

法政大学講義録

牧野, 菊之助 / 入江, 良之 / 加藤, 正治 / 齋藤, 十一郎 /
島村, 他三郎

(出版者 / Publisher)

法政大学

(巻 / Volume)

18

(号 / Number)

3学年の6

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

82

(発行年 / Year)

1909-03-30

四十一年度

明治四十二年三月三十日發行

第三學年ノ六

明治四十二年(自
第三學年)

第六号

他全部欠

現在冊教一冊

義錄

第八十號



0174

法政大學講義錄

四十二年度

明治四十二年三月三十日發行

・第三學年ノ六

號八十第

0175

四十二年度第十八號目次

行政法各論	(自九七〇至九七三)	法學士 島村 他三 郎
民法親族	(自二〇七八至二〇八)	法學士 牧野 菊之助
民法相續	(自二〇〇九至二〇〇〇)	法學士 牧野 菊之助
民事訴訟法	自第三編(自七四七至第五編(自八四七至八四七))	法學士 齋藤 十一 郎
破産法	(自一六九至一八四)	法學博士 加藤 正 治
民法	(自一四一)	法學士 坂倉 松太 郎
國際私法	(自一九六)	法學士 入江 良 之

雜錄 ○大審院判例要旨○懸賞討論會

090
1909
3-1-6

- 舉權者カ投票期日前五十日間ニ集會スル場合ニハ特ニ届出ヲ要セス
- 三 女子、未成年者ハ政治ニ關スル集會ニ會同スルヲ許サス政團集會ニ屬セサル集會ト雖モ安寧秩序ヲ保持スル爲メ必要アリト認ムルトキハ發起人ヲ定メ集會ノ場所、日時ヲ届出ツヘキ旨命令シ得レトモ政治集會ニ比シ秩序ヲ妨害スヘキ處少キカ故ニ比較的輕微ナル自由ノ制限ヲ受ク
- 集會ニ對シ危害ヲ豫防スル上ニ於テ當該官廳カ有スル權限ノ重ナルモノ次ノ如シ
- 一 必要ナルトキハ集會ヲ解散シ得ルコト
 - 二 集會ニ於ケル講談論議カ秩序ヲ紊リ風俗ヲ害スル虞アル場合ハ其講談論議ヲ中止シ得ルコト
 - 三 喧騒驚擾ニ涉ル者ヲ制止シ命令ニ從ハサルトキハ現場ヨリ退去ヲ命シ得ルコト
 - (ロ) 結社ニ關スル警察 政治結社ニ關スル特別ノ自由制限ハ
 - 一 結社ノ主管者ハ結社組織ノ日ヨリ三日以内ニ社名、社則、事務所及ヒ主管者ノ氏名ヲ其事務所在地ノ警察署ニ届出ツヘキ義務ヲ負擔ス
 - 二 次ニ該當スル者ハ政治結社ニ加入スルヲ許サス
 - (一) 現役及ヒ召集中ノ豫備、後備ノ陸海軍人
 - (二) 警察官

行政法各論 純粹行政 內務行政 警察行政

- (三) 神官、神職、僧侶、諸宗教師
- (四) 學校ノ教員、生徒
- (五) 女子、未成年者
- (六) 公權剝奪及ヒ停止中ノ者
- (七) 日本臣民ニ非サル者

政治結社ニ屬セサル公事結社ハ危害ヲ生スル虞比較的少キカ故ニ加入ニ關シ嚴格ナル制限ヲ設クルコトナシト雖モ秩序ヲ保持スル爲メ必要ナルトキハ社名、社則等ノ届出義務ヲ負擔セシムルコトヲ得ヘシ政治結社ナルト其他ノ公事結社ナルト問ハス秩序ヲ保持スル爲メ必要ナルトキハ内務大臣ハ結社ヲ禁止スルコトヲ得ヘキモノトス集會、結社ニ關スル取締ハ以上述ブルカ如キ事項ヲ包含シ明治三十三年法律第三十六號治安警察法ニ之ヲ定ム治安警察法ノ前身ハ集會、結社法ニシテ同法第一條ハ「此法律ニ於テ政團集會ト稱スルハ何等ノ名義ヲ以テスルニ拘ハラズ政治ニ係ル事項ヲ講談論議スル爲メ公衆ヲ會同スルモノヲ謂ヒ政社ト稱スルハ何等ノ名義ヲ以テスルニ拘ハラズ政治ニ係ル事項ヲ目的トシテ團體ヲ組成スルモノヲ謂フ」ト規定シ漠然ナカラモ政團集會ト政社トノ定義ヲ下スト雖モ治安警察法ニ於テハ集會及ヒ結社ニ關シ此ノ如キ定義ノ條項ナシ故ニ法文ニ根據シテ明白ナル定義ヲ下シ難キモ治安警察法ニ所謂集會ト結社トノ區別ハ集會ハ一時的ニ不特定ノ公衆ヲ會同スルモノヲ謂ヒ結社トハ一時的ニ非スシテ特定

ノ者カ一定ノ目的ノ爲メ組織スル團體ナリト認ムルヲ可トス

(ハ) 出版ニ關スル警察 文書圖書ヲ印刷シテ頒布發賣スル行爲ハ社會ノ開發上裨益スル所ナリト雖モ亦一面ニ於テ此等ノ文書圖書ヲ表示スル事項ニ因リ治安狀態ヲ紊ルノ虞モ亦尠カラズ故ニ文書圖書ヲ印刷シテ頒布發賣スル行爲ニ付キ取締ヲ要スルハ當然ナリ從來出版ニ關スル取締ニ就キ二個ノ主義アリ一ハ檢閱主義ニシテ一ハ自由出版主義ナリ檢閱主義ニ在リテハ總テ出版物ハ當該官廳ノ檢閱ヲ經タル後ニアラサレハ之カ發賣頒布ヲ許可セサルモノニシテ自由出版主義ハ出版ヲ人民ノ自由トナシ唯治安ヲ保持スル爲メ必要アル場合ニ於テ相當ノ取締ヲ爲スニ止マルモノトス我現行法ハ此主義ニ依レリ印刷シテ頒布當賣スル文書圖書ニハ定期ノモノアリ不定期ノモノアリ政治ニ關スルモノアリ然ラサルモノアリ其定期ナルト不定期ナルト政治ニ關スルト關セサルトニ由リ取締ノ程度ヲ異ニス明治二十六年法律第一五號出版法ハ文書圖書ノ出版ニ關スル原則法ニシテ新聞紙及ヒ定期ニ發行スル雜誌ニ就テハ別ニ新聞紙條例ヲ以テ之ヲ規定ス今出版法ニ依ル取締ノ主要ナル點ヲ舉クレハ

- 一 文書圖書ヲ出版スルトキハ發行期日三日前ニ製本ヲ添ヘ著作者、發行者連印シテ其出版ヲ届出テサルヘカラス
- 二 發行者及ヒ印刷者ハ其氏名住所等ヲ出版物ノ末尾ニ記載シテ其責任ヲ明カニセサルヘカラス

- 三 犯罪者ヲ曲庇シ又ハ犯罪者ヲ救護賞恤スル文章ヲ出版スルヲ許サス
- 四 傍聽ヲ禁シタル訴訟事項ノ出版ヲ許サス
- 五 外交、軍事其他官廳ノ祕密ニ關シ公ニセサル官ノ文書及ヒ官廳ノ議事ハ當該官廳ノ許可ヲ得シテ出版スルヲ許サス

內務大臣カ出版ニ關シ有スル職權ハ

- 一 安寧秩序ヲ妨害シ又ハ風俗ヲ壞亂スト認ムル文書圖書ノ發賣頒布ヲ禁止シ其刻版及ヒ印本ヲ差押フルコトヲ得ルコト
- 二 外國ニ於テ印刷シタル文書圖書ニシテ秩序ヲ妨害シ又ハ風俗ヲ壞亂スト認ムルトキハ內國ニ於ケル發賣頒布ヲ禁シ其印本ヲ差押フルコトヲ得ルコト
- 三 學術、技藝、統計、廣告ノ數ヲ記載スル雜誌ナルノ故ヲ以テ出版法ニ依リ出版スルモノ若シ其記載事項ニシテ此範圍ヲ超ユルコトアルトキハ出版法ニ因リ出版スルコトヲ差止ムルコトヲ得ルコト

直チニ發賣頒布セサルモ其目的發賣頒布ニ在ルコト明瞭ナルモノニ付テハ治安ヲ保持スル爲メ直チニ發賣頒布スルモノト同一ノ取締ヲ爲スノ必要アルカ故ニ同シク出版法ニ依リ是カ取締ヲ定ム

新聞紙及ヒ時時ニ發行スル雜誌ニシテ政治ニ關係アルモノノ如キハ等シク出版ナリト雖モ其社

會ニ頒布スル程度著作物ノ比ニ非ス故ニ特ニ是ヲ取締ルノ必要アリ新聞紙及ヒ定期刊行ノ雜誌ニ關スル警察ハ明治二十年勅令第七五號新聞紙條例ニ規定アリ其主ナル點ハ

- 一 新聞紙ヲ發行セントスル者ハ發行ノ日ヨリ二週間前ニ發行地ノ管轄行政廳ヲ經テ發行ノ時期發行所等ヲ內務大臣ニ届出ツヘキ義務ヲ負擔ス
 - 二 年齡滿二十年以上ニシテ帝國內ニ居住スル者ニ非サレハ發行人、編輯人又ハ印刷人タルコトヲ得ス
 - 三 公權剝奪又ハ停止中ノ者ハ發行人、編輯人、印刷人タルヲ得ス
 - 四 發行人ハ一定ノ金額ヲ保證トシテ發行ノ届出ト共ニ行政廳ニ納付スヘキ義務ヲ負擔ス
 - 五 重罪、輕罪ノ豫審ニ關スル事項ハ公判ニ付セサル前、傍聽ヲ禁シタル訴訟事項、刑事ニ觸レタル犯人ヲ曲庇スルノ論說、犯罪者ヲ救護賞恤スル文書ハ絕對ニ記載スルヲ許サス
- 新聞紙取締ノ必要上關係官廳ノ有スル權限ハ次ノ如シ
- 一 外交、軍事ニ關スル記載ノ禁止ニ違反シ又ハ皇室ノ尊嚴ヲ冒瀆シ政體ヲ變壞シ若クハ朝憲ヲ紊亂セントスル論說ヲ記載シ又ハ社會ノ秩序風俗ヲ壞亂スル事項ヲ記載シタルカ爲メ告發セラレタルトキハ內務大臣ハ其新聞紙ノ發賣頒布ヲ停止シ假ニ之ヲ差押フルト同時ニ同一趣旨ノ論說又ハ事項ノ記載ヲ停止シ得ル權限ヲ有ス
 - 二 外國ニ於テ發行シタル新聞紙ニシテ內國ニ於ケル治安ヲ妨害シ又ハ風俗ヲ壞亂スト認ムル

トキハ内務大臣ハ其新聞紙ノ内國ニ於ケル發賣頒布ヲ禁シ其新聞紙ヲ差押フルコトヲ得

第二項 特殊ノ營業ニ關スル警察

一 質屋營業ニ關スル取締(明治二八年法律一四號質屋取締法)

質屋營業ハ社會ニ危害ヲ發生スルノ虞アルカ故ニ營業免許ヲ必要トスルハ勿論質入品カ不正品ナルコトヲ發見シタルトキハ之ヲ申出ツヘキコト、住所氏名ノ不詳者ヨリ物品ヲ受取ルヘカラサルコト、傳染病毒ニ汚染シタル物品ナリト認ムルトキハ消毒シタル後ニ非サレハ質取ルヘカラサルコト等ノ制限ヲ受クルト同時ニ警察官ハ犯罪ノ嫌疑アル物品、傳染病毒汚染ノ物品ナリト認ムルトキハ何時ニテモ質物及ヒ帳簿ノ検査ヲナシ時宜ニ依リ一定ノ期間内物品、帳簿ヲ差押ヘ得ルハ勿論法律命令ニ違反シタルトキハ營業ヲ禁止シ又ハ之ヲ停止シ得ヘシ

二 古物營業ニ關スル取締

古物營業ニ關スル取締法ハ明治二十八年法律第一三號古物營業取締法ニシテ質屋取締法ト大體ニ於テ同様ナルカ故ニ説明ヲ省略ス

第四項 特殊ノ物件ニ關スル警察

一 銃砲、火藥類ニ關スル警察

軍用銃砲火藥類ハ官廳ノ委任ヲ受ケタル者ニ非サレハ製造又ハ輸入シ得サルヲ原則トシ唯例外トシテ火藥商及ヒ官廳ノ許可ヲ得タル者ハ火藥類ヲ輸入シ得ヘキモノトス警察官ハ必要ト認ムルトキハ何人ノ所有ヲ問ハス火藥類ノ検査ヲ爲スコトヲ得ヘタ安寧保持上必要アリト認ムルトキハ内務大臣ハ期間及ヒ區域ヲ限リ銃砲、火藥類ノ授受、運搬及ヒ携帯ヲ禁シ又ハ之ヲ制限シ得ルハ勿論必要ト認ムルトキハ銃砲、火藥類ヲ領置スルコトヲ得ヘキモノトス以上ノ外軍用銃砲、火藥類ノ貯藏、運搬、取扱、火藥倉庫ノ位置、構造等ニ關シテハ命令ヲ以テ詳細ナル制限ヲ設ケタリ

二 其他危害ヲ生スル虞アル土地物件ニ關スル警察

次ノ各號ニ掲グル土地、物件ニ關シ法令ノ規定ニ違背シ爲メニ危害ヲ生スルノ虞アルトキハ當該行政廳ハ土地、物件ヲ使用、處分シ又ハ其使用ヲ制限スルコトヲ得ヘキモノトス

一 崩壊又ハ人ヲ陷落セシムルノ虞アル場所

二 家屋其他ノ工作物

三 船車其他交通ノ用ニ供スル器具又ハ裝置

四 汽鐘、汽機及ヒ其附屬裝置

五 前記各號ノ外主務大臣ノ定メタル土地、物件

第三節 助長行政

內務行政ニ積極、消極ノ二方面アルコトハ既ニ之ヲ説明シタリ消極的內務行政ハ社會ノ治安狀態ヲ紛更スヘキ危害ヲ排除スルヲ目的トシ積極的內務行政ハ更ニ良好ナル狀態ニ社會ヲ發達向上セシムルヲ以テ目的ト爲ス行政ニシテ其主要ナルモノハ

- 一 疾病ヲ減少シ疾病ニ罹リタル者ヲシテ完全ナル醫師其他ニ依リ健康ヲ保全セシムル爲メノ行政即チ衛生行政
- 二 産業上ノ弊害ヲ矯正シ其利便ヲ圖リ人民ヲシテ完全ナル機關ニ依リ完全ナル方法ヲ以テ産業上ノ利益ヲ享受セシムル爲メノ行政即チ經濟行政
- 三 運輸、通信上ノ利便ヲ目的トスル行政即チ遞信行政
- 四 人民ノ智識ヲ開發スル行政即チ教育行政
- 五 人民ニ精神的ノ慰安ヲ與フル行政即チ宗教行政
- 六 救恤ニ關スル行政

第一款 衛生行政

衛生行政ノ範圍ニ於テ説明スヘキ事項ハ

- 一 豫防衛生行政即チ土地建物上地下水ノ清潔ヲ保持スルカ如キ傳染病ヲ豫防スルカ如キ行政
 - 二 衛生上重大ノ關係アル職業即チ醫師、藥劑師等ノ取締ニ關スル行政
 - 三 衛生ニ關係アル機關即チ病院、衛生會ノ設備ニ關スル行政
- 等ナリ

第一項 豫防衛生事項

一 土地、建物ニ關スル豫防衛生事項

土地建物ニ關スル豫防衛生ノ根本法ハ明治三十三年法律第三二號汚物掃除法ナリ

汚物掃除法ニ依リテ掃除スヘキ汚物ハ塵埃、汚泥、汚水等ニシテ市内ノ土地占有者ハ其地域内ノ汚物ヲ掃除シ清潔ヲ保持スヘキ建物ノ所有者ハ其建物アル土地ノ清潔保持ノ爲メニ必要ナル溝渠ヲ築造修繕スヘキ建物ナキ土地ノ所有者ハ其土地ノ清潔ヲ保ツ爲メ必要ナル溝渠ヲ築造修繕スヘキ義務ヲ負擔スルト同時ニ市ハ此ノ如キ別段ノ義務者アル場合ヲ除ク外其地域内ニ屬スル清潔ヲ保持スヘキ義務アルモノニシテ地方長官ハ掃除ノ施行ヲ監視セシムル爲メ必要ナル吏員ノ設置ヲ市ニ命令スルコトヲ得ヘシ掃除ノ施行ヲ監視スヘキ吏員ハ必要アルトキハ其事項ヲ告知シテ他人ノ土地ニ立入ルコトヲ得ヘキ職權ヲ有スルハ勿論人民カ汚物掃除法ニ依リ負擔スル義務ヲ履行セザルトキハ當該吏員之ヲ施行シ其費用ヲ義務者ヨリ徵收スルコトヲ得ヘシ衛生

上汚物掃除ノ必要ハ管ニ市ノミニ止マラス市ニ準スヘキ廣大ナル町村ニ於テモ亦其必要アルヘキヲ以テ地方長官ハ必要ニ應ジ町村ニ對シテモ亦汚物掃除法ヲ適用シ得ヘキモノトセリ

二 飲食物及ヒ喫煙ニ關スル豫防衛生事項

明治三十三年法律第一五號ハ販賣ノ用ニ供スル飲食物又ハ販賣ノ用ニ供シ又ハ營業上ニ使用スル飯食器、割烹具等ニシテ衛生上危害ヲ生スルノ虞アルモノハ法令ノ定ムル所ニ依リ行政廳ニ於テ其製造、販賣又ハ使用ヲ禁止シ其營業ヲ禁止シ又ハ停止シ得ヘキ旨ヲ規定スルト同時ニ營業時間内此ノ如キ物品ノ製造所ニ當該官吏ノ立入ルコトヲ得ヘキ強力ナル職權ヲ認メタリ此ノ如キ飲食物及ヒ飲食器ニ關スル取締ノ職權ハ關係法令ノ定ムル所ニ依リ地方長官ノ有スル所ナレトモ輕易ナル事件ハ之ヲ警察官署ニ委任スルヲ以テ適切ニ其目的ヲ達シ得ヘキ理由アルカ故ニ明治三十三年內務省令第一〇號ハ輕易ナル事項ニ限り地方行政廳ノ命令ヲ以テ之ヲ警察官署ニ委任シ得ヘキ旨ヲ定メタリ明治三十三年法律第三三號ハ未成年者ノ喫煙ヲ禁シ若シ之ニ違反シタル者アルトキハ行政處分ヲ以テ喫煙用ノ器具及ヒ所持スル煙草ヲ沒收シ得ヘキコトヲ定メタリ阿片ニ關シテハ阿片製造者ハ地方長官ノ許可ヲ受クヘク其製造品ハ毎年之ヲ政府ニ納メ政府ハ一定ノ賠償金ヲ下付ス阿片ハ醫藥用品ニ限り政府ヨリ之ヲ賣下クルモノニシテ其以外阿片ノ賣買授受所有又ハ所持ヲ禁ス

三 上水、下水道ニ關スル豫防衛生事項

給水ノ目的ヲ以テ敷設スル水道ハ人民ノ生活上特ニ衛生上重要ナル關係ヲ有スルカ故ニ明治二十三年法律第九號水道條例ヲ以テ水道ハ市町村カ其公費ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ敷設シ得サルモノトシ市町村ニ於テ水道ヲ敷設セントスルトキハ內務大臣ノ認可ヲ經ヘク若シ既設ノ水道ニシテ不完全ナリト認メタルトキハ地方衛生會ノ決議ヲ經テ地方長官ハ其改良ヲ市町村ニ命令シ得ルノ職權ヲ有ス土地ノ清潔ヲ保持スル爲メ汚水ノ疏通ヲ目的トスル下水道モ亦衛生上重要ナル關係アルヲ以テ市ニ於テ下水道ヲ築造セントスルトキハ內務大臣ノ認可ヲ受クヘク土地ノ所有者ハ汚水ヲ下水道ニ疏通スル爲メ必要ナル施設ヲ爲シ之ヲ管理スヘキ義務ヲ負擔ス明治三十三年法律第三二號下水道法ハ水道條例ト異ナリ下水道ハ直接ニ地方團體ニ非サレハ之ヲ設クルヲ得サルノ明文ナシト雖モ規定ノ關係上市ニ非サレハ築造シ得サルコトヲ推定シ得ルニ足ル下水道ヲ築造スルト否トハ市ノ自由ニ屬スト雖モ必要アリト認ムルトキハ市ニ對シ其築造ヲ強制シ得ヘク市ハ町村ノ依託ヲ受ケ町村ノ爲メニモ亦下水道ヲ築造シ得ヘキモノトス

四 傳染病ニ關スル豫防衛生事項

傳染病ニ關スル豫防衛生事項トシ先ツ説明スヘキハ種痘ノ強制ナリ種痘ハ小兒出生後滿一ケ年以内ニ於テ必ス之ヲ行フヘク善感スト雖モ爾後五年乃至七年ニ再種ヲ行フヘキハ勿論天然痘流行ノ兆アルトキハ上述ノ制限ニ拘ハラズ當該官吏ノ指定シタル期日ニ於テ種痘ヲ行フヘキモノトス

傳染病法ニ於テ傳染病ト認メ特殊ノ豫防ヲ必要ト爲スモノハ虎列刺以下八種ニシテ此以外ノ病氣ト雖モ特ニ豫防ノ必要アルトキハ內務大臣ニ於テ之ヲ指定シ得ヘキモノトセリ傳染病豫防ノ爲メ地方長官ノ有スル職權ノ主要ナルモノハ次ノ如シ

- 一 傳染病患者ノ有無ヲ檢診セシムルコト
- 二 市街村落ノ全部又ハ一部ノ交通ヲ遮斷スルコト
- 三 人民ノ群集ヲ制限シ又ハ之ヲ禁止スルコト
- 四 病毒傳播ノ虞アル物件ノ出入ヲ制限、停止スルコト
- 五 病毒傳播ノ媒介ト爲ルヘキ飲食物ノ販賣ヲ禁止スルコト
- 六 汽車、船舶又ハ人民ノ集合スル場所ニ豫防上必要ノ設備ヲ命スルコト
- 七 衛生上ニ關係アル設備ノ新設、改築、變更、廢止又ハ其使用停止ヲ命スルコト
- 八 場所及ヒ期間ヲ限リ水ノ使用ヲ制限シ又ハ停止スルコト
- 九 衛生組合ヲ設ケ傳染病ノ豫防ニ關スル規約ヲ定メ之ヲ履行セシムルコト
- 一〇 檢疫委員ヲ置キ檢疫豫防ニ關スル事務ヲ擔任セシメ特ニ船舶汽車ノ檢疫ヲ行ハシムルコト

市町村カ傳染病豫防ノ爲メ負擔スル義務ノ主要ナルモノヲ舉クレハ次ノ如シ

- 一 傳染病豫防委員ヲ置キ檢疫豫防ニ從事セシムルコト

二 市町村内ノ清潔方法及ヒ消毒方法ヲ施行シ醫師其他豫防上必要ナル人員ヲ雇入レ器具其他ノ物件ヲ設備スヘキコト

三 傳染病院、隔離所ヲ設置スルコト

以上ハ内地ニ發生シ又ハ發生スル虞アル傳染病ニ關スル豫防行政ノ大要ナルカ尙ホ他ヨリ傳染病ノ襲來ヲ防止スルノ必要上海港檢疫ノ制度アリ今其大要ヲ述フレハ
 海港檢疫法ニ依リ檢疫ヲ施行スヘキ傳染病ノ種類ハ虎列刺以下五種ニシテ檢疫ヲ施行スヘキ海港ハ横濱外五港ト定ムルモ尙ホ內務大臣ニ於テ豫防ノ必要アリト認ムルトキハ此等ノ傳染病以外ノ疾病ニ付キ及ヒ此等以外ノ海港ニ於テモ臨時檢疫ヲ行フヲ妨ケス
 海外諸港及ヒ臺灣ヨリ來ル船舶ハ入港前檢疫ヲ受クルニ非サレハ港内ニ入り他船又ハ陸上ト交通スルハ勿論物件ノ陸揚ヲ爲スコトヲ得シテ入港後ト雖モ傳染病患者發生シタルトキハ更ニ檢疫ヲ受クルニ非サレハ同様ノ行爲ヲ禁止セラルモノトス檢疫官吏カ豫防檢疫上有スル主要ナル職權ハ一定ノ期間停船ヲ命シ消毒ヲ行ヒ乗組員ヲ檢疫所ニ移轉セシムルニ在リ通常地方長官カ有スル職權ハ其管轄區域内ニ限ラルルヲ原則トスレトモ海面ニ於ケル行政ハ陸上ノ行政ト異ナリ特ニ管轄區域外ニモ特定ノ地方長官ヲシテ其職權ヲ行使セシムルヲ以テ便利ナリトスル場合アルヲ以テ明治三十五年勅令第七六號ハ地方長官ハ海港檢疫上必要アル場合ニ於テハ內務大臣ノ定ムル所ニ從ヒ管轄區域外ニ於テモ其職權ヲ行ヒ得ヘキヲ定ム

以上ノ外務大臣ハ傳染病豫防ノ爲メ必要アリト認ムルトキハ命令ヲ以テ物品ノ種類ヲ限リ輸入ヲ禁止シ得ヘキモノトス(三十二年勅令第四三四號)

第二項 衛生ニ關スル職業ニ就テノ行政

醫師、藥劑師等ノ職務ハ個人ノ健康保持上重大ナル關係アルカ故ニ行政上相當制限ノ下ニ之ヲ取締ルノ必要アリ

一 醫師ニ關スル取締

醫師ニ關スル現行法ハ明治三十八年法律第四七號醫師法及ヒ同十六年布告第三四號醫術開業試驗規則ニシテ醫師ハ

- 一 醫科大學又ハ官公立若クハ文部大臣ノ指定シタル醫學專門學校ヲ卒業シタル者
- 二 醫術開業試驗ニ及第シタル者
- 三 外國醫學校ヲ卒業シ又ハ外國ニ於テ醫師免許ヲ受ケタル者

ニシテ內務大臣ノ免許ヲ受ケタルコトヲ要シ重罪ノ刑ニ處セラレタル者、公權停止中ノ者等ハ免許ヲ受ケタルヲ得サルモノトス醫師ハ自ら診察セシテ診斷書、處方箋ヲ交付シ施療ヲ爲スコトヲ得サルハ勿論其技能ヲ誇稱シテ虛偽ノ廣告ヲ爲シ又ハ秘密療法ヲ有スル旨ヲ廣告スルコトヲ得ス齒科醫師ニ關シテハ別ニ明治三十八年法律第四八號齒科醫師法アリ其取締ニ關スル規定ハ

大體ニ於テ一般醫師ト同一ナルモ文部大臣ノ指定シタル齒科醫學校ヲ卒業シタル者ハ免許ヲ受ケ得ヘキモノトスルヲ異ナレリトス醫師其業務ニ關シ不正ノ行爲アルトキハ免許ヲ取消サレ又ハ一定期間業務停止ノ制裁ヲ受ケヘキモノトス

二 藥劑師ニ關スル取締

藥劑師ニ關スル現行法規ハ明治二十二年法律第一五號藥品營業並ニ藥品取扱規則及ヒ明治二十年內務省令第三號藥劑師試驗規則ナリ藥劑師ハ單ニ藥品ヲ製造シ自製ノ藥品ヲ販賣スル製藥者及ヒ藥品ノ販賣ヲ業トスル藥種商ト其性質ヲ異ニシ藥局ヲ開設シ醫師ノ處方箋ニ依リ藥劑ノ調合ヲ爲スモノヲ謂ヒ一定ノ試験ヲ受ケ免狀ヲ具有スル者ニ非サレハ其業務ヲ行フヲ得ス藥劑師ハ一人ニシテ二箇所以上ノ藥局ヲ開設スルヲ許サス其支局ヲ設ケル場合ニ在リテモ必ス別ニ一人ノ藥劑師ヲ置カサルヘカラス是レ一ノ免狀ヲ有シテ數多ノ免狀ヲ有スルト同一ノ行爲ヲ敢テシ衛生上ニ危害ヲ及ホスノ虞アルヲ防止スルノ趣旨ニ外ナラス藥劑師ハ其藥局ニ疾病治療ニ必要ナル一定ノ藥品ヲ備ヘ置クヘキ義務ヲ負擔ス藥劑師ハ前述ノ如ク藥劑師トシテ製藥者、藥種商ト性質ヲ異ニスレトモ藥劑師ニシテ此等ノ業務ヲ兼スルハ固ヨリ禁スル所ニ非ス

三 産婆ニ關スル取締(明治三十二年勅令第三四五號産婆規則)

妊娠、分娩ノ取扱ヲ業トスル産婆モ亦衛生上重要ナル業務ナルカ故ニ一定ノ試験ニ合格シタル年齢二十歳以上ノ女子ニシテ産婆名簿ニ登錄セラレタル者ニ非サレハ其業務ニ從事スルコト

ヲ得サルモノトシ其業務ノ執行上醫業ノ範圍ニ侵入スルヲ許ササルト同時ニ不都合ノ所爲アルトキハ其業務ヲ禁止シ又ハ停止シ得ヘキ職權ヲ地方長官ニ委任セリ
之ヲ要スルニ衛生上重要ナル關係アル職業ニ就テハ一定ノ資格アル者ニ就キ其資格ニ相當スル範圍内ニ於テノミ其業務ヲ行ハシメ衛生上危害ヲ生スルノ虞アル者ニ就テハ其業務ノ執行ヲ停止シ又ハ禁止スルヲ以テ現行法ノ大綱ト爲ス

第三款 衛生ニ關係アル設營ニ關スル行政

衛生上重要ノ關係アル病院等ニ關シテハ一般的ニ相當ノ取締ヲ必要トスルニ拘ラス此ノ如キ現行法ヲ缺如ス唯傳染病豫防ノ爲メ市町村ニ於テ設置スヘキ傳染病院、隔離病舎等ニ付テハ地方長官ニ於テ其設備、管理ノ方法ヲ定ムヘキモノトシ其設備標準ニ就キ內務大臣カ地方長官ニ命令ヲ發シタルノ事實アル外此ニ一般的ニ述フヘキモノナシ

第二款 産業行政

第一項 産業行政ノ範圍

現行法ノ下ニ於テ國家ハ産業ニ關シ如何ナル程度マテ保護干涉ヲ行ヒツツアリヤハ即チ産業行政ノ範圍ニシテ同時ニ産業ニ關シ國家ト國民トノ間ニ生スル權利義務ノ限界ナリ本項ニ於テ之

ヲ説明セントス

一 農事ニ關スル事項

(イ) 耕地整理 土地ノ區劃形狀ヲ變更シ道路溝渠ヲ變更廢止シ土地ヲ交換分合スルニ因リ耕地ノ利用ヲ増進スルコト尠クニ非ス此ノ如キ所謂耕地整理ハ之ヲ個人ノ自由ニ放任スルヨリモ寧ロ國家ノ行政權能ニ依リ保護干涉ヲ加フルヲ以テ産業ノ發達上利益アルカ故ニ明治三十二年法律第八二號耕地整理法ハ耕地整理ノ發起ニ付キ其地區内ニ於ケル一定數ノ土地所有者ノ同意ヲ必要トシ設計及ヒ業務施行上ノ錯誤ヲ避ケル爲メ發起人ニ設計書及ヒ規約書ノ作成ヲ強制シ發起ノ認可及ヒ整理施行ノ認可ヲ受クヘキ義務ヲ負擔セシムルノミナラス必要アル場合ニ於テハ設計及ヒ規約ノ變更ヲ命シ得ヘキ強力ナル監督權ヲ定ムルト同時ニ

一 特殊ノ場合ヲ除ク外參加土地所有者ハ整理施行中其土地ヲ利用スルコト能ハサルモ賠償ヲ請求シ得サルコト

二 整理施行ノ爲メ必要アルトキハ損害ヲ賠償シテ整理地區内ノ工作物ヲ移轉シ又ハ破毀シ得ルコト

三 特殊ノ場合ヲ除ク外參加土地所有者ニ對シ整理施行ノ認可ニ關スル異議申立ヲ許ササルコト

四 參加土地所有者ハ整理ニ要スル費用及ヒ夫役ヲ負擔スヘク若シ其費用ヲ完納セサルトキ

ハ市町村税徴収ノ方法ニ準シテ徴收シ得ヘキコトヲ定メテ參加土地所有者ノ權利ヲ制限スルト同時ニ耕地整理ノ發起人等ニ對シテ特殊ノ權利ヲ付與シテ之ヲ保護ス

設計書ニ定メタル工事著手ノ期限後一箇年内ニ工事ニ著手セザルトキハ農商務大臣ハ整理施行ノ認可ヲ取消シ得ルノミナラス必要ト認ムルトキハ著手中ノ整理工事を停止スヘキ旨命令シ得ヘキ職權ヲ有ス

(ロ) 害蟲驅除 農事ニ關スル助長行政ノ一トシテ害蟲驅除ニ關スル行政事項アリ明治二十九年法律第一七號害蟲驅除豫防法ハ其根本法規テリ害蟲驅除ニ關シ地方長官ノ有スル職權ノ主要ナルモノハ

一 害蟲田畑ニ發生シタルトキ又ハ發生ノ虞アルトキハ期限ヲ定メ田畑ノ作人ヲ強制シテ害蟲ヲ驅除セシムルコト

二 若シ田畑ノ作人カ驅除命令ニ從ハザルトキハ市町村ノ費用ヲ以テ代執行シ市町村税徴收ノ方法ニ依リ義務者ヨリ費用ヲ徴收シ得ルコト

三 害蟲蔓延シ又ハ蔓延ノ虞アルトキハ直チニ市町村ノ費用ヲ以テ直接ニ驅除豫防ヲ行ヒ得ルコト

四 前號ノ場合ニ於テハ夫役ノ賦課ヲ市町村ニ命令シ得ルコト

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 iudicis demonstravit) トノ規則ト其趣旨ヲ同シウ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秘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シテ

ヲ得ス又法律カ示定セル最短期ヨリ後ルヲ得ズ子ノ懷胎ハ必ス此兩極期ノ間ニ在ラザ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産科専門家ノ稀ニ實驗スル所ニ依リ

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内ニ生レタル正子ハ不正子ト看做サル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産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懐胎シタルモ
ノト推定ス」トノ規定アリシモ議會提出ノ修正案ニハ之ヲカリシ

右懐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
ヘタ或ハ後夫ノ子ナリト云ヒ得ヘタ第八二〇條ノ規定ハ爲メニ相抵觸セル二機ノ推定ヲ下スコ
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(八二二條)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ノ訴ヲ提起スル
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)此訴ハ子ノ母、母ノ配偶者又ハ其前配偶者ヨリ之ヲ提起スルヲ得
ヘタ母ノ配偶者及ヒ其前配偶者ハ互ニ其相手方ト爲ルヘタ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

婚姻中ニ懐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
途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タ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陥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 (Revelation) 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ナレハ行使スルヲ得サルナリ

(一) 否認ノ原因 婚姻中ニ懐胎シタル子ニ付テハ嚴正ナル反證アルニ非ス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テテ左ノ三トセリ

(イ) 夫婦同居ノ有形的不能 例ヘハ妻ノ懐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懐胎ノ全期間中間斷ナキコトヲ必要トス

(ロ) 夫婦同居ノ無形的不能 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懐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 法律ハ懐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懐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キ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 否認權ハ婚姻中ニ懐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(八二八條)又夫カ子ノ出生前又ハ否認ノ訴ヲ提起セシメ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相續權ヲ害セラルヘキ者其他夫ノ三親等內ノ血族ニ限り否認ノ訴ヲ提起スルコトヲ得(八二九條)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タル子アル場合即チ婚姻中ニ懐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ナ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ナリ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懐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懐胎ノ時期ハ夫ニ於テ之ヲ知ルコト難ク妻ハ又往往ニシテ自己ノ非行ヲ隱蔽シ夫ニ對シテ不實ナル懐胎時期ヲ告タ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懐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

(ロ) 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ク不確定ノ狀態ニ存セシメサル

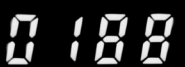
ト同時ニ證據ノ湮滅セサル間ニ適當ナル裁判ヲ受ケシムルノ必要アルトニ基ク本法ハ否認ノ訴ハ夫カ子ノ出生ヲ知りタル時ヨリ一年内ニ之ヲ提起スルコトヲ要ストセリ(八二五條)

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産者ナルトキハ禁治産ノ取消後子ノ出生ヲ知り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り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産ノ取消アリタル以後ニ於テ子ノ出生ヲ知り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

夫カ禁治産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シ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(人訴三九條、一八條)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力之ヲ庶子ト私生子トニ分ツハ全ク從來ノ慣例上此ニ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妻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妻妾ヲ公認セルモノト誤解スヘカラス

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

ハ私生子トシテ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ラ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而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ニトテ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爲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ズ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

認知トハ何ノ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予ハ汝ノ父ナリ又予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

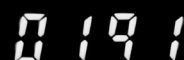
(ロ) 胎内ニ在ル子ヲ認知セントスルニハ其母ノ承諾ヲ得ルヲ要ス(八三一條) 胎内ニ在ル子ヲ認知スルコトヲ許スハ子ノ利益ノ爲メナルヲ以テ之ヲ既生兒ト同一視スルニ外ナラス而シテ此場合ニ其母ノ承諾ヲ必要トスル所以ノモノハ母ヲ明示スルニ非サレハ父ハ其胎内ノ子ヲ認知スルヲ得サルヲ以テ若シ父ノ認知ヲ有效ト爲ストキハ母ノ指定モ之ヲ確實ナリト推測セサルヲ得サルニ至ルヘク母ニシテ之ヲ承諾セサルニ拘ハラズ認知セシムルハ其母ノ羞恥ヲ公ニセシムルノ不都合アルヘキヲ以テナリ其母ノ承諾ニ付テモ亦法律上別段方式ノ定アルコトナシ

(ハ) 死亡シタル子ハ其直系單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ト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八三一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單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

若シ其直系單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單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單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戸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ノ身分



ヲ確定スヘキ行為ヲ嚴正ニ束縛スルノ要ナクレハナリ而シテ其遺言ニ因ル場合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戶籍吏ニ届出テサルヘカラス

認知ノ届出ニ關シテハ戶籍法第八〇條乃至第八四條ヲ參照スヘシ

(四) 認知ノ效果 認知ハ戶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(八三二條)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敢テ濫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ル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末々適法ニ其關係ノ公知セラレザリシニ過キス認知ニ因リ法律上其關係ノ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單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續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續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サ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

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

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ハ父ノ氏ヲ稱スヘシ

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

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

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虛偽ノ認知ヲ爲ス者ナキヲ保セス斯ル虛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效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虛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撃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效又ハ取消ノ請求ヲ爲ササルヘカラス(人訴二七條、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別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父又ハ母ノ任意ニ出テサ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賊シ虛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テ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僞證ノ幫助ニ依リテ其屬セタ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懐胎ノ時ト適合スル時ハ各關係人ノ認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一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爲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爲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爲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、第八三五條ノ行爲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ヲ以テ論シ其婦女ノ引受ケタルヘキ事但男子ヨリ已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ナ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牴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スル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約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リタルノ差アルニ過キヌ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是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單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單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防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ラサルヘシト信ス

- 第一 他人ノ子ヲ收養シテ祖先ノ祭祀ヲ絶タサ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就レカニ出ラ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奮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サルニ因ルト將タ又今日實際ノ必要上未ダ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ニ此意思表示ハ戶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カ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(八二七條) 養子ヲ爲スノ要ハ到底實子ヲ擧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出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サラシメタリ

外國ノ立法例ニ依レハ養親ノ年齢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ク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ト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

順養子ト稱シ兄カ其弟ヲ養子ト爲スコトアリ又前妻ノ女ニ婿養子ヲ爲スコトアリ斯ル場合ニ於テハ養親子間ニ甚シキ年齢ノ懸隔ナキヲ普通トセルカ故ニ單ニ自己ヨリ年長ナル者ヲ養子ト爲スコトヲ得ストセリ又伯叔父母ノ甥姪ヨリ年少ナルハ實際上往往見ル所ナレハ單ニ年少者ヲ養子ト爲シ得ルモノトスルトキハ不都合ナルヘキヲ以テ自己ノ尊屬ノ親族ヲ養子ト爲ストセリ既ニ尊屬又ハ年長者ニ非サル以上ハ甥姪ハ勿論弟妹、從父兄弟ノ如キ又ハ自己ノ孫其他ノ直系卑屬ニシテ嫡出子ニ非サル者ハ之ヲ養子ト爲スニ妨ナカルヘシ

實子ハ之ヲ養子ト爲スコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ異論アルヲ免レス絶對ニ種極論ヲ採ルモ又絶對ニ消極說ヲ唱フルモ其ニ非ナリ假令實子ト雖モ之ヲ養子ト爲スニ付テ法定イ利益アリ且法規ニ違反セサルニ於テハ之ヲ爲スニ何ノ妨カ之レアラシキハ自己ノ嫡子ト雖モ其他家ニ在ル場合ニ之ヲ養子トシテ自家ニ入ルルハ親族入籍ノ手續ニ依リ之ヲ自家ニ引取ルヨリモ相續上ノ順位ニ法定ノ利益アルニ於テハ之ヲ養子トスルコトヲ得ヘク庶子及ヒ私生子ノ如キハ假令同一家籍内ニ在ル場合ト雖モ之ニ嫡出子ノ身分ヲ取得セシムルノ法定利益アレハ亦養子ト爲スニ妨ナカルヘシト信ス

三 法定ノ推定家督相續人タル男子アル者ハ男子ヲ養子ト爲スコトヲ得ス(八三九條) 養子ヲ爲スノ目的ハ必スシモ家督相續人ヲ得ンカ爲メニ非スト雖モ此場合ニハ別ニ男子ヲ養子ト爲スノ要ナキハ勿論若シ之ヲ許ス時ハ徒ニ相續其他ノ事ニ關シ紛爭ヲ生シ一家ノ和睦ヲ壞ルノ

害アルニ過キサレハナリ
 抑、養子ハ必スシモ男子ニ限ルニ非ス養子ト云ハハ養男、養女ヲ包含スルハ當然ナリ而シテ
 女子カ法定ノ推定家督相續人ナル場合ニ於テハ男子ヲ養子ト爲スヲ妨ケス又男子カ法定ノ推
 定家督相續人ナル場合ニ於テモ女子ヲ養子トスルハ敢テ法律ノ禁スル所ニ非ス又此禁止ハ收
 養者カ戸主ナル場合ニノミ適用アルヘキモノニシテ收養者カ家族ナルトキハ固ヨリ法定ノ推
 定家督相續人アルヘキニ非サルヲ以テ實男子アルトキト雖モ男子ヲ養子ト爲スコトヲ妨ケサ
 ルナリ唯收養者カ戸主ニシテ男子カ既ニ法定ノ推定家督相續人トシテ存在スルニモ拘ハラズ
 他ノ男子ヲ養子トスルヲ得ヘシトセハ養子カ嫡出子ト爲ルノ結果或ハ庶子又ハ私生子タル男
 子ニ先テテ家督相續ヲ爲スコトヲ得ルニ至ルヘク「九七〇條參照）或ハ嫡出子タル男子ヲ廢除
 シテ養子ニ相續權ヲ取得セシムルニ至ルヘク延テ一家ノ平和ヲ擾亂スルノ害アレハナルヘシ
 而モ此立法理由ハ十分貫徹スルヲ得サルノ嫌アルヲ免レス
 男子ヲ養子ト爲スコトヲ得サルハ法定ノ推定家督相續人タル男子アル時ニ限ル養ヲ爲シタ
 ル後養親ニ於テ男子ヲ舉クルコトアリトモ縁組ノ無効ヲ惹起スルモノニ非ス何トナレハ一旦
 有效ニ成立シタル養子縁組カ其後ニ偶生シタル事實ニ因リ其效力ヲ失フヘキノ理由ナケレハ
 ナリ
 女婿ト爲ス爲メニスル場合ニ於テハ法定ノ推定家督相續人タル男子アルトキト雖モ男子ヲ養

子ト爲スヲ妨ケス是レ從來家督相續人ノ姉又ハ妹ニ婿養子ヲ迎フルカ如キハ普通ニ行ハルル
 所ニシテ且之カ爲メニ毫モ家督相續人ノ相續權ヲ害スルコトナケレハナリ（九七〇條、九七三
 條）而シテ茲ニ所謂女婿ト爲ス爲メニスルトハ婿養子縁組ノ場合ヲ謂フモノニシテ將來女子
 ノ夫ト爲サントスルノ目的ヲ以テ豫メ男子ヲ養子ト爲ス場合ヲ包含スルモノニ非サルナリ其
 婿養子縁組ト云ハスシテ女婿ト爲ス爲メニスルト云ヘルハ畢竟第八三九條ハ縁組ノ要件ヲ定
 メタルモノナルカ故ニ婿養子縁組ト云ハハ婚姻ノ要件ニモ言及ホシタルヤノ不都合アレハナ
 リ

四 後見人タラサルコトヲ要ス 後見人ヲシテ被後見人ヲ養子ト爲スコトヲ得セシメ又ハ後見
 人ノ計算終了以前ニ於テ被後見人ヲ養子ト爲スコトヲ得セシメハ或ハ後見人ヲシテ管理ノ計
 算ヲ爲スコトヲ免レシメ或ハ後見ノ任務ヲ曖昧模糊ニ付シ自己ノ私曲ヲ逞ウセシムルノ虞ア
 ルヲ以テナリ元來法律カ後見制度ヲ設クルノ趣旨ハ幼者ノ保護ニ在リテ從テ法律ハ之ニ種種
 ノ義務ヲ負ハシム殊ニ後見人ヲシテ管理ノ計算ヲ爲スノ義務ヲ負ハシムルハ其奸曲ヲ防クニ
 在ルモノナレハ此等立法ノ趣旨ヲ貫徹スルカ爲メニモ收養者ニ付テ此條件ヲ設クルノ必要ア
 リト謂フヘシ

然リト雖モ遺言ヲ以テ被後見人ヲ養子ト爲スノ意思ヲ表示シタル場合ニ於テハ計算ヲ曖昧ニ
 シ其私曲ヲ逞クスルカ如キ餘地ナカルヘシ是レ即チ第八四〇條第二項ノ規定アル所ナリ

五 配偶者アル者ハ配偶者ト共ニスルニ非サレハ養子ヲ爲スコトヲ得ス(八四一條一項) 夫婦各別ニ養子ヲ爲スコトヲ許ストキハ配偶者ト一方ニハ子ニシテ他ノ一方ニハ子ニ非サルカ如キコトト爲ルヘク此ノ如キハ我舊慣ノ認許スル所ニ非ス殊ニ養親トハ血族ト同一ノ關係ヲ生スヘキモノナレハ夫婦各別ニ養子ヲ爲スカ如キハ養子制度ノ本旨ニ適合スルモノニ非サルナリ故ニ配偶者アル者カ養子ヲ爲サントスルニハ必スヤ夫婦相一致スルヲ要ス然レトモ夫婦ノ一方カ他ノ一方ノ子ヲ養子ト爲サント欲スル場合ニ於テハ養子ト爲ルヘキ者ハ即チ一方ノ配偶者ノ子ニシテ既ニ親子關係アルモノナレハ他ノ一方カ之ヲ養子ト爲ササレハトテ別ニ不都合アルナシ故ニ此ノ如キ場合ニ在リテハ夫婦相一致スルコトヲ要セス其一方ノミニテ縁組ヲ爲スコトヲ得ヘシ而モ他ノ一方ノ意ニ反シテ縁組ヲ爲スコトヲ許スハ夫婦ノ不和ヲ醸シ延テ一家ノ紛擾ヲ惹起スルノ基ト爲ルヘキヲ以テ一方ノ同意ヲ得ルコトヲ要件トセリ(同條二項)

(ロ) 養子ト爲ル者ニ對スル要件 唯一アルノミ即チ左ノ如シ
 配偶者アル者カ養子ト爲ルニハ其配偶者ト共ニスルヲ要ス(八四一條) 夫婦各別ニ他人ノ養子ト爲ルハ猶ホ夫婦各別ニ養子ヲ爲スト同一ノ不都合アルヘク特ニ妻ノミカ養子ト爲ルモ夫婦ハ本來其家ヲ異ニスルヲ得サルモノナレハ妻ハ養親ノ家ニ入ルコトヲ得サルコトト爲ルヘク若シ養親ノ家ニ入ルコトト爲レハ婚姻ヲ維持スルヲ得ス茲ニ婚姻ノ性質ニ悖反スルニ

至ルヘケレハナリ

第二 承諾ニ關スル要件 養子縁組ノ成立スルカ爲メニハ當事者雙方ノ承諾ニ出ツルコトヲ必要トスルハ婚姻ニ於ケルト異ナル所アルナシ已ニ然ラハ其承諾ノ全ク缺ケタル場合即チ當事者間ニ縁組ヲ爲スノ意思ナキトキハ其縁組ハ無効ナリト謂ハサルヘカラス
 養子ヲ爲ス者ハ本人自ラ縁組ノ意思表示ヲ爲スコトヲ要スルハ勿論ナリ夫婦カ共ニ養子ヲ爲ス場合ニ於テモ亦然リ唯此場合ニ於テ夫婦ノ一方カ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ他ノ一方ハ其者ヲ代表シ其者ノ爲メニモ縁組ヲ爲スコトヲ得ヘシ換言スレハ一方ヲ代表シ雙方ノ名義ヲ以テ縁組ヲ爲スコトヲ得隨テ此場合ニ於テハ意思ヲ表示スルコト能ハサル者ト雖モ當然養親ト爲ル
 夫婦カ養子ト爲ル場合ニ於テモ若シ其一方カ意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ他ノ一方ハ其者ヲ代表シ其者ノ爲メニモ縁組ヲ爲スコトヲ得ヘク其意思ヲ表示スルコト能ハサル者ト雖モ此場合ニ於テ當然養子ト爲ルヘキモノトス
 養子ト爲ルヘキ者カ十五年未滿ナルトキハ其家ニ在ル父母之ニ代リテ縁組ノ承諾ヲ爲スコトヲ得但懃父母又ハ嫡母カ右ノ承諾ヲ爲スニハ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス(八四三條)蓋シ我從來ノ慣習ニ依ルトキハ養子ハ其幼少ノ時ヨリ養ウテ子ト爲スコト最モ普通ニシテ又養子ハ以テ實子ニ擬スルモノナルカ故ニ其間ニハ可及的實親子ニ等シキ愛情ヲ保持セシムルノ要アリ此必

要ニ應スルカ爲メニハ幼少ノ時ヨリ收養スルコトヲ許スマヲ以テ上策トス故ニ本法亦之ヲ許スト雖モ此等幼少ノ者ニ在リテハ意思能力ナキヲ常トスルカ故ニ法律上之ニ代ハリテ意思表示ヲ爲スヘキ者ヲ認メサルヘカラス是レ即チ此ニ意思表示ノ法定代理權ヲ認メタル所以ナリ若シ父母ノ一方カ知レサルトキ死亡シタルトキ家ヲ去リタルトキ又ハ意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ他ノ一方ノ意思ノミヲ以テ其子ノ意思ニ代フルコトヲ許シ父母トモニ不明、死亡、去家又ハ意思ナキトキハ其子ノ後見人及ヒ親族會ノ合致シタル意思ヲ以テ其子ノ意思ニ代フルコトヲ許ス(八四六條一項)而シテ繼父母又ハ嫡母ノ代理權ニ關シ制限ヲ附シタルハ繼子又ハ庶子ノ不利益ニ緣組ヲ爲スカ如キ弊害ヲ豫防センコトヲ欲シタルニ由ル

尙ホ養子緣組ニ付テハ保護者ノ同意ヲ得ルコトヲ要ストセルコト婚姻ニ於ケルト同シ元來養子ヲ爲シ又ハ養子ト爲ルコトハ人事ノ重要事項ニ屬シ禍福ノ基スル所ナレハ須ク慎重熟慮以テ他日喧嘩ノ悔ヲ胎サランコトヲ要ス隨テ未成年者ノ爲メ又ハ父母アル者ノ爲メニ其保護者ノ同意ヲ得サルヘカラストセリ而シテ本要件ニ付テモ亦之ヲ養子ヲ爲ス者ト養子ト爲ル者トニ區別セサルヘカラス

一 養子ヲ爲ス者ハ其家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス 養子ハ緣組ニ因リテ養親ノ嫡出子タル身分ヲ取得シ隨テ養親ノ父母ニ對シテハ親族ノ關係ヲ生ス故ニ緣組ハ一身一家ニ種種ナル利害關係ヲ惹起スヘキモノナルヲ以テ父母ノ承諾アルニ非サレハ養子ヲ爲スコトヲ得サ

ルモノトセリ而シテ此場合ニ於テハ第七七二條第二項及ヒ第三項、第七七三條ノ規定ヲ準用ス(八四六條)

成年者ニシテ家ニ父母アル者カ養子ヲ爲サントスルニハ年齡ノ如何ニ拘ハラズ必スヤ父母ノ同意ヲ必要トス是レ婚姻ノ場合ニ年齡ニ制限アルト異ナル所ナリトス(七七二條參照)

禁治產者カ緣組ヲ爲スニハ其後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セス(八四六條)

二 養子ト爲ル者モ亦同シク保護者ノ同意ヲ得サルヘカラス即チ左ノ如シ

(イ) 滿十五年以上ノ子カ養子ト爲ルニハ其家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス(八四四條) 是レ第七七二條ト同一ノ精神ニ出ツルモノナリ

(ロ) 緣組又ハ婚姻ニ因リテ他家ニ入りタル者カ更ニ養子トシテ他家ニ入ラントスルトキハ實家ニ在ル父母ノ承諾ヲ得ルコトヲ要ス(八四五條) 本法ハ緣組又ハ婚姻ニ因リテ他家ニ入りタル者カ實家ニ復籍セスシテ婚姻又ハ養家ヨリ直チニ他家ニ入り其養子ト爲ルコトヲ許スカ故ニ(七四一條)第八四四條ノ規定ノミニテハ實家ノ父母ノ同意ヲ要セザルコトト爲ルヘキヲ以テ同條立法ノ趣旨ヲ擴張シテ本條件ヲ設ケタルモノトス但妻カ夫ト共ニ緣組ニ因リテ他家ニ入ルハ此限ニ在ラス

右(イ)(ロ)ノ場合ニ於テハ第七七二條第二項及ヒ第三項、第七七三條ノ規定ヲ準用ス 禁治產者カ緣組ヲ爲スニハ其後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セサルハ養子ヲ爲ス者ニ付テ述ヘ

タルト同シ

以上列記シタルノ外(一)家族カ縁組ヲ爲スニハ戸主ノ同意ヲ得ルコトヲ要シ(七五〇條)(二)婚姻又ハ縁組ニ因リテ他家ニ入りタル者カ更ニ縁組ニ因リテ他家ニ入り子ト爲ラントスルニハ婚家又ハ養家及ヒ實家ノ戸主ノ同意ヲ得ルコトヲ要シ(七四一條)(三)養子トシテ他家ニ入ルニハ法定ノ推定家督相續人ニ非サルコトヲ要ス(七四四條)ルカ如キ亦縁組ノ要件中ニ入ルヘキモノトス又民法以外ノ法令中ニモ例ヘハ明治三十一年法律第二一號第一條ニ日本人カ外國人ヲ養子ト爲スニハ内務大臣ノ許可ヲ得ルコトヲ要ストアルカ如キ華族令第九條ニ華族又ハ其家族カ縁組ヲ爲スニハ宮内大臣ノ許可ヲ得ルコトヲ要ストアルカ如キ均シク縁組ノ要件ナリト謂ハサルヘカラス

乙 形式上ノ要件

縁組ハ之ヲ戸籍吏ニ届出ツルニ因リテ其效力ヲ生ス(八四七條、七五五條)是レ縁組ノ形式上唯一ノ要件トスル所ノモノナリ縁組ニ付テモ婚姻ト同シク或一定ノ儀式ヲ行フヲ以テ要件トスルモノアリ我從來ノ慣習ニ於テモ各地方特別ナル儀式ノ存スルモノアリト雖モ本法ハ之ヲ以テ要件ト看做サス

縁組ノ届出ハ當事者雙方及ヒ成年ノ證人二人以上ヨリ口頭ニテ又ハ署名シタル書面ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ要ス(八四七條、七五五條)其届出ノ場所ハ養親ノ本籍地又ハ所在地ノ戸籍吏ニ之ヲ

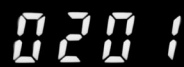
第二節 相續債權者及ヒ受遺者ノ請求

第一款 財産分離ノ手續

相續債權者及ヒ受遺者ハ財産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)相續財産カ相續人ノ固有財産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産ト相續人ノ固有財産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産中ヨリ相續財産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産状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旦單純承認ノ意思ヲ表示シタル以後ニ在リテモ尙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産ト相續人ノ固有財産トハ茲ニ混同スヘキカ故ニ斯ル場合ニ於テ尙ホ且財産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産カ相續人ノ固有財産ト混同セサル間ハ何時ニ

民法相續 本論 財産ノ分離 相續債權者及ヒ受遺者ノ請求



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續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續人ニ對シテ爲ササルヘカラス若シ相續人ノ知レサルトキハ相續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續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續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續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ス故ニ我法律ニ於テハ相續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 他ノ相續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續ノ開始ヲ知リタル者ノミ獨リ利益ヲ受ケル

コトヲ防キ以テ各相續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續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續人カ相續ノ拋棄ヲ爲シタルトキハ拋棄ニ因リテ相續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

第二款 相續財産ノ管理

財産分離ノ請求アリタルトキハ相續財産ト相續人ノ固有財産トハ混同セシムルヲ得ス相續財産ハ専ラ相續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ズ裁判所ハ相續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酷似ス從テ此場合ニ於ケ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六四七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ニ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

第一項 相續債權者及ヒ受遺者ニ對スル效力

財産ノ分離ハ混同ノ結果ヲ防止シ以テ相續債權者又ハ受遺者ヲ保護センカ爲メニ設ケル所ナルヲ以テ之カ當然ノ效果トシテ財産分離ノ判決確定シタルトキハ兩財産混同スルコトナク財産分離ノ請求ヲ爲シタル者及ヒ公告期間内ニ配當加入ノ申出ヲ爲シタル者ヲシテ相續財産ニ付キ相續人ノ債權者ニ先チテ辨濟ヲ受ケシム而シテ相續債權者又ハ受遺者カ相續人ノ債權者ニ先チテ辨濟ヲ受クルヲ得ヘキハ單ニ相續財産ニ止マリ相續人ノ固有財産ニ付テマテ優先辨濟ヲ受クルコトヲ得サルモノトス唯債權者及ヒ受遺者カ財産ニ付テ全部ノ辨濟ヲ受クル能ハサリシ場合ニ於テハ相續人カ限定承認ヲ爲ササル限りハ相續人ノ固有財産ニ付テモ其權利ヲ行フコトヲ得ヘキノミ是レ財産當然ノ效力ニシテ財産分離ノ請求ノ爲メニ其利益ヲ殺カルヘキモノニアラサレハナリ

相續債權者又ハ受遺者ニシテ適法ノ手續ニ依リ配當加入ノ申出ヲ爲ササル者ハ財産分離ノ利益ヲ拋棄シタルモノト看做シテ此特權ヲ與ヘス然レトモ此等ノ權利者ハ之カ爲メニ全然自己ノ權利ヲ喪失スヘキモノニ非ス唯其辨濟ヲ請求スル當時ニ於ケル相續人ノ財産ノ限度ニ於テ之カ辨濟ヲ受クヘキモノトス

又財産ノ分離ハ相續財産ニ付キ相續債權者又ハ受遺者ニ特權ヲ與フルニ過キス相續人ノ債權者

ヲシテ全然相續財産ヨリ除外スルモノニ非ス相續債權者又ハ受遺者ニシテ相續人ニ付キ全ク辨濟ヲ受ケ尙ホ殘餘アル場合ニ於テハ相續人ノ債權者ヲシテニ付キ辨濟ヲ受ケタルコトヲ得セシムヘキモノトス

財産ノ分離ハ右ノ如キ特權ヲ相續債權者又ハ受遺者ニ付與スト雖モ之ヲ以テ先取特權ト同一視スヘカラス財産分離ノ場合ニ在リテハ被相續人ノ財産ト相續人ノ財産ト混同セサルモノト看做シ法律上二個ノ財産ノ存スルモノト看做シ甲ノ財産ニ付テハ恰モ他ノ債權者アラサルカ如ク看做スコトヲ得ルニ過キス隨テ一個ノ財産ニ關シ一定ノ債權者カ辨濟ヲ受ケタル後ニ非サレハ他ノ債權者カ辨濟ヲ受ケ得ザル先取特權ト同一視スルヲ得ザルハ論ナシ先取特權ニ基ク優先權ノ問題ハ一個ノ財團ニ付キ生スルモノナルモ財産分離ノ效力ハ二個ノ財團ニ關シ生スルモノナレハ兩者ノ間判然タル區別ノ存スルヲ見ル

財産分離ノ效力ハ分離財産ニ付キ相續債權者又ハ受遺者ノ爲メニハ恰モ相續人ニ歸屬セザルカ如ク看做シ之ニ付キ辨濟ヲ受ケシメ假令相續人カ相續財産ヲ處分スルモ之ヲ以テ相續債權者又ハ受遺者ニ對抗スルコトヲ得セシムヘキニ非ス唯動産ニ付テハ法律上別段ナル公示方法ノ存スルコトナケレハ第一九二條ノ結果トシテ善意ニシテ且過失ナキ占有者ノ手ニ歸シタル以上ハ其所有ニ歸シ亦之ヲ如何トモスル能ハサルヘシ之ニ反シテ不動産ニ付テハ登記ナル公告方法ノ備ハルアルヲ以テ尙モ之ヲ登記シタル以上ハ財産分離ノ效力ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得セシメ

サルヘカラス(一〇四五條)

法律ハ亦財産分離ノ效力トシテ相續債權者及ヒ受遺者ニ物上代位權ヲ付與セリ(一〇四六條)
蓋シ相續人カ相續財産分離ノ請求アリタルニ拘ハラズ第三者ニ財産ヲ賣拂ヒ又ハ之ヲ貸貸シタルトキハ相續人カ受クヘキ金錢ニ付キ分離請求者ヲシテ代リテ其權利ヲ行フコトヲ得セシメ又ハ第三者ノ所爲ニ依リ相續財産ヲ滅失又ハ毀損シタルカ爲メ相續人カ之ニ對シテ損害賠償ノ請求權ヲ得タルトキハ分離請求者ヲシテ代リテ此ノ權利ヲ行ハシムルコトハ財産分離ヨリ生スル利益ヲ完ウセシムルカ爲メニハ最モ必要ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ此等ノ場合ニ於テ相續人カ受クヘキ金錢其他ノ物ハ相續財産ノ變體シタルモノニシテ此財産ニ代ルヘキモノナリ從テ分離制度ヲ設ケタル立法ノ趣旨ヲ擴充スルノ相當ナルヲ信スレハナリ但財産分離ノ利益ヲ受クル者ニ於テ代位權ヲ行フニハ其目的タル代金又ハ賠償金ハ拂渡又ハ引渡前ニ差押ヲ爲ササルヘカラス(二二四條參照)

相續債權者及ヒ受遺者ハ前述スルカ如ク相續人ノ固有財産ニ對シテ辨濟ヲ求ムルコトヲ得ヘキ場合アリト雖モ此ノ如キ場合ニ於テハ勢ヒ相續人ノ債權者ト競合セサルヘカラス相續人ノ債權者ハ即チ其固有財産ヲ目的トシタルモノアルカ故ニ此二種ノ債權者ヲシテ同等ノ辨濟ヲ受ケシムルハ決シテ妥當ナリトスルヲ得ス故ニ法律ハ財産分離ヨリ生スル結果ト相續當然ノ效果トヲ調和シ相續人ノ固有財産ニ付テハ相續人ノ債權者ニ優先ノ權利アルモノトシタリ夫レ此ノ如ク

ニシテ始メテコノ二種ノ權利者ヲシテ適當ナル範圍内ニ於テ各其利益ニ均霑スルヲ得セシムヘキナリ(一〇四八條)

第二項 相續人ニ對スル效力

財産ノ分離ハ相續債權者又ハ受遺者ヲシテ相續人ノ債權者ニ先テテ相續財産ニ付テ辨濟ヲ受ケシムルニ在ルコト前述ノ如シ而シテ辨濟ノ義務ハ相續人ニ在ルコト勿論ニシテ其手續方法ニ付テハ我法律ハ之ヲ限定承認者ノ辨濟ノ手續及ヒ方法ト同一ナラシメタリ是レ蓋シ財産分離ノ請求アリタル場合ニ於テハ相續財産ト相續人ノ固有財産ト混同セサルノ點ニ於テ限定承認ノ場合ト殆ト大差ナキヲ以テナルヘシ故ニ法律ハ第一〇四一條第一項及ヒ第二項ノ期間満了以前ニ在リテハ相續債權者又ハ受遺者ニシテ辨濟拒絶ノ權利アルモノトシテ第一〇三〇條ト同機ナラシメ又限定承認ノ場合ニ於ケル第一〇三一一條ノ規定ト同シク配當辨濟ノ方法ニ依ルヘキモノトシ相續人ハ第一〇四一條第二項ノ期間満了ノ後相續財産ヲ以テ財産分離ノ請求又ハ配當加入ノ申出ヲ爲シタル債權者及ヒ受遺者ニ各其債權ノ割合ニ應ジテ辨濟ヲ爲スコトヲ要スルモノトシ其他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ニ在リテハ第一〇三二一條ノ規定ニ從フヘク債務及ヒ遺贈ニ付テノ辨濟ノ順序ハ第一〇二三條ニ從フヘク辨濟ノ爲メ相續財産ヲ賣却スルノ必要アルトキハ競賣及ヒ鑑定ノ參加ニ關シテハ第一〇三四條、第一〇三五

條ニ從フヘク又此等ノ手續方法ニ違背シテ辨濟シタル場合ニ於ケル制裁ハ第一〇三六條ノ規定ニ從フヘキ旨ヲ明カニセリ此等ノ規定ニ付テハ既ニ前評論セル所ナルヲ以テ重ネテ之ヲ贅セス
財産ノ分離ハ以上説明スル如ク其手續煩雜ニシテ且相續人ノ爲メニハ多少不面目ヲ來スノミナラス財産ノ融通ヲ妨ケ且配當辨濟ヲ爲スコトヲ要スルノ結果祖先傳來ノ財産モ或ハ他人ノ手ニ歸シ各離散スルノ不幸ヲ見ルニ至ラントス是ニ於テ法律ハ債權者ノ利益ト相續人ノ利益ヲ調和シ相續人ニ財産分離ノ請求ヲ防止シ又ハ其效力ヲ消滅セシムルコトヲ得セシム(一〇四九條)
即チ相續人ヲシテ其固有財産ヲ以テ相續債權者又ハ受遺者ニ辨濟ヲ爲スカ或ハ辨濟ノ確實ヲ擔保スルカ爲メニ相當ノ擔保物ヲ提供セシムルニ在リ此ノ如クセハ相續債權者又ハ受遺者ハ敢テ相續財産ヲ分離セシムコトヲ請求スルノ要ナク安全ニ辨濟ヲ受クルヲ得ヘク又相續人ハ祖先傳來ノ財産ヲ維持スルヲ得ヘキナリ勿論第一〇四七條第三項ニ於テ第一〇三四條但書ノ規定ヲモ準用シ得ヘキコトヲ明カニスレトモ是レ唯財産分離ノ請求アリタル以後ノコトニ屬シ其請求以前ニ在リテハ固ヨリ同條ヲ準用シ得ヘキニ非ス從テ相續人ノ利益ヲ圖ラントスルニハ勢ヒ此ノ如キ規定ヲ存スルノ必要アルヘシ然リト雖モ相續人カ自己ノ固有財産ヲ以テ辨濟スル場合ハ勿論相當ノ擔保ヲ供スル場合ニ於テモ直接利害ノ影響ヲ被ムルヘキモノハ相續人ノ債權者ナレハ法律ハ亦此者ノ利害ヲモ無視スルヲ許サス從テ相續人ノ債權者ニ異議ヲ述フルコトヲ得セシメテ其利害ヲ顧ルコトナシ唯謂レナク異議ヲ述ヘシムルハ決シテ事理ノ當ヲ得タルモノニ非サル

カ故ニ相續人ノ債權者ハ必スヤ損害ヲ受クヘキコトヲ證明セサルヘカラストセリ是レ亦相當ナリト謂ハサルヘカラス

第三節 相續人ノ債權者ノ請求

相續人ノ債權者モ亦財産分離ノ請求ヲ爲シ得ルコトハ既ニ前述シタル所ニシテ分離ノ請求ハ訴ノ形式ヲ以テ裁判所ニ爲スコトヲ要スルハ相續債權者又ハ受遺者ニ於ケルト同様ナリトス

相續人ノ債權者カ財産分離ヲ請求シ得ルハ左ノ場合ニ限ル(一〇五〇條)

第一 相續人カ限定承認ヲ爲スコトヲ得ル間ナルコト

第二 相續財産カ相續人ノ固有財産ト混同セザル間ナルコト

相續人カ限定承認ヲ爲スコトヲ得ルハ第一〇一七條第一項ニ定ムル期間内ニシテ未タ單純承認ヲ爲ササル間又ハ單純承認ヲ爲シタリト看做サレザルトキナラサルヘカラス相續人ニシテ既ニ限定承認ヲ爲スコトヲ得サルニ拘ハラズ相續人ノ債權者ヲシテ財産分離ノ請求ヲ爲スコトヲ得セシメハ相續債權者又ハ恰モ相續人カ限定承認ヲ爲シタル場合ト同一ノ境遇ニ陥リ不利益ヲ被ムルコトアルヘキヲ以テ之カ關係上相續人ノ債權者ニ對シテハ前示(第一)ノ如ク請求期間ヲ限定スルニ至レリ隨テ之ヲ彼ノ相續債權者又ハ受遺者ノ爲メニ設ケラレタル第一〇四一條第一項ノ期間ニ對照スル彼ニ在リテハ相續開始ノ時ヨリ三個月トシ相續人カ承認又ハ拋棄ノ意思表示

ノ前後ヲ問ハス苟モ此期間内ナラシメハ分離ノ請求ヲ爲スニ妨ナシトシ此ニ在リテハ(イ)相續人カ單純承認ヲ爲シタルトキ又ハ爲シタリト看做サレタルトキ(ロ)相續人カ限定承認ヲ爲シタルトキハ假令相續開始ノ時ヨリ三個月ト雖モ財産分離ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルモノトセリ要スルニ第一〇五〇條ノ規定ヲ以テ第一〇四一條ニ對比スルトキハ兩者保護ノ上ニ於テ法律上等差アルヲ發見スルニ難カラサルヘシ

前示(第二)ノ場合ニ付テハ敢テ相續債權者又ハ受遺者ノ爲メニ設ケラレタル期間ト異ナルコトナク畢竟第一〇四一條トノ權衡上此場合ニ在リテハ財産狀態ニ著シキ變更ナキモノト認メタルカ故ノミ

相續人ノ債權者カ財産ノ分離ヲ請求シタル場合ニ於テハ相續人ノ固有財産ヲ相續財産ト區分シ此財産ニ付テハ相續人ノ債權者ヲシテ相續債權者又ハ受遺者ニ先チテ辨濟ヲ受ケシムルノ効ヲ生ス要スルニ前節説述セル所ノ效果ハ相續人ノ債權者ニ對シ相續人ノ固有財産ノ上ニ發生スルモノナルコトハ明カナリトス而シテ限定承認ノ效力タル資産ノ混同セザルコトヲ規定セル第一〇二七條及ヒ限定承認ノ場合ニ於ケル公告、催告又ハ債務辨濟ノ手續方法、競賣又ハ鑑定ノ參加其他違法ノ辨濟ヲ爲シタル場合ノ制裁等ニ關スル第一〇二九條乃至第一〇三六條、先取特權ノ效力ニ關スル第三〇四條及ヒ財産分離ノ效力ニ關スル第一〇四三條乃至第一〇四五條、第一〇四八條ノ規定ハ何レモ相續人ノ債權者カ財産分離ノ請求ヲ爲シタル場合ニ準用スヘキモノト

ス殊ニ第一〇四八條ヲ相續人ノ債權者カ財産分離ノ請求ヲ爲シタル場合ニ準用セルハ相續債權者又ハ受遺者カ請求ヲ爲シタル場合ニ對スル權衡ヲ得セシメンカ爲メニ外ナラサルナリ其他此等ノ條項ニ關シテハ前詳述セル所ナルヲ以テ之ヲ再說セス

第六章 相續人ノ曠缺

第一節 汎論

抑、相續人ノ曠缺トハ相續人ノ有無分明ナラサル場合ヲ謂フ舊民法ニ於テハ相續人現出セス相續人ノ有無分明ナラス又ハ相續人相續ヲ拋棄シタルトキヲ以テ相續人曠缺ノ場合トセリ（取三四二條）然レトモ相續人現出セストモ其所在ノ分明ナルニ於テハ直チニ相續人ノ曠缺セルモノト認ムルヲ得ス假令相續人カ相續開始地ニ在ラストスルモ相續ノ承認及ヒ拋棄ニ關シテハ第一〇一七條以下ノ規定アルヲ以テ此場合ヲ以テ直チニ曠缺セルモノトスルノ要ナシ又相續人カ相續ヲ拋棄シタルトキハ次位ノ相續人カ相續スルニ至ルヘク從テ相續人カ拋棄ヲ爲シタル場合ニハ常ニ相續人ノ曠缺セルモノト斷定スルヲ得サルナリ然ラハ則チ相續人ノ曠缺セル場合ハ相續人ノ在ルコトノ分明ナラサル場合ナラサルヘカラス即チ家督相續ト遺產相續トニ論ナク相續ノ開始ニ依リテ直チニ被相續人ヲ相續スル者又ハ相續ノ拋棄ニ因リテ次位ノ相續人ノ有無分明ナラサル等苟モ相續人ノ存スルコト不明ナルトキヲ謂フモノトス蓋シ遺產相續ニ在リテハ唯一ノ

法定相續人アルノミナルカ故ニ遺產相續人ノ有無明カナラサル場合ニハ相續人曠缺ニ關スル手續ヲ履行スヘキハ固ヨリ相當ナリ然ルニ或者ハ曰ク家督相續ニ在リテハ指定又ハ選定ノ相續人アルヘキカ故ニ法定ノ家督相續人ナシトスルモ直チニ相續人ノ曠缺ナリトスル能ハサルヘシ相續人ノ指定ナク又選定ヲモ爲サスシテ之ヲ相續人ノ曠缺ナリトセハ法律カ指定又ハ選定ノ手續方法ヲ定メタルノ趣旨ヲ沒了スルニ至ラン從テ家督相續ニ付テハ相續人ヲ定ムルニ付キ其手續ヲ盡スモ相續人ト爲ルヘキ者ナキ場合換言スレハ相續上最早盡スヘキ途ナキトキニ至リ始メテ相續人曠缺ニ關スル手續ヲ爲スヘキモノナリト（法曹會決議）然リト雖モ此場合ハ家督相續人ナキコトノ分明ト爲リタル場合ニ非ザルナキヲ得ンヤ而モ此時期ニ到達スル以前ニ於テ法律ハ既ニ相續人曠缺ニ關スル手續ヲ爲スヘキモノトシ或ハ相續人ヲ搜索スルノ目的ヲ以テ公告ヲ爲スヘキコトヲ命セリ故ニ法定、指定又ハ選定ノ各種ノ相續人ナキカ又ハ最後ノ選定相續人カ相續ヲ承諾セザルトキニ至リテ始メテ相續人曠缺ニ關スル手續ヲ爲スヘキモノナリト論スルハ決シテ正鵠ヲ得タルモノニ非ス

且夫レ民法第七六四條ニ戶主ヲ失ヒタル家ニ家督相續人ナキトキハ絶家トスト云ヘルハ家督相續人ナキコト確定シタルトキニ於テ絶家ト爲ルモノナルコトヲ示スモノナレハ同第一〇五八條ノ公告ニ定メラレタル期間内ニ相續人タル權利ヲ主張スル者ナキトキ即チ相續人ナキコトノ確定シタルモノトシ相續財産ハ後說スル如ク國庫ニ歸屬シ其家ハ茲ニ絶家ト爲ルモノト解セザル

（カラス相續人曠缺ノ場合ハ相續人絶無ノ場合ト同義ニ解スル能ハサルヤ論ナシ唯相續人ノ有無未確定ノ場合ニ於ケル戸主タル身分ニ付テハ多少ノ疑ナキ能ハサレトモ家ノ存在ヲ肯定スル以上ハ亦戸主ノ身分ヲ否定スル能ハサルハ論ナシ

相續人ノ有無分明ナラサル場合ニ於テハ相續財產ハ何人ノ有ニ歸スヘキモノナルカヲ知ルヲ得ストスルモ而モ相續債權者又ハ受遺者ニ對シテハ財產ノ管理及ヒ清算ヲ爲スノ必要アリ又果シテ相續人ナキコトノ分明ナルニ於テハ相續財產ノ最後ノ處分ヲ必要トスヘシ依テ本法ハ茲ニ一章ヲ設ケ特ニ之カ規定ヲ爲ス所以ナリ

第二節 相續財產

抑、相續人ノ有無分明ナラサル場合ニ於テハ相續財產ハ即チ何人ノ有ニ歸スヘキモノナルカヲ知ルヲ得スト雖モ而モ其財產タル權利ヲ有シ義務ヲ負フモノタリ故ニ法律ハ相續人ノ現出スルカ又ハ相續財產カ國庫ニ歸屬スルマテハ權利義務ノ主體タルヘキモノナクシテ各種ノ不都合アル者トシ相續財產ヲ以テ法人ト看做スノ主義ヲ採用セリ（一〇五條）換言スレバ相續財產ハ權利義務ヲ有スル一箇ノ財團法人ト看做シ其獨立ノ存在ヲ保タシムルモノトス蓋シ相續人曠缺ノ場合ニ於テ相續財產ヲ法人ト看做スヘキヤ否ヤノ問題ハ立法上ノ一大問題ニシテ諸國ノ法制未タ歸著スル所ナキモノノ如シ然レトモ若シ此場合ニ於テ相續財產ヲ以テ法人ト看做ササルニ

於テハ權利義務ノ主體ト爲ルヘキ者ナク債權者ハ辨濟ヲ得ズ債務者ニハ辨濟ヲ要求スルヲ得サルカカキ實際上ノ不都合アルヘキハ論ヲ俟タス隨テ我立法者ハ斷然法人主義ヲ採用スルニ至レリ

相續財產ヲ以テ法人トスルハ相續人アルコトノ分明ナラサル場合ニ限ルモノナレハ財團法人ノ存立時期ハ即チ相續人ノ現出スルカ又ハ相續財產カ國庫ニ歸屬スルニ至ルマテノ間ナリトス從テ其結果トシテ相續人アルコト分明ナルニ至リタルトキハ法人ハ存在セザリシモノト看做サザルヲ得ス（一〇五條）何トナレハ相續人ノ有ルコト確實ナルニ至レハ其相續人ハ即チ相續開始ノ時ヨリ相續人タリシモノト看做スヘキモノナレハ法人ノ存在ハ此場合ニ於テ勢ヒ肯定スルヲ得サレハナリ然リト雖モ法律ハ相續人ノ曠缺セル場合ニ於テハ清算ノ手續ヲ爲スノ要アリトシテ管理人ヲ置クヘキモノトシ之カ管理ノ權限等ヲ定ムルヲ以テ若シ法人ノ存在ヲ否定スルノ結果トシテ管理人カ自己ノ權限内ニ於テ爲シタル行為ノ效力ヲモ滅却スルハ其當ヲ得タリトスル能ハス故ヲ以テ相續人現出シタル場合ニ於テハ法人ハ會テ存セザリシモノト看做スモ管理レカ其權限内ニ於テ爲シタル行為ノ效力ハ妨ケララルコトナキ旨ヲ明カニセリ是ニ由テ之ヲ觀レハ一旦相續人ノ現出シタルトキハ相續財產ノ管理人ハ相續人ノ法定代理人タリシモノト認メラルルニ至ルモノト謂フヘシ

相續財產ハ以上説述スルカ如ク或期間内ハ法人ト看做サルルカ故ニ法人ノ機關ト爲ルモノ即チ

相續財産ノ管理及ヒ清算ヲ爲サシムヘキ者ヲ定メタルヘカラス故ニ法律ハ裁判所ハ必ス管理人ヲ選任スヘキモノト定メ之カ選任ノ請求ヲ爲スヘキ者ハ利害關係人又ハ檢事トセリ(一〇五二條一項)而シテ此場合ニ於ケル裁判管轄ニ關シテハ非訟事件手續法第六五條ニ規定スルカ如ク相續開始地ノ區裁判所ナリト知ルヘシ裁判所カ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ管理人ヲ選任シタルトキハ遲滞ナク之ヲ公告スルコトヲ要ス(一〇五二條二項)是レ即チ相續人職缺ノ場合ニ於ケル第一回ノ公告ニシテ相續人ノ現出セシコトヲ促シ相續人カ自ラ相續財産ノ管理及ヒ清算ヲ爲シ得ルコトヲ告知スルヲ以テ其目的トスルモノナリ而シテ此公告ニ記載スヘキ事項ニ付テハ非訟事件手續法第六九條ノ規定ヲ參照スヘシ

裁判所カ選任シタル管理人ハ不在者ノ財産管理人ト同一ノ權利義務ヲ有ス(一〇五三條)即チ財産目録ヲ調製スルヲ要スルコト其他財産ノ管理及ヒ返還ニ付テ相當ノ擔保ヲ供セシムルヲ得ル等要スルニ第一〇二一條第三項及ヒ第一〇四三條第二項ニ規定スル所ト同一ナリトス又管理人ハ相續債權者又ハ受遺者ノ請求アルトキハ之ニ相續財産ノ狀況ヲ報告スルコトヲ要ス(一〇五四條)既ニ我法律ハ限定承認者カ相續財産ノ管理ヲ爲ス場合ニ於テ第六四五條ノ規定ヲ準用シ管理事務處理ノ狀況ヲ報告スヘキモノトセルカ故ニ相續人ノ職缺セル場合ニ於ケル管理人ニ狀況報告ノ責任アルモノトセルハ敢テ失當ナリト謂フヘカラス

管理人ノ代理權ハ相續人カ相續ノ承認ヲ爲シタルトキニ於テ消滅ス(一〇五六條一項)蓋シ理

論上ニ於テハ管理人ハ相續人ノ職缺セル間財産管理ノ權ヲ有スルニ過キサルモノナレハ尙モ相續人ノ現出セルニ於テハ直ニ代理權ノ消滅ヲ來スモノトスヘキニ似タリ然リト雖モ若シ果シテ此ノ如クスルニ於テハ相續人カ遠隔ノ地ニ在リ自ラ財産ヲ管理シ得サルカ如キ場合ニ於テハ實際上依然代理人ヲ置クノ必要アルヘク此等ノ事情アル場合ニ於テ相續財産ノ狀況ヲ知悉セル管理人ヲシテ引續キ管理セシムル實際上極メテ便利ナリト謂ハサルヲ得ス故ニ假令相續人ハ現出スルトモ管理人ハ依然相續人ノ代理トシテ其管理ヲ繼續シ相續人カ相續ノ承認ヲ爲シタル時ニ於テ始メテ代理權ノ消滅スヘキモノトセルハ最モ至當ナリト謂フヘキナリ而シテ管理人カ自己ノ權限消滅シタルトキハ相續人ニ對シテ遲滞ナク管理ノ計算ヲ爲ササルヘカラス(同條一項)

第一〇五二條第二項ノ第一回公告ノ後二箇月ヲ經過スルモ尙ホ相續人ノ現出セサル場合ニ於テハ相續財産管理人ハ清算ニ著手セサルヘカラス而シテ管理人ノ爲スヘキ清算ノ手續ハ略ホ限定承認ノ場合ニ於ケル清算手續ト同一ニシテ唯其異ナル所ハ第一〇二九條ノ場合ト清算ノ著手前ニ存スル期間及ヒ起算點ニ在リトス即チ第一〇五七條第一項ノ規定ニ依レハ前項第一回ノ公告アリタル後二箇月内ニ相續人アルコト分明ナルニ至ラサルトキハ管理人ハ遲滞ナク一切ノ相續債權者及ヒ受遺者ニ對シテ一定ノ期間内ニ(其期間ハ二箇月ヲ下ルヲ得ス)其請求ノ申出ヲ爲スヘキ旨ヲ公告スルヲ要スルモノトス此ノ如ク清算ノ期間ヲ二箇月トシ且其起算點ヲ第一回公告ノ時ト爲シタルハ實際ノ必要ニ出テタルニ外ナラサルナリ唯此點ニ於テノミ限定承認ノ場合

ニ於ケル清算手續ト異ナルモ其他ノ點ニ關シテハ限定承認ノ場合ニ於ケル第一〇三〇條乃至第一〇三七條及第七九條第二項第三項ノ規定ヲ準用スヘキモノトシ唯第一〇三四條但書ノ規定ハ之ヲ相續人職缺ノ場合ニ準用スヘカラストスルノミ之ヲ要スルニ相續人職缺ノ場合ニ於ケル清算手續ハ限定承認ノ場合ニ於ケルト其趣ヲ均シウスルモノトス

本條ノ規定ニ依リテ管理人カ爲スヘキ公告ハ裁判所カ次條ノ規定ニ依リ爲スヘキ公告ト同一ノ法ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ要ス(民施九三條)又其公告ニ記載スヘキ事項ニ付テハ非訟事件手續法第七〇條ヲ參照スヘシ

第二回ノ公告ニ定メタル期間滿了ノ後尙ホ相續人アルコト分明ナラザルトキハ裁判所ハ管理人又ハ檢事ノ請求ニ因リ相續人ヲ搜索スルカ然レバ第三回公告トシテ一定ノ期間内ニ(但其期間ハ一年ヲ下ルコトヲ得ス)相續人アラハ其權利ヲ主張スヘキ旨ヲ公告セザルヘカラス(一〇五八條)蓋シ相續人ナキコト愈々分明ナルニ於テハ相續財産ハ國庫ニ歸屬スヘキモノナルカ故ニ其以前ニ於テ可及的相續人ヲ搜索シ其權利ヲ保護スヘキハ當然ナレハ相續債權者又ハ受遺者ニ對シ清算ヲ爲シタル以後ニ於テモ尙ホ且相續人ヲ搜索セシメザルヘカラス是レ實ニ法律カ第三回ノ公告ヲ爲スヘキコトヲ命スル所以ナリ而シテ此公告ハ主トシテ相續人ノ有無ヲ探索スルカ爲メニ設ケタルモノナルト同時ニ間接ニ債權者ノ利益ヲ保護スルノ結果ヲ生スルモノトス何トナレハ債權者ハ相續財産カ國庫ニ歸屬スルマテハ殘餘ノ財産ニ付キ辨濟ヲ受タルコトヲ得ルモ

ノナレハ(第一〇三七條ノ規定ヲ準用スルカ故ニ)第三回ノ公告ヲ知りタルトキハ直チニ辨濟ヲ請求スルコトヲ得ヘケレハナリ

右第三回ノ公告ハ管理人又ハ檢事ノ請求ニ因リ裁判所ノ爲スヘキ所ノモノニシテ理論上ニ於テハ管理人カ清算手續ニ依リ一切ノ權利者ニ辨濟ヲ爲シ終ハリタル後ニ於テスヘキモノナレハ其時ヨリ期間ヲ計算スヘキハ最モ公平ナルモノナルヘシ然レトモ此起算點ハ實際上甚タ分明ナラサルモノナレハ法律ハ第二回ノ公告ニ定メタル期間滿了ノ時ヨリ之カ期間ヲ起算スヘキモノトセリ唯此公告ハ相續人ノ有無ヲ檢スルカ爲メニナスヘキモノナレハ成ルヘク長キ期間ヲ存セシムルヲ要ス否ラサレハ相續財産カ國庫ニ歸屬スルノ期ヲ早ウシ相續人タル者ノ權利ヲ無視スルノ結果ニ陥ラン故ニ法律ハ其期間ハ一年ヲ下ルコトヲ得ザルモノトシ裁判所ヲシテ各般ノ事情ヲ斟酌シ一年以上ノ期間ヲ存セシムヘキモノトシタリ又外國ノ法律ニ依ルトキハ此公告ハ裁判所ノ職權ヲ以テ爲スヘキモノト定メタルモノアレトモ我國ノ制度ノ下ニ於テハ裁判所ハ相續人ノ有ラサルコトヲ知ル機會ナキカ故ニ管理人又ハ檢事ノ請求ニ因ルヘキモノトセリ此第三回ノ公告ニ記載スヘキ事項ニ付テハ非訟事件手續法第七〇條ノ規定スル所ナリ就テ參照スヘシ

第三節 國庫

前節説明シタル第三回ノ公告ニ定メタル期間内ニ相續人タル權利ヲ主張スル者ナキトキハ相續

財產ハ國庫ニ歸屬ス(一〇五九條)蓋シ相續人ナキ相續財產ハ全ク無主ノ財產ナレハ無主物先占ノ法理ニ依リ何人モ之カ所有權ヲ得ヘシトモハ弱肉強食ノ蠻狀ヲ演出スルニ至リ社會ノ秩序ハ得テ保持スルヲ得サルヘシ隨テ公益上無主ノ相續財產ヲシテ國庫ニ歸屬セシムルハ最も相當ナリト謂フヲ得ヘシ然レトモ之ヲ以テ國庫カ相續人ト爲リタルモノト誤解スヘカラス舊民法ニ於テハ相續人アラサル財產ハ當然國ニ屬ス國ニ限定ノ受諾ヲ以テ相續スト云ヘルモ(取三一五條)其誤レルコトハ前ニ一言シタル所ナリ而シテ法律カ無主ノ相續財產ハ國庫ニ歸屬ストセル所以ノモノハ國庫ハ公益ノ爲メニ相續財產ヲ使用スルモノト推測スルヲ得ルカ故ノミ外國ノ法律ニ於テハ相續人ナキ相續財產ハ相續開始地ノ小學校、養育院又ハ病院ニ歸屬スト爲メニ相續財產ヲ使用ストノ推測ヲ下ス以上ハ國庫カ相續財產ヲ使用スルノ方法ニ付テ何等ノ規定ヲ爲ササルモ敢テ失當ナリト謂フヘカラス蓋シ相續人曠缺ノ財產ヲ國庫ニ歸セシムルハ今日諸國ノ立法例ニ於テ殆ト一樣ニ出ツルモノノ如クナレトモ國庫ヲ以テ相續人トシタルニ非サルコトハ前述スルカ如ク然リ然ルニ或ハ相續財產ヲ國庫ニ歸スルニ至ラシメタルハ國庫ヲ以テ特權アル先占者ト認メタルニ由ルト論スル者ナキニ非ス我法律ハ決シテ國家ニ優先ノ先占權アルモノトシ無主ノ相續財產ヲ國庫ニ歸セシムルニ非サルコトハ第二三九條第二項ニ於ケルト同一ニシテ全ク此理由ニ因ルモノナルコトヲ知ラサルヘカラス

相續財產カ國庫ニ歸屬スルマテハ前段説明シタル管理人ハ相續財產ノ管理ヲ繼續セサルヘカラス而シテ其代理權ノ消滅スル場合ニ於テハ國庫ニ對シテ管理ノ計算ヲ爲ササルヘカラス是レ猶ホ相續人ノ現出シタル場合ニ於テ相續人ニ對シテ計算ヲ爲スト異ナルナキナリ

國庫カ相續財產ヲ有スルニ至ルハ相續ヲ爲スモノニ非ス隨テ相續債權者及ヒ受遺者ハ國庫ニ對シテハ其權利ヲ行フコトヲ得サルモノトス(一〇五九條二項)假令國庫ハ相續人ニ非ストスルモ相續債權者及ヒ受遺者ニ對シテ義務ヲ負擔スルハ最も其當ヲ得タルカ如シト雖モ法律ハ既ニ此等權利者ヲ保護スルカ爲メニ鄭重ナル手續ヲ爲サシメ數回ノ公告、催告ニ依リ其請求ノ申出ヲ爲スヘキコトヲ促サシメタリ然ルニ此等公告、催告ノ期間内ニ何等ノ申出ヲ爲ササリシモノナレハ或ハ其權利ヲ拋棄シタルモノトモ推測シ得ヘク又或ハ自己ノ權利ヲ行使スル上ニ於テ怠慢ノ責アルモノナレハ其結果トシテ自己ノ權利ヲ失ハシムルモ敢テ不可ナカルヘシ故ニ法律

ハ國庫ハ相續債權者又ハ受遺者ニ對シテ何等ノ義務ヲ負ハサルモノトセリ以上說述セル相續人曠缺ノ場合ニ關スル本法ノ規定ハ民法施行前ニ開始シタル相續ニ付テハ民法施行ノ日ヨリ之ヲ適用スルモノトス(民法九二條)

相續人曠缺ノ爲メ國庫ニ歸屬シタル財產ハ管理人ヨリ遲滯ナク被相續人ノ住所ヲ管轄スル地方行政官廳ニ引渡スヘク外國ニ在リテハ領事又ハ貿易事務官ニ引渡スヘキモノトス(明治三十三年勅令四〇九號)

第七章 遺言

第一節 遺言ノ性質

遺言ナルモノハ人ノ最終ノ意思表示ニシテ死後ニ至リテ其效力ヲ生スルモノナリ故ニ遺言ハ必
 スシモ遺贈ニノミ關スルモノニ非ス或ハ相續人ヲ指定スルノ遺言アリ(九八一條)或ハ之ヲ取
 消スノ遺言アリ(同條)或ハ養子縁組ニ關スルモノアリ(八四八條)又或ハ後見人ノ指定ニ關
 スルアリ(九〇一條)或ハ後見監督人ノ指定ニ關スルモノアリ(九一〇條)遺言ヲ以テ爲スヘ
 キ事項種種アリ隨テ新法典ニ於ケル遺言ノ規定ハ廣ク各種ノ遺言ニ共通ノモノニシテ之ヲ以テ
 單ニ財產處分ノ一方法ナリトノミ解スヘカラス

元來遺言ノ制度ハ古ヨリ行ハレタルモノニシテ羅馬ノ如キハ遺言ニ因ル相續ヲ以テ普通ナリト
 シ遺言ナキ場合ニ於テノミ法律ノ規定ニ從ヒ相續人ヲ定ムルノ主義ヲ採リタルモノノ如ク歐洲
 諸國カ羅馬法ヲ繼受スルニ至リテモ遺言ハ主トシテ人ノ死後ニ於ケル財產處分ノ一方法トシテ
 認メラルルノ姿ナリシヲ以テ舊法典ノ如ク遺贈ニ關スル遺言ノミニ付テ之カ規定ヲ設クルノ弊
 ヲ來スニ至レルモノナラン勿論遺贈ニ關スルモノ其大部ヲ占ムヘシト雖モ相續人ノ指定、私生
 子ノ認知、親族會員ノ指定等苟モ法律ニ於テ特ニ認許シタル場合ハ總テ遺言ノ内容ト爲スコト
 ヲ得ヘク管ニ法律ノ特ニ定メタル場合ノ外公ノ秩序、善良ノ風俗ニ反セサル事項ニシテ單獨的

意思表示ノ可能ナルモノハ皆遺言ノ内容トスルニ妨アルナシ故ニ法律上廣ク此等ノ場合ニ共通
 ナル規定ヲ設ケサルヘカラス是レ即チ立法者カ本章ノ規定ヲ設ケル所以ナリ唯既ニ前述シタル
 カ如ク本章ノ規定ヲ相續編中ニ編入シタルハ一ニ遺言ハ死後ニ於ケル財產處分ノ方法タルコト
 其最モ普通ナルト相續編以外ニ適當ナル位置ナキトニ由ラスンハアラス

遺言ハ左ノ如ク定義スルヲ得

遺言トハ人カ其死後ニ效力ヲ生セシムルノ目的ヲ以テ爲シタル要式ノ單獨的意思表示ナリ

今此定義ヲ分析スルトキハ即チ左ノ如シ

第一 遺言ハ要式ノ法律行為ナリ

遺言ハ法律ニ定メタル方式ニ從フニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得ス(一〇六〇條)遺言ニ方式
 ノ必要トスル所以ハ遺言者ノ意思表示ノ確實ヲ擔保セシムル所以ニシテ遺言ハ人ノ死後ニ其
 效力ヲ生スルモノナレハ特ニ錯誤、詐欺等ヲ豫防シ以テ後日ノ紛争ヲ避ケシメサルヘカラス
 若シ遺言ニ一定ノ方式ヲ定メス遺言者ノ自由ニ放任スルトキハ種種ノ争ノ生スルハ勿論ニシ
 テ其弊決シテ尠シトセズ故ヲ以テ諸國ノ法律概ネ皆遺言ヲ以テ要式ノ行為ナリトセリ既ニ遺
 言ハ要式行為ナルヲ以テ普通意思表示ノ原則ノ例外トシテ一定ノ方式ニ依ルニ非サレハ成立
 セズ遺言書ノ作成ハ單ニ後日ノ證據トスルカ爲メニ非スシテ一ノ成立條件ナリト知ルヘク遺
 言書ヲ離レテ別ニ遺言ナルモノノ存在ヲ認ムル能ハサルナリ蓋シ遺言ニ方式ヲ必要トスルト

キハ遺言者ハ死ニ瀕シテ方式ヲ履行スル邊ナキ爲メ眞實或死後處分ヲ爲サント欲スルモ其意思ヲ發表實行シ得タルノ虞アルヲ免レヌ又一旦遺言ヲ爲シタル後之ヲ取消サントスルニ際シテモ之ヲ取消スニ必要ナル方式ヲ履ム能ハサリシカ爲メニ前ノ遺言ハ尙ホ效力ヲ生スルカ如キ不都合ヲ見ルコトアルヘシ然レトモ遺言ノ方式ヲ定ムルコトハ之ヲ不要式トスルノ弊ニ勝ルコト萬萬ナルヤ疑ナシ

遺言ハ必ズ本人自ラ之ヲ爲スコトヲ要シ代理ヲ許サス是レ遺言本來ノ性質ニ於テ既ニ明カナルノミナラス第一〇六二條ノ規定ニ依ルモ又第一〇六七條以下ニ規定セル遺言ノ方式ニ徴スルモ自ラ之ヲ知ルヲ得ヘシ

第二 遺言ハ單獨行爲ナリ

遺言ハ遺言者ノ意思ヲ表示スル所ノモノニシテ他人ト相對スルモノニ非ズ其效力ノ發生セサル以前ニ於テハ何時ニテモ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ故ニ遺言ハ相手方ノ諾否如何ニ拘ハラズ遺言者ノ死亡ニ因リテ直チニ效力ヲ生スヘク假令遺贈ヲ爲スノ遺言ナリトモ受遺者ニハ何等ノ關係ヲ生セシムルコトナク單獨ニ遺言ノ成立スルヲ妨ケサルナリ蓋シ遺言ハ遺言者ノ最終ノ意思ナリ故ニ其意思ハ成ルヘク成立セシメサルヘカラス而シテ之ヲ成立セシメンニハ單獨行爲ト爲スニ若カス之ヲ雙面的ノ行爲ナリトセハ相手方ノ承諾ヲ要スルコトト爲リ隨テ其承諾ナクハ遺言者ノ意思即チ希望ハ遂ニ水泡ニ歸スルニ至ラン是レ實ニ死者ヲ遇スル所以ノ

道ニ非サルナリ

第三 遺言ハ遺言者ノ死後ニ效力ヲ生スル法律行爲ナリ

是レ遺言ノ特質ニシテ假令遺言書ハ完全ニ調製セラルルトモ直チニ其效力ヲ生セサルモノニシテ唯其儘ニ保存セラルルニ過キス故ニ遺言者ノ生存中ハ遺言ハ一ノ目論見ニ過キス死亡ニ因リテ始メテ一ノ處分ト爲ルニ外ナラス遺言ニ因リテ相續人ヲ指定スルモ又或財產ノ處分ヲ爲ストモ生存中ニ在リテハ單ニ自己ノ希望ヲ表示シタルニ外ナラザレハ遺言ノ意思ニ變更アリトセハ日附ノ後ナル遺言ヲ取消スヲ得ヘク要ハ唯遺言者最後ノ意思ニ重キヲ置カサルヲ得ス而シテ遺言ハ死後其效力ヲ生スルモノナルカ故ニ遺言ニ因リ財產處分ヲ爲ストモ生前處分ニ因リ財產ヲ贈與スル場合トハ之ヲ區別スルノ實益存ス即チ他ナシ生前贈與ヲ爲ス場合ニハ現ニ所有スル財產ニ限ルヘキモ遺言ニ因リ處分スヘキ財產ハ管ニ遺言ヲ爲ス當時ニ於テ所有スル財產ニノミ限ルヘキニ非ズ將來ノ財產ニ付テモ亦贈與ノ目的ト爲シ得ヘキナリ

第二節 遺言能力

斯ニ遺言能力ト稱スルハ(一)遺言ヲ爲スノ能力(二)遺言ニ因リ物ヲ受クルノ能力(三)證人又ハ立會人トシテ遺言ニ立會フノ能力之ナリ以下此區別ニ從ヒテ説明スヘシ

第一款 遺言者ノ資格

人又ハ立會人イテ遺言ニ依リテ遺言者ト爲ルニ得ルモノトスルハ法律ニ依リテハ遺言ハ遺言者自ラ之ヲ爲スコトヲ要シ委任ニ因ル代理人ヲ許ササルノミナラス法定代理人ト雖モ本人ニ代リテ遺言ヲ爲スコトヲ得ス遺言ハ必ス遺言者自ラ其真意ヲ表示セサルヘカラスナリ故ニ全然意思能力ナキ者ニ在リテハ遺言ヲ爲スコトヲ得サルハ論ヲ俟タス唯完全ナル意思能力ナキ者ト雖モ他人ノ意思ヲ以テ之ヲ補充スルコトヲ許ササルモノナレハ之ヲ普通ノ法律行爲ニ於ケルト同シク成年者ノミニ限リ之ヲ爲スコトヲ許スヘキモノトスル能ハス我法律ハ結婚年齡又ハ養子年齡ニ付テモ普通ノ成年期ヨリモ之ヲ低下シタレハ遺言ヲ爲スノ能力ニ付テモ實際ノ必要上之ヲ普通ノ成年期ヨリモ低下スルノ要アリ是ヲ以テ法律ハ遺言年齡ヲ定メテ滿十五年トシ十五年ニ達シタル者ハ遺言ヲ爲スコトヲ得トセリ(一〇六一條)隨テ滿十五年以下ノ者ハ遺言能力欠缺セル者ト謂フヘク又假令十五年以上ノ者ト雖モ疾病又ハ不具ナルカ爲メニ文字ヲ書スルコト能ハス亦言語ヲ發スルコト能ハサル者ハ法律上一定ノ方式ニ依リ自己ノ意思ヲ表示スルノ能力ヲ缺カ故ニ均シク遺言能力ナキ者トセサルヘカラス彼ノ聾啞者ノ如キモ或方法ニヨリ談話ヲ爲シ又文字ヲ書スコトヲ得ルニ於テハ遺言能力ヲ有スヘキハ勿論ナリトス要スルニ滿十五年以下ノ者及ヒ心神ニ異狀アル者ハ絕對ニ遺言ヲ爲スノ能力ナキモノトス滿十五年以下ノ者ハ單獨ニテ遺言ヲ爲スコトヲ得サルハ固ヨリ法定代理人ノ同意ヲ得ルモ亦之ヲ爲スコト

ヲ得サルハ論ナシ

抑、遺言年齡ヲ以テ普通ノ成年期ヨリ低下セシムルハ諸國ノ法律ニ於テ殆ト一轍ニ出ツル所ニシテ唯結婚年齡ニ異同アルト同シク多少ノ相違アリト雖モ立法ノ本旨ニ至リテハ敢テ異ナル所アルナシ而シテ或立法例ニ於テハ遺言年齡ヲ男女兩性ニ付テ區別スルコト猶ホ結婚年齡ニ於ケルカ如クスルモノアルモ此ノ如キハ畢竟細密ニ失シテ何等ノ必要ナキニ似タリ寧ロ日本法ノ如ク女子ノ結婚年齡、養子縁組ノ年齡其他諸般ノ事情ヲ斟酌シテ男女ヲ區別セス單ニ滿十五年ヲ以テ遺言ヲ爲スノ適齡トスルノ勝レルニ若カサルナリ又佛民法ノ如キハ滿十六年以上ノ成年者ハ遺言ヲ爲スノ能力アルモ成年者ノ處分シ得ヘキ財産ノ半額ニ止マルトセリ(佛民五〇四條)是レ畢竟スルニ遺言ヲ以テ遺贈ヲ爲スノ一方法ナリトシ且未成年者ノ無謀ヲ防止スルノ精神ニ出テタルモノナルヘシト雖モ我法律ノ如ク遺言ハ單ニ遺贈ヲ爲スノ方法ニ止マルモノトセス且相續人ヲ保護スルカ爲メニハ別ニ遺留分ノ規定ノ存スルアレハ遺言者ノ處分シ得ヘキ財産ニ關シ別ニ何等ノ規定ヲ爲スノ必要ナカルヘシ

遺言ハ右ノ如ク未成年者ト雖モ自ラ之ヲ爲シ得ヘキモノトセハ行為能力ニ關スル總則編ノ規定ハ當然遺言ニ適用セサルヲ得シテ其結果遺言ニ代理ヲ許ササルノ趣旨ヲ沒了スルニ至ラン是ヲ以テ行為能力ノ補充ニ關スル一般總則ノ規定ハ之ヲ遺言ニ適用セサル旨ヲ明言スルノ必要アリトシ立法者ハ總則編中ノ第四條、第九條、第一二條及ヒ第一四條ノ規定ハ之ヲ遺言ニ適用セ

スト規定セリ(一〇六二條)立法者ノ意見ニ從ヒ其主旨ヲ左ニ説述セシ

第一 第四條ハ未成年者カ法律行為ヲ爲スニハ其法定代理人ノ同意ヲ要スルモノトセリ遺言モ亦一ノ法律行為ナルカ故ニ特別ノ明文ナキ限ハ同條ノ適用ヲ受ケサルハカラス若シ同條ノ適用ヲ受クヘキモノトセハ遺言ハ本人自ラ之ヲ爲スヘシトノ性質ニ相反シ遺言者隨意ニ遺言ヲ爲スコトヲ得サルニ至ラン是レ即チ此例外ヲ定ムル所以ナリ

第二 第九條ハ禁治産者ノ行為ヲ取消シ得ヘキ旨ヲ定ムルモノニシテ禁治産者ノ行為ヲ取消シ得ヘキ者ハ第一二〇條第一項ニ示スカ如ク無能力者ノ代理人又ハ承継人ナリトス故ニ禁治産者カ第一〇七三條ノ規定ニ從ヒ遺言ヲ爲シタルニモ拘ハラズ其代理人又ハ承継人ニ於テ之ヲ取消スコトヲ得ヘシトセハ同條立法ノ精神ハ之ヲ貫徹スルヲ得サルヘシ舊民法ノ如ク禁治産者ハ斷然遺贈ヲ爲ス能力ヲ有セスト爲スニ於テハ固ヨリ其代理人等カ遺言ノ取消ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ヲ生セスト雖モ禁治産者ハ心神喪失ノ狀況ニ在ル者ニシテ即チ時時本心ニ復スルコトアルモノナレハ此中間時ニ於テハ有效ニ法律行為ヲ爲スコトヲ得ヘキノミナラス心神ノ安固ナル間ニ自己ノ死後處分ヲ爲スコトヲ得セシムルハ禁治産者ニ取リテ極メテ必要ナリト謂フヘシ隨テ新法典ハ禁治産者ト雖モ一定ノ要件ニ從フ以上ハ遺言ヲ爲シ得ヘキモノトセルモノナレハ此立法ノ本旨ヲ全カラシメンニハ第九條ノ規定ヲ遺言ニ適用スルコトナカラスムルハ實ニ至當ノ事理ニ屬スト謂フヘキナリ

第三 第一二條ハ準禁治産者ノ行為ニシテ保佐人ノ同意ヲ得ルコトヲ要スルモノノ規定セリ故ニ同條ヲ遺言ノ場合ニ適用シ準禁治産者カ遺言ヲ爲スニモ保佐人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ストスルトキハ却テ本人ノ能力ヲ制限スルコトト爲リ實際ノ事情ニ適セサルニ至ラン既ニ禁治産者ニ遺言ノ能力ヲ認ムル以上ハ準禁治産者ニモ此能力アルコトヲ認ムルハ蓋シ至當ナリト謂フヘキナリ是レ即チ第一二條ノ規定ヲ遺言ニ適用セサル所以ナリトス

第四 第一四條ハ妻ノ行為ニシテ夫ノ許可ヲ要スルモノヲ規定スルモノナリ之ヲ遺言ニ適用スルトキハ妻ハ自由ニ遺言ヲ爲スコトヲ得サルニ至ラン遺言ハ死亡ニ因リテ其效力ヲ生スルモノニシテ夫婦關係モ亦死亡ニ因リ消滅スルモノナレハ妻ト雖モ自由ニ遺言ヲ爲スコトヲ得セシムルヲ以テ其當ヲ得タルモノトス是レ第一四條ヲ遺言ニ適用セストスル所以ナリ右説述セル所ニ依リ遺言ヲ爲スニ付テノ能力即チ遺言者ノ資格ニ付テハ一般法律行為ノ能力ト異ニシテ特別ノ能力アルヲ要スルコト明カナルヘシ然レトモ遺言ハ前述スルカ如ク遺言者ノ死亡後ニ其效力ヲ生スルモノニシテ其成立ノ時期ト其效力發生ノ時期トヲ異ニスルモノナルニモ拘ハラズ或ハ遺言ハ遺言者死亡ノ時ニ始メテ成立スルモノニシテ遺言ヲ爲ストキハ其能力アルモ死亡ノ時ニ能力ヲ有セサルトキハ遺言ハ無効ナリト解スルモノナキニ非ス既ニ遺言ハ其成立ノ時期ト效力發生ノ時期トヲ異ニスルモノト成立ノ當時ニ在リテ遺言ヲ爲スノ能力アレハ後ニ至リ其能力ヲ失フモ效力發生ノ上ニ何等ノ不都合ナキナリ固ヨリ意思表示ハ表意ノ當時ニ於テ其

要件ヲ具備スルヤ否ヤニ由リテ效力ノ有無ヲ斷定スヘキモノナレハ遺言能力ニ付テモ亦遺言ヲ爲ス當時ニ之ヲ有スルヲ以テ可ナリトセサルヘカラス然ルニ前示ノ如キ誤解ヲ傳フル者アルヲ以テ我立法者ハ之ヲ明カニスル爲メニ遺言者カ遺言ヲ爲ス時ニ於テ能力ヲ有スルヲ要ストシ後ニ至リ之ヲ失フモ遺言ノ效力ニ何等ノ關係ヲ及ボサル旨ヲ明カニセリ(一〇六三條)

以上ハ遺言者ノ資格ニ關シ一般ニ規定スル所ノモノニ係ル法律ハ尙ホ或事情ノ存スル場合ニ在リテハ遺言ヲ爲スコトヲ禁スルコトアリ即チ後見人ト被後見人トノ間是ナリ(一〇六六條)蓋シ被後見人カ後見人ニ對スル關係ハ殆ト服從ノ關係ニシテ後見人ハ其地位ノ上ニ於テ被後見人ニ對シテ多少威嚴ヲ有スルモノトス隨テ後見人カ自己ノ權力ヲ濫用スルニ於テハ被後見人ハ甘シテ自己ノ利益ヲ犧牲ニ供スルノ止ムヲ得サルニ至ル此ノ如キハ日常往見聞スル所ナルカ故ニ法律ハ後見人ノ權力濫用ヨリ生スル一種ノ弊害ヲ豫防スルカ爲メニ遺言禁止ノ規定ヲ設クルニ至レリ而シテ法律上遺言ヲ爲スコトヲ禁スル場合ニハ二個ノ條件アルコトヲ要ス

第一 被後見人カ後見ノ計算終了前ニ爲シタル遺言ナルコト

第二 後見人又ハ其配偶者若クハ直系卑屬ノ利益ト爲ルヘキ遺言ヲ爲シタルコト其後見ノ計算終了以前ナルコトヲ要スルハ假令後見ノ任務終了スルトモ未タ之カ計算ヲ爲ササル以前ニ於テハ被後見人ノ財産ハ未ダ全ク後見人ノ手ヲ離レサルモノナレハ依然後見ノ權力繼續スト認ムルモ不可ナケレハナリ又後見人其他ノ者ノ利益ト爲ル遺言ヲ爲シタルトキハ即チ後見人カ自己ノ

權力ヲ濫用シタルニ基因スルモノト認ムルニ十分ナルカ故ナリ(後見ノ計算終了後ニ遺言ヲ爲シタルトキ後見人其配偶者又ハ直系卑屬ノ利益ト爲ラサル遺言ヲ爲シタルトキ及ヒ後見人、其配偶者又ハ直系卑屬以外ノ者ニ爲シタルトキハ其遺言ヲ無効トスルノ限ニ在ラス)勿論或場合ニ於テハ後見人カ自己ノ權力ノ濫用ニ基因スルニ非スシテ被後見人カ本條ニ掲クルカ如キ遺言ヲ爲スコトアルヘシト雖モ後見人カ其地位ヲ利用シタルヤ否ヤハ極メテ證明シ難キモノナレハ寧

ロ斷然之ヲ無効ナリトスルニ若カサルナリ

然リト雖モ法律ハ後見人カ被後見人ノ直系血族、配偶者又ハ兄弟姉妹ナルトキハ假令後見ノ計算終了前ニ其利益ト爲ルヘキ遺言ヲ爲ストモ之ヲ以テ無効ナリトセス是レ全ク此場合ニ於テハ後見人ト被後見人トノ間ハ即チ親族關係アルモノナレハ其利益ノ爲メニスルノ遺言ハ寧ロ人情上當然ノコトト謂フヘクシテ之ヲ以テ直チニ後見人カ其地位ヲ利用シテ爲サシメタリト認ムルヲ得サレハナリ若シ此場合ニ於テモ尙ホ遺言ヲ無効ナリトセハ法律干渉ノ適度ヲ失シ人情ニ背反スルノ結果ヲ生スヘキナリ

第二款 受遺者ノ資格

遺言ニ依リテ死後財産ヲ處分スルノ一方法ヲ名ケテ遺贈ト謂ヒ遺贈ノ利益ヲ受クル者ヲ名ケテ受遺者ト謂ヒ遺贈ヲ履行スヘキ義務アル者ヲ名ケテ遺贈義務者ト謂フ通常遺言者ノ相續人ハ遺

贈義務者ナレトモ相續人數人アルトキハ其一人カ遺贈義務者ニシテ他ノ相續人ハ然ラサルコトアリ又負擔附遺贈ニ在リテハ負擔ヲ有スル受遺者カ遺贈義務者ナリトス

遺贈ニ包括ノ遺贈ト特定ノ遺贈トノ區別アリ所謂包括ノ遺贈トハ目的物ヲ個個ニ特定セスシテ遺贈スルヲ謂フモノニシテ例ヘハ財産ノ全部又ハ二分ノ一ヲ遺贈スト云フカ如ク或ハ不動産ノ二分ノ一若クハ三分ノ二ヲ遺贈スト謂フカ如シ之ニ反シ特定ノ遺贈トハ其目的物ノ特定セルモノヲ謂ヒ例ヘハ某不動産若クハ某動産ヲ遺贈スト云フカ如シ荷モ目的物ニシテ特定セハ遺言者ノ財産ハ其他ニ一物ヲ存セストスルモ特定ノ遺贈タルヲ失ハス而シテ包括ノ遺贈ハ權利ト共ニ義務ヲ移轉シ特定ノ遺贈ハ單ニ權利ノミヲ移轉ス故ニ兩者ノ區別ハ財産ノ多少ニ因ルニ非ス又其不動産若クハ動産ヲ目的トスルノ如何ニ因ルニモ非ス遺言者ノ權利義務ヲ集メテ一團ト爲シタルモノヲ舉ケテ遺贈スルヲ包括ノ遺贈ト謂ヒ其權利ノ特定マレルモノノミヲ遺贈スルヲ特定ノ遺贈トハ謂フナリ

遺言者ハ自己ノ財産ニ關シ隨意ニ死後處分ヲ爲シ得ルト雖モ遺留分ニ關スル規定ニ違反スルヲ得ス(一〇六四條)其所謂遺留分ノ規定ニ違反スルヲ得ストハ遺言ヲ爲スノ能力ヲ制限シタルモノト誤解スヘカラス處分スヘキ財産其モノニ關スル制限ニ外ナラサルナリ故ニ果シテ遺留分ノ規定ニ違反セルヤ否ヤハ遺言ヲ爲スノ當時ニ於テ之ヲ定ムルヲ得ス遺言者死亡ノ時ニ非サルハ之ヲ決定スルヲ得サルナリ而シテ其遺留分ヲ害シタル場合ニ於テハ其遺言ハ必スシモ全部無

財產目錄ハ利害關係人ノ閱覽ニ供ス(破案一八四條、舊商一〇一四條三項)

五 貸借對照表ノ作成 管財人ハ貸借對照表ヲ作ルコトヲ要ス(破案一八三條)是レ財產目錄ト相並テ財產ノ狀態ヲ直チニ知ルノ便ニ供センカ爲メニシテ之ニ依リテ破産債權者ニ何程ノ配當ヲ爲シ得ヘキカラ知ルコトヲ得殊ニ強制和議ノ決議ニ際シテ必要アリ而シテ其記載スヘキ價格ハ其作成ノ時ノ價格ニ依ル

現行法ニ於テハ管財人ヲシテ破産主任官ノ定メタル三十日以内ノ期間ニ破産者ヨリ差出シタル届書及ヒ貸借對照表ヲ調査シ報告書ヲ提出セシム若シ破産者ヨリ貸借對照表ヲ差出サザリシトキハ管財人自ラ之ヲ作成ス其報告書及ヒ貸借對照表ハ之ヲ檢事ニ送致ス尙ホ其認證アル謄本ハ之ヲ裁判所書記課ニ備ヘテ公衆ノ閱覽ニ供ス(舊商一〇一六條)

六 破産宣告後ノ財産ノ取得 破産宣告後相續其他ノ原因ニ因リ破産者カ新ニ取得シタル財産モ亦破産財團ニ屬スルコトハ既ニ述ヘタル所ナリ故ニ此場合ニハ其財産ノ負擔ニ屬スル債務ヲ履行セシ後殘餘財産ヲ破産財團ニ組入ルルコトヲ要ス而シテ之ニ對シテハ草案第一七八條乃至第一八一條ノ規定ニ從ヒ占有及ヒ管理ヲ爲シ必要アルトキハ封印ヲモ爲サシムルモノトス又破産者若クハ管財人カ相續又ハ包括遺贈ノ限定承認ヲ爲シタルトキハ管財人ハ民法第一〇二九條乃至第一〇三五條ノ規定ニ依リ相續財産ノ處分ヲ爲スコトヲ要ス是等ノ場合ニハ殘餘財産ニ付キ財產目錄及ヒ貸借對照表ヲ補充スルコトヲ要ス(破案一一九條乃至一二一條、

破産法 破産財團ノ管理及ヒ換價 破産財團ノ占有及ヒ管理

四五條乃至四八條)

七 信書ノ開封 破産財團ノ發見並ニ狀態ヲ知ルニ便ナラシメンカ爲メニ法律ハ信書ノ秘密保護ニ對スル一大例外ヲ認メ裁判所ノ職權ヲ以テ破産者ニ宛テタル郵便物又ハ電報ヲ管財人ニ直接ニ交付スヘキ旨ヲ郵時官署ニ囑託スルコトヲ要シ管財人ハ其受取リタル郵便物又ハ電報ノ開封ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲セリ(破産一八五條、憲二六條、舊商一〇〇六條三項、四項)

裁判所ハ其囑託ヲ爲シ又ハ其囑託ヲ擴張スルニ付テハ毫モ破産者ノ意見ヲ聞クコトヲ要セザルナリ又其郵便物ノ中ニハ書狀、端書、印刷物、小包郵物等ヲ包含ス

右開封ノ事タルヤ猥ニ破産者ノ秘密ヲ發キテ彼ヲ苦痛ニ陥ラシメンコトヲ目的トスルニ非ス故ニ破産者ハ其開封ニ立會ヒ又ハ閱覽ヲ求メ且其破産財團ニ關セサルモノニ付テハ其交付ヲ請求シ得ルモノト爲セリ若シ管財人ニ於テ之ヲ承諾セザルトキハ普通訴訟ニ依リテ訴追スルコトヲ得

裁判所ハ破産者ノ申立ニ因リ破産管財人ノ意見ヲ聽キ郵便官署ニ對スル右ノ囑託ヲ取消シ又ハ制限スルコトヲ得又破産ノ取消若クハ破産廢止ノ決定カ確定シタルトキ又ハ破産終結ノ決定アリタルトキハ裁判所ハ右ノ囑託ヲ取消スコトヲ要スルハ勿論トス(破産一八六條)

第二節 破産財團ノ換價

一 換價ノ時期 一般ノ債權調査終了前又ハ強制和議ノ提供アリタル場合ニ於テ其落著ニ至ルマテハ財團ノ換價ニ著手スルコトヲ得ス(破産一八八條)蓋シ強制和議ハ一般ノ債權調査ノ終了前ニハ之ヲ決議スルコトヲ得ス(破産二九五條)然ルニ換價ヲ早計ニ爲シ遂クルトキハ強制和議ニ因リテ破産ノ終結スル利益ヲ沒了セシムルニ至ル故ニ換價ノ時期ニ付キテ斯ル制限ヲ置クモノトス此制限以外ニ在リテハ管財人ノ見込ニ因リ適當ト思フ時期ニ於テ之ヲ爲ス現行法第一〇二條第一項ニハ即時ニ財團ノ換價ニ著手スヘキカ如ク規定スト雖モ是レ唯其發端ヲ示スニ止マリ爾後管財人ノ見込ニ從ヒ適當ト思フ時期ニ於テ換價スレハ足レリトス但損取又ハ減價ノ虞アルモノ及ヒ保管ニ不便ナルモノニ付テハ草案ニ於テモ右ノ制限ニ拘ハラヌ監査委員ノ同意又ハ裁判所ノ許可ヲ得テ賣却ヲ爲スコトヲ得ト爲セリ是レ已ムヲ得サルノ必要ニ出ツルモノナリ(破産一八八條二項)

二 換價ノ方法 換價トハ財團所屬ノ財産ニ依リ金錢又ハ金錢の價値ヲ得ルコトヲ謂フ金錢的價値ヲ得トハ例ヘハ破産債權者又ハ財團債權者ニ對シテ金錢債務ノ代物辨濟トシテ破産財團ニ屬スル財産ヲ與フルカ如キ是ナリ換價ノ方法ハ草案ニ依レハ原則トシテ管財人ノ適當ト認メタル所ニ依ルモ例外トシテ

(1) 監査委員ノ同意若クハ債權者集會ノ決議ヲ得テ始メテ爲シ得ト定メタルモノアリ之ニ關シテハ後ニ説明スヘシ(破産一九二條以下)

- (2) 不動産又ハ船舶ヲ目的トスル權利ノ換價ハ草案第一九二條ノ規定ニ依リテ任意賣却ヲ爲ス外民事訴訟法又ハ競賣法ノ規定ニ依リテノミ之ヲ爲スコトヲ得(破案一九八條)
 - (3) 別除權ノ目的タル財産ノ換價モ亦民事訴訟法又ハ競賣法ノ規定ニ依リテノミ之ヲ爲スコトヲ得是レ別除權者ノ利益ヲ保護スル爲メニ最モ公平ナル方法ナルヲ以テナリ而シテ換價後ハ別除權ハ其代金ノ上ニ存スルモノトス又管財人ハ別除權者カ受クヘキ金額ハ之ヲ供託スルコトヲ要ス(破案一九九條)
- 別除權者カ法律ニ定メタル方法ニ依ラスシテ別除權ノ目的ヲ處分スル權利ヲ有スルトキハ管財人ハ裁判所ニ申立テテ別除權者カ其處分ヲ爲スヘキ期間ヲ定メシメ別除權者カ其期間内ニ處分ヲ爲サザリシトキハ管財人ハ民事訴訟法又ハ競賣法ノ規定ニ依リテ換價ヲ爲ス(破案二〇〇條)
- 以上述フル所ハ草案ニ規定シタル換價ノ方法ナリ現行法ニ於テハ動産タルト不動産タルトヲ問ハス換價ハ原則トシテ民事訴訟法ニ依ル競賣ノ方法ニ從フモノトス唯例外トシテ動産ニ付テハ破産主任官ノ認可ヲ得テ相對賣却ヲ爲スコトヲ得是レ却テ費用ヲ節約スルコトヲ得レハナリ(舊商一〇一八條)

第三節 他ノ破産機關ノ關與

- 一 扶助料ノ給與 破産者及ヒ其家族ニ對シテ扶助料ニ付テハ其地位、人數等ニ鑑ミテ結局ノ決定ハ第一回ノ債權者集會ニ於テ之ヲ決議ス是レ其多寡ハ破産債權者ノ利害ニ關スルコト大ナルヲ以テナリ然ルニ第一回ノ債權者集會前ニ在リテモ扶助料ノ必要アルコト勿論ナルヲ以テ此場合ニハ管財人ハ裁判所ノ許可ヲ得テ臨時之ヲ給與スルコトヲ得(破案一八七條、一九一條)而シテ扶助料ハ財團債權タルコト既ニ述ヘタルカ如シ(破案三五條八號 現行法ニ於テハ破産主任官ニ於テ破産者及ヒ家族ノ爲メニ給養ノ扶助料ヲ與フ(舊商一〇〇七條))
- 二 營業ノ繼續 是レ亦其結局ノ決定ハ第一回ノ債權者集會ニ於テ之ヲ爲ス其以前ニ在リテハ管財人ニ於テ繼續ヲ必要ナリト認ムルトキハ裁判所ノ許可ヲ得テ之ヲ爲スコトヲ得(破案一八七條、一九一條)現行法ニ於テハ貸方ノ借方ニ超ユルコト判然ナルトキ又ハ協諾契約ノ豫期セララルル間ニ於テノミ破産主任官ノ申立ニ因リ裁判所ハ管財人ノ意見ヲ聞キタル後管財人ヲシテ營業ノ續行ヲ爲サシムル決定ヲ爲スコトヲ得故ニ營業ノ續行ヲ爲ス場合尠シト謂フヘシ而シテ管財人營業續行ノ場合ニ於テ財團ニ屬スル物ヲ通常ノ營業外ニテ賣却セントスルニハ破産主任官ノ認可ヲ受ケ且豫メ破産者ノ意見ヲ聽クコトヲ要ス(舊商一〇一七條)
- 三 高價品ノ保管方法並ニ其返還 貨幣、有價證券、金銀細工物、美術品等ノ高價品ノ保管方法モ亦結局ノ決定ハ第一回ノ債權者集會ニ於テ之ヲ決議ス唯其集會前ニ於ケル一時的ノ保管方法ハ破産裁判所ニ於テ之ヲ定ム(破案一八九條、一九一條)

又管財人ハ寄託シタル高價品ノ返還ヲ求ムルニ監査委員ノ一人ノ同意、若シ監査委員ナキトキハ裁判所ノ許可ヲ得ルコトヲ要ス是レ管財人ノ濫費支出ヲ豫防センカ爲メナリ尤モ債權者集會ニ於テ別段ノ決議ヲ爲シタルトキハ此限ニ在ラス是レ債權者集會ノ自衛上其必要ナシト認メタルニ由ルモノナリ(破産二〇二條)現行法ニ於テハ債權ノ取立其他財團ノ換價ニ依リテ收入シタル金銭ノ保管ニ付テハ破産主任官ノ定ムヘキ常用支出額ノ外運滞ナク之ヲ供託所ニ寄託セシムルモノトシ爾後破産主任官ノ支拂命令ニ依ルニ非サレハ支出スルコトヲ得サルモノト爲セリ又高價品ニ付テハ即時之ヲ管財人ニ交付シ又ハ一時裁判所ニ引取ルコトヲ得ト爲セリ(舊商一〇〇五條四項、一〇二〇條)

四 草案第一九二條若クハ現行法第一〇一九條第二項ニ列舉シタル行爲 茲ニ列舉シタル行爲ハ何レモ其重要ナルノ故ヲ以テ又ハ其通常爲スヘカラサル行爲タル等ノ故ヲ以テ他ノ破産機關ノ關與ヲ必要トシタルモノナリ現行法ニ於テハ破産主任官ヲ置ケルヲ以テ其認可ヲ必要ト爲シタルモ草案ニ於テハ之ナキカ故ニ第一回ノ債權者集會前ニ於テ此等ノ行爲ヲ爲スノ必要アルトキハ管財人ハ破産裁判所ノ許可ヲ受クヘキモノトシ第一回ノ債權者集會ニ於テ監査委員ヲ設置スルコトヲ議決シタルトキハ爾後ハ監査委員ノ同意ヲ受クヘキモノトス(破産一六六條、一九二條一項)其同意ハ概括的ニ之ニ與フルヲ妨ケス若シ監査委員ヲ置カサル場合ニ於テハ管財人ハ草案第一九二條第一項第一號乃至第六號ニ掲ケタル行爲ヲ爲スニハ債權者集

會ノ決議ヲ經ルコトヲ要ス是レ其特ニ重要ナルヲ以テナリ(破産一九三條)其以外ノ行爲即チ第七號乃至第一三號ニ掲ケタル行爲ニ付テハ管財人ハ債權者集會ノ決議ヲ受ケ監査委員ノ同意ニ代フルモ固ヨリ之ヲ妨ケスト雖モ(破産一七六條一項)管財人ハ獨斷ヲ以テ決行スルモ亦之ヲ妨ケサルナリ

管財人ハ草案第一九二條第一項列舉ノ行爲ニ付テハ右ノ手續ヲ盡ス前已ムコトヲ得サル事由アル場合ヲ除ク外豫メ破産者ノ意見ヲ聽クコトヲ要ス是レ破産者ニ此等ノ行爲ニ對スル意見ヲ發表セシムル機會ヲ與ヘ途ニ管財人ヲシテ適當ナル處置ヲ取ラシムルニ至ル爲メト管財人ノ一旦爲シタル行爲ハ破産手續終結後ニ於テモ其效力ヲ存續シ破産者ノ利害ニ關スルコト大ナルモノアルニ由ルモノナリ現行法モ破産者ノ意見ヲ聽クコトヲ要スル點ハ同一ナリトス(舊商一〇一九條二項)又此等ノ行爲ニ付キ縱令監査委員ノ同意アリタルトキト雖モ破産者ノ申立ニ因リ裁判所ハ其行爲ノ執行ノ中止ヲ命ジ之ニ關スル決議ヲ爲サシムル爲メ債權者集會ヲ招集スルコトヲ得(破産一九五條)債權者集會ニ於テモ管財人ノ其行爲決行ヲ可決シタルトキハ裁判所ハ草案第一七七條ニ依リ其決議ノ執行ノ停止ヲ命スルノ外ナキノミ(舊商一〇三七條二項)又破産者ノ申立却下ノ場合ニハ即時抗告ニ依リ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルハ勿論トス(破産一〇九條)

以上説明シタル裁判所ノ許可、監査委員ノ同意、債權者集會ノ決議、破産者ノ意見ヲ聽クコ

トノ如キハ管財人ト此等破産機關トノ内部關係ニ止マリ外部ニ對スル關係ニ非ス故ニ管財人カ此等ノ規定ニ違反シテ獨斷決行シタルトキト雖モ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(破案一九六條)蓋シ破産管財人ニ關スル管理及ヒ處分ノ權ヲ有シ苟モ此法定ノ制限内ノ行爲タル以上ハ管財人ノ獨斷ノ行爲ヲ以テ善意ノ第三者ニ對シテハ有效ト爲ササルヘカラス若シ之ニ反シ有效トセザルトキハ管財人ト取引スル第三者ハ其行爲ノ種類如何ニ由リ一他ノ破産機關ノ同意アリタルヤ否ヤ等ヲ取調ヘサルヘカラス是レ到底不可能ノ事ニ屬ス故ニ管財人トノ間ニ爲シタル取引ノ安全ヲ害セザランカ爲メニ其行爲ハ之ヲ有效ト看做ササルヘカラス然レトモ惡意ノ第三者ニ至リテハ之ヲ保護スヘキ理由ナキニ因リ唯リ善意ノ第三者ノミヲ保護スルニ止マルモノトス(破案一九六條)尤モ現行法ニハ斯ル明文ナキカ故ニ固ヨリ此ノ如ク論斷スルコトヲ得ス寧ロ其行爲ヲ無効ト爲スヘキモノトス又管財人自身ハ斯ル法則違反ノ行爲ニ對シテ民事上並ニ監督上ノ責任ヲ負フハ勿論トス(破案一六〇條、一六一條、一六三條、舊商一〇一〇條、一〇一一條、舊商施四二條)

今左ニ其各號ノ行爲ノ概要ヲ説明スヘシ

(1) 遺産相續又ハ遺贈ノ拋棄 是レ通常存在スヘキ行爲ニ非サルノミナラス之ニ因リテ破産財團ノ減少ヲ來スニ由ル(破案一九二條一項一號、舊商一〇一九條二項五號)草案カ家督相續ヲ除去シタルハ是レ其承認ハ破産者自身ノ權限ニ屬シ限定承認ヲ爲スヘキモノト爲シタ

ルニ由ル(破案四五條)

(2) 不動産又ハ船舶ノ任意賣却 任意賣却トハ競賣ノ反對ヲ意味ス競賣ハ公平ナル換價方法ナレトモ任意賣却ハ或ヘ不正ノ所爲ノ行ハレ易キヲ以テナリ故ニ不動産又ハ船舶ハ通常競賣ノ方法ニ依ル(破案一九二條一項二號、一九八條)現行法ニハ斯ル制限ナク唯不動産ヲ買入ルコトニ付キ破産主任官ノ認可ヲ受クヘキモノトセリ是レ不動産ノ買入ノ如キハ極メテ異常ノ事ニシテ財團ノ通常ノ管理行爲ト見ルヘキモノニ非サレハナリ(舊商一〇一九條二項七號)

(3) 鑛業權、漁業權、特許、意匠專用權又ハ著作權ノ讓渡

(4) 營業ノ讓渡

(5) 商品ノ一括賣却

是レ皆重要ナル行爲タルニ因ル(破案一九二條一項三號乃至五號)

(6) 借財 是レ亦通常ノ管理行爲ト異ナリ利害ノ關スルモノ大ナルニ由ル(破案一九二條一項六號、舊商一〇一九條二項六號)

(7) 百圓以上ノ價額ヲ目的トスル債權ノ讓渡 債權ノ讓渡ハ其取立、相殺等ト異ナリ通常ノ換價方法ニ非サルニ由ル現行法ニハ債權ノ額ニ制限ナシ其轉付ト云ヘルモ讓渡ノ意義ニ外ナラス(破案一九二條一項七號、舊商一〇一九條二項四號)

(9) 債務契約ノ履行請求 是レ財團債權ヲ生シ破産財團ヲ減少セシムルニ由ル(破案三五條六號、一九二條一項八號)

(9) 訴ノ提起 是レ訴訟費用負擔ノ結果ヲ生シ重要ナルニ由ル而シテ訴ノ提起タル以上ハ本訴、反訴及ヒ督促手續ヲモ包含ス(破案一九二條一項九號、舊商一〇一九條二項一號)

(10) 訴訟受繼ノ拒絕 是レ亦財團ノ減少ヲ來スニ由ル(破案六八條、六九條、一九二條一項一〇號)

(11) 和解及ヒ仲裁契約 是レ亦訴訟行為ト同視スヘキニ由ル(破案一九二條一項一號、舊商一〇一九條二項二號)

(12) 權利ノ拋棄及ヒ義務ノ承認 是レ亦財團ノ減少ヲ來スニ由ル義務ノ承認トハ例ヘハ別除權、財團債權等ヲ認ムルカ如シ(破案一九二條一項二號、舊商一〇一九條二項八號、九號)

(13) 別除權ノ目的ノ受戻 是レ一方ニ於テハ別除權ノ成立ヲ承認シ他方ニ於テハ受戻シタル目的物ヲ以テ時トシテ完済スルコト能ハサル義務ヲ承認シテ之ヲ辨済スルニ至ルモノナレハナリ(破案一九二條一項三號、舊商一〇一九條二項三號)

五 管財人ノ報告 第一回ノ債權者集會ニ於テ管財人ハ支拂不能ノ原因、破産財團ニ關シテ爲シタル處分例ヘハ營業ノ繼續ノ如キ其他破産財團ノ狀況ニ付キ報告ヲ爲スコトヲ要ス(破案一九〇條) 是レ債權者集會ヲシテ監査委員ノ設置、扶助料ノ給與、營業ノ繼續、高價品ノ保

管方法等ヲ決議セシメンカ爲メナリ又債權者集會ハ爾後管財人ヲシテ該集會又ハ監査委員ニ破産財團ノ狀況ヲ報告セシムル方法並ニ時期等ヲ定メテ之カ報告ヲ爲サシム(破案二〇一條) 是レ債權者ノ利益保護上必要ナレハナリ

第四節 特別破産ノ財團ノ換價

一 法人ノ破産ノ場合 各種ノ商會社其他ノ法人カ破産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於テ其現存財産カ其債務ヲ完済スルニ不足ナルトキハ其社員又ハ株主ノ出資義務ハ破産財團ニ屬スヘキ財産ナルコト明カナリ仍テ管財人ハ其出資ノ取立ヲ爲スコトヲ得サルヘカラス而シテ其取立ハ破産手續ヲ速ニ終了セシムル爲メニ辨済期ノ如何ニ拘ハラズ之ヲ爲スコトヲ得セシメサルヘカラス是レ草案第二〇三條ノ規定アル所以ナリ

現行商法ニハ明文ヲ以テ破産ノ場合ヲ除外セルカ故ニ商法第九二條ヲ會社ノ破産ノ場合ニ準用スルコトヲ得シテ定款ニ從テ出資ノ取立ヲ爲ササルヘカラサルカ如シ(商八六條、九二條、二三四條) 立法論トシテハ不都合ト謂フヘシ然リト雖モ破産ノ場合ヲ除外トハ破産法ニ特別規定ヲ存スヘキカ故ニ斯ク明言シタルニ止マリ必スシモ商法第九二條ノ如キ規定ノ準用ヲ積極的ニ禁止シタリト謂フヘカラス故ニ過渡時代トシテハ商法第九二條ノ如キ規定ノ精神ヲ準用スルハ已ムヲ得サルコトト謂フヘシ然ラズンハ破産手續ハ遂行スルコト能ハサルニ

破産法 破産財團ノ管理及ヒ換價 特別破産ノ財團ノ換價

至レハナリ

二 無限責任又ハ保證責任ノ産業組合並ニ相互保險會社ノ破産ノ場合 此等ノ破産ノ場合ニ於テ其組合又ハ會社ノ現存財産カ其債務ヲ完済スルニ不足ナルトキハ其組合員又ハ社員ノ責任ノ限度内ニ於ケル拂込義務ハ破産財團ニ屬スルコト勿論ナリ蓋シ組合員又ハ社員ハ組合又ハ會社ノ債権者ニ對シ直接ノ義務ヲ負フコトナク唯組合又ハ會社ニ對シテノミ責任ヲ負フ仍テ破産管財人ハ其組合員又ハ社員ヲシテ責任ノ限度内ニ於テ拂込ヲ爲サシム草案第二〇四條乃至第二一六條ハ其手續ニ付テ規定シタルモノナリ(破案二二七條、三六七條、産業組合法二條、保險業法三六條、三七條)

三 匿名組合契約ニ於ケル營業者ノ破産ノ場合 匿名組合ハ營業者ノ破産ニ因リテ終了スルモ匿名組合員カ未ダ全部ノ出資ヲ爲ササリシトキハ組合終了當時ニ於ケル組合員カ負擔スヘキ損失ノ額ハ營業者ノ破産財團ニ屬スルモノトス仍テ管財人ハ其額ヲ限度トシテ出資ヲ爲サシムルコトヲ得(破案二二八條、商三〇二條)

第十五章 破産債権ノ届出及ヒ調査

第一節 破産債権ノ届出

一 届出期間 裁判所ハ破産ノ宣告ト同時ニ債権届出ノ期間ヲ定ム其期間ハ草案ニ依レハ破産

宣告ノ時ヨリ起算シテ二週間以上四ヶ月以下タルコトヲ要シ現行法ニ依レハ短クトモ三ヶ月長クトモ六ヶ月以下タルコトヲ要ス此範圍内ニ於テ裁判所ハ事件ノ大小ニ因リ適當ト認ムル所ニ從ヒ之ヲ定ム其定メ方ハ何月何日マテトシテ最終ノ日ヲ示スモ可ナリ又何週間又ハ何ヶ月間トスルモ可ナリ若シ此法定範圍ヲ超エタル場合又ハ不當ニ長短アルトキハ當事者ハ即時抗告ニ依リテ不服ヲ申立ツルコトヲ得(破案一四九條一項一號、一〇九條、舊商九八〇條一項五號)其期間ノ起算點ハ草案ニハ「破産宣告ノ時ヨリ」ト云フニ由リテ之ヲ觀レハ其時ヨリ起算スト解スルヲ至當トス現行法ハ「破産決定ノ公告ニ因リ……届出ツヘキ旨ノ催告ヲ受ケタルモノトス」ト云フニ由リテ之ヲ觀レハ其公告ノ時ヨリ起算スルヲ至當トス(舊商一〇二二條一項)又此届出期間ハ公告シテ利害關係人ニ知ラシムルノミナラス知レタル債権者ニハ之ヲ送達シテ特ニ之ヲ保護ス然ルニ現行法ニハ其書面カ到達セラレサルカ爲メニ損害ヲ被ルコトアルモ其賠償ヲ請求スルコトヲ得スト明言セリ是レ固ヨリ當然ノ事トス(破案一二五條、舊商一〇二三條四項)

現行法ニ於テハ外國所在ノ債権者ノ爲メニ債権ノ届出並ニ調査ノ爲メ特別ノ期間ヲ定ムルノ制度ヲ採レリ(舊商一〇二九條末段)草案ハ此主義ヲ採ラス

債権届出期間ハ不變期間ニ非ス故ニ期間ヲ懈怠スルモ原狀回復ノ申立ヲ爲スコトヲ得ス(民訴一七四條)又此期間ハ除斥期間ニハ非ス故ニ此期間經過後ノ届出モ亦有效ナリ唯期間後ニ

届出ヲタル者ハ自ら其不利益ヲ被ルノミ後ニ説明スヘシ(破案二二九條以下、舊商一〇二九條前段)

二 届出ノ方法 届出ハ現行法ニ於テハ破産主任官ニ向テ之ヲ爲ス草案ニ於テハ裁判所ニ向テ之ヲ爲ス管財人ニ向テ之ヲ爲スモ無効ナリ届出ノ目的物ハ債権ノ額及ヒ原因若シ優先權アルトキハ其權利ナリトス而シテ其成立ヲ證スル爲メニ證據書類又ハ謄本ヲ提出スルコトヲ要ス債権ノ額ハ日本貨幣ニ評價スルコトヲ要ス原因トハ例ヘハ貸金又ハ賣掛代金ト明示スルカ如シ優先權ニ付テモ例ヘハ一般ノ先取特權ナルヤ否ヤ等特定ノ優先權タルコトヲ明示スルコトヲ要ス此届出ノ目的物中金額及ヒ原因ノ二者ハ必要條件ニシテ之ヲ缺カハ全然届出ノ効ナシトシ届出ツルトキハ特別ニ調査セラル又證據書類又ハ謄本ノ提出ヲ缺クモ是レ債権存立ノ證據問題ニ關係アルノミニシテ届出ヲ全然無効トスルニ至ラス(破案一四條、二二二條、舊商一〇二三條一項末段)届出ハ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲ス書面ヲ以テスル場合ハ現行法ニ依レハ二通ヲ要ス是レ一通ハ管財人ノ用ニ供セシメンカ爲メナリ草案ハ一通ニテ足り之ヲ裁判所書記課ニ備ヘ置キ裁判所ト管財人ノ兩用ニ供ス口頭ヲ以テスル場合ハ裁判所書記之ヲ調査ヲ作ル現行法ニ於テハ書記ハ謄本ヲ作リ之ヲ管財人ニ交付ス(破案一一一條、二二五條、舊商一〇二三條三項、一〇二四條二項)

届出ニハ代理人ヲ使用スルコトヲ得委任ノ有無ハ職權ニ因リ裁判所之ヲ調査スヘシ草案ニテハ破産ハ區裁判所ノ事件ニ屬セシメタルカ故ニ辯護士ニ依頼スルコトヲ要セザレトモ現行法ハ地方裁判所ノ事件ト爲セルカ故ニ辯護士ヲ要ス殊ニ現行法ニ於テハ他所ニ住スル債権者ハ裁判所所在地ニ代人ヲ置クヘキモノトシ其届書ヲ提出スヘキモノトシタリ(民訴六三條、舊商一〇二三條二項、三項)

三 届出ノ效力 届出カ不適法ナリシトキハ之ヲ却下ス債権者ハ之ニ對シテ即時抗告ヲ爲スコトヲ得(破案一〇九條、舊商九八三條)届出カ適法ナリシトキハ破産債権者トシテ債権者集會ニ於テ議決權ヲ行ヒ又其調査ヲ受ケテ債権ヲ確定セシメ爾後破産手續上ヨリ生スル利益ニ與ルコトヲ得又時効ヲ中断ス(民一四七條三號、一五二條)其中斷ノ效力ハ破産手續ノ終結若クハ廢止(現行法ニテハ停止)マテ繼續ス(民一五七條)尤モ獨立シテ箇箇ノ強制執行ヲ爲スコトヲ得サルコトノ如キ又ハ強制和議ニ服従スルコトノ如キハ債権ノ届出ヲ爲シタルト否トニ關係ナキモノトス(破案八條、三二五條、舊商九八七條)

届出期間後ニ於テ届出タル事項ニ付キテ變更ヲ爲シタルトキハ恰モ新ナル届出アリタルモノノ如ク之ヲ取扱フ例ヘハ債権ノ額ヲ増加シ他ノ成立原因又ハ新ナル優先權ヲ主張スルトキノ如シ(破案二二〇條)

又届出ハ破産手續ノ終結スルマテ債権者ハ何時ニテモ之ヲ取下クルコトヲ得其取下ニハ破産債権法 破産債権ノ届出及ヒ調査 破産債権ノ届出

者ノ承諾ヲ要セス取下クルトキハ時効中斷ノ效力ヲ生セス(民一五二條)取下後再ヒ届出ツル
コトヲ妨ケス

四 別除權者ノ届出

別除權者ハ其別除權ノ行使ニ因リテ辨濟ヲ受タルコト能ハサル殘額ニ付
テノミ破産債權者トシテ其權利ヲ行フコトヲ得ルニ止マルカ故ニ(破産三三條、舊商九九九
條)其届出ヲ爲スニ當リテハ普通破産債權者ト同シク債權成立ノ原因ヲ届出ツルハ勿論別除
權ノ行使ニ因リテ辨濟ヲ受タルコト能ハサルヘキ豫定額ヲ届出ツルコトヲ要ス若シ其債權ノ
全額ヲ届出ツルトキハ其別除權ヲ拋棄シタルモノト看做サル(破産二三條)

五 債權表ノ作成

債權ノ届出アルトキハ裁判所書記ハ其届出ノ日時ヲ届書ニ附記スルコトヲ
要ス是レ届出期間内ニ届出テタルコトヲ知ル爲メト時効ノ中斷サレタル時期ヲ知ル爲メトニ
必要ナルヲ以テナリ而シテ書記ハ債權表ヲ作り草案第二二四條列舉ノ事項ヲ記載スルコトヲ
要ス書記ハ其記載ニ付キ債權ノ取捨ヲ爲スコトヲ得ス蓋シ彼ハ毫モ債權調査ノ權限ヲ有セサ
レハナリ又届出ノ適法ナルヤ否ヤノ判斷モ亦裁判所之ヲ爲スヘキモノニシテ書記ハ之ヲ決定
スヘキモノニ非サルナリ債權表ハ畢竟債權ノ調査又ハ配當ノ便宜ニ供スル爲メノ準備書面ニ
シテ縱令之ニ記載漏アリタリトスルモ適當ノ時期ニ届出ラタル債權タル以上ハ一般調査期日
ニ於テ調査ヲ爲スコトヲ得又書記ハ債權表ノ謄本ヲ作りテ之ヲ管財人ニ交付ス(破産二二四
條二項、舊商一〇二四條二項)

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産所在
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ザルヤ
説明スルコト能ハサルノ非難ナクシテハアラス蓋シ此說ニ依リ日本ニ住スル英人カ身分、能力ニ
關シテ本國法ニ依ラシテ住所定タル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
ニ住スル英人ノ身分、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ザルヘカ
ラサルニ之ヲ日本ニ住スル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
ニ據ル以外ニ以テモ反致ヲ許ストセハ反致ヨリ更ニ反致シ實際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住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セ
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ザル

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探明セラル而シテ一國カ反致法主義ヲ採用スルニ二途アリテ一日、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ス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ノ規定(國際私法ノ規定)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サル場合トス故ニ佛、白、伊ノ如キハ反致法主義批難ノ聲盛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而シテ孰レノ主義ヲ採ルモ前ニ述ヘタルニ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

終ニ一千九百年九月「ニウシヤタル」ニ開キタル國際法協會カ反致法ニ關シテ爲シタル決議ヲ述フヘシ

決議ノ原案ハ委員「ブザッチ」及ヒ「レーネ」二氏ニ依リ提出セラレタリ曰ク

第一條 立法者カ國際私法ノ規定ヲ設ケ裁判所ヲシテ一定ノ事項ニ直接ニ適用スヘキモノ(準據法)トシテ或外國民法ヲ指定スルトキハ立法者ハ其外國法律ニ於テモ亦同一ノ法律ノ適用(同一ノ準據法)ヲ命スルコトノ條件ニ其指定シタル外國民法ノ適用ヲ繫ラシムヘカラスルモノトス

第二條 國際私法ノ規定(準據法)ノ條文ニ於テ他ノ説明ナク一定ノ事項ニ一定ノ外國法ヲ適用スト宣言スルトキハ如何ナル理由アルモ又如何ナル場合ニモ裁判官ハ之ヲ其事項ニ關スル外國ノ國際私法ノ規定ヲ指スモノト解釋スルヲ得ス

第三條 國際法協會ニ於テ第一條ニ定メタル原則ニ反スル原則ヲ採用スルコトハ曩ニ多數ノ場合ニ於テ外國法律ヲ適用スヘシト爲シタル決議ノ旨趣ニ違反スルモノトス

要スルニ第一條ハ各國ノ立法ニ付キ第二條ハ各國ノ法律解釋ニ付キ與ヘタル意見ニシテ第三條ハ國際法協會ノ從來及ヒ將來ノ主義ヲ言明シタルモノナリ而シテ該會ハ斯學ニ於ケル諸大家ノ集合ナルヲ以テ其討議ハ虎嘯龍躍ノ慨アリ然レトモ右第二條ハ解釋ニ關スル問題ニシテ此問題ハ立法者ノ意思ニ讓ラサルヘカラスルモノ又第三條ハ第一條ノ推論ニ過キササルモノナリトノ

「アッセル」氏ノ注意ニ由リ提出者ハ右二條ヲ拋棄シ論議ニ日ニ涉リテ右第一條ハ會員中二十一
人ニ對スル六人ノ反對ヲ以テ可決セラレタリ而シテ反對者中「パール」「ウエー 스트レーキ」「
氏ハ最モ熱心ニ反致法ヲ辯護シタリ試ニ氏名ヲ舉ケレハ

原案ヲ可トスル者「アッセル」「ボアソ」「ブザツチー」「カタラニー」「コルシー」「デ、
カンチュビュイ」「フオシイ」「ヒルチイ」「ホルランド」「タベッヂー」「レール」「フオンリ
スト」「リオン、カン」「ミドシー」「ルノー」「ロストウオロスキー」「ド、ロストウオウスキ
」「サセルドッチー」「ストレート」「ウエスニッチ」諸氏
否トスル者「パール」「ブルウザ」「ハールブルグ」「ロゲン」「ウエース」「ウエー ストレー
キ」諸氏

而シテ右第一條ハ一致ヲ以テ左ノ如ク文辭ヲ修正アリタリ曰ク

「一國ノ法律ニ於テ國際私法ノ事項ニ於ケル法律ノ牴觸ヲ規定スルトキハ各種ノ場合ニ適用
セラルヘキ法規自體（直接規定）ヲ指定スヘク其場合ニ對スル外國ノ牴觸の規定（準據法の
規程）ヲ指定セサルコトヲ企望ス」ト

第十三章 準據法タル外國法ト其證據トノ關係

我法例各條ノ如ク外國法ヲ以テ準據法ト定メタル場合ニ於テハ判事ハ一定ノ國際の私法關係ニ

ハ其準據法タル外國法ヲ適用セサルヘカラサルヤ論ヲ俟タス外國ノ學說ニ於テ判事ハ當事者ノ
申立ナキモ職權ヲ以テ準據法タル外國法ヲ適用スルヲ得ルヤ否ヤノ問題アルモ是レ英、佛、白、
和ノ如ク國際私法の規定ノ大部分ニ付キ國法ニ明文ヲ缺ク國ニ於ケル場合ノ問題ト爲リ得ルモ
我法例ノ如ク明カニ明文ヲ以テ本國法ニ從フ所在地法ニ從フト云フ如ク宣言スル國ニ於テハ問
題ト爲ラス法文上當然職權ヲ以テ判事ハ外國法ヲ適用セサルヘカラサルコト一點ノ疑ナシ
然ルニ外國法ナルモノハ自國主權ノ命令ニ非サレハ內國ノ裁判所及ヒ臣民ヨリ見レハ法律ニ非
スシテ一ノ事實ニ過キス唯我國法例カ我國ノ裁判所ヲシテ一定ノ法律關係ニ適用スヘキモノト
爲シテ其場合ニ限リ法律タル效力ヲ與フルニ過キサルモノナリ即チ外國法ハ內國ニ定メタル方
式ニ從ヒ公布セラレサルモノナリ然ルニ或法律關係ニハ外國法ヲ適用セサルヘカラサルコト前
述ノ如シ是ニ於テカ裁判所ハ如何ニシテ外國法ノ存在ト其内容トヲ知ルヘキヤノ問題起ル
英國ニ於テハ「ウエー ストレーキ」氏ノ說ニ據レハ英國法ト異ナリタル外國法ノ規定ヲ援用スル
者ハ之ヲ證明スルヲ要ス其證明ナキトキハ裁判所ハ英國ニ於テ特別組織ノ方法ニ依リテノミ行
ハルル所ノ（破産ノ如キ）制度ノ外ハ總テ外國法ハ英國法ト同一ナリト推測ス故ニ外國法ノ適
用ヲ求ムル當事者ハ常ニ此推測ヲ打破スル爲メニ之ヲ立證セサルヘカラス而シテ其證明ノ方法
ハ鑑定ノ方法ニ依ルコトヲ要ス而シテ當事者カ單ニ成文法又ハ成典ヲ提出スルヲ以テ足レリト
セス其法律アルコトヲ鑑定シタル鑑定人ニ於テ其成文法又ハ成典ヲ提出スルコトヲ要ス故ニ問

題ノ目的及ヒ鑑定スヘキ目的ハ單ニ法律ノ明文ノ存否ニ在ラスシテ其明文ニ基キタル學問上ノ解釋及ヒ判例ヨリ成ル法理如何ニ在リトス而シテ其職ニ堪能ナル者ハ外國法ノ鑑定人ト爲スコトヲ得ルモノニシテ單ニ判事又ハ辯護士ニ限ラス而シテ裁判官又ハ陪審官ハ鑑定人ノ供述ヲ注意シテ調査セサルヘカラス鑑定人ノ意見カ曖昧ナルトキ又ハ撞着スルトキハ殊ニ然リトス若シ鑑定人カ不當ニ推論シタルコトノ心證ヲ得タルトキハ鑑定人ノ意見ニ拘ハラズ鑑定人ノ引用シタル法文ニ依リ其判斷ヲ定ムルヲ得然レトモ鑑定人ノ引用セサル學說等ニ依リ判斷スルヲ得ス(國際法雜誌一八八二、三〇四頁)

北米ニ於テハ外國法ハ凡テノ他ノ事實ノ問題ト同シク陪審官ノ前ニ於テ立證セサルヘカラストノ原則行ハル(一八六八年「マサチュセツト」最高裁判所及ヒ「ニツハンブシヤイヤ」最高裁判所判例「ストーリー」氏「ホアートン」氏等)

佛、白ノ判例ニ於テハ外國法ヲ一ノ事實ト看做シ之ヲ援用スル者ニ於テ證明ノ責任アルモノトシ證據ニ關スル普通ノ法則ニ從テ立證スヘキモノトセリ

獨逸帝國商事高等裁判所ハ一千八百七十一年ニ次ノ如ク判決セリ曰ク法律關係ノ性質上外國法律ニ從フヘキトキハ判事ハ自己ノ知ル限リハ外國法律ヲ適用スルヲ要ス判事ハ自己ノ研究ニ因リ又ハ當事者ノ提出シタル證據ニ因リ其心證ニ於テ十分ナリト爲ストキハ外國法ヲ知りタルモノトス判事ノ知ラサル外國法律ノ原則ニ付テハ之ヲ援用スル當事者ヲシテ證明セシメ若クハ職

權ヲ以テ必要ナル調査ヲ爲スコトヲ得然レトモ判事ハ此ノ如キ義務アルニ非ス判事ノ自己ノ知ラサル外國法律ヲ以テ自己ノ國法ト同一ナリト推測スルコトヲ得然レトモ當事者ハ反對ノ證據ヲ以テ此推測ヲ打破スルコトヲ得ルカ故ニ判事ハ此推測ニ從ヒテ決定セサルヘカラストノ義務ナシトス裁判官ハ法律ヲ知ルトノ原則ハ外國法律ノ事項ニ付テハ之ヲ適用スルヲ得スト而シテ獨逸民事訴訟法第二九三條ニハ「他國ノ現行法、習慣法及ヒ規約ハ裁判所ニ知レサルモノニ限リ之カ立證ヲ要ス此規定ヲ知ルカ爲メ裁判所ハ當事者ノ提出シタル證明ニ羈束セララルコトナシ又裁判所ハ他ノ認知方法ヲ使用シ及ヒ其使用ノ爲メ必要ナルコトヲ命スルノ權ヲ有ス」ト規定セリ(同國舊法二九三條)

以上ノ例ニ依レハ獨逸以外各國ノ大部ニ於テハ外國法證明ノ點ニ關シテハ之ヲ一ノ單純ナル事實ト爲スカ如シト雖モ我法例ノ如ク我裁判所ニ於テ判斷スヘキ一定ノ法律關係ニ適用スヘキモノトシテ外國法ヲ指定シタルトキハ其點ニ於ケル外國ノ法律ハ即チ我國法ノ一部ヲ成スモノト謂ハサルヘカラス(二章三參照)然ルニ其外國法ハ我國ニ於テ文書ヲ以テ公布セラレサルモノナレハ我裁判所ヨリ見レハ慣習法ト同シク一ノ不文法ナリトス而シテ法例カ準據法トシテ外國法ヲ指定スル場合ニ於テ特ニ之カ適用ニ依リテ利益ヲ受クヘキ當事者ノ證明ヲ俟テテ外國法ヲ適用スル旨ノ明文ナキ故ニ裁判所ハ外國法ノ規定如何ヲ當事者カ立證セストノ理由ヲ以テ法例ニ適用スヘキ旨ヲ定メタル外國法ノ適用ヲ拒ムコトヲ得サルヘシ故ニ外國法ノ規定如何ヲ知ルコ

トハ裁判官カ職權ヲ以テスヘキヲ本則トスヘキモノトス外國法ノ存在及ヒ内容如何ヲ全然係爭事實ト同シク當事者ニ於テ立證スヘキモノトスルハ我法例ノ法理ニ非スト謂ハサルヘカラス然レトモ「裁判官ハ法律ヲ知ル」(Quo iure iuris)トノ原則ヲ外國法ニ關シテモ內國法ニ於ケルカ如ク絶對的ニ適用スルヲ得ス何トナレハ事物ノ性質上之ヲ許サズ即チ內國法ハ公布アルカ故ニ裁判官ハ之ヲ知ラスト云フヲ得サルモ外國法ハ我立法者ニ依リ公布セラレサルカ故ニ裁判官ト雖モ之ヲ知ルコト容易ナラサルカ故ナリ故ニ裁判官ノ之ヲ調査スルニ付キ過度ノ煩勞ヲ輕減セシメンカ爲メニ當事者ヲシテ外國法ノ存在及ヒ内容ヲ立證セシムルノ必要ヲ生ス然レトモ是レ唯當事者ヲシテ判事ニ協力セシムル旨意ニ過キスシテ當事者ニ立證ノ責ヲ負擔セシメタルニ非ス即チ唯實際の必要ヨリ立證ヲ命スルノミナリ故ニ當事者ニシテ外國法ノ存在及ヒ内容ヲ立證セサルモ當事者カ事實ヲ立證セサル場合ト同シク裁判所ハ直チニ立證セサルモノヲ敗訴者ト爲スヲ得サルモノトス(此ノ如ク判事ニ於テ調査スルヲ本則トシ當事者ノ立證ハ協力ニ止マルトノ主義ヨリ推セハ上告審ニ於テモ判事及ヒ當事者ハ外國法ヲ調査シ又ハ立證スルヲ得ルモノト見ルヲ可トス「ゾエヘル」ト氏所說參照)

我民事訴訟法第二一九條ニ「地方慣習法、商慣習及ヒ規約又ハ外國ノ現行法ハ之ヲ證ス可シ」裁判所ハ當事者カ其證明ヲ爲スト否トニ拘ハラズ職權ヲ以テ必要ナル取調ヲ爲スコトヲ得」トアルハ以上ノ旨趣ニ出テタル規定ニシテ獨逸民事訴訟法第二九三條ト共ニ事物ノ狀態ニ極メテ適合シタル規定トス蓋シ我法例ノ準據法の規定ハ強行法ニシテ許容法ニ非サレハ外國法ノ規定ヲ以テ單純ナル事實トシテ當事者ノ立證ノミニ一任スルトキハ法例ヲ設ケタル精神ヲ貫徹セサルヘケレハナリ

故ニ判事ハ當事者ノ立證如何ニ拘ハラズシテ又職權ヲ以テ必要ナル取調ヲ爲スコトヲ得ヘシ而シテ外國法ノ立證ニ付テハ當事者ハ法律ニ定メタル證據方法ニ限ラルヘシト雖モ判事ハ如何ナル方法ニ依リ其取調ヲ爲スモ自由ナルヘシト信ス今各國ニ於テ外國法ヲ知ルカ爲メニ用ヒラルル方法ヲ示セハ外國裁判官ノ意見書、外國政府ノ證明書、外國ノ公使又ハ領事若クハ外國駐在ノ內國公使、領事ノ證明書、内外法律家ノ鑑定、著者ノ一致シタル學說、外國裁判所ノ判例等ニシテ或國ニ於テハ司法大臣ニ於テ公正ノ效力アル宣言書ヲ發スルコトアリトス佛國「シャンペリー」控訴院ハ當事者雙方ヨリ提出セラレタル法律家ノ意見書區區ナリシヨリ當事者ノ一方ニ外國ノ法律家三名ノ一致シタル意見ノ提出ヲ命シタルコトアリ又或國ノ間ニハ各國法律文ノ交換ヲ容易ナラシムル爲メニ條約ヲ結ヒタルモノアリ千八百八十六年五月十五日白耳義、巴西、西班牙、北米合衆國、伊太利、葡萄牙、塞爾比亞、瑞西間ノ條約是ナリ「ペルー」及ヒ「エクアドール」其後之ニ加入セリ

英國千八百六十一年五月十七日法律ハ國際條約ノ許ス場合ニ於テハ英國裁判所ヲシテ其裁判所ニ於テ適用スヘキ外國法律ニ付キ外國裁判所ノ意見ヲ求ムルコトヲ許シ又英國裁判所ヲシテ外

國裁判所ニ屬スル訴訟ニ適用スヘキ英國法律ニ付キ其意見ヲ與フルコトヲ得セシメタリ
以上ハ裁判所カ法律ヲ知ルニ違スル各種ノ實際上ノ方法ニ付キ述ヘタルモノナリ然レトモ「ロ
ーレン」氏ノ云フ如ク或ハ外國法典ノ明文ヲ有スト雖モ直チニ之ヲ內國裁判所ニ於テ係爭事實
ニ適用スルハ危險ナリトス何トナレハ外國法ノ解釋ハ困難ナル場合アルヘク又之カ解釋ノ必要
ナル基礎ト爲ルヘキ各種ノ材料ハ內國判事ノ有セサル場合アルヘク又外國法律ハ却テ其表見セ
ラレタル法文ト異ナリテ解釋セラレ法文ノ理由書又ハ先例ニ於テ其明文ト異ナリタル解釋ヲ是
認セラルル場合アルヘク殊ニ外國法典ノ反譯書ノ如キハ真意ヲ得サル場合ナキニ非サレハナリ
要スルニ今日ノ狀態ニ於テ各國ニ最モ行ハルル適當ノ方法トシテハ内外法律家ヲシテ係爭ノ外
國法ノ規定ヲ鑑定セシムル方法トス

國際法協會モ(一)外國法ヲ知ルコト及ヒ(二)外國法ヲ證明スルコトニ付キ適當ノ方法ヲ考究シ
(一)ニ付テハ「ハイデルベルヒ」(一八八七年)ノ決議ニ於テ

各國政府ハ各國ノ現行法及ヒ將來公布セラルヘキ法律(民法、商法、刑法、民刑訴訟法、破産
法、裁判所構成法等ニ關スル法典、法律、諸規定、各國及ヒ其臣民ニ一般ニ關係アル行政法及ヒ
公法ニ關スル法律及ヒ諸規定、民法又ハ經濟的利益ニ關スル諸條約及ヒ之ニ附帶スル諸法規
等)ヲ相互ニ交換シ各國ニ於テ之ヲ中央保管局(Depot central)ニ納メ公衆ヲシテ閱覽ヲ得セ
シメント

ノ企望ヲ發表セリ

(二)ニ付テハ千八百九十一年「ハンブール」ノ會議ニ於テ次ノ決議ヲ爲セリ曰ク

甲 國際法協會ハ宣言スルコト左ノ如シ

イ 今日ノ法學及ヒ國際關係ノ狀態ニ於テ又各文明國ニ於テ行ハルル大多數ノ法律ニ對シ
テハ外國法律ノ證據ハ當事者ノ意思ニ一任スヘキ事實問題ト爲スコトヲ得ス

ロ 現行セラルル各種ノ制度ニ代ルヘキ各國ニ一樣ナル一般的规定ヲ設クルヲ必要トス

乙 國際法協會ハ國際間ノ一致ニ依リ各國カ次ノ規則ヲ適用スルノ約定ヲ爲サンコトヲ企望
ス

イ 訴訟ニ於テ其存在及ヒ内容ニ付キ當事者ノ一致セサル外國法ヲ適用スル必要アルトキ
ハ判事、裁判所又ハ法院ハ當事者ノ申立又ハ職權ニ依リ準備判決ニ於テ如何ナル法規又
ハ法律ノ點カ事件ヲ終結スルニ必要ナルカヲ宣告スヘシ

ロ 判事又ハ所長、院長ハ直チニ囑託書ヲ發スヘシ其囑託書ハ司法大臣及ヒ外務大臣ヲ經
テ其法規又ハ法律ノ點ヲ知ラントスル國ノ司法大臣ニ交付サルヘシ

ハ 右司法大臣ハ右問合ニ對シ凡テノ事實問題ニ付キ助言又ハ意見ヲ付スルコトヲ避け法
律ノ存在及ヒ其内容ニ限リテ答辯ヲ爲スヘシ

ニ 法律ノ條文及ヒ證明書カ先ノ裁判所ニ交付セラレタルトキハ之ヲ書記課ニ保管シ當事

者ノ申立ニ依リ訴訟手續ハ再ヒ進行セラルヘシ

以上述ヘ來リタル所ハ裁判官カ外國法律ヲ知ルニ達スル實際ノ方法及ヒ理想ノ方法ノ説明ニ關ス而シテ我民事訴訟法ニ依レハ外國法ノ規定ヲ援用スル者ニ於テ之カ存在ヲ立證スルヲ得サルモ直チニ敗訴ヲ言渡スヘキニ非スシテ尙ホ裁判官ハ各種ノ方法ニ依リ之カ取調ヲ爲スヘキモノナルコトハ先ニ述ヘタリ而シテ若シ右取調ノ結果尙ホ外國法ノ規定ヲ知り得サル場合ナキニ非ス斯ル場合ハ之ヲ如何ニスヘキカ此場合ニハ外國法ハ自國法即チ法廷地法ニ同一ナリト推測シテ係争ノ私法關係ニ適用スヘキモノトスルヲ通説トス而シテ「ウイエス」氏ハ此場合ニ自國法ハ解釋上外國法ヲ補充スルモノトナリテ適用セラルルモノナリト云ヘリ「ウエース」三、一六九頁、「フイオレー」一、三九一頁、前出獨逸高等商事裁判所判例、前出「ウエストレーキ」ノ說、一八八三年「ニウヨルク」控訴院判決、一八六四年巴里控訴院判決、「パール」一、一三五頁等ノ如シ反對「ストルツクマン」及ヒ「ゴツホ」一、三二二頁

但反對説トシテハ「デバニエ」氏ハ外國法存在ノ立證ナキトキハ請求ヲ棄却スヘシトノ説ヲ非難スルノミナラス更ニ曰ク外國法ノ存在及ヒ内容ノ立證ナク又ハ其規定アルコト明確ナラサル場合ニ自國法ヲ適用スルコトヲ得トスル説モ亦許スヘキニ非ス若シ斯ク解セハ國際私法ノ價值ヲ如何スヘキ、何トナレハ此解釋ハ法律上特定ノ外國法ノミニ限り適用セラルヘキコトヲ認メナカテ判事カ其外國法ヲ知ルコトニ困難ナルトキハ自國法ヲ適用スルコトトナルカ故ナリ「デ

バニエ」(四八頁)ト云ヒ又「アッセル」氏ハ英米法ニ於テ立證ナキトキハ外國法ト自國法ト同一ナリトスル推測ハ理由ナシト云ヘリ(同氏著「三節註」)

又獨ノ「ブランク」氏ノ如キハ外國法現存在ノ不明ナル場合ニ於テハ其外國法ヲ基礎トシタル權利ハ之ヲ存在セサルモノト看做シ之ヲ基礎トシタル訴若クハ抗辯ハ之ヲ棄却スヘシト論ス予輩ハ外國法ヲ自國法ト同一ナリト推測スヘシトノ説ハ最モ廣ク行ハルル説ナリト雖モ此點ニ付キ何等ノ基礎ト爲ルヘキ法規ナキ故我國ニ於テ認メラルヘキヤ如何ニ付キ疑ナキ能ハス予輩ハ「法律ナキトキハ慣習ニ依リ慣習ナキトキハ條理ニ依ル」トノ我邦從來ノ成規カ未タ廢止セラレサル以上ハ我國ニ於テ外國法ノ存在及ヒ内容ニ付キ判事ハ之ヲ知ルヲ得サル場合ニ於テハ外國法ハ條理ニ一致スルモノトシテ條理ニ依リ判決スヘク而シテ我國法ノ規定ヲ以テ條理ニ適スルモノトシテ條理ノ名ヲ以テ我國法ヲ適用スヘシトノ解釋ノ穩當ニ非サルナキヤ然レトモ此ノ如キハ外國法カ我國法ト同一ナルニ非スシテ外國法ハ條理ニ一致シ條理カ我國法ニ一致スルモノト解セサルヘカラス

(我民事訴訟法修正案ニ依レハ現行民事訴訟法第二一九條ノ規定ヲ削除シ外國法ノ證據ニ關シテ全ク規定ヲ置カサルモノノ如シ修正ニ付テハ多少論議スヘク又説明スヘキ點アルモ今之ヲ省ク)

第十四章 準據法タル外國法ト上告トノ關係

或國(佛、白、和、獨、伊等)ニ於テハ裁判カ法律ニ違背シタルモノナルトキハ之カ上告ヲ爲サシムル制度ヲ設ケ今國際私法ト此上告トノ關係ニ付テ之ヲ研究セン此關係ニ付テハ二ノ點ヨリ觀察スルヲ要ス即チ其一ハ準據法の規定ヲ裁判所カ訴訟ニ適用セサルトキハ上告ノ理由ト爲ルカノ問題、其二ハ準據法の規定ヲ適用シタルモ其準據法ト爲ル處ノ外國法ノ適用ヲ認リ又ハ之ヲ不當ニ適用シタルトキハ上告ノ理由ト爲ルカノ問題はナリ

第一ノ問題ハ判事ハ當事者ノ援用スルヲ俟テ準據法タル外國法ヲ適用スヘキカ又ハ職權ヲ以テ準據法タル外國法ヲ適用スヘキカノ問題ト爲ル此問題ハ準據法の規定ヲ悉ク法律ノ明文ニテ設ケタル諸國即チ明文ナキニ裁判所カ解釋上準據法ヲ定メテ適用シツアル佛、白、蘭等ノ諸國ニ於テハ學者間ニ多少ノ議論アルヲ免レサルモ我邦ノ如ク既ニ法例其他ノ準據法の成文アル國ニ於テハ殆ト問題ト爲ラス何トナレハ某某ノ關係ハ本國法ニ從フ又ハ所在地法ニ從フトノ法律規定明カナルニ其本國法又ハ所在地法ヲ其關係ニ適用セサル裁判ハ明カニ法律ニ違背シタル裁判ナレハナリ故ニ我國ノ如キハ明カニ判事ハ職權ヲ以テ外國法ヲ適用スヘキモノナルカ故ニ此問題ハ深ク之ニ涉ルノ要ナシ故ニ茲ニ論及スヘキハ第二問トス例ヘハ人ノ能力ヲ定ムルニ當リ裁判所ハ法例ニ從ヒ其本國法ヲ適用シタルモ其適用ニ當リ其本國法ノ解釋ヲ誤リ又ハ適用ヲ

誤リタル場合即チ概シテ言ヘハ其本國法ヲ不當ニ適用シタルトキハ上告ノ理由ト爲ルヤ否ヤノ問題トス

外國ノ學說ニ據レハ準據法タル外國法ヲ不當ニ適用シタル場合ニハ上告ヲ許サストノ第一說トシテハ裁判官ハ外國法ヲ適用スル義務ナシ若シ裁判官カ外國法ヲ適用ストセハ是レ國際友誼ニ由ルモノナレハナリト云フニ在リ此說ハ外國法ヲ準據法トシテ訴訟ニ適用スヘシトノ明文ナキ國ニ於テハ或ハ行レ得ヘシト雖モ勿論正當ノ學說トシテハ行ハレサルコト明カナリ殊ニ我國ノ如ク外國法ヲ適用スルハ判事ノ自由裁量ニ任セスシテ之ヲ法律ニ定ムルコトノ制度ヲ採ル國ニ向テハ價値ナキ學說ト謂ハサルヘカラス

第二說ハ外國法ハ我官報ヲ以テ公布セラレサルカ故ニ公文式ニ依リ公布セラレタル法文ニ立法者カ與ヘタル保障ト同一ノ保障ヲ享有スルヲ得ス隨テ之カ適用ヲ誤ルモ上告ノ理由ト爲ラス(佛ノ檢事長「エルロー」氏ノ報告)ト云フニ在ルモ是レ最モ淺薄ナル議論ニシテ慣習法モ官報ニ依リ公布セラレサル故之カ違背モ上告ノ理由ト爲ラスト論セサルヘカラサルニ至ル之ニ違背セル場合ニ上告ヲ許スハ必スシモ成文法ニ限ラス不文法ト雖モ之カ違背ハ上告ヲ許スモノナリ何トナレハ國法カ上告ヲ許スハ法律ニ違背シタル總テノ場合ヲ包含スルモノニシテ成文法、不文法ニ區別ヲ置カサレハナリ

第三說「アアツセル」氏ノ說ニシテ氏ハ曰ク上告破毀ニ關シテハ佛國、白耳義、和蘭ノ如ク破毀

ヲ以テ判例ノ統一ニ依リ法律ノ統一ヲ補充スル目的ヲ有スルモノトスルトキハ予輩ハ外國法ノ適用ヲ誤リ又ハ外國法ニ違背シタル場合ハ上告ヲ許スヘカラスト思考ス是レ上告問題ニ於ケル佛國法理ノ根本的觀念ヨリ生スル當然ノ結果ナリト信ス即チ上告ヲ許スト否トノ區別ノ標準ハ其論點カ法律ニ關スルカ事實ニ關スルカニ存セスシテ寧ロ一方ニ於テハ自國法律ノ適用ニ關スルコトト他ノ一方ニ於テハ自國法律以外ノ總テノ法律及ビ事實ニ關スルコトトニ付キ標準ヲ取ルヘキモノトス云云ト論シ「リビエ」氏ハ一千八百六十一年佛國判例ニ於テ「判例ノ統一ニ依リ佛國法律ノ統一ヲ維持センカ爲メニ設ケラレタル大審院ハ外國ノ法律ノ適用ヲ誤リタルコトカ佛國法律ニ違背スル結果ヲ生スルニ非サレハ其誤謬ヲ矯正スル職務ヲ存セス」云云ト宣告シ一千八百五十五年白國判例カ「上告ノ理由トシテ援用セラレタル法律ハ外國法ナルニ由リ大審院ハ外國法ヲ解釋ヲ誤リタルコトカ白耳義法律ニ違背シタル結果ヲ生セサル限ハ外國法ニ違背シタル爲メニ裁判所ノ判決ヲ破毀スルヲ得サルニ由リ」云云ト宣言シタル判例ヲ援用セリ然レトモ之ヲ非トスル學者ハ曰ク大審院ハ裁判例ノ統一ヲ維持スルノ任ヲ有スルモノナルニ若シ外國法ノ違背ヲ矯正スルヲ要セストスレハ大審院ハ其職務ノ一部ヲ盡ササルコトト爲ルナリ何トナレハ佛法ニハ「大審院ハ法律ノ明文ニ明カニ違背シタル判決ヲ破毀スルモノトシ白耳義法ニテモ」大審院ハ法律ニ明カニ違背シタル點ヲ包含スル判決ヲ破毀スルモノトセリ即チ立法者ハ某ノ法律ニ違背シタル判決ト曰ハシテ單ニ法律ニト曰ヘリ是レ凡テ其事件ニ適用セラ

ルヘキ法律ノ意ナリ若シ上告ハ或種ノ法律ノミニ限レリトセハ立法者ハ之ヲ明言スヘキ理ナリ或ハ其違背ニ付キ上告ヲ許スハ國法ノ違背ニノミ限ルモノニシテ外國法ハ其國境ニ到リテ效力ヲ失フカ故ニ自國ノ眼ヨリ見レハ法律ニ非スト云ハンモ立法者カ其外國法ニ準據スヘキコトヲ明示シ又ハ默示シタル場合ハ外國法ハ法律ニ非スト云フヲ得ス即チ斯ル場合ニハ立法者ハ外國法ニ本來ナカリシ效力ヲ付與シタルモノナリ彼ノ獨逸民事訴訟法ノ如ク帝國ノ法律ニ違背シタル場合ニ限リ上告ヲ許ス（獨逸訴舊五一一條新五四九條）ト定メタル國ニ於テ外國法ノ違背ニ付キ上告ヲ許サストスルハ相當ナレトモ佛國ニ於テハ之ト異ナリテ解セサルヘカラスト論ス（「ローレン」一五二節、國際私法雜誌一八九〇年七九頁「ローレン」J. Lorenz氏所説）此駁論ハ相當ナリト信ス

第四説ハ若シ外國法ノ適用ヲ誤リタルコトニ付キ上告ヲ許ストセハ大審院ハ外國法ノ解釋ヲ一定スル任アル外國最高裁判所ノ意見ト衝突スルコトヲ恐ルルカ故ニ上告ヲ許サザラシムヘシトノ説ナリ然レトモ若シ斯ル場合アリトセハ止ムヲ得サルノ結果ナルノミナラス若シ上告ヲ許サスシテ控訴ニ止メシムルモ控訴裁判所ハ必スシモ外國ノ最高裁判所ノ判決ニ一致シテ判決スルモノト謂フヲ得サルヘシ或學者ハ上告ヲ許ストセハ上告裁判所ハ外國法律ヲ解釋スルニ困難ヲ感スヘキヲ以テ上告ヲ許スヘカラスト論スレトモ既ニ下級裁判所ニシテ外國法ヲ適用シ又之ヲ解釋スルノ任アル以上ハ上級裁判所タル大審院ハ下級裁判所ニ比シテ困難ナル理由ナカルヘシ



故ニ此ノ如キ議論モ探ルニ足ラス

要スルニ以上佛、白ノ如キハ從來判例ニテハ一般ニ外國法ノ違背ハ上告ヲ許サストシタルモ多數ノ學說ニテハ之ヲ許スヘキモノト論ス然レトモ佛、白ノ判例モ亦漸次上告ヲ許スコトニ傾キツツアルハ事實ナリトス

予輩ハ上來屢、外國法カ私法關係ノ準據法トシテ國法ニ依リ指定セラレタル場合ニハ國法ハ其外國法ニ法律タルノ效力ヲ付與シタルモノナリト言フヘク故ニ外國法ヲ不當ニ適用シタル場合ト雖モ我民事訴訟法第四三四條、第四三五條ニ於ケル上告ヲ許スヘキモノナリトス(Handb. 六二五頁參照)

加之若シ一方ニ於テ外國法ヲ適用セサルトキハ上告ヲ許シ一方ニテハ裁判所カ之ヲ適用シタリト判決文ニ言表ハス以上ハ外國法ノ内容ニ付キテ誤判百出スルモ大審院ハ之カ上告ヲ受理セスト論スルハ矛盾ノ甚シキモノニシテ上告ヲ許スコトノ目的ハ遂ニ達セラレルヲ得サルヘシ例ヘハ下級裁判所カ佛人ノ能力ヲ定ムルニ佛國法ヲ適用スト言ヒナカラ佛法ニ從ヒ二十一年ヲ成年トセスシテ他ノ國ノ制度タル二十五年ヲ以テ成年トシ以テ佛法ノ規定ニ從ヒタリト託言シタルニ對シ上告ヲ爲シタルニ其上告ハ之ヲ許サストセハ如何蓋シ佛法ヲ不當ニ適用シタルモノ換言スレハ即チ佛法ヲ適用セサルモノニシテ唯下級裁判所カ其判決ノ理由ニ於テ表面上佛法ヲ適用セリト宣言スル以上ハ其所謂佛法ノ内容ハ全ク佛法ノ規定ニ非スシテ絕對的ニ異ナリタル判事

自己ノ空想シタル法律ヲ適用スルモ之ヲ矯正スルノ途ナシトセハ實際上ニ於テモ内外人ノ法律關係ニ付テハ第二審ヲ以テ終審トスルカ如キ異狀ヲ呈シ内外人ヲシテ不滿ノ感ヲ抱カシムルニ至ラス故ニ予輩ハ準據法タル外國法ヲ不當ニ適用シタルハ即チ準據法タル外國法ヲ適用セサルモノト論スルモノニシテ此場合ニハ上告ヲ許ササルヘカラスト信スルナリ

各論

第一編 能力及ヒ親族法ニ基ク法律關係ノ準據法

第一章 總說

第一節 本國法主義ノ理由及ヒ沿革

能力及ヒ親族關係ノ準據法ノ說明ニ先チ一言スヘキハ今日ト雖モ各國ノ法文ニ認メラレ又各國ノ學者間ニ唱導セラルル「身分、能力ハ本國法ニ從フ」トノ原則是ナリ此原則ハ「スタチユ」説ノ人ニ關スル法律即チ人事法(Statuta personarum)ハ到ル處其人ニ追隨ストノ原則ニ胚胎シタルモノニシテ身分トハ主トシテ親族關係ニ基ク人ノ法律上ノ地位即チ親、子、夫、妻、嫡出子、庶子等ノ地位ニシテ能力トハ行為能力ヲ謂フ此身分、能力ニ關スル法律ハ所謂人事法(St. pers.)ト名ケラレタルモノトス此各人ノ身分、能力ナルモノハ常ニ一定不變ノ法律ニ依ラシムルノ必要アルコトハ從來學者ノ一致セシ所ナリ若シ各人ノ身分、能力ハ其到ル處ノ國ニ於テ法律ノ異

國際私法 各論 能力及ヒ親族法ニ基ク法律關係ノ準據法 總說 本國法主義ノ理由及ヒ沿革 一五九

ナルニ從ヒ變動スヘキモノトセハ其人ノ權利ハ不確定ニシテ變動シ易キモノトナルコトハ何人モ爭ハサル所トス例ヘハ同一ノ人ニシテ甲國ニ到レハ成年ニシテ乙國ニ到レハ未成年タリ丙國ニ到レハ親權ニ服スヘキモノ丁國ニ到レハ親權ニ服スルヲ要セサルモノトナルトキハ其行爲ハ一地方ニ於テハ有效ニシテ他ノ地方ニ於テハ無効ト爲レハナリ故ニ從來學者ハ法律ハ自國內ニ於ケル内外國人ノ總テヲ支配ストノ原則ヲ唱導シナカラモ人ノ身分、能力ニ關シテハ例外ヲ設ケ各人ノ地位ヲシテ確定不動ナラシムル社會上ノ必要ヨリ身分、能力ニ關スル各國ノ法律ニハ領土以外ニ及フ效力ヲ認メ之ヲ人事法ト名ケテ其法律ハ到ル處其人ヲ支配スルモノト論決スルニ至レリ(フイオレ四二節)而シテ物ニ關スル法律ハ之ヲ物件法(Statutal)ト名ケ領土以外ニ及ハサル代リニ領土内ノ總テノ物ニ關スル事項ヲ支配スルモノトシタルナリ即チ Statuta personalia ハ領土外ニ及フ故ニ人ニ隨フモノナルニ反シテ Statuta realia ハ人ニ隨ハスシテ人ヲ俟ツモノタリ(然レトモ茲ニ序ナカラ注意スヘキハ Stat. pers. 及ヒ Stat. realia 上ノ如ク人事法、物件法ト解スルハ其規定ノ目的ヨリ觀察シタルモノナレトモ更ニ Stat. pers. 及ヒ Stat. realia ヲ其效力ヨリ觀察シテ人ニ追隨スル法律ヲ Stat. pers. ト云ヒ國內ノ一切ノ物及ヒ人ヲ支配スルモノヲ Stat. realia トモ用フルコトアリ此場合ニハ前者ヲ屬人法ト譯シ後者ヲ屬地法ト譯スヘキモノトス)以上ハ人ノ身分、能力ハ唯一ノ法律ヲ以テ常ニ一貫シテ支配スヘシトノ理由ヲ述ヘタルモノナレトモ然ラハ孰レノ土地ノ法律カ人ノ身分、能力ヲ支配スヘキヤト云フニ

「スタチユ」説以降從來ハ各人ノ住所^ハ、地法^ハ人ノ身分、能力ヲ支配ストノ説行ハレタリ蓋シ此時代ニ於テハ各地方毎ニ慣習法ヲ異ニシ佛國ニテモ相互異ナリタル三百種ノ慣習法存在セリト云フ程ニシテ且取引ハ地方間ニ止マリ國際間ノ取引ハ未タ發達セザリシ故學者ハ當事者ハ本國法ヲ以テ身分、能力ノ準據法トスヘシト云フカ如キ説ヲ唱フルニ由ナキノミナラス此ノ如キ思想モ由テ起ルヘキ基礎材料ナカリシモノタリ但同シク住所^ハ、地法ニ依ルヘシトシ他^ハ、現在^ハ、住所(Domicile actuel)派アリテ一ハ生來^ハ、住所(Domicile le origine)地法ニ依ルヘシトシ他^ハ、其出生地ノ氣候風土、傳説地法ニ依ルヘシト主張セリ生來住所^ハ、地法ニ依ルヘシトノ説ハ各人ハ其出生地ノ氣候風土、傳説等各種ノ感化ヲ受クルモノニシテ其生地ノ法律ハ其住民ニ適應シテ成リタルモノナレハ身分、能力ニハ生來住所^ハ、地法ニ依ルヘシト云フニ基ケリ(此ト同一ノ理由ハ今日身分、能力ハ本國法ニ依ルトノ主義ヲシテ全勝ヲ得セシメタルコト後ニ述フル所ニ就テ知ラルヘシ)然レトモ此説ハ勢力少ク學者ノ大多數ハ現在住所^ハ、地法ニ據ルヘシトノ主義ニ傾ケリ蓋シ生來住所^ハ、知リ難キニ比シテ現在住所^ハ、何人ニモ正確ニ知リ易キカ故ナリ而シテ此時代ニ於テハ當事者ノ本國ハ殆ト同一ナル者ノ間ニ慣習法ノ抵觸アリシ故ニ本國法ハ身分、能力ヲ定ムルニ適セス然ルニ本國法ヲ除キテハ各人ノ生活ノ本據タル現在住所ヲ除キテハ適當ノ標準ナカリシナリ而シテ又當事者ノ住所ノ移轉ハ必然其新ニ取得シタル住所ノ法律ハ從フコトト爲リテ住所ノ變更ハ常ニ其屬人法ノ變更ヲ伴ヒタルモノトス

然ルニ歐洲大陸各國カ各地方ノ慣習ヲ全廢シテ統一的法典ヲ發布スルニ至リ佛民法始メテ其第三條ニ於テ「人ノ身分、能力ニ關スル法律ハ縱令外國ニ居住スル場合ト雖モ佛蘭西人ヲ支配スルト定メタルヨリ屬人法タルヘキモノハ住所法ニ非スシテ本國法ナラサルヘカラストノ主義ヲ唱フル學者多ク生スルニ至リ此住所法主義ト本國法主義トノ學者互ニ論難スルヲ見ルニ至レリ然レトモ爾後遂ニ本國法主義ハ日ヲ追ウテ其領地ヲ廣ムルニ至レリ蓋シ一國ノ人事法ハ其國ノ人民ノ特性ニ最モ適合シタルモノニシテ其國ノ人事法ハ其國體、人種、風土、宗教慣習等其國ノ特性ハ勿論其他其國ニ固有ナル僻見スラモ基礎トシテ成ルモノナリ然ラハ此ノ如ク特定ノ狀態ニ於ケル人々ニ應シテ成リタル人事法ハ其人々ノ到ル處ニ附隨スルハ道理アリト謂ハサルヘカラスト「ウエース」氏ノ如キハ私法ノ總テカ其國民ニ適合シテ成リタルモノナルコト日本ニテ民特ニ人事ニ關スル法律ニ限り最モ多ク其國民ノ性格ニ應シテ成リタルモノナルコト日本ニテ民法中總則、物權、債權ノ三編ハ獨、佛英等ノ理論ノ粹ヲ採キ編セラレタリト云ハルルニ反シテ親族、相続ノ二編カ日本古來ノ風俗慣習ヲ主トシテ參酌シテ編成セラレ他ノ三編ト趣ヲ異ニスルヲ見ルモ明カナリトス要スルニ以上ノ如キ理由カ身分、能力ノ準據法トシテ本國法ヲ採ルコトヲ相當ナラシメタルモノトス即チ一國內ノ各地方毎ニ慣習法ヲ異ニシタル時代ニ在リテ必要タリシ住所法ノ勢力ハ地方慣習法ノ廢滅ニ歸シタル今日ハ最早存在理由ヲ缺カモノトス但原來住所法主義ノ思想ハ統一的法典成リ取引ハ國際的ト爲リタル今日ニ於テハ其理由ニ於テ同

一ナル本國法主義ヲ隱然辯護スルモノトス(「デバニユ」二二六節、「ローレン」一〇〇節等)故ニ本國法主義ハ一千八百六十六年ニ伊民法ニ採用セラレ又一千八百八十年「オクスフォード」開會ノ國際法協會ニ於テモ人ノ身分及ヒ能力ハ其人カ國籍ヲ有スル國ノ法律ニ從フト決議セリ(但此會議ニハ住所法主義ヲ取ル英米ノ學者ハ「ウエーストレーキ」ノ外ハ出席セザリキ)其後我法例、獨逸民法施行法モ人事法ニ關シテハ本國法主義ヲ採ルニ至レリ

次ニ本國法主義ト住所法主義トノ互ニ論難スル點二三ヲ述ヘン

一 本國法主義論者ハ曰ク屬人法ハ確定不動ナルヲ尊シトス然ルニ住所ハ各人ノ利益若クハ好奇心ニ依リテスラモ容易ニ變更シ得ルカ故ニ國籍ノ確定不動ナルニ若カスト

住所法主義論者答ヘテ曰ク國籍ト雖モ歸化其他ノ方法ニ依リ變更セサルニ非スト

二 前者曰ク國籍ノ如何ハ一般ニ之ヲ説明シ易キニ反シテ住所ハ屢、居所ト混同シ易ク且或人ハ二以上ノ住所ヲ有スルニ非スヤヲ疑ハシムト

後者曰ク國籍ト雖モ二以上ノ國籍ヲ有スルニ至ルコト無シトセスト

三 前者又曰ク本國法タル人事法ハ其國民ノ特性ニ適合シタル法律ニシテ住所地ニ行ハルル人事法ノ如ク偶然ニ支配ヲ強要セラルルモノニ非スト

後者曰ク然レトモ本國ノ人事法ハ凡テ皆此ノ如キ性質ヲ有スルモノニ非ス且國籍ヲ變更シタル者ノ新本國法ハ毫モ其特性ニ適合シタルモノト謂フヲ得サルヘシト

此他所地法主義ハ住所ハ各人ノ熟慮シタル意思ニ因リ定マルモノニシテ國籍ハ多クハ其國ニ出生スルトノ偶然ノ結果ニ過キサレハ住所地ノ法律ヲ適用スルハ即チ暗黙ニ服從スルトノ意思アルニ基クモノナレハ偶然強制セラレテ服從スル所ノ本國法主義ニ優レリト論シ本國法主義論者ハ住所ト雖モ子若クハ妻ノ如キ者ハ自由意思ニ因リテ住所ヲ定ムルヲ得サルコトアルヲ免レスト駁論スルモノアリト雖モ要スルニ本國法主義ヲ以テ比較的非難少キモノトス是レ今日ニ於テ身分、能力ハ本國法ニ從フトノ原則ノ一般ニ認メラルルニ至リシ所以ナリ

以上要スルニ(1)身分、能力ニ關スル法律即チ人事法ハ到ル處唯一ノ法律ニテ支配スヘク各人毎ニ確定不變ニシテ國境ヲ超ユル毎ニ變動スルカ如キコトナキヲ必要トスル理由ト(2)其唯一ノ法律トハ今日ニ於テハ本國法ヲ以テ最も適當シタルモノトスル理由ニ付キ説明セリ以上ノ理由アルカ爲メニ各國ニテ右原則ハ或ハ法典中ニ採用セラレ或ハ判例ニ依リ認メラレタルモノトス而シテ右原則ノ結果トシテ一國ノ法律ハ其國民ノ身分、能力ニ付テハ他國ノ領土内ニ於ケル自國臣民ヲ支配スル結果ヲ生スルモ是レ各國ハ凡テ領土主權ト臣民主權トヲ有スルカ故ニ人事法ニ關シテハ絶對的ニ其臣民主權ノ適用ヲ維持スルモノニシテ決シテ他國ノ領土主權ヲ侵害スルモノニ非サルナリ然レトモ此場合ニハ自國ノ領土内ニ於テモ他國ノ身分、能力ニ關スル法律ヲ他國ノ臣民ニ對シテ適用スルコトヲ認ムルヲ正義ニ適合シタル處置トス

以上ノ理由ニ依リ身分、能力ニ關シ即チ人事法上ノ關係ニ付テハ我判例ハ凡テ本國法主義ヲ採

用セリ但身分、能力ノ身分ナル文字ニ付テハ茲ニ一言セサルヘカラサルモノアリ即チ舊時ニ於テハ人ノ權利義務ハ多クハ身分ニ伴ウテ定マリタルモノナリ未成年者、後見人、夫、妻ハ身分ニシテ未成年者ノ權利、後見人ノ義務等ハ凡テ其身分ニ因リ定マルモノナリ故ニ身分、能力ト云フトキハ人事法上ノ關係ヲ凡テ包含セルモノトシテ身分、能力ハ本國法ニ從フト云フ原則ヲ置ケリ然レトモ精細ニ之ヲ分析スレハ此原則ノ用語ハ不十分タルヲ免レス即チ後見人ト未成年者トカ國籍ヲ異ニスルトキ其間ノ關係ヲ定ムルニ身分、能力ハ本國法ニ從フト云フモノノ法律關係ニ二ノ本國法ヲ適用スルヲ得ス然ラハ後見人ノ本國法ニ依ランカ未成年者ノ本國法ニ依ランカニ付テハ更ニ一ノ原則ヲ置カサルヘカラス夫婦間、親子間等亦然リ故ニ斯ル場合ニ對シテハ右ノ身分、能力ハ本國法ニ從フトノ原則ノ外更ニ例ヘハ後見ハ被後見人ノ本國法ニ依ル(法例二三條)婚姻ノ效力カ夫ノ本國法ニ依ル(法例一四條)ト云フカ如ク當事者雙方間ノ本國法中其一ヲ選ンテ適用ヲ命スル原則ノ必要ヲ生シ遂ニ總テノ幾多ノ身分ト稱スルモノノ中ニ付キ更ニ後見人ト被後見人ノ關係、夫ト妻ノ關係ト云フ如ク細別ヲ爲シ等シク本國法ヲ適用スルモ各關係ニ付キ各、之ニ適合シタル特別準據法ヲ設クルノ必要ヲ見ルニ至レリ例ヘハ以上舉ケタル法文ノ外法例第一三條、第一五條、第一六條、第一七條、第一八條、第一九條、第二〇條、第二一條、第二二條、第二三條、第二四條皆然リ茲ニ於テ身分、能力ニ付キ概括シテ本國法ニ依ルト宣言スルノ規定ハ新ニ必要ト爲リタル故ニ我法例ノ如キ身分、能力云云ノ文字ヲ用ヒサル代リニ親子、

夫妻、後見人、被後見人等ノ間ノ關係ニ付キ準據法ヲ別ニ規定スルニ至リシモノナリトス社會上ノ關係複雑ト爲ルニ隨ヒ私法關係ノ準據法亦益、細分スヘキハ自然ノ勢ナレハ上述ノ變遷ハ相當ナリ唯舊時ニ成リタル法典中我法例ノ如ク種種ノ人事關係ニ付キ特別ニ準據法ヲ定メサル法典ニ於テハ今尙ホ舊ノ如ク身分、能力云云ト概括的ニ記載シ置クノ必要アルヘシト雖モ概括的ノ原則ハ前述ノ如ク缺點アルヲ免レサルナリ

第二節 國籍變更ノ場合ニ於ケル本國法ノ適用

能力又ハ親族關係ニ當事者ノ本國法ヲ適用スヘキ場合ニ於テ當事者ノ國籍ニ變更ヲ來スコトアリ此場合ニハ當事者ハ新ニ國籍ヲ取得スルヲ以テ其當事者ハ新本國法ニ依ルコトヲ通則トス故ニ例ヘハ其者ノ初ノ本國法ハ二十年(例ヘハ日本法律)ヲ以テ成年トシタルニ新本國法(例ヘハ佛國法)ニ依レハ二十一年ヲ以テ成年トスルトキハ年齡二十歲何个月ナル其人ハ初メ能力者ナリシモ新國籍ノ取得ト同時ニ又無能力者ト爲ル又之ト反對ニ初メハ無能力ナル者新國籍ノ取得ト同時ニ能力者ト爲ルコトアルヘシ或學者ハ能力者タル資格ハ既得權ナルカ故ニ初メ本國法ニ依リ能力者タリシ者ハ新國籍取得ト共ニ無能力者ト爲ルコトナシト論ス然レトモ是レ謬説ナリ能力ハ既得權ニ非ス故ニ一國內ニテモ初メ二十年ヲ成年ト定メタルニ新法カ二十一年又ハ二十二年ヲ成年ト改メ其能力ヲ失ハシムルコトヲ得ヘキモノナレハナリ但以上ノ所説ハ我邦ノ如ク法律ニ何等ノ明文ナキ場合ニ適用セラルヘキ法理ニシテ例ヘハ獨逸民法ノ如ク明文ヲ以テ之カ反對ヲ定メタル場合ハ勿論適用スヘキ限ニ在ラス

獨逸民法施行法第七條ニ曰ク「人ノ行爲能力ハ其人ノ屬スル國ノ法律ニ依リテ之ヲ定ム、成年ノ外國人若クハ成年タル法律上ノ地位ヲ有スル外國人カ帝國ノ國籍ヲ取得シタルトキハ假令獨逸ノ法律ニ依レハ成年ニ非サルトキト雖モ成年ノ地位ヲ保有ス」ト

然レトモ又國籍ノ變更ハ將來ニミ其效力ヲ及ホスニ過キサルモノニシテ變更前ニ爲シタル行爲ニ何等ノ影響ヲ及ホスモノニ非ス故ニ前例ノ如ク二十歲ノ日本人カ二十一年ヲ成年トスル佛國ニ歸化スル以前ニ爲シタル契約ハ能力者ノ契約トシテ有效ニ存在スルモノトス

以上即チ當事者國籍ノ變更ト共ニ之ニ適用スヘキ本國法モ亦變更ストノ原則ハ通則ニ過キスシテ例外アルコトヲ注意スヘシ例ヘハ夫婦財產制ハ婚姻ヲ爲シタル當時ノ夫ノ本國法ニ依ルヲ以テ其夫ノ國籍ノ變更ニ伴ハサルカ如シ(法例一五條)其他ノ例外ハ各其法律關係ノ特性ヨリ生シタル止ムヲ得サル規定ニシテ詳シクハ各例外ノ場合ニ付キ更ニ説明スル所アルヘシ

第三節 重國籍者ニ對スル本國法ノ適用

各國國籍ニ關スル制度ノ一樣ナラサルヨリ重國籍者、無國籍者ヲ生スルコトハ第九章ニ於テ之ヲ述ヘタリ前者ノ場合即チ一人ニシテ二個以上ノ國籍ヲ有スル場合ニ本國法ヲ適用セントスル

トキハ同時ニ二國ノ法律ヲ適用スルヲ得サルカ故ニ之ニ適用スヘキ本國法ハ何レノ本國法ト爲スヘキヤノ問題アリ「ウエース」(三卷七三頁)ノ如キハ其人カ二國ノ内孰レカニ住所ヲ有スル場合ニハ其住所ヲ有スル國ノ法律ヲ推定の本國法トシテ適用スヘク二國內孰レニモ住所ヲ有スル第三國ニ住所ヲ有スル場合ニハ法廷地法ノ規定ニ最も近似シタル規定ヲ有スル國法ヲ適用スヘシト論シ「シェウイエ」「アルチウイ」氏(同氏著一四三節)亦同一ノ決定ヲ與ヘタリ「マンチニー」氏及ヒ「アツセル」氏ハ(二六節)國籍重複ノ場合ニハ住所地法ヲ適用スヘシトシ「ロレン」氏ハ此場合ニハ専ラ法廷地法ニ近似セル法律ヲ本國法トシテ適用スヘシトセリ

我法例第二七條第一項ニ依レハ「當事者ノ本國法ニ依ルヘキ場合ニ於テ其當事者カ二個以上ノ國籍ヲ有スルトキハ最後ニ取得シタル國籍ニ依リテ其本國法ヲ定ム但其一カ日本ノ國籍ナルトキハ日本ノ法律ニ依ル」ト定ム即チ

イ 二ノ國籍共外國ナルトキハ最後ニ取得シタル國籍地法ヲ本國法トス

ロ 一ノ國籍ハ日本ニシテ他ノ國籍ハ外國ナルトキハ日本ノ法律ヲ以テ本國法トス

(ロ)ノ場合ハ日本ノ法律ニ依リテ日本國民タル資格ヲ有スルモノハ外國法ノ規定ニ依リ外國臣民タルモノ日本ノ法律ノ規定ヲ重シト爲シ他國ノ法律ニ顧慮セス之ヲ日本國民トシテ日本法律ヲ本國法ト爲シタルモノナルヘク(イ)ノ場合ハ共ニ外國ナレハ孰レノ法律ニモ重キヲ措カス後ノ國籍ノ取得ニ因リ前ノ國籍ハ失ハレタルモノト看做シタルモノナルヘシ

(ロ)ノ場合ノ規定ハ一國の研究ヨリ見レハ誠ニ當然ナレトモ之ヲ理想上ヨリ見レハ自然ナラサル如ク感セラル然レトモ嘗テ述ヘタル如ク根本ニ於テ「何人モ二以上ノ國籍ヲ有セシムヘカラス」トノ理論ヲ各國ニテ認メ共通ノ國籍法ヲ制定セサル限りハ我法例ノ規定亦止ムヲ得サルモノナルヘシ

第四節 無國籍者ニ對スル本國法ノ適用

「凡テ人ハ國籍ヲ有セサルヘカラス」トノ理論上ノ原則モ第九章ニ述フルカ如ク今日ニ於テ嚴格ニ行ハルル能ハサレハ無國籍者ヲ生ス此者ニ對シテハ本國ナシ隨テ本國法ヲ適用スルヲ得ス然レトモ適用セスシテ止ムヘキニ非ス即チ如何ナル法律ヲ適用スヘキヤ「ウエース」氏ハ國籍ナキ場合ハ住所地法ヲ適用スヘシトナレハ住所地法ハ數世紀間「スタチユ」説行ハレシ時代ヲ指ス)専ラ適用セラレ來リシモノニシテ本國法ニ次キテハ身分、能力ヲ定ムル基礎タルニ最も適當ナレハナリト云ヒ「レーネ」氏モ(白國民法第二草案總則ヲ論シテ)住所ハ本國ヲ補フヲ要ス何トナレハ住所ハ法律的生活ノ中心ナレハナリト云ヘリ「アツセル」氏亦同シ國際法協會モ「人ノ本國ノ知ラレサルトキハ身分、能力ハ住所地法ニ依テ支配セララル」ト決議セリ(一八八〇年「オクタスフォルト」開會)

住所地法ハ本國法ニ次キテ確定不動ノ法律ナリ而シテ無國籍者ノ地位ハ本國法主義ノ起ラサル

以前ニ屬スル「スタチユ」説ノ時代ノ各人ト同様ノ地位ニ立ツモノナリ仍テ住所地法ヲ適用スルハ相當ナリ

法例第二七條第二項ニ曰ク「國籍ヲ有セサル者ニ付テハ其住所地法ヲ以テ本國法ト看做ス其住所カ知レサルトキハ其居所地法ニ依ル」ト而シテ住所不明ノ場合ニ居所地法ニ依ルトノ理由ハ民法第二二條ト同一ノ精神ニ基クモノトス

第五節 地方ニ依リ法律ヲ異ニスル場合ニ對スル

本國法ノ適用

一國內ニ數多ノ地方アリ地方毎ニ法律ノ異ナル場合例ヘハ瑞西聯邦、北米合衆國新民法制定以前ノ獨逸ノ如キ國ノ人民ニ付キ本國法ヲ適用スヘキトキハ何レノ州又ハ郡ノ法律ヲ以テ本國法トスヘキヤ例ヘハ其當事者ハ米國人タルコト明カナルモ米國ノ孰レノ州ノ法律ヲ適用スヘキヤノ場合ノ如シ法例第二七條第三ハ此場合ニ付キ決定セリ曰ク「地方ニ依リ法律ヲ異ニスル國ノ人民ニ付テハ其者ノ屬スル地方ノ法律ニ依ル」ト故ニ其者カ紐克州ニ屬スルハ紐克州ノ法律ニ依リ「カリフォルニア」州ニ屬スレハ「カリフォルニア」州ノ法律ニ依ルカ如シ而シテ其者カ何レノ地方ニ屬スルヤハ其者自國ノ法律ニ依リテ定マルモノトス即チ其者ノ自國ノ法律カ其者ハ住所ヲ有スル地ノ法律ニ依ルト定マルコトアルヘタ又ハ其者ハ其民籍ヲ有スル州ノ法律ニ依ル

ト定マルコトアルヘシ

此場合ニ對シテハ一千八百八十年ノ國際法協會ハ「一國內ニ多數ノ民法併存スル場合ニ於テハ其外國人ノ身分能力ハ其本國ノ國內法ニ依リテ之ヲ決ス」トシテ之カ決定ヲ外國ノ國內法ニ一任シタリ又右決議ノ草案ハ「アルンツ」及ヒ「ウエーストレイキ」ノ手ニ成リテ「同一ノ國內ニ異ナリタル民法アルトキハ其者ノ生來住所地法ニ依ル」ト爲シタルモノナリ又「マンチニー」氏ハ此場合ニハ住所地法ニ依ルト爲サントセリ(同氏)一八七四年國際法協會ニ對スル建議)此等ノ諸主義ニ比シ我法例ノ主義最モ適當ナルカ如シ

此規定ハ反致法ニ類似スレトモ然ラス何トナレハ反致法ハ準據法ノ決定ヲ外國國際私法規定ニ讓ルモノナレトモ是レハ國際私法ノ規定ニ讓リタルニ非ス本國法ヲ定ムル所ニ讓ルニ過キサレハナリ唯斯カル明文ナキモ同一ノ解釋ヲ得ヘシトノ非難ハ之アルヘシ

第二章 能力

茲ニ説明スルハ所謂行爲能力ニ關ス權利能力ハ總論第八章ニ於テ既ニ説明シタル所ニ屬ス能力ノ準據法ニ付テハ無能力ニ關スル法律ノ抵觸ヲ決定スルヲ主トス無能力ハ法律カ直接ニ定ムルモノアリ年齡ヨリ生スル無能力、婚姻ノ效力ヨリ生スル無能力ノ如シ(法律上ノ無能力)又法律ニ原因ヲ定メ裁判所ノ宣告ニ因リ生スルモノアリ禁治產又ハ準禁治產又ハ刑罰ノ結果ニ因ル

無能力ノ如シ(裁判上ノ無能力)

第一節 年齡ニ因ル無能力

第一 原則 法例第三條ニ曰ク「人ノ能力ハ其本國法ニ依リテ之ヲ定ム」(一項)ト蓋シ各國法制ノ異ナルニ從ヒ能力者タルヘキ年齡ニ差異アリ是ヲ以テ我邦ニ於テ能力者ト爲スヘキヤ否ヤニ付テハ其各自ノ本國法ノ定ムル所ニ依リテ之ヲ決定スヘキモノトス左ニ各國制度ノ一斑ヲ舉クレハ

佛國(民四八八條)、伊國(民二四〇條)、露國(普通法一六〇條)、獨國(民二條)、葡國(民三一條)、墨國(民三八八條)其他「ルーマニー」、瑞典、那威、希臘「リクザンブル」、巴西、南米諸國ノ大部分、英國、北米合衆國等ニ於テハ滿二十一年ヲ以テ成年トシ瑞西ニ於テハ聯邦法第一條ニ成年ヲ滿二十一年トシ尙ホ二十一年未滿ト雖モ婚姻アリタルトキハ其時ヨリ成年トスト規定シ「アルジャンテン」ニテハ滿二十二年ヲ以テ成年トシ西班牙(民三二〇條)、和蘭(民三八五條)ニテハ滿二十三年トシ埃國(民二一條)ニテハ滿二十四年トシ匈牙利ニテハ(一八七一年二〇號法律一條)同シク滿二十四年トシ但女子ハ何歳ト雖モ結婚シタルトキヨリ成年トナルト定メ又暹馬、智利等ニテハ羅馬法ノ成年即チ滿二十五年ヲ成年トセリ能力ノ準據法ハ如何ナル國法ニ依ルヘキヤノ理由ハ前章ニ説明シタルカ如シ學說ニテハ主ト

シテ本國法主義、住所地法主義相爭ヒ又各國ノ制度ニ付テハ右二主義ヲ採用スル國ノ外尙ホ行爲地法主義、法廷地法主義ヲ採ル國アリ行爲地法主義ハ人ノ能力ハ法律行爲ヲ爲ス國ノ法律ニ依ルト定メ法廷地法主義ハ法廷地ノ法律ニ依ルト云フニ在リ而シテ本國法主義ヲ以テ優レリトスル理由ハ前章ニ之ヲ述ヘタルニ由リ贅セス而シテ能力ノミニ止マラス其結果タル無能力者ノ爲シタル行爲ノ效力モ亦同一ノ準據法ニ依テ定ムヘキモノナリ學者中人カ成年者未成年者ナルヤヲ定ムルハ本國法ニ依ルモ成年未成年ノ效力ハ行爲地法若クハ法廷地法ニ依ルトノ區別即チ能力ト其效果トノ間ニ區別ヲ設クルノ說ハ學者ノ專斷ニ過キス(アッセル、十九號)

第二 制限 以上能力ハ本國法ニ依ルトノ原則ハ(イ)日本人カ外國ニ在ル場合ト(ロ)外國人カ日本ニ在ル場合トヲ問ハス適用セラル然レトモ(ロ)ノ場合ニ付テハ以上ノ原則ニ例外アリ第三條二項是ナリ曰ク「外國人カ日本ニ於テ法律行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ其外國人カ本國法ニ依レハ無能力者タルヘキトキト雖モ日本ノ法律ニ依レハ能力者タルヘキトキハ前項ノ規定ニ拘ハラズ之ヲ能力者ト看做ス」ト此制限ノ理由トスル處ハ內國ニ於ケル外國人間ノ取引ヲ保護シテ安全鞏固ナラシメンカ爲メナリト云フニ在リ即チ近世益、内外人間ノ取引頻繁ト爲リ且敏速ヲ貴フコトトナルニ從ヒ我邦ニ於テ外國人ト取引スル者ハ果シテ其外國人ハ其本國法ニ從ヒ能力者タルヤ否ヲ一ニ調査スルノ暇ナシ即チ第一ニ國籍ヲ調査シ第二ニ其本國

國際私法 各論 能力及親族ニ基ク法律關係ノ準據法 能力 年齡ニ因ル無能力

0241

ノ法律ニテ何歳ヲ能力者トスルヤヲ調査スルノ暇ナキ故ニ苟モ其外國人カ日本ノ民法ニ從ヒ能力者タルヘキ場合ニ於テハ其本國法上無能力者ト雖モ其者カ日本領土内ニ於テ爲シタル法律行為ニ效力ヲ認メ以テ取引ヲ保護スルヲ目的トスルモノニシテ獨逸民法施行法第七條第三項ノ規定ト全ク相同シク其他獨逸爲替法第八四條、瑞西債務法典第八二二條等ノ主義ニ則リタルモノトス

此ノ如ク以上ノ制限ハ内國ニ於ケル取引ノ保護即チ商取引又ハ財産權ニ付テノ法律行為ノ成立ヲ保護スルヲ目的トシテ成リタル制限ナレハ外國ニ於ケル取引ニハ適用ナキコト勿論ナリ又親族、相續等ノ關係ニ基ク法律行為ヲ爲スノ能力ニマテ此制限ヲ及ホスノ必要ナキ故ニ法例第三條ハ第三項ニ於テ「前項ノ規定ハ親族法又ハ相續法ノ規定ニ依ルヘキ法律行為ニ付テハ之ヲ適用セス」トノ明文ヲ置キ以テ此等ノ場合ニハ通則ニ立戻ルモノトシタリ第三條第三項ハ此他「外國ニ在ル不動産ニ關スル法律行為ニ付テ」モ第二項ノ制限ヲ及ホササル旨規定セリ法例修正案理由書ニ依レハ「外國ニ在ル不動産ニ關スル法律行為ハ畢竟其不動産所在地ノ公力ヲ藉ルニ非サレハ其執行ヲ完ツスルヲ得サルノミナラス不動産ニ關スル權利ハ各國共ニ所在地法ニ從ハシムルヲ以テ原則トスルカ故ニ外國人ノ本國法ニ依レハ外國ニ在ル不動産ヲ處分スル能力ナキ場合ニ於テモ強テ其外國人ノ爲シタル法律行為ヲ有效トスルハ管ニ内國取引ノ安全ヲ保護スルニ足ラサルノミナラス實際上無効ノ行為ヲ有效トシ却テ内國取引ノ危

險ヲ増加スルノ結果ヲ免レサルニ至ルヘシ」ト云フニ在ルモ斯カル理由ハ外國ニ在ル不動産ニ付テモ存スヘキ理由ナレハ特ニ外國ニ在ル不動産ニ限リタル理由トスルニ足ラスト云ハサルヘカラス故ニ此理由ヲ一貫セントセハ第三項ノ「不動産」ノ文字ノ上ニ「動産」ノ二字ヲ加フルノ必要アリ然レトモ予輩ハ強テ法文ノ變更ヲ試ミサルヘシ而シテ左ノ如ク云ハントス
曰ク外國ニ在ル不動産ニ關スル法律行為ニ付テハ他ノ取引ノ如ク内國ニ於テ類繁ニ行ハルルモノニ非ス且又敏速ヲ要スルモノニ非サルカ故ニ果シテ相手方カ本國法ニ依リ能力者ナルヤ否ヲ調査スル暇ナシト云フヲ得サルヲ以テ第二項ノ制限ノ必要ナシト爲シタルモノナリト

獨逸民法施行法第七條第三項ニハ同様ノ法文中「不動産ニ關スル法律行為」ト云ハスシテ「不動産ヲ處分スヘキ法律行為」(..... auf Realgeschäfte, Jurch. He über ein anshinliches Grundstück verfigt wird.....)トナリ

佛國ニ於テハ能力ニ付キ外國人ノ本國法ヲ適用スルトキハ佛國人ノ利益ヲ害スル場合ニハ之ヲ適用セストシテ以上述ヘタル制限ト類似シタル制限ヲ設ケル學說及ヒ判例アリ即チ其本國法ニ依レハ無能力ナレトモ佛國法ニ依レハ能力アル外國人カ佛國人ト取引シタル場合ニハ其無能力ヲ理由トシテ契約ノ無効ヲ得ンカ爲メニ其本國法ヲ援用スルヲ得スト爲ス說是ナリ「ワレット」氏所說一八三四年一〇月一五日巴黎控訴院判例)又千八百六十一年一月十六日

佛大審院判例ハ曰ク「原則トシテハ其取引スル相手方ノ能力ヲ知ルヲ要スレトモ此原則ハ佛國ニ於テ取引スル外國人ニ對シテハ嚴正ニテ適用スルヲ得ス蓋シ佛人間ノ取引ニ付テハ民事上ノ能力ハ容易ニ調査スルヲ得ヘシト雖モ佛人ト外國人ト佛國ニ於テ取引スル場合ハ能力ノ調査ハ容易ナリト謂フヲ得ス此ノ後ノ場合ニ於テハ佛人ハ各國ノ法律殊ニ成年、未成年及ヒ其能力ノ程度ニ於テ外國人ノ爲シ得ヘキ行爲ノ範圍ニ關スル條項ヲ詳知スルノ責ニ任スヘキモノニ非ス然ラハ佛人カ輕忽又ハ不注意ナクシテ善意ヲ以テ爲シタルトキハ其取引ヲ有效ト爲スニ十分ナリトス」云云ト然レトモ多數ノ學者ハ斯ル制限ハ認ムヘキモノニ非ス唯外國人ノ能力ニ本國法ヲ適用スヘシトノ原則ハ單ニ外國人カ詐術ヲ以テ其無能力ヲ隱蔽シタル場合ニノミ(國際公安ノ場合ニハ本國法ヲ適用セサルコトハ論外)例外トシテ適用セラレサルノミト論ス蓋シ前記佛國判例ノ云フカ如キ制限ハ之ヲ辯疏スルノ理由ニ乏シキカ故ナリ(「デバニエ」二三二節「シルウイユ、アレチユ」一五二節等)

以上ノ佛人ノ利益ヲ保護スルトノ主義ヲ我法例ノ規定ニ比スレハ我法例ハ敢テ日本人ノ利益ノミヲ保護スルモノニ非サルヲ以テ(即チ第三條二項ノ解釋上外國人相互ノ取引ニ付テモ日本ノ法律ニ依リテ能力者ナルトキハ之ヲ能力者ト看做ストノ規定ニ支配セラレルカ故ナリ)佛人利益保護主義ノ制度ノ固陋ナルニ比シテ頗ル一層公平ナルモノト謂フコトヲ得ヘシ然レトモ我法例ノ主義ト雖モ非難ナキニ非ス「アッセル」氏曰ク「各國ノ成法ニテハ或ハ取引ヲシテ有效ナ

ラシメンカ爲メ(我法例ハ然ラン)或ハ外國人ニ對シ内國人ヲ保護スルカ爲メ(佛ノ判例ハ然ラン)人ノ能力ハ本國法ニ依ルトノ原則ニ例外ヲ規定セリ此等ノ例外ハ一定ノ場合ニ於テ契約ヲ有效ナラシムルニ最モ利益アル法律ニ依ルヘシトセリ普魯西普通法典、奧國法典、獨逸爲替法、瑞西債務法典ノ如シ而シテ「サビニー」氏ハ屬人法ノ原則ニ對スル此例外ヲ是認セリ然レトモ子輩ノ感ハ之ニ異ナレリ何トナレハ能力ナルモノハ行爲地ニ如何ニ拘ハラス常ニ同一ナル法律ノ支配ヲ受ケ一定不變ナルヲ要スルモノナレハナリ論者ハ此例外ヲ以テ外國人ト結約スル内國人ノ利益ヲ保護スルカ爲メナリト云フモ是レ裏面ヨリ之ヲ見レハ外國人ノ權利ヲ否認シ外國人ノ利益ヲ害スルモノニ外ナラス子輩ハ將來ニ於テハ國際間ノ規定ヲ内外人平等ニ基カシメ上述ノ如キ例外的規定ヲ除却セサルヘカラスト信ス」ト

子輩カ以上「アッセル」氏ノ所論ヲ舉ケタルハ我法例第三條第二項ノ規定カ未ダ必スシモ全ク學者ノ批難ナキニ非サルコトノ一斑ヲ示サンカ爲メナリ

第二節 禁治産及ヒ準禁治産ヨリ生スル無能力

本節ニハ民法上ノ禁治産及ヒ準禁治産ニ付キ説明ス而シテ禁治産及ヒ準禁治産ニ付テハ其宣告ノ原因及ヒ其宣告ノ效力ニ付キ各國法制同シカラス仍テ之カ準據法ヲ定ムル必要アルコト成年未成年ノ問題ニ讓ラサルコトハ茲ニ説明スルノ必要ナカルヘシ

學說ニ於テ「人ノ身分、能力ハ本國法ニ從フ」トノ原則ニハ禁治産及ヒ準禁治産（以下單ニ禁治産ト略言スレトモ準禁治産モ同一ノ法理ナリト知ルヘシ）ヨリ生スル無能力ヲモ包含セシム而シテ佛國ノ如ク國際私法ノ規定ノ明文少キ國ニ於テハ解釋上是ニ類スル明文即チ「人ノ身分及ヒ能力ニ關スル法律ハ外國ニ居住スル場合ト雖モ佛國人ヲ支配ス」佛民三條）ト云フ法文アルノミニシテ特ニ禁治産ノ場合ニ對スル法文ナシ然ルニ禁治産ニ因ル無能力ハ其實年齡ヨリ生スル無能力ノ如ク法律ノ規定ヨリ直接ニ生スルモノニ非スシテ一定ノ原因アル場合ニ於テ裁判上ノ宣告ヨリ生スル無能力ナリ而シテ上述ノ原則及ヒ法文ハ人ノ身分、能力ハ本國法ニ依ルト云フモ本國ノ裁判宣告ニ依ルト云ハサルカ故ニ嚴格ナル形式ノ論理ヲ推セハ右ノ原則及ヒ法文ニハ禁治産ノ場合ヲ包含セスト謂ハサルヘカラス然レトモ右原則ノ精神ヨリ云ヘハ禁治産ヨリ生スル無能力モ勿論本國ノ制度ニ依ルヘキモノナルコトハ前章總說中ニ述ヘタルカ如キヲ以テ之カ解釋ヲ爲ス者ハ禁治産宣告ハ能力ノ構成要件ナレハ人ノ能力ハ本國法ニ從フトノ明文ニ間接ニ包含セラレルモノナリト唱ヘテ満足セリ然レトモ我邦ノ如ク新ニ國際私法ノ規定ヲ立法スル場合ニハ充分ナル明文ヲ置カサルヘカラサルヲ以テ人ノ能力ハ本國法ニ依ルトノ原則以外ニ更ニ禁治産ヨリ生スル無能力ノ場合ヲ明文ヲ以テ定メタルナリ法例第四條第一項ニ於テ「禁治産ノ原因ハ禁治産者ノ本國法ニ依リ其宣告ノ效力ハ宣告ヲ爲シタル國ノ法律ニ依ルト」ト曰フモノ是ナリ此ノ如クニシテ「人ノ能力ハ本國法ニ依ルト」ノ明文ヲ範圍以外ニ擴張シテ「本國ノ裁判

宣告ニ因リ生スル能力」ヲモ強テ包含セシムルカ如キ解釋ヲ必要トセザルニ至ラシメタルナリ但我法文ニ禁治産ノ原因及ヒ宣告ノ效力共ニ禁治産者ノ本國法ニ依ルト曰ハスシテ上ノ如ク宣言シタル所以ハ次ニ説明スルカ如シ

即チ禁治産ヨリ生スル無能力ハ年齡ヨリ生スル無能力ノ如ク各人ヲ通シテハ生變セザルモノニ非ス故ニ初メ本國ニ在ルトキハ禁治産ノ原因ナキモノ在留國ニ來リテ始メテ心神喪失ノ如キ禁治産原因ヲ發スルナキヲ保セス此ノ如キ者ニ對シテ尙ホ萬里ヲ隔ツル本國裁判所ニ對シ禁治産ノ宣告ヲ求ムルノ申立ヲ爲サシムルトセハ甚タ煩勞ナルノミナラス本國裁判所モ遠隔ナルカ故ニ之カ審理ヲ十分ニ爲ス能ハサルノ恐アリ然ルニ又一方ニ於テハ在留國ヨリ見レハ一日モ速ニ此等無能力ノ原因アル者ヲ保護シ之ト同時ニ其國家ノ一般公安ヲ保持セザルヘカラス故ニ在留國ニ於テモ本國ニ拘ハラス之ニ對シテ禁治産ノ宣告ヲ爲スヲ得ザルヘカラス然レトモ元ト是人ノ身分、能力事項ニ屬スルカ故ニ斯ル場合ニモ禁治産宣告ノ原因ハ本國法ヲ標準トスヘキモノナラサルヘカラス（前節總說參照）唯宣告ノ效力ニ付テハ其在留國カ禁治産ヲ宣告シタル以上ハ宣告ノ效力ニ付テモ宣告地ノ法律ヲ適用スルヲ相當トスヘキモノトス何トナレハ若シ宣告ノ效力ニ付テモ本國法ニ依ルトセハ一國ノ裁判宣告ノ效力カ其自國民ナルト外國人ナルトニ依リ二途ノ異ナリタル效力ヲ生スルコトト爲リ内國ニ於テ其取引ノ安全ニ害アレハナリ要スルニ法例第四條ノ法文ハ次ノ二場合ヲ豫見ス

イ 當事者ノ本國裁判所カ禁治産ヲ宣告シタル場合ニハ禁治産ノ效力ハ本國法ニ從テ
ロ 當事者ノ居住スル國ノ裁判所カ禁治産ヲ宣告スル場合ニハ原因ハ本國法ニ從ヒ效力ハ宣
告地ノ法律ニ從テ

而シテ(イ)ノ場合ニハ單ニ身分、能力ハ本國法ニ從フトノ精神ヲ敷衍シタルニ過キサレトモ
(ロ)ノ場合ハ之ヲ分析スレハ第一ニ在留國ノ裁判所ニ禁治産宣告ノ管轄權アルコトヲ定メ(一
國カ外國人ニ對シ禁治産宣告ノ管轄權アルヤ否ヤノ問題ハ學者間ニ積極、消極二說アリ但此問
題ハ一國ノ裁判所ハ外國人ノ身分ニ關スル爭訟ヲ判斷スル管轄ヲ有スルヤ否ヤトノ國際民事訴
訟法ニ於ケル一般問題ニ包含セラル、禁治産ニ付テハ學者ノ多數ハ例外トシテ管轄アリトスル
モノノ如シ一般ノ問題ハ後ニ機會アレハ之ヲ述フヘシ)第二ニ其裁判所カ宣告スルニ必要ナル
要件(宣告ノ原因)ヲ定メ第三ニ其宣告ノ效力ヲ定メタルモノト謂フヲ得

而シテ右(ロ)ノ第二ニ於ケル要件ハ同條第二項ニ於テ更ニ制限セラレタリ曰ク「日本ニ住所又
ハ居所ヲ有スル外國人ニ付キ其本國法ニ依リ禁治産ノ原因アルトキハ裁判所ハ其者ニ對シテ禁
治産ノ宣告ヲ爲スコトヲ得但日本ノ法律カ其原因ヲ認メサルトキハ此限ニ在ラス」ト即チ此規
定ニ依リ外國人ノ居住國タル日本ニ於テ宣告セラルヘキ禁治産ノ原因ハ管ニ本國法ニ定メタル
原因タルヲ要スルノミナラス日本ノ法律ニ於テモ亦禁治産ノ原因トシテ認ムルモノタルヲ要ス
蓋シ外國人ノ居住國タル我國ニ於テ禁治産ヲ宣告スル必要ハ前説明ノ如ク單ニ其外國人ヲ保護

スルノ目的ノミヲ有スルニ止マラスシテ我一般公安ヲ保持スル目的ヲモ有スルモノナレハ外國
人ノ利益ニ適シタル本國法ヲ適用スルノ外我公安ニ適シタル我國法即チ法廷地法ノ適用ヲ命ジ
タルモノトス而シテ第三國カ當事者タル外國人ノ居住國タル場合ニ於テ其第三國ノ宣告シタル
禁治産ニ付テハ法例第四條ノ豫見シタル處ニ非スト解スヘキモノナリ故ニ此場合ニ於ケル宣告
ハ全ク我國ニ於テ效力ヲ有セスト云フヲ可トス(通則トシテ外國ノ裁判ハ一ノ事實ニ過キサレ
ハナリ)

尙ホ顧ミテ(イ)ノ場合ニ付キ本國裁判所カ禁治産ヲ宣告シタル場合ニ付キ二三ノ注意スヘキ點
アリ即チ第一ハ我法例ニ依レハ本國ニテ禁治産ヲ宣告セラレタル外國人カ我國ニ渡來スルトキ
ハ法例第四條第一項ニ依リ當然禁治産者タル無能力者ニシテ本國法ニ定ムル禁治産宣告ノ效力
ニ服スルモノトス此點ニ付テハ歐洲大陸ノ學說モ略ホ一致スルカ如シト雖モ英、米ノ裁判例ニ
於テハ之ニ反シテ原則トシテ無能力者ノ身體及ヒ財產ノ管理ノ點ニ付キ外國ニテ宣告セラレタ
ル禁治産ノ裁判ニハ一切其效力ヲ認メスレ或ハ外國ノ裁判ハ自國ノ法律上何等ノ效力ナシト
スルカ故ナランカ(悉シクハ「フイリモア」五六三節、五六四節、「ストーリー」四九九節、「ホ
アートン」二六一節、「フィールド」六三四號、八八九號等ヲ見ルヘシ)然レトモ我國ニ於テハ
此ノ如キ解釋ハ成立セス法例第四條アルカ故ナリ

第二ニ注意スヘキハ佛國ノ或說ニ依レハ心神喪失又ハ浪費ノ原因ニ因リ禁治産等ヲ宣告セラレ

タル外國人ハ若シ其裁判宣告アリタルコトカ佛國ニ於テ公示セラレ(我非訟五三條、六二條參看)又ハ少クトモ其禁治產者ト取引シタル佛人カ其裁判宣告アリタルコトヲ知リタルニ非ザレハ佛國ニ於テ其禁治產ニ因ル無能力ヲ對抗スルヲ得ストノ論アリ千八百八十五年三月十七日佛國「セース」裁判所ハ本國ノ裁判宣告ニ因リ裁判上ノ輔佐ヲ附セラレタル普魯西人カ其振出シタル約束手形ノ債務ヲ免レントシテ無能力ヲ對抗センカ爲メニハ其普魯西ノ裁判宣告カ佛國ニ於テ公示セラレタルコトヲ立證スルヲ要ストシテ曰ク「此普魯西ノ裁判宣告(禁治產ノ)ハ正當ニ其普魯西人ヲ契約能力アリト認メ其者ノ外見上ノ狀態ニ信ヲ措キテ善意ニ取引ヲ爲シタル第三者ニ對抗スルヲ得ス」云云ト判決シタルカ如シ而シテ公示ノ處置ハ國際公安ノ命スル所ナリトマテ極論セリ此說ヲ推ストキハ前節ニ述ヘタル法例第三條第二項ト立法理由ト相近似スルニ至ルヘシ否寧ロ第三條第二項ノ理由ヨリ重大ナル價值アルヘシ何トナレハ彼ハ年齡ニ關スル知リ易キモノナレトモ是ハ裁判宣告ノ結果ニシテ自國ニ於テ宣告シタル禁治產ハ之ヲ公告スルモノナルニ(前出非訟事件手續法條文ヲ見ヨ)外國ニテ宣告シタル禁治產ハ我國内ニハ之ヲ公示セザル故ニ我國ニ在ル者カ相手方タル外國人ノ禁治產者ナルヤ否ヲ知ラサルハ一層理由アルヘキコトナレハナリ(故ニ國際法協會ハ外國禁治產宣告ノ效力ノ承認ヲ自國ニ於テノミ禁治產公示方法ト同一ノ條件ニ繋ラシムルコトヲ認メタリ後ニ述フヘシ)然ルニ法例第三條第二項ハ其明文ヨリ年齡ニ因ル無能力ノミニ適用ヲ限ラレタル如ケレハ我法例ハ禁治產ニ付テハ法例第三條第二

項ノ如キ規定ヲ置カスト云フコトヲ得ルカ故ニ輕重宜シキヲ失シタリトノ非難ナキヲ保セズ然レトモ前述シタル佛國ノ學說ノ如キハ法例第三條第二項ニ付キ述ヘタル「アッセル」氏ノ批難ト同シク一般ノ學者ノ批難スル所ニシテ(「ウエース」三三七二頁、「シユルウイユ」立法判例批評雜誌一八九四年二五九頁等)殊ニ佛國ノ他ノ裁判例ニテモ之ニ反對スルモノ多シ千八百九十三年三月二十八日「セース」裁判所判例ニ曰ク「人ノ身分、能力ニ關スル法律ハ其人カ如何ナル場所ニ在ルモ縱令其本國以外ニ在ルモ其人ヲ支配ストノ原則ハ佛國ニ任スル外國人ニ對シ佛國ニ於テ適用セラルルモノトス而シテ人ノ身分、能力ニ關スル法律ト云フコトハ又人ノ能力ニ變更ヲ及ホスヘシ合法適正ナル裁判殊ニ其目的ト爲リタル人ニ對シテ禁治產ヲ宣告シ若クハ輔佐ヲ付スル裁判ヲモ意味スルモノタリ而シテ其本國ニ於テ輔佐ヲ附セラレ又ハ治產ヲ禁セラレテ能力ヲ制限セラレタル外國人カ佛國ニ在留シ其外國裁判ニ依リテ制限セラレタル能力ヲ以テ訴ヲ爲スコトアルヘシ斯ル場合ニ他人ハ其能力ヲ變更シタル裁判カ佛國ニ於テ公示セラレタル理由トシテ其裁判ヲ知ラサルヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ得サルコト恰モ外國法律カ佛國ニ於テ公布セラレタルコトヲ理由トシテ之ヲ知ラサルコトヲ以テ對抗スルヲ得サルニ異ナラズ仍テ上述ノ如キ裁判宣告ハ何等特別ノ公示方法ナキモ佛國ニ於テ效力ヲ生スヘキモノナルコト明確ナリ云云ト

終ニ我法例ト必スシモ相一致セサル千八百九十五年「ケンブリッヂ」開會國際法協會決議ノ要

點ヲ左ニ掲ケン曰ク

第一條 成年者ノ禁治産ハ其本國法ニ依リ支配セラレ

第二條 原則トシテ禁治産ハ治産ヲ禁セラルヘキ人ノ本國ノ管轄官廳ニ於テノミ宣告セラルヘキモノトス
然レトモ其者居住ノ國ノ官廳ハ其者ノ身體若クハ財産ニ關シ總テノ保全處分若クハ假處分ヲ命スルコトヲ得

第三條 本國ノ管轄官廳カ宣告シタル禁治産ハ執行判決ヲ要セスシテ總テノ他國ニ於テ效力ヲ生スルモノトス
但他國ノ官廳ハ其宣告ノ第三者ニ對スル效力ヲ國法カ自國民ノ禁治産ニ對シテ命スル公示方法ニ類スル公示方法ヲ爲スノ條件ニ繋ラシムルコトヲ得

第四條 外國人ノ本國官廳カ原因ノ如何ヲ問ハス禁治産ノ申請ニ付キ裁判スル能ハサル總テノ場合ニ於テハ其外國人居住ノ官廳ハ第二條ノ例外トシテ禁治産ヲ宣告スルコトヲ得
此場合ヲ除クノ外ハ居住國官廳ハ職權ヲ以テ管轄權ナシト宣言スルコトヲ要ス

第五條、第六條 (在留國官廳ヨリ本國ノ領事ニ通知スル件略ス)

第七條 外國官廳カ禁治産ノ申請ニ付キ裁判管轄權ヲ有スルトキハ其事件ノ審理ノ爲メニハ其自國人ニ對スルト同一ノ訴訟手續ニ從フ

禁治産ノ申請ハ本國法若クハ居住國法ニ依リテ之ヲ爲スノ權利アル人若クハ官廳ヨリ之ヲ爲スコトヲ得
外國官廳ハ當事者ノ本國法ニ依リ認メラレタル原因ニ因ルニ非サレハ禁治産ヲ宣告スルコトヲ得ス而シテ其禁治産ハ其本國法ニ定メタル效力ヲ生ス

禁治産者ノ身體及ヒ財産ノ管理ハ自國法ニ從ヒテ外國官廳之ヲ組織ス
第五項 (禁治産者ノ監督人ノ件略ス)

第八條 (管理セラルヘキ財産ノ件略ス)

又獨逸民法施行法ハ禁治産ニ付キ左ノ規定ヲ設ケタリ曰ク

第八條 外國人ハ獨逸ニ於テ其住所ヲ有シ又ハ住所ナキモ居所ヲ有スルトキハ獨逸ノ法律ニ從ヒ獨逸ニ於テ治産ヲ禁セラルコトヲ得

準禁治産ニ關シテハ法例第五條ニ前條ノ規定ハ準禁治産ニ之ヲ準用ストアリテ理論及ヒ適用モ前説明ニ付キ之ヲ推知スルヲ得ヘキニ由リ更ニ贅セズ

第三節 刑事上ノ宣告ヨリ生スル無能力

禁治産ハ刑事上ノ判決ヨリ生スルコトアリ例ヘハ我舊刑法ニ依レハ重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ別ニ宣告ヲ用ヒス其主刑ノ終ルマテ自ラ財産ヲ治ムルコトヲ禁ス(舊刑三五條)ルカ如シ此

種ノ刑法的規定ハ數多ノ國ニ存シ其規定同一ナラス此種ノ禁治産ニ付テハ一國ニテ宣告シタル禁治産ヨリ生スル無能力ヲハ他國ニ於テ認メラルヘキヤ否ヤノ問題ヲ生ス

予輩ノ考フル所ニ依レハ外國裁判所ノ裁判ハ殊ニ刑事判決ハ通則トシテハ他國ハ其國內ニ於テ之カ執行ヲ認容セスト云フヲ至當トス何トナレハ外國判決ハ一ノ事實ニ過キサレハナリ隨テ各國ハ此判決ヨリ生スル無能力ニ付テモ其效力ヲ認ムヘキニ非ス(「フエリクス」二六〇四節)唯其國ノ法規ノ明示又ハ默示ニ因リ其效力ヲ認メラレタル場合ニ效力アルニ過キス例ヘハ我法例第四條ニ禁治産ノ效力ハ宣告ヲ爲シタル國ノ法律ニ依ルト云フカ如シ而シテ法例第四條ハ刑事上ノ禁治産ヲ包含スルヤ否ト云フニ其明文ニ於テ禁治産ノ原因ハ云云ト廣ク記載シ民事上ノ禁治産トヲ區別セサルカ故ニ刑事上ノ禁治産モ包含スルカ如ク見エ又學說ニ於テモ少クトモ「當事者ノ本國裁判所ノ刑事上ノ宣告ニ因リ無能力ハ到ル處效力ヲ有ス」トノ說アリ「ウエース」曰ク佛國人ヲ處罰スル佛國法律ハ其佛國人ノ上ニ效力ヲ及ホス而シテ是レ佛國ニ現在スル總テノ人ニ對シテ警察的法規トシテ效力ヲ及ホスニ非スシテ佛國人タル國籍アルカ故ニ效力ヲ及ホスモノトス即チ此法律ハ屬人法ナリ而シテ之ヲ解釋スル任アル佛國裁判所カ佛人ノ能力ニ加ヘタル制限ハ民事上ノ無能力ヲ定ムル法律ト同シク佛國以外ニ於テモ佛人ニ追隨セサルヘカラス云云(「三三八一頁」)「ドマンジャール」曰ク屬人法ハ人ノ身分、能力ヲ支配スルコトヲ認ムル以上ハ如何ナル原因ニ因リ身分、能力カ定マリタルヤヲ區別スルノ要ナシ云云(「フエリクス」國際

私法二二一六頁)ト然レトモ法例第四條ハ其全體ヨリ見テ殊ニ第二項ヨリ見ルトキハ民事上ノ禁治産宣告ニ對シテ置キタル規定ナルコトハ同項ニ禁治産ノ原因アルトキハ其者ニ對シテ云云ト曰ヒテ裁判宣告カ禁治産ヲ宣告スルコトヲ主タル目的トスルニ在リテ隨テ刑事判決ノ如キ其目的カ禁治産ヲ宣告スルニ在ラサルモノヲ豫見セサルヲ見ルモ明カナリ殊ニ各國ノ法律ニ於テ民法上ノ無能力者ヲ設ケタル目的ハ身體又ハ精神ノ發達不十分ナル無能力者ヲ保護スルニ在リ而シテ發達ノ十分不十分ノ標準ヲ定ムル適切ノ標準ハ本國法ニ若クモノナキカ故ニ身分、能力ニハ本國法ノ適用ヲ命シタルモノナルコト前章總說第一節ニ述ヘタル理由ヨリ推知スルコトヲ得ヘシ然ルニ刑事上ノ無能力ニ至リテハ其目的犯罪人ヲシテ自由ニ財產ノ處分ヲ爲スヲ得セシメスシテ刑罰ノ執行ヲシテ效力アラシムルニ在リテ決シテ犯罪人ヲ保護スルニ存セサルカ故ニ刑事上ノ禁治産ハ其内容ヨリ見レハ無能力ト曰ハンヨリハ一種ノ刑罰ニ過キス仍テ我法例第四條ハ刑事上ノ禁治産者ニ付テハ之ヲ適用スヘキニ非スト決定スルヲ適當トス

第四節 婚姻ヨリ生スル無能力

妻ノ無能力ハ我民法第一四條以下ニ定ム此無能力ニ關シテハ各國ノ法制互ニ異ナリ而シテ人カ妻タル身分ヲ取得スルハ婚姻ニ因ルカ故ニ妻ノ無能力ハ婚姻ノ效力タリ而シテ婚姻ノ效力ニ付テハ我法律ハ法例第三條ノ外ニ更ニ定ムル所アリ(法例一四條)故ニ妻ノ無能力ニハ禁治産ノ

無能力ト同シク法例第三條ハ適用ヲ受ケスト云フコトヲ得由テ此無能力ニ關シテハ婚姻ノ準據法ノ場合ニ説明スヘシ

第三章 婚姻

婚姻關係ニ付テハ第一章ニ説明シタル理由ニ因リ通則トシテハ本國法ヲ適用スヘキモノナリト雖モ婚姻關係ハ各種ノ點ヨリ多少ノ區別ヲ爲シテ觀察スルコトノ必要アルヲ以テ以下細目ニ分チテ説明スヘシ

第一節 婚姻ノ成立

第一款 實質的成立條件

婚姻ノ實質的條件ハ民法第七六五條乃至第七七四條ニ定ム例ヘハ男ハ滿十七年女ハ滿十五年ニ非サレハ婚姻ヲ爲スヲ得サルコト重婚ヲ爲スヲ得サルコト女ハ前婚ノ取消又ハ取消後一定ノ期間内ハ婚姻ヲ爲スヲ得サルコト其他一定ノ人々ノ間ニ於テハ結婚スルヲ得サルコト子ハ其家ニ在ル父母ノ同意ヲ得ルヲ要スルコト等ノ如シ此等ノ實質的條件ハ各國ニ於テ其規定同一ナラス仍テ日本人雙方カ外國ニテ婚姻シ日本人カ外國人ト内國又ハ外國ニテ婚姻シ又ハ外國人雙方カ日本ニ於テ婚姻スル場合ニ此等ノ要件ニ付テハ孰レノ國法ニ依ルヘキヤノ問題生ス

此要件ニ付テハ佛國ノ舊法時代及ヒ英國ニテハ近來ニ至ルマテ婚姻舉行地ノ法律ニ從フトシタリ然レトモ近來英國ニテハ當事者ノ住所 ^{domicile}地法ニ依ルコトニ向ヘルカ如シ(一八八一年國際私法雜誌「ダイセイ」氏所說)然レトモ歐洲大陸諸國ニテハ多クハ當事者ノ屬人法タル本國法ニ依リ之ヲ定ムルモノトセリ伊太利、葡萄牙、西班牙、和蘭、ルーマニ、匈牙利、獨逸、佛蘭西等ノ如シ國際法協會モ亦本國法主義ヲ採用セリ(一八八八年「ローザンヌ」開會協會ノ議決)蓋シ婚姻能力ニ付テ云フモ各國ノ能力ヲ定ムルハ其國民ノ特性ニ基クモノニシテ熱帶ニ近キ早熟ナル人民ニ適シテ成リタル法律ハ北國ノ早熟ナル人民ニ適用スルハ常識ニ反スヘク又例ヘハ尊屬親ノ同意ニ關シテモ適婚齡ニ達シタルモノニハ尊屬親ノ同意ヲ俟タスシテ結婚ヲ許ス處ノ米國法律ハ幼少ヨリ自制ニ慣レ自己ノ行爲ニ付キ責任ヲ有セシムルノ習アル米國ノ子弟ニ對スル規定トシテハ相當ナルヘケレトモ其慣習ナキ佛國ノ子弟ニ之ヲ適用スルハ傷ムヘキ結果ヲ生センカ如キノミ蓋シ佛法ノ如キ其子弟ハ成年ニ達スルマテハ世事ニ干與セシメス親權ナル權力ノ下ニ置キ以テ他ノ誘惑ニ備フルノ制度ノ下ニ在ラシムルカ故ニ各本國法カ其臣民ノ到ル處ニ追隨シテ之ヲ保護スルヲ相當ナリトス

而シテ婚姻ノ當事者五ニ國籍ヲ異ニスル場合アルヲ以テ婚姻ノ成立要件ハ各當事者ニ付キ其本國法ニ依リテ之ヲ定ムルヲ相當トス(法例一三條一項前段)

千八百八十八年「ローザンヌ」開會國際法協會ノ婚姻舉行ノ要件ニ關スル準據法ノ決議ニ曰ク

第五條 當事者雙方又ハ一方ノ本國以外ノ國ニ於テ婚姻ヲ舉行セシカ爲メニハ當事者ハ左記ノ點ニ關シテハ自己ノ本國ノ定メタル條件ニ從フコトヲ要ス

一 年齡

二 近親トシテ禁セラレタル親等

三 親族又ハ後見人ノ同意

四 婚姻ノ公告

此他當事者ハ次ノ點ニ關シテハ舉行地法ニ定メタル條件ニ從フヲ要ス

一 近親トシテ禁セラレタル親等

二 婚姻ノ公告

又千八百九十三年ノ海牙會議ニ於テモ婚姻取結ヒノ權利ニ付テハ當事者各自ノ本國法ニ據ルヘキ旨ヲ定メタリ

婚姻ノ無効又ハ取消カ成立要件ノ欠缺ヨリ生スル場合ニ於テ其無効又ハ取消ヲ支配スル法律モ亦法例第一三條ニ示ス處ノ各當事者ノ本國法ナリトス即チ此點ニ於ケル無効又ハ取消ノ性質、效力、無効取消ヲ主張シ得ヘキ當事者、無効訴權ノ行使期間等ハ總テ婚姻成立要件ヲ定ムル法律ト同一ノ法律ニ據ルヘキモノトス蓋シ無効、取消ハ婚姻ノ成立要件ヲ遵守セシムル爲メノ制裁ナレハ其準據法ハ成立要件ヲ定ムル法律ト異ナルコトヲ得サレハナリ千八百九十四年海牙國際

私法會議委員ノ宣言ニ曰ク

婚姻ノ有效條件及ヒ舉行ニ必要ナル方式ヲ定ムル準據法ハ又其規定ニ違背シタル結果ヲ定ムル爲メノ準據法タリ故ニ此等ノ法律ハ無効ヲ宣言シ又ハ其無効ノ性質ヲ定ムルモノタリ云云
ト
故ニ若シ適婚齡又ハ尊屬親ノ承諾等ノ條件ニ付テテノ違背ニ關シテハ各當事者ノ本國法ヲ適用スヘキモノトス

第二款 形式的成立條件即チ方式

婚姻ノ方式ハ之カ成立ノ形式的要件タリ其方式ハ我民法ニ依レハ當事者雙方及ヒ成年ノ證人二人以上ヨリ口頭又ハ書面ニテ戶籍吏ニ届出ツヘキモノトス(民七五條)然ルニ佛國ノ如キハ當事者ノ住所及ヒ其他ノ地ニ二回ノ公告ヲ爲シタルヨリ三日後ニ非サレハ之ヲ然スヲ得ス又當事者一方ノ住所タル市町村ノ役場ニ於テ戶籍吏ハ證人四人ノ面前ニテ公開シテ各般ノ手續ヲ爲シ殊ニ民法婚姻編中ノ某章ヲ讀ミ聞ケ相互ニ夫トスルヤ妻トスルヤヲ訊問シ然リト答ヘタルトキハ婚姻ニ因リ兩人ハ結合セラレタル旨宣言シ式ニ從テ舉行調書ヲ作成スル如キ複雜ナル方式ヲ履行スルヲ要シ英國ノ「イングラランド」如キモ千八百三十六年ノ條例ハ方式上三種ニ分チ(1)全ク宗教上ノ方式ニ依ル「アングリカン」婚姻、(2)戶籍吏ノ役場ニテ證人二人ノ面前ニ於テ

承諾ヲ表彰シテ戸籍吏之ヲ取扱フ所ノ法律上ノ婚姻、(B)異宗教者ニシテ法律上ノ方式ニ依ルヲ欲セザル者ノ爲メニ設ケタル同シク證人二人ノ面前ニテ戸籍吏ノ取扱フ婚姻トシ如何ナル場合ニ於テモ之ヲ登録スルヲ要スト定ム獨逸民法ニ於テハ一回ノ公告ヲ爲シタル後戸籍吏ノ面前ニ證人二人ト共ニ當事者出頭シ戸籍吏ハ各自ニ婚姻スルヤ否ヤヲ問ヒ然リト答ヘタル後法律ニ依リ兩人ハ夫婦タル旨宣言シ婚姻登記簿ニ記入ヲ爲スモノトス其他米國ノ如キハ婚姻ハ尙ホ諾成契約ノ痕跡ヲ未タ去ラス「セルビヤ」法ニ於テハ全ク宗教的方式ニ依ルト謂フ

婚姻方式ノ準據法ニ付テハ法律行為ノ方式ハ行為地法ニ依ルトノ原則ニ依リ婚姻舉行地法ニ從フヲ通説トス(法例一三條一項後段)此原則ニ付テハ後編法律行為ノ方式ノ準據法(法例八條)ヲ説明スルニ際シ説明スヘシ唯茲ニ注意スヘキハ我法例ハ一般ノ法律行為ノ方式ノ準據法トシテ第一ニ行為ノ效力ヲ定ムル法律ニ依ル第二ニ行為地法ニ依ルモ有效ナリ(法例八條一項、二項)ト定メタルニ拘ハラズ婚姻ニ關シテハ此原則ヲ棄テ單ニ行為地法ノミニ依リタル(同八條二項)理由如何ノ問題ニ在リ

此點ニ關シテハ婚姻當事者カ凡テ日本臣民ナル場合ニ關シテハ民法第七七七條ノ適用ヲ妨ケス(法例一三條二項)トスルヲ以テ少クトモ當事者雙方日本人ナル場合ニ限リ法例第八條一項ノ原則ヲ復活シタルカ如シ蓋シ婚姻舉行地ニ於テ婚姻自體ノ準據法タル本國法ニ從ヒ婚姻ノ方式ヲモ完ウシ得ヘキ場合ニ在リテハ婚姻自體ノ準據法ニ依ルコト勿論至當ニシテ行為地法ニ依ル

モ有效ナルコトヲ認ムル所以ハ方式ニ付キ法律行為自體ノ準據法ニ從ヒ得サル場合ニ便宜上行爲地法ニ從フヲ得セシメタルニ過キサルカ故ナルヘシ然ラハ日本人カ民法第七七七條ニ從ヒテ本國法ノ方式ヲ履行スル場合ト同シク外國人モ日本ニ於テ公使又ハ領事ノ面前ニテ本國法ニ依ル方式ニ從ヒ婚姻スルヲ得ヘキ場合ニハ本國法ニ依ル方式ヲ認メテ可ナルヘシ然ルニ法例第一三條ニ於テ外國人カ同一ノ國籍ヲ有スル當事者ニシテ其本國ノ方式ニ依リ得ヘキ場合ト雖モ同條第二項ノ趣旨ニ從ヒ之ヲ有效トスル旨ノ明文ヲ置カスシテ外國人ハ必ス婚姻舉行地法ニ依ラサルヘカラサルカ如キ明文ヲ置キタルハ其理由ヲ知ルニ苦シムナリ

或ハ曰ハン例(ハ日獨領事職務條約(一一條)、日白同條約(二〇條))ノ如ク條約ニ於テ外國ノ領事カ日本ニ於テ本國臣民ノ婚姻ヲ取扱フ結果本國ノ方式ニ從ヒタル場合モ右條約ノ效力トシテ我國ニテモ有效タルコトヲ認ムルコトト爲ルカ故ニ法例第一三條ハ必スシモ外國人ノ本國法ニ依ル方式ノ場合ヲ掲クルノ要ナカルヘシト然レトモ是レ不當ナリ何トナレハ領事職務條約ヲ締結シタル國民ニ對シテハ此答是ナルヘキモ未タ斯ル條約ヲ取結ハサル外國臣民ニ對シテハ條約ナキカ故ニ其國ノ領事等カ本國法ニ依リ取扱ヒタル方式ハ日本ニ於テ有效ト認メラレサルコトト爲ルカ故ナリ要スルニ法例第一三條ハ不備ナリト謂ハサルヘカラスト雖モ解釋トシテハ上述ノ如ク決スルコト亦止ムヲ得サルナリ

千八百十一年國際法協會ノ婚姻舉行ノ方式ノ準據法ニ關スル決議ニ曰ク

第一條 婚姻舉行ノ方式ヲ支配スヘキ法律ハ婚姻舉行地トス

第二條 然レトモ左記ノ場合ニ於テハ方式ニ關シテ到ル處有效トス

(一) 基督教國以外ニ於テ現行セラルル治外法權條約ニ適合シテ舉行セラレタル婚姻

(二) 當事者雙方カ屬スル國ノ法律ノ規定ニ從ヒ其國ノ公使又ハ領事カ取扱ヒタル婚姻

第三條 略ス

又海牙ニ於ケル千八百九十三年ノ國際法會議ハ次ノ原則ニ一致セリ

第四條 婚姻舉行地ノ法律ニ從ヒテ舉行シタル婚姻ハ到ル處有效ナリト認メラルヘシ

第五條 當事者雙方カ屬スル國ノ公使又ハ領事ノ面前ニ於テ其本國ノ法律ニ從ヒ舉行セラレタル婚姻ニシテ舉行地ノ法律カ之ニ反對セザルトキハ其婚姻ハ方式ニ關シテ又到ル處有效ト認メラルヘシ

此他尙ホ一言スヘキハ婚姻ノ無効又ハ取消カ形式ノ要件ノ欠缺ヨリ生スル場合ニハ其無効又ハ取消ノ性質、效力等ヲ定ムル準據法ハ又形式ノ要件ノ準據法ト同一ノ國法ナラサルヘカラスト

其理由ハ實質ノ成立要件ノ終ニ述ヘタルト同一ナルヲ以テ之ヲ省略ス

日本ニ於ケル届出ノ方式ニ付テハ當事者カ同一ノ場所ニ在ルヲ必要トセスト解釋シ得ルヲ以テ

隔地者間(即チ男ハ歐洲ニ在リ女ハ日本ニ在リテ)ニ婚姻スル場合ニハ舉行地ハ如何ナル土地ヲ指スヘキヤノ疑問ヲ生ス此問題ニ付テハ複雜ナル議論ヲ要スルノミナラス又日本固有ノ問題ト

云フモ可トスルモノニシテ予ニ未タ定見ナシ茲ニ唯タ問題ヲ提示スルニ止ム

第二節 婚姻ノ效力

婚姻ノ效力ニ關シテモ各國法制相異ナルヲ以テ孰レノ法律ニ依リテ定ムヘキヤノ問題ヲ生ス而シテ婚姻ハ一ノ法律行為ナレハ或ハ當事者意思ノ自由ニ從ヒ當事者ニ於テ其準據法ヲ定メ得ヘキカ如キ(法例七條參照)見解ヲ生スヘキカ如シト雖モ婚姻ニ關スル關係ハ他ノ親族相續關係ト同シク總テ國內公安ニ關スル關係ニシテ民法第九〇條ニ依リテ國民ハ之ニ違背スルヲ得ザル

關係ニ屬ス殊ニ婚姻ナルモノハ國民親族ノ基礎ニシテ即チ國家ノ成立ニ大ナル利害關係アルモノナレハ自國ノ親族法ノ規定以外ニ於テ任意ノ親族關係ヲ發生セシムルヲ許スヘキニ非ス然レ

トモ外國人間ノ婚姻ニ關シテハ自國ハ外國國民ノ親族組織ニ關シ自國民ト同一ノ程度ニ於テ深キ利害ヲ感セザルヲ以テ其本國タル外國法ノ所定ニ從ハシムルモノニシテ唯國際公安ノ場合

(法例三〇條)ニ限リ外國法ヲ適用セザルモノト爲シタルモノトス仍チ我國ニ於テモ婚姻ハ效力ハ夫ノ本國法ニ從フト爲セリ(法例一四條一項)之ヲ通則トス而シテ婚姻ノ效力ハ當事者ノ本國

法ニ從フト爲サスシテ夫ノ本國法ト爲シタル所以ハ夫ハ婚姻ノ主長ナルカ故ナリ多數ノ場合ニ

於テハ妻ハ婚姻ニ依リ夫ノ國籍ヲ取得スルカ故ニ(國籍五條、一八條)夫婦共ニ本國法ハ同一ナルコトヲ常トスト雖モ夫ト妻ト其國籍ヲ異ニスル場合ナシトセス(例ハ國籍法第一三條二

項ニ該當スル場合ノ如シ。此ノ如キ場合ニ對シテハ夫ノ本國法ナル文字ヲ切要トスルナリ
外國人カ女戸主ト入夫婚姻ヲ爲シ又ハ日本人ノ婿養子ト爲リタル場合ニ關シテハ此等ノ場合ニ
ハ外國人ハ必ス日本ノ國籍ヲ取得スルカ故ニ(國籍五條)斯ル場合ニ於ケル婚姻ノ效力ハ日本
ノ法律ニ依ルモノトス(法例一四條二項)

婚姻ノ效力トシテ夫ノ本國法ニ從フヘキ重モナルモノ左ノ如シ

第一 夫婦間相互ノ一身上ノ關係即チ妻ハ夫ノ家ニ入ルコトノ效力、夫婦同居ノ義務、夫婦扶
養ノ義務等ノ如シ(民七七八條乃至七九〇條)

第二 妻ノ無能力即チ妻ハ獨立シテ法律行為ヲ爲スヲ得ルヤ否ヤ、妻カ能力ヲ制限セラルルト
セハ其程度如何及ヒ其無能力者トシテノ行為ノ效力如何等ノ問題ハ凡テ夫ノ本國法ニ從フヘ
キモノトス(民一四條乃至二〇條七九二條)而シテ我法例ノ主義ニ依レハ妻ノ無能力ノ準據法
ハ法例第三條第一項ニ於テ之ヲ定ムルニ非スシテ法例第一四條第一項ニ於テ之ヲ定ムルモノ
ナルコトハ嘗テ法例第三條ニ付キ述ヘタル處ヲ參照シテ明カナルヘシ依テ茲ニ一疑問ヲ生ス
即チ法例第三條第二項ノ內國取引ヲ保護スル爲メニ我法律ニ依リ能力者タル場合ニハ縱令外
國人カ本國法ニ依リ無能力タルトキト雖モ之ヲ能力者ト看做ス旨ノ規定ハ妻ノ無能力ノ場合
ヲモ包含スルヤ否ヤ是ナリ解釋上法例第三條ハ其第一項ニ單ニ年齡ヨリ生スル無能力ノミヲ
掲ケ妻ノ場合ハ其本國法ト云フヲ得スシテ其夫ノ本國法ト云フヲ要スルニ法例第三條第一

雜 錄

○大審院判例要旨

○契約解除ニ因ル原狀回復請求ノ棄却 上告人カ第一審以來本訴請求ノ原因ナリトシテ主張シ
タル所ハ本件契約ニ付キ被告上告人ニ債務不履行ノ責アルヲ以テ契約ヲ解除シタリト云フニア
ルコトハ原判文及ヒ第一審判文ノ事實摘示ニ徴シテ明白ナリ故ニ若シ被告上告人ニ債務不履行
ノ責ナキカ爲メニ上告人ニ解除權發生セザルトキハ本訴ノ請求ハ其原因ナキニ歸スルヲ以テ
假令被告上告人ノ解除權行使ノ爲メ當事者雙方ニ原狀回復ノ權利義務生シタル場合ト雖モ之ヲ
棄却セザルヘカラス何トナレハ上告人カ被告上告人ノ解除權行使ニ基キ原狀回復ヲ求ムル權利
ハ本訴ノ請求ト其原因ヲ異ニスレハナリ (明治四十二年(オ)第四〇二二號)
同年十二月二十三日第二民事部判決

○懸賞討論會 去月二十八日午後一時ヨリ本大學ニ於テ牧野學士出題ニカカル左ノ問題ニツキ
懸賞討論會ヲ開ク

甲乙相携ヘテ海水浴場ニ赴キ共ニ水泳ヲ爲シタリシカ乙ハ水中急病ヲ發シテ終ニ溺死スル
ニ至レリ甲ハ其際乙ヲ救助シ得ルニ拘ハララス之ヲ傍觀シタリト謂フ甲ノ刑事上ノ責任如何

(新刑法第二一七條參照)

本題ハ晨ニ刑法上一大難問トシテ學者間ノ論争アル不作爲犯ニハ義務ノ存在ヲ必要トスルヤ否ヤヲ其主點トスルモノナレハ討論甚タ激烈壯快ヲ極メタリ討論終結後牧野學士ハ各討論者ノ主張ヲ詳細ニ講評セラレ自說トシテ不作爲犯ニハ苟クモ公序良俗ニ反スル以上ハ所謂義務ノ存在ヲ必要トセストテ諄諄ト其理由ヲ説明セラレタリ當日受賞者ハ左ノ諸氏ナリキ因ミニ記ス本問題ニ關スル詳細ナル理由ハ他日牧野學士カ之レヲ法學志林紙上ニ公ニセラルル管ナリ

- 一等賞 (消極) 真下 五郎 二等賞 (積極) 富永 義孝
- 三等賞 (積極) 天休 久作

梅法學博士主筆

法學志林

第十一卷 每月一回廿日發行
 第三號 定價一冊金拾貳錢
 三月二十日 郵 税金壹錢
 發行 十冊前金郵稅共
 金壹圓貳拾錢
 法學博士 梅謙次郎

最近判例批評

○登記ニ關スル規定ハ法例三〇ノ公安規定ニ非ス
 ○錯誤ニ因ル登記ノ抹消申請ヲ怠ルモ虛偽ノ意思表示トナラス

◎志

林

最新ノ親族法
 刑事雜說
 航路ノ變更
 米穀輸入稅率改正ニツキテ

法學博士 梅謙次郎
 法學博士 勝本積重
 法學博士 鹽田勳三
 法學博士 河津津環

◎法
質疑錄

民法 法 債權ノ範圍
 商法 法 株主ニ配當スヘキ利益ヲ以テ未拂込額アル株式ヲ消知スル場合ノ手續
 刑法 法 支拂擔當者カ所持人タルトキハ引受人ニ對シ所持人タルノ權利ヲ行使スルノ手續
 刑訴訟法 法 法律ノ性質
 行政法 法 刑罰ノ性質
 其他〇判例〇雜報記事

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ナル者ニシテ本大學ニ入學スル者ハ入學金ヲ免除ス
- 一 講義録ノ講習ヲ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圓ヲ納ムヘシ
- 一 校外生月謝ハ左ノ如シ
 - 一 一个月分 各學年 金四拾圓 全學年 金壹圓
 - 一 二个月分 各學年 金貳圓三拾圓 全學年 金五圓五拾圓
 - 一 三個月分 各學年 金四圓五拾圓 全學年 金拾壹圓
 - 一 四個月分 各學年 金七圓五拾圓 全學年 金拾壹圓
 - 一 五個月分 各學年 金九圓五拾圓 全學年 金拾壹圓
 - 一 六個月分 各學年 金十二圓五拾圓 全學年 金拾壹圓
 - 一 七個月分 各學年 金十五圓五拾圓 全學年 金拾壹圓
 - 一 八個月分 各學年 金十八圓五拾圓 全學年 金拾壹圓
 - 一 九個月分 各學年 金二十一圓五拾圓 全學年 金拾壹圓
 - 一 十個月分 各學年 金二十四圓五拾圓 全學年 金拾壹圓
- 一 月謝ヲ納付シタルトキハ講義録ヲ郵送スルヲ以テ別ニ領收証ヲ交付セズ若シ相當ノ日時ヲ過キテ講義録ヲ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確ニシテ解答ヲ要セスト認ムルモノハ解答ヲ付セズ
- 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』

明治四十二年三月廿九日印刷
明治四十二年三月三十日發行

(定價金五拾錢)

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
(電話新橋四九九五番)

發行所 私立法政大學
東京市麹町區富士見町六丁目十六番地
(電話番町一七四番)