

法政大学学術機関リポジトリ

HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2025-07-31

法政大學講義録

加藤, 正治 / 若槻, 禮次郎 / 岡野, 敬次郎 / 山田, 三良 /
松岡, 義正 / 笈, 克彦

(出版者 / Publisher)

法政大學

(巻 / Volume)

6

(号 / Number)

3学年の2

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

93

(発行年 / Year)

1905-12-30

（明治三十八年十一月九日第三種郵便物認可）
每月三回、十日、二十日、三十日發行

明治三十八年十二月卅日發行

第參學年ノ二

三十九年度

法政大學講義錄

第六號

法政大學發行



0335

090
1906
3-1-2

三十九年度第六號目次

行政法各論	至(自八五)	法學博士 寬 克 彦
國際私法	至(自二五)	法學博士 山田 三 良
民法相續	至(自二四)	法學士 若槻禮次郎
商法手形	至(自三六)	法學博士 岡野敬次郎
商法海商	至(自二九)	法學博士 加藤 正 治
破產法	至(自二四)	法學士 松岡 義 正
民事訴訟法	自第三編(自二一) 至第五編(至四八)	法學士 松岡 義 正

雜 錄 ○大審院判例要旨

一。目的ノ最小限最低限ナリ、如何ナル國家トモ、其活動スルコトハ、皆自身ノ目的トシテ活動ヲ行ヒ、
 ツアルモノニシテ且其活動ヲ益々永續發展セシメントスル手段ト爲スモ、ニ非サルナシ、然レトモ他
 方ニ於テ國家統一の目的ハ、其自由活動ニ在リト謂フコトヲ考フルニ、實ニ國家統一の目的ノ最大限
 最高限ナリ、何トナレハ、國家ノ自由活動力。現實及ヒ發展ハ、即チ絕對我自由活動ノ發現シ現實ニセラ
 レ、絕對我自由活動ノ現實及ヒ發展ノ手段タルコトト國家ノ自由活動ノ現實及ヒ發展ノ手段トカ一致ス
 絶對我自由活動ノ現實及ヒ發展ノ手段タルコトト國家ノ自由活動ノ現實及ヒ發展ノ手段トカ一致ス
 所以ハ、實ニ國家學社會學法律學ノ研究ニ於ケル基點ニシテ最モ趣味多キ所ナリ、而シテ斯ノ如キハ
 實ニ國家ノ特性タル自主權ノ主體タル所以ニ歸著ス、即チ國家ハ自己自身カ其存在成立ノ原因タル點
 ニ在リ、自己内部ノ法ノミニ依リテ自ら法理上ノ合成人格者タルヲ認メ、法理上之ヲ有效ナラシムルモ
 ノタル自然アルニ歸著ス
 然ルニ國家相互ノ間ニ生スル密接ニシテ且複雑ナル關係ハ、國家最終ノ特質タル自主權ヲ以テ國際間ニ
 於ケル國家成立存在ノ唯一ノ條件ト爲ササルニ至ルヘク必ス此外ニ各國家カ相互ニ其自主權ノ承認ヲ
 爲スラ俟テテ後ニ始テ人類全部ヲ網羅スル國際間ニ於ケル完全獨立ナル國家タルヲ得ルニ至ルヘシ、
 元ヨリ斯ノ如キハ現今ノ狀態ニ於テ完全ニ行ハルモノニ非サルハ勿論遙ニ永遠ナル將來ニ於テ來ル
 ヘキ人類間活動ノ發展ノ順序ヲ豫想セルモノニ外ナラス、(但シ假令此發達ノ時期ニ到達スルモ國家ハ
 先ツ其自主權ヲ唯一ノ特質トスルコトハ永久不變ナルヘシ)
 將來國際間ニ立チテ國家トシテ認メラレ得ルニハ完全ニ國際間又ハ國際團體ノ承認ヲ要スルヲ必要ト
 スルニ至ル頃ニハ各國家カ自己ノ自由活動ヲ目的トスルコトハ又國家統一の目的ノ最低限度ト同時ニ

行政法各論 雜 錄

0336

最高限度タル能ハサルニ至リ斯ノ如キコトハ單ニ最低限度タリ得ルニ止マリ國家ノ目的ノ最高限ハ之ヲ國際團體全部ノ自由活動力ノ現實及發展ニ求メサルヲ得サルニ至ルヘシ、要スルニ尙ホ現今ノ狀態ニ在リテハ國家ノ統一の目的ハ其最低限ニ付キテ云フモ其最高限ニ付キテ謂フモ常ニ國家自身ノ自由活動ニ在リト稱スヘシ、

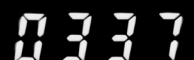
第二項 國家第二段ノ目的

國家ハ此統一の目的ノ範圍内ニ於ケル國家ノ小目的ハ元ヨリ無限無數ナリ、換言スレバ國家カ其自由活動ヲ現實セシメ之ヲ發展セシムル手段トシテ立ツル目的ハ極メテ多様ナリ極メテ多岐ナリ、然レトモ國家ハ合成我ナルコト國家活動力ノ性質カ合成力タルコト國家ノ特質カ其自主權ヲ有スルコトナルニ基キ自然必至ニ基キ自由目的ノ範圍ヲ限界スルコトヲ得ヘシ、

第一 國家ハ其權力ノ維持發達自身ヲ直接ノ目的トナス、
國家カ其大目的ヲ達シ得ル基礎ハ其權力ニ在リ權力ヲ發達ハ國家活動ヲ遂ケシメ之ヲ發展セシム、故ニ國家ノ存在ト共ニ其權力ノ維持發達ヲ目的トセサルモノナシ、而シテ權力發達ニハ必ス先ツ權力ノ中心點タル核タル事實力ヲ發達セシメサルヘカラス、核タル事實力トハ合成意力ノ本質ヲ有スル權力ノ中心タル事實力ナリ、自主權ノ基礎タル事實力ナリ、此核タル事實力中ニ於テ重要ナルモノハ武力及ヒ財力ナリ、故ニ國家ハ第一ニ其武力及ヒ財力ヲ維持發達セシムル爲メニ各種無數ノ活動ヲ爲ス
第二 國家ハ其内部ノ法及ヒ秩序ノ維持發達ヲ其直接ノ目的トナス
國家ハ其内部ニ法即チ規律的合成意力ノ存在成立スルヲ俟テ成立存在シ、國家活動力ノ發展ハ其法

ノ發展ト相消長ス、法ハ即チ權力ノ中心點タル核タル事實力ヲ事實且法理ニ於テ完全ナル國權タラシムル規律的合成意力ナリ、法ハ核タル事實力ヲシテ合成意力ヲ生セシメ自主權ヲ發生セシムルニ必要ナル社會力ナリ、此故ニ國家ハ其武力及ヒ財力ノ發達ニ伴フテ次第ニ法ヲ發達ヲ目的トスル各種ノ活動ヲナス
第三 國家ハ自ら進ミテ其分子タル各個人ノ充實發達ヲ目的トナス、
國家ハ合成我ナリ國家ノ意力ハ合成意力ナリ、故ニ各個人ヲ除キテハ國家ナク國家ノ意力ナク、分子ノ發達分意力ノ發達ハ全部タル合成我全部タル合成意力發展ノ一要件タリ、是ヲ以テ歷史上國家ノ武力財力ノ發達並ニ各個人間ノ秩序組織カ發達ノ緒ニ就クト共ニ之ニ次キテ國家カ自ら進ミテ關涉シテ各個人ヲ發達セシメントスル無數ノ國家活動ヲ見ル、

第四 國家ハ其分子タル各個人各團體ノ自由活動ノ範圍ヲ認メ之ヲ監督ス、
國家ハ其分子タル各個人各團體ノ發展ヲ自己發展ノ一要件トナスコト前述ノ如シ、然レトモ其分子カ未タ獨立獨行スルノ能力ナク自ら其獨立ノ理想ヲ有シ之ニ向ヒ自己ヲ發展セシムルコト能ハサルニ當リテハ國家カ之レニ關涉シテ之ヲ充實セシムルコトヲ要ス、然レトモ各個人各團體ノ能力理想カ發展シテ自己カ自己自身ノ發展ニ對スル最良ノ指導者タルニ至リテハ國家ハ却テ各個人ノ充實發達ヲ以テ各個人各團體ノ自治ニ委スルヲ以テ最上策トナシ、國家ハ又自ら進ミテ各個人ノ充實發達ヲ以テ體ニ關涉スルコトナシ、國家ハ其分子ニ自由活動ノ範圍ヲ認メ自己ノ理想自己ノ見ル所ニ從ツテ自由ニ其活動ヲ現實セシ、其活動力ヲ發展セシメ以テ國家自身ノ發展スル所以トナサシム、
然レトモ各分子ニ自由活動ノ範圍ヲ認ムルハ絶對無限ニアラス、國家ハ其全部ノ爲メニ全部ノ合成意



カヲ以テ分子カ其與ヘラレタル自由活動ノ範圍ヲ破ラサルコトヲ監視シ其認ラレタル獨立獨行ノ天職法理上ノ自治權ヲ完ウシ得ルヤ否ヤヲ監督ス、是ニ於テカ國家第二段ノ目的中ニ在リテ最後ニ列舉スヘキ國家ノ目的ハ國家カ各分子ノ自治ヲ許シ且之ヲ監督スルコトナリ、

國家カ各箇人ノ充實發達ヲ目的トナシテ人民ニ關涉スルコトハ既ニ發達セル國家ナルヲ意味ス、幼稚ノ國家ハ仍ホ其武力財力法制秩序ノ維持發達ノミニ急ニシテ未タ其各箇人ノ精神の及ヒ物質の發達ヲ直接ノ目的トスルニ違アラス、然ルニ國家カ尙ホ一層強固トナリ人民モ益進ムニ及ンテハ爰ニ始メテ人民ノ自治ナルモノヲ生シ爰ニ始メテ國家監督權ノ發展ヲ見爰ニ始メテ國權ノ合意力ヲ本質トスルノ實モ彌カニ國家カ合意力ヲ所以モ國家ノ自主權ノ主體タルコトモ益發達セラレハ至ル、此自治ニ伴フ國家ノ監督權ハ國家ノ關涉權ト其性質ヲ異ニシ國家カ其分子ノ自由活動ヲ手段トシテ其分子ノ發展ヲナサシムル目的ヲ達スル國家ノ權力ナリ、

以上ノ四目的ハ國家ノ第二段ノ目的ニ屬シ第一段ノ目的ヲ達スルニ直接ニ離ルヘカサル關係ヲ有スルモノナリ、此第二段ノ目的ノ下ニハ無數ノ小目的アリ、而シテ各目的ハ互ニ相關連シ往々其明瞭ナル分界ヲ見出シ能ハサルハ元ヨリ疑アルコトナシ、

第四款 國家作用ノ分類ト行政作用

第一項 國家作用分類ノ標準

國家ノ目的トスル所以上ノ如シ、從テ國家作用ノ分類ハ其目的ノ如何ノミニ從テ之ヲ分類スルコトヲ得ヘシ、現ニ往時專制國時代ニ在リテハ國家ノ活動ハ皆渾沌トシテ之ヲ國家ノ政即チ國家ノ行政ト稱

以上ノ如ク「バルトルス」氏ハ法律ノ性質如何ニ因リテ其適用セラルヘキ區域ヲ定メタルモ相續關係ノ如キモノニモ亦人ニモ關スル法律ニ付テハ大ニ之カ區別ノ標準ニ困難シ外國人カ內國ニ於テ有シタル財產ニ付テ其相續人カ何レノ法律ニ依リテ之ヲ相續スヘキヤノ問題ハ頗ル困難ナリト稱シ且曰ク斯ル場合ニハ宜シク其法律ノ意味ヲ研究シ若シ其法律カ例ヘハ「死者ノ財產ハ長子ニ屬スト」スルカ如ク物ヲ主トシテ規定シタルトキハ其相續關係ハ財產ノ所在地ノ法律ニ依リテ之ヲ定ムヘタ之ニ反シテ若シ「長子ノ遺産ヲ相續ス」ト云フカ如ク人ヲ主トシテ規定シタル場合ハ其人ノ屬人法ニ依リテ其關係ヲ定ムヘシト然レトモ此ノ如キ區別ハ單ニ文法上ノ區別ニ過キラシメ法文ノ文字ニ前後ノ區別アルカ爲メニ其適用スヘキ法律ヲ異ニスト云フカ如キハ極メテ器械的ノ區別ナルヲ以テ後世ノ學者ハ氏ノ學說ヲ冷評シテ文典上ノ區別說ナリト云ヘリ然レトモ此評ハ決シテ其當ヲ得タルモノニ非ス蓋シ氏ハ羅馬法學以來未タ曾テ夢想セラレサリシ新研究ヲ案出シ法律ノ適用セラルヘキ區域ハ如何ナル物及ヒ如何ナル人ニ及フヘキヤヲ研究シ近世國際私法學ノ基礎ヲ定メタルモノナルカ故ニ此學問ノ開祖タルヘキ名譽ハ實ニ氏ノ頭上ニ冠セシメサルヘカラス加之能力ニ關スル問題ハ其當事者ノ屬人法ニ依ルヘキモノトシ又不動産ニ關スル問題ハ其物ノ所在地法ニ依ルヘキモノトシ且場所ハ行為ヲ支配ストノ原則ヲ言明シタルカ如キハ氏以來今日ニ至ルマテ未ダ曾テ之ヲ變更セラルコトナク要スルニ國際私法學ノ基礎タルヘキ原則ハ氏ニ依リテ既ニ說明セラレタリト云フモ敢テ過言ニ非サルナリ唯氏ノ缺點トスル所ハ法律關係ノ性質ニ重キヲ置カスニシテ法律自體ニ重キヲ置キ總テノ法律ヲ物ニ關スル法ト人ニ關スル法トニ區別セントシタルニ在リ從テ學理上ノ標準ヲ有セサル說ナリトノ批難ヲ免レシ蓋シ法律ハ單二人ノミニ關スルモノニ非ス亦物ノミヲ目的トスルモノニモ非ス人事ノ關係ヲ規定スルモノナルガ故

二人ニ關スルト同時ニ亦物ニ關スルコト是レ法律ノ性質トスル所ナレハナリ
 伊太利ニ於テハ「バルトルス」以來第十五世紀及ヒ第十六世紀ニ至リテ「バルド」サウゼット等ノ學者出
 ニ益、法則區別説ヲ研究セリ然ルニ第十六世紀ニ於テ此學問ノ中心ハ佛蘭西ニ移リ漸ク其發達ヲ見ル
 ニ至リ佛蘭西ニ於テハ當時王權漸ク張リ各諸侯ノ法律ヲ統一セントノ企アリ且國內國民ノ交通ノ必
 要ヨリシテ法則區別ノ學說ヲ研究シ以テ法律統一ノ事業ニ達スヘキコトヲ努メタリ此時代ニ際リテ同
 國ニハ「デュムラン」「ダルジャントレ」及ヒ「ギョキエ」ノ三大法學者現レ盛ニ「バルトルス」ノ
 學說ヲ祖述セリ就中「ダルジャントレ」ハ此學說ノ發達ニ於テ最モ功績アリ而シテ此等ノ學者ニ依リ
 テ「バルトルス」ノ區別（即チ人ノ法、物ノ法）ニ更ニ第三種ノ法則ヲ加ヘ物ニモ亦人ニモ關スル法則ハ
 所謂混合法トシテ一種獨立ノ法則ヲ爲スヘキモノトスルニ至レリ爾來總テノ法則ハ此三種類ニ區別ス
 ヘキモノトセリ又「ダルジャントレ」ハ法律ハ總テ屬地的ノモノニシテ其領地内ニ於テノミ效力ヲ有
 スルヲ以テ原則トシ唯例外トシテ人ノ一般ノ能力ニ關スルカ如キ法律ノミカ屬地的ノ效力ヲ有スルノ
 ミニシテ斯ル法律ハ他ノ領地内ニ於テモ其效力ヲ認メラルヘキモノトシテ從テ相續ノ如キ又遺言ノ如キ
 ハ一般ノ能力ニ關スルモノニ非スシテ財產ノ處分ニ關スルモノナルカ故ニ此ノ如キ法則ハ屬地的ノ效
 力ヲ有スルノミニシテ即チ其目的物ノ所在地法ニ從ハサルヘカラストセリ
 第十七世紀ニ至リ和蘭ニ於テ學問ノ益、發達スルニ從ヒ此學說ノ中心ハ更ニ同國ニ轉シタリ當時同國
 ニ於テハ「ローデングルヒ」「ベット」「ヒール」等ノ學者出テ法則區別説ヲ益、研究シタリ當時ノ學說
 ニ於テハ尙ホ屬地法ヲ以テ原則トシ契約其他ノ法律行為ニ付テノミ行為地法ヲ認ムヘキモノトセリ唯
 ハノ能力ニ付テハ屬人法トシ當事者ノ住所地法ニ依ルヘキモノトセリ且和蘭ノ學說ハ此學問ニ始メテ

0339

法律ノ抵觸論ナル名稱ヲ與ヘタリ是レ法律カ相抵觸スル場合ニ當事者ノ屬人法即チ外國ノ法律ニ依ル
 コトヲ認ムルハ唯國際行為又ハ禮讓(Comity)ヨリ由來スルモノナリトノ考ニ出テタルモメナリ此和蘭
 ノ學說ハ歐洲大陸殊ニ獨逸ニ行ハレ爾來一二世紀ノ間學說ノ中心ト爲リタルノミナラス英國ニ於テハ
 今日ニ至ルモ尙ホ之ヲ繼承スル所ナリ

第十八世紀ニ於テ佛國文學ノ再興ト同時ニ「ブールノア」「フロラン」「ブイエ」ノ三大法學者現ハレ法
 則區別説ヲ愈、進歩セシメタリ第十八世紀ニ於ケル佛蘭西ノ學者ハ從來ノ學說ト異ナリ屬地法ノ範圍
 ヲ益、制限シ屬人法ノ範圍ヲ擴張セリ從テ「ブールノア」ノ如キハ人ニ關スル法則ハ縱令物ニ關スル場
 合ト雖モ尙ホ之ヲ屬人法中ニ入ルヘキモノトシ「ブイエ」ハ人ニ關スル法則ナルカ物ニ關スル法則ナ
 ルカ疑ハシキ場合ニ於テハ事口ノ人ニ關スル法則トシテ屬人法ニ依ルヘキモノト主張セリ即チ此等
 ノ學者ニ依リ佛國ニ於テハ既ニ第十八世紀ニ於テ現今ノ學說タル屬人法ヲ以テ國際私法ノ原則ナリト
 スルノ學說ヲ發生シタルモノト謂フヘシ而シテ此學說ガ更ニ第十八世紀ニ於ケル大法學者タル「ボチエ
 ー」ニ傳ハリ「ボチエー」ハ之ヲ佛國民法編纂者ニ傳ヘタルヲ以テ同世紀ノ終ニ編纂セラレタ佛國民法
 ニ於テハ其第三條ニ從來ノ學說ヲ綜合シ三箇ノ原則ヲ掲グルニ至レリ即チ第一ニ於テハ警察及ヒ安寧
 ニ關スル法律ハ總テノ人ヲ支配スト明言シ斯ル法律ハ內國人タルト外國人タルト問ハス佛國ノ法律
 ニ從フヘキモノニシテ他國ノ法律ニ依ルコトヲ許ササルモノトシタリ第二ノ原則ハ不動産ニ關スル法
 律ハ佛國法タルヘキコトヲ明カニシ外國人カ所有者タル場合ト雖モ佛國ニ在ル不動産ニ付テハ一切ノ
 法律關係ハ總テ佛國法ニ從フヘキモノトセリ所謂物ノ法即チ屬地法ニ從フトノ原則ヲ認メタルモノト
 謂フヘシ次ニ第三ニ身分能力ニ關スル法則ハ總テノ佛國人ヲ支配スト明言シ佛國人ハ內國ニ在ルトキ

ハ勿論外國ニ在住スル場合ト雖モ身分能力ニ付テハ佛國法ニ從フヘキモノトシ所謂人ノ法即チ屬人法ノ原則ヲ認メタリ從テ反對ニ外國人ニ付テハ佛國ニ在ル場合ト雖モ尙ホ其屬人法ニ從フヘキコトヲ暗黙ニ認ムルニ至リシナリ且佛國人ニ付テハ佛國民法カ支配スルカ如クシテ外國人ニ付テモ亦其本國法カ之ヲ支配スルヘキモノトシ茲ニ當事者ノ屬人法トハ其本國法ヲ指スモノニシテ從來ノ如キ住所地法ニ非サルコトヲ認メタリ此學問ハ佛國ノ法典編纂ニ由リテ各地方ノ慣習法カ統一セラレタル結果トシテ從來各地方ノ法律ノ異ナルカ爲メニ研究セラレタルノ必要消滅セシモノナルヲ以テ法典ノ編纂ト共ニ此學問ノ研究モ亦一時消滅ニ歸セリ是ヲ以テ「バルトルス」以來殆ト五百年間研究セラレタル法則區別說ハ佛國民法ニ三箇ノ原則ヲ認メラレタルヲ最後トシテ學說自體モ亦其跡ヲ留メサルニ至リタリ

第十九世紀以後ニ於テノ國際私法ハ從來ノ學說ヲ承繼シタルモノナルモ第十九世紀以來始メテ國際的關係トシテ即チ內國人及ヒ外國人間ノ法律關係トシテ發達シタルモノニシテ法則區別說ハ近世國際私法ノ前身タルニ止マリ學說自體カ直接ニ今日ニ存續スルニ非サルコトヲ注意スヘシ

第二節 獨逸學派

獨逸ニ於テハ古來第十九世紀ニ至ルマテハ未ダ曾テ學問ノ中心點ト爲ルヘキモノナカリシカ第十九世紀ニ至リテ頓ニ文學ノ勃興ヲ來シタルト同時ニ法律學モ亦大ニ發達シ有名ナル法學者ノ續出スルニ從ヒ國際私法學ニ於テモ學說ノ一新紀元ヲ爲スノ大家現ハレ遂ニ現今ニ於テハ世界法學ノ中心點タルノ觀ヲ呈スルニ至レリ

第十九世紀ノ初即チ千八百三十年前後ニ於テ「チボー、アイヒホルン」等ノ法學者カ從來ノ法則區別說

ヲ研究シ其學說ノ根據ナキコトヲ覺ルト同時ニ新ナル學說ヲ發見セントコトヲ努メタリ而シテ此等ノ學者ハ國際私法ノ原則ニ依リテ外國法ヲ適用スルハ既得權ヲ保護スルノ結果ナリト考ヘ既得權保護ヲ原則トシテ人ノ住所地法ニ依ルヘキコトヲ主張スルニ至レリ併シ此說モ亦甚タ薄弱ナルモノナリ何トナレハ既得權トハ何レノ法律ニ依リテ得タル權利ナルヤ全ク不明ナルノミナラス此點カ問題ノ要點ニ外ナラザレハナリ要スルニ此說ハ問ヲ以テ問ニ答フルモノト謂ハサルヘカラス是ヲ以テ千八百四十一年「シェフナー」ナル學者初メテ國際私法ナル名稱ヲ用ヒテ其沿革論ヲ著ハシ從來ノ學說ノ悉ク誤謬ナルコトヲ主張シ更ニ自ら說ヲ爲シテ曰ク凡ソ一切ノ法律關係ハ其關係ノ發生シタル土地ノ法律ニ依リテ之ヲ定ムヘキモノトス即チ契約ハ其契約地ノ法律ニ依リ、物權ニ關シテハ其物權ノ目的タル物ノ所在地法ニ依リ又人ニ關スルコトハ其關係ノ發生シタル住所又ハ居所ノ法律ニ依リ之ヲ定ムヘキモノナリト此說ハ一時稍々勢力ヲ有シタリシモ法律關係ノ發生地ハ極メテ不確定ニシテ且一定ノ事實カ果シテ法律行為ナリヤ將タ法律關係ナリヤヲ知ラントセハ先ツ孰レカノ法律ニ依リテ其然ルヤ否ヤヲ定メザルヘカラサルカ故ニ此說モ亦既得權保護ノ學說ト同シク循環論法ニ陥リタルモノニシテ學說トスルニ足ラサルモノト謂ハサルヘカラス然ルニ之ト同時代ニ於テ有名ナル法學者「ウニヒテル」ハ私法ノ抵觸論ヲ著シテ從來ノ學說ヲ「一攻擊シ自ら左ノ原則ヲ主張セリ即チ

第一 裁判官ハ國家ノ司法機關トシテ其國ノ法律ニノミ拘束セラルヘキモノナルカ故ニ若シモ立法者カ法律ノ抵觸ニ付キ特別ノ規定ヲ設ケタルトキハ裁判官ハ此規定ニ從ヒ外國法ヲ適用スヘキコト勿論ナリ

第二 若シ斯ル特別ノ規定カ存在セザル場合ニ於テハ裁判官ハ其關係ニ該當スル內國實質法ノ立法ノ

精神及ヒ目的ヲ研究シテ外國法ニ依ルヘキモノナリヤ否ヤヲ決定スヘキモノトス
第三 若シ立法ノ精神及ヒ目的ヨリシテ外國法ニ依ルコト明白ナラサル以上ハ常ニ內國法ニ依ルヘキ
モノナリ

ト此學說ニ付テハ第一ノ原則ハ固ヨリ正當ニシテ從來ノ學者カ國際私法ヲ以テ恰モ國際法ノ如ク考ヘ
タル誤解ヲ明カニシ國際私法ハ一國內ノ法律ニシテ本來立法者ノ一定スヘキ法律タルコトヲ說明シタ
ル點ニ於テ從來ノ學說ニ一歩ヲ進メタルモノトス然レトモ第二ノ原則ニ付テハ國際私法ノ原則ト
シテ此學問ノ基礎トスルニ足ラサルナリ何トナレハ立法者カ明文ヲ設ケタル場合ニ於テ裁判官ノ依ル
ヘキ標準ヲ定ムルコトカ此學問ノ原則ナラサルヘカラサレハナリ然ルニ氏ハ內國實質法ノ精神及ヒ目
的ヲ研究スヘキコトヲ示スニ止マリ如何ナル標準ニ依リテ其立法ノ精神ヲ解釋スヘキヤヲ示サス加
第三ノ原則ニ至リテハ最モ不當ナルモノト謂ハサルヘカラス若シ此ノ如ク内外法律ニ優劣ノ區別ヲ認
メ外國法律ニ依ルヘキ精神カ明白ナラサル限ハ常ニ內國法ニ依ルヘキモノトセハ裁判官ハ立法ノ精神
明白ナラサルコトヲ口實トシテ常ニ內國法ノミヲ適用スルニ至ルノ處アルモノニシテ國際私法ヲ認
ムルニ至リタル根本ノ精神ヲ打破スルノ弊害アルモノト謂ハサルヘカラス是ヲ以テ「ウエヒル」ノ學說
ハ從來ノ學說ヲ攻撃スルノ點ニ於テ成功シタルノミニシテ新ナル學說ヲ立ツルノ點ニ於テハ更ニ一層
該博ナル法學者「サビニー」ノ出ツルヲ俟テタリキ

千八百四十九年ニ至リテ近世歴史派法學者ノ泰斗「フォン、サビニー」ハ「現今羅馬法ノ系統論」ト題スル
書ノ第八卷ヲ著ハン法律ノ場所ニ關スル效力ヲ研究シ茲ニ法律ノ抵觸問題ヲ說明セリ氏ハ其說明ヲ爲
スニ當リテ此問題ハ單ニ主權獨立ノ原則ニノミ重キヲ置キ一國ノ法律ハ其領地内ニ於テ完全ナル效力
ヲ有スルト同時ニ他國ノ領地内ニ於テハ法律タルノ效力ヲ有セスト云フカ如キ議論ヲ以テシテハ到底
之ヲ說明スルニ足ラサルコトヲ明カニシ又近世諸國ノ法律ハ外國人ノ私權保護ニ付テハ內國人ト同等
ト認ムルニ至リタルモ此内外人平等主義ノミニ依リテモ亦此問題ヲ解釋スルコト能ハサルコトヲ說明
シタル後自ラ説ヲ爲シテ曰ク内國ノ立法者カ法律ノ抵觸問題ニ付テ特別ノ規定ヲ設クルトキハ裁判官
ハ絕對的ニ之ニ從フヘキコトハ固ヨリ論ヲ俟タサル所ナルモ何レノ國ニ於テモ斯ル特別ノ規定全ク存
在セサルカ縱令存在スルモ僅僅一二箇條ノ原則ニ過キス(當時ハ然リ現今ハ我法例ノ如キ明文アリ)今
若シ全ク明文ノ存セサル場合ニ於テ裁判官ハ外國ノ法律ヲ眼中ニ置カスシテ單ニ內國法ノミヲ適用ス
ヘキモノト解釋スヘキモノナルカ或ハ又外國法律ヲ認メテ或法律關係ニ付テハ外國法律ニ依ルヘキ
モノナルヤト云フニ何等明文ナキ場合ニ於テハ現今ノ國際關係上ヨリ之カ解釋ヲ爲ササルヘカラス現
今ニ於テハ國家ハ互ニ國際團體ヲ成シ各、其團體及ヒ其主權ヲ認メ從テ其國ノ憲法及ヒ法律ヲ認メタ
ルモノナルカ故ニ國家ト國家トノ間ニ於テハ國際團體アルカ如クニ各國ノ法律ト法律トノ間ニモ亦法
律ノ共同團體存在スルモノニシテ何レノ國ノ法律モ皆對等ノ法律ニシテ優劣ノ區別アルヘカラス從テ
場合外カ法律關係ヲ爲スニ當リテハ猶ホ一國內ニ於テ法律ヲ異ニスル地方ノ者カ法律關係ヲ爲シタル
場合同一ニ看做シ其法律關係ノ本來ノ性質上ヨリ何レノ法律ニ依ルヘキヤヲ定ムヘキモノニシテ其
適用セラルヘキ法律カ內國法ナリヤ將タ外國法ナリヤ豫メ眼中ニ置クコトヲ得サルモノナリ從テ此
學問ハ各種ノ法律關係ニ付キ其性質上内外何レノ法律ニ屬スヘキモノナリヤ又ハ支配セラルヘキモノ
ナリヤヲ決スルニ在ルモノニシテ換言セハ内外法律ノ行ハルヘキ區域ヲ確定スルニ在リ且此ノ如キ原
則ニ依リテ外國ノ法律ヲ適用スルハ裁判官ノ任意ノ結果ニハ非スシテ各國民相互ノ共同利益ノ必要ヨ

リ出テタルモノナルヲ以テ裁判官ハ外國法律ヲ適用スヘキ義務ヲ有スルモノナリト
此内外法律ヲ平等ニ看做シ唯法律關係ノ性質如何ニ因リテ之ヲ準據法ヲ定ムヘシトスル學說ハ「サビ
ニー」ノ始メテ說述シタル所ニシテ爾來現今ニ至ルマテ諸國ノ國際私法學者ハ一般ニ之ニ從フヲ以テ
例トセリ

「サビニー」ハ以上ノ如キ原則ヨリシテ各種ノ法律關係ヲ研究スルニ先チ一ノ例外ヲ認ムヘキ必要ヲ說
明セリ即チ法律關係ノ性質ヨリ云ヘハ縱令外國法ニ依ルヘキモノト雖モ左ノ二箇ノ場合ニ於テハ例外
トシテ外國法ニ依ルコトヲ得サルモノニシテ專ラ內國法ノミニ依ラサルヘカラストスルニ在リ

第一 絕對的強行法 「サビニー」氏ハ法律ヲ強行法ト任意法トニ區別シ任意法ニ付テハ内外法律ニ輕
重ノ區別ヲ設クヘキモノニ非サルモ強行法ニ付テハ或場合ニ外國法ニ依ルコトヲ得サルモノトスル
ノ必要アリトシテ而シテ強行法ヲ二種ニ分チ或種類ノ強行法ハ權利者ノ利益ノ爲メニ一定ノ規定ヲ設
ケ唯司法行政ノ劃一ヲ圖ルヲ以テ目的トスルモノト爲ス例ヘハ人ノ年齡男女ノ區別等ニ因リテ能力
ノ有無ヲ定ムルカ如キ法律ハ即チ此種ノ強行法ニ屬スルモノニシテ斯ル法律ハ強行法ナルモ内外法
律平等ノ原則ニ對スル例外ヲ爲スニ足ラサルモノトシ從テ法律關係ノ性質上外國法ニ依ルヘキモノ
ナラハ縱令內國法ニ反スルトキト雖モ尙ホ其外國法ヲ適用スヘキモノトスルニ在リ之ニ反シテ或種
類ノ強行法ハ權利者ノ利益ノ爲メニ設ケタルモノニ非スシテ政治上或ハ經濟上又ハ道德上ノ理由等
ヨリシテ絕對的ニ強行スヘキコトヲ目的トスルモノアリ例ヘハ一夫多妻ヲ禁スル法律又ハ猶太人ニ
土地所有ヲ禁スル法律ノ如キハ即チ此種ノ強行法ニ屬スルモノニシテ之ニ反スル外國法ハ之ヲ適用
スルコトヲ得サルモノナリト論セリ

第二 內國ニ存在ヲ認メサル外國ノ法律制 度例ヘハ奴隸制度又ハ民法上ノ死亡ノ制度ノ如キハ縱令
法律關係ノ性質上ヨリ外國法ニ依ルヘキ場合ト雖モ斯ル法律制度ハ內國法ノ認メサルモノナルカ故
ニ外國法ニ依ルコトヲ得サルモノトセリ

之ヲ要スルニ「サビニー」ハ内外法律ノ平等ヲ原則トシ唯內國ノ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルカ如
キ外國法ハ縱令法律關係ノ性質上外國法ニ依ルヘキモノトスヘキ場合ト雖モ尙ホ之ニ依ルコトヲ得サ
ルモノトシ斯ル場合ニ於テノミ内外法律ノ間ニ優劣ノ區別ヲ認メタルナリ後ニモ述フルカ如ク我法例
第三〇條ノ規定ノ如キモ亦氏ノ學說ト其趣ヲ同シウスルモノニシテ現今諸國ノ國際私法カ概ネ氏ノ
原則ヲ認メタルモノナルコトヲ知ルニ足ルヘシ

「サビニー」ハ以上ノ如キ考ヲ以テ法律關係ノ性質上ヨリ其屬スヘキ根據ヲ發見セントシ斯ル根據ヲ稱
シテ法律關係ノ本據ト云ヘリ而シテ此本據ヲ定ムルニ當リ人ノ身分又ハ能力等ニ付テハ人ノ住所
以テ其本據ノ存在スル所ト考ヘ從テ此等ノ法律關係ニ付テハ當事者ノ住所地法ニ依ルヘキモノトセリ
又物權ニ付テハ物ノ所在地ヲ以テ其本據トシ從テ之ニ關スル法律關係ハ其所在地法ニ依ルヘキ物權價
務ノ關係ニ付テハ或ハ債務者ノ住所或ハ債務ノ履行地ニ其本據ノ存在スルモノトシ親族關係又ハ相續
關係等ニ付テハ身分能力等ト同シク人ノ住所地ニ其本據ノ存在スルモノト考ヘ住所地法ニ依ルヘキモ
ノトセリ而シテ訴訟手續其他裁判ノ結果則チ強制執行等ニ關スル事項ハ其裁判所在地ニ本據ヲ有ス
ルモノトシ從テ裁判所在地法廷地法ニ依ルヘキモノナリトセリ

以上ハ「サビニー」ノ學說ノ大要ナリ而シテ氏ノ原則ノ基礎トスル所ハ近世諸國ノ國際私法學者ノ一般
ニ認ムル所ニシテ佛伊ノ學說ニ至リテモ亦概ネ氏ノ學說ヲ根據トスルモ氏カ其原則ヲ適用シテ各種ノ

法律關係ノ準據法ヲ定メタル點ニ付テハ論理ヲ誤リタルモノトシテ近世學者ノ一般ニ排斥スル所ナリ蓋シ「サビニー」ハ根本問題トシテ法律關係ノ本據ヲ定メントスルニ在ルモ法律關係ハ素ト人ト人トノ關係ニシテ其孰レカ一方ノ住所又ハ其他ノ場所ニ於テ本據ヲ有スルモノニ非ス例ヘハ雙務契約ノ場合ニ付テ看ルニ債務者ハ雙方ナルヲ以テ若シ其雙方カ住所地ヲ異ニスルトキハ何レノ住所地ニ依ルキモノナルカ氏ノ學說ヲ以テシテハ之ヲ説明スルコトヲ得サルナリ即チ總テノ法律關係カ一定ノ場所ニ其本據ヲ有スルモノト云フコトヲ得ルニ加シ之ヲ所謂法律關係ナルモノハ何レノ法律ニ依リテ果シテ法律關係ナルヤ否ヤヲ明カニスルニ非サレハ之ヲ決定スルコトヲ得ス然ルニ其何レノ法律ニ依リテ之ヲ定ムヘキヤカ茲ニ解釋セントスル國際私法上ノ問題ナルカ故ニ此問題ヲ決定スルニ當リテ法律關係ノ本據ニ因リテ之ヲ解釋スルコト能ハサルハ勿論ナレハナリ之ヲ要スルニ「サビニー」ノ學說ハ其根本タル大原則ニ於テ成功シタルモ其原則ヲ應用スルニ當リテ遂ニ目的ヲ達スルコト能ハサリシモノト謂ハサルヘカラス

「サビニー」ノ後今日ニ至ルマテ獨逸ニ於テ有名ナル國際私法學者ハ「フラン、パール」教授ナリトス氏ハ「サビニー」ノ原則ヲ基礎トスト雖モ各種ノ準據法ヲ定ムルニ當リテハ「サビニー」ノ如ク法律關係ノ本據ヲ發見スル代リニ事物ノ性質說ヲ案出シ法律關係ト爲ルヘキ各種ノ事實ヲ國際交通ノ必要上ヨリ觀察シテ事物自然ノ性質上ヨリ何レノ法律ニ準據スルヲ以テ正當トスヘキヤヲ研究スヘキモノナリトシ之カ推理ノ根據トシテハ人ノ國籍、住所及ヒ居所、物ノ所在地及ヒ裁判所ノ所在地ヲ基礎トシテ是等ノ事實ヨリシテ事物ノ性質上何レノ法律ニ支配セラルヘキヤヲ定ムヘキモノトスルニ在リ此說ハ「サビ

ニー」ノ學說ヲ完成シタルモノニシテ千八百六十九年以來現今ニ至ルマテ獨逸ニ於テハ一般ニ認メラルル所ナリ又「パール」ノ著書ハ他ノ外國語等ニモ翻譯セラレ殊ニ英米諸國ニ於テハ最も推重セララルル所ナリトス

近來ニ至リテ或ハ「チーテルマン」或ハ「フランツ、カール」等ノ學者カ「パール」ノ學說ニ満足セスシテ更ニ一機軸ヲ出サンコトヲ努ムルモ是等ハ未タ一派ノ學說ヲ成スニ至ラサルモノニシテ茲ニ學說トシテ紹介スルニ値ヒセサルナリ從テ現今獨逸ノ學說ト云ヘハ即チ「サビニー」及ヒ「パール」ノ學說ヲ指稱スルモノニシテ其他ノ國際私法學者ノ所說ハ各種ノ法律關係ニ付キ參考ト爲ルニ過キスシテ國際私法ノ根本ヲ説明スル上ニ於テハ參考トスヘキ點極メテ尠シ

第三節 伊佛學派

佛國ニ於テハ既ニ佛國民法編纂ノ結果トシテ本國法ヲ以テ當事者ノ屬人法ト爲セリ且第十八世紀ノ終ニ於テ佛國ノ法則區別說ハ寧ロ屬人法ヲ原則トシ屬地法ヲ以テ例外トスルノ思想漸ク發達シタルコトハ既ニ述ヘタル所ノ如シ斯ル有様ヨリシテ伊太利ノ學者ハ自國統一ノ政治論トシテ國粹ノ統一ヲ主張シ國家ハ同一ノ國粹ヲ有スル民族ハ互ニ共同シテ一國ヲ建設スヘキモノニシテ同一ノ民族カ數國ヲ成スハ自然ノ原理ニ反スルモノナルカ故ニ斯ル民族ハ互ニ共同シテ一國ヲ建設スヘキモノニシテ同一ノ民族ノ法律ハ何レノ地ニ至ニ於テ列國カ相對時スルハ皆國粹民族ヲ基礎ト爲スヘキモノニシテ同一ノ民族ノ法律ハ何レノ地ニ至リテモ其民族固有ノ法律ニ依ルコトヲ認メサルヘカラスト主張スルニ至リ之カ第一ノ主唱者ハ伊太利ノ有名ナル公法家「マンチー」其人ナリトス氏ハ千八百五十一年以來斯ル國粹主義ヨリシテ當事者ノ

屬人法ハ住所ノ如キ偶然ノ事實ニ依ラシテ國粹即チ其本國ノ法律ニ依ラサルヘカラスト主張セリ爾
來「エスベルソン」バスキアル、フオレー「及ヒ」ロモナコ等ノ學者益之ヲ敷衍シテ國際私法ノ原則ハ
本國法主義ノ屬人法ヲ認ムルニ在リトシ唯一國ノ公益ニ關スルカ如キ特別ノ例外ニ因リテ本國法カ制
限セラレルニ過キサレモノトセリ其後伊太利ノ學者ハ一般ニ此說ヲ唱道シ殊ニ千八百八十年白耳義ノ
「ローラン」カ有名ナル國際民法論ヲ著ハシ大ニ此說ヲ主張シテ國籍ト人格ト相離ルヘカラサルモノ
ニシテ既ニ外國人ノ人格ヲ認メ外國ノ國家及ヒ法律ヲ認ムル限ハ其人格ヲ定メタル本國ノ法律ハ當然
之ヲ認ムヘキモノナリト唱ヘ益、本國法主義ノ屬人法ヲ主張シタル以來佛國ノ學者モ亦一般ニ此說ニ
倣ヒ現今ニ於テハ伊太利、佛蘭西、白耳義等ノ學者ハ皆此說ヲ採用シ所謂近世伊佛屬人法主義ノ學派ヲ
成スニ至レリ而シテ此學說ヲ最モ代表的ニ説明スル者ハ佛國巴里大學ノ教授「ウエイム」ナリ氏ハ左ノ
形式ニ依リテ國際私法ノ原則ヲ説明セリ即チ

凡ソ私益ニ關スル法律ハ皆個人ノ便益ヲ目的トスルモノナリ從テ斯ル法律ハ其目的タル人ヲ支配ス
ルモノニシテ其人ニ付テハ何レノ所ニ至ルモノ一切ノ法律關係ヲ支配スルヲ以テ原則トセサルヘカ
ラ唯此原則ハ所謂國際公安及ヒ「場所」ハ行爲ヲ支配ス「ト」ノ原則並ニ當事者ノ自由意思ニ依ルヘキ制
限等カ例外ヲ成スノミニシテ其他ノ事項ニ付テハ總テ原則ニ依リ當事者ノ本國法ニ依ルヘキモノナ
リ云云

此伊佛ノ學說ハ近世諸國カ法典ヲ編纂シタル結果トシテ從來屬人法ハ住所地法ナリシヲ本國法ト爲ス
ニ至リタルモノニシテ實ハ法典編纂ノ偶然ノ結果ナルモ亦是等ノ學說カ屬人法ハ本國法ナラサルヘカ
ラスト主張シタルコトカ與リテ力アリタルモノト謂ハサルヘカラスト又佛蘭西、伊太利等ニ於テハ第十

八世紀以來屬人法ノ範圍ヲ認ムルコト他ノ諸國ニ比シテ頗ル廣ク爲メ近世諸國ノ國際私法モ益、屬
人法ノ範圍ヲ擴張スルニ至リタル點ニ付テモ亦右ノ學說與テ力アリタルハ疑ナキ所ナリ然レトモ右ノ
學說自體ハ果シテ正當ナリヤ否ヤト云フニ此說ハ理論上ニ於テモ亦事實上ニ於テモ極メテ不正確ナル
學說ニシテ國際私法ノ原則トシテ之ヲ認ムヘキモノニ非ス何ヲ以テ事實上不正確ナリト云フコト蓋シ國
際私法ノ原則ハ必スシモ屬人法ノミカ唯一ノ原則ニシテ其他ノ法則ハ皆其例外ナリト云フコト能ハス
當事者ノ自由意思ニ依ルコトヲ得セシムル法則モ亦場所ハ行爲ヲ支配ストノ法則モ皆屬人法ノ原則ト
相對シテ獨立ノ原則ニシテ孰レカ原則トタリ孰レカ例外タルノ關係ヲ有スルモノニ非ス又所謂國際公安
ニ關スル原則モ一ノ原則ニシテ決シテ特リ屬人法ノミニ對スル例外タルモノニ非ス且佛蘭西、伊太利
等ニ於テモ當事者ノ屬人法ニ依ルヘキ場合ハ一言以テ之ヲ蔽ヘハ單ニ身分能力ニ關スル法律關係ニ付
テノミニ其他ノ法律關係ニ付テハ或ハ所在地法ニ依リ或ハ行爲地法ニ依リ或ハ法廷地法ニ依ルヘキモノ
トスルニ在リテ法律關係全體ヨリ云ヘハ屬人法ニ依ルヘキ法律關係ハ僅ニ其一部分タルニ過キス從テ
屬人法ノ原則トスルハ誤謬ノ見解ニシテ寧ロ他ノ總テノ原則ニ對シテ例外ヲ爲スモノト謂フヘシ是レ
事實上ニ於テ屬人法ノミカ唯一ノ原則ニシテ云フ所以ナリ又何ヲ以テ理論上不正確ナリト云フヤ蓋
シ此學說ノ如ク屬人法ノミカ唯一ノ原則ニシテ其他ノ法則ハ總テ此例外ナリトスルハ全ク分類ヲ誤リ
タルモノト云ハサルヘカラサレハナリ何トナレハ國際公安ニ關スル制限ハ「サビニ」ノ所謂絕對の強
行法ノ制限ニ相當スルモノニシテ此制限ニ抵觸スル場合ハ獨リ屬人法ノ適用セラレサルノミナラス當
事者ノ自由意思ニ依ルヘキ法則ノ如キモ亦國際公安ニ反スルニ於テハ尙ホ之ニ依ルコトヲ得サルナリ
其他場所ハ行爲ヲ支配ス「ト」ノ原則ノ如キモ亦同シ即チ國際公安ニ關スル原則ハ當ニ屬人法ノ制限タ

ルノミナラス玆ニ屬人法ノ例外トシテ揭ケラレタル他ノ法則ニ對シテモ均シク之カ制限ヲ爲スヘキモノニシテ要スルニ國際私法ノ一般ノ原則ニ對シテ之カ例外ヲ爲スヘキモノナリ故ニ「サビニー」ノ如ク一切ノ國際私法ノ原則ニ對スル例外トシテ之ヲ説明スルヲ以テ正當トスヘク一箇ノ原則ニ對スル例外ト爲スハ理論上分類ヲ誤リタルモノト謂ハサルヘカラス

之ヲ要スルニ佛蘭西、伊太利等ノ學說ニ於テ屬人法ヲ原則トスルハ徒ニ其表面ヲ裝飾スルノミニシテ實際ノ效果ニ付テ看レハ屬人法ノ原則ノ適用セラルヘキ範圍ハ獨逸其他ノ學說ト大差ナク且所謂屬人法ハ佛、伊等ノ學者カ説明スルカ如ク當事者ノ本國法ナルカ爲メニ當然內國ニ行ハルヘキモノニ非ス身分能力等ハ其事物ノ性質上本國ノ法律ニ依ラシムルヲ正當トスルカ故ニ玆ニ本國法ノ原則カ認メラルルニ過キサルノミ又其他ノ例外トスル法則モ之ヲ例外トシテ認メラルルニ非スシテ物權ノ所在地法ニ依リ又法律行為ノ行為地法ニ依ルハ各之ニ依ルヘキ理由ノ存スルアリテ一ノ原則トシテ認メラルルカ爲メニ外ナラサルカ故ニ畢竟獨逸ノ學說ノ如ク總テノ國際私法ノ原則ハ皆對等ノ原則ト云フヘク且事物自然ノ關係ヨリシテ之ヲ認ムルモノナルカ故ニ特ニ屬人法ノミヲ原則トシテ認ムル學說ハ理論上之ヲ採用スルコトヲ得サルモノト云ハサルヘカラス

第四節 英米學派

英米ニ於テハ國際私法學ハ第十七世紀以來和蘭ノ學說ヲ承繼シ英國慣習法ノ一部トシテ之ヲ研究スルヲ以テ例トセリ夫ノ米國ノ「ストーリー」ヲ始メトシ英米ノ法學者ハ皆國際私法ハ國際好意ニ因リ或法律關係ニ付キ外國法ヲ認メ之ヲ適用スル法則ナリト考ヘタリシナリ且英米ニ於テハ內國ノ法律カ地方

ニ因リ異ナルノ結果トシテ當事者ノ屬人法ハ住所地法ニ依リテ之ヲ定ムヘキモノトセリ一般ニ英米學者ノ著書ニ於テハ國際私法ノ問題ハ裁判管轄ノ問題ト法律ノ抵觸ニ關スル問題トヲ決定スルニ在リトシ外國人又ハ外國ニ於テ爲サレタル法律關係カ如何ナル場合ニ英國裁判所ノ管轄ニ屬スルヤ否ヤヲ研究シ若シ斯ル場合ニ管轄權アリトスレハ何レノ法律ニ依リテ之ヲ判定スヘキヤヲ定ムルヲ以テ目的ト爲セリ之ヲ要スルニ英米ノ學者ハ實際ノ研究ヲ主トシ國際私法ノ根本ニ付キ學理的説明ヲ爲スコトヲ努メスシテ唯箇箇ノ法律關係ニ付キ以上ノ二問題ヲ説明スルヲ以テ満足セルモノナリ然ルニ「サビニー」ノ著書出テタル以來英米ノ學說ニ於テ所謂國際好意ノ解釋漸ク一變シ玆ニ所謂好意ハ裁判官ノ任意ニ取捨シ得ヘキモノニ非スシテ寧ロ正義ノ要求立法政策ノ必要ニ基キ必ス外國ノ法律ヲ適用セサルヘカラサルモノト解釋セラルルニ至リタリ殊ニ近來ニ追ヒテハ「ヴェストレーキ」「ダイセー」等ノ諸氏ハ此學問ノ根本ノ研究ニ努メ「ダイセー」ノ如キハ既得權保護稅ヲ以テ之ヲ説明セントセリ今參考ノ爲メ氏カ國際私法ノ大原則トスル所ヲ舉示センニ

第一原則 凡ソ文明國ノ法律ノ下ニ適當ニ取得シタル權利ハ英國裁判所ニ於テ承認セラレ且一般ニ之ヲ執行スルコトヲ得ヘキモノトス之ト反對ニ適當ニ取得セザリシ權利ハ英國裁判所ニ於テ承認セラ

第二原則 英國裁判所ハ外國法律ノ下ニ適當ニ取得シタル權利ニテモ左ノ場合ニ於テハ之カ執行ヲ認

メサルモノトシ三箇ノ例外ヲ示セリ

- 一 斯ル權利ノ執行カ領地外ニ效力ヲ及ボスヘキ英國成文法ノ規定ニ抵觸スルトキ
- 二 斯ル權利ノ執行カ英國法ノ政策又ハ英國制度ノ維持ニ抵觸スルトキ

三 斯ル權利ノ執行カ外國ニ於ケル主權者ノ權力ヲ侵害スルノ虞アルトキ
第三原則及第四原則ハ其ニ裁判管轄ニ關スルモノニシテ茲ニ直接ノ關係ナキヲ以テ説明ヲ略シ氏カ
法律ノ選擇ニ付キニ箇ノ原則ヲ掲ケタルモノヲ舉示センニ

第五原則 或文明國ノ法律ノ下ニ取得シタル權利ノ性質如何ハ其權利ヲ取得セシメタル法律ニ從ヒテ
之ヲ定ムヘキモノトス

第六原則 凡ソ法律行為ノ效果如何ハ當事者ノ意思如何ニ依リテ之ヲ支配スヘキ法律ヲ定ムル場合ニ
在リテハ其當事者ノ豫想シタル法律ニ依リテ之ヲ定ムヘキモノトス

以上ノ原則ニ依リテ明カナルカ如ク「ダイセー」ハ國際私法ノ原則ハ既得ノ權利ヲ保護スルニ在リトシ
從テ法律ノ抵觸スル場合ニ何レノ法律ニ依ルヘキヤハ其既得ノ權利ヲ始メテ取得セシメタル法律ニ依
リテ之ヲ定ムヘシトスルニ在リ唯之カ例外トシテ當事者ノ自由意思ヲ認ムヘキ法律關係ニ付テハ其當
事者ノ意思ニ依リテ適用スヘキ法律ヲ定ムヘキモノトセリ然レトモ斯ル學說ハ既ニ獨逸學派ノ説明ニ
付キ述ヘタルカ如ク循環論理ニ陥リタルモノト云ハサルヘカラス蓋シ既得權利何レノ法律ニ依リテ果
シテ既得ノ權利ナリヤ否ヤヲ定ムルコトカ未タ説明セラレサルニ先チ其權利ヲ取得セシメタル法律ニ
依リテ既得權利ナリヤ否ヤヲ決スヘキモノトスルニ在レハナリ之ヲ要スルニ英米ニ於テハ此學問ノ原則
ヲ説明スルコト未タ幼稚ニシテ此點ニ付テハ實ニ大陸ノ學說ノ後ヘニ在ルモノト云ハサルヘカラス且
英米ノ學說ノ結果ニ付テ大陸ノ學說ト比較スルトキハ左ノ三點ニ於テ差異ヲ發見スルヲ得ヘシ
第一ハ國法說ナリ 歐洲大陸ノ學者ハ概ネ國際私法ハ國際法ノ一部ナリト説明スルモ英米ノ學者ハ一
般ニ國際私法ハ國內ノ法律ナリト説明スルニ在リ

第二ハ屬地法ノ原則ナリ 英米ノ學說ニ於テハ内外人ノ法律關係モ外國人相互間ノ法律關係モ皆其土
地ノ法律ニ依リテ支配セラルヘキヲ原則トスルモノニシテ唯リ不動產又ハ動產ニ關スル法律關係ノ

ミナラス法律行為自體ニ付テモ尙ホ其行為地ノ法律ニ依リテ之ヲ定ムヘキヲ以テ原則トス從テ英米
ノ學說ハ歐洲大陸ノ學說ヨリモ屬地法ノ適用ヲ認ムルノ範圍頗ル廣汎ナルモノト云フヘシ

第三ハ屬人法ニ付テノ差異ナリ 歐洲大陸ニ於テハ屬人法ニ依ルヘキ場合ハ當事者ノ本國法ニ依ルヘ
キモノナルモ英米ニ於テハ前述セシ如ク當事者ノ住所地法ヲ以テ其屬人法ヲ定ムヘキモノトスルニ
在リ

尙ホ此學說ノ説明ヲ終ルニ按ミ一言スヘキハ現今歐米諸國ニ於テ國際私法ノ學問カ如何ニ研究セラル
ルヤトノコト是ナリ參考ノ爲メ左ニ其大要ヲ述フヘシ

現今歐洲諸國ニ於テハ國際私法ノ研究極メテ盛ニシテ之ニ關スル專門ノ機關亦少ナシトセス即チ佛國
ニ於テハ千八百七十四年以來國際私法ニ關スル特別ノ雜誌アリテ歐米諸國ノ學者ハ國際私法ニ關スル
立法又ハ學說ハ殆ト此雜誌ニ依リテ公ニスルヲ例トナス即チ其創立者ノ名ヲ採リテ「タルネ」國際私
法雜誌ト略稱スルモノ是ナリ之ト同時ニ白耳義ニ於テ國際法協會ノ機關トシテ公刊セラルル「國際私
法雜誌」ト稱スルモノアリ此雜誌ハ唯リ國際公法ニ關スルノミナラス又國際私法ニ關シテ
及ヒ比較法制雜誌ト稱スルモノナリ尚ホ千八百七十二年以來設立セラルル所ノ國際法協會ニ於テモ毎回諸
國ノ學者相集マリ此學問ニ關スル原則ヲ研究シ有益ナル「年報」ヲ發刊セリ又千八百九十一年以來獨逸
ニ於テ「國際私法及ヒ刑法雜誌」ナルモノ發刊セラレ今日ニ至リテモ此學問ニ關スル研究ノ結果ヲ公表
シツツアルナリ

次に現時歐洲ニ於テ此學問ニ付キ有名ナル學者ヲ擧クレハ英國ニ於テハ「グダイセー」及ヒ「ウエストレーキ」ノ二氏ヲ推スヘク佛國ニ於テハ「レネー」「ウエイヌ」ノ二教授和蘭ニ於テハ「アッセル」氏最も熱心ナル研究者トシテ聞ユ獨逸ニ於テハ「フォン・バル」「チーラルマン」及ヒ「ニーマイエル」等ノ諸教授ヲ最トシ伊太利ノ「パスカル」フ「セロー」及ヒ「ブルザー」ノ兩氏ト相俟テ現今歐米ニ於ケル斯學ノ先輩トシテ推尊セラルル所ナリトス

第五章 國際私法ノ沿革

第一節 國內的立法ノ沿革

第一 實質的ノ沿革 國際私法ニ關スル規定カ始メテ法典ニ掲ケラレタルハ第十八世紀ノ末葉ニ成リタル佛國民法前加編第三條ナリトス（是ヨリ前ニ公布セラレタル普國普通法總則中ニモ國際私法の規定ヲ掲ケタリシモ近世諸國ノ民法ノ模範ト爲リシ點ニ於テ佛國民法ヲ嚆矢トス）爾來歐洲諸國カ佛國民法ヲ模倣シテ法典ヲ編纂スルニ從ヒ漸ク國際私法の規定ヲ掲ケルニ至レリ近來國際關係大ニ發達シテ内外人ノ交通益々複雑トナルニ從ヒ其規定モ亦複雑ニ赴キ佛國民法ニ於テハ僅ニ一箇條ノ規定ナリシカ第十九世紀ノ終ニ制定セラレタル獨逸民法施行法ニテハ二十五箇條ノ規定ヲ見ルニ至リ更ニ我法例ニ於テハ之ニ關シ二十八箇條ノ規定ヲ設クルニ至レリ尙ホ我國ニ於テハ法例制定ノ際ニハ僅ニ民法ノ修正成立セルノミニテ商法、破産法竝ニ民事訴訟法等カ方ニ修正セラルヘキ際ナリシヲ以テ是等ノ事項ニ關スル特別ノ抵觸問題ニ付テハ之ヲ特別法ノ規定ニ讓リタルモノ少ナカラズ從テ商法施行法、破産法草案等ニ於テモ尙ホ二三ノ國際私法の規定存在スルヲ以テ我國ニ於ケル國

際私法ハ歐米諸國ニ比シ最も詳細ナルモノト云フヘシ併シナカラ此等ノ規定モ唯大體ノ原則ヲ規定シタルニ過キスシテ將來此學問カ一層發達スルニ至ラハ更ニ詳細ナル規定ヲ見ルニ至ルコトハ期シテ俟ツヘキモノニシテ我國國際私法の規定モ決シテ完全無缺ナリト云フヲ得サルカ故ニ學理上ノ研究ニ依リ大ニ之ヲ補ハサルヲ得サルモノトス

第二 形式上ノ沿革 國際私法の規定ハ一國ノ法典上如何ナル地位ヲ有スヘキモノナルヤヲ考フルニ此規定ハ法律ノ適用ニ關スル法則ナルカ故ニ佛國民法ニ於テハ其母法タル羅馬法ニ則リ法律ノ效力適用及ヒ解釋ニ關スル總則ヲ法典ノ冒頭ニ掲ケ之ヲ前加編ト稱シテ其中ニ國際私法の規定ヲ掲ケタル以來近世諸國法典ハ概ネ此例ニ倣ヒ民法ノ總則又ハ前加編中ニ之ヲ規定スヘキモノトセシナリ然ルニ千八百二十九年ニ制定セラレタル和蘭ノ法例即チ「王國立法ノ總則」下題スル特別法ニ於テハ始メテ國際私法ニ關スル規定ヲ民法ヨリ分離スルニ至レリ之カ先例トナリテ千八百六十五年伊太利民法發布ノ際ニ於テモ所謂前加編ニ關スル規定ハ一般法律ノ公布解釋及ヒ適用ニ關スル總則ト題スル特別法トシテ之ヲ發布シ國際私法の規定ハ此特別法中ニ掲ケラルルニ至レリ我國ニ於テモ舊法例ヲ始メトシ現行法例モ亦此例ニ倣ヒ民法ノ總則以外ノ法律トシテ之ヲ獨立ノ法律中ニ掲ケタリ學者或ハ此體裁ヲ批難シテ獨逸民法施行法ニ於ケルカ如ク國際私法の規定ハ法律ノ場所ニ關スル效力ト解釋シ法律ノ時ニ關スル效力ヲ定ムル民法施行法中ニ併セテ之ヲ規定スヘキモノナリト唱フル者ナキニシモアラスト雖モ獨逸ニ於テ之ヲ民法施行法中ニ掲ケタルハ歴史上一大例外ニシテ初メ之ヲ民法ノ一編即チ第六編トシテ掲ケントシタルモ遂ニ民法ハ五編トナリ第六編ハ之ヲ削除セラレ其規定ヲ置クヘキ場所ニ苦シミタル結果之ヲ民法施行法ノ總則中ニ掲ケタルノミ且獨逸ニ於テハ民法施行法

ハ單ニ民法施行ノ經過の規定タルニハ非スシテ帝國民法ト各聯邦ノ民法ニ關スル立法權トノ關係ヲ定メタル永久の規定又ハ各聯邦ノ主權ニ關スル憲法の規定ヲ包含スルモノナルカ故ニ茲ニ之ヲ併セテ規定スルモ亦一理ナキニシモアラス然レトモ我國ニ於テハ國際私法の規定ハ單リ民法ノ場所ニ關スル效力ヲ規定スルニ非ス又民法施行ニ關スル一時限リノ經過の規定ニモ非スシテ内外法律ノ適用區域ヲ定ムル永久の性質ヲ有スル規定ナリ且當ニ民法ノ適用區域ヲ定ムルノミナラス商法其他一二公法ノ適用區域ヲモ定ムル規定ナルカ故ニ之ヲ民法施行法中ニ規定スルヲ得サルハ言フ俟タス又之ト同一ノ理由ニ因リ之ヲ民法總則中ニ規定スルコトモ其當ヲ得タルモノニ非ス從テ斯ル規定ヲ法律ノ施行時期ニ關スル規定又ハ慣習ノ效力ヲ定ムル規定等ノ公法の規定ト共ニ併セテ之ヲ特別法中ニ掲ケ一般法律適用ノ通則トスルハ極メテ適當ナル措置ト云ハサルヘカラス

第三 國際私法ノ系統 諸國ニ於ケル現行ノ國際私法ヲ比較スルトキハ其規定ハ各相異ナルト雖モ而モ重要ナル點ニ於テハ互ニ共通ノ原則ヲ發見スルコトヲ得ヘシ即チ不動產ニ關スル法律ハ何レノ國ニ於テモ皆之ヲ屬地法トシテ其土地ノ法律ニ從フヘキモノトシ法律行為ノ方式ニ付テハ一般ニ場有益ナル論文ヲ參照スヘシ

所ハ行為ヲ支配スルトノ原則ニ依リテ行為地法ニ從ヒタル方式ハ之ヲ有效ト認ムルヲ以テ例トスルナリ唯動產ニ關スル法律行為ニ付テハ或ハ所在地法ニ依ルヘキナリトシ又人ノ身分能力等ニ關スル法律關係ニ付テハ或ハ當事者ノ住所地法ニ依ルヘキモノトシ或ハ其本國法ニ依ルヘキモノト論シ或ハ又其行為地法ニ依リテ本國法ヲ制限スヘキモノナリト主張スル者アリテ是等ノ點ニ付テハ諸國ノ國際私法ハ各、其趣ヲ異ニスルカ故ニ今之ヲ區別スレハ左ノ三箇ノ系統ヲ發見スルコトヲ得

- 一 英米法系 曩ニ學說ノ下ニ於テ說明シタルカ如ク英米ノ現行ノ國際私法ハ住所地法ヲ以テ屬人法トシ且屬地法ノ範圍ヲ廣ク認ムルノ點ニ於テ他ノ國際私法ト大差アルモノトス英米ノ兩國ヲ始メ南米ノ諸國ハ概ネ此法系ニ屬ス
- 二 佛國法系 佛國法系ノ諸國ニ於テハ屬人法ノ範圍ヲ認ムルコト莫ニ英米法ヨリモ廣ク且純然タル本國法主義ヲ認ムルヲ以テ例トス佛蘭西ヲ始メ伊太利、白耳義、西班牙、葡萄牙、和蘭、露西亞及ヒ墨西哥等ハ此法系ニ屬ス
- 三 獨逸法系 獨逸法ニ於テハ佛國法系ト同シク本國法ヲ以テ屬人法ヲ定ムルモ佛國法系ノ如ク之ヲ絕對の原則トナスニ非スシテ內國ニ於ケル取引保護ノ爲メニ大ニ本國法ノ適用ヲ制限スルナリ故ニ獨逸法系ハ佛國法系ト英國法系トノ中間ニ位スルモノト云フヲ得ヘシ獨逸ヲ始メ奧地利及ヒ我法例ハ即チ此法系ニ屬スルモノトス

第二節 國際的立法ノ沿革

國際私法ハ世界各國ノ立法者カ同一ノ原則ヲ採用スルニ至ラスンハ其目的ヲ達スルコト能ハサルモノ

ナルヲ以テ各國ノ學者ハ學理ノ研究ニ依リテ各國ノ國際私法の立法ヲ同一ニ歸著セシメシムコトヲ圖リ
 或ハ著書ニ因リ或ハ學會ノ決議ニ因リテ各國共通ノ原則ヲ定メシムコトヲ努メテ止マズ各國ノ立法者モ
 亦漸ク其必要ヲ認メ國際私法ノ統一ニ關スル列國會議ヲ開キ條約ニ依リテ之ヲ實行セントスルニ至レ
 リ而シテ之カ第一ノ企ハ南米ノ諸國カ千八百七十八年「リマ」ニ於テ國際私法會議ヲ開キ之ニ關スル議
 事ヲ爲シタルニ在リ其後千八百八十八年ヨリ八十九年ニ亘リ再ヒ南米ノ諸國カ「モンテビデオ」ニ於テ
 開議シ國際民法、商法、刑事訴訟法其他著作權、工業所有權保護ニ關スル條約草案ヲ決議スルニ至リ國
 際私法ノ統一カ列國會議ニ依リテ成立シ得ヘキコトヲ明カニセリ是ニ於テ千八百九十一年北米合衆國
 カ盟主トナリ南米諸國、中央亞米利加及ヒ墨西哥等ノ諸國ヲ集メテ益、列國會議ヲ擴張スルニ至レリ之
 ヲ第一回ノ全亞米利加會議トシ千九百年ヨリ千九百一年ニ亘リ第二回ノ全亞米利加會議ヲ開キ益、米
 洲全體ニ對スル國際公法及ヒ國際私法ノ法典ヲ設ケ之ヲ條約トシテ諸國間ニ實行センコトヲ努ムルニ
 至レリ

米國ト同時ニ歐洲諸國間ニ於テモ亦同一ノ企起リ和蘭政府ハ有名ナル國際私法學者「アセル」博士ノ
 提案ニ基キ千八百九十三年歐洲大陸十四箇國政府ノ贊同ヲ以テ第一回ノ國際私法會議ヲ「ハーグ」ニ開
 設シ次テ其翌九十四年第二回ノ會議ヲ開キ民事訴訟ニ關スル條約、婚姻及ヒ離婚ニ關スル條約等ヲ決
 議スルニ至レリ其中民事訴訟上ノ共助、保證及ヒ救助等ニ關スル條約ハ千八百九十六年ニ至リテ歐洲
 大陸中白耳義、佛蘭西、西班牙、伊太利、ルクセンブルグ、和蘭、葡萄牙及ヒ瑞西ノ八箇國間ニ確定條約
 トシテ調印セラレ其後獨逸、奧地利、匈牙利、丁抹、羅馬尼亞及ヒ瑞典、諾威ノ六箇國モ亦之ニ加入シ是等
 十四箇國間ニ千八百九十九年以來現行條約トシテ實施セララルルニ至リタリ尙ホ千九百年第三回會議ヲ

開キ婚姻、離婚、後見及ヒ相續ニ關スル四箇ノ條約案ヲ議決スルニ至リ其中前三箇ノ條約ハ昨年即チ千
 九百二年「ハーグ」ニ於テ獨逸、奧地利、佛蘭西、伊太利等十二箇國ノ間ニ確定條約トシテ調印セラレタ
 リシカ第四ノ條約草案ニ付テハ更ニ第四回國際私法會議ヲ開キテ之ヲ再議シ益、國際私法全體ノ統一
 ヲ企圖スルコトトセリ而シテ此會議ハ昨年十二月開會ノ筈ナリシカ本年五月ヲ期シテ海牙ニ開會スル
 ニ至レリ此會議ニ參列セシモノハ前會ノ如ク獨逸、奧地利、洪牙利、白耳義、丁抹、西班牙、佛蘭西、伊太
 利、蘆森堡、和蘭、葡萄牙、羅馬尼亞、露西亞、瑞西、瑞典及ヒ諾威ノ十六國ノ外新ニ我日本帝國ノ參列ヲ見
 ルニ至レリ蓋シ我帝國ノ法制ハ概ネ歐洲大陸諸國ノ法系ニ屬スルカ故ニ若シ歐洲大陸諸國間ニ國際私
 法ノ統一ヲ企圖シ得ヘシトセハ我國モ亦頗ル統一の事業ニ加入スルコトヲ得ヘキコトハ素ヨリ論ヲ俟
 ムサル所ニシテ我國ノ加入ハ彼我雙方ノ爲メニ益、國際私法統一ノ目的ヲ貫達スヘキ便宜ヲ與フルモ
 ノナレハ吾輩ハ夙ニ我國ノ加入ヲ希望セシカ這回開始メテ之カ實行ノ端緒ヲ開クニ至リタルハ斯學ノ爲
 メ欣喜ニ堪ヘサル所ナリトス此會議ニ於テ議決セシ條約案左ノ如シ

第一 民事訴訟ニ關スル條約草案(二十九條) 此條約草案ハ千八百九十六年十一月十四日ノ現行
 條約ヲ改正シタルモノニシテ且歐洲以外ノ領土ニモ之ヲ適用スルコトヲ認ムヘキ新規定ヲ設ケタ
 リ

第二 相續及ヒ遺言ニ關スル法律ノ抵觸ニ付テノ條約草案(十四條) 此草案ハ第三會議ニ議決セ
 シモ其後列國ノ調印ヲ得ルニ至ラザリシカ故ニ這回更ニ之ヲ再議セシモノナリ

第三 夫婦ノ財產及ヒ身分上ノ權利義務ニ及ヒホス婚姻ノ效力ニ關スル法律ノ抵觸ニ付テノ條約草案
 (十五條)

第四 禁治産及ヒ之ニ類似スル保護處分ニ關スル條約草案(十九ヶ條)

第五 破産ニ關スル條約草案(十ヶ條)

之ヲ要スルニ海牙國際私法會議ハ日尙ホ淺シト雖モ著著其事業ヲ進捗セリ從テ國際私法ニ關スル重要ナル原則ハ將來皆國際條約トシテ列國間ニ共通ノ規定トナリテ現ハルヘキハ豫期シ得ヘキコト勿論ナレハ我國ニ於テモ國際私法ノ研究ニ從事スル者ハ是等亞米利加及ヒ歐洲國際私法ノ國際的立法ニ注意シ我法例ト歐米ノ國際私法トハ如何ナル點ニ於テ相異ナルヤノ研究ヲ怠ルヘカラサルナリ尙ホ「ハグ」國際私法會議ノ成果タル歐洲列國間ノ國際私法條約ハ斯學ノ研究上最モ重要ナル材料ナルカ故ニ法學協會雜誌(二十一卷一及ヒ二號)ニ其條文ヲ譯述シ且其沿革ヲモ叙述セリ讀者ハ宜シク同誌ニ就テ之ヲ熟讀セラルヘシ尙ホ第四會議ニ於テ成立セシ條約草案モ亦他日紙上ニ之ヲ譯載シテ讀者ノ參考ニ供スヘシ

第六章 國際私法研究ノ方法及ヒ範圍

緒論ヲ終ルニ流ミ尙ホ國際私法研究ノ方法如何及ヒ國際私法ハ如何ナル事項ヲ研究ノ目的物ト爲スヘキヤニ付キ一言セント欲ス

第一節 國際私法研究ノ方法

國際私法研究ノ方法ハ學者ニ因リテ各其趣ヲ異ニシ必スシモ同一ノ方法ヲ採ルモノニ非ザルモ亦國ニ因リテ大ニ異ナルモノアリ今大體ニ付キ之ヲ區別スルトキハ英米學派ノ研究方法ト歐洲大陸學派ノ研究方法トノ二分ツコトヲ得ヘシ即チ英米學派ハ概テ實際ヲ主トシ國際私法ト名クル法律ヲ研究スルヲ目的トス然ルニ歐洲大陸ノ學派ハ一般ニ理論ニ基キ國際私法上ノ原理原則ハ如何ナルモノナルヘキヤヲ研究スルヲ以テ通例トスルナリ此二箇ノ研究方法ハ互ニ長短得失アリテ未タ必スシモ孰レノ一方カ果シテ優ルヘキヤヲ斷言スルコトヲ得ス先ツ二者ノ大體ヲ說明シ然然後我國ニ於テ此學問ヲ研究スル者ハ如何ナル方法ヲ採ルヲ以テ正當トスヘキヤヲ論究スヘシ

第一 理論的研究方法

歐洲大陸ノ學者ハ彼ノ「サビニ」ヲ始トシ皆左ノ二點ニ於テ同一ノ特質ヲ具備セル研究方法ヲ採レリ即チ其一ハ國際私法上ノ原則ハ各國ニ於テ略ホ同一ナル事實ニ重キヲ置キ且近世ノ文明ハ益々此同一ナル點ヲ増進セシムヘキ傾向ヲ有スルヲ以テ國際私法ハ必スシモ國際法ノ一部ナリトハ云ハサルモ尙ホ文明各國ニ共通ノ法律タルヘキコトヲ考ヘ斯ル共通ノ原理原則ヲ稱シテ國際私法ト云フヲ以テ例トシ從テ第二ノ特質トシテ此學派ハ斯ル各國普通ノ原理原則ヲ發見スルコトヲ以テ此學問ノ目的トシ各國ノ國際私法カ果シテ正當ナリヤ否ヤノ如キモ此原則ニ適合スルヤ否ヤニ依リテ之ヲ判定セントスルニ在リ夫ノ「サビニ」カ法律關係ノ本據ヲ發見シ之ニ依リテ其法律關係ヲ定ムヘキ法律ヲ一定セントシタルカ如キ或ハ「パウル」カ事物ノ性質論ヲ基トシテ内外法律ノ適用區域ヲ定メントシタルカ如キ又或ハ「チーテルマン」カ國家以上ノ國際私法ヲ說明シテ各國私法ノ管轄權ヲ定メントスルカ如キ皆如上ノ研究方法ヲ採リ論究シタル結果ナリトス又佛蘭西、伊太利等ノ學說ニ於テ國際私法ノ原則ハ屬人法ナリト説明スルカ如キモ亦同一ノ主旨ヨリ出テタルモノニシテ皆一定ノ大原則ヲ發見シ之ニ依リテ一切ノ國際私法ノ關係ヲ支配スヘキ法則ヲ演繹的論證ニ依リテ推論セントス

ルニ在ルナリ故ニ是等ノ學者ハ其論鋒ノ結果トシテ或一國ニ現行ノ國際私法ハ如何ナル法律タルヤヲ説明スルコトヲ忘レ知ラス識ラス國際私法ハ如何ニ在ルヘキモノナルヤヲ説明スルヲ以テ主旨トシスル原理原則ヲ稱シテ直チニ各國ノ立法者ヲ指導シ各國裁判官ヲ拘束スヘキ法規ナリト論定スルヲ以テ例トス

此研究方法ノ得失ヲ略説スレハ此方法ハ二箇ノ利益アリテ存ス即チ其一ハ國際私法ノ原則ハ他ノ國內ノ法律ト異ナリ最モ國際の即チ内外諸國ニ共通ノ分子ヲ有スルコト多キモノナルヲ以テ内外諸國カ同一ノ法則ヲ採用スルニ非サレハ完全ニ斯ル立法ノ目的ヲ達シ難キコトヲ知ラシムルノ利益アリ從テ諸國ノ立法者ヲシテ國家ノ公益上已ムラ得サル原因アルニ非サレハ成ルヘク諸國ニ共通ノ原則ヲ採用スヘキ必要ヲ知ラシムルモノナリ其二ハ裁判官カ國際私法ノ規定ヲ適用スルニ當リテ他ノ法律ノ如クニ唯其條文ノ規定ノミニ重キヲ置キ内國立法ノ目的ノミヲ考フヘキモノニ非スシテ此規定ハ元來内外人ノ交通往來ノ必要ヨリ文明諸國カ同一ノ法則ニ依リ其法律關係ヲ定メ裁判所ノ異ナルカ爲メニ權利義務ニ大ナル變更ヲ來サシメサルコトヲ期シ何レノ國ニ於テ裁判スルモ同一ノ權利關係ハ同様ノ權利保護ヲ享有スヘキ必要ヨリ出テタルコトヲ注意シ之ニ依リテ法律ノ精神ヲ解釋シ法律ノ不備ヲ補フヘキコトヲ覺ラシムルノ便益アルコト是ナリ此二點ハ大陸ノ研究方法カ近世國際私法ノ發達ヲ促カシタル所以ニシテ其二大長所タルコトヲ認メサルヲ得ス然レトモ此方法ニハ亦二箇ノ缺點ノ存スルコトヲ知ラサルヘカラス即チ其一ハ此學派ハ動モスレハ一國ニ現行ニ行ハル國際私法タル法律ニ重キヲ置カシテ之カ研究ヲ忘ルルノ缺點アリ其二ハ此學派ハ主トシテ立法論ニ偏スルノ結果自己ノ正當ナリト信スル理論ハ直チニ之ヲ法律ナリト論定シ未タ何レノ國ニ於テモ認メラ

レナル空理空論ヲ掲ケ來リテ直チニ各國立法者ノ採用セル原則ナリト推論スルノ危險アルコト是ナリ

第二 成法の研究法

此研究方法ハ英米學者ノ一般ニ採用スル所ニシテ米國ノ判事「ストリー」氏カ近世ノ國際私法ヲ研究スルニ當リテ英米普通法ノ判決例ヲ基トシ各種ノ事實ヨリ歸納シ所謂歸納的論法ニ依リテ英米現行ノ國際私法ナル法律ハ如何ナルモノナルヤヲ説明シタルニ始マルモノニシテ爾來英米ノ學者ハ皆實際ヲ主トスル結果自國ニ現行ノ國際私法トハ何ソヤヲ研究スルヲ以テ例トセリ歐洲大陸ニ於テモ夫ノ佛蘭西ノ「フュリクス」獨逸ノ「フランツ、カイン」等ノ如キハ此方法ニ依リテ研究スヘキコトヲ主張スルモ此等ハ大陸ニ於ケル非常ノ例外ニシテ一般學者ノ採ラサル所ナリ故ニ此學派ヲ稱シテ通常英米學派ノ研究方法ト云フナリ

英米學派カ斯ノ如キ方法ヲ採ルヲ以テ通例トスルハ國際私法ハ最モ嚴格ナル意義ニ於テ一國內ノ法律ナリ其法律タルノ效力ハ之ヲ立法シ之ヲ司法スル國家ノ主權ヨリ出テタルモノトスルノ考ヲ基礎トシ自國ニ於ケル現行ノ國際私法ハ如何ナル法則ナリヤヲ研究スルコトヲ目的トスルカ爲メニ自ラ斯ル方法ニ歸著セシナリ從テ外國法制ノ比較研究ハ唯内國立法ノ目的ヲ明カニスルカ爲メニ之ヲ參照スルニ過キスシテ歐洲大陸學派ノ如クニ外國ノ國際私法如何各國ニ共通ノ原理原則如何等ハ寧ろ之ヲ研究ノ範圍外ニ放任スルヲ以テ例トスルナリ殊ニ英米ニ於テハ國際私法ニ關スル明文ナク一般ニ判決例ニ依リテ普通法ノ原則ヲ推定スルニアルモノナルカ故ニ斯ル歸納的論法ニ依リテ之カ研究ヲ爲スノ外ナキナリ

此研究方法ハ前ハ方法ト異ナリテ一國ノ裁判官カ法律ヲ適用スルニ付キ標準トナルヘキ原則ハ其成
 文法タルト不文法タルトヲ問ハス必ス其國ノ法律ナラサルヘカラサルコトヲ明カニスルモノニシテ
 如何ナル原理原則ナルモノ一國ニ現行ノ成法ノ一部ヲ成ササルモノハ之ヲ法律ニ非サルモノトシテ
 裁判官ヲ拘束スルモノニ非ストナシ空理空論ヲ以テ判決ノ標準ト爲スヘカラサルコトヲ常ニ注意セ
 シムル點ニ於テ大ナル利益アル方法ナリト云フヘシ然レトモ此方法ハ前ノ方法ニ於ケル二箇ノ長所
 ヲ顧ミサルモノニシテ從テ國際私法ノ原則ハ事實上各國ニ共通ノ點極メテ多ク又其通タルコトヲ努
 ムヘキコトヲ忘ルルモノニシテ自國ニ於ケル現行ノ國際私法ハ明カニ學理ニ反シ理論ニ適セサルモ
 之カ改善ヲ企ツヘキコトヲ意リ常ニ偏狹ナル見解ニ陷ラシムルノ缺點アルモノナリ英米ノ學說カ現
 今ニ於テモ學理上尙ホ極メテ幼稚ナルハ斯ル方法ヲ採用スル結果ニシテ英米學派ノ一大短所ト云ハ
 サルヘカラス

然ラハ我國ニ於テ此學問ヲ研究スル者ハ就レノ方法ニ依ルヲ以テ最モ正當トスヘキヤト云フニ凡ソ學
 問ノ研究ハ單リ現行法ノ原理原則ヲ研究スルノミナラス併セテ其不備缺點ヲ明カニシ之カ改良進步ヲ
 促カスヘキ理論ヲ研究スルコト固ヨリ必要ニシテ即チ理論的研究ノ缺クヘカラサルハ言ヲ俟タサル所
 ナリト雖モ然レトモ尙ホ一層必要ナルハ先ツ現行ノ國際私法ノ意義精神ヲ明カニシ斯ル法則ヲ實際ニ
 適用スルニ當リテ誤リナキコトヲ努ムルコト是ナリ且我國ニ於テハ國際私法ノ規定カ歐洲諸國ニ於ケ
 ルヨリモ更ニ精密ニシテ且其規定ノ設ラレタル以來日尙ホ淺ク從テ法文ノ意義精神モ未タ一般ニ明
 カトナリ居ラサルヲ以テ今日我國ニ於テ此學問ヲ研究スル者ハ第一ニ成法的研究方法ニ依リ先ツ我國
 現行ノ國際私法ノ法理ヲ明カニスルヲ以テ其當ヲ得タルモノト信ス然レトモ此方法ノミニ依ルトキハ

ルノ傾向ヲ有シ必要以上ニ其感化ヲ及ホスコトアルヲ以テ封建時代ニ於テハ平民ト雖モ武士ト同
 一ノ相續制ニ依リタル者ナキニ非ス佛國ニ於テ市民 (bourgeois) カ死亡シタル場合ニ於テハ其領
 有地 (fief) ニ付テハ男性長子相續制ニ從ヒタルカ如キ又我國ニ於テ平民ノ間ニ於テモ一般ニ長子
 相續制ノ行ハレタルカ如キ是ナリ

家族共同主義ノ時代ニ於テモ被相續人ニ子女ナキトキハ他人ヲ養ヒテ其子トナシ之ヲシテ相續セ
 シムルコト一般ニ行ハレタリ但日耳曼法系ノ諸國ニ於テハ子ナキトキハ最近親ヲ以テ相續人ト爲
 スノ制ヲ認メタルヲ以テ養子ヲ爲スノ必要ハ他ノ諸國ニ於ケルカ如ク緊切ナラス又事實ニ於テモ
 他ノ諸國ノ如ク盛行ハレザリシカ如シ

ニ 簡人制時代 簡人制トハ各人カ相獨立シ各自其方ニ依リテ生活ヲ營ムノ生活制度ナリ家族制
 ニ在リテハ一家ニ屬スル各員ハ生活ニ付テ連帶的關係ヲ有シ生産、消費共ニ之ヲ相共ニシタリト
 雖モ簡人制ニ在リテハ各人自營ヲ以テ生活ノ本體ト爲シ親族タルノ故ヲ以テ生活上ノ連帶アリト
 爲ササルモノナリ簡人制ノ行ハルル社會ニ於テモ家 (family) ナルモノハ之ナキニ非スト雖モ簡人
 制ニ於ケル家ハ家族制ニ於ケル家トハ大ニ其趣ヲ異ニス前者ハ獨立自營スルコト能ハサル子女カ
 自然ノ保護者タル父母ヲ中心トシテ集合スル團體ニシテ後者ハ血統相聯結スル親族カ家長者ヲ
 ル家長ヲ主腦トシテ團結スル團體ナリ前者ハ幼者ヲ養育スルノ趣旨ニ因リテ成ルモノニシテ後者
 ハ生活ヲ共同ニスルノ精神ニ出テタルモノナリ前者ニ於テハ父母ハ親權ヲ以テ子女ヲ監督教導シ

後者ニ於テハ家長ハ家長權ヲ以テ家族ヲ統督扶養ス其間實ニ鴻溝ヲ劃スルモノト謂フヘシ
 簡人制ノ基礎ハ各人ノ自營ニ在リ各人ノ自營ハ各自ニ財產ヲ享有スルコトヲ得ルニ因リテ始メテ

其目的ヲ達スルモノナルカ故ニ家族制カ變テ簡人制ト爲ルニハ實ニ家長ノミ限局セラレタル財産ノ享有カ家族ニモ亦擴充セラレルニ至ルコトヲ必要トスルモノナリ而シテ家族ノ財産享有權ヲ認ムルニ至ル原因ハ一ニシテ足ラスト雖モ其主タルモノハ實ニ一、戰爭ニ、商業ニ、革命ナリトス

戰爭ハ往往家族ヲシテ家長ノ手ヲ離レテ遠隔ノ地ニ戍營セシムルモノナルヲ以テ自ラ獨立ノ氣風ヲ養成ス又戰爭ハ時トシテハ多數ノ死者ヲ生セシムルモノニシテ一家ハ爲メニ俄然其要部ヲ奪去セラレ殘存シタル家族ハ各自ニ前後ノ計ヲ爲ササルヘカラサルニ至ルコトアリ故ニ戰爭ハ自ラ人ヲシテ自營心ヲ生スルニ至ラシムルモノトス加之戰爭中殊勳ヲ立テタル者ハ軍功賞賜ヲ受クルコトアルヘク而シテ羅馬ニ於テハ戰功賞賜ハ家族ノ特有財産タルヘキモノト爲シタルヲ以テ戰爭ハ家長以外ノ者ヲシテ財産ヲ享有スルコトヲ得セシムル一ノ機會ト爲リタルナリ

商業ナルモノハ敏速ヲ貴フヲ以テ營業者カ自己ノ判斷ヲ以テ直チニ事件ヲ處理スルコトヲ得ルニ非サレハ其營業ハ盛大ト爲ルコト能ハス故ニ商業ノ發達ト共ニ商業上ニ於テ成效ヲ得ントセハ其從事者ハ極メテ機敏ノ行動ヲ爲ササルヘカラス而シテ機敏ノ行動ハ行爲者自ラ財産ヲ有シ其意ニ任シテ經營スルコトヲ要件トスルモノナルカ故ニ商業隆盛ト爲リ家長ト家長タラサルモノトヲ問ハス之ニ從事スル者漸ク増加スルニ及ヒ家長以外ノ者ニシテ財産ヲ有スル者モ亦漸ク其數ヲ増加セサルヲ得ステ商人ハ利ノ有ル所千里ヲ遠シトセスシテ奔走來往シ自己ノ體力ト知能トニ依リテ營利ノ途ヲ講スルヲ以テ自ラ獨立心ヲ生スルモノナルノミナラス劃策能ク商機ニ投スルトキハ一舉シテ巨萬ノ利益ヲ占ムルコトヲ得ルヲ以テ財力ノ有ル所ハ權力ノ歸スル所ト爲リ自己ノ技量

ノ結果ハ自ラ之ヲ他人容喙ノ外ニ置クニ至ルコト當然ニシテ家族ハ此ノ如クニシテ漸ク其特有財産ヲ作ルニ至リタリ

革命ニ至リテハ情性ノ力ニ因リ維持セラレタル舊慣ヲ打破シテ時代思想ノ理想トスル所ヲ實現セントスル舊慣中時代ノ思想ト一致セサルモノカ革命ニ遭ヒテ改廢セラレルコトアルハ當然ナリ而シテ一方ニ於テハ理論上人格具備ノ平等ヲ感識シ他ノ一方ニ於テハ經濟上財産享有自由ヲ要求スルニ至リタル時代ニ於テ家族ノ財産享有權カ革命ニ因リ確定スルニ至ルコトハ自然ノ趨勢ナリト謂ハサルヘカラス

家族制時代ニ於テ家長以外ノ者ニシテ特有財産ヲ有スルニ至リタルトキハ其死亡ノ場合ニ於テ財産ノ承繼者ナカルヘカラス故ニ家族制時代ニシテ既ニ此ノ如キ狀態ニ達スルトキハ其目的ヲ異ニスルニ業ノ相續併存スルニ至ルモノニシテ家長死亡シタル場合ニ於テハ家長權相續開始シ家族死亡シタル場合ニ於テハ財産相續開始スルモノトス

商工業ノ發達更ニ一歩ヲ進メ社會經濟ノ狀況一變シ一家共同ノ生活ヲ爲ス者ハ各人自營ノ生活ヲ爲ス者ニ比シ生存競争上常ニ劣敗者タラサルヲ得サルニ至リ家族制度ハ其根本ヨリ顛覆セラレ家長、家族ナル身分ハ其存在ヲ喪失シ財産ハ悉ク各人ノ財産ト爲リ之ト同時ニ相續ノ目的ハ一ニ財產ニ在ルコトト爲レリ

歐洲ニ於テ純然タル財産相續制ノ確立シタルハ實ニ千七百八十九年佛國大革命ノ時ニ在リタリ蓋シ歐洲ニ於ケル封建制度ハ政治上ニ於テハ王權ノ回復ト共ニ漸ク衰廢ニ歸シタリト雖モ民事上ニ於テハ永ク其遺風ヲ存シ相續ニ關シテモ大革命ノ時ニ至ルマテハ制度トシテ男性ノ特權及ヒ長子

ノ優位ヲ認メタリ大革命ニ參與シタル政治家ハ封建ノ遺習ヲ根柢ヨリ打破スルヲ以テ其任ト爲シタルヲ以テ其見ヲ以テ封建制度ト關係アリトシタル家族制ハ全ク之ヲ排斥シ相續ニ關シテハ總テノ特權ヲ廢シ男女長幼間ノ平等主義ヲ宣言シタリ革命ノ政治家ハ單ニ共同均分相續制ヲ採用シタルノミヲ以テ満足セズ人意思ヲ以テ此制度ノ變更ヲ謀ルコトヲ防止スルカ爲メ更ニ一方ニ於テハ千七百九十三年三月七日ノ法律ヲ以テ被相續人カ相續人タル直系卑屬又ハ直系卑屬ニ對シ贈與又ハ遺贈ヲ爲スコトヲ禁シ尋テ共和二年露月五日ノ法律ヲ以テ此禁令ヲ傍系親カ相續人タル場合ニマテ及ホシ以テ相續人間ノ平等ヲ維持シ他ノ一方ニ於テハ共和二年露月五日ノ法律及ヒ同年霜月十七日ノ法律ヲ以テ被相續人カ相續人以外ノ者ニ對シテ贈與又ハ遺贈ヲ爲ス場合ニ於ケル處分部分 (Residuary Bequest) ヲ極メテ少額ノ直系卑屬又ハ直系卑屬カ相續人ナルトキハ總財產ノ十分ノ一傍系親カ相續人ナルトキハ其六分ノ二ニ制限シ以テ他人ニ對シ相續人ノ權利ヲ保護シタリ共和政府カ此ノ如キ各相續人ノ權利保護ニ力メタル所以ハ單ニ當時ノ人心ニ投合シタル平等主義ノ理論ニノミ基キタルニ非ス實ハ之ニ因リテ封建制度ノ復興ヲ豫防セントシタルモノニシテ大ニ政治上ノ意義ヲ有シタリ然レトモ被相續人ノ處分權及ヒ其處分部分ノ斯ノ如キ制限ハ實際ノ事情ニ適合セサル所アリシヲ以テ久シカラズシテ漸ク其不便ヲ訴フル者ヲ生シ頭領政治ノ時ニ至リテ稍々之ヲ緩和スルノ規定ヲ設ケ其後千八百四年民法ヲ制定スルニ及ヒ共和時代ノ法制ト同シク相續ニ付テハ共同均分主義ヲ採用シタリシモ被相續人カ相續人ニ對シテ爲ス贈與、遺贈ニ關スル禁令ニ至リテハ之ヲ採ラス被相續人ノ處分部分モ亦頗ル之ヲ擴張シタリ(佛民九一三條乃至九一六條)佛民法ハ近世歐洲諸國民法ノ模範ト爲リシモノニシテ近世歐洲諸國ノ民法ハ相續制ニ付キ佛

民法ト同一主義ヲ採用スルモノ甚タ多シ

財產相續ニ於ケル相續順位ハ國ニ依リ多少ノ差異ナキニ非スト雖モ直系卑屬ヲ第一順位トシ共同均分主義ヲ以テ相續セシメ直系卑屬中親等ノ異ナル者アルトキハ親等ノ近キ者ヲシテ其遠キ者ヲ排除セシメ相續人タルヘキ者ニシテ死亡シタルトキハ其直系卑屬ヲシテ之ニ代位セシムルコトハ各國法ニ通シテ略々相同シキ所トス第二順位以下ノ相續人ニ至リテモ各國其異ナル所ハ唯其順位ニ指定セラルル者ノ間ニ少シク相同シカラサル所アリト云フニ止マリ規定ノ精神ニ至リテハ第一順位ノ相續人ニ關スルモノト大體ニ於テ其趣旨ヲ一ニス

財產相續ニ在リテハ家ノ繼續ヲ必要トスル事情ナキノミナラス傍系親ノ相續權ヲ認ムルヲ以テ家長權相續ニ於ケル養子制度ヲ必要トセス故ニ英國ニ於テハ現今養子ナルモノヲ認メス佛國ニ於テハ其民法ハ或特別ノ場合ニ於テ養子ヲ爲スコトヲ許スモ事實ニ於テハ其數甚タ多カラスト云フ又財產相續ニ在リテハ被相續人ノ死亡後ニ於テ其財產上ニ於ケル地位ノ承繼者アレハ則チ足レリトスヘキカ故ニ必スシモ相續人アルコトヲ要セス故ニ佛民法ノ如キハ被相續人カ相續人ヲ指定シタル場合ニ於テモ其效力ハ包括又ハ特定遺贈ヲ爲シタル場合ト異ナルコトナシトシ之ヲ相續人ト爲ササルノ規定ヲスラ設ケタリ

(二)

我國相續ノ沿革 相續ニ關スル一般歴史ノ梗概ヲ擧クルトキハ以上略述シタル所ノ如シ竊テ我國ニ於ケル沿革ヲ觀ルニ我史籍ハ民事ニ關スル記事ヲ載スルコト多カラズ上古史ニ在リテハ特に然ルトスルヲ以テ上古ノ相續制ニ關シ記錄ヲ根據トシテ說述スルコトハ容易ナラスト雖モ祖先祭祀ヲ重シシ血統ノ繼續ヲ貴ヒ探湯ノ如キ嚴酷ナル方法ニ依リテ姓氏ノ混亂ヲ防カントシタルノ事跡等ニ考

フルモ我國ニ於テハ古昔ヨリ家族制ヲ存シ其相續制カ祖先祭祀主義ナリシコト想像スルニ難カラズ
 令義解ノ著者カ養老繼嗣令中五位以上ノ廢嫡ニ關シ其嫡子有罪疾不任承重者申牒所可驗實聽更立
 卜規定シタルヲ解シ重ヲ承ケルトハ父ニ代リテ祖先ノ祭祀ヲ繼續スル義ナリト爲シ罪疾ノ者ハ祖
 先ノ祭祀ヲ司ラシムルニ適セザルヲ以テ之ヲ廢除シ更立スルコトヲ聽シタルモノナリト爲セルヲ以
 テ觀ルモ上古ニ在リテハ祖先ノ祭祀ヲ繼續スルコトカ家長ノ任務及ヒ相續ノ目的ノ主要ナルモノニ
 シテ中古ニ至ルモ仍ホ其精神ヲ傳ヘラレシコトヲ知ルニ足ルナリ

然レトモ中古ノ家族制ハ之ヲ以テ全ク祖先祭祀主義ノモノト爲スヘカラス當時ノ家族制ヲ觀ルニ其
 親族共同團體ノ組織ハ通常所謂家族制ナルモノノ親族共同團體同シカラサル所アリ通常ノ家族制
 ニ於テハ *Stamm* ナル一種ノ親族共同團體アルノミナリト雖モ當時ノ家族制ニ於テハ戸及ヒ戸ノ細
 別ナル家(房)又ハ方トモ稱ス)ノ二種ノ親族共同團體アリタリ但戸ハ常ニ家ノ集合ヨリ成リタルモノ
 ニ非ス或モノハ單ニ戸主及ヒ戸口ヨリ成リ或モノハ家長及ヒ家族ノ共同團體タル家ノ集合ヨリ成
 リ戸主及ヒ戸口ヨリ成ル戸ニ在リテハ戸口ハ戸主ノ保護ノ下ニ共同連帶的生活ヲ營ミ家ノ集合ヨリ
 ナル戸ニ在リテハ家長及ヒ家族ハ家ナル小團體ヲ組成シテ共同生活ヲ爲スト同時ニ戸ノ戸口トシテ
 戸主統督ノ下ニ生活上ノ連帶的責任ヲ有シタリ此ノ如ク其家族制ハ頗ル複雑ナリシト雖モ戸ニハ戸
 主アリテ之ヲ代表シ家ニハ家長アリテ之ヲ保護シ戸主又ハ家長ノ保護監督ノ許ニ集合體ノ共同生活
 ヲ爲シ戸主又ハ家長ノ任務ノ主要ナルモノハ共同生活ノ主腦タリシカ故ニ既ニ家族制ノ第一期ヲ經
 過シ去リタリト謂ハサルヘカラス而シテ我國ニ於テハ戸主又ハ家長ハ其監督ノ下ニ在ル戸口又ハ家
 族ニ對シ生殺ノ權ヲ有スルカ如キ強大ナル權力ヲ有セサリシヲ以テ我家族制ハ祖先祭祀主義ヨリ直

チニ家族共同主義ニ移リ中古ノ家族制ハ正シク家族共同主義ノ初期ニ屬シタルモノトス
 中古ノ制度ニ於テハ身分ノ承繼ト財產ノ承繼トハ之ヲ區分スヘキモノト爲シ大寶令、養老令共ニ前
 者ハ之ヲ繼嗣令ニ於テ規定シ後者ハ之ヲ戶令ニ於テ規定シタリ

身分ノ繼嗣ニ關シ養老令ノ定ムル所左ノ如シ
 凡三位以上繼嗣者皆嫡相承若無嫡子及有罪疾者立嫡孫無嫡孫以次立嫡子同母弟無母弟立庶子無庶
 子立嫡孫同母弟無母弟立庶孫四位以下唯立嫡子謂庶人以上四位以上嫡子者其氏宗者聽勅
 此規定ニ依レハ三位以上ト四位以下トニ依リ區別ヲ爲シ其間同シカラサル所アリト雖モ二者ニ通シ
 テ同シキ所ノモノハ(一)第一順位ノ相續人ハ直系卑屬ニシテ(二)而モ男子ニ限リ(三)且長子ノ特權
 ヲ認メタルコト是ナリ而シテ之ト同時ニ三位以上ノ繼嗣ニ於テハ傍系親ト雖モ相續ヲ
 爲スコトヲ得ルモノトシ傍系親ノ相續權ヲ認メタルコトハ特ニ注意スルノ價値アルモノトス

又財產ノ分配ニ關シテハ養老令ハ其應分條ニ於テ左ノ如ク規定シタリ
 凡應分者家人僕婢民賤不用宅資財此即男功對總計作法嫡母繼母及嫡子各二分妾同女 不在分限兄弟亡者子承文分妾子 兄弟俱亡則諸子均分其姑姊妹在室者各減男子三年謂已出嫁未終 寡妻
 妾無男者承夫分分同男者皆同 夫亡者若欲同居共居及亡人存日處分證據灼然者不用此令
 應分條ノ規定トシテ現存スルモノハ右ニ掲タル所ノ如シト雖モ字句頗ル了解シ難キノミナラス其間
 或ハ缺文アルノ疑アルモノアリ學者ノ解說モ亦ニ途ニ出テス然レトモ右ノ條文ニ依リ討尋スルトキ
 ハ當時ノ分配法ハ大體ニ於テ左ノ如クナリシモノト見ルコトヲ得ヘシ

スル賤民及ヒ妻カ齋ス所ノ嫁資ハ之ヲ除ク又功田、功封ハ男女ニノミ分配シテ他ニ分配セズ
 被相續人死亡ノ場合ニ於テ被相續人ノ正妻ト其實子ト生存スル場合ニ於テハ財産ノ分配ヲ爲サ
 ス蓋シ祖父母、父母ノ生存申別籍異財スル者ハ孝道ニ缺タルモノトシ當時ノ法律ハ八庶ノ一トシ
 テ之ヲ刑罰ニ處シタルカ故ニ(戶婚律ニ依レハ)祖父母父母在而子孫別籍異財者徒二年)相續ノ場合
 ニ於テモ實母子ノ間ニ於テハ財産ノ分配ヲ爲サザリシモノトス
 ハ 嫡子ト繼母及ヒ庶子トノ間又ハ庶子ト嫡母トノ間ニ於テハ嫡母繼母嫡子ハ各二ヲ得庶子ハ一
 ヲ得ルノ割合ヲ以テ財産ヲ分配ス
 ニ 被相續人ノ嫡、庶子中被相續人ニ先チテ死亡シタルモノアルトキハ其者ノ子ハ父ノ相續分ヲ受
 ケテ代位相續ヲ爲ス養子ノ場合ニ於テモ亦然リ若シ嫡、庶子總テ被相續人ニ先チテ死亡シタルト
 キハ其子ハ相續財産ヲ均分ス
 ホ 前二項ノ場合ニ於テ女子ノ未タ出嫁セサル者又ハ既ニ出嫁スルモ未タ分財ヲ經サル者アルトキ
 ハ男子ノ半分ヲ相續ス被相續人ノ妾モ亦女子ト同一ノ相續分ヲ有ス
 ハ 被相續人ノ嫡庶子中被相續人ニ先チテ死亡シタル者ノ妻妾ニシテ男子ナキ者ハ夫ノ相續分ヲ承
 ト 財産ノ分配ヲ受クヘキ者カ同財同居ヲ欲スルトキハ財産ノ分配ヲ爲サスシテ共同生活ヲ爲ス
 ナ 被相續人生存中處分シタルノ證據灼然タルモノニ在リテハ其表示シタル意思ニ從フ
 右ノ規定ニ於テ吾人ノ注意ヲ要スルハ(一)被相續人カ遺言ヲ以テ其財産ヲ處分スルトキハ全ク其自
 由ニシテ何等ノ制限アルコトナシ(二)被相續人ノ遺言ナキ場合ニ於テハ實母子ノ間ノ外ハ相續財産

ハ法定ノ割合ヲ以テ被相續人ノ子女及ヒ妻妾ノ間ニ分配ス但財産ノ分配ヲ受クヘキ者ハ特ニ其意思
 ヲ表示シテ同財同居ヲ爲スコトヲ得(三)子女ノ間ニ於テハ相續分ニ差等アリト雖モ男女嫡庶ヲ論セ
 ス皆相續分ヲ有ス(四)相續人ト子女及ヒ妻妾ハ代位相續ヲ爲スコトヲ得ル等ノ數點ニシテ當時ノ相
 續制ハ財産ノ承繼ニ付テ共同分配主義ヲ採リタルモノナリ
 王朝ノ權力衰微スルト共ニ各地ノ豪族莊園ヲ有シ徒ヲ集メ黨ヲ結ビ各其勢力ヲ扶植スルニ至リ漸ク
 封建ノ勢ヲ馴致シタルト雖モ源、平氏及ヒ北條氏ノ時代ニ於テハ幕府ノ威力尙ホ盛ニシテ政令天下
 ニ行ハレタルヲ以テ政治上ノ改革ハ直チニ民事上ノ改革ヲ惹起スルニ至ラス北條氏時代ニ於テ武家
 裁斷ノ權威タリシ貞永式目ノ如キモ相續制度ニ付テハ特ニ別箇ノ原則ヲ定メタルモノト見ルヘキモ
 ノナシ相續ニ關シ其記載スル所ハ多クハ被相續人カ其財産ヲ處分シタル後或事故ヲ發生シタル場合
 ニ於テ其財産ヲ取戻ラ爲スコトヲ得ルヤ否ヤニ係ルモノニシテ其稍々特異ナルモノハ左ノ一條ナリ
 一 父母所領配分時雖非義絶不讓與成人子息事右其親以成人之子令吹舉之間勵勤厚之恩積勞功之處
 或就繼母之讒言或依庶子之鍾愛其子雖不被義絶忽漏後處分佗條之條非據之至也仍割今所立嫡子
 分以五分一可宛給無足之兒也但雖少分於計宛者不論嫡庶宜依證據抑雖爲嫡子無指奉公又於不孝之
 輩者非沙汰之限矣
 右ノ規定中、仍割今所立之嫡子分以五分一可宛給無足之兒也ノ一段ハ注意セサルヘカラス此規
 定ニ依レハ父カ成人ノ長子ヲ措キテ他ノ子女ニノミ財産ヲ分配シタルトキハ原則トシテハ新ニ立チ
 タル嫡子ノ相續分五分ノ一ヲ割キテ之ヲ成人ノ子ニ與ヘサルヘカラス是レ一種ノ遺留分ニシテ我國
 ニ於テ成文上遺留分ニ關スル規定ヲ設ケタルハ之ヲ以テ嚆矢ト爲ス



養老令ハ別ニ明カニ之ヲ廢止スルコトヲ發令セラレタルコトナキカ故ニ武家時代ニ至リテモ常ニ法家ノ參考ト爲リシモノナリト雖モ生存競争上家ノ鞏固ヲ計ル必要アル封建時代ニ於テ時代ノ必要ト一致セザル相續財産分配制カ漸ク實地ニ行ハレサルニ至リタルコトハ事ノ當ニ自然ナルヘキ所ナリ足利時代ニ至リテハ相續ニ因リ財産ヲ分配スルノ習慣ハ漸ク衰廢シ歸シ封建武士トシテ一家ノ統督者タルニ適スル男性ノ長子ハ家督ヲ相續スルト共ニ財産ノ全部ヲ承繼スルノ習慣ヲ生シ相續制度ハ茲ニ身分承繼制ト爲リ被相續人ノ身分ヲ承繼シタル者ハ其結果トシテ當然其財産ヲ承繼スルコトト爲レリ而シテ此習慣ハ戰國時代ヲ經テ徳川氏ニ及ヒ終ニ今日ニマテ繼續シタルモノニシテ相續ハ子孫ニ於テ之ヲ爲スヲ本則トシ子孫中長子ハ優先ノ順位ヲ有シ被相續人ト雖モ節目ノ違ヒタル遺言ハ之ヲ爲スコト能ハス實子ナキ戸主ハ親類縁者ノ中ニ就キ生前ニ於テ早ク養子ヲ爲シ置カサルヘカラス然ラサレハ一家ハ相續人ナキ爲メ斷絶ノ不幸ヲ見ルヲ免レス徳川氏時代ニ於テ相續ニ關シテ規定セラレタルモノヲ見ルニ左ノ如シ

家ニ關スルモノ 一養子者連綿但可被用同姓女縁者家督相續古今一切無之事慶應二十年禁中方
武家ニ關スルモノ 一繼嗣は其子孫相承スヘキ事論するに及はずなからんものは同姓の中其後たるヘキ者を選ふヘシ凡十七歳より以上は其後たるヘキものを選び現在の日に及びて望請ふ事をゆるす或は實子たりといふども立ヘキ者之外を選び或は子なくして其後たるヘキ者を選ふこときは親族家人等議定の上を以て上裁を仰ぐヘシ若其望請ふ所理にを以て相合はず並其病危急の時に臨て望請ふ所のこときは其望望をゆるすヘカラスしかりといへども或は父祖の功績或は其身の勤勞他に異なるの輩に在りてはたとい望請ふ所あしといふども別議を以て恩族の次第有ヘキ事

附 同姓の中繼嗣たるヘキ者なきに在りては舊例に准して異姓の外族を選びて言上すヘシ近世の俗繼嗣を定る事或は我族類を問はずして其貨財を論するに至る人の道たるかくのごとくなるヘカラス自今以後嚴に禁絶スヘキ事家語法度
諸士ニ關スルモノ 一跡目之儀養子は存生之内言上いたすヘシ及末期雖申之不可用之雖然其父五十

以下之輩は雖爲末期依其品可立之十七歳以下之者於致養子は吟味之上許容すヘシ向後は同姓之弟同甥同従弟同又た甥並従弟此内を以て相應之者を選ふヘシ若同姓於無之は入智娘方之孫姉妹之子種替之弟此等は其父之人からにより可立之自然右之内にても可致養子者於無之は違奉行所可請差圖也假令雖爲實子節目違たる遺言立ヘカラス事諸士法度
武家諸法度及ヒ諸士法度ハ屢々改定損益セラレル所アリシモノナルヲ以テ中ニ就キ最モ詳細ニ規定シタルモノヲ選ヒ右ニ掲ケタリ

明治維新諸般ノ制度多クハ其法ヲ泰西ノ文物ニ採リタリト雖モ生活狀態ノ如ク多年ノ慣行ニ成リタルモノハ一朝俄ニ大ナル變革ヲ爲スヘキモノニ非サルカ故ニ家族制ハ尙ホ我社會組織ノ基礎ヲ爲シ一家ノ家族ハ相依リ相扶ケ以テ共同ノ生活ヲ爲スコト今猶ホ昨ノ如シ故ニ我邦ニ於ケル相續ハ今日ニ於テモ尙ホ主トシテ家ノ統督者タル戸主ノ身分ヲ承繼スルヲ目的トスルモノナリ然レトモ泰西文物ノ感化經濟狀況ノ變遷等ハ時勢ヲ促進シ戸主ノ下ニ在ル家族ニ對シテモ亦其特有財産ヲ認メサルヲ得サルニ至ラシメタルヲ以テ特有財産ヲ有スル家族ニシテ死亡シタル場合ニ於テハ其財産ニ付キ之カ承繼者ナカルヘカラス是ニ於テカ我國ノ現狀ニ於テハ戸主タル身分ヲ承繼スヘキ家督相續ノ傍ニ於テ家族ノ財産ヲ承繼スヘキ遺產相續ヲ認ムルコト時勢ノ當ニ然ラシムル所ナリ

民法ハ家督相續ニ付テハ單獨主義ヲ採用シ遺產相續ニ付テハ共同主義ヲ採用シタリ相續ニ關スル一般ノ沿革及ヒ我國ニ於ケル歴史ヲ敘述スルニ當リテ略説シタル如ク家長權相續ニ在リテモ財產ノ承繼ニ付テハ分配主義ヲ採リタル實例之ナキニ非サルヲ以テ家督相續ト單獨主義トハ常ニ相離ルヘカラサル關係ヲ有スルモノニ非スト雖モ我現時ノ社會狀態ハ大體ニ於テ家族共同ノ生活ヲ基礎トスルヲ以テ民法カ舊慣ニ從ヒ家督相續ニ付テ單獨主義ヲ採用シタルハ正ニ時宜ニ適シタルモノトス之ニ反シ遺產相續ナルモノハ唯家族ノ特有財產ニ付キ其承繼者ヲ定ムルニ過キササルモノナルヲ以テ共同主義ニ依リ男女長幼ヲ問ハス公平ニ各子女ノ間ニ財產ヲ分配スルコト最モ理論ニ適スルモノトス舊民法カ遺產相續ニ付キ家督相續ト同シク單獨主義ヲ採用シタリシハ予ノ深ク遺憾トシタル所ナリシカ新民法カ其轍ヲ履マス遺產相續ニ付テ斷然共同主義ヲ採用シタルハ事ノ宜シキヲ得タルモノナリ

第三 相續ノ根基

相續ノ根基ニ關スル觀念ハ其目的ノ如何ニ依リテ自ラ異動ナキコトヲ得ヌ而シテ相續ノ目的ハ時代ノ信念ニ從ヒテ變更シタルコト既ニ述フル所ノ如クナルヲ以テ相續ノ根基ニ關スル觀念モ亦時代ノ信念ト共ニ推移スヘキモノナリ然レトモ進歩シタル社會ニ於ケル相續ノ目的ハ專ラ財產ヲ承繼スルニ在ルカ又ハ身分ト共ニ財產ヲ承繼スルニ在ルカ若クハ身分ヲ承繼スルノ結果トシテ財產ヲ承繼スルニ在リテ財產ヲ承繼スルコトハ實ニ相續ノ效力中重要ナルモノニ係ルカ故ニ學者カ相續ノ根基ヲ論スルハ主トシテ其財產ノ承繼ニ關スル方法ニ於テスルヲ常トス予モ亦其擧ニ倣ヒ專ラ此點ヨリ立論セントス相續ノ根基ニ關スル歐洲ノ觀念ハ大別シテ之ヲ三主義ト爲スコトヲ得ヘシ意思推定主義、親族共有主

義、最上權力主義即チ是ナリ

(一) 意思推定主義 (Volonté presumed)

意思推定主義トハ相續ヲ以テ所有權ノ一ノ發動ト爲スモノニシテ相續ノ根基ヲ被相續人ノ意思ニ置キモノナリ其說ニ曰ク凡ソ財產ヲ所有スル者ハ自由ニ之ヲ處分スルノ權利ヲ有ス此權利ハ獨リ之ヲ生前ニ於テ行使シ得ルノミナラス又之ヲ死後ニ於テ用フルコトヲ得ルモノナリ相續トハ被相續人カ所有權ノ行使ニ依リ其死後ニ於テ相續人ヲシテ其財產ノ享有ヲ爲サシムルニ過キス故ニ被相續人カ遺言ヲ以テ明カニ其財產ノ處分ヲ爲シタルトキハ固ヨリ其意思ニ從ハサルヘカラス其遺言ナキ場合ト雖モ法律ハ被相續人ノ愛情本務等ヨリ其意思ヲ推定シ被相續人カ其財產ノ享有ヲ爲サシメント欲シタルナルヘシト想像セララル者ヲシテ之カ承繼ヲ爲サシメサルヘカラスト此主義ハ羅馬ノ法律觀念ニ出ラタルモノニシテ羅馬ニ於テハ家長ハ其子女ニ對シ絶大ノ權力ヲ有シ生殺與奪一ニ其欲スル所ニ任スルコトヲ得タリ故ニ子女ヲシテ財產ノ承繼ヲ爲サシムルト否トハ專ラ家長ノ意思ニ在ルモノト爲シ相續ニ於テハ家長ノ意思ノ在ル所ヲ推定シ其欲シタル所ノモノヲシテ其財產ヲ承繼セシムルヲ以テ理想トスヘキモノト爲シタルナリ故ニ予ハ此主義ヲ稱シテ羅馬主義ト謂ハント欲ス

Hugo Grohns, Pufendorf, Barleyme, Wolf 等ハ相續ニ付テ此主義ヲ唱道シタリ然レトモ羅馬人ハ此主義ノ基礎ヲ家長ノ權力ニ置キタルニ反シテ是等ノ學者ハ此主義ノ根柢ヲ所有權ノ發動ニ置キ相續ヲ以テ所有者タル被相續人カ其死後ニ於ケル所有物ノ處分ヲ爲スニ因リテ生スルモノト爲シタリ近世ニ於テ此主義ヲ主張シタルハ Bentham, John Stuart Mill, Aoullus 等ニシテ此等ノ學者ハ相續ヲ以テ所有權ノ觀念ノ一部ヲ爲スモノト爲シ所有物ノ處分ハ一ニ所有主ノ意思ニ在ラサルヘカラス故ニ

相續ト遺贈トハ結局同一物ニ外ナラスト曰ヘリ。遺贈ハ遺言ニ依リテ遺贈人ノ意思ニ依リテ遺贈受取人ニ遺贈スルモノナルカ故ニ相續人ノ遺留分ニ關スル規定又ハ相續財產ノ種類及ヒ取得原因ニ因リ相續人ヲ異ニスヘキ規定ノ如ク被相續人ノ權利ノ實行ナル觀念ト相容レサルモノハ此主義ノ認メサル所ナリ。Aliiハ被相續人ノ處分權ヲ拘束スヘキ遺留分ナルモノハ之ヲ認ムヘカラスト雖モ社會公益上財產ノ少數者ニ偏集スルヲ防止スル爲メ受遺者ノ受贈部分ヲ制限スレハ必要ナリト論シタリト雖モ Aliensハ所有者ハ自由處分權ヲ有スルニモ拘ハラ

ス之ヲ制限スルニ至ルヘキ規定ヲ設クルハ正當ナラストシテ此說ヲモ之ヲ排斥シタリト云フ。親族共有主義 (copropriété familiale) 親族共有主義トハ相續ヲ以テ共有權ノ實行ト爲スモノニシテ相續ノ根基ヲ相續人ノ權利ニ置クモノナリ其言ヲ所ニ依レハ血統ニ因リ聯結セラレタル親族ハ生活上ニ共同の運命ヲ有シ權利ニ付テモ又義務ニ付テモ相互間一種連帶共同の關係ヲ存スルモノナリ此關係ハ同時ニ財產ニ付テノ共通關係ヲ有スル他ノ各員ハ一定ノ順序ニ從テ其財產ヲ享有スルニ至ルモノトス相續ハ實ニ共通ノ關係ヲ有スル親族カ承繼ノ順序ニ從ヒ死亡者ノ遺產ヲ享有スルヲ謂フニ過キササルモノナリ此主義ハ日耳曼ノ法律思想ヨリ發シタルモノニシテ日耳曼人種ハ團結心ニ富ミ夙ニ家族の共同生活ヲ營ミタルヲ以テ家族共同ノ力ニ成リタル財產就中不動産ハ一族ニ屬スル各員ノ共有ニ係ルモノト爲シタリ但此共有權タルヤ權利者ニ於テ何時ト雖モ之ヲ行使スルコトヲ得ルモノニ非ス現ニ財產ヲ占有シテ使用、收益スル者カ死亡シタル場合ニ於テノミ法定ノ承繼順位ニ在ル者此權利ヲ行使シテ其財產ノ占有ヲ得ト同時ニ其財產ニ付キ收益處分ノ權利ヲ實行スルコトヲ得ルニ至ルモノナリ日耳曼人ノ觀念ニ於ケル相續トハ此一種特別ノ共有權ノ行使ヲ謂ヒタルモノト

(一) 親族共有主義 (copropriété familiale) 親族共有主義トハ相續ヲ以テ共有權ノ實行ト爲スモノニシテ相續ノ根基ヲ相續人ノ權利ニ置クモノナリ其言ヲ所ニ依レハ血統ニ因リ聯結セラレタル親族ハ生活上ニ共同の運命ヲ有シ權利ニ付テモ又義務ニ付テモ相互間一種連帶共同の關係ヲ存スルモノナリ此關係ハ同時ニ財產ニ付テノ共通關係ヲ有スル他ノ各員ハ一定ノ順序ニ從テ其財產ヲ享有スルニ至ルモノトス相續ハ實ニ共通ノ關係ヲ有スル親族カ承繼ノ順序ニ從ヒ死亡者ノ遺產ヲ享有スルヲ謂フニ過キササルモノナリ此主義ハ日耳曼ノ法律思想ヨリ發シタルモノニシテ日耳曼人種ハ團結心ニ富ミ夙ニ家族の共同生活ヲ營ミタルヲ以テ家族共同ノ力ニ成リタル財產就中不動産ハ一族ニ屬スル各員ノ共有ニ係ルモノト爲シタリ但此共有權タルヤ權利者ニ於テ何時ト雖モ之ヲ行使スルコトヲ得ルモノニ非ス現ニ財產ヲ占有シテ使用、收益スル者カ死亡シタル場合ニ於テノミ法定ノ承繼順位ニ在ル者此權利ヲ行使シテ其財產ノ占有ヲ得ト同時ニ其財產ニ付キ收益處分ノ權利ヲ實行スルコトヲ得ルニ至ルモノナリ日耳曼人ノ觀念ニ於ケル相續トハ此一種特別ノ共有權ノ行使ヲ謂ヒタルモノト

ス故ニ親族共有主義ハ亦之ヲ日耳曼主義ト稱スルコトヲ得ヘシ。親族共有主義ハ親族ノ各員ハ相互ニ財產ヲ取得ニ付キ助力ヲ日耳曼人カ財產ニ付テ親族共有ナル觀念ヲ有シタルハ親族ノ各員ハ相互ニ財產ヲ取得ニ付キ助力ヲ爲スモノナリトノ信念ニ出テタルモノノ如シト雖モ此信念ハ必スシモ事實ト一致スルモノニ非ス故ニ後世ノ學者ニシテ日耳曼主義ヲ贊スル者ハ稍々其論旨ヲ變更シ親族共有ノ論據ヲ事實ニ求メシ

テ之ヲ理論ニ求メタリ Donat 及 Donatノ說ヲ贊シテ之ヲ敷衍シタル Laurentノ說ク所ニ依レハ人類ニ生命ヲ與フルハ神ノ力ナリ財產ハ生命ノ附屬物ナリ生命ハ財產ヲ俟テ始メテ之ヲ完ツスルコトヲ得故ニ人類ニ生命ヲ與ヘタル神ハ又之ニ財產ヲ與フルノ意アリタルモノト謂ハサルヘカラストカ人ヲシテ或親族ノ一員トシテ生レシメタルノ一事ハ他ナシ之ヲシテ其家ノ財產ニ對スル特分ヲ得セシメントスルモノナリ果シテ然ラハ親族ノ一員ノ財產カ其死亡ニ因リ他ノ各員ニ移轉スルハ神意ニ出ツルモノニシテ相續人ナル者ハ實ニ神ノ造ル所ナリ即チ Donat 及 Laurentノ說ニ依レハ人ハ神意ニ因リ生レナカラニシテ財產ニ付キ親族共有ノ關係ヲ有スルモノナリ Aliensハ他ノ方面ヨリ觀察シテ同一ノ論結ニ歸著シタリ家族ナルモノハ共同生活ヲ營ムカ爲メニ存スルモノナルヲ以テ其一人ノ死亡ニ因リテ解體スヘキモノニ非ス而シテ生活ノ共同ハ茲ニ家族ノ

德義上ノ連帶ヲ生シ其結果トシテ財產ハ自ラ家族間ニ共通ナルヘキノ關係ヲ有ス故ニ家族ノ一人カ死亡シタル場合ニ於テ生存者カ其財產ヲ承繼スルハ共通關係ヨリ生スル當然ノ結果ナリ即チ Ahe-rensハ家族ノ性質及ヒ目的ヨリ論シ人ハ財產ニ付キ親族共有ナルヘキ義務ヲ有スルモノト爲シタルナリ。親族共有主義ハ相續ヲ以テ相續人ノ權利ノ實行ト爲スモノナルカ故ニ此主義ニ依レハ被相續人カ遺



言ヲ以テ財産ヲ處分スルコトハ大ニ之ヲ制限セサルヘカラス又相續財産ノ種類及ヒ取得原因ニ因リテ自ラ之ヲ相續スヘキ者ヲ異ニセサルヲ得ス現ニ古代日耳曼ニ於テハ遺贈ナル制度ヲ存セス又相續財産ノ種類及ヒ取得原因ニ因リ *paterna potestas, materna maternitas* ノ原則ヲ實行シタルコトハ既ニ述フル所ノ如シ

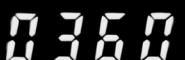
(三)

最上權力主義 *droit éminent de l'état* 最上權力主義トハ相續ヲ以テ國法ノ定メタル便宜ノ制度ト爲スモノニシテ相續ノ根基ヲ國家ノ權力ニ置クモノナリ其主張スル所ニ依レハ凡ソ權利ハ主體ヲ離レテ獨存スルコトナシ死亡ハ人ト其所有物トノ關係ヲ消滅セシムルモノナルカ故ニ死者ノ遺產ハ無主物ト爲リ先占競争ノ目的ト爲ルニ至ルヘシ此ノ如クンハ死亡者アル毎ニ社會ノ紛擾ヲ生シ秩序ノ維持ハ之ヲ期スヘカラス故ニ公ノ秩序ヲ維持スルヲ以テ天職トスル國家ハ其最上權力ニ因リテ死亡者ノ遺產ノ歸屬ヲ定メ以テ豫メ紛擾ノ類至ラシテ避ケサルヘカラス相續トハ即チ此必要ニ基キ國家カ便宜ノ爲メニ設ケタル制度ナリ此主義ハ其萌芽ヲ封建制度ニ存スルモノニシテ封建時代ニ於テハ土地ノ所有權ハ君主ノ手ニ在リテ存シ現ニ土地ヲ占有シテ使用、收益ヲ爲ス者ハ一種ノ借地關係ニ立ツモノト爲シタルカ故ニ土地ノ占有者カ死亡シタル場合ニ於テ何人ヲシテ之ニ代ハリ使用、收益ヲ爲サシムルヤハ一ニ所有者タル君主ノ意ニ在ラサルヘカラス故ニ國法即チ君主ノ意思ヲ以テ相續ノ根基ト爲シタリシハ時代ノ思想ニ於テ當ニ然ルヘキ所トス予ハ此主義ニ命スルニ封建主義ノ名ヲ以テセントス

Montesquieu, Kant, Fichte 等ハ此主義ヲ主持シタリ然レトモ是等ノ學者カ相續制度ヲ以テ人定制度ト爲シタルハ國家ヲ以テ最上所有權者ト爲シタルカ爲メニ非ス實ニ各人ノ權利ハ其主體ト消長ヲ共ニスルモノナルカ故ニ主體ナキニ至リタル遺產ハ國家ニ於テ相當ニ之カ歸屬ヲ定ムルコト當然ナリト爲シタルニ在リ但此主義ヲ主持シタル學者中ニ在リテモ總テノ點ニ於テ論旨相一致シタルニ非ス或學者ハ自然狀態 *(état naturel)* ナルモノヲ想像シ自然ノ狀態ニ於テ共有ナルヘキ財産ニ付キ箇人ノ所有權ヲ認メタルモノハ全ク國民ノ總意ニ出テタルモノナルカ故ニ所有者ノ死亡ニ因リ箇人所有權ヲ消滅シタル遺產ニ付テハ國民ノ總意即チ國法ニ於テ之カ歸屬ヲ定メサルヘカラスト爲シ或學者ハ父母ハ其子ヲ養育スルノ義務アルモノ之ヲシテ其相續人タラシムルノ義務ナシ故ニ遺產ノ相續ニ付テハ國法ヲ以テ之ヲ規定セサルヘカラスト論シ又他ノ學者ハ主體ヲ消滅シタル財産ニ付キ之カ歸屬ヲ定メサルトキハ無主物先占ノ競争ヲ惹起シ社會ノ秩序ヲ紊亂スヘキヲ以テ國家ハ國法ヲ以テ之ニ關スル相當ノ規定ヲ設ケサルヘカラスト爲セリ

佛國民法カ最上權力主義ニ依リテ規定セラレタルモノト見ルヘキヤ否ヤハ頗ル疑問ニ屬スルモノニシテ *Stament* ノ如キハ盛ニ其然ラサルコトヲ主張スト雖モ佛國民法制度當時ニ於ケル學者及ヒ政治家ノ思想ハ多ク *Montesquieu, Rousseau* 等ノ學說ノ影響ヲ受ケタルモノナリシカ故ニ民法中相續ニ關シテ議會ニ説明セラレタル所ハ專ラ人定制度論ニ係レリ故ニ佛國民法ノ規定其モノハ親族共有主義ヨリ出テタリト見ルヘキモノ少カラサルニ拘ハラス其起草者及ヒ議會ニ於テ之ニ協賛シタル者ノ多數ハ最上權力主義ニ依リタルモノト信シ居リタルカ如シ

最上權力主義ハ相續ヲ以テ國家ノ權力ノ實行ト爲スカ故ニ此主義ニ依レハ國家ハ其認メテ以テ相當ト爲ス所ニ依リテ相續ニ關スル規定ヲ設ケテ可ナルモノトス而シテ社會ノ秩序ヲ維持スルヲ以テ目的トシテ相續制度ヲ設ケントセハ最近親承繼ノ方法ニ依リ一方ニ於テハ被相續人ノ希望ヲ満足セシ



メ他ノ一方ニ於テハ相續人ノ期待ヲ貫徹セシムルコト最モ適當トスヘキカ故ニ此主義ニ依ルモノト
 スルモ結局意思推定主義又ハ親族共有主義ニ依リタル相續制ト大差ナキ相續制ヲ認ムルニ至ルヘシ
 ト雖モ元來此主義ハ相續ノ基礎ヲ全然國家ノ權力ニ置クモノナルカ故ニ國家ニシテ相當ナリト認
 ルニ於テハ現在ノ相續順位ヲ甚シク變更シ又ハ最近親ヲ排斥シテ國家自ラ相續人ト爲ルモ亦其主義
 ニ反スルコトナシ即チ一步ヲ轉スレハ此主義ハ直チニ社會主義ト爲ルモノニシテ甚タ危險ナル傾向
 ヲ有スルモノトス又此主義ハ人ノ意思ハ其死後ニ於テハ效力ヲ有スルコト能ハスト爲スコトヲ以テ
 前提トスルモノナルカ故ニ此主義ニ從ヘハ人カ遺言ヲ以テ其財產ヲ處分スルコトハ國法ニ於テ特
 其效力ヲ認メタル場合ノ外ハ總テ之ヲ承認セサルヘカラサルヘシ

以上略述シタル三主義ハ相續ナル制度ノ根基ヲ論スルニ於テ其意見ヲ異ニスト雖モ相續制度其モノヲ
 是認スルノ點ニ於テハ相一致スルモノナリ然ルニ之ニ對シ相續ナル制度其モノヲ否認スルノ說ヲ唱フ
 ル者ナキニ非サルヲ以テ予ハ簡單ニ其說ヲ駁撃シ然ル後一言予カ相當ト信スル相續ノ根基ニ論及ス
 シ
 否認說ノ第一ハ共產說ナリ 共產說ハ土地其他人類ノ生活資料ハ人類ヲ造リタル神カ生活ニ必要ナル
 モノトシテ人類全體ニ向フテ與ヘタル所ノモノナルヲ以テ人類全體ノ共有ニ屬セサルヘカラスト爲
 スモノニシテ此說ニ依レハ各人カ財產ヲ私有スルハ強力ニ因ル掠奪ニシテ正義ニ基ク權利ニ非
 ス「*The property of each to each*」隨テ相續ノ如ク死亡者ノ財產ヲ特定ノ人ニ移轉スル制度ハ之ヲ以
 テ正當ノモノト爲スコト能ハサルモノナリ此說ハ所有權其モノヲ否認スルヨリ出テタルモノナルヲ以
 テ所有權ノ根基ニシテ覆スヘカラサルモノトセハ此說ハ自ラ崩潰セサルヲ得ス而シテ所有權カ正確

ノ基礎ヲ有スルコトハ之ヲ純理ノ點ヨリ觀ルモ又之ヲ經濟ノ點ヨリ考フルモ終ニ爭ヲ容ルルコト能
 ハス凡ソ人格ヲ有スル人類カ占有又ハ勤勞ナル行爲ニ因リ物體ノ上ニ其人カ格ヲ印映セシメタルトキ
 ハ其物體ヲ以テ自己ニ屬スルモノト爲スハ之ヲ當然ノ事ト謂ハサルヘカラスト即チ所有權ハ人格ノ發
 現ニシテ物體ニ於ケル人格ノ反影ナリ既ニ我ヲ(我)認ムル以上ハ亦我有(自己)ヲ認メサルヲ得ス
 職テ之ヲ事實ニ考フルモ人カ營營トシテ其業務ニ勵精シ之ニ依リテ自ラ各人並ニ社會ノ發達ニ資ス
 ル所以ノモノハ實ニ其勤勞ノ結果ヲ以テ自己ノ專有ト爲サント欲スルニ在ルモノナリ然ルニ若シ財
 產ノ所有ヲ禁シ各人勤勞ノ結果ヲ以テ人類全體ノ共有ニ歸セシムルモノトセハハ目前ノ必要ヲ充
 タスノ外勉メテ勤勞ヲ避クルコトト爲リ氣風ハ隋弱ト爲リ品性ハ下劣ト爲リ各人有形、無形ノ發達
 ハ茲ニ阻止シ社會ノ文化ハ更ニ進歩ヲ見サルノミナラス漸ク退却ニ至ラサルヲ得ス果シテ然ラハ財
 產ノ私有ヲ禁スルコトハ人類社會ヲ驅リテ禽獸社會ニ近カラシムルモノニシテ其不當タルヤ更ニ言
 說ヲ要セサルモノナリ

否認說ノ第二ハ公益說ナリ 其說ニ曰ク財產ノ取得ハ勤勞ノ報酬ナラサルヘカラスト勤勞ナキ者ヲシテ
 財產ノ取得ヲ爲サシムルトキハ拱手遊食ノ徒ヲ生シ社會ノ公益ニ反ス相續ナルモノハ懶惰ナル子孫
 ラシテ手ヲ拱シテ富有ナル父祖ノ財產ヲ享有スルコトヲ得セシムルモノナルヲ以テ人ノ勤勞心ヲ阻
 礙ス故ニ相續制度ハ社會ノ公益ニ反スルモノナリト然レトモ人カ勤儉貯蓄以テ其財產ヲ増殖スル所
 ニ資セント欲スルカ爲メナリ若シ蓄積増殖シタル財產ニシテ最愛ノ子孫ニ遺留スルコト能ハス死
 ト共ニ國庫ニ歸屬スルニ至ルヘキモノトセハ人ハ自己ノ利用ニ必要ナルモノノ外財產ノ増殖ニ力ム

ルコトナキニ至ルヘシ此ノ如キハ勤勞ノ刺激ヲ減殺スルモノニシテ社會ノ公益ヲ増進スル所以ニ非
ス予ハ此說ニ對シテハ Tordani ノ言ヲ借り是レ子孫ノ懶惰ヲ獎勵スルヲ恐レテ却テ父祖ノ勤勞ヲ阻
止スルヲ憚ラサルモノナリト謂ハント欲ス 'De peur d'encourager la paresse chez les enfants comme-
nez discourager l'activité du père.'

否認說ノ第三ハ無主說ナリ 無主說トハ人ノ權利ヲ以テ其意思ノ存スル間ノミ繼續スルモノト爲シ死
亡ニ因リ人カ其意思ヲ有セサルニ至リタルトキハ其權利ハ消滅スルモノニシテ死者ノ希望アリタル
ノ故ヲ以テ之ヲ其子孫ニ遺留スルコト能ハス故ニ財產ノ享有ハ人ノ生活ニ止マルモノトシ子孫ヲシ
テ之ヲ相續セシムルノ制ハ之ヲ否認セサルヘカラスト爲スモノナリ此說ハ相續制ヲ認ムル最上權力
主義ト其論據ヲ同シウシテ其論結ヲ異ニスルモノナリ然レトモ人カ生産ヲ爲スハ獨リ自己ノ爲メニ
スルノミニ非スシテ亦子孫ノ爲メニスルモノニシテ而モ其希望カ現ニ事實トシテ行ハルルコトカ人
ヲシテ生産ニ勤勉セシムル所以ニ缺クヘカラサルモノナルコト既ニ述ヘタル所ノ如クナル以上ハ相
續ナル制度ニ依リ此信念カ人ノ死亡後ニ於テモ相當ノ效力ヲ有スヘキコトハ財產ヲ以テ人格ノ對象
トスル純理論ヨリ觀ルモ又勤勞ノ刺激ヲ減殺セサルヲ可トスル經濟說ヨリ考フルモ其當然ナルコト
一點ノ疑ヲ容レサルナリ

相續ヲ否認スル議論ハ以上ノ三說ニ止マラス然レトモ其主要ナルモノハ右ノ三說ナリ而シテ其ニ容
スコト能ハサルモノナルコト以上概論スル所ノ如シ果シテ然ラハ相續ノ根基ハ之ヲ前ニ擧ケタル意思
推定主義、親族共有主義、最上權力主義ノ三主義ノ其一ニ求ムルコトヲ得ルモノナルヤ予ノ觀ル所ヲ以
テスレハ三主義ハ各一面ノ真理ヲ有スルモノナリト雖モ之ト同時ニ他ノ一面ニ弱點ヲ有スルコトヲ免
レサルモノナリ元來相續制度ノ如ク錯綜セル人類生活ノ諸方面ニ涉ル法律關係ハ單一ノ論據ニ依リ一
概ニ說了シ得ヘキモノニ非ス所有者ノ死後處分ヲ認容スルニ非サレハ所有權ナルモノハ其效用ヲ完ウ
シ其存在ノ目的ヲ達スルコト能ハス相續制度ハ此點ニ於テ所有者タル被相續人ノ意思ヲ無視スルコト
能ハス血統上ノ共同ハ生活上ノ共同ヲ誘起スルモノナルカ故ニ親族ナルモノハ互ニ相依リ相扶クルノ
權利義務ヲ有スルモノトス相續制度ハ此點ニ於テ親族タル相續人ノ權利ヲ認メサルコトヲ得ス法律關
係カ主體ノ死亡ニ因リ卒然息止スルカ如キコトアラシカ不時ノ損害ヲ慮ル者ハ信用取引ヲ爲ササルニ
至リ社會ノ公益ハ之カ爲メニ傷害ヲ受クルコト少カラス故ニ被相續人ノ人格カ相續人ノ頭上ニ延長セ
ラレ被相續人ニ對シテ生シタル法律關係カ相續人ニ依リテ能ク維持セラルルコト頗ル多大ナリ
其ニ益、社會ノ必要事項タルモノナリ相續制度ハ此點ニ於テ社會ノ公益ト關係スルコト頗ル多ナリ
故ニ前記三主義ハ各其一ヲ以テシテハ相續ノ根基ヲ説明スルニ足ラスト雖モ其真理タル各方面ヲ綜合
スルトキハ茲ニ相續制度ノ根基トスヘキ論據ヲ形成スルコトヲ得ヘシ予ハ此觀察ニ依リ相續ノ根基ヲ
以テ(一)人格ノ承繼ヲ必要トスル社會取引ノ要求(二)親族ノ權利(三)所有者ノ意思ニ在ルモノナリト
言ハント欲ス相續制度ニシテ能ク此三者ヲ調和シタルモノハ之ヲ以テ上乘ト爲ササルヘカラスト前記三
主義ノ其一ニ論シタル相續制ノ如キハ之ヲ以テ完璧ト爲スコト能ハス
相續ノ何モノタルヤノ概念ハ以上叙述シタル其定義、沿革、根基ニ依リ略シ之ヲ了得スルコトヲ得ヘシ
今ヤ更ニ進ミテ細目ニ入り相續ノ開始ヨリ其結末ニ至ルマテ之ニ關シテ生スル法律關係ノ全體ニ涉リ
之カ攻究ヲ爲スコト研鑽上常ニ履ムヘキ順路ナリトス故ニ以下主トシテ我新民法ノ規定ニ依リ時時參
照スルニ舊民法ノ規定及ヒ外國ノ立法例ヲ以テシ相續ニ關スル法律關係ノ全般ヲ概論セントス

第一章 總則

第一節 相續ノ開始原因

相續ハ相續人ヲシテ被相續人ニ專屬セサル權利義務ヲ包括的ニ承繼セシムルモノナルカ故ニ相續ノ開始スルハ權利義務ノ主體カ其主體タルコト能ハサルニ至リタル場合ナラサルヘカラス箇人制ヲ基礎トスル社會ニ於テハ身分ニ依ル權利義務ハ總テ其人ニ專屬スルカ故ニ人カ其專屬ニ非サル權利義務ニ付キカ主體タルコト能ハサルニ至ルハ其人格ヲ喪失シタル場合ニ限ルモノナリト雖モ家族制ヲ基礎トスル社會ニ於テハ人カ家長タル身分ニ因リテ有スル權利義務ハ其人ニ專屬セス而シテ其權利義務タルヤ家長タル身分ニ伴フモノナルヲ以テ人カ人格ヲ喪失シタルニ因リ同時ニ家長タル身分ヲ喪失スル場ニ至ルモノトス我現時ノ社會狀態ハ家族制ヲ基礎トシテ戸主ヲシテ其身分ニ因ル權利義務ノ主體タルニシムト雖モ之ト同時ニ家族モ亦箇人トシテ權利義務ノ主體タルヲ得ルモノナルコトヲ認ムルカ故ニ相續ノ開始スル場合ハ戸主ト家族トノ間ヨリ異ナル所ナキヲ得ス故ニ相續ノ開始原因ニ付テハ家督相續ト遺產相續トヲ區別シテ之カ説明ヲ爲サントス

第一款 家督相續ノ開始原因

家督相續ハ被相續人カ戸主タル身分ニ因リテ有スル權利義務ニ付テ開始スルモノナルカ故ニ其開始原因ハ前戸主カ戸主タル身分ヲ喪失スルコトニ在リ但前戸主カ戸主タル身分ヲ喪失スルト同時ニ其家カ

廢家又ハ絶家ニ歸スル場合ニ於テハ家督相續開始セス何トナレハ家ナクシテ戸主アルコトヲ得サレハナリ

左ノ場合ニ於テハ戸主ハ其戸主タル身分ヲ喪失ス故ニ家督相續ハ左ノ場合ニ於テ開始スルモノトス

(九六四條)

(一) 戸主ノ死亡 死亡ハ人ノ人格ヲ消滅セシムルモノナルヲ以テ人格ニ伴フ身分モ亦死亡ニ因リ喪失ス而シテ茲ニ死亡ト稱スルハ獨リ事實上ノ死亡ノミナラス法律上ノ死亡モ亦之ヲ包含スルコト勿論ナリ(二二條)

(二) 戸主ノ隱居 隱居ハ戸主ヲシテ戸主タル身分ヨリ脱出スルコトヲ得セシムル一ノ方法ナリ故ニ戸主ハ隱居ニ因リテ其身分ヲ喪失スルモノトス(七五二條、七五三條、七五四條、七五五條)

(三) 戸主ノ國籍喪失 家族制度ハ我社會ノ基礎ヲ爲スモノナリト雖モ此制度ハ現今既ニ世界共通ノモノニ非ス殊ニ歐米諸國ノ法制ハ殆ト皆之ヲ認ムルコトナシ近世法律思想ノ趨勢ハ外國人ニハ成ルヘク其本國法ヲ適用スヘキモノト爲ス我國ニ於テモ亦外國人ニ對シテハ其本國法ヲ適用セントセハ外國人ノ本國法ノ認メサル家族制度ニ關聯スル法規ハ之ヲ外國人ニ適用セサルヲ相當トシ其結果トシテ家族制度ノ表徴タル家ナルモノノ組織中ニハ外國人ヲ容ルヘカラス戸籍法第一七〇條第一項カ「日本ノ國籍ヲ有セサル者ハ本籍ヲ定ムルコトヲ得ス」ト爲シ外國人ハ本籍ヲ定ムルコトヲ得サルノ結果自ラ戸籍ニ入ルコト能ハサルモノト爲シタルハ實ニ此趣旨ニ出テタルモノナリ日本ノ國籍ヲ有セサル者ニシテ戸籍ニ入ルコト能ハサルモノトセハ戸主國籍ヲ喪失シタルトキハ同時ニ戸籍ヨリ排除セララルモノニシテ之ニ因リテ戸主タル身分ヲ喪失スルニ至ルコト論ヲ須タス舊民法ニ於テハ戸主カ國籍ヲ喪失シ

タルトキハ之ト同時ニ其家ハ廢家ト爲リ推定家督相續人ハ前戸主ノ家族ヲ率キテ別ニ一家ヲ創立スルモノト爲シタルヲ以テ(人二五三條)家督相續ノ問題ヲ生スヘキ餘地ヲ存セザリシナリ之ニ反シ新民法ニ依レハ戸主カ國籍ヲ喪失シタル場合ニ於テハ戸主ハ其身分ヲ喪失スルモ其家ハ廢家ト爲ラス而シテ家アレハ玆ニ戸主ナカルヘカラサルヲ以テ戸主ノ國籍喪失ハ玆ニ家督相續ノ必要ヲ喚起シ來ルモノナリ

法例第二五條ハ相續ハ被相續人ノ本國法ニ依ルヘキコトヲ定ム故ニ外國人ニ關シテハ或事由ヲ以テ相續開始ノ原因ト爲スヘキヤ否ヤモ亦其者ノ本國法ニ依リテ之ヲ定メサルヘカラス民法第九六四條ハ戸主カ日本ノ國籍ヲ喪失シタルトキハ家督相續開始スルコトヲ規定スト雖モ若シ其日本ノ國籍ヲ喪失シタル戸主カ新ニ取得シタル國籍ノ屬スル本國法ニ於テ此ノ如キ場合ニ於テ相續ノ開始スルコトヲ認メサルトキハ第九六四條ノ規定其他戸主カ國籍ヲ喪失シタル場合ニ開始スル相續ニ付キ民法ノ規定シタル所ハ之ヲ適用スルコト能ハサルモノナルヤ(予ノ知ル所ニ依レハ家督相續ナルモノヲ認メサル外國ノ立法例ハ同時ニ亦國籍喪失ヲ以テ相續開始ノ原因ト爲サス)予ノ觀ル所ヲ以テセハ法例第二五條ノ外國人ニ適用シ其所屬本國法ニ依リ相續開始ノ法律關係ヲ定ムルハ其外國人カ相續開始前ヨリ既ニ外國人タル場合ニ限ルモノニシテ日本人カ外國ノ國籍ヲ取得スルコトカ相續開始ノ原因ト爲ル如キ場合ニ於テハ同條ヲ適用スヘキモノニ非ス假リニ一步ヲ譲リ同條ニハ斯ノ如キ區別ヲ爲スノ餘地ナシトスルモ尙ホ日本人カ國籍ヲ喪失シタル場合ニ於テハ其新ニ取得シタル國籍ノ屬スル本國法ノ規定如何ニ拘ラス第九六四條其他之ニ關聯スル我民法ノ規定ヲ適用スルコトヲ妨クルモノニ非ス何トナレハ日本ノ國籍ヲ有セサルモノハ日本ニ本籍ヲ定ムルコトヲ得ストスル規定ヲ社會ノ基礎ヲ家族制ニ措ク我

國現時ノ國情ニ於テ公ノ秩序ニ關スルモノナルヲ以テ此規定ノ結果トシテ存スル戸主ノ國籍喪失ヲ以テ家督相續ノ開始原因ト爲ス規定竝ニ此場合ニ於ケル相續ノ效力ヲ定メタル規定ハ公ノ秩序ニ關スルモノナリ若シ外國法ニシテ斯ノ如キ場合ニ相續ノ開始スルコトヲ認メサルニ於テハ其外國法ノ規定ハ我國ノ公ノ秩序ニ反スルモノニシテ法例第三〇條ニ依リ之ヲ適用スヘカラスルヲ以テナリ

(四) 戸主カ婚姻又ハ養子縁組ノ取消ニ因リテ其家ヲ去リタルトキ 婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ婚家又ハ養家ニ入りタル者ハ婚姻又ハ縁組ノ取消ニ因リテ其家ヲ去ルヘキモノナリ民法ハ人ハ婚姻又ハ縁組ニ因リテ婚家又ハ養家ニ入ルモノナルコトヲ定メサルト同シク婚姻又ハ縁組ノ取消ニ因リテ實家ニ復籍スルコトヲ定メスト雖モ取消ナルモノノ原狀ニ復セシムルヲ期スルモノナルカ故ニ入夫又ハ養子カ婚姻又ハ縁組ノ取消ニ因リテ實家ニ復籍スルコトハ規定ヲ俟タズシテ自ラ明ナリ而シテ法律行爲ノ取消ハ普通其效力ヲ既往ニ及ホスモノナリト雖モ婚姻又ハ縁組ノ取消ハ之ニ反シ其效力ヲ既往ニ及ホササルカ故ニ(七八七條、八五九條)入夫カ婚姻ニ因リ戸主ト爲リタル場合又ハ養子カ家督相續ニ依リ戸主ト爲リタル場合ニ於テハ縱令其婚姻又ハ縁組ハ取消サルヘキ原因ヲ有スルモ之カ取消アルマテハ入夫又ハ養子ハ戸主タル身分ヲ有スルモノニシテ婚姻又ハ縁組ノ取消アリタルトキハ其時ヨリ戸主タル身分ヲ喪失スルモノナリ故ニ入夫婚姻又ハ養子縁組ノ取消ハ入夫又ハ養子ヲシテ當初ヨリ戸主タルコトナカランシムルモノニ非スシテ之ヲシテ既ニ有スル戸主タル身分ヲ喪失セシムルモノナリ

第九六四條第二號ハ「戸主カ婚姻又ハ養子縁組ノ取消ニ因リテ其家ヲ去リタルトキ」ト規定セルカ故ニ同號ニ依リ相續ノ開始スルニハ婚姻又ハ縁組ノ取消アルコト入夫又ハ養子カ其家ヲ去ルコトトニ條件ヲ具備スルコトヲ要スルカ如シト雖モ既ニ述フル如ク婚姻又ハ縁組ノ取消アルトキハ入夫又ハ養子

ハ當然其家ヲ去ルモノナルヲ以テ同號ハ唯事ノ實際ヲ記載シタルニ過キスト見ルヘキノミ

(五) 女戸主ノ入夫婚姻 女戸主カ入夫婚姻ヲ爲シタルトキハ反對ノ意思表示ナキ限りハ入夫ハ其家ノ戸主ト爲ルモノトス(七三六條)而シテ一家ハ二人ノ戸主ヲ有スルコト能ハサルカ故ニ入夫カ戸主ト爲ルト同時ニ妻ハ其戸主權ヲ喪失スルモノナリ但當事者カ婚姻ノ當時反對ノ意思ヲ表示シ入夫ヲ以テ戸主ト爲ササルコトヲ定メタルトキハ妻ハ其戸主タル身分ヲ喪失セス隨テ家督相續ヲ開始スルコトナシ

(六) 入夫ノ離婚 養子ハ戸主ト爲リタル後ハ之ヲ離縁スルコトヲ得サルヲ以テ(八七四條)養子ノ離縁ニ因リ家督相續ヲ開始スルコトナシト雖モ入夫ハ戸主タルトキト雖モ離婚ヲ爲スコトヲ妨ケサルヲ以テ協議又ハ判決ニ因リ離婚ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ而シテ婚姻ニ因リテ他家ニ入リタル者ハ離婚ニ因リテ實家ニ復籍スルモノナルカ故ニ(七三九條)入夫ニシテ離婚スルトキハ其家ヲ去ルモノナリ其家籍ニ在ラサル者ハ其戸主タルコト能ハサルコト當然ナルヲ以テ入夫ハ離婚ト共ニ戸主權ヲ喪失スルモノナリ但入夫ニシテ戸主タラサル者カ離婚シタル場合ニ於テ戸主權ノ喪失ナク隨テ家督相續ノ開始セサルコトハ特ニ言說スルコト須ヒサルヘシ

第二款 遺產相續ノ開始原因

遺產相續ハ家族ノ有スル權利義務ニ付テ開始スルモノナリ家族ノ有スル權利義務ハ全ク個人トシテ之ヲ有スルモノニ係ルカ故ニ之ニ付テ相續ノ開始スルハ個人カ權利義務ノ主體ト爲ルコト能ハサルニ至リタル場合ナリト謂ハサルヘカラス而シテ個人カ權利義務ノ主體タルコト能ハサルハ其人格ヲ喪失シタル場合ナルヲ以テ遺產相續ハ家族カ人格ヲ喪失シタル場合ニ於テ開始スルモノトス我邦ニ於テハ奴隸ノ制度ナク又准死ノ刑罰ヲ認メス故ニ我邦ニ於テ人カ人格ヲ喪失スルハ其死亡ノ時ニ在リ故ニ遺產相續ノ開始原因ハ一ニ家族ノ死亡ニ在ルモノトス(九九二條)但死亡トハ事實上ノモノノミヲ指スニ非スシテ法律上ノモノモ併セテ之ヲ指スコトハ家督相續開始原因ニ付テ述ベタル所ニ同シ

第九九二條ハ遺產相續ハ家族ノ死亡ノ場合ニ於テ開始スルコトヲ定ム家族制度ヲ認ムル我邦ニ於テハ戸主ニ非サル者ハ常ニ家族ナルカ故ニ同條カ家族ト指稱シタルハ家族ト云ヘハ總テ戸主ニ非サル者ヲ包含スト爲シタルモノナルヘシ日本人ニ對シテハ此觀察ハ強テ誤レルモノト爲スヘカラス然レトモ民法ハ獨リ日本人ニ對シテノミ適用セラルヘキモノニ非ス日本人ニ非スト雖モ日本ノ國土ニ住所又ハ居所ヲ有シテ何國ノ國籍ヲモ有セサル者ニ對シテモ亦適用セラルヘキモノナリ而シテ國籍ヲ有セサル者ニ對シテハ戸主又ハ家族ナル用語ハ恰當セサルノミナラス斯ノ如キ者ノ相續ハ總テ遺產相續ノ規定ニ從ハシムルヲ以テ當然ト爲スヘキカ故ニ子ハ遺產相續ヲ開始スヘキ總テノ場合ヲ概括スルノ用語トシテハ「家族ノ死亡」ナル文字ヨリハ寧ロ「戸主ニ非サル者ノ死亡」ナル文字ヲ擇ハントスルモノナリ

第二節 相續ノ開始時期

相續ノ開始ハ種種ノ法律關係ヲ惹起スルモノナルカ故ニ其開始時期カ何レノ時ニ在リシヤヲ確ムルコトハ相續ニ關シテ發生スル諸種ノ問題ヲ解決スルニ付テ直チニ實用ヲ感スルモノニシテ特ニ左記事項ニ關シテハ最モ其必要ヲ見ルモノナリ

(イ) 相續回復ノ請求ニ關スル時效(九六六條、九九三條)

(ロ) 相續人タル資格ノ有無(九六八條、九七〇條、九七四條、九八四條、九九三條、九九五條等)

(ハ) 相續ノ效力(九八六條、一〇〇一條)

(ニ) 遺産分割ノ效力(一〇二條、一〇三條)

(ホ) 財産分離ヲ請求スルコトヲ得ル時間(一〇四一條)

(ヘ) 遺留分ノ計算(一一三條)

(ト) 贈與ノ減殺(一一三條、一一三四條)

相續ハ法定ノ開始原因アル場合ニ於テ開始ス故ニ相續ノ開始時期ハ其開始原因ノ發生シタル時ナリトス(九六四條、九九二條)

相續ノ開始原因中隱居、國籍喪失、婚姻又ハ養子縁組ノ取消、入夫婚姻及ヒ入夫ノ離婚ハ法律上一定ノ手續ヲ履行シテ始メテ發生效力モナルカ故ニ其手續ノ完了シタル時期ハ即チ其發生時期ナリ唯死亡ニ至リテハ人爲ニ關係ナクシテ發生スルモノナルヲ以テ相續人ノ死亡シタル時期カ何レノ時ニ在リシヤヲ知ルコトハ容易ナラサルコトアリ佛國ニ於テハ其民法ハ死亡證書ニ死亡ノ年月日時ヲ記載スヘキコトヲ規定セサルヲ以テ學者ノ多數ハ戶籍吏カ法律ノ規定セサル記載ヲ爲スモ法律上ノ效力ヲ生セシムルコト能ハス隨テ死亡證書ニ記載シタル死亡ノ年月日時ハ法律上ノ推定力ヲ有セスト論斷スト雖モ我戶籍法ハ死亡ノ屆書ニハ死亡ノ年月日時ヲ記載スルコトヲ必要トシ(戶一一五條)戶籍吏ハ之ニ依リテ身分登記簿ニ登記スルモノナルヲ以テ身分登記簿ニ登記セラレタル死亡ノ年月日時ハ法律ノ命スル所ニ從ヒテ登記セラレタルモノナリ故ニ屆書ノ誤謬又ハ不正ナルコトヲ證明セララルマテハ其記載ハ死亡ノ時期即チ相續開始ノ時期ヲ定ムル有力ナル證據ト爲ルモノナリ
順次ニ相續スヘキ地位ニ在ル多數ノ者カ同一ノ危難ニ遭遇シテ死シ其死亡ノ前後分明ナラサル場合ニ

於テ佛國民法ハ一種ノ推定ヲ設ケ老若者、幼者ハ壯者ヨリ先ニ死シ女子ハ男子ヨリ早ク絶命シタルモノト看做シタリ(佛民七二〇條、七二一條、七二二條)是レ學者ノ稱シテ同難共死ノ原則(Théorie des *co-mortales*)ト爲ス所ノモノナリ此推定ハ頗ル巧妙ナルニ似タリト雖モ立法ノ認定其度ヲ超脱シ時ニ事ノ實際ト符合セサルコトヲ免レス故ニ斯ノ如キ事實認定問題ハ裁判官ノ判斷ニ一任シ法律ニ於テハ之ニ干渉セザルヲ可トス而シテ事實死亡ノ前後ヲ知ルコト能ハサルトキハ同時ニ死亡シ其間前後ナカリシモノト爲スコト理論ニ適シタルモノトス我民法ハ此主義ヲ採リ法律ニ於テハ何等ノ規定ヲ設ケス伊國民民法ハ此主義ニ依リ法律ニ於テ明カニ之ヲ規定セリ

第三節 相續ノ開始場所

相續ハ被相續人ノ住所ニ於テ開始スルモノトス(九六五條、九九三條)住所ハ人ノ生活ノ本據ナリ人ハ其住所ニ於テ最モ多ク法律關係ヲ有スルヲ常トス故ニ人ノ法律上ノ地位ニ代位スヘキ相續カ被代位者ノ生活ノ本據地ニ於テ開始スルモノト爲ス事ノ當ニ順序ヲ得タルモノナリ而シテ斯ノ如クシテ被相續人ノ法律關係最モ多カルヘキ場所ノ裁判所ヲシテ相續ニ關スル事件ノ管轄裁判所トシタルコトハ事件ノ審理最モ當事者ノ交渉等ニ於テ最モ便宜多シト爲スヘキナリ家督相續人ニ付テモ亦遺産相續ニ付テモ被相續人ノ住所カ外國ニ在ル場合鮮シトモス如キ場合ニ於テハ相續ハ外國ニ於テ開始スルモノトス而シテ相續カ外國ニ於テ開始シタル場合ニ於テハ人事訴訟及ヒ非訟事件ニ付テハ日本ニ於ケル被相續人ノ居所地又ハ最後ノ住所地若クハ司法大臣ノ指定シタル地ノ裁判所ヲ以テ管轄裁判所ト爲スヘキモノトス(人訴一條、三九條、非訟二條)人事訴訟以外ノ訴訟就中相續回復ノ請求ノ訴ニ付テハ之ヲ

内國ノ裁判所ニ提起スルコトヲ得ルモノナルヤ否ヤ此問題ハ民事訴訟法第一三條及ヒ第二四條ノ解釋ニ關スルモノナリ同法第一三條第二項ハ外國ニ住所ヲ有スル者ニ對シテハ内國ニ於テ生シタル權利關係ニ限リ其内國ニ於ケル最後ノ住所地ノ裁判所ニ訴ヲ起スコトヲ得ル旨ヲ規定シテ内國ニ住所又ハ居所ヲ有スル者カ自己ノ相續權ヲ主張スルハ内國ニ於テ生シタル權利關係ヲ爭フモノト謂フコトヲ得ヘキカ故ニ人事訴訟法以外ノ相續訴訟モ亦之ヲ内國裁判所ニ提起スルノ途アルモノト謂フヘシ

第四節 相續權ノ時效

相續權ニ關シテ時效ノ規定ヲ設ケサルトキハ其權利ハ民法總則編ノ規定ニ依リ相續ノ開始ノ時ヨリ二十年間之ヲ行使セサルコトニ因リ消滅スヘキモノトス(一六六條、二六七條)然ルニ相續ノ如ク人事取引其他、人ノ法律關係ノ全體ニ涉リテ關係アル事項ノ效力ヲシテ二十年ノ長期間之ヲ不確定ノ狀態ニ在ラシムルコトハ社會公益ノ許ス所ニ非ス然レトモ之ト同時ニ斯ノ如キ重要ナル事項ニ關スル權利ヲシテ僅僅タル短少ノ期間ニ消滅セシムルコトモ亦權利保護ノ宜シキヲ得タルモノニ非ス故ニ相續權ニ付テハ諸般ノ關係ヲ考查シ總則編規定以外ニ於テ特ニ其時效ヲ定ムルヲ相當トス故ニ民法ハ相續回復ノ請求權ニ關スル時效ノ期間ヲ五年トシ其起算點ヲ相續人又ハ其法定代理人カ相續權侵害ノ事實ヲ知リタル時ニ置キタリ(九六六條、九九三條)

法律ハ相續權ニ關スル時效ノ起算點ヲ相續人又ハ其法定代理人カ權利侵害ノ事實ヲ知リタル時ニ置キタルヲ以テ相續人又ハ其法定代理人カ單ニ相續開始ノ事實ヲ知リタルノ一事ハ未タ以テ時效ヲ進行ヲ開始スルニ足ラス相續權ノ時效カ進行スル爲メニハ相續人又ハ其法定代理人ニ於テ他人カ現ニ相續人此說ハ發行者ノ意思ニ基カシテ手形カ流通スルニ至リタル場合ニ於テ發行者債務ヲ負擔スルノ批難ヲ免ルト雖モ理論的説明ヲ缺ク「ストッペ」ノ拋棄 (Dereliction) ト稱スルハ其實ニ於テ拋棄ニ非ス何トナレハ發行者ノ手形ヲ拋棄ストハ他人ノ占有ニ歸スルヲ目的トスレハナリ又發行說ニ依レハ故意ニ手形ヲ放ツトキハ例セハ途上ニ遺棄シ若クハ全ク心神ヲ喪失セル者ニ手形ヲ與ヘタルト雖モ手形上ノ法律關係ハ茲ニ成立スルナリ而シテ拋棄ノ意義ヲ嚴格ニ解スルトキハ債務負擔ノ意思ヲ必要トセサルモノニシテ盜失、喪失ノ場合ト何等區別スル所以ヲ知ラサルナリ

第七 善意說 (Rechtlichkeitslehre) 「グリンハット」 (Grinhat, Die Wechselbegebung nach Verfall; Zur Theorie des Wechsels in seiner Zeitschrift XIX s. 257-326; Wechselrecht I § 28, s. 265 ff.)

手形上ノ債務ハ形式ニ因リテ生スル一方の行爲ヲ其唯一ノ基礎トスルモノトシ曰ク署名者(爲替手形ノ振出人、裏書人、引受人、參加引受人、約束手形ノ振出人、保證人)ハ各獨立シテ其署名ニ因リテ手形關係ニ立テ亦唯署名ヲ必要トスルノミ從テ手形能力ハ當時ニ存スルヲ以テ足り手形ノ善意取得ノ時ニ存スルヲ要セス……然レトモ債權者タルノ意思ヲ有スル者アラサルニ債務其效果ヲ生スルノ理ナキヲ以テ手形カ他人ノ勢力範圍ニ歸セサル間ハ未タ法律關係ノ設定ヲ説クヘカラス未タ法律關係ノ設定アラサルモ署名ハ單純ナル事實的ノ行爲ニ非ス法律上何等ノ意義ナキモノニ非ス法律行爲ノ純然タル準備ニ非ス又手形上ノ債權債務ノ將來ノ發生ノ爲メニ存スル拘束力ナキ材料ニ過キサルモノト稱スヘカラス……他人カ善意ニシテ且形式的資格ヲ表スル占有ヲ取得シタルトキハ完全ナル效力ヲ生スルモノニシテ即チ手形行爲者ノ債務ハ條件附ナリト而シテ法律ニ於テ要件トシテ問フハ手形取得ノ善意ニシテ手形ノ授受ニ非ストシ進テ説テ曰ク手形カ善意ノ占有者ノ手裡ニ歸ストハ振

出人カ第一ノ受者ニ授ケタルト否ト區別スルコトナシ證券ニ化體セル債務負擔ノ意思ハ契約論者ノ主張スルカ如ク第一ノ受者カ振出人トノ合意ニ基テ授受ノ結果トシテ證券ノ占有ヲ得タル場合ニ於テノミ其效力ヲ生スルニ非ス又一方ノ行為説ヲ奉スル多數學者ノ唱フル如ク手形上ノ法律關係ノ成立ハ證券ノ發行ニ因ルニ非ス所有權ノ移轉ニ適當ナル法律行為ニ因ル證券ノ授受ニ基クニモ非ス手形カ其活動ヲ始メタルトキハ既ニ其效力ヲ生スルモノニシテ其活動ノ振出人ノ意思ニ基クド否トヲ問ハス… 手形ヲ取得スル者ハ一ニ其外觀ニ信賴ス手形カ正當ニ其活動ヲ始メタルヤ否ヤハ如何ニ注意周密ナル者ト雖モ之ヲ知ルヘカラス正當ノ授受ヲ了シタルヤ否ヤハ第三者ノ窺フヘカラサル祕密ナリ善意ノ取得者ノ權利ハ手形ニ表セラレサル事實若クハ出來事ヲ以テ左右スルヲ許スヘキニ非ス振出人カ果シテ手形ヲ授與シタルヤ否ヤハ實ニ振出人ト受取人トノ間ニ生シタル事項ニシテ當事者間ノ所謂對內關係ニシテ毫モ將來ニ於ケル善意ノ取得者ノ關知スル所ニ非ス取得者ヨリ觀レハ他人間ノ事件ニ過キス… 振出人カ證券ヲ授與セサルノ事由ハ善意ノ取得者ニ對抗シ得ヘキモノニ非スト

善意説ハ「ブレンチュー」(Bluntschli, deutsches Pfandrecht § 165) 無記名證券ニ付キ首唱シタル所ニシテ「グリュンフト」ヲ手形一般ニ應用シタルナリ而シテ以上抄録シタル「グリュンフト」ノ所説ニ徴スルニ發行者ニ於テ手形ヲ授與シ之カ占有ヲ移轉スルハ債務成立ノ條件ニ非ス手形カ善意者ノ占有ニ歸シタルトキハ之ニ因リテ直ニ法律關係成立シ發行者ノ意思ニ基クド否トヲ問ハサルニ在リトスルハ明瞭ナリ然レトモ予ノ首肯スル能ハサルモノアリ「グリュンフト」ハ署名者ノ債務ハ一方ノ成立スト明言シテ署名者ハ其署名ヲ抹消シ恰モ一片ノ草稿ニ終ハラシムルヲ得ヘシ

ト説クハ如何署名者ニ於テ此自由ヲ有スル間ハ債務成立シタリト云フヘカラサルニ非スヤ此批難ニ對シテ振出人ハ署名ニ因リテハ唯條件附債務ヲ負擔スルニ過キス其條件トシ證券カ債務者タランヲ欲スル他人ノ手裡ニ歸スルヲ謂フト辯スト雖モ是レ條件ノ性質ヲ誤ルモノナリ條件附債務モ均シク債務ナリ而モ署名者カ其一方ノ意思ニ依リ隨意ニ條件ヲ妨タルヲ得トセハ其所謂條件ハ條件ノ實質ヲ備ヘサルナリ又署名者カ毫モ債務ヲ負擔スルノ意思ヲ有セス又其意思ヲ表示セサルニ拘ハラス善意ノ取得者ニ對シテハ債務ヲ負擔セサルヘカラストセハ何ヲ以テ無能力者ノ債務ヲ負擔セサルト區別スヘキカ精神喪失者モ亦手形ノ外觀ニ信賴セル善意取得者ニ對シテハ債務者タラサルヘカラサルノ結論ト爲ラン「グリュンフト」此結論ヲ認メサルハ其結果シテ如何手形行為ハ意思ノ欠缺ヲ問ハス錯誤ニ因リテ手形ヲ發行シタルトキト雖モ之ヲ善意ノ取得者ニ對抗スルヲ得スト謂フハ其採ル所ノ主義ト矛盾セスト雖モ何カニ法律行為ニ關スル一般ノ原則ヲ適用スヘカラサルカ予ハ手形法ノ規定ニ於テ其論據ヲ發見スル能ハス

第八 所有權授與説 (Eigentumsverschaffungstheorie) 是「ラートン」(Lautmann, Wechselrecht § § 63-66 & 211-258, § 69 & 277; Zur Theorie der Wertpapiere s. 11 ff.) ノ唱フル所ニシテ振出人又ハ裏書人ノ債務ノ成立ニハ二箇ノ要件アリ其一ハ債務ヲ負擔スヘキ者ニ於テ債權ヲ取得スヘキ者ヲシテ直接ニ若クハ媒介者ニ依リテ手形ノ所有者タラシムルニ適當ナル法律行為ヲ爲スコト他ノ一ハ手形ニ債權者トシテ其資格ヲ示ス者ニ於テ手形ノ所有權ヲ取得スルコト是ナリ而シテ引受人及ヒ參加引受人ハ署名ノ當時手形ハ既ニ債權者タルヘキ者ノ所有ニ歸セルヲ以テ其債務ハ單ニ署名ニ依リテ成立スト謂フニ在リ

「レーマン」所論ノ根據ハ獨國手形法第七四條(四一條ニ該當ス)ハ唯善意ノ被裏書人ニ適用スルノミニシテ受取人ニ適用スヘキニ非ス故ニ振出人ノ不知無意ナルトキ又ハ之ト直接ノ關係ナクシテ手形ヲ取得スルモ受取人ハ之ニ因リテ手形上ノ債權者タルヲ得シ詳言スレハ振出人署名ヲ了シ受取人善意ニテ手形ヲ取得スルノ事實ハ未タ振出人ノ債務ヲシテ成立セシムルニ足ラス手形ノ所有權移轉ヲ目的トスルノ物權的行爲ノ加ハルアリテ始メテ振出人ハ債務ヲ負擔スルモノナリトスルニ在リ然レトモ被裏書人カ惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ手形ヲ取得シタルトキハ手形ノ所有者ト爲リ又完全ナル債權者タルヲ得テ手形ニ明記シタル受取人カ此原則ノ適用ヲ受ケサルノ理由アラサルナリ「グリーンフット」「カンスタイン」「カルリン」「ヤコビ」等皆此點ニ於テ「レーマン」ノ説ヲ批難セリ殊ニ振出人自己ヲ受取人トシテ手形ヲ發行シ之ヲ裏書シタル場合ト何等區別スヘキ所ナキナリ「レーマン」ノ説ハ根本ニ於テ謬レリ

第九 所有權説(Organtheorie) 所有權説ハ手形ナル證券ノ所有者ヲ以テ手形上ノ債權者トシ證券ノ所有權ト債權トヲ結合スルニ在リ證券ヨリ生スル權利ハ證券ニ存スル權利ニ伴フトハ多數學者ノ論スル所ニシテ今茲ニ之ヲ列舉セスト雖モ契約説派ニ屬スル者アリ一方的行爲説ヲ奉スル者アリ證券ノ所有權、債權同一人ニ歸シ債權カ所有權ヲ吸收スルニ非スシテ却テ所有權ニ隨伴シ手形ノ所有者ヲ以テ手形上ノ債權者トシ手形ヨリ生スル權利ノ所屬ハ手形ニ存スル權利ニ依リテ定マルトスルノ思想ハ獨國手形法ノ制定以後ニ於テ始メテ唱道サレタルニ非ス「サビニ」「ミッタルマイエル」等既ニ之ヲ説キ之ニ關スル原則ヲ説明セリ普國法、佛國商法「手形ノ所有權」若クハ「手形ノ所有者」ナル文字ヲ用ヒ固有ノ裏書ヲ以テ所有權移轉ノ形式トセリ

我商法ノ解釋トシテ予ハ所有權ヲ基礎トシテ手形上ノ債務ノ成立ヲ説明スルヲ正當ナリト信スル之ヲ詳論スルニ先テ注意スヘキコトアリ予ノ手形理論ト稱スルハ手形上ノ債務ノ成立如何ヲ講究スルモノニシテ手形カ手形行爲ノ基礎タリ若クハ手形行爲ノ各獨立シテ其效力ヲ生スルノ問題ト相關連スルモノニ非ス手形行爲獨立ノ原則ハ曩ニ説明シタル所ニシテ振出行爲偽造ニシテ法律上ノ效果ヲ有セサル場合ニ於テモ裏書引受等真正ノ手形行爲ハ完全ニ其效力ヲ生スルハ論ナシ然レトモ是レ所謂手形理論ノ問題ニハ非サルナリ手形理論ハ各手形行爲ハ如何ニシテ成立スルカ行爲者ハ如何ナル條件ノ存スルアリテ其行爲ノ拘束ヲ受ケ自ラ債務ヲ負擔スルカラ問題トシ則テ其各手形行爲其モノヲ論スルニ在リ他ノ手形行爲ノ效力ヲ生スルト否トハ毫末ノ關係ヲ有セス初學者動モスレハ此二者ヲ混淆ス故ニ一言茲ニ注意スルナリ

手形行爲ハ署名ヲ要件トス署名ナクタンハ手形行爲ナシ手形上ノ債務者ハ署名者ナラサルヘカサルハ手形法ノ大原則ニシテ如何ヲ問ハス學者ノ齊シク認ムル所ナリ唯署名ノ一事ヲ以テ足レリトスルカ將タ署名ノ外何等之ニ加ハルアルヲ必要トスルカハ則チ學說ノ異ナル所ナリ而シテ所有權説ハ手形ナル證券ノ所有權取得ヲ以テ署名者債務成立ノ要件トス予ハ全然所有權説ヲ是トスルニ非ス然レトモ證券ノ所有權取得ノ思想ハ我商法ノ認ムル所ナルヲ信ス我商法ノ規定ニ其根據ヲ求メンカ「手形ヲ取得シタル」ノ文字ヲ用フルハ第四四一條及ヒ第四六四條ニシテ「手形讓渡」ノ文字ヲ用フルハ第四五五條、第四五六條及ヒ第四五七條ナリ又「手形ヨリ生シタル債務」ト云ヒ「手形ヨリ生シタル債權」ト云ヒ「手形上ノ權利」ナル文字ヲ用ヒタルノ例ハ枚舉ニ追アラス而シテ「手形上ノ權利トハ手形上ノ債權ヲ指示スルハ疑ナク「手形ヨリ生シタル債務」「手形ヨリ生シタル債權」ト下ニ手形ノ債權關係ヨリ

見タル文字ナリ「手形ノ取得」手形ノ讓渡「モ果シテ同一ノ意義ヲ有ストルヤ否ヤ第四四一條」手形ノ取得「手形ノ返還」ハ固ヨリ債權ノ取得債權ノ返還ト解スヘキニ非ス「手形ノ讓渡」ハ裏書ニ用ナル文字ナリト雖モ第四四一條ハ被裏書人ノ權利ヲ決定スルニ付キ最モ其適用ヲ見ルヘキコトノ明白ナル以上ハ彼是相對照シテ同シク物權ノ關係ヲ示スモノトスルハ當然ノ結果ナリ第四四一條ニ曰ク「何人ト雖モ惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ手形ヲ取得シタル者ニ對シ其手形ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ス」ト予ハ此決定ハ一方ニ於テ手形ナル證券ノ物權ノ關係ヲ定メ他ノ一方ニ於テ物權ノ關係ト債權ノ關係トヲ聯結セシメタルモノト解釋セント欲ス物權ノ關係ニ付テハ惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ手形ヲ取得シタル者ハ之ヲ返還スルノ義務ナク其取得者ニ對シテハ手形ノ返還ノ請求權ヲ有スル者ヲ認メスト云フ是レ法文ヲ讀過スル者ノ直チニ看取スルヲ得ル所ナリト雖モ取ニ此意義ニノミ解シ獨リ物權ノ關係ヲ定ムルモノトシ惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ手形ノ占有ヲ取得シタル者ハ之ニ因リテ手形ノ完全ナル所有者ト爲リ其前者正當ノ所有者ニ非サルモ完全ナル所有權ヲ取得シ又之カ爲メニ從前ノ所有者ノ權利消滅スルノミニテ所謂善意ノ取得者債權ノ關係ニ於テ何ノ得ル所ナシトセハ實ニ「箇ノ紙片ヲ據スルニ異ナラス是レ豈ニ法文ノ精神ナランヤ既ニ從前ノ所有者ハ手形ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ス之カ占有ヲ回復スルヲ得サレハ自ラ亦債權者トシテ手形上ノ債權ヲ行フヲ得何トナレハ債務者ハ手形ト引換ニ非サレハ支拂ヲ爲スヲ要セサレハナリ（四八三條一項）而シテ惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ手形ヲ取得シタル者ハ手形ヲ返還スルノ義務ナク手形ノ完全ナル所有權ヲ取得スルニ止マラス裏書ノ連續タル形式ニ依リ最後ノ被裏書人ナリト表セラルルカ故ニ權利者タルノ資格ヲ備ヘ手形上ノ債權者トシテ其權利ヲ行フヲ得サルヘカラス而モ權利者トシテハ獨リ此占有者アルノミ此權利ノ

支拂ヲ受ケタル場合ニ於テ手形金額ハ從前ノ所有者ニ引渡スヲ要セサルハ論ヲ俟タス之ヲ要スルニ惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ手形ノ占有ヲ取得シタル者ハ手形ノ所有者ニシテ亦手形ノ所有者トシテ手形上ノ債權ヲ取得ス手形ノ所有者タル資格ト手形上ノ債權者タル資格ハ同一人ニ歸スルコト云フヘキナリ「手形上ノ債權ハ手形ノ所有權ニ伴フ」ト云ヒ「證券ニ存スル權利ハ證券ヨリ生スル權利ノ標準タリ」ト云フハ此意ニ外ナラス

以上説明シタル所ハ大ニ民法ノ原則ト背馳スルモノアリ其一ハ惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ手形ヲ取得シタル者ハ完全ナル所有權ヲ得ルモノニシテ手形ノ記名式、無記名式若クハ指圖式ナルヲ區別スルコトナシ此取得者ニ對シテハ絕對的ニ從前ノ所有者ノ手形返還ノ請求權ヲ杜絶シ從テ民法第一九二條及ヒ第一九三條ノ規定ハ自ラ手形ニハ其適用ヲ見ルコトナキナリ其二ハ民法ハ常ニ債權的ノ關係ヲ觀察點トシ債權ヲ中心ト認ムルハ歴歷トシテ明カナリ民法第八六條ハ無記名債權ノ之ヲ動產ト看做スト定メ證券カ物權ノ目的タルヲ得テ債權カ之ニ伴フモノナルヲ認メ民法第一九二條ノ規定ハ動產トシテ無記名債權ニ適用スヘキモ其他ノ債權ニ適用スヘカラス而モ同條ニ「動產ノ上ニ行使スル權利ヲ取得スト云フハ債權ノ取得ト解スルノ外ナシト信スト雖モ債權ヲ基礎トスルハ明カナリ又債權ノ讓渡ニ關スル規定モ終始債權ノ一方面ヨリ觀察シ裏書モ民法ハ指圖債權讓渡ノ對抗力ノ條件トスルニ過キス對抗力ノ條件トハ則チ債權移轉ノ效果ハ當事者間ニ於テハ其合意ト共ニ生スルモノナリトノ意ヲ包含スルノ謂ナリ之ニ反シテ手形ノ裏書ハ予ハ全然其性質ヲ異ニスルモノト解ス所謂固有ノ裏書ハ手形所有權移轉ノ行爲ニシテ而モ其行爲ハ權利移轉ノ形式ナリ單ニ對抗力ノ條件ニ非サルナリ其他民法ハ債權ノ關係ノミヲ規定シタルノ證ハ特ニ詳説スルヲ要セズ手形法ハ證券

ノ物權の關係ヲ基礎トス以テ民法ノ原則ト調和スヘカラサルヲ推知スヘキナリ
 手形上ノ債權カ手形ノ所有權ニ隨伴シ手形ノ所有者ハ手形上ノ債權者タルハ以上述べタルカ如シ而シ
 テ更ニ注意スヘキハ手形ニ表スル權利自體ト其權利行使ノ可能トハ嚴然之ヲ區別セサルヘカラサルノ
 一事ナリ惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ手形ヲ取得シタル者ハ手形ノ所有權ヲ取得シ亦手形上ノ債權
 者タルカ故ニ權利者トシテ其權利ヲ行使スルヲ得ルハ論ナキナリ之ニ反シテ惡意又ハ重大ナル過失
 ル者ハ正當ノ所有者ニ非ス正當ノ債權者ニ非ス然レトモ之ニ對シテ給付ヲ爲シタルトキハ其給付ハ法
 律上有效ニシテ給付者ニ於テ惡意又ハ重大ナル過失ナキ限り免責ノ利益ヲ享クルコトヲ得此原則ハ所
 有權說反對ノ論據トスヘキニ非ス何トナレハ不正者ニ爲シタル給付カ免責ノ效力ヲ有ストハ實體的
 意義ニ於テ不正者ヲ權利者トシ之ニ對シテ給付ヲ爲スノ義務アリト意ニ非スシテ之ニ給付ヲ爲スヲ
 得之ヲ爲スノ權利アリト謂フニ過キサレハナリ一言以テ之ヲ云ヘハ所有者ハ權利者ナリ權利行使ノ可
 能ナル資格ハ權利ヲ移轉シ執行スルノ權利ヲ有スルニ非ス此點ニ付テハ他日尙ホ説明ヲ加フヘシト雖
 用セサルヘカラサルナリ
 a. "Bezeichnung" b. "Legitimation" トハ斷シテ之ヲ混視スヘカラス手形ニ付テモ亦固ヨリ此原則ヲ應

用セサルヘカラサルナリ
 手形所有權所屬ハ手形上ノ債權ノ所屬ヲ決定ストハ實質上ノ意義ニ於テ權利ノ所在ヲ指示スルノ文字
 ナリ而シテ予ノ尙ホ進テ研究セント欲スルハ債務ノ成立ヲ絕對ニ所有權ノ所屬ニ繫ラシムヘキヤ否ヤ
 ノ點ナリ所有權說ヲ奉スル學者ハ概ネ手形ノ物權の關係ノミヲ觀察シ苟モ惡意又ハ重大ナル過失ナク
 シテ手形ヲ取得シテ茲ニ所有權ヲ取得シタル者アルトキハ署名者ハ之ニ對シテ手形上ノ債務ヲ負擔セ
 サルヘカラスト説キ全然債權の關係ヲ度外視スルカ如シ是レ予ノ疑ハサルヲ得サル所ナリ左ニ其理由

ヲ略述スヘシ

手形行爲ハ法律行爲ニシテ債權の關係ノ原因タリ然ルニ債權債務ノ成立ニ關スル民法ノ規定ハ何カ故
 ニ獨リ手形行爲ニ全然適用セラレサルヤ純然タル所有權論者ハ曰ク惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ手
 形ヲ取得シタル者ハ手形上ノ債權者ニシテ振出人、裏書人ハ之ニ對シテ當然債務ヲ負擔セサルヘカラ
 ス手形ノ流通カ發行者ノ意思ニ基カサルトキト雖モ署名者ハ手形行爲者トシテ其責ニ任セサルヘカラ
 ス「レーマン」曰ク手形ノ所有者ハ權利者ナリ所有者ハ單一ノ行爲ニ基キテ所有權及ヒ債權ヲ取得セサ
 ルヘカラサルカ故ニ債權ニ關スル一般ノ原則ハ之ヲ手形ニ適用スルヲ得スト「カルリオン」曰ク證券ニ
 載セタル債務負擔ノ意思ハ第三者カ證券ノ所有權ヲ取得シタル時ニ於テ法律上其效果ヲ生シ又確のニ
 固定ニス而シテ所有權取得ノ方法ハ之ヲ顧ミス發行者カ證券ヲ流通セシメタルト否ト其占有ヲ喪失シタ
 ルノ任意ナルト否トハ問フ所ニ非スト所有權ノ取得ハ債權ノ取得ニ必要ナルハ予ハ我商法ノ解釋ノ上
 ニ於テ之ヲ認ム然レトモ債權法ノ規定ニ適用ヲ排斥スルハ予ノ服スル能ハサル所ナリ手形カ事實流通
 スルモ其流通カ手形行爲者ノ意思ニ基カサルトキハ其所謂行爲者ハ第一ノ受者ニ對シテモ亦第三者ニ
 對シテモ債務ヲ負擔スヘキノ理由アルナン「ケルン」(Jacob. Verfassung § 33 s. 180 ff.)カ第一ノ受
 者ト善意ノ第三者トヲ區別スルハ少クトモ我法ノ解釋トシテハ當ラサルナリ其說ニ曰ク證券第一ノ受
 者ハ物權法ノ原則ニ從テ所有者ト爲リ債權法ノ原則ニ從テ債權者ト爲リタル場合ニ於テ始メテ所有者
 タリ完全ナル債權者タルヘシ之ニ反シテ民法第七九四條(獨國民法ハ善意ノ第三者ヲ保護スル規定ニ
 シテ發行者ニ非サル者ヨリ證券ヲ取得スル者其讓渡人カ所有者ナリト信シタルニ於テ縱令讓渡人ハ事
 實證券ヲ盜取シ拾得シ若クハ冒認シタルトキト雖モ取得者ハ法律ノ保護ヲ受クヘシ云ト凡ソ證券の

權利ニ在リテハ證券ノ取得者ハ其文言ニ從ヒテ權利ヲ取得スルヲ得ヘキモノナリト雖モ證券ノ遺失、遺失其他發行者ノ意思ニ基カサル原因ニ由リテ流通スルニ至ルモ發行者債務ヲ負擔セサルヘカラストスルハ獨國民法ノ如キ明文ヲ要ス(此條ノ解釋ニ付テハ述フヘキモノアリト雖モ略ス)證券ノ取得者カ自己ノ前者ヲ所有者ナリ若クハ債權者ナリト信シタルノ故ヲ以テ發行ノ意思ナク債務負擔ノ意思ナキ者モ之ニ對シテ債務者タルヘシトスルハ恰モ無ヨリ有ラ生スルカ如キニアラズ予ハ證券ノ物權の關係ノ一方面ノミヲ觀察セス債務負擔ノ意思ヲ以テスル債務者ノ一方の行為ヲ債務成立ノ要件ナリト說明セント欲ス一方の行為トハ債務者カ債務ヲ負擔スルノ意思ヲ以テ手形ヲ交付スルノ謂ナリ苟モ其意思ヲ以テ手形ヲ交付シタルトキハ債務者ノ一方ニ於テハ債務成立ノ要件ハ既ニ備ハレリト云フヘキナリ然レトモ債務ノ成立ニハ人ノ複數ヲ必要トスルカ故ニ債權者タルヘキ者ノ對立ヲ俟テ始メテ法律關係ノ設定ヲ說クヲ得債權者ノ發生トハ曩ニ詳述シタル所有權ノ取得ヲ謂フ他ノ辭ヲ以テ言ヘハ手形上ノ法律關係ハ手形ナル證券カ善意ノ取得者ニ歸シタル時ニ於テ成立スルナリ然レトモ債務者ハ債務負擔ノ意思ヲ以テ既ニ其爲スヘキ所ヲ盡シタリ債務負擔ノ意思ハ確定的ニ之ヲ發表シタリ其行為ノ時ニ於テ債務ヲ負擔スルノ意思ヲ有シタリ故ニ此時ヲ標準トシテ債務成立ノ條件ノ具備セルヤ否ヤヲ決スヘキナリ能力ノ有無、代理權ノ存否則チ然リ所有權取得ノ時ヲ標準トスルニ非サルナリ試ニ其法律上ノ結果ヲ舉クルハ

一 債務ハ署名ニ因リテ成立スルニ非ス手形署名者ノ手裡ニ存スルトキハ自由ニ之ヲ撤回シ又ハ廢棄スルヲ得ヘシ

二 債務ノ成立ハ所有權取得ノ當時ニ在リテ其前署名者ハ未タ債務ヲ負擔セスト雖モ既ニ手形ヲ交付シタルトキハ所有權取得者ニ對シテハ絕對的ニ債務ヲ負擔セサルヘカラス

三 手形ノ流通債務者ノ意思ニ基カサルトキハ署名者債務ヲ負擔スルコトナシ故ニ戲ニ署名シ講義ノ材料トシテ手形ヲ作成シタルカ如キ場合ニ於テハ善意ノ取得者モ亦署名者ニ對シテ債權ヲ取得スル能ハス

四 手形ニ非スト誤信シテ手形ニ署名シタルトキハ手形上ノ債務負擔ノ意思ノ欠缺セルモノニシテ則チ債務ヲ負擔スルコトナキナリ然レトモ錯誤ニ付テハ特ニ注意ヲ乞ハサルヘカラサルモノアリ手形ニ署名シタル者ハ所載ノ事項其真意ト符合セサルモ之ヲ以テ善意ノ取得者ニ對抗スルヲ得サルハ曩ニ說明シタル所ニシテ這ハ第四三五條ノ明文ニ依リテ然ルナリ故ニ均シク重大ナル錯誤モ署名自體ニ關スル意思ノ有無ト記載文言ノ意思ニ合フト否トハ自ラ之ヲ區別スヘキナリ

五 一派ノ學者ハ債務負擔ノ意思ノ欠缺ハ手形ノ文書ニ信賴スル善意ノ取得者ニ對スル抗辯ノ事由ト爲ラストシテ全ク意思ナキ者ノ行為ヲ無効トシ無能力者ノ行為ハ之ヲ取消シ得ヘキモノト論スルハ予ハ之ヲ根本ノ觀念ニ於テ抵觸セルモノト認ム債務ノ成立ニ債務負擔ノ意思ヲ必要ナリトセハ此抵觸ナキナリ

終ニ一言加フヘキハ善意ノ取得者トハ所謂形式的ノ資格ヲ備ヘサルヘカラサルハ勿論ニシテ其點ニ付テハ他日更ニ詳説スル所アルヘシ

以上ハ振出人及ヒ裏書人ノ債務成立ノ法律上ノ根據ヲ説明シタリ而シテ債務者ノ一方の行為及ヒ所有權ノ取得ノ併存ヲ必要トスルノ理論ハ引受人ノ債務成立ニ應用スルヲ得シ引受ヲ以テ振出人及ヒ引受人間ノ契約トシ若クハ呈示者及ヒ引受人間ノ契約トスヘカラサルハ既ニ詳述セリ契約說派ニ屬スル一

部ノ學者(引受ニ付テ)若クハ廣ク一方行爲説ト稱スル幾多ノ學者ノ唱フルカ如ク署名ノモヲ以テ引受人ノ債務成立ノ唯一ノ要件トスヘカラス又獨國手形法第二一條ノ規定ヲ論據トセル署名説ハ執リテ以テ我商法ノ解釋トスヘカラスナリ手形ハ既ニ他人ノ所有ニ歸セルヲ以テ更ニ所有權ノ取得ヲ債權取得ノ條件トスヘカラスナルハ理ニ於テ當ニ然ルヘシ引受人ニ於テ手形ヲ交付スルノ必要ナルハ振出人、裏書人ノ行爲ト異ナル所ナク手形ノ取得者カ真正ノ所有者ナル場合ニ於テハ手形カ再ヒ其手裡ニ歸シタル時ニ於テ債務成立シタルモノトシ其他ノ場合ニ於テハ所有權取得ノ時ヲ以テ法律關係成立ノ時期トス

第六章 非手形關係

手形ノ交通ニ牽連シテ生スル法律關係ニシテ固有ノ手形關係ト稱スヘカラスアルモノアルハ既ニ述ヘタリ而シテ手形上ノ法律關係ニ非サルモノ之ヲ非手形關係ト總稱セント欲ス
非手形關係ハ之ヲ大別シテ二トス一ハ手形法ニ規定スルモノニシテ不當利得ノ償還請求權(四四四條)爲替手形ノ所持人カ其複本ヲ請求スル權利(五一八條)ノ如キ是ナリ他ノ一ハ手形行爲ト密接ノ關係ヲ有スルモノ手形法ニ其規定ナキモノニシテ手形豫約、原因關係、資金關係ト稱スルモノ即チ此種ニ屬ス手形ノ授受カ既存ノ法律關係ニ如何ナル影響ヲ及ボスカノ問題モ亦手形上ノ法律關係トシテ論スヘキモノニ非サルナリ其他能力、代理、時効、混同、債權消滅ノ原因等ニ關スル原則ニ至リテハ概ネ手形法ニ規定アルナシ此等ハ皆民法及ヒ他ノ一般規定ニ依ラサルヘカラス又手形行爲ノ直接ノ當事者間ニ於テ特約ヲ爲シタルトキハ其契約ノ相互間ニ於テ效力ヲ有スルハ明カナリ唯其事項ノ手形法ニ規定ナキモノハ之ヲ手形ニ記載スルモノ手形法上ノ效果ヲ生セサルナリ

第一節 手形豫約

手形豫約 (actum de cambando: Wechselsohlns) ハ手形上ノ法律關係ノ設定ヲ目的トスル契約ナリ手形上ノ法律關係ノ設定ハ手形行爲ヲ以テ唯一ノ基礎トシ手形行爲ナクシハ手形上ノ法律關係ヲ發生セシムルヲ得ス其之カ設定ヲ目的トスル契約カ手形上ノ法律關係ノ原因タラサルハ明瞭ナリ手形豫約ノ履行ハ手形行爲ニシテ手形行爲アリタルトキハ豫約ハ其目的ヲ達シタルモノニシテ自ら消滅セサルヘカラス

凡ソ手形行爲ヲ爲スニ當リテハ當事者豫メ其行爲ノ内容ニ關スル事項ヲ約定スヘキナリ例セハ手形ノ振出ニ關シテハ何人ヲ支拂人トスヘキカ之ヲシテ先ツ引受ヲ爲サシムヘキカ其形式ニ於テ無記名式トスヘキカ將タ指圖式トスヘキカ支拂人ノ住所地ニ非サル地ヲ以テ特ニ支拂地ト定ムヘキカ手形金額、満期日、豫備支拂人、保證人ハ如何振出人ノ受クヘキ對價複本ノ數如何等ハ振出人間ニ於テ約スヘキ事項ナリ又其契約ハ或ハ手形ノ授受ヲ以テ直接ノ目的トスルコトアリ或ハ他ノ主タル法律關係ノ結果(例セハ賣買、消費貸借、委任、組合、貸貸借等ノ關係存スル場合ニ於テ債務者手形ヲ以テ債權者ニ支拂ヲ爲サントスルニ當リ支拂ニ代ヘ若クハ支拂ノ爲メニスルコトアリ)トシテ之ヲ爲スコトアリ總テ此等ノ場合ニ於テ其契約ノ成立效果ニ至リテハ手形法中何等ノ規定ナク皆一般ノ原則ニ依ラサルヘカラス又手形ノ裏書ヲ爲サントスルニ當リテモ裏書人被裏書人間ニ於テ其授受ニ關シ記名式トスヘキカ將タ無記名式トスヘキカ拒絕證書ノ作成ヲ免除スルカ無擔保ノ裏書ヲ爲スカ等ノ諸點ハ皆當事者ノ豫約

ニ因リテ定マルモノトス又爲替手形ノ引受ニ付テモ支拂人引受ヲ爲スニ先チテ所持人ト契約スルコトアルヘシ唯稀ナルノミ
手形豫約ハ手形行爲ヲ爲スノ契約ナルヲ以テ其履行トシテ手形行爲アリタルトキハ將來ニ於テ存スルハ獨リ手形上ノ法律關係ノミ

第二節 原因關係

手形上ノ債權債務ノ不要因ナルノ意義ハ既ニ説明シタリ凡ソ手形行爲ヲ爲スニハ必ス其之ヲ爲スノ理由ナカルヘカラス何カ故ニ手形行爲ヲ爲スカラ説明スルモノ即チ手形行爲ノ原因ニシテ其原因ニ關スル法律關係ヲ原因關係ト稱ス獨國學者對價關係 (Verkehrverhältnis) ハ手形上ノ債權者ノ債務者ニ與ヘキ反對給付ヨリ看タル名稱ナリ
原因關係ノ形狀一ナラス行爲者ニ於テ信用ヲ與ヘントスルアリ贈與ヲ爲サントスルアリ既存ノ法律關係ノ效力ヲ一層鞏固ナラシメントスルアリ振出人受取人ヲシテ其支拂人ニ對シテ有スル債權ノ取立ヲ爲サシムルアリ或ハ受取人ヲシテ手形ヲ賣却セシムルアリ受取人振出人ノ爲メニ保證ヲ爲サントスルアリ手形行爲ノ基礎タル當事者間ノ實質的關係ハ斯ノ如ク千態萬狀ニシテ之ヲ列舉スヘカラサルモ何カ故ニ手形行爲ヲ爲シタルカノ理由ヲ説明スルニ過キサルニ至リテハ一ナリ而シテ其理由ノ如何ハ當事者間ニ於テ法律上ノ效果ヲ有スルハ言フ俟タズト雖モ手形上ノ法律關係ニ非ス所謂間接ノ當事者間ニ於テハ原因ノ欠缺不法ハ問フ所ニ非ス直接ノ當事者間ニ於テモ手形上ノ法律關係ハ原因ノ如何ニ拘ハラズ成立ス唯債務者ニ於テ抗辯ノ材料トスルヲ得ルノミ手形上ノ債權債務ノ不要因ナルリトハ即チ之ヲ謂フナリ

原因關係ハ振出人受取人間ニ於テ之ヲ論スルヲ通例トス然レトモ裏書、引受其他ノ手形行爲ニ付テモ同一ノ理論ヲ應用スルヲ得ヘク又應用セサルヘカラサルナリ
昔時手形行爲ヲ契約トシ契約ノ理ヲ以テ説明シタルニ當リテハ原因關係ハ固ヨリ其要素タラサルヘカラス現行ノ外國法中尙ホ原因關係ヲ表示スル文句(予之ヲ原因文句云々)ニ稱ス(Verursachung)ト稱ス(予之ヲ記載スルヲ以テ一般ノ慣例トス載スヘキヲ規定スルモノアリ又之ヲ要件トセサル諸國ニ於テモ之ヲ記載スルヲ以テ一般ノ慣例トス佛、西、蘭等ノ法律ハ原因文句ヲ記載セサル手形ヲ無効トス獨、瑞、白、葡等ノ諸法ハ原因關係ニ付キ何等規定スル所ナク我商法モ然リ伊、英等ハ原因文句ノ記載ヲ必要トセサルヲ明定ス斯ノ如ク法制區區ナリト雖モ原因關係ヲ表スル文句カ當事者間ニ存スル實質上ノ關係ノ真相ヲ示スモノニ非サルコトハ學者ノ汎ク認ムル所ナリ

第三節 資金關係

資金關係 (Deckungsverhältnis) トハ爲替手形及ヒ小切手ニ於テ支拂人又ハ引受人ト資金義務者ト稱スル者トノ間ニ於ケル法律關係ヲ謂フ資金義務者ハ振出人ナルヲ通例トスト雖モ他人ノ委託ニ依リテ手形ヲ振出シタルトキハ委託者ヲ以テ資金關係ノ義務者トス
資金關係ノ體裁一ナラス何ヲ以テ資金 (Deckungs Provision) トスルカハ常ニ同シカラス振出人手形ノ満期日到来前ニ支拂人ニ支拂ノ材料ヲ送致スルコトアリ其材料金銀ナルトキハ之ヲ狹義ノ資金ト稱スルヲ得ヘシ然レトモ特ニ材料ヲ送致スルハ稀ニシテ振出人ノ支拂人ニ對シテ有スル債權ヲ資金トスル

コトアリ信用契約ヲ締結シ根抵當ヲ設定シ若クハ設定セスシテ一定ノ金額ヲ限度トシテ支拂人支拂ヲ爲スコトアリ或ハ資金ニ付キ何等約スル所ナク支拂ヲ爲スコトアリ特ニ支拂ノ材料タル資金ナキトキハ支拂人ハ振出人ニ對シテ補償ヲ請求スルナリ此補償關係 (Reparationsverhältnis) モ亦資金關係ト稱スヘキハ學者ノ定説ナリ

資金關係ハ手形上ノ關係ニ非サルナリ古手形ヲ以テ交換ナリトシ支拂人ハ資金ノ受領ニ依リ支拂ノ義務ヲ負擔ストノ思想ノ行ハレタル時代ニ在リテ資金關係ヲ手形上ノ關係トシタルハ當然ノ事理ナリ然レトモ手形上ノ債務ハ獨リ手形行爲ニ因リテ生シ手形行爲カ手形上ノ債務ノ唯一ノ基礎ナリトスル近世ノ理論ニ於テハ支拂人資金ノ受領ニ依リテ債務ヲ負擔スルノ理由ナク又振出人ハ支拂人ニ對シテ債權者タルノ故ヲ以テ其一方ノ意思表示ニ依リ支拂人ヲシテ當然手形上ノ債務者タラシムルヲ得ス今資金關係ノ法律上ノ效果ヲ説明センニ振出人既ニ其資金義務ヲ履行シタル場合ニ於テモ引受又ハ支拂拒絶セラレタルトキハ擔保請求又ハ償還請求ニ應ゼサルヘカラス資金義務ノ履行ヲ以テ抗辯ノ事由トスヘカラス所持人此請求ヲ爲スニ當リテ固ヨリ振出人ノ資金義務不履行ヲ證明スルノ責任ナク資金ヲ供シタルト否トハ所持人ノ振出人ニ對スル手形上ノ權利ニ何等ノ影響ヲ及ボサス故ニ又所持人其償還請求權保全ノ行爲ヲ爲ササルトキハ振出人ニ對スル權利ヲ失フモノニシテ振出人ノ資金義務ヲ履行シタルト否トハ問ハサル佛法ニ於テハ振出人未タ資金ヲ供セサルトキハ所持人ニ對スル手形上ノ責任ヲ免ルルヲ得ストスルモ我商法ハ之ヲ認メス所持人ハ此場合ニ於テ手形法ノ規定スル所ニ依リ不當利得ノ償還ヲ請求スルヲ得ヘシト雖モ手形上ノ債權ハ既ニ消滅シタルナリ更ニ支拂人ト資金トノ關係ニ付テ觀察スレハ支拂人引受ヲ爲シタルトキ其手形行爲ニ因リテ絕對的ニ支拂ノ義務ヲ負擔シ資金ヲ受領

セサルノ故ヲ以テ支拂ヲ拒ムコトヲ得ス又既ニ資金ヲ受領シ其他資金義務者トノ間ニ於テ資金關係確立スルモ未タ引受ヲ爲ササルハ手形上ノ債務ヲ負擔スルコトナキナリ委託手形ニ在リテハ委託者タル第三者ハ資金義務者ナリト雖モ自ラ手形行爲ヲ爲ササルヲ以テ手形上ノ法律關係ニ立ツコトナシ之ニ反シテ振出人タル受託者トシテ委託者ノ爲メニ手形ヲ發行スルモ手形行爲者タリ故ニ恰モ自己ノ爲メニ手形ヲ發行シタルト同シク振出人トシテ獨リ手形上ノ債務ヲ負擔セサルヘカラス手形上ノ債權者ニ對シテハ已レ受託者ニ過キサルヲ理由トシテ其請求ヲ拒絶スルヲ得ザルナリ是ニ由テ之ヲ觀レハ所謂資金關係ハ支拂人若クハ引受人ト資金義務者トノ間ニ於ケル關係ニシテ手形上ノ法律關係ニ毫末ノ效力ヲ及ボササルヲ知ルヘキナリ

資金關係自體モ手形上ノ法律關係ニ非ス委託手形ニ於テ資金關係カ手形上ノ法律關係ナラザルハ委託者カ手形行爲ヲ爲ササルニ視テ明瞭ナリ然レトモ支拂人ノ振出人ニ對スル關係ニ至リテハ少シク説明ヲ加ヘサルヘカラス獨國手形法ハ其第二三條第三項ニ於テ振出人ハ支拂人ニ對シテ手形上ノ債務ヲ負擔セザルコトヲ明定セリ我舊商法ハ之ニ反シテ第八〇七條ニ於テ支拂人ハ資金義務者ニ對シテ爲替ノ原則ニ從ヒ資金ヲ請求スルコトヲ得トシタリ現行商法ハ此點ニ付キ何等ノ規定ヲ設ケス然レトモ支拂人ハ振出人ニ對スル手形上ノ債務者ニ非サルハ前説明シタル所ニ依リテ明カナリ唯其手形上ノ法律關係ナラザルノ理由ニ至リテハ獨國學者其說ヲ同シウセス左ニ其梗概ヲ述ヘント欲ス

一 手形上ノ法律關係ハ支拂ニ因リ消滅スルカ故ニ支拂人支拂ヲ爲シタル後ニ有スル權利ハ手形上ノ權利ニ非スト論スルハ純然タル循環推理ナリ何トナレハ支拂ニ因リ手形上ノ法律關係カ消滅スルヤ否ヤカ論題タレハナリ

0375

二 支拂人ハ即時ニ補償ヲ請求スルヲ得サルカ故ニ手形上ノ權利ニ非スト云フハ意義不明ナルモ直チニ實行スルヲ得サルニ在リトセハ滿期日ノ到來前ニ於テ引受人ニ對シテ存スル債權モ亦手形上ノ權利ニ非スト論セサルヘカラス

三 「レーマン」ハ實際上ノ便宜ニ出テタルモノトシ論シテ曰ク支拂人カ爲替訴訟ニ依リテ資金ヲ請求スルヲ得ヘシトセハ振出人ハ其請求ニ對スル抗辯ヲ有スルモ爲替訴訟ヲ認ムル證據方法ヲ提出スルヲ得サルコト往往ニシテ之アルヘク從テ權利ノ行使ヲ留保シタル判決ニ基キ一タヒ資金ヲ供シ更ニ普通ノ訴訟ニ依リ其金額ヲ取戻ササルヘカラスニ至リ爲替訴訟ハ却テ手續ノ錯雜遲延ヲ來スノ奇果ヲ生スヘシト證書訴訟ニ於テハ防禦ノ方法モ亦證書ヲ以テセサルヘカラス證書ナクシテ「レーマン」ノ説ク所ノ如ケン(民法四八七條、四九〇條乃至四九二條)然レトモ訴訟ノ錯雜遲延ハ予ヲ以テ見レハ理由ノ一端ニ過キサルナリ

四 振出人ノ支拂人ニ對スル約束ハ所謂定額約束ニ非サルカ故ニ手形法上ノ法律關係トスヘカラスト論スル者アリ

予ハ支拂人振出人間ニ於ケル法律關係ノ性質ヲ論據トスルヲ正當ナリト信ス其性質ハ次ニ説明スヘシト雖モ資金關係ハ常ニ二人間ノ實質上ノ關係如何ニ依リテ定マルモノニシテ決シテ一定ノ形體ヲ備ルルニ非ス而シテ支拂人補償ヲ請求スルニ當リテハ手形ヲ以テ單一ノ證據トスルヲ得ス其請求スル所亦一定ノ金額ノ支拂ヲ目的トスルニ非ス是レ即チ證書訴訟ニ依ラシムルノ基礎ヲ缺クノ明證ナリ(民法四八四條、四九一條)殊ニ我商法ハ手形上ノ法律關係ヲ生スルモノハ必ズ手形法ニ規定シタル事項ナラサルヘカラスラ定ム(四三九條)而シテ資金關係ニ付テハ何等ノ明文ヲ掲ケス

從テ手形上ノ效力ヲ有セサルハ疑ナキナリ

支拂人ト振出人トノ間ニ於ケル法律關係ノ性質ニ付テハ亦學說區區ナリ今其主要ナルモノヲ舉ケレハ先ツ「レーマン」曰ク爲替手形ハ振出人ノ支拂約束ノ外振出人ノ支拂人ニ對スル支拂ノ委託ヲ包含ス其二人間ニ於ケル關係ハ委任關係ナリ……爲替手形ハ當ニ其形式ニ於テノミナラス其内容ニ於テモ支拂人ニ對スル委託ニシテ手形ノ所持人ハ之ヲ支拂人ニ傳達スト「テール」ルノ「クレイヴェル」ホフマン「キートネ」(Thiel, Renaud, Krüwel, Hofmann, Kichne)等皆同説ナリ而シテ極端ノ反對説ヲ持スル「バレンスタイン」(Barnstein)トス曰ク引受人ノ支拂ヲ爲スハ自己ノ約束ノ履行ニシテ他人ノ委託ノ履行ニ非ス振出人ノ支拂ノ要求ハ外形上ノ理由ニ止マリ支拂ノ法律原因ニ非サルナリ「デルンブルグ」グヒタル「ロザク」グント「プラッハマン」(Demburg, Weichert, Cosack, Wlat, Braumann)等其論旨ヲ同ウス而シテ「グリュンフト」ハ折衷説ヲ述ヘテ曰ク振出人カ事實ニ於テ委任關係ノ存セサルヲ證明スルマテハ眞實ノ委任關係存スルモノト看做ササルヘカラスト予ノ信スル所ヲ以テスレハ振出人支拂人間ノ關係ハ實質上ノ關係如何ニ依リテ定マルヘキモノトスルヲ正當トス我商法ハ支拂ノ委託ヲ以テ爲替手形發行ノ要件トスルモ其委託ハ手形ノ外形ニ於テ引受又ハ支拂ヲ支拂人ニ要求スルニ過キス其實質ハ固ヨリ一定ノ性質ヲ有スルコトナク之ヲ民法ノ委任ノ委託ト同視スヘカラスルナリ事實ニ就テ之ヲ見ルモ當事者間ノ關係委託ニ基因スルハ稀ナリ支拂人ハ振出人ニ對シテ債務ヲ負擔スルカ故ニ其發行シタル手形ノ支拂ヲ爲スコトアリ又支拂ノ委託ハ事實ニ於テ手形ノ發行ニ先ツコトアリ或ハ後ルルコトアリ殊ニ振出人カ自己ヲ受取人トシテ手形ヲ發行シ支拂人ヲ引受ヲ爲サシメ而シテ未タ裏書ヲ爲ササル場合ニ於テハ固ヨリ委任關係ノ認ムヘキモノナシ此資金關係ノ法律上ノ性

質ハ支拂人ノ振出人ニ對スル補償請求權ノ證明問題ト密接ノ關係ヲ有ス委任說ヲ奉スル者ハ曰ク支拂人ハ振出人ノ委託ニ應ジテ支拂ヲ爲シタルモノナルカ故ニ所持人ヲシテ受取ノ旨ヲ記載セシメタル手形ヲ呈示シ若クハ之ヲ呈示セサルモ己ニ對シテ手形ノ發行セラレタルコト及ヒ其支拂ヲ爲シタルコトヲ證明シタルトキハ支拂人ハ既ニ其權利ノ由ヲ生スル所以ヲ證明シタルモノニシテ却テ振出人其請求ヲ斥ケント欲セハ資金義務履行ノ事實ヲ證明セサルヘカラス故ニ支拂人ハ委託ノ取消ニ拘ハラズ支拂ヲ爲シタリ裏書連續ノ形式ヲ缺ケル者ニ支拂ヲ爲シタリ若クハ手形ノ呈示者カ正當ノ所持人ニ非サルヲ知リテ支拂ヲ爲シタリ等ノ事實ハ皆支拂人ノ補償請求權ヲ否認セントスル振出人ニ於テ證明ノ責任ヲ負擔スト然レトモ資金關係ハ前ニ說明シタル如ク一定ノ形態ヲ有セス委任ナルコトアリ保證ナルコトアリ常ニ當事者間ニ存スル實質上ノ關係如何ニ依リテ定マルモノナルカ故ニ支拂人振出人ニ對シテ補償ヲ請求セントセハ實質的ニ其權利ノ所由ヲ證明スヘキハ當然ノ理ナリ詳言スレハ手形ノ發行及ヒ其支拂ノ事實ヲ證明セルノミニテハ足ラス尙ホ實質上ノ關係ニ於テ振出人補償ヲ供スルノ義務アル所以ヲ證明セサルヘカラス佛商法ニ於テハ引受ハ資金ノ推定ヲ生ス(L'acceptation suppose la provision)ト規定シ其解釋ニ付テハ學者大ニ其說ヲ異ニスト雖モ元來支拂人ノ引受ヲ爲スハ之ヲ爲スノ理由アリテ然ルモノニシテ即チ振出人トノ關係ニ於テ資金ヲ受領タリシト推定スト解スルヲ定説ト稱スヘキカ如シ而シテ其理論上ノ結果ハ引受人支拂ヲ爲シタル後振出人ニ對シテ補償ヲ請求スルニ當リテハ資金ヲ受領セサルノ事實ヲ證明シ以テ此推定ヲ覆ササルヘカラスナルニ至ルナリ此解釋ハ獨國學者ノ振出人支拂人間ノ關係ヲ委任ナリト說明スルト略ホ相同シ

有者ナリ(L'le porteur est propriétaire de la provision)手形ノ取得者ハ其取得ト共ニ支拂人ノ手ニ存スル資金上ニ一種ノ權利ヲ取得シ手形ノ移轉ハ資金ノ移轉タル效力ヲ生スルモノナリト說明ス而シテ其一種ノ權利ハ之ヲ所有權(Droit de propriété)ト稱スルモ普通ノ所有權トハ全ク其意義ヲ異ニシ唯所持人ハ資金ヨリ優先ノ辨濟ヲ受クルノ獨占權ヲ有ス(Droit exclusif sur la provision)ト解ス其實際上ノ結果ヲ言ヘハ振出人支拂人ニ資金ヲ供シタル後破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ其資金ハ破産財産ノ構成部分トシテ一般ノ債權者ニ分配セス所持人優先權ヲ有スルノ意ナリ其他各國ノ法律ヲ參照スルニ獨、匈、伊、羅、葡等若資金ニ關スル規定ヲ設ケス又資金移轉ノ原則ヲ認メス蘭モ亦所持人ニ資金上ノ權利ヲ與ヘス白ハ獨占權ヲ明定ス英國手形法第五三條ハ「支拂人カ支拂ノ爲メニ資金ヲ有スルコトキハ所持人手形ヲ支拂人ニ呈示シタルヨリ手形ハ其金額ニ付キ其利益ノ爲メニ資金ノ讓渡ヲ受ケタルノ效力ヲ有ス」ト定ム然レトモ是レ唯蘇國ニ於テ行ハルル規定ナリ千八百七十五年ノ埃及商法モ亦佛法ノ原則ヲ採用セリ

振出人ハ手形發行ノ當時支拂人ニ對シテ債權ヲ有セサルヘカラストシ若クハ支拂人ニ對スル債權ヲ移轉ストスルカ如キ明文アルニ非ス資金ハ必スシモ手形發行ノ當時ニ於テ存セス又振出人支拂人間ニ信用契約ヲ締結セサル場合ニ於テモ手形ノ發行スルヲ得ヘク現實ノ資金ナキトキハ自ラ亦資金讓渡ナル觀念アルヘカラス振出人既ニ資金ヲ供シタル後ト雖モ支拂人未タ引受ヲ爲ササルトキハ其用途ヲ變シ又ハ之ヲ回收スルノ權利ヲ有シ又特別ニ資金ニ關スル權利ヲ移轉スルコトヲ得ルナリ佛國學者ハ辯シテ曰ク資金ノ讓渡トハ必スシモ現存スル權利ニ付テノミ之ヲ云フニ非ス將來發生スルニ至ルヘキ權利ニモ適用スヘキ原則ナリト此附會ノ說ニ對シテハ敢テ反駁ヲ要セス資金讓渡ノ原則ニ付テ佛國學者ノ

0377

論スル所ヲ見ルニ所持人ヲシテ資金上ニ權利ヲ有セシムルハ手形ノ信用ヲ増進シ其流通ヲ圓滿ナラシムルノ利アリ且支拂人ト取引上ノ關係ナクシテ手形ヲ濫發スルヲ防止スルニ於テ大ナル效果アリト然レトモ元來手形ノ信用力ハ手形自體ニ存セサルヘカラサルモノニシテ而モ振出人カ自由ニ處分スルヲ得ヘキ資金ハ所持人ニ於テハ擔保トシテ信賴スルニ足ラス且同一ノ資金ニ對シテ幾多ノ手形ヲ發行シタルトキハ其資金ハ手形ノ支拂ヲ確實ニスルノ效果アリト云フヘカラサルナリ之ヲ手形交通ノ實際ニ徴スルニ手形ノ取得者ハ資金ノ有無ヨリモ寧ロ擔保義務者ノ果シテ信用スルニ足ルヤ否ヤニ著眼ス受取人ハ振出人ノ信用如何ヲ顧ミ被裏書人ハ其直接ノ前者ノ信用如何ヲ問フヲ常トス將來ニ於テ振出人ハ果シテ資金ヲ供スルヤ否ヤヲ測定シテ手形ヲ取得スルニ非ス況ヤ一タヒ供シタル資金ト雖モ振出人ノ之カ處分ニ關スル命令アルニ於テハ支拂人ハ之ニ服セサルヘカラサルニ於テオヤ而シテ實際ニ於テハ支拂人資金ヲ受領セシメテ引受支拂ヲ爲スハ稀ナラス又既ニ資金ヲ受領シタル後ト雖モ之ヲ拒絶スル往々ニシテ是アリ其拒絕ノ場合ニ於テ所持人ハ支拂人ヲシテ引受ヲ爲サシムルノ強制手段ヲ行ヒ若クハ資金ノ上ニ物權的又ハ債權的權利ヲ行使スルヲ得サルナリ加之支拂人ノ手ニ存スル資金所持人ノ獨占ニ屬ストノ論ハ振出人資金義務ヲ履行シタル後ニ於テ尙ホ擔保請求、償還請求ニ應セサルヘカラサルノ理ヲ說明スル能ハサルナリ

第四節 手形授受ノ既存ノ法律關係ニ及ホス效力

手形ノ授受ニ當リ當事者間其授受ノ基礎タル特定ノ法律關係ナクシテ手形上ノ法律關係ノ設定ヲ直接ノ目的トスルトキハ唯手形ノ普通ノ活動ヲ論スルヲ以テ足ル然レトモ既ニ債權債務ノ關係當事者間ニ存ス

ル場合ニ於テ手形ヲ授受シタルトキハ其授受カ既存ノ債權債務ニ如何ナル影響ヲ及ホスヘキヤヲ攻究スルノ要アリ我民法第五二三條第二項ハ債務ノ履行ニ代ヘテ爲替手形ヲ發行シタルトキハ既存ノ債權債務ハ更改ニ因リテ消滅スヘキヲ定ム此規定ノ趣意及ヒ解釋ニ付テハ大ニ疑フヘキモノアリ各種ノ手形ニ共通ノ原則ナルヤ爲替手形ニ關スル規定トシテ獨リ其發行ノ場合ニノミ適用スヘキヤ債務者カ他人ノ發行シタル手形ヲ債權者ニ裏書シ債務者カ約束手形ノ所持人トシテ之ヲ債權者ニ裏書シ若クハ債務者カ小切手ヲ發行シテ之ヲ債權者ニ交付シタルカ如キ場合ニ於テ同一ノ理ニ從フヘキヤ否ヤハ解釋上ノ疑問タラサルヲ得ヌ又手形行為カ既存ノ法律關係ヲ消滅セシムルノ效力ヲ有スルトキハ總テ之ヲ更改ト論スヘキヤ否ヤ凡ソ債務者カ手形ヲ交付スルニ當テ當事者ノ意思ハ必スシモ同シカラス手形授受ノ效力ニ關スル學說一ナラス果シテ民法ハ悉ク更改ヲ以テ律セントスルノ趣意ナルヤ

手形ノ授受カ既存ノ法律關係ヲ消滅セシムルノ效力ヲ有スルトキハ將來ニ於テ當事者間ニ存スル關係ハ獨リ手形上ノ法律關係ナリ之ニ反シテ消滅力ナキトキハ二箇ノ法律關係ハ併存ス會テ當然ノ消滅力ヲ主張シタル學者ナキニアラサリシト雖モ當事者カ既存ノ法律關係ヲ消滅セシムルノ意思ヲ有セサルニ拘ハラス更改トスルモ代物辨濟トスルモ將タ相殺トスルモ當然ノ消滅力ハ當ニ理論ニ悖ルノミナラス質權、抵當權、保證、違約金等既存ノ債權ニ附屬スル利益ヲ失ハシムルハ債權者ノ欲スル所ニ非ス故ニ近世ノ學者ハ皆當事者ノ意思ヲ重シ既存ノ法律關係ヲ消滅セシムルニハ其明示又ハ默示ノ意思表示アルヲ必要トスルニ至レリ

一 既存ノ法律關係カ手形ノ授受ニ因リテ消滅スルノ理ハ代物辨濟ナルヤ將タ更改ナルヤニ付テハ學說其按ラ一ニセス我民法ハ爲替手形發行ノ場合ヲ更改ノ下ニ規定シ債務者カ債務ノ履行ニ代ヘテ爲

替手形ヲ發行シ之ヲ債權者ニ交付シタルトキハ既存ノ債務ハ更改ニ因リテ消滅スヘキモノナルハ民法ノ解釋トシテ疑ヲ容ルヘカラサルカ如シ然レトモ之ヲ嚴格ナル爲替手形發行ノ場合ニ限定セントスルハ寧ロ民法ノ精神ニ適セサル偏狹ノ解釋ナリ

予ハ手形行爲カ既存ノ法律關係ヲ消滅セシムルハ必スシモ更改ニ依ルニ非ス代物辨濟タルコトアルヲ信ス代物辨濟ハ物の行爲ナルヲ原則トスルモ必スシモ有體物ノ授受ニ因リテ成ルニ非ス債權者カ債權者ニ對シテ新ニ債務ヲ負擔シ又ハ第三者カ債務ヲ負擔スルモ亦代物辨濟ノ性質ニ悖ルニ非ス苟モ當事者間ニ於テ既存ノ債務ノ履行辨濟トスルノ契約アラハ其外形ニ於テ既存ノ債務ニ代フルニ新ナル債務ヲ以テスルモ亦代物辨濟ナリ我民法第四八二條モ亦斯ク解釋セサルヘカラス然ラハ何ヲ以テ更改ト區別スヘキカ予ハ一ニ當事者ノ意思如何ヲ標準トスルノ說ヲ是認スルモノニシテ債務ノ辨濟トシテ授受スルノ意思ナルトキハ代物辨濟ナリ債權ノ形體ヲ變シテ新ナル法律關係ニ依リテ既存ノ法律關係ノ經濟的目的ヲ達セント欲スルトキハ更改ナリ予ハ民法第五二三條第二項ノ規定ハ單ニ一例ヲ掲ケタルニ過キスト解セント欲ス同條ノ字句ニハ適セサルカ如シト雖モ其字句ニ拘泥スルトキハ甚ダ理論ニ違サカルノ結果ヲ生スヘケレハナリ

二 手形ノ授受カ既存ノ法律關係ニ如何ナル效力ヲ及ボスカヲ論スルニ當リテハ學者爲替手形又ハ約束手形ヲ發行シテ之ヲ債權者ニ交付シ債權者カ自己若クハ第三者ヲ受取人トシテ發行シタル爲替手形ノ引受ヲ爲シ又ハ債權者カ債權者ニ裏書ヲ爲シタル場合ヲ舉ケサルハ稀ナリ我民法ハ唯爲替手形發行ノ場合ヲ掲ケルノミ然レトモ債權者カ他人ノ發行シタル爲替手形ノ裏書ヲ爲シタル場合ハ其消滅ノ效力ニ於テ爲替手形發行ノ場合ニ優ルモ劣ルコトアルヘカラス又小切手ハ其經濟

的作用ヨリ論スレハ支拂證券ニシテ之カ發行若クハ裏書ハ爲替手形ノ發行、裏書ト區別スルノ理由アルナシ又振出人カ自己ヲ受取人トシテ爲替手形ヲ發行シタル場合ニ於テ之ヲ完全ナル手形ト見ルヘキヤ否ヤニ付テハ學者其說ヲ異ニスト雖モ支拂人カ引受ヲ爲シタルトキハ手形トシテ完成スルハ皆齊シク認ムル所ナリ而モ是レ狹義ニ於ケル爲替手形發行ノ場合ニ非サルナリ予ハ民法ノ規定ヲ制限ノ解釋セサルノミナラス更改又ハ代物辨濟ノ原則ヲ手形行爲ニ共通ナルモノトシ極メテ自由ノ解釋ヲ採ラント欲ス

三 既存ノ法律關係カ手形ノ授受ニ因リテ消滅スルトキハ更改ノ場合ニ於テモ代物辨濟ノ場合ニ於テモ將來ニ存スルハ獨リ手形上ノ法律關係ナリ故ニ債權者ハ唯手形上ノ債權者トシテ其權利ヲ行使スルノ一途アルノミ之ニ反シテ二箇ノ法律關係併存スル場合ニ於テ債權者ハ同時ニ二箇ノ債權ヲ有スルモ併セテ之ヲ行使スルヲ得サルハ論ナク其孰レヲ擇フヘキカハ手形授受ノ效果如何ニ依リテ決セサルヘカラス

い 債務者獨リ手形上ノ債務ヲ負擔シ第三者ヲシテ支拂ヲ爲サシムルニモ非ス又債務ヲ負擔スル第三者ナキトキ例セハ債務者カ約束手形ヲ發行シ又ハ自己ヲ支拂人ト定メタル他地拂爲替手形ノ引受ヲ爲シテ支拂擔當者ヲ記載セサルカ如キ場合ニ於テハ手形ノ授受ハ單ニ既存ノ法律關係ヲ確保スルニ過キサルモノト解スルヲ正當トス故ニ債權者ハ其選擇ニ從ヒ既存ノ債權又ハ手形上ノ債權ヲ行使スルノ自由ヲ有セサルヘカラス

ろ 手形ノ授受カ所謂支拂ノ爲メニスルモノナルトキハ當事者ハ手形ノ支拂ヲ以テ手形上ノ債權債務ヲ消滅セシメ之ニ依リテ既存ノ債權債務ヲ消滅セシメントスルノ意思ナリト推測セサルヘカラス

ス故ニ債權者ハ先ツ手形上ノ債權者トシテ手形ノ支拂ヲ求ムルノ途ニ出ツヘキナリ而シテ如何ナル程度マテ手形上ノ債權ノ行使ヲ試ミサルヘカラスカニ至リテハ學者其說ヲ異ニス債權者ハ訴ヲ提起シテ其權利ノ強制ヲ試ミサルヘカラストシ若クハ手形上ノ債務者ノ孰レヨリカ支拂ヲ得又ハ手形ノ移轉ニ依リ對價ヲ得ルノ途アラハ之ヲ試ミサルヘカラストスル者ナキニ非スト雖モ當事者ハ其授受シタル手形カ普通ノ徑路ヲ取ルヘキヲ豫想シタルモノニシテ固ヨリ手形上ノ債權ノ強制ノ手段ヲ實行セシムルノ負擔ヲ債權者ニ命スルニ非ス故ニ債權者カ引受又ハ支拂ヲ求メタル場合ニ其拒絕ニ遭遇シタルトキハ債權者ハ手形上ノ債權行使ヲ棄ラテ直チニ既存ノ債權ヲ行使スルヲ得ルナリ債權者ハ既存ノ債權ヲ行使セサルヘカラスルニ非ス手形上ノ法律關係ニ基キ引受人ニ對シテ支拂ヲ強制シ償還義務者アル場合ニ於テハ之ニ對シテ償還請求ヲ爲スハ固ヨリ債權者ノ自由ニ在リ

四 引受又ハ支拂拒絕ノ場合ニ於テ債權者ハ既存ノ法律關係ニ基キテ其權利ヲ行使スルヲ得ルハ前述ノ如シ然レトモ債權者ハ債務者ヲシテ其前者又ハ引受人ニ對シテ手形上ノ債權ヲ行使スルヲ得セシメサルヘカラス債務者カ手形上ノ債權ヲ行使スルヲ得サルトキハ債權者ハ既存ノ債權ヲ喪失スヘキハ理ノ當然ナリ今其最モ著シキ一例ヲ舉クレハ債權者カ債務者ヨリ手形ノ裏書ヲ受ケ已レ尙ホ所持人タル場合ニ於テ拒絕證書作成ノ期間内ニ手形ヲ呈示セス支拂拒絕證書ヲ作成セシメス又ハ償還請求ノ通知ヲ發スルヲ怠リ爲メニ自ら手形上ノ債權ヲ失フノミナラス裏書人タル債務者ヲシテ其前者ニ對スル手形上ノ債權ヲ失ハシメタルトキハ債權者ハ債務者ニ對シテ既存ノ債權ヲモ失フナリ換言セハ債務者ハ債權者ヨリ無傷ノ手形ノ返還ト交換ノニ既存ノ債務ヲ履行スルノ義務アルノミ

五 手形ノ授受ハ既存ノ債務ノ消滅ヲ目的トスルモノニシテ手形ノ支拂ヲ爲スヘキ地位ニ在ル者(支拂人引受人ノ如シ)満期日ニ於テ支拂ヲ爲シタルトキハ手形上ノ法律關係ハ茲ニ消滅シ同時ニ亦既存ノ法律關係モ消滅セサルヘカラス手形ノ支拂ニ依リテ當事者ハ其豫期シタル目的ヲ達シタルモノニシテ既存ノ法律關係ノ絕對ノニ消滅スヘキハ當然ノ事理ナリ又債權者債務者ヨリ得タル手形ヲ利用シ之ニ依リテ得タル對價ヲ失フノ虞ナキニ至リタルトキハ債權者ハ既存ノ債務辨濟ノ材料ヲ保有ルカ故ニ此場合ニ於テモ亦既存ノ法律關係ハ消滅スルナリ債權者ノ手形ヲ取得スルハ満期日ノ到來ヲ俟テ自ら支拂ヲ求ムルノ意ニ非ス手形ノ利用ニ得ルモノ亦債務辨濟ニ充當スルハ當事者ノ豫期シタル所ナリ故ニ今債權者手形ヲ裏書シタル場合ニ償還義務ヲ免レタルトキ債權者ノ前者其償還義務ヲ履行シタルトキ又ハ債權者カ無擔保ノ裏書ヲ爲シタルトキハ既存ノ法律關係ノ消滅ヲ來スナリ

第五節 不當利得ノ償還請求權

所持人カ手形上ノ債權ノ保全ニ必要ナル行為ヲ爲サス又ハ法定ノ期間内ニ其權利ヲ執行セサルトキハ手形上ノ債權ヲ失フヘク其之ヲ喪失シタル場合ニ於テ爲替手形ノ振出人、引受人、約束手形、小切手ノ振出人ニ對スル不當利得ノ償還請求權ハ我商法ノ明定スル所ナリ振出人ハ下形ノ發行ニ當リテ受取人ヨリ對價ヲ得而シテ未ダ支拂人ニ資金ヲ供セサルトキハ償還義務ヲ免ルルハ振出人ノ利ナリ引受人ハ時効期間ノ經過ニ因リテ手形上ノ債務ヲ免レ振出人ヨリ受領シタル資金ヲ保有スルハ即チ其利ナリ約束手形ノ振出人モ亦受取人ノ供シタル對價ヲ得テ所持人ニ對スル債務ヲ免ルルハ亦其利ナリ所持人ハ其權利ノ保全若クハ執行ヲ怠リタル責アルモ保全行為ノ如キハ極メテ短キ期間内ニ之ヲ爲ササルヘカ

ラス時効期間ニ至リテモ一般ノ原則ヨリ見レハ亦甚タ短シ所持人偶ハ權利保存ノ手段ニ出テタル場合ニ於テ全然其權利ヲ失ヒ而シテ一方振出人、引受人ハ前述ノ利益ヲ享受スルハ權衡ヲ得タルモノト云フヘカラス是ニ於テ乎法律ハ手形上ノ權利消滅ノ後ニ於テ尙ホ振出人、引受人ニ一種ノ負擔ヲ命ジテ所持人救済ノ途ヲ設ク是レ則テ不當利得償還ノ制度ナリ

一 不當利得償還請求權ノ本體ニ付テハ學者其說ヲ同シウセスト雖モ手形上ノ權利ノ殘物 (im Rest) zum der Wechselspruchs) ナリトスルヲ通説トス獨國ノ判例モ亦然リ然レトモ是レ未タ權利ノ法律上ノ性質ヲ解明スルニ足ラサルナリ

「カンスティン」ハ手形上ノ債務ナリトシ引受人又ハ振出人ハ依然手形金額及ヒ償還金額支拂ノ義務ヲ負擔シ唯不當利得ノ範圍内ニ於テ其義務ノ存スル抗辯ヲ爲スヲ得又債權者ハ爲替訴訟ニ依ルノ特權ヲ失フニ過キスト論ス這ハ獨國手形法第八三條ニ用ヒタル文字ニ拘泥セル議論ニシテ同條ノ解釋トシテ甚タ失當ナルノミナラス我商法ノ解釋トシテ固ヨリ採用スヘキニ非ヌ又民法ノ定ムル不當利得トシテ其性質ヲ一ニスト論スルモ誤ナリ何トナレハ所持人カ手形上ノ權利ヲ喪失タルハ法律ノ規定ニ因リ敢テ振出人、引受人ノ行爲ニ基クニ非ヌ又振出人、引受人ノ利得ハ所持人ノ財産又ハ勞務ニ因ルニ非サレハナリ又損害賠償ノ性質ヲ有スルモノト解スヘカラス蓋シ所持人ハ權利ノ行使ヲ怠リ自ラ損失ヲ招キタルモノニシテ之ヲ他人ニ嫁スルノ理ナケレハナリ又手形授受ノ基礎タル法律關係ニ原因スル請求權トスルハ法律行爲ノ連絡ナキ者ノ權利アル所以ヲ説明スルヲ得ス終ニ「スタウプ」ハ手形法及ヒ民法の原素ノ結合 (eine Vereinigung von wechsellrechtlichen und zivilrechtlichen Elementen) ナリトシ手形上ノ債務消滅シタリト云フハ唯手形ニ固有ノ形式固有ノ解釋ニ基キ手形自體ニ因リテ

支持セラルル手形的債權ニ付テ之ヲ云フニ過キヌ不當利得ノ償還請求權ハ同シク手形ヨリ生スル權利 (ein Anspruch aus dem Wechsel) ナリト論結セリ然レトモ其論スル所前矛盾シ殊ニ手形ヨリ生シタル債權カ消滅シタル後ニ於テ始メテ生スル權利ヲ稱シテ手形ヨリ生スル請求權ナリト解スルハ斷シテ首肯スル能ハサル所ナリ予ハ手形法ノ規定ニ基ク純然タル民事上ノ關係ナリト論スルヲ以テ正鵠ヲ得タルモノナリト信ス其手形上ノ法律關係ニ非サルハ手形上ノ權利ノ消滅ヲ條件トスルニ依リテ明カナリ又所持人償還ヲ請求スルニ當リテ手形ノ占有者タルヲ要セス即チ手形ハ單純ナル證據證券ニ過キサルナリ而シテ民事上ノ關係ト云フハ民法ノ不當利得トシテ其性質ヲ同シウスルノ意ニ非ス一種特別ノ法律關係ナリ

二 不當利得ノ償還請求權ハ手形上ノ權利消滅シタル後ニ於テ始メテ行フヲ得ヘキモノタルハ疑ナシ然レトモ所持人ノ有スル一切ノ權利ノ消滅ヲ必要トスルヤ否ヤニ付テハ獨國ノ學者亦其說ヲ一ニセズ所持人カ保全行爲ヲ爲ササルカ爲メ其前者ニ對スル償還請求權ヲ喪失シ引受人ニ對スル權利ノ未タ時効ニ罹ラサル場合ニ於テモ其權利ノ實效ヲ收ムルコト能ハサルトキハ振出人ニ對シテ償還ヲ請求スルヲ得ト論スル者アリ然レトモ少クトモ我商法ノ解釋トシテハ之ヲ採ラス

三 不當利得ノ償還請求權ハ手形上ノ債權カ當テ成立シタルヲ條件トシ又其請求ヲ受クル者ニ於テ手形上ノ債務ヲ否認スルヲ得サルヲ必要トス故ニ手形カ振出人ノ意思ニ基カシテ流通スルニ至リタルトキ其他全然意思ノ欠缺セルトキ若クハ債務者カ無能力ヲ理由トシテ其債務ヲ否認スルヲ得ル等ノ場合ニ於テハ亦不當利得ノ償還請求權ニ應ズルノ理ナキナリ

四 不當利得ノ償還請求權ヲ有スル者ハ手形上ノ權利消滅ノ當時ニ於テ正當ニ債權者タル資格ヲ有ス

- ル者ナラサルヘカラス其相續人又ハ讓受人カ承繼者トシテ此權利ヲ有スルハ普通ノ原則ニ於テ明カナリ又手形上ノ償還義務ヲ履行シタル前者カ手續ノ欠缺又ハ時效ニ因リテ其權利ヲ喪失シタル場合ニ於テ所持人トシテ不當利得ノ償還請求權ヲ行フコトヲ得ルモ疑ナシ手形上ノ償還義務ヲ免レタル裏書人カ任意ニ償還金額ノ支拂ヲ爲シタルカ爲メニ此權利ヲ有セサルモ亦説明ヲ須ヒス
- 五 不當利得ノ償還請求ヲ受クル者ハ手形行爲ヲ爲シテ手形上ノ債務ヲ負擔シタル者ナラサルヘカラス故ニ支拂人、委託手形ニ於ケル委託者、支拂擔當者ハ義務者ニ非ス又手形上ノ債務者モ我商法ニ於テハ之ヲ爲替手形ノ振出人、引受人、約束手形、小切手ノ振出人ニ限レリ故ニ裏書人ハ不當利得ノ償還義務者ニ非ス裏書人ヲ以テ義務者トスルノ立法上ノ可否ニ付テハ茲ニ述ヘス
- 六 不當利得ノ償還ヲ請求セントスル者ハ不當利得ノ事實ヲ證明セサルヘカラス即チ舉證ノ責任ハ原告ノ負擔スル所ナリ學者或ハ手形カ數人ノ手ヲ經タルトキハ原告ノ證明ハ不能ナルカ若クハ極メテ難事ヲ強ユルモノニシテ之ヲ法律ノ精神ト推測スルヲ得スト論スルモ是レ大ナル誤謬ナリ所持人ノ手形上ノ權利ヲ喪失シタルハ其行使ヲ怠リタルカ故ニシテ不當利得ノ請求權ハ寧ろ法律ノ恩典ト云ハサルヘカラス此恩典ニ加フルニ尙ホ舉證ノ責任ヲ免レシムルノ特惠ヲ與フヘカラス
- 七 手形ノ授受ノ消滅力ヲ有セサル場合ニ於テ債權者手形上ノ權利ヲ喪失スルモ尙ホ既存ノ債權ヲ行使スルヲ得ルトキハ不當利得ノ償還請求權ヲ行フヲ得ス何トナレハ此權利ハ所持人他ニ救済ノ途ナキ場合ニ於テ法律ノ特ニ與ヘタル最後ノ手段ナレハナリ

第七章 手形訴訟及ヒ手形抗辯

手形上ノ債權債務ハ普通ノ債權債務ト大ニ其性質及ヒ效力ヲ異ニスルハ既ニ述ヘタルカ如シ手形上ノ法律關係ノ設定ニ法定ノ形式ヲ具ヘタル證券ヲ必要トシ各手形行爲ノ形式モ法律ノ定ムル所ニシテ其形式ヲ履行セサルトキハ之ヲ無効トシ惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ手形ヲ取得シタル者ハ手形ノ所有者トシテ完全ナル債權ヲ取得シ債務者ノ債權者ニ對抗スルヲ得ヘキ抗辯ノ事由ヲ制限シ極メテ短期ノ時効期間ヲ定メ所持人法定ノ保全行爲ヲ爲ササルトキハ之カ爲メニ手形上ノ權利ヲ喪失シ手形行爲ヲ爲シタル者ハ手形ニ記載スル所其真意ト符合セサル場合ニ於テモ善意ノ所有者ニ對シテハ手形ノ文言カ行爲者ヲ拘束ス凡ソ此等ノ事項ハ手形上ノ債權債務カ普通ノ債權債務ト異ナル主要ノ點ナリ

手形ノ強力 (rigor cambialis, Wechselstrafe) ナル文字ハ往往獨國學者之ヲ用ユ故ニ一言其意義ニ論及スヘシ或ハ前掲手形上ノ債務ニ固有ナル點ヲ總稱シテ手形ノ強力ト云ヒ或ハ手形上ノ規定シタル事項ニ非サレハ之ヲ記載ヘルモノ手形上ノ效力ヲ生セサルノ意ニ解スト雖モ皆謬ナリ古代ノ手形法ニ於テハ債務者ハ其身體ヲ以テ責任ヲ負擔シタルモノニシテ債務者支拂ヲ怠リタルトキハ債權者ハ之ヲ拘禁セシムルコトヲ得タリ身體拘禁ノ制度ハ手形ニ固有ナルニ非サリシモ中古以來漸次廢滅ニ歸シ獨リ手形ニ付キ依然認メラレタルヲ以テ自ラ手形特有ノ制度ト變シタルナリ然レトモ近代ノ法律ニ於テ之ヲ變用スルモノナク從テ手形ノ強力ヲ身體ノ拘禁ト解スヘカラサルハ當然ナリ而シテ手形ノ強力ヲ説ク者ハ之ヲ形的強力、實的強力ニ區別スルヲ常トス形的強力 (formelle Wechselstrafe) トハ手形上ノ債務者ノ爲メニ不利ナル手續法上ノ規定ヲ謂ヒ實的強力 (materielle Wechselstrafe) トハ實體的規定ニシテ債務者ノ爲メニ不利ナルモノヲ謂フ形的強力ノ意義ニ付テハ論者其説ヲ異ニセサルカ如シ即チ爲替訴訟カ普通證券訴訟ト其適用ノ法規ヲ異ニスルノ意ナリ之ヲ我民事訴訟法ノ規定ニ求ムレハ一ハ裁判管轄

ニ關スル第四九五條ニシテ手形上ノ債務者數人ニ對シテ訴ヲ提起スルトキハ手形ノ支拂地又ハ債務者ノ一人ノ住所地ノ裁判所ニ之ヲ爲スコトヲ得即チ普通ノ裁判籍ニ依ラサルハ自ラ債務者ノ不利タルナリ他ノ一ハ口頭辯論ノ期日ハ訴狀ノ送達ヨリ二十四時間アルヲ以テ足レリトスル第四九六條ニシテ第一九四條及ヒ第三七七條ノ原則ニ對スル例外ナリ實の強力ニ至リテハ學者ノ解スル所頗ル區區タリ「テュール」ハ定額約束ノ有效及ヒ實質の關係ト獨立シ自ラ手形ニ固有スル抗辯ノ規定ナリト説明ス此說ヲ奉スル者尠シトセス「コーザック」ハ手形ノ強力ヲ手形法ノ本質の要件トシ其解釋ニ至リテハ「テュール」ト同シ之ニ反シテ「カンスタイン」ハ擔保ノ供與、共同責任及ヒ債權ノ不要因の意ナリトシ「レールマン」ハ實の強力トシテ特ニ掲クヘキハ滿期日ノ到來前ニ擔保ヲ供スルノ義務及ヒ正當ノ履行ナキ場合ニ於テ損害賠償ニ比スレハ遙ニ多大ノ金額ヲ支拂ハサルヘカラサル義務ナリト言ヘリ

手續法上ノ強力ヲ説カサル者稀ナラス之ヲ説クモ唯手形發達ノ歴史ヲ叙スルニ當リ身體ノ拘禁ヲ掲クルニ過キス實體法上ノ強力ニ至リテハ説明ヲ試ミサル者亦多シ我商法ニ於テ此文字ヲ用フルコトナク特ニ之ヲ捉ヘテ論議スルノ要ヲ認メス

手形抗辯 (Wechselsinreden) ニ付キ以下説明ヲ試ムヘシ債務者ノ債權者ニ對抗スルヲ得ル抗辯ノ制限セラルルヨリ學者亦抗辯制限 (Einredebeschränkung) ノ文字ヲ用テ我商法第四四〇條ハ「手形ノ債務者ハ本編ニ規定ナキ事由ヲ以テ手形上ノ請求ヲ爲ス者ニ對抗スルヲ得ス但直接ニ之ニ對抗スルコトヲ得キ事由ハ此限ニ在ラス」ト規定ス此規定ハ獨國手形法第八二條ニ倣ヒタルモノト云フヘク其條ハ「Der Wechselschuldner kann sich nur solcher Einreden bedienen, welche aus dem Wechselrechte selbst hervorgehen oder ihm unmittelbar gegen den jedermöglichen Kläger zustehen」ト定テ其解釋ニ付テ學說同シ

ノ小船ノ讓渡ヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ民法第一七八條ニ依リ船舶ノ引渡ヲ爲スコトヲ要スルナリ商法ハ又航海中ニ在ル船舶ノ讓渡ニ付キ特別規定ヲ設ケタリ即チ第五四二條ニ之ヲ規定セリ蓋シ航海中ニ在ル船舶ヲ讓渡シタルトキハ既ニ其航海ニ因リテ損益ヲ生スヘシ而シテ其損益ハ何人ニ歸スヘキモノナリヤノ問題ヲ生ス恰モ民法第八九條ニテ事實ノ取得者ヲ定ムル必要アリタルカ如ク船舶讓渡ノ日ヲニ於テ民法第八九條第二項ニ於テ法定事實ヲ日割ヲ以テ取得スルモノトシタルカ如ク船舶讓渡ノ日ヲ以テ限界トシ其前後ニ依リテ損益ノ歸屬者ヲ定ムヘキカ外國ノ立法例中往住此ノ如キ制ヲ採ルモノナキニ非スト雖モ航海中ノ損益ハ前後不同ニシテ時ノ前後ヲ以テ損益ノ歸屬者ヲ定ムルトキハ管ニ前半ニハ暴風雨多ク航海費用ヲ多ク使用シタルニ後半ハ平穩ニシテ費用極メテ少額ナリシカ如キコトハ常ニ之アル所ナリ故ニ若シ偶然ノ期日ニ依リテ其前後ヲ分チ以テ損益ノ歸屬者ヲ定ムルトキハ管ニ利益ヲ多ク取得スル者ト少ク取得スル者トヲ生スル虞アルノミナラス甚シキハ一方ニハ利益ノミヲ取得スル者ヲ生シ他方ニハ損失ノミヲ負擔スル者ヲ生スヘシ是レ極メテ不公平ナル結果ニシテ特約ナキ場合ニ於ケル當事者ノ意見ニ反スルコト多カルヘシ當事者ノ意思ヲ推測スルニ讓渡人ニ在リテハ讓渡ノ日ヨリ總テ船舶ニ關スル利害ヲ脱スルノ考ナルヘク讓受人ニ在リテハ航海中ノ損益ハ之ヲ一團トシテカカニ該航海ニ因リテ生スル損益ハ總テ之ヲ引受クル考ナルヘシ仍テ航海中ノ損益ハ之ヲ一團トシテ總テ讓渡人ニ歸スヘキモノト爲シタルナリ而シテ本條ハ唯讓渡人ト讓受人トノ關係ヲ規定シタルモノニ過キサルカ故ニ讓渡人又ハ讓受人カ第三者ニ對スル關係ハ之カ爲メニ變更ヲ受ケス例ヘハ讓渡人カ當該航海準備トシテ石炭ヲ買入レ爲メニ第三者ニ債務ヲ負ヘル場合ノ如キ其債務ハ依然トシテ讓渡人ノ債務ナリ唯該石炭費用ヲ讓受人ヨリ讓渡人ニ償フヘキノミ

又本條ハ「航海ニ因リテ生ズル損益」ト云フカ故ニ航海ノ事業ヨリ生ジタル損益ヲ稱スルモノニシテ船舶自體ノ毀損ヨリ生ズル損益ノ如キハ此中ニ包含セス例ヘハ船舶自體ニ隠レタル瑕疵アリタル場合ノ如キ又ハ船體自身カ讓渡ノ當時全ク沈没シ居リシ場合ニ於テ讓渡人カ之ニ對シテ擔保義務ヲ負フコトノ如キハ總テ皆民法ノ一般規定ニ從フヘキモノナリ又損益ト云フハ畢竟航海事業ヨリ取得シタル總收入ト總支出トノ差異ヨリ生ズル結果ニシテ之ヲ讓受人ニ歸屬セシムルモノナリ

終ニ時効ニ因リテ船舶ヲ取得スル事柄ニ付キ舊商法カ第八七條ヲ設ケ其但書ニ於テ「船長ハ時効ニ因リテ船舶ヲ取得スルコトヲ得ス」ト規定シタルニ商法カ之ヲ削除シタル理由如何今序ヲ以テ之ニ付キ一言スヘシ

抑モ舊商法第八七條但書ヲ設ケタル所以ハ他ナシ船長ト雖モ若シ時効ニ因リテ船舶ヲ取得シ得ルモノトセハ船長ハ遠海ニ航行シ以テ全ク所有者ノ干渉ヲ免レ遂ニ取得時効ノ期間ヲ經過スル惡所爲ヲ行フコトナキヲ保シ難キヲ虞レタルニ由ルモノナリ然リト雖モ新民法ニ於テハ取得時効ノ要件ヲ定メテ二十箇年間所有ノ意思ヲ以テ平穩且公然ニ他人ノ物ヲ占有スルコトヲ必要ト爲シタリ今船長カ故意ニ船舶所有者ノ干渉ヲ離レ船舶所有者カ遠隔ノ地ニ在リテ到底其力ノ及ハサルヲ奇貨トシ遠洋ニ航行シ居ル場合ノ如キハ是レ決シテ平穩ノ占有ト謂フコトヲ得ス且又二十年ノ久シキ遠洋ニ航行スルモ必スヤ外國ノ諸港ニ入津スルノ機アルヘシ斯カル場合ニ於テ船舶ハ必ス船舶國籍證書ヲ所持スルコトヲ要ス而モ國籍證書ニハ必ス船舶所有者ノ何人タルカヲ記載セサルヘカラス然ルニ國籍證書ニハ眞ノ所有者ノ氏名ヲ記載シタルモノニシテ現占有者タル船長ノ氏名ヲ記載セシ是レ豈公然ノ占有ト謂フコトヲ得ンヤ殊ニ他方ニ於テ船舶所有者ノ爲メニ種種ノ救濟手段アリ例ヘハ船舶所有者ハ何時ニテモ船長ヲ

解任スルコトヲ得(五七四條)又船長カ船舶所有者ニ對スル義務ヲ怠リタルトキハ之ヲ賠償セシムルコトヲ得(五五八條)其他船員法ニハ船長ニ對スル幾多ノ監督ノ規定アリ故ニ船長ハ事實ニ於テ時効ニ因リテ船舶ヲ取得スルコト能ハス是レ特ニ商法カ前掲シタル舊商法ノ如キ規定ヲ設ケサル所以ナリ

第六節 船舶ノ差押及ヒ假差押

船舶ノ差押及ヒ假差押ハ獨リ船舶ノ上ニ先取特權、抵當權ノ如キ優先權ヲ有スル者ノミニ限ラス一般ノ債權者等モ亦場合ニ依リ之ヲ行フコトヲ得故ニ舊商法ニ於テハ船舶債權者ノ章ニ於テ船舶ノ差押及ヒ假差押ニ關スル規定ヲ設ケタリト雖モ(舊商八五九條)商法ニ於テハ之ヲ船舶ノ章下ニ移シ第五四三條ヲ以テ之ヲ規定セリ夫レ債務者ノ財産ハ債權者ノ便宜ノ時機ニ於テ之カ差押若クハ假差押ヲ爲スコトヲ得ルヲ以テ通則トス然ルニ船舶ニ付テハ何故ニ此ノ如キ特權ヲ認メテ既ニ發航ノ準備ヲ終リタルモノハ之ニ對シテ差押若クハ假差押ヲ爲スコトヲ得サルモノト爲シタルカ蓋シ發航ノ準備ヲ終リタル船舶カ出航シ得ルト否トハ公益並ニ私益ノ上ニ非常ナル關係アリ定期船ハ勿論不定期船ニ在リテモ既ニ發航期日ヲ定メテ種種ノ準備ヲ爲シ終リタルニ當リ突然ニ發航ヲ差止メラルルトキハ社會公衆ニ之カ爲メニ既ニ豫期シタル交通手段ヲ失シ幾多ノ間接ノ損害ヲ被ルコト之アルヘク又船舶ニ對スル直接ノ利害關係人タル船舶所有者、船長其他ノ船員ハ勿論該船舶ノ備船者、荷送人、旅客等モ亦非常ナル不利益ヲ被ルヘキナリ此ノ如ク發航ノ準備ヲ終リタル船舶ニ付テハ種種ノ利害關係人ヲ生スルカ故ニ獨リ船舶債權者又ハ其他ノ船舶所有者ノ債權者ノ爲メニ該航海ノ利益ヲ犧牲ニスルニ忍ヒサルナリ是レ實ニ同條ノ規定アル所以ナリ然リト雖モ發航ヲ爲ス爲メニ生ジタル債務ニ付テハ之カ債權者ハ發航

ノ準備ヲ終ル以前ニ債務履行ノ請求ヲ爲スヘキコトヲ怠リタルニ非ス且此債權アリテ始メテ發航ヲ爲スコトヲ得ルモノナルカ故ニ該債權ノ所謂擔保ノ原因ヲ爲シタルモノナリ仍テ船舶ハ該債權ノ擔保ノ目的ト爲ラサルコトヲ得サルナリ是レ其但書ノ規定アル所以ナリ

發航ノ準備ヲ終リタルトキトハ如何ナル場合ヲ云フカ事實問題ナルカ故ニ畢竟爭ラ生シタル場合ニハ裁判所ノ認定ニ一任セサルヘカラスト雖モ蓋シ發航ノ準備トハ航海ノ準備ト云フト異ナリ既ニ機裝ヲ終リ船長其他ノ乗組ノ定マレルハ勿論荷物ノ船積並ニ船内ニ備フヘキ書類ノ準備モ亦之ヲ終リタルモノト解セサルヘカラスト然レトモ發航ノ準備トハ特ニ發航セントスル狀態ニ在ルコトヲ要セス即チ準備トハ手配ヲ爲シタルノ意味ニシテ悉ク其事項カ成就セラレタルコトヲ要セス何トナレハ悉皆成就シタルコトハ發航前一瞬時ニ在ラサレハ廻ハサレハナリ其船舶カ發航ヲ爲ス爲メニ生シタル債務トハ其範圍極メテ狭クシテ例セハ豫テ航海ノ準備トシテ石炭ヲ買入レ置キ偶々之ヲ當該船舶ニ使用シタル場合ノ如其石炭代價タル債務ハ決シテ此中ニ包含セサルナリ又廣ク發航ノ準備ヲ終リタル船舶ト云フカ故ニ歐洲行ノ船舶ニシテ横濱ヲ發シ神戸、長崎、香港ヘ順次ニ寄港シ行ク際ニ當リ寄港中神戸ニ於テモ亦其後ノ何レノ港ニ於テモ寄港地ニ於ケル發航ノ準備ヲ終ラサルトキト雖モ差押ヘラルルコトナシ成程法文ニ所謂發航トハ獨リ最初ノ發航ノミヲ意味セス即チ前例ノ場合ニ於テ横濱ノ發航ノミヲ意味セス神戸ヨリ發スルモ發航ニシテ長崎ヨリ發スルモ亦發航ナリ然レトモ本條本文ニ所謂「發航ノ準備」トハ最初ノ發航及ヒ爾後寄港地ニ於ケル各發航ノ準備ノ意味ニ非ス最初ノ發航又ハ爾後ノ發航ノ準備ノ意味ニ解釋セサルヘカラスト若シ然ラズシテ最初ノ發航及ヒ爾後ノ發航ノ意味ニ解センカ最初ノ發航地タル横濱ニ於テハ戸神若クハ長崎ニ於ケル發航ノ準備ハ之ヲ終ラサルコト明白ナルカ故ニ始終差

押ヘ得ルモノト謂ハサルヘカラスト又神戸ニ於テハ未ダ長崎ニ於ケル發航ノ準備ヲ終ラサルコト必然ナルカ故ニ是レ亦神戸ニ於テ終始差押ヘ得ルモノト謂ハサルヘカラスト故ニ本條本文ノ「發航ノ準備」トハ最初ノ發航又ハ爾後ノ發航ノ準備ノ意ニシテ若シ最初ノ準備ヲ終レハ一回發航ノ準備ヲ終リタルモノニシテ其事實ハ該船舶カ航海ヲ全ク終ルルマテハ終始纏綿シ消滅スルコトナシ故ニ横濱ヲ發シテ神戸ニ寄港シ神戸ニ於ケル發航ノ準備ヲ未ダ終ラサルトキト雖モ神戸ニ於テ差押フルコトヲ得ス神戸ヲ發シテ長崎ニ著シタルトキハ神戸ニ於ケル發航ノ準備ヲ終リテ發航シタルコト勿論ナルカ故ニ茲ニ二回ノ發航ノ準備ヲ終リタルモノナリ故ニ長崎ニ於テハ長崎發航ノ準備ヲ未ダ終ラサルトキト雖モ長崎ニ於テ差押フルコトヲ得ス爾後何レノ寄港地ニ到ルモ亦同シ

之ニ反シ但書ニ依ル債權者ハ何レノ寄港地ニ於テモ差押フルコトヲ得ヘシ即チ横濱ニ於テ生シタル但書ノ規定ニヨル債權者ハ横濱ニ於テ差押ノ機會ヲ失シタルトキハ神戸、長崎、香港何レノ港ニ到リテモ差押フルコトヲ得ヘシ又神戸ニ於テ生シタル但書ノ規定ニ依ル債權者ハ神戸ニ於テモ長崎又ハ香港ニ於テモ差押フルコトヲ得ヘシ蓋シ但書ニ所謂發航トハ本文ノ發航ト同シク最初ノ發航又ハ爾後ノ各發航ノ意味スレハナリ又實際上ノ結果ニ於テモ斯ク解シテ差支ナシ何トナレハ元來横濱ニテ差押ヘラルヘキモノナリシカ故ニ神戸マテ航行シ得タルハ寧ロモツケノ幸ト謂フヘシ故ニ神戸ニテ差押ヘラルモ遺憾ナキ筈ナレハナリ

但書ノ規定ヲ第二項トシテ印刷シアアルコト世間普通ナルカ如シ是レ官報ニテ斯ル誤植ヲ爲シタルカ故ナルヘシ立法者豈敢テ但書ノミヲ第二項ト爲スノ誤謬ヲ爲サンヤ

第二章 船舶所有者

第一節 船員ノ行爲ニ對スル船舶所有者ノ責任

第一項 有限責任汎論

凡ソ他人ニ對シテ債務ヲ負擔スル者ハ無限ノ責任ヲ負フヲ以テ原則トス換言スレハ債務者ノ全財産ハ其債務ノ包括的擔保トシテ執行ノ目的タルモノナリ故ニ債務者ニシテ其財産ヲ増殖スレハ債權者ノ擔保ハ隨テ保ハ隨テ増加シ爲メニ其辨濟ヲ受クルニ易ク之ニ反シ債務者其財産ヲ減少スレハ債權者ノ擔保ハ隨テ減少シタルモノニシテ其辨濟ヲ受クルニ難シ其狀恰モ被相続人ノ財産ノ増減ハ之カ承繼人タル相續人ノ利害ニ直チニ影響ヲ及スト一般ナリ故ニ「ボアンナード」氏ノ如キハ債權者ハ債務者ノ承繼人ナリト云ヒ承繼人ナル文字ヲ此ノ如キ廣キ意義ニ用ヒタリ又新民法第四二三條及ヒ第四二四條ニ於テハ特ニ債權者ヲ保護スル爲メニ學者ノ所謂科及訴權及ヒ廢罷訴權ヲ認メテ之ニ與ヘ破産法ニ於テハ債權者保護ノ爲メニ特ニ否認權ヲ認メタリ此ノ如ク債務者ハ自己ノ全財産ヲ擔保トシテ債務履行ノ責ニ任スヘキヲ當然トス是レ實ニ動カスヘカラサルノ原則ナリ然ルニ社會ノ必要ハ往ニシテ此原則ニ對シテ例外ヲ認ムルニ至ル其例外ヲ認ムル場合はレ之ヲ有限責任債務ト稱ス(「エーレンベルヒ」有限責任論第一頁以下參照)

有限責任債務ノ形式ニ左ノ三ノ場合アリ

第一 責任額ニ制限アル場合 此場合ニ於テハ債務者カ債務履行ノ責ニ任スル額ニ制限アルノミニシテ債務者カ其債務ヲ履行セザル爲メニ債權者カ債務者ノ財産ヲ執行スル其執行ノ目的物ニ制限アルニ

非ス故ニ債權者ハ債務者ノ財産中如何ナル部分ニ付ラモ之ヲ執行スルコトヲ得而シテ其責任ノ最高限ノ額ヲ定ムルハ或ハ絕對的ニ一定ノ總額ヲ明示シテ之ヲ定ムルコトアルヘク或ハ相對的ニ或一定ノ客觀的若クハ主觀的ノ狀況ニ依リテ定ムルコトアルヘシ孰レニセヨ其額ヲシテ一定スル方法定マレハ足レリ又其有限責任ハ或特定ノ債權者ノミニ對シ又ハ種類ノ債務ノミニ對シ又ハ關係ノ債務ノミニ對スルコトアリ然レトモ債務者カ自己ノ一切ノ債務ニ對シテ有限責任ヲ負フ場合ハ未タ其實例ヲ見サルナリ何トナレハ若シ之レアリトスレハ前述シタル無限責任ノ原則ヲ無視スルモノナレハナリ而シテ本場合ノ責任ノ額ヲ定ムル方法ニハ法律ノ明文ニ依リテスルモノアリ又債務者ノ意思ニ依リテスルモノアリ前者ノ實例ハ佛國法ニ於テ捕奪用私船ノ所有者カ其乘組員ノ不法行爲ニ對シテ負フヘキ責任ヲ最高三萬七千「フラン」ノ限度内ニ制限シ若シ其船舶ノ乘組員ノ數カ百五十人以上ニ進ムトキハ最高七萬四千「フラン」ノ限度内ニ制限シタリ又英國法ニ於テハ後ニ述ヘントスル如ク船舶所有者ノ責任ヲ船舶ノ噸數ニ比例セシメ一噸ニ付キ八磅トシ若シ人命ヲ損シ又ハ身體ヲ毀傷シタルトキハ一噸ニ付キ十五磅トシ之ヲ最高ノ責任トセリ英國一八九四年八月二十五日商船法五〇三條)又後者即チ當事者ノ意思ニ依リテ責任ノ額ヲ定ムル場合ノ實例ハ合資會社ノ有限責任社員、株式會社ノ株主及ヒ匿名組合ニ於ケル匿名組合員ノ出資額ノ如シ尤モ商法ノ如ク會社ハ總テ法人トシ匿名組合ノ營業ハ總テ名義人タル營業者ノ營業トスル立法主義ヲ採ルモノニ在リテハ會社ノ債務ハ社員ノ債務ニ非サルカ故ニ是等ノ諸例ハ以テ法理上正確ナル實例トスルニ足ラスト雖モ合資會社ヲ非法人視スル立法主義ノ有限責任社員ノ出資額ハ本場合ノ眞ノ適例ト謂フヘシ

又彼ノ保險契約ニ於テ保險證券ニ明記シタル(保險金額填補スヘキ總損害トシテ當事者ノ見積リタル

金額)カ保險價額(被保險物件カ保險セラレ得ヘカリシ金額)ヲ超過スル場合ハ超過シタル部分ハ保險者之ヲ填補スルニ及ハス保險價額丈ニ制限シテ之ヲ填補ス此場合ハ保險者ハ當初保險金額ヲ填補スルノ約ヲ爲シタルモノナルカ故ニ是レ亦制限債務ノ一ナルカ如キ外觀アリト雖モ其似テ非ナルモノナルコトハ多言ヲ費サスシテ明カナリ蓋シ保險契約當然ノ性質トシテ保險者ハ保險價額以上ノ填補ヲ爲スヘキモノニ非サレハナリ

第二 責任財産ニ制限アル場合 第一ノ場合ニ於テハ執行ノ額ニ制限アルモ執行ノ目的物ニ制限ナシ故ニ債務者若シ任意ニ其債務ヲ履行セサルトキハ債權者ハ債務者ノ財産ノ何レノ部分ニ付テモ執行スルコトヲ得タリ然ルニ此第二ノ場合ニ於テハ執行ノ目的物ノ上ニ制限アリ債務者任意ニ其債務ヲ履行セサルトキ債權者ハ唯特定財産ノミニ付テ執行ヲ爲スコトヲ得又ハ特定財産ノミヨリ辨濟ヲ受クルニモ若シ之ヲ辨濟スルニ足ラサルトキハ債務者ハ他ニ幾何ノ財産ヲ有スルモ債權者ハ之ニ手ヲ觸ルルコトヲ得スシテ損失ヲ被ルコトヲ免レス而シテ船舶所有者カ船長其他ノ船員ノ行爲ニ對スル責任ハ大陸主義ニ在リテハ實ニ此第二種ノ有限責任債務ニ屬セシムルモノニシテ船舶所有者ノ財産ヲ海產ト陸產トニ區別シ船舶所有者ハ獨リ海產ノミヲ以テ責ヲ負フト爲ヌヲ以テ大陸多數ノ立法例トス而シテ我商法ノ規定モ亦實ニ此種ニ屬ス之ニ付テハ次節ニ於テ詳述スヘシ

彼ノ世襲財産ト普通財産トヲ區別シテ普通財産ノミニ一般債務ノ責任スト爲スカ如キモ亦此場合ノ一例ナリ

第三 右第一及ヒ第二ノ場合ノ要素ヲ合シタルモノニシテ債務者ハ或一定ノ最高限ノ額ヲ特定財産例ナリ

吾人ハ以上有限責任債務ノ種類ヲ説明シタリ而シテ船舶所有者カ船員ノ行爲ニ對スル責任モ亦其有限責任債務ノ一種ニ對スルナリ然ラハ何故ニ船舶所有者ハ船員ノ行爲ニ對シテ有限責任債務ヲ負フニ止マルカ其理由ノ主タルモノ二三ヲ列擧センニ一ハ船舶カ航海中ニ在ルトキハ船舶所有者ハ最早船員等ノ行爲ヲ指揮監督スルコトヲ得スニ二ハ船舶ハ遠ク本國ヲ離レテ外洋ニ航行スルモノナルカ故ニ船舶所有者ハ船員ノ選擇及ヒ解任ノ自由ヲ失フ三ニハ航海ノ便宜ト安全トヲ計ル爲メニ船長ノ權限ヲ非常ニ廣大ナラシメ船長ハ船舶所有者ノ指揮命令ヲ俟タスシテ重大ナル行爲ヲ行フコトヲ得四ニハ船員ハ普通ノ勞務者ト異ナリ一定ノ試験ヲ經テ技術ニ堪能ナルコトノ公證アルモノナリ故ニ船舶所有者ニシテ適法ナル選任ヲ爲シタル以上ハ船員ノ技術上ノ過失ヨリ生シタル損害ハ恰モ不可抗力ニ比スヘキモノナリ五ニハ其理由タルヤ主トシテ之ヲ沿革上ノ理由ニ求ムヘシ抑モ航海ノ事業タルヤ頗ル危險ニ富ムカ故ニ若シ其責任ヲ輕減セシニ非スンハ今日マテノ十分ノ發達ヲ爲スコト能ハサリナルヘシ英國ノ如キ實ニ航海獎勵ノ目的ヨリ航海事業者ノ請ヲ容レテ其責任ヲ輕減セリ若シ船舶所有者カ船員ノ行爲ニ對シテ常ニ無限責任ヲ負ハサルヘカラストセハ安シテ航海事業ニ從事スルコトヲ得ス其結果延

第二項 船舶所有者ノ船員ノ行爲ニ對スル有限責任ノ各
國立法主義

吾人ハ以上有限責任債務ノ種類ヲ説明シタリ而シテ船舶所有者カ船員ノ行爲ニ對スル責任モ亦其有限責任債務ノ一種ニ對スルナリ然ラハ何故ニ船舶所有者ハ船員ノ行爲ニ對シテ有限責任債務ヲ負フニ止マルカ其理由ノ主タルモノ二三ヲ列擧センニ一ハ船舶カ航海中ニ在ルトキハ船舶所有者ハ最早船員等ノ行爲ヲ指揮監督スルコトヲ得スニ二ハ船舶ハ遠ク本國ヲ離レテ外洋ニ航行スルモノナルカ故ニ船舶所有者ハ船員ノ選擇及ヒ解任ノ自由ヲ失フ三ニハ航海ノ便宜ト安全トヲ計ル爲メニ船長ノ權限ヲ非常ニ廣大ナラシメ船長ハ船舶所有者ノ指揮命令ヲ俟タスシテ重大ナル行爲ヲ行フコトヲ得四ニハ船員ハ普通ノ勞務者ト異ナリ一定ノ試験ヲ經テ技術ニ堪能ナルコトノ公證アルモノナリ故ニ船舶所有者ニシテ適法ナル選任ヲ爲シタル以上ハ船員ノ技術上ノ過失ヨリ生シタル損害ハ恰モ不可抗力ニ比スヘキモノナリ五ニハ其理由タルヤ主トシテ之ヲ沿革上ノ理由ニ求ムヘシ抑モ航海ノ事業タルヤ頗ル危險ニ富ムカ故ニ若シ其責任ヲ輕減セシニ非スンハ今日マテノ十分ノ發達ヲ爲スコト能ハサリナルヘシ英國ノ如キ實ニ航海獎勵ノ目的ヨリ航海事業者ノ請ヲ容レテ其責任ヲ輕減セリ若シ船舶所有者カ船員ノ行爲ニ對シテ常ニ無限責任ヲ負ハサルヘカラストセハ安シテ航海事業ニ從事スルコトヲ得ス其結果延

テ國家ノ海運業ノ進歩ヲ妨クル虞アリ故ニ公益上其責任ヲ有限ニスル必要アリト云フニ在リ
 此ノ如キ理由アルカ爲メニ船舶所有者ハ無限責任ヲ負ハスシテ有限責任ヲ負フコトハ諸國一般ニ之ヲ
 認ムルモ其有限責任債務ノ形式ニ付テハ之ヲ大別スレハ前述シタル第一種ニ屬スルモノト第二種ニ屬
 スルモノトノ二種ノ立法主義アリ即チ
 第一 責任額ヲ定ムル主義(無限アル人の責任主義) 是レ即チ船舶所有者ノ責任ヲシテ前ニ述ヘタル
 第一種ノ有限責任債務タラシメントスルモノニシテ英國ノ採用スル所ナリ即チ英國商船法第五〇三條
 ニ規定スルカ如ク船舶所有者ハ各場合毎ニ一定シタル金額ノ割合以下ヲ以テ船舶ノ噸數ニ比例シテ責
 任ヲ負擔ス故ニ其責任ノ最高額ヤ一定セリ然レトモ責任財產ハ一定セス何トナレハ唯命高クテ以テ責任
 ノ最高限ヲ定ムルノミナレハナリ斯ノ如ク此主義タルヤ責任財產ヲ一定セス責任額ヲ定ムルモノナル
 カ故ニ船舶所有者カ縱令所謂海產全部ヲ喪失スルコトアルモ若シ陸產ヲ所有スルトキハ其陸產ニ付テ
 責ヲ負ハサルヘカラス換言スレハ船舶所有者ノ海產ノ増減ハ債權者ニ取リテハ毫モ痛痒ヲ感セス故ニ
 船舶所有者ノ債權者ノ側ヨリ觀レハ船舶所有者ノ一定シタル責任額ノ範圍内ニ於テハ極メテ安心ナル
 位置ニ立ツコトヲ得ルモノナリ是レ實ニ此主義ノ利益アル所ナリ然レトモ唯噸數ノミニ比例シテ責任
 額ヲ定ムルハ不公平ト謂ハサルヲ得ス即チ船舶ノ價格又ハ其種類ノ異ナルニ從ヒ例ヘハ汽船ト帆船ト
 ノ如キハ其間ニ差等ヲ設ケスルハ精密ナル規定ト謂フコトヲ得ス殊ニ此主義ハ英國固有ノモノニシテ
 多ク他國ニ用ヒラレス乃チ我國ノ如キモ亦容易ニ此主義ヲ採用スヘカサルナリ
 抑モ英國ノ舊法即チ普通法ノ規則ニ於テハ船舶所有者ハ船員ノ行爲ニ對シテ總テ無限責任ヲ負擔セリ
 然ルニ千七百三十四年或船長カ積荷ヲ誤用シ船舶所有者ニ非常ナル損害ヲ與ヘタルヨリ船舶所有者等

連合シテ下院ニ請求ヲ爲シ其責任ヲ有限トシ船舶及ヒ運送貨ノ額ヲテ止メシメントヲ以テシタリ當時
 英國ニ於テハ航海業獎勵ノ真最中ナリシカハ其請ヲ容レ發布セラレタルモノハ「ジョージ」二世第七年
 第十五號ノ法律ナリシ之ニ依ルニ船舶所有者ノ責任ヲ船舶及ヒ運送貨ノ價ノ額ヲテニ限ルト爲シタリ
 其目的タル全ク航海獎勵ニ在リシナリ然ルニ千八百六十二年商船法ニハ其價額ヲ具體的ニ表ハシ船舶
 等ノ損害ニ付テハ加害船一噸ニ付キ八磅以下人命ニ關スルトキ加害船一噸ニ付キ十五磅以下トセリ抑
 モ八磅ナル割出ハ當時英國ニ於ケル總噸數ヲ以テ總噸價ヲ割リテ得タル平均船價ナリ又十五
 磅ナル割出ハ素ト旅客船ニ付テハ一噸十五磅以上ノ良船製造ヲ獎勵セシメントスル公益心ヨリ胚胎セ
 ルモノナリ然ルニ今日ニ在リテハ八磅若クハ十五磅ト云フハ極メテ理由ニ乏シキ偶然ノ人爲標準タ
 ルノ譏ヲ免ラレトモ因習ノ久シキ容易ニ之ヲ改ムルコトヲ得シテ英國ニ於テハ今日モ仍ホ依然ト
 シテ行ハレツツアルモノナリ「マースデン」衝突論七章一七五頁以下、「アボット」商船法論十四版五章
 六三七頁以下、海法會議報告一號七五頁、同「アントワーブ」會議報告英文五六頁

第二 責任財產ヲ定ムル主義(物的責任主義) 此主義ハ即チ船舶所有者ノ責任ヲシテ前ニ述ヘタル第
 二ノ有限責任債務タラシメントスルモノニシテ獨逸並ニ佛國等ノ採用スル所ナリ即チ船舶所有者ノ財
 產ヲ海產ト陸產トニ區別シ船員ノ行爲ニ對シテ船舶所有者ハ獨リ海產ノミニ付テ責任アリト爲スモノ
 ナリ抑モ航海業ノ頗ル危險多キ點ニ察シ該事業ノ進歩ヲ計ランカ爲メニ苟モ船舶所有者ノ責任ヲ制限
 スル必要アリトスル以上ハ海產、陸產ノ區別ヲ立テテ海產ノミヲ以テ責任財產ニ定メントスルハ頗ル
 其當ヲ得タルモノト謂フヘシ然レトモ此主義タル第一ノ主義ト異ナリ責任額ニ於テ一定セサルカ故ニ
 若シ海產ノ範圍ニシテ増殖スレハ可ナルモ減少若クハ滅失スルトキハ債權者ノ迷惑亦察スヘキナリ換

言スレハ海産ノ滅失若クハ毀損アルハ債權者ノ爲メニ大ナル危険ト謂フヘシ故ニ此主義ヲ採ルモノニ在リテハ債權者保護ノ爲メニ商法第五四五條ノ如キ規定ハ是非トモ之ヲ設ケサルヘカラサルナリ然リ而シテ此第二ノ主義ハ其免責ノ方法ニ依リテ左ノ二主義ニ細別スヘシ

甲 執行主義 特別財産タル海産ヲ執行シテ其中ヨリ債權者ニ辨濟ヲ得セシメ船舶所有者其責ヲ免ルル所ノ主義ニシテ獨法系ノ採用スル所ナリ

乙 委付主義 特別財産タル海産ヲ委付シテ船舶所有者其責ヲ免ルル所ノ主義ニシテ佛法系ノ採用スル所ナリ

右甲乙二主義ヲ比較センニ船舶所有者保護ノ爲メヨリ言ヘハ執行主義ヲ優レリトス何トナレハ責任財産ニシテ債務ヲ完済スルニ十分ナル場合ノ如キハ債權者其債務ヲ任意ニ辨濟スヘク若シ之ヲ完済スルニ不足ナル場合ニ於テハ債權者其執行ニ甘シスヘシ而モ幸ニ殘餘ヲ生スルトキハ債權者ノ有ニ歸ス殊ニ委付スルヲ利トスルヤ否ヤノ判斷ヲ要スル場合ノ如キハ其事變カ遠隔ノ地ニ於テ起ルヘキカ故ニ船舶所有者ニ取リテハ判斷ノ材料ニ乏シク能ク之ヲ決定シ兼スル場合多クレハナリ然ルニ債權者保護ノ爲メヨリ言ヘハ委付主義ヲ優レリトス何トナレハ海産毀滅シテ船舶所有者當然委付スル場合ノ如キハ之ヲ執行スルモ債權者ハ到底全債權ノ辨濟ヲ受クルコト難シ故ニ寧ロ執行ノ費用ト努力トヲ費サスルテ其全部ヲ受クルニ若カス若シ又執行シテ債權辨濟ニ充テタル後多少殘額ヲ生スル程ノ海産現存スル場合ニ於テハ債權者ハ執行スルヨリモ委付ヲ受クル方當然利益多シ蓋シ執行シテ殘餘アレハ返還セサルヘカラサルニ反シテ委付ヲ受クレハ全部自己ノ有ニ歸スレハナリ且又一步進ミテ船舶所有者全ク委付ヲ爲ササル場合ニ於テハ債權者ハ當然彼ヲシテ無限責任ヲ負ハシムルコトヲ得ルモノナリ故ニ孰レ

ニシテモ委付主義ノ方債權者ノ爲メニハ利益アリ之ヲ要スルニ有限責任ノ制度ヲ認メタル精神ヲ完全ニ貫キ船舶所有者保護ニ重キヲ置カントセハ獨法系ノ執行主義ヲ優レリトシ又寧ロ成ルヘク無限責任ニ近カラシメントスル債權者保護ニ重キヲ置カントセハ佛法系ノ委付主義ヲ優レリトス而シテ後者ハ近時廣ク行ハルル傾向アリ我商法カ委付主義ヲ採用シタルハ畢竟後ノ理由ニ重キヲ置キタルカ故ナリト謂ハサルヘカラス

尙ホ委付主義ヲ採用スルト執行主義ヲ採用スルトニ依リ結果ニ於ケル差異ヲ指點スレハ左ノ如シ

- (イ) 委付主義ニ在リテハ委付セサルトキハ當然無限責任ヲ負フコトト爲ル隨テ債務者其債務ヲ辨濟セサル場合ニ於テハ獨リ海産ノミナラス陸産モ亦債權者ノ執行ノ目的ト爲ル之ニ反シ執行主義ニ在リテハ常に有限責任ニシテ債權者ノ執行ノ目的ト爲ルモノハ獨リ海産ノミニ限ル
- (ロ) 委付主義ニ於テ船舶所有者委付スルト否トノ自由ヲ有スルカ故ニ委付權ハ之ヲ拋棄スルコトヲ得之ヲ拋棄セハ船舶以下ノモノハ常に彼レノ所有ノ下ニ限リ即チ商法第五四五條ノ規定ノ如キハ委付權ヲ拋棄シタルヨリ生スル結果ト視ルモ可ナリ之ニ反シ執行主義ニ於テハ執行權ハ債權者ノ獨占スル所ニシテ船舶以下ノモノハ常に其執行ノ目的物ナルカ故ニ債權者其執行ノ難ヲ免レント欲セハ執行ニ先チテ任意ノニ債務全部ヲ辨濟セサルヘカラス

(ハ) 委付スレハ委付ノ目的タル海産全部ハ總テ債權者ノ有ニ歸ス縱合其實價ハ債務全部ヲ辨濟シテ猶ホ餘剩アリト雖モ債務者之ヲ如何トモスヘカラス之ニ反シ執行主義ニ於テハ執行ノ結果債務全部ヲ辨濟シテ猶餘剩アルトキハ其殘額ハ之ヲ債權者ニ返還セサルヘカラス此點ハ執行主義ノ方尙ニ公平ニシテ債務者保護ニ適ス然レトモ執行シテ債務ヲ辨濟シ猶ホ餘剩ヲ生スル場合ノ如キハ委付主義ノ方ニ於

テモ債務者多クハ委付ヲ爲ササルヘキナリ

第三項 我商法ノ規定

倍テ以上ニ於テ一般ニ船舶所有者カ船員ノ行爲ニ對スル責任ヲ研究シタル後竊テ我商法ノ規定如何ヲ顧ミン商法第五四條第一項ハ即チ是ナリ之ニ依リテ我商法ノ規定モ亦前述シタル責任財産ヲ定ムル主義ヲ採リ其中ニテ佛法ニ倣ヒ委付主義ヲ採リタルコトヲ知ルヘシ而シテ本條ニ付テ尙ホ詳細ニ説明センニ船舶所有者カ有限責任ヲ負フハ船員ノ行爲ヨリ生スル債務、第二ニ船長其他ノ船員カ其職務ヲ行フニ當リ他人ニ損害ヲ加ヘタルヨリ生スル債務ニ限ルナリ即チ第一ハ法律行爲ヨリ生スル債務ニシテ第二ハ不法行爲ヨリ生スル債務ナリ船長ノ法定權限トハ商法第五六六條以下ノ三箇條ノ規定スル所ノモノ是ナリ船長其他ノ船員トハ船長、運轉士、機関士ヨリ水火夫ニ至ルマテ總テ皆包含スルナリ又職務トハ單ニ文字ノミヨリ解スレハ其範圍極メテ廣シト雖モ吾人ソ見ル所ヲ以テスレハ船員等カ船舶所有者ノ使用人トシテ負擔スル所ノ職務ノ範圍ナリト解セサルヘカラス何トナレハ素ト船舶所有者ヲシテ船員等ノ不法行爲ニ對シテ責任ヲ負ハシムル所以ノモノハ船員等ハ船舶所有者自身ノ職務ヲ行ヒツツアレハナリ焉ソ他人ノ職務ヲ行フ他人ノ爲メニ賠償ヲ爲ス責任アラシキ故ニ例ヘハ船長カ官又ハ法律ノ命ニ依リ特ニ行政權又ハ司法權ノ執行ヲ委任サルルコトアルモ是レ船舶所有者ノ使用人トシテ當然行フヘキ職務ニ非ス官ヨリ命セラレタル船長彼レ自身ノ職務ナリ故ニ船長カ行政權若クハ司法權ヲ執行スルニ當リ他人ニ損害ヲ加フルコトアルモ船舶所有者ハ敢テ與リ知ルヘキ限ニ在ラス其損害ハ寧ロ船長

ニ行政權若クハ司法權ヲ委ネタル政府ニ於テ賠償スヘキ必要アルモノナレハ之ヲ賠償スヘキナリ故ニ予ハ法文ニ所謂其職務ト云フ文字ヲ論理的ニ解釋シテ船員等カ船舶所有者ノ使用者トシテ行フ所ノ職務ノ範圍ナリト解スルナリ

次ニ本條ト民法第七一五條トノ關係ニ付キ一言スヘシ船員ト船舶所有者トノ關係ハ被用者ト使用者トノ關係ナルカ故ニ商法ニ別段ノ規定ナクハ民法第七一五條ノ適用サルルコトアルハ勿論ナリ然ルニ同條第一項ニ依レハ使用者カ被用者ノ選任及ヒ其事業ノ監督ニ付キ相當ノ注意ヲ爲シタルトキ又ハ相當ノ注意ヲ爲スモ損害カ生スヘカリシトキハ使用者ハ被用者ノ行爲ニ付キ損害ヲ負ハサル旨ヲ規定セリ若シ本條ノミニ依リテ船舶所有者ノ船員ノ行爲ニ對スル責任ヲ定メタルモノトスレハ船舶所有者ハ船員ノ行爲ニ對シテ多クノ場合ニ於テ責任ヲ負ハサルコトト爲ルヘシ何トナレハ船舶所有者ハ船員ヲ選任スルニ付テハ各相當ノ免狀ヲ有スル者ノ中ヨリ之ヲ任命スヘク又監督モ十分ニ之ヲ爲スヘケレハナリ故ニ諸外國ノ法制ニ於テモ何レモ皆船員ト船舶所有者トノ關係ハ普通ノ使用者ト被用者トノ關係トハ之ヲ異ニシテ別段ニ取扱ヒ船舶所有者ヲシテ船員ノ行爲ニ對シテ一般ニ責任アルモノトシ唯其責任ヲ有限ニスルヤ將タ無限ニスルヤカ立法上ノ問題タルナリ然ルニ我商法第五四條ノ書方ニ依レハ唯責任ノ程度ヲ定メタルノミニシテ責任ノ範圍ハ民法第七一五條ニ依リテ定メラレ居ルノ觀アリ換言スレハ民法ニ於テ定メラレタル責任ノ範圍ニ於テ商法ハ唯其責任ノ有限ナリヤ將タ無限ナリヤヲ定メタルカ如キ疑アリ然リト雖モ我商法第五四條モ亦船舶所有者カ船員ノ行爲ニ對シテ責任ヲ負フ範圍ト其責任ノ程度トノ二者ヲ同一條文ニテ規定セント欲シタルモノナリ其故如何トナレハ本條ノ反對推理ニ依リ委付スレハ責ラ免ルルコトヲ得ヘケレトモ委付ヲ爲ササルハ責ラ免ルルコトヲ得スシテ船長ノ

法定權限内ノ行為又ハ船員ノ他人ニ加ヘタル損害ニ對シテ責任アル旨ヲ定メタルモノナレハナリ故ニ責任ノ範圍ハ民法第七一五條ニ依リテ定マリ責任ノ程度ハ商法第五四四條ニ於テ定マレリト視ル解釋ハ到底之ヲ容ルヘキニ非ス獨逸法ニ在リテハ其民法第八一一條ニ於テ我民法第七一五條ト略、同一ノ規定アリ故ニ船員等ノ行為ニ付テハ民法ニ對スル特別規定ヲ設タル爲メニ特ニ獨逸商法第四八五條(同舊四五一條ニ於テ一箇條ヲ設ケ船舶所有者カ船員ノ不法行為ニ對シテ責任ヲ負フ範圍ヲ定メ其次條即チ獨逸新商法第四八六條ニ於テ始メテ責任ノ程度ヲ規定セリ佛國商法第二一六條モ略、同一ノ立案ナリ我商法ハ之ヲ一箇條ニ纏メタルカ故ニ畢竟右ノ如キ疑ヲ生セシメタルモノナリ立法論ヨリ言ヘ

ハ責任ノ範圍ト程度トヲ分チ規定スル方可ナルヘシ
次ニ商法カ責任財產トシテ定メタル海產ノ範圍ヲ說明センニ新商法ニ所謂海產ノ範圍ハ舊商法ニ謂フ所ヨリモ廣シ即チ舊商法ハ船舶及ヒ運送貨ノミヲ以テ責任財產タル海產ト爲セリ(舊商八四二條)ト雖モ新商法ニテハ船舶及ヒ運送貨ノ外ニ船舶ト同視スヘキ船舶ニ付キ有スル損害賠償請求權及ヒ運送貨ト匹敵スヘキ船舶ニ付キ有スル報酬ノ請求權ヲ包含セシメタリ船舶ニ付キ有スル損害賠償請求權トハ例ヘハ共同海損ニ於ケル船舶所有者ノ請求權ノ如キ其他各種ノ不法行為例ヘハ衝突等ニ因リテ船舶ノ被リタル損害賠償請求權ノ如キ是ナリ但保險契約ニ基キ損害ヲ填補セシムル請求權ハ此中ニ包含セス何トナレハ保險ハ船舶所有者ト保險者トノ間ニ成ル別派ノ契約關係ニシテ該契約ヲ締結シテ以テ一身ノ損害ヲ填補セシムルト否トハ全ク船舶所有者ノ自由ニ屬ス船舶自體並ニ之カ利用ニ依リ當然之ニ附著スヘキ運送貨ハ初ヨリ債權者ノ視テ以テ擔保ノ目的トスル所ナリト雖モ保險契約ニ因ル填補請求權ハ決シテ債權者ノ看テ以テ擔保ノ目的ト爲ス所ノモノニ非ス殊ニ船舶所有者ハ陸產中ヨリ常ニ保險料

ヲ支出セサルヘカラス彼ノ船舶ニ付キ一旦損害アリタル場合ニ保險金額ノ支拂アルハ寧ろ陸產ヨリ支出シタル保險料ニ對スル應酬ト謂フヘキナリ然ラハ則チ保險契約ニ因ル填補請求權ハ法文ニ所謂損害賠償ノ請求權ノ包含セシメサルヲ以テ當然ト謂フヘキナリ殊ニ文字ノ意義ヨリ言フモ損害賠償ノ請求權トハ不法行為等ニ對スル請求權ヲ謂フモノニシテ特殊ノ應報ヲ支出シテ損害アリタル場合ニ填補セシムル保險金トハ全ク其性質ヲ異ニスルモノナルコト最モ明白ナリ(大審院明治三十三年(オ)第四一七號損害要領ノ件、同三十四年五月七日聯合民事部判決)反對說ナリ、法學志林二一號一一〇頁參照)又船舶ニ付キ有スル報酬ノ請求權トハ例ヘハ船舶カ救援、救助ヲ爲シテ受クル所ノ報酬ノ如キ其他法律上運送貨ト稱スヘキモノニ非サルモ船舶所有者カ船舶ヲ利用シテ受クル所ノ各種ノ報酬ノ請求權ヲ總稱スルモノナリ

又法文ニ航海ノ終リニ依リテトアルカ故ニ運送貨ニマレ損害賠償請求權ニマレ報酬ノ請求權ニマレ總テ皆當該債權ノ生シタル航海ニ於ケル運送貨、損害賠償請求權、報酬ノ請求權ノミヲ指稱スルモノナルコト知ルヘキナリ故ニ船舶所有者ノ全財產ヲ二分シテ陸產、海產ト爲ス場合ニ於ケル海產ノ中ニハ多數ノ船舶、多數ノ航海ニ於ケル運送貨、損害賠償請求權及ヒ報酬請求權ヲ包含スヘシト雖モ各債權ニ對シテ委託スヘキ運送貨、損害賠償請求權及ヒ報酬請求權ハ多數ノ航海ニ於テ生シタルモノヲ包括的ニ指稱スルモノニ非ス即チ各債權ニ對シテ委託スヘキ運送貨並ニ請求權ノ獨リ該債權ノ生シタル航海ニ於ケル運送貨並ニ請求權ニ限ルナリ故ニ各債權ニ對シテ責任アル海產ノ部分定マレリ換言スレハ船舶所有者ノ全海產ハ每航海ニ於ケル債權ノ爲ニ部分的ニ包括ト相對シテ云フ委託ノ目的ト爲ルモノナリ』法文ニ所謂債權者トハ船舶及ヒ運送貨ニ付キ優先權ヲ有スル所謂船舶債權者ハ勿論其他一般債權者ヲ

モ總テ皆包含ス但船長カ其法定ノ權限内ニ於テ爲シタル行爲又ハ船長其他ノ船員カ其職務ヲ行フニ當
リ他人ニ損害ヲ加ヘタルニ因リテ生シタル債權者ニ限ルコト勿論ナリトス
委付ハ單獨行爲ニシテ契約ニ非ス故ニ相手方ノ承諾ヲ俟タズシテ其效力ヲ生ス而シテ之ヲ爲スハ書面
ニテモ口頭ニテモ可ナリ又其效力ヲ生スル時期ハ民法ニ於ケル意思表示ノ一般通則ニ依ルモノニシテ
即チ受信ノ時ニ在リ又海產ヲ委付スルト云フモ之カ爲メニ海產ニ對シテ既ニ有スル優先權ヲ害スヘキ
ニ非ス故ニ海產ニ對スル優先權者ハ船舶所有者カ委付ヲ爲スト否トニ拘ハラズ其權利ヲ行フコトヲ得
吾人ハ以上ニ於テ船舶所有者カ委付シテ責任ヲ免ルルコトヲ得ル債權ノ範圍竝ニ委付ノ目的タル海產
ノ範圍ヲ説明シタリ然ルニ船舶所有者ノ此有限責任債務ノ通則ニ對シテ制限ヲ設ケ再ヒ無限責任ノ原
則ニ復歸スル場合アリ而シテ其場合ニ三アリ即チ左ノ如シ

一 船舶所有者ニ過失アリタル場合(五四四條一項但書) 廣ク船舶所有者ニ過失アリタル場合ト云フ
カ故ニ船舶所有者カ船長其他ノ船員ノ選任ヲ誤リ又ハ監督ヲ怠リ又ハ船舶所有者カ船員ニ特別ノ指圖
ヲ與ヘ船員ハ之ニ從ヒテ其職務ヲ行ヒ爲メニ損害ヲ生シタル場合ノ如キ總テ皆包含ス蓋シ船舶所有者
自身ニ斯ル過失アル場合ニ於テハ前ニ述ヘタル其責任ヲ制限スル理由ニ考フルモ毫モ其責任ヲ輕ラシ
ムルノ必要ナシ故ニ此場合ニ於テハ無限責任ヲ負ハシム

船舶所有者自ラ船長タル場合ニ於テモ亦本條ノ委付權ヲ有スルヤ否ヤハ此問題ニ對シテハ佛法系諸國
(佛二一六條、白七條、伊四九一條、ルーマニヤ五〇二條、墨西哥六七二條)ニ於テハ明文ノ存スルアリ
テ委付ヲ爲スコトヲ得スト雖モ獨逸商法ニハ明文ナキカ爲メニ同新商法第四八六條ノ解釋トシテ學者
間ニ其說可否半ハス例ヘハ「レウイス」(エンデマン)「商法論四卷四八頁以下」コック「同氏商法教科書

五版一七七頁「ミッテルスタイン」同氏船舶債權者論一四一頁以下)等ハ無限責任說ヲ採リ「エーレンパ
ルヒ」(同氏有限責任論一八二頁以下)「ワグナー」(同氏海法論二五八頁註五「シュレダー」)「ゴ」氏商法
雜誌三十二卷二四八頁)等ハ有限責任說ヲ採リ「サルマン」(「ゴ」氏商法雜誌四一卷四二頁以下)及ヒ
「シャップス」(同氏途條註釋八七頁)ハ折衷說ヲ採リ獨逸商法第四八六條第一號及ヒ第三號ノ場合ニ於
テハ船舶所有者ト船長トカ同人ナルコトキト雖モ有限責任タルヘク同條第二號ノ場合ニ於テハ船舶所有
者ト船長トカ異人ナルコトヲ法律ノ前提トスル所ナルカ故ニ若シ兩者同人ナル場合ニ於テハ無限責任
タルヘシト云ヘリ「藤」我商法ニ就テ之ヲ見ルニ第五四四條第一項ニハ船長カ其法定ノ權限内ニ於テ爲
シタル行爲ト云ヒ第五四五條ニハ船舶所有者カ航海ヲ爲サシメタルコトキト云ヒ船舶所有者ト船長トカ
別異ノ人タルコトヲ豫想スルカ如キ外觀アリト雖モ而モ斷然其別異ノ人タルコトヲ前提トスルモノト
ハ解スヘカラス抑モ佛法系諸國ノ立法ノ如ク船舶所有者カ同時ニ船長タル場合ニハ委付ヲ許サストノ
明文アルモノハ格別若シ明文ナキモノニ在リテハ綜合船舶所有者ト船長トカ同一人ナルコトキト雖モ法
律上ニ於テハ船舶所有者タル資格ト船長タル資格トハ理想上別種ノ性質アルモノトシテ之ヲ考察セザ
ルヘカラス猶ホ人ニ公私ノ二資格アルカ如シ殊ニ法文ニ所謂法定ノ權限内ニ於テ爲シタル行爲トハ唯
法律上船長ニ此吏ノ權限アリト定メタル範圍内ニ於テ爲シタルノ意ニシテ必スシモ代理權限トシテ換
言スレハ別異ノ人トシテ爲シタルトキトノミ解スヘカラス船舶所有者カ同時ニ船長タル場合ニハ偶
ニ資格ヲ同一人ニテ兼テ有スルト云フニ過キス船舶所有者タル權限ハ船長タル權限ヨリモ廣汎ナルカ
故ニ人ヲシテ船長タル資格ヲ忘却セシムルニ至ルヘシト雖モ理想上ニ於テハ二者ヲ區別シテ考フルコ
トヲ得レシ恰モ所有權ト謂フ大ナル物權ヲ有スル者カ他ノ之ヨリ小ナル物權ヲ取得シタル場合ニ於テ

モ理想上ハ二者ヲ區別シテ考フルコトヲ得ルカ如シ又第五四五條ニ所謂「航海ヲ爲サシメタルトキ」ト云フ文字ハ必ズ他人ニ爲サシムルコトヲ豫想スルカ如キモ航海ハ獨リ船長ノミカ之ヲ成就スルモノニ非スシテ他ニ海員等ノ幾多ノ人ヲ要スルコトハ言フ俟タル所ナルカ故ニ船舶所有者同時ニ船長タルトキト雖モ船舶所有者カ航海ヲ爲サシメタルトキト云フ文字ヲ使用シテ毫モ差支ヲ生スルコトナシ之ヲ要スルニ船舶所有者カ同時ニ船長タル場合ト雖モ予ハ第五四四條ノ總テノ場合ニ於テ委任權アリト爲スナリ

然レトモ船長トシテ過失アル場合ニハ船長トシテ無限責任ヲ有スルコトアルハ豫想シ得ヘク(五五八條)又船長トシテ過失カ同時ニ船舶所有者トシテ過失ト爲リ隨テ委任ヲ爲スコトヲ得サルニ至ルコトアルハ是レ亦豫想シ得ヘキ所ナリ

又船舶共有者ノ一人又ハ數人ニ過失アリタル場合ニハ他ノ共有者ハ委任ヲ爲スコトヲ得ヘキカ如シト雖モ委任ハ共有者各自カ其持分ノミヲ爲スモノニ非スシテ船舶全部ヲ一括シテ爲スモノナルカ故ニ共有者ノ一人又ハ數人ニ過失アリタル場合モ亦本條第一項但書ノ中ニ包含サレ到底委任ヲ爲スコトヲ得

スト謂ハサルヘカラス
二 雇傭契約ニ因リテ生シタル船員ノ權利(五四四條二項) 運送貨ハ給料ノ母ナリトノ原則ハ船員自身カ航海事業ノ共同企業者タル場合ニ於テコソ認ムヘケレ今日ノ如ク船舶所有者ノミ航海事業ノ企業者ニシテ船員ハ全ク雇傭契約ニ因リテ使用サルモノニ過キサレコト最モ明白ナル時代ニ於テハ斯ル原則ハ決シテ之ヲ認ムヘカラス殊ニ況ヤ今日ニ於テ給料ノ額ハ契約上一一定シ船舶所有者カ過分ノ運送貨ヲ取得シタル場合ニ於テ其利益ヲ船員ニ類タスシテ獨リ損失アリタル場合ニ於テノミ之ヲ船員ニ負

擔セシムル理由毫モ之ナキニ於テヤ故ニ給料ハ運送貨ト終始セシムヘキモノニ非ス殊ニ船員ノ如キハ多クハ貧者ナルカ故ニ契約上ノ給料サヘモ完全ニ之ヲ取得スルコト能ハサルトキハ船員ハ固ヨリ妻子マテモ路頭ニ迷ハサルヘカラサルニ至ル故ニ雇傭契約ニ因リテ生シタル船員ノ權利主トシテ給料ニ付テハ船舶所有者ヲシテ常ニ無限責任ヲ負擔セシムヘキナリ仍テ一般ニハ船員ノ權利ニ對シテ船舶所有者カ無限責任ヲ負擔スルコト商法ニ於テ固ヨリ明文ヲ俟タルナリ唯第五四四條第一項ノ規定ノミニ止ムルトキハ船長カ其法定權限内ニ於テ雇傭契約ニ因テ船員ヲ雇入レタル場合(商法五六六條ニ依リ船員ノ雇入及ヒ雇止ハ船長ノ法定權限ニ屬ス)ニ於ケル船員ノ權利ニ對シテモ亦船舶所有者ハ海産ヲ委任シテ責任ヲ免レ得ル筈アリ仍テ同條第二項ヲ設ケテ雇傭契約ニ因ル船員ノ權利ニ付テハ第一項ヨリ之ヲ除外シ船舶所有者ヲシテ無限責任ヲ負擔セシムルコトトシタルナリ

又右ノ場合ニ牽聯シテ起ル所ノ問題ハ法文ニ船員トアルカ故ニ船長カ法定權限内ニ於テ他ノ船長ヲ雇入ルル場合アリヤノ點是ナリ蓋シ商法第五六〇條ニ依リ船長カ已ムコトヲ得サル理由アルニ因リテ他人ヲ選任スル場合ハ此一例ナルヘシ又法文ニ「雇傭契約ニ因リテ云云」トアルカ故ニ船員ト船舶所有者トノ關係ハ常ニ雇傭契約關係ナリヤノ問題ヲ生ス蓋シ海商法全編ヲ通シテ積アルニ新商法ニ於テハ船員ト船舶所有者トノ關係ハ常ニ雇傭契約關係ト看做セルモノノ如シ何トナレハ前編第五四四條第二項ノ外ニ第五八四條及ヒ第六八〇條第七號等ニ於テ常ニ「雇傭契約云云」ト明言スレハナリ然レトモ予ヲ以テ之ヲ觀ルニ海員ニ付テハ兎モ船長ニ付テハ雇傭契約ノ外ニ委任契約常ニ隨伴スルモノタルコトヲ信スルナリ何トナレハ若シ船長ニシテ勞務ヲ目的トスル雇傭契約關係ノミニ立ツモノトシレハ何故ニ彼レノ爲メニ法定權限ヲ規定シタルカ法律行爲ノ代理ハ法定代理人ニ非スシハ委任契約ニ因ル委任

者ノ外之ヲ爲スコト能ハサルモノタルコトヲ予ハ信スレハナリ然ルニ茲ニ單ニ雇傭契約ト云ヒタルハ其主タル關係ノミヲ見タルモノナルヘシ

三 債權者ノ同意ヲ得シテ更ニ航海ヲ爲サシメタルトキ(五四五條) 此場合ニ於テハ理論上委付權ヲ拋棄シタルモノト得ルモ可ナリ故ニ船舶所有者ヲシテ無限責任ヲ負ハシム蓋シ前條ニ於テ船舶所有者ヲ保護スル爲メニ特ニ制限義務ヲ認メ之ニ海產委付ノ權ヲ與ヘタル以上ハ其委付ノ目的物ノ範圍内ニ於テハ又大ニ債權者ヲ保護スルノ必要アリ然ルニ債權者ノ同意ヲ得シテ船長ヲシテ更ニ航海ヲ爲サシメ得ルトキハ船舶ハ益耗敗シ所謂海產ノ價值ハ漸次減少スヘキナリ而モ尙ホ船舶所有者カ海產ヲ委付シテ責任ヲ免レ得ルモノトセハ是レ豈債權者ヲ保護スルノ途ヲ得タルモノナランヤ故ニ其同意ヲ得シテ更ニ航海ヲ爲サシメタルトキハ原則ニ復歸シテ無限責任ヲ負ハシムヘキナリ序ナカラ一言セシテ更ニ航海ヲ改ムルノ意ニシテ直ク前ノ航海ニ對シテ云フ言葉ナリ故ニ前後ノ比較ナクシテ終始航海ヲ新ニスル場合ニ用フル新ニト云フ言葉ヨリ其意義少シク狹シ

第二節 船舶共有者

第一項 船舶共有ノ性質

舊商法ニ於テハ股分ト謂ヒ新商法ニ於テハ共有ト謂フ二者全ク其性質ヲ同シウスルヤ否ヤ先ツ之ヲ說明セントス舊商法ニ所謂股分トハ吾人ノ見ル所ヲ以テスレハ英法ニ所謂「オーナーシップ、イン、コンモン」(我共有ト區別スル爲メニ寧ロ分有ト譯スヘキカ)ヲ製ヒタルモノナリ元來英法ニハ我國ノ共有ニ比適スヘキモノ二種アリ一ヲ「ジョイント、オーナーシップ」(連有ト譯スヘキカ)ト云ヒ他ヲ「オーナー

シップ、イン、コンモン」(分有)ト稱ス而シテ連有トハ最モ特種ノ性質ヲ有スルモノニシテ數人カ同時ニ同一ノ原因ニ由リ同一ノ割合ニテ同物ノ全部ニ對スル權利ヲ得タル場合ニシテ且其連有者ノ一人カ後日死亡セシ場合ニ於テ其相續人アルト否トニ拘ハラス連有者中ノ生殘者ハ當然死亡者ノ權利ヲ取得スルモノヲ謂ヒ分有トハ同時、同原因、同割合タルコトヲ要セス分割サレサル一物ニ付キ各自不特定ノ或一部分ツツ有スル場合ニシテ且分有者中ノ生殘者ニ死亡者ノ持分ヲ取得スルカ如キ權利ナキモノヲ謂フナリ而シテ英國ノ現行商船法ニ依レハ船舶ノ所有權ハ當然六十四株ニ分タレ當事者ノ意思ニ由リ其數ヲ伸縮スルコトヲ得ス若シ一人ニシテ船舶全部ヲ所有スレハ即チ六十四分ノ六十四ヲ有スルモノト看做サレ其株數ハ依然トシテ消滅セサルナリ而シテ茲ニ所謂株ノ所有者トハ前述セル連有者ニ非スシテ分有者タリ尙ホ之ヲ詳言スレハ船舶ノ各株ハ恰モ會社ノ株式ノ如ク之カ所有者ハ分割サレサル船中何レノ一部ヲ所有スト指示スルコトヲ得サルモ免三角六十四分ノ一タル想像ノ不特定ノ部分ニ對スル權利ヲ有スルモノナリ即チ今日共有權ノ性質ヲ說明スル學者中目物ノ分割主義ヲ採ル者ノ說ト相似タリ然ルニ「ロ、エヌラー」氏カ舊商法案ノ說明書中ニ船舶股分ノ性質ヲ説クニ當リ右ノ英國ノ株ノ例ヲ引證シ又佛、伊、兩國カ慣習上股分ノ數ヲ二十四ニ制限スルモ日本ニ於テハ之カ制限ヲ爲スノ必要ヲ見スト明言セルニ由テ之ヲ觀レハ我舊商法ニ所謂股分トハ右英法ニ所謂船舶ノ分有即チ株ニ該當スルモノタルコトヲ知ルヘキナリ然ルニ我新民法並ニ新商法ニ所謂共有トハ決シテ右述アルカ如キ性質ノモノニ非ス目的物ハ想像ノニモ不特定のニモ分割サレ居ラスシテ各共有者皆其共有物ノ全部ニ付キ所有權ヲ有シ唯所有者數多アルカ故ニ所有權行使ノ上ニ於テ互ニ制限ヲ受クルニ過キサルナリ之ヲ我新商法ニ於ケル共有ノ性質トス然ラハ則舊商法ニ所謂股分ト新商法ニ所謂共有トハ前者ハ學者ノ所謂

目的物分割主義ヲ採リ後者ハ所謂權利分割主義ヲ採リタルモノニシテ二者ノ性質ニ差異アリト謂ハサルコトヲ得ス然リト雖モ新商法ニ所謂共有ノ性質ハ新民法ノ制定ニ由リテ始メテ定マリ舊商法制定ノ當時ニハ民法共有ノ性質ハ如何ニ規定セララルヘキヤ不明ナリシカ故ニ舊商法ノ股分ト新商法ノ共有トハ其性質ニ於テ些少ノ徑庭アルハ當然ト謂フヘシ隨テ二法ヲ對比研究スル上ニ於テハ股分ト共有トハ殆ト相同シキモノト見テ大差ナシ

茲ニ序ナカラ一言センニ英、佛、伊等ニ於テ船舶股分ノ數ヲ法律上又ハ慣習上之ヲ制限スルニ反シテ我新舊商法カ之ヲ制限セサル所以ハ「ロエスラー」氏モ說明セル如ク目下毫モ其必要ナク若シ之ヲ制限スルニ於テハ所謂危險分擔ノ主義ニ反シ却テ航海事業ノ進歩ヲ妨クル虞アルヲ以テナリ

次ニ船舶ノ共有ハ組合ナリヤ否ヤノ問題ヲ說明センニ該問題ハ既ニ佛、獨諸大家ノ間ニ論争アリタル所ニシテ或ハ斷然組合ナリト曰ヒ或ハ共有當然ノ性質トシテハ組合ヲ成スモノニ非スト曰ヘリ我民法並ニ商法ニ於テ共有トハ多數ノ人カ所有權其他ノ權利ヲ有スル狀態ヲ謂ヒ組合トハ多數者ノ間ニ成立セル契約關係ヲ謂フモノナルカ故ニ二者ノ區別ハ炳トシテ火ヲ賭ルヨリモ明カナリ隨テ舊商法ノ如ク之カ適用ヲ受クル船舶ノ範圍ハ廣ク商船其他ノ海船ヲ謂ヒ之カ使用ノ目的ニ何等ノ制限ナキカ故ニ斯ル船舶ノ共有ニハ組合關係ノ隨伴セサルコト最モ明白ナリ唯疑アル點ハ獨逸商法ノ如ク商法ノ適用ヲ受クル船舶ハ營利ノ目的ヲ有スルモノニ限リ又我新商法ノ如ク商法ノ適用ヲ受クル船舶ハ營利ノ目的ヲ有スルモノニ在リテハ商法ハ所謂船舶ノ共有ニハ當然組合關係ヲ隨伴セサルヤ否ヤノ點是ナリ何トナレハ凡ソ船舶カ一定ノ使用ノ目的ヲ有スト云フ以上ハ之カ共有者タルモノ之ヲ其同事業ニ使用スルコトニ定メタルニ由ルモノニシテ共同事業ニ使用スルコトニ定ムルコトハ是レ即チ

共有者間ニ組合關係ヲ生スルモノナレハナリ然リト雖モ之ヲ理論的ニ想像スレハ左ノ如キ場合アルコトヲ忘ルヘカラス蓋シ組合トハ一種ノ契約ニシテ之カ成立スルニハ必ス各當事者ノ意思表示アルコトヲ要ス然ルニ數人カ或原因ニ由リ船舶ノ共有權ヲ取得シ其各共有者ハ之ヲ以テ商行爲ヲ爲ス目的ニ使用センコトノ意思ヲ同時ニ懷抱スト雖モ而未タ共同ノ事業トシテ商行爲ヲ爲スノ目的ニ使用スルコトノ意思表示ヲ爲ササル間ハ是等ノ共有者間ニ組合關係成立セリト謂フコトヲ得サルナリ例ヘハ多數ノ子女カ父ノ死去ニ因リ商行爲ヲ爲ス目的ニ使用シツツアル船舶ヲ共有的ニ相續シ彼等各自ハ從來ノ如ク之ヲ商船トシテ使用スル目的ヲ懷クモ未タ彼等間ニ組合ヲ組成スル意思表示ナキ場合はナリ此場合ニ於テハ船舶使用ノ目的ハ客觀的ニ定マリ居ルカ故ニ商法ノ適用ヲ受クル船舶ナルコト明カナリ而モ共有者間ニ未タ組合關係成立セサルナリ殊ニ商法第五一條ニ於テ「船舶共有者間ニ組合關係アルトキト雖モ云云」ト云ヒテ法律自身カ船舶ノ共有ニ組合關係ノ伴ハサル場合アルコトヲ豫想セリ然ラハ則チ理論上ニ於テハ船舶ノ共有ニハ組合關係必ス隨伴スルモノナリト謂フコトヲ得サルナリ唯實際上ノ事實トシテハ船舶共有者ハ必ス之カ利用ヲ爲スニ至ルヘク既ニ利用ヲ爲スニ至レハ其間ニ組合關係ヲ生スルニ至ルモノト知ルヘキナリ

第二項 船舶共有者間内部ノ關係

船舶ノ共有發生ノ原因ハ他物ノ所有權ノ共有ト同シク相續、組合其他ノ契約等種種アルヘシ然レトモレ皆民法ノ一般規定ヲ以テ足ルコトナルカ故ニ茲ニ之ヲ述ヘス又民法ノ共有ニ關スル一般規定カ船舶ノ共有者間ニモ總テ皆其適用アルハ是レ亦言フ俟タス又船舶ハ多數ノ人カ唯之ヲ共有シ居ルノミニ

テハ其效用ヲ爲ササルヘキカ故ニ必ス之ヲ利用スルニ至ルヘシ而シテ之ヲ利用スレハ義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レハ民法ノ組合ニ關スル規定ハ總テ皆適用セラル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並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リ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五四六條ニ之ヲ規定セリ本條ニ由リテ以テ右ノ議決權ハ共有者ノ頭數ニ依ラスシテ其持分ノ價格ニ依ルコトヲ知ルヘ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數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爲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爲ヲ爲ス目ノ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ヘ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仍ホ少數者ヲシテ當ニ多數者ノ意見ニ從ハシメサルヘカラストセハ少數者ニ對シテ極メテ酷ナリト謂フヘク其結果延テ船舶所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五四八條ニ規定

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數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ヘ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爲ヲ爲ス目ノ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數ト云フハ比較多數ト云フト異ナリ船舶價格全部ノ過半數ヲ謂フモノニシテ若シ意見數派ニ岐レ孰レモ過半數ヲ得サルトキハ各意見孰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ヘ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ヘキヤ商法第五〇條ハ之ヲ規定セリ本條ニ由リテ以テ分配ノ時期ハ每航海ノ終リ存シ分配ノ割合ハ持分ノ價格ニ應スルモノタルコトヲ知ルヘ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フヘシ又分配ノ時期ヲ每航海ノ終リト爲シタルハ時トシテハ頻繁ニ過クルノ觀ナキニ非ラ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テシムルハ煩勞ニ堪ヘサルカ如キ趣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カ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ヲ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リ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 曩ニ既ニ述ヘタル如ク多數者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(五四八條一項例)ハ浦鹽艦隊ノ出沒アルニ由リ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ロ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制スル權ハ消滅スルナリ(五四八條二項)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り該期間内ニ相手方ニ到達スルコトヲ要セサルナリ

(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リ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ス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ニ禁止セズ組合關係ヲ害セサ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く其效力ヲ發セサ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ズ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他人ニ讓渡スコトヲ得ルナリ即チ商法第五五一條ニ之ヲ規定セリ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危險分擔ノ主義ヲ採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探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ノ權利ヲ認メ民法第六七六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スルノ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テ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

此ノ如キ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六七八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サルコト固ヨリ言フ俟タズ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舊ニ依リ變更スルコトナシト雖モ若シ加入セサ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

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ザ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ザル者カ船舶管理人ト爲ルノ結果ヲ生スル元來共有者ニ非ザ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ラ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ス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」
〔五八〕他ノ共有者ノ持分ヲ買取り又ハ其競買ヲ請求スル權即チ船籍維持ノ權 此權利ハ曩ニ述ヘタル第

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茲ニ所謂權利ハ他ノ共有者ノ持分ヲ自ら買取り又ハ之ヲ競買セシムル權利ナリ是レ亦船舶共有ノ特質ノ一ト謂フヘシ商法第五五條第一項ニ規定セリ是レ實ニ一國航海業獎勵ノ目的ヨリ出テタルモノニシテ共有者ニ船籍維持ノ權ヲ與ヘ以テ成ルヘク一國船舶ノ數ヲ減少セシメサランカ爲メナリ曩ニ既ニ船籍ノ節ニ於テ説明シタルカ如ク我船船法第一條ニ依レハ凡ソ船舶カ日本ノ國籍ヲ有スルニハ若シ其船舶カ自然人ニ屬スル場合ニハ日本人ニ專屬セサルヘカサルナリ然ルニ共有者カ其持分ノ全部若クハ一部ヲ外國人ニ讓渡シ或ハ相續其他ノ原因ニ由テ持分カ外國人ニ移轉サレテ外國人カ共有者ニ加ハリ又ハ共有者カ日本ノ國籍ヲ喪失シテ外國人ト爲ルトキハ該船舶ハ忽チ日本船舶タルノ資格ヲ失スルニ至ル仍テ他ノ共有者ニ相當代價ヲ以テ其持分ヲ買取り若シ又之ヲ買取ル資力ニ乏シキトキハ他ノ日本人ニ競買セシムルコトヲ裁判所ニ請求シ得ル權利ヲ與ヘタルナリ

尙ホ共有者間ノ關係ニ非スト雖モ船籍維持ノ點ヨリ言ヘハ同一事項ニ屬スルカ故ニ茲ニ序ヲ以テ會社ノ社員ノ持分ノ移轉ニ因リ會社ノ所有ニ屬スル船舶カ日本ノ國籍ヲ喪失スル場合ニ於ケル他ノ社員ノ權利ヲ説明スヘシ商法第五五條第二項ニ之ヲ規定セリ曩ニ船籍ノ節ニ於テ説明シタルカ如ク船舶カ若シ合名會社、合資會社若クハ株式會社ニ屬スル場合ニ於テ該船舶カ日本船舶タルニハ合名會社ニ在リテハ總社員、合資會社若クハ株式合資會社ニ在リテハ無限責任社員ノ總員カ日本人ナラサルヘカラス然ルニ是等ノ社員カ會社ニ對スル其持分ヲ外國人ニ讓渡シ又ハ其他ノ原因ニ由リテ其持分ヲ外國人ニ移轉シ外國人カ會社ノ社員若クハ無限責任社員ト爲ルトキハ該船舶ハ忽チ日本船舶タルノ資格ヲ失フニ至ルヘシ仍テ是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
 而シテ右第五五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国籍喪失ノ場合ヲ見タリ
 ト雖モ第二項ニ於テハ社員ノ国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
 員ノ国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抑モ同條第一項ト第二
 項トハ大ニ趣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產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
 ララルコトアルモ敢テ怪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一社員カ會社ニ對スル其持分
 外國人ニ讓渡シ爲メニ偶々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順
 ル酷ト謂ハサルコトヲ得ヌ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
 ノ自由契約ニ基テ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

破 産 法

法 學 士 松 岡 義 正 講 述

緒 言

(一) 破産ノ本質 破産ハ債務者ノ財産ノ不足ヨリ生スル損失ヲ總債權者ニ平等ニ分擔セシムル手續ナ
 リ(1)債務者ノ財産ノ不足ヨリ生スル損失ノ分擔即チ債務者ノ財産上ニ於ケル債權者ノ平等ノ満足ハ損
 失ヲ多數ノ人ニ分擔セシメ少數ノ人ノ負擔ヲ輕減スルヲ主眼トスル社會政策ニ基クモノニシテ債務者
 ノ總財產ハ總債權者ノ損失ヲ擔保スルモノナルカ故ニ換言スレバ佛法學者ノ所謂債務者ノ資產ハ債權
 者ノ共同擔保ナルカ故ニ債務者カ其多數ノ債權者ニ對シ辨濟期ニ至リ其負ヒタル債務ヲ完済スルコト
 能ハサル場合ニ於テハ債務者ノ總財產ヲ以テ其財産上ニ満足ヲ受クヘキ權利ヲ有スル總債權者ニ平等
 ナル満足ヲ得セシムルヲ正當ナリトストノ觀念ニ基クモノニ非ヌ又多數ノ債權者カ債務者ノ感情ノ好
 悪若クハ債權者ノ債權取得ノ前後ニ因リテ或ハ利シ或ハ害セラルルコトアルハ獨リ取引上ノ安全ヲ害
 スルノミナラス債務者ノ支拂不能ハ債務者其人ヲ信用シタル各債權者ノ共同損害ナルヲ以テ平等ニ損
 失ヲ分擔セシムルヲ正當ナリトストノ觀念ニ基クモノニ非サルナリ損失分擔ノ實行方法ハ總利害關係

人ノ利益ヲ最モ平等ニ保護スルニ適當ナル手續ヲ設クルニ在リ而シテ斯ル平等ノ保護ハ裁判所ヲシテ指揮、監督ヲ爲サシメ又總債權者ニ共同ノ目的ヲ達スルカ爲メニ共同動作ヲ爲スコトヲ得セシムルニ因リテ行ハル隨テ損失分擔ノ實行ノ目的トスル手續ニ於テハ裁判所監督主義ト債權者自衛主義トヲ併用セザルハカラス破産ハ斯ル理想ヲ實施スルカ爲メニ設ケラレタル特別ノ手續ナリ故ニ破産ノ本質ハ保險制度ト同シク損失分擔主義(利益配當主義)ノ實行ニ存シ利益獨占主義(利己主義)ノ排斥ニ在ルコトハ疑ヲ容レズ(2)損失分擔ノ實行ハ總債權者ヲ同等視シ之ニ債務者ノ總財產ヲ以テ平等ノ満足ヲ得セシムルニ在リ此目ヲ達スルガ爲メニハ或標準ヲ必要トスルヤ言フ俟タズ而シテ財產ハ經濟ノ發達及ヒ取引ノ進歩ニ因リ金錢ヲ以テ之ヲ取得シ又金錢ニ之ヲ換價スルコトヲ得ヘシ故ニ各財產ハ其性質及ハ其目的物ニ關シ差異アルニ拘ラス共通ノ性格トシテ金錢の價額ヲ有スト謂フコトヲ得此金錢の價額ハ損失分擔ノ實行ニ必要ナル標準トシテ最モ適當ナリ蓋シ金錢ハ最モ公平ニ多數ノ債權者ニ分配スルコトヲ得レハナリ是レ破産手續ニ於ケル配當ハ通常金錢ヲ以テ之ヲ爲ス所以ナリ

(二)破産ノ主義 破産ノ立法主義ニ二アリ其第一ハ公法的破産主義及ヒ私法的破産主義ニシテ其第二ハ一般破産主義及ヒ商人的破産主義ナリ公法的破産主義ハ破産ヲ以テ一ノ訴訟手續トシテ破産アリタルトキハ裁判所カ破産者ノ財產ヲ占有シ清算及ヒ配當ヲ爲スノ主義ナリ故ニ學者ハ之ヲ裁判所指揮主義トモ曰ヘリ其論據ハ破産者ヲシテ其財產ノ管理及ヒ配當ヲ爲スノ債權者ニ平等ナル満足ヲ得セシムルカ爲メニ即チ私法上ノ目的ノ爲メニ其權力ヲ行使スト雖モ之カ爲メニ破産制度カ公法的性質ヲ有セザルモノト論結スルコトヲ得ス蓋シ破産者ノ財產ニ對スル制限及ヒ其換價ハ國家ノ權力ノ爲シ能フ所ニシ

テ一私人タル債權者ノ權利ノ爲シ能ハサル所ナリトノ觀念ニ基ケリ而シテ此公法的破産主義ハ中古「フランス」及ヒ「ウエストラゴット」ノ民族間ニ行ハレ先ツ西班牙ニ於テ完成シ次ニ獨逸ニ入り第十七世紀及ヒ第十八世紀ノ頃ニ於テ大ニ實際上用ヒラレタリ私法的破産主義ヲ以テ恰モ會社ノ清算ニ於ケルカ如ク債權者間ニ行フ一ノ清算手續トシ破産者アリタルトキハ債權者カ共同シテ破産者ノ財產ノ管理換價及ヒ配當ヲ爲スノ主義ナリ故ニ學者ハ之ヲ債權者自衛主義トモ曰ヘリ此論據ハ債權者ノ利害ニ關スル事項ノ整理ハ之ヲ債權者ニ放任シ裁判所ヲシテ唯之ヲ助力セシムルノミヲ以テ足レリト云フニ在リ蓋シ斯ル事項ハ債權者ノ整理スヘキ内部ノ事件ニ外ナラサレハナリトノ觀念ニ基ケリ而シテ此私法的破産主義ハ羅馬ニ於テ行ハレ先ツ伊太利ニ於テ發達シ次ニ佛國及ヒ佛法系諸國ノ承繼シタルモノナリ一般破産主義ハ商人、非商人ノ區別ナク一般破産法ニ適用シ特ニ家資分散ナル制度ヲ認メザル主義ニシテ其論據ハ商人、非商人ノ區別ハ立法上明確ナラス又商人ノ取引カ人の信用ニ基ケルヤ否ヤハ實際上之ヲ分別スルコトヲ得サルモノナリ斯ル標準ニ基キ破産ノ適用ヲ商人ノミニ限定スルハ失當ナリトノ觀念ニ基ケリ而シテ此一般破産主義ハ破産ナル觀念ト共ニ發生シ羅馬法、獨逸破産法及ヒ千八百八十三年現行英國破産法ノ認ムル所ナリ又商人的破産主義ハ破産ノ適用ヲ商人ノミニ限定シ非商人ノ破産ハ特ニ之ヲ家資分散ト爲ス主義ニシテ其論據ハ商業ハ其性質上ノ信用ニ根據シ民事取引ハ其性質上ノ信用ニ根據ス故ニ商人ハ自己ノ資產ヨリ多額ノ債務ヲ負フコトナキヲ通常ノ狀態トス隨テ破産ハ商人ニ必要アリテ非商人ハ自己ノ資產ヨリ多額ノ債務ヲ負フコトナキヲ通常ノ狀態トス隨テ破産ハ商人ニ必要アリテ非商人ニ必要ナシ非商人ニ對シテハ民事訴訟ノ強制執行ヲ以テ足レリトストノ觀念ニ基ケリ而シテ此商人的破産主義ハ中古伊太利ニ於ケル羅馬法適用ノ實際ヨリ發生シ佛國商法(四三七條)ノ完成ニ係リ白、伊等ノ

如キ佛法系諸國ノ採用シタルモノナリ斯ノ如ク獨逸ニ於テハ沿革上公法の破産主義ニ傾キタルヲ以テ第十九世紀ノ後半以來私法の破産主義殊ニ佛國破産法ノ影響ヲ被リタルニモ拘ハラズ破産法ヲ訴訟法トシ且破産カ普通民事訴訟ノ一部トシテ發達シタルヲ以テ一般の破産主義ヲ認メ破産法ヲ非商人ニモ適用シ又佛國ニ於テハ沿革上私法の破産主義ニ傾キタルヲ以テ私法タル商法中ニ破産法ヲ規定シ且商人破産主義ヲ認メタルヲ以テ破産法ヲ商人ノミニ適用シタリ我國ニ於テハ佛國破産法ニ則リ破産法ヲ商法ノ一編トシテ規定シ非商人の破産主義ヲ認メタリト雖モ(商施一三八條)破産法ノ實質ハ民事訴訟法ト同シク破産事件ニ關スル司法權行使ノ形式ヲ規定シタルモノナルヲ以テ破産法ノ性質ハ訴訟法ニ屬シ又民法上ノ法人ノ如キハ商人ニ非スト雖モ其目的ヲ達スルカ爲メニ多數ノ取引ヲ要スルモノナリヲ以テ破産ノ必要アルコト敢テ商人ニ讓ラサルナリ隨テ商人破産主義ハ理論上其當ヲ失スルモノナリ故ニ我破産法案ハ主トシテ獨逸破産法ニ則リ破産法ヲ單行獨立ノ法典トシ且其適用ヲ非商人ニ擴張シ同時ニ家資分散法ヲ廢止シタリ(破案一三二條、三六〇條)

(三) 破産ノ内容 破産法規ノ内容ヲ大別シテ實體規定ト手續規定ト爲スハ學理上當然ナル分類ニシテ且實際ノ便宜ニ適シタル編纂方法ナリ故ニ獨、奧、丁等ノ諸國ノ破産法ハ立法上斯ル分類ヲ採用シタリ我現行破産法ハ佛法系諸國ノ立法例ニ依リタルヲ以テ立法上斯ル分類ヲ是認セスト雖モ破産法規ノ内容ハ實體規定及ヒ手續規定ニ依リテ成レルモノタルニ過キス故ニ我破産法案ハ斯ル分類ヲ是認シ實體規定ト手續規定トヲ設ケ以テ學理ト實際ト便宜トニ適スルコトヲ努メタリ實體規定ハ如何ナル債權(破産債權)ヲ有スル者カ債務者ニ屬スル如何ナル財產(破産財團)ニ對シ破産の執行ヲ爲スコトヲ得ルヤ又破産手續ノ開始ハ其之ニ關スル破産者、破産債權者其他利害關係人ノ法律關係ニ如何ナル效力破

産ノ效力)ヲ有スルヤノ問題ヲ確定スルコトヲ目的トシ手續規定ハ之ニ反シテ如何ナル機關(破産機關)カ如何ナル債權者ノ爲メニ(破産債權者)如何ナル債務者ニ對シ(破産者)如何ナル手續ヲ進行スルヤ(破産手續ノ進行)ノ問題ヲ確定スルコトヲ目的トス罰則規定及ヒ支拂猶豫カ破産法中ニ存スルハ後述ノ如ク立法上ノ便宜ニ出テタルモノナリ而シテ先ツ破産ノ概念ヲ知り次ニ破産法規ノ内容ヲ知ルハ攻學上當然ナル順序ナリ仍テ左ノ如キ綱目ニ則リ破産法ヲ略述スヘシ

第一編 總論

第一章 破産ノ性質

第二章 破産法ノ性質

第三章 破産法ト他ノ法律トノ關係

第二編 實體規定

第一章 破産債權

第二章 破産財團

第三章 破産ノ效果

第三編 手續規定

第一章 破産機關

第二章 破産當事者

第三章 破産手續ノ進行

附言

第一章 破産調則
第二章 支拂猶豫

第一編 總論

第一章 破産ノ性質

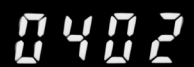
破産ハ債務者ノ總財産ヲ以テ其財産上ニ満足ヲ求ムヘキ權利ヲ有スル總債權者ニ平等ナル満足ヲ得セシムルカ爲メニ開始スル訴訟手續即チ一般の強制執行ナリ左ニ之ヲ分説スヘシ

(一) 訴訟手續 破産カ訴訟事件手續ナルヤハ非訟事件手續ナルヤハ頗ル困難ナル問題ニシテ獨逸法學者ノ大ニ論争スル所ナリ我國ニ於テハ明治二十三年法律第六六號商事非訟事件印紙法ト題スル法律中ニ破産ニ關スル法條アルヲ以テ文理解釋上破産ヲ非訟事件手續ニ屬スト論結スルコトヲ得サルニ非スト雖モ予輩ハ論理解釋上現行法及ヒ破産法案ニ於ケル破産ヲ訴訟事件手續ニ屬スト論結スルコトヲ正當ト認ム元來訴訟事件手續ト非訟事件手續トヲ區別スルノ標準ニ關スル學說ハ極メテ多シト雖モ專ラ手續ノ形式ヲ標準トシ裁判所カ私權ノ確定及ヒ其強制執行ノ爲メニ國家ノ權力ヲ行使スル手續カ訴訟事件手續ニシテ裁判所カ私權ノ形式ニ依ラスシテ爲ス手續カ非訟事件手續ナリト主張スルモノヲ最モ正當ナリトス故ニ此標準ニ從ヘハ斯ル形式ニ依レル裁判所ノ職權カ訴訟事件ニシテ斯ル形式ヲ規定シタル手續カ訴訟事件手續(民事訴訟)ナリト謂ハサルヲ得ス而シテ破産手續ニ於テハ私權ハ主トシテ之ヲ債權調査ノ方法ヲ以テ確定シ此確定ハ判決ノ形式ヲ有セシテ判決ノ效力ヲ有シ又此確定シタル私權ハ之ヲ裁判所ニ依リテ強制的ニ執行スルコトヲ得且此執行ハ債權者カ平等ナル満足ヲ享有スルノ必要上

其債權ヲ金錢債權トシテ主張スルモノナルヲ以テ民事訴訟法ニ規定シタル金錢債權ノ強制執行ト其基礎ヲ同シス唯破産手續ハ證書訴訟、爲替訴訟、督促手續、人事訴訟手續、假差押、假處分手續等ト同シク民事訴訟ノ普通訴訟手續ニ對スル特別手續ニシテ又破産の執行ハ破産宣告ノ當時ニ於テ破産者ニ對シ債權ヲ有スル權利者ノ爲メニ破産者ノ有スル總財産上ニ行ハルル一般の強制執行ニシテ民事訴訟法ニ規定シタル強制執行ニ於ケルカ如ク債權者一箇人ノ爲メニ債務者ノ有スル各別ノ財産上ニ行ハルル各別の強制的執行ニ非サルノミ、斯ノ如ク破産ハ訴訟事件手續タルノ要素ヲ具備スルヲ以テ破産事件ハ訴訟事件ニシテ破産手續ハ民事訴訟ノ一種ナリト論結スルハ當然ニシテ又正當ナリ是レ破産ハ訴訟手續ナリト云フ所以ナリ

(二) 債權者及ヒ債務者 破産ノ本質ハ債權者ノ財産不足ヨリ生スル損失ヲ總債權者ニ分擔セシメ以テ損失分擔主義ヲ實行スルニ在ルヲ以テ破産關係ノ成立ニ關シテハ破産手續ニ依リテ平等ナル満足ヲ受ケル債權者ト財産上ニ破産手續ヲ開始セラルル債權者トアルハ當然ナリ而シテ前者ハ之ヲ破産債權者ト有スル債權者即チ破産債權者ト稱シ又後者ハ之ヲ破産債務者即チ破産者ト稱シ以テ他ノ債權者及ヒ債務者ト區別セリ蓋シ破産手續ニ依リテ平等ナル満足ヲ受ケル債權者及ヒ財産上ニ破産手續ヲ開始セラルル債權者ハ民法上ノ債權者及ヒ債務者ト其範圍ヲ同一ニセサルヲ以テナリ尙ホ詳細ハ第三編第二章ノ說明ニ讓ルヘシ

(三) 平等ノ満足 破産ノ本質ハ利益配當主義ノ實行ニ存スルヲ以テ破産ハ各債權ヲ完済スルニ不足ナリト推測セラルヘキ債務者ノ財産即チ破産財團ヲ以テ各債權者ニ平等ナル満足即チ各債權額ノ割合ニ應スル金錢の満足ヲ得セシムルコトヲ目的トスルヤ疑ヲ容レズ而シテ債務者ノ財産カ各債權ヲ完済ス



ルニ十分ナル場合ニ於テハ債權者ハ民事訴訟法ノ強制執行ニ依ルヲ以テ足り敢テ破産手續ニ依ルノ必要ナク又債務者ノ財産カ各債務ヲ完済スルニ十分ナルヤ否ヤハ債務者ノ財産ト負債トヲ正確ニ計算シタル後ニ非サレハ之ヲ確知スルコト能ハサルモノナリ故ニ破産手續ノ開始ニハ債務者ノ財産カ各債務ヲ完済スルニ十分ナリトノ推測ヲ以テ足レリト爲ササルヘカラス

第二章 破産法ノ性質

破産法ハ破産關係及ヒ其手續ヲ規定シタル法規ノ全體ニシテ公法ノ一部分タリ(1)破産ハ民事訴訟ノ一種ナリ民事訴訟ハ其外部ノ觀察ニ從ヘハ手續即チ互ニ關聯セル多數ノ行爲ニシテ又其内部ノ觀察ニ從ヘルカ爲メニ公ノ機關即チ裁判所及ヒ一私人即チ破産當事者ノ共同ノ動作ニ成立スル手續ニシテ又裁判所及ヒ當事者間ニ成立スル法律關係(三面的法律關係)ナリ例ヘハ破産當事者ハ裁判所ニ對シ破産的法律保護ノ請求權ヲ有シ又破産債權者ハ破産手續中破産手續ニ依ラスシテ其權利ヲ行使セサルノ義務ヲ負フカ如シ但破産法ノ内容ニハ實體規定及ヒ手續規定ノ二者アリ蓋シ此兩者ハ孰レモ密接ノ關係ヲ有シ嚴格ニ之ヲ分割スルコト能ハサルハナリ然レトモ之カ爲メニ破産法ハ破産手續ニ關スル法規タルノ性質ヲ失フモノニ非ス何トナレハ破産ノ實體規定ハ破産手續開始ノ前提要件ヲ規定シ又破産宣告ニ因リテ生ズル債權者、債務者其他利害關係人ニ對スル法律關係ニ關スル效力ヲ規定シタルモノナレハナリ是レ破産法ハ破産關係及ヒ其手續ヲ規定シタル法規ノ全體ナリト云フ所以ナリ(2)破産ハ民事訴訟ノ一種ナルコト前述シタル所ナリ故ニ破産法ハ一ノ訴訟法ニシテ又民、刑事訴訟法ト同シク司法權行

使ノ形式ヲ規定シタル法規ナリ是レ破産法ハ公法ノ一部分ナリト云フ所以ナリ此ノ如ク破産法ハ訴訟法ナルヲ以テ人、處及ヒ時ニ關シ左ノ效力ヲ生ズ

(一) 人ニ關スル效力 破産法ハ民事訴訟法ト同シク我帝國ノ司法權ニ服從スヘキ帝國ノ臣民及ヒ外國人即チ日本ノ國籍ヲ有セサル人民ニ對シ適用アリ是ヲ以テ(1)破産法ハ我帝國ノ君主ニ對シテ行ハルモノニ非ス何トナレハ我帝國ノ君主ハ憲法上ノ形式ニ依ラサル行爲ニ付キ臣民ト爲ルモノニ非サルヲ以テ我帝國ノ臣民及ヒ外國人ニ對シテ行ハルヘキ司法權ノ下ニ立ツヘキモノニ非サレハナリ(2)外國ノ君主、公使及ヒ其家族等ハ我破産法ノ適用ニ依リ破産宣告ヲ受タルコトナシ何トナレハ該君主、公使及ヒ家族等ハ國際公法上ノ特權ニ依リ被告若クハ債權者トシテ我司法權ノ下ニ立ツヘキモノニ非サレハナリ然レトモ該君主、公使及ヒ家族等ハ債權者トシテ內國ニ於テ訴訟行爲ヲ爲ス場合ニ於テハ國際公法上何等ノ特權ナキヲ以テ通常ノ外國人タル債權者ノ資格ニ於テ內國ノ訴訟法ニ依ルヘキヲ當然ナリトス隨テ內國ノ破産法ニ依ルニ非サレハ內國ニ於テ開始シタル破産ニ關シ債權者タルノ權利ヲ行フコト能ハサルモノト謂フヘシ(3)外國人タル債務者ハ內國人タル債務者ト同シク內國ニ於テ破産宣告ヲ受タルモノニシテ又自ら破産宣告ヲ求ムル旨ノ申立及ヒ協議契約(強制和議)提供等ヲ爲スコトヲ得ヘキモノナリ蓋シ破産法ハ前述ノ如ク訴訟法ニシテ人ノ身分及ヒ能力ニ關スル法規ニ非サルヲ以テ又內國人タルカ爲メニ內國ニ於テ破産宣告ヲ受タルハ毫モ理由ナキヲ以テナリ(4)外國人タル權利者ハ原則トシテ外國人若クハ內國人ノ財産ニ付キ內國ニ於テ開始セル破産ニ關シ原則トシテ內國人ト同一ノ權利ヲ有ス故ニ外國人ハ破産債權者、別除權者、取戻權者及ヒ財團債權者トシテ內國人ヨリ不利益ノ取扱ヲ受タルコトナシ隨テ內國人ト同シク權利ヲ行使シ又制限ヲ受タルモノナリ殊ニ破産債權者トシテ保

證ヲ立ツル義務ヲ負フコトナクシテ破産宣告ヲ求ムル申立ヲ爲シ(獨逸ノ「コレル」氏ハ外國人タル債權者ハ訴訟上ノ保證ヲ立ツルコトナクシテ破産宣告ヲ求ムル旨ノ申立ヲ爲スコトヲ得ト主張シ其理由トシテ該申立ノ適否ハ破産裁判所カ調査スル所ナルヲ以テ申立權濫用ノ虞ナシ隨テ訴訟上ノ保證ヲ立テシムルノ必要ナシト云フニ似タリ)抗告ヲ爲シ議決權ヲ行使シ又破産法案第八條第三二五條第一項(九八七條)ニ規定シタルカ如キ制限ヲ受ク是レ蓋シ外國人タル債權者ハ其權利ノ執行ニ付キ内國人タル債權者ト同一ノ取扱ヲ受クルモノナルヲ以テ破産關係ニ於テモ亦内國人ト同一ノ取扱ヲ受クルヲ當然ナリトスルノミナラス内國人ニ開始セル破産ニ關シ内國人ト同一ノ權利ヲ有スル法則ハ唯破産法ハ取引ノ發達ニ害アルヲ以テナリ但外國人カ破産者ニ對シ破産宣告ノ當時ニ於テ有スルノ實體規定及ヒ手續規定ニ關スルノミナルヲ以テ外國人カ破産者ニ對シ破産宣告ノ成立、順位等ニ關スル問題ハ何債權ハ訴求スルコトヲ得ヘキモノナルヤ否ヤ外國人ノ有スル別除權ノ成立、順位等ニ關スル問題ハ何レモ國際私法ノ原則ニ依リテ之ヲ定メ(前者ハ主トシテ債權成立地法ニ又後者ハ主トシテ目的物所在地法ニ依リテ之ヲ定ム)又外國人カ届出債權ノ確定、別除權ノ確認等ヲ目的トスル訴訟ノ如キ破産手續ニ依ラスシテ爲ス訴訟ニ關シテハ我民事訴訟法(民訴八八條、九二條)ニ依リ訴訟上ノ保證ヲ立ツルノ義務訴訟上ノ救助ヲ求ムルノ權利アルヤ否ヤヲ定ム然レトモ例外トシテ外國人所屬ノ本國法ニ於テ同一ノ場合ニ自國ノ人民ト同一ノ權利ヲ日本人ニ認メサルトキハ該外國人ハ本邦ニ於テ日本人ト同一ノ權利ヲ有スルコトヲ得ス(破産二條、塊破五二條、句破七一條、普破三條)故ニ該外國人ハ内國人ト同一ノ權利ヲ其權利ヲ内國ニ於テ開始セル破産ニ於テ主張スルコトヲ得ス是レ蓋シ相互主義ニ依ラサル外國即チ内外人ヲ同等視セサル外國ヲシテ之ヲ同等視セシムルカ爲メニ行フ報復(Revenge)ニ外ナラサレハナ

リ而シテ外國人カ斯ル例外法ノ適用ヲ受クヘキモノナルヤ否ヤハ公益ニ關スル事項ナルヲ以テ裁判所カ職權ヲ以テ之ヲ調査セサルヘカラス該法則ハ條約又ハ命令ニ於テ別段ノ規定アル場合ニ之ヲ適用セス(破産四條、塊破五一條)何トナレハ該法則ハ條約又ハ命令ニ於テ別段ノ規定ヲ設クルコトヲ妨クルモノニ非サレハナリ以上(3)及ヒ(4)ニ於テ説明シタル事項ハ國際法學上之ヲ破産ニ關スル當事者ノ國籍問題ト謂フ

(二) 處ニ關スル効力。 狹義ノ涉外的破産法ハ一ノ破産手續ニ付キ内外國法カ互ニ衝突スル場合ニ於テ何レノ國法ニ依ルヘキカラ定ムルコトヲ目的トス此目的ニ基キタル法律上ノ論結ヲ處ニ關スル破産法ノ效力ト謂フ抑モ獨立國ニ於テハ二箇ノ權力ヲ認メサルヲ以テ我帝國ノ權力ノ一作用タル司法權ハ其力ヲ我帝國ノ領域内ニ止ムルヲ通例トシ國際條約又ハ外國法ノ認容ニ因リ外國ニ行ハルルヲ例外トス又外國ノ權力ハ國際條約又ハ我國法ノ認容ニ因ルニ非サレハ我帝國内ニ於テ何等ノ效力ナシ故ニ國家ノ權力ノ作用タル執行權ヲ必要トスル權利ノ執行ハ裁判所所在地ノ法律ニ依リテ行ハレ又執行ニ關スル訴訟行為ノ訴訟的及ヒ民法的効力亦該法律ニ依リテ定マルモノナリ然レトモ執行手續ニ於テ私法上ノ權利ノ當否ヲ確定スルノ必要ヲ生シタルトキハ涉外的私法ノ原則ニ依リテ之ヲ定メ訴訟ニ依リテ之ヲ定ムヘキモノニ非サルコト恰モ涉外的關係ニ非サル場合ニ於テ私法ニ依リテ之ヲ定メ訴訟ニ同シ而シテ破産ハ一ノ訴訟手續ナルコト前述ノ如シ故ニ狹義ノ涉外的破産法ハ斯ル法則ニ外ナラスシテ又内外ノ法規ノ適用ニ關スル種種ノ問題ハ斯ル法則ノ適用ニ依リテ定マルモノト謂フヘシ是ヲ以テ破産ニ關スル行為ノ形式(申立、届出等)及ヒ其効力、破産財團ノ範圍(破産宣告ノ當時ニ現存スル債務者ノ財産ニ限ルヤ否ヤ)破産債權ノ主張ノ範圍(債權者ハ其各連帶債務者ノ破産ニ於テ債權全額ニ付キ又期限附

若クハ條件附債權者ハ金錢債權ニ換フルコトヲ得ル限度ニ於テ破産手續ニ參加スルコトヲ得ルヤ否
 ヤ)別除權ノ有無、種類及ヒ其範圍、財團債權ノ有無、種類及ヒ其範圍並ニ破産手續ノ終局方法等ハ何レ
 モ破産裁判所所在地ノ法律ニ依リテ定マリ(破産手續ニ於テ主張シタル權利ノ性質)私法上ノ權利即チ
 物權、債權)其效力ノ有無、其範圍、其取得方法(意思表示ノミヲ以テ取得スルヤ引渡ヲ要スルヤ其消滅
 其他質權、抵當權等ノ如キ優先權ノ效力、順位等ハ何レモ涉外的私法ノ原則ニ依リテ定マルモノナリ但内
 國ニ於テ外國力認メタル特種ノ優先權ノ主張ヲ許サス又ハ特定ノ制限ノ下ニ於テ之カ主張ヲ許ス旨ノ
 規定ヲ設クルコトヲ妨ケスル規定ハ公益ニ基クテ禁止法ナルヲ以テ之ニ反スル優先權ハ縱令外國ニ於
 テ有效ニ成立シタルモノト雖モ我國ニ於テハ其效力ヲ有セサルモノト謂ハサルヘカラス例ヘハ我國法
 ニ於テハ動産ノ抵當權ハ船舶ヲ目的トスルモノヲ除ク外(商六八六條)信用ニ害アル制度トシテ之ヲ採
 用セズ隨テ執行ヲ爲スニ際シ之ヲ斟酌セサルモノナルヲ以テ外國ニ於テ有效ニ成立シタル場合ト雖モ
 目的物カ内國ニ存在スルニ至リタルトキハ破産債權者ニ對シ其效力ヲ有セサルカ如シ履行完結前ノ雙
 務契約(九九二條、破案五九條以下)取戻權(商一〇一五條、破案七四條)以下及ヒ否認權(九九〇條乃至
 九九六條、破案八五條以下)ニ關シ互ニ衝突セル内外法規ヲ孰レヲ適用スヘキヤノ問題ハ甚タ煩雜ニ涉
 ルヲ以テ是等ノ事項ヲ説明シタル後ニ說明スルヲ極メテ適當ナリトス仍テ茲ニ省略ス
 (三) 時ニ關スル效力 新法ヲ以テ舊法ヲ改正スルニ際シテハ施行法若クハ附則ヲ設ケテ時ニ關スル效
 力即チ法規ノ經過ニ關スル問題ヲ確定スルヲ通常ノ立法手續ナリトス故ニ民法、商法ハ施行法ヲ、又破
 産法案ハ附則ヲ設ケ新舊法ノ經過問題ヲ確定シテ破産關係ハ前述ノ如ク一ノ訴訟關係ナリ故ニ法規
 ノ變更ニ際シテハ民事訴訟ニ於ケルト同シク新法ヲ其施行ノ當時未タ完結セサル事件ニ適用シ以テ之

ヲ完結セシムルコトヲ當然ノ法則ナリトス何トナレハ裁判所ハ廢止セラレタル舊法ヲ適用シ裁判權ヲ
 行使スルコトヲ得サレハナリ(民事訴訟一條以下)破産法案第三六六條第一項ハ斯ル原則ヲ是認シタルモ
 ノナリ然レトモ斯ル法則ノ嚴格ナル適用ハ頗ル困難ナル問題ヲ惹起シ實際上其當ヲ得サルコトアリ故
 ニ新法施行前ニ繫屬セル事件ハ新法施行後ト雖モ仍ホ舊法ノ規定ニ依リテ之ヲ完結セシムルコトアリ獨
 逸破産法施行法第五條、破産法案第三三四條第一項、第三六六條第二項ハ斯ル法則ヲ是認シタルモノナ
 リ又新法施行前ニ繫屬セル事件ハ新法施行後之ヲ消滅セシムルコトアリ破産法案第三六四條第二項ハ
 斯ル法則ヲ是認シタルモノナリ

第三章 破産法ト他ノ諸法律トノ關係

破産ノ宣告ハ社會的信用ノ失墜ヲ來シ財産ノ管理及ヒ處分ノ權能ヲ喪失シ清算ノ必要ヲ惹起スルモノ
 ナルヲ以テ破産法ハ他ノ諸法律ト大ナル關係ヲ有ス(民六八條、一一一條、一二七條、四六〇條、六七九
 條、九〇八條、九〇九條、一一一條、商七四條、一〇五條、二二二條、四〇五條、四〇六條、民訴一七九條、
 貴族院令一〇條、衆議院議員選舉法二一條、取引所法二一條)等而シテ特ニ注意スヘキコトハ破産法ト
 裁判所構成法、民事訴訟法及ヒ家資分散法トノ關係是ナリ

(一) 破産法ト裁判所構成法トノ關係 破産法ヲ補充スル法律ハ裁判所構成法及ヒ民事訴訟法等ナリ破
 産ハ民事事件ナリ(裁構二條)故ニ裁判所構成法ノ規定ハ其内容ニ從ヒ刑事若クハ破産以外ノ民事ニ特
 別ナルモノヲ除クノ外破産手續ニ適用アルヤ言ヲ俟タス(裁構一〇條、一〇三條乃至一一八條、一三一
 條乃至一三三條等)而シテ裁判所構成法第二八條ハ地方裁判所カ破産事件ニ付キ裁判權ヲ有スル旨ヲ

規定シ以テ破産事件ノ事物ノ管轄ヲ定メタリ然レトモ破産法案ニ於テハ破産事件ハ強制執行ト同シク
區裁判所ノ管轄ニ專屬セシムルコト正當ナリト認メタルヲ以テ(民訴五四三條、五三三條)第一〇二條
ニ於テ其旨ヲ明カニシ同時ニ裁判所構成法第二八條ヲ削除シタリ(破案三六一條)

(二) 破産法ト民事訴訟法トノ關係 民事訴訟法ハ破産法ヲ補充スルノ法律ナリ通常訴訟手續ニ關スル
民事訴訟法ノ規定ハ特別ノ明文ナキ限ハ特別訴訟手續ニ準用セラルルヲ當然ナリス破産手續ハ證書
訴訟手續、假差押及ヒ假處分手續ト同シク民事訴訟中ノ特別訴訟手續ニモ屬スルモノナルヲ以テ特別
ノ明文ナキ限ハ破産手續ニ準用ス(破案ハ現行法九九九條ノ如ク土地ノ管轄ニ付キ二箇ノ裁判所アル
條ノ規定ハ之ヲ破産手續ニ準用ス(破案ハ現行法九九九條ノ如ク土地ノ管轄ニ付キ二箇ノ裁判所アル
主義ヲ認メタルヲ以テ破産ノ解釋トシテハ民訴二五條ノ準用ナカルヘシ)(破案一〇二條乃至一〇四
條)(2)裁判所職員ノ除斥及ヒ忌避ニ關スル民事訴訟法第三二條乃至第四一條ノ規定ハ之ヲ破産手續ニ
準用ス而シテ破産手續ニ關シ利害關係ヲ有スル者殊ニ破産者及ヒ破産債權者ハ民事訴訟法第三二條及
ヒ第四〇條ニ從テ裁判ヲ爲ササルヘカラス(3)當事者能力、訴訟能力及ヒ破産債權者ハ民事訴訟法第三二條及
用及ヒ訴訟上ノ救助ニ關スル民事訴訟法ノ規定ハ之ヲ破産手續ニ準用ス故ニ破産裁判所ハ職權ヲ以テ
訴訟無能力者又ハ適法ニ代理スルノ權限ナキ訴訟行為ヲ無効ナリトシテ取扱フコトヲ要シ又欠缺補正
ノ條件ヲ以テ假ニ訴訟ヲ爲スヲ許スコトヲ得(民訴四五條)破産手續ニ參加スルコトヲ得ル各利害關係
人ハ民事訴訟法第四八條ニ規定セル前提要件ノ存スルトキニ限り破産手續ニ於ケル共同ノ訴訟行為ヲ
爲スコトヲ得、破産裁判所ハ職權ヲ以テ訴訟代理ノ欠缺ヲ調査スルコトヲ要ス又委任ナク又ハ適式ノ

委任(民訴六四條)ナクシテ代理人トシテ訴訟行為ヲ爲ス者ニ對シ假ニ訴訟ヲ爲スコトヲ得(民
訴七〇條)裁判所カ破産手續費用ニ屬セサル費用ヲ生スヘキ各箇ノ訴訟行為ニ付キ裁判ヲ爲シタル場
合ニ於テハ敗訴者ハ訴訟費用ヲ負擔シ若シ相手方アルトキハ之ニ必要ナル訴訟費用ヲ賠償セサルヘカ
ラス(民訴七二條、八三條)其他破産裁判所ハ各利害關係人ニ訴訟上ノ救助ヲ付與スルコトヲ得但破産
者ニ對シテハ唯各訴訟行為ノ爲メニ之ヲ付與スルコトヲ得(4)口頭辯論ニ關スル民事訴訟法ノ規定
殊ニ訴訟ノ指揮、法廷ノ規律及ヒ辯論ノ調書ニ關スル規定(民訴一〇九條乃至一一七條、一二四條乃至
一三四條)ハ破産手續ニ之ヲ準用ス元來破産手續ニ於ケル口頭辯論ハ任意の口頭辯論ニシテ必要の口
頭辯論(民訴一〇三條)ニ非ス蓋シ破産裁判所ハ判決裁判所ニ非サルヲ以テナリ故ニ破産手續ニ於テ爲
ス裁判ノ形式ハ決定若クハ命令ニシテ判決ニ非ス隨テ判決ニ關スル民事訴訟法ノ規定殊ニ故障、上告、
控訴及ヒ再審ニ關スル規定其他辯論ノ公開ニ關スル規定(憲五九條)ハ之ヲ破産手續ニ準用スルコトナ
ク又必要の口頭辯論ニ特別ナル規定ハ之ヲ破産手續ニ準用スルコトナシ然レトモ破産手續ニ於ケル口
頭辯論ト雖モ判決裁判所ニ於ケル必要の口頭辯論ト同シク辯論期日以外ニ於テ裁判所ニ書面上ノ意思
ヲ表示スルニ依リ訴訟行為ヲ成立セシメサルモノ換言スレハ裁判上ノ指揮及ヒ監督ノ下ニ於テ行ハル
ヘキ手續ニ外ナラサルヲ以テ必要の口頭辯論ニ特別ナラサル規定ハ任意の口頭辯論ニモ其準用アリト
謂ハサルヲ得(5)送達(商施二〇條、商施一四七條、破案一〇八條)呼出、期日、期間(民訴一五九條乃至
一七一條)懈怠ノ結果及ヒ原狀回復(民訴一七三條乃至一七七條)ニ關スル民事訴訟法ノ規定ハ破産手
續ニ之ヲ準用ス殊ニ後者ニ關スル規定ハ破産手續ニ於ケル即時抗告ノ不變期間ヲ懈怠シタル場合ニ於
テ其適用アリ(破案一〇九條、商施一三八條二項、商九八三條)然レトモ中斷及ヒ中止ニ關スル規定(民

0406

訴一七八條乃至一八九條)ハ訴ノ手續ニ特別ナルモノナルヲ以テ破産手續ニ適用ナク又破産者ノ死亡ハ其生前ニ於テ既ニ開始アリタル破産手續中止スルモノニ非ス(民訴五五二條)(6)判決前手續及ヒ判決ニ關スル民事訴訟法ノ規定中民事訴訟法第一九五條第一號ノ規定ハ破産手續ニ準用セラレ既ニ開始シタル破産手續ノ終局以前ニ於テ同一破産財團ニ付キ更ニ破産手續ヲ開始セラルルコトナシ但破産裁判所ハ權利拘束ノ抗辯ヲ俟ツコトナク職權ヲ以テ破産手續ノ緊屬ヲ調査セサルヘカラス民事訴訟法第一九五條第二號ノ規定ハ破産手續ニ準用セラレ破産手續開始ノ申立以後ニ於テ生シタル管轄ヲ定ムル事情ノ變更ハ破産裁判所ノ管轄ニ影響スル所ナシ民事訴訟法第二二〇條第二四條(同條ニ於ケル當事者ハ破産手續ニ於テハ利害關係人タルヘシ)第二三二條第二三三條第二四五條破産裁判所カ口頭辯論ニ基キテ爲ス決定ニ關シ及ヒ同第二四一條ノ規定ハ當然破産手續ニ準用アリ然レトモ其他ノ規定殊ニ關席判決ニ關スル民事訴訟法ノ規定ハ破産手續ニ準用ナカルヘシ蓋シ破産裁判所ニ於ケル手續ハ破産債權ノ確定手續ヲ除ク外訴及ヒ判決ニ關スルモノナケレハナリ(7)證據調ノ總則、人證、鑑定、書證、檢證及ヒ本人訊問ニ關スル民事訴訟法ノ規定竝ニ即時抗告ニ關スル民事訴訟法ノ規定ハ之ヲ破産手續ニ準用ス但破産法案第一一九條ニ於テハ獨逸破産法第七四條同シク抗告裁判所ノ決定ハ確定ノ後ニ非サレハ其效力ヲ生セサル旨ヲ規定シ民事訴訟法ノ是認シタル法則ト反對ノ法則ヲ是認シタリ(8)破産の強制執行ハ數多ノ點ニ於テ民事訴訟法ノ強制執行ト異ナルヲ以テ後者ニ關スル規定カ前者ニ準用セララルコト甚ダシ民事訴訟法第四九八條ノ規定ハ破産裁判所ノ裁判ノ形式の確定ニ關シテ之ヲ準用ス民事訴訟法第五四四條ハ破産者若クハ第三者カ管財人若クハ其委任ニ基キ執達吏ノ爲シタル強制執行ノ方法ニ關シ爲シタル申立及ヒ異議其他執達吏カ管財人ノ執行委任ヲ受クルコトヲ拒ミ若クハ委

任ニ從ヒ執行行爲ヲ實施スルコトヲ拒ミ又ハ執達吏ノ計算シタル手數料ニ付キ管財人ノ爲シタル異議ニ付キテ之ヲ準用シ破産裁判所カ執行裁判所トシテ該異議ニ付キ裁判ヲ爲ス其他民事訴訟法第五五五條乃至第五七七條、第五六七條、第五七〇條、第六一八條、第六二二五條(商一〇〇一條)第五七〇條乃至第五八五條、第六一三條、第六一五條、第六一六條、第七三〇條、第七三二條ハ何レモ之ヲ破産手續ニ準用ス假差押ニ關スル民事訴訟法ノ規定ハ破産の執行ヲ保全スルカ爲メニ之ヲ破産手續ニ準用スルコトヲ得ヘシ獨逸ニ於テ我破産法案第一五五條ニ該當スル獨逸破産法第一〇六條ノ解釋トシテ同條ニ規定セル保全處分ニ付キ假差押及ヒ假處分ノ規定ノ準用アルヤ否ヤニ關シ學者ノ見解二派ニ岐レタリ(9)ゾキフエルド氏ハ消極的ニ又ハボセルト「ベールラゼン」氏等ノ多數ノ學者ハ積極的ニ論結シタリ我破産法案ノ解釋トシテハ予輩ハ積極的ニ論結スルヲ正當ト信ス蓋シ該法案ニ所謂保全處分ハ假差押及ヒ假處分トシテ執行ノ保全ヲ目的トスレハナリ唯假差押及ヒ假處分ニ特別ナル多數ノ規定殊ニ債務者カ保證ヲ立テタル事由ニ依リテ假差押ヲ取消スヘキ旨ノ法則ノ如キモノノ適用ナキノミ

(三) 破産法ト家資分散法トノ關係 我國ニ於テハ現行破産法ハ前述ノ如ク商人の破産主義ヲ認メタルヲ以テ尙ホ家資分散法ノ必要ヲ見ル(明治二十三年法律第六〇號)家資分散トハ民事訴訟法ノ強制執行處分ニ依リ無實力ヲ推定セシムル債務者ノ状態ニシテ裁判上公認セララルモノニ外ナラス(家資分散法一條)家資分散ハ無實力即チ債務者ノ債務額カ資產額ヲ超過シタル状態ニ非スシテ債務者ノ無實力ヲ推定セシムル状態ナリ抑モ人ノ財產ノ有無ハ容易ニ之ヲ知ルコト能ハサルモノナルヲ以テ正確ナル無實力ノ證明ハ殆ト之ヲ舉クルコトヲ得ス故ニ家資分散ヲ以テ無實力ナリト解セハ家資分散ノ申立ヲ爲ス債權者ニ對シテ事實上殆ト舉クルコトヲ得サルノ證明ヲ強フルニ至リ家資分散法カ實際上其

適用ナキ法文ト爲ルニ終ルヘケレハナリ隨テ家資分散ニ關シテハ無資力ノ推定ヲ以テ足レリト爲ササルヘカラス是レ家資分散ハ無資力ヲ推定セシムル債務者ノ狀態ナリト謂フ所以ナリ。家資分散ノ宣告ヲ受クル者ハ非商人ニ限ルモノニ非ス何トナレハ強制執行ハ商人ニ對シテモ之ヲ行フコトヲ得レハナリ故ニ商人ニ對シテハ家資分散法及ヒ破産法ノ適用アリト謂ハサルヲ得ス是レ家資分散ハ無資力ヲ推定セシムル債務者ノ狀態ナリト謂フ所以ナリ。債務者ノ無資力ヲ推定スルニハ或事實ニ依ルコトヲ要スルヤ言フ俟タス而シテ金錢債權ノ強制執行ノ目的ヲ達セザリシ事實ハ債務者ノ無資力ヲ推定セシムルニ最モ適當ナル事實ナリ又債務者ノ無資力ノ推定ニハ其適當ナルコトヲ期スルカ爲メニ裁判上ノ公認ヲ要スルヤ疑ヲ容レズ其公認ノ形式ハ決定ナリ故ニ家資分散ハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ宣告スルコトヲ得是レ家資分散ハ強制執行ノ處分ニ依リ裁判上公認セラレタルモノト謂フ所以ナリ是ヲ以テ家資分散ハ破産ト異ニシテ商人及ヒ非商人ニ對シテ之ヲ宣告スルコトヲ得。各別ノ強制執行ノ結果ニ附帶シテ發生スルモノニシテ一般ノ強制執行ニ非サルヲ以テ債權者、債務者其他ノ利害關係人ニ對シ破産ノ效力ノ如キ效力ヲ生スルコトナク(3)破産ト罰則ヲ同シウセス(商一〇五〇條、明治二十三年法律第一〇一號、刑三八八條、三八九條)唯二者共ニ其宣告ノ手續ヲ同シウシ公權喪失ノ效力ヲ同シウシ又復權ノ手續ヲ同シウス(家資分散法一條乃至四條)ルノミ但我民法ハ一般ノ破産主義ヲ前提シテ破産ニ關スル規定ヲ設ケタルヲ以テ家資分散ヲ民事ニ付テノ破産ナリト稱シ(民法一條)民法ノ適用ヲ全カラシメタリ之ニ反シテ破産法案ハ民法ノ前提タル一般ノ破産主義ヲ認メタルヲ以テ家資分散ヲ廢止シ(破案三二六〇條)又其結果トシテ不必要ニ歸スヘキ民法施行法第二條、第三條、刑法第三八八條、第三八九條ヲ削除シタリ(破案三六一條)但家資分散ノ宣告ヲ受ケタル者ニ對シテハ身代限ノ處分ヲ受ケ未タ

其債務ヲ完済セサル者ニ對スルト同シク破産者ニ關スル規定ヲ準用シ從前ノ法律關係ヲ新法施行後ニ維持スルコトヲ正當トシ(民九〇八條、九〇九條、一一一條、民施二條三條)又新法施行前ニ刑法第三八八條又ハ第三八九條ノ罪ヲ犯シタル者ニ對シテハ該法條ト新法ニ規定セル罰則トヲ比較シ輕キニ從テ處斷スルヲ刑法ノ原則トス(刑三條)其他家資分散ノ宣告ヲ受ケタル者ハ身代限ノ處分ヲ受ケタル者ト同シク新法施行後其新法ノ規定ニ依リ現行法ヲ適用スルハ手續法ノ原則ナリ(記錄ノ現存スル裁判所該裁判所ハ記錄ニ基キ調査ヲ爲スノ便利ヲ有ス)ニ對シ復權ノ申立ヲ爲スコトヲ得セシムルヲ正當トス(家資分散法四條二項)仍テ破産法案ニ於テ此等ノ事項ニ關スル規定ヲ設ケタリ(破案三六二條二項三六五條、三六六條一項)

第二編 實體規定

第一章 破産債權

破産手續ハ其手續開始ノ當時ニ於テ債務者ニ對シ其財産上ニ満足ヲ受クヘキ權利ヲ有スル者ニ平等ナル満足ヲ得セシムルコトヲ目的トス而シテ斯ル満足ヲ受クヘキ權利ヲ破産債權ト稱ス故ニ破産關係ニ於テハ破産債權アルヲ當然ナリトス左ニ之カ性質、多數當事者ノ債權、物上擔保アル債權及ヒ順位等ヲ略述スヘシ

(一) 性質 破産債權ハ其原因カ破産宣告前ニ發生シ且執行スルコトヲ得ヘキ債務者ニ對スル財産上ノ請求權ナリ(破案七條、獨破三條)

破産法 實體規定 破産債權

(A) 財上ノ請求權 財上ノ請求權ハ債務者ノ財産ヲ以テ辨濟スヘキ金錢の價格アル給付ヲ目的トスル請求權ニシテ直接ニ金錢ノ支拂ヲ目ト爲スモノナルコトヲ必要トセス或金額ニ評價セラレ且金錢債權ニ變更スルコトヲ得ヘキモノナルヲ以テ足レリトスル財産上ノ請求權ニ非サレハ破産債權タルコト能ハサル理由ハ蓋シ破産手續ハ債務者ノ財産ヲ以テ各債權者ニ平等ナル満足ヲ得セシムルコトヲ目的ト爲セハナリ故ニ債務者ノ財産ヲ以テ辨濟スヘキ金錢の價額アル給付ヲ目的トスル總テノ請求權ハ其内容及ヒ其發生原因(法律行為、不法行為、法律ノ規定、公法關係及私法關係)ノ如何ニ拘ハラス破産債權ト爲ルコトヲ得ルト雖モ(1)父ヲ定ムルコトヲ目的トスル請求權(民八二一條)婚姻ノ取消(民七九條以下)及ヒ離婚ノ請求權(民八一三條以下)等ノ如キ財産關係ヲ内容トセスシテ却テ親族關係ヲ内容トスル權利ハ之ヲ破産債權トシテ主張スルコトヲ得ス然レトモ親族關係ニ基テ養料請求權(民七四條)使用及ヒ收益ヲ爲スノ權利及ヒ親權ヲ行フ父又ハ母カ破産者タル未成年ノ子ノ財産ヲ管理スルノ權利(民七九條、八八四條、八九〇條)ハ破産者ノ財産ニ關係ヲ有スルモノト雖モ親族關係ヲ内容トスル權利ナルヲ以テ之ヲ破産債權トシテ主張スルコトヲ得ス然レトモ親族關係ニ基テ養料請求權(民七四條、七九〇條)ハ之ヲ破産債權トシテ主張スルコトヲ得ヘシ蓋シ斯ル請求權ハ法律ノ規定ニ因テ發生シタル財産權(「エンデマン」氏ハ親族上ノ權利ナリト主張シ又民法理由書ニ從ヘハ特種ノ權利ニシテ債權ニ非サルモノノ如シ)ニシテ之ヲ他ノ財産上ノ請求權ヨリ劣等視スルノ理ナクレハナリ「コーレル」ウキルモースキー」氏等ノ如ク親族關係ニ基テ養料請求權ハ他人ヲ養フニ足ル資力ヲ有スル親族ノ負フヘキ財産上ノ負債ニシテ債權ニ非ストノ獨逸普通法ノ原則ヲ根據トシテ反對ニ論結スルハ我破産法ノ解釋トシテ其當ヲ得タルモノニ非サルヘシ(2)債務者ノ財産ヲ以テ履行スヘキ給付ヲ目的トセス

シテ單ニ債務者ノ作爲又ハ不作爲ヲ目的トスル請求權ハ破産債權トシテ之ヲ主張スルヲ得ス何トナレバ債務者ハ其破産宣告ニ依リ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モ勞働ノ自由ヲ喪失セサルヲ以テ債權者ハ債務者ノ破産宣告後有效ニ該請求權ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ヘキヲ以テナリ故ニ通常ノ手工工ノ如キ第三者ヲシテ債務者ニ代リテ爲サシムルコトヲ得ヘキ作爲ヲ目的トスル債權、醫師ノ診断、教師ノ教授、學者ノ著書、畫工ノ描畫等ノ如キ第三者ヲシテ債務者ニ代リテ爲サシムルコトヲ得サル作爲ヲ目的トスル債權及ヒ債務者ノミカ履行スルコトヲ得ヘキ不作爲ヲ目的トスル債權ハ之ヲ破産債權トシテ主張スルコトヲ得ス然レトモ第三者ヲシテ債務者ニ代リテ爲サシムルコトヲ得ヘキ作爲ヲ目的トスル債權ニシテハ債權者ハ民事訴訟法第七三三條、民法施行法第五四條ノ規定ニ從ヒ強制執行ノ方法トシテ債務者ノ費用ヲ以テ第三者ニ該作爲ヲ爲サシムルコトヲ得ルヲ以テ該債權ハ同時ニ斯ル費用ノ支拂ヲ目的トスル債權ト謂フコトヲ得ヘシ故ニ債權者カ民事訴訟法第七三三條第二項ニ從ヒ債權ノ目的タル作爲ヲ爲スニ因リテ生スヘキ費用ヲ豫メ債務者ニ支拂ハシムヘキ旨ノ決定ヲ得タル場合ニ於テハ債權者ハ其決定アリタル時期カ債務者ノ破産宣告ヲ受クル以前ナルト其以後ナルトニ拘ハラス單純ナル破産債權トシテ之ヲ主張スルコトヲ得未タ斯ル決定ヲ得サル場合ニ於テハ債權者ハ將來ノ請求權タル破産債權トシテ之ヲ主張スルコトヲ得ヘシ(破案二六四條九號)獨逸ニ於テハ「ボツセルト」氏ハ債權者カ債務者ノ破産宣告ヲ受クル以前ニ於テ獨逸民事訴訟法第八七條(民七三三條第二項)ニ從ヒ債務ノ目的タル行為ヲ爲スニ因リ生スヘキ費用ヲ豫メ債務者ニ支拂ハシムヘキ旨ノ決定ヲ得タル場合ニ於テハ債權者ハ此費用ヲ支拂ハシムル債權ヲ破産債權トシテ主張スルコトヲ得ヘシト雖モ(獨民訴八八七條)ノ適用ニ依リ債權關係ノ變更アルモノナリトノ理由ヲ以テ)債權者カ債務者

破産宣告ヲ受ケタル以後ニ於テ斯ル決定ヲ得タル場合ニ於テハ債權者ハ該費用ヲ支拂ハシムル債權ヲ破産債權トシテ主張スルコトヲ得ス(此場合ニ於テハ破産宣告ノ當時ニハ唯破産債權ニ非サル作爲ノ目的トスル債權ノ存スルノミニシテ破産宣告後特別ナル訴訟上ノ行爲ニ基キ破産債權タルニ適當ナル財産上ノ請求權カ發生シタルモノナリト理由ヲ以テ)ト主張シタリ然レトモ這ハ「フツチング」ウキルモトスキ「此二氏ハ債務者ハ破産宣告ノ當時未タ債務ノ目的タル行爲ヲ爲サシムルニ因リテ生スヘキ費用ヲ債權者ニ支拂ハシムヘキ旨ノ決定ナキ場合ニ於テハ債權者ハ條件附破産債權トシテ其權利ヲ主張スルコトヲ得ヘキ旨ヲ主張シ」及ヒ「イエダグ」氏等ノ贊成セサル所ニシテ又我破産法ノ解釋以テ第三者ヲシテ債務者ニ代リテ爲サシムルコトヲ得ヘキ作爲ノ目的トスル債權ヲ有スル者ハ縱令債務者カ破産宣告ヲ受ケタル後民事訴訟法第七三三條第二項ニ從ヒ費用支拂ノ決定ヲ得タルトキト雖モ費用支拂ノ債權ヲ破産債權トシテ主張スルコトヲ得サルノ理ナケレハナリ

(B) 執行スルコトヲ得ヘキ權利 破産債權者タルニハ執行スルコトヲ得ヘキ權利タルヲ必要トス官廳ニ於テ攻撃的ニ主張シ且國家ノ機關ニ依リテ強制的ニ取立ツルコトヲ得ヘキ債權關係ニ於テ存ス何トナレハ破産手續ハ一ノ強制執行ニシテ又強制執行ハ唯強制スルコトヲ得ヘキ債權關係ニ於テ存スルノミナレハナリ故ニ訴ヲ以テ請求スルコトヲ得ヘキ權利及ヒ行政官廳ニ於テ取立ツヘキ租稅ニ關スル權利ノ如キハ破産債權タルコトヲ得ルト雖モ自然債務ニ對スル權利殊ニ時效ヲ經タル債權、不法ノ原因ノ爲メニ成立シタル權利(例ヘハ賭博ノ勝利者カ有スル權利及ヒ契約上強制シテ取立ツヘキ權利ヲ拋棄シタル債權者ノ權利ハ國家ノ機關ニ依リ強制的ニ取立ツルコト能ハサル權利ニ屬スルヲ以テ破

産債權タルコトヲ得ス(民七〇五條、七〇八條)但仲裁契約ノ成立ハ其ニ依リテ確定スヘキ債權ヲ破産債權トシテ主張スルコトヲ妨ケス何トナレハ債權ハ其之ニ關スル仲裁契約ノ成立ニ依リ強制シテ取立ツルコト能ハサルモノト爲ラサレハナリ

(C) 破産者ニ對スル權利 破産債權ハ債務者其人ニ對スル權利タルコトヲ要スレハ債務者カ其債權者ニ對シ對人責任ヲ負フコトヲ要ス元來責任(Haftung)ニ對人責任(Personhaftung)及ヒ對物責任(Sachhaftung)ノ二者アリ對人責任ハ債權者カ債務者ニ對シ其總財產ニ付キ満足ヲ求ムル權利ヲ有スル時ニ於テ現存シ又對物責任ハ債權者カ或財產ニ付キ其主體ノ債務者ナルト否トニ拘ハラズ満足ヲ求ムル權利ヲ有スル時ニ於テ現存ス後者ハ別除權ノ原因ト爲ルコトアルモ破産債權ノ原因ト爲ルコトナシ故ニ債務者ノ總財產ニ付キ満足ヲ求ムル權利ニシテ物權關係ニ屬セサルモノニ非サレハ破産債權ト爲ルコトナシ(破産者ノ債權者)隨テ一般ノ先取特權ハ債務者ノ總財產上ニ行ハル債權ナリト雖モ(民三〇六條)物權關係ニ屬スルモノナルヲ以テ破産債權ト爲ラス 取戻權(商一〇一五條)ハ特定ノ財産ヲ破産財團ニ屬セサルモノトシテ取戻スコトヲ目的トスル權利ナルヲ以テ破産債權ト爲ラス別除權ハ破産財團ニ屬スル特定ノ財産上ニ優先的満足ヲ求ムル權利ナルヲ以テ破産債權ト爲ラス(商九七七條)然レトモ破産者カ其債務ノ爲メニ破産財團ニ屬スル特定ノ財産上ニ物上擔保權ヲ設定シタル場合ニ於テハ該擔保權ヲ有スル債權者ハ別除權タルト同時ニ破産者ニ對スル債權ヲ有スル者即チ破産債權者タリ蓋シ別除權ニ依リ擔保セラルヘキ債權ハ債務者ノ總財產上ニ満足ヲ求ムルコトヲ得ヘキモノナレハナリ故ニ我現行法及ヒ獨逸破産法ニ於テハ斯ル權利者ハ其有スル別除權ヲ主張スト同時ニ其有スル債權ヲ破産手續ニ於テ主張スルコトヲ得ヘシ唯二重ノ辨濟ヲ受タルコトハ法律ノ許サ

ナル所ナルヲ以テ別除權ノ行使ニ依リ満足受クルコト能ハサリシ金額又ハ之ヲ拋棄シタル部分ニ付キ配當ヲ受クルニ過キサルノミ(別除權ノ說明参照)但破産法案ニ於テハ專ラ手續上ノ煩雜ヲ避クル目的ヲ以テ別除權ヲ有スル債權者ハ其別除權ノ行使ニ依リテ排濟ヲ受クルコト能ハサルヘキ債權額ニ非サレハ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得サルモノト定メ別除權ヲ有スル債權者ハ別除權ヲ主張スルト同時ニ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ルノ法則ヲ否認シタリ(破産七條但書二二三條)又破産者カ他人ノ債務ノ爲メニ破産財團ニ屬スル特定ノ財産上ニ物上擔保權ヲ設定シタル場合ニ於テハ該擔保權ヲ有スル債權者ハ別除權者タルト同時ニ破産債權者タルトナシ隨テ斯ル權利者ハ全然破産手續ノ外ニ立ツモノト知ルヘシヲ以テ(一)通常ノ債務者ノ破産ニ在リテハ債務者ノ總財産上ニ満足ヲ受クルコトヲ得ヘキ權利ヲ有スル總債權者カ破産債權者ト爲ル營業者ノ破産ニ在リテハ匿名組合員ハ其出資中營業上ノ損失ニ因リテ消耗セラレサリシ部分ニ付キ破産債權者ト爲ル蓋シ匿名組合員營業者ニ對シ營業上ノ損失ニ因リテ増減セララルコトアルヘキ債權ヲ有スルモノニシテ組合財産ニ對シ持分ヲ有スルモノニ非サレハナリ(商二九七條、二九八條、三〇三條、獨商三三七條、三四一條、三四九條)而シテ匿名組合員ノ破産債權額ハ營業者ノ破産宣告ノ當時ニ於ケル財産ノ狀態ヲ標準トシ管財人合ノ營業カ破産手續繼續中管財人ノ營業續行ニ依リ利益ヲ生スルニ至リタルモ之カ爲メニ匿名組合員ヲ利スルコトナシ然レトモ匿名組合員カ算定ヲ俟タスシテ自己ノ見込ヲ以テ其損失ヲ算定シ之ヲ控除シタル出資ノ殘額ヲ破産債權トシテ届出テタルトキハ管財人及ヒ各破産債權者ハ之ニ對シ異議ヲ申立ツルコトヲ得又匿名組合員ハ破産法及ヒ民事訴訟法ノ規定ニ從テ債權確定ノ訴ヲ提起スルコトヲ

ルモノト認メタルトキ即チ控訴ヲ以テ不服ヲ申立テタル判決カ其性質上故障ヲ許ササル關席判決ニ非アルトキ若クハ當事者カ其提起シタル控訴ヲ懈怠ナカリシ旨ノ主張ヲ以テ維持セザルトキ即チ控訴人ノ主張自體カ懈怠ナカリシ旨ノ主張ト爲ラザルトキハ不適法トシテ控訴ヲ棄シ(四一九條)事實上具備セザルモノト認メタルトキ即チ控訴人ハ懈怠ナカリシ旨ヲ主張スルモ事實上懈怠アルモノト認メタルトキハ理由ナシトシテ控訴ヲ棄却セザルヘカラス(四二四條)

以上略述シタル關席判決ニ關スル法則(三九八條)ハ關席中間判決(二六五條)ニ對シテ適用アルヤ否ヤ換言スレハ關席中間判決ハ民事訴訟法第三九八條第一項ニ從テ控訴裁判所ノ判斷ヲ受クルコトナシト雖モ民事訴訟法第三九八條第二項ニ從ヒテ制限的ニ控訴裁判所ノ判斷ヲ受クルヤ否ヤ(二九七條)ニ關シテ學者間ニ爭アリウ「キルモースキ」「ヘルマン」氏等ハ消極的ニ論結シ其理由ハ民事訴訟法第三九八條(獨民訴五一四條)ハ民事訴訟法第三九六條(獨民訴五一一條)ノ例外ヲ爲セルモノナルヲ以テ唯關席終局判決ニ對シテ適用アルノミ關席中間判決ハ民事訴訟法第三九七條ニ所謂終局判決前ニ爲シタル裁判ニ屬スルモノニシテ民事訴訟法第三九六條ニ從ヒ控訴ヲ爲スコトヲ得ヘキ終局判決ニ非ス故ニ關席終局判決ニ關スル民事訴訟法第三九六條ニ從ヒ控訴ヲ爲スコトヲ得ヘキ終局判決ニ非サルヲ以テ關席判決ニ關スル民事訴訟法第三九六條ヲ擴張シテ積極的ニ論結スルハ不當ナリト云フニ在リ「フランシク」「ガウプ」「ゾキフヘルド」「フツチング」氏ハ積極的ニ論結シ其理由ハ民事訴訟法第三九八條ハ其古ムル地位ヨリ推究シ民事訴訟法第三七六條及ヒ民事訴訟法第三七七條ノ制限ヲ規定シタルモノタルコトヲ知ルニ足ル故ニ故障ヲ許ス關席判決ニ對シテハ終局判決タルト中間判決タルトノ區別ヲ問ハス絕對的ニ控訴ヲ許スヘキモノニ非スト雖モ關

席中間判決カ之ニ對スル故障ヲ許ササルモノニシテ(二六二條、一七七條二項)且終局判決ニ對スル控訴ト共ニ爲シタル不服申立ノ理由カ懈怠ナカリシト存スルトキハ終局判決ニ對スル控訴ト共ニ控訴裁判所ノ判斷ヲ受クルモノナリ(三九七條)換言スレバ民事訴訟法第三九八條ニ所謂關席判決ニハ關席中間判決ヲモ包含スト謂フニ似タリ予輩モ亦後説ヲ主張セントス

第三 公示催告手續ニ於テ言渡サレタル除權判決ニ對シテハ控訴ヲ爲スコトヲ得ス(七七四條一項)何トナレハ公示催告申立人ハ除權判決ニ對スル不服ヲ申立ツヘキ理由ナク又失權ノ效果ヲ受クヘキ届出懈怠者ハ當事者ニ非サルヲ以テナリ

控訴ノ許可ニ關スル要件ヲ講了スルニ臨ミ特ニ注意スヘキモノハ原告若クハ反訴ノ原告カ其請求ヲ全然認シタル第一審ノ判決ニ對シ適法ニ控訴ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤノ問題はナリ獨逸ニ於テハ「ゾキフヘルド」ストロクマン「フツチング」氏等ハ原告ハ控訴審ニ於テ訴ノ申立ヲ擴張スルコトヲ得ルヲ以テ(四一六條、一九六條二號及七三號)原告ハ其請求ヲ全然認シタル第一審ノ判決ニ對シ控訴ヲ提起スルノ利益ヲ有セサルモノト謂フコトヲ得スト主張シ積極的ニ之ヲ論結シ「ガウプ」「ウキルモ」スキ「ワッハ」氏等ハ控訴カ適法ナルニハ第一審判決カ其之ニ對シテ控訴ヲ提起シタル者ニ利益ナルコトヲ要ス(三九六條)……對シ……「獨民訴五一一條)原告ノ請求ヲ全然認シタル第一審ノ判決ハ原告ニ對シテ利益ナリ換言スレバ斯ル判決ニハ原告ニ對シ不服申立ノ原因アリト謂フコトヲ得ス訴ノ申立ノ擴張ハ控訴提起ノ唯一ノ目的ト爲ルモノニ非スシテ却テ適法ナル控訴ノ提起ヲ前提ト爲スモノナリト主張シ消極的ニ論結シタリ我民事訴訟法ノ解釋トシテハ予輩ハ「ブランク」氏ト同シク積極的ニ論結スルヲ正當ナリト思フ我民事訴訟法第三九七條及ヒ第四〇一條第一號及ヒ第二號ヲ對照積究

セハ我民事訴訟法ハ控訴ノ適法ナルニハ當事者カ控訴狀ニ於テ表示セル第一審ノ判決ニ對シ控訴ヲ爲ス旨ノ意思ヲ表示シ以テ第一審ノ判決ニ依リ自己ノ利益ヲ侵害セラレタリト信スル旨ヲ認識セシムルヲ以テ足レリトシ此侵害セラレタリト信スル利益ノ說明ヲ要セサルコト明白ナルヲ以テ控訴ハ第一審ノ判決ニ依リ不利益ヲ受ケタル當事者ニ非スシハ之ヲ提起スルコトヲ得サル旨ノ要件ハ控訴ノ實體的要件ニシテ形式的要件ニ非スト謂ハサルヲ得ス故ニ控訴裁判所ハ當事者カ第一審ノ判決ニ依リ不利益ヲ受ケタルコトヲ主張ス又ハ之ヲ主張シタルモノ之ヲ證明スルコト能ハサル事由ニ基キ控訴ヲ不適法トシテ棄却スルコト能ハサルハ勿論控訴裁判所カ第一審ノ判決ハ控訴人ノ申立ヲ全然認シタルヲ以テ控訴人ハ該判決ニ依リ不利益ヲ受ケタリト主張スルコトヲ得サルモノナリト意見ヲ有シタルトキニ於テモ控訴ヲ不適法トシテ棄却スルコトヲ得ス要スルニ控訴人カ第一審ノ判決ニ因リ不利益ヲ受ケタルヤ否ヤハ控訴ノ適否(適法ナルヤ否ヤ)ニ關スル問題ニ非スシテ其當否(理由アリヤ否ヤ)ニ關スル問題ナリト謂フヘシ是ヲ以テ婚姻事件ニ於テ勝訴ノ原告カ離婚ヲ言渡シタル第一審ノ判決ニ對シ該判決ノ結果ニ關シ拋棄ヲ爲スカ爲メ適法ニ控訴ヲ爲スコトヲ得ルハ原則ノ適用ニシテ「ガウプ」ノ主張スルカ如ク例外ニ非スト謂フ可シ

被告若クハ反訴被告カ其申立ヲ是認シタル判決ナルト否トニ拘ハラズ原告若クハ反訴原告ノ請求ノ全部又ハ一部ニ應ヘキ旨ヲ言渡シタル第一審ノ判決殊ニ認諾判決ニ對シ控訴ヲ適法ニ提起スルヲ得ルコト及ヒ被告カ原告ノ訴却下ノ判決ニ對シ其確定力ノ範圍ニ關シ不服アルトキ殊ニ實體的確定力ヲ發生スルニ適當ナル請求棄却ノ裁判ヲ爲サスシテ單ニ形式的理由ニ基キ不適法トシテ訴ヲ却下シタル判決ニ對シ適法ニ控訴ヲ提起スルヲ得ルコトハ學者ノ間ニ爭ナキ所ナリ何トナレハ被告ハ此等ノ判決ニ

因リ不利益ヲ受クルコト明白ナレハナリ
 (2) 法定ノ方式ニ關スル要件 控訴ノ提起ハ訴ノ提起ト同シク控訴狀ヲ控訴裁判所ニ差出シテ之ヲ爲
 ス(四〇一條一項、一九〇條一項、民事訴訟法四四二條二二〇條)控訴ノ提起ハ控訴狀即チ控訴人カ口頭辯
 論ニ於テ終局スヘキ請求ノ全部又ハ一部ニ付キ控訴手續ヲ開始スル旨ヲ表示シタル書面ヲ要スル理由
 ハ訴ノ提起ニ訴狀ヲ要スルト同シク控訴手續ノ基礎ヲ確實ニ爲スニ在リ又控訴ノ提起ニ控訴裁判所ヲ
 シテ控訴狀ヲ受取ラシムルノ行爲ヲ爲スコトヲ要スル理由ハ民事ニ關スル裁判上ノ干渉ニ關シテハ其
 之ヲ要求スル當事者ノ意思表示アルコトヲ必要トスルニ在リ控訴狀ハ此ノ如ク控訴人カ口頭辯論ニ於
 テ終局スヘキ請求ノ全部又ハ一部ニ付キ控訴手續ヲ開始スル旨ノ意思ヲ表示シタル書面ナルヲ以テ訴
 狀ト同シク其記載事項ニ必要の成分ト準備の成分トノ二者アリ(四〇一條二項、三項)
 (甲) 必要の記載事項 必要の成分タル記載事項トハ若シ控訴狀ニ於テ之ヲ記載ラ缺クトキハ控訴狀タ
 ルノ效力ナク隨テ又控訴提起ノ效力ヲ發生セシムルニ足ラサルモノナリ故ニ控訴裁判所カ職權ヲ以
 テ唯タ外形の存在ノミヲ有スル控訴ヲ不適法トシテ棄却スルニ至ルヘキ事項ヲ指示ス左ニ之ヲ分説
 スヘシ

第一 控訴ヲ以テ攻撃セント欲スル第一審ノ終局判決ヲ表示スルコト(四〇一條二項一號、三九六
 條) 斯ル事項ヲ要スルハ蓋シ該判決ハ控訴審ニ於ケル調査ノ目的物ナレハナリ然レトモ終局判
 決前ニ爲シタル裁判ニシテ其終局判決ニ對スル控訴ニ依リ法律上當然控訴裁判所ノ判斷ヲ受クヘ
 キモノハ之ヲ表示スルコトヲ要セス(三九七條)何トナレハ斯ル裁判ハ前述ノ如ク終局判決ニ對ス
 ル控訴ノ提起ニ依リ間接ニ攻撃セラルモノナレハナリ判決ノ表示ハ如何ナル判決ニ對シ控訴ノ

提起アリタルヤノ點ニ關シ疑ナキヲ期スルニ在リ故ニ控訴人ハ如何ナル判決ニ對シ控訴ノ提起ア
 リタルカヲ正確ニ認識セシムルニ足ルノ表示ヲ爲ササルヘカラス而シテ判決ノ表示ノ有無ハ事實
 問題トシテ裁判所ノ自由ニ判斷スル所ナリト雖モ判決ヲ受ケタル當事者、之ヲ爲シタル裁判所判
 決言渡ノ年月日及ヒ訴訟ノ目的ヲ表示シタルトキハ最モ完全ナル判決ノ表示ナリト謂フコトヲ得
 ヘシ但此等ノ事項ノ記載ハ判決ノ表示ニ關スル要件ニ非サルヲ以テ該記載ニ誤謬アルモ亦不正確
 ナル所アルモ之ニ依リ如何ナル判決カ控訴ヲ以テ攻撃セラレタルカラ認識セシムルニ足ル以上ハ
 法律上當然判決表示ノ欠缺ナリト謂フコトヲ得ス

第二 控訴ノ目的物タル第一審ノ判決ニ對シ如何ナル當事者カ如何ナル當事者ヲ被控訴人トシテ控
 訴ヲ爲スカヲ認識セシムルカ爲メニ爲ス意思ノ表示(四〇一條二項二號)是レ當事者訴訟專行主
 義ニ基テ法則ノ適用ナリ而シテ「控訴ヲ爲ス旨」ノ法語ハ之ヲ控訴狀ニ記載スルコトヲ必要トセス
 「控訴ヲ爲ス旨」ノ意思カ他ノ適當ナル語辭例ヘハ「第一審ノ裁判ニ對シ控訴裁判所ノ調査ヲ乞フ」
 ト謂フカ如キ文面ニ依リ表示セラレタルトキハ仍ホ第二ノ記載事項ノ存スルモノト認ムルニ足ル
 然レトモ條件附ノ控訴ノ提起殊ニ相手方ノ控訴提起ヲ條件ト爲シタル控訴ノ提起ハ條件附訴ノ提
 起ト同シク不適法ナリ何トナレハ控訴ノ提起スル旨ノ意思ハ其控訴提起ノ當時ニ於テ現存シ且該
 意思ヲ控訴狀ニ表示スルコトヲ要スルハ民事訴訟法第四〇一條第二項第二號ノ法文ニ依リ明白ナ
 レハナリ同一ノ當事者間ニ於ケル數箇ノ訴訟ニ關シ言渡アリタル第一審ノ數箇ノ判決ニ對シ一通
 ノ控訴狀ヲ以テ數箇ノ控訴ヲ爲スヲ得ルコトハ(二九一條、四〇八條)民事訴訟法四三三條ノ準用ニ依
 リ適法ナルヘシ

(乙)

準備的記載事項。準備的的成分タル記載事項トハ控訴狀ニ於テ之カ記載ヲ缺クモ控訴狀タルノ效力ヲ害スルコトナク隨テ又控訴提起ノ效力ヲ發生セシムルノ妨ヲ爲ササルモノニシテ唯單ニ訴訟費用ヲ負擔シ又ハ期日ニ出頭セザリシ控訴人ニ對スル關席判決ヲ求ムル申立ヲ却下セラルルニ至ルコトアルヘキ危險ヲ負擔スルノ原因ト爲ル事項ヲ指示ス(七五條、四二八條、四〇八條、二五二條二號)而シテ訴狀カ他ノ一面ニ於テ準備書面タルト同シク控訴狀ハ他ノ一面ニ於テ準備書面タルノ性質ヲ有ス故ニ控訴狀ニハ準備書面ニ關スル一般ノ規定ニ從ヒテ準備的的成分ヲ記載ス(四〇一條三項、一〇五條乃至一〇八條)殊ニ

第一 判決ニ對スル不服ノ程度即チ判決ノ全部若クハ或部分ニ付キ不服アル旨ヲ表示ス、故ニ訴訟ノ客觀的併合ニ依リ第一審ノ判決力數箇ノ請求ヲ包含シタル場合ニ於テハ如何ナル請求ニ關スル部分ニ對シ控訴ヲ爲スヤノ旨ヲ表示スルモノナリ

第二 控訴ニ關スル一定ノ申立即チ判決ニ付キ全部若クハ或部分ノ變更ヲ爲スコトヲ求ムル旨ノ申立ヲ表示ス、該申立ハ控訴審ニ於ケル訴訟事件ニ關スル辯論ノ限界ヲ定ムルモノナリ然レトモ訴訟ニ關スル一定ノ申立ト異ニシテ準備的的成分ニ外ナラサルヲ以テ(一九〇條三號)控訴人ハ一旦控訴狀ニ表示シタル一定ノ申立ヲ爾後口頭辯論ニ於テ訴ノ變更ト爲ラサル制限内ニ於テ(四二二條)自由ニ變更シ擴張シ又ハ減縮スルコトヲ得又控訴人カ口頭辯論ニ於テ爲シタル申立ノミカ控訴審ノ調査及ヒ裁判ノ限界ニ關スル標準ト爲ル(四一一條)

第三 新ニ主張セントスル事實及ヒ證據方法ヲ表示ス
以上略述シタル記載事項中必要の成分ニ關スルモノハ其欠缺ヲ爾後口頭辯論ニ補充スルコトヲ得ス準

備的的成分ニ關スルモノハ其欠缺ヲ爾後口頭辯論ニ於テ有效ニ補充シ又ハ控訴提起後該成分ニ關スルモノヲ記載シタル書面ヲ送達シテ有效ニ補充スルコトヲ得

(3) 控訴期間ニ關スル要件。控訴ハ第一審ノ判決ノ送達ヲ以テ始マル一箇月ノ不變期間内ニ提起シタルトキニ限り適法ナリ(四〇〇條一項二項、民訴案四四〇條一項三項)是レ勝訴者ノ利益ニ反シテ長時間第一審判決ノ確定ヲ妨ケサル程度ニ於テ敗訴者ニ其不服申立權ノ行使ニ必要ナル準備及ヒ執慮ノ時間ヲ與フルノ法意ニ外ナラサルナリ

(甲) 控訴期間ノ性質。控訴期間ハ不變期間ナルヲ以テ之ヲ短縮シ又ハ之ヲ伸長スルコトヲ得ス又其進行ハ裁判所ノ休暇及ヒ訴訟手續ノ休止ニ因リテ停止セラルルコトナシ(一六八條、一七〇條、一八八條)

(乙) 控訴期間進行ノ開始。控訴期間ハ第一審判決ノ送達ヲ以テ始マリ其言渡ヲ以テ始マルモノニ非ス(四〇〇條一項、民訴案四〇〇條二項)是レ控訴ヲ提起セント欲スル當事者ヲシテ送達セラレタル判決ノ正本ニ就キ十分ニ熟慮シ且準備セシメシメカ爲メナリ判決ノ送達ハ當事者ノ申立ニ因リテ之ヲ爲スヲ原則トシ(三八條)裁判所カ職權ヲ以テ之ヲ爲スヲ例外トス(八訴一五條、二六條、三八條等)而シテ當事者ノ申立ニ因リ判決ノ送達ヲ爲スヘキ場合ニ於テ裁判所カ職權ヲ以テ判決ノ送達ヲ爲シタルトキハ其送達ハ法律上其效ナシ何トナレハ斯ル場合ニ於テハ判決ヲ確定セシムルモノナリ之ニ意思ニ放任シタルノ法意ニ反スルヲ以テナリ隨テ控訴期間ヲ進行セシムルモノナリ之ニ反シテ裁判所カ職權ヲ以テ判決ノ送達ヲ爲スヘキ場合ニ於テ當事者ノ申立ニ因リ判決ノ送達ヲ爲シタルトキハ其送達ハ法律上有效ナリ何トナレハ裁判所カ職權ヲ以テ判決ノ送達ヲ爲スノ法意ハ判決

ノ確定カ當事者ノ行為ニ因リ遲延スルコトヲ避クルノ目的ニ出テ判決ノ送達ニ關スル當事者ノ申立ヲ禁止スルノ目的ニ出テタルモノニ非サレハナリ隨テ控訴期間ノ進行ヲ妨ケス獨逸ニ於テハ多數ノ學者ハ裁判所カ職權ヲ以テ送達スヘキ判決カ當事者ノ行為ニ基キテ送達セラレタル場合ニ於テハ該送達ハ法律上其效ナク隨テ控訴期間ノ進行アルコトナシ故ニ裁判所ハ更ニ職權ヲ以テ判決ノ送達ヲ爲スコトヲ要スル旨ヲ主張シタリ斯ル論結ハ送達ノ手續ヲ異ニスル我民事訴訟法ノ解釋トシテハ其當ヲ得タルモノニ非ス又控訴期間ハ判決ノ送達ニ因リテ各當事者ノ爲メニ各別ニ進行ヲ始ムルモノナリ故ニ各當事者ノ申立ニ因リ爲メ重複ノ送達ハ控訴期間ノ進行ニ關シテ其必要ヲ見ス唯控訴ヲ爲サント欲スル當事者カ相手方ノ申立ニ因リ爲サレタル發達カ法律上無効ナルヤラ疑フ場合ニ於テ確實ヲ期スルカ爲メニ相手方ノ申立ニ因リ送達アリタルニ拘ハラス自己ノ申立ニ因リ發達ヲ爲サシムルヲ適當ト爲スノミ蓋シ當事者雙方ノ申立ニ因リ重複ノ送達アリタル場合ニ於テハ最初ニ爲サレタル送達カ法律上有效ナルトキハ該送達ヨリ控訴期間ノ進行ヲ始メ又法律上有效ナルトキハ爾後ニ爲サレタル送達ヨリ控訴期間ノ進行ヲ始ムルモノナレハナリ是ヲ以テ

第一 共同訴訟人ニ關シテハ其共同訴訟カ通常ノ訴訟ナルト(四九條)合一の確定ヲ要スルモノ(五〇條)ナルトニ拘ハラス控訴期間ハ各共同訴訟人ノ爲メニ又ハ之ニ對シテ爲シタル判決ノ送達ニ因リテ各別ニ進行ヲ始ム蓋シ單純ナル共同訴訟ニ於テ共同訴訟人ノ或者カ送達ニ關シ他ノ或者ヲ法律上代理スルノ權限ナク(四九條)又合一の確定ヲ要スル共同訴訟人ニ或者カ控訴ヲ提起シタルトキハ他ノ或者ノ爲メニ效力ヲ生スルコトハ民事訴訟法第五〇條第二項ニ依リ明白ナリ(送達ニ關スル訴訟行為ト控訴提起ニ關スル訴訟行為トヲ同視スヘカラス)故ニ必要の共同訴訟ニ在リテ

ハ其訴訟人ノ甲カ相手方ニ對シテ爲サシメタル判決ノ送達ハ共同訴訟人タル乙ノ爲メニモ亦控訴期間ヲ進行セシムルニ足ル隨テ相手方ハ乙ニ對シテモ有效ニ控訴ヲ提起スルコトヲ得然ラズシハ各共同訴訟人ニ對シ判決ノ合一の確定ヲ來スコトナシト論結スヘカラス何トナレハ必要の共同訴訟人ノ相手方カ共同訴訟人ノ全員ニ對シ適法ナル控訴ヲ提起セシメテ或者ニ對スル控訴期間ヲ經過シタルトキハ之ニ依リテ當然判決ノ形式の確定ヲ來スモノナルヲ以テナリ

第二 從參加人ニ對シテハ控訴期間ノ進行ノ爲メニ判決ノ送達ヲ爲スノ必要ナシ何トナレハ從參加人其補助セラレタル當事者ノ爲メニ存スル控訴期間内ニ適法ナル控訴ヲ提起スルコトヲ得ヘキヲ以テナリ(五四條)但參加人ハ補助セル主タル當事者及ヒ其相手方ノ爲メニ控訴期間ヲ進行セシムルノ目的ヲ以テ判決ノ送達ヲ申請スルコトヲ得ヘシ(五四條)

(丙) 控訴期間進行ノ中止 控訴期間ハ訴訟手續ノ中斷及ヒ中止(一八六條)並ニ其期間經過前ニ於ケル追加ノ裁判ノ言渡ニ依リテ(四〇條)三項民事訴訟法四四一條其進行ヲ止ム然レトモ訴訟手續ノ休止一八八條一項)及ヒ一分判決ハ控訴期間ノ進行ニ妨ナシ(一分判決ニ對スル控訴期間ハ其一分判決ノ送達ヨリ各別ニ其進行ヲ始ムルモノナリ)而シテ控訴期間カ訴訟手續ノ中斷及ヒ中止ニ因リテ其進行ヲ止メタルトキハ其中斷及ヒ中止ノ終リタル後更ニ控訴ノ全期間ノ進行ヲ始メ追加ノ裁判ノ言渡ニ因リテ其進行ヲ止メタルトキハ其送達ヨリシテ控訴ノ全期間ノ進行ヲ始ム 訴訟手續ノ中斷ノ中止及ヒ休止ト控訴期間トノ關係ハ茲ニ詳記スヘキモノニ非サルヲ以テ之ヲ省略シ單ニ追加ノ裁判ト控訴期間トノ關係ヲ説明スルニ止ム元來追加ノ裁判ハ其申立ヲ是認シタルモノナルト其申立ヲ却下シタルモノナルトニ拘ハラス補充セラルヘキ判決ノ一部分ニ非スシテ獨立シタル一分判決ト看做スヘキ

モノナリ故ニ追加ノ裁判及ヒ補充セラルヘキ判決ニ對スル控訴ハ各別ニ之ヲ提起シ又其控訴期間ハ各判決ノ送達ヨリ各別ニ進行スルヲ原則トス然レトモ法律ハ例外トシテ補充セラルヘキ判決ニ對スル控訴期間内ニ於テ追加裁判ノ言渡アリタルトキハ此二者ニ對スル控訴ノ併行審理ヲ成ル可ク避クルカ爲メニ換言スレハ此二者ニ對スル控訴ノ併合ヲ容易ナラシムルカ爲メニ補充セラルヘキ判決ニ對スル控訴即チ最初ノ判決ニ對スル控訴ニ關シテモ控訴期間カ追加裁判ノ送達ヲ以テ始マルコトト規定シタリ(四〇〇條三項、二四二條、五〇八條、八二條)

是ヲ以テ

第一 補充セラルヘキ判決ハ追加ノ裁判ノ送達ヨリ進行ヲ始ムヘキ控訴期間ノ經過以前ニ於テハ確定スルコトナク又執行力ヲ有スルコトナシ蓋シ追加裁判ノ言渡ヨリ其送達マテハ毫モ控訴期間ノ進行ナケレハナリ故ニ當事者ハ追加ノ裁判ノ送達ヲ爲サシメ以テ追加ノ裁判及ヒ補充セラルヘキ判決ニ對スル控訴ノ期間ヲ進行セシメサルヘカラス然レトモ補充セラルヘキ判決ニ對シ其之ニ對スル控訴期間内ニ爲シタル控訴ハ追加ノ裁判ノ言渡ニ依レル新控訴期間ノ開始ノ爲メニ無効ト爲ラス何トナレハ該控訴ハ其提起ノ當時ニ於テハ適法ノ期間内ニ提起セラレタルモノナルヲ以テ爾後ノ追加ノ爲メニ效力ヲ左右セラルルノ理ナケレハナリ

第二 補充セラルヘキ判決ニ對スル控訴期間内ニ於テ追加ノ裁判ヲ求ムル申立却下ノ裁判言渡若クハ該期間經過後ニ於テ追加ノ裁判ノ言渡アリタル場合ニ於テハ前示ノ原則ノ適用ニ依リ補充セラルヘキ判決及ヒ追加ノ裁判ニ對スル控訴期間カ各別ニ進行シ民事訴訟法第四〇〇條第三項ノ適用ナキニ至ル蓋シ斯ル場合ニ於テハ同條ニ規定シタル要件ヲ缺クヲ以テナリ故ニ補充セラルヘキ判

決及ヒ追加ノ裁判ニ對スル控訴ヲ全ウセント欲スル當事者ハ先ツ補充セラルヘキ判決ニ對シ控訴ヲ提起スルコトヲ要ス蓋シ補充セラルヘキ判決ニ對スル控訴期間内ニ追加ノ判決ノ言渡ナキ處アルヲ以テナリ

第三 追加ノ裁判ノ言渡アル以前ニ於テ補充セラルヘキ判決ニ對スル控訴期間カ既に經過シタルトキハ後者ノ確定ヲ來シ控訴ハ唯之ヲ爾後ニ言渡サレタル追加ノ裁判ニ對シテ爲スコトヲ得ルノミニシテ民事訴訟法第四〇〇條第三項ノ適用ナキヤ當然ナリ但追加ノ裁判カ訴訟費用ノ點ニ限ラレタルモノナルトキハ控訴スルコトヲ得ス(八二條)

以上略述シタル三要件ヲ具備シタル控訴ハ適法ニシテ之ヲ具備セサル控訴ハ不適法ナリ故ニ

第一 裁判長及ヒ裁判所ハ職權ヲ以テ要件ノ存否ヲ調査シ若シ要件ニ缺クル所アラハ控訴ヲ不適法トシテ棄却スルノ裁判ヲ爲ササルヘカラス(四〇二條、四一九條)我民事訴訟法ハ原則トシテ本人訴訟ノ進行主義ヲ認メタルヲ以テ(六三條)法律ニ通セサル本人カ判然不適法ナル控訴ヲ提起スルコトナキヲ保セス斯ル場合ニ於テハ控訴裁判所ヲシテ口頭辯論終結後局判決ヲ以テ控訴棄却ノ裁判ヲ爲スシムルハ大ニ時間及ヒ勞力ヲ空費スルノ虞アリ依テ裁判長ニ判然不適法ナル控訴棄却ノ裁判ヲ爲スノ職權ヲ認メタリ(四〇二條、同條)所謂其期間ノ經過後ニシテ明文ハ甚タ狭キニ失ス何トナレハ期間進行前ニ於ケル控訴ハ故障ト異ニシテ不適法ナルコト前述ノ如ケレハナリ尙ホ二五七條、四〇〇條二項參照)控訴裁判所カ控訴棄却ノ判決ヲ言渡ス法則ノ説明ハ後述ス(シ)

第二 訴訟物ノ價額ノ多寡、仍ホ控訴ノ申立ノ表示及ヒ其内容ノ有無、控訴理由カ法律ノ違背又ハ事實ノ誤認ニ存スル事項等ハ何レモ控訴ノ適否ニ關係ナシ蓋シ我法律ハ訴訟物ノ價額ノ多寡ニ從ヒテ控

訴權ノ有無ヲ區別セズ隨テ當事者ハ訴訟物ノ價額僅少ナルトキト雖モ適法ニ控訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ又控訴ノ申立ナキ場合ニ在リテハ裁判所ハ明示的又ハ默示的ニ控訴ヲ拋棄シタルモノト認メ控訴人カ口頭辯論期日ニ出頭セザル場合ト同シク實體上理由ナシトシテ控訴ヲ棄却スヘキモノトシ又控訴ノ理由カ不十分ナルトキハ實體上理由ナシトシテ控訴ヲ棄却シ(四二四條)不適法トシテ控訴ヲ棄却スヘキモノニ非サルナリ(民事訴訟法)民事訴訟案ニ在リテハ經濟上ノ利害ヲ斟酌シ控訴ノ提起ニ付キ金額上ノ制限ヲ設ケ(民事訴訟法四三三條)又實益ナキヲ理由トシテ控訴ノ提起ニ付キ控訴理由ニ基ク制限ヲ設ケタリ(民事訴訟法四三七條)而シテ控訴カ不適法ナル理由ナキヤ區別スルノ實用ハ主トシテ附帶控訴ノ許否ニ在ルヲ以テ斯ル區別ハ之ヲ嚴格ニ維持セザルヘカラス

(三) 控訴權ノ喪失。控訴權即チ當事者カ控訴裁判所ヲシテ第一審裁判所ノ判決ノ當否ヲ調査シ且自己ニ不利益ナル部分ヲ除去セシムルコトヲ目的トスル權利ノ喪失原因ニ二アリ控訴期間ノ懈怠及ヒ控訴權ノ拋棄即チ是ナリ

(1) 控訴期間ノ懈怠。當事者カ控訴期間ヲ懈怠シタルトキハ控訴權ヲ喪失ス故ニ當事者カ第一審判決ノ送達ヨリ一箇月ヲ經過シタル後ニ提起シタル控訴ハ裁判長又ハ裁判所ハ職權ヲ以テ之ヲ不適法トシテ棄却スルコト前述ノ如シ控訴期間ノ懈怠ナキトキハ控訴カ不適法トシテ棄却セザルモノモ當事者ハ之カ爲メニ控訴權ヲ喪失スルコトナク隨テ又控訴權ヲ行使スルヲ妨ケス故ニ控訴カ法定ノ方法ニ反シ若クハ控訴期間ノ進行前ニ提起セラレタルノ理由ニ依リ不適法トシテ棄却セラレタル場合ニ於テハ當事者ハ更ニ控訴期間内ニ適法ナル控訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ當事者カ控訴ノ不適法ナルコトヲ自覺シテ更ニ適法ナル控訴ヲ提起スルカ爲メニ控訴ヲ取下ケタル場合モ亦然リ蓋シ斯ル控訴ハ

其效ナキヲ以テ其取下ハ毫モ控訴權ノ喪失ト爲サルヤ當然ナレハナリ

(2) 控訴權ノ拋棄。當事者カ控訴權ヲ拋棄シタルトキハ控訴權ヲ喪失ス元來控訴權ハ他ノ攻撃方法ト同シク當事者ノ利益保護ノ爲メニ存スル權利ナルヲ以テ其行使ハ當事者ノ自由處分ニ屬スルモノト謂ハサルヲ得ス故ニ當事者ハ控訴權ヲ拋棄スルコト即チ毫モ控訴權ヲ行使セザル旨ノ意思ヲ表示スルコトヲ得ヘシ斯ル意思ノ表示ハ其方法ニ從ヘハ之ヲ裁判上又ハ裁判外ニ區別シ又其時期ニ從ヘハ第一審ノ判決言渡前ニ於テ爲ス表示ト其言渡後控訴提起前ニ於テ爲ス表示ト及ヒ控訴提起後ニ於テ爲ス表示トニ區別スルコトヲ得裁判上ノ控訴權ノ拋棄ハ其之ニ關スル民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ受訴裁判所ニ於テ爲シタル控訴權不行使ノ訴訟行為ニシテ裁判外ノ控訴權ノ拋棄ハ其之ニ關スル民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ受訴裁判所ニ於テ爲シタルモノニ非サル控訴權不行使ノ法律行為ナリ而シテ我民事訴訟法ハ裁判上ノ控訴權ノ拋棄ヲ規定スルニ當リ其拋棄ノ時期ヲ標準トシ第一審ノ判決言渡後控訴提起前ニ於ケル裁判上ノ控訴權ノ拋棄ヲ控訴ノ拋棄(二六四條、四〇五條一項)ト稱シ又控訴提起後ニ於ケル裁判上ノ控訴權ノ拋棄ヲ控訴ノ取下(二六四條、三九六條二項)ト稱シ當然控訴權喪失ノ效力ヲ生スル訴訟行為ヲ此二者ニ限リタリ左ニ裁判上ノ控訴權ノ拋棄及ヒ裁判外ノ控訴權ノ拋棄ヲ略述スヘシ

(甲) 裁判上ノ控訴權ノ拋棄。裁判上ノ控訴權ノ拋棄及ヒ控訴取下ノ總稱ナリ

(a) 控訴ノ拋棄ハ第一審ノ判決言渡後適法ナル控訴提起前ニ於テ爲シタル裁判上ノ控訴權ノ拋棄ニ外ナラス此拋棄ハ相手方ノ承諾ヲ要セス又該判決ノ送達ヲ俟ツコトナク有效ニ之ヲ爲スコトヲ得(二四六條、四〇五條)獨民事訴訟一四四條斯ル拋棄ニ關スル形式ヲ規定シタル法條ハ民事訴訟法ニ存

セザル所ナリト雖モ控訴ノ拋棄ハ當事者カ第一審ノ判決言渡後受訴裁判所ノ口頭辯論ニ於テ殊ニ一分判決ノ言渡後又ハ上訴ニ關シ終局判決ト看做スヘキ中間判決ノ言渡後(二〇七條二項、二二六條、二二八條二項、四九一條三項)受訴裁判所ノ口頭辯論ニ於テ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ於テ又ハ受訴裁判所ニ差出シ且相手方ニ送達スヘキ書面ヲ以テ控訴權ヲ拋棄スル旨ノ意思ヲ表示スルニ因リテ行ハルモノト謂フコトヲ得蓋シ裁判所書記ハ控訴ノ拋棄アリタルトキハ其旨ヲ調書ニ記載シ之ヲ明確ニスルヲ要スルコトハ民事訴訟法一三〇條一號、一三三條、二七二條ノ法意ニ依リ明白ニシテ又控訴ノ取下ニ關スル形式(三九九條、四〇八條、一九八條二項)ハ之ヲ控訴ノ拋棄ニ關シテモ亦許スヘキモノナルコトハ控訴ノ拋棄ニ關スル形式ヲ明示セザルノ法意ニ依リ明白ナルヲ以テナリ(民事訴訟法四三九條)控訴ノ拋棄ハ當事者カ其意思ヲ直接ニ相手方ニ對シテ爲ス書面又ハ口頭上ノ表示ニ依リ有效ニ成立スルヤ又控訴ノ拋棄ハ明示ノ意思表示ヲ要スルヤ否ヤノ問題ニ關シテハ學者間ニ爭アリ「ゾキフヘルド」「ガウプ」氏等ノ控訴ノ拋棄ニ關シテハ其之ニ關スル書面ヲ相手方ニ送達スルコトヲ要スル旨ノ規定ナキヲ理由トシテ積極的ニ論結シタルトモ予輩ハ我民事訴訟法ノ解釋トシテハ「プラシク」「ペーテルゼン」氏等ト共ニ消極的ニ論結スルヲ正當ナルト信ス何トナレハ控訴ノ拋棄ハ前述ノ如ク裁判上ノ控訴權ノ拋棄ナレハナリ又「プラシク」「ヘルマン」氏ハ控訴ノ拋棄ニ關シ明示ノ意思表示ヲ要スル旨ノ法文ナキヲ理由トシ消極的ニ論結シタルトモ予輩ハ我民事訴訟法ノ解釋トシテハ「ゾキフヘルド」「ガウプ」氏等ト共ニ積極的ニ論結スルヲ正當ナルト信ス何トナレハ默示ノ意思表示ニ依リ控訴ノ拋棄ハ訴訟爭ヲ惹起スルノ原因ナルヲ以テ我民事訴訟法ノ是認セザルモノナルヤ明カナレハナリ然レトモ控訴ノ拋棄ハ當事者カ

唯裁判所ノミニ差出シ相手方ニ送達セザル書面上ノ意思ニ依リテ爲スコトヲ得ザルハ學者間ニ爭ナシ何トナレハ我民事訴訟法ハ必要の口頭辯論ニ關スル手續ニ於テ相手方ニ送達スルコトナク唯裁判所ニ差出スノミヲ以テ足レリト爲ス裁判上ノ意思表示ノ形式ヲ認メザルヲ以テナリ第三者ニ對スル意思表示ニ因リ控訴ヲ拋棄スルコトヲ得ザルハ敢テ疑ヲ容レズ而シテ控訴ノ拋棄ハ第一審ノ判決ニ對スル控訴權喪失ノ結果ヲ生ス隨テ當事者雙方カ控訴ヲ拋棄シタルトキハ該判決ヲ確定スルノ效力ヲ生ス(四九八條)是ヲ以テ

第一 控訴ヲ拋棄シタル當事者カ更ニ提起シタル控訴ニ對シテハ控訴裁判所ハ職權ヲ以テ又ハ控訴ノ不適法ナル旨ノ相手方ノ抗辯ニ因リ控訴ヲ不適法トシテ棄却スルノ終局判決ヲ爲スコトヲ得、獨逸ニ於テハ多數ノ學者殊ニ「プラシク」「ウ・ル・ヘンペル」氏等ハ控訴裁判所ハ職權ヲ以テ控訴ヲ不適法トシテ棄却スルノ判決ヲ爲スコトヲ得スト主張シ其理由トシテ控訴ノ拋棄ハ其之ヲ爲シタル當事者一方ノ行為ニ依リテ取消スコトヲ得ザルニ止マリ相手方ノ明示の若クハ默示の同意アルトキハ有效ニ之ヲ取消スコトヲ得ルヲ以テ相手方カ控訴ノ不適法ナル旨ノ訴訟上ノ抗辯ヲ提出セザル間ハ控訴ノ拋棄ニ關スル取消ナキモノト認ムルコトヲ得スト謂ヘリ然レトモ控訴ノ拋棄ハ民法上ノ法律行為ト異ニシテ之ヲ取消スコトヲ得ヘキモノニ非ザルヲ以テ(民事訴訟法ニハ)斯ル取消ヲ許スノ明文ナシ)斯ル見解ハ我民事訴訟法ノ解釋トシテハ其當ヲ得ザルモノト思惟ス

第二 當事者ノ一方ノ控訴ノ拋棄ニ對シテ當然第一審ノ判決ヲ確定スルノ效力ヲ生スルニ過キス相手方ハ第一審判決ニ對シ自由ニ控訴ヲ提起シ又控訴ノ拋棄者ハ附帶控訴ヲ提起スルコトヲ得

(四〇五條)但第二〇九條ハ控訴ノ拋棄ニ關シ適用ナキヲ以テ相手方ハ控訴ノ拋棄ニ基ク判決ヲ求ムルノ權利ヲ生セス其他通常ノ共同訴訟ニ在リテハ各共同訴訟人ハ控訴ヲ拋棄スルコトヲ得レトモ(四九條)必要ノ共同訴訟ニ在リテハ控訴ノ拋棄ハ總共同訴訟人カ之ヲ爲シタルトキニ非サレハ其效力ヲ生セス何トナレハ控訴ノ拋棄ニ關シテハ甲共同訴訟人ハ乙共同訴訟人ヲ代理スルノ權能ナキヲ以テ甲共同訴訟人カ控訴ヲ拋棄シタルトキト雖モ乙共同訴訟人ハ有效ニ控訴ヲ提起スルコトヲ得而シテ此控訴ニ依リ甲共同訴訟人ト爲ルモノナレハナリ(五〇條)

(b) 於テモ尚ホ爲スコトヲ得ヘキ訴ノ取下(一九八條)及ヒ請求ノ拋棄ト區別スルコトヲ要ス(二九九條)第一審ニ於テ有效ニ爲シタル訴ノ取下ハ控訴ノ取下ト異ニシテ單ニ上訴權ヲ喪失セシム隨テ第一審ノ判決ヲ確定セシムルノ效力ヲ生スルモノニ非スシテ却テ權利拘束ノ總テノ效力ヲ消滅セシムルノ效力ヲ生ス隨テ又取下前ニ爲サレタル總テノ裁判ノ效力ヲ喪失セシムルモノナリ又請求ノ拋棄ハ控訴ノ取下ト異ニシテ控訴人カ其提起シタル控訴ニ於テ爲シタル控訴裁判所ノ判決ヲ求ムル請求ヲ取消ス旨ノ意思表示ニ非スシテ却テ原告若クハ反訴原告カ主張シタル請求ヲ拋棄スル旨ノ受訴裁判所ニ於ケル意思表示ナリ控訴ノ取下ハ被控訴人カ未タ口頭辯論ヲ始メサルトキハ控訴人ノ一方行爲ヲ以テ之ヲ爲シ既ニ口頭辯論ヲ始メタルトキハ其承認ヲ得テ之ヲ爲スコトヲ得斯ル制限アルハ被控訴人カ附帶控訴ヲ爲スニ付キ利害關係ヲ有スレハナリ

(イ) 控訴人ノ一方行爲ニ依ル控訴ノ取下ハ口頭辯論前ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得而シテ第三九九條第一項ニ於テ控訴ハ口頭辯論ノ前ニ於テハ被控訴人ノ承諾ナクシテ之ヲ取下ルコトヲ得ト規

定シ原告カ其訴ヲ取下ル場合ニ於ケルカ如ク「本案ニ付キ被告ノ第一口頭辯論ノ始マルマテ(二九八條)一項」ト規定セサルノ理由ハ第四一四條ニ於テ妨訴抗辯ノ提出ヲ許スノ法意ト及ヒ控訴申立ノ原因カ唯訴訟上ノ理由ノミニ存スルコトアルトニ依リ訴訟上ノ前提要件ト其反對タル本案トヲ區別スルコトヲ得サルニ存ス(民事訴訟法四四三條)但同條ニ於ケル「本案ニ付キ」ノ法文ハ立法上其當ヲ得ス然レトモ被控訴人カ未タ實體上若クハ訴訟上ノ原因ニ基ケル控訴ノ申立ニ付キ辯論ヲ爲サスシテ單ニ控訴ノ適否ニ付キ辯論ヲ爲シタルニ止マルトキハ控訴人ハ其一方行爲ヲ以テ有效ニ控訴ノ取下ヲ爲スコトヲ得何トナレハ被控訴人ハ控訴ノ不適法トシテ拋棄スヘキ判決ヲ求ムルト同時ニ之ト兩立スルコト能ハサル控訴ノ申立ニ關スル裁判ヲ求ムルコトヲ得サルノミナラス控訴人ハ斯ル場合ニ於テハ被控訴人ノ控訴ヲ不適法ナリトスルノ主張ニ同意シ以テ其提起シタル控訴ヲ失効セシムルノ權利ヲ有スヘキモノナレハナリ隨テ被控訴人カ控訴ノ適否ニ付キ爭フコトヲ直チニ控訴ノ申立ニ對シ應訴シタルトキハ控訴人ハ其提起シタル控訴ヲ單獨ニテ取下ルコトヲ得ス

(ロ) 被控訴人ノ承諾ヲ得テ爲ス控訴ノ取下ハ控訴審ノ終結前ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得蓋シ控訴審ハ終結後ニ於テハ當事者ハ控訴ニ付キ處分ヲ爲スコト能ハサルヲ以テナリ控訴審ハ控訴裁判所ノ爲シタル無條件ノ終局判決カ確定シタルトキ又ハ控訴裁判所ニ於テ裁判上ノ和解カ成立シタルトキニ於テ終結ス是ヲ以テ

第一 控訴裁判所カ爲シタル終局判決カ故障ヲ以テ攻撃スルコトヲ得ヘキ關席判決ナルトキハ控訴人ハ該判決ニ對シ法律上故障ノ申立ヲ許ササル間又ハ該判決ニ對シ申立テラレタル故障



ニ關スル口頭辯論カ終局判決ニ依リテ未タ終結セラレサル間ハ被控訴人ノ承諾ヲ得テ有效ニ控訴ヲ取下ケタルコトヲ得此場合ニ於テハ控訴ノ取下ハ故障ノ申立ヲ除去シ若クハ既に申立テタル故障ヲ控訴ト共ニ除去スル效力ヲ生ス控訴裁判所ノ爲シタル終局判決カ上告ヲ以テ攻撃スルコトヲ得ヘキ終局判決ナルトキハ控訴人ハ上告期間カ未タ經過セシ且該判決ニ對シ未タ上告ノ提起ナキ場合ニ於テ被控訴人ノ承諾ヲ得テ有效ニ控訴ヲ取下ケタルコトヲ得蓋シ上告審ニ於ケル控訴ノ取下ハ假令之ヲ上告ノ取下ト共ニ爲ストキト雖モ上告ノ取下ニ因リテ上告權ヲ喪失スルノ結果茲ニ控訴審ノ判決ノ確定ヲ來シ控訴ノ取下ヲ爲スコト能ハサラシムルニ至ルヲ以テナリ隨テ上告ノ取下カ未タ適法ニ上告期間ノ進行ナキノ理由ヲ以テ控訴裁判所ノ判決ヲ確定セシムルノ效力ヲ生セサル場合ニ於テハ上告提起後尙ホ有效ニ上告ト共ニ控訴ヲ取下ケタルコトヲ得ヘシ控訴裁判所ノ爲シタル終局判決カ上告ノ結果破毀セラレ且事件カ控訴裁判所ニ差戻サレ又ハ移送セラレタルトキハ控訴人ハ被控訴人ノ承諾ヲ得テ有效ニ控訴ヲ取下ケタルコトヲ得(四四八條)又控訴裁判所ノ爲シタル一部判決及ヒ中間判決ノ言渡ハ控訴人カ被控訴人ノ承諾ヲ得テ有效ニ控訴ヲ取下ケタルノ妨ト爲ルコトナシ爾後ノ手續ニ於テモ亦然リ(四二七條)控訴審ハ控訴裁判所カ爲シタル判決カ無條件ノ終局判決又ハ故障ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得サル關席判決ナルトキハ其言渡ニ依リテ終結スト云ヘル見解ハ正當ニ非シ且之ヲ確定セシムルカ爲メニ必要ナル受繼ハ控訴裁判所ニ於テ之ヲ爲シ又該判決ノ遂達後確定前ニ於テ訴訟手續中斷ノ原因カ發生シタルトキハ中斷セラレタル上告期間ヲ進行セシム

爲メニ必要ナル受繼ハ未タ上告ノ提起ナキ場合ニ於テハ控訴裁判所ニ於テ之ヲ爲スモノナレハナリ

第二 控訴裁判所ニ於テ裁判上ノ和解カ成立シタルトキハ總テノ訴訟手續ヲ終結ス隨テ又控訴審ヲ終結セシムルヤ疑ヲ容レズ

控訴ノ取下ニ關スル被控訴人ノ承諾ハ他ノ行爲ト同シタ明示的ニ又ハ默示的ニ殊ニ控訴ノ取下ニ付キ異議ヲ主張セザリシ事實ニ因リテ表示セラル但條件附承諾例ヘハ獨立の附帶控訴ヲ提起スルノ權利ヲ留保シテ爲シタル承諾ハ控訴ノ取下ニ關スル承諾トシテハ其效力ナシ被控訴人カ控訴ノ取下ニ付キ承諾ヲ爲ササルトキハ控訴ハ依然トシテ存續シ控訴人ハ其控訴ノ申立ヲ維持セサルヘカラス又控訴ノ取下ニ關スル訴訟上ノ形式ハ第一九八條ノ規定ニ依ル(四〇八條)該形式ニ依ラサル控訴取下ノ意思表示ハ假令當事者雙方ノ一致シタル意思ニ基クトキト雖モ訴訟法上其效ナシ故ニ當事者カ控訴ヲ取下クヘキ旨ノ法律行爲ヲ取結ヒタル場合ニ於テモ控訴人カ民事訴訟法ノ形式ニ從ヒ控訴ヲ取下ケル旨ノ意思ヲ表示スルニ非サレハ民事訴訟法ニ規定セル控訴取下ノ效力ヲ生セス隨テ控訴人カ適法ニ控訴ヲ取下ケサル場合ニ於テハ單ニ控訴人カ其義務ニ違背シタルニ止マリテ提起シアル控訴ニ對シ何等ノ影響ヲ及ボスコトナク又控訴人ニ對シ其義務ノ履行ヲ該控訴ニ關スル訴訟手續ニ於テ強制スルノ方法ナシ適法ニ提起シタル控訴ノ取下ハ第一審ノ判決ニ對スル控訴權ヲ喪失スルノ結果ヲ生スルモノトス(二九九條)二項、民事訴訟法四四三條三項)是ヲ以テ

第一 控訴ヲ取下ケタル者カ更ニ控訴ヲ提起シ又ハ取下ケタル控訴ヲ續行シタルトキハ控訴裁

判所ハ職權ヲ以テ又ハ控訴不合法ナル旨ノ相手方ノ抗辯ニ因リ控訴權ノ喪失ノ爲メニ控訴ヲ不合法トシテ棄却スヘキ裁判ヲ爲ス何トアレハ一旦有效ナル控訴ノ取下アリタルトキハ之ニ依リテ控訴審終結シ控訴人ハ相手方ノ同意アルトキト雖モ之ヲ取消スコト能ハサルヲ以テナリ(四一)九條獨逸ニ於テハ「ブランク」(ウルレンビュヘル)氏等ハ控訴裁判所ハ職權ヲ以テ斯ル裁判ヲ爲スコトヲ得スト主張シ其理由トシテ控訴ノ取下ハ控訴ノ拋棄ト同シク其性質上相手方ノ承諾アルモ之ヲ取消スコトヲ得サルモノニ非サルヲ以テ辯論期日ニ出頭シタル當事者雙方カ事件ニ付キ辯論ヲ爲シ相手方カ控訴權ノ喪失ニ付キ何等ノ主張ヲ爲ササトキハ控訴權喪失ノ結果ヲ除去スルコトヲ目的トスル當事者ノ行爲ノ存スルモノト認メサルヲ得ヌ隨テ控訴ハ其取下ノ一事ニ依リ控訴裁判所カ職權ヲ以テ不合法トシテ之ヲ棄却スヘキモノナリト謂フコト能ハスト曰ヘリ此學說ニ從ヘハ相手方カ裁判上控訴取下ノ效力ヲ主張シタル以後ハ之ニ依リテ第一審ノ判決確定シ控訴裁判所カ職權ヲ以テ控訴ヲ許ササルモノトシテ棄却スル判決ヲ爲スヘキモノナルヲ以テ控訴人ハ相手方ノ承諾アルモ該取下ノ效力ヲ消滅セシムルコトヲ得ヌ又控訴ヲ取下ケタル者カ辯論期日ニ出頭セス相手方カ出頭シテ關席判決ヲ求ムル申立ヲ爲シタルトキハ控訴裁判所ハ關席判決ヲ以テ控訴ヲ不合法トシテ棄却シ且之ニ因リテ生シタル費用ヲ控訴人ニ負擔セシム之ニ反シ相手方カ辯論期日ニ出頭セス控訴人カ出頭シテ控訴權喪失ノ結果ヲ發生セサル旨ヲ主張シ且關席判決ヲ求ムル申立ヲ爲シタルトキハ事件ニ付キ關席判決ヲ爲シ相手方ヲシテ爾後故障ノ申立ニ因リ控訴權ノ喪失ヲ主張スルコトヲ得セシム但控訴人カ控訴權ノ喪失ヲ是認シタルトキハ控訴ヲ不合法トシテ棄却スル旨ノ判決ヲ

爲スト論結セサルヲ得ヌ然レトモ控訴ノ取下ハ民法上ノ法律行爲ニ非サルヲ以テ假令錯誤アルトキト雖モ之カ取消ヲ爲スコトヲ得ヌ故ニ斯ル見解ハ我民事訴訟法ノ解釋トシテハ其當ヲ得スト思惟ス(民事訴訟法ニ於テハ取下ヲ取消スコトヲ得ヘキ旨ノ明文ナシ)

第二 控訴ノ取下ハ其之ヲ爲シタル當事者ニ對シ即時ニ第一審ノ判決ヲ確定スルノ效力ヲ有シ控訴取下ノ當時控訴時間カ未タ經過セザルト否トノ區別ハ之ヲ問ハサルモノナリ隨テ一旦有效ニ控訴ヲ取下ケタル當事者ハ控訴期間ノ未タ經過セザルヲ奇貨トシ爾後更ニ控訴ヲ提起スルコトヲ得ヌ獨逸ニ於テハ控訴ノ取下ハ控訴ヲ喪失スルノ結果ヲ生スル旨ヲ規定スルニ止リ(五一)五條三項)我民事訴訟法ニ於ケルカ如ク控訴ノ取下ハ上訴權ヲ喪失スルノ結果ヲ生スル旨ノ規定ナキヲ以テ多數ノ學者殊ニ「ガウプ」「ゾキフ」「ヘルド」氏等ハ控訴取下ノ效果タル控訴ノ喪失ハ提起シタル控訴ノ喪失ニシテ控訴權ノ喪失ニ非ス故ニ控訴期間ノ經過前ニ於テ爲シタル控訴ノ取下ハ即時ニ不服ヲ申立テタル第一審ノ判決ヲ確定スルノ效力ヲ有セス隨テ控訴ヲ取下ケタル者ハ控訴期間ノ未タ經過セザル間ハ更ニ控訴ヲ提起スルコトヲ得ト主張シタリ參考ノ爲メニ一言ス其他通常ノ共同訴訟ニ在リテハ各共同訴訟人ハ其提起シタル控訴ヲ自由ニ取下ケルコトヲ得(四九條)然レトモ必要ノ共同訴訟ニ在リテハ共同訴訟人ノ一人カ爲シタル控訴ノ取下ハ其效力ヲ生セス換言スレバ控訴ノ取下ハ總テノ共同訴訟人カ之ヲ爲シタルトキニ限リ其效力ヲ生セス蓋シ控訴ノ取下ニ關シテハ甲共同訴訟人カ乙共同訴訟人ヲ代理スルノ權能ナキヲ以テ甲共同訴訟人カ控訴ヲ取下ケルモ乙共同訴訟人ハ依然控訴人タルヲ以テ甲共同訴訟人ハ乙共同訴訟人ノ控訴ニ依リテ控訴人タリト謂ハサルヲ得サレハナリ獨逸民事訴訟

0421

訴法第五一五條第三項ハ控訴ノ取下アリタル場合ニ於テ控訴裁判所ニ相手方ノ申立ニ因リ控訴取下ノ事實ヲ確定スル判決ヲ爲スノ職權ヲ認メ以テ強制執行ノ爲メニ斯ル事實ヲ確定スルノ手續ヲ省略シ(當事者ハ第一審判決ノ確定力發生ノ時期トシテ控訴取下ノ日時ヲ確知スルノ必要アリ)且訴訟費用確定ノ爲メニ執行シ得ヘキ裁判ヲ爲スモノト規定シタリ(八四條二項)我民事訴訟法ニ於テ斯ル明文ヲ缺クハ立法上ノ缺點ナリト謂フヘシ

第三 不適法ニ提起シタル控訴ノ取下ハ之ニ反シテ控訴權喪失ノ結果ヲ生スルコトナシ蓋シ控訴カ不適法ナル場合殊ニ控訴カ第一審判決ノ送達前ニ提起セラレタル場合ニ於テハ控訴人ハ控訴ヲ取下ケ更ニ適法ナル控訴ヲ提起スルヲ得ヘキモノナレハ又控訴ノ取下ハ唯控訴權喪失ノ結果ヲ生スルノミニシテ相手方ノ提起シタル控訴ニ對シ附帶控訴ヲ提起スルノ權利ヲ喪失スルノ結果ヲ生スルモノニ非ス(四二五條一項)所謂拋棄ハ控訴ノ取下ヲ包含ス(其他控訴ヲ闕席判決若クハ中間判決ノ言渡以後ニ於テ取下ケタル場合ニ於テハ該判決ハ當然其效力ヲ失フモノ)ニシテ控訴ヲ控訴裁判所ノ終局判決以後ニ取下ケタル場合ニ於テモ亦該判決ハ當然其效力ヲ失フ又控訴人カ其取下ニ因リ控訴提起ノ爲メニ生シタル訴訟費用ヲ負擔スルコトハ民事訴訟法第七二條ニ依リ明白ナル所ナリ(民事訴訟法四三條三項)

(乙)

裁判外ノ控訴權ノ拋棄 裁判外ノ控訴權ノ拋棄ハ控訴ノ拋棄及ヒ控訴ノ取下ニ非サル控訴權ノ拋棄ナリ故ニ裁判外ノ控訴權ノ拋棄ニハ第一審ノ判決言渡前ニ於テ爲ス控訴權ノ拋棄ト第一審判決言渡後ニ於テ爲ス控訴權ノ拋棄ト二者アリト謂フコトヲ得ヘシ

(a) 第一審判決言渡前ニ於テ爲ス裁判外ノ控訴權ノ拋棄ハ假令當事者カ之ヲ偶然裁判所ニ於テ表示スルコトアルモ這ハ法律行為ニシテ訴訟行為ニハ非ス故ニ其效力ノ有無ハ民法ノ原則ニ依リテ之ヲ定ム而シテ我民法ニ於テハ裁判外ノ控訴權ノ拋棄ハ雙方行為ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ要スルヤ或ハ一方行為ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤニ付キ別段ノ規定ナシト雖モ債務ノ免除(民五一九條)ト同シク單獨行為ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ相手方ノ承諾ヲ要セサルモノト論結スルヲ正當ナリト思惟ス獨逸ニ於テハ「ヘルビヒ」氏ハ第一審判決言渡前ニ於ケル控訴權ノ拋棄ニ關スル行為ハ法律上無効ナリト主張シ其理由トシテ訴訟上ノ權能ノ拋棄ハ唯民事訴訟法ニ規定シタル場合ニ限リ其方式ニ從ヒ之ヲ爲スコトヲ得ルノミト曰ヘトモ第一審判決言渡前ニ於ケル裁判外ノ控訴權ノ拋棄ハ其性質上實體上ノ權利ノ條件附拋棄又ハ其條件附承認ニ外ナラサルヲ以テ斯ル見解ハ我民事訴訟法ノ解釋トシテハ其當ヲ得サルモノナリト思惟ス此ノ如ク第一審判決言渡前ニ於ケル裁判外ノ控訴權ノ拋棄ハ民法上有效ナル法律行為ニシテ訴訟行為ニ非サルヲ以テ法律上當然控訴權喪失ノ訴訟の效力ヲ發生セス換言スレハ當事者ハ斯ル拋棄ノ意思表示ニ依リ裁判所ニ對スル訴訟上ノ權利ヲ喪失スルコトナシ故ニ控訴權ノ不行使ヲ強制セント欲スル相手方ハ抗辯トシテ裁判外ノ控訴權ノ拋棄アリタル旨ヲ主張セサルヘカラス是ヲ以テ第一審ノ判決言渡前ニ控訴權ヲ拋棄シタル當事者カ提起シタル控訴ハ法律上許スヘキモノニシテ唯相手方カ其抗辯トシテ控訴權ノ拋棄アリタル旨ヲ主張シタルトキニ限リ之ヲ理由ナントシテ棄却スヘキノミ蓋シ斯ル抗辯ハ控訴人カ實體上ノ權利ヲ拋棄シ又ハ之ヲ承認シタル旨ヲ主張スル實體上ノ抗辯ナルヲ以テナリ獨逸ニ於テハ「ガupp」氏ハ斯ル抗辯ト仲裁契約ニ依リ抗辯ト同視シ控訴ヲ不適法トシテ棄却スヘキモノナリト主張セリ參考ノ爲メニ一言ス

0422

(b) 第一審判決言渡後ニ於テ爲ス裁判外ノ拋棄ハ當事者カ有效ニ之ヲ爲スヲ得ルコト固ヨリ當然ナリ是ヲ以テ斯ル拋棄ヲ爲シタル當事者カ控訴ヲ提起シタルトキハ其相手方ハ控訴權ノ拋棄アリタル旨ノ實體上ノ抗辯ヲ提出シ控訴ヲ理由ナシトシテ棄却スル判決ヲ求ムルコトヲ得ヘシ(前述ノ說明參照)

(四) 控訴ノ内容 控訴ハ前述ノ如ク控訴裁判所カ前審ニ於ケル訴ノ申立及ヒ第二審ニ於ケル控訴ノ申立ノ範圍内ニ於テ前審ノ口頭辯論ヲ續行シ且前審ニ於ケル訴訟材料ノ補充及ヒ變更ヲ許シ以テ前審判決ノ當否ヲ調査スルノ制度ナルヲ以テ控訴裁判所ハ控訴又ハ附帯控訴ニ依リ不服ヲ申立テラレタル前審判決ノ當否ヲ調査シ且不服ヲ正當ト認メタル場合ニ於テ該判決ヲ變更スルノ職權ヲ有スルモノナリ故ニ控訴ノ内容即チ控訴審ニ於ケル辯論及ヒ裁判ノ目的ハ先ツ當事者カ適法ニ控訴裁判所ニ控訴ヲ提起シタルヤノ問題即チ形式的控訴權ノ當否ニ關スル爭訟ヲ確定シ次ニ之ヲ適法ナリト認メタル場合ニ於テ不服ヲ申立テラレタル第一審判決ノ當否ヲ調査シ之ヲ失當ナリト認メタル場合ニ於テ如何ナル判決ヲ爲シテ之ニ代ルヘキカノ問題即チ實體的控訴權ノ當否ニ關スル爭訟ヲ確定スルニ在リ左ニ之ヲ略述スヘシ

- (1) 控訴ノ適否ノ調査 控訴ハ其提起ニ關スル要件ヲ完備スルニ非サレハ(四一九條民事訴訟法四五六條)適法ト爲ラス故ニ控訴ノ適否ニ關シテハ控訴裁判所カ控訴ノ提起ニ關スル要件ノ存否ヲ調査スルモノナルコト固ヨリ當然ナリ而シテ該要件ハ曩ニ詳述シタル所ナリ故ニ之ヲ茲ニ贅セズ
- (2) 前審判決ノ當否ノ調査 實體的控訴權ノ當否ノ確定ニ關スル控訴裁判所ノ職權ハ不服ヲ申立テラレタル第一審ノ判決ノ當否ヲ其不服ノ程度ニ於テ第一審ニテ終結セラレタル辯論ヲ再開シテ調査ス

ルコト是ナリ(四二一條、四二〇條、四二二條、四一六條)故ニ本案ニ於ケル控訴審ノ内容ハ二箇ノ思想ニ歸著ス其第一ハ不服ヲ申立テラレタル前審判決ノ當否ヲ調査シ(控訴裁判所ノ第一ノ職務其第二ハ第一審ニ於テ終結セラレタル口頭辯論ヲ再開シテ前審判決ノ當否ヲ調査スルコト(控訴裁判所ノ第二ノ職務)是ナリ左ニ之ヲ分説スヘシ

(甲) 不服ヲ申立テラレタル判決ノ當否ノ調査 控訴裁判所ハ唯控訴ヲ以テ不服ヲ申立テラレタル第一審判決ノ當否ヲ調査スルノミ故ニ控訴審ノ目的ハ第一審ノ判決ニ於テ裁判セラレタル訴訟物ナリ第一審ノ訴訟物ハ原告若クハ反訴原告ニ依リ提起セラレタル訴ノ申立ニ於テ明示セラレ且其訴ノ原因ニ於テ維持セララル私法請求權ナリ控訴裁判所ハ第一審裁判所カ請求權ニ付キ正當ニ裁判ヲ爲シタル否ヤヲ調査ス然レトモ其調査ニ際シ當事者ニ他ノ請求權カ成立スルヤ、訴訟物タル請求權ニ基キ他ノ訴ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルヤ、當事者カ訴訟物タル請求權ヲ他ノ訴ノ原因ヲ以テ維持スルコトヲ得ルヤ否ヤノ事情ハ毫モ之ヲ斟酌セズ是ヲ以テ當事者ハ控訴ノ申立若クハ附帯控訴ノ申立ヲ爲スニ當リテ又ハ其申立ノ攻撃若クハ防禦ヲ爲スニ當リテ新ナル請求、訴ノ申立若クハ訴ノ原因ヲ提出スルコトヲ得ス若シ當事者カ斯ル提出ヲ敢テシタルトキハ訴訟上許スヘカラサルモノトシテ之ヲ排斥セサルヘカラス我民事訴訟法ハ斯ル觀念ニ基キ訴ノ變更ハ相手方ノ承諾アルトキト雖モ之ヲ許サス(四二一條、民事訴訟法四四九條)又新ナル請求ハ原則トシテ之ヲ提起スルコトヲ得サル旨(四二六條、民事訴訟法四五一條)ノ禁止規定ヲ設ケタリ是レ蓋シ審級制度ヲ嚴正ニ維持スルヲ公益ト認メタルニ基ケリ隨テ控訴裁判所ハ相手方ノ承諾ノ有無ニ拘ラス職權ヲ以テ審級制度ノ維持ノ實行ニ力メサルヘカラス

(1) 控訴審ニ於ケル訴ノ變更ハ相手方ノ承諾アルトキト雖モ之ヲ許サス(四一三條)訴ノ變更ハ其申立、目的及ヒ原因ノ變更ニ因リテ生ス隨テ控訴裁判所ノ判決アル迄ニ無制限ニ許サルヘキ控訴若クハ附帶控訴ノ申立ノ變更ト混同スヘカラス(一九五條二項三號、一九六條)又相手方ノ承諾ハ第一審ニ於ケル訴ノ變更ト異ニシテ(一九五條二項三號)第二審ニ於ケル訴ノ變更ヲ適法ト爲スノ效力ナシ是レ當事者カ事件ニ付キ審理ヲ受ケ以テ自由ニ公益上設ケラレタル審級制度ヲ避止スルニ至レハナリ但獨逸新民事訴訟法(獨民訴五一七條)ハ控訴審ニ於ケル訴ノ變更ハ第一審ニ於ケル訴ノ變更ト同シク相手方ノ承諾アルトキハ之ヲ許スヘキモノト規定シタリ是レ蓋シ審級ノ制度ハ公益上當事者ノ意思ニ反シテモ之ヲ維持スルノ必要ナキモノト認メタルニ由ル立法上ノ見解トシテハ獨逸新民事訴訟法ノ規定ヲ正當ナリト信ス控訴裁判所ハ調査ノ結果控訴カ法律上唯許スヘカラサル訴ノ變更ノミニ根據シタルモノト認メタルトキハ控訴ヲ理由ナシトテ棄却シ不適法トシテ棄却スヘキモノニ非ス何トナレハ民事訴訟法第四一九條ハ斯ル場合ニ適用ナケレハナリ之ニ反シ訴ノ變更ナシト認メタルトキハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ訴ノ變更ナキ旨ノ判決ヲ言渡ス此判決ニ對シテハ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス(一九七條、四〇八條、民訴案二三二條、四三八條)

(2) 控訴審ニ於テハ新ナル請求ハ相手方ノ承諾アルトキト雖モ之ヲ起スコトヲ許サス(四一六條)新ナル請求ノ提起トハ當事者カ第一審ニ於テ主張セサリシ攻撃防禦ノ方法殊ニ新ナル事實及ヒ證據方法ノ提出ノ反對ニシテ當事者カ第一審ニ於テ訴、反訴若クハ相殺抗辯ノ目的物ト爲サザリ私法の請求權ノ主張又ハ當事者カ第一審ニ於テ斯ル訴訟行為ノ目的物ト爲シタルモノ取ドケタル私

法の請求權ノ主張換言スレハ第一審ニ於テ主張セサリシ給付ヲ求ムル權利及ヒ法律關係ノ確定ヲ求ムル權利又ハ第一審ニ於テ主張シタルモノ取ドケタル斯ル權利ノ主張ナリ故ニ第一審ニ係ラザルシタリト雖モ同審カ權利拘束ノ抗辯(二〇六條三號)並ニ民事訴訟法第二一〇條ニ基キ却下シタル請求及ヒ同審カ其言渡シタル判決ノ内容ニ從ヘハ判斷ヲ爲スノ必要ナキモノトシテ(三二二條)判斷ヲ爲サザリシ請求ハ茲ニ屬セス新ナル請求ヲ控訴審ニ於テ提起スルコトヲ許ササルハ前述セルカ如ク公益上設ケラレタル審級制度ヲ無視スルニ至ルヲ以テナリ故ニ當事者ハ假令相手方ノ承諾ヲ得タルトキト雖モ控訴審ニ於テ新ナル請求ヲ提起スルコトヲ得サルヤ疑ヲ容レズ隨テ民事訴訟法第四一三條ニ於ケルカ如ク「相手方ノ承諾アルトキト雖モ」トノ明文ナキヲ理由トシテ反對ニ論結スルコト勿レ、但獨逸新民事訴訟法第五二九條第二項ハ新ナル請求ハ相手方ノ承諾アル場合ニ於テ之ヲ提起スルコトヲ得ヘキモノト規定シタリ其理由ハ控訴ニ於ケル訴ノ變更ヲ相手方ノ承諾アル場合ニ限リ許スノ法意ニ同シ此ノ如キ新ナル請求ハ之ヲ控訴ニ於テ提起スルコト能ハサルヲ以テ當事者ハ控訴審ニ於テ訴ヲ變更シ新ニ反訴ヲ提起シ新ニ附帶的確認ノ訴本條及反訴ヲ包含ス)ヲ提起シ(二一一條)又新ニ相殺ノ抗辯ヲ提起スルコトヲ得ス蓋シ此等ノ訴訟行為ハ何レモ確定力アル裁判ヲ受クルニ至ルヘキ權利ノ主張ニシテ新ナル請求ノ提起ニ外ナラサルハナリ控訴審ニ於ケル訴ノ變更ニ依レル新ナル請求ノ主張ハ新ナル請求ノ主張トシテ之ヲ許スコトヲ得サルノミナラス民事訴訟法第四一三條ノ規定ニ依テ亦之ヲ許スコトヲ得サルモノナリ反訴ノ形式ヲ以テ反對請求ヲ主張スルコトハ新ナル請求ノ提起ト爲ルヤ明白ナリト雖モ第一審ノ假執行宣言付判決ニ基キ給付シタルモノノ辨濟ヲ求ムル申立ハ之ヲ第一審ニ於テ爲スコトヲ得ヘカリシトキト雖モ新ニ

0424

控訴審ニ於テ爲スコトヲ得ヘキヤ否ハ頗ル疑ハシ「ワッハ」氏ハ新ナル請求ニ非スト主張シ積極的ニ又「ブキフヘルト」氏ハ消極的ニ論結シタルニ似タリ予輩ハ前説ヲ正當ナリト信ス(五一)〇條ニ項)附帶的確認ノ訴ヲ提起ハ新ナル請求ノ主張ト爲ルヤ言フ俟タス故ニ第一審ニ於テ附帶的確認ノ申立ナキトキハ第二審ニ於テ豫斷ヲ必要トスル權利關係ニ付キ實體的確定力アル裁判ヲ爲スコトヲ得ス(二二)一條、二四四條又相殺ノ抗辯ハ新ナル提出ハ民事訴訟法四一六條ノ解釋上新ナル請求ノ主張ニ外ナラサルヤ疑ナシト雖モ「ガウフ」氏其他二三ノ學者ハ獨逸新民事訴訟法ノ解釋トシテ相殺ハ民法上單純ナル防禦方法ニ過キス隨テ請求ノ主張ト爲ラスト立論シ反對ニ論結シタル然レトモ這ハ「ブラント」「ワッハ」「ヘルマン」氏等ハ獨逸舊民事訴訟法ノ解釋トシテ贊成セサル所ニシテ又予輩カ我民事訴訟法ノ解釋トシテ採ラサル所ナリ何トナレハ斯ル見解ハ相殺ノ抗辯ノ新ナル提出ニ付キ第四一六條後段ニ於テ規定セル制限ヲ解スルコトヲ得サレハナリ(民事訴訟法四五)〇條二項)然レトモ當事者ハ控訴審ニ於テ新ニ總テノ抗辯殊ニ留置權ニ基ク抗辯ヲ提出スルコトヲ得ヘシ何トナレハ抗辯ハ請求ニ非ス殊ニ留置權ニ基ク抗辯ハ或特定ノ請求ニ依リテ維持セラルモノナレトモ其請求ノ確定判決ニ依ル確定若クハ實行ヲ目的トスルモノニ非サレハナリ控訴裁判所ハ調査ノ結果新ナル請求ヲ提起シタリト認メタルトキハ裁判ヲ以テ斯ル請求ヲ却下セサルヘカラス而シテ此判決ハ一分判決ナリ何トナレハ新ナル請求ハ斯ル判決ニ依リ控訴裁判所ヲ離脱シ又斯ル判決ハ他ノ請求ニ關スル控訴裁判所ノ判決ノ一部分ヲ成スモノナルヲ以テナリ然レトモ「ガウフ」氏ハ獨逸民事訴訟法ノ解釋トシテ控訴人カ新ナル請求ヲ提起シタルモノト認メタルトキハ控訴ノ理由ナシトシテ棄却シ被控訴人カ新ナル請求ヲ提起シタルトキハ之ヲ訴訟上許スヘカラス

雜 錄

大審院判例要旨

- 有價證券ノ換價價格ト不利益ナル申込 強制執行上有價證券ノ換價價格ハ債權者ノ任意ニ定メ得ヘキモノニ非ス執達吏ニ於テ規則ニ依リ處分スヘキモノナルカ故ニ縱令債權者カ其換價價格ニ付キ執達吏ニ對シテ自己ニ不利益ナル申込ヲ爲スモ民事訴訟法ニ所謂自白ヲ爲シタルモノト謂フコトヲ得ス(明治三十八年(一)第三六〇號)(同年十月二日第一民事部判決)
- 獨立ノ抗告理由 抗告裁判所カ不動産競落許可決定ニ對スル抗告ヲ強制競賣手續ニ關スル異議申立却下ノ決定ニ對スルモノト誤認シ其抗告主旨ニ付キ何等ノ判斷ヲ與ヘス不合法ノ抗告トシテ之ヲ棄却シタルトキハ重要ナル裁判手續ニ違背セルモノニシテ其裁判ニ依リ新ナル獨立ノ抗告理由ヲ生スルモノトス(明治三十八年(一)第三四號)(同年十月三十日第一民事部判決)
- 支拂拒絕證書ノ記載事項 約束手形ノ所有人カ満期日ニ支拂要求ノ爲メ支拂場所ニ到ルモ支拂義務者タル振出人死亡シテ之ニ面會スルコトヲ得サルカ如キ場合ニ所持人其死亡ノ事實ヲ知ラサル以上ハ振出人ヲ拒絕者トシテ拒絕證書ニ其氏名ヲ記載スヘキハ當然ナリ(明治三十八年(一)第三九四號)(同年十月十日第一民事部判決)
- 手形振出人ノ不當利得 按スルニ不當利得ノ規定ニ依リ受益者ニ對シ其利益ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ヘキ限度ハ請求當時受益者ニ現存スル利益ナラサルヘカラス而シテ凡ソ手形振出人ハ手形ノ振

出ニ依リ現實已ヲ利シタルコトアルト否トニ拘ハラズ手形ノ文言ニ因リ券面記載ノ金額ヲ支拂フノ義務アリト雖モ是レ唯手形債務ノ性質上終ラシムルモノニ過キサルカ故ニ手形金支拂ノ債務ヲ免レタル振出人ハ常ニ手形面記載ノ金員ヲ已ニ利シタルモノト速斷スヘキモノニ非サルナリ(明治三十八年號同年十月廿八日第一民事部判決)



大書調興國製自

金 子 幣 紙 幣
 小 高 山 幣 紙
 大 書 調 興 國 製 自
 總 額 三 十 八 萬 二 千 二 百 二 十 三 圓 九 角 六 分
 (一) 總 額 三 十 八 萬 二 千 二 百 二 十 三 圓 九 角 六 分

校外生規則摘要

- 一 十个月以上本大學ノ校外生タル者ニシテ本大學ニ入学スル者ハ入学金ヲ免除ス
- 一 講義録ノ講習ヲ終リタル者ハ校外生修業書ヲ請求スルコトヲ得但手數料金貳拾錢ヲ納ムヘシ
- 一 校外生ノ講習料ハ金九圓トシ一時前納金七圓五拾錢トシ二回前納金四圓トシ十五个月分納金六拾錢トス但講義録ハ十二个月ニテ完結ス
- 一 講習料ヲ納付シタルトキハ講義録ヲ郵送スルヲ以テ別ニ領取證ヲ交付セズ若シ發信ノ日ヨリ二十日ヲ過キテ講義録ノ到達セザルトキハ其本大學出版局ニ通知スヘシ
- 一 校外生ニシテ講習十个月ヲ終リタルトキハ本人ノ寫ニ依リ論文試験及ヒ筆記試験ヲ施行ス但時宜ニ依リ口達試験ヲ爲ス
- 一 前項ノ試験成績優等ナル者ハ本大學ノ學生又ハ聽講生ニ編入シ有志者贈ノ奨学金ヲ以テ一學年中ノ授業料並ニ寄宿料ヲ支辨スヘシ
- 一 三十九年度校外生ニ付テハ三十九年八月及ヒ十二月ノ二回ニ試験ヲ施行シ優等生ヲ選拔スヘシ
- 一 校外生ハ講義録中ニ疑義アルトキハ講義録ノ番號科目頁數及ヒ疑問ノ要點ヲ記載シ本大學編輯局ヘ宛テ郵送スヘシ
- 一 實疑通信ノ文意解シ難キモノ、主旨明瞭ニシテ解答ヲ要セスト認ムルモノハ解答ヲ付セズ
- 一 實疑中有益ト認ムルモノハ之ニ解答ヲ付シ法學志林又ハ講義録ニ登載スヘシ

(明治三十八年十一月九日第三種郵便物認可) 毎月三回 十日、二十日、三十日發行

明治三十八年十二月廿七日印刷 (定價金參拾錢) 明治三十八年十二月三十日發行

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

發行所 東京市芝區明舟町十一番地 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 法政大學 (電話番町百七拾四番)