

法政大學講義録

市村, 富久 / 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)

15

(号 / Number)

3学年の5

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

79

(発行年 / Year)

1908-02-29

明治四十一年二月廿九日發行

（第參學年ノ五）

四十一年度

法政大學講義錄

第五十號

法政大學發行



0213

四十一年度第十五號目次

民法親族	(自一六九至二〇〇)	法學士 牧野菊之助
民法相續	(自二七一至二七二)	法學士 牧野菊之助
民法海商	(自八三至九六)	法學士 市村 富久
破産	法 (自一五九至一六二)	法學博士 加藤 正治
民事訴訟法	自第六編至第八編 (自二一七至二六四)	法學士 板倉 松太郎
國際私法	(自九五至一四二)	法學士 入江 良之

雜錄 ○大審院判例要旨

090
1908
3-1-5

其行為ノ前後ニ由リテ其名ヲ異ニスルモノニシテ隨テ一ハ離婚請求ノ訴權ヲ發生セシメン他ノ一ハ一度發生シタル訴權ヲ消滅セシムルモノト謂フヲ得ヘシ但一度同意ヲ爲シ又ハ宥恕ヲ與ヘタル行為ノ外新ナル事實ニ基キ離婚ヲ請求スルハ敢テ妨ナシ

(一) 相殺 前示第四ノ原因ニ因リ離婚ノ訴ヲ提起セントスル者ハ自己ニ同一ノ原因存任セサルコトヲ必要トス若シ自己ニ其原因アルトキハ其配偶者ニ同一ノ事由アルコトヲ理由トシテ離婚ノ訴ヲ提起スルヲ得ス(八一五條)何トナレハ一方ノ處刑ヲ理由トシテ離婚ヲ求ムルハ名譽ヲ傷ケタルカ故ノミ自己ニ同一ノ汚辱アルニ於テハ離婚ノ原因タルヘキ性質ヲ缺如スルコト自明ノ理ナレハナリ之ヲ要スルニ一方ノ處刑ノ爲メニ發生シタル離婚ノ訴權ハ自己ニ同一ノ事由ノ生シタルカ爲メニ消滅シ自己カ前ニ處刑セラレタルモノナルトキハ後ニ一方ニ同一ノ事由生スルコトアルモ之カ爲メニ離婚請求ノ訴權ハ發生セス彼是相消シテ何等ノ權利ナキモノト爲ルナリ

(二) 期間ノ經過 前示第一乃至第八ノ事由ニ因ル離婚ノ訴ハ之ヲ提起スル權利ヲ有スル者カ離婚ノ原因タル事實ヲ知リタル時ヨリ一年ヲ經過シタル後又ハ其事實發生ノ時ヨリ十年ヲ經過シタル後ハ之ヲ提起スルヲ得ス(八一六條)又前示第十ノ原因ニ因ル離婚ノ訴ハ當事者カ離婚又ハ縁組ノ取消アリタルコトヲ知リタル後三ヶ月ヲ經過シタルトキハ之ヲ提起スルヲ得ス(八一八條二項)其民法施行以前ニ生シタル事實ニ基テ離婚ノ訴ハ其事實カ民法ニ定メタル期

間ヲ經過シタルトキ亦同シ(民法七〇條二項)要スルニ此等ノ場合ニ離婚請求ノ訴權ヲ消滅セシムル所以ノモノハ一般消滅時效ヲ設ケタルト同一ノ精神ニ由ル

(ホ) 配偶者ノ生死分明ナリシトキ 前示第九ノ事由ニ因ル離婚ノ訴ハ配偶者ノ生死カ分明ト爲リタル後ハ之ヲ提起スルヲ得ス(八一七條)蓋シ配偶者ノ死亡カ分明ト爲リタルトキハ婚姻ハ既ニ解消セルヲ以テ離婚ヲ爲スノ要ナク生存カ分明ト爲リタルトキハ再婚ノ必要ヲ見サレハナリ

(ハ) 權利ノ拋棄 前示第十ノ事由ニ因ル離婚ノ訴ハ當事者カ離婚請求ノ權利ヲ拋棄シタルトキハ之ヲ提起スルヲ得ス(八一八條二項)即チ此場合ニ於テハ縁組ノ成立又ハ其有效ナルコトヲ條件トシテ離婚ヲ爲シタルモノニ非サルコトヲ認識シ得ルヲ以テナリ

第四款 離婚ノ效力

離婚ハ婚姻ノ解除ナリ即チ夫婦タルノ關係ヲ斷絶セシムルモノナリ是レ實ニ離婚ノ主要ナル效力ナリト謂フヘシ而シテ離婚ニ因リテ生シタル婚姻解除ノ效果ハ配偶者間ニ於ケルト其子ニ對スルトニ由リテ各、異ナラサルヲ得ス本法ハ離婚ノ效力ニ關シテ特ニ一款ヲ設ケス第七二九條、第七三九條ノ如ク又第七六八條ノ如ク各所ニ散見スルニ過キス殊ニ離婚ハ婚姻ノ解除ナルカ故ニ一言以テ之ヲ云ヘハ婚姻ニ因リテ生シタル效果ハ離婚ニ因リ取消スヘキモノト云ヒ得ヘ

キヲ以テ左ニ其一二ヲ掲グルニ止メン

甲 配偶者ノ身上ニ關スル效力

婚姻ハ解除セラレタルカ故ニ離婚者ハ配偶者ノ名義ニ關スル利益ヲ失フヘシ故ニ婦ハ離婚ニ因リテ分離シタル夫ノ死後法律カ或場合ニ於テ寡婦ニ付與スル扶助料ヲ請求スルノ權利ヲ有セス又離婚者ハ相互ニ相續スルノ權ナク又各、其自由ヲ回復シ婚姻以前ノ狀態ニ復スヘシ其他左ノ如キ結果ヲ生ス

一 離婚シタル配偶者ハ實家ニ復歸ス即チ妻ハ夫ノ家ヲ去ルヘク入夫及ヒ培養子ハ妻ノ家ヲ去ルヘキモノトス(七八八條)

二 離婚シタル配偶者ハ相互ニ同居シ又相互ニ扶養ヲ爲スノ義務ヲ免ルルモノトス(七八八條、七九〇條)

三 婦ハ將來夫權ニ從ハス隨テ其結果タル無能力ヲ免脱ス故ニ婦ハ將來夫ノ許可ヲ受クルニ及ハス其能力ハ寡婦タルトキニ同シ

四 離婚シタル配偶者ハ各、婚姻ヲ爲スコトヲ得但婚姻ニ付テハ第七六七條、第七六八條ノ制限ニ從ハサルヘカラス

離婚シタル者ハ爾後再ヒ結合スルコトヲ得ルヤ否ヤ佛民法ハ嘗テ一タヒ「如何ナル原因ニ因リテ離婚スルモ其離婚シタル配偶者ハ再ヒ結合スルヲ得ス」ト規定シタルコトアリ其理由蓋シ配

偶者ハ雙方相結合スルコト能ハサルヲ顯示シ離婚ハ到底已ムヘキニ非ストセルモノナレハ一旦相結合スルコト能ハサルコトノ確定セル以上ハ再合ハ醜體ノ新機會タルニ過キス配偶者ハ一旦斷縁スルトキハ再ヒ其初ニ反ラサルハ猶ホ覆水ノ盆ニ反ラサルカ如クナルヲ覺悟シ離婚ヲ以テ一時ノ試験的ト爲ササルヲ要ストセルニ由ル固ヨリ配偶者雙方戲レニ離婚ヲ爲スカ如キコトハ許スヘキニ非スト雖モ一旦離婚ヲ爲シタル者ト雖モ時日ノ經過ニ因リ之ヲ悔ユルコトアルヘク又ハ憤怒ノ念沈靜シテ其破斷シタル夫婦ノ縁ヲ再ヒ結フコトヲ欲スルコトアルヘシ殊ニ離婚ニ因リ憐ムヘキ境遇ニ陷リタル子ノ利益ヲ圖ルカ爲メニ再合ヲ望ムハ人情ノ常ナレハ之ヲ許スモ亦何ノ不可カ之アラン永久ニ結合スルノ意思ヲ以テ婚姻シタル者ニ離婚ヲ許サハ永久ニ離別スルノ精神ヲ以テ離婚シタル配偶者ニ再合ヲ許ササルノ理アルヘカラス我國ニ於テハ從來離婚後再ヒ雙方ノ結合ヲ見タルコト其實例ニ乏シカラス本法亦敢テ之ヲ禁スルモノニ非サルナリ

乙 配偶者ノ財産ニ關スル效力

婚姻ハ解除セララルカ故ニ配偶者雙方ハ最早其財産契約ニ拘束セララルコトナシ元來夫婦財産契約ハ二人ノ結合ノ爲メニ要約シ又ハ受諾シタルモノナルヲ以テ其結合ニシテ解除スルニ於テハ其契約モ亦從テ解消スヘキハ當然ナリトス

丙 子ニ對スル效力

協議上ノ離婚ヲ爲シタル者カ其協議ヲ以テ子ノ監護ヲ爲スヘキ者ヲ定メサリシ時ハ其監護ハ父

ニ屬シ父カ離婚ニ因リテ婚家ヲ去リタル場合ニ於テハ子ノ監護ハ母ニ屬ス(八一二條)

裁判上ノ離婚ニ付テモ亦右ニ同シ但裁判所ハ子ノ利益ノ爲メ其監護ニ付キ右ニ異ナリタル處分ヲ命スルコトヲ得(八一九條)

元來子ノ監護ハ親權ノ範圍ニ屬シ家ニ在ル父又ハ母ニ於テ子ヲ監護スヘキモノトス(八七七條、八七九條)然レニ從來夫婦カ協議上ノ離婚ヲ爲ス場合ニ於テ其子ノ戶籍ノ如何ニ論ナク或ハ母ニ於テ事實上ノ監護ヲ爲スノ習アリ其子ノ爲メ又當事者ノ爲メニ別ニ不都合ナキモノト認メラルヲ以テ本法亦此慣習ニ準據シ監護ノ範圍外ニ於テハ尠モ父母ノ權利義務ニ變更ヲ生セストノ制限ノ下ニ右ノ如キ規定ヲ存スルニ至レリ

其他離婚ハ配偶者雙方ヲ結合シタルノ關係ヲ破ルモ其配偶者ト其子トヲ結合シタル關係ヲ破ラス換言スレバ配偶者雙方ハ其子ニ對シテハ依然トシテ父タリ母タルノ關係ヲ保存シ父トシテ又母トシテノ權利義務ニ何等ノ變更スル所ナク相續ノ權利、扶養ノ義務ノ如キ毫モ害セラルコトヲ勿ルヘシ

第四章 親子

第一節 總論

親族間ニ於ケル權利義務ハ或ハ婚姻ニ因リ夫妻タルノ身分ヲ取得スルニ從ヒテ變更シ或ハ親タ

リ子タルノ關係ニ由リテ異動ス而シテ其親タリ子タルノ關係ハ婚姻ニ次テ一家ノ構成上之カ基
本タルヘクシテ此關係ハ實ニ親族間ニ於ケル最モ重大ナル事項ニ屬ス

父又ハ母ト子トノ關係ハ父ヨリシテ之ヲ見ルトキハ父子ノ關係ト謂ヒ母ヨリシテ之ヲ見ルトキ
ハ母子ノ關係ト謂ヒ子ヨリシテ之ヲ見ルトキハ親子ノ關係ト謂フ其名稱各ハ異ナルモ要スルニ
親子間ノ血族關係ヲ定ムルモノニ外ナラス即チ親子關係ト云ヘハ一方ト他方トノ間ニ於テ直系
一親等ノ血族關係アルモノニ外ナラサルナリ

所謂血族關係ニ自然ノ血族ト法律ノ擬制ニ依ル準血族トノ區別アルカ故ニ隨テ親子間ノ關係ハ
之ヲ二大別シテ實子ト養子トノ二種トスルコトヲ得實子トハ即チ造化自然ノ作物ニシテ血統ノ
連絡ニ因リ生シ養子トハ法律假想ノ結果ニ出テ其法律ノ假想ニ因ルモノニ付テハ養子ノ外、繼
父母ト繼子トノ關係及ヒ嫡母ト庶子トノ關係アリ共ニ均シク親子ノ關係ヲ生スヘシ然レトモ繼
父母ト繼子及ヒ嫡母ト庶子トノ關係ニ付テハ既ニ第七二八條ノ規定スル所ナルヲ以テ再說ノ要
ナシ

實子ヲ分チテ(一)嫡出子(二)庶子及ヒ(三)私生子トス

嫡出子トハ正當ノ婚姻ヨリ生シ庶子ト私生子トハ之ニ反シ二者共ニ正當ノ婚姻以外ニ生レタル
モノヲ謂フ其所謂庶子トハ夫婦ニ非サル男女ノ間ニ生シ法律上父ノ何人タルコトノ分明ナルモ
ノヲ謂ヒ其所謂私生子トハ夫婦ニ非サル男女ノ間ニ生レタルモ法律上父ノ知レサル所ノモノヲ

謂フ而シテ子ハ生レナカラニシテ嫡出子タルコトアリ又否ラサルコトアリ庶子及ヒ私生子ハ其
父母ノ婚姻ニ因リ又父母カ婚姻中認知ヲ爲スニ因リテ嫡出子ト爲ルコトアリ(八三六條)

蓋シ父ナク母ナクシテ獨リ子アルヘキモ理ナシト雖モ事實上ノ父又ハ母ト其子トノ間ニ在リテ
ハ固ヨリ血統ノ連絡アルヘキモ法律上ニ於テハ認知ノ權利義務ノ外何等ノ法律關係アルナク父
カ其子ヲ認知シ若クハ母カ其己ノ子タルコトヲ認メサル限リハ其子ハ即チ法律上父ナク又母ナ
キモノニシテ其間ニ親子ノ關係ヲ認ムルコト能ハス親子ノ關係ヲ認ムル能ハサルカ故ニ法律上
即チ父母ナキモノト謂ハサルヲ得サルナリ其所謂親子關係ハ之ヲ本法ノ分類ニ從ヒ實子ト養子
トニ大別シテ左ニ之ヲ説明セン

第二節 實子

第一款 嫡出子

第一項 嫡出子ノ身分取得

嫡出子ハ婚姻ニ因リテノミ生スルコトヲ得ルモノナレハ嫡出ナリト主張スル子ハ其懷胎又ハ遍
クモ出生ノ時ニ於テ相互ニ適法ニ婚姻シタル兩箇ノ人ノ作爲ニ因リ懷胎セラレタルコトヲ主張
セサルヘカラス故ニ嫡出子タル身分ヲ取得スルニハ左記ノ條件ヲ必要トス

第一 我母ナリト主張スル所ノ婦ハ婚姻中ナルコト若クハ曾テ婚姻シタルコト(母ノ婚姻ノ

有效ナルコト)

第二 其婦ハ一人ノ子ヲ生ミ其子ハ即チ我ナルコト(母ノ分娩シタル子ナルコト)

第三 我ハ我母ノ婚姻中ニ懷胎シタルコト或ハ遅クモ婚姻中ニ出生シタルコト(婚姻中ニ懷胎シタル子ナルコト)

第四 我母ノ夫ハ即チ我ノ父ナルコト(母ノ夫ノ子ナルコト)

右第一及ヒ第二ノ條件ニ付テハ之ヲ證明スルコト敢テ至難ナリトセス或ハ婚姻ノ登記或ハ出生ノ登記其他人證等有形ノ證據ヲ以テ之ヲ立證スルヲ得ヘシ然レトモ第三、第四ノ條件ニ付テハ之ヲ證明スルコト容易ナラス何トナレハ人ノ懷胎ノ時期ニ付テハ一定不變ノ定則アルニ非ス醫學上之ヲ知ルニ難ンスル所ニシテ殊ニ其作爲者ヲ知ルカ如キ實ニ造化ノ祕密ニ屬スト謂フヲ得ヘケレハナリ而モ此場合ニ於テ一ニ父ノ承認スルト否トニ因リテ子ノ身分ヲ確定スルハ決シテ當ヲ得タルモノト謂フヘカラス是ニ於テカ法律ハ左ノ二箇ノ推定ヲ下シタリ

(イ) 妻カ婚姻中ニ懷胎シタル子ハ夫ノ子ト推定ス(八二〇條一項)

(ロ) 婚姻成立ノ日ヨリ二百日後又ハ婚姻ノ解消若クハ取消ノ日ヨリ三百日内ニ生レタル子

ハ婚姻中ニ懷胎シタルモノト推定ス(八二〇條二項)

右(イ)ノ推定ハ即チ法律カ既知ノ事實ヨリ未知ノ事實ヲ推究シタル一決論ナリ何トナレハ出生シタル子ニ付テ妻カ母タルノ事實ニ因リテ夫カ父タルコトヲ推究シ婚姻シタル婦カ母ト爲リシ

トノ既知ノ事實ヨリシテ其夫カ子ノ父タリトノ推究ヲ下シタルモノナレハナリ而シテ此推測ハ事實自然ノ條理ニ適合スルモノニシテ彼ノ羅馬人ノ所謂父ハ婚姻ノ指示スル所ノモノニ異ナラス(Pater is est quem nuptiae demonstrant)トノ規則ト其趣旨ヲ同シスルモノト謂フヘシ

此ノ如ク夫ノ子タルノ推定ハ婚姻中ニ懷胎シタルコトノ明カナル場合ニ限ルモ其果シテ婚姻中ニ懷胎シタルモノナルヤ否ハ亦外形上證明スヘキモノアルナシ懷胎ノ時期ハ各人ノ體質健康ニ由リ異同ナキ能ハス造化ノ祕密必スシモ一定ナリト謂ヒ得ヘキニ非ザルナリ故ニ法律ハ右(ロ)ノ如ク懷胎ノ時期ニ最長期ト最短期トヲ定メ子ノ懷胎ハ法律カ示定セル最長期ヨリモ先ンスルヲ得ス又法律カ示定セル最短期ヨリ後ルヲ得ス子ノ懷胎ハ必ス此兩極期ノ間ニ在ラサルヘカラストセリ是レ蓋シ今日醫學上ニ於テ懷胎ヨリ分娩ニ至ルノ期間ハ最短期ハ二百ヨリ最長期ハ三百日ニ至ルヲ以テ最モ普通ナリトセルニ由ル尤モ近時產科專門家ノ稀ニ實驗スル所ニ依レハ妊娠ハ三百二十日ニ至ルコトアルモ實際受胎後三百日以上ヲ經タル生子ノ分娩ハ稀有ノ事例ニ屬スト云ヘリ從テ此期間ヲ甚シク延長スルトキハ却テ離別後ニ懷胎シタル子ヲ此期日内ニ分娩スル機會ヲ増加セシムルノ憂アリ故ニ醫家一般ノ通説ニ基キ最長期ヲ三百日トシタルニ外ナラス然レトモ醫家ノ所説ニ從ヘハ最短期ヲ二百日ト爲ストキハ其以內ニ生レタル正子ハ不正子ト看做サルノ患アリ又最長期ヲ三百日ト爲ストキハ其後ニ生レタル前夫ノ子ハ其正子タルノ資格ヲ失フノ害アリ產兒發育ノ最短期ハ稀ニ二十八週ナルコトアリ其最長期ハ三百日以上ナル

コト亦之ナキヲ保セサルヲ以テ此ノ如キ場合ニ關スル規定ヲ爲スノ必要アリト亦鑑ミサルヘカ
ラス因ニ云フ初メ第八二〇條ノ草案ニハ第二項トシテ「婚姻成立ノ日ヨリ百八十日後百九十九
日內又ハ婚姻ノ解消若クハ取消ノ日ヨリ三百一日後三百二十日內ニ生レタル子ハ醫師ノ鑑定ニ
因リ其發育程度カ經過日數ニ適合スルコトノ證明セラレタルトキニ限り婚姻中ニ懷胎シタルモ
ノト推定ス」トノ規定アリシモ議會提出ノ修正案ニハ之ナカリシ

右懷胎期間ノ計算ハ日ヲ以テシ其計算方法ハ第一四〇條ノ規定ニ從フ故ニ婚姻又ハ離婚ノ届出
ヲ爲シ若クハ婚姻ノ取消離婚ノ裁判ノ確定シタル日ノ翌日ヨリシ又ハ夫ノ死亡若クハ失踪宣告
ニヨリ死亡シタリト看做サル日ノ翌日ヨリ起算セサルヘカラス

女ハ前婚ノ解消又ハ取消ノ日ヨリ六個月ヲ經過シタル後ニ非サレハ再婚ヲ爲スコトヲ得ス（七
六七條一項）若シ此規定ニ違背シ六個月內ニ再婚シタル場合ニ於テ其再婚ノ日ヨリ二百日以後
前婚ノ解消又ハ取消ノ日ヨリ三百日以内ニ分娩シタルトキハ其子ハ或ハ前夫ノ子ナリト云ヒ得
ヘク或ハ後夫ノ子ナリト云ヒ得ヘク第八二〇條ノ規定ハ爲メニ相抵觸セル二様ノ推定ヲ下スコ
トト爲ルヘシ或ハ此ノ如キ場合ニ於テハ我法律ハ裁判所ヲシテ事實上ノ調査ヲ爲サシメ其父ノ
何人ナルカヲ定メシム（八二一條）獨逸民法ハ婚姻ノ解消後二百七十日以内ニ生レタル子ハ前夫
ノ子トシ其以後ニ生レタル子ハ後夫ノ子ト定メタレトモ此推定ハ事實ニ反スルコトアルヘシ又
前條ノ推定ニモ反スルノ嫌アルヘキカ故ニ本法ハ白耳義民法草案ノ規定ニ倣ヒタルモノトス

右ノ場合ニ於テハ子ノ出生ハ母ヨリシテ之ヲ届出テ父カ裁判ニ因リテ定マリタルトキハ父ヨリ
シテ裁判ノ謄本ヲ添ヘテ届出ヲ爲シ前ノ届出ニ因リテ爲シタル登記ノ取消ヲ申請スルコトヲ要
ス（百七三條）父ハ裁判ノ結果其子ノ父タルコト確定シタル後ニ於テハ最早否認ヲ訴テ提起スル
コト能ハサルヘシ又右父ヲ定ムルコトヲ目的トスル訴ハ子カ普通裁判籍ヲ有スル地ノ地方裁判
所ノ管轄ニ屬シ（八二七條）此訴ハ子、母、母ノ配偶者又ハ其前配偶者ヨリ之ヲ提起スルヲ得
ヘク母ノ配偶者及ヒ其前配偶者ハ互ニ其相手方ト爲ルヘク子又ハ母ヨリシテ提起スル場合ニハ
母ノ配偶者及ヒ其前配偶者ヲ以テ相手方トシ其一人カ死亡シタル後ニ於テハ其生存者ヲ以テ相
手方トス（八三〇條）

第二項 否認權

婚姻中ニ懷胎シタル子ハ夫ノ子ト推定スレトモ是レ固ヨリ法律上一ノ推定ニ過キサルヲ以テ反
對ノ證據ニ因リ之ヲ覆スコトヲ得スハアラス若シ此推定ヲ打破ルコトヲ得サルノモトセンカ
遂ニハ自己ノ子ニ非サル者ヲ尙ホ己レノ子ナリト強ユルニ至ルヘク或ハ婦ヲシテ姦通ノ如キ不
法行爲ヲ爲スニ便宜ヲ與フルノ結果ニ陷ラン故ニ此推定ヲ打破ルカ爲メニ夫ニ付與セラレタル
ノ權利ヲ名ケテ否認權（disavowal）ト謂フ

否認權トハ裁判上ニ於ケル夫ノ父タルコトノ拒否ナリ故ニ此權利ハ夫ヲ以テ父ト爲スノ推定ヲ

引用スルノ地位ニ在ル子ニ對スルニ非サレハ行使スルヲ得サルナリ

(二) 否認ノ原因 婚姻中ニ懷胎シタル子ニ付テハ嚴正ナル反證アルニ非スンハ決シテ法律ノ推定ヲ覆スコト許スヘキニ非ス佛國ノ學者ハ通常此原因ヲ分チテ左ノ三トセリ

(イ) 夫婦同居ノ有形の不能 例ヘハ妻ノ懷胎ノ全期間中隔離又ハ事變ノ爲メ其婦ト有形上同居セサルトキノ如シ但此原因ニ因リ子ヲ否認センニハ懷胎ノ全期間中間斷ナキコトヲ必要トス

(ロ) 夫婦同居ノ無形の不能 是レ夫婦相互ノ接近ヲ妨害スル無形上ノ障礙ヨリ生スルモノニシテ例ヘハ夫婦ノ不和ノ如シ學者ハ妻ノ姦通シタルコト及ヒ子ノ懷胎ヲ隱蔽シタルコトノ二箇ノ事實ヲ以テ夫ノ父タラサルコトノ利益ト爲ルヘキ推測ヲ確實ト爲スニ於テハ否認ノ原因ト爲ルト論セリ

(ハ) 子ノ早生 法律ハ懷胎ノ最短期ヲ二百日トスルカ故ニ其時期以內ニ生レタル子ノ懷胎ハ婚姻以前ニ在ルモノト推定スルヲ得夫ニシテ其子ハ即チ我子タリトセハ止ム苟モ否ラサル場合ニ於テハ早生ヲ理由トシテ否認スルコトヲ得セシメサルヘカラス

右ノ如ク否認ノ原因ヲ制限スルハ事實上決シテ妥當ナリト謂フヘカラス故ニ我法律ハ唯第八二八條ノ場合ニ於テ夫ハ子ノ嫡出ナルコトヲ否認スルコトヲ得ト規定シ(八二二條其如何ナル原因ニ因ルヲ問ハス法律上ノ推定ヲ打破ルヘキ原因アリト主張スル場合ニ於テハ否認權ヲ

行使シ得ヘシトセリ

(二) 否認權ノ屬スル人 否認權ハ婚姻中ニ懷胎シタル子ノ夫ノ子ニ非サルコトヲ主張スルモノナレハ此ノ權利ハ原則トシテ夫タル者ノミ之ヲ行フコトヲ得(八二二條)蓋シ自己ノ子ナリヤ否ハ唯自己ノミ之ヲ知ルヲ得ヘキモノナレハ此權利ノ夫ニ屬スヘキモノタルヤ當然ナリ但夫カ禁治產者ナルトキハ其後見人ハ親族會ノ同意ヲ得テ否認ノ訴ヲ提起スルヲ得(人訴二八條)又夫カ子ノ出生前又ハ否認ノ訴ヲ提起セスシテ民法第八二五條ノ期間內ニ死亡シタルトキハ其子ノ爲メニ繼續權ヲ害セラルヘキ者其他夫ノ三親等內ノ血族ニ限リ否認ノ訴ヲ提起スルコトヲ得(人訴二九條)但夫ノ死亡ノ日ヨリ一年內ニ否認ノ訴ヲ提起スルコトヲ要ス

(三) 否認權ヲ對抗セラルヘキ者 否認權ヲ行ヒ得ル場合ハ自己ノ出タル推測ヲ受クル子アル場合即チ婚姻中ニ懷胎シタル子ノ生レタル後ナルコトヲ要ス夫ハ妻ノ子ノ嫡出ナルコトヲ否認セントスル場合ト雖モ戸籍法上ノ義務トシテ出生ノ届出ヲ爲ササルヘカラス(戸七二條)從テ此ノ權利ハ夫ノ子ナリト推定ヲ受クル子ニ對抗スヘキコト勿論ナリトス而シテ此權利ヲ行使スルニハ裁判上訴ノ形式ニ於テシ其子又ハ其法定代理人ヲ以テ相手方トスヘシ若シ夫自ラ子ノ法定代理人ナルトキハ裁判所ハ子ノ爲メニ特別代理人ヲ選任セサルヘカラス(八二三條)然レトモ其子ノ死亡シタル後又ハ訴ノ提起後相手方ノ死亡シタルトキハ我法律上否認權ヲ行フコトヲ得ヌ又訴訟受繼ノ手續アルナシ

否認ノ訴ハ子カ普通裁判籍ヲ有スル地ノ地方裁判所ノ管轄ニ專屬ス(八二七條)

(四) 否認權ノ消滅 否認權ハ左ノ場合ニ於テ消滅ス

(イ) 夫カ子ノ出生後ニ於テ其嫡出ナルコトヲ承認シタルトキ(八二四條) 夫カ子ノ嫡出ナルコトヲ承認スルハ即チ否認權ノ拋棄ナリ其明示ノ承認ナルト默示ノ承認ナルトニ論サク均シク否認權ヲ喪失ス而シテ其如何ナル場合ニ默示ノ承認アリタルヤ否ハ一ニ事實ノ問題ナリ承認ノ意思表示ニハ相手方アルコトナク又一定ノ方式アルコトナシ假令夫カ子ノ出生ヲ届出ツルノミヲ以テ直チニ默示ノ承認アリトスル能ハス自己ノ子トシテ届出ツルニ於テハ即チ明示ノ承認アリト謂フヲ得ヘシ又夫カ子ノ懷胎中ニ於テ自己ノ子ナリト承認スルモ否認權ハ之カ爲メニ消滅スルコトナシ懷胎ノ時期ハ夫ニ於テ之ヲ知ルコト難ク妻ハ又往々ニシテ自己ノ非行ヲ隱蔽シ夫ニ對シテ不實ナル懷胎時期ヲ告グルナキヲ保セス故ニ實際ノ出生後ニ非サレハ其果シテ自己ノ子ナルヤ否ヲ決定スルニ由ナシ懷胎中ノ承認ヲ以テ否認權ヲ失ハシムルハ亦酷ナリト謂ハサルヘカラス

(エ) 期間ノ經過(八二五條、八二六條) 否認權ハ期間ノ經過ニ因リテ消滅スヘキコト諸國ノ法律ニ於テ一致スル所ニシテ要スルニ子ノ身分ヲシテ永久不確定ノ狀態ニ存セシメサルト同時ニ證據ノ湮滅セサル間ニ適當ナル裁判ヲ受ケシムルノ必要アルトニ基テ本法ハ否認ノ訴ハ夫カ子ノ出生ヲ知リタル時ヨリ一年內ニ之ヲ提起スルコトヲ要ストセリ(八二五條)

而シテ此ノ期間ハ夫カ未成年者ナルトキハ其成年ニ達シタル時ヨリ起算シ夫カ禁治產者ナルトキハ禁治產ノ取消後子ノ出生ヲ知リタル時ヨリ之ヲ起算ス勿論此場合ハ夫カ無能力ナルトキ換言スレハ能力回復以前ヨリ子ノ出生ヲ知リタルトキニ限ルモノニシテ能力回復以後即チ成年ト爲リ若クハ禁治產ノ取消アリタル以後ニ於テ子ノ出生ヲ知リタル場合ニハ其時ヨリ起算シテ一年ヲ經過セハ否認權ヲ喪失スルモノトス

夫カ禁治產者ナルトキハ其後見人ハ代リテ否認ノ訴ヲ提起スルコトヲ許スモ法律ハ必スシモ後見人ヲシテ此訴權ヲ行用スヘキコトヲ命スルモノニ非ス人事訴訟手續法第二八條ハ聽容の規定ニ外ナラサレハ第八二六條第二項ト相容レラレサルモノニ非ス

(五) 否認ノ效果 否認ノ訴ニシテ棄却セラレンカ其子ハ依然トシテ嫡出子タル身分ヲ有スヘク其判決ハ何人ニ對シテモ既判ノ效力ヲ有スヘキナリ之ニ反シ否認ノ訴ヲ允許シタルトキハ其子ハ私生子ト認メラレ父ノ子タラサルコト確定スヘク此判決ハ亦何人ニ對シテ其效力ヲ有シ其訴訟ニ關係セサル者ト雖モ其判決ヲ子ニ對抗スルヲ得ヘキナリ(八二九條、一八八條)蓋シ人ノ身分ハ不可分ノモノニシテ甲者ニ對シテハ嫡出子タルモ乙者ニ對シテハ否ラストスルハ解スヘカラス是レ否認ノ訴ニ付テモ其判決ハ第三者ニ對シテモ亦效力ヲ有ストセル所以ナリ

第二款 庶子及ヒ私生子

第一項 總論

庶子及ヒ私生子ハ其ニ婚姻外ニ生シタルモノニシテ所謂庶親子ノ關係ニ屬ス而シテ法律カ之ヲ庶子ト私生子トニ分ツハ全ク從來ノ慣例上此二用語ノ并ヒ行ハルルニ由ルモノニシテ明治六年一月第二一號布告ニ「妻妾ニ非サル婦女ニシテ分娩スル兒女ハ一切私生ヲ以テ論シ其婦女ノ引受クルヘキ事但男子ヨリ己レノ子ト認メ候上ハ婦女住所ノ戸長ニ請フテ免許ヲ得候者ハ其子其男子ヲ父トスルコトヲ可得事」トアリ同八年十月二十七日太政官ノ指令ニハ私生子戸長ノ免許ヲ受ケ男子ノ籍ニ入ルルトキハ私生ノ名義ヲ削シテ庶子ト稱シ庶子中長幼ノ順序ニテ相續權ヲ有ストアリ蓋シ從前妾ナルモノノ存在ヲ認メタル當時其生ミタル子ハ之ヲ庶子ト稱シ妻ノ生ミタル嫡出子ト區別シ妻妾ニ非サル婦女ノ生ミタル子ヲ私生子ト唱ヘ來リシ慣例ヲ襲用シ兩者均シク私生系統ニ屬スルモ父ノ認知セルトキハ之ヲ庶子トシタルニ過キス其子ハ父ニ對シテハ庶子タルモ母ニ對シテハ固ヨリ私生子タルヘキモノトス本法ニ於テ庶子ノ名稱ヲ存スルモ之ヲ以テ著妾ヲ公認セルモノト誤解スヘカラズ

私生子ハ母之ヲ認知スルモ依然私生子タリ蓋シ不品行ナル女子カ其子ノ出生ヲ遂クルモ之ヲ秘シ後日ニ至リテ其子ノ自己ノ子ナルコトヲ認ムルカ如キコトアリ母ニ於テ之ヲ認知スルモ其子

ハ私生子タリ認知ニ因リ法律上母子ノ分限確定スルコトト爲ル庶子ハ即チ父ニ對シテモ其父ノ子タルコトノ確定シタルモノニ外ナラス兩者孰レモ夫婦關係ナキ者ノ間ノ子ナルコトハ一ナリ蓋シ私生子ト事實上ノ父母トノ關係ニ付テハ立法例一ナラス或ハ私生子ニハ當然法律上ノ父又ハ母アリトシ或ハ法律上當然母アルモ父アルニ非ストシ或ハ法律上當然ノ父母アルニ非ス父母ニ於テ之ヲ認知スルコトヲ得ヘク認知ニ因リテ始メテ父ト母ト其子トノ關係定マルモノナリトシ古今東西其授ヲ一ニセスト雖モ本法ハ此最後ノ立法主義ニ遵據シタルモノト謂フヲ得ヘシ面シテ私生子ト其父又ハ母トノ間ニ於テ一度親子ノ分限定マレル以上ハ其父又ハ母ノ血族ト私生子トノ間ニハ血族關係ヲ生スルコトハ當然ノ結果ナリト謂フヘク其父又ハ母ノ他ノ嫡出子又ハ庶子トノ間ニハ兄弟姉妹ノ關係ヲ生スヘキナリ

佛民法ニ於テハ單純ノ私生子ト姦通又ハ亂倫ニ因ル私生子トニ區別シ後二者ハ父母ニ於テ之ヲ認知スルコトヲ禁止セリ所謂姦通ノ子トハ有夫ノ婦他ノ男子ト通シ出生シタル子ヲ謂ヒ所謂亂倫ノ子トハ兄弟姉妹又ハ叔姪ノ間等禁婚ノ範圍内ニ在ル近親間ニ出生セル子ヲ謂フ是レ蓋シ此等私生子ノ出生ハ其痕跡ヲ社會ニ絶ツヲ必要トシ父母ヲシテ之ヲ認知セシムルハ自己ノ非行ヲ自白セシメ社會ノ風俗ヲ害ストセルニ在リ然レトモ姦通亂倫ノ行為ト認知トハ全ク別箇ノモノニシテ之ヲ混同スヘカラス認知ハ子ノ身分ヲ確定セシムルニ在リテ子ノ利益ヲ主トス若シ社會ノ風俗ヲ害スル虞アルカ故ニ姦通又ハ亂倫ノ子ヲ認知スルヲ禁セハ何故ニ夫カ妻ノ姦通ヲ證明

シテ其生ミタル子ノ嫡出ナルコトヲ否認スルヲ禁セサル乎否認ト謂ヒ認知ト謂ヒ其親タルモノノ權利ノ執行ニ過キサルヘキヲ以テ彼ニ許シ此ニ許ササルノ理アルヘカラス我從來ノ慣例上別ニ亂倫又ハ姦通ノ私生子ナル區別ヲ明認セス本法モ亦決シテ斯ル區別ヲ生スルモノニ非サルナリ

第二項 認知

認知トハ何ソ曰ク父タルコト又ハ母タルコトノ承認ナリ而シテ此承認ハ其子ト其父又ハ母トノ間ノ親子關係ヲ確定スルヲ以テ目的トス換言スレハ私生子ト其父又ハ母トノ關係ハ認知ニ因リテ法律上始メテ確定スルモノニシテ認知以前ニ在リテハ未ダ法律上ノ父又ハ母ナキモノト謂ハサルヲ得サルナリ

認知ニ二種ノ別アリ一ヲ任意ノ認知ト謂ヒ一ヲ裁判上即チ強制ノ認知ト謂フ所謂任意ノ認知トハ本人カ隨意ニ己レノ子タルコトヲ承認スルモノニシテ裁判上ノ認知トハ任意ノ認知ヲ爲ササル場合ニ於テ裁判上之カ請求ヲ爲シ其結果承認スルニ至ルヲ謂フ故ニ之ヲ名ケテ強制ノ認知ト謂フ蓋シ認知本來ノ性質トシテ任意ナルヲ要スルハ當然ナリト雖モ外國ノ立法例ニ依ルモ父又ハ母ニ對シテ其子タルコトヲ裁判上確定スルコトヲ許シ本法第八三五條ノ規定ヲ設ケタリ故ニ認知ニ二種ノ區別アルコト亦我法律ノ認ムル所ナリト謂フヘシ

甲 任意ノ認知

(一) 認知ヲ爲スニ必要ナル能力 認知ハ即チ自認ニ外ナラサレハ本人ニ非サレハ之ヲ爲スヲ得ス即チ父子ノ分限ハ父ニ非サレハ之ヲ自認スルニ充分ナル智識ヲ有セス母子ノ分限ハ母ノ外他人之ヲ爲スヲ得サルハ當然ナリ是レ實ニ任意ノ認知ニ於ケル必然ノ性質ナリト謂ハサルヘカラス(八二七條)

認知ハ父又ハ母ノ一身上ノ行爲ニシテ代表者ニ依リテ之ヲ爲シ得ヘキニ非ス佛國ノ學者ハ認知ハ相當ノ智能ヲ具ヘ利害ノ判斷ヲ爲シ得ル者ニ非サレハ許スヘキニ非ス故ニ無能力ナル父又ハ母ニハ之ヲ爲スコトヲ許スヘカラスト云ヘリ然レトモ我法律ハ人ノ一身上ニ係ル行爲ニ付テハ其人ノ自由ナル判斷ニ一任シ敢テ他ノ干渉ヲ容レサラシムルノ主義ヲ採レルヲ以テ(七五六條、七七四條、八一〇條參照)認知ニ付テモ第八二八條ノ規定ヲ設ケ父又ハ母ハ無能力者タルトキト雖モ其法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セスシテ認知ヲ爲シ得ヘシトセリ

(二) 認知ヲ爲スノ條件 認知ハ之ヲ爲ス者ノ爲メ又ハ之ヲ受クル者ノ爲メ重大ナル利害ノ關係ヲ惹起スヘキモノナルカ故ニ左ノ條件ヲ必要トス

(イ) 成年ノ私生子ヲ認知セントスルニハ其承諾ヲ得ルヲ要ス(八三〇條) 人ハ成年ニ達シタル以後ニ於テハ各自立ノ途ヲ得且相當ノ地位ヲ保ツモノナルヲ以テ一朝俄ニ未聞不見ノ人ヨリシテ子ハ汝ノ父ナリ又子ハ汝ノ母ナリト公言セラルルニ於テハ利害榮辱ニ關スル所

鮮少なラス認知ニ對シテハ我ハ反對ノ事實ヲ主張スルコトヲ得ト雖モ成年ノ子ニ對シテハ其利益ヲ保護スルカ爲メ其承諾アルニ非サレハ之ヲ認知スルコトヲ得サルモノトセリ但其承諾ニ付テハ法律上別段ノ方式ノ定アルナシ

未成年ノ私生子ハ其承諾ナクシテ之ヲ認知スルコトヲ得

(ロ) 胎内ニ在ル子ヲ認知セントスルニハ其母ノ承諾ヲ得ルヲ要ス(八三一條) 胎内ニ在ル子ヲ認知スルコトヲ許スハ子ノ利益ノ爲メナルヲ以テ之ヲ既生兒ト同一視スルニ外ナラス而シテ此場合ニ其母ノ承諾ヲ必要トスル所以ノモノハ母ヲ明示スルニ非サレハ父ハ其胎内ノ子ヲ認知スルヲ得サルヲ以テ若シ父ノ認知ヲ有效ト爲ストキハ母ノ指定モ之ヲ確實ナリト推測セサルヲ得サルニ至ルヘク母ニシテ之ヲ承諾セサルニ拘ハラス認知セシムルハ其母ノ羞恥ヲ公ニセシムルノ不都合アルヘキヲ以テナリ其母ノ承諾ニ付テモ亦法律上別段方式ノ定アルコトナシ

(ハ) 死亡シタル子ハ其直系卑屬アルトキニ限り之ヲ認知スルコトヲ得 死亡シタル子ヲ認知スルヲ得ルヤ否ヤハ佛國學者ノ議論岐ルル所トス或ハ曰ク認知ハ子ノ利益ノ爲メニ其身分ヲ確定スルヲ目的トス子ノ死亡後ニ認知スルヲ得セシムルモ既ニ其目的ナク單ニ子ノ相續ヲ得ル唯一射利ノ目的ニ出ツルモノト謂フヲ得ヘシ子ノ生存中ニ在リテハ父タリ母タルヨリシテ負擔スヘキ責任ヲ免レナカラ父タリ母タルコトカ自己ノ利益ノ原由ト爲ルニ至レ

ル場合ニ之ヲ明カニスルヲ許スハ法律上認容スヘカラスト或ハ曰ク子ノ死亡後ニ之ヲ認知スルハ必スシモ射利ノ目的ニ出ツルモノト速斷スヘカラス萬止ムヲ得サルノ事情アリテ認知ノ遅ルルカ如キコトナシトセス若シ認知者ニシテ眞ニ其子ノ父タリ又ハ母タラシメハ之ヲ認知スルハ即チ權利ノ執行ニシテ之ヲ不正ノ射利ト同一視スヘキニ非ス從テ子ノ死亡後ト雖モ之ヲ許ササルヘカラスト兩說各一理ナキニ非スト雖モ本法ハ之ヲ折衷シ第八二一條第二項ノ規定ヲ設ケタリ是レ蓋シ此場合ニ於テハ死亡シタル子ヲ認知スルハ即チ其子ノ直系卑屬ヲ利スル所以ニシテ親子ノ分限ヲ確定スルト共ニ其目的ノ必スシモ射利ノ奸計ニ出ツルニ非スト謂フヘク認知本來ノ性質ニモ悖ルノ嫌ナキヲ得レハナリ

若シ其直系卑屬ニシテ成年者ナルトキハ之カ承諾ヲ受クルヲ必要トス其理由ハ第八三〇條ニ於ケルト同シ

死亡シタル子ノ直系卑屬數人アルトキ何レモ成年者ナルトキハ其各自ノ承諾ヲ得サルヘカラサルハ勿論ナルヘシ若シ其全員ノ承諾ヲ得サル場合ニ於テハ認知ハ其承諾ヲ爲シタル直系卑屬ノ爲メニノミ有效ナリトスヘキニ似タリ

(三) 認知ノ方式 認知ハ子ノ身分ヲ確定スルヲ目的トスルモノナルカ故ニ身分登記ヲ司レル戶籍吏ニ届出ツルニ因リ之ヲ爲スヘキモノトス又遺言ニ因リテモ之ヲ爲スコトヲ得(八二九條)是レ任意ノ認知ニ於ケル必然ノ效果トシテ始メテ之ヲ容易ナラシムヘキハ勿論人ノ身分

ヲ確定スヘキ行為ヲ嚴正ニ束縛スルノ要ナケレハナリ而シテ其遺言ニ因ル場合ニハ民法第五編第六章第二節ニ規定セル遺言ノ方式ヲ遵守スヘク又之ヲ戸籍吏ニ届出テサルヘカラス

認知ノ届出ニ關シテハ戸籍法第八〇條乃至第八四條ヲ參照スヘシ

(四) 認知ノ效果 認知ハ戸籍吏ニ届出ツルニ因リテ之ヲ爲スヘキモノナルヲ以テ其届出ノ日ヨリ認知ノ效果ヲ生セシムヘキニ似タリ然レトモ認知ハ親子ノ關係ヲ表明スルモノナレハ其性質上出生ノ時ヨリ其效力ヲ生セシメサルヘカラス(八三條)何トナレハ父ニ對シテ子タルコト又ハ母ニ對シテ子タルコトハ出生以來取テ湔ルヘキモノニ非ス人生ノ或時期ニ於テハ父又ハ母ノ子タルモ或時期ニ於テハ否ラスト云フヲ得ヘカラサレハナリ蓋シ親子ノ關係ハ出生以來既ニ發生セシモノニシテ唯未タ適法ニ其關係ノ公知セラレサリシニ過キス認知ニ因リ法律上其關係ヲ表明セラレタルニ外ナラサルナリ故ニ認知ハ出生ノ時ニ遡リテ其效力ヲ生ス彼ノ死亡シタル子ヲ認知シタルトキノ如キ死亡者ノ生前ニ遡及シ其子ハ生存中認知者トノ間ニ親子關係アリタルモノト爲リ死亡者ノ直系卑屬ハ即チ認知者ノ孫タルノ關係ヲ生スヘシ彼ノ胎内ニ在ル子ヲ認知シタルトキノ如キハ胎兒ハ本來人格ヲ有セサルモノナルカ故ニ其認知ハ子カ生命ヲ保有シテ生レタルトキノ如キニ於テ其效力ヲ生スト謂ハサルヘカラス

右ノ如ク認知ハ子ノ出生ノ時ニ遡及スルノ效力アルモ之カ爲メニ第三者ノ既得ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス故ニ例ヘハ認知以前ニ於テ既ニ法定ノ推定家督相続人タル女子アル場合ニ於テ

父カ男子ヲ認知シ庶子ト爲スモ女子ハ之カ爲メニ法定ノ推定家督相続人タル身分ヲ失フコトナカルヘク又認知以前ノ行為ニ因リテ子カ或財產ヲ第三者ニ贈與シタリトセンニ假令法定代理人タル父又ハ母ノ同意ヲ得サルモノナリトテ之ヲ取消シ其返還ヲ求メ得ヘキニ非サルカ如シ

又認知ノ性質トシテ一旦之ヲ爲シタル以上ハ取消スコトヲ得サルモノトス(八三條)何トナレハ認知ハ子ニ對シテ其子ノ父タルコト又ハ母タルコトヲ自認スルモノナルカ故ニ隨意ニ之ヲ變改スルヲ得ザレハナリ認知ハ元ト一ノ單獨行為ニシテ自由ニ之ヲ取消シ得ヘキモノナルカノ疑アリ由テ特ニ之ヲ明カニスルノ要アリ勿論是レ唯完全ニ爲サレタル認知ニ付テ謂フノミ

無効及ヒ取消ニ關スル總則編ノ規定ハ亦認知ニ適用セラルヘキモノナルカ故ニ認知ノ意思全ク缺ケタルトキノ如キ其意思表示ニ瑕疵アルトキノ如キ或ハ認知ハ無効ト爲リ又取消サルヲ免レス

要スルニ認知ハ之ヲ爲シタル父又ハ母ニ對シテ其父ノ子タルコト又ハ其母ノ子タルコトヲ表明スルモノニシテ左ノ如キ結果ヲ生ス

一 私生子ハ之ヲ認知シタル父又ハ母ノ氏ヲ稱スヘク父母トモニ認知シタルトキノ父ノ氏ヲ

稱スヘシ

民法親族 本論 親子 冒子

二 私生子ハ之ヲ認知シタル父又ハ母ノ親權ニ服ス

三 私生子ハ之ヲ認知シタル父又ハ母ノ同意ヲ得ルニ非サレハ婚姻又ハ縁組ヲ爲スコトヲ得

ス

四 認知ハ之ヲ爲シタル父又ハ母ト之ヲ受ケタル子トノ間ニ相互ニ扶養ヲ爲スノ義務ヲ生

ス

五 認知ハ之ヲ爲シタル父又ハ母ト之ヲ受ケタル子トノ間ニ相互ニ相續スルノ權ヲ生ス

其他尙ホ幾分ノ結果アルヘシト雖モ一言以テ之ヲ蔽ヘハ認知ハ親子ノ關係ヲ表明シ隨テ此關係ニ基ク權利義務及ヒ無能力ヲ來スモノト知ルヘシ

認知ハ右ノ如ク重大ナル結果ヲ惹起スルモノナレハ認知ハ之ヲ忽ニスヘキニ非ス法律上必ス其真正ナルコトヲ欲スルモノトス然レトモ時ニ或ハ利益ノ爲メ或ハ他ノ爲メニスル所アリテ虚偽ノ認知ヲ爲ス者ナキヲ保セス斯ル虚偽ノ認知ヲ爲スカ如キハ法律上之ヲ認容スヘキニ非サルヲ以テ子其他ノ利害關係人ハ反對ノ事實ヲ主張シ眞實ニ反スルコトヲ證明シテ以テ認知ノ無効又ハ取消ヲ求ムルコトヲ得セシム(八三四條)蓋シ親子ノ關係ハ自然ニ出テ他人ニ我子タルノ身分ヲ與フルコトハ法律ノ許ス場合ノ外ハ之ヲ許ササルハ固ヨリ當然ナルヘシ故ニ若シ父母ニシテ虚偽ノ認知ヲ爲サンカ其子ハ眞實ニ非サル身分ヲ認容スルノ利益ヲ有スルハ勿論父母ハ各他ノ一方ノ爲シタル認知ヲ認容スルヲ得ヘキナリ而シテ此ノ如キ場合ニ於テハ訴

ヲ以テ子カ普通裁判籍ヲ有スル地ノ地方裁判所ニ認知ノ無効又ハ取消ノ請求ヲ爲ササルヘカ
ラス(八二七條、三九條)

乙 強制ノ認知

強制ノ認知トハ任意ノ認知ヲ爲ササル父又ハ母ニ對シテ裁判上認知ヲ求ムルヲ謂ヒ如何ナル場合ニ由ルモ父タリ又ハ母タルノ事實ヲ證明シテ認知ヲ求ムルコトヲ得セシム而シテ此權利ヲ有スル者ハ子、其直系卑屬又ハ此等ノ者ノ法定代理人トス(八三五條)

父又ハ母ニ對シテ認知ヲ求ムルノ權利ハ外國ニ於テハ之ヲ親子ノ分限搜索ノ訴權ト謂ヒ此訴權ヲ認ムルニ付テモ諸國ノ立法例一ナラス母ノ搜索ニ付テハ之ヲ許スモ父ノ搜索ニ付テハ或ハ之ヲ許シ或ハ之ヲ許サス又此訴權ヲ行使スルニ付テハ一定ノ事實アルコトヲ要ストセルモノアリ區區一ナラスト雖モ我法律ハ如何ナル場合ニ於テモ其父タリ母タルノ事實ヲ證明シテ認知ヲ求ムルコトヲ得セシム蓋シ裁判上認知ヲ求ムルコトヲ許スニ付テハ立法上或ハ非難ナキ能ハス之ヲ難スル者ハ曰ク認知本然ノ性質トシテ必スヤ父又ハ母ノ任意ニ出テタルヘカラス裁判上認知ヲ求ムルコトヲ許サス品行方正ノ人時ニ或ハ汚名ヲ被ムルノ虞アリテ其人ノ名譽面目ヲ毀損スルコト夫レ幾何ソ世間往々不良ノ徒アリ財物ヲ騙取セントノ野心ヨリシテ私生ノ子ヲ使喚シ虚構ノ事實ヲ捏造シ何等ノ血縁ナキ者ニ對シテ認知ヲ求メシムルカ如キコトナシトセス其德義ニ反シ風俗ヲ壞ルノ弊アル明カナレハ裁判上ノ認知ハ決シテ之ヲ許容スヘカラスト是レ實ニ強制

ノ認知ニ伴フ一ノ弊害タルヘシト雖モ此弊アルカ爲メニ親子ノ分限ヲシテ不確定タラシムヘキニ非ス世上或ハ自己ノ不品行ヲ蓋テ謂レナク認知ヲ爲ササル者ナキヲ保セス一利害ハ事物ノ自然到底免レ得ヘキニ非サレハ法律ハ一方ニ弊アルモ他方ニ之ニ勝ルノ利益アリト思料スル場合ニ於テハ之ヲ允許スルニ躊躇スルモノニ非ス強制ノ認知ヲ許スモ亦全ク之ニ外ナラサルナリ（因ニ云フ佛國古法ニ於テハ父タルコトヲ搜索スルコトヲ允許シタレトモ同國立法者ハ父ヲ搜索スルコトニ付キ子ニ付與セラレタル權能ハ屢々偽證ノ幫助ニ依リテ其屬セサル名譽ノ氏族ニ入ルコトヲ大膽者ニ允許スルノ危險アリトシ古法ニ反對ノ處置ヲ採リ父タル事ノ搜索ハ之ヲ禁止ストノ原則ヲ定メ唯誘拐ノ場合ニ於テハ誘拐ノ時ト懷胎ノ時ト適合スル時ハ各關係人ノ請求ニ因リ誘拐者ヲ以テ子ノ父ナリト言渡スコトヲ得ヘシトセリ（佛民三四〇條）之ニ反シ同國民法ハ母タルコトノ搜索ハ之ヲ允許セリ）

右認知ヲ求ムルノ訴ハ子ノ普通裁判籍アル地ノ地方裁判所ニ提起スヘキモノニシテ（人訴二七條）此訴ニシテ允許セラレンカ父又ハ母ハ其子ノ父又ハ母ナリト宣言セラレ判決ノ確定ニ因リ其子タルコトハ強制的ニ認メラレ且其判決ハ第三者ニ對シテモ其效力ヲ有ス（人訴三九條、一八條）

民法第八三五條ニ依リ法定代理人カ私生子ノ父又ハ母ニ對シテ認知ヲ求ムルノ權利ノ性質ニ付テハ解釋ナラス或ハ法定代理人カ自己ノ資格ニ於テ有スルモノニシテ法律カ特ニ付與シタル

モノナリト云ヒ或ハ法定代理人固有ノ權利ニ非スシテ私生子ヲ代表シテ其權利ヲ行フニ過キスト論スル者アリ學說判例區區ニシテ未タ歸著スル所ナシ我大審院ハ代表說ヲ採ルモノノ如シ其意蓋シ法定代理人カ無能力者ノ爲メニ行フ凡テノ行為ハ自己ノ權利ニ基キ之ヲ行フニ非ス無能力者ニ代リテ之ヲ行フノ意義ニ解釋スルヲ至當トス而シテ無能力者ノ財產ニ關スル行為ニ付テハ汎ク一般ニ之ヲ代表シテ爲スヘキコトヲ規定シ身分ニ關スル行為ニ付テハ法律ニ特別ニ規定シタル場合ニ限り無能力者ヲ代表シテ之ヲ爲スコトヲ得セシムルニ過キス第八五條、第八三五條ノ行為ノ如キ全ク特別規定ノ場合ニ屬スト云フニ在ルモノノ如シ

民法施行前ニ生レタル私生子ハ民法ノ規定ニ依リ認知ヲ求ムルコトヲ得ルヤ否ヤ蓋シ明治六年一月十八日第二一號布告ニ依レハ「妻妾ニ非サル婦女ニシテ分娩スル兒女ハ一切私生子ヲ以テ論シ其婦女ノ引受ケタルヘキ事但男子ヨリ己レノ子ト見留メ候上ハ婦女住所ノ戸長ニ請ウテ允許ヲ得候者ハ其子其男子ヲ父トスルヲ可得事」トアリ私生子ハ其出生ニ關係アル男子ヨリ認知セラレ其子ト爲ルコトアルモ男子ヲシテ親子關係アリトノ事實ヲ認知セシムルノ權利ヲ認メス慣習上ニ於テモ勿論此ノ如キ權利アルコトヲ允許シタルモノアルヲ聞カス新民法第八三五條ハ私生子ヲシテ認知ヲ請求スルコトヲ得セシムルモ是レ舊法ト抵觸スルノ點ナルカ故ニ民法施行法中特別ノ規定ナキ以上ハ民法施行以前ニ出生シタル私生子ト其出生ニ關係アル男子トノ關係ハ依然舊法ニ從ヒ定ムヘキモノト解セサルヘカラス

第三項 准正

准正 (Legitimation) トハ庶親子ノ關係ヲ正親子ノ關係ト爲サシムルヲ謂フ換言スレハ庶子又ハ私生子タル者ヲシテ嫡出子タルノ身分ヲ取得セシムルヲ謂フ蓋シ庶子ト曰ヒ私生子ト曰ヒ皆孰レモ正當ノ婚姻以外ニ生スルモノニシテ男女野合ノ結果ニ外ナラス男女ノ私通野合ハ社會ニ於ケル一ノ惡風ニシテ斯ル惡風醜俗ニ染ミタル男女ヲシテ其過失ヲ改メシメ私生ノ結果ヲ修補スルヲ得セシムルト共ニ一方ニ於テハ父母ノ婚姻前ニ生レタル子ヲシテ其不幸ノ地位ヲ脫離スルヲ得セシムルハ亦法律ノ付與スル恩惠ナリト謂ハサルヘカラス此恩惠ハ實ニ此准正ノ制度ヲ創始セル所以ナリ然レトモ此制度ハ一面私通ノ結果ヲ修補スルコトヲ許スカ爲メニ其極私通ヲ獎勵スルノ傾ナキヲ得ス故ニ英國法ノ如キハ全然之ヲ許サスト云ヘリ而モ此制ナキカ爲メニ私通ヲ減少スルヲ得ハ大幸之ニ過キスト雖モ社會ノ狀態ハ此制ナクモ私通ヲ減シ得ヘキニ非ス故ニ寧ロ此制ヲ存シテ以テ私通野合ノ惡習ニ染ミタル男女ヲシテ其過失ヲ償フヲ得セシムルニ若カス我從前ノ慣例モ亦此制ヲ認許スルカ故ニ第八三六條ノ規定ハ寧ロ英國法ニ比シ優ル所アリト謂ハサルヘカラス

庶子ハ其父母ノ婚姻ニ因リテ嫡出子タル身分ヲ取得シ婚姻中父母カ認知シタル私生子ハ其認知ノ時ヨリ嫡出子タル身分ヲ取得ス(八三六條)私生子ハ母カ認知スルモ私生子ニシテ父ノ認知ニ

因リテ庶子ト爲ル故ニ父母共ニ認知シタル私生子即チ庶子ハ父母ニ對シテ既ニ親子ノ分限確定セルモノナルカ故ニ其父母ニシテ婚姻セハ嫡出子ト爲ルハ當然ナリ之ニ反シ私生子ハ母ニ對シテモ尙ホ母子ノ分限確定セサルモノナルコトヲ認ムル本法ノ主義ヨリシテ婚姻中ニ在リテ父母共ニ之カ認知ヲ爲スニ非サレハ嫡出子タル身分ヲ取得セサルモノトセリ之ヲ要スルニ嫡出子ト爲ルヘキ子ハ父母カ其婚姻前若クハ婚姻中ニ認知スルコトヲ要シ又其父母カ有效ノ婚姻ヲ爲シタルコトヲ要スト知ルヘシ即チ前者ハ婚姻前ニ既ニ親子ノ分限確定シタルモノニシテ後者ハ婚姻後ニ於テ其分限ノ定マラタルノ差アルニ過キス又前者ニ在リテハ婚姻ノ日ヨリ嫡出子ト爲リ後者ハ認知ノ時ヨリシテ嫡出子タルノ身分ヲ取得スレ婚姻又ハ認知ノ當然ノ結果ニシテ反對ノ意思ヲ表示スルヲ許サス故ニ婚姻又ハ認知ニ因リテ嫡出子ト爲リタル者ハ其婚姻又ハ認知前ニ生レタル嫡出子ニ對シテハ事實上年長者ナリトモ法律上ハ弟タルノ地位ニ在ルモノト謂ハサルヘカラス

准正ノ利益ハ父母ノ婚姻ヨリ生スルモノニシテ假令父母ノ婚姻前ニ庶出子既ニ死亡シタル場合ト雖モ法律ハ尙ホ此利益ヲ享クヘキモノトセリ從テ此場合ニ於テハ准正ノ利益ハ其子ノ生ミタル子ニ於テ享受スルコトト爲ルヘシ即チ死亡シタル子ノ直系卑屬ハ認知シタル父母ノ嫡孫ト爲ルカ如シ是レ猶ホ死亡シタル子ト雖モ其直系卑屬アルトキハ父母ニ於テ之ヲ認知スルヲ得ルト同一理由ニ因ル(八三六條二項)

第三節 養子

第一款 總論

養子ノ制度ハ今日ニ在リテハ或ハ人倫ヲ亂スノ弊アリトシ或ハ婚姻ノ妨害ヲ爲ス虞アリトシ或ハ相續權又ハ遺留分ヲ害スルノ恐アリトシ之ヲ排斥スルノ學說及ヒ立法例少カラス然レトモ社會進化ノ或程度ニ於テハ此制度ノ必要ナルコト多辯ヲ要セス而シテ此制度ヲ設ケタルノ趣旨目的ノ上ヨリシテ之ヲ云ヘハ概テ左ノ如キ數項ノ外ニ出テサルヘシト信ス

第一 他人ノ子ヲ收養シテ祖先ノ祭祀ヲ絶タラシムルニ在ルコト

第二 他人ノ子ヲ收養シテ家長權ヲ相續セシメ以テ一家ノ斷絶ヲ防止スルニ在ルコト

第三 他人ノ子ヲ收養シテ財產ノ相續ヲ爲サシムルニ在ルコト

第四 他人ノ子ヲ收養シテ收養者ノ心ヲ慰メ若クハ被收養者ヲ保護シ補助スルニ在ルコト

我國ニ於ケル養子制度ノ起源發達モ亦要スルニ前示數項中ノ孰レカニ出テタルニ外ナラサルヘシト雖モ近時ニ至リテハ養子ヲ爲スノ目的必スシモ家名ヲ繼承セシムルノ要アルニ基クニ非ス家女ト婚姻ヲ爲サシムルカ爲メニ養子ヲ爲スコトアリ(婿養子)或ハ又特別ノ目的例ヘハ身分階級ヲ異ニスル男女ノ間ニ婚姻ヲ爲サントスルニ當リ對等ノ身分階級ヲ得セシメンカ爲メニ殊更ニ養子ト爲シ婚姻ヲ遂ケシムルカ如キアリ其目的種種アリテ舊慣必スシモ其範圍ヲ限定セス民

法モ亦敢テ之ヲ制限スルモノニ非ス又敢テ之ヲ舊獎スルモノニモ非ス而モ之ヲ禁遏セサル所以ノモノハ舊慣ヲ一朝ニシテ廢滅シ得ヘカラルニ因ルト將タ又今日實際ノ必要上未タ全ク此制度ヲ廢スルノ適當ナラサルニ職由スルモノナリ

我民法上養子縁組ナル語ハ二様ノ意義ニ用ヒラル其一ハ養親子ノ關係ヲ指稱シ其二ハ養親子ノ關係ヲ創設スルノ行爲ヲ指稱ス通常ハ第二ノ意義ニ用ヒラルモ時トシテハ第一ノ意義ニ用ヒラルルコトアリ之ヲ第二ノ意義ニ於テ解スルトキハ即チ養子縁組トハ當事者ノ一方ヲシテ他方ノ嫡出子タル身分ヲ取得セシメ其家ニ入ラシムルコトヲ目的トスル要式ノ法律行爲ナリト謂フコトヲ得ヘシ此ノ如ク養子縁組ハ當事者間ニ親子ノ關係ヲ生セシムル重大ナル行爲ナルカ故此意思表示ハ戸籍吏ニ對スル届出ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ要シ相當ノ官吏又ハ公吏力其届出ヲ受理スルニ因リテ其效力ヲ生ス

第二款 縁組ノ成立

第一項 縁組ノ要件

甲 實質上ノ要件

第一 當事者ノ身上ニ關スル要件 之ヲ分チテ養子ヲ爲ス者ト養子ト爲ル者トノ身上ニ關スル要件ニ區別セサルヘカラス

(イ) 養子ヲ爲ス者ニ對スル要件 左ノ如シ

一 養子ヲ爲ス者ハ成年ニ達シタルコトヲ要ス(八三七條) 養子ヲ爲スノ要ハ到底實子ヲ舉タルノ見込ナキ場合ニノミ限ルヘキニ非スト雖モ縁組ノ事タル他人ノ子ヲ收養シテ嫡子トシ之ニ因リ種種ナル權利義務ノ關係ヲ生スルモノナルカ故ニ法律上能力者ニ非サレハ此負擔ヲ負ハシムルニ十分ナラサルヲ以テ成年ニ達セサル者ハ養子ヲ爲スコトヲ得ザラシメタリ外國ノ立法例ニ依レハ養親ノ年齡ハ概シテ四十歳以上ノ高年者ナルヲ要ストセリ佛國民法ハ養親ハ五十歳以上ナラサルヘカラストセリ是レ全ク實子ナキノ缺ヲ補フノ主旨ニ出ツルモノナルヘシト雖モ我從來ノ慣習ハ必スシモ斯ル制限ヲ設タルヲ許サス寧ロ早ク養子ヲ爲シ親子ノ愛情ヲ持續セシムルヲ可トセルモノノ如シ唯法律カ未成年者ニ之ヲ許ササルハ養子ハ一身一家ニ重大ナル關係ヲ惹起スヘキモノナルカ故ノミ既ニ成年ニ達シタル者ナラシメハ其戸主タルト家族タルト將タ男子タルト女子タルトヲ問ハス養子ヲ爲スコトヲ得ヘク又其未婚者タルト既婚者タルトハ敢テ問フ所ニ非サルナリ

二 尊屬又ハ年長者ヲ養子ト爲スコトヲ得ス(八三八條) 養子縁組ハ天倫ヲ模倣シ親子ノ關係ヲ立テントスル者ナレハ被收養者ニシテ尊屬又ハ年長者ナランカ倫序ヲ顛倒シ親ヨリモ年長ノ子アルコトヲ爲リ奇怪ナル現象ヲ呈スルニ至ルヘシ是レ此條件ヲ要スル所以ナリ

佛國民法ハ收養者ハ被收養者ヨリ十五年ノ年長ナルコトヲ要ストセリ然レトモ我國ニハ從來

第一項 分割ノ方法

相續財産ノ共有ニ付テハ一般共有ノ規定ヲ適用スヘキハ上述シタル所ニシテ共有物ノ分割ハ共有者ノ協議ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ヘク若シ其協議調ハサル場合ニハ裁判所ニ分割ヲ請求シ得ヘキハ勿論ナリトス故ニ分割ニ協議上ノモノト裁判上ノモノトノ二個ノ區別アリ此一般普通ノ分類ハ相續財産ノ分割ニ關シテ適用スヘキハ素ヨリ論ヲ俟タサル所ナリトス故ニ法律ハ特ニ相續ニ關シテ之ヲ規定スルノ必要ヲ見ス

分割ノ方法ニ二種ノ區別アリ一ヲ現物ノ分割ト謂ヒ一ヲ價額ノ分割ト謂フ現物ノ分割トハ物ヲ形體的ニ分割スルノ謂ニシテ例ヘハ一町歩ノ土地ヲ數筆ニ分割スルカ如シ價額ノ分割ト稱スルハ形體的ノ分割ヲ爲シ得サルトキ又ハ形體的ノ分割ヲ爲シ得サルニ非サルモノヲ爲セハ著シク其價額ヲ損スルカ如キトキ其物ヲ賣却シテ依リテ得タル價額ヲ分割スルヲ謂フ此二個ノ方法ハ分割ノ協議上ニ出ツルト裁判上ニ出ツルトヲ間ハス等シク適用セラルル所ナリトス此等ノ方法ハ又遺産ノ分割ニモ適用セラルヘキハ固ヨリ論ナキ所ナリ

右ノ如ク分割ノ方法ハ普通二個ノ區別アレトモ尙ホ被相續人ハ遺言ヲ以テ遺産分割ノ方法ヲ指定スルヲ得ヘク又ハ之ヲ定ムルコトヲ第三者ニ委託スルコトヲ得ヘキモノナリ(一〇一條)是レ相續分ノ指定ニ關スル第一〇〇六條ノ規定ト其旨趣ヲ同シウズルモノナリ蓋シ被相續ハ

カ各相續人ノ性質目的其他種類ノ事情ヲ知悉シ或者ニハ甲ヲ與ヘ或者ニハ乙ヲ與ヘント欲スルカ如キハ實際ノ必要上自然ニ起ルヘキ所ナリ隨テ法律上斯ル規定ヲ存スルノ要アルヘク殊ニ被相續人ヲシテ此等ノ意思ヲ表示セシムルニハ方式嚴格ニシテ性質上神聖ナルヘキ遺言ニ依ラシムルハ亦機宜ヲ得タルモノト云フヘク苟モ被相續人ニシテ分割ノ方法ヲ定メタル以上ハ相續人ハ之ニ違背スルヲ得サルヘシ

又被相續人ハ遺言ヲ以テ相續開始ノ時ヨリ五年ヲ起エサル期間内分割ヲ禁スルコトヲ得(一〇一條)是レ亦被相續人ノ最モ公平ナル判斷ニ一任スル所以ニシテ相續財產ノ性質狀況又ハ相續人ノ性格地位等ヲ考量シ相續人間ニ紛爭ヲ生スルカ如キコトナカラシムルニ必要トスル所ナリ而シテ被相續人カ分割禁止ノ遺言ヲ爲シタルトキハ相續人ハ之ニ反シテ分割ヲ求メ得ヘキニ非ス若シ又相續人ニシテ分割ノ禁止ヲ必要トセハ第二五六條ノ適用トシテ相互ノ契約ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ妨ケス

第二項 分割ノ效力

遺產ノ分割ハ相續開始ノ時ニ遡リテ其效力ヲ生ス(一〇一條)是レ分割ノ效力發生ノ時期ヲ定メタルモノニシテ遺產ノ分割ハ所有權ノ認定的(Rechtlich)行爲ナルコトヲ示スモノナリ

抑、共有ナルモノハ數人共同シテ同一物ノ上ニ總轄的支配關係ヲ有スルヲ謂ヒ數人相互ニ其物

ノ一部ヲ有スルニ非サルナリ故ニ各共有者ハ共有物ノ分割以前ニ在テハ物ノ全部ノ上ニ不分ノ權利ヲ有シ其物ヲ分割シテ而シテ後始メテ各自ノ部分特定セラレ其部分ニ付テ專屬的所有權ヲ得ルニ至ルモノトス故ニ分割ノ性質ヨリシテ之ヲ云ヘハ共有者ノ一人カ得ル所ノモノハ他ノ一人カ從來其上有セシ權利ヲ拋棄シタルニ因ルモノト謂フヘク自己ノ得ル所ノモノハ其失フ所ノ對價トシテ之ヲ見ルヲ得ヘシ是ニ由テ之ヲ觀レハ分割ハ殆ト賣買交換ニ於ケルカ如ク一方ニ於テ權利ヲ移轉シ他ノ一方ニ於テ之ヲ讓受クルモノト云フヲ得ヘシ學者ハ此意味ニ於テ分割ハ所有權ノ移轉的(付與的)行爲ナリト云ヘシ

之ニ反シテ遺產ノ分割ニ關シテハ全ク右ト反對ノ主義ヲ採用シ各共同相續人カ分割ニ因リテ得タル財產ハ各共同相續人間ニ不分ノ權利ヲ生シタル日即チ相續開始ノ時ニ於テ既ニ各自ニ專屬的所有權ヲ生シタルモノニシテ分割ニ因リテ始メテ所有權ヲ得タルニ非ス分割ハ唯各自ノ專屬的所有權ヲ宣言スルニ過キササルモノトセルナリ是レ全ク相續人保護ノ爲メニ出テタルモノニシテ佛國民法第八三條ノ如キ亦此主義ヲ採用セリ蓋シ分割ヲ以テ所有權ノ移轉的トスルト認定的トスルトハ其效果上實ニ左ノ差異アルヘシ

第一 分割ヲ以テ移轉的ノモノトセハ分割前ニ共有者ノ一人カ共有物上ニ設定シタル物權例之ハ抵當權又ハ地役權ノ如キハ分割ニ因リテ何等ノ影響ヲ受クルモノニ非サルカ故ニ決シテ消滅スルコトナカルヘシ之ニ反シテ所有權ノ認定的ノモノトセハ共有者ノ一人ノ有ト爲リタル

財産ニ付テハ他ノ共有者ハ初ヨリ權利アラサリシモノト看做スカ故ニ分割前ニ爲シタル此等ノ行爲ハ無權利者ノ爲シタル行爲トシテ何等ノ效力ヲ發生セズ

第二 分割ヲ以テ移轉ノモノトセハ各共有者ハ他ノ共有者カ分割ニ因リテ得タル物ニ付キ賣主ト同シキ擔保ノ責任スヘキモノトス(二六一條參照)之ニ反シ分割ヲ以テ所有權ノ認定的ノモノトセハ他ノ共有者ノ有ニ歸シタル部分ニ付テハ初ヨリ何等ノ權利ナキモノト看做スモノナレハ其部分ニ付テ他ノ共有者ニ對シ何等ノ責任ナキモノトス

右ノ如キ差異アルヨリシテ若シ遺產ノ分割ニ付テ所有權移轉主義ヲ採用セハ如何ナル結果ヲ惹起スヘキカ右第一ノ點ニ付テ之レヲ見ルモ遺產ノ如キ種種ナル財産ヨリ組成セラルルモノニ在リテハ其法律關係ハ層複雜ト爲ルヘク兎角ニ紛爭ノ媒タルヘキ共有ノ關係ハ遺產ノ共有ニ關シテ愈々其紛爭ヲ助長スルノ原因ト爲リ相續人ノ保護モ十分ナラサルニ至ラシ是ニ於テ本法ハ事實ニ反スルモノノ假定ヲ採リ遺產ノ分割ハ何時行ハルルトスルモ各共同相續人カ分割ニ因リテ得タル財産ハ相續開始ノ時ヨリシテ其者ノ專屬的所有權ノ目的タリシモノト認定シ他ノ相續人ノ得タル部分ニ付テハ何等ノ權利ナカリシモノト看做シタルモノニ外ナラス換言スレハ共同相續人カ分割ニヨリテ其有ニ歸シタル權利ハ相續ニ因リテ直ニ取得シタルモノニシテ分割ニ因リテ他ノ相續人ノ有ニ歸シタル權利ハ初ヨリ曾テ相續シタルコトナシトスルニ在リトス分割ヲ以テ認定的ナリトスル第一〇一二條ノ規定ハ廣ク財産ノ分割ニ付テ適用セラルヘキモノナルヲ以

テ如何ナル場合ニ於ケル分割ニ付テモ亦如何ナル財産ナリトモ苟モ遺產中ニ包含セラルルモノナラシメハ之ヲ適用スルヲ得ヘシ隨テ彼ノ包括受遺者ト遺產相續人トノ間ニ遺產ノ分割ヲ爲ス場合又ハ共同相續人カ分割禁止ノ契約ヲ爲シタル後期間ノ滿了ニ至リ之ヲ分割スル場合ニモ均シク適用セラルヘシ

第三項 擔保ノ義務

遺產ノ分割ハ前述ノ如ク相續開始ノ時ニ遡リテ其效力ヲ生シ各共同相續人ノ分割ニ因リテ得タル財産ハ相續開始ノ時ヨリ相續シタルモノト認定セラル隨テ其結果共同相續人間ニハ擔保ノ義務ヲ生スルコトナキモノトセサルヘカラス然レトモ各共同相續人間ニ擔保ノ義務ナシトセハ共同相續人カ分割ニ因リテ得タル財産ヲ自己ノ所爲ニ因ラスシテ第三者ノ爲メニ奪ハレタルカ如キ場合ニ於テ其者ハ爲メニ財産ヲ失ヒ他ノ相續人ハ安全ニ其財産ヲ保有スルコトヲ得ルニ至リ不公平ノ結果ヲ生スルニ至ルヘシ斯ル不公平ノ結果ヲ生セシムルコトハ共同相續ノ主義ニ悖反スルモノナルカ故ニ本法ハ分割ノ效力ヲ認定的ノモノトスルニ拘ハラス各共同相續人間ニ擔保ノ義務アルコトヲ認メタリ即チ各共同相續人ハ相互ニ分割ニ因リテ各自ニ割當テタル物又ハ權利ハ完全ニ存在スルモノナルコトヲ確保スルモノニシテ若シ其保證シタル所ニ反スル事實ノ生シタルトキ之カ爲メニ損害ヲ被ムリタルモノアルトキハ他ノ相續人ニ於テ其實ヲ分ツモノトセ

ルナリ畢竟スルニ擔保ノ義務ハ分割ノ主腦タル公平ヲ得セシムルニ存ス
共同相續人カ擔保ノ責任スル場合ハ債權ト債權以外ノ財産トニ關シ法律ハ其規定ヲ異ニセリ
先ツ債權以外ノ財産ニ付テ擔保ノ責任スル場合ヲ説述センニ此場合ニ在リテハ左ノ條件ヲ要
スルモノトス

第一 相續開始前ヨリ存スル事由ニ基カサルヘカラス 擔保ノ責任セシムルハ分割ノ公平ヲ
得セシムルニ外ナラサレハ公平ヲ保ツノ必要ハ一ニ相續開始ノ時ニ存スルモノト謂ハサルヲ
得ス隨テ其以後ニ生シタル事由ニ付テハ他ノ共同相續人ヲシテ擔保ノ責任セシムルノ必要
ナキハ論ヲ俟タサルナリ相續開始後ニ生シタル事由ニ基クモノニ在リテハ其財産ヲ割當テラ
レタル者ニ於テ之ヲ負擔スヘキハ尙ホ分割以後ニ於ケル事由ノ爲メニ其財産ノ價格増加スル
モ他ノ相續人ヲ利スヘカラサルト同一ナラサルヘカラス蓋シ相續開始前ヨリ存スル事由ニ基
クモノニ在リテハ相續人ニ毫モ過失ノ責ムヘキモノアルニ非ス隨テ他ノ相續人ヲシテ之ヲ分
擔セシムルヲ至當ナリトセサルヘカラス

第二 賣主ト同一ノ責任セサルヘカラス 賣主ハ買主ニ對シ追奪ノ擔保及ヒ瑕疵ノ擔保ニ付
テ責任ヲ負フヘキモノトス所謂追奪擔保トハ權利ノ全部若クハ一部ヲ讓渡シ得タル場合ニ責
任ヲ負フモノニシテ所謂瑕疵擔保トハ物ニ隠レタル瑕疵アリタルトキ其責ヲ負フヲ謂フ分割
ノ場合ニ於ケル共同相續人ノ責任モ亦賣主ト同一ナルモノトスルカ故ニ共同相續人ハ一人ノ

相續人カ其相續分タル財産ヲ真正ノ權利者ヨリ回收セラレタルカ如キ場合ニ擔保ノ責任ニ任
サルヲ得ス其他尙ホ第五六〇條乃至第五七二條ノ規定ヲ參照スヘシ

第三 擔保ノ義務ハ各自ノ相續分ニ應セサルヘカラス 故ニ共同相續人ノ一人カ自己ニ割當テ
ラレタル財産ヲ第三者ノ爲メニ追奪セラレタリトセンカ他ノ共同相續人ニ其全部ノ賠償ヲ求
ムルコトヲ得ス自己モ亦其一部ヲ負擔セサルヘカラス否ラサレハ分割ノ公平ヲ維持セ
ンカ爲メニセル擔保ノ責任ハ却テ不公平ヲ醸スニ至ル例ヘハ甲、乙、丙三人ノ相續人アリテ
甲ハ其受ケタル財産ノ千五百圓ニ相當スルモノヲ追奪セラレタリトシ各自ノ相續分相均シ
キモノトセハ乙、丙二人ハ各五百圓宛償還ノ責任ニ任スヘキカ如シ

債權ニ付テ共同相續人カ擔保ノ責任ニ任スヘキハ分割ノ當時ニ於ケル債務者ノ資力ニ在リトス
抑、普通債權ノ讓渡ニ付テハ讓渡人ハ債權ノ成立ト其有效ナルコトヲ擔保スルニ過キスシテ特
約アルニ非サレハ債務者ノ資力マテハ擔保スルノ限ニ在ラス（五六九條）然ルニ相續ノ場合ニ
於テ債權ノ成立並ニ其有效ナルト併セテ債務者ノ資力マテモ擔保スヘキモノトセルハ一ニ分割
ハ公平ヲ期スルモノナルカ故ニ普通債權ノ讓渡ヨリ一層超過シタル責任ヲ負ハシムルニ外ナラ
サルナリ然レトモ法律ハ決シテ無限ノ責任ヲ負ハシムルニ非ス唯擔保ヲ爲ス時間ニ付テハ分割
ノ時ニ於ケル債務者ノ資力ニシテ且各自ノ相續分ニ應スヘキモノトセリ（一〇一四條一項）故
ニ例ヘハ甲、乙、丙ノ共同相續人アリテ甲ハ二千圓ノ不動産ヲ受ケ乙ハ一千五百圓ノ債權ヲ受

ケ丙ハ一千圓ノ動產ヲ受ケタルニ乙ハ債務者ヨリ五百圓ノ辨濟ヲ受ケ其餘ハ債務者無資力ノ爲メニ辨濟ヲ受タル能ハストセンカ甲ハ五百圓ヲ丙ハ二百二十五圓ヲ償還スヘキカ如シ若シ夫レ分割ノ當時債務者ニ資力アリタルニ拘ハラス其債權ヲ割當テラレタル者カ自己ノ怠慢其他ノ事由ニ因リテ辨濟ヲ請求セス後日ニ及ヒ債務者カ無資力ト爲ルモ他ノ共同相續人ハ擔保ノ義務ヲ負フコトナカルヘシ之ヲ要スルニ分割ノ當時ニ在リテ債務者ニシテ無資力ナラシメハ直チニ辨濟ノ請求ヲ爲シタルト否トニ拘ハラス他ノ共同相續人ハ此義務ヲ免ルル能ハサルヘシ

右ノ如ク分割ノ當時ニ於ケル債務者ノ資力ヲ擔保スヘキモノトスルトキハ若シ債權ノ未タ期限ニ到達セサルモノ或ハ停止條件付ノ債權ノ如ク未タ請求權ノ發生セズ隨テ請求シ得サル場合ニ於テハ債務者ハ何程ノ資力アルヘキヲ豫知シ能ハサルモノニ在リテハ擔保ノ責任ハ何ヲ標準トシテ定ムヘキカニ付テ疑義ヲ生セサルヲ得ス舊民法財產取得篇第四一九條ニハ此ノ如キ場合ニ於ケル規定ヲ存セサリシヲ以テ或ハ請求權ノ生シタル時ノ資力ノ限度ニマテ擔保スヘキモノト論スルモノアリ或ハ又斯ク論決スルハ法律以外ニ法律ヲ作ルモノニシテ不當ナルハ勿論ナルカ故ニ分割ノ當時ニ於ケル資力ヲ標準トシテ定ムルヲ相當ナリトスト論スルモノアリ學說ニ歸セス故ニ新法典ハ此疑義ヲ一定シ共同相續人ハ辨濟ヲ爲スヘキ時ニ於ケル債務者ノ資力ヲ擔保ストセリ(一〇一四條二項)蓋シ分割ノ當時ニ於ケル資力ヲ標準トシテ定ムヘシトスルハ何程割引アレハ辨濟ヲ受ケ得ラルルモノナルヤハ見難キニ非ストスルニ由ル然レトモ此ノ如キ

積算即チ評價ハ實際上困難ナルノミナラス分割ノ當時ニ在リテハ資力アリトモ辨濟期日ニ至リ債務者カ無資力ト爲リタルカ如キ場合ニ於テ他ノ共同相續人ハ擔保ノ責ヲ負ハサルコトト爲リ分割ニ因リテ債權ヲ割當テラレタル相續人ノ利益ヲ保護セストスル立法ノ本旨ヲ全ウスル能ハサルニ至ラン我法律ハ既ニ第五六九條第二項ニ於テ辨濟期ニ至ラサル債權ノ賣主カ債務者ノ將來ノ資力ヲ擔保シタルトキハ辨濟ノ期日ニ於ケル資力ヲ擔保シタルモノト推定スト規定セリ隨テ相續ノ場合ニ於テモ亦此例ニ倣ヒ辨濟ヲ爲スヘキ時ニ於ケル資力ヲ擔保トシタルモノナリ

共同相續人ハ以上説明スルカ如ク相互ノ擔保ノ義務ヲ負ヒ各自ノ相續分ニ應ジテ其實ニ任スヘシトスルモ若シ擔保ノ責ニ任スヘキ相續人ニシテ償還ヲ爲スノ資力ナキモノアルトキハ如何此場合ニ於テハ其償還スルコト能ハサル部分ハ求償者及ヒ他ノ資力アル者各々其分ニ應ジテ之ヲ分擔セサルヘカラス故ニ例ヘハ甲、乙、丙三人相續人カ其相續分何レモ平等ニシテ乙、丙兩人ハ各甲ニ對シ百圓ツツノ擔保責任アルモノト假定センモ乙ハ之ヲ償還スルノ力ナシトセハ丙ハ百圓ノ外更ニ五十圓ヲ支出シ以テ甲ノ損失ヲ補ハサルヘカラサルカ如シ是レ全ク分割ノ勉メテ公平ナランコトヲ期スルノ本旨ヨリ出テタルモノニシテ連帶債務者中ニ償還ヲ爲ス資力ナキ者ヲ生シタル場合ニ於ケルト同一ナリトス(四四四條)若シ又求償者ニ過失アルトキハ他ノ共同相續人ニ對シテ分擔ヲ請求スルヲ得ス是レ別ニ辯明ヲ要セスシテ明カナル所ナリトス(一〇一五條)

共同相續人ノ擔保義務ニ關シ上來説述シタル所ハ要スルニ分割ノ公平ヲ維持スルカ爲メ法律カ一ノ準則ヲ示シタルニ過キスシテ固ヨリ命令的ノ性質ヲ帶フルモノニ非サルナリ故ニ法律ハ被相續人カ遺言ヲ以テ別段ノ意思ヲ表示シタルトキハ之ヲ適用セサル旨ヲ明示セリ(一〇一六條)元來被相續人ハ各共同相續人ノ相續分ヲ隨意ニ指定スルコトヲ得ルモノナレハ(一〇〇六條)其相互ノ擔保責任ニ付テモ隨意ニ之ヲ指定シテ適宜ノ分割ヲ爲スコトヲ得ヘキモノトセルハ蓋シ至當ノ事理ニ屬スト謂フヘキナリ或ハ又被相續人ハ各共同相續人ニ全ク擔保義務ヲ負ハサルモノトスルヲ得ヘク或ハ賣主ノ擔保義務ト異ナラシムルモノニ其注意ナリトセサルヘカラス

第四章 相續ノ承認及ヒ拋棄

第一節 相續人ノ法律上ノ地位

我國從來ノ慣習ニ於テハ相續人ハ被相續人ニ對シテ必ス相續ヲ爲ササルヘカラサルモノニシテ決シテ之ヲ拋棄スルヲ許サス又相續ヲ爲スニ當リテハ被相續人ノ權利義務ハ無限ニ之ヲ承繼セサルヘカラスシテ決シテ有限ノ責任ヲ以テ相續スルヲ許ササル所ノモノタリ蓋シ族制主義ノ下ニ在リテハ相續ハ財産移轉ノ一方式ト云ハンヨリハ事ロ家名ノ繼承ニ重キヲ置クヘキモノニシテ相續ヲ爲スハ相續人タルヘキ者ノ義務ニ屬スト謂フヲ得ヘク相續ハ純然タル私法的事項ニ非サルナリ然レトモ今日所謂相續ハ家督相續ト遺產相續トニ論ナク相續ノ開始ト共ニ其效力生ス

ルモ被相續人ノ權利義務如何ニ因リ相續人ニ利害ノ關係ヲ及ホスコト極メテ大ナレハ一面人ノ死後ニ於ケル財産處分ノ方法ヲ盡スト共ニ一面相續人ノ利害ヨモ慮ラサルヘカラス故ニ絕對的ニ必ス相續セサルヘカラストシ又ハ無限ニ先人ノ義務ヲ承繼スヘシトスルハ個人主義ノ觀念ヨリシテ適正ナリト認メ難シ是ニ於テ乎新法典ハ之ヲ從來ノ慣習ニ鑑ミ又歐米諸國ニ於ケル相續ノ制ニ參照シ相續ノ承認及ヒ拋棄ニ關スル規定ヲ設ケ且承認ニ限定ノモノト單純ノモノトノ二種アルコトヲ公認シ以テ相續人ノ法律上ノ地位ヲ鞏固ナラシメタリ

相續ノ承認トハ相續人カ自己ノ爲メニ開始セル相續ニ付キ之ヲ確認スルノ單獨行為ヲ謂フ所謂單純ノ承認トハ無限ニ被相續人ノ權利義務ヲ繼承スルヲ謂ヒ(一〇二三條)所謂限定ノ承認トハ相續ニ因リテ得タル財産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モノ即チ有限責任ノ相續ヲ謂フ(一〇二五條)而シテ相續ノ拋棄ト稱スルハ相續人カ自己ノ爲メニ開始セル相續ヲ否認スルノ單獨行為ヲ謂フナリ蓋シ新法典ノ主義トシテ何人ト雖モ相續スヘキコトヲ強制セラルルコトナキヲ通則トスルモノナレハ相續人タルヘキ者カ相續開始ノ場合ニ於テ探ルヘキ方法ニ三個ノ途アリト云フヘシ即チ

第一 單純ノ承認

第二 限定ノ承認

第三 拋棄

民法相續 本論 相續ノ承認及ヒ拋棄 相續人ノ法律上ノ地位

是ナリ此如ク三個ノ方法中其一ヲ擇フノ自由ハ一ニ相續人タルヘキ者ノ任意ニ在リト雖モ或ハ格別ナル事情ノ存スル場合ニ於テハ法律ハ此自由ヲ與ヘス即チ左ノ如シ

第一 第一種ノ法定家督相續人ハ拋棄ヲ爲スコトヲ得ス(一〇二〇條)

第二 隱居家督相續人ハ限定ノ相續ヲ爲スコトヲ得ス(七五〇條)

第一種ノ法定家督相續人ヲシテ相續ノ拋棄ヲ爲スコトヲ得サラシメタルハ全ク社交上道德上ノ觀察ヨリ來ルモノニシテ之ヲ許スハ亦舊來ノ習慣ヲ破ルノ最モ太甚シキモノナルカ故ノミ換言スレハ被相續人ノ直系卑屬タル子又ハ孫ニシテ其親ノ相續ヲ爲スヲ好マスト云フカ如キハ不孝ノ最モ太甚シキモノニシテ法律ハ決シテ斯ル不徳ノ行爲ヲ認許スルヲ得サルノミナラス家ヲ重ニスルノ觀念ト相容レサルモノナレハナリ又隱居家督相續人ハ第七五二條ノ場合ニ於テ限定承認ヲ爲スコトヲ得サルハ隱居ニ伴フ弊害ヲ豫防スルノ精神ニ出テタルハ勿論ナルモ戶主退隱ノ場合ニ於テハ被相續人及ヒ相續人間ニ於テ適宜事ヲ處理スルノ機會ヲ有スルカ故ニ法律上別ニ相續人ニ選擇ノ自由ヲ與フルノ要ナキニ由ル但隱居家督相續人ニ付テモ第七五三條ノ場合ハ此限ニ在ラス

又第一種ノ法定家督相續人ハ限定承認ヲ爲スコトヲ得ストノ說アリト聞ク是レ蓋シ從來ノ慣例ニ準據シ新法典カ明カニ之ヲ許シタルノ形跡ナキニ因ルモノナルヘシト雖モ相續人ハ本來前示三個ノ方法ニ付テ其一ヲ選ブノ自由ヲ有スルモノニシテ唯法律ニ例外的規定ノ存スル場合ニ於

テノミ其自由ヲ制限セラルルニ過キス隨テ第一種ノ法定家督相續人ニ付テモ限定承認ヲ爲スコトヲ得ストノ規定ナキ以上ハ相續ノ承認ニ關シテハ法律上何等ノ制限ナキモノト謂ハサルヘカラス

第一 承認及ヒ拋棄ニ共通ナル要件

一 相續ノ開始アリタルコトヲ要ス 相續ノ開始前ニ於テ豫メ相續ノ承認又ハ拋棄ヲ許スヘカラサルハ深ク辯明ノ要ナシ唯第七五二條ニ因ル隱居家督相續人ハ豫メ單純承認ノ意思ヲ表示セサルヘカラス是レ法律ノ特例トスル所ナリ

二 自己ノ爲メニ相續ノ開始シタルコトヲ要ス 是レ亦深ク説明ヲ要セス承認又ハ拋棄ハ相續權ノ一作用ナレハ相續權ナキ者カ承認又ハ拋棄ヲ爲スモ何等ノ效ナカルヘキナリ換言スレハ法定ノ順位ニ在ル者カ承認又ハ拋棄ノ意思表示ヲ爲スコトヲ要スルモノニシテ假令相續ノ開始アリトスルモ先順位者ノ存スルニ拘ハラス次順位ノ者カ自己ノ意思ヲ表示ストモ何等ノ益ナシ

三 承認及ヒ拋棄ハ之ヲ取消スコトヲ得ス 承認及ヒ拋棄ハ相續人ノ選擇ニ在リ、雖モ一旦爲シタル承認又ハ拋棄ノ取消ヲ爲スハ既ニ爲シタル選擇ヲ再ヒスルニ外ナラス之カ爲メニ他ニ及ホスヘキ利害ノ影響大ナルモノアルカ故ニ法律ハ決シテ此ノ如キ再ニ再四ノ選擇ヲ認容スルモノニ非ス但法律ノ規定ニ從ヒ之ヲ取消シ得ル場合ナキニ非サルモ是レ畢竟スル

ニ例外ニ外ナラス尙ホ後ニ至リテ之ヲ説述スヘシ

四 承認及ヒ拋棄ハ相續ノ全部ニ付テ爲サルヘカラス 是レ亦別ニ説明ヲ要セス一部ノ承認又ハ拋棄ハ決シテ相續ノ本旨ニ適合スルモノニ非サルナリ

五 承認及ヒ拋棄ハ條件附又ハ期限附ヲ以テ之ヲ爲スヲ得ス 此點モ別ニ説明ヲ要セスシテ明カナルヘシ唯彼ノ限定承認ハ單ニ債務及ヒ遺贈ノ辨濟ニ制限アルニ止マリ之ヲ以テ條件附ノ承認ト目スヘキモノニ非ス

六 承認及ヒ拋棄ハ一定ノ期間内ニ爲サルヘカラス 即チ第一〇一七條ニ規定スルカ如ク三個月内ニ爲スコトヲ要スルモノトス勿論此期間ハ後ニ至リ説明スルカ如ク裁判上伸長セラルコトアリ又期間ノ計算ニ付テモ場合ニ依リ其起算點ヲ異ニスルモノトス 承認及ヒ拋棄ハ其一定ノ期間内ニ爲スヘキモノナリト雖モ相續ノ承認ハ決シテ相續權取得ノ停止條件ニ非ス又相續ノ拋棄ハ決シテ解除條件ニ非サルナリ相續人ハ相續ノ開始ニ因リ當然先人ノ權利義務ヲ承繼スヘキモノニシテ承認ハ即チ相續權アル者ヲシテ確定ノ相續人タラシメ拋棄ハ即チ確的ニ相續人タルコトヲ否定セシムルモノニ外ナラサルナリ之ヲ要スルニ相續人カ承認又ハ拋棄ヲ爲ササル以前ニ在リテハ相續人未確定ノ場合ニ外ナラス隨テ相續財產ノ歸屬亦未タ確的ニ一定セリトスル能ハサルナリ

第二 承認及ヒ拋棄ノ期間

抑ハ相續人ハ承認又ハ拋棄ヲ爲スニ付キ選擇ノ自由ヲ有スト雖モ何時ニフモ此意思ヲ表示シ得ヘシトモハ相續ノ確定ヲ妨ケ利害ノ關係スル所大ナルモノアルヘシ殊ニ相續人ハ相續財產ト貸方借方ヲ調査スルニ非サレハ容易ニ自己ノ意思ヲ決定スルニ由ナカルヘシ是レ即チ法律カ承認又ハ拋棄ヲ爲スニ三箇月ノ期間ヲ設クル所以ナリ(一〇一七條)之ヲ名ケテ法定ノ期間ト謂フ而シテ此期間ハ相續人カ自己ノ爲メニ相續ノ開始アリタルコトヲ知リタル時ヨリ起算スヘキモノトス是レ全ク相續人ヲシテ勘考ノ猶豫ヲ與ヘタルモノニシテ自己カ相續人タルコトヲ覺知セス又ハ相續ノ開始アリタルコトヲ知ラサル間ニ期限滿了シ其相續人ノ權利確定スルモノトモハ期間ヲ設ケタルノ趣旨ヲ沒スルニ至ルヘケレハナリ唯夫レ法文上相續人カ自己カ相續ノ開始アリタルコトヲ知リタル時ヨリ期間ヲ起算スヘキ旨規定シタルニ止マリ他ニ其起算點ニ付キ何等ノ規定ナキヲ以テ遺産相續ニ付テ數人ノ相續人アル場合ノ如キ相續ノ承認又ハ拋棄ニ付テノ法定期間ハ各相續人ニ對シテ各別ニ進行ヲ始ムヘキ者トス畢竟各遺産相續人ノ承認又ハ拋棄ヲ爲シ得ル權利ハ各獨立シテ其效力ヲ生シ其間ニ何等ノ關係ヲ有セザレハナリ右ノ如ク法定期間ハ相續人カ自己ノ爲メニ相續ノ開始アリタルコトヲ知リタル時ヨリ起算スヘキモノトスルモ相續財產ノ額大ナル場合若クハ相續人カ海外ニ在ルカ如キ事情ノ存スル場合ニ於テハ到底此時日ヲ以テ決意ヲ爲スニ充分ナルコトヲ得サルヘシ故ニ是等ノ事情アル場合ニ於テハ法律ハ利害關係人又ハ檢事ヨリ期間ノ伸長ヲ裁斷シ請求スルヲ得ヘシ

トモリ此期間ヲ名ケテ裁判上ノ伸張期間ト謂フ爰ニ利害關係人ト謂フハ相續人ハ勿論相續債權者又ハ受遺者ヲ謂フ何トナレハ是等ノ者ハ何レモ承認又ハ拋棄ニ因リ直接ノ影響ヲ受クル者ナレハナリ又檢事ヲ此中ニ入レタルハ公證ノ代表者ト看做スヘキモノナルカ故ナリ而シテ此期間ノ伸長ヲ爲スヘキ裁判所ハ相續開始地ニ於ケル區裁判所ニシテ(非訟一〇三條)此申請ヲ却下スル裁判ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘシ(非訟一〇六條)相續人カ相續財産ヲ調査シ承認又ハ拋棄ヲ爲スヘキハ右ノ如ク自己ノ爲メニ相續ノ開始アリタルコトヲ知リタルトキヨリ起算シテ三箇月内ニ於テスヘキモノナレトモ次ノ如キ特別規定ノ存スルヲ見ル

一 相續人カ承認又ハ拋棄ヲ爲サスシテ死亡シタルトキハ其者ノ相續人カ自己ノ爲メニ相續開始アリタルコトヲ知リタルトキヨリ期間ヲ算定ス

相續人カ承認又ハ拋棄ヲ爲サスシテ死亡シタルトキハ其者ノ相續人カ先キノ相續ノ開始アリタルコトヲ知リタルト否トニ論ナク自己ノ爲メニ相續ノ開始アリタルコトヲ知リタルトキヨリ先キノ相續ニ對スル承認又ハ拋棄ニ付テノ法定期間ヲ起算スヘキモノトス蓋シ相續ヲ承認シ又ハ拋棄スルノ權利ニ其特定ノ相續人ノ一身ニ專屬スル權利ニアラサルヲ以テ其相續人カ承認又ハ拋棄ヲ爲サスシテ死亡シタルトキノ如キ其權利ハ乃チ相續ノ目的ト爲リ相續人ニ於テ之ヲ承認スヘキハ勿論ナルヘシ從テコノ場合ニ於テ相續人ハ前後二個ノ相續ヲ共ニ之ヲ承

認シ又ハ之ヲ拋棄スルヲ得ヘク或ハ先キノ相續ヲ拋棄シ後ノ相續ノミヲ承認スルコトヲモ爲

シ得ヘシ後ノ相續ヲ拋棄シテ先キノ相續ヲ承認スルカ如キハ爲シ得ヘキ所ニアラス何トナレシ後ノ相續ヲ拋棄シタルトキハ先キノ相續ヲ承認スルノ權利ヲ有セサルヘキヲ以テナリ果シテ然ラハ相續人ノ相續人カ先キノ相續ニ付テ承認又ハ拋棄ヲ爲スハ其ノ承認又ハ拋棄ヲ爲スノ權利ヲ自己ニ於テ承繼シタルコトヲ知ルニ至リタリト看做スヘキトキ乃チ自己ノ爲メニ相續ノ開始アリタルコトヲ知リタルトキ以後ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ヘキモノト云フヘク從テ其承認又ハ拋棄ヲ爲シ得ヘキ法定期間モ亦其時ヨリ之ヲ起算セシメサルヘカラス故ニ例之ハ甲ト其母乙及ヒ祖母丙トアリテ丙カ死亡シテ乙未タ之カ相續承認又ハ拋棄ヲ爲サスシテ死亡シ甲カ初メ母乙ノ死亡ヲ知リ後レテ祖母丙ノ死亡ヲ知リタリトスルモ尙ホ母乙ノ死亡ヲ知リタルトキヨリ承認又ハ拋棄ニ付テノ期間ヲ起算スヘキカ如シ唯夫レ相續人ノ相續人ハ先人ノ權利ヲ承繼セルモノナルカ故ニ先キノ相續ノ承認又ハ拋棄ハ死亡者乃チ前例ニ於ケル乙カ承認又ハ拋棄ヲ爲シ得ヘキ期間内ニ於テスヘキモノナルカノ疑ナキニ非スト雖モ第一〇一八條ノ規定ハ全ク前述ノ趣旨ヲ言明シタルモノニ外ナラサルナリ

右ノ場合ハ學者ノ所謂再轉相續(Succession par transmission)ト稱スルモノニシテ彼ノ代襲相續ト似テ非ナルモノナリ蓋シ代襲相續ハ被代襲者カ相續開始前ニ死亡シタル場合ニ生スルモ右ノ場合ハ相續人カ相續開始後承認又ハ拋棄ヲ爲サスシテ死亡シタルトキニ生スル代襲相續

ノ場合ニハ一個ノ相續開始シタルニ過キサレトモ此ノ場合ハ二個ノ相續開始シタルモノナリ
隨テ承認及ヒ拋棄ハ二個ノ相續ニ對シ各別ニ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ其他兩者ノ間多少ノ差異
アルコトハ之ヲ類推スルニ難カラサルヘシ依テ今一之ヲ贅セス

二 相續人カ無能力者ナルトキハ其法定代理人カ無能力者ノ爲メニ相續ノ開始アリタルコト
ヲ知リタルトキヨリ起算ス

相續ノ承認及ヒ拋棄ハ一ノ法律行為ナルヲ以テ無能力者ハ完全ニ之ヲ爲スコトヲ得ス故ニ
無能力者ニ代ハリテ承認又ハ拋棄ヲ爲スヘキ法定代理人カ相續ノ開始ヲ知リタルトキヨリ
之ヲ算定セシメサルヘカラス(一〇一九條)

第三 相續財産ノ管理

承認ハ相續人ヲシテ確定ナラシムルモ其以前ニアリテハ未タ確定ノ相續人ト謂フヘカラス拋
棄モ亦同シク相續人ヲシテ確定ノ否定セシムルモノトス第一種ノ法定家督相續人ハ拋棄ヲ爲
スヲ得サルモ限定ノ承認ヲ爲スニ妨ケナシ故ニ第一〇〇七條ニ規定スル期間ノ満了以前ニ在
リテハ相續人ハ相續財産ニ對シテ未タ確定ノ權利ヲ有スルモノト云フヲ得ス然リト雖モ相續
財産ハ一應相續人ノ財産ナリト看做スモ敢テ失當ナリト云フヘキニ非サルカ故ニ法律ハ相續
人ニ對シ其固有財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ以テ管理スルコトヲ要ストセリ換言スレバ承認
又ハ拋棄ノ意思決定以前ニ在リテハ相續人ハ相續財産ノ管理人ト同一視スヘキナリ否ラレ

ハ相續債權者又ハ受遺者ニ對シ利害ノ及ホス所尠少ニ非サルナリ而シテ相續人ノ負フヘキ管
理ノ責任ハ自己ノ固有財産ニ於ケルト同一ノ程度ニ在ルヘキモノニシテ法律ハ決シテ其以上
ノ責任ヲ負ハシムルモノニ非ス(一〇二一條一項)此ノ如ク相續人ヲシテ管理ノ責ヲ負ハシム
ルモ相續人カ遠隔ノ地ニ在リテ自ラ管理スル能ハサルカ如キ場合ニ於テハ裁判所ハ(相續開
始地ノ區裁判所)利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ何時ニテモ保存處分ヲ命ズルコトヲ得ヘ
ク(一〇二一條二項)之カ爲メニ裁判所カ管理人ヲ選任シタルトキハ第二七條乃至第二九條
ノ規定ヲ準用スヘキモノトス(一〇二一條三項)即チ不在者ノ財産管理ニ於ケルト同一ノ責
ヲ盡サシムルモノナリ其詳細ハ先ニ第九七八條ノ下ニ詳説シタルヲ以テ就テ參照スヘシ

第四 承認及ヒ拋棄ノ取消

承認及ヒ拋棄ハ其性質上取消ヲ許スヘキモノニ非サルコトハ既ニ前述シタル所ナリ然レトモ
此二者ハ共ニ單獨行為ナルカ故ニ自由ニ取消スコトヲ得ルモノナルヤノ疑ヲ生シ易キヲ以テ
法律ハ特ニ第一〇二一條第一項ニ於テ之ヲ取消ス能ハサル旨ヲ明示セリ既ニ之ヲ取消スコト
ヲ得ストセバ假令次ノ順位ニ在ル者カ相續ヲ承認スヘキコトヲ承諾スルト又相續人欠缺ノ場
合ニ於ケルト區別スルヲ要セサルナリ

然リト雖モ承認及ヒ拋棄ハ必スシモ絶對的ニ取消スコトヲ得サルニ非ス第一編及ヒ第四編ノ
規定ニ依リテハ之カ取消ヲ爲スニ妨ナシトス今其二三ノ例ヲ示サバ即チ左ノ如シ

- 一 未成年者カ法定代理人ノ同意ヲ得スシテ承認又ハ拋棄ヲ爲シタルトキ(四條)
- 二 禁治產者カ後見人ノ同意ヲ得スシテ之ヲ爲シタルトキ(九條)
- 三 準禁治產者カ保佐人ノ同意ヲ得スシテ之ヲ爲シタルトキ(一二條)
- 四 妻カ夫ノ許可ヲ受ケスシテ之ヲ爲シタルトキ(一四條)
- 五 詐欺又ハ強迫ニ因リテ之ヲ爲シタルトキ(九六條一項)
- 六 親權ヲ行フ母カ親族會ノ同意ヲ得スシテ子カ相續ノ拋棄ヲ爲スニ同意シタルトキ(八八六條八七條)
- 七 後見人カ親族會ノ同意ヲ得スシテ被後見人ニ相續ノ承認又ハ拋棄ヲ爲スコトヲ同意シタルトキ(九二九條)

其他尙ホ第八條、第一二〇條乃至第一二六條、第九三〇條、第九三六條等ノ規定ニ違反シタル場合ニ於テハ法律上之ヲ取消スコトヲ得ヘシ要スルニ是等ノ各場合ニ於テハ意思表示ニ瑕疵アリ又ハ法定代理人カ權限ヲ超ヘテ同意ヲ與ヘタル者ナルカ故ニ通則ニ從ヒ之カ取消ヲ許ササル可ラス唯第一〇二條第一項ノ規定ノミナルトキハ或ハ是等ノ場合ニモ尙ホ取消ヲ爲スコトヲ得サルヤヲ疑ハシムルヲ以テ特ニ之ヲ明示スルニ至レルモノトス而シテ此場合ニ於テ取消權ヲ行使スルノ期間ハ(一)追認ヲ爲スコトヲ得ルトキヨリ六箇月(二)承認又ハ拋棄ノ時ヨリ十年以内ニ在リテ若シ此期間ヲ經過シタルトキハ時効ニ因リテ消滅スルモノトス

即チ法律ハ相續人ノ未確定ナル狀態ノ永ク繼續スルコトヲ欲セサルニ因ルモノナリ

第二節 承認

第一款 單純承認

單純承認トハ前述スルカ如ク無限ニ被相續人ノ權利義務ヲ承認スルヲ謂フナリ故ニ單純承認ハ我舊來ノ慣例ヲ襲ヒタルモノニシテ苟モ單純ノ承認ヲ爲スニ於テハ相續ノ拋棄ハ勿論限定承認ヲモ爲スコト得サラシムルモノトス

單純承認ハ無限ニ被相續人ノ權利義務ヲ承認スルモノナレハ其當然ノ結果トシテ相續財產ノ借方カ貸方ニ超過スル場合即チ相續財產ヲ以テ總テノ債務ヲ辨濟スルニ足ラサルトキハ相續人ハ自己固有ノ財產ヲ以テ之カ辨濟ヲ爲ササルヘカラサルコトト爲ル從テ單純承認ハ相續財產ト相續人ノ固有財產トヲ混同セシム是レ實ニ單純承認ト限定承認ト異ナル唯一ノ差異ナリトス單純承認ハ如何ナル方法ニ依リテ之ヲ爲スヘキカ承認ハ元ト相續人ノ單獨行為ニシテ意思表示ヲ要スルハ敢テ一般普通ノ法律行為ト異ナル所ナクシテ其意思ノ明示ナルトハ敢テ之ヲ區別スルノ必要ナク又其他ニ何等ノ方式ヲ要スルモノニ非サルナリ(限定承認ト拋棄トハ特別ノ方式ヲ要スルコト後ニ説明スルカ如シ)

明示ニテ單純ノ承認ヲ爲ストハ文字上既ニ明カナルカ如ク書面又ハ口頭ヲ以テ單純ノ承認ヲ爲

スノ意思ヲ示スヲ謂フ之ニ反シ相續人ノ或行爲ヨリシテ單純承認ヲ爲スノ意思アリシモノト推測シ得ヘキモノヲ名ケテ默示ニ因ル單純ノ承認ト謂フ即チ相續人カ單純承認ヲ爲スコトヲ明カニ表示セサルモ其行爲若クハ不行爲ヲ見ルトキハ自ラ單純承認ヲ爲シタルモノト想像セサルヘカラサル場合之ナリ然ラハ相續人ニ如何ナル行爲アレハ之ヲ推測スルニ足ルヘキカ人ノ行爲ハ千態萬狀極マリナキモノニシテ初ヨリ一定スルハ難シト雖モ我法律ハ左ノ三個場合ニ於テハ相續人ハ單純承認ヲ爲シタルモノト看做スト云ヘリ(一〇二四條)

第一 相續人カ相續財産ノ全部又ハ一部ヲ處分シタルトキ

相續人カ相續財産ノ一個又ハ數個ニ付キ他人ノ爲メニ所有權ヲ讓渡シ又ハ質權抵當權其他ノ物權ヲ設定スルカ如キハ相續財産ノ處分タルコト論ヲ俟タス相續人カ相續財産ニ對シ此ノ如キ行爲ヲ爲スハ自己ノ所有物ナリトスルニ非サレハ爲シ得ヘキ所ニ非ス所有者ニ非サレハ爲シ能ハサルカ如キ行爲ヲ爲サハ是レ即チ自ラ相續人タルノ意思ヲ表示シタルニ同シキモノナレハ此ノ如キ場合ニハ單純承認ヲ爲セリト看做スヘキハ相當ナリトス而シテ爰ニハ單純全部又ハ一部ヲ處分シタルトキトアルカ故ニ苟モ處分行爲アルニ於テハ其財産ノ多少ハ敢テ之ヲ問フノ必要ナキモノト知ルヘク又處分ノ目的ノ如何ヲ區別セルモノト知ルヘキナリ

右ノ如ク相續財産ニ對スル處分行爲アルトキハ單純承認ヲ爲シタル者ト看做スヘキモ保存行爲又ハ第六〇二條ニ定メタル期間ヲ超ヘサル貸貸ヲ爲シタルトキハ之ヲ以テ直チニ單純承認

ヲ爲シタルモノト看做ササルナリ蓋シ保存行爲ノ如キ又第六〇二條ノ規定ノ如キ管理人力其管理ニ係ル財産ヲ管理人ノ職分内トシテ當然貸貸シ得ヘキ場合ノ制限ヲ定メタルモノナレハ相續人ト雖モ第一〇二一條ニ規定スルカ如ク相續財産管理ノ責任アルモノナルカ故ニ是等ノ行爲ハ當然爲スト得ヘキ所ノモノタリ隨テ是等ノ行爲アル場合ニ當リテハ勢ヒ前示ノ推測ヲ下シ得ヘキニ非サルハ論ナシ

第二 相續人カ第一〇一七條第一項ノ期間内ニ限定承認又ハ拋棄ヲ爲ササリシトキ 單純承認

ハ從來ノ慣例ヲ襲用シタルモノニシテ相續ノ本則トモ謂フヘク法律ハ唯或場合ニ於テ相續人ノ利益ヲ保護センカ爲メニ限定承認又ハ拋棄ヲ爲スコトヲ許スニ過キス限定承認及ヒ拋棄ハ例外ナリ隨テ法律上特別ナル方式ノ下ニ其意思表示ヲ爲スヲ要ス即チ第一〇一七條ニ規定セル三箇月ノ期間及ヒ裁判上ノ伸長期間内ニ之ヲ爲スヘキモノナルカ故ニ若シ此期間内ニ方式ヲ履行セサルトキハ相續ノ本則ニ依ルモノト看做スハ敢テ失當ナリト謂フヘカラス(一〇二六條一〇三八條)是レ則チ相續人ノ不行爲ニヨリテ單純承認ヲ爲シタルモノト看做ス場合ニシテ相續人カ期間内ニ限定承認又ハ拋棄ヲ爲ササリシ自己ノ怠慢ニ出テタル結果ニシテ全ク單純承認ヲ爲スノ意思ナカリシコトノ明カナル場合ト雖モ單純承認ヲ爲シタルモノトセサル可カラス

第三 相續人カ限定承認又ハ拋棄ヲ爲シタル後ト雖モ相續財産ノ全部若クハ一部ヲ隱匿シ私ニ

之レヲ消費シ又ハ惡意ヲ以テ之レヲ財産目録中ニ記載セザリシトキ 此場合ニ於テ法律カ單
純承認ヲ爲シタルモノト看做スハ前二號ノ場合ト異ニシテ相續人ニ單純承認ヲ爲スノ意思ア
ルモノト推測スルニ非スシテ相續人ニ不正ノ行爲アルヲ以テ民事上ノ制裁トシテ單純承認ヲ
爲シタルモノト看做スニ外ナラス元來限定ノ承認又ハ拋棄ハ相續人ヲシテ不測ノ損害ヲ被ル
ルコトアルヘキ危險ヲ免レシムル爲メニ法律ノ與フル恩惠ニ過キス故ニ其恩惠ヲ與フルニ足
ルヘキ價值アル者ニ非サレハ之ヲ付與スヘキニ非ス然ルニ本號ニ掲クルカ如キ行爲アル者ハ
果シテ法律ノ恩惠ヲ與フルニ足ルヘキ者ナルカ斯ル相續人ニ對シテハ決シテ法律上ノ恩惠ヲ
與フルニ足ラサルノミナラス法律ハ毫モ其利益ヲ企圖スルヲ要セザルモノタリ是レ實ニ法律
カ本號ノ規定ヲ設ケタル所以ナリトス而シテ斯ニ所謂隱匿トハ他人ノ知ラサル間ニ財産ヲ埋
藏スルヲ謂ヒ消費トハ之ヲ消耗スルヲ謂フ例ヘハ相續財産ヲ自己ノ倉庫ニ埋藏スルカ如キハ
隱匿ニシテ相續財産中ノ或物ヲ以テ自己ノ債務ノ辨濟ヲ爲スカ如キハ即チ消費ナリトス又茲
ニ所謂惡意ヲ以テ財産目録ニ記載セスト稱スルハ故意ニ被相續人ノ財産ヲ脱漏スルヲ謂フナ
リ之ヲ要スルニ是等ノ所爲タル其方法各異ナルモ何レモ不正ニ相續財産ヲ自己ノ物トスルニ
在リ故ニ之カ制裁トシテ單純承認ヲ爲シタルモノト看做スヲ相當ナリトス但之カ爲メ民法上
及ヒ刑法上他ノ制裁ヲ加フルコトヲ妨ケス

タサル所ナリト雖モ一旦限定承認又ハ拋棄ヲ爲シタル以後ニ於テ是等ノ行爲アリタルトキハ
特別ノ明文ナクシテ假令是等ノ行爲アルモ單純承認ノ效果ヲ生セシムルコト能ハサルニ至ル
故ヲ以テ法律ハ特ニ「限定承認又ハ拋棄ヲ爲シタル後ト雖モ」トノ數文字ヲ加ヘ以テ其意ヲ
明カニセリ

相續人タル者ニ前述スルカ如キ不正ノ行爲アリトモ其次ノ順位ニ在ル相續人カ拋棄シタル先
順位者ノ後ヲ承ク承諾ヲ爲シタル場合ニハ單純承認ヲ爲シタルモノト看做スノ要ナシ何トナ
レハ此場合ニ於テ相續財産ハ既ニ次ノ順位ニ在ル者ノ有ニ歸スヘキモノナレハ通常ノ不法行
爲ト爲ルカ故ニ敢テ前示ノ推測ヲ下ササルモ相續人タル者ヲ保護スルノ途ニ於テ缺クル所ナ
ケレハナリ又此但書ノ規定ハ限定承認ヲ爲シタル者ニ是等ノ行爲アリタル場合ニ適用ヲ生セ
サルハ論ヲ俟タサル所ニシテ拋棄者ニノミ限ルヘキモノタリ

以上第一乃至第三ノ場合ハ假令相續人カ單純承認ヲ爲スノ意思アラサルコトノ明カナルトキト
雖モ法律ハ尙ホ單純承認ヲ爲シタルモノト看做ス其他ノ場合ニ於テハ一ノ事實問題トシテ事實
承審官ノ判定ニ俟タサルヘカラス

第二款 限定承認

限定承認ハ前述スルカ如ク有限責任ヲ以テ被相續人ノ義務ヲ承繼スルヲ謂フ第一〇二五條ニ相

續人ハ相續ニ因リテ得タル財産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ヲ爲スコトヲ得タル亦此義ニ外ナラサルナリ抑限定承認ハ相續ヲ爲スノ一方法ナリト雖モ從來ノ慣習ニ依レハ此ノ如キ方法ニ依ルヲ許サス假令相續財産ハ僅少ニシテ負債反ヲ多額ナルモ相續人ハ無限ノ責任即チ單純ノ承認ヲ爲サルヘカラサリ然ルニ限定承認ハ相續ニ因リテ得タル財産ノ限度ニ於テ義務ヲ負フニ過キサルカ故ニ例ヘハ相續財産ハ僅ニ百圓ニ過キサルニ負債ノ額千圓若クハ二千圓アリトスルモ百圓ノ限度ニ於テノミ辨濟ノ責ヲ負フニ過キサルナリ是レ即チ單純承認ト限定承認トノ差異アル點ニシテ其他被相續人ノ權利例ヘハ家督相續ノ場合ニ於ケル戸主タルノ地位ヲ繼承スルカ如キハ敢テ單純ノ承認ヲ爲スト限定ノ承認ヲ爲ストニ從テ差異アルヘキニ非サルナリ限定承認ヲ爲シ得ル者ハ何人ナリヤ原則トシテハ何人モ之ヲ爲シ得ルノ權利アリト謂ハサルヲ得ス蓋シ相續ノ方法ニ單純ト限定トノ二者ヲ設ケタルハ畢竟相續人ノ利益ノ爲メナリトセハ彼ニ許シ此ニ許ササルカ如キ不公平アルヘキニ非ス唯或必要ノ場合ニ於テノミ之ヲ禁止ヲ爲シ得ヘキモノトセサルヲ得ス故ニ何人ト雖モ原則トシテハ限定ノ承認ヲ爲シ得ヘク例外ノ場合ニ於テノミ之ヲ爲シ得サルモノトセルハ至當ノ事理ニ屬ス」

限定承認ハ何人カ爲シ得サルカ曰ク一旦單純承認ヲ爲シタル者一旦相續ノ拋棄ヲ爲シタル者及ヒ隱居家督相續人（七五二條）ナリトス單純承認ヲ爲シタル者カ限定ノ承認ヲ爲スト得サルハ單純ハ原則ニシテ限定ハ例外ナルカ故ニ原則ニ因リタル者カ例外ニ依ルコトハ能サルハ當然ナ

レハナリ拋棄ヲ爲シタル者カ限定ノ承認ヲ爲スト得ルモ亦之ト同一理ニ出ツ面シテ第七五二條ノ場合ニ於ケル隱居家督相續人カ限定ノ承認ヲ爲スト得サルハ前述セル所ナルヲ以テ重ネテ贅セス

共同相續主義ヲ採レル遺產相續ニ在リテハ數人ノ相續人中或者ハ單純承認ヲ爲サント欲シ或者ハ限定承認ヲ爲サント欲スルコトアルヘシ斯ル場合ニ於テハ各相續人ハ限定承認ヲ爲スヘキコトヲ定ムルノ立法例アリト聞クモ我民法ニ於テハ相續ニ對スル決意ハ各相續人各獨立シテ其意思ヲ決定スルヲ得ヘキヲ本則トスルカ故ニ他人ノ意思ノ爲メニ自己ノ決意ヲ枉ケラルヘキニアラス數人ノ相續人中單純承認者ト限定承認者トヲ生スルコトアルヘキハ免レサル所ナリトス

第一項 限定承認ノ方式

限定承認ヲ爲サントスルニハ第一〇一七條ニ規定セル法定ノ期間又ハ裁判上ノ伸長期間内ニ財産目録ヲ調製シ之ヲ相續開始地ノ區裁判所ニ提出シ限定承認ヲ爲スノ意思ヲ申述スルコトヲ要ス（一〇二六條）故ニ限定承認ニハ左ノ二方式ヲ要スルモノト知ルヘシ

第一 裁判所ニ限定承認ヲ爲ス旨ヲ申述スルコト

第二 財産目録ヲ調製シ之ヲ裁判所ニ提出スルコト

限定承認ハ本則ニ對シ例外ヲ爲スモノナレハ例外ノ場合ニ在ラントスルニハ特ニ其意思ヲ表明

セサルヘカサルノミナラス裁判外ニ於ケル意思表示ハ往往誤謬ヲ來シ時ニ紛争ノ媒介タルヲ以テ右第一ノ條件ヲ必要トスルニ至レリ其手續ニ付テハ非訟事件手續法第一〇四條乃至第一〇六條ノ規定ヲ參照スヘシ又第二ノ方式ヲ要スル所以ノモノハ相續財産ノ實額ヲ明カニシ相續債權者又ハ受遺者ヲシテ幾何ノ辨濟ヲ受テヘキカラ知ルヲ得セシメ併テ自己カ相續スヘキ割合ヲモ明確ナラシムルノ要アルヲ以テナリ

右ノ方式ヲ履行シタル後ニ於テハ相續人ノ權利ハ單純承認ヲ爲シタル相續人ト異ナル所アルニアラス被相續人ノ有セシ財産ニ付テハ權利者トナリ其債務及ヒ遺贈ニ付テハ之カ義務者トナルヘタ唯單純承認ノ場合ト異ナルハ承認ニ制限ヲ附シタルノ點ニ在リテ乃チ義務ノ辨濟カ相續財産ヲ限度トスル所アルニ止マル

法律ハ相續ニヨリテ得タル財産ノ限度ニ於テ云々ト云ヘリ相續以外ノ原因ニヨリ得タル財産ニ付テハ之ヲ除外スルモノノ如クナレトモ彼ノ遺留分權利者カ贈與ノ滅殺ニ因リテ得タル財産ノ如キ亦畢竟遺留分權利者タル相續人カ相續ニ因リテ得タル財産ニ外ナラサルヘキヲ以テ均シク被相續人ノ債務又ハ遺贈ノ辨濟ニ充テサルヘカサルニ至ランカ而カモ此ノ如ク解スルトキハ遺留分保全ノ爲メニ滅殺權ヲ與ヘタルノ結果ハ相續人ヲ利セスシテ反ツテ相續債權者又ハ受遺者ヲ利スルコトナリ法律ノ豫期シタル所ニ副ハサルニ至ラントス從テ此等ノ財産ハ第一〇二五條ニ所謂財産中ヨリ除外セサルヘカラス又法律ハ被相續人ノ債務及ヒ遺贈ヲ辨濟スヘキコト

ヲ留保云々ト云ヘリ故ニ債務及ヒ遺贈以外ノ原因ニヨリテ相續人ノ義務トナリシモノニ付テハ相續財産ノ限度ヲ超ヘテモ尙ホ相續人ハ其義務ヲ辨濟セサルヘカサルコトナルヘキナリ又限定承認ノ效力トシテ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ス蓋シ相續人カ限定承認ヲ爲シタル場合ニ於テ相續財産ト相續人ノ固有財産トヲ混同セシムルトキハ相續財産ノ實額ヲ判明ナラシムルヲ得ス殊ニ此ノ場合ニ於テハ相續人ハ自己ノ固有財産ヲ以テ被相續人ノ債務及ヒ遺贈ヲ辨濟スルノ義務ナキモノナレハ混同ノ原則ヲ適用スルトキハ不當ノ結果ヲ生スルニ至ラン從テ法律ハ第一〇二七條ノ規定ヲ設ケ相續人カ限定承認ヲ爲シタルトキハ其被相續人ニ對シテ有シタル權利義務ハ消滅セサリシモノト看做セリ故ニ限定承認者被相續人ニ對シ權利ヲ有スルトキハ相續財産中ヨリ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘタ義務ヲ負フトキハ之ヲ辨濟セサルヘカラス唯其權利ノ實行又ハ義務ノ履行ニ付テ法律上別條ノ規定ナキカ故ニ相續人ハ自己ニ對シテ自ラ之ヲ實行シ又ハ自ラ履行セサル可カラサルコトアラン平

相續財産ノ管理、限定承認者カ相續財産ノ管理ヲ續續スルコトヲ要スルハ（一〇二八條）限定承認ヲ爲スヨリ生スル一義務ナリトス隨テ限定承認者ハ此管理ノ義務ヲ辭スルコトヲ得ス之ヲ辭セント欲セハ相續ヲ拋棄スルヨリ外ナシ蓋シ限定承認ハ相續財産ト相續人ノ固有財産トヲ混同セシメス相續財産ヲ以テ被相續人ノ債務及ヒ遺贈ヲ辨濟スヘキモノナルカ故ニ債權者又ハ受遺者ノ爲メ相續人ヲシテ之ヲ管理セシムルハ相當ナリ又限定承認者ト雖モ債務又ハ遺贈ヲ辨濟

シ殘餘アリタル場合ニ於テハ自由ニ之ヲ處分シ得ヘキモノナレハ自己カ之ヲ管理スルハ最モ利益ナリトスル所ナリ而シテ此管理ノ責任ニ付テハ自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ爲スヲ以テ足ル何トナレハ若シ殘餘アリタル場合又ハ權利者ノ請求スルナクシハ相續財産ハ當然自己ノ有ニ歸スヘキモノナレハ自己ノ財産ニ於ケルヨリ一層高キ注意ヲ爲スノ理由ナク又自己ノ財産ヨリモ低キ注意ヲ爲スヘキニ非サレハナリ

相續財産ノ管理ニ付テ法律ハ既ニ第一〇二條ノ規定ヲ存スルニ拘ハラス限定承認者ニ管理ノ責任アルコトヲ規定スルハ重複ニ亘ルノ嫌アリ然レトモ第一〇二條ハ承認以前ニ關スル規定ニシテ第一〇二八條ハ限定承認以後ニ於ケル責任ヲ規定シタルモノナリ故ニ之ヲ以テ直ニ重複ナリト云フヲ得ス殊ニ限定承認者ハ後ニ至リ說述スル如ク債權者又ハ受遺者ニ對シ辨濟ヲ爲スヘキ義務ヲ負フ者ナレハ承認後ト雖モ尙ホ此管理ノ責任ヲ負ハシメサルヘカラス隨テ法律ハ相續財産ノ管理ヲ繼續スルコトヲ要スト云ヘリ此用語ノ差異ヨリシテ見ルモ毫モ重複セルニ非サルナリ限定承認者カ相續財産ノ管理ヲ爲スニハ第六四五條、第六四六條、第六五〇條第一、二項及ヒ第一〇二一條、第二、三項ヲ準用スヘキモノトセリ(一〇二八條二項)

第一 限定承認者ハ相續債權者又ハ受遺者ノ請求アルトキハ何時ニテモ管理事務處理ノ狀況ヲ報告シ又其管理事務ノ終了シタルトキハ遲滯ナク之ヲ報告スルコトヲ要ス(六四五條)

第二 限定承認者ハ其事務ヲ處理スルニ當リ受取リタル金錢其他ノ物ヲ相續財産ノ中ニ引渡ス

コト及ヒ其收取シタル果實ヲモ引渡スコトヲ要ス(六四二條)

第三 限定承認者カ管理事務ヲ處理スルニ必要ト認ムヘキ費用ヲ出シタルトキハ相續財産中ヨリ其費用及ヒ支出ノ日以後ニ於ケル利息ヲ償還セシムルヲ得ヘク又其必要ト認ムヘキ債務ヲ負擔シタルトキハ相續財産ヲ以テ辨償ヲ爲サシムルヲ得(六五〇條一、二項)

是等ハ畢竟スルニ限定承認者ノ權利義務ヲ委任ニ於ケル受任者ノ權利義務ト同一ナラシムルニ外ナラス又限定承認者ハ固ヨリ管理ヲ爲スニ過キテ從テ管理ノ失當ナルカ若クハ自ラ管理シ能ハサルカ如キ場合ニ在リテハ裁判所ヲシテ利害關係人又ハ檢事ノ申立ニヨリ何時ニテモ保存ニ必要ナル臨機ノ處分ヲ爲スコトヲ得セシメ又裁判所ヲシテ他ニ管理人ヲ選任スルコトヲ得セシメ其管理人ノ責任ヲ不在者ノ財産管理人ト同一ナラシムルハ亦相當ナリト謂フヘキナリ(一〇二一條二項、三項)

第二項 債務及ヒ遺贈ノ辨濟(清算)

限定承認者ハ相續財産ヲ以テ被相續人ノ債務及ヒ遺贈ヲ辨濟スルノ義務アル者ニシテ最モ公平ニ其義務ヲ竭ササルヘカラス從テ法律ハ左ノ如キ規定ヲ存ス

第一 公告及ヒ催告ノ手續

法律ハ限定承認者ヲシテ辨濟ヲ爲スノ準備手續トシテ公告ヲ爲スヘキコトヲ命セリ此公告ハ

一切ノ相續債權者及ヒ受遺者ヲシテ限定承認ノアリタルコトヲ知ラシムルヲ以テ目的トシ且債權者及ヒ受遺者ヲシテ其債權又ハ遺贈請求ノ申出ヲ爲スヘキコトヲ催告スルニ在リトス故ニ公告ハ相續財産ニ對スル權利者ヲシテ其權利ノ行使ニ遺漏ナカラシメンコトヲ期スルモノニシテ各權利者ノ間ニ不公平ノ結果ヲ來タサランコトヲ企圖スルモノナリ今此公告ヲ爲スニ付テノ要件ヲ左ニ列叙セン

一 公告ハ限定承認ヲ爲シタル後五日內ニ爲スコトヲ要ス

二 公告ニハ限定承認ヲ爲シタルコト及ヒ二ヶ月ヲ下ラサル期間ヲ一定シ其期間內ニ債權及ヒ遺贈請求ノ申出ヲ爲スヘキ旨ヲ催告スルコトヲ要ス

三 權利者ニシテ右ノ期間內ニ請求ノ申出ヲ爲ササルトキハ清算ヨリ除斥セラルヘキ旨ヲ附記スルコトヲ要ス(七九條二項)

公告ニハ右ノ諸條件ヲ具備セサルヘカラスト雖モ其公告ヲ爲スノ方法ハ官報新聞紙其他ノ方法ニ依ルコトヲ得ヘク法律ハ敢テ此點ニ付テ何等ノ制限ヲ設クルモノニ非ス唯如何ナル方法ニ依ルモ總テノ債權者及ヒ受遺者ニ告知ノ途ヲ盡サシムルニ在リ故ニ限定承認者ニ於テ既ニ知リタル債權者及ヒ受遺者アルトキハ此者ニ對シテハ各別ニ其申出ヲ催告スルコトヲ要スルモノトス(一〇二九條二項、七九條二項)

第二 辨濟ノ順序及ヒ方法

公告ニ定メタル一定ノ期間満了ノ後ニ至リ限定承認者ハ辨濟ヲ爲スコトヲ要シ此期間満了以前ニ在リテハ辨濟拒絕ノ權利アリトス此ノ如ク期間満了前ニ辨濟ヲ拒絕スルコトヲ得セシムルハ全ク公平ノ辨濟ヲ得セシメンカ爲メニシテ相續財産カ債務及ヒ遺贈ヲ辨濟スルニ足ラサル場合ハ勿論相續財産ヲ以テ優ニ此等ノ義務ヲ辨濟スルニ足ル場合ト雖モ均シク拒絕スルヲ得ヘキナリ唯夫レ法律ハ辨濟拒絕ノ權利アリト云ヒ之ヲ以テ義務トナササルカ故ニ期間満了以前ニ於テ相續財産ヲ以テ辨濟ヲ爲スヲ妨ケサルヘシト雖モ場合ニ由リ限定承認ノ利益ヲ喪失スルコトアルヘキナリ

限定承認者カ被相續人ノ義務及ヒ遺贈ヲ辨濟スルニ當リテハ各債權者ニ辨濟ヲ爲シタル後ニ在ラサレハ受遺者ニ辨濟ヲ爲スコトヲ得ス(一〇三二條)是レ全ク遺贈ニ因リテ債權ヲ害スヘカラストセルニ由ルノミ蓋シ遺贈ハ被相續人ノ死亡ニ因リ其效力ヲ發生スルモノニシテ相續開始ノ當時ニ於テハ尙ホ相續財産中ニ存スルモノト謂ハサルヘカラスト從テ遺贈ノ額ニシテ過大ナランカ相續債權者ハ意外ノ損失ヲ蒙ルニ至ラン而シテ相續人カ限定ノ承認ヲ爲ス場合ハ多クハ相續財産ノ借方カ貸方ニ超過スル傾向アルトキニ生スルモノナレハ若シ遺贈ヲ先キニ辨濟スルトキハ債權者ハ之カ爲メニ非常ノ損害ヲ受タルニ至ルヘキハ昭昭乎トシテ明カナレハ被相續人ノ意思ニ因リ債權者ニ害ヲ來スカ如キハ勉メテ之ヲ豫防セサルヲ得ス是レ此規定アル所ナリ

限定承認者ハ前段説明スルカ如ク一定ノ期間内ニ債權及ヒ遺贈ノ請求ヲ爲スヘキコトヲ催告シ其期間内ニ申出テタル債權者又ハ承認者ニ知レタル債權者ニ對シテハ右期間満了ノ後ニ於テ之カ辨濟ヲ爲ササルヘカラス而シテ相續財產カ債權及ヒ遺贈ノ全額ヲ辨濟スルニ足ル場合ニハ固ヨリ全額ノ辨濟ヲ爲ササルヘカラサルハ論ナシト雖モ相續人カ限定承認ヲ爲スハ通常相續財產ヲ以テ債務及ヒ遺贈ノ全額ヲ辨濟スルコト能ハサル場合ナルヘシ故ニ此ノ如キ場合ニ在リテハ限定承認者ハ債權者ニ對シテ債權額ノ割合ニ應ジテ辨濟ヲ爲ササルヘカラス之ヲ名ケテ配當辨濟ト謂フ(一〇三一條)例ヘハ相續財產六百圓ニシテ一千圓ノ債務ト五百圓ノ債務トアリタルトキハ此二口ノ債權者ニ對シテハ一ハ四百圓一ハ二百圓ヲ辨濟スルカ如シ是全ク辨濟ニ付テ不公平ヲ生セサラシメンカ爲メノミ但優先權アル債權者ニ對シテハ先ツ此者ニ辨濟ヲ爲ササルヘカラス何トナレハ配當辨濟ノ爲メニ優先權者即チ抵當債權者又ハ質取債權者ノ權利ヲ害スヘキ謂レアラサレハナリ故ニ此等ノ債權者ニ對シテハ其抵當物又ハ質物ノ價格ヲ限リ之ヲ辨濟シ若シ剩餘アリタルトキハ他ノ債權者ニ分配シ又若シ不足アリタルトキハ其額ニ付テハ此等ノ債權者ト雖モ他ノ債權者ト其ニ配當辨濟ヲ受クヘキモノトス蓋シ第一〇三一條但書ノ規定ハ元ト言フ俟タサルカ如シト雖モ本條ノ規定ハ或ハ優先權ノ效力ヲ減殺スルモノニ非サルカノ疑ヲ生スル恐レアルヲ以テ立法者カ特ニ之ヲ設ケタルニ過キサルナリ若シ又優先權アル債權者ニシテ同一ノ相續財產ニ對シ互ニ競合スル場合アラハ一般ノ規定ニ

依リ之カ順位ヲ定メサルヘカラサルハ勿論ナリトス

普通ノ債權ニ付テハ配當辨濟ヲ爲スモ敢テ困難ナラスト雖モ若シ未タ辨濟期ニ至ラサル債權又ハ條件附債權若クハ存續期間ノ不確定ナル債權ニ付テハ如何ニシテ辨濟スヘキモノナルカ判然タル能ハス故ヲ以テ法律ハ第一〇三二條ノ規定ヲ設ケタリ同條ノ規定タル全ク限定承認者ヲシテ速ニ辨濟ヲ爲スノ義務ヲ完了セシメンカ爲メニ外ナラス凡ソ相續人カ限定承認ヲ爲ス場合ハ前述スルカ如ク通常相續財產ヲ以テ相續債權者及ヒ受遺者ニ悉皆辨濟ヲ爲スニ足ラサル場合ニ存スルモノナルカ故ニ相續人ハ實際相續財產ノ多少ニ付キ利害ノ關係ヲ有セサルヘシ隨テ相續人ハ辨濟期ノ未タ到ラサル債權ノ辨濟ヲ爲シ且條件附債權モ評價ニ從ヒ之ヲ辨濟スルモ敢テ自ラ不利益ヲ蒙ルコトナカルヘキナリ今若シ限定承認者ハ條件又ハ辨濟期ノ未タ到ラサル債權ノ辨濟ニ充ツル者ヲ別ニ保存シ置キ條件ノ成就セルトキ又ハ其期限ノ到來セルニ及ヒ再ヒ之ヲ相續債權者及ヒ受遺者ニ分配スヘキモノトセハ其不便決シテ尠シト非サルヘシ而シテ債權者ヨリシテ之ヲ見ルモ債權者ハ相續財產ノミニ付テ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘキモノニシテ他ニ債務ヲ負擔スルモノナキ場合ナレハ前條ノ規定ニ從ヒテ辨濟ヲ受ケ又ハ裁判所ニ於テ選任シタル鑑定人ノ評價ニ從ヒテ辨濟セラルルハ相續財產ニ對スル關係ヲ速ニ完結スルノ利益アリト謂ハサルヲ得ス是レ實ニ本條ノ規定アル所以ナリトス茲ニ存續期間ノ不確定ナル債權ト云フハ例ヘハ被相續人カ或者ニ對シテ其終身間毎年若干ノ年金ヲ給付スル

ノ契約ヲ爲シタル如キ場合ヲ謂フ

限定承認者ハ以上ノ手續ニ依リ辨濟ヲ爲スヘキモノナリト雖モ其辨濟ヲ爲スニ當リテヤ或ハ相續財産ノ賣却ノ必要トスル場合アルヘシ此ノ如キ場合ニ遭遇シタルトキハ限定承認者ハ必ス競賣スルコトヲ要スルモノトス(一〇三四條)其競賣ノ手續ハ競賣法ノ規定ニ依ルヘキハ當然ニシテ限定承認者ヲシテ任意ノ賣却ヲ爲サシムルトキハ或ハ買主ト共謀シ不正ノ手段ヲ法ヲ以テ債權者ヲ詐害スルコトナキヲ保セス從テ法律ハ債權者ノ利益保護ノ爲メニ必ス競賣ノ手續ヲ履行スヘキコトヲ命セリ

右ノ如ク相續財産ノ賣却ヲ必要トスル場合ニハ必ス競賣スヘキモノトスルコトキハ我國ノ如ク從來家族制度ヲ遵奉スルノ結果祖先傳來ノ財産ニシテ他人ノ手ニ移ルコトヲ厭フモノニ在リテモ勢ヒ競賣ニ付セサルヲ得サルコトト爲リ祖先崇拜ノ美風モ或ハ地ヲ拂フニ至ルヘキヲ以テ法律ハ此等ノ場合ニ於テ一ノ特例ヲ設クルニ至レリ即チ競賣ニ付スルコトヲ欲セサル財産ノ全部又ハ一部ノ債權額ヲ辨濟シテ競賣ヲ止ムルコトヲ得ルコト是ナリ(一〇三四條但書)只此規定ヲ以テ相續人ニ先買權アルモノト誤解スルコトナキヲ要ス何トナレハ相續財産ハ相續人ノ財産ニシテ相續債權者又ハ受遺者ノ財産ニ非ス又被相續人ノ財産ニモ非ス相續人ハ全ク自己ノ財産ヲ自己ノ掌中ニ保持スルニ過キサルモノナレハナリ故ニ之ヲ先買權ト云フヲ得サルナリ

以上說過スルカ如ク限定承認者ハ條件附債權又ハ存續期間不確定ノ債權ニ付テハ鑑定價格ニ從テ辨濟シ又相續財産ノ賣却ヲ必要トスルトキハ之ヲ競賣ニ付スヘク或ハ鑑定價格ニ從ヒ之ヲ辨濟シ以テ競賣ヲ止ムルコトヲ得ヘキモノニシテ是等ノ鑑定及ヒ競賣ニ關シテハ相續債權者及ヒ受遺者ハ直接ノ利害關係アル者ト謂ハサルヲ得ス何トナレハ競賣ノ正當ニ行ハルヤ若クハ鑑定人ノ評價ニシテ相當ナルヤ否セニ付テハ相續財産ノ限度トシテ辨濟ヲ受クヘキ者ニ在リテ直接ニ痛痒ヲ感スヘキ所タレハナリ故ニ法律ハ相續債權者及ヒ受遺者ヲ保護スルカ爲メニ是等ノ者ヲシテ相續財産ノ競賣及ヒ鑑定ニ參加スルコトヲ得セシメタリ(一〇三五條)唯相續財産ノ競賣又ハ鑑定ニ參加スルニ因リ相續人ヲシテ不利益ヲ蒙ラシムヘキモノニ非サルカ故ニ參加ノ費用ハ相續債權者又ハ受遺者ノ負擔タルヘキモノトセリ若シ相續債權者又ハ受遺者ヨリシテ參加ノ請求アリタルニ拘ハラズ參加ヲ待タスシテ競賣又ハ鑑定ヲ爲スモ參加請求者ニ對シテハ何等ノ效力ヲ有セサルナリ是レ即チ法律カ第二六〇條第二項ノ規定ヲ此場合ニ準用スヘキモノトセルカ故ナリ

限定承認者カ辨濟ノ手續トシテ一定ノ期間内ニ請求ノ申出ヲ爲スヘキ旨ヲ催告スルニモ拘ハラズ此期間内ニ申出ヲ爲サザリシ債權者及ヒ受遺者ニ在リテハ自己ニ懈怠ノ責ムヘキモノアルヲ以テ法律ハ是等ノ債權者及ヒ受遺者ハ他ノ債權者及ヒ受遺者ニ辨濟シタル殘餘ノ財産ニ付テノミ其權利ヲ行フコトヲ得ルモノトシ決シテ他ノ既ニ辨濟ヲ受ケタル所ノ債權者又ハ受

遺者ニ對シテ求償ヲ爲スコトヲ得サルモノトセリ（一〇三七條）是レ素ヨリ至當ナル規定ニシテ若シ此ノ如クセサル於テハ法律カ限定承認者ニ公告ヲ爲スヘキコトヲ命スルノ本旨ヲ減却スルハ勿論相續債權者又ハ受遺者トノ關係ヲ永ク不確定ノ狀態ニ存セシメ相互ニ不利益ヲ醸スニ至ルヘキヲ以テナリ唯是等ノ債權者及ヒ受遺者ト雖モ期間内ニ申出テサリシトノ一事ヲ以テ其權利ヲ喪失スヘキモノトスル能ハサルヲ以テ其懈怠ノ結果ヲ蒙ムルヲ至當ナリトシ以テ本條ノ規定ヲ設クルニ至レルノミ唯此場合ニ於ケル辨濟ノ方法ニ付テハ法律ハ單ニ相續財產ニ付キ特別擔保ヲ有スルモノニ在リテハ申出ノ時期如何ニ拘ハラス擔保財產ヲ以テ之カ辨濟ニ充ツヘキコトヲ規定セルノミ普通ノ債權者ニ在リテハ如何ナル方法ニ依ルヘキヤヲ明示セス或ハ申出ノ前後ニ從フヘキモノナルカ將タ前示ノ配當辨濟ノ方法ニ依ルヘキモノナルカハ多少ノ疑ナクシテハアラサルナリ

限定承認者カ被相續人ノ債務及ヒ遺贈ヲ辨濟スルニハ以上説述セル手續及ヒ方法ニ依ラサルヘカラス而シテ是等ノ手續及ヒ方法ニ違背シタルカ爲メニ他ノ債權者又ハ受遺者ニ辨濟ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキハ之カ損害賠償ノ責任セサルヘカラス（一〇三六條一項）今此責任ヲ生スヘキ場合ヲ列舉スレハ左ノ如シ

- 一 限定承認者カ第一〇二九條ニ定メタル公告又ハ催告ヲ爲スコトヲ怠リタルトキ
- 二 公告ニ定ムル期間内ニ或債權者又ハ受遺者ニ辨濟シタルトキ

三 配當辨濟ヲ爲ササリシトキ

四 辨濟期ニ至ラサル債權又ハ條件附債權又ハ存續期間ノ不確定ナル債權ヲ辨濟セサリシトキ

五 債權者ニ先チ受遺者ニ辨濟ヲ爲シタルトキ

右五個ノ場合ニ於テ他ノ債權者及ヒ受遺者ハ爲メニ辨濟ヲ受クルコト能ハサルニ至リタルトキハ限定承認者ニ損害ヲ賠償セシムルヲ得是レ全ク承認者ノ不法行為ニ基因スルニ外ナラサレハナリ

此ノ如ク限定承認者ニ損害賠償ノ責任アルノミナラス情ヲ知リテ不當ニ辨濟ヲ受ケタル債權者又ハ受遺者ト雖モ他ノ債權者又ハ受遺者ニ對シテ其受ケタル損害ヲ賠償セサルヘカラス（一〇三六條二項）是レ亦不法行為ニ基因スルニ外ナラサルナリ唯情ヲ知リテ不當ニ辨濟ヲ受ケタル債權者又ハ受遺者ハ限定承認者カ満足ナル賠償ヲ爲ササリシ場合ニ於テ始メテ其責任ヲ負フヘキモノトス何トナレハ此等ノ債權者又ハ受遺者ハ求償ノ責任ヲ負フヘキモノナレハナリ

右限定承認者ニ對スル要債ノ權利及ヒ債權者及ヒ受遺者ニ對スル權利ハ本來債權者間又ハ受遺者間ニ公平ヲ保タシムルカ爲メニ出テタルモノナレハ其權利行使ノ期間ヲ永ク存セシムルハ法律關係ヲ不確定ノ狀態ニ存セシムルノ不利益アリ殊ニ此權利ハ不法行為ニ關スル原則ヨリ來ル

所ノモノナレハ時効ニ關シテモ亦第七二四條ノ規定ヲ適用スヘキモノトセルハ理論上相當ナリト謂フヘキナリ（一〇三六條三項）故ニ權利ハ被害者又ハ其法定代理人カ損害及ヒ被害者ヲ知リタル時ヨリ三年間之ヲ行ハサルトキハ時効ニ因リテ消滅シ不法行為ノトキヨリ二十年ヲ經過シタルトキ亦同シ

第三節 拋棄

相續ノ拋棄ハ前述スルカ如ク相續人カ相續人タルコトヲ避クルヲ謂フ者ニシテ我舊慣ノ認メサル所タリ而シテ相續ヲ拋棄スルコトヲ得ルハ何人ナリヤト云ヘハ我新法典ノ規定ヨリシテ之ヲ見レハ拋棄シ得ルヲ以テ原則トシ拋棄シ得サルヲ例外ナリトスヘキナリ今左ニ拋棄シ得サル相續人即チ例外ノ場合ヲ列舉セン

第一 第一種法定家督相續人

第二 適法ニ承認ヲ爲シタル者

第三 單獨承認ヲ爲シタリト看做サレタル者

右ニ掲ケタル相續人ハ相續ヲ拋棄スルヲ得サレトモ其他ノモノニ在リテハ任意ニ拋棄ヲ爲スコトヲ得ヘシ

拋棄ノ方式、拋棄ハ法律上ヨリ之ヲ見レハ重大ナル事項ナルヲ以テ之ヲ爲スニハ最も鄭重ナル

手續ヲ履行セシメサルヘカラス換言スレハ拋棄ハ限定承認ト同シク相續ノ通則ニ背反スルモノナルカ故ニ或方式ヲ要スルモノトナセルナリ即チ相續ノ拋棄ヲ爲サント欲スル者ハ其旨ヲ裁判所（相續開始地ノ區裁判所）ニ申述スルコトヲ要スルモノトス（一〇三七條）是ニ由テ之ヲ觀レハ拋棄ハ限定承認ト同シク法律ハ或事情ニ因リ之ヲ推定セス必ズ相續人ノ意思ヲ明示スルコトヲ要ストセルモノナリ蓋シ拋棄ハ相續人タルコトヲ否認スルモノナルカ故ニ其者ハ相續財産ニ對シテ何等ノ權利ナキモノト爲ルヘク其次位ノ相續人ハ却チ相續スルコトト爲ルヘシ隨テ拋棄ノ方式ヲ定ムルコトハ第二位ノ相續權ヲ有スル者トノ間ノ紛爭ヲ豫防スルニ最も必要ナリト謂フヘキナリ

申述ノ手續ハ非訟事件手續法第一〇四條乃至第一〇六條ノ規定スル所ナリトス
拋棄ノ效力 相續ノ拋棄ハ相續開始ノ時ニ遡リテ其效力ヲ生ズ即チ拋棄者ハ相續開始ノ當時ヨリ全ク相續人タラサルモノト看做サルルモノトス是レ固ヨリ言フ俟タサル所ナルニ似タリト雖モ拋棄ヲ爲スニハ一定ノ期間アリ相續ノ開始ヨリ若干ノ時日ヲ經過シタル以後ニ於テ始メテ其意思ヲ表示スルモノナルカ故ニ拋棄ノ意思ヲ申述シタル時ヨリ其效力ヲ生ズルニ非サルカノ疑ヲ生スルヲ以テ特ニ此點ヲ明カニシタルニ過キス此ノ如ク拋棄ハ相續開始ノ時ヨリ相續人タラサリシモノト看做サルルカ故ニ左ノ如キ結果ヲ生ズ

第一 拋棄者ハ相續財産ニ對シラハ全ク無關係者ニシテ權利ナク又義務ヲ負フコトナシ

第二 拋棄ハ豫贈物ノ價格算入ノ義務ヲ有セス

第三 拋棄者ハ相續分取戻ノ權利ヲ有セス

第四 被相續人カ相續人ニ對シテ負ヘル債務及ヒ相續人カ被相續人ニ對シテ負擔スル義務ハ混同ニ因リ消滅セス故ニ相續人ハ債權ヲ有スルニ於テハ之カ辨濟ヲ請求スルヲ得ヘク債務ヲ負ヘルトキハ之ヲ辨濟セサルヘカラス

第五 數人ノ遺産相續人アル場合ニ於テ其一人拋棄シタルトキハ其者ノ相續分ハ他ノ相續人ノ相續分ニ應シテ之ニ歸屬ス抑、遺産相續人數人アルトキハ相續財產ハ其共有ニ屬スヘキモノナルカ故ニ(一〇〇二條) 共有者ノ一人カ其持分ヲ拋棄シタルトキハ其持分ハ他ノ共有者ニ歸屬ストノ一般普通ノ原則ノ適用トシテ共同相續ノ場合ニ他ノ相續人ニ相續分ノ増加ヲ來スヘキハ當然ナリトス故ニ例ヘハ甲、乙、丙三人ノ相續人アリ甲、乙ハ嫡出子丙ハ庶子トシ甲拋棄セハ乙ハ三分ノ二丙ハ三分ノ一ヲ受クルコトト爲ルカ如シ此相續分ノ歸屬ハ強要ノモノニシテ他ノ共同相續人ハ之ヲ拒ムコトヲ得サルモノトス唯夫レ此場合ニ於テ之ヲ相續分ノ増加ト云ヘハ拋棄者カ一旦取得シタル權利ヲ更ニ他ニ移轉シタルカ如ク恰モ相續分ノ讓渡ト相似タルモノノ如シト雖モ拋棄者ノ共同相續人ハ決シテ拋棄者ノ相續分ヲ讓受クルモノニ非ス法律上當然相續分ノ利益ヲ享受スルニ過キサリナリ既ニ相續分歸屬スル以上ハ義務モ亦之ニ應シテ歸屬スヘキハ勿論ナリトス

相續ノ拋棄ヲ爲シタル者ハ自己ノ財產ニ於ケルト同一ノ注意ヲ以テ相續財產ヲ管理スル事ヲ要ス而シテ其管理ニ關スル責任ニ付テハ限定承認者ト同シク委任ニ因リ受任者ト同一ノ義務ヲ負擔スヘキモノナリ又拋棄者ニ相續財產管理ノ責任アルハ其相續ノ拋棄ヲ爲シタル時ヨリ始マリ拋棄ニ因リテ相續人ト爲リタル者カ財產ノ管理ヲ始ムルコトヲ得ル時ニ終了スルモノトス既ニ前述シタルカ如ク法律ハ第一〇二一條ヲ以テ總テ相續人ハ固有財產ニ於ケルト同一ノ注意ヲ以テ相續財產ヲ管理スルコトヲ要ストノ通則ヲ定ムルカ故ニ拋棄者ニ關シテモ尙ホ限定承認者ニ關スル第一〇二八條ニ於ケルト同シク管理ヲ繼承スルコトヲ要スルモノトセリ是レ畢竟スルニ拋棄ニ因リテ相續人ト爲ル者又ハ相續債權者、受遺者ノ利益保護ノ爲メニ規定セルニ外ナラサルナリ當ニ此等ノ者ノ利益ノ爲メノミナラス國家ノ經濟上ニ於テモ相續財產ノ滅失毀損ヲ豫防スルノ必要上此規定ナカラサルヘカラス其他財產ノ管理ニ付テ或必要ヲ生シタルトキハ裁判所ヲシテ臨機ノ處分ヲ爲スコトヲ得セシメサルヘカラス是レ即チ此場合ニ第一〇二一條第三項ノ規定ヲ準用ストセル所以ナリ之ヲ要スルニ第一〇四〇條第二項ノ規定ハ第一〇二八條第二項ト同一ニシテ前節既ニ詳論スル所ナルヲ以テ之ヲ再說セズ

本節ノ規定ハ民法施行以前ニ開始シタル相續ニハ之ヲ適用セサルモノト知ルヘシ(民法九二條)

第五章 財產ノ分離(債權者ノ財產別除權)

第二節 財産分離ノ性質

抑、相繼ノ單純承認ハ相繼人ヲシテ無限ノ責任ヲ負ハシメ被相繼人ノ財産ト相繼人ノ固有財産ト混同スルノ結果相繼人ハ總テノ財産ノ所有者ト爲リ隨テ相繼債權者及ヒ相繼人ノ債權者ハ其ニ同一財産ノ上ニ共同擔保ヲ有スル事ト爲ルヘシ斯ク財産上ニ混同ヲ來スカ爲メニ或ハ相繼人ノ爲メニ危害ヲ生スルコトアルヘク或ハ債權者ノ爲メニ損害ヲ齎スニ至ルヘキナリ何トナレハ相繼財産ノ借方ニシテ貸方ニ超過スル場合ニ在リテハ相繼人ハ無法ニ被相繼人ノ義務ヲ承繼セサルヘカラサルカ故ニ自己固有ノ財産ヲ以テ之カ辨濟ヲ爲ササルヘカラサレハナリ若シ又相繼人ニシテ無資力ナランカ相繼債權ハ相繼人ノ債權者ノ競合セサルヲ得サルカ故ニ勢ヒ損害ヲ被ムルニ至ラン例ヘハ被相繼人カ一千圓ノ債務ト一千圓ノ財産トヲ遺シタルニ相繼人ハ單ニ一千圓ノ債務ヲ負ヒ別ニ資力ナシトセハ相繼人カ單純承認ヲ爲シタルノ結果財産混同ノ爲メニ一千圓ノ財産ハ爰ニ二千圓ノ債務ヲ負フコトト爲ルヘキヲ以テ相繼債權者ハ自ラ全部ノ辨濟ヲ受クル能ハサルニ至ラン

單純承認ハ右ノ如ク相繼人ノ爲メ尠カラサル損害ヲ齎スニ至ルヘキカ故ニ法律ハ相繼人保護ノ爲メニ限定承認ノ制度ヲ設ケ又相繼債權者ノ危害ヲ緩和スルカ爲メニ斯ニ財産分離ノ制度ヲ設クルニ至レリ所謂財産分離ナルモノハ即チ被相繼人ノ財産ト相繼人ノ固有財産トヲ混同セシメ

ス之ヲ別除スルニ在ルモノニシテ相繼債權者ハ即チ相繼財産ニ付テノミ辨濟ヲ受クルヲ得セシメ由テ以テ前示ノ如キ相繼人ノ無資力ニ基因スル不測ノ損害ヲ被ムルカ如キコトナカラシムルヲ目的トスルモノナリ實ニ相繼債權者獨リ單純承認ニ基因セル損害ヲ被ムルノミナラス受遺者ト雖モ亦同一ノ境遇ニ陷ラサルナキヲ保セス受遺者モ亦相繼財産ニ對スル權利者ニ外ナラサルヲ以テ我法律ハ財産分離ノ請求權ヲ受遺者ニモ付與スルコトトセリ是レ固ヨリ至當ノ制度ニシテ既ニ限定承認ノ制度ヲ設ケテ相繼人ヲ保護スル以上ハ權衡上亦此財産分離ノ制度ヲ設ケ以テ相繼債權者及ヒ受遺者ヲ保護スルノ必要アリト謂フヘキナリ且又此制度ハ相繼人ノ債權者ヲ保護スルカ爲メニ極メテ必要ナリト謂ハサルヲ得ス何トナレハ相繼人ノ債務多キ場合ニ相繼債權者ヲ害スルト同シク被相繼人ノ債務多キ場合ニ在リテハ混同ノ結果均シク相繼人ノ債權者ヲシテ不測ノ損害ヲ蒙ラシムルニ至ルヘケレハナリ此點ヨリシテ見ルモ財産分離ノ制度ハ愈々其必要ヲ見ルニ至ルヘシ

財産分離ノ制度ハ其目的トスル所被相繼人ノ財産ト相繼人ノ固有財産トヲ混同セシメサルニ在リトスレハ其結果ハ限定承認ノ場合ニ於ケルト毫モ異ナル所ナク二者共同一ノ目的ヲ有スルモノト謂フヲ得ヘシ果シテ然ルトキハ相繼債權者ニシテ財産分離ノ請求ヲ爲サンカ相繼人ハ最早限定承認ヲ爲スノ必要ナカルヘク又相繼人ニシテ限定承認ヲ爲サンカ相繼債權者ハ別ニ財産分離ノ請求ヲ爲スノ必要ナカルヘシ然ルニ我法律カ此二者ヲ併セ存スルノ理由如何蓋シ相繼人

ハ假令被相續人ノ債權者カ財產分離ノ請求ヲ爲ストモ限定承認ヲ爲スノ必要アリト謂ハサルヲ得ス何トナレハ後ニ至リ説明スルカ如ク財產ノ分離ハ毫單純承認ヲ爲シタル相續人ヲシテ其固有ノ財產ヲ以テ辨濟ヲ爲サシムルニ妨ナキヲ以テナリ(一〇四八條)故ニ財產ノ分離ハ混同ノ結果ヲ生セサルシムルノ點ニ於テハ限定承認ト異ナルナシトスルモ相續人ノ爲メニハ必スシモ限定承認ト同一ノ利益ヲ享ケシムルモノニ非サルナリ又相續人ニシテ既ニ限定承認ヲ爲シタリトスルモ限定承認ハ本來相續人保護ノ爲メニ設クルモノニシテ法律ハ或場合ニ於テハ限定承認ノ利益ヲ拋棄シタルモノト看做スコトアリ(例ハ一〇二四條二號三號ノ如キ)而シテ限定承認ハ相續人ヲシテ相續財產ノ限度トシテ被相續人ノ義務ヲ繼承セシメ其結果トシテ被相續人ノ財產ト相續人ノ固有財產トヲ混同セシメサルニ在ルモノナレハ相續人ニシテ限定承認ノ利益ヲ喪失スルニ至レハ相續債權者ハ隨テ財產分離ノ利益ヲ受クルヲ得サルニ至ルヘキナリ何トナレハ限定承認ハ原因ニシテ其結果財產ノ混同ヲ生セサリシモノナレハ原因ノ止ムトキハ其結果モ亦從テ止ムヘキハ理ノ當然ナレハナリ故ニ財產ノ分離ハ相續人カ限定承認ヲ爲シタルトキト雖モ尙ホ相續債權者又ハ受遺者ヲシテ之カ請求ヲ爲スノ無用ニ非サルヲ知ルニ足ラン

財產分離ノ制度ハ其源遠ク羅馬法ニ發シ羅馬ニ於ケル「ブレイトル」カ限定承認ノ制度ナキ以前ニ於テ市民法ノ嚴正ヲ緩和センカ爲メニ創設シタルモノニ係ル佛民法第八七八條乃至第八八二條及ヒ第二二一條ニ之カ規定ヲ設ケタリ從來我國ノ慣例ニ於テハ此ノ如キ制ヲ存セスト雖モ

前述スル如ク限定承認ノ制ヲ設ケタルノ權衡上被相續人ノ債權者及ヒ相續人ノ債權者ヲ保護スルノ目的ヲ達センカ爲メニ立法者ハ遂ニ本章ノ規定ヲ設クルニ至レリ而シテ本章ノ規定ハ民法施行前ニ開始シタル相續ニハ之ヲ適用セス(民法九二條)

本章ニ於テハ先ツ相續債權者及ヒ受遺者ニ財產分離ノ請求權アルコトヲ規定シ次ニ至リ相續人ノ債權者ニ同シク此請求權アルコトヲ規定セリ蓋シ前述スルカ如ク財產分離ノ制度ハ管ニ相續債權者及ヒ受遺者ノ爲メニ必要ナルノミナラス相續人ノ債權者ニモ亦此ノ權利ヲ付與セサルヘカラサルモノナリ人或ハ曰ハシ相續人カ相續ニ因リテ新ニ債務ヲ負擔スルハ他ノ名義ニ依リテ債務ヲ負擔スルニ同シクシテ債權者タル者ハ其債務者カ新ニ債務ヲ負擔スルコトアルヘキハ豫期セサルヘカラサルモノナレハ相續人カ相續ニ因リテ新ニ債務ヲ負擔シタルカ爲メニ自己ノ權利ニ損害ヲ蒙ラサルヲ得サルカ如キハ必然避クヘカラサル所ナリ是レ一應其理ナキニ非スト雖モ若シ此論理ニシテ正當ナランカ被相續人ノ債權者ニモ亦財產分離ノ請求權ヲ付與セサルヲ可ナリトセサルヘカラス然ルニ法律ハ相續債權者及ヒ受遺者ヲ保護スルカ爲メニ之ヲシテ財產分離ノ請求ヲ爲スコトヲ得セシメタレハ權衡上相續人ノ債權者ニモ亦此權利ヲ付與セサルニ於テハ法律ノ保護ハ得テ完全ナリト謂フヲ得ス是レ實ニ第一〇五〇條ノ規定アル所以ナラン相續債權者及ヒ相續人ノ債權者ハ財產分離ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘクシテ其債權ノ體様ノ如何ヲ區別スルコトナシ故ニ條件附債權、存續期間不確定ノ債權又ハ特別擔保ヲ有スル債權ナルト

ハ之ヲ論スルノ要ナシ唯相續人カ被相續人ニ對シテ債權ヲ有スル場合ニ於テ財產分離ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ多少ノ異論アルヘシト雖モ予ハ消極說ヲ採ルモノナリ蓋シ相續人カ單純承認ヲ爲ストキハ其被相續人トノ間ニ存スル權利義務ハ混同ニヨリテ消滅スルヲ以テ從テ財產分離ノ請求ヲ爲シ得サルハ勿論ナルヘシ限定承認ヲ爲シタル場合ニ於テハ其被相續人ニ對シテ有セシ權利義務ハ消滅セザリシモノト看做ストアルカ故ニ多少ノ疑ナクシハアラス然レトモ第一〇二七條ノ規定ハ要スルニ第一〇二五條ノ規定ヨリ生スル結果ニ付キ謂ハレナク被相續人ノ債權者又ハ受遺者ヲ利スヘカラサルカ故ニ單ニ此等ノ者ニ對スル相續人ノ地位ヲ定メタルニ外ナラス換言スレハ相續人ト相續債權者又ハ受遺者トノ關係ニ於テハ相續人カ被相續人ニ對シテ有セシ權利義務ハ消滅セザリシモノト看做スノミ相續人ト被相續人トノ關係ニ於テハ第九八六條又ハ第一〇〇一條ノ規定ニヨリ被相續人ノ權利義務ヲ承繼スヘキヲ一般ノ原則トスルヲ以テ相續人カ財產分離ノ請求ヲ爲スニ毫モ利益アルヲ見ス加之我法律ニ於テハ財產分離ノ請求ハ相續人ニ對シテ之ヲ爲スヘキモノトスルノ主義ヲ採用シ民法又ハ他ノ法律ニ於テモ別段斯ル場合ニ於ケル特別代理人選任ニ關スル規定ノ存スルナキヨリ之ヲ見ルモ如上ノ斷定ハ至當ナルヘシ

右ノ如ク財產分離ノ請求ハ(一)相續債權者及ヒ受遺者ニ屬シ(二)相續人ノ債權者ニモ亦屬スルヲ以テ左ニ之ヲ分説セン

第二節 相續債權者及ヒ受遺者ノ請求

第一款 財產分離ノ手續

相續債權者及ヒ受遺者ハ財產分離ノ請求ヲ爲サント欲セハ(一)相續開始ノ時ヨリ三個月内又ハ(二)相續財產カ相續人ノ固有財產ト混同セサル間ニ於テスルコトヲ要ス蓋シ相續開始ノ時ヨリ三個月内ハ通常被相續人ノ財產ト相續人ノ固有財產トニ混同ヲ生セサルモノト看做サレ得ヘキモノナルヲ以テ相續人ノ財產中ヨリ相續財產ヲ分離センコトヲ請求スルニ最モ適當ナリトスヘキニ由ル假令又此期間ヲ經過スルモ實際混同ノ生セサルニ於テハ分離ノ請求ヲ爲サシムルモ何等ノ妨アルニ非ス分離ノ爲メ財產狀態ニ著シキ紛更ヲ來スコトナカルヘケレハナリ(一〇四一條一項)

然リト雖モ相續開始ノ時ヨリ三個月内ニ分離ノ請求ヲ爲シ得ヘシトセルカ故ニ相續人カ未タ承認又ハ拋棄ノ意思ヲ表示セサル以前ニ於テモ之カ請求ヲ爲スモ敢テ不可ナカルヘク相續人カ一且單純承認ノ意思ヲ表示シタル以後ニ在リテモ苟モ相續開始ノ時ヨリ三個月内ナラシメハ又分離ノ請求ヲ爲スニ妨ナカルヘシ而モ相續人カ一旦單純承認ヲ爲シタルトキハ相續財產ト相續人ノ固有財產トハ茲ニ混同スヘキカ故ニ斯ル場合ニ於テ尙ホ且財產ノ分離ヲ爲シ得ヘシトセルハ實際上多少困難ナキヲ保セサルヘシ尙ホ相續財產カ相續人ノ固有財產ト混同セサル間ハ何時ニ

ヲモ分離ノ請求ヲ爲シ得ヘキカ故ニ苟モコノ兩個ノ財産ニシテ別除セラレアル以上ハ未來永却相繼人ハコノ請求ヲ受ケサルヘカラサルコトナランカ

財産分離ノ請求ハ訴ノ形式ニ依リテ之ヲ裁判所ニ爲ササルヘカラス又其請求ハ相繼人ニ對シテ爲ササルヘカラス若シ相繼人ノ知レサルトキハ相繼財産ノ管理人ヲ以テ相手方トセサルヘカラス佛國ニ於テハ此請求ハ相繼人ノ債權者ニ對シテ爲スヘキモノナリト主張スル者アリト雖モ是レ其當ヲ得タルモノニ非ス固ヨリ財産分離ハ相繼人ノ債權者ニ對シ利害ノ關係アリトスルモ實際ノ事情ヲ知ラサル相繼人ノ債權者ヲシテ此請求ヲ受ケシムルハ相當ナリト謂フヲ得ヌ故ニ我法律ニ於テハ相繼人ニ對シテ分離ノ請求ヲ爲スヘキモノトスル主義ニ基キテ第一〇四一條ノ規定ヲ設ケタルモノトス

債權者又ハ受遺者ノ請求ニ因リテ裁判所カ財産ノ分離ヲ命シタルトキハ其請求ヲ爲シタル者ハ左ノ手續ヲ履行スルコトヲ要ス

第一 他ノ相繼債權者及ヒ受遺者ニ對シテ財産分離ノ命令アリタルコトヲ公告スルコト

第二 一定ノ期間内ニ(其期間ハ二箇月ヲ下ルコトヲ得ス)配當加入ノ申出ヲ爲スヘキ旨ヲ公告スルコト

右ノ公告ハ財産分離ノ命令アリタルヨリ五日内ニ爲スコトヲ要スルモノニシテ請求者ヲシテ此等ノ手續ヲ履行セシムル所以ノモノハ全ク偶然相繼ノ開始ヲ知リタル者ノミ獨リ利益ヲ受クル

コトヲ防キ以テ各相繼債權者又ハ受遺者間ニ勉メテ公平ヲ維持セシメンカ爲メニ外ナラサルナ

又右ノ公告ハ財産分離ノ命令アリタル場合ニハ必ス爲ササルヘカラサルモノナレハ相繼人カ假令承認又ハ拋棄ノ意思ヲ表示セサル以前ニ在リトモ必ス之ヲ爲スコトヲ要ス唯夫レ一旦財産分離ノ命令アリタル後相繼人カ相繼ノ拋棄ヲ爲シタルトキハ拋棄ニ因リテ相繼人ト爲リタル者ニ對シ更ニ財産分離ノ請求ヲ爲シ命令ヲ待テ再ヒ公告スヘキモノナルヤハ聊カ疑問タラサルヲ得ス

第二款 相繼財産ノ管理

財産分離ノ請求アリタルトキハ相繼財産ト相繼人ノ固有財産トハ混同セシムルヲ得ス相繼財産ハ専ラ相繼債權者又ハ受遺者ノ爲メニ保管セサルヲ得サルモノナレハ此財産ニ付キ管理上必要ナル處分ヲ爲ササルヲ得ス從テ此場合ニ於テハ當事者ハ通常之カ處分ヲ請求スヘシト雖モ裁判所ヲシテ此臨機ノ處分ヲ爲シ得ルノ職權ヲ付與スルハ最モ便利ニシテ且何等ノ不都合ナカルヘシ故ニ法律ハ財産分離ノ請求アリタルトキハ別段ノ申請アルト否トニ拘ハラス裁判所ハ相繼財産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(一〇四三條)而シテ裁判所カ管理人ヲ選任シタル場合ニハ第二七條乃至第二九條ノ規定ヲ準用ス

又財産分離ノ場合ニ於テハ相續財産ハ主トシテ相續債權者又ハ受遺者ノ辨濟ニ充テラルルヲ以テ相續人ハ假令單純承認ヲ爲シタルトキト雖モ殘餘アルニ非サレハ之ヲ擅ニスルヲ得ヘキニ非ス其狀恰モ限定承認者ノ相續財産ニ對スル關係ト類似ス從テ此場合ニ於タル相續人ノ責任ノ程度ハ限定承認者ト同シク自己ノ固有財産ニ對スルト同一ノ注意ヲ以テスヘク且第六四五條乃至第六六七條及ヒ第六五〇條第一項第二項ノ規定ヲ準用スルカ故ニ委任ニ因ル受任者ト同一ノ責任ニ任スヘキモノトス(一〇四四條)唯此場合ニ在リテ限定承認者ト異ナルノ點ハ第六四七條ヲ準用スルニ存ス是レ蓋シ相續人ニシテ相續財産ヲ私ニ消滅シタルトキハ第一〇二四條第三號ノ制裁アルヘシト雖モ本條ノ場合ハ單純承認ヲ爲シタル後ノ行爲ニ係ルヲ以テ前示ノ推定ヲ下スヲ得サルカ故ニ單純相續人ヲシテ其消費シタル日以後ノ利息ヲ支拂ハシメ尙ホ損害アリタルトキハ其賠償ノ責任ニ任セシムルモノトス

本條ニ於ケル相續人ノ財産管理ノ義務ハ前條ノ規定ニ依リ裁判所カ既ニ管理人ヲ選任シタルトキハ發生セサルモノトス(一〇四四條一項但書)
相續財産ノ管理ニ關スル事件ハ財産分離ノ請求ニ付キ第一審ニ於テ訴ヲ受ケタル裁判所ノ管轄トス(非訟六七條)

第三款 財産分離ノ效力

船長カ其選任ヲ爲サリシカ故ニ一等運轉士カ船長ノ職務ヲ行フ場合(海員法二五條)ニ於テハ其一等運轉士モ亦船長ナリト謂フヲ妥當ト考フ

第二 船長ハ船舶ノ指揮者ナリ

指揮者ハ其船内ニ於テハ命令權ヲ有セサル可カラス然ラサレハ船内ノ秩序ハ之ヲ維持スルニ困難ナルノミナラス或ハ航海ヲ爲シ難キニ至ル可シ故ニ各國法皆船長ニ命令權ヲ與ヘサルモノナシ我船員法ニ於テモ第三六條以下ニ紀律ニ關スル規定ヲ設ケテ此命令權ヲ認メ又第一三條ニ於テ船長ハ海員ヲ指揮監督シ及ヒ船中ニ在ル者ニ對シテ其職務ヲ行フニ必要ナル命令ヲ爲スコトヲ得ト定メタリ

而シテ一旦船長ヲ以テ船内ノ統領トナシ之ニ命令權ヲ與フル以上ハ之ヲシテ司法警察、戶籍等ニ關スル事務ヲ管掌セシムルヲ便利トスルヲ以テ法律ハ特ニ是等ノ點ニ付キテ規定ヲ設ケタリ(刑事訴訟法四八條戶籍法七八條)船長カ司法警察官タル職務ヲ行フカ如キハ全ク船舶所有者ノ義務ニ關係アルモノニ非ス戶籍ニ關スル事務ヲ行フ場合モ亦然リ故ニ學者多クハ船長ノ公法上ノ地位ト私法上ノ地位トヲ分テテ論スルヲ常トス現行商法制定ニ際シテ幾多ノ規定ヲ舊商法中ヨリ削除シテ新ニ船員法ヲ設ケタルカ如キハ此ノ公私法區別ノ趣旨ニ出ツルモノナル可シ

私法ノ範圍内ニ於テモ船長ハ船舶ノ指揮者タリ船内ノ統領タルカ故ニ特別ノ權限ヲ與ヘラル

ル場合アリ而シテ予カ茲ニ論スル所ハ専ラ私法ノ範圍ニ限局セント欲スルヲ以テ船舶職員法、海員懲戒法等ノ如キ公法上ノ規定ニ付テハ説明ヲ爲サス

第三 船長ノ選任。

船長ニハ如何ナル資格ヲ有スル者ヲ以テ之ニ充ツヘキハ公法ノ問題ニ屬スルノミナラス前節ニ於テ表示セルヲ以テ之ヲ略シ茲ニハ唯タ船長ハ如何ニシテ定メラルルカヲ述ヘント欲ス船長ヲ選任スル者ハ通常、船舶所有者ニシテ又船舶賃借人カ航海ヲ爲サシムル場合ニ於テハ船長ハ賃借人ニ於テ之ヲ選任スルヲ常トス亦船舶共有ノ場合ニ於テハ船舶管理人自ラ船長トナリ或ハ之ヲ選任スルモノトス然レトモ此他猶ホ船長カ已ムヲ得サル事由ニ因リ自ラ船舶ヲ指揮スルコト能ハサルニ因リ他人ヲ選任シテ自己ノ職務ヲ行ハシムル場合アリ(五六〇條)然ノミナラス船長カ航海中他人ヲ選任セスシテ死亡シ船舶ヲ去リ又ハ指揮ヲ爲ス能ハサルニ至リタルトキハ連航ニ從事スル海員ハ其職掌ノ順位ニ從ヒテ船長ノ職務ヲ行フモノトス(船員二五條)

故ニ或人カ或船舶ヲ指揮スルニ至ルノ原因ハ必スシモ一様ナラス或ハ法律ノ規定ニ因ル場合モアリ或ハ契約ニ因ル場合モアリ

第四 船長ノ權限

船長ハ船舶ノ指揮者ニシテ法律ハ此指揮者ヲシテ船舶所有者ニ代リテ法律行爲ヲ爲スノ權限

ヲ有セシメ一方ニ於テハ積荷ノ利害關係人ニ代ハリテ法律行爲ヲ爲スノ權限ヲ有セシム船長ノ所爲ニ付キ船舶所有者ヲシテ責任ヲ負ハシムルコトハ當然ノ論結トシテ其船長ノ責任問題ヲ消滅セシムルモノニ非スシテ其責任ハ指揮者タルコトニ隨伴シテ生スルコト多シトス故ニ予ハ本節ニ於テハ(一)船長ニ關シテ生スル一般ノ法律上ノ關係(二)積荷ノ利害關係人ニ關シテ生スル關係(三)船舶所有者ニ關シテ生スル關係ノ三ニ分チテ説明セントス

第二款 一般ノ關係

第一 船長ハ船舶ヲ指揮スル者ナリ

航海中ニ在リテハ一船ニ關スル全體ノ運命ハ船長ノ雙肩ニカカリ全體ノ運命ハ船長ノ指揮如何ニヨリテ決スル故ニ或ハ是等ノ全體ヲ以テ一種ノ共同危險體(Ceifungsmasse)ヲナスモノトシテ立法ヲ爲スモノモアリ學說ヲ樹クルモノモアリ我商法ニ於テモ船舶カ一旦發航ノ準備ヲ終リタル以上ハ法律上之ヲ特遇シ差押、假差押ヲ制限セリ(五四三條)而シテ船長ヲシテ克ク其ノ所信ニ從テ指揮ヲ爲サシムル爲メニハ十分ノ權力ヲ附與セサル可カラズ船員法ニ於テハ紀律ノ名ノ下ニ此ノ權ヲ與フ(船員三六條以下)指揮者ハ監督ノ義務アルハ勿論ノコトトス隨テ船長ヲシテ海員ノ監督ニ付テ私法上ノ責任ヲ負ハシムルハ當然ノコトトス(五五九條)船員ハ實際十分ノ資産ナキヲ以テ船員ノ行爲ニ付テハ船舶所有者ヲシテ責任ヲ負ハ

シム(五四四條)然レトモ船員ノ行為(廣義)ニ付キ船舶所有者カ責任ヲ負フコトハ其當然ノ結果トシテ船長ヲシテ責任ヲ免レシムルモノニ非ス、船長ハ行為者トシテ常ニ其責任ヲ負ハサル可カラス其行為ノ範圍ハ決シテ獨リ法律行為ノ範圍ニ限局セラルモノニ非スシテ苟クモ其職務ニ關スル以上ハ事實上ノ行為ニ付テモ責任ヲ負フナリ(Wagner 363) 商法第五八條ニ於テハ船長ハ其職務ヲ行フニ付キ注意ヲ怠ラシコトヲ證明スルニ非サレハ船舶所有者、備船者、荷役人其他ノ利害關係人ニ對シテ損害賠償ノ責ヲ免ルコトヲ得スト規定シ尙ホ第二項ニ於テ船長ハ船舶所有者ノ指圖ニ從ヒタルキト雖モ船舶所有者以外ノ者ニ對シテハ前項ニ定メタル責任ヲ免ルコトヲ得スト規定セリ

茲ニ一言注意スヘキハ船長ノ責任ノ前提ナリ船長ハ自己ノ不注意ニ付キ責任ヲ負フト雖モ其注意ヲ怠ルトハ如何ナル意義ヲ有スルヤ説明ヲ要ス往年世界屈指ノ船長ウオーカー氏カ英國ノ快速汽船「カンパニア」號ニ船長トシテ航海中非常ナル濃霧ニ會シ而モ其場所ハ潮流アリ海上衝突豫防法ニ依レハ霧中ニハ汽笛ヲ鳴ラシ速力ヲ緩メテ航ス可キノナレトモ此船ハ二個ノ推進器ヲ以テ最低速力猶ホ九浬ニ及ヘリ氏ハ此最低速力ヲ以テ航海シタルニ衝突事件ノ海事審判ニ於テ猶ホ過失アリトセラレタリ主觀的ニ論セハ氏ハ當時最低速力ヲ用フルニ非サレハ一進一退スルノ外ナク然ラハ却テ危險ノ虞アルヲ以テ最低速力ヲ以テ航行セルモノニシテ決シテ不注意ニハ非サルモ客觀的ニハ不注意トセラレタルナリ商法ニ於テハ船長カ海技者

トシテ十分ノ海技ヲ有スルモノナルコトヲ前提トスルモノト謂フ可ク隨テ船長ノ注意ノ程度ハ決シテ主觀的ニノミ定ム可キノニハ非ス客觀的ノ注意ヲ要ス客觀的ニ其注意ヲ決スルノ標準ハ決シテ通常人ノ注意ノ程度ニハ非ス海技免狀受有ノ船長トシテ其職務相當ノ注意ヲ爲スコトヲ要スルナリ故ニ是等ノ點ニ關シテハ假令船舶所有者カ容喙指揮スルコトアリトモ船長ハ必スシモ之ニ從フヲ要セスト謂ハサル可カラス(五五八條二項參照)

第二 船長

船長ハ十分ノ海技ヲ利用シテ航海ヲ爲ササル可カラス而シテ航海ニ關連シテ幾多ノ法令アリ慣例アリ今一茲ニ列舉スルヲ得スト雖モ商法其レ自身ニ於テモ亦數個ノ條文ヲ設ケテ船長ノ航海指揮及ヒ管理ニ關スル規定ヲ爲シタリ是等ノ規定ヲ商法中ニ設ク可キヤ否ヤハ甚タ問題ナルヘキモ商法ハ特ニ他ノ規定ト密接ノ關係ヲ有スル船長ノ事務ニ付キ規定ヲ設ケタルモノナル可シ故ニ商法ニ規定セラルルヲ以テ船長ノ船舶指揮ニ關スル權利義務ハ盡サレタルモノトスルハ謬ニシテ寧ロ商法ハ其權利義務ノ一二ノミヲ舉ケタルモノトセサル可カラス而シテ是等商法ノ規定ニ違反セル場合ニ船員法ニ於テ其制裁ヲ定メタルカ如キハ此ノ趣旨ニ出ツルモノナルヘシ(船員四九條、五〇條)而シテ商法ニ於テ特ニ規定ヲ設ケタルハ左ノ諸ノ場合ナリ

- 一 發航前船舶カ航海ニ支障ナキヤ否ヤ其他航海ニ必要ナル準備カ整頓セルヤ否ヤヲ検査ス

商法編 船舶 船長

ルノ義務(五六一條) 船舶其レ自身ニ於テ破損アル場合ニ於テハ航海ハ甚ク不安ト謂ハサル可カラサルヲ以テ船舶検査法ニ於テハ六ヶ月毎ニ定期検査ヲ受ケシムルト雖モ船長ハ尙ホ各發航前更ニ其検査ヲ爲スヲ要ス併船長カ検査スヘキハ獨リ船體ノミニハ非ス其船員ノ備不備糧食石炭等必要品ノ有無ハ勿論其積荷ノ積ミ方ヲモ検査セサル可カラス所謂船舶カ航海ニ堪エル(Seaworthy, Seefähig)トハ積荷旅客船舶ヲシテ何等ノ障害ヲ蒙ルコト無ク安全ニ其航海ノ目的地ニ達セシムルヲ得キヲ謂フモノナレハ書類ノ不足ノ如キ場合ニ於テモ航海ノ準備未整頓ノ場合アル可シ(五六二條參照)而シテ其發航ノ初ニ於テ船舶カ航海ニ堪ユ可キコトニ付テハ船舶所有者(船舶賃借)ハ備船者荷役人ニ對シテ之ヲ擔保シ特約ヲ以テ之カ擔保義務ヲ免ルルヲ得サルモノトス(五九一條、五九二條) 此ノ航海ニ必要ナル準備カ整頓スルト謂フハ第五四三條ニ所謂發航ノ準備ヲ終ルト謂フト同シキヤ否ヤニ付テハ疑問アリ蓋シ商法第五六一條ニ於テ準備ノ整頓ト謂フハ航海ヲ初ムルニ付キ事實上及ヒ法律上必要ナル凡テノモノヲ備フルヲ謂フコトハ殆ント異論無カルヘシト雖モ第五四三條ノ場合ニ於テハ發航準備ヲ終レル船舶ニ對シテ差押及ヒ假差押ヲ爲スコトヲ許サス此規定ヲ設クル所以ハ總テノ積荷其他ノ利害關係人ノ利益ヲ保護スル爲メニシテ其差押免除ハ航海ノ終ルマテ繼續スルモノト解スルヲ常トス(Wagner 315 反對加藤博士)而シテ此準備ヲ終ルト云フコトヲ嚴格ニ解スル場合ニ於テハ稅關警察等ヨリ發スル出港免狀ノ

如キモノカ未ダ備ハラサル場合ニ於テモ猶ホ準備未整ト云ハサルヲ得ス從テ差押ヲ爲スヲ得可キニ依リ法カ差押ノ制限ヲ設ケタル實益ハ殆ント之ヲ得難キ處アルヲ以テ第五四三條(獨法四八二條)ノ場合ニ於テハ斯ノ如キ警察又ハ稅關ノ書類ノミカ缺ケタル場合ニハ猶ホ發航準備ヲ終リタルモノナリト解スル實例學說アレハナリ(Wagner 315; Solap's 492)

二 船舶監督ノ義務 船舶ハ航行中ノミナラス碇泊中ニ於テモ十分ノ注意ヲ加ヘサレハ或ハ衝突等ノ危險ヲ生スルノ虞アリ故ニ實際ニ於テハ常ニ何人カ其船舶指揮ニ付テノ主任者ヲ必要トス此主任者ハ勿論船長ヲ以テ之ニ充ツヘキモノナリト雖モ船長モ亦人ナリ故ニ所謂當直船員ヲ設ケ船長連轉士等交替ニ指揮ヲ執ルモノトス而シテ船長ハ常ニ自己ノ指揮ニ付テノミナラス監督者トシテ責任ヲ負フモノトス故ニ船長カ假令船内ニ在ル時ト雖モ其當直者ヲモ定メスシテ其職務ヲ離ルルコトハ是通常ノ船長ノ爲ササル所ナリト謂フ可シ商法ニ於テハ船長ハ已ムコトヲ得サル場合ヲ除ク外自己ニ代リテ船舶ヲ指揮スヘキ者ニ其職務ヲ委任シタル後ニ非サレハ荷物ノ船積及ヒ旅客ノ乗込ノ時ヨリ荷物ノ陸揚及ヒ旅客ノ上陸ノ時マテ其指揮スル船舶ヲ去ルコトヲ得ス(五六三條)ト規定セルハ此趣旨ニ源ヲ發スルノ規定ト解ス併此規定ハ(イ)其船舶ヲ去ルコトヲ得ストアリ恰モ船長ノ上陸ヲ制限シ上陸ヲ爲ササルモ船内ニ於テ職務ヲ離ルルヲ許スヤヲ疑ハシムルノ缺點アリ解釋トシテハ船舶

長カ船舶ニ在ルトハ其職務ヲ執リテ在船スルモノナリ從テ船内ニ在テ職務ヲ離ルル場合ニモ當直者ヲ定ム可キモノト解スルヲ妥當トス(ロ)此規定ニハ期間ヲ規定スルヲ以テ陸揚上陸ノ終了後、新船積、新乗船者無キ場合ニハ船長ヲシテ勝手ニ職務ヲ離レ船舶ヲ去ルヲ許スモノタルヲ疑ハシムル缺點アリ乍併船長ハ其船長タルヲ止メ自己又ハ船主ノ選任セル後任者ニ引繼ヲ爲シタル後ニ非サレハ全ク責任ナキ身ト爲ラサルモノト解スルヲ正當トス可シ是レ通常船長ノ爲ス所ナレハナリ(ハ)唯タ已ムヲ得サル場合ニ於テ職務ヲ離レ船舶ヲ去ルハ之ヲ恕セサル可カラス已ムヲ得サル場合トハ「其職務ヲ離レ船舶ヲ去ルコト」カ已ムヲ得スト謂フノミナラス「他人ニ職務ヲ委ネテ然ル後船舶ヲ去ル」ヲ爲スコトカ已ムヲ得サル理由ニヨリテ不能ト云フ義ニ解ス船長カ死亡シ船舶ヲ去リ又ハ之ヲ指揮スルコト能ハサルニ至リタル場合ニ於テ他人ヲ選任セサルトキハ高級ノ運轉士代リテ船長ノ職務ヲ行フモノトス(船員二五條)

三 發航及ヒ順航ノ義務(五六四條) 發航ノ準備全ク成リ事實上法律上ノ故障全ク無キニ至レハ船長ハ遲滞ナク發航スルヲ要ス(獨商五一六條)而シテ一旦發航シタル以上ハ船長ハ其豫定ノ航路ヲ變更セシテ到達港ヘ航行スルヲ要ス其航路ヲ變更スルコトハ海上保險ニ關シテ重大ナル影響ヲ及ボスヲ以テ法ハ特ニ規定ヲ設ケタルモノナル可シ(六六三條)乍併事實上及ヒ法律上ノ必要アル場合ニ於テハ航路ヲ變更スルヲ妨ケテ例ヘハ船員法ニヨレ

ハ航海中救援ヲ求ムル船舶ヲ認メタル場合ニハ船長ハ自己ノ指揮スル船舶ニ急迫ノ危難ナキ限リ人命ヲ救フコトヲ要ス(二一條、五四條)ルヲ以テ斯カル人命救助ノ爲メニスル難路ハ不適法ニ非ス從テ船長ヲシテ損害賠償ノ責任ヲ負ハシメス

四 船舶設備ノ義務(五六二條) 船長ハ左ニ掲ケル書類ヲ船中ニ備ヘ置クコトヲ要ス(一)船舶國籍證書(二)海員名簿(三)船具目錄(四)航海日誌(五)旅客名簿(六)運送契約並ニ積荷ニ關スル書類例ヘハ船荷證券、謄本、積荷目錄等(五九〇條六二三條參照)(七)稅關ヨリ交付セル書類而シテ右(三)乃至(五)ノ書類ハ外國ニ航行セサル船舶ニ限り命令ヲ以テ其設備義務ヲ解除スルコトヲ得(三十二年五月逓信省令第一九號)

第三款 積荷ノ利害關係人ニ關シテ生スル關係

第一 航海中ニ在リテハ船舶モ積荷モ其所有者ノ監督ヲ離レ其運命ハニ船長ノ雙肩ニ繫ルヲ以テ船長ヲシテ船舶積荷等ノ利害關係人ニ代リテ代理行爲ヲ爲スノ權限ヲ有セシムルヲ以テ正當トス

故ニ或ハ船長ヲ以テ總利害關係人ノ代理人ナリト爲ス者モアリ(Hedek Grops Haverli S.12)我民法ニ於テハ同一法律行爲ニ付キ其相手方ノ代理人トナリ又ハ當事者雙方ノ代理人ト爲ルコトハ債務履行ノ場合ノ外之ヲ許ササルヲ原則トスト雖モ(一〇八條)代理ノ本來ノ性質上

是等ノコトカ不能ナルニハ非ス唯タ弊害ヲ防カンカ爲メニ設ケタル原則ニ過キス然ルニ海商法ニ於テハ船長ヲシテ一方ニハ積荷ノ利害關係人ノ代理人ト爲リ他方ニ於テハ船舶所有者ノ代理人ト爲ルコトヲ認ムルヲ以テ此點ニ於テ少シク民法ニ異ナルモノアリ此ノ點ニ於テハ船長ハ一般ノ代理人ナリト謂フモ不可ナシ年併共同海損ノ原理ヲ説明スルニ當リ一般代理又ハ共同代理ヲ以テ説明ヲナスヲ得可キハ少シク疑ナキ能ハス蓋シ精確ナル意味ヲ以テ代理ト云フハ法律行爲ノ代理ナリ事實上ノ處分ノ效力カ他人ニ及フコトヲ以テ直チニ代理ナリト爲サハ船長ハ不法行爲ニ付テモ船舶所有者ヲ代理スト謂フニ至ル可ク代理ノ法理ヲ變更スルニ至ル可ク從テ所謂共同代理ナル觀念ニヨリテ吾人ハ何等ノ智識ヲ得ルコト能ハサル可ク單ニ一個ノ新名稱ヲ見ルノ利益アルニ過キサレハナリ又法律行爲ノ範圍内ニ於テモ船長ハ一方ニハ船舶所有者ニ代リテ借財ヲ爲シ一方ニハ其擔保トシテ積荷ヲ質入スルコトヲ得可シ(五六八條)此場合ニ於テ其實入行爲ノ效力ハ其積荷ノ所有者ニ及フモノニシテ船長ハ積荷ノ所有者ニ代リテ質權設定ノ意思ヲ表示スルナリ其質權設定ハ船長カ船舶所有者ニ代リテ爲セル借財ノ擔保トシテ之ヲ爲スナリ年併此ノ場合ニ於テモ其擔保ニ付テノ船主ト荷主間ノ賠償關係ハ法律ニヨリテ定メラルモノトス故ニ此場合ニ於テモ精確ニ云ハハ船長ハ一方ニハ借財行爲ニ付テ船舶所有者ノ代理人トナリ次ニ其借財ノ擔保行爲ニ付テ積荷ノ利害關係人ヲ代

理スルノミ擔保ノ提供者ト主タル債務者トノ間ニハ利害相反スルニ拘ハラヌ此二人ノ者ヲ一人ノ船長カ代理スト謂フニ止マリ此點ニ於テ民法ノ本旨ニ異ナルカ如キモ精確ニ云ハハ借財行爲ト擔保行爲トハ同一行爲ニ非ス若シ此間ニ在リテ眞ニ同一行爲ニ於ケル雙方當事者ノ代理アリト假定セハソハ船主ト積荷ノ所有者トノ間ニ於ケル求償關係ニ付テノ外無カル可シ然レトモ此求償關係ハ船主ト荷主トノ間ノ意思表示ニヨリテ定マルモノニ非スシテ法ノ規定ニヨリテ定マルモノト解スルヲ正當トス然ラサレハ賠償額ハ一ニ船長ノ意思ニ從テ決シ第五六八條第二項ノ如キ自ラ空文ニ終ルノ虞アレハナリ

之ヲ要スルニ船長ハ航海中獨リ船舶所有者ノ代理人タルノミナラス積荷ノ利害關係人ノ代理人タリ

第二 然レトモ船長ハ積荷ノ利害關係人ノ代理人タルノミヲ以テ満足シ得可キニ非ス苟クモ一船ヲ指揮スル以上ハ必要ノ場合ニ於テハ處分即チ事實上及ヒ法律上ノ處分權能ヲ有セシメサル可カラヌ

此權能ヲ與フル以上ハ又其權能ノ濫用ヲ戒メサル可カラヌ勿論運送契約ノ結果トシテ船長カ其運送品ヲ注意シテ保管ス可キ義務アル可シト雖モ運送契約無キ場合ニ於テ猶ホ船中ニ積荷カ存スル場合モアリ或ハ運送契約ニ際シテ豫想セサリシ新事實カ發生スル場合モアリ極端ナル場合ニ於テハ運送契約カ終了スル場合モアリ(六一三條)是等ノ場合ニ於テ其積荷ニ付キ

必要ナル處分ノ權能ト及ヒ其濫用ノ取締ニ關スル規定ヲ設ケサレハ積荷ノ利害關係人ノ保護十分ナリト謂フヲ得ス故ニ商法第五六五條ニ於テハ船長ハ航海中最モ利害關係人ノ利益ニ適ス可キ方法ニ依リテ積荷ノ處分ヲ爲スコトヲ要スト規定シ一方ニハ其積荷ニ付テ事實上及ヒ法律上ノ處分ヲ爲シ得ルコトヲ明カニシ一方ニ於テハ其處分ヲ爲スニ付キ最モ利害關係人ノ利益ニ適ス可キ方法ニ依ラシム可キコトヲ命セリ其方法ノ内容ニ向テハ「ボーエンス」氏ハ其獨商法註釋書(第一卷三九六頁)ニ船長カ積荷ニ付テ爲ス所ノ事實上及ヒ法律上ノ處分ヲ列舉シ

- A 獨商法第五六三條(獨商五六四條日商五九三條類似)ノ場合ニ於テハ陸揚ヲ爲シ又ハ之ヲ放棄スルコトヲ得可ク
- B 船舶積荷ヲシテ共同ノ危險ヲ免レシムル爲メニ投荷ヲ爲ス場合
- C 敵又ハ海賊ヨリ船舶積荷ヲ受戻ス場合
- D 航海繼續ノ費用カ共同海損ニヨリ生セル場合ニ於テ其費用ヲ得ル爲メニスル積荷ノ處分
- E 航海繼續ニ必要ナル費用ヲ得ル爲メニスル積荷ノ處分但其費用ハ船舶ノミノ負擔ニ歸ス可キ單獨海損ニヨリ生セル場合
- F 其特殊ノ積荷ノ利害關係人ノ利益ヲ保護スル爲メニ其積荷ニ付テ爲セル處分

ノ六種トシAノ場合ニ於テハ損害賠償ノ必要無クBCDノ場合ニ於テハ共同海損ト爲シ共同海損法ノ適用ヲ受ケEノ場合ニ於テハ船舶所有者ハ積荷ノ利害關係人ニ對シテ賠償義務アリ(五六八條二項參照)Fノ場合ニ於テハ特殊ノ積荷ノ利害關係人ノ利益ノミニ注意シ之ヲ處分スルモノナルヲ以テ所謂 *Shipcargo* ノ役目ヲ爲スモノナリトセリ

此ノFノ場合ニ於テハ其處分ハ特殊ノ義務ノ利害關係人ノ利益ノ爲メニスルモノナレハ其處分ニシテ妥當ナル限リハ利害關係人ハ船長ニ對シテ求償ヲ爲スヲ得サル可シ其船長ノ處分カ法律上ノ處分ナル場合ニ於テハ船長ハ右利害關係人ノ代理人トシテ法律行為ヲナスモノニシテ利害關係人ハ其法律行為ニ付キ本人トシテ法律關係ニ入ラサルヲ得ス故ニ法律ハ船舶所有者ノ責任ト權衡ヲ得セシムル爲メ此利害關係人ヲシテ免責の委付ヲ爲スノ利益ヲ有セシム利害關係人ニ過失アル場合ニ免責委付ヲ許ササルハ勿論ナリ(五六五條二項)利害關係人ハ或ハ本人トシテ船長ニ處分方法ヲ指示スルコトモアル可シ乍併其指示ノ效力ハ善意ノ第三者ニ對シテハ何等ノ權限制限ヲ生スルモノニ非ス

特殊ノ積荷ノ利害關係人ノ利益ヲ保護スルコトハ船長ノ職務ナリ從テ其保護方法ニシテ不當ナランニハ船長ハ勿論船舶所有者ト雖モ賠償責任ヲ負ハサル可カラズ
特殊ノ積荷ノ利害關係人ノ利益ヲ保護スルコト云フハ積荷中ニ特殊ノ利益ヲ受ク可キモノヲ認ムルノ謂ニハ非ス各種積荷ノ處分スルニ當リテ最モ其積荷ノ利害關係人ノ利益ヲ保護ス可シト謂フ

ニ過キス故ニ特殊ノ積荷ノ利益ヲ保護センカ爲メニ船舶ヲシテ中途ニ寄港セシムルカ如キハ却テ他ノ積荷ノ利害關係人ノ利益ヲ害スルノ結果ヲ見ルニ至ル可シ船舶ニ付テモ同シ單獨海損の原因ニヨリテ船舶ヲ中間港ニ寄港セシムルカ如キハ積荷ノ利害關係人ノ利益ヲ保護スル所以ニ非サル可シ故ニ船長カ積荷ノ利害關係人ノ利益ニ適スル機處分ヲ爲スト云フ範圍ハ自ラ他ノ積荷其他ノ利害關係人ノ利益ヲ害セサルコトニ限ラレサル可カラス換言セハ商法第五六五條ノ適用範圍ハ(一)他ノ利益ヲ害セスシテ特殊ノ積荷ノ利益ヲ保護スル爲メニスル場合(二)處分セラル可キ積荷ト他ノ積荷船舶トノ共同ノ利益ノ爲メニスル處分ノ二ノ場合ニ限ラレサル可カラズ

我共同海損法ニ於テハ實際上ニ大缺點ト謂フ可キ缺點アリ即チ共同海損ハ何人カ之ヲ清算スヘキヤ明カニセサルコト是ナリ共同海損ノ清算ハ實際上ニ非常ニ複雑ニシテ特殊ノ技術ヲ要スルモノニシテ外國ニ於テハ職業トシテ之ヲ爲ス者(Average adjuster)アリ故ニ實際ハ此技術者ニ委託シテ清算ヲ爲サシムル者ナリト雖モ何人カ此清算人ニ託ス可キカ明カニセサルカ爲メ船舶所有者ハ其共同海損ノ清算カ自己ニ不利ナル場合ニハ清算ニ付セス自己ニ利益ナル場合ノミ之ヲ清算ニ付シ又ハ海上保險會社ニ於テモ同様ノ弊アリ我國ニ於テ共同海損ノ清算無カリシノミノ理由ニヨリ破産ノ運命ニ會セラルル商人少クモ二人以上アリト謂フ故ニ清算ノ義務ハ之ヲ人同ニカ命セサル可カラス命スルトセハ船長ニ命シ且他ノ清算業者ニ託スルヲ許ス正當ト

ハ必ス當事者ノ自由意思ニ因リテ之ヲ任命ス然ルニ管財人ニ付テハ正當ノ事由ナクシテ其任命ヲ辭任スルトキハ刑罰ヲ科セラル(舊商施四四條)刑罰ヲ科シラ官公吏タル身分ヲ取得セシムルニ至リテハ他ニ其類例之ナキモノト謂ハサルヲ得ス是レ亦管財人カ官公吏タルニ非ザル一證トスルニ足ル殊ニ官吏若クハ公吏トシテノ職務ノ執行ハ必スヤ自ラ之ヲ爲ササルヘカラス然ルニ管財人ノ職務ノ執行ハ其相續人當然之ニ代リテ爲ス場合アリ(破案一六四條、一六五條)又管財人ハ其代理人ヲ用ヒテ債權調查會ニ於テ意見ヲ述ヘシムルコトヲ得(破案二二八條)此ノ如ク相續人カ當然其先人ニ代リテ職務ヲ執行シ又ハ管財人カ代理人ヲ使用シ得ルコトノ如キハ官吏若クハ公吏トシテノ性質ト相容レス故ニ少クモ草案ノ規定ニ於テハ公吏說ハ否定スヘキニ似タリ

代理說ノ中ニモ種種アリト雖モ予ハ破産管財人カ破産財團ノ占有、管理及ヒ處分ヲ爲スノ點ニ付テハ破産者ヲ代理スルモノニシテ否認權ヲ行使スルノ點ニ付テハ破産債權者ヲ代理スト爲ス至當ト信ス蓋シ破産宣告後モ破産財團ハ依然トシテ破産者ニ屬ス然ルニ管財人ハ破産者ニ代リテ之カ占有及ヒ管理ヲ爲ス以上之ヲ代理スト云ハスシテ何トカ云ハンヤ而シテ其代理權限ハ管財人ニ選任セラレタルヨリ當然發生シ來ルモノナルカ故ニ所謂法定代理ナリトス而シテ否認權カ破産債權者所屬ノ權利ナルコトハ既ニ論定シタルカ如シ然ルニ管財人ハ法律上ヨリ認メラレタル權限ニ基キ該權利ヲ行使スルモノナルカ故ニ此點ニ於テハ破産債權者ヲ

法定代理スト云フノ外ナキモノトス

第三節 監査委員

一 選任並ニ地位 現行法ニ於テハ破産主任官ヲ設ケ破産管財人ノ指揮及ヒ監督ヲ掌ラシムルコトト爲シタリト雖モ(舊商九八三條、一〇一三條)草案ニ於テハ破産主任官ヲ廢止シ之ニ代フルニ監査委員ヲ以テシ之ニ依リテ管財人ヲ補助シ且監督スルノ機關トシタリ然レトモ草案ハ破産債權者ノ自衛主義ヲ多ク採用シタル結果トシテ監査委員ハ破産債權者ノ機關ニシテ破産主任官ノ如ク國家機關ニハ非ス即チ破産債權者カ破産手續ニ因リ共同ノ辨濟ヲ受クントスル利益保護ノ機關ナリトス

而シテ其設置ニ付テハ外國法中之ヲ強要スル主義ヲ採ル國ナキニ非スト雖モ我草案ハ事件ノ大小ニ從ヒ監査委員ヲ置クヤ否ヤハ破産債權者ノ意向ニ任セタリ故ニ第一回ノ債權者集會ニ於テ之ヲ設置スルヤ否ヤノ議決ヲ爲スコトヲ要ス又一旦設置ノ決議アリタル後反對ノ議決ヲ爲スコトヲ妨ケス(草案一六六條)又監査委員ノ選任ハ外國法中第一回ノ債權者集會前ニハ裁判所ニ於テ一時ノ選任ヲ爲ス主義ヲ採ル國アリト雖モ我草案ハ裁判所ノ臨時選任主義ヲ採ラス第一回ノ債權者集會ノ議決アリタル後始メテ之カ選任ヲ爲スモノトシ選任ハ必ス債權者集會ニ於テ之ヲ爲ス(草案一六七條)監査委員ニ選任スルニハ男子タルト女子タルトヲ問ハス

又必スシモ破産債權者タルコトヲ要セス然レトモ能力者タルコトヲ要スルハ勿論破産者及ヒ破産管財人ハ其選ニ當ルコトヲ得ス何トナレハ破産者ハ破産債權者ト利害ノ反スルモノアルヘタ又管財人ハ監査委員ノ監督ヲ受クヘキモノニシテ自ら自己ヲ監督スルコト能ハサレハナリ

二 職責並ニ報酬 監査委員ノ權限ノ範圍ハ直接又ハ間接ニ法律ノ規定ニ依リテ定マリ之ヲ増減スルコトヲ得ス故ニ其以外ニ在リテハ監査委員ハ裁判所ニ任意ノ注意ヲ與ヘテ其監督ヲ乞フノ外ナキノミ(草案一六〇條)

監査委員ハ唯内部ノ補助又ハ監督機關タルニ止マリ外部ニ對スル代表機關ニハ非ス其權限ハ管財人ノ補助トシテ草案第一九二條、第二〇二條及ヒ第二五一條等ニ規定シタル事項ニ付キ同意ヲ與ヘ又其監督トシテ各監査委員ハ何時ニテモ管財人ニ對シテ破産財團ニ關スル報告ヲ求メ又ハ破産財團ノ狀況ヲ調査スルコトヲ得(草案一六八條)又監査委員數人アルトキハ其職務ノ執行ハ過半数ヲ以テ之ヲ決ス(草案一七〇條、一五七條二項)

監査委員ハ管財人ノ如ク裁判所ノ監督ヲ受クルコトナシ然レトモ其職務ヲ行フニ付テハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テスルコトヲ要シ若シ其注意ヲ怠リタルトキハ一切ノ利害關係人即チ唯リ破産債權者ニ對シテノミナラス破産者、財團債權者、取戻權者及ヒ別除權者等ニ對シテモ其責任アルモノトス(草案一七〇條、一六一條)

監査委員ハ實費ノ支拂及ヒ報酬ヲ受クルコトヲ得其額ハ裁判所之ヲ定ム(破案一七〇條、一六二條)

三 任務終了 監査委員ノ任務ハ管財人ト同シテ破産手續ノ終結ト共ニ終了スルハ勿論死亡、無能力等ニ因リ失格、辭任、解任等ニ因リテ終了ス監査委員ノ辭任ニ付テハ管財人ニ對スル草案第一五八條ノ如キ制限ナシ又解任ハ債權者集會ノ決議ニ因リ何時ニテモ之ヲ爲スコトヲ得(破案一六九條)

第四節 債權者集會

一 地位 債權者集會ハ破産債權者ノ共同ノ利益ヲ計ル爲メノ決議機關ニシテ外部ニ對スル執行機關ニ非ス而シテ其權利義務ハ法律ノ規定ヲ以テ定マリ其以外ニ管財人ニ指圖ヲ與フルモ其效ナシ蓋シ管財人ハ其機關ニ非サレハナリ又其招集、決議ノ方法等モ亦法律ノ規定ニ依リテ定マリ且裁判所ノ指揮ノ下ニ之ヲ爲スヲ要ス然ラスンハ其效ナシ

二 招集 招集ハ裁判所ニ於テ必ス之ヲ爲ス現行法ニ於テハ破産主任官之ヲ爲ス又招集ヲ爲ス場合ハ破産管財人又ハ監査委員若クハ總債權額ノ五分ノ一以上ニ當ル破産債權者ノ申立アリタルトキ若クハ職權ヲ以テスルトキニ限ルモノトス(破案一七一條、舊商一〇三五條一項)然ルニ其中既ニ法律上招集ヲ爲スコトヲ要スル旨ヲ定メタル場合アリ(破案一四九條二號、一

四 以上智能權ニ付テハ外國人ノ享有スル部分ヲ示シ他ノ財產權ニ付テハ外國人カ享有シ得タル權利ヲ示セリ尙ホ財產權全體ニ關シ日本ノ國籍ヲ失ヒタル家族カ日本人ニ非サレハ享有スルコトヲ得サル權利ヲ有スル場合ニ關スル我法律ノ規定ヲ示スヘシ即チ明治三十二年三月法律第九四條ニ依レハ日本ノ國籍ヲ失ヒタル家族カ日本人ニ非サレハ享有スルコトヲ得サル權利ヲ有スル場合ニ於テ一年內ニ之ヲ日本人ニ讓渡ササルトキハ其權利ハ國庫ニ歸屬スルモノトス此規定ハ日本ノ國籍ヲ失ヒタル家族ノミニ對スル規定ナリトス而シテ國籍ヲ失ヒタル者カ戸主自身ナル場合ニ於テハ民法第九〇條ニ規定ス即チ國籍喪失者カ日本人ニ非サレハ享有スルヲ得サル權利ヲ有スル場合ニ於テ一年內ニ之ヲ日本人ニ讓渡ササルトキハ其權利ハ家族相續人ニ歸屬スルモノトス

第二 親族權

親族權ニ關シテハ養子及ヒ入夫ニ關シテ外國人ノ私權享有ニ制限ヲ設ケ即チ日本人カ外國人ヲ養子又ハ入夫ト爲スニハ內務大臣ノ許可ヲ得ルヲ要スルモノトシ其許可ヲ與フルニハ引續キ一年以上日本ニ住所又ハ居所ヲ有シ且品行端正ナルコトヲ條件トセリ(明治三十一年七月法律二一條)許可ヲ要ストシタル此二ツノ場合ハ外國人歸化ノ場合ニ許可ヲ要ストシタル旨趣ニ準シタルモノナリ(國籍法五條、七條)

第三 相續權

國際私法 總論 外國人ノ地位 外國人現在ノ地位

相續權ニ付テモ外國人ニ對シテハ別段ノ禁止ナシ(日英條約一條三項)

唯外國人カ享有スルヲ得サル財産權ヲ外國人ハ相續又ハ遺言ニ因リ取得スルヲ得ルヤ否ヤノ問題アリ我法文ニハ別段ノ規定ナシ或ハ初ヨリ相續シ又ハ遺贈ヲ受ケ得ストスヘキヤ將タ相續シ又ハ遺贈ヲ受クルヲ得ルモ一定ノ期間内ニ之ヲ日本人ニ讓渡スヘキ旨ヲ命スヘキヤ立法論トシテハ後ノ如キ手段ヲ設クルヲ穩當トスヘキカ如シ(第一ノ四參照)ト雖モ現行法ノ解釋トシテハ前ノ如ク論決セサルヘカラス(明治六年一月二十八日布告一號、日英條約一條二項)

又日本人カ國籍ヲ喪失シテ外國人ト爲リタルトキ其日本人カ戸主タルトキハ家督相續開始ノ原因ト爲ル(民九六四條)ヲ以テ其國籍喪失者ハ戸主タルノ身分ヲ失フ但國籍喪失者ノ家督相續人ハ戸主權及ヒ家督相續ノ特權ニ屬スル權利ノミヲ承繼スルモノタリ而シテ遺留分及ヒ前戸主カ特ニ指定シタル相續財産ヲ承繼スルヲ妨ケサルモノトス(民九〇一條一項、九九一條)

相續人ノ曠缺ノ場合ニ於ケル民法ノ規定ハ死者カ領事職務條約若クハ死亡者財産保護條約アル國民ノ場合ニ付テハ右條約ニ依リ適用ヲ制限セラルル場合アリ(日獨條約一四條、日白條約一四條、明治三年一月勅令日英死亡者財産保護ニ關スル條約)而シテ特ニ民法第一〇五九條ノ場合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トノ規定ハ適用セラレサルニ至ルヘシ(明治三二年七月司法省令四〇號)

第三節 外國法人ノ地位

第一 設立地以外ニ於ケル外國法人ノ存在

最初ニ研究スヘキハ外國人ハ我國ニ於テ私權ヲ享有スルヤ否ヤノ問題ナリ外國法人ハ其設立セラレタル以外ノ國ニ於テモ當然成立スルモノナリヤ否ヤニ付テハ國際私法上ノ問題トシテ數説アリ

第一説ハ當然成立スルモノニ非ストスル説ナリ其說ノ大意ハ法人ハ法律ノ擬制ニ過キサレハ之カ成立ヲ許シタル國以外ニハ成立セス法人ノ成立ヲ許シタル國家ノ權力ハ其國境ニ至リテ止マル故ニ法人モ國家ノ權力ノ及フ所ニ至リテ消滅ス故ニ他ノ國カ更ニ之ヲ認メサレハ他國ニ對シテハ一般ニ存在セスト云フニ在リ(ローラン、「ウエース」)

第二説以下ハ之カ反對説ニシテ即チ第二説ニ依レハ各國ニテ一般ニ認メラルル處ノ場所ハ行爲ヲ支配ストノ原則ニ基キ此原則ヨリシテ法人ト爲スコトハ一ノ法律行爲ニシテ其法律行爲ハ其行爲地ノ立法者ノ定メタル方式ニ從フトキハ孰レノ國ニ到ルモ其效力ヲ生スルモノトシ以テ一國ニテ有效ニ成立シタル法人ハ他國ニ於テモ當然法人タリトノ說ナリ然レトモ場所ハ行爲ヲ支配ストノ原則ハ法律行爲ノ外形的方式ニノミ關シテハ至當ナリト謂フヲ得レトモ(法例八條二項)本間法人ニ關スル問題ハ人自體ノ存否ニ關スル問題即チ法律關係ノ主體ノ問題ニシテ法律

行爲ノ外形ノ方式即チ法律事實ノ如キ枝葉ノ問題ニ非サレハ此說ハ當ヲ得ス
第三說ハ人ノ身分能力ニ關スル法律ハ其人ノ到ル所ニ追隨ストノ原則ヲ根據トシ此原則ハ自然
人、法人ヲ問ハス適用スヘキモノナリトシ而シテ法人ノ存在ヲ認ムル法律ハ新ニ人ヲ創設スル
モノナレハ當然、身分能力ニ關スル法律ナリトスル說ナリ然レトモ此說ハ循環論法ニ陥ルモノナ
リ蓋シ人ノ身分能力ニ關スル法律ハ其人ノ到ル所ニ從フトノ原則ハ各國ニ認メラルルト雖モ人
ノ身分能力ニ關スル法律ニ付テ論セントスルトキハ先ツ第一ニ其人ナルモノノ存在スルヤ否ヤ
ヲ確メサルヘカラス而シテ其存在スルコトノ明カニ爲リタル後ニアラサレハ其人ノ身分能力ノ
問題ヲ生セサルナリ故ニ此說ニ依テハ人ノ存在セルヤ否ヤハ確メ得サルナリ
第四說ハ國際慣習上法人ハ外國ニ於テ當然權利能力ヲ有ストノ說ナリ然レトモ或國ニテハ株式
會社ノ成立スラ認メナリシ事アリ(佛國大審院判例一八六〇年八月一日)又既ニ日本ノ如キモ
外國公益法人ノ成立ヲ認メス(民三六條一項)然ルニ此說ニ從ハ外國法人ヲ認メストノ制度
ヲ採リタル國ハ國際慣習ニ違背シタルモノトシテ外交上ノ問題ニ上ラサルヘカラス然ルニ其然
ラサルヲ見レハ此ノ如キ國際法上ノ慣習ハ未タ成立シタリト云フヲ得ス而シテ若シ此說ヲ採ル
學者ノ考カ各國ノ大部分ハ外國法人中ノ國、國ノ行政區劃、商事會社等ノ成立ヲ各其國法ニ認
メタルカ故ニ國際慣習アリト云フニ在テハ是レ國際慣習ニ非ス即チ斯ル場合ハ唯各、自國ノミ
ニテ容易ニ改廢シ得ヘキ範圍内ニ於テ類似ノ制度アリト云フニ止マリ各國ヲ拘束スル國際慣習

アルニ非サレハナリ

第五說トシテハ法人ノ性質ハ人ノ意思ニシテ總テノ權利ノ主體ハ意思ナリトスル說ニ基キ社團
法人ノ意思ハ一定ノ目的ノ爲メニ集合シタル社員ノ意思ノ綜合ニシテ財團法人ノ意思ハ財團ノ
設立者カ定款ノ目的中ニ固定セシメ而モ設立者ト分離シタル獨立者ノ意思ナリトノ說ニ基ケル
モノニシテ「レーネ」氏ノ云フ如ク(國際私法雜誌一八九三年二七九頁)法人ハ自然人ノ法律
的生活ハ一ハ體格ナリトシ自然人ハ法人ヲ作り自己ノ人格、自己ノ意思ノ一部ヲ分割シ新ナル
人格ヲ組織シタルモノナレハ一般ニ立法者カ外國自然人ニ與ヘタル權利能力ヲ其自然人カ法人
ハ形體ニテ行使スル場合ニ拒ムヲ得ザルモノナルカ故ニ一國ニ於テ成立シタル法人ハ他國ニ於
テモ當然其人格ヲ主張スルコトヲ得ルモノナリ是レ法人ナルモノハ時代ノ必要ニ應ジテ起リ人
類活動力ノ發達ノ結果ナルカ故ナリト云フニ在リ此說ハ各國カ法律ニ於テ近來漸次外國法人ニ
人格ヲ認ムルニ至リタル立法上ノ理由ノ説明トシテハ至當ナリト雖モ外國法人カ當然內國ニ於
テ人格ヲ有スト論スル點ニ於テハ嚴正ナル法理ニ適合シタルモノト言ヒ難カルヘシ何トナレハ
人格ニ關スル法律ノ沿革ニ依レハ最モ古代ニ於テハ家長ノミ人格ヲ有シ妻子女子モ權利ノ主體
タラザリキ(十二銅表前)而シテ近世ニ至ルマテ奴隸、準死者ノ如キハ人格ヲ有セザリキ自然
人カ凡テ權利能力アルコトヲ認メラルルニ至リタルハ漸次近世ノコトナリ然ラハ假令意思ヲ有
スト雖モ法人ノ如キ素ト人ニ非サル者ヲ權利ノ主體トスルコトハ主權者ノ明示又ハ默示ノ許可

アルヲ要スルヤ勿論トス加之國內ニ於ケル法人スラモ法律ニ依リ成立スヘキ以上（民三三條）ハ外國法人ト雖モ一國國法ノ認許ニ依リ始メテ一國內ニ於テ權利能力ヲ有スルコト看ルヘキハ當然ナラスヤ

故ニ第一說ニ於ケル擬制說ヲ至當トスル事ハ我民法第三三條、第三六條ニ依リ之ヲ見ルコトヲ得ヘシ而シテ外國法人中商會社ノ如キハ先ノ第五說ノ如キ立法上ノ理由アルヲ以テ法人タル事ヲ認許シタルモ公益法人即チ祭祀、宗教其他ノ外國法人ニ關シテハ公益ナルコトハ各國ニ由リ其觀察點異ナリ殊ニ政治、宗教ノ法人ノ如キハ外國ニテ公益法人ト認メタル者モ我國ニテハ公安ニ害アル者ナキヲ保セサレハ我法律ハ之カ成立ヲ一般ニ認許セス條約又ハ法律ニ特別ノ規定アル場合ニ限リ之ヲ許スコトセリ外國ノ公益法人ヲ認許シタル條約、法律ハ今日未ダ之ヲ見ス而シテ學術、技藝等ニ關スル法人ニシテ認許スヘキ者多カルヘシ又法人中國及ヒ國ノ行政區劃ニ付テハ他ノ法人ト異ナリ法律ニ於テ之ヲ認許セサルモ當然法人ト見ルヘシトノ說ハ相當ナリ「サビニー」ハ國ヲ以テ必要の人格ナリト謂ヒ其他ノ學者ノ如キモ一國カ外國ノ國家ヲ認ムル事實ハ當然之カ權利ノ主體タル事ヲ認ムル者ナリ而シテ國ノ行政區劃ノ如キハ國ノ從屬物ナレハ國ヲ認ムル結果ハ之ヲ認ムヘキ者ト論ス此見解ハ適當ナリトス

而シテ民法第三六條ニ依リ認許セラレタル外國法人ノ權利能力ハ如何ナル程度ニ及フヘキヤハ○第三條第二項ニ定ム即チ日本ニ成立スル同種ノモノト同一ノ私權ヲ有スレトモ外國自然人ノ

有セサル權利ハ勿論外國法人ニ與フヘキニ非スト又條約、法律ニ特別規定アル場合ハ勿論其特別規定ノ趣旨ニ因リテ其程度ヲ定ムルモノトス

外國法人ノ權利能力ニ關スル我國ノ現行規定ハ以上ノ如シト雖モ尙ホ一定ノ場合ニ第三者ハ外國法人ノ人格ヲ否認スルコトヲ得即チ外國法人カ始メテ日本ニ事務所又ハ支店ヲ設ケタルトキハ其事務所又ハ支店所在地ニ於テ登記ヲ爲スマテハ第三者ハ其會社ノ成立ヲ否認スルコトヲ得ルナリ（商三五七條、民四九條）蓋シ我法律ハ內國法人ニ對スルモ登記アルマテハ第三者ニ否認權ヲ與ヘタルカ故ニ（民四五條、商四五條）外國法人モ之ト同一ニ取扱ヒタルナリ而シテ此第三者ノ否認ナルモノハ登記ニ依リ公示セラレサル間ハ第三者カ自己ノ利益ノ爲メニ其法人ノ人格ヲ否認スルヲ得ルニ止マルモノナレハ外國法人ハ其第三者ニ對シテ相對的ニ成立セサルモノト爲ルニ過キスシテ絕對的ニ成立セスト云フニ非ス故ニ他ノ第三者カ自己ノ利益ノ爲メニ其外國法人ノ成立ヲ主張スルコトヲ得ルハ勿論ナリ但國、國ノ行政區劃ノ如キハ其存在明カナルヲ以テ登記ノ如キ方法ヲ取ルノ要ナキヤ勿論ナリトス

第二 外國法人ノ國籍

外國法人カ我邦ニ於テ人格アルカ爲メニハ以上ノ説明ノ條件ニ從フヲ要スト雖モ又以上ノ如ク私權ヲ享有センカ爲メニハ外國ニテ適法ニ成立シタル法人タルコトヲ要ス外國ニテスラモ法人ト認メラレサルモノハ前述ノ私權ヲ享有セス依テ外國法人ノ問題ハ第一、其外國法人ハ外國法

人トシテ適法ニ成立シタルヤ、第二、外國ニテ適法ニ成立シタル外國法人ハ我邦ニ於テ如何ナル私權ヲ享有スルヤノ二問ト爲ルナリ而シテ先ニ第一ニ於テ述ヘタル所ハ第二問ニ答ヘタルモノニテ以下第一問ニ付テ研究セサルヘカラス而シテ或外國人カ適法ニ外國法人ト謂フヲ得ルヤ否ヤヲ知ルカ爲メニハ更ニ進シテ外國法人ノ國籍ニ關スル研究ヲ要ス即チ某外國法人ハ外國中何レノ國ノ法人タルヤヲ區別スヘキ標準ノ研究ナリ是レ其外國法人カ國法上適法ニ成立シタルヤ否ヤヲ知ル爲メニ必要ナルモノニシテ外國法人ノ國籍ト名ケテ學者ノ研究スル所ナリ而シテ法人中國及ヒ國ノ行政區劃タル法人ノ國籍ノ如キハ觀念自體ニ於テ明確ニシテ其國又ハ行政區劃ハ何レノ國ナルヤヲ見レハ明カナレハ何等ノ疑問ヲ生セス

又公益法人ノ如キハ之ヲ設立スルニ我邦ニ於テハ主務官廳ノ許可ヲ要ス(民三四條)而シテ此種ノ法人ニ付テハ許可ヲ要ストノ主義ハ各國ニモ一般ニ行ハルモノト云フヲ得ルヲ以テ此種ノ法人ノ國籍ハ許可ヲ與ヘタル國ノ國籍ヲ有スルモノトシテ問題ハ容易ニ決定シ得ヘシト信ス

故ニ殘ル所ハ商會社及ヒ之ト同一視セラルヘキ法人ノ國籍ノ問題ナリ此問題ニ付テハ學說一定セサルモノトス依テ以下商會社ノ國籍ニ付キ一言スヘシ

商會社ハ如何ナル國ノ國籍ヲ有スルヤニ付テハ學說數多アリ其重ナルモノヲ舉クレハ

第一說ハ最モ薄弱ナル說ニシテ即チ社員ノ國籍地說ナリ「ワレイコ、ソムミエール」氏曰ク一

ノ會社又ハ社團ハ其實相互ノ義務及ヒ共同ノ利益ニ因リテ互ニ結ビ附ケラレタル自然人ノ團體ニ過キサレハ其社員ノ國籍ノ外有スルコトナシト「プロシエル」氏モ合名、合資等ノ會社ニ付テハ此主義ヲ探レリ然レトモ此說ハ法人ト之ヲ組成スル社員ト混同スル說ニシテ毫モ價值ナキノミナラス若シ此說ノ如クニ決定セハ數人ノ社員カ數國ノ國籍ヲ有スル場合ニハ其法人ハ何レノ國ノ國籍ヲ有スルヤヲ決定シ難カルヘク又社員カ其持分又ハ株式ヲ國籍ノ異ナリタル人ニ讓渡ストキハ直チニ其會社ハ他國ノ國籍ヲ取得スルカ如キ奇態ヲ呈スヘシ要スルニ此說ハ最モ探ルニ足ラサルモノトス

第二說ハ設立準則地說ニシテ即チ會社ハ其設立行爲ヲ爲スニ際シ準據シタル法律ノ屬スル國ノ國籍ヲ有ストノ說ナリ蓋シ或國ノ領域内ニ於テ其國ノ國權ノ下ニ出生シタル會社ハ當然其國ニ屬スルモノナレハナリ「フィオレー」氏カ「各法人ハ其成立ヲ認メラレタル土地ノ最高權力ノ行爲ニ因テノミ法律上ノ人格ヲ取得スルモノナレハ法人ノ內國法人ナルカ外國法人ナルヤヲ決スルニハ其設立許可ノ行爲ヲ以テ標準トスヘシ」ト云ヒ「ウエース」氏カ「凡テ外國國家ノ明示又ハ默示ノ認許ニ因リ成リタル會社ハ外國會社ニシテ外國國家ハ其會社ニ存在ヲ與ヘ同時ニ其國籍ヲ與フルモノナリ」ト云フカ如キハ凡テ此主義ノ基礎トナルヘキモノナレトモ近來會社タル法人ノ國家特許主義ヲ廢シテ準則主義ヲ以テ代ヘタル立法各國ニ行ハルルニ至リテモ尙ホ各國ハ會社ノ設立ニ關シテ一定ノ準則ヲ示シ之ニ適合シタル設立行爲ヲ爲シ始メテ會社タル法人

ノ成立アリト認ムルカ故ニ法律ニ準據シテ始メテ存在スルモノナレハ會社ハ其存在ヲ許サレタル法律ノ屬スル國ノ國籍ヲ有スルモノト爲スハ相當ナリ而シテ此主義ハ千八百八十九年巴里ニ開キタル株式會社ニ關スル會議ニ於テ採用セラレタルモノナリ但此主義ニ對スル駁論ハ同會議ニ於テ「ラロンビエール」氏カ此主義ノ主張者ヲ詰問セシカ如ク設立地トハ何ヲ指スカ會社設立契約ノ成立シタル土地ヲ指スカ又ハ設立ノ登記アリタル土地ヲ指スカ若シ同時ニ數國ニ登記セラレタルトキハ何レノ國カ設立地ナルヤ況ヤ設立ナル意義ハ漠然タリ會社ノ設立ハ契約ノミニ因リ完了セス株式ノ募集アリ株金ノ一部又ハ全部ノ拂込アリ創立總會アリ之カ議決アリ此等ノ何レノ場合ニ設立セラレタルト見ルヘキカ決定シ難キ不便アリト云フニ在リ然レトモ定款作成ニ登記株主募集、拂金拂込、總會等ハ凡テ設立行為ノ一部ニシテ唯一ノ法律ニ準據スヘキ性質ノモノナレハ「ラ」氏ノ云フ如ク此等各行爲カ各異ナリタル國ノ法律ニ支配セララル場合ヲ想像スルヲ得ス若シ此ノ如キ場合アラハ斯ル法人ハ孰レノ國ノ法律ニ依ルモ成立セサルカ故ニ何レノ國籍ヲモ有セサルモノト爲ルヘシ

又此主義ヲ採ルトキハ其實某國ニ於テ設立スヘキ會社ナルニ某國ノ法律規定ノ嚴格ナル適用ヲ避ケンカ爲メ他國ニ於テ設立スルニ至ル詐僞ノ行為ヲ取締ル能ハサルカ故ニ此主義ヲ不可ナリトスル學者アリト雖モ此ノ如キ惡手段ヲ禁遏スルニハ他ニ法律ヲ設ケテ十分ニ之ヲ取締リ得ル(例ヘハ我商法二五八條)ノ途ナキニ非ス

要スルニ此主義ハ法人ノ性質上當然ノ理論ニ適合スルモノト信ス(予輩先キニ此主義ヲ名ケテ設立地說ト爲シタルコトアルモ名稱ノ不當ナルコトヲ認メ之ヲ上ノ如ク改名シタリ)

第三說ハ法人住所地说ニシテ會社ノ國籍ハ其住所所在ノ地ニ依リテ定マルトノ說ナリ而シテ此說ニ於テハ事務ノ中心ト營業ノ中心ト同所ニ在ルトキハ議論ヲ生セサルモ此二ツノ中心カ異ナル國ニ在ルトキハ異論起ル斯ル場合ニ法人即チ會社ハ營業地ノ國籍ヲ有ストノ說ヲ取ルハ「リヨンカン」氏ナリ法人ハ實際上ノ營業ノ中心アル國ノ國籍ヲ有ストノ說ヲ取ルハ「リ」ニ非サル)事務即チ管理ノ中心ハ各人カ任意ニ定メ得ヘキモノナレハ事務ノ中心ニ國籍ヲ屬セシムヘキモノニアラス若シ然ラストセハ各會社ハ其好ム所ニ事務ノ中心ヲ定メ得ヘキヲ以テ法律ノ禁令の規定ニ服從スルト否トハ自由ニ選擇スルヲ得ルニ至ラント然レトモ此說ニ對スル非難ハ鐵道又ハ各種ノ軌道會社ノ如ク各國ニ跨リタル土地ニ營業スル場合ハ如何ナル標準ニテ國籍ヲ定ムヘキヤヲ決シ難ク又保險會社、船舶會社ノ如ク一定ノ土地ニ定著スルコトナク同時ニ各國ニ跨リテ營業ヲ爲スモノモ亦同シ且又此主義ニ據レハ佛國ノ國籍ヲ有スル「バナマ」運河會社ノ如キハ佛國會社ニ非スシテ中央亞米利加ノ國籍ヲ有セサルヘカラサルニ至ラント云フニ在リ故ニ次ニ會社ノ國籍ハ會社事務ノ中心即チ本店所在地ニ在リト論スル學者アリ即チ會社ノ事務ノ中心ハ會社ノ法律上ノ中心ニシテ營業ト云フカ如キ事實上ノ中心ト異ナリ會社事業ノ方針ヲ定メ株主總會アル所ナレハナリ(會社ノ活動ノ本據)ト云フニ在リ千八百九十一年「ハン

「ブル」ニ開キタル國際法協會ハ株式會社ニ付テ此主義ヲ採用セリ曰ク「在歐ナクシテ株式會社カ法律上ノ本據ヲ設ケタル國ヲ以テ其本國ト看做スヘキモノトス」ト此說蓋シ最モ非難少キモノノ如シ然レトモ極端ノ例ヲ推セハ營業所ヲ甲乙二國ニ設ケ隔年毎ニ之ヲ本店トスト定メタル場合ノ如キハ何レノ國籍ヲ有スルヤヲ決スルハ困難ナリト非難スルヲ得ヘシト雖モ此說ハ近來ノ學者ノ最モ多ク同意スル所ナリ然レトモ我國ノ法理ヨリ見ルトキハ此說ト第二說トハ其觀察點ヲ異ニスルニ止マリ歸スル處同一ナリト信ス何トナレハ我商法ニ依ル會社ハ內國會社ナルコト明カニシテ商法第四條四五條四六條四七條五一條五二條一四一條等ニ依レハ本店ヲ內國ニ置タヘキコト亦明カナリ例ヘハ「本店ノ所在地ニ於テ登記スヘシ」ト云フ規定ノ如ク登記裁判所ハ內國ノ裁判所ヲ指スコト明カナレハ本店地モ內國ニ在ルコトヲ要スト解スヘキカ如シ管ニ我邦ノミナラス獨佛ノ如キモ同一ノ解決ヲ當學者ニ於テ爲スモノ少カラス故ニ或國ノ法律ニ準據シテ設立セントスル會社ハ必ス其國ニ本店ヲ置カサルヘカラス、或國ニ本店ヲ置ク會社ハ必ス其國ノ法律ニ準據シテ設立セサルヘカラスト云フコトヲ得ヘシ要スルニ第二說ハ會社カ人格ヲ得ル點ヨリ觀察シ本店地說ハ本據ヲ設ケタル點ヨリ觀察シテ立言シタルモノニ過キスト信ス

而シテ商法第二五八條ニ於テ「日本ニ本店ヲ設ケ又ハ日本ニ於テ商業ヲ營ムヲ以テ主タル目的トスル會社ハ外國ニ於テ設立スルモノト雖モ日本ニ於テ設立スル會社ト同一ノ規定ニ從フコト

ヲ要ス」ト云フハ外國ニ於テ設立シタル會社カ本店ヲ日本ニ移ストキハ之カ外國會社タルコトヲ非認シ日本ノ法律ニ依リ新ニ設立行爲ヲ爲スヘキコトヲ命スルモノニシテ即チ上述ノ主義ヲ貫キタル規定ナリ又日本ニ於テ商業ヲ營ムコトヲ主タル目的トスル外國會社ハ云云トノ規定ハ日本法律ノ嚴格ナル規定ヲ避ケンストスル詐欺ノ行爲ヲ取締ル爲メニ上述原則ノ例外トシテ斯ル會社ハ本店ヲ外國ニ置クト雖モ之カ外國會社タル成立ヲ非認シ日本法律ニ依リ新ニ設立セシムルノ旨趣ニ過キス（法學協會雜誌二卷五號商法二五八條ニ付テト題スル博士山田三良氏所說參照）

第三 法律ニ依リ認許セラレサル外國法人

我國法ノ解釋トシテ民法第三六條ニ依リ認許セラレサル外國法人ハ我國ニテ私權ヲ享有セサルコト即チ權利能力ナキコトハ明カナレトモ我邦ニ於テ訴訟能力ナキヤ否ヤハ疑問ナルヘシ先ツ此場合ハ二ツニ分チ第一ニ我邦ニテ取得シタル權利ヲ理由トシテ訴訟ヲ爲スコトヲ許ササルコトハ明カナリ何トナレハ此等ノ法人ハ我邦ニテ私權ヲ享有セサル故ニ其享有セサル私權ノ保護ヲモ許スヘキニ非サレハナリ然レトモ其適法ニ設立セラレタル自國ニ於テ得タル權利ニ付テ我國ニ出訴スルヲ得ヘキヤ民法第三六條ハ日本ニ於テ權利ヲ取得シタル場合ト其本國ニテ權利ヲ取得セシ場合トヲ區別セサル故ニ之ヲ嚴格ニ解スレハ假令自國ニテ適法ニ得タル權利ニ付テ出訴スルモ我國ノ裁判所ハ之ニ原告、被告タル人格ヲ認ムヘカラスト謂ハサルヘカサルカ如シ

然ルニ又一方ヨリ見レハ其外國法人カ適法ニ權利能力ヲ認メラレタル自國ニテ得タル權利ハ日本ニ於テモ保護セラルヘキハ條理上相當ナリト言フヘキカ如シ此ノ如キ解釋ヲ得ンカ爲メニハ民法第三六條ヲ以テ單ニ日本國內ニ於ケル私權ノ享有ニ關スル法文ニシテ外國法人ノ訴訟能力トハ全ク關係ナキ規定ト看做シ且私權ノ保護ニ付テハ我裁判所ハ内人ト外人トヲ問ハス又法人ト自然人トヲ問ハス之ニ許與スルモノト解シテ訴訟能力アリト決定スヘキ乎思フニ嚴格ノ解釋トシテハ前説ヲ好シトスレトモ此ノ如キハ今日ノ狀態ニ於テ誠ニ不便ニシテ固陋ノ制度ト見ナルヘカラス歸スル所ハ新ニ立法ヲ以テ外國法人ハ民法第三六條ニ拘ハラス凡テノ場合ニ於テ訴訟能力ヲ有ストノ制度ヲ設クルヲ至當トス佛國ノ如キハ被告トシテ訴訟能力アリトシ原告トシテハナシトセリ(一八六三年五月一九日佛國大審院)是レ亦奇異ナル制度ナリ但外國ノ民事會社ヲ除ケハ本問ハ利益少キ問題ナリトス

又日本ニ於テ認許セラレサル外國法人ハ我國ニ於テ權利ヲ取得セントスル場合ニ於テ其法人ハ如何ナル性質ヲ有スルモノト見ルヘキカ日本ニハ明文ナシ獨逸民法施行法第一〇條ハ社團ニ付テハ普通ノ組合(獨民五四條)ノ規定ヲ適用ストセリ我國ニテモ同様ニ解釋シ得ヘシト信ス然レトモ財團法人ニ付テハ如何社員ナク單ニ財産ノミナルヲ以テ我國ニ於テハ之ヲ全ク人格ナキモノト見ルノ外ナカルヘシ

第九章 國籍

外國の要素カ法律關係ノ主體ニ附著スル場合即チ或人カ外國ノ國籍ヲ有スルコトハ國際私法ノ前提問題トナルコトハ嘗テ述ヘタリ此場合ニハ我國籍ニ關スル法律ニ依リ或人ハ日本臣民ナルヤ外國人ナルヤヲ決ス而シテ孰レノ場合ニ於テモ國籍トハ或人カ一國ノ屬人主權ニ服從スル關係ヲ稱スルモノトス普通ニ此關係ヲ「某ハ某國ノ臣民又ハ國民ナリ」トノ語ヲ以テ言表ハスモノトス而シテ或法律關係ニ本國法ヲ適用セラルル場合(例ヘハ法例三條乃至五條、一三條、一四條、一六條乃至二六條)ニハ單ニ日本ノ國籍ニ關スル法律ノミナラス其法律關係ノ主體タル外國人ノ屬スル本國ノ法律ニ依リテ其人カ果シテ其外國ノ國籍ヲ有スルヤ否ヤヲ確定スルノ必要ヲ生ス故ニ國際私法ノ前提問題トシテ或人ノ國籍ノ研究ハ必要ト爲ル然レトモ此問題ハ國際私法ノ前提問題ナルモ國際私法ノ專屬ノ問題ニ非スシテ寧ロ主トシテ其國ノ公法上ノ問題ニ屬ス(憲一八條)又或一私人カ甲國ノ臣民ナルヤ乙國ノ臣民ナルヤノ點カ國家ト國家トノ爭ト爲ルトキハ國際公法上ノ問題ト爲ルナリ故ニ國籍法ノ研究ハ國際私法ノミニ專屬セス此ヲ以テ國際私法ヲ論スル學者カ深ク之ニ涉ラサルモノアリ例ヘハ「アッセル」氏ノ如シ然レトモ多數ノ國際私法ノ前提問題トシテ併セテ之ヲ精密ニ研究スルモノトス

國籍ニ關シテハ各國ハ各其國法ニ於テ其國臣民ノ生來國籍、國籍ノ取得、喪失、回復等ノ條件

ヲ定ムルヲ常トス我國ニハ國籍法アリ

我國籍法ニ依レハ生來ノ國籍ヲ定ムルニハ主トシテ血統主義 (Jus sanguinis) ニ基キ (一條乃至三條) 出生地主義 (Jus soli) ヲ以テ之ヲ補フ (四條) 國籍ノ取得ニ關シテハ第一、親族法上ノ取得原因 (五條一號、二號、三號、四號、六條)、第二、歸化 (五條五號七條乃至一二條、一四條、一六條、一七條)、第三、法律ノ效力ニ依ル取得原因 (一三條、一五條) ノ三種アリ 國籍ノ喪失ニ付テハ第一、婚姻ニ因ル喪失原因 (一八條)、第二、外國ノ國籍ヲ取得シタルニ依ル喪失原因 (一九條乃至二四條) ノ二種アリ 此他國籍ノ回復ニ付テハ嘗テ日本ノ國籍ヲ失ヒタル者ハ一定ノ條件ヲ以テ日本ノ國籍ヲ回復スルコトヲ得ル規定アリ (二五條乃至二七條) 詳シクハ我國籍法ニ付テノ解釋の研究ヲ要ス

面シテ國籍ニ關スル規定ハ各國カ各其獨立シタル立法權ノ見解ニ從ヒ之ヲ定ムルヲ以テ或國ハ例ヘハ生來國籍ニ關シテ出生地主義ニ重キヲ置キ或國ハ血統主義ニ重キヲ置キ或國ハ之ヲ折衷ス面シテ折衷スルニモ程度ニ多少アリ 其他又國籍ノ取得、喪失、回復ニ付テモ各國其規定ヲ異ニスルノ結果トシテ第一、重國籍者ヲ生シ第二、無國籍者ヲ生ス前者ハ例ヘハ嚴格ニ血統主義ヲ取ル國ノ人民カ嚴格ニ出生地主義ヲ取ル國土ニ於テ子ヲ生ミタルカ如キ場合ニ於テ起リ後者ハ其反對ニ嚴格ニ出生地主義ヲ取ル國ノ臣民カ嚴格ニ血統主義ヲ取ル國ニ於テ子ヲ生ミタルカ如キ場合ニ生スルモノトス重國籍者ノ場合ハ國籍ノ積極的抵觸ト稱シ無國籍者ノ場合ハ國籍法ノ

消極的抵觸ト稱ス此積極消極ニ拘ハラヌ國籍抵觸ノ場合ハ國際間ノ問題即チ國際公法ノ問題ト爲ルコトアリト雖モ亦特ニ純粹ニ國際私法ニ於テ決定スヘキ問題ト爲ルナリ即チ重國籍者ニ對シテ法律關係ノ準據法タル本國法ヲ適用スル場合ニハ二ツノ國籍中孰レノ本國法ヲ適用スヘキヤ無國籍者ニ本國法ヲ適用スル場合ニハ本國法ナキカ故ニ之ヲ如何ニスヘキヤノ問題ナリトス此二問題ニ付テハ法例第二七條一、二項ノ規定アリ 後ニ準據法各論中本國法ノ適用ニ關スル説明ニ於テ論及スヘシ

面シテ此ノ如キ國籍ノ抵觸ヲ避ケンカ爲メニ國際私法學ノ理論ニ於テハ學者万ノ如キ理想の原則ヲ唱導ス第一、各人ヲシテ必ス一ノ國籍ヲ有セシムルヲ要ス第二、何人ヲモ二以上ノ國籍ヲ有セシムヘカラストノ原則是ナリ然レトモ是レ所謂萬國の研究法ノ結果タル理想ニシテ條約ヲ締結スルカ若クハ各國カ協同シテ一樣ナル國籍法ヲ制定スルノ舉ニ出テサル限ハ行ハレ難キ事實ニ屬ス

要スルニ各人ノ國籍ハ其國法ニ依リ定マルヲ通則トスレトモ各國國籍法ノ外時トシテハ領土ノ併合又ハ領土ノ割讓ハ國籍ノ取得喪失原因ト爲ル而シテ領土ノ併合又ハ割讓ハ主トシテ國際條約ニ依リ定マルモノニシテ如何ナル場合ニ於ケル如何ナル人カ併合シタル國ノ國籍ヲ取得スルヤ割讓シタル國ノ國籍ヲ失フモノナルカハ凡テ其條約ノ解釋ト領土ノ併合割讓ニ關スル國際公法上ノ先例トニ依リ定マルモノトス

(國籍ノ研究ハ此ヲ以テ足レリトスルニ非サレトモ要領ヲ主トスル此講義ニ於テハ主トシテ國際私法ノ專屬問題ノ研究ニ力ヲ前進セントスルカ故ニ國籍ノ事項ハ以上ヲ以テ一應足レリトスヘシ

第十章 私法關係ノ準據法ノ決定ニ關スル原理

一名法律抵觸ノ決定ニ關スル學說

我法例ニ依レハ國際私法の關係ノ如何ニ因リ或ハ本國法ヲ適用シ(三條其他)或ハ行為地法ヲ適用シ(七條二項、八條二項、二六條三項)或ハ目的物ノ所在地法ヲ適用シ(一〇條)或ハ事實發生地法ヲ適用シ(一一條)或ハ住所地法ヲ適用シ(一二條、二七條二項)或ハ婚姻舉行地法ヲ適用シ(二三條)或ハ居所地法ヲ適用シ(二七條二項)或ハ日本國法即チ法廷地法ヲ適用セリ此他學理上國旗法アリ各國ノ國際私法の規定モ亦此等ノ法律其他種種ノ土地ノ法律ノ適用ヲ命シ又一般ニ國際私法ノ理想の原則ニ於テモ各種ノ土地ノ法律ヲ適用スヘキ旨ヲ論定而シテ此ノ如キ法律關係ノ準據法ヲ定ムルニハ一定ノ標準ト爲ルヘキ原理アリヤ原理アリトスレハ其定式如何是レ玆ニ聊カ説明スヘキ點ナリトス

右準據法ヲ定ムル學說又ハ主義ニ付テハ先ツ第一ニ舉クヘキハ封建時代ノ法律屬地主義ナレトモ法律屬地主義ハ未タ以テ準據法ヲ定ムル學說ト云フヲ得ス何トナレハ前ニ述ヘシ如ク法律屬

地主義ハ法律抵觸ヲ決定セスシテ其儘存在セシムルモノナレハナリ是レ「スタチユ」學說カ此屬地主義ヲ破リテ始メテ法律抵觸ハ決定セラルルノ基礎ヲ開キタル所以ナリ而シテ法律ノ屬地主義ニシテ現時英、米ニ行ハルル學說ハ國際厚誼又ハ友誼(Comitas gentium)ノ學說ナリトス此說ニ於テハ自國ノ國法ノミヲ凡テノ國際私法關係ニ適用スヘキモノトシ時トシテ外國法ヲ適用スルコトアルモ是レ自國ノ利益ノ爲メニ外國ニ對スル好意ヲ以テ外國法ニ讓歩スルニ過キストスルナリ然レトモ好意ヲ施スコトハ各國ノ任意ナレハ好意ナルモノニ一定ノ標準アルコトナシ故ニ此說ハ法律抵觸ヲ決定スルニ何等ノ標準ヲ示シタルモノト謂フヲ得ス

第二ニ述フヘキハ國際私法學ノ先驅タル「スタチユ」學說ナリ此說ニ屬スル學者ハ種種ノ學說ヲ爲シテ一定セサルモ大體ニ付テ言ヘハ嘗テ述ヘタル如ク人事法即チ人の規定、物件即チ物的規定、混合法即チ行為ニ關スル規定(或ハ混合の規定)トシテ一先ツ法律抵觸決定ノ標準ヲ示シタルモノト謂フヲ得然レトモ是レ人、物、行為ニ付テノミ準據法ヲ與ヘタルモノニ過キス然ルニ社會ノ進歩ト共ニ法律關係複雜ト爲ルヲ以テ此學說ノ標準ヲ以テハ未タ複雑ナル總テノ法律關係ノ準據法ヲ定ムルニ足ラス即チ例ヘハ契約關係ハ人事法ニ屬スルヤ物件法又ハ混合法ニ屬スルヤ不法行為ニ關シテハ人事、物件、混合ノ孰レノ法律ニ屬スルヤノ如キ其他親族、相續、時効、後見、婚姻、離婚、商事會社、海商、手形、破産等ノ法律關係ハ人事、物件、混合法中ノ孰レニ屬スルヤ將タ孰レニモ屬セストセハ他ニ之カ準據法ヲ求ムヘキカ他ニ準據法ヲ求ムルノ

必要アリトセハ「スタチュ」學說ノ法律三分主義即チ三種ノ準據法ノ外尙ホ他ニ幾多ノ準據法ヲ新ニ設クルノ必要ナルヘカラス然ルニ本章ノ初ニ述ヘタル如ク今日ノ實際上各國ハ數多ノ準據法ヲ定ムルヲ見レハ「スタチュ」學說ハ進步シタル社會ノ法律關係ノ準據法ヲ定ムルニ十分ナラサルコトヲ見ルニ足ルヘシ

第三ハ獨逸學說ニシテ多クハ「スタチュ」說カ一法律關係ト其準據法トヲ示ス如キ煩雜ヲ避ケテ各法律關係ニ貫通シ得ヘキ一ノ根本の原則ヲ發見シ以テ各法律關係ノ準據法ヲ定ムル標準トセント試ムル說ナリ

即チ「ハウス」(Haus)氏ハ各法律關係ニ付テ各國ノ法律中當事者カ其法律ニ依ル意思アリト推測セラルヘキ法律ヲ適用スヘシト論ス然レトモ當事者ノ意思ハ推測シ得サル場合アルヘク又殊ニ此說ハ法律ナルモノハ當事者ノ意思ニ拘ハラス強行セラルル性質アルコトヲ遺脱シタル說ニシテ不當ナリ

次ニ「シェフテル」(Schiffner)氏ハ各法律關係ニハ其法律關係ノ發生シタル土地ノ法律ヲ適用スヘシト論ス此說ニ對シテハ法律關係カ發生シタル土地ヲ定ムルコトハ困難ニシテ不能ナル場合アルカ故ニ不當アリ例ヘハ當事者二人間ノ關係ハ孰レノ場所ニ發生セシヤ又主體ト目的物ト場所ヲ異ニセハ孰レノ場所ニ發生セリト云フヘキカ等ヲ定ムルニ困難ナルカ如シ故ニ此說ニ依ラントセハ更ニ法律關係ノ發生シタル土地トハ如何ナルモノヲ指スカトノ問題ヲ決セサルヘカ

ラス即チ此說ハ準據法決定ノ問題ヲ他ノ問題ニ移シタル說ニ過キス

次ニ「ウエヒテル」(Weiche)氏ハ各法律關係ニハ法廷地法(Locus)即チ訴訟ヲ裁判スヘキ判事ノ屬スル國ノ法律ヲ適用スヘク而シテ法廷地カ明示又ハ默示ニテ外國法ノ適用ヲ命スルトキハ之ニ從フヘシト說ク此說ハ一國の研究法ノ原則ニシテ其國ニ於テ現ニ法律ヲ適用スル場合ニ其國ノ準據法の規定ハ如何トノ間ニ對スル原則トシテハ勿論正當ナレトモ理論上各私法關係ノ準據法ヲ定ムルニハ如何ニスヘキヤトノ萬國的研究法ノ疑問ニ對シテハ何等ノ解答ヲ與ヘタルモノト謂フヲ得ス

「アイヒホルン」(Eichhorn)氏ハ凡テ法律關係ニハ人ノ住所、地法ヲ適用スヘシト論ス然レトモ法律關係ハ二人以上ノ關係ナルニ二人共住所ヲ異ニスル場合ニハ孰レノ住所ノ法律ヲ適用スヘキヤノ批難ナキヲ得ス

要スルニ以上ノ諸說ハ各種ノ法律關係中ノ或法律關係ノミニ限リタル準據法ヲ定ムルニ付テハ適當ナルモ即チ例ヘハ「ハウス」氏ノ說ハ法律行為ノ成立若クハ效力ニ付テノ關係ノ準據法トシテハ正當ナルヘク(法例七條)「シェフテル」氏ノ說ハ不法行為等ノ關係ノ準據原則トシテ適當ナルヘキモ(法例一條)各種ノ私法關係ニ涉リテ一般ニ之ヲ適用セントスルトキハ不十分ナル原則ナリトス是ニ於テカ「サビニー」氏ノ原則起レリ氏ハ氏ニ先テタル「スタチュ」學說カ凡テ法律關係ヲ決定スルニ不十分ナルヲ認ムルト同時ニ其原則中ニモ或點ニ眞理アルヲ認メ又前ニ

學ケタル獨逸諸學者ノ說ハ不十分ナリト雖モ同時ニ右諸學者ノ如ク一ノ原則ヲ以テ各法律牴觸ヲ決定スル標準ヲ求ムルノ適切ナルヲ認メタリ且氏ノ本國タル獨逸ハ數多ノ邦國ニ分レ多數ノ私法並存スル狀態ノ中ニ在リテ之ニ加フルニ氏ハ各國國法ノ上ニ理論ノ力ニ依リテ隱然支配力ヲ有スル羅馬法ヲ研究シタル大家ナルヲ以テ氏ノ理論ハ自然此等幾多ノ現象ノ感化ニ成レリ氏ハ其說ノ起點トシテ「各國ノ間ニ存スル法律ノ共通」(Vollerechthelien gemeinschaft)ト名クル前提ヲ置ケリ其意義ハ各國ハ自國ノ法律ヲ適用ト其ニ外國ノ法律ヲ適用ヲ認メサルヘカラス且各國私法ノ牴觸ハ一様ニ決定セサルヘカラスト云フニ在リ即チ各法律關係ナルモノハ其性質上一定ノ土地ノ法律ニ支配セラルルモノニシテ如何ナル國ニ於テモ裁判所ハ其法律關係ヲ支配スル所ノ土地ノ法律ヲ適用セサルヘカラスト云フニ在リテ換言スレハ「スタチュ」學說ノ如ク人事法、物件法、行爲法ノ如キ區別ハ之ヲ措キ法律關係準據法ノ問題起リタルトキハ其法律關係ノ性質ヲ分析シ其性質ニシテ一タヒ明カナルトキハ其性質ニ最モ適合シタル法律ハ何レノ土地ノ法律ナルヤヲ探究シ内國法ト外國法トヲ問ハス其法律ヲ其法律關係ニ適用スヘシト云フニ在リ氏ノ語ヲ以テ言ヘハ各法律關係ニ付キ其關係ノ固有ニシテ且重要ナル性質ニ最モ適合シタル法律ノ支配區域ヲ定メ其法律關係カ本據ヲ有スル土地ノ法律ヲ適用スヘシト云フニ在リ然レトモ亦各國ニ於テ一定ノ法律ハ法律關係ノ區別ニ拘ハラス絕對ニ適用セラルヘキモノアリ (dogmatisch-von streng zugehöriger Natur) 即チ道德上、政治上、經濟上及ヒ警察上等ノ性質ヲ有スル法

律ニシテ一般ノ公益 (Publicitas) 上ノ理由ヨリ生シタル原則ノ如シ例ヘハ多妻ヲ禁スル制度ノ如シ又他ノ一方ハ「一國ハ自國ニ於テ認容セサル或外國ノ制度ヲ適用スルヲ許スヘキニ非キ」(Rechts institute eines Aussenen Staates) Loren Degen in dem unseren überhaupt nicht anerkannt) 例ヘハ外國ノ制度タル準死又ハ奴隸ニ付テノ法律制度ハ獨逸ニ於テ適用ヲ許ササルカ如シト説明セリ要スルニ氏ノ說ハ相互ニ相制限スル二ノ原則ニ歸著ス曰ク

第一、法律關係ノ準據法ハ専ラ法律關係ノ性質ニ依テ定マルモノニシテ其適用セラルヘキ法律カ内國法タリ外國法タルヲ問ハサルモノトス

第二、其國ノ公安ニ關スル事項ニ付テハ内國ノ法律ハ外國法ヲ排斥シテ適用セラルモノトス「サビニー」氏ハ此原則ヲ置キ之ヲ各種ノ法律關係ニ適用シテ各其準據法ヲ決定セリ即チ大體ニ付テ云ヘハ氏ハ能力及ヒ親族法上ノ關係ニ付テハ住所法ヲ適用スヘク物權ニ付テハ物ノ所在地法 (Lex rei sitae) ヲ準據法トスヘク債權ニ付テハ當事者ノ選擇シタル法律ヲ以テ準據法トスヘク行爲ノ方式ニ付テハ行爲地法ヲ適用スヘク公安、訴訟手續等ニ付テハ法廷地法ヲ適用スヘク相續ニ付テハ死者ノ住所法ヲ適用スヘシトセリ右決定ノ結果ニ付テハ今日一般ニ行ハルル學說ト異ナレル解決タルヲ免レサルモ理想上ノ研究法トシテ即チ準據法ヲ定メントスル立法論ノ基礎トシテハ前述セル氏ノ二大原則ハ爭フヘカラス眞理ナリ故ニ其後ノ學者多クハ此「サビニー」氏ノ標準ニ基キ各法律關係ノ準據法ヲ定ムルコトヲ研究シテ理論上各法律關係ニ

付テ適用スヘキ準據法ヲ定メ之ヲ「國際私法ニ於ケル一般原則」(Principes généraux en droit international privé)ト名ケ身分、能力、財産、相続等總テノ私法關係ニ付キ各其適當ナル準據法ヲ宣言スルニ至リ隨テ此一般原則ハ近世各國國際私法ノ立法ノ標準ト爲リ又準據法ニ關スル條約ノ基礎ト爲リシモノトス例ヘハ我法例ニ各種ノ法律關係ノ準據法ヲ定メタルカ如シ人ノ能力、婚姻、親子、後見、相続、遺言等ノ法律關係ノ準據法ヲ本國法ト定メタルハ此等ノ事項ニ關スル法律ハ其國ノ氣候、土地、國體及ヒ其人種ノ特性ト密接ノ關係ヲ有スルカ故ニ其國ニ屬スル人民ハ此等ノ法律關係ニ付テハ永久其本國ノ法律ノ適用ヲ受ケシムルヲ相當トシタルカ故ニシテ其他所在地法、事實發生地法各種ノ準據法ヲ定メタル理由モ各其法律關係ノ性質上適用スヘキ法律ナリト認メタル一般原則ヲ採用シタルモノナリトス而シテ學者或ハ右ノ一般原則ヲ定ムル主義ヲ「サビニー」氏ノ主義ト區別シ一般原則主義(Système des principes généraux)ト名クルモ例ヘハ「ジッター」(Zittar氏)是レ「サビニー」氏ノ原則ノ適用(即チ此標準ニ基キ研究シテ得タル結果)ニ過キスシテ「サビニー」氏ト異ナリタル別種ノ主義ト云フハ不當ナリトス

而シテ茲ニ一言スヘキハ以上「サビニー」氏ノ主義ハ一般的研究法即チ理想上準據法ヲ定ムルニ付テハ眞理ナリト斷言シテ憚カラサルモノ一國的研究法ニ於テハ之カ立法理由ヲ知ル爲メニ必要ナルニ止マリ一國的研究法ノ原則トシテハ嘗テ述ヘタル如ク一國ノ法制ハ各其國ノ沿革、僻見

等モ加ハルカ故ニ必スシモ純然タル理想ニ從ヒタルモノト云フヲ得サレハ勿論前ニ述ヘタル「ウエビター」ノ所說ニ從ヒ研究スルヲ妥當トス然レトモ本章ハ元來準據法ヲ定ムル原則ノ說明ナルヲ以テ勿論理想的研究法ノ理論ニ付キ專ラ研究スルニ在ルヲ注意スルヲ要ス

準據法決定ノ原則トシテハ「サビニー」ノ學說ヲ以テ足レリトスト雖モ以下第四トシテ近來一ノ新說トシテ學者間ニ歡迎セラレ佛、伊、白等ノ學者ノ大部ノ採所トナリシ所謂伊太利學派ノ屬人法主義ニ付キ一言セントス

屬人法主義 (Système de personnalité du droit) 或ハ之ヲ本國法說 (La jurisprudence de nationalité) トモ謂フ中古以來數世紀間數多ノ地方ニ分裂シタル伊太利民族カ一國ニ統治セララルヲ見ルニ至リシハ一ニ民族の感情ノ爆發シタルニ外ナラス故ニ此本國の感情ハ元來政事の感情ナリシモ其伊太利統一ハ援イテ法律の感情ニ及ホシ伊太利ニ於ケル法典ノ編纂ト爲リ伊太利ノ國籍及ヒ其國籍ニ附著スル權利ハ伊太利の血統ヲ有スル總テノ人民ニ附著シテ離ルヘカラサルモノナリト主張シ外國人ニ對シテモ各其本國ノ國籍及ヒ之ヨリ生スル權利ハ尊重スヘシトノ理論ヲ生スルニ至リタルナリ此主義ハ「マンチニー」ノ始メテ唱導シタルモノナリ今此主義ヲ簡明ニ言表ハシタル「ウエース」氏ノ定式ヲ舉クレハ左ノ如シ曰ク

法律カ私人ノ利益ヲ規定スル場合ニ於テハ常ニ其私人ノ利益ヲ目的トス即チ法律ハ其私人ノ爲メニ作ラレタルモノナレハ其私人ノミラ支配シ然レトモ其私人ニ對シテハ法律ハ其到ル所

ニ於テ總テノ法律關係ヲ支配ス但國際公安ニ關スル例外ハ場所ハ所爲ヲ支配ストノ原則及、當事者ノ意思ヨリ生スル制限ニ付テハ此限ニ在ラス
ト換言スレハ或人ノ本國法ハ其人ノ到ル處總テノ法律關係ヲ支配ストシ之ニ三個ノ例外又ハ制限ヲ置キタルモノトス

而シテ此原則ノ理由ハ第一ニ國家ハ同時ニ屬人主義ト領土主權トヲ有ス而シテ領土ナキ國家ヲ想像シ得ヘキモ（水草ヲ逐フ人種）國民ナキ國家ヲ想像シ得ヘカラス領土ノ國家ニ於ケルハ住所ノ個人ニ於ケルカ如シ故ニ國民アルニ依リ又國民ノ爲メニ國家ハ存在スルモノニシテ屬人主權ハ主ニシテ領土主權ハ從タルモノニ過キス由テ其本國法ハ到ル處ノ國ニ於テ適用セラルヘキモノナリ故ニ人ノ本國法以外ノ法律ヲ其人ニ適用セントスル國ハ他國ノ同等ナル主權ヲ侵スモノナリト云フニ在リ第二ノ理由ハ各人ノ利益ニ最モ適合シタル法律ハ其本國法ナリ各國私法ノ特質ヲ構成スルモノハ人種、風習、傳說、出生地等ナリ故ニ各人ハ到ル處其本國法ニ支配セラレラ至當ナリトスト云フニ在リ
而シテ例外ノ第一タル國際公安ニ付テハ各國ハ外國人ノ本國法ヲ適用スルヲ許スヘキモノナリト雖モ其自國ヲ防衛スル權利上外國人ノ本國法ヲ適用スルトキハ自國ノ公ノ秩序及ヒ善良ノ風俗ヲ害セラルルトキハ其本國法ヲ適用スヘキニ非ス又例外ノ第二タル場所ハ行爲ヲ支配ストノ原則ハ實際上ノ必要ヨリ生シ且國籍ノ異ナリタル當事者間ノ法律行爲ニハ本國法ヲ適用シ得サ

ルノ理由ヨリ生シタル例外ニシテ第三ノ當事者ノ意思ヨリ生スル例外ハ法律行爲特ニ契約ニ關スル法律ハ當事者ノ意思ヲ重シトスルカ故ニ必スシモ本國法ニ從フヲ要セストスルモノナリ蓋シ本國法中必ス當事者ニ適用セラルヘカラサル命令規定又ハ禁止規定アリ又當事者ノ意思ヲ解釋スル許容規定アルカ故ニ此許容的規定ニ付テハ本國法ヲ嚴格ニ適用セストシタルナリ

此屬人法說ハ其立論ノ簡單明瞭ナル點ニ於テ幾多學者ノ同意ヲ得タリト雖モ其歷史ヨリ云ヘハ元來政治的感情ノ横溢シタルモノニシテ準據法ヲ決定スルニ十分ナルモノト謂フヲ得ス何トナレハ(1)此學說ハ原則トシテ總テノ法律關係ノ準據法ヲ本國法ト定ムルニ止マルカ故ニ極メテ漠然タル原則ニシテ國籍ヲ異ニスル人々ノ間ニ生シタル法律關係ニ付テハ如何ニ本國法ヲ適用スヘキヤヲ定ムルニ十分ナリ此主義ノ學者或ハ答ヘテ曰ハン例ヘハ婚姻ニ關シテハ夫ノ本國法若クハ妻ノ本國法又ハ婚姻關係ノ點ニ關シテハ夫ノ本國法他ノ點ニ付テハ妻ノ本國法ヲ適用スルコトト爲リ親子ノ關係ハ親若クハ子ノ本國法ニ依ルコトト爲ル故毫モ差支フルコトナシト然レトモ此ノ如ク法律關係中ニ區別ヲ爲シテ某ノ點ニ付テハ某ノ本國法ヲ適用スト爲ストスレハ即チ「サビニー」氏ノ所謂法律關係ノ性質ニ依リ適用スヘキ法律ヲ定ムルモノニ非スシテ何ソヤ(2)又此原則ハ總テノ法律關係ノ準據法ヲ定ムルニ十分ナリ即チ此學說ハ本國法ヲ本則トシテ他ニ三種ノ例外ヲ設クト雖モ要スルニ法律關係ヲ四分シテ之ヲ本國法又ハ其他ノ例外ニ於テ支配スルモノトシ之ニ本國法、國際公安、行爲ノ方式又ハ當事者ノ意思ヨリ生スル法律ノ四種中其

一ヲ選ヒテ適用スルニ過キス然ラハ是レ法律三分説タル「スタチユ」學說ヲ僅ニ補修シテ法律四分説ト爲シタルニ過キス然ラハ法律三分説ハ進歩シタル社會ノ法律範圍ヲ總テ決定スルニ足ラストノ批難ハ移シテ以テ其學說ニモ加フルヲ得ヘシ故ニ伊太利民法ハ本國法説ニ據リタリト託言スレトモ此本國法説以外ノ原則ニ讓歩シタル跡少カラス即チ同法典ニ據レハ人ノ身分、能力、親族法及ヒ相續法上ノ關係ニ付テハ本國法ニ據ラシメタルモ（六條、八條）財産ニ關スル法律關係中不動産ニ關シテハ本國法主義ヲ全ク拋棄シ、動産ニ關シテハ其所在スル國ノ法律ニ反對ノ規定ナキ限ニ於テ本國法主義ヲ適用セシニ過キス（七條）又行爲ノ方式及ヒ債權ノ實質ニ付テハ單ニ當事者雙方カ同一ノ國籍ヲ有スル場合ニ於テノミ本國法主義ヲ適用スルニ過キス（九條）此ノ如キハ本國法主義カ準據法決定ノ標準トシテ充分ナル原則タルニ足ラサルヲ自認スルニ非ヌヤ況ヤ同シク屬人法主義ニ左祖シタル「ローラン」氏起草ノ白國民民法草案ノ如キハ本國法適用ノ區域ヲ一層縮少セリ又其他各國ノ國際私法の規定ニ至リテハ能力、親族、相續以外ノ法律關係ニ付テハ本國法ヲ適用スヘキ場合極メテ少シトス唯前ニ云フカ如ク此學說ニ於ケル本則ト例外トヲ區別セシテ各一ノ獨立シタル準據法ト看做シ之ニ相當ノ法律關係ヲ適用スルモノトスレハ各適當ノ準據法ト爲ルヘキモ然ルトキハ右四個ノ原則以外ニ尙ホ幾多ノ準據法ヲ定ムルノ要アリテ結局「サビニー」氏ノ各法律關係ノ性質ニ從テ準據法ヲ定ムヘシトノ主義ノ應用ニ外ナラサルモノト爲ルヘキナリ

要スルニ屬人法主義ハ其聲ノ大ナルニ似ス其當ヲ得タルモノニ非ス故ニ「ワレイユ、ソンミニール」氏ハ此主義ヲ各種ノ法律抵觸決定ノ學說中最モ人望アル説ニテシ量モ誤謬ナキ説ナリト評セリ之ニ反シテ「サビニー」氏ノ説ハ最モ平凡ナルカ如シト雖モ當ヲ得タルモノニシテ將來進テ國際間ニ條約ニテ準據法ヲ定ムルニ當リテモ據ルコトヲ要シ各國立法者カ從來其國際私法の規定ヲ定ムルニ當リテモ據リ來リタルモノト云フコトヲ得即チ各法律關係ノ性質ヲ分析研究シ其性質ニ最モ適合シタル準據法ヲ設クルコト是レ立法ニ際シテ採ルヘキ主義トシテ最モ至當ナリト謂フヘシ

第十一章 準據法タル外國法ノ適用ニ關スル制限

一名國際公安論

我日本ノ立法者ハ私法ノ關係ヲ數種ニ分テ之ニ本國法（*Lex patriae*）行爲地法（*Lex loci actus*）又ハ *Lex loci contractus*）所在地法（*Lex situs*）又ハ *Lex rei sitae*）事實發生地法（*Lex loci*）住所地法（*Lex domicilii*）婚姻舉行地法（*Lex loci celebrationis*）居所地法（*loi de residence*、*authentic*）法廷地法（*Lex fori*）等ヲ適用スルコトヲ命シタルハ日本立法者ノ見解ニ依リ「サビニー」氏ノ云フ處ノ原則ニ基キ各種ノ法律關係ノ性質上適用スヘシト認メ此規定ヲ設ケタルモノナリ是レ各論ニ於テ一一研究セントスル事項ナリトス（法例三條以下二八條、商施一二五

條、(二六條)而シテ此研究ニ依リ各種ノ法律關係ニ其準據法ノ適用ヲ爲ス然ルニ講義ノ初ニモ云ヒシ如ク準據法ニハ日本ノ法律アリ外國ノ法律アリ日本ノ法律ヲ準據法トシテ適用スル場合ニハ何等ノ問題起ラスシテ其關係ニ對スル國際私法ノ問題ハ茲ニ終了然ルニ外國ノ法律ヲ準據法トシテ我法廷ニ於テ適用スル場合ニ於テハ更ニ一ノ問題起ル外國法ノ適用ニ關スル制限是ナリ制限ハ法例第三〇條ニ定ム曰ク外國法ニ依ルヘキ場合ニ於テ其規定カ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルトキハ之ヲ適用セスト是レ「サビニー」氏ノ第二ノ原則及ヒ屬人主義ノ國際公安ニ關スル例外ナルモノト其趣旨ヲ同シウシ明文ハ異ナルモ各國ノ立法ニ於テモ略一致シテ認メラル所トス(獨民施三〇條、伊民一二條等)「オクスホルド」國際法協會決議ニ曰ク「如何ナル場合ニ於テモ他國ノ法律カ一國ノ公法又ハ公安ニ反スルトキハ其國ノ領域内ニ於テ其承認及ヒ助力ヲ受クルコトヲ得ス」ト蓋シ會テ「スタチュ」學說及ヒ國際私法ナル理論ノ起源ニ付テ述ヘタルカ如ク封建的屬地主義ハ一國ニテ有效ナル關係ヲ他國ニテ無効ナラシムルカ如キ不條理アリ又取引ヲ安全ナラシムルノ途ニ非ナリシヲ以テ此ノ如キ不便ヲ矯正セシムルカ爲メニ各關係ノ準據法ヲ定メ外國法ヲ適用スルコトヲ爲シタルモノナレトモ亦之カ爲メニ一國ノ公序良俗ヲ犧牲ト爲シテマテモ準據法タル外國法ヲ適用スヘキノ理由ナキヲ以テ斯ル規定ヲ置キタルモノニシテ理論上學者モ殆ト此準據法適用ノ制限ヲ設クルノ必要ニ付テハ一致セリトス但公ノ秩序(Ordre public)即チ公安ナル文字ハ其意義ノ漠然タルコトニ付キ批難アリ然レトモ之ニ代ルヘキ

適當ノ文字ヲ見出スヘキ企モ亦成功セサルナリ「ウキヒテル」ハ之ヲ強行法(Legge cogentes)ト謂ヒ「サビニー」ハ同シク強行法ト謂ヒ(但前章「サビニー」氏ノ學說ヲ參照スヘシ)「バーネ」ハ禁止法ト曰ヒタルモ遂ニ自ラ不満足ト認メタル公安(Officiel ordnung)ナル文字ヲ使用スルニ歸著セリ國際法協會ハ公法及ヒ公安ト謂フ是ハ蛇足ヲ加ヘタルナリ「ローラン」ハ社會ノ權利(Droit de la société)ト云フモ是レ亦漠然トシテ他ノ意義ニモ涉ルカ如シ「マルテンス」ハ不正ニシテ且不道德ナル外國法ヲ適用スヘカラスト云ヘリ要スルニ公ノ秩序ナル文字ハ一般ニ用ヒラルモノトス

而シテ此ノ如ク原則ノ定式ハ粗ホ一致スルモ如何ナル外國法ハ公序良俗ニ反スルヤトノ公安ノ範圍ニ付テハ學者間ニ議論アルヲ免レズ然レトモ畢竟スルニ各個ノ場合ニ付テ一之ヲ決定スルノ外ナシ「フエリクス」氏ハ「如何ナル國ト雖モ文明國ニ於テハ半開以下ノ國ニ法律上許スセラルル多妻主義、血族相姦、道德ニ違背シタル契約ノ履行、殘忍ナル懲戒方法ノ使用ヲ許スコトナシ故ニ外國人カ奴隸ヲ誘ヒ來リ之ヲ奴隸トシテ取扱フノ權ヲ認ムヘカラス」ト論シ「同氏著一五節」又學者ハ一般ニ奴隸制度、多妻制度又ハ華死ノ制度ノ如キモノヲ公安ニ反スルモノトシテ例示セリ要スルニ法文ニ於テ一「明言セサルヲ以テ一國內ニ於テモ甲裁判所ト乙裁判所ト公安ニ付テノ決定ヲ異ニスルヲ免レサレトモ茲ニ注意ヲ拂フヘキハ茲ニ所謂公序良俗ト民法第九〇條ノ公序良俗トノ區別ナリトス「プロシエル」氏ハ前者ヲ國際公安ト名ケ後者ヲ國內

公安ト名ク「レーネ」氏カ前者ヲ絕對的公安、後者ヲ相對的公安ト謂ヒ「ローレン」氏ハ前者ヲ一般公安後者ヲ特別公安ト謂フ凡テ此兩者ヲ對照セシ語ナリ予輩ハ普通ニ用ヒラル國際公安、國內公安ノ語ヲ姑ク使用スヘシ此二者ノ區別ニ付テハ概シテ言ヘハ其包含スル事項ノ點ヨリ觀テ國際公安ナル觀念ノ範圍ハ國內公安ナル觀念ノ範圍ヨリ一層狹シト謂フコトヲ得即チ一國ノ公法タル憲法、行政法、刑法、警察の規則等ノ如キハ國際的ニモ國內的ニモ公安ニ關スル規則タリ例ヘハ舊時ニ行ハレタル身ノ代金ヲ取リテ子女ヲ藝娼妓ニ賣ルカ如キ契約ハ民法第九〇條ニ依リテ無効タルト同時ニ奴隸賣買ヲ許ス國ニ於テ成立シタル奴隸賣買代金ノ債務履行ヲ日本裁判所ニ請求スルモ日本裁判所ハ法例第三〇條ニ依リテ結約地ノ法律ヲ適用セサルコト爲ルヘケレハナリ故ニ以上ノ點ニ付テハ國際公安ト國內公安トノ觀念ノ範圍一致スレトモ我民法ノ能力及ヒ親族、相續ニ關スル規定ノ大部分ニ至リテハ之ヲ國內公安ニ關スル規則ト謂フヲ得ヘシト雖モ之ヲ國際公安ニ關スル規則ト謂フヲ得ス即チ例ヘハ我民法第三條ノ二十年ヲ成年トストノ規定ハ公ノ秩序ニ關スル規定ニシテ未成年ナル日本人カ特約ヲ以テ自己ハ能力者ナリトシ無能力者タル利益ヲ拋棄スルモ其特約ハ民法第九〇條ニ依リテ無効ニシテ其未成年者ハ相手方ニ對シテ無能力ノ效力ヲ對抗シ得ヘシ然レトモ若シ外國ノ法律ニテ十九年ヲ成年トストノ規定アリテ我裁判所カ之ヲ其外國人ノ訴訟ニ適用スル場合ニ於テ其外國法ハ明カニ我民法ノ第三條ニ反スルモノナレトモ之ヲ以テ其外國法ノ規定ハ公ノ秩序ニ反スルモノトシ之ヲ適用セスト爲ス

コトヲ得ス是レ民法第九〇條ヨリ見レハ公安ニ關スル規定ナレトモ法例第三〇條ヨリ見レハ公安ニ關スル規定ニ非サルノ一例ナリトス又之ニ因リテ國際公安ナル觀念ノ範圍ハ國內公安ナル觀念ノ範圍ヨリ狹キヲ見ルヘシ但國際公安ノ問題ハ裁判所カ準據法タル外國法ヲ適用スル場合ニ起リ國內公安ノ問題ハ法律行為ノ有無、無効ヲ決定スル場合ニ起ルモノニシテ其適用ノ場合ト異ナルハ勿論ナレトモ茲ニハ同一ノ公ノ秩序、善良ノ風俗ナル語辭カ國際私法ニ於ケル場合ト普通私法ニ於ケル場合トニ依リ範圍ニ廣狹アルコトヲ一言シタルノミ終ニ臨ミテ注意スヘキ點ニアリ注意ノ第一ハ法例第三〇條ニ廣ク「外國法ヲ適用スヘキ場合ニ於テ」ト記スルカ故ニ該條ノ外國法適用ノ制限ハ單ニ當事者ノ本國法ニ據ルヘキ場合ノミニ限ラス契約地法、事實發生地法其他各種ノ外國法ニ據ルヘキ場合ノ總テヲ包含スルモノトス外國ノ學者ハ或ハ單ニ能力及ヒ親族、相續等人事法上ノ關係ノミノ場合ニ對スル制限ノ如ク論スルヲ見受クルモ此等ハ不當ノ見解ナリ或外國法ノ適用カ國家基礎ニ妨害ヲ與フルコトヲ防衛スル必要ハ其本國法ニ於ケルト他ノ準據法ニ於ケルト異ナラサレハナリ

注意ノ第二ハ其規定カ公安ニ反スルトキハ其外國法ヲ適用セストノコトハ其外國法カ我國ノ公安ニ反スルトキハ既ニ外國ニテハ適法ニ實現シ了リタル後ノ結果ヲモ我國ニ於テ全然無視スヘシト云フニ非スシテ唯公安ニ反スル外國法ヲ基礎トスル法律關係自體カ我國ニ於テ實現スルヲ忍容セスト云フニ在ルノミ故ニ例ヘハ法律ニテ多妻ヲ許シタル土耳其國總ナル者ト其數多ノ

妻タルB、C、Dトノ婚姻關係カ既ニ土耳其ニ於テ實現シ其間ニ出生シタル幾多ノ子女B'、C'、D'ハ其國法ニ依レハ凡テ同等ノ嫡出子ナルヲ以テAノ相續ニ付テハB'、C'、D'ハ何レモ我國ニ於ケル財產ニ關シテハ我國裁判所ニ於テモ共ニ嫡出子ト認メ各人ニ均シク相續權ヲ認ムヘキカ如シ然レトモ其妻タルB、C、Dニ對シAカ婚姻關係ヲ理由トシ我國ニ於テ同居ヲ求ムル訴ヲ起シタルトセハ我裁判所ハ多妻ヲ許ス所ノAノ本國法ヲ適用シテ其請求ヲ許スヘキモノニ非サルカ如シ埃及副王「イスマイル、バシヤ」ノ閨房婦人ノ一人カ伊太利ノ「ナール」人某ニ戀著シ其ニ僧老ヲ契リテ「ナール」州ノ避村ニ遁ル其地ノ戶籍吏ハ右ノ事實ヲ伊太利官廳ニ報告シタル後右兩人ノ婚姻ノ届出ヲ受理セリ「バール」氏ハ此取扱振リヲ至當ト論セリ若シ此場合ニ婚姻ノ届出ヲ拒ミシナラハ是レ伊太利ニ於テ多妻制度ノ效力ヲ認メタルモノト爲ルヘシ「ローレン」(一六六節)

注意ノ第三ハ法例第三〇條ニ依リ外國法ヲ適用セサル場合ニ於テハ準據法タル外國法ハ其法律關係ノ上ニ支配力ヲ有セサルコトト爲ルカ故ニ其關係ハ全然日本ノ法律ニ依リテ支配セララルコトト爲ルハ深ク論スルヲ須ヒサルヘシ

第十二章 外國國際私法ノ適用一名反致法論

(Théorie du renvoi, Theorie der Rück- und Weiterweisung)

法例第二九條ニ曰ク「當事者ノ本國法ニ依ルヘキ場合ニ於テ其國ノ法律ニ從ヒ日本ノ法律ニ依ルヘキトキハ日本ノ法律ニ依ル」ト是レ我法例ニ於ケル反致法の規定ナリトス而シテ此法文ハ少シク説明ノ勞ヲ加ヘサレハ明瞭ナラサル規定トス即チ嘗テ云フ如ク一國ノ私法ハ國內私法の規定即チ直接規定ト國際私法の規定即チ準據法の規定(間接法)トヨリ成ル前者ハ滿何年ヲ以テ成年トスト云フ如ク法律關係ヲ直接ニ規定スルモノ後者ハ人ノ能力ハ本國法ニ依ルト云フ如ク法律關係ヲ間接ニ定ムルモノナリ而シテ法例第三條ニ於テ人ノ能力ハ本國法ニ依ルト云フニ當リテ其本國法ト稱スルハ一般ニ其人ノ屬スル本國ノ國內私法の規定ヲ指スノ意ナリトス然ルニ嘗テ陳ヘタル如ク各國各々自國ノ國際私法アル故ニ右ノ本國ノ私法中ニ別ニ國際私法の規定アルヘシ而シテ其國際私法の規定ニ於テハ或ハ我法例第三條ノ如ク人ノ能力ハ本國法ニ依ルト定メスシテ人ノ能力ハ住所法ニ依ルト定ムルコトアリ(英、瑞典等ノ如シ)然ルトキハ問題ト爲リタル人ノ住所カ日本ニ在ルトキハ其本國ノ國際私法の規定ニ依レハ住所タル日本ノ法律ヲ適用スヘキコトト爲ル斯ル場合ニハ日本ノ國內私法の規定ヲ適用スヘシトノ意ナリ略言スレハ法律カ法例各條ニ於テ當事者ノ本國法ニ依ルヘキ旨ヲ命シタル場合ニ於テ其本國ノ國際私法の規定ニ依レハ却テ日本ノ國內私法の規定ヲ適用スヘキモノト爲ルトキハ日本ノ國內私法の規定ヲ適用スヘシトノ意ニシテ例ヘハ日本ニ住所ヲ有スル英人ノ能力ノ有無ニ付キ問題ヲ生シタルトキハ法例第三條ニ依レハ本國法タル英國法ノ規定ニ依リ滿二十一年ヲ成年トスヘキモノ

ナレトモ英國ノ國際私法ニ依レハ人ノ能力ハ住所地方ニ依ルトノ主義ヲ取り而シテ日本ハ其英人ノ住所地方タルカ故日本ノ民法第三條ノ規定ニ依リ滿二十年ヲ以テ其英人ノ成年ト定ムヘシトノ規定ナリトス此他其人ノ本國ノ國際私法ノ規定カ人ノ能力ハ行為地法ニ依ルト定メタル場合ニ其人カ日本ニ於テ行為ヲ爲シタルモノナルトキ又ハ人ノ能力ハ財產所在地法ニ依ルト定メタル場合ニ日本ニ其人ノ財產ノ所在スル場合ノ如キトキハ其人ノ本國ノ國際私法ノ規定ノ結果トシテ總テ日本ノ民法ニ依リ外國人ノ能力ヲ定ムルコト爲ルナリ而シテ此規定ヲ反致法ト名クル所以ハ一國ノ國法ヲ準據法ヲ指定シタルニ指定セラレタル國ノ法律カ更ニ指定シタル國法ニ反致スルカ故ナリ即チ前例ニ於テ初メ日本ノ法律カ本國法タル英國法ニ依ル旨指定シタルニ英國法ハ更ニ住所地方タル日本ノ法律ニ依ル旨突キ戻スカ故ナリ而シテ此反致法規定ノ適用アルカ爲メニハ我國ノ國際私法ノ規定ト外國ノ國際私法ノ規定ト準據法ニ關シテ同一ノ主義ヲ取ラサル場合ヲ豫定ス即チ我國ニテハ能力ニ關シ本國法ヲ準據法トシ英國ニテハ住所地方ヲ準據法トスル場合ノ如シ故ニ我國ト同シク能力ニ付キ本國法ヲ準據法トスル佛國、伊國、獨逸國ノ如キ國ニ對シテハ全ク反致法ノ適用ナシトス

我法例第二九條ハ右ニ述フルカ如ク多少ノ註釋ヲ加ヘテ解釋シ其意義始メテ明カナルヘシ獨逸ニモ類似ノ反致法ノ規定アリ即チ民法施行法第二七條ニ曰ク獨逸民法施行法第七條第一項第一三條第一項、第一五條第二項、第一七條第一項及ヒ第二五條ニ依リテ外國ノ *Gesetz* (法律ト

譯ス)ヲ適用スヘキ場合ニ於テ其外國ノ *Recht* (同シク法律ト譯ス)ニ依レハ獨逸ノ *Gesetz*ヲ適用スヘキ場合ニ於テハ獨逸ノ *Gesetz*ヲ適用スト即チ獨逸ノ法ハ國內私法ノ規定ヲ *Gesetz*トシ國際私法ノ *Recht*ト爲シ文字ニ區別ヲ用ヒタリ日本法例ハ日本ニ *Gesetz*ト *Recht*トヲ區別スヘキ文字ナキカ故ニ其ニ法律ナル語ヲ用ヒタレハ該法文ハ聊カ不明瞭ト爲レリ故ニ第二九條ハ其解釋方法如何ニ依リテハ奇怪ナル結果ヲ生ス即チ當事者ノ本國法ニ依ルヘキ場合ニ於テ其國ノ法律ニ從ヒ日本ノ法律ニ依ルヘキトキハ日本ノ法律ニ依ルトノ成文中ノ「其國ノ法律」及ヒ最初ノ「日本ノ法律」ナル文字ヲ總テ國際私法ノ規定ト解シ之ヲ前例ノ英國ト日本トノ例ニ充ツレハ英國人ノ能力ニ付キ法例第三條ニ依リ本國法ニ依ルヘキヲ以テ英國法ニ依ルニ英國ノ國際私法ノ原則ニ於テハ人ノ能力ハ住所地方ニ從フト定ムル故ニ住所地方タル日本ノ法律ニ依ルコトト爲ル依テ日本ノ國際私法タル法例第三條ニ依ルニ同條ハ規定シテ人ノ能力ハ其本國法ニ依ルトスル故更ニ英人ノ本國法ニ依ラサルヘカラス而シテ其英人ノ本國法ニ依レハ住所地方タル日本ノ法例ニ依ルコトト爲リ此ノ如クシテ日英兩國ノ法律ハ此英人ノ能力ヲ決定スルノ任ハ住所地方タル貴國ノ法律ニ在リ否却テ本國タル貴國ノ法律ニ在リト云フカ如ク相互ニ循環極リナク讓合ヒ互ニ投ケ反スノ結果ヲ生スルノミニシテ如何ナル時ニ至ルモ何年ヲ以テ能力トスルヤノ問題ハ終結スルコトナキニ至ルヘシ故ニ「レーネ」及ヒ「ブサツチー」ノ二氏ハ國際法協會ニ於ケル反致法問題ノ調査委員トシテ報告書ニ於テ反致法ナルモノハ結局國

際間ノ「ローンテック」(Loutens international) ナル球戯ノ一種ニ歸スルモノナリト嘲リタリ

若シ又第二九條ノ法律ナル文字ハ國際私法の規定ヲ指サス國內私法の規定ヲ指ストセハ本國法ニ依レハ何年ヲ以テ成年トスルヤ一見明瞭ト爲リ所謂其本國ノ法律ニ依レハ日本ノ法律ニ依ルヘキ場合ナルモノハ決シテ生セザレハ此法文ハ無意味ノ條文ト爲ルナリ

要スルニ我國國際私法タル法例ニ於テハ反致法の規定ヲ定メタリ但絕對ニ之ヲ認メスニノ制限ヲ置ケリ即チ第一ハ當事者ノ本國法ニ依ルヘキ場合ニ限リタリ故ニ物ノ所在地法ニ依ルヘキ場合、當事者ノ意思ニ因ル法律ニ依ル場合、行爲地法、事實發生地法ニ依ルヘキ場合等ニハ反致ヲ許サス第二ハ反致ノ結果日本ノ法律ニ依ルヘキ場合ニ限レリ故ニ反致ノ結果第三國ノ法律ニ依ル場合ニハ反致ヲ許サス此場合ハ例ヘハ佛國ニ住所ヲ有スル英人カ日本ニ訴出タル場合ニ日本ノ裁判所カ其英人ノ能力ヲ定ムル場合ノ如シ即チ我法例ニ依レハ人ノ能力ハ本國法ニ依ル故英人ノ能力ヲ定ムルニ英國法ニ依ルコト爲ル然ルニ英國國際私法ニ依レハ人ノ能力ハ住所地法ニ依ル故其英人ノ住所タル佛國ノ法律ニ依リ能力ヲ定メサルヘカラサルカ如シ斯ル場合ハ學說ニ復反致 (Weiterweisung, Renvoi 2^e degré 3^e degré etc.) ト名クルモノトス斯ル場合ニハ我法律ハ反致ヲ許サス

反致の規定ヲ辯疏スル理由ニ付テハ數多アリ

第一說ハ反致法ヲ以テ同一ナル場合ニ關シテ問題カ甲國ノ裁判所ニ提起セラレタルト乙國ノ裁判所ニ提起セラレタルトニ依リ判決ノ異ナルコトヲ避クルヲ得ヘシトスルニ在リ例ヘハ茲ニ伊太利ニ住スル十九歳ノ噠馬人ノ遺贈ノ能力ニ關スル問題アリトセン而シテ伊太利民法ニ依レハ滿十八歳ニ達シタル者ハ遺言ヲ爲スコトラ得ルニ噠馬法ニ依レハ滿二十一歳ニ達スルニ非サレハ遺言ヲ爲スコトラ得ス伊太利ニ於テハ人ノ能力ハ本國法ニ依リテ定メ噠馬ニ於テハ人ノ能力ハ住所地法ニ依リテ定ム然ルニ反致法ナルモノナシトシテ觀察シ此問題カ伊太利ノ裁判所ニ於テ起リタルモノト假定スルトキハ同裁判所ハ十九歳ノ噠馬人カ遺言能力アルコトヲ拒絕セザルヘカラス何トナレハ其噠馬人ハ本國法ノ成年タル二十一歳ニ達セザレハナリ之ニ反シテ此問題カ噠馬裁判所ニ提出セラレタルト假定スルトキハ同裁判所ハ之ヲ能力者トスヘシ何トナレハ其住所タル伊國民法ハ十八歳ヲ以テ足レリトスレハナリ此ノ如ク同一ノ場合ニ付キ二國ノ裁判所ノ判決ハ其方向ヲ異ニス而シテ二國ノ判決カ方向ヲ異ニスル所以ハ其訴訟ヲ受理シタル裁判所カ伊太利ナルト噠馬ナルトノ偶然ノ場合ヨリ生スルナリ然ルニ若シ伊太利ノ裁判所カ國際私法ヲ反致法のニ解釋スルトキハ伊太利ノ國際私法の規定(本國法ニ從フ)ヨリ噠馬ノ國際私法の規定(住所地法ニ從フ)ニ反致シ更ニ住所地法タル伊太利民法ニ依リテ其十九歳ノ噠馬人ヲ遺言能力アリト判決スルニ至ルヘシ故ニ此ノ如クスルトキハ伊太利裁判所ハ全ク噠馬裁判所ト同一ノ判決ヲ爲スニ至ルヘシ此ノ如ク二國裁判所共ニ判決ハ同一ニシテ出訴シタル裁判所ノ伊

國タルト噠國タルノ偶然ノ事實ニ由リ判決ノ異ナル如キコトナクシハ伊國判決ハ噠馬ニ於テ十分ナル執行力ヲ有スヘシ此ノ如キ結果ハ反致法ヲ認メサレハ得ヘカサル結果ニシテ即チ反致法ノ理論ニ因リ判決ノ一致ハ維持シ得ラルモノナリト云フニ在リ

然レトモ是レ誤謬ナリ即チ前例ニ於テ反致說學者ノ示ス所ハ伊太利裁判所ハ反致法主義ヲ採リテ裁判シ噠馬裁判所ハ反致法主義ヲ採ラズシテ裁判シタル場合ニ同一ノ判決アリト云フニ過キス若シ學者ノ云フ如ク國際私法ニ反致法ヲ要スルモノトセハ噠馬裁判所カ反致法ヲ採ラサル例ニ依リ論スルハ不當ナリ而シテ噠馬ニ於テ反致法主義ヲ採リタリトセハ即チ噠馬ニ於テ「當事者ノ住所地法ニ依ルヘキ場合ニ於テ其住所地ノ法律ニ依レハ噠馬ノ法律ヲ適用スヘキトキハ噠馬ノ法律ニ依ル」ト云フ如ク規定シタリトセハ所謂判決ノ一致ハ保チ得サルヘシ即チ右ノ問題カ伊太利裁判所ニ提出セラレタルトキハ該裁判所ハ國民法第六條ノ示ス如ク本國法ニ依ルヘキヲ以テ噠馬ノ國際私法の規定ニ依ルヘク而シテ噠馬規定ハ住所地法ニ依ラシムル故ニ伊太利法ニ依リ該噠馬人ハ能力者タルヘシ又之ニ反シテ右ノ問題カ噠馬裁判所ニ提出セラレタルトキハ該裁判所ハ噠馬法律ノ國際私法の規定ノ示ス如ク住所地法ニ依ルヘキヲ以テ住所地タル伊太利法ノ國際私法規定ニ依ルヘク而シテ該規定ハ本國法ニ依ラシムル故噠馬法ニ依リ該噠馬人ハ遺言無能力者ト爲ルヘシ

此ノ如ク兩國共ニ反致法ヲ採ルトキハ判決ハ同一トナラサルニ拘ハラズ反致法說學者ハ同種ノ

遺言能力ノ問題ニ付キ同一ノ國際私法の規定ニ關シテ一方ニハ反致法ヲ採リ一方ニハ之ヲ採ラ

サルコト即チ伊太利裁判所ヨリ判決スルトキハ反致法ヲ採リ噠馬裁判所ヨリ判決スルトキハ反

致法ヲ採ラサル場合ヲ見テ論シ以テ判決ノ一致ヲ得ヘシト論スルハ不當ナラスヤ要スルニ二國

ニ對シテ共ニ反致法ヲ取ルトキハ全ク反致法ナシトシテ見タル場合ト同様ニ判決ハ一致セザル

モノトス但兩國ヲシテ共ニ反致法ヲ採ラシムレハ本國法主義ヲ採リタル伊太利裁判所ハ其本旨

ニ反シテ住所地法ニ依リ判決シ住所地法主義ヲ採リタル噠馬裁判所ハ又其本旨ニ反シテ本國法

ニ依リ判決スルコトノ奇觀ヲ呈スル點ニ於テ(換言スレハ各自國ノ採リタル國際私法ノ主義ノ

絶對的反對ノ適用ヲ以テ)二國ノ判決ハ互ニ相一致セザルノ奇觀ヲ呈スルニ終ランノミ

要スルニ反致法ハ本國法主義ト住所地法主義トノ國際私法ヲ有スル二國アル場合ニ於テ本國法

主義ヲ採リタル國カ自國ノミ反致法ヲ設ケタルトキニ限リテ右二國ノ間ニ判決ノ一致ヲ得ルノ

企望アルニ過キス故ニ住所地法主義ヲ取リタル國カ更ニ反致法ヲ設ケタル場合ニハ其企望ハ忽

チ雲散霧消ニ歸スルモノトス(詳シクハ國際法協會年報一七卷一八九八年「レーネ」フザツチ

「二氏報告書參照」)

第二說ハ反致法規定ハ其規定ヲ設ケル國ニ於テモ亦自己ノ臣民ニ反致の規定ヲ適用セラルル國ニ於テモ共ニ異議ナキカ故ニ正當ノ規定ナリト云フニ在リ即チ前例ノ如ク伊太利裁判所カ伊太利ニ住スル十九歳ノ噠馬人ノ遺言能力ヲ定ムルニ當リテハ該裁判所ハ廷地タル伊太利法ニ依

ルニ該法ニハ本國法ニ依ルコトノ規定ヲ定ム故ニ噤馬法ヲ適用スヘキモノト爲シ次ニ該裁判所ハ噤馬法ヲ播クニ伊太利ニ住スル噤馬人ノ能力ハ住所地法タル伊太利法ニ依リテ定ムル者ノ規定ヲ發見スヘシ然ラハ伊太利裁判所ハ當然伊太利民法ノ遺言能力ノ規定ヲ適用シテ可ナルヘシ何トナレハ伊太利ノ國家ハ噤馬ノ國家ヨリ優リテ噤馬人ノ利益ヲ保護スルノ義務ナシ何人モ王以上ニ王黨タルコト能ハス羅馬法王以上ニ「カトリック」的ナルコト能ハス然ラハ噤馬判事カ自國法ヲ適用スレハ遺言能力アリト判決スヘキ場合ニ伊太利裁判所ハ遺言能力ナシト判決セサルヘカラサル理由ナキニ非スヤ故ニ反致法主義ニ基キテ下シタル判決ニ付キ何人モ異論ヲ挾マサルヘシ伊太利ノ國家ハ其國法タル直接の規定(伊太利民法規定)カ完全ニ適用セラルルヲ喜フナルヘク噤馬ノ國家ハ伊太利裁判所カ自國裁判所ノ爲スト同一ニ判決スルヲ喜フナルヘシ此二ノ國家ニシテ不足ナシトセハ其判決カ善良正當ナルコト推シテ知ルヘシト云フニ在リ若シ國際私法ノ立法的基础ハ國際好誼(Comitas gentium)ノ上ニ在リトセハ此ノ如キ理論モ認メ難キニ非サルヘシ即チ一國カ自國ノ領域内ニ於テ裁判所ヲシテ本國法其他ノ外國法ヲ適用セシムルコトノ單ニ列國相互ノ禮讓又ハ厚意ニ基クモノトセハ前述ノ如ク其本國ノ國際私法ニ於テ住所地法ヲ適用スト宣言シ本國法ノ適用ヲ求メサル場合ニハ強テ厚意ヲ表シテ其本國法ヲ適用スルヲ須ヒサルヘシ然レトモ國際好誼ナルコトハ國際私法學ニ於ケル基礎ニ非サルナリ蓋シ國際私法ノ基礎ハ各國臣民ノ通商往來頻繁ト爲リタル結果獨立國相集リテ一ノ國際社會ヲ爲ス

カ故ニ其當然ノ現象トシテ起ル各國間ノ主觀的自由ト客觀の秩序トヲ調和センコトヲ問題トスルモノナリ即チ各國ハ私法ニ關シテ自由ニ立法權ヲ行フカ故ニ私法ノ規定區區ニ分ルモノナレハ其私法ニ依リ支配セララル法律關係ノ區別ニ從ヒ各私法ノ管轄ヲ定メ換言スレハ各私法關係ノ準據法ヲ各國間ニ一定シ以テ國ヲ異ニシタル人々ノ間ノ取引、他國ニ於テ爲シタル取引、他國所在ノ物ニ關シテ起リタル取引等ヲシテ安固ナラシムルヲ目的トス唯今且ノ社會ニ於テ各國ノ上ニ立ツ立法者アリテ之カ準據法ヲ定ムルモノナキヲ以テ不完全ナカラモ各國自己ノ見解ヲ以テ前述ノ目的ヲ達セントシテ準據法ヲ定ムルノミ而シテ此ノ如ク各國カ準據法ヲ定ムルニ付テハ即チ自國ニ採用スル準據法ノ立法コソ國際社會全般ヲ支配シ得ヘシト信シタル健全ナル理論ノ上ニ基キタルモノナルコトヲ要シ又各國ハ此ノ如キ思想ヲ以テ立法スルノ本分ヲ有ス要スルニ各國ノ國際私法規定ハ其國カ國際私法ノ理論中最モ健全ナルモノヲ基礎トシタルモノト自信シタルモノタラサルヘカラス然ルニ今第二說論者ノ云フ如ク例ヘハ一旦人ノ能力ニ付キ本國法ヲ適用スト宣言シナカラ徘徊躊躇顧ミテ其本國タル外國ノ國際私法の規定如何ヲ慮リ其本國ノ規定カ自國ノ國際私法規定ニ異ナレハ其外國ノ規定ニ依リ準據法ヲ定ムルカ如キハ國家カ自己ノ正當ナリト確信スル準據法ヲ棄テテ外國立法者ノ鼻息ヲ窺ヒ外國立法者ノ意思ニ服從スルモノニ非スシテ何ソヤ恰モ是レ英人カ日本ニ於テ犯シタル犯罪ニ付キ之ヲ罰スルノ許可ヲ英政府ニ向テ求ムルト同シク愚ノ極、陋ノ至ナリト謂ハサルヘカラサルナリ(以上第一說ト同

シク國際法協會年報參照)

第三說ハ獨逸法ノ反致法民施二七條ヲ設ケタル理由ニシテ其理由書ノ趣旨ニ依レハ第一ノ理由トシテハ今日各國概ネ本國法ヲ準據法トスレトモ尙ホ數多ノ住所地法ヲ準據法トスル國アリ而シテ反致法の規定ハ人事法ニ付キ本國法ヲ準據法トスル主義ト住所地法ヲ準據法トスル主義トノ間ニ於ケル抵觸ヲ減スルノ利益アリ(各國國際私法の規定ノ抵觸ヲ減スル利益アリ)ト云フニ在リテ我法例修正案理由書第二九條理由ノ(一)モ同様ナリ即チ日本ノ判事ハ法例第二九條ニ依リ當事者ノ本國法ニ依ル場合ト雖モ住所カ日本ニ在リ本國法カ住所地法ニ依ルト定ムルトキハ日本ノ法律ヲ適用スルコト爲ルヲ以テ準據法抵觸ノ場合ヲ減スルナリト説クモノトス然レトモ嘗テ第二說ニ示シタル如ク是レ住所地法ヲ採リタル國ニ於テハ反致法ヲ採用セサル場合ニ於テノミ自國ノ反致法ハ偶然準據法ノ抵觸ヲ減スル結果ヲ示スニ過キスシテ住所地法主義ヲ採ル國ニ於テ我ト同シク反致法ヲ設ケタルトキハ準據法ノ抵觸ハ又再現スルモノナルコトヲ遺忘シタル説ナリ

又之カ第二ノ理由トシテ反致法ハ當事者ノ本國ノ國際私法の規定ニ從ヒツツ獨逸ノ法律ノ適用區域ヲ擴張スルヲ以テ獨逸國內ニ於テ人事法ニ付テノ法律關係ノ鞏固ヲ保障スルノ利益アリト云フニ在リ然レトモ焉ソ之カ反對ニ住所地法主義ヲ取ル國ニ於テモ亦自國內ニ於テモ人事法上ノ關係ニ付テハ之ヲ鞏固ナラシムル爲メ反致法ヲ設ケテ住所地法タル獨逸ノ國際私法ノ規定ニ依ルトシ同國法ニ依レハ本國法ヲ適用スルカ故ニ當事者ノ本國法タル自國ノ法律ヲ適用スヘシト定メサルヲ知ランヤ然ラハ獨逸民法理由書カ折角求メタル所謂人事法上ノ關係ノ鞏固ナルモノハ茲ニ消滅スルニ至ルヘシ要スルニ獨逸民法施行法理由書ノ理由モ亦十分ニ反致法ヲ設ケタル理由ヲ辯疏スルニ足ラサルモノトス

第四說ハ以上ノ諸說ヲ總テ不十分ナリトシテ更ニ一種ノ説明ヲ爲スモノトス即チ一國カ其臣民ノ身分、能力(人事法)ニ付キ住所地法ヲ準據法ト宣言スルコトハ其臣民ニ對シ主權ノ構成要件タル臣民主權(屬人主權)ヲ拋棄スルモノナリ本國ニ對スル臣民ノ服從關係ハ茲ニ絶ユ故ニ此種ノ國ニ屬スル臣民ハ私法ノ點ニ付テハ本國ナキ者ト云フコトヲ得故ニ此ノ如キ地位ニ在ル者ノ身分、能力ニ付キ他國ノ裁判所カ判斷セントスルトキハ其裁判所ハ眞ノ無國籍者(Haimathlos)ノ身分、能力ヲ定ムル場合ノ規定ト同一ノ規定ニ據ラント欲スルハ當然ナリ而シテ一般ノ通說トシテハ無國籍者ノ身分、能力ハ其住所地法ニ依リテ定ム(法例二七條二項前段ノ如シ)住所地法ハ身分、能力ニ關シテハ本國法ヲ補充スルモノナリ故ニ身分、能力ニ付キ住所地法ヲ取リタル國ノ臣民ニ住所地法ヲ適用スル所以ハ其本國法カ其住所地法ニ反致スルカ故ニ非スシテ事ロ其國際私法ノ規定カ其本國ニ對スル臣民ノ服從關係ハ人事法ノ點ニ及ハサルヲ示スカ故ニ住所地法ヲ適用スルモノナリ是レ反致ニ非ス本國法適用ノ例外ニ過キスト説明ス(一八九八年國際法及ヒ比較立法雜誌「パール」氏大國際私法一九四節、一九〇〇年國際法協會年報一五五項)

此說ハ前諸說ニ比スレハ日獨等ノ反致法規定ノ理由ヲ説明スルニ最モ明瞭ニシテ且有力ナルモノノ如シ然レトモ此說ノ如キ立法ノ精神ニ據レハ是レ反致法ノ規定ハ外國國際私法ノ適用ニ非スシテ本國ノ國際私法ニ於テ本國法主義ヲ取ラサル國民ニ對スル人事法上ノ關係ニ付テノ一ノ準據法トシテノ立法ナリト見サルヘカラス此點ハ別段詳スルノ必要ナシ然レトモ第一ニ此說ノ誤謬ハ一國カ身分、能力ノ準據法ヲ本國法ト定メタルハ其本國ノ屬人主權ヲ認メタルカ故ナリト爲スニ在リ然レトモ是レ謬レル見解ニシテ一國カ身分、能力ノ準據法ヲ本國法ト爲シタルハ寧ろ人ノ身分、能力ニ關シテハ其力カ屬スル本國ノ法律カ人種、風土、習俗、傳說等ノ關係上最モ其人ニ適合シタルカ故ニシテ即チ予釐カ管テ第一〇章ニ述ヘタル如ク「サビニー」氏ノ標準上身分、能力ノ法律關係ニ最モ適合シタル法律ハ本國法ナリトノ理由ニ基クモノナリ若シ臣民主權ノ關係ヨリ云ヘハ何故ニ本國法ハ單ニ身分、能力ノミヲ支配スルニ止マル乎各種ノ財產關係ハ何故ニ本國法ヲ支配ヲ受ケサルカ了解ニ苦シマサルヘカラス尙ホ此身分、能力ノ準據法トシテ本國法ヲ選ミタル理由ハ後ニ各論中本國法ヲ準據法トスル部分ノ講義ニ於テ説明スル所ニ依リ明カナルヘシ第二ハ我法文ノ説明トシテハ此說ニ據リ難シ此說ヲ採用シタル法文トシテハ少クトモ次ノ如ク曰ハサルヘカラス曰ク「當事者ノ本國法ニ依ルヘキ場合ニ於テ其本國ノ法律ニ依レハ本國法ヲ適用セサル場合ニ當事者カ日本ニ住所ヲ有スルトキハ日本ノ法律ニ依ル」ト又ハ單ニ第二七條第二項ヲ準用スルモ可ナリ蓋シ第二九條ノ所謂「日本ノ法律ニ依ルヘキト

キハ」トハ單ニ日本ニ住所アルトキノミニ止マラス日本カ行爲地ナルトキ及ヒ日本カ財產所在地ナルトキヲモ包含スルカ故ニ第四說ノ理由ト相一致セサルヘケレハナリ要スルニ第五說ハ準據法ヲ定ムルコトノ根本的理由ニ於テ誤謬アリ加之此說ニ於テモ亦前諸說ノ如ク何故ニ「日本ノ法律ニ依ルヘキトキハ日本ノ法律ニ依ル」ト（獨モ同シ）ノミニ制限シタルヤ何故ニ第三國ノ法律ニ依ルヘキ場合ニモ第三國ノ法律ニ依ラシメサルヤ即チ何故ニ復反致法ヲ許ササルヤヤ説明スルコト能ハサルノ非難ナクンハアラス蓋シ此說ニ依リ日本ニ住所英人カ身分、能力ニ關シテ本國法ニ依ラスシテ住所地方日本ノ法律ニ依ルコトヲ正當トスレハ日本裁判所カ佛國ニ住所英人ノ身分、能力ヲ定ムルニ當リ同シク佛國ノ法律ニ依ルコトモ亦正當トセサルヘカラサルニ之ヲ日本ニ住所場合ノミニ制限スルノ理由ハ説明シ難ケレハナリ

以上ハ反致法ヲ辯疏スル諸說ノ概要ナリ而シテ此諸說ハ各其固有ノ弱點アリ且一般ニ何故ニ日獨反致法カ第一當事者ノ本國法ニ據ルヘキ場合（身分、能力）ノミニ制限シ第二ニ日獨タル自國ノ法律ニ據ル場合ノミニ制限シタルヤヤ説明スルニ足ラサルナリ是レ勿論當事者ノ本國法ニ據ル場合ノミニ止マラスシテ一般ノ準據法ノ場合ニ對シテ反致ヲ許シ又自國（日、獨）ノ法律ニ據ル以外ニ於テモ反致ヲ許ストモハ反致ヨリ更ニ反致シ際限ナク裁判所ハ反致ノ關係ノ紛亂ニ苦シムカ故ニ實際上ノ必要ヨリ生シタル制限ナルヘシト雖モ一旦反致法ニシテ眞理ナリトモハ何ヲ苦シンテ之ニ制限ヲ設クルヤ要スルニ反致法ノ理論ハ健全ナル基礎ナキコトニ歸セサル

ヘカラス

以上予輩ハ反致法主義ヲ辯疏スル理論ヲ述ヘ併セテ其根據ナキコトヲ批評シタル考ナリ故ニ予輩ハ我法例第二九條ハ絕對的ニ之ヲ削除スルヲ可ナリト信ス但國際間ニ準據法ニ付キ一致シタル承認アリタルトキ即チ國際私法ノ原則カ國際法ト爲リタルトキハ反致法ハ當然消滅スルコトハ注意スルヲ要ス

但反致法主義ハ外國ニ於テモ採用セラル面シテ一國カ反致法主義ヲ採用スルニ二途アリテ一ハ日、獨ノ如ク立法上反致法主義ヲ採リ之ヲ法律中ニ明文ヲ以テ掲クル方法ニシテ他ハ佛、白、伊ノ如ク立法上採用セシメシテ解釋上反致法主義ヲ採ル方法ナリトス前者ノ方法ハ法例第二九條、獨逸民法施行法第二七條ノ如シ後者ノ方法ハ例ヘハ伊太利民法第六條ニ「人ノ身分能力及ヒ親族關係ハ其本國法ニ依リテ支配セラル」ト規定セラレタル條文ヲ解釋シテ本國法トハ本國ノ直接規定(民法、商法)ヲ指サスシテ本國ノ準據法の規定(國際私法の規定)ヲ指スト解釋スル方法即チ反致的ニ本國法ナル文字ヲ解釋スル方法ニ依ルモノトス前者ハ立法者カ反致法主義ヲ取ルコトヲ明言シタル場合、後者ハ立法者カ明言セサルニ裁判所ニ於テ反致法主義ヲ採ルニ過キサル場合トス故ニ佛、白、伊ノ如キハ反致法主義批難ノ聲聲ナレハ反致法主義ハ法文ノ解釋上直チニ消滅スヘキモノトス面シテ孰レノ主義ヲ採ルモ前ニ述ヘタル二ノ制限即チ本國法ニ依ル場合ト自國ノ法律ヲ適用スル場合トニ限ルコトハ各國皆同シ

雜 錄

○大審院判例要旨

○民事訴訟法第四百五條ノ解釋 民事訴訟法第四百五條ハ一ノ訴ニ於テ一箇ノ請求アルト數箇ノ請求アルトヲ問ハス苟モ第一審裁判所カ一ノ判決ヲ以テ當事者雙方ニ對シ各一部勝訴ノ言渡ヲ爲シタル場合ニ於テ當事者ノ一方ヨリ控訴ヲ提起シタルトキハ相手方ハ自己ノ控訴ヲ拋棄シ又ハ控訴期間ノ經過シタルトキト雖モ附帶控訴ヲ爲シ得ヘキコトヲ規定シタルモノトス蓋シ裁判ノ性質ハ各當事者ヲシテ各自ノ主張ヲ満足ナラシムル能ハサルモノナルカ故ニ第一審判決ニ對シ當事者ノ一方ハ幾分ノ不服アルヲ忍ンテ之ニ服從シ以テ控訴ヲ拋棄シ又ハ躊躇シテ期間内ニ控訴ヲ爲ササルモノ往々之アルハ一般ノ常情ナリ此ノ如キ場合ニ於テ他ノ一方ヨリ控訴ヲ爲スニ至リタルトキ控訴セサル一方ニ於テ其不服ノ點ヲ主張シ得ヘカサルニ於テハ却テ公平ヲ缺クノ懼レナキヲ保セサルカ故ニ附帶控訴ヲ許スノ勝レルニ如カス是レ本條ノ規定アル所以ナリ左スレハ第一審裁判所カ同一ノ判決ヲ以テ數箇ノ請求ニ對シ裁判ヲ爲シタルトキハ控訴人カ控訴ノ申立ヲ爲ササル請求ニ付テモ被控訴人ハ附帶控訴ヲ爲スコトヲ得ルハ同條ノ規定ヲ設ケタル精神ニ徴シテ毫モ疑ヲ容レサル所ナリ(明治四十年(癸)第四百十四號民事部判決)

梅 法學博士 主筆

法學志林

第十卷 第二號
二月二十日 發行
每月一回廿日發行
定價一冊金拾貳錢
郵 税金壹錢
十冊前金郵稅共
行 金壹圓貳拾錢
(第百二號)

◎志

林

最近判例批評
刑事政策瑣言
移民ノ經濟價值ニ就テ
緊急行為ヨリ生シタル害ト避ケントシ
タル害トノ輕重ヲ定ムル標準
租借地ノ性質
法學博士 梅謙次郎
法學博士 河津精吾
法學博士 秋山雅之介
法學博士 泉二新熊
法學博士 西勝

◎法

質疑

典錄

憲法一題(清水法學博士) 民法四題(橫田法學博士) 行政一題(島村法學博士)
民法三題(佐竹法學博士) 梅法學博士、加藤法學博士
民訴一題(板倉法學士) 行政一題(島村法學士)
破産力再實現ニ及ホス效果
獨逸國ノ司法官採用試験
大審院判決例 三十六件

◎判

例

大審院判決例 三十六件

◎雜

報

會
○講談會○學生會役員○學生會第一回例會○專門部法律科卒業再試験問題○校友原君ノ消息○十日會○寄附金○校友會○寄附書日

◎記

事

會
○講談會○學生會役員○學生會第一回例會○專門部法律科卒業再試験問題○校友原君ノ消息○十日會○寄附金○校友會○寄附書日

發行所

東京市麴町區富士見町
六丁目十六番地

法政大學

校外生規則摘要

- 一 十个月以上本大學ノ校外生タル者ニシテ本大學ニ入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 月謝ヲ納付セタルトキハ講義録ヲ郵送スルヲ以テ別ニ領收證ヲ交付セス若シ相當ノ日時ヲ過キテ講義録ノ到達セザルトキハ其旨本大學ニ通知スヘシ
- 一 校外生ハ講義録中ニ題義アルトキハ講義録ノ番號、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セスト認ムルモノハ解答ヲ付セス
- 一 質疑中有益ト認ムルモノハ之ニ解答ヲ付シ法學志林又ハ講義録ニ登載スヘシ

◎注意

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

振替貯金口座『三二九四番』

明治四十一年二月廿八日印刷
明治四十一年二月廿九日發行 (定價金五十錢)

編輯者 萩原敬之
發行所 東京市牛込區牛込北町十番地

印刷者 重利俊夫
東京市四谷區四谷左門町五十八番地

印刷所 金子活版所
東京市赤坂區新町五丁目四十二番地

發行所 私立法政大學

(電話番町一七四番)