法政大学学術機関リポジトリ
HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2025-05-09

和仏法律学校講義録

清水，澄 / 内田，嘉吉 / 吾孫子，勝 / 富井，政章

(出版者 / Publisher)
和佛法律學校
(巻 / Volume)
3-3
(開始ページ / Start Page)
1
(終了ページ / End Page)
54
(発行年 / Year)
1902-12-16

明治三十五年十二月十六日發行

三十六年度　第三學年ノ三

和佛法律學校講義錄

第貳拾參號

和佛法律學校

第三學年第三號目次

民法物權（自第七章至第十章）（自八二至二二）　法學博士　富井政章

商法海商（自三二至三二）　法學士　内田嘉吉

民事訴訟法（自第六編至第八編）（自一至一六）　法學士　吾孫子勝

行政法（自二一至三六）　法學士　清水澄

雜報
○家屋稅問題　仲裁判部ノ構成　○違法ノ判決言渡ニ由ル違法ノ判決ニ對スル控訴判決　○祝賀會　○校友會秋季大會、校長送迎會、寺尾博士歸朝祝賀會並ニ校友懇親會　○討論會

090
1903
3-1-3

デアル、外國ノ學者ハ動ロ質權ニ付イテ此問題ヲ研究スル者ガ多イ、私ガ茲ニ質權ノ章ニ於テ此問題ヲ論述スルモ即チ其故デアル、我邦ニ於テモ實際抵當ニ關シテ問題ガ起ッタノデハアルガ固ヨリ抵當權ニ限ルコトデナイ、又質權及ビ抵當權ノミニ付イテ生ズル問題デモナイ、對人擔保タル保證ニ付イテモ日常頻繁ニ生ズル事實デアル、即チ彼ノ身元保證ノ如キハ全ク主タル債務ニ先ッテ成立スルモノデアッテ此點ニ於テハ根抵當ト法理ヲ一ニスルモノデアルト思フ、隨保證ニ付イテハ登記ト云フコトガナイノミデアル、身元保證ノ如キハ世間一人トシテ其有效ナルコトヲ疑フ者ハナイ、左スレバ物上擔保ニ付イテモ判定ヲ異ニスベキ理由ハナイト思フ、而シテ此等ノ場合ニハ條件附債務トハ言ハズ、全ク之ト區別シテ其效力ヲ認メラレテアリマス（デルンブルヒ、獨逸民法論第二百七十四節參照）此他大審院判決ノ理由ニモ掲ゲテアルコトデアリマスガ民法中ニ於テ將來ニ發生スルコトアルベキ未定ノ債務ニ付イテ豫メ擔保ヲ供スベキコトヲ規定シタル條文ハ數多アリマス（第一九九條、第四六一條、第六二九條、第六三八條、第九三三條等）之ヲ以テモ根抵當ノ違法デナイコト、即チ民法ノ本旨ニ反スルモノ

1903
3-1-3

デアル外國ノ事者ハ事ヲ質權ニ付イテ此問題ヲ研究スル者ガ多イ私ガ茲ニ質權ノ章ニ於テ此問題ヲ論述スルモ則チ其故デアル我邦ニ於テモ實際抵當ニ關シテ問題ガ起ツタ人デヤアルガ固ヨリ抵當權ニ限ルコトデナイ「質權及ビ抵當權ノミニ付イテ生ズル問題デモナク對人擔保タル保證ニ付イテモ日常頻繁に生ズル事實デアル」即チ他人身元保證ノ如キハ全ク主タル債務ニ先ツテ成立ル形モノデアツテ此點ニ於テ物權ノ根抵當ト法理ヲ異ニスルモノデアルト思フ保證ニ付イテハ登記ト云フコトガナイノミデアル身元保證ノ如キハ債權一人ト約束有效ナルコトヲ要スル者ヤナイ左スレバ物上擔保ニ付イテモ判定ヲ異ニスベキ理由ハナイト思フ而シテ此等ノ場合ニハ條件附債權トベ言ハズ全ク之ヲ區別シテ其效力ヲ認メネバナラヌ「デルンブルヒ」稱地民法論第二百七十四節參照此他大審院判決ノ理由ニモ掲ゲテアルコトデアリマスガ民法中ニ於テ將來ニ發生スベキアルベキ未定ノ債務ニ付イテ數ノ擔保ヲ設ケベキ旨ヲ定シタル條文ヤ觀ル所アリマス第一九九條第四六一條第六百九條第六三八條第九三七條等之ヲ以テモ根抵當ノ理論ガ有ル所ト思ハレマス

デナイコトガ明瞭デアルト思フ、債權擔保ハ從タル權利デアルコトハ無論デアルガ其意義タル唯或債權ノ爲メニ存在スルモノデアッテ其債權ノ範圍ヲ超ユル存在スルコトヲ得ナイト云フ意義ニ過ギヌノデアル、決シテ主タル債權ノ發生以前ノ日附ヲ以テ之ヲ擔保スルコトヲ得ナイト云フ如キ意義デナイト思フ要スルニ根抵當ハ將來ニ發生スルコトアルベキ債權ノ爲メニ設定スルモノデアルコトハ寸毫モ疑ナイコトデアル而シテ其行爲ハ如何ナル點ニ於テモ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスルモノデハナク、又現行ノ法規ニ反スルコトモナイ、最ニ述ベタ如ク多クノ場合ニ於テハ法律ガ命ジテ居ル位デアリマス、故ニ其有效ナルコトヲ認ムルニハ決シテ別段ノ規定ヲ要スルコトデナイ、法例第二條ニ所謂法令ニ規定ナキ事項デアッテ從來有效ト認メ來タ慣習デアルガ故ニ其慣習ニ依ルベキモノデアルコトヲ信ズル何ヲ苦シデ現在ノ債權ヲ擔保スルモノデアルト謂ハネバナラヌノデアルカ、私ハ丁解ニ苦ムノデアル、故ニ大審院ノ判決ハ其理由ト共ニ永久ニ其效力ヲ持ツコトヲ希望スルノデアリマス

民法第三百四十六條ニハ質權ニ依ッテ當然擔保セラルベキ債權ノ種目ヲ列記シテアリマス、要スルニ元本及ビ之ニ附隨シテ生ズル所ノ各種ノ債權デアル、尤モ嚴格ニ言ヘバ其中ニハ附隨ノモノト看ルコト能ハザルモノモ混入セラレテ居マス、然レドモ少クモ最初質權ヲ以テ擔保シタル債權アッテ始メテ發生シタモノデアル、隨ッテ其債權ト密接ノ關係ヲ有スルモノデアルガ故ニ質權ノ效力ガ此等ノ債權ニ及ブモノトスルハ實際公平デアッテ且當事者ノ意思ニモ適合スルモノト謂ハネバナラヌ、其種目中ニ於テ特ニ注意スベキモノハ債務ノ不履行ニ因ル損害ノ賠償デアル、此場合ニハ債權ノ目的ハ全ク更改セラレテ金錢以外ノモノモ爾後ハ常ニ金錢ト爲ル、故ニ理論上ヨリ言ヘバ別種ノ債權ト看ルガ至當デアルト考ヘル、然レドモ今申シタ如ク此債權ト雖モ原債權ヲ擔保セル質權ヲ以テ擔保スルモノト爲スコトノ至當ナルハ言フヲ俟タザル所デアル、故ニ法律ハ明文ヲ以テ特ニ此效力ヲ認メタノデアリマス、此點ニ付イテ特ニ注意ヲ促シタ所以ハ抵當權ニ依ッテ擔保セラルベキ不履行ニ因ル損害賠償ニ關シテハ從來解釋上ニ議論ヲ生ジテ竟ニ第三百七十四條ヲ改正セラルルコトト爲ッタノデアリマ

ス此事ハ何レ後ニ說明スル考デアリマス

第四款　質權ノ效力

質權ノ效力トシテ先ヅ質權者ハ前ニ列擧シタ債權ノ辨濟ヲ受クルマデ質物ヲ留置スルコトヲ得ル(第三四七條)其譯ハ質權ハ質物ヲ占有ヲ移スコトヲ以テ其成立ノ要件ト爲ス以上ハ質權者ニ一種ノ留置權ナキヲ得ザルコトハ言フヲ俟タザル所デアル、然ルニ民法ニ於テハ留置權ナルモノハ當事者ノ意思ニ基カザル別種ノ物權トシタルガ故ニ質權ハ當然留置權ヲ含ムモノト謂フコトヲ得ナイ、然レドモ留置權ヲ有スルト同一デナイトキハ質權ノ效力甚ダ不十分ナルガ故ニ此規定ヲ設ケテ尙ホ其上ニ留置權ニ關スル數多ノ規定ヲ準用スルコトモ爲ッタ譯デアリマス(第三五〇條)例ヘバ不可分及ビ果實ノ取得ニ關スル規定ノ如キハ質權ニ準用セラルルコトト爲ル

一旦質權者ハ留置權ヲ有スルモノトスレバ此ノ如キ準用ノ規定ハ必要ナキガ如クデアルガ、今申シタ如ク留置權ハ別種ノ權利デアル、第三百四十七條ニ於テモ質權者ハ純然タル留置權ヲ有スル者ト看ルベキデハナイ、其レ故ニ此二重ノ規定ヲ必要トシタ譯デアル、尤モ占有ニ關スル民法ノ原則ニ依レバ(第一八〇條)質權者ハ言フマデモナク占有者デアル、果シテ然ラバ占有權ノ外ニ更ニ今申シタ留置權ヲ認ムル必要ナキガ如クニ思ハレル、然レドモ此二ツノモノハ同一ノ效力ヲ有スルモノデハナイ、單純ナル占有權ヲ有スルスミヲ以テ他ノ債權者カ質物ニ付テ先取特權其他ノ權利ヲ實行セントスルニ當ッテ占有權ヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ得ナイ(競賣法第二條參照)即チ茲ニ一種ノ留置權ヲ認メタ所以デアリマス

然レドモ質權者ノ留置權ニハ一ツノ制限ガアル、其レハ外デナイ、質權者ハ其留置權ヲ以テ自己ニ對シ優先權ヲ有スル債權者ニ對抗スルヲ得ザルコトデアル(第三四七條但書)茲ニ所謂優先權ヲ有スル者トハ最ニ先取特權ノ章ニ於テ說明シタコトデアルガ例ヘバ質權取得ノ當時ニ質物ヲ保存シタル債權者アルコトヲ知リシ場合ニハ質權者ハ保存者ニ對シテ先順位ヲ有セザルコトト爲ッテ居ル(第三三〇條第二項)故ニ斯ル場合ニハ保存者ガ其權利ヲ實行セントスルニ當ッテ

質權者ハ留置權ヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ得ナイ論シテ其立法ノ理由ハ十分ニ明カニスルコトヲ得ナイガ、察スルニ質權者ハ賣代金ノ上ニ優先權ヲ有スルガ故ニ何人ニ對シテモ留置權ヲ主張スルコトヲ得ルモノトスル必要ガナイ、其代金ヲ分配スルニ當ッテ已レヨリモ先順位ヲ有スル者アシテ其權利ヲ實行スルコトヲ得ザラシムル如キハ甚ダ不當デアルト云フニ歸著スルカト思フ、私ハ留置權ニ關スル現行法ノ觀念ニ對シテハ大ニ意見ガアルケレドモ立法論ニ渉ルニ由ッテ述ベマセス

次ニ質權者ハ轉質ヲ爲ス權利ヲ有シテ居ル、元來質權ハ或債權ノ擔保トシテ設定シタモノデアルガ故ニ之ヲ他ノ債權ニ移スコトヲ得ベカラザル如クニ考ヘラルルガ若シ果シテ此ノ如クナレバ實際甚ダ不便デアル、質權ハ當事者ノ意思ヲ以テ設定シタル權利デアルガ故ニ設定者ニ損害ヲ生ゼザル限ハ一般ノ財產權ニ同ジク之ヲ處分シテ他ノ權利ニ移スコトヲ得セシムルモ敢テ妨ナキコトデアル、加之轉質ハ我邦從來ノ慣習ニ於テモ亦諸外國ノ立法例ニ於テモ一般ニ其效力ヲ認ムル所デアル、此點ハ權利ノ性質ニ基ク所ノ先取特權ト全ク相異ナル所デアルト思フ、質權者ニ於テ轉質ヲ爲スニハ義ニ述ベタル如ク質權設定者ニ損害ヲ及ボサザル範圍內ニ於テ爲スコトガ必要デアル、其レニハ先ヅ自己ノ權利ノ存續期間內ニ於テスルコトヲ要スル、此點ハ殆ド言フヲ俟タザル所デアルト思フ、何人ト雖モ自己ノ有スル以上ノ權利ヲ他人ニ移スコトヲ得ベカラザルハ當然ノ事理デアリマス

次ニ質權者ハ自己ノ責任ヲ以テ爲サネバナラヌ、其結果トシテ轉質ヲ爲サザレバ生ゼザルベキ不可抗力ニ因ル損失ニ付イテモ亦其責ニ任ゼネバナラヌ(第三四八條)是ハ自己ノ責任ヲ以テスルコトヲ必要トシタ當然ノ結果デアルガ適用上ニ於テ或ハ疑議ノ生ゼンコトヲ慮ッテ規定セラレタコトト考ヘル、所謂不可抗力ニ因ル損失トハ例ヘバ質物ガ隣家ヨリ起リタル火災ノ爲メニ燒失シタル如キヲ謂フ、此場合ニ於テハ總令第一又ハ第二ノ質權者ニ過失ナキモノトスルモ若シ其損失ガ轉質ヲ爲サザレバ生ゼザルベキモノデアレバ第一質權者ハ賠償ノ義務ヲ負ハネバナラヌ、但第一質權者ト第二質權者トノ住居ガ隣接スル等ニシテ總令轉質ヲ爲サザリシモノト假定スルモ仍ホ燒失シタルナラント認ム

ベキ場合ニハ賠償ノ義務ハナイ、何トナレバ轉賣ヲ爲サザレバ生ゼザルベキ損失デナイ、轉賣ヲ爲サナンダトシテモ生ジタルベキ損失デアル、買權ノ最モ重要ナル效力ハ辨濟ヲ受ケザル場合ニ賣物ヲ競賣スルコト及ビ其代價ニ付イテ他ノ債權者ニ先チ辨濟ヲ受クルコトデアル、此優先權ヲ行フ場合ニハ必ズ第三者トノ間ニ權利ノ衝突アルコトヲ認メネバナラヌ、故ニ動產ニ付イテハ後ニ說明スル如ク繼續セル占有ヲ必要トシ不動產ニ付イテハ登記ガナクテハナラヌ、又競賣ハ他人ニ所有權ヲ移スベキ行爲デアルニ由テ最ニ說明シタル如ク讓渡スコトヲ得ベキ物デナクテハナラヌ、又普通ノ場合ニ於テハ設定者ノ所有ニ屬スル物デナケレバナラヌト思フ、[illegible]賣權者ハ賣物ヲ賣却シテ其代金ニ付イテ他ノ債權者ニ優先シテ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルモ賣物其モノヲ自己ノ所有ニ移スコトハ法律ニ許シテナイ、而モ是ハ强行法デアッテ特約ヲ以テ反對ノ定ヲ爲スコトヲ認メナイ、即チ民法第三百四十九條ハ第一ニ流質ヲ禁ジ第二ニハ法律(主トシテ競賣法ヲ云フ)ニ定メタル方法ニ依ラズシテ賣物ヲ處分スルコトヲ禁ジテ居ル[illegible]

抑モ流質ヲ禁ズル目的ハ高利貸ヲ禁ズルト同一ノ趣旨ニ出デタモノデアルト思フ、然ルニ利息制限法ハ近世文明諸國ニ於テハ一般ニ之ヲ廢シタ偶、之ヲ廢モザル國アルモ學者ハ殆ド皆之ヲ廢スベキモノトスル說ヲ唱ヘテ居ル、其レニモ拘ハラズ流質ヲ禁ズル規定ハ今日尙ホ殆ド諸國ノ法典ニ見ル所デアル、是ハ實ニ奇觀デアッテ毫モ理由ナキコトト思フ、即チ此二ノ制度ハ存廢共ニ運命ヲ一ニスベキモノデアルト信ズル、抑モ何故ニ利息制限法ハ今日一般ニ廢スルコトト爲ッタカト云フニ第一、實際ニ決シテ行ハルルモノデナイ、百方手段ヲ用ヒテ法律ノ適用ヲ免レントスルハ日常見ル所ノ事實デアッテ到底一一制裁ヲ加フルコトヲ得ベキモノデナイ、又一方ヨリ言ヘバ大凡物價殊ニ金錢ノ價ナルモノハ全ク比較的ノモノデアッテ、高キ利息ヲ拂ッテモ借ルコトヲ望ム以上ハ即チ需要者ハ取ッテ金ガ其レダケ必要デアルト見ナケレバナラヌ、即チ金ノ價ガ高キ譯デアル、若シ其條件ニ耐ヘラレヌト思ヘバ借ラヌマデノコトデアル、然ルニ無能力者ニモ非ザル者ガ任意ニ高キ利息ヲ拂フコトノ條件ヲ以テ金ヲ借リタトスレバ有效ノ貸借デナケレバナラヌ[illegible]

流質ニ付イテモ全ク同一デアル、當事者ハ買戻ノ特約ヲ附シタル賣買其他種種ノ方法ヲ以テ法ヲ潛ルコト容易デアッテ禁令ハ決シテ行ハレテ居ラズ、其レ故ニ民法ヲ制定スルニ際ッテ法典調査會ニ於テハ此等ノ制限ヲ設タルコトニ付イテ大ニ議論ガアッタガ利息制限法ヲ廣シタイト云フ起草委員等ノ意見ハ遂ニ行ハレナンダ、併シ流質ヲ禁ズル規定ハ之ヲ置カザルコトニ議定セラレタ、故ニ初メ政府ヨリ議會ニ提出セラレタ原案ニハ第三百四十九條ノ規定ハナカッタ、是ハ兼議院ノ委員會ニ於テ實際上必要デアルト云フ理由ニ據ッテ加ヘラレテ竟ニ法律ト爲ッタノデアリマス

一旦民法中ニ此規定ヲ置カレタ以上ハ民事ト商事トノ間ニ差別ハナイ、其レ故ニ民法改正案ヨリモ後ニ提出セラレタ商法改正案ニハ民法第三百四十九條ハ商事ニモ當然適用セラルベキモノトシテ別段ノ規定ヲ置イテナカッタ、然ルニ商法改正案カ將ニ提出セラレントスルニ當ッテ各地ノ實業者、殊ニ銀行營業者ヨリ頗ニ反對意見ヲ提出シテ、其運動ノ結果遂ニ民法第三百四十九條ノ規定ハ商行爲ニ因リテ生シタル債權ヲ擔保スル爲メニ設定シタル質權ニハ之ヲ適用セズト云フ規定ガ出來タ、商法第二七七條其レハ主トシテ株券其他ノ有價證券ヲ質實法ニ依ラズシテ簡便ナル方法ニ依テ處分セント欲スル趣意ニ出デタモノデアルト思フ、小生等ハ初ヨリ此ノ如キ禁止法ヲ設クルコトニハ反對デアッタガ、一旦民法ニ之ヲ置カレタ以上ハ商事ニ之ヲ適用セザル理由ハ殆ドナイト思フ

第五款　質權ノ消滅

質權消滅ノ原因ニ二種アリマス、一ハ他ノ物權ニモ共通ナルモノ、又一ハ質權ニ特別ナルモノデアル、其一般ノ性質ヲ有スルモノハ拋棄目的物ノ滅失、公用物ト爲ルコト、添附、混同等デアリマス

質權ニ特別ナル消滅ノ原因ハ之ニ因ッテ擔保セラルル債權ノ消滅、質權ノ實行並ニ濫除デアル、但濫除ハ不動產質ニ付イテ起ルモノデアリマス

第二節　動產質

質權ノ設定ニ關スル合意ト、占有ノ移轉トニ因ッテ質權ガ成立シタル以上、其間後

占有ヲ繼續スルコトハ當事者間ニハ必要デナイ、唯故意ニ占有ヲ中止シタルトキハ質權ノ拋棄ト見ラルルコトガアルヤデノコトデアル、此權利ノ存在ニ關シテ占有ノ繼續ヲ必要トセザル點ハ留置權ト少シク相異ナル所デアリマス、然レドモ動產質ニ在ッテハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ繼續シテ質物ヲ占有スルコトガ必要デアル、此要件ハ恰モ不動產質ニ於ケル登記ニ當ルモノト思フ、質權者ハ繼續シテ質物ヲ占有スルコトナキトキハ第三者ハ質權ノ存在ヲ知ルコトガ出來ナイ、又或時期ニ於テ適占有シタルノミヲ以テハ充分ナル公示ト爲ラヌ、夫故ニ此要件ヲ必要トシタル譯デアル、但此繼續ト云フ要件ハ其文字ニ拘泥シテ解釋シテハナラヌト思フ、即チ寸時間ト雖モ質物ヲ手放シタコトガアレバ直チニ質權ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ザル結果ヲ來スモノト解スベキデナイ、占有ガ繼續セシヤ否ヤヲ決定スルハ全ク事實問題デアルト思フ

又此要件ハ決シテ代理占有ヲ許サザル趣意デナイ、質權設定者ニ非ザル限ハ質權者ニ代ハッテ質物ヲ占有スルコトヲ得ルハ最ニ說明シタ通リデアリマス、舊民法ノ如キハ動產質權者ノ占有ハ繼續ニシテ且現實ナルコトヲ要ストシタルガ代理占有ヲ許サザル如クニ聞エテ穩當ナラザルガ故ニ民法ニハ採用セラレナンダ、現ニ第三百五十五條ノ如キハ代理占有ヲ有效トスルニ因ッテ始メテ了解スルコトヲ得ル規定デアル

質權者ガ故意ニ占有ヲ失ッタトキハ通常質權ノ拋棄ト見ルベキデアリマセウ、少クモ第三者ニ對抗スルコトヲ得ザルコトニ爲ルト思フ、若シ何等ノ規定モナケレバ自己ノ意思ニ反シテ占有ヲ失ッタ場合、即チ他人ヨリ暴力ヲ以テ占有ヲ奪ハレタ場合ニモ占有ハ繼續セザルコトト爲ルニ因ッテ質權ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ザル結果ヲ來ス譯デアル、然ルニ若シ此ノ如クナルトキハ質權ノ效力ハ極メテ薄弱ト爲ッテ法律ノ保護ヲ缺クコトニ爲ル、故ニ此場合ニハ質權者ハ占有回收ノ訴ニ依ッテ質物ノ占有ヲ回復スルコトヲ得ルモノト定メタアル(第三五三條)、是ハ一見言フヲ俟タザルコトノ如クデアル、即チ質權者ハ立派ナル占有者デアルニ因ッテ占有ヲ奪ハレタ場合ニハ占有回收ノ訴ニ依ッテ之ヲ回復スルコトヲ得ベキハ當然ノコトデハナイカ、然レドモ此規定ヲ置カレタ所以ハ既ニ前條ニ於テ占有ノ繼續ヲ必要トスルコトヲ揭ゲタ以上ハ占有ノ通則ニ依ルベ

キモノトスルノミヲ以テハ甚ダ疑ヲ生ズルコトデアル、故ニ第三百五十三條ノ規定ヲ置カレタ譯デアル、而シテ此規定ニ付イテ一ノ説明ヲ要スルコトハ(占有同收ノ訴ニ依リテノミ云云)トアルコトデス、是ハ如何ナル意義デアルカト云フニ外國ノ法律ニ於テハ質權者ハ所有者ニ等シイ權利ヲ有スルモノトシタル例ガアル、例ヘバ獨逸民法第千二百二十七條ノ如キデアル、我民法ハ質權ニ此ノ如キ效力ヲ認メナイ、質權者ハ質權者トシテ占有ヲ有スルニ止マルガ故ニ占有ノ保護ヲ受クルモノトスレバ十分デアル、其結果トシテ一年ト云フ短期間ニ取戻ヲ爲サネバナラヌコトト爲ル(第二〇一條第三項)但其期間内ニ占有同收ノ訴ヲ起セバ一日モ占有ヲ失ハザリシモノト看做サルル、即チ占有ハ繼續セシモノト看做サルル譯デアル

質權實行ノ方法ハ前ニ述ベタ如ク質物ヲ競賣ニ付シテ其代金ヲ得ルコトデアリマス、然ルニ競賣ナルモノハ巨多ノ費用ト手數トヲ要シ、且時價ヲ以テ賣却スルコト能ハザル場合ガ往往アリマス、動產ニ付テハ最モ不便ヲ感ズルコトガアル故ニ民法ハ動產質ニ付テハ例外トシテ質物ヲ以テ直チニ辨濟ニ充ツルコトヲ得ルモノトシタ、而シテ之ニハ四箇ノ要件ガ具ハラネバナラヌ

第一　正當ノ理由アル場合ニ限ルコト　即チ例ヘバ今申シタ如ク或事情ヨリシテ時價ニ賣レル見込ナイ場合ノ如キヲ謂フ

第二　鑑定人ノ評價ニ從フコト

第三　裁判所ニ請求スルコト

第四　豫メ債務者ニ其請求ヲ通知スルコト(第三五四條)

右ハ全ク特別ノ實行方法デアルニ由テ此ノ如クニ種種ノ方面ヨリ此適用ヲ制限シタノデアリマス

質權ニハ占有ヲ必要トスルニ由ツテ同時ニ二箇以上ノ質權ガ一ノ動產上ニ存スルコト能ハザル如クニ解セラレマスガ、既ニ代理占有ヲ認ムル以上ハ此事實ノ生ジ得ルコトヲモ認メネバナラヌ、例ヘバ茲ニ一タビ甲ナル者ノ爲メニ質入シタ物ヲ更ニ乙ナル者ノ爲メニ質入シテ其中ノ一人又ハ丙ナル者ガ雙方ノ代理人ト爲ツテ之ヲ占有スル場合ハ明カニ生ジ得ルコトデアリマス、而シテ是ハ債務者ノ爲メニ甚ダ必要ナルコトデアル、何トナレバ凡ソ擔保ニ供スベキモノハ通

常其擔保スベキ債權額ヨリモ多クノ價格ヲ有スルモノデアル、故ニ質物ノ價額ガ果シテ遠ク債權額ニ超ユル場合ニハ更ニ其物ヲ擔保トシテ賣金ヲ借入ルルコトガ出來テハ甚ダ不便デアル、而シテ此目的ハ代理占有ノ作用ニ依ッテ達セラルルコトデアル

此場合ニ二箇以上ノ質權ノ順位ヲ如何ニ定ムベキカト云フニ民法ハ設定ノ前後ニ依ルトシタ(第三五五條)此規定ハ或ハ疑義ノ生ゼンコトヲ慮ッテ設ケラレタモノデアリマス、實ハ分リ切ッタ事柄デアル、即チ一般物權ノ效力タル優先權ノ作用ニ外ナラズ、其譯ハ何人ト雖モ其有スル以上ノ權利ヲ他人ニ移スコトヲ得ナイ、一タビ或物ノ上ニ物權ヲ設定シタ以上ハ其物權ヲ負擔スル限度ニ於テ所有權ノ內容ハ減殺セラレタモノデアル、其レ故ニ此規定ハ獨逸民法ニ於テハ最初第一草案(第一一五一條)ニ載ッテ居マシタガ確定案ニ於テハ言フヲ俟タズト云フ理由デ削ラレマシタ

第三節　不動產質

不動產質ハ近世歐洲諸國ニ於テハ殆ド行ハレテ居リマセズ、唯佛國ヲ始トシテ多少之ト類似スル所アル用益質ヲ認ムル例ハ多クアリマス

用益質トハ債權者カ弁濟ヲ受クルマデ債務者ノ不動產ヲ留置シテ其使用、收益ヲ爲ス權利ヲ謂フ、然ルニ是ハ質權ノ效力ノ一部ニ過ギザルモノデアル、用益質ヲ有スル者ハ決シテ其權利ノ目的物ヲ賣却シテ其代價ニ付イテ優先權ヲ行フコトヲ得ルモノデナイ、即チ此點ニ於テ純然タル質權ト大ニ相異ナルモノデアリマス、此用益質スラモ近世ニ在テハ抵當權ノ盛ニ行ハルルニ從ッテ大ニ適用ヲ失フコトト爲リマシタ

是ヨリ簡單ニ不動產質ノ效力ヲ述ベマス

不動產質權者ハ第一ニ其權利ノ目的タル不動產ノ用方ニ從ッテ其使用及ヒ收益ヲ爲スコトヲ得ル(第三五六條)然レドモ此效力ハ不動產質ノ要素ト看ルベキモノデハナイ、當事者ニ於テ反對ノ定ヲ爲スコトヲ許シテアリマス(第三五九條)即チ特約ナキ普通ノ場合ニ生ズル效力デアル、此點モ用益質ト相異ナル所デアル、不動產質ハ質權デアッテ使用、收益ヲ必要條件トスルモノデハナイ

不動產質權者ハ使用、收益ノ權利ヲ有スルニ由ッテ通常果實ヲ以テ支辨スベキ費用ハ之ヲ負擔スベキガ當然デアル、故ニ不動產質權者ハ管理ノ費用ヲ拂ヒ、其他不動產ノ負擔ニ任ズトシテアリマス、例ヘバ租稅及ビ修繕費ノ如キハ自己ノ費用ヲ以テ之ヲ支辨セネバナラヌ(第三五七條又利息ハ元本使用ノ對價ニシテ果實ニ相當スルモノデアル、然ルニ不動產質權者ニシテ既ニ果實ヲ取得スル以上ハ縱令不動產ニ關スル費用ヲ拂フモ尙ホ多少ノ餘剩ヲ生ズルコトガ常デアル、故ニ法律ハ便宜上之ト利息トヲ相殺セシメ、不動產質權者ハ其債權ノ利息ヲ請求スルコトヲ得ザルモノトシテアル(第三五八條)此等ノ規定ハ從來ノ慣習ニ依ッタモノデ强行的效力ヲ有スルモノデハナイ、故ニ設定行爲ニ於テ別段ノ定ヲ爲スコトハ妨ゲザル所デアリマス(第三五九條)

不動產質ハ動產質ニ同ジク實成立ニハ占有ノ移轉ヲ必要トスルモノデアルガ、一旦成立シタル後ニ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ必ズシモ其占有ヲ繼續スルコトヲ要セズ、何トナレバ不動產質ニハ登記ト云フ比較的完全ナル公示方法ガアッテ之ニ依ッテ第三者ニ不測ノ損害ヲ被ラシメザルコトヲ得ルガ故デアル

不動產質ニ於ケル登記ハ最ニ說明シタル動產質ニ於ケル繼續セル占有ト同一ノ作用ヲ爲スモノデアル、第三者ニ對抗スルコトヲ得ザル權利ハ物權ニシテ物權ノ實用ヲ爲サヌ、殆ド成立セザルニ等シキ結果ト爲ルニ由ッテ第三者ニ對抗スル要件ハ最モ大切ナルモノデアリマス

此ノ如ク占有ハ不動產質ノ存立ニハ必要デハナイガ、實際ノコトヲ言ヘバ不動產質權者ガ占有ヲ爲サザル場合ハ殆ドナイト思フ、何トナレバ不動產質ノ要素デハナイガ使用、收益ノ二ハ不動產質權者ニ取ッテ最モ大切ナ權利デアル、此權利ノ附隨セザル不動產質ヲ取得スル如キコトハ實際決シテナイト思フ、而シテ使用收益ヲ爲スニハ自ラ占有ガ必要デアルコトハ言フヲ俟タヌコトデアリマス」

民法ニハ不動產質ノ存續期間ヲ十年以下ト定メテアル、此期間ヲ超ユルトキハ十年ニ短縮セラルルコトト爲ル、但契約ヲ以テ此期間ヲ更新スルコトヲ妨ゲズ、唯更新ノ時ヨリ十年ヲ越ユルコトヲ得ナイ(第三六〇條)

此規定ハ公益上ヨリ設ケラレタ强行的ノモノデアル、永小作權及ビ賃借權ニ付イテモ同一樣ノ規定ガアリマス、其理由ハ長期ニ亘ル不動產質ヲ有效トスレバ

財產ノ流通及ビ改良ヲ妨ゲ且其價格ヲ減損スルニ至ルコトハ明カデアリマス、故ニ經濟上ノ必要ヨリシテ此ノ如クニ期間ヲ限定シタモノデアル、十年ニ定メラレタコトニ付イテハ別ニ確タル根據アル譯デハナイ、最モ汎ク行ハルル所ノ慣習ニ參酌シ雙方ノ便利ト公益トヲ折衷シテ適當ト認ムル所ニ定メタルニ過ギズ故ニ十年以上ノ債權ニ付キ其發生ト同時ニ不動產質ヲ設定スルモ其期間內ニ更新ヲ爲サザル限ハ使用、收益ノ外ニ殆ド實益ナキモノト解セネバナラヌ、一日ト雖モ十年ヲ經過シタル後ハ其質權ハ既ニ消滅シタルモノナルガ故ニ之ヲ實行スルコトヲ得ザルハ無論ノコトデアルト思フ

不動產質ハ右ニ述ベタル如ク使用及ビ收益ノ權ヲ生ズル如キ抵當權ニ見ザル效力ヲ生ズルモノデアル、然レドモ此等二三ノ點ヲ除ク外ハ抵當權ト效力ヲ異ニスルノデハナイ、故ニ本節中別段ノ定アルモノヲ除ク外ハ抵當權ノ規定ヲ準用スルコトト爲ッテ居マス(第三六一條)例ヘバ第三取得者ニ對スル效力ハ登記ノ順序ニ依ルコトノ如キ(第三七三條又滌除ニ關スル規定ガ行ハルルコトノ如キ(第三七八條以下)ハ其一例デアリマス

第四節　權利質

動產質及ビ不動產質ハ直接ニ物ヲ以テ其目的トスルガ故ニ民法ニ所謂物權デアルコトハ明カデアリマス、然ルニ實際取引界ノ需要ニ應ジテ資本ノ流通ヲ圓滑ナラシムルニハ此二種ノ質ヲ認ムルノミヲ以テハ決シテ足レリトスルコトデナイ、物ニ非ザル權利ト雖モ苟モ財產權デアル以上ハ其性質ノ許ス範圍內ニ於テ質權ノ目的ト爲スコトヲ得セシメネバナラヌ、其レ故ニ近世諸國ノ法律ニ於テハ權利ヲ目的トスル質ナルモノヲ認メテ居マス

我民法ニモ質權ノ章ニ於テ權利質ト題スル一節ヲ設ケテ此事ヲ規定シテアリマス、先ヅ初ニ「質權ハ財產權ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得」トアル(第三六二條第一項)故ニ地上權、永小作權、地役權等其權利ノ性質ニ反セザル限ハ總テ質權ノ目的タルコトヲ得ルモノト解セネバナラヌ、然レドモ實際ノ適用ヲ言ヘバ此等ノ物權ヲ以テ質權ノ目的ト爲スコトハ頗繁デナイト思フ、實際最モ盛ニ行ハルル所ノ權利質ハ債權ヲ目的トスルモノデアルコトハ著明ナル事實デアリマス、蓋

券手形、公債證書ノ如キ有價證券ヲ目的トスル質ハ今日金融ノ要具トシテ商業界ニ最モ廣ク行ハレテ居ル、又幾多ノ面白イ、且屢〻解決ニ苦ム問題ヲ生ズルモ此債權質デアリマス

權利質ニハ如何ナル規定ヲ適用スベキヤ、是ハ一般權利質ニ關シテ生ズル最モ重要ナル問題デアリマス、民法第三百六十二條第二項ニハ此問題ヲ決シテアル、即チ權利質ニハ本節ノ規定ノ外前三節ノ規定ヲ準用ストアリマス、其レ故ニ權利質ニハ先ヅ第三百六十三條以下ノ規定ヲ適用シテ尙ホ足ラザル點ニ付イテハ進ニ說明シタル質權ノ總則動產質及ビ不動產質ニ關スル規定ヲ準用スベキコトト爲ル、然ルニ第三百六十三條以下ノ規定ハ權利質中ノ債權質ノミニ關スル規定デアッテ、債權質以外ノ權利質ハ地上權、永小作權ノ如キ物權ヲ目的トスルモノデアル、而シテ其レニハ質權ノ規定ヲ準用スルコトハ甚ダ易イト思フ、何トナレバ物權トハ云ヘ暴竟有體物デアル、其レ故ニ例ヘバ地上權、永小作權等ヲ質權ノ目的ト爲シタ場合ニハ其權利ノ目的タル土地ヲ引渡スニ非ザレバ質權ガ成立セザル如キ質權ニ關スル規定ノ大半ハ容易ニ準用シ得ルコトト考ヘマス、

之ニ反シテ債權ハ債務者ノ行爲ヲ以テ其直接ノ目的ト爲スモノデアルガ故ニ準用ハ左マデ容易デナイ、殊ニ近世或一部ノ學者ハ債權質ヲ以テ質デナイト云フテ居マス、事ロ質ノ目的ノ範圍內ニ於ケル債權ノ讓渡デアルト說イテ居マス、例ヘバ近頃有名ナル「デルンブルヒ」ノ如キハ其說デアル(獨逸民法論第二百九十三節)是ハ權利質ニ關スル一大問題デアルト思フ、純理上ヨリ言ヘバ此說ハ或ハ正シイカモ知レヌ、民法ノ規定ヲ見テモ債權質ヲ以テ第三者ニ對スル要件及ビ債權質實行ノ方法ノ如キハ全ク債權ノ移轉ト看タル如キ規定デアル、然レドモ債權質ハ現ニ質權ノ章ニ規定シテアル、若シ質權者ニ債權ガ移ッタモノデアルトスレバ第三者ニ對抗スル要件等ハ當然行ハルル譯デアッテ、特ニ債權質ニ關シテ之ヲ設クル必要ハナイ、殊ニ第三百六十三條ノ規定ノ如キ即チ質權ノ目的ト爲シタル債權ニ證書アルトキハ其證書ノ交付ヲ必要トスルコトノ如キハ債權讓渡ト云フ觀念ニ據ッテハ說明シ難キモノデアルト思フ、故ニ立法者ノ所見ニ於テハ債權ノ讓渡ト看ズシテ一種ノ質ト看タノデアルコトヲ疑ハス、唯有體物ヲ目的トセザル點ニ於テ民法ニ所謂物權デナイ、併シ其レヲ言ヘバ準占有モアリ又

後ニ說明スベキ地上權又ハ永小作權ヲ目的トスル抵當權モアル、故ニ民法ノ趣意ハ明カニ質ト看タモノデ、唯或點ニ付イテ債權讓渡ニ關スル規定ガ行ハルルマデノコトデアル、而シテ其レハ債權讓渡ノ場合ニ於ケルト同一ノ理由アルガ故ニ外ナラヌ

要スルニ債權質ニ關シテハ第三百六十三條以下ニ特別ノ規定ガアル、ソレデハ固ヨリ不十分デアルガ故ニ其他ノ點ニ於テハ質權ニ關スル前三節ノ規定ヲ準用セネバナラヌ、然ルニ之ヲ債權質ニ準用スルニハ深ク注意セネバナラヌコトガアル、總則ノ規定ハ最モ多ク準用シ得ルト思フ、而シテ其規定中ニハ留置權及ビ先取特權ノ規定ヲ準用シタル規定モアルニ由テ(第三五〇條之)ヲ債權質ニ準用スレバ再準用ト爲ル、例ヘバ債權ヲ質ニ取ッタ者ハ其債權ノ利息ヲ取得スルコトヲ得ル、其レハ留置權ニ關スル第二百九十六條ノ規定ヲ第三百五十條ニ於テ質權ニ準用シテアル、其レヲ又債權質ニ準用スレバ今申シタ結果ト爲ル譯デアリマス、然レドモ利息ト稱シ得ベキモノデナクテハナラヌ、即チ法定果實ノ性質ヲ有スルモノデナクテハナラヌ、例ヘバ株式ヲ質權ノ目的ト爲シタ場合ニ於テハ質權者ハ株主ノ受クベキ配當金ヲ取得スルコトヲ得ナイト思フ、何トナレバ配當金ハ果實デナイ之ニ反シテ公債證書ノ利息ノ如キハ取得スルコトヲ得ルト思フ

此他債權質ニ關シテハ民法ノ規定ガ細密ニ渉ッテ居ナイガ爲メ種種困難ナル問題カ生ジマス、一般ノ原則ニ依ッテ解決スルノ外ハナイ、動產質及ビ不動產質ニ關スル規定中ニハ決シテ準用スベカラザルモノガアルト思フ、殊ニ債權質ニ關スル第三百六十三條以下ノ規定ト兩立スベカラザルモノニ付イテハ更ニ疑ナキコトデアル、例ヘバ或條件ノ備ハル場合ニハ動產質ノ目的物ヲ競賣ニ付セズシテ直チニ辨濟ニ充ツルコトヲ許シテアル(第三五四條)此規定ハ債權質ニ準用スルコトヲ得ルカト云フニ決シテ準用スベキモノデナイト思フ、何トナレバ債權質ヲ實行スル方法ハ特ニ第三百六十七條及ビ第三百六十八條ニ定メテアル、如何ニ準用デアレバトテ同ジ事柄ヲ別別ニ規定シテアル場合ニハ動產質ニ關スル規定ヲ準用スルコトハ決シテ立法ノ精神デナイト信ジマス

是ヨリ簡略ニ債權質ニ關スル特別規定ヲ說明シマス但其規定ハ三ツノ事柄ニ

關スルモノデアル、即チ成立ノ要件第三者ニ對抗スル要件及ビ實行ノ方法此三點ニ付イテ特ニ規定ヲ設カレタモノデアル

先ヅ成立ノ要件ニ付イテ述ベンニ債權質ハ物ヲ目的トスルモノデナイ故ニ占有ヲ移スコト能ハザル譯デアル、隨テ債權者ト設定者トノ合意アルノミヲ以テ成立スルモノト謂ハネバナラヌ、然レドモ立法者ハ成ルベク普通ノ質權ト同一ニセン爲メニ占有ノ移轉ニ代ルベキ條件ヲ定メタ、其レハ即チ總ニ一言シタ如ク質權ノ目的ト爲ルベキ債權ノ證書アルトキハ質權ノ設定ハ其證書ノ交付ヲ爲スニ因テ其效力ヲ生ズルモノトシタコトデアル(第三六三條)實際ノコトヲ言ヘバ最モ多クノ場合ニ於テハ債權ニハ證書ガアルガ故ニ此規定ハ最モ頻繁ニ適用ヲ見ルコトデアルト思フ、但是ハ指名債權ニノミ適用スベキ規定デアッテ無記名債權ニハ關係ナイ、固ヨリ無記名債權ヲ以テ質權ノ目的ト爲ス場合ニハ其證書ノ交付ヲ要スルコトハ當然デアルガ、其レハ本條ノ規定ニ依ッテ然ルモノニ非ズシテ無記名債權ハ動產デアル(第八六條第三項)故ニ質權總則及ビ動產質ニ關スル規定ガ當然行ハルル譯デアリマス

債權質ヲ以テ第三者ニ對抗スル要件ニ付イテハ種種ノ場合ヲ區別セネバナラヌ、民法ニハ先ヅ普通ノ指名債權ニ付イテ規定シテアル、此種ノ債權ヲ以テ質權ノ目的ト爲シタル場合ニ其質權ヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ債權讓渡ニ於ケルト同一ノ方式ヲ履ムコトガ必要デアル、即チ第四百六十七條ノ規定ニ從ッテ第三債務者ニ質權ノ設定ヲ通知スルカ又ハ其承諾ヲ得ルコトガ必要デアル、而シテ此手續ヲ必要トシタル理由ハ債權讓渡ノ場合ニ於ケルト同一デアル、即チ簡單ニ言ヘバ不完全デハアルガ第三者ニ對スル公示方法ト爲ルモノデアリマス

此公示方法ハ第三債務者ニ對シテハ十分ナル效力アルモノト思フ、何トナレバ通知殊ニ承諾ハ第三債務者ニ於テ質權ノ設定セラレタルコトヲ直接ニ知ル方法デアルガ故ニ第三債務者ヲシテ其債權者即チ質權設定者ニ有效ナル辨濟ヲ爲スコトヲ得ザラシムル結果ヲ生ズルニハ最モ適切ナル方法デアル、之ニ反シテ第三債務者以外ノ第三者即チ質權ノ目的ト爲ッタ債權ヲ讓受ケントスル者又ハ更ニ之ヲ質ニ取ラントスル者ニ對シテハ甚ダ不完全ナル公示方法ト謂ハネ

バナラス、何トナレバ此等ノ者ハ第三債務者ニ付イテ其債權ガ既ニ質權ノ目的ト爲リシ等ノコトナキヤ否ヤヲ探知スルノ外ニ途ガナイ、第三債務者ニ於テ僞言ヲ吐カバソレマデノコトデアル、唯其債權ノ證書ガ質權設定者ノ手ニ存セザルトキハ危險ナルコトヲ知リ得ルマデノコトデアリマス(第三六四條第一項)

以上述ベタル規定ハ記名ノ株式ニハ之ヲ適用セズトアル(第三六四條第二項)是ハ原案ニハ存セザリシ規定デアルガ議會ニ於テ加ヘラレタ改正デアリマス、原案ニハ會社ノ株主名簿ニ記載スルコトヲ必要トシテアッタ、然ルニ斯ル手續ハ從來ノ慣習ニ反シテ不便デアルト云フコトヨリ改正ニ爲ッタ譯デアル、然レドモ總テ第三者ヲ保護スル爲メノ規定ハ公益上ヨリ設クルモノデアッテ慣習ニ反スルヲ顧ミルニ遑ナイ、他ノ場合ニ付イテハ總テ嚴格ナル制限ヲ設ケラレタニモ拘ハラズ株式ノ質入ニ關シテノミ第三者保護ノ方法ヲ盡スコトニ爲ラザリシハ一ノ缺點デアルト考ヘマス

記名ノ社債ヲ以テ質權ノ目的ト爲シタル場合ニハ社債ノ讓渡ニ關スル規定ニ從ッテ會社ノ帳簿ニ質權ノ設定ヲ記入スルニ非ザレバ之ヲ以テ會社其他ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ナイ(第三六五條)社債トハ株式會社ノ債務ヲ謂フモノデアル、詳細ナルコトハ商法ニ規定シテアルニ由ッテ茲ニハ述ベマセズ、之ニ付イテモ帳簿ニ記入スルト云フ如キ第三者保護ノ規定ヲ置キナガラ右ニ述ベタ株式ニ付イテ同一ノ規定ナキハ甚ダ不權衡デアルト思フ

指圖債權即チ爲替手形其他裏書ヲ以テ讓渡スベキ債權ハ裏書ニ依ッテ流通スルモノデアル、故ニ質權設定ノ如キ其權利ノ範圍效力ニ關スル重要ナル事項ハ必ズ證券面ニ記入スベキハ當然ノコトデアル、故ニ質權ノ設定ハ之ヲ裏書スルニ非ザレバ第三者ニ對抗スルコトヲ得ザルモノト定メラレタノデアル(第三六六條)尙ホ此種ノ債權ハ裏書ノ外ニ交付ヲ要スルコトハ第三百六十三條ニ依ッテ言フ、ヲ俟タナイコトデアリマス

終ニ民法ハ債權質ヲ實行スル方法ヲ定メテアリマス、其レハ第三百六十七條及ビ第三百六十八條ノ規定デアル、此點ニ關シテハ質權者ハ或制限ヲ以テ債權ヲ讓受クルト同一ノ地位ニ立ツモノデアル、債權質ノ性質ハ最ニ述ベタ如ク債權ヲ讓渡ト看ルベキモノデハナイト考ヘマス、ケレドモ其實行方法ニ至ッテハ恰モ

質權ノ目的ノ範圍内ニ於テ其債權ヲ讓受ケタルト同一デアル

債權質實行ノ方法ハ其目的タル債權ヲ取立ツルコトデアリマス(第三六七條第一項)是ハ普通ノ方法即チ本則デアル、而シテ此方法ニ依テ質權ヲ實行スルニハ質權ノ目的タル債權ノ目的ガ金錢ナルト否トニ依テ區別セネバナラヌ、其債權ノ目的ガ金錢デアルトキハ先ヅ質權者ハ自己ノ債權ノ部分ニ限テ之ヲ取立ツルコトヲ得ル(同條第二項)是ハ殆ド言フヲ俟タザルコトデアリマス、如何トナレバ其限度ヲ超エテハ自己ノ權利ノ範圍外ト爲ル、質權者ハ尋常一般ノ債權者ト異ナッテ優先權ニ依テ弁濟ヲ受クルコトヲ得ル者デアルガ故ニ自己ノ債權額ヲ限度トスルモ弁濟ヲ受クルニ妨ナキハ當然ノコトデアリマス

次ニ質權ノ目的タル債權ノ弁濟期ガ質權者ノ債權ノ弁濟期前ニ到來スルト其以後ニ到來スルトニ因テ更ニ結果ヲ異ニスル、若シ質權ノ目的タル債權ノ弁濟期ニ先テ質權者ノ債權ノ弁濟期ガ到來シタルトキハ質權者ハ自己ノ債權ヲ取立ツルコトヲ得ルハ言フヲ俟タザル所デハアルガ質權ノ目的タル債權ハ未ダ之ヲ取立ツルコトヲ得ナイ、何トナレバ若シ質權者ニ此ノ如キ權利アルモノトスレバ第三債務者ニ期限ノ利益即チ契約上ノ權利ヲ失ハシムルコトト爲ル譯デアリマス、此點ニ付イテハ殆ド疑ヲ生ズベキ餘地ナイ故ニ民法ニハ何等ノ規定ヲモ置イテナイ、之ニ反シテ質權者ノ債權ガ弁濟期ニ至ル前ニ質權ノ目的タル債權ノ弁濟期ガ到來シタルトキハ質權者ハ未ダ自己ノ債權ヲ實行スルコトヲ得ザルガ故ニ其擔保タル債權ノ取立ヲ爲スコトヲ得ザルモノト謂ハナケレバナラヌ、然レドモ若シ此ノ如クニ空シク手ヲ束ネテ弁濟期ノ到ルヲ俟タネバナラヌモノトスレバ或ハ大ナル損害ヲ被ルニ至ルコトガアル、何トナレバ質權者ノ債權ガ弁濟期ニ至ルマデニハ第三債務者ハ無資力ト爲ルヤ計ラレヌ故ニ假ニ之ヲ取立テテ他日弁濟ヲ得ルコトヲ確ムル方法ガナクテハナラヌ、此場合ニ於テ若シ第三債務者ヲシテ弁濟ヲ爲サシムルモノトスレバ其弁濟ハ何人ニ之ヲ爲スベキヤ、別段ノ規定ナキ限ハ其直接ノ債權者タル債務者即チ質權設定者ニ弁濟ヲ爲スベキコトト爲ルデアラウ、然ラバ其危險ハ一層大ナルモノト謂ハネバナラヌ、是ヲ以テ法律ハ此場合ニ於テ質權者ハ第三債務者ヲシテ其弁濟金額ヲ供託セシムルコトヲ得ルモノトシタ、而シテ質權ハ其供託金ノ上ニ存在

スルモノト定メタアル(第三六七條第三項)此規定ハ質權者ヲ保護スル爲メニ設ケラレタ便宜法デアツテ、此場合ニハ質權ノ目的ガ更改セラレタルモノデアル、即チ從來債權ヲ目的トシタルニ爾後供託金ヲ目的トスルコトニ變ジタ譯デアル、而シテ質權者ニ於テ單ニ供託ヲ爲サシムルコトヲ得ルニ止マリテ直チニ取立ツルコトヲ得ザルモノトシタ所以ハ外デハナイ、質權ヲ設定シタル債務者ヲシテ期限ノ利益ヲ失ハシメザルガ爲メデアル、此場合ニハ第三債務者ハ供託ニ因テ其債務ヲ免ルル譯デアルガ故ニ質權設定者ハ利息ヲ取得スルコトヲ得ザルニ至ルガ如クニ見ユルガ、供託法ニ於テ供託金ニ利息ヲ附スルコトト定メタアルガ故ニ斯ル結果ヲ生ズルコトハナイ、債務者ハ決シテ不當ノ損害ヲ被ルコトナイト思フ(供託法第三條)

質權ノ目的物ガ金錢ニ非ザル場合ニ於テハ質權者ハ辨濟トシテ受ケタル物ノ上ニ質權ヲ有スル(第三六七條第四項)但其物ヲ以テ直チニ自己ノ所有ト爲スコトヲ得ナイ、唯普通ノ場合ニ於ケル如ク之ヲ競賣ニ付シテ其代價ヲ以テ辨濟ニ充ツルコトヲ得ルマデデアル、此場合ニ於テモ質權ノ目的ハ更改セラレタルト

商法　海商

法學士　內田嘉吉講述

緒言

海商法ハ海運ニ關スル規定ナリ海運ニ關スル規定ハ唯リ海商法ニ止マラスト雖モ海商法ヲ以テ最モ主要ナルモノトス何故ニ海商法ヲ研究セサルヘカラサルヤト云フニ海運ハ國家ノ盛衰ニ直接關係ヲ有スル必要ナル事業ナルカ爲メナルニ外ナラス往時ヨリ海運ノ隆盛ナル國ハ即チ富强ノ國ニシテ海運ノ消長カ國力ニ影響ヲ及ホスノ顯著ナルハ古來ノ歷史ニ徵シテ知ルヘキナリ古代ニ指キテ論セス近世ノ初ニ當リ葡萄牙ハ西班牙ノ一隅ニ偏スル小國ナルニ拘ハラス盛ニ海運ヲ營ミ富强ヲ致シタリ西班牙之ニ次テ興リ其海運ノ發達ヲ計リ

遂ニ歐洲ノ覇權ヲ握有スルニ至レリ亞米利加大陸ノ發見ハ實ニ此時代ノ事ニ屬セルモノナリ其後西班牙ノ海運ハ次第ニ衰スルヤ和蘭ハ海運事業ヲ擴張シ和蘭ノ船舶ハ殆ト世界各處ニ航海ヲ爲サザルカキノ有様ト爲リ一時其盛ナリシヤ船數七萬艘ヲ有セリト云ヘリ和蘭ハ歐洲ニ在リテハ狹小ノ國ニ過キザル事其船舶ノ航路ハ東ハ印度支那日本等ニ西ハ米國ニ及ヒ盛大ナル殖民地ヲ有シ他ノ强國ヲ壓セリ然ルニ第十七世紀ノ末ヨリ第十八世紀ニ至ルノ頃英國ハ漸ク海運擴張ノ必要ヲ感シ銳意力ヲ盡シ遂ニ和蘭ノ海運ヲ破リテ海上ノ覇權ヲ占ムルニ至レリ英國カ現今富强宇内ニ冠タルハ實ニ海運發達ノ結果ナラスンハ非ス海運カ國勢ノ隆替ニ關係ヲ有スルヤ此ノ如ク大ナリ乞フ左ニ海運ノ必要ナル所以ヲ述ヘン

第一　海運ハ貿易ノ機關ナリ　貿易カ富國ノ要策タルハ論ヲ俟タサル所トス一國ノ殖産工業カ如何ニ盛大ナリトスルモ貨物ノ運轉ナキトキハ利福ヲ生スルコトナシ國内ニ於テモ亦外國トノ間ニ於テモ最モ便利ノ方法ヲ以テ貨物ヲ運轉スルコトヲ必要トス海運ハ即チ此目的ニ適當スルモノナリ古來ノ商業歴史ニ徴スルニ貿易ノ發達カ海運ノ力ニ基因スルヿトハ明白ニシテ殊ニ我國ノ如キ若クハ英國ノ如キ四面環海ノ國勢ニ於テハ苟モ外國貿易ヲ行ハントスルニ海運ノ力ニ籍ル所ナカルヘカラサルハ疑ヲ容ルルノ餘地ナシトス又假ニ陸上ノ交通ヲ爲シ得ルトスルモ山河ノ障礙ハ排斥スルニ困難ニシテ海上ニ於ケル交通ノ易易タルトハ同日ニ論スヘカラサラントス縱令陸上ニ在リテ鐵道カ布設サレ居ルトスルモ海運ノ便ヲ缺ク能ハサルハ我横濱神戸間ニ於ケル交通ノ實際ニ照ラシテモ知リ得ラルヘシ

第二　海運ハ通信ノ機關ナリ　通信事業ハ文明ノ要素ニシテ其重ナル部分ハ海運ノ力ニ俟ツ所ナカラサルヲ得ス所謂定期郵船ハ海洋ヲ隔ツル各地ノ間ニ迅速且安全ニ信書ノ遞送ヲ爲スモノナリ

第三　海運ハ拓殖ノ機關ナリ　海運ト拓殖トハ或ハ原因ト爲リ或ハ結果ト爲ルノ關係ヲ有シ海運ニ依リテ拓殖事業カ發達スルヿトアリ又拓殖ニ依リテ海運事業カ進歩スルヿトアリ本國ト殖民地トノ間ニハ可及的交通ノ便ヲ備ヘサルヘカラサルハ論ヲ俟タス而シテ其交通ハ大概海運ニ依ルモノニシテ歐米諸

國ハ巨費ヲ投シテ本土ト屬地トノ間ニ定期航海ヲ開始セシム我國ニ於テモ臺灣ヲ獲得シテヨリ新領土ニ向ケ毎月數回ノ定期航海ヲ營マシタツツアリ此定期航海ハ本國ト屬地トノ間ニ於ケル公道トモ認ムヘキモノナリ

第四　海運ハ外交ノ機關ナリ　外交ノ必要ハ國威ヲ發揚スルニ在リ外國ニ對シ國威ヲ發揚スルニハ其國ト本國トノ間ニ密接ノ關係ヲ有セシメサルヘカラス此密接ノ關係ハ海洋ヲ隔ツル場合ニ於テハ力ヲ海運ニ藉ラサルヘカラサルハ疑ヲ容レサル所トス本國ノ船舶カ外國ノ港ニ出入スル益〻頻繁ナルニ隨ヒ其國ニ對スル關係ハ愈〻密接ト爲リ遂ニ勢力ヲ有スルニ至ルハ自然ノ結果ナリ例ヘハ東洋近海ニ於テ英國ノ國旗ヲ揭クル船舶ハ支那ニモ朝鮮ニモ最モ多ク往來シツツアリテ利害關係ヲ有スル極メテ深ク隨テ勢力ヲ有スル他ノ諸國ニ優レリ近來我海運ハ朝鮮並ニ支那北部ニ對シ著シク擴張セラレ殊ニ朝鮮方面ノ如キニ至リテハ殆ト外國船舶ヲ排除シ我海運ノ勢力範圍ニ屬スト謂フモ不可ナキカ如ク之ニ對シテ我外交ハ最モ深キ關係ヲ有スルモノナリ

第五　海運ハ軍備ノ機關ナリ　海運カ軍事上ニ於テ必要ノ機關ナルコトハ日

清戰役並ニ北清事變ノ實例ニ照シ疑ヲ容ルヘキ餘地ナシトス海運ノ未タ發達セサリシ時代ニ在リテハ軍艦商船ノ區別ヲ設クルコトナク戰役ノ起ルヤ商船ハ軍艦ト爲リタルモノニシテ稍ヤ進歩シタル時期ニ至リテモ個人ノ所有ニ屬スル船舶カ敵國ノ所有スル船舶及ヒ其貨物ヲ捕獲スル習慣行ハレタリ此ノ如キ時代ニ海運ノ隆盛ナル國カ比較的海運ノ進歩セサル國ニ對シテ優勢ヲ占ムルニ至リタルハ自然ノ傾向ナリシナリ私船ノ捕獲ハ弊害尠カラサルヲ以テ千八百五十六年巴里宣言ニ依リテ之ニ加盟シタル國ハ其習慣ヲ禁止スルニ至リタリ尤モ北米合衆國西班牙墨西哥ハ巴里宣言ニ加盟セサルヲ以テ若シ現時此等ノ國ト戰爭アリトスレハ私船ヲ以テ捕獲ヲ爲スコトナシトセス私船ノ捕獲ハ巴里宣言ニ加盟ノ有無ニ拘ハラス將來ニ實行セラレストスルモ軍隊ヲ輸送シ又ハ軍艦等ノ必要品ヲ運搬スルニハ商船ノ力ヲ藉ラサルヘカラス殊ニ一朝外國ト戰爭アルニ方リテハ他ノ中立ヲ宣言シタル諸國ヨリ船舶ノ供給ヲ受クルコト能ハサルコトト爲ルヲ以テ自國ノ海運カ十分進歩スルニ非サレハ戰時ニ於テ輸送ヲ爲スコト能ハサルコトト爲ルヘシ

以上述ヘタル所ハ海運カ國家ノ進運ニ必要ナル所以ノ重ナル點ニ過キス本邦ノ狀態ヨリ言ヘハ四圍海ヲ環スヲ以テ何レノ外國ニ對シテモ海運ノ力ニ籍ル所ナカルヘカラス海運ノ我國ニ必要ナルコトハ何人モ疑ヲ容レサラントス我國ハ所謂海國ナル天賦ノ形勢ヲ有シ且現今宇内ノ列强カ外交ニ通商ニ競爭ノ焦點トスル東亞ノ要地ニ位スルヲ以テ最モ有望ノ情態ニ在ルモノナリ速ニ我海運ノ勢力ヲ擴張シテ此方面ノ勢力ヲ掌握スルハ洵ニ緊要ノ措置ナリトス然ラハ我國ノ海運ハ如何ナル狀態ニ在ルヤ乞フ左ニ之ヲ述ヘシ

海運ハ三種ノ要素ヨリ成ル第一、船舶第二、船員第三、航路是ナリ今此各要素ニ分チテ沿革ノ概況ヲ述ヘ現時ノ狀態ヲ明カニスヘシ

第一　船舶　我船舶ハ從前ニハ所謂日本形船ト稱スルモノノミニシテ或時代ニハ遠洋航海ヲ企テタル者ナキニ非サレトモ二三百年以來鎖國ノ政策ヲ施シタル爲メ海運ハ萎靡シテ振ハサルニ至レリ明治維新前外國ト交通ヲ開始スルニ及ヒ所謂西洋形船ヲ輸入シ最初ハ藩府ノ所有ニノミ屬セシカ明治二年十月始メテ私人ニ西洋形船ヲ所有スルコトヲ許シ明治三年ノ末ニハ西洋形船ハ漸

漸帆船ヲ合セテ四十六艘噸數一萬七千噸ヲ數ヘタリ然ルニ明治三十四年ノ末ニ至リテハ船數五千四百十五艘ニ增加シ其噸數ハ九十一萬九千九百噸(總噸數)ノ多キニ上レリ即チ三十餘年間ニ船數ハ百十七倍ニ增加シ噸數ハ大凡五十倍增加シタルナリ而シテ此增加カ如何ナル有樣ニ增加シタルヤト云フニ每年多少ノ增加ヲ爲ササルニ非スト雖モ主タル進步ハ事變ノ發生ニ因リ必要ヲ告ケタル以後ニ在ルモノナリ例ヘハ臺灣戰爭西南戰爭ノ如キ時期ニシテ殊ニ著シキ進步ハ明治二十七、八年ノ日清戰後ニ在リ即チ汽船ハ明治二十六年ニハ噸數十七萬噸ナリシカ三十四年ニハ五十八萬噸ニ增加シ帆船ハ明治二十六年ニハ四萬八千噸ナリシカ明治三十四年ニハ三十三萬噸ニ增加セリ之ヲ前述明治三年ニ比スルニ明治二十六年マテハ比較的ニ進步ノ遲遲タリシナリ之ニ反シテ明治二十六年ヨリ昨年マテノ十箇年前後ニハ著シク進步ノ事實ヲ呈シタリ管ニ船舶ノ隻數カ增加シタルノミナラス噸數巨大ノモノモ著シキ增加ヲ爲シタリ先ツ三千噸以上五千噸以下ノ船舶ハ明治二十六年ニハ僅ニ二艘ナリシカ昨年ハ二十艘ニ增加シ五千噸以上ノモノハ明治二十六年ニハ一艘モナカリシカ

現今ハ二十艘ヲ數フルニ至レリ次ニ船舶ノ材料モ以前ハ鐵船鋼船ハ少カリシモ近年ニ至リ倍加シタリ即チ汽船ニ就テ之ヲ觀ルニ明治二十六年ニハ百九艘ナリシカ明治三十四年ニハ百八十九艘ニ增加シタリ又船齡ニ就テ言フモ近年ニ至リ新船ノ多クナリタルハ明カナル事實ナリ此船舶ノ進歩ニ伴ヒテ本邦ノ造船事業モ著シク發達セリ即チ明治二十六年以前ニ在リテハ千噸以上ノ船舶ハ悉ク外國ヨリ輸入シタリシモ我造船事業カ進歩シタル結果トシテ近來六千噸以上ノ船舶モ我國ニテ製造スルニ至レリ終ニ每年我船籍ニ入ル所ノ船舶ニ就テ觀察スルニ內地ニテ製造セラルルモノト外國ニテ製造セラルルモノトノ割合ハ從前ハ外國ヨリ購入シタルモノ多數ナリシモ近來ハ漸ク反對ノ傾向ヲ呈スニ至リタリ例ヘハ明治三十四年ニハ日本ニテ作製シタル船舶ハ三萬一千噸餘ニシテ外國ヨリ輸入シタルモノハ一萬九千噸ニ過キサルモノトス

第二　船員　船員ハ之ヲ分チテ高等船員、通常船員ノ二種トス高等船員ハ即チ船舶職員ニシテ船內ニ於テ重要ナル職務ヲ執ル者ナリ船長、運轉士、機關士等是ナリ現制ニ依レハ此等ノ職ヲ執ル者ハ政府ノ試驗ヲ受ケテ免狀ヲ受有セサル

ヘカラス所謂西洋形船カ日本ニ輸入セラレタル當初ニ之ヲ運轉スル職員カ外國人ニ ミナ ラシハ已ムヲ得サルニ出テタルナリ明治初年ノ統計ハ之ヲ知ルヲ得サルモ明治十五年ノ調査ニ據ルハ所謂高等船員ハ日本人千九百一人外國人三百二十五人ナリ單ニ此計數ヨリ觀レハ日本人ハ多數ナリト雖モ最高等ノ免狀ヲ有スル者ハ日本人三十三人外國人百七人ノ割合ニシテ遠洋航海船等大船ノ船長ハ殆ト外國人ノ占ムル所ナリシナリ然ルニ昨年末ニ至リテハ全體ノ職員著シク增加シ日本人二萬五千餘人外國人三百十九人ナリ殊ニ進歩ノ事實顯ハレタルハ最高等ノ免狀ヲ有スル者ノ中日本人三百九十六人外國人百五十六人ナル事實ニシテ本邦人カ漸次大船巨船ヲ操縱スルニ至リタルコト明カナリトス通常船員ハ水火夫等ヲ指スモノニシテ從來ニ在リテモ外國人ハ比較的ニ少數ニシテ現時モ亦本邦人ノ之ニ從事スル者最モ多シ

第三　航路　日本船舶ヲ以テ定期航海ヲ開キタルハ明治三年ニシテ東京、大阪間ノ航路ヲ嚆矢トス其後政府ヲ保護ノ下ニ內地ノ重要ナル諸港間ニ定期航海ヲ營ム者アリシカ本邦船舶ノ勢力ハ微微トシテ沿岸航海ニ雖モ重要ナルモノ

ハ外國船舶ヲ占有スル所ト爲リ外國貿易ノ如キ事ハ外國船舶ニ委セタリ本邦船舶ヲ以テ外國ニ定期航海ヲ開キタルハ上海航路ヲ第一トシ其後北清朝鮮露西亞ニ至ル航路ヲ設クルニ至レリ日清戰爭ノ後ニ在リテハ我船舶ノ航路ハ顯著ノ發達ヲ爲シ清韓近海ハ勿論遠ク暹羅、米濠ノ各地ニ擴張シタリ現時政府ノ命令ニ依リ開始スル外國航路ハ約二十二線アリテ一年ノ航海里程ハ百九十萬海里ヲ超過スルニ至レリ

以上說述シタル所ハ我海運ノ發達ノ概況ナリ次ニ進ミテ外國ノ形勢如何ヲ示ントス最近ノ調査ニ依レハ宇內各國ヲ通シテ百噸以上ノ船舶ハ二萬九千六百二十八艘其噸數三千二百四十三萬七千七百六十三噸ニシテ之ヲ國別スレハ左ノ如シ

	艘	噸
英吉利	一、〇四一	一五五四六八九〇
北米合衆國	三、三〇八	三、三三七、一五六
獨逸	一、八六五	三、一三八、五六八
墨西哥	一、二五〇	一、六三二、七五七
佛蘭西	一、九二二	一、九五四、二六八
伊太利	一、五九〇	一、二〇四、八九三
露西亞	一、二九五	八〇〇、三三四
西班牙	六一四	七八四、五七三
日本	一、五三三	六九〇、五八一

右ノ外瑞典、和蘭、墨、太利、葡牙利、丁抹ハ大凡五十萬噸以上ヲ有シ希臘、白耳義、土耳其、伯剌西爾、智利、葡萄牙ハ五十萬噸以下十五萬噸以上ヲ有ス

以上ハ滊船ト帆船トヲ合算シタルモノナリ滊船ノミニ就テ之ヲ觀ルニ其艘數一萬七千百十五艘、噸數二千五百八十五萬九千九百八十七噸ナリ之ヲ國別スレハ左ノ如シ

	艘	噸
英吉利	八三五、五二一	一三六五、五四五
獨逸	一、三六五	二、六三六、三八
北米合衆國	一、〇九四	一、九五四、二六八
佛蘭西	六九〇	一、二〇四、八九三

諸國	噸	五〇五	一八六六六五五四
西班牙		一四六噸	一七三六三〇九九
伊太利		一三六十	二六九六八四一
露西亞		八五四四	一三五五六一〇五
本		五三五	五五五二三〇

近來世界ノ大勢上海運ハ日進月歩ノ狀況ニ在リ各國ニ於テ競フテ巨大迅速ノ船舶ヲ製造シ現時ハ積量六萬噸以上一時間二十海里以上ノ速力ヲ有スル大船舶ハ其數ニ乏シカラス即チ十萬噸以上ヲ有スル船舶ハ英國二十七艘佛國二艘獨逸二十四艘北米合衆國四艘和蘭國艘ニシテ其中殊ニ著シキハ近來英國ニ於テ製造セシ「セルチック」號獨逸ニテ製造セル「カイゼルヴヰルヘルム」號ニシテ何レモ二萬噸以上ノ巨船ナリ其他六萬噸未滿七千噸以上ノ船舶ハ英國ノミニテ七十九艘ヲ有シ我國ニテハ五千噸以上七千噸未滿ノ船舶ハ三十艘ニ過キサルニ英國ニハ百七十四艘アリ又速力二付テモ一時間二十海里以上ノモノハ英國三十艘獨逸五艘白耳義六艘佛國七艘和蘭三艘露西亞二艘北米合衆國四艘ニシテ十

七海里以上二十海里未滿ノ船舶ハ英國ノミニテ於テ百十艘ヲ有スルニ本邦ハ僅ニ三艘ヲ有スルニ過キス[illegible]

前段ニ我國ノ海運ハ近來顯著ナル進歩ヲ爲シタルヲ以テ[illegible]ノ大體ニ付テ列擧シタル數字ヲ比較スレハ我海運ノ[illegible]サルコトハ明瞭ナリ將來益〻我海運ヲ進歩セシムルノ必要アルヤ論ヲ俟タス海運事業ハ外觀上一箇人ノ營利的事業ニ過キサルカ如シト雖モ其國運ノ消長ニ影響スル尠少ナラサルヲ以テ何レノ時代何レノ邦國ニ於テモ此事業ニ向テ保護奬勵ヲ加ヘサルコトナシ今其保護奬勵ノ沿革ヲ觀ルニ種種ニ變化ヲ來レリト雖モ予ハ其方法ハ二種ニ分類スルコトヲ得ヘキモノト認ム其ヲ直接保護トシ他ノ一ヲ間接保護トス[illegible]間接保護ハ往時ニ於テ各國ノ執リタル方法ニシテ或ハ本國ト殖民地トノ間ニ於ケル貨物運搬ハ本國ノ國旗ヲ掲ケタル船舶ニ限ルト定メタルコトアリ或ハ國旗附加稅トシテ外國船舶ノ輸入シタル貨物ニ特別ノ關稅ヲ賦課シタルコトアリ或ハ外國船舶ニ本國船舶ニ課スル[illegible]重キ噸稅港稅等ヲ課シタルコトアリ

又或ハ外國船舶ハ其國旗ヲ示シ國ニ產出スル貨物ニ非ザル輸入スルコトヲ得スト定メタルコトアリ此等ノ間接保護ハ外國船舶ニ不利益ヲ與ヘ本國船舶ノ發達ヲ從スル趣意ナリト雖モ此方法ハ一方ヨリ觀ルトキハ國內ニ於テ運輸賃ヲ騰貴セシメ場合ニ依リ貨物ヲ輸送スルニ船舶ノ不足ヲ來ス弊アリ又他ノ一方ヨリ觀ルトキハ外國ニ對シテ對等ノ關係ヲ行フニ便ナラス即チ一國ニ於テ此ノ如キ政策ヲ執ルトキハ外國モ亦其國ノ船舶ニ對シ同樣ノ政策ヲ執ルニ至ルノ虞アリ是ヲ以テ國際交通ノ密接ナルニ隨ヒ此種ノ制度ハ漸次廢絕セラレ今僅ニ存スルハ沿岸貿易ニ關スル權利ヲ本國船舶ニ留保スル程ニ過キサルナリ

直接保護ト稱スルハ直接ニ本國船舶ニ對シテ補償ヲ與フルノ制度ナリ現今各國ノ實行スル所ハ二樣ニ分ツコトヲ得ヘシ一ヲ特別助成金制ト稱シ一ヲ一般奬勵ト稱フ特別助成ト稱スルハ一定ノ航海業者ヲシテ公益上最モ必要ナル航路ニ定期航海ヲ開カシメ之ニ補償トシテ助成金ヲ交付スルモノニシテ例ヘハ我國ニテ歐米等ニ定期航海ヲ開始セシメルカ如キ是ナリ一般奬勵ト稱スルハ法令ニ定メタル資格アル船舶ヲ以テ航海ヲ爲ストキハ其船舶ノ大小、遠力並ニ航海程ニ應シテ成規ノ奬勵金ヲ交付スルモノニシテ此制度ニ依ルトキハ航海業者ヲシテ廣ク航路ヲ求メ利益アル所ニ就テ營業ヲ爲サシメ隨テ海運事業ヲシテ自由ノ發達ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシ直接保護ノ二樣ノ方法中英國及ヒ獨逸ハ特別助成ノミヲ行ヒ佛國西班牙伊太利ハ同時ニ二樣ノ方法ヲ行フ北米合衆國ハ從來特別助成ノミヲ行ヒシカ近來ニ及ヒ一般奬勵ヲモ行ハントセリ我國ニ於テハ最初ハ特別助成ノ方法ヲ行ヒシカ明治二十九年以來航海奬勵法ヲ施行シ一般奬勵ヲ實施セリ前段ニ述ヘタル本邦海運ノ發達ハ此保護奬勵政策ノ結果ニ出タルモノ尠シトセス

要スルニ我國ノ海運ハ既往ニ於テ進歩ノ成蹟ヲ現ハシ我國勢上益之ヲ擴張スルノ必要アリテ現ニ之カ發達ヲ計ルノ方法ヲ實施シツヽアルモノナリ此海運ノ發達ト共ニ海事關係ハ益頻繁ト爲ルハ明カナル所ナルヲ以テ海商法ノ研究ハ益、必要ヲ告ケシメントス殊ニ海商法規ノ性質タル國際的ノ關係ヲ有スルカ故ニ我國ノ內外交通貿易ノ發達スルト共ニ愈、其研究ノ緊要ナルコトヲ感セシ

[illegible]

第一章　海商法ノ沿革

海商法ノ淵源ヲ尋ヌルニハ遠ク古代ニ遡ラサルベカラス耶蘇紀元前十三世紀ニ編纂セラレタル「ヨニーア」法典ニ於テモ印度海ニ行ハレタル海商ノ制度ヲ包含セリ「アッシリヤ」「フェニキヤ」「カルセージ」等ノ諸國ニ於テモ海事ニ關スル慣例ヲ有セリト雖モ今日ニ傳ハリタルモノアルヲ見ス希臘ノ歴史家ノ說ク所ニ依レハ埃及ニ海商法規ノ行ハレタルコトハ明カナリ「ヘロドタス」氏ノ著述ニ依レハ埃及ニ沿岸及ヒ錯地ノ警察ニ關スル事風災ノ爲ヌ埃及ノ海岸ニ寄港シタル外國人ノ保護ニ關スル事商業ノ爲メ埃及ニ來往スル外國人ニ其紛議ヲ裁定スル爲メ審判者ヲ選任スル權能ヲ認ムル事等ノ規則ヲ行ヒタリト謂フ希臘ニ於テモ海商ニ付キ種種規則ノ行ハレタルコトハ明カナリ現今其全部ヲ研究スルコトヲ得スト雖モ船舶ノ賣買買除貸借投荷及ヒ損害分擔其他船舶所有者ト船員トノ關係等ニ付テ一定ノ規則ヲ行ヒタルコトハ歴史上徵スベシ殊ニ「デモス

テーネス」ノ演說ノ中ニハ當時行ハレタル海上法規ニ付テ述フル所アリ元來希臘ハ數多ノ小邦ヨリ成リ或ハ海商ヲ營ミタルアリ或ハ然ラサルアリ「アゼンス」ノ如キハ最モ盛ニ海商ニ從事シ「スパルタ」ノ如キハ之ニ反シテ海商ヲ禁止シタリト云フ[illegible]地中海ニ在ル「ロード」島ハ夙ニ海上貿易ヲ營ミ比較的組織立テラレタル海商法規ヲ實施シ所謂「ロード」海法ハ羅馬法ニ依リテ後世ニ傳ヘラレタリ「ロード」海法ノ起源ニ付テハ種種ノ說アリ或ハ「アゼンス」ニ於ケル海法ノ後ニ編纂セラレタルモノナリト曰ヒ或ハ反對ニ「アゼンス」ハ「ロード」海法ヲ採用シタルモノナリト述フル者アリ希臘ノ衰フルヤ羅馬ハ地中海ヲ占領シ從來ノ慣例ヲ襲用セリ羅馬人ハ尚武ノ風アリテ商業ハ寧ロ之ヲ輕視シタル所ナルヲ以テ海商モ遂ニ發達ヲ見ルニ至ラサリキ或記事ニ據レハ羅馬ニ於テハ「セキール」ハ自己ノ食料品ヲ運搬スル爲メ一般ニ限リ船舶ヲ所有スルコトヲ得ヘシトノ規定行ハレタリト云フ隨テ海商法規ノ進歩ヲナサリシハ毫モ怪シムニ足ラス然レトモ羅馬人ハ法律思想ニ富ミタル國民ニシテ整備シタル法典ヲ後世ニ遺シタルカ如ク海商

法ニ付テモ之ヲ法律的ニ編纂シ法典ハ其効ニ歸セザル所ヲ得メ最初羅馬ニ始ノ
ハ「アレートル」ノ告示ヲ以テ人民ノ遵守スベキ規準ヲ定メタリシカ後ニ「ロード」
海法ヲ採用シ之ヲ「デュスチニアン」ノ法典ニ編纂シタリ其後羅馬ノ滅解ト共ニ
歐羅巴ノ西部ニ佛蘭西英吉利西班牙獨逸等ノ諸國カ獨立スルニ至リ各地ニ於
テ海商ヲ營ミ中古ノ末ヨリ近世ノ初ニ及ヒテ海上交通ノ區域モ著シク擴張セ
ラレタリ此時代ニハ從來ノ海商慣例ヲ採用セシ外ニ新ニ慣習ヲ發生セシメ近
世ニ於ケル立法材料ト爲リシモノ決シテ尠シトセス然レトモ當時ノ商業ハ之
ヲ現今ノ有樣ニ比スルニ頗ル微微タルヲ免レサルカ故ニ其所謂慣習モ唯大體
ノ原則ヲ定メタルニ過キス隨テ現今各國ノ法典ニ規定スル所ニ對照スレハ其
規定スル所當タ疎カリシハ勿論ナリ[illegible]
海商ノ發達ヲ見タル最モ顯著ナリシハ第十九世紀ニシテ殊ニ汽船航通ノ普及
シタル以後ノ事ニ屬ス海商法カ現時ノ發達ヲ爲シタルハ主トシテ此海運ノ進
歩ニ伴セタルモノナレハ海商法ヲ解釋スルニ當リ單ニ昔來ノ慣習規則等ニノ
ミ據リテ說明セントスル能ハサルハ明カナリ然レトモ海商法ノ原則ノ中ニハ昔

時ノ制度ヲ繼受シタルモノナキニ非サルヲ以テ從前ノ法制ニ就キ大要ノ沿革
ヲ述フルコトハ近世ノ海商法ヲ研究スルニ關シ決シテ無用ニ非サルヘシ仍テ
左ニ說述スル所アラン

第一　羅馬法及ヒ「ロード」海法

羅馬法ニ於テハ民事商事ノ區別ヲ設ケス海商ニ付テモ特別ノ部門ヲ設ケテ立
法シタルコトナシト雖モ羅馬法中海商ニ關スル規定ヲ見ルニ足ルモノアリテ正マラ
ス其規定ハ或ハ直接ニ近世ノ法令ニ繼承セラレ或ハ間接ニ立法ノ參考ニ供セ
ラレタルモノアリ「デュスチニアン」ノ法典ニ於テモ海商ニ關スル規定ヲ包含セ
リ次ニ羅馬法ニ於テ海商ニ關シテ規定セル要點ノ二三ヲ示セハ左ノ如シ

一　船長ノ責任　船長ハ船積シタル物品ニ付キ重大ノ責任ヲ有ス其過失ニ基
因シタル損害ハ勿論過失ニ基因セサルモ海上ノ危險又ハ避クヘカラサル事
故ニ基因シタルモノノ外ハ總テノ損害ニ對シテ責任ヲ負ヒ又海員ノ行爲ニ
付テモ責任ヲ有スルモノトス其責任ハ[illegible]

二　船舶所有者ノ責任　船舶所有者ハ船長カ其權限內ニ於テ爲サシメタル行爲ニ

付キ責任ヲ有ス船長カ爲メタル海員ノ雇入、糧食ノ買入、船舶ノ修繕及ヒ船舶ノ爲メニ爲シタル借財ニ付キ其責任ヲ免ルルコトヲ得ス

三　投荷　羅馬法ニ於ケル投荷ノ規定ハ全部ヲ「ロード」海法ヨリ繼受シタルモノナリ暴風雨其他ノ危險ニ際シ船舶ヲ救フ爲メニ積荷ヲ投棄シタルトキハ之ニ因リ救護セラレタル船舶積荷等ハ投荷ニ因リテ生シタル損害ヲ分擔スル義務ヲ有ス

四　海上貸借　海上貸借ハ船舶及ヒ積荷ヲ目的トシ船舶ノ滅失スルトキハ債權モ消滅スルモノナリ故ニ利息ニ關スル制限ナク如何ナル高利ヲモ約スルコトヲ得ルモノトセリ唯船舶カ航海ヲ終リタルトキハ普通利息ニ引戻サルルモノトス

五　遭難船舶　羅馬ニ於テハ遭難船舶ヨリ物品ヲ掠奪スル行爲ニ對シ制裁ヲ加ヘ且加害者ハ被害者ニ對シ依リテ生シタル損害ヲ賠償スヘキコトト定メタリ此ノ如キ規定ハ特別ノ法文ヲ要セスシテ明カナル如シト雖モ古代ニ於テハ往往遭難船舶ノ貨物ヲ掠奪スル習慣行ハレシヲ以テ羅馬法ニ於テ此ノ如キ不當ノ行爲ヲ禁止スルカ爲メ規定ヲ設ケタルナリ

以上掲ケタル羅馬法ノ規定ハ近世ノ海商法ニ比スレハ極メテ單純ナルモノナリ其採用シタル所ノ「ロード」海法ノ如キハ最モ古クヨリ行ハレタル規定ノ一ニシテ近世ニ於ケル共同海損ノ淵源ハ茲ニ存スル所ノモノニス現今「ロード」海法トシテ別ニ編纂セラレタルモノアルモ學者ノ研究ニ依レハ是レ其眞正ノモノニ非スシテ其眞正ノモノハ羅馬法ニ採用セラレタルモノナリト云フ

第二　「オレロン」海法

「オレロン」海法ノ編纂ノ時期及ヒ編纂者ハ明カナラス此海法ハ載ハ佛蘭西ニ於テ編纂セラレタリトシ或ハ英吉利モ亦編纂セラレタリトシ種種異說アリト雖モ古代ノ海商法ヲ研究シタル學者ノ說ニ依レハ佛蘭西ニテ編纂セラレタルモノニシテ其時代ハ大凡紀元千百年ノ頃ニ在リト謂フ「オレロン」トハ佛蘭西ノ西海岸ニ在ル小島ニシテ名ケテ「オレロン」海法ト稱スルモ「オレロン」ニ行ハレタリトノ意ニ非ス佛蘭西ノ西海岸英吉利和蘭等ニ行ハレタリ最初ハ二十四箇條ヨリ成リシカ各地ニ傳ハリ時時追加セラレ其箇條ヲ增加セリ隨テ各國ニ存スル

「オレロン」海法ナル所ノハ多少規定ノ實質ヲ異ニスル所アリ是最適レオロン海法二十四條ニ規定シタル事項ハ左ノ如シ

一　船長カ船舶ヲ賣渡スコトノ禁止、借財ヲ爲シ得ル場合ノ事

二　船長カ海員ニ協議セスシテ出帆スルコトヲ禁止スル事

三　遭難船舶救助ノ事

四　船舶カ航海ニ堪ヘサル場合ノ事

五　海員ハ船長ノ許可ヲ受ケスシテ船舶ヲ去ルヘカラサル事

六　服役中負傷シタル海員ニ關スル事

七　服役中疾病ニ罹リタル海員ニ關スル事

八　船舶ヲ救護スル爲メノ投荷ニ關スル事

九　一般ノ利益ノ爲メ犧牲ニ供シタル積荷及ヒ錨ノ事

十　船長海員カ荷物ヲ安全ニ陸揚スヘキ義務ノ事

十一　船積ノ不完全ヨリ生シタル損害ニ關スル事

十二　海員相互間ニ海員ト船長トノ間ノ爭鬪ノ事

十三　水先ノ費用ニ關スル事

十四　海員ノ雇止ニ關スル事

十五　船舶ノ救護中ノ船舶ニ加ヘタル損害ノ事

十六　船舶ノ錨索ヲ他ノ船舶ニ加ヘタル損害ノ事

十七　海員ノ食料ニ關スル事

十八　海員ノ給料ニ關スル事

十九　海員カ船舶ヲ發航港ヘ回航スル義務ノ事

二十　航海ノ短縮若クハ延長ノ場合ニ於ケル海員ノ權利ノ事

二十一　海員カ上陸スルコトヲ得ル場合ノ事

二十二　船積ノ遲延ニ因リテ生スル荷送人ノ責任ノ事

二十三　船長カ航海中積荷ヲ賣却スルヲ得ル事

二十四　陸揚港ニ入港スル場合ニ於ケル水路案内ノ事

「オレロン」海法ハ和蘭ニ於テ「ジ、ン」海法又ハ「ケ、ニ、ストカベルノ名ヲ以テ「ブラバンド」及ヒ「ゲ、ラシ、ド」地方ニ採用セラレタリ

第三ニ「オレロン」海法[illegible]

此海法ノ編纂者及ヒ編纂ノ時期ハ明カニ[illegible]セスト雖モ千四百年代ノ以前ニ編纂セラレタルモノカルハ疑ナキ事如シ蓋シ第十二世紀ノ頃ナリト曰ヒ或ハ第十三世紀ノ頃ナリト曰フ「オレロン海ニ」ハ「バルチック海」ニ於ケル一小島ニ在リテ第十二、三世紀ノ頃盛ニ海商ヲ營ミタリシ「ハイ海ニ」海法カ歐羅巴ノ北部殊ニ「バルチック海」ノ沿岸ニ行ハレ和蘭ニモ採用セラレタルモノナリ此法律ニ規定スル所ハ大體ニ於テ「オレロン」海法ニ似タレトモ海上保險ニ關スル規定ノ端緒ハ始メテ此海法ニ見ルコトヲ得タリ[illegible]一回[illegible]ス[illegible]事

第四ハ「コンソラレート、デル、マーレー」

此海上法規ハ昔時ノ海法中最モ著名ナルモノニシテ或學者ハ之ヲ以テ近世海商法ノ基礎ナリト論スル者アリ其[illegible]ハレタ[illegible]主トシテ歐洲ノ南部ニ在リシモ後ニ至リテ歐羅巴ノ全體ニ通[illegible]タ採用セラレ海商ニ關スル國際通規ト看做スヘキモノトナレリ此海法ノ編纂ノ時期及ヒ場所並ニ編纂者ハ詳ナラス近世ノ研究ニ依レハ千二百年代以降千四百年代マテノ間ニ編纂セラレタルモノナリトノ說多シ最初此海法ニ規定スル所ノ內容ハ十四事項アリ其大要ハ左ノ如シ

一　船舶ノ製造及ヒ賣買ニ關スル船舶所有者、造船者ノ義務

二　水夫長事務員其他ノ使用人ノ義務

三　船長、海員ノ義務

四　運送契約

五　船積、陸揚

六　船舶及ヒ積荷ノ指揮

七　船舶ノ碇泊

九　船長若クハ荷送人ヲシテ航海ヲ開始シ若クハ航海ヲ繼續スルコトヲ妨クル場合

十　航海

十一　乘揚其他ノ海難

十二　敵兵等ノ所爲ニ因リテ商船ニ加ヘタル損害

十三　船長ト船舶利害關係人トノ間ノ相互ノ義務

十四　賣買契約ニ於テ守ルヘキ規定

第五　「ギドン、ド、ラ、メール」

此海法ハ前段述ヘタル海法ニ比スレハ編纂ノ時期ハ遙ニ後世ニシテ千五百年代ノ後半ニ屬ス主トシテ佛蘭西ニ行ハレタルモノナリ此海法ノ特色ハ海上保險ニ關スル原則ヲ規定シタル點ト「ルイ」十四世ノ海令ニ採用セラレタル點トニ在リ

第六　「ハンザー」海法

「ハンザー」同盟ハ歐羅巴ノ北部ニ於ケル貿易市カ各自ノ利益ヲ保護スル爲メ結ヒタル聯合ニシテ「ハンブルヒ」「ブレーメン」「ユーベック」等其主要ナルモノナリ此同盟ノ間ニ共通ノ規則ヲ作リ之ヲ實行シ千五百九十一年ニ及ヒテ所謂「ハンザー」海上法ヲ制定シタリ此海法ハ「ウイスビー」及ヒ「オレロン」海法ヲ採用シタル所尠カラス

以上說述シタル如ク「オレロン」海法ハ歐洲ノ西部ニ「ウイスビー」海法ハ歐洲ノ北部ニ「コンソレートー、デル、マーレ」ハ歐洲ノ南部ニ行ハレタル最モ主要ノ海上法規ナリ然レトモ此等ノ海法ハ各國政府カ立法ノ手續ニ依リ制定シタルニ非ス私人カ從前ヨリ慣行セル制例ヲ編纂シタルモノナルニ過キス第十六世紀以降各國ノ立法機關カ整備セルニ及ヒ立法ノ手續ヲ經テ海事ニ關スル規則ヲ制定スルニ至レリ就中最モ著名ナルハ實ニ千六百八十一年ニ於ケル佛國「ルイ」十四世ノ海令ナリトス佛國ノ法典ニ於テハ勿論西班牙、葡萄牙、和蘭、白耳義ノ法典ニ於テモ海商ニ關スル規定ハ大概ノ基礎ヲ此海令ニ採リタルモノナリ近世ニ於ケル海法ノ沿革ヲ國別ニ說述スルハ極メテ繁ニ堪ヘサル所ナルヲ以テ英、獨、佛、伊ノ如キ主要ナル海商法ノ沿革ヲ述ヘ他ハ單ニ現行法ヲ名稱ヲ示スニ止メントス

第一　英吉利

英吉利ニ於テハ最初「オレロン」海法ヲ採用セシカ判例ノ發達スルニ伴ヒ漸次海商ニ關スル普通法ノ進歩ヲ見ルニ至レリ從來制定セラレタル海事ニ關スル成文法ハ主トシテ公法的ノ規定ニシテ千六百五十一年ノ航海條例ノ如キハ其最

モ著名ナルモノニ屬ス此法律ノ目的ハ英國ノ船舶ニ特權ヲ與ヘ海運ノ發達ヲ圖ルニ在リテ制定以後多少ノ變更ヲ加ヘラレタルモ千八百年代ノ中頃マテ殆ト二百年間實施セラレタリ航海條例カ英國ノ海運ニ效益ヲ及ホシタルヤ否ヤハ議論ノ分岐スル所ナレトモ本法施行ノ後和蘭ノ海運ハ衰亡ニ向ヒ英國ノ海運ハ之ニ反シテ著シク發達スルニ至リタルハ爭フヘカラサル事實ナリトス其後英國ニ於テハ海事ニ關シ各種ノ法律ヲ制定スルニ至レリ千七百八十六年ニ船舶登記ニ關スル法律ヲ實施シ其後千八百五十四年ニ至ルマテノ間ニ船舶ノ廣量測度、海員ノ保護、水先旅客ノ保護、船舶所有者ノ責任、漂船ノ航海、難破船漂流物、海事裁判等ニ付テ各種ノ法令ヲ發布シタリ此等ノ單純ナル法令ハ千八百五十四年ニ至リ所謂商船條例ナル法典ニ編纂セラレタリ其後海運ノ進歩スルニ隨ヒ時時ノ必要ニ應シ之ニ修正ヲ加ヘ遂ニ千八百九十四年ニ商船條例ノ大改正ヲ加フルニ至レリ現行法ハ即チ此條例ニシテ千八百九十五年一月ヨリ實施セラレタルモノナリ

此條例ニ規定スル所ハ附則ヲ合セテ十四編七百四十八條ニシテ其題目ヲ擧ク

レハ第一編登記、第二編船長及ヒ海員、第三編旅客船及ヒ移民船、第四編漁船、第五編安全、第六編海事審判及ヒ審判廷、第七編貨物引渡、第八編船舶所有者ノ責任、第九編難破物及ヒ救護、第十編水先、第十一編、第十二編海事資金、第十三編訴訟手續、第十四編附則是ナリ

第二　獨逸

獨逸ニテハ昔時「ウイスビー」海法及ヒ「ハンザー」海法ヲ採用シ獨逸聯邦ヲ通シテ行ハレタル法規ハ舊商法ヲ以テ嚆矢トス之ニ伴フニ各種ノ附屬法令ノ制定アリ舊商法ハ民法ノ編制ト共ニ改正ヲ加ヘラレ千九百年一月一日ヨリ實施セラルルニ至レリ此新商法ニ揭クル海商ニ關スル規定ハ第四編ニ在リテ十一章ヨリ成ル其章名ヲ示セハ第一章總則、第二章船舶所有者、第三章船長、第四章貨物運送、第五章旅客運送、第六章冒險貸借、第七章海損、第八章水難救護、第九章船舶債權者、第十章海上保險、第十一章時效等ナリ其他主要ナル海事法令ヲ示セハ千八百六十七年ノ商船ノ國籍及ヒ國旗揭揚ニ關スル法律、同年商船ノ國旗ニ關スル勅令、千八百七十三年商船ノ登記及ヒ表示ニ關スル法令、千八百七十二年海員條例、

千八百七十四年難破條例千八百七十七年海難審判ニ關スル法律千八百八十一年沿岸航海ニ關スル法律等ナリ

第三　佛蘭西

佛蘭西ニ於テハ最初オレロン海法及ヒギドン、ドラ、メール等ヲ採用セリ千三百年頃以來海事ニ關スル成文法ノ發布セラレタルモノ尠カラサリシモ千六百八十一年ノ海令ノ制定ニ依リ一大變革ヲ與ヘラレタリ法令ニ於テハ海商ニ關スル私法的ノ規定ノミナラス公法ニ關スル規定ヲモ包含セリ即チ其規定ハ五編ニ分タル第一、海軍官憲及ヒ權限第二、海員及ヒ海船第三、海上契約第四、港、海岸、海路ノ警察第五、海上漁業即チ是ナリ千八百八年ヨリ實施セラレタル商法ハ主トシテ海令ニ於ケル私法ノ部分ヲ採用シ海商ノ一編ヲ設ケタルモノナリ是レ現行商法ニシテ其第二編ニ海商ニ關スル規定ヲ設ケ全編ヲ十四章ニ分ツ即チ第一章商船及ヒ其他ノ海船、第二章船舶ノ差押及ヒ責却、第三章船舶所有者、第四章船長、第五章水夫及ヒ乘組員ノ雇入並ニ給料、第六章傭船契約及ヒ運送契約、第七章船荷證券、第八章運送賃、第九章冒險貸借、第十章海上保險、第十一章海損、第十二章

投荷及ヒ分擔、第十三章時效、第十四章訴訟不受理等ナリ此現行商法ニ於ケル海商ニ關スル規定ハ主トシテ海令ヲ基礎トシタルモノナレハ海運ノ發達スルニ隨ヒテ實際ニ適セサルモノアリ既ニ千八百六十五年ニ改正案カ成立ヲ見ルニ至リタルモ竟ニ法律ト爲ルニ至ラサリキ其千八百七十四年ニ特別法ヲ以テ商法ノ缺點トシテ論セラレタル船舶抵當ニ關スル規定ヲ設ケ千八百八十五年ノ法律ニ依リテ海員ノ雇入、海上保險、冒險貸借等ニ付キ商法中ニ修正ヲ加ヘ千八百九十一年ニ更ニ兩度ノ改正ヲ見タリ其他佛蘭西ノ海事法令ノ重ナルモノハ千七百八十四年商船乘組員條例、千七百九十三年船舶航海證書規則、千八百六年水先人規則、千八百五十二年船員取締規則、千八百七十二年船舶積量測度規則、千八百八十五年船員名簿ニ關スル法律、千八百九十二年海上ニ於ケル危險及ヒ衝突ニ關スル法律、千八百九十六年海員登錄ニ關スル法律等ナリ

第四　伊太利

伊太利ニ於テハ商法法典ヲ編纂シ海商ニ關スル規定モ其一部ニ屬ス近頃修正ヲ加ヘ千八百十三年ヨリ實施セラレタルモノハ現行法ナリ海商ニ關スル規定

ハ其第二編ニ在リ九章ヨリ成ル第一章船舶及ヒ船舶所有者第二章船長第三章海員第四章運送契約第五章冒險貸借第六章海上保險第七章海損及ヒ海損分擔第八章衝突第九章債權等ナリ

伊太利ニ於テハ別ニ海事行政ニ關スル法律ヲ施行セリ海法ト稱スルモノ是ナリ此法律ハ千八百六十六年ニ始メテ制定セラレ其後千八百七十七年千八百八十六年ニ修正ヲ加ヘラレタリ現行法即チ是ナリ

前ニ述ヘタル諸國ノ外西班牙和蘭白耳義ニ於テハ商法中ニ海商ニ關スル規定ヲ設ケ瑞典諾威丁抹ニ於テハ海商ニ關スル特別法ヲ實施セリ北米合衆國ニ於テハ英吉利ト同シク私法ニ關シテハ裁判例ヲ基礎トシ海事行政ニ就テハ特別法ヲ制定セリ

我國ノ海商法ハ商法中ニ規定ヲ設ケタル海事ニ關スル法令ハ明治三年一月布告ヲ以テ商船規則ナルモノヲ發布セラレタル以來必要ニ應シテ船舶海員ニ關シ法令ヲ制定セラレタルモノナリ海商法ニ關係ヲ有スル主要ノ法令ヲ擧クレハ左ノ如シ

民事訴訟法（自第六編至第八編）

法學士　吾孫子勝講述

第六編　强制執行

緒言

社會的現象ノ一タル法律上ノ制度ハ社會ノ文化ノ程度ト相竝行スルモノニシテ隨テ其一制度タル權利ノ實行ニ關スル制度モ亦時代ニ依リ之ヲ同シクセス法制未タ全カラサル未開ノ時代ニ於テハ民事上ノ義務ノ違反ニ對シテモ刑事的ノ制裁ヲ科スルカ然ラサルモ殘酷ナル民事制裁ヲ科シ威嚇ヲ以テ權利ノ實行ヲ强制擔保スルノ手段ト爲シタルニ反シ文化漸ク開ケ人智ノ複雜ニ赴ルト共ニ其手段ハ漸ク威嚇ノ性質ヲ失ヒ殘酷ノ度ヲ減クスルニ至リ更ニ進ミテハ

專ラ權利者ヲ滿足セシムルニ止マルヲ旨トスルニ至レリ而シテ權利ノ實行ヲ受クヘキ目的體ノ範圍モ古代ニ於テハ義務者ノ身體財產ノ全部若クハ其財產ノ全部ニ及ヒシニ文化ノ漸ク進ムト共ニ義務者ノ身體ノ自由ノ一部若クハ財產ノ一部ニ止マルニ至レリ且權利ノ强制的實行ニ際シテモ古代ニ於テハ之ニ特別ノ機關ナク苟モ權利ノ存在ヲ確認セラレタル權利者ハ自ラ其執行ヲ司リシコト例ヘハ羅馬ノ太古ニ於テ裁判官ニ依リ物ノ所有權ヲ確認セラレタル者カ自ラ之ヲ握持シテ持去ルコトヲ得又裁判ニ依リ金錢債務ノ不履行者ナリト認メラレタル者ヲ奴隸トシテ權利者ニ於テ自ラ家ニ伴ヒ歸リシカ如キモノアルニ反シテ文化ノ程度進ミ社會ノ制度漸ク完備スルト共ニ權利實行ノ事ハ國ノ機關ニ依リ之ヲ行フニ至リシコト例ヘハ既ニ羅馬ノ帝政時代ニ於テハ裁判官ノ命令ニ基キ其下官ニ於テ强制的ニ權利ヲ實行スルノ任ニ當リシカ如キモノアリ之ヲ要スルニ權利ノ强制的實行ノ手段ハ文化ノ進ムト共ニ刑罰ノ性質ヲ失ヒ人身的ノ執行ヨリ財產的ノ執行ニ移リ一般的ノ執行ヨリ特別的ノ執行ニ移リ私力ニ基ク執行ヨリ公力ニ基ク執行ニ移ルニ至レリ

第一節　强制執行ノ客體及ヒ之ニ基ク區別

强制執行ノ客體トハ執行行爲ノ及フヘキ人或ハ物ヲ謂フ執行行爲ハ外形上或ハ義務者ノ身體ヲ拘束シ或ハ義務者ノ財產ヲ奪フコトアルヘク隨テ執行行爲ノ客體ニ依リ之ヲ區別スルトキハ人身的執行ト財產的執行トノ二種ト爲ル

第一　人身的執行

凡ソ智識ノ程度未タ進マス公德ヲ觀念ヲ缺ク時代ニ於テ人類ヲシテ其爲ササルヘカラサル所ヲ實行セシメントセハ勢ヒ直接ニ其者ノ一身ニ及フヘキ賞罰ニ依賴セサルヘカラサルコト猶ホ兒童ヲシテ其爲スヘキ所ヲ實行セシムルニハ之ヲ威嚇スルカ一身ニ苦痛ヲ與フルカ又ハ之ニ賞與スルノ外手段ナキト同一般ナリ之ヲ以テ人智未タ開ケサル時代ニ於テ權利ノ實行ヲ擔保スルカ爲メ必要上義務ノ不履行ニ對スル制裁ヲ嚴格ニシ其結果例ヘハ羅馬ノ古代ニ於テハ本則トシテ人身的ノ執行ヲ採用シ債務ヲ履行セサル者ハ之ヲ奴隸ト爲シ債權者ニ與フルニ之ヲ賣買シ若クハ其生命ヲ奪フノ權利ヲ以テシタリシカ爾

後紀元前三百十三年ノ法律ニ於テ此權利ヲ廢止シタリ然レトモ債務ノ不履行ニ基キ債務者ヲ奴隸トスルコトハ仍ホ羅馬民法ノ主タル强制執行ノ手段トシテ存續シ債務者ノ身體ト共ニ其全財産竝ニ家族モ債權者ノ手ニ歸シ隨テ人身的執行ナルモノハ債務者ノ財産ニ依リ權利ノ滿足ヲ得ルコト即チ財産的執行ヲモ包含シ而モ其債務ノ額ノ多寡如何ニ拘ハラス人身ト財産トヲ棄ケテ債權者ノ手ニ委ネタリ是レ羅馬古代ノ貸借ノ要素トシテ存在シタル事ナル契約ニ際シ自身ヲ質入スルコトノ實行ニ屬シ此思想タル合意制ノ性質ヲ有ス換言スレハ古代執行ノ目的ハ現代ニ於ケルカ如キ單ニ權利者ヲ滿足セシムルニ止マラスシテ債務者ハ自己ノ有スル物ノ全體ト共ニ刑罰的責任ヲ負フモノタリシナリ

第二　財産的執行

其後羅馬ノ盛大ニ趨キ文化ノ進歩スルト共ニ(紀元前二百四十二年頃ヨリ)直接ニ義務者ノ財産ニ對シテ執行ヲ加フルニ至レリ財産的實行即チ是ナリ詳言スレハ債權者ニ債務者ノ財産全部ノ占有ヲ許シ債權者ハ尙ホ他ノ債權者ヲシテ

配當ニ加入セシムル爲メニ存セシムルコトヲ要シタル一定ノ期間ノ經過後其中ヨリ管理人ヲ選ヒ該財産全部ヲ賣却シ其買主ヨリ各債權者ニ對シ割合ニ應シテ代金ヲ支拂ヘリ此ノ如タナルヲ以テ其執行ハ常ニ財産全部ニ對シ債權者ノ全體カ弊濟ヲ受ケンカ爲メニスル場合ト其一部若クハ其中ノ一人カ弊濟ヲ受ケントスル場合トニ依リ差異ヲ生スルコトナカリキ而シテ財産賣却ノ場合ニ於テモ債務者ハ名譽權ノ剝奪(イシファミア)(Infamia)ヲ受ケ要スルニ財産全部ト名譽トヲ以テ債權者ニ對シテ其責ニ任シタリ之ヲ以テ一時ハ債權者ニ於テ人身的執行ニ依賴スルト財産的執行ニ依賴スルトノ二者其一ヲ選擇スルコトヲ得シカトモ其後「アウグスツス」帝(在位紀元前三十一年ヨリ紀元後十四年ニ至ル)ノ時「ユリア」氏法律(Lex Julia)出テ爾後ハ債務者ハ自ラ其財産ヲ債權者ニ委付シテ其執行ヲ免ルルコトヲ得ルニ至リ此場合ニ於テハ名譽權ノ剝奪ヲ受ケサルノミナラス强制執行ニ際シテモ生活ニ必要ナル物ヲ殘サシムルノ權利ヲ得タリ

第三　一般的執行竝ニ特別的執行

上ニ述ヘタル執行方法ハ共ニ一般的ノ執行方法即チ義務者ノ身體財産ノ全部若クハ其財産ノ全部ヲ以テ權利ノ實行ヲ擔保スルノ制度ナリト雖モ其後特別的執行ノ制度ヲ生シ債務者ハ各箇ノ物件ヲ質入スルコトヲ得ルニ至レリ又判事ノ意見ニ依リ各場合ノ情況ニ從ヒテ執行ヲ許スニ至リ債務者カ特定ノ物權ニ關シテ引渡ノ義務アリトノ宣言ヲ受ケタル場合ニ於テハ其物件ノ引渡ヲ求ムルカ爲メニノミ直接ニ强制ヲ加フルコトヲ得タリ帝政時代ノ後期ニ於テハ原則トシテ特別的ノ執行ヲ採用シ强制執行ハ刑罰ノ性質ヲ失ヒ現今ニ於ケルト同シク專ラ權利者ヲ滿足セシムルカ爲メノ手段ト爲レリ

按スルニ私權ノ實行ヲ最モ確實ニセンニハ權利者ヲシテ義務者ノ有スル權利ノ範圍ノ全部ニ對シ强制ヲ加ヘ其財産全部ヲ賣却シ得サルベカラスト雖モ此方法タル未開ノ時代ニ於テハ嚴酷ノ方法ニ依リ義務ノ不履行ヲ減シ權利者ニ滿足ヲ與フルコトヲ得ヘシト雖モ權利者ノ多數ナル場合ニ於テハ秩序ヲ紊リ却テ權利者ヲ害スルコトナキヲ保セサルノミナラス文化ノ進ムト共ニ債務者ニ對シ殘酷ニ失シ又權利者モ他ノ權利者ト共同シテ其權利ヲ執行スルノ結果

其各種ノ請求ヲ付キ本來受クヘキ履行ヲ受クルコト能ハスシテ金錢ヲ以テ之ニ代ヘ以テ其履行ヲ受ケサルヘカラサルニ至リ損失ヲ免レス是ヲ以テ羅馬並ニ日耳曼ノ法律モ夙ニ特別的ノ執行ヲ認メ以テ各箇ノ請求ヲ滿足セシメタリ現行民事訴訟法ハ亦特別的執行ノ思想ニ基クモノニシテ各箇ノ請求ニ相應スル特別ノ强制手段ニ依リ義務者ノ各箇ノ財産ニ關シ執行ヲ爲スコトト定メ一般的ノ執行ハ破産ノ場合ニ於テ行ハルルニ過キス現時人身的執行ト看ルヘキモノハ以下間接ノ强制手段ノ下ニ述ウル獨逸民事訴訟法ニ於ケル制度ノ如キ之ニ屬シ我現行法ニ於テ財産ヲ奪フ强制執行ト認ムヘキハ管ニ金錢又ハ其他ノ物ノ給付ヲ目的トスル場合ノミナラス(第五六四條第七三〇條)債權者カ債務者ノ費用ヲ以テ第三者ヲシテ行爲ヲ爲サシムル場合モ亦之ニ屬ス。

第二節　强制執行ノ手段並ニ之ニ基ク區別

强制執行ノ手段即チ執行機關カ權利ノ實行ニ必要ナル給付ヲ到來セシメンコトヲ目的トスル行爲ハ立法上之ヲ二樣ニ分ツコトヲ得ヘシ直接ノ手段及ヒ間

接ノ手段是ナリ

第一　直接ノ强制手段

直接ノ强制手段トハ義務者ノ義務ニ屬スル狀態ヲ其者ノ干與ヲ待タスシテ生セシムル行爲ヲ謂フ例ヘハ給付スヘキ目的物ヲ取上クルコト(第七三〇條又ハ權利者ヲシテ賣得金中ヨリ滿足ヲ得セシメンカ爲メニ有價物ヲ差押ヘテ之ヲ賣却スルカ如キ是ナリ

第二　間接ノ强制手段

間接ノ强制手段トハ義務者ヲシテ其者ノ意思ヲ以テ權利ノ實行ニ必要ナル給付ヲ爲サシメンカ爲メ義務者ニ對シテ不利益ヲ加フル行爲ニシテ例ヘハ義務者ニ罰金ヲ科シ又ハ義務者ヲ抑制スルカ爲メ其自由ヲ制限スルカ如シ古代法律ニ於テハ人權ノ自由ヲ思想十分發達セサリシヲ以テ好ミテ間接ノ强制手段ヲ取リシカ文化ノ進ムト共ニ間接ノ强制手段ハ其效果ノ薄弱ニ失スルカ又ハ權利者ノ利益ヲ滿足セシムルニ足ラサルカ又ハ執行カ其目的ヲ逃出シテ目的タルヘキ給付ノ程度ニ比シ義務者ニ損害ヲ加フルノ甚シキヲ認ムルニ至リ隨テ近世ノ法律ハ主トシテ直接ノ强制手段ヲ用ヒ間接ノ强制手段ハ給付ノ性質上義務者ノ干與ナクシテハ之ヲ實行スルコト能ハサル場合ニ限リ之ヲ用フルモノト爲シ而モ此場合ニ於テモ法律ヲ以テ相當ノ制限ヲ加フルニ至レリ詳言スレハ現今ニ於テハ義務ノ不履行ニ關シ無期ノ拘禁ヲ認ムル法制ナク義務者ヲ拘禁スルニ付キ相當ノ期間ヲ設ケ且或場合ニ限リ之ヲ許メコト以下間接ノ强制手段ノ項下ニ說ク所ノ如シ

以上何レノ手段ヲ取ルヘキヤノ問題ハ强制ヲ必要トスル給付ノ性質ニ依リ定マルモノト謂フヘク如何ナル機關カ之ニ當ルヘキヤノ問題モ亦給付ノ性質ニ依リ定マルモノト謂フヘシ之ヲ要スルニ裁判ノ形式ヲ以テスヘキ强制手段ハ之ヲ裁判所ニ委スヘク且請求ニ關スル裁判ト其執行トカ分離スヘカラサル關係ニ在ルトキハ之ヲ受訴裁判所即チ請求ヲ裁判スルニ付キ管轄權アル地方裁判所又ハ區裁判所ニ委スヘク之ニ反シテ器械的ノ强制行爲ハ之ヲ執達吏ニ委スヘキモノト謂フヘシ(第七三三條第七三四條第七三九條第七五〇條第二項之ヲ現行ノ法律ニ徵スルニ以上二箇ノ手段ハ次ノ形式ニ於テ現ハルルカ如シ

(甲)　直接強制手段

民事訴訟法ハ實際上最モ頻繁ニ發生スル二種ノ給付ニ付キ之ヲ認ム第二項ニ

(イ)　金錢ノ給付ノ執行　之ニ付テハ公力ヲ以テ其債權ノ額ニ滿ツルマデ債務者ノ財產ヲ差押ヘ之ヲ金錢ニ換價シ其賣得金ヲ債權者ニ付與スヲ而シテ此行爲ノ形式ハ差押並ニ換價スヘキ財產ノ種類ノ異ナルニ依リ同シカラス(第五六四條以下參照)

(ロ)　物ノ引渡ノ執行　物ノ引渡ノ執行ハ執行機關カ債務者又ハ第三者ノ抵抗ヲ排除シテ債權者ニ其請求權ノ存スル動產又ハ不動產ノ占有ヲ移轉スルニ依リテ行ハル(第七三〇條乃至第七三二條參照)而シテ其執行ノ形式ハ物ヲ引渡スヘキ義務ノ性質ノ如何ニ拘ハラス(例ヘハ賣買ニ出ツルト交換ニ出ツルトヲ問ハス)左ノ場合ニ於テ之ヲ適用スルコトヲ得ヘシ

(イ)　動產ノ引渡ノ爲メニ之ヲ適用スルコトヲ得　詳言スレハ債務者カ一箇若クハ數箇ノ特定ノ動產又ハ動產ノ一定ノ數量ヲ引渡スヘキ場合(第七三〇條)並ニ代替物ノ一定ノ數量ヲ引渡スヘキ場合

(ロ)　不動產又ハ人ノ住居スル船舶ヲ引渡シ又ハ明渡スヘキ場合(第七三一條)

三　必要トスル給付ヲ强制ヲ以テ生セシムルニ非サルトモ直接ノ執行ニ代フルモノト謂フヘキ場合ハ義務者カ義務ニ屬スル行爲(物ノ引渡又ハ金錢ノ支拂ヲ除ク)ヲ爲サヽル場合ニ於テ第三者ヲシテ代リテ之ヲ爲サシメ得ヘキ場合ニシテ(第七三三條)孫ニ勞務(例ヘハ建築裁縫等ノ如キ)ニ從事スヘキ場合ノ如キ之ニ屬ス此ノ如キ場合ニ於テハ債權者ハ第一審ノ受訴裁判所ニ申立ヲ爲シテ義務者ノ費用ヲ以テ第三者ヲシテ之ヲ爲サシムヘキ權利ノ付與ヲ求ムルコトヲ得ヘク且又同時ニ其行爲ヲ爲スニ依リテ生スヘキ費用ヲ豫メ債務者ニ支拂ハシムル決定ノ宣言ヲ求ムルコトヲ得ヘシ(第七三三條)

(乙)　間接ノ强制手段　間接ノ强制手段ハ直接ノ强制手段ヲ許サヽル請求ヲ實行セントスル場合ニ於テ之ヲ用フルヲ許スヲ本則トシ且之ニ付キ法定ノ制限ヲ存スルヲ常トス(第

(イ)　獨逸ノ訴訟法ニ依レハ行爲カ金錢ノ支拂若クハ物ノ引渡ヲ目的トセス又第三者ヲシテ代リテ之ヲ爲サシメ能ハサル場合ニシテ其性質上債務者ノ干與

ヲ必要トスル行爲ハ苟モ其行爲カ單純ニ債務者ノ意思ノミニ係ル場合(例ヘハ教授、計算等)ナルニ於テハ第一審ノ受訴裁判所ハ行爲ヲ爲サシメンカ爲メ債務者ニ對シ千五百マルク以下ノ罰金又ハ拘留ニ處スルコトヲ得ヘキ旨ヲ定ム(獨逸民事訴訟法第八八八條)

(二) 不作爲又ハ認容(物權的負擔例ヘハ地役ヲ受クルコトノ如キ)ノ義務ノ執行ニ付テ獨逸訴訟法ハ又同樣ノ規定ヲ存ス(獨逸民事訴訟法第七七五條、新民事訴訟法第八九〇條)

第三節　強制ノ限度

引渡スヘキ物又ハ數量カ債務者ニ存在セサル場合又ハ債務者カ全タ差押ニ遮スル財產ヲ有セサル場合竝ニ請求ノ目的タル義務カ專ラ債務者ノ意思ノミニ係ルニ非スシテ而モ裁判ヲ以テ之ニ代フヘカラス又第三者ヲシテ代リテ爲サシムヘカラサル行爲ニ關スル請求權ハ强制ヲ加ヘテ以テ之ヲ實行スルコト能ハサルヲ見ルヘシ此ノ如キ場合ニ於テハ近世ノ法律ニ於テハ不能ヲ責メサル

ヲ原則トスルノ結果債權者ヲシテ單ニ損害賠償ヲ求ムルコトヲ得セシムルニ止マリ債權者ハ更ニ獨立ノ訴ヲ以テ之ヲ主張セサルヘカラサルニ至ルヘシ(獨逸民事訴訟法第七七八條、新民事訴訟法第八九三條ニ其明文アリ)且直接ノ强制ヲ加ヘ得ヘキ場合ト雖モ主トシテ債務者カ其生計ヲ維持スルニ必要ナル程度ニ於テ之ニ保護ヲ加フルコトヲ本則トシ以テ當事者ノ利益ト國家ノ利益トヲ維持スルヲ常トス(第五六四條、第五七〇條、第六一八條華族世襲財產法、官吏恩給法、宮內官吏恩給條例、官吏遺族扶助料法、府縣立公立學校敎員退隱料及ヒ遺族扶助料法、市町村立小學校敎員退隱料遺族扶助料法等參照)

第一章　强制執行ノ意義

凡ソ權利ノ貴キ所以ハ義務者ノ意思ニ反シテ之ヲ執行シ得ルニ在リ是ヲ以テ義務者カ任意ニ其義務ヲ履行セサル場合ニ於テハ國權ヲ以テ之ヲ强行スヘシ國家ノ用フル强制手段ノ足ラサル所ニハ損害賠償ヲ求ムルコトヲ許ササルヘカラス又義務者カ任意ニ履行セサル請求ノ實行手續ハ其請求ヲ確定スル手續

ト其確定セラレタル請求ノ實行スルノ手續トノ二ニ岐ル廣義ニ於テハ併セテ之ヲ民事訴訟ト謂ヒ此二ノ手續ヲ規定スル法典ヲ民事訴訟法ト謂フ然レトモ狹義ニ於テハ判決ヲ以テ終局スル第一ノ手續ヲ稱シテ訴訟ト謂ヒ第二ノ手續ハ之ニ對シテ強制執行ノ手續ト謂フ強制執行トハ判決其他ノ債務名義ニ依リテ確定シタル私法上ノ請求ヲ滿足セシメンカ爲メニ他人ニ對シ其者ノ意思如何ニ關係ナク國權ヲ以テ相當ノ手段ヲ適用シ必要ナル場合ニ於テハ强制的ノ手段ヲ適用スルコト是ナリ而シテ狹義ノ訴訟ト强制執行トハ各特別ノ法律關係ヲ存スルコト左ノ如シ

(一) 訴訟ハ一度訴狀ノ提出ニ依リテ開始スレハ中間ノ出來事ニ依リテ中斷セラレサル限ハ引續キテ遂行セラレ其續行ニ關シテ更ニ申立ヲ爲スコトヲ必要トセス然レトモ執行手續ハ之ニ引續キ當然開始スルコトナク更ニ新タル獨立ノ申立ヲ爲スニ依リテ開始セラル故ニ訴訟ニシテ執行ヲ貫結果トシテ有セサルモノアリ得ヘク又未タ訴ヲ存在セサルニ拘ハラス執行ヲ存在スルコトモアリ得ヘシ其結果執行ニ關スル法律ニ變更アル場合ニ於テハ訴訟提起ノ時期ニ

行ハルル法律ニ依ルヘカラスシテ執行開始ノ時ニ行ハルル法律ニ依ルヲ以テ條理トスヘキカ如シ民事訴訟法施行條例第五條前段)

(二) 訴訟ハ被告ノ應訴アリタルトキハ原告ハ單獨ニ之ヲ處分スルコト能ハス原告ハ被告ノ意思ニ反シテ之ヲ取下ケ又ハ訴ヲ等閑ニ付シ去ルコト能ハス然レトモ執行手續ニ於テハ之ニ異ナリ債權者ハ當ニ何時ニテモ其開始シタル手續ヲ中止セシメ得ヘキノミナラス又之ヲ取下ケ又其後ニ於テ更ニ新タル手續ヲ開始スルコトヲ得ヘク又此新タル手續ヲ中止セシムルコトヲ得ヘク債務者ハ其債權者ヲ滿足セシムルニ非サレハ其煩ヲ免ルルコト能ハス此ノ如キ差別アル所以ハ訴訟ニ於テハ被告ノ有無及ヒ其範圍ヲ確定スルコトヲ必要トシ且被告ハ被告ノ意思ニ反シテモ自己カ全然義務ヲ負擔セサルモノタルコト又ハ自己カ其主張スル範圍内ニ於テノミ義務ヲ負擔スルモノタルコトヲ確定セシメ之ニ依リテ將來不當ノ訴訟上ノ攻擊ヲ免ルルノ機會ヲ有セサルヘカラスト雖モ執行手續ニ於テハ義務ノ存在ハ確實ニシテ債務者ハ唯債權者ヲ滿足セシムルコトニ依リテノミ其羈絆ヲ脫シ得ヤモノ大ヒニハ訴訟手續ト執行手

積トノ間ニ差異ノ存スルコト右述スルカ如クナルヲ以テ法制トシテハ或ハ佛國西法ノ如ク執行事務ハ之ヲ受訴裁判所ニテ審ヒテ執達吏並ニ執行掌判所ニ委スルモノアリ又ハ格別ノ法律ヲ以テ用者手續入差異ヲ規定スルアリ(例ヘハ獨逸國ノ、ナッチス)又執行手續ノ性質ニ關シテハ執行手續ハ當事者間ニ存スル係爭事件ノ裁判ヲ爲スモノニ非スシテ法律ノ許ス範圍内ニ於テ判決其他ノ債務名義ノ内容ニ相應スル事實上ノ狀態ヲ回復スルカ爲メニ國ノ强制力ヲ適用スルモノナルカ故ニ非訟事件ニ屬シテ訴訟事件ニ屬セスト曰フ者アリト雖モ民事訴訟法カ私權ノ確定並ニ其實行ノ爲メニ國家ノ權力ヲ適用スル手段ナルコトハ沿革上並ニ一般學者ノ認ムル所ニ係ルヲ以テ之ヲ廣義ニ於ケル民事訴訟手續ノ一部ナリト謂フヘク本法カ訴訟ト執行トヲ同一法典中ニ規定シタルモ亦實ニ並ニ存ス

第二章　强制執行ノ要件

國家カ一私人ノ爲メニ權力ヲ以テ他ノ私人ノ權利ノ範圍ニ干渉スルニ方リテ

第八章　法治國又ハ憲法國

法治國トハ國家行政ノ上ヨリ觀タル名稱ニシテ行政機關ノ臣民ニ對スル關係カ一定ノ法規ニ依リテ定メラルル所ノ狀態ニ在ル國ヲ名クルモノナリ今此意義ヲ明カニスルカ爲メニ其成立ノ歷史ヲ考フルニ今日立憲政體ノ諸國ハ其憲法發布前ハ概ネ此法治國ニ反スル所ノ警察國タリシモノナリ警察國時代ノ司法行政執行ノ有樣ヲ見ルニ最初ハ中央集權ノ結果トシテ萬機君主ノ掌中ニ歸シ立法行政ノミナラス司法行爲即チ民事刑事ノ裁判モ自ラ裁判スルカ又ハ其官吏ヲ使用シテ之ヲ爲サシメタリ其後内政事務ハ警察事務ノミナラス人民ノ幸福ヲ積極的ニ增進スル行爲ヲモ含ムニ至リ君主ノ事務多忙ト爲リ其間戰爭屢生シ軍事外交ノ事務繁多ヲ極ムルニ至リ君主自ラ百般ノ事務ヲ行フコト能ハス是ニ於テ司法事務ヲ全ク法定ノ裁判所ニ委任セリ故ニ此時代ニ於テハ司法事務ニ關スル法規即チ民法商法及ヒ刑法ノ如キモノノミ發達シ所謂行政法規ナルモノハ法規トシテ存在セス唯君主カ官吏ニ對シテ下ス所ノ訓言若クハ

綱令ノミニ依テ行政セラレタリシモノナリ其結果此時代ニハ臣民ノ權利及ヒ自由ハ確保サルルコトヲ得サリシニ由リ其反動トシテ「モンテスキュー」氏ノ三權分立說「ルソー」氏ノ民約說或ハ國權在民說或ハ立法權最高權說等生レ其勢施テ歐洲ニ於テ憲法政治發生スルニ至レリ是ニ於テ憲法ハ其國ノ民主國タルト君主國タルトヲ問ハス凡ソ人民ノ權利義務ニ關スルコトハ法規ヲ以テ制定シ其法規ハ特別ノ形式ヲ履ミテ制定セラルヘシト定メ行政官廳ノ任意ノ處分ヲ以テ人民ノ生命自由身體財產ヲ妄ニ犯スコトヲ得サラシムルコトトセリ是レ法治國ノ性質ニシテ亦憲法國ト稱スル所以ナリ茲ニ一言注意スヘキハ法治國ニ於テハ人民ノ服從義務ノ範圍行政法規ニ由リテ定メラレ其以外ニ統治權ニ對シ服從ノ義務ナシト考フヘカラサルナリ統治權ハ無限ナルヲ以テ其必要ニ應シ其義務ノ範圍ヲ擴張スルコトヲ得ヘシ唯之ヲ爲スニハ法定ノ手續ニ依リ行政法規ヲ制定スルノ必要アルノミ

法治國ノ第二ノ特質ト看ルヘキハ行政官廳カ違法ノ處分ヲ以テ人民ノ權利ヲ侵シタル場合ニ之ニ對スル救濟ノ途存スルコト是ナリ而シテ其救濟ノ機關ハ或ハ普通裁判所ヲ以テ之ニ充ツルコトアリ或ハ特別ノ機關ヲ以テ充ツルコトアリ蓋シ權利ノ侵害ニ對シテ此ノ如キ救濟ノ方法ナキトキハ法治國ノ特色タル總テノ法規ヲ以テ行政權ノ執行ニ關スル準則及ヒ其要件トシタルノ趣旨貫徹セサルノ虞アレハナリ

第九章　行政法ノ法源

憲法ハ統治權發動ノ大則ヲ規定シ國權ト臣民トノ間ノ關係ニ對スル原則ヲ含有スルモノナレハ行政法ノ法源タルコト論ヲ俟タス而シテ憲法ノ下ニ立チテ其關係ヲ規定スル法則アリ之ヲ行政法規ト謂フ而シテ行政法規ハ四種アリ

第一　憲法發布前ノ法律命令

維新以後法令ナルモノハ多ク太政官布告、布達、達等ノ名稱ヲ以テ發布セラレ而シテ此等ノモノハ實質上ニ於テモ效力上ニ於テモ又形式上ニ於テモ明治十四年十二月布告布達式參照殆ト何等ノ區別ナク唯名稱ヲ異ニスルノミナリシナリ元老院ノ設置セラルルニ及ヒ法律ノ名ヲ以テ發布セラルルモノハ其議ヲ經

ヘシト定メ以テ形式上太政官布告ト區別セシメタルモ實際此形式上ノ區別モ正確ニ行ハレスシテ止ミタリ明治十九年二月勅令ヲ以テ公文式發セラルルニ及ヒ太政官布告、布達、達等ノ名稱止ミ法律、勅令ノミト爲リタリシカ其第一條第二項ニ「法律ノ元老院ノ議ヲ經ルヲ要スルモノハ舊ニ依ル」ト規定シ以テ制定手續上法律ト勅令トハ異ナルコトヲ明カニシタリ然レトモ其制定手續上ノ區別モ正確ニ行ハレサリシコト公文式發布前ノ如ク又其實質ニ至リテモ市制、町村制、登記法、公證人規則、徵兵令等ハ法律ノ名ヲ以テ發布セラレタリト雖モ新聞紙條例、出版條例、版權條例、保安條例、所得稅法等國民ノ自由權義ニ關スル規定ニシテ尙ホ勅令ヲ以テ發布セラレタルモノ尠カラサリシナリ是ニ由リテ之ヲ觀レハ其區別ノ實質上存セサリシヲ知ルヘク又憲法第九條ニハ「命令ヲ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得ス」トアルモ公文式ニハ之ニ類スル規定ナキニ由リ法律、勅令ノ間ニ效力ノ差異アリシモノト認ムルヲ得サルナリ故ニ憲法發布前ニハ布告、布達、達、法律、勅令等種種ノ法令ニ關スル名稱アリシモ其間ニ實際何等ノ區別存セサリシモノナリ是レ憲法第七十六條ニ「法律規則例ヘハ府縣會規則ノ如シ、命令又ハ何等ノ名稱ヲ用キタルニ拘ラス此ノ憲法ニ矛盾セサル現行ノ法令ハ總テ遵由ノ效力ヲ有ス」ト規定シ以テ名稱ノ如何ニ拘ハラス總テ遵由ノ效力ヲ有スト爲セシ所以ナリ

第二　憲法發布後ノ法律、命令

(イ)　法律　行政法ノ淵源トシテハ形式的法律ノ中ニ於テ特ニ行政權ト臣民トノ關係ヲ規定シ且法則タルノ性質ヲ有スルモノヲ謂フ法律ノ名ヲ有スルモ處分令ニ過キサルモノ又ハ告示ニ過キサルモノハ行政法ノ法源ニ非ス

(ロ)　命令　命令ニ二種アリ一ハ法規ノ性質ヲ有スル行政命令ニシテ他ハ訓令又ハ行政事務處務細則等ノ如ク法則ノ性質ヲ有セサルモノ是ナリ而シテ行政法ノ法源ト爲ルハ行政命令ニ限ル

行政命令（廣義）
- 行政命令（狹義）（行政法規ニシテ行政法法源タリ）
- 行政規程（處務細則）
- 訓令

第三　自主權ノ條例

條例トハ自主權ノ作用ニ生スルモノニシテ行政法上ノ自主權ハ常ニ自治行政ニ關スルモノナリ自治ノ行政ハ行政ノ一部ヲ公法上ノ法人即チ自治團體ニ其名ヲ以テ行政スベキコトヲ委任スルニ因リテ生ス故ニ自治行政モ國家行政ノ一部ニシテ其處理スル所ノ事項ハ自治團體ノ生存目的ト爲ルモノナリ然レトモ自治團體ハ當然團體員ヲ羈束スル所ノ法則ヲ制定シ得ルモノニ非ス法規ヲ制定スルハ主トシテ立法權ノ作用ニシテ其立法權カ法律ニ依リ自治團體ニ自ラ法規ヲ制定スルノ權ヲ與フルニ因リテ自主權始メテ生シ其自主權ニ依リテ制定セラレタル法規ヲ條例ト謂ヒ而シテ條例カ自治團體ノ行政ニ於ケル公權ノ關係ヲ規定スルトキハ行政法ノ法源ト爲ルモノナリ吏員ノ執務規則書造物使用規則等ノ如キハ自治團體ノ制定ニ係ルモ行政法ノ法源ニ非ス或ハ學者中自主權ノ條例中ニ行政官廳又ハ行政裁判所ノ處務規程ヲ加フル者アレトモ第一、此等ハ法規ニ非ス第二、其ノ自主權ノ作用ニ非サルヲ以テ自主權ノ條例トハ全ク異サルモノナリ此條例ト類似スルモノハ會社ノ定款サリ會社ノ定款ハ等シク法人ノ制定スル所ニシテ且其會社員ヲ羈束スルノ點ニ於テ條例ト類似スト雖モ公法上ノ關係ノモノニ非サルヲ以テ其性質ヲ異ニスルモノナリ定款ノ會社員ヲ羈束スル力ハ契約ヨリ生スル所ノ會社員ノ義務ニ基礎ヲ有スルモノニシテ其性質全タ私法上ノモノニ屬ス之ニ反シテ自主權ハ其羈束力ヲ法律ニ因リ國家ヨリ得タルモノニシテ對等者間ノ契約ニ因リ得タルモノニ非サルナリ自主權ノ主體ハ今日法人ナルヲ常トスレトモ沿革上ノ理由ニ依リ稀ニ一箇人ニ與フルコトアリ即チ普漏西國ニハ例外トシテ大地主（グーツベツツァー）ニ其領土ニ於テ自主權ヲ行フヲ許セリ

第四　習慣法

習慣法ノ法ノ淵源ト爲ルハ私法ニ於ケルヨリモ公法ノ區域ニ於テ遙ニ狹シ然レトモ公法ノ淵源ト爲リ得ルコトハ私法ニ於ケルト異ナルコトナシ「グロート」「フェンド」氏ハ之ニ反シテ君主カ統治權ヲ行フトキハ憲法ノ條規ニ從フベク而シテ憲法ノ條規ヲ變更スルトキハ特別ノ手續ニ依ラサルカラサルカ故ニ憲法上習慣法ハ存在スルヲ得スト曰ヘリ然レトモ此說ハ習慣ヲ以テ憲法ヲ變更ス

ルヲ得ストニウロト憲法ニ違反スル習慣法ハ成立シ得スト云フニ止マリ其習慣法否認ノ根據ト爲ラス氏ノ擧ケタル點ニ付テハ何人モ異論ナク唯憲法ニ矛盾セサル場合ニ習慣法存在シ得ルヤ否ヤカ疑問ニ屬スルモノナリ元來人智限アリテ社會ノ事物ハ複雜極リナク今日完全ナル制度ト信シテ或法令ヲ制定スルモ明日直チニ新疑問發生シテ制令ノ不完ヲ感スルコト稀ナラス而シテ日日法令ノ改正ヲ爲シ得サルカ故ニ其不完ヲ補フ爲メ必要上習慣法ノ效力ヲ認メサルヘカラサルナリ故ニ理論上ヨリ寧ロ必要上公法ノ區域ニ於テモ習慣法ノ存在及ヒ發生ヲ明カニ禁止シタル場合ノ外ハ成文法ニ矛盾セサル範圍ニ於テ習慣法存在シ及ヒ發生シ得ルモノト解スヘキナリ「マイヤー」氏ノ如キハ習慣法ノ效力ヲ過度ニ認メ之ヲ以テ成文法ヲ變更シ得ルモノナリト曰ヘトモ之ニ贊同スル者甚タ少タ此ノ如キ說ハ立法權ノ性質ノ根本ヲ誤ルモノト謂フヘキナリ習慣法カ立法者ノ制定ニ由ラサルニ拘ハラス何ヲ以テ拘束力ヲ有スルヤニ付テハ種種ノ說アリ人民確信說ノ如キハ多クノ學者ノ唱フル所ナリト雖モ「デルンブルヒ」氏之ヲ否認シテ曰ク習慣法ノ拘束力ハ人民確信ノ如キ成立ノ原因ヨリ生スルモノニ非スシテ全タ事實的ニ存スルモノナリト然レトモ事ロ習慣法ノ拘束力ハ習慣成立ノ事實ヨリモ立法權ヲ有スル者カ消極的ニ之ヲ法規トシテ成立スルコトヲ默認シタルニ基クモノナリ且ツ其著ヘカラサル欠缺以下行政法ノ法源タルヤ否ヤニ付キ疑アルモノニ付キ一言セン

第五、皇室典範

皇室典範ニ付テハ二ノ疑問存ス第一、皇室典範ハ自主權ニ由ル規定ナリヤ否ヤ第二、皇室典範ハ國法ノ淵源ナリヤ否ヤ是ナリ

(一)自主權トハ既ニ述ヘタル如ク國家內ノ或團體カ有スル法規制定權ナリ即チ國家ノ定メタル範圍內ニ於テ自己ノ意思ニ由リ其內部ノ事項ニ關シ規定ノ成立ニ關係ナキ團體員ヲモ束縛スヘキ效力ヲ有スル規定ヲ設クルノ權ナリ而シテ我皇室典範ハ自主權ニ基ク規定ナリヤ否ヤヲ考フルニ我國ニ於テハ自主權ニ非ストスルノ議論尠カラス其說ノ論據トスル所ハ(一)憲法發布前ニ元首ノ權力ハ無限ニシテ如何ナル事項ト雖モ其命令ヲ以テ定メサルモノナシ故ニ皇室ノ關係ト雖モ亦元首ノ命令ニ依リ定ムルヲ得ル事柄タリ而シテ國家內ノ團

體カ自主權ヲ有スルハ元首ノ命令ニ由リ認メラレタル場合ニ限ルモノニシテ皇室カ元首ノ命令權ノ外ニ獨立ノ自主權ヲ有セシト云フハ少シモ之ヲ證スヘキノ根據ナシ獨逸ノ諸邦ニテハ事實全ク之ニ反シ君主ハ其一族ニ對シ命令權ナカリシカ故ニ其家法ハ皇室又ハ王室等ノ自主權ニ基キタルモノナリ我國ニテハ皇室ノ自主權ハ憲法發布前認メラレタル證據ナキノミナラス其發布後モ憲法ニ由リ新ニ自主權ヲ認メラレタリトスルノ根據ノ見ルヘキモノナシ(二)皇室典範ヲ以テ皇室ノ自主權ニ由ル規定ナリト爲ストキハ國家內ノ團體ノ意思ハ常ニ國家ニ讓ラサルヘカラサルヲ以テ憲法カ明カニ其規定ヲ皇室典範ニ讓リタルノ外普通ノ法律及ヒ命令ニモ反スルコトヲ得ス何トナレハ總テ此等ハ國家ノ意思ナレハナリ然ルトキハ皇室典範第五十條第五十一條ノ如キ規定モ或ハ一片ノ命令ヲ以テ之ヲ廢止スルヲ得ルニ至ル是レ憲法第七十四條ヨリ推測スルモ許スヘカラサルコトト信ス(三)又其實質上ヨリ言フモ皇室典範ノ規定ハ總テ純然タル皇室ノ家法ノ規定ト謂フヲ得ス例ヘハ皇位繼承ノ順序君主ノ成年未成年ノ區別攝政ヲ置ク場合等ニ關スル條項ハ皇室內部ノ法規ニ非スシテ國家ノ組織ニ關スル根本ノ大法ナリ故ニ之ヲ單ニ自主權ニ由ル規定ト爲スハ當ヲ得タルモノニ非ストスルニ在リ而シテ此自主權否認論者ハ遂ニ皇室典範ハ國家命令ノ一種ナリト斷言セリ之ニ反シテ皇室典範ハ自主權ノ規定ナリト主張スル論者ノ根據トスル所ハ(一)皇室典範ノ前文ニ君主ノ子孫ノ爲メニ其法典ヲ作ルノ意思ヲ明カニスルモ一般ニ遵守セシムト云フ明文ナシ(二)皇室典範ノ制定改正ニハ帝國議會ノ議ヲ經ルコトナシ(三)公文式ニ依リテ公布セラレス(四)皇室典範ニハ國務大臣ノ副署ナシト云フニ在リ而シテ自主權說ノ論者ニ亦二種アリテ一ハ皇室典範ヲ國法ナリト曰ヒ他ハ家法ニ過キスト曰フ家法論者ハ曰ク皇室典範ハ皇室自ラ皇室ノ事ヲ制定シタル家法ニシテ君民相互間ノ權義ニ涉ルモノニ非スト國法論者ハ曰ク皇室典範ハ如何ナル人カ天皇ト爲リ又誰人カ攝政ト爲リテ統治權ヲ行使スルヤヲ規定シ又ハ人民ヨリ皇族ニ對スル訴訟手續等ヲ規定スルニ由リ臣民ノ權義ニ涉ルモノニ非スト謂フヘカラス故ニ此點ニ於テ國法ノ性質ヲ有スルコト確實ナリト予モ皇室典範ハ皇室ノ自主權ニ基ク法規ナルコトヲ信スル者ナリ自主權否認論者ハ日本ノ皇室ハ獨逸

聯邦ト異ナリ自主權ヲ有スル必要ナク又自主權ヲ得タル證跡ナキ事ヲ云云モリ固ヨリ法文ヲ以テ皇室ノ自主權ヲ認タタルモノナキコト論者ノ言ノ如シト雖モ我皇室ニ於テモ亦自主權ヲ有スルノ必要アリシコトハ獨逸諸邦ニ於ケルト異ナルコトナク唯其必要ナル理由彼ト異ナルノミナリシナリ抑モ我國ニ於テハ藤原氏政權ヲ專ニセシ以來德川ノ幕末ニ至ルマテモ天皇ハ國法上統治權ノ主體タリシコト疑ヲ容レサルモ其實權ハ藤原氏及ヒ武門ニ屬シタリシモノナリ故ニ事實上天皇ノ命令權ヲ以テ皇室家法ヲ制定シ能ハサル結果天皇ハ一定ノ規律ノ下ニ皇族ヲ置キ以テ皇室ノ尊嚴ヲ無窮ニ維持スル爲メ其首長トシテ其制定ニ係ル法規ヲ以テ之ヲ律シ原則上普通法ノ拘束ノ外ニ立タシメシコトハ別ニ證明ヲ待タスシテ明カナリ是ヲ以テ我國ニ於ケル自主權ノ存在ハ獨逸ニ於ケルト同シク實際上ノ必要ニ基キタルモノト謂フヘシ故ニ自主權ヲ得タル積極的ノ證跡ナキモ數百年來實權ナカリシ君主カ其皇族ヲ一定ノ組織ノ下ニ收メタルヨリ考フルトキハ消極的自主權ノ存在ヲ否認スルヲ得サルナリ而シテ憲法發布後モ之ヲ否認シタルコトナク却テ自主權及ヒ其範圍ヲ明文ヲ以テ明カニセリ今憲法ノ明文ヲ引キテ前段ノ趣旨ヲ證センニ憲法第七十五條ニハ「皇室典範ハ攝政ヲ置クノ間之ヲ變更スルコトヲ得ス」ト定メタリ蓋シ此趣旨ハ一ニ皇室ノ首長タル天皇カ自ラ統治權ヲ行ハサル時ニ當リテハ其皇室自主權ノ活動ヲ制止スルノ趣旨ニ出テタルモノニシテ此條文ニ依リテ觀ルモ皇室ノ自主權ヲ有スルコトハ間接ニ明カナリ而シテ其自主權ノ規定即チ皇室典範ノ效力ノ法令ニ優ルコトハ憲法第七十四條第二項ノ明文ニ徵シ明カナリ即チ同條項ニハ「皇室典範ヲ以テ此ノ憲法ノ條規ヲ變更スルコトヲ得ス」トアリ此條文ノ趣旨ヲ分析シテ考フルトキハ皇室典範ヲ以テ憲法條ノ規ヲ變更スルヲ得サルノ趣旨ト一般法令ヲ以テ皇室典範ノ條規ヲ變更スルヲ得サル趣旨トヲ包含スルモノニシテ憲法ヲ除キテハ皇室典範ハ他ノ法令ニ優ルノ效力ヲ有スルコトヲ示シタルモノナリ又憲法第七十四條第一項ニハ「皇室典範ノ改正ハ帝國議會ノ議ヲ經ルヲ要セス」トアリテ皇室自主權ノ廣汎ナルコト即チ皇室典範ヲ以テ廣ク立法事項ヲモ規定シ得ルコトヲ規定セリ若シ然ラストスルトキハ此條文ハ贅文ニ屬スレハナリ此ノ如ク皇室ノ自主權ヲ有シ其範圍ノ廣汎ヲシ

テ其規定ノ效力ノ優等ナルモノナルコトハ憲法第七十四條及ビ第七十五條ニ據リ明カニシテ皇室典範ハ其自主權ノ規定ナルコト疑ヲ容ルヘカラサルナリ

(二)　皇室典範ノ規定ハ果シテ國法ニ屬スルヤ否ヤヲ考スルニ其實質ヲ觀レハ國法タルコト明瞭ニシテ又憲法第二條及ビ第十七條ニ於テ皇位繼承ニ關スル規定及ビ攝政ヲ置ク場合ニ關スル規定ヲ皇室典範ニ讓リタルヨリ觀ルモ憲法モ皇室典範中ニハ國法上ノ規定ヲ包含セシメントスルノ趣旨ナルコトヲ知ルヘシ

第六　條約

條約ハ國家ト國家トノ間ノ契約ニシテ其實質ノ一般事項ニ屬スルト特別事項ニ關スルトヲ問ハス總テ當事者タル國家ト國家トヲ拘束スルモ國家ノ機關又ハ臣民ヲ直接ニ拘束スヘキモノニ非ス故ニ條約ハ法令ノ發布ヲ誘引スヘキ原因ト爲ルモ條約自身ハ行政法ノ淵源ト爲ラサルナリ此點ニ付テハ學說皆一致スト雖モ日本ニ於テハ少シク疑アリ即チ我國ニテハ條約ヲ締結シタルトキハ其實質立法事項タルト然ラサルモノタルトヲ問ハス之ヲ以テ機關及ビ人民ヲ拘束セント欲スルトキハ其儘之ヲ公布スルノ慣例アリ立法事項ヲ條約ニテ締結シタルトキハ之ニ關シテ法律制定ノ手續ヲ執ルコトナク直チニ公布ニ由リテ人民ヲ拘束シ得ルヤ否ヤハ疑問ノ存スル所ナレトモ我日本政府ノ解釋トシテハ拘束シ得ルト認ムルモノノ如シ若シ之ヲ以テ拘束シ得ル效力アルモノトセハ我國ニテハ條約ハ行政法ノ淵源ナリト謂フコトヲ得ヘシ

第七　類推

類推トハ法律ノ明文ナク又習慣ナキ場合ニ於テ類似ノ場合ノ規定ヲ引キ又ハ種種ノ場合ヨリ其法規ヲ歸納シテ立法者ノ精神ヲ推想シ其解釋ヲ以テ明文ノ欠缺ヲ補充スルモノヲ謂フ類推ノ成文法又ハ習慣法ト異ナル所ハ彼ハ新法ヲ制ルニ在リテ此ハ唯現在ノ法規ヲ擴張スルモノナリ換言スレハ明文不備又ハ不明ナル場合ニ之ヲ他ヨリ類推シテ解釋スルニ過キサルモノナリ而シテ又類推ハ常ニ同一ナルヲ必スヘカラス同一事件カ他日生シタルトキ同一判事又ハ官吏ニ於テ前ト異ナリタル類推ヲ爲シ得ヘキモノナリ故ニ「ボルンハック」氏及ビ「リヨンヰ」氏ハ之ヲ以テ公法ノ淵源ト爲スト雖モ類推モ他ノ解釋法ト等シク之

ヲ法ノ淵源ト爲スコトヲ得ス何トナレハ類推ヲ以テ他ノ官廳又ハ裁判所等ヲ拘束スルコトヲ得サレハナリ

第二編　行政機關

第一章　行政組織

第一　中央組織及ヒ地方組織

行政事務ヲ處理セシムル機關ノ權限ニ依リ之ヲ區別スルトキハ中央組織及ヒ地方組織ノ別アリ中央組織トハ事務分配制ニシテ全國ノ事務ヲ種別シ之ヲ全國ニ通シテ同一ナル機關即チ中央機關ニ分掌セシムルノ制ナリ此制ハ同一ノ事務ニ付キ全國ニ通シテ行政ノ方針ヲ一定シ得ルノ利アレトモ各地ノ實用ニ應シテ適宜ニ行政ヲ爲シ得サルノ弊アリ故ニ此制ハ行政ノ統一ヲ保ツヘキ最高ノ行政ニ適スルモ地方下級ノ行政ニ適セサルモノナリ地方組織トハ管轄區域ニシテ事務ノ種類ニ依ラス全國ヲ數多ノ管轄區域ニ分チ其區域ニ依リテ機關ノ權限ヲ定メ其管轄區域內ノ事務ヲ其地方ノ機關ヲシテ處理セシムル制

雜報

○家屋稅問題仲裁裁判部ノ構成　本邦元居留地家屋稅問題ニ付キ我政府ト獨佛英三國トノ條約ニ依リ之ヲ萬國仲裁裁判所ノ裁判ニ付スルコトヲ爲リシカ(法學志林第三〇號第九四頁乃至一〇〇)同第三六號九四頁乃至九八頁參照)同議定書第一條ニ依リ仲裁裁判官トシテ我政府ハ佛國駐劄特命全權公使法學博士本野一郎氏ヲ又獨佛英三國ノ政府ハ共同シテ佛國新進ノ國際法學者トシテ有名ナル同國外務省法學顧問巴里法科大學教授全權公使「ハイ、ルノール」(Hanis Hanrit)氏ヲ選定シ右兩氏ハ議定書第一條ニ依リ上級仲裁裁判官選定ノ爲メ互ニ會同シ國際紛爭平和的處理條約ニ依リ設定シタル常設仲裁裁判所ノ裁判官タル前諸威國國務大臣ジー、グラム」(G. Gram)氏ヲ選定シ同氏ハ之ヲ承諾シ此ニ同事件仲裁裁判部ノ構成完成セリト云フ(本月十二日官報)

○違法ノ判決言渡ニ由ル違法ノ判決ニ對スル控訴判決　第一審ニ於テ判決言渡ノ際檢事ノ立會ナキ爲ニ判決裁判所ヲ構成スルヲ以テ言渡シタル

判決ハ取リテ以テ控訴審ノ基礎ト爲スコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ニ對シ大審院ハ刑事訴訟法中第一審裁判所カ不當ニ管轄違ヲ言渡シタル場合ノ外第二審裁判所ニ於テ控訴事件ヲ第一審ニ差戻ス場合ノ規定ナキヲ理由トシテ右ノ場合ニ於ケル控訴審ノ審理裁判ヲ無效ニ非スト判斷セラレタリ其說明ニ曰ク「第一審公判始末書中其判決言渡ノ際立會檢事ノ記載ナキハ畢竟檢事ノ立會ナクシテ判決ヲ言渡シタルモノト見做サヽルヲ得サレハ第一審判決ノ言渡ハ形式上欠ク所アリテ違法ノ判決タルコトハ辯護士所論ノ如シ然レトモ刑事訴訟法中第一審カ不當ニ管轄違ヲ言渡シタル時ノ外第二審裁判所ニ於テ控訴ニ係ル事件ヲ第一審ニ差戻シ更ニ審判セシムヘシトノ規定アルニアラサレハ本件ノ如ク第一審カ判決裁判所ヲ構成セサル判決言渡ニ係ル場合ト雖モ第二審裁判所ハ之レヲ取消シ更ニ判決ヲ爲スヲ以テ足レリトス」（大審院明治三十五年(れ)第一八〇二號詐欺取財事件明治三十五年十一月七日第一刑事部宣告）凡ソ第二審裁判所ハ第一審裁判所ノ判決ヲ覆審スルニ在リテ第一審ノ裁判ナクシテ第二審ノ裁判アルコトナキヲ常トスト雖モ形式上第一審ノ判決アリ之ニ對シ上訴シタル者アリテ事件カ第二審ニ繫屬シタル以上ハ其第二審ニ於テ本案ノ判決ヲ下スモ必スシモ不當ナリト謂フコト能ハサルヘキカ何トナレハ第一審ニ於テ其事件ニ付キ更ニ審理裁判スルモ其裁判ニ對シ更ニ上訴ヲ爲セハ則チ第二審ノ判斷ヲ受クルコト初ノ場合ト異ナルコトナケレハナリ是レ我刑事訴訟法カ第二審裁判所カ事件ヲ第一審ニ差戻ス場合ヲ第一審カ不當ニ管轄違ノ言渡ヲ爲シタル場合ニ限リタル所以カランカ（刑事訴訟法第二六二條第二項參照）

○祝宴會　本校出身者ニシテ本年施行ノ判事檢事登用第一回試驗、文官高等試驗辯護士試驗ニ及第セラレタル諸氏及ヒ講師清水一郎氏ノ榮轉ヲ祝スルカ爲メ本月六日午後五時ヨリ宴ヲ九段坂上富士見軒ニ催シタリ當日來會者數十名ニ及ヒ梅校長ノ及第者ニ對スル祝詞並ニ訓誨ノ演說及第者總代土屋忠夫氏ノ答詞校友守屋此助氏ノ演說等アリテ頗ル盛會ナリキ

○校友會秋季大會　校長送迎會寺尾博士歸朝祝宴會並ニ校友懇親會　本月七日午後二時ヨリ本校內ニ於テ校友會秋季大會ヲ開キ議事畢了後午後五時ヨリ柳橋龜清樓ニ於テ校長送迎會ニ寺尾博士ノ歸朝祝宴會及ヒ校友懇親會ヲ併合

開會シ發起者總代守屋此助氏開會ノ趣旨並ニ新舊校長ニ對スル感謝ノ辭等ヲ述ヘ梅、富井、寺尾三博士ノ答詞アリ宴酣ニシテ飯田學士ノ起ツテ劍舞スルアリ尚ホ餘興ノ催アリテ和氣靄然實ニ近來ノ盛會ナリキ

○討論會　去ル十一月二十二日午後五時ヨリ本校第一講堂ニ於テ第四回討論會ヲ開キ秋山會長ノ整理ノ下ニ左ノ問題ニ就キ討論シタリ

憲法廢止ハ我國法上之ヲ認ムヘキヤ否ヤ若シ之ヲ認ムヘシトセハ如何ナル手續ニ依ルヘキヤ(竹井學士出題)

積極論ノ要旨ハ(一)憲法第七十五條ニ憲法ハ攝政ヲ置クノ間ハ變更スルコトヲ得スト規定セリ此(變更)ノ中ニハ全部變更即チ廢止ヲ含ム(二)國權ノ作用ニ由リ憲法法典ヲ廢スルコトヲ得ルコト其自由ナリト云ヒ消極論ノ要旨ハ(一)(變更)ニハ廢止ヲ含マス(二)我國家建國以來憲法ノ存スルアルヲ以テ縱令憲法法典ヲ廢スルモ其ノ憲法ハ到底廢止スルニ由ナシト云フニ在リキ

（正誤　雜報一、二頁「乙竹伊。次」ハ「乙竹伊。次」ノ誤）

法學志林　自第三卷　至第廿九號
右最高法學部外字二號ノ書物號數一部調製ノ上金拾二錢ニ賣ル
六錢トスアリ以テ廣告ニ代ス　明治廿三年　月

破產法案　正價金十錢　郵稅金二錢

編輯者ヨリ破產法案ハ現行法ニ比スレハ大ニ變更セラレタル現行法ニ反シテ商人ニ對スル債權者ハ強ノヤウニスルノ主義ヲ採リ破產ニ於テ右債權ヲ調査確定シ破產生業ヲ外注ハ債權者ハ人數ニ應シテ議ヲ決スル以テ一人ノ意ニ從ヒ一人ノ意ニ從ハサル

十二月　和佛法律學校

法學志林

毎月一回十五日發行
校友、在籍、校外生ニ限リ
一部特價壹錢郵稅共金八錢
十部以上金壹錢郵稅共金六錢

第三十八號　十二月十五日發行

志林
- ○最近判例批評　法學博士　謙次郎
- ○受訴裁判所ノ裁判長ト人事訴訟法ノ規定ニ從テ無効ナリ　法學士　松岡義正
- 無効者ノ爲メニ選任シタル代理人ノ性質ヲ論ス　法學士　志田鉀太郎

○外國會社

社説
- ○特殊ノ人ニ對スル口頭ノ意思表示　I. Y. 生

批評
- ○部屋借ノ敷金、人權ノ蹂躪　編輯士　信岡雄四郎

○在任警察官吏ノ侵害ト訴訟　法學士　遠藤忠次

○公使保護領事ノ訴ヲ登記法律ノ誤ニ關聲スルコトヲ得ルカ　法學士　遠藤忠次

解疑
- ○一人ニシテ數罪ノ犯罪ト其實行ノ補助ヲ爲シタル者ノ處分　法學士　谷野格
- ○賣買ノ條件ニ依ラサル除斥權侵ノ效力　法學博士　梅謙次郎

其他　判例、雜報、記事　數十件

發行所　和佛法律學校

（明治二十二年十二月九日內務省許可）

（明治三十五年十一月四日第三種郵便物認可　毎月十八回三日五日六日八日十日十一日十三日十五日十六日十八日廿日廿一日廿三日廿五日廿六日廿八日廿九日廿日發行）

明治三十五年十二月十五日印刷
明治三十五年十二月十六日發行　（定價金貳拾五錢）

東京市牛込區牛込北町十番地
編輯兼發行者　萩原雄之

東京市牛込區矢來町四番地
印刷者　小宮山信好

東京市芝區新堀ノ久保町九番地十一番地
印刷所　金子活版所

東京市麹町區富士見町六丁目十六番地
發行所　和佛法律學校
司法省指定
（電話番町百七十四番）