

法政大学学術機関リポジトリ

HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2024-09-03

法政大学講義録

青木, 徹二 / 板倉, 松太郎 / 加藤, 正治 / 市村, 富久 / 牧野, 菊之助

(出版者 / Publisher)

法政大学

(巻 / Volume)

3

(号 / Number)

3学年の1

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

120

(発行年 / Year)

1907-10-30

明治四十年十月三十日

明治四十二年(自第一号)
第三号(至第十一号)

欠一册 第八号

現在册数八册

牧野菊之助講述

讲义録

第三号

法政大學發行



0405

明治四十年十月三十日

四十一年度

去學士 牧野 菊之助 講述

法政大學講義錄

第三號

法政大學發行

大學

0406

ル者及ヒ其配偶者ヲ家族ト稱ス我親族法ノ上ニ於テハ未タ家族制度ヲ採リ一國ノ單位ハ一家ニ在リトノ主義ヲ襲用スルヲ以テ何人ト雖モ家族關係ナキコトヲ許サス一家ヲ親族構成ノ基本ト看做スヘキモノトス蓋シ社會進歩シ個人カ社會ノ單位ヲ形成スルニ至ラハ親族法ハ單ニ親族關係ヨリ生スル諸種ノ權利義務ヲ規定スルニ止マルヘキモ我親族法カ親族關係及ヒ家族關係ヲ併セ規定セル所以ノモノ亦過渡時代ノ法制トシテ止ムヲ得サルモノアレハナルヘシ

親族關係及ヒ家族關係ハ人ノ出生、婚姻、縁組、離婚、入籍、轉籍、復籍、隱居、廢絶家再興及ヒ國籍喪失等ノ原因ニ依リ發生シ又消滅スヘシ而シテ此等ノ原因タル事實ハ戶主、親子、夫妻其他各人ノ權利義務ノ異同生滅ノ動機タルヘキモノニシテ親族法ハ總テ此等ノ事項ニ關シテ特別ナル規定ヲ包含ス

物權法、債權法モ亦均シク一私人ノ權利義務ノ關係ヲ規定スルニ外ナラス然レトモ此等ノ法規ハ主トシテ直接ニ人ノ財産上ニ於ケル關係ヲ眼目トス親族法ハ之ニ反シテ主トシテ戶主、家族、夫婦、親子等人ノ身分上ニ於ケル關係ヲ主眼トス從テ彼ト此ト共ニ均シク普通私法タル民法ノ一部ヲ占ムルモノトス

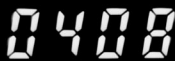
戶主、家族、夫婦、親子ノ關係ニ基ク必然ノ結果トシテ此等ノ者ノ間ニ於ケル財産上ノ關係モ均シク親族法ノ規定スル所タリ例ヘハ夫婦ノ財産契約ノ如キ扶養ノ義務ノ如キ又ハ親權者又ハ後見人ノ子又ハ被後見人ノ財産ニ對スル權利ノ如キ是ナリ此等ノ事項タル固ヨリ純然タル親族法ノ範圍ニ入ルヘキモノニ非サルカ如シト雖モ親族關係ト極メテ密接ニシテ且其關係以外ニ獨立シ得サルモノアレハナルヘシ從テ之ヲ親族法ヨリ除外スル能ハサルナリ故ニ學者ハ或ハ親族法ヲ分テテ純正親族法ト親族財産法ノ二トスル者アリ

保佐ハ後見ト異ナリ其權能ハ後見人ノ如ク代表權アルニ非ス唯華禁治產者ノ行爲ヲ保佐シ其智能ノ欠缺ヲ補足スルモノニ過キス從テ其選任黜陟等ノ規定ハ親族法ノ内容タルヘキモノニ非ス然レトモ保佐人モ亦智能ノ欠缺者ヲ保護スヘキモノタルノ點ニ於テハ禁治產者ニ對スル後見人ト其授ヲ一ニス從テ親族法ハ亦保佐人ノ選任等ニ付テハ之ヲ後見ノ章ニ規定スルニ至レリ

然ルニ我親族法ハ親族關係ト相待テテ離ルヘカラサルモノ換言スレハ親族關係ノ發生消滅ニ至大ノ關係アル手續上ノ法規ハ反テ之ヲ除外シ特別ノ法律ト爲セリ彼ノ戶籍法、人事訴訟手續法、非訟事件手續法ノ如キ是ナリ蓋シ我民法ハ主法ノ規定ヲ爲スニ止マリ助法ノ規定ハ之ヲ特別法ニ讓ルノ主義ヲ採リタルヨリシテ斯ル結果ヲ來セルノミ固ヨリ親族法ノ規定ハ助法ノ規定ト相俟テテ其實用ヲ見ルヘキモノナレハ親族法ノ研究上須ラク此等附屬ノ諸法律ヲ参照セザルヘカラサルハ亦多言ヲ要セズ

第二 親族法ノ位置

親族法ノ位置ハ其範圍内容ト共ニ社會ノ進運ニ伴ヒ古今自ラ差異アルヲ免ズ蓋シ古代社會ニ



於テ人ノ權利義務ハ身分ニ附著スルモノ多ク彼ノ會長タリ家長タル身分地位ハ生命、身體又ハ財産上ニ於ケル重要ナル權利ノ總括者ヲ意味スルカ如ク一切ノ法律關係ハ皆此身分地位ノ如何ニヨリ左右セラレ財産ハ擧テ其身分地位ニ在ル者ノ獨占ニ歸シ財産ノ移轉ハ即チ其身分地位ノ異動ニ隨フヘク人ノ私法ノ關係ハ一ニ身分地位ニ依リテ定マリ財産法、相續法ノ如キ一ニ親族法即チ人事法ノ範圍ニ屬スルト同時ニ親族法ハ實ニ私法ノ一大部分ヲ占メ其首要ナル部分ヲ構成セリ然ルニ人文漸ク開ケ家族制ハ衰ヘテ簡人制ト爲リ家族モ亦財産ヲ特有スルヲ得ルニ至リ或ハ獨立シテ商工業ヲ營ミ之ニ依リテ以テ財産ヲ得又ハ契約ニ因リテ財産ノ移轉、變更ヲ來シ社會經濟上ノ發達ト相俟テテ財産ニ關スル規定ハ人事法以外ニ獨立スルニ至リ親族法ハ其範圍ヲ縮小セラルルニ至レリ又家族制ノ衰頹スルニ從ヒテ相續制モ亦變シテ家長權相續ヨリ財産相續ニ進ミ相續法ノ發達ハ亦遂ニ親族法ノ範圍ヲ狭小ナラシメ人ノ地位カ身分ニ依リテ定マルノ時代ヨリ變遷シテ百般ノ事物ハ契約ニ依リテ定マルモノ多キニ至リ契約法ノ範圍擴大スルト共ニ親族法ハ亦其範圍ヲ減縮セラルルニ至ル從テ親族法ノ位置ハ財産法又ハ契約法ノ次位ニ下ルニ至レリ要スルニ親族法ノ範圍ハ社會ノ進歩ト共ニ縮小スルモノナルコト明カニシテ社會ノ單純ヨリ複雜ト爲ルニ及ヒ法律ノ分化漸ク定マリ遂ニ今日ノ狀態ト爲ルニ至ル而モ我親族法ノ如キ之ヲ歐洲諸國ノ親族法ニ比シ其範圍ノ均シカラサル亦止ムヲ得サルナリ

近世諸國ハ多ク民法ヲ制定シ親族法ヲ民法中ノ一編トス而モ其民法中ニ於ケル位置ニ付テモ自

ラ異ナル所アリ佛民法其他ノ佛法系諸國ニ在リテハ私權ノ享有能力等ニ關スル法規ト雖モ之ヲ人事編中ニ規定シ民法ノ首部ニ置クニ反シ獨逸法系ノ諸國ニ於テハ親族法ヲ獨立ノ一編トシ其位置ヲ物權法、債權法ノ次ニ位セシム我民法ハ後者ニ則リ第一編總則、第二編物權、第三編債權、第四編親族、第五編相續トシ全ク獨逸式ニ則リタルハ一ニ社會ノ趨勢ニ鑑ミ親族法ハ特種ノ法律關係ヲ定ムルノ法規ナリトセルニ職由ス

第三 親族法ノ性質

親族法ノ性質モ亦社會ノ變遷ニ伴ウテ自ラ異ナラサルヲ得ス家族制時代ニ於テハ相續法若クハ財産法ト合併シテ人事法即チ身分法トシテ公法的、私法的ノ兩性質ヲ具有シタルコトアリキ然レトモ近世諸國ノ法制ニ依レハ親族法ハ(一)私法ナリ(二)普通法ナリ(三)主法ナリト謂フコトヲ得

一 法ヲ公私ノ二分ツハ一般ニ認メラルル所ニシテ何ヲカ公法ト謂ヒ何ヲカ私法ト謂フヤハ議論ノ存スル所ナリト雖モ法律關係ノ上ニ於テ主體ノ一方若クハ雙方カ直接又ハ間接ニ國家又ハ公法人ナルトキハ其法律ハ公法ニシテ主體ノ一方又ハ雙方トモニ一個人ナルトキハ其法律ハ私法ナリトノ說ニ從ヘハ親族法ハ私法ナルコトヲ疑ハス親族法ハ則チ人ノ戶主タリ家族タリ夫タリ妻タリ若クハ親子間又ハ後見人、被後見人間ノ關係ヲ定ムルモノニシテ其法律關

係中毫モ國家若クハ公法人ノ存スルコトナシ尤モ親族上ノ關係ニ於テ檢事、裁判所又ハ戶籍吏ノ如キ國家ノ機關ト一私人トノ關係ヲ定ムルモノアリト雖モ是レ唯立法上ノ便宜ニ出ラタルニ過キス其之アルカ爲メニ親屬法ノ私法タル性質ヲ害スルモノニ非サルナリ

二 法律適用ノ範圍ニ於テ特別ノ人又ハ特別ノ場所ニノミ適用スヘキモノハ特別法ニシテ國家ノ一員トシテ何人モ遵奉スヘキモノ又ハ國內一般ニ行ハルルモノハ普通法ナリトス親族法ハ人ノ親族關係又ハ家族關係ヲ規定シタルモノニシテ國內ノ或部分又ハ國民ノ或階級ニノミ限リテ適用セラルヘキモノニ非ス故ニ親族法ハ普通ナルコトヲ疑ハス

我皇室ハ固ヨリ私人ト同視スヘキニ非ス故ニ皇族間又ハ皇族ト然ラサル者トノ間ニハ親族法ヲ適用セス皇室典範、皇室婚嫁令又ハ皇室誕生令等ノ設アリ皆親族法ノ範圍外ニ屬ス

華族ニ關シテハ特別ノ理由ニ因リ特種ノ制限ニ遵フノ外總テ親族法ノ規定ニ依ラサルヘカラス

三 法ヲ主法、助法ニ分ツハ其法規ノ性質ハ權利義務ノ實體ヲ定メ一ハ之カ實行ノ手續ヲ定ムルニ因ル此區別ヨリシテ之ヲ親レハ親族法ノ主法タルコト論ヲ俟タス是レ一ニ民法編制ノ主義ノ然ラシムル所ナルコト前段論述スルカ如シ

親族法ノ規定セル事項ハ戶主、家族、夫婦、父子、後見人、被後見人等ノ關係ニシテ此等ノ關係ハ一ニ公ノ秩序、善良ノ風俗ヲ維持スルカ爲メニ必然ナルモノニシテ其之ヲ維持スルカ爲メ

ニハ其國固有ノ倫理道德上ノ觀念ト相一致シ其國社會ノ風儀ニ乖戾セザラシコトヲ要ス從テ其規定ハ當事者ノ便宜ヲ主トセス一ニ社會ノ公秩良俗ニ適合セシムルヲ眼目トセラルヘカラス是レ實ニ親族法ノ物權法、債權法等ニ於ケルト異ニシテ強要的性質ヲ帶フルモノ多キ所以ナリトス固ヨリ親族法中ニ在リテモ人ノ自由意思ヲ容ルルコトヲ許スモノナキニ非スト雖モ(夫婦財產制ノ如キ其一例ナリ)其主要ナル部分ハ概シテ強要的法規ナリト謂ハサルヘカラス蓋シ人トシテ家ナク家トシテ戶主ナク父ニシテ子ニ對スルノ親權ヲ有セス妻ニシテ夫ト同棲セザルモ可ナリトセハ戶主、家族、夫婦、父子ノ關係ハ如何ニシテ之ヲ持續スヘキカ父子、夫婦ノ關係ハ一國ノ倫理風教ニ影響スルトコロ重且大ニシテ父子相親愛シ夫婦相和睦スヘキハ倫理上ノ大本ニシテ風教ノ依テ以テ維持セラルル所ナリトス彼ノ輕、シク夫婦ノ關係ヲ解消セザラシムルカ爲メニ離婚ノ原因ヲ制限シ戶主カ家族ヲ離籍スルニハ自ラ其原因アルコトヲ要シ親權ノ喪失ニハ裁判ヲ要シ婚姻又ハ縁組ニハ各、其要件ヲ定メ其效果ヲ明示スル所以ノモノ一ニ公秩良俗ノ維持ノ爲メ法律カ之ヲ強要スル所以ノモノニ外ナラズンハアラス

既ニ親族法ノ規定ハ其國社會ノ狀態ニ適應セシメ倫理風教ニ背戾セザラシメ道義ノ大本ト立國ノ基礎トニ參酌スヘキモノナルカ故ニ親族法上ノ權利例(ハ夫權、親權、後見權ノ如キモ亦普通一般ノ權利ト多少性質ヲ異ニスルモノアリ此等ノ權利タルヤ權利トシテ權利者ノ利益ノ爲メニ存スルモノタルヤ勿論ナリト雖モ一面其相手方ノ利益ノ爲メニ存シ權利タルト同時ニ義務タ

ルノ性質ヲモ具有スルモノタリ學者ハ曰ク後見ハ公務ナリト夫權、親權將タ戸主權モ亦均シク公務ナリト謂フコトヲ得ンカ是レ實ニ財産上ノ權利ト異ナル所ニシテ一ニ親族法ノ性質上然ラシムル所ナリト謂フヘシ

第四 親族法ノ適用

親族法ノ普通私法タルコト前段説明スル如クナルヲ以テ我日本臣民トシテハ其何人ナルト其何レノ地ニ在ルトヲ問ハス均シク親族法ノ適用ヲ受クヘキハ固ヨリ論ナシ蓋シ人ノ身分能力ニ關スル法規ハ概シテ屬人的ナルヲ原則トシ其人ノ到ル所ノ地ノ如何ヲ問ハス其人ノ本國法ヲ適用スヘキモノナレトモ日本國內ニ在ル者ハ其日本人タルト外國人タルトヲ問ハス均シク我親族法ヲ適用スヘキヤ又日本國內ニ於テ發生シタルト日本國外ニ於テ發生シタルトニ依リ親族法ノ適用ヲ異ニスヘキヤ否ヤニ付テハ一概ニ之ヲ論斷シ得ヘキニ非ス往時領國主義ヲ採リ他國ト毫モ交通セス孤立ノ地位ヲ守ルニ當リテハ法律關係敢テ複雑ナラザリシト雖モ今日ノ如ク諸國ト交通シ諸國民互ニ相來往スルニ及ヒテハ涉外事項ニ付キ我親族法ノ適用如何ハ實ニ之ヲ研究セサルヘカラス而モ此等ノ點ニ付テハ所謂國際私法ノ範圍ニ屬スル所ナルヲ以テ今別ニ之ヲ詳説スルノ限ニ在ラス

親族法ノ時ニ關スル效力即チ親族法ノ範圍ニ屬スル事項ハ其何レノ時ヨリ之カ適用ヲ受クヘキカノ問題ニ付テハ一般ノ原則ニ從ヒ民法施行以後ニ生シタル事項ニ付テハ我親族法ノ適用ヲ受クヘク此點ニ付キ敢テ別段ノ例外アルヲ見ス我民法ハ明治三十一年七月十六日ヨリ施行セラレタルヲ以テ同日以後發生シタル親族法上ノ事項ハ悉ク之カ適用ヲ受ケサルヘカラナルハ論ナシ』法律ハ既往ニ遡ルノ效力ナキヲ原則トス然レトモ法律ハ又或特別ノ場合ニ於テ遡及效力認ムルコトアリ斯ノ如キハ畢竟公益ノ必要ニ出ツルニ外ナラス親族法上ノ規定ハ前述スルカ如ク公秩良俗ヲ維持スルヲ眼目トシ從テ民法施行以前ニ於テ生シタル事項ニ付キ尙ホ親族法ヲ適用スヘキ特別ノ場合ヲ定ム即チ民法施行法第五章ノ規定之ナリ其如何ナル場合ニ親族法ヲ適用スヘキカハ今之ヲ論セス後ニ至リ各場合ニ付キ之ヲ指示スルコトアルヘシ

第五 親族法ノ編制

我國從來成文律ナキニ非サリシモノ一部ノ民法トシテ完成セルモノ勿論之ヲ存セス殊ニ其親族ニ關スルモノノ如キ僅ニ一二ノ規定ヲ存スルノミニシテ一ニ條理ト舊慣トニ準據シテ之ヲ定ムルノ外ナカリシ維新以降風ニ法典編纂ノ業ヲ企テ遂ニ明治二十三年法律第三八號及ヒ同年法律第九八號ヲ以テ民法全部ヲ公布シ人事編、財產編、財產取得編、債權擔保編、證據編ノ五編ニ分チ親族ニ關スル規定ハ其人事編中ニ之ヲ定メ明治二十六年一月一日ヨリ實施セラルルコトト爲レリ然ルニ其ノ實施則ニ於テ實施延期ノ議論紛然トシテ起リ朝野ノ間延宕、斷行ノ二派ヲ生シ

議論籌議決スル所ナカリシカ我帝國議會ハ民法實施延期ノ法律案ヲ可決シ爲メニ明治二十九年十二月三十一日マテ其施行ヲ延期セラレタリ、是ニ於テ政府ハ法典調査會ナルモノヲ設ケ朝野ノ法曹ヲ舉ケテ之カ委員トシ民法全部ノ修正ニ著手シタルモ其完成ヲ見ルニ至ラザリシヲ以テ明治二十九年十二月更ニ法律第九四號ヲ以テ明治三十一年六月三十一日マテ民法ノ實施ヲ延期シタリ其間明治二十九年二月民法中第一編乃至第三編ヲ帝國議會ニ提出シ之カ協賛ヲ得同年法律第八九號ヲ以テ公布セラレタリ次テ明治三十年十二月民法第四編、第五編ヲ帝國議會ニ提出シタルモ其解散ニ因リ未ダ議ニ上ルニ至ラス翌明治三十一年五月更ニ之ヲ帝國議會ニ提出シ之カ協賛ヲ得同年法律第九號ヲ以テ公布セラレ茲ニ民法全部ノ公布ヲ見ルニ至レリ而シテ同年六月二十一日勅令第二三號ヲ以テ民法全部ハ民法施行法、戶籍法、人事訴訟手續法、非訟事件手續法、競賣法ト共ニ明治三十一年七月十六日ヨリ施行スヘキコトヲ定メラレタリ是レ即チ現行民法ナリトス

今其親族編ノ編制ヲ見ルニ之ヲ分チテ八章トシ第一章總則、第二章戶主及ヒ家族、第三章婚姻、第四章親子、第五章親權、第六章後見、第七章親族會、第八章扶養ノ義務トセリ此編制タル學理ト實際トヲ斟酌シ編別其當ヲ得タルモノニ庶幾シ第一章ニ於テハ親族ノ範圍及ヒ親等ノ算定法ニ關スル規定ヲ掲ク而シテ之ヲ編首ニ置キタル所以ノモノ畢竟本章ノ規定ハ親族法ノ基礎ニシテ他ノ各章ニ掲ケタル規定ニ共通ナルヲ以テナリ

第二章ニ於テハ戶主ト家族トノ關係ヲ示シ其權利義務及ヒ戶主權ノ取得喪失又ハ家族ト爲ル事由、廢絶家ニ關スル規定ヲ掲ク而シテ之ヲ第二章ニ掲ケル所以ノモノ畢竟我國現時ノ狀態ハ尙ホ家族制ヲ以テ基礎トシ家ノ組織ハ親族關係ノ關鍵ヲ爲スモノナレハナリ

第三章ニ於テハ婚姻ノ要件、效力、婚姻ノ無效、取消又ハ離婚ニ關スル規定ヲ掲ク是レ蓋シ婚姻ハ親族關係ノ發生原因中其最も主要ナルモノニ屬スルヲ以テナリ其離婚ノ規定ヲ同一章中ニ掲ケタルハ離婚ハ畢竟婚姻ノ效力ヲ失フ一原因トシテ之ヲ見ルヲ得ヘキカ故ノミ

第四章ニ親子ニ關スル規定ヲ置キ第五章ニ親權ニ關スル規定ヲ掲ケタルハ蓋シ親子ノ關係ハ婚姻ノ結果ヨリ生スルモノナルヲ以テナリ勿論親子ノ關係中婚姻以外ニ生スル養子庶子又ハ私生子ノ如キモノアリト雖モ是レ法律ノ擬制ニ由リ止ムヲ得サルニ出ツ而シテ親權ノ規定ヲ親子ノ次ニ掲ケタルハ親子ノ分限定マリテ始メテ親子ニ對スル權利義務ノ範圍ヲ定ムルヲ適當ナリトスレハナリ

第六章ニ於テ後見ノ開始、其機關及ヒ事務又ハ終了ニ關スル規定ヲ掲ケタルハ後見權ハ親權ノ延長ト認ムヘキモノニシテ親權ト相俟チテ所謂家庭權ノ組織ニ關スルモノナレハナリ

次ニ親族會ニ關スル規定ヲ第七章ニ掲ケタルハ民法上親族會ヲ必要トスル總テノ場合ニ關スルモノナルヲ以テ之ヲ獨立ノ一章ト爲シタルモ而モ親族會ハ後見ノ一機關トシテ主要ナル關係ヲ有スルモノナルヲ以テ之ヲ後見ノ次章ニ配例スルニ至レルナリ

最後ニ扶養ノ義務ニ關スル規定ヲ揭ケ其順位、義務ノ範圍、義務履行ノ方法等ヲ定メタルハ此義務ハ親族上及ヒ家族上ノ關係ノ全斑ニ亘ルモノナルカ故ニ之ヲ獨立ノ一章ト爲シ末尾ニ規定スルニ至レルナリ

本論

第一章 親族

第一節 總論

法律上親族ト稱スルモノハ俗間普通ニ稱スル親類ナル語ニ該當スルモノニ必スシモ同一義ヲ有スルモノニ非ス法律上親族ナル語ニ二様ノ意義アリ狹義ニ之ヲ解スレハ血統ノ相連結セル者ノミヲ謂ヒ廣義ニ之ヲ解スルトキハ單ニ血統ノ相連結セル者ノミナラス婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ血統ノ連結セル者ト均シキ關係ヲ有シ且法律ノ認ムル範圍内ニ在ル者ヲ謂フ我民法ニ於テ親族ト認メタルモノ左ノ如シ

- 一、六親等内ノ血統
- 二、配偶者
- 三、三親等内ノ姻族
- 四、準血族

トアリ知ルヘシ我法律ハ廣義ニ於テ親族ナル語ヲ使用セルコトヲ蓋シ如何ナル關係アル者ヲ親族トスヘキカ又或關係アル者ハ其間世數ノ遠近如何ニ論ナク該ト之ヲ親族トスヘキヤニ付テハ各國ノ法制自ラ異ナラサルヲ得ス法律上親族タル者ノ間ニハ一定

ノ權利ト義務トアリ此等ノ權利義務ハ法律上親族タル者ノ情誼ト社會ノ狀態トニ鑑ミ適當ナル範圍ニ限局スルノ必要アルヲ以テ我法律ハ親族タルノ要件、範圍ハ右ノ如ク定ムルヲ至當ナルトスルニ至レリ

親族ナル文字ニ對シ親屬ノ語アリ姻族ナル文字ニ對シ姻屬ノ語ヲ用フルコトアリ親屬ト云フハ血統ノ連結セル關係ヲ稱シ姻屬ト謂フハ姻戚ノ關係ヲ意味ス而シテ此等ノ關係ヲ有スル者ヲ稱シテ親族、姻族ト謂フ然ルニ我民法ハ斯ル用例ヲ存セス血統ノ連結セル關係ヲ言表ハスカ爲メニハ血族關係ト謂ヒ姻戚ノ關係ヲ示スカ爲メニハ姻族關係ト謂ヒ此等ノ關係ヲ有スル者ヲ單ニ血族、姻族ト稱ス

血族(準血族)姻族及ヒ配偶者ハ之ヲ親族ト謂ヒ親族ニ區別アルコトヲ示シ此等ノ關係ヲ言表ハスカ爲メニハ特ニ親族關係ナル用語ヲ存ス親族關係ハ家族關係ト全ク別種ノモノニシテ戶主ト家族トノ關係以外ニ於テ存在シ全ク人ト人トノ關係ニ外ナラス一方ノ人カ他方ノ親族ナルトキハ其他方ノ人モ亦一方ノ親族ナリ此相互ノ關係即チ所謂親族關係ナリ而シテ此關係ハ血統ノ連結、婚姻及ヒ養子縁組ノ三原因ニ因リ發生シ家族關係ト相俟テ一家構成ノ基本ト爲ル

親族關係ハ元ト人ト人トノ關係ニシテ此關係ハ一人ニ付キ唯一アルヲ以テ普通トス然レトモ親族ニ數多ノ區別ノ存スルヨリシテ一方ト他方トノ間ニ同時ニ二ノ親族關係ヲ生スルコト往往ニシテ之アリ例ヘハ兄弟ヲ養子トシタルトキ從兄ト從妹ト婚姻シタルトキノ如キ前者ニ在リテ

ハ兄弟タル血族關係ト養父子トシテノ準血族關係存シ後者ニ在リテハ從兄妹タル關係ト配偶者タルノ關係トカ併存スヘシ此ノ如キハ法律上敢テ妨クル所アラサルナリ

第二節 親族ノ區別

第一款 血族

血族トハ血族ノ連絡ヨリ生スルモノニシテ共同ノ始祖ヨリ出テタル所ノ者ヲ謂フ從テ父子兄弟其他血縁アル者即チ是ナリ而シテ此等ノ血縁ハ男女ノ結合ニ因リ出生ナル自然ノ事實ニ由リテ發生ス之ヲ自然ノ血族ト稱シ準血族ト區別セリ
血族ニ二種アリ一ヲ直系ト謂ヒ一ヲ傍系ト謂フ直系トハ彼ヨリ此ニ下ル所ノ人人ヲ結合スルモノニシテ例ヘハ父及ヒ子、祖父及ヒ孫ノ如シ傍系トハ共同ノ始祖ヨリ降誕セル人ノ間ニ存スル關係ヲ謂フ例ヘハ兄弟姉妹ノ如シ其共同ノ始祖ハ即チ父ナリ又從兄弟ノ如シ其共同ノ始祖ハ祖父ナレハナリ

血族ニ正出ト庶出トノ別アリ正出ノ血族ハ正當ノ婚姻ヨリ生シ庶出ノ血族ハ婚姻セサル男女ノ私通ヨリ生ス(此區別ノ實益ハ後ニ到リ判明スヘシ)私通ニ基因スル血族ノ間ニハ親族關係ヲ認メサルノ例アレトモ我民法ハ私通ニ因ルモノト雖モ母及ヒ母方ノ血族ニ對シテハ親族關係ヲ認メ父及ヒ父方ノ血族ニ對シテハ父方私生子ヲ認メタルトキニ非サレハ親族關係ヲ生セサルモノトセリ又血族ニ父系ト母系トノ區別ヲ爲スコトヲ得ヘク父ノ血統ノ連絡セル者ハ父系ノ血統ニシテ母ノ血統ノ連絡セル者ハ母系ノ血統ナリ而シテ人ハ同時ニ父系及ヒ母系ノ血族タルコトアリ或ハ其父又ハ母ノミニ依リテ他ノ一人ト血族タルコトアリ從テ同父兄弟又ハ同母兄弟ナル語ヲ存ス

自然血族ハ事實上血統ノ連絡アル者ヲ謂フモ法律ハ六親等ノ血族ニ限り之ヲ親族トセリ(七二五條)蓋シ親族ノ範圍ニ付テハ諸國ノ法律一樣ナラス西班牙、白耳義ニ於テハ六親等以上ノ者ヲ以テ親族トシ佛國ハ相續ニ關シテ十二親等マテノ者ヲ親族トシ伊太利ハ十親等マテノ者ヲ親族トセリ我國ニ於テモ古來親等ニ由リテ親族ト親族ニ非サル者トノ區別ヲ認メタルコト新律綱領ノ五等親屬及ヒ現行刑法ノ親屬例(刑一一四條)等ニ徴シ明カナルヲ以テ本法ハ之ヲ慣習ト實際ノ便宜トニ應シ六親等内ノ血族ニ限り之ヲ親族トセリ

第二款 配偶者

配偶者トハ正當ノ婚姻ニ因リ生シタル夫婦ノ關係ヲ謂フ故ニ夫婦ノ一方ハ互ニ他ノ一方ノ配偶者ナリトス而シテ此關係ハ法律上ノ要件ヲ充タシタル婚姻ニ因ルニ非サレハ決シテ生スルコトナク假令親族近隣ノ者ニ於テ夫婦ト認メ又實際其實アリトスルモ苟モ法律上婚姻ノ有效ナラザル以上ハ配偶者トシテ親族關係ヲ生スルコトナシ明治九年ノ太政官ノ指令ニハ戶籍上登記ナキ

0414

男女ノ結合ヲモ尙ホ且夫婦ト認メタレトモ民法ノ上ニ於テハ決シテ斯ル解釋ヲ用フルヲ容サス
 (七七五條)又我國從來善妻ノ風アリ今日稀ニ戸籍上妻ナル名稱ヲ存スルモノアレトモ民法ハ一
 夫一婦ノ制ヲ採ルカ故ニ決シテ之ヲ配偶者トシテ見ルヘキニ非ス唯其家ヲ同シウスル場合ニ於
 テハ民法施行法第二六條ノ規定ニ從ヒ家族トシテ之ヲ認ムルノミ配偶者ヲ親族ナリトスヘキヤ
 否ヤニ付テハ立法例一ナラスト雖モ元來配偶者ハ親族關係ノ源泉ト謂フヘク儀制令ハ夫ヲ一等
 親トシ妻ヲ二等親トシ新律綱領五等親圖ニモ夫ヲ一等親、妻ヲ二等親トシ現行刑法モ同シク夫
 ト妻トヲ親屬トセリ是ニ由リテ之ヲ親レハ我國ノ慣行ハ夫婦ノ關係ヲ親族關係ト爲セルモノト
 謂フヘシ殊ニ又配偶者ハ生涯ノ同伴トシテ所謂階老同穴ヲ契リ愛情最モ深ク又最モ密ナルモノ
 ナレハ之ヲ親族トスルハ我國情ニ照シ極メテ至當ナリト謂ハサルヘカラス是レ第七二五條第二
 號ノ規定アル所以ナリ

第三款 姻族

姻族關係ハ婚姻ニ因リ夫婦ノ一方ト其配偶者ノ血族トノ間ニ生スル關係ニシテ此關係ヲ有スル
 者ヲ稱シテ姻族ト謂フ血族關係ハ自然的ノモノニシテ姻戚關係ハ人爲的ナリ何トナレハ血統ノ
 連絡ハ造化自然ノ作用ニ係ルモ姻族關係ハ婚姻ナル人ノ作用ニ基ケハナリ婚姻ハ姻族關係ノ本
 源ニシテ各結婚者ノ血族ハ姻族トシテ其配偶者ノ親族ト爲ルモノトス例ヘハ甲男乙女ト結婚セ

ハ乙女ノ父母兄弟ト甲男トノ間ニハ姻族關係ヲ生シ甲男ノ祖父母又ハ姉妹ハ乙女ノ姻族タルカ
 如シ唯斯ニ注意スヘキハ姻族關係ハ夫婦ノ一方ト其配偶者ノ血統トノ間ニモ存在スルモノニ
 シテ配偶者雙方ノ血族相互ノ間ニ存スルモノニ非サルコト是ナリ故ニ前例ニ於ケル乙女ノ父母
 兄弟ト甲男ノ祖父母又ハ姉妹トノ間ニハ姻族ノ關係ナキモノトス

姻族關係ハ婚姻ニ因リテ生スルモノニシテ此關係ハ當ニ婚姻ノ當時一方ノ配偶者ノ血統タリシ
 者ノ間ニ生スルニ止マラス婚姻ノ繼續中ニ配偶者ノ一方ノ血族ト爲リシ者(例ヘハ妻ノ妹出生
 シタルトキノ如シ)トノ間ニモ生スヘク夫婦ノ一方カ死亡スルトモ生存配偶者カ尙ホ其家ニ止
 マル間ハ依然姻族關係ヲ存スヘシ(七二九條)而シテ生存配偶者カ其家ニ在ル間ニ死亡者ノ血
 族アルニ至リタルトキ例ヘハ亡夫ノ弟出生シタルトキノ如キ其者ト生存配偶者トハ均シク姻族
 關係アリト謂ハサルヘカラス

姻族ヲ以テ親族トシタルハ我舊慣ニ準據シタルノミナラス夫婦ノ一方ノ血族ハ其他方ニ對シテ
 モ亦血族ト同一ノ情誼アルヘキヲ普通トセルニ因ル而シテ姻族ハ三親等内ニ於テノミ之ヲ親族
 トス(七二五條)故ニ妻ノ高祖父母又ハ從兄弟姉妹ハ親族ニ非ス夫ノ高祖父母ト妻トノ間亦同シ
 舊民法ハ夫婦ノ一方ノ親屬ハ其親系及ヒ親等ニ於テ配偶者ノ姻族トスト謂ヒ血族ニ於ケルト同
 シク六親等マテヲ親族トシタルモ是レ我舊慣ニ反スルモノトス現行刑法ノ如キ實質上三親等以
 下ノ姻族ヲ以テ親族ト認メス(刑一一四條)法曹至要抄ニハ「親謂内外五等上親若三等以上婚姻

之家」トアリ新律綱領五等親屬ニ依ルモ姻族ノ範圍ヲ擴大セズ隨テ民法ハ姻族ニ付テハ三親等ヲ以テ限界トシ血族ニ比シテ其範圍ヲ減縮シタリ

第四款 準血族

準血族トハ本來血統ノ連絡ナキモノナレトモ或原因ノ發生シタルカ爲メ法律カ擬制ヲ以テ血族間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生セシムルモノヲ謂フ或ハ之ヲ法定ノ血族ト稱ス蓋シ是レ又法律上認ムル親族ノ一種ニシテ人の作用ニ基クモノニ外ナラス
準血族ニ三個ノ別アリ依テ之ヲ三項ニ分チ説明セン

第一項 養子ト養親及ヒ其血族

養子縁組ハ他人ヲ收養シテ自己ノ子ト爲ス法律上ノ擬制ニシテ親子間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生セシムルヲ目的トスル行爲ナリ本來養子制度ハ血統ヲ重ンスルノ思想ト家名ノ斷絶ヲ防過スルノ必要トニ其起源ヲ發スルモノナレトモ今日此制度ヲ存スルノ目的ハ必スシモ限定スル所アルニ非ス因襲ノ久シキ一朝俄ニ此制限ヲ全滅セシムル能ハサルノ事情アルニヨリテ我民法ハ多少ノ條件ノ下ニ之ヲ維持スルニ外ナラス
養子縁組ニ基因スル親族關係ハ人爲的ノモノニシテ養子ト養親及ヒ其血族トノ間ニ於テハ養子

縁組ノ日ヨリ血族ト同シキ親族關係ヲ生スルモノトス(七二七條)此ニ所謂養子トハ養男、養女ヲ總稱シ養親トハ養父、養母ヲ包含シ養親ノ血族トハ養親ノ自然ノ血族及ヒ準血族ヲモ包含ス故ニ養子ト養親トノ間ニハ父子ノ關係ヲ生シ養子ト養親ノ父母トハ祖父母ト孫ノ關係ニシテ養親ノ兄弟姉妹トハ伯叔父母ノ關係ヲ生シ養親ノ他ノ養子トハ兄弟姉妹ノ關係ヲ生スヘシ而シテ此等ノ關係ハ當ニ縁組ノ當時養親ノ血族タリシ者ノ間ニ生スルニ止マラス縁組後養親ノ血族ト爲リシ者(例ヘハ縁組以後ニ養親ノ實子出生シタルトキノ如シ)トノ間ニモ均シク生スヘシ右ノ如キ準血族關係ヲ生スルハ養子縁組ノ日即チ縁組ノ届出ヲ戶籍吏ニ爲シタル時ナリトス(八四七條、七七五條)而シテ養子縁組ニ因リテ準血族ノ關係ヲ生スルハ養子ト養親及ヒ其血族間ノミニシテ養子ノ實方ニ於ケル血族ト養父母及ヒ血族トノ間ニハ何等ノ關係ヲ生スルコトナシ今日實際上ニ於テハ養家ト實家トノ交際上殆ト親族ニ等シキ觀アルモノ世間往々其例ニ乏シカラスト雖モ法律上ニ於テハ養子ノ實父母ト養親及ヒ其血族トノ間親族關係ヲ認メズ玆ニ實方ト稱スルハ養方ニ對スル語ニシテ養子縁組ニ因リテ其家ニ入りタル以前ヨリ存在スル其者ノ親族關係アルモノヲ指稱ス例ヘハ養子ノ實父母又ハ實父母ノ養子タル者ノ如シ而シテ實方トハ血縁ヲ基本トシテ立言スルモノナレハ家族關係ヲ基本トシテ立言セル實家ナル語ト混同セザランコトヲ要ス

養子、配偶者、直系卑屬又ハ養親及ヒ其血族ト親族關係ヲ生スヘシ(七三〇條)第一項即チ養子カ

縁組後ニ他ヨリ妻ヲ迎ヘタル場合ノ如キハ養子ノ配偶者ト養親トノ間ニハ姻族關係ヲ生スヘク
養子ノ直系卑屬例ヘハ養子カ養家ニ於テ設ケタル子又ハ迎ヘタル養子ノ如キハ即チ養親ノ孫タ
ル關係ヲ生スヘク養子ノ直系卑屬ノ配偶者ト養親及ヒ其血族トノ間ニハ姻族關係ヲ生スヘキカ
如シ唯夫レ此等ノ關係ハ養子ヲ通シテ養親及ヒ其血族トノ間ニ親族關係ヲ生スルモノニシテ養
子縁組ノ直接ノ結果トシテ生スルモノニ非ス養子ト共ニ養親ノ家ニ在ルカ故ニ親族關係ヲ生ス
ルニ外ナラサルナリ

第二項 繼父母ト繼子

繼父母ト繼子トノ間ニ於テハ親子間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生スルモ(七二八條)其所謂繼
父ト謂ヒ繼母ト謂ヒ又ハ繼子ト謂フハ如何ナル者ヲ指スヤ民法上一モ規定スル所ナシ隨テ其範
圍ニ付テハ學說又ハ舊慣ニ因リ之ヲ定ムルノ外ナシ今服忌令ニ存スル所ノモノヲ示サハ左ノ如
シ

(イ) 養父、養嗣子ヲ爲シタル後妻ヲ迎ヘタルトキハ其養嗣子ノ繼母ニ當ル

(ロ) 嫡母トハ妾腹ノ子ヨリ父ノ正妻ヲ指スノ稱呼ナリ若シ本妻死去シ父後妻ヲ娶リタルト

キハ本妻ノ子ニテモ妾腹ノ子ニテモ父ノ後妻ヲ繼母ト謂フ

(ハ) 父死後母夫ヲ迎フル者ハ之ヲ繼父ト稱シ母ノ連子ニシテ後夫ニ養ハルル(養子ニ非ス)

ハ又之ヲ繼父ト稱ス但母他ニ再嫁スルモ其家ヘ連レ越サレサルトキハ繼父ト稱ナシ

(ニ) 先妻ノ子父ノ後妻ヲ呼シテ繼母ト謂フ

右ハ必スシモ今日ニ於テ同一ノ斷定ヲ下シ難シト雖モ實母ノ後夫ヲ繼父ト謂ヒ實父ノ後妻ヲ繼
母ト稱スルハ疑ナキ所ナリトス隨テ繼父又ハ繼母ト謂フトキハ繼父又ハ繼母ノ義ナルヲ以
テ前父又ハ前母ノ存在ヲ想像セサルヘカラス而シテ繼子ナル語ハ繼父又ハ繼母ニ對スルモノニ
シテ繼子ト云ヘハ必スヤ繼父又ハ繼母ノ存在ヲ想起セシムル元來此語ハ從來俗間ニ於テ
ハ普通用ヒ來リシト雖モ法律上ノ術語トシテ之ヲ用フルニ至リシハ新民法ヲ以テ嚆矢トスヘク
舊民法ノ如キハ前配偶者ノ子ナル文字ヲ以テセリ

繼父、繼母又ハ繼子ト云ヘハ右ノ如ク通常前父、前母又ハ前婚ヲ想起セナルヘカラサルモノナ
レハ此關係ヲ生スルカ爲メニハ必スヤ後婚ナカルヘカラス後婚ノ配偶者ト前婚ノ配偶者ノ子ト
ノ間ニ於テ始メテ繼子ノ關係ヲ生スト謂フヲ得ヘク繼父母ト繼子ト云ヘハ通常前婚、後婚二個
ノ婚姻アリタルコトヲ想起セシムルハアルヘカラス而シテ又此關係ヲ生スルカ爲メニハ前婚、後
婚共ニ法律上正當ノモノタルコトヲ要シ繼子ハ前婚ヨリ生シタル者ニシテ繼父又ハ繼母ハ必ス
ヤ繼子ノ母又ハ父ノ配偶者タラサルヘカラス然レトモ繼子ハ必スシモ自然ノ血族タルコトヲ要
セス準血族ト雖モ此關係ヲ生スルニ妨ナシ

又繼親子ノ關係ハ自然ノ血縁ナキ者ノ間ニ法律ノ擬制上血族關係アリトスルニ外ナラスシテ此

關係ヲ認メタルノ要ハ實ニ一家一族ノ平和情誼トヲ圓滿ナラシメンコトヲ欲シタルニ由ル隨テ此關係ハ之ヲ同一ノ家ニ在ル者ニ存セシムルヲ適當トス養子ト養親又ハ嫡母ト庶子トノ關係共ニ等シク準血族關係ニシテ法律上其同一ノ家ニ在ルヲ必要トシタル亦以テ類推スルニ足ラン此ノ如ク繼父母ト繼子トノ關係ハ普通ノ場合ニ於テ(一)前後二個ノ婚姻アリタルコト(二)同一ノ家ニ在ルコトノ觀念ヲ必要トスヘキモ各個ノ場合ニ付テ仔細ニ之ヲ觀察スレハ一概ニ然リトノモ斷定シ難キニ似タリ今試ニ二三ノ場合ヲ舉ケテ之ヲ説明セン

(一) 妻ノ私生子ト其夫トノ間ニハ繼父子ノ關係ヲ生スルヤ 此場合ニハ消極ハ斷定ヲ下スヘキモノトス何トナレハ私生子ハ元ト男女野合ノ結果ニ出タルモノニシテ適法ノ婚姻ニ因リ生シタルモノニ非サレハナリ勿論私生子ノ出生カ婚姻ノ前ニ在ルト後ニ在ルト將タ又其私生子カ其母ノ夫ト同一ノ家ニ在ルト否トヲ區別セサルナリ勿論之ニ對シテハ反對論ナキニ非ラレトモ私生子ト其母ノ夫トノ間ニ繼親子ノ關係ナキコトハ嫡母ト庶子トノ間ニ別ニ法律カ親子關係ヲ生セシムルヨリシテ之ヲ見ルモ推知スルニ足ルヲ以テ予ハ如上ノ斷定ヲ採ルモノナリ

(二) 養母ノ後夫又ハ養父ノ後妻ト養子トノ間ニハ繼親子ノ關係ヲ生スルヤ 此場合ニハ積極ノ斷定ヲ下スヘシ何トナレハ若シ此場合ニ繼親子ノ關係ヲ生セストセハ養親ノ配偶者ニシテ養子ニ對シ親ニ非サルノ奇觀ヲ呈スルハ勿論此關係ヲ認メタルノ本旨ニ悖戾スルニ至ルヘケ

レハナリ

(三) 庶子ト父ノ後妻トノ間ニハ繼母子ノ關係ヲ生スルヤ 此場合モ亦積極ノ斷定ヲ下スヘシ其理由ハ庶子ハ父ニ對シテ其子タルコトノ認メラレタルモノナリ隨テ其父ノ後ノ配偶者ニ對シ等シク子タルノ關係ヲ生セスンハ配偶者ノ一方ハ其一方ノ子ニ對シ親ニシテ親ニ非サルノ結果ヲ生シ不都合ナルヲ以テナリ

庶子ノ父カ死亡シ其嫡母カ入夫婚姻ヲ爲シタル場合ニ其入夫ト庶子トハ前同一ノ理由ニ依リ繼父子ノ關係ヲ生スヘシ

(四) 後夫又ハ後妻ヲ迎フル前既ニ養子トシテ他家ニ入り又ハ婚姻ニ因リ他家ニ入りタル子ハ後夫又ハ後妻ニ對シテ繼親子ノ關係ヲ生スルヤ 此場合ニ付テハ亦多少ノ議論存スルヲ免レス繼親子ノ關係ハ常ニ同一ノ家ニ在ルコトヲ必要トセハ消極ノ斷定ヲ下スヘキモノハ斯ル場合ニ於テモ繼親子ノ關係ヲ生スルモノト謂ハント欲ス蓋シ血族ノ關係ハ家ヲ同ウスルト否トニ由リ異同アルヘキニ非ス自己ノ子ハ何レノ家ニ在ルトモ自己ノ子ニシテ自己ノ父又ハ母ハ何レノ家ニ在ルモ等シク父タリ母タルヘシ其父又ハ母ノ後妻又ハ後夫ニシテ自己ノ父又ハ母ニ非ストハ豈ニ奇怪ナラストセシヤ繼親子ノ關係ニシテ常ニ同一ノ家ニ在ルコトヲ必要トセハ父又ハ母カ後妻又ハ後夫ヲ迎フル當時家ニ在リタル子ト其以前他家ニ入りタル子トノ間ニ於テ前者ハ繼親子ノ關係アルモ後者ハ然ラストノ結果ヲ生シ夫婦ノ間ニ親タリ子タルノ關

係上差異ヲ生スルニ至ラン此ノ如キハ法律上決シテ許容スヘキニ非ス故ニ如上ノ場合ニハ積極ノ斷定ヲ下スヲ相當トス

(五) 實母離婚ニ因リ實家ニ復歸シタル後他ニ再嫁シ又ハ入夫若クハ婿養子ヲ迎ヘタル場合ニ於テ其後夫ト前夫ノ子トノ間ニ繼父ノ關係ヲ生スルヤ 此場合ニハ消極ノ斷定ヲ下スヘキモノトス何トナレハ母ハ離婚ニ因リ婚家トノ關係ヲ絶テ親族關係ハ此ニ消滅シタルモノナレハ父ノ家ニ遺シタル子ト母ノ後夫トノ間ニ繼父子ノ關係ヲ生セシムルノ要ナケレハナリ

(六) 父又ハ母カ再婚シテ他家ニ入りタル後民法第七三八條ノ規定ニ依リ前妻又ハ前夫ノ子ヲ引取リタルトキ其子ト後夫又ハ後妻トノ間ニ繼親子ノ關係ヲ生スルヤ 此場合ニ付テハ予ハ積極ノ斷定ヲ下サント欲ス蓋シ民法施行以前ニハ所謂連レ子ト名クルモノアリ母ノ連レ子ト後夫トノ關係ハ繼父トスルコト前示服忌令ノ定ムル所ニシテ親族正名ニ記述スル所共ニ同シ舊慣既ニ然リ而シテ民法ハ所謂連レ子ナルモノヲ認メサレトモ第七三八條ノ規定ハ此連レ子ニ相當スルモノナレハ如上ノ場合ニ積極ノ斷定ヲ下スハ亦舊慣ニ適合スト謂フヘキナリ

(七) 繼父ノ後妻又ハ繼母ノ後夫モ均シク繼父母ナリヤ 曰ク然リ何トナレハ實父ノ後妻又ハ實母ノ後夫ト繼父母ノ後ノ配偶者トノ間ニ何等ノ差別ヲ付スヘキ謂レナケレハナリ 以上列舉シタル場合ノ外尚ホ幾多ノ事例ヲ想像スルヲ得ヘシト雖モ前段説明セル所ニ依リテ之ヲ類推スルニ難カラサルヘク要ハ各場合ニ就テ之ヲ斷定スヘキノミ

第三項 嫡母ト庶子

嫡母ト庶子トノ間ニ於テモ亦親子間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生ス(七二八條) 茲ニ嫡母ト稱スルハ父ノ正妻ヲ謂ヒ庶子トハ父ノ認知シタル私生子ヲ謂フ蓋シ嫡母ナル語ハ常ニ庶子ニ對シテ用ヒラレ民法上單ニ母ト謂フトキハ私生系統ノ母ヲ指スコトアルカ故ニ(例ヘハ私生子ハ母ノ家ニ入ルト云フカ如シ)之ト區別スルカ爲メニ特ニ父ノ正妻ヲ指シテ嫡母トハ謂フナリ而シテ庶子ト謂フトキハ常ニ父ノ認知シタル私生子ヲ謂ヒ(八二七條) 私生子ニシテ母カ認知スルトモ決シテ庶子ト爲ラス

元來嫡母ト庶子トノ關係ハ其性質上ヨリシテ之ヲ觀レハ一ノ姻族關係ニ外ナラスト雖モ我古來ノ慣習上法律ハ亦此親族關係ヲ認ムルニ至レリ而シテ此關係ヲ生スル場合ハ嫡母ノ配偶者ハ必ス庶子ノ實父タラサルヘカラスシテ此庶子タル必スヤ其父ヨリ認知セラレタル者ナラサルヘカラス然レトモ此場合ニ於テハ必スシモ前婚ノ存在ヲ必要トセサルヘク其認知ノ婚姻ノ前ナルト後ナルトヲ問フノ要ナカルヘシ

嫡母ト庶子トノ間ニ準血族關係ヲ生スルカ爲メニハ其同一ノ家ニ在ルコトヲ必要トセサルヤ否ヤ蓋シ庶子カ父ノ家ニ在リテ其父ノ妻トノ間ニ準血族關係ヲ生スルハ普通ノ場合ナルヘシ然レトモ家族ノ庶子ハ戸主ノ同意アルニ非サレハ其家ニ入ルコトヲ得ス庶子カ父ノ家ニ入ルコトヲ

得サルトキハ母ノ家ニ入ルヘキカ故ニ(七三五條)斯ル場合ニ於テモ嫡母ト庶子トノ關係ヲ生スヘキカ想フニ準血族關係ハ前述ノ如ク一家ノ平和情誼トヲ保維センカ爲メニ出ツルモノニシテ父ノ家ニ入ルコトヲ得サル庶子ノ如キハ即チ所謂日蔭者ニシテ家族トシテ齒ヒセラレサルモノニ屬ス隨テ斯ル者トノ間ニ親族關係ヲ認ムルハ却テ一家ノ平和ヲ紊ルノ端緒タラン且如上ノ場合ニ於テハ庶子ハ實際上敢テ他人ト毫モ異ナル所ナク多クハ母子相見ユルコトナキヲ常トスルカ故ニ斯ル者ノ間ニ親子關係ヲ生セシムルコト亦人情ノ自然ニ背クモノト謂フヘシ隨テ嫡母ト庶子トノ關係ハ其同一ノ家ニ在ルコトヲ必要トセサルヘカラス

第三節 親系及ヒ親等

第一款 親系

親系トハ世代ノ連續スルヲ謂フ故ニ配偶者ニ親系ナク血族ノ連絡アル血族間及ヒ法律上血族ニ準セラルル者ノ間ニハ親系アリ親系ノ遠近ニ隨ヒ血縁ニ深淺アリ情ニ厚薄アリ故ニ法律ハ親系等ヲ以テ親族ノ範圍ヲ限定スルノ標準トセリ

親系ハ本支ニ由リ之ヲ直系ト傍系トニ分チ直系ニ屬スル親族ヲ直系親ト謂ヒ傍系ニ屬スル親族ヲ傍系親ト謂フ

直系ニ於テハ祖先ト子孫トニ從ヒ或ハ尊屬親ト謂ヒ或ハ卑屬親ト謂フ尊屬親トハ自己ノ出ツル

所ノ血族ヲ謂ヒ卑屬親トハ自己ヨリ出ツル所ノ者ヲ謂フ父、母、祖父母ノ如キハ尊屬親ニシテ子、孫、曾孫ノ如キハ卑屬親ナリ換言スレハ直系ハ昇降線ノ間ニ包含スル血統ノ連絡ニ從ヒ或ハ尊屬親アリ或ハ卑屬親アリト知ルヘシ即チ子ヨリ父ニ、父ヨリ曾祖父、高祖父ニ昇ルハ尊屬親ニシテ父ヨリ子ニ、子ヨリ孫ニ、孫ヨリ曾孫、玄孫ニ降ルハ即チ卑屬親ナリ

傍系ニ於テハ傍系血族ノ連絡ヲ包含ス故ニ傍系ハ複線系ニシテ其起點ハ共同ノ始祖ニ在ルモノトス而シテ尊屬、卑屬ノ區別ハ傍系血族ニ付テモ之ヲ爲スヘク共同始祖ヨリ起算シタル其者ノ親等カ共同始祖ヨリ起算シタル自己ノ父母ノ親等ト同等以內ナルトキハ之ヲ尊屬トシ自己ノ子ノ親等ト同等以下ナルトキハ之ヲ卑屬トスヘシ故ニ例ハ伯叔父母ハ傍系尊屬ニシテ甥姪ハ傍系卑屬ナルカ如シ

姻族ニ付テハ配偶者ヲ標準トシテ直系、傍系ノ區別ヲ爲スヘシ故ニ例ハ配偶者ノ父母ハ直系ノ姻族ニシテ其兄弟姉妹ハ傍系ノ姻族ナルカ如シ而シテ姻族ニ付テハ法律ハ尊屬、卑屬ノ區別ヲ用ヒス

準血族ニ付テハ自然ノ血族ニ準シテ直系、傍系及ヒ尊屬、卑屬ノ區別ヲ爲スモノトス配偶者ハ血統ノ連絡ナク且自己ト同列ニ在ルモノナルカ故ニ固ヨリ親系ノ存スルナク又尊屬ニモ非ス卑屬ニモ非サルナリ又傍系血族ニ付テモ前示ノ方法ニ依リ親等ヲ計算シ其自己ト同等同列ニ在ルモノハ均シク尊屬ニモ又卑屬ニモ非スト謂ハナルヘカラス尙ホ次ノ圖解ニ依リ之ヲ推

知スヘシ

第二款 親等

親等トハ世代即チ二人ノ血族間ニ存スル隔離ヲ謂フ親等ハ親系ノ遠近、親疎ヲ定ムルノ標準ニ外ナラス而シテ親族關係ノ效果ハ一ニ親系ノ遠近ニ因リ異ナル所アルヲ以テ法律上之ヲ明カニスルノ要アリトス

親等ハ血族ニ付テ之ヲ定ムルヲ本則トシ此算定方法ハ又之ヲ姻族ニモ適用ス而シテ親等ヲ定ムルノ方法ニ二大區別アリ一ヲ階級ニ依ル親等制トシ一ヲ世數ニ依ル親等制トス

所謂階級ニ依ル親等制トハ親族關係ノ上ニ於テ主トシテ其地位ノ尊卑ト世數ノ遠近トヲ參酌シテ適宜ニ等級ヲ定ムルモノヲ謂ヒ我古來ノ法制ノ如キ之ニ屬ス例ヘハ儀制令ニ於テ父母、養父母、夫、子ヲ一親等トシ祖父母、嫡母、繼母、兄弟姉妹、夫ノ父母、妻、妾、姪、孫、子ノ婦ヲ二親等トシタルカ如シ新律綱領ノ五等親圖ニ於ケルカ如キ亦之ニ屬ス

所謂世數ニ依ル親等制トハ世數ニ應シテ親等ヲ定ムルモノヲ謂ヒ一世即チ一代ヲ以テ一親等トスルモノ即チ是ナリ而シテ此親等制ニモ羅馬法主義ト寺院法主義トノ區別アレトモ一般ニハ羅馬法主義ヲ採用シ我民法モ亦此主義ニ依ル即チ左ノ如シ

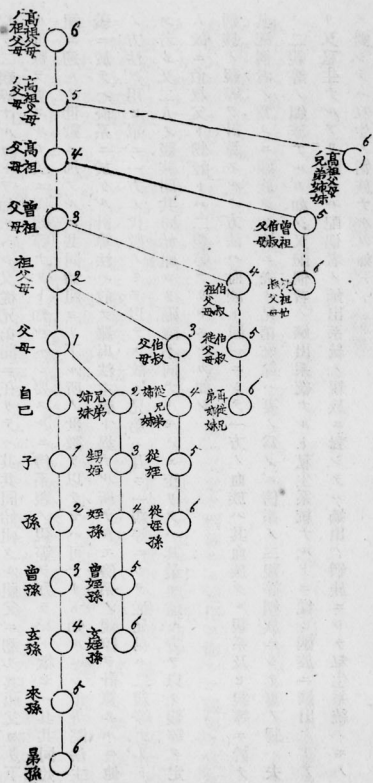
直系ニ於テハ世數ニ應シテ親等ヲ定ムルカ故ニ其計算ハ容易ナリ例ヘハ父ハ一親等ニシテ孫及

ヒ祖父ハ二親等ナルカ如シ傍系ニ在リテハ其計算少シク混雜ニシテ血族ノ一人ヨリ共同始祖ニ遡リ又其共同始祖ヨリ他ノ一人ニ降ル世數ニ準シテ親等ヲ定ムサルヘカラス故ニ兄弟間ノ親等ヲ計算スルニハ其共同始祖タル父ニ遡ルヲ一等トシ父ヨリ其子即チ兄弟ニ下ルヲ一等トスルヲ以テ二親等ナルコトヲ知ルヘシ又從兄弟間ニ在リテハ其共同始祖タル祖父ニ遡リ其祖父ヨリ下ル世數ヲ算スルカ故ニ四親等ナリト知ルヘシ要スルニ傍系親ノ親等ヲ知ラント欲セハ其共同始祖ニ遡ルノ世數ニ加フルニ共同始祖ヨリ下ル所ノ世數ヲ以テセハ可ナリト知ルヘシ但寺院法主義ニ於テハ直系ニ於ケル計算法ハ敢テ羅馬法主義ト異ナル所ナキモ傍系ノ親等ヲ計算スルニ他ノ方法ヲ用ヒ單ニ一方ノ代數ノミヲ以テス故ニ兄弟ハ五ニ一親等ニシテ從兄弟ハ二親等ナリトス若シ又二人ノ親族間共同始祖ヨリ隔離不同ナルモノニ至リテハ其最モ遠キ方ヲ以テ親等ヲ定ム故ニ伯叔父ト甥姪トハ二親等ナリトスルカ如シ

姻族ノ親等ヲ計算スルノ方法ハ血族ト同一ニシテ一方ノ血族ハ其血族タル親系及ヒ親等ニ於テ其配偶者ノ爲メニ姻族タリ故ニ夫ノ兄弟姉妹ハ妻ノ爲メニ傍系ノ二親等姻族ニシテ妻ノ甥ハ夫ノ二親等ノ姻族ナルカ如シ又配偶者ノ嫡出系統ナルト私生系統ナルトニ從ヒ姻族ニ嫡出ナルアリ又私生ナルアリ例ヘハ配偶者ノ嫡出系統ノ親族ニ對シテハ嫡出ノ姻族ニシテ私生系統ノモノニ對シテハ私生ノ姻族ナルカ如シ

以上説明セシ所ヲ明カナラシメシカ爲メ左ニ圖解ヲ示サン

0421



凡例

- (一) 圖中ノ數字ハ親等ヲ表示スルモノトス
- (二) 高祖父母ノ祖父母ヨリ下リテ鼻孫ニ至ルマテハ即チ直系親ニシテ其他ハ傍系親トス

- (三) 圖中自己ト同列ニ位スルモノハ曾屬ニモ非ス又卑屬ニモ非ス自己ヨリ上列ニ至ルモノハ尊屬ニシテ自己ヨリ下列ニ在ルモノハ卑屬トス
- (四) 親族ノ稱呼ハ圖中記載スル所ヲ以テ正確トス(明治三十七年八月二十六日司法省民

刑局長回答)

第四節 親族關係ノ原因

親族關係發生ノ原因ニ付テハ上來説明セル所ニ依リ略シ明カナルヘシト雖モ之ヲ大別スルトキハ左ノ三ト爲スコトヲ得

- 第一、婚姻 婚姻ニ因リテ生スル親族關係ハ(一)婚姻ノ當事者間ニ夫妻ノ關係ヲ生セシメ(二)配偶者ノ一方ト其他方ノ血族トノ間ニ姻族タルノ親族關係ヲ生セシメ(三)配偶者ノ一方ト其他方ノ子トノ間ニ準血族ノ關係ヲ發生セシム
- 第二、出生 血族關係ハ自然ノ血統ヲ基本トシ血縁ハ實ニ出生ニ因リテ生ス隨テ血族關係ハ出生ヲ以テ原因トセサルヘカラス而シテ此關係ハ正當ナル婚姻ニ因リテ生スルコトアリ或ハ婚姻以外ノ私通ノ結果ナルコトアリ前者ハ即チ嫡出親ニシテ後者ハ庶出親ナルコト前述スルカ如シ

第三、養子縁組 婚姻ニ因ルニ非ス出生ニ因ルニ非スシテ親族關係ヲ生スルモノハ養子縁組ナ

民法親族 本論 親族 親族關係ノ原因

リ養子縁組ハ法律上養子ヲシテ養親ノ子トシメ之ヲ自然ノ血族ニ擬セシム而シテ又法律ハ養子縁組ニ因リテ嫡出子タル身分ヲ取得シタル者ハ家督相續ニ付テハ其嫡出子タル身分ヲ取得シタル時ニ生レタルモノト看做スト謂ヘリ（九七〇條二項）故ニ縁組ハ親族關係發生ノ原因ヨリシテ之ヲ云ヘハ法律上ノ出生ト謂フモ亦敢テ不可ナカルヘシ

親族關係發生ノ原因ハ右述フルカ如シト雖モ親族關係ハ必スシモ家族關係ト一致スルモノニ非ス親族關係ヲ有スル者ト雖モ同一ノ家族關係ヲ有スルモノト否ラサルモノトアリ親族關係ハ婚姻、出生、縁組ニ基因シ其效果トシテ必ス同一家族關係ヲ保持スルノ要アル場合アリト雖モ家族關係ハ必スシモ親族關係ト相一致スルヲ要スルモノニ非ス故ニ婚姻ハ婚姻ノ當事者即チ夫婦ヲシテ同一ノ家ニ在ルコトヲ要セシメ其同一家族關係ヲ保持セシムルモ婚姻ニ因リテ生スル姻族ノ關係ニ至リテハ必スシモ然ラス婚姻ニ因リ他家ヨリ入りタル妻若クハ入夫ト其夫若クハ其妻家ニ於ケル尊屬親トハ同一ノ家族關係ヲ保持スルコトアルモ他家ヨリ妻ヲ娶リタル夫若クハ入夫ヲ迎ヘタル妻ト其妻若クハ入夫ノ血族トハ常ニ同一ノ家族關係ヲ保持スルモノニ非ス又出生ニ因リテ血族關係ヲ生スルモノニ在リテハ同時ニ家族關係ヲ發生セシムルヲ原則トシ子ハ父ノ家ニ入り父ノ知レサル子ハ母ノ家ニ入ルヘシト雖モ其父又ハ其母ノ家ニ入ルコト能ハサル場合ニ於テハ唯親族關係ヲ發生セシムルモ同一家族關係ヲ生セシムルモノニ非ス養子縁組ニ因ル親族關係ハ養子ハ必ス養親ノ家ニ入ルヘキモノナルカ故ニ親族關係ト同時ニ家族關係ヲモ發生

セシムヘキモノトス之ヲ要スルニ親族關係ト家族關係トハ各、其效果ヲ異ニスルモノアリ我民法ハ此兩關係ヲ認メタルヲ以テ家族關係ヲ脱スルモ尙モ親族關係ヲ保有シ親族關係ナキモ家族關係ヲ保有スルモノアリ兩兩相對時シ敢テ互ニ相合致セシムルコトヲ爲サス而モ此兩者ノ間其效果ニ差異アルヲ以テ實際上迄モ不都合ヲ見ルコトナシ

第五節 親族關係ノ效果

親族關係ハ法律上或效果ヲ生スルモノニシテ或ハ權利ヲ與ヘ或ハ義務ヲ生シ又或ハ無能力ヲ來ス

所謂權利ヲ與フトハ相續ノ權（九七〇條、九八二條、九九四條）扶養ヲ受クルノ權（九五四條）禁治産、準禁治産ノ宣告ヲ請求スルノ權（七條、一〇條、一三條）親權者タル權（八七七條）後見人タル權（九〇二條、九〇三條）親族會員タル權（九四〇條）等其最モ主要ナルモノトス所謂義務ヲ生ストハ例ヘハ後見人又ハ親族會員タルノ義務（九〇二條、九四五條）又ハ扶養ノ義務（九五四條）同居ノ義務（七八九條）親權ニ服スルノ義務（八七七條）等ノ如シ所謂無能力ヲ來ストハ例ヘハ婚姻ノ障礙ノ如キ（七六九條乃至七七一條）又官吏カ其親族ノ爲メ職務ヲ行フヲ得サルノ不能力（刑訴四〇條二號ノ規定ノ如キ其一例ナリ）ノ如シ其他數多ノ法令中之カ適用アルヲ知ルヘシ

右ニ掲クル效果ハ親族關係ノ種類又ハ家族關係ノ異同ニ因リ多少ノ差異ナキニ非スト雖モ後ニ至リ自ラ判明スヘキヲ以テ今一之ヲ辯明セス

親族關係ヨリ生スル效果ハ右ノ如ク種種アルヲ以テ血族又ハ姻族間ニ於テ苟モ多少血縁ノ關係タニアル者ハ悉皆之ヲ親族ナリトセハ隨テ種種ナル不便不都合ヲ生スヘシ故ヲ以テ法律ハ血族ニ付テハ六親等ヲ限リ姻族ニ付テハ三親等ヲ限リテ親族ナリトセリ蓋シ從來ノ慣習ヨリスルモ亦人情ノ自然ヨリスルモ世數ノ遠ク隔リタル者ノ間ニ在リテハ假令血縁アルトモ情誼自ラ薄ク其末葉ニ至リテハ殆ト路人ト異ナルナシ稀ニハ數世連綿トシテ一家ニ居住シ互ニ相親密ナル者アリトスルモ法律カ親族ノ範圍ヲ定ムルニ當リテハ稀有ノ事例ニ依ルヲ要セス普通ノ人情ニ從ヒ相當ノ限界ヲ付スルハ亦已ヲ得サル所ナリトス

第六節 親族關係ノ消滅

第一、血族 血族ノ相連絡セル者ノ關係即チ所謂血族關係ハ如何ナル場合ト雖モ其關係ヲ消滅セシムルコトナシ何トナレハ血族ノ連絡ハ元ト造化自然ノ作用ニ出テタルモノニシテ如何ナル人爲的ノ行爲ニ依ルトモ此自然的關係ヲ消滅セシムルコト能ハサルハ理ノ當然ナレハナリ故ニ血族關係ハ死亡ニ因リ自然ニ消滅スルコトアルヘシト雖モ其他ノ場合ニ在リテハ如何ナル原因ニ因ルモ決シテ消滅スルコトアルナシ往時外國ノ法制上准死ト稱シ民事上死亡者ト看做シ親族

關係ヲ消滅セシメタルモノアレトモ今日斯ル法制ヲ存セス又封建時代ニ於テ久離爾當ト稱シ親カ其子ノ非行アルニ際シ親子ノ縁切り即チ親子關係ヲ斷ツコトヲ許シタルノ例アリタルカ如クナレトモ今日ハ此ノ如ク生存者間ニ於ケル血族關係ノ消滅ヲ許容スルコトナシ彼ノ離婚又ハ復讐絶ト如キ勘當ニ類スル所アルモ是レ決シテ血族關係ノ消滅ヲ認容シタルモノニ非サルナ

リ

第二、配偶者 夫婦ノ關係ハ婚姻ニ因リ發生スルカ故ニ婚姻ノ解消ニ因リ其關係ヲ消滅セシム婚姻ハ配偶者ノ死亡ニ因リ又ハ離婚ニ因リテ解消ス隨テ之ヲ以テ配偶者トシテ親族關係ノ消滅原因トス又婚姻ノ取消ノ將來ニ向テ婚姻ヲ無効ナラシムルモノナルヲ以テ是レ亦夫婦關係ノ消滅原因ナリトス但婚姻以前ヨリ存スル親族關係ハ離婚ニ因ルモ將タ又婚姻ノ取消ニ因ルモ消滅スルコトナシ例ヘハ夫婦カ從兄弟姉妹ノ關係ヲ有スルトキノ如シ

第三、姻族 姻族關係ハ素ト婚姻ニ因リ生シタルモノナルカ故ニ同シク離婚ニ因リテ其關係消滅スヘシ(七二九條一項)

夫婦ノ一方カ死亡シタルトキハ夫婦ノ關係ヲ消滅セシムルモ之カ爲メニ姻族關係ヲ消滅セシムルモノニ非ス例ヘハ子死亡シ其婦尙ホ存スル場合其婦ト亡夫ノ父母兄弟トノ間ノ如シ然レトモ夫ノ死亡後他家ヨリ入りタル妻カ實家ニ復籍シ或ハ他家ノ家族ト爲リ又ハ婚姻ニ因リ更ニ他家ニ入りタルトキノ如キ其家ニ在ルカ爲メニ生シタル姻族關係ハ消滅スヘシ即チ此場合ニハ去家

ヲ以テ姻族關係ノ消滅原因トス(七二九條二項)

右ノ如ク去家ヲ以テ姻族關係ノ消滅原因トスレトモ生存配偶者カ本家相續、分家及ヒ廢絶家再興ノ爲メニ其家ヲ去リタル場合ニハ此限ニ在ラス(七三二條)是レ蓋シ此等ノ家ニ付テハ其家ト家トノ關係上極メラ密接ノモノナレハ此等ノ原因ニ因リ家ヲ去ルトアリトスルモ仍ホ自家ニ在ルト同一視スヘキモノナレハナルヘシ

第四、準血族 準血族關係ノ消滅ニ付テハ之ヲ養子縁組ニ因ル親族關係ト繼親子間及ヒ嫡母庶子間ノ親族關係トノ消滅原因ヲ區別セサルヘカラス前者ノ消滅原因ハ左ノ如シ

(イ) 養子ノ離縁 養子ハ養子縁組ニ因リテ養親及ヒ其家族トノ間ニ親族關係ヲ生シタルモノナルカ故ニ養子ノ離縁ニ因リテ此關係消滅ス(七三〇條一項)勿論養子カ離縁スルトモ養家ノ子女トノ婚嫁ニシテ繼續ス 以上ハ配偶者ノ關係仍ホ存在シ隨テ養親トノ間ニ姻族トシテ親族關係ヲ保有スヘシ又養子カ離婚ト共ニ離縁シタリトスルモ其養家ニ於ケル自己ノ子女ハ依然自己ノ血族タルヲ失ハス

(ロ) 縁組ノ取消 養子縁組ノ取消ハ其效力ヲ既往ニ及ホサス(八五九條、七八七條)隨テ縁組ノ取消ハ將來ニ向テ養子ト養親及ヒ其血族トノ間ニ於ケル親族關係ヲ消滅セシム

(ハ) 養親カ養家ヲ去リタルトキ 婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ヨリ入りタル養父又ハ養母カ離婚又ハ離縁ニ因リテ養家ヲ去リタルトキハ其者及ヒ其實方ノ血族ト養子トノ親族關係ハ

消滅ス(七三〇條二項)此場合ニ於テハ養親ハ一方ニ於テ養家ノ爲メ養子ヲ爲シタルカ爲メニ此關係ヲ存續スルモノナレハ去家ノ爲メ此兩種ノ關係同時ニ消滅スルコトト爲ルナリ換言スレハ養親ハ養家ニ對シテハ第七一九條第一項又ハ第七三〇條第一項ニ依リ親族關係ヲ絶テ從テ養子トノ親族關係ヲ絶ツ而シテ養親ノ實方ノ血族ト養子トノ間ニ於テハ第七二七條ノ規定ニ依リ養子縁組ヨリ生シタル關係ナルカ故ニ養親子ノ關係消滅スルノ結果トシテ自然ニ消滅スルナリ

(ニ) 養子ノ離縁ニ因リ養子ノ配偶者直系卑屬又ハ其配偶者カ養子ト共ニ養家ヲ去リタルトキ(七三〇條三項)

養男子ノ配偶者ハ或ハ家女ナルコトアリ或ハ養親ノ他ノ養子ナルコトアリ或ハ他家ヨリ入りテ養子ノ妻ト爲リタル者ナルコトアリ其孰レノ者ト雖モ夫カ離縁ト爲リタルトキハ離婚ヲ爲スニ非サレハ夫ニ隨ヒテ其家ニ入ラサルヘカラス(七四五條)故ニ養子ノ離縁ニ因リテ夫ト共ニ養家ヲ去リタルトキハ養親ノ他ノ養子ニシテ妻ト爲リタル者及ヒ他家ヨリ入りテ妻ト爲リタル者ハ養親及ヒ其血縁トノ親族關係ヲ絶タサルヘカラス勿論家女ニシテ妻ト爲リタル者ハ假令養子タル夫ト共ニ其家ヲ去ルトモ親族關係ヲ消滅セシムルノ限ニ在ラス

養女カ離縁ニ因リ養家ヲ去ルトキハ其夫タル養子ハ離縁ヲ爲スニ非サレハ妻ト共ニ養家ヲ去ルトトナシ從テ此場合ハ本條ノ適用ヲ見ス

養子ノ直系卑屬又ハ其配偶者ト養親及ヒ其血族トノ間ハ養子ヲ通シテ親族關係ヲ生シタル者ナレハ養子ノ離縁ニ因リ之ト共ニ養家ヲ去リタルトキハ從テ親族ノ關係ヲ消滅セシム但自然ノ血縁アル者ハ此限ニ在ラス

右(ハ)ニノ原因ハ本家相續、分家及ヒ廢絶家再興ノ場合ニハ之ヲ適用セス(七三一條)其理由ハ前ニ姻族關係ニ付テ説述シタル所ト同シ

繼父母ト繼子ト嫡母ト庶子トノ間ニ於ケル親族關係ハ元ト父母ノ婚姻ニ因リ發生スルモノナルカ故ニ其原因タル夫婦關係ノ消滅即チ離婚ニ因リテ止ム(ヘキモノトス(七二九條一項)其父母ノ一方ノ死亡ハ夫婦關係ヲ消滅セシムト雖モ之カ爲メニ繼親子及ヒ嫡母庶子間ノ親族關係ヲ消滅セシムルモノニ非ス是レ蓋シ離婚ハ親族關係ヲ絶ツノ意思アルモノト推測シ得(ヘシト雖モ夫婦ノ一方ノ死亡ハ唯事實上夫婦ノ關係ヲ絶テタルニ過キヌ之カ爲メニ毫モ其家籍ヲ離脱ス(ヘキ謂レナク從テ家族關係ニ重キヲ置ク此等ノ者ノ親族關係ニ影響ヲ及ホス(ヘキニ非サルナリ

唯夫レ夫婦ノ一方カ死亡シタル場合ニ於テ生存配偶者カ其家ヲ去リタルトキハ親族關係ハ消滅ス(ヘシ(七二九條二項)即チ去家ヲ以テ親族關係消滅ノ原因トス但去家ノ原因カ本家相續、分家又ハ廢絶家再興ノ爲メナルトキハ此限ニ在ラス(七三一條)

又繼親子及ヒ嫡母庶子間ノ親族關係ハ父母ト繼父母又ハ嫡母トノ婚姻ノ取消ニ因リテモ消滅ス(ヘシ)

第二章 家

第一節 總論

家族制ニ於テハ家ヲ以テ社會組織ノ單位トシ個人制ニ在リテハ個人ヲ以テ單位トス我國從來家族制ヲ採用シ維新以降ニ至リテモ尙ホ家ノ存在ヲ認メ親族關係ト相俟ツテ家族關係ヲモ存シ由テ以テ親族構成ノ重要ナル基本トセリ是レ蓋シ我家族制ハ數千百年ノ久シキ由テ以テ一家和睦ノ風ヲ養成シ家庭上親子互ニ相親愛シ夫婦互ニ相輯睦シ授イテ君國ノ事ニ及ホシ忠君愛國ノ美果ヲ收メ來リタルモノニシテ教育ノ方法ヲ力アリトハ云ヘ一家ノ組織亦實ニ其業ヲ爲スモノト謂ハサル(ヘカラス此風習ヤ一朝ニシテ其跡ヲ絶ツ(ヘキニ非ス又我社會組織ノ上ニ於テ今俄ニ之ヲ變更スルヲ許ササルノ事情ノ存スルアリ從テ民法上此制度ニ則リ家ノ存在ヲ認メタル已ムヲ得サルモノト謂フヘシ

蓋シ人ノ此世ニ在ルヤ孤立シテ生活シ得(ヘキニ非ス必スヤ同類相集合シ同族相團結シテ一ノ團體ヲ組織セシムハアラス人類團體ノ組織ハ如何ナル基礎ニ築造セラレタルヤハ今茲ニ之ヲ論スルノ限ニ在ラサレトモ部落制ヨリ家族制ニ進ミ遂ニ個人制ノ社會ニ變遷進化シタルモノナルヘク部落ニ會長アリ一部落ノ全權ハ會長ニ屬シ會長ハ部落ヲ統轄シ其財產ヲ自由ニシ自己ノ欲スルカ儘ニ行動シ部落カ分レテ數多ノ家ヲ形成スルニ至リテモ一家ハ家長ト之ニ服従スルモノト

ヨリ成り部落ニ於ケル會長ノ地位ハ家族制ニ於ケル家長ト其地位ヲ換ヘ家長ハ家族ニ對シ生殺與奪ノ全權ヲ有シ或ハ家産ヲ獨擅シ家長獨リ人格ヲ認メラレ家ヲ代表スルノ權利ヲ有シ家族ハ人格ナク唯家長ノ願使ノ儘ニ甘シスルニ至レリ而モ社會ノ進歩ニ伴ウテ家長ノ權力ハ漸漸其範圍ヲ縮小セラレ家族ノ人格モ漸ク認メラルルニ至ルモ尙ホ且此制度ノ性質トシテ社會組織ノ單位トシテ家ノ存在ヲ認メサルヲ得ス

我國ニ於ケル家族制ノ變遷ハ今之ヲ詳ニセスト雖モ律令時代ニ明カニ此制度ノ發達ヲ見ルヘク封建武斷ノ世ノ中ニ至リテハ家祿ヲ定メ家祿トハ之ヲ世襲セシメ總領ノ男子ヲ以テ家督ヲ相續セシメ家長權繼承ノ道ヲ存シ純然タル家族制度ノ發展ヲ見ルニ至レリ明治維新以後泰西ノ文物制度輸入セラレ個人主義ノ法制漸ク行ハルルニ及ヒ諸種ノ法律關係ノ上ニ於テハ毫モ家ナル觀念ノ其間ニ介在スルコトナキモ獨リ親族上ノ關係ニ於テ依然家ノ存在ヲ認メサルヲ得サル所以ノモノ實ニ前述ノ如ク社會組織ノ上ニ至大ノ關係アルニ職由スト謂ハサルヘカラス法律上既ニ家ノ存在ヲ認メ家ヲ以テ親族構成ノ一基本トスルヨリシテ隨テ法律ハ一家ノ興廢滅絶ニ重キヲ置キ廢家及ヒ絶家ハ一定ノ場合ニ在ラサレハ生セザルモノトシ又之カ再興ヲモ許可シ一家ノ永續ヲ圖ルカ爲メニ家督相續ニ因ル戸主權繼承ノ道ヲ設ケ以テ家ノ萬世ナルヘキコトヲ確保シ一家ノ統轄者トシテ戸主ナルモノヲ存シ之ニ相當ノ權利ヲ付與シ家族ハ戸主ニ隸屬シ一定ノ義務ニ服従スヘキコトヲ命セリ

家ニ本家、分家、同家ノ區別アリ本家ハ分家ニ對スルノ語ニシテ分家トハ戸主ノ同意ヲ得タル家族カ創立シタル家ヲ謂ヒ其分家ノ出テタル元トノ家ヲ本家ト謂ヒ同一ノ本家ヨリ出テタル家相互ノ關係ニ於テ其家ヲ稱シテ同家ト謂フ又實家、婚家、養家ノ稱アリ婚姻ニ因リテ入りタル家ヲ婚家ト曰ヒ養子縁組ニ因リテ入りタル家ヲ養家ト謂ヒ此兩家ニ對シテ實家ナル名稱ヲ存シ婚姻前又ハ縁組前ニ自己カ籍屬シタル家ヲ指稱セリ此ノ如ク家ニ數個ノ名稱アルハ畢竟各家ノ系統ヲ表示スルニ便宜アルニ因ルモノニシテ此等ノ家ト家トノ間ニ於テハ法律ハ恰モ人ノ親族關係ニ於ケルカ如ク特種ノ關係アルコトヲ認メタリ即チ本家相續ノ爲メニハ分家ノ法定ノ推定家督相續人ニ其家ヲ去ルコトヲ許シ(七四四條)或ハ本家相續ノ爲メニハ分家ノ戸主ニ隱居ヲ爲シ又ハ廢家ヲ爲スコトヲ得トシ(七五三條、七六二條)又家督相續ニ因リ戸主ト爲リタル者ト雖モ本家相續又ハ再興ノ爲メニハ廢家ヲ爲スコトヲ得ヘク(七六二條)又家族ハ戸主ノ同意アルトキハ廢絶シタル本家、分家、同家ヲ再興スルコトヲ得ヘク(七四三條)婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入りタル者離婚又ハ離縁ノ場合ニ於テ實家ニ復籍スヘキモノトスル(七三九條)等其他幾多ノ規定アルコトヲ發見スヘキナリ此等ノ規定タル畢竟一家系統ノ混亂ヲ防遏シ家族關係ト親族關係トノ調和ヲ整正ナラシメンコトヲ欲シタルニ由ラスンハアラス

第二節 家ノ本體

第一款 家ノ性質

人ノ住居スル建物ヲ家ト稱スルハ普通ノ觀念ニ於テ我其可ナルヲ知ル木造、石造、煉瓦造ノ家屋ヲ家ト稱スルハ建築學上ニ於テ我其不可ナルヲ見ス此等有形ノ家屋ハ家ト稱スルニ妨ナシト雖モ末タ法律上所謂家ナルモノノ性質ヲ説キ得タリト謂フヘカラス法律上家ト稱スルモノハ斯ル有形ノ家屋ヲ謂フニ非ス又人ノ共同生活ノ團體ヲ指スモノニモ非ス全ク戶主權ノ行ハルル範圍ヲ指稱スルモノニ外ナラサルナリ

蓋シ通常家ニハ戶主アリ以テ一家ヲ統轄シ又家族アリ以テ戶主ニ隸屬シ戶主及ヒ家族カ此ニ一家ヲ構成スルヨリシテ斯ル共同生活ノ團體ヲ指シテ家ト稱スレトモ家族ノ有無ハ敢テ一家ノ存否ニ關係アルモノニ非ス苟モ此ニ戶主權ノ行ハルル所アレハ此ニ一家ノ存在ヲ肯定シ得ヘシ世間往住一家一人ノ例ニ乏シカラス一人一家ヲ構成スルモ法律上家アリト謂フニ妨ナシ既ニ一人一家ヲ構成スルニ於テハ其住居スル建物ノ有無ハ亦敢テ一家ノ存否ニ影響スル所アルナク有形ノ家屋、現住ノ建物ナシトスルモ此ニ一家アリト謂フニ妨ナシ又假令一家ノ戶主及ヒ家族カ各家屋ヲ別ニ各獨立シテ生計ヲ營ムカ如キコトアリトスルモ唯是レ事實上各別ノ家屋ニ住居スト謂フニ止マリ法律上一家タルコトハ毫モ損スル所アルナシ

家ハ戶主權ノ行ハルル範圍ニシテ一家ハ戶主ニ依リテ表示セラル隨テ此ニ一家在レハ必ス戶主ナクシテハアラス而シテ戶主ナル身分ハ一定ノ原因ニ因リテ發生、消滅スルモノニシテ一家ニシテ創立セラルレハ戶主タル身分モ亦創設セラレ一家ニシテ廢絶セハ此身分モ亦消滅ス又一家ノ

戶主其人ニシテ死亡、隱居又ハ其他ノ事由ニ因リ其地位ニ居ル能ハサル場合ニ於テハ戶主タル身分ハ此ニ繼承ノ必要ヲ生シ苟モ一家ニシテ存續スル限ハ戶主タル身分モ存續シ決シテ滅絶スヘキモノニ非ス此ノ如ク家ハ戶主ニ依リテ表示セラルト雖モ戶主ハ一世ニシテ家ハ萬世ナリ戶主タル身分ヲ有スル人其人ノ變動ハ家ノ存在ニ何等ノ變動ヲ及ボスヘキモノニ非ス唯戶主ヲ失ヒタル家ニ家督相続人ナキトキハ其家ハ絶家シ(七六四條)本家相續又ハ再興其他正當ノ事由ニ因リテ裁判所ノ許可ヲ得タルトキハ其家ハ廢家ト爲ル(七六二條)絶家及ヒ廢家ハ共ニ戶主權ノ存立スル所ナキ所謂無の家ナリ法律上家ノ存在ヲ肯定スヘキモノニ非サルナリ

我法律ハ家ナルモノノ存在ヲ認メタルトモ之ヲ法人ナリトセス往古家族制ノ嚴正ニ行ハレタル當時ニ在リテハ宛然家ヲ以テ一種ノ法人ト認メタルモノノ如シ然レトモ今日法律ハ家ナルモノノ人格ヲ認メス人ハ親族法上家族關係ヲ離脱スル能ハスト雖モ獨立シテ權利ヲ有シ義務ヲ負ヒ公法上ニ於テモ將タ又私法上ニ於テモ家ナルモノノ人格ヲ認メタルノ痕跡タニ是アルヲ見ス家ハ決シテ法人ナリト謂フヘカラス今日或ハ家督ト謂ヒ或ハ家名ト謂ヒ或ハ家産ト謂ヒ法律上用語各所ニ散見スト雖モ畢竟從來ノ用例ヲ襲ヒタルニ過キス敢テ之ヲ以テ家ナル獨立シタル權利義務ノ主體ヲ認メタルモノトスル能ハサルナリ家ヲ構成スルモノハ通常戶主ト家族トナリ戶主及ヒ家族ハ一家ノ構成組織ニ隨伴スルヲ普通トスレトモ戶主ト家族トノ以外ニ特立シタル法人ノ存スルニ非ス外觀上或ハ家ニ屬スルノ權利ト義務トアルカ如キモ是レ實ニ家ニ屬スルモノ

ニ非サルナリ

第二款 家ノ稱號

家ハ他ノ家ト區別スルカ爲メニ稱號ナクシテハアラズ氏ハ即チ家ノ稱號ニシテ家ニ氏ナキコトハ我法律ノ認許セサル所ニシテ一家ニ二ノ氏アルコトヲ許ササルハ亦等シク我法律ノ主義トスル所ナリ

氏ハ「家ノ系統ニ隨ヒテ一族、子孫、相傳ヘテ稱スル號、上古ヨリアルハ大伴、物部、蘇我等ナリ、別ニ朝廷ヨリ賜ハレルハ、源、平、藤、橘等ナリ、即チ人ノ名ニ對シテ家ノ名ナリ。後ニ、子孫各、延蔓スルニ及ヒ、別ニ、北條、足利、織田、徳川等地名ナトヲ採リ、稱ヲ作リテ分テリ、コレヲ名字、苗字、苗氏ナト云ヒ、亦相繼キテ用キル、然レトモ、姓ハ尙ホ變ハラサルナリ。今、多クハ、源平等ニ、姓ノ字ヲ當テ、苗字ニ氏ノ字ヲ當ツ。」ト(大槻博士著言海)蓋シ上古氏ナカリシモ人類ノ蕃殖ニ從ヒ一族一家ヲ爲スニ至リ其各自ノ系統ヲ表標スルカ爲メニ姓氏ヲ定ムルノ必要ヲ生シ其同姓ノ者ニ在リテ末流多キトキハ遂ニ其相互ノ間ヲ識別スルカ爲メニ地名等ヲ冠シテ各其稱號ヲ別異ニスルノ風ヲ生シタルモノノ如シ而シテ姓ト謂ヒ氏ト謂ヒ其本來ノ意義ニ於テハ各、異ナル所アリトスルモ今日ニ在リテハ概シテ同一ノ意義ニ用キラレ一家ノ稱號ヲ指稱スルモノト觀テ大差ナカルヘシ

我國封建時代ニ於テハ士分以上ノ者ノミ姓氏ヲ公稱スルコトヲ許サレ庶民及ヒ僧侶ハ氏ナキコトヲ通例トシタリ是レ蓋シ姓氏ヲ以テ尊卑ノ階級ヲ分ツノ主義ニ出テタルモノナルヘシト雖モ氏ヲ以テ家ノ系統ニ隨ヒテ一族子孫相傳ヘテ稱スル號ナリトセハ人ノ尊卑ノ階級如何ニ論ナク苟モ一家ヲ有スル者ハ其家ノ氏ヲ公稱スルヲ得サルノ理ナシ是ニ於テカ明治三年九月十九日太政官ノ布告ヲ以テ平民ニ苗字ヲ差許サレ同五年九月十四日ノ布告ハ僧侶ニ苗字ヲ設ケシメラレ更ニ同八年二月十三日布告(輪廓附)ニ依リ平民ハ必ス苗字ヲ唱フヘク祖先以來苗字不分明ノ向ハ新ニ苗字ヲ設クヘキ旨ヲ定メラレタリ故ニ今日ニ在リテハ最早氏ナキ家アルヘキニ非ス民法カ戸主及ヒ家族ハ其家ノ氏ヲ稱スト規定シタルハ(七四六條)洵ニ當然ニシテ氏ノ使用權アルコトヲ認メタルモノト謂フコトヲ得ヘシ

姓氏ノ公稱ハ古來血統ノ連絡關係ヲ明確ニシ其所出ヲ明示スルノ用ニ供セラル故ニ從來人ノ子弟タル者ハ其父兄ト苗字ヲ異ニスルヲ禁シ又別家シタル者ニ更ニ苗字ヲ設クルコトヲ禁セリ(明治七年一月太政官指令)唯婦女人ニ嫁スルモ尙ホ所生ノ氏ヲ用フヘク夫家ヲ相續シ若クハ分籍シタル上始メテ夫家ノ氏ヲ稱スヘシトセリ(明治九年二月太政官指令、同二十四年十二月司法省指令)是レ或ハ支那ノ古制ニ據リタルモノナラン然レトモ既ニ前述スル如ク今日ニ在リテハ氏ハ家ノ稱號ニシテ家ト區別スルノ標準ニ外ナラサレハ婚姻其他ノ事由ニ因リテ一

ニ其家籍ヲ表標スル所以ノモノナレハナリ
 分家ハ本家ノ氏ヲ稱スヘク廢絶家再興ハ家ノ復興ナルカ故ニ廢絶シタル氏ヲ復興スヘク棄兒發見ノ場合ニ於テハ戶籍吏ハ其兒ニ氏名ヲ命スヘシ(戶七五條) 其他ノ一家創立ノ場合ニ於テハ氏ハ如何ニシテ之ヲ定ムヘキカ法律上何等ノ規定ナキヲ以テ多少ノ疑ナクンハアラスト雖モ一家創立者ニ於テ一家ノ創立ト同時ニ新ニ氏ヲ設クルコトヲ得ヘク其氏ノ名稱ノ如キモ地名ニ依ルモ將タ又他ノ物名ニ依ルモ一ニ創立者其人ノ任意ニ在リト謂フヲ相當ナリト信ス
 氏ニシテ一タヒ定マレル以上ハ猥ニ之ヲ變更スルヲ許サス親子關係、婚姻關係ノ發生、消滅ニ從ヒ變換、異同ヲ生スヘキハ法律ノ認ムル所ナレトモ其以外ニ氏ヲ改稱スルコトヲ許サス唯或場合ニ於テ氏ノ復舊ヲ認ムルニ過キス氏ノ復舊ハ官廳ノ許可ヲ要シ其許可ヲ得タル場合ニハ其旨ヲ戶籍吏ニ届出ツルコトヲ要スヘシ(戶一六四條)

第二款 家籍

船舶ニ船籍アリ其所屬ヲ明カニシ人ニ國籍アリ内外國人ヲ區別ス而シテ我日本ノ國籍ヲ有スル者ニハ所謂戶籍ナルモノヲ附シ以テ其所屬ヲ示ス其所謂戶籍トハ戶籍吏ノ管轄スル土地内ニ本住居人トシテ居住スル者カ有スル本籍即チ本人別ヲ謂ヒ戶籍ハ戶籍吏カ管轄地内ニ本籍ヲ有スル者ニ就キ之ヲ編製シ日本ノ國籍ヲ有セサル者ハ本籍ヲ定ムルコトヲ得ス(戶一七〇條) 蓋シ我法制ノ下ニ在リテハ一家ノ構成ハ國籍ニ伴ヒ我國籍ヲ有スル者ニ非サレハ一家ヲ構成スルコトヲ許サス我國籍ヲ有スル者ニ非サレハ本籍即チ本人別ヲ有セル其本人別ヲ有スル者ニ就キ戶籍ヲ編製シ其家籍ヲ明カナラシム而シテ戶籍ハ一戶毎ニ一本ヲ作り戶主及ヒ家族ノ氏名、本籍地、家ニ於ケル關係、親族關係其他ノ事項ヲ記載シ(戶一七五條、一七六條) 地番號ノ順序ニ從ヒ之ヲ編綴シテ帳簿ト爲ス之ヲ稱シテ戶籍簿トハ謂フナリ(戶一七一條)

本籍ハ地ヲ以テ之ヲ定メ本籍ヲ有スル者ニ付テ戶籍ヲ定ムルカ故ニ其戶籍ノ在ル所實ニ家籍ノ存在スル所ニシテ何レノ地ニ本籍ヲ定ムヘキヤハ其家ノ戶主タル者ノ任意ニシテ法律ハ敢テ之ニ干渉セス唯家族ノ本籍地ハ常ニ戶主ノ本籍地ニ依リ之ヲ定メ家督相續ノ場合ニハ新戶主ノ本籍ハ必ス前戶主ノ本籍ニ從フヘシ其他ノ場合ニ在リテハ本籍ノ移轉ハ亦戶主ノ任意ニ在リト謂フヘク轉籍ノ效力ハ即チ家籍ノ移轉ナルヲ以テ當ニ戶主一人ノミニ止マラス家族ノ本籍モ亦隨テ移轉スヘキモノトス

本籍ハ即チ本人別ニシテ住所ト同シカラス本籍ハ甲地ニ在リ住所ハ乙地ニ在ルコトハ法律上毫モ妨ケス是レ本籍ト寄留トノ別アル所以ニシテ寄留即チ本人別ニ對スルノ假人別ナリ假人別ナルカ故ニ寄留地ノ指定及ヒ變換ハ家籍ニ影響スル所アルナク隨テ戶籍法ノ關スル所ニ非サルナリ

我戶籍法ノ規定ニ依レハ人ノ身分ニ關シテハ身分登記簿ナルモノアリ身分ニ關スル事項ヲ公ノ

帳簿ニ登錄シ以テ各人ノ身分ヲ公認スルモ此帳簿ハ届出事件ノ區別(出生、死亡、婚姻等)ニ從ヒ各別ノ登記簿ニ記載スヘキモノトセリ(戸七條)之ニ反シ戸籍簿ナルモノハ前述ノ如ク一戸毎ニ一本ヲ作り戸主、家族ノ氏名其他ノ事項ヲ記載スヘシトセルモノ畢竟家籍ヲ證明スル所以ノモノナレハナリ此ノ如ク戸籍簿ハ一家ノ基本トシ其家族關係ヲ明確ナラシムルモノナル以上ハ我法律ニ所謂家ニ在ル者(七三二條、八七七條、九四八條等ノ如シ)トハ一ニ其戸籍内ニ在ルモノ即チ家籍ヲ等ウスル者ノ意義ナルコトヲ知ラサルヘカラス

第三節 家ノ設立及ヒ消滅

第一款 總論

家族制ノ國ニ在リテハ家ニ重キヲ措クカ故ニ家ノ設立及ヒ消滅ニ付テハ一定ノ準則ニ據ラサルヲ得サルモノトセリ是レ畢竟一家ノ與廢滅絶ハ延テ一國ノ國勢上ニ影響スル所尠カラサレハナリ而シテ家ハ如何ニシテ設立セラルヘキカ又如何ニシテ消滅スヘキモノナルカ其原因、方法ハ一面ニ於テハ戸主權ノ取得、消滅ノ原因、方法タルヘシト雖モ家ナル觀念ヲ基本トシ茲ニ之ヲ説明スルハ亦敢テ無用ニ非サルヲ知ル

茲ニ家ノ設立ト稱スルハ一家ノ創立ヲ謂フ所謂一家ノ創立ニ廣狹二様ノ意義アリ廣義ニ之ヲ解スレハ分家、廢絶家再興ノ如キモ亦此中ニ包含セラルヘシト雖モ我親族法上ノ用語トシテ一家ノ創立ト謂フハ斯ル廣義ノ解釋ヲ容レズ法律上當然ノ結果トシテ一家ノ新立ヲ要スル場合ニ於テノミ創立ナル語ヲ用ヒ合家及ヒ廢絶家再興ハ其ニ其原因ニ異ナル所アルヲ以テ殊更ニ創立ナル語ヲ避クルニ至レリ而シテ戸主ノ變更ハ戸主其人ノ地位ニ異動アルニ止マリ舊戸主ノ家消滅シテ新戸主ノ家設立セラルルモノニ非サルコト固ヨリ論ヲ俟タス

又茲ニ家ノ消滅ト稱スルハ廢家及ヒ絶家ノ場合ヲ謂フ廢家及ヒ絶家ハ家ノ存在ヲ失ハシムルノ點ニ於テハ二者同一ナリト雖モ戸主ノ意思ニ因ル消滅ハ廢家ニシテ其意思ニ因ラス絶對的戸主權ノ消滅シタル場合ヲ絶家トハ謂フナリ

從前合家ト稱スルモノアリ一ノ家ト他ノ家ト合併シテ一家ヲ爲スヲ謂ヒ明治六年一月第二八號布告ニ「本家分家親戚等ノ内當主病死致シ跡子弟幼年並婦女等ノ硯死者ノ遺言又ハ其父母並重立候親戚及遺妻子熟談ノ上合家願出候ハ聞届不苦事」トアリ又同年第三〇一號布告ニハ男女兩戸主結婚ノ上合家ヲ願出ツルトキハ聞届不苦トノ旨ヲ定メラレタレトモ同年第七五號ニ依リ斷然合家ヲ禁セラレ從前合家シタル者ノ處分方法ヲ定ムルニ至レリ新民法亦合家ナルモノヲ認メス唯自己ノ家ヲ廢シテ他家ニ入ルコトヲ許スニ過キス是レ實ニ合家ヲ許ストキハ家ノ構成ニ混雜ヲ生シ家督相續其他ノ關係ニ於テ複雑ナル問題ヲ惹起スルノ弊アルヲ以テナリ

第二款 家ノ設立

第一項 分家

分家トハ家族カ其所屬スル家ヨリ分離シテ新ニ一家ヲ創立スルコトヲ目的トスル意思表示ナリ
分家ヲ爲スニハ左ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス

第一 家族タルコト 戸主ハ一家ノ長ニシテ其所屬ノ家ヨリ分離スルヲ得サルハ論ナシ一旦其
地位ヲ退キ隱居シタル後ニ於テハ分家ヲ爲スニ妨ナシ(七四三條)

女戸主ノ夫ハ其家ノ家族ナルヲ以テ分家ヲ爲スヲ得ヘキカ如クナレトモ若シ夫ニシテ分家ヲ
爲シタルトキハ妻ハ隨ヒテ其家ニ入ラサルヲ得ス此ノ如クセハ女戸主ハ其夫ノ意思ニ因リ自
己ノ家ヲ廢セサルヲ得サルノ結果ト爲ラン若シ女戸主ニシテ其家ヲ去ル能ハサルモノトセン
カ夫婦其家ヲ異ニスルノ結果ヲ生セン孰レニスルモ女戸主ノ夫ヲシテ分家ヲ爲サシムルハ
不條理ナルヲ免レヌ又之ト同一ノ理由ニ因リ妻モ亦分家ヲ爲スコトヲ得スト謂ハサルヘカラ
ス

第二 法定ノ推定家督相續人タラサルコト 法定ノ推定家督相續人トハ被相續人ノ家族タル直
系卑屬ニシテ第一位ニ於テ當然家督相續ヲ爲スヘキ者ヲ謂フ此ノ如ク法定ノ推定家督相續人
ハ戸主タル身分ヲ當然繼承スヘキモノナルカ故ニ分家ニ因リテ其家ヲ去ルコトヲ得サルモノ
トセリ(七四四條)

第三 戸主ノ同意アルコト 戸主ノ同意ヲ必要トスル所以ノモノハ分家ハ其所屬ノ家籍ヲ離脱
スルモノナルニ因ル

第四 未成年者ニ在リテハ親權ヲ行フ父若クハ母又ハ後見人ノ同意アルコト 親權者又ハ後見
人ハ未成年者ノ利益ヲ保護スヘキ者ナルカ故ニ家籍離脱ノ效ヲ生スル分離ニ付テハ此等保護
者ノ意見ヲ參酌スルノ要アリ然ラサレハ未成年者ノ一身ヲ誤ルノ虞アルヘキニ因ル

分家ヲ爲サント欲スル者ハ戶籍法第一五四條ノ定ムル諸件ヲ具シテ之ヲ戶籍吏ニ届出ツルコト
ヲ要ス故ニ分家ハ届出ヲ以テ爲スヘキ要式ノ意思表示ナリト謂フヘク此届出ニシテ一タヒ受理
セラレタル以上ハ分家ノ意思表示ハ此ニ其效力ヲ生シ届出本人ハ即チ其家ノ戸主タルヘシ

分家ヲ爲スコトヲ得ス若シ意思能力ヲ有スルトキハ前示ノ如ク法定代理人ノ同意ヲ得テ分家ヲ爲
スコトヲ得但分家ノ届出ニ付テハ戶籍法第四六條ヲ適用スヘシ

分家ヲ爲シタル者ノ妻ハ其夫ニ隨ヒテ其家ニ入ル(七四五條)然レトモ其直系卑屬ハ當然父ニ
隨ヒテ其家ニ入ルヘキニ非ストナレハ第七三三條ハ生來ノ家籍取得ヲ定メタルモノニ外ナラ
サレハ如上ノ場合ニ適用スヘキモノニ非サレハナリ故ニ子ハ父ノ分家ニ因リ其家ニ入ラントス
ルニハ第七三七條ノ規定ニ據ラズンハアルヘカラス然ルニ斯ル親族入籍ノ手續ニ依リ父ノ家ニ
入リタル直系卑屬ハ家督相續順位ノ上ニ於テ至大ノ利害關係アリ(九七二條)場合ニ由リテハ

自己ノ弟妹ノ爲メニ相續順位ヲ先シテラルルノ不幸ヲ見ルコトアリテ其父其子ノ爲メ情誼上固
然スル所ナキヲ得ス是ニ於テ明治三十五年法律第三七號ヲ以テ「家族カ分家ヲ爲ス場合ニ於テ
ハ戸主ノ同意ヲ得テ自己ノ直系卑屬ヲ分家ノ家族ト爲スコトヲ得」前項ノ場合ニ於テ直系卑屬
カ滿十五年以上ナルトキハ其同意ヲ得ルコトヲ要ス」トノ二項ヲ第七四三條ニ追加スルニ至レ
リ

第二項 一家創立

按ニ一家創立ト稱スルハ狹義ノモノニシテ家ノ設立ヲ目的トスル行爲ニ因ルニ非ス法律規定ニ
依ル結果一家ノ設立セララルル場合ヲ指稱スルモノトス

法律規定ノ結果一家ノ設立セララルル場合ハ即チ左ノ如シ

第一 父母共ニ知レサル子ハ一家ヲ創立ス(七三三條三項)

子ハ父ノ家ニ入り父ノ知レサル子ハ母ノ家ニ入ルヲ本則トス然レトモ父母共ニ知レサル子ハ
其入ルヘキ家ヲ知ルコト能ハス苟モ日本人トシテ家ナキヲ許ササルハ我國法ノ主義トスル所
ナルヲ以テ此等ノ者ハ一家ヲ創立スルノ外ナシ

日本ニ於テ生レタル子ノ父母カ共ニ知レサルトキ又ハ國籍ヲ有セサルトキハ其子ハ之ヲ日本
人トス(國籍四條)其所謂父母共ニ知レサル子トハ彼ノ棄兒ノ如キモノヲ謂ヒ戶籍法第七五

條以下ニ於テ棄兒發見ノ場合ニ於ケル規定ヲ存スルカ故ニ棄兒ニ付テハ其出生ノ時ヲ以テ一
家ヲ創立スルモノト解スルノ外ナシ而シテ如何ナルモノヲ以テ棄兒ト謂フカニ付テハ一般普
通ノ觀念ニ由リ之ヲ認ムルノ外ナク假令父母共ニ知レサル子トスルモ既ニ其者ノ戶籍アルト
キハ別ニ棄兒發見ノ届出ヲ爲スコトヲ要セス若シ又假令其者ノ戶籍ナシトスルモ無籍者ハ悉
ク皆棄兒アリト謂フヘキニ非ス要ハ唯戶籍ナク其何人ノ子ナルヤヲ知ル能ハスシテ而モ其者
自ラ就籍ノ届出ヲ爲スノ意思能力ナキ者タラシハアルヘカラス

第二 私生子カ母ノ家ニ入ルコトヲ得サルトキハ一家ヲ創立ス(七三五條三項)

父ノ家ニ入ルコトヲ得サル私生子ハ母ノ家ニ入ルモ母カ戸主ナラサルトキハ戸主ノ同意ヲ得
ルニ非スシハ其家ニ入ルコト能ハス隨テ戸主ノ同意ナキ爲メ母ノ家ニ入ルコトヲ得サル私生
子ハ一家ヲ創立セサルヲ得ス母タル戸主カ入籍ヲ拒ムトキ亦同シ

庶子ハ父ノ家ニ入り父ノ家ニ入ルコト能ハサルトキハ母ノ家ニ入ルモ前項ト同シク母カ家族
ナルトキハ戸主ノ同意ヲ得ルコトヲ要シ戸主ノ同意ナクシハ其家ニ入ル能ハサルカ故ニ等シ
ク一家ヲ創立セサルヘカラス蓋シ私生子ハ父ノ認知ニ因リ庶子ト爲ルモ母ニ對シテハ嫡母ト
ノ關係以外依然私生子タルヲ失ハス隨テ第七三五條第三項ニ所謂私生子中ニハ此等ノ者ヲ包
含スト謂ハサルヘカラス

第三 實家ニ復籍スヘキ者カ實家ノ廢絶ニ因リ復籍スル能ハサルトキハ一家ヲ創立ス(七四〇

條)

婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入りタル者ハ離婚又ハ離縁ノ場合ニ於テ實家ニ復籍スヘキモノトス(七三九條) 復籍ハ即チ復歸ナリ復歸スヘキ家ノ廢絶シタルトキハ其入ルヘキ家ナキモノナルカ故ニ一家ヲ創立スルノ外ナシ但此場合ニ實家ヲ再興スルヲ妨ケス

第四 離籍セラレタル家族ハ一家ヲ創立ス(七四二條)

第七四九條第三項及ヒ第七五〇條第二項ノ規定ニ依リ戸主ヨリ離籍セラレタル家族ハ其家ヲ去ラサルヲ得ス而モ其入ルヘキ家ナキモノナレハ一家ヲ創立セサルヲ得ス但妻ハ夫ニ隨ヒテ其家ニ入り(七四五條) 家族カ戸主ノ同意ナクシテ養子ヲ爲シタルカ爲メ離籍セラレタルトキハ其養子ハ養親ニ隨ヒテ其家ニ入ル(七五〇條三項)

第五 婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入りタル後復籍ヲ拒マレタル者カ離婚又ハ離縁ニ因リ其家ヲ去リタルトキハ一家ヲ創立ス(七四二條)

第七五〇條第二項ノ規定ニ依リ復籍ヲ拒マレタル者ハ離縁ノ場合ニ於テ實家ニ復籍スル能ハス隨テ是レ亦一家ヲ創立スルノ外ナシ

第六 絶家ノ家族ハ各、一家ヲ創立ス(七六四條)

單身戸主ニシテ絶家ト爲リタルトキハ格別苟モ家督相續權ナキ家族一人以上アルトキハ其者ハ一家ヲ創立セサルヲ得ス但妻ハ夫ニ隨ヒテ其家ニ入り子ハ父ニ隨ヒ父カ知レサルトキ他家

ニ在ルトキ若クハ死亡シタルトキハ母ニ隨ヒテ其家ニ入ル

第七 國籍法ノ規定ニ依リ日本ニ歸化シタル者ハ一家ヲ創立ス(國籍五條)

歸化トハ行政官廳ノ處分ニ依リ日本ノ國籍ヲ許與スルヲ謂ヒ歸化ニ因リテ日本人タルノ分限ヲ有シ日本人トシテ本籍ヲ定ムルコトヲ得而シテ婚姻又ハ縁組ニ因リテ日本ノ國籍ヲ取得シタル者ニ在リテハ其入ルヘキノ家アリト雖モ本人ノ請願ニ基キ歸化シタル者ニ在リテハ其入ルヘキノ家アルナシ隨テ此場合ニハ一家ヲ創立スルノ外ナシ

第三款 家ノ消滅

第一項 廢家

明治十年八月第六〇號達ニハ「男女ノ戸主其家名ヲ廢シ他へ入夫縁付或ハ養子女ト爲リ又ハ實家へ復籍等願出候ハハ地方廳限リ聞届不苦此旨相違候事」トアリ地方行政官廳ノ許可ヲ受タルニ非スンハ廢家ヲ爲スコトヲ得ス是レ實ニ族制主義ノ觀念ニ於テ家ヲ重ンヌルニ因ル我民法ニ於テモ廢家ニ付テハ(一)新ニ家ヲ立テタル者ト(二)家督相續ニ因リ戸主ト爲リタル者トニ由リ其規定ヲ異ニセリ

(一) 新ニ家ヲ立テタル者ハ其家ヲ廢シテ他家ニ入ルコトヲ得(七六二條一項) 茲ニ新ニ家ヲ立テタル者トハ分家ヲ爲シタル者、一家創立者、廢絶家再興者ヲ謂フ蓋シ此等ノ者ニ在リテハ

其家ヲ廢滅セシムルモ敢テ祖先ノ祭祀ヲ絶ツコトナク自己ノ立テタル家ヲ自己カ廢滅スルモノニシテ家ヲ重ンスルノ本旨ニ悖ルノ虞ナケレハナリ或ハ廢絶家再興者ハ一日廢絶シタル家名ヲ復興シタルモノニシテ新家ヲ立テタル者ト謂ヒ難キニ似タリト雖モ廢絶家再興ハ家督相續ニ非ス第七六二條第一項ハ同第二項ノ家督相續ニ因リテ戸主ト爲リタル者ヲ除キタル以外ノ者ヲ指シタルニ外ナラサルヘキカ故ニ再興者モ亦任意ニ廢家ヲ爲スコトヲ得ルモノトセサルヘカラス

(二) 家督相續ニ因リテ戸主ト爲リタル者ハ其家ヲ廢スルコトヲ得ス但本家ノ相續又ハ再興其他正當ノ事由ニ因リ裁判所ノ許可ヲ得タルトキハ此限ニ在ラス(七六二條二項) 蓋シ家族制ニ在リテハ家名ヲ絶タサラシムルヲ本旨トス從テ親ニ廢家ヲ爲スコトヲ得セシムルハ祖先ニ對スルノ禮ニ非ス故ニ家ヲ繼續スルノ必要ヨリモ重大ナル正當ノ事由アル場合ニ限リ裁判所ヲシテ廢家スルノ已ムナキヤ否ヤヲ判定セシムルコトトセリ而シテ其所謂正當ノ事由アル場合トハ分家ノ戸主ニシテ本家ヲ相續シ又ハ本家ヲ再興スルノ必要アルトキノ如キ法律ノ例示トシテ掲グルモノノ外貧困ニシテ獨立ノ一家計ヲ立ツル能ハスシテ他家ノ養子ト爲ルトキ又ハ女戸主カ婚姻ニ因リ他家ニ入ラント欲スルトキノ類ヲ謂フ此等ノ場合ニ於テ裁判所ノ許可ヲ得タルトキハ廢家ヲ爲スコトヲ得

右廢家ノ許可ニ關スル事件ハ廢家セントスル戸主ノ住所ノ區裁判所ノ管轄トス(非訟九一條)

商 法 手 形

青 木 徹 二 講 述

緒 論

手形法ニ關スル法律關係ハ頗ル複雑ヲ極メ而モ一般私法ノ理論ト其趣ヲ異ニスルモノ多キヲ以テ予輩ハ先ツ緒論トシテ手形ニ付テノ大體ヲ玆ニ説明スヘシ

我商法上認メタル手形ハ三種アリ即チ爲替手形、約束手形、小切手是ナリ而シテ爲替手形ニ關スル商法ノ規定ヲ見ルニ爲替手形ヲ主位ニ置キ約束手形及ヒ小切手ヲ從位ニ置ケリト雖モ今日ノ實際ニ就テ之ヲ見レハ約束手形ノ流通多ク爲替手形ノ如キニ至リテハ其事例約束手形ニ比シ甚タ其稀ナルヲ見ル加之實際ニ於テ種種ナル問題ノ生スル點ニ於テ確カニ爲替手形ヲ凌駕シ尙ホ約束手形カ爲替手形ノ如ク其當事者三個ヲ生セシテ爲メニ二個ノ當事者ヲ以テ足ル點ニ於テ遙ニ其關係簡明ナリ故ニ予ハ法典ノ排列如何ニ關セス實際ノ必要ニ應ジ且講學上所謂簡ヨリ繁ニ入ルノ順序ヲ採用センカ爲メ以下順次約束手形、爲替手形、小切手ノ大體ヲ説明スヘシ

商法手形 緒論

第一 約束手形

約束手形トハ他人ニ對シ一定ノ金額ヲ支拂フコトヲ無條件ニ約束セル證券ニシテ其雛形ヲ示セハ左ノ如シ

一 金何圓也	約束手形
一 満期日	年 月 日
一 支拂地	東京市 何縣何郡何村
一 支拂場所	何ノ某方
一 振出地	東京市
右ノ金額貴殿又ハ貴殿ノ指圖人	
ハ此手形引換ニ支拂可申候也	
年 月 日	甲
乙 殿	

右雛形ニ示スカ如ク約束手形ニ於テハ之ヲ授クルモノ即チ振出人ト之ヲ受クルモノ即チ受取人トノ二當事者ヲ生スルノミニシテ其一定ノ金額ヲ或者ヨリ他ノ者ニ支拂フヘキコトヲ約スル點

ニ於テ決シテ普通ノ借用證券ノ類ト異ナル所ナシ唯其異ナル所ハ其效力ノ點ニ於テ普通ノ借用證券ハ其作成ナシト雖モ權利ノ發生ヲ妨ケス其證券消滅スルモ權利ノ消滅ヲ惹起スルノ效ナシ然リト雖モ此約束手形ハ手形ノ作成力即チ權利ノ發生ニシテ手形ノ消滅ハ權利ノ消滅ヲ意味ス之ヲ約言スレハ普通ノ證券ハ權利アリテ後其證券ノ作成ヲ見ルト雖モ約束手形ニ於テハ手形作成以前ニ權利ナク手形上ノ權利ハ手形ノ作成ト同時ニ發生スル點ニ於テ大ナル差異アリ隨テ此手形ノ移轉カ權利ノ移轉ヲ意味スルノ結果ヲ生ス

而シテ約束手形カ唯單ニ其效果右ノ如クナルノミナリトセハ敢テ商法上特別ノ規定ヲ必要トセサルヘシト雖モ其手形ニ金錢の流通性ヲ有タシメシカ爲メ裏書ナル制度ヲ認ム是レ即チ種種複雜ナル規定ノ必要ヲ生シタル所以ナリ即チ約束手形ハ民法上ノ指圖債權ノ如ク其讓渡ニ承諾、通知等ノ形式ヲ要セスシテ單ニ裏書ノ記載手形ノ交付ノミニ因リテ絕對の效力ヲ有セシムルカ如シ而シテ其裏書ヲ爲シタル者ヲ裏書人ト稱シ其交付ヲ受ケタルモノヲ被裏書人ト稱ス此約束手形カ今日ノ如ク商業上缺クヘカサル有力ナル證券ト爲リシハ第一、其讓渡カ自由ニシテ且簡易ナルコト第二、第一第二第三ト云フカ如ク逐次裏書ヲ爲シタル場合ニ於テ各其前者ハ後者ニ對シテ擔保義務者ト爲リ後者ハ前者ニ對シ其償還請求權利者ト爲リ其手形上ノ債權ヲ益、安固ナラシムルノ性質ヲ有スルコト第三、手形割引ナル方法ニ依リテ資金運轉ノ便宜アルコト等其主要ナル原因ヲ爲スモノナリ

終ニ手形カ若シ満期日ニ至リ振出人ニ依リテ支拂ヲ爲サレサル時、實ニ其手形ノ振出人ハ勿論其裏書人ト雖モ商業社會ノ信用ヲ失墜スルニ至ルヘク其場合ニ當リ其裏書人ノ信用失墜ノ厄ヲ救フカ爲メ第三者ニ於テ其支拂ヲ爲スコトアリ之ヲ名ケテ約束手形ノ參加支拂ト稱ス

第二 爲替手形

爲替手形トハ他人ニ對シ一定ノ金額ヲ第三者ニ支拂フヘキコトヲ無條件ニ委託シタル證券ニシテ其雛形ヲ示セハ左ノ如シ

爲替手形	
一金何圓也	
一滿期日	年月日
一支拂地	橫濱市
一支拂場所	何ノ某方
右ノ金額某殿又ハ其指圖人ハ此手形引換ニ御支拂相成度候也	
年月日	甲

乙 殿

受引	年月日
----	-----

右雛形ニ示スカ如ク爲替手形ハ約束手形ノ如ク自己カ他人ニ支拂フヘキコトヲ約スル證券ニ非スシテ第三者ニ其支拂ヲ委託シタル證券ナルヲ以テ其手形關係ノ發生ニハ三箇ノ當事者ヲ必要トス振出人受取人、支拂人、即チ是ナリ而シテ此爲替手形ニ於テモ裏書讓渡ナル制度ヲ認メ其償還請求權、擔保義務等ノ關係ハ敢テ約束手形ト異ナル所ナシト雖モ其約束手形ト異ナル主要ノ點ハ其當事者ニ於テ前述ノ如ク特ニ支拂人ナル別個ノ當事者ノ存在ヲ必要トシ而モ約束手形ノ如ク其振出ト同時ニ確的ナル支拂義務者ナルモノノ存在ヲ認ムルコト能ハス然リト雖モ之ヲ以テ直チニ振出人ニ何等ノ義務ナシト速斷セサルコトヲ要ス即チ振出人ハ其振出ノ結果主タル支拂債務者ト爲ラス爲メニ確的ナル支拂義務者ナルモノノ存在セスト云フニ過キスシテ若シ支拂人其支拂ヲ爲ササルトキハ第二次ノ支拂義務者トシテ支拂ヲ爲スヘキコト勿論ナリ而シテ其手形ニ依リテ支拂ノ委託ヲ受ケタル支拂人ト雖モ振出人ノ指定ニ因リテ直チニ其支拂義務ヲ負擔スヘキニ非サルコト勿論ニシテ爲メニ予輩ハ爲替手形ノ振出其モノハ何等確的ノ支拂義務者ナシト謂フ所以ナリ然リト雖モ受取人ニ於テ満期日前ニ支拂人ニ對シ其支拂ヲ諾スルヤ否ヤヲ確ムル爲メ其爲替手形ヲ支拂人ニ呈示シタルトキ即チ法律上ノ所謂引受ノ爲メニスル手形ノ呈示

ヲ爲シタルトキニ於テ若シ其支拂人カ支拂ノ承諾即チ引受ヲ爲シタルトキハ其支拂人ハ名稱ヲ一變シテ法律上ノ所謂引受人ト爲リ支拂義務者ト爲リ茲ニ始メテ爲替手形ノ確的支拂義務ノ存在ヲ見ルニ至ルヘシ

元來普通ノ狀態ニ於テ爲替手形ノ振出ヲ爲ス場合ハ詐欺的行爲ニ非サル以上ハ必ず振出人ト支拂人トノ間ニ於テ其以前ニ一種ノ委任契約ノ締結アルヘク殊ニ今日ノ實際ニ於テハ銀行ト貸越ノ勘定其他ノ契約ヲ爲シ其振出ヲ爲スヲ例トスルヲ以テ支拂人ノ支拂拒絶ハ其例少シト雖モ若シ其引受ヲ爲ササル時ニ於テハ受取人又ハ所持人ノ爲メニ非常ニ危険ナル地位ニ置カルヘキヲ以テ法律ハ特ニ爲替手形ノ受取人ヲ保護スルカ爲メ此場合ニ於テ前者ニ對スル受取人ノ擔保請求權ヲ認メタリ受取人カ此權利ヲ行使シテ前者ヨリ擔保ヲ供セラレタルトキハ支拂滿期日ニ於テ不測ノ損害ヲ被ルノ虞ナク且其支拂滿期日前ト雖モ此擔保アルコトニ因リテ完全ニ手形割引等ノ運轉方法ヲ講スルコトヲ得ヘシ尙ホ此爲替手形ニ於テモ約束手形ニ於ケル參加支拂ノ制度ヲ設ケタルト同一ノ趣旨ニ基キ爲替手形ノ支拂人カ其支拂ノ引受ヲ爲ササル場合ニ於テ第三者カ其手形裏書人ノ信用ヲ失墜セシメサランカ爲メ擔保請求ヲ受タル以前ニ於テ支拂ヲ引受タル所謂參加引受及ヒ支拂滿期日後引受人カ支拂ヲ爲ササル場合ニ於テ第三者カ其手形裏書人ノ信用ヲ失墜セシメサランカ爲メ償還請求ヲ受ケサル以前其支拂ヲ爲ス所謂參加支拂ノ制度ヲ認メタリ詳細ハ後ニ講述スヘシ

第三 小切手

小切手ハ其實質爲替手形ト同一ニシテ法理上殆ト區別ナシ其雛形ヲ示セハ左ノ如シ

小切手
一金 千圓也
右金額此小切手持參人へ御支拂 相成度候也
一支 拂地 東京市
年月日
何縣何郡何村何番地
何ノ 某
何何銀行殿

右ノ如ク小切手ハ爲替手形ト異ナル所ナク其輕便ナル點ニ於テ簡易ナル爲替手形トモ稱スヘキモノニシテ兩者ノ區別ハ唯其手形ニ小切手ト記載シアルヲ以テ小切手ナリ爲替手形ト記載シア

ルヲ以テ爲替手形ナリトスルノ外ナシ然リト雖モ此兩者ノ間經濟上ノ作用ニ至リテハ決シテ同
一ニ非ス即チ爲替手形ノ主タル作用ハ信用證券トシテ金融ノ具ニ供セラルルモノナリト雖モ小
切手ニ至リテハ其主タル作用ハ支拂證券トシテ現金代用ノ具ニ供セラルルモノナリ隨テ此兩者
ハ法律上ノ性質ヲ同ウスルモノナルニ拘ハラズ其記載要件及ヒ適用法規ニ關シ差異ヲ生スル所
以ナリ而シテ小切手ハ普通銀行取引ヲ爲スモノニ於テ發行セラルルヲ例トス

本論

第一編 總則

第一章 手形ノ性質

手形ハ一定ノ金額ヲ支拂フコトヲ約シ又ハ之ヲ委託セル抽象的ノ流通證券ナリ而シテ手形ハ證
券ノ一種ナリ其表彰ナル法律關係ハ一ノ債權關係ナルモ手形其モノハ之ヲ證明スルカ爲メノ證
書ニ非ス換言スレハ紙ト權利トノ間ニ私法上ノ聯絡アルモノニシテ決シテ單純ナル證據法上ノ
問題ニ非ス即チ紙ト權利トノ關係カ密接ニシテ紙ナケレハ權利ナク權利アレハ必ス紙ノ存在ヲ
必要トスルモノナリ故ニ諸種ノ證券ノ内ニ於テ最モ完全ナル證券ト謂ハサルヘカラス

此ノ如ク二者ノ關係離ルヘカラスルモノナルヲ以テ手形ヲ一ノ權利トシテ觀察スルモ或ハ之ヲ
證券トシテ觀察スルモ法律上毫無其間ニ於ケル差異ヲ見ルコトナシ然リト雖モ實際手形カ商業

上流通スルハ商品タル證券トシテニアリ故ニ手形ヲ實際ニ適セシムルカ爲メニ之ヲ證券トシテ
ノ點ヨリ觀察スルヲ便トス隨テ予ハ以下此點ヨリ觀察シテ手形ノ特質ヲ列擧スヘシ

第一 手形ハ流通證券ナリ 流通證券トハ裏書又ハ交付ヲ以テ證券上ノ權利ヲ讓渡スコトヲ得
ル證券ヲ謂フ而シテ此流通證券ニハ民法ニ所謂指圖證券、無記名證券及ヒ民法第四七一條ノ
規定セル指名持參人證券ノ三種アリ商法ニ於テモ同様此三種ノ證券ヲ認メタルヲ以テ手形ニ
モ亦指圖手形、無記名手形及ヒ指名持參人手形ノ三種アリ故ニ指圖式ノ手形ハ裏書ニ因リテ
流通シ無記名式並ニ指名持參人式ノ手形ハ各、交付ノミニ因リテ流通スルモノナリトス
如上ノ如ク手形ハ流通證券ナルヲ以テ之ニ因リテ生スル法律上ノ結果ハ手形カ形式證券タル
コトト呈示證券タルコトトノ二者ニ歸ス形式證券トハ證券ノ善意ノ所持人ニ對シテハ證券ノ
文言ノミニ因リテ權利關係ヲ決スヘキコトヲ意味シ民法第四七二條ハ根本的ニ其原則ヲ明カ
ニシ尙ホ商法第四三五條ニ於テモ亦積極的ニ其形式證券タルコトヲ明示セリ次ニ手形カ流通
證券タル結果トシテ呈示證券ナルコトハ商法第二七九條及ヒ第二八〇條ニ於テ一見明瞭ナル
所ナリトス

手形ハ性質上當然流通證券ナルモ當事者カ其性質ヲ好マサルトキハ當事者ヲシテ之ヲ剝奪ス
ルコトヲ許シタリ即チ當事者カ商法第四五條ノ但書ニ依リテ手形ノ流通性ヲ剝奪シタル場
合ニ限リ手形ハ流通證券ニ非ス

第二 手形ハ設備證券ナリ 獨逸ノ學者ハ權利ノ成立ニ證券ノ作成ヲ要件トスルヤ否ヤニ因リテ證券ヲ設備證券ト其然ラサルモノトニ分類セリ即チ設備證券トハ證券ヲ作成スルコトノミニ因リテ始メテ權利ノ成立スルモノヲ謂ヒ手形ハ此意味ニ於テ設備證券ニシテ證券ナケレハ手形上ノ權利ノ發生ナキナリ

次ニ手形上ノ權利ノ發生ニハ單ニ證券ノ作成ノミヲ以テ十分ナリトセス必ス法ノ列舉セル一定ノ事項ノ記載ヲ要ス即チ其記載事項ノ一ヲ缺クトキハ手形ハ絕對的ニ無効ナリ之ハ商法上ノ他ノ法定ノ證券ト異ナラナル所ナリ故ニ手形ハ設備證券ナルト共ニ要式證券ナリト謂フコトヲ得

第三 手形ハ債權證券ナリ 證券上ノ權利ノ性質ヨリ分類スルトキハ證券ハ團體證券ト債權證券トノ二種ニ區別スルコトヲ得團體證券トハ團體的ノ權利ヲ表彰スル證券ニシテ我國法上株券ハ實ニ唯一ノ事例ニ屬ス債權證券トハ純然タル債權關係ヲ表彰スル證券ニシテ其給付ノ目的物如何ヲ問ハス我商法上ノ手形ヲ始メ其他ノ證券ハ殆ト皆債權證券ナリ實ニ手形ハ此意味ニ於テ債權證券ニシテ即チ一定ノ金額給付ノ債權ヲ表彰スル證券ナリ

債權證券中其給付ノ目的物如何ニ由リテ名稱ヲ異ニスルモノアリ即チ金錢給付ニ係ルモノハ金錢證券ニシテ物品ノ給付ニ係ルモノハ物品證券ナリ而シテ其他物ノ給付ニ關係ナキ行爲ヲ目的トスルモノニ關シテハ一定ノ名稱ナシ唯茲ニ注意ヲ要スヘキハ其物品證券中特定物ノ給

付ヲ目的トスルモノト不特定物ノ給付ヲ目的トスルモノトアリ各、其法律上ノ效果ヲ異ニス即チ特定物ノ給付ヲ目的トスル證券ニ於テハ其特定物ノ所有權ト證券ノ所有權トヲ合體セシメ證券ノ讓渡ハ即チ特定物其モノノ讓渡ヲ意味ス此場合ニ於テハ證券ノ讓渡ハ物權の效力ヲ有スルヲ以テ學者ハ此點ヨリ觀察シテ證券ヲ債權證券ト物權證券トニ分類セリ勿論手形ハ此意味ニ於テハ純然タル債權證券ナリ

第四 手形ハ抽象的證券ナリ (或ハ不要因的證券ト稱ス) 抽象的權利トハ原因ノ存立ヲ示サスシテ主張シ得ル權利ノ意ナリ抑、一般ノ法律行爲ニ付テハ原因ノ存在ナケレハ其成立ヲ認ムル能ハサルカ少クトモ其行爲ノ效力ヲ主張スルコトヲ許サス然ルニ法律ハ或場合ニ於テハ取引上ノ必要ニ應ジテ原因ヲ法律關係ヨリ分離スルコトアリ即チ原因ナクシテ法律行爲ノ成立ヲ認ムルコトアリ斯ル場合ニ於テ其行爲ヲ抽象的行爲ト稱シ之ヨリ生スル權利ヲ抽象的權利ト稱ス其權利ヲ表彰スル證券ヲ抽象的證券ト名ツク此意味ニ於テ實ニ手形ハ抽象的證券ナリ例ヘハ千圓ノ手形金ヲ請求スルニ付テハ其消費貸借ニ因ルモノノナリヤ寄託ニ因ルモノノナリヤ等ノ法律上ノ名義ヲ示スコトヲ必要トセス單ニ手形金トシテノミ請求スルコトヲ得此ノ如キハ普通ノ債權ニ於テハ存在セサル現象ニシテ恐ラクハ我國法上手形ノ外其事例ヲ認ムル能ハサルカ如シ

手形カ原因ヲ要セサル證券ナリトノ解釋上ノ根據ハ手形行爲ニ付テ原因ノ記載アルヲ必要ト

セサルヲ以テナリ故ニ商法第四三五條ノ結果ニハ非ス
以上ハ手形ノ法律的性格ナリト雖モ經濟上ノ取引物件タル所謂有價證券ナリヤ否ヤハ一個ノ疑問ニ屬ス抑、商業上現今有價證券ナルモノハ取引上ニ於テ代替物ト同一視セラルルモノヲ意味スルモノニシテ手形ハ此ノ如キ經濟上ノ性質ヲ有セサルヲ以テ素ヨリ之ヲ有價證券ナリト謂フコトヲ得ス殊ニ法律上ニ於テモ有價證券トハ前述ノ意ニ解スヘキモノニシテ民事訴訟法中督促手續及ヒ證書訴訟ノ規定ヲ參照セハ同一意味ナルコトヲ推知スルニ難シト爲サス尙ホ我商法上ニ於テモ同一意義ニ之ヲ解スヘキモノナルヲ以テ手形ハ何レノ點ヨリスルモ之ヲ有價證券ナリト謂フコトヲ得ス然ルニ現今普通ノ學說ニ於テ手形ヲ有價證券ナリト謂フハ此ノ如キ意味ニ於テスルニ非ス唯手形ハ證書ニ非スシテ證券ナリトノ趣旨ヲ言表ハサンカ爲メニ用ヒタル語ニ外ナラス而シテ此意味ニ於テ有價證券ナリト謂フハ明カニ用語ノ濫用ナリ故ニ現行法上有價證券ナル文字アル場合ニ於テハ手形ハ之ニ包含セラレサルモノト解スヘキナリ

第二章 手形行爲ト手形上ノ權利

手形ハ手形上ノ權利ノ爲メニ存在シ手形上ノ權利ノ發生ハ手形行爲ニ原因ス元來手形行爲ナルモノハ一種ノ法律行爲ニシテ此意味ニ於テハ普通所謂民法的行爲ト異ナル所ナシ然リト雖モ手形行爲カ如何ナル實質ノ行爲ナリヤハ手形行爲ノ種類ニ由リテ異ナルヲ以テ一般のニ之ヲ説明

スルコト能ハス唯具體的ニ振出、裏書、引受、保證竝ニ參加引受ノ五者ナリト謂フコトヲ得ヘキノミ而シテ振出トハ手形ヲ作成シ之ニ署名シテ受取人ニ交付スル行爲ニシテ裏書トハ手形ノ裏面ニ權利讓渡又ハ其他之ヲ意味スヘキ文句ヲ記載シテ被裏書人ニ交付スル行爲ナリ次ニ引受トハ手形面ニ手形金額支拂ノ意思ヲ表示スルモノニシテ單ニ手形ニ署名スレハ足レリ尤モ相手方ニ之ヲ返還スヘキモノナルモ此返還ハ敢テ法律關係ヲ設定スル意味ニ於ケル交付ニ非ス保證、參加引受亦殆ト同様ナリ詳細ハ後ニ説明ス此五者ヲ通覽セハ手形行爲ハ各、其内容ヲ異ニスル所アリト雖モ鈔クトモ其署名ヲ爲スヘキ點ニ至リテ五者共通ナリ故ニ手形行爲ヲ他ノ法律行爲ト區別スル標準ハ手形ニ署名ヲ必要トスルノ點ヲ推スノ外ナシ

手形行爲ノ内容ニ付テノ説明ハ必スシモ學者ノ一致スル所ニ非ス或ハ如何ナル手形ト雖モ單ニ手形ニ署名スレハ足レリト云フモノアリ此學說ハ頗ル有力ナル所ニシテ手形行爲ノ内容ノ解釋如何ハ即チ手形理論ノ岐ルル所タリ而シテ學說ノ傾向ニ於テハ手形行爲ハ署名ヲ以テ足レリトスル學者ハ概シテ單獨行爲說ヲ採リ署名以外ニ交付ヲ必要ナリトスル論者ハ概シテ契約說ヲ採用セリ然リト雖モ此兩說ハ共ニ多少ノ缺點アルヲ免レサル所アルヲ以テ種種ナル折衷說ヲ生スルニ至レリ

手形行爲ノ目的ハ勿論手形權利ノ發生ニ在リ手形上ノ權利ハ抽象的權利ニシテ手形ヲ以テノミ行使スルコトヲ得ル請求權ヲ意味ス故ニ手形上ノ權利ハ常ニ手形ナル證券ノ存在ヲ條件トス故

ニ手形ヲ占有セザルトキハ手形上ノ權利ヲ行使スルコトヲ得ス此意味ニ於テ手形權利ナルモノハ純然タル債權ニシテ民事訴訟法第四九四條ニ所謂「手形ニ因ル請求」ナル意義ニ相等シ我手形法上之ニ屬スルモノハ約束手形ニ於テハ主トシテ所持人ノ振出人ニ對スル權利及ヒ後者ノ前者ニ對スル償還請求權ニシテ爲替手形ニ於テハ所持人ノ引受人又ハ參加引受人ニ對スル權利等ナリ唯茲ニ問題ト爲ルハ擔保請求權ニシテ今日ノ通説ニ依レハ之ヲ以テ等シク手形上ノ權利ナリト解スルカ如シト雖モ是レ手形ヲ以テスル請求權ニ非サルヲ以テ手形上ノ權利ニ非スト解スヘキモノナリトス即チ民事訴訟法ニ於テモ所謂手形ニ因ル請求ニ非ス從テ爲替訴訟ニ依リテ救濟ヲ求ムルコトヲ得ス此手形法ニ於テ諸種ノ權利アリト雖モ必スシモ所謂手形上ノ權利ニ非ス此兩者ヲ區別スル標準ハ之ヲ行使スルニ手形ヲ以テスルヤ否ヤノ點ニ存ス

第三章 手形行爲ノ代理

手形行爲ハ普通ノ法律行爲ト等シク他人ヲシテ代理セシムルコトヲ得ルハ勿論ナリ即チ代理振出、代理裏書等ノ如シ而シテ此代理ニ似テ非ナルモノハ代書ナリ他人ノ爲メニ其者ノ名義ヲ記載スルノ券ヲ採ルハ代筆ニシテ代筆ハ單ニ事實上ノ現象ニ過キス唯其代筆ニ加フルニ依頼者カ之ニ捺印シテ他人ニ交付シ或ハ其代筆ノ下ニ捺印スルノミニ因リテ手形上ノ法律關係ヲ發生スルコトアリ之ニ反シテ手形行爲ノ代理ハ民法代理ノ原則ニ依リテ其代理人ノ行爲カ直チニ本人

人ニ對シテ效力ヲ發生ス此場合ニハ代理人ハ本人ノ氏名ヲ代筆スルニ非スシテ本人ノ代理人タル資格ニ於テ自己ノ氏名ヲ記載スルモノナリ即チ手形當事者ハ本人ナルコトヲ示ヘキ記載ヲ爲シテ發行スルモノ即チ手形行爲ノ代理ナリ唯如何ナル程度ニ於テ代理關係ヲ記載スヘキカハ一般ノ標準ヲ示スコトヲ得スシテ單ニ之ヲ認メ得ヘクンハ足レリトス
代理ノ原則ニ付テハ民法ト商法ト其主義ヲ異ニシ民法ノ原則ハ本人ノ爲メニスルコトノ表示ヲ必要トシ商法ハ之ヲ必要トセス(二六六條民九九條)蓋シ商法ハ商業ノ習慣上代理人ハ個個ノ取引ニ於テ本人ノ爲メニスルコトヲ必スシモ表示セサルヲ以テ其習慣ヲ重ニスルカ爲メ特ニ本人ノ爲メニスルコトノ表示ノ形式ヲ略シタルモノナリ然リト雖モ手形ハ形式證券ニシテ善意ノ取得者ニ對シテハ證券ノ文言ニ因リテ其證券上ノ法律關係ヲ決定スヘキモノナルヲ以テ手形面上代理關係ノ記載ナキトキハ善意ノ第三者ハ其代理關係ヲ知ラサルカ爲メ不測ノ損害ヲ蒙ルコトアルノ虞アリ故ニ手形行爲ノ代理ニ付テハ必ス其本人ノ爲メニスルコトヲ表示セシメサルヘカラス若シ何等ノ表示ナクシテ代理人カ手形ヲ振出シタルトキハ代理人自身固有ノ振出ニシテ本人ハ手形ノ形式面ニ表ハレサルヲ以テ手形ノ所持人ハ手形ニ基キ本人ニ對シテ權利ヲ主張スルコトヲ得ス即チ本人ハ手形ノ當事者ト爲ラスシテ其代理人當事者トシテノ責任ヲ負擔ス

第四章 手形上ノ權利ノ獨立

手形上ノ法律關係ハ證券ニヨリテノミ存在シ其證券ハ善意ノ第三者ノ爲メニハ絕對ノ信憑力ヲ有セシムル必要ニ因リ法律ハ個個ノ手形行爲ヲ互ニ分離シテ其一ノ無効ノ爲メニ他ノモノノ效力ヲ奪フコトナカラシメタリ是レ畢竟スルニ手形ノ流通ノ本能ヲ全クセシメンカ爲メニ外ナラス此點ニ關シテ手形法ノ規定セル原則ハ偽造變造ノ手形及ヒ無能力者ノ加入セル手形ニ於テ發現セリ即チ商法第四三七條及ヒ第四三八條ノ規定セル所ニシテ之ヲ分説スレハ

第一 偽造手形

偽造手形トハ發行ヲ詐ラレタル手形ニシテ即チ振出人ノ署名ヲ偽造シタルモノヲ謂フ現今多數學者ノ說ニ依レハ振出人ニ限ラス凡テ手形當事者ノ署名ヲ偽リタルモノハ皆偽造手形ナリト解セルカ如シト雖モ未タ之ヲ以テ正確ナル觀念ト謂フコトヲ得ス

偽造手形ハ何等手形上ノ法律關係ヲ發生セシメス即チ手形ノ發行ニ基ツキ權利義務ヲ生スルハ其發行ノ債務負擔ノ意思表示ニ法律カ效力ヲ與フルモノナルヲ以テナリ故ニ此基礎タルヘキ意思表示ナキトキハ之ニ因リテ法律上ノ效果ヲ生スヘキ謂レナシ今偽造手形ナルモノハ其手形面ニ表ハレタル當事者自身カ作製スルニ非スシテ全ク他人ノ作製ニ係ルモノナルヲ以テ其偽ラレタル人ニ責任ヲ生スヘキ理由ナシ此ノ如ク手形自身カ效力ヲ生セサレハ其無効ノ手形ハ裏書其他ノ手形行爲例ヘハ裏書保證ヲ爲スモ之カ爲メニ效力ヲ復活シテ有效ト爲ルヘキ筈ナシ如何トナレハ權利移轉ハ其移轉セラルヘキ權利ノ存在ヲ前提ト爲シ又債務ノ保證ハ主タル債務ノ存

在ヲ前提トスルヲ以テナリ裏書及ヒ保證ノ無効ナルハ之カ爲メニシテ其他ノ手形行爲ニ付テモ亦同シ

以上ハ法律上ノ結論ナリト雖モ法律ハ手形ノ商業社會ニ於ケル流通力ヲ維持スルカ爲メ特ニ偽造手形ニ爲サレタル手形行爲モ效力ヲ生スルモノト爲シタリ即チ商法第四三七條ニ偽造シタル手形ニ署名シタルモノハ其偽造シタル手形ノ文言ニ從ツテ責任ヲ負フト定メタリ故ニ偽造手形其儘ニ於テハ何等ノ法律關係ナシト雖モ之ニ裏書引受其他ノ手形行爲ヲ爲シタルトキハ其行爲者ハ其手形カ偽造手形ノ上ニ爲サレタルノ故ヲ以テ其債務ノ履行ヲ拒ムノ理由ト爲スコトヲ得ス即チ偽造手形ト雖モ第三者ハ之ニ因リテ權利ヲ取得シ得ヘシ然リト雖モ法律カ此ノ如キ變則ヲ認メタルハ善意ノ取引ヲ保護スルカ爲メナルヲ以テ其取引ニ責ムヘキ事由アル當事者及ヒ惡意又ハ重大ナル過失者ニ權利ヲ與ヘサルハ勿論ニシテ同條第三項ニ於テ其趣旨ヲ明カニセリ

第二、變造手形

變造手形トハ既ニ存在セル手形ニ於テ其手形上ノ效力ニ關係アル部分ヲ變更スルコトヲ謂フ故ニ手形金額ノ變更、日附ノ變更其他裏書人以下ノ署名ノ變更等皆等シク手形ノ變造トシ此變造手形モ偽造手形ト等シク其法律上ノ效力ニ於テ素ヨリ完全ナルモノニアラサルヲ以テ其變造ノ爲メニ特ニ權利ヲ取得セシムルコト勿論不當ナリ例ヘハ金千圓ノ手形ヲ二千圓ニ變造シタル場

合ニ於テ其變造者ニ金二千圓ノ請求權ヲ與フヘカラスハ勿論其他ノ者ト雖モ變造前ノ當事者ニ對シ金二千圓ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス從テ手形變造ノ場合ニ於テハ之カ爲メニ手形全部ヲ無効トスルカ或ハ變造ノミヲ無効トシテ其手形ハ依然トシテ變造前ノ姿ニ於テ有效ナルモノトスルカ二者其一ヲ選ハサルヘカラス然ルニ其手形カ變造ナリトスルモ外形上完全ナル形式ヲ有スル以上ハ何人ニ對シテモ絶對的ニ無効ナリトスルノ不當ナルハ論ヲ俟タズ即チ第三者ニ不測ノ損害ヲ蒙ラシムルノ結果ヲ生スルモノニシテ此點ニ於テハ敢テ偽造手形ノ場合ト異ナル所ナシ從テ其變造ノミヲ無効トシテ手形ハ變造前ノ狀態ニ於テ完全ナル效力ヲ有スルモノト爲ササルヘカラスト雖モ此方法ト雖モ亦變造後善意ニテ手形ヲ取得シタル第三者ヲ保護スルコト能ハサルコトアリ故ニ法律ハ變造シタル手形ニ署名シタルモノハ其變造手形ノ文言ニ因リテ責任ヲ負擔スヘキモノト定メタリ(四三七條一項)是ニ由テ之ヲ觀レハ變造手形ノ署名者ハ後ニ生シタル變造ノ爲メニ其責任ヲ加重セララルルコトナシト雖モ其變造後ニ署名シタルモノハ其變造ナレタル終ノ文言ニ由リテ手形上ノ債務ヲ負擔セサルヘカラス此ノ如ク署名カ變造ノ前ナリヤ否ヤニ由リテ其署名者ノ責任ニ輕重ノ差異ヲ生ス即チ此點ニ於テ困難ナル事實問題ヲ生スル虞アルヲ以テ法律ハ一ノ推定ヲ設ケ反證ナキ限りハ變造前ニ署名シタルモノトセリ(同條二項)

第三、保證

保證債務ハ素ヨリ主タル債務ノ存在ヲ條件トスルモノニシテ手形法ニ於テモ亦此理論ヲ認メサルヘカラス然リト雖モ手形法ハ善意ノ第三者ヲ保護スルカ爲メ一ノ變則ヲ認メ縱令主タル手形上ノ債務カ無効トスルモ善意ノ第三者ハ其保證人ニ對シ手形上ノ權利ヲ主張スルコトヲ得ルモノトセリ(四九七條)例ヘハ偽造手形ヲ真正ナル手形ト信シテ其偽造手形振出人ノ債務ヲ保證スル爲メ或者カ保證人トシテ手形ニ署名シタルトキハ當然手形金支拂ノ義務ヲ負擔セサルヘカラス是レ畢竟スルニ其保證人ノ署名ヲ信シテ手形ヲ取得シタル第三者ニ意外ノ損害ヲ蒙ラサラシメンカ爲メ一ノ變例ヲ設ケタルニ過キス

第四、手形債務ノ無効

手形債務ノ無効ハ之ヲ形式上ノ意味ト實質上ノ意味トノ二ツニ區別スルコトヲ得形式上ノ無効トハ手形行爲カ法定ノ要件ヲ具備セザリシ爲メ無効ナル場合ヲ意味ス此無効ハ絶對的ニシテ其行爲ノ存在ヲ前提トスル他ノ行爲モ曳イテ無効ノ結果ヲ生ス例ヘハ振出カ無効ナリトセハ之ニ伴フ裏書、引受其他ノ行爲モ悉ク無効ナルカ如シ之ニ反シテ實質上ノ無効即チ手形行爲ノ害質ニ無効ノ原因存スル場合ハ其行爲自體ハ無効ナリトスルモ之カ爲メ當然他ノ行爲ノ效力ヲ奪フノ力ナキモノナリ其最モ著シキ一例ヲ舉グレハ手形行爲ノ取消ニ因リテ其行爲カ初ヨリ無効ト爲ル場合即チ無能力者ノ取消ヲ爲シタル場合ノ如シ其他手形行爲ノ要素タルヘキモノニ錯誤アリ爲メニ其手形行爲ノ無効ナル場合ノ如シ元來手形行爲モ法律行爲ノ一種ナルヲ以テ民法上ノ

無効又ハ取消ノ原因ノ存スルトキハ明カニ手形行爲ニ於テモ同一ノ結果ヲ生ス然ルニ手形取引ハ其形式ヲ信用シテ爲スヘキモノナルヲ以テ其手形面ニ表ハレサル缺點ヲ以テ之ヲ手形取得者ニ對抗スルコトヲ得ルモノトセハ到底手形ノ安全ナル流通ハ得テ望ムヘカラス故ニ一ノ手形行爲ノ無効ハ其實質的ノ原因ニ因ル場合ニ於テハ之カ爲メ他ノ手形行爲ノ效力ヲ變更セザルヲ原則トス商法第四三八條ニ於テ無能力者カ手形ヨリ生シタル債務ヲ取得シタルトキト雖モ他ノ手形上ノ權利義務ニ影響ヲ及ホサストセルカ如キ其趣旨ヲ發現シタルモノニシテ此以下ノ場合ニ於テハ猶ホ一層強キ理由ヲ以テ他ノ手形上ノ權利義務ニ影響ヲ及ホサスト論スルコトヲ得ヘシ

右ノ法文ハ一ノ手形行爲ト他ノ手形行爲トノ效力ヲ互ニ關聯セシメサルノ精神ニ出テタルモノナルモ此場合ト他ノ無効ノ場合ト異ナル點ハ無能力ノ原因ノ場合ニ於テハ其債務ノ不成立ヲ何人ニ對シテモ對抗スルコトヲ得ト雖モ其他ノ場合ニハ必スシモ然ラスト謂フ點ニ存ス

第五章 手形抗辯ノ制限

債務者カ債權者ニ對スル抗辯ハ或程度ニ於テ其債權ノ讓受人ニ對シテモ對抗スルコトヲ得此抗辯ニ關シテハ普通ノ債權讓渡ノ場合ニ付キ民法第四六八條ノ規定スル所ニシテ各般ノ流通證券ノ讓渡ニ關シテハ民法第四七二條及ヒ第四七三條ノ規定スル所ナリ此兩者ノ規定ヲ對照スルニ流通證券ノ場合ハ普通ノ債權ノ讓渡ノ場合ニ於ケルヨリ一層債務者ノ抗辯權ヲ制限セラレタリ此理由ハ一ニ證券ノ善意取引ヲ保護セシムルカ爲メニ外ナラス然ルニ手形モ亦一ノ流通證券タル以上ニ於テハ素ヨリ之ニ關スル抗辯ノ原則ニ從ハサルヘカラスト雖モ手形法ハ尙ホ特ニ之カ明文ヲ設ケタリ即チ商法第四四〇條ノ規定ニシテ大體ニ於テ民法ノ規定ト殆ト同一ナリ此規定ニ依レハ手形ニ關シ債務者ノ提出シ得ヘキ抗辯ハ僅カニ左ノ二個ニ制限セラレタリ

第一 手形法上ノ抗辯

此抗辯ハ商法手形編中ニ規定セル事由ヲ以テ手形權利者ノ請求ニ對抗スルコトヲ得ルモノニシテ其請求者ノ善意惡意ヲ問ハス絶對的ニ對抗スルコトヲ得例ヘハ手形行爲カ要件ヲ缺キ或ハ手形法ノ定メタル手續ノ不完全ナル場合ノ如シ然ルニ若シ手形面上何事ヲ記載スルモ有効ナリトセハ債務者ハ自己ニ利益ナル條件ヲ徒ラニ記載スルノ弊ヲ生ス殊ニ手形法上多數ノ事項ヲ記載スルトキハ其手形ハ一見シテ如何ナル權利義務ヲ有スルモノナリヤヲ知ルコトノ困難ヲ生セシメ從テ其流通性ニ甚シキ障礙ヲ與フルモノト謂ハサルヘカラス故ニ法律ハ一方ニ於テ商法第四三九條ニ於テ手形法ノ規定以外ノ事項ヲ手形ニ記載スルモ手形上何等ノ效力ナキコトヲ定メ以テ手形上ノ形式ヲ整頓シ其流通ニ便ナラシメ又一方ニ於テハ其記載ヲ許サレタル範圍内ニ於テハ全然有效トシテ何人ニ對シテモ其事由ヲ以テ對抗スルコトヲ得ルモノトセリ

第二、一般私法上ノ抗辯

手形編ニ規定ナキ事項ハ手形上ノ效力ヲ有セサルヲ以テ素ヨリ其記載又ハ記載以外ノ事項ヲ以テ手形上ノ請求者ニ對抗スルコトヲ得ス然リト雖モ第三者ヲ害セサル範圍内ニ於テ或當事者間ニ抗辯ヲ許スコトハ手形ノ流通性ヲ毀損スルコトナシ例ハ、裏書人ト被裏書人トノ間ニ詐欺ノ事由アリタリトセハ後日被裏書人ヨリ裏書人ニ對シ債還請求ヲ爲シタル場合ニ於テ其請求ヲ受ケタル裏書人ハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス然リト雖モ其被裏書人自身ニ對シテ其詐欺ノ事由ヲ主張スルモ何人ヲモ害スルコトナキヲ以テ善意ノ第三者ヲ害セサル限リハ直接ノ當事者及ヒ惡意ノ所持人ニ對シテハ法律上ノ抗辯ヲ提出スルコトヲ得ルモノト信ス商法第四〇條但書ノ規定ノ如キハ縱令手形編ニ規定ナクモ一般私法上提出シ得ヘキ抗辯ハ直接當事者及ヒ惡意ノ讓受人ニ對シテ行使スルコトヲ得ル旨ヲ定メタルモノニ過キス

第六章 手形上ノ物權

手形ハ債權關係ヲ證スル證券ニシテ其モノ自體カ動產トシテ取引セララルコトハ本來ノ法律觀念ニ非ス唯之ニ債權カ附著セルカ故ニ取引ノ物體ト爲リ又法律上研究ノ目的ト爲ルモノナリ然レトモ實際上手形ノ流通スル狀況ハ全ク一個ノ動產ト異ナラサルヲ以テ法律上其取引ヲ爲ス者ヲ保護スル上ヨリ見レハ之ニ動產ノ待遇ヲ與ヘ其紙ノ上ニ所有權其他ノ物權ヲ認ムルコトハ證

券取引ヲ安全ナラシムル點ヨリ觀察シテ主要ナルコトニ屬ス故ニ手形法ハ一般動產ニ關スル民法第一九二條以下ト同シク手形ノ上ニ於ケル所有權質權等ヲ保護スルカ爲メ惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ手形ヲ取得シタルモノニ對シ其手形ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ストセリ(四四一條)即チ手形所有權ノ取得ノ意思ヲ以テ善意且重過失ナクシテ之ヲ取得シタル者ハ其手形ノ所有權ヲ取得スルカ故ニ縱令全ク所有權ナカリシモノヨリ讓受ケタル場合ト雖モ完全ニ權利ヲ取得ス故ニ從前ノ真正ナル所有權者ヨリ返還ノ請求ヲ受ケタルモノ之ニ應スルコトヲ要セス又手形ヲ質取シタル場合ニ於テモ同一條件ヲ具備スルトキハ完全ナル占有權ヲ取得スルヲ以テ此場合ニ債權ノ辨濟ヲ受ケサル限リハ之ヲ返還スルノ義務ナシ

以上ノ原則ニ對シテハ一大例外ヲ爲スモノアリ即チ公示催告手續ニ於ケル除權判決ニ依ル手形無効ノ宣言ノ場合ナリ之ハ手形特有ノ制度ニ非サルヲ以テ之ヲ略ス(詳細ハ拙著商行爲論一四五頁以下ニ論セリ)

第七章 手形法上ノ行爲ノ場所

法律行爲ノ履行ノ場所ニ關シテハ我民法及ヒ商法ハ原則トシテ債權者ノ住所ナリトセリ是レ即チ學者ノ所謂持參債務ノ原則ヲ採用セルモノニシテ(民四八四條商二七八條一項)之ニ對スル例外ヲ爲スモノハ流通證券上ノ債務ナリ(二七八條二項)而シテ手形モ亦流通證券ノ一種タル以上

ハ其債權ノ辨濟ニ關シテハ手形債務者ノ營業所又ハ其住所ニ於テ之ヲ爲スヘキコト勿論ナリト雖モ唯此手形ニ關スル權利ノ保全又ハ行使ハ必スシモ之ヲ以テ直チニ履行ノ請求トシテ論スルコトヲ得ナル場合アリ故ニ凡テ斯ル場合ニ於ケル原則ヲ定ムルカ爲メ商法第四四二條ハ一般ノ規定ヲ設ケタリ即チ爲替手形ノ引受又ハ其他ノ一般手形ノ支拂ヲ求ムル爲メニスル呈示拒絶證書ノ作成其他手形債權ノ行使又ハ保全ニ付テハ手形債務者其他ノ利害關係人ニ對シテ爲スヘキ行爲ハ其者ノ特別ノ承諾ナキ限リハ其營業所住所又ハ居所ニ於テ之ヲ爲スヘキモノトセリ然ルニ此手形上ノ權利ヲ行使シ又ハ保全セントスル者ハ執達吏又ハ公證人ニ依頼シテ之ニ必要ナル拒絶證書ヲ作成セシメント欲スルモ其營業所又ハ住所、居所ノ不明ナル場合アリ此ノ如キ場合ニ於ケル手續トシテハ先ツ其他ノ官署又ハ公署ニ問合ヲ爲シ其回答ヲ得テ其場所ニ於テ拒絶證書ヲ作成スヘキモノナリ而モ尙ホ其營業所等ノ知レサル場合ニ於テハ最後ノ策トシテ其公證人又ハ執達吏ノ役場又ハ其問合ヲ爲シタル官署若クハ公署ニ於テ拒絶證書ヲ作成スレハ足レルモノトセリ

第八章 手形ノ時効

民法上ノ十年時効ノ原則ニ對シテ商法ハ商行為ニ因リテ生シタル債權ニ付テハ之ヲ五年ニ短縮シタリ(民一六七條以下、商二八五條)手形法モ亦之ト同一ノ理由ニ因リテ更ニ其時効期間ヲ短

縮シテ之ヲ左ノ如ク規定セリ(四四三條)

第一、約束手形ノ振出人、爲替手形ノ引受人、即チ手形上ノ主タル債務者ニ對スル債權ハ三年ノ時効ニ因リテ消滅ス而シテ其時効ノ起算點ハ勿論滿期日ヨリ之ヲ起算スヘキモノトス是レ其時カ即チ手形上ノ權利ヲ行使シ得ル時ナルヲ以テナリ(民一六六條一項參照)又一覽拂ノ手形ノ滿期日ハ其支拂ノ爲メニ手形ヲ呈示シタル時ナルヲ以テ其時効ノ起算點モ亦其手形呈示ノ時ナリトス

第二、所持人ノ其前者ニ對スル償還請求權ハ支拂拒絶證書作成ノ日ヨリ六箇月ノ時効ニ因リテ消滅ス

第三、裏書人ノ前者ニ對スル償還請求權ハ同シク六箇月ノ時効ニ因リテ消滅ス其起算點ハ其後者ニ償還ヲ爲シタル日ヨリ之ヲ計算スヘキモノトス
手形ノ時効ハ右ノ如ク短期ノモノナリト雖モ其性質ニ於テ他ノ時効ト異ナル所ナキヲ以テ從テ其中斷、中止等ノ存在ヲ認ムヘキヤ勿論ナリ唯茲ニ問題ト爲ルハ時効ノ中斷ノ爲メニスル履行ノ請求ヲ爲スニ付テハ手形ノ呈示ヲ必要トスルヤ否ヤニ在リ此點ニ關スル裁判例ハ一定スル所ナシト雖モ此場合ニ於テモ手形ノ呈示證券ナル原則ヲ一貫シテ手形ヲ呈示セザル以上ニ於テハ時効中斷ノ效力ナシト論斷スヘキヲ正當ト信ス

第九章 手形ノ利得償還

手形上ノ權利ハ其效力極メテ鞏固ナルモノナルヲ以テ其反面ニ於テ債務者ノ爲メニハ又極メテ嚴酷ナル義務ヲ有スルモノト謂ハサルヘカラス故ニ手形ハ一方ニ於テ債權者ノ爲メニ迅速ニ權利ノ行使ヲ爲スヘキコトヲ定メ又一方ニ於テ債務者ノ爲メニ危險ナカラシメンカ爲メ拒絶證書ノ如キ特別ナル手續ヲ命シ加フルニ債務者ノ爲メニ特別ナル短期時効ノ制度ヲ認メタリ故ニ其結果トシテ手形ヨリ生シタル債權カ時効ニ罹リ或ハ手續上ノ要件ヲ満たサザリシカ爲メ全ク消滅ニ歸スルコトアリ斯ル場合ニ於テ之カ爲メニ債務ヲ免レタル者ハ單ニ法律規定ノ結果トシテ對價又ハ資金ヲ利得シ權利ヲ喪失シタル者カ其前者ニ支拂ヒタル對價ヲ損失スルニ至ルヘシ此ノ如ク一方ノ利益ト他方ノ損害トハ法律規定ノ結果ナルヲ以テ止ムヲ得サルノ事ニ屬スト雖モ公平ノ觀念ヨリスレハ其間ニ又何等カノ救済ノ方法ノ必要ヲ感ス故ニ手形法ハ此場合ニ於テ一定ノ利得返還ノ請求權ヲ認メタリ然リト雖モ此權利ハ手形上ノ權利ニ非スシテ唯手形ニ關係アル一種ノ民法的權利ナルニ過キス(四四四條)

法律カ手形ニ關スル利得償還ヲ許ス場合ハ約束手形ノ振出人、爲替手形ノ引受人及ヒ爲替手形又ハ小切手ノ振出人ニ對スル場合ナリ例ヘハ手形上ノ權利カ時効ニ因リテ消滅シ夫レカ爲メニ手形ノ主タル債務者カ手形上ノ責任ヲ免レ又ハ後者カ償還請求ノ手續ヲ誤リ又ハ呈示期間内ニ

支拂ヲ求めタルカ爲メ爲替手形又ハ小切手ノ振出人カ償還義務ヲ免ルルノ類ナリ

斯ル場合ニ於テハ振出人カ其受取人ヨリ得タル對價ヲ利得シ引受人ハ振出人其他ノ者ヨリ得タル資金ヲ利得スルノ結果ヲ生ス故ニ此利得ヲ以テ所持人ノ損失ヲ填補セシムルモノナリ此利得償還請求權ノ要素ヲ掲クレハ左ノ如シ

第一、手形債權カ有效ニ存在セシコトヲ要ス故ニ要件欠缺ノ結果無効ナル手形ニ付テハ此利得償還ノ權利ヲ生セス又縱令要件ノ具備シタリトスルモ被請求者カ手形上ノ債務ヲ負擔セサル場合ニ於テハ其者ニ對シテ償還ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス

第二、手形債權カ全然消滅セシコトヲ要ス故ニ例ヘハ引受人カ尙ホ引受人トシテ存在スル場合ニ於テハ振出人ニ對シテ此償還ノ請求ヲ爲スコトヲ得ス從テ若シ引受人無資力ナルトキハ手形ノ所持人ハ畢竟損失ヲ見ルノ結果ニ至ルヘシ

第三、消滅ノ原因ハ時効又ハ手續ノ欠缺ニ基クコトヲ要ス
 第四、他ニ一般私法上ノ救済ノ途ナキコトヲ要ス
 第五、振出人又ハ引受人カ利得セシコトヲ要ス此利得セシヤ否ヤハ素ヨリ事實ノ問題ナルモ其事實ハ勿論之ヲ請求スル手形ノ所持人ニ於テ立證スヘキモノナリ即チ振出人ニ對スル場合ニ於テハ對價ヲ受領セシコトヲ證明シ引受人ニ對スル場合ニ於テハ資金ヲ受領セシモノナルコトヲ證明セサルヘカラス

終リニ手形上ノ所謂利得ト民法上ノ不當利得トハ立法ノ精神ニ於テ相類似スル所ナルモ其性質ヲ異ニス即チ此兩者ノ性質上ノ差異ヲ左ニ一ニ紹介スヘシ

第一、民法上ノ不當利得ハ法律上ノ原因ナクシテ利得シタルコトヲ要スルモノナルモ手形上ノ利得ハ法律上ノ原因ニ因リテ得タルモノナリ唯法律ノ規定ニ依リテ債務ヲ免レタルニ過キ

第二、民法上ノ不當利得ノ場合ニ於テハ利得者ノ利得ヲ得タルハ損失者ノ財産又ハ債務ニ因リタルコトヲ必要トスルモ手形利得ノ場合ニ於テハ利得者ハ寧ロ損失者ヨリ利得ヲ得サルヲ通常トス即チ利得ト損失トノ間ニ於テハ民法上ノ不當利得ノ如ク原因結果ノ關係ヲ必要トセス
第三、民法ノ不當利得ニ於ケル返還義務ハ利益ノ存スル限度ニ於テスルモノナルモ手形上ノ利得償還ハ現ニ利益ノ存スルヤ否ヤヲ問ハス受ケタル利益ノ限度ニ於テ償還スヘキカ如シ

第二編 約束手形

第一章 手形ノ振出

手形ノ振出ハ其作成ト交付トノ二ツニ因リテ成立スルモノニシテ交付ノ如何ハ畢竟事實問題ニ屬ス從テ法律ハ特ニ交付ニ關シテ何等ノ規定ヲ設タル所ナシト雖モ既ニ手形發行者以外ノ者ノ手中殊ニ手形上ノ權利者トシテ形式上認ムヘキ者ノ手中ニ存スル以上ハ法律ハ任意ノ引渡アリ

タルモノト推定スルヲ以テ之ニ對シ債務者カ反對ノ事實ヲ主張セント欲セハ自ら其事實ヲ立證セサルヘカラサルコト勿論ナリトス此理論ハ敢テ手形ニ獨特ナルモノニ非スシテ一般證書證券ニ關シテモ亦同一ナリ故ニ法律上研究スヘキハ作成ノ如何ニ在リ而シテ手形ノ作成トハ之ヲ具體的ニ謂ヘハ手形ニ用フヘキ紙面ニ法定ノ事項ヲ記載シテ振出人カ署名スルコトニシテ通常手形ノ要件ト稱スルハ此作成ノ要件ナルコト同一ナリ

手形ノ要件ヲ舉クレハ左ノ如シ

第一、手形ノ文句 約束手形ニハ其約束手形タルコトヲ示スヘキ文字ヲ記載セサルヘカラス

(五二五條一號)

是レ學者ノ所謂手形文句ト稱スルモノニシテ其記載ノ方法ニ關シテハ法律上何等ノ制限ヲ設ケス從テ其國語ノ如何ハ勿論又或程度マテ略字ヲ用ヒテ記載スルモ妨ナシ唯其約束手形タルコトヲ示スニ足レハ充分ナリ

第二、一定ノ金額 手形ニハ手形債權ノ目的タル一定ノ金額ヲ記載セサルヘカラス其記載方法如何ニ關シテハ法律上何等ノ制限ヲ設ケサルヲ以テ數字ヲ以テ表示スルト文字ヲ以テ表示スルトハ之ヲ問フ所ニ非ス唯實際上ニ於テハ手形金額ノ變造ヲ防クカ爲メ數个所ニ其金額ヲ記載スルコトアリ時ニ或ハ之カ爲メ相互金額ノ記載ニ紙觸ヲ生スルコトアリ是レ畢竟記載ノ誤謬ニ因ルモノナルヲ以テ商法ハ斯ル場合ニ於テ債權ノ目的額ニ付テノ爭ヲ防クカ爲メ其主タ

ル部分ニ記載シタル金額ヲ以テ決定スヘキモノト定メタリ何レカ主タル部分ナリヤハ當該手形ノ體裁ヨリ之ヲ判斷スルノ外ナシ

手形ノ金額ハ必スシモ其國ノ貨幣ノ標準ヲ以テ之ヲ表示スルコトヲ必要トセス外國ノ貨幣ヲ以テ表示スルモ亦一定ノ金額タルニ妨ナシ尙ホ日本ニ於テ履行スヘキ場合ニ於テハ民法ノ規定ニ依ル(民四〇二條、四〇三條)

第三 受取人ノ表示 受取人ハ振出人ヨリ手形ノ交付ヲ受クル第一ノ債權者ニシテ振出人ニ對シ債權ヲ主張シ又ハ手形ヲ合法ニ他人ニ讓渡シ得ヘキモノナルヲ以テ其人タルヤハ之ヲ他人ニ明示セサルヘカラス普通ハ氏名ヲ表示シ會社其他ノ商人ノ場合ニハ商號ヲ記載ス此點ニ關シテハ手形ヲ嚴格ニ解釋スルモノト否トハ其記載ノ方法ニ付キ意見ヲ異ニセリ例ヘハ民法ノ公益法人ノ受取人ト爲シタル場合ニ於テハ戶籍上ノ氏名ナリ又營業上ノ商號ナキヲ以テ單ニ法人ノ名稱ヲ記載スルヲ以テ足ルヤ否ヤ嚴格ニ解釋スル論者ハ之ヲ以テ無効ナリト爲スヲ以テ公益法人其他公法人ノ類ハ手形上ノ權利ヲ取得スルコトヲ得サルノ不都合ヲ生ス然リト雖モ手形ハ縱令嚴格ナルモノトスルモ其程度ハ債務者ノ負擔カ普通ノ債務ニ於ケルヨリモ重シトノ意味ヲ有スルニ過キスシテ決シテ其記載方法ヲ嚴格ナリト謂フノ意ニ非ス故ニ受取人ノ何人ナリヤヲ判定スルニ足ルヘキ記載アル以上ハ之ヲ以テ充分ナリト謂ハサルヘカラス從テ營利法人以外ノ法人ノ名稱ハ勿論其他ノ自然人ノ場合ニ於テ其略稱又ハ通稱其他雜號又ハ

藝名ヲ用フルモ素ヨリ妨ナキ所ナリト信ス要ハ其人ナルヤヲ知ラシムルニ在リ

受取人ノ表示ヲ要スルハ記名式又ハ指圖式ノ手形ニ付テ謂フモノニシテ其記名手形ニ關シテハ何等ノ表示ヲ必要トスルモノニ非ス單ニ持參人ニ支拂フ旨ノ文句アレハ足レ又指圖式持參人拂ノ手形ニ於テハ第一ノ債權者ノミハ其表示ヲ必要トスルヲ以テ之ニ受取人ヲ記載セサルヘカラス而シテ其記載ハ記名式又ハ指圖式ノ場合ト同一ナリ

受取人カ手形上表示セラルルモ既ニ死亡シタル場合ニ於テハ一般ノ原則ニ依リ其相續人カ權利ヲ承繼スヘキハ勿論ナリ若シ受取人カ管テ存在セサルモノナルトキハ手形上ノ主體ヲ缺クカ故ニ民法上當然無効ト論結スヘキカ如シト雖モ手形ノ場合ニ於テハ縱令權利關係カ或當事者間ニ於テ無効ナリトスルモ他ノ善意ノ當事者ニ對スル關係ニ於テハ有効ト解釋スヘキモノナルヲ以テ假裝ノ受取人ノ記載アル手形ハ其レ自體ニ於テハ無効ナリト雖モ正當ナル善意ノ取得者ハ手形ニ基キ權利ヲ主張スルコトヲ得

第四 單純ナル支拂ノ約束 單純ナル支拂ノ約束トハ無條件ニ支拂ノ債務ヲ負擔スルコトノ表示ヲ意味スルモノニシテ手形ノ支拂ニ付テハ或條件又ハ制限ニ繋ラシムル約束ヲ爲スモ其約束ハ當然無効ナリ單純ナルコトヲ要スル立法上ノ理由ハ手形ノ如キ形式ニ依リテ法律關係ヲ決定スル證券ニ於テ手形面上知り得ヘカラサル條件ノ成就到來ノ如何ニ因リテ其權利義務ニ影響ヲ及ホスモノトスレハ手形ヲ取得スルモノハ何時其債權ノ效力ヲ生スルヤヲ知ルコトヲ

得ス即チ其關係ハ甚タ不定ノモノト爲リ結局流通ノ便ヲ殺タラシメテナリ

第五 振出ノ日附 手形ニハ其振出ノ日附ヲ記載スルコトヲ要ス而シテ振出ノ日附トハ手形交付ノ日附ヲ謂フモノニシテ作成ノ日附ヲ謂フモノニ非ス從テ作成ノ時ノ日附ヲ記載シテ後日之ヲ交付スルトキハ其日附ハ真正ナル日附ト謂フト謂フコトヲ得ス既ニ手形ニ其振出ノ日附ヲ記載要件トシテ法律カ要求スル以上ニ於テハ又其記載ハ眞實ヲ要スルコト勿論ナリ而シテ已ニ手形ニ日附ノ記載アル以上ニ於テハ又其記載ハ真正ナルモノト推定スヘキコト當然ナリ次ニ振出ノ日附ヲ手形ニ記載スヘキ要件ト爲シタル立法ノ趣旨ヲ糺スルニ主トシテ左ノ諸點ニ歸著スルモノノ如シ

(一) 其日附ヲ要件トシテ振出人ノ能力、法人タル資格等ノ發生ヲ知ルノ便アリ
(二) 或手形ニ關シテハ其日附ヨリ起算シテ満期日ヲ定ムルカ爲メ必要ナリ例ヘハ日附後定期拂ノ手形ノ如シ

(三) 或種類ノ手形ニ付テハ其呈示期間ノ起算點ヲ定ムルカ爲メナリ
以上ノ必要ニ因リテ法律ハ其要件ヲ定メタルモノナルモ立法上ヨリ論スルトキハ必スシモ其必要ヲ認ムルコトヲ得ス唯或種類ノ手形ニ付テノミ其必要ヲ見ルニ止マルノミ

終リニ日附ニ關シ問題ト爲ル所ハ日附カ虚偽ノ記載ニ係ルモノナル場合ニシテ一般ノ原則ヨリスレハ虚偽ノ記載ハ其記載タルノ效力ナキヲ以テ其手形ハ記載要件ヲ欠缺セルモノナリト

謂ハサルヘカラス手形ニ於テモ其虚偽ノ事實ヲ知レル當事者ノ間ニ於テハ之ヲ以テ對抗ノ事由ト爲スコトヲ得然レトモ善意ノ第三者ニ對スル關係ニ於テハ虚偽ノ日附タリト雖モ其形式上完全ノモノナルヲ以テ第三者ハ之ニ信賴シ手形ヲ受取リタルモノナルカ故ニ其虚偽ノ事實ヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ許スモノト解釋スルコトヲ得ス要スルニ手形カ外觀上其要件ヲ具備スル以上ハ縱令事實上其要件ノ備ハラサル場合ト雖モ其事實上ノ事由ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス日附ノ場合ニ於テモ亦此理論ニ由リテ當然解決シ得ヘキノミ

第六 一定ノ満期日 満期日トハ手形債權ノ辨濟期日ナリ辨濟期ヲ確定スル方法ニ付テハ民法、商法其他私法上何等ノ制限ナキ所ニシテ當事者ノ意思ニ一任セリ故ニ如何ナル條件ヲ之ニ附スルモ有效ナリ然リト雖モ手形ハ其形式ヲ一覽シテ授受スヘキモノナルヲ以テ履行期日ヲ明白ニ知ルヘキ方法ヲ設ケサレハ其流通ノ敏活ヲ妨クル虞アリ故ニ法律ハ一般ノ原則ニ反シテ手形ニ付テハ四種ノ満期日ヲ限定セリ

(一) 確定日 是レ手形金ノ支拂期日ヲ當初ヨリ指定スル方法ナリ此満期日ノ記載アル手形ヲ定日拂手形ト稱ス

(二) 日附後確定セル期間經過後ノ日 即チ手形ニ記載シタル振出ノ年月日ヨリ何週間又ハ何十日目ニ支拂フ手形ノ如シ此手形ヲ日附後定期拂ノ約束ノ手形ト稱ス

(三) 一覽ノ日 所持人カ手形ヲ呈ホシテ其支拂ヲ請求スル日ヲ満期日ト定ムルモノニシテ

之ヲ一覽拂ノ約束手形ト稱ス此手形ハ振出ノ日ヨリ一年内ニ呈示スヘキモノナリ
 (四) 一覽後確定セル日ノ經過シタル日 即チ一覽呈示後何週間若クハ何十日日ニ支拂フコ
 トヲ約束スル手形ニシテ之ヲ一覽後定期拂約束手形ト稱ス此手形ハ所持人ノ爲メニモ便宜
 ニシテ又手形債務者ヨリ見ルモ初メ一覽呈示ノ時ニ支拂ノ準備ヲ爲スノ機會ヲ得ルヲ以テ
 等シク其便利ヲ感スルコト多ク隨テ此種類ノ手形ハ實際多ク其流通ヲ見ル所ナリトス
 右ノ如ク手形法ハ滿期日ヲ一定シテ他ノ滿期日ヲ認メス故ニ他ノ種類ノモノヲ指定スルモ
 無効ナリ既ニ滿期日ノ記載ハ法律上要件トシテ規定セル所ナリト雖モ之カ記載ヲ缺ク場合ニ
 於テ其無効ヲ來ツンコトヲ虞レ記載ナキ手形ハ一覽拂ノ手形ト看做ス旨ノ規定ヲ設ケタリ
 (四五一條)

第七 振出地 振出地トハ手形ヲ振出シタル土地ノ意ニシテ即チ手形交付地ヲ指スモノナリ故
 ニ作成ノ地ハ振出地ニ非ス而シテ其地トハ舊商法ノ所謂支拂場所ニ該當スルモノニシテ現今
 ノ判例ニ依レハ市町村若クハ北海道又ハ沖繩ノ區ノ如キ行政區畫中獨立シタル最小地域ノ意
 ナリトノコトニ一致セリ故ニ東京若クハ横濱ト記載スヘキモノニシテ其内ノ區等ノ意味ニ非
 ス然リト雖モ如何ナル方法ヲ以テ其地ヲ表示スヘキカハ素ヨリ法律ノ制限スル所ニ非スシテ
 唯其地ヲ推測セシムルニ足ルヘキ記載アレハ十分ナリ又其記載ハ特ニ手形面上ノ振出地ナル
 表示ノ下ニスルヲ必要トスルモノニ非スシテ振出人ノ肩書ニ於テ其任所地ヲ記載シ之ヲシテ

振出地ヲ兼シムルモ妨ナシ其他振出地ノ記載カ虛偽ナリシ場合ニ於テ振出ノ日附ノ場合ト
 同一ニ論結スルコトヲ得ヘシ

第八 振出人ノ署名 振出人ハ手形ニ法定要件ヲ記載シタル後署名ヲ爲ササルヘカラス署名ト
 ハ自ラ其氏名ヲ記載スルノ意味ニシテ要スルニ手形發行者ノ何人ナルカラ示シテ其責任者ヲ
 定ムルノ方法ニ外ナラス或ハ署名ニ代フルニ記名捺印ヲ以テスルモ妨ナシ
 何レノ場合ニ於テモ其記載スヘキ文字ハ何人カ振出人ナルカヲ知ルニ足ルヘキ程度ニ於テス
 レハ十分ナリ故ニ必スシモ戸籍上ノ氏ト名トヲ併セ記載スルノ必要ナク其略字、略語ヲ以テ
 スルト其通稱、雅號、藝名ヲ用フルトハ之ヲ問フ所ニ非ス若シ商人カ手形ヲ振出す場合ニ於
 テハ其商號ヲ記載スレハ足レリ最モ此點ニ關シテハ多少ノ反對論アルモ既ニ商號ナルモノ
 ハ商人カ其營業ニ關シテ自己ヲ表示スル爲メノ名稱ニシテ而モ手形振出カノ商行爲タル以
 上ハ其振出行爲ヲ爲スニ當リテ氏名ニ換フルニ商號ヲ以テスルモ敢テ其不可ナルヲ見ルヘキ
 ノ理ナシ
 記名捺印ノ場合ニ於ル捺印ハ如何ナル種類ノモノタルヲ問ハス其振出人ノ印影ナレハ可ナ
 リ故ニ通俗ニ所謂實印タルト認印タルトハ之ヲ問フ所ニ非ス共ニ其實質上ノ效力ニ何等ノ影
 響ヲ及ホスヘキモノニ非ス唯認印ノ場合ニ於テハ之ヲ否認セラレタル場合ニ權利者ニ於テ其
 真實ナルコトヲ立證スルコト困難ナルコトアルニ止マルノミ

次ニ會社其他ノ法人カ手形ヲ振出ス場合ニハ二個ノ方法ヲ用フルコトヲ得其一ハ會社ノ商號ヲ手形ニ記載シテ會社ノ社印ヲ押捺スルコトナリ其二ハ取締役、支配人其他會社ノ代理人タルヘキ者カ會社ト自己トノ代理關係ヲ手形面ニ表示シテ代理人自ラノ署名若クハ記名捺印ヲ爲ス方法ナリ此第二ノ方法ハ所謂振出ノ代理即チ代理振出ノ場合ニシテ是ニ由リテ本人タル會社其他ノ法人カ手形上ノ義務ヲ負擔スヘキハ第一ノ方法ノ場合ト同シ然リト雖モ此第一ノ方法ニ付テハ大審院ハ之ヲ認メズ第二ノ場合ノ外ハ手形ヲ振出スコトヲ得サルモノト解セリ果シテ此解釋ハ正當ナルヤ否ヤ予輩謂ラク既ニ會社ノ商號ト社印ノ押捺トノ二者ニシテ具備センカ是レ即チ會社ノ記名捺印ニシテ毫モ其不當ナルノ理由ヲ發見スルニ苦シム恰モ後見人其他ノ者カ未成年者ノ爲メニ其未成年者ノ氏名ヲ記載シテ其モノノ印影ヲ押捺シタル場合ト異ナル所ナキノミ

以上述ヘタル記載事項ヲ具備シタル手形ハ之ヲ相手方ニ交付セサルヘカラス即チ手形ノ振出ハ作成ニ因リテ始マリ交付ニ因リテ終ル作成自身ハ交付ノ準備行為ニシテ振出行爲自體ニ非ス從テ其レ自身ニ於テハ何等法律上ノ效力ヲ生スヘキモノニ非ス交付ニ因リテ始メテ振出行爲完了シ茲ニ手形關係ヲ發生ス交付ハ手形豫約ノ履行ニシテ同時ニ其レ自身ニ於テ別ニ一ノ契約ヲ構成ス其契約ハ振出人ト受取人トノ間ニ於ケル所謂交付契約ニシテ手形交付ニ因リテ成立スル金額支拂ノ無條件ナル抽象的約束ナリ故ニ振出人ハ交付ヲ爲サザレハ如何ナル場合ニモ手形上ノ

義務ヲ負擔スルコトナシ又其際如何ナル過失アルモ之カ爲メニ義務ノ原因ト爲ルコトナク唯別ニ尸上ノ問題トシテ其過失ニ基ツク損害賠償ノ責任ヲ負擔スヘキコトアルノミ勿論交付ナキ手形ト雖モ其手形自體カ絕對的ニ無効ナリト謂フニ非スシテ若シ其手形ニ署名シタル裏書人其他ノ當事者ナリトセハ善意ノ第三者ニ對シテ其手形ノ文言ニ因ル責任ヲ負ハサルヘカラスルコトアルハ手形偽造ノ場合ト異ナル所ナシ唯如何ナル場合ニ於テモ振出人ノミハ交付セザリシトノ理由ヲ以テ其責任ヲ否認スルコトヲ得ルノミ此ノ如キ交付ハ極メテ重要ナルモノナレトモ交付ノ事實ハ固ヨリ法律カ推測スルヲ以テ之ヲ否認スル振出人ハ其反證ヲ舉クルノ必要アルコトハ前述セルカ如シ

手形ノ振出ニ關シ最モ主要ナル問題ハ白地振出即チ白紙署名ノ方法ニ依ル振出ナリ手形ノ振出ハ本來其要件ノ記載ト其手形ノ交付トニ因リテ成立スルモノナルコト勿論ナリト雖モ其要件ノ記載ナキ手形ヲ交付スルコトハ果シテ手形振出タルノ效力ヲ有スルコトヲ得ルヤ否ヤ又後日ノ追補ニ由リ之ヲ完全ナル手形振出ト爲スコトヲ得ルヤ否ヤ是レノ問題ニ屬ス

元來記載要件ヲ欠缺セル手形ヲ交付スルモ手形振出タル效力ナキハ當然ニシテ之カ爲メ振出人ハ何等ノ手形責任ヲ負擔スルコトナキト疑ヲ容レズ然リト雖モ其欠缺セル要件ノ追補ヲ受取人ニ委任シテ之ヲ交付シ受取人カ其委任ニ基キ要件ノ記入ヲ爲シタル場合ニ於テハ其要件ノ完備スルト同時ニ手形ノ效力即チ其權利義務ヲ發生スルモノナリト論結スルコトヲ得ヘシ此點ニ

關シテハ勿論法ノ明文ニ示シタルモノナント雖モ法律カ手形ノ記載ト交付トノ間ニ於テ時ノ順序ニ關スル制限ヲ設ケサル以上ハ白紙署名即チ白地振出ハ有效ナリト解セサルヘカラス大審院ノ判決例モ亦此點ニ關シ同様ノ見解ヲ示シタリ

然レトモ若シ受取人カ其委任ニ反シタル事項ヲ記載シタル場合ニ於テハ振出人ハ固ヨリ之ヨリ生スル責任ヲ負擔スヘキモノニ非ス唯其不法ニ補充セラレタル手形カ善意ノ手形取得者ノ手ニ歸シタル場合ニ於テハ委任違反ノ事由ヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ得サルノミ(四四〇條)蓋シ此ノ如キハ白地振出ヲ爲ス者ノ豫メ覺悟セサルヘカラサルコトニ屬スルヲ以テナリ

手形ノ振出ニハ其要件ヲ記載スルヲ以テ足ルモノナリト雖モ實際ニ於ケル便宜ノ爲メ之ニ他ノ事項ヲ記載スルモ妨ナキモノトセリ然レトモ法律ハ一方ニ於テ手形關係ノ錯雜ヲ避ケ其記載事項ヲ整頓スル爲メ手形法ニ規定セル以外ノ事項ハ之ヲ記載スルモ總テ之ヲ無効ト爲セリ(四三九條)故ニ若シ或便宜事項ノ記載ヲ爲スコトヲ許サント欲セハ勢ヒ一一其旨ヲ法ノ明文ニ示ササルヘカラス此必要ニ基キ手形法ハ便宜事項ヲハ特ニ定メタリ其主要ナルモノノ左ノ如シ

第一 支拂地ノ記載

支拂地ハ手形債權ノ辨濟地ニシテ其記載ハ受取人若クハ其後ノ所持人ニ取リテ便利ナル所ニシテ若シ支拂地ノ記載ナキトキハ振出地ヲ以テ支拂地ト爲ス故ニ時トシテハ振出地ト見做サルヘキ振出人ノ肩書地ハ同時ニ支拂地ト爲ルコトアリ(五二六條)

第二 支拂場所ノ記載

約束手形ニハ支拂地ノ外其支拂地内ニ於ケル或一定ノ場所ニ於テ手形金ヲ支拂フ旨ノ記載ヲ爲スコトヲ得通常ハ自己ノ取引先ノ銀行ヲ以テ支拂場所トシテ指定スルモノナリ此指定アルトキハ其場所ニ定テノミ手形金ヲ請求スヘク又其場所ニ於テノミ義務ノ履行ヲ爲スコトヲ得(四五四條)若シ此支拂場所ノ記載ナキトキハ振出人ノ營業所、住所又ハ居所ヲ以テ支拂場所ト爲スモノナリ(四四二條)

第三 支拂擔當者ノ記載

振出人ノ住所地ト支拂地トカ手形面上異ナルモノヲ稱シテ他地拂約束手形ト謂フ他地拂手形ハ隔地者間ニ於ケル取引ノ便宜上隔地ニ於テ手形ノ支拂ヲ爲シ又ハ受クルコトヲ便利トスルコトアリ此場合ニ於テ其隔地ニ於ケル支拂義務者ハ振出人其人ニシテ自ラ其地ニ出張スルカ或ハ代理人ヲ派遣シテ其支拂ヲ爲ササルヘカラス然レトモ此ノ如キハ實際上甚シキ不便アリ又實際他地拂手形ヲ發行スル趣旨トハ相反スルヲ以テ此手形ニ於テハ支拂擔當者ナルモノヲ定メ其支拂地ニ於ケル支拂ノ事務ヲ辨セシムルモノナリ此支拂擔當者ノ記載ハ等シク手形ノ便宜ノ記載事項ナルヲ以テ之ヲ記載スルモ無効ニ非ス

尙ホ此支拂擔當者ヲ定メテ之ヲ手形面ニ記載スルハ敢テ他地拂手形ニ於テノミ其必要アルニ非スシテ同地間ニ於テモ便利トスルコトアルヲ以テ一般ノ之ヲ許スヲ實際上ノ便宜ニ合シタル

第四 裏書禁止ノ記載(四五五條但書)

手形ノ振出ハ之ニ因リテ手形上ノ責任ヲ設定スルモノニシテ其責任ノ體様ハ手形ノ種類ニ由リテ同一ナラス支拂ノ委託ヲ爲ス場合ニ於テハ直接ニ自ラ支拂フヘキ責任ヲ生セサルモ支拂ノ約束ヲ爲ス場合ニ於テハ初ヨリ第一ノ責任者トシテ金額支拂ノ義務ヲ負擔セサルヘカラス實ニ約束手形ハ此後ノ場合ニ該當スルモノニシテ其振出人ハ手形面ノ文言ニ從ヒ手形金ヲ支拂フノ義務ヲ負擔ス即チ満期日ニ至ラハ無條件ニ其支拂義務ヲ履行セサルヘカラス
此ノ如ク手形ノ振出ハ義務ノ設定ナルヲ以テ之ニ反對ノ意思表示ハ振出其モノノ性質ニ反シ當然無効ナリト謂ハサルヘカラス例ヘハ振出人カ自己ノ發行セル手形ニ無責任ノ附記ヲ爲スモ無効ナリ

手形ノ振出ハ一人ニ限ラス數人共同シテ之ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於ケル共同振出人ノ責任カ連帶ナリヤ否ヤハ疑問ニ屬スト雖モ振出ノ當事者多數ナリシ場合ト雖モ振出行爲其モノハ一箇ノ行爲ニシテ而モ商行爲ナルコト疑ヲ容レズ(二六三條四號)故ニ其商行爲タル一箇ノ行爲ニ因リ數人カ債務ヲ負擔スル場合ニ於ケル責任ハ數人連帶ナリト解セサルヘカラス(二七三條一號)

第二章 手形ノ裏書

手形流通ノ方法ハ其手形ノ形式如何ニ因リテ異ナリ即チ指圖手形又ハ法律上之ト同一視セラルル手形ニ於テハ其流通方法ハ裏書ニシテ又無記名及ヒ指名持參人拂手形ニ於テハ單ニ交付ニ因リテ流通ス實際上無記名手形ハ持參人拂手形又ハ其發行ヲ見ルコト甚タ多シト雖モ流通ノ程度ニ於テハ指圖手形ニ及ハス殊ニ單ニ交付ノミニヨリテ流通スルモノハ其法律關係頗ル單純ニシテ之ヲ詳論スルノ要ナシ故ニ手形ノ流通ナルコトハ實際ニ於テ殆ト裏書ヲ主腦トシテ論スヘキノミ

裏書ハ民法上ノ裏書ト商法上ノ裏書トノ二種アルモノノ如シ即チ民法第四六九條ハ裏書ヲ以テ第三者ニ對スル對抗條件ト爲セルモ商法ニ於ケル裏書ハ手形債權讓渡ノ唯一ノ方法タリ故ニ手形ノ裏書ハ管ニ手形債權ノ讓渡ヲ以テ第三者ニ對抗スル爲メノ條件タルニ止マラス其讓渡ノ當事者間ニ於テモ裏書ナクシハ權利ハ絕對ニ移轉セサルノ效力ヲ有スルモノナリ
此ノ如ク裏書ニハ民法上ノモノト商法上ノモノト二種アルカ如シト雖モ實際ニ於テハ商法ニ規定シタル裏書ノミ行ハレ民法上ノ所謂對抗條件タル裏書ハ殆ト之ヲ見ルコトナシ(二二二條、四五七條、四六四條等)

第一節 裏書ノ方式

裏書ノ方式ニ二種アリ其一ハ正式ノモノニシテ他ノ一ハ略式ノモノナリ商法第四五七條第一項ハ其正式ナル裏書ヲ規定シ第二項ハ略式タル白地裏書ヲ規定セリ民事訴訟法ノ所謂略式ノ裏書トハ實ニ此白地裏書ヲ意味スルモノニ外ナラス正式ノ裏書即チ通常ノ裏書ナルモノハ手形面又ハ其補箋ニ被裏書人ヲ表示シ之ニ裏書ノ年月日ヲ記載シ裏書人カ署名シタルモノニシテ其記載ノ雛形ニ至リテハ素ヨリ法律上何等ノ制限ナシ此規定ハ裏書ノ方式ヲ定メタルモノニ過キサルヲ以テ此規定ヲ遵守シタルコトニ因リテ直チニ手形上ノ權利カ移轉シタルモノト論スルコトヲ得ス裏書ノ場合ニ於テモ振出ノ場合ト等シク其手形ヲ相手方ニ交付スルコトヲ必要トシ交付ナケレハ權利ノ移轉ナシ故ニ裏書ノ記載ヲ爲シタル場合ト雖モ未タ之ヲ交付セサル以前ニ於テハ自由ニ之ヲ抹殺スルコトヲ得ヘシ其理由ニ至リテハ敢テ振出ノ場合ト異ナル所ナシ唯振出ノ契約ハ單純ナル交付契約ニ過キサルモ裏書ニ於テハ其性質ニ於テ純然タル債權讓渡ノ契約タルノ差アルノミ故ニ手形ノ裏書ハ一定ノ形式ヲ經テ手形ヲ讓受人ニ交付スルコトニ因リテ效力ヲ生スル讓渡契約ナリト謂ハサルヘカラス此點ハ近世ニ於ケル多數ノ學說ト相異ナル所ニシテ多クノ學者ハ裏書ヲ以テ債權讓渡ト解セサルノミナラス尙ホ之カ契約タル性質ヲモ否定セリ此議論ハ畢竟スルニ偽造變造手形ノ規定及ヒ手形抗辯ノ制限ニ關スル原則ヲ調和センカ爲メニ案出シ

タル窮說ニ過キスト信ス

次ニ正式ノ裏書即チ普通ノ裏書ニ對スル略式ノ裏書ハ白地裏書ニシテ通常被裏書人ノ希望ニ因リテ之ヲ爲スモノナリ其方式ハ被裏書人ヲ表示セシテ單ニ裏書ノ年月日ヲ記載シ之ニ裏書人ノ署名スルヲ以テ足ルモノニシテ此點ニ於テ普通ノ裏書ト異ナルノミ白地裏書ハ更ニ之ヲ略シテ年月日ヲ記載セズ裏書人ノ署名ノミヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得(四五七條二項)此白地裏書アル場合ニ於テハ其手形ハ其當時ニ於テ無記名手形ト等シク所持人ノ氏名ヲ指名セサルモノナルヲ以テ交付ノミニ因リテ其讓渡ヲ爲スコトヲ得(四五七條二項後段)然リト雖モ此白地裏書アリタルコトヲ以テ直チニ其手形カ無記名手形ト同一ナリト謂フコトヲ得ス無記名手形ハ其形式上當然裏書ナル觀念ト相容レサルモノナルモ白地裏書アル手形ハ裏書ナクシテ流通シ得ルト同時ニ之ニ裏書ヲ爲シテ流通セシムルコトヲ妨ケサル點ニ於テ相違アルコトニ注意セサルヘカラス白地裏書ハ白地ノ儘ニテ手形ヲ流通セシムルコトヲ得ルヲ以テ特色トスルモノナリト雖モ其權利者タル被裏書人ノ記載ナキヲ以テ手形ノ紛失、盜難等ヨリ生スル危險甚々多ク爲メニ所持人ニ於テ却テ之ヲ不便トスルコトアリ此ノ如キ場合ニ於テハ其不都合ヲ除去スルカ爲メ裏書欄ノ空所ニ自己ヲ其被裏書人トシテ記載スルコトヲ許セリ(四六一條)是レ即チ學者ノ所謂所持人ノ補充權ト稱スルモノニシテ此補充ヲ爲シタルトキハ所持人ハ其時ヨリ手形面ニ表ハレタル所持人ト爲リ初ヨリ普通ノ裏書アリシ場合ト同一ノ效力ヲ生スルモノナリ隨テ以後引渡ノミニ因リ

テ手形ヲ讓渡スルコトヲ得サルニ至ルヘシ然レトモ此補充ヲ爲サヤ否ヤハ一ニ所持人ノ隨意ニシテ其補充ヲ爲ササルコトヲ得ル此白地裏書ノ特質ナリト謂フヘシ今白地裏書アル手形ノ所持人カ其手形ヲ讓渡スル場合ニ於ケル權能ヲ示セハ左ノ五種ノ方法中其一ヲ撰フコトヲ得ヘシ

- 一 白地ノ儘補充ヲ爲サスシテ手形ノ交付ノミニ因リテ之ヲ讓渡スルコト
 - 二 白地ノ儘補充ヲ爲サスシテ更ニ之ニ白地裏書ヲ爲スコト
 - 三 白地ノ儘補充ヲ爲サスシテ更ニ普通ノ裏書ヲ爲スコト
 - 四 補充ヲ爲シ更ニ白地裏書ヲ爲スコト
 - 五 補充ヲ爲シ更ニ普通ノ裏書ヲ爲スコト
- 然リト雖モ一旦補充ヲ爲シタル以上ハ最早裏書ヲ爲スノ外單ニ引渡ノミニ因リテ手形ノ讓渡ヲ爲スコトヲ得ス恰モ普通ノ裏書ヲ爲シタル手形カ引渡ノミニ因リテ之ヲ讓渡スルコトヲ得サルト同様ナリ

第二節 裏書ノ性質及ヒ效力

裏書ノ性質ハ一ノ債權讓渡ナリ隨テ茲ニ裏書アレハ其效力トシテ當然權利移轉ノ效果ヲ生ス既ニ裏書カ權利移轉ヲ伴フモノトセハ被裏書人ノ得タル權利ハ即チ裏書人ノ有セシ權利ニ外ナラ

スト謂ハサルヘカラス故ニ裏書人ニ權利ナキ場合又ハ其權利ニ欠缺アル場合ニ於テハ被裏書人モ亦同一ノ運命ヲ負擔セサルヘカラス然レトモ法律ハ善意ノ手形取得者ヲ保護スル必要上前者ニ權利ナキ場合ト雖モ善意ノ者ヲシテ完全ナル權利ヲ取得セシム是レ法律ノ特別規定ノ結果ニシテ善意者ヲ保護スルカ爲メノ例外ニ過キス此例外アルカ爲メ裏書ノ權利移轉ナル性質ヲ打破スレコトヲ得ス

裏書ノ權利移轉ノ效力ノ外ニ法律ハ手形ノ信用ヲ増進スルカ爲メ特別ナル效力ヲ認メタリ即チ前者ノ擔保責任是ナリ此擔保責任ハ裏書人カ左ノ二個ノ場合ニ於テ負擔スルモノナリ

- 一 振出人カ手形ノ滿期日前破産宣告ヲ受ケタルトキ
 - 二 振出人カ滿期日ニ手形ノ支拂ヲ怠リタルトキ
- 此場合ニ於テハ裏書人ハ振出人ニ代リテ手形金額及ヒ費用ノ償還ヲ爲ササルヘカラス(四八六條)

右ノ如ク裏書人ハ法ノ規定ニ依リ當然擔保責任ヲ有スルモノナルヲ以テ民法上ノ債權買賣ニ於ケル賣主ノ擔保責任ト全然其性質ヲ異ニス此責任アルカ爲メ手形ノ信用ハ愈々墜ク隨テ其流通ハ益々盛ト爲ル故ニ此責任ヲ免除スルコトハ手形ノ信用上許スヘカラサルコトナルモ唯法律ハ

別ニ無擔保ノ裏書ナルモノヲ認メタリ此事ハ後ニ説明ス

第三節 裏書ノ連續

裏書ハ其性質上債權讓渡ノ一種ニ過キササルヲ以テ其讓渡ハ權利者ヨリ爲サレタルコトヲ必要トシ而モ手形ハ形式證券ナルヲ以テ其讓渡ノ權利者ヨリ爲サレタルコトハ手形上明カナルコトヲ要ス此必要ニ基キ裏書連續ナル原則ヲ認メタリ裏書連續トハ之ヲ具體的ニ言ヘハ前欄ノ被裏書人ト後欄ノ裏書人トカ形式上同一ナルコトヲ謂フモノニシテ畢竟スルニ形式上權利讓渡ニ間斷ナキコトヲ意味ス隨テ實質上ニ於テ果シテ權利讓渡ノ關係カ完全ニ存在セシヤ否ヤハ必スシモ之ヲ問フ所ニアラス勿論權利ナキ手形ノ占有者ヨリ手形ヲ讓受クルモ其者カ惡意ナルトキハ之ニ因リテ權利ヲ取得セサルハ勿論ナリト雖モ法律ハ善意者ヲ保護スルカ故ニ前者ニ權利ナキコトヲ知ラスシテ讓受ケタルモノニ對シテハ特別ノ保護ヲ與フ尙ホ之ヲ約言スレハ縱令實質上其裏書ニ間斷アリトスルモ形式上ニ於テ其連續ニ缺タル所ナクシテ善意者ノ權利取得ニ何等ノ障礙ヲ與フルモノニ非ス此ノ如ク裏書連續ノ原則ハ實質的ノ意義ヲ有スルモノニ非スシテ形式的ナルヲ以テ縱令實質上真正ナル權利讓渡ノ連續アルモ形式上手形ニ由リ其連續ヲ判斷スルコト能ハサルトキハ則チ裏書ノ連續ヲ缺クモノナリ(四六四條本文)

次ニ白地裏書アル手形ニ付テハ以上ノ原則ヲ其儘適用スルコトヲ得ス白地裏書ハ被裏書人ノ表

示ナキモノナルヲ以テ所持人カ補充權ヲ行使シテ其補充ヲ爲ササル限りハ前欄ノ被裏書人ト後欄ノ裏書人トカ同一ノ人格者ナルコトヲ手形面上知ルコトヲ得ス故ニ形式上裏書ノ連續ニ缺クルモノアルモ既ニ白地裏書ヲ認メタル以上ハ特別ノ規定ヲ以テ之ヲ調和スル必要ヲ生ス即チ法ハ次ノ裏書人ハ其前ノ白地裏書ニ因リテ手形ヲ取得シタルモノト看做セリ(四六四條但書)

此場合ニ於テハ法律ノ規定ヲ以テ裏書連續ヲ補充セルモノナルモ若シ所持人カ初ヨリ補充權ヲ行使シテ補充ヲ爲シタルトキハ其補充ノ效果ニ因リテ當然形式上ノ連續ヲ生スルモノニシテ此場合ハ法律ノ規定ニ依リテ連續アルモノニ非ス

裏書連續ノ原則ハ後者タル所持人ノ權利行使ヲ確實ナラシムルカ爲メノ必要ニ出テタルモノニシテ此要件ヲ欠缺セル所持人ハ手形上ノ權利ヲ行使スルコトヲ得ス然リト雖モ裏書ノ連續ハ權利行使ノ要件タルニ止マリ其之アルカ爲メ必スシモ權利者ナリト謂フヲ得ス前述セルカ如ク手形上ノ債權者タルニハ先ヅ其手形ニ對スル物權殊ニ其所有權ヲ取得セザルヘカラス而シテ其所
有權取得ノ條件トシテ法律ハ善意且重過失ナキコトヲ要求セルヲ以テ結局善意無過失ノ所持人ニ非サレハ縱令裏書連續ノ形式的要件ヲ具備スルモ完全ニ其權利ヲ行使スルコトヲ得ス此ノ如ク所持人ノ立脚地ヨリ觀レハ其權利ノ行使ニハ裏書連續ナル形式的要件ト且善意無過失ナル實質的要件ノ二ヲ必要トスルヲ以テ他ノ一方ニ於テ其手形ノ債務者タルモノカ所持人ノ權利ヲ否認セント欲セハ所持人カ形式上又ハ實質上ノ何レカノ條件ヲ缺ケルコトヲ立證セザルヘカラス

大審院ハ管テ之ト反對ノ判決ヲ爲シ善意無過失ナル事實ノ證明責任ヲ所持人ニ負擔セシメタルモ明カニ此判決ハ誤レルモノナリ

第四節 裏書ノ任意事項

裏書ノ方式ニ二種アリ其何レノ方式ニ於テモ法律ノ定ムル要件ヲ具ヘサルトキハ無効ニシテ又一方ニ於テ要件以外ノ事項ヲ記載スルモ其記載ハ無効ナリ然レトモ法律ハ或事項ニ限り實際ノ便宜上又ハ當事者ノ意思ヲ重ニスルノ結果要件以外ノ事項ノ記載ヲ許セルモノアリ即チ無擔保裏書ト裏書禁止ノ記載ノ二者即チ是ナリ

無擔保ノ裏書トハ裏書人カ裏書ヲ爲スニ當リ手形上ノ責任ヲ負擔セサル旨ヲ附記シタル裏書ニシテ無擔保ノ附記ハ即チ任意記載事項ノ一タリ(四五九條)或ハ之ヲ無責任ノ裏書ト稱シ其文句ヲ免責文句ト稱ス此無擔保ノ附記ハ手形ノ信用ヲ害スルコト最モ甚シク立法上之ヲ認ムル必要ハ殆ト存在セサルモ其手形ヲ讓受クルモノカ之ヲ以テ満足セル場合ハ強テ其手形取引ヲ妨クルノ必要ナキヲ以テ僅ニ法律カ之ヲ認メタルニ過キス此無擔保ノ附記アル場合ニハ之ニ因リテ責任ヲ免ルル者ハ其附記ヲ爲シタル裏書人ノミニ限ルモノニシテ之カ爲メニ其他ノ裏書人ノ責任ニ變更ヲ來サス

次ニ裏書禁止ノ附記ハ裏書ヲ爲ス際爾後裏書ヲ禁スル旨ノ記載ヲ爲スモノヲ謂ヒ此附記アル場

商 法 海 商

法學士 市 村 富 久 講 述

本 論

第一章 船舶及ヒ船舶所有者

第一節 船舶

第一款 總說

船舶ノ經濟上ノ用ハ主トシテ其浮泛性ヲ利用シテ之ヲ運航ノ用ニ供スルニ在リ故ニ此等ノ點ヲ基礎トシテ船舶ノ定義ヲ下サンコトヲ試ムルモノアレトモ物ノ名稱ノ如キハ其形狀利用ノ方法其他社會上ノ幾多ノ原因ニ因リテ定マルモノニシテ一概ニ之ニ通スル定義ヲ下シ難キモノトス船舶ノ語學上ノ定義カ困難ナルノミナラス法律ノ上ニ於テモ此語ハ幾多ノ意味ニ用キラルルヲ以テ法律全般ニ通シテ船舶ノ意味ヲ定ムルコトモ亦困難ナリトス或ハ船舶ノ運航ニ適シ又ハ供セラルル點ヲ標準トシ(アスピイルノール、ボーエンス、ウキス、英カス、フロートホイツトン事

件、同歐濠郵船會社對彼阿會社事件反對獨漢堡控訴院判例獨大審院千八百九十六年十一月七日判決マコーヴェル英マツク號事件英レカ號事件)其他一定ノ形狀ヲ供ヘ他物ノ從物タラサルコトヲ要ストナスモノアリ(ボイエンスレウイス)ト雖モ船舶ナル文字ハ我國ノ法律ニ於テモ其意味ノ廣狹頗ル一致セサルモノアリ例ヘハ沈沒船舶ハ之ヲ船舶ト見ル場合ト否トアリ(船舶法一四條船舶登記規則三〇條商五四四條)淺瀬船ハ推進器ヲ有セザレハ之ヲ船舶ト看做サスト規定スル場合アリト雖モ(船舶法施行規則二條船舶鑑札規則一條)之ヲ挽キ行ク船舶ハ海上衝突豫防法ニ從ヒ白燈ヲ掲スヘキモノナルヘシ(同法三條)

之ヲ要スルニ船舶ノ法律上ノ意味モ亦一般ニ通シテ之ヲ確定スルコト頗ル困難ナルモノナルヲ以テ個個ノ法則ニ就キテ其所謂船舶ノ意義ヲ定ムルノ外ナシ大體ニ之ヲ云ヘハ法律モ亦普通言語タル船舶ノ文字ヲ便宜ニ從テ採用セルニ過キス而シテ商法ニ於テハ此廣義ノ船舶ノ一部タル商船ノミヲ指シテ船舶ト云フナリ(五三八條)

第二款 船舶ノ種類

廣義ノ船舶ハ其構造、材料之ヲ運轉スル動力船體ノ型式綱具ノ裝置船體ノ大小、所有者又ハ使用者ノ如何使用ノ目的等ニヨリ種種ニ區別セラルヘシ

第一 構造材料ニヨリテハ木船鐵船鋼船等ノ別アリ此區別ハ法律上ノ關係ニ影響ヲ及ホスコト

極メテ僅少ナリ唯其認識ヲ正當ニセンカ爲メ(イデンチテトヲ保ツ爲メノ義)船舶ノ登記及ヒ登録ヲ爲スニ當リ登記登録ノ事項トナシ船舶件名書又ハ検査申請書ニモ亦之ヲ記載セシムルモノトス(船舶法施行規則一二條一七條船舶鑑札規則二條船舶登記規則一六條船舶検査法施行規則一五條)而シテ造船及ヒ航海ノ獎勵ノ爲メ我國ニ於テハ鋼製及ヒ鐵製ノ船舶ニ對シテノミ獎勵金ヲ下附スルノ差アリ(航海獎勵法二條造船獎勵法二條)又木船ト鐵鋼船トハ船舶検査ニ關スル規程ヲ異ニス

第二 動力ニヨリ船舶ハ汽船、帆船、電氣船及ヒ櫓權ヲ以テ運轉セラルル船等ニ分タル此區別ハ絕對ノ區別ニアラス或ハ其現ニ使用セラルル動力ニヨリテ區別ヲナスコトアリ(海上衝突豫防法總則二項)或ハ機械力ニヨリテ運轉スル船ハ凡テ之ヲ汽船ト稱スルコトアリ(同上三項船舶法施行規則一條二項)此區別モ亦第一ニ述ヘタル理由ニヨリ登記及ヒ登録ノ事項トナシ航海獎勵金ハ汽船ニ關シテノミ之ヲ下附スルノ外、船舶職員法、海上衝突豫防法ニ於テハ汽船ト帆船トノ別ニヨリ遵奉スヘキ規定乘組マシムヘキ職員ニ差引ヲ設クルノミナラス船舶検査法ニヨリ航路定限ヲ定ムル場合ニ其定限ノ基本トナルヘキ船舶ノ級別ヲナスニ方リテモ帆船ト汽船トニヨリ規程ヲ異ニス(船舶鑑札規則一條二號船舶職員法四條同一號表船舶検査法六條一二條船舶検査規程七條海上衝突豫防法二條三條五條一四條乃至二〇條二五條乃至二八條)或ハ汽船ノミ検査ヲ施スモノアリ(臺灣汽船検査規則一條)汽船ノミニ關シテ職員

法ヲ設ケルアリ(臺灣汽船職員規則)船舶ノ積量測定ニ付テモ汽船ト帆船トヲ區別ス(船舶積量測定規則六條)

小船ハ之ヲ大船ト同一規則ヲ以テ律スヘカラス而シテ橋樑ノミヲ以テ運轉シ又ハ主トシテ橋樑ヲ以テ運轉スル船舶ハ多クハ小船ナルヲ以テ是等ノ船ハ一般船舶ニ關スル規程ノ適用ヲ受ケサルコト多シ(民訴七一七條二項船舶法二〇條船舶鑑札規則一條三號船舶檢査法一條二號外國船舶檢査規則四條船舶職員法一條本法五三八條船舶法三五條海上衝突豫防法七條臺灣船籍規則二條)

第三 型式ノ上ヨリハ我國ニ於テハ甲板無キ船舶ト雖モ之ヲ船舶トシ其構造ノ型式ニヨリ西洋形、日本形、支那形船舶等ノ別アリ西洋形船舶ハ更ニ之ヲ一層二層三層甲板船等ニ分テリ此區別ニヨリ船舶ノ積量ヲ測定スルニ方リテ適用スヘキ規定ヲ異ニシ(船舶積量測定規則三條四條五條九條臺灣船舶積量測定規則二條三條四條五條八條乃至一五條)西洋形船舶ニ在リテハ其積量ヲ表示スルニ當リ百立方尺即チ一噸ヲ單位トシ日本形及ヒ支那形船舶ニアリテハ十立方尺即チ積石數一石ヲ以テ單位トス從テ此區別ハ自ラ船舶ノ登記及ヒ登録ニ記載セラルルニ至ルヘシ日本形船舶ハ其構造弱ク彼ノ西洋形ノ如ク助材梁船尾材等ヲ缺キ危險ノ虞アルヲ以テ五百石以上ノ船舶ハ其新造ヲ禁止セラル(明治十八年布告一六條)西洋形船舶ニハ大小大砲ノ設備ヲ許サル(明治八年五月布告九八號)

網具ノ裝置ニヨリ西洋形船舶ハ「シツプ、バーク、ブリダ、ブリガタイン、スクーター、ナイフ、ア、エンド、アフト、スターナー、カッター」又ハ「スループ」其他種種ノ名稱アレトモ其法律上ノ用ハ識別ヲ正確ニスルタメ登記及ヒ登録ノ事項トセルニ過キス

第四 船舶ノ大小ニヨリ適用スヘキ規定ヲ異ニスルコト甚タ多シ其大小ヲ示メ方法トシテ船舶ノ積量ヲ測定シ西洋形船舶ニ在リテハ噸數ヲ以テ之ヲ示シ日本形及ヒ支那形船舶ニ在リテハ積石數ヲ以テ之ヲ示ス而シテ噸數ヲ以テ表示スル場合ニ於テハ總噸數ト登録噸數トヲ區別スルコトヲ要ス總噸數ハ西洋形船舶ノ二重底以外ノ水密部分ノ總容積ヲ示スモノニシテ登録噸數ハ汽船ニ在リテハ總噸數ヨリ乗組人常用室及ヒ機關室ノ噸數ヲ除キタルモノ帆船ニアリテハ總噸數ヨリ乗組人常用室ノ噸數ヲ除キタルモノトス(船舶積量測定規則六條臺灣船舶積量測定規則五條法律辭書三冊四二七頁以下抽稿噸數蘇士運河會社規則三十七年十一月八日官報二〇九頁參照)西洋形船舶ノ積量測定方法ハ歐洲ニ於テモ初ハ甚タ不確實ノモノニシテ其結果脆弱ナル構造ノ船舶ヲ生スルニ至リシモ「ムーアサム」氏式測定方法カ千八百五十四年英國法ニヨリテ採用セラレテヨリ各國殆ント此英法ニ倣フニ至リ日本ニ於テモ此規則ニ從ヘルモノトス唯之ニ使用スル尺度ニ至リテハ獨斷ノ如キハ米突ニヨリ我國ニテハ英一呎ハ曲尺一尺ニ近キカ故ニ曲尺ヲ採リ曲尺十立方尺ヲ一噸トセリ尺度ノ差異ト登録噸數ヲ定ムルニ付キ控除スヘキ數ノ差異アルヲ以テ國際間積量互認ノ取極アリ我國ハ英、米、丁、獨、瑞典、諾威トノ間

ニ此取極ヲナセリ獨逸法ニ於テハ獨逸純一立方米突ハ英登簿噸數〇、三五三噸ニ當ルモノト規定セリ

我國ニ於テハ多クノ場合ニ於テ總噸數二十噸積石數二百石以下ノ船舶ヲ以テ小船トシテ船舶ニ關スル諸規定ヲ適用セス(船舶法二〇條船舶檢査法一條一號商五四〇條二項船舶法三五條)然レトモ此他ノ標準ヲ採レル規程モアリ或ハ登簿噸數五噸未滿又ハ積石數五十石未滿ヲ標準トシ(船舶鑑札規則一條二項)或ハ登簿噸數十五噸以上積石數百五十石以上ノ船舶ヲシテ船舶國籍證書ノ交付ヲ申請セシメ之ニ滿タサル船舶ヲシテ單ニ船鑑札ノ交付ヲ申請セシメ(臺灣船籍規則二條)或ハ總積量二十噸未滿ノ汽船及ヒ同二十噸未滿ノ帆船ニ付テハ規定ノ違奉ヲ寬ニスルアリ(海上衝突豫防法七條)航海獎勵金ヲ與ヘラルヘキ船舶ハ總噸數一千噸以上タルヲ要シ(航海獎勵法二條)造船獎勵金ハ總噸數七百噸以上ノ船舶ニ關シテノミ與ヘラル(造船獎勵法二條)

第五 所有者ノ資格ニヨル區別

船舶ニ關シテ國法上及ヒ國際法上ノ保護ヲ受ケント欲セハ其船舶ヲシテ或國家ノ所屬タラシメサルヘカラス換言セハ其船舶ヲシテ國籍ヲ有セシメサルヘカラス(ワグナー、ベレルス、シャ、プス)船舶カ一國ノ國籍ヲ有セルコトヲ表見のニ示スモノハ其國旗ニシテ其之ヲ掲揚スルノ權アルコトヲ證明スルニ足ルヘキ船籍國籍證書其他ノ船舶書類ト相俟テ其所屬ノ真正ヲ證明

スルモノトス(ベレルス四九頁)國旗ノ形式ハ各國法ノ定ムル所ニヨルモノニシテ我國ニ於テハ明治三年正月二十七日布告商船規則ニ之ヲ定メ外國へ渡航ノ日本形商船ニ付テハ明治十年七月第五二號布告ヲ以テ之ヲ定ム何等ノ旗章ヲモ掲揚ヒサルコト虛偽ノ旗章ヲ掲タルコト及ヒ諸國ノ旗章ヲ同時ニ掲揚スルコト及ヒ勝手ニ其旗章ヲ變更スルコトハ國際法上及ヒ國法上不法ナルコトトス(前掲商船規則船舶法二條七條二條船舶法施行細則五條四三條ワグナー、ガラアス、フックス、ベルケル、シャ、プス、ベレルス)國旗ノ國際法上ノ用ハ海賊ト認メラレサルコト(商船規則)領海内ノ漁業不開港場寄港沿岸航海(船舶法三條臺灣船籍規則五條)領海外ニ於ケル一國主權ノ效力民事事件ノ場合ニ國際私法上國旗法上ニ依ル場合職時ニ於ケル敵船捕獲等ニ關シテ之ヲ認ムルヲ得ヘシ(ベレルス)

如何ナル場合ニ於テ一船ヲシテ一國ノ國籍ヲ有セシムヘキカハ各國ノ船舶國籍法ニ依ルモノトス而シテ此法律ハ各國ノ特殊ノ必要ニ應ジテ制定スルモノナルヲ以テ之ニ關スル各國ノ法規ハ歸一セズ國際法高等學會ニ於テモ千八百九十六年ノ決議ニヨリ船長一等運轉士ハ自國人タルヲ要ストナスヘキモノナルカ否カハ一般的ニ定メ難キモノナルモ一國ノ國旗掲揚權ト其國ノ國民タル資格トハ相聯關セシムヘキモノニシテ其詳細ハ各國ニ於テ定ムヘキモノナリトセリ

我カ船舶法ニ於テハ左ノ船舶ヲ以テ日本船舶トス(船舶法一條、臺灣船籍規則一條)

南洋海商 本論 船舶及船舶所有者 船舶

- 一 日本ノ官廳又ハ公署ノ所有ニ屬スル船舶
- 二 日本臣民ノ所有ニ屬スル船舶
- 三 日本ニ本店ヲ有スル商會社ニシテ合名會社ニ在リテハ社員ノ全員、合資會社及ヒ株式合資會社ニ在リテハ無限責任社員ノ全員、株式會社ニ在リテハ取締役ノ全員カ日本臣民ナルモノノ所有ニ屬スル船舶
- 四 日本ニ主タル事務所ヲ有スル法人ニシテ其代表者ノ全員カ日本臣民ナルモノノ所有ニ屬スル船舶

五 舊商法ノ規定ニ從ヒテ設立シタル合資會社ニ在リテハ業務擔當社員ノ全員カ日本臣民ナルモノノ所有ニ屬スル船舶

是レカメテ自國臣民全有主義ヲ貫ケルモノニシテ獨逸法ニ酷似セリ(千八百九十九年六月二十二日獨國商船國旗掲揚權法二條) 此主義ヲ探ルハ英(千八百九十四年商船條例一條)露、米等ニシテ諸威法モ之ニ似タリ而シテ一部自國入主義ヲ探レルハ埃、匈丁、瑞典、白耳義、佛、希及ヒ伊、蘭、葡等トス而シテ或ハ自國入主義ヲ度外視スルモノアリ(亞爾然丁、智利、コロンビヤ、パラグエイ) 又此等ノ要件ノ外或ハ自國建造ヲ要件トスルモノアリ或ハ船長海員ノ幾部カ自國人タルヲ要ストスルモアリ(佛、希、葡、瑞典、埃匈、米、伯刺西、芬蘭、伊、墨、露西等)

船舶國籍法ニ於テ探レル主義ヲ維持センカ爲メ注意の規定ヲ設クル國アリ(英法七一條)我國

ニ於テハ單ニ商法第五五條アルノミナルモ判例ニ於テハ日本人カ其全部ヲ所有セシ船舶ノ持分ヲ清國人ニ讓渡シテ船舶ヲ共有セントセシニ其契約ヲ以テ不法ナルモノナリトセリ(大審院三十六年四月判決) 然レトモ船舶ノ全部ヲ外國人ニ讓渡スハ不法ニアラス其一部ヲ讓渡スト雖モ亦然リ唯其船舶カ日本ノ國籍ヲ失フニ過キサレバ其日本國旗ヲ掲揚スルコトカ不法ナルニ過キス(前掲判例) 日本船舶ハ日本國旗ヲ掲ケ日本各港間ニ航海ヲナシ不開港場ニ立寄ルコトヲ得(船舶法二條三條二條二條二九條) 然レトモ此等ノ權利ハ船舶國籍證書又ハ假船舶國籍證書ヲ請受ケタル後ニアラサレハ之ヲ行使スルコトヲ得サルヲ原則トス(例外船舶法施行細則四條五條) 是レ英獨等ノ法律ニ倣ヘルモノニシテ其結果トシテ先ツ是等ノ證書ヲ請受クルニ必要ナル要件タル登記及ヒ登録ヲ爲ササルヲ得ス(船舶法五條) 而シテ船舶ノ登録ヲナスニハ其申請書ニ登記ノ謄本ヲ添付スルヲ要スルヲ以テ(船舶登記規則一五條) 登記及ヒ登録ノ手續ヲナス前ニ先ツ管海官廳ヨリ船舶件名書ノ謄本ノ交付ヲ受タルヲ要ス船舶件名書ハ管海官廳ニ於テ積量ノ測定ノ申請ヲ受ケタルトキ検査官吏ヲシテ船舶ニ臨檢シ一定ノ書式ニヨリ之ヲ調製セシムルモノナルヲ以テ(船舶法施行細則二二條) 名稱、船籍港ノ測定、積量測定ノ申請(船舶法四條七條) ハ船舶ノ登記及ヒ登録ニ先テ之ヲ爲スコトヲ要ス管海官廳ニ於テ其備付ケタル船舶原簿ニ登録ヲ爲シタルトキハ船舶國籍證書ヲ交付スルコトヲ要ス登記事項登錄事項及ヒ船舶國籍證書假船舶國籍證書ニ記載セル事項ノ正確ヲ保全セ

シカ爲メニ船舶法ハ幾多ノ規定ヲ設ク(船舶法八條九條一〇條一一條一四條一九條二四條二七條三〇條三二條)船舶國籍證書ハ實ニ其國籍及船舶ニ關スル諸權利ヲ證明スルニ付キ最モ必要ナル證書ナルヲ以テ其滅失毀損ノ場合ニハ更ニ之ヲ請受ケシメ又證書カ外國ニ於テ滅失毀損シ或ハ外國ニ於テ新ニ船舶ヲ取得シ其他日本ニ於テ船舶ヲ取得スルモ取得地ヲ管轄スル管海官廳ノ管轄區域内ニ船籍港ヲ定メサル等己ムヲ得サル場合ヲ限定シテ假國籍證書ヲ與フルモノトス(船舶法二三條一五條一六條)從テ假國籍證書ハ有效期間アルノミナラス(船舶法一七條)船舶カ船籍港ニ到着シタルトキハ有效期間内ト雖モ其效力ヲ失フモノトス(船舶法一八條)船舶カ其國旗ヲ掲揚スルハ單ニ權利タルニ止マルカ或ハ權利アルノミナラス掲揚ノ義務ヲ伴フモノナリヤ近來ノ思想ハ其單ニ權利ノミニシテ義務ニアラストナスカ如キモ我國ニ於テハ日本船舶ハ國旗ヲ掲ケ且其名稱船籍港番號積量喫水ノ尺度其他ノ事項ヲ標示スルヲ要シ違反者ニハ罰金刑ヲ科セリ(船舶法七條二六條二七條)船舶法施行細則四條四三條乃至四七條)然レトモ單ニ權利ノミヲ有スル船舶ナキニアラサルコトヲ忘ルヘカラス(第四參照船舶法二〇條)

第六(甲) 海船ト非海船トノ區別

商行爲ヲナス目的ヲ以テスルト否トヲ問ハス苟モ航海ノ用ニ供スル船舶ハ之ヲ海船ト稱ス海船中商船ニ關シテハ商法ノ適用アリ商船ニ非サル海船ニ關シテハ商法第五編ノ規定ヲ準用ス

ルヲ原則トス唯非海商船ノ所有者カ官廳又ハ公署ナル場合ニ於テハ其準用ヲナササルモノトス(船舶法三五條)海船ノ範圍ハ同時ニ海商法ノ應用ノ範圍ナルヲ以テ茲ニ航海ノ用ニ供スル船舶ノ意義ヲ説明スルコトヲ要ス

一 航海ノ地的區域 海ト海ニアラサル水域トノ區別ハ海上交通上ノ觀念ニ基キテ之ヲ爲スヘキモノニシテ其觀念ノ未タ確定セサル我國ニ於テハ寧ろ海ノ範圍ハ商法施行法第一二二條ニ依リ逡信大臣ノ定メタル平水航路ノ區域以外ヲ以テ海トナスヲ適當トス(明治三十二年五月遞信省令二〇條、船舶検査法施行細則五三條、商法三三一條六四六條法學協會雜誌二三卷一〇號)

二 用ニ供スルコト 航海ノ用ニ供スル船舶ハ實際航海ノ用ニ供スルヲ得サルヘカラス製造中ノ船舶ハ航海ノ用ニ供シ難キヲ以テ之ヲ船舶ト見做ササルヲ原則トス(六八九條)船舶法三五條)然レトモ船舶カ其可航性ヲ失ヘル場合ニ於テハ直チニ船舶ト稱スルヲ得サルニ至リ從テ之ニ關シテ海商法上生セル權利カ凡テ消滅スルモノト解スルヲ得ス(五四四條)ボークス(三三頁)

實際航海ニ用キ得ヘキ船舶モ之ヲ航海ノ用ニ供セサレハ海船ニハアラス故ニ獨逸學者ハ船舶カ海船トナル爲メニハ其所有者ニ依リテ其使用ノ途カ定メラレ而シテカ外部ニ表ハサルルヲ要スト謂フナリ而シテ其實際ニ海ヲ航スルト否トヲ問ハサルハ殆ト獨逸學者ノ通説

ト云フヘシ我商法ノ解釋トシテモ亦予輩ハ必スシモ其現ニ海ヲ航スルヲ要セス單ニ其使用ノ途カ確定スルヲ以テ足ルモノト考フ

然ラハ船舶使用ノ途ハ如何ニシテ確定スルカ所有者カ明確ニ之ヲ定メ之ヲ表示セル場合ハ勿論ナリト雖モ其明示ナキ場合ニ於テハ事實ノ問題トシテ其構造從來ノ用法其他各般ノ事情ヨリ其意思ヲ推知スルノ外ナカルヘシ而シテ所有者ノ用法變更ノ效力ハ將來ニ向テノミ其效力ヲ及ホスモノト解ス航海ノ用ニ供スルトハ主トシテ航海ノ用ニ供スルニアラス苟モ航海ノ用ニ供スルモノハ悉ク之ヲ含マシムルモノト解ス

第六(乙) 商船ト非商船ノ區別

商船ト非商船トノ區別ハ國ニヨリテ其重要ノ程度ト其區別ノ標準ヲ異ニス我國ニ於テハ既ニ述フル如ク商船以外ノ海船ニモ亦海商法ノ規定ヲ準用スルヲ以テ此區別ノ實用ハ割合ニ少シ唯此區別ノ實益ハ適用スヘキ法條ヲ定ムルニ過キササル場合多シトス
獨逸法ニ於テハ航海ニヨリテ營利ヲ爲スノ用ニ定メラレタル船舶 (Die zum Erwerbe durch Seefahrt bestimmten Schiffe) ヲ以テ商船トシ (獨逸商船掲旗權法一條同舊商四三三條同新商四七四條等) タレトモ我商法ニ於テハ商行為ヲナス目的ヲ以テ航海ノ用ニ供スル船舶ヲ以テ海商法上ノ船舶即チ商船トセリ (五三八條) 從テ商船ハ海船ノ一種ナリ
商船ハ航海ノ用ニ供セラルルモ商行為ヲナス目的ヲ以テ其用ニ供セラレラルヘカラス航海ト

商行爲ト無關係ナルヲ云フニアラス

商行爲ノ何モノナルハ茲ニ之ヲ述ヘス (二六三條乃至二六五條) ト雖モ航海ノ目的カ商行爲ニアル場合ハ營業的(相對的)商行爲ノ場合カ然ラサレハ補助的及ヒ推定の商行爲ノ外ナシ所謂絕對的商行爲ハ航海ニヨリテ爲サルモノナシ

商船ハ營業的補助的又ハ推定の商行爲ヲナス目的ヲ以テ航海ノ用ニ供スルモノナルコトハ其當然ノ論結トシテ必スシモ其船舶ハ主トシテ航海ノ用ニ供セラルルコト又ハ其商行爲ノ主體ハ必ス其船舶所有權ヲ有スル者タルヲ要ストノ論結ヲ生スルモノニアラスト考フ予輩ハ我商法ノ規定ニ付テ論述スルモノナレハ以下船舶ト云フハ商船ト解スヘタ唯商船ニ關スル規定ハ非商海船ニモ準用セラルルコトヲ注意スルヲ以テ足ルヘシ

第三款 船舶ノ性質

船舶ノ國法上ノ性質ハ物ニシテ動産ノ一種ナルコトハ勿論ナリト雖モ(民八五條八六條) 既ニ羅馬法ニ於テモ其動産タルヲ認メタルニ拘ハラズ中世其價格ノ貴キト其容易ニ轉轉セザルトノ理由ニ依リ之ヲ不動産ト見ルニ至レリ此沿革アルヲ以テ「ルイ」十四世ノ海法(千六百八十一年)ニ至リテ法文ヲ以テ其動産タルコトヲ明示シ其後近世ノ立法ニ於テモ此例ニ從フモノ甚タ多シ(舊商八三四條佛民五三一條同商一九〇條白千八百七十九年海商一條、蘭商三〇九條、葡

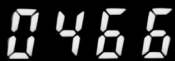
商四八五條、伊商四八〇條、埃及商四條、西班牙舊商六〇八條、六一五條) 國商二〇其
又或ハ船舶ヲ以テ法人トナシ其財産ヲ限リテ責ニ任スヘキモノト爲スモノアリ(千八百九十二
年「グスマ」會議議決)

我商法ニ於テハ獨逸商法ト同シク船舶ノ性質ニ關スル明文ヲ設ケスト雖モ其之ヲ不動産ニモ法
人ニモ非ストセルハ疑ナキコトトス然レトモ不動産ニ關スル規則カ船舶ニ付キ準用セラルル
場合アリ(競賣法三九條、商六八六條、民訴七一七條) 或ハ不動産ニ關スル特殊ノ規定ト同一
ナル規定カ船舶ニ關シテモ亦設ケラルル(五四〇條五四一條五六條六八六條六八八條) ヲ以
テ或ハ不動産ト同様ナリト云ヒ或ハ浮遊セル建物ナリト謂フ者モアリ乍併我國ニ於テハ不動産
ニ關スル規定ト同様ノ待遇ヲ受ケサル船舶即チ商船モアリ(五四〇條二項五四一條六八六條一
項六八八條)

英法ニ於テハ船舶ニ關スル先取特權(Maritime Lien) ヲ行使センカ爲メ海上裁判所ニ對物訴訟
(Proceedings in rem) ヲ起シタル場合ニハ其所有者ノ如何ヲ問ハス單ニ其物件ヲ以テ責任ヲ擔
保スヘキモノトナスヲ以テ恰モ船舶ヲ以テ人ト認ムルカ如キ觀アリ乍併船舶カ名稱ヲ有シ(船
舶法七條八條) 船舶所有者ノ國籍ト獨立スル船舶自身ノ國籍ヲ有シ(船舶法一條) 船籍港ヲ有
ス(船舶法四條) ルヲ見テ之ヲ法人ナリト斷定スルヲ得ス

第四款 船舶ノ所有權

船舶ノ上ニ存ス可キ物權ハ獨リ其所有權ノミニ非スト雖モ所有權以外ノ物權ニ付テハ法文ノ順
序ニ從ヒ船舶債權者ニ關スル章ニ於テ之ヲ論シ茲ニハ單ニ所有權ニ關シテ述フヘシ
船舶カ動産ナル以上ハ所有權ノ目的物トナリ得ヘキハ勿論ナリ其所有權ノ性質ハ一般動産ノ所
有權ト異ナルコトナシ其所有權取得ノ行爲ハ通常之ヲ原始取得ト承繼取得トニ區別スト雖モ
是レ獨リ船舶ニ特有ナルモノニ非ス唯從來私船ニヨル捕獲カ國際法上認めラレタル時代ニ在リ
テハ捕獲ニヨル取得ハ一般ニ物ノ取得ト趣ヲ異ニセルモノアリシト雖モ私船捕獲カ廢セラレ
タル今日ニ於テ又捕獲船ヲ以テ國有トシ捕獲ニ干與セル海軍軍人ヲシテ捕獲物ノ上ニ何等ノ私
權ヲモ有セシメタル我國ニ於テハ捕獲ニヨル所有權ノ取得ハ私人ニ付テ生スルコトナシ捕獲ト
檢定セラレタル船舶ノ所有權ハ國家ノ所有ニ歸スルコトハ明カナリト雖モ(捕獲審檢令二八條)
其所有權移轉ノ時期其效力ニ關シテハ疑ナキ能ハス乍併捕獲ト檢定セラレタル以前ニ在リテハ
未タ所有權ノ喪失ナシト論スル學者アリ我捕獲規程第七三條ノ如キモ亦此說ヲ容ルルモノトセ
ハ所有權ノ移轉ハ沒收即チ捕獲ト檢定セラレ其確定ノ時ニ在ルモノト解スヘキモノナランカ又
沒收ハ其船舶ノ所有者以外ノ利害關係人ニ對シテ如何ナル效力ヲ生スヘキカニ付テハ我捕獲
審檢所ハ損害賠償ノ問題ハ其職權ニ非ストナシ之ニ關スル訴願又ハ抗議ヲ斥ケタルヲ以テ問題



ハ未ダ解決セラレサル如ク唯タ佐世保捕獲審檢所ニ於テハ檢定ノ理由中ニ「訴願人ノ有スル債權ハ本件船舶ノ航海繼續ニ必要ナル費用ナリトスルモ捕獲物ニ對スル優先權ハ我法令上之ヲ認ムル明文無キ」ミナラス國際法上敵ノ財産トシテ沒收セラルヘキ捕獲物ニ對スル捕獲者ノ權利ハ絕對ニシテ第三者ハ其財産上ニ何等ノ請求權ヲ有スルモノニアラス然レトモ國庫辨償ノ事ハ當審檢所ニ於テ檢定ヲナス限ニ在ラスト述ヘ(明治三十七年五月二十六日檢定露國汽船ロシヤ號所有者ニ對スル債權ニ付テノ訴願)又拿捕セラレタル貨物ノ荷爲替手形ヲ引受ケ出金シ其貨物ニ付キ尠カラサル利害關係ヲ有スト稱スル者ノ訴願ニ對シ佐世保捕獲審檢所ハ國際法上敵貨ニ對スル捕獲者ノ捕獲權ハ絕對ニシテ之ニ關スル他ノ一切ノ權利ヲ認メサルモノトシ(マンチユリヤ號搭載貨物捕獲事件明治三十七年五月二十七日檢定)高等捕獲審檢所ハ之カ抗議ニ付キ「中立國人カ之(貨物)ニ對スル荷爲替手形ヲ引受ケタルノ故ヲ以テ捕獲ヲ免ル可キモノニアラスト檢定セリ(三十八年一月十七日檢定)

之ヲ要スルニ捕獲ノ效力ニ關シテハ捕獲物ノ上ニ存スル所有權以外ノ物權ハ消滅スヘキモノナルヤ否ヤハ未ダ十分ニ決セラレサルカ如ク又學說實例ノ上ニ於テモ中立國船舶ニ積ミタル積荷ヲ捕獲セル場合ニ捕獲者ハ運貨ヲ支拂フヘシトスル者アリ勿論捕獲ハ刑罰ニ非ス又中立國人ノ權利ヲ害スルコトヲ目的トスルモノニ非スト雖モ予輩ハ法ニ規定ナキ以上ハ沒收ノ效力ハ絕對のナリトナスヲ以テ我現行法上正當ナリト解ス

原始取得ノ例トシテ學者ハ新造ノ場合ヲ論スルヲ常トス乍併造船契約ノ性質ハ民法ノ問題ナルノミナラス個個ノ法律行為ニ付キ其性質ヲ定ムヘキモノトス從テ必スシモ賣買ニ非スト謂フコトヲ得ス(立法例ニ於テハ造船契約ニ關スル特殊規定ヲ設クルモノモアリ)

船舶ノ承繼取得ハ之ヲ設權の又ハ創設的取得(Konstruktiver Erwerb)ト移轉的取得(Transaktiver Erwerb)ニ分ツヲ得(ヘシ捕獲ノ如キハ前者ニ屬スヘク賣買相續ノ如キハ後者ニ屬スヘシ原始取得ヲ爲セル私人ハ新ニ登記ヲ爲スヲ要シ又移轉的取得者ニ在リテモ登記ヲ爲スヲ要ス(五四〇條五四一條)船舶ハ動産ナリ從テ動産ニ關スル原則ノ適用ヲ免レスト雖モ登記アル船舶ノ讓渡ニ第三者ニ對抗スルノ要件トシテハ其讓渡ノ登記ヲ要スルノミナラス其船舶國籍證書ヘモ亦讓渡ヲ記入スルコトヲ必要トセリ(五四一條)此點ニ於テハ不動産トモ手續ヲ異ニス商法ニ所謂讓渡トハ必スシモ賣買ノミニ非ス廣ク法律行為ニ因ル權利ノ移轉ヲ包含スルモノト解ス而テ是等讓渡ノ對抗要件ハ引渡ニ代ルモノニ非スシテ船舶ニ特殊ナル要件トス

外國ニ在リテハ讓渡ノ要件トシテ或ハ書面ヲ要ストナシ(英、米、白、佛、芬、荷、西)或ハ書面及ヒ公簿登錄ヲ要ストナシ(蘭商三〇九條)或ハ公ノ證書ヲ要ストナシ(伊四八三條四八二條)或ハ公ノ證書ノ外更ニ登錄ヲ必要トスルモノアレトモ(伯舊)我商法ニ於テハ登記及ヒ國籍證書ヘノ記載ハ讓渡ヲ第三者ニ對抗スルノ要件タルノミ乍併是等ノ形式ハ登記及ヒ國籍證書ハ常ニ正確ナルコトヲ期シ且ツ常ニ相離離セサルヲ期スヘキモノナレハ我法律ニ於テ船舶國籍證書ニ之ヲ

記載スト謂フハ其書換ヲ爲スモノナリト解シ私人カ之ニ記入スルコトハ第三者ニ對抗スルノ理
由トナラサルモノト考フ(五四一條船舶法二一條)

船舶ノ所有權讓渡ニ連關シテハ尙ホ從物ハ主物ノ處分ニ從フヲ以テ(民八七條)船舶ノ從物ニ關
シテ一言ヲナスヲ要ス、主物及ヒ從物ノ如何ナルモノナルカハ民法ノ問題ナリ只タ商法ニ於テ
ハ船舶ノ屬具目錄ナル書類ヲ認メ船長ヲシテ之ヲ船内ニ當置セシメ(五六二條三號)船員法四九
條一號三號)其書類ニ記載セル物件ヲ以テ其ノ船舶ノ從物ト推定ス(五三九條)外國法中ニハ
端舟ヲ以テ船舶ノ從物ナリト定ムルアリ或ハ船舶ハ艦裝ヲ包含スルモノトナシ艦裝トハ其船舶
ニ附屬セル端舟舳舟武器食糧櫓網具帆錨等ノモノヲ包含ストナシ之ヲ示セルアリ乍併我商法ニ
於テハ從物ニ特殊ノ意味ヲ附セス其意味ノ如何ハ民法ニ委ネタリ故ニ屬具目錄ニ記載セル物件
ト雖モ其民法上船舶ノ一構成部分ト認ムルニ足ル可キモノハ從物ニハ非ス屬具目錄ニ記載セラ
レサルモノト雖モ其主物ノ所有者カ其常用ニ供スル爲メ自己ノ所有ニ屬スル他ノ物ヲ以テ之ニ
附屬セシメタルトキハ其附屬セシメタル物ハ從物ナリ(民八七條)而シテ船舶檢査規定ニ於テ
ハ屬具ヲ船體部屬具及ヒ機關部屬具ニ分ツト雖モ其所謂屬具ナルモノハ民法上ノ從物タルヤ否
ヤノ問題トハ相關セサルモノト考フ

船舶所有權ノ移轉ハ現ニ航海中ノ船舶ノ航海ニ因リテ生スル利害ニ如何ナル影響ヲ及ホスヘキ
ヤニ付テハ或ハ特約ナクハ物ノ使用ノ對價ナリトシ之ヲ法定果實トナシ所有權移轉ノ日割ヲ以

テ其損益ヲ分割スヘシトナスモノアリ(佛芬蘭)或ハ之レヲ以テ船舶ノ附屬物トナスモノアリ
獨逸法ニ於テハ航海中ノ船舶ヲ讓渡シタル場合ニハ新所有者ハ其船舶カ現ニ航行ヲ爲シツツア
ル事業ニ加入スルノ意思アルモノト解スルヲ以テ事宜ニ適スルモノトナシ讓渡人ト讓受人トノ
間ノ關係ニ於テハ特約ナキ場合ニハ其航海ニ因ル損益ハ一切讓受人ニ歸スルモノトセリ(獨商
四七六條同舊四四一條)我商法モ亦之ニ倣ヘタルモノト解ス(五四二條)唯タ獨逸法ニ於テハ
同第四七七條(舊四四二條)ニ於テ船舶ノ讓渡ハ讓渡人ノ人的責任ニ影響ヲ及ボササルコトヲ
定ムルニ拘ハラス我商法ニハ之カ規定ヲ受ケリ然レトモ我商法ノ解釋トシテモ同一ノ結論ヲ見
ルニ至ル可シ蓋シ商法第五四二條ニハ損益カ何人ニ歸屬スヘキヤヲ規定スルノミ之ヲ債權者及
ヒ債務者ノ交替ト解スルヲ得サル可キヲ以テナリ唯タ其第三者ト新所有者トノ間ニ新ナル關係
ヲ生スルハ商法第五八四條ノ場合ナリトス

茲ニ所謂航海ハ如何ナル時期ニ始マルモノナルカハ舊船舶所有者ノ既ニ表白セル意思ニヨル可
キモノナレトモ猶ホ讓渡行爲成立ノ當時ニ船舶所有者カ猶ホ運送ト終ラサル積荷アル場合ニハ
其運送着手ノ時期ニ溯ルヘキモノト考フ

第二節 船舶所有者

第一款 總說

商法ニ於テ船舶所有者ト稱スルモノニ二ツノ意義アリ第一ノ意義ニ於テハ船舶ノ所有權ヲ有スル者ヲ稱スルコトアリ例セハ第五四〇條第五四一條ノ如キ是ナリ第二ノ意義ニ於テハ獨リ船舶ノ所有權ヲ有スルノミナラス更ニ其船舶ヲ自己ノ爲メニスル商行爲ヲ爲ス目的ヲ以テ航海ノ用ニ供スル者ヲ謂フ商法第五四四條ヲ始メトシテ商法中多數ノ規定ハ此ノ意義ヲ以テ説明スルコトヲ必要トス之ヲ要スルニ船舶所有者ニ廣狹ノ二義アリト雖モ商法ノ規定ヲ論スルニ當リ最も必要ナル觀念ハ狹義ノ船舶所有者ニシテ廣義ノ場合ハ寧ロ例外ト謂フ可シ

之ヲ外國ノ例ニ稱フルニ羅馬法ニ所謂「Executor」「Ekyzelシトール」ハ自己ノ計算ニ於テ船舶ヲ航行ノ用ニ供スル者ヲ謂フ「Rehms s. r.」故ニ其所有權カ何人ニ屬スルカハ羅馬法上此問題ニ關係ナシト謂フ可シ佛法ノ「armateur」「アルマチユール」亦甚タ之ニ似タリ

之ニ反シテ佛法ニ所謂「Proprietaire」ハ船舶ノ所有權ヲ有スル者ヲ謂ヒ子カ曩ニ述ヘタル第一意義ニ於ケル船舶所有者ト同様ナリ獨逸ニ於テハ之ヲ船舶所有權者ト謂フ獨逸法ニ所謂「レーデル」Rhefer 即チ船舶所有者ハ頗ル子カ所謂第二意義ノ船舶所有者ニ類シ「自己ノ爲メニスル營利航海ノ用ニ供スル船舶ヲ所有スル者」ヲ謂ヒ（獨商四八四條）從テ其船舶ヲ他人ニ貸貨シテ他人ノ爲メニスル營利航海ノ用ニ供セシムル者ハ「レーデル」ニ非ス他人ノ船舶ヲ貸貨シテ之ヲ航海ノ用ニ供スル者モ亦「レーデル」ニ非ス

英法ニ於テ船舶所有者トハ船舶所有權ヲ有スル者ヲ指スラ原則トスト雖モ英人ハ亦賃借人ヲ一

時的船舶所有者ナリト唱ヘ用語頗ル統一ヲ缺キシカ近頃之ニ關シテ新判例ヲ生シタルモ或ハ新立法ヲ促スニ至ラシカ（法學協會雜誌二四卷三號三五八頁以下拙稿）子カ我商法ニ於テハ原則トシテ船舶所有者トハ自己ノ爲メニスル商行爲ヲ爲ス目的ヲ以テ自己ノ船舶ヲ航海ノ用ニ供スル者ヲ謂フモノトシ恰モ獨逸法ニ於テ船舶所有權者ト船舶所有者トヲ區別セルニ類セル説ヲ採用セルハ必スシモ獨逸法ノ影響ヲ受ケタルニハ非ス我法律ノ規定ノ解釋上此區別ヲナスノ必要ヲ認ムレハナリ蓋シ商法ニ於テハ船舶賃借人ハ船舶所有者ト同一ノ權利義務ヲ有スル旨ヲ規定ス（五五七條）此ノ規定ハ同時ニ船舶所有者ノ責任ヲ解除スルノ意味ヲ含ムモノニ非ス然レトモ船舶所有權者ヲシテ此場合ニ猶モ商法中船舶所有者ニ關スル規定ノ適用ヲ受ケシメンカ運送ニ關スル權利義務ノ如キモ一方ニハ賃借人ト相手方トノ間ニ發生シ同時ニ亦同様ノ義務カ船舶所有者ト賃借人ト相手方トノ間ニ發生スト謂フニ至ル可シ此論決テ避ケント欲セハ單ニ船舶ノ所有權ヲ有スルカ故ニ船舶所有者ナリトナスコトハ之ヲ避ケサル可カラズ換言セハ船舶所有權者ノ外更ニ狹義ノ船舶所有者ノ觀念ヲ定ムルコトヲ必要トス是レ子カ前述ノ如ク恰モ獨逸法上ノ區別ニ酷似セル區別ヲナシテ船舶所有權者ハ必スシモ船舶所有者ニ非ストナセル所以ナリ

以上ノ所論ニシテ認ナカラシカ船舶所有者ハ自己ノ爲メニスル商行爲ヲ爲ス目的ヲ以テ其所有船舶ヲ航海ノ用ニ供スル者ナリ其ノ商行爲ハ既ニ述フル如ク營業的（相對的）商行爲ナルヲ以テ船舶所有者ハ商人ナリト斷定セント欲ス

第二款 船舶所有者ノ責任

第一項 責任ノ負擔

船舶所有者カ民法上人タリ法人タルノ理由ニヨリ民法ノ原則ニヨリ幾多ノ場合ニ責任スルコトアル可キコトハ茲ニ特ニ之ヲ説明スルノ必要ナシト雖モ其船舶所有者タルノ理由ニヨリ其使用人ノ適法又ハ不適法ノ行為ニ付キ特殊ノ責任ヲ負ヒ又此場合ニ於テハ一方ニ於テハ其責任ヲ制限セラルルコトアルヲ以テ先ツ責任ノ負擔ヲ論シ次ニ其責任ノ制限ヲ論セントス而シテ責任ノ負擔ニ付テハ適法行為ノ場合ト不法行為ノ場合トヲ區別シテ論ス可シ

第一 適法行為ノ場合

船長ハ其船舶所有者ニ代リテ法律行為ヲ爲スノ權限アリ(二六六條五六條乃至五七二條)從テ船長カ其代理權ニ基キ船舶所有者ノ代理人トシテ爲シタル法律行為ハ直接ニ船舶所有者ニ付テ其效力ヲ生スルモノトス(二六六條、民九六條)

註 船長ノ代理權ニ關シテハ或ハ船長ヲ以テ海産ニ關スル特殊ノ代理人トナシ船舶債權者

ハ其物的訴訟ニ付キテハ其定繫港ニ於テモ猶ホ船長ニ對シテ訴ヲ爲スヲ得ルモノトナスアリ換言セハ海産ニ關スル此他動的代理ニ付テハ船長ハ無限ノ權限ヲ有ストナス立法例アリ(例獨舊商七六四條新七六一條ノ如キ)然レトモ我商法ニハ如此特別ノ規定無ク民

事訴訟法第七二條ノ規定ハ類ル之ニ類スル如シト雖モ予ハ此規定ヲ以テ船籍港ニ於テ

モ尙ホ船長ノ代理權ヲ認メタル規定ナリト解セズ

船長ノ行為カ直接ニ船舶所有者ト相手方トノ間ニ效力ヲ生スルハ或ハ船舶所有者カ特別ノ意思表示ヲ爲セルカ故ナル場合モアラン(特ニ民法上斯ルコト多シ)或ハ船舶所有者ノ意思表示ノ有無ヲ問ハス苟クモ船長タルノ事實アラハ其行為ヲシテ直接ニ相手方ト船舶所有者トノ間ニ效力ヲ生セシムル場合モアリ此場合ニ於テハ船長ハ法定ノ權限ヲ有スト謂フナリ船長ノ法定權限内ノ行為ト定メラレタル行為ニ付キテ船舶所有者ハ船長ニ委任授權ヲ爲スコトヲ妨ケス何トナレハ此場合ニ於ケル委任授權ノ效力ハ單ニ船長カ其行為ヲ爲スコトカ船舶所有者ニ對シテ適法ナリトノ理由ヲ作ルニ過キナレハナリ又船長カ其ノ法定ノ權限内ト定メラレタル行為ヲ爲スコトハ必スシモ船舶所有者ニ對シテハ適法ナルヲ保セス其適法ト否トハ個個ノ場合ニ付キテ決スルノ外ナキナリ或ハ船舶所有者カ船長ヲ選任スルトキハ選任ニヨリテ委任ヲ爲スナリ選任行為ノ性質ハ委任ヲ包含スルモノナリト論スル者ナキニ非スト雖モ予輩ハ之ヲ採用セス蓋シ船舶所有者ハ船長ヲ選任スルト同時ニ其ノ法律行為ヲ爲スノ代理權ノ全部ヲ制限スルヲ妨ケス換言セハ何等ノ法律行為ヲ爲スノ權限ヲ與ヘストノ意思ヲ表示スルモノ可ナリ此場合ニ於テ船長ハ猶ホ船長ナリ船舶所有者ノ選任セル船長タリ其選任ハ猶ホ適法ナル選任タルヲ失ハス故ニ船長ノ法定權限ヲ説明スルニ當リ「選任ト云フ事ニヨリ船長ニ委任セル

權限」ナリト説明スルハ予輩ノ採ラサル所ニシテ予輩ハ此等ノ學說ハ猶ホ代理ト委任トヲ混同シテ説明セル時代ノ遺物タル意思ヲ包含スルモノナリトナスヲ憚ラス予輩ハ法定權限ト云フ事ト委任トハ決シテ互ニ相排斥スルノ正反對觀念ニ非スト思惟スルモノナリハ第三者ト船舶所有者トノ間ヲ主トシテ定メ一ハ船舶所有者ト船長トノ間ノ關係ヲ主トシテ定ムルノミ法律ハ海商發達ノ歴史ト實際ノ便宜ニ鑑ミ船長ノ法定權限ヲ規定セリ(五六六條乃至五七二條)

第二 不法行為ノ場合

他人ノ行為ニ付テ責任ヲ負フ可カラサルコトハ責任ノ根據ヲ主觀的ニ論スル者ノ主張スル所ニシテ民法第七一五條ニ於テ採用スル所ナリト雖モ海商法ニ於テハ早クヨリ客觀主義ニ基ク責任負擔ノ法則ノ發達ヲ見タリ我民法第七一五條ノ解釋トシテモ或ハ事業執行者ハ其被用者ノ過失ニ付テ責任ヲ負フモノナリ他人ノ不法行為ニ付テ責任ヲ負擔スルモノナリト説明スル者アレトモ通説ニ非ス予輩モ亦之ヲ採用セス予輩ハ民法第七一五條ノ規定ハ事業執行者ヲシテ其被用者ノ選任監督等ノ事業執行者自身ノ行為ニ付テ責任ヲ負ハシムルノ規定ナリト解ス換言スレハ民法第七一五條ハ他人ノ行為ニ付テノ責任ヲ規定セルモノニハ非ス

然ルニ商法第五四四條ハ他人ノ行為ニ付テ船舶所有者カ責任ヲ負フモノナルコトヲ前提トスルコトハ同條但書ヲ以テモ之ヲ知ルヲ得ヘシ既ニ責任ヲ負フカ故ニ免責ノ制アルナリ其免責

ノ制度ハ船舶所有者自身ニ過失アル場合ニ適用セザルヲ以テ見レハ商法第五四四條ニ於テハ船舶所有者ハ船員カ職務上ノ行為ニ付テ他人ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ於テハ自ら其船員ノ選任監督ニ付テ何等ノ過失モナキ場合ト雖モ責任ヲ負擔スルコトヲ前提トスルモノト解セザル可カラス換言セハ第五四四條ヨリ推論セハ海商法ニ於テハ客觀主義ニヨリ責任負擔ノ原則ヲ默定セリト謂ハサルヲ得ス尤モ此種ノ規定ハ商法第五九二條ニモ亦存スルヲ以テ予輩ハ第五四四條ノミカ船舶所有者ノ責任負擔ノ原則ヲ默定セルモノナリト謂フニハ非ス唯タ商法ニ於テハ民法第七一五條ノ規定ニ異ナリタル責任負擔ノ主義ヲ認メタルモノナリト主張スルノミ責任ノ根據ヲ人ノ行為(過失ヲ含ミテ)ニ基カシメス自ら過失ナキ場合ニ猶ホ他人ノ不法行為ニ付テ責任ヲ負ハシムルコトヲ認ムルトキハ必スヤ其他人ノ責任負擔者(其他人ハ主觀主義ヨリ見テ不法行為者トシテ民法上ノ責任アルハ勿論ナルモ茲ニハ他人ノ行為ニ付テ責任ヲ負擔スル者ヲ假リニ責任負擔者ト謂フ)トノ間ノ關係如何ヲ考ヘテ以テ如何ナル種類ノ他人ノ行為ニ付テ責任ヲ負フ可キカノ限度ヲ決セザル可カラス然ラザレハ秦人ノ過失ニヨリ越人カ責任ヲ負フニ至ル可ケレハナリ其限度ヲ定ムルノ根據トシテ或ハ事業執行者ハ其事ヲ起セル者ナルヲ以テ其事ヨリ生ス可キ社會上ノ危險ニ付テ責任ヲ負擔ス可キナリト説明スル者モアラン英法、ニ於テハ一般ニ不法行為ノ原則トシテモ客觀主義ヲ認メ而シテ予輩ノ調査セル所ニヨレハ事業執行者ハ其事業ニヨリテ利益 [Profit] ヲ受テ、利益ノ歸スル所害モ亦歸ストノ

理由ニヨリテ此主義ヲ採ルカ如シ責任ノ一般の基礎トシテ此説明ノ當否ハ一概ニ論シ難シト雖モ我商法ヲ解釋スルニ當リテハ予輩ハ此英國風ノ説明ヲ以テ最モ便利ナルモノト思考ス

第二項 責任ノ制限

茲ニ責任ノ制限ト謂フハ所謂有限責任ト謂フ義ニハ非ス一般ニ有限責任ノ觀念ヲ論スルニモ非ス實際有限責任ナル文字ハ其ノ如何ナル事項ヲ包含スルノ語ナリヤニ付キテモ亦議論アル處ニシテ其定義ニ付キテモ議論アル所ナリ(有限責任ノ意義ニ就テハ邦文ヲ以テハ岡野博士論文有限責任ノ解(法學新報十五卷一號三十八年一月六頁法律辭書等ヲ見)予輩カ茲ニ一般的ニ有限責任ノ議論ヲ爲スヲ避クル理由ハ彼ノ委付主義ノ如キハ責任ノ原則ハ無限ナリ唯タ委付ノ方法ヲ探レハ其實ヲ免ルルヲ得ルニ過キス責任ノ範圍ハ當然ニ定マルモノニハ非スシテ責任者ノ意思ニ基キテ自由ニ定メ得ルナリ斯ノ如キ主義ヲ以テ有限責任ノ一種ナリト認ムル者モアリト雖モ(例「エーレンベルヒ」)予輩ハ之ヲ探ラサルヲ以テ有限責任ノ一般的觀念ト海商法ニ於ケル船舶所有者ノ責任輕減ノ法制トハ必スシモ範圍ヲ同ウスルモノニ非スト考フルヲ以テナリ予カ茲ニ責任ノ制限ト稱スルハ先ツ人カ財產權上ノ責任ヲ負フ場合ニ於テハ其有スル全財產ヲ擧ケテ以テ其ノ負擔セル義務ノ全部ヲ履行ス可キ原則トシ此ノ原則ニ對シテ例外ヲ設ケル場合ヲ責任ノ制限ト謂フナリ(學說ニヨリテハ之ヲ有限責任ト謂フ)故ニ責任者ノ自由意思

ニヨリテハ其ノ義務ノ全部履行ヲ爲サス或財產ヲ差出シテ賣ラ免ルル場合モ亦其ノ主張ニヨリテ一定金額以上ノ支拂ヲ爲ササルヲ得ル場合ヲモ包含シ又其ノ責任者ノ債務ニ付キ債權者カ執行ヲ爲サント欲スルモ執行ノ目的物カ或財產ニ限ラレル場合ヲモ包含スルモノトス船舶所有者ノ責任ヲ制限スルコトハ各國ニ於テ現今一般立法例ニ認メラルル所ナレトモ其ノ理由ニ至リテハ頗ル疑問アリ又其ノ責任制限ノ方法ニ至リアモ一ナラヌ

第一 何故ニ船舶所有者ノ責任ヲ制限スルヤ

之レニ關シテ通常(イ)航海中船長ハ廣キ法定權限ヲ有スルコト(ロ)航海中ノ船舶内ニ在ル船員ニ對シテハ船舶所有者ハ實際監督ヲ爲スヲ得ス又指揮ヲモ爲スヲ得ス(ハ)船員中高等ノ船員ハ船舶職員法ニヨリ相當ノ試験ヲ經タル者ヲ以テ之レニ充テサル可カラヌ故ニ船舶所有者ハ選任ニ付テハ海技免狀受有者中ヨリ選任セサル可カラサル不自由アリ一方ニ於テハ其免狀受有者ハ國家ノ設ケタル試験ニ及第シ又ハ學校ヲ卒業シテ充分ノ練習ヲ經タル者ナレハ其技倆ハ十分ト謂フ可ク又船舶所有者自身ト雖モ其特別技術者ノ技倆ヲ判斷スルヲ得ザル可シ(ニ)民法ノ原則ニ異ナリ海商法ニ於テハ責任負擔ニ付キ特ニ重キ責任ヲ負擔ス等ノ事項ヲ擧クテ以テ責任制限ノ理由ト爲セトモ之ヲ他ノ事業者ニ比較スルトキハ程度ニ於テ或ハ差等アラシムモ皆以テ十分ノ理由ト爲スヲ得ザル可シ故ニ予輩ハ船舶所有者ノ責任ヲ制限スルコトハ沿革ニ由ルモノトシ又其ノ沿革ノ生シタルハ航海業保護ニ基クモノトス航海業保護ノ方

法ハ或ハ積極的ノモノアリ或ハ消極的ノモノアリ積極的方法トシテハ或ハ保護獎勵金ヲ給シ或ハ特別郵便契約ヲナシ或ハ海運ト密接ノ關係アル鐵道運賃ヲ輕減シテ荷物ノ出入ヲ便ニシ或ハ港湾ノ設備ヲ完備セシメ或ハ造船ノ爲メ特ニ資金ヲ供スルアリ消極的ノ方法トシテハ船舶所有者ノ責任ヲ輕減シテ以テ之ヲ保護スルナリ

第二 責任制限ノ方法

此方法ニ付テモ種種ノ立法例アリト雖モ殆ント皆其船舶所有者ノ使用セル船舶ト何等カノ關係ヲ以テ制限方法ヲ定メサルモノナシ今責任制限ノ方法ニ就キ各種ノ立法例ヲ求ムレハ(折衷主義ヲ除キ)

一 船舶所有者ハ其自身ノ負擔ニ歸ス可キ債務ニ付テハ其債務ノ全部ヲ支拂フノ義務アリ之ヲ支拂フ爲メニハ自己ノ總財產ヲ舉ケテ其責ニ任セサル可カラストスル人の無限責任主義ヲ原則トナシ其例外トシテ(一)或財產權ヲ債權者ニ委付スルトキハ其負擔セル責任ヲ免ルルモノトスルアリ(假リニ人的物的責任主義委付主義ト謂ハン)(二)或ハ船舶所有者ハ裁判所へ出訴シテ其ノ責任制限ノ方法トシテ一定ノ金額ヲ限リテ其ノ金額ノ範圍内ニ於テハ尙ホ自己ノ總財產ヲ舉ケテ責ニ任ス可キモノトスルアリ此主義ハ人的責任主義ニシテ又金額ヲ限リテ責任ヲ負フノ點ヨリ觀察シテ金額責任制限主義トモ謂フナリ英國ニ於テ現行法トシテ採用セラルル所ニ依レハ船舶所有者ハ人命ニ關スル損害賠償ニ付テハ其自己

ノ有スル關係船舶ノ總噸數一噸ニ付キ十五磅ヲ限リ財產上ノ損害ニ對シテハ一噸ニ付キ八磅ヲ限リトシテ其責任ヲ限定スルコトヲ得ルモノニシテ此種類ニ屬ス船舶及ヒ運送貨ノ價格ヲ限リトシテ其責任ヲ制限スル英國ノ舊主義(米國ハ折衷主義ニシテ此主義ト委付主義トヲ折衷ス)ノ如キモ金額責任制限主義ノ一變態ト見ルヲ得可キカ

二 船舶所有者カ責任ヲ負フ可キ場合ニ於テハ債權者ハ其者ノ總財產ノ上ニ執行ヲ爲スコトヲ得ス單ニ其ノ一部分ノ財產ニ就テ執行ヲ爲シ得ルノミトナスアリ獨法ニ於テハ船舶所有者ハ船舶及ヒ運送貨ヲ以テ責任ヲ負フモノトシ(假リニ之ヲ海産ト謂フ)其ノ海産以外ノ財產即チ陸上財產ヲ以テハ何等ノ責任ヲ負ハサルモノトス債權者ハ初メヨリ其ノ總財產ノ上ニ執行ヲ爲スヲ得ス執行ノ目的物ハ初ヨリ海産ニ限ラル故ニ此主義ヲ名ケテ或ハ物的責任主義ト謂ヒ或ハ執行ノ目的物カ限定セラルル點ヨリ執行主義トモ謂フ(「エーレンベルヒ」)此二種ノ責任制限方法ノ區別ハ性質上ノ區別ナリ乍併之ヲ實際ニ考フレハ佛法系ニ於テ採用セル委付主義ト獨法系ニ於テ採用セル執行主義ニ於テハ船舶所有者ノ責任ノ實際上ノ最高限度ハ船舶及ヒ運送貨等ノ海上財產ニ限ラレ此點ニ於テ獨佛法ハ英法ト大差アリ加之執行主義ハ委付主義ヲ改良シタルモノナルヲ以テ獨佛ノ如キ法制ヲ以テ大陸主義ト謂ヒテ英法主義ニ對スル一種ノ主義トナスナリ

理論ノ上ニ於テ大陸主義ヲ以テ優レリトスヘキカ將タ英法主義ヲ以テ優レリトスヘキカハ予

輩未タ充分ニ之ヲ決定スルヲ得スト雖モ予ハ未タ一概ニ大陸主義ニ雷同シテ英法主義ヲ排斥スルニ充分ナル根據ヲ發見セサルナリ英人カ大陸主義ヲ排斥スルハ一ハ其ノ舊法ニ酷似セルト一ハ其ノ不公平ナルニ由ル點アル可ク其說必スシモ排斥ス可ラス然レトモ國際私法上ノ問題即チ英法ト大陸法トノ抵觸問題ヲ生スル場合ニ於テ例ヘハ英船ト大陸船トノ衝突ノ場合ニ於テ英船ニ過失アラハ英船主ハ其所有スル船舶カ沈没スルト否トヲ問ハス其ノ噸數ニ應ジテ或金額ニ至ル迄ハ其全財産ヲ舉ケテ責任ヲ負ハサル可ラサルニ反シ大陸船ニ過失アル場合ニハ若シ其船舶カ沈没スル場合ニハ大陸ノ船主ハ或ハ其沈没セル船舶ヲ委付シ(佛法主義)或ハ實際何等ノ責任ヲ負ハサル(獨法)ニ至ル可ク此點ニ於テハ英國主義ヲ執ル者ハ常ニ不利益ノ地位ニ在ルヲ免レサル可シ是レ理論ノ上ヨリハ寧ロ實際ノ上ニ於テ大陸主義カ行ハルル理由ナル可シ

大陸主義ヲ採ルコトハ已ムヲ得スト前提セハ佛法系ノ主義ヲ是トス可キカ獨法系主義ヲ是トス可キカ獨法主義ハ佛法主義ヨリ發達セルノ點ヨリ觀テモ其獨法主義ヲ可トス可キハ勿論ナリ佛法系ノ委付主義ハ多數ノ立法例ニ於テ採用セラレ又萬國海法會議ニ於テモ採用スル所ナリト雖モ予輩ハ此主義ヲ以テ英獨佛ノ三主義中最惡ノ主義トナスモノナリ其主義ノ缺點トスル處ハ曖昧ナルニアリ如何ナル點ニ於テ曖昧ナルカハ我商法ノ委付主義ヲ說明セハ自ら了解スルヲ得可シ實ニ委付主義ヲ採ルトセハ各國立法例ニ於テ規定セサル幾多ノ新規定ヲ要

ス其規定ヲ缺カ故ニ我商法ハ船舶所有者ノ責任ニ關シテハ殆ント不可解トモ謂フヲ得可ク又實際上船舶所有者ノ責任制限ノ利益ハ殆ント之レヲ獲難シト謂フ可シ而モ我商海ノ日ニ月ニ進ムヨリ考フレハ予輩ハ理論トシテ或ハ船舶所有者無責任論ヲ主張スルヲ以テ正シトス可キカト疑フ唯タ前述セル國際私法上ノ關係ト單船會社ヲ設立シテ以テ實際有限責任トスル恐アルコトハ此ノ議論ヲ實行スル上ニ於ケル實際上ノ困難タル可シ

第三 商法ノ規定

船舶所有者ノ責任問題ニ付テハ予ハ未タ其根本問題ニ付テ如何ナル主義ヲ是トス可キヤヲ解セサルコト前述ノ如シ從テ予ハ實際商法ノ規定ノ當否ヲ云スルノ資格ヲモ有セサル可シ然レトモ假リニ大陸主義ヲ可ナリト前提スルモ我商法(外國ノ委付主義法等ニ於テモ)ハ規定ニ缺漏アリ而モ其缺漏ノ點タルヤ到底解釋ヲ以テ補ヒ難キカ如ク外國著書ニ於テモ予不敏ニシテ未タ十分ノ說ヲ聞キ難キモノアリ從テ以下説明スル所曖昧タルヲ免レサルノ點アリ抑抑自家研究ノ疏漏ヲ高閣ニ束ネテ漫ニ商法ノ規定ヲ譏ルカ如キハ頗ル暴論タルヲ免レスト雖モ委付主義ノ漠然タルカ爲メニ執行主義ヲ生シタルモノトセハ說明ノ曖昧ナル必スシモ獨リ予輩不明ノ罪ノミニハ非サル可キ歟

我商法ニ於テハ第五四條ニ於テ委付主義ヲ採用シテ曰ク

船舶所有者ハ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

商法海商 本論 船舶及船舶所有者 船舶所有者

フニ當リ他人ニ加ヘタル損害ニ付テハ航海ノ終ニ於テ船舶運送貨及ヒ船舶所有者カ其船舶ニ付キ有スル損害賠償又ハ報酬ノ請求權ヲ債權者ニ委付シテ其實ヲ免ハルコトヲ得但船舶所有者ニ過失アリタルトキハ此限ニ在ラス

ト子輩ハ本條ノ説明トシテ(一)委付ノ性質如何(二)何人カ委付ヲ爲シ得ルヤ(三)如何ナル債權ニ對シテ委付ヲ爲シ得ルヤ(四)委付シ得キモノ如何(五)委付スヘキ時期如何(六)委付ノ方式如何(七)何人ニ對シテ委付ス可キカ(八)效力(九)委付ヲ爲スヲ得サル場合ノ九ニ分チテ研究セントス

一 委付ノ性質 委付ハ任意ノ行爲ナリ委付者ハ義務トシテ委付セサル可カラサルニ非ス權利トシテ之ヲ行フヲ得ルナリ(五四五條)其ノ結果トシテ私法上ノ權利ノ得喪ヲ生シ其之ヲ生スルハ委付アルニ由ルヲ以テ法律行爲ナルコト明カナリ

委付ノ文字ニ二義アリ一ハ商法第五四四條ノ場合ニシテ一ハ商法第六七一條乃至第六七九條ノ場合はナリ佛人ハ前ノ場合ヲ「アバントン」ト謂ヒ後ノ場合ヲ「デレースマン」ト謂フ此二者全ク別物ニシテ同一ニ非ス其效力ニ於テモ相手方ニ於テモ全然異ナリ茲ニ委付ト稱スルハ前ノ場合ノ委付ヲ謂フ

委付ハ法律行爲ナリトセハ單獨行爲ナリヤ否ヤ契約ナリヤ委付ヲ以テ契約トセハ相手方ハ之ヲ承諾セサルモ可ナリ相手方カ委付ヲ承諾スルヲ要ストセハ船舶所有者ノ保護ノ爲メニ設ケタル委付ノ制度ハ空文ニ終ル可ク委付權ナキ場合ノ規定ハ無用トナル可シ故ニ委付ハ單獨行爲ナリ其ノ相手方ヲ要スル行爲タルコトハ後ニ述フ可シ委付ハ辨濟ニ非ス更改ニモ非ス又強制的和解ニモ非ス權利ノ移轉ニ伴ヘル特殊ノ免責行爲ナリ

二 何人カ委付ヲ爲スコトヲ得ルヤ 商法ニ於テハ船舶所有者ト規定ス然レトモ第五五七條ニ賃借人モ亦第三者ニ對シ船舶所有者ト同一ノ權利義務ヲ有スト規定スルヲ以テ船舶賃借人モ亦委付權アリ此點ニ於テハ議論ナシト雖モ賃借人カ委付シ得キモノ(内容ニ付テハ議論アリ)

三 如何ナル債權ニ對シテ委付ヲ爲シ得ルヤ 商法第五四四條ニ於テハ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長カ其職務ヲ行フニ當リ他人ニ加ヘタル損害ニ付テハ委付ヲ許セリ法定權限内ニ於テ爲ストハ委任ノ有無ノ問題ト關係ナシ委任ハ法定權限ノ反對觀念ニ非ス故ニ商法上船長ノ法定權限ト規定セラレタル事項ニ關シ船舶所有者カ特ニ船長ニ委任ヲ爲シ而シテ船長カ法律行爲ヲ爲シタル場合ニ於テモ船舶所有者ハ委付權アリ船長特ニ船長ノ職務ハ或ハ便宜ニ基キ之ヲシテ司法警察戶籍吏等ノ職務ヲ執ルシムル場合アリト雖モ船舶所有者カ船員ノ不行爲ニ付キ責任スルハ其自己ノ事業タル運送航海ニ關スル場合ニ限ルヲ以テ茲ニ所謂職務トハ船舶ニ在テハ其船舶ノ指揮者トシテ其海商事業ニ關スル職務ナリトシ他ノ船員ニ付テモ船舶所有者ノ事業ニ關スル職務ヲ指スモノト解

ス職務ヲ行フニ當リ他人ニ損害ヲ加フルトキハ其加害行爲ト職務ト相連關スルヲ謂フ或ハ船員カ其職務トシテ積荷ヲ取扱フ際ニ於テ故意ニ亂雜ニ取扱ヒテ損害ヲ生スル場合ニ於テハ之ヲ如何ニ解ス可キカノ問題ヲ生スト雖モ予輩ハ尙ホ之ヲ以テ職務ヲ行フニ當リ云云ニ該當スルモノナリト解釋ス然ラサレハ第五九二條トノ關係ニ於テ非常ノ不公平ヲ生スルニ至ル可シ水先案内ニ就テハ船員ナルヤ否ヤノ問題ヲ生スト雖モ通常船長ノ顧問タルニ過キサルヲ以テ其過失問題ハ直チニ船長ノ過失ノ問題ニ歸スヘシ此等ノ諸種ノ權利ニ就テハ商法ハ債權者ニ與フルニ船舶債權者タルノ權利ヲ以テス(六八〇條)

四 委付ノ目的 委付ノ目的ニ付テハ商法ニハ船舶運送貨及ヒ船舶所有者カ其船舶ニ付キ有スル損害賠償又ハ報酬ノ請求權ト規定ス

茲ニ一言ノ注意ヲナス可キハ委付ハ單獨行爲ナリト雖モ其ノ行爲ノ内容ハ法律ノ規定ニ違ハサル可カラス然ラサレハ決シテ免責の效力ヲ生セサルナリ故ニ委付ノ目的ノ如何ノ問題ハ一方ニ於テハ委付者ハ委付ニヨリ免責セント欲セハ如何ナルモノヲ委付セサル可カラサルカノ問題ニ歸着スルコト是ナリ

茲ニ掲ケラレタル諸種ノ權利ハ必スシモ同時ニ悉ク備ハルコトヲ要スルモノニ非ス航海中自船ニ何等損害ナキ場合ニハ或ハ損害賠償ノ請求權ナキコトアル可シ此場合ニ於テハ船舶運送貨及ヒ報酬請求權ヲ委付シテ可ナリ報酬請求權無キ場合ニハ船舶及ヒ運貨ノミヲ委付シテ可ナリ是ヲ以テ予輩ハ船舶所有者ハ其有スル權利ニシテ商法第五四四條ニ掲ケラレタル權利ヲ委付スレハ足ルモノトシ之ヲ畧言シテ船主ハ其處分權内ノ權利ニシテ第五四四條ニ掲ケラレタル權利ヲ委付スヘシ賃借人ハ船舶ノ所有權ナシ從テ其船舶ヲ委付スル權ナシト主張セリ(法學協會雜誌二卷一〇號)然ルニ加藤博士ハ之ニ反對シテ賃借人モ亦船舶ヲ委付スルノ權利アリトシ(法學協會雜誌二卷一二號)予輩ノ說ヲ以テ「徒ラニ法文ヲ設ケケル區別ヲ設クルモノ」ト論セラレタリ而シテ博士ハ經濟上結果惡キヲ理由トシテ予ノ說ヲ攻撃セラレタリ此點ハ予輩亦之ヲ豫想セサルニ非サルモ結果ノミヲ根據トシテ法理ヲ枉クルノ當否ヲ疑ヘルカ故ニ之ヲ記述セザリシノミ博士ノ說ニ從フモ亦經濟上ノ惡結果アルヲ免カレス法理上ノ議論トシテハ博士ノ說ハ要スルニ船舶賃借人カ船舶ヲ委付スルコトハ所有權者ニ對シテハ不法行爲ナリト謂フナリ船舶ノ所有權者ハ賃借人ノ不法ノ讓渡ニヨリテ其所有權ヲ失フモノトナスナリ賃借人ノ委付ニヨリテ所有權ハ移轉ストスルモノナリ然ラハ博士ノ說ニ從ハハ第五七條第一項ハ船舶所有權者ト第三者トノ間ニ於ケル所有權移轉ノ關係ヲモ規定セリト謂フニ歸著シ第二項トノ權衡ヲ失スルニ至ル可シ賃借人ノ責任ニ關シテ佛國學說ヲ見ルニ或ハ船舶貸借ノ場合ト雖モ尙ホ船舶所有權者ハ船長ノ所爲ニ付キテ責任ヲ負フモノト認メラル其結果船舶所有權者ハ船舶ヲ委付シテ責任ヲ免ルルヲ得可シ

トス獨法ニ於テハ執行主義ナルヲ以テ問題ヲ生セス英法ニ於テハ最近判例ニ於テハ賃借人ノ責任ヲ無制限トセリ(佛國ニモ此流ノ說アル如シ)乍併賃借人カ船舶委付權アリトノ說ハ甚タ稀ナルカ如シ我商法ノ解釋トシテモ予ハ商法第五四條ニ所謂船舶所有者ヲ以テ苟クモ船舶ノ所有權ヲ有スル者ハ皆之ヲ包含スルモノト解セハ佛國學說ト殆ント同様ノ結果ヲ生シ甚タ解釋上便利ナルカ如シト雖モ予カ此說ヲ採ラサルノ理由ハ既ニ船舶所有者ニ付テ說明セル所及ヒ責任負擔ニ付テ論明セル所ヲ参照セハ自ラ明カナル可シ此佛國風ノ學說ヲ採用スルトスルモ尙ホ賃借人ハ船舶ノ委付權ヲ有セザルナリ思フニ加藤博士ノ說ハ予カ法學協會雜誌ニ於テ豫想セル諸說中ノ一ニ當ルモノニシテ予ハ未タ博士ノ說ニ服シテ自己ノ主張ヲ拋棄スルニ充分ナル理論上ノ根據ヲ得サルナリ畢竟此類ノ疑問ヲ生スルニ至リシハ第五四四條ニ於テ佛國商法第二一六條ヲ採リ第五五七條ニ於テ獨逸商法第五一〇條(舊四七七條)ヲ採用シ法理ノ紛糾ヲ生シタルカ故ニハ非サルカ

茲ニ船舶ト謂フハ其船舶ノ所有權ニシテ之ニ相當スル代價ニハ非ス運送賃トハ其當該航海ニ關スル運送賃ニシテ損害賠償額ノ請求權ノ如キモ亦然リ

船舶所有者カ其船舶ヲ委付ス可キ場合ニ於テ其船舶カ沈没シタル場合ニ於テハ保險金アラハ之ヲモ亦委付セザル可カラサル乎通說トシテ大陸法ニ於テハ之ヲ委付スルヲ要セストシ或ハ特ニ明文ヲ以テ之ヲ定ムルアリ(例白耳義海商七條)我商法ノ解釋トシテモ亦此說

ヲ正當ナリトス蓋シ保險ハ之ヲ附スル場合ト否トアリ保險ニ附シタル者ハ其保險金ヲモ委付ス可キモノトシ保險ニ附セザル者ハ保險金ヲ委付スルヲ要セストセハ不公平ナル結果ヲ生ス可ク保險ニ附シタル目的ヲ達セザル可ケレハナリ或ハ保險ノ場合ニ於テハ保險料ハ陸産ヨリ支出スルモノナルヲ以テ保險金ハ海産ニ非スト論スル者モアリ(佛國學說)乍併此保險金カ委付又ハ執行ノ目的ト爲ラサルコトハ大陸主義ノ一大弱點ニシテ英人カ大陸主義ヲ排斥スルモ此點ニ於テ充分ノ理由アリトス蓋シ兩船衝突ノ場合ニ過失アル甲船ニ付テ保險アリ過失ナキ乙船ニ付テハ保險ナク衝突ノ結果共ニ沈没セル場合ニ於テ甲船ノ所有者ハ保險金ヲ受領シテ何等ノ損失ヲ蒙ラサルニ反シ乙船ノ所有者ハ沈没セル甲船ノ委付ヲ受ケ(佛法)又ハ甲船ニ對シテ執行ヲ爲スヲ得ルノミニシテ(獨法)結局甲船船主ハ其ノ船員ノ過失ノ結果ヲ乙船船主ニ嫁セシムルヲ得ルニ至ル可ケレハナリ我商法ノ解釋トシテ保險ハ損害填補ヲ目的トシ(六八四條六五三條)而シテ損害ノ填補ト損害賠償金トヲ合セテ包含ス可キ場合ニ於テハ民法ハ特ニ「目的物ノ滅失又ハ毀損ニ因リテ債務者カ受テ可キ金銭其他ノ物」(民三〇四條)ト云フ如キ文字ヲ用キテ二者ヲ同一視セザルヨリ見レハ損害賠償ノ請求權中ニハ損害填補金ヲ包含セザルモノト解ス可キ理由アリ(此文字上ノ點ニ付テハ予嘗テ梅博士ノ教ヲ受ケタリ謹テ之ヲ謝ス)

五 委付ノ時期 委付ノ時期ニ付テハ商法ハ航海ノ終ニ於テト規定セリ航海ニ付テハ予ハ船

船舶ノ航海ト旅客積荷ノ航海トヲ區別シ茲ニ所謂航海ハ旅客積荷ノ航海ノ終リナリト解ス、
「アムステルダム海法會議ニ於テハ」債務發生ノ時ニ於テ其積荷目録ニ記載セラレ且其當時
在船セル積荷カ陸揚ヲ終リ旅客カ上陸セルトキハ其航海ハ終了シタルモノトス數個ノ債務
カ引續キ發生セル場合ニ於テ其各債權發生ノ原因タル事項發生ノ際其船舶内ニ在リシ積荷
旅客カ凡テ陸揚又ハ上陸シタルトキ亦同シ船舶カ旅客ヲモ積荷ヲモ有セザリシ場合ニ於テ
ハ航海ハ其最初ノ寄港ノ港又ハ事情ニヨリ其特ニ寄港セル港ニ於テ終了セルモノトス（法
學協會雜誌二三卷七號九九〇頁一條參照）トアルカ如キハ蓋シ委付主義ヲ採ル以上ハ何等
カノ規定ヲ設ク可キ點ナルニ拘ハラヌ我商法ハ其規定ヲ缺クト雖モ予輩カ上述セル如ク解
セハ此決議ノ意味ヲ以テ我商法解釋ノ資トナスヲ得可キカト考フ

六 委付ノ方式 法律行為ニ關シ方式ニ重キヲ置クコトハ近世ノ法想ニ反スト雖モ委付ノ如
キハ一人ノ債權者ニ對スル委付ハ他ノ債權者ニ對シテ免責ノ效ナシトセハ責任制限ノ主意
ヲ貫ク能ハサルニ至ル可ク、知レタル債權者ト知レサル債權者トヲ問ハス第五四四條ノ債
權者ニ對シテ委付ス可キモノトセハ必スヤ之ヲ公知スルノ方法ヲ必要トス可シ其ノ公知方
法ハ如何ナルモノタルヲ要スルカハ疑問タル可キモ何等ノ方法ナキハ缺點ト考フ英國ニ於
テハ船舶所有者ハ其責任ノ制限ヲ受ケント欲セハ裁判所ニ請求シテ責任限定ノ判決ヲ受ケ
可キヘモノトセリ（參考伊商四九二條）

我商法ニ於テハ船舶委付ヲ以テ船舶ノ讓渡ノ一種ト認ムルモノト解ス可キヲ以テ之ヲ第三
者ニ對抗センカ爲メニハ登記及ヒ國籍證書ヘノ記入ヲ必要トナス可ク從テ登記制度ノ行ハ
ル可キ範圍内ニ於テハ委付ノ方式トシテ登記アリト謂フコトヲ得可キカ如シ（五四一條）
然レトモ實際ニ於テ最モ委付ヲ生シ易キ場合ハ其關係船舶カ沈没セル場合ニ在リトス而シ
テ船舶法第一四條船舶登記規則（三十二年勅令二七〇號）第三〇條ニ依レハ船舶ノ滅失又ハ
沈没ノ場合ニ於テハ登記ヲ抹消シ國籍證書ヲ返還スヘキモノトスルヲ以テ委付ノ公示方法
ヲ缺クコトノ批難ニ對シ登記制度ノ存在スルコトヲ以テ辯解トナスヲ得ス況ンヤ委付ノ目
的ハ船舶ノミニ限ラサルヲ以テ我國ニ於テハ委付ノ公示方法ヲ缺クト論スルコトハ必スシ
モ過言ニハ非サル可シ

七 何人ニ對シテ委付スヘキカ 商法第五四四條ニ舉ケタル債權ノ權利者ニ對シテ委付スヘ
キモノト解ス故ニ其他ノ債權者ニ對スル委付ハ免責ノ效力ヲ生セズ

八 委付ノ效力 委付ハ一方ニ於テハ權利ノ移轉ヲ生シ一方ニ於テハ船舶所有者ノ免責ヲ生ス
然レトモ其ノ權利移轉ニ關シテハ船舶ノ委付ニ關シテ問題アリ或ハ委付ハ船舶ノ所有權ヲ
移轉スルモノナリト謂ヒ或ハ所有權ノ移轉ヲ生セスシテ債權者ニ賦與スルニ船舶ノ競賣權
ヲ以テスルノミ從テ委付ノ場合ニ於テ委付財產カ債務ノ額ニ超過スル場合ニ於テ其ノ殘餘
額ハ船舶所有者ニ復スト説ク者アリ後説ノ便利ニシテ又結果ニ於テ良好ナルコトハ予モ亦

之ヲ認ムト雖モ此說ハ委付主義ヲ棄テテ執行主義ヲ以テ委付主義ヲ説明スルモノナリ又此說ヲ採ラハ何故ニ金額責任制限主義ヲ排斥シテ委付主義ヲ主張スルヤノ理由ヲ知ルニ苦ム可ク然ノミナラス我商法ノ解釋トシテハ第五四四條ノ債權者ハ先取特權者ナリ(六八〇條)先取特權者ハ委付ヲ受ケサル場合ト雖モ尙ホ競賣ヲ申立ツルヲ得(競賣法二二條三九條)ルヲ以テ後說ハ採テ我商法ノ解釋トナスヲ得ス予輩ハ船舶ノ委付トハ所有權ヲ委付スルモノナリト解ス

委付カ完全ニ效力ヲ生スルカ爲メニハ權利移轉ノ效力ヲ生スルコトヲ要ス單ニ權利移轉ノ債務關係ヲ生シテ舊債務ヲ消滅セシムルモノニ非ス其意思表示ハ債權的ニ非スシテ物權的ナリ此ノ點ニ於テハ予ハ加藤博士ト說ヲ同ウスルカ如シ然レトモ加藤博士ノ如ク船舶賃借人ニ委付權アリト論センカ爲メニハ寧ロ債權說ヲ採ルヲ以テ便トセサルカ

委付ノ效力トシテ委付者ノ免責ヲ生スルコトハ商法ニ於テ之ヲ規定スト雖モ其ノ免責ノ意義及ヒ範圍ニ付テハ商法ニ規定スル所ナシ、委付ハ債權者ニ對シテ之ヲ爲スヲ要ス、其債權者ハ單數ナリヤ、複數ナリヤ、一人ノ債權者ニ對シテ爲シタル委付ヲ以テ他ノ債權者ニ對シテモ免責ノ效力ヲ生セサルモノトセハ責任制限ノ目的ハ少シモ之ヲ達スルヲ得サル可ク、全體ノ債權者ニ對シテ委付ノ意思表示ヲ爲スヲ要ストセハ單獨ノ爲ニ付テハ受信主義(六七四條ノ場合ハ發信主義ナレトモ)ヲ以テ原則トスルヲ以テ委付ノ意思表示ハ成立ノ時

期一定セサルニ至ル可ク、又船舶所有者カ債權者ヲ確知セサル場合ニ於テハ有效ナル委付ヲナスノ途ナキニ至ル可シ況ンヤ委付ハ正當ノ時期ニ之ヲ爲スヲ要スルニ於テナリ、故ニ委付ハ一人ノ債權者ニ對シテ其意思表示ヲナスモ其免責ノ效力ハ總債權者ニ對シテ生スルモノト解セサルヲ得ス唯タ此效力ヲ生スルノ點ヨリ考フレハ或ハ一人ノ債權者ニ對シ總債權者ノ爲メニ委付スル旨ヲ表示スヘキモノトスルヲ以テ妥當トセサルカ

委付ノ效力ハ債權者ヲシテ其責任ヲ免レシム、然レトモ責任ノ免除ハ其ノ債務ヲシテ消滅ニ歸セシムルモノナリヤ將タ單ニ陸産上ノ責任ヲ免レシムルモノナリヤ、債務カ全然消滅スルモノトセハ船舶債權者ノ先取特權順位ノ規定ハ全ク空文ニ歸スルニ至ル可ク否サレハ債權者ナキ債權ノ獨立存在ヲ認メサルヲ得サル可シ、船舶所有者ハ一般財産上ノ責任ヲ免ルルモノトセハ責任者ナキ債務ノ存在ヲ認メサルヲ得サル可シ、暫ク船舶所有者ハ其陸産上ノ責任ヲ免ルルト雖モ尙ホ債權者タルヲ失ハス其ノ債務ヲ擔保スル爲メニ存在スル船舶債權者ノ權利モ委付ニヨリ消滅セサルモノト解スルモ執行主義ニ傾クノ議モアリ論據ノ薄弱ナルハ自ラ之レヲ認ム(此點ニ於テハ法學協會雜誌二二卷一〇號拙稿ヲ改ム)

委付ノ目的タル權利ハ委付ニヨリ直接ニ委付ヲ受ケタル者ニ移轉ス、移轉シ得可カラサル場合ニ於テハ委付ナシ、其權利ヲ移轉スル者ハ移轉ヲナスノ權ヲ有セサル可カラス然レトモ其移轉ノ效力ハ單獨行為ニ因ルヲ以テ相手方ノ意思表示ヲ要セス此點ニ於テハ委付ハ一

船舶利讓渡行為ニ異ナル特殊ノ讓渡行為ナリト考フ其效力ヲ生スルコトハ商法第五四四條ニ於テ默定セルモノト解ス

委付ハ債權者ノ先取特權ヲ害セサルモノナリト假定ス從テ先取特權者ハ委付ヲ受ケタル後順位者ニ對シテ其先順位ヲ主張スルヲ得可シ此點ニ於テ商法第六八四條其他船舶債權者ニ關スル規定ハ幾分カ實際上ノ困難ヲ救フヲ得可シ思フニ委付ノ場合ニ於テハ一方ニ於テハ委付ヲ對抗セラル可キ多數ノ債權者アリ一方ニ於テハ(多數ノ場合ニ於テハ)其委付財産ハ債權額ニ充タサルコト多キヲ以テ破産、清算ニ類似スル規定ヲ設ケ又タ其ノ委付ヲ公告スルノ方法ヲ設クルノ必要アル可シ

或ハ云ハシ船舶債權者ニ關スル規定ノ設アル以上ハ是等特殊ノ方法ヲ必要トセス實際ニ於テ先ツ先順位者ヨリ辨濟ヲ受クルニ至ラント然レトモ斯ク主張スルハ即チ委付主義ヲ排斥シテ執行主義ヲ主張スルモノナリ予輩ハ茲ニ數言ヲ費セルハ假リニ委付主義ヲ執ルコトヲ前提トシテ論セルナリ其根本主義ノ當否ヲ論スルニ於テハ船主責任ノ一般問題ヨリシテ論セサル可カラス

九 委付權ナキ場合 (一)委任ヲ行フヤ否ヤハ船舶所有者ノ隨意ナリ然レトモ之ヲ行フヤ否ヤヲ明カニセシテ往再久シキニ及フコトハ債權者ノ忍フ能ハサル所況ンヤ其目的タル船價ハ減少ノ恐アリ非常ノ危險ニ遭遇スル虞アルモノナルヲ以テ法ハ一方ニハ委付ノ時ヲ定

メ一方ニハ其債務者ノ承諾ヲ得シテ更ニ航海ヲ始ムル場合ニハ委付ヲ行フヲ許サス(五四五條)或ハ之ヲ以テ委付權ノ拋棄ト看做ス學說モアリ(二)船舶所有者自身ニ過失アル場合ニ於テハ委付ヲ許サス抑モ船舶所有者ノ責任制限ノ理由ハ客觀主義ニ基キ責任規定ヲ設ケタルカ故ナリト説明スルコトヲ得サル可シト雖モ不法行為ニ關スル場合ノミニ限リテハ此理由ヲ以テ説明スルヲ得可シ從テ自己ノ過失アル場合ニ於テハ民法ノ原則ニ由リテ責任ヲ負フモノニシテ之ヲ制限スルノ理由ヲ見ス(五四四條但書)(三)船舶所有者カ船長ナル場合ニ於テ其過失アル場合ニハ委付權ヲ有スルヤ否ヤハ甚タ議論アル所ニシテ或ハ明文ヲ以テ其權無シトスル立法例アリ(佛法系)此ノ問題ニ關シ予輩ハ未ダ十分ナル主張ヲ爲スヲ得スト雖モ自己ノ過失ニ因ル損害ニ對シテハ前述ノ場合ト同シク委付權無キモノト解ス反對學說ハ船長タル資格ト船舶所有者タル資格ヲ分チテ觀察スルヲ得ルモノトシ船長トシテ過失アリ船舶所有者トシテ過失ナキ場合ニハ船長トシテハ委付權ナク船舶所有者トシテハ委付權アリト説明スル如シ此說ハ甚巧妙ナルノミナラス船舶共有ノ場合ニ付テ説明ヲ簡易ニスルノ便宜アル可シト雖モ予輩ニ探ルニ躊躇ス又予輩ハ商法第五四四條但書ノ場合ハ船舶所有者ノ過失ニ因リテ損害カ發生セル場合ノミニ關スルモノト解スルナリ法定權限外ノ代理權ヲ授與セル場合ノ如キハ同條ノ適用ヲキモノト解ス(四)船舶共有者ノ一人ハ委付權アリヤ或ハ委付ハ海產全部ナルヲ要スル者ニシテ共有者ノ一人ハ法律ニ明文ナキ

限リ其持分ヲ委付シテ免責スルヲ得スト論スル者アリ (エーレンベルヒ) 立法例中此ノ如キ明文ヲ設タルモノモアリ (例亞爾然丁八八〇條第三二一條等) 我商法ニハ明文ヲ設ケスト雖モ船舶ヲ委付スト云フハ船舶ノ所有權ヲ委付スルモノト解ス可ク民法ニ於テモ所有權ノ第三節ニ共有ヲ規定シ且共有ノ規定ハ數人カ共ニ權利者タル場合ニ準用 (非適用) セラルルヨリ考フレハ民法ノ觀念上ニ於テモ共有ヲ以テ權利ノ共同歸屬ニ關スル一般規定ト見タルニ非ス所有權ノ一變態ト見タルモノト解ス可ク又船舶ノ共有モ民法上ノ共有ト性質ヲ同ウスルモノト解スルヲ以テ (獨逸學者間ニハ大ニ議論アル點ナリ) 予ハ寧ロ共有者ハ其持分ノ委付ヲナシテ免責スルノ權アルモノナル可シト考フ (五) 雇傭契約ニヨリ生シタル船員ノ給料請求權等ノ權利ニ付テハ船員保護ノ爲メ委付ヲ許サス

第四 國際私法上ノ問題

此問題ニ關シテハ國際私法ノ講義ニ譲リ之ヲ省略ス以下凡テ之ニ同シ

第三節 船舶共有者

第一款 總說

上來述ヘシ所ハ主トシテ船舶カ單獨所有者ニヨリテ所有セラルル場合ニ關スト雖モ船舶ハ其價ノ貴キト航海ノ危險大ナルカ爲メ歷史上古來多數ノ人人共同シテ船舶ヲ所有シ之ヲ航海ノ用ニ

供セリ (此制度ハ會社ノ發達ニ關係アリ) 我商法ニ於テモ亦船舶ノ共有ヲ認メ多數人カ同一船舶ヲ共有シテ航海ノ用ニ供スル場合ニ關シ規定ヲ設ケタリ

第一 船舶共有者トハ何ゾヤ

茲ニ先ツ問題トナルハ船舶共有者トハ單ニ船舶ナル動産ヲ民法上共有スル者ハ凡テ之ニ該當ス可キヤ否ヤニアリ義ニ予ハ船舶所有者ニ就テ述フルニ當リ船舶ノ所有權者ト船舶所有者トハ意義ヲ同ウセスト主張セリ船舶共有者ニ就テモ亦然リ商法ノ用語ハ頗ル不明ニシテ單ニ文字論ヨリセハ民法上ノ共有者ハ即チ船舶共有者ナリト解ス可キカ如シト雖モ船舶所有者モ亦船舶所有者ノ一種ナリトシテ之ト同一ノ責任ヲ負ヒ權利ヲ有スルモノトモハ船舶所有者ト同様ニ共同ノ計算ニ於テ共同ノ商行為ヲ爲ス目的ヲ以テ共有船舶ヲ航海ノ用ニ供スル者ナリ從テ船舶共有者モ亦商人ナリ他人ニ貸貸スル目的ヲ以テ船舶ヲ共有スル者ハ商法ニ所謂船舶共有者トシテ船舶所有者ニ關スル規定ノ適用ヲ受ケサル可キモノト考フ

第二 船舶共有ノ性質

多數ノ者カ一物ヲ所有スル場合ニ關シ羅馬法制度ト獨逸固有法制度トハ其趣ヲ異ニス獨逸ニ於テハ大ニ羅馬法ノ影響ヲ受ケ其學說ニ於テハ共同活動ノ場合ヲ說明スルニハ羅馬ノ組合契約ヲ根據トシ共同ノ所有ヲ說明スルニ當リテモ亦羅馬法ノ共有ノ觀念ヲ基本トシ其獨逸民法編纂ニ際シテモ此等ノ點ニ付テハ皆羅馬法ヲ根據トシテ起草セルニ至レリ、獨逸固有法學派

ノ泰斗「ギルケ」氏奮然起テ大ニ獨逸固有法ノ爲メニ辯スル處アリ確定法文ニ於テハ此獨逸的思想ヲ認ムルニ至リシヲ以テ獨逸法上ニハ多數人ノ一物所有ノ場合ニ付テモ羅馬法ノ共有ノ場合ト獨逸法ノ共同所有ノ場合トヲ見ルニ至レリ (Derding, B.R. III, s. 18) 恰モ英法ニ於テOwnership in Common & Joint ownership (共同所有)トアルニ似タリ

我民法ニ所謂共有ハ羅馬法ノ意義ヲ有スルヤ將タ獨逸法ノ共同所有ナリヤニ付テハ疑アル可ク特ニ羅馬法ノ共有ニ關スル思想モ後世獨逸思想ノ影響ヲ受ケ獨逸固有法モ亦羅馬法ノ影響ヲ受ケタルヲ以テモ我民法上ノ共有カ其何レノ制度ニ屬ス可キヤヲ判斷スルコトハ非常ニ困難ナリト雖モ共同所有獨逸固有法ノ場合ニ於テハ其各員ハ其持分ノ獨立處分權無キニ反シ羅馬法ノ共有ノ場合ニ於テハ其權アルモノイザト (Denburg, B. R. II, 2, S. 576; Aehlius, BGB. 2, Anh. s. 330, Joerges, Meisgenum S. 26.) 我民法ノ共有ハ寧ロ羅馬法系ニ屬スルモノト見ルヲ正當ト考フ船舶共有ノ性質ニ關シテ獨逸學者ノ間ニ特ニ爭多キハ獨逸固有法學者ハ之ヲ以テ共同 (Gemeinschaft zur Gesamthand)ノ一種ナリト爲ス (「ギルケ」「ヤロビ」等)カ故ナリ此說ハ獨逸法ノ說明トシテハ頗ル研究ニ値ス可シト雖モ我カ商法ノ船舶共有ヲ以テ民法ノ共有ト全然無關係ノモノトナストキハ商法ノ規定ニ缺漏多キコト爲ルヲ以テ解釋ノ上ニ於テハ寧ロ我商法ノ船舶共有ハ共同所有ノ一種ニ非スト爲スヲ妥當トナス可シ
既ニ述ヘタル如ク船舶共有ハ民法上ノ共有ト無關係ニハ非ス民法上ノ共有カ船舶共有ノ要素

ノ一タルヲ以テナリ「デルンブルヒ」ハ合名會社ノ如キハ之ヲ共同ノ一種ナリト認ムルニ拘ハラズ船舶共有ニ於テハ共有カ其基礎ヲ爲スモノナリト論セリ (民法論) 然ルニ多數ノ人人カ共同ノ計算ニ於テ共同ニ船舶ヲ航海ノ用ニ供スルコトヲ要スルヲ以テ此等多數者間ノ組合契約ノ存在ヲ主張シ船舶共有ハ單純ナル共有ニ非スシテ組合契約ト結合セル特殊ノ共有ナリト論スル者アリ (「シャップス」一〇〇頁)「デルンブルヒ」ハ船舶共有ヲ以テ契約ニ因ラサル共同ノ一種ナリトシ其本質ハ共有ナリトセリ我商法ニ於テハ船舶共有者ノ間ニ組合關係アルトキト雖モ云云 (五五一條)ト規定スルヲ以テ組合關係ハ共有ニ必然離ル可カラサル關係ニハ非サルモノト解ス可ク船舶共有ノ本質ハ民法上ノ共有ナリト解スルヲ妥當トス然ラハ共同ノ計算ニ於テ共同ノ商行爲ノ爲メニ航海ノ用ニ供スルコトヲ要スト曩キニ說キシ所ニ反スルニ似タリ「シャップス」ガ「デルンブルヒ」ニ反對セル理由モ共同ノ計算ニ於テ船舶ヲ使用スルコトハ共有者ノ同意無クシテ生スルモノト考フルヲ得ス從テ法ハ船舶共有契約ノ存在ヲ前提スト云フニ在リ (海商法九四頁註六) 然レトモ共有物ハ其共有者ノ持分ノ過半數決ヲ以テ之カ管理ヲ決スルヲ得其費用ハ各共有者ノ應分負擔トナルヲ得可シ (民二二五條二五三條) 故ニ苟クモ共有ノ事實アラハ法ノ力ニヨリ決議ニヨリテ共同利用ノ關係ヲ生スルヲ得可ク必スシモ契約ノ存在スルコトヲ要セサル可シ
之ヲ要スルニ船舶共有ノ本質ハ民法上ノ共有ニ同シ只タ其共同ノ計算ニ於テ共同ノ商行爲ヲ

爲スノ用ニ供スルノ點ニ於テ特殊ノ形容詞ヲ附スルニ過キス之ヲ特殊ノ共有ト稱スルモ單ニ名稱ノ議論ニ過キス共有者カ更ニ組合契約ヲ作リ之ニ關スル法律ノ適用ヲ受クルコトハ共有ノ性質ヲ變スルモノニハ非ス

羅馬法ノ共有ニ於テハ共有者ハ其ノ物ニ關シ抽象の部分ニ付キ所有權アリトナスモ其抽象的部分ノ何タルニ付テハ或ハ(1)物理的部分トナス説ト(2)價格ノ上ニ於ケル部分ヲ有スルナリ(價格分有説)トスル説ト(3)分タル者ハ物ニモ價格ニモ非スシテ權利ナリトスル説(權利分有説)トアリ我民法ニ於テハ共有者ハ共有物ノ全部ニ付キ其持分ニ應シテ使用ヲ爲スコトヲ得(二四九條)トアルヲ以テ物理的部分説ヲ採ラサルヤ明カナリ予ハ各共有者ハ其物ノ全部ノ上ニ各所有權ヲ有スルモノト解スルナリ詳細ハ民法講義ニ讓ラン外國海商法中英法ノ如キハ船舶ヲ當然六十四ノ株ニ分チ其ノ各株ハ五人以内ノ人ニヨリテ共有セラルルヲ許スモアリト雖モ我商法ニ於テハ法律上ノ當然ノ分割ヲ認メス其共有者ノ數ニモ制限ナシ英法ニ所謂株ハ羅馬法ノ物理的分割説ニ從テ解ス可キモノナルヤ否ヤモ亦疑ハシク一般ニ一株ノ所有者ト雖モ亦船舶所有者ト稱セラル

共有ノ持分ノ意義ニ付テモ議論ノ存スル所ニシテ或ハ持分ハ權利義務ノ綜合ナリト爲ス者モアレトモ予ハ持分ノ性質ヲ以テ所有權ノ一體様トナシ民法上ノ共有ノ持分ト性質ヲ異ニスル所ナシト考フ(Eapptiem & Co)持分ノ性質ヲ以テ權利義務ノ集合ト爲サハ船舶共有者ノ委

付權ニ關シテ一大困難ヲ見ルヲ免レヌ

第三 船舶共有者ニ關シテハ其内部關係ト外部關係トヲ區別スルコトヲ要ス

然シテ所謂船舶財產 Schiffvermögen ハ共有者相互間ニ於テノミ生ス可キ觀念ナリヤ否ヤニ付テハ「シャップ」ハ之ヲ以テ共有者相互間内部關係ニ於テノミ存スルモノニシテ第三者ニ對シ直接ニ權利ヲ有シ義務ヲ負フ者ハ各共有者ニシテ共有團體其自身ニハ非ストナシ(九五頁註一二、九七頁註一六)「ザルンブルヒ」ハ之ニ反對シ(民法論二ノ二、五八七頁)共有體ハ共有體トシテ訴ヘラル可シト主張セリ(五八九頁註一四)我商法ニ於テハ果シテ斯クノ如キ特別財團ノ存在ヲ認ムルヤ商法第五四九條ニハ船舶共有者ハ其持分ノ價格ニ應シ船舶ノ利用ニ付テ生シタル債務ヲ辨濟スル責任スト規定シ第五四七條ニ於テハ船舶共有者ハ其持分ノ價格ニ應シ船舶ノ利用ニ關スル費用ヲ負擔スルコトヲ要スト規定セルヨリ見レハ商法ハ共有者相互ノ關係ト共有者ノ第三者ニ對スル關係トヲ區別シ特別財產ノ存在ヲ認メタルモノト爲スヲ妥當トセン只タ其特別財團ノ存在スル範圍ハ内部關係ノミニ止マリ外部ニ對シテハ各共有者直接ニ其責任スルモノト爲スコトハ我商法ノ解釋トシテ適當ナル可ク共有者間ヲ其資格ニ於テ訴ヘラル可キモノト解スルヲ得サル可シ

第一款 共有者相互ノ關係

船舶共有者相互ノ關係ニ於テハ特別財產ノ存在ヲ認ム可ク船舶共有者ノ一人ハ單獨ニ其ノ財產

上ノ處分ヲ爲スコトヲ得サル可シ只タ共有者ノ一人ハ他ノ共有者ノ承諾ナクシテ共有船舶ニ付テ有スル持分ヲ讓渡シタル場合ニ於テハ其特別財産ノ運命如何トノ問題ヲ生ス可シ此場合ニ於テ商法第五四二條ノ適用アル可ク又讓受人ハ直チニ其特別財産ノ處分ヲ求ムルヲ得サル可ク只タ一般ノ共有者ト同一ノ地位ヲ有スルニ過キサル可シ(民二五四條參照)

第一 共有者相互ノ間ニ在リテハ其ノ船舶ノ利用ニ關スル事項ハ各共有者ノ持分ニ從ヒ其過半數ヲ以テ之ヲ決ス(五四六條)

船舶共有ノ本質ハ共有ナリトセハ共有物ノ管理ニ關スル事項ハ持分ノ價格ニ應シテ過半數決ニ依リテ決ス可キコトハ既ニ民法第二五二條ニ規定セラルルヲ以テ商法第五四六條ハ殆ント無用ノ觀アリト雖モ或ハ商法第五四六條ハ民法第六七〇條ニ對スル例外ナリト説明スル者アリ加藤博士ノ如キ是ナリ博士ハ共有者カ共同商行為ノ爲メニ其船舶ヲ航海ノ用ニ供スル場合ニ於テハ畢竟組合關係ヲ生スル者トナスカ如ク恰モ組合ニ關スル民法ノ規定カ當然船舶共有者ノ關係ニ對シテ適用(準用ニ非ス)セラル可キモノト前提セラルル如シト雖モ予ハ既ニ述ハタル如ク共有者相互ノ關係ニ付テハ法律ノ規定ニ由ル共同 (Gesamthaft) ヲ生スルモノニシテ必然ノ契約關係ヲ伴フモノト解セス從テ商法第五四六條ノ規定ハ民法ノ規定ト重複スルモノト考フ只此規定ヲ設クルノ理由ニ至リテハ船舶共有者間ニ組合契約ヲ爲シタル場合ニ於テハ民法第六七〇條ニ基キテ議決ヲ爲ス可キカ將タ民法第二五二條ニ依ル可キカノ疑問ヲ

生ス可キヲ以テ之レカ解決ヲ爲セルモノト考フ

船舶ノ利用事項ハ持分ノ價格ニ應シ過半數ヲ以テ決ス可キモノトセハ持分讓渡ノ場合ニ新ニ之ヲ讓受ケタル者ハ直チニ營業の商行為ノ主體トナリ商人ト爲ル可キカ予ハ組合契約關係ヲ以テ船舶共有ヲ説明セス議決ハ一日有效ニ成立セル以上ハ反對議決無キ限りハ其效力ヲ失ハス凡テノ共有者ヲ拘束スルモノニシテ新來ノ共有者モ亦其ノ拘束ヲ受ク可キモノト爲スナリ其ノ結果トシテ從來商人タリシ船舶共有者ハ其ノ資格ヲ變スルコト無シ之ニ反シテ「シヤッブス」氏等ノ如キ契約ナクシテ共有者ノ計算ニ於ケル行為無シト爲サハ航海中共有者ノ一人カ其持分ヲ處分シタル場合ニ於テハ或ハ一ノ行為カ何人ノ計算ニ於テ爲サルルヤ不明トナリ或ハ同一航海中ノ特殊運送契約ニ限り商行爲タラサル奇觀ヲ呈スルニ至ル可シ

利用ノ意義ニ關シテハ商法第五五三條ニ左ニ掲ケタル行為ヲ除ク外云云トアリ讓渡、委託、常、保險、修繕等ヲ掲ケルヲ以テ是等ノ行為モ亦利用行為ナリ特ニ委託モ亦利用ノ一種ナリトシテ船舶賃借人カ賃借船委託ノ權アリト主張スルノ料ト爲ス者アリ然レトモ第五三條ヲ一讀セハ此外ノ文字ハ重キヲ置クニ足ラサルコト殆ント説明ヲ俟タズ利用ハ物ヲ其ノ用法ニ從テ使用スルヲ謂フ只タ商法上ノ船舶ハ商行爲ヲ爲ス目的ヲ以テ航海ノ用ニ供セザル可カラズ從テ其ノ所謂利用トハ運送航海ノ用ニ供スルノ義ニ歸著ス可シ新航海ヲ爲スモ亦利用ノ一種ナリト雖モ新航海及ヒ大修繕ノ議決ニ關シテハ特ニ少數價格持分者ヲ保護スルノ規定アリ

修繕ハ物ノ性質ヲ變スルモノニ非ス從テ修繕行爲ハ管理行爲ニ屬スルコト勿論ナリト雖モ所謂大修繕ニ至リテハ物ノ性質ヲ變スルコトアル可キカ疑ハシキヲ以テ第五四八條ニ於テ大修繕ノ決議ト雖モ亦之ヲ爲シ得ルコトヲ默示セリ

註、大修繕ト雖モ修繕ノ一種ニシテ物其レ自身ノ性質ヲ變更スルモノニ非スト論スルハ正當ナリ只タ其所謂物ノ性質トハ何ソヤ汽船ニ帆裝ヲ加フルトキハ性質ヲ變更スルヤ、三重膨脹式機關ニ代フルニ「タービン」ヲ用フルハ性質ノ變更ナリヤ、客船ヲ荷、客船トスルハ如何等其性質ノ標準ヲ商船タルト否トニ採ルヤ將タ更ニ小別スルヤノ問題ヲ生ス可シ

第二 損益ノ分配

船舶共有者相互ノ關係ニ於テハ特殊ノ財團アリ共有者ノ各自ハ勝手ニ其財團ニ屬スル物ヲ處分スルヲ得ス其ノ處分ヲ爲スヲ得ルハ利益分配ノ結果トシテ自己ノ完全ナル所有物ト爲レル物ニ限ルモノト考フ損失分擔ノ場合ニ於テハ費用ノ支出ヲ爲スヲ要ス其ノ支出ノ割合ハ其ノ持分ノ價格ニ應スルモノトス其損益分配ノ時期ハ每航海ノ終トス茲ニ所謂航海ノ意義ハ船舶共有者ノ共同意思ニ基キテ決セラル可キモノト考フ

第三 持分強賣權

船舶共有者カ從來ノ議決ニ定メラサリシ新航海ヲ爲シ又ハ船舶ノ大修繕ヲ爲ス可キコトヲ決議シタルトキハ其決議ニ對シテ異議アルモノハ他ノ共有者ニ對シ相當代價ヲ以テ自己ノ持

分ヲ買ヒ取ル可キコトヲ請求スルコトヲ得(五四八條一項)是レ少數權利者ヲ特ニ保護スルノ規定ニシテ一方ニ於テハ船舶ノ大修繕モ亦多數決ヲ以テ之ヲ議定シ得ルコトヲ示スモノナリ凡ソ新航海大修繕ノ場合ニ於テハ或ハ航海ノ危險大ナル場合アリ或ハ修繕ノ費用ハ甚タ巨額ヲ要スル場合アリ而モ共有者ハ第三者ニ對シテ各自其持分ニ應ジテ賣ヲ負フヲ以テ多數ノ意思ヲ以テ是等ノ點ニ於テ少數者ヲ強制シ之ヲシテ自己ノ欲セサル新航海大修繕ニヨル損失ヲ負擔セシムルコトハ頗ル酷ト謂フ可ク而モ少數ノ異議ノ爲メ多數ヲシテ其船舶利用ヲ爲ササラシムルヲ得サルヲ以テ諸國ノ立法例皆多數者ノ意思ニ從ヒテ決行スルヲ許シ只タ之ニ關シテ少數者ヲ保護ス其ノ保護ノ方法ニ至ラテハ或ハ新利用ノ收益ヲ取得セシメサルト共ニ之ニ關スル損失責任ヲモ負擔セシメサルアリ或ハ多數者ヲシテ擔保ヲ供セシムルアリ其最モ強力ナル方法ハ持分ノ強賣權ヲ與フルニ在リトス是レ獨法ノ採用スル所ニシテ我法律ノ倣フ所ナリ乍併獨法ニ於テハ執行主義ヲ採リ我商法ハ委付主義ヲ採ルヲ以テ我法律ノ下ニ於テハ幾多ノ疑問ヲ生スルヲ免レシ

獨商法第五〇一條ハ我第五四八條ニ相似タリト雖モ彼ハ第三者ニ對シテモ尙ホ共同ノ特殊財團ヲ認ムルモノノ如ク其第五〇一條ニハ修繕新航海ノ場合ノ外向ホ船舶共有者カ船舶運送費ヲ以テ責任ヲ負ヘル債務ヲ履行センコトヲ決議セル場合ヲモ包含セシメタリト雖モ我商法ニハ對外關係ニ於テハ責任ヲ分割セラレ特殊財團ノ存在ヲ認メサルヲ以テ此ノ場合ヲ規定セシ

我商法ニ於テ疑問ヲ生スルハ船舶共有者ハ其持分其他ノ權利ヲ委任シテ責任ヲ免ルルヲ得ルヤ否ヤヲ前提トス此ノ前提モ亦タ一ノ問題ナリト雖モ予ハ共有者ハ其持分ヲ委任シテ責任ヲ免ルルヲ得ルモノトセリ(此問題ハ共有者ノ一人ノ過失アル場合ト區別スルヲ可ナリト考フ)既ニ共有者カ持分ノ委任ヨリテ免責スルノ權アリトセハ此強制賣却ノ舊共有者ノ債務及ヒ委任權ニ及ホス效力ハ宜シク一考スヘキモノナリ商法ニハ特殊ノ明文ナシ乍併買買ハ其買主カ買受義務アル場合ニ於テモ尙ホ法律行為タルヲ失ハス而シテ通常ノ賣買贈與等ノ法律行為ニヨリテ船舶所有者カ其船舶等ヲ讓渡セル場合ニハ委任權無ク飽ク迄モ人的責任ヲ負擔ス可キヨリ考フレハ理論上ニ於テハ共有者ニ其持分ノ買受ヲ請求シ他ノ共有者カ之ヲ買受ケタル場合ニ於テモ同一ノ論決ヲ爲ササルヲ得サル可シ然レトモ是レ果シテ法ノ企圖セル目的ヲ達スルモノト謂フヲ得ルカ

抑モ大修繕新航海ノ議決ハ其ノ議決ノ成立ニヨリテ直チニ凡テノ共有者ヲ拘束スルニ至ル可キモノトス此拘束アルカ故ニ買受請求權ヲ生セシムルナリ然ラハ他ノ共有者ノ買受ニヨリテ舊共有者ヲシテ免責セシメサレハ遂ニ其ノ少數共有者ハ多數ノ議決ニ拘束セラレ其拘束ノ結果トシテ生スル關係ヨリ脱退セント欲シテ持分ノ買受ヲ請求セルニ拘ハラス其ノ既往ノ關係ニ付テハ尙ホ人的無限ノ責任ヲ負ヒ而モ多數者ハ尙ホ委任權ヲ存スルノ奇果ヲ生スルニ至ル可シ暫ク共有者ノ買受ハ之ト同時ニ其新議決ノ關スル事項ニ付テハ買受人ヲシテ議決ノ初ヨ

リ其買受持分ヲ有セルト同一ノ權義ヲ有セシメ亦其ノ範圍内ニ於テ舊共有者ノ免責ヲ生スルモノト解シ尙ホ後日ノ研究ヲ期セン茲ニ所謂新航海トハ從來ノ議決ニ包含セラレサル航海ヲ指スモノトス

共有者ノ一人カ此持分買受請求權ヲ行ハント欲セハ決議ノ日ヨリ三日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ス而シテ此期間ハ決議ニ加ハラサリシ共有者ニ付テハ其決議ノ通知ヲ受ケタル日ノ翌日ヨリ之ヲ起算ス(五四八條二項)決議ニ加ハレル異議者ニ對シテハ決議ノ日ヨリ起算シ決議ニ加ハラサリシ者ニ付テハ通知ヲ受ケタル日ノ翌日ヨリ起算スルナリ

第四 船舶管理人

共有者ノ内部關係ニ於テハ特殊財團ノ存在スルヲ認ムル場合ニ於テハ之カ管理人ノ必要ヲ生ス其管理者ハ又外部ニ對シテ業務ニ付キ代理權ヲ有セシムルヲ便トス此管理者ヲ名ケテ船舶管理人ト謂フ(Ship's Husband, Managing Owner, armateur-gerant, Korrespondentthucker, Skiffed irektor, Schiffsführers' amtoner) 船舶共有者ハ必ス船舶管理人ヲ置カサルヲ得ス(五五二條、反對獨四五九條) 其選任ノ方法ハ船舶ノ利用ニ關スル事項トシテ持分ノ價格ノ過半數決ニ依ル可シト雖モ唯タ共有者ノ一人ニ非サル者ヲ船舶管理人トナスニ付テハ共有者全員ノ同意ヲ必要トス船舶管理人ノ選任反ヒ解任ハ之ヲ登記スルヲ要ス(五五三條船舶登記規

則二六條二七條等)

船舶管理人ハ特ニ帳簿ヲ備ヘ之ニ船舶ノ利用ニ關スル一切ノ事項ヲ記載スルコトヲ要ス故ニ或ハ主簿ノ名モアリ而シテ毎航海ノ終リニ於テ運滯無ク其航海ニ關スル計算ヲ爲シ各共有者ノ承認ヲ求メ以テ損益ノ分配ヲナス(五五四條五一〇條)

第五 持分ノ讓渡

船舶共有者ハ持分讓渡ニ付キ他ノ共有者ノ同意ヲ得ルコトヲ要セス其持分ヲ讓渡シタル場合ニ於テ讓渡ヲ他人ニ對抗セント欲セハ所有權讓渡ニ關スル一般規定ノ適用ヲ受ク可ク其ノ航海ノ利益ニ付テモ亦然ル可シ乍併共有者相互ノ關係ニ於テハ特殊財團ノ存スルアリ共有者ノ其財團ニ付テノ權利ハ持分ノ效力トシテ發生セルモノニシテ持分ノ移轉ハ是等ノ權利ヲモ移轉スルノ結果ヲ生スルヲ以テ本則トスト考フ(公益規定ニ非ス)

持分移轉ノ效力トシテハ讓受人ハ新ニ共有關係ニ加ハリ讓渡人ハ共有關係ヨリ脫退ス此ノ脫退ハ偶偶共有者相互間ニ組合契約ノ存在セル場合ニ於テ其ノ組合契約ニ對シ必然的ニ影響ヲ及ホス可キ性質ノモノニ非ス其影響ヲ及ホストハ一ニ組合契約ノ問題ナリ唯タ新加入者モ亦從來ノ議決ニ拘束セラルルヤノ問題アリ予ハ此場合ニ於テ積極設ヲ主張ス

共有者ノ持分讓渡ハ既ニ前共有者ノ負擔セル義務ヲ新加入者ヲシテ負擔ハシムルモノニハ非ザル可シ(議決ノ拘束ノ結果ハ別トシテ)從テ讓渡人カ任意ニ讓渡ヲ爲シタル場合ニ其船舶債

權者ニ對シテ負擔セシメ人の責任ニハ影響ヲ及ホササルモノト解ス

共有者ノ一人ハ自由ニ其持分ヲ讓渡スヲ得ルヲ以テ原則トス唯タ船舶管理人ハ此權ナシ(五

六一條) 船舶管理人ハ其持分ヲ他人ニ讓渡スニ付テハ他ノ共有者ノ同意ヲ要ス

第六 持分買取及ヒ競賣請求權

日本船舶タル要件トシテハ日本人ト外國人トノ共有船舶ハ之ヲ日本船舶ト認メサルヲ以テ先ツ外國人ニ船舶ヲ讓渡スヲ得ルヤ否ヤノ問題ヲ生シ(此讓渡ノ適法ナルハ議論無キ所ナラン)次ニ外國人ニ船舶ノ持分ヲ讓渡スコトハ適法ナリヤ否ヤノ問題ヲ生ス獨逸法ニ於テハ他ノ共有者ノ同意無クシテ外國人ニ其持分ヲ讓渡スモ無効ナリトスルモ(Bayerische I. S. G. A. 同意アラハ有效ナル可ク外國人ニ船舶ノ持分ヲ讓渡スルコトハ其自身ニ於テ不法ニハ非サル可シ日本商法ニ於テモ持分ヲ外國人ニ讓渡スルコトヲ以テ不法無効トスルナラハ商法第五五條ハ蛇足ニ終ル可シ故ニ此ノ讓渡ヲナスコトハ本來適法ナル法律行爲ニシテ持分カ外國人ニ移轉セラル得可キコトハ之ヲ認メサル可カラス(大審院三十六年四月判例)然ラハ外國人ニ持分ヲ移轉スルノ行爲ヲシテ有效ナラシムルニハ何等ノ條件ヲモ要セサルカ獨逸法ニ於テハ他ノ共有者ノ同意ヲ得ルコトヲ以テ其必要條件トスルモ我商法第五五條ニ於テハ單ニ「持分ノ移轉又ハ國籍喪失ニ因リ」云云ト規定スルノミニシテ別ニ何等ノ條件ヲモ明定セス故ニ或ハ持分移轉ノ意思表示ハ有效ニ發生スルモ未タ其權利移轉ノ對抗要件タル登記又ハ船舶國籍證書ハ

ノ記入前及ヒ國籍喪失ノ手續中ノ場合及ヒ合名會社、合資會社、株式合資會社ニ在リテハ他ノ社員ニ交渉中ノ場合ニハ「部分承諾」於テノミ強買又ハ競賣請求權ノ存立ヲ主張シ且理由トシテハ商法第五五條ニハ「云云」ト將來ノ場合ノミヲ規定セルコトヲ舉クル者アリ（加藤博士）商法ノ解釋トシテハ或ハ妥當ナラン作併論者カ國籍證書記入ヲ云云スルニ付テハ予輩少シク疑ナキヲ得ス船舶國籍證書ハ船舶カ日本ノ國籍ヲ喪失セル場合ニハ之ヲ管海官廳ニ返還ス（キモノトス）（船舶法一四條）又我國ニ於テ船舶ノ登記ヲ爲スハ日本船舶ノミノ登記ニシテ非日本船舶ニ付テハ十分ノ登記制ナク外國人ニ持分ヲ移轉スルノ登記ト稱セラルルモノハ實ニ國籍喪失ノ登記即チ登記ノ抹削ニハ非サルカ（船舶登記規則三〇條）

讓渡行為カ有效ニ成立シタル後未タ其ノ對抗要件ノ備ハラサル間ニ於テ及ヒ持分國籍移轉ノ交渉手續中ニノミ第五五條ノ規定ノ適用アリトスルトキハ強買權、競賣請求權ヲ規定セル趣旨ハ甚タ貫徹シ難キニ至ル可シ何トナレハ其ノ權利ノ存スルト否トハ「ニ持分ヲ讓渡セル共有者ノ敏鈍如何ニノミ繫レハナリ第五五條ヲ設ケタル趣旨ヲ貫カント欲セハ寧ろ獨商法ノ如ク他ノ共有者ノ同意ヲ以テ外國人ニ船舶ヲ讓渡スル行為ノ一要件ト爲スヲ以テ適當トセサルカ

船舶所有者ノ持分ノ移轉又ハ國籍喪失ニ因リテ船舶カ日本ノ國籍ヲ喪失ス（キトキハ他ノ共有者ハ相當ノ代價ヲ以テ其持分ヲ買取り又ハ其競賣ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得競賣ノ場合ニ於テ外國人ヲシテ競買人タラシムルヲ許サハ殆ント此規定ノ效能ヲ失フニ至ル可シ（五五條）競賣ノ場合ニ於テモ競賣ニ付セラレタル持分ノ舊所有者ハ其ノ委付權ヲ失フニ至ルモノト解ス

商法ハ船舶共有者ノ持分ヲ外國人ニ讓渡スルニ似タル場合ヲモ亦併セテ之ヲ規定ス即チ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可キトキハ合名會社ニ在テハ他ノ社員、合資會社及ヒ株式合資會社ニ在ラハ他ノ無限責任社員ハ相當代價ヲ以テ其持分ヲ買取ルコトヲ得（五五條二項）此ニ所謂持分トハ會社財產ニ對シテ有スル持分ニシテ船舶ノ持分ニハ非ス、合名合資等各種ノ會社ハ必スシモ船舶ニ關スル事項ヲノミ目的トシテ設立セラルルモノニ非ス是等ノ商會社ハ其業務ノ爲メニスル目的ヲ以テ商船ヲ所有スルヲ得可シ然ルニ其ノ會社財產ニ對スル持分ノ強買ト船舶ノ國籍喪失ト此ク嚴重ニ結ビ付クルコトハ其當否ニ付キ疑ナキヲ得ス會社ノ持分移轉ニ因ル船舶ノ國籍喪失ヲ恐レンカ其船舶ヲ處分セシムルモ亦可ナル可シ必スシモ其社員ヲシテ會社財產ニ對スル持分ヲ失ハシムル必要ナキニ非スヤ社員ノ國籍喪失及ヒ株式會社ニ於テ外國人カ取締役タルニ至ル場合ニ付テハ我商法ニハ特別ノ規定ナシ從テ其社員カ國籍ヲ喪失シ、又ハ外國人カ取締役タルニ至リタル場合ニ於テハ船舶ハ日本ノ國籍ヲ喪失スルヲ以テ所有者ハ其登記登錄ヲ抹削シ及ヒ船舶國籍證書ヲ返還セサル可カラズ

第二款 船舶共有者ノ第三者ニ對スル關係

船舶所有者モ亦一種ノ船舶所有者ニシテ後者ニ對スル法モ亦前者ニ適用アルヲ常トス船舶共有者ハ第三者ニ對シテハ各自直接ニ第三者ニ對シテ債務辨濟ノ責任ヲ負フ(五四九條)ト雖モ法律ハ又船舶管理人ヲ置テ可キコトヲ命シ之カ登錄ヲ命シ其法定權限ヲモ規定シ其權限ノ制限ハ第三者ニ對抗スルヲ得サルモノトセリ(五五二條五五三條)船舶管理人ハ共有者ノ代理人ナリ其ノ權限ハ頗ル廣汎ナリト雖モ船舶所有者ハ其ノ議決(五四六條)ヲ以テ管理人ノ權限ヲ制限スルコトヲ得唯タ其制限ハ船舶管理人ト共有者トノ間ニ於テノミ完全ニ有效ナルノミニシテ第三者ニ對抗スルヲ得サルナリ船舶管理人ハ代理人ナリ從テ其ノ行為カ直接ニ本人ニ對シテ效力アルハ勿論ナリ乍併其ノ過失ハ直接ニ船舶所有者ヲシテ責ヲ負ハシムルモノニ非スト解ス

船舶管理人ハ船舶共有者ニ代リテ船舶ノ利用ニ關スル一切ノ裁判上又ハ裁判外ノ行為ヲ爲ス權限ヲ有ス利用トハ船舶ノ用法ニ從ヒテ之ヲ使用スルヲ謂フ利用ニ關スルトハ利用ノ行為ノミヲ謂フニハ非ス之ニ關係セル行為ヲ云フ而シテ商法ハ重要ナル事項及ヒ疑ハシキ場合ニ付キ明文ヲ以テ代理權ノ法定制限ヲ規定ス其制限左ノ如シ(五五三條)

第一 船舶ノ讓渡 委付若クハ質貸ヲナシ又ハ之ヲ抵當ト爲スコト

第二 船舶ヲ保險ニ付スルコト

第三 新ニ航海ヲ爲スコト

第四 船舶ノ大修繕ヲ爲スコト

第五 借財ヲ爲スコト

茲ニ疑問ノ生スルハ船舶ノ委付ハ利用ニ關スル事項ナリヤ否ヤノ問題ナリ普通ノ說明ハ商法第五五三條ニ左ニ掲ケタル行為ヲ除ク外云ト規定シタル理由トシ又ハ利用ハ委付其他第五五三條第一項ニ掲ケタル行為ヲ含ムモノトセザレハ其制限ヲ設ケタル理由ヲ説明シ難シトシテ委付ハ利用ニ關スル事項ナリトス是ニ於テ然ラハ委付ハ持分ノ過半数ニ應ジ其ノ多數決ヲ以テ決定シ得ルヤノ疑ヲ生シ加藤博士ハ委付ハ必スシモ常ニ共有者ノ過半数ノ議決ニ依リテ決セラルルニ非スシテ船舶ノ利用ニ關スル事項トシテ生シタル場合ニ於テノミ過半数決ニ依ル可キモノト論セラルルカ如シ乍併船舶ノ委付ハ保險ノ場合(六七一條)ト及ヒ免責ノ爲メニスル場合(五四四條)及ヒ第五六九條ノ場合ニ於テ生スルノミ而シテ免責ノ爲メニスル委付ノ場合ニ於テハ如何ナル債權ニ對シテモ委付ヲ許スニ非スシテ航海ノ費用ノ爲メ又ハ船長ノ法定權限内ノ行為船舶ノ職務執行ニ付テノ加害ヨリ生セル債權ニ對シテノミ之ヲ爲スヲ得可キカ故ニ予ハ博士ノ說ニ從フトスルモ果シテ其全共有者ノ一致ニヨル委員ヲ要スル場合ノ有無ヲ疑フ

予輩モ亦船舶共有者ノ多數決ニヨリテ讓渡ト同様ノ結果ヲ生ス可キ場合アルヲ認ム即チ民法ニ

認メタル各共有者ノ共有物分割ノ請求權ハ船舶共有者ニ付ラモ亦適用アリ唯タ現物分割ヲ爲シ難キカ故ニ競買ヲ命スルニ至ル可キモノト考フ(民二五六條二五八條)共有物ノ分割請求權ハ船舶共有ノ場合ニ存在セスト主張セラルル學者モアリ然レトモ債務ノ履行ヲ爲サス委任ノ方法ヲ以テ免責スルコトニ付テ多數者カ少數者ヲ壓スルヲ得ルモノトスルハ果シテ能ク各共有者ヲシテ直接ニ第三者ニ對シテ債務履行ノ責ヲ負ハシメタルノ趣旨ヲ貫徹スル所以ナリヤ否ヤ予輩ハ此點ニ關シテ大ニ疑無キ能ハス予輩ハ寧ロ委任ハ多數決ヲ以テ強要スルヲ得ルモノニ非ス共有者各自ノ自由意思ト自由選擇トニヨリ持分ノ委任ヲ認ムルヲ以テ委任主義ノ本旨ニ叶フモノナリト考フルナリ而シテ第五三條ト第五四條トハ必スシモ「利用ニ關スル」ノ語義ヲ同クスルモノニ非ス寧ロ第五三條ニ於テハ漠然此文字ヲ廣用セルモノト考フ

船舶共有ノ場合ニ於テハ第三者ニ對シテハ特殊財團ノ存在ヲ認メス故ニ共有者ノ債務ハ直接ニ各共有者ノ負擔ニ歸シ共有者ノ權利ハ又直接ニ各共有者ニ分屬スルモノト考フ第五三條ニ於テ管理人ハ船舶共有者ニ代リテ法律行為ヲ爲スノ權限ヲ有スルコトヲ規定スルハ一面ニ於テハ其ノ法律行為ノ結果各共有者カ直接代理ノ原則ニヨリテ權利ヲ有シ義務ヲ負フコトヲ認メタルモノニハ非サルカ果シテ然ラハ各共有者ハ第三者ニ對スル關係ニ於テハ運送貨報酬等ノ請求權ヲモ有スルモノト認ルモ不可ナカレ可キカ

船舶共有者ノ各自ハ免責の委任ヲ爲スコトヲ得ルカ之ニ關シテハ委任ハ船舶全部ニ付テ之ヲ爲スヲ要スト爲スモノアリ乍併船舶ノ全部ト稱スルモ實ハ其ノ全部ノ所有權ニ非スヤ所有權ヲ離レテ物其自身ノ委任ナルモノハ子輩之レヲ考フルニ苦シム現ニ所有權ヲ委任スルモノトセハ各共有者モ亦全部ノ上ニ所有權ヲ有スルモノト前提スルニ於テハ此ノ點ヲ理由トシテ各共有者ノ持分委任權ヲ否定スルヲ得サル可シト考フ乍併此事ハ共有者ノ一人カ過失アル場合ニ他ノ共有者ハ委任權アリヤ否ヤノ問題ト混ス可カラス此ノ場合ニ於テ委任權否定說ノ生スルハ過失者ハ無限人的ノ責任ヲ負ヒ無過失者ハ單ニ人倫物的ノ責任ヲ負擔スルノミトセハ今若シ共有者ノ一人カ委任ニ依リテ免責スルモノトセハ其免責者ノ免責ノ效力ハ如何ニ人の無限責任者ノ責任ニ影響スルヤヤ説明シ難キカ故ナリ乍併既ニ委任ノ效力ニ付テ假定セルカ如ク委任ノ效力ハ債務ヲシテ絕對ニ消滅セシムルモノニ非ス單ニ陸産上ノ責任ヲ免ルルニ過キスト解セハ此場合ニ於テ必スシモ一人ノ過失ニ因リ他ノ共有者全員ニ禍ヲ及ボササルヲ得可シ故ニ子輩ハ加藤博士ノ如キ有力ニシテ信賴スルニ足ル可キ反對說アルニ拘ハラス共有者ハ一般船舶所有者ト同シク第五四條ノ適用ヲ受ケ持分其他ノ權利ノ委任ニ依リテ免責スルノ權アリト解シ更ニ後日ノ研究ヲ期セント欲ス

第四節 船舶賃借人

第一 自己ノ船舶ヲ自己ノ爲メニスル商行爲ヲ爲ス目的ヲ以テ航海ノ用ニ供スル者ニ非サレハ

商法論 本論 船舶及船舶所有者 船舶賃借人

正確ナル意味ニ於ケル船舶所有者ニ非ス故ニ他人ノ船舶ヲ利用スル者ハ船舶所有者ニ非ス船舶賃借人ハ他人ノ船舶ヲ利用スルモノナリ故ニ船舶及船舶所有者ノ章中ニ船舶賃借人ヲ論スルハ理論ニ於テ正確ナラスト雖モ船舶賃借人ハ船舶所有者ト同様ノ權利ヲ有シ義務ヲ負フ可キヲ以テ商法典ノ編別ニ從ヒテ便宜上茲ニ之ヲ述アルノミ若シ夫レ海商人格ヲ第一ニ論スル流ノ編別(「ラグナー」バツベンハイム)ヲ採ラハ船舶賃借人ト船舶所有者トト同章又ハ同編ニ論スルノ理論上ノ理由モ存スト雖モ茲ニハ唯タ了解ノ便ヲ圖リ商法第五編ノ編別ヲ基礎トシテ此章中ニ船舶賃借人ヲ論スルノミ

第二 他人ノ船舶ヲ利用スルモノハ必スシモ船舶賃借人ノミニハ非ス法律ノ規定ヲ設ケタルニ當リテハ獨リ賃借ノ場合ノミニ限ラス其他正當ナル權原ニ因リ船舶ヲ利用スル場合ト共ニ一般ノ規定ヲ設ケタルヲ正當トス特ニ商法第五七條ノ如キハ一般ニ正權原ニ依ル船舶利用者ニ應用スルモノ不可ナカル可キ規定ナルヲ以テ見レハ我商法ノ規定ハ實際上ニ於ケル大缺點ニハ非サルモ理論トシテハ此點ニ關シテ狹隘ニ失スルノ譏ヲ免レス獨逸商法第五〇條ノ如キハ此點ニ於テ我商法ニ優ルモノト謂フ可シ

第三 船舶賃借人ノ意義 船舶賃借人ハ船舶所有者ノ一人ニ關シテ其ノ船舶ヲ利用スル者ノ一種ナリ既ニ賃借スルカ故ニ他人所有ノ船舶ヲ使用スルコト勿論ナリ船舶ハ商船タルカ爲メニハ何人ノ商行爲ノ用ニ供

セラルルモノナリ故ニ賃借船ハ商船タルコトヲ失ハズ併賃借人ハ其船舶ヲ自己ノ爲メニスル商行爲ヲ爲ス目的ヲ以テ航海ノ用ニ供セサル可カラス(五五七條)商行爲以外ノ目的ヲ以テ航海ノ用ニ供スル場合ニ於テハ商法ノ適用ヲ受ク可キ正確ナル意味ニ於ケル船舶賃借人ニ非スシテ商法第五編ノ準用ヲ受ク可キ通俗ノ意味ニ於ケル船舶賃借人タルノミ(船舶法三五條)船舶賃借人ハ其ノ船舶ノ航海ニ依リテ自己ノ爲メニスル商行爲ヲ爲ス者ナリ、而シテ絶對の商行爲ハ航海ニ依リテ爲サルモノ無シ、故ニ船舶賃借人モ亦商人ナリ、多數賃借人ノ存スル場合ニ於テハ船舶共有關係ヲ生セスト爲スハ通説ナリ(Obata, p. 139, Anm. 9.)而シテ多數ノ者カ共同ノ計算ニ於テ共同ノ商行爲ノ爲メ他人ノ船舶ヲ利用スルコトハ組合契約關係ノ存在ヲ前提トセサルヲ得ス從テ此場合ニ關シテ組合ニ關スル民法ノ規定ヲ適用ヲ見ルハ當然ト謂フ可シ(第五、二ノ乙末文參照)

第四 船舶賃借人トハ自己ノ爲メニスル商行爲ヲ爲ス目的ヲ以テ賃借船舶ヲ航海ノ用ニ供スル者ヲ謂フ賃借契約ノ何者タルヤ及ヒ其契約ノ效力ニ關シテハ民法論ニ讓ラサル可カラス茲ニハ單ニ船舶賃借及ヒ船舶賃借人ニ關スル特殊ノ規定ヲ説明スルニ過キス法律上ノ問題トシテハ船舶賃借人カ締結スル賃借契約ハ民法上ノ賃借契約ニシテ特殊ノ説明ヲ加フル必要ナシ然ルニ實際上ハ往往船舶賃借借ト儲船契約トノ區別カ問題トナルコトアリ法律上ニ於テモ其ノ影響ヲ受ケ舊商法第二編海商第五章運送契約ノ第一節ニ船舶賃借契約ナル文

字ヲ見ルニ至レリ故ニ舊商法ニ於テハ船舶賃借ノ性質ハ甚ク解シ難キモノナリシモ現行商法ニ於テハ船舶契約ニ關スル事ハ運送ノ章ニ規定シ賃借ニ關シテハ船舶所有者ノ章ニ規定シ此ノ二ツノ觀念ヲ區別セルヲ以テ法律上ノ問題トシテハ賃借ト船舶契約トノ區別ハ問フノ必要ナキ程明瞭トナレリ唯タ實際ノ便宜ノ爲メ簡單ニ二者ノ區別ニ關スル實際上ノ問題ヲ述フ可シ

海運事業ニ關シテハ「チャーターパーティ」Charterpartyト稱スル形式ヲ以テスル契約甚ク多シ此ノ契約ヲ假リニ賃シ切リ契約ト稱セン然ルニ此形式ニヨリテ結ハルル契約ノ内容ハ種種アリ(1)或ハ船舶ノ賃借ト認ム可キ場合アリ(2)或ハ船舶契約ニ過キタル場合アリ是ヲ以テ此種ノ形式ヲ以テスル契約ノ法律上ノ性質ヲ鑑別スル爲メニ英國ノ學者「アールド」氏ハ此契約ヲ「船ノ賃切(Leasid navis)」、「船員附キノ船ノ賃切(Leasid navis et operarii magistrali et nauticorum)」、「船舶所有者權者カ其雇人ヲ使用シテ商人ノ荷物ヲ運送スルノ契約(Leasid operis velendorum mercium)ノ三分テリ其第一種カ船舶賃借契約ニシテ第三種カ船舶契約ナルコトハ殆ント論ナキモ其ノ第二種ニ屬スル各個ノ場合ニ於ケル各個ノ契約ヲ以テ船舶賃借ト解釋ス可キカ將タ船舶契約ト解釋ス可キヤニ付キ屢屢論争ヲ見タリ故ニ此ノ三種ノ區別ハ法律上ノ區別ニ非スシテ實際上ノ區別ナリ而シテ此ノ第二種ノ賃切契約ヲ船舶賃借ト認ムル場合ニ於テハ其船舶ハ賃借人即チ借切人(Charterer)之ヲ占有シ船員ハ借切人ノ被

用者トナリ船舶所有權者ハ其船舶ノ占有ヲ失ヒ從テ其ノ船賃ニ對スル留置權無ク船員ノ行為ニ付テハ所有權者ハ其責ニ任セスシテ借切人其責ニ任シ又法律カ通常船舶所有者ニ命シタル義務ハ借切人ニ於テ之ヲ負擔シ救済及ヒ救助料ノ請求ハ借切人ニ於テ爲ヌヲ得ルモノトス故ニ實際問題ヲ解決スルニ當リテハ契約上借切人ハ右述ヘタル權利義務アリヤヲ見特ニ船長ハ何人ノ被用者ナルヤヲ、究ノ其借切人ノ被用者タル場合ニ於テハ其ノ契約ヲ以テ船舶契約ニ非スシテ賃借ナリト解スルニ至リタルノミ之ヲ要スルニ此三種ノ區別ハ單ニ實際上ノ區別ニシテ法律上ハ賃切契約ト稱スル契約ハ賃借及ヒ船舶契約ノ二種ニ分ルルノミ(法學協會雜誌二四卷二號三六頁抽稿及ヒ「アールド」氏保險法論參照)

第五 船舶賃借及ヒ船舶賃借人ニ關スル特殊規定

- 一 船舶賃借ニ關スル特殊規定 不動産ノ賃借ハ之ヲ登記シタルトキハ爾後其不動産ニ付キ物權ヲ取得シタル者ニ對シテモ其效力ヲ生ス(民六〇五條) 賃借權ハ之ヲ物權トスヘキヤ債權トスヘキヤハ民法論ニ讓ルモ既ニ民法ニ於テ第六〇五條ノ規定ヲ設タルヲ是認セハ登記制度ヲ行フヲ得キ船舶ニ付キテモ亦民法不動産賃借ノ登記ト同様ノ規定ヲ設タルヲ正當トス(五五六條) 乍併登記法ノ備ハラサル船舶ニ付テハ商法第五五六條ノ適用ナシ(五四〇條二項)

二 船舶賃借人ニ關スル規定 船舶賃借人ハ(1)所有權者トノ間ニ賃借關係ヲ有スルノミ

商法海商 本論 船舶及船舶所有者 船舶賃借人

ナラス(2)其ノ船舶ヲ商行爲ヲ爲ス目的ヲ以テ航海ノ用ニ供スル場合ニ於テハ其ノ利用ニ關シ第三者ト賃借人トノ間ニ法律上ノ關係ヲ生ス(3)加之法律ハ其ノ第三者ニ與フルニ船舶ノ上ニ存スル先取特權ヲ以テスルコトアリ從テ船舶所有權者ト第三者トノ間ノ關係ヲモ生ス甲 船舶所有權者即チ賃借人ト船舶賃借人トノ關係ハ貸借契約ニヨリテ定マリ民法ノ間題ニ屬ス

乙 賃借人ト第三者トノ關係ニ付キテハ商法第五九條第一項ノ規定アリ賃借人ハ其船舶ノ利用ニ關スル事項ニ付テハ船舶所有者ト同一ノ權利ヲ有シ義務ヲ負フ其所謂利用ニ關係アル事項トハ船舶ノ委付、讓渡、抵當權設定等ヲ包含セサルモノトス是等ノ行爲ハ船舶所有權ノ直接ノ效果トシテ船舶所有權者ニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得ス故ニ茲ニ所謂同一ノ權利義務ヲ有スト謂フハ單ニ同一關係ノ存在スル場合ニ於テ同一ノ權利義務ヲ有スルノ義ト解ス故ニ賃借人カ運送人トナリテ運送契約ヲ締結スル場合ニ於テハ之ヲ船舶所有者カ自ラ運送契約ヲ締結スル場合ト比較シテ考フルニ運送業ヲ爲スニ於テ同一ナリ自ラ運送人タラントスルニ於テ同一ナリ從テ賃借人ハ船舶所有者カ運送ヲ爲ス場合ニ於テ運送法ニ於テ船舶所有者ノ權利トシテ認メラルル所ノ運送賃請求權其他ノ權利ヲ取得シ又同時ニ其船舶ニ付キ通航ノ擔保ヲナシ運送ヲ爲スノ義務ヲ負フナリ船長其他ノ船員ハ賃借人ノ使用人トシテ賃借人ノ爲メニ其業務ヲ行フ此點ニ於テハ船舶所有者カ自ラ船

破 産 法

法學博士 加 藤 正 治 講 述

第一章 破産ノ定義

破産ハ債務者カ其債務ヲ完済スルコト能ハサルニ至リタル場合ニ於テ競合セル多數債權者ニ公平ナル満足ヲ得セシメントスル訴訟事件ナリ此定義ヲ分析スレハ左ノ四箇ノ要素ヲ包含スルヲ見ル曰ク多數債權者ノ競合曰ク公平ナル満足曰ク債務ノ完済不能曰ク訴訟事件是ナリ左ニ是等ノ要素ヲ説明シテ破産ノ意義ヲ明カニセントス

第一 多數債權者ノ競合

是レ破産ヲ債權者ノ方面ヨリ觀察シタルモノナリ從來ノ學說及ヒ立法例ハ一ニ皆破産ヲ觀察スルニ債務者即チ破産者ノ側面ヨリスルヲ常トシ債務ノ完済不能アレハ則チ茲ニ破産アリト云フ觀念ヲ有セリ然レトモ是レ未ダ法理ノ觀察ヲ盡シタルモノト謂フヲ得ス破産ハ尙ホ之ヲ債權者

若クハ社會ノ方面ヨリ觀察スルヲ要ス
從來ノ學說立法例カ何故ニ唯債務者即チ破産者ノ方面ヨリノミ破産ヲ觀察スルニ至リタルカ是
レ他ナシ從來ノ沿革ニ於テ破産ナル事實ノ發生シタルトキハ直チ之ヲ取締リ若クハ監督スル
ノ必要アリト認メタルニ因ル今其沿革ヲ見ルニ古代殊ニ羅馬ニ於テハ執行方法ハ總テ人的執行
ニシテ債務者ノ自由、名譽、生命等ハ皆債務執行ノ目的タルヘク死シテハ尙ホ其屍體ヲモ執行
ノ目的ト爲セリ蓋シ當時ハ未タ公私權並ニ公私私ノ區別明カナラスシテ犯罪者ニ對スル刑罰ノ
執行モ私法上ノ債務モ共ニ同一ノ執行方法ヲ用ヒテ敢テ之ヲ怪ム者ナカリキ其後の執行ノ方
法ヲ廢止シ之ニ代フルニ財産的ノ執行方法ヲ以テスルニ至リシモ尙ホ債務者ハ執行ノ結果トシ
テ其身上ニ或制限ヲ加ヘラレタリ所謂「インファミア」ナルモノ是ナリ是レ即チ人的執行ノ遺
物ナリ英佛ノ破産法ノ沿革ニ依ルモ破産法ハ總テ詐欺破産ノ如キ有罪破産ノ規定トシテ先ツ發
達シ破産者ハ即チ犯罪者ト同一ニ取扱ハレ殊ニ佛國法ニ於テハ破産者ニ臨ムニ死刑ヲ以テシタ
ルコト稀ナリトセス此ノ如ク破産法ハ人的執行又ハ有罪破産ノ規定ヨリ發達シ破産者ハ一般ニ
或惡事者クハ犯罪ヲ犯シタルカ如キ思想ヲ馴致シ破産法ヲ以テ破産者ノ取締並ニ監督ヲ嚴シシ
今日ニ於テモ有罪破産ノ場合ハ勿論普通破産ノ場合ニ於テモ破産手續ノ終了後ニ於テ破産ノ效
力トシテ債務者ニ對シ身上ノ結果ヲ導キ公私權ノ上ニ多少ノ制限ヲ加フルヲ以テ諸國普通ノ法
制トス是ニ於テカ破産ハ專ラ破産者ニ對シテ開始スル手續ニシテ破産者ニ對シ身上ノ效果ヲ及

ホスヘキ點ヲ理由トシ其多數債權者ノ存否等ハ毫モ之ヲ顧慮セス破産ナル事實若クハ破産者其
者ヨリ打算シ直チニ破産手續ヲ開始セシムルニ至リタリ夫ノ職權ニ因ル破産宣告ノ主義ヲ認ム
ルニ至リタルハ蓋シ之カ爲メナリ

然レトモ今日ノ法律思想ニ於テ債務不履行ノ爲メニ身上ニ或效果ヲ及ホスコト例ヘハ名譽權ヲ
剝奪セラルルカ如キコトハ何人モ皆之ヲ否認シ從テ箇箇ノ強制執行ノ場合ニ於テ債務者ノ身上
ニ未ダ曾テ斯ル效果ヲ及ホセシコトアルヲ聞カス破産ハ訴訟事件ニシテ多數債權者ノ爲メニス
ル共同ノ強制執行ニ外ナラス既ニ箇箇ノ債務ノ強制執行ニシテ何等身上ノ效果ヲ及ホスモノナ
シトセハ破産ノ場合ニ於テモ亦然ラサルヲ得ス何トナレハ破産ハ箇箇ノ強制執行ノ集合ニ外ナ
ラサレハナリ然ラハ今日ノ法制ニ於テ何レノ國モ皆破産者ヲ普通人ト同一ニ取扱ハスシテ公私
權上ニ多少ノ制限ヲ加フト雖モ是レ債務ノ不完済即チ破産其モノノ直接ノ效果ナリト云フ一片
ノ理由ニ基クニ非スシテ結局社會ノ公德及ヒ信用等ノ問題ト牽連シ社會ノ政策上破産者ノ身上
ニ制限ヲ加ヘ普通人ト同一ニ取扱ハサルモノト云フニ外ナラサルナリ

既ニ職權ニ因ル破産宣告ノ趣旨漸次廢止セラレ破産其モノノ直接ノ效果トシテ身上ニ影響ヲ及
ホスノ理由不可ナリトセハ破産開始ノ主たる目的ハ抑モ何レニ在リヤ破産ハ宜シク之ヲ債權者
ノ方面ヨリ觀察スヘク多數債權者ノ競争シ各自他ヲ排斥シテ獨リ完全ナル辨濟ヲ得ントスルヲ
防止シ其間ニ公平ナル満足ヲ得セシメントスルヲ目的トスルニ外ナラス此點ヨリ得テ破産手續

ハ債権者ニ付キ開始スト云フモ決シテ不可ナカルヘシ何トナレハ破産一旦開始スルヤ債権者モ亦破産の法律關係ニ立ツモノニシテ債権者ハ破産手續ニ依ルニ非サレハ其權利ヲ行使スルコトヲ得サレハナリ(破産八條、商九八七條)然ルニ債権者若シ一人ナルトキハ競合若クハ公平保持等ノ問題ヲ生スルコトナク既ニ普通一般ノ強制執行ノ法備ハルアリテ之ヲ適用セハ事足ルヘク故ラニ繁雜ナル破産手續ヲ煩ヌヲ要セス唯普通ノ強制執行ノ手續ヲ施シタル後債務ヲ完済スルコト能ハサリシトキハ債務者ヲ破産者ト看做シテ之ニ身上ノ結果ヲ課スルヲ以テ足レリトス知ルヘシ多數債権者ノ存立ハ破産ノ成立ニ缺クヘカラサルノ要件ナルコトヲ從テ多數債権者ノ存在ナクンハ純理上ニ於テハ破産開始ノ必要アラサルナリ

然レトモ立法論トシ將タ實際論トシテ破産手續ハ唯リ多數債権者ノ存立スルコトカ確定シタル場合ニ於テノミ開始セシムヘキヤ否ヤハ全ク別箇ノ問題ニ屬ス之ヲ立法上ノ見地ヨリスレハ破産手續ノ開始ハ單ニ多數債権者ノ存在スヘキコトヲ可能ニ豫想シ得レハ足レリ蓋シ箇箇ノ債務者ニ付テ主觀的ニ之ヲ觀察セハ果シテ多數債権者ノ存在スルヤ否ヤ又ハ存否スルコトノ明白ナリトスルモ果シテ債権ヲ届出テテ破産手續ニ参加スヘキヤ否ヤハ破産手續ヲ開始シテ然シテ後始メテ知ルヲ得ヘキモノナリ殊ニ債権者ハ債権届出期間内ニ必スシモ届出ツルコトヲ要セス破産手續終結マテハ何時ニテモ届出ヲ得ルカ故ニ何時多數債権者ト爲ルヤハ得テ知ルヘカラサルナリ然ルニ既ニ破産ヲ宣告シ破産手續ヲ開始シタル後ニ於テ縱令多數債権者不存在ナル事實

ノ確定シタリトスルモ其期ハ既ニ遅ク一旦開始シタル破産手續ヲ廢止シテ普通ノ強制執行ニ轉セシムルカ如キハ實際上ノ不利益言フニ堪ヘサルモノアリ故ニ債権者一人タル場合ニ於テモ既ニ開始シタル破産手續ハ之ヲ遂行セサルヘカラス我現行法並ニ破産法案モ亦斯ノ如ク解釋スヘキモノト信ス

第二 損失分擔ノ觀念

是レ破産ヲ社會的ニ觀察シタルモノトス破産ハ社會上嫌忌スヘキ事項タルニ相違ナシト雖モ社會上ヨリ見レハ破産ハ猶ホ火災、震災等ノ如ク社會上ノ不幸ナル出來事ト謂フヘシ有罪破産ノ場合ハ格別普通ノ破産ニ對シ法律ヲ以テ之ヲ禁止センコトハ到底不可能ノコトナリ法律ハ畢竟既ニ生シタル破産ニ付テ善後ノ策ヲ講スヘキノミ然ルニ其善後策ニ付キ債権者保護ノ必要ヨリセハ積極財產タル殘餘財產ヲ成ルヘクタケ公平ニ分配シ彼等ニ對シ努メテ公平ナル満足ヲ得セシメントスルニ在ルモ破産ヲ社會的ニ一現象トシテ社會ヨリ之ヲ觀察スレハ破産ナル一ノ不幸ナル出來事アリタル場合ニ其損失ハ成ルヘク多數ノ人ニ分配シ多數者ヲシテ其損失ヲ分擔セシムルハ大ハ社會政策ニ適スルモノトス故ヲ以テ債権者ノ爲メニスル殘餘財產即チ積極財產ノ公平ナル分配ノ觀念ノ裏面ニハ社會ヨリ觀察シタル消極財產即チ損失分擔ノ觀念ヲ含ミ債権者ハ損失分擔ノ共同體ヲ構成スルモノナリ此點ニ於テハ破産法ハ損失分擔主義ヲ實行セシムルコトヲ目的トスル社會的政策ノ立法ノ一ニ屬スト謂フヘキナリ

第三 債務ノ完済不能

是レ債務者ヨリ破産ヲ觀察セルモノトス債務者ノ境遇ヲ客觀的ニ觀察シテ其信用並ニ財産ヲ以テ能ク其債務ヲ圓滿ニ完済シ得ヘキ状態ニ在リトセハ人誰カ破産者ヲ以テ彼ニ擬スル者アランヤ故ニ債務者カ債務ヲ完済スルコト能ハサル境遇ニ在ルコトノ一事ハ破産開始ノ一前提タラサルヘカラス從來破産ヲ觀察スルニ唯リ此點ヨリ見テ債務ノ完済不能即チ破産ナリト觀念シタルモノナリ然ラハ債務ノ完済不能トハ如何ナル場合ヲ謂フカ理想上又ハ抽象的ニハ之ヲ想象シ得ヘキモ實際上箇箇ノ債務者ニ付テ主觀的ニ觀察セハ如何ナル境遇ニ在ル場合ヲ以テ之ヲ債務ノ完済不能ト目スヘキヤハ容易ニ知ルコトヲ得ス今其人ノ信用財産等ヲ包括シタル辨濟力ヲ假ニ之ヲ擔保ト名ケンニ其擔保ノ不足セル場合ニ於テ債務ヲ完済スルコト能ハサル状態ニ在リト謂ハサルヲ得ス然ルニ其擔保ノ不足スルコトハ時ノ點ヨリ之ヲ云ハハ一時のナルコトアリ又ハ繼續のナルコトアリ又分量ノ點ヨリ之ヲ謂ハハ關係のナルコトアリ又ハ絕對的ナルコトアリ故ニ破産ハ其擔保ノ不足シタル或微候ノ出現シタル場合ニ於テ之ヲ開始セシムルノ外途ナキナリ何トナレハ債務ノ完済不能ナルコト極メテ顯然タル場合ニ於テノミ破産ヲ開始スルヲ得セシメンカ其時期既ニ遅ク債務者ノ資産ハ債務ノ十分ノ一ニモ足ラサルノ場合多カルヘク折角破産手續ヲ開始スルモ實際上何等ノ效果ヲ奏スルコトナカルヘケレハナリ故ニ法理ノ前提トスル所ハ債務者ノ債務ノ完済不能ニ在ルモ實際上ノ立法論トシテハ之ヲ以テ破産開始ノ要件トスルヲ得サ

ルナリ

茲ニ辨濟力即チ擔保缺乏ノ微候ト云フモ其缺乏ハ果シテ如何ナル程度ニ於テ破産ヲ宣告シ其手續ヲ開始セシムヘキカ今日ノ立法例ニ於テハ破産行爲ト見ルヘキ箇箇ノ場合ヲ列擧スルノ主義ト概括的ニ規定スル主義トノ二アリ前者ハ即チ英米ノ探レル主義ニシテ後者ハ即チ獨、佛及ヒ我現行法並ニ我草案ノ採用セル所ノ主義ナリ然ルニ概括的ニ規定スル主義中ニ於テモ如何ナル場合ニ破産ヲ開始セシムヘキカ之ニ對シテ從來三箇ノ思想アリ曰ク支拂停止曰ク支拂不能曰ク無資力是ナリ此三者ハ果シテ如何ナル意義ヲ有スルカ左ニ之ヲ説明スヘシ

支拂停止トハ債務者カ支拂ヲ爲スコト能ハサル旨ヲ表示シタル行爲ヲ謂ヒ支拂不能トハ債務者カ支拂ヲ爲スコト能ハサルニ至リタル状態ヲ謂フ

支拂停止ト支拂不能トハ第一點ニ於テ一ハ行爲ニシテ他ハ状態ナリト云フ點ニ於テ區別スルコトヲ得(一)茲ニ行爲ト云フハ必スシモ法律行爲ノミニ限ラス意思ノ決定ニ基キテ爲シタル廣義ノ行爲ヲ謂フ意思ナクシテ爲シタル行動ハ固ヨリ行爲ニ非ス然レトモ其行爲タルヤ法律行爲トシテ相手方ニ對シテ明示のニ表示セラルル場合アルヘク又閉店、逃亡等ノ如キ默示の行爲モアルヘシ唯全ク内心ノ決定ノミニシテ外形ノ行動ニ表ハレサルモノハ行爲ト稱スヘカラサルカ故ニ支拂停止トハ爲ラス(二)又支拂停止タルニハ支拂ヲ爲スコト能ハサルノ意思カ外形ノ行動トシテ積極的ニ必ス表ハルルコトヲ要スルモノニシテ辨濟期ノ至リタル債務ヲ履行セシシ

破産法

破産ノ定義

七

テ空シテ經過シタルカ爲メニ直チニ支拂停止ト爲ルモノニ非ス我大審院モ亦之ヲ認ム(大審院判決録三十三年度一巻四八頁)是レ即チ不履行ト區別スヘキ要點ナリ不履行トハ債務ノ本旨ニ從ヒテ履行ヲ爲ササルコトヲ謂フ故ニ辨濟期ヲ空過スルトキハ債務者ハ直チニ不履行ト爲リ運滞ノ責ニ任セサルヘカラス然レトモ支拂停止ノ場合ハ其債權カ究竟辨濟ヲ受クルコトヲ得ルヤ否ヤノ死活問題ナルカ故ニ或特種ノ債權ニ依リテ支拂停止タル行爲アリト爲スニ付テハ其債權者ヨリ信用ヲ與ヘサル程度ニ於ケル請求即チ逼迫ヲ爲スコトヲ要ス若シ然ラズシテ債權者カ辨濟期到ルモ毫モ逼迫スルコトナク默過スル場合ノ如キハ其債權者ニ對シテハ債務者尙ホ多少ノ信用アリト云フコトヲ得ヘキナリ

支拂停止ト支拂不能トハ第二點トシテ前者ハ主觀的ノ觀察ニシテ後者ハ客觀的ノ觀察ナル點ニ於テ區別スヘシ前者ハ行爲ナルカ故ニ其之アリト爲スニハ其意思ト行動トヲ主觀的ニ觀察スルコトヲ要ス後者ハ狀態ナルカ故ニ外觀ノ總テノ事實ノ總合ヨリ歸納スルコトヲ要ス故ニ予ハ兩者ノ定義ニ共ニ支拂ヲ爲スコト能ハスト云フ文字ヲ使用セリト雖モ前者ハ債務者カ支拂ヲ爲スコト能ハスシテ其旨ヲ外形ニ表ハシタルトキニシテ即チ債務者彼自ラ自己ノ境遇ニ對スル判斷ノ結果ナリ後者ハ世間即チ客觀的ニ見テ債務者カ支拂ヲ爲スコト能ハサルニ至リタル場合ニシテ即チ世間ヨリ見タル債務者ノ境遇ニ對スル判斷ナリ然ルニ世間即チ客觀的ニ見タル債務者ノ境遇ナルモノハ一定不動ニシテ何人モ之ヲ左右シ得ヘキニ非ス唯吾人ハ神ニ非サル以上ハ能ク

事實ノ真相ヲ得ルコト難キノミ故ニ已ムコトヲ得ス吾人人間社會ニ在リテハ裁判官ノ認定シテ支拂不能ト爲シタル場合ニ於テ之ニ確定的效力ヲ付セサルヘカラス之ニ反シテ支拂停止ハ債務者彼自ラカ自己ノ境遇ニ對スル判斷ノ結果ナルカ故ニ能ク事實ノ真相即チ客觀的ノ彼ノ境遇ト一致スルヤ否ヤハ疑ハシキモノアリ然レトモ自家心事自カノ謎ノ如ク自己ノ境遇ハ自己ノ最モ能ク知レリト云フコトヲ得ヘキカ故ニ債務者カ自ラ支拂ヲ爲スコト能ハスシテ支拂ヲ停止シタル場合コソ實ニ支拂不能ニ對スル最モ確實ナル證據ニシテ獨逸ノ破産法カ支拂停止アリタルトキハ支拂不能ト看做ス(獨逸一〇二條)ト云フハ實ニ之カ爲メナリ故ニ多クノ場合ニ於テハ支拂停止ヲ爲シタルトキハ客觀的状態ニ於テモ支拂不能ノ境遇ニ在ルヘク支拂停止ト支拂不能トハ十中ノ八九マテハ其客觀的状態ヲ同一ニスヘシ唯支拂停止其モノトシテハ客觀的状態ノ如何ハ之ヲ問フノ必要ナキノミ然リト雖モ本人ノ判斷必スシモ正鵠ヲ得サルカ故ニ

(一) 茲ニ極端ナル悲觀的ノ人物アリテ客觀的ニ見タル本人ノ境遇ハ未ダ左程惡シキト云フニ非ス即チ未ダ支拂不能ノ境遇ニ在リト云フコトヲ得サルノミナラス支拂ニ充ツヘキ財産即チ金錢其他ノ換價シ易キ財産モ亦不足セリト云フニ非ス然ルニ輕卒又ハ錯誤等ニテ本人自ラハ大ニ自己ノ境遇ヲ悲觀シ信用アルモノ之ヲ利用スルノ策ヲ知ラス又換價シ易キ財産アルモ換價方法ニ當惑シテ本人ハ遂ニ支拂ヲ爲スコト能ハスト爲シ支拂停止ニ陥ル場合ナキニ非ス此ノ如キ場合ニ於テハ破産手續ヲ開始スルモ多クハ債務ヲ完済スルコトヲ得ヘキ實ハ破産開始ノ

必要ナカリシコトヲ事後ニ於テ始メテ悟ルニ至ルヘキナリ
 梅博士ハ「支拂ニ充ツヘキ財産不足ノ爲メ」タルコトヲ支拂停止ノ一要件トセラレタリ（法
 學協會雜誌二二卷三號三一七頁以下）若シ之ヲ以テ支拂停止ノ一要件トセハ支拂停止ハ主觀
 的觀察タルニ止マラス債務者ノ客觀的財産ノ境遇ヲ觀察セサルヘカラサルニ至ル即チ裁判官
 カ支拂停止アリタルヤ否ヤヲ判斷スルニ當リテハ支拂不能ノ場合ト同シク債務者ノ財産ニ付
 キ其客觀的狀態ヲ悉ク調査スルコトヲ要シ其財産中何レカ支拂ニ充ツヘキ財産ニシテ他ハ然
 ラサル財産ナリトノ區別ヲ爲スコトヲ要ス然レトモ此ノ如キ區別ハ裁判官ニ於テ到底爲スコ
 トヲ得サルノミナラス縱令之ヲ爲シ得テ支拂ニ充ツヘキ財産即チ金銭其他ノ換價シ易キ財産
 許多アリタリトスルモ債務者彼レ自身ニ於テ過失又ハ錯誤ニテ到底換價スヘカラサル財産ト
 爲シ之ヲ以テ支拂資金ヲ作ル方法ヲ講セズ遂ニ支拂ヲ爲スコト能ハスシテ支拂ヲ拒絶スルコ
 トナキニ非サルヘシ斯ル場合ニモ支拂停止アルコトハ疑ナキナリ要スルニ予ノ見解ハ徹頭徹
 尾支拂停止ハ行爲ナリトシテ主觀的ニ觀察セント欲スルモノニシテ裁判官カ支拂停止ヲ認定
 スルニ付テハ債務者ノ財産上ニ於ケル客觀的狀態ニ付テハ重キヲ置キテ調査スル必要ナキモ
 ノトス唯支拂ヲ停止シタル債務者ハ多クハ支拂ノ停止ヲ自白セサルヘキカ故ニ裁判官ハ已ラ
 得ス其心證ヲ得ル爲メニハ債務者ノ財産上ノ客觀的狀態ヲモ觀察調査スルニ至ルモ是レ唯心
 證ノ材料タルニ過キス必スシモ必要ニ非ス故ニ唯債務者自身カ支拂ヲ爲スコト能ハサル旨ヲ

表示スル行爲アリタルヤ否ヤヲ調査スルコト肝要ナリトス予ノ思考ニ依レハ梅博士ノ所謂支
 拂ニ充ツヘキ財産即チ金銭其他ノ換價シ易キ財産カ不足セシヤ否ヤノ判斷ハ債務者彼自身ヲ
 シテ之ヲ爲サシメント欲スルモノナリ蓋シ凡テ財産ノ換價シ易キヤ否ヤハ其所有者自身カ最
 モ能ク判斷シ得レハナリ故ニ客觀的ニ觀察シテ換價シ易キ財産ノ不足アリシヤ否ヤハ支拂停
 止タルニ毫モ之ヲ問ハサルモノナリ梅博士ノ例示シタル夫ノ特定物ノ引渡義務ニ於テ天災又
 ハ過失ニ因リテ其物滅失シタルカ爲メニ其債務ヲ履行スルコト能ハサルニ至リタル場合ハ固
 ヲリ不履行タルニ過キスシテ金銭的ノ代價ヲ爲スコトヲ得ル以上ハ支拂停止ト爲ラサルナリ』

(2) 然ルニ他方ニハ又極端ナル樂天家若クハ奇計家アリテ客觀的ニ見レハ本人ノ境遇タルヤ
 非常ニ危險ノ位置ニ立テ實ハ支拂不能ノ地位ニ在リナカラ本人ハ非常ナル樂天家ナルカ又ハ
 非常ニ巧妙ナル手段ヲ用ヒテカ營業ヲ繼續シ未タ嘗テ破綻ヲ生セズ即チ辨濟期ノ至リタル債
 務ノ支拂ニ支障ヲ生シタルコトナキ場合アリ此ノ如キ場合ニ於テハ未ダ支拂停止ト稱スヘキ
 モノナキモ違カラスシテ他ノ債務ノ支拂ニ支障ヲ生シテ支拂停止ヲ爲スニ至ルヘク又本人ノ
 行爲ヲ探索セハ或ハ高利ヲ借ルカ如キ或ハ高價品ヲ投資シテ支拂資金ヲ作ルカ如キコトアル
 ヘキカ故ニ是等ノ他ノ事實ノ證明ニ依リテ裁判所ハ支拂不能ヲ認定シ草案ノ規定ニ依レハ破
 産宣告ヲ爲スコトヲ得ヘク又斯ル行爲ハ有罪破産トシテ罰セラルヘシ（破産三四六條二號、
 商一〇五一條二號）

(3) 又本人カ支拂ヲ爲スコトヲ得ルニ當リ理由ナク支拂ヲ拒ミ又ハ相殺、混同、辨濟其他ノ抗辯ヲ理由トシテ支拂ヲ拒ミタル場合ハ固ヨリ支拂停止ニ非ス然レトモ本人カ眞ニ支拂ヲ爲スコト能ハサルニ當リ唯一時ヲ糊塗スルカ爲メニ自信ニ反シ徒ニ口實ヲ設ケテ支拂ヲ拒ムカ如キハ寧ロ支拂ヲ爲スコト能ハサル旨ヲ表示シタル行爲ノ一ノ體様ト見ルヲ可トス、キカ故ニ是レ亦支拂停止トスルニ害ナシ我大審院モ亦之ヲ認ム(大審院判決錄三十六年六四二頁)支拂停止ト支拂不能トハ第三點トシテ時ノ關係ニ於テ區別スルコトヲ得蓋シ前者ハ行爲ナルカ故ニ一定ノ時日ニ於テ成立ス法律自身カ既ニ之ヲ豫想シ支拂停止前幾日等ノ文字ヲ使用セリ(破案八五條、商九九〇條)然ルニ支拂不能ハ狀態ナルカ故ニ繼續的ノ將來ノ境遇ニ付テ云フモノナリ然レトモ永久ニ涉レル判斷ニハ非ス何トナレハ人ハ將來ニ於テ家運ヲ再興スルコトハ豫想シ得ヘキ所ナレハナリ

而シテ支拂停止ト支拂不能トハ共ニ一時ノ不如意ト之ヲ區別スヘシ何トナレハ二者共ニ繼續的ノ將來ニ對スルモノニシテ單ニ一定ノ期日若クハ期間ヲ限リテ之ニ對シテ謂フモノニ非サレハナリ故ニ今日能ハサルモ明日出來ル場合ノ如キハ一ノ不如意ニシテ支拂停止若クハ支拂不能ニ非サルナリ

次ニ又支拂停止ト支拂不能トハ共ニ金錢ノ支拂ニ關スルモノタリ蓋シ破産ハ金錢ノ満足ヲ與フルコトヲ最後ノ目的トスルカ故ニ金錢ノ辨濟ニ付テ標準ヲ取ルヘキヲ至當ト爲スヲ以テナ

リ現行法カ支拂ナル文字ヲ金錢ノ辨濟ノミノ意味ニ用ヒサルコトハ之ヲ是認セサルヲ得ス(商九八五條二項、九九〇條、九九一條一項)然レトモ破産原因タル支拂停止ニ付テハ金錢ノ辨濟ヲ標準ニ取ルヘキモノトス夫ノ商品引渡義務ヲ履行シ能ハサル場合モ亦支拂停止トスヘキカ如シト雖モ金錢ノ辨濟ヲ爲スコトヲ得レハ則チ支拂停止ト爲ラス何トナレハ破産ヲ開始シ破産手續ヲ遂行スルモ實物の履行ヲ爲スニ非スシテ金錢ノ辨濟ヲ爲スニ止マレハナリ例ヘハ燈節間屋カ燈節切手ニ對シテ悉ク實物ヲ以テ引渡スコト能ハサルシ場合ニ金錢ヲ以テ之ニ代ヘテ支拂ヒ得ル狀態ニ在レハ固ヨリ支拂停止ト爲ラサルナリ

之ニ反シテ金錢債務ニ付テハ代物辨濟例ヘハ不動産ヲ以テ之カ辨濟ヲ爲ザントスルモ相手方カ承諾スレハ可ナルモ若シ然ラサルトキハ支拂停止ト爲ル何トナレハ此場合ハ相手方ハ之ヲ承諾スル義務ナキノミナラス破産ヲ開始セハ實物ヲ換價シテ金錢トシテ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘキニ依リ破産ヲ開始セシムル必要アレハナリ

以上支拂停止ト支拂不能ノ意義ヲ説明シタル沿革ニ徴スルニ支拂停止ノ觀念ハ商人破産主義ト其起源及ヒ發達ヲ同ウシ現今ニ於テモ尙ホ商人破産主義ヲ採ル諸國ニ於テ一般ニ之ヲ以テ破産原因トス佛法系即チ之ニ屬シ我現行法亦之ニ屬ス(商施一三八條、商九七八條)支拂不能ハ商人、非商人ニ通スル一般破産ノ主義ヲ採ル諸國ニ在リテ破産原因トスル所ニシテ獨法系之ニ屬シ我草案亦此主義ヲ採用セリ(破案一三二條)

最後ニ無資力即チ負債超過ノ意義ヲ説明セン負債超過トハ負債カ資産ニ超過シタル場合ニシテ信用ヲ外ニシテ唯財産上ニ付テノミ云フ言辭ナリ故ニ負債超過スルモ信用アル場合ハ未タ以テ破産ヲ開始セシムル必要ナク信用アリ技術アル人ノ如キハ最初ヨリ全然負債ノミヲ以テ營業ヲ開始スルコトハ世間普通ニ見ル所ナリ故ニ信用ヲ以テ立ツ人の團結タル法人例ヘハ合名會社、合資會社ノ如キニ在リテハ自然人ノ場合ト同一ニ取扱フヲ例トスト雖モ財産團結タル法人例ヘハ株式會社ニ在リテハ例外トシテ無資力即チ負債超過ノ場合ニ破産ヲ開始セシムルヲ諸國普通ノ例トス(商一七四條、破案一三二條)

第四 訴訟事件

破産ノ性質ニ關シテハ或ハ之ヲ以テ非訟事件ナリト爲スモノアリ其說ニ依レハ破産手續ハ訴訟手續ニ非スシテ裁判所ノ指揮監督ノ下ニ債務者ト其總債權者トノ間ニ成ル清算手續ナリ猶ホ商人カ其營業ヲ廢止シテ商號ヲ解ク場合ノ清算手續ニ異ナラスト謂フニ在リ然レトモ予ハ破産ハ訴訟事件ナリト謂フヲ妥當ト信ス蓋シ訴訟トハ今日ノ普通說ニ從ヘハ私權存否ノ確定ヲ爲シ併セテ其實行ヲ圖ルモノナリト解釋ス然ルニ之ヲ破産ニ見ルニ私權ノ確定ト其實行ヲ圖ルコトノ二要素ヲ具フルモノニシテ其手續ニ於テ普通ノ訴訟ト異ナルモノアリトスルモ其最終ノ目的ニ於テ二者毫モ異ナル所アルヲ見ス夫ノ破産ニ於ケル債權ノ届出ハ畢竟訴ノ提起ニ外ナラス而シテ債權調査ノ調査ニ付シ何人モ之ニ對シテ異議ヲ申立ツル者ナキトキハ其債權ハ茲ニ於テ確

定シ之ヲ債權表ニ記載スレハ恰モ確定判決アリタルト同一ノ效力ヲ生ス故ニ現行法ニ於テモ草案ニ於テモ破産手續終結後ニ於テ破産手續ニ於テ辨濟ヲ得ルコト能ハサリシ殘額ニ付テハ債權表ニ基キテ強制執行ヲ爲スコトヲ得尤モ草案ハ破産者ノ異議ニ付テハ破産手續後債權ノ確定ヲ阻止スル留保ノ效力ヲ認メタリ(破案二三五條、二三七條、二八二條、商一〇四九條)故ニ破産債權ノ確定ハ即チ普通民事訴訟ノ私權確定ト毫モ異ナルコトアルナシ又民事訴訟ニ於テハ私權確定後債務者任意ニ之ヲ履行セサルトキハ強制執行ヲ爲ス破産ニ於テモ破産財團ノ占有、管理、換價、分配等ハ總テ皆強制執行手續ニ外ナラス唯普通ノ強制執行ニ在リテハ箇箇ノ債權者ノ爲メニ債務者ノ箇箇ノ財産ヲ差押ヘテ箇箇ノ強制執行ヲ爲スニ止マルモ破産ハ破産者ノ總財産ヲ差押ヘテ總債權者ニ配當スルモノニシテ所謂一般の執行タルノ差異アルノミ其強制執行タルノ性質ニ至リテハ一ナリ之ヲ要スルニ破産ハ其手續ニ於テ破産債權ヲ確定シ其實行ヲ圖ル爲メニ破産財團ヲ換價分配スルコトヲ目的トスルモノナルカ故ニ普通ノ訴訟ト毫モ其性質ヲ異ニスルモノニ非ス是レ予カ破産ヲ以テ訴訟事件ナリト言ヒタル所以ナリ尤モ商事非訟事件印紙法第四條以下ニハ破産ヲ非訟事件ト看做シタルモノノ如シ故ニ現行ノ扱方トシテハ破産ヲ非訟事件ト見ルモ亦不可ナキモノノ如シ唯破産ヲ訴訟事件ト見ルコトヲ得ハ破産法ニ特別ノ規定ナクシテ民事訴訟法ノ規定ヲ適用シ得ルノ利益アルノミ



第二章 破産債権者

第一節 破産債権者ノ定義

破産債権者トハ形式的ニ之ヲ定義スレハ破産手續ニ参加シテ被産財團ヨリ公平ナル辨濟ヲ受クヘキ債権者ヲ謂フ實質的ニ之ヲ定義スレハ

破産債権者トハ破産者ノ債権者ニシテ破産宣告前ノ原因ニ因リテ發生シタル財産上ノ請求權ヲ有スル者ヲ謂フ(破産七條)

此定義ヲ分析シテ順次ニ其要件ヲ説明スヘシ

第一 破産者ニ對スル債権ナルコト

凡ソ債権者ノ責任ニ人的責任ト物上の責任トアリ人の責任トハ債務者ノ總財産ヲ以テ責任ヲ負フ場合ニシテ若シ債務者任意ニ其債務ヲ履行セサルトキハ其財産ノ如何ナル種類タルヲ問ハス總テ執行ノ目的物タルモノナリ破産ハ破産者ノ總財産ニ對スル一般の執行ナルカ故ニ斯種ノ債権者ノミ破産債権者トシテ權利ヲ行フコトヲ得ヘキハ至當ノ事タリ草案第七條ノ明文ニ破産者ノ債権者ニシテト曰フハ即チ其主意ヲ言ヒ表ハセリ何トナレハ凡ソ他人ニ對シテ債務ヲ負フト云ヘハ總財産ヲ以テ責任ヲ負フ人の責任ナルコト當然ナレハナリ物の責任トハ之ニ反シテ其物カ何人ニ屬スルヲ問ハス其物自體カ恰モ責任ヲ負フカ如キ場合ニシテ其物消滅スレハ責任モ亦消

滅ス斯種ノ債権者ハ其物自體ヨリ特別ニ辨濟ヲ受クヘキ權利アルモ破産ノ一般の執行ノ目的物タル破産財團ヨリ辨濟ヲ受クヘキ權利ナキハ當然トス故ニ斯種ノ權利者ハ別除權者タルコトヲ得ヘキモ破産債権者タルコトヲ得ス故ニ草案第七條但書ニ於テ別除權ヲ有スル者ハ此限ニ在ラスト云ヘリ

夫ノ普通ノ債権者ニシテ物上擔保權ヲ有スル債権者ハ嚴格ニ云ヘハ人的責任ト物上の責任トノ二者ヲ兼ネ有スルト云フモ可ナリ換言スレハ普通ノ破産債権者タルヘキ資格ト別除權者タルヘキ資格トノ二者ヲ有スト云フモ可ナリ然レトモ斯種ノ債権者ハ若シ其物上擔保ノ全部若クハ一部ヲ拋棄シテ普通ノ破産債権者トシテ其權利ヲ行ヘハ格別若シ然ラズンハ同シク但書ノ明文ニ依リ破産債権者タルコトヲ得ス換言スレハ二者ヲ兼ネ行フコトハ法律之ヲ許サズ但物上擔保權ヲ行使スルモ債権全部ノ辨濟ヲ得ス殘額ヲ生シタルトキハ其殘額ニ付テハ固ヨリ破産債権トシテ其權利ヲ行フコトヲ得(破産三三條商九九九條)故ニ現行法ニ於テモ別除權者ハ一般ニ破産債権者タルコトヲ得ス唯擔保ノ目的物ヨリ辨濟ヲ受クルコト能ハサル殘額ニ付テノミ破産債権者タルコトヲ得ヘシ故ニ此點ニ草案モ現行法モ異ナル所ナシ又破産者カ他人ノ債務ノ爲メニ自己ノ財産ヲ以テ物上擔保ヲ供與シタルトキハ是レ純然タル物の責任ナリ此場合ニハ其債権者ハ別除權ヲ有スルノミニシテ破産債権者タルヘキ資格ナキハ言フ俟タス

第二 財産上ノ請求權ナルコト

0501

財産上ノ請求權トハ金錢其他金錢ニ評價シ得ヘキ請求權ヲ謂フ
抑、破産ハ破産者ノ財産ニ對シテ一般ノ執行ヲ爲シ其所謂破産財團ナルモノヲ換價シテ之ニ依
リテ金錢ノ満足ヲ得セシメンコトヲ目的トスルモノナルカ故ニ之カ債權者タルヘキ者モ亦金錢
的價值ヲ有スル財産上ノ請求權ヲ有スル者ノミニ限ルハ當然ナリ蓋シ債權ノ目的物ハ千差萬様
ニシテ到底各債權者ニ債務ノ本旨ニ從ヒ實物の履行ヲ爲シ且債權者間ノ公平ヲ維持シツツ満足
ヲ與フヘキコトハ破産手續ノ敢テ企及シ得ル所ニ非サレハナリ

今破産債權トスヘキヤ否ヤニ付キ疑ハシキモノヲ述フレハ左ノ如シ

一 作爲又ハ不作爲ノ義務ノ履行ヲ請求スルハ破産債權トスヘキモノナリヤ否ヤ蓋シ破産ハ其
宣告ニ因リ破産者ヲシテ獨リ其財産ノ管理及ヒ處分ヲ爲ス權利ヲ喪ハシムルノミ(破産四三
條、商九八五條)破産者ノ作爲又ハ不作爲ノ自由ヲ失ハシムルモノニ非ス故ニ作爲又ハ不作
爲ノ義務其モノノ履行ヲ請求スルハ破産手續以外ニ於テ爲スヘキヲ當然トス何トナレハ破
産手續ハ前述ノ如ク唯金錢ノ満足ヲ與フルニ過キスシテ債務ノ本旨ニ從フ作爲又ハ不作爲ノ
義務ノ履行ヲ爲シテ満足ヲ得セシムルコト能ハサレハナリ故ニ草案第八條但書ニ於テ作爲又
ハ不作爲ノ義務ノ履行ヲ請求スルハ此限ニ在ラスト云ヒ斯ル義務ノ請求ハ他ノ普通ノ破産債
權ト異ナリ破産宣告後ニ於テモ破産者ニ對シ自由ニ其權利ヲ行使スルコトヲ得ル旨ヲ示シタ
リ是レ固ヨリ當然トス然レトモ破産宣告後ニ於ケル不履行ニ因ル損害賠償及ヒ違約金ハ破産

債權タルコトヲ得サル旨ヲ示シ(破産二四條二號)作爲又ハ不作爲ノ義務ノ不履行ヨリ生スル
損害賠償請求權ハ全然破産債權タルコトヲ得スト爲シタルハ草案ニ對スル立法論トシテ予ノ
贊セサル所ナリ

作爲又ハ不作爲ノ義務ノ履行ヲ請求スル債權ハ期限前ニ於テ其儘直チニ破産債權ト爲スヘカ
ラスト雖モ斯ル債權モ亦左ノ場合ニ在リテハ直チニ破産債權トスルコトヲ得

(I) 作爲又ハ不作爲ノ義務ノ履行ヲ請求スル債權ナリト雖モ第三者ヲシテ代リテ之ヲ履行セ
シムルコトヲ得債權者其費用ヲ請求スルコトヲ得ル場合ニ在リテハ其費用ノ請求權ハ之ヲ
破産債權トスルコトヲ得ルナリ(民四一四條二項、三項、民施五四條)何トナレハ費用ノ請
求權ハ財産ノ請求權ニ外ナラサレハナリ而シテ其費用ヲ支拂ハシムルニ付テハ裁判所ノ決
定ヲ要ス然ルニ破産宣告前ニ未タ其決定ナキトキハ之ヲ破産債權トスヘカラサルヤ否ヤニ
付キ獨逸學者間ニ議論ナキニ非スト雖モ債權ノ性質ニシテ既ニ費用ノ請求權トシテ主張シ
得ヘキモノタル以上ハ固ヨリ破産債權トシテ主張シ得ヘキナリ唯裁判所ノ決定ヲ得テ其額
確定スヘキモノトス

(2) 作爲又ハ不作爲ノ義務ヲ目的トスル債權ナリト雖モ破産宣告前ニ既ニ不履行ト爲リ之
因リテ損害賠償ノ請求權ヲ生シタルトキハ其請求權タルヤ之ヲ金錢的債權トシテ主張スル
コトヲ得ヘキカ故ニ是レ亦破産債權タルコトヲ得(民四一七條)

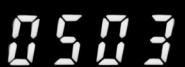
然ラハ破産宣告ノ際未タ辨濟期到ラス損害賠償ノ請求權ト爲リ居ラサル所ノ作爲又ハ不作爲ヲ目的トスル債權ハ破産手續上如何ニ取扱フヘキモノナリヤ予ハ先ツ現行法ノ解釋ヲ述ヘ次ニ將來ニ對スル立法論ヲ述ヘン

民法第一三七條第一號ノ規定ニ依レハ凡ソ債務者ハ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ期限ノ利益ヲ主張スルコトヲ得スト云ヘリ故ニ作爲又ハ不作爲ノ義務ノ履行ヲ目的トスル債權者ニ在リテモ亦直チニ其債權ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ヘシ立法論トシテハ是非議スヘキモノアリト雖モ解釋論トシテハ又已ムヲ得サル結果トス然レトモ同條ハ破産ノ宣告ト同時ニ總テノ債權ヲシテ當然辨濟期ノ到リタルモノト爲スニ非ス唯債務者ヲシテ期限ノ利益ヲ主張スルコトヲ得スト爲スニ止マルカ故ニ破産宣告後ハ債務者ヲシテ各債權者ニ對シテ當然遲滞ノ責任セシムルモノニ非ス換言スレハ破産宣告ト同時ニ各債權者ノ爲メニ損害賠償ノ請求權ヲ當然發生スルモノニ非ス故ニ作爲又ハ不作爲ノ義務ノ履行ヲ目的トスル債權者ニ在リテモ其債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルカ爲メニ當然損害賠償ノ請求權ヲ取得スルモノニ非ス破産宣告後作爲又ハ不作爲ノ義務ノ履行ノ請求ヲ爲シ若シ其履行ヲ爲ササルトキハ玆ニ始メテ債務者ハ遲滞ノ責任シ損害賠償ノ責任スヘキナリ現行破産法第九八七條ニ依レハ各個債權者ハ破産處分中破産者ノ財産ニ對シテ強制執行ヲ爲スコトヲ得スト云フニ止マリ草案第八條ノ如ク汎ク權利ヲ行フコトヲ得スト云ハサルカ故ニ作爲若クハ不作爲

ノ義務ヲ目的トスル期限附債權者ハ民法第一三七條第一號若クハ現行破産法第九八八條第一項ニ依リ破産宣告後直チニ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ而シテ破産者任意ニ其義務ヲ履行セサルトキハ損害賠償ノ請求權トシテ破産手續上ニ於テ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ

次ニ立法論ヲ考察センニ現行法ハ不當ナリ何トナレハ若シ期限ノ猶豫ヲ與ヘハ破産者ハ任意ニ履行スルコトヲ得ヘキモ若シ一時ニ總テノ作爲義務ノ債權者ヨリ其請求ヲ受クルトキハ不履行ト爲ルハ當然ナレハナリ故ニ立法論トシテ考フレハ若シ期限到リテ債務者任意ニ履行セサルトキハ損害賠償ノ請求權トシテ破産手續ニ於テ權利ヲ行ヒ得ルモノトスヘキナリ獨逸ニ在リテハ作爲若クハ不作爲ノ義務ヲ目的トスル債權者ハ恰モ不履行ナル條件ニ罹ル停止條件附債權ト同一ニ取扱フヲ例トス我國ニ於テハ直チニ之ヲ以テ停止條件附債權ト稱スルコト能ハサルモ唯其取扱ヲ之ト同一ニスレハ不公平ヲ生スルコトナカルヘキナリ

二 民法親族編ニ規定シタル幾多ノ親族權ハ破産債權ニ屬セス例ヘハ親族關係ノ認知ニ關スル請求權ノ如シ然レトモ縱令親族關係ニ原因ストハ言ヘトモ扶養ノ義務ヨリ發生シタル請求權ニ至リテハ金錢上ノ請求權ニシテ固ヨリ破産債權タルコトヲ得ヘシ(民七四七條、七九〇條、九五四條以下)抑、扶養ノ義務ノ根本的性質ニ至リテハ學者間ニ議論ナキニ非スト雖モ之ニ因リテ發生シタル金錢的請求權ニ至リテハ財産上ノ請求權タルヲ失ハス故ニ是レ亦破産債權



タルコトヲ得ヘシ然レトモ扶養ノ程度ハ扶養権利者ノ需要ト扶養義務者ノ身分及ヒ資力トニ
 應シテ之ヲ定ムルモノナルカ故ニ(民九六〇條)扶養義務者ノ破産シタル場合ノ如キハ扶養ノ
 義務ハ實際ニ於テ名アリテ其實ナキニ至ルコト多カルヘシ殊ニ扶養ノ義務タルヤ其需要ニ應
 シテ時刻刻ニ發生スルモノト見ルヲ至當ト爲スカ故ニ破産宣告前ニ請求シ得ヘキモノニ在
 リテハ或ハ破産債權トシテ主張シ得ヘケンモ破産宣告後ノ部分ニ付テハ次項ニ述フル所ノ破
 産宣告前ノ原因ニ因ル債權タルノ要件ヲ缺クカ故ニ破産債權タルコトヲ得サルナリ

第三 破産宣告前ニ生シタル原因ニ因ル債權タルコト

債權發生ノ原因カ破産宣告前ニ既ニ存立シタルコトヲ要ス破産債權タルニ此要件ヲ必要トスル
 ハ固ヨリ當然ノ事柄ニシテ若シ破産宣告後ノ債權者ヲモ破産債權者トシテ破産手續ニ参加スル
 コトヲ得ルモノトセハ其續出スルコトハ殆ト底止スル所ヲ知ラサルヘク殊ニ破産者ニ破産宣告
 後破産財團ノ管理及ヒ處分ヲ禁シテ爾後ノ法律行為ハ以テ破産債權者ニ對抗スルコトヲ得ス
 (破産四三條、五四條、商九八五條一項二項)ト爲シタル主意ト悖戾スルニ至ルヘキナリ故ニ破
 産宣告後新ニ債權ヲ取得スルモ破産債權者トシテ破産財團ヨリ配當ヲ受クルコト能ハスト爲シ
 タルモノナリ

故ニ夫ノ期限附債權即チ破産宣告ノ當時未タ辨濟期ノ到ラサル債權ニ在リテモ破産宣告前ニ既
 ニ成立セル債權タルニ相違ナキカ故ニ固ヨリ破産債權タリ得ヘシ然ルニ破産債權トシテ之カ辨
 濟ヲ爲スニ當リ其期限ノ到來ヲ待テテ順次ニ破産財團ヨリ之カ辨濟ヲ爲スモノトセハ破産手續
 ハ幾年月ニ涉リテ始メテ終局ヲ告クヘキヤ得テ知ルヘカラス故ニ當事者間ニ不公平又ハ損失ヲ
 被ラシムルコトナクシテ破産手續ヲ迅速ニ終了セシムルコトノ手段ヲ講スルコトヲ肝要トス故
 ニ法律ハ一方ニ於テハ債務者破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ期限ノ利益ヲ主張スルコトヲ得ス
 (民一三七條一號)ト規定シ債權者ノ意向ニ從ヒ期限附債權ト雖モ直チニ破産債權トシテ其權利
 ノ主張ヲ爲シ得ヘキコトヲ示シ他方ニ於テハ豫期以前ニ其權利ヲ行使スルコトヲ許スモノナル
 カ故ニ如何ナル額ニ於テ之ヲ行使スルコトヲ得ヘキカ其債權額算定ノ方法ヲ定メタリ(草案九
 條乃至一二條、商九八九條)其算定方法ニ付テハ次節ニ於テ之ヲ説明スヘシ

然ルニ現行破産法ニ於テハ第九八八條第一項ニ於テ辨濟期限ノ未タ到ラサル破産者ノ債務ハ破
 産宣告ニ依リテ辨濟期限ノ至リタルモノトストセリ是レ全ク民法第一三七條第一號ト同意ノ
 規定トス法文ニ辨濟期限ノ到リタルモノトスト云フハ辨濟期限カ過リテ直チニ其時ニ變更シ來
 ルノ意ニ非ス唯債權者ノ任意ニテ辨濟期前ニ於テ其權利ヲ行ハント欲スレハ之ヲ行フコトヲ得
 ルノ意ニシテ辨濟期到ルヲ待テテ其權利ヲ行フコトヲ妨ケス故ニ手形債權ニ付テハ其債務者カ
 破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ滿期日前ニ於テ其權利ヲ行フコトヲ得ヘク又滿期日ノ到ルヲ待テ
 テ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ大審院モ亦此主意ヲ認ム(大審院判決錄一〇輯八卷三〇九頁以下
 明治三十七年三月十二日第一民事部判決)

而シテ手形債権ニ付テハ爲替手形ノ引受人又ハ引受ナキ爲替手形ノ振出人又ハ約束手形ノ振出人即チ概シテ言ヘハ手形ノ主タル債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ハ勿論其他手形裏書人カ破産シタル場合ニモ其破産者ニ對シテハ總テ滿期日前ニ於テ債権者ハ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ是レ民法第一三七條第一號及ヒ現行破産法第九八條第一項ニ依リ明瞭ナリ然ルニ現行破産法同條第二項ニハ「爲替手形ノ引受人又ハ引受ナキ爲替手形ノ振出人又ハ約束手形ノ振出人カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ其償還義務ニ付テモ前項ノ規定ヲ適用ス」ト云ヒ手形ノ主タル債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ非破産者タル手形裏書人ニ對シテモ亦滿期日前ニ於テ其權利ヲ行フコトヲ得ヘキ旨ヲ定メタリ人或ハ同條ニ所謂其償還義務トハ主タル債務者即チ破産者ノ償還義務ヲ指稱スルモノナリト説ク者ナキニ非スト雖モ是レ非ナリ若シ手形ノ主タル債務者タル破産者ニ對スル償還義務ヲ滿期日ニ於テ行ヒ得ル旨ヲ定メタルモトスレハ是レ第一項ニ於テ既ニ足レリ特ニ第二項ヲ設クルノ必要ナシ故ニ第二項ハ非破産者タル手形裏書人ニ對スルモノタルコト明白ナリ(長谷川判事著商法正義七卷破産法四九頁)故ニ現行破産法ノ規定ニ依レハ手形ノ主タル債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニハ非破産者タル手形ノ裏書人ニ對シテ滿期日前ニ於テ償還請求權ヲ行フコトヲ得ヘキ旨ヲ定メタルモノトス

然ルニ手形法第四八〇條ニ依レハ手形ノ主タル債務者ノ破産ノ場合ニハ前持人ハ前者ニ對シテ擔保請求權ヲ行ヒ得ヘキ旨ヲ定メタリ故ニ此場合ニハ手形所持人ハ破産法ニ依レハ償還請求權

アリ手形法ニ依レハ擔保請求權アリ故ニ予ハ手形所持人カ二種ノ權利ヲ擇ヒ行ヒ得ルモノナリト解釋セント欲ス何トナレハ手形法ヲ以テ破産法ノ前掲ノ規定ヲ廢止シタリトハ商法施行法ノ規定ニ依ルモ毫モ明言スル所アラザレハナリ然ルニ岡野博士ハ新法廢舊法ノ原則ニ依リ破産法ノ第九八條第二項ハ手形法第四八〇條ニ依リテ廢止セラレタルモノナリト主張セラル此點ニ關スル同博士竝ニ予輩ノ見解ハ法學新報第一五卷第七號及ヒ第八號ニ掲載シアレハ就テ見ラレ

ヘシ

條件附債権亦破産債権トシテ其權利ヲ行ハシム(破産二三條)解除條件附債権ニ在リテハ破産宣告ノ當時目的タル債権既ニ成立シ居ルカ故ニ破産債権タルコトヲ得ルハ勿論ナリ停止條件附債権ニ在リテハ目的タル債権未タ存在セザルカ故ニ稍、疑アリト雖モ而モ之カ保存行爲ヲ爲シ又ハ擔保ヲ供セシメ得ルコトハ當然トス(民一一九條)故ニ此觀念ニ基キ停止條件附債権モ亦破産債権トス現行法ノ解釋論トシテモ解除條件附債権及ヒ停止條件附債権共ニ破産債権タルコトヲ得ト謂ハサルハカラス唯其最終ノ效力ヲ如何ニスヘキカ又其債権額ハ如何ニ之ヲ算定スヘキカ乞フ次節ニ於テ之ヲ細説セン

第二節 破産債権額ノ算定

破産債権ハ總テ之ヲ金錢ニ評價シテ其額ヲ定ム即チ債権ノ目的カ金錢ナルトキハ直チニ其額ヲ

以テ之ニ充ツヘキモ金錢ニ非サルトキ金錢ナルモ其額カ不確定ナルトキ又ハ外國ノ通貨ヲ以テ定メタルトキハ邦貨ヲ以テ評價シテ其額ヲ定ム蓋シ破産ハ破産財團ヲ換價シテ金錢ノ満足ヲ得セシムルヲ目的トスルモノナルカ故ニ之ニ因リテ辨濟ヲ受クヘキ債權モ亦總テ金錢ニ評價シテ其額ヲ定ムルハ至當ノ事タリ唯其評價ノ時機ニ付テハ破産宣告ノ時ヲ以テ標準ト爲ス(破産一四條)蓋シ破産宣告前ノ原因ニ因リテ發生シタル債權ノミヲ以テ破産債權トスルモノナルカ故ニ破産債權ノ評價額ニ付テモ破産宣告ノ時ヲ以テ標準トシ其時ノ評價額ニ依ルヘキハ至當ノ事タリ

現行法ニ於テハ破産債權ハ總テ金錢ニ評價ストノ明文ナキモ第一〇二三條第一項ニ於テ破産債權ノ届出ハ請求金額何程トシテ之ヲ掲クヘキモノトシタルカ故ニ必ス金錢ニ評價スヘキモノタルコト知ルヘキナリ

蓋シ何程ノ額ヲ以テ破産債權トシテ破産手續ニ參加スルコトヲ許スヘキカ其額ニ付キ主トシテ問題ト爲ルハ期限附債權ト條件附債權トノ二トス今左ニ之ヲ分説スヘシ

一 期限附債權

期限附債權ノ破産債權タルコトヲ得ルノ理由ハ前節既ニ述ヘタルカ如シ唯其何程ノ額ヲ以テ破産債權タリ得ルカニ付テハ利息附債權ト無利息債權トヲ區別シテ觀察スルコトヲ要ス

(1) 利息附債權 利息附債權ニ付テハ其元本タル名義額及ヒ破産宣告マテノ利息ヲ以テ破産債

權ノ額トス破産宣告以後ノ利息ハ之ニ加フルコトヲ得ス(商九八九條破産二四條一號)抑、利息ハ猶ホ養料ノ義務ノ如ク時ノ經過ニ因リ元本ノ使用ニ對スル報酬ナリ故ニ破産宣告ノ時ニ於テ債權ノ期限到來シタルモノトシ之ニ辨濟ヲ爲ス以上ハ爾後ノ利息ハ之ニ加ヘサルヲ至當トス然レトモ之カ爲メニ債權者ニ破産宣告以後殊ニ破産手續中ノ利息請求權ヲ當然消滅セシムルモノニ非ス破産手續終結以後ニ於テ債權者中ノ殘額ト共ニ債務者ニ對シテ其辨濟ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ蓋シ一旦生シタル債權ハ破産手續ニ依リタルト否トヲ問ハス未ダ辨濟ヲ得サル部分ニ付テハ強制和議ニ依ルノ外ハ消滅スルコトナケレハナリ故ニ現行破産法第九八九條ニ於テモ財團ニ對シテハ破産宣告ノ日ヨリ利息ヲ生スルコトヲ止ムト云ヒテ唯財團ニ對スル關係上即チ破産手續ノ上ニ於テ利息ヲ生スルコトヲ止ムルノ意ヲ明カニセリ

(2) 無利息債權 無利息債權ニ付キ期限アルトキハ其期限到リテ始メテ其名義額ニ達スルコトヲ得ヘキモノナルカ故ニ期限附債權ノ名義額ヲ以テ直チニ破産債權ノ額ト爲ストキハ過多ニ失ス故ニ破産宣告ノ時ヨリ辨濟期ニ到ルマテノ法定利息ヲ割引スルコトヲ要ス然ルモ其割引ノ方法ニ關シ從來三箇ノ方法行ハレ其一ハ「カルブゾグ」式(千八百五十四年)ト稱シ元本タル名義額ヨリ破産宣告後辨濟期ニ至ルマテノ名義額ニ對スル法定利息ヲ割引スルモノ是ナリ此方法ハ最モ簡便ナリト雖モ不公平ナリ何トナレハ名義額ハ期限到リテ始メテ達スルコトヲ得ヘキ金額ナルニ之ヲ基礎トシテ割引スヘキ利息ヲ計算スルノ理由ナケレハナリ故ニ此方法

ニ依レハ例ヘハ破産宣告ノ時ヨリ辨済期マテノ期間ヲ二十年トシ法定利息民事年五朱トス
 レハ破産債権ハ零ト爲ル割合ナリ債権アルモノ其額全ク零ト爲ルノ理由ナキニ因リ此方法ノ
 不當ナルコト知ルヘキナリ其二ハ「ライプニッツ式」(千六百八十三年)ト謂フ其三ハ「ホフマ
 ン」式(千七百三十一年)ト謂フ此二者ハ略ホ同一ノ方法ニ依リテ破産債権額ヲ見出す即チ或
 未知ノ金額Xヲ見出し其Xニ破産宣告ノ時ヨリ辨済期ニ到ルマテノXニ對スル法定利息ヲ加
 ヘタルモノヲ以テ無利息債権ノ名義額Nニ均シカラシメ而シテ其Xヲ以テ破産債権ノ額トス
 ルモノナリ然ルニ「ライプニッツ式」ニ於テハ利息ノ計算ニ付キ重利法ヲ用ヒ「ホフマン」式
 ニ在リテハ單利法ヲ用フルノ差異アルノミ重利法ハ精密ナル點ヨリ云ヘハ最モ正確ナルカ如
 シト雖モ吾人日常ノ生活ノ程度ヨリ云ヘハ却テ實際ニ遠カリテ正鵠ヲ得ス何トナレハ些少ノ
 利息ヲ直チニ金利ニ廻シテ運用スルコトハ銀行家仲間等ヲ除クノ外ハ善良ナル管理人ノ注意
 ヲ以テスルモノ能ク常ニ之ヲ爲スヘキモノニ非サレハナリ故ニ吾人日常ノ生活ノ程度トシテ
 「ホフマン」式ヲ却テ正シトス依テ草案ハ此式ヲ採用セリ(破産九條今未知ノ破産債権ノ額ヲ
 Xトシ無利息債権ノ名義額ヲNトシ法定利率年五朱トシテ辨済期限マテノ年數ヲyトスレハ
 左ノ式ヲ得

$$X + \frac{Xy^2}{100} = N \quad X = \frac{100N}{100 + 5y} \quad \text{之ヲ邦文ニ譯スレハ}$$

破産債権額 + (破産債権額 × 法定年利率 × 年數) = 無利息債権ノ名義額

$$\text{破産債権額} = \frac{100 \times \text{無利息債権ノ名義額}}{100 + (\text{利率ノ數} \times \text{年數})}$$

若シ日數ヲ以テ計算スレハ左ノ式ヲ得日數ヲ假ニdトス

$$X + \frac{Xy^2}{100 \times 365} = N \quad X = \frac{36500N}{36500 + 5d}$$

右ハ無利息債権ニシテ期限ノ確定セル場合ナリ然ルニ期限ノ不確定ナルトキモ亦同一方法ニ
 依リテ割引スヘキ額ヲ評定ス(破産一二條)即チ債権者ニ於テ其額ヲ評定シテ其債権ノ届出ヲ
 爲シ(破産一四條)債権者集會ノ調査ニ付シ異議ナクハ茲ニ確定シ異議アレハ裁判所ノ判定ニ
 依ル(破産三三條、三三八條、三三九條、商一〇二六條、一〇二七條)

(3) 金額及ヒ期間ノ確定セル定期金債権 例ヘハ五ヶ年毎ニ金百圓宛二十年間給與センコトヲ
 約シタル債権ノ如キモ亦其定期金毎ニ期限附無利息債権ト同一ニ取扱ヒ其各定期金ヨリ割引
 スヘキ額ヲ定メ其割引シタル各定期金ヲ合計シテ其總額ヲ以テ破産債権ノ額ト爲スナリ故ニ
 例ヘハ定期金額ヲNトシ未知ノ金額ヲXトシ定期期間ヲyトシ民事ノ債権年利五朱トスレハ
 ノ式ヲ得



$$X + \frac{X \cdot 5^y}{100} = N \quad 1) X = \frac{100N}{100 + 5^y}$$

是レ第一期分トス第二期モ亦同一方法

$$= \text{依リ } 2) X = \frac{100N}{100 + 5 \times 2^y} \quad \text{ト爲リ第三期分、} 3) X = \frac{100N}{100 + 5 \times 3^y} \quad \text{ト爲ル故ニ是}$$

等ヲ合計シタル總額ヲ以テ破産債権ノ額トス

$$\frac{100N}{100 + 5^y} + \frac{100N}{100 + 5 \times 2^y} + \frac{100N}{100 + 5 \times 3^y} + \dots = S \text{ (破産債権額)}$$

然ルニ斯種ノ定期金カ非常ニ長年月ニ渉ルトキハ右ニ計算シタル總額Sナルモノ非常ニ巨額ニ達シ遂ニハ或一定ノ元本額即チ毎定期間ニ對スル法定利息トシテ恰モ毎定期金ヲ生スル元本額ニ超ユルコトアルヘシ換言スレハ右ノ總額Sカ各定期ノ支拂額即チ定期金ニ相當スル法定利息ヲ生スヘキ元本額ヨリ多キコトアルヘシ斯ル場合ニ於テハ右ノ總額Sヲ破産債権ノ額トセシテ右ニ所謂一定ノ元本額ヲ以テ破産債権ノ額トス何トナレハ毎定期金ニ相當スル法定利息ヲ生スヘキ元本額ヲ債権者ニ辨濟スレハ債権者ハ永久ニ定期金ヲ得ルト同一ニシテ毫モ損失ヲ被ルコトナケレハナリ故ニ今其破産債権タルヘキ一定ノ元本額ヲXトシ定期ノ期間ヲ五年トシ利率ヲ民事債權年五朱トシ定期金ヲ百圓トスレハ左ノ式ヲ得

$$X \times \frac{5 \times 5^y}{100} = 100 \times 400 \text{ 故ニ前記ノ總額Sカ四百圓ヨリ大ナルトキハ破産債権ノ額ハ}$$

之ヲ四百圓ニ減額シ若シSカ四百圓ヨリ小ナルトキハ依然トシテ其總額Sヲ以テ破産債権ノ額トス(破案一〇條)

若シ定期金ヲ給付スル期間ノ確定セサル場合例ヘハ債権者ノ終身若クハ債権者ノ終身マテ五個年毎ニ金百圓ヲ給付スル約束アル場合ニ於テモ亦債権者ハ同一ノ方法ニ依リテ自ら其額ヲ定メテ之ヲ届出テ債権者集會ノ調査ニ付シ異議ナクハ確定シ異議アレハ裁判所ノ認定ニ委ス

以上ハ即チ草案ノ規定スル所ノ割引方法ナリ然ルニ現行法ニハ之ニ關シテ全ク割引ノ規定ナキノミナラス第九八八條第一項ニハ破産宣告ニ因リ破産者ノ債務ハ辨濟期限ノ至リタルモノトスト云ヒテ債務ノ全部ニ付キ直チニ請求シ得ルモノト爲シタルニ由リテ之ヲ觀レハ割引ハ之ヲ許ササルモノト云フヲ至當トスヘシ立法論トシテハ非議スヘキモノナルモ解釋論トシテハ已ムヲ得サルヘシ(リオンカン)三版七卷二五九號)

二 條件附債権

條件附債権ハ其全額ヲ以テ破産債権ノ額トス(破案一三條)

(1) 解除條件附債権 解除條件附債権ハ破産宣告ノ當時債権既ニ成立シ居ルカ故ニ破産債權タ

破産法 破産債権者 破産債権額ノ算定

① 得ルハ勿論ト然レトモ條件成就未定ノ間ニ於テ或ハ直チニ之ニ辨濟ヲ爲シ或ハ之カ相殺權ヲ認メ相殺ヲ對抗セシムルコトヲ許スハ危險ナキニ非ス故ニ解除條件附債権者ハ相當ノ擔保ヲ供スルニ非サレハ相當ヲ受クルコトヲ得ス若シ擔保ヲ供セザリシトキハ管財人ハ之ヲ寄託スルコトヲ要ス若シ該債権者カ其債務ニ付キ相殺ヲ爲ストキハ其相殺額ニ付キ擔保ヲ供シ又ハ寄託ヲ爲スコトヲ要ス(破産案八三條、二五九條、二六四條四號)若シ解除條件附債権者ノ當ノ除斥期間經過前ニ成就セザルトキハ破産手續ノ延滞ヲ防クカ爲メニ解除條件附債権者ノ供シタル擔保ハ其效力ヲ失ヒ之ヲ該債権者ニ返還シ又債権者ノ爲メニ寄託シタル金額ハ之ヲ其債権者ニ支拂フヘキモノトス(破産案二六八條)若シ破産手續終結後ニ於テ條件成就シタルトキハ債務者即チ破産者ヨリ其支拂ヒタル金額ノ返還ヲ請求シ得ヘキモノトス

(2) 停止條件附債権 停止條件附債権ハ目的タル債権未タ成立セザルモ債権發生原因ハ破産宣告前ニ在リ且之カ保存行爲ヲ爲シ又ハ擔保ヲ供セシメ得ルコト勿論ナルカ故ニ是レ亦其金額ヲ以テ破産債権タルコトヲ得ルモノトス(民一二九條破産案一三條)然レトモ條件成就未定ノ間ニ在リテハ該債権ニ對シタル相當額ハ之ヲ寄託スルコトヲ要ス(破産案二六四條三號)又停止條件附債権者カ其債務ニ對シテ相殺ヲ對抗セント欲スルモ今直チニ之ヲ爲スコト能ハサルカ故ニ若シ其債務ヲ辨濟スルトキハ後日相殺ヲ爲ス爲メ其債権額ヲ限度トシ辨濟スル價格ノ寄託ヲ請求スルコトヲ得(破産案八二條)而シテ若シ最後ノ相當ノ除斥期間ヲ經過スルモ停止條件成就

セザルトキハ破産手續ノ終結ヲ速ナラシムル爲メニ我草案ハ該債権ヲ斷然配當ヨリ除斥スルモノトセリ而シテ中間配當等ニ於テ該債権ノ爲メニ寄託シタル金額ハ之ヲ他ノ債権者ニ配當スヘキモノトセリ(破産案二六九條、二七一條)獨新破産法ニ於テハ停止條件附債権ニ付キ條件成就ノ希望殆ト之ナキモノト否トヲ區別シ其希望殆ト之ナキモノニ在リテハ最後ノ配當ニ於テ全ク之ヲ除斥シ否ラサルモノニ在リテハ條件成就ノ確定スルマテ其寄託ヲ繼續ス(獨新破一五四條二項、一五六條一六八條三號、一六九條)然ルニ獨舊破産法ニ在リテハ最後ノ配當マテニ條件成就スルカ又ハ破産者カ特ニ擔保ヲ供スル責任アリシ場合ノ外ハ最後ノ配當ニ於テ停止條件附債権ハ總テ配當ヨリ除斥セラレタリ(獨舊破一四二條二項)我草案ハ畢竟獨舊法ヲ襲ヒタルモノナリ

現行法ニ於テハ解除條件附債権並ニ停止條件附債権ニ付キ特ニ規定ヲ設ケタルモノナシ若シ何等ノ規定ナシトスレハ民法ノ規定ニ從ヒ條件附債権ノ效力トシテ判斷スルノ外ナシ然ルニ民法ノ效力トシテ判斷スルニ解除條件附債権ノ破産債権タリ得ルコトハ疑ナク停止條件附債権ハ民法ニテ保存行爲ヲ爲シ得ル旨ヲ認メタル以上ハ是レ亦破産債権タルコトヲ得ト謂ハサルヘカラス唯其效力カ問題ナルモ解除條件附債権者ハ擔保ヲ供セシメテ相當ヲ渡スヘク停止條件附債権者ノ爲メニハ其相當額ヲ供託スヘシ(リオンカン三版七卷二五八號)若シ異議アル債権ニ屬スルトキハ第一〇二八條及ヒ第一〇二九條ノ例ニ依ル又現行破産法第一〇三〇條

前段ハ主タル債務者カ破産シタル場合ニ於テ其財團ニ對シテ債權ヲ行ヒタル者ハ協議契約ノ場合ト雖モ保證人其他ノ共同債務者ニ對シテ其全額ニ付キ權利ヲ行ヒ得ル旨ヲ定メタリト雖モ是レ固ヨリ當然ニシテ協議契約ハ唯リ破産者ニ對シテノミ其債務ヲ免除スル等ノ效力ヲ生スルニ止マレハナリ

第三節 多數當事者ノ債權

第一 不可分、連帶、保證等ノ原因ニ因ル共同債務者カ破産セル場合

此場合ハ其債務者ノ債權者ニ對スル關係ト債務者相互ノ關係トニ分テテ考察スルヲ要ス

一 共同債務者ノ債權者ニ對スル關係 共同債務者ノ一員若クハ全員ノ破産宣告前ニ一部ノ辨濟ナキ場合ニ於テハ破産債權者ハ是等共同債務者ノ各破産財團ニ對シテ其債權ノ全額ヲ以テ破産債權者トシテ其權利ヲ行ヒ得ルコトハ今日各國法理ノ一般ニ認ムル所ナリ(民四三〇條、四四一條、四五二條但書、商一〇三一一條、破案一六條)是レ手形債務ニ付テモ亦全ク同一關係ヲ生スルモノトス殊ニ現行破産法ノ規定ニ依レハ手形ノ主タル債務者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ非破産者タル前者ニ對シテモ直チニ償還請求權ヲ行ヒ得ルコトハ既ニ説明シタリ

共同債務者中ノ一員若クハ全員ノ破産宣告前ニ一部ノ任意辨濟アリ又ハ破産手續ニ依ル一部

ノ配當アリタルトキハ破産債權ハ如何ナル額ニ於テ共同債務者ノ各破産財團ニ對シテ其權利ヲ行フコトヲ得ヘキカ之ニ關シテ從來三箇ノ主義行ハル

第一ノ主義ハ共同債務者ノ一員カ爲ス所ノ一部ノ辨濟ハ其辨濟額ニ付テ他ノ共同債務者ノ責任ヲ無條件ニ消滅セシムルモノニ非ス債權者カ結局全部ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得タル場合ニ於テ始メテ先ニ債權者カ受領セル一部ノ辨濟カ有效ナル辨濟トシテ債務消滅ノ效力アリト爲ス所ノモノ是ナリ

此主義ヲ現時完全ニ行フ所ノモノハ瑞西國ニシテ共同債務者ノ一人若クハ數人カ破産宣告前ニ一部ノ辨濟ヲ爲スモ其額ニ付キ完全ニ債務ヲ消滅セシメス一部ノ辨濟アリシニ拘ハラズ債權者ヲシテ當初ノ全額ニ付キ各破産財團ニ付キ配當ニ加入セシムルモノナリ(瑞西二一七條)此主義ハ債權者ニ完全ナル辨濟ヲ得セシムル機會ヲ與フル點ヨリ云ヘハ誠ニ遺憾ナシ然レトモ立法上果シテ此主義ヲ採用スルヲ妥當トスルヤ否ヤハ頗ル疑問ニ屬スルノミナラス我現行法ノ解釋トシテ斯ル見解ハ固ヨリ之ヲ容ルヘキニ非ス斯ル見解ハ瑞西ノ如キ明文アル國ニ於テ始メテ採ルコトヲ得ヘキナリ

第二ノ主義ハ辨濟ニ付キ普通ノ任意辨濟ト破産配當ニ依ル辨濟トヲ區別スル所ノモノ是ナリ即チ破産宣告前ノ辨濟ハ普通ノ辨濟ニシテ任意ニ之カ辨濟ヲ受クルモノナルカ故ニ其部分ニ付キ債務ヲ完全ニ消滅セシメ其殘額ニ付テノミ配當ニ加入スルコトヲ得然レトモ破産的配



當ニ依リテ受ケタル辨濟ハ任意ニ之ヲ受領シタルニ非ス破産ニ依リ已ムヲ得ス受クルニ至リタルモノナルカ故ニ斯ル辨濟部分ハ債權ヲ消滅セシメス尙ホ債權ノ全額ニ付キ其權利ヲ行ヒ得ルト爲スモノナリ佛國(佛商五四二條乃至五四四條)竝ニ佛法系諸國ノ採用スル所ナリ字國破産法第八七條モ亦此主義タリシナリ

第三ノ主義ハ破産宣告當時ニ於ケル現存額ヲ以テ各破産財團ニ對シテ其權利ヲ行ハシム而シテ一旦届出テタル債權額ハ爾後終始繼續シテ其額ヲ以テ配當ニ加入スルコトヲ得セシメ縱令中途ニ於テ任意ニ一部ノ辨濟アリ又ハ他ノ破産ニ依ル配當アリトモ一旦届出テタル債權額ニ影響ヲ及ホサスト爲ス所ノモノ是ナリ是レ獨法ノ採用スル所ナリ(獨破六九條)

此第三ノ主義ニ在リテハ共同債務者ノ全員カ同時ニ破産シタル場合ト時ヲ異ニシテ順次ニ破産シタル場合トニ由リ債權者カ辨濟ヲ受ケ得ル額ニ相違ヲ來シ破産カ同時ニ來ルト順次ニ來ルトノ偶然ノ事實ニ因リテ其運命ニ差等ヲ來シ寔ニ不公平ナル觀アリト雖モ凡ソ破産債權ハ破産宣告當時ノ現額ニ依リテ其額ヲ定ムルノ外ナキカ故ニ其當時ニ於テ既ニ任意ニ一部ノ辨濟アリ又ハ破産ニ依ル配當アリテ其債權ヲ消滅セシメタル以上ハ瑞西ノ如キ明文ナキ國ニ在リテハ破産宣告當時ノ現額ヲ以テ破産債權額トスルノ外ナキモノト謂ハサルヘカラス

我民法竝ニ舊商法(民四四一條、商一〇三一條一項、破案一條)ニハ單ニ其債權ノ全額ト云フト雖モ債權成立當時ノ全額ニ非スシテ破産宣告當時ノ現存額ト解セサルヲ得ス而シテ破産手

續中ハ終始其額ヲ以テ繼續シテ配當ニ加入シ縱令他ノ破産ニ依ル配當等はレ有ルトモ一旦届出テタル債權額ヨリ之ヲ控除スヘキモノニ非ス

二 共同債權者相互ノ關係 共同債務者カ他人ノ負擔部分ヲ辨濟シタルトキハ其相互ノ關係ニ於テ求債權ヲ有スルハ言テ俟タズ殊ニ共同債務者ノ一人若クハ數人カ破産シタル場合ノ如キハ債權者ハ其者ヨリ到底完全ナル辨濟ヲ受クルコト能ハサルカ故ニ他ノ共同債務者ニ請求シテ辨濟セシムルハ勿論トス從テ求債權ノ問題ハ常ニ生スルモノトス然ルニ此求債權モ亦破産債權トシテ豫メ之ヲ行ハシムルニ非スンハ其效ナシ何トナレハ後日之ヲ行ハントセハ破産財團ハ既ニ他ノ破産債權者ニ分配シ終テ求債權者カ請求シ得ヘキ殘餘ヲ止メサルヘケレハナリ故ニ法律ハ將來行フコトアルヘキ求債權ノ全額ニ付キ豫メ破産債權者トシテ其權利ヲ行ハシメサルヘカラス然レトモ債權者カ其債權ノ全額ニ付キ既ニ破産債權者トシテ其權利ヲ行ヒタル場合ニハ右ノ求債權ハ同時ニ之ヲ破産債權トシテ其權利ヲ行ハシムルコトヲ得ス何トナレハ若シ之ヲ行ハシムレハ同一債權ニ付キ二重ニ其權利ヲ行ハシムルコトト爲レハナリ(商一〇三〇條後段、一〇三一一條二項、破案一五條)然レトモ破産宣告前ニ共同債權者カ辨濟ヲ爲シ債權ノ一部ヲ消滅セシメタルトキハ其部分ニ付テハ求債權ハ直チニ破産債權タルコトヲ得ヘシ何トナレハ債權者ハ其既ニ消滅シタル額ニ付テハ其債權ヲ行フコト能ハサルカ故ニ二重ニ破産債權ヲ行ハシムル虞ナケレハナリ現行法第一〇三〇條後段ニ於テ償還請求權ヲ行フコ

0511

トヲ得ト云フハ是レ畢竟一部ノ辨濟ヲ爲シ求債權ノ現ニ發生シ居ル場合ヲ見タルモノニシテ將來行フコトアルヘキ求債權ヲ指スモノニハ非サルナリ何トナレハ若シ然ラザレハ債権者ト共ニ二重ニ債權ヲ行フコトト爲レハナリ又求債權ノ破産債權トシテ其權利ヲ行ハシムル場合ニ於テハ其效力普通ノ破産債權ト毫モ異ナル所アラサルカ故ニ同條ノ末段ニ於テ主たる債務者ノ爲メニスル協諾契約ノ效果ニ從フト云ヘルハ言ヲ俟タサル所ナリトス

獨法ニ在リテハ將來行フヘキ求債權ヲ豫メ破産債權トシテ其權利ヲ行ハシムルニハ停止條件附債權トシテ之ヲ行ハシムルコトニ學說一致セリ然レトモ我草案ハ將來行フコトアルヘキ債權ナリトシ所謂將來ノ請求權ナル名稱ヲ之ニ與ヘタリ(破案二六四條五號)而シテ實際ノ取扱ハ停止條件附債權ト異ナル所ナカルヘシ

右求債權ノ問題ハ各破産財團ノ配當ニ因リ債権者ニ其債權全額以上ノ辨濟ヲ爲シ得ル場合ニ限リ其實用ヲ爲スモノトス何トナレハ全額以上ノ辨濟ヲ爲シ能ハサルトキハ債権者ハ右求債權ノ行使ニ依リテ得タルモノニ對シテモ更ニ差押ヲ爲スコトヲ得レハナリ即チ現行法第一〇三一條ノ前段ニ於テ各自ノ破産財團ノ間ニ於ケル求債權ハ之ヲ主張スルコトヲ得スト云ヘルハ是レ債權ヲ二重ニ行使スルニ至ルコトヲ恐レタルト又求債權ヲ行使スルモ債権者ハ之ヲモ差押フルコトヲ得徒ニ混雜ヲ生スルノミニシテ實用ヲ爲ササルコトヲ恐レタルニ由ルモノナリ而シテ其債權全額以上ノ辨濟ヲ爲シ得ル場合ニ於テハ債権者ニ其全額以上ノ支拂ヲ爲サザ

ル爲メノ用心トシテ各破産管財人ハ互ニ通知ヲ爲シ債權額以上ノ支拂ヲ爲ササルコトヲ努ムヘキハ勿論ナリト雖モ若シ債權額以上ノ支拂ヲ爲シタルトキハ其超過額ニ付テハ不當辨濟取戻ノ訴ニ依リ破産手續中ハ共同債務者中他ノ共同債務者ニ對シテ求債權ヲ有スル者ノ破産管財人ヨリ債権者ニ對シテ返還請求ヲ爲シ得ルモノトス何トナレハ該超過額ハ求債權ヲ有スル者ノ破産財團ニ歸スレハナリ若シ求債権者數人アルトキハ各其求債ノ額ニ應ジテ右超過額ヲ分配シ求債權ヲ有スル者ノ各破産財團ニ歸スヘキモノトス又破産手續終結後ニ在リテモ此割合ヲ以テ各破産者ヨリ債権者ニ對シテ返還請求ヲ爲シ得ヘキナリ(商一〇三二條二項末段、民四四四條)

第二 法人又ハ社員ノ破産ノ場合

之ニ付テハ左ニ幾多ノ場合ヲ分テテ説明スヘシ

一 法人ノ債務ニ付キ無限ノ責任ヲ負フ者例ヘハ合名會社、合資會社又ハ株式合資會社ノ無限責任社員カ破産シタル場合ニハ法人ノ債権者ハ其債權ノ全額ニ付キ破産債権者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得蓋シ無限責任社員ハ法人ノ債務ニ付キ連帶シテ其責任ヲ負ヘハナリ(商六三條、一〇五條、破案一七條)有限責任社員ノ破産ノ場合ニハ其出資額カ未ダ悉ク會社(出資者)レサルトキハ會社カ通常其出資額ニ付キ破産債権者トシテ其權利ヲ行フヘキモ會社ノ債権者モ亦出資額ヲ限度トシ破産債権者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得何トナレハ有限責任社員モ其

破産法 破産債権者 多數當事者ノ債権

出資額ニ付テハ會社ノ債權者ニ對シテ直接ニ責任ヲ負ヘハナリ(商一〇五條、六三條)株式會社ノ株主カ破産シタルトキハ會社ノ債權者ハ其破産債權者タルコトヲ得ス何トナレハ株主ハ其直接ノ債權者ニ非サレハナリ

二 法人ノ破産シタル場合ニ於テ其法人ノ社員又ハ株主ハ自己ノ持分權若クハ株主權ヲ以テ破産債權トシテ届出ツルコトヲ得ス蓋シ是等ノ出資ハ寧ロ會社ノ破産財團ノ基礎ヲ成スモノニシテ若シ是等ヲモ尙ホ破産債權トスルコトヲ得ハ責任財團皆無ト爲ルニ至ルヘシ社員若クハ株主ハ法人ノ債務ヲ完済シタル後殘餘財産ニ對シ出資ニ應ジテ配當ヲ受クルノ權利ヲ有スルノミ尙ホ法人ノ破産シタル場合ニ於テ社員ノ債權者即チ私債權者カ破産債權者タルコトヲ得サルコトハ法人ハ社員ノ債務ニ付キ保證の責任ヲ負ハサルニ由リ明白ナリ

ヨリ當然ノ事ニシテ折角法人ナル假定ヲ設ケテ之ニ對スル權利義務ヲ認メタルニ若シ解散ト解散シタル法人ハ破産ノ目的ノ範圍内ニ於テハ尙ホ存続スルモノト看做ス(破案五條)是レ固共ニ當然權利主體ヲ消滅スルモノトスルトキハ在來ノ權利義務ハ如何ニ處理スヘキヤ知ルヘカラス故ニ民法並ニ商法ニモ普通ノ清算ニ付テハ各、其規定アリ(民七三條、商八四條)草案ハ破産ニ關シテ法人一般ニ通シテ規定ヲ設ケタルナリ現行法ニハ斯ル明文ナシト雖モ理論上同一ノ見解ヲ採ラサルヘカラス

三 法人及ヒ法人ノ債務ニ付キ無限責任ヲ負フ者カ同時若クハ順次ニ破産シタル場合ニ於テモ

雜 錄

法學研究ノ心得

法學博士 梅 謙 次 郎君演說

此演說筆記ハ數年前ノモノナレトモ初學者ノ爲メ有益ナリト信スルカ故ニ茲ニ掲ク (編輯局誌)

今日ノ演題ハ「法學研究ノ心得」ト云フ問題デ、問題カラ致シテ至ラテ卑近ナ事柄デ諸君ノ多數ハ數年來法律ヲ研究シテ居ラルル方デアラウ、サウ云フ方方ニ何カ參考ニナル話デモスルヤウニ法學研究ノ心得ナドト云フ様ナ講談ヲ致スト云フノハ或ハ失敬カモ知レマセケレドモ、私モ法律學ト云フモノヲ始メマシテカラ既ニ二十年ニ垂、ト致シマスカラ、或ハ諸君ノ多數ノ御方ヨリカハ法律學ヲ研究スルコトニ付テ經驗ヲ持ツテ居ルカモ知レント思ヒマス、夫レデ自分ノ經驗上色色ヤツテ見テ失敗。タコトモアリ都合好クイタコトモアリ、其經驗上斯様ナル方針ヲ

以テ法學ヲ研究シタラバ最モ能ク研究ガ出來ルデアラウト思フ所モアリマスンデ、其レヲ御話
 イタサウト思フ（謹聽）

一體私ハ學校ニ於テ講義ヲ始メル前ニ凡ソ其研究ノ方針ニ付テ御心得ニナラウト思フコトヲ申
 上ゲルノガ慣例ナンデスガ、今日此學校ニ於テ講義ヲ始メタニ拘ハラズ其御話ヲ致サナカッタ
 ノハ、恰モ今日ノ講談會ニ於テ法學研究ノ心得ト云フコトヲ演題トシテ御話スル積リデアッタカ
 ラ夫レ直チニ講義ヲ始メタノデアリマス、勿論此講堂ニ來ッテ日學校ノ講義ヲ御聽聞ニナ
 ル方方、又御宅ニ居ラレテ書籍、講義録等ニ就テ研究ヲセラルル方方、又同ジ研究ヲスルニモ唯
 自己ガ法律上ノ或智識ヲ得タイ、屹度夫レヲ今直グ何ノ用ニ立テルト云フノデハナイガ國民ト
 シテ多少法律上ノ智識ヲ有ッテ居ラナケレバナラヌカラ調ベテ置カウトカ、又ハ實業ニデモ從
 事シテ居ル方方自己ノ職業ニ關シテ居リマス法律上ノ智識ヲ要スルニ因ッテ先ヅ一通リノ法學
 ヲ修メテ置キタイト云フ方方モアリマセウガ、私ノ想像スル所デハ多數ノ御方ハ是カラ試験ヲ
 受ケテ或ハ辯護士トナラウトモ判檢事トナラウトカ然ラサルモ兎ニ角學校ノ試験丈ケテ受ケテ
 卒業證書ヲ貰ッテ置キタイト云フ方方デアラウト思フ、其レ故ニ今日ノ御話ト云フモノハ第一
 ニ學校ニ於テ講義ヲ御聽キニナル方方其講義ヲ聽イテカラドウシタラ宜イカト云フコトト、
 又御宅ニ居ラレテ書籍、講義録等ニ就イテ專ラ研究セラルル方方如何ナル方針ニ據ッテ研究
 セラレテ宜シイカ、尙ホ進ンデ試験ヲ受ケル準備ハドウ云フ方法ヲ以テシタ方方宜イカ、又試

驗場ニ出テハ筆記試験デアラウトモ口述試験デアラウトモドウ云フ心得受ケタ方方宜カラウ
 カト云フコトニマデ論及シヤウト思フ、別段ムヅカシイ學理ガ其中ニ包含セラレテ居ルト云フ
 譯デモナシ態態此席ニ上ッテ御話ヲスル程ノコトデハアリマセスケレドモ、併シ大勢ノ人ニ御
 話ヲスルニハ勢ヒ高イ所ニ上ラネバナラヌノデアッタ事柄自身カ高尚デアルカラ高イ所ニ上ッ
 テ御話ヲスルト云フノデハナイ（滿場笑）

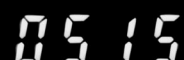
先ヅ第一ニ學校ニ來ッテ日講義ヲ聽カルル方方如何ナル方針ヲ以テ研究セラルルガ宜シイ
 カト云フコトヲ簡單ニ申上ゲマス

自分ノ經驗上色失敗ヲシタ、但失敗ヲシタト云フノハ必ズシモ落第ヲシタト云フ意味デハナ
 イ、自分デハ試験ナドニ良イ點ヲ取ッタラウト思ッタノガ存外惡イ點ヲ取ッテ失敗ヲシタコトガ
 アッタ、サウ云フコトノアッタ結果トシテ段段工夫ヲ致シテ研究ノ仕方ヲ考ヘタ所ニ據レバ
 ……無論他人ノ勸告モ聽イタガ……講義ヲ聽クトキニ唯教師ノ言フコトヲ能ク覺エナケレバナ
 ラナイト云フノデ唯覺エヤウト云フ考ヲ持ッテハイカス、又法學ト云フモノハ左程ムヅカシイ
 學問デハナイケレドモ唯覺エタ丈ケデハ何ノ役ニモ立タナイ學問デアアル、大層判斷、推論ト云
 フコトヲ要スル學問デアアル、始終其所ニ注意ヲシテ判斷ト推論ト云フコトヲ土臺トシテ學ベバ
 サウムヅカシイ學問デハナイガ唯記憶ヲシヤウトスルト誠ニムヅカシイ、第一覺エルニモ法律
 ト申スト公法、私法色々ノ種類ノ事項ニ涉ルモノデアルカラ其レヲ殘ラズ此小サナ頭ノ中ニ詰



メ込シテ仕舞フト云フコトハ中ムツカシイ、又唯詰メ込シテバカリデハ俗ニ謂フ所ノ活キタ
 字引デアラテ夫レデハ一向用ヲ爲サン、澤山ナモノヲ知ラ居テモ試験ヲ受ケルト落第ヲスル或
 ハ卒業後ニ至ツテ實際問題ガ起リ見ルトドウシテ宜イカ一向分ラヌ、夫レデハ折角學問ヲシ
 タ甲斐ハナイ、デ法律ト云フモノヲ本當ニ用ヲ爲スヤウニ學バウト云フナラバ始終推論ト判斷
 ト云フコトニ因ツテ研究シテイカヌト唯記憶ト云フコトニ頼ツテハイケナイ、其處デソナラド
 ウ云フ風デシテ實際ヤタラ宜シイカト云フニ、講義ト云フモノハ上手下手モアツテ又講義ノ筆
 記ノ爲易イモノモアレハ爲惡イノモアル、私ナドノ講義ハ下手ノ方デ筆記ガ爲惡イ方デアルト
 云フ評判デス……(滿堂微笑)矯メヤウト思ヒマスルガドウモ生レ付イタコトデ十分冒クイカ
 スケレドモ筆記ノ爲惡イ講義デアラモ力メテ筆記ヲスルト云フコトガ講義ヲ聽ク人ニハ肝要
 デアル、成程數月ノ後ニハ講義録ニ出ルカモ知レナイ、或課目ニ付テハ不完全ナガ著書ガア
 ルカモ知レナイ、併シサウ云フモノヲ頼ニスルヤウデハイケナイ、先ヅ教場ニ至ツテ講義ヲ筆
 記シテサウシテ家ヘ歸ツテ又ソレヲ讀ム、讀ムトキニ唯讀ンデハイケナイ、始終先刻申ス通り
 推論、判斷ト云フコトヲ目的トシテ讀ム、讀ンデドウモ理窟ガ通ラント思フコトガアル、サウ
 スレバ其レヲ其儘見過シテハイケナイ、是ハヘンデアル、斯ウ云フコトハ無イ管デアルト思ヘバ
 其點ニ付テハ質問ヲスルナリ書籍ニ就テ調べルナリ十分研究シテ疑ハシイ點ヲ其儘ニシテ置イ
 テハナラン、分ラナイ所ハ尙ホ其儘ニ打棄ツテ置イテハイケナイ、始終理窟ヲ考ヘル、理窟

考ヘルト云ツテモ無間ニ唯教師ノ言フコトヲ間違ツテキナイカ間違ツテキナイカ(大笑)ト云
 テ穴ヲ探スニハ及バヌ、唯盲從シテハイケナイ、教師ノ言フコトガ理窟デアアルカ理窟デナイカ
 ト云フコトヲ考ヘナケレバナラヌ、併シドチラカト云ヘバ教師ノ言フコトハ理窟ダラウト云フ
 想像ヲ以テ考ヘナケレバナラヌ、成程ドウモ理窟ノ分ラヌコトヲ必ズドンナ良イ教師デモ言フ
 コトガアル、況ヤ惡イ教師ニ於テヲヤ、分ラヌコトヲ云フ者ハ幾ラモアル、夫レダカラト云
 テ其講義全體ガ惡イト云フコトハナイ、ドウセ不完全ナ人間デ他人ヨリ頭ガ良イトカ研究ヲ
 シタト云ツタ所ガ其智識ハ不完全デアラツテ十ノ中ニ一ツヤ二ツ間違ツタコトハ有リ勝テノコト
 デアル、其レヲ深く咎ムルニハ及バンノデ其點ハ推論、判斷ニ依ツテ見出し是ハ間違ツテ居ル
 ヤウダト思ヘバ能ク調べテ實際間違ツテ居ルヤ否ヤト云フコトヲ糺セバ宜イ、固ヨリ自分ノ智
 識ノ足ラン所カラ人ノ言フコトガ間違ツテ居ラナイノヲ間違ツテ居リヤセヌカト疑フコトガ每
 度アル、學校ニ來テ講義ヲ聽ク人ノ多數ハ教師ヨリハ智識ノ少イ人デアアル、其智識ノ少イ人ガ
 考ヘテ教師ノ言フコトハドウモ間違ツテ居ルト考ヘタコトガアツテモ必ズ教師ガ間違ツテ居ル
 トハ限ラン、其處ハ初カラ心得テ十分ニ研究セントイケナイ、自分デチヨツト考ヘテ見テ間違
 テ居ルト此先生イケナイ間違ツタコトヲ言フト思フノハ之ヲ名ケテ生意氣ト云フ(滿堂笑)、
 斯様ニ講義筆記ヲ家ニ歸テ讀ムトキハ注意シテ讀ム、覺エヤウト云フ考ハ度外ニ置イテ讀ムガ
 宜イ、サウ云フ風ニシテ一年ノ間研究ヲ致スト云フト段段段ト法律上ノ理窟ガ頭ニ這入ツテ



來ル、自然ニ分コテ來ル、分コテ來レハ來ル程判斷力ニ富ンデ來テ他人ノ説ノ謬レルコトモ早ク見出スコトガ出來ル、ムヅカシイ問題デアッテ疑念ノ霧レナイ、ドウモ分ラント思ウタコトモ段段ト分コテ來ルモノデアアル、サウシタイイケバ數ハサウカケナクッテモ宜イ、固ヨリ其レハ記憶ノ強イ人ト弱イ人ガアルカラ一樣ニハ申セヌケレドモ、今ノヤウナ鹽梅シキニ精神ヲ始終用ヒナガラ研究ヲシテサヘ居レバソナニ數多ク讀マナクテモ覺エル、是ハ講義ヲ聽ク人ノ話、講義ヲ聽ク人ハサウ云フ風ニ始終講義筆記ヲ土臺トシテ其講義筆記ヲ讀ムトキハ夢中ニ讀ンデハ無論イカンガ唯覺エル丈ケニ讀ンデモイケンナイ、始終判斷シツツ讀ム、分ラシコトハ質問ヲスルトナリ書籍ニ就クトナリシテ……打棄ッテ置イテハイケンナイ……直グニ調べナケレバイカヌ

書籍ニ就テ研究スル人ハドウシタラ宜カラウ是ハ幾分カ講義ヲ聽クヨリカムヅカシイ、私ナドハ概シテ講義ヲ聽イテ學問ヲシタガ、科目ニ依ッテハ學校ノ講義ヲ聽カナイモノガアルカラ其レハ仕方ガナイ書籍ニ就テ研究シタノデアアルガ、講義ハ自分ノ方デ求メナクテモ耳サヘ明ケテ居レバ教師ノ方カラドシドシ耳ノ中ニ入レテ呉レル、ソレダカラ勞スルコト少クシテ入ルコトガ深い、之ニ反シテ書籍ヲ讀ムノハコチカラ眼デ以テ取ッテ來テ其レヲ頭ノ中ニ入レナケレバナラス、ソレダカラ勞スルコト多クシテ入ルコトガ淺イ、故ニ出來ルコトナラ講義ヲ聽ク方ガ宜イ、惡イ講義デモ先程申ス通り判斷シツツ聽キサヘスレバ幾ラ惡イ講義デモ徹頭徹尾間違フコ

トハナイ、十ノ中一ツカニ違ッテ居ルカ多クテ三ツ違ッテ居ル、ソナニ違ッテ居ッテハ困ル(滿場笑フ)、其レヲ選リ分ケテ聽キサヘスレバ宜イ、初學ノ間ハ選リ分ケルノガムヅカシイガ始終判斷シツツ、頭ノ中デ議論ヲシツツ聽キサヘスレバ夫レヲ選リ分ケルヤウニナル、書籍トテモ謬ノ多イモノガ深山アルカラ決シテ盲從シテハイケンナイ、其處デ講義ヲ聽イテ研究スルノハ比較的樂デアアル、書籍ニ就テ研究スルモノハソレヨリムヅカシイ、人人デ慣レテ居ルト慣レテ居ランノデハ亦違ヒマスケレドモ概シテ言ヘバドウシテモサウナケレバナラス、理窟ニ於テモサウデアアルシ經驗ニ於テモサウデアアル、故ニ書籍ニ就テ研究スル人ハ私ノ考ヘル所、又自分デヤッテ見タ所デハ、先ヅ一ツノ本ヲ讀ム此場合ニハ唯其所ヲ參考スル譯ニハイケンナイ、是ハ先ヅ其本ヲ初カラ讀ムノデアアル、併ナガラ唯スラリト讀ンデ仕舞ッテハイケンナイ、讀ム内ニ分ラナイコトガ屹度出テ來ルニ違ヒナイ、分ラナイコトガナイト云ヘバマルデ分ラナイノカ又ハ非凡ナ人デアアル、サウ云フ人ハ滅多ニナイ、デスカラ大抵分ラシコトガ出テ來ル、其分ラナイコトヲ矢張前ニ申上ゲルヤウニ抛棄シテハイケンナイ、之ヲ抛棄シナイニ付テハ學校へ來ル人ヨリモ少シ不便ナコトガアル、其不便ニ二ツアル、一ツニハ家デ本ヲ讀ンデ居ルヤウナ人ハ多クハ極ツタ師匠ヲ持タナイノデアアルカラ分ラシコトガアルカラト云ッテ直グ行ッテ質問ヲスルコトハ出來ナイ、學校ニ講義ヲ聽キニ來ル人ハ各専門ノ教師ニ就テ質問ヲスルコトガ出來ルカラ便利デアアル、ソレハ仕方ガナイ、出來ルコトナラ師ヲ求メテ質問ヲスル方ガ宜イガ、質問



ノ出來シ場合ニハドウスルカト云フト、之ニ付テモ不便ガ多イ、講義ヲ聽イタノデアルト前ニ申上グル理窟ヲ注意シテ聽イテサヘ居レバ其聽イタ事ガ頭ノ中ニ這入ラテ居ルベキ筈デアアル、サウシテ分ランコトハ質問スルナリ何ナリシテ分ラヌ、質問ヲシテモ一人デ考ヘテモ一遍聽イタコトハ餘程分リ易イノデアアル、所ガ本ヲ初メテ讀ンダ人ハ餘程讀才デナケレバ理窟ガ半分リシテドウモ何ダカ靴ヲ隔テテ痒ヲ搔クト云フヤウナ心持ダラウト思フ、私ナドハ本ニ據ラテ初メテ研究シタコトハナイガ、併シ或科目ニ就テ初メテ本ヲ讀ムトドウモサウ云フ心持ガスル、何ダカ分ラタヤウデ分ラヌヤウデ從テ他ノ本ニ就テ調ベルト云ウテモ何處ヲ見テ宜イヤラドウモ方角ノ付ケ所ガナイ、故ニ先ヅ實際ノヤリヤウハ本デアッタラ是ハ少シ講義ト違ヒ一遍通り丈ケハ唯讀ム、サウシテ分ラヌ所ガアッタラバ印シテ附ケテ置ク、サウシテ同ジ本ヲモウ一遍讀ム、併ナガラ今度ハスラリト讀ンデハイケナイ、今度ハ分ラン所ニ至ッタラバ先ヅ本ヲ覆セテ置イテサウシテ其處ノ問題ニ付テ眼ヲ眠ツテ考ヘテ見ル、又ハ質問ヲスル人ガアレバ質問ヲスル、他ノ書籍ヲ出シテ讀ム、今度ハ一部讀ンデ來テ居ルカラ他ノ本ヲ處處參考シテモ分ル、一部デ分ランケレバ二部、二部デ分ランケレバ三部、尤モ日本ニハ澤山著書ガナイカラ直グニ身代限ヲシテ仕舞フ(滿堂笑フ)、ソレハ仕方ガナイ、アル丈ケノ本ヲ參考トシテ讀ム、ソレデ分ランケレバ師ニ就イテ聽クトカ云フトコトニシナケレバ仕方ガナイ、サウ云フ風ニ分ラン點ガアッタ先キテ讀マシ直グニ調ベテ仕舞フ、段段サウ云フ風ニシテ不審ガアルタビニ其不審ヲ解イ

テイカナケレバナラヌ、解ク方法ハ多クハ他ノ本ニ付テ調ベルト云フトコトニシナケレバナラン、サウ云フ風ニ貫通シテ讀ム本ハ一科目ニ付テ一部……科目ニ依ツテハサウ云フ譯ニイキマセスガ、此處ノ學校ノ法律ノ科目ナドハサウ云フトコトデ宜カラト思フ、經濟學ナドハ少シ違フト思ヒマスケレドモ純然タル法律ノ方ハ皆ソレデ宜イと思フ、一部丈ケハ貫通シテ讀ム、跡ハ貫通シテ讀ムニハ及バン、サウシテ一部ハ初カラ終リマデ人情本デモ讀ムヤウニ讀ンデ仕舞フ、尤モ人情本ハ深ク頭ニ這入ルガ法律ハ中サウイカン(滿堂笑フ)、澤山ノ本ヲ讀ンデモ頭ノ中ニ入レタ丈ケデ、分類ガ出來テ居ラン、ソレガチャント理窟ニ從ラテ頭ニ這入ラテ數部ノ本ノ理窟ヲ合セテ二ツ自分ノ理窟ニナッタモノガ頭ニ這入ラテ居レバ宜イガソレガ出來ナイニ因ツテ或ハ稍、疑ハシイ問題丈ケニ付テ本ヲ二部モ三部モ讀ム、サウスルト云フト始終其處ダケニ注意シテ判斷ヲシツツ讀ムノデスカラ能ク頭ニ這入ル、誰ハ斯ウ云フ說、彼ハ斯ウ云フ說、而シテ此說ニハ斯ウ云フ缺點ガアル、此說ニハ斯ウ云フ缺點ガアルト云フトコトガ自分ニチャント能ク分ツテ自分デ其問題ニ付テ確タル意見ヲ定ムルコトガ出來ルヤウニナル、サウ云フ風ニシテイクト云フト澤山ノ本ヲ讀ンダノハソレダケ益ヲ爲スケレドモ初カラ終マデツト何部モ讀ムト云フト、甲ノ說デ稍、分リ掛コテ居ルノヲ乙ノ說デ破壊サレ、丙ノ說デ又狂ウテ來ル、何處ガ本當ノ理窟ヤラ能ク分ラン、唯何ノ某ハ斯ウ云フ說ヲ持ツテ居ル、誰ハ斯ウ云フ說ヲ持ツテ居ルト云ウコトヲ記憶デ以テ覺ニテ居ルバカリデハイケナイ、誰ガ何ト曰ハウトサウ云フトコトハ覺ニテ居

0517

ナイデモ宜シイ、是ガ正シイ説ダト云フコト丈ケニ著眼シテ居レバ著者ノ名前ナドハ知ラテ居ラモ殆ド何ノ役ニモ立タヌ、サウ云フ心得デ勉強シテ置ケバ假令學校ニ出ナクテモ學校へ出テヤ、タ人ノ多數ヨリハ能ク了解スルコトガ出來ル、所ガドウモ宅デ獨學ヲスル人ノ多數ハ唯初カラ終マデ讀ンデ見タクナラテゾツト讀ンデ仕舞フ、稍、分ツタト思フト外ノ本ヲ見ルガドウモ其方法デハイカン

是ガ法學研究ノ方法ノ土臺ナシデス、是カラ試験ヲ受ケル準備ノ御話ヲ致サウト思フ
 試験ヲ受ケナイ人ナラソレダケデ宜イデセウ、能ク覺エヤウト思へバ幾度モ本ヲ讀ムト云フ丈ケデアルガ試験ヲ受ケヤウト云フ人ハ唯ソレダケデハマダ容易ニ受ケラレマセン、是ハ多少記憶ノ力モ借リナケレバナラス、ケレドモソレハ己ムヲ得ストキ識ラズ知ラズ記憶ノ力ヲ借リルヤウニナル方ガ宜イ、覺エヤウ覺エヤウトシテヤッタ日ニハ中骨ガ折レル、極ク下等ノヤリ方ハ暗誦スルンデス、夫レハ間ニ合フコトデハナイ、ソコデ覺エヤウトシテハ覺エンガ能ク頭ニ分ラセヤウ能ク自分デ以テ疑問ノナイヤウニシヤウト云フ考デ覺エヤウト云フコトヲ土臺頭ニ置カズニ往クト、原則丈ケハ能ク覺エル、枝葉ノ點ハソレハ覺エン事モアルケレドモソレハ必要ガナシ、又大原則丈ケ頭ニ這入ラテ居ルト多クハ枝葉ノ部分モ同時ニ覺エル、記憶バカリノ力ヲ借リルヨリ判断力ニ多少記憶ヲ交ゼテイタト云フト餘程樂デアル、ソコデ試験ノ前ニナテ勉強スルノハイケナイノデアルガ、平素私ノ今申上ダタ様ニスルノハ隨分忙シイダラウト思

フカラ、試験前ニナテ試験ノ爲メニ多少勉強スル必要ガアラウ、極ク高尚ニ云フト試験ノ爲メニ勉強スルト云フノハ抑、間違ラテ居ルノデアラツテ平生能ク了解シ能ク覺エタコトヲ試験ナルト云フコトデナクテハイカン、是ハ理論ニ於テハ缺點ノナイ所デアルガ實際ハサウイカン、故ニ試験前ニナツテ多少ノ勉強ハ要スルガ學生ノ多數ハ試験前ニナツテ俄ニ事ガ湧イテ來タヤウニ急ニ勉強スル、散歩ニモ出ナイ、夜モ平生ヨリ少ク眠ル、甚シキニ至ラハマルデ寢食ヲ廢シテ勉強スル、其志ヤ嘉スベキデアアルガ其行ヤ極メテ愚デアル……………(滿堂大笑)サウ云フ風ニシテヤツテハイカン、到底人間ノ頭ニハ實際ノアルモノデアアルカラ無理ニ這入ランモノヲ詰メ込マウトシテモ這入ルモノデハナイ、行李ノ中ニ荷物ヲ詰メルノデモ這入ランモノヲ無理ニ詰メヤウトスルト行李ハ破レテ仕舞フ、人間ノ頭ノ中ニ無理ニ詰メヤウトスルト病氣ヲ惹起ス、ソレデハイカン、平生私ノ申上ダラヤウニサヘシテ居レバ試験前ニ徹夜ヲスルニモ何ニモ及バン、夫レデ細カイ點ハ分ラナケレバ分ランデ宜イ、記憶ノ悪い人ハ極ク良イ點ハ取レンカ知ラシガ落第ナドハシナイ夫レデ澤山……………(滿堂笑フ)

又講義筆記ヲ讀ムニモ私共ハ一遍モ讀ンダラ宜カラウト思ヒマスガ人ニ依ツテハ何遍モ讀ムモ宜シイ、夫レデ讀ムノニモ唯早く讀ミサヘスレバ宜イト云フノデ普讀ナンズル、サウ云フヤリ方ハイケナイ、極ク精神ヲ込メテ外ノコトヲ忘レテ讀マナケレバナラス、ムツカシイケレドモサウシテ讀マナケレバナラス、其時ニ平生講義ヲ聴イタ人ハ講義筆記ヲ土臺トシテ讀ム又ハ

書籍ヲ土臺トシテ讀ム、サウシテソレヲ注意シテ讀ンデ肝要ノ所ニハ印シテ附ケテ置ク、自分ノ書籍ナラ印シテ附ケテモ宜イガ自分ノ書籍ヲ持タナイ人ハソレガ不便デス(滿堂笑フ)印シテ附ケテ所丈ケハ特ニ注意シテ讀ム、一例ヲ申上ゲマスルト一通通り殘ラズ讀ム、夫レカラ二度目ニハ其印シテ附ケテ置イタ所丈ケヲ讀ム、夫レカラ書籍ニ依ッテハ見出しガ附イテ居ル、其見出し丈ケヲ讀ンデイタ、サウシテ見出しノ下ニアル要點又ハ要點トシテ印シテ附ケテ置イタ下ニアル事柄ヲ又一應ゾツト讀ム、斯ウ云フヤウニスル、講義筆記ニハ見出しハ附イテ居ランカラソレハ自分ガ心掛ケテ附ケテ置ケバ宜イ、サウ云フ方法ニスレバ全部ノ中ノ要點ダケハ覺エテ居ルカラ試験ガ受ケララル、其要點丈ケヲ頭ニ入レルト云フコトニ付テハ今ノヤウナ方法ヲ取ルト餘程樂デス

是ガ試験ノ準備ノ仕方、此試験タルヤ學校ニ於ケル試験デモ文官試験、判檢事試験、辯護士試験デモ皆同ジコトデアル、唯學校ノ試験ヨリ外ノ試験ノ方ガ幸、不幸ガ多イト云フ丈ケデアルガ是ハ仕方ガナイ、學校ノ中デハ平生ノ學力ヲ知ラレテ居ルカラ誤ガ少イケレドモ外ノハ一遍不意ニスル試験デスカラ能ク分ランコトガアツテ學力ノアル人ガ落第ヲスルコトガアルガ、先ヅ今ノヤウナ方法ニスレバ落第點ヲ取ルコトハ少イ、アレバ夫レコソ真ノ不幸……

夫レカラ試験ヲ受ケル時ノ心得、筆記試験デモ口述試験デモ大體ノ所ハ同ジデス試験場ニ這入ッタトキニ是ハ試験場デアルト云フ考ヲ起スノハ間違ヒ、自分ノ家デ冬ナラ巨燈ニデモアツテ居

ル、夏ナラ胡座デモ掻イテ團扇デモ使ッテ居ル考デナケレバナラス、是ハ其人ノ氣質デ必ズサウハイカンガ平生心掛ケテ置クト違フ、私ナドハ臆病ノ方デ少イ時ハ人ノ前ニ出テ物ヲ言フコトモ嫌ナ方デシタガ是デハイカント云フノデ自分デ嬌メテ今日デハ此席ニ上ッテモ人ニ怖ケナクツテ御話ガ出來ルヤウニナツタ(滿堂笑フ)、詰リ慣習、又自分ノ心掛ケデサウ云フ風ニスルコトガ出來ルソレデ成ルベク虚心ニナツテ試験場ニ這入ル、筆記試験デアルナラバ問題ガ塗板ニ書イテアルトカ貼ッテアルトカ若クハ書イテアルノヲ銘銘ニ吳レル、其問題ヲ矢張虚心平氣ニ見ナケレバナラス、ドウモ試験ヲ受ケル人ノ多數ハ、自分ノ同窓ノ友ヤ自分ノ試験シタ受験者ニ付テ是マデ見マスル、ト二ツノ極端ノ缺點ガアリ得ル、或ハ問題ヲ粗瀆ニ見テ肝腎ナコトヲ心附カズニ答ヲスルモノデアルカラ答方問題ト合ハナクナル、其反對ニ無闇ニ取越苦勞ヲシテ、詰マラナイ文字ガ使ッテアルト此文字ハ深イ意味デ使ウテアルガラウ、或ハ易イ問題ヲ教師ガ出スト試験問題ニシテハ餘リ易過ギルカラ何か此中ニムツカシイ問題ヲ含ンデ居ルノデアラウト(滿堂笑フ)、段段穿鑿シテ成程斯ウ云フ問題モアリ得ルカラ夫レヲ問フノデアラウト先潜リヲシテ答案ヲ出ス人ガアル、是ハ損ナ話デ自分デ骨ヲ折リナガラ却ッテ惡イ點ヲ取ラナケレバナランコトニナル、友達ノ手紙デモ讀ムヤウニ問題ヲ讀ム、尤手紙ヲ讀ムノデモ不注意ニ讀ンデハナラント同ジク間違ヒノナイ範圍内デ讀ム、サウスルト極ク問題ノ普通ノ意味ガ頭ニ浮ブ、其浮ンダ普通ノ意味ニ依ッテ答案ヲ附シテ出セバ宜イ、粗瀆モイカンケレバ取越苦勞モ

イカン、是ガ先ツ第一ノ要件……第二ノ要件ハ問題ヲ見テ了解シタナラバ人ニ依ッテ仕事ノ早ク出来ル人ト違イ人トアリマスカラ時ノ長短ハ言ハシガ兎ニ角直ニ筆ヲ取ッテ書クノハイカシ、先ツ此問題ニ付テ是丈クノコトハ答ヘナケレバナラヌト自分ノ頭テ定メルナリ又書クナリ、第一ニ此事ヲ書キソレカラ是ト云フコトヲ極メテ置カナケレバナラヌ、今度ハソレヲ時間ニ割當テテ二時間ノ試験ニ三時間モ掛ケナケレバ書ケナイコトヲ書カウトスレバ書キ切ルコトが出来ズ、終ヒノ足ヲナイ尻尾ノナイモノヲ出サナケレバナラズ、詰リ龍頭蛇尾ト云フコトニナル、ソレデアアルカラチヤント時間ニ割當テテ豫算ヲ立テル、サウシテ書キ始メル、尙ホ其書クニモ順序ト云フモノニ餘程注意ヲシナケレバナラヌ、ナニ知ッテ居ル丈ケノコトヲ書イテ出セバソレヲ教師ノ方デ見分ケテ呉レルダラウト云フノハ間違ヒ、順序ガ惡イト書イテ居ルコトニハ認ゲナクテモ良イ點ヲヤル譯ニハイカン

ソレカラ書キ様……法律ノ試験ニ眞逆文章ノ試験ヲ混ゼル或ハ習字ノ試験ヲ混ゼルト云フコトハナカラウカラ詰リ意味サヘ通ジラ居レバ宜カラウト云フ御考ノ方ガアリマセウガ其レハ間違ヒデス、サウ云フ譯ニハイカン、私ナドハ力メテ文章ガ惡イカラト云ッテ惡イ點ハ附ケマイ、文字ガ惡イカラト云ッテ惡イ點ヲ附ケマイト云フ方デソレハ力メテ居ルガ文章ガ惡イト意味ガ分明ニナラン、仕方ガナイカラ先ツ半分リト云フ程度デ點ヲ附ケルカラドウシテモ點ガ低イ(滿堂笑フ)ソレカラ文字ガ餘リ亂暴ニ書イテアルト讀メナイ、私ナゾハ随分骨ヲ折ッテ判断シテ

讀ム方デス……自分ガ分リ惡イ字ヲ書クカラ他人ノモ想シテ讀ム方デス、併シ何分讀メナイノハ白紙ト同ジモノ、分ラン部分丈ケハ書カナイト同ジコトニナル、ソレデアアルカラ形式的ノコトニ餘程注意ヲセント試験ノ爲メニ損ニナル、文章モ態態飾ッテドウモ文章家ノ書クヤウナモノハ可笑シクナルカライカナイガ、分リ易ク書クト云フ考ヲ以テ始終書カナケレバナラン、ソレカラ文字モ分リ易ク書クト云フ考ヲ持ッテ居ナケレバナラン

ソレカラモウ一ツ注意ヲ要シマスルコト、極ク細カイコトニマデ立入りマシタケレドモ試験ノ種類ニ依ッテ向フカラ墨ヲ出シ紙ヲ出ストカスル、サウ云フ場合ニハ一向注意スルコトハナイデスガ唯餘リ薄イ墨ナドデ書クノハ不得策デス、學校ナドハ近頃ドウ云フ風ニナッテ居ルカ知ラシガ多分筆ヲ用ヒテモ墨汁ヲ用ヒテモ鉛筆ヲ用ヒテモ宜イト云フコトニナッテ居リマセウ、學校ノ多クハサウナッテ居リマス、ソコデ人ノ好ミニ依ッテ鉛筆デ書ク人ガアラ筆デ書ク人モアル、所ガ鉛筆デ書クト云フノガ極メテ不得策デ字ガドウモ分リ惡クナルカラ前申上ゲタ理窟デ點ガ動モスレバ減ル、私ナドハ實ハソレガ爲メニ點ヲ減ラサウト云フ考ハナイケレドモ人ニ依ッテサウ云フノハ減ラサナケレバナラヌト云フ考ヲ持ッテ居ル人モアルカラ別シテ注意シナケレバナラン

モウ一ツ大切ナコトガアル、ソレハ問題ノ範圍ヲ一旦自分デ了解シタ以上ハ其範圍ヲ出ルト云フコトヲシテハナラン、始終範圍外ニ逸出シナイヤウニ注意シテ居ラナケレバナラン、問題外



ノコトヲ答ヘマスト二ツノ不利益ガアル、先ヅソレダケ肝腎ノコトヲ答ヘル時ヲ取ラレル、今
 一ツハ問題ニ答ヘタ部分丈ケニ付テ謬ガアルノハ仕方ガナイケレドモ問題外ノコトヲ答ヘテ其
 中ニ謬ガアルト唯餘計ノコトヲ書イタト云フコトニナラズシテ點ガ減ルノデス、ソレ丈ケ謬ガ
 多クナレバソレ丈ケ點ガドウシテモ減ルノデス、夫レハ最モ損ナ事デアル、又問題外ノコトヲ
 答フルト云フノハソレハ答ニナラント云フコトニナル、ソレデアルカラシテソレ丈ケデモ既ニ
 點ガ減ラサレル、自分ノ方ニハ時ガ澤山アツテ書イタモノデモ點ヲ減ラサレルカラ餘程注意シ
 テ問題外ニ出ナイヤウニシナケレバナラス、ケレドモ餘リ注意シテ問題中ノコトヲ漏シテハイ
 ケマセン、ソレハ始終心掛ケナケレバナラン、マア餘計書イテ置ケバ足ランノト違ウテ左程差
 支ハナカラウト云フ考テ書ク人モアリマセウガソレハ大變ナ間違ヒデス、
 是ハ筆記試験ノ一般ノ心得デゴザイマス、是カラ口述試験ノ方ノ心得ヲ御話シマス、
 此方モ筆記試験トタント違ヒモシマセヌケレドモ固ヨリ書クト云フコトガナイ代リニ口デ言フ
 ノデスカラ少シ其邊ガ違フ、先ヅ試験者カラ問ヲ出サレタトキニ矢張り問ヒニ氣ヲ注ケテ聽
 ク、氣ヲ注ケテ聽イテ是モ矢張り粗漏ニ聽カナナイ、氣ヲ注ケテ聽クト同時ニ餘リ取越苦勞ヲセズ
 虚心デ聽カナケレバナラン、餘リ急イデ答ヘヤウトスルト言ヒ損フカラ徐徐ニ口ヲ開イテ答フ
 ル、答フルノモ筆記試験ト同シヤウニ問ハナイコトマデ答ヘテハイケナイ、第一ソレハ問ヒ
 マセスト言ハレテハ甚ダ工合ガ悪イ(滿場笑フ)、其中ニ謬ガアルト云フト別シテ筆記試験ヨリ

カ試験者ニ自由ガアリマスカラ其問ウタ所ヲ舍イテ飛ンデモナイ所ニ引張ツテ來ルノデ肝腎ノ
 間ハレタ所ヨリ別ノコトマデ答ヘナケレバナラン、故ニソレハ注意シテ問ハレタ丈ケノコトヲ
 答ヘル、秘訣ヲ言ヘバ筆記試験ハ出シテ仕舞ツテカラ向フデ書添ヘテ出セト云フコトハナイカ
 ラ足ラナイ事ノナイヤウニ書イテ出ス、口述試験ハ疑ハシキハ維レテ黙スル、例ヘバ問ハレタコ
 トガ十アルナラ五ツ丈ケ答ヘテ置ク五ツガ足リナイト其次ハト來ルカラサウシタラ跡ノ五ツコ
 答フル(滿場大笑ス)、サウ云フ風デ口述試験ノ方ハ自己ニ學力ハアリナガラ旨ク及第ヲスル人
 ハ少クテ落第ヲシタリ惡イ點ヲ取ツタリスル人ガ多イ、慣レテ見ルト何デモナイコトデアリマ
 スガ口述試験ヲヤツテ見テ此人ハ大變旨クヤツタト思フ人ハ稀デス、大學ナドノ學生デモ稀デ
 ス、サウシテ瞬昧ナコトヲ言フノハ極タイカン、ハッキリ言ハナケレバナラン、誤ツテ居ツタ
 ナラ其レハ誤リマシタト言ヒ直ス方ガ宜イ、一旦誤ツテソレニ心附イテモ降參スルノハクヤシ
 イト云ツテ誤風化サウナント云フ考ヲ起ストヒドイ目ニ遇フ(滿堂笑フ)、ソレデアルカラ謬デ
 アルト思フタラ速ニ降參スルガ宜イ、但其處ハ餘程注意シナケレバナラン、試験者ノ中ニ謬デ
 ナイコトモ謬ツテ居ルヤウニ間ヒカケ甚シキハソレハ間違ツテ居ルト云フ人ナドガアル、サウ
 言ハレタトキハ自己ノ頭デ眞ニ誤ツテ居ルコトヲ悟ツタナラバ速ニ降參スル、ソレヲ悟ルマデ
 ハ決シテ迷ハサレテハイケン、試験者ノ方デハ本當ニ知ツテ言フノカ知ラン、紛レ當リカ知ラ
 ント云フノデ、アナタソレニ相違ナイカ確カデスカト言ハレルト若シヤ間違ツテ居ルノデハナ

0521

イカ知ラント思フ(滿場大笑)、其邊ニ注意ヲシテ始終虚心ニ平生ノ通りデヤレバ宜イ、少シ狼狽
 フスルト失敗ル、詰リ口述試験ハ概シテ筆記試験ヨリムヅカシイト云フノハ其邊ノ譯デアッテ
 慣レテ見ルトソクナニムヅカシイモノデハナイ、併シ餘リ慣レ過ギテ試験場ニ度度行クヤウナ
 者ハ俗ニ謂フ面ノ皮ガ厚クナッテ(滿場笑フ)試験官ヲ朋輩ノヤウニ思フテ物ノ言ヒ様カラ性
 レ性レシイ答ヘノ仕方ヲスル人ガアルガソレハ亦イケナイ、ナゼカト云フトサウ云フ人ノ言フ
 コトガ當ツテ居ルカト云フト度度落第ヲスルヤウナ人デスカラ必ズ當ツタコトバカリハ言ハナ
 イ、然ルニソレヲ極ク友達ノ間ノ話ノヤウニヤリマスト云フト第一教師ニ對シテ失敬デス、試
 験ヲスル方ハ概シテ之ニ對シテ敬禮ヲ盡スベキ位置ニ居ルノデスカラ失敬ニナル、ソコデ神
 經ノ鋭イ人ナドハ此奴一ツイデメテヤラウト云フ考ヲ起ス(滿堂笑フ)、縦シサウ云フトハナ
 イニシテモ餘リベラベラト饒舌リ過ギルト云フト前ニ申上ゲタヤウニドッカノ穴ニ引込マレ
 ル、言ハイデモ宜イコトヲ言フトカ或ハ試験官ガ其上ヲ越シテ極クコチラモ亦友人の二話シテ
 段段間違ッタ方ニ導イテイ、テモウ宜カラウト云フ所デアナタノ今言フコトト先刻言ッタコト
 トトハ違ッテ居ルカラ前後齟齬シテ居ルト言ハレタラソレキリデアル、ソレデアルカラ餘リ
 忸レ忸レシタルノハイケンナイ、相當ニ敬禮ヲ守リ始終注意ニ注意ヲ加ヘテ併ナガラ餘リ怖ケ
 ナイデ言フベキ所ハハッキリハッキリト言フ、斯ウ云フ心持デ試験ヲ受ケレバ大抵及第ノ出来
 ナイト云フコトハナイ管デス

私ノ申上ゲタコトハ極ク卑近ナコトデ諸君ノ中ニハ此位ノコトハ承知シテ居ルト云フ方モアル
 カモ知レマセヌガ唯私ノ經驗話ヲ致シマシタノミデゴザイマス(滿場拍手大喝采) (終)

○判檢事及ヒ辯護士試験問題 判檢事登用第一回及ヒ辯護士試験ノ筆記試験ハ本月四四ヨリ九
 日マテ司法省ニ於テ施行セラレタルカ其問題ハ左ノ如シ

○民法

- 一 留置權ト雙務契約ニ於ケル同時履行ノ抗辯權トノ差異如何
- 二 代理權ヲ有セサル者カ他人ノ代理人トシテ爲シタル法律行為ト無能力者ノ爲シタル法律
 行為ト其效力ノ差異如何

○刑法

- 一 過失犯ノ共犯ヲ認ムルコトヲ得ルヤ
- 二 火ヲ放テ無權利者ノ住居シタル自己ノ家屋ヲ燒燬シタル者ノ處分如何

○民事訴訟法

- 一 判決ノ確定力ヲ論スヘシ
- 二 故障ヲ棄却スル新闕席判決ニ對シテハ職權ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ付スヘキモノナリヤ理
 由ヲ附シテ説明スヘシ

校外生規則摘要

- 一 十个月以上本大學ノ校外生ナル者ニシテ本大學ニ入學スル者ハ入學金ヲ免除ス
- 一 講義録ノ講習ヲ修リタル者ハ校外生修業證書ヲ請求スルコトヲ得但手數料金貳拾圓ヲ納ムヘシ
- 一 校外生月謝ハ左ノ如シ
 - 一 各學年 各學年 金四拾圓 全學年 金壹圓
 - 一 一個月分 各學年 金貳圓三拾錢 全學年 金五圓五拾錢
 - 一 六個月分 各學年 金四圓五拾錢 全學年 金拾壹圓
 - 一 一學年分 各學年 金四圓五拾錢 全學年 金拾壹圓
- 一 月謝ヲ納付シタルトキハ講義録ヲ郵送スルヲ以テ別ニ領收證ヲ交付セス若シ相當ノ日時ヲ過キテ講義録ノ到達セザルトキハ其旨本大學ニ通知スヘシ
- 一 校外生ハ講義録中ニ題義アルトキハ講義録ノ番號ノ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 質疑通信ノ文意解シ難キモノ主旨明確ニシテ解答ヲ要セスト認ムルモノハ解答ヲ付セス
- 一 質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

◎注 意

振替貯金ヲ以テ月謝ヲ納付セラルルトキハ其都度振替貯金規則ニ依ル登記料金二錢ヲ要スルノ外失費ナク安全ニシテ便利ナリ

振替貯金口座『三二九四番』

明治四十年十月廿九日印刷
明治四十年十月三十日發行

(定價金五十錢)

編輯兼 發行所 萩原敬之

重利俊夫

金子活版所

發行所 立法政大學

(電話番町一七四番)