲サヽサル者ハ商人ト爲ラス是ヲ以テ商人ノ相續人タル未成年者ノ爲メニ其未成年者ノ名ニ於テ商行爲ヲ爲ス後見人(商法第七條)其他商業使用人船長及ヒ法人ノ代表機關等ハ何レモ商人ニ非ス隨テ被後見者其他ノ被代表者ノ支拂停止ノ爲メニ破産者ト爲ルコトナシ第二商行爲ヲ爲スヲ業ト爲サヽル者ハ商人ト爲ラス故ニ公證人ノ如キ私人的行動タル商取引ヲ爲サヽル者ハ商人ニ非ス(商人タルノ能力ナキモノハ前述ノ如ク支拂ヲ停止シタルカ爲メニ破産者ト爲ラス隨テ未成年者妻等ハ民法第六條第十五條及ヒ商法第五條ノ規定ニ依リ獨立シテ商業ヲ營マサル限ハ破産者ト爲ルコトナシ然レトモ職務ノ忘却及ヒ職務ノ濫用等ノ理由ニ依リテ商業ヲ禁制セラレタル者卽チ官吏(明治八年四月達第一號)及ヒ代理商(商法第三八條)カ其禁制ニ反シテ商業ヲ營ミタルトキハ破産者ト爲ル蓋シ此等ノ者ト雖モ商業ヲ營ミタルトキハ商人ニシテ且其能力ヲ有スル者ナルヲ以テナリ)(破産法案ニ於テハ前述ノ如ク一般破産主義ヲ採用シタルヲ以テ又破産ハ一ノ强制執行ナルヲ以テ破産ノ宣告ハ强制執行ヲ受クヘキ

債務者ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ得(b)支拂停止トハ商事債務ヲ支拂期日ニ支拂フコト能ハサルカ爲メニ支拂ヲ爲ササリシ事實ナリ故ニ第一支拂停止ハ證明ノ容易ナル支拂ヲ爲ササリシ表見事實ニシテ資産ノ有無ニ關スル實在的狀態ニ非ス元來支拂ヲ爲ササリシ表見事實ハ容易ニ之ヲ認識スルコトヲ得レトモ資産ノ有無ニ關スル實在的狀態ハ長年月日ヲ費シ精密ナル檢査及ヒ清算ヲ爲シタル後ニ非サレハ之ヲ認識スルコトヲ得ス隨テ若シ後者ヲ破産ノ原因トセハ其調査ニ長年月ヲ要スルノ結果遂ニ破産ノ目的ヲ達スルノ機ヲ失フヤ瞭然ナリ故ニ法律ノ要求スル破産ノ原因ハ彼ニ在リテ此ニ在ラスト謂フコトヲ得ヘシ是レ支拂ノ停止ハ支拂ヲ爲ササル事實ナリト謂フ所以ナリ第二支拂ヲ爲ササルハ支拂ヲ爲スコト能ハサルカ爲メナルコトヲ要ス元來債務者カ請求ノ數額若クハ支拂ノ方法ニ關シ爭アルカ爲メニ支拂ヲ拒絶シタルカ如キ場合ニ在リテハ其當否ニ拘ハラス相手方ノ請求ニ對スル適當ノ防禦方法ニシテ相手方ハ民事訴訟ノ手續ニ依リ支拂ヲ爲サシムルコトヲ得ルヲ以テ故ラニ破産手續ニ依ルノ必要ナシト雖モ債務者カ債務ノ支拂ヲ爲スコト能ハサルカ爲メニ支拂ヲ遲延スルノ目的ヲ以テ支拂ヲ拒絶シタルカ如キ場合ニ在リテハ破産手續ヲ開始シ各債權者ニ損失ヲ分擔セシメ債權者ニ對スル債務者ノ感情ノ好惡ニ依リテ或債權者ハ辨濟ヲ受ケ或債權者ハ損失ヲ受クルカ如キコトナキヲ必要トス故ニ法律ノ要求スル破産ノ原因ハ債務者カ支拂ヲ爲スコト能ハスシテ支拂ヲ爲ササリシ事實ナルコト疑ヲ容レス是レ支拂ノ停止ハ支拂ヲ爲スコト能ハサルカ爲メニ支拂ヲ爲ササル事實ナリト謂フ所以ナリ第三支拂ヲ爲ササル債務ハ支拂期ニ達シ且商行爲ニ基クモノタルコトヲ要ス元來未タ期限ノ到來セサル債務及ヒ未タ條件ノ成就セサル債務ハ之ヲ支拂フノ義務ナシ又商人破産主義ヲ認メタル立法ニ在リテハ破産ハ商事的生活關係ニ關スル事項ナリ故ニ支拂期ニ達セサル債務又ハ商行爲ニ基カサル債務ニ關スル不支拂ノ事項ハ破産ノ原因ト爲ラス(民法上ノ行爲ニ基キテ發生シタル債務ノ不支拂亦破産ノ原因ヲ爲スト云ヘル反對說アリ)是レ支拂ノ停止ハ商事債務ノ支拂ヲ支拂期ニ爲ササル事實ナリト謂フ所以ナリ(破産法案第百三十一條ニ所謂支拂不能トハ債務者カ支拂資力ノ缺乏ニ因リテ支拂フヘキ債務ヲ支拂フコト能ハサルノ

狀態ナリ故ニ(1)支拂不能ハ支拂フコト能ハサルノ狀態ナリ元來債務者ノ債務額カ其資産額ヲ超越スルノ狀態即チ無資力ハ破産ノ原因ト爲ルモノニ非ス盧大ナル事業ヲ企ツル者ハ多クハ借方ノミニ依賴シテ事業ヲ營ムヲ通常トス斯ル場合ニ於テ無資力ヲ破産ノ原因トシ破産ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ルモノトセハ破産ハ尚ニ大事業ノ完成ヲ妨害スル無用有害ノ具ト謂ハサルヘカラス是ヲ以テ破産ノ原因ハ無資力ニ非スシテ支拂ヲ爲スコト能ハサルノ狀態ナルコト明白ナリトス而シテ破産法案第八十四條第八十五條等ニ所謂支拂ノ停止ハ支拂ヲ爲ササルノ事實ニシテ通常支拂不能ノ狀態ヲ證スルニ足ルモノナリ隨テ現行破産法ニ所謂支拂ノ停止其意思ヲ同シウセス故ニ支拂ノ停止アリト雖モ這ハ債務者ニ於テ債權者ノ請求ヲ是認セサルカ爲メニシテ支拂不能ノ爲メニ非サルトキハ之ニ依リ破産ノ原因存スルモノト謂フコトヲ得ス之ニ反シテ支拂ノ停止ナシト雖モ債務者カ危險ナル高利貸ニ依賴シテ僅ニ其支拂ヲ爲スコトヲ得ルノ事實アルトキハ之ニ依リテ破産ノ原因存スルモノト謂フコトヲ得(2)支拂資力ノ欠缺ニ因リテ支拂フコト能ハサルノ狀態ナリ元來一時支拂ヲ爲スコト能ハサルノ狀態即チ支拂ノ中止ハ破産ノ原因ト爲ルモノニ非ス支拂ヲ中止シタル債務者ハ支拂資力缺乏ノ狀態ニ非サルヲ以テ容易ニ支拂資力ヲ回復スルコトヲ得ヘキヲ以テ敢テ破産ノ宣告ヲスルノ必要ナク隨テ遺忘其他ノ原因ニ基キテ一時支拂ヲ爲ササリシ事實ヲ以テ破産ノ原因ト爲スヲ得ス是ヲ以テ破産ノ原因タルニハ支拂資力ノ缺乏ニ基キテ支拂ヲ爲スコト能ハサルノ狀態即チ永續ニシテ且確定ノ狀態ニ於テ支拂資力ヲ回復スルヲ得サルモノナルコトヲ要スルヤ明白ナリトス(3)支拂フヘキ債務ヲ支拂ハサルノ狀態ナリ元來時効ヲ經タル債務及ヒ返還ノ責ナキ債務(民法第七〇八條)ハ之ヲ辨濟スルノ責ナシ是ヲ以テ支拂不能ハ支拂フヘキ債務ヲ支拂ハサルノ狀態ナルコト洵ニ明白ナリトス)但例外トシテ商事會社ニ對シテハ支拂ノ停止ノ外ニ尙ホ負債カ財産ニ超越スル狀態即チ無資力カ破産ノ原因ト爲ル(商法第一七四條第二項、第二三六條)(破産法案第百三十三條ニ依レハ其他ノ法人ニ對シテ亦然リ(民法第七〇條、第八一條)又破産法案第百三十四條ニ依レハ相續財産ニ對シテハ被相續人カ相續開始前ニ支拂ヲ爲スコト能ハサルニ至リシ場合及ヒ相續財産ヲ以テ

相續債權者ニ全部ノ辨濟ヲ爲スコト能ハサル場合ニ限リ破產ノ原因アルモノトス蓋シ前者ノ場合ニ於テハ被相續人ノ相續開始前ニ已ニ破產ノ要件成立セルカ故ニ相續開始ノ一事ニ依リテ相續債權者ニ破產ノ申立權ヲ喪失セシムルハ失當ナルヲ以テ又後者ノ場合ニ於テハ破產手續利用ノ實益アリト雖モ其他ノ場合殆ニ相續財產ヲ以テ相續債權者ニ全部ノ辨濟ヲ爲スニ足ル場合又ハ相續財產ニ於テ單ニ支拂ノ不能アリタル場合ニ在リテハ破產手續利用ノ實益ナキヲ以テナリ換言スレハ相續財產ヲ以テ相續債權者ニ全部ノ辨濟ヲ爲スニ足ル場合ニ於テハ相續債權者ハ民事訴訟ノ手續ニ依リテ其目的ヲ達スルコトヲ得ルヲ以テ又相續財產ニ於ケル支拂不能ノ場合ニ在リテハ債權者ハ民法ノ規定ニ依レル財產ノ分離ニ依リテ其目的ヲ達スルコトヲ得レハナリ)

破產宣告ノ要件ヲ講了スルニ臨ミ注意スヘキモノハ破產ノ宣告ニ付キ破產債權者ノ實在的多數ヲ必要トセサルコト是ナリ抑モ債務者カ其債務ノ支拂ヲ停止シタルトキニ當リ二人以上ノ債權者アル旨ノ證明ナキカ爲メニ豫メ破產手續ノ開始ヲ拒ミ或ハ二人以上ノ債權者ノ屆出ナキカ爲メニ一旦開始シタル破產手續ヲ中止スルハ何等ノ實益ナシ加之破產手續ハ債權者一人ナル場合ニ於テ之ヲ開始スルモノニ非ストセハ債務者ハ其債權者ニ對スル感情ノ好惡ニ從ヒ唯債權者中ノ或一人ノミニ債務ノ完濟ヲ爲サスシテ之ニ無資力ヨリ生スル損害ヲ負擔セシメ以テ破產ノ宣告ヲ免ルルカ如キ奇觀ヲ呈ス是レ破產法ノ精神ニ非ス故ニ破產法ハ債權者ノ可能的多數ヲ豫想シタルニ止マリテ債權者ノ實在的多數ヲ破產手續ノ進行ニ付テノ要件ト爲ササルモノト謂ハサルヲ得ス

(2) 破產宣告ノ前手續　裁判所ハ破產宣告ノ前手續トシテ破產ノ申立ノ適否及ヒ破產ノ原因タル事實ノ存否ニ付キ必要ナル調査ヲ爲スヲ當然ナリトス其調査ノ方法ハ裁判所事情ニ從テ之ヲ定ム

法律ハ唯口頭辯論ヲ經スシテ裁判ヲ爲スコトヲ得」ト云フニ止メタリ(商法施行法第一二八條第二項、破產法案第一一一條、第一〇七條、民事訴訟法第五四三條第三項)又破產法案ニ依レハ裁判所ハ破產ノ宣告前ニ破產者ノ逃走及ヒ財產ノ隱匿ヲ防止スルカ爲メニ必要ナル處分ヲ爲スコトヲ得(破產法案第一五四條、第一五五條、現行破產法ニ於テ斯ル趣意ノ明文ヲ缺クハ立法上ノ缺點ナリトス)

(甲)　破產ノ申立ノ適否ノ調査　裁判所ハ先ツ破產ノ申立カ訴訟上適法ナルヤ否ヤヲ調査シ不適法ナリト認メタルトキハ決定ヲ以テ破產ノ申立ヲ棄却ス(1)破產ノ申立ニ制規ノ印紙ノ貼用ナク(商事非訟事件印紙法第二條第二號、破產法案第三七〇條)又破產ノ申立カ書面又ハ裁判所書記ノ調書ニ於テ表示セラレサルトキ(破產法案第一一一條、民事訴訟法第一三五條)(2)破產ノ申立ヲ爲シタル者カ其申立權ヲ有セス又ハ當事者能力若クハ訴訟能力ヲ有セサルトキ(破產法案第一〇五條、民事訴訟法第四三條乃至第四七條)及ヒ申立人カ申立權者ノ適法ナル代理人(法定代理人又ハ民事訴訟法ノ規定ニ依ル適法ノ代理人)ニ非サルトキ(3)破產ノ申立ヲ受理シタル裁判所カ管轄權ヲ有セサルトキ又ハ破產ノ宣告ヲ受クヘキ債務者カ我帝國ノ裁判權ニ服從スヘキモノニ非サルトキ其他已ニ破產宣告アリタルトキハ何レモ不適法トシテ破產ノ申立ヲ棄却ス

(乙)　破產ノ原因ノ存否ノ調査　裁判所ハ破產ノ原因タル事實ノ存スルコト顯著ナルトキハ何等ノ實體上ノ調査ヲ爲スコトナク破產ノ宣告ヲ爲スコトヲ得レトモ其他ノ場合ニ於テハ職權ヲ以テ必要ナル實體上ノ調査ヲ爲シ破產ノ原因存スル旨ノ心證ヲ得タルトキニ非サレハ破產ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ス是ヲ以テ(1)債務者カ破產ノ申立ヲ爲シタル場合ニ於テハ其申立及ヒ之ニ添付シアル書類其他屆書ニ基キテ又必要ナル場合ニ於テハ口頭辯論ヲ開キテ(商法第九七九條、破產法案第一四三條)破產ノ原因タル事實ヲ調査スルコトヲ要ス隨テ債務者ノ爲シタル破產ノ申立ハ自白ニシテ支拂停止ニ關スル唯一ノ證據ナリトシテ直チニ破產ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ス蓋シ債務者ハ債權者ニ對スル奸策トシテ又ハ强制執行ヲ避クル手段トシテ破產ノ申立ヲ爲スコトアレハナリ故ニ裁判所ハ調査ノ結果破產ノ原因ナシト認メタルトキハ債務者ノ破產ノ申立アルニ拘ハラス之ヲ棄却スルコトヲ要ス(破產法案ニ依レハ理事、無限責任社員、業務擔當社員、取締役又ハ清算人其他破產法案第百三十七條ニ掲ケサル法人(例ヘハ移民會社ノ如キ)ノ代表機關ノ全員カ共同シテ法人其他ノ會社ニ對シ破產ノ申立ヲ爲シタルトキハ破產ノ原因タル事實ノ疏明ヲ必要トスト雖モ(全員カ破產ノ申立ヲ爲シタル一事ハ斯ル疏明トシテ十分ナリ)斯ル代表機關ノ一員若クハ數員カ法人其他ノ會社ニ對シ破產ノ申立ヲ爲シタルトキハ之ニ反シテ破產

ノ原因タル事實ノ疏明ヲ必要トス隨テ斯ル疏明ナキ破産ノ申立ハ之ヲ不適法トシテ棄却スヘキモノナリ是レ蓋シ斯ル代表機關ノ一員若クハ數員ノ破産ノ申立ハ代表機關タル各員ノ感情ノ衝突其他ノ事情ニ基因スルコトナキヲ保セサルヲ以テ之ヲ破産債權者ノ申立ト其取扱ヲ同シウスルコトヲ適當トスレハナリ(破産法案第一三八條第一三九條參照)(2)債權者カ破産ノ申立ヲ爲シタルトキハ職權ヲ以テ破産ノ原因ノ外ニ尙ホ債權者ノ有スル債權ノ有無ヲ調査スルヲ要ス何トナレハ債權者ニ非サレハ債務者ニ對シ破産ノ申立ヲ爲スコトヲ得サレハナリ(獨逸破産法第百二十五條ニ依レハ債權者ノ爲シタル破産ノ申立ハ債務者ノ取引上ノ名譽及ヒ財産上ノ信用ヲ損スルヲ以テ先ツ債權者ニ其有スル債權存在ノ事實及ヒ破産ノ原因タル事實ノ疏明ヲ爲サシメ若シ斯ル疏明ナキトキハ破産ノ申立ヲ不適法トシテ棄却シ疏明アリト認ムルニ足ルトキハ該事實ニ付キ債務者ヲ審訊スルモノト定メタリ洵ニ適當ナル立法ナリト信ス)而シテ職權調査ノ結果破産ノ申立人カ債權者トシテ申立權ヲ有セサルトキハ前述ノ如ク不適法トシテ破産ノ申立ヲ棄却ス破産ノ原因存セサルトキハ理由ナシトシテ破産ノ申立ヲ棄却ス(多數ノ債權者又ハ債務者及ヒ債權者カ各自破産ノ申立ヲ爲シタルトキハ裁判所ハ民事訴訟法第百二十條ニ從テ之ヲ併合審理スルコトヲ得又甲債權者カ爲シタル破産ノ申立却下ノ決定ニ對シテハ乙債權者ハ甲債權者カ斯ル抗告ヲ爲ササル場合ニ於テ抗告ヲ爲スコトヲ得ス是レ當事者ハ第二審ニ於テ全然新ナル行爲ヲ爲スコト能ハサルノ法意ニ基因スルモノナリ)

(丙)　債務者ニ對スル保全處分　債務者ニ對スル保全處分ハ之ヲ大別シテ債務者ノ身體ニ對スル保全處分ト債務者ノ財産ニ對スル保全處分ト爲ス債務者ノ身體ニ對スル保全處分ハ或ハ債務者又ハ其法定代理人ヲ引致シ或ハ之ニ監守ヲ命シテ之ヲ爲シ債務者ノ財産ニ對スル保全處分ハ或ハ倉庫若クハ動産ノ封印ニ依リテ之ヲ爲シ或ハ金錢若クハ有價證券ノ供託ニ依リテ之ヲ爲シ或ハ第三債務者ニ對シテ債務者ニ支拂ヲ爲スヘキコトヲ禁止シ若クハ債務者ニ對シ其有スル不動産上ノ權利ノ處分ヲ爲スコトヲ禁止シ(裁判所ハ其知レタル不動産上ノ權利ニ關シテハ處分ノ禁止アリタル旨ヲ登記所ニ囑托スルヤ當然ナリ)

テ之ヲ爲ス現行破產法ニ於テハ破產宣告後ニ於ケル保全處分ノ規定ヲ設ケタリト雖モ破產宣告後ニ於ケル保全處分ノ規定ヲ設ケス(債權者ハ破產宣告前假差押ニ依リテ債務者ノ財產ニ對スル保全處分ト同一ノ効果ヲ收ムルコトヲ得ヘキハ當然ナリ)是レ立法上ノ缺點タリ故ニ破產法案ハ第百五十四條ニ於テ裁判所ハ破產宣告前申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ債務者其法定代理人又ハ相續人及ヒ前戶主(相續財產ニ對スル破產ノ申立アリタル場合)ニ引致又ハ監守ヲ命スルコトヲ得(破產法案第百十三條以下ニ於テハ引致及ヒ監守ニ關スル規定ヲ總間中ニ設ケタリ是レ畢竟引致及ヒ監守ハ破產手續中何時ニテモ之ヲ命スルコトヲ得必スシモ現行破產法ニ於ケルカ如ク破產宣告後ニ限リ之ヲ命スルコトヲ得ルモノニ非サレハナリ)又破產財團ニ屬スヘキ財產ニ必要ナル保全處分ヲ命スルコト得ル旨ヲ規定シ又第百十六條及ヒ第百五十六條ニ於テ保全處分ハ其之ヲ必要ナリト爲スノ原因消滅シタルトキハ裁判所ハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ之ヲ取消シ又ハ之ヲ變更(債務者ノ財產ニ對スル保全處分ノ變更アルモ債務者ノ身體ニ對スル保全處分ノ變更ナキハ其性質ニ徵シ明白ナリ)スルコトヲ得ル旨ヲ規定シタリ例ヘハ破產ノ申立棄却ノ決定確定シタルトキ又ハ破產ノ申立ノ取下アリタルトキニ保全處分ヲ取消シ或ハ動產ノ封印ニ換フルニ動產ノ保管(保管人ヲ置キテ之ヲ保管セシム)ヲ以テスルカ如キヲ謂フ

(3) 破產ノ宣告ニ關スル裁判手續及ヒ之ニ伴フ諸手續

(甲) 破產ノ宣告　破產裁判所ハ破產ノ申立ヲ適法ト認ノ且破產ノ原因アリト認メタルトキハ決定ヲ以テ破產ヲ宣告ス(商法施行法第一三八條)決定ヲ以テ破產ヲ宣告ス「破產法案第一三一條」決定ヲ以テ破產ヲ宣告ス」元來判決ハ必要的口頭辯論ニ基キテ爲ス裁判ノ形式ニシテ決定ハ任意的口頭辯論ニ基キテ爲ス裁判ノ形式ナリ破產手續ニ關スル裁判ハ必要的口頭辯論ニ基キテ爲スモノニ非サルコト前述ノ如シ(商法第一三八條第二項前段破產法案第一〇七條是レ破產宣告ノ形式ハ決定ニシテ判決ニ非サル所以ナリ此ノ如ク破產ノ宣告ノ形式ハ決定ナルヲ以テ破產決定書(決定ノ原本)ニ於テ民事訴訟法第二百三十六條ノ規定ニ則リ事實及ヒ理由ヲ掲ケサルモ之カ爲メニ違法ト爲ルモノニ非ス(民事訴訟法第二四五條第二項)然レトモ破產決定書ニハ破產ノ目的ヲ達スルカ爲メ

ニ必要ナル法律上一定ノ事項ノ記載アルコトヲ要ス其事項ハ債務者ニ對シ破產手續ヲ開始シタル旨ノ表示竝ニ其日時、破產財團ヲ保全シ且破產手續ヲ進行セシムルニ必要ナル諸命令(破產機關ノ選定、保全處分ノ命令、拘引差押ノ命令、債權屆出ノ催告、債權調査會ノ期日、債權者集會ノ期日)及ヒ支拂停止ノ日時(商法第九八〇條、第一〇〇二條)ニ外ナラス但支拂停止ノ日時ハ後日決定ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得(商法第九八〇條第一項第一號)是レ蓋シ支拂停止ノ日時ハ破產ノ宣告前ニ於テ爲シタル債務者ノ行爲カ破產財團ニ對シテ有效ナルヤ否ヤ又破產財團ノ爲メニ斯ル行爲ヲ取消スコトヲ得ルヤ否ヤ其他破產債權者カ其債權ヲ破產者ニ對シテ負擔スル債務ト相殺スルコトヲ得ルヤ否ヤヲ確定スル標目(商法第九九〇條乃至第九九二條、第九九五條、破產法案第八五條、第八四條)ニシテ破產當事者其他ノ利害關係人ニ重大ナル影響ヲ及ホスモノナルヲ以テ輕勿ニ之ヲ速斷セシメサルノ法意ニ出テタルモノナリ(破產法案第百四十九條ニ依レハ破產決定書ニハ破產宣告ノ年月日時ヲ記載スルコトヲ要ス是レ破產法案ニ在リテハ其第一條ニ於テ明示セルカ如ク破產ハ宣告ノ時ヨリ其効力ヲ生スルヲ以テ斯ル時期ヲ確定スルノ必要アルニ依ル而シテ破產宣告ノ年月日時ハ破產法案第一條ニ所謂破產宣告ノ時ニ外ナラス其時機ニ關シテハ學者間ニ爭アリト雖モ予輩ハ判事カ署名捺印シタル時ヲ以テ破產決定完成ノ時期ト云フヲ正當ナリト思フ蓋シ判事ハ此時ニ於テ法律上破產宣告ヲ爲スヘキモノト決斷シ他ノ職權的行動ヲ止メタルモノナレハナリ但斯ル日時ノ記載ハ他ノ決定ニ於ケル場所及ヒ月日ノ記載ト同シク公證ノ性質ヲ有シ裁判ノ性質ヲ有セス破產法案第百四十九條ニ依レハ裁判所ハ破產宣告ト同時ニ破產手續ヲ進行スルカ爲メニ猶豫スルコト能ハサル事項即チ管財人ノ選任、債權屆出ノ期間、第一回ノ債權者集會ノ期日、債權調査ノ期日ヲ決定ノ形式ヲ以テ定ムルコトヲ要ス而シテ第一回ノ債權者集會期日及ヒ債權調査ノ期日ハ破產財團ノ價額些少ナルトキ若クハ破產債權者ノ員數僅少ナルトキ又ハ破產者カ强制和議ヲ提供シタルトキハ之ヲ併合スルヲ破產手續ノ進行上適當トスルコトアルヲ以テ裁判所ノ自由ナル意見ニ從ヒ斯ル併合ヲ許シタリ但管財人ノ選任其他債權屆出ノ期間、債權者集會ノ期日ノ指定ハ理論上破產宣告ノ決定ニ非サルコト勿論ナリト

雖モ實際上現行法ニ於ケルカ如クニ破產宣告書ニ記載スルコトヲ妨ケス唯破產法案ニ於テハ法律上破產決定書ニ記載スヘキ現行法ノ法則ヲ不當ナリト認メテ排斥シタルノミ又破產法案第百五十條ニ依レハ裁判所ハ破產宣告ト同時ニ破產法案ニハ裁判所カ破產ノ宣告ヲ爲シタルトキトアルモ破產宣告ト同時ト其意義ヲ異ニセス破產財團ノ保全ニ缺クヘカラサル命令ヲ發ス而シテ此命令屆出ニ關スル部分ハ法律上獨立ノ効力ヲ發生ス故ニ該命令ノ公告ナキ間ハ債務ヲ負擔スルコト、破產財團ニ屬スル財產ヲ所持スルコト等ヲ屆出ツル義務發生スルコトナク又之ニ反シテ該命令ノ公告アリタル以上ハ一定ノ期間內ニ斯ル屆出ヲ怠リタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害例ヘハ換價益ニ配當ノ遲延ニ因リテ生シタル特別ノ費用ヲ破產債權者團體ニ對シテ賠償セサルヲ得ス但該命令モ亦管財人ノ選任、債權屆出ノ期間指定等ト同シク理論上破產宣告ノ決定ニ非スト雖モ實際上現行破產法ニ於ケルカ如クニ破產宣告ニ之ヲ記載スルコトヲ得ルヤ勿論ナリ)

(乙) 破產ノ申立棄却　裁判所ハ破產ノ申立ヲ不適法ナリト認メタルトキハ不適法トシテ又破產ノ原因ナシト認メタルトキハ理由ナシトシテ決定ヲ以テ破產ノ申立ヲ棄却ス是レ法律上明文ヲ待タスシテ明白ナル所ナリ而シテ此場合ニ於テハ破產手續ノ費用ハ原則トシテ申立人ノ負擔トス(民事訴訟法第七二條以下準用、破產法案第一〇五條參照)

(丙) 破產ノ宣告及ヒ破產ノ申立棄却ニ伴フ諸手續　破產ノ宣告アリタルトキハ裁判所ニ於テ直チニ之ヲ公告スルコトヲ要ス是レ蓋シ破產ノ宣告ハ不定多數ノ利害關係人ニ重大ナル關係ヲ來スヲ以テ之ニ破產ノ宣告アリタル旨ヲ確知セシムルニ外ナラス而シテ現行破產法第九百八十一條ニ於テハ單ニ公告ノ方法ヲ規定シタルニ止マリ公告ヲ爲スヘキ者公告スヘキ書類及ヒ公告ノ期間等ニ關シテハ別段ノ規定ナシト雖モ公告ハ裁判所ノ職權ニ屬シテ裁判所ノ書記之ヲ取扱ヒ公告スヘキ書類及ヒ公告ノ期間等ハ之ヲ法律カ公告ノ精神ニ適スヘク裁判所ノ判斷ニ委シタルモノト謂フヘシ(民事訴訟法第一五七條準用)又裁判所ニ於テ所在ノ知レタル債權者及ヒ破產者ノ債務者ニ對シテハ特ニ公告ノ外ニ送達ヲ爲スヲ適當トス(商法第一〇〇六條第一項第一〇二三條第三項後

日支拂停止ノ日時ヲ定メタル決定ハ破產宣告ノ一部分ナルヲ以テ之ヲ公告シ又送達スヘキコト勿論ナリ其他破產ノ宣告アリタルトキハ裁判所書記ハ決定ノ正本、謄本若クハ抄本ヲ檢事ニ送致現行法ニ於テハ書類ヲ檢事ニ送付スルヲ送致ト謂フ)セサルヘカラス是レ檢事カ破產ニ付キ犯行アルヤ否ヤヲ搜査スルノ職務ヲ行フノ便宜ノ爲メナリ(商法第九八〇條末項(破產法案ニ於テハ第百五十一條第一項ニ於テ破產ノ宣告アリタル場合ニ公告スヘキ事項ヲ規定シ第百五十二條ニ於テ破產ノ宣告アリタル場合ニ於テ裁判所ニ於テ知レタル債權者及ヒ破產者ノ債務者ニ對シ注意ノ爲メニ破產決定及ヒ破產法案第百四十九條ニ掲ケタル事項ニ關スル決定ヲ送達スルコトヲ要スル旨ヲ規定シ又第百五十三條ニ於テ同一ノ場合ニ檢事ニ破產ニ關スル犯行ノ有無搜查ノ便宜ノ爲メニ破產ノ宣告アリタル旨ヲ通知(通知トハ適當ノ方法ニテ或事項ヲ告知スル手續ニシテ送達ノ如クニ別段ノ形式ナキモノナリ)スルコトヲ要スル旨ヲ規定シタリ公告ト送達トノ關係ニ付テハ總則ノ說明ヲ參照スヘシ)之ニ反シテ破產ノ申立ヲ棄却シタルトキハ現行破產法ニ於テハ該棄却ノ決定ニ伴フ手續ニ付キ別段ノ規定ヲ設クト雖モ裁判所ニ於テ破產ノ申立ヲ爲シタル債權者カ豫納シタル破產手續ニ關スル費用ヲ還付スヘキコトハ固ヨリ當然ナリ(尙ホ破產法案ニ於テハ裁判所ニ於テ職權ヲ以テ破產宣告前ニ爲シタル保全處分ヲ取消スヘキコトハ當然ニシテ又後述ノ如ク破產財團カ破產手續費用ヲ償フニ足ラサル爲メニ破產ノ申立ヲ棄却シタルトキハ債務者ヲ破產者ト看做スカ故ニ其旨ヲ檢事ニ通知スヘキ旨ヲ規定シタリ(破產法案第一五三條)破產決定ニ對シテハ破產者ハ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得盍シ破產者ハ破產決定ニ依リ不利益ヲ被ムルヲ以テナリ(破產債權者ハ斯ル申立ヲ爲スヲ得ス何トナレハ破產決定ハ債務者ノ申立ニ因ルト債權者ノ申立ニ因ルトヲ問ハス債權者總員ノ利益ノ爲メニ爲シタルモノナルノミナラス或債權者カ强制執行ヲ爲スコトヲ得ルト云フカ如キ特別固有ノ利益ノ爲メニ不服ヲ申立ツルコトヲ許スハ其當ヲ得サレハナリ)債務者ノ申立ニ因リテ爲シタル破產決定ニ對シテ亦然リ(破產者ハ熟慮ノ末破產ノ申立ヲ錯誤ニ出テタルモノト認メ新事實及ヒ新證據ヲ提出スルカ爲メニ又裁判所ニ於テ債務者ノ破產ノ申立ノ取下ヲ看過シテ破產ヲ宣告

シタルカ爲メニ斯ル決定ニ對シテ不服ヲ申立ツルコトヲ得サルノ理ナシ(商法施行法第一三八條第二項末段破產法案第一〇九條又即時抗告ノ期間ハ裁判所ノ送達ヲ受ケタル日ノ翌日又ハ裁判ノ言渡ヲ受ケタル日ノ翌日ヨリ起算ス(商法施行條例第二四條商法施行法第一四七條民事訴訟法第四六六條第二項)是レ不服申立權者ハ此時ヨリ適當ニ其權利ヲ行使スルコトヲ得レハナリ(破產法案ニ依レハ言渡ハ口頭辯論ヲ經タルト否トニ拘ハラス破產決定ノ要件ニ非サルヲ以テ又公告ヲ以テ一切ノ利害關係人ニ對スル送達ノ効力ヲ有スルモノト規定シタルヲ以テ破產決定ニ對スル即時抗告ノ期間ハ公告ノ効力ヲ生スヘキ日ノ翌日ヨリ進行スト謂ハサルヲ得ス)破產ノ申立却下ノ決定ニ對シテハ斯ル申立ヲ爲シタル債務者及ヒ債權者カ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得(商法施行法第一三八條第二項末段破產法案第一〇九條其抗告期間ハ裁判ノ送達ヲ受ケタル日ノ翌日又ハ裁判ノ言渡アリタル日ノ翌日ヨリ起算スルコト前述ノ如シ(商法施行條例第二四條第二五條商法施行法第一四七條民事訴訟法第二四五條準用)但申立棄却ノ決定ハ單ニ申立人ノ利害ニ關係スルニ止マルヲ以テ裁判ノ送達ハ唯申立人ニ對シテ之ヲ爲スノミ(破產法案ニ於テハ言渡ハ破產手續ニ關スル決定ノ要件ニ非サルヲ以テ即時抗告ノ期間ハ裁判ノ送達アリタル日ノ翌日ヨリ進行スルモノト謂ハサルヲ得ス)

抗告裁判所ハ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ即時抗告ノ當否ヲ裁判ス(商法施行條例第二五條商法施行法第一四七條而シテ抗告裁判所カ破產決定ニ對スル抗告ヲ適法ニシテ且理由アリト認メタルトキハ破產決定ヲ取消シ且破產ノ申立ヲ棄却ス(民事訴訟法第二四五條準用)破產法案ニ於テハ第百九條ニ依リテ送達ヲ爲ス斯ル裁判カ抗告期間ノ徒過若クハ再抗告棄却其他ノ原因ニ因リテ確定シタルトキハ債權者債務者其他利害關係人ノ爲メニ抗告裁判所ニ於テ(民事訴訟法第四百六十四條ノ場合ニ在リテハ前審裁判所ニ於テ)直チニ其要領ヲ公告シ且遲滯ナク破產決定ノ取消アリタル旨ヲ檢事ニ通知スルコトヲ要スルヤ言ヲ俟タス現行破產法ニ於テ斯ル趣意ノ明文ヲ缺クハ立法上ノ缺點タルコトヲ免レス是レ破產法案第百五十一條第二項及ヒ第百五十三條末段ノ規定アル所以ナリ(其他破產取消ノ決定確定シタル場合ニ於テ爲スヘキ手續ニ關シテハ破產法

案第百十七條第百二十六條乃至第百三十條ノ規定ヲ參照スヘシ(破產決定取消ノ裁判確定シタルトキハ既往ニ遡リテ其効力ヲ生ス故ニ破產決定ニ依リテ生シタル効力殊ニ破產者ノ管理及ヒ處分ノ權能ノ喪失ハ法律上存セサルモノト爲リ之ヲ非認スルコトヲ得サルモノト爲ル但破產宣告後破產決定取消ノ裁判確定マテニ管理人ノ爲シタル行爲ハ債務者ニ對シ其効力ヲ有スルヤ當然ナリ)又抗告裁判所カ破產ノ申立棄却ノ決定ニ對スル抗告ヲ適法ニシテ且理由アリト認メタルトキハ該決定ヲ棄却シ自ラ破產決定ヲ爲シ又ハ不服ヲ申立テラレタル裁判ヲ爲シタル裁判所ニ委任シテ裁判ヲ爲サシムルコトヲ得(民事訴訟第四六四條)抗告裁判所ハ理論上自ラ破產決定ヲ爲スコト能ハサルニ非サルモ抗告裁判所カ管財人ヲ選定シ其他破產手續ヲ指揮及ヒ監督スルハ不便ナルヲ以テ實際上下級裁判所ニ委任スルヲ適當ナリトス)抗告裁判所ノ裁判ニ對シテ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ更ニ即時抗告ヲ爲スコトヲ得(民事訴訟法第四五六條第四四六條)

破產ノ宣告及ヒ破產ノ申立棄却ニ伴フ諸手續ヲ講了スルニ臨ミ一言スヘキコトハ現行破產法ニ在リテハ破產決定ハ其言渡又ハ其送達ニ依リテ外部ニ對シ効力ヲ有スルカ故ニ(商法施行條例第二〇條、第二四條、商法施行法第一四七條、民事訴訟法第二四五條、第二三三條、第二三四條裁判所書記カ該決定ノ公告ヲ爲ササルモ破產決定ノ効力ニ影響スル所ナキコト是ナリ破產法案ニ在リテ亦破產ハ宣告ノ時ヨリ其効力ヲ生シ(破產法案第一條、第一四八條)破產決定ノ送達及ヒ其公告ハ破產宣告ノ效力ニ影響スル所ナシ唯公告ナカリシカ爲メニ善意ニテ破產者ト取引ヲ爲シタル第三者ハ破產法案第五十七條ニ依リテ保護セラルルモノナリ(破產法案第百四十一條ニ所謂破產宣告ノ時及ヒ破產法案第百四十八條ニ所謂破產宣告ノ年月日時ハ破產決定言渡ノ時(破產決定ヲ言渡シタル場合ニ)破產決定送達ノ時(破產決定ヲ言渡ササル場合ニ)又ハ當該判事決定書ニ署名捺印シタル時ヲ指示スルモノナルヤ否ヤ頗ル疑アル問題ナリ破產決定送達ノ時期ハ之ヲ豫知スルコト能ハサルヲ以テ斯ル時期ヲ破產宣告ノ時トシ裁判官ヲシテ之ヲ破產決定書ニ記載セシムルコト能ハサルヤ言ヲ俟タス故ニ破產決定送達ノ時期ハ破產宣告ノ時ニ非スト謂フコトヲ得ヘシ破產決定ハ口頭辯論

ヲ經タルトキト雖モ之ヲ言渡スコトヲ必要トセス加之裁判ハ其言渡又ハ送達ニ依リテ外部ニ對シ效力ヲ生ストハ單ニ裁判ノ言渡又ハ送達アリタルトキハ裁判所ハ以後之ヲ變更スルコトヲ得ストノ意味ヲ有スルニ止マリ破產宣告ノ時ヲ定ムルニ付キ必要ナル標準ト爲ラス故ニ破產決定言渡ノ時カ破產宣告ノ時ト謂フコトヲ得ス當該判事カ破產決定書ニ署名捺印シタル時ハ之ニ依リテ法律上破產宣告ヲ爲スヘキ旨ノ決斷ノ意思ヲ表示シ他ノ職權的行動ヲ止メタルモノト謂フヘシ故ニ斯ル時ヲ以テ破產宣告ノ時ト爲スヲ正當ト思フ)

(二)　破產債權及ヒ破產財團ノ確定手續　破產ハ前述ノ如ク各破產債權者ヲシテ破產財團上ニ平等ナル辨濟ヲ受クルコトヲ得セシムルヲ目的トス此目的ヲ達スルカ爲メニハ破產債權及ヒ破產財團ヲ確定スルコトヲ要ス是レ各國破產法ニ於テ破產債權確定ノ手續トシテ破產債權ノ屆出及ヒ調査ノ規定アル所以ニシテ又破產財團確定ノ手續トシテ破產財團ノ管理及ヒ換價ノ規定アル所以ナリ左ニ之ヲ分說スヘシ

(い)　破產債權ノ確定手續　破產ノ宣告ハ其當時未確定ナル總債權者ノ爲メニ

雜報

○質物ヲ以テスル辨濟　質權設定者ハ設定行爲又ハ債務ノ辨濟期前ノ契約ヲ以テ質權者ニ辨濟トシテ質物ノ所有權ヲ取得セシムルハ法ノ禁スル所ナレトモ(民法第三四九條)債務ノ辨濟期ニ至リ(又ハ期限ノ利益ヲ拋棄シテ)質物ヲ以テ辨濟ニ充ツルコトハ固ヨリ正當ナリ之ニ關スル大審院ノ判例ニ曰ク(民法第三百四十九條ノ規定ハ債務者カ債務ノ辨濟ヲ爲ササルトキ質權者ヲシテ其辨濟トシテ直ニ質物ノ所有權ヲ取得セシメ又ハ其他法定ノ方法ニ依ラスシテ質物ヲ處分スルコトヲ得セシムルトキハ獨リ質權者ヲシテ利益ヲ壟斷セシメ債務者ニ非常ナル損害ヲ生セシムルノ恐アルカ故ニ此等所謂流質契約ノ締結ヲ禁止シタルモノニシテ本件ノ如ク質權設定者ニ於テ其債務ノ辨濟ニ代ヘ任意ニ其質物ノ所有權ヲ質權者ニ轉付スルコトヲ得ルノ契約ハ該法條ノ支配ヲ受クヘキモノニ非ス何トナレハ此場合ニ於テハ其質物ノ所有權ヲ質權者ニ轉付スルト否トハ一ニ質權設定者ノ任意ニシテ毫モ前記流質契約ノ如キ弊害ヲ生

スルコトナケレハナリ」ト（大審院明治三十七年（オ）第百十八號立替金返還請求事件明治三十七年四月五日第一民事部判決）

○戸主死亡後ノ壻養子　新民法ニ於テハ養子縁組ハ養親ト爲ル者及ヒ養子ト爲ル者十五年未滿ナルトキハ其家ニ在ル父母之ニ代ル）トノ契約ニ因リ又ハ養子ト爲サントスル者ノ遺言ニ依リテ之ヲ爲スモノナレトモ民法施行前ニ在リテハ必スシモ斯ル場合ニ限ラサリシモノノ如シ今大審院ノ判例ニ依ルニ曰ク「民法實施以前ニ在リテハ先代死亡後ニ至リ親族協議上將來幼年ノ女戸主ト結婚セシムルノ目的ヲ以テ男ヲ迎ヘタルトキハ之ヲ壻養子ト稱シ其縁女タルヘキ女戸主ハ直ニ戸主ノ地位ヲ退キ養子代リテ其家督ヲ相續スヘク而シテ一旦家督ノ相續ヲ爲シ戸主タルノ地位ヲ取得シタル以上ハ縱令其後ニ至リ縁女ト離婚スルコトアルモ之カタメ其戸主權ヲ喪失セサルコトハ我國從來ノ慣例ナリトス」ト（大審院明治三十六年（オ）第六百八十九號分家無效確認及相續權回復請求事件明治三十七年四月五日第一民事部判決）

○民法施行前ノ指定家督相續人ト養子　民法施行法第六十八條ノ規定ニ依レハ民法施行前ニ爲シタル養子縁組ハ民法施行ノ日ヨリ民法ニ定メタル效力ヲ生スルモノトス（民法第七二七條、第八三七條以下參照今若シ同シク民法施行前ニシテ且右ノ養子ヨリ先ニ他人ヲ家督相續人ニ指定シ置キ其戸主カ民法施行後ニ死亡シタルトキハ就レカ相續權ヲ有スルカ即チ家籍ニ在ラサル指定家督相續人（勿論屆出アリ）ナルカ將タ民法ノ施行ト共ニ嫡出子タル身分ヲ有スル所ノ養子ナルカ大審院ハ曰ク「民法施行前ニ於テ推定家督相續人アラサル被相續人カ豫メ家督相續人ヲ指定シテ戸籍ニ登記シタル場合ニ於テハ右相續人タル縁令養嗣子ノ名稱カキモ法律上養嗣子ト同一ノ取扱ヲ受ケ被相續人死亡又ハ隱居ノ時ニ際シ養嗣子ト篝ク家督ヲ相續スルコトハ我國從來ノ慣例ナリトス而シテ本件ニ付キ原院ノ確定セル事實ニ依ルトキハ先代亡鈴木吉太郎ハ明治二十一年三月二十日其妹夫タル被上告人ヲ相續人ニ指定シ其屆出ヲ爲シ其後同年九月六日上告人ヲ吉太郎養子トシテ入籍セシメ而シテ吉太郎ハ三十五年二月十五日死亡シ茲ニ相續開始シタルモノトス民法施行法第六十八條ニ依ルトキハ民法施行以前ニ爲シタル婚姻又ハ養子縁組ト雖モ其施行ノ日ヨリ民法ニ定メタル效力ヲ生スルカ故ニ吉太郎カ上告人ヲ養子ト爲シタルハ縱令被上告人主張スルカ如ク相續權ヲ付與セサルノ意思ニ出ラタルモノトスルモ民

法實施後ハ前記法條ニヨリ上告人ハ養子タルノ效力トシテ嫡出子タルノ身分ヲ取得スルニ至ルヘシト雖モ之カ爲メ已ニ養嗣子ト同一ナル相續權ヲ取得セル被上告人ノ相續權ヲ喪失セシムヘキ筋合之レナキニヨリ原院カ本件ニ於テ民法實施前一旦相續人トシテ指定セラレタル者ノ相續權ハ其後爲シタル養子縁組ノタメ其權利ヲ奪ハルヘキモノニ非スト判決シタルハ相當ニシテ云云〕ト

（大審院明治三十六年（オ）第五百二十六號家督相續回復事件明治三十七年四月五日第一民事部判決）

○再抗告棄却後ノ抗告　再抗告ヲ不適法トシテ棄却シタル決定ニ對スル抗告申立ニ對スル大審院ノ判決ニ曰ク〔法律上ノ方式ニ從ハサル抗告又ハ相當ナル印紙ヲ貼用セサル抗告タルノ理由ヲ以テ之ヲ棄却シタルカ如キ場合ニ於テハ其缺點ヲ補正シテ期間内更ニ抗告ヲ爲スヲ妨ケスト雖モ本條ノ如ク抗告ノ理由ニ就キ審理ヲ遂ケ其未タ民事訴訟法第四百五十六條第二項ノ規定ニ該當セサルモノト認メ之ヲ不適法トシテ棄却シタル場合ニ於テハ抗告人ハ更ニ抗告ノ申立ヲ爲スコトヲ許ササルモノトス〕ト（大審院明治三十七年（ク）第百三十一號破産抗告事件ノ決定ニ對スル抗告事件明治三十七年五月十七日第一民事部決定）

●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ニ申込ムヘシ

學則入用ノ向ハ申越次第贈呈スヘシ

●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驗ニ及第シタル者又ハ他ノ同類學校豫科卒業者ヲ入學セシム

入學試驗　來九月十五日（午前八時）ヨリ施行ス

●專門部　法律科　實業科　入學試驗來九月二日、十日、十月三日午前八時ヨリ施行ス

第貳年級編入試驗　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　第貳期編入試驗　來九月一日、十五日午前八時ヨリ施行ス

●聽講生　來九月授業開始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

司法省指定
文部省認定　私立　法政大學

八月

法實施後ハ前記法條ニヨリ上告人ハ養子タルノ效力トシテ嫡出子タルノ身分ヲ取得スルニ至ルヘシト雖モ之カ爲メ已ニ養嗣子ト同一ナル相續權ヲ取得セル被上告人ノ相續權ヲ喪失セシムヘキ筋合之レナキニヨリ原院カ本件ニ於テ民法實施前一旦相續人トシテ指定セラレタル者ノ相續權ハ其後爲シタル養子緣組ノタメ其權利ヲ奪ハルヘキモノニ非スト判決シタルハ相當ニシテ云云」ト（大審院明治三十六年（オ）第五百二十六號家督相續回復事件明治三十七年四月五日第一民事部判決）

○再抗告棄却後ノ抗告　再抗告ヲ不適法トシテ棄却シタル決定ニ對スル抗告申立ニ對スル大審院ノ判決ニ曰ク「法律上ノ方式ニ從ハサル抗告又ハ相當ナル印紙ヲ貼用セサル抗告タルノ理由ヲ以テ之ヲ棄却シタルカ如キ場合ニ於テハ其缺點ヲ補正シテ期間內更ニ抗告ヲ爲スヲ妨ケスト雖モ本條ノ如ク抗告ノ理由ニ就キ審理ヲ遂ケ其未民事訴訟法第四百五十六條第二項ノ規定ニ該當セサルモノト認メ之ヲ不適法トシテ棄却シタル場合ニ於テハ抗告人ハ更ニ抗告ノ申立ヲ爲スコトヲ許ササルモノトス」ト（大審院明治三十七年（ク）第百三十一號廢棄抗告事件ノ決定ニ對スル抗告事件明治三十七年五月十七日第一民事部決定）

●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ニ申込ムヘシ

學則入用ノ向ハ中越次第贈呈スヘシ

●**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驗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

入學試驗　來九月十五日（午前八時）ヨリ施行ス

●**專門部**　法律科　實業科　入學試驗來九月二日、十日、十月三日午前八時ヨリ施行ス

第貳年級編入試驗　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**　第貳期編入試驗　來九月一日、十五日午前八時ヨリ施行ス

●**聽講生**　來九月授業開始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

八月　司法省指定　文部省認定　私立　**法政大學**

法學志林

第五十九號
（八月十五日發行）

志林

○捕獲法ト公船　法學博士　松波仁一郎
○軍用病院船ニ關スル特權ノ範圍ヲ論ス　法學士　秋山雅之介
○最近判例批評　法學博士　梅謙次郎
○「借財」ノ意義ニ關シ志方鍛君ニ答フ　法學博士　梅謙次郎
○權利ノ新種類ニ就テノ研究　法學博士　志田鉀太郎

纂論

○露國新手形法（七）　法科大學生　佐竹三吾

解疑

○會社ノ不法行爲能力及其範圍　法學士　松本烝治

判例

○大審院新判決例　二十九件

雜報

（○法令速成科ノ無水暖）（○軍人家族救護事務ニ關スル通牒）（學位令與式）（○露國滿洲軍）（○露國ノ屠殺）（北條宗ノ系統）（○遼陽壓迫）（旅順ノ包圍）（○會長戒事件）（其後○計數漢ノ恐慌）（暴行看守ノ處刑）（未決囚ノ減少）

記事

（目）（○來學年各科擔任講師）（○實業懇話會）（○校友異動）（○寄贈書

（明治三十六年十月十二日第三種郵便物認可
毎月十同一日三日五日八日十一日十五日十八日廿一日廿五日廿八日發行）

明治三十七年八月廿五日印刷
明治三十七年八月廿八日發行　（定價金貳拾錢）

編輯兼發行者　東京市牛込區牛込北町十番地　荻原敬之

印刷者　東京市牛込區矢來町三番地　小宮山信好

印刷所　東京市芝區四ノ久保明舟町十一番地　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
司法省指定　法政大學
（電話番町百七十四番）