

法政大學講義録

青木, 徹二 / 入江, 良之 / 板倉, 松太郎 / 加藤, 正治 / 牧
野, 菊之助

(出版者 / Publisher)

法政大學

(巻 / Volume)

6

(号 / Number)

3学年の2

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

86

(発行年 / Year)

1907-12-06

明治四十年十一月三十日發行

。第參學年ノ二

四十一年度

法政大學講義錄

號六第

法政大學發行



0006

四十一年度第六號目次

民法親族	法學士 牧野菊之助
民法相續	法學士 牧野菊之助
商法手形	青木 徹二
破産法	法學博士 加藤 正治
民事訴訟法	法學士 板倉 松太郎
國際私法	法學士 入江 良之

雜錄 ○大審院判例要旨

090
1908
3-1-2

廢家ヲ爲サント欲スル者ハ戶籍法第一五二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廢家ハ分家ト同シク届出ヲ以テ爲スヘキ要式ノ意思表示ナリトス
廢家ハ何等ノ目的ナクシテ之ヲ爲スコトヲ許サス婚姻又ハ養子縁組等他家ニ入ルノ目的ヲ以テ之ヲ爲ササルヘカラス否ラサレハ單ニ廢家ニ因リテ無籍者ヲ生スルニ止マリ家族制ノ主義ニ背反スヘシ而シテ家ヲ廢スルト他家ニ入ルトハ全ク別個ノ行爲ナレトモ二者相關聯シテ分離スヘカラサルハ勿論廢家ノ届出ト他家ニ入ルコトヲ目的トスル行爲ノ届出トハ戶籍法上同時ニ之ヲ爲ササルヘカラス

意思能力ナキ未成年者ハ法定代理人ニ依リテモ廢家ヲ爲スコトヲ得ス若シ意思能力ヲ有スルトキハ法定代理人ノ同意ヲ得テ廢家ヲ爲スコトヲ得但届出ニ付テハ戶籍法第四六條ヲ適用ス可シ
(明治三十七年十二月二日民刑局回答)

第二項 絶家

絶家トハ戶主ヲ失ヒタル家ニ家督相續人ナキ爲メ法律ノ規定ニ依リ其家ヲ消滅スルヲ謂フ(七六四條)其所謂家督相續人ナキトキトハ如何ナル場合ヲ指稱スルヤ相續法ノ規定ニ依レハ相續開始ノ當時法定ノ推定家督相續人ナキトキト雖モ或ハ指定ニ因リ或ハ選定ニ因リ家督相續人ト爲ルモノアリ隨テ相續開始ノ當時家督相續人ナキノ一事ヲ以テ直チニ絶家ト爲ルモノト謂フヘ

カラス殊ニ第一〇五一條ノ規定ニ依ルトキハ相續人アルコト分明ナラサルトキハ相續財産ハ之ヲ法人トスト謂ヒ同條以下ノ規定ハ相續人搜索ノ目的ヲ以テ數回ノ公告ヲ爲スヘキ旨ヲ命シ第一〇五八條ノ公告期間内ニ相續人タル權利ヲ主張スル者ナキトキハ相續財産ハ國庫ニ歸屬スルモノトセリ果シテ然ルトキハ家督相續人ナキコトノ愈々確定スルマテハ未タ以テ家ノ存在ヲ否定スヘカラス家ノ存在ヲ否定スヘカラストセハ未タ以テ絶家ト認ムヘキニ非ス明治十七年第二〇號布告ニ依レハ單身戸主死亡又ハ除籍ノ日ヨリ滿六個月以内ニ跡相續人ヲ定メサルモノハ絶家トスト云ヘリ然レトモ該布告ノ廢止セラレタル今日固ヨリ之ニ遵據スヘキニ非ス而シテ第七六四條ノ所謂家督相續人ナキト云云トハ家督相續人ナキコトノ確定シタルトキハ其家ハ絶家トスト云フニ在リテ家督相續人ナキコトノ確定スルハ法定、指定又ハ選定ノ家督相續人ナク相續人搜索ノ手續ヲ盡スモ尙ホ且相續人現出スルコトナク相續財産ノ國庫ニ歸屬スル時ニ在リト謂ハサルヘカラス隨テ此時期ヲ以テ絶家ノ時期ナリトスヘク相續人ナキトキハ相續開始ノ時ニ遡リテ絶家ト爲ルモノト解スヘカラスナリ

第四款 家ノ再興

我民法ハ一旦消滅シタル家ヲ再立スルコトヲ許シ特ニ廢絶家ノ再興ト曰ヘリ其所謂家ノ再興トハ一旦消滅シタル家ヲ再立スルコトヲ目的トスル意思表示ナリトス

廢絶家ノ再興ハ分家ト同シク廣義ニ於ケル一家ノ設立ニシテ再興者ハ其家ノ氏ヲ稱スルモ其家督ノ相續ヲ爲セルモノニ非ス

廢絶家ヲ再興スルニハ(一)家族タルコト(二)法定ノ推定家督相續人タラサルコト(三)戸主ノ同意アルコト(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ノ四條件ヲ具備スルヲ要スルコト尙ホ分家ノ場合ニ於ケルト同シ(七四三條)故ニ今之ヲ再說セス

再興スヘキ家ハ本家、分家、同家其他親族ノ家ニ限ルコトハ法律ノ明示スル所ナリ(七四三條)是レ蓋シ再興ハ前キノ家名ヲ復興スルニ在ルヲ以テ何等ノ緣故ナキ家ヲ再立セシムルノ要ナキニ依ル

又法律ハ家族カ本家、分家、同家其他親族ノ家ヲ再興スルコトヲ許スノミナラス家督相續ニ因リ戸主ト爲リタル者モ裁判所ノ許可ヲ得テ其家ヲ廢シテ本家ヲ再興スルコトヲ得(七六二條二項)此場合ニ於テハ其者假令未成年者ナリト雖モ親權ヲ行フ父若クハ母又ハ後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セス是レ裁判所ノ許可ヲ得ルヲ條件トスルカ故ナリ婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入リタル者カ離婚又ハ離縁ノ場合ニ實家ノ廢絶ニ因リ復籍ヲ爲スコト能ハサルトキハ其實家ヲ再興スルコトヲ得ヘク(七四〇條)此場合ニ於テモ亦敢テ親權者又ハ後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ必要トセス

廢絶家ヲ再興セント欲スル者ハ戶籍法第一五五條ノ宛ムル諸件ヲ具備シテ之ヲ戶籍吏ニ届出ツ

ルコトヲ要ス故ニ廢絶家ノ再興ハ分家又ハ廢家ト同シク届出ヲ以テ爲スヘキ要式ノ意思表示ナリト謂フヘシ而シテ此届出ニシテ一タヒ受理セラレタル以上ハ廢絶家再興ノ意思表示ハ此ニ其效力ヲ生シ届出本人ハ其家ノ戸主ト爲ルコト尙ホ狭義ニ於ケル一家創立ノ場合ト毫モ異ナル所ナシ

廢絶家ノ再興ヲ爲スニハ本人ノ意思ニ基クコトヲ要ス未成年者、禁治産者又ハ準禁治産者ト雖モ自ラ廢絶家ノ再興ヲ爲スコトヲ得ヘク唯第七四三條但書ノ規定ニ準據スルヲ要スルノミ而シテ無能力者ノ法定代理人ハ無能力者ニ代リテ家ノ再興ヲ爲スコトヲ得サルハ分家又ハ廢家ノ場合ニ於ケルト同シ

廢絶家ノ再興ハ家督相續ニ非ス再興者ハ最終戸主ノ有セシ一切ノ權利義務ヲ承繼スルモノニ非ス假令再興者カ最終戸主ノ實子ナルト將タ他ノ親族關係アルトニ論ナク此法則ハ適用セラレハシ從前ニ在リテハ絶家ノ財産ハ親族アル者ハ五十年間保管シ親族ナキ者ハ戸長ニ於テ五十年間保管スヘシ右年限後ハ親族ノ協議ニ任シ又ハ地方稅雜收入ニ組込ムヘシトセリ(明治十七年八月内務省指令)然レトモ民法施行後ノ今日ニ在リテハ前述ノ如ク第一〇五一條以下ノ規定アルヲ以テ最早疑ヲ存スルノ餘地ナカルヘシ

第四節 戸主

第一款 戸主ノ身分

戸主トハ一家ノ長ヲ謂ヒ一家ノ長トシテ一定ノ權利ト義務トヲ有ス蓋シ家族制度ノ嚴正ニ行ハレタル時代ニ在リテハ戸主ハ一家ノ主宰者トシテ公私百般ノ事務ヲ統轄シ外ニ對シテハ其家ヲ代表シ内ニ在リテハ家族ヲ董督シ財産ヲ握有シ一切ノ全權ヲ帶有シタリト雖モ今日ニ在リテハ斯ル全權ヲ帶有セス唯一家ノ安寧秩序ヲ保維スルノ必要上家族ニ對スル監督保護ノ權義ヲ有スルニ過キス

戸主タルノ身分ハ人カ一家ノ戸主ト爲ルニ因リテ取得シ其取得ノ原因ニ區別アリトスルモ苟モ此身分ヲ取得スルニ伴ヒテ一定ノ權利ト義務トヲ生シ且此身分ハ家ト終始ノ戸主其人ト終始セズ戸主其人ハ死亡ストモ家ノ存在スル限りハ戸主タル身分ハ消滅セス即チ戸主死亡ストモ家督相續開始シ相續人ハ其身分ヲ承繼スヘク相續ノ效力ハ相續開始ノ時ニ遡リテ發生シ未ダ曾テ一日モ一家ノ斷絶ヲ認メタルコトアラス隨テ戸主タル身分モ亦曾テ消滅スルコトナシトス戸主タル身分ノ消滅スルハ實ニ家ノ消滅シタル時ニ外ナラス

第二款 戸主ノ權利義務

戸主ノ權利義務ハ左ノ如シ

第一 戸主ハ其家ノ氏ヲ稱スルノ權利ヲ有ス 氏ハ家ノ稱號ニシテ家ニ氏アルハ尙ホ人ニ名アルト同シ而シテ氏ノ性質ニ付テハ既ニ前述セル所ニシテ戸主及ヒ家族ハ其家ノ氏ヲ稱スヘキコト第七四六條ノ規定スル所ニシテ是レ一ニ其所屬ヲ明カニスルカ爲メナルノミナラス又同一ノ家ニ在ル者ハ同一ノ氏ノ使用權アルコトヲ認ムルモノナリ此使用權ハ各人ニ屬スルノ權利ニシテ人格權ノ一要素ナリト謂フヘク他人カ權利ナクシテ自己ト同一ノ氏ヲ用フルカ爲メ權利者ノ利益ヲ害スルトキハ之カ救済ヲ求ムルヲ得ルハ疑ナカルヘシ

第二 戸主ハ家族ノ居所ヲ指定スルノ權利ヲ有ス 戸主ハ家族ヲ董督スヘキモノナルカ故ニ家族ノ居所ハ隨意ニ指定スルコトヲ得サルヘカラス或ハ養育ノ必要上自己ト同様セシメ或ハ教育上若クハ營業上他方ニ在ラシムルモノニ自己ノ指定セル場所ニ居ラシムルニ非サレハ奚ソ能ク董督ノ任ヲ竭スヲ得ンヤ然レトモ法律カ戸主ニ此權利ヲ付與シタルハ固ト一家ノ董督整理ノ上ニ必要ナリトスルニ因ルモノナレハ此權利ヲ行使センニハ戸主カ其家政ノ整理ニ必要ナル範圍内ニ於テノミ行使スヘキモノ換言スレハ戸主カ家族ノ居所ヲ指定スルニハ相當ノ理由アルコトヲ要シ絶對無限限ニ此權利ヲ行使シ得ヘキニ非サルナリ(明治三十四年六月二十日大審院判決)

家族ハ戸主ノ意ニ反シ自由ニ其居所ヲ定ムルヲ得ス若シ家族ニシテ戸主ノ指定シタル場所ニ在ラサルトキハ戸主ハ之ニ對シテ制裁ヲ加フルコトヲ得其所謂制裁ノ何タルヤハ後ニ至リ判

明スヘシ

第三 戸主ハ家族カ婚姻又ハ養子縁組ヲ爲スニ付キ同意ヲ爲シ又ハ爲ササルノ權利ヲ有ス(七五〇條一項) 家族ノ婚姻又ハ養子縁組ハ其人ノ爲メ重大ナル事項ニシテ或ハ新ナル身分ヲ取得セシメ或ハ他家ニ入ラシメ又或ハ相手方ヲシテ戸主ノ家ニ入ラシムルコトト爲リ身分ノ變更、家族關係ノ異動等種種ナル影響アルヘキカ故ニ其婚姻又ハ縁組カ果シテ適異ナルヤ否ヤハ一ニ董督ノ任アル戸主ノ意見ニ俟ツヘキヲ至當トス是レ此規定アル所以ニシテ若シ家族ニシテ自由ニ婚姻又ハ養子縁組ヲ爲シタルトキハ戸主權ヲ無視スルノ結果後ニ述フルカ如キ制裁ヲ被ラサルヲ得ス但戸主ノ同意ナクシテ爲シタル婚姻又ハ縁組ハ之カ爲メニ無効ト爲ルモノニ非サルナリ

第四 戸主ハ家族ノ入籍又ハ轉籍ニ同意ヲ爲シ又ハ爲ササルノ權利ヲ有ス 第七三五條第一項、第七三七條、第七三八條及ヒ第七四一條等ノ場合ニ於テ戸主ノ同意ヲ必要トスル所以ノモノハ戸主ニ董督ノ任アルカ故ニシテ前項ト其理由相同シ而シテ此等ノ場合ニ於テ戸主ノ同意ハ或ハ絶對ノ必要條件ナルアリ或ハ否ラサルアリ各場合ニ就テ一之ヲ定メサルヘカラス第五 戸主ハ家族カ他家ヲ相續シ分家ヲ爲シ又ハ廢絶シタル本家、分家、同家其他親族ノ家ヲ再興スルニ同意ヲ爲シ又ハ爲ササルノ權利ヲ有ス(七四三條)其理由亦前項ト同シ而シテ此場合ノ戸主ノ同意ハ絶對ノ要件ニシテ戸主ノ同意ナクシテ爲シタル行爲ハ無効タルヘシ

第六 戸主ハ法定ノ事由アル場合ニ家族ヲ離婚スルノ權利ヲ有ス(七四九條三項、七五〇條二項) 離婚トハ家籍ノ剝離ニシテ家族タル身分ヲ失ハシメ其家ヨリ去ラシムルコトヲ目的トスル意思表示ナリ從前ニ所謂久離婚當ナルモノニ相當シ家族カ戸主權ヲ無視スルノ制裁權トシテ法律ノ付與スル所ノモノニ屬ス

戸主カ家族ヲ離婚スルコトヲ得ル場合ハ左ノ如シ

(イ) 家族カ戸主ノ指定シタル居所ニ在ラサル場合ニ於テ戸主ハ相當ノ期間ヲ定メ其指定シタル場所ニ居所ヲ轉スヘキ旨ヲ催告シ家族カ其催告ニ應ゼサルトキハ戸主ハ之ヲ離婚スルコトヲ得但家族カ未成年者ナルトキハ此限ニ在ラス蓋シ未成年者ハ思慮未タ十分ナラス又概シテ自活ノ途ナキモノナリ故ニ戸主ノ意ニ反シ居所ヲ定ムルトモ戸主權ヲ無視シ其羈絆ヲ脱セントノ意思アルモノト推測スルヲ得ス加之斯ル者ヲモ離婚スルコトヲ得トセハ年少者ノ前途ヲ誤ルノミナラス浮浪ノ徒ヲ増シ延イテ累テ國家ニ及ホスノ害アルヘケレハナリ

家族カ法定ノ推定家督相續人ナルトキハ之ヲ離婚スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ解釋一定セス或ハ第七四九條ハ家族カ法定ノ推定家督相續人タルト否トヲ區別セサルカ故ニ如何ナル身分地位ニ在ル者ト雖モ同條第三項ニ該當スル場合ニ於テハ離婚スルコトヲ得ヘキカ如シ然レトモ若シ離婚シ得ルモノトセハ戸主ハ家族ノ居所指定權ヲ濫用スルコトニ因リ容易ニ法定ノ推定家督相續人ヲ離婚スルコトヲ得ヘク法律カ法定ノ推定家督相續人ハ廢除ニ因

ルニ非サレハ其相續權ヲ剝奪スルコトヲ許ササルニ拘ハラズ離婚ニ因リ其相續權ヲ害スルノ結果ト爲リ理論上不當ナルノミナラス第七四四條ニハ法定ノ推定家督相續人ハ一家ヲ創立スルコトヲ得ザル旨ヲ定メ止タ第七五〇條第二項ノ適用ヲ妨ケストシ第七四九條第三項ノ適用ヲ妨ケザル旨ノ規定ナキヨリシテ之ヲ見ルモ法定ノ推定家督相續人ハ第七五〇條第二項ノ場合ノ外ハ離婚スルコトヲ得ザルモノト解釋スルヲ相當トス(明治三十三年九月大審院判決參照)

又戸主ハ家族ノ妻ヲ離婚スルコトヲ得ルヤ否ヤ、男戸主ハ同居ヲ肯セサル其妻ヲ離婚スルコトヲ得ルヤ將タ又女戸主ハ其夫ヲ離婚スルコトヲ得ルヤ否ヤ、離婚ハ前述スルカ如ク家籍剝離ノ效アルニ過キズ離婚ノ爲メニ婚姻ハ解消セス故ニ苟モ第七四九條ノ規定ニ適合スル以上ハ離婚ヲ爲スモ敢テ妨ケザルモノノ如シ然レトモ此ノ如キ結果ヲ生セシムルコトハ婚姻ノ目的本旨ニ適合スルモノト謂フヘカラス夫婦其家ヲ異ニシ其居ヲ別ニシ尙ホ且夫婦ナリトスルハ認容スヘキコトニ非ス從テ此等ノ點ニ付テハ消極ノ斷定ヲ下スニ躊躇セス但家族ノ妻ニ付テハ其夫ト同時ニ離婚スルヲ妨ケス即チ此場合ニ在リテハ夫婦ハ同時ニ戸主ノ家ヲ去リ妻ハ夫ニ隨ヒ其創立シタル家ニ入ルヘキナリ

(ロ) 家族カ戸主ノ同意ナクシテ婚姻又ハ養子縁組ヲ爲シタルトキハ戸主ハ其婚姻又ハ養子縁組ノ日ヨリ一年內ニ其家族ヲ離婚スルコトヲ得 家族カ婚姻又ハ縁組ニ因リテ他家ニ入

リタル場合ニ於テハ離婚ノ要ナシ離婚ノ必要ハ唯家族カ他家ヨリ妻ヲ娶リ又ハ他人ヲ養子トシタル等ノ場合ニ存スルノミ而シテ家族カ養子ヲ爲シタル場合ニ於テ戸主ヨリ離婚セラレタルトキハ其養子ハ養親ニ隨ヒテ其家ニ入ルヘキモノトス(七五〇條三項)

法定ノ推定家督相續人カ戸主ノ同意ナクシテ婚姻又ハ養子縁組ヲ爲シタルトキハ戸主ハ其婚姻又ハ養子縁組ノ日ヨリ一年内ニ離婚スルコトヲ得是レ實ニ第七四四條第二項ノ規定アルニ因ルモノニシテ此場合ニ於テハ法定ノ推定家督相續人ハ家族タルノ身分ヲ喪失スルト同時ニ法定ノ推定家督相續人トシテノ相續權ヲモ喪失スヘシ

戸主カ其家族ヲ離婚セント欲スルトキハ法定ノ諸件ヲ具シ之ヲ戸籍吏ニ届出ツルコトヲ要ス(戸一四八條)故ニ離婚ハ届出ニ因リテ其意思ヲ表示スヘキ要式ノ行爲ナリト謂フコトヲ得ヘク戸籍吏カ其届出ヲ受理スルニ因リ玆ニ其效力ヲ生シ離婚セラレタル家族ハ戸主ノ家ヲ去ルヘキモノトス

第七 戸主ハ法定ノ事由アル場合ニ其家族タリシ者ノ復籍ヲ拒絕スルノ權利ヲ有ス 復籍拒絕トハ其名ノ如ク戸主ノ家ニ復歸スルコトヲ豫メ防止スル所ノモノ即チ第七三九條ノ適用ヲ防止スルコトヲ目的トスル意思表示ニ外ナラス而シテ此意思表示ハ離婚前又ハ離婚後ニ於テ之ヲ爲ササルヘカラス離婚前又ハ離婚後ニ之ヲ爲ササルトキハ離婚又ハ離婚後ノ場合ニ於テ其者ハ當然戸主ノ家ニ復歸スルコトヲ爲ルヘシ

復籍拒絕ヲ爲スコトヲ得ル場合ハ即チ左ノ如シ

(イ) 家族カ戸主ノ同意ナクシテ婚姻又ハ養子縁組ヲ爲シ他家ニ入リタルトキハ戸主ハ其婚姻又ハ縁組ノ日ヨリ一年内ニ復籍拒絕ヲ爲スコトヲ得(七五〇條二項)

(ロ) 婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入リタル者カ婚家又ハ養家及ヒ實家ノ戸主ノ同意ヲ得ルコトナク更ニ婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入リタルトキハ同意ヲ爲サザリシ

戸主ハ後ノ婚姻又ハ養子縁組ノ日ヨリ一年内ニ復籍拒絕ヲ爲スコトヲ得(七四一條二項)戸主カ其家族タリシ者ノ復籍ヲ拒マント欲スルトキハ法定ノ諸件ヲ具シテ之ヲ戸籍吏ニ届出ツルコトヲ要ス(戸一五〇條)故ニ復籍拒絕ハ届出ニ因リテ其意思ヲ表示スヘキ要式ノ行爲ナリト云フコトヲ得ヘク戸籍吏カ其届出ヲ受理スルニ因リ此ニ其效力ヲ生シ家族タリシ者カ離婚又ハ離婚後ノ場合ニ於テ戸主ノ家ニ復歸スル能ハサルコトヲ爲ルヘキナリ

復籍拒絕ノ權利ハ離婚權ト同シク戸主權無視ノ制裁權タリ唯離婚權ハ現ニ家族タル者ニ對シ之ヲ行フヘク復籍拒絕權ハ曾テ家族タリシ者ニ對シ之ヲ行フヘキノ差異アルノミ

第八 戸主ハ家族ノ禁治産又ハ準禁治産ノ宣告ヲ請求シ又ハ其宣告ノ取消ヲ請求スルノ權利ヲ有ス(七二〇條、一二三條)

第九 戸主ハ家族ノ後見人ト爲ルノ權利ヲ有ス(九〇三條)

第一〇 戸主ハ家族ノ爲メニ親族會ノ招集ヲ裁判所ニ請求シ又ハ其親族會又ハ本家若クハ分家

ノ親族會ニ於テ意見ヲ述フルノ權利ヲ有ス(九四四條、九四七條)

第一一 戸主ハ家族カ法規ニ違反シテ爲シタル婚姻又ハ養子縁組ヲ取消スノ權利ヲ有ス(七八〇條、八五四條)

第一二 戸主ハ家族ニ對シテ扶養ノ義務ヲ負フ(七四七條) 此義務タル即チ戸主ヲシテ其責力ニ應シ家族ノ養育、教育ヲ爲サシムルニ在リ元來戸主ハ家名ヲ繼承シ家産ヲ所有シ一家ノ長トシテ自己董督ノ下ニ在ル家族ヲ養育教育スルノ責ヲ負擔スヘキハ當然ナルヘシ而シテ其養育教育ノ程度ニ付テハ家族ヲ需要ト戸主ノ身分及ヒ資力ニ依リ之ヲ定ムヘキモノニシテ其詳細ハ後ニ至リ説明スル所アルヘシ戸主カ家族ニ對シテ此義務ヲ負フハ自己董督ノ下ニ在リテ戸主權ノ支配ヲ受クヘキ從順ナル家族ニ對シテノミ不逞ノ家族ニ對シテハ固ヨリ此義務ヲ負フコトナシ故ニ家族カ戸主ノ意ニ反シ其指定シタル居所ニ在ラサルトキノ如キ戸主ハ之ニ對シテ扶養ノ義務ヲ免ルヘキモノトス(七四九條二項)

戸主カ扶養ノ義務ニ違背シタルトキハ事實ノ如何ニ因リ刑事上ノ制裁ヲ受クルニ至ルヘシ(刑三編一〇節)又華族ニ在リテハ其學齡兒童ノ就學ヲ怠リタル場合ニ於テハ宮中ノ禮遇ヲ停止セラルルコトアリトス(明治二十五年八月宮内省達甲五號)

以上例舉セル戸主ノ權利義務ハ戸主タル身分ニ伴ヒ存在スル所ノモノニシテ戸主ノ地位ニ變動ノ場合ニ於テハ代リテ戸主ト爲リタル者ニ於テ其權利義務ヲ繼承スヘシ第九八六條ニ所

謂家督相續人ハ前戸主ノ有セシ權利義務ヲ承繼スト云ヘルハ即チ此種ノ權利義務ヲ指稱スルニ外ナラス之ニ反シ戸主其人ノ一身ニ專屬スル所ノモノニ在リテハ其人ノ死亡ニ因リ消滅シ相續人ニ移轉セズ

戸主ノ一身ニ專屬セル以外ノ權利義務ハ戸主カ家族ヲ董督スル必要上戸主タル身分ト離レテ存在スルコトヲ得ス然レトモ戸主カ未成年者若クハ禁治産者トシテ完全ノ能力ヲ有セス其他事實上自ラ戸主權ヲ行フコトノ不能ナル場合ニ於テハ法律上勢ヒ戸主權ノ代理行使ヲ認メサルヲ得ス第八九五條、第九三四條及ヒ第七五一條等ノ規定ハ要スルニ皆戸主權ノ行使ヲシテ間斷ナカラシメ一家ノ董督ニ遺漏ナカラシメントノ注意ニ出ラタルニ外ナラス

第七五一條ニ所謂戸主カ其權利ヲ行フコト能ハサルトキトハ戸主カ疾病其他身體又ハ精神ノ狀況ニ因リ自ラ戸主權ヲ行フ能ハサル場合ノミヲ指稱スルモノト解スルトキハ餘リニ狹キニ失ス彼ノ戸主未定ノ場合ノ如キ亦宜シク親族會ヲシテ戸主權ノ代理行使ヲ爲サシメサルヘカラス第九七八條ハ推定家督相續人ノ廢除又ハ其取消ノ請求アリタル後其裁判確定前ニ相續開始シタル場合ニ裁判所ヲシテ戸主權ノ行使ニ付キ必要ナル處分ヲ命スルコトヲ得ヘキ旨ヲ定メタレトモ其以外ノ場合ニシテ戸主ノ未定ナルトキ殊ニ相續人曠缺ノ場合ノ如キ何等ノ明文ナキヲ以テ戸主權ノ行使ニ付キ感ナキ能ハス然レトモ法律上荷モ一家ノ存在ヲ認ムル以上ハ戸主權ナクンハアラス其戸主權ヲ行フ者ニシテ存セスンハ事實上法律上共ニ不都合ナルヲ免レス故ヲ以テ法律

上荷モ家ノ存在ヲ認メラルル場合ニシテ事實上戸主ノ不存在ノ爲メ戸主權ノ行使ヲ見難キ總テノ場合ハ皆第七五一條ニ所謂戸主カ其權利ヲ行フ能ハサルトキトアルニ包含スルモノトシ前示第九七八條ノ如キ特別ノ規定アル場合ノ外ハ親族會ヲシテ戸主權ヲ行ハシメサルハカラス

第三款 戸主權ノ得喪

第一項 戸主權ノ取得

家ニハ必ス戸主アリ戸主ハ必ス一人タルヘクシテ二アルヲ許サス又一人ニシテ二以上ノ家ノ戸主タルヲ許サス戸主ト家トノ觀念ハ家族制上相分離スヘカラサルハ勿論戸主權ノ取得喪失ハ管ニ一家ノ大事ナルノミナラス援テ國家ノ基礎ニ影響スル所ナクシテハアラス而シテ戸主權ノ取得喪失ハ其ニ一家ノ興廢滅絶ニ伴フヘキノニシテ之ト相離ルヘカラサルハ論ナシ

戸主權ノ取得ニ原始の取得ト繼受の取得トノ別アリ所謂戸主權ノ原始の取得トハ新ニ發生セル戸主權ヲ取得スルモノノ換言スレハ戸主タル身分カ創設セラルルニ因リテ取得スルモノヲ謂ヒ所謂戸主權ノ繼受の取得トハ既に存在セル戸主權ヲ取得スルモノノ換言スレハ既に存在セル戸主タル身分ヲ取得スルモノヲ謂フ

戸主タル身分カ創設セラルルニ因リテ戸主權ヲ取得スル場合ハ彼ノ分家及ヒ一家創立ノ場合合ナリ此等ノ場合ニ於ケル戸主權ノ取得ハ法律ノ規定ニ據リ任意ニ因ルトノ別アリト雖モ新ニ權

利ヲ發生セシメ之ヲ取得スルノ點ニ於テハ全然同一ナリ之ニ反シ既に存在スル戸主權ヲ取得スル場合ハ唯權利ノ主體ニ變更アルニ止マリ新權利者ハ舊權利者ニ代ルニ過キス家督相續ニ因ル戸主權ノ取得ハ即チ之ニ屬ス彼ノ廢絶家再興ハ家督相續ニ非ス再興者ハ最終戸主ノ有セシ一切ノ權利義務ヲ承繼スルモノニ非ス從テ廢絶家ノ再興ハ戸主權ノ原始取得ノ場合ニ該當スト謂フヘシ

戸主權取得ノ原因ハ前述スル一家ノ設立ノ場合ト異ナルナキヲ以テ今復之ヲ再說セス

第二項 戸主權ノ喪失

戸主權ノ喪失ニ絶對的ト相對的トノ二様アリ所謂絶對的ノ喪失トハ戸主權ノ全ク消滅ニ歸スル場合ヲ謂ヒ所謂相對的ノ喪失トハ戸主權自體ハ消滅ニ歸スルコトナク唯其主體ノ變更アル場合ヲ謂フ絶家及ヒ廢家ハ前者ニ屬シ戸主ノ隱居又ハ國籍喪失等ハ後者ニ屬ス

戸主權喪失ノ原因ハ即チ左ノ如シ

(第一)廢家(第二)死亡(第三)國籍喪失(第四)戸主カ婚姻又ハ養子縁組ノ取消ニ因リテ其家ヲ去リタルトキ(第五)女戸主ノ入夫婚姻又ハ入夫ノ離婚(第六)隱居

右第一ノ原因ニ付テハ前述シタル所ニシテ之ヲ再說スルノ要ナク第二以下ノ原因ニ付テハ一面戸主權喪失ノ原因タルト同時ニ他方ニ於テハ家督相續開始ノ原因タリ即チ此等ノ各場合ハ戸主

權ノ相對的消滅ノ原因ニシテ之ヲ詳説スルハ相續法ノ範圍ニ屬スヘキヲ以テ之ヲ省略セン其唯一因タル隱居ノコトニ付テハ其要件效力等固ヨリ親族法ノ範圍ニ屬スヘキカ故ニ項ヲ改メテ左ニ之ヲ説述セン

第三項 隱居

隱居トハ戸主ノ地位ヲ退隱スルノ謂ニシテ戸主カ其身分ヲ喪失スルノ目的ヲ以テ爲シタル意思表示ナリ故ニ隱居ハ戸主自身ノ行爲ナリ他ヨリ強制シテ之ヲ爲サシムルコトヲ得サルハ猶ホ強制ニ廢家セシムルコトヲ得サルト同シ然レトモ隱居カ廢家ト異ナルノ點ハ隱居ハ豫メ家督相續人ノ承認ヲ得ルコトヲ要スルモ廢家ニ在リテハ之ヲ要セサルト隱居ハ其家ノ家族ト爲ルモ廢家ハ或ハ他家ノ家族又ハ戸主ト爲ルノ點ニ存ス

抑、隱居ナルモノハ其發生遠ク古代ノ社會ニ在ルモノニシテ我國ノ隱居ノ習俗ハ或ハ印度ヨリ輸入シタルト曰ヒ或ハ支那ヨリ傳ハリタリト曰ヒ其説ヲ異ニスト雖モ隱居ハ社會ノ進歩又ハ文物ノ開否ニ從ヒ其由テ來ル所ノ原因ニ種種アリ穂積博士ハ隱居ノ起源ハ古代社會ニ於ケル食人俗、殺老俗、棄老俗ヨリ遂ニ變遷進化シ來リタルモノナリト曰ヒ又隱居ヲ其原因ヨリシテ之ヲ區別シ(一)宗教上ヨリスルモノヲ宗教的隱居ト稱シ(二)政事上ノ理由ヨリシテ致仕退隱スルモノヲ政事の隱居ト稱シ(三)犯罪等ニ因リテ隱居スルモノヲ法律的隱居ト稱シ(四)精神身體ノ衰

弱ニ因リ退隱スルヲ生理的隱居ト稱セリ(穂積博士著隱居論參照)此ノ如ク隱居制ノ起源ハ極メテ古ク隱居ノ原因ニ種種アリシト雖モ要スルニ往時公法の關係ト私法の關係ト混同シ家長ノ地位資格ハ私法上ノ身分タルト同時ニ公法上ノ身分タリシハ且ハ社會組織ノ狀況等此制度ノ發達ニ與ツテ力アルモノト謂ハサルヲ得ス殊ニ我國ニ於テ從來國情民俗ノ然ラシムル所トハ云ハ人ノ去就ノ上ヨリシテ高踏勇退ノ四字以テ其人ト爲リヲ品勝シ又所謂樂隱居トシテ餘生ヲ送ルハ人生ノ樂事トシテ市井間ニ喧傳セラルルノ風アリ爲メニ此制度ノ發達ノ爲メ大ナル原動力ヲ與ヘタレトモ苟モ人トシテ此世ニ在ラン限リハ棺ヲ蓋フニ至ルマテ人タルノ任務ヲ盡スヘキハ當然ニシテ老耄又ハ其他ノ事由ノ爲メニ退隱スルカ如キハ人トシテノ天職ヲ空シウスルモノト謂ハサルヘカラス殊ニ安居逸樂是レ事トシ不生産的ノ人民ヲ増加スルノ一事ハ一國ノ生産力ヲ減シ國民ノ元氣ヲ消耗スルカ如キ間接ノ害ナシトモ況ヤ隱居ノ制アルカ爲メニ從來幾多ノ弊害ヲ演出セルニ於テオヤ故ニ純理ノ上ヨリシテ之ヲ見レハ隱居制ヲ認ムルハ決シテ相當ナリト謂フヲ得ス然レトモ因襲ノ久シキ今日俄ニ之ヲ全廢スルハ親族上ノ關係ニ於テ實際ニ都合ナシトセサルカ故ニ本法ハ嚴正ナル制限ノ下ニ此制度ヲ敷用スルニ至レリ

(A) 隱居ノ要件

隱居ニ普通ノ隱居ト特別ノ隱居トノ二種アリ先ツ此兩種ノ隱居ニ共通ノ要件ヲ左ニ示サン
(一) 任意ニ出テタルコトヲ要ス隱居ハ戸主權ノ拋棄ニ外ナラザレハ性質上當然其條件ヲ必

要トス從來稀ニ或必要ノ爲メニ強制的ニ隱居セシムルノ風アリ押込隱居等稱スルモノアリシモ本法ハ之ヲ禁遏スルノ精神ニ出ツ從テ隱居ハ戸主任意ノ意思ニ出ツルコトヲ要シ詐欺又ハ強迫ニ因リテ爲シタル隱居ハ之ヲ取消スコトヲ得(キモノトセリ)(七五九條)

隱居ハ戸主ノ任意ニ出ラタルコトヲ要スルカ故ニ心神喪失中又ハ意思能力ナキ者ハ隱居ヲ爲スコトヲ得ス既ニ其任意ニ出ラタル以上ハ未成年者ト雖モ其法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セス(七五六條)蓋シ隱居ヲ爲スヘキヤ否ヤハ戸主自ラ其自由ノ意思ヲ以テ決スヘキモノナルノミナラス戸主タル人ノ利害ニ重大ナル關係ヲ有スルヲ以テ他人ヲシテ代リテ之ヲ決セシムルコト能ハス否他人ヲシテ代リテ之ヲ決セシムルノ要ヲ見サルナリ第七五六條ハ全ク此法理ヲ是認シタルモノニシテ戸主權ノ行使ニ付テハ法律ハ代理行使ヲ許シタルモ隱居ヲ爲スカ如キハ權利自體ヲ消滅セシムルノ行爲ナレハ法定代理人ト雖モ代リテ之ヲ爲スコトヲ許サルナリ

(二) 届出ヲ爲スコトヲ要ス 隱居ハ隱居者及ヒ其家督相續人ヨリ之ヲ戸籍吏ニ届出ツルニ因リテ其效力ヲ生ス(七五七條)其届出ノ方式等ニ付テハ戸籍法ノ規定ニ依ル(戸一一九條以下)

隱居ハ隱居者及ヒ其家督相續人ヨリ届出ヲ爲スニ因リ其效力ヲ生スルモノナルカ故ニ一ノ要式行爲ナリ而シテ其效力發生ノ時期ハ届出ノ日ニ在リトス若シ隱居者又ハ家督相續人カ詐欺又ハ強迫ニ因リ隱居ノ届出ヲ爲シタルトキハ之カ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得(七五九條)

隱居ノ共通要件トシテ配偶者ノ承諾ヲ得ルコトヲ必要トセス男女同權主義ノ適用ヨリシテ之ヲ云ヘハ或ハ必要ナルカ如シト雖モ本法ハ唯例外トシテ第七五五條ニ此條件ヲ規定セルノミ又從前隱居ハ總テ願出ノ上其許可ヲ受クルヲ要ストセリ是レ蓋シ從前ニ在リテハ戸主ハ公法上ノ資格トシテ公權公務ハ一ニ戸主ニ屬シ隱居ニ因リテ公權ヲ喪失シ公務ヲ免脱スルモノトスルニ由リ官職其他ノ賦役ハ隱居ニ因リテ悉ク解除セラレ位階ノ如ク其人ニ專屬セルモノノミ隱居者之ヲ保有シ其他ハ一切家督相續人ニ移ルモノトセリ從テ隱居ハ公法上ノ資格喪失トシテ願出ヲ要ストセルニ外ナラス然レトモ隱居ハ私法上ニ於ケル身分ノ變更ニ過キササルモノナレハ本法ハ届出ニ因リ其效力ヲ生ストシテ唯特別ノ場合ニ於テノミ裁判所ノ許可ヲ要ストセリ

甲 普通隱居

普通隱居ハ前記ニ要件ノ外左ニ掲タル條件ヲ具備スルヲ要ス(七五二條)

(一) 滿六十一年以上ナルコト 是レ隱居ノ適齡ナリ穗積博士ハ其著隱居論中ニ我國ノ隱居年齡ニ三期アルコトヲ論シ第一期ニ於テハ七十歲第二期ニ於テハ五十歲第三期ニ於テハ六十歲ヲ以テ適齡トスルコトヲ論セルル其第一期ニ在リテハ支那ノ文物制度ヲ輸入シタルノ結果偶々支那ノ古禮ニ倣ヒ七十歲ヲ以テ退隱スルノ慣習ヲ生シタルモノナリト云ヒ第二期即チ封建武

斷ノ世ノ中ニ於テハ武士ハ兵役ニ就ク事トシ五十、六十ノ高年ニ達セハ自然武士タルノ職ニ堪ヘサルヨリ隱居年齡ニ低下ヲ來シ北條、足利ノ時代ヨリ降テ徳川氏ノ時代ニ至リ各藩其制ヲ異ニシタルモ通常五十歳以上ヲ以テ適齡トセルモノナリト云ヒ明治維新以降舊民法ノ制定アルヤ始メテ六十歳ヲ以テ適齡トシ第三期ニ入ルトセリ蓋シ人生六十ニ至レハ體力、智力共ニ衰弱シ一家ノ戸主トシテ内外ニ對シ其重責ニ堪フル能ハサルヲ通常トス故ニ本法ハ古來ノ慣例ヲ參酌シ我國人ノ老衰事ニ堪ヘサルノ平均年齡ヲ考量シ六十歳ヲ以テ適齡トセルニ外ナラス

(一) 完全ノ能力ヲ有スル家督相續人カ相續ノ單純承認ヲ爲スコト 此條件ヲ要スル所以ノモノハ隱居ハ戸主權ノ相對的消滅ノ原因ニシテ一方ニ於テ戸主ノ地位ヲ退キ一方ニ於テ家督相續ノ開始ヲ見ルモノナレハ一家ヲ維持シ其地位ヲ承繼スル者ナクシテ其家産ヲ破リ又ハ債權者ヲ害スルノ弊アルニ因ル而シテ本條件ヲ分析スルトキハ(一)家督相續人アルコト(二)完全ノ能力ヲ有スル家督相續人ナルコト(三)其相續人カ單純承認ヲ爲スコトノ三ト爲ル所謂完全ノ能力ヲ有ストハ法律上ノ能力者タルコトヲ意味スルモノニシテ未成年者、禁治產者、單禁治產者、有夫ノ婦ニ非サル者ヲ謂ヒ苟モ行為能力者タル以上ハ法律上家督ヲ執ルニ堪フルモノト看做シ得ヘキカ故ノミ所謂相續ノ單純承認トハ相續人カ無限ニ被相續人ノ權利義務ヲ承繼スルノ意思ヲ表示シタルヲ謂フ(一〇二三條)隱居ハ家督相續人ヲシテ限定承認ヲ爲スコト

ヲ得サラムハ全ク相續債權者ヲ害セサラムカ爲メニ外ナラス 右ノ二條件ヲ要スルカ故ニ若シ(一)隱居者ノ年齡六十年以下ナルトキ又ハ(二)完全ノ能力アル家督相續人存セサルトキ又ハ相續人存スルモ相續ノ單純承認ヲ爲ササルトキハ隱居ヲ爲スコトヲ得ス但茲ニ所謂家督相續人ハ法定ノ推定家督相續人タルニ限ルニ非ス指定家督相續人ナリトモ前示ノ要件ヲ具備スレハ則チ足ル

乙 特別隱居

特別隱居トハ特種ノ事由アル場合ニ於テ前示ノ條件ニ依ラスシテ隱居ヲ爲スコトヲ得ルモノヲ謂ヒ此種ノ隱居ニ左ノ二種アリ

(第一) 裁判所ノ許可ヲ得テ爲ス隱居 此場合ノ隱居ハ左ノ條件ヲ必要トス

(イ) 特別ノ原由アルコトヲ要ス 茲ニ特別ノ原由ト稱スルハ己ムコトヲ得サル事由ニ因リ家政ヲ執ルコト能ハサルニ至リタル總テノ場合ヲ謂フ其最も主要ナルモノハ戸主カ疾病、本家ノ相續又ハ再興ニ因リ家政ヲ執ルコト能ハサルノ類是ナリ此等ノ場合ニ於テ滿六十年ニ至ラサルノ故ヲ以テ隱居ヲ爲スコトヲ許ササルハ實際ノ事情ニ適應セサルノミナラス又人情ニ反スルニ至ルヘシ殊ニ戸主カ他家ノ戸主若クハ家族ト婚姻ヲ爲サント欲シ其結果妻若クハ入夫トシテ他家ニ入ラサルヲ得サル等ノ場合ニ在リテハ益、其然ルヲ知ルニ難カラス故ニ法律ハ特別トシテ此等ノ場合ニ裁判所ノ許可ヲ得テ隱居ヲ爲スコトヲ許セリ固ヨリ

此特例ニ依ルヘキ十分ノ理由アルヤ否ヤハ一ニ裁判所ノ認定ニ待タルヘカラス
但戸主カ隠居ヲ爲サスシテ婚姻ニ因リ他家ニ入ラント欲スル場合ニ於テ戸籍吏カ其届出ヲ
受理シタルトキハ其戸主ハ婚姻ノ日ニ於テ隠居ヲ爲シタルモノト看做ス(七五四條一項)蓋
シ此ノ如キ場合ニ於テハ其届出ハ違法ノモノナレハ之ヲ無効トスヘキニ似タレトモ婚姻ヲ
無効トスルノ結果ハ隠居ノ要件ヲ缺クニ因リテ生スルモノヨリ重大ナルモノアリ故ニ戸主
ノ意思ヲ推測シ併セテ婚姻ヲ尊重シ之ヲ有效ナルモノトセリ而シテ此場合ニ於テハ婚姻ニ
因リテ法律上當然隠居ヲ爲シタルモノト看做スモノナレハ隠居者ノ反對ノ意思ヲ以テ之ヲ
對抗スルコトヲ許サス又其家督相續人ノ有無若クハ其承認ヲ得タルヤ否ヤヲ問フコトヲ要
セサルナリ

(ロ) 家督相續人ノ承認ヲ得ルコトヲ要ス 裁判所ノ許可ヲ得テ隠居ヲ爲ス場合ト雖モ相續
人ナキニ拘ハラザランカ其極絶家ヲ生スルニ至ラン故ニ相續人ノ存スルコトヲ必要トス而
シテ此場合ニハ必スシモ法定ノ推定家督相續人アルコトヲ必要トセス其之ナキトキハ豫メ
家督相續人タルヘキ者ヲ定メ其承認ヲ得サルヘカラス而モ此場合ニハ相續人カ單純承認ヲ
爲スト限定承認ヲ爲ストヲ區別スルノ要ナシ其普通隠居ニ異ナルハ畢竟裁判所ノ許可ヲ得
ルヲ條件トスルカ故ニ實際上太シキ弊害ナシト認ムルニ由ル

隠居ノ許可ハ隠居ヲ爲サントスル戸主ノ住所地ノ區裁判所ノ管轄ニシテ許可ノ申請ニハ法定ノ

推定家督相續人ヲ表示シ又ハ家督相續人タルヘキコトヲ承認シタル者ヲ表示シ其者ヲシテ署名
捺印セシムヘキモノトス(非訟九〇條)

(第二) 女戸主ノ隠居 女戸主ハ年齢ノ如何ニ拘ハラズ隠居ヲ爲スコトヲ得(七五五條一項)
是レ全ク女戸主ハ男子ニ比シ體力精力共ニ劣レルモノナルハ勿論女戸主ヲ認ムルハ寧ロ變則
ニ屬シ己ムヲ得サルニ出ツルヲ以テナリ故ニ年齢ニ宥恕ヲ與ヘタルニ過キス殊ニ本法ハ親權
又ハ後見權ニ付テ女子ニ特例ヲ與ヘタルハ(九〇七條、八九九條)女戸主ノ隠居ニ付テモ亦宥
恕ヲ與ヘタリ其立法ノ趣旨取テ論ル所アルナシ此ノ如ク女戸主ハ假令滿六十年ニ至ラサルモ
隠居ヲ爲スコトヲ得レトモ其以外ノ要件ニ關シテハ固ヨリ宥恕ヲ與フルノ限ニ在ラス從テ第
七五二條ニ規定セル完全ノ能力ヲ有スル家督相續人カ相續ノ單純承認ヲ爲スコトノ條件ヲ具
備セサルヘカラサルヤ勿論ナリトス

又有夫ノ女戸主カ隠居ヲ爲スニハ其夫ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス(七五五條二項)其理由全ク夫
婦ノ倫序ヲ守リ婦ハ其夫ニ從順ナルヘキノ義務ヲ盡サシムルニ存ス而シテ夫ハ正當ノ理由ア
ルニ非サレハ其同意ヲ拒ムコトヲ得ス勿論夫ハ正當ノ事由ナクシテ同意ヲ拒ムトキハ女戸主
ハ訴ニ因リテ夫ニ對シテ同意ヲ要求スルコトヲ得ヘタ正當ノ事由ノ有無ニ付キ爭アルトキハ
裁判所ノ判定ニ待タルヘカラサルナリ

有夫ノ女戸主カ其夫ノ同意ヲ得ルコトヲ要スルハ隠居ヲ爲ス總テノ場合ニ必要ナル條件ナリ

故ニ女戸主カ滿六十年以上ニ達シタル場合若クハ疾病其他已ムコトヲ得サル事由ニ因リ隱居ヲ爲ス場合ニモ常ニ此條件ヲ具備スルコトヲ要スト知ルヘシ

(B) 隱居ノ效力

隱居ノ效力ニ付キ其主ナルモノヲ上クレハ左ノ如シ

(一) 隱居ニ因リ戸主權ヲ喪失ス 隱居ハ戸主ノ地位ヲ退隱スルモノナルカ故ニ戸主タル身分ニ附著スル權利ヲ喪失スルハ勿論ナリトス唯夫レ隱居者ノ一身ニ專屬スル權利義務ハ隱居ニ因リ喪失スルノ限ニ在ラス

(二) 隱居ニ因リ家族タル身分ヲ取得ス 是レ隱居ノ廢家ト異ナル一點ニシテ前述セル所ナリトス而シテ隱居ニ因リテ家族タル身分ヲ取得シタルモノハ他ノ家族ト其地位ニ於テ別ニ異ナル所アルナシ従前或ハ尊屬親タル隱居者ニ戸主ヲ廢スルノ權ヲ與ヘタルカ如クナレトモ是レ唯尊屬親ヲ重ンスルノ風ヨリ生シ遂ニ父老カ子弟ニ對スルノ權力ヲ認メタルニ過キス然レトモ民法ハ全ク此舊慣ヲ一變シ隱居者ハ卑屬親タル戸主ヲ廢スルノ權利アルコトヲ認メス

(三) 隱居ニ因リ家督相續開始ス 隱居ハ戸主權ノ關係の消滅原因ノ一ニシテ之ニ由リ家督相續開始スヘキモノナルコトハ第九六四條ノ規定スル所トス要スルニ隱居ハ生前ニ於テ戸主タル身分ヲ辭シ之ヲ家督相續人ニ承繼セシムルモノニ外ナラサルナリ

(四) 隱居者ハ婚姻ヲ爲スコトヲ得 隱居ハ婚姻能力ヲ失ハシムルモノニ非サルカ故ニ如何ニ

民法相續

法學士 牧野菊之助講述

緒論

一 相續法ノ概念 相續法ハ相續及ヒ遺言ニ關スル法規ナリ
相續ニ二種ノ別アリ一ヲ家督相續ト云ヒ一ヲ遺產相續ト云フ、家督相續トハ戸主カ戸主權ヲ喪失シタル場合ニ於テ其家督相續人カ前戸主ノ權利義務ヲ承繼スルヲ云ヒ遺產相續トハ戸主ニ非サル者カ死亡シタル場合ニ於テ遺產相續人カ被相續人ノ財產ニ屬セシ權利義務ヲ承繼スルヲ云フ普通ノ意味ニ於テ前者ヲ身分權ノ承繼ト云ヒ後者ヲ財產權ノ承繼ト云フ蓋シ相續ニ關スル觀念ハ時ト處トニヨリ一樣ナラス社會ノ進步發達ニ隨伴シ自ラ異ナル所アルヘキハ固ヨリ當然ノコトニ屬スト雖モ之ヲ沿革的ニ觀察スルトキハ祭主權ノ相續ニ初マリ身分權ノ相續ニ移リ次テ財產權ノ相續ニ進化スヘキコトハ今日一般ニ認識セラルル所ニシテ泰西諸國ノ如ク族制廢レテ純然タル個人制ト爲ルニ至リテハ身分權ノ相續ハ其跡ヲ絶テ單ニ財產權ノ相續ノミヲ存スヘキ

ヲ當然トス而シテ我相續法ニ於テ身分權相續タル家督相續ヲ以テ主タル相續制ト爲シ財產權ノ相續ヲ之ニ副タラシムル所以ノモノハ實ニ親族法上族制ニ基キ一家ノ存在ヲ認メタルカ故ノミ親族法上今日尙ホ家ノ存在ヲ認ムル所以ノモノ我國社會ノ狀態未タ泰西諸國ニ及ハサルノ致ス所ナルヘシト雖モ抑モ我建國ノ基礎ニ於テ國體自ラ萬邦ニ冠タルモノアリ上ニハ萬世一系ノ帝室ヲ戴キ下ニハ修身齊家ノ教、忠孝節義ノ風行ハレ忠君愛國ノ俗ヲ涵養シ來リ世態人情一トシテ特殊ノ存スルモノアルニ職由セズンハアラスコノ風習ヤ一朝ニシテ廢滅シ得ヘキニアラズ個人主義ノ思潮モ亦絶止セシムルニ由ナキハ論ナシ唯個人主義ノ觀念ニ基キ一家ノ一員ニモ人格ヲ認メ財產ノ特有ヲ許シタルノ結果斯ニ相續制ノ上ニ遺產相續ナルモノヲ認ムルニ至レルノミ遺言トハ死後ニ效力ヲ生セシムルノ目的ヲ以テ或事務ニ付キ爲シタル要式ノ意思表示ナリ遺言ノ内容乃チ遺言ナル意思表示中ニ包含セラルヘキ事項ハ必スシモ相續人ノ廢除又ハ指定或ハ相續分ノ指定等相續ニ關スルモノノミナラス私生子ノ認知又ハ後見人ノ指定ノ如キ苟モ一方の意思表示ノ可能ナルモノハ總テ遺言ノ内容ト爲スコトヲ得ヘク從テ遺言ニ關スル規定ノ如キハ純然タル相續法ノ範圍ニ入ルヘキモノニ非サルカ如シト雖モ遺言ハ通常相續ニ關聯スルモノ最モ多キト人ノ死後處分ニ關スルモノナル點ニ於テ相續ト類似スル所アルヨリシテ我民法ハ之ヲ相續法ノ範圍ニ屬セシムルコトトセリ

相續法ハ斯ノ如ク相續ト遺言ニ關スル法規ニシテ相續ニ家督相續ト遺產相續トノ區別ヲ存シ遺言ニ相續ニ關スルモノト否ラサルモノト二者ヲ包含スルヲ以テノ故ニ相續、遺言トモニ財產取得ノ方法ナリトノミ目スルヲ得ヌ又相續ヲ以テ單ニ一家永續ノ方法ナリトノミ云フヘキニアラス從テ之ヲ財產法若クハ親族法ノ一部トシテ規定スヘキモノニアラス親族上ノ身分財產上ノ關係ヲ明ナラシメタル以後ニ於テ之カ規定ヲ設クルコト事理ノ當ヲ得タルモノナルヲ以テ民法第五編トシテ法典ノ最後ニ相續法ノ位置ヲ定メタリ

相續法ハ普通私法トシテ我國民一般ニ之ヲ遵奉スヘク國民ノ或階級若クハ特別ノ人又ハ特定ノ一地域ニノミ行ハルモノニアラス唯我國體上皇位ノ繼承其他帝室ノ御料ニ關シテハ固ヨリ一私人ニ關スル法規ヲ以テ之ヲ律スヘキニアラス隨テ是レニ皇室典範ノ定ムル所ニ依ル又華族ノ相續ニ關シテモ皇室ノ藩屏トシテ一種ノ榮典ニ浴スルノ結果民法ノ規定ニ依ルノ外特殊ノ場合ニ於テ特別ノ規定ニ遵フコトアルヲ知ラサル可カラス

又相續法ノ性質トシテ強行的ナルコトヲ注意セサルヘカラス相續ハ元ト一私人ノ權利義務ノ承繼ニ關スル規定ヲ包含スルモノナルモ事ハ一家ノ存亡又ハ財產ノ移轉ニ至大ノ關係ヲ有シ公益上忽諸ニ附スヘカラサルモノアリ彼ノ家督相續ニ一人相續主義ヲ採リ遺產相續ニ數人相續ノ主義ヲ用ヒ相續人ノ順位相續ノ效力範圍ヲ定ムルカ如キ又遺留制度ヲ設ケ減殺權ノ規定ヲ存スルカ如キ皆之カ爲メニシテ人ノ自由意思ヲ容ルルコトヲ許ササル所以ノモノ畢竟相續其モノノ公益ニ關スルモノアレハナル可シ勿論相續法ノ規定悉ク強行的法規ニ屬スト云フニアラス任意的

規定ヲ存スルアルモ其主腦ノ部分ハ強行のナルコトニ留意セサルヘカラス
相續及ヒ遺言ノ渉外の關係ニ付テハ法例第二六條第二七條ノ規定ニ於テ遺言ノ實質及ヒ相續自
體ニ關スルモノニ付テハ本國法主義ヲ採用シタリ而カモ其事國際私法ノ範圍ニ屬スルヲ以テ今
茲ニ之ヲ説明スルノ限ニアラス

二 相續ノ意義 相續(Succession)ナル語ハ時トシテ移轉若クハ承繼ナル語ト同一ノ意義ニ用ヒ
ラルルコトアリ從テ泰西ノ學者ハ相續法ニ於テ相續ト云ヘハ死亡ノ觀念ヲ帶有スルモノナリト
云ヘリ然レトモ我國法ノ下ニ於ケル相續ハ獨リ死亡ニヨリテノミ開始スルモノニアラス家督相
續ノ如キハ死亡ノ外尙ホ戶主タル地位ニ變動ヲ及ホスヘキ一定ノ事變發生スルニ因リ開始スル
コトアルヘキニヨリ必ス死亡ノ觀念ト相伴フモノニアラス又相續ヲ以テ財產ノ移轉若クハ死亡
者ノ權利ノ承繼ナリト説ク者ナキニアラスト雖モ我國法ニ於ケル相續ハ獨リ財產ノ移轉ノミニ
限ラサルコト前段説明スルカ如ク家督相續遺產相續ノ別アルニヨリテモ之ヲ知ルニ難カラサル
ナリ

相續トハ一定ノ原因ニヨリ一定ノ身分ヲ有スル者カ被相續人ノ人格ヲ繼承スルヲ云フ今之ヲ解
說スレハ左ノ如シ

一 相續ハ一定ノ原因ニ基カサル可カラス 法律上コノ原因ヲ稱シテ相續開始ノ原因ト云フ
而シテコノ原因ハ家督相續ト遺產相續トニヨリテ自ら差異アルコト後ニ至リ之ヲ説明ス可

二 相續ハ被相續人ノ人格ノ繼承ナリ 相續法上人格ノ繼承者ヲ相續人ト云ヒ被繼承者ヲ被
相續人ト云フ而シテ斯ニ所謂人格トハ被相續人ノ法律上ニ於ケル位置ヲ云フ蓋シ相續ハ或
ハ人格ノ繼承ナリト云ヒ或ハ人格ノ代表ナリト云ヒ學者ノ説ク所一ナラスト雖モ人ノ法律
上ニ於ケル位置ハ其人ノ權利義務ニヨリテ定マリ權利義務ヲ包括シテ斯ニ其人ノ人格ハ形
成セラルルモノナリ人格ノ繼承ト云ヘハ乃チ包括の權利義務ノ承繼ニ外ナラスシテ一定ノ
時乃チ相續開始ノ時ニ於ケル被相續人ノ法律上ノ位置ノ繼承乃チ相續ナリト謂ハサルヘカ
ラス之ヲ家督相續ニ付テ云ヘハ被相續人ハ乃チ戶主ナリ戶主カ其身分ヲ失フト同時ニ其戶
主ニ屬シタル權利義務ニシテ性質上其人ノ一身ニ專屬シタルモノヲ除クノ外ハ當然家督相
續人ニ於テ承繼セラルヘク被相續人ノ權利義務ハ相續人ノ權利義務トナリ相續人ハ其ノ權
利ヲ行使スルコトヲ得ルト同時ニ其義務ヲ履行セサルヘカラス相續人ハ被相續人ノ位置ニ
立チ人其人ニ變更アリトモ權利義務ノ性質内容ニ何等ノ變更ヲ來タサスコノ意味ニ於テ相
續ハ人格ノ繼承ナリト云フ所以ナリ

三 相續ハ一定ノ身分ヲ有スル者カ被相續人ノ人格ヲ繼承スルモノナラサルヘカラス斯ニ所
謂一定ノ身分ヲ有スル者トハ相續人ヲ云フ相續人ハ乃チ新權利ノ主體タルヘキモノニシテ
此主體トナルヘキ者ノ資格又ハ順位ノ如キニ法律ノ定ムル所ニ依ルヘク假令被相續人ト

雖モ任意ニ之ヲ變改スルコトヲ許ササルモノタリ

蓋シ包括的權利義務ノ承繼ニシテ相續ナリトセハ包括ノ遺贈モ亦相續ナリト云フヘキニ似タリ然レトモ遺贈ト相續トハ其原因效力トモニ異ナル所アリ之ヲ混同スヘキニアラス包括受遺者ハ遺產相續人ト同一ノ權利義務ヲ有スヘキコト法ノ明示スル所ナリトハ云ヘ(一〇九二條)相續ニヨリ被相續人ノ人格ヲ承繼スル者ハ必スヤ相續人タラスンハアルヘカラス相續人タル身分ヲ有スル者ニ於テ相續人ノ人格ヲ承繼スルニ初メテ相續ト稱シ得ヘキノミ

二者ノ區別蓋シコノ點ニ於テ存スルヲ見ン乎

右ノ如ク相續ハ相續人カ被相續人ノ人格ヲ承繼スルヲ云フモノニシテ被相續人ニ屬シタル權利義務ニシテ相續シ得ヘキノハ總テ相續人ニ於テ承繼スヘク被相續人ノ爲シタル法律上ノ行爲ハ凡テ相續人ノ自ラ爲シタルト同シク相續人ヲ拘束スヘク相續人ハ全ク被相續人ト同一ノ法律上ノ位置ニ立ツモノニ外ナラス而シテ相續ノ目的ヨリシテ之ヲ云ヘハ家督相續ト遺產相續ニ付テ自ラ異ナル所アリ前者ハ被相續人タル戸主ノ人格ヲ承繼スルモノニシテ普通ノ意味ニ於テ身分權ナリト云フヘク後者ハ戸主ニ非サル者ノ人格ヲ承繼スルモノニシテ普通ノ意味ニ於テ財產權ナリト云フヘシ戸主ハ一家ノ長ニシテ之ヲ代表スルモノナリ故ニ戸主ノ人格ハ家ノ代表者トシテ有スル權利義務ニ外ナラス從テ家督相續ニ在リテハ前戸主ノ有セシ權利義務ヲ承繼スル戸主ニ非サル者ハ一家代表ノ資格アルニ非ス其人格ハ唯個人トシテ有スル權利義務ヲ形成スルニ過

キス從テ遺產相續ハ被相續人ノ財產ニ屬セシ權利義務ヲ承繼ス兩者其目的ヲ異ニスト雖モ要スルニ相續開始ノ時期乃チ法律上一定ノ時期ニ於ケル被相續人ノ法律上ノ位置ヲ繼承スルヲ相續ト云フヘキナリ

三 相續權ノ性質 由來相續權ナル語ハ民法第九六條第九七三條第九七四條第九九五條及ヒ第一〇九〇條等ニ使用セラルル所ニシテ其意義多様ニ亘リ容易ニ其眞ヲ知ルニ難ク學者ノ見解亦多岐ニ分ルル者ノ如シ蓋シ相續人ハ相續開始ノ時期ニ於テ初メテ被相續人ヲ相續スルヲ得ヘク相續開始ノ時乃チ相續權發生ノ時ナリト云ヒ得ヘク此時期ノ到來スル迄ハ相續人ハ唯相續シ得ヘシト一ノ希望ヲ有スルニ過キス被相續人ヲ相續スルノ權利ハ未タ發生セサルモノトス殊ニ相續開始前ニ於ケル相續人ノ地位ハ確定不動ノモノニアラス嫡長女子トシテ相續人タリシモノモ後日嫡男ノ出生スルニ於テハ後生ノ男子ニ其順位ヲ讓ラサルヲ得サルコトナリ相續シ得ヘシトノ希望ハ茲ニ消散セサルヲ得ス此ノ如ク相續開始前ニ於ケル相續人ノ地位ハ安固ナラサルモノアルニ拘ハラス而カモ我法律上相續開始前ニ於ケル相續人ノ希望ヲモ尙ホ相續權ト稱スルコト第九七四條第九九五條ニ照シ之ヲ推知スルニ難カラス蓋シ相續開始前ニ於ケル相續人ハ果シテ相續權ヲ有スルヤハ疑ナクンハアラスト雖モ亦他ノ一面ニ於テ法律ハ法定ノ推定家督相續人ハ他家ニ入り又ハ一家ヲ創立スルヲ得ストシ(七四四條)或ハ法定ノ推定家督相續人ハ一定ノ原因ニヨルニアラサレハ廢除セララルコトナキ旨ヲ定メタル(九七五條)等ヨリシテ之ヲ見

レハ少クトモ第一順位ノ家督相續人ハ其資格ニ伴フ當然ノ結果トシテ一種ノ權利ヲ相續權（相續能力）ヲ有ストセルニ非サルナキカ
然リト雖モ相續人ハ相續開始ニヨリ或ハ相續ヲ承認シ或ハ之ヲ拋棄スルノ自由ヲ有シ承認ニヨリテ自己ノ爲メニ開始セル相續ヲ確認シ拋棄ニヨリテ之ヲ否認ス相續開始後承認又ハ拋棄ヲ爲スマテノ相續人ノ地位ハ何人モ之ヲ侵ス能ハサルモノニシテ相續ノ開始ト共ニ相續人ハ相續ノ目的物上ノ權利ヲ取得スルモノナリ相續ノ承認ハ決シテ相續取得ノ停止條件ニアラス又相續ノ拋棄ハ決シテ解除條件ニアラス相續ノ開始ニヨリ相續人カ相續ノ承認又ハ拋棄ヲ爲スハ全ク相續權ノ發現セル一作用ニ外ナラサルヘキカ故ニ相續開始後ニ於テ初メテ相續權ヲ取得スト云フヲ適當ナリトスヘキニ似タリ唯夫レ是等ノ解釋如何ハ全ク權利其モノノ觀念意義ノ如何ニヨリ人各々其見解ヲ異ニスヘキモノナラン而シテ又相續權ヲ以テ或ハ財產權ナリト云ヒ或ハ人格權ナリト云ヒ學說歸一スル所ナキカ如クナレトモ要ハ唯其國法ノ規定如何ヲ參照シテ之ヲ攻究セハ思半ハニ過クルモノアラシ
四 相續權ノ基礎 相續權ノ基礎如何ノ問題ニ付テモ從來學者ハ（一）先占說（二）遺思說（三）其有說（四）公益說ノ四大主義アルコトヲ唱導セリ
所謂先占說ハ總テ權利義務ハ其主體ト共ニ消滅スヘキモノニシテ財產モ亦其所有主ノ死亡ト共ニ無主物トナル從テ之ヲ先占シタル者之カ權利ヲ取得スヘキナリ而シテ人ノ遺產ハ乃チ先占ス

ルコトヲ得ヘキ無主物ナリコノ無主物ハ最先ニ取得スルコトヲ得ヘキ地位ニ在ル死者ノ最近親族ニ於テ之ヲ取得スヘキハ當然ナリ諸國ノ法制カ最近親族ヲシテ相續セシムルハ乃チ此理ニヨルト云フニアリ

所謂遺思說ハ相續ヲ以テ所有權ノ一發動トシ其根據ヲ被相續人ノ遺思ニ置クモノニシテ乃チ所有權ノ生前自由ニ其財產ヲ處分シ得ルヲ以テ死後ニ於テモ又之ヲ處分シ得サルノ理ナシ相續ハ乃チ被相續人カ其死後ニ於テ相續人ヲシテ其財產ヲ得セシムルモノニ外ナラスシテ其意思ヲ明示シタル場合ハ固ヨリ之ニ從ヒ又之ヲ明示セサル場合ニハ其意思ヲ忖度シ愛情最深キ近親ヲシテ之ヲ取得セシムルニ外ナラスト云フニ在リ

所謂共有說ハ相續ヲ以テ共有權ノ實行ト爲スモノニシテ親族ハ生活上共同ノ運命ヲ有シ權利ニ付テモ又義務ニ付テモ連帶共通ノ關係ヲ有スルモノナレハ相續ハ乃チ此等ノ關係ヲ有スル親族ヲシテ遺產ヲ取得セシムルニ外ナラスト云フニアリ所謂公益說ハ相續ヲ以テ公益上ノ必要ニ出テタル國家ノ制度ナリト爲スモノニシテ人ノ死亡ニヨリ其遺產ハ無主物トナリ先占ノ目的物タリ得ヘク之ヲ先占スル者之カ權利ヲ取得スヘシトセハ斯ニ奪掠鬭爭ノ慘劇ヲ現出シ社會ノ秩序公安ハ保持シ得サルニ至ラン國家ハ之ヲ防遏シ治安ヲ維持スルノ必要上相續ナルモノヲ認ムルニ至レリト云フニ在リ

以上ノ四大主義ハ孰レモ相續ニヨル財產ノ取得ニ付テ立論シタルモノニシテ財產承繼ハヨシ相

續ノ效力中主要ナルモノニ屬ストハ云ヘ相續ノ目的前示ノ如ク家督相續ト遺產相續トニ於テ異ナレル我國法ノ下ニ於テハ直チニ之ヲ取リテ相續ノ根基ヲ説明スルヲ得ス相續制度ハ固ヨリ公益上ノ必要ニ出テタルハ勿論ナルモ被相續人ノ意思又ハ相續ノ權能ヲモ無視スルモノニ非ス從テ前示四大主義ハ各、其一ニヨリテ相續權ノ基礎ヲ説明シ得タリトスル能ハス

五 相續法ノ編制 我相續法ハ民法第五編トシテ第一章ヲ家督相續第二章ヲ遺產相續トシテ以テ相續制ニ二大區別アルコトヲ示シ各相續人ノ資格、相續ノ順位、效力等ヲ定メ第三章ヲ相續ノ承認及ヒ拋棄ト題シテ相續人カ相續ヲ確認シ又ハ之ヲ拒否スルノ權能換言スレハ相續人ノ法律上ノ地位ヲ定メ第四章ヲ財產ノ分離トシテ相續債權者又ハ相續人ノ債權者等ニ財產別除權アルコトヲ認メ以テ相續ノ結果ニ因リ損害ヲ避クルノ方法ヲ與ヘ第五章ヲ相續人ノ曠缺ト題シテ相續人ノ分明ナラサル場合並ニ全ク相續人ナキ場合ニ於ケル處分規定ヲ設ケ第六章ヲ遺言トシ人ノ終意處分ニ關スル規定ヲ定メ最後ニ第七章トシテ遺留分ノ規定ヲ設ケ相續人カ法律上當然相續スヘキ財產ノ範圍程度ヲ定メ且遺留分保全ノ制裁權ヲモ規定セリ而シテ遺留分ノ規定ヲ最後ニ爲シタルハ事遺贈ノ減殺ニ關スルモノアルカ故ニ之ヲ遺言ノ後ニセルノミ

本講義ハ大體ニ於テ右法典ノ順序ニ從フヘシト雖モ敘事ノ排列一ニ理論ノ適否ト攷學ノ便否トニ依ルヘキカ故ニ必スシモ法條ヲ逐フニ違アラズ適宜ニ說述スル所アラン而シテ民法ハ元ト主法ノ規定ニ止マリ其手續ニ關スルモノハ人事訴訟手續法、非訟事件手續法、戶籍其他ノ助法

的特別法律ニ待ツ所アリ相續ノ如キモ亦其助法ノ規定ハ此等ノ法律ニ依ラサルヲ得サルヲ以テ其運用ヲ知ラントスル者須ラテ其攷究ヲ懈ルヘキニ非ス本講義亦時ニ之ヲ論及スル所アルヘシ

相續殊ニ家督相續ニ付テハ親族法ニ關聯スル所アリ親族法ノ規定ハ相續ニ至大ノ關係ヲ有スルヲ以テ其研鑽ハ勿論ニ付スヘカラサルハ勿論親族相續ノ二法ハ主トシテ我固有ノ舊規慣例ニ準據スル所多ク民法ノ他ノ部分ト異ニシテ外國法規ノ繼受ハ比較的の最少ナリ隨テ法ノ精神意義ハ反テ不文ノ慣習ニ其淵源ヲ酌マサルヘカラス而モ過渡時代ノ法制トシテ族制主義ト個人主義トカ交互錯綜シ法律ノ規定モ亦時ニ齟齬ノ嫌ナキニ非サルヘシ相續ニ付キ純然タル財產相續制タル遺產相續ヲ定メ相續ノ限定承認トシテ相續人カ相續財產ノ限度ニ於テノミ被相續人ノ債務及ヒ遺贈ヲ辨濟スヘキコトヲ留保シテ承認スルヲ許スカ如キ或ハ相續ノ拋棄ヲ許シ或ハ財產ノ分離ヲ許シ又或ハ遺留分制度ヲ設ケタルカ如キ均シク舊慣ノ存セサル所ニ係ル其他相續順位ノ如キ共同相續主義ノ如キ新法ノ制定スル所ト舊規ノ襲踏ニ係ル所ト彼此互ニ相錯綜スルヲ見ル或ハ法ノ不備ヲ感得スルコトアルヘク或ハ法ノ缺點ヲ指摘シ得ル所アルヘク相續法ノ研究ハ之ヲ實際ノ事例ニ鑑ミ之ヲ新法ノ規定ニ照シ舊規慣例ト今日社會ノ狀態トニ適合スルヤ否ヤヲ見ルニ於テ極メテ趣味アル好題目タルヲ失ハサルヘシ殊ニ其社會經濟政策上若クハ宗教道德ノ觀念上ニ及ホスヘキ利害得失等仔細ニ之ヲ玩味セハ相續法ノ攷究ハ私法中最モ重要ナルモノニ屬ス

ルモノナルコトヲ知ラン

本論

第一章 總論

我民法ハ總則編以下親族編ニ至ル毎編ノ首ニ總則ナル一章ヲ設ケ共通ノ規定ヲ設クルニ反シ相續編ニ之ヲ設ケス直チニ家督相續ニ關スル規定ヲ爲シ此規定ニシテ遺產相續ニモ適用スヘキモノニ付テハ一其旨ヲ明示スルコトセリ然レトモ茲ニハ教學上ノ便宜ノ爲メ且ハ相續ノ概念ヲ知得セシメンカ爲メ各種ノ相續ニ共通スヘキ規定ヲ一括シ說述スル所アラン而モ相續ノ承認、拋棄又ハ遺留分ノ規定ノ如キ各種ノ相續ニ關シ起ルヘキモノト雖モ混雜ヲ恐レ後ニ之ヲ詳論スルコトセリ

第一節 相續ノ開始

第一款 相續開始ノ時期

相續ノ開始トハ相續人ノ權利乃チ相續權發生ノ時期ヲ謂フ換言スレハ相續人カ被相續人ノ權利義務ヲ承繼スルノ時期ヲ謂フ相續開始ノ時期ハ家督相續ト遺產相續トニ因リ各其原因タル事實ニ異ナル所アリ家督相續ハ要スルニ戸主カ戸主權ヲ喪失シタル場合(九六四條)ニ開始シ遺產

相續ハ家族ノ死亡ニ因リテ開始ス(九九二條)其詳細ハ後ニ説明スル所アルヘシト雖モ孰レモ權利主體カ其主體タル能ハサル場合ニ相續ノ開始ヲ見ル者トス而シテ相續ノ開始ハ法律上其原因タル事實ノ效力發生シタル時ニ在リトセサルヘカラス故ニ例ヘハ戸主ノ死亡ニ因ル場合ハ死亡ノ時ヲ以テ相續開始ノ時期トシ其居出ノ日ニ在ラス其隱居ニ因ル場合ハ事實上退隱ノ日ニ在ラスシテ隱居居出ノ時ヲ以テ開始ノ時期トシ婚姻又ハ縁組ノ取消ニ因リ家ヲ去リタルニ因ル場合ハ去家ノ居出アリタル日ヲ以テシ失踪ノ宣告ニ因ル場合ハ失踪宣告ノ日ニ在ラスシテ法定ノ期間満了ノ時(三〇條三一條)ヲ以テ各相續開始ノ時期トスルカ如シ相續開始ノ時期ヲ一定スルハ極メテ必要ニシテ殊ニ左ノ諸點ニ於テ其實用ヲ見ル

第一 相續人ノ何人ナルカヲ定ムルハ此時期ニ於テス 相續ノ開始ハ相續權發生ノ時期ナレハ此時期ノ前後ニ因リ相續人ノ權利ニ消長ノ關係ヲ來スヘシ例ヘハ被相續人ニ甲、乙、丙ノ三子アリ長男甲ハ法定ノ推定家督相續人タルヘキモ若シ被相續人ニ先ヅ僅ニ一日前ニ死亡シタルトセンカ相續ノ順位ハ茲ニ變更ヲ生シ次男タル乙ヲ以テ家督相續人トセサルヘカラス又前例ニ於テ乙ハ既ニ他家ノ養子ト爲リ丙ノミ家ニ在リタルトセンカ乙ハ被相續人死亡ノ翌日離縁復籍シタルトスルモ丙ヲ以テ家督相續人トセサルヘカラサルカ如シ是レニ相續順位ハ相續開始ノ時期ニ於テ確定スヘキモノナレハナリ

第二 相續人ノ資格ノ有無ヲ定ムルハ此時期ニ於テス 相續人カ相續ヲ爲スニハ法律ニ定ムル

相當ノ資格ヲ具有スルヲ要シ若シ之ヲ缺クトキハ相續ヲ爲スコトヲ得而シテ此資格ノ有無ハ一ニ相續開始ノ時期ニ於テ判定ス故ニ例ヘハ法定ノ推定家督相續人ト雖モ廢除セラレタルトキハ相續ヲ爲スコトヲ得サルモ若シ相續ノ開始前ニ廢除ノ取消アリタルトキハ家督相續ヲ爲スニ妨ナキカ如シ(九六八條九七〇條九七四條九八四條九八三條)

第三 相續ノ效力發生ハ此時期ニ於テス 家督相續ト遺產相續トニ論ナク相續人ハ相續開始ノ時ヨリ先人ノ權利義務ヲ承繼スヘキモノトス(九八六條一〇〇一條)故ニ相續ノ效力ハ相續開始ノ時ヨリ發生スルモノニシテ家督相續ニ在リテハ一家ノ繼承ニ間斷アルコトヲ許サス又彼ノ遺產相續ニ於テ相續開始ノ時期ト遺產分割ノ時期トノ間ニ若干ノ日子ヲ費シタリトスルモ分割ノ效力ハ相續開始ノ時ニ遡リテ發生シ(一〇一二條)又相續ノ拋棄ハ相續開始ノ時ニ遡リ同シク其ノ效力ヲ生ズトセリ(一〇三九條)

第四 相續財產又ハ遺留分ノ算定ハ此時期ニ於テス 相續人ハ遺留分トシテ被相續人ノ財產ノ半額若クハ三分ノ一ヲ受クルノ權利アリ(一二三〇條一二三一條)而シテ遺留分ハ被相續人カ相續開始ノ時ニ於テ有スル財產ノ價額ニ其贈與シタル財產ノ價額ヲ加ヘ其中ヨリ債務ノ全額ヲ控除シテ之ヲ算定ス(一二三二條)又相續債權者若クハ受遺者ハ相續人ノ財產中ヨリ相續財產ヲ分離センコトヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得(一二四一條)此等ノ財產ノ算定其他被相續人ヨリ遺贈又ハ贈與ヲ受ケタル遺產相續人ノ相續分ノ算定(一〇七條)ノ如キハ皆相

續開始ノ時期ヲ以テ之カ標準トセサルヘカラサルナリ

第五 相續回復ノ請求權ノ時効ハ此時期ヲ以テ其起算點トス 相續回復ノ請求權ハ絕對ノニ相續開始ノ時ヨリ二十年ヲ經過スルトキハ時効ニ因リテ消滅ス(九六六條九九三條)故ニ相續開始ノ時期ヲ定ムルコトハ此起算點ヲ知ルカ爲メニモ亦實用アリトス

第二款 相續開始ノ場所

相續ハ家督相續ト遺產相續トニ論ナク被相續人ノ住所ニ於テ開始ス(九六五條九九三條)住所ハ即チ人ノ生活ノ本據ナルヲ以テ權利義務ノ移轉ヲ來スヘキ重大ナル關係アル相續ヲ被相續人ノ住所ニ於テ開始セシムルハ相當ナリ若シ被相續人ノ住所ノ知レサル場合ニ於テハ居所ヲ以テ住所ト看做スヘキカ故ニ相續ハ其居所ニ於テ開始スヘシ(一二二條)

相續ニ付テハ時トシテ裁判上爭議ヲ惹起スコトアリ又家督相續ニ付テハ身分登記ヲ必要トシ相續ノ限定承認又ハ拋棄ヲ爲ストキハ裁判上ノ意思表示ヲ必要トスルコトアリ是等ノ裁判管轄又ハ登記公告ニ付テ法律上其場所ヲ一定スルコト極メテ必要ナルヲ以テ被相續人ノ住所ヲ以テ相續開始ノ場所トセリ故ニ相續權、遺贈其他死亡ニ因リテ效果ヲ生スル處分ニ基ク請求ノ訴ハ遺產者死亡ノ時普通裁判籍ヲ有セシ裁判所ニ之ヲ起スコトヲ得相續裁判籍ニ於テハ遺產債權者ヨリ遺產者又ハ相續人ニ對スル請求ノ訴ヲ起スコトヲ得(民訴二四條)推定家督相續人若クハ推

定遺産相續人ノ廢除又ハ其廢除ノ取消ヲ目的トスル訴ハ被相續人カ普通裁判籍ヲ有スル地又ハ其死亡ノ時ニ之ヲ有シタル地ノ地方裁判所ノ管轄ニ專屬シ（人訴三三條）家督相續人ノ選定ノ爲メニ開クヘキ親族會ニ關スル事件（非訟九七條）相續ノ限定承認又ハ拋棄ノ申述（同一〇四條）遺言執行者ノ選任及ヒ解任（同一〇七條）遺言ノ確認（同一〇九條）等ニ付テハ何レモ相續開始地ノ區裁判所ノ管轄トシ由テ以テ相續開始ノ場所ヲ一定セルノ實用ヲ示セリ其他非訴事件手續法第六五條、第八五條、第一〇三條及ヒ第一一條等ニ參照シ益々其實益アルヲ知ルヘシ

第二節 相續人ノ資格

第一款 總則

凡テ權利能力アル各人ハ何人ト雖モ相續人タル資格アルモノニシテ法律上相續人タルノ資格アルハ一般ノ原則ニシテ其資格ナキハ例外ニ屬ス

我民法ハ開卷第一條ニ「私權享有ハ出生ニ始マル」ト規定シ人ノ權利能力ニ差等ナキノ主義ヲ言明シ唯出生ヲ以テ權利享有ノ初期トシ死亡ヲ以テ終期トスルコトヲ定メタリ相續權亦一箇ノ私權ニ過キサルヲ以テ何人ト雖モ此權利ヲ享有スヘキコト素ヨリ論ナシ故ニ苟モ相續開始ノ時期ニ於テ生存スル以上ハ相續人タルコトヲ得ヘク既ニ死亡セル者ニ在リテハ相續權ヲ得ル能ハ

サルヤ亦明ケン但外國人ニ付テハ法例第二五條ノ適用ヲ受クヘキモノトス

相續ニ付テハ胎兒ハ之ヲ既生兒ト看做ス（九六八條九三條）是レ第七二一條ト同シク公益上ノ必要ノ爲メニ出生以前ト雖モ既ニ生マレタル者ト同一視シ相續權ノ享有ヲ認メタルモノトス蓋シ相續ニ關シ既ニ生マレタル者ニ非サレハ其權利ヲ享有スルコト能ハストセハ被相續人ノ意思ニ反シ其極人情風俗ニ背反スルノ結果ヲ惹起スヘシ殊ニ相續ニ付テハ血族相承タルヲ以テ本來ノ主義トスルヲ以テ胎兒ヲ既生兒ト同一視スルハ其利益ヲ保護スル上ニ於テモ亦適當ナリト謂フヘキナリ

胎兒カ相續權ヲ取得スルニハ生キテ生マルルコトヲ要シ死體ニテ生マレタルトキハ此限ニ在ラヌ或法制又ハ學說ニ於テハ胎兒カ相續權ヲ得ルニハ生キテ產マルルコトト生存シ得ヘキ力ヲ具備スルコトノ二條件ヲ要ストセリ然レトモ生存シ得ヘキ力ヲ備フルヤ否ヤハ之ヲ定ムルコトノ困難ナルノミナラス生兒ノ體力ノ強弱ニ因リテ其權利能力ノ有無ヲ定ムルカ如キハ妥當ナリト謂フヲ得ス故ニ我法律ハ唯生キテ產マレタル者ナラシメハ假令直チニ死亡スルコトアリトモ一旦ハ此權利能力ヲ得タルモノトシ必スシモ胎兒カ生存シ得ヘキ力ヲ具備スルコトヲ要セス

胎兒ハ相續ニ付テハ之ヲ既生兒ト看做スヨリ家督相續ニ在リテ胎兒カ唯一ノ相續人ナル場合ニハ其母ハ相續ノ開始アリタルコトヲ知リタル日ヨリ一個月内ニ醫師ノ診斷書ヲ添テ家督相續ノ届出ヲ爲スコトヲ要ス（月一三五條）然レトモ被相續人ノ直系卑屬數人アル場合ニ於テハ第

九七〇條ノ規定ニ從ヒ相續順位ヲ定ムヘキモノナルカ故ニ胎兒カ第一順位ノ家督相續人タルヘキヤ否ヤハ其出生ノ時ヲ待タサルヘカラス從テ右ノ如キ場合ニ於テハ胎兒ハ往往相續權回復請求ヲ爲ササルヲ得サルヘシ遺產相續ニ在リテハ共同相續ノ主義ヲ採用セルヲ以テ亦同一ノ結果ヲ生スルニ至ラン

民法第九六八條ハ相續ニ關シテ胎兒ノ利益ヲ保護スルカ爲メニ設ケラレ相續法上ニ於ケル胎兒ノ地位ハ之ニ由リテ定マレルコト固ヨリ論ヲ俟タス唯同條ノ適用ニ付テ從來多少ノ異說ナキニアルス殊ニ妻ノ懷胎中男子ヲ養子ト爲シタル後男子出生シ後數年ヲ經テ家督相續開始シタルトキハ何人カ相續ヲ爲スヘキカノ問題ニ付テ同條ノ解釋上議論ノ岐ルル所アルヲ見ル

法曹會ノ決議ニヨレハ右ノ場合ニ於テハ民法第九六八條第一項ノ適用ヲ受ケ實男子ハ其出生ト共ニ出生ノ效力ヲ既往ニ遡及セラレ養子縁組ノ當時既ニ生マレル者ト看做サル結果養子ニ對シ年長者トナリ被相續人ノ法定推定家督相續人ト爲ルヘキヲ以テ家督相續開始ニヨリ前戸主ヲ相續スヘキモノトス元來民法第九六八條ノ規定ハ家督相續ニ關シテ胎兒ノ利益ヲ保護スル爲メ家督相續ニ付キ胎兒ニ特別ノ地位ヲ與ヘタルモノト解スヘキヲ以テ苟モ家督相續ニ付キ胎兒ヲ既ニ生レタルモノト看做スニヨリ此者ニ利益ヲ與フヘキ場合ナル以上ハ當ニ其適用アルモノト云フヘク從テ同條ハ當然本問ノ場合ニ之カ適用アル者トスト云フニ在リ(法曹記事第十七卷三號)然レトモ是レ認レリ民法第九六八條ノ適用ヲ受クヘキモノハ家督相續開始ノ當時胎兒タルヘキ

モノニ限リ相續開始ノ時ニ際シ既ニ出生セルモノニアリテハ同條ヲ適用スヘキニアラサルナリ蓋シ相續人ノ何人ナルヤヲ定ムルニ一ニ相續開始ノ時ヲ以テ標準トシ其時刻ニ於ケル生存者ニ付テ之ヲ定ムルヲ本則トシ唯其當時胎兒タル者ニ付テノミ之カ利益保護ノ爲メ生存者ト同一視スルノ要アルモノト云フヘク此ノ如クニシテ初メテ同條ノ規定ノ必要ヲ生スト云フヘキナリ換言スレハ同條ハ權利能力ニ關スル一般原則ノ例外的規定ナルカ故ニ同條ナクンハ相續人タルコトヲ得ヘカサル者ニ對シテ相續權ヲ享有セシムル場合ニノミ其適用ヲ限局セサルヘカラス法曹會決議ノ趣旨ノ如クセハ例外的規定ノ解釋トシテ餘リニ汎博ニ失スルモノト云ハサルヘカラス之ヲ外國ノ法制ニ參照スルニ佛國民法第七二五條ニハ相續人タル者ハ相續開始ノ當時生存スルコトヲ要ス故ニ(一)未タ懷胎セサル者(二)出生兒ニシテ生存シ得ヘキ力ヲ具有セサルモノハ相續人タルヲ得スト規定シ獨逸民法第一九二三條ニハ相續開始ノ當時ニ生存スル者ニ限リ相續人タルコトヲ得相續開始ノ當時ニ未タ生存セサルモノ既ニ胎内ニ在ル者ハ相續開始前ニ生マレタルモノト看做ストアリ兩者孰レモ相續開始ノ當時生存者タルモノニアラサレハ相續人タルヲ得サルヲ原則トシ唯例外トシテ其當時胎内ニ在ル者ハ之ヲ生存者ト同一視スルモノナルコトヲ知ルニ足ラン我民法ノ規定モ亦敢テ之カ其ノ趣旨ヲ異ニスルモノニアラサルコトハ民法第一條ノ規定ト相待ツテ知ルニ難カラサルヘシ(同上法曹記事反對意見參照)

又胎兒カ果シテ被相續人ノ子ナルヤ否ヤニ付テ疑義ヲ生シタル場合ニ在リテハ第八二〇條ノ規

定ニ依リ之ヲ定ムルヲ得シ唯佛國ニ於テハ此點ニ關シ學者間ニ異論ヲ生シ佛民法第三一二條ノ推定（我民法八二〇條ニ相當ス）ハ特ニ認知ニ關シテ下シタルモノナレハ之ヲ相續ニ關スル場合ニ援引スルヲ許サスト唱フル者アリト雖モ第八二〇條ノ規定ハ懷胎ノ時期ニ關スル一般法律上ノ推定ニ外ナラサルカ故ニ相續ニ關シ被相續人ノ子ナルコトヲ定ムルカ爲メニ同條ノ規定ニ從ヒ懷胎時期ヲ推測スルニ於テ何等ノ不可カ之アラシ

相續人タルノ資格ナキモノニ二種アリ一ハ法律ノ規定ニ依リ相續ヨリ除斥セラルル所ノモノニシテ一ハ被相續人ノ意思又ハ其他ノ事由ニ因リ相續能力ヲ喪失スルモノ是ナリ此二者ヲ説明スルニ於テハ相續人ノ資格自ラ明カナルヘシ依テ左ニ之ヲ分説セン

第二款 缺格

相續人ノ缺格（不適位）トハ法律ノ規定ニ依リ相續ヨリ除斥セラルルモノ換言セハ法律ノ定ムル原因ノ存スル場合ニ其相續權（相續能力）ヲ剝奪スルヲ謂ヒ家督相續ト遺產相續トニ付テシ少其原因ニ差異アルニ過キス

第一項 缺格ノ原因

缺格ノ原因ハ制限的ニシテ法律ノ認ムル原因以外ニ相續人ハ其相續權ヲ剝奪セラルルコトナシ

是レ全ク缺格ハ失權ノ效果ヲ來スモノナレハナリ今其原因ヲ列舉セハ左ノ如シ

一 故意ニ被相續人又ハ家督相續ニ付キ先順位ニ在ル者（遺產相續ニ付テハ同順位ニアル者）ヲ死ニ致シ又ハ死ニ致サントシタル爲メ刑ニ處セラレタルコト 相續ニ付キ被相續人又ハ先順位ニ在ル者（遺產相續ニ付テハ同順位ニ在ル者）ヲ死ニ致シ又ハ死ニ致サントスルモ者ハ自己ノ非望ヲ遂ケントスルニ急ナルモノニシテ其心事ノ惡ムヘキモノナルハ勿論德義上、法律上ノ大罪人ナリト謂ハサルヘカラス斯ル大罪人ニ自己ノ相續ヲ爲サシメントハ被相續人ノ意思ニ非ス又斯ル非行アル者ニモ尙ホ且相續權アリトセハ法律ハ犯罪ヲ獎勵スルニ等シカルヘシ是レ之ヲ以テ缺格ノ一原因トセル所以ナリ

本號ノ原因ニ基キ缺格ノ效果ヲ生スルニハ左ノ條件ヲ必要トス

甲 被相續人又ハ先順位（家督相續ニ付キ）若クハ同順位（遺產相續ニ付キ）ニ在ル者ヲ死ニ致シ又ハ死ニ致サントシタルコト家督相續ハ一人相續ノ主義ニシテ相續ノ順位ハ一ニ法律ニ依リテ定マリ第一順位ニ在ル者ハ後順位ノ者ヲ排斥シテ相續スルヲ得ヘク彼此互ニ顛倒スルヲ許サス之ニ反シ遺產相續ハ共同相續主義ヲ採用セルヲ以テ相續人ノ員數ノ多寡ニ從ヒ各自ノ相續分ニ影響ヲ及ホスヘシ從來既ニ家產ヲ自由ニセントノ非望ヲ抱キ戶主タル父ヲ殺シ又ハ相續ヲ爲スヘキ地位ニ在ル現在ノ兄ヲ殺サントシ或ハ弟妹ヲ廢殺シテ獨リ遺產ヲ損ニセント企ツル等不祥ノ事例ヲ聞クコト稀ナリトセス斯ル不孝不逞ノ行爲アル者ヲ以テ

相續人トスルハ決シテ被相續人ノ意思ニ適合スルモノニ非ス故ニ之ヲ以テ相續缺格ノ原因トセルハ相當ナリトス唯我相續制ノ根本主義ノ上ニ於テ兩者ノ間前示ノ如キ差異アルヨリシテ從テ被害者ノ範圍自ラ異ナラサルヲ得サルナリ而シテ此ニ所謂死ニ致シ又ハ死ニ致サントシタルトハ既遂、未遂ノ謂ニシテ謀殺、故殺ヲ指稱スルモノナリ彼ノ毆打致死又ハ制縛監禁致死ノ如キ生命ヲ奪フノ點ニ於テハ彼ト均シトスルモ殺スノ意ニ出テタルモノニ非ス單ニ制縛監禁又ハ毆打ニ因リテ死ナル結果ヲ誘引シタルニ外ナラサルヲ以テ本號ノ原因ニ入ルヘキニ非ス

相續人カ現ニ自ラ手下シ殺人ノ行爲ヲ敢テシタル場合ハ深ク論スルノ要ナシ其人ヲ教唆シテ右ノ犯罪ヲ敢テセシメタル場合ハ如何此場合ニ於テハ我刑法上二人以上現ニ罪ヲ犯シタル者トシ以テ正犯トシ各自ニ其刑ヲ科スヘキモノナルヲ以テ均シク缺格ノ原因タルヘシ(刑一〇四條、一〇五條、改刑六〇條、六一條)唯相續人カ現行刑法上ニ所謂從犯ヲ以テ論スヘキ場合ニ於テハ幫助ノ行爲アルニ止マリ殺人ノ行爲ヲ敢テシタルモノト謂フヘカラス隨テ本號ノ解釋トシテハ固ヨリ缺格者トシテ論スルヲ得サルヘシ

乙 故意ニ殺人罪ヲ犯シタルコト 斯ニ所謂故意トハ其被害者ノ被相續人又ハ先順位若クハ同順位ニ在ル相續人ナルコトヲ知リテ爲シタルモノナルコトヲ要スルノ義ナリ故ニ知ラズシテ爲シタル場合ハ本號ノ原因ニ適應スルモノニ非ス人違ノ爲メニ被相續人又ハ先順位若

クハ同順位ニ在ル相續人ヲ殺シタルトキハ刑法上誤殺罪ヲ以テ論スヘシト雖モ(刑二九八條)此ニ所謂故意ナル條件ヲ具備スルモノニ非サルナリ又彼ノ過失殺ノ如キ亦同シテ殺スノ意ニ出テタルモノニ非サルカ故ニ缺格ノ原因ト爲ルコトナカルヘシ

丙 刑ニ處セラレタルコト 缺格者トシテ相續權ヲ剝奪スルニハ必ス刑ニ處セラレタルコトヲ要ス苟モ前示殺人ノ罪ニ因リ刑ニ處セラレタル者ナラシメハ假令有恩減輕(刑八〇條二項、八一條、三二三條)酌量減輕(刑八九條、九〇條)ニ依リ其刑ヲ輕減セラルルモ可ナリ唯(イ)刑ニ處セラレサルトキ及ヒ(ロ)處刑シ得ラレサルトキハ缺格ノ原因ト爲ルコトナシ彼ノ正當防衛ノ如キ(刑三一四條、改刑三六條)又罪ヲ犯ス時十二歳ニ滿タサル者(刑七九條、改刑四一條)知覺精神ノ喪失ニ因リ是非ヲ辨別セサル者(刑七八條、改刑三九條)ノ如キハ前者ニ屬シ公訴ノ時効ニ罹リタルトキ(刑訴八條)若クハ被告人ノ死亡又ハ大赦ニ因リテ刑ニ處スルコトノ不能ト爲リタルトキノ如キハ後者ニ屬ス此ニ場合ニ於テハ固ヨリ缺格ノ原因ト爲ラス但刑ノ時効ニ因リ又ハ特赦ニ因リ刑ノ執行ヲ免レタル者ハ此限ニ在ラス

二 被相續人ノ殺害セラレタルコトヲ知リテ之ヲ告發又ハ告訴セサリシコト 告發ト謂ヒ告訴ト謂フハ刑事訴訟法上唯被害者ノ地位ニ立ツト否ラサルトニヨリ其名ヲ異ニスルニ過ス(刑訴四九條、五三條)孰レニスルモ犯罪ノ事實ヲ官ニ申告スルヲ謂フ相續人ニシテ被

相續人ノ殺害セラレタルコトヲ知リテ之ヲ官ニ申告セサルハ人ノ不幸ヲ傍觀シ自己カ相續ノ時期ヲ早メタルヲ喜フニ均シク其德義ニ反シ人情ニ悖ルノ太甚シキヨリ之ヲ以テ缺格ノ一原因トスルニ至レリ既ニ羅馬法ニ於テハ被相續人ニ對スル身分ノ攻擊 (saisconlevan) ヲ以テ缺格ノ原因トセリト其所謂身分ノ攻擊トハ自由若クハ市民權ヲ有セスト非議スルヲ云フナリ身分ノ攻擊尙ホ且然リ況ヤ被相續人ノ殺害セラレタルヲ見テ自ラ快シトスル者ニ於テオヤ

告訴又ハ告發ハ唯殺害ノ事實ヲ申告スルヲ以テ足り必スシモ其殺害者ノ何人タルコトヲ明カニスルヲ要セス而モ告訴又ハ告發ニ付テハ我法律上其期間ニ關シ何等ノ規定アルナシ隨テ相續人カ幾何ノ期間内ニ於テ告訴又ハ告發セサルヲ以テ缺格ノ原因アリトスヘキヤ否ヤ若シ此期間ニ付キ紛議ヲ生シタル場合ニ於テハ之ヲ事實上ノ問題トシテ查察セサルヘカラスアルハ勿論ナルヘシト雖モ法律上ニ於テハ相續人ハ相當期間内ニ申告セサルヘカラス否ラサレハ本號ノ原因ニ因リ缺格者ト爲ルト解セサルヘカラス

本號ノ原因ニ付テハ左ノ二個ノ例外アリ

甲 相續人ニ是非ノ辨別ナキトキ

乙 殺害者カ自己ノ配偶者若クハ自己ノ直系血族ナリシトキ

右(甲)ノ場合ハ是非ヲ判別スルノ能力ナキモノナルカ故ニ告發又ハ告訴ヲ爲ササリシトノ一事

ヲ以テ德義ニ反スルモノトシ相續權ヲ奪フハ酷ニ失スルカ故ニシテ(乙)ノ場合ニ在リテハ被相續人殺害ノ事實ヲ隱蔽シ之ヲ秘スルハ夫婦ノ情トシテ將タ親子ノ誼トシテ忍ビサル所ナルヘク之ヲ許キテ以テ其非行ヲ公ナラシムルハ寧ロ悖倫ノ所業ナルヘキヲ以テナリ(佛法七二八條參照)

三 詐欺又ハ強迫ニ因リ被相續人カ相續ニ關スル遺言ヲ爲シ之ヲ取消シ又ハ之ヲ變更スルコトヲ妨ケタルコト

四 詐欺又ハ強迫ニ因リ被相續人ヲシテ相續ニ關スル遺言ヲ爲サシメ之ヲ取消サシメ又ハ之ヲ變更セシメタルコト詐欺トハ或策略ヲ用ヒ人ヲシテ錯誤ニ陷ラシメ其錯誤ニ因リテ豫期ノ結果ヲ現出セシメタルモノヲ謂フ而シテ詐欺又ハ強迫ニ因ル意思表示ハ表意者ノ真意ニ出ツル者スニ至ラシメタルモノヲ謂フ而シテ詐欺又ハ強迫ニ因ル意思表示ハ表意者ノ真意ニ出ツル者ニ非ス從テ法律ハ之ヲ取消スコトヲ允許セリ殊ニ遺言ハ人ノ最終ノ意思表示トシテ死後ニ其效力ヲ生セシムルモノナレハ法律上其神聖ナルコトヲ希望シ嚴格ナル方式ヲモ一定セリ然ルニ相續ニ關スル遺言ニシテ詐欺又ハ強迫ニ因リテ成レリトセハ如何ニシテ其神聖ヲ保持シ遺言者ノ意思ヲ徹底セシムルヲ得ンヤ遺言ノ取消又ハ變更ニ付テモ遺言者カ詐欺ニ罹リ又ハ強迫ヲ受ケ之ヲ餘儀ナクセラルルニ於テハ其真正ナル意思ノ發表ヲ阻害セラルルコト亦太甚シ此ノ如ク被相續人ノ利益ヲ害スルノ行爲アル相續人ヲシテ其相續權ヲ剝奪セシムル亦何ノ不

可力之アラシ

本號ノ原因ハ被相續人カ相續ニ關スル遺言ヲ爲シ又ハ之ヲ取消シ之ヲ變更スルコトヲ詐欺又ハ強迫ニ因リ餘儀ナクセシメタル場合又ハ妨害シタル場合ニ存シ其遺言成立ノ當時ニ於ケル不法ノ行爲ニ對スル制裁トシテ相續權ヲ剝奪スルモノナリ必スシモ其遺言ノ相續人ノ身上ニ關スルモノタルト否トヲ問ハサルナリ相續人カ詐欺又ハ強迫ヲ用ヒテ自己ニ利益ナル遺言ヲ爲サシメ又ハ自己ニ不利益ナル遺言ヲ取消サシメ或ハ自己ノ不利益ニ遺言ヲ變更スルコトヲ妨ケタルトキノ如キ固ヨリ缺陷ノ原因タルヘシト雖モ法律ハ決シテ斯ル狹義ノ解釋ヲ採ルモノニ非ス要ハ唯遺言ノ神聖ヲ害スルノ點ニ重キヲ置クヘキノミ

又遺言ハ一ノ單獨行爲ニシテ遺言者ハ何時ニテモ之ヲ取消スコトヲ得遺言者ニシテ詐欺ヲ發見シ又ハ強迫ヲ免レタルト否トニ拘ハラス遺言ノ全部又ハ一部ヲ取消スニ妨ケナシ其詐欺又ハ強迫ニ因ル遺言ヲ取消シタリトモ詐欺者タリ強迫者タル相續人ハ爲メニ相續權ヲ回復シ得ヘキノ非ス被相續人カ詐欺ニ出ラ又ハ強迫ニ因レルコトヲ知ラス之ヲ排除シ得スシテ死亡シタル場合ハ勿論之ヲ知リ之ヲ排除シタリトスルモ相續人ノ非行ヤ一ナリ相續人ニシテ一タヒ此非行アラハ相續缺陷ノ原因タルヘキヤ論ナシ

五 相續ニ關スル被相續人ノ遺言書ヲ偽造、變造、毀滅又ハ藏匿シタルコト 本號モ亦前號ノ原因ト同シク遺言ノ神聖ヲ侵シタル非行ヲ制裁シタルモノニシテ斯ル非行アル相續人ハ德義

上及ヒ公私ノ利益上相續ヨリ排斥スルヲ相當ト認メタルニ由ル而シテ何等ノ遺言ナキ場合ニ恰モ遺言アルカ如ク裝ヒ又ハ遺言書ノ字句ヲ改竄シ遺言書ヲ破毀シ滅失シ若クハ之ヲ隱秘スルハ多クハ遺言成立以後ノ行爲ニ屬シ前號ニ於ケルカ如ク事前ノ行爲ニ屬セス事後ノ行爲ニ屬スルモ遺言ノ神聖ヲ害スルノ點ニ於テハ彼此逕庭アルナシ殊ニ事前ノ行爲ニ屬スルモノニ在リテハ被相續人ニ於テ或ハ詐欺ヲ發見シ又ハ強迫ヲ免ルルノ時機アルヘシト雖モ事後ノ行爲ニ屬スル藏匿、變造、毀滅等ニ至ラテハ容易ニ之ヲ發見スルヲ得サルヘシ從テ害惡ノ程度ハ却テ彼ニ勝ルモノアリト謂フヲ得ンカ

本號ノ原因タルヘキ遺言書ノ偽造變造等モ亦前號ニ於ケルト同シク必スシモ相續人ノ身上ニ關スル遺言書タルコトヲ必要トセス自己ノ利益ヲ圖ルカ爲メニシタル場合ノミヲ以テ本號ノ原因ニ入ルモノト解スヘカラス

以上列舉シタル原因ノ一アル者ハ家督相續ト遺産相續トニ論ナク其相續權ヲ剝奪セラルヘク假令民法施行前ニ於テ右ニ掲ケタル行爲ヲ爲シタル者ト雖モ相續人タルヲ得サルモノトス（民法八四條）其理由ノ如キハ立法ノ趣旨ヨリシテ之ヲ推定セハ蓋シ思ヒ半ニ過キン

第二項 缺陷ノ效力

相續缺陷ノ原因ノ一アル者ハ當然缺陷者トシテ相續ヨリ排斥セラルヘキヤ否ヤ此問題ニ付テハ

佛國ノ學者ハ概シテ消滅説ヲ主張シ當然相續ヨリ除斥セラルルニ非スシテ裁判所カ缺格者トシテ宣告スルニ非サレハ其效ヲ生セストセリ而シテ其理由トスル所ハ（一）缺格ノ效力ハ裁判宣告ニ因リ生スルモノトセルコトハ佛國古法ノ是認スル所ナルト（二）缺格ノ原因ニ付テハ事實承審官ノ認定ヲ待ツニ非スンハ果シテ其之アルヤ否ヤヲ判斷スル能ハサルモノアレハナリト云フニ歸著ス然レトモ此說ハ移シテ以テ我民法解釋ノ基礎トスルニ足ラス何トナレハ我從來ノ法令又ハ慣習ノ上ニ於テ毫モ所謂相續缺格ノ原因、效力等ニ付テ何等成例ノ見ルヘキモノナケレハナリ勿論缺格ノ原因ニ付テハ上述ノ如ク事實ノ如何ニ因リ裁判上認定ヲ異ニスヘキモノ多アルヘント雖モ我法律上何等ノ形式ニ依リ相續缺格ノ宣告ヲ爲スヘキヤニ付キ規定スル所ナシ獨逸民法ハ其第二三三九條ニ「左ニ掲ケタル者ノ相續ハ無効ト爲ル」ト規定シ我缺格ノ原因ト略、同一ノ項目ヲ掲ケ次條ニ至リ相續ノ無効ハ相續財産取得ノ取消請求ヲ以テ主張スヘキモノトシ而シテ此請求ハ一定ノ期間内ニ於テノミ之ヲ爲スヘキモノトセリ此ノ如ク訴ノ形式ニ依リ一定ノ期間内ニ於テスヘキコトハ我法律ノ毫モ明言セサル所ナルノミナラス我第九六九條ニハ左ニ掲ケタル者ハ家督相續人タルヲ得スト云フヨリシテ之ヲ見ルモ（九九七條亦同一ノ筆法ヲ用フ）苟モ同條ニ掲ケタル原因ノ一アルニ於テハ別ニ何等ノ裁判ニ依ルヲ要セス當然缺格者トシテ除斥セラルルモノト解セサルヘカラス

然リト雖モ前示第一ノ原因ノ如キ刑事ノ判決確定シ刑ニ處セラレタルノ後ニ於テ始メテ缺格者

タルヘキモノナルカ故ニ判決ノ確定ニ先チ相續開始シタル場合ニ於テハ其者ニ於テ當然相續ヲ爲ササルヘカラサルコトト爲ルヘク又遺言書ノ偽造變造ト云フモ亦其實事ノ認定ハ之ヲ刑事ノ判決ニ待タサルヲ得サルヘシスル場合又ハ缺格者カ頑然相續ヲ爲シタルカ如キ場合ニ於テハ其者ヲ相續ヨリ除斥スルニ付テ利害ノ關係ヲ有スル者ハ訴ヲ以テ相續缺格ノ主張ヲ爲スノ必要ヲ生スヘシ而シテ之カ主張ハ相續ノ無効確認若クハ相續回復ノ請求ニ附帶シ之ヲ爲スニ妨ナカルヘク又此請求ハ失權ノ宣告ヲ求ムルニ外ナラサレハ固ヨリ民事裁判所ノ管轄ニ屬セサルヘカラスルナリ

相續ノ缺格者ハ相續ヲ剝奪セラルルヲ以テ相續財産ニ付テハ何等ノ權利ナキモノト看做サル隨テ其者カ頑然相續ヲ爲シタル場合ニ於テハ相續財産ノ惡意ノ占有者ト同視セラルヘシ其結果ハ即チ左ノ如シ

一 缺格者ハ相續財産ヲ返還セサルヘカラス

二 缺格者ハ相續開始後ニ於テ相續財産ヨリ生シタル天然又ハ法定ノ果實ヲ併セ返還セサルヘカラス

三 缺格者カ相續財産ニ屬スル債務ノ辨濟ニ要シタル金額及ヒ其辨濟ノ日以後ニ於ケル利息ハ回復者ヨリ償還セシムルコトヲ得

四 相續ニ因リ生シタル混同ハ失權ノ宣告ニ因リ消滅シ缺格者ト被相續人トノ間ニ於ケル債權

債務ハ未タ嘗テ消滅セザリシモノト看做サル

之ヲ要スルニ缺格者カ頑然相續ヲ爲シタル後ニ至リ缺格者タルコト確定スルニ於テハ其裁判ハ既往ニ廻リテ其效力ヲ生スヘキモノトセリ唯其三者トノ關係ニ於ケル缺格ノ效力ニ付テハ佛國一般ノ學說ニ依レハ缺格ノ宣告以後ニ於テノミ其效力ヲ生シ及効ナシ隨テ其以前ニ於ケル相續財產上ニ於ケル物權ノ設定又ハ移轉等ノ影響ヲ受クル所ナク缺格者ハ之カ爲メニ得タル利益ヲ返還スヘタ又或場合ニ依リテハ損害賠償ノ責ニ任セサルヲ得ストスルニ在ルカ如シ

缺格者ハ自己ノ非行ニ原因シ相續權ヲ剝奪セラレタル者ニシテ失權ノ效力ハ其子ニ及ハス故ニ缺格者ノ子ハ自己ノ父カ除斥セラレタル相續ナリトモ適當ノ順位ニ在ルニ於テハ固ヨリ相續スルニ妨ナシ第九七四條ノ規定ニ依ル場合ノ如キ是ナリ

以上説明スルカ如ク缺格ハ相續權剝奪ノ效力ヲ生スルモ是レ唯自己カ相續スヘキ被相續人ニ對シ前示ノ非行アルカ爲メニ其相續ヨリ除斥セラレタルニ過キス缺格ハ決シテ絶對的ニ相續ノ無能力ヲ惹起スモノニ非ス隨テ此意味ニ於テ缺格ハ相對的ノ相續無能力ノ事由ナリト云ヘリ夫レ此ノ如ク缺格ハ被相續人ノ相續ヨリ除斥セラレタルモ被相續人ヨリ其生存中ニ贈與ヲ受ケタル場合ノ如キ敢テ相續缺格ノ故ヲ以テ其利益ヲ失フコトナカルヘキナリ唯遺贈ニ付テハ本法第九六九條ノ規定ヲ準用スルヲ以テ(一〇六五條)前示原因ノ一アル者ハ受遺者タルノ資格ナカルヘシ

第三款 廢除

廢除トハ被相續人ノ意思ヲ以テ法定ノ推定家督相續人又ハ遺留分ヲ有スル推定遺產相續人ニ適法ノ原因存スル場合ニ於テ判決ニ因リ其相續權(相續能力)ヲ剝奪スルヲ謂フ(九七五條、九七八條)

廢除トハ用語新ナルカ如シト雖モ從來普通ニ行ハレタル廢嫡ナルモノニ該當ス唯嫡子ノ相續權ヲ失ハシムル場合ノミナラス苟モ法定家督相續人又ハ遺留分ヲ有スル推定遺產相續人ナラシメハ嫡庶ノ如何ニ拘ハラズ廢除ノ目的タルヘキカ故ニ廢嫡ノ文字ニ代フルニ廢除ノ二字ヲ以テシタルノミ

廢除ハ缺格ト同シク相續權ヲ喪失セシムルノ點ニ於テ異ナルナキモ二者ノ間少クモ左ノ如キ主要ノ差異アルヲ見シ

第一 廢除ハ家督相續ニ付テハ法定ノ推定家督相續人、遺產相續ニ付テハ遺留分ヲ有スル推定遺產相續人ニ對シテノミ行ハル所謂法定ノ推定家督相續人トハ當然家督相續ヲ爲スヘキ第一順位ノモノヲ謂フ彼ノ指定又ハ選定ノ家督相續人ノ如キハ指定權又ハ選定權ヲ有スル者ニ於テ適宜ニ其權利ヲ行使シ得ヘキカ故ニ廢除ニヨリ其能力ヲ喪失セシムルノ要ナシ又遺留分ヲ有スル推定遺產相續人ノ相續權ヲ濫ニ剝奪スルコトヲ得セシメハ此者ヲシテ遺留分ノ利益ヲ

喪失セシムルノ結果ト爲ルヘキカ故ニ遺留分制度ヲ設ケタル本來ノ趣旨ニ從ヒ廢除ニ因リテノミ其相續權ヲ喪失セシム

第二 廢除ハ被相續人ノ意思ニ基キ裁判上之カ請求ヲ爲ササルヘカラス 親族其他利害關係ヲ有スル者ニ於テ自己ノ意思ニ因リ之ヲ請求スルノ權利アルコトナシ勿論被相續人ハ自ラ之カ請求ヲ爲スヘキヲ普通トスルモ遺言ヲ以テ廢除ノ意思表示ヲ爲スコトヲ妨ケス

第三 廢除ハ確定判決ニ依ラサルヘカラス 何トナレハ廢除ハ被相續人ノ意思表示ニ待ツヘキモノナルノミナラス其事タル一身一家ニ重大ナル關係ヲ惹起スヘキモノナルカ故ニ果シテ其原因アルヤ否ヤヲ定ムルハ事實裁判官ノ判定ニ一任スルヲ至當トスレハナリ

第四 廢除ハ法定ノ推定家督相續人又ハ推定遺産相續人タルノ權利ヲ喪失セシムルニ止マリ絶對的ニ被相續人ヲ相續スルノ權利ヲ失ハシムルモノニ非ス 故ニ例ヘハ廢除セラレタル者ト雖モ選定ニ因リ被相續人ノ家督ヲ相續スルヲ妨ケサルヘシ

第五 廢除ハ其取消ノ裁判確定シタルトキハ舊地位ヲ回復スヘシ 故ニ例ヘハ一旦廢除セララルトモ被相續人ノ生存中廢除ノ取消アリタルトキハ第一位ニ於テ家督相續ヲ爲スニ妨ナキカ如シ

第一項 廢除ノ原因

一 被相續人ニ對シテ虐待ヲ爲シ又ハ之ニ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルコト 虐待トハ殘酷非道ノ取扱ヲ爲シ又ハ之ヲ加ヘント恐嚇スルヲ謂ヒ侮辱トハ言語、動作又ハ文書ヲ以テ名譽面目ヲ毀損スルヲ謂フ被相續人ニ對シ此等ノ行爲アル者ハ不孝ノ最モ太シキモノニシテ仁義忠孝ヲ以テ道義ノ大本トシ依テ風教ヲ維持スル我國體上斯ル者ヲ相續人タラシムルハ人情ヲ害シ秩序ヲ紊ルノ虞ナキ能ハス隨テ法律ハ家督相續及ヒ遺産相續ニ通シ之ヲ以テ廢除ノ一原因トスルニ至レリ

虐待ト謂ヒ侮辱ト謂フモ其所爲ハ千態萬樣今一一之ヲ例示スルヲ得ス畢竟一ノ事實論ニ過キス如何ナル所爲ヲ侮辱トシ如何ナル行爲ヲ虐待トスルカハ被相續人ノ身分地位又ハ相續人ノ行爲等ニ參照シ事實裁判官ノ須ク査察スヘキ所ナルヘシ或ハ一回ノ毆打制縛又ハ一個ノ罵詈譏謗亦以テ本號ノ原因ニ該當ストスルニ妨ナカルヘク唯法律上侮辱ハ必ス其重大ナルヘキコトヲ要スルノミ

又本號ノ原因ハ相續人カ虐待又ハ侮辱ニ因リ刑ニ處セラレタルコトヲ必要トセス

二 疾病其他身體又ハ精神ノ狀況ニ因リ家政ヲ執ルニ堪ヘサルヘキコト 家督相續人ハ戶主トナリ一家ヲ經營スヘキ責任ヲ帶フル者ナレハ十分之二堪ヘ得ルノ力ナカルヘカラス否ラサレハ家政紊亂シ一家ノ統緒モ亦期スヘカラサルニ至ラン從來ニ於テモ家督相續人癡篤疾ノ故ヲ以テ廢嫡ヲ許シ來レルカ如シト雖モ必スシモ癡篤疾ニ至ラサルモ天性不具ノ爲メ若クハ瘋癲

自痴ノ如キ一家經營ノ任ニ該ルニ堪ヘサルモノニ在リテハ廢除ヲ爲サシムルニ不可ナカルヘシ唯本號ノ原因ニ付テハ疾病其他身體又ハ精神ノ狀況カ家政ヲ執ルニ堪ヘサルヘキコトヲ必要トシ一時ノ疾病ノ如キ又ハ旅行不在等ノ事由ニ因リ家政ヲ執リ得サル場合ノ如キハ包含セサルモノト稱セサルヘカラス又此ニ所謂家政トハ日常ノ家事經濟即チ生活ニ必要ナル萬般ノ處理ヲ指示スルニ過キササルヲ以テ必スシモ父祖ノ營業ヲ繼續スルニ堪フルヤ否ヤノ點ニノミ拘泥スヘキニ非ス被相續人ノ職業地位ヲ繼承スルニ堪ヘストスルモ一家ノ經營上ニ支障ナクシハ敢テ廢除ヲ爲サシムルノ要ナシ

心神喪失ノ常況ニ在ル者ハ禁治產者ト爲リ(七條)心神耗弱者、聾者、啞者ノ如キハ準禁治產者ト爲ルモ(一一條)此等ノ者ニ付テハ法定代理人若クハ保佐人ニ依リテ家政ヲ執ルニ堪フルコトアルヘシ故ニ禁治產又ハ準禁治產ノ宣告アルノミヲ以テ廢除ヲ爲サシムルノ要ナシ又假令此等ノ宣告ナシトスルモ疾病、身體又ハ精神ノ狀況ニ因リ家政ヲ執ルニ堪ヘサルニ於テハ廢除ヲ爲スニ妨クル所ナシ換言スレバ禁治產者又ハ準禁治產者タルヘキ事由アルトキハ場合ノ如何ニ因リテハ廢除ノ原因タルヘキモ禁治產又ハ準禁治產ノ宣告ノミニテハ常ニ廢除ノ原因ト爲ル能ハサルモノトス

三 家名ニ汚辱ヲ及ホスヘキ罪ニ因リ刑ニ處セラレタルコト 家督相續ノ目的ハ一家ヲ維持スルニ在リテ一家ノ系統ヲ重シ即チ名ヲ辱カシメサルヲ以テ子孫ノ榮トスルコトハ我國從來

ノ風習ナリトス故ニ家督相續人ニシテ破廉耻罪又ハ背信罪等ニ因リ刑ニ處セラレタルトキハ家名ヲ汚スヘキコト明カナルカ故ニ之ヲ以テ廢除ノ一原因トセリ

舊民法ハ重禁錮一年以上ノ處刑及ヒ重罪ニ因レル處刑ヲ以テ廢除ノ原因トスルモ本法ハ刑期ノ長短及ヒ重輕罪ノ區別ヲ以テ標準トスルノ適當ナラサルヲ認メ單ニ家名ニ汚辱ヲ及ホスヘキ性質ノモノナラシメハ其罪名又ハ刑期ノ如何ヲ顧ミサルノ意ヲ表セリ是レ畢竟其家ノ來歴、社會上ニ於ケル地位又ハ被相續人若クハ相續人ノ身分、地位等各般ノ事情ヲ斟酌スルニ非テハ決定シ得サルモノナレハナリ唯夫レ此種ノ罪ニ因リ刑ニ處セラレタルコトヲ必要トスルカ故ニ前述ノ如ク公訴ノ時効ニ罹リタルトキノ如キ廢除ヲ爲スニ由ナルヘク苟モ刑ニ處セラレタルモノナラシメハ減輕又ハ特赦ノ恩典ニ浴スルモ廢除ヲ爲スニ妨ナカルヘシ

四 浪費者トシテ準禁治產ノ宣告ヲ受ケ改悛ノ望ナキコト 家名ノ維持ト家產ノ保有トハ家督相續人ノ須ク勉ムヘキ所ニシテ家督相續人ニ其見込ナキトキハ之ヲシテ相續ヲ爲サシムルモ效ナシ彼ノ一時ノ血氣ニ驅ラレ放蕩三昧ニ時日ヲ徒過スルモ一旦訓戒ニ因リ其非ヲ改ムル者ニ在リテハ敢テ相續權ヲ剝奪スルニ足ラスト雖モ浪費ノ故ヲ以テ準禁治產ノ宣告ヲ受ケ到底改悛ノ見込ナキ者ニ在リテハ倏忽一家ノ零落ヲ來シ家督相續ノ目的ヲ没却スルノ虞アリ是レ之ヲ以テ廢除ノ一原因トセル所以ナリ

本號ノ原因ニ付テ準禁治產ノ宣告ヲ必要トスルハ浪費ノ程度劇甚ナル事實ノ確定ナルコト

ヲ要スルノ義ヲ示スモノニシテ唯此事實ノ確ナル者ニ付テモ保佐人ニ依リテ一家ノ維持ヲ爲スニ敢テ支障ナキモノナレハ随テ別ニ改悛ノ望ナキトノ一條件ノ加ハルコトヲ要スルニ至レリ

右二以下ノ原因ニ付テハ家督相續人ニノミ之ヲ適用スヘク遺産相續人ニ關シテハ之カ適用ヲ見ス(九九八條)是レ蓋シ遺産相續ハ純然タル財産相續ナレハ相續ノ性質、目的上之ヲ以テ其相續權ヲ剝奪スルノ要ナケレハナリ而シテ家督相續人ニ付テハ以上一乃至四ノ原因タル事實アルニ於テハ其相續權ヲ剝奪スルニ於テ極メテ正當ナル事由アルモノト認メ得ヘキヲ以テ法律ハ之ヲ例示シタルニ外ナラサルナリ而モ家督相續ニ關シテハ實際上種種ナル事情ノ存スルアリテ法律ノ例示セル以外ノ場合ニ於テ尙ホ廢除ノ止ムヲ得サル場合ナシトセス隨テ本法ハ法律上豫メ指示シタル場合ノ外尙ホ正當ノ事由アルトキハ被相續人ハ親族會ノ同意ヲ得テ廢除ヲ請求スルヲ得ヘシトセリ(九七五條二項)是レ最モ概括の規定ニシテ如何ナル場合ニ該當スルヤハ容易ニ斷言スルヲ得ヘキニ非サレトモ一ノ例ヲ舉クレハ分家ノ戶主カ其嫡子ヲシテ本家相續ヲ爲サシムルトキ一家貧困ノ爲メ其長子ヲ他ニ養子トシ入籍セシムルノ止ムヲ得サルトキ又ハ相續人タル女子カ他家ノ相續人タル男子ニ通シ懷胎シタルカ爲メ婚姻ニ因リ其家ニ入ルノ止ムヘカサルトキノ如キ是ナリ要スルニ相續人ヲ廢除スルコトカ被相續人家ニトリテモ極メテ利益ニシテ又相續人ノ爲メニハ何等ノ害ナク寧ロ其利益ナリト認メラルル場合ナラサルヘカラス一家ノ

利益ノミヲ視テ相續人ノ不利益ヲ顧ミサルハ勿論相續人ノ利益ノミヲ視テ被相續人家ノ休戚ヲ度外ニ措クモ其ニ廢除ノ正當ノ事由トナスニ足ラス一家ノ利益ト本ノ利益ト雙方相待ツニアラサレハ正當ノ事由ナリトナスヲ得サルナリ而シテ此ノ如キ場合ニ在リテハ被相續人ハ必ス先ツ親族會ノ同意ヲ得テ裁判所ノ廢除ノ請求ヲ爲スヘキモノトス其獨斷ヲ以テ之ヲ爲スヲ許ササルハ一ニ其濫行ヲ豫防シタルニ外ナラス勿論其親族會ノ同意ヲ得タル場合ナリトモ正當ノ事由アルヤ否ヤハ一ニ裁判所ノ認定ニ依ルヘキモノトス

以上説明セル廢除ノ原因ハ缺格ノ原因ト異ニシテ制限的ノモノニ非ス又其第一ノ原因ハ被相續人ノ身上ニ關スルモノニシテ第二乃至第四ノ原因ハ專ラ相續人ノ身上ニ關スルモノト謂フコトヲ得ヘシ而シテ此等ノ原因タル事實カ民法施行前ニ生シタルトキト雖モ被相續人ハ廢除ノ請求ヲ爲スコトヲ得(民法八六條)

第二項 廢除ノ方法

相續人ノ廢除ハ一ニ被相續人ノ意思ニ因ルモノニシテ被相續人ハ或ハ生存中ニ或ハ遺言ヲ以テ廢除ノ意思ヲ表示スルヲ得ヘク法律ハ敢テ其意思表示ノ方法ヲ限定スルモノニ非ス蓋シ廢除ハ相續開始ノ當時ニ於テ其實用ヲ顯ハスモノナリト雖モ廢除ノ原因タル事實發生スルヤ被相續人ハ直チニ之カ請求ヲ爲スモ敢テ不可ナク或ハ之ヲ爲スノ暇ナク若クハ生前其手續ヲ盡スヲ欲セ

サル事情アリ死後ニ於テ履行ヲ爲サシメンカ爲メニ遺言ヲ以テ廢除ノ意思ヲ表示シタリトスルモ法律上毫モ之ヲ制限スルノ謂レナカルヘキハ當然ナリトス

然レトモ廢除ハ本來一身一家ニ重大ナル關係ヲ有スルモノナルカ故ニ單純ニ被相續人ノ意思表示ノミヲ以テ足レリトスヘキニ非ス從來既ニ廢嫡ハ當該官廳ニ願出テ許可ヲ受クルヲ要ストシタレハ本法ハ更ニ一步ヲ進メ廢除ハ必ス裁判上訴ノ形式ヲ以テ之カ請求ヲ爲ササルヘカラストシ鄭重ナル審理ヲ盡サシムルコトセリ蓋シ廢除ノ原因ハ多クハ事實上ノ審查ヲ要スルモノニシテ裁判所ヲシテ廢除ノ理由ヲ查察シ之カ當否ヲ判定セシムルハ相續人ノ權利ヲ保護シ併セテ廢除ノ濫行ヲ豫防スルニ最も適當ナリトス而シテ被相續人カ遺言ヲ以テ廢除ノ意思ヲ表示シタルトキハ遺言ノ效力發生シタル後遺言執行者ニ於テ遲滯ナク裁判所ニ廢除ノ請求ヲ爲スコトヲ要ス(九七六條)遺言ノ效力發生ノ時期ニ付テハ第一〇八七條ヲ又遺言執行者ノ何タルヤニ付テハ第一一〇八條第一一一二條等ヲ參照スヘシ

推定家督相續人若クハ推定遺產相續人ノ廢除ヲ目的トスル訴ハ被相續人カ普通裁判籍ヲ有スル地又ハ其死亡ノ時ニ之ヲ有シタル地ノ地方裁判所ノ管轄ニ專屬シ(人訴三三條)又此訴ニ付テハ人事訴訟手續法ノ規定ニ從フ

第三項 廢除ノ效力

廢除ハ法定ノ推定家督相續人又ハ遺留分ヲ有スル推定遺產相續人ノ相續權ヲ剝奪スルヲ目的トス從テ廢除ノ判決ニ因リ其相續權喪失ノ效力ヲ生ス詳言スレハ廢除ヲ宣言スル判決ハ被廢除者ヲシテ法定ノ推定家督相續人又ハ推定遺產相續人タルノ身分ヲ失ハシメ其資格ニ於テ相續スルコトヲ得ナシムルノ效力ヲ生スルモノトス是レ廢除カ第九六九條ニ掲グル缺格ト異ナルノ點ナリトス故ニ被廢除者ト雖モ同一被相續人ノ家督相續人ニ選定セラレ又ハ指定セラルルニ於テハ家督相續ヲ爲スニ妨ケナカルヘシ

廢除ハ裁判確定ノ日ヨリ始テ其效力ヲ生スルヲ本則トス唯被相續人カ遺言ヲ以テ廢除ノ意思ヲ表示シタル場合ニ於テハ廢除ハ被相續人ノ死亡ノ時ニ遡リテ其效力ヲ生ス(九七六條、一〇〇〇條)是レ此場合ニ於テハ廢除ヲ宣言スル判決ハ常ニ相續開始ノ後ニ在ルモノナルカ故ニ遡及效力ヲ生セルモノトセハ廢除セラルヘキ相續人ハ一旦相續スルコトヲ爲リ次テ判決ニ因リ其相續權ヲ喪失スルコトヲ爲リテ權利義務ノ移動上複雑困難ノ弊ヲ來スヘケレハナリ

又法定家督相續人廢除ノ裁判カ確定シタルトキハ之ヲ戶籍更ニ届出ツルコトヲ要ス(戶一三七條、一三八條)

廢除ハ相續權喪失ノ結果ヲ惹起スト雖モ廢除ノ原因ハ往往ニシテ消滅スルコトアリ又廢除ヲ繼續スルノ要ナキコトアリ隨テ本法ハ一旦廢除シタル後或場合ニ於テ廢除ヲ取消シ依テ以テ被廢除者ノ相續權ヲ回復セシムルコトヲ許ス而シ此事タル亦極メテ重大ナル事項ニ屬スルカ故ニ一

ニ法律ニ定ムル方式條件ニ依ラサルヘカラス今家督相續人ノ廢除ノ取消ニ必要ナル條件ヲ示サハ即チ左ノ如シ

一 廢除ノ原因止ミタルコト又ハ被相續人ニ於テ相續人ノ行為ヲ宥恕シタルコト廢除ノ原因タル事實ニ被相續人ノ身上ニ關スルモノト專ラ相續人ノ身上ニ關スルモノトノ區別アリ其相續人ノ身上ニ關スルモノニ在リテハ相續人ニ相續權ヲ得セシムヘカラサル多少繼續ノ原因アルモノナレハ此原因ノ存スル限ハ相續權ノ回復ヲ得セシムヘカラサルヲ相當トス隨テ其原因ノ止ミタルトキ例ヘハ疾病、身體又ハ精神狀況舊ニ復シ最早家政ヲ執ルニ堪ユルニ至リタルトキ又ハ浪費者トシテ準禁治產ノ宣告ヲ受ケ改悛ノ望ナシトシ廢除セラレタルモ後日準禁治產ノ宣告ハ取消ヲレ若クハ改悛ノ實ヲ舉ゲタルトキノ如キ廢除ノ取消ヲ爲スニ不可ナカルヘシ故ニ之ヲ以テ一條件トス(九七七條一項)

又其被相續人ノ身上ニ關スルモノ即チ第九七五條第一項第一號ノ原因ニ因ルモノニ在リテハ一旦廢除シタル以上ハ最早其原因ノ止ムコトナカルヘキ其原因ヲ消滅セシムルノ途ハ唯被相續人カ相續人ノ行為ヲ宥恕スルノ一アルノミ被相續人ニシテ之ヲ宥恕セハ廢除ヲ繼續スルノ要ナク寧ロ之ヲ取消スヲ以テ一身一家ノ爲メ利益ナリトセサルヘカラス殊ニ被廢除者ヲ除キテハ他ニ相續人ナキトキノ如キ最モ然リトス故ニ被相續人ニシテ廢除ノ意思ヲ囑スニ於テハ何時ニテモ之カ取消ヲ爲スコトヲ許ス(九七七條二項)

二 家督相續ノ開始前ナルコト 家督相續ニシテ一旦開始センカ相續人ノ地位ハ最早確定シテ動カスヘカラサルニ至ラン然ルニ相續開始後ニモ尙ホ廢除ノ取消ヲ許サンカ確定ノ相續人ヲ動カシ其既得ノ權利ヲ害スルニ至ルヘシ故ニ相續開始後ニ於テハ廢除取消ノ請求ヲ爲スコトヲ許サス(九七七條三項) 既ニ相續ノ開始シタル以後ナラシメハ縱令相續人カ承認又ハ拋棄ノ意思ヲ表示セサルトキト雖モ亦同シ

推定遺產相續人ノ廢除ノ取消ニ於テハ被相續人ハ何時ニテモ之ヲ裁判所ニ請求スルヲ得(九七九條) 是レ他ナシ推定遺產相續人ノ廢除ハ被相續人ニ對シ虐待ヲ爲シ又ハ之ニ重大ナル侮辱ヲ加ヘタルトキノ限リニ被相續人ノ身上ニ關スルモノナレハ唯被相續人カ相續人ノ行為ヲ宥恕スルノ一事ヲ以テノミ廢除取消ノ條件トスルノ外ナキニ因ル且遺產相續ハ常に被相續人ノ死亡ニ因リテ相續ノ開始スルモノナルカ故ニ相續開始ノ後ニ於テ廢除ノ取消ヲ爲スコトヲ得サルハ論ヲ待タス

廢除ノ取消ハ廢除ノ方法ト同シク被相續人カ其生存中ニ於テスルト遺言ヲ以テ取消ノ意思ヲ表示スルトモ法律ハ毫モ其自由ヲ制限セス其何レノ方法ニ依ルモ廢除ノ取消ハ重大ナル利害關係ヲ有スルモノナルカ故ニ之ヲ裁判所ニ請求セサルヘカラス其遺言ヲ以テスル場合ニ於テハ遺言其モノニ因リ直チニ效力ヲ生スルニ非ス遺言執行者ヨリ之ヲ裁判所ニ請求スヘキモノトス(九七七條四項)

又廢除ノ取消ハ被相續人ヨリ之カ請求ヲ爲スヘキヲ本則トスレトモ廢除ノ原因止ミタルノ故ヲ以テ之カ取消ヲ求ムル場合ニハ推定家督相續人ヨリ之カ請求ヲ爲スコトヲ得（九七七條一項）是レ全ク此場合ニ於ケル廢除ハ一ニ相續人ノ身上ニ關スルモノナルカ故ニ之ヲ取消スニ付テ相續人ニ直接ナル利害關係アルヲ以テナリ之ニ反シテ第九七五條第一項第一號ノ場合ニ於テハ被相續人ノ宥恕スルト否トニ因ルヘキモノニシテ相續人ノ如何トモ爲シ得サル所ナレハ被相續人獨リ之カ取消ヲ請求シ得ルニ過キス

廢除ノ取消ヲ目的トスル訴ハ被相續人カ普通裁判籍ヲ有スル地又ハ其死亡ノ時ニ之ヲ有シタル地ノ地方裁判所ノ管轄ニ專屬シ（人訴三三條）此訴ニ付テハ廢除ニ因リテ推定家督相續人又ハ推定遺產相續人ト爲リタル者ヲ以テ其相手方トス（人訴三四條）又相續人廢除ノ取消ニ關スル民法ノ規定ハ其施行前ニ廢除シタル相續人ニモ亦之ヲ適用スヘキモノトス（民施八七條）

廢除ノ取消ハ其裁判ノ確定ニ因リテ效力ヲ生シ廢除ヲ取消サレタル相續人ハ舊地位ヲ回復シテ推定家督相續人又ハ推定遺產相續人ト爲ルヘシ又被相續人カ遺言ヲ以テ廢除取消ノ意思ヲ表示シタル場合ニ於テハ被相續人死亡ノ時ニ過リテ其效力ヲ生スヘシ（九七七條四項、九七六條、一〇〇〇條）而シテ廢除ヲ取消サレタル相續人カ舊地位ヲ回復スルノ結果場合ニ由リテハ廢除ニ因リ家督相續人ト爲リタル者ハ其資格ニ於テ得タル相續財產ヲ返還セサルヲ得サルコトアルヘシ

推定家督相續人廢除ノ取消ノ裁判カ確定シタルトキハ先ニ爲シタル廢除ノ登記ノ取消ヲ申請スルコトヲ要ス（戸一二九條）

以上説明スル如ク相續人ノ廢除又ハ其取消ノ請求ハ總テ訴ノ形式ヲ以テ裁判所ニ請求スヘキモノトシ且裁判ノ確定ニ因リ其效力ヲ生スルヲ本則トスルカ故ニ此訴ノ提起後裁判ノ確定以前ニ於テ相續開始シタルトキハ如何若シ如上ノ場合ニ於テ推定家督相續人又ハ推定遺產相續人ニ於テ相續スルトキハ後日裁判ノ確定ニ因リ權利義務ノ承繼上異動ヲ來スコトト爲リ複雜困難ナル關係ヲ惹起スルニ至ルヘシ隨テ本法ハ斯ル場合ニ於テ裁判所ハ利害關係人、親族又ハ檢事ノ請求ニ因リ戸主權ノ行使及ヒ遺產ノ管理ニ付キ必要ナル處分ヲ命スルコトヲ得ヘキモノトセリ（九七八條、一〇〇〇條）其戸主權ノ行使ニ關シ必要ナル處分ヲ命スルノ要アル所以ノモノハ戸主タルヘキ者ノ未確定ナルカ故ニシテ（遺產相續開始ノ場合ニハ此處分ヲ要セサルコトハ自ラ明カナリ）其遺產ノ管理ニ付キ必要ナル處分ヲ命スル所以ノモノハ之ヲ放擲スルトキハ財產ノ價格ノ減損又ハ其離散ヲ免レサルヘキニヨリ之ヲ應リタルニ外ナラス而シテ此等ノ處分ハ裁判所カ職權ヲ以テ之ヲ命スヘキニ非ス唯前示ノ者ノ請求ヲ待テ始メテ之ヲ命スヘキノミ隨テ此等ノ者ノ請求ナク又裁判所カ必要ナル處分ヲ命セサル場合ニ於テハ廢除ノ請求ヲ受ケタル者又ハ廢除ニ因リテ相續人ト爲リタル者ニ於テ戸主權ヲ行フヘク或ハ遺產ヲ管理スヘキモノトス若シ又被相續人カ遺言ヲ以テ廢除ノ意思ヲ表示シタル場合ニ於テハ遺言執行者カ未タ廢除ノ訴ヲ

提起セサル以前ナリトモ裁判所ハ前示ノ者ノ請求ニ因リ必要ナル處分ヲ命スルコトヲ得(九七八條一項末段)而シテ遺言ニ因ル廢除ノ場合ニ於テハ單ニ廢除ノ遺言アルノミニテ足り遺言執行者カ訴ヲ提起スルハ遺言ノ效力發生ノ後ニ在ルカ故ニ或ハ適當ナル時機ヲ失スルノ虞ナシトセテ隨テ本法ハ特ニ訴ヲ提起ヲ待タス必要處分ヲ命スルコトヲ得セシム唯夫レ本法ハ遺言ニ因ル廢除ノ場合ニ付テノミ規定スルモ廢除ノ取消ノ遺言アリタル場合ト雖モ亦同様に必要ヲ生スヘシ然ルニ事ノ茲ニ出テサルハ蓋シ立法者ノ遺忘ニ出タルモノナラン

右ノ處分ヲ命スヘキ裁判所ハ相續人ノ廢除又ハ其取消ニ付キ第一審ニ於テ訴ヲ受ケタル裁判所ニシテ(非訟六六條)受訴裁判所ハ財産ノ狀況其他ノ事情ヲ斟酌シテ適當ナリト認ムル處分ヲ命スヘク法律ハ敢テ之ニ干渉セズ唯裁判所カ管理人ヲ選任シタル場合ニ於テハ其管理人ノ職務權限等ニ付テハ之ヲ不在者ノ財産管理人ト同様ナラシムルヲ相當トシ民法第二七條乃至第二九條ノ規定ヲ準用セシム(九七八條二項)

第三節 相續回復ノ請求

相續ノ回復トハ正當ノ相續人カ他人ノ爲メニ其相續權ヲ害セラレタル場合ニ於テ裁判上之カ救済ヲ求ムルヲ謂ヒ此權利ハ即チ被害者ニ屬ス隨テ家督相續ト遺產相續トニ論ナク苟モ相續權ヲ侵害セラレタル者ハ侵害者ニ對シ之カ回復ヲ圖ルコトヲ得サルヘカラス蓋シ相續ハ被相續人ノ

權利義務ヲ包括的ニ相續人ニ移轉スルモノニシテ一旦事實上相續ヲ爲シタル者アル後正當ノ相續人ヲシテ之ヲ回復スルコトヲ得セシムルハ當事者間又ハ第三者トノ關係上極メテ複雑ナル關係ヲ惹起スヘシト雖モ而モ法律上相續人ノ資格相續ノ順位等ニ付テ強行ノ規定ヲ設クル以上ハ公私ノ利益ノ爲メ相續ノ回復ヲ得セシムルハ尙ニ相當ナリト謂ハサルヘカラス而シテ相續ノ回復ハ如何ナル場合ニ之ヲ爲シ得ヘキカニ付テハ法律上其原因ニ制限アルナシ故ニ全ク相續ノ資格ナキ者又ハ廢除ニ因リテ相續權ヲ剝奪セラレタル者或ハ相續ノ順位ニ在ラサル者カ相續ヲ爲シタル等ノ場合ニ於テ真正ニ相續ノ權利アル者ヨリシテ自己ノ權利ヲ主張シ以テ之カ回復ヲ計ルコトヲ得ヘキナリ

相續ノ回復ヲ得セシムルハ正當ノ相續人ヲ保護スル所以ナリト雖モ何時ニテモ之カ回復ヲ求メ得ヘキモノトセハ相續者ノ權利ハ未來永劫確的ト爲ルヲ得ス一家一身ノ爲メ又ハ第三者ノ爲メ重大ナル關係ヲ有スル事項ニ對シ永ク不確定ノ狀態ヲ存セシムルコト亦決シテ得策ナリト謂フヲ得ス故ニ本法ハ相續回復ノ請求權ニ關シテ特別ノ時效ヲ定メ相續人又ハ其法定代理人カ相續權侵害ノ事實ヲ知リタルトキヨリ五年相續開始ノトキヨリ二十年トセリ(九六六條、九九三條)思フニ相續權ハ極メテ貴重ナルモノナルヲ以テ苟モ正當ノ相續人ニシテ自己ノ權利ヲ侵害セラレタリトセハ速ニ之カ救済ヲ求ムヘキハ相當ニシテ其實事ヲ知リタル後尙ホ久シク之ヲ不問ニ付スル如キハ實際稀有ノコトニ屬ス隨テ此場合ニ五年ノ短期時效ニ因リ消滅ストスルモ敢テ不

都合ナカルヘシ相續開始後十數年ヲ經タル後始メテ相續權侵害ノ事實ヲ知ルモ其時ヨリシテ五
年ノ時效ヲ計算スヘク假令五年ノ期間中ナレトモ相續開始ノ時ヨリ計算シテ二十年ヲ經過シタ
ルモノナルトキハ最早之カ請求ヲ爲スヲ得サルモノトス要スルニ相續權侵害ノ事實ヲ知ルト否
トニ關セス相續開始後二十年間回復權ノ行使ヲ爲ササルトキハ絶對的ニ時效ニ因リ消滅スルモ
ノトス

法定代理人ヲシテ相續ノ回復ヲ得セシムルハ相續人タル者往往ニシテ未成年者又ハ其他ノ無能
力者ナルコトアルニ因リ常ニ本人カ相續權侵害ノ事實ヲ知リタルトキヨリ時效ヲ計算セシムル
トキハ徒ラニ其期間ヲ延長セシムルノ弊アルカ故ナリ而シテ此法定代理人カ相續回復ノ請求ヲ
爲スハ自己固有ノ權利トシテ之ヲ行使スルモノナルカ將タ未成年者又ハ禁治產者ノ如キ無能力
者ヲ代表スルノ資格ニ於テ爲スモノナルカニ付テハ議論ノ存スル所ナルヘキモ後說妥當ナルカ
如シ

第四節 相續財產ニ關スル費用

相續財產ハ即チ相續人相續ニ因リテ取得スヘキ一切ノ財產ナリ此財產ニ付テハ種種ナル費用ヲ
要ス例ヘハ相續財產管理ノ費用(一〇二條)限定承認又ハ財產分離ノ場合ニ於ケル清算ノ費
用(一〇三一條、一〇四七條)ノ如キ又ハ相續財產ニ關スル訴訟費用若クハ各種ノ租稅公課ノ

如キ是ナリ此等ノ費用ハ總テ相續人ノ負擔ニ歸セシメハ相續債權者及ヒ受遺者ハ爲メニ利益ヲ
受クヘキモ相續人ハ自己固有ノ財產ヲ損スルニ至ルヘシ此ノ如ク利害ノ關係スル所大ナルモノ
アルヲ以テ本法ハ相續財產ニ關スル費用ハ相續財產ヲ以テ之ヲ支辨スヘキヲ本則トセリ(九六
七條)

右ノ本則ニ對シテハ左ノ二個ノ例外アルヲ見ル

第一 相續人ノ過失ニ因リテ生シタル費用ハ相續人ノ負擔トス

相續財產ニ關スル費用ヲ其財產ノ負擔トシタルハ正當ニ生シタル費用即チ相續財產ヲ保維スル
カ爲メニ生シタル費用ニ付テノミ利害ノ關係アル者ノ間ニ不公平ナカラシメントノ精神ニ出ツ
ルニ外ナラス隨テ相續人ノ過失ニ因リ生シタルモノノ如キハ相續財產ノ爲メニ必要ナラザリシ
モノト看做シ相續人ノ負擔ニ歸セシムルヲ相當トス

第二 遺留分權利者カ贈與ノ滅殺ニ因リテ得タル財產ヲ以テ費用ヲ支辨スルヲ要セス

遺留分ハ相續人カ權利トシテ受クル所ノモノニシテ相續財產ノ一部タリ而シテ遺留分權利者カ
贈與ヲ滅殺スルヲ得ル場合ハ常ニ被相續人カ遺留分ヲ害シタルトキニ在リ滅殺ハ因テ以テ遺留
分ヲ保全スル所以ノモノナレハ因リテ得タル財產ハ均シク相續財產ナリト謂ヒ得ヘシ然レトモ
此財產タルヤ性質上全ク相續人獨得ノモノタラサルヘカラス從テ此財產ヲシテ相續財產ニ關ス
ル費用ヲ支辨セシムレハ遺留分權利者カ滅殺ニ因リテ得タル財產ハ毫モ自己ヲ益スルニ足ラザ

ルコトト爲ルヘク法律カ遺留分減殺ノ制度ヲ設ケタルノ本旨ヲモ貫徹スル能ハサルニ至ルヘケレハナリ

相續財産ニ關スル費用ハ相續開始後ニ發生シタルモノニシテ之ヲシモ相續債務トシテ相續財産ヲシテ負擔セシムル以上ハ被相續人ノ葬式費用ノ如キ亦須ラテ相續財産ノ負擔タラシムヘキニ似タリ而カモ我民法ハ葬式費用ノ先取特權ニ關シテ第三〇八條ノ規定ヲ存スルノミ同條及ヒ第一〇五一條以下ノ規定ヲ參照スルトキハ相續財産ノ被相續人ノ葬式費用ヲ負擔セサルヲ得サルコトアルヘキハ相續ノ結果ナリト云フヘク民法カ時ニ之ヲ明示セサリシハ蓋シ一ノ欠點ト云フヘキ乎

第二章 家督相續

第一節 家督相續開始ノ原因

家督相續開始ノ原因ハ左ノ如シ(九六四條)

第一 戸主ノ死亡

戸主ハ一家ノ長ニシテ其代表者タリ一家ニシテ存在スル限りハ其戸主ニシテ死亡セハ代リテ戸主タルヘキ者ヲ要スルハ論ヲ俟タス隨テ戸主ノ死亡ヲ以テ家督相續開始ノ一原因トスルハ深ク説明ノ要ナシ而シテ此ニ所謂死亡ハ單ニ事實上ノ死亡ノミナラス法律上ノ死亡即チ失踪宣告ヲ

モ包含スト知ラサルヘカラス何トナレハ失踪宣告ハ死亡ト同一ノ效力ヲ生ストセルヲ以テ(三一一條)戸主カ失踪ノ宣告ヲ受ケタルトキハ代リテ戸主タル者ヲ要スルハ事實上ノ死亡ニ於ケルト敢テ異ナル所ナカルヘケレハナリ唯此場合ニ於テハ失踪宣告ノ日如何ニ拘ハラス不在者ノ生死カ分明ナラサリシ時ヨリ七年若クハ三年ノ期間滿了ノ時即チ法律上死亡シタルモノト看做サルヘキ時ヲ以テ家督相續開始ノ時期トセサルヘカラス(三〇條、三一一條)

第二 戸主ノ隱居

隱居トハ戸主ノ地位ヲ退隱スルヲ謂フ戸主ニシテ退隱セハ家ニ主宰者ナキニ至ルヲ以テ戸主死亡ノ場合ニ於ケルト同シタ代リテ戸主タルヘキ者ヲ要ス

戸主ノ隱居ヲ以テ家督相續開始ノ一原因トスルハ我國固有ノ一制度ニシテ實ニ奇怪ナルモ古來ノ慣習ハ容易ニ折破スルヲ得ス親族法上幾多制限ノ下ニ於テ隱居ヲ認メタルノ結果之ヲ以テ相續開始ノ原因トスルニ至レリ而シテ隱居ニ普通ノモノト(七五二條)特別ノモノト(七五三條、七五四條、七五五條)ノ區別アリ兩者何レモ隱居者及ヒ其家督相續人ヨリ之カ届出ヲ爲スニ非サレハ效力ヲ生セス(七五七條)隨テ其届出ニ因リ家督相續開始スヘシ此ノ如ク隱居ハ届出ヲ以テ一要件トスルモノナルカ故ニ之カ届出ナキトキハ隱居ハ不成立ノモノタリ隨テ家督相續ノ開始ヲ見ルコトナカルヘシ唯第七五四條第二項ノ場合ニ在リテハ婚姻ノ日ニ於テ隱居ヲ爲シタル者ト看做サルカ故ニ隨テ家督相續ノ開始ヲ見ル

第三 戸主ノ國籍喪失

國籍ノ喪失トハ日本臣民タルノ分限ヲ喪失スルヲ謂フ戸主ニシテ國民分限ヲ喪失セハ戸主權ヲ喪失スヘキハ當然ノ結果ナリ何トナレハ我法律ニ於テハ日本ノ國籍ヲ有スル者ニ非サレハ戸籍ヲ定ムルコトヲ得ス(戸一七〇條)戸籍ナキ戸主ノ存在ヲ認ムル能ハサレハナリ

舊民法ハ戸主ノ國籍喪失ヲ以テ廢家タルヘキモノトセルモ國籍ノ喪失ハ國家ト人民トノ公法的關係ナルヲ以テ適當ノ相續人アルニモ拘ハラズ其家ヲ廢シタルモノトシテ其相續人ニ一家ヲ新立セシムルハ家族制ノ主義ト相容レサルモノナルヲ以テ本法ハ之ヲ相續開始ノ一原因トセリ然レトモ單身戸主カ國籍ヲ喪失シタル場合ニハ其家ハ絶家ト爲ルヘキカ故ニ(七六四條)家督相續ノ開始ヲ見ルコトナシ戸主ト共ニ家族カ國籍ヲ喪失シタルトキ亦同シ唯國籍喪失ノ效力ハ通常其人一人ニ止マリ敢テ他ノ者ニマテ其效力及ボスヘキモノニ非サルヲ以テ戸主ノ國籍喪失ハ爲メニ其家ノ廢絶ヲ惹起スモノニ非ス適當ノ相續人アルトキハ家督相續開始スヘシ

國籍喪失ノ原因ニ付テハ國籍法第一八條第二〇條等ヲ參照スヘシ

第四 戸主カ婚姻又ハ養子縁組ノ取消ニ因リテ其家ヲ去リタルトキ

婚姻又ハ縁組ノ取消ハ其效力ヲ既往ニ及ボサス(七八七條八五九條)故ニ婚姻ニ因リテ他家ニ入リタル者又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入リタル者カ既ニ戸主ト爲リタル後或原因ノ爲メニ婚姻又ハ縁組ノ取消サルルトキハ其取消ト爲リタル日以後戸主ト爲リタル原因消滅スルニ從ウテ

其者ハ勢ヒ其家ヲ去ラサルヘカラサルニ至ル入夫、婚養子又ハ單純ノ養子ニシテ婚家又ハ養家ヲ去ルニ於テハ代リテ戸主ト爲ル者ヲ要ス故ニ之ヲ以テ家督相續開始ノ一原因トス之ニ反シ婚姻又ハ縁組ノ取消ト爲ルモ其家ニ止マルモノナルヘキトキハ(戸内婚姻又ハ戸内縁組ノ場合ノ如シ)相續ノ開始ヲ必要トセス唯此ノ如キ場合ニ在リテハ通常戸主ト爲リタル原因ニ缺クル所アルヘキヲ以テ相續ノ無効ヲ惹起スコトアルヘキナリ

又婚姻又ハ養子縁組ノ無効ハ初ヨリ婚姻又ハ縁組ノ成立セザリシト同一ナルヲ以テ無効ノ婚姻又ハ縁組ニ因リテ其家ニ入リ戸主トナリタリトスルモ法律上固ヨリ戸主タルヘキモノニ非サルカ故ニ其無効ナル故ヲ以テ家督相續ノ開始ヲ見ルコトナカルヘシ即チ此場合モ亦相續ノ無効ニ歸スルニ外ナラス事實上戸主ニ異動ヲ來スヘキモ法律上舊戸主依然戸主權ヲ行フヘキモノトス婚養子縁組ニ付テハ婚姻ノ取消ノミニ因リテハ通常其家ヲ去ルヘキニ非ス隨テ此取消ノ爲メニ家督相續ハ開始セス養子ハ離縁ニ因リテ實家ニ復籍スヘク離縁ナキ以上ハ其家ヲ去ラサルヲ以テ戸主ノ地位ニ異動ヲ及ボサス養子ニシテ一旦戸主ト爲リタル以上ハ離縁ヲ爲スコトヲ得サルヲ以テ(八七四條)隱居ニ因ルノ外ハ家督相續ノ開始ヲ見ルコトナカルヘシ

之ヲ要スルニ本號ハ婚姻又ハ縁組ノ取消ニ因ル去家ヲ以テ相續開始ノ原因トスルモノニシテ一般ニ戸主ノ離婚又ハ離縁ヲ以テ相續開始ノ原因トスルモノニアラス彼ノ婚姻ニヨリテ他家ニ入リタル女カ戸主ト爲リタル後離婚アリタルトキノ如キ相續ヲ開始セシムルノ要アルカ如シト雖

モ女戸主ハ隱居ヲ爲シタル後ニアラサレハ離婚ヲ爲スコトヲ得サルモノト解シ此ノ如キ場合ニ特ニ相續ヲ開始セシムルノ要ナキニ似タリ
婚姻ノ取消ニ付テハ第七七九條乃至第七八七條ニ縁組ノ取消ニ付テハ第八五二條乃至第八五九條ニ規定スル所ナルヲ以テ就テ参照スヘシ

第五 女戸主ノ入夫婚姻

女戸主カ入夫婚姻ヲ爲シタルトキハ入夫ハ其家ノ戸主ト爲ル(七三六條)此ノ如ク入夫カ戸主ト爲ルヲ原則トスルカ故ニ女戸主ハ戸主權ヲ喪失セサルヲ得ス而モ此場合ニ於テ女戸主ハ隱居ヲ爲スヲ要セス法律上當然戸主權ヲ失フヘキモノナルカ故ニ婚姻ヲ以テ家督相續開始ノ原因トセサルヘカラサルハ一家ニ二人ノ戸主アルヲ許ササルニ因リ之ヲ知ルヘシ但女戸主カ入夫婚姻ヲ爲スモ其當時當事者カ入夫ヲ以テ戸主ト爲ササルノ意思ヲ表示シタルトキハ入夫ハ戸主ト爲ルコトナシ從テ此場合ニハ家督相續開始セス

民法施行以前ニ在リテハ女戸主カ入夫婚姻ヲ爲スモ之ヲ以テ家督相續ノ一原因ト爲セシヤ否ヤハ疑ナキニ非ス然レトモ戸主權ノ繼承ニシテ相續以外ノ原因ニ因ルモノアルヲ許ササルヨリシテ本法ハ之ヲ以テ相續開始ノ一原因トセリ

第六 入夫ノ離婚

入夫カ婚姻ニ因リテ戸主ト爲ルモ離婚スルトキハ其家ヲ去リ實家ニ復籍スヘキモノナレハ代リ

合ニ於テハ裏書人ハ直接ノ後者タル被裏書人ニ對シ責任ヲ有スルモ其後ノ後者ニ對シテハ全ク其手形上ノ責任ヲ負ハス此裏書禁止ヲ法律カ許ス理由ハ自己ノ知ラサル者ニ手形カ流通シ其者ヨリ償還請求ヲ受クルコトヲ前者ニ於テ厭フコトアルヲ以テ法律ハ僅ニ其意思ヲ保護シタルニ過キス此附記アルモ其被裏書人ハ更ニ裏書ヲ爲スニ妨ナシ此裏書禁止ノ裏書ハ裏書人ノ爲ス附記ニシテ之カ爲メニ其手形ノ流通證券タル性質ヲ妨クルモノニ非ス故ニ振出人カ裏書ヲ禁シタル場合トハ全然其性質ニ於テ異ナル所ノモノアリ振出人ノ爲ス裏書禁止ハ絕對的ニ其手形ノ裏書ヲ禁止スル效力ヲ有スルモ此裏書禁止ノ裏書ハ裏書ヲ禁スル效力アルニ非スシテ被裏書人ノ後者ニ對シテ手形上ノ責任ヲ負擔セサルノ效力アルニ過キス(四六〇條)又此裏書カ無擔保裏書ト異ナル點ハ無擔保裏書人ハ絕對的ニ手形上無責任ナルモ裏書禁止ノ裏書人ハ其直接ノ被裏書人ニ對シテノミハ責任ヲ負擔スル點ニ於テ異ナレリ

第五節 裏書

手形カ流通上嘗テ手形ノ當事者タリシモノニ裏書セララルコトアリ此場合ニ於テ其被裏書人ハ所持人トテシハ手形ト權利者ノ地位ニ立テ又曾テ裏書人トシテハ手形上ノ責任ヲ負擔シタルモノナルカ故ニ同一人ニシテ權利者タル資格ト義務者タル資格トヲ併セ有スルコトト爲リ其結果民法上ノ混同ヲ生セサルヘカラス然ルニ手形ハ形式ニ因リテ活動スル證券ニシテ形式上ノ要件

又ハ體裁カ備ハル以上ハ必スシモ實質上ニ於ケル要件ノ如何又ハ民法の關係ノ如何ニ拘ハラス其手形及ヒ手形行為ヲ有效トスヘキ性質ノモノナルカ故ニ手形法ハ此場合ニ於テ民法ノ混同ニ關スル原則ノ例外ヲ設ケ縱令手形上ノ責任者カ裏書ニ因リテ手形ヲ取得スルモ之カ爲メニ絶對的ニ混同ノ結果ヲ生セシメス尙ホ之ニ關シ場合ヲ分テ説明スレハ左ノ如シ

第一 振出人カ裏書ヲ受ケタル場合 此場合ニ於テ法律ハ混同ノ原則ヲ應用セス然レトモ振出人ハ振出人トシテハ手形上ノ主タル債務者ニシテ何人ニ對シテモ責任ヲ負擔スル地位ニ在ルモノナルカ故ニ其者カ手形ヲ有スル間ハ法律上ノ結果トシテ何人ニ對シテモ權利ヲ行フコトヲ得ス故ニ其間ハ手形ノ作用ハ一時停止セルモノト謂ハサルヘカラス然リト雖モ其振出人ハ所持人トシテ更ニ之ヲ他人ニ裏書スルコトヲ妨ケス(四五六條)此裏書ニ因リテ手形ヲ得タル者ハ普通ノ所持人ヨリ裏書ニ因リ得タルト同一ノ權利ヲ取得スルニ至ル尙ホ注意スヘキハ若シ満期日當日ニ振出人カ裏書ニ因リテ手形ヲ取得シタルトキハ民法ノ混同ノ原則ハ絶對ニ其效力ヲ發揮シ手形關係ハ全然消滅スヘキモノナリト論セサルヘカラスルコトナリ

第二 裏書人カ手形ヲ取得シタル場合 即チ嘗テ裏書人タリシモノカ再ヒ裏書ニ因リテ手形ノ所持人ト爲リタル場合ニ於テハ其者ハ振出人及ヒ自己ノ前裏書以前ノ裏書人ニ對シテハ權利ヲ有ス然リト雖モ嘗テ自己ニ對シ權利者タリシ中間ノ裏書人ニ對シテハ權利ヲ有スルコトヲ得ス尤モ其手形ヲ再ヒ裏書ニ因リテ他人ニ讓渡スコトヲ得ルハ勿論其被裏書人カ完全ニ手形

上ノ權利ヲ取得スルコトハ振出人ノ場合ト異ナル所ナシ

第六節 期限後ノ裏書

手形ノ流通ハ其満期日ニ至ルマテノ間ニシテ一旦満期日到來スルトキハ其債權ノ辨濟ヲ得ヘキ時ニ達シタルモノニシテ其辨濟アルトキハ手形關係ハ全然消滅スヘク爾後其手形ハ裏書ニ因リテ流通スヘキモノニ非サルコト明カナリ然レトモ所持人ハ期限後ト雖モ尙ホ裏書ニ因リテ其割引ヲ受クルコトアリ即チ其振出人ニ對シ權利ヲ主張スルコト不便ナル場合ニ於テ裏書ニ因リテ現金ヲ受取ルヲ便利トスルコトアルヲ以テナリ而シテ満期日後二日間ハ後ニ述フルカ如ク尙ホ有效ニ手形ヲ支拂ノ爲メ呈示シテ前者ニ對スル權利ヲ保全シ得ル時期ナルヲ以テ其二日內ハ満期日前ト同一ニ待遇シテ可ナリ然リト雖モ其二日ヲ經過シタル後ニ於テハ既ニ手形ハ流通ノ目的ヲ達スルニ不當ナルモノト爲リ殆ト裏書ヲ許スノ必要ナシ唯法律ハ之ヲ強テ無効トスルコトナク之ニ對シテ民法上ノ讓渡ト同一ノ取扱ヲ爲スモノトセリ(四六二條)即チ一方ニ於テ被裏書人ハ裏書人ノ服スヘカリシ抗辯ニ服セサルヘカラス又一方ニ於テ民法上ノ債權讓渡ノ場合ト等シク裏書人ハ手形ノ支拂ニ付キ何等ノ責任ヲ負擔セサルモノト爲セリ

第七節 質入裏書

民法上讓渡スコトヲ得ル權利ハ原則トシテ之カ上ニ質權ヲ設定スルコトヲ得(民三三三條、三四三條)一般ノ指圖債權ニ付テモ亦同シ(民三六六條)手形ニ於テモ固ヨリ同一ノ原則ヲ採用スルモノニテ唯手形ハ形式證券ニシテ其記載ノ文言ニ因リテ權利義務ノ關係ヲ決定スヘキモノナルヲ以テ質入ノ爲メ手形ヲ裏書スル事實ハ手形ノ形式上明瞭ナラサルヘカラス故ニ裏書ノ際質入ノ目的ヲ附記スルコトヲ要ス(四六三條一項)質入裏書ニ因リテ手形ヲ取得シタル所持人ハ手形上ノ質權者ニシテ普通ノ原則ニ從ヒ其質權ノ實行ヲ爲スコトヲ得(民三六七條以下)手形ノ場合ニ於テモ有體物ノ質入ノ場合ト等シク質權者ハ其手形所有權ヲ取得スルコトナク唯質權者トシテ之ヲ占有スルノ權利ヲ有スルニ過キス尤モ占有者トシテハ商法第四四一條ノ保護ヲ受タルコトヲ得ルハ勿論ナリ故ニ手形上ノ權利ナキ者ヨリ善意且重過失ナクシテ手形ヲ質取シタル場合ニ於テハ其真正ナル權利者ヨリ返還ヲ請求セラルルモ之ニ應スルノ義務ナシ

質入裏書ノ被裏書人ハ更ニ同一ノ手形ヲ同一ノ目的ノ爲メ裏書スルコトヲ得即チ轉質ヲ爲スハ手形法ノ等シク認ムル所タリ(四六三條二項)

第八節 取立委任ノ裏書

手形ノ所持人ハ自ラ權利者トシテ手形ノ取立ヲ爲スコトヲ得ルハ勿論ナルモ業務ノ繁忙又ハ土地ノ遠隔等ノ事情ノ爲メ多クハ其取立ヲ銀行ニ委託スルヲ普通ノ慣例トス又其手形ニ付テ訴訟

行爲ヲ必要トスル場合ニ於テ外國ニ於テハ辨護士ヲ被裏書人トシテ特ニ取立委任ノ裏書ヲ爲スコトアリ此裏書ヲ爲スニハ其目的ヲ附記シ且更ニ第三者ニ同一ノ取立委任ヲ爲シ得ルコトハ質入裏書ノ場合ト同一ニシテ(四六三條)唯左ノ點ニ於テ重要ナル差異ヲ見ルノミ

第一 質入裏書ニ於テハ被裏書人ハ自ラ手形上ノ權利者ト爲ル故ニ自己ノ名ヲ以テ債務者ニ對シ訴ヲ起スコトヲ得之ニ反シテ取立委任ノ裏書ニ於テハ單ニ取立ノ爲メニ被裏書人ハ委任ヲ受ケタルニ過キササルヲ以テ其行使スヘキ權利ハ自己ノ權利ニ非スシテ裏書人ノ權利ナリ故ニ裏書人ノ名ヲ以テテノミ訴フルコトヲ得

第二 質入裏書ニ於テハ被裏書人タル質權者ハ其善意ナル場合ハ債務者ヨリ何等ノ抗辯ヲ提出セラルルコトナシ(四四〇條)換言スレバ其裏書人ノ權利ノ缺點ヲ承繼セス之ニ反シテ取立委任ノ裏書ノ場合ハ其行使スル權利ハ裏書人其者ノ權利ナルヲ以テ債務者ハ其裏書人ニ屬スル抗辯ヲ以テ取立ノ被裏書人ニ對抗スルコトヲ得

第三 振出人カ裏書ヲ爲スコトヲ禁シテ振出シタル手形ニ於テハ質入裏書ト雖モ之ヲ爲スコトヲ得サルモノト解セサルヘカラス然レトモ取立ノ委任ハ妨ナキモノト解釋スルコトヲ得ヘシ

第三章 手形ノ支拂

手形ノ支拂ハ手形ノ終局ノ目的ニシテ之ニ因リテ手形關係ハ全ク消滅ニ歸シ所持人ハ手形ヲ取

得シタル目的ヲ達スルニ至ルヘシ而シテ約束手形ニ於テハ振出人カ主タル義務者ナルヲ以テ之ニ對シ其支拂ノ請求ヲ爲スヘキハ勿論ニシテ唯他地拂手形ニ於テ振出人カ支拂擔當者ヲ記載シタル場合ニ於テハ其支拂擔當者ハ支拂ノ義務者ニ非サレトモ其支拂ヲ爲スヘキ當事者トシテ指定セラレタルモノナルヲ以テ所持人ハ其手形記載ノ文言ニ從ヒ其擔當者ニ請求ヲ爲スヘキモノナリ然レトモ此場合ハ民法ニ所謂權利ノ主張ニ非スシテ單ニ支拂ノ請求ヲ試ムルニ過キス故ニ其者カ支拂ヲ承諾セサル場合ニ於テハ之ニ對シ其支拂ヲ強制スルコトヲ得ス唯振出人其他ノ者ニ請求ヲ爲スコトヲ得ルニ止マルヘシ

手形ハ流通證券ナルヲ以テ満期日ノ到來ニ因リテ義務者ハ當然遲滞ノ責ニ任スルモノニ非ス即チ満期日後所持人カ其證券ヲ呈示シテ履行ノ請求ヲ爲シタルトキヨリ遲滞ノ責ニ任スヘキモノナリ(二七九條、二八〇條)是レ手形カ呈示證券タル所以ニシテ呈示ニ因リテノミ支拂ノ請求タル效力ヲ生ス故ニ呈示ナケレハ満期日到來スルモ振出人ハ履行ノ責任ヲ負擔セス

手形ハ呈示證券ナルヲ以テ其支拂ヲ爲スニ於テモ呈示ヲ受ケタル際其證券ト引換ニ之ヲ爲ササルヘカラス(四八三條一項)故ニ手形ナル證券ト引換ニ非スシテ支拂ヲ爲シタル場合ニ於テハ其當時ノ所持人ニ對シテハ之ニ因リテ義務ヲ免ルルト雖モ其所持人ヨリ善意ニテ手形ヲ取得シタル者ニ對シテハ其手形金支拂ノ請求ヲ拒絕スルコトヲ得ス隨テ債務者ハ嘗テ手形金ノ支拂ヲ爲シタリトノ事由ヲ以テ善意ノ取得者ニ對シ對抗スルコトヲ得ス然レトモ手形金ノ一部支拂ノ

場合ニ於テハ尙ホ支拂ナキ殘部ニ付キ權利ヲ行使スルノ必要アルヲ以テ其手形ヲ債務者ニ返還スルコトヲ得ス此場合ニ於テハ所持人ハ一部支拂アリタル旨ヲ手形ニ記載シ且別ニ其一部支拂ヲ受ケタルコトヲ證スル爲メ手形ノ謄本ヲ作成ノ上之ニ署名シテ債務者ニ交付スルコトヲ要ス(四八四條二項)又全部支拂ノ場合ニ於テハ手形其モノニ受取ノ旨ヲ記載シテ之ヲ交付スヘシ(四八三條二項)

手形ノ満期日ノ到來シタル後二日間ニ所持人ヨリ請求ヲ受ケサル場合ハ振出人ハ其手形金ヲ供託シテ債務ヲ免ルルコトヲ得(四八五條)蓋シ所持人カ長ク手形金ノ請求ヲ爲ササル場合ハ振出人ハ常ニ支拂ノ準備ヲ爲ササルヘカラス即チ長ク其法律關係ヨリ脫退スルコトヲ得ス此ノ如キハ商業上甚タ厭フ所ナルヲ以テ手形法ハ民法ノ原則ヲ應用シテ此場合ニ於テモ供託ヲ許スモノトセリ此供託ヲ爲シタル場合ニ於テハ其結果當然手形關係消滅シ所持人ハ唯供託金ノ上ニ權利ヲ有スルニ過キサルモノト爲ルヘシ而シテ其供託金ノ上ニ於テ權利ヲ行使シ得ヘキ期間ハ手形時効ヲ以テ定ムヘキカ又ハ民法上ノ時効ヲ以テ定ムヘキカハ稍々疑問ナルモ恐ラクハ手形時効ニ服スルモノト論セサルヘカラス其理由ハ所持人カ手形ノ請求ヲ怠リタル結果ニ對シ特ニ利益アル地位ヲ之ニ與フルハ不當ナルヲ以テナリ次ニ振出人カ供託金ヲ取戻シタル場合ニ於テハ初ヨリ供託ヲ爲ササリシモノト看做ササルヘカラス爾ヲ以テ手形關係モ亦消滅セサリシモノト看做ササルヘカラス即チ所持人ハ其手形ニ依リテ權利ヲ主張スルコトヲ得

終ニ手形ヲ呈示シテ支拂ヲ請求スルコトハ所持人ノ自由ニシテ苟モ手形カ時效ニ罹ラサル間ハ特ニ呈示期間ニ付キ制限アルヘキ理ナシ然レトモ一覽拂ノ約束手形ニ於テハ其呈示ノ當時ニ支拂フヘキ手形ニシテ其準備ノ爲メ常ニ資金ヲ空シク藏置セサルヘカラス故ニ此ノ如キ不利益ヲ免ルルカ爲メ法律ハ特ニ一定ノ期間内ニ呈示ヲ爲スヘキ旨ヲ手形ニ記載スルコトヲ振出人ニ許シタリ振出人其記載ヲ爲シタルトキハ所持人ハ其期間内ニ呈示ヲ爲ササルヘカラス若シ其期間ノ定ナキ場合ハ法律ハ日附ヨリ一年間ヲ以テ其呈示期間ト定メタリ(四八二條)又所持人カ其間ニ呈示ヲ爲シテ其支拂ヲ受ケサリシ場合ニ於テハ其事實ヲ拒絕證書ニ依リテ證明シ前者ニ對シ償還ノ請求ヲ爲スノ外ナシ若シ又其拒絕證書ノ作成ヲ怠リタルトキハ縱令實際上支拂ノ爲メ呈示ナル事實アリトスルモ拒絕證書以外ノ證據方法ヲ許ササルヲ以テ結局支拂ノ爲メ呈示ナカリシモノト謂ハサルヘカラス即チ此場合ハ所持人カ法定ノ呈示期間ヲ遵守セザリシモノト看做スヘキ場合ナルヲ以テ前者ニ對スル手形上ノ權利ヲ失フコトヲ以テ其制裁ト定メタリ(四八二條)

第四章 償還請求

手形ハ滿期日ニ至リテ振出人カ手形金ヲ支拂フコトニ因リテ其最後ノ目的ヲ達スルモノナルモ若シ其支拂ナキトキハ手形ノ信用ハ之カ爲メ毀損セラルヘキモノナルヲ以テ所持人ヲシテ其取

得セル手形ニ關シ豫期ニ反スルカ如キ不幸ナカラシメンカ爲メ法律ハ之ニ與フルニ償還請求權ヲ以テシ其利益ヲ擔保セリ而シテ其償還請求權ナルモノハ後者カ前者ニ對シテ手形金額、利息及ヒ費用ヲ求償セシムル權利ニシテ普通ノ場合ニ於テハ所持人カ此權利ヲ行使シ若シ後者ニ償還ヲ爲シタル裏書人アル場合ニ於テハ其裏書人其權利ヲ行使ス(四八六條、四八八條)

償還請求權ヲ行使スル手續ハ第四八七條ノ規定スル所ニシテ即チ手形ノ呈示及ヒ其呈示アリタルニモ拘ハラス支拂ナカリシ場合ニ於テ所持人カ此權利ヲ行使セント欲セハ滿期日又ハ其後二日內ニ支拂拒絕證書ヲ作成セシメ且償還ヲ爲サシメント欲スル前者ニ對シテ其證書作成ノ翌日迄ニ償還請求ノ通知ヲ發セサルヘカラス是レ畢竟スルニ手形ノ不渡ト爲リタル事實ヲ正確ニ立證シ之ト同時ニ前者ヲシテ償還義務ヲ履行スル準備ヲ爲サシメンカ爲メノ手續ニ外ナラス而モ此手續ハ手形法ノ認メタル唯一ノ方法ニシテ其他ノ請求ノ方法ヲ許サス隨テ此手續ヲ怠ルトキハ前者ニ對スル償還請求ノ權利ヲ喪フニ至ルヘシ

裏書人カ請求スル場合ニ關シテハ第四八八條ノ規定スル所ニシテ即チ此場合ニ於テハ既ニ一旦拒絕證書ノ作成アリタル後ナルヲ以テ同一ノ手形ニ關シ二通以上ノ拒絕證書ヲ作成スルノ必要ナシ(五一六條)故ニ單ニ自己ノ請求ヲ爲サント欲スル前者ニ對シ通知ヲ發スルヲ以テ足ルモノトセリ

右何レノ場合ニ於テモ償還請求ノ手續ノ性質ハ其レ自體ニ於テ當然償還ノ請求タル效力アルニ

非スシテ單ニ其前提條件タルニ止マルヘシ隨テ此手續ノ外向ホ特ニ手形ヲ呈示シテ請求ヲ爲ササルヘカラス又債務者ハ此呈示ヲ受ケサル以上ハ縱令償還請求ノ通知アルモ之カ爲メ直チニ還滯ノ責ニ任スルコトナシ

次ニ償還請求ノ手續ニ關シテハ手形當事者ヲシテ特ニ之ヲ免除セシムルコトヲ許シタル場合アリ即チ支拂拒絶證書作成免除ノ場合ニシテ裏書人ハ裏書ノ際拒絶證書作成ノ義務ヲ免除スル旨ヲ附記スルコトヲ得此免除アル場合ニ於テハ其者ニ對シ拒絶證書ノ作成ナシト雖モ償還請求ノ權利ヲ行使スルコトヲ得然リト雖モ是レ其作成義務ヲ免除シタル者ニ對スル場合ニ限リ其他ノ者ニ對シ償還請求ヲ爲サントスル場合ニ於テハ其證書ノ作成ヲ要ス隨テ實際ニ於テ之ヲ作成スルコト普通ニシテ寧ロ法律ノ希望スル所タリ故ニ其作成アリタル場合ニ於テハ免除ヲ爲シタルモノト雖モ其費用ノ負擔ヲ辭スルコトヲ得ス(四八九條)唯此點ニ關シ最モ困難ナル問題トスル所ハ償還請求ニ關スル期間ノ起算ニシテ法律ハ其起算點ニ關シ何等ノ解決ヲ與ヘス一說ニ依レハ證書作成ナキ場合ニ於テハ通知期間ノ起算點ナキヲ以テ全然通知ノ手續ヲ要セサルモノトセリ(梅博士)他ノ一說ニ依レハ證書作成ノ義務ヲ免除シタル場合ニ於テハ通知期間ノ起算點ナシト雖モ單ニ之ニ因リテ通知義務ヲ免除シタルモノト解スルハ不當ナリ故ニ此通知ハ普通ノ場合ニ於ケル最後ノ通知期間ニ之ヲ爲スヲ以テ足ルモノナリトセリ(大審院判決及岡野博士)又他ノ一說ニ依レハ通知ヲ以テ證書作成ノ翌日迄ニ發セシムルモノト爲シタル所以ノモノ

ハ其當時ニ於テ償還ノ請求ヲ爲スニ適當ナル時期ニ達セルヲ以テナリ然ルニ證書作成ノ免除ヲ爲シタル場合ニ於テハ單ニ振出人ニ手形ヲ呈示シテ其支拂ヲ求メタルニ拘ハラズ其支拂ヲ受タルコト能ハサリシ事實ニ因リ當然其請求ヲ爲シ得ヘキ時期ニ達シタルモノナルヲ以テ遅クトモ其呈示ヲ爲シタル日ノ翌日迄ノ間ニ於テ其通知ヲ發セサルヘカラス唯此場合ニ於テハ拒絶證書ノ作成ヲ要セサルヲ以テ何時呈示ヲ爲シタルヤハ實際上立證スルコトヲ必要トセス從テ結果ヨリ觀レハ第二說ト異ナル所ナシト雖モ理論ニ於テハ全ク其立脚點ヲ異ニス予ハ此說ヲ採ル

裏書人カ後者ニ對シ償還義務ヲ盡シタル場合ニ於テハ更ニ其裏書人ハ前者ニ對シ償還ノ請求ヲ爲スコトヲ得ト雖モ此場合ハ後者ニ償還ヲ爲シタルコトカ前者ニ對スル權利ヲ主張スルコトヲ得ル直接ノ原因ニシテ單ニ後者ヨリ通知ヲ受ケタルノミニシテ未タ其償還ヲ爲ササル時期ニ於テハ更ニ前者ニ對シ直接ニ義務ノ履行ヲ強要スルコトヲ得ス然ルニ商法第四八八條ニ於テ特ニ此場合ニ於テモ尙ホ前者ニ對シ償還ノ請求ヲ爲シ得ルカ如ク規定セルモ是レ畢竟豫メ前者ニ對シテ通知ヲ發スヘキ旨ノ規定ヲ置クカ爲メ其前置詞トシテ其旨ヲ認メタルニ過キサルモノナリト解セサルヘカラス

償還ノ請求ハ所持人ヲシテ正當ノ時期ニ手形ノ支拂ヲ得タルト同一ノ利益ヲ爲サシムルヲ以テ目的トスルモノナルヲ以テ其請求ヲ爲シ得ヘキ金額モ亦其範圍ニ限定セラル即チ第四九一條ノ規定スル所ニシテ左ノ如シ

第一 支拂アラサリ手形金額

第二 支拂満期日以後ノ法定利息 満期日ハ手形債務ノ辨償期日ナルヲ以テ其日ヨリ利息ヲ起算セシムルハ普通ノ場合ニ於テ相當ナリト雖モ所持人カ手形ヲ呈示シテ其支拂ヲ請求スルコトヲ得ルハ尙ホ其後二日以内ニ於テ爲スヲ以テ足ル隨テ此場合ニ於テ絶對的ニ支拂満期日以後ノ利息ヲ請求スルコトヲ得セシムルハ稍、不當ノ感アルノミナラス此規定自身ニ於テハ何時迄ノ利息ナリヤ明瞭ヲ缺ケリ然リト雖モ是レ恐クハ所持人ノ請求スル時迄ノ利息ヲ意味スルモノナルヘキカ

第三 拒絶證書作成ノ費用

第四 其他ノ費用 例ヘハ償還請求ノ通知ノ費用即チ書留郵便料又ハ送達料及ヒ其他官署、公署ニ問合ヲ爲シタル費用等ノ如シ

以上ハ所持人ノ請求シ得ヘキ償還金額ノ範圍ナリ然リト雖モ後者ニ對シ償還ヲ爲シタル裏書人カ更ニ前者ニ週及シテ請求ヲ爲ス場合ニ於ケル金額ノ範圍ハ之ヨリ増加スヘキハ勿論ニシテ商法第四九二條ノ規定セル所ナリ要スルニ手形ノ償還金額ハ後者ヨリ前者ニ週ルニ從ヒ増加スヘシ(爲替相場ニ關シテハ後ニ之ヲ説明スヘシ)

償還ハ前者カ後者ニ對シテ其支拂アラサリ手形金額、利息及ヒ費用ヲ償還スル義務ノ謂ニシテ前者、後者ノ關係ニ於テノミ生スル現象ナリ唯振出人ハ形式上所謂前者ナルモ手形上ノ絶對債務者ニシテ償還義務者ニ非ス故ニ手形ノ最後ノ償還義務者カ振出人ニ對シテ爲ス請求ハ所謂償還ノ請求ニ非スシテ又此請求ニ應ジテ爲ス支拂モ所謂償還義務ノ履行ニ非ス故ニ手形法上償還ナルモノハ單ニ償還義務者トシテ前者カ其後者ニ對シテ爲ス所ノ義務ノ履行ノ場合ニ限ル此義務ハ事實上ニ於テハ手形金ノ支拂ト謂フコトニ歸著スルモ手形法上ニ於テハ所謂手形ノ支拂ニ非ス故ニ支拂ニ關スル原則ヲ此場合ニ適用スルコトヲ得ス

償還ノ手續ハ左ノ如シ即チ左ノ書類ト引換ニ償還金額ヲ支拂フヘキモノナリ(四九五條)

一 約束手形 手形ノ所持人又ハ後者ニ償還ヲ爲シタルカ爲メ手形ヲ所持スル者ハ償還金額ヲ受取ルト同時ニ手形其モノヲ交付セサルヘカラス蓋シ手形ハ絶對的證券ニシテ權利ノ總テノ效力カ其書面ニ附著スルモノナルカ故ニ其義務ノ辨償ニ因リテ請求ノ消滅ヲ來サシムルニハ其證券自體ヲ返還セサルヘカラサルハ當然ナリ故ニ償還ヲ爲ス者ハ必ス手形ヲ回收スヘク若シ其回收ヲ怠リタルトキハ同一手形ニ對シテ再ヒ償還義務ヲ履行セサルヘカラサルノ危險ヲ負擔セサルヘカラス

二 支拂拒絶證書 償還ヲ爲ス者カ此書面ノ交付ヲ受クル理由ハ之ニ因リテ自己ノ償還義務ノ履行カ正當ノ理由ニ因リテ爲サレタルコトヲ證明スル必要ニ出テタルモノナリ

三 償還計算書 是レ償還金額ノ内容ヲ記載シタル明細書ニシテ之ニ因リテ償還金額ハ如何ナル要素ヨリ成立スルカヲ明カニスルモノニ外ナラス而シテ此書類ハ純然タル計算書ニシテ其

レ自身ニ於テハ何等法律上ノ效力ヲ有スルモノニ非ス唯法律ハ便宜上手形自體ニ受取ノ旨ヲ記載セシムル代リニ此計算書ニ受取ノ旨ヲ記載スルコト爲セリ此點ハ手形ノ支拂ノ場合ト異ナル所ナリ

第五章 手形ノ保證

凡ソ保證債務ナル觀念ハ從タル債務ニシテ主タル債務ノ存在ヲ前提ト爲スモノニシテ此理論ハ手形法上ニ於テモ等シク之ヲ認ムル所ナリトス然リト雖モ手形ハ形式的特質ヲ有スル結果トシテ此原則ニ對スル特別ノ法則ヲ定ムルノ必要アリ勿論手形法ニ於テ特ニ保證ニ關スル制度ヲ設クルコトナシトスルモ既ニ手形債務カ一ノ法律上ノ債務ナル以上ハ一般ノ規定ニ依リ之ヲ保證シ得ヘシト雖モ之ヲ普通ノ保證トシテ放任スルトキハ手形ノ形式的性質ト衝突ヲ來シ延イテハ手形ノ信用ヲ強固ナラシムルコト能ハサルノ結果ヲ生ス故ニ法律ハ手形ニ關シ特ニ手形保證ナル制度ヲ設ケ民法ノ想像セサリシ特別ノ效力ヲ認メタリ即チ左ノ如シ

手形ニ保證人トシテ署名シタル者ハ縱令其債務カ實質上無効ナリシ場合ニ於テモ其主タル債務者ノ負擔スヘカリシト同一ノ責任ヲ負擔セサルヘカラス手形ノ補鑒ニ保證ヲ爲シタルモノモ亦同シ(四九七條)是レ手形ノ形式的ナル特質ヨリ來ル自然ノ結果ニシテ手形ノ形式上或者カ債務者トシテ表示セラレタル以上ハ其者ノ債務ハ之ヲ實質的ニ分析スレハ無効ナル場合ト雖モ外

形上方式ニ缺點ナキ限リハ之ヲ完全ナル債務ト推測スルハ取引上當然ナルヲ以テ手形ノ取引上善意ノ取得者ヲ保護スル必要上其債務ノ實質的無効ノ抗辯ヲ禁スル必要アリ故ニ苟モ外形上缺點ナキ手形行爲アル以上ハ其保證人ヲシテ常ニ其責任ヲ負擔セシムルノ必要アリ然リト雖モ茲ニ注意ヲ要スルハ其主タル債務者ノ債務カ形式ニ於テ既ニ不完全ナル以上ハ此理論ヲ應用シ得サルコト是ナリ例ヘハ主タル債務者ノ署名ヲ缺キ又ハ其他人ヲ代理スル權限ナキ者カ手形ニ署名シ而モ其權限ナキ事實カ手形上表ハレタルトキハ形式上手形債務ハ存在セサルカ故ニ從テ其保證モ亦無効ナリ其他總テ手形行爲ノ形式的要件カ缺ケタル場合モ皆同一ナリ

保證ハ手形行爲ニシテ手形面ニ署名シテ之ヲ爲ササルヘカラサルハ他ノ振出又ハ裏書ニ於ケルト同一ナリ而シテ其署名ヲ爲スニ當リテハ主タル債務者ノ署名ト共ニ並ヒ之ヲ爲スヲ通常トス故ニ實際ニ於テハ手形ノ形式上何人ノ爲メニ保證ヲ爲シタルカヲ明カニ知ルコトヲ得ス例ヘハ裏書人ノ署名ト相並ヒテ記載シタルトキハ其裏書人ノ保證人タルコト明カナリ然リト雖モ場合ニ由リテハ保證債務者ノ位置カ手形面上明カナラサル場合アリ此場合ニ於テハ其保證人ノ債務ハ主タル債務者ヲ知り得ストノ理由ニ因リテ之ヲ無効トセンヨリ寧ロ手形ノ取得者ヲ保護スル爲メ有效トスルヲ得策ナリトス故ニ法律ハ此場合ニ其保證ヲ振出人ノ爲メニ爲シタルモノト看做セリ蓋シ振出人ハ絕對債務者ニシテ最も多數ノ者ニ對シテ債務ヲ負擔スルモノナルカ故ニ此者ノ爲メニ保證債務ヲ引受ケシムルハ最も手形取得者ヲ安全ナラシムルノ效用アルヲ以テナリ

(四九八條)

手形保證ヲ爲シタルモノカ所持人ノ請求ニ應ジテ其保證債務ヲ履行シタル場合ニ於テハ大體ニ於テ民法ニ於ケル保證債務ノ場合ト同一ノ效力ヲ生ス手形法ハ之ヲ具體的ニ示シテ左ノ二ト爲セリ(四九九條)

第一 保證人ハ所持人カ主タル債務者ニ對シテ有セシ權利ヲ取得ス 即チ振出人ニ對シテ所持人ノ有セシ手形金支拂ノ請求權ヲ取得ス此場合ハ其保證人ヨリ支拂ヲ受ケシ所持人自身ノ有セシ權利ヲ取得スルモノナリ故ニ主タル債務者カ其所持人ニ對シ有セシ抗辯ニ服セサルヘカラス

第二 保證人ハ主タル債務者カ其前者ニ對シテ有スヘキ權利ヲ取得ス 是レ保證債務履行ノ效果トシテ主タル債務者ノ地位ニ代ラシムルカ爲メニシテ即チ其者カ自己以前ノ裏書人ニ對シテ有スヘキ償還請求權ヲ取得スヘキモノナリ
右ハ手形保證ノ義務ヲ履行シタル場合ノ效果ナルモ其效果ヨ與ヘタル立法ノ理由ニ於テハ參加支拂ノ場合ト略同一ナリ

第三編 爲替手形

爲替手形ハ或者ヨリ他人ニ對シテ金額ノ支拂ヲ委託セル證券ニシテ約束手形ト異ナル特質ハ金

額支拂ノ約束ニ非スシテ其委託ナル點ニ存ス金額支拂ノ約束ヲ證券上ニ表示シタル場合ニハ之ニ因リテ直チニ手形上ノ債務ヲ生スルハ勿論ナルモ單ニ他人ニ對シテ金額ノ支拂ヲ委託スルモ其受託者ニ對シ直接ニ手形上ノ債務ヲ負擔セシムヘキ理由ナシ即チ爲替手形ニ於テハ第三者ノ手形金支拂カ主タル目的ニシテ振出人カ自ラ之ヲ支拂フコトハ其目的ニ非ス唯手形ノ信用ヲ維持スルカ爲メ法律カ振出人ニ對シ償還義務ヲ負擔セシムルニ止マル故ニ爲替手形ノ振出人ハ約束手形ノ受取人ト殆ト同一ノ地位ニ立ツモノナリ

第一章 爲替手形ノ振出

爲替手形ノ振出モ約束手形ノ場合ト等シク一定ノ事項ノ記載ト其證券ノ交付トノ二者ヲ以テ其要件ト爲ス而シテ其記載ノ事項ニ關シテハ商法第四四五條ノ規定スル所ニシテ其約束手形ト異ナル點ハ支拂人ノ表示ヲ要スルコトト支拂ノ約束ノ文句ニ代フルニ支拂委託ノ文句ヲ記載スルコト及ヒ振出地ノ代リニ支拂地ヲ記載スルコトノ三點ニ在リ

第一 支拂人ノ表示 支拂人ハ爲替手形ニ特有ナル當事者ニシテ約束手形ニ於テハ之ヲ見ルコトナシ而シテ爲替手形ニ其記載ヲ要スル所以ハ爲替手形ノ性質上當然ナル所ナルノミナラス所持人ヲシテ何人ニ對シ手形金ノ請求ヲ爲スヘキヤヲ知ラシムル爲メニ外ナラス此支拂ハ單ニ振出人ヨリ支拂ノ委託ヲ受ケタルコトノミヲ以テハ手形上何等ノ義務ヲ負擔セス手形上ノ

義務ハ常ニ手形行爲ノ存在ヲ前提トシ又手形行爲ハ署名ヲ要件トスル意思表示ナルヲ以テ支拂人カ手形面ニ署名シテ債務負擔ノ意思表示ヲ爲ササル限ハ何等手形上ノ責任ヲ負擔セサルナリ而シテ其意思表示ハ手形ノ引受ナル方法ヲ以テシ此引受ニ因リ支拂人ハ引受人ト變シ茲ニ手形上ノ義務者ト爲ルモノナリ

振出人ハ自己ヲ以テ支拂人ト定ムルコトヲ得(四四七條)是レ手形ノ性質上殊ニ一般法律關係ノ性質上本來兩立スヘカラサルコトニシテ自ラ委託者ト受任者トノ二ツノ資格ヲ兼スルコト能ハサルハ當然ノ事理ニ屬ス然ルニ從來外國ノ實例ニ於テ本店ヨリ支店ニ宛テタル爲替手形ヲ振出スノ習慣アリ此習慣ヨリシテ自己ヲ支拂人ト定ムルコトヲ得ルモノト認メラレ居リシヲ以テ我商法ニ於テモ亦之ヲ繼承シ來リタルモノナリ而シテ此手形ヲ自己宛ノ爲替手形ト稱スルナリ然レトモ實際ニ於テ此種ノ手形ヲ必要トスル場合ニ於テハ約束手形ヲ振出スヲ以テ足ルヘキモノナルヲ以テ必スシモ此ノ如キ變則ナル爲替手形ノ形式ヲ籍ルノ必要ナカルヘシ

第二 支拂ノ委託ノ文句 約束手形ニ於テハ約束ノ文句ヲ記載スヘキモノナルモ爲替手形ニ於テハ委託ノ文句ノ記載ヲ必要トス然リト雖モ此委託ノ文句ヲ證券ニ記載スル形式ニ關シテハ何等ノ制限ナキヲ以テ殊更ニ委託ナル文言ヲ使用セサルモ證券全體ノ構成ヨリシテ委託ノ意思ヲ認ムルコトヲ得ハ足レリ

第三 支拂地ノ表示

約束手形ニ於テハ振出地ノ記載ヲ以テ其要件トスルモ爲替手形ニ於テハ支拂地ノ記載ヲ以テ其要件ト爲セリ支拂地ノ表示トハ言フマテモナク手形上ノ義務ヲ履行スヘキ土地ノ表示ニシテ其地ノ如何ハ約束手形ニ於ケル振出地ノ場合ト同一ナリ

支拂地ハ振出地ニ比シテ最も明瞭ナルコトヲ要スルハ勿論ニシテ手形所持人ヲシテ之ヲ知ラシメサルヘカラスト雖モ之ヲ以テ手形ノ記載條件トシテ數フルノ理由ニ至テハ乏シキモノト謂ハサルヘカラス

爲替手形ノ振出ハ之ニ因リテ手形契約ヲ設定スルコト約束手形ノ場合ト同一ナリト雖モ其法律關係ノ體樣ニ至リテハ彼此大ニ其趣ヲ異ニス其異ナル點ハ悉ク一ハ支拂ノ約束ニ因リ一ハ支拂ノ委託ニ在ルコトヨリシテ生スル結果ニ過キス故ニ振出人ノ責任ニ至リテモ全ク約束手形ノ場合ト異ナリ爲替手形ニ於テ約束手形ノ振出人ニ對當スヘキ者ハ未タ振出ノ當時ニ於テ存在スルコトナク勿論其支拂人ナルモノハ支拂ヲ爲スヘク待テ設ケラレタル當事者ナルモノ單ニ振出人ヨリ委託ヲ受ケタルノモノ事實ヲ以テハ之カ爲メニ手形上ノ義務ヲ發生スルモノニ非ス唯其支拂人カ手形以外ノ法律上又ハ事實上ノ關係ニ基キ甘シテ其支拂ヲ爲セハ之ニ因リテ全部ノ手形關係ヲ消滅セシムヘキモノナルモ其支拂ヲ爲スヤ否ヤハ全ク支拂人ノ任意ニシテ手形上之ヲ強制スルコトヲ得ス故ニ其支拂人カ引受ヲ爲スマテハ主タル義務者存在セス而シテ一旦支拂人カ引受ヲ爲シタルトキハ其支拂人ハ茲ニ全然約束手形ノ振出人ト同一ナル位置ニ立ツ即チ無條件

ニ手形金支拂ノ絕對義務者ト爲ル

次ニ振出人ト支拂人トノ關係ハ手形上ノ効力ヲ生スル事項ニ非シテ振出人カ手形以外ノ民法的契約或ハ其他ノ關係ヲ基礎トシテ手形ヲ振出シタリトスルモ是レ證券外ノ關係ニシテ之ニ因リテ證券上ノ權利義務ヲ生スルコトナシ即チ第三者ニ對シテハ全ク無關係ナル事項ニ屬ス故ニ例ヘハ支拂人ト振出人トノ間ニ如何ナル關係アルモ手形ノ所持人ハ自己ノ利益ノ爲メニ之ヲ援用シテ支拂人ニ對シテ權利ヲ主張スルコトヲ得ス

第二章 爲替手形ノ裏書

爲替手形ノ裏書ハ約束手形ノ裏書ト其性質ヲ同シウシ純然タル債權讓渡ノ關係ニ外ナラス唯約束手形ノ場合ニ於ケル債權讓渡ハ振出人ニ對スル手形金請求ノ權利ノ讓渡ナルモ爲替手形ノ裏書ハ此ノ如キ明確ナル權利ノ讓渡ニ非ス即チ支拂人ハ其引受ナキ以上ハ手形金支拂ノ義務者ニ非サルヲ以テ未タ以テ之ニ對スル權利ナク唯僅ニ振出人ノ擔保責任ニ關スル權利即チ償還請求權ノ附著セル手形關係ヲ讓渡スルニ過キス唯後日支拂人カ引受ヲ爲シタルトキハ法律規定ノ結果之ニ對シテ權利ヲ取得スルニ至ルノミナリ

爲替手形ニハ其謄本ニ裏書スルモ尙ホ一種ノ手形關係ヲ生スルコトアリ即チ約束手形ニ於テハ謄本ノ規定ノ一部ヲ準用セラレ居ルモ謄本ニ依ル流通ナルコトヲ認メス故ニ謄本裏書ハ爲替手

形ニ限ルコト勿論ニシテ尙ホ此他爲替手形ノ引受人カ裏書ニ因リテ自ラ手形ヲ取得スルコトモ是レ其關係ハ約束手形ニ於ケル振出人カ裏書ヲ受ケタル場合ト同一ナリ(四五六條、四五七條)尙ホ終ニ豫備支拂人ノ記載カ特ニ明文ヲ以テ爲替手形ノ場合ニ許サレ居ルコト是ナリ元來約束手形ニ於テハ振出人カ自ラ主タル債權者ナルヲ以テ支拂ナキ場合ヲ豫想シテ所謂豫備支拂人ヲ指定スルコト能ハサルヤ勿論ナリト雖モ之ニ反シテ爲替手形ノ振出人ハ此ノ如キ關係ノ上ニ立タサルヲ以テ其指定ヲ爲スコトヲ許サレ居レリ(四四八條)此點ハ同シク爲替手形ノ裏書人ト雖モ同一ニシテ(四五八條)唯此點ニ關シ問題ト爲ルハ約束手形ノ裏書人カ此記載ヲ許サルルヤ否ヤノ解釋問題ナリ純理上其指定ヲ爲スハ素ヨリ妨ナキ所ナリト雖モ手形法ノ解釋上其記載ハ無効ナリト解スルヲ正當ト信ス

第三章 爲替手形ノ引受

爲替手形ノ所持人ハ其手形關係ニ付テ主タル義務者ナキ以上ハ安シテ満期日ノ到來ヲ待ツコトヲ得ヌ又之ヲ他人ニ裏書スルコトニ關シテモ甚シキ不便ヲ感スヘシ故ニ其手形ニ付テ果シテ支拂人カ振出人ノ委託ニ應シテ手形金ノ支拂ヲ爲スヤ否ヤヲ確メ其承諾アル場合ニ於テハ其目的ヲ達シタルモノナルヲ以テ安シテ其満期日ヲ待チ又ハ之ヲ裏書スルコトヲ得ルモ然ラサル場合ニ於テハ其危險ニ對スル善後策ヲ講セサルヘカラス此目的ノ爲メニ手形ヲ支拂人ニ呈示ス

ルコトヲ引受ノ呈示ト稱シ其呈示ヲ受ケテ手形金支拂ノ意思ヲ表示スルコトヲ引受ト稱ス而シテ引受ノ呈示ハ必ス手形ヲ以テ之ヲ爲ササルヘカラス蓋シ手形ハ流通證券ナルヲ以テ其證券ニ依リテノミ活動シ證券上ノ文言ニ因リテノミ其權利關係ヲ決定スヘキモノナルカ故ニ呈示ニ因リテ支拂人ニ證券ヲ一覽セシメサレハ支拂人ハ引受ノ意思ヲ決定スルコト能ハス又其決定シタル意思ヲ表示スルノ途ナシ是ヲ以テ手形ノ引受ハ他ノ手形行爲ト等シク必ス手形面上ニ之ヲ爲スヘキモノナリ

引受ノ呈示ハ勿論支拂人ニ對シテ之ヲ爲スヘキモノナルモ他地拂爲替手形ニ於テハ稍々問題ト爲ルヘシ然リト雖モ其記載セラレタル所謂支拂擔當者ナルモノハ單ニ支拂ノ爲メノ機械ニ過キスシテ此引受ヲ爲スヤ否ヤノ意思表示ヲ爲スヘキ當事者ニハ非ス故ニ此場合ト雖モ等シク支拂人ニ對シテ爲スヘキモノナリト謂ハサルヘカラス又引受ノ呈示ハ只一回限ニ制限セラレタルモノニ非スシテ一旦拒絕セラレタル後ト雖モ更ニ之ヲ呈示シ又後ノ當事者及ヒ前ノ當事者ノ時代ニ於ケル呈示事實ノ有無ニ關セズ更ニ呈示ヲ爲スコトヲ得

引受ノ方式ハ第四六八條ニ於テ規定スル所ニシテ其第一項ハ普通ノ引受ヲ規定シ第二項ハ略式ノ引受ヲ規定セルモノナリ而シテ引受ヲ爲スヘキ者ノ署名ハ手形ノ性質上其外形ニ於テ支拂人ト同一ノ人タルコトヲ表ハササルヘカラス此點ハ裏書連續ニ關スル原則ノ場合ト同一ニシテ例ヘハ支拂人トシテハ商號ヲ指定セルニ引受ノ際氏名ヲ以テ署名スルハ正當ニ非スト解セサルヘ

カラス

其他引受ニ關スル任意ノ記載事項ハ支拂場所ト支拂擔當者トノ二ナリ（四七三條、四七二條一項）

引受ハ手形ノ文言の證券タル性質上無條件ナル債務負擔ノ意思表示ナラサルヘカラス若シ債務負擔ニ付キ制限若クハ條件ヲ附スルコトヲ許ストキハ手形ノ取得者ハ其制限ニ適フヤ又ハ其條件ノ到來シタルヤ否ヤヲ知ルコトヲ得サルヲ以テ手形ノ流通ニ不便ヲ來スヘシ故ニ手形流通ノ必要上引受ハ單純ナルコトヲ要スルモノナリ此點ハ何レノ國ノ法律ニ於テモ凡ソ一致スル所ニシテ不單純引受ハ引受タル效力ナシ然リト雖モ獨リ一部引受ニ付テハ例外トシテ其效力ヲ認メタリ（四六九條一項）蓋シ一部引受ハ一ノ制限附引受ニ外ナラサルモ之カ爲メニ其範圍内ニ於テハ手形所持人ノ利益ヲ強固ニシ同時ニ前者ノ負擔ヲ輕減スルノ效能アルヲ以テ特ニ之ヲ許シタルモノナリ而シテ此他ノ不單純引受ハ之ヲ引受ノ拒絕ト看做ス（四六九條二項本文）故ニ支拂人カ或條件ヲ附シ引受ヲ爲シタルトキハ所持人ハ此引受ヲ無視シテ前者ニ對シテ引受拒絕ニ基テ擔保請求權ヲ行使スルコトヲ得即チ此點ヨリ云ヘハ不單純引受ハ全ク引受ナキト同一ノ結果ヲ仲フヘシ然レトモ手形ニ於テハ常ニ所持人ヲ保護スルコトニ重キヲ措クモノナルヲ以テ既ニ不單純ナカラ手形面上ニ引受ノ意思表示アル以上ハ手形所持人ヲシテ其意思表示ニ伴フ利益ヲ得セシムルコトハ能ク手形法ノ精神ニ合致スルモノナルヲ以テ此場合ニ於テハ引受人ハ其引

受ノ文言ニ從ヒ責任ヲ負擔スヘキモノト定メタリ(四六九條二項但書)例ヘハ外國ヨリ荷物ノ到著ヲ條件トシテ引受ヲ爲シタル場合ニ於テハ所持人ハ之ヲ引受ノ拒絕トシテ直チニ前者ニ對スル擔保權ヲ行使シ而シテ一方ニ於テ他日其條件ノ到來シタル後引受人ニ對シ手形金ノ請求ヲ爲スノ便宜ヲ有スヘシ故ニ不單純引受ハ此點ヨリスレハ相對的ノ效力ヲ有スルモノニシテ一面ニ於テ前者ニ對スル關係ニ於テ引受ナキモノト爲リ他ノ一方ニ於テ引受人自體ニ對シテハ引受アリタルモノト爲ルヘシ

終ニ引受呈示ノ自由ナルコトニ對スル例外ニアリ其ハ手形ノ性質上引受呈示ナル階段ヲ經サレハカラサルモノニシテ他ノ一ハ當事者ノ意思ニ基キ引受呈示ノ必要ナル場合ナリ前者ハ爲替手形ノ一覽後定期拂ノ場合ニシテ第四六六條及ヒ第四六七條ノ規定ナル所ナリ蓋シ此手形ニ於テハ滿期日ハ呈示ノ時ヨリ起算スルモノナルカ故ニ呈示ナケレハ滿期日ヲ知ルニ由ナク從テ債務ノ辨濟ノ期日ヲ知ルコトヲ得ス故ニ呈示ヲ必要トシテ之ヲ懈怠スルモノニ對シテハ手形上失權ノ制裁ヲ付シタリ後者ハ他地拂爲替手形ノ場合ニシテ第四七二條ノ定ムル所ナリ此手形ニ於テハ性質上引受呈示ヲ要スルニ非サルモ便宜上當事者ノ意思ニ效力ヲ付シテ其呈示ヲ爲サシメ等シク其手續懈怠ニ對シテ失權ノ效果ヲ定メタリ而シテ右何レノ場合ニ於テモ引受ノ呈示ヲ要スルコトハ所持人ニ對スル負擔ノ意味ヲ有セスシテ唯此手續ヲ經サレハ手形上ノ權利ヲ全ウスルコトヲ得スト云フニ止マルノミ即チ失權ノ效果ハ之ニ伴フモ之カ爲メ引受呈示其モノヲ以テ

共同債務者ノ場合ト同一ノ法理ニ基キ法人ノ債權者ハ其債權ノ全額ニ付キ各破産財團ニ對シ破産債權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責任ヲ負ヘハナリ(商六三條、破案一八條)

第三 相續財產又ハ相續人ノ破産ノ場合

此場合モ亦場合ヲ分チテ考察セラルヘカラス

一 相續人ノ破産ノ場合ニハ單純承認アリタル場合ト限定承認アリタル場合トヲ區別スルコトヲ要ス相續人カ單純承認ヲ爲シタル場合ニハ財產ノ分離アリタルキト雖モ相續債權者及ヒ受遺者ハ其債權ノ全額ニ付キ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得蓋シ相續債權者及ヒ受遺者ノ爲メニスル財產ノ分離ハ是等ノ債權者ヲシテ相續財產ニ付キ相續人ノ固有ノ債權者ニ先チテ辨濟ヲ受ケシムルニ過キヌ又相續人ノ固有ノ債權者ノ爲メニスル財產ノ分離ハ相續人ノ固有財產ニ付キ相續人ノ固有債權者ヲシテ相續債權者及ヒ受遺者ニ先チテ辨濟ヲ受ケシムルニ過キヌ單純承認ノ結果トシテ相續人ハ相續債權者及ヒ受遺者ニ對シテ自己ノ固有財產及ヒ相續財產ノ二者ヲ合セタルモノヲ以テ責任ヲ負ヘハナリ(破案一九條、民一〇三條、一〇四二條、一〇四八條、一〇五〇條)之ニ反シテ相續人カ限定承認ヲ爲シタル場合ニハ相續債權者及ヒ受遺者ハ獨リ相續財產ニ付テノみ辨濟ヲ受タルコトヲ得ルニ止マルカ故ニ相續人ノ破産ニ際シテ其破産財團ニ對シテ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得サルハ勿論トス(破

案二一條民一〇二五條

二 相續財産ノ破産ノ場合ニハ相續債権者及ヒ受遺者カ破産債権者タルコトヲ得ルハ勿論ナレトモ相續人モ亦債権者タルコトヲ得ルヤ否ヤ之ニ付テモ亦單純承認アリタル場合ト限定承認アリタル場合トヲ區別スルコトヲ要ス單純承認アリタル場合ニハ相續人ハ債権者ト爲ラス何トナレハ相續人ノ權利ハ混同ニ因リテ消滅スレハナリ之ニ反シテ限定承認アリタル場合ニハ相續人モ亦債権者ト爲ル何トナレハ此場合ニハ相續人カ被相續人ニ對シテ有セシ權利義務ハ消滅セサリシモノト看做セハナリ(破案二二條、民一〇二七條)

相續財産ニ對シテ破産ノ宣告アリタルトキハ既ニ限定承認又ハ財産ノ分離アリタルトキト雖モ相續財産ノ管理及ヒ處分ハ破産法ノ規定ニ依リテ之ヲ爲ス(破案六條)是レ限定承認又ハ財産ノ分離アルトキハ各特別財産ヲ構成シテ之ニ對スル管理及ヒ處分ノ方法行ハルルカ故ニ(民一〇二五條乃至一〇三七條、一〇四一條乃至一〇五一條)最早破産法ヲ適用スルノ必要ナキカ如キ疑アルヲ以テ此規定ヲ置ケルナリ又相續財産ニ對シテ破産ノ宣告アルトキハ最早相續人ノ固有財産ト混同スルノ虞ナシ故ニ破産宣告後ハ財産分離ノ請求ヲ許サス之ニ反シテ限定承認ハ相續財産カ破産ノ宣告ヲ受クルカ如キ場合ヲ主トシテ其適用アルモノニシテ限定承認ヲ爲ス期間内ニ在リテ常ニ之ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ

現行法ニハ別段ノ規定ナキヲ以テ相續財産ニ對シテ破産ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ

破産ハ之ヲ商人ニノミ限リケレハナリ

三 相續財産及ヒ相續人ノ雙方ニ對シテ同時若クハ順次ニ破産ノ宣告アリタル場合ニハ相續人カ限定承認ヲ爲セハ相續債権者及ヒ受遺者ハ相續財産ニ對シテノミ其權利ヲ行ヒ得ルコト勿論ナリト雖モ相續人カ單純承認ヲ爲セハ相續債権者及ヒ受遺者ハ其債權ノ全額ニ付キ獨リ相續財産ニ對シテノミナラス相續人ノ破産財團ニ對シテモ亦其權利ヲ行フコトヲ得然レトモ相續人ノ固有債権者ハ相續人ノ破産財團ニ對シテハ相續債権者及ヒ受遺者ニ先チテ優先的ニ辨濟ヲ受ク又相續債権者及ヒ受遺者ハ相續財産ニ對シテハ優先的ニ辨濟ヲ受クルカ故ニ相互ニ不公平ナル結果ヲ生セス(破案二〇條、二一條、二七條、二九條)尙ホ現行法ニ於テ後ノ場合ニ別除權ヲ與フルコトハ後ニ説明スヘシ

第四 民法第九八九條又ハ第九九一條ノ場合ニ於ケル破産

民法第九八九條又ハ第九九一條ノ場合即チ隱居又ハ入夫婚姻若クハ同籍喪失ニ因リテ家督相續ノ開始サレタル場合ニハ特ニ前戶主ノ債権者ヲ保護スル爲メニ第九八九條ノ場合ニハ前戶主ニ對スル辨濟ノ請求權ヲ認メ第九九一條ノ場合ニハ家督相續人ニ對シテ其受ケタル財産ノ限度ニ於テ辨濟ノ請求ニ應ズヘキ旨ヲ定メタリ故ニ是等二箇條ノ場合ニハ前戶主ノ債権者ハ家督相續人及ヒ前戶主ノ雙方ニ對シテ辨濟ノ請求權ヲ有ス故ニ是等ノ場合ニ於テ相續財産及ヒ前戶主、前戶主及ヒ相續人又ハ相續財産、前戶主及ヒ相續人ニ對シテ破産ノ宣告アリタルトキハ相續債

權者及受遺者ハ其債權ノ全額ニ付キ各破産財團ニ對シテ破産債権者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得(破案二〇條末段)

右ハ前戸主及ヒ相續人ト債権者トノ關係ナリ然ルニ前戸主ト相續人トノ關係ニ於テハ普通ニハ相續人カ民法第九八六條ニ依リ一切ノ權利義務ヲ承繼スルモノナルカ故ニ第九八九條ノ場合ニハ相續人カ總テノ債務ヲ辨濟スヘキモノニシテ又第九九一條ノ場合ニハ家督相續人カ其受ケタル財産ノ限度ニ於テ辨濟ノ責任アルモノナリ故ニ是等ノ場合ニ於テ前戸主カ若シ辨濟ヲ爲ストキハ相續人ニ對シテ求償ノ權利アルハ勿論トス依テ相續人ノ財産ニ對シテ破産ノ宣告アリシ場合ニ債権者カ其破産財團ニ對シテ權利ヲ行ヘハ格別若シ行ハサルトキハ前戸主ハ將來行フコトアルヘキ求償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(破案二二條)

第四節 破産債権トスヘカラル債権

先ニ述ヘタル破産債権ノ定義中ニ包含サル債權ナリト雖モ各特別ノ理由ニ基キ草案ニ於テハ明文ヲ以テ破産債権トナスヘカラルモノヲ列舉セリ今逐次左ニ説明スヘシ(破案二四條)

一 破産宣告以後ノ利息 之ヲ除外スル所以ハ蓋シ利息ハ經過シタル時間ニ對スル元本使用ノ報酬ト見ルヘキモノナレハナリ相續財産ニ對スル破産ノ場合ハ但書ニ依リ例外トシテ破産宣告以後ノ利息モ亦債權額中ニ之ヲ合算スレ草案第一一條ニ於テ相續財産ニ對スル破産ノ場

合ニ利息ノ割引ニ關スル第九條及ヒ第一〇條ヲ適用セザルト全ク同一ノ理由ニ基キ其理由ハ他ナシ抑、相續財産ニ對スル破産ノ場合ニハ一般ノ破産債権者ニ辨濟ヲ爲シタル後ニ或ハ場合ニ由リテハ殘餘財産ヲ生スルコトアリ此殘餘財産ニ對シテハ債権者ハ破産宣告以後ノ利息又ハ第九條及ヒ第一〇條ヲ適用スレハ割引スヘキ等ノ利息ヲモ請求スヘキ權利アリ然ルニ其分配ヲ相續人ノ任意ニ之ヲ爲サシムルハ不可ナリ故ニ殘餘財産ニ對シテ更ニ特別ノ破産ヲ宣告スルカ又ハ或一定ノ順位ヲ規定シ之ニ從テ相續人ヲシテ之カ分配ノ任ニ當ラシムルカ二途ノ中其一ヲ擇フノ外ナシト雖モ前者ハ徒ニ事ヲ煩雜ニシ失費ヲ多カラシムルノミ而シテ後者モ亦相續人ノ爲メニ不便ニシテ且債権者ノ爲メニ不安心ナリ故ニ相續財産ノ債権者ヲシテ破産宣告以後ノ利息又ハ第九條及ヒ第一〇條ヲ適用スレハ割引スヘキ等ノ利息ヲモ合セテ破産債權トシテ主張シ得ヘキモノト爲シタルナリ然レトモ其代リニ是等ノ利息タルヤ通常ノ規定ニ從ヒ破産債權タルモノニ辨濟シ終リテ尙ホ殘餘アリタル場合ニ始メテ是等ノ利息タル債權ニ辨濟ヲ爲スモノナルカ故ニ不公平ヲ生スルコトナキナリ(破案二八條)

現行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明言シ破産宣告以後ノ利息ハ破産債權トスヘカラル旨ヲ明カニセリ然レトモ其利息ヲ生セザルハ法文ニ「財團ニ對シテハ」ト明言セル如ク獨リ破産手續上ニ於テノミ利息ヲ生セザルノ意味

ニシテ破産手續終結後ニ於テ之カ主張ヲ爲シ得ヘキハ勿論トス又同條但書ニ抵當權ノ質權其他ノ優先權ヲ以テ擔保セラレタル債權ハ其擔保物ノ賣拂代金ニ滿ルマテヲ限リテ利息ヲ生スルコトヲ得ト云ヘルハ是レ別除權者タルカ故ナリ別除權者ハ破産債權者ニ非サルカ故ニ草案ニハ斯ル明文ナシト雖モ解釋上同一ノ結果ヲ生スルモノトス(破案七條)

唯茲ニ一考スヘキ點ハ民法第四九一條第一項ト現行破産法第九八九條トノ關係是ナリ民法ノ規定ニ依レハ利息ニ先ツ充當シ而シテ後元本ニ及フ故ニ若シ利息ニ付キ破産宣告後ノ分テ債權全部辨済ヲ受クルマテ計算シ之ニ先ツ擔保物ノ賣拂代金ヲ充當スルモノトスレハ殘額タル債權ハ比較的巨額ニ上ルヘシ然レトモ破産法ノ主意ハ破産宣告ノ時マテノ利息及ヒ元本ヲ擔保物ノ賣拂代金ヨリ先ツ辨済セシメ殘餘アリタル場合ニ於テ始メテ其殘餘金ヲ限リテ利息ヲ生セシムル趣意ナルカ故ニ民法ヲ適用シテ破産宣告ノ前後ヲ問ハス先ツ利息ニ充當セシムル主意ニハ非サルナリ之ニ付テハ大審院ノ判例アリ(大審院判決錄一一輯一一卷六一八頁)唯草案第三三條ニハ單ニ未済ノ債權額ト云フカ故ニ民法ノ規定ニ依リ利息ニ先ツ充當シタル後ノ殘餘債權タルヤ否ヤ現行法ニ對スルヨリモ却テ不明ニ屬スト雖モ理論上固ヨリ現行法ト同一ニシテ先ツ破産宣告當時ノ利息ト元本トニ充當シ而シテ後殘餘ノ債權ヲ生シタル場合ニ始メテ破産債權タルコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ破産宣告當時ヲ區別シテ破産債權ノ額ヲ定ムヘキモノナレハナリ

二 破産宣告以後ノ不履行ニ因ル損害賠償及ヒ違約金 債權其モノハ破産宣告前ニ發生シタルモ不履行ナル事實ハ破産宣告後ニ生シタルモノナルカ故ニ之ニ因リテ生スル損害賠償及ヒ違約金ヲ破産債權ヨリ除外スルモノトス

三 破産手續參加ノ費用 是レ亦破産宣告以後ニ生スルモノナルカ故ニ破産債權ヨリ除外ス現行法モ亦然リ(舊商一〇三三條)

四 罰金、科料、刑事訴訟費用、追徴金及ヒ過料 是等モ亦普通ノ破産債權ト均シク平等ノ辨済ヲ爲スヲ理論上正當トスルカ如シト雖モ實際上ヨリ觀察スルニ破産ノ場合ニ於テ若シ是等ノモノヲ破産財團ヨリ他ノ債權者ト平等ニ分配ニ與ラシメハ其苦痛ヲ感スル者ハ破産者ニ非スシテ債權者ナリ是レ却テ刑罰等ノ目的ニ反スルモノナリ故ニ殘餘財産アリタル場合ニ於テノミ辨済スヘキモノトナシタルナリ尤モ罰金ノ如キハ換刑處分行ハルコトアルヘシ(刑二七條)

以上説明シタル一乃至四ノ債權タルヤ破産債權トスヘカサルニ止マリ之カ爲メニ債權者カ全然其請求權其モノヲ失フモノニ非ス或ハ破産手續以外ニ於テ破産財團ニ屬セサル財産中ヨリ辨済ヲ受ケ又ハ破産手續終結後ニ於テ其權利ヲ行フコトハ固ヨリ之ヲ妨ケサルナリ

第五節 破産債權者ノ順位

原則トシテ破産債権者ハ皆平等ノ割合ヲ以テ辨済ヲ受ケ是レ實ニ破産ノ目的ナリ（破産二五條 商一〇四五條一項）

例外トシテ民法其他ノ法律ニ依リテ破産財團ニ屬スル財産ニ付キ優先權ヲ與ヘラレタル破産債権者アリ此種ノ債権者ハ破産財團ヨリ先ツ優先的ニ辨済ヲ受ケ例ヘハ一般ノ先取特權ヲ有スル破産債権者ノ如シ一般ノ先取特權者ハ債務者ノ總財産ノ上ニ先取特權ヲ有スル者ニシテ別除權ヲ有スル者ニ非サルカ故ニ優先權者トシテ辨済ヲ受ケシムヘキモノトス（破産二五條一項）而シテ先取特權カ一定ノ期間内ノ債權額ニ付キ存在スル場合例ヘハ民法第三〇九條、第三一〇條、第三一五條、第三二四條等ノ場合ニ於テハ其期間ハ破産宣告ノ時ヲ標準トシテ之ヲ起算スヘキモノトス蓋シ先取特權カ擔保スル破産債権其モノヲ破産宣告ノ時ヲ限界トシテ積算スルモノナレハナリ（破産二六條）

又現行法ニハ破産者カ資本ヲ分テ數箇ノ營業ヲ爲シタル場合ニ在リテ各營業ニ對スル債権者ノ爲メニ其各營業ニ關スル財團ニ付キ優先權ヲ以テ辨済ヲ受ケル權利ヲ認メタリ（舊商一〇四五條二項）蓋シ舊商法ハ商人ノミニ破産ノ宣告アルモノトシ商號ニ付テモ商人カ資本ヲ分テ數箇ノ營業ヲ爲ストキハ各營業ニ付キ各別ノ商號ヲ必要トスルモノトス（舊商三條）且商人ハ帳簿ヲ備ヘテ其資本ノ狀態等ヲ明カニスルカ故ニ營業ニ對スル財團ノ範圍明瞭ナルヘシト認メタルニ因ルモノナリ而シテ民事債権者ト商事債権者トノ關係ニ付テハ法文明カニ規定スル所ナキ

モ同條ハ單ニ商事債権者間ノ關係ノミヲ規定シタリト爲スト至當トスルカ故ニ民事、商事債権者間ノ關係ハ單ニ平等ト解釋スルヲ以テ至當トナスヘキ草案ハ商人非商人ニ通シテ破産ノ宣告アルモノトシ商人カ資本ヲ分テテ營業ヲ爲ス場合ニ付テモ斯ル優先位ノ特例ヲ認メサリシ尙ホ草案第二七條及ヒ第二九條ニハ相續財産、相續財産及ヒ相續人、相續財産及ヒ前戶主ニ對シテ破産ノ宣告アリタル場合ニ關シテ優先的辨済ノ順位ヲ定メタリ一言ニシテ之ヲ蔽ヘハ各固有財産ニ付テハ各固有債権者ニ優先的ノ辨済ヲ得セシメントスルニ過キサルモノトス（民一〇三三條、一〇四二條、一〇四七條二項、一〇四八條、一〇五〇條二項）

第六節 破産債権者ノ地位

破産債権者ノ地位トシテ研究スヘキ點ニアリ曰ク破産債権者ノ破産財團ニ對スル關係曰ク破産債権者相互ノ關係是ナリ今此二點ヲ左ニ説明セン（法學協會雜誌二二卷一〇號拙者論文參照）

第一 破産債権者ノ破産財團ニ對スル關係 破産宣告ノ效力トシテ破産債権者團體ハ破産財團ニ對シテ質權若クハ差押權ヲ取得スト爲スノ說獨逸ニ於ケル一二有力ナル學者間ニ行ハルト雖モ之ヲ以テ未ダ破産關係ノ全部ヲ説明スルニ足ラサルノミナラス法律ニ於ケル明文上ノ根據ナクハ斯ル說ハ容易ニ之ヲ採用スヘカラサルナリ既ニ説明シタルカ如ク破産ハ一ノ訴訟事件ニシテ其當事者間ニ單ニ訴訟的法律關係ヲ生スルノミニシテ破産債権者ハ破産財團ニ對

シテ單ニ共同ノ強制執行ヲ爲スニ過キサルナリ故ニ破産債権者ノ破産財團ニ對スル關係モ亦一個ノ訴訟ノ法律關係ニ過キスシテ破産債権者ハ其財團ヨリ排他的ニシテ且其相互ノ間ニ於テハ共同ノ辨濟ヲ受クル權利ヲ有スルニ過キサルナリ要スルニ破産ノ效力シテ破産債権者ノ破産財團ニ對スル實體上ノ權利ニマテ變更ヲ及ホシ破産債権者ハ破産財團ニ對シテ質權若クハ差押權ノ如キ新ナル權利ヲ取得スト爲スハ不可ナリ

第二 破産債権者相互ノ關係 破産債権者ハ破産手續ニ依ルニ非サレハ其權利ヲ行フコトヲ得ス(破産八條、舊商九八七條)蓋シ一方ニ於テハ既ニ破産手續ノ進行中ニ拘ラス破産債権者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ヘキ者カ破産手續ニ參加セス從來ノ如ク自由ニ其權利ヲ行使シ破産者ノ財産ニ對シテ個個ノ強制執行ヲ爲シ得ヘクシテハ各債権者ニ平等ナル満足ヲ得セシメントスル破産手續ハ到底之ヲ遂行スルコト能ハサルヘケレハナリ尤モ草案ニハ但書ヲ附シ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タルカ故ニ之ノミハ例外ヲ成スモノナリ何故ニ斯ル例外ヲ設ケタルカ是レ蓋シ破産ノ宣告アルモ債務者ハ作爲又ハ不作爲ノ自由ヲ喪フモノニ非サルカ故ニ債権者ニ於テ之カ履行ヲ請求シ又其履行ヲ受クルハ破産手續ニ依ラスシテ可ナルノ意ヲ示シタルモノナリ現行法ニハ各個債権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ルカ故ニ作爲又ハ不作爲ノ義務ノ目的トスル債権者ヲ以テ縱シ破産債権者ナリトスルモ草案ノ如キ但書之ナシト雖モ破産手續以外ニ

於テ之カ履行ノ請求ヲ爲シ又ハ破産者ヨリ任意ノ履行ヲ爲シ債権者ハ之カ履行ヲ受クルコトヲ妨ケサルナリ

右ノ如ク破産債権者ハ原則トシテ破産手續ニ依ルニ非サレハ其權利ヲ行フコトヲ得サルカ故ニ破産ノ宣告ハ獨リ破産者自身ニ對シテ拘束力ヲ生スルノミナラス債権者ニ對シテモ亦其效力ヲ生シ債権者ニシテ其權利ヲ行使セスハ則チ已ム苟モ之ヲ行使スル以上ハ破産手續ニ依ラサルヘカラス是ニ於テカ破産債権者ハ破産宣告ニ因リ一ノ團體ヲ形成シテ其權利ヲ行フモノナリ其團體ノ性質ニ關シ或ハ一ノ法人ヲ形成スト說明スル者アリ或ハ一ノ組合體ヲ形成スト解釋スル者アリ然レトモ是等ノ說明ハ何レモ皆正鵠ヲ得タルモノニ非ス

既ニ說明セル如ク破産ハ訴訟事件ナルカ故ニ其當事者間ニ生スル關係モ亦訴訟ノ法律關係ニシテ破産債権者ハ其相互ノ間ニ於テ實ニ共同訴訟ノ關係ニ立ツモノナリ抑、各債権者カ其債權ヲ届出テ破産手續ニ參加スルコトハ恰モ訴ノ提起ニ該當ス而シテ(1)實體上ノ請求權タル各破産債權ノ存否ノ確定セラルルコトハ破産債権者相互ノ爲メヨリ云ヘハ偶然ニモ同一ノ破産手續中ニ於テ之ヲ爲スモノニシテ各債権者ハ相互ニ偶然ノ共同訴訟ノ關係ニ立ツモノナリ何トナレハ各債権者ハ其共同ノ債務者カ破産シタルカ爲メニ偶然ニモ同一手續中ニ於テ債務者ニ對シテ其權利ヲ行フノ已ムヲ得サルニ至リタルモノナレハナリ然レトモ(2)形式上ノ請求權即チ破産手續ニ參加シテ破産財團ヨリ公平ナル辨濟ヲ受ケントスル權利ヨリ言ヘハ眞實債

權者ニ非サルモノ即チ所謂自稱債權者カ其債權ヲ届ケ來ルトキハ各債權者カ辨濟ヲ受ケ得ヘキ類ハ其レタケ減少セシメラルルニ至ルヘキカ故ニ各債權者ハ其届出タル債權ニ對シ縱令破産者自身ハ之ヲ默過スル場合ニ於テモ債權者相互ノ間ニ於テハ異議ヲ述フルノ權利ヲ有ス此相互ノ異議ノ訴ノ關係ヨリ言ヘハ其異議ノ訴ハ各債權者ノ爲メニ唯一のニノミ確定セサルヘカラス換言スレハ一人ノ爲メニ異議カ成立シ他ノ者ノ爲メニ成立セスト謂フコトヲ得ス(破産二四六條)故ニ總テ形式的請求權ノ關係ヨリ言ヘハ各債權者ハ所謂必要の共同訴訟ノ關係ニ立ツモノナリ之ヲ要スルニ實體上ノ債權ヲ破産者ニ對抗スル點ヨリ言ヘハ各債權者ハ相互ニ偶然的共同訴訟ノ關係ニ立ツモノニシテ形式上ノ請求權ノ關係ヨリ言ヘハ各債權者ハ相互ニ必要の共同訴訟ノ關係ニ立ツモノト謂フヘキナリ

第三章 別除權者

第一 別除權ノ定義

別除權トハ破産財團ニ屬スル特定財産ニ付キ破産債權者ニ先テ辨濟ヲ受タル權利ヲ謂フ(破産三〇條舊商九九七條)此定義ヲ分析シテ左ニ其要件ヲ説明スヘシ

(一) 別除權ハ破産財團ニ屬スル財産ニ對シテ行フ權利ナリ此點ニ於テ後ニ説明セントスル所ノ取戻權ト之ヲ區別スルコトヲ得蓋シ取戻權ハ破産財團ニ屬セサル財産ニ對シテ行フ權利ナレハナリ別除權ハ破産財團ニ屬スル財産ニ對スル權利タルノ結果トシテ破産宣告後更ニ其物ノ上ニ物上擔保權ヲ取得サルノ虞ナシ又其目的物ヨリ別除權者ニ辨濟ヲ爲シテ殘餘ヲ生スルトキハ其殘餘ハ當然破産財團ニ歸屬スルコトハ言フ俟タス現行法第九七條ノ末文ニ剩餘アルトキハ買主之ヲ財團ニ拂込ムヘシト云フハ即チ之カ爲メナリ又第三者カ破産者ノ債務ノ爲メニ物上擔保ヲ供シタル場合ハ別除權ノ問題ヲ生セス何トナレハ該財産ハ破産財團ニ屬セサレハナリ

(二) 別除權ハ特定ノ財産ニ對スル權利ナリ例ヘハ或動産若クハ不動産ニ對スルカ如シ故ニ此點ニ於テ財團債權者ヨリ之ヲ區別スヘシ財團債權者モ亦破産債權者ニ先テ破産財團ヨリ辨濟ヲ受クル權利アリト雖モ特定財産ニ對シテ行フモノニ非ス又一般ノ先取特權者ニ別除權ヲ與ヘサルモ亦之ト同一ノ理由ニ基ク蓋シ一般ノ先取特權者ハ民法ノ規定ニ依リ債權者ノ總財産ノ上ニ有スル權利ナレハナリ

(三) 別除權者ハ破産債權者ニ非ス(破産七條)破産債權者中ニモ辨濟ヲ受クルニ付テ其順位ノ存スルコトアルハ既ニ説明シタル所ナリ別除權者ハ同シク破産財團ニ屬スル財産中ヨリ優先的ノ辨濟ヲ受クト雖モ破産債權者ニ非サルカ故ニ破産債權者中ノ優先位者トハ之ヲ區別スヘシ然レトモ別除權者ニシテ普通ノ破産債權者タリ得ル資格ヲ兼ネタル場合ハ別除權ノ全部若クハ一部ヲ拋棄シテ單ニ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ妨ケス又別除權者カ其別除

權ノ行使ニ因リテ辨濟ヲ受クルコト能ハサルヘキ豫定額ニ付テハ之ヲ届出テテ普通ノ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ(破案三三條、二三三條二項、舊商九九九條)

第二 別除權ノ種類

草案並ニ現行法ニ規定シタル別除權者ニ三種アリ

(一) 物上擔保權者 即チ留置權者、特別ノ先取特權者、質權者及ヒ抵當權者はナリ(破案三〇條、舊商九九七條)是等ノ物上擔保權者ニ別除權ヲ與フルハ固ヨリ當然ノコトニシテ專口是等ノ權利自體ノ效力ト謂フモ可ナリ而シテ是等ノ權利者中ニハ同時ニ破産者ニ對スル債權者ニシテ別除權ヲ拋棄シテ破産債權者タリ得ル者アリ又破産者カ他人ノ債務ノ爲メニ物上擔保ヲ供與シタル場合ニ於ケル權利者モアルヘシ而シテ後者ノ場合ニ在リテハ終始別除權者タリ得ルニ止マルモノトス

一般ノ先取特權者ニ別除權ヲ與ヘサルコトハ既ニ一言シタリ蓋シ一般ノ先取特權ハ債務者ノ總財産ノ上ニ行フ權利ニシテ破産ノ宣告アリタル場合ノ如キハ寧ロ破産財團ヲ換價シテ得タル總額產ノ上ヨリ優先的ニ辨濟ヲ受クヘキ者ノ範圍ニ屬スルナリ(破案二五條一項)唯現行法第九九七條ニ於テハ單ニ優先權ト云フカ故ニ一般ノ先取特權者モ亦別除權ヲ有スルヤ否ヤ一疑問ナリト雖モ現行法ニ於テモ一般ノ先取特權者ニハ別除權ヲ與フヘキモノニ非ス蓋シ舊商法ハ新民法ニ先チテ制定セラレ一般ノ先取特權ノ效力ノ何タルコトモ新民法ニ依リテ始メ

テ定メラレタルモノナルカ故ニ二者ヲ併セ施行スル場合ニ於テ斯ル疑ヲ生スルハ異トスルニ足ラス然レトモ一般ノ先取特權ハ債務者ノ總財産ノ上ニ存スル權利ナルカ故ニ若シ一般ノ先取特權者ニシテ別除權ヲ有セハ第九八七條ノ規定ニ從ヒ破産手續以外ニ於テ債務者ノ總財産中何レノ部分ニ對シテモ其權利ヲ行フコトヲ得之カ爲メニ破産管財人ハ其職務ヲ妨害サレ破産手續ハ到底之ヲ遂行スルコト能ハサルニ至ルヘシ故ニ一般ノ先取特權者ニ別除權ヲ與フルハ到底破産手續ノ性質ト相容レス故ニ現行法ニ於テモ一般ノ先取特權者ハ別除權ヲ有セス第一〇四五條爲一項ニ依リ單ニ優先位者トシテ破産財團ノ總額中ヨリ辨濟ヲ受ケ得ルニ過キサルナリ

留置權者ニ別除權ヲ與フヘキヤ否ヤハ疑問ナリ何トナレハ留置權者ハ其債權ノ辨濟ヲ受クルマテ他人ノ物ヲ單ニ留置スル權利ヲ有スルノミニシテ其物ヨリ直チニ辨濟ヲ受クル權利者ニ非サレハナリ然レトモ債權全額ノ辨濟ヲ受クルマテ其物ヲ留置セラルルハ他ノ債權者ノ苦痛ノ程度ヨリ云ヘハ其物自體ヨリ先ツ辨濟ヲ受ケラルルト毫モ異ナル所アラヌ又破産手續ノ上ヨリ云フモ留置權ヲ有スル債權者ヲシテ普通ノ破産債權者トシテ其債權ヲ届出ラシメ而モ財團中ノ或特定物ニ付キ債權全額ノ辨濟ヲ受クルマテ其物ヲ留置スル權利ヲ行ハシムルハ唯徒ニ破産手續ヲ遅延セシムルニ過キス故ニ草案ニ於テハ斷然他ノ物上擔保者ト均シク留置權者ニモ亦別除權ヲ與ヘタルナリ

同一ノ目的物ニ付キ皆附權、特別ノ先取特權等物上擔保ノ競合シタルトキハ其權利者間ニ於ケル順位ハ固ヨリ民法其他ノ法律規定ニ依リテ定マルモノトス(舊商九八條)草案ニハ明文ナキモ是レ當然ノ事トシテ明文ヲ置カサルナリ

(二) 共有ニ關スル債權ノ爲メノ別除權 財產權ノ共有者ノ一人カ破産シタル場合ニ於テ共有ニ關スル債權ヲ有スル他ノ共有者ハ分割ニ因リテ破産者ニ歸スヘキ共有財產ノ部分ニ付テ別除權ヲ有ス(草案三一條)是レ民法第二五九條ト同一ノ理由ニ基ク抑、共有財產ヲ分割シ破産者ノ有ニ歸スヘキ部分ハ畢竟之ニ關スル債權ヲ引去リタル純粹ノ殘存部分ニシテ其殘存部分カ破産財團ニ歸スヘキモノナリ故ニ共有ニ關スル債權ニ付テハ別除權ヲ與ヘテ先ツ破産者ニ歸スヘキ部分ニ付テ辨濟ヲ受ケシムヘキナリ而シテ該共有關係ハ破産宣告ノ當時ニ於テ之ヲ有セサルヘカラス既ニ分割シ終リテ共有關係ノ消滅シタル後ニ於テハ此條文ノ適用ナシ蓋シ法文自身カ常ニ共有關係ノ存スル場合ニ於テ共有者ノ一人カ破産シタル場合ヲ豫想スレハナ

(三) 相續債權者及ヒ受遺者ノ別除權 現行法ニ於テハ相續人ノ破産ノ場合ニ其取得シタル相續財產ニ付キ相續債權者及ヒ受遺者ノ爲メニ別除權ヲ認メタリ(舊商一〇〇條)然レトモ(イ)其取得ノ原因ハ支拂停止後ニ生スルコトヲ要ス蓋シ現行法ニ於テハ支拂停止ヲ以テ破産原因ト爲シタルカ故ニ支拂停止前ニ於ケル取得ハ普通ノ財產取得ト同一ニシテ債務者ノ財產

トシテ他ノ債權者ノ爲メニモ擔保視セラルルニ至ルヲ以テナリ而シテ支拂停止後ノ取得タル以上ハ破産宣告後ノ取得ハ勿論未タ破産ノ宣告ナキ場合ノ取得タリト雖モ別除權ヲ發生スヘシ又茲ニ遺產ヲ取得シト云フハ家督相續、遺產相續ヲ包含スヘク又包括遺贈ノ場合モ遺產相續人ト同一ノ權利義務ヲ有スルカ故ニ此中ニ含マルト謂ハサルヘカラス(民一〇九二條)(ロ)又別除權ノ生スルニハ單純承認アリタル場合ニ限ル何トナレハ限定承認ノ場合ハ特ニ別除ノ必要ヲ見サレハナリ(ハ)又別除ノ目的物ハ現存スルコトヲ要ス即チ相續財產カ尙ホ現存スルカ又ハ未タ債務者ニ支拂ハレサル相續財產所屬ノ金錢アルコトヲ要ス既ニ相續財產カ相續財產トシテ現存セス又金錢ニシテ既ニ債務者ニ支拂ハレ債務者ノ財產ニ混同シタルトキハ別除權ヲ行フコトヲ得ス是レ法律ハ之ニ因リテ別除ノ目的物ノ消滅シタルト認メタルニ因ルモノナリ

草案ニ在リテハ斯種ノ別除權ヲ認メス蓋シ相續債權者及ヒ受遺者ハ民法上財產分離ノ請求權ヲ有スルノミナラス相續財產ニ對シテモ亦破産ノ宣告アルモノト認メ相續債權者及ヒ受遺者ヲシテ相續人ノ債權者等ニ先チテ辨濟ヲ受ケシムルモノトシタルヲ以テナリ(草案二七條)

第三 別除權ノ行使

別除權ハ破産手續ニ依ラスシテ之ヲ行フ(草案三二條)故ニ別除權者ハ破産手續以外ニ於テ別除ノ目的物ヲ差押ヘ之カ強制執行ヲ爲シ得ヘキナリ即チ其擔保物ノ賣拂代金ヨリ費用、利息及ヒ

元金ノ支拂ヲ受クルコトヲ得而シテ其辨濟ノ充當ハ民法ノ規定ニ依ル然レトモ利息ニ付テハ既ニ述ヘタル如ク財團ニ對シテハ利息ヲ生スルコトヲ止メ唯賣拂代金中殘餘ヲ生スル場合ニ其額ヲ限トシテ利息ヲ生スルモノナルカ故ニ民法第四九一條ノ規定ハ利息ニ付テ先ツ破産宣告ノ前日ノ分マテヲ計算シテ之ニ先チ充當スルモノト解スヘキナリ(舊商九八九條但書)然ルニ別除權ノ目的タル財産ハ破産財團ニ屬シ破産財團ノ管理及ヒ處分權ハ破産管財人ニ專屬スルカ故ニ(破産四三條、商九八五條)別除權者カ其權利ヲ行使スルニハ破産管財人ニ對シテ裁判上又ハ裁判外ニ於テ之ヲ主張スルコトヲ要ス(舊商一〇〇六條二項)管財人ハ別除權者ニ辯濟ヲ爲シテ別除權ノ目的タル財産ヲ受戻シ之ヲ破産財團ニ組入ルルコトヲ妨ケス別除權ノ主張ニ對シテ管財人之ヲ承認スレハ可ナルモ若シ承認セサルトキハ別除權者ハ裁判所ニ訴フルノ外ナシ破産宣告前ニ既ニ訴訟カ繫屬セル場合ニ於テハ管財人ニ對シ又ハ管財人ヨリ訴訟ヲ受繼クコトヲ得(破産六八條六九條舊商九八五條三項)

別除權者ハ如何ナル時期ニ於テモ其權利ヲ行使スルコトヲ得凡ソ權利ハ權利者カ之ヲ行使スルト否トハ其者ノ自由ナレハナリ然レトモ管財人ハ別除權ノ目的タル財産ニ付テモ之ヲ換價スル權能ヲ有ス(草案一九九條、舊商一〇一八條)之ヲ換價シタルトキハ別除權ノ原因タル權利カ消滅シタルトキト否トヲ區別シテ考察スルコトヲ要ス其消滅セサル場合例ヘハ別除權ノ原因タル權利ヲ留保シテ換價シタル場合ノ如キハ別除權者ハ第三取得者ニ對シテ其權利ヲ主張スヘシ之

ニ反シテ競賣ニ依リテ換價シ別除權ノ原因タル權利カ消滅シタルトキハ(號二條)草案ノ規定ニ依レハ爾後別除權ハ代金ノ上ニ存ス而シテ別除權者カ受クヘキ金額ハ之ヲ供託スルコトヲ要ス(草案一九九條二項)故ニ中間配當又ハ最後ノ配當ニ在リテモ既ニ其權利ヲ行使シタル別除權者ニ辨濟スヘキ部分ハ常ニ其金額ヲ供託スルコトヲ要ス別除權者カ其權利ヲ行使シタル後ハ管財人ハ常ニ之ニ辨濟ヲ爲スノ義務アリ故ニ若シ別除權者カ受クヘキ金額ヲ供託セシテ之ヲ破産債權者間ニ配當シタルトキハ管財人ハ之カ損害賠償ノ責ニ任セサルヘカラサルノミナラス(草案一六一條、舊商一〇一一條)財團ハ不當利得ヲ爲シタルモノナルカ故ニ別除權者ハ財團債權者トシテ爾後其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ

唯問題ト爲ルハ別除權者カ未タ其權利ヲ行使セサルモ別除權ノ存在スルコトハ管財人之ヲ知レル場合ニ將來或ハ行フコトアルヘキ別除權ノ爲メニモ尙ホ管財人ハ其金額ヲ供託シ置ク必要アリヤ否ヤ管財人ハ破産債權者ニ付テモ其債權ヲ届出テテ破産手續ニ參加セサルトキハ之カ爲メニ配當ヲ割リ充ツル必要ナキト均シク別除權者ニ在リテモ其權利ヲ行使シ來サルトキハ之ニ辨濟ヲ爲スノ必要ナシ故ニ草案第一九九條第二項ノ「受クヘキ金額」ト謂フ中ニハ別除權者カ將來其權利ヲ行使シテ受クルコトアルヘキ金額ハ包含セサルモノト知ルヘシ然レトモ一旦其權利ヲ行使シ來ルトキハ之ニ辨濟ヲ爲ササルヘカラサルニ因リ其結果ハ供託ヲ爲シタル場合ト全ク同一ニシテ若シ供託ナキ場合ハ別除權者ハ財團債權者トシテ優先的辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘシ

而シテ破産手續終結後ニ於テハ過分ノ配當ヲ受ケタル各破産債權者ニ對シテ不當利得ノ訴ニ因リ其返還ヲ請求スルコトヲ得ヘシ

第四 準別除權者

別除權者ノ權利ノ目的タルモノハ破産財團ニ屬スルモノナリ故ニ破産財團ニ屬セサル產押禁止ノ財産ノ上ニ留置權、先取特權又ハ質權ヲ有スル者ハ別除權者ニ非ス(破案五三條四號)然レトモ是等ノ權利者ニ付テモ亦別除權者ニ關スル規定ヲ準用スル必要アリ例ヘハ其權利ノ目的物ヨリ先ツ辨濟ヲ受ケテ其殘餘ノ豫定額ニ付テノミ破産債權者トシテ其權利ヲ行ハシムルカ如キ又破産手續ニ依ラスシテ直チニ其權利ヲ行ハシムルカ如キ是ナリ故ニ別除權者ニ關スル規定ヲ準用ス(破案三四條)

第四章 財團債權

第一節 財團債權ノ定義

財團債權トハ破産財團ヨリ破産債權者ニ先チテ辨濟ヲ受ケル權利ヲ謂フ此定義ヲ分析シテ左ニ其要件ヲ説明スヘシ

一 破産財團ヨリ辨濟ヲ受ケル權利ナルカ故ニ別除權者ニ同シキカ如シト雖モ別除權ハ破産財團中ノ特定ノ財産ニ付キ行フ權利タルニ止マルモ財團債權ハ之ニ反シテ破産財團ノ全體ノ上

ヨリ辨濟ヲ受ケル權利ナリ尤モ別除權者ノ權利ノ目的タルモノハ自然其中ヨリ除外サルルハ勿論トス又取戻權ハ破産財團ニ屬セサル財産ニ對スル權利ナルカ故ニ其點ニ於テ財團債權ト區別スヘシ

財團債權ハ破産財團ヨリ辨濟スヘキ權利ナルカ故ニ其債務者ハ破産者彼レ自身ナリト謂ハサルヘカラス抑、財團債權ノ債務者ハ何人ナリヤニ付テハ破産債權者團體ヲ以テ債務者ナリト見ル說ト破産者ヲ以テ債務者ナリト見ル說トアリ予ハ後說ノ妥當ナルヲ信スルモノナリ前說ヲ採ル者ニ在リテハ破産ノ效力トシテ破産債權者團體カ破産財團ニ對シテ質權者クハ差押權ヲ取得スト爲スモノナリ然レトモ其非ナルコトハ既ニ論述シタリ夫レ破産ノ宣告ニ因リ破産者ハ破産財團ノ管理及ヒ處分ノ權利ヲ失フト雖モ(舊商九八五條一項破案四三條)破産財團其モノヲ失フニハ非ス破産財團其モノハ依然破産者ノ所有ニ屬ス然ラハ則チ破産者所屬ノ財産ヨリ辨濟スル責任アリト云ヘハ破産者カ其債務者ナリト謂フノ外ナシ何トナレハ他人ノ債務ヲ自己ノ財産ヲ以テ辨濟スル必要ナケレハナリ又破産者自ラ財團債權者タル場合アルカ故ニ(舊商一〇〇七條、破案三五條八號)同時ニ債權者ニシテ債務者タルヘキ理由ナキニ由リ破産者ヲ以テ財團債權者ノ債務者ナリトスヘカラスト主張スルモノナキニ非ス然レトモ是レ破産手續ノ當然ノ效力トシテ破産財團ト非破産財團トヲ區別スルカ故ニ其ニ財團間ノ權利義務ノ關係ヲ定メタルモノナリト説明スレハ毫モ不可ナル所ナシ(法政新誌九卷四號拙

者論文參照)故ニ財團債權ノ債務者ハ破産者彼レ自身ニシテ破産財團ヲ以テ其全部ヲ辨濟シ能ハサリシトキハ破産手續終結後ニ於テモ破産者尙ホ其辨濟ノ責任アリト謂ハサルヘカラス

二 破産債權者ニ先チテ辨濟ヲ受クル權利者ニシテ破産債權者ニ非サルカ故ニ(破案三九條舊商一〇四五條一項)破産債權者中ノ優先位者ト之ヲ區別セサルヘカラス隨テ破産債權者ト同一ノ規定ニ從フモノニ非ス例ヘハ債權ノ届出、調査等ヲ必要トセス又強制及議ニ服從セス又債權者集會ニ於ケル議決權ヲ有セサルナリ(舊商一〇三二條一項)

第二節 財團債權ノ範圍

一 總テノ破産ニ通スル財團債權

草案第三五條、現行法第一〇三二條等ニ於テ之ヲ規定ス左ニ其種類ヲ説明セン

(1) 破産債權者ノ共同ノ利益ノ爲メニスル裁判上ノ費用 破産手續ノ開始ヨリ終結ニ至ルマテノ裁判上ノ費用ハ總テ之ニ屬ス即チ破産宣告ノ申立ニ關スル費用(破案一四四條、一四五條、商施一三九條、一四〇條)破産宣告ノ公告ノ費用、破産者及ヒ其法定代理人ノ引致及ヒ監守ノ費用、強制及議等ニ因ル破産終結ニ關スル費用等トス唯縱令裁判上ノ費用ナリト雖モ共同ノ利益ノ爲メノ支出ニ非サル以上ハ之ニ屬セス故ニ破産ノ申立ヲ爲スモ破産ヲ宣告スルニ至

ラサリシ場合ノ費用又ハ債權ノ一般ノ届出期間後ニ届出テタル債權ノ爲メノ調査費用(破案二二九條舊商一〇二五條四項末文)ハ共同ノ利益ノ爲メノ費用ニ非サルカ故ニ各債權者ノ自辨トス現行法ノ第一號ニハ裁判費用、管理費用其他破産手續上ノ費用ト云フカ故ニ其範圍廣ク畢竟草案ノ第一號及ヒ第二號ヲ包含スルモノトス

(2) 破産財團ノ管理、換價及ヒ配當ニ關スル費用 例ヘハ管財人及ヒ監査委員カ財團ノ管理、換價等ノ爲メニ支拂ヒタル實費並ニ其報酬(破案一六二條、一七〇條、舊商一〇〇九條)破産財團ニ屬スル財産ニ對スル諸税、公課、公ノ手数料等之ニ屬ス現行法ハ公ノ手数料及ヒ諸税ヲ特ニ第二號トシテ掲ケタリ

(3) 破産管財人カ破産財團ニ關シテ爲シタル法律行為ニ因リテ生シタル債權 管財人カ其權限内ニ於テ破産財團ノ管理及ヒ換價ノ爲メニ第三者トノ間ニ爲シタル法律行為ヨリ生シタル債權ナリ例ヘハ財團管理ノ爲メ他人ヲ雇入レタル場合ニ於ケル其給料ノ如シ又訴訟行為ニ因リテ生シタル債權ノ如キモ此中ニ包含スヘシ現行法ノ第三號之ニ該當ス

(4) 破産財團ノ爲メニ爲シタル事務管理ニ因リテ生シタル債權

(5) 破産財團カ受ケタル不當利得ニ因リテ生シタル債權
事務管理又ハ不當利得ニ因リテ生シタル債權カ財團債權タルニハ破産宣告後ニ生シタル債權ナラサルヘカラス何トナレハ破産財團ハ破産宣告後ニ始メテ生シ破産宣告前ニ生シタル債權

ハ破産者ニ對スル破産債權ト爲ルニ止マレハナリ

別除權ノ目的タル財産ヲ換價シタルトキハ草案ノ規定ニ依レハ爾後別除權ハ代金ノ上ニ存ス(草案一九九條)故ニ草案ノ規定トシテハ換價後ト雖モ別除權ヲ行使シ得ルカ故ニ毫モ不可ナル所ナシ然ルニ現行法ニハ換價シテ物上擔保權タル別除權ヲ消滅シタルトキハ如何ナル救済ヲ與フヘキカ現行法ニハ特別ノ規定ナキモ不當利得ニ因ル財團債權者トシテ其權利ヲ行使セシメサルヘカラス蓋シ現行法ニハ不當利得ニ因ル財團債權ナルモノノ特別ノ名稱ナキモ破産財團カ民法第七〇三條ニ所謂不當利得ヲ爲スコトハ其類例多シト謂ハサルヘカラス然ルニ不當利得ニ因ル財團債權ナルモノノ特別ノ規定存セサルモ事實上ハ存在スルモノト謂ハサルヘカラス而シテ別除權者ノ權利ヲ消滅シテ破産財團ヲ利シタル場合ノ如キハ實ニ破産財團カ不當利得ヲ爲シタル一例ニ該當スルモノナリ故ニ別除權者タルコトヲ得タル者ハ斯ル場合ニ財團債權者トシテ優先的辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘシ

(6) 破産管財人カ雙務契約ノ解除ヲ爲ササルニ因リ破産宣告後其履行ヲ爲スヘキ場合ニ於テ相手方カ有スル債權及ヒ破産管財人カ解約ノ申入ヲ爲シタル場合ニ於テ其宣告ノ當時當事者雙方カ未ハ雙務契約ノ當事者ノ一方カ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於テ其宣告ノ當時當事者雙方カ未タ其契約ノ履行ヲ完了セサルトキハ破産管財人ハ其選擇ニ從ヒ契約ノ解除ヲ爲シ又ハ破産者

ノ債務ヲ履行シテ相手方ノ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得(破案五九條)故ニ管財人カ契約ヲ解除セシメテ相手方ヲシテ債務ヲ履行セシメントスルニ當リ相手方ノミヲシテ其契約ヲ完全ニ履行セシメ自己ハ破産シタルカ爲メニ唯破産の配當ノ割合ヲ以テ相手方ニ履行セントスルハ極メテ不公平ナリト謂ハサルヘカラス故ニ此場合ノ相手方ノ債權ヲシテ財團債權トシテ完全ニ其辨濟ヲ得セシムルモノトシタルナリ(破案六二條)現行法ニ於テハ當事者雙方ヨリ無賠償ニテ解約ノ申入ヲ爲シ得ルモノトシタリ故ニ財團債權ノ問題ヲ生セス(舊商九三條)若シ雙務契約ノ當事者タル破産者ノ相手方カ斯ル救済の解除權ヲ與ヘラレタルニ拘ハラズ解除セサルトキハ自ラ不利益ニ甘ンスルモノナルカ故ニ斯ル債權者ハ現行法ノ下ニ於テハ破産債權者タルニ止マリ財團債權者タルコトヲ得サルモノナリト謂ハサルヘカラス

然ルニ管財人カ解約ノ申入ヲ爲スモ即時ニ契約カ解除サレズ解約申入後解除マテニ一定ノ期間經過スルヲ要スルコトアリ例ヘハ民法第六二一條、第六三一條及ヒ第六四二條ノ如シ斯ル場合ニ於テハ其期間内ハ尙ホ契約ノ效力ニ因リ破産財團カ利益ヲ受クルモノト謂ハサルヘカラス例ヘハ民法第六二一條ノ場合ニ於テハ管財人カ破産財團ノ爲メニ其質借物ヲ解除ニ至ルマテノ間利用シタルモノト謂ハサルヘカラス故ニ其期間内ニ生シタル貸金ニ付テハ之ヲ財團債權トスルナリ而シテ現行法ニ於テハ唯法律上又ハ慣習上ノ豫告期間ヲ遵守スヘシト云ヒ(舊商九三條二項)タルノミニシテ其豫告期間内ニ生シタル貸金ヲ如何ニスヘキヤノ規定ナ

シ規定ナキ以上ハ財團債權タルコトヲ得サルモノト謂ハサルヲ得ス

(7) 委任終了又ハ代理權消滅ノ後急迫ノ必要ノ爲メニ爲シタル行爲ニ因リテ生シタル債權 委任ハ委任者又ハ受任者ノ破産ニ因リテ終了シ又代理權ハ代理人ノ破産ニ因リテ消滅ス是等ノ場合ニ於テ急迫ノ事情アルトキハ管財人カ其事務ヲ引繼クマテ受任者等ハ其事務ヲ繼續ス(民一一一條、六五三條、六五四條)然ルニ此繼續セル事務ノ執行タルヤ畢竟破産財團ノ利益ノ爲メニスルモノニシテ管財人カ行ヘルト毫モ異ナル所アラサルカ故ニ之ヲ財團債權トス然レトモ委任者カ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ受任者カ破産ノ通知ヲ受ケス且之ヲ知ラスシテ委任事務ヲ處理シタルトキハ之ニ因リテ生シタル債權ハ委任ノ終了ニ拘ハラス委任者ニ對シテ其權利ヲ行ハシムルモ(民六五五條)單ニ破産債權タリ得ルニ止マリ財團債權トスルコトヲ得ス(破産六六條)是レ蓋シスル債權ハ破産宣告後ニ生シタルニ拘ハラス公平ヲ維持スル爲メニ破産宣告前ニ生シタル債權ト同列ニ取扱フニ過キササルモノニシテ急迫ノ事情ニ因リテ生シタル債權トハ其趣ヲ異ニスルヲ以テナリ現行法ニハ之ニ關スル規定ナシ

(8) 破産者及ヒ其家族ノ扶助料 是レ恩惠的ノ規定ニシテ若シ之ヲ給セスンハ破産者及ヒ家族ハ直チニ其生活ノ資料ヲ失フニ至ルヲ以テナリ現行法モ亦同一ノ規定ヲ存ス(舊商一〇〇七條)

二 特別ノ破産ニ於ケル財團債權

解散シタル法人ニ對シテ破産ノ宣告アリタル場合ニ清算ニ關スル費用其他清算人ノ行爲ニ因リテ生シタル債權ハ之ヲ財團債權トス是レ猶ホ管財人カ破産財團ノ爲メニ爲シタル行爲タルト均シク破産財團ノ爲メニ利益ト爲リタルニ由ル(破産三六條)

又相續財産ニ對シテ破産ノ宣告アリタル場合ニ於テ相續財産ノ管理並ニ財産ノ分離ニ關スル費用及ヒ相續財産管理人又ハ遺言執行者ノ行爲ニ因リテ生シタル債權モ亦財團債權トス是レ亦前述シタル清算人ノ行爲ニ因リテ生シタル債權ト均シク破産財團ノ爲メニ利益ト爲リタルニ因ル(破産三七條、民一〇二一條、一〇二八條、一〇四〇條、一〇四三條、一〇五〇條、一〇五三條、一一四條、一一二〇條)

第三節 財團債權ノ效力

一 財團債權ト破産債權トノ關係 財團債權ハ破産債權者ニ先テテ辨濟ヲ受ク(破産三九條舊商一〇〇七條、一〇〇九條、一〇四五條一項)是レ固ヨリ當然ノ事ニシテ財團債權ナル特種ノ債權ノ範圍ヲ設ケタル目的モ亦全ク茲ニ在リ而シテ其理由ニ至リテハ既ニ各財團債權ニ付テ説明シタルカ如ク財團債權タルヤ概シテ破産債權者ノ共同ノ利益ノ爲メニ生シタルモノニシテ所謂擔保ノ原因ヲ成スト謂フモ可ナリ故ニ先ツ之ニ救済ヲ爲スモノナリ夫ノ破産債權者團體カ財團債權者ノ債務者ナルカ故ニ破産財團ヨリ先ツ之ニ辨濟ヲ爲シテ而シテ殘餘財産ヲ

始メテ彼等債權者間ニ配當シ得ヘキモノナリト爲ス説明ハ非ナリ

二 財團債權ノ辨濟 財團債權ハ配當ノ手續ニ依ラスシテ之ヲ辨濟ス(破産三、八條、舊商一〇〇七條、一〇〇九條、一〇三二條二項) 財團債權ハ破産手續中ニ於テ生シタルカ故ニ之カ辨濟ハ固ヨリ破産手續中ノ一部トシテ破産管財人ノ力辨濟ヲ爲スモ普通ノ配當ノ手續(破産二五〇條以下舊商一〇四五條以下)ニ依ラスシテ之ヲ爲ス故ニ辨濟期ノ到ルニ從ヒ管財人ニ於テ隨時之ニ辨濟ヲ爲スモノナリ管財人ニ於テ之カ辨濟ヲ爲ササルトキハ財團債權者ハ裁判上又ハ裁判外ノ方法ニ依リ之ニ請求ヲ爲スコトヲ得ヘシ

財團債權ハ破産財團ヨリ辨濟ヲ爲スヘキモノナルコト當然ナルカ故ニ管財人ニ在リテハ其既ニ確定シ若クハ自ラ承認シタル財團債權ニ付テハ其職務トシテ之ニ辨濟ヲ爲スコトヲ要ス是レ破産債權者若クハ別除權者ニ對スルト大ニ異ナル所ナリ破産債權者ニシテ其債權ヲ届出テテ破産手續ニ參加セス別除權者ニシテ其別除ノ目的物ニ對シテ破産手續以外ニ於テ(破産三二條)其權利ヲ行使セスハ管財人ハ固ヨリ之ヲ顧慮スルノ必要ナシ然レトモ財團債權ニ在リテハ全然之ト反對ニシテ元來破産手續中ニ生シタル債權ニシテ破産手續中ニ於テ辨濟スヘキ運命アル債權ナルカ故ニ財團債權者ニシテ自ラ其權利ヲ拋棄スレハ格別若シ然ラサルトキハ管財人ハ其當然ノ職務トシテ財團債權者ヨリ未タ自ラ進テ其權利ヲ主張シ來ラサルトキト雖モ既ニ知レタル財團債權ニ付テハ管財人ニ於テ之カ辨濟ノ準備ヲ爲シ置タコトヲ必要トス

草案ニ於テハ此趣意第三八條並ニ第二八一條ノ反對推理ヨリ明瞭ナリ

三 財團債權者間ノ順位 此問題ハ破産財團ヲ以テ財團債權ノ全額ヲ辨濟スルニ不足ナル場合ニ始メテ生シ得ヘキ所ノモノトス之ニ付テハ草案ハ各債權ニ付テ別ニ順位ヲ設ケス破産財團カ財團債權ノ全額ヲ辨濟スルニ不足ナルトキハ財團債權ハ各債權ノ割合ニ應ジテ之ヲ辨濟スヘキモノトセリ但破産者及ヒ家族ノ扶助料ニ至リテハ元來恩惠ノモノナルカ故ニ例外トシテ之ヲ後ニスルモノトセリ(破産四〇條)現行法ニ在リテハ管財人ノ勤勞ニ對スル報酬ハ財團ヨリ第一ニ之ヲ支拂フト云ヘルカ故ニ(舊商一〇〇九條)之タケハ最初ニ支拂フヘキモノトス尙ホ第一〇三二條ニ列舉シタル債權ニ付テハ草案起草者ハ其理由書ニ其列舉ハ辨濟ノ順位ナリト説明セリト雖モ法文上ニ其根據ヲ認ムルコトヲ得ス

第五章 破産財團

第一節 破産財團ノ定義

破産財團トハ形式的ニ之ヲ定義スレハ破産手續ニ依リ公平ニ破産債權者ニ配當セラルヘキ破産者ノ財産ヲ謂フ之ヲ實質的ニ定義スレハ

破産宣告ノ時ニ於テ破産者ニ屬セル一切ノ財産及ヒ破産手續中ニ歸屬シタル財産ヲ謂フ(破産四一條)

此定義ヲ分析シテ左ニ説明スヘシ

一 破産者ニ屬セル財産 財産トハ金錢的ノ價值ヲ有スル物若クハ權利ノ全體ヲ謂フ而シテ茲ニ破産トハ包括財産ノ意ニ非ス資産ノ意ナリ又外國所在ノ債務者ノ財産ハ草案ノ主義ニ從ヘハ破産財團ニ屬セス蓋シ條約等ノ存スル場合ノ外ハ外國ニ於テ強制執行ヲ爲スコト能ハスト認メタルニ由ルモノナリ(破産三條、四條)破産者等所屬ノ財産ノミカ破産財團ニ屬シ他人所屬ノ財産カ財團ニ屬スヘカサルコトハ言フ俟タサル所ナルモ事實上ハ他人所屬ノ財産カ時トシテ破産財團中ニ存スルコトアリ此場合ニ其他人ハ取戻權ヲ行使シテ自己所屬ノ財産ヲ取戻スコトヲ得(破産七四條)

又法令ノ規定ニ依レハ沒收スヘキモノト雖モ破産宣告前ニ確定判決又ハ處分ニ依リテ沒收セサル以上ハ今尙ホ破産者ニ屬スル財産ト謂フコトヲ得ヘキカ故ニ該財産ハ破産財團ニ屬ス然レトモ法律ニ於テ禁制シタル物件ニ付テハ之ヲ沒收スルハ破産ノ宣告アリタルト否トヲ問ハサルカ故ニ破産財團ニ屬セス(破産四二條、刑四三條、四四條)

二 破産宣告前又ハ破産手續中ニ歸屬セル財産 元來破産財團ノ範圍ハ破産宣告ノ時ニ於テ破産者ニ屬セル財産ノミニ限ルヤ又ハ破産手續終結マテニ破産者ニ歸屬セル財産モ亦破産財團ニ屬スルモノト爲スカニ付テハ從來ニ主義アリ第一ノ主義即チ獨逸主義ハ破産財團ノ範圍ハ破産宣告ノ當時破産者ニ屬セル財産ノミニ限ルト爲スモノナリ其主たる理由ヲ述ブレハ破産

債權者ノ範圍ハ破産宣告當時ノ債權者ニ限ル然ルニ破産宣告後新ニ取得シタル財産モ亦破産財團ニ屬ストセハ破産宣告後新ニ生シタル債權者ノ爲メニ不公平ナリ何トナレハ破産宣告後新ニ生シタル債權者ハ一方ニ於テ破産債權者トシテ共同ノ辨濟ヲ受クルコト能ハサルハ勿論他方ニ於テ各個ノ強制執行ヲ爲サントスルモ破産者ノ取得セル財産ハ總テ破産財團中ニ吸收セラレ之カ強制執行ヲ爲スコトヲ得アレハナリ故ニ破産宣告後新ニ取得シタル財産ハ新ニ發生シタル債權者ノ債務辨濟ノ爲メニ其處分ニ委セサルヘカラスト云フニ在リ又附隨ノ理由トシテハ破産者ニ速ク經濟的行動ヲ回復シテ其事業ヲ再興セシムル機會ヲ與フルコト又破産者及ヒ其家族ノ生計ノ資料ヲ得セシムルコト又破産手續ヲ速ク終結セシムル爲メタルコト等是ナリ

此主義ニ依レハ第一ノ破産手續ノ終結セサル間ニ又第二ノ破産手續ノ開始アルコトヲ豫想シ得ヘシ而シテ第二ノ破産ニ付テハ破産債權者タルコトヲ得ル者ハ第一ノ破産宣告後ニ新ニ生シタル債權者及ヒ第一ノ破産ニ於テ全部ノ辨濟ヲ得ルコト能ハスシテ殘額ニ付テ債權ヲ有スル者ノミニ限ルト爲ササルヘカラス

第二ノ主義ハ羅馬以來佛法系ニ行ハルル所ニシテ破産財團ノ範圍ハ獨リ破産宣告當時ノ財産ノミナラス破産手續中歸屬シタル財産モ亦其財團ニ屬スト爲スモノナリ此主義ニ依レハ其當然ノ結果トシテ第一ノ破産手續繼續中第二ノ破産開始ノ要ナキナリ我現行法モ此主義ニシテ

草案モ亦此主義ナリ(舊商一〇〇〇條一〇一九條五號、八號、草案四一條)

右ニ主義ハ理論上ヨリ云ヘハ獨逸主義固ヨリ正確ナリト雖モ實際上ノ便益ヨリ云ヘハ第二ノ佛國主義ヲ可トス何トナレハ破産手續中ニ新ニ破産者ニ對シテ債權者ト爲ル者ノ如キハ完全ナル辨濟ヲ受クルコト能ハサルハ固ヨリ始ヨリ豫期セル所ニシテ又實際ニ於テ其例ニ乏シカルヘシ然ルニ破産手續中ニ破産者カ相續其他ノ原因ニ因リテ新ニ財産ヲ取得スルコトハ其例多シ斯ル場合ニ若シ之ヲ破産財團ニ吸收セストセハ從來ノ債權者ハ全ク之ニ手ヲ觸ルルコトヲ得スシテ空シク破産手續ノ終結ヲ待ツカ然ラズンハ第二ノ破産ヲ申請セサルヘカラス是レ徒ニ失費ヲ多カラシムルニ過キス故ニ寧ロ其新ニ取得セル財産モ亦之ヲ破産財團ニ吸收セシムルニ若カス是レ草案並ニ現行法カ第二ノ主義ヲ採用セシ所以ナリ

第二節 破産財團ニ屬スヘカサル財産

前節ニ述ヘタル破産財團ノ定義中ニ包含スル財産ニシテ特ニ明文ヲ設ケテ破産財團ニ屬セスト爲シタルモノアリ即チ左ノ如シ(破案五三條)

一 破産者ノ一身ニ專屬スル財産 破産者ノ一身ニ專屬シ換價ノ目的ト爲リ得サルモノハ已ムコトヲ得ス破産財團ニ屬セスト爲スナリ但斯ル權利ノ行使ノ結果取得シタル財産ハ破産財團ニ屬ス例ヘハ扶養ヲ受タル權利ハ一身ニ專屬スル權利ナルカ故ニ權利自體ハ他人ニ讓渡スコ

トヲ得サルモ斯ル權利ノ行使ノ結果既ニ取得シタル金銭其他ノ財産ハ破産財團ニ屬スルカ如シ

著作權ニ付テハ著作權法第二條ニ於テ之ヲ讓渡スコトヲ得ト云ヒ又同法第一七條ニ依レハ未タ發行又ハ興行セサル著作權ノ原本及ヒ其著作權ハ著作權者ノ承諾ナクシテ之ヲ差押フルコトヲ得スト明言セルモ其反對推理ニ因リ既ニ發行又ハ興行シタルモノニ付テハ差押フルコトヲ得ト謂ハサルヘカラス故ニ著作權者ノ破産ニ於テ破産財團ニ屬ス(破案一九二條三號)

二 破産者カ其勤勞ニ因リ破産宣告後ニ受クル財産 縱令破産者カ破産宣告後新ニ取得セル財産モ亦破産財團ニ屬スト爲スノ主義ヲ採リタリトスルモ破産者カ其勤勞ニ因リテ得タルモノハ之ヲ除外スルヲ普通トス其理由ハ破産者及ヒ其家族ヲシテ生計ノ資料ヲ得セシムル爲メナルト其經濟的行動ヲ回復セシムル爲メナルトニ在リ

三 財産以外ノ權利ヲ害セラレタル場合ニ於テ損害賠償ヲ請求スル權利 是レ亦破産者ノ一身ニ專屬シタル權利ノ行動ト認ムルニ由ル殊ニ斯ル權利侵害ヨリ生スル損害賠償ノ請求權ハ本來破産債權者等カ其辨濟ヲ受タル爲メノ擔保視シタルモノニ非サレハナリ

四 差押ヲ禁シタル財産 破産ハ一般の強制執行ノ性質ヲ有スルカ故ニ個個ノ強制執行ニ於テ差押フルコトヲ得サルモノハ自ラ其破産財團中ヨリ除外サルルニ至ルヲ當然トス例ヘハ民事訴訟法第五七〇條、第六一八條ニ規定シタル財産、華族世襲財産法第一二條、第一四條ニ規

定シタル財産、著作権法第一七條ニ規定シタル著作物ノ原本若クハ著作権ノ如シ

第三節 相續財産ノ破産ノ場合ニ於ケル破産財團

相續財産ニ對シテ破産ノ宣告アリタルトキハ是レ亦其資産ヲ以テ破産財團トス但被相續人カ相續人ニ對シ又ハ相續人ノ財産ノ上ニ有セシ權利及ヒ相續人カ相續財産ノ上ニ有セシ權利ハ消滅セザリシモノト看做ス(破産五〇條)是レ混同ニ因リテ消滅センコトヲ恐ルルヲ以テナリ尙ホ相續人カ單純承認ヲ爲シタル場合ニハ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得サルコトハ既ニ述ヘタリ(破産二三條)隱居又ハ入夫婚姻ニ因ル家督相續ノ場合ニ於テ留保財産モ亦破産財團ニ屬スルハ論ヲ俟タス是レ斯ル留保財産ハ元來相續財産ニ屬スヘキ財産ニシテ特ニ隱居者又ハ女戸主ノ利益ノ爲メニ留保シタル財産ニ過キサレハナリ(破産五〇條二項民九八八條)草案第五二條及ヒ第五二條ニハ共ニ相續財産ノ破産ノ場合ニ於ケル破産財團ノ減少ヲ豫防シタル規定ナリトス

第四節 破産財團ノ増減

第一 共有財産權ノ分割 所有權其他ノ財産權ノ共有者ノ一人カ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於テ破産者ノ共有持分ハ破産財團ニ屬スルコトハ言ヲ俟タス然ルニ民法第二五六條ノ規定ニ

國際私法

法學士 入 江 良 之 講述

總論

第一章 國際私法ノ定義及ヒ性質

國際私法(Droit international Privé, Internationales Privatrecht, Private international Law)ナル語ハ學者ニ由リ二義ニ用ヒラル或學者ハ國際私法ヲ以テ國際的私法關係ヲ規定スル法規自體ヲ指スモノトシ或學者ハ國際私法ノ學問即チ理論ヲ指スモノトス〔國際私法ヲ一名法律牴觸論(Theorie de Conflicts des Lois)ト呼フ場合之ニ該當ス〕然レトモ後者ハ寧ロ之ヲ國際私法學ト呼フヲ適當トスルカ故ニ予輩ハ此題名ノ下ニハ國際私法ヲ法規自體トシテノ定義ヲ與ヘントス左ノ如シ

國際私法トハ外國の要素ヲ包有スル私法的法律關係ニ對シ適用スヘキ法律(即チ準據法)ヲ定ムル國法の全體ヲ謂フ

國際私法 總論 國際私法ノ定義及ヒ性質

例へハ人ノ能力ハ其本國法ニ依リテ之ヲ定ムト云ヒ物權其他登記スヘキ權利ハ其目的ノ所在地法ニ依ルト云フカ如キ一國國法ノ規定ノ全部ハ即チ國際私法ニシテ其本國法又ハ所在地法ナルモノハ法律關係ニ適用スヘキ法律即チ準據法ナリトス（國際私法トハ法規自體ヲ指スヘキカ又ハ理論ヲ指スヘキカニ付テハ法學協會雜誌一五卷六號穂積兄博士ノ「宮本法律學士」に答ムト題スル有益ナル論文アリ要參照）

左ニ以上ノ定義ヲ分析シテ國際私法ノ性質ヲ明カニスヘシ

第一 國際私法ハ私法關係ニ對スル法規ナリ即チ一國ノ私法ナリ

予輩ハ此命題ヲ以テ國際私法ト國際法トノ關係ヲ明カニセント欲ス

國際私法ハ一國ノ私法ナリヤ（少クトモ一國ノ國法ナリヤ）將タ國際法ノ一部ナリヤノ問題ニ付テハ學者間ニ一致ナシ例へハ「ウェーストレーキ」(Westlake)氏ハ「國際私法トハ國法ノ一部ニシテ世上ニ於テ相異ナリタル法律ヲ有スル處ノ相異ナリタル地方的裁判權カ存在スル事實ヨリ生スルモノナリ」ト云ヒ（國際法雜誌一三卷三三頁）以テ之ヲ「國法ナリトシ」ウェース」(Weiss)氏ハ「國際私法トハ二國相互ノ私法若クハ其臣民ノ私益ニ關シ二個ノ主權間ニ生シ得ヘキ抵觸ノ解決ニ適用スヘキ法則ノ全體ナリ」トシ以テ之ヲ「國際法ノ一部ナリトセリ」（同氏國際私法論「アッセル、リビエ」(Asser, Rivier)二氏ハ曰ク「國際私法ト云ヘル題號ハ一般ノ國際法ナルモノアリテ其内ニ法律抵觸ノ原理（即チ國際私法）ト「萬國公法一名國際公法」トヲ包含スルモノ

ナルコトヲ想見セシムルニ似タリ然レトモ此觀念ハ正當ニ非ス何トナレハ一方ニ於テハ萬國公法、他方ニ於テハ國際私法及ヒ國際刑法ハ其ニ是レ別異ナル規律ニ從フモノナルヲ以テ之ヲ概括シテ一團ト爲スハ不可ナリ云云ト而シテ右二氏ハ「國際私法ハ國際法ノ一部ニ非サルコトヲ認ムルモ然ラハ國際私法ハ國法ナリヤ否ヤノ問題ニ付テハ一言スル所ナシ」法論要四頁又「ヴァレユ、ソムミエール」(Vareilles-Sommières)氏ハ「國際私法ハ國際法及ヒ一國ノ公法、私法中ノ外國私人ニ關スル凡タノ部分ニシテ私法若クハ國際法ト云フカ如キ法律ノ一部ニノミ專ラ屬スルモノニ非スト論セリ」（同氏國際私法論「合論」三三四頁）要スルニ第一ニ國法ナリトノ說、第二ニ國際法ナリトノ說、第三ニ孰レニ屬スルヤノ問題ニ重キヲ置カサル說、第四ニ國法及ヒ國際法ニ分屬シ若クハ其屬ストノ說アリ但概括シテ言フトキハ英米ノ學派ハ殆ト國法說ニ傾キ佛伊ノ學派ハ過半國際私法說ニ屬シ獨ノ學派ニ於テハ未タ其一般ノ傾向ナルモノヲ認メ難シトス想フニ其國際私法ナル名稱ノミニ拘泥スルトキハ國際法ナルモノヲ二分シテ一ヲ國際公法トシ他ヲ國際私法トシ即チ國際私法ハ國際公法ト同類異種ナリトスル說ハ頗ル當ヲ得タルモノニ似タリ然レトモ此國際私法ナル名稱ハ從來學者ヨリ屢ニ非難セラルル所ニシテ予輩モ亦其名稱カ國際私法ナリトノ故ヲ以テ其名稱ニ因リ直チニ國際私法ノ性質ヲ論斷スルハ頗ル危險ナルコトヲ信ス名ハ實ノ實ナリト謂フモ若シ名ニシテ實ニ副ハストセハ名ヲ捨テテ實ニ據ラサルヘカラス元來國際ナル語ノ語源ニ於テハ國家ト國家トノ關係ヲ示スモノナレトモ後ニ至

リテハ其語源ヲ離レテ、或事物カ單ニ一國內ノ人民ノミニ限ラサル場合ヲモ指スニ至リシナリ
例ヘハ某國際協會ト云フカ如キ名稱ヲ附スルモ其會合ハ各國主權ヲ代表シタル者即チ國家間
ノ會合ニ非シテ單ニ其會合カ內國人ニ限ラス外國人ニモ及ホサルヘキ性質ヲ表示スルニ過
キサルカ如シ故ニ國際ナル語ハ、内外人ナル意ヲ示ス場合ニモ用ヒラルルニ至リシナリ國際勞
働者協會ニ於ケル國際ノ文字ノ如キ是ナリ故ニ國際私法ナル名稱ヨリ之ヲ國際法ナリト速斷
スルカ如キハ其當ヲ得タルモノニ非ス

然ラハ如何ニシテ國際私法ノ性質ヲ定ムヘキヤ予輩ハ國際私法カ規定スル法律關係ノ如何ニ
依リ之ヲ定ムヘキモノナリト信ス而シテ學者間ニ爭ナキニ非サルモ法律分類ノ標準トシテハ
法律關係ノ主體カ一私人相互ナルトキハ之カ關係ヲ定ムル法規ヲ私法トシ主體ノ一方若クハ
雙方カ國家ナルトキ之カ關係ヲ定ムル法規ヲ公法トストノ「ホルランド」(Holland)氏ノ所
說ヲ最モ妥當ト信ス而シテ國際私法ノ規定ノ目的トスル所如何ヲ見ルニ國際私法ハ一私人ト
シテノ外國人ノ權利能力ヲ定メ外國人ノ身分、能力又ハ親族關係ニ付キ何レノ國法ヲ適用ス
ヘキヤ動産、不動産ニ付テハ何レノ國法ニ依ルヘキヤ法律行為ニ付テハ如何相續、遺言ニ關
シテハ如何等ノ問題ヲ決定スルニ在ルコトハ凡テノ學者ニ於テ異論ナキ所トス而シテ今甲國
人カ甲國人ト甲國ニ於テ結婚シタルコトノ私法關係ニ付キ甲國裁判所ニ出訴シタルトキハ此
問題ハ甲國ニ於ケル普通一般ノ私法上ノ問題トシテ甲國ノ民法之ヲ決定スルモノトス然ルニ

少シク趣ヲ變ヘ右ト全ク同一ナル私法關係ナルモ之ヲ甲國裁判所ニ出訴セシテ乙國裁判所
ニ出訴シタルト見ルトキハ如何乙國裁判所ヨリ見レハ右ノ法律關係ハ甲國人タル外國人間ノ
身分ニ關スル問題ト爲リ所謂國際私法上ノ問題ト爲ルナリ而シテ此問題ヲ決定スル法規ハ實
ニ國際私法ナリトス此ノ如ク素ト同一ノ法律關係ナリト隨モ甲國ヨリ見レハ普通ノ民法上ノ
問題ニシテ乙國ヨリ見レハ國際私法上ノ問題ト爲ルモノナレトモ其法律關係カ一私人相互
主體トスルコトハ甲國ヨリ見ルモ乙國ヨリ見ルモ毫モ異ナル所ナシ此關係ハ前段ニ述ヘタル
標準ニ依レハ即チ私法關係ニシテ此關係ヲ決定スル法規ハ甲國ニ於テモ乙國ニ於テモ其
國ノ私法ナラサルヘカラス然ルニ國際法ナルモノハ國家ト國家トノ關係ヲ定ムル法則ナルコ
トハ是レ亦今日ノ定説ニシテ即チ國際法の關係ノ主體ハ國家相互ニシテ一私人ニ非サルモノ
トス故ニ國際私法ハ其規定スル法律關係ノ主體ニ於テ國際法ト全然別異ナリ是レ予輩カ國際
私法ハ一國ノ私法ニシテ國際法ニ非スト謂フ所以ナリ

此ノ如ク國際私法トハ其法律關係ノ主體ノ異ナルコトハ何人モ之ヲ認ムルコト容易ナルニ拘
ハラス尙ホ國際私法ヲ以テ國際法ナリトスル學說ノ存スル所以ハ下ニ述フルカ如キ理由アル
ニ因ルモノトス蓋シ國際私法ノ原則ニ於テ身分、能力ニ關シテハ其本國法ヲ適用スト云ヒ動
産、不動産ニ關シテハ其所在地法ヲ適用スト云フカ如ク各種ノ私法關係ニ付テ之カ準據法ヲ
定ムルコトハ他ノ一面ヨリ之ヲ見レハ各種ノ私法關係ニ付キ各國私法中ノ何レノ私法カ管轄

ヲ有スルヤノ問題ヲ定ムルコト爲ルナリ更ニ他語ヲ以テ言ヘハ各國私法ノ適用區域ヲ定ムルコトト爲ルナリ而シテ各國ノ法律ハ各其國ノ主權ヲ淵源トスルモノナレハ結局國際私法ハ間接ニ何レノ國ノ主權カ各私法關係ニ付キ管轄ヲ有スルヤヲ定ムルコトナルカ故ニ各國間ノ關係ヲ規定スルモノナリ由テ國際私法ノ關係ノ主體ハ國家ナリト謂フニ至ル然レモ今日ノ現狀ニ於テ各國主權ノ上ニ立テ各國私法ノ管轄ヲ定ムル最高主權者ナキコトハ事實ニシテ上述ノ如キ觀念ハ單ニ學者ノ理想ニ過キサルカ故ニ此理想ヲ以テ國際私法ノ學問ヲ研究スルハ格別ナレトモ理想ハ法規ニ非サルカ故ニ此說ニ依リ直チニ國際私法ハ國際法ナリト論定スルヲ得ス

然レトモ茲ニ注意スヘキハ國際私法學研究ノ始ニ當リテハ學者ハ理想上前述ノ如ク各國ハ各私法關係ニ對シ各自國ノ法律ヲ適用スルコトヲ力メ其適用ヲ爭フモノト看做シ學者カ各國私法ノ上ニ臨ミ各國私法ノ管轄ヲ定ムル最高主權者ノ地位ニ立チテ如何ニ之カ管轄ヲ定ムヘキヤヲ研究シタルコト是ナリ此理想上國家間ノ關係ヲ定ムルモノニシテ關係ノ主體ヲ國家ト看做シ之ヲ國際法トシテ研究シタルモノトス是レ法律トハ必スシモ人定法ニ限ラズ理想法タル自然法モ法律ナリト主張スル學者ノ多數カ國際私法ヲ國際法ノ一部ニ置ク所以ナリトス故ニ例ヘハ「アルベリック」「ローレン」「阿德ニョ」氏ノ如キハ國際私法ヲ理論的國際私法、實行的國際私法ノ二ニ分チ理論的國際私法トシテハ理想的ニ國際法的

ニ研究シ實行的國際私法トシテハ此理論カ現ハレテ成法ト爲リタル一國國法ノ法理ヲ研究セリ故ニ又此等學者ノ說ニ於テハ國際私法トハ法規自體ノ名稱ニ非スシテ一ノ理論即チ法理若クハ自然法ノ名稱ナリト爲スモノトス此意義ニ依ルトキハ予輩ノ所謂國際私法トハ實行的國際私法ナル法理ヲ指スコト爲ルナリ要スルニ國際私法ナル法規カ各國ニ於テ成法即チ國法トシテ制定又ハ認定セラルルニ至リタルハ實ニ學者カ理想上國際法ノ一部トシテ之カ理論ヲ研究シタルニ由ルモノニシテ恰モ自然法說カ各國民法ノ制定ニ與リテ力アリタルニ同シ今日ト雖モ多數ノ學者ハ此種ノ研究法ヲ繼續ス其最モ著シキ研究ハ千八百七十二年ノ設立ニ係ル有名ナル國際法協會 (Institut du droit international) ノ研究ノ如シ同協會ハ勿論國際公法事項ヲ其事業ノ一トスレトモ亦各國相異ナリタル私法及ヒ刑法ノ間ニ於ケル抵觸ヲ一様ニ決定スヘキ原則ヲ確立シテ國際條約ヲ以テ之ヲ確保セシムルコトヲ其目的ノ一部トスルモノナリ要スルニ此意義ニ從ヘハ國際私法トハ一ノ理論ヲ指シ法規自體ヲ指ササルモノトス故ニ國際私法ナル語ニ二義アリ一ハ法規トシテノ國際私法ヲ指シ一ハ法理(理想的又ハ實行的)トシテノ國際私法ノ理論ヲ指スモノト謂フコトヲ得例ヘハ日本法例ノ規定ヲ舉ケテ日本ノ國際私法ノ原則ハ此ノ如シト云フトキハ國際私法ナル語ハ前者即チ法規ニ該當シ日本法例中ノ某某ノ規定ヲ舉ケテ此規定ハ國際私法ノ原理ニ反スト云ヘハ國際私法ナル語ハ後者即チ法理ニ該當ス故ニ多數學者ノ著作ヲ讀ムニ當リテハ其中ニ於ケル

國際私法ナル語ハ其學者ノ意思ニ於テ果シテ孰レヲ指スヤヲ前後ノ文章ニ因リ確ムルヲ必要トス

以上千輩ハ國際私法ハ一國ノ私法ニシテ國際法ノ一種ニ非サルコトヲ述ヘタリ而シテ國際私法ハ一國ノ私法ナルカ故ニ或ハ日本法例、獨逸民法施行法第七條乃至第三一條、伊太利民法前加編第七條乃至第一二條等ニ於ケルカ如ク成文法ノ形式ヲ具ヘテ存在スルアリ或ハ英米法ニ於ケルカ如ク慣習法ノ形式ヲ具ヘテ判例ニ依リテ聽テララルコトアルハ猶ホ他ノ私法ノ形式ニ於ケルト異ナルコトナキハ特ニ説明スルノ要ナカルヘシ

第二 國際私法ハ外國的要素ヲ含有スル私法關係ヲ規定スルモノナリ
予輩ハ此命題ヲ以テ國際私法ト他ノ私法トノ關係ヲ明カニセント欲ス

此點ハ重要ナリ何トナレハ若シ此點ヲ没却スレハ國際私法ハ普通ノ私法ト異ナル所ナキニ至ルカ故ナリ法律關係ニ外國的要素ヲ含有セサル場合(例ヘハ日本人カ日本人ト日本ニ在ル物ニ付キ日本ニ於テ契約スル場合)ニ於テハ普通ノ民法商法上ノ問題ニシテ國際私法上ノ問題ト爲ラス然ルニ法律關係ニ一ノ外素ヲ含有スルトキハ國際私法ノ問題ト爲ル左表ノ如シ

(一)(イ)雙方 (ロ)一方	法律關係	主體(人)	客體(物)	法律事實(行為又ハ事件)
	外(國人タルトキ又ハ外國ニ居住スルトキ)	外(國人ニ在リ)	外(國人ニ生ス)	外(國人ニ生ス)
(二)前同	外	外	外	外

(甲)外國的要素ヲ包有セサル場合

(三)前同	外	內(國ニ在リ)	內
(四)前同	外	內	外
(五)雙方トモ	內(國人)	外	外
(六)前同	內	內	外
(七)前同	內	內	內

(乙)外國的要素ヲ包有セサル場合

即チ(甲)ノ場合ハ私法關係カ國際私法ノ問題ト爲ル場合ニシテ(乙)ノ場合ハ普通私法ノ問題ト爲ル場合ナリ(以下便宜ノ爲メ外國的要素ヲ包有スル私法關係ヲ國際的私法關係若クハ涉外的私法關係ト名ケ外國的要素ヲ包有セサル私法關係ヲ國內的私法關係若クハ普通私法の關係ト名ケ(シ))

而シテ右ノ表中國際私法關係カ悉ク外素ヲ含有スルトキ即チ(一)(イ)ハ絕對ノ國際的私法關係ト名ケ(ヘク其他ノ場合即チ(二)(ロ)以下(七)ニ至ルマテハ相對ノ國際的私法關係ト名ケ(ヘキモノニシテ(八)ノ場合ハ非國際的私法關係ナリトス

此ノ如ク外國的要素ハ法律關係ノ主體ニ附著スルコトアリ(外國人)故ニ國際私法ノ前提問題トシテ或人カ外國人タルハ內國人タルハヤ決定ムルノ要アリ故ニ學者ハ國際私法ニ於テ國

籍ノ問題(國籍法)ヲ前提問題トシテ研究ス又外國の要素ハ客體又ハ法律關係ニ附著ス(客體外國ニ在リ又ハ事實外國ニ生ス)故ニ内外國ノ領界モ國際私法ノ前提問題ト爲ル但領界ノ問題ニ付テハ學者ハ國際法ノ說明ニ讓リ國際私法ニ於テ説明スルモノナシ或學者ハ國際私法ハ異ナリタル國ニ屬スル一私人相互間ノ關係ヲ定ムルモノナリト定義スルモノアリ(「フイオレー」氏 Force ノ定義ノ前半)是レ不完全ナリ何トナレハ雙方其内國人ナルトキト雖モ國際私法ノ問題ヲ生スレハナリ(前表中五)(六)(七)場合參照)

以上予輩ハ國際私法ハ一國ノ私法ナレトモ普通ノ私法ト異ナル點ヲ述ヘタリ即チ外國の要素ヲ包有スル私法關係ヲ定ムルモノハ國際私法ニシテ之ヲ含有セサル私法關係ヲ定ムルモノハ普通ノ私法ナリト云フニ歸ス普通ノ私法ハ之ヲ國際私法ト區別スル爲メニハ國內私法ト呼フヲ可ナリトス要スルニ國際私法ハ普通ノ私法ト同類異種ニシテ國際公法ト同類異種ニ非ス斯ノ如ク外國の要素ヲ包有スルヲ要スルカ故ニ同一主權國內ニ數多ノ私法存スル場合ニ於テ其私法相互ノ準據法ヲ定ムル法規ハ縱令國際私法ノ原則ニ據ルトスルモ之ヲ國際私法ト云フヲ得ス

第三 國際私法ハ私法關係ノ準據法ヲ定ムルモノナリ

予輩ハ此命題ヲ以テ國際私法ノ規定ノ定式 (Formula) ヲ示サント欲ス

即チ例ヘハ英國人カ佛國ニ於テ契約シタル事項ニ關シ日本裁判所ニ出訴スルニ當リ其英國人

ハ契約ニ際シ能力ヲ有シタルヤ否ヤヲ定ムルニ際シ本國法タル英國法ニ依リ其能力ヲ定ムヘキヤ結約地タル佛國法若クハ訴訟地タル日本法律ニ依リ其能力ヲ定ムヘキヤノ問題起ルニ當リ能力ヲ定ムルニハ英國法(例ヘハ本國法)ニ依ルヘシト決定ヲ與フル法規カ即チ國際私法ノ規定ナリ例ヘハ我法例第三條ノ如シ此場合ニハ日本法例ノ規定即チ國際私法ノ規定ニシテ法例ニ依リ適用セラレタル本國法ハ即チ能力關係ニ適用スヘキ準據法ト爲ルナリ其他某關係ニハ所在地法ヲ適用スト云ヒ某關係ニハ行爲地法ヲ適用スト宣言スル法規ハ凡テ國際私法ノ規定ニシテ所在地法、行爲地法等ハ總テ準據法ナリ國際私法ハ此ノ如ク各法律關係ノ準據法ヲ定メテ各法律關係ヲ間接ニ規定スルナリ而シテ通常準據法ヲ定ムルニハ準據法ヲ指定シテ本國法、所在地法ト云フカ如ク宣言スレトモ其國自國ノ法律ヲ準據法トスル場合ニハ準據法トシテ宣言セサルコトアリ或ハ宣言スルコトアリ(宣言スル例ハ法例六條、一四條二項、二三條二項、二七條二九條等ニ云云日本ノ法律ニ依ルト云フカ如シ)是レ一國主權ノ效力トシテ通常其國內ニ於ケル總テノ事物ヲ其國法カ支配スルコトハ當然ノコトトシテ其國法カ準據法ト爲ルヘキトキハ特ニ準據法ナルコトヲ宣言セサルモノニシテ其國法ヲ準據法トシテ宣言スルコトハ法文ノ關係ヨリ生スルモノニシテ寧ロ例外トスヘキモノナリトス

法律カ準據法ヲ指定シテ本國法、所在地法等ト謂フトキハ其本國法、所在地法等ハ其規定ノ適用ヲ受クル人ノ國籍又ハ物件ノ所在地如何ニ因リ或ハ日本ノ法律タルコトアリ或ハ外國ノ

法律(英法、佛法、獨法等)タルコトアリ此場合ニ於ケル準據法指定ノ結果ハ國法ニ於テ其事項ニ關スル各國法律ノ規定ヲ總テ列舉シテ規定ヲ設ケタルト實質上異ナラス例ヘハ法國ニ於テ人ノ能力ハ本國法ニ依ルト規定シタルハ其結果ニ於テ英人ハ滿何年(英法ノ規定)ヲ以テ成年トス佛人ハ滿何年(佛法ノ規定)ヲ以テ成年トス獨人ハ……………等總テ世界各國ノ能力ニ關スル規定ヲ我法律中ニ網羅シテ規定シタルト實質上同一ナリ故ニ學者或ハ國際私法ハ私法關係ヲ間接ニ規定スルモノ(間接法)ナリト云フ者アリ

準據法ヲ定ムルコトハ間接ニ法律關係ヲ規定スルモノナルカ故ニ學者或ハ之ヲ法律ノ法律(Torrelation)又ハ法上法ト呼フモノアリ然レトモ此思想ヲ擴張シテ國際私法ハ裁判官ニ對シテ各國ノ法律ノ適用ヲ命スルモノナリトシ即チ國際私法ハ國家カ其機關タル裁判所ニ法律ノ適用ヲ命シタルモノナレハ私法ニ非ス公法ナリト云フカ如ク推論スルハ不當ナリ是レ恰モ民法ノ各所ニ何何ノ關係ニハ第何條ヲ適用スト云ヒ又ハ準用スト云フニ同シク單ニ私法關係ヲ間接ニ規定シタルニ過キサレハ民法ノ右等ノ條文カ公法ニ非スシテ私法タルト同シク國際私法カ私法タルニ妨ナキモノナリ

第二章 國際私法ノ範圍

歐洲大陸及ヒ日本ニ於テ民法カ商法ト別個ニ成立スルハ沿革上ノ原因ニ因ルモノニシテ英米ノ

如ク此二者ヲ分タル例アルヲ見ルモ其ニ其私法タルコトハ同一ナルカ故ニ國際私法ハ國際民法及ヒ國際商法ヲ共ニ包含スルコトハ何人モ爭フ所ナシ

民事訴訟法及ヒ破産法ニ關シテハ一方ニ於テハ國家ト私人トノ關係ヲ定ムルモノナレトモ他方ニ於テハ私人間ノ關係ヲ定ムルモノト謂フヲ得ヘシ蓋シ訴訟若クハ強制執行ナルモノハ其當事者相互ヨリ見レハ其當事者間ノ私權關係ニ外ナラスシテ唯其私權カ靜止セスシテ行動ヲ始メタルモノニ過キス即チ當事者ノ一方カ對手人ニ對シテ私權ノ阻害ヲ止メシメントシ又ハ私權カ侵犯セラレタル損害ヲ賠償セシムルニ外ナラス故ニ民事訴訟法ハ公法、私法ノ兩性ヲ有スルモノト看做シ又破産法ノ如キハ執行手續ノ一種ナレハ是レ亦公法、私法ノ兩性ヲ有ストシ共ニ國際民事訴訟法及ヒ國際破産法トシテ國際私法ノ範圍ニ屬セシムルノ必要ヲ認メス別ニ國際民事訴訟法ノ性質ヲ有スル此二者ヲ強テ國際私法ノ範圍ニ屬セシムルヘシト信ス但破産法ニ於テハ純然タル私權ニ關スル規定ニ付テハ當然國際私法ノ範圍内ニ屬スヘキハ勿論ナリ

然レトモ國際私法ヲ上述ノ如ク狹義ニ解セスシテ私權ノ實體ヲ定ムルモノト之カ實行ノ手續ヲ定ムルモノトヲ併セテ私法ト名クルノ思想ヨリシテ國際私法ノ範圍ハ外國的要素ヲ包含スル實體法ノ關係ト手續法ノ關係トニ共ニ及フト廣義ニ解スル學者亦多シ學科ノ名稱ニ國際私法ト云フカ如キハ廣義ニ見解シタルモノナルヘシ蓋シ民事訴訟法及ヒ破産法ハ民法、商法ニ缺クヘカ

ラナル助、法ナリ之ト離ルヘカラサル補完物ニシテ「ボアタル」氏 (Boyd) ノ言ニ若シ吾人ノ權利ハ如何ナル制裁ニテ保護セラルルヤ私權ノ衝突ヨリ日毎ニ起ル裁判上ノ闘争ハ如何ナル規定、如何ナル原則ニテ支配セラルルヤ(民事訴訟法等ヲ指ス)ヲ知ラズンハ如何ニ注意シテ吾人ノ權利ノ範圍又ハ程度(民法、商法ヲ指ス)ヲ討索スルモノ用ヲカ爲スヘキト云フカ如ク實體法ノ制裁ハ其運用ヲ定ムル手續法ヲ俟タサレハ行ハレサルモノナルヲ以テ民事及ヒ商事ニ關スル訴訟手續、執行手續等ニ關シ外國の要素ヲ包有スル問題モ實體法ノ問題タル國際私法ノ研究ニ伴ハシムルヲ相當トスレハナリ

學者或ハ國際刑法ヲ國際私法中ニ包含セシメ「フエリクス」 Foelix「フランク」 Brocher「バーネ」 Jahn「バーン」 Bar 或ハ少クモ國際私法ト併セテ論述スルモノ少カラス「バーン」 Bar 然レトモ刑法ハ私人間ノ關係ヲ定ムルモノニ非サルコトハ明瞭ナレハ國際刑法ヲ國際私法ノ範圍ニ屬セシムルコトハ當ヲ得タルモノニ非ス故ニ近來ノ學者ハ多クハ國際刑法ニ涉ラス「ウェース」 Wess「アッセル」 Assel「ローレン」 Loren「デバネ」 Debanet

國際私法ノ範圍ニ關シ特ニ諸君ニ紹介シ置クヘキハ「ヴァレイユ」 Sommier「氏」氏ノ所說トス氏ハ國際私法トハ一人トシテ外國人、外國ニ在ル內國私人及ヒ外國ニ財産ヲ有スル點ニ付テノ內國私人ニ關スル總テノ原則及ヒ法律ノ全體ヲ總稱スト定義シ而シテ外國ニ在ル內國私人及ヒ外國ニ財産ヲ有スル內國私人ハ內國タルト共ニ一面ニ於テハ外國人タリトシ

右ノ定義ヲ更ニ簡單ナラシメ國際私法トハ一人トシテ、外國人ニ關スル法律ヲ謂フト定義スヘシト爲シ由テ正當ニ云ヘハ國際私法ト呼ハスシテ外國人法 (Droit des étrangers) ト名クヘシトセリ氏ハ尙ホ曰ク國際私法ハ自然法、人定法、國外公法(即チ國際私法) 國內公法(即チ憲法、行政法、刑法、刑事訴訟法) 私法(即チ民法、商法、民事訴訟法) ノ何レニ屬スルヤ曰ク孰レニモ屬セス總テニ屬ス國際私法ハ上ノ如キ法律ノ分科中ノ一部ニ非シテ法律全體ノ各部中外國人ニ關スル部分ヨリ成ルモノナリ法律ノ各部ヲ要素トシテ成リタル混合物ナリ法律中ノ私法、公法又ハ國際法ト云フカ如キ特別ノ一部ニ非シテ外國人ト名クル一定ノ人ニ適用セラルル國法全體ナリ即チ國際私法ノ一部ハ國際法ニ屬シ一部ハ憲法ニ行政法ニ刑法ニ屬シ又一部ハ私法ニ屬ス更ニ換言スレハ國法ノ全體ヨリ內國人ノミニ關スル部分ヲ差引キタル殘餘ニシテ法律ノ小人島人ナリ(體ヲ具ヘテ微ナルモノ) 國家カ妻、未成年者若クハ軍人ニ對シ設ケタル特別ノ規定ヲ一團トシテ研究シ之ヲ妻ノ法、未成年者法、軍人法ト名ケ得ルカ如ク外國人ニ對スル特別ノ法律ヲ一團トシテ之ヲ國際私法ト名クルナリ云ト

故ニ氏ノ說ニ據レハ國際私法ノ範圍ハ單ニ私法、刑法ノミニ限ラス憲法、行政法、國際法ニ於テモ外國人ニ關スル規定ト外國私人ニ關スル自然法ノ原則トヲ總テ包含スト云フニ歸ス内外ノ交通頻繁ト爲リタル結果外國人ノ内地ニ居住スルモノ増加シ從來餘リ多カラサリシ外國私人ニ對スル憲法、行政法又ハ刑法上ノ問題ヲ生シ之カ研究ノ必要ヲ生スルニ至リシコト

ハ近來ノ事實ニ徴シ明カナリ而シテ此種ノ問題ニ對シテハ研究事項ノ相接近スルカ爲メ國際私法又ハ公法學者カ其自家ノ領分ヲ超エテ研究ヲ及ホスモノ少カラスト雖モ此種ノ問題ハ予輩ノ標準ニ於テハ外國私人ト國家トノ關係ナルカ故ニ憲法、行政法、刑法ノ固有ノ範圍ニ屬スヘキモノニシテ國際私法ノ範圍ニ屬スヘキモノニ非スト思考ス(「グァ」氏ノ定義ハ此他批評スヘキ點ナキニ非サレトモ本章ノ問題ニ關セサル點ニ付テハ茲ニ省略スルコトセリ要スルニ一奇說トシテ紹介スルニ止ムルナリ)

第三章 國際私法學及ヒ其發達

國際私法ナル語ヲ第二ノ意義ニ於テ即チ一科ノ學問トシテ觀察スルトキハ國際私法即チ國際私法學トハ二國以上ニ跨リタル私法關係ノ準據法ヲ定ムルコトニ關スル學問ナリト謂フコトヲ得故ニ此學問上ノ原則ヲ國際私法ノ原則トモ謂フ此意義ヨリ言フトキハ未タ一國ノ國法トシテ採用セラレザル理論モ亦國際私法上ノ原則ト呼ハルモノトス

予輩カ國際私法ヲ法規トシテ定義シタルトキハ第一章ニ於ケルカ如ク外國の要素ヲ包有スル私法關係ノ準據法云云ト謂ヒ學問トシテ定義スルトキハ上ノ如ク二國以上ニ跨リタル私法關係ノ準據法云云ト謂フモ其私法關係ノ性質ニ於テ異ナルコトナシ唯前者ハ國法ナルカ故ニ立言ノ順序トシテ一國ヲ主位ニ置キ他國ヲ客位ニ置キ外國の要素云云ト謂フモノニシテ後者ハ

學問ナルカ故ニ學者ヲ主位ニ置キ凡テノ國ヲ客位ニ置ク故外國の要素云云ト謂ハスシテ二國以上ニ跨リタル云云ト謂フニ過キス

「プロシニル」(「ローレン」)「フオレ」諸氏其他多數ノ佛、伊學者ハ國際私法ナル語ニ國際私法學トノ意義ニ於ケル定義ヲ與フ「プロシニル」氏カ國際私法學ハ民法、商法及ヒ刑法事項ニ關シ各國主權相互ノ管轄ヲ明確ニシテ之ヲ決定スルヲ目的トスト云ヒ國際私法トハ普通ニ此學說ヲ指スト云フカ如キ是ナリ(「國際私法」)又一般ニ學者カ國際私法ハ各國法律ノ抵觸ヲ決定スル理論ナリト云フモ同シ國際私法ヲ法律抵觸ト名クル所以モ亦之カ爲メナリ而シテ國際の私法關係ノ準據法ヲ定ムルトノ語ト各國私法ノ管轄ヲ定ムルトノ語ト各國私法ノ抵觸ヲ決定スルトノ語ハ凡テ同意義ヲ言表ハサントスルモノタリ蓋シ各國ノ主權ヲ淵源トスル法律ハ外國ニ在ル自國ノ臣民ヲモ支配スヘク(屬人主權)又自國ノ領域内ニ在ル外國人ヲモ支配スル(屬地主權)ヲ通則トスルカ故ニ國際交通ノ結果二國以上ノ人民間ニ法律關係ヲ生スルトキハ其法律關係ハ唯一ナルニ拘ハラス之ニ適用スヘキ相異ナリタル數多ノ法律ノ併存ヲ想像シ得ヘキナリ例ヘハ佛人カ英人ト日本ニ於テ結婚スルトキハ其私法關係ハ二國以上ニ跨レルモノニシテ何人カ考フルモ佛法ト英法トハ屬人主權ノ點ヨリ日本法律ハ屬地主權ノ點ヨリ各自ニ支配力ヲ有スヘキカ如シ而シテ國際私法學ハ此三個ノ法律中何レノ法律ヲ此關係ニ適用スヘキヤヲ研究シ研究ノ結果某國ノ法律ヲ適用スヘキモノナリト決定ヲ與フルカ故ニ某國ノ法律ヲ以テ其關係ノ準據法

ナリト定ムルモノニシテ又某國ノ法律ヲ其關係ノ準據法ナリト定ムルハ即チ其關係ニ付テハ某國ノ法律カ管轄權ヲ有スト爲スモノト見ルコトヲ得而シテ又前例ニ於テ英、佛、日三國ノ法律ハ其規定多少相異ナルヲ常トスルカ故ニ其法律關係ニ付テ三國ノ法律ニ抵觸即チ衝突ヲ生スルモノトシ之カ準據法ヲ定ムルハ即チ三國ノ法律ノ抵觸ヲ解決スルコト爲ルナリ法律抵觸論 (*Étude de conflit de lois*) ノ名之ニ基因ス要スルニ國際私法學ヲ以テ或ハ準據法ヲ定ムト謂ヒ或ハ各國私法ノ管轄ヲ定ムト謂ヒ或ハ各國私法ノ抵觸ヲ定ムト謂フハ用語コソ多少ノ差異アレ同ノ意義ニ出テタルモノナリトス此等ノ觀察點ヨリ學者中國國際私法ヲ定義シテ各國法律ノ抵觸ヲ解決スルヲ目的トスト爲ス者多シ

故ニ相互ニ法律ヲ異ニスル國ニ屬スル人又ハ相互ニ法律ヲ異ニスル地方ニ屬スル人ノ間ニ私法的關係ヲ生スル時代アレハ之カ當然ノ結果トシテ前述ノ如ク法律ノ抵觸ヲ生スルカ故ニ學理ニ因リテ其抵觸ヲ解決シ之カ準據法ヲ定ムルノ必要ヲ感スヘキモノナリト雖モ國際私法學カ一ノ獨立ノ學科トシテ世ニ認メラレタルハ今ヨリ凡ソ七十年前内外ノコトニ屬スルナリ蓋シ羅馬時代ニ於テ羅馬人ト外國人及ヒ其州郡又ハ地方ニ屬スル人ノ關係ニ付テハ未タ以テ今日ノ國際私法ニ於ケルカ如ク一定ノ原則ニ據リ法律ノ抵觸ヲ解決シタルモノアリト認ムルヲ得ス何トナレハ羅馬ニ於テハ外國人民 (*Populi*) ニモ羅馬人ニモ併セテ適用スヘキ萬民法 (*ius gentium*) アリテ羅馬人ト外國人トノ間及ヒ外國人相互ノ間ノ關係ヲ總テ支配シタルカ故ニ此

時代ニハ法律ノ抵觸ナルモノ全ク生セザリシ故ナリ (*ユルウィユ氏*) 「ジュスチニヤン」帝ノ法律全典 (*Corpus juris*) 中法律抵觸ニ關スル明文ナキヲ以テモ其然ラ知ルニ足ルヘシ

中古ノ始ニ當リ日耳曼人ノ侵入後ニ於テハ各人ハ如何ナル國、如何ナル土地ニ在ルニ拘ハラス其自國ノ法律ニ依リ支配セラレタリ故ニ「クロヴィス」、「シャルルマーニュ」帝國ノ各部ニ於テ「フラン」、「サリヤン」、「リビエール」、「ゴー」、「ピョルゴンド」等ノ各種族ハ各其固有ノ法律ニ從ヒ羅馬人亦羅馬法ニ從ヒ支配セラレタリ是レ即チ屬人法主義 (*Principe de l'apersonnalité du droit*) ノ時代ニシテ各人ハ到處自己ノ屬スル國法ノ支配ヲ受クトノ主義即チ是ナリ蓋シ戰國者タリ獵夫タリ牧人タル性質ヲ有スル月耳曼種族ハ一定ノ土地ニ定住シテ稼穡ヲ事トセス常ニ各地ニ遷移シタルカ故ニ其種族ト共ニ自己ノ法律ヲ伴ヒタルモノニシテ此時ノ法律カ屬人的性質ニ傾キ屬地的ナラザリシハ怪ムニ足ラス

然レトモ上ノ如キ法律ノ屬人主義ハ一ノ種族ニ屬スル人ト他ノ種族ニ屬スル人トノ間ニ法律關係ノ頻繁ナラザリシ時代ニ於テノミナラテハ完全ニ行ハル能ハス即チ一ノ種族ト他ノ種族トノ間ニ取引ヲ生スルトキハ裁判所ハ常ニ被告ト爲リタル者ノ屬人法ヲ適用シテ法律ノ抵觸ヲ決定シ來リタルモ少シク時期ヲ經ルニ從ヒ各種族ニ屬スル人々各所ニ分離移散シ又各種族間ニ婚姻等ノ關係ヲ生シ來リタルニ因リ種族ノ混同ヲ來シ其結果各人ハ何レノ種族ニ屬スルヤ不明ト爲リ隨テ各人ノ屬人法ヲ知ルコト困難ト爲ルニ至リ事ロ一定ノ土地ニハ一定ノ法律カ支配スル

コトノ必要ヲ生シ法律ノ屬地の制度成立スルニ至レリ

即チ封建時代ニ至リテハ上述ノ結果トシテ愈々各種族ハ相混同シ屬人法ハ消滅ニ赴キタルヲ以テ各地方ニハ羅馬法若クハ區區ノ慣習ニ基キ其時代ニ應ジテ成リタル地方固有ノ法律ヲ生シ來リ(勿論多クハ慣習法ナリ)又此法律ハ各地方毎ニ相異ナリタルモノトシテ存スルコトト爲レリ殊ニ各地方ニ諸侯トモ稱スヘキ小主權者アリシ故ニ各地方ノ法律カ互ニ相異ナル傾向ハ一層著シキニ至レリトス面シテ封建時代ノ各小主權者ハ其領土ヲ堡壘壁障ヲ以テ圍繞シ外人ノ入ルコトヲ警戒シタルト同シク總テ其領域内ニハ外國即チ他ノ地方ノ法律ヲ適用スルコトヲモ峻拒シタリ故ニ此時代ニ於テハ主權者ノ發シタル法律ハ其領土内ニ在ル一切ノ人及ヒ物ヲ支配スヘキモノナリトノ法律上ノ大則ヲ生シタリ是レ即チ所謂屬地主義、*Principe de la territorialité du droit*ナリトス故ニ屬地主義トハ人ハ其本國(屬スル地方)ノ何レタルヲ問ハス一定ノ地方ニ在レハ其地方ノ法律ニ依リ支配セラルルモノナリトノ主義ナリトス然ルニ時ヲ經ルニ從ヒ封建諸國ノ壘壁アルニ拘ハラズ各地方ノ人民間ニ交通ハ開カレ互ニ法律關係ヲ生スルニ至リテハ最早嚴格ニ屬地主義ヲ履行スルヲ得サルコトト爲レリ即チ十字軍其他ノ原因ニ因リ商業ハ盛ニ地中海附近ニ行ハレテ繁盛ナル都市ハ其沿岸ヨリ延イテ内地ニ起リ大ニ他國人トノ間ニ取引ヲ爲スノ狀況ヲ見ルニ至レリ茲ニ至テ實際ノ取引上法律屬地主義ノ不便ヲ感シ殊ニ人ノ身分、能力ニ關スル人事法ニ關シテハ屬地主義ノ適用ヲ緩和セサルヘカラサル

實際の必要ヲ感スルコトト爲レリ是レ所謂註釋派引繼キ後註釋派(*Glossator, Post-Glossator*)ナル學派カ伊太利ニ於テ羅馬法ノ註釋ヲ名トシテ學問ノ研究ヲ爲シ所謂人事法ナルモノヲ創設スルニ至リシ原因ナリ

人事法ノ創設ハ「スタチユ」學說(*Theorie des statuts* (法則類別說又ハ區別法說トモ譯ス)ノ結果タリ「スタチユ」學說ハ凡テノ法律、凡テノ地方法律、凡テノ慣習等凡テ一國ノ現行法規ヲ二分シ之ニ人事法(*Statuta personalia*)物件法(*Statuta realia*)ノ名ヲ與ヘ人事法トハ主トシテ人ニ關スル法律ヲ總稱シ物件法トハ主トシテ財產特ニ不動產ニ關スル法律ヲ總稱シ人事法ハ到ル所其人ニ附シ物件法ハ財產ノ存在スル土地ノ法律ニ從フモノトシタリ而シテ人事法、物件法ノ分界ニ付テハ曖昧ナル點ナキニ非サリシヲ以テ次ニ區別ノ第三トシテ同時ニ人事ト物件トニ關スル混合法(*Statuta mixta*)ナルモノヲ生スルニ至レリ然レトモ混合法ナルモノモ其始ニ於テハ如何ナルモノヲ指サヤモ頗ル曖昧ナルモノナリシカ學者ハ遂ニ之ヲ行爲ニ關スル法律ト爲シ法律行爲ヲ定ムル法律ヲ指スモノトシ凡シ法律行爲ハ之ヲ爲シタル土地ノ法律ニ適合スルトキハ到ル處有效ナリト爲スニ至リタリ要スルニ此「スタチユ」學說即チ法律三分說ハ「バルトル」(*Barthelemy*)「バルド」(*Barde*)其他ノ註釋學派ノ唱ヘタル所ニシテ十六世紀ニ於テ發達シ爾後各國ノ法學者ニ依リテ研究セラルルニ至リタルモノトス「スタチユ」ナル文字ハ其語源ニ於テハ特別法、地方法律ノ意ニシテ普通法ナル文字ノ對稱トス)

此ノ如ク封建の屬地法說ハ「スタチユ」學說ニ其勢力ヲ讓リタルモノナレトモ亦此「スタチユ」學說ニ於テモ先キニ述ヘタル如ク混合法ナルモノノ曖昧ナリシノミナラス人事法、物件法ノ分界ノ標準ニ付テスラモ明確ナラサル點少カラサリキ即チ同一ノ法律ニシテ人事法ト物件法トモ看做シ得ヘキニ至ルコトアルカ故ナリ例ヘハ長子ノ特權ニ關スル法律ニ關シ若シ法律ノ明文ニ「長子ハ相續ス」(Primogetis successu)トアルトキハ之ヲ人事法ト爲スベク「不動産ハ長子ニ歸ス」(Immobilia venientibus primogetum)トアルトキハ物件法ナリト「バルトール」(Barthelemy)ノ言ヒタルカ如シ以テ人事法、物件法ノ標準ノ曖昧ナル一斑ヲ見ルヘシ然レトモ十六世紀以降ノ學者ハ此「スタチユ」學說ヲ研究シ又實際ニ上於テモ此學說ハ適用セラレタリ蓋シ封建制度ノ餘習トシテ各獨立シテ主權ヲ有スル地方甚タ多ク其地方ハ各異ナリタル法律、慣習ヲ有スルカ故ニ各人ハ自己ノ屬スル村落、都市等ヨリ一步ヲ踏出シ他ノ村落、都市ニ入ルトキハ法律ノ屬地主義上直チニ先ニ支配ヲ受ケタル法律ト異ナリタル法律ノ支配ヲ受ケサルヘカラサリキ此狀態カ裁判官及ヒ學者ヲシテ熱心ニ法律抵觸ノ研究ニ従事セシムルニ至リタル基因ナリトス即チ判事カ其職務ヲ行フニ當リ前述ノ如ク二個ノ地方以上ニ跨リタル私法關係ニ對シ裁判ヲ爲スヘキ場合ヲ生スルコトアルニ當リ之ニ法律ノ屬地主義ヲ嚴格ニ適用スルトキハ一ノ地方ニ於テ法律上能力アリシ者モ他ノ地方ニ至レバ法律上無能力ト爲リ甲ノ國ニ於テ有效ナリシ法律行爲モ乙ノ地方ニ至レバ無効ナリ法律行爲ト爲ルカ如キ狀態ヲ呈シ一ノ地方ノ裁判所ニ訴アレバ權

利ト認メラルヘキコトモ他ノ地方裁判所ニ訴フレハ權利ト認メラサルコト爲リ道理ト正義ノ點ヨリ觀テ頗ル不快ノ感アルノミナラス此ノ如キハ地方ヲ異ニスル人ノ間ノ交通取引ヲ阻害スルコト甚シト謂ハサルヘカラサリキ然ルニ「スタチュ」學說ノ理論ハ判事ヲシテ法廷地ノ法律以外ノ法律ヲ適用セシムルノ方便ヲ與ヘタルモノナレハ一般ノ歡迎スル所ト爲リ歐洲大陸ニ於テ十六世紀後法典編纂前ニ當リテ裁判所ヘ常ニ此學說ノ原理ニ依リ判決ヲ爲シ來リ又判例ハ此學說ニ法律ト同様ナル權勢ヲ與フルニ至リタルモノトス而シテ大陸中特ニ和蘭、白耳義ノ州、郡ノ如キハ地方ノ自治最も盛ニシテ多數ノ都市相接近シ各地人民間ノ關係甚テ頻繁ナリシヲ以テ此「スタチュ」學說ノ研究ハ特ニ盛況ヲ呈シ「ヂュムレーン」(Dumoulin)「タルジャン」(D. Agente)「バネンバチキ」(Burgondus)「ローデンバルク」(Roden burch)「グーデバート」(Paul Voet)「ジャン・バート」(Jean Voet)「フネルク・ベーン」(Ulrich Huber)「ハート」(Hart)「ブイエー」(Bouhier)「フローラン」(Froland)「バルノー」(Boullenois)ノ輩出ヲ見ルニ至リタルナリ

然ルニ此ニ記憶スヘキハ十八世紀末ニ於ケル佛國大革命トモ佛國ノ大革命ハ歐洲全土ニ於ケル政治的革命ヲ惹起シタルノミナラス援テ法律上ノ革命ヲモ促シタリ即チ佛國ニ於テ市町村村又ハ州郡ノ區域ニ依リ又ハ諸侯ノ領地ノ境界ニ依リ從來存立シタル一地方ノミニ限ル法律慣習、所謂「スタチュ」ナルモノヲ全廢シテ那翁法典ノ成ルアリ以テ全國ノ法律ヲ統一ヲ致シ

其他ノ諸國ニ於テモ亦漸次之ニ倣ヒ法典ヲ編纂シテ全國法律ノ統一ヲ圖リ又不文法ノ國ニ於テモ漸次成典ヲ布クノ傾向ヲ生スルニ至リタリ此ニ於テ「スタチュ」學說ニ於テ之カ抵觸ヲ解決スル爲メノ目的物タリシ各地方ノ法律慣習ハ佛民法ノ如キ一國全體ニ渉ル法典ト交代スルニ至レルヲ以テ從來各地方ノ法律抵觸ニ付キ研究シタリシ「スタチュ」學說ハ目的物ノ消滅ト共ニ最早其實行ノ必要ヲ絶チ其名殘ヲ歴史ニ止ムルニ過キサルコトト爲レリ然レトモ人類ハ他クマテモ社會的動物ナリ各國間ニ於ケル交通及ヒ商業ノ發達進步ハ舊時ノ如ク一國內ニノミ踴躍スルヲ以テ足レリトスルコト能ハス蒸氣、電氣ノ發明ニ伴ヒ鐵道、電信若クハ船舶ノ便ニ依リ一國ノ人民カ其國境以外ニ出テ他國人民トノ間ニ法律關係ヲ生スルコト少カラス隨テ封建時代ニ於ケル一地方ト他ノ地方トノ間ニ於ケル法律ノ抵觸ハ今ヤ進ンテ一國ト他國トノ間ニ於ケル法律ノ抵觸ト爲ルニ至レリ是レ二國以上ニ跨リタル私法關係ノ準據法ヲ定ムルコトニ關スル國際私法學ノ起リタル所以ニシテ又此國際私法學カ「スタチュ」學說ノ研究ト交替スルニ至リタル所以ナリ而モ「スタチュ」學派ノ研究ノ結果タル學理上ノ諸原則ハ國際私法學研究ノ材料トシテ大ニ力アルモノトス然ル所以ハ此二學ハ其研究ノ實質ニ於テハ一ハ各地方間ノ法律ノ抵觸ナルニ他ハ各國間ノ法律ノ抵觸ノ差アレトモ其研究ノ目的ハ其ニ同シク法律抵觸ノ研究ニ外ナラサレハナリ故ニ大革命後、政事上ノ變動ノ結果各國ニテ統一的法典成リタルモ外國の要素ヲ含ム法律關係ニ付テハ其法典中ニ「スタチュ」學說ノ一部ヲ採用シテ規定シタルモノアリ又ハ「スタチュ」

學說アルコトヲ豫定セルカ如キ規定ヲ有スルモノアリ故ニ其頃成リタル佛、奧、普等ノ法典ヲ繕ケハ其中ニ「スタチュ」學說ノ斷序ノ多少散在スルヲ見ルヘシ

然レトモ佛民法制定ノ頃即チ十九世紀ノ始ニ於テハ歐洲ハ戰爭頻頻タリシカ故ニ平和的の交通ヨリ生スル取引ニ適用スヘキ國際私法學ノ研究ハ未タ盛ナルヲ得ルニ至ラサリキ然ルニ北米ニ於テハ私法ノ點ニ於テハ各州自治ノ聯邦（合衆國）新ニ成リ商業、工業及ヒ交通ノ發達ト共ニ斯學ノ研究亦發達セリ且北米合衆國ハ不文法ノ國ニシテ國際私法ノ原則ハ佛、奧、普ノ如ク成典中ニ規定セラレス又成文法ノ爲メニ羈束セラレサリシヲ以テ問題起ル毎ニ如何ナル國際私法の原則モ判例ヲ以テ自由ニ之ヲ確立スルヲ得タリキ斯ル北米ノ狀態中ヨリ「ハーバート」大學教授ニシテ米國最高裁判所判事「ストーリ」氏ハ起テリ氏ハ先ノ「スタチュ」學說ヲ英米ニ於ケル既成判例ニ對比シ一千八百三十四年法律抵觸註釋論（Commentaries of the Conflict of Laws）ナル一書ヲ著シ之ヲ世ニ公ニセリ其頃ニ至リ歐洲大陸モ次第二平穩ニ復シタルヲ以テ通商モ繁劇ニ赴キ尋テ國際私法學研究ノ運ニ向ヒ第一ニ巴里在住獨人辯護士「フェリクス」（Jean-Jaques Gaspard Fœlix）氏カー一千八百四十年ニ佛ノ内外法律經濟雜誌ニ各國法律ノ抵觸ニ關シ有名ノ一編ヲ掲ケ後之ヲ二卷トシテ世ニ公ニセリ（國際私論法 Traité du droit international privéト題ス）第二ニ獨逸「チェビンゲン」大學ノ教授「ウエッター」（Ch. George Wächter）氏ヲシテ一千八百四十一年ニ獨ノ民法實用雜誌ニ於テ「各國私法ノ衝突ニ付テ」（Ueber die Collision der

此等ノ學者ノ研究方法ニ付テハ或ハ特ニ一國ノ國際私法トシテノ法規ヲ説明スルヲ以テ足レトスルモノアリト雖モ多クハ純然タル理論ニ依リ主トシテ各國ニ共通セラルヘキ國際私法學上ノ原則ヲ確立セントスルニ勉メタリ換言スレバ各國ニ共通スヘキ各種ノ法律關係ノ準據法ヲ定ムルコトヲ本旨トスルカ如シ故ニ國際私法學ノ目的ニ於テハ單ニ一國ノ成法ノ解釋ノミニ止マラス又一國ノミノ利害得失ニ拘ハラス各國ノ私法ニ就キ道理及ヒ正義ノ上ヨリ私法關係ノ準據法ヲ定メ一旦其適當ナル決定ヲ得バ各國ヲシテ一樣ニ其原則ヲ承認セシメントスルニ在ルナリ贅テ述ヘタル國際法協會ノ集合ノ研究ノ如キ最モ著シキ者ナリ故ニ之カ研究ニ従事スル者多クハ各國ノ上ニ立テ各國私法相互ノ管轄ヲ定メントスル最高主權者ノ意氣アリトス

國際私法 總論 國際私法學及其發達

從ヒ道理及ヒ正義ニ基キ益、適當ナル法律牴觸ノ準據法ヲ發見スルニ達セサルヘカラス

第四章 國際私法學研究法

國際私法ノ性質ハ第一章ニ述ヘタルカ如ク純然タル一國ノ私法ナレトモ其學問ノ發達ハ第三章ニ依テ解シ得ラルルカ如ク主トシテ一地方ト他ノ地方若クハ一國ト他國トカ世上ニ共存シテ其人民間ニ相互ニ關係ヲ生シタルニ基クモノナリ換言スレハ國際私法ノ規定ハ一國主權者ノ意思ノ發表ナレトモ國際的ニ發達シタルモノナリ一國ノ私法の規定ヲ離レテハ國際私法ナル法規ハ存在スルコトナク國際的發達ヲ外ニシテハ國際私法ハ發生スルコトナシ以上ノ觀察ニ基キ國際私法ノ法理モ二ノ方面ヨリ研究スルコトヲ要ス即チ一ハ一國の研究ニシテ二ハ萬國の研究是ナリ以下順次ニ之ヲ説明スヘシ

第一 國際私法ノ一國の研究法 (Methode individuelle) 一國の研究法トハ單ニ「國國法トシテ、國際私法ノ法理ヲ研究スルコトヲ謂フ「プロシユル」氏ノ所謂成法的研究法「ローレン」氏ノ所謂實行の法理ナルモノニ該當ス一國國法ノ解釋論トシテ研究スルヲ主タル目的トス此場合ニ於テハ某國(例ヘハ佛國又ハ獨逸)國際私法法理ト名クルヲ得ヘキハ第一章ニ述ヘタル國際私法ノ性質ヨリ當然生スヘキ結果ナリ而シテ是レ恰モ日本民法ノ法理、獨逸憲法ノ法理ト云フニ同シ此研究法ニ依レハ各國ノ數ト同數ナル國際私法ノ法理アルヘシ然ルニ若シ國際

私法ハ國際法ノ一部ニシテ全ク一國ノ國法ト異ナルモノナリトスルトキハ國際法カ各國ニ對シテ唯一無二ノ法則タルト同シク國際私法モ亦某國國際私法ト謂フコトヲ得サルヘシ故ニ斯ク觀察スルトキハ唯萬國ニ通スル唯一ノ國際私法アルノミ然レトモ何レノ邦國ニ於テモ其國成立ノ歴史ト共ニ凡テノ法律制度モ各自歷史的ノ特性ヲ具ヘテ發達セルカ故ニ國際私法ニ關シテモ各國各自ニ固有ノ發達ヲ爲セルコト恰モ民法、刑法、憲法等カ各國固有ノ發達ヲ爲セルニ同シ、勿論次ニ述フルカ如キ國際私法ノ原理トシテ理想上完全ナルモノハ唯一ナルヘタル又將來或ハ一ニ歸スルモノナルヘシト雖モ是レ唯理論タルニ止マリ實際問題ノ起リタル國ノ制度ト相容レサルトキハ其國ノ法規トシテ效力ヲ有セサルヤ論ラ俟タス換言スレハ裁判所ハ其國ノ國際私法の規定カ如何ニ不完全ニシテ他ニ完全ナル國際私法ノ理想アリト雖モ是ヲ採テ彼ヲ捨ツルヲ得ス從テ國際私法ノ研究ニ於テハ必ス先ツ其國法ヲ基礎トスルコトヲ要ス此方針ニ依ル研究法ハ即チ一國研究法ナリトス

第二 國際私法ノ萬國の研究法 (Methode universelle) 萬國の研究法トハ一國の研究法ニ於ケルカ如ク或一國ノ法律ノミヲ基礎トシテ研究セス學者カ各國ノ上ニ立法權ヲ行フコトヲ假定シ各國ニ共通スヘキ國際私法ノ原則ヲ確立セントシテ爲ス所ノ研究法ナリ故ニ是レ純然タル國際私法ノ理想ニシテ其研究ヨリ得タル原則ハ未タ法規タル性質ヲ有スルモノニ非ス但此原則カ或國ニ於テ法規トシテ認メラレタルトキハ國法ト爲ルコト論ラ俟タス又各國ノ國法ニ於

テ之ヲ認メテ立法シタル例少カラス若シ又此原則ヲ條約等ノ方法ニ依リ各國間ニ承認シタルトキハ其原則ハ國際法ヲ構成スルコトアルヘシ自然法ヲ認ムル學者ハ此研究法ノ結果タル原則ヲ國際法ノ一種トス

要スルニ萬國の研究法ノ點ヨリ觀察スル場合ニハ各國ノ上ニ最高主權者ヲ假定シ各國ノ私法カ抵觸シタル場合ニ之ヲ決定スヘキ原則ハ即チ國際私法ナリトノ觀念ニ基クモノナリ故ニ其關係恰モ一國ノ各地方カ各自ニ私法ヲ有シ其規定區區ナル場合ニ於テ各地方ノ法律ノ抵觸ヲ生シタルトキ一國ノ主權者カ其法律抵觸ヲ決定スルト同一ナリトス例ヘハ新民法制定前ノ獨逸各聯邦カ各異ナリタル私法ヲ有シタル場合ニ於テ其私法ノ抵觸ヲ決定センカ爲メニ各聯邦ノ上ニ立テ最高主權者ヲ有スル獨逸帝國カ此抵觸ノ決定ニ關スル法律ヲ制定スル場合ノ如シ嘗テ述ヘタル「スタチュ」說ノ起源モ亦全ク此假定ニ基ケルモノトス故ニ此研究法ニ於テハ各國ノ上ニ立テ最高主權者アリテ國際私法ト名タル國際間ノ法則ヲ各國ニ公布シ各國私法ノ管轄又ハ區域ヲ限定シ各國ヲシテ其管轄又ハ區域内ニ於テ自國ノ法律ヲ適用スル權利ヲ有セシメ之ヲ超エテハ自國ノ法律ノ效力ヲ及ボササルノ義務ヲ負ハシムルトノ思想ニ基クモノトス我法例又ハ各國法律ノ明文ニ於テ本國法ニ從フト云ヒ所在地法ニ從フト云フ文詞用語ハ全ク此思想ヨリ生シタル原則ヲ其僭用ヒタルモノナリトス右ノ如ク觀察シタル國際私法ノ原則ハ全ク國際法即チ國際公法ト其基礎ヲ同シクスルモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ是レ各國間

雜
選
錄

○大審院判例要旨

○父ノ離縁去家後ニ出生セル子ノ家籍

父カ離縁ニ因リ子ノ懷胎後出生前母ト共ニ養家ヲ去

リタル場合ニ在テハ子ハ懷胎當時ノ養家ニ入ルヘキモノニアラスシテ出生ノ時ニ於ケル父ノ家ニ入ルヘキモノトス故ニ爾後養家ノ家督相續開始スルモ子ハ法定ノ推定家督相續人トシテ

相續又ハ代承相續ヲ爲スノ權ナシ(明治四十年四月第三三〇號
同年十月二十五日第二民事部判決)

○家督相續回復ノ請求權者

相續權回復ニ關スル時效ヲ規定シタル民法第九百六十六條ニ家

督相續回復ノ請求權ハ家督相續人カ相續權侵害ノ事實ヲ知リタル時ヨリ云云トアリテ相續權回復ノ請求權ハ家督相續人ニ非サレハ屬セサルコト論ヲ俟タサルナリ而シテ民法第九百八十二條ニ舉ケラレタル者ハ選定ヲ受ケ始メテ相續人ト云フ可ク其以前ニ在リテハ相續人ニ非サルカ故ニ從ヒテ此ノ如キ者ハ相續權回復ノ請求權ヲ有セサルヤ明白ナリ(明治四十年三月第二
民事部判決)

(行發日十二月一十年十四治明)

電話番町 一七四番

(錢五拾參金共稅郵リ限ニ號本)

校外生規則摘要

- 一 十个月以上未入學ノ校外生タル者ニシテ本大學ニ入學スル者ハ入學金ヲ免除ス
- 一 講義録ノ講習ヲ終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錢ヲ納ムヘシ
- 一 校外生月謝ハ左ノ如シ
 - 一 一个月分 各學年 金四拾錢 全學年 金壹圓
 - 一 六個月分 各學年 金貳圓三拾錢 全學年 金五圓五拾錢
 - 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記ヲ交付セズ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疑義アルトキハ講義録ノ番號、科目、頁數及ヒ疑問ノ要點ヲ記載シ本大學編輯局ヘ宛テ郵送スヘシ
- 一 質疑通信ノ文意解シ難キモノ主旨明瞭ニシテ解答ヲ要メスト認ムルモノハ解答ヲ付セズ
- 一 質疑中有疑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『三九四番』

明治四十年十二月五日印刷
明治四十年十二月六日發行

(定價金五十錢)

東京市牛込區牛込北町十番地
編輯兼 萩原敬之

東京市四谷區四谷左門町五十八番地
印刷者 重利俊夫

東京市赤坂區新町五丁目四十二番地
印刷所 金子活版所

東京市麹町區富士見町六丁目十六番地

發行所 私立法政大學

(電話番町一七四番)