

法政大学学術機関リポジトリ

HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2024-09-03

法政大學講義録

松岡, 義正 / 美濃部, 達吉 / 若槻, 禮次郎 / 富井, 政章 /
上杉, 慎吉 / 山田, 三良 / 掛下, 重次郎

(出版者 / Publisher)

法政大學

(巻 / Volume)

3-7

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

55

(発行年 / Year)

1903-12-18

0 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 1 2 3

(明治三十六年十一月十二日第三種郵便物認可
每月九圓一日五日八日十一日十五日十八日廿一日廿五日廿八日發行)

三十七年度

明治三十六年十二月十八日發行

第三學年ノ七

法政大學講義錄

第貳拾壹號



法政大學發行

第三學年第七號目次

民法物權	自第七章(自四八)至第十章(至四八)	法學博士 富井政章
民法親族	(自二五)至(三二)	法律學士 掛下重次郎
民法相續	(自二七)至(三二)	法學士 若槻禮次郎
行政法總論	(自二九)至(三六)	法學博士 美濃部達吉
行政法各論	(自六九)至(七六)	法學士 上杉慎吉
國際私法	(自五七)至(八七)	法學博士 山田三良
民事訴訟法	自第六編(自四九)至第八編(自六四)	法學士 松岡義正

雜報

○破産宣告ニ關スル裁判ニ對スル抗告○特別試驗問題

090
1904
3-1-7

取特權ト不動産ノ先取特權トニ區別シテアル、然レドモ其各種別中ニ於テ更ニ各種ノ先取特權ノ名稱ヲ定ムルニ當テハ其原因ノ上ヨリ觀察シテ或ハ共益費用ノ先取特權ト云ヒ、或ハ不動産貸貸ノ先取特權ト云フ如キ先取特權ニ依テ擔保セラルル債權ノ發源ニ重キヲ置イテ規定ヲ爲シテアリマス

第一款 一般ノ先取特權

一般ノ先取特權トハ債務者ノ總財産ノ上ニ存スルモノヲ謂フ(第三〇六條總財産トアルガ故ニ有體物ニ限ラナイ、苟モ財産權デアアル以上ハ一切ノ權利ヲ包含スルモノト解セテバナラス、即チ今日ノ實際ニ付イテ言ヘバ株式公債ノ如キ債權ノ如キモ此規定ニ依テ一般先取特權ノ目的ト爲ルコトハ疑ナキ所デアリマス、之ニ付イテ考フルモ物權ヲ以テ有體物ヲ目的トスル權利ト看ルノ失當ナルコトハ明カデアアル、然レドモ是ハ此場合ニ限ラナイ、他ノ物權ニ付イテモ立法者ハ數多ノ變例ヲ設ケテ居ルコトハ諸君ノ了知セラルル所デアアルト思フ、故ニ此批難ハ茲ニ特ニ先取特權ニ付イテ爲スコトヲ止メマス

第三學年第七號目次

民法物權	自第七章 至第十章(至四八)	法學博士 富井 政章
民法親族	(至二二五)	法律學士 掛下 重次郎
民法相續	(至一三二)	法學士 若槻禮次郎
行政法總論	(至二九)	法學博士 美濃部 達吉
行政法各論	(至七六九)	法學士 上杉 慎吉
國際私法	(至八七)	法學博士 山田 三良
民事訴訟法	自第六編 至第八編(至六四九)	法學士 松岡 義正

雜報 ○破産宣告ニ關スル裁判ニ對スル抗告○特別試驗問題

090
1904
3-1-7

取特權ト不動産ノ先取特權トニ區別シタル然レドモ其各種別申ニ於テ更ニ各種ノ先取特權ノ名稱ヲ定ムルニ當テハ其原因ノ上ヨリ觀察シテ或ハ共益費用ノ先取特權ト云ヒ或ハ不動産貸貸ノ先取特權ト云フ如キ先取特權ニ依テ擔保セラルル債權ノ發源ニ重キヲ置イテ規定ヲ爲シテアラマニス

第一款 一般ノ先取特權

一般ノ先取特權トハ債務者ノ總財産ノ上ニ存スルモノヲ謂フ(第三〇六條總財産トアルガ故ニ有體物ニ限ラナイ、苟モ財産權デアル以上ニ一切ノ權利ヲ包含スルモノト解セキナラズ、即チ今日ノ實際ニ付イテ言ヘバ株式、公債ノ如キ債權ノ如キモ此規定ニ依テ一般先取特權ノ目的ト爲ルコトニ疑ナキ所デアリマズ、之ニ付イテ考フルモ物權ヲ以テ有體物ヲ目的トスル權利ト看ルノ失當ナルコトハ明カデアリ、然レドモ是ハ此場合ニ限ラナイ、他ノ物權ニ付イテモ立法者多數ノ變例ヲ設ケテ居ルコトハ諸君ノ了知セラルル所デアルト思フ、故ニ此批辭ハ茲ニ特ニ先取特權ニ付イテ爲スニ止メヨ

民法物權 先取特權 先取特權ノ種類

一般ノ先取特權ハ四ツノ原由ヨリ生ズル債權ヲ有スル者ニ屬ス其レハ公益ノ費用ヲ出シタルコト、葬式ノ費用ヲ出シタルコト、雇人ガ給料ノ支拂ヲ受ケザルコト、及び日用品ノ供給者ガ其供給品ノ支拂ヲ受ケザルコトデアリマス(第三〇六條)トモテ、先取特權ハ一般債權者ノ共同利益ノ爲メニ爲シタル債務者ノ財產ノ保存清算又ハ改良ニ關スル費用ニ付イテ存スルモノヲ謂フ(第三〇七條第一項)例ヘバ債務者ノ爲メニ時効ヲ中斷シタトカ或ハ登記ヲ爲シタト云フ如キコトヲ謂フ債權ノ實行トシテ訴訟ヲ爲シタ如キハ最モ著シイ例デアアル此等ノ行爲ハ要スルニ總債權者ノ事務管理ヲ爲シタモノデアアル即チ總債權者ノ利益ト爲ル行爲ヲ爲シタモノデアラテ他ノ債權者ハ之ニ由ラテ其權利ヲ保存スルコトヲ得タ譯デアアル故ニ此先取特權ハ一切ノ先取特權中ニ於テ後ニ説明スル如ク最先順位ヲ占ムルモノトシテアリマス其レ故ニ又其利益ヲ受ケタル債權者ニ對シテハ此效力アルモノデアアル例ヘバ其行爲アラタ後ニ債權者ト爲ラタ者ノ如キハ何等ノ利益モ受ケザリシ故ニ此先取特權ニ因ラテ損害ヲ被ルルコトモ

ナイ(同條第二項)トモテ、先取特權ハ其種類第三二五條第三項ニ於テハ、葬式ノ費用ノ外二種ノ一般先取特權ニ付イテハ説明ヲ省キマス立法ノ理由ハ殆ド説明ヲ缺タズシテ明カナコトデアアルト思フ又先取特權ノ行ハルル範圍ハ條文ヲ一見シテ了知シ得ベキコトデアアルニ因ラテ説明ノ必要ハナイト考ヘマス(第三〇八條乃至第三一〇條)

第二款 動産ノ先取特權

動産即チ特定ノ動産ヲ目的トスル先取特權ニ由ラテ擔保セラルル債權ノ原由ハ八ツアル第三〇一條ニ列挙シテアリマス是モ一一説明スルコトヲ省キマスガ唯一般ニ渉ル原則ノミヲ示シテ置キマス(第三〇二條)トモテ、先取特權ハ此八ツノ先取特權中ニ於テ第一乃至第四ハ實ノ觀念ニ基クモノデアアル即チ債權者ニ於テ其先取特權ノ目的物ヲ恰モ自己ノ爲メニ質物ト爲ラタ如クニ見タ面シテ其觀念ハ正當ナモノデアアル故ニ恰モ質物ノ如クニ其代價ノ上ニ優先權ヲ行フコトヲ得ルシムル譯デアアル之ヲ異ラ第五乃至第八ハ一般擔保ノ原因ヲ爲

シタト云フニ基クモノデアル、即チ先取特權者ガ其權利ノ目的タル物ヲ債務者ノ資産中ニ加ヘ又ハ保存シタ、即チ其事アルニ因テ他ノ債權モ一ト擔保ヲ得タト云フコトト爲ルニ因テ先ヅ其共同利益ノ原因ヲ爲シタモノヲ保護スルト云フ趣意デアアル、此區別ハ後ニ法律ガ先取特權ノ順位ヲ定ムル上ニ於テ非常ナル效力ヲ有スルモノデアアル、即チ順位ヲ定ムル標準ト爲テ居マス

右ニ述ブル所ハ原則デアラ之ニハ例外ガアリマス、其レハ不動産賃貸先取特權ハ其賃貸借ノ目的タル土地ノ果實ニ付イテハ擔保ノ原因ヲ爲シタト云フ理由ニ因テ先取特權ヲ有スルモノデアアル、又第三百十四條ニ掲グタルモノニ付イテモ同一デアリマス

第三款 不動産ノ先取特權

此款ニ於テハ特定ノ不動産ヲ目的トスル先取特權ヲ規定シタモノズル、此部類ニ屬スル先取特權ハ三種アリマス、第一不動産保存ノ先取特權、第二不動産工事ノ先取特權、第三不動産賣買ノ先取特權、第三二五條此三ツノモノハ何レモ共

同擔保ノ原因ヲ爲シタト云フニ基クモノデアアル、其ノ區別ハ前記ノ如ク、右三種ノ先取特權中ニ於テ保存者及ヒ賣主ノ先取特權ハ不動産保存者及ヒ動産賣主ノ先取特權者ト其法理ヲ一ニスルモノデアアル、立法ノ理由並ニ適用ノ範圍ハ毫モ異ナル所ハナイ、唯目的物ガ不動産デアルト云フ一點ガ相異ナル所デアリマス、其レ故ニ是ハ説明ヲ略シマス

（第三二七條第一項）
 唯工事ノ先取特權ニ付イテ一言述べマス、是ハ動産ニ付イテハナイコトデアアル、此先取特權ハ工匠、技師及ビ請負人ガ債務者ノ不動産ニ加ヘタル工事ノ費用ニ付イテ其不動産ノ上ニ存在スルモノデアアル

（第三二七條第一項）
 工匠トハ大工、左官ノ如キ自ラ工事ヲ行フ者ヲ謂フ職工ハ工匠又ハ請負人ニ雇ハルル者デアラ、自ラ直接ニ債務者ト契約ヲ爲ス者デナイ、故ニ此等ノ雇主ニ對シテハ一般ノ先取特權ヲ有スルモ茲ニ謂フ先取特權ヲ有スルモノデハナイ、技師トハ自己ノ技術ニ依テ工事ヲ助成スル者ヲ謂フ、是レ亦通常請負人ニ雇ハレテ工事ニ與ル者デアアル、故ニ斯ル場合ニハ不動産ノ所有者ニ對シテ先取特權ヲ有スル者デナイコトハ言フヲ竣クナイ、請負人トハ一定ノ報酬ヲ受ケテ或工事

ヲ成功スルコトヲ約シタル者ヲ謂フ、此等ノ者ハ何レモ其施シタル工事ニ因テ
不動産ノ價格ヲ増加シタル者デアリ、故ニ先取特權ヲ有スル理由ト共ニ其範圍
ニモ自ラ制限ガナクテハナラズ譯デアリ、即チ其工事ニ因テ生シタル不動産ノ
増價ガ現ニ存在スル場合ニ限テ其増價額ニ付イテノミ存スルモノデアリ、但不
動産ノ全部ノ上ニ存スルモノデアリ(第三二七條第二項)。

第三節 先取特權ノ順位

同一ノ財産上ニ二種以上ノ先取特權が存在スルコトナシトセナイ、此場合ニ於
テ此等ノ先取特權ハ如何ナル順序ニ於テ實行セラレベキヤ是レ即チ順位問題
デアリマス、即チ民法第三百二十九條乃至第三百三十二條ニ規定セル事項デア
ル若シ債務者ノ財産ニシテ先取特權ニ依テ擔保セラレタル債權ヲ辨濟ス
ルニ足ルトキハ順位問題ハ其實用ヲ生ジナイ然レドモ此問題ノ生ズル如キ場
合ハ多ク先取特權者一同ニ辨濟ヲ爲スコト能ハザル場合デアリ、故ニ順位問題
ハ實際甚ダ肝要ナル問題デアリ、而シテ此問題ハ甚ダ複雑ナル問題デアラテ唯一

ノ原則ニ依テ解決スルコト能ハス、種多キ場合ヲ區別スルコトガ必要デアリ。
第一 一般ノ先取特權ガ互ニ競合スル場合、例ヘバ登記料ヲ立換ヘタ者モア
ラズ葬式費用ヲ支拂ヲ受ケナイ者モアル、給料ノ支拂ヲ受ケザル雇人モアレバ
米穀薪炭等ノ供給ヲ爲シテ未ダ其支拂ヲ受ケザル者モアル、斯ル場合ニ於テ其
先取特權ノ順位ハ如何ニ定ムルカト云フニ前同ニ説明シタル第三百六條ニ揭
グタル順序ニ從フトアル(第三二九條第一項)即チ其益費用ノ先取特權ヲ第一順
トシ他ノ三ツノモノハ順次之ニ次グコトト爲ル此順序ハ別ニ深キ理由ニ基
キタモノデナイ、唯法律ガ此等ノ債權者中ニ於テ最モ厚ク保護スル必要アリト認
メタル者ヨリ始メテ逐次其順位ヲ定メタルモノニ過ギナイ。
第二 一般ノ先取特權ト特別ノ先取特權ガ互ニ競合スル場合、此場合ニ於テ
ハ特別ノ先取特權ハ一般ノ先取特權ニ先ズル、但共益費用ノ先取特權ハ其利益
ヲ受クタル總債權者ニ對シテノミ優先ノ效力ヲ有ストアル(第三二九條第二項)
此ノ如クニ定メラレタル主たる理由ハ一般ノ先取特權者ハ特別ノ先取特權ノ
目的物ニ付イテ其權利ヲ行ハザルモ尙ホ他ノ財産ニ付イテ之ヲ行フコトヲ得

ニコトヲ禁止スルモノアリ例ハ佛國民法第一千九十六條第一千五百九十五條ニ於テ夫婦間ニ於テ爲シタル贈與及ヒ賣買ハ之ヲ禁セリ又賣買ヲ許スモ贈與ハ禁止スルモノアリ或ハ二者共ニ禁止スルモノハ非サルモ之カ取消ヲ許スモノアリ本法ハ賣買贈與其他總テ契約ハ有償タルト無償タルトヲ問ハズ又其目的物ノ金錢タルト金錢以外ノ物タルトヲ問ハズ原則トシテ之ヲ爲スコトヲ許スモ婚姻中ハ一方ノ意思ヲ以テ之カ取消ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲セリ

右契約ノ取消ハ婚姻中ニ在リテノミ之ヲ許スヘキモ婚姻ノ解消又ハ取消後ニ在リテハ當然有效ノモノト爲リ最早取消スコトヲ得サルナリ而シテ本條ノ取消モ亦法律行爲ノ取消ニシテ且別段ノ規定ヲ設ケズルカ故ニ取消ニ關スル總則ノ規定(第一二一條第一二三條)ヲ適用スルモノトス

又右契約ノ取消ハ夫婦ノ間ニ於テノミ之ヲ許スト雖モ之カ爲レニ第三者ニ效力ヲ及ベシ其權利ヲ害スルコトハ許スヘキモ非サレバ但書ノ規定ヲ設ケザリ故ニ例ヘキ妻カ所有セシ不動産ヲ夫ニ賣渡シ夫カ之ヲ第三者ニ賣渡シタリトセシカ妻ハ婚姻中ニ爲シタル右ノ賣買ヲ取消スモトヲ得ヘシト雖モ既ニ第三

者ニ轉讓シタル不動産ヲ取戻スコトヲ得サルナリ

第三節 夫婦財產制

舊民法ハ夫婦ノ財產關係ノ規定ヲ夫婦財產契約ト稱セシモ本法ハ之ヲ改メテ夫婦財產制ト稱セリ蓋シ夫婦財產契約ト稱スルトキハ重ニ夫婦カ其婚姻ヲ爲スニ當リテ任意ニ爲シタル契約ヲ指稱スレトモ今本節ニ規定スル所ハ多クハ法律ノ定メタル財產制ニシテ當事者ノ契約ヲ以テ定ムルコトニ關スル規定甚タ少ケレバ之ニ舊民法ノ題號ヲ採用スルハ其當シ失スルヲ以テナリ

夫婦ハ婚姻ヲ爲スニ當リ任意ニ其財產關係ニ付キ契約ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ夫婦ノ關係ハ専ラ情誼ニ依リテ成立スルモノナレバ其婚姻ヲ爲スニ當リ一其財產關係ヲ契約スルコトハ必スヘカラス而シテ其契約ヲ爲シタル場合ニモ其契約ニ付キ一般ノ契約ニ關スル規定ノ外別ニ法律上ノ制限ヲ設ケルコトノ必要アリ是レ法定ノ夫婦財產制アル所以ナリ

夫婦カ婚姻ヲ爲スニ當リテ爲セル其間ノ財產關係ノ契約ハ婚姻ノ從タル契約

ナリ若シ主タル契約ナル婚姻ニシテ無効又ハ取消ト爲リタルトキハ亦隨テ從タル財産關係ノ契約モ無効又ハ取消ト爲ルヘシ此ノ如キ場合ニ主タル物ノ消滅シテ從タル物ノミ存立スヘキ道理アラサルナリ然レトモ從タル契約ニシテ法律ニ反シ又ハ善良ノ風俗ニ悖ルカ爲メ無効又ハ取消ト爲リタリトモ之カ爲メ主タル契約婚姻ニ毫モ影響ヲ及ホスヘキモノニ非ス此場合ニ於テハ婚姻ハ成立シ隨テ支辨スヘキ費用ヲ要スルコト勿論ナレハ夫婦ハ財産上ノ契約ヲ爲サスシテ婚姻シタルモノト看做シ即チ法定ノ財産制ニ從ヒテ婚姻ヲ爲シタルモノト看做シ此制ニ付キ定メタル規定ニ從フヘキナリ

第一款 總則

此款ニ於テハ契約上ノ財産關係ト法定ノ財産制トニ通スヘキモノヲ規定セリ夫婦ノ財産關係ヲ支配スル原則 夫婦カ婚姻ノ届出前ニ其財産ニ付キ別段ノ契約ヲ爲サザリシトキハ其財産關係ハ次款ニ定ムル所ニ依ル(第七九三條舊民法人事編第四二二條第一項第四二四條)

曩ニ説キタルカ如ク夫婦ハ自由ニ契約ヲ爲シ其婚姻中ノ財産關係ヲ定ムルコトヲ得ヘシト雖モ其契約カ有效ナル爲メニハ婚姻ノ届出前ニ爲シタルモノナラサルヘカラス縱令當事者カ其間ノ財産關係ヲ定ムル契約ヲ爲シタリト雖モ其契約ニシテ婚姻届出後ニ成立シタルモノナルトキハ完全ナル效力ヲ有セス法律ハ此場合ニ於テハ別段ノ契約ヲ爲シタルモノト看做ササルヲ以テ夫婦ハ財産關係ニ付テハ法定ノ財産制ニ從ハサルヘカラス何故ニ夫婦間ノ財産關係ヲ定ムル契約ハ婚姻ノ届出前ニ爲シタルモノニ非サレハ有效ナル別段ノ契約ヲ爲シタルモノトセサルカ是レ曩ニ説キタルカ如ク婚姻後ニ在リテハ夫婦ノ一方ハ他ノ一方ノ意思ヲ抑制スルコトナキヲ保セサレハ婚姻後ニ在リテ財産契約ヲ爲サシカ其一方ハ他ノ一方ノ意思ヲ壓抑シテ自己ニ利益ニシテ他ノ一方ニ不利益ナル條款ヲ以テ契約ヲ爲サシムルノ恐アレハナリ是ヲ以テ法律ハ婚姻ノ届出前即チ夫婦タラントスル男女ノ各自獨立不羈ノ精神ヲ以テ財産上ノ契約ヲ取結フコトヲ得ル時ニ之ヲ爲スヘキモノト爲シ隨テ婚姻後ニ契約シタランカ其契約ハ雙方ノ自由ナル意思ニ出テタルモノト看做ササルナリ

夫婦カ婚姻ヲ爲スニ當リ其財產契約ヲ爲ササルトキハ法定ノ財產制ニ從フヘキモノニシテ其規定ハ最早夫婦ノ意思ヲ以テ左右スルコトヲ許ササルナリ但婚姻ノ届出前ナレハ夫婦ハ法定ノ財產制ニ異ナリタル契約ヲ爲スコトヲ得ヘキハ以下叙述スルカ如シ

諸國ノ法律ニ於テハ多クハ夫婦間ノ財產關係ハ皆當事者ノ自由ノ意思ニ任スルヲ例ト爲セトモ亦法律上一定ノ制度ヲ設ケ當事者ヲシテ之ニ從ハシムルモノナキニ非ス而シテ又多クハ法定ノ財產制ノ外尙ホ法律上數種ノ方法ヲ定メ以テ當事者ノ據ルヘキ標準ヲ示セリ今佛國民法ノ定ムル所ヲ舉タレバ同法ハ大別スレハ四箇ノ制度ヲ設ケ當事者ヲシテ其中一ヲ選擇スルコトヲ得ルモノト爲シタリ第一夫婦財產共通ノ制(Régime de communauté 佛國民法第一三九條乃至第一五二五條第二財產不共通ノ制(Régime sans communauté 第一五二九條乃至第一五三三條第三財產分離ノ制(Régime de séparation de biens 第一五三六條乃至第一五三九條第四嫁資法(Régime dotal 第一五四〇條乃至第一五八一條是ナリ其第一ハ佛國民法ニ於ケル法定財產制ニシテ婚姻ノ當時何等ノ契約ヲ爲ササルトキハ

當事者ノ當然從價ナルヘカラスアルモノナリ

財產契約ノ登記 夫婦カ法定財產制ニ異ナリタル契約ヲ爲シタルトキハ婚姻ノ届出マテニ其登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ夫婦ノ承繼人及ヒ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(第七九四條舊民法財產取得編第四二二條第一項舊四二五條)

夫婦間ニ法定財產制ニ異ナリタル契約ヲ爲ササルトキハ夫婦ハ法定財產制ニ從フヘキヲ以テ別ニ之カ登記ヲ爲スコトヲ要セザレトモ若シ夫婦ニ於テ法定財產制ニ異ナリタル別段ノ契約ヲ爲シタルトキハ之ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得セシメサルヘカラス而シテ之ヲ第三者ニ對抗スル爲メニハ公示ノ方法ナカラサルヘカラス其方法ニ付テハ諸國ノ立法例一定セズ或ハ公證人ヲシテ證書ヲ作ラシムルモノアリ佛國民法第一三九一條或ハ婚姻證書中ニ附記セシムルモノアレトモ本法ハ此等ノ方法ニ倣ハスシテ一般ニ財產權ニ關スル事項ノ公示方法トシテ登記ノ方法ヲ採用セルヲ以テ婚姻ヲ爲スニ當リ取結セタル財產契約ニモ登記ヲ以テ第三者ニ對抗スル方法ト爲シタリ此登記ハ之ニ因リテ唯リ第三者ニ對抗スルニ必要ナルノモノナラス夫婦ノ承繼人ニモ對抗スルニ必

要ナリ夫婦ノ承継人其家督相續人遺產相續人ニ對シテハ普通ノ法律行為ナレバ登記ヲ爲ササルトモ對抗スルコトヲ得ルヲ常ト爲セトモ此場合ニ於テハ其承継人ハ夫婦ノ財産ニ對シ重大ナル利害關係ヲ有スルノミナラス夫婦カ死亡シタル際ニハ其財産ヲ整理スヘキ者ナルカ故ニ之ニ豫メ夫婦財産契約ノ如何ヲ知ラシメ置クハ必要ナルヲ以テナリ

此登記ハ婚姻ノ届出マテニ之ヲ爲ササルヘカラス若シ之ヲ其時期マテニ爲ササルトキハ第三者ハ別段ノ契約ヲ爲ササルモノト看ルヘキナリ

外國人ノ夫婦財産制 外國人カ夫ノ本國ノ法定財産制ニ異ナリタル契約ヲ爲シタル場合ニ於テ婚姻ノ後日本ノ國籍ヲ取得シ又ハ日本ニ住所ヲ定メタルトキハ一年内ニ其契約ヲ登記スルニ非サレハ日本ニ於テハ之ヲ以テ夫婦ノ承継人及ヒ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス第七九五條舊民法財産取得編第四二五條法例第二五條

外國トノ間ニ締結セラル舊條約廢止セラレ治外法權ノ撤去セラレタル今日ニ於テハ我民法カ我邦ニ居住スル外國人ヲ支配スヘキヲ以テ我邦ニ於テハ外國法

ナリハ我邦ニ於テハ我邦ノ法律ニ依リテ之ヲ支配スルモノト爲ス

二 被相續人ノ家ニ在ル者ナルコトヲ要ス 家督相續ニ付キ最モ考慮セサルヘカラサルハ其家ノ利害ナリ而シテ家族ハ其家ト最モ深キ利害ノ關係ヲ有スルモノナルカ故ニ法律ハ萬已ムヲ得サル場合ノ外ハ成ルヘク家族ヲシテ相續ヲ爲サシムルコトヲ望ムモノナリ故ニ直系尊屬ト雖モ其家ニ在ラサル者ハ單ニ直系尊屬タルノ故ヲ以テ家督相續人ト爲ルコトヲ得サルナリ

三 被相續人ノ家督相續人ト爲ルコトヲ得ル者タルコトヲ要ス 法律カ家督相續人タルコトヲ禁スル直系尊屬ハ被相續人ノ家督ヲ相續スルコトヲ得サルハ勿論ナリト雖モ相續權ノ喪失ハ前ニモ述ヘタル如ク相對的ノモノナルカ故ニ其父ニ對シテ缺格ノ原因アル直系尊屬ト雖モ其子ニ對シテハ其家督ヲ相續スルニ於テ何等ノ妨ケナキナリ

直系尊屬多數ナル場合ニ於テハ其間ニ於ケル相續ノ順位ハ次ノ如シ

- 一、親等ノ異ナリタル者ノ間ニ於テハ其近キ者ヲ先ニス故ニ父母ハ祖父母ニ先テ祖父母ハ曾祖父母ニ先ツモノトス
- 二、同一親等ノ間ニ於テハ其近キ者ヲ先ニス故ニ父母ハ祖父母ニ先ツモノトス
- 三、同一親等ノ間ニ於テハ其近キ者ヲ先ニス故ニ父母ハ祖父母ニ先ツモノトス

民法親族 家督相續 家督相續人

二親等ノ同シキ者ノ間ニ於テハ男子ヲ先ニス故ニ父母ノ間ニ於テハ父ヲ先
ニシ祖父母ノ間ニ於テハ祖父ヲ先ニス而シテ父ノ繼父タルト否トハ全ク
區別ナキモノトス

(五) 選定家督相續人

上來述ヘタル家督相續人ナキトキハ親族會ノ選ミタル家督相續人之ヲ相續ス
即チ予カ特別選定家督相續人ニ對シ單ニ選定家督相續人ト稱スル者是ナリ親
族會カ之ヲ選定スルニハ左ノ順序ニ依ルヘキモノトス
一被相續人ノ親族家族分家ノ戶主本家又ハ分家ノ家族
二他人

第一ノ者ノ間ニ於テハ法律ハ別ニ順位ヲ定メサルカ故ニ親族會ハ其中ニ於テ
最モ適當ト認ムル者ヲ選定シテ可ナリ
直系尊屬ノ後ニ來ルヘキ家督相續人ヲ選定スルニモ尚ホ法律ハ成ルヘク其家
ノ血統ヲ有スル者ヲ以テ選定ノ先順序ニ置クコトヲ勉メタリト雖モ場合ニ
依リテハ此ノ如キ者ノ中ニハ被相續人ノ家督ヲ相續スルニ適當ナル者ナク却

テ他人ニテモ事情ニ因リテハ被相續人ノ家督ヲ相續セシムルニ適スル者アリ
故ニ特別選定家督相續人ノ場合ニ於ケルト同シク親族會ハ裁判所ノ許可ヲ得
テ順序ヲ變シテ他人ヲ選定スルコトヲ得ルモノナリ選定ノ時期順序ヲ變更ス
ルニ付テ正當トスヘキ事由ニ至リテハ特別選定家督相續人ニ付テ述ヘタル所
ト同一ナルカ故ニ茲ニハ再ヒ之ヲ述ヘス

第三節 家督相續ノ效力

此節ニ於テハ家督相續ノ效力ノ範圍並ニ效力ノ發生スル時期ヲ論セント欲ス
第一 家督相續ノ效力ノ範圍

家督相續ハ家督相續人ヲシテ戶主タル身分ヲ承繼セシメ其結果トシテ前戶主
ニ屬セザル私法上ノ權利義務ニシテ其一身ニ專屬セザルモノヲ承繼セシムルモ
ノナリ
(イ) 家督相續ハ戶主タル身分ノ承繼ナリ 家督相續トハ其名稱ノ明カニ示ス
カ如ク一家ノ統督者タル者ノ地位ヲ承繼スルニ在リ家族制度ヲ認ムル社會ニ

於テハ一箇人ノ外ニ家ナル一ノ小團體ノ存スルコトヲ認メサルヘカラス而シテ凡ソ團體ヲ形成スル以上ハ必ス之カ動作ヲ指揮スヘキ統督者ナカルヘカラサルハ當然ナリ故ニ家ナル小團體ニ於テモ之ヲ代表スヘキ統督者アリ羅馬ニ於テハ之ヲ家父即チ家長ト稱ヘ我邦ニ於テハ之ヲ戸主ト謂フ一家ハ戸主ヲ中心トシテ成立スルモノナリ戸主カ其存在ヲ失フニ於テハ必ス之カ繼續者アルニアラザレハ一家ハ其成立ヲ有ツコト能ハス是ニ於テカ戸主タル身分ヲ承繼スルコトハ家族制度ノ行ハルル社會ニ於テ必要條件ナリ之ヲ沿革ニ徵スルモ相續ノ目的ハ時代ニ隨テ同シカラスト雖モ純然タル家族制度ノ行ハルル時代ノ相續ハ家長即チ戸主ノ承繼ナルコトハ歴史ノ證明スル所ニシテ爭フヘカサル所ナリ前ニ述ヘタル如ク戸主タル身分ヲ取得スルハ必スシモ家督相續ニ限ルモノニアラスト雖モ家督相續ハ必ス戸主タル身分ノ承繼ヲ爲サシムルモノナリ而シテ前戸主ノ有セシ權利義務カ新戸主ニ移轉スルハ身分ノ承繼ヨリ生スル當然ノ結果ナリ第九百八十六條ハ家督相續ノ效力ヲ規定シテ單ニ前戸主ノ有セシ權利義務ヲ承繼セシムルモノナリト云ヘリ同條ニ云ヘル權利義務中ニハ

無論戸主權及ヒ戸主ノ義務ヲモ包含スト信スルカ故ニ實質上ヨリ之ヲ云ヘハ或ハ同條ノ規定スル所ハ予ノ今此ニ述フル所ト同一ノ意義ヲ有スルヤモ知ルヘカラスト雖モ予ハ根本ノ觀念ニ於テ同條ノ規定ニ服スルコトヲ得ス第九百八十六條ハ戸主トシテ行フヘキ權利及ヒ盡スヘキ義務移轉スレハ之ニ因リテ戸主タル身分ヲ生スルモノナリトシ權利義務ノ移轉ヲ以テ家督相續ノ效力ト爲スト同時ニ其目的ト爲スト雖モ予ノ見ル所ヲ以テスレハ家族制度ヲ認ムル社會ニ於ケル家督相續ナルモノハ決シテ權利義務ノ移轉ヲ以テ其目的ト爲スヘキモノニアラス家ノ存在ヲ繼續スル爲メニ其統督者タル身分ヲ承繼スルヲ以テ家督相續ニ於ケル主たる目的ト爲ス而シテ前統督者ニ屬セシ權利義務カ新統督者ニ移轉スルハ是レ家ノ統督者ニ屬スル權利義務ハ前者ニ代ハリテ新ニ家ヲ統督スル者アル以上ハ其交代ノ結果トシテ當然附隨シテ之ニ歸著スヘキモノナルニ由ルノミ民法ノ規定ニ依レハ戸主トシテ行ヒ得ヘキ權利及ヒ盡スヘキ義務ノ得喪ニ由リテ戸主タル身分ノ得喪ヲ生スルモノナリトセリ予ノ言フ所ハ戸主タル身分ノ得喪ニ因リテ戸主權及ヒ戸主ノ義務ノ得喪ヲ生スト

爲スモノナリ其結果ハ同一ナルヘシト雖モ事ノ順序ニ於テハ民法ノ規定ハ其當ヲ得サルモノニアラスヤト思考ス況ヤ文字ニ拘泥シテ論スルトキハ同條ノ規定ニ依リテ戸主權及ヒ戸主ノ義務ハ承繼スルコトヲ得ルモ是レ特別ノ明文アルカ故ニ此ノ如キノミ戸主タル身分ノ承繼ハ明文ノ之ヲ定ムルモノナキカ故ニ之ヲ承繼セスト云フコトヲ得サルニアラサルニ於テヤ此ノ如キノ實ニ事實ニ反スルモノナリ此點ニ於テハ舊民法カ明カニ家督相續人ハ相續ニ因リテ戸主ト爲ルト規定シタルヲ以テ當ヲ得タルモノナリト謂ハサルヘカラス

(ロ) 家督相續ハ前戸主ノ有セシ權利義務ノ承繼ナリ 家督相續ハ前戸主ノ身分ヲ承繼シテ其人格ヲ繼續スルモノナルカ故ニ前戸主ノ有セシ權利義務ハ總テ家督相續人ニ移轉スルモノナリ故ニ前戸主ノ債務者ハ家督相續人ニ對シテ其債務ノ履行ヲ爲スコトヲ要シ又其債權者ハ家督相續人ニ對シテ債權ノ執行ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ而シテ第九百八十六條ハ廣ク權利義務ヲ承繼スト規定スルカ故ニ單ニ財產上ノ權利義務ノミニ限ラス其他ノ權利義務就中戸主權及ヒ戸主タルノ義務モ亦家督相續ニ因リテ相續人ニ移轉スルモノナリ民法ハ

家督相續ハ戸主タル身分ノ承繼ナリトノ主義ハ探ラザルニシカ故ニ舊民法ソ如ク單ニ一切ノ財產ヲ相續ストフミ規定スルコトヲ得ス故ニ廣ク權利義務ヲ承繼スト規定シ以テ財產權以外ノ權利義務ヲモ包含セシメタルモノナリ

系譜祭具及ヒ墳墓ハ是レ亦一ノ財產ナルカ故ニ家督相續人カ之ヲ相續スルハ言ラザルタサルナリ法律ハ尙ホ一步ヲ進メテ此等ノ財產ヲ以テ家督相續人ノ特權ニ屬スルモノナリトシ家督相續人ヲシテ必ス之ヲ相續セシムヘキモノト定ム

第九八七條蓋シ相續ノ起原ヲ釋スレハ祖先ノ祭祀ヲ絶タスト云フニ出テタルモノニシテ祖先ノ祭祀ト家督相續トハ密接ノ關係アルカ故ニ祖先ノ系統ヲ明カニスヘキ系譜祖先ノ禮祭ニ用フヘキ祭具及ヒ祖先ノ靈ヲ安置セル墳墓ハ家ニ屬スルモノナリトシテ一家ノ戸主タル者ヲシテ常ニ之ヲ保有セザルヲ以テ當然トシ此ノ如ク規定シタルモノナリ但シ祭具ニ關シテハ第九百八十七條ハ廣ク祭具ト規定シ特ニ祖先ヲ祭ルヘキ器具ニ限ラサルカ故ニ神佛ノ禮拜ニ用フル器具ハ悉ク包含スルモノナリ且ツ神體佛像又ハ位牌ノ如キ物モ亦祭祀ヲ爲スニ付ラ缺クヘカラサルモノナルカ故ニ法律ノ所謂祭具ナル物ハ之

ヲ包含スルコト何等ノ疑ヲ容レズ而シテ此等ノ物ハ法律カ家督相續人ヲシテ必ス相續セシムヘキモノト定メタルカ故ニ被相續人ハ遺言ヲ以テ之ヲ他人ニ遺贈スルコトヲ得サルノミナラス生前行爲ヲ以テモ亦之ヲ他ニ讓渡スコトヲ得ス予ハ債權者モ亦強制執行ノ爲メニ之カ差押ヲ爲スコトヲ得サルモノナリト信ス

(ハ) 家督相續ハ前戸主ノ有セシ私法上ノ權利義務ノ承繼ナリ 第九百八十六條ハ概括ノ規定ヲ爲シ家督相續人ハ前戸主ノ有セシ權利義務ヲ承繼ストアルカ故ニ荷モ前戸主ノ有セシ權利義務タル以上ハ家督相續人ニ於テ總テ之ヲ承繼スルカ如ク見ユト雖モ凡ソ民法ノ規定ハ總テ其關係ノ私法的ノモノニ止マラサルヘカラサルハ法律自體カ私法ニ關スル規定タルヲ以テモ明カナルカ故ニ同條ノ所謂權利義務ハ私法上ノ權利義務ノミヲ指スモノニシテ公法上ノ權利義務ハ之ヲ包含セサルコト疑ナシ故ニ民法ニ於テ之ヲ論スルトキハ家督相續ノ效力ハ單ニ前戸主ノ有セシ私法上ノ權利義務ノ承繼ナリト謂ハサルヘカラス彼ノ選舉ニ關スル權利又ハ兵役ニ服スル義務ノ如キハ國民カ公法ノ規

定ニ依リテ有スル所ノ權利又ハ義務ナルカ故ニ第九百八十六條ノ力ニ依リテハ家督相續人ニ移轉スルモノニアラス但シ茲ニ注意セサルヘカラサルハ予カ玆ニ論スル所ハ第九百八十六條ニ依リ家督相續人ニ移轉スル權利義務ハ私法的ノモノニ限ルモノニシテ公法的ノモノハ之ヲ合マスト謂フニ在ルコト是ナリ故ニ公法上ノ權利義務ト雖モ法律カ相續人ニ移轉スヘキモノト爲シタルモノハ家督相續ニ因リテ之ヲ承繼スルハ勿論ナリト雖モ是レ第九百八十六條ノ力ニ依リテ然ルニアラス各法規ニ定ムル所ニ依リテ然ルモノナルカ故ニ各法規ニ規定セサル以上ハ第九百八十六條ハ決シテ此ノ如キ效力ヲ有セサルナリ

(ニ) 家督相續ハ前戸主ノ有セシ權利義務ニシテ其一身ニ專屬セサルモノノ承繼ナリ 家督相續ハ前戸主ノ有セシ權利義務ノ移轉ヲ生スル效力アリト雖モ其一身ニ專屬セシモノハ家督相續人ニ移ルモノニアラス何トナレハ專屬ノ權利義務ナルモノハ之ヲ有スル人ノ身上ニ著眼シテ生シタルモノナルカ故ニ其性質トシテ其人ト存立ヲ共ニスヘキモノナレハナリ前戸主カ身分ニ因リテ有セシ權利義務ハ其一身ニ專屬セルモノナリ例ヘハ親權夫權又ハ或親族間ノ扶

養ノ義務ノ如キモノナリ故ニ此ノ如キ權利義務ハ家督相續人ニ移ルモノニアラス其他讓渡スコトヲ得サル權利義務ハ多クハ享有者ノ一身ニ專屬スルモノナリ例ハ恩給ヲ受クル權利ノ如キ是ナリ唯此ニ一言附加スヘキハ恩給ヲ受クル權利ハ權利其モノハ之ヲ讓渡スコトヲ得サルカ故ニ前戸主ノ一身ニ專屬スルモノナリト雖モ其權利ニヨリテ既ニ經過シタル期間ニ對スル恩給金ヲ受領スル權利ハ法律ニ於テモ讓渡ヲ禁セサルカ故ニ之ヲ前戸主ノ一身ニ專屬スル權利ナリト云フコトヲ得ス隨テ家督相續人ニ於テ此權利ヲ承繼スルコトヲ得ルハ言フヲ埃タサルナリ或ハ曰ハン既ニ經過シタル期間ニ對スル恩給金ノ受領ヲ爲スハ即チ恩給ヲ受クヘキ權利ノ實行ニシテ之ト分離シタル特別ノ權利ニアラス恩給ヲ受クル權利其モノカ移轉セサルモノタル以上ハ其權利ノ實行モ亦移轉セサルヲ當然トスト權利ト權利ノ實行トカ互ニ離ルヘカラサルモノタルコトハ論ヲ埃タス然リト雖モ權利ニヨリ其性質カ一部分ノ處分ヲ爲スコトヲ得ルモノタル以上ハ法律ハ決シテ享有者カ其一部分ノ處分ヲ爲スコトヲ禁スルモノニアラス恩給ヲ受クヘキ權利其モノハ法律ハ之ヲ以テ讓渡スコトヲ得サ

ルモノト爲スト雖モ其權利ノ一部分ナル其或期間ニ對スル恩給受領ノ權利ハ之カ讓渡ヲ爲スコトハ法律ノ禁セサル所ナルノミナラス之ヲ許スノ趣意タルコトハ民事訴訟法ノ規定ニ依リ間接ニ想像スルコトヲ得ヘシ果シテ然リトセハ恩給受領ノ權利ニ對スル家督相續ノ效力ハ一ニ法律カ讓渡スコトヲ得スト爲シタル部分ニ付テノミ前戸主ニ專屬スルモノト爲シ法律カ讓渡スコトヲ禁セサル部分即チ既ニ經過シタル期間ニ對スル恩給金受領ノ權利ハ第九百八十六條ノ本文ニ從ヒテ家督相續人ニ移轉スト謂フヲ以テ却テ法律ノ趣旨ニ適スルモノナリト信ス

以上ニ述ヘタル所ハ家督相續ノ效力ニ關係シタル原則ナルカ故ニ法律中ニ之ニ異ナリタル效力ヲ生セシムル特別ノ規定アル場合ノ外ハ家督相續ハ以上ニ述ヘタルカ如キ效力ヲ生スルモノナリ而シテ民法ハ其第九百八十九條以下數條ニ於テ右ノ原則ニ對スル例外ヲ掲クルカ故ニ以下其特別ニ付キ説明セシ

甲 隱居ニ因ル家督相續ノ特例

隱居ニ因リテ開始シタル家督相續ノ場合ニ於テハ家督相續ノ效力ノ原則ニ對

シテ二箇ノ特例アリ其一ハ隱居者カ留保シタル財産ハ家督相續人ニ移轉セザルコト、他ノ一ハ隱居者ノ債權者ハ隱居者ニ對シテモ辨濟ノ請求ヲ爲シ得ルコト是ナリ

二 隱居者カ留保シタル財産ハ家督相續人ニ移轉セス 隱居者ハ隱居ニ因リ戸主タル身分ヲ失フモ其人格ハ決シテ之ヲ失フモノニ非ス故ニ其一身ニ專屬スル權利義務ハ隱居ヲ爲スモ依然之ヲ有スルノミナラス隱居シタル後ニ於テ新ニ權利ヲ取得シ義務ヲ負擔シ得ルコトハ勿論ナリ然ルニ權利ヲ取得シ義務ヲ負擔スルニ付テハ自ラ相當ノ財産ヲ有スルノ必要ナルコトアリ又必要ナラサルモ少クモ之ヲ便宜トスルコトハ言フヲ埃タサルヲ以テ法律ハ隱居者ニ其財産ノ留保ヲ爲スコトヲ許セリ而シテ其留保シタル財産ハ家督相續人ニ移轉モサルモノナリ隱居者カ財産ヲ留保スルニハ左ノ二條件ヲ要ス

(イ) 隱居者ハ確定日附アル證書ニ依リ財産ノ留保ヲ明カニスルヲ要ス 家督相續ナルモノハ原則トシテ前戸主ノ財産ヲ家督相續人ニ移轉スルモノナルカ故ニ隱居ニ因ル家督相續アリタルトキハ隱居者及ヒ家督相續人ノ債權者タル

者ハ一應ハ隱居者ノ財産ハ悉ク相續人ニ移リタルナルヘシト信スルモノナリ然ルニ其信シタル所ニ反シ事實財産ノ一部カ隱居者ノ手ニ殘リ居ルカ如キコトアラハ債權者ハ往往見込ヲ誤リ爲メニ少カラサル損害ヲ受タルコトアルヘシ故ニ留保ハ確定日附アル證書ヲ以テセサルヘカラス蓋シ隱居者ト家督相續人トハ多クノ場合ニ於テ近親ノ關係ヲ有スルモノナルカ故ニ單ニ證書ヲ作り財産ヲ留保シ置クヘシト定ムルノミニテハ實際ニ於テ隱居ノ際ニハ財産ヲ留保セザリシモ後日其利益アル場合ニ當リテハ其謀シテ一片ノ證書ヲ作り財産ヲ留保シタルカ如ク裝ヒ容易ニ第三者ニ損害ヲ被ラシムルコトヲ得ルカ故ニ法律ハ確定日附ノ證書ヲ要スト爲シ以テ第三者ヲ保護セリ眞ニ第三者ヲ保護スルニハ公示ノ方法ヲ設クルコト最モ確實トスル所ナリト雖モ此方法ヲ採ラサルニ於テハ確定日附ノ證書ヲ要スト爲シタルハ相當ナリ

(ロ) 財産ノ留保ハ家督相續人ノ遺留分ヲ害セサルコトヲ要ス 隱居者カ他日死亡スルトキハ其遺産ハ遺産相續ノ規定ニ依リ相續セラルルモノナルカ故ニ隱居ノ際ノ財産留保ニ制限ヲ加ヘサルトキハ隱居者ハ其留保ニ因リ家督相續

人ノ遺留分ヲ害スルニ至ルヘシ然ルニ遺留分ハ家族ヲ扶養スル義務ヲ負フ所ノ家督相續人ヲシテ前戸主ノ財産ノ或部分マテハ必ス承繼セシメントスル法律ノ趣旨ニ出テタルモノナルヲ以テ被相續人ハ遺言ヲ以テ遺留分ヲ害スルコトヲ得サルカ如ク亦財産ノ留保ニ因リテモ之ヲ害スルコトヲ得ス故ニ財産ノ留保ハ家督相續人ヲ害セサル限度ニ於テ之ヲ爲ササルヘカラス若シ隱居者ノ爲シタル留保ニシテ家督相續人ノ遺留分ヲ害シタルトキハ其遺留分ニ必要ナル限度マテハ其留保ハ無効ナリ第九百八十八條但書ヲ見レハ家督相續人ノ遺留分ノ規定ニ違反スルヲ得スト規定ヨ財産ノ留保ノコトニ關シテハ後ニ説ク所ノ第一千百三十四條ノ如キ規定ナキヲ以テ一見スレハ家督相續人ノ遺留分ヲ害シタル財産ノ留保ハ全部無効ナルカノ如クナレトモ第九百八十八條但書ハ家督相續人ノ遺留分ヲ保護スルノ規定ニ止マルカ故ニ其規定ヲ解釋スルニハ一ニ遺留分保護ノ趣旨ヲ全ウスルニ止メサルヘカラス隨テ遺留分ヲ害セサル限度ニ於テハ其留保ハ有效ナリト謂ハサルヘカラス

二 隱居者ノ債權者ハ隱居者ニ對シテモ辨濟ノ請求ヲ爲スコトヲ得

ノ義務ハ隱居ニ因リ家督相續人ニ移轉スルモノナルカ故ニ隱居者ノ債權者多クシテハ隱居ノアリタル後ニ於テハ其家督相續人ニ對シテ債權ノ辨濟ヲ求ムルコトヲ得而セテ若シ特別ノ規定ナキ以上ハ既ニ義務カ他ニ移轉シタル後ニ於テハ隱居者ニ對シテ辨濟ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルモノナリト爲スヲ以テ理論ニ適スト謂ハサルヘカラス然レトモ隱居ハ死亡ト異ナリ現ニ隱居シタル後ニ於テモ財産ヲ有シ又其財産ヲ増殖シ得ルモノナリ而シテ元來隱居者ノ債權者ハ隱居者ヲ信用シテ之ト取引ヲ爲シタル者ナレハ隱居者ニ辨濟ヲ爲ス資力アルトキハ之ニ對シテ辨濟ヲ爲スハ當然ナリ況ヤ此ノ如ク爲サレハ甚シキ弊害アルニ於テヤ何トナレハ隱居者ハ財産ノ留保ヲ爲スコトヲ得ルカ故ニ多額ノ負債ヲ有スル者カ其財産ノ一部分ヲ留保シテ隱居シタルトキハ財産ノ一部分ハ隱居者ノ手ニ残り居ルニモ拘ラス負債ハ無資力ノ家督相續人ニ移轉スルカ如キ協合ナキニ非サルヲ以テナリ故ニ第九百八十九條ノ第一項及ヒ第三項ハ隱居者ノ債權者ハ家督相續人ニ對シテ辨濟ヲ請求ヲ得ルハ勿論ナレトモ隱居者ニ對シテモ亦其請求ヲ爲シ得ルモノト爲シ以テ理論ト實際トノ適合ヲ計レ

リ而シテ同條ハ廣ク隱居ニ關シテ規定セ何等ノ區別ヲ設ケザルヲ以テ財產ノ留保ヲ爲シタルト否トハ隱居者ニ對スル辨濟請求權ニ何等ノ差別ヲ生スルモノニ非ザルナリ

乙 入夫婚姻ニ因ル家督相續ノ特例

女戸主カ入夫婚姻ヲ爲ストキハ當事者間ニ反對ノ意思表示ナキ限りハ女戸主ハ其戸主タリシ身分ヲ失ヒ入夫ハ代リテ戸主ト爲ルモノナリ法律ハ此場合ニ於テ特ニ女戸主ヲ隱居シタルモノトハ言ハサルモ其戸主タル身分ヲ失フハ隱居シタル者ト異ナルコトナリ故ニ入夫婚姻ニ因ル家督相續ノ場合ニ在リテ其效力ノ一般家督相續ト異ナル點ハ全ク隱居ニ因ル家督相續ノ場合ニ同シ即チ戸主タル身分ヲ失ヒシ女戸主ハ確定日附アル證書ヲ以テ其財產ノ留保ヲ爲スコトヲ得又女戸主ノ債權者ハ戸主タル身分ヲ失ヒタル女戸主ニ對シテモ辨濟ヲ請求スルコトヲ得ヘシ

丙 入夫ノ離婚ニ因ル家督相續ノ特例

入夫カ戸主タリシ間ニ負擔シタル債務ハ離婚ニ因リ家督相續人ニ移ルモノナ

モノナルカハ行政處分ノ取消ノ問題ヲ論スルニ當リテ重要ノ關係ヲ有ス行政處分ノ内容カ法規ニ依リテ羈束セラルル場合ニ於テハ其處分カ法規ニ違反セサルヤ否ヤハ純然タル法律問題タリ若シ法規ニ違反スルニ於テハ其處分ハ初ヨリ法律上ノ瑕疵アリ固ヨリ法規ニ違反シタル處分ト雖モ當然無効タルモノニ非ス臣民ハ自己ノ解釋ニ依リテ當然ニ其服從ヲ拒ムコトヲ得ヘキモノニ非スト雖モ上級官廳又ハ行政裁判所ハ或ハ臣民ヨリ訴願又ハ訴訟ヲ提起シタルニ由リ又ハ自己ノ職權ヲ以テ必ス之ヲ取消スコトヲ要ス苟モ其法規ニ違反セルコトカ公ニ認めラレタル上ハ一日モ其處分ノ效力ヲ繼續スルコトヲ許サザルモノナリ

官廳カ法規ノ範圍内ニ於テ自己ノ自由裁量ヲ以テ處分ヲ爲ス場合ニ於テモ官廳ハ自己ノ私意ニ依リテ自由ニ何事ヲモ定ムルコトヲ得ヘキニ非ス必ス公ノ目的ニ適當シタル處分ヲ爲スコトヲ要ス然レトモ果シテ其公ノ目的ニ適スルヤ否ヤハ全ク實際ノ便宜問題ニシテ法律問題ニ非ス縱令不當ナル處分ト雖モ其法律上ノ效力ニ於テハ何等ノ瑕疵ナク其之ヲ取消スト否トハ其レ自身便宜

問題ニ屬ス即チ之ヲ取消スニ於テ取消ササルヨリモ不利益ノ結果ヲ生スヘキ場合ニ於テハ之ヲ取消スヲ要セサルモノナリニ其ノ旨ハ命令不當ノ取消ノ趣旨以上ハ行政處分ノ一般ノ内容ニ關スル説明ナリ行政處分ハ統治權ノ發動ニシテ一般ニ命令權ヲ包含スルヲ原則トスルコトハ前述ノ如シト雖モ其内容ハ必スシモ常ニ或作為又ハ不作爲ヲ命スル單純ナル下命ナルニ非ス法規カ抽象的ニ種種ノ法律關係ヲ定メ得ヘキカ如ク行政處分モ亦實在的ノ極メテ種種ナル法律關係ヲ定ムルコトヲ得即チ行政處分ハ管ニ作為又ハ不作爲ヲ命スルニ止マラス或ハ許可ヲ爲シ或ハ權利ヲ設定シ又ハ之ヲ剝奪スル等種種ノ内容ヲ包含スルコトヲ得此等種種ノ内容ニ依リテ行政處分ヲ區別スルトキハ行政處分ハ略ホ左ノ數種ニ分ツコトヲ得ヘシ

(イ) 作為令及ヒ不作爲令
即チ特定ノ作為又ハ不作爲ヲ命スルモノニシテ警察命令、金錢賦課ノ命令ノ如キ其重ナルモノナリ

(ロ) 許可
即チ法律ニ依リテ行政處分ヲ區別スルトキハ行政處分ハ略ホ左ノ數種ニ分ツコトヲ得ヘシ

許可トハ一般ニ禁止セラレタル行爲ヲ簡簡ノ場合ニ於テ其禁止ヲ解クノ處分ヲ謂フ故ニ許可ヲ與フルニハ一般ニ其所爲ヲ禁止スル法規ト或場合ニ於テ其禁止ヲ解クコトヲ許セル法規トアルコトヲ要ス例ヘハ營業ノ許可、建築ノ許可ノ如キ是ナリ許可ハ或行爲ヲ爲スヘキ自由ノ制限カ特定ノ場合ニ解除セラルルモノニシテ其關係ハ専ラ國家ト私人トノ間ノ關係ニ止マリ私權ヲ設定シ又ハ變更スルモノニ非ス

(ハ) 認可
認可トハ特定ノ行爲ニ法律上ノ效力ヲ付與スル處分ナリ例ヘハ會社ノ定款ノ認可、市町村條例ノ認可ノ如シ認可ハ許可ト異ナリ其行爲カ一般ニ禁止セラレタルニ非ス唯認可ヲ得ルニ非サレハ法律上ノ效力ヲ生ズルコト能ハサルナリ認可ヲ得スシテ其行爲ヲ爲スモ毫モ違法ニ非ス唯法律上無效タルノミ然レトモ或法律行爲ニ認可ヲ與フルハ國家カ其法律行爲ノ當事者ト爲ルモノニ非ス例ヘハ市町村ノ條例ハ認可ヲ得ルニ非サレハ效力ヲ有スルモノヲ得スト雖モ其故ヲ以テ條例カ市町村ト國家トノ契約ニ成ルモノト謂フ又得テ條例ハ既ニ

市町村ノ決議ニ依リテ成立スル條例ニ於テ表ハルル所ノ意思ハ唯市町村ノモノ意思ナリ國家ハ唯其市町村ノ意思ヲシテ法律上ニ有效ナラシムルノミ故ニ認可ハ又裁可ト同シカラス元首カ法律ヲ裁可スルハ一ノ機關ノ意思ニ他ノ機關ノ意思カ加ハルナリ法律ハ議會ノ意思カ法律上ニ有效トセラレタルモノニ非スシテ議會ノ意思ト元首ノ意思トノ合致シタルモノナリ

(ニ) 權利ヲ設定シ又ハ剝奪スルノ處分

權利ヲ設定シ又ハ剝奪スルハ或ハ公法上ノ權利ニ關スルモノアリ或ハ私法上ノ權利ニ關スルモノアリ私權ヲ設定スル處分ノ最モ重ナルモノハ特許ナリ專賣特許鑛業特許ノ類是ナリ特許ハ前ニ述ヘタル許可トハ異ナリ管ニ或行為ノ自由ノ制限ヲ解除スルニ止マラスシテ之ト同時ニ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘキ權利ヲ設定スルモノナリ其關係ハ管ニ官廳ト私人トノ間ノ關係ニ止マラスシテ直チニ私人ト私人トノ關係ヲ拘束ス私權ヲ剝奪スル處分ノ重ナルモノハ公用徵收ナリ其他尙ホ危險ナル家屋ヲ破壊シ獸疫ニ罹レル家畜ヲ撲殺スルカ如キモ尙ホ其中ニ數ブルコトヲ得ヘシ

處分ハ又公權ヲ設定スルコトアリ前ニ述ヘタル許可ハ自由ノ制限ヲ除去スルモノナルカ故ニ又公權ヲ發生セシムル處分ノ一種タリ許可ノ外簡便ノ行為ヲ以テ公權ヲ設定スル場合ハ多クハ特別ナル義務之ニ伴フモノナルカ故ニ通常ハ後ニ述フヘキ公法上ノ契約ニ依リテ行ハルルヲ例トス官吏ノ任命ノ如キ又ハ鐵道敷設ノ特許ノ如キハ其重ナル實例ナリ然レトモ間處分ニ依リテ公權ヲ設定スルコトナキニ非ス例ヘハ市町村ノ公民權ノ法律上ノ要件ヲ特免スル場合ノ如シ公權ヲ剝奪スルノ場合ハ官吏ノ免官公民權ノ停止營業禁止ノ如キ其例ナリ

(ホ) 法人ヲ設定シ又ハ之ヲ解散スル處分

裁決

(ト) 公證及ヒ確認

行政處分ノ種類ハ必スシモ之ヲ以テ盡キタルニ非ス爰ニハ唯其重ナル種類ヲ舉ケタルノミ

第二 處分ノ方式

處分カ法律上ノ效力ヲ生スル爲メニハ一定ノ方式ヲ經ルコトヲ要ス行政處分ハ其内容ニ於テモ法規ニ羈束セラレルコトハ前述シタルカ如シ然レトモ處分ノ内容カ法規ニ違反シタルコトハ未タ當然ニ法律上ノ效力ヲ妨グルモノニ非ス違法ノ處分ハ當然無効ナルモノニ非スシテ唯之ヲ取消スコトヲ得ルノミ民法ノ用語ヲ假リテ言ヘハ法律上ノ瑕疵アルニ止マルモノナリ之ニ反シテ必要ナル方式ヲ經サル行爲ハ其レ自身ニ於テ全然無効ナルモノニシテ初ヨリ法律上ノ效力ヲ發生スルコトヲ得サルモノナリ行政處分ニ必要ナル方式ハ大凡左ノ三種ナリ

(イ) 處分ハ其權限ヲ有スルモノヨリ發シタルモノナルコトヲ要ス官廳ハ限ラレタル權限ヲ有スルノミ其權限ハ實質上ニ於テ及ヒ地域上ニ於テ限定セラレ全ク官廳ニ非サル一私人ノ行爲カ處分トシテ效力ヲ有セサルト同シク官廳カ其一般ノ權限外ニ於テ爲シタル處分ハ又全ク法律上ノ效力ヲ生スルコト能ハス然レトモ此點ニ於テハ尙ホ一ノ重要ナル區別ヲ要ス官廳ノ處分カ初ヨリ全ク

無効ナルハ官廳カ絕對ニ其權限ヲ有セサル場合ニ限ル或ハ自己ノ管轄區域以外ノ地域ニ對シテ處分ヲ爲シ又ハ自己ノ權限ニ屬スルモノトハ全ク別種類ノ事務ニ付テ處分ヲ爲シタル場合ニ於テハ其處分カ初ヨリ無効タリ臣民ハ之ニ依リテ毫モ拘束セラレルコトナシ之ニ反シテ一般ニハ此ノ如キ處分ヲ爲シ得ヘキ權限ヲ有スルニ拘ハラヌ其特定ノ處分ニ付テ其權限ヲ超過シタルヤ否ヤノ疑ハシキトキハ其處分ハ當然ニハ無効タルモノニ非ス之ヲ無効タラシムル爲メニハ訴訟又ハ行政訴訟等適當ノ手段ヲ以テ之ヲ爭フコトヲ要ス前者ノ場合ハ之ヲ無權限ノ行爲ト謂ヒ後者ノ場合ハ之ヲ權限超過ノ行爲ト謂フニ依リテ之ヲ區別スルコトヲ得ヘシ

此ノ如キ區別ヲ生スル所以ハ官廳ノ處分ハ其レ自身ニ於テ其處分ノ完全ニ適法ナルコトヲ證明スルノ力ヲ有ス之ヲ審查スヘキ職權アル官廳ニ於テ之ヲ權限超過ナリト認メ之ヲ取消スマテハ其處分ハ其レ自身ノ力ニ依リテ效力ヲ保有スルモノナルニ因ル官廳カ自ラ自己ノ權限内ナリト認メテ爲シタル處分ニ對シテハ臣民ハ自ラ之ヲ審查シ其服從ヲ拒ムヘキ權利ヲ有スルモノニ非ス

然レトモ處分カ此公定力ヲ有スルカ爲メニハ其處分カ尙ホ官廳ノ一般ノ權限内ニ在ルモノナルコトヲ要ス絶對ニ權限ナキ事務ニ付テノ處分又ハ他ノ管轄區域ニ對スル處分ナルニ於テハ最早其處分ハ官廳ノ處分ト看做スコトヲ得ス一私人ノ行爲ト異ナル所ナキナリ

(ロ) 處分ハ凡テノ意思表示ト同シク認知セラレ得ヘキ適當ノ方法ヲ以テ表示セラルルコトヲ要ス法規ハ往往其表示ノ方式ヲ定ムルコトアリ例ヘハ文書ヲ以テスルヲ要ストスルカ如キ其例ナリ法規ニ此ノ如キ規定アル場合ニハ必ス其方式ニ從フコトヲ要スト雖モ其他ノ場合ニ於テハ必スシモ文書ヲ以テスルヲ要セス或ハ口頭ヲ以テ言渡スコトヲ得ヘク或ハ符號ヲ以テスルコトヲ得ヘシ然レトモ行政處分ハ後ニ於テ之ヲ争フコトヲ得ヘカラシムルカ爲メニ適當ノ證據ヲ殘スノ必要アリ此目的ノ爲メニハ文書ヲ以テスルコト處分ノ最モ適當ナル方法タルヘシ要スルニ行政處分ハ其如何ナル形式ヲ以テスル場合タルヲ問ハス外部ヨリ之ヲ認知スルコトヲ得ヘキ方法ヲ以テスルコトヲ要ス何人モ認知スルコトヲ得サル默示ノ處分ハ處分トシテ其效力ヲ生スルコトヲ得ス

限ノ規定又ハ一般法令ノ規定ニ依リテ權根アルコトヲ推定シ得ルヲ謂フナリ其孰レニシテモ處分ハ法令ノ範圍内ニ於テ爲スヘク法令ヲ超越スルコトヲ得ス所謂超越スルコトヲ得ストハ明示又ハ默示ノ權限ヲ超越スルコトヲ得ストノ意ニシテ官廳ノ處分ノ權限ハ明示ノ權限ニ限ルトノ意ニ非ス而シテ法令ノ範圍内ニ於テスル官廳ノ處分ハ法令ノ規定以外ニ行動ノ餘地ナクシテ法ノ執行ヲ其内容トスルニ過キサルコトアリ之ヲ依法處分ト謂フ又法令ニ規定ナキカ若クハ法令ノ規定外ニ行動ノ餘地アリテ自由適宜ノ處分ヲ爲スコトアリ之ヲ裁量處分ト謂フ警察處分ノ内容ハ行爲令禁止食許可ヲ其重ナルモノトス行爲令トハ特定ノ人ニ對シテ特定ノ行爲ヲ命スル處分ナリ禁止令ハ其不行爲ヲ命スルモノナリ許可ハ一般ニ或所爲ヲ警察ノ目的ノ爲メニ許サレザルモノトスル警察法規ノ存スル場合ニ或特定ノ場合ニ之ヲ許サレタル所爲トスル警察處分ナリ特定ノ行爲ヲ命シ又ハ之ヲ禁止スルハ公共ノ安寧秩序ヲ保持シ人民ノ幸福ヲ増進スル爲メニ人ノ自由ヲ制限スル最モ著シキ警察ノ作用ニシテ許可モ亦之ト相映テテ警察ノ目的ヲ達スルニ最モ適切ナル方法ナリ許可ヲ留保ス

ル法規ハ或所爲ヲ命シ又ハ禁スルニ非スシテ其所爲ヲ爲サントスル者アルニ當リテ之ヲ監視シ取締ルカ爲メニモル規定ナリ蓋シテ警察ノ責務ニ在リテハ警察處分ハ亦警察上ノ強制方法ヲ以テ強制シテ行ハル其ノ一ヲ強制罰トス強制罰ハ警察罰則ノ外ニ特定ノ場合ニ特定ノ人ヲシテ特定ノ行爲ヲ爲シ又爲サテラシムル作用ヲ爲シ以テ警察ノ目的ヲ遂行ヲ期スルモノナリ強制罰ハ特定ノ場合ニ於ケル處分ナリ警察罰則ノ廣ク人ヲシテ一定ノ限界ヲ守ラシムル法規ナルト異ナリテ獨立ニ行動ノ餘地ヲ有ス強制罰ハ特定ノ場合ニ特定ノ行爲不行爲ヲ強制スルヲ目的トスルカ故ニ法規ニ定メタル警察罰ノ如ク必スシモ之ヲ科セサルヘカラスト謂フコトナシ又行政廳ハ強制ノ目的ヲ達スルコトヲ得レハ之ヲ科シ違スルコトヲ得サレハ之ヲ科セサルコトヲ得又罰ノ豫告ヲ與ヘテ後之ヲ科セサルコトヲ得又豫告ヲ増減スルコトヲモ爲シ得ヘシ又一事項ニ對シ繰返シテ之ヲ科スルコトヲ得加之或一所爲ニ對シテ法令カ罰則ヲ設ケル場合ニ之ヲ強制スル爲メ重キテ強制罰ヲ科スルモ仍ホ其性質ニ反セス然レトモ此場合ニハ法令ノ罰則ヲ設ケタル精神ガ其處分ニ對スル制裁ヲ專占スルニ在

リト看ルヘキ點ヨリシテ更ニ強制罰ヲ科スルヲ不可トスヘキニ似タリ行政執行法ニ定メタル強制罰ハ過料ナリ行政執行法ニハ強制罰ノ外ニ二種ノ強制方法ヲ規定セリ一ハ直接強制ニシテ他ハ代執行ナリトス代執行トハ私人カ義務ヲ履行セサル場合ニ官廳自ラ義務者ノ爲スヘキ行爲ヲ爲シ又ハ第三者ヲシテ之ヲ爲サシメ其費用ヲ義務者ヨリ追徴スル方法ナリ今若シ法令又ハ法令ニ基キテ爲シタル處分ニ依リテ命シタル行爲又ハ不行爲ヲ強制セントセンニハ先ツ代執行ノ方法ニ依リ強制スヘキ行爲カ他人ノ爲スコトヲ得サルモノナルカ又ハ不行爲ヲ強制スヘキトキニ於テ強制罰ヲ用ヒ之ニ依リテモ尙ホ強制ノ目的ヲ達スルコトヲ得サル場合又ハ急迫ノ事情アル場合ニハ始メテ公力ヲ用ヒテ強制スルコトヲ得セシムルニ當テハ其ノ爲メニハ先ツ代執行ノ方法ニ依リテ

前ニ警察ノ觀念ヲ述フルニ當リテ警察ハ内務行政ノ一部分ニ非ズシテ各般ノ内務行政ニ渉ル國家活動ノ一方面ナルコトヲ説明シタリ唯リ保安警察ハ特種ノ目的ヲ以テ内務行政ノ區域中ニ於テ助長事務ニ對シ獨立ノ行政部局ヲ形成スルモノナルコトモ亦之ヲ述ヘタリ此意義ヨリ學者保安警察ト行政警察トヲ

區別ス行政警察トハ各部ノ内務行政ニ存スル所ノ警察ヲ謂フナリ保安警察カ如何ナル實質ト如何ナル目的ノ特殊ナルモノヲ有スルニ依リテ獨立ノ行政部署ヲ成スカト云フニ憲法第九條ニ所謂公共ノ安寧秩序ノ保持是レ即チ保安警察ノ目的ニシテ之カ爲メニスル警察ヲ保安警察ト謂フ而シテ公共ノ安寧秩序ヲ保持スルトハ國民共同生活ノ安全ニ對スル危害ヲ防制スルノ意ナリ即チ公私ノ法律上ノ秩序ヲ維持スルモノナリト云フモ亦可ナリ公私ノ法律上ノ秩序トハ各人カ其權利義務ノ畛域ヲ守リテ相侵ヲス公共ノ安全ヲ害セス共同生活ノ脈絡カ紊レザル状態ヲ謂フ此状態ヲ脅カシテ之ヲ紊亂スルノ虞ナク各人カ權利義務ノ正道ニ安スルヲ安寧ト謂フ此安寧ト秩序トヲ保持シ之ニ對スル危害ヲ防制スルハ保安警察ノ目的トスル所ナリ保安警察ハ此ノ如キ實質ヲ有シ内務行政ノ部内ニ特定ノ區域ヲ有スルカ故ニ之ヲ行政警察ト相對セシムルハ其分類ノ當ヲ得タルモノニ非ス寧ロ助長ノ事務ト相對スヘキ内務行政ノ分類ナリ保安警察ハ其目的モ其作用モ純然タル警察ニ屬シ助長ノ事務ト相對ス行政警察ハ各部ノ内務行政ニ附隨シテ存在シ各部行政ノ目的ヲ達スルカ爲メニ

利用セラルルモノニシテ各部ノ行政ト相離レズ各部ノ行政ヲ司ル官廳ハ別段ノ定ナキ限ハ當然行政警察ノ權限ヲ有セルモノトシ其權限ヲ有セル獨立ノ官廳アリテ法定ノ權限ノ分配ノ規定ニ依リテ專ラ警察ノ機關タル職權ヲ有シ前ニ警察ノ機關ヲ述フルニ當リ府縣知事北海道長官郡長島司警視總監等カ專ラ警察ノ機關ナリト説明シタルハ保安警察ノ事務ヲ專ラ司ルモノナルコトヲ述ベタルモノナリ

要スルニ廣ク警察ト謂フトキハ内務行政ノ一部局ニ非ス故ニ予ハ之ヲ内務行政ノ總論ニ於テ説明ス唯保安警察ハ助長事務ト相對シテ内務行政ノ一部局ナルカ故ニ予ハ内務行政ヲ分チテ保安警察ト助長事務ノ二トセリ之ヲ内務行政ノ實質上ノ區別トス以下章ヲ別チテ各種ノ内務行政ヲ論セントス

第一章 保安警察

保安警察ハ公共ノ安寧秩序ヲ保持スル所ノ警察ナルコトハ前ニ之ヲ述ベ而シテ保安警察ノ目的手段其範圍及ヒ其機關ニ關スル大略ノ説明モ亦既ニ之ヲ試

保安警察ハ之ヲ高等保安警察ト普通保安警察トニ區別ス此區別ハ佛蘭西法ニ
 淵源スル所ノモノニシテ高等保安警察トハ公法上ノ秩序ノ紊亂ヲ防制スル所
 ノ警察ニシテ即チ國家又ハ其機關ニ對シ危險ヲ及ホスヘキ行為ヲ防クヲ目的
 トス普通保安警察トハ私法上ノ秩序ノ紊亂ヲ防制スル所ノ警察ニシテ即チ各
 箇人ニ對スル危險ヲ防クノ目的ヲ有ス各箇人ニ對スル危險ヲ防制スト云フモ
 直接ノ目的カ此警察ノ目的ナルノ意ナリ要スルニ公共ノ安寧秩序ノ依リテ以
 テ脅カサレシメント防クモノナリ故ニ公共ノ安寧秩序ノ目的ハ箇人ノ利益ニ非ス
 シテ公共ノ利益ナルコトヲ忘ルヘカラス學者或ハ此區別ノ標準ヲ原因ニ求メ
 多數人ノ動作ヨリ生スル危險ヲ防制スルモノハ高等警察ニシテ一箇人ノ動作
 ニ基キ生スル危險ヲ防制スルモノハ普通警察ナリト論スル者アリ實際上ニ於
 テハ通常多數人ノ運動ヨリ生スル危險ハ國家ニ對スル危險ナルコトヲ常トス
 ルカ故ニ區別ノ標準ヲ原因ニ取ルト結果ニ取ルト其結果ニ於テハ甚シキ差異
 ナカラント信ス

保安警察ハ之ヲ所謂司法警察ト區別セラルヘカラス司法警察トハ犯罪及ヒ犯
 罪ノ證據ヲ捜査シ竝ニ犯罪人ヲ逮捕スルコトヲ司ル警察ヲ謂フ蓋シ司法裁判
 所ハ其法ノ執行ナル作用ヲ十分ニ遂行セントスルニハ其補助ノ動作トシテ犯
 罪ノ捜査證據ノ蒐集ヲ努メサルヘカラス是レ司法ノ作用ヲ完カラシムル所ノ
 事務ナルト共ニ犯罪人カ未タ發覺セス隨テ犯罪人ヲ處罰セスハ重大ナル公
 共ノ安寧秩序ニ對スル危險ナルカ故ニ同時ニ保安警察ノ目的ヲ達スルモノト
 謂フヘシ然レトモ此等ノ司法警察ノ事務ハ司法ニ隸屬シテ保安警察ト區別セ
 ラル

保安警察ハ又之ヲ普通保安警察ト非常保安警察トニ區別セラル普通保安警察
 トハ平時ニ行ハルル所ノ警察ニシテ非常保安警察トハ戰時又ハ事變ノ如キ公
 安ノ危殆ニ迫マルトキニ方リテ行ハルル保安警察ナリ
 普通保安警察ハ外國人出獄人浮浪者ノ如キ公共ノ安寧秩序ヲ保持スルカ爲メ
 ニ特ニ取締ヲ要スル者ニ對シテ其自由ヲ制限スルモノナルコトアリ又出版集
 會ノ如キ公共ノ安寧秩序ヲ害スル虞アル行為ヲ取締ルモノナルコトアリ銃砲

火藥ノ如キ公共ノ安寧秩序ヲ害スルノ具タルノ虞アル物ヲ取締ルモノナルコトアリ災害ニ對スル危險ヲ防クモノナルヲ以テ之ヲ取締ルモノアリ而シテ此等ノ目的ヲ達スルカ爲メニ行フ所ノ保安警察ノ手段ハ人ニ對シテハ或ハ拘留其他ノ必要ナル檢束ナルコトアリ或ハ住居ノ制限ナルコトアリ行爲ニ對シテハ或ハ公道ノ道路又ハ場屋ニ集合セル者ヲ解散スルノ命令ナルコトアリ或ハ届出及ヒ許可ノ方法ニ依ル監視ナルコトアリ物ニ對シテハ或ハ其物ノ傾倒ナルコトアリ或ハ沒收ナルコトアリ

第一節 特ニ取締ヲ要スル人ニ對スル保安警察

一定ノ狀況ニ在ル所ノ人民ハ公共ノ安寧秩序ニ對シ危險ノ性質ヲ有ス此等ノ人民ハ其自由ヲ制限シテ以テ保安警察ノ目的ヲ達スル必要アリ其制限ハ主トシテ居住及ヒ移轉ノ自由ヲ制限スルニ在リ
保安ノ爲メニ特ニ取締ヲ要スルモノノ重モナルモノハ乞食浮浪者犯罪ノ虞アル者刑罰ヲ受ケタル者及ヒ外國人等ナリ

便宜又ハ立法ノ文字等ノミニ拘泥セシテ廣ク一般ノ正義便宜又ハ各國民之間ノ交通上ヨリ之ヲ適用シ解釋セサルヘカラサルコトヲ悟ラシムルニ在リ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之ヲ攻究シ其精神ヲ明カニスルコトヲ努メ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說明シ世界各國何レノ國ニ於テモ傳其ホ未タ認メラレタ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
第二 成法的研究方法
此研究方法ハ米國ノ「ストリ」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「アエリク」ノ如キ近時獨逸ノ「カト」ノ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法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

故ニ各國共通ニ法則ヲ考究スルニ非スシテ一定ノ國ニ行ハル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ト爲メ之ヲ論究スルニ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派ハ國際私法ト云フ法則ハ如何ナルモノナリヤテ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

此研究方法ハ一大長所ハ一國ノ裁判官ノ法律適用上ノ準則ト爲ルヘキ原則ハ其國內ノ法律ナラサルヘカラサルコト及ヒ如何ナル原理格言ニテモ一國ノ成法ノ一部分ヲ成スニ非サレハ法律ニ非ス裁判官ヲ拘束セスト一一大原則ノ真理ナルコトヲ常ニ諸君ノ腦裡ニ記憶セシムルニ在リ隨テ理論的研究方法ノ如キ空理空論ニ陥ルノ憂ナシトス然レトモ此研究方法ノ缺點ハ前ニ掲ケタル理論的研究方法ノ二箇ノ長所ヲ忘却シテ國際私法ノ原則ハ各國ノ共通の性質ヲ有スルコトヲ看過シ且自國ニ現行ノ國際私法ハ如何ニ學理ニ適セザルモ之ヲ進歩改良ヲ圖ルコトヲ努メサルノ弊アルモト耶夫是ナリ

二者ノ長短得失概テ此ノ如シ今我國ニ於テ國際私法ヲ研究スル者ハ二者何レニ據ルヲ以テ正當トスヘキヤヲ決セザルヘカラス而シテ學理ノ研究ハ唯リ現行法律ノ解釋ヲ全ウスルノミニ止マラス更ニ進ミテ其不備缺點ヲ明カニシ之ヲ進歩改良ヲ促スヘキ原理原則ヲ研究スヘキモノナルコトハ固ヨリ其所ナリト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自國ノ法律ノ意義及ヒ精神ヲ明カニシ法律ヲ實際ニ適用スル點ニ至リテハ更ニ遺憾ナキコトヲ以テ第一ノ急務トセサルヘカラス且我國ニ於テハ國際私法ノ詳細ナル規定ハ新ニ制定セラレテ之カ研究ハ日尙ホ淺ク其精神未タ世人ニ明カナラサル今日ニ於テハ第二ノ成法的研究方法ニ依リテ先ツ我國現行國際私法ノ原理ヲ考究スルコトハ極メテ必要ナリト謂ハサルヘカラス然レトモ之ノミニ止ムルトキハ前述ノ如キ狹隘ナル見解ニ陥ルノ弊アルヲ以テ我制定法ノ原理ヲ研究スルト同時ニ併セテ歐米諸國ノ學說及ヒ立法例ヲ比較研究シ以テ理論的研究方法ノ長所ヲ採用スルコト亦極メテ必要ナリ故ニ彼ノカーンカ國際私法ハ一國內ノ法律ナレトモ其研究方法ハ國際的ナリト曰ヒシ如ク予ハ第二ノ方法ニ

依リ我國制定法ヲ研究スルト同時ニ第一ノ方法ノ長所ヲ探リ廣ク歐米諸國ノ學說及ヒ立法例ノ比較研究ヲ以テ之ヲ補ハント欲ス

第二節 研究ノ範圍

國際私法ノ研究ハ如何ナル範圍ニ及フヘキモノナルヤハ斯學ヲ研究スルニ先テ豫メ明カニセサルヘカラス抑モ斯學ノ範圍ハ内外法律ノ適用區域ヲ定ムルヲ以テ本領トスルモノナルモ是ノミニテハ未タ完全ナラス通常斯學研究ノ範圍トシテ説明スヘキ事項ハ私法ノ抵觸問題ノ外向ホ外國人ノ權利義務即チ地位國籍ノ抵觸及ヒ外國判決ノ執行是ナリ而シテ此等ノ範圍ノ各事項ニ付テ學者各其見ル所ヲ異ニシ一言説明ヲ要スルモノアルヲ以テ左ニ之ヲ説述セン

第一 私法ノ抵觸問題

國際私法ハ内外法律ノ規定カ相異ナルコトヲ前提トスルカ故ニ學者ハ之ヲ稱シテ法律ノ抵觸ト曰ヒ此抵觸問題ヲ以テ國際私法ノ研究ノ主タル目的物トスルコトハ各國法學者ノ一致スル所ナリ然レトモ所謂抵觸問題ハ唯リ私法ノ抵

觸問題ノミナルヤ或ハ公法ノ抵觸問題ヲモ包含スルヤ否ヤニ付テハ學者間ニ一定シタル意見ナシ通常ハ一般ノ私法ヲ包含スルモノトシ民法、商法、破産法等ノ抵觸問題ヲ研究スルナリ而シテ民事訴訟法ノ抵觸問題ニ付テモ亦私法的法律關係ニ基テ抵觸問題ナルヲ以テ訴訟法ハ公法ナリトノ説アルニ拘ハラヌ通常國際私法ニ於テ之ヲ研究スルヲ以テ例トセリ以上ノ事項ハ學者カ概テ斯學ノ研究範圍トスル所ナレトモ一ニノ學者ハ國際私法ノ研究ハ唯リ民法ノ抵觸問題ニ限ルトスル者アリ例ヘハ自耳義ノローラン獨逸ノチーテルマン等ハ此主義ヲ採用スル者ナリ

而シテ公法上ノ抵觸問題殊ニ刑法ノ抵觸問題及ヒ犯罪人引渡問題ニ付テハ或ハ之ヲ國際私法ノ範圍ニ屬スヘキモノナリトシ或ハ之ヲ國際公法ノ範圍ニ屬スヘキモノナリト唱フル者アリ第一ノ説ニ屬スル者ハ佛蘭西ニ「フニョク」シ「レ」チ「」或ハ獨逸ノ「パール伊太利ノ「フイオレ」等ナリ此等ノ學者カ刑法ノ抵觸問題ヲ國際私法ノ範圍ニ屬スルモノナリト云フ理由ハ此問題ニ付テモ其研究ノ目

のトスル所ハ各國ノ法律ノ調和ヲ圖リテ各國ノ刑法カ正當ニ支配スル區域ヲ定ムルニ在リトスルヲ以テ隨テ其研究ノ方法カ國際私法ト同一ノ方法ニ依ルモノナルカ故ニ學問ノ研究上同一ノ學科ニ屬スルモノトセルナリ次ニ之ヲ國際公法ノ範圍ニ屬スルモノトスル學者ハ例ヘハ「ルノール」「デバニエー」「ウエイ」等ノ諸家ナリ其理由トスル所ハ刑法ノ抵觸問題ハ直接ニ國家ノ刑罰權ノ抵觸問題ニシテ一私人間ノ權利關係ニ非ス故ニ國際關係ヲ研究スル國際公法ニ屬スヘキモノトスルニ在リ

又之ニ所謂國際刑法ナル名稱ヲ與ヘ之ヲ獨立ノ一學科ナリト唱道スル者ハ例ヘハ「マイリ」「シュルグアイ」及ヒ「英、米多數ノ學者等ナリ其理由トスル所ハ此問題ノ關係スル所ハ國際私法ニモ屬セス又通常ノ國際關係ト其趣ヲ異ニスル關係ナルヲ以テ特別ニ之ヲ研究スルコトヲ必要ナリトスルニ在リ予モ亦此最終ノ說ヲ採用スルモノニシテ所謂國際刑法ニ屬スル問題ハ此講義ノ範圍外トシテ他日開アラハ此問題ニ付キ特別ノ講筵ヲ開カントスルニハ其旨趣如前ノ如シ

第二 外國人ノ地位 (公法ノ範圍問題) ヲ包含スルモノトシテ「學問」ニ

國際私法學者ハ或ハ外國人ノ地位ヲ以テ斯學ノ範圍ニ屬セザルモノトスル者アリ殊ニ「英、米」ノ學者及ヒ「獨逸」ノ學者ハ此說ヲ爲ス者多シトス然ルニ「佛、伊」ノ學派ニ於テハ國際私法ノ研究ハ外國人ノ地位即チ權利ノ研究ヲ以テ始ムルヲ常トス今理論上ヨリ單純ニ考フレバ外國人ノ權利自體ハ或ハ斯學ノ範圍ニ屬スヘキモノニ非スト謂フコトヲ得ヘシト雖モ此學問ノ研究ノ前提條件トシテ外國人ノ地位ヲ研究スルコト必要ナリトス抑國際私法ニ於テ外國の元素ヲ有スル法律關係ニ內國法又ハ外國法ヲ適用スヘキヤ否ヤノ問題即チ所謂法律ノ抵觸問題ヲ研究スルハ既ニ其外國人カ內國ニ於テ斯ル法律關係ニ付テ權利ヲ享有スヘキコトヲ前提トセル結果ナリトス若シ外國人カ如何ナル權利ヲモ內國ニ於テ享有セザルモノトスルトキハ國際私法ノ問題ハ固ヨリ發生シ得ヘカラサルナリ斯ル關係アルカ故ニ彼ノ國際法協會ニ於テ「一千八百八十年」オックスフォード」ノ會議ニ於テ法律ノ抵觸問題ニ關係スル國際私法ノ八大原則ヲ決議スルニ當リ劈頭第一ニ「外國人ノ私權ノ享有ニ關スル原則ヲ揭タルニ至レリ故ニ此學問ヲ研究スル者ハ先ツ外國人ノ地位ヲ研究スルコトヨリ始ムルヲ正當ナル

順序下ニ次ぎルニ、第一、外國人ノ地位、第二、國籍及七國籍ノ抵觸問題、第三、國籍法ハ一國ノ公法ナレトモ内外國籍法ノ抵觸問題ニ付テハ通常ノ私法ノ抵觸問題ト區別スヘキ必要ナキノミナラス國際私法ノ法則ヲ定ムルニ當リテハ先ツ國籍ノ抵觸ヲ解決シテ一箇人ハ何レノ國籍ヲ有スルモノト看做スヘキヤノ問題ヲ決定セザルヘカラサルヲ以テ國籍自體ノ抵觸問題ハ通常國際私法ノ研究ニ屬スルモノトシテ併セテ之ヲ研究スルモノナリ現ニ我法例ニ於テモ之カ爲メニ規定ヲ設ケタリ此點ニ付テハ歐米ノ學者皆一致スル所ナレトモ更ニ進ミテ國籍自體ノ取得又ハ喪失ヲ研究スルコト換言スレハ我國ノ國籍法自體ヲ研究スルコトハ國際私法ノ範圍外トスル者多シ獨逸及ヒ英米ノ學派即チ是ナリ此點ニ付テモ佛伊ノ學派ハ之ヲ國際私法ノ先決問題トシテ國際私法中ニ研究スルヲ例トス此講筵ニ於テモ亦研究ノ便宜上國籍ヲモ略說スルヲ以テ即チ予ノ國際私法ニ於テ研究スヘキ事項ヲ示セハ左ノ如シ

第一編 外國人ノ地位

第二編 國籍及七國籍ノ抵觸問題

第三編 民法商法破産法及ヒ民事訴訟法ノ抵觸問題

第一編 外國人ノ地位

外國人ノ地位トハ外國人カ其滞在國ニ於テ享有セル權利及ヒ負擔セル義務ノ狀態ヲ謂フ近世文明國ニ於テハ國家ハ獨立自由ノ主權ヲ行フニ當リ國際公法又ハ國際慣例ニ基キ外國人ノ權利ヲ保護スヘキ義務ヲ負擔スルモノニシテ國際私法ハ素ト外國人カ一定ノ權利保護ヲ享有スルコトヲ前提トシ其享有セル權利ニ關シテ之ニ適用スヘキ法則ヲ明カニシ以テ外國人ノ權利ノ保護ヲ完ウセントスルノ必要ヨリ發達シタルモノナルカ故ニ國際私法ノ研究ヲ完ウセシトセハ先ツ外國人ノ地位如何ヲ明カニセザルヘカラサルコトハ既ニ述ヘタルカ如シ故ニ予ハ此問題ヲ研究スルニ當リ之ヲ別チテ三章ト爲シ第一章ニ於テ其地位ノ過去即チ沿革ヲ叙述シ第二章ニ於テ我國現行法令ノ下ニ於ケル外國

夫ノ地位ヲ説明シ第三章ニ於テ外國法人ノ地位如何ヲ研究セントス
第一章 外國人ノ地位ノ沿革

歴史ニ徴シテ之ヲ考フルニ一國ニ於ケル外國人ノ地位ノ如何ハ其國ノ文明開
化ノ程度ヲト知スルニ足ルヘキモノニシテ文明開化ノ進歩スルニ伴ヒ外國人
ノ地位モ亦隨テ進歩スルモノナリ彼ノ古代未開ノ社會ニ於テハ四邊皆蠻敵ニ
シテ各國ハ自己ノ共同生存ヲ維持スルノ必要ヨリ一切ノ權利保護ヲ舉ケテ之
ヲ國民ノ特權トシ外國人ヲ敵視シテ毫モ其權利ヲ保護セザリシモ社會ノ文化
稍ヤ發達シ國家的共同團體ノ組織漸次鞏固ト爲ルニ隨ヒ益々外國人ノ權利ヲ保
護スヘキ必要ヲ認ムルニ至リ隨テ内外人ノ差別ハ益々倫理的及ヒ政治的ノモノ
ト爲リ愛國心ノ如キ又ハ參政權ノ如キハ國民ノ本分特權トシテ外國人ニ之ヲ
屬望シ付與スルコトヲ得サルモ一箇人間平等ノ關係ヲ規定セル私法上ニ於テ
ハ内外人ヲ平等視シ國家ノ公益ニ反スルカ如キ重大ナル原因ノ存セザル限ハ
内國人ト等シテ外國人ノ權利ヲ保護スルヲ以テ原則ト爲スニ至レリ故ニ若シ

諸君カ古今東西ノ歴史ニ徴シテ外國人ノ地位ヲ研究セハ世界各國ノ法制ハ皆
外國人切捨御免ノ敵視主義ヨリ漸ク内外人平等主義ニ進ムモノニシテ左ノ五
期五主義ヲ經過シ又ハ經過セントスルコトヲ知ラルナルヘシ

- 第一期 敵視主義
- 第二期 賤外主義
- 第三期 排外主義
- 第四期 相互主義
- 第五期 平等主義

太古ノ原始社會ハ姑ク措キ歴史以來古代ノ民族カ生存競争ノ必要ヨリ漸ク共
同生存ノ範圍ヲ擴張シテ部落ヲ成シ酋族ヲ成シ遂ニ國家ヲ建設スルニ至リテ
ル方法ハ主トシテ武力即チ戰爭ニ依リタルモノニシテ酋族間又ハ國家間ノ自
然ノ狀態ハ平和ニ非スシテ戰爭ナリシコトハ歴史ノ證明スル所ナリ蓋シ歐洲
大陸ニ於ケルカ如ク各民族互ニ土壤ヲ接シテ相對峙セル諸國ニ於テハ四圍ノ

外國皆敵ニシテ他ヲ征服スルニ非スンハ則チ自ラ滅亡スルコトヲ免レサリシカ故ニ自己ノ共同團體ヲ維持シ之ヲ擴張スルノ必要ヨリ敵國ト敵國人トヲ區別スルノ餘地ヲ存セザリシナリ故ニ斯ル時代ノ國民ハ皆外國人ト敵國人トヲ同一視シ各、領國攘夷主義ヲ採リ外國人斬捨御免ヲ以テ國法トシタルコトハ雖句語ニ於テモ古代ノ獨逸語ニ於テモ外國人ナル語ハ皆敵國人ナル意義ヲ有スル文字ナリシヲ以テ之ヲ知ルニ足ルヘシ既ニ之ヲ仇敵視シ其生命ヲ殺傷シ其財産ヲ沒收スルヲ以テ正當ト爲ス以上ハ外國人ハ其身體及ヒ財産ニ對シ何等ノ權利保護ヲモ享有セザリシコトハ固ヨリ論ヲ埃タサルナリ

第二期 賤外主義

社會ノ文化漸ク開發スルニ隨ヒ自國ト平和關係ヲ有スル外國人ヲ強ヒテ敵國人トシテ虐遇スルノ必要漸ク減少シ共同團體ノ組織漸ク整備シテ風俗宗教ヲ異ニスル外國人ト接觸スルモ敢テ其生存ヲ危クスルノ憂稍ヤ減少スルニ隨ヒ漸ク外國人ノ來住ヲ認許スルニ至リタリト雖モ仍ホ痛ク外國人ヲ卑賤視シテ遙ニ劣等ノ人類ト爲シ殆ト禽獸ト同一視セシコト猶ホ漢人カ四國ノ外人ヲ夷

狄蠻戎ト蔑視セシカ如シ蓋シ人類ハ自己ノ了解セサル言語ヲ口ニシ自己ト別種ノ風俗、人情ヲ有スル外國人ニ接觸スルトキハ其事情ヲ審ニスルニ先チ之ヲ嫌厭スルノ感情ヲ有スルノミナラス文化尙ホ幼稚ナル時代ニ於テハ政治ト宗教トヲ混同シ宗教ヲ以テ民心統一ノ要具ト爲シ此宗教ニ與ルコトヲ得サル外國人ヲ目シテ異端外道ト爲シ以テ共同團結ノ鞏固ヲ期セシカ故ニ賤外主義ノ始期ニ於ケル外國人ノ地位ハ奴隸ヨリモ遙ニ劣等ニシテ尙ホ法律上ノ人格ヲ享有セザリシノミナラス社會上ニ於テモ亦之ト共ニ齒スル者ナカリシコトハ印度、埃及、猶太希臘羅馬等ノ古代史ノ證明スル所ナリ

第三期 排外主義

各國ノ國民相交通往來スルコト漸ク増加スルニ隨ヒ賤外主義漸ク減少シ外國人ハ必スシモ劣等動物トシテ蔑視スヘカラザルコトヲ知得スルニ至リタルト同時ニ國民の利己主義ノ思想益々熾ニシテ外國人ニ特別ノ利益ヲ付與スルコトヲ拒絕シ外國人ノ取得セル財産ヲ沒收シ以テ君主又ハ國民ノ私欲ヲ逞シウスルニ至レリ我輩ハ此時期ヲ稱シテ外國人排斥主義ト言ハントス即チ賤外主義

ハ内外人ノ品質的優劣ノ觀念ヨリ胚胎シ排外主義ハ内外人ノ實利的保護ノ區別ヨリ由來ス故ニ排外主義ノ初期ニ於テハ賤外主義ノ終期ト實際上ノ結果ヲ異ニスル所尠シト雖モ大ニ其思想ヲ異ニセルコトヲ知ルヘシ蓋シ賤外主義ニ於テハ外國人ハ國法ニ服從セス又其保護ヲ享ケサルコトヲ以テ原則トスルモ排外主義ノ時代ニ於テハ之ニ反シテ外國人ハ必ス國法ニ服從シ隨テ其保護ヲ享ケヘキコトヲ原則トシ唯特定ノ保護ヨリ外國人ヲ排斥シテ內國人ヨリモ不利益ナル地位ニ立タシムルノミ、而シテ賤外主義ノ遺風ハ内外人ノ結婚及ヒ歸化ノ禁制ト爲リテ近世ニ至ルマテ存在シ排外主義ノ遺風ハ外國人ノ遺產沒收若クハ土地所有權ノ禁制ト爲リテ現在尙ホ其迹ヲ絶タサルモノアリ、

第四期 相互主義

人類社會ノ文化益、開發シ通商貿易ノ便宜漸ク進步スルニ隨ヒ排外主義ハ各國民交通ノ自由ヲ妨害シ他ヲ排スルハ必ス己ヲ利スル所以ニ非サルコト益々明白ト爲ルニ隨ヒ諸國ノ立法者亦國家ノ公益ヲ害セサル範圍内ニ於テ外國人ノ地位ヲ増進シテ內國人ノ地位ニ近カシムルコトヲ力ムルニ至レリ然ルニ國

家間ノ關係ハ商人間ノ關係ヨリ利益ノ左右スル所ト爲ルコト更ニ甚シキヲ以テニ國カ他國ノ國民ヲ優待スルモ他國カ必スシモ自國ノ國民ヲ爾カ優待スルコトヲ期スヘカラサルカ故ニ他國カ自國臣民ヲ優遇スル程度ニ應シテ其他國ノ臣民ヲ優遇スルヲ以テ原則トスルニ至レリ之ヲ稱シテ相互主義ト名ク此主義ヲ別チテ外交上ノ相互主義ト立法上ノ相互主義ト爲ス

(一) 外交上若クハ條約上ノ相互主義トハ外國人ノ私權享有ノ條件ヲ條約上ノ擔保ニ繫ラシムル主義ニシテ外國人ハ其本國カ條約上自國人ニ許與スル權利ト同一ノ權利ヲ享有スルモノト規定スルニ在リ佛國民法ヲ首メトシ白耳義希臘ルタセンプルヒ、大侯國瑞西其他佛國民法ヲ採用セル諸國ニ行ハルモノナリ

(二) 立法上ノ相互主義トハ外國ノ法律カ自國國民ニ許容スル程度ニ於テ外國人ニ私權ヲ許與スルヲ以テ原則トスル諸國ノ法律ヲ謂フ即チ立法上ノ相互主義ハ條約上ノ相互主義ヲ矯正シタルモノナリ獨逸民法施行前ノ普通法埃太利、何牙利、瑞典、諾威、セルビヤ等ノ民法ハ之ニ屬ス

抑モ私權ノ保護及ヒ享有如何ノ問題ハ一國私法上ノ問題ニシテ素ト國家ノ自由ニ規定スヘキ事項ニ屬スルカ故ニ相互主義ヲ以テ國家カ其私法上人類ノ權利ヲ保護スルノ基礎ト爲スカ如キコトハ現今ノ法律思想ト背馳スル不當ナル立法ト謂ハサルヘカラス又彼ノ法律相互主義ヲ採ル諸國カ同一ノ權利ヲ保護スルニ權利者所屬國ノ法律如何ニ依リテ之ヲ異ニスルカ如キハ私權ノ保護畫一ノ法律思想ニ背戾スルモノナリ特ニ佛國民法ノ如ク條約相互主義ヲ採リ最モ恒久的性質ヲ要スル私權ノ享有ヲ外交政略ノ如何ニ依リテ臨機應變ノ與奪ヲ免レサル條約上ノ規定ニ一任スルカ如キハ一國ノ民法及ヒ通商條約ノ性質ニ違反スルノミナラス無條約國人ハ竟ニ何等ノ私權ヲモ享有スルコトヲ得サルカ如キ不當ナル結果ヲ免レサルモノニシテ内外人間ノ交通ノ自由ヲ害シ取引ノ安全ヲ妨グルヤ甚タ大ナリトス故ニ佛國法學者ハ羅馬法ノ市民法及ヒ萬民法ノ區別ヲ費用シテ私權ヲ民權(ドロワール、シヅメル)ト自然權(ドロワール、ナチュレル)トニ區別シ前者ハ原則上內國人ノミニ專屬スル私權ニシテ外國人ハ民法第十一條ノ規定ニ從ヒ相互條約ノ規定ヲ埃テ始メテ之ヲ享有スルコトヲ得ル

モ後者ニ屬スル私權即チ自然權ニ至リテハ條約上ノ相互ヲ要セスシテ外國人モ等シク之ヲ享有スルモノトモテ然ルニ民權及ヒ自然權ノ區別ハ素ト機械的區別ニシテ學理上ノ根據ヲ有セサルカ故ニ學者ニ依リテ其標準ヲ異ニシ特ニ外國人ノ地位ニ關スル法律思想漸ク發達スルニ隨ヒ自然權即チ外國人ノ當然享有スルコトヲ得ヘキ私權ノ範圍漸ク増進スルト同時ニ所謂民權ノ範圍ハ之ト反比例ヲ爲シテ愈々縮少シ現今ニ於テハ殆ト有名無實ト謂フモ敢テ過言ニ非サルニ至レリ是ニ於テ佛國現時ノ法學者ハ民法第十一條ノ解釋ニ苦ミ種種ノ理由ヲ附會シテ外國人ハ內國人下同等ノ私權ヲ享有スルヲ以テ原則トスルコトヲ主張シ其結果トシテ學說上ニ於テモ裁判例ニ於テモ民法ノ明文ト牴觸スルカ如キ反對解釋一般ニ行ハルルニ至レリ

佛國民法ヲ繼受シタル白耳義國ニ於テモ亦民法第十一條ノ規定ハ殆ト死文徒法ニ歸シ立法上ノ改正ト學說ノ進歩トニ依リ現今同國ニ於ケル外國人ハ相互條約ヲ要セスシテ殆ト一切ノ私權ヲ享有スルコトヲ得ルニ至レリ即チ唯養子ヲ爲シ又ハ養子ト爲ル者權後見人ト爲ル權等二三ノ私權ノミ尙ホ所謂民權ト

シテ相互條約ヲ擔保ヲ要スルノ之ヲ要スルニ相互主義ヲ以テ私權ノ享有ヲ規定スルカ如キハ現今ノ法律思想ト相容レタルカ故ニ或ハ立法上ノ改正ニ依リ或ハ裁判上ノ解釋ニ依リ漸ク其述ヲ絶フニ至ラントス

第五期 平等主義

私權ノ享有ニ關スル規定ノ相互主義ハ前述ノ如ク到底現今ノ狀態ニ適セザルカ故ニ近世文明國ニ於テハ佛國民法ヲ模倣シタル諸國ニ於テモ皆此主義ヲ拋棄シテ内外人平等主義ヲ採ルニ至リ而シテ之カ先登第一ハ實ニ和蘭民法ナリトス蓋シ千八百二十九年ノ制定ニ係ル和蘭民法及ヒ法例ハ近世國際私法ノ發達上一大時期ヲ成スモノニシテ當代ニ於ケル最モ進歩シタル法律思想ヲ表彰シタルモノト謂フヘシ即チ同國法例第九條ニ於テ「王國ノ民法ハ法律ニ定メタル例外ヲ除クノ外和蘭人及ヒ外國人ニ對シ均シク之ヲ適用ス」ト規定シ而シテ民法第一編第一章ニ於テ私權ノ享有及ヒ喪失ヲ規定スルニ當リ外國人モ亦外國人ト等シク私權ヲ享有スヘキ能力ヲ有スルコトヲ明言セリ其法文ニ曰ク

第二條 王國ノ領土内ニ在ル者ハ總テ自由人ニシテ私權ヲ享有スルノ能力

ヲ有ス

奴隸及ヒ其他ノ人役ハ其性質又ハ名稱ノ如何ニ拘ハラズ王國內ニ於テハ之ヲ認メス

即チ第一項ニ於テ汎ク和蘭國內ニ現在スル人類ハ内國人タルト外國人タルトヲ問ハス皆私權ヲ享有スヘキ權利能力ヲ有スヘキコトヲ明言セリ而シテ第二項ニ於テ奴隸其他ノ人役ヲ認メザルコトヲ再言セル所以ハ今日ニ於テハ當然自明ノ法理ニ屬スルモ當時ニ於テハ奴隸制度尙ホ存在セシカ故ニ和蘭國ニ於テハ他國ニ於テ奴隸タル者ニテモ苟モ和蘭國內ニ在ル限ハ自由ノ人類トシテ私權ヲ享有スヘキコトヲ明カニセンカ爲メナリ是レ實ニ私法ハ人類のニシテ私權ハ人類ノ等シク享有スヘキ權利ナルコトヲ表彰シタル嚆矢ナリトス

和蘭民法ニ次テ内外人平等主義ヲ明言シタル法律ハ千八百六十五年制定ノ伊國民法第三條ナリ其條文ニ曰ク

外國人ハ内國臣民ニ屬スル私權ヲ享有ス

此法文ハ有名ナル「ビザネリ」及ヒ「マンチニ」等カ自由平等博愛ノ三大綱領

基キ最モ絶對的ニ内外人平等主義ノ原則ヲ明言シタルモノニ於テ外國人ハ如何ナル場合ニ於テモ伊國臣民ト同一ノ私權ヲ享有スヘキモノトセリ抑モ當時ノ歐米諸國ニ於テハ排外主義又ハ相互主義ノ學說立法例尙ホ嚴存セシニモ拘ハラヌ伊國立法者ハ斷然無條件ニテ内外人ノ同權ヲ認メ各ルカ故ニ歐米諸國ノ法學者ハ皆滔滔數千言以テ伊國立法者カ世界各國ニ率先シテ内外人平等主義ヲ斷行セシコトヲ稱贊セサルハナシ而シテ伊國立法者ハ能ク民法第三條ノ精神ヲ保持シテ特別ノ制限ヲ設ケタルカ故ニ現今伊國ニ於ケル外國人ハ伊國船舶所有權及ヒ漁業權制限ノ外ハ伊國人ト全ク同等ノ私權ヲ享有セリ

其他葡萄牙民法千八百六十八年第二十六條西班牙民法千八百八十九年第二十七條等ニ於テハ法律又ハ條約ニ特別ノ規定アル場合ノ外國人ハ內國人ト同シク私權ヲ享有ス下規定シ「コンゴ」國法律千八百九十一年二月二十日第一條ニ於テハ外國人ハ總テノ私權ヲ享有シ其身體及ヒ財產ノ保護ニ關シテハ內國人ト同一ノ權利ヲ有ス下規定セリ又千八百七十八年南米八箇國間ニ關印シタル「リマ」條約草案第一條ニ於テハ伊國民法第三條ト同シク外國人ハ內國人ト同

一ノ私權ヲ享有ス下規定セリ英國ニ於テハ千八百七十年以來彼ノ有名ナル歸化條例ヲ以テ慣習法ノ排外主義ヲ廢止シテ外國人ニ英國臣民ト同シク動産不動産ヲ取得シ所有シ讓與スルノ權利ヲ付與セシカ故ニ英國現行法ハ即チ内外人平等主義ヲ採ルモノニシテ英國ニ於ケル外國人ハ英國船舶所有權其他一二ノ例外ヲ除クノ外內國人ト等シク私權ノ全體ヲ享有スルコトヲ得ルニ至レリ米國ニ於テハ各州ノ法律區區ニシテ一定セサルカ故ニ茲ニ之ヲ概論スルコトヲ得サレトモ外國人ハ不動産所有權及ヒ船舶所有權制限ヲ除クノ外ハ一般ニ內國人ト等シク私權ヲ享有スルヲ以テ原則トスルニ至リテハ則チ一致セリ其他瑞典諾威丁抹及ヒ露西亞ノ如キモ平等主義ヲ以テ原則トセサルハナシ

之ヲ要スルニ私法上ニ於ケル内外人平等主義ハ實ニ現今文明諸國ニ於ケル法律思想ノ進歩シタル結果ナリトス蓋シ現今ニ於テハ權利及ヒ人格ノ觀念ハ之ヲ形式的ニ論スルトキハ素ト各國立法者ノ創定物ニ外ナラサルモ之ヲ實質的ニ論スルトキハ各人ノ法律思想ニ存在シ世界ノ即チ人類ノ性質ヲ有スルモノニシテ各國ノ立法者カ必ス之ヲ保護セサルヘカラサル性質ヲ有ス不問ヨリ國家

ノ主權ハ萬能ナルカ故ニ一箇人ノ權利及ヒ人格ヲ保護スルト否トハ全ク自由ニシテ人類ハ敢テ天賦固有ノ權利ヲ有スルニ非サルモ是レ唯一片ノ理論タルニ過キスシテ實際ニ於テハ必ス箇人ノ權利ヲ保護シ人格ヲ認メタルヲ得サルナリ彼ノ碩學イニリシグカ之ヲ形容シテ現今ニ於テハ權利及ヒ自由ハ尙ホ空氣及ヒ水ノ如ク内國人タルト外國人タルトヲ問ハス各人ノ等シク享有スヘキ共有物ナリト曰ヘルカ如キハ即チ此法律思想ヲ現ハシタルモノナリ又之ヲ國際法上ヨリ論スルトキハ各國ハ必スヤ箇人ノ權利及ヒ自由ヲ認定スヘキ義務ヲ有スルモノニシテ妄ニ之ヲ否認スルカ如キハ國際法上ノ慣例ニ違反スルノ結果ヲ來スモノナリ何トナレハ各國ハ其國民ノ權利自由ヲ保護シ且他國ラシテ之ヲ尊重セシムルノ權利ヲ有スレハナリ近世ノ法律思想ハ此ノ如ク私權ノ人類の性質ヲ認ムルカ故ニ彼ノ國際法協會ニ於テハ國際私法ノ原則ヲ調査シテ之ヲ一定スルニ當リ千八百八十年オックスマードノ會議ニ於テ滿場一致ヲ以テ左ノ平等主義ノ原則ヲ國際私法ノ八大原則ノ劈頭ニ掲クルニ至レリ

第一條 外國人ハ何レノ國家又ハ宗教ニ屬スルヲ問ハス現行法律ニ依リテ

特ニ設ケタル例外ヲ除キ内國人ト同一ノ私權ヲ享有ス

且國際法協會ハ各國立法者ニ之ヲ採用スヘキコトヲ勸告シ左ノ趣旨ノ國際條約ヲ締結シテ之ヲ實行ヲ期スヘキコトヲ勸告セリ其前文ニ曰ク此意ニ由リ本協會ハ各國民法ニ於テ左ノ八大原則ヲ一般ニ採用シ且之ト同時ニ第一條ニ補則トシテ左ノ規定ヲ掲グル國際條約ヲ以テ之ヲ實行ヲ擔保スヘキ希望ニテ茲ニ表示ス

一 各國人ハ其國ノ法律ニ依リテ權利義務ヲ享スル

二 各締盟國ハ相互ニ他ノ締盟國全體ノ承諾ヲ得ルニ非タレハ此規定ニ對シテ新ニ何等ノ例外ヲ設ケサルコトヲ約ス

三 其內國法制ヲ改良シテ此規定ニ且ニ一致セシムヘキコトヲ約ス

四 國際法協會年報第五卷第五六頁

右ノ決議ハ現今各國公法學者ノ一般ニ是認スル所ニシテ右ノ原則ハ現今文明諸國立法者ノ概チ採用スル所ナリ左レハ現今ニ於テハ一國ノ私法ハ決シテ其國民ノモノニ專屬スルニ非スシテ汎ク人類ヲ基礎トシ人類ノ爲メニ人類ノ權利ヲ保護スルモノナリ即チ之ヲ形容シテ言ヘハ私法ハ人類のナリ私權ハ人類ノ

享有スヘキ共有物ナリト謂フコトヲ得ヘシ故ニ碩學ローランハ嘗テ白國民法草案ヲ起草スルニ當リ從來諸國ノ立法例ヲ打破シテ其第五十條ニ於テ私權ノ享有ヲ左ノ如ク規定セラリ曰ク「凡ソ人ハ私權ヲ享有スルモノニシテ其權利ノ範圍ハ其國ノ法律ニ依リテ決スルコトニ依リテ外國人ヲ白耳義人ト同一視シタリ蓋シ我國公法ニ依レバ總テ人類ハ皆法律上ノ人ニシテ外國人ヲシテ内國人ト等シク私權ヲ享有セシムルカ爲メニ伊國民法ノ如キ特別ノ明文ヲ要セザルナリト此草案ハ尙ホ未ダ法典ト爲ルニ至ラヌト雖モ外國人カ内國人ト同シク私權ヲ享有ストノ規定ハ自明ノ法理ニシテ理論上無要ナルコトヲ看破シタル噶矢ナリトス」

白國民法草案ニ次テ編纂セラレ千九百年一月一日ヨリ法典トシテ實施セラレタル獨逸民法ハ外國人ノ私權享有ニ關スル規定ヲ掲ケザルモ亦此趣意ヨリ由來スルモノナリ蓋シ獨逸民法施行法第三十二條ニ外國政府又ハ外國人ニ對シテ報復權ヲ規定セルハ外國人ハ特別ノ制限ノ外内國人ト同シク私權ヲ享有

スヘキ原則ヲ前提トスルモノナリ而シテ其前提タル平等主義ノ原則ヲ民法中ニ規定セザル所以ハ現今ノ國際私法上ニ於テハ外國人カ内國人ト同シク私權ヲ享有スルコトハ既ニ當然自明ノ法理ニ屬スルカ故ニ敢テ特別ノ規定ヲ要セズトセルカ爲メナリ

我民法第二條ニ於テ外國人ハ法令又ハ條約ニ禁止アル場合ヲ除ク外私權ヲ享有ストノ規定セルハ前掲諸國ノ立法例ニ倣ヒ内外人平等主義ノ原則ヲ明言シタルモノニシテ現今ノ文明國ニ於テハ既ニ明文ヲ要セザル自明ノ法理ニ屬スト雖モ我國現今ノ立法上外國人ノ權利ニ關スル主義ハ一大變遷ノ時期ニ際會セルカ故ニ特ニ此規定ヲ必要トセルナリ蓋シ我國ノ法制ハ最近五十餘年間ニ外人斬捨御免ノ敵視主義ヨリ内外人平等主義ニ進ミタルモノニシテ黑船始メテ近海ニ出沒シタル當時ニ於テハ外國人ハ刑法上ニ於テモ尙ホ人格ヲ認メラレザリシカ舊條約締結ノ際ヨリ漸ク人格ヲ認メラルルニ至リシモ仍ホ外國人ハ原則上無權利ナリシナリ然レニ維新以來我國文化益々開發シ法律制度亦純ク泰西ニ採リテ漸ク完備スルニ隨ヒ國法ノ原則上外國人無權利ノ舊主義ハ漸ク泰

ヲ濫シ近世文明諸國ノ通義ニ則リテ外國人の權利自由ヲ保護シ其國家ノ公益
 上ヨリ制限ヲ要スルカ如キ權利ハ例外トシテ一之ヲ明言スルニ至レリ且無
 條約國ノ人民ニ對シテモ我國ノ實際上一般外國人ノ享有セル權利保護ヲ付與
 スルヲ以テ原則トセリ今此等ノ事實ヲ法理的ニ綜合スルトキハ我國現今ニ於
 テハ民法第二條ノ規定ヲ埃タヌシテ外國人ハ法令ニ特別ノ制限アル場合ヲ除
 クノ外ハ内國人ト同シク私權ヲ享有スルヲ以テ原則トスト謂ハサルヘカラズ
 即チ我國法律ハ法律思想ノ自然的發達ニ由リ暗暗裡ニ内外人平等主義ノ原則
 ヲ採用シテ外國人ノ私權ヲ保護スルニ至リシコト蓋シ争フヘカラサルノ事實
 ナリ而シテ此法律思想ノ發達ハ即チ我國文明ノ進歩ニシテ我國民カ歐米列國
 ト對等ノ國交際ヲ爲スノ權利ヲ有スルニ至リタル所以ノモノ亦實ニ此ニ存ス
 唯從來此原則ヲ一般的ニ明言シタル法文存セサルカ故ニ若シ新民法ヲ編纂ス
 ルニ當リ獨逸民法ノ如ク此原則ヲ明言セサルトキハ或ハ法律ノ適用上誤解ノ
 恐アルカ故ニ外國人ノ地位ニ關スル解釋ヲ一定センカ爲メ理論上事ノ無要ニ
 屬スルモ過度時代ニ於ケル法典トシテ今日現行ノ原則ヲ概括的ニ明言セザル

ミ故ニ民法第二條ハ我國立法ノ沿革的理由ノ爲メニ必要ナル規定ナリト謂フ
 ヘシ

- 之ヲ要スルニ私法上ニ於ケル内外人平等主義ハ實ニ現今文明諸國ニ於ケル通
 則ニシテ苟モ文明國ヲ以テ自在スル國ノ立法者ハ一トシテ明文上或ハ實際上
 外國人ハ禁止ノ明文アル場合ヲ除クノ外内國人ト等シク私權ヲ享有スヘキコ
 トヲ認メサルハナシ唯夫レ平等主義ノ原則ノ例外タル禁止ノ多少ニ至リテハ
 國情ニ依リテ其限度ヲ異ニシ或ハ伊國英國ノ如ク僅ニ一ニノ制度ニ過キサル
 モノアリ或ハ獨佛米ノ諸國ノ如ク四五ノ禁止アルモノアリテ固ヨリ一定セズ
 ト雖モ現今諸國ニ於テ外國人ニ禁止又ハ制限セル私權ハ概テ左ノ事項ニ屬ス
- 一 土地所有權ノ制限
 - 二 船舶所有權ノ制限
 - 三 漁業權ノ制限
 - 四 礦業權ノ制限
 - 五 訴訟上ノ保證ノ義務

第二章 外國人ノ地位ノ現在

本章ニ於テハ我國ニ於ケル外國人ノ現在ノ地位如何ヲ説明スヘシ
 我國法令上ニ於ケル外國人ノ地位ハ之ヲ公權及ヒ私權ニ區別シテ論究セント
 ス然ルニ公權私權及ヒ公法私法ノ區別ハ古來種種ノ學說アルモ未タ一定シタ
 ル學說ナシ隨テ此等ノ區別ノ研究ハ他ノ學科ニ於テ諸君ノ研究ニ一任シテハ
 茲ニ唯普通ノ學說ニ從ヒ國家ト簡人トノ間ニ存スル法律關係ヲ規定スル法律
 ヲ公法トシ簡人相互ノ間ニ存スル法律關係ヲ規定スル法律ヲ私法トシ斯ル公
 法ノ規定ニ依リテ保護セララルル利益ヲ公權トシ私法ノ規定ニ依リテ保護セラ
 ルル利益ヲ私權トシ左ニ我國現行法令上ニ於テ外國人カ享有スル所ノ公權及
 ヒ私權ノ大要ヲ説明スヘシ

第一節 公權

公權ヲ分チテ又左ノ三種トス

- (一) 簡人カ國家ニ對スル關係ヨリ生スル權利即チ所謂國民權又ハ人權(ドロー、ド、ロシム)ニシテ簡人的自由ノ保護ヲ目的トスル權利ナリ
- (二) 簡人カ國家ニ對シテ保護又ハ救助ヲ請求スル權利
- (三) 簡人カ國家統治權ノ行使ニ參與スルノ權所謂參政權ニシテ一簡人カ國家的共同團體ノ一員タル資格ニ於テ或ハ國家ノ機關トシテ働キ或ハ國家ノ機關ノ組織ニ參與スルノ權利ナリ

第一項 簡人的自由權

此權利ハ憲法其他諸般ノ法令ヲ綜合シ之ヲ基本トシテ説明スヘシ簡人的自由
 權又ハ人權トハ國家ノ干渉ヲ受ケサル自由ノ範圍ヲ謂フ蓋シ簡人ノ自然的行
 爲ノ自由ハ多クハ國家ノ制限ヲ受ケサルモノナリ隨テ此等ノ行爲ニ對シテ特
 別ノ明文ヲ以テ之ヲ保障スルノ必要ナキモ或種ノ行爲ハ古來國家ノ制限ヲ受
 ケタルカ故ニ所謂國民ノ基本權又ハ人權ナルモノヲ確保シ依リテ以テ國家ノ
 制限ヲ除却スルノ必要アリ近世公法ノ發達ハ即チ此必要ヨリ由來シタルモノ

ニシテ英國ノ權利ノ憲章ヲ始トシ米國獨立ノ憲法等ニ於テ益之ヲ確認シ殊ニ千七百九十一年佛國大革命ノ憲法ニ於ケル所謂人權ノ宣言ニ依リテ益其範圍ヲ擴張セシ以來各國ノ憲法ニ於テ簡人ノ自由權ヲ保障スルノ習慣ヲ生セリ即チ此等ノ制限ヲ除去シタル憲法及ヒ法律ノ規定ハ同時ニ國家ノ干渉ヲ免ルルノ權利ヲ各簡人ニ與フルモノナリ故ニ簡人的自由權ハ國家ノ行政行為ニ對スル制限ナリ此等ノ事項ハ諸君カ行政法ニ於テ研究セラルヘキ點ナレトモ今左ニ簡人的自由權ノ重要ナルモノヲ掲クレハ凡ソ左ノ數箇アリ

- 一 往來居住ノ自由
 - 二 身體權財產權住居及ヒ文書ノ不可侵
 - 三 信教言論著作集會及ヒ結社ノ自由
 - 四 營業ノ自由
- 以上ニ掲ケタル諸種ノ自由權ニ付テ予ハ外國人カ我國法上如何ニ之ヲ享有スルカ又如何ナル制限ヲ受ケツアルカヲ研究スヘシイキヲ附言ス
- 此等ノ自由權ハ近世文明國ニ於テハ外國人モ亦之ヲ享有スルヲ以テ原則トス

ルモ外國人ハ必ズシモ內國人ト同一ノ程度ニ於テ之ヲ享有スルモノニ非ズ又此等ノ權利ハ往往行政權ノ行使ニ依リテ左右セララルルノ虞アルヲ以テ各國ハ其在外臣民ノ權利ヲ保護スルノ必要ヨリ概テ通商條約ヲ以テ此等ノ權利ヲ享有セシムルノ擔保ヲ規定スルヲ例トス故ニ此等外國人ノ權利ヲ論究スルニ當リテハ我現行ノ法令ヲ攻究スルト同時ニ我國現行ノ條約ヲ研究セラルヘカラス

第一 往來居住ノ自由

從來我國ニ來住スル外國人ハ領事裁判權ノ特典ニ浴シタルト同時ニ其特典ヲ享受スル範圍ハ所謂開港地ニ限ラレタルモノニシテ其區域以外ニ出ツルトキハ單純ノ旅行ト雖モ皆許可ヲ受タルコトヲ要シタリ然ルニ明治二十一年日暹間ノ通商條約ヲ首メトシ明治二十七年以來歐米諸國ト結ヒタル通商航海條約ニ於テハ近世文明國間ノ慣例ニ基キ彼此對等ノ權利義務ヲ規定シ互ニ其臣民ノ往來居住ノ自由ヲ與フヘキコトヲ約定シタリ即チ之ヲ例示セハ日英條約第一條第一項ニ兩締盟國ノ一方ノ臣民ハ他ノ一方ノ版圖内何レノ所ニ到リ旅行

シ或ハ住居スルモ全ク隨意タルヘク而シテ其ノ身體及財産ニ對シテ完全ナル保護ヲ享受スヘシト規定セル如キ其一例ナリ
 此等ノ改正條約ハ明治三十二年七月以來實施セラレタルモノニシテ現今ニ於テハ歐米條約國人民ハ汎ク我國版圖内ニ於テ完全ナル往來居住ノ自由ヲ享有スルモノナリ然レトモ外國人ノ享有セル往來居住ノ自由ハ內國人ノ如ク絕對的ニ非スシテ(一)入國ノ拒絕(二)放逐(三)犯罪人引渡ニ依リテ之ヲ制限セラレルトアリ即チ若シ我國ノ安寧秩序ヲ害スルノ虞アル外國人ニ對シテハ我政府ハ其來住ヲ拒絕シ又ハ既ニ來住セル者ヲ國外ニ放逐スルコトヲ得而シテ斯ル場合ニ其本國政府ハ放逐セラレタル者ヲ必ス引取ラサルヘカラス之ニ反シテ帝國臣民ハ如何ナル場合ニ於テモ國外ニ放逐スルコトヲ得ルモノニ非ス帝國憲法第二十二條ニ曰ク日本臣民ハ法律ノ範圍内ニ於テ居住及移轉ノ自由ヲ有スト隨テ帝國臣民ノ帝國内ニ於ケル居住ノ自由ヲ制限セントスルトキハ必ス法律ノ形式ヲ以テ爲ササルヘカラス而シテ今日ニ至ルマテ我立法者ハ近世文明各國間ノ通義ニ則リ帝國臣民ヲ國外ニ放逐スルコトヲ規定セル法律ヲ發布セ

ルカ故ニ債權者ニ對シ其委任ニ因リテ爲ス行爲ニ付キ受任者トシテ責任ヲ負フトノ論旨ハ予輩ノ探ラサル所ナリ
 國家ハ執達吏ノ職務違背ヨリ生シタル損害ニ關シテハ被害者ニ對シ賠償ヲ責ヲ負フコトナシ蓋シ官吏殊ニ執達吏ノ職務上ノ義務違背ノ行爲ハ官吏殊ニ執達吏タル一私人ノ不法行爲ニシテ國家カ官吏殊ニ執達吏ニ委任シタル行爲ニ非サルヲ以テ法律上特別ノ明文ナキ限ハ斯ル行爲ニ因リテ生シタル損害ニ付キ國家カ賠償ノ責ニ任スヘキモノニ非サルハナリ
 (二) 執行裁判所附屬ノ職員ニ對シテハ其命令ニ依リテ執行裁判所カ於テ執行裁判所カ強制執行ヲ實施スルヲ本則トシ受訴裁判所カ之ヲ實施スルヲ特別トス故ニ法律上別段ノ定メキ限ハ執行裁判所カ強制執行ヲ實施スルモノト知ルヘシ(第五四三條)民事訴訟法改正案第六八九條左ニ執行裁判所ノ意義及七職權ノ大要ヲ略述ス
 (A) 意義 執行裁判所ニ執行手續ヲ爲スル地又或之ヲ爲スル地ヲ管轄ス

ル區裁判所ナリ(第五四三條第二項民事訴訟法改正案第六八九條第一項強制執行ノ實施ハ事物ノ管轄トシテハ區裁判所ノ管轄ニ屬ス是レ蓋シ強制執行ノ手續ハ私權確定ノ手續ト異ニシテ私權ノ存否ヲ確定スルコトヲ目的トスルモノニ非サルヲ以テ各執行行為ノ性質ニ從ヒテ管轄ヲ定ムルヲ正當トシ執行スヘキ請求ノ價額ニ從ヒ之ヲ地方裁判所又ハ區裁判所ノ管轄ニ屬セシムルノ必要ナキカ爲メニシテ法律上ノ共助ニ其法理ヲ返ムモノニ非サルヘシ裁判所構成法第一三一條但債權ノ假差押ニ關シテハ例外トシテ其命令ヲ發シタル裁判所カ執行裁判所ト爲ル(第七五〇條第二項)此ノ如ク強制執行ノ實施ハ區裁判所ノ管轄ニ屬スルヲ以テ強制執行ノ實施ニ關シテハ必スシモ辯護士ヲ以テ代理人ト爲スノ要ナク(第六三條第三項)又執行行為ヲ求ムルノ申立ハ口頭ヲ以テモ之ヲ爲スコトヲ得(第三七四條準用第一三五條)又強制執行ノ實施ハ土地ノ管轄トシテハ執行手續ヲ爲スヘキ地又ハ之ヲ爲シタル地ヲ管轄スル裁判所ノ管轄ニ專屬ス(第五六三條)故ニ各箇ノ執行行為ヲ種種ノ區裁判所管轄内ニ於テ爲スヘキトキハ其各裁判所ハ各箇ノ執行行為ニ付キ管理權ヲ有ス例ヘハ有體動産ノ強

制執行ニ關シ甲執行裁判所ノ管内ニ於テ差押物ノ保管ヲ命セラレタル債務者(第五六六條)カ乙執行裁判所ノ管内ニ移轉シ且差押物ヲ新住所ニ運搬シタルトキハ甲執行裁判所ハ差押ニ付キ乙執行裁判所ハ競賣ニ付キ管轄權ヲ有シ隨テ又差押ノ手續ニ關スル異議ハ甲執行裁判所之ヲ裁判シ競賣ノ手續ニ關スル異議ハ乙執行裁判所之ヲ裁判スルカ如ク又債權ノ強制執行ニ關シ甲執行裁判所カ手形債權ニ對スル差押命令ヲ發シ乙執行裁判所管内ニ於テ手形ヲ占有シタルトキハ(第五九四條、第五九五條第六〇三條)甲執行裁判所ハ差押命令ニ付キ乙執行裁判所ハ手形ノ占有ニ付キ管轄權ヲ有シ其他債權ノ強制執行ニ關シ甲執行裁判所カ其管内ニ普通裁判籍ヲ有スル債務者ニ對シ債權ノ差押命令ヲ發シタル後(第五九四條、第五九五條)該債務者カ乙執行裁判所ノ管内ニ其住所ヲ移轉シタルトキハ甲執行裁判所ハ差押命令ニ付キ乙執行裁判所ハ債權ノ取立又ハ轉付命令ニ付キ管轄權ヲ有スルカ如シ是レ蓋シ執行機關ノ土地ノ管轄ハ其事物ノ管轄ト同シク各執行行為ノ爲メニ之ヲ定メ執行スヘキ請求ノ爲メニ之ヲ定メタルヲ正當ト認メタルニ依ルモノニシテ受訴裁判所ノ爲メニ法律上ノ共

助又爲スニハ其共助ヲ必要ト爲ス行爲ヲ實施スルニ付キ必要ナル土地の裁判權ヲ有スル裁判所タルコトヲ要スルヲ以テ執行手續地ヲ管轄スル裁判所又執行裁判所ト爲スノ法意即チ法律上ノ共助裁判所構成法第一三一條ニ依ルモノニ非ス但法律ニ於テ別段ニ裁判所ヲ指定セル各箇ノ場合ニ在リテハ他ノ裁判所カ執行裁判所トシテ強制執行ヲ實施ス(第五四三條第二項前段、第五九五條、第六二一條、第六二二條、第六四一條、第七一八條、第七五〇條、民事訴訟法改正案第六八九條第二項)

(B) 職權 執行裁判所ハ執行行爲ノ處分ヲ爲シ執行行爲ノ共力ヲ爲シ及ヒ執達吏ノ執行行爲ヲ監督スルノ職權ヲ有ス(第五四三條第一項、第五四四條、民事訴訟法改正案第六八九條第一項、第六六九條)執行行爲ノ處分トハ執行裁判所カ法律上任セラレタル強制執行ヲ實施スルノ行爲ニシテ(簡易ナル執行行爲ハ執達吏ヲシテ之ヲ實施セシメ煩雜ナル執行行爲ハ裁判所ヲシテ之ヲ實施セシムルモノナルコト前述ノ如シ)執行裁判所カ債權其他ノ財產權及ヒ不動產並ニ船舶ニ對シ差押ヲ爲スカ如キハ之ニ屬ス(第五九四條以下、第六四一條以下、第七一七

條以下)執行行爲ノ共力トハ執達吏ノ實施スヘキ強制執行ニ關シ執行裁判所カ補助ヲ爲スノ行爲ニシテ抵抗ヲ排斥スルカ爲メニ執達吏ノ申立ニ因リテ兵力ヲ要求シ(第五三六條第二項、夜間強制執行實施ノ爲メニ執達吏ニ許可ヲ與ヘ)第五三九條其他民事訴訟法第五百五十五條、第五百五十六條、第五百八十二條、第五百八十三條、第六百二十七條以下、第七百三十一條、第四項等ニ規定セル執行裁判所ノ行爲ハ之ニ屬ス又執達吏ノ執行行爲ノ監督トハ執行裁判所カ當事者其他ノ利害關係人ノ異議ノ申立ニ因リ執達吏ノ執行行爲ノ當否ヲ調査スルノ行爲ニシテ執達吏カ民事訴訟法第五百六十四條第二項ノ規定ニ違背シ適當ノ差押ヲ爲シタルヤ否ヤ民事訴訟法第五百六十七條及ヒ第五百七十條ノ規定ニ反シテ不當ノ差押ヲ爲シタルヤ否ヤ調査スルカ如キハ之ニ屬ス(ガウブ氏ハ民事訴訟法第五百三十六條、第五百五十五條乃至第五百五十七條、第五百八十二條、第五百八十三條、第五百九十四條、第六百四十一條以下、第七百三十二條以下ニ規定セルカ如キ強制執行ノ目的ヲ達スルニ必要ナル行爲ヲ執行行爲ノ處分トシ執達吏ノ實施スヘキ強制執行ニ於テ執行手續ニ關スル債務者又ハ第三者ノ異議

ヲ終結スルカ爲メ又ハ配當手續ヲ實施スルカ爲メニ行フ裁判所ノ行フ執行行為ノ共助ト云フニ似タリ左ニ執行裁判所ノ執行實施ニ關スル職權ヲ行フ前提要件及ヒ斯ル職權ノ内容ヲ略述スヘシ

(甲) 前提要件 執行裁判所カ其職權ヲ行フニハ之ヲ求ムル申立アルコトヲ前提要件トス是レ當事者專行主義ニ基ク法則ノ適用トシテ固ヨリ當然ナリ此申立ハ執行裁判所カ區裁判所ナルトキハ前述ノ如ク口頭ヲ以テ之ヲ爲シ又辯護士ニ非サル者ヲ訴訟代理人トシテ之ヲ爲スコトヲ得執行裁判所カ其職權ヲ行フニハ決定ノ形式ヲ以テ之ヲ爲ス此裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ之ヲ爲スコトヲ得第五四三條第三項民事訴訟法改正案第六八九條第三項是レ蓋シ強制執行ノ手續ニ在リテハ私法の請求權ノ存否ニ付キ裁判ヲ爲スコトナク隨テ強制執行ノ手續ニ關スル申立ニ付キ裁判ヲ爲スニハ單ニ審問手段タル性質ヲ有スル任意的口頭辯論即チ裁判所ハ訴訟記録ニ存スル訴訟材料及ヒ當事者カ口頭ヲ以テ提出シタル訴訟材料ヲ裁判ノ基礎ト爲スコトヲ得ルハ法則ニ依ルヲ以テ足レリトシ敢テ必要的口頭辯論即チ裁判所ハ當事者カ直接ニ口頭ヲ以テ提

出シタル訴訟材料ニ非サレハ裁判ノ基礎ト爲スヲ得サルノ法則ニ依ルハ必要ナキカ爲メナリ又此裁判ハ執行裁判所カ其自由ナル意見ニ從ヒ相手方ヲ審訊シ又ハ之ヲ審訊セスシテ爲スコトヲ得唯例外トシテ差押ヘタル債權ニ付キ取立ニ換ヘ他ノ換價方法ヲ命スル場合ニ於テハ債務者ヲ審訊スヘク(第六一三條)又差押命令ヲ發スル場合ニ於テハ債務者及ヒ第三債務者ヲ審訊スルヲ得サルヲ(第五九七條)執行裁判所ニ於ケル手續ハ口頭辯論ヲ命シタルトキト雖モ狹義ノ訴訟手續私權確定ノ手續ト其性質ヲ異ニスルモノナリ彼ニ在リテハ如何ナル程度ニ於テ國家ノ強制力ヲ應用スヘキモノナルヤノ問題ヲ確定スルコトヲ目的トシ此ニ在リテハ私法の請求權ノ存否ノ問題ヲ確定スルコトヲ目的トス隨テ彼ニ在リテハ調停手續オク此ニ在リテハ調停手續アリ又彼ニ在リテハ裁判ノ形式ハ決定ニシテ此ニ在リテハ裁判ノ形式ハ判決ナリ執行裁判所ノ決定ハ執行處分ヲ實施ヲ求ムル申立ヲ理由アリト認メタル場合ニテ其求メラレタル執行行為ノ處分ヲ包含シ又斯ル申立ヲ理由ナシト認メタルトキハ單純ナル裁判ナリ而シテ執行裁判所ノ裁判ニ對シテハ之ニ因リ利害關係ヲ有スル各

人ハ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得(第五五八條)民事訴訟法改正案第六九〇條故ニ債務者ハ勿論第三債務者債權差押ノ場合ニ於テ又ハ裁判ニ因リ責任ヲ負フニ至ルヘキ執達吏何レモ即時抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ但民事訴訟法第五百四十四條ノ規定ニ依リテ異議ヲ申立ツルヲ得ヘキ執行裁判所ノ裁判ニ對シテハ此限ニ在ラス何トオレハ斯ル裁判ニ對スル即時抗告ノ申立ハ民事訴訟法第五百四十四條ニ於テ異議ヲ是認シタル法意ニ反スルヲ以テナリ

(乙) 職權ノ内容 執行行為ノ職權ニ屬スル事項中執行行為ノ處分並ニ民事訴訟法第五百八十二條第五百八十三條第六百二十七條以下及ヒ第七百三十一條第四項ニ規定セル執行行為ノ共力ハ執行ノ方法ニ於テ之ヲ略述シ執達吏ニ對スル監督ハ執行ノ異議ニ於テ之ヲ略述スルヲ適當トシ又夜間執行ノ許可ニ關スル執行行為ノ共力ハ既ニ略述セタル所ナルヲ以テ左ニ執行行為ノ官廳ノ援

助ヲ求ムル執行行為ノ共力及ヒ軍人又ハ軍屬ニ對シテ爲ス強制執行ニ關スル執行行為ノ共力ヲ略述スルニ止ムヘシ

(1) 官廳ノ援助要求 執行ノ爲メ官廳ノ援助ヲ必要トスルトキハ裁判所ハ債權者其他ノ利害關係人又ハ執達吏ノ申立ニ因リ其援助ヲ官廳ニ求ムヘシ(第五五五條)執行ノ爲メ官廳ノ援助ヲ必要トスル場合ハ唯リ強制執行ノ爲メニ官廳ノ援助ヲ必要トスル場合殊ニ民事訴訟法第五百三十六條第三項第五百五十六條第五百五十七條ニ規定スル場合ノミナラス執行行為ノ停止若クハ制限又ハ既ニ爲シタル執行處分ノ取消ノ爲メニ官廳ノ援助ヲ必要トスル場合ヲ包含ス是レ民事訴訟法第五百五十五條ニ於テ單ニ執行ノ爲メト規定シ(強制執行ノ爲メ)ト規定セサル所以ナリ執行ノ爲メ官廳ノ援助ヲ求ムル裁判所ハ執行裁判所タルコトアリ又ハ受訴裁判所タルコトアリ(第五五六條)第五七七條)是レ民事訴訟法第五百五十五條ニ於テ單ニ裁判所ト規定シ(執行裁判所)ト規定セサル所以ナリ又裁判所ハ債權者其他ノ利害關係人又ハ執達吏ノ申立ニ因リ執行ノ爲メ官廳ノ援助ヲ求ムルノ權限ヲ有スルニ止マリ職權ヲ

以テ之ヲ求ムルノ權限ヲ有セス是レ法律上別段ノ定ナシト雖モ當事者專行主義ニ基ク法則ノ適用ニ依リ洵ニ疑ナキ所ナリ但債權者カ執行ノ爲メ直接ニ官廳ニ對シテ申立ヲ爲ス權利ヲ有スル場合例ヘハ債權者カ民事訴訟法第七百三十六條ニ規定セル債務名義ニ基キ登記又ハ其抹消ヲ登記判事ニ請求スルノ權利ヲ有スル場合及ヒ執達吏カ直接ニ官廳ニ對シテ援助ヲ求ムルノ權限ヲ有スル場合例ヘハ執達吏カ民事訴訟法第五百三十六條第三項ノ規定ニ從ヒ直接ニ警察署ニ對シテ警察上ノ援助ヲ請求スルノ權限ヲ有スル場合ニハ裁判所カ執行ノ爲メ官廳ノ援助ヲ求ムルノ必要ナキヲ以テ斯ル援助ヲ求ムルノ共助ヲ爲スコトナシ

(2)

現役ノ軍人又ハ軍屬ニ對スル強制執行ニ關スル執行行爲ノ共助 豫備又ハ後備ノ軍籍ニ在ラサル軍人又ハ軍屬即チ現役ノ軍人又ハ軍屬ニ對シ兵營、軍事用廳舎例ヘハ砲兵工廠、造船所ノ類又ハ軍艦ニ於テ強制執行ヲ爲スヘキトキハ執行裁判所ハ債權者ノ申立ニ因リ管轄ノ軍事裁判所又ハ所屬ノ長官若クハ隊長ニ之ヲ囑託ス(第五五六條第一項)民事訴訟法改正案第六八三條第

一項故ニ豫備又ハ後備ノ軍籍ニ在ル軍人又ハ軍屬ニ對シテ強制執行ヲ爲ストキハ通常ノ執行手續ニ依リテ之ヲ實施シ斯ル囑託ヲ爲スコトナク又豫備又ハ後備ノ軍籍ニ在ラサル軍人又ハ軍屬ニ對シテ爲ス強制執行ト雖モ其私宅ニ於テ之ヲ爲スヘキトキハ斯ル囑託ヲ爲スコトナシ此ノ如ク現役ノ軍人又ハ軍屬ニ對シ兵營、軍用廳舎又ハ軍艦ニ於テ強制執行ヲ實施スルトキニ限リ斯ル囑託ヲ爲スハ畢竟ウキルモ「氏」氏ノ明言スルカ如ク軍事上ノ規律ヲ保持スルノ目的ニ出ラタルモノナリ執行裁判所ハ債權者ノ申立ニ因リテ斯ル囑託ヲ爲ス故ニ執達吏ノ申立ニ因リテ斯ル囑託ヲ爲スコトナシ是レ畢竟執達吏ハ債權者ニ代リテ斯ル囑託ヲ爲スヘキ旨ノ申立ヲ爲スノ權限ナキニ依ル而シテ債權者カ執行裁判所ニ對シテ斯ル囑託ヲ爲スヘキ旨ノ申立ヲ爲ストキハ之ト同時ニ其有スル執行力アル正本ヲ執行裁判所ニ交付スルコトヲ要ス又執行裁判所カ該申立ニ因リ執行ノ囑託ヲ爲ストキハ執行力アル正本ヲ受託官廳ニ送達スルコトヲ要ス(第五三四條引用)受託官廳ハ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ差押ヲ爲シタル物(第五六四條第七五〇條)債權者ノ委任シタ

ル執達吏債權者ハ執行囑託ノ申立ト共ニ委任シタル執達吏ヲ執行裁判所ニ届出テ又同裁判所ハ之ヲ受託官應ニ通知スニ執行力アル正本ト共ニ交付シ同執達吏ハ爾後交付セラレタル差押物ヲ自己カ差押ヲ爲シタル場合ニ於ケルト同シク換價スルモノナリ(第五五六條第二項)民事訴訟法改正案第六八三條第二項故ニ爾後執達吏カ爲ス執行行為ハ受託官應カ爲シタル執行行為ノ續行ナリト謂フヘシ

(三) 受訴裁判所

受訴裁判所カ執行裁判所トシテ強制執行ヲ實施スルハ法律上例外ニ屬ス(第五四三條引用)民事訴訟法改正案第六八九條左ニ受訴裁判所ノ意義及ヒ其執行ニ關スル職權ヲ略述スヘシ

(A) 意義 受訴裁判所トハ訴ヲ以テ主張セラレタル請求權ノ存否ヲ確定スル裁判ヲ爲ス裁判所ナリ我民事訴訟法ハ前述ノ如ク獨逸民事訴訟法ト同シク私權確定ノ手續ト私權執行ノ手續トヲ區別シ前者ハ之ヲ裁判所ニ委任シ後者ハ之ヲ種種ノ司法機關ニ委任シタリ私權確定ノ手續ヲ委任セラレタル裁判所ヲ

受訴裁判所ト稱シ私權執行ノ手續ヲ委任セラレタル司法機關ヲ執行機關ト稱ス故ニ受訴裁判所ハ私權確定ニ關スル裁判ヲ爲ス裁判所ナルコト敢テ疑ヲ容レヌ又私權確定ノ手續ハ私權ノ性質及ヒ價額ニ從ヒ之ヲ單獨裁判所ニ委任シ又ハ之ヲ合議裁判所ニ委任スルヲ適當トス又私權確定ノ裁判ニ對シテハ上級裁判所ニ不服ヲ申立ツルコトヲ得セシムルヲ適當トス故ニ受訴裁判所ニハ區裁判所又ハ地方裁判所及ヒ第一審ノ受訴裁判所又ハ上訴裁判所ノ別アリ

(B) 職權 第一審ノ受訴裁判所ハ執行機關トシテ債務者ノ作為又ハ不作爲ヲ目的トスル債權ノ強制執行ヲ實施シ又外國ニ於テ強制執行ヲ爲スヘキ場合ニ在リテハ債權者ノ申立ニ因リ之ヲ外國ノ官廳又ハ本邦領事ニ囑託スルノ權限ヲ有ス(第七三三條第七三四條第五七條)民法施行法第五四條第五五條民事訴訟法改正案第九一四條第九一五條第六八四條(外國ニ於テ爲スヘキ強制執行カ執達吏ノ職權ニ屬スヘキモノナルトキハ第一審ノ受訴裁判所ノ囑託ハ執行行為ノ共助ト爲ルヤ言フ埃タス)前者ノ權限ハ執行ノ方法中ニ於テ之ヲ略述スルヲ適當ト認ムルヲ以テ單ニ後者ノ權限ノミヲ略述スルニ止ムヘシ

本邦ノ裁判所ノ判決ノ執行ハ外國ニ於テ之ヲ實施スルコト能ハサルヲ以テ外國ニ於テ本邦ノ裁判所ノ判決ヲ執行スル場合ニ於テ法律ノ規定又ハ國際條約ニ基キ外國官廳カ法律上ノ共助ニ依リ本邦ノ裁判所ノ判決ヲ執行スヘキトキハ該官廳ノ共助ヲ求ムルコトヲ要シ又外國駐在ノ本邦領事ニ依リ強制執行ヲ爲スコトヲ得ヘキトキ即チ外國駐在ノ本邦領事カ其外國ニ於テ我裁判權ヲ行使スルコトヲ得ヘキトキハ該領事ノ共助ヲ求ムルコトヲ要ス但外國官廳カ直接ノ當事者ノ申立ニ因リ本邦ノ裁判所ノ判決ニ基キ強制執行ヲ爲スヘキ場合ニ於テハ必要ナキヲ以テ又本邦ノ裁判所ノ判決ノ執行ニ付キ外國裁判所ノ執行判決ヲ要スル場合ニ於テハ實效ナキヲ以テ外國官廳ニ執行ノ共助ヲ求ムルコトナシ外國官廳及ヒ外國駐在ノ本邦領事ニ對シスル共助ヲ求ムル手續ヲ行フ國家ノ機關ハ第一審ノ受訴裁判所ナリトス是レ蓋シ第一審ノ受訴裁判所ハ其保存シアル訴訟記録ノ調査其他ノ事情ニ依リ最モ容易ニ斯ル手續ヲ爲スコトヲ得ルニ由ルモノニシテ第一審ノ受訴裁判所ハ本來強制執行ヲ實施スルノ職權ヲ有スルヲ以テ其任務ヲ全ウスルカ爲メニ斯ル手續ヲ爲スノ權限ヲ有ス

ルモノニ非ス又第一審ノ受訴裁判所ハ債權者ノ申立ニ因リ斯ル權限ヲ行フ是レ當事者專行主義ニ基ク法則ノ適用ニ過キス此申立ニ關スル裁判ハ強制執行ノ開始前ニ存スルモノナルヲ以テ之ニ對シ民事訴訟法第四百五十五條ニ依リ不服ヲ申立ツルコトヲ得ルモ民事訴訟法第五百五十八條ニ依リ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス

和解調書第三八一條公證人作成ノ公正證書ノ如キ債務名義ニ基ク強制執行ニ在リテハ第一審ノ受訴裁判所ナキコト明白ナリト雖モ法律上受訴裁判所ト同一視スヘキ裁判所又ハ公證人カ外國官廳又ハ本邦領事ニ對シ強制執行ノ囑託ヲ爲スモノナルコト民事訴訟法第五百六十條乃至第五百六十二條ノ明文ニ依リ疑ヲ容レス

第二章 執行ノ當事者

強制執行即チ私權實行ノ手續ハ民事訴訟ノ一部ナルヲ以テ狹義ノ訴訟手續即チ私權確定ノ手續ニ於ケルト同シテ當事者アルヲ前提トス執行的法律關係ニ

於テハ狹義ノ訴訟的法律關係ニ於ケルト異ニシテ同等ノ當事者存セスシテ却テ不同等ノ當事者即チ權利者及ヒ義務者存スルモノナリ是レ強制執行ノ手續ニ在リテハ當事者ヲ原告及ヒ被告ト稱セスシテ債權者及ヒ債務者ト稱スル所以ナリ左ニ之ヲ分説スヘシ

(一) 債權者

強制執行ノ手續ニ在リテハ債權者ハ通常執行文ニ因リテ之ヲ認識ス唯執行ニ付キ特ニ執行文ヲ要セザルトキニ限り執行シ得ヘキ債務名義ニ因リテ之ヲ認識スルモノナリ(第五二八條第五六一條第七四九條左ニ債權者ノ意義及ヒ其權利ヲ略述スヘシ

(A) 意義 債權者トハ自己ノ爲メニ國家ニ對シ其強制力ノ適用ヲ求ムルノ權利ヲ有スル一私人ナリ換言スレハ債務名義ヲ以テ確定セラレタル執行シ得ヘキ請求權ヲ有スル者ナリ故ニ私權確定ノ手續ニ於ケル原告ト其意義ヲ同シウセス例ヘハ被告ノ申立ニ因リ原告ニ對シ被告ノ給付シタルモノノ辨濟ヲ爲スヘキ旨ノ判決ヲ言渡シ(第五一〇條第二項)又ハ原告ニ對シ訴訟費用ヲ負擔スヘ

雜 記

○破産宣告ニ關スル裁判ニ對スル抗告 商法第九百七十八條第一項ニハ「商人カ支拂ヲ停止シタルトキハ裁判所ハ本人又ハ債權者ノ申立ニ因リ決定ヲ以テ破産ヲ宣告ス」ト規定シ第二項ニハ「裁判所ハ口頭辯論ヲ經スシテ裁判ヲ爲スコトヲ得此裁判ニ對シテハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得」トアリ此第二項ノ規定ハ破産宣告ニ關スル裁判ニシテ口頭辯論ヲ經スシテ爲ス所ノ裁判ニノミ適用スヘキカ將タ第一項ノ決定即チ破産ノ宣告ニハ其口頭辯論ヲ經タルト否トヲ問ハス之ニ對スル抗告ハ即時抗告ヲ以テスヘキカ大審院ノ判決理由ニ曰ク「商法第九百七十八條第二項ハ第一項ノ規定ヲ承ケ先破産宣告ニ關スル裁判ハ口頭辯論ヲ經スシテ爲スコトヲ得ヘキ旨ヲ規定シ次ニ其裁判ニ對シテハ口頭辯論ヲ經タルト否トニ拘ラス即時抗告ヲ爲スコトヲ得ヘキ旨ヲ規定シタルモノニシテ其末段規定ノ趣旨ハ口頭辯論ヲ經スシテ爲シタル裁判ニ限リ即時抗告ヲ爲スコトヲ得ト爲シタルモノニ非ス何トカハ商法施行條例第二十四條第二

十五條等ノ規定ハ新商法施行ノ後ト雖モ仍効力ヲ存スルコトハ商法施行條第百四十七條ノ規定スル所ナルハ破産事件ノ抗告ニ關シテハ非訟事件手續法ヲ適用スヘキ限リニアラザルコト自ラ明白ニシテ若シ本論旨ハ如ク商法第九百七十八條第二項末段ノ規定ヲ以テ口頭辯論ヲ經スシテ爲シタル裁判ニ限リテ即時抗告ヲ許シタルモノナリト解釋スレバ口頭辯論ヲ經テ爲シタル破産事件ノ裁判ニ對シテハ他ニ抗告ヲ許シタル規定ナキヲ以テ抗告スルコトヲ得ザルモノト論結セザルヲ得ザルニ至レハ「大判」ト（大審院明治三十六年ノ第二百五件明治三十六年七月）「大判」ト（大審院明治三十六年ノ第二十五件明治三十六年七月）「大判」ト（大審院明治三十六年ノ第二十五件明治三十六年七月）

○特別試驗問題 去ル十一月本棧ニ於テ施行シタル第三年級特別試験ノ問題左ノ如シ書キテ附シテ第二項ニ於テ口頭辯論ヲ經スルモノニ對シテハ

八 支那民法物權^{自第七章}至^{第十}章（富井博士）トハ本人又ハ代理人ニ對シテハ

一 留置權ハ物權トシテ如何ナル効力ヲ有スルヤ 試答 留置權ハ自第十八條第一項ニハ留置權ハ物權トシテ如何ナル効力ヲ有スルヤ 試答 留置權ハ自第十八條第一項ニハ留置權ハ物權トシテ如何ナル効力ヲ有スルヤ

二 先取特權ハ之ヲ讓渡スルコトヲ得ルヤ理由ヲ附シテ答フヘシ

民法親族（掛下學士）

- 一 夫方妻ノ法定代理人トシテ妻方夫ノ法定代理人トシテ如何ナル場合ニ在ルカ
- 二 後見人ハ被後見人ノ財産ヲ讓受スルコトヲ得ルカ

民法親屬（若槻學士）

- 一 親相續人ノ家數ヲ直系專屬ハ如何ナル順序ニ於テ家督相續人トナルヤ
- 二 法律上相續人ハ親戚承繼ヲ爲シタルモノト看做サルル場合ヲ舉ゲ其理由ヲ說明スヘシ

商法手形（矢部學士）

- 一 手形義務ノ特權ヲ說明シ我國法ニ於ケル手形ノ主義ヲ論スヘシ
- 二 高書ノ効力ヲ說明スヘシ

商法海商（加藤學士）

- 一 船舶所有者自ラ船長タル場合ニ於テモ亦第五百四十四條ニ所謂委任權ヲ有スルヤ
- 二 航海中ノ船舶ヲ讓渡シタル場合ニ於テ船長及ニ海員ハ新舊船舶所有者ニ對シテ如何ナル關係ニ立ラフヤ

行政法總論（美濃部博士）

- 一 官吏ノ履任義務ノ範圍ヲ論スヘシ
- 二 權限爭論ノ性質ヲ論スヘシ

行政法各論（上杉學士）

- 一 税租ト手数料トノ區別ヲ論スヘシ(立井學士)
- 二 保安警察ノ意義ヲ論スヘシ
- 三 國 際 私 法 (山田博士)
 - 一 外國ニ所在ノ動産ヲ讓渡ス契約ノ成立及效力ハ何レノ法律ニ依リテ之ヲ定ムヘキヤ
 - 二 外國人ハ如何ナル場合ニ離婚ノ訴ヲ我國裁判所ニ提起スルコトヲ得ヘキヤ又何レノ法律ニ依リテ離婚ヲ宣告スヘキモノナリヤ
- 民事訴訟法 自第三編 (板倉學士) 至第五編
 - 一 抗告人ト反對ノ利害關係ヲ有スル者カ抗告裁判所ヨリ書面上ノ陳述ヲ求ムラレタル場合ニ於テハ附帶抗告ヲ爲スヲ得ルニ理由ヲ附シテ答フヘシ
 - 二 原告ニ於テ反對給付ノ義務アル代價物ノ一定ノ數量ノ請求ハ證書訴訟トシテ提起スルヲ許スヤ理由ヲ附シテ答フヘシ
- 民事訴訟法 自第六編 (松岡學士) 至第八編
 - 一 強制執行ノ手續ハ非訟事件ノ手續ニ屬スルヤ否ヤ
 - 二 執行裁判所ノ意義ヲ略述スヘシ
- 破 産 法 (松岡學士)
 - 一 破産ノ手續ハ非訟事件ノ手續ニ屬スルヤ否ヤ
 - 二 破産者ニ對シテ言渡シタル罰金ハ破産財團ヨリ之ヲ取立アルコトヲ得ルヤ

● 學生募集

- 大 學 豫 科 第二期生缺員アリ臨時入學ヲ許ス
- 專 門 部 正科生、別科生共缺員アリ臨時入學ヲ許ス
- 高等研究科 十一月四日ヨリ授業ヲ開始セリ入學志願者ハ此際申出ツヘシ
- 聽 講 生 臨時入學ヲ許ス
- 校 外 生 臨時入學ヲ許ス

三十七年度講義錄ハ之ヲ三學年ニ分チ各學年共十月ヨリ毎月三回發行滿一箇年ヲ以テ完結ス
 月謝金ハ各學年共金五十錢但官公署在職者證明書ヲ要ス)及ヒ校友ノ紹介アル者ハ金四十五錢トス
 總テ入學金ヲ要セズ、入學志願者ハ此際申込ムヘシ

十一月 司法部指定 立私法政大學

- 一 税租ト手帳料トノ區別ヲ論スヘシ
- 二 保安警察ノ意義ヲ論スヘシ

國 際 私 法 (山田博士)

- 一 外國ニ所在ノ動産ヲ賣渡ス契約ノ成立及效力ハ何レノ法律ニ依リテ之ヲ定ムヘキヤ
- 二 外國人ハ如何ナル場合ニ離婚ノ訴ヲ我國裁判所ニ提起スルコトヲ得ヘキヤ又何レノ法律ニ依リテ離婚ヲ宣告スヘキモノナリヤ

民事訴訟法自第三編至第五編 (板倉學士)

- 一 抗告人ト反對ノ利害關係ヲ有スル者ガ抗告裁判所ヨリ書面上ノ陳述ヲ求メラレタル場合ニ於テハ附帶抗告ヲ爲スヲ得ルヤ理由ヲ附シテ答フヘシ
 - 二 原告ニ於テ反對給付ノ義務アル代債務ノ一定ノ敷金ノ請求ハ證書訴訟トシテ提起スルヲ許スヤ理由ヲ附シテ答フヘシ
- 民事訴訟法自第六編至第八編 (松岡學士)
- 一 強制執行ノ手續ハ非訟事件手續ニ屬スルヤ否ヤ
 - 二 執行裁判所ノ意義ヲ略述スヘシ

破 産 法 (松岡學士)

- 一 破産ノ手續ハ非訟事件ノ手續ニ屬スルヤ
- 二 破産者ニ對シテ言渡シタル罰金ハ破産財團ヨリ之ヲ取立アルコトヲ得ルヤ

● 學生募集

- 大 學 豫 科 第二期生缺員アリ臨時入學ヲ許ス
- 專 門 部 正科生、別科生共缺員アリ臨時入學ヲ許ス
- 高等研究科 十一月四日ヨリ授業ヲ開始セリ入學志願者ハ此際申出ツヘシ
- 聽 講 生 臨時入學ヲ許ス
- 校 外 生 臨時入學ヲ許ス

三十七年度講義錄ハ之ヲ三學年ニ分チ各學年共十月ヨリ毎月三回發行滿一箇年ヲ以テ完結ス
 月謝金ハ各學年共金五十錢但官公署在職者(證明書ヲ要ス)及ヒ校友ノ紹介アル者ハ金四十五錢トス
 總テ入學金ヲ要セス、入學志願者ハ此際申込ムヘシ

十 一 月

司法部指定
 文部省認定
 私立 法政大學

法學志林

一部定價金十二錢郵稅一錢
十部定價金一圓二錢
校友、生徒、校外生へ一部特
價郵稅共十一錢十部前金郵
稅共一圓

第五十一號目次 (十二月十五日發行)

(取寄命令ニ就テ)

法學士 板倉松太郎

志林

○シラン、ボガンノ主權論

法學士 上杉 愷吉

○爭議ニ就テ

法學士 松浦 鎮次郎

○最近例判評(其十五)

法學士 梅 謙次郎

○維新以後我國法學進勢

法學士 加藤 正治

○露國新刑法

法政大學生 佐竹 三晋

○遠警罪即決處分ト憲法第二十四條及第五十七條トノ關係

法學士 清水 水 澄

○各株主ハ毎事業年度ニ一定ノ利息ヲ受クヘシトノ定款ノ效力

法學士 松本 蒸治

○外國ニ於テ宣告セラレタル破産ノ日本ニ於ケル效力

講師 山口 弘一

○金利ノ騰貴ト外國爲替相場トノ關係

法學士 山崎 覺次郎

○倉庫證券ノ流通ニ就テ

校 友 渡邊 武左衛門

○大審院新判決例 四十四件

○其他雜報、記事等

○私法政大

文部省認定

(明治三十六年十一月十二日第三種郵便物認可)
毎月九日、十五日、廿一日、廿七日發行

明治三十六年十二月十五日印刷
明治三十六年十二月十八日發行
(定價金貳拾錢)

編輯兼
發行所
東京市牛込區牛込北町十番地
萩 原 敬 之

印刷者
東京市牛込區矢來町三番地
小 宮 山 信 好

印刷所
東京市芝區西ノ久保明舟町十一番地
金 子 活 版 所

發行所
指 定
東京市麴町區富士見町六丁目十六番地
法 政 大 學
(電話番町百七十四番)