

和仏法律学校講義録

岡, 實 / 富井, 政章 / 岩田, 一郎 / 掛下, 重次郎 / 山田,
三良 / 内田, 嘉吉 / 志田, 友吉

(出版者 / Publisher)

和佛法律學校

(巻 / Volume)

3-1

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

65

(発行年 / Year)

1901-11-15

(明治三十四年十一月十四日第三編印可 第六月三號)
明治三十四年十一月十五日發行

三十五年度 第三學年

和佛法律學校講義錄

和佛法律學校發行

1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23

第三學年第一號目次

民法物權	自第七章 至第十章 (自一三)	法學博士 富井政章
民法相續	(自一三)	法律學士 掛下重次郎
商法手形	(自一三)	法學士 志田友吉
商法海商	(自一八)	法學士 內田嘉吉
民事訴訟法	自第三編 (自二〇) 至第五編 (自二〇)	法學士 岩田一郎
行政法	(自三〇)	法學士 岡實
國際私法	(自三二)	法學士 山田三良

○高等特別科講義ノ開始○講師ノ招聘○約束手形ノ振出地ニ關スル新判
例○討論會○高等文官試験ノ成績

民法物權 (自第七章 至第十章)

法學博士 富井政章 講述

緒論

私ハ本學年ニ於テ民法第二編第七章ヨリ第十章マデ即チ所謂債權ノ物上擔保
ニ關スル規定ヲ説明スルコトヲ擔當スルコトト爲リマシタ此四章ニ規定スル
所ノ物權ハ留置權、先取特權、質權及ヒ抵當權ノ四種デアリマス、此四ツノ物權ハ
何レモ債權ノ擔保タル性質ヲ有スルモノデアル、債權ノ擔保トハ債權者ノ爲メ
ニ債務ノ履行ヲ確保スルモノヲ謂フ、債權擔保ノ效用ハ喋喋説明セズトモ分ル
コトデアリマス、先學年ニ債權編ノ講義ヲ聽カレマシタ故ニ此事ハ十分ニ了解
セラレテ居ルト思フ

090
1902
3-1-1

民法物權 (自第七章至第十章)

法學博士 富井 政 章 講述

緒論

私ハ本學年ニ於テ民法第二編第七章ヨリ第十章マデ即チ所謂債權ノ物上擔保
ニ關スル規定ヲ説明スルコトヲ擔當スルコトト爲リマシタ此四章ニ規定スル
所ノ物權ハ留置權先取特權質權及ヒ抵當權ノ四種デアリマス此四ツノ物權ハ
何レモ債權ノ擔保タル性質ヲ有スルモノデアアル債權シ擔保トハ債權者ノ爲メ
ニ債務ノ履行ヲ確保スルモノヲ謂フ債權擔保ノ效用ハ喋喋説明セズトモ分ル
コトデアリマス先學年ニ債權編ノ講義ヲ聽カレマシタ故ニ此事ハ十分ニ了
セラレテ居ルト思フ

民法物權 緒論

債權擔保ノ必要ナル所以ハ大凡債務者ノ財産ハ其總債權者ノ共同擔保デア
テ何レモ債務ノ辨濟ニ當ツルモノデアリマスガ此共同擔保ノ效力ハ甚大微
弱ナモノデアアル即チ債務者ハ一タビ債務ヲ負擔シタル後幾同トナク新ナル債
務ヲ負擔シテ其總額己ノ資産ニ相當セサル巨額ニ達スルヤモ知レナイ斯ル場
合ニ於テ尋常一般ノ債權者ハ皆共同ノ地位ニ立ツモノデアアルガ故ニ各自己ノ
債權額ニ應ジテ一部ノ分配ヲ受クルコトト爲ル故ニ若シ債權ノ總額ガ債務者
ノ資産ニ比シテ多キトキハ債權者ハ何レモ全部ノ辨濟ヲ受クルコト能ハザル
結果ト爲ル殆ト一部ノ辨濟ヲモ受クルコトヲ得ザル場合モ往往生ズルコトデ
アリマス是レ即チ共同擔保ノ不完全ナル所以デアツテ特別擔保ヲ有セザル債
權者ハ如何ナル財産ニ於テモ他ノ債權者ニ優先シテ辨濟ヲ受クルコトヲ得ザ
ル結果デアアル

共同擔保ノ不完全ナル理由ガ今一ツアリマス其レハ凡ソ債務者ナルモノハ何
程多クノ債權者ヲ有スルモ又何程巨額ニ上ル債務ヲ負擔スルモ之ガ爲メニ共
同擔保ノ目的タル財産ヲ處分スル權利ヲ失ハス民法第四百二十四條ニ定メテ

アル債權者ヲ害スルコトヲ知ツテ爲シタ法律行為ノ外ハ債權者ヨリ之ガ取消ヲ
爲スコトヲ得ザルヲ原則トスル同條ニ規定セル場合ハ一ノ例外ニ過ギナイ
而シテ其特別ノ場合ニ於テモ取消ノ效果ハ前學年ニ於テ債權法ノ講義ニ依ツテ
了知セラレタ如ク唯其法律行為ノ目的タリシ財產ガ債務者ノ資産中ニ選ヘル
ト云フダクノコトデアツテ再ビ共同擔保ノ目的ト爲ルニ止マルモノデアアル故ニ
前キニ述べタ第一ノ危險ハ依然トシテ存スルモノト謂ハネバナラス此他一般
ノ場合ニ於テハ債務者ハ隨意ニ其財産ヲ處分スルコトヲ得ルニ因テ尋常一般
ノ債權者ハ何時トナク其共同擔保ノ減少ヲ見ルヤモ知レナイ是レ則チ共同擔
保ノ不完全ナル第二ノ點デアツテ債權者ハ債務者ノ財産ニ付テ追及權ヲ有セナ
イト云フコトデアリマス

債權擔保ナルモノハ則チ右ニ述べタ二ツノ危險ヲ避クル目的ニ出ヅルモノデア
リマス而シテ債權擔保ニハ對人擔保ト物上擔保トノ二種アル眞ニ對人擔保ト
稱スヘキモノハ保證デアアル保證トハ或人ガ債務ノ辨濟ナキ場合ニ債務者ニ代
テ辨濟ヲ爲スヘキコトヲ約束スルヲ謂フ舊民法ハ保證ノ外ニ連帶債務及ヒ任

意ノ不可分債務ヲ以テ對人擔保トシタ、如何ニモ當事者ノ意思ヨリ觀察スレバ此二ツノモノハ債權擔保ノ作用ヲ爲スモノト看ルコトヲ得ル然レドモ其法律上ノ性質ヲ言ヘバ同一ノ目的ニ付イテ各自獨立ニ債務ヲ負擔スル一ノ狀態デアツテ其間ニ主從ノ關係差別ハナイ故ニ此二ツヲ純然タル債權擔保ト看ルハ正當デナイト思フ

物上擔保トハ或債權者ガ債務者ノ特定又ハ一般ノ財産ニ付イテ他ノ債權者ニ先テ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルモノヲ謂フ而シテ何レモ物權デアルニ依ツテ通常之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノデアル故ニ直接ニ右ニ述ベタ二ツノ危險ヲ避クルコトヲ得ル效力ヲ有スルモノデアル、對人擔保ハ債務者ノ財産ニ付イテ特權ヲ行フコトヲ得ルモノデハナイ、唯債務者ガ辨濟ノ實力ヲ失フタ場合ニ他ノ人ヨリ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルト云フ點ガ即チ擔保ト爲ル譯デア、ル物上擔保ハ之ト異テ之ヲ有スル債權者ハ其擔保ノ目的タル財産ニ付イテ優先權並ニ追及權ヲ行フコトヲ得ルモノデアル、故ニ債務者ハ何程多人數ノ債權者ヲ有スルモ又何程多額ノ債務ヲ負擔スルコトアルモ又何人ノ爲メニ其財産

ヲ處分スルコトアルモ物上擔保ヲ有スル債權者ハ之ガ爲メニ損失ヲ受クルコトハナイ、但優先權ヲ有スル者數人アル場合ガ生ジ得ルコトヲ認メキバナラヌ、此場合ニハ順位ノ問題ガ生ジテ先順位ヲ有セザル者ハ完全ナル辨濟ヲ受クル能ハザルコトガナイト言ハレス、又追及權ニ關シタモ著シク制限アルコトハ後ニ説明スル所ニ依ツテ分リマス

物上擔保ト對人擔保トハ孰レガ最も債權者ノ爲メニ利益デア、ルカ此二ツノモノノ優劣ハ絶對的ニ判定スルコトハ出來ナイ、昔時交通取引ノ未ダ發達セザル時代ニ在、テハ質權ノ如キハ今日ニ於ケル如キ廣イ範圍ニ行ハレタモノデナイ、今日商業界ニ於テ盛ニ行ハルル權利質ノ如キハ昔ニ在、テハ殆ト適用ヲ見ナカッタモノデアル、又不動産ニ關シタモ昔ハ登記制度ガ不完全デア、タガ爲メニ抵當權ノ如キハ殆ト信用ノ要具タルコトヲ得ナカッタ、故ニ斯ル時代ニ在、テハ主トシテ對人擔保ガ行ハレタモノト思フ、今日ニ在、テモ擔保ニ供スベキ財産ガナイカ、或ハ之アルモ遠ク隔タタ地ニ存在スルト云フ如キ場合ニハ物上擔保ニ依、テ需要ヲ充タスコトハ出來ナイ、殊ニ物上擔保ヲ保全シ且之ヲ實行スルニハ往往ニシテ

煩ハシキ手數ヲ要シ又巨多ノ時日ト費用トヲ要スルモノデアル百事簡便ト迅速ヲ貴ブ近世ノ取引界ニ在テハ甚ダ不便トスル所デアル是ハ今日ト雖モ尙ホ對人擔保ノ盛ニ行ハルル所以デアラウト思フ然レモ對人擔保ハ物上擔保程ニハ鞏固ナモノデハナイ其一大缺點ハ擔保者ニシテ一朝無資力者ト爲タトキハ實際辨濟ヲ受クル能ハザル結果ト爲ル恰モ債務者ノ身ニ生ゼンコトヲ恐レテ防ガントシタ危險ハ擔保者ノ身ニモ生ジ得ルコトデアル之ニ反シテ物上擔保ヲ有スル者ハ其擔保ノ目的物ニ付テハ他人ヲ斥ケテ其權利ヲ行フコトヲ得ルガ故ニ辨濟ヲ受クルコト能ハザル危險ハ甚ダ少イ譯デアアル

要スルニ右二種ノ擔保ハ各一得一失デアツテ一概ニ其優劣ヲ斷定スルコトハ出来ナイ其選擇ハ各種ノ場合ニ付イテ決セテバナラス當事者ニ於テ其一ヲ利アリトシテモ擔保ニ供スベキ財產ハアルガ保證人ト爲ルコトヲ承諾スベキ者ガナイトカ或ハ其人ハアルガ擔保ニ供スベキ財產ガナイカモ知レス一ヲ欲シテモ意ノ如クナラズシテ他ヲ取ラチバナラス場合モアラウ畢竟實際ノ事情ニ依テ孰レヲ供スルコトガ定マル譯デアアル即チ今日ニ在テモ其ニツハ相並ビ行

ハルル所以デアリマス其所以然ハ其權利ノ性質ニ在リ我舊民法ハ佛蘭西法系ニ屬スル諸國ノ法典ニ類例ナキ區別法ヲ定メテ債權擔保編ナル一編ヲ設ケタ而シテ其中ニハ各種ノ對人擔保並ニ物上擔保ヲ規定シタ新民法ハ權利ノ性質ヲ基礎トスル獨逸式區別法ヲ採リタニ依テ對人擔保ハ債權關係トシテ債權編中ニ之ヲ規定シ物上擔保ハ何レモ物權デアアルニ依テ主タル物權ト共ニ之ヲ物權編中ニ規定スルコトト爲ラタ

民法ニ於テ債權擔保ノ性質ヲ有スル物權ハ最初ニ示シタ如ク留置權先取特權質權及ヒ抵當權ノ四ツデアル此四種ノ物上擔保ハ之ヲ法定ノモノト當事者ノ意思ニ因ルモノトノ二種ニ區別スルコトヲ得ル留置權及ビ先取特權ハ法定ノ物上擔保デアアル即チ法律ノ規定ニ依テ當然或債權者ニ屬スル權利デアアル故ニ當事者ニ於テ隨意ニ之ヲ設定シ又ハ他人ニ移轉スルコトヲ得ザル性質ノモノデアル之ニ反シテ質權及ビ抵當權ハ當事者ノ意思ヲ以テ設定スル所ノ擔保デアアル故ニ又之ヲ他人ニ移シテ其債權ノ擔保ト爲スコトヲ妨グヌ我民法ハ舊民法及ビ佛蘭民法ニ定メタル如キ法律上又ハ裁判上ノ抵當權ナルモノヲ認メナイ

總テ當事者ノ意思ニ因テ成立スルモノデアル質權及ビ抵當權ノ物權タルコトハ古來何レノ國ノ法律ニモ認ムル所デアアルガ之ト異ナク留置權及ビ先取特權ハ舊民法ニ之ヲ認ムルマデハ我邦ニ存セシモノデハナイ又之ヲ以テ一ノ獨立ナル物權トシタルハ舊民法其他佛法系ノ立法例ニ依タモノデアラフ羅馬法ニ基因スルモノデハナイ、現ニ獨逸法ニ於テモ此ニツキニ債權關係ト看テアル、其得失ハ立法問題ニ亘ルニ由ラ茲ニハ述ベマセヌ、是ヨリ此ニツノ物權ニ關スル規定ヲ説明スルニ由ラテ自ラ判斷シ得ラルベキコトと思ヒマス

最後ニ右四種ノ物上擔保ニ共通ナル一ツノ性質ガアル、今後其各ニ付イテ一ニ説明スルハ煩ニ堪ヘナイコトデアアルガ故ニ便宜上茲ニ一括シテ説明シマス、其性質トハ所謂不可分權ナルコトデアリマス(第二九六條第三〇五條第三五〇條第三七二條不可分トハ何デアアルカ、例ヘバ質權ヲ例ニ取ツテ言ヘバ質權者ハ債權全部ノ擔保ヲ受タルマデハ質物ノ全部ニ付イテ其權利ヲ行フコトヲ得ル、換言スレバ質物ノ各部分ヲ以テ債權ノ全部ヲ擔保シ又質物ノ全部ヲ以テ債權ノ各部分ヲ擔保スルコトヲ謂フ、而シテ此ニ其適用ヲ言ヘバ例ヘバ質物ノ一部分ガ

滅失スルコトアルモ尙ホ其殘部分ハ債權ヲ擔保スルモノデアアル、又質權者ニ於テ總令一部ノ擔保ヲ受クルモ猶ホ質物ノ全部ヲ占有スルコトヲ得ル、此原則ハ財產平分主義ノ相續法ノ行ハル歐洲諸國ニ於テハ相續ノ場合ニ屢其適用ヲ見ル、殊ニ抵當權ニ付イテ見ルコトデアアル、即チ數人ノ相續人ニ相續財產ガ分タルルト共ニ被相續人ノ債務モ分タレル、故ニ債權者ハ其各相續人ニ對シテ其一人ノ負擔部分ニ非ザレハ請求スルコトヲ得ズシテ數人ニ對シテ請求ヲ分ツト云フコトガ現ニ一ノ不便デアアル、然ル上ニ尙ホ其中ニ無資力者ガ存スレバ全部ノ擔保ヲ受クル能ハザル危險ガアル、抵當權ノ不可分ニ因テ其危險ヲ免ルルコトヲ得ル、即チ抵當不動産ヲ得タ者ハ自己ノ負擔部分以外ニ他ノ相續人ノ負擔部分ヲモ擔濟セキバナラスコトニ爲ル、即チ其相續ニ因テ得タ抵當不動産ヲ以テ債務ノ全額ニ連スルマデ之ヲ擔濟ニ當テキバナラス、我民法ニハ家督相續ヲ本則トスルニ由テ相續ノ場合ニハ其適用ヲ見ルコトハ少カラウト思フ唯家族ノ遺産相續ノ場合ニ其適用ガ生ジ得ルコトデアアル

第七章 留置權

本章ハ之ヲ左ノ三節ニ分チ説明シマス

- 第一節 留置權ノ本義及ヒ要素
- 第二節 留置權ノ效力
- 第三節 留置權ノ消滅

第一節 留置權ノ本義及ヒ要素

留置權トハ他人ノ物ヲ占有スル者ガ其物ニ關シテ有スル債權ノ辨濟ヲ受クルマデ其物ヲ留置スル權利ヲ謂フ(第二九五條第一項)即チ占有者ハ其占有スル物ヲ返還スル義務ヲ負フ者デアルガ若シ己レ返還ノ義務ヲ履行スルニモ拘ハラズ相手方ヨリハ其債務ノ辨濟ヲ受ケザルトキハ甚ダ不公平ナル結果ト爲ルガ故ニ一時其物ノ返還ヲ拒メ相手方ヨリ其債務ノ辨濟ヲ受クルマデハ占有ヲ繼續スルコトヲ得セシムルモノデアル即チ其物ノ所有者ハ占有ヲ復セント欲セ

バ辨濟ヲ爲サチバナラスコトト爲ル故ニ留置權ハ辨濟ヲ促ス一ノ簡便ナル方法デアル

留置權ノ效用ガ此ノ如キモノデアルトスレバ民法第五百三十三條ニ規定スル所ノ雙務契約ニ於ケル履行ノ拒絕權ト大ニ相似タ所ガアル即チ同條ニ依レバ雙務契約當事者ノ一方ハ相手方ガ其辨濟期ニ在ル債務ノ履行ヲ提供スルマデハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得トアル此規定ハ留置權ト同一ノ趣意ニ出デタモノデアルコトハ疑ナイ立法者ハ畢竟雙務契約ノ場合ニ互ニ履行ヲ得ント欲シタル當事者ノ意思ヲ滿タシテ實際ニ公平ナル結果ヲ得ンコトヲ期シタモノデアル留置權モ亦返還ノ義務ヲ履行スルコトノ拒絕權デハナイカ果シテ然ラバ第五百三十三條ノ履行ノ拒絕權ト重複スルモノデアル如キ感ジガ起ラズバナラス現ニ舊民法其他佛蘭西法系ニ屬スル諸法典ニハ一般ノ雙務契約ノ效力トシテ我民法第五百三十三條ニ規定スル如キ履行ノ拒絕權ヲ認メテ居ナイ唯或格段ナル場合例ヘバ代金ノ辨濟ヲ受ケナイ賣主ノ爲メニ留置權ヲ認メテアル故ニ此主義ノ下ニ於テハ留置權ノ實際必要ナルコトハ明カデアル然ルニ

第五百三十三條ノ如キ規定アル以上ハ今例ニ舉ゲタ賣買代金ノ支拂ヲ受ケナイ賣主ノ如キハ留置權ヲ有セザルモ、第五百三十三條ノ規定ニ依テ賣品ノ引渡ヲ爲スコトヲ拒ムコトヲ得ル、其レ故ニ一見重複ノ感シガ起ル、然レドモ仔細ニ考フルトキハ此ニ別ノ事柄デアル、第五百三十三條ハ契約關係ヲ定メタモノデアル、雙務契約當事者ノ一方ニ一ノ抗辯權ヲ認メタモバデアル、其權利ノ效力ハ債權法ニ依テ定マルモノデアル、即チ唯相手方ニ對スル抗辯權デアルガ故ニ債權關係ノ效力ナラチホ持タナイモノト云ハチバナラス、之ニ反シテ留置權ハ一ノ物權デアル、第三者ニモ對抗スルコトヲ得ル權利デアル、如何ナル程度ニ於テ此效力ヲ有スルヤハ次回ニ説明シマス、又留置權ト第五百三十三條ノ履行拒絶權ト其適用ノ範圍モ異ナルモノト思フ、留置權ハ雙務契約ノ場合ニ限ラナイ、其代リニ有體物ノ存在ヲ必要トスル、履行拒絶權ハ之ニ反シテ雙務契約ノ場合ニ限ル、其代リニ勞役ヲ目的トスル債務關係ニモ適用アルモノデアル要スルニ留置權ノ存在スル場合ニハ留置權者ハ一ノ物權ヲ有スルコトガ最も大切ナル點デアル、即チ此ニツノ權利ハ第一ニ觀察ノ方面ヲ異ニスルヨリシテ其效

民法相續

民法相續ノ本義及主要素

緒言

○相續法ノ性質 相續法ハ民法ノ一部ナルカ故ニ私人相互ノ關係ヲ規定シタルモノ即チ私法タルコトハ勿論ナリト雖モ公益ニ關スル規定尠少ナラサルナリ例ヘハ被相續人カ自己ノ意思ニ從ヒテ法定ノ推定家督相續人ヲ廢除シ家督相續人ヲ法定ノ順序ヲ恣ニ變更スルコトヲ得サルカ如キ又法定ノ推定家督相續人カ相續ノ拋棄ヲ爲スコトヲ得ス外國人カ日本人ノ家督相續人タルコトヲ得サルカ如キハ却チ是ナリ

相續法ニハ單ニ相續ニ關スル事項ヲ規定セルノミナラス尙ホ其他遺言ニ關ス

ル事項ヲモ規定セルナリ
相續法ハ或ハ之ヲ特別法トシテ制定スルモノアリ或ハ之ヲ民法中ニ編入スルモノアリト雖モ近世諸國ノ立法主義ハ概シテ民法中ニ編入セリ而シテ從來民法中ニ於ケル相續法ノ位置ハ區區一定セス今之ヲ分別スレバ四ト爲ル即チ(一)相續ハ主トシテ親族關係ニ基クモノナリトシテ相續ニ關スル規定ヲ親族法中ニ編入スルアリ(二)相續ハ主トシテ所有權ヲ繼承スルモノナリトシテ之ヲ物ニ關スル規定中ニ置クアリ(三)相續ハ所有權其他ノ財產權ノ取得方法ナリトシテ之ヲ財產取得ニ關スル規定中ニ置クアリ(四)相續法ヲ以テ特別ノ一編トシテ之ヲ法典ノ最後ニ掲クルモノアリ其之ヲ特別ノ一編トシテ最後ニ掲クル理由ハ相續ハ唯リ財產ノ包括的取得ノ方法タルノミナラス尙ホ同時ニ身分取得ノ方法タルヲ以テ財產上及ヒ親族上ノ關係ヲ明カナラシメタル後ニ於テ定マルモノナレハ民法中最後ニ掲クルヲ以テ其當ヲ得タリト云フニ在リ而シテ舊民法ハ相續ニ關スル規定ヲ財產取得編中ニ掲ケタリ(第三ノ主義佛國民法ニ於テハ相續ニ關スル規定ヲ所有權取得ノ方法中ニ置ケリ)佛國民法第七一條乃至第

八九二條我新民法ハ獨逸民法ニ模倣シ第五編トシテ民法ノ最後ニ置ケリ(第四ノ主義)

○相續ノ定義 相續ナル語ハ種種ノ意義ヲ有ス廣義ニ於テハ移轉又ハ承繼ナル事ハ其包括的ナルト特定名義タルトヲ問ハス相續ト稱ス例ヘハ甲カ乙ヨリ或物品若クハ權利ヲ讓受ケタル場合又ハ乙カ死亡シタルニ因リ甲カ其一切ノ權利ヲ承繼シタル場合ニ於テ甲カ乙ニ代リテ其位置ヲ有スルカ如キ是ナリ然レトモ是レ一般ニ稱スル意義ニシテ相續法ニ於ケル意義ハ以上ノ如ク廣カラスシテ大ニ制限セラレルモノニシテ相續トハ法定原因ニ基キ被相續人ノ權利義務ヲ包括シテ相續人ニ移轉スルヲ謂ヒ相續人カ相續ヲ爲シタルトキハ被相續人ノ一切ノ權利義務ヲ承繼シ被相續人ヲ代表スルモノナリ例ヘバ(一)戶主カ死亡若クハ隱居シタルトキ其相續人ハ爾來前戶主ノ有セシ一切ノ權利義務ヲ之ニ代リテ承繼シ(二)家族カ死亡シタルトキ其子ハ親ノ有セシ一切ノ權利義務ヲ承繼スルカ如キ是ナリ

相續ハ歐洲ニ於テハ古昔羅馬時代ニ在リテ家族制度ヲ認メタルカ故ニ家督相續ヲ主ト爲シタリト雖モ近世ニ至リテハ歐米諸國ニ於テハ家督相續ナルモノ存セス單ニ財產ノ相續即チ遺產相續ノミヲ認メリ我國ハ古來財產ヨリモ家ヲ重スル風習存セルヲ以テ相續ニ付テハ家督相續ヲ主トシ財產ハ家督ニ伴フモノト爲シタル所以ナリ故ニ家族ノ死亡ノ場合ニ於ケル遺產相續ハ單純ナル財產相續ナリト雖モ家督相續ノ場合ニ於ケル相續ハ唯リ財產權移轉ノ方法タルノミナラス身分權承繼ノ方法タルナリ
法律ノ定メタル所ニ從ヒ相續編ヲ分チテ七章ト爲ス即チ第一章家督相續第二章遺產相續第三章相續ノ承認及ヒ拋棄第四章財產ノ分離第五章相續人ノ缺第六遺言及ヒ第七章遺留分是ナリ

第一章 家督相續

家督相續トハ戶主カ戶主權ヲ喪失シタル場合ニ於テ其一切ノ權利義務ヲ承繼スルヲ謂フ家督相續ハ遺產相續ニ對スル相續ニシテ兩者ノ間大ナル區別アリ

今其重要ナルモノヲ舉クレハ家督相續ハ戶主ノ位置ヲ承繼スルモノナルカ故ニ之ヲ相續スル者一人ニ限レトモ遺產相續ハ其相續人同時ニ數人アルコトアリ家督相續ノ目的物ハ戶主ノ身分權ト財產ニ關スル權利義務ヲ包含スレトモ遺產相續ハ單ニ被相續人ノ財產ニ關スル權利義務ヲ承繼スルニ過キサリナリ又家督相續開始ノ原因ハ戶主ノ死亡ノ外尙ホ五箇アレトモ第九六四條遺產相續開始ノ原因ハ單ニ被相續人ノ死亡ナリトス第九九二條
本章ニ於テハ相續ノ本則即チ戶主ノ相續ニ關スル原則ヲ規定セリ而シテ本章ヲ三節ニ分ツ即チ第一節總則第二節家督相續人第三節家督相續ノ效力是ナリ

第一節 總則

本節ニ於テハ第一家督相續ノ開始スル原因第二家督相續ノ開始スル場所第三家督相續回復ニ關スル請求權ノ特別時效第四相續財產ノ費用ニ關シテ規定セ

○家督相續開始ノ原因——第九百六十四條 家督相續ハ左ノ事由ニ因リテ開

始ス

一 戸主ノ死亡隠居又ハ國籍喪失

二 戸主カ婚姻又ハ養子縁組ノ取消ニ因リテ其家ヲ去リタルトキ

三 女戸主ノ入夫婚姻又ハ入夫ノ離婚第七三六條舊民法人事編第二五二

條第二五八條財產取得編第二八七條)

家督相續ノ開始トハ相續權ノ發生即チ從來戸主カ有セシ身分權及ヒ資産ニ關
スル權利義務ノ相續人ニ移轉スル原因事實ノ發生ヲ謂フモノニシテ相續カ何
レノ時ニ開始スルカヲ規定スルハ極メテ必要ナリ相續人ノ何人タルカヲ定ム
ルハ實ニ此時ニ在ルモノニシテ相續權ハ此相續開始ノ一時時ニ於テ定マル故
ニ例ヘハ不在者タル法定ノ推定家督相續人カ相續開始ノ當時既ニ死亡セルニ
於テハ相續人タルヲ得ス又家督相續人ト稱スル者カ相續開始後ニ懷胎セラレ
タル者ナルトキハ亦相續人タルヲ得サルモノニシテ相續スル資格及ヒ能力ヲ
有シ且適當ナル順位ニ在ルヤ否ヤ換言スレハ家督相續人カ家督相續ヲ爲スニ
適當ナル總テノ條件ヲ具備スルヤ否ヤヲ確定スルハ此時期ヲ標準トシテ定ム

ルモノトス

家督相續開始ノ原因ヤ六箇ニシテ左ノ如シ

(一) 戸主ノ死亡 戸主カ死亡シタルニ因リ相續ノ開始スルハ固ヨリ當然ナリ

而シテ此原因中ニハ事實上自然ノ死亡ト法律上死亡ト看做ス場合トヲ包含ス

此第二ノ場合ハ失踪宣告アリタル場合第三一條ニシテ自然ノ死亡ノ場合ニ於

テハ一旦適法ノ相續人カ相續シタル以上ハ其相續ハ確定不動ノモノナレトモ

戸主失踪ノ場合ニ於ケル相續ハ相續ノ後失踪者ニシテ顯出シタルトキハ失踪

ノ宣告ハ取消サレ隨テ相續權ハ回復セララルコトアルヘシ第三二條舊民法財

產取得編第二八七條)

(二) 戸主ノ隠居 歐米ニ於テハ生存中戸主ノ隠居スルコトヲ認メス相續ハ被

相續人カ死亡セサレハ開始セサレトモ我國ニ於テハ古來戸主カ生存シナカラ

退隱シテ自己ノ位置ヲ讓ルコトヲ許シタルカ故ニ本法ニ於テモ舊民法財產取

得編ト同シテ隠居ノ制度ヲ認メタルカ故ニ隠居ニ因リテ家督相續ノ開始スル

コトト爲スハ固ヨリ當然ナリ舊民法財產取得編第二八七條)

隠居ニ二種アリ一ハ法定ノ條件ヲ具備セルトキハ戸主ノ隨意ニ爲スコトヲ得ルモノ(第七五二條ト他ク一ハ法定ノ條件ヲ具備セザル者カ或條件ヲ具備シ且裁判所ノ許可ヲ得ルニ於テハ爲スコトヲ得ルモノ(第七五三條是ナリ

(三) 戸主ノ國籍喪失 戸主カ國籍ヲ喪失シタルトキハ日本帝國臣民タル分限ヲ喪失スルモノナルカ故ニ我國ニ在ル家ノ戸主權ヲ喪失スヘキヤ當然ノ結果ナリ是ヲ以テ若シ國籍ヲ喪失シタル戸主ノ家ニシテ戸主一人ノミ存シ他ニ家族ナキトキハ其家ハ廢家ト爲ルヘケレハ戸主カ國籍ヲ喪失シタルカ爲メニ家督相續ノ開始スルコトナシト雖モ若シ其家ニ戸主ノ外家督相續人アルトキハ家督相續ハ茲ニ開始スヘクシテ敢テ一家ノ廢滅ヲ招クニ至ラサルヘシ故ニ戸主ノ國籍喪失ヲ以テ家督相續開始ノ一原因ト爲スハ固ヨリ當然ナリ(舊民法人事編第二五二條)

國籍喪失ノ原因ハ國籍法ヲ規定ニ從ヘハ六箇アリ(一)日本ノ女カ外國人ト婚姻ヲ爲シタルトキハ日本ノ國籍ヲ失フ(國籍法第一八條)(二)婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ日本ノ國籍ヲ取得シタル者ハ離婚又ハ離縁ノ場合ニ於テハ其外國ノ國籍

ヲ有スヘキトキニ限リ日本ノ國籍ヲ失フ(同第一九條)(三)自己ノ志望ニ依リテ外國ノ國籍ヲ取得シタル者ハ日本ノ國籍ヲ失フ(同第二〇條)(四)日本ノ國籍ヲ失ヒタル者ノ妻及ヒ子カ其者ノ國籍ヲ取得シタルトキハ日本ノ國籍ヲ失フ(同第二一條)(五)前條ノ規定ハ離婚又ハ離縁ニ因リテ日本ノ國籍ヲ失ヒタル者ノ妻及ヒ子ニハ之ヲ適用セス但妻カ夫ノ離縁ノ場合ニ於テ離婚ヲ爲サズ又ハ子カ父ニ隨ヒテ其家ヲ去リタルトキハ此限ニ在ラス(同第二二條)(六)日本人タル子カ認知ニ因リテ外國ノ國籍ヲ取得シタルトキハ日本ノ國籍ヲ失フ但日本人ノ妻ハ入夫又ハ養子ト爲リタル者ハ此限ニ在ラス(同第二三條)然レトモ同法第二十四條ニ於テ「滿十七年以上ノ男子ハ前五條ノ規定ニ拘ハラズ既ニ陸海軍ノ現役ニ服シタルトキ又ハ之ニ服スル義務ナキトキニ非サレハ日本ノ國籍ヲ失ハス」又現ニ文武ノ官職ヲ帶フル者ハ前六條ノ規定ニ拘ハラズ其官職ヲ失ヒタル後ニ非サレハ日本ノ國籍ヲ失ハス」ト規定シ前記ノ原則ニ對シ例外ノ規定ヲ設ケタリ(四) 戸主カ婚姻又ハ養子縁組ノ取消ニ因リテ其家ヲ去リタルトキハ女戸主カ入夫婚姻ヲ爲シタルトキハ其當事者カ婚姻ノ當時反對ノ意思ヲ表示セザルニ

於テハ入夫ハ當然其家ノ戸主ト爲ルコトハ第七百三十六條ニ規定セル所ナリ然ルニ其婚姻ニシテ取消ノ原因第七八〇條以下アリタルニ由リテ取消サレタルトキハ入夫タリシ者ハ其婚家ヲ去ルヘクシテ其家ノ戸主タルコトヲ得ヌ又養子縁組ニ因リテ養家ニ入リタル養子カ家督相續ヲ爲シ戸主ト爲リタル後ニ至リ其縁組ニシテ取消ノ原因(第八五三條以下)アリタルニ由リテ取消サレタルトキハ養子ハ養家ヲ去ルヘクシテ依然養家ノ戸主タルコトヲ得ヌ而シテ婚姻又ハ縁組カ取消サレタル場合ハ普通ノ法律行爲カ取消サレタルトキハ初ヨリ無効ナリシモノト看做サルル(第一二一條ト異ナリテ婚姻又ハ縁組取消ノ效力ハ第七百八十七條又ハ第八百五十九條ノ規定ニ依リ既往ニ及ホササルカ故ニ入夫又ハ養子ハ婚姻又ハ縁組ノ取消サルルマテハ婚家又ハ養家ノ戸主タリシ者ニシテ婚家又ハ養家ヲ去ル際戸主權ヲ喪失スルモノナレハ此場合ニ家督相續ノ開始スルハ當然ナリ

(五) 女戸主ノ入夫婚姻 既ニ叙述シタルカ如ク女戸主カ入夫婚姻ヲ爲ス當時特ニ反對ノ意思ヲ表示セサルトキハ女戸主ハ退隱シテ當然入夫カ其家ノ戸主

ト爲ルコトハ第七百三十六條ニ於テ規定セル所ニシテ是レ舊民法ニハ認メザリシモ(舊民法人事編第二五八條從來慣習トシテ存セシカ故ニ新民法ニ認メタル所以ニシテ此場合ハ家督相續開始ノ一原因タルモノトス

(六) 入夫ノ離婚 養子カ戸主ト爲リタル後ハ縁組ヲ爲スコトヲ得サレトモ(第八七四條)入夫ハ戸主ト爲リタル後ト雖モ離婚ヲ爲スコトノ禁止アラサルナリ何トナレハ養親子ハ同居ニ堪ヘサルカ如キ間柄ナルニ於テハ同居ヲ爲ササルモ可ナレトモ夫婦ノ間ハ然ラス夫婦カ同居ヲ爲ササレハ婚姻ノ目的ヲ達スルコト能ハサレハナリ而シテ入夫カ戸主ト爲リタルハ全ク婚姻ノ結果ニ過キササルカ故ニ離婚ニ因リテ婚姻ノ效力將來ニ於テ消滅スルトキハ入夫タリシ者ノ戸主權モ消滅シ家督相續ノ此場合ニ開始スルハ當然ナリ

此場合ハ入夫カ戸主ニシテ離婚シタルトキニ限ルモノニシテ縱令入夫カ離婚シタリト雖モ入夫ハ戸主ニ非スシテ妻カ戸主タリシトキハ戸主ニ變更ヲ生セサルカ故ニ家督相續開始ノ原因タラサルヤ勿論ナリトス

家督相續開始ノ原因ハ法律上以上ノ場合ニ限定サルルカ故ニ此他ニ存スルコ

ト絶エテナシトス

○家督相續開始ノ場所―第九百六十五條―家督相續ハ被相續人ノ住所ニ於テ

開始ス

家督相續開始ノ場所ハ其原因及ヒ時期ト共ニ極メテ必要ナリ其開始ノ時期ハ其原因ヲ規定シタル前條中ニ自ラ規定セラレルヲ以テ今茲ニ其場所ヲ規定シタルナリ而シテ他國ノ立法例ニ於テモ相續人ノ何處ニ在ルヲ問ハス一ニ被相續人ノ住所地ヲ以テ開始スルモノト爲セリ故ニ例ヘハ相續人ハ大阪ニ在ルト雖モ被相續人ノ住所地ニシテ東京ナルトキハ東京カ家督相續ノ開始スル場所タルナリ又相續財産ノ何處ニ在ルコトモ問フヲ要セサルナリ而シテ家督相續ノ開始スル場所ヲ定ムル必要ハ重ニ其裁判管轄ニ在リ例ヘハ相續財産ノ管理又ハ保存ニ關スル事件非訟事件手續法第六五條限定承認ニ關スル債權及ヒ遺留分ニ關スル債權ニ付テノ鑑定人ノ選任呼出及ヒ訊問同第八五條家督相續人ノ選定ニ關スル許可同第九四條家督相續人ノ選定ノ爲メニ開クヘキ親族會ニ關スル事件第九七條相續ノ承認拋棄ヲ爲ス爲メニ定メタル期間ノ伸長第一〇

商 法 手 形

法 學 士 志 田 友 吉 講 述

結 言

手形法則ニ關スル講義ヲ開始スルニ當リ特ニ一言スヘキコトアリ手形ハ普通ノ證券ト異ナリテ特種ノ作用ヲ爲シ其作用ニ應ジテ之ニ關スル法理モ亦特別ナル性質ヲ有スルモノニシテ而モ其作用ノ發達ニハ特別ノ歴史アリ其歴史ニ伴ヒテ手形法理モ亦種種ノ變遷ヲ經其法理ノ下ニ幾多ノ手形法制ヲ生シテ以テ今日ノ手形法規ヲ形成スルニ至リタルモノナルカ故ニ其法規ハ一種ノ特質ヲ有シテ到底普通一般ノ法理ヲ以テ説明スルコト難ク殊ニ難解ノモノニ屬スルモノタリ然レトモ其解釋ノ困難ナルハ畢竟手形ニ如上ノ事情附著シ居ルカ爲

メナルヲ以テ若シ其特種ノ性質ヲ闡明シ之ニ特別ナル理論ヲ研究シテ能ク其邊ノ消息ニ通スルアラバ其錯綜セル法規ハ恰モ亂麻ノ快刀ニ向フカ如ク容易ニ之ヲ解釋シ得テ亦難解ノ苦痛ヲ感セサルヘキナリ故ニ予輩ハ商法第四編手形法規ニ就テ説明ヲ爲スニ當リ諸君ヲシテソカ説明ノ了解ニ便ナラシムルカ爲メ先ツ茲ニ緒言トシテ第一ニ本講義ノ目的タル手形法規ノ地位並ニ性質ヲ明カニシテ本講義ノ範圍ヲ定メ第二ニ其法規ノ適用ヲ受クヘキ手形ノ種類並ニ手形上ニ使用セラルル術語ニ就テ簡單ナル説明ヲ爲シ第三ニ其手形ノ經濟界ノ實際ニ於テ如何ナル作用力ヲ有スルカヲ沿革的ニ示シ併セテ之ニ伴フ手形法規制カ如何ニ發達シタルカノ大略ヲ述ヘ第四ニ此變遷ト共ニ手形法規ニ關スル學說カ如何ニ進歩シタルヤヲ説明シ併セテ現行法規ノ採用シタル手形法規ニ就テ一言セント欲ス

第一 手形法規

手形法規ニ廣狹ノ二意義アリ廣義ニ於ケル手形法規トハ手形取引ニ關スル法規則ノ全體ヲ謂フ此意味ニ於テハ管ニ手形ニ特別ナル法規ノミナラス一般ノ債

務關係ニ適用スヘキ法規則ニシテ而モ手形取引ニ關スル法規ハ總テ此手形法規ノ内ニ包含セララルコトト爲ル例ヘハ手形能力若クハ代理ニ關スル規定又ハ手形ノ發行裏書引受等ニ關シテ生スル準備行為ニ適用セラルル規定等ノ如キハ全ク之ヲ手形法規ト稱スヘキモノナリ之ニ反シテ狹義ニ於ケル手形法規トハ手形取引ニ特別ナル法律關係ヲ規定シタルモノニシテ所謂廣義ニ於ケル手形法規トハ一部分ヲ形造タルモノタリ手形取引ニ特別ナル法律關係トハ手形ニ固有ナル法律關係ヲ指スニ外ナラス手形ハ普通ノ證券ト其經濟上ノ作用ヲ異ニシ特種ノ性質ヲ有スルモノニシテ此固有ナル手形關係ニ就テ規定セラレタルモノカ即チ茲ニ所謂狹義ニ於ケル手形法規トナリ此狹義ニ於ケル手形法規ト生スルニ至リタル理由即チ手形ニ特別ノ規定ヲ要スル所以詳細ハ本講義ノ進ムニ隨ヒ諸君ハ漸次之ヲ會得シ得ヘシト雖モ茲ニ簡單ナル説明ヲ爲シ豫メ手形法規ノ一斑ヲ窺知シ得ヘカラシメント欲ス

手形ハ流通證券ノ一ナリ流通トハ其權利ノ移轉カ極メテ容易ナリ又意味ス普通ノ證券ニ在リテ其權利ノ讓渡ヲ爲サントスルトキハ特ニ債務者ニ對シテ之

ヲ通知スルカ若クハ其承諾ヲ得ルカノ手續ヲ要シ之ヲ缺クトキハ其讓渡ヲ以テ債務者其他ノ第三者ニ對抗スルヲ得サルヲ結果アリト雖モ流通證券ニ在リテハ之ト全ク其趣ヲ異ニシ此等ノ手數ヲ要スルコトナクシテ容易ニ之ヲ他ニ移轉シ得ルコトカ其本來ノ性質タリ然リ而シテ手形ハ殊ニ其目的確定セル金錢ノ支拂ニ在ルヲ以テ殆ト紙幣ト同一ノ作用ヲ爲シ其運轉ノ敏捷ナルハ他ニ其比類ナク所謂流通證券ノ最タルモノナリ元來流通ハ信用ニ基キテ起リ流通ノ運命ハ一ニ信用ノ厚薄ニ依リテ決定セラルルモノナリ然ラハ流通ヲ以テ其骨子トスル手形ニ在リテ其效用ヲ完カラシメントスルニハ其策一ニ信用ヲ保護シ之ヲ發達セシムルノ途ヲ講スルニ在リト謂フヲ得ヘク信用成リテ流通圓滑ト爲リ容易ト爲リ手形ハ之ニ依リテ始メテ紙幣ト同様ノ經濟的作用ヲ爲シ得ヘキナリ信用ノ發達ハ社會萬般ノ進化ニ待ツ所多ク其施設其方法殊ニ多岐ニシテ一般ニ其説明ヲ爲シ得ヘキ限ニ在ラズト雖モ信用ノ保護ハ法規ヲ以テ其目的ノ一半ヲ達シ得ヘク手形法ハ實ニ此目的ヲ以テ生シタルモノナリ其規定セル所ハ一ニ手形上ノ權利ヲ確保シ信用ヲ保護スルヲ以テ骨子ト爲シ手形

ノ活動ヲ圓滑ニシ其流通ヲ容易ナラシムルヲ以テ最終ノ目的ト爲シ居レリ手形全編ノ規定ハ殆ト其源ヲ此趣旨ニ汲マサルモノナキカ故ニ此事タルヲ特ニ深ク諸君ノ記憶ヲ希望スルモノナリ此根本ノ思想ヲ前提トシテ手形法ヲ研究スルニ於テハ其規定ノ峻嚴ニシテ其形式ノ極メテ窮屈ナル所以ノ理モ亦容易ニ之ヲ了解シ得ヘキナリ予輩ハ茲ニ極メテ簡單ニ手形法規ノ内容ヲ略述シ以テ茲ニ此觀念ノ貫通セル有様ヲ明瞭ナラシムル所アルヘシ

如上説明シタル趣旨ニ基キ手形法規ハ手形上ノ權利ヲ確實ナラシムルカ爲メ終始其債務ヲ嚴格ナル規定ノ下ニ支配シタリ其成立ニハ法定ノ形式ヲ有スル證券ノ作成ヲ必要ト爲シ以テ其意思ノ確實ヲ期スルト同時ニ一見以テ其證券カ特種ノ性質ヲ有スルモノナルコト嚴格ナル規定ノ下ニ支配セララルモノナルコトヲ明白ナラシメ而シテ其證券ニ署名シタル者ニハ其行爲ヲ爲スニ至リタル理由如何ヲ問ハス其手形ニ記載セル文言ニ從ヒテ或ハ支拂ノ責ニ任セシメ或ハ擔保若クハ償還ノ請求ニ應スヘキ債務ヲ負ハシメ而モ其債務者カ債權者ニ對抗シ得ヘキ事由ニ大ナル制限ヲ置キタルカ如キ皆是レ如上ノ目的ヲ達

セシメンカ爲メニ外ナラス此ノ如ク一方ニ於テ手形上ノ債權者ニ種補ノ保護ヲ與フルト同時ニ手形法ハ又他方ニ於テ手形取引ノ迅速ト多數ナル手形關係者ノ利益ノ爲メ債權者ニ對シテモ亦嚴格ナル規定ヲ設ケ手形上ノ權利ヲ行使シ又ハ保全スルニ付キ一定ノ期間内ニ一定ノ場所ニ於テ手形ノ呈示拒絕證書ノ作成又ハ通知等ノ法定ノ手續ヲ踐行スヘキコトヲ命シ其手續ヲ欠缺シタルトキハ手形上ノ權利ヲ失フヘキ旨ヲ規定シ又時效ニ關シテ特ニ短期ノ規定ヲ設ケ以テ彼是ノ利害ヲ調和シ手形活動ノ圓滑ヲ計リタリ其他保證、參加、複本、原本等ニ關スル規定ノ如キ何レモ皆如上ノ目的ヲ達スルカ爲メニ外ナラサルコト他日此等ニ關スル詳細ノ説明ヲ爲スニ於テ漸次其真相ヲ明カニスルヲ得ヘキナリ

狹義ニ於ケル手形法則ハ此ノ如キ手形取引ニ特別ナル固有事項ニ付テノ規定シタルモノナルカ故ニ之ヲ誤解シテ手形ニ關スル總テノ法律關係ニ付テ規定シタルモノト爲ス勿レ商法第四編手形法規ハ所謂此狹義ニ於ケル手形法則ナリ而シテ此手形法則ハ商法ノ一部ニシテ商法ハ又民法ニ對スル特別法ナル

カ故ニ苟モ此手形法規ニ牴觸セザル限ハ商法ヲ適用シ次テ民法ニモ適用スヘキモノタリ例ヘハ手形能力、代理又ハ手形ノ發行、裏書、引受、保證、支拂ニ關スル準備行為所謂豫約、對價、資金關係及ヒ更改、混同等ニ關スル事項ニ付テハ此手形法ニ何等ノ規定ナキカ故ニ商法又ハ民法ノ一般規定ヲ適用セラルヘキナリ唯注意スヘキハ一旦成立シタル手形上ノ權利義務ハ商法民法ニ於ケル普通ノ法律關係ニ對シテ特別ナル地位ニ立ツモノナルカ故ニ之ニ商法又ハ民法ノ一般規定ヲ適用スルニハ特ニ熟慮ヲ要スルモノトス

立法上狹義ニ於ケル手形法則ヲ廣義ニ於ケル手形法則ヨリ分離シテ前者ニハ手形ニ固有ナル法則ノミヲ規定シ非手形關係ヲ一般ノ債務法規ニ讓ルニ至リタルハ新ナル法制ニ屬ス手形法規ノ卒先者トシテ有名ナル佛蘭西法ニ於テハ二者ノ間ニ明畫ナル界ヲ設ケス多少混同シタル所アリシト雖モ我現行商法ハ舊商法ヲ改正スルニ當リテ最近ノ進步主義ヲ採用シ手形ニ因リテ生スヘキ手形固有ノ關係ノミヲ手形法ニテ規律シ非手形關係ハ之ヲ一般商法民法ノ規定ニ讓リタルコト如上ノ説明ノ如シ故ニ予輩モ亦本講義ニ於テハ單ニ此狹義ニ

於ケル手形法則ノミヲ説明スルコトト爲シ非手形關係ニ付テハ諸君カ他ノ購座ニ於テ知得シタル所ノモノヲ以テ之ヲ補充セラレンコトヲ望ム
第二手形ノ種類並ニ其術語
商法第四編手形法ニ於テ認メラルル手形ハ三種ナリ(一)爲替手形(二)約束手形(三)小切手是ナリ
普通手形ト云ヘハ爲替手形約束手形ノ二種ヲ稱スルナリ小切手ハ第十七世紀頃英國ニ其端ヲ發シ諸國ニ擴リタルモノニシテ爲替手形約束手形ニ比シテ其發達極メテ遅ク隨テ之ニ關スル法制モ極メテ近世ノ事ナリ且其經濟上ノ作用ニ至リテモ多少他ト其趣ヲ異ニスル所アルヲ以テ手形ノ一種トシテ之ヲ認ムルハ稀ナリ其詳細ニ至リテハ小切手ノ編ヲ説明スルニ當リテ論究スヘキモ兎ニ角我商法ニ於テハ舊商法カ小切手ヲ手形以外ニ置キタルニ反シテ之ヲ手形ノ一種ト認メタルカ故ニ現行商法ノ下ニ於テ手形ト云ヘハ如上ノ三種アルコトニ注意スヘシ其異同ノ最モ著シキ點ヲ舉タレハ爲替手形ハ第三者ニ委託シテ手形金額ヲ支拂ハシムル旨ヲ記載スル所ノ手形以謂ヒ小切手モ亦此種類ニ

屬ス面シテ兩者ノ間ニ存スル差異ヲ一言セバ前者ハ信用證券ニシテ後者ハ主トシテ支拂ノ用ニ供セラルルニ在リ之ト稍ヤ其趣ヲ異ニスルモノハ約束手形ナリ約束手形ハ手形ヲ發行シタル者カ自ラ手形金額ヲ支拂フヘキ旨ヲ記載スル所ノ手形ニシテ發行者自ラ支拂ノ責ニ任スルモノナルカ故ニ發行者カ其支拂ヲ他人ニ委託スルカ如キ爲替手形又ハ小切手ト異ナリ手形發行ノ當時ヨリ其支拂ニ付キ主タル債務者ノ存在セラル手形タリ爲替手形又ハ小切手ニ在リテ主タル債務者ノ發生スルハ手形ノ發行者ヨリ支拂ヲ委託セラレタル者カ其手形面ニ引受ト稱スル行爲ヲ爲セタル時ニシテ發行ノ當時モハ支拂ヲ委託者存スルノミニテ未タ主トシテ支拂ノ責ニ任スヘキ債務者存在セラルナリ此等ノ事ハ畢竟各論ニ説明ヲ待テ之ヲ會得スヘシモゾナルモ大體上此ノ如キ差別アルコトヲ記憶シ置クヘシ
手形ハ其何レノ種類ニ屬スルヲ問ハス流通證券タルノ結果トシテ極メテ多數ノ手形關係者ヲ生スヘキモノナルカ故ニ法ハ其各關係者ヲ指示スルハ一定ノ稱號ヲ以テシ且其流通ノ方法並ニ流通ノ結果トシテ生スル諸種ノ權利ニ特別

ノ名目ヲ付シ其他普通ノ用語ト異ナリタル幾多ノ術語ヲ使用シ居ルヲ以テ他日一其説明ヲ爲スノ煩ヲ避クルカ爲メ其解シ難キモノニ付キ簡單ナル説明ヲ與ヘ置クヘシ

手形ニハ其成立ニ必要ナル一定ノ形式アリ其法定ノ形式ヲ具備シタル手形證券ノ發行ヲ振出ト稱シ其發行者ヲ振出人ト謂ヒ其手形發行ノ當時ニ於テ其證券ニ手形權利者トシテ記名セラレ第一ニ其手形ヲ取得スル者ヲ受取人ト謂ヒ其他手形ヲ取得ニ因リテ手形上ノ權利ヲ有スル者ヲ總括シテ之ヲ所持人ト稱ス故ニ受取人ト云ヘハ手形所持人中ノ特段ナル一人ニ對スル名稱タルコトニ注意スヘシ約束手形ニ在リテハ前陳セルカ如ク其振出人ハ自ラ支拂ヲ爲スヘキコトヲ約スルモノナルカ故ニ手形發行ノ當時ニ於テハ振出人ト受取人トノ二者アルヲ以テ足レリトスルモ爲替手形又ハ小切手ニ在リテハ振出人ハ第三者ニ支拂ノ委託ヲ爲スモノナルカ故ニ此他ニ尙ホ其委託ヲ受クル第三者カカルヘカラス之ヲ支拂人ト稱ス勿論爲替手形ニ在リテ振出人カ支拂人又ハ受取人ヲ兼テ小切手ニ在リテ振出人カ受取人ヲ兼テ得ルハ法ノ許容スル所ナルモ

此ノ如キハ例外ノ場合ニ屬シ普通爲替手形小切手ニハ別異ノ振出人受取人及ヒ支拂人ノ三者アルヲ例トス

支拂人ハ單ニ手形ニ支拂人ト指名セラレタルノミニテハ縱令手形以外ニ於テ振出人トノ間ニ如何ナル關係ヲ有スルニモセヨ手形上ニ於テハ未タ何等ノ債務ヲ負擔スルコトナシト雖モ法定ノ形式ニ從ヒ其委託ニ對シテ支拂ノ責ニ任スヘキ旨ヲ手形ニ記載スルトキハ之ニ因リテ手形上支拂ニ付キ純然タル債務ヲ負擔スルニ至ルナリ此債務發生ノ原因タル支拂人ノ行爲ヲ稱シテ引受ト謂ヒ引受ヲ爲シタル支拂人ヲ特ニ引受人ト稱ス

手形記載ノ金額ニシテ爲替手形ノ支拂人若クハ引受人小切手ノ支拂人又ハ約束手形ノ振出人ニ依リテ支拂ハルヘキモノハ之ヲ手形金額ト謂ヒ償還金額ニ對スル名稱ナリ此金額ノ支拂ヲ爲スヘキ時土地及ヒ場所ヲ満期日支拂地及ヒ支拂場所ト謂フ我手形法上満期日ヲ定ムルノ方法カ如何ニ限定セラレ居ルヤ支拂地ノ地域ハ何ヲ標準トシテ決スヘキモノナリヤ將タ支拂場所ノ意味如何ハ他日ノ説明ヲ待チテ知ルヘシ

手形ハ指圖證券ニシテ流通ハ其本來ノ性質タルコト儘ニ一言セラルカ如シ而シテ其移轉ニハ一定ノ形式ヲ要スルコト振出ノ場合ニ於ケルカ如ク手形ノ所持人カ此形式ヲ具備シタル行爲ヲ爲スニ依リテ其權利ハ他ニ移轉スルナリ此形式的行爲ヲ稱シテ裏書ト謂ヒ其行爲ヲ爲ス者ヲ裏書人ト稱シ之ニ依リテ手形ヲ取得スル者ヲ被裏書人ト謂フ此被裏書人モ亦儘ニ所謂手形所持人中ノ特段ナル一人ヲ指示スルモノナリ然レドモ其指示ノ對象ハ被裏書人ニ限ラズ手形ノ所持人カ手形ヲ引受テ求メ約束手形又ハ小切手ニハ引受ナシ又ハ支拂ヲ請求スルニハ手形ヲ支拂人(約束手形ニ在リテハ振出人)ニ呈示セサルヘカラス其引受ノ爲メニスルモノハ之ヲ引受ノ呈示ト謂ヒ振出人ニ呈示セサルヘカラス之ヲ支拂ノ呈示ト謂フ而シテ其引受又ハ支拂ノ呈示ヲ爲シタルトキ支拂人カ之ヲ拒ムカ若クハ法定ノ形式ヲ具備シタル引受又ハ支拂ヲ爲ササルトキハ所持人ハ法定ノ期間内ニ引受拒絶證書又ハ支拂拒絶證書ト稱スル形式の公文書面ヲ作成シテ其實事ヲ證明シ且法定期間内ニ之ヲ債務者ニ通知シタル後自己ノ前者即チ爲替手形ニ在リテハ振出人及ヒ其後自己カ手形ヲ取得スルニ至ル

商 法 海 商

法 學 士 内 田 嘉 吉 講 述

緒 論

海商ハ商事ノ一部分ナリ其語ノ示ス如ク海上ノ商ニシテ陸上ノ商ニ相對シテ言フ語ナリ然レトモ商ノ範圍ハ陸上ニ於ケルト海上ニ於ケルトニ由リテ頗ル異ナル所アリ海商ニ規定スル所ハ最モ狭ク之ヲ言ヘハ海上ニ於ケル運輸ニ關スルモノナリ尤モ商法ニ規定スル所ハ單純ナル運輸關係ノミニ止マルモノニ非ス蓋シ運輸ヲ爲スニ付テハ之ニ必要ナル機關ナカルヘカラス即チ第一ニ船舶アルコトヲ必要トス船舶アリト雖モ唯リ動作スルモノニ非サレハ之ヲ操縱スル人ナカルヘカラス即チ第二ニ船員アルコトヲ必要トス

船舶カ此船員ニ操縦セラレテ航海ヲ爲スカ故ニ始メテ運輸ノ行爲ヲ爲スヲ得
 (ヘシ是ニ於テカ運輸ニ關スル百般ノ契約カ成立スルヲ見ル船舶カ航海ヲ爲ス
 ニ當リテハ時ニ或ハ暴風雨ニ遭遇シ船體積荷ヲ毀損スルコトアリ若クハ他船
 ト衝突スルコトアリ此ノ如キ事件ニ因リテ所謂海損ノ關係ヲ惹起スヘシ其他
 船舶ヲ抵當ニ入レ又ハ船長カ航海ニ必要ナル爲メ金ヲ借入ルル等ノ必要ヲ生
 シ此種類ノ事實ヨリ船舶債權者ノ關係ヲ惹起スルモノナリ

以上掲ケタル所ハ海商ノ骨子ト爲ルヘキ事實關係ニシテ海商ニ於ケル法律關
 係ハ主トシテ運輸ヨリ發生スルモノナリト謂フモ不可ナガルヘシ海上ノ運輸
 即チ海運ハ極メテ重要ナルモノニシテ其盛衰ハ國力ノ消長ニ重大ナル影響ヲ
 及ホスハ歴史ニ徴シテ明カナリ一定ノ時代ヲ假定シテ世界ニ於テ如何ナル國
 カ最モ隆盛ナリヤト云フニ其國ハ必ス其時代ニ於テ海運ノ最モ發達シタルモ
 ノナラサルナシ古代ハ措キテ論セス近世ノ初ニ當リテハ葡萄牙ハ一強國ナリ
 シナリ葡萄牙ハ僅ニ西班牙ノ西隅ニ位セル小國ニ過キサルモ其船舶ハ遙ニ遠
 洋航海ヲ爲シ航路ハ亞非利加ノ沿岸ヨリ印度ノ地方ニ及ヘリ葡萄牙ノ海運カ

衰フルヤ其勢力ハ地ニ蕃チ西班牙ハ代リテ非常ノ強國ト爲レリ是レ亦海運ヲ
 盛ニシタル結果ナルニ過キス西班牙ニ次キテ起リタルハ和蘭ナリ和蘭ハ海運
 ヲ以テ有名ナル國ナリ海運隆盛ノ當時ニ在リテハ七萬艘以上ノ船舶ヲ有セリ
 ト云フ和蘭本國ハ歐羅巴ノ大陸ニ於テ最小ナル國ナルモ其船舶ハ印度ヨリ南
 東ノ方支那日本ニ航通シ又亞米利加ノ方面ニ航路ヲ開キテ頗ル富強ヲ極メ
 タリ然ルニ第十七世紀ノ末ヨリ第十八世紀ノ頃ニ及ヒテ英吉利ハ海運ノ發達
 ニ力ヲ注キ遂ニ和蘭ノ海運ヲ打破シテ海上ノ霸權ヲ占メ世界ノ各地ニ殖民地
 ヲ開クニ至レリ爾後現今ニ及フマテ英吉利ハ貿易海運ノ點ニ關シ迪ニ諸國ニ
 冠タリ

以上列舉シタル事實ニ徴スルニ海運事業カ國力ノ増進ニ必要ナルコトハ疑ヲ
 容レサルヘシト信ス先ツ試ニ海運ノ必要ナル理由ノ重ナルモノヲ舉クレハ左
 ノ如シ

第一 海運ハ貿易ノ機關ナリ 一國ノ殖産工業ハ如何程發達スルモ外國ニ輸
 出シテ利益ヲ得ルコトナカリセハ其國ノ富ハ増加スト謂フコトヲ得サルヘシ

貿易ヲ行フニハ悉ク陸上ノ交通ニノミ依ルコトヲ得ス殊ニ海ヲ以テ隔テラレタル國ノ間ニハ海運ノ力ニ依ラサルヘカヲサルハ言フ埃タサル所ナリ縱令陸上ノ交通ヲ爲シ得ルトスルモ道路若クハ鐵道等ノ設備スルマテハ貿易ヲ爲スコト容易ナルヲ得ス海上ノ交通ニ於テハ毫モ此不便ヲ感スルコトナシ貿易上海運ノ必要ナルコトハ殆ト疑フ容レサルヘシ

第二 海運ハ殖民ノ機關ナリ 今日歐羅巴諸國カ各地ニ殖民地ヲ有スルハ海運發達ノ結果ニ依ラサルハナシ既ニ殖民地ノ開發セララルヤ本國ト殖民地トノ間ニハ絶エス交通ヲ爲ササルヘカラス即チ海運ハ兩地ノ間ニ於ケル道路ヲ形成スルモノナリ

第三 海運ハ外交ノ機關ナリ 外交ノ最モ肝要ナルハ國威ヲ發揚スルニ在リ國威ヲ發揚スルニハ國力ノ充實スルヲ要スト雖モ交通機關即チ海運ノ發達如何ハ亦實ニ重大ナル關係ヲ有スルモノナリ歐米諸國カ東洋ニ於テ勢力ヲ有セラルハ他ニアラス彼ハ進ミテ東洋ニ航路ヲ開キ常ニ爲勦ノ位置ニ立タルカ爲メナリ海運ノ便利アリテ貿易交通ノ發達スルニ於テハ其船舶ノ國旗ノ屬スル國

ハ自ラ勢力ヲ保ツコトト爲ルハ明カナル事實ナリ

第四 海運ハ國防ノ機關ナリ 海運カ如何ニ軍事上ニ必要ナルカハ既ニ明治二十七八年ノ戰役若クハ前年ノ北清事變ニ付テ明カニ知ルコトヲ得ヘシ軍隊ノ運送並ニ食料其他必要品ヲ運搬スルコトハ總テ海運ノ力ニ依ラサルヲ得サルナリ

以上ハ最モ重要ナル點ノミヲ述ヘタルノミニシテ詳細ニ觀察スレハ海運事業ノ必要ナルコトハ尙ホ茲ニ止マラサルヘシ隨テ古來諸國ノ政府ハ力ヲ盡シテ之カ發達ヲ力メサルハナシ即チ種種獎勵ノ方法ヲ盡セリ其一ニ例ヲ舉クレハ英吉利カ海運ヲ保護スルニ當リテハ所謂航海條例ナルモノヲ施行シテ本國ト殖民地トノ間ニハ英國ノ船舶ニ非サレハ貨物ヲ運搬スルコトヲ得ス等ノ規則ヲ設ケタルコトアリ又佛蘭西ニ於テハ國旗附加税ノ制度ヲ行ヒテ外國船舶ニ依リ輸入シタル貨物ニ重税ヲ課シタルコトアリ現今沿岸航海ヲ本國船舶ノ特權ニ留保スルノ制ハ前記保護政策ニ由來セルモノナリ其他各種ノ方法ヲ以テ自國ノ海運ノ進歩ヲ圖レリ又近來ハ此等間接保護ノ制ヲ廢シ直接ノ保護ノ

方法ヲ採用スルニ至レリ直接ノ保護トハ政府カ補助金ヲ下付シテ自國ノ海運ヲ獎勵スルニ在リ此直接ノ保護ニ二様ノ區別アリ一ハ特別ノ助成一ハ一般ノ獎勵是ナリ特別助成トハ政府カ一定ノ海運當業者ト契約ヲ結ビテ國ノ交通上貿易上最モ須要ナル航路ニ船舶ヲ配置セシメ一定ノ回數ヲ限リ時ヲ定メテ航海ヲ爲サシメ之カ損失補償トシテ補助金ヲ下付スルコトヲ謂フ然レトモ大洋ハ廣大ニシテ航路ハ無限ナリ國家カ十分ニ海運ノ發達ヲ圖ラントスルニハ少數ノ海運業者ヲシテ航海ヲ爲サシムルノミニテハ目的ヲ達スルコトヲ得ス是ニ於テカ一般獎勵ヲ施スノ必要アルヲ見ル此方法ニ依ルトキハ一般ニ遠洋ノ航海ニ從事スル者ニハ船舶ノ種類ニ依リ獎勵金ヲ下付シ廣ク航路ヲ四方ニ求メシメ以テ海運カ自由ニ發達スルコトヲ期スルモノナリ我邦ニ於テモ近年此直接保護ノ方法ヲ採用シテ海運ノ擴張ヲ圖リツツアリ

世界ニ於ケル海運カ大體ニ於テ如何ナル情態ニ在ルヤヲ示ス爲メニ最近ニ於ケル世界ノ船舶ノ數ヲ示サントス最近ノ調査ニ依レハ百噸級船舶ハ總噸數帆船ハ登簿噸數以上ノ船舶ハ二萬九千九十一艘三千六十萬五千噸ナリ各國ニ就

テ之カ分配セラルル所ヲ見ルニ其第一ハ英吉利ナリ英國ノ有スル船數ハ一萬八百六十九艘其噸數千四百七十萬八千二百六噸第二ハ北米合衆國ニシテ船數三千二百八十六艘其噸數三百七十七萬三千三百四十四噸第三ハ獨逸ニシテ船數七百八十六艘其噸數二百九十萬五千七百八十三噸第四ハ諸威ニシテ船數二千三百二十一艘其噸數百六十二萬七千二百二十噸第五ハ佛蘭西ニシテ船數千二百四十七艘其噸數百四十萬六千八百九十三噸第六ハ伊太利ニシテ船數千二百十三艘其噸數百一十一萬七千五百三十八噸第七ハ露西亞ニシテ船數千二百九十九艘其噸數七十八萬九千二百五十三噸第八ハ西班牙ニシテ船數六百二十九艘其噸數七十八萬六千三百五十五噸第九ハ瑞典ニシテ船數千四百八十三艘其噸數六十七萬六千二百十九噸ナリ日本ハ其次ニ位シ船數千三百八十五艘其噸數六十四萬四千六百六十四噸ナリ其割合ハ英吉利ハ世界全體ノ百分ノ四十獨逸ハ北米合衆國ハ百分ノ十獨逸ハ百分ノ九諸威ハ百分ノ五佛蘭西ハ百分ノ四日本ハ百分ノ二ヲ占ムルモノナリ

本邦ニ於テ今日ノ海運事業トシテ見ルヘキモノヲ起リタルハ明治ノ時代ニシ

ヲ所謂西洋形船ノ輸入セラレタル後ニ在リ此西洋形船ハ最初ハ一箇人ノ所有
スルコトヲ許サザリシカ明治二年ニ至リ始メテ之ヲ禁テ解キ私有ヲ許シタリ
明治三年ニハ船數流船三十五艘其噸數登簿一萬五千四百九十八噸帆船十一艘
其噸數二千四百五十噸ノミナリシカ漸次増加セリ明治七年ニ於ケル臺灣征討
明治十年ニ於ケル鹿兒島戰役等ノ際軍事上船船ノ必要ヲ生シ一段ノ進歩ヲ爲
シタリト雖モ最モ著シキ發達ヲ呈シタルハ明治二十七八年ノ日清戰役ナリト
ス此戰役ニ際シ必要ノ船船ヲ買入レタルト戰役終リテ後各事業勿論シタルト
共ニ海運事業モ進歩シテ顯著ナル擴張ヲ見ルニ至リタリ其結果トシテ現今船
船ノ統計ヲ見ルニ流船九百四十二艘其噸數登簿三十四萬二千噸帆船三千四百
十六艘其噸數登簿二十九萬六千噸ニ上レリ其總噸數ニ至リテハ流船帆船合セ
テ八十七萬噸ニ越エカリ之ヲ明治ノ初年ニ比スレハ著シキ進歩ト謂ハサルヲ
得ス

次ニ我船員ニ就キ少シク述フル所アラントス明治ノ初年ニ當リテハ船船ニ於
テ重要ナル職務ヲ執ル者ハ法律上格段ノ制限ヲ加ヘザリシモ明治九年ニ至リ

民事訴訟法 (自第三編至第五編)

民事訴訟法ニ於テ上訴ト稱スルハ上級裁判所ニ對シテ當事者カ未確定ノ裁判
ヲ攻擊スル訴訟上ノ救済方法ナリ此定義ヲ分析スレハ左ノ如シ

第一編 上訴

緒論

民事訴訟法ニ於テ上訴ト稱スルハ上級裁判所ニ對シテ當事者カ未確定ノ裁判
ヲ攻擊スル訴訟上ノ救済方法ナリ此定義ヲ分析スレハ左ノ如シ

第一 上訴ハ未確定ノ裁判ヲ攻擊スル方法ナリ
裁判ト稱スルハ訴訟ニ關スル裁判所ノ宣言ヲ總稱シタルモノナリ其宣言ノ内
容カ當事者ノ訴訟法上若クハ實體法上ノ權利ニ付キ判定ヲ爲シタルモノナル
ト又單ニ訴訟上ノ指揮ニ關スルモノタルトヲ問ハス總テ之ヲ裁判ト稱ス而シ

ヲ其宣言ヲ爲ス機關カ裁判所ナルト裁判長ナルト受命判事ナルト若クハ受託判事ナルトヲ問ハス廣ク之ヲ裁判ト稱セリ獨逸ノ訴訟法ニ於テハ裁判所書記ノ宣言モ亦之ヲ裁判ト稱スレトモ我訴訟法ニ於テハ裁判所書記ノ宣言ハ之ヲ處分ト稱シテ裁判ナル名稱ヲ付セス第四六五條裁判ヲ分テテ判決決定命令ノ三種トス

判決トハ訴訟當事者ヨリ要求シタル訴訟法上若クハ實體法上ノ權利ニ關シ必要的口頭辯論ニ基キテ爲シタル裁判所ノ宣言ヲ謂フ判決以外ノ裁判所ノ宣言ハ總テ之ヲ決定ト稱シ決定ハ口頭辯論ヲ經ス若クハ權能的口頭辯論ヲ經テ爲シタル裁判所ノ宣言ヲ謂フモノニシテ其内容ハ訴訟法上若クハ實體法上ノ權利ニ關スルコトアリ(第二八條第三七條第五條第八五條第七四二條第七五六條等參照)又單ニ訴訟ノ指揮ニ關スルコトアリ(第一一四條第一一五條第一一七一條等參照)故ニ訴訟法上實體法上ノ權利ニ關スル宣言ハ必スシモ判決ト謂フコトヲ得ス或ハ決定ナルコトアリ然レトモ判決ハ訴訟法上實體法上ノ權利ニ關シテ爲シタル宣言ナルコトヲ必要トス又口頭辯論ヲ經テ爲シタル裁判所ノ宣言ハ必スシモ判決ニ非ス決定モ亦口頭辯論ヲ經タル事項ニ付キ宣言スルコトアリ然レトモ必要的口頭辯論ニ基キタル宣言ハ常ニ判決ナリ且ス次ニ命令上ハ裁判長受命判事受託判事ノ爲ス宣言ニシテ其内容ハ訴訟ノ指揮ニ關シ若クハ訴訟法上ノ權利ニ關スルコトアルモノトス

言ハ必スシモ判決ニ非ス決定モ亦口頭辯論ヲ經タル事項ニ付キ宣言スルコトアリ然レトモ必要的口頭辯論ニ基キタル宣言ハ常ニ判決ナリ且ス次ニ命令上ハ裁判長受命判事受託判事ノ爲ス宣言ニシテ其内容ハ訴訟ノ指揮ニ關シ若クハ訴訟法上ノ權利ニ關スルコトアルモノトス

右ノ三種類ノ裁判ハ當事者ヨリ不服ノ申立ヲ許スモノト全然不服ノ申立ヲ許ササルモノトノ區別アリ不服ノ申立ヲ許ササル裁判ハ訴訟法上明文ヲ以テ規定シ其他ノ裁判ニ付テハ總テ不服ノ申立ヲ許スモノナリ然レトモ不服ノ申立ヲ許ス裁判申上訴ヲ許スモノ即チ上訴ノ方法ヲ以テ不服ノ申立ヲ許スモノト之ヲ許ササルモノトノ區別アリ如何ナル裁判ニ對シテ上訴ノ申立ヲ許スヤ否ヤニ付テハ後日説明スヘキモ上訴ヲ許ス裁判ト雖モ絕對ニ之ヲ許スモノニ非ス訴訟法ハ一定ノ時期ヲ定メテ其時期ヲ經過シタル後ニ在リテハ其裁判ニ對シテ上訴ヲ許ササルモノト定ム裁判カ上訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得サルニ至リタル狀態ヲ稱シテ裁判ノ確定ト謂フ故ニ上訴ヲ確定ニ至ラサル裁判即チ未確定ノ裁判ニ對スル攻撃方法ナリトス

第二 上訴ハ上級裁判所ニ對シテ爲ス攻撃方法ナリ

判決、決定、命令ニ對シテ不服ヲ申立ツル方法ニ上級裁判所ニ對シテ申立ツルコトヲ要スルモノト其裁判ヲ爲シタル裁判所ニ對シテ申立ツヘキモノトノ二アリ獨逸ノ訴訟法學者フランク氏ハ上訴トハ權利ニ違スルノ方法ヲ謂フモノナリトシ上訴ニハ廣狹ノ二義アリトセリ而シテ廣義ノ上訴ハ訴訟ヲ進行中ニ生シタル權利ニ違スルノ妨害ヲ排斥スル爲メ法律カ訴訟當事者ニ付與シタル總テノ救済方法ハ悉ク之ヲ上訴ト稱スヘキモノナリトシ訴訟進行中ニ生シタル妨害ハ裁判官ノ裁判ニ基クト訴訟當事者ノ自己ノ行爲不行爲ニ因ルトヲ問ハス又訴訟進行中ニ生シタル妨害ヲ除却スル方法ハ上級裁判官ノ救済ニ依ルト又其妨害ヲ生シタル手續ヲ爲シタル裁判官ノ救済ニ依ルトハ上訴ノ意義ニ關係ナキモノトセリ此主義ニ依レハ不變期間懈怠ノ結果ヲ除却スル原狀回復ノ申立、故障ノ申立又ハ再審ヲ求ムル訴モ上訴ト謂フコトヲ得ヘシ而シテ氏ハ狹義ノ上訴トハ上級裁判所之ヲ完結スヘキ下級裁判官ノ裁判ニ對スル不服申立ノ方法ヲ謂フモノトセリ獨逸ノ舊普通法ニ依レハ上訴ノ意義ハ「フランク氏ノ

所謂廣義ニ用ヒラレタリト雖モ同國ノ民事訴訟法並ニ我民事訴訟法ニ依レハ上訴トハ「フランク氏ノ所謂狹義ノ意義ニ用ヒラレタルモノニシテ即チ一ノ裁判官ノ裁判ヲ上級裁判所ニ對シ訴訟當事者ヨリ廢棄若クハ變更ヲ求ムル方法ヲ謂フモノナリ故ニ原狀回復ノ申立、故障ノ申立、再審ヲ求ムル訴判決ノ補充更正ノ申立、除權判決ニ對スル不服ノ申立、仲裁判斷ニ對スル不服ノ申立ノ如キハ上級裁判所ニ對シテ申立ツルモノニ非サルヲ以テ上訴ト謂フコトヲ得ス裁判官ノ裁判ニ對シテ上級裁判所ニ不服申立ヲ爲ス方法則チ控訴、上告、抗告ノ三ヲ上訴ト稱スルモノナリ

第三 控訴ハ訴訟上ノ救済方法ナリ民事訴訟法ニ於テ上訴ヲ設ケタル目的ハ確實ニ訴訟當事者ノ私法上ノ利益ヲ保護セシカ爲メナリ蓋シ裁判所構成法ニ於テ裁判官ト爲ル資格ニ付テ規定ヲ設ケ法律上ノ學識經驗アル者ヲ以テ之ニ充ツルト雖モ尙ホ裁判官カ訴訟事件ヲ處理スルニ當リテハ錯誤又ハ過失ニ由リテ誤謬ノ裁判ヲ爲スコトナキヲ保セス此場合ニ於テ其裁判ヲ攻擊スル方法ヲ設ケザルトキハ爲メニ訴訟當事者

ハ權利ノ侵害ヲ受ケ完全ニ私法上ノ利益保護ノ目的ヲ達スルコトヲ得サルニ至ル故ニ當事者カ裁判官ノ裁判ヲ誤認ナリト信シタル場合ニハ其裁判ニ對シテ不服ヲ申立テ以テ其裁判ノ當否ヲ審査シ之ヲ廢棄變更スルコトヲ得ルノ方法ヲ設クルハ私法上ノ利益保護ニ關シテ極メテ必要ナリトス故ニ國家ハ裁判所ニ上級審下級審ノ階級ヲ設ケ上級裁判所ヲシテ下級裁判所ノ裁判ノ當否ヲ審査セシム然レトモ民事訴訟ハ一私人ノ私法上ノ利益保護ニ關シテ設ケラレタル手續ナルヲ以テ縱令一ノ裁判所ノ裁判ニシテ不當ナル場合アルモ訴訟當事者ニシテ之ニ服從スル場合ニ於テハ國家ハ求メテ之カ干涉ヲ試ムルモノニ非ス唯當事者ニ於テ不服ナル場合ニ限リ當事者ノ意思表示ニ因リテ始メテ裁判所カ其當否ヲ審査スルモノナリ故ニ上訴ハ上級裁判所ニ對シ當事者カ自己ニ不利益ナル裁判ノ廢棄若クハ變更ヲ求ムル方法ニシテ即チ訴訟法カ訴訟當事者ニ付與シタル救済方法ナリ

上訴ノ制度ハ右ニ述ヘタル如ク私法上ノ利益保護ヲ目的トスルコトハ勿論ナレトモ一國ノ法律ノ解釋適用ヲ統一スルコトモ亦上訴ノ一ノ目的ナリ一國ニ

多數ノ裁判所カ存在スル以上ハ各裁判所ニ於テ或ハ法律ノ解釋ヲ異ニシ或ハ適用ヲ異ニスル場合アリ其法律ノ解釋適用ヲ統一スル爲メニ一國ニ最高唯一ノ裁判所ヲ以テ訴訟當事者ハ之ニ對シテ下級裁判所ノ裁判ノ不服ヲ申立ツルヲ得セシメタルナリ

上訴ニ三種アリ控訴上告及ヒ抗告是ナリ控訴上告ハ判決ニ對スル不服申立ノ方法ニシテ抗告ハ決定若クハ命令ニ對シテ申立ツル方法ナリ而シテ控訴ハ第一審裁判所ノ終局判決ニ對シテ爲ス不服申立ノ方法ニシテ第一審裁判所ノ事實ノ認定法律ノ適用ニ付テ其當否ヲ上級裁判所ヲシテ審査セシムルヲ目的トス上告ハ第二審裁判所ノ終局判決ニ對スル不服申立ノ方法ニシテ法律適用ニ關シテ上級裁判所カ之ヲ審査スルモノナリ抗告ハ訴訟手續ニ關スル申請ヲ口頭辯論ヲ經スシテ却下シタル裁判其他法律ニ於テ明文ヲ以テ規定シタル決定命令ニ對スル不服申立ノ方法ニシテ控訴若クハ上告ニ依ル不服申立ノ方法ヲ補充シ又ハ簡易ナラシムルモノナリ

第一章 控訴

第一節 控訴ノ性質

控訴トハ訴訟ニ付キ必要ナル程度ニ於テ新ニ辯論ヲ爲シ第二審裁判所ノ爲シタル判決ヲ審査シ且第一審裁判所ノ判決ヲ控訴人ノ利益ニ變更スルカ爲メニ直近ノ上級裁判所ニ訴フル方法ヲ謂フ即チ第一審裁判所ニ於テ終局判決ニ依リテ終了シタル訴訟ヲ再ヒ上級裁判所ニ於テ辯論ヲ爲シ第一審ノ判決ニ依リテ不利益ヲ蒙リタリト爲ス當事者ノ主張カ果シテ正當ナリヤ否ヤヲ審査スル方法ナリ(第三九六條) 茲ニ本節ニ於テ第一審判決ノ當否ヲ審査スル控訴ノ手續ハ上級裁判所タル控訴審カ第一審裁判所ノ判決ノ當否ヲ審査スルモノナレトモ民事訴訟一般ノ原則タル不干渉主義ニ依リ上級裁判所カ自ラ進ミテ其手續ヲ開始スヘキモノニ非スシテ當事者ニ於テ一定ノ條件ヲ具備シテ控訴ノ申立ヲ爲シタルトキニ限りテ開始セラルルモノトス換言スレバ控訴手續ノ開始ハ全ク當事者ノ自由意思ニ放任セラルルモノニシテ當事者ニ於テ控

訴ノ申立ヲ爲シタルトキニ控訴裁判所ハ始メテ其訴訟ニ干涉シ控訴ヲ申立テラレタル判決ヲ審査シ且適當ナル場合ニ於テハ之ヲ變更スルノ義務ヲ生スルモノナリ故ニ訴訟ノ當事者ハ控訴裁判所ニ對シテ控訴權ヲ有ス控訴權ハ形式的控訴權及ヒ實體的控訴權ノ二種ニ區別スルニトテ得而シテ形式的控訴權トハ控訴ニ付キ控訴裁判所ニ第一審判決ヲ審査及ヒ裁判ヲ求ムル控訴人ノ權利ニシテ實體的控訴權トハ控訴ニ依リ不服ヲ申立テラレタル第一審ノ判決ヲ控訴申立ノ如クニ變更ヲ求ムル控訴人ノ權利ナリ此形式的控訴權ハ訴訟條件ニ付テ審査スルモノニシテ換言スレバ適法ノ控訴ナルヤ否ヤ即チ第四百二條第四百二條ノ條件ヲ具備スルモノナルヤ否ヤヲ審査スルモノニシテ實體的控訴權ノ審査ハ事件其モノニ付キ本案ニ入リテ審査スルモノトス換言スレバ形式的控訴權及ヒ實體的控訴權ノ審査ハ控訴裁判所ニ於テハ第一審裁判所ノ訴訟ト同シテ當事者ノ口頭辯論ヲ經テ審査スルモノナルヲ以テ隨テ控訴人ノ控訴申立ニ因リ下級裁判所ニ於ケルト同シク一箇以新ナル訴訟カ控訴裁判所ニ成立スルモノナリ換言セバ下級裁判所ニ於ケル訴訟トハ分離シタルモノ

新訴訟カ上級裁判所ニ於テ成立スルモノナリ而シテ控訴裁判所ニ於テハ新辯論ヲ爲シテ第一ニ控訴人ハ控訴申立ニ付キ審査並ニ裁判ヲ求ムル權利アリヤ否ヤ即チ被控訴人ヲ強制シテ應訴セシムルノ權利アリヤ否ヤニ付キ審査ヲ爲シ然ル後控訴人ノ不服ヲ申立テタル判決ヲ控訴申立ノ如ク變更ヲ求ムルノ權利アリヤ否ヤ即チ被控訴人ニ對シ控訴人ノ申立テタル判決ノ變更ヲ承認セシムル權利アリヤ否ヤニ付キ審査スヘキモノナリ故ニ形式的控訴權ハ訴權ノ内容タル應訴強制權ニ該當シ實體的控訴權ハ敗訴強制權ニ該當スルモノナリ右ニ述ヘタル如ク控訴裁判所ニ於ケル訴訟ハ控訴ノ提起ニ因リテ生スル新訴訟ニシテ下級裁判所ノ訴訟ノ一分ニ非ス固ヨリ訴訟ノ原告カ私法上ノ利益ニ付キ國家ノ機關タル裁判所ニ對シテ其保護ヲ要求シタル訴訟ノ全部ヨリ觀察スルトキハ其一部分ナリト雖モ下級裁判所ノ訴訟ハ其終局判決ニ因リテ終了シ控訴ノ訴訟ハ控訴ノ申立ニ因リテ新ニ生スル獨立ノ訴訟ニシテ下級裁判所ノ訴訟ノ一分ニ非サルナリ故ニ下級裁判所カ爲シタル一箇ノ判決ニ對シ數箇ノ控訴ヲ申立テラレタルコトアリト雖モ之カ爲メニ數箇ノ控訴カ合シテ一

箇ト爲ルモノニ非スシテ數箇ノ控訴ハ各獨立シテ存在シ控訴裁判所ニ於テハ下級裁判所ノ一箇ノ判決ニ對シテ數箇ノ新訴訟ヲ開始スルコトアルモノトス』控訴裁判所ニ於ケル新訴訟ハ下級裁判所ノ判決ノ當否ニ付テ批評ヲ爲スノミヲ以テ目的トスルモノニ非ス即チ下級裁判所カ其訴訟ニ於テ現ハレタル訴訟ノ材料ニ付キ正當ナル判決ヲ爲シタルヤ否ヤヲ審査スルノミニモ非スシテ却テ下級裁判所ニ於テ終局シタル訴訟ヲ更新シテ上級裁判所ニ現ハレタル訴訟ノ材料ニ據リテ下級裁判所ノ判決ノ當否ヲ審査スルモノナリ故ニ或場合ニハ事情ノ變更ニ因リテ下級裁判所ニ於ケル正當ナル判決モ廢棄變更スルコトヲ得ルモノトス然レトモ控訴ノ新訴訟ニ於テハ當事者カ下級裁判所ニ於テ爲シタル訴訟行爲ヲ更ニ顧ミスシテ下級裁判所ノ訴訟ニ付キ絶體ニ覆審スルモノニ非ス換言スレハ下級裁判所ノ訴訟材料ヲ全ク顧ミスシテ一旦下級裁判所ニ於テ終了シタル訴訟ヲ再ヒ審理スルモノニハ非ス當事者カ下級裁判所ニ於テ爲シタル訴訟行爲ハ一定ノ範圍内ニ於テ控訴ノ訴訟ニ於テモ效力ヲ有スルカ故ニ全然更新シテ覆審ヲ爲スモノニ非スシテ控訴ノ訴訟ハ第一審ノ口頭辯論ノ

第二節 控訴提起ノ條件

控訴ノ提起トハ訴訟ノ當事者カ法定ノ方式ニ從ヒ第二審裁判所ニ對シテ第一

審判決ノ變更ヲ求ムル意思表示ヲ謂フモノナリ此控訴ノ提起アリタル場合ニ於テ控訴裁判所ハ提起セザレタル控訴ハ許スヘキモノナルヤ否ヤ法律上ノ方式ニ從ヒタルヤ否ヤ法定ノ期間ニ於テ控訴ヲ提起シタルヤ否ヤハ職權ヲ以テ審査スヘキモノトス(第四一九條)隨テ控訴ノ提起ヲ爲スニハ控訴カ許スヘキモノナルコト法律上ノ方式ニ從フコト、法定ノ期間ニ提起シタルコトノ三條件ヲ具備スルコトヲ必要トス以下此條件ニ付テ説明スヘシ

第一 控訴カ許スヘキモノタルコトヲ要ス

第二 控訴ハ第一審裁判所ニ於テ爲シタル終局判決ニ對シテ訴訟ノ當事者ヨリ提起シタルトキニ限り許スヘキモノトス(第三九六條)獨逸民事訴訟法舊第四七二條

新第五一一條

(一) 當事者 第一審ニ於ケル主タル當事者及ヒ其相續人ハ、控訴ノ提起ヲ爲ス
コトヲ得第一審ニ於テ當事者ニ非サリシ第三者ハ、縱令訴訟ノ成績ニ如何ナル
利害ノ關係ヲ有スルモ、控訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得ス而シテ特定承繼人ハ獨逸
民事訴訟法ハ一定ノ條件ノ下ニ主タル當事者ニ代リテ自ら訴訟ノ當事者ト爲

ルコトアルヲ以テ控訴ノ提起ヲ爲シ得ル場合アリト雖モ獨逸民事訴訟法舊第二三六條第二三七條第二三八條新第二六五條我民事訴訟法ニ於テハ特定承繼人ハ獨立シテ控訴ヲ提起スルコトヲ得サルモノナリトシテハ其ノ如クハ其ノ如ク普通ノ共同訴訟人ハ各別ニ獨立シテ相手方ニ對立スルモノナレハ他ノ共同訴訟人ニ關係ナク控訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得ヘシ

民事訴訟法第五十條ノ共同訴訟人ハ其一人カ控訴ヲ提起シタル場合ニハ總テノ共同訴訟人カ控訴ヲ提起シタルモノト爲ル隨テ控訴裁判所ニ於テハ一人カ控訴ヲ提起シタル場合ニテモ總テノ共同訴訟人ヲ口頭辯論ノ爲メニ呼出スヘキモノナリ民事訴訟法第五十條第四項ニ期間ヲ懈怠シタル者ハ懈怠セザリシ者ニ代理ヲ任シタルモノト看做ストノ規定アリ期間ヲ懈怠ストハ期間内ニ爲スヘキ訴訟行為ヲ爲サザリシ場合ヲ謂ヒ期間ヲ懈怠セストハ期間内ニ爲スヘキ行為ヲ爲シタル場合ヲ謂フ故ニ同條第四項ノ意義ハ共同訴訟人ノ一人カ法定ノ期間内ニ適法ノ行為ヲ爲シタル場合ニハ他ノ共同訴訟人モ總テ適法ニ其行為ヲ爲シタルモノト看做サルモノノ意味ナリトス故ニ共同訴訟人中ノ一人カ申

立タル控訴ハ他ノ共同訴訟人モ亦申立タルモノト謂ハサルヘカラス但一人ノ共同訴訟人カ控訴ヲ提起シ又他ノ共同訴訟人モ亦控訴ヲ提起シタル場合ニハ總テノ共同訴訟人カ控訴ヲ提起シタルモノト爲ルハ勿論ナリトス或ハ一人ノ提起シタル控訴ハ他ノ共同訴訟人ニ對シテ控訴提起ノ效力ヲ生セザルモノナリトノ議論アルモ此論者ト雖モ控訴審ノ辯論ニハ控訴ヲ提起セザル共同訴訟人モ加ハルコトヲ得ルモノニシテ且判決ノ效力ハ當然控訴ヲ提起セザル共同訴訟人ニ及ホスヘキモノナリト説クニ由リテ觀レハ論者ノ説ハ不當ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ控訴提起ノ效力ヲ生セザル第一審ノ當事者カ控訴審ノ辯論ニ加ハルコトヲ得ルト云フカ如キハ訴訟法ニ於テハ説明スルコト能ハサル説ニシテ加之控訴審ニ繫屬セザル訴訟當事者ニ對シテ控訴審ノ判決ノ效力ヲ及ホスコトハ全ク理由ナキ説ナルヲ以テナリ右ノ如ク共同訴訟人ノ一人ヨリ提起シタル控訴ハ他ノ共同訴訟人ニ對シテ控訴提起ノ效力ヲ及ホスモノニシテ第一審ノ判決ハ共同訴訟人中ノ一人ヨリ提起シタル控訴ノ爲メニ總テノ共同訴訟人ニ對シテ其確定ヲ遮斷セラルルモノナリ第四九八條故

ニ自ラ控訴ヲ提起セサル共同訴訟人ト雖モ控訴審ノ辯論ニ加ハルコトヲ得ヘク而シテ各共同訴訟人間ニ於テ控訴審ノ訴訟手續ノ期日期間ヲ代理スルノ關係ヲ生ス

從參加人ハ附隨ノ當事者ナルヲ以テ訴訟當事者ノ一方ヲ補助スル爲メ訴訟ニ關係スルモノナルヲ以テ自己ノ補助スル原告若クハ被告ノ爲メニ控訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ(第五四條第一項)而シテ從タル當事者ナルカ故ニ主タル當事者ニ對スル控訴ノ期間内ニ限り控訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得ヘシ且主タル當事者ノ陳述行爲ト從參加人ノ陳述行爲ト相抵觸シタル場合ハ主タル當事者ノ陳述行爲ヲ以テ標準ト爲スモノニシテ(第五四條第二項)主タル當事者カ控訴ノ放棄ヲ爲シタル場合ハ從參加人ノ控訴ハ成立スルモノニ非ス而シテ從參加人ハ其控訴ニ關スル訴訟費用ヲ負擔セサルヘカラス從參加人ハ第一審ニ於テ附隨シタルト上訴ヲ提起ト共ニ附隨シタルト區別セズ前ニ述ヘタル如ク論定スヘキモノナリ

以上述ヘタル所ハ控訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得ル當事者ニ付テノ説明ナルカ控

訴ハ何人ヲ相手方トシテ提起スルコトヲ得ルカト云フニ第一審ニ於テ判決ヲ受ケタル當事者並ニ其一般承繼人ヲ相手方ト爲スコト必要ナリ從參加人告知參加人等ヲ相手方ト爲スヲ得ヌ又第一審ニ於ケル共同訴訟人ト雖モ訴訟ヲ分離シタル結果一人ニ對シテ判決ノ存在セサル場合ニハ其判決ナキ共同訴訟人ヲ相手方トスルコトヲ得ヌ通常ノ共同訴訟人並ニ民事訴訟法第五十條ノ共同訴訟人ト雖モ第一審ノ判決カ存在スル場合ニハ其全體若クハ一人ヲ相手方トシテ控訴ヲ提起シタル場合ニ第一審ノ判決ト控訴審ノ判決トカ抵觸シタル場合ニ於テ如何ナル效果ヲ發スルモノナルヤハ實體法上ノ問題ニ屬スルナリ訴訟法上ヨリスレハ判決ノ抵觸ハ存在シ得ヘキコトト謂ハサルヘカラス控訴ノ相手方ト爲ルコトニ付テハ民事訴訟法第五十條ノ代理關係ヲ認メタル範圍ニ屬セサルモノナルカ故ニ隨テ右ノ如ク論定セサルヘカラス

(二) 控訴ハ第一審裁判所ニ於テ爲シタル終局判決ニ對シテ提起スルコトヲ要ス即チ區裁判所ノ終局判決若クハ地方裁判所カ第一審トシテ爲シタル終局判決ニ對スルトキニ限り控訴ヲ許サル、如何ナル場合ニ第一審ノ判決カ存在スル

ヤハ判決ノ效力ノ問題ナリ判決ハ言渡ニ由リテ判決タルノ效力ヲ生ス隨テ言渡ノナキ判決ハ縱令其判決ノ正本ノ送達セラレタル場合ト雖モ未タ判決ハ存在シタリト謂フコトヲ得ス而シテ判決ハ言渡アリタルヤ否ヤハ裁判所ノ職權調査ノ事項ニ屬スルモノニシテ口頭辯論ノ方式ニ關スルモノナルカ故ニ唯口頭辯論ノ調査ニ關シテノミ證明スルコトヲ得ヘキモノナリ第一三〇條第一三四條第一審ノ爲シタル終局判決ニ限ルモノナルヲ以テ若シ第一審ニ於テ一部判決ヲ爲シタル場合ニハ其判決ニノミ控訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得又一部判決ヲ以テ裁判セラレサル部分ニ付テハ控訴ノ目的ト爲スコトヲ得サルモノニシテ此部分ニ付テハ其後ノ終局判決ヲ待チテ控訴スルコトヲ得ルモノナリ又第一審ノ判決カ主タル請求若クハ附帶ノ請求其他費用ノ裁判ヲ爲スニ際シ脱漏アリタル場合ニハ之ニ對スル補充判決ヲ爲シタル後ニ非サレハ控訴ノ提起ハ其部分ニ對シテ爲スコトヲ得サルモノナリ終局判決トハ審級ニ於テ訴訟ノ全部若クハ一分ヲ完結スル判決ヲ謂フ第一審ノ終局判決ナル以上ハ全部判決ナルト一分判決ナルトヲ問ハス通常訴訟手續ナルト特別訴訟手續ナルトヲ問ハ

ス控訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ唯例外トシテ後ニ述フル如キ終局判決ニ對シテハ控訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得サルナリ
(イ) 訴訟費用ノ點ニ限リタル判決(第八二條) 費用ノ點ニ限リタル判決ニ對シテハ獨立シテ控訴ヲ提起スルコトヲ得ス然レトモ本案ノ裁判ニ對シテ控訴ノ提起ヲ爲シタルトキハ之ト共ニ不服ヲ述フルコトヲ得ヘク又相手方カ本案ノ裁判ニ對シ適法ナル控訴ヲ爲シ且其控訴ヲ追行スルトキニ限リ其裁判ニ對シテモ控訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得ヘシ費用ノ點ニ限リタル裁判ハ訴ノ取下請求ノ拋棄認諾アリタル場合ニ費用ノ點ニ限リタル判決ヲ生スルコトアルモノトス此等ノ裁判ニ對シテハ獨立ノ上訴ヲ許ササルモノトス
(ロ) 關席判決(第二四六條以下) 關席判決ニ對シテハ期日ヲ懈怠シタル者ハ故障ノ提起ヲ爲スコトヲ得ルヲ以テ控訴ヲ以テ不服ノ申立ヲ許ササルモノナリ然レトモ特定ノ場合ニ限り控訴ヲ許ス即チ故障ヲ許ササル關席判決ニ對シテ懈怠ナカリシコトヲ理由トスルトキニ限り控訴ノ提起ヲ爲スコトヲ得第三九八條故ニ控訴ヲ提起スルコトヲ得ル關席判決ニハ故障ヲ許スヘキモノニ非サ

ルコト及ヒ懈怠ナカリシコトヲ理由トスルコトノ二條件ヲ具フルコトヲ要ス
故障ヲ許ササル闕席判決トハ全ク法律上故障ノ申立ヲ禁シタル闕席判決ヲ謂
フ故障期間ヲ經過シ又ハ故障ノ拋棄ヲ爲シタル爲メ故障ノ申立ヲ爲スヲ得サ
ルニ至リタル闕席判決ノ如キハ故障ヲ許ササル闕席判決ト謂フヲ得ス茲ニ故
障ヲ許ササル闕席判決ト謂フハ闕席判決ニ對シ故障申立ヲ爲シタル原告クハ
被告カ口頭辯論ノ期日ニ出頭セサル爲メ故障ノ棄却ヲ言渡シタル新闕席判決
(第二六三條及ヒ原狀回復ノ申立ヲ爲シタル場合ニ於テ其申立人カ期日ヲ懈怠
シタル爲メニ言渡サレタル闕席判決第一七七條ヲ謂フモノナリ次ニ懈怠ナカ
リシコトヲ理由トスルトハ第一審裁判所カ事實上及ヒ法律上ノ點ニ於テ不當
ニ當事者ニ懈怠アリトシテ闕席判決ヲ言渡シタルコトヲ理由トスルヲ謂フモ
ノナリ例ヘハ出頭セサル當事者カ適法ニ呼出サレタルトキ(第二五四條第一項
第一號)期日カ正當ノ場合ニ於テ開カレサリシトキ(第一六二條)當事者カ辯論ヲ
爲シタルトキ若クハ相手方カ闕席判決ノ申立ヲ爲ササリシトキ第二四六條第
二五一條等ノ場合ニ於テ闕席判決ノ言渡アリタルトキ等ヲ謂フモノナリ右ノ

行政法

法學士岡

實講述

結論

本論ニ入ルニ先テ行政法ノ研究上必要ナル二三ノ注意ヲ爲スヘシ
(第一) 法學ノ目的ハ一定ノ社會現象ヲ研究スルニ在リ 法學ハ社會現象ノ一
タル各人ノ意思關係ヲ以テ其研究ノ目的トス抑モ此意思關係ノモノタル頗ル
複雑ヲ極ムルカ故ニ之ヲ一定ノ組織ト系統ト下ニ整頓シ各人ヲシテ知覺スル
ニ易カラシムルコトヲ要ス是レ法學ノ由リテ生スル所以ナリ法學ハ恰モ動植
物學カ動植物ナル事實ニ付キ其性質機能ヲ類別分析シテ一定ノ組織系統ヲ下
ニ全部ノ觀念ヲ秩序的ニ知覺セシメンコトヲ目的トスルト異ナルコトナシ日

本ノ社會ハ上ニ天皇アリ中間ニ百官有司アリ下ニ庶民アリ其間ニ各種ノ意思關係存在ス法學ハ此關係ノ實體ニ到達センコトヲ唯一ノ目的トス此目的ヲ達スル手段トシテハ第一ニ成文法ヲ採リ次ニ慣習等其他立法ノ意義ニ達スルニ足ルヘキ各般ノ材料ヲ參考トシ論理的ニ其研究ノ地歩ヲ進ムルモノナリ法學カ依リテ以テ其研究ノ唯一手段トスル成文法ハ元來意思關係其モノニ非サルコト勿論ニシテ主權者ノ意思カ文字ト云フ符號ヲ假リテ表ハレタルモノニ外ナラサルナリ

此符號ト云フコトニ付キ茲ニ一言諸子ノ注意ヲ請ハント欲スルモノアリ即チ文字或ハ符號ハ無形ノ意思ノ實體ヲ表顯スル有形ノ手段ニシテ此手段ニ依リテ吾人ハ無形ノ意思ヲ推測スルコトヲ得ルニ過キサルコト是ナリ異ナル文字ヲ用ヒ而モ其實同一ノ意思ヲ表明スル場合アリ又同一文字ヲ使用シテ尙ホ異ナリタル意思ヲ表示スルコトアリ此ノ如キハ立法技術トシテハ固ヨリ避クヘキコト勿論ナレトモ是レ現行成文法ノ實狀ナリ唯吾人ハ文字ノミニ拘泥シテ其表明セル事項ノ實體ヲ誤ラサルコトヲ島メサルヘカラス

此ノ如ク法學ハ事實タル社會ノ意思現象ヲ以テ其目的トスルモノナリ拘ハラス世上往往事實ヲ離レテ架空ノ議論ヲ擅ニシ其結果吾人ヲ誤ラシテ法學ノ能事ハ全ク學者ノ獨斷教ヲ暗誦スルモノナルカ或ハ又文字章句ノ爭議ヲ爲スニ止マルカノ如キ誤解ヲ生セシムルニ至レリ此弊害ハ私法ノ範圍ニ於ケルハ尤モ著シキト(一)外國ノ立法例並ニ學說カ學者ノ腦裡ニ先入主ト爲リ之ヲ藉リテ直チニ我邦法令ノ解析ヲ試ミントスルノ二原因ニ基カスンハ非ス宜ナル哉同一ノ題目ニ關スル立論ト雖モ各人各色ノ說ヲ立テ而モ往往成文法ヲ度外視シテ任意ニ立法論ヲ逞シウシ初學者ヲシテ憲法學及ヒ行政法學ナルモノハ各學者ニ專屬スル一種ノ秘傳ヲ授クルカ如キノ感ヲ起サシムルニ至レルコト今例ヲ舉ゲテ之ヲ説明センニ委任又ハ代理ノ文字ハ私法ノ範圍ニ於ケルト同シテ行政法上ノ用語トシテ往往使用セラルモノナルモ公法上ノ委任又ハ代理ノ性質及ヒ其效果ニ關シテハ未タ何等成文法ノ存スルナキニ拘ハラス學者種種ノ臆測ヲ其字義ノ上ニ下シ成文法ニ根據セサル無用ノ爭議ニ日時ヲ消セルカ如キ是

ナリ其他之ニ類スル事例ハ殆ト枚舉ニ遑アラヌ是レ成文法典ノ完成セサルト我國ニ於ケル公法ノ研究カ日未タ淺キニ由ルモノナルコトハ勿論ナルモ諸子ハ須ク法學ノ目的ハ社會ノ實在現象タル意思關係ノ實體ニ到達スルモノナルコトヲ記憶シ法學研究ハ唯一手段タル成文法ノ規定ヲ離レテ任意ノ判斷ニ根據スル各種ノ議論ニ迷走セサルコトヲ期セラルヘシ

(第二) 立法論ト解釋論 此二者ノ區別ハ公法ノ研究ニ際シテハ特ニ一層注意ヲ惹起セサルヘカラス現行行政法令ノ不完備ナルコトハ後ニ述フルカ如シ故ニ解釋論トシテハ斷定ヲ下スニ難ク又絕對的ニ之カ斷定ヲ下スヲ得サル問題決シテ少カラサルハ當然ノ結果ナリ此ノ如キ問題ニ關シテハ吾人ハ須ク揣摩臆測ノ說ヲ立ツルコトヲ慎マサルヘカラス行政ノ衡ニ當ル政治家トシテハ成文法ノ不完全ナルヲ利用シ臨機應變ノ便宜解釋ヲ採ルコトアルヘキハ必スシモ批難スルノ限ニ在ラスト雖モ法律家ノ職分トシテハ單ニ法文ノ不完備ナルコトヲ論定スルニ止メサルヘカラス然ルニ世上往往解釋論ト稱シツツ其實立法論ヲ主張シ甚シキニ至リテハ是レ近世ノ法理ナリナト主張スル者尠カラ

ス其最モ甚シキハ現行ノ法令ヲ顧ミス初ヨリ立法論ヲ爲シ以テ得タリトスル者アリ現時紛爭ヲ極ムル官吏服從義務ニ關スル學說ノ如キ其一例ナリ若シ行政法學ノ講義ニシテ便宜解釋若クハ立法論ヲ爲スコトヲ其本分トスルモノトセンカ是レ最早法律學ノ範圍ヲ逸シテ無責任ナル一種ノ政治演說ニ外ナラス左レハ立法論トシテハ妙論卓說ヲ立ツルノ餘地アル場合ト雖モ解釋論トシテハ嚴ニ其法令成文ノ範圍ヲ守リ任意ニ之ヲ超脱スルコトナキヲ要ス

(第三) 現行法令ヲ論ス 現行ノ法令中私法ノ範圍ニ於テハ立法ノ形態實質主義精神概チ平衡ヲ保チ甚シキ支梧矛盾アルコトナシ然レトモ茲ニ私法中各別ニ立法セラレタル民法ト商法トノ二法典ヲ採リ兩兩相比較スルトキハ其間亦多少相呼應セサル點アルヲ免レス若シ夫レ刑法刑事訴訟法ノ如キハ現行ノ民法商法等ト其立法主義ヲ異ニシ彼是相對照スルトキハ法理上到底説明スルニ堪ヘサル條目多キハ普ク人ノ知ル所ナリ是レ其起草ノ時代及ヒ起草者其人ヲ異ニセルヨリ生スル當然ノ結果ニシテ從來法典編纂ノ趨勢上避クヘカラサル結果ト謂フヘシ然ルニ翻テ行政法ノ範圍ニ於ケル各種ノ法令ヲ通觀スルニ此

弊害一層ノ甚シキヲ加フルヲ見ルナリ今其原因ヲ尋ズルニ一ハ起草ノ時代異ナレルト二ハ起草者其人ヲ異ニスルニ在リテ存ス即チ之ヲ時代ヨリ言フトキハ維新ノ初ニ於テ發セラレタル布告達ノ類ニシテ今猶ホ效力ヲ保續セルモノアリ之ヲ起草者ヨリ論スルトキハ各別ノ法令ハ各省ニ於テ各局各課各別ニ起草セラルルコト是ナリ起草ノ時代ノ異ナレルヨリ生スルモノハ改正ノ手續ヲ執ルヨリ他ニ手段ナシ起草者ノ異ナルヨリ生スルモノハ之ヲ統一スルノ設備ヲ要ス而シテ法令ノ改正ハ常ニ行ハル所ナルモ今仍ホ及ハス統一ノ設備ハ各省ニ合議體ノ審議機關參事官アリ更ニ法令ノ統一ヲ職掌トスル內閣法制局アリト雖モ此等ノ機關カ各種ノ法案ニ對シ一根本的ノ修正ヲ爲スハ到底企テ及ハサル所ナルノミナラス立法上ノ主義原則トモ稱スヘキ根本問題ニ涉ルトキハ各員各職皆其意見ヲ異ニシ往往ニシテ甲論乙駁ノ結果何レノ主義ニモ屬セサル所謂折衷論ニ歸著シテ已ムカ如キコト往往是アリ是レ行政法ノ範圍ニ於テ私法ノ如キ主義一貫シタル法令ヲ立ツルコトハ到底望ムヘカラサル所以ナリ前ニモ一言シタルカ如ク現行ノ行政法令中ニハ同一ノ事項ヲ意味スル

文字モ異ナリシ事項ノ表明ニ用ヒラレ同事項ニシテ異文字ヲ以テ表明セラルルカ如キ場合甚タ尠カラサルノミナラス其他立法上ノ主義精神紛亂雜擾ヲ極ムルモノ多キニ居ルヲ以テ學理上ノ論證ヲ現行法ノ上ニ求ムルハ到底危險ナル業ニ屬ス故ニ吾人ハ須ク精確ナル論理ノ系統ヲ追ヒ以テ現行法ヲ批判スルハ覺悟ナカサルヘカラス

行政法典ノ編纂ハ非常ノ難事ニ屬シ容易ニ行ハレサルモノトスルモ吾人ハ少クトモ其通則ノ制定アランコトヲ切望シテ止マサルナリ此通則ハ民法ニ於ケル總則ノ如キ地位ヲ有シ統治者ト被治者間ノ法律關係ノ一般原則ヲ規定スルモノナリ若シ此ノ如キ法令ヲ得ルニ至ルトキハ之ニ依リテ各種ノ爭議ヲ除却シ及ヒ官廳ノ自由認定ニ由ル專斷行為ヲ防止スルコトヲ得ルノミナラス依リテ以テ行政法學ノ進歩ヲ督勵スルニ餘アリト信ス

(第四) 論理主義ト沿革主義 凡ソ公私ノ法令ハ幾多ノ沿革ヲ經テ今日ニ至レルモノナルコト論ヲ瑛タス而シテ公法ハ立憲政體ノ創始ニ起レルモノニシテ其日未タ淺シト雖モ其間又各種ノ沿革ヲ經タルモノナルコト勿論ナリ然ルニ

「成法ハ常ニ學說ニ後ルル」原則トシテ現存スル成文法中或ハ既ニ今日ニ在リ
テハ何人モ顧ミサル陳腐ノ學說ニ根據シテ制定セラレタルモノ尠カラズ學者
カ論理のニ現行ノ公法ヲ解釋スルニ當リ許多ノ困難ニ遭遇スルハ洵ニ已ムヲ
得サルノ次第ト謂フヘシ故ニ之カ研究ヲ爲スニ先チ豫メ一定ノ主義ヲ立テ之
ヲ確執セサルトキハ所說各部ニ動搖シテ何等學理ノ價值ナキニ了ルヘシ予ハ
茲ニ行政法ヲ論述スルニ當リ專ラ論理主義ヲ探ルモノナルコトヲ宣明ス勿論
此主義ニ據リテ現行法ヲ解析ヲ試ムルトキハ往往現行法ヲ根本的ニ覆滅セシ
ムルカ如キ結果ヲ生スルコト尠カラズ雖モ彼ノ徒ニ沿革ニ拘泥シテ始終不
貫ノ論理ヲ附會スルカ如キハ學問ノ進歩ヲ阻害スルモノナルヲ以テ沿革ハ唯
立法當時ノ思想ヲ歷史的ニ了知スルノ材料ニ供スルニ止メ其他ハ專ラ論理ノ
系統ヲ追ヒテ現行行政法ノ解剖ヲ試ミントスルナリ
茲ニ附加シテ一言スヘキハ學者往往現行法令ヲ解釋トシテ廣ク行ハレ居ル事
項ニ付テハ成ルヘク之カ攻撃ヲ控ヘ却テ之ヲ庇護セントスルノ情ニ制セラレ
ルコト少シトセス是レ最モ行政法ヲ研究スル者ノ避クヘキコトニ屬スルヲ以

第一編 總論

第一章 法ノ觀念

第一節 法ノ成立

法ハ如何ニシテ社會ニ存立スルニ至リタルヤヲ説明スルハ法ノ觀念ヲ明カニ
スルニ當リテ最重要ノ事項ニ屬ス夫レ一般生物カ分化發達スル所以ノ理法
ハ所謂適種生存ノ原理ヲ外ニシテ之ヲ求ムルコトヲ得ス適種生存トハ生存競
爭ノ結果ヲ言表ハシタル語ニシテ適種生存ハ必ス優者カ劣者ヲ支配スルハ狀
態ト相伴フモノナリ人類モ他ノ生物ト同シテ此理法ニ依リテ他ノ生物ヨリ分
化シ來リ生存競爭ニ於テ其箇人的及ヒ社會的ノ進化ヲ遂ケ漸次繁殖シテ交
意、瀕繁ト爲ルニ從ヒ數箇人若クハ數血族ノ間ニ行ハレタル生存競爭ハ國若ク
ハ團體ノ間ニモ行ハルルニ至リ其結果トシテ最強者若クハ最強團體ノ統治又
ハ併吞ト爲リ往古ニ於テ社會構成ノ核子タリシ血族團體ハ漸ク其跡ヲ絶チ一

種ノ地域團體即チ一定ノ地域内ニ於ケル居住ヲ以テ團體結合ノ聯鎖トセル權力團體ハ地球ノ各部分ヲ通シテ勃興スルニ至レリ爾來此種ノ權力團體ハ幾多盛衰興亡ノ跡ヲ重テ今ヤ古人ノ未タ曾テ夢想タモ及ハサル大團體ハ世界ノ各部分ニ興リ生存競爭ハ國家ノ内外ヲ通シテ益々其猛威ヲ逞シウスルヲ見ルニ至レリ

生存競爭ハ優者ハ統治ト相伴フ優者ハ統治ハ即チ法ヲ生スルノ動機ナリ蓋シ人類相集リテ團體ヲ組織スル以上ハ(一)其團體中ノ優者ハ團體員相互間ニ爭鬭若クハ掠奪等ノ凶事ナカラシムト同時ニ(私法ノ淵源)(二)團體員ノ全部カ自己ニ服從シテ毫モ不滿ナキノ關係ヲ永遠ニ持續スルノ方法ヲ講セサレハ(公法ノ淵源)忽チ團體ノ壞崩ヲ免レサルカ故ニ(團體員カ之ヲ遵奉スルニ非サレハ)團體ハ永續セズト謂フカ如キ性質ヲ有スル數多ノ條件ヲ提出シテ之カ履行ヲ圖ルニ至ルハ數ノ免レサル所ナリ此ノ如キ條件ハ即チ優者ノ意思ヨリ出テテ團體内部ノ法ト爲ルモノニシテ所謂法ハ國家ノ成立要件ナリトノ格言ハ正シク之ヲ言ヘルニ外ナラス是ニ由リテ之ヲ觀レハ優者ノ意思ハ一方ニ於テハ即チ廣大

無邊ナル自然法ノ結果ト看ルヲ得ヘク他方ニ於テハ人定法ノ根源ト看ルコトヲ得ヘシ蓋シ優者カ劣者ニ勝ツコトハ即チ自然ノ秩序ノ然ラシムル所ニシテ優者ノ意思ヲ以テ劣者ノ意思ヲ支配スルコトハ即チ人爲ノ秩序ナリト看ルコトヲ得ヘケレハナリ

以上ハ優者ヲ一箇人トシテ立論セリ然レトモ歷史上ヨリ觀ルトモハ優者ハ必スシモ一箇人ニ限ラス專制君主ノ單獨ニ政權ヲ握ルコトアルノ外或ハ少數ノ貴族カ政權ヲ掌ルコトアリ或ハ多數人民ノ意思ヲ發表シテ統治ノ實ヲ舉クルコトアリ所謂專制政體貴族政體民主政體ナルモノハ交互ニ相循環シテ極ナキヲ見ル然レトモ所謂君主貴族或ハ多數ノ人民ト稱スルモノハ其時代其社會ニ於ケル優者ニ外ナラス故ニ優者トシテ繼續スル間ハ其社會ノ主權者ニシテ其表示シタル意思ハ法ト爲リテ人民ヲ拘束ス此ノ如ク優者ハ種種形體ヲ異ニシテ社會ニ現ハルルモ法ハ劣者ニ對シテ宣布セラレタル優者ノ意思ナリトノ原則ハ萬古不易ノ真理ナリ

近世歐洲ノ立憲君主政體ニ付テモ亦同一ナリ此種ノ政體ハ君主貴族人民共同

レテ法ヲ作ルノ組織ナルカ故ニ君主貴族及ヒ人民トス混合折衷シタルモノト
看ルコトヲ得ヘシ要スルニ法ハ演繹的ニ觀察スルモ亦歸納的ニ觀察スルモ常
ニ優者ノ意思タルヲ失ハサルナリ

第二節 法ノ實質

法ハ統治者ノ繼續シタル意思ノ表示ニシテ抽象的ニ人格者間ノ意思ノ限界ヲ
規律スルモノナリ

(一) 法ハ統治者ノ意思表示ナリ 法ハ源ヲ統治者ノ意思ニ發スルモノニシテ
其表示セラレタルモノナラサルヘカラス故ニ不表示ノ意思ハ法ニ非ス例ヘハ
法律ノ如キモ裁可ト公布トノ二手段ニ由リテ法ト爲ルナリ此意思表示ニハ命
令的ノモノト然ラサルモノアリ又制裁ノ備ハレルモノト然ラサルモノアリ其
他觀察標準ノ異ナルニ依リテ千差萬別ヲ生スルモノトス

(二) 法ハ繼續セル意思ノ表示ナルコトヲ要ス 繼續トハ表示力改廢セラレサ
ル間ハ意思ニ變更ナキモノト看做ス^イトノ意ナリ法學ハ此前提ヲ以テ論理ノ基

點トス故ニ一旦此前提ニシテ破レ表示力變更セラレサルニ拘ハラス意思力變
更セラレルモノトスルトキハ法學ハ忽チ其立脚點ヲ失フヘシ法學カ其立脚點
ヲ失ヒタル時ハ即チ學者ノ所謂事實ノ國家ヲ現出シタル時ニシテ法學ニ於テ
論スヘキ限ニ在ラサルナリ

立憲主義ノ國家ニ在リテ被治者ニ對スル統治者ノ行爲ハ豫メ一般ノ法令中ニ
規定セラレタルモノナルコトヲ要ス是レ立憲國即チ法治國ノ專制國即チ警察
國ト異ナル點ニシテ後者ニ在リテハ主權者ハ法規ナク又ハ法規ヲ順ミルコト
ナク隨意ニ人民ニ行爲不行爲ヲ命令スルモノタリ此種ノ邦國ニ在リテハ公法
學上ニ所謂法規ナルモノナシ然ルニ立憲法治ノ邦國ニ在リテハ主權者ハ常ニ
法令ニ依リ各種ノ統治行爲ヲ爲シ荷モ之ニ背反スルコトナカルヘキヲ以テ歐
洲ノ學者或ハ此狀態ヲ稱シテ主權者ハ法規ニ制限セラレルモノト解説ス此斷
定ハ歐洲各邦ハ措キテ問ハス我邦ニ於テハ大ナル謬説ト謂ハサルヘカラス何
トナレハ我邦ニ在リテハ團體ノ實力人民ニ移リ時ノ君主ニ憲法ヲ強要シタル
ノ形跡ナシ故ニ憲法ト曰ヒ法令ト曰ヒ總テ主權者ノ自由意思カ繼續シテ行動

スルモノト解セサルヘカラス是ヲ以テ議會裁判所國務大臣其他ノ機關カ主權者ノ行爲ニ參與スルハ即チ主權者ノ意思カ繼續シテ行ハルルノ實證ニシテ假ニ此等參與行爲ナキニ至レル時ハ即チ主權者ノ意思ノ實行セラレサルニ至リタル時ニシテ其時コソ主權者ノ意思ハ外部ノ或實力ノ爲メニ制限セラレタルモノト謂フヘシ果シテ然ラハ憲法其他ノ法令ハ之ヲ公布スルト否トハ自由意思ナリト雖モ發布後ハ之ニ制限セラレルモノナリトノ說ハ即チ意思ノ繼續ヲ認メサル說ニシテ法律學ノ根本原理ヲ誤ルモノト謂ハサルヲ得ス

(三) 法ハ人格者ノ意思ノ限界ヲ示ス 治者カ被治者ニ對シテ宣布シタル法ハ或ハ主トシテ治者ト被治者トノ意思關係ヲ示スモノアリ(公法或ハ主トシテ被治者相互間ノ意思關係ヲ示スモノアリ)私法其孰レニ在リテモ意思ノ衝突ヲ生セサルニ先チ之ヲ豫防シ或ハ其衝突ヲ生スルニ及ヒテ之ヲ平穩ニ歸セシムル爲メニ發セラレタルモノナラサルハナク畢竟法ハ意思主體即チ人格者ノ意思ノ限界ヲ定ムル準繩ナリト知ルヘシ

(四) 法ハ抽象的ニ人格者ヲ規律ス 以上法ト稱セルハ通常所謂法規ト云ヘル

ト同一義ナリ法ハ抽象的ノモノナラサルヘカラス即チ一般ノ事實ニ通シテ行ハルヘキ國家ノ意思表示ナラサルヘカラス特定シタル或事項ノミニ付テ具象的ニ之ヲ規律スルハ法規ニ非スシテ處分令ナリ法規ハ數多ノ事項ニ適用セラハヘキ性質ヲ有スルコトヲ要ス事實上ヨリ言フトキハ法規モ亦一ノ事項ニ適用セラレルノミニシテ其目的ヲ達スルコトアルヘシト雖モ他ニ同一事項アレハ總テ之ヲ支配スル性質ヲ有スル以上ハ之ヲ稱シテ法規ト謂フヘキモノトス其詳細ハ處分令ノ說明ニ譲ル

第三節 法ノ形式

形式ニ依リテ法ヲ分類スルトキハ(一)憲法(二)法律三條約四律令五貴族院令六國務ニ關スル詔勅七命令八市町村條例ノ八ト爲スコトヲ得此等ノ成文法ハ必スシモ凡テ法規ヲ定ムルモノニ非ス或ハ處分令ヲ告示シ又ハ單純ナル事實ヲ掲載シ或ハ一定ノ政治上ノ主義ヲ宣言スルカ如キコト少カラズ法規ハ一定ノ形式ヲ有スルモ此等ノ形式ハ亦總テ法規ニ非サルコトヲ注

意セサルヘカラス而シテ行政法ノ淵源タルヘキモノハ總テ法規ノ性質ヲ有スルモノニ限ルハ當然ノ事理ナリ左ニ此等ノ形式ニ付テ概説スヘシ

(一) 憲法 憲法ハ法律以下ノ法規ノ依リテ發動スル根據ナリ此意味ニ於テ憲法ハ行政法ノ淵源タルコト論ヲ煥タス然レトモ憲法ハ尙ホ其他ノ意義ニ於テ行政法ノ淵源タリ即チ憲法ヲ實質的ニ觀察スルトキハ國權發動ノ大本ヲ定メタル條規ト然ラサルモノトアリ學者之ヲ稱シテ一ヲ實質的憲法ト謂ヒ他ヲ形式的憲法ト謂フ此形式的憲法ナルモノハ其條項ノ多數ハ直接ニ行政法ノ淵源ヲ爲スモノナリ例ヘハ第五十二條第五十三條及ヒ第五章第六章ノ規定ノ大部是ナリ

(二) 法律 法律トハ議會ノ協賛ヲ經テ裁可ノ上法律トシテ公布セラレタル國家ノ意思表示ナリ法律ハ憲法第九條ノ規定ニ依リ憲法以下ノ國家ノ意思表示中最強ノ效力ヲ有スルモノナリ

(三) 條約 公布セラレタル條約ノ效力ニ付テハ現行制度上ノ一大難問ニシテ之ニ關スル學說モ未タ一定セス憲法第十三條ノ規定ハ天皇ノ條約大權ノ範

圍ヲ條約ノ執行ニマテ及ホシタルモノト解スルヲ得ス然レトモ新條約締結後ニ於ケル帝國國權ノ事實上ノ發動ハ全然此解釋ニ反對シテ立法事項ヲ規定セル條約ハ別ニ議會ノ協賛ヲ經ス國內ニ公布セラレテ其遵奉ヲ命セラレタルナリ條約ハ國內法ナリヤ否ヤ若シ之ヲ國內法ナリトスルトキハ他ノ法令ニ對スル效力如何此等ノ問題ハ純然タル學理ノ問題トシテ之ヲ斷スルトキハ條約ハ國內法ニ非ス隨テ其效力ハ性質上他ノ法令ト異ナルモノト爲スヲ正當トス然レトモ前述ノ如ク此斷定ハ帝國現行制度ノ實際ヲ説明スルヲ得サルカ故ニ予ハ假ニ條約ヲ以テ行政法ノ淵源ト爲スト雖モ尙ホ茲ニ研究ノ餘地ヲ留保セシト欲スルナリ

(四) 律令 明治二十九年法律第六十三號ハ臺灣總督ニ五年間ヲ限リ其管轄區域内ニ於テ法律ノ效力ヲ有スル命令ヲ發布スルノ權限ヲ委任シタリ此權限ニ基キテ發セラルル命令ヲ稱シテ律令ト謂フ律令ハ法律ト同一ノ效力ヲ有スルヲ以テ臺灣ニ施行セラレタル法律及ヒ勅令ヲ廢止變更スルコトヲ得ヘシ是故ニ律令ハ臺灣ニ限リ效力アル法律ナリ(令第六十二號ニ於テ發シタル)

(五) 貴族院令 是レ憲法第三十八條及ヒ貴族院令第十三條ニ依リ發セラルル法規ニシテ法律ニモ非ス又通常ノ勅令ニモ非サル中間ノ性質ヲ有スルモノナリ之ヲ以テ行政法ノ一淵源ト爲ス所以ノモノハ其名ノ如ク貴族院ノ構成ヲ示スモノニシテ恰モ選舉法カ衆議院ノ構成ニ關シテ行政法ノ淵源タルト同一ノ理由ニ出ツ

(六) 國務ニ關スル詔勅 此種ノ詔勅ハ悉ク行政法ノ淵源ヲ爲スモノニ非サルモ現行制度ノ實際ニ於テハ其中ニ或ハ法規タル性質ヲ有スルモノアリ例ヘハ貴族院伯子男爵議員選舉規定第五條ニ依リ發セラルル勅命ノ如キ其一ナリ國務ニ關スル詔勅ハ元來法規ヲ定ムルコトヲ得ルモノナルヤ若シ定ムルコトヲ得ルモノトセハ如何ナル範圍ニ於テ法規事項ヲ定ムルコトヲ得ルモノナルヤノ問題ハ憲法上大ニ研究ヲ要スル問題ナリトス

(七) 命令 命令ニハ十二種アリ即チ(一)勅令(二)省令(三)府縣令(四)警視廳令(五)道廳令(六)總督府令(七)臺灣ノ縣令(八)臺灣ノ廳令(九)郡令(十)高廳令(十一)北海道支廳令(十二)閣令是ナリ

勅令ハ憲法第八條乃至第十條及ヒ第七十條ニ依リ天皇ノ發セラルルモノナリ省令ハ各省官制通則第四條ニ依リ各省大臣之ヲ發シ府縣令警視廳令及ヒ道廳令ハ地方官官制第七條警視廳令第七條北海道廳官制第十一條ニ依リ縣長官之ヲ發シ總督府令ハ總督府官制第五條ニ依リ臺灣總督之ヲ發シ臺灣ノ縣支廳令ハ臺灣總督地方官官制第十條ニ依リ縣知事及ヒ廳長之ヲ發シ郡令島廳令及ヒ支廳令ハ地方官官制第七十四條第五十二條北海道廳官制第五十條ニ依リ郡長島司之ヲ發シ閣令ハ內閣總理大臣カ公文式第四條ニ依リ行政ノ長官トシテ其主任事務ニ付キ之ヲ發ス

(八) 市町村條例 市町村條例ハ市制及ヒ町村制第十條ニ依リ市又ハ町村カ公法上獨立シタル人格者トシテ發スル命令ニシテ市町村制ニ明文ナキカ又ハ特例ヲ設クルコトヲ許セル範圍ニ於テ市町村ノ事務又ハ市町村人民ノ權利義務ニ關シ設クル規定ナリトス
以上行政法ノ淵源ヲ悉シタリト雖モ尙ホ似テ非ナルモノノ二三ニ關シ之ヲ注意ヲ爲スヘシ

(一) 皇室典範 皇室典範ノ性質如何ハ憲法學上ノ問題ニ屬ス予ハ之ヲ國法人範圍ニ屬セサルモノト解スル者ナリ固ヨリ之ヲ實質的ニ觀察スルトキハ其第一章及ヒ第六章ノ或條規ハ憲法ノ規定ヲ補充セルモノニシテ之カ一部ヲ成スモノト謂フヲ得ヘシ而シテ第七章乃至第九章殊ニ第十一章ノ條規ニ至リテハ實質上行政法ノ淵源タルヘキモノ甚タ多シ然レトモ皇室典範ハ竟ニ公布セラレサルカ故ニ機關及ヒ臣民ニ對シテハ拘束力ヲ生スヘキ根據ナク主權者ト臣民間ノ意思限界ヲ示セルモノナリト解スヘカラサルカ故ニ之ヲ行政法ノ一淵源ト爲スハ論理ノ正鵠ヲ得タルモノニ非ス

(二) 皇室典範ニ根據シテ發セラレタル勅令 此等ノ中ニハ或ハ公布セラレタルモノアリ然ラサルモノアリ其公布セラレサルモノニ付テハ前ト同一ノ論理ニ依リ之ヲ國法ノ一ニ數フルコトヲ得ス其公布セラレタルモノニ在リテハ外觀頗ル國法ニ近似スト雖モ國務大臣ニ非サル宮内大臣ノ副署ヲ以テ發セラレタルモノニシテ憲法上其形式ヲ求ムルコトヲ得サル一種ハ規定ナルヲ以テ之ヲ國法ノ一ト爲スノ根據ハ全然之ナキモノトス

(三) 慣習

慣習又ハ慣習法ニ關シテハ古來學說多岐ニ分レ今尙ホ統一スル所ヲ見ス予ハ之ヲ以テ法ノ要件ヲ缺クモノナリトシテ行政法ノ淵源ヨリ除外セリ今其理由ヲ左ニ述フヘシ

慣習法ニ關スル學說中最モ眞理ニ近キモノヲ國家承認說トス其說ニ曰ク抑モ法ハ主權者ノ意思ナルカ故ニ主權者ノ意思ヲ離レテ法ノ存在スルコトナシ慣習モ亦法ナリトスレハ此意義ヲ外ニシテ他ニ其法タル所以ヲ求ムルヲ得ス故ニ慣習變シテ慣習法ト爲ルハ慣習ノ實體カ主權者ノ意思ト爲ルノ時ナリ云云ト此說ハ近時最モ廣ク行ハレ一見頗ル明瞭ナルニ似タレトモ尙ホ幾多ノ疑問ヲ不問ニ付セルノ廉ナキニ非ス即チ左ニ之ヲ摘示スヘシ

一 所謂事實タル慣習トハ何ヲ指稱スルヤ
二 所謂主權者ノ意思トシテ成立スルハ何レノ時ニ在リ又何ニ依リテ之ヲ知ルコトヲ得ルヤ

慣習ト謂ヘハ其意義明確ナルカ如キモ之ヲ時間ノ點ヨリ觀察センカ往古ニ於テ發生シタルモノアルヘク中古又ハ近世ニ至リテ發生シタルモノアルヘク

シ之ヲ場所ヨリ論セシカ世界ヲ通シテ行ハルルモノアルヘク一國又ハ一地
方ニ限リテ行ハルル慣習モアルヘシ又之ヲ人ニ就テ論セシカ各人均シク認
ムルモノアルヘク然ラサルモノモアルヘシ論者ノ所謂慣習ナルモノノ實體
ハ果シテ何ヲ指スカ到底漠トシテ捕捉シ得ヘカラサルナリ
主權者ノ意思トシテ成立スルトノ觀念モ亦極メテ漠然タルモノニシテ意思
ハ單ニ心理ニノミ成立シ得ヘク又同時ニ外部ニ發表シテ存在スルコトヲモ
得ヘケレハナリ

論シテ此ニ至レハ所謂國家承認說ナルモノハ極メテ論理ニ適スルモノト認
メラルルニ拘ハラス其立論ノ根據頗ル動搖スルヲ免レス
元來法ノ成立ハ單ニ主權者ノ意思ノ決定ノミニテ了ルモノニ非ス之ヲ表示
シテ始メテ法ト爲ルハ既ニ述ヘタル所ノ如シ裁可セラレサル法ハ主權者ニ
對シテハミ成立シタルモノナルヘキモ其未タ公布セラレスシテ臣民ニ知ラ
レサル間ハ臣民ニ對シテ何等ノ命令服從ノ法律現象ヲ生スヘキモノニ非サ
ルカ故ニ法トシテ成立セルモノト謂フコトヲ得ス果シテ然ラハ慣習法ハ法

ナリトセンカ主權者カ慣習ナル或規則其規則ノ實質ハ不明ナルモヲ自己ノ
意思トシテ命令スルノ決意アルト同時ニ其意思ヲ外部ニ表示セサルヘカラ
サルハ勿論ナリ故ニ慣習ト之ニ關スル主權者ノ意思表示トノ關係ハ下ノ二
種ニ區別スルコトヲ得ヘシ

(イ) 成文法ヲ以テ慣習ヲ認ムルコトヲ表示スルトキ

(ロ) 然ラサルトキ

(イ) ノ場合ニ於テハ主權者カ慣習ノ實體ヲ以テ自己ノ意思トシテ人民ニ命
令スルノ決意アルト同時ニ其決意ヲ表示セルカ故ニ此成文法ノ公布ト其
ニ事實タル慣習ハ變シテ法タル慣習ト爲ルモノナリト論スルトキハ一見
差支ナキカ如キモ此論決シテ亦均シク空論タルヲ免レス何トナレハ法ノ認
メタル所謂事實上ノ慣習ニ幾多ノ種別アルハ前述セルカ如シ然ルニ成文
法ノ認ムル慣習ハ此等種別ノ何レニ屬スルモノナルヤ成文法ハ單ニ慣習
ナル文字ヲ用ヒ慣習其モノノ何タルヤヲ規定セス假ニ其成文法カ茲ニ慣
習ト稱スルハ何レノ時代ヨリ起リタルモノニシテ何何ノ地域ニ涉リテ存

在シ何何ノ年月日ニ於テ其區域内ノ人民ノ總員又ハ多數カ其存在ヲ否定セサルモノヲ謂フト云フカ如キ具象的ノ説明ヲ與ヘ慣習其モノノ性質範圍ヲ確定スルニ足ルヘキ規定ヲ設クルトキハ慣習ナル文字ノ意義始メテ明カニシテ慣習ノ實體ヲ成セル法則ヲ成文法中ニ掲ケタルト同シク之ヲ權利義務ノ準則ト爲スニ於テ甚シキ錯誤ナカルヘシ此場合ニ於テ官廳カ慣習ノ實體ヲ成セル法規ヲ適用スルハ其實先天的ニ確定セル法規ヲ適用スルモノナルカ故ニ此慣習ハ法律タル效力アリト謂フコトヲ得ヘシ然レトモ此ノ如キ立法例ハ何レノ時何レノ國ヲ問ハズ未ダ曾テ見サル所ナルヲ以テ單ニ法律ニ記載セル慣習ナル文字ハ頗ル空漠ナル意義ヲ有スルニ了レリ元來慣習ナルモノハ形ナキヲ以テ其存在自身ト雖モ各人各箇ノ認定如何ニ因リテ異同アリ況ヤ其實體及ヒ範圍ニ於テヲヤ左レハ之ヲ官廳ニ對シテ主張スルニ當リテモ人民ノ認定ヲ離レテ別ニ官廳ニハ官廳ノ認定アルヘケレハ人民ノ認定如何ニ拘ハラズ官廳ノ認定ニ由リテ決定ヲ與ヘラルルヲ免レサルヘシ故ニ主權者ノ認定以前ニ在リテ慣習カ變レテ慣

習法ト爲ルトノコトハ法ノ成立ノ一要件タル所ノ表示ナル要件ヲ缺クモノト知ラサルヘカラス畢竟予ハ成文法ヲ以テ認メラレタル慣習法ニ付テハ之ヲ次ノ如ク論定セサルヘカラスト信スルニ於テハ成文法ヲ以テ認メラレタル慣習ハ其之ヲ認メタル法カ主權者ノ心裡ニ成立スルト同時ニ主權者ニ對シテハ、法タル效力ヲ生ス何トナレハ主權者ノ心裡ニハ必ス或特定ノ慣習ヲ認メタルモノサリト謂ハサルヲ得サルヲミナラス此特定ノ慣習ハ亦之カ適用ヲ避クルコトヲ得サルヲ以テナリ之ニ反シテ私人ニ對シテハ慣習ヲ認ムル成文法ノ發布アルモ所謂慣習ナルモノノ實體ハ尙ホ不明ナルカ故ニ其之ニ依リテ認メラレタル慣習ハ嚴正ナル意味ニ於テハ法タル效力ヲ有セサルモノナリ

(ロ)ノ場合即チ成文法ヲ以テ慣習ヲ認メサル國法ノ下ニ法タル慣習存在スヘキヤ否ヤヲ考フルニ此場合ニ於テハ所謂自然法說又ハ總意說若クハ國民確信說ノ如キ宗教的判斷若クハ民主主義ノ前提ヲ置クニ非サルヨリハ其存在ヲ立論スルコトヲ得サルヘシ苟モ法ハ主權者ノ意思ニシテ且人民行政法 總論 法ノ觀念 法ノ形式

ニ表示セラレタルモノナリトノ前提ヲ正確ナリトスル以上ハ慣習法ノ存在ヲ否定スヘキハ論ヲ煥タス蓋シ此場合ハ國家ハ事實ニ於テ一定ノ慣習ノ存在ヲ認ムルモ必スシモ之ニ準據スヘキ公法上ノ義務ナキノミナラス私人モ亦之ニ準據スヘキコトヲ命セラレタルモノニ非ス然レトモ慣習法國ニ於テハ國家モ私人モ其ニ慣習ノ存在ヲ疑ハサルノミナラス一定ノ慣習ハ之ヲ既往ニ鑑ミテ將來モ亦成文法ト同様ニ適用セラレヘキコトヲ推測スルニ足ルヘキヲ以テ事實ニ於テハ國家ト私人トノ間ニ於テ一定ノ法規アルト異ナルコトナカルヘシト雖モ荷モ國家カ將來ニ於テ既往ニ於ケルト同様ノ處分ニ拘束セラレサルモノトスル以上ハ慣習ナル法アリト謂フコトヲ得サルナリ故ニ予ハ此種ノ國法ノ下ニ於テハ斷シテ嚴正ナル意義ニ於ケル慣習ナキコトヲ斷定スルニ躊躇セサルナリ

要スルニ以上ノ所論ハ成文法カ慣習ヲ認メタル場合モ亦之ヲ認メサル場合ニ於テモ所謂慣習法ナルモノハ法ノ要素ヲ具備スルモノニ非ス然レトモ前ノ場合ハ國家ニ對シテノ主觀的ニ法ト同一ノ效力ヲ發生スレトモ

後ノ場合ニ於テハ國家ニ對シテモ私人ニ對シテモ法ノ成立スルコトナキモノト爲スニ在リ

右ノ理由ニ依リ予輩ハ慣習ナルモノハ之ヲ行政法ノ淵源ヨリ排斥スヘキモノナリト信ス

第二章 公法

法ヲ分チテ公法私法ト爲スハ既ニ其萌芽ヲ羅馬ニ發シ爾來今日ニ至ルマテ概テ認メラルル區別ナリト雖モ其區別ノ標準ニ至リテハ學說立法例等未タ其一致ヲ見ルコトヲ得ス或ハ此區別ヲ論究スルコトハ法學者ノ駢弃物タルニ過キスト酷評スル者アルニ至レリ予ハ必スシモ之ヲ以テ法學者ノ戲ナリト看做ス者ニ非スト雖モ亦一方ニ於テハ必スシモ此區別ヲ以テ法學上必須ノ解析ナリト論スル者ニモ非ス何トナレハ法ナルモノハ素ト一ニシテ二ナシ唯觀察方法ハ如何ニ依リ又ハ文法即チ書キ方ハ如何ニ依リ此區別ヲ生ズルニ過キス況ヤ爾ク區別シタル結果ハ必スシモ之ヲ絕對的ノ區別ト看ルヲ得サルモノナルニ

於テヲ今卑見ヲ陳フルニ先チ古代ヨリ今日ニ至ルマデ存在スル所ノ學說ヲ揭ケテ之ヲ批判スヘシ

(第一) 目的ニ依リテ區別スル說 此說ハ更ニ分チテ二ト爲スコトヲ得ヘシ
(一) 公益ヲ保護スルヲ目的トスル法ハ公法ニシテ私益ヲ保護スルヲ目的トスル法ハ私法ナリト曰ヒ又或ハ直接ニ公益ヲ保護スル法ハ公法ニシテ直接ニ私益ヲ保護スル法ハ私法ナリト曰フ

(二) 一箇人ノ目的ヲ完全ナラシムル法ハ私法ニシテ人類ノ共同團體ノ目的ヲ完全ナラシムル法ハ公法ナリト曰フ

(第二) 法規ヲ執行スル主體ニ依リテ區別スル說 公法ハ國家力其任務トシテ實行スヘキモノニシテ私法ハ國家力之ヲ制定スルモ其實行ニ關シテハ之ヲ人民ノ任意ニ委スルモノナリ

(第三) 法ノ規定セル權利ノ性質ヨリ區別スル說 公法ハ權力ニ關スル法ニシテ人ニ對スル權利ヲ規定シ私法ハ自由意思ニ關スル法規ニシテ物ニ關スル法規ナリ

(第四) 法律關係ノ主體ニ依リテ區別スル說 權利關係ノ主體カ公法人ナルトキハ公法ニシテ私人ナルトキハ私法ナリ

(第五) 法律關係ノ性質ニ依リテ區別スル說 公法ハ命令服從ノ關係ヲ規定スルモノニシテ私法ハ平等ノ關係ヲ規定スルモノヲ謂フ
元來公法私法ノ區別ナル問題ハ決シテ成文法ノ解釋問題ニ非ス或ハ成文法中此學說ヲ認メ公權私權等ノ文字ヲ用フルコトアリト雖モ之ニ付テ何等ノ定義ヲ下シタルヲ見ス公法私法ノ定義ニ付テモ亦同シ故ニ此問題ハ全然學者ノ自由立說ノ範圍ニ屬スルモノニシテ如何ナル說ヲ立ツルモ各人ノ隨意ナリ唯之ニ依リテ克ク其人ノ立テタル一般ノ學說ヲ説明スルヲ得ハ則チ足レリ左レハ上掲諸說ハ必スシモ皆絕對的ニ之ヲ否認スルコトヲ得ス學者カ其學說ヲ構成組織スル方法如何ニ依リテハ其何レノ標準ヲ採ルモ差支ナシ又事實何レノ標準ニ依ルモ其指定スル事項ノ範圍ハ顯著ナル差異アルヲ見カバナリ然レトモ予輩ヲシテ最モ便利ナリト信スル定義ヲ掲ケシメハ則チ左ノ如シ
公法ハ直接ニ主權者ト私人トノ關係ヲ規定スル法ニシテ私法ハ直接ニ私人

相互ノ關係ヲ規定スル法ヲ謂フ。抑モ主權者カ法ヲ制定スルニ二方面アルコトハ既ニ法ノ成立ニ關シ説明シタルカ如シ即チ(一)自己ト人民(二)人民相互間ノ關係是ナリ此二種ノ關係ハ公法私法ノ區別ヲ生スル根源ニシテ之ヲ歐洲ノ沿革ニ徵スルニ人民相互間ノ直接關係ニ付テハ古代ヨリ既ニ其規定アリシモ主權者ト人民トノ直接關係ヲ定ムル法規ニ至リテハ中央集權時代以後ニ於テ始メテ之ヲ見ルニ至リタルモノナリト謂ハサルヘカラス而シテ中央集權衰ヘ立憲政體起ルニ際シテヤ自由民權ノ論天下ヲ聳動シ各國君主ハ遂ニ人民ノ多數ニ壓セラレ自己ト人民トノ關係ヲ豫メ法ヲ以テ約束規定スルニ至レリ爾來君主ト人民トノ間ヲ規定スル法規ハ日ヲ追フテ繁密ト爲リ君主及ヒ其機關ノ人民ニ對スルヤ恰モ人民相互ノ間ニ於ケルカ如ク事物物法ノ命スル所ニ從ヒテ行動セサルヘカラサルニ至レリ此ノ如ク公法ト私法トノ間ニハ其目的ニ於テモ又其沿革ニ於テモ多少ノ差異アルヲ以テ歐洲ニ於ケル學說ヲ我國ニ轉用シ此兩者ノ區別ヲ認ムルハ敢テ支障アルナシト雖モ克ク其區別ハ性質及ヒ效果ヲ會得スルニ非サレハ重大ナル

國際私法

法學士 山田 三 良 講述

序言

予ハ本日ヨリ諸君ト共ニ國際私法ヲ研究スルニ當リ講義ノ題目タル國際私法トハ何ソヤノ問題ヲ解釋スルニ先チ古今新學研究ノ發達ヲ略述シテ諸君カ新學ヲ研究セラルルノ便ニ供セントス。抑モ諸君ノ研究セラレタル我國ノ私法ハ素ト我國民カ我國權ノ行ハルル下ニ於テ爲スヘキ法律行爲ノ準則ヲ規定スルヲ以テ主意トシ外國人相互間又ハ內外人間ノ法律行爲ノ準則タルヘキヤ否ヤヲ規定セス外國ノ私法モ亦然リ然ルニ現今ノ如ク海陸交通ノ便宜益發達シ各國ノ人民互ニ交通往來シテ各種ノ法

律行爲ヲ爲スニ當リテハ一國ノ私法ハ果シテ悉ク外國人ノ法律行爲ノ準則タルヤ否ヤヲ明カニスルコトヲ要ス國際私法ハ即チ此必要ニ應スルノ法則ニシテ之ヲ研究スルノ學問ハ極メテ近世ニ發達シタルモノナリ
古代羅馬ニ於テハ羅馬市民固有ノ市民法(jus civile)ノ外更ニ自然ノ衡平ト公衆ノ利益トニ基キ各地ノ人民ニ普通ノ法則ヲ綜合シタル萬民法(jus gentium)發達シ始メテ世界主義ノ民法成立スルニ至リタリト雖モ國際私法ハ尙ホ未タ發達セサリシナリ蓋シ當代ノ思想ニテハ羅馬即チ世界唯一ノ國家ニシテ所謂萬民法ハ即チ世界統一ノ羅馬ノ民法ナリシナリ

日耳曼民族カ羅馬帝國ヲ滅亡シテ其領土ニ移住スルヤ領地ノ觀念尙ホ幼稚ニシテ種族ノ觀念特リ盛ナリシカ故ニ舊來ノ風俗慣習ヲ保持スルト共ニ其占領セル土地ノ人民ニモ亦其風俗慣習ヲ維持スルコトヲ認メタリ故ニ各人ハ其種族ニ固有ノ法律ニ從ヒテ生活シ佛蘭格人ハサリク法ニ依リ「ブルグンド」人ハ「プログンド」法羅馬人ハ羅馬法ニ依ルカ如ク同一ノ地ニ在ルモ各其保護ヲ受クル法律ヲ異ニセリ是レ所謂中古法律ノ屬人主義ニシテ現今英國カ印度人ニ佛國

カ「アルジュリ」人ニ其固有ノ慣例ヲ保有セシムルト一般ナリ而シテ斯ル屬人主義ノ法律モ亦國際私法ニ非タルハ勿論斯ル主義ノ行ハルル時代ニ於テハ國際私法ノ發達ヲ要スヘキ理由尙ホ未タ存在セサリシナリ
然ルニ異種族同一地方ニ永住スルニ隨ヒ其風俗慣習亦相混和融解シテ屬人の法律慣習ノ自然陶汰行ハレタルノミナラス領地ノ思想漸ク發達スルニ隨ヒ地理的區畫ニ依リ混同雜種ノ一國民ヲ成スニ至レリ隨テ屬人の法律ハ漸ク跡ヲ潛メ各地ノ法律ハ地方的ト爲リ茲ニ始メテ法律ノ屬地主義ヲ發生セリ特ニ第十世紀ノ後半以來群雄割據ノ封建制度確立シ領地ノ思想愈發達スルニ隨ヒ公權私權ノ享有ハ土地ヲ基トシテ之ヲ定ムルニ至リタルカ故ニ益々絕對的屬地主義ト爲リ諸侯ノ領域ヲ出ツレハ必ス異ナル法律慣習ニ從ハサルヘカラサルノミナラス諸侯ノ領内ニ於テモ各階級ノ領地食邑ニ依リテ各慣習ヲ異ニシ一川ヲ過キ一山ヲ超ユル毎ニ特殊ノ法律慣習ニ從ハサルヘカラサルニ至レリ此屬地主義即チ一國ノ法律ハ其主權ノ行ハルル領地内ニ於テノミ效力ヲ有スルモノニシテ領地外ニ效力ヲ及ホササルト共ニ領地内ニ在ル者ハ內國人ト外國人ト

ヲ問ハス絶對的ニ之ニ從フヘキモノナリトノ主義一般ニ行ハルルニ至リテ茲ニ始メテ國際私法ノ萌芽ヲ發生スルニ至レリ彼ノ第十四世紀ノ後半伊國ニ於テ始メテ發生シ第十八世紀ノ終ニ至ルマテ佛國蘭國ノ法學者ニ依リテ發達シタル法律類別說即チ國際好意ニ基キ或種類ノ法則ハ領地外ニ於テモ效力ヲ有スヘキ屬人法トシ或種類ノ法則ハ領地ニ限ルヘキ屬地法トスル學說ハ各地方慣習ヲ異ニセル人民ノ交通ヲ安全ナラシメンカ爲メ絶對的屬地主義ノ不便ヲ調和スルノ必要ヨリ發生シタルモノニシテ實ニ近世國際私法ノ濫觴ナリ然ルニ佛國大革命ノ結果トシテ法典ヲ編纂シ各地ノ慣習ヲ打破シテ法律ヲ統一セシ以來各地方慣習ノ差異ヨリ發生シタル法律類別說ハ其存在ノ理由ヲ失フニ至リタリシカ第十九世紀ニ至リ交通機關發達シ各國民ノ相往來貿易スル者愈増加スルニ隨ヒ茲ニ真正ナル國際私法ノ發達ヲ促スニ至レリ特ニ北米合衆國ノ商工業發達スルニ隨ヒ歐洲諸國民ノ來往スル者愈増加セルニモ拘ハラズ米國ニ於テハ各州概テ英國普通法ヲ採用シ新ル法律問題ヲ擧ケテ判事ノ判定ニ一任セリ此必要ト困難トハ米國高等法院判事ニシテハーバート天學教授タ

リ「ストーリー」ヲシテ千八百三十四年後ノ有名ナル法律師論ヲ著述セシムルニ至レリ近世國際私法ハ研究ハ即チ此ニ始マル當時歐洲ハ平和ノ代ニシテ各國民ノ通商貿易頗ニ發達シタルカ故ニ「ストーリー」ノ大著述ハ實ニ新時代ノ新需要ニ應スヘキ國際私法研究ノ導火線ト爲リ各國ノ學者相競フテ從來ノ類別說ヲ脱シテ新機軸ヲ出サントヲ努メ爾來十餘年ヲ出テスシテ歐洲諸國ニ於ケル國際私法ノ著書ハ汗牛充棟モ當ナラサルニ至レリ即チ伊國ニテ「コッロー」ハ三七年「英國ニテハ「バーシ」一八三八年佛國ニテハ「フエリックス」一八四三年「マセ」一八四四年「デマンジニ」同年「マイレド」シ「サ」一八四五年等「國際私法」ノ學說ヲ論及シ獨逸ニテハ「シェフナー」一八四一年「ウエヒター」一八四一年「特ニ「サビニ」一八四四年乃至五〇年等ノ大家輩出シテ斯學ノ基礎ヲ攻究セリ然ルニ近世文明ノ進步ハ此等ノ著書學說モ尙ホ不足ヲ感セシムルニ至レリ即チ流車、郵船ノ發達ト共ニ世界ノ列國ハ尙ホ比隣ノ如ク相接近シ通商貿易亦愈々世界のト爲リ各國ノ人民ハ皆世界ヲ家トシテ相往來スルニ至リタルカ故ニ國

國際私法の法律關係ノ發生ハ日常ノ出來事ト爲ルニ至レリ是ニ於テ國際私法研究ノ必要ハ各國立法者司法官及ヒ學者ノ普ク認ムル所ト爲ルニ至レリ即チ千八百三十四年「ストーリー」著書出テシ以來千八百五十年「サビニー」ノ新說起ルニ至ルマテ十數年間ハ近世國際私法發生ノ時代ニシテ千八百六十年以來今日マテハ之カ發達ノ第二期ヲ成スモノト謂フヘシ而シテ此第二期ノ劈頭第一「ニ」サビニーノ學說ヲ祖述シテ之ヲ大成シタル學者ハ實ニ「フオン、パール」先生ナリ（一八六二年、八九年、九二年）氏ハ過去四十年間獨逸ニ於ケル唯一ノ大家ニシテ其說ク所ノ事物ノ性質說ハ特リ獨逸ノ學說ヲ統一セシノミナラス其著書ハ各國ニ譯述セラレ、歐米諸國ノ學說ヲ風靡セリ之ト相前後シテ「ウエストレーキ」「フモリア」「ローレンス」「ホットン」「フート」等ノ諸家英米ニ輩出シ和蘭ニハ「アッセル博士」「瑞士ニハ「ブロシエ」出テ各一方ニ雄飛シ伊國ニ於テハ「エスベルソン」出テ「マンチニ」ノ唱道セル國粹主義ナチロナリタ」ヲ祖述シテ所謂本國法主義ノ屬人法ヲ主張シ「バスカレ」「フイオレ」「フュジタ」等之ニ雷同シ佛國法學者「ウエイヌ」「デバニエ」等ヲ首メトシ白國法學者「ローラン」等更ニ之ヲ大成シテ近

世伊佛學說ト稱スル屬人法說ヲ起スニ至レリ其他獨逸ノ「ニーマイエル」「チーテルマン」蘭國ノ「ジッタ」百國ノ「アルベリツク」「ローラン」佛國ノ「レーチ」「伊國ノ「ブルザ」英國ノ「ダイセイ博士」米國ノ「マイノル」教授等最近數年間ニ於テ斯學ニ盡ス所少シトセス

學者ノ團體トシテハ千八百七十三年白國ガシ府ニ創設セラレタル「國際法協會」ハ每會國際私法ノ問題ヲ討議シ斯學ノ機關雜誌トシテハ千八百六十九年以來「ローラン、ジャクミン」ノ主宰セシ「國際法及ヒ比較法、制、論」ハ屢名論卓說ヲ掲ケ特ニ千八百七十四年以來「クルチ」ノ佛國巴里ニ於テ發刊セル「國際私法及ヒ比較裁判例新報」ハ斯學唯一ノ專門雜誌トシテ各國法學者ノ贊助スル所ナリ又千八百九十一年以來ハ獨逸ニ於テモ亦判事「エーム」及ヒ「ニーマイエル」博士協力シテ「國際私法及ヒ刑法雜誌」ヲ發刊シ斯學ノ研究ヲ便ニセリ

歐米各國ニ於ケル國際私法研究ノ狀態ハ概テ此ノ如シ今願ミテ諸國ノ立法例ヲ觀ルニ彼ノ第十九世紀ノ首メニ成リタル佛國民法ハ國際私法ニ關シテ規定スル所僅僅數條ニ過キサリシモ千八百二十九年ニ成立セル蘭國法例ハ大ニ進歩

改良スル所アリ更ニ降リテ千八百六十五年ニ成立セル伊國民法ノ法例ハ其面目ヲ一新セリ而シテ第十九世紀ノ結末ニ成リシ獨逸民法施行法ハ國際私法ニ關スル規定二十五條ヲ掲ケ之ト前後シテ成立シタル我國法例ハ國際私法ニ關スル規定二十八條ヲ掲ケ東西相對シテ真正ナル國際私法ノ成典ヲ完ウシタルカ如キハ國際私法ノ沿革上實ニ空前ハ一大進歩ニシテ能ク最近學理ノ趨勢ト歩武ヲ均シウスルモノト謂フヘシ

我國現行ノ法例カ此ノ如ク其條數ヲ増加セル所以ハ法例理由書ニ之ヲ詳述セリ曰ク

本案ハ既成法例十七箇條ノ中五箇條ヲ削除シ且ツ特別ノ規定ヲ要スル事項ハ之ヲ特別法ニ讓リタルニモ拘ハラズ既成法例ヨリハ大ニ條數ヲ増加セリ而シテ其増加ハ主トシテ國際私法の規定ニ屬ス蓋シ既成法例ノ規定ハ概テ廣汎ニ失シ實際上之ヲ適用スルニ當リ其意義ノ明瞭ナラサルモノ極メテ多シ故ニ適用上ノ困難ヲ除去センカ爲メ之ヲ明確ニスルノミナラス更ニ之ヲ増補スルノ必要アルコト増加ハ一因ナリ法典調查會ニ於テ民法修正ヲ爲スニ當リ

他國ニ於テハ往往民法中ニ規定セル事項ト雖モ國際私法の規定ニ屬スルモノハ之ヲ法例ニ讓リタルコト増加ノ二因ナリ近來各國民間ノ交通頻繁トナルニ從ヒ國際私法ニ關スル學說大ニ進歩シ各國ノ國際私法の規定モ益増加セシノミナラス國際法協會ノ決議又ハ列國ノ會議ニ依リ從來各國ノ判決例ニ於テ承認セラレタル原則ハ各國共ニ漸ク之ヲ公認スルニ至リタルカ故ニ本案ハ況ク此等ノ學說立法例又ハ條約ヲ參酌シ各般ハ法律關係ニ付テ正確ナル規定ヲ設ケンコトヲ期シタリ是レ條數増加ノ三因ナリ法例理由書第四頁ト

我國ノ法例ハ即チ此主意ニ基キ世界各國ノ立法例及ヒ學說ヲ參酌シテ正確ナル規定ヲ設ケタルカ依ニ我國法例ハ特リ其條數ニ於テノミナラス又其實質ニ於テモ古今各國ノ國際私法の成文法中ニ絶冠スト稱スヘシ特ニ其詳細ナル理由ハ各條ニ就キ各國立法例ノ主義學說ヲ彙類分析シテ一目了然然我法例ノ主義ニ對スル關係ヲ明カニシ以テ立法ノ精神ヲ公示シタルカ如キハ其名ハ理由書ト稱スト雖モ其實ハ國際私法ニ關スル一大著述ニシテ唯リ司法官ヲシテ立法

ノ精神ヲ知得セシムルヲ便シ與ヘタルノミナラス又斯學ノ研究ヲ便ニシタルヤ實ニ甚大ナリト謂フヘシ而シテ此法案起草ノ主任者ハ實ニ斯學ニ精通セラルル穂積陳重博士ナリキ果シテ然ラハ我國ニ於テ國際私法ヲ研究スル者ハ博士ニ負フ所多シト謂フヘシ蓋シ法例ノ理由書特ニ詳細ナル所以ハ國際私法ノ學ハ歐米ニ於テモ今尙ホ發達中ニ在ルモノニシテ我國大學院ニ於テ之ヲ專攻スル者ハ予ヲ以テ嚆矢トシ帝國大學ニ於テモ斯學ノ爲メニ獨立ノ講座ヲ設ケタルハ僅ニ一昨年來ノコトナレハ斯學ノ研究ハ未タ世上ニ普及セサルカ故ニ特ニ詳細ナル説明ヲ要シタルノミナラス我國開國以來ノ屈辱タリシ治外法權(領事裁判權)回復シタル新條約ノ實施眼前ニ迫リ法例ノ成立後裁判官ハ徐ニ之ヲ研究スルノ猶豫ナクシテ直チニ此規定ニ依リテ回復セル法權ヲ行ハサルヘカラサリシカ故ニ公ノ理由書又ハ之カ起草ニ關係シタル者ノ私著ニ於テ立法ノ理由精神ヲ闡明シ之カ適用者ヲシテ法例ノ意義ヲ知悉セシムルコトヲ要シタリシカ爲メナルヘシ予ハ法典調查會起草委員補助トシテ法例ノ成立上幾分ノ微力ヲ致シタレハ固ヲ得テ法例註釋ヲ起草セント期セシニ偶ニ斯學研究ノ

爲メ獨佛留學ヲ命セラレ法例草案ノ議事終了ノ翌日即チ明治三十年十二月十二日ヲ以テ留學ノ途ニ上リシカ故ニ遂ニ其意ヲ果スコトヲ得タリキ當時予カ發程ハ頗ル匆忙ヲ極メ法例ノ理由書草案起草ノ任務ノ如キモ其大半ハ橫濱解纜以來佛國郵船ノ艙室ト神戸、上海及ヒ香港等ノ上陸地トニ於テ通宵之ヲ完成シタルモノニシテ自ラ其起草地ノ國際的ナルノ奇遇ニ驚キタリシナリ之ヲ要スルニ法例理由書ハ我國ニ於ケル國際私法ノ研究上最も重要ナル參考書ナルカ故ニ予ハ諸君カ常ニ之ヲ熟讀玩味セラレンコトヲ希望ス

終ニ臨ミ斯學研究ノ方法ニ付テ一言セントス國際私法研究ノ方法ハ學者ニ依リテ多少其趣ヲ異ニスト雖モ之ヲ大別スルトキハ理論的研究方法ト成法的的研究方法トノ二者ニ區別スルコトヲ得ヘシ此區別ハフランツ、カールノ所謂國際的研究方法ト内國的研究方法トノ區別ニ該當スルモノニシテ歐洲大陸ノ法學者ハ概テ前者ヲ採リ英米法學者ハ專ラ後者ヲ採ルヲ例トス此二種ノ研究方法ハ各長短得失アリテ吾人ノ深ク注意スヘキ所ナルカ故ニ左ニ少シク之ヲ説明スヘシ

(甲) 理論的研究方法「サビニー」ヲ泰斗トシ歐洲大陸ノ國際私法學者ノ研究方法ハ左ノ二點ニ於テ共通ノ特質ヲ有ス即チ
第一 此學派ハ各國ニ於ケル國際私法ノ原則ハ概テ相等シキ事實及ヒ近世文明ノ勢力ハ此同一ヲ益増進セシムル事實ヨリ觀察シテ國際私法ハ文明各國カ暗黙ノ裡ニ採用セル普通法ヲ成スモノナリト思考スルニ在リ固ヨリ此學派ノ中ニテモ所謂普通法カ一國內ニ於テ有スル法力ハ其國ノ主權ヨリ由來スルモノタルコトヲ否認セス又各國ニ於ケル立法例又ハ裁判例ハ多少其推考セル普通法ノ原則ト異ナル所アル事實ヲ認メサルニ非スト雖モ此學派ノ特質ハ其異ナル所ハ之ヲ排斥スヘキモノトシ國際私法ノ原則ハ學理ノ研究ニ依リテ之ヲ確定スルコトヲ得ルモノトシ或一國ニ於テ行ハル國際私法的规定ハ當否如何ハ一タ此一般普通ノ原則ニ適合スルヤ否ヤニ依リテ之ヲ檢定セントスルニ在リ

第二 隨テ此學派ハ第二ノ特質トシテ此萬國普通ノ原理原則ヲ發見スルヲ以テ斯學研究ノ目的トス彼ノ「シェフチル」カ法律關係ノ發生地ヲ探究シ「ウエヒテ

ル」カ法廷地法說ヲ爲シ「サビニー」カ法律關係カ其性質上ヨリ屬スル場處ヲ發見センコトヲ努メタルカ如キ或ハ「フオン・パール」カ事物ノ性質說ヲ爲シ「チーナルマン」カ「國家以上ノ國際私法」ヲ發見セントシ「ジッタ」カ宇宙的研究方法ニ依リ「人類ノ私法」ヲ發見セントシ或ハ又伊佛法學者カ屬人法ノ原則ヲ唱フルカ如キ皆同一ノ目的ヲ以テ一大原則ヲ發見シ國際私法上ノ問題ヲ決スルニ際シ各國立法者ノ採用スヘキ規則ハ此大原則ヲ基礎トシテ制定スヘキコトヲ明カニセントスルニ在リ隨テ此研究方法ヲ探ル學者ハ國際私法トハ如何ナルモノナリヤノ問題ヨリ知ラス識ラスノ裡ニ國際私法トハ如何ナルモノナリヤノ問題ニ移リテ論究セルコトハ其說ク所讀者ニ歐洲ノ一國ニ於テ現行ノ國際私法ノ説明ヲ與フルニ非スシテ著者ノ目的トスル所ハ國際私法上ノ問題ヲ決定スルニ當リ理論上斯クアルヘキモノトスル原則ヲ説明スルニ在ルヲ以テ知ルヘシ

此研究方法ハ二箇ノ長所ヲ有ス即チ(一)讀者ニ國際私法上ノ規定ハ各國間ニ相一致スル所アルコトヲ注意シ(二)裁判官カ法律關係ニ適用スヘキ法律ノ選擇ハ

一、論理、便宜又ハ正義ノ必要ニ依リテ決定スヘキモノニシテ漫ニ先例又ハ任意ノ判定ニ依ルヘカサルコトヲ明カニス然レトモ此方法ハ又左ノ二大缺點ヲ有ス即チ(一)此學派ハ動モスレハ一國ニ現存ノ成法ヲ輕シテ顧ミサルノ弊アルノミナラス(二)此學派カ自ラ法律タルヘキモノト思考スル原理又ハ空理ヲ採リ來リテ直チニ之ヲ法律ナリトシテ説明シ世界各國何レノ國ニ於テモ認メラレサル空論ヲ掲ケテ敢テ各國ノ立法者裁判官ヲ指導スルノ原則ナリト論定スルノ危險アリトス

(乙) 成法的研究方法 此研究方法ハ判事ストーリーヲ始祖トシ英米法學者ノ一般ニ採用スル所ナリ彼ノ佛國ノフエリクスフ如キ近時獨逸ノカーンフ如キ大陸法學者亦往往之ヲ採ル者ナキニシモ非スト雖モ寧ロ例外ニ屬ス此學派ハ國際私法ハ最モ嚴正ナル意義ニ於ケル一國ノ法律ニシテ其力ハ之ヲ立法シ施行スル國家ノ主權ヨリ由來スルコトヲ基礎トシテ之ヲ研究スルカ故ニ各國共通ノ法則ヲ考究スルニ非スシテ一定ノ國ニ行ハル國際私法ヲ研究スルヲ以テ主意トス隨テ外國ノ法制ハ唯參考ノ爲メ之ヲ論究スルノミ其目

的トスル所ハ一定ノ國ノ法律上國際私法の規定ノ原則果シテ如何ヲ闡明スルニ在リ即チ此學派ハ國際私法ト云フ法則ハ如何ナルモノナリヤヲ説明スルヲ以テ目的トシ國際私法ハ如何ニアルヘキモノナルヤヲ發見スルニ非サルカ故ニ或抽象の原則ヨリシテ國際私法上ノ法則ヲ演繹スルモノニ非サルナリ

此研究方法ノ一大長所ハ如何ナル格言ニテモ一國ノ成法ノ一部分ニ非サレハ法律ニ非ストノ一大原則ノ眞正ナルコト及ヒ一國ニ於テ所謂國際私法の法律關係ニ適用スヘキ法律ヲ選定スルニ適當ナル方法ハ其國ノ法律全體ヲ成セル成文法不文法ヲ研究スルニ在ルコトヲ常ニ讀者ノ腦裡ニ記憶セシムルニ在リ隨テ理論の方法ノ如キ空理空論ニ陷ルノ憂ナシトス又此方法ノ缺點ハ現今ノ文明各國ハ實際上一定ノ國際私法上ノ原則ヲ一般ニ認ムルコトヲ看過シ且自國現行ノ原則ハ狹隘ニ失スルモ之ヲ力進歩改良ヲ計ルヘキコトヲ忘却スルニ至ルノ弊アルコト即チ是ナリ

二者ノ長短得失概テ此ノ如シ今我國ニ於テ如何ナル研究方法ヲ採ルヲ以テ正當トスヘキヤハ容易ニ斷定スルコトヲ得スト雖モ凡ソ法學ノ研究ハ學理ノ進

歩ヲ企圖スルヨリハ寧ロ國法ノ意義精神ヲ明カニシ法律ヲ實際ニ適用スル點ニ於テハ更ニ遺憾ナキヲ以テ第一ノ急務トセサルヘカラス且成文法ノ規定ヲ缺ケル國ニ於テハ理論的研究方法ヲ探ルコト敢テ不可ナシト雖モ我國ニ於ケルカ如ク詳細ナル成文法ノ規定新ニ成リテ其精神尙ホ未タ世人ニ明カナラズル今日ニ於テハ特ニ成法の研究ヲ探ルヘキ必要アリト信ス故ニ予ハ本論義ニ於テ成法の研究ヲ採リテ我國法律ノ精神ヲ闡明スルヲ以テ主意トシ此目的ヲ達スル補助方法トシテ廣ク歐米ノ立法及ヒ學說ヲ比較シ依リテ以テ成法の研究ノ缺點ヲ補フト同時ニ理論的研究方法ノ長所ヲ收メントス

緒論

第一章 國際私法ノ意義及ヒ研究ノ目的

第一節 國際私法ノ意義

國際私法トハ私法ノ適用區域ヲ定ムル法則ナリ換言スレハ外國の元素ヲ有スル法律關係ニ法域ヲ異ニシテ相並存スル私法ニ付キ孰レノ法律ヲ適用スヘキ

ヤヲ定ムル法則ナリ尙ホ之ヲ分析シテ說明スレハ

第一 外國の元素ヲ有スル法律關係

凡ソ法律關係ハ人ト人トノ間ニ存スルモノニシテ物若クハ行為ヲ目的トスルモノナリ故ニ法律關係カ外國の元素ヲ有スルトハ物ノ所在地人ノ居所住所又ハ國籍カ外國ニ屬スル場合ナリ例ヘハ外國人カ我國ニ居住シテ日本人若クハ他ノ外國人ト法律行為ヲ爲ス場合ニ於テハ當事者タル一方ノ外國人ハ即チ外國の元素ヲ備フルモノナリ又同シク日本人ナルモ二人ノ日本人カ外國ニ於テ或法律行為ヲ爲ストキハ其居所若クハ住所ノ外國ナルカ爲メニ其法律關係ハ外國の元素ヲ備フルモノナリ之ト同シク物ノ所在地モ亦法律關係ニ外國の元素ヲ付與スルモノナリ蓋シ物即チ有體物ハ必ス一定ノ空間ヲ有スルモノナレハ地球ノ表面上ニ存在スル總テノ物ハ各、何レカノ國家ノ版圖内ニ存在ス公海ニ在ル船舶ノコトハ他日説明スヘシ故ニ物ノ存在地ニ依リテ外國の元素ヲ有スル場合ハ必スヤ其物カ外國ニ存在スルコトヲ要ス例ヘハ日本人カ外國ニ於テ土地家屋ヲ所有スル場合ニ其所有者カ日本國內ニ於テ他ノ日本人ニ其土地家

屋ヲ讓渡ス契約ヲ爲スカ如キ場合ナリ
此ノ如ク外國の元素ヲ有スル法律關係ニ如何ナル法律ヲ適用スヘキヤヲ定ムル法則カ即チ國際私法ナリ

第二 法域ヲ異ニシテ相並存セル私法

國際私法ノ規定ヲ要スル所以ハ各國ノ私法カ各其趣ヲ異ニシテ相並存シ且其行ハルル區域即チ法域ヲ異ニスル狀態ヨリ生スルモノナリ若シ世界ノ各國カ相約シテ同一ノ私法ヲ強行スルニ至ラハ國際私法ノ必要ハ消滅スヘシ然ルニ現今ノ有様ニ於テハ又吾人ノ想像シ得ヘキ將來ニ於テモ各國相對峙シテ各其主權ヲ擴張スルコトヲ努ムルモノナルヲ以テ各國私法ノ世界の統一ハ到底望ミ得ヘカラサルコトナリ然ルニ各國ノ私法ノ行ハルル區域ハ之ヲ地理的ニ考フレハ一定シテ不動ノモノナルモ其國民ヲ支配スル主權ノ上ヨリ考フルトキハ其國民ノ到ル處ニ相隨伴スルカ故ニ茲ニ一國ノ領土主權ト一國ノ臣民主權ト相抵觸スルニ至ルモノナリ

現今ノ狀態ニ於テハ國家ハ他國ノ存在ヲ認ムルト同時ニ又其主權ノ發表タル

法律ヲモ認ムルモノナリ故ニ古代ニ於テ外國人ノ權利ヲ無視シタルカ如キ或ハ外國ニ對シテ內國法律ノミヲ施行スルカ如キ法理ニ背馳セルコトヲ爲サス或一定ノ限度ニ於テ外國法律ノ規定ヲ適用スルコトヲ認ムルニ至リタリ蓋シ各國民相互ニ交通シテ有無相通スル國家的及ヒ箇人の生存ノ必要ヨリ發生シタルモノナリ隨テ如何ナル程度ニ於テ一國ノ私法ハ外國人ヲ支配スヘキモノナルヤ又如何ナル場合ニ外國法律ヲ適用スヘキモノナルヤ一言ニシテ之ヲ蔽ヘハ内外私法ノ適用區域ヲ定ムルモノ是レ即チ國際私法ノ本領ナリ

第三 國際私法ハ國內ノ私法ナリ

國際私法ハ國家カ其領土内ニ於テ如何ナル法律ヲ適用スヘキモノナルヤヲ定メタル法則ナルヲ以テ其目的トスル所ハ法律ノ適用ヲ司ル者殊ニ裁判官ニ準則ヲ與フルニ在リ然ルニ一國ノ裁判官ヲ拘束スル命令ナシ果シテ然ラハ國際私法ハ其國ニ行ハルル法則ノ一部分ニシテ國家ト國家トノ間ニ行ハルル法則即チ國際法ノ一部分ニ非サルコト明カナリ況ヤ我國ニ於ケルカ如ク國際私法ノ原則ハ概テ

成文法ヲ以テ明定セルニ於テヲヤ

第二節 國際私法研究ノ目的

國際私法ハ外國の元素ヲ有スル法律關係ニ關スル法則ヲ定ムヘキ國內私法タル以上ハ之ヲ研究ノ目的ハ自ラ左ノ二様ニ分ル

第一 國內ニ行ハルル國際私法の法則ノ意義ヲ研究シ其精神ヲ闡明スルコト

即チ一般ノ成法の研究法ト其目的ヲ同シウス

第二 學理的ニ研究スルコト 凡ソ學理ノ研究ハ單ニ現在ノ法律ヲ知ルノミナラス又將來ノ立法ヲ準備センカ爲メ法律ノ目的及ヒ社會ノ必要ニ應ジテ現存ノ法律ヲ批評シ若シ缺點アルトキハ更ニ之ヲ改良進歩ヲ圖ルコトヲ期セサルヘカラス此點ニ於テ國際私法ノ研究ハ他ノ國內法律ノ研究ト其趣ヲ異ニセリ即チ嘗ニ一國ニ行ハルル國際私法ノ意義精神ヲ明カニスルノミナラス廣ク各國ニ行ハルル國際私法ノ原理原則ヲ比較研究シ國際私法ヲ必要トスル原因即チ列國國民間ノ交通ノ自由ヲ益發達セシムル目的ニ適合スヘキ學理ヲ攻究シ

テ將來各國同一ノ原則ヲ採用スルニ至ルコトヲ期スヘキモノナリ

第二章 國際私法ト國際法トノ關係

前章ニ於テ國際私法ハ國內私法ニシテ國家間ニ行ハルル私法ニ非サルコトヲ説明シタリ然ルニ普通ノ學說ニ依レハ國際私法ハ國際公法ト相對シテ各國國際法ノ一部分ヲ成スモノトセリ此學派カ其理由ヲ説明スル所ヲ觀ルニ概テ左ノ如シ

凡ソ國家間ノ法律關係ニ公ノモノト私ノモノトノ二種アリ國家ノ公益ニ關スル國家間ノ關係ヲ規定スルモノ即チ國際公法ナリ國家ノ私益ニ關スル國家間ノ關係ヲ規定スルモノ即チ國際私法ナリトセリ佛伊法學者ハ概テ然リ

此區別ハ一見甚タ明瞭ナルカ如ク且多數ノ學者カ唱フルニモ拘ハラズ詳ニ之ヲ攻究スルトキハ甚タ不正確ナルコトヲ知ルヘシ蓋シ國家ノ公益ニ關スル國際的法律關係ニシテ箇人ノ私益ニ關シテ發生スルモノハ一一枚舉ニ遑アラズ例ヘハ或日本人ノ財產カ或外國ニ於テ反賊若クハ海賊ノ掠奪スル所ト爲リ而

シテ其國政府カ其損害賠償ヲ怠ルトキハ我國ハ外交官ヲシテ其損害賠償ニ關シ相當ノ外交手段ヲ採ラシムルコトハ屢發生スル問題ナリ是レ實ニ商人ノ利益ヲ侵害シタル事實ヨリ發生シタル國家間ノ關係ナリ隨テ右ノ學說ニ依レハ斯ル關係カ國際私法ノ本體ヲ爲スモノト謂ハサルヘカラサルヘシ又例ヘハ我國ノ或銀行又ハ一私人カ或外國政府ニ對シテ債權ヲ有スル場合ニ其外國政府カ辨濟ヲ拒絕スルトキハ我國政府ハ必スヤ直チニ之ニ干涉シテ其一私人ノ私益ヲ保護スルモノト思考ス是レ亦一商人ノ利益ニ關シテ發生シタル國家間ノ關係ナリ然ルニ未タ何人モ斯ル關係ヲ以テ國際私法ノ目的ト爲シタル者ナシ之ヲ要スルニ國際關係ノ大部分ハ國家カ一商人ノ利益ヲ發達セシメ依リテ以テ國家全體ノ利益ヲ増進セシムルノ必要ヨリ發生スルモノナルカ故ニ通商航海條約ノ締結ヨリ領事裁判權、領事職務條約等ニ至ルマテ一トシテ商人ノ私益ニ關係セサルモノナシ隨テ國家間ノ關係即チ國際關係ヲ公益ト私益トノ二種ニ區別スルカ如キハ既ニ其根本ニ於テ誤レリト謂フヘシ予輩ノ見ル所ヲ以テスレハ國家間ノ關係ハ一箇人ノ私益ニ淵源スルト否トヲ問ハズ皆國家ノ公益

雜 報

○高等特別科講義ノ開始 本校ノ創設ニ係ル高等特別科ハ未タ百名ニ充タサル僅少ノ生徒ヲ有スルニ過キサレトモ豫定ノ如ク本月一日ヨリ實施シ一日二日ハ靖國神社ノ臨時大祭ニ付キ休業シ四日即チ第一月曜日ヨリ開講セリ(但田中講師擔任ノ羅馬法ハ大部ノ講義ニ屬スルヲ以テ特ニ九月ヨリ開講セリ)當日ノ第一時間五時半乃至七時半ハ松波博士ノ講義アル筈ナリシモ差支アリテ關席セラレタルヲ以テ同時間ニ於テ梅博士ノ擔保ノ性質種類等ニ關スル講義及ヒ口頭推問アリシヲ甫トシ仁井田博士ノ債權ニ關スル口頭推問山田學士ノ「國際私法の條約」反ヒ岡野博士ノ株式會社ニ於ケル資本減少ニ關スル講義松本學士ノ商行爲ノ性質ニ關スル講義及ヒ秋山學士ノ國際法ノ性質並ニ其學派ニ關スル口頭推問等アリタル外來ル金曜日(十五日)ニハ高橋博士カ歐洲協同ノ沿革ヲ論シテ日本ノ地位ニ及ラサル演題ニ就テ講義セラルル豫定ナリ此他ノ學

課及ヒ擔任講師ハ第二學年講義錄第一號編輯欄ニ記載シタレハ茲ニ省略スヘシ向ホ松本學士カ宿題トシテ生徒ニ課セラレタル問題左ノ如シ十一月十一日(記)

- 一 商法第一條ノ規定ハ立法上之ヲ存スヘキヤ否ヤヲ論スヘシ
- 二 商事ノ意義ヲ説明スヘシ
- 三 商法ノ性質及ヒ之ト民法トノ關係ヲ論スヘシ
- 四 商慣習法ヲ論スヘシ

本校カ普通法律科ノ講師ヲ精選シテ忠實ニ生徒ノ熏陶ニ盡カシツアルコトハ本校講義錄ニ登載セル講義筆記ニ據ルモ明カナル所ナルカ更ニ高等特別科ヲ新設シ前記ノ如キ方法ニ依リ一世ノ碩學タル良師ノ指導ニ由リテ斯學ニ志ス者ヲシテ各其目的ニ進行シテ敢テ或ハ失敗ヲ招クコトナカラシメンコトヲ期スルニ至レルハ昭代文運ノ效ス所ナリト雖モ抑モ亦本校カ金錢上ノ利失ヲ擱キテ聊カ社會ノ爲メニ貢獻スル所アラント欲スルノ微衷ニ外ナラサルナリ

○講師ノ招聘 東京控訴院檢事法學士豊島直道氏ハ刑事訴訟法ニ精通セラルルコトハ人ノ遍ク知ル所ナルノミナラス嘗テ本校ニ於テ刑事訴訟法ノ講義ヲ擔任セラレタルコトアルニ由リ高等特別科ノ刑事訴訟法擔任講師トシテ此度同學士ヲ招聘シテ同科ノ講義ヲ依頼スルコトト爲セリ

○約束手形ノ振出地ニ關スル新判例 約束手形振出人ノ肩書ニ「東京市神田區三崎町三丁目一番地」下記載アル實際問題ニ付キ此度大審院ハ判決シテ曰ク「約束手形振出人ノ肩書ノ地ハ之ヲ振出地ト認ムヘキヤ將タ振出人ノ住所地ト認ムヘキヤト云フニ振出地ハ約束手形ニ記載スヘキ要件ナルモ住所地ハ其要件ニ非サルヲ以テ證券ハ寧ロ有效ニ解釋スヘシトノ法理ニ依リ要件ニ非サル住所地ヲ記載シタルモノト解釋シテ手形ヲ無効ナラシムルヨリハ寧ロ要件タル振出地ヲ記載シタルモノト解釋シテ手形ヲ有效ナラシムルハ當然ナルカ故ニ原審ノ解釋ハ毫モ間然スル所ナシ而シテ商法ハ約束手形ニ振出地ヲ記載スルヲ要スルコトヲ規定シタルモ振出地ノ文字ヲ併記スヘキコトヲ規定シタルニ非サレハ振出地ノ文字ナキモ手形面上ノ記載ニ依リ解釋上肩書ノ地ノ振出地

タルコトヲ明カニ認ムルコトヲ得ヘキ場合ハ法律上ノ要件タル振出地ノ記載ヲ缺クモノト謂フコトヲ得ス云云ト蓋シ我邦最高法衙ノ判決タルニ愧ヂザル公明ノ見解ト謂フヘキナリ

○討論會 去ル九日開會ノ三年級及ヒ二年級ノ聯合討論會ノ問題ハ秋山學士ノ出題ニ係リ「甲乙兩國戰爭中丙國人民本國領事トシテ乙國ニ居住シ商業ニ従事スル者ノ商品ハ甲國ニ於テ捕獲沒收シ得ヘキヤ否ヤ」ニシテ秋山學士會長席ニ著キテ會場ヲ整理セラレ討論者交々登壇シテ議論ヲ闘ハシ頗ル盛大ナリキ採決ノ結果ハ積極說多數ヲ占メ例ノ如ク秋山會長ノ懸念ナル批評の注意アリテ閉會セリ

○高等文官試験ノ成績 本校カ一タヒ根本的改革ヲ遂行セシ以來本校校友、生徒カ司法官並ニ辯護士試験等ニ於テ好成績ヲ顯ハスコトハ苟モ這般ノ消息ニ留意スル者ノ等シク了知スル所ナルヘシ殊ニ高等文官試験ニ於テ他ノ私立法律學校出身者ニ比シテ優ニ一頭地ヲ拔クコトハ何人モ認ムル所ナルカ本年ノ同試験ニ於テ校友生徒八名ノ合格者ヲ出セルハ從來未聞ノ好結果ト謂フヘシ

タルコトヲ明カニ認ムルコトヲ得ヘキ場合ハ法律上ノ要件タル振出地ノ記載ヲ缺クモノト謂フコトヲ得ス云云蓋シ我邦最高法衙ノ判決タルニ愧チザル公明ノ見解ト謂フヘキナリ

○討論會 去ル九日開會ノ三年級及ヒ二年級ノ聯合討論會ノ問題ハ秋山學士ノ出題ニ係リ甲乙兩國戰爭中丙國人民本國領事トシテ乙國ニ居住シ商業ニ従事スル者ノ商品ハ甲國ニ於テ捕獲沒收シ得ヘキヤ否ヤニシテ秋山學士會長席ニ著キテ會場ヲ整理セラレ討論者交々登壇シテ議論ヲ圖ハシ頗ル盛大ナリキ採決ノ結果ハ積極說多數ヲ占メ例ノ如ク秋山會長ノ懸篇ナル批評の注意アリテ閉會セリ

○高等文官試験ノ成績 本校カ一タヒ根本的改革ヲ遂行セシ以來本校校友生徒カ司法官並ニ辯護士試験等ニ於テ好成績ヲ顯ハスコトハ苟モ遺憾ノ消息ニ留意スル者ノ等シク了知スル所ナルヘシ殊ニ高等文官試験ニ於テ他ノ私立法律學校出身者ニ比シテ優ニ一頭地ヲ拔クコトハ何人モ認ムル所ナルカ本年ノ同試験ニ於テ校友生徒八名ノ合格者ヲ出セルハ從來未聞ノ好結果ト謂ツヘシ

(注意) 校外生月謝納付ノ際ハ必ず本紙ヲ切抜キ居所、氏名及爲替書號、金額並ニ學期別、月謝ノ月別若クハ何月分ヨリ何月分迄ト記入シ爲替券ニ添附スルモノトス

納付書

爲替書號()

一金

但第 學年

月分月謝

右納付候也

居所

明治三十 年 月 日

和佛法律學校會計局御中

納付書

爲替書號()

一金

但第 學年

月分月謝

右納付候也

居所

明治三十 年 月 日

和佛法律學校會計局御中

校外生規則摘要

一 講義録ヲ分チテ第一學年、第二學年、第三學年、三部トス

一 講義録ノ掲載科目左ノ如シ

第一學年 法學總論、民法(第一編及第二編第六章マテ)、
刑法(總論)、憲法、國際公法、經濟學
第二學年 民法(第三編)、商法(第一編、第二編、第三編)、刑
法(分則)、民衆訴訟法(第一編、第二編)、民事訴訟法、財政學
第三學年 民法(第二編第七章以下、第四編、第五編)、憲法
(第四編、第五編)、民事訴訟法(第三編以下)、經濟法、行政
法、國際私法

一 講義録ハ毎月二回左ノ期日ニ發行ス

第一學年 五日、二十日 第二學年 十日、廿五日
第三學年 十五日、三十日但二月二階リ末日

一 校外生ハ何時ニテモ入學スルコトヲ得

一 月謝金左ノ如シ

第一學年 金三十圓 第二學年 金四十圓
第三學年 金五十圓 全學年 金一圓

一 月謝ハ郵便爲替、銀行小切手、通運早速便ヲ
以テ東京市總町區富士見町六丁目十六番地
和佛法律學校會計局宛ニテ送付スヘシ

明治三十四年十一月十一日印刷
明治三十四年十一月十五日發行
(定價金參拾圓)

編輯者 松田久次郎

東京市牛込區早稲田町三十九番地

印刷者 小宮山信好

東京市牛込區矢來町三番地

印刷所 金子活版所

東京市總町區富士見町六丁目十六番地

發行所 司法省 和佛法律學校

(電話番町百七十四番)

明治三十二年十二月九日內務省許可
明治三十四年十一月十四日第三種郵便物認可