

法政大学学術機関リポジトリ

HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2024-07-27

法政大學講義録

美濃部, 達吉 / 松岡, 義正 / 上杉, 慎吉 / 掛下, 重次郎 /
若槻, 禮次郎 / 加藤, 正治

(出版者 / Publisher)

法政大學

(巻 / Volume)

3-24

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

55

(発行年 / Year)

1904-06-08



（明治三十六年十月十二日第三種郵便物認可）
每冊十冊 二日三日五日八日十二日十五日十八日廿一日廿五日廿八日發行

三十七年度

明治三十七年六月八日發行

第三學年ノ二十四

法政大學講義錄

第七拾七號

法政大學發行



第三學年第二十四號目次

民法	親族	(自三九三至四〇〇)	法律學士	掛下重次郎
民法	相續	(自三三五至三四二)	法學士	若槻禮次郎
商法	海商	(自二〇一至二〇三)	法學博士	加藤正治
行政法	總論	(自二四一至二六四)	法學博士	美濃部達吉
行政法	各論	(自二四七至二六二)	法學士	上杉慎吉
民事訴訟法	自第六編(自一八五至第八編(自二二六)		法學士	松岡義正

雜報

○眞實ニ非サル日附及ヒ振出地○不當ノ理由ヲ付シ又ハ理由ヲ付セサル抗告裁判所ノ裁判ト再抗告

方法取消權ノ消滅時效ノ如キハ總テ總則ノ規定ニ依ルヘキハ當然ナルカ故ニ之ニ依ルヘキコトト爲シタリ

(二) 第九百三十一條 後見人ハ親族會ノ同意ヲ得ルニ非サレハ被後見人ノ財產ヲ貸借スルコトヲ得ス(舊民法人事編第一九六條)

後見人カ被後見人ノ財產ヲ其獨斷ニテ貸借スルコトヲ得ルモノト爲ストキハ自己ノ利益ヲ圖ルカ爲メニ廉價ニ借受タルノ虞アリ然レトモ他ノ者カ借受クルト同様若クハ之ヨリ一層被後見人ノ爲メニ利益ナル條件ヲ以テ貸借スルトキハ被後見人ノ爲メニ利益アルコトアルモ不利益ナルコトナケレハ此ノ如キ場合ニハ後見人カ貸借スルコトヲ許スモ可ナリ故ニ法律ハ後見人カ被後見人ノ財產ヲ貸借スルコトヲ絕對ニ禁止セスシテ親族會ノ同意ヲ得ヘキモノト爲セリ

本條ニ規定スル貸借ハ不動産タルト動産タルトヲ問ハス總テ之ヲ包含スルナリ舊民法人事編並ニ佛國民法(第四五〇條第三項)ノ如キハ之ヲ不動産ノ貸借ニ限リタレトモ被後見人ノ動産タリトモ後見人カ其獨斷ニテ之ヲ貸借スルコト

第三學年第二十四號目次

民法 親族 (自三九三)

法學士 掛下重次郎

民法 相續 (自三三三)

法學士 若槻禮次郎

商法 海商 (自二〇三)

法學博士 加藤正治

行政法 總論 (自一六四)

法學博士 美濃部達吉

行政法 各論 (自二六二)

法學士 上杉慎吉

民事訴訟法 (自一八五)

法學士 松岡義正

雜報

○其實ニ非ナル日附及ビ張出地○不當ノ理由ヲ付シ又ハ理由ヲ付セザル抗告裁判所ノ裁判ト再抗告

090
1904
3-1-24

方法取消權ノ消滅時効ノ如キハ總テ總則ノ規定ニ依ルヘキハ當然ナルカ故ニ之ニ依ルヘキコトト爲シタリ
(二) 第九百三十一條 後見人ハ親族會ノ同意ヲ得ルニ非サレハ被後見人ノ財產ヲ貸借スルコトヲ得ス(舊民法人事編第一九六條)
後見人カ被後見人ノ財產ヲ其獨斷ニテ貸借スルコトヲ得ルモノト爲ストキハ自己ノ利益ヲ圖ルカ爲メニ廉價ニ借受タルノ虞アリ然レトモ他ノ者カ借受タルト同様若クハ之ヨリ一層被後見人ノ爲メニ利益ナル條件ヲ以テ貸借スルトキハ被後見人ノ爲メニ利益アルコトアルモ不利益ナルコトナケレハ此ノ如キ場合ニハ後見人カ貸借スルコトヲ許スモ可ナリ故ニ法律ハ後見人カ被後見人ノ財產ヲ貸借スルコトヲ絕對ニ禁止セシメテ親族會ノ同意ヲ得ヘキモノト爲セリ
本條ニ規定スル貸借ハ不動産タルト動産タルトヲ問ハス總テ之ヲ包含スル尤メ舊民法人事編並ニ佛國民法第四五〇條第三項ノ如キハ之ヲ不動産ノ貸借ニ限ラタレトモ被後見人ノ動産タリトモ後見人カ其獨斷ニテ之ヲ貸借スルコト

民法解説 後見ノ事務

人ハ其過失者ニ對シテ請求スルコトヲ得ルヲ勿論ナレトモ後見人ニ對シテモ請求スルコトヲ得ヘキナリ而シテ此場合ニ於テ後見人カ過失者タル管理人ニ對シテ其賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘキハ勿論ナリ

臨時管理人ノ權限ハ被後見人ノ財産ノ管理ニ止マリ其身分上ノ事ニハ關セザルナリ例ヘハ教育ノ方法ヲ定メ居所ヲ指定シ又ハ懲戒ヲ爲スコト等ハ管理人ノ權限ニ非タルナリ又財産ニ關シテモ管理行爲以外ニ於テハ管理人ハ權限ヲ有セス例ヘハ被後見人ニ代リテ法律行爲ヲ爲シ又ハ被後見人カ其行爲ヲ爲スニ同意ヲ與フルコトノ如キ是ナリ故ニ若シ後見人カ此等ノ事ニ關シテ其任務ヲ曠クシタルトキハ裁判所ニ請求シテ之ヲ免職スルヨリ外アラサルナリ(第九〇八條第八號)

後見人ノ擔保提供ノ義務(第九三三條) 親族會ハ後見人ヲシテ被後見人ノ財産ノ管理及ヒ返還ニ付キ相當ノ擔保ヲ供セシムルコトヲ得舊民法債權擔保編第二〇四條第一項第二號第二一七條第二二七條) 親族會ハ後見人ヲシテ被後見人ノ財産ノ管理及ヒ返還ニ付キ相當ノ擔保ヲ供セシムルコトヲ得舊民法債權擔保編第二〇四條第一項第二號第二一七條第二二七條) 於テ必要アリリト認メタルトキ其財産ノ

管理及ヒ返還ニ付キ夫ヲシテ相當ノ擔保ヲ供セシムルコトヲ規定シタル第八百三條ト其趣旨ヲ同シツス蓋シ後見人ハ被後見人ノ財産ヲ管理スルヨリ其過失又ハ故意ニ因リテ被後見人ニ損害ヲ加フヘキ危險アルヲ以テ被後見人保護ノ爲メ親族會ハ後見人ヲシテ被後見人ノ財産ノ管理及ヒ返還ニ付キ相當ノ擔保ヲ供セシムルコトヲ得ルモノト爲セリ若シ此規定ナキトキハ後見人カ管理ノ當ヲ失シ又ハ濫ニ被後見人ノ財産ヲ費消シタル場合ニ於テハ後見終了ノ後被後見人ハ後見人ヨリ其財産ノ返還ヲ受クルコト能ハスシテ損失ヲ受クルニ至ル是ヲ以テ其規定ヲ設ケタリ而シテ本法ニ於テハ此義務ヲ後見人ニ對スル常義務ト爲サシテ親族會カ必要ト認ムル場合ニ限り相當ノ擔保ヲ供セシムヘキモノト爲シタルハ最モ實際ニ適セリ然ルニ舊民法債權擔保編第二〇四條) 及ヒ佛國民法第二二一條ノ如キハ被後見人ハ妻カ夫ニ對シテ法律上ノ抵當權ヲ有スルト同シク後見人ノ總不動産ノ上ニ當然抵當權ヲ有シ之ヲ登記シテ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノト爲シタルトモ常ニ此ノ如クスルトキハ後見人ハ其不動産ノ融通ヲ妨ケラレ其迷惑尠少ナラサルナリ殊ニ富裕ナル温厚

ノ後見人ニ對シテハ必スシモ擔保ヲ供セシムヘキ要アラヌ又其擔保ハ法律上ノ抵當即チ不動産ニ限レルカ故ニ不動産ヲ有セサル後見人ハ擔保ヲ供セサルモ可ナルモノニシテ此ノ如キハ被後見人ノ保護トシテハ宜キヲ得サルヲ以テ本法ハ此ノ如キ場合ハ法律上ノ抵當ヲ認メスシテ必要ナル場合ニ相當ノ擔保ヲ供セシムヘキモノト爲シタル所以ナリ故ニ或ハ保證人ヲ立ラシメ或ハ有價證券ヲ供セシメ或ハ抵當權若クハ質權ヲ設定セシムルコトヲ得ヘキナリ

戶主權及ヒ親權ノ代理行使(第九三四條) 被後見人カ戶主ナルトキハ後見人ハ之ニ代リテ其權利ヲ行フ但家族ヲ離籍シ其復籍ヲ拒ミ又ハ家族カ分家ヲ爲シ若クハ廢絶家ヲ再興スルコトニ同意スルニハ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

後見人ハ未成年者ニ代リテ親權ヲ行フ但第九百十七條乃至第九百二十一條及ヒ前十條ノ規定ヲ準用ス(舊民法人事編第二五七條)

被後見人カ戶主ナル場合ニ於テ後見ニ付セラルル者ニシテ自ら戶主權ヲ行フコトヲ得ト爲スハ甚タ道理ニ適セサルヲ以テ此場合ニ於テハ後見人代リテ其戶主權ヲ行フコトト爲シタリ而シテ父又ハ母カ未成年ノ子ニ代リテ戶主權ヲ

行フ場合(第八九五條)ニ於テハ父又ハ母ニ對シテ別ニ戶主權ニ制限ヲ設ケサレトモ後見人カ代リテ戶主權ヲ行フ場合ニハ(一)家族ヲ離籍シ(第七四九條第三項第七五〇條第二項)若クハ其復籍ヲ拒ム(第七五〇條第二項トキ)(二)家族ノ分家若クハ廢絶家再興ニ同意スルトキ(第七四三條)ハ親族會ノ同意ヲ得ルコトヲ要スルモノト爲セリ蓋シ此等ノ場合ハ孰レモ事重大ニ涉ルカ故ニ之ヲ後見人ノ獨斷ニ委セサルコトト爲シタルナリ

未成年者カ親ナル場合ニ於テ自身親權ニ服シナカラ其子ニ對シテ親權ヲ行フコトヲ得ルモノトスルハ戶主權ニ於ケルカ如ク道理ニ適セサルヲ以テ此場合ニ於テハ其未成年者ニ對シテ親權ヲ行フ父又ハ母カ之ニ代リテ親權ヲ行フコトト爲シタレトモ(第八九五條)其未成年者ニ對シテ親權ヲ行フ者ナキ場合ニ於テモ自身後見ニ付セラレナカラ其子ニ對シテ親權ヲ行フコトヲ得ルトスルハ同シク道理ナルヲ以テ此場合ニハ後見人代リテ親權ヲ行フコトト爲シタリ而シテ後見人カ親權ヲ行フ場合ハ親カ自ラ之ヲ行フ場合ト異ナリテ種種ノ制限ヲ設ケタリ何トナレハ後見人カ未成年者ニ代リテ親權ヲ行フ場合ニ於テハ

未成年者ノ爲メニ其任務ヲ行フ場合ニ於ケルヨリ一層大ナル信任ヲ爲スヘキ
 爾レナキヲ以テナリ故ニ其後見ノ任務ニ付キ設ケタル制限ハ總テ茲ニ準用ス
 ルコトト爲シタルナリ
 本條第二項ニハ(後見人ハ未成年者ニ代ハリテ親權ヲ行フトノモアリテ禁治產
 者ノ後見人ハ禁治產者ニ代リテ親權ヲ行フヘキコトノ規定ナキハ如何トノ疑
 團生スヘケレトモ親權ヲ行フ者カ禁治產者ナルトキハ其禁治產者ノ爲メニハ
 常ニ後見人アルヲ以テ未成年ノ場合ノ如ク其後見人カ禁治產者ニ代リテ親權
 ヲ行フヘキモノト爲スヲ得ス親權ヲ行フヘキ禁治產者ニシテ父ナルトキハ其
 子ノ爲メニハ父ノ外向ホ母アルヘク若シ親權ヲ行フヘキ者カ母ニシテ禁治產
 ノ宣告ヲ受ケタルトキハ母ノ外親權ヲ行フヘキ者ナシト雖モ以上ノ如ク親權
 ヲ行フ父カ禁治產ノ宣告ヲ受ケタルトキハ第八百七十七條ノ規定ニ從ヒ家ニ
 母アレハ親權ヲ行フヘキカ故ニ此場合ニ於テハ禁治產者ノ子ノ爲メニハ保護
 者アルヲ以テ後見ノ開始アルコトナク又隨テ後見人ヲシテ禁治產者ニ代リテ
 親權ヲ行ハシムヘキ理アラサルナリ然レトモ子ノ爲メニハ禁治產者タル父ノ

子ノハ總テ相續人ニ歸屬スルモノナリ但シ遺言者カ特ニ此ノ如キ場合ニハ
 ニ他人ヲシテ遺贈ノ目的物ヲ取得セシメント定メタルトキハ之ニ從フヘキハ
 無論ナリ 遺言者ニ付テハ特ニ遺言者ニ提出シタル人又ハ其ノ外野人立會ハ上
 述ノ如クハ遺言者ニ付テハ特ニ遺言者ニ提出シタル人又ハ其ノ外野人立會ハ上

第四節 遺言ノ執行

第一 遺言書ノ提出
 遺言ハ遺言者ノ死後ニ效力ヲ生スルモノナルカ故ニ遺言書ノ偽造變造ヲ豫防
 スルコトハ立法者ノ最モ力メタルヘカラズル所トス公正證書ヲ以テ遺言ヲ爲
 シタルトキハ遺言書ハ公證人之ヲ作り其原本ハ公證人ニ於テ保存スルカ故ニ
 公證人以外ノ者カ偽造變造スルコトハ全ク之ヲ爲スコト能ハス公證人カ證書
 ヲ偽造變造シタルトキハ特ニ重キ刑事上ノ責任ヲ受クヘキ也公正證書ノ
 遺言ハ法律上其真正ナルコトノ擔保ハ先テ十分ナリト謂フ者蓋シ然ルニ自
 筆證書ニ依ル遺言ハ之ト趣ヲ異ニシ時トシテハ關係者其謀シテ遺言書ヲ偽造
 變造スルコトナシトス故ニ法律ハ相當ノ規定ヲ設ケテ相續人相續人ノ保護

者受遺者又ハ受遺者ノ債權者等ノ利益ヲ保護セザルベカラズ第千百六條ハ此趣意ニ依リ設ケラレタリ同條ハ遺言ノ真正ナルコトヲ擔保スルカ爲メニ公正證書ノ外ハ總テ裁判所ノ檢認ヲ必要トシ且ツ封印アル遺言書原裁判所ニ於テ相續人又ハ其代理人ノ立會ヲ以テ開封スヘキモノトセリ故ニ遺言書ノ保管者アルトキハ其保管者ハ相續ノ開始アリタル後遲滞ナク裁判所ニ提出シテ其檢認ヲ受クヘク保管者ナキトキハ相續人遺言書ヲ發見シタルトキハ相續人ヨリ遲滞ナク之カ提出ヲ爲スコトヲ要ス而シテ裁判所カ檢認ヲ爲スニハ遺言ニ關スル總テノ事實ヲ調査シテ檢認スルモノニシテ裁判所ノ檢認セザル遺言書ハ無効タルヘキモノナリ第千百六條第二項ハ特ニ自筆證書ニ限ラサルカ故ニ秘密證書ニ依ル遺言ニ向ホ同項ノ適用ヲ免レス同項ノ規定ハ證書ノ偽造變造ヲ防クニハ最も適當ナレトモ法律ハ向ホ之ヲ以テ十分ナリトセス第三項ヲ以テ封印アル遺言書ニ付テハ特ニ裁判所ニ提出シテ相續人又ハ其代理人立會ノ上ニテ開封スヘキモノトセリ是レ封印アルモノハ封印ノ儘裁判所ニ提出スヘキモノトセハ偽造變造ヲ防クニ殊ニ便アレハナリ而シテ相續人又ハ其代理人ノ

立會ハ法律上ノ一要件ナルカ故ニ相續人カ裁判所ノ召喚ヲ受クルモ出頭セザルカ又ハ其代理人ヲモ出テサルトキハ遺言書ハ之ヲ開封スルコトヲ得サルナリ

遺言書ヲ裁判所ニ提出シテ其檢認ヲ請求シ又ハ其開封ヲ求ムルコトハ法律カ遺言書ノ真正ナルコトヲ擔保スルカ爲メニ必要トスル所ナレトモ此手續ヲ盡テサルカ爲メニ遺言書ノ無効ト爲ルコトナキハ勿論ナリ何トナレハ遺言ハ遺言者之ヲ爲スモノニシテ檢認等ノ手續ハ相續人又ハ遺言書ノ保管者之ヲ爲スヘキモノナリ若シ相續人又ハ保管者カ其義務ヲ怠リタルカ爲メニ遺言其モノカ無効ト爲ルトキハ遺言者ハ他人ノ所爲ノ爲メニ其意思ノ遂行ヲ妨ケラルルノ不都合ヲ生スヘケレハナリ然レトモ法律上ノ義務ヲ盡テサル場合ニ於テ何等ノ制裁ナキトキハ法律ノ命令ハ行ヘサルカ故ニ第千百七條ハ過料ノ制裁ヲ設ケテ之ヲ強制シタリ

第二 遺言執行者

相續人ハ被相續人ノ人格ヲ承繼スルモノナルカ故ニ被相續人ノ意思タル遺言

ヲ執行スルコトハ相續人ノ自然ノ任務ナリト謂ハサルハカラス然レトモ遺言ハ多クノ場合ニ於テ相續人ノ利益ニ反スルモノナルカ故ニ相續人ヲシテ遺言ヲ執行セシムルトキハ誠實ニ之ヲ執行セサル虞ナキニ非ス故ニ遺言執行者ヲ定メ遺言ノ利益ヲ受クヘキ者ノ利益ヲ保護スヘキモノナリトスルハ相當ナリ相續人ハ此者ナキトキニ於テノ遺言ヲ執行スヘキモノナリトスルハ相當ナリ相續人トノ二アリトスルハ又ハ相續人又ハ遺言者ノ其遺言ニ依リテ執行スルモノトシテ被相續人ノ意思ニ因ル遺言執行者 遺言者ハ一人又ハ數人ノ遺言執行者ヲ指定シ又ハ其指定ヲ第三者ニ委託スルコトヲ得但シ其指定又ハ指定ノ委託ニ必ス遺言ヲ以テ爲スコトヲ必要トス遺言執行ノ委託ヲ受ケタル者ハ遲滯ナク之ヲ指定シテ通知セサルヘカラス然レトモ委託ヲ受ケタル者ハ之ニ依リテ委託ヲ爲スヘキ義務ヲ負フモノニ非サルカ故ニ自ラ好マサルトキハ其委託ヲ辭スルコトヲ得ルモノナリ但シ遺言執行者ヲ指定ハ相續人ノ權利ニ影響スルコトトシカラスルカ故ニ遺言執行者指定ノ委託ヲ受ケタル者カ無斷ニ指定ヲ爲

サナルトキハ相續人其他利害關係人ノ迷惑尠カラズ故ニ之ヲ辭セントスルトキハ遲滯ナク相續人ニ通知スヘキモノナリトスルカ
遺言執行者ノ指定ハ遺言者ノ單獨行為ナルカ故ニ之ニ依リテ被指定者ニ義務ヲ生スルモノトセハ被指定者ハ他人ノ意思ニ因リテ一種ノ義務ヲ負擔セシメラルルコトト爲ルヲ以テ法律ハ被指定者ノ意思如何ニ由リテ或ハ之ヲ承認スルヤ否ヤヲ定ムルコトヲ得ルモノト爲シタリ被指定者ニシテ就職ヲ承諾セサルトキハ相續人ニ對シ其意思ヲ表示スヘク又之ヲ承諾シタルトキハ直チニ其任務ヲ行ハサルヘカラス若シ被指定者カ其任務ヲ行ハス又就職ヲ承諾セサル旨ヲモ明言セサルトキハ相續人其他ノ關係人ハ被指定者カ如何ナル態度ニ出ツルカヲ知ル能ハサルカ故ニ相續人其他ノ利害關係人ハ相當ノ期間ヲ定メ其期間内ニ就職ヲ承諾スルヤ否ヤヲ催告スルコトヲ得被指定者カ其期間内ニ意思ヲ表示セハ其意思ニ從フヘキモ若シ期間内ニ何等ノ意思ヲモ表示セサルトキハ如何凡ソ當事者ノ意思カ法律行為ノ要素ト爲ル場合ニ何等ノ意思ヲモ表示セサルトキハ其行為ヲ爲スノ意ナキモノト看サルヘカラス故ニ此場合ニハ被

指定者ハ承諾セザルモノト看ルコト當然ナリト雖モ第千百十條ハ之ニ反シテ此ノ如キ場合ニ於テ就職ヲ承諾シタルモノト爲シタリ蓋シ被指定者ニシテ確答セザルヲ以テ觀レハ甚シク就職ヲ厭フモノニ非スト思ハルル事情アリ而シテ遺言者又ハ遺言者ノ委託ヲ受ケタル者ハ其人ヲシテ遺言ノ執行ヲ爲サシムルコト其最モ希望スル所ナルカ故ニ被指定者カ甚シク厭ハサルトキハ之ヲシテ執行者タラシムルコト最モ便トスル所ナルヲ以テナリ

(ロ) 裁判所ノ選任シタル遺言執行者 外國ノ立法例ニ於テハ遺言執行者ハ遺言者ノミ之カ指定ヲ爲スコトヲ得ト爲シ其他ノ者ノ指定又ハ選任ヲ認メザルモノアリト雖モ我民法ハ遺言者ノ意思ニ因ル遺言執行者ナキトキ又ハ之アリシモ執行者ナキニ至リタルトキハ利害關係人ノ請求ニ因リ裁判所ニ於テ之ヲ選任スルコトヲ得ルモノトセリ而シテ裁判所ノ選任シタル執行者ハ正當ノ事由ナクシテ就職ヲ拒ムコトヲ得ス是レ可成的早ク遺言執行者ヲ確定セシメ遺言ノ執行ヲ迅速ナラシムルノ趣旨ニ出テタルモノナリ

二 遺言執行者タルヲ得ザル者 遺言執行者ハ相續財産ヲ管理シテ遺言ヲ遵

實ニ執行セザルヘカラサルカ故ニ自己ノ財産スラ治ムルコトヲ得ザル者ハ遺言執行者ト爲ルヲ得ザルハ勿論ナリ故ニ法律カ無能力者トシテ權利ノ行使ヲ爲スコトヲ得ザルモノト爲シタル者及ヒ破産ノ宣告ヲ受ケタル者ニシテ財産ヲ適當ニ治ムルコトヲ得ザル者ハ遺言執行者ト爲ルコトヲ得ス

三 遺言執行者ノ性質 遺言執行者ハ其名稱ノ示スカ如ク遺言ヲ執行スル者タルハ勿論ナレトモ何人ノ爲メニ遺言ヲ執行スルカニ付テハ學者ノ見ル所自ラ異ナル所アリ佛蘭西民法ヲ説明スル者ハ多クハ之ヲ以テ遺言者ノ代理人ト爲セリ佛民法ニ於テ此ノ如キ論アルハ法律ノ規定上自ラ斯ル見解ノ出ツルモノナリ即チ一方ニ於テハ遺言執行者ヲ指定スルモノハ遺言者ノミニ限リ我民法ノ如ク裁判所ノ選任スル如キコトヲ認メヌ又他ノ一方ニ於テハ遺言者カ遺言執行者ヲ指定スルハ相續人ヲシテ遺言ヲ執行セシムルトキニ於テハ遺言ヲ説實ニ執行セザルノ虞アルヲ以テ遺言者カ自ラ遺言ヲ執行スルニ代リニ遺言執行者ヲシテ之ヲ執行セシムルモノナリト看タルナリ然レトモ佛國學者ト雖モ人ノ死亡後ニ於テ其代理人ナルモノアルコトハ理論ノ許サザル所ナルコトハ

一 構造上ニ於テ重要ナル差異ハ左ニ三點ニ在リ即チ洋船ニハ第一ニ適當ナル距離ニ肋材ヲ具ヘ第二ニ船梁ヲ具ヘ之ニ甲板ヲ張リ第三ニ船尾材ヲ具ヘ之ニ舵ヲ垂ル然ルニ和船ニ在リテハ總テ此三者ヲ缺ク而シテ洋船ハ其積量ヲ計算スルニ噸數ヲ以テシ和船ハ石數ヲ以テス前者ハ大船製造ヲ獎勵セラレ噸數ヲ増ス毎ニ獎勵金ヲ増加ス(造船獎勵法第三條然ルニ後者ニ在リテハ五百石以上ノ大船ハ明治十八年七月八日第十六號布告ヲ以テ二十年一月一日ヨリ其製造ヲ禁止セラレル所ナリ)

六 船舶ヲ其運轉力ニ依リテ汽船、帆船、櫓權船ノ三種ト爲スヘシ或ハ帆力ト櫓トヲ混用スルモノアルヘシト雖モ概言スレハ此三ニ分タレ海商法ノ適用ヲ受クルモノハ前二者ニシテ櫓權船ハ其適用ヲ受ケス(第五三八條第二項)

七 登記ヲ爲シ且船舶國籍證書ヲ請受クルコトヲ要スル船舶ト然ラザルモノトノ區別ハ商法第五百四十條ニ依リテ定マレリ即チ西洋形船舶ニ在リテハ總噸數二十噸未滿、日本形船舶ニ在リテハ積石數二百石未滿ノモノハ右ノ手續ヲ履ムコトヲ要セザルナリ

第二節 海商法ノ適用ヲ受クル船舶ノ範圍

軍艦其他ノ公法的规定ノ適用ヲ受クヘキ船舶ヲ除キ其以外ノ私法的规定ノ適用ヲ受クヘキ船舶ニ付テ其大小及ヒ使用ノ目的ノ如何ヲ問ハス又其航行區域ノ何レタルヲ問ハス總テ一法一律ノ下ニ之ヲ支配セシムルコトハ立法上多少便宜ナキニ非ス彼ノ英國ノ商船法ノ如キハ稍ヤ此種ノ立法手段ヲ取リ權ヲ以テ運轉スル小船ヲ除クノ外總テノ船舶ハ皆其適用ヲ受クルモノトセリ又我舊商法モ商船其他ノ海船ト云ヒテ舊商法第八二四條海商法ノ適用ノ下ニ立ツ船舶ハ唯リ商船ノミナラス總テノ海船皆之ニ屬シ其範圍頗ル廣キモノアリ故ニ若シ此ノ如キ立法手段ヲ取ルトキハ我船舶法附則第三十五條ニ於テ海商法ノ準用ヲ受クル船舶ノ範圍ヲ定ムルノ必要ナキニ至ルノ利益アリ

然リト雖モ英國ノ如ク或ハ慣習法ヲ以テ甘シ或ハ各種ノ單行法律ヲ發シテ社會ノ急需ヲ充タシツツアル時代ハ格別荷モ法典ヲ編纂シテ成文法圖ニ進マントスルニ當リテハ一國ノ法律組織ノ全體ノ上ニ於テ各法ノ畛域地位本領ヲ明

確ナラシムルコトハ最モ須要ノ事ニ屬ス然ラズシハ國法全體ノ上ニ統一ヲ缺
 キ或ハ重複、脫漏、抵觸ノ弊ヲ生スルノ虞ナシトモ現ニ舊民法下舊商法下ノ如
 キハ即チ此病弊ニ陥リタルカ故ニ新民法並ニ新商法ノ編纂ニ付テハ最モ此點
 ニ意ヲ留メタルコトハ何人モ認識スル所ナリ即チ商法ノ地位ニ付テハ商行爲
 ニ關スル民法ノ特別法ナリト云フ主義ヲ以テ終始一貫シ一ニハ民法ト其性質
 ヲ同シウセシムル爲メニ私法的规定ノミヲ收メテ公法的规定ヲ省キ又其原則
 ノミヲ揭ケテ手續規定ニ及ハスニハ民法ニ對スル特別法タルノ地位ヲ保ツ
 爲メニ民法ノ一般規定ニテ足ルコトハ總テ之ヲ省キ三ニハ其性質トシテ商行
 爲ノミニ關スル規定ヲ設ク是レ實ニ商法立案ノ根本の方針ナリ故ニ海商編ニ
 至リテモ之カ適用ヲ受ケル船舶ハ商行爲ヲ爲ス目的ヲ以テ航行スルモノナラ
 ナルヘカラス即チ第五百三十八條ハ規定シテ曰ク
 本法ニ於テ船舶トハ商行爲ヲ爲ス目的ヲ以テ航海ノ用ニ供スルモノヲ謂フ也
 本編ノ規定ハ端舟其他櫓權ノミヲ以テ運轉シ又ハ主トシテ櫓權ヲ以テ運轉
 スル船ニハ之ヲ適用セス

ト故ニ海商法ノ適用ヲ受ケル船舶ハ第一次ニハ其使用ノ目的ヲ以テ制限セラ
 レ第二次ニハ其航行區域ヲ以テ制限セラレ第三次ニハ其大ナヲ以テ制限セラ
 ル仍テ今其制限ヲ順次ニ左ニ説明スヘシ
 一 商行爲ヲ爲ス目的 商行爲ノ何タルカハ商法第二百六十三條以下三箇條
 ニ於テ之ヲ規定セリ其各行爲ノ詳細ナル説明ハ之ヲ他ノ講義ニ譲リ茲ニ之ヲ
 述ヘサルモ海商ニ重要ナル關係ヲ有スルモノハ運送ト保險トノ二行爲ナリト
 ス而シテ商行爲ヲ爲ス目的ヲ以テ航行スル船舶ヲ實質的ニ例示スレハ其主タ
 ルモノハ運送營業人カ使用スル運送船ニシテ此他運送取扱人保險營業者仲立
 人間屋代理商ノ如キ諸般ノ商人カ其營業ノ爲メニ使用スル船舶(第二六五條參
 照)ハ皆此範圍ニ屬ス例ヘハ石炭商人カ使用スル石炭船ノ如キ又ハ貿易商人カ
 自己ノ貨物ヲ輸出入スル爲メニ使用スル船舶ノ如キ皆然リ現ニ三井物産會社
 ノ如キハ運送業ヲ營ム爲メニ非スシテ自己ノ商品ヲ輸出入スル爲メニ噸以
 上ノ大船數艘ヲ使用シツツアリ

商法第二修正案第十二議會提出第五百三十五條ニハ本法ニ於テ船舶トハ營利

ハ目的ヲ以テ航海ノ用ニ供スルモノヲ謂フト云ヘリ然レニ茲ニ所謂營利ノ目的ナル文字ハ前述シタル商法立案ノ方針ト合スルヤ否ヤ邦語トシテ之ヲ商行爲ヲ爲ス目的ノ範圍ニ限ルコト能ハサルカ如ク即チ商行爲ヲ爲ス目的ニ非ズル漁獵船ノ如キモ其中ニ包含サルルノ虞アリ殊ニ修正案ノ他ノ部分ヲ閱スルニ商行爲トシテ目スヘカラサル相互保險第二修正案第四一七條商法第四一八條ニ該當ス等ノ規定ヲ包含セシメタルヲ以テ之ヲ觀レハ前述ノ立法主義ハ必スシモ絶對的ニ嚴守セラレタルニ非サルモノト解釋セサルヲ得ス此ノ如キ批難アリタルカ爲メニ確定商法ハ右ノ營利ノ目的ナル文字ヲ改メテ商行爲ヲ爲ス目的ト爲シ以テ商法立案ノ方針ヲ嚴守シタリ隨テ其結果トシテ船舶法第三十五條ヲ設ケテ海商法ノ適用ヲ受ケル船舶ノ範圍ヲ定ムルノ必要切ナルニ至レリ

尙ホ參考ノ爲メニ我商法ノ母法トモ謂フヘキ獨逸法ノ此點ニ關スル規定ヲ述ヘンニ獨逸法ニ於テモ我第二修正案ノ如ク海商法ノ適用ヲ受ケル船舶ハ營利ノ目的ヲ以テ航海ノ用ニ供スルモノト云ヒテ商行爲ヲ爲ス目的ヲ以テ航海ノ

用ニ供スルモノト云ハス隨テ商行爲以外ノ營利ノ目的ヲ以テ航海スル船舶ノ主タルモノナル漁獵船カ果シテ海商法ノ適用ヲ受ケルヤ否ヤ我第二修正案ニ付テモ解釋上ノ疑タリシカ如ク獨逸法ニ於テモ亦疑ヲ生セリ然レトモ學者ノ說ハ概テ皆其適用ヲ受ケルコトニ一致セリ隨テ獨逸法ニテハ漁業モ亦商行爲ニハ非サルモ商事タルコトハ明カナルニ至レリ例ヘハ「マコーウエル」ハ獨商法逐條註釋第十二版第二卷第二頁曰ク始メ普國草案第三百八十五條ニハ海商法ノ適用セララル船舶ノ範圍ヲ定メ單ニ旅客又ハ荷物ノ運送ノミニ用ヒラル船舶ノミニヲ謂フト規定セルヲ第一讀回ニテ單ニ文字ヲ除キテ稍ヤ其適用ノ範圍ヲ廣メ第二讀回ニテハ全然同條ヲ刪除セシカ故ニ今日ニテハ營利ノ目的ヲ以テ航海スルモノハ皆海商法ノ適用ヲ受ケルコトト爲レリ隨テ唯リ海上運送ニ從事スル船舶ノミナラス海中ノ天產物ヲ獲得スルコトヲ目的トスル船舶ハ總テ其適用ヲ受ケルコトハ之ヲ認メサルヲ得ス而シテ有力ナル學說ハ概テ此ノ如ク一致スト獨逸現行商法ハ普國草案ヲ基礎トシテ編纂セシモノナリ「ボラエン」モ亦荷物若クハ旅客ノ運送ヲ目的トスル船舶ノミナラス大海漁獵船及

ト換船ノ如キ皆其適用ヲ受ケル所ナリト云ヒ同獨海商逐條註釋九頁「コサ」トノ說モ亦同シ商法教科書五版一六二頁反對說ヲ持スル者ハ「レド」ト「ゴ」ト「ライス」ト「ク」ト「ス」ト「ベル」ト「ガ」ト「ミ」ト「ル」ト「ス」ト「イン」ト「ト」ト「ス」ト「殊」ト「ニ」ト「レ」ト「ド」ト「ル」ト「ゴ」ト「ド」ト「レ」ト「ミ」ト「ト」トノ商法雜誌第三二卷八一頁以下中ニ於テ異說ヲ唱ヘ漁船カ海商法ノ適用ヲ受ケヘカラサルコトヲ主張スル爲メニ珍奇ノ比喻ヲ取レリ曰ク漁船ハ航海ニ因リテ利益ヲ獲得スルモノニ非ス若シ漁船ニシテ航海ニ因リテ利益ヲ營ムモノト云フコトヲ得ルナラハ馬ニ乘リ病家ヲ見舞フ醫士ハ馬ニ乗ルコトニ因リテ利益ヲ營ムモノト謂ハサルコトヲ得ス漁業者カ航海スルハ單ニ便宜ノ爲メノミ漁獵其モノカ獲利ノ原因ニシテ航海ハ其目的タラス故ニ航海ニ因リテ利益ヲ營ム船舶ノ中ニハ漁船ハ包含スヘカラス換言スレハ海上運送業者ノ船舶ノ如キ航海ニ因リテ利益ヲ營ムモノノミ之ニ屬スト此說ハ普國ノ第一章案ノ說ヲ固持スルモノニシテ獨逸文ヲ稽フルニ獨逸文ハ之ヲ直譯スレハ航海ニ因リテ利益ヲ營ム爲メニ供用スル船舶ト云フヘク我第二修正案ニ所謂營利ノ目的ヲ以テ航海ノ用ニ供スル船舶ト云フトハ稍ヤ其意義ヲ異ニス隨テ獨逸法ニ

上ノ就任義務ヲ認メラレ若シ就任ヲ拒絕スルハ法律上ノ制裁アリヤ
 (ニ) 通常ノ官吏ニ在リテハ官職ト服務義務ト必ズシモ同時ニ發生シ及ビ消滅スルコトヲ必要トセズ服務義務先ヅ成立シ然ル後官職ノ擔任ヲ命ゼラレ官職先ヅ消滅シテ服務義務ノミガ獨リ存スルコトヲ得名譽職ハ之ニ反シテ服務義務ハ特定ノ官職ノミヲ爲メニ存シ服務義務ト同時ニ官職ハ當然之ニ伴ヒテ生ジ官職消滅スレバ服務義務ハ又當然消滅スルコトヲ指シテ「本」名譽職ハ法律上ノ義務ニ因リテ就職スルモノナルヲ以テ其ノ結果トシテ必ズ一定ノ任期ヲ有ス其ノ任期ヲ經レバ官職ハ當然消滅スルコトヲ指シテ「本」國家ハ其ノ一式的意思ヲ以テ官吏ニ官出スルモノヲ命ゼリ其ノ命ゼルモノハ「第一節」官吏關係ノ發生

官吏ハ特別ノ公法上ノ行為ニ因リテ服務義務ヲ負フモノナリ官吏關係ハ此ノ特別ノ公法上ノ行為ニ因リテ發生ス此ノ公法上ノ行為ハ任命又ハ選舉ナリ就中自治團體ノ吏員ガ選舉ニ因リテ就任スルモノナル外官吏關係ハ總テ任命ニ因リテ成立ス其士ハ對其職務ニ付テハ對其職務ノ履行ヲ命ゼリ其職務ニ

官吏任命ノ國法上ノ性質如何ニ付テハ從來種種ノ見解ヲ經タリ、公法ト私法トノ區別ガ明瞭ニ認識セラレザリシ時代ニ於テハ、官吏ノ關係亦一般ニ私法上ノ關係ト看做サレ、官吏ノ任命モ亦雇傭契約ト同一ニ論ゼラレタリ、國家ノ觀念ノ發達ニ伴ヒ始メテ官吏關係ガ雇傭ト全ク性質ヲ異ニスル公法上ノ關係ナルコトヲ認メラレ、之ト同時ニ官吏ノ任命ヲ以テ國家ノ權力的ノ作用ナリト爲レ、國家ハ其ノ一方ノ意思ヲ以テ臣民ニ官吏タルベキコトヲ要求シ、臣民ハ其ノ命令ニ服従スルヲ要スルモノト爲セリ、然レドモ官吏ハ實ニ國家ノ命令ニ服従シ、國家ニ對スル義務ヲ負擔スルニ止マラズ、又俸給ヲ受クルノ權利ヲ有スルモノナルヲ以テ單純ナル權力作用ヲ以テ之ヲ説明スルコトヲ得ズ、是ヲ以テ學者ハ官吏ノ任命ハ權力的作用タルト同時ニ私法上ノ契約ノ締結セラレルモノナリト爲シ、即チ國家ハ其權力ニ依リテ官吏タルコトヲ命令ズルト同時ニ、私法上ノ契約ニ因リテ俸給ヲ給スルノ契約ヲ締結スルモノト看做サレタリ、
近來ニ至リ始メテ公法上ノ契約ナル觀念ノ明瞭ニ認識セラレルニ至リ、任命ハ國家ノ一方ノ作用ニ非ラズシテ、臣民ノ任意ノ承諾ニ因リテ生ズル行爲ナリ即

チ國家ト被任者トノ同意ニ成ル所ノ雙方的行爲ナルコトガ一般ニ認メラルルニ至レリ、蓋シ臣民ハ奴隸ニ非ラズ、國家ニ對シテ人格ヲ主張シ得ベキカヲ有ス、國家ガ臣民ニ對シテ要求シ得ベキ範圍ハ法ニ依リテ一定ノ限界ヲ有シ、此ノ限界以外ニ於テハ臣民ニ對シテ何等ノ要求ヲ爲スコトヲ得ザルナリ、國家ハ固ヨリ其ノ法規ヲ以テハ臣民ニ對シテ如何ナル義務ノ義務ヲモ強制スルコトヲ得ベシ、此ノ如キ義務ノ強制ハ兵役義務ニ於テ其ノ實例ヲ見ルコトヲ得、然レドモ一方ニ於テハ官吏ノ如キ精神的ノ義務ハ之ヲ強制スルニ依リテ其ノ目的ヲ達スルコト能ハザルト、一方ニ於テハ名譽心、公共心又ハ經濟上ノ欲望ノ如キ種種ノ動機ハ國民中自ラ進ミテ官吏タラント欲スル者ヲシテ缺乏ナカラシムルトニ因リ、今日ノ國家ハ臣民ニ對シテ官吏タルベキ義務ヲ強制スルコトナシ、而シテ之ヲ強制スルノ法規アラザル以上ハ國家ハ自己ノ單意ヲ以テ臣民ニ其ノ義務ヲ課スルコトヲ得ズ、其ノ義務ヲ課スル爲メニ必ズ當事者ノ承諾アルコトヲ要スルナリ、官吏ノ任命ガ當事者ノ承諾ヲ以テスル雙方的行爲ナルコトハ之ニ由リテ明瞭ナルベシ、
行政法論 官吏ノ法律關係 官吏關係ノ發生

學者ガ今日ニ於テモ往往任命ヲ以テ國家ノ一方的行爲ナリト主張スル者アルハ專制的警察國ノ思想ノ殘物ナリ。若シ任命ガ國家ノ要素ニ屬シテ完全ニ成立スルモノナリトセバ任命的行爲以前ニ於テ既ニ服務義務ヲ擔任スベキ義務ガ存在スルコトヲ前提ト爲サザルベカラズ。此ノ如キ義務ノ存在スルニ非ラズシテ然カモ國家ノ一方ノ意思ニ因リテ官吏關係ノ成立スルコトヲ得ト爲スハ法治國ノ性質ニ矛盾スルモノナリ。任命ハ一方的行爲ニ非ラズ、雙方ノ意思ニ由リテ始メテ完全ニ成立スルコトヲ得ルナリ之ヲ契約ト稱スルノ當ヲ得タルヤ否ヤハ寧ろ言葉ノ爭ニ止マル。其ノ民法上ノ契約ト同一ノ法理ヲ以テ論ズルコトヲ得ザルハ勿論ナリト雖モ之ヲ純然タル國家ノ一方的作用タル處分ト區別スルガ爲メニ稱シテ民法上ノ契約ト爲スモ敢テ不當ニ非ラズ。然レドモ之ヲ契約ト稱スルガ爲メニ民法上ノ契約ト法理ヲ混同スルノ過ナカラシコトヲ要ス。任命ガ民法上ノ契約ナルコトヲ主張スル學者ハ多クハ此ノ過ニ陥リ任命ヲ以テ恰モ民法上ノ契約ニ於ケルガ如ク單純ナル申込ナリトナシ。

任命ノ完成スルガ爲メニハ之ニ對シテ更ニ被任者ノ承諾アルコトヲ要スト爲スヲ常トス。即チ其ノ說ニ依レバ官吏關係ハ任命ニ因リテ成立スルニハ非ラズシテ、被任者ノ任命ニ對スル承諾ノ意思ヲ表示スルニ因リテ成立スルナリト。爲ス然レドモ是レ民法上ノ契約ノ性質ヲ誤レルモノナリ。凡テ國權ノ作用ハ其ノ行爲自身ニ於テ其ノ有效要件ノ完全ニ具備シタルコトヲ證明スルノ力ヲ有スルモノナリ。恰モ裁判官ノ判決ハ縱令違法ナルモ仍ホ適法ノ判決トシテ效力ヲ有シ、即チ判決アリタル以上ハ其ノ判決自身ノ力ヲ以テ其ノ適法ナルコトヲ證明スルノ力ヲ有スルト同ジク行政行爲モ亦其レ自身ノ力ニ依リ其ノ行爲ノ適法ナルコトヲ證明スル力ヲ有スルモノナリ。任命ハ當事者ノ承諾アルニ非ラザレバ其ノ效力ヲ生ズルコトヲ得ズ。然レドモ任命ハ國權ノ作用ニシテ一ノ行政行爲タリ、即チ任命自身ニ於テ其ノ行爲ノ完全ニ有效ナルコトヲ證明スルノ力ヲ有ス。詳言スレバ任命アリタル以上ハ其ノ有效條件タル當事者ノ承諾ガ既ニ具備セルコトヲ公證スルノ力ヲ有スルモノナリ。若シ實際ニ於テ當事者ノ承諾アラザリシトキハ其ノ行爲ハ法律上ノ瑕疵アリ、然レド

モ之ニ由リテ其ノ行為ハ當然無効ト爲ルモノニ非ラズ當事者ハ法律上ノ手段ヲ以テ之ヲ争フコトヲ要シ之ニ依リテ其ノ行為ガ取消サルルマデハ任命ハ猶ホ完全ニ其ノ效力ヲ有スルモノナリ。此ノ故ニ官吏關係ノ發生スルガ爲メニハ任命ノ後ニ於テ更ニ被任者ノ之ニ對スル承諾アルコトヲ必要トスルモノニハ非ラズ任命ノ行為ニ於テ被任者ノ承諾ハ當然包含セラルルモノト看做サレ之ニ由リテ官吏關係ハ當然ニ成立スルナリ。實際ノ慣例ニ於テモ亦此理論ヲ承認ス任命後ニ於ケル被任者ノ承諾ハ官吏關係ノ發生ニ必要ナリトハ認めラレズ。選舉ハ國權ノ作用ニ選舉ニ因リテ官吏ノ就任スル場合ニ於テハ事之ト異ナリ選舉ハ國權ノ作用ニ非ラズ隨テ其レ自身ニ於テ其ノ適法ヲ證明スベキ力ヲ有スルモノニ非ラズ隨テ又選舉ニ因リテ就任スル場合ノ當選者ハ選舉ニ對スル承諾ノ意思ヲ表示スルコトヲ要シ其ノ承諾ニ因リテ官吏關係始メテ發生スルナリ。任命權ハ原則トシテ君主ニ屬ス唯下級ノ官吏ニ在リテハ君主ノ委任ニ依リ行政官廳ニ於テ其ノ任命權ヲ有スルモノナリ其ノ任命權ノ所在如何ニ由リ官吏

ニ勅任、委任、判任ノ區別アリ。任命ノ形式ハ文書ヲ以テ之ヲ行フ任命ノ意思ヲ表示スル文書ハ之ヲ辭令ト謂フ任命ハ辭令ノ交付ニ因リテ成立ス然レドモ必ズシモ被任者ガ自ラ其ノ辭令ヲ受領シタルコトヲ必要トセズ殊ニ隔地者ニ對シテ任命ヲ行フ場合ニ於テハ官吏關係ハ辭令ノ送達ニ因リテ成立スルモノニ非ラズシテ其ノ發送ニ因リテ成立ス。官吏ノ任命ニ付テハ特定ノ種類ノ官職ニ付テ特定ノ資格試験ヲ必要ト爲ス其ノ資格アル者ニ非ザレバ其ノ種ノ官吏ニ任命スルコトヲ得ザルナリ然レドモ資格ナキ者ヲ任命シタル場合ニ於テモ其ノ任命ハ當然無効ト爲ルモノニハ非ズ單ニ瑕疵アルニ止マル年齢、治産能力ノ有無、男女ノ姓等ハ官吏ニ任ビラザルベキ資格ニハ影響ナキヲ常トス外國人ノ官吏ト爲ルニトモ亦國法ノ禁ズル所ニハ非ラズ。第三節 官吏ノ義務

官吏ノ義務ハ之ヲ三種類ニ大別スルコトヲ得(一)職務執行ノ義務(二)忠實及ビ從順ノ義務(三)品位ヲ保ツノ義務是ナリ。

第一、職務執行ノ義務

官吏ハ其ノ官職ニ相當スル國家事務ヲ執行スルノ義務ヲ負フ、是レ官吏ノ義務ノ最モ主要ナルモノナリ、職務執行ノ義務ハ官職ノ付與ニ因リテ發生ス、官職ノ付與ハ或ハ官吏ノ任命ト相合一スルコトアリ、即チ任命ノ行爲中ニ當然官職ノ付與ヲ包含スルコトアルナリ、或ハ時トシテハ官職ノ付與ト任命ノ行爲トガ二箇ノ行爲ニ分離セラレ、或ハ任命ノ行爲ト同時ニ或ハ任命ノ後ニ於テ他ノ行爲ヲ以テ官職ヲ付與セラルルコトアリ、名譽職ノ場合ニ於テハ此ノ二者ハ常ニ相合一スルモノナルコトハ前ニ述べタルガ如シト雖モ、專任職ニ於テハ此ノ二者ハ區別ノ行爲ニ分離セラル、其ノ分離セラルル場合ニ於テハ、職務執行ノ義務ハ官吏關係ノ發生ニ因リテ當然發生スルモノニ非ラズ、官職ヲ付與セラルルニ非ラザレバ職務ヲ執行スルノ義務ヲ生ゼザルノミナラズ之ヲ行フベキ權能ヲモ生ゼザルナリ、之下同ジク又官吏關係ノミハ存續シテ職務執行ノ義務ノミガ先ヅ消

滅スルコトアリ、休職待命ノ場合即チ是ナリ、
職務執行ノ義務ヨリ生ズル一ノ效果ハ現在ノ義務ナリ、現在ノ義務トハ職務時間中官衙ニ出頭スルノ義務及ビ職務時間前ニ於テモ上官ノ許可ヲ得ルニ非ラザレバ官衙所在地ヲ離ルベカラザルノ義務ヲ包含ス、

第二、忠實及ビ從順ノ義務

(一) 忠實ノ義務 忠實ノ義務トハ職務ヲ執行スルニ方リ身體上及ビ精神上ノ全力ヲ舉ゲテ公益ニ適合スルコトヲ力ムベキ義務ヲ謂フ、忠實ノ義務ハ本來徳義的ノ性質ヲ有スルモノニシテ法律上其ノ内容ヲ精密ニ舉ゲ盡スコトヲ得ズ、之ガ爲メニ學者ハ往往忠實ノ義務ヲ以テ法律上ノ義務ノ一種トシテ數フルコトヲ非認シ、忠實ノ義務ハ其ノ實從順ノ義務ニ外ナラザルモノト爲ス者アリ、然レドモ官吏ハ其ノ職務ヲ執行スルニ方リ單ニ法律命令ニ遵由シ及ビ上官ノ命令ヲ遵奉スルニ由リテ完全ニ其ノ義務ヲ盡シタルモノト云フコトヲ得ズ、縱令法律命令又ハ上官ノ命令ニ對シテハ毫モ違反スル所ナシトスルモ、若シ全力ヲ盡スコトオクシテ不注意疎漏ニ其ノ職務ヲ行フトキハ、官吏ハ仍ホ其ノ義務ヲ

盡シタルモノニ非ラズ、故ニ忠實ノ義務ハ從順ノ義務以外ニ於テ獨立ノ一ノ法律上ノ義務タルモノナリ。

忠實ノ義務ヨリ生ズル一ノ結果ハ秘密ヲ守ルノ義務ナリ、官吏ハ其ノ義務ニ關連シテ聞知シタル秘密ヲ他人ニ洩スベカラザルノ義務ヲ負フ、官ノ秘密ヲ他人ニ洩スハ政府ノ利益ヲ害スル所以ナリ、官吏ハ政府ニ忠實ナルノ義務ヲ負フモノナルヲ以テ秘密ヲ守ルノ義務ハ忠實ノ義務ヨリ生ズル當然ノ結果タリトイフヲ得ベシ、然レドモ官吏服務規律ハ特ニ之ガ明文ヲ設ケタリ、秘密ヲ守ルノ義務ハ實ニ官吏ノ在職中ノミナラズ、其ノ退職後ニ於テモ猶ホ繼續スルモノナリ、是レ官吏ノ義務ガ官吏關係ノ消滅後ニ於テ猶ホ存續スル一ノ例外ノ場合ナリ、秘密ヲ守ルノ義務ニ相當シテ官吏ハ裁判所ニ於テ證人又ハ鑑定人トシテ證言ヲ拒ムノ權利ヲ有ス、裁判所ニ於テ證言ヲ爲スノ義務ハ臣民ノ公法上ノ義務ナリ、官吏カ秘密ヲ守ルモ亦公法上ノ一ノ義務ナリ、官吏ガ職務上ノ秘密ヲ裁判所ニ於テ證言トシテ陳述スルノ必要アル場合ハ公法上ノ義務ノ相抵觸スル一ノ場合ナリ、法律ハ秘密ヲ守ルノ義務ヲ以テ證言ノ義務ヨリモ強シト爲シ、官吏ヲ

シテ其ノ職務上ノ秘密ニ關シテハ陳述ヲ拒ムコトヲ得ベカラシメタリ、忠實ノ義務ノ結果トシテ官吏ハ又種種ノ行為能力ノ制限ヲ受ク、即チ官吏ハ其ノ職務ニ關連シテハ何人ヨリモ贈與又ハ褻應ヲ受クルコトヲ得ズ、官吏ガ其ノ職務上ニ賄賂ヲ收ムルコトヲ得ザルハ刑法ノ規定スル所ナリ、贈與又ハ褻應ノ禁止ハ此ノ如キ賄賂ヲ意味スルニハ非ラズ、毫モ賄賂ノ性質ヲ有セザル場合ニ於テモ仍ホ總テ其ノ贈與褻應ヲ禁止セラル、官吏ハ又商業ヲ營ムコトヲ得ズ、其ノ他營利會社ノ役員ト爲ルコトヲ得ザル等ノ制限アリ、此等ノ行為ハ總テ職務ノ忠實ナル執行ヲ妨グルモノナルヲ以テナリ。

(二) 從順ノ義務 官吏關係ハ特別ノ權力關係ナリ、官吏ノ任命トハ官吏ヲシテ國家ノ特別ノ權力ニ服從セシムルモノナリ、此ノ特別ナル權力ハ之ヲ稱シテ服務要求權ト謂フコトヲ得、國家ノ名ニ於テ官吏ニ對シテ此ノ特別ナル權力ヲ行使スル者ハ之ヲ職務上ノ上官ト謂フ、職務上ノ上官ガ此ノ特別ノ權力ヲ行使スルノ形式ハ服務命令ト謂フ。

官吏ハ職務上ノ上官ノ服務命令ニ遵由スルノ義務ヲ負フ、上官ノ命令ニ對スル

遵守ノ義務ヲ稱シテ官吏ノ從順ノ義務ト謂フ。或ハ簡箇ノ場合ニ關スル
 服務命令ハ或ハ一般ノ法則ニ關スルモノアリ、或ハ簡箇ノ現實ノ場合ニ關スル
 モノアリ、一般的法則ヲ定ムル服務トハ例ヘバ官廳ノ庶務規定ノ如キ是ナリ、此
 ノ如キ一般的法則ト雖モ服務命令ハ法規ニハ非ラズ隨テ其ノ簡箇ノ場合ヲ
 定ムル服務命令ニ對スルノ關係ハ法規ト處分トノ關係ノ如ク其ノ效力ニ輕重
 ノ差異アルコトナシ、處分ハ如何ナル場合ニ於テモ法規ニ違反スルコトヲ得ザ
 ルニ反シ、簡箇ノ場合ヲ定ムル服務命令ハ一般の法則ヲ定ムル服務命令ト全
 タ同一ノ效力ヲ有スルモノナリ、隨テ何時ニテモ一般の服務命令ニ違反シタ
 ル簡箇ノ命令ヲ發スルコトヲ妨グズ。
 官吏ハ上官ノ服務命令ニ遵守スルノ義務ヲ負フト雖モ此ノ遵守ノ義務ハ絕對
 無制限ノ義務ニハ非ラズ、上官ハ如何ナル事項ト雖モ自己ノ欲スル儘ニ之ヲ下
 級官吏ニ命令スルコトヲ得ルモノニ非ラズ、其ノ命令權ハ一定ノ限界ヲ有シ其
 ノ限界以外ニ於テハ下級官吏ハ之ニ遵守スルノ義務ヲ負フコトナシ、若シ之ニ
 拘ハラズ之ニ遵守スルトキハ下級官吏ハ自ラ之ガ責任ヲ負ハザルベカラズ、此

ノ限界如何ヲ定ムルハ官吏ノ從順ノ義務ニ關スル最も重要ナル問題ナリ。
 舊時代ノ學說ハ官吏ヲ以テ上官ニ對抗シテ法律、命令ヲ擁護スベキモノト爲シ、
 上官ノ命令ノ内容ガ法規ニ違反スル場合ニ於テハ官吏ハ之ニ服從スルコトヲ
 要セズト爲セリ、換言スレバ官吏ハ上官ノ命令ガ法規ニ適合セルヤ否ヤヲ審查
 スルノ權ヲ有シ、若シ違法ナル場合ニ於テハ之ニ服從スルヲ要セズト爲シタル
 ナリ、然レドモ此ノ如キ學說ハ何レノ時代ニ於テモ斯ク極端ニ實行セラレシコ
 トナシ、若シ極端ニ此說ヲ實行スルコトヲ得バ其ハ全ク上下ノ顛倒ニシテ、下級
 官吏ハ却テ上官ヲ監督スルモノト爲ルベシ、裁判ノ判決ヲ確定スルモノハ大審
 院ニ非ラズシテ却テ刑罰ノ執行官吏タリ、租稅ノ稅額ヲ確定スルモノハ大藏大
 臣ニ非ラズシテ租稅ノ徵收吏タルニ至ルベシ、官吏ハ固ヨリ其ノ職務ノ執行ニ
 方リ法律、命令ニ遵守スルコトヲ要ス、違法ナル上官ノ命令ニ遵守スルハ此ノ義
 務ニ違反スルモノノ如シ、然レドモ這ハ上官ノ命令ガ違法ナルコトノ確定シタ
 ル上ニ於テ始メテ言フコトヲ得ベキモノナリ、總テ國權ノ作用ハ其レ自身ニ於
 テ其ノ適法ナルコトヲ證明スルノ力ヲ有スルモノナリ、若シ權限アル官廳ニ於

テ適法ナリト認メテ其ノ命令ヲ爲スニ於テハ其ノ命令ノ適法ナルコトハ其
 自身ニ於テ既ニ決定セラレタルモノニシテ下級官吏ハ自己ノ見解ヲ以テ其ノ
 違法ナルコトヲ主張スルヲ得ベキニ非ザルナリ。
 故ニ上官ノ命令ガ縱令其ノ内容ニ於テ法規ニ違反スル所アルモ官吏ハ之ガ違
 由義務ヲ免ルルコトヲ得ザルハ今日ノ學者ノ普ク一致スル所ナリ。問題ハ此ノ
 以外ニ於テ下級官吏ノ審査權ノ範圍如何ニ在リ。
 『バンド』ノ主張ニ出テテ多數ノ學者ノ贊同スル學說ニ依レバ上官ノ命令ニ對
 スル下級官吏ノ審査權ハ左ノ三點ニ及ブベキモノナリトセリ。
 (イ) 上官ノ命令ガ上官ノ命令トシテノ正當ナル形式ヲ具フルヤ否ヤ
 (ロ) 上官ノ命令ガ上官ノ權限内ノ事項ナリヤ否ヤ
 (ハ) 其ノ受命者タル下級官吏ノ權限内ノ事項ナリヤ否ヤ
 此等ノ三點ニ付テ其ノ何レノ一ヲ缺クモ官吏ハ上官ノ命令ニ服従スルノ義務
 ナシトセリ。然レドモ第一ニハ上官ノ命令ハ多クノ場合ニ於テ其ノ形式ニ關ス
 ル規定ヲ存スルモノ無シ。上官ハ便宜ノ方式ヲ以テ命令ヲ爲スコトヲ得ベク、或

ハ口頭ヲ以テモ命令ヲ下スモ充分ナリ。成規ノ形式如何ハ服務命令ニ付テハ多
 クハ問題ト爲ラズ。第二ハ服務命令ノ内容ガ受命者タル下級官吏ノ權限外ノ事
 項ナルトキニハ下級官吏ハ之ガ服従ノ義務ヲ負ハズト爲スト。雖モ、上官ノ命令
 ハ多クノ場合ニ於テ毫モ外部ニ對シテ效果ヲ生ズベキ事項ニ關スルコトナク
 專ラ事實上ノ作用ニ關スルモノナルコトアリ。權限ト云フトキハ常ニ外部ニ對
 スル作用ナルコトヲ意味ス。然レドモ上官ノ命令ハ或ハ書類ノ整理ヲ命ジ、官衙
 ノ事務室ノ整理ヲ命ジ工事ノ設計ヲ爲サシムルガ如キ專ラ内部ニ於ケル作用
 タルコトヲ得ベク、此ノ如キ場合ニ於テハ下級官吏ノ權限ハ問題ト爲ルコトナ
 シ其ノ他出張ヲ命ジ、外國ノ巡回ヲ命ズルガ如キ又官吏ノ權限トハ毫モ關係ナ
 キコトニシテ、而モ官吏ハ等シク之ガ遵由義務ヲ負フモノナリ。第三ニハ上官ノ
 命令ガ上官ノ權限内ノ事項タルコトヲ要ストイフコトモ亦嚴格ニ言ヘバ必ず
 シモ適當ト謂フコトヲ得ズ。上官ノ命令ハ固ヨリ其ノ一般ノ權限内ノ事項ニ關
 スルモノナルコトヲ要ス、一般ノ權限以外ニ出ヅテ其ノ管轄以外ノ地域又ハ全
 ク別種類ノ事務ニ付テ命令ヲ爲ス場合ニ於テハ、最早一私人ノ行爲ト等シク上

官ノ命令タル性質ヲ有スルコトナシ然レドモ此ノ一般權限以内ナルニ於テモ言ヒ換フレバ苟モ上官ノ命令ト看做シ得ベキ場合ニ於テハ其ノ命令ガ權限ヲ超過セルヤ否ヤハ下級官吏ノ審査權ニ屬スルモノニ非ラズ此ノ點ニ於テモ仍ホ上官ノ執リタル見解ハ下級官吏ヲ拘束スベキモノナリ上官ガ自己ノ權限内ナリトシテ爲シタル命令ニ對シテハ下級官吏ハ自己ノ見解ヲ以テハ其ノ權限外ナリトノ理由ヲ以テ之ガ服從ヲ拒ムコトヲ得ベキモノニ非ラズ之ヲ要スルニ此ノ普通ノ學說ハ縱令極テ薄弱ナリトハ云ヘ仍ホ舊時代ノ學說ト其缺點ヲ同シウスルモノニシテ少クトモ權限ノ問題ニ關シテハ上下ヲ顛倒セシムルモノナリ

上官ノ命令ガ下級官吏ヲ拘束スルノ力ヲ有スルハ唯左ノ三箇ノ要件ヲ必要トスルノミ

(一) 其ノ命令ハ職務上ノ上官ヨリシテ發セルモノナラザルベカラズ何人ガ職務上ノ上官ナリキハ官制ニ依リテ定マル官吏ハ官制ノ規定ニ從ヒ何人ガ自己ノ上官ナリヤヲ自ラ判斷スルノ權利ト義務トヲ有ス職務上ノ上官ニ非

ラザレバ服務命令ヲ發スルコトヲ得ズ是レ疑フニカラザルノ點ナリ

(二) 上官ノ命令ハ職務ニ關スルモノナラザルベカラズ換言スレバ官吏ノ服務義務中ニ包含セラレタルモノナラザルベカラズ命令者ノ一身上ノ利益ノ爲メニスルモノ又ハ受命者ノ私ノ生活ニ關スル事項ハ如何ナル場合ニ於テモ服務命令ノ目的物タルコトヲ得ズ官吏ノ私ノ生活ハ官吏ノ義務ニ無關係ナル問題ニハ非ラズ官吏ハ私ノ生活ニ於テモ品位ヲ保ツノ義務ヲ有スルコトハ後ニ述ブベキガ如シ然レドモ官吏ノ一身上ノ生活ハ服務命令ヲ以テハ之ヲ強制スルコトヲ得ズ

以上ノ二箇ノ條件ヲ具フルニ於テハ上官ノ命令ハ原則トシテ常ニ下級官吏ヲ拘束スルモノナリ

然レドモ此ノ原則ニ對シテハ二例外ヲ認ラザルベカラズ

(一) 官吏ハ時トシテハ同時ニ二箇以上ノ上官ヲ下ニ立テ而シテ此ノ多數ノ上官ハ其レ自身又上下ノ階級ヲ有スルコトヲ例ヘテ都長官第一次に於テ府縣知事ヲ第二次に於テ内務大臣等其ノ上官トスルガ如キ是ナリ此ノ如キ

場合ニ於テハ官吏ハ何レノ上官ノ命令ニモ服従スルノ義務ヲ負フト雖モ、若シ下級ノ上官ノ命令ガ一層上級ナル上官ノ命令ニ抵觸セル場合ニ於テハ、官吏ハ唯一層上級ナル上官ノ命令ニ服従スルノ義務ヲ負フノミ下級ノ上官ノ命令ハ其レ自身ニ於テハ拘束力ヲ有スルモノナルモ其ノ一層上級ナル上官ノ命令ニ抵觸スルニ由リ其ノ拘束力ヲ失フモノナリ

(二) 官吏ハ時トシテ其ノ職務ノ一部又ハ全部ニ對シテ全ク上官ノ命令ニ服従スルノ義務ヲ有セザルコトアリ、即チ其ノ職務ノ執行ニ方リ自己ノ獨立ノ判斷ヲ以テ之ヲ處理スルノ權ヲ有シ此ノ點ニ於ケル上官ノ命令ハ不法ノ干渉ト看做サルルモノナリ、官吏ガ此ノ如キ獨立ノ判斷權ヲ有スル場合ハ之ヲ稱シテ職務上ノ獨立ト謂フ、職務上ノ獨立ヲ有スル最モ明瞭ナルモノハ裁判官ナリ、裁判官モ亦其ノ上官ヲ有シ其ノ服務命令ニ服スルモノナリト雖モ其ノ本來ノ職務タル裁判判決ニ關シテハ全ク上官ノ命令ノ下ニ立ツコトナレ、然レドモ管ニ裁判官ノミナラズ行政官ニ於テモ或ハ法ノ明文ニ依リ或ハ職務ノ當然ノ性質ニ基キ此ノ如キ職務上ノ獨立ヲ有スルモノ少カラズ、行政裁

判官ハ明文ヲ以テ保障セララルト否トヲ問ハズ職務上ノ獨立ヲ有スルコト疑ヲ容レズ、其ノ他會計検査官學校ノ教官ハ會計検査又ハ學說ノ教授ニ付テ上官ノ命令ニ服従スルモノニ非ラザルハ其ノ職務ノ性質ヨリ生ズル當然ノ結果ナリ、

第三 品位ヲ保ツノ義務

官吏ハ管ニ其ノ職務上ノ義務ヲ有スルニ止マラズ職務以外ノ私ノ生活ニ於テモ亦官吏タルノ地位ヲ辱カシメザルノ義務ヲ有ス、蓋シ國家ノ代表者トシテノ官吏モ一私人トシテノ自然人モ外觀ニ於テハ同一ノ人ニシテ、一般ノ人民ヨリ之ヲ觀ルトキハ若シ官吏ガ其ノ私ノ生活ニ於テ品位ヲ汚スノ所爲アリタルトキハ國家ノ代表者トシテノ官吏モ亦隨テ其ノ威嚴ヲ害シ國家ハ隨テ之ガ不利益ノ結果ヲ受クルヲ免レズ、此ノ理由ニ依リ國家ハ官吏ニ要求スルニ其ノ職務以外ニ於テモ其ノ品位ヲ汚サザルノ義務ヲ以テスルナリ、官吏服務規律ハ此ノ義務ヨリ生ズル數多ノ制限ヲ規定ス、例ヘバ官吏ハ浪費シテ產ヲ破リ身分ニ相應セザル債務ヲ負フベカラザルコトノ如キ是ナリ、

第四節 官吏ノ懲戒

官吏ガ其ノ義務ニ違反スルニ於テハ種種ノ關係ニ於テ法律上ノ制裁ヲ受ク、官吏ノ所爲ガ刑法ニ違反セルトキニハ官吏ハ刑法ノ規定ニ依リ刑罰ニ服ス、所謂職務犯罪ハ是ナリ、官吏ガ其ノ義務ニ違反ス、因リ國庫又ハ第三者ニ損害ヲ被ラシメタルトキハ官吏ハ損害賠償ノ義務ヲ負ス、是レ官吏ハ民事上ノ責任ナリ、官吏ノ刑事上及ビ民事上ノ責任ハ刑法及ビ民法ノ問題ニシテ今之ヲ論ズルノ所ニ非ラズ、官吏ニ特別ナル制裁ハ第三種ノ處罰ニシテ懲戒罰即チ是ナリ、官吏ノ懲戒ハ往時ニ於テハ一般ニ特別ノ刑罰ノ一種ト看做サレ、懲戒法ハ官吏ニ對スル特別刑法ト看做サレタリ、懲戒ニ關スル舊時ノ法則ハ皆此ノ觀念ヨリ出ラタルモノナルヲ以テ懲戒ニ關スル種種ノ法律現象ハ之ヲ説明スルコト能ハザルノ困難ヲ生ゼリ、就中若シ懲戒罰ヲ以テ刑罰ノ一種ト看做スニ於テハ一事不再理ノ原則ニ依リ同一ノ所爲ニ對シテ刑罰及ビ懲戒罰ヲ併セ科スルコトヲ得ズ、然レドモ刑罰ニ處セラレタル者ニ對シテ更ニ懲戒罰ヲ科スルヲ得ズト

スルノ不都合ナルハ言フヲ埃タザルヲ以テ此ノ點ニ於テ舊時ノ學說ハ既ニ其ノ論理ヲ貫徹スルコトヲ得ザリシナリ、加之懲戒罰ニ付テハ刑法ノ期滿免除ノ法則ノ適用ヲ爲スコトヲ得ズ、此ノ點ニ於テモ舊說ハ之ヲ説明スルコトヲ得ザリシナリ、

然レドモ此ノ如キ困難ハ其ノ性質ノ根本ノ誤解ニ基クモノニシテ、懲戒罰ハ全ク刑罰ト其ノ性質ヲ異ニスルモノナリ、懲戒罰ノ刑罰ト異ナル所以ノ要點ハ其ノ基ク所ノ權力ニ於テ異ナルニ在リ、刑罰ハ國家ノ刑罰權ニ基クモノナルニ反シテ、懲戒罰ハ國家ノ服務要求權即チ官吏ニ對スル特別ノ權力關係ニ基クモノナリ、然レドモ刑罰ト懲戒罰トハ又其ノ目的ニ於テ異ナリ、刑罰ノ目的トスル所ハ國家ノ公共ノ秩序ヲ維持スルニ在リ、懲戒罰ノ目的トスル所ハ官吏關係ノ秩序ヲ維持スルニ在リ、此ノ如ク刑罰ト懲戒罰トハ全ク種類ヲ異ニスル處罰ナルガ故ニ兩者ノ間ニハ一事不再理ノ適用ナク同一ノ行爲ニ對シテ兩者ヲ併セ科スルコトヲ妨グザルナリ、

懲戒罰トハ官吏關係ノ秩序ヲ維持スルガ爲メニ服務要求權ニ基キ服務義務ヲ

違反シタル官吏ニ對シテ科スル所ノ所罰ナリ。懲戒ハ所罰ノ一種ナルガ故ニ凡テノ所罰ト同ジク義務違反ノ狀態アルコトヲ以テ其ノ前提ト爲ス。然レドモ刑罰ト異ナリ懲戒ハ義務ノ違反アリシ事實ニ對シテ之ヲ罪スルガ爲メ科スル所ノ處罰ニハ非ラズ此ノ如キ義務ノ違反ヲ處罰ナクシテ看過スルハ官吏關係ノ秩序ヲ紊亂スルモノナルヲ以テ其ノ秩序ヲ維持スルガ爲メニ科スルモノナリ。故ニ懲戒ハ刑罰ノ如ク特定ノ犯罪ノ事實ニ對シテ必ず特定ノ處罰ヲ科スルコトヲ要スルモノニ非ラズ之ニ對シテ懲戒罰ヲ科スルコトガ職務上ノ秩序ヲ維持スルニ利益アリヤ否ヤヲ考察シテ其ノ之ヲ科スルコトガ利益ナリト思考スルニ於テ之ヲ科スルモノナリ。刑罰ハ特定ノ犯罪ニ對シテ必ず之ヲ科スルコトヲ要ス、犯罪アルニ拘ハラズ刑罰ヲ科セザルハ法ノ違反ナリ。懲戒罰ハ之ニ反シ之ヲ科スルト否トハ全ク懲戒官廳ノ任意ナリ之ヲ科スルニ於テ被ルベキ官吏ノ威嚴ノ損害之ヲ科セザルニ於テ生ズベキ他ノ官吏ノ惡感情過失アリタル官吏ノ既往ノ勤務ノ狀態其ノ將來ニ於ケル希望等總テノ點ヲ考察シテ其ノ懲戒罰ヲ科スルコトガ利益ナリト認メラルルニ

於テ始メテ之ヲ科スルモノナリ。懲戒ハ所罰ノ一種類ニ屬ス、目的罰トシテ其ノ罰ヲ科スルト否トガ特定ノ目的ノ爲メニ利益アルヤ否ヤノ裁量ニ係カラシメラルルモノヲイフ。此ノ點ニ於テ懲戒罰ハ執行罰ト其ノ性質ヲ同ジウスルモノナリ。然レドモ之ガ爲メニ懲戒罰ヲ以テ多クノ學者ノ云ヘルガ如ク官吏ノ義務ニ對スル強制手段ナリトイフハ敢テ當ラ得タルモノニ非ラズ。懲戒罰ヲ以テ單純ナル義務強制ノ手段ナリトスルノ不當ナルコトハ懲戒罰ノ最モ嚴重ナル手段ハ官吏ヲ罷免スルニ在ルコトニ由リテ明瞭ナリ。官吏ヲ罷免シ全ク官吏ノ義務ヲ消滅セシムルニ由リ如何ニシテ官吏ノ義務ヲ強制スルコトヲ得ベキカ。懲戒免官ヲ以テ義務強制ノ手段ナリトスルハ明ナル自家撞著ナリ。懲戒罰ノ目的トスル所ハ義務ノ強制ニ非ラズシテ官吏關係ノ秩序ヲ維持スルニ在リ。官紀ノ秩序ヲ維持スルニハ二ノ方法ノ何レカヲ執ルコトヲ得ベシ。或ハ義務ニ違反シタル官吏自身ヲシテ將來ニ其ノ過ヲ再セザラシムルニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得ベシ。或ハ其ノ官吏自身ニ對シテハ最早改良ノ見込ナキ場合ニ

於テハ全然之ヲ官吏社會ヨリ驅逐シテ以テ少クトモ其ノ主要ノ目的タル公ノ職務ノ全體ヲ清潔ナラシムルコトヲ得ベシ、
 此ノ二ノ方法ノ異ナルニ從ヒ懲戒ノ手段ハ之ヲ二種ニ分ツコトヲ得、ハ所謂矯正懲戒ニシテハ排除懲戒是ナリ、矯正懲戒ハ過怠者タル官吏自身ヲ改良シテ之ヲシテ再ビ完全ニ其ノ義務ヲ盡サシメントスルモノナリ、排除懲戒ハ過怠者タル官吏ヲ官吏關係ヨリ排除シテ以テ公ノ職務ノ全體ヲ改良セントスルモノナリ、矯正懲戒ニ屬スルモノハ譴責罰俸是ナリ、排除懲戒ニ屬スルモノハ懲戒ノナリ、此ノ兩者ノ間ニ在ルモノハ轉所及ビ停職ナリ、轉所及ビ停職ハ過怠者タル懲戒官吏ヲ留任セシムルコトガ特定ノ場所ニシテ又ハ一時限リ官吏關係ノ秩序ヲ紊ス場合ニ於テ特定ノ場所ヨリ之ヲ排除シ又ハ一時限リ之ヲ排除シ而シテ同時ニ過怠者タル官吏自身ニ對シテモ改良ヲ加ヘントスルモノナリ、懲戒罰ヲ科スルノ官廳ハ或ハ普通ノ上官ナルコトアリ或ハ之ガ爲メニ特別ノ懲戒裁判所ヲ設ケラルルコトアリ、懲戒裁判所ニ於テ懲戒ヲ科スル場合ニ於テハ普通ノ刑罰ニ於ケルガ如ク單ニ過怠所爲ノ輕重ヲ審査シ之ニ相當スベキ處

ハ府縣知事ハ其業務ヲ停止スルコトヲ得私立小學校ハ一般ニ府縣知事郡長ノ監督ニ屬スルモノナリ、
 前ニ述ヘタル如ク國家ハ小學教育ヲ強制シ小學校ヲ設立スルノミヲ以テ其職分ヲ盡セルモノト爲スコトヲ得ス更ニ進ミテ高尚ナル科學的教育ノ爲メニ施設スル所ナカルヘカラス之ヲ一般ニ中學教育ト稱ス中學教育ハ初等ノ基礎教育ヲ終了シタル者ニ更ニ高等ナル普通教育ヲ與ヘ兼テ各種ノ專門教育ノ豫備ヲ爲スノ目的ヲ有スルモノニシテ之ヲ中學校トシ女子ノ高等教育ノ爲メニハ高等女學校アリ中學校ニ關シテハ明治三十二年二月勅令第二十八號中學校令ヲ以テ規定スル所アリ中學校ハ男子ニ須要ナル高等普通教育ヲ施スヲ以テ目的トシ北海道及ヒ府縣ニ於テハ少クトモ中學校一箇以上ヲ設置スヘク文部大臣ヲ必要ト認ムルトキハ増設ヲ命ズルコトヲ得其他郡市町村又ハ町村學校組合ハ土地ノ狀況ニ依リ必要ニシテ其區域内ノ小學教育ノ施設ノ上ニ妨ガキ場合ニ限リ中學校ヲ設置スルコトヲ得私人モ亦之ヲ設置スルコトヲ得中學校ノ設置、廢止ハ總リ文部大臣ノ認可ヲ受ルモノトシ要シ其修業年限ハ五箇年ト

爲ス中學校ノ費用ニ設置者ノ負擔スル所ナリ中學校ノ教育ハ文部大臣ノ授與シタル教員免許狀ヲ有スル者ヲ以テ之ニ任スルニ任ズルモ其ノ中學校高等女學校ハ女子ニ須要ナル高等普通教育ヲ爲スヲ目的トシ明治二十九年二月勅令第三十一號高等女學校令ノ規定スル所ナリ北海道府縣ニ於テハ土地ノ狀況ニ應ジテ文部大臣ノ指揮ヲ受ケ地方長官ニ於テ其數ヲ定ムル高等女學校ヲ設置スヘキモノト爲ス其他高等女學校令ハ總テ中學校令ニ準シタル規定ヲ爲セリ

最高等ノ教育機關ナル大學ヲ設置スルモ亦國家ノ職分ニ屬スルコトハ前ニ之ヲ述ヘタリ英吉利ノ大學ハ最高等ノ普通教育ヲ與フルノ趣意ヲ有シ其目的ハ國家社會ノ須要ニ應スル人材ヲ養成スル所ナリ又佛蘭西ノ大學ハ數多ノ專門學校ニ分レテ高等ナル專門ノ學術ヲ教授スル所ナリ然レトモ我明治十九年三月勅令第三號帝國大學令ノ定ムル所ノ帝國大學ハ此等ノ目的ヲ兼テ有シテ國家ノ須要ニ應スル學術技藝ヲ教授シ及ヒ其蘊奧ヲ攻究スルヲ以テ目的トス大學院及ヒ分科大學ヲ以テ組織シ大學院ハ獨立ニ學術技藝ヲ蘊奧ヲ攻究スル所

ニシテ分科大學ハ學術技藝ノ理論應用ヲ教授ス之ヲ一括シテ一箇ノ大學ヲ成ス學問自由ノ趣意ヨリシテ大學ヲシテ獨立ノ地位ヲ制度上保有セシメンコトヲ希望スルモノアリテ外國ニ於テハ之ヲ獨立ノ法人ト爲スモノアリ然レトモ我帝國大學ハ未ダ少シモ獨立ノ大學タル地位ヲ有スルモノニ非ス大學ノ行政ハ上下隸屬ノ關係ヲ有スル國家ノ官吏ニ依リテ行ハル即チ其行政ハ帝國大學總長評議會及ヒ各分科大學長ヲ以テ之ヲ行フ獨逸ニ於テハ大學總長ハ教授ノ互選スル所ナルモ我國ニ於テハ全然國家ノ任命ニ依ル大學ノ教授ニ任スル者ハ教授及ヒ助教授トシ又講師ヲ囑託ス教授ハ講座ヲ擔任シ助教授囑託講師ハ之ヲ補助スルモノト爲ス外國ニ於テハ學問自由ノ趣意ニ依リテ講義ヲ選擇シテ之ヲ聽聞スルノ廣キ自由ヲ有スルモノアルモ我國ニ於テハ數多ノ所定ノ學課ヲ履修セシム分科大學ノ學課ヲ了ヘ定期ノ試験ヲ經タル者ニハ卒業證書ヲ授與シ學士ト稱スルコトヲ得セシム大學院ニ入り定期ノ試験ヲ受ケタル者ニハ博士ノ學位ヲ授ク博士ノ學位ハ又論文ヲ提出シテ學位ヲ請求シ分科大學教授會ニ於テ大學院卒業ト同等以上ノ學力アリト認メタル者博士會ニ於テ學位

シテ簡人カ道徳ヲ進ムルニ防害ト爲ルモノヲ除去スルニ止メ進ミテ積極的ニ
 簡人ノ道徳ヲ國家ノ力ヲ以テ進歩セシメンコトヲ圖ルハ道徳ノ基礎タル人ノ
 意思ノ自由ヲ奪ヒテ理性ニ代フルニ強制ヲ以テシ道徳ヲシテ死セル形式タル
 ニ止マラシムルモノナリト爲ス者アリ然レトモ此議論ハ各簡人ハ初ヨリ皆常
 ニ自ラ道徳ヲ進ムルコトニ努力スルモノナルコトヲ前提スルモノニシテ人類
 ヲ以テ皆聖人ナリトスルニ非ザレハ是認スヘカラザルノ論ナリ

此ノ如ク國家ハ簡人ノ道徳ヲ進歩スルノ職分ヲ有ス之ニ對スル妨害ヲ除去ス
 ルモ亦固ヨリ其職分ナリ道徳ヲ進ムルハ教育ノ作用ニ屬ス小學教育ハ道徳教
 育ノ基礎ヲ與フルコトハ其目的ノ一タリ小學教育ハ之ヲ強制スルコトハ前章
 ニ之ヲ述ヘタリ故ニ兒童ニ道徳教育ノ基礎ヲ與フルヲ以テ我國法ハ兩親ノ義
 務ノ内容トスルナリ此義務ニ付テハ前章ニ詳論セリ茲ニ之ヲ繰返サス

簡人ノ道徳ヲ進歩ハ此ノ如ク國家ノ職分ナルモ積極ニ道徳ヲ進ムルハ教育ノ
 一般的手段ニ依ルモノニシテ各簡人ノ各簡ノ行爲ニ付テ各簡人ヲ指導スルカ
 如キハ管ニ不能ナルノミナラス固ヨリ簡人ノ自由ニ干渉スルコト太シキニ過

キ道徳ノ本質ニ反シ自由ヲ尊重スル諸國ノ憲法ノ精神ニ合セザルモノニシテ
 國家ハ其手段ヲ有セザルナリ又人ノ心裡ノ作用ハ固ヨリ之ヲ如何トモスヘカ
 ラズ故ニ國家ノ簡人ノ道徳ニ對シテ直接ニ施ス所ハ刑法及ヒ警察法規ヲ以テ
 不道徳ナル行爲人ノ道義心ヲ傷ヒ不道徳ヲ助長スル虞アル行爲ヲ禁シ及ヒ之
 ニ對シテ取締ヲ爲スニ在リ不道徳ナル行爲ヲ禁止スルハ主トシテ刑法ノ範圍
 ニ屬ス行政ノ手段ヲ以テスルモノハ之ヲ道徳警察ト稱ス其重ナルモノハ男女
 ノ關係ノ取締、飲酒ノ取締、賭事ノ取締及ヒ動物虐待ノ取締等ナリ

第一 男女ノ關係ノ取締

男女間ノ不道徳ナル淫行其他猥褻ナル行爲ニ因リテ公共ノ德義心ヲ傷ヒ風俗
 ヲ紊亂スルコトヲ防止スルハ國家ノ正ニ力ムヘキ所ナリ此目的ノ爲メニ刑法
 ハ公然猥褻ノ所業ヲ爲シタル者、風俗ヲ害スル冊子、圖畫其他猥褻ノ物品ヲ公然
 陳列又ハ販賣シタル者ハ之ヲ處罰セリ或國ノ刑法ニハ人ノ妾ト爲リテ生活シ
 公衆ノ厭惡ヲ惹起スル者ハ之ヲ處罰ス

普通ノ男女ノ淫行ハ罰スル所ニ非ス然レトモ營業トシテ淫ヲ需ク所謂賣淫ハ

諸國國法ノ罰スル所ナリ是レ賣淫ハ公衆ノ德義心ヲ傷ヒ風俗ヲ紊リ兼テ又花柳病ヲ傳播スルノ媒介タルカ故ナリ我刑法モ亦之ヲ處罰シ又其媒介容止ヲ爲シタル者ヲモ處罰セリ又諸般ノ警察規則ヲ以テ之カ取締ヲ爲セリ我國ニ於テハ夙ニ公娼ノ制度ヲ立テ公ニ淫ヲ囿ク者ハ之ヲ娼妓ト稱シテ一定ノ監督ノ下ニ官廳ノ許可ヲ得テ之ヲ行フコトヲ得ルモノト爲ス其利害ハ大ニ研究ヲ要スルモノアリ

第二 飲酒ノ取締

飲酒ニ對スル取締ハ酒類小賣商割烹店等ニ許可ヲ要スルモノトシ其他一定ノ制限取締ヲ爲スヲ最モ重ナル手段ト爲ス割烹店ヲ開ク時間ヲ制限スルカ如キモ亦必要ナリ其他學齡兒童ノ飲酒ヲ禁シ親權者ヲ罰スルヲ制ヲ設クル國アリ

第三 賭事ノ取締

賭事ハ人ノ射伴心ヲ增長シ經濟上並ニ道德上ノ弊害ヲ惹起スモノナリ然レトモ歐洲諸國ニ於テハ國家ニ於テ之ヲ興行シ收入ノ源ト爲スモノアリ其然ラザルモノニ在リテモ營業トシテ賭事ヲ爲シ富籤ヲ賣買スルハ之ヲ禁止スト雖モ

公ノ場所ニ於テ賭事ヲ興行スルハ許可ヲ要スルモノト爲スノミ利札附ノ有價證券ヲ發行スルモ亦許可ノ條件ヲ留保シテ之ヲ認ム此等ノ制限以外ニハ一家内ニ於テ賭事ヲ爲スハ之ヲ禁スルコトナシ我國ニ於テハ刑法ヲ以テ財物カ賭シテ博奕ヲ爲シ富籤ヲ興行スルハ之ヲ處罰ス

第四 動物虐待ノ取締

牛馬鶏犬等ノ動物ヲ虐待スルハ人ノ德義心ヲ傷ヒ文明ノ旨ニ反スルモノトシテ諸國ノ法多クハ之ヲ處罰セリ

第三節 宗教行政

宗教ハ固ヨリ人ノ信仰ニ存シ信仰ハ各人心裡ノ作用ニ屬ス然レトモ其信仰ヲ同シテスル者ハ相結合シテ共同ノ禮拜ヲ爲シ信仰ヲ養フハ自然ノ結果ニシテ共同ノ宗教團體ヲ形造タルニ至ルヲ常トス此ノ如キ宗教團體ハ宗教ノ目ヨラシテ之ヲ觀レハ人類ノ現世ノ地上ニ存在ト永久ノ天上ニ存在トヲ結合シテ人類ノ心靈ノ生活ヲ支配スルモノニシテ其職分ハ人類最高ノ使命ヲ

果スニ在リトスヘキモナナルモ之ヲ國家ニ對スレハ國家内部ノ一般普通ノ團體ト異ナルコトナク國家ハ其權利ノ範圍ヲ確定シテ國家ノ一般秩序ノ間ニ其地位ヲ保シムヘキモノナリ凡テ教會ハ皆自己ノ教義ヲ真理ナリトスヘク人生ノ外部關係ヲ支配スル國家ハ之ヲ判斷シテ自ラ宗教ノ事ニ係ハルヘキモノニ非ス唯宗教ハ精神ヲ支配シ人類ノ化育ニ關スルコト大ナルモノナルヲ以テ國民ノ幸福ヲ増進スルコトヲ以テ其職分ノ一トスル國家ハ教化行政ノ一部トシテ宗教ニ對スル行政的ノ施設ヲ爲スヘキナリ現代ノ國家ハ宗教ノ事ハ國家ニ屬セス直接ニ宗教ニ干渉シテ人ノ信仰禮拜ヲ左右スルハ國家ノ職分ニ屬セナルコトヲ認ム宗教ト政治ト分離獨立ハ近世ノ國家ニ關スル學問進歩ノ成果ノ一ナリ尤モ教會ハ決シテ國家ノ外ニ在ルヘキモノニハ非ス現世ノ地上ノ組織形態ヲ有スル教會ハ國家ノ内部ニ於テハ一ノ團體トシテ一般普通ノ私人ノ團體タルニ外ナラスシテ苟モ國家ノ内部ニ存スル以上ハ國家ノ權力ニ服從セサルヘカラサルナリ故ニ國家ハ其内部ニ於ケル教會ノ法律上ノ地位關係ヲ法律ヲ以テ定ムルコトヲ得ルモノト爲ササルヘカラス

然レトモ此ノ如キ國家ト教會トノ關係ハ或ハ教會ニ屬スル人人ノ反對スル所ナリ是レ必スシモ宗教的ノ偏見ニ出ツルモノニ非スシテ長キ歴史ノ因襲ハ宗教ヲ以テ更ニ著シキ地位ヲ有スルモノナリトノ思想カ深ク根底スルモノナルヲ以テナリ蓋シ往時ニ在リテハ宗教ト政治トハ結合シテ相分レス所謂政教一致ノ制度カ諸國ニ行ハレテ宗教ノ信仰簡樸カ人ノ政治的ノ活動ヲ支配セルコトハ人ノ普ク知ル所ナリ歐洲ノ中世ニ於テハ一般ニ教會ハ國家ノ上ニ立テテ國家ノ上ニ優勝ノ權力ヲ有セリ耶蘇教カ羅馬帝國ノ國教ナルコトヲ宣言セラレテヨリ以來皇帝ハ國家及ヒ教會ノ首長トシテ精神界及ヒ俗世界ノ支配者トシテ看ラルヘキモノナリトノ古代羅馬ノ傳說カ深ク影響シテ皇帝ハ總テ教會ノ事ヲ決定セリ此ノ如キ皇帝ノ地位ハ「フランケン」帝國皇帝ノ有セシ所ナルカ其後變遷シテ小邦分立シ羅馬法皇ノ勢力盛ト爲ルニ及ヒ却テ教會ハ國家ノ上ニ立テ僧侶カ政治家ヲ支配スルニ至レリ彼ノ有名ナル羅馬法王「グレゴール」第七世ハ往往權力ノ優勝ナルコトヲ主張シテ國家ハ人類ノ意思ノ生産物ニシテ自己ニ權利ヲ固有スルモノニハ非ス其權力ハ教會ノ付與シタル所ナルヲ以テ

教會ハ自ラ正當ナリト信シタルトキハ各人ノ日常ノ生活ニ干渉スルコトヲ得
 (シ)國家ト教會トノ權限ハ教會ノ獨リ之ヲ定ムルコトニ一任スヘキモノニシ
 テ國家ハ全然教會ニ從屬シ羅馬法王ハ總テノ俗界ノ支配者トシテ總テノ政治
 上ノ問題ニ干渉シ各國ノ帝王人民ヲ指揮スヘキモノトシテ次ヲ歷代ノ法王ハ常
 ニ教會ノ權力ヲ主張セントシテ此主張ハ全然現實ニセラレタルコトナシトス
 ルモ長時期間教會ハ俗界ノ事項ニ關シテ廣汎ナル立法及ヒ司法權ヲ有シ教會
 ノ法タル所謂(カ)ノ法ハ人民諸般ノ外部關係ヲ支配セリ此ノ如キ教會ノ優勝
 權ハ今猶ホ教會ニ屬スル人人殊ニ「カトリック」教會ノ僧侶ノ夢想スル所ニシテ
 羅馬法皇ヲ以テ神旨ニ依リテ精神界及ヒ俗世界ノ一切ノ權力ヲ總括スルモノ
 トシ國家ハ羅馬法王ノ委任ニ因リ俗界ノ權力ヲ行使スルモノナルヲ以テ羅馬
 法王ニ從屬シテ教會ノ法律ニ從ヒテ立法其他ノ國家ノ政治行爲ヲ爲ササルヘ
 カラス殊ニ國家ハ信仰ノ保護者トシテ異教徒ヲ鎮壓シテ以テ教會ニ奉セサル
 ヘカラサルモノナリトノコトハ盛ニ唱ヘラルル所ナリ此ノ如クニシテ「カトリ
 ック」教會ハ今猶ホ獨逸佛蘭西ノ諸國ニ於テハ國家ニ對シテ特殊ノ地位ヲ有ス

時羅馬法王ノ過大ナル權力ハ各國政府ノ反動ヲ起シ殊ニ佛蘭西ノ王家ノ盛ナ
 リシ時ニ於テハ大ニ羅馬法王ノ權力ニ反抗シテ國家ヲシテ教會ノ下ニ屬セル
 舊時ノ關係ヨリ著シク離脱セシムルニ至レリ殊ニ宗教改革ノ行ハレテ以テ麥
 ーテル「カ」自ラ言ヒシ如ク國家ノ權力ヲ高上シ遂ニ「カトリック」教ノ行ハルル國
 國ニ於テ「カトリック」教會ヲ國家ノ權力ノ下ニ屬セシメ之ヲ支配シ監督スルノ權
 ヲ國家ノ手ニ收ムルニ至レリ之ヲ例ヘハ奧太利ニ於テ「ヨゼフ」一世ノ力ニ依
 リテ十分ナル「カトリック」教會ノ監督權ヲ國家ニ歸シ普漏西ノ一般國法モ亦教會
 ヲ以テ國家ノ支配ニ屬スルモノト看ルノ規定ヲ爲セリ第十八世紀ノ終ヨリ第
 十九世紀ノ初ノ頃ニ至リテハ諸國ハ羅馬法王ト協議シテ約束ノ形式ヲ有スル
 所謂「コンコルダト」ナルモノヲ以テ國家ト「カトリック」教會トノ關係ヲ定メ佛蘭
 西ニ於テ「那破翁」一世カ先ツ之ヲ試ミ獨逸諸國モ相次テ「コンコルダト」ヲ締
 結セリ「コンコルダト」ハ「カトリック」教會ニ於テハ之ヲ以テ國家ニ與アル教會ノ
 特許狀ナリトシ又或ハ之ヲ國家ト教會トノ對等ナル契約ナリト爲ス者アリ然
 レトモ國家ノ方面ニ於テハ之ヲ以テ形ハ契約ナルモ國家ハ獨リ權力ヲ有スル

モノナルヲ以テ實ハ國法トシテ效力ヲ有スルモノトシテ以テ國ノ立法ヲ以テ容易ニ變更スルコトヲ得ルモノナリトシ或ハ遂ニ國法ヲ以テ「カトリック」教會ニ關スル事項ヲ規定スルニ至レリ此等ノ「コンコルド」及ヒ法律ニ於テハ國家ハ嚴重ナル監督權ヲ「カトリック」教會ノ上ニ有セリ之ヨリ後簡人信仰自由ノ思想カ發展シテ國民ノ基本權トシテ諸國ノ憲法法律ニ認メラルルニ至リシモ國家ト教會トハ全然分離スルモノト認メラレ隨テ教會ハ國家ヨリ獨立シテ自由ニ其事務ヲ規定シ處理スルコトヲ得ヘク政教分離ノ主義カ普ク認メラルルニ至リシモ教會ヲ以テ全然一般私人ノ團體ト同シ地位ヲ保有セシムルハ永キ歴史ノ由來ハ之ヲ許サス佛蘭西ニ於テハ今猶ホ國家ト「カトリック」教會トノ舊時ノ關係カ存續シテ國家ハ「カトリック」教會ノ上ニ特殊ノ關係ヲ有セリ獨逸諸國ニ於テハ羅馬法王ト激烈ナル鬭爭ノ結果再ヒ國家ノ支配權ヲ回復シテ「カトリック」教會ニ對シテ嚴格ナル監督ヲ爲スニ至レリ之ヲ要スルニ現今ニ於テハ「カトリック」教會ハ獨逸佛蘭西ノ諸國ニ於テハ國家ノ特別ナル監督權ノ下ニ在リ加之此等ノ諸國ニ於テハ「カトリック」教會ハ各種ノ特權ヲ有スル公法上ノ法人タル地位ヲ

有スル團體ナリ信仰自由政教分離ノ趣意國民ノ權利ノ享有行使ヲ宗教上ノ信仰ト相拘ハラサラシメ或教會ニ屬スルノ故ヲ以テ特殊ノ利益ヲ受ケサラシムルコトニ在リ尤モ「カトリック」教會ハ數百年以來人心ヲ支配シテ其勢力深ク根底スル所アリ此故ニ之ヲ全然國家ノ外ニ措クハ國家モ亦之ヲ不利益ナリトスル所ナキニ非ス舊時ノ地位カ今日猶ホ多少保存セララルル所以ニシテ國家ハ「カトリック」教會ノ爲メニ年多額ノ寄附金ヲ支出シ大學ニ神學科ヲ設ケ僧侶ヲ國家ノ官吏ニ準シ又教會ノ財産ニ對シテ租稅ヲ免除スル等諸般ノ特權ヲ認ム此ノ如クニシテ「カトリック」教會ヲ以テ國家ノ組織ノ一部タル公法上ノ法人ト認メ又之ニ特殊ノ公法上ノ地位ヲ有セシムルハ「カトリック」教會ノ獨立ノ趣意ニ於テ新教教會ハ更ニ密切ナル關係ヲ國家トノ間ニ有セリ新教ノ教理ニ依レハ俗世界ノ權力モ亦神ヨリ直接ニ付與セラレタルモノニシテ國家ト教會トハ相獨立スルモノト爲セリ然レトモ獨逸各國ノ君主ハ國家ノ元首ナルト共ニ新教教會ノ首長タル地位ヲ有ス政教分離信仰自由ノ主義行ハレテ國家ト教會トハ其領域ヲ異ニスルコトヲ認メラレタルモ君主ハ教會ノ首長トシテ唯政

事上ノ命令ヲ發布スルト之ニ參與スル機關ヲ異ニスルノミ新敎教會ハ君主ニ屬シテ國家ノ行政機關ニ對スルカ如ク君主ハ其公法上ノ法人ニ對シテ命令スル地位ニ在リ

英國ニ於テ新敎ノ國家ニ對スル關係ハ更ニ密接ナリ英國ノ新敎ハ特ニ之ヲ英國教會ト謂フ其初ニ在リテハ英國ニ於テモ教會ハ羅馬法皇ノ支配ノ下ニ在リシカ新敎カ英國ニ行ハルルニ至リテ各種ノ事情ニ由リテ英國ノ新敎ハ獨立シテ英國教會ト稱シ國王ヲ以テ其首長ト爲スニ至レリ英國ノ制度ハ殆ト國敎主義ニ近ク新敎ニ屬スルコトハ英國國王タルノ要件ナリ重ナル僧職ハ國王之ヲ任命シ總會ハ國王之ヲ召集シ教會ノ規則ハ國王之ヲ發布シ其僧侶俗人ニ對シテ等シク效力アルモノハ議會ノ議決ヲ以テ法律トシテ之ヲ發布ス

抑モ國家ト宗教トノ關係ハ或ハ羅馬カトリック教會ノ主張スル所ニシテ歐羅巴ノ中世ニ行ハレタル如キ國家ヲ以テ教會ニ隸屬スルモノトスル所謂國敎主義ナルコトヲ得又現今英佛獨ノ諸國ニ行ハルルカ如キ教會ニ幾多ノ特權ヲ與ヘ特殊ノ監督ヲ加ヘ之ヲ公法上ノ法人トシテ國家トノ間ニ特別ノ關係ヲ保タシ

シテ國際的交通ノ利益ヲ爲メニ勝訴者ヲシテ我帝國裁判所ニ對シ訴ノ方法ヲ以テ執行判決即チ強制執行ノ許可ヲ是認スル判決ヲ求メ該判決ニ基キ強制執行ヲ爲スコトヲ得セシメタリ第五—四條第一項獨逸民事訴訟法第七二三條)

執行判決ノ性質ニ關シテハ前述ノ如ク學者間ニ爭アリト雖モ予輩ハ執行判決ハ我帝國裁判所ニ於テ債務者ニ對シ外國裁判所ノ判決ニ於テ是認シタル法律關係ニ基テ給付ヲ命シタル判決ニシテ強制執行ノ債務名義ナリト云フヲ正當ト思フ隨テ執行判決ニ依リ外國裁判所ノ判決カ債務名義ト爲ルモノト論結スヘカラス(前述ノ說明參照)但民事訴訟法改正案第六百八十五條第五ニ於テハ明文ヲ以テ執行判決ニ依リ執行ヲ許スヘキモノナルコトヲ宣言シタル外國裁判所ノ判決ヲ債務名義ト爲セリ理論上其當ヲ得サルモノト思フ

執行判決ハ通常訴訟手續ニ依リ債權者ノ訴ニ基キ我帝國ノ管轄裁判所カ法定ノ要件ノ存スルトキニ於テ之ヲ言渡ス但民事訴訟法改正案ニ在リテハ(新

民事訴訟法第六編 執行ノ要件及ヒ執行ノ異議 執行ノ要件 執行ノ執行ノ債務名義

獨逸民事訴訟法ニ於ケルカ如クニ執行判決ヲ求ムル訴訟手續及ヒ其法定要件即チ外國裁判所ノ判決ニ因ル強制執行ノ要件ノミヲ規定シ該判決ノ他ノ效力殊ニ實體的確定力ノ要件ヲ規定セザル現行法ノ缺點ヲ補ヒ外國裁判所ノ判決カ内國裁判所ノ判決ト同一ノ效力ヲ有スルニ必要ナル條件ヲモ規定シタリ民事訴訟法改正案第二八四條第六三七條第六三八條先ツ訴訟手續ヲ略述シ次ニ法定要件ヲ説明ス

(1) 訴訟手續 執行判決ハ債權者カ通常訴訟手續ニ依リ本邦ノ裁判所ニ對シテ提起シ本邦ノ裁判所カ外國裁判所ノ判決ニ因リテ爲ス強制執行ヲ許ス旨ヲ明示スルノ判決ヲ言渡シテ之ヲ爲ス

(2) 提起ノ手續 執行判決ヲ求ムル債權者ハ債務者ニ對シテ通常訴訟手續ニ依リ執行判決ヲ求ムル訴ヲ提起セザルヘカラス第五一四條第二項訴ノ形式ヲ以テ求ムルハ執行判決カ判決ナルカ故ノミニ非スシテ當事者雙方ノ必要の口頭辯論ニ基キ正確ニ審判セシムルノ法意ニ基ケリ通常訴訟手續ニ依ルヘク證書訴訟手續ニ依ルヲ許サザルハ此種ノ訴訟ハ執行判決ヲ求ムル

目的トシ金錢其他代替物ノ給付ヲ目的トスル請求ヲ目的ト爲サザレハナリ(第四八四條)執行判決ヲ求ムル訴訟ノ目的ハ外國裁判所ニ提起シタル訴訟ノ目的ニ非スシテ外國裁判所ノ判決ノ執行ニ因リ受クヘキ給付ヲ目的トスル訴訟的請求ナリ蓋シ此種ノ訴ニ於テハ外國裁判所ニ於テ審判セラレタル訴訟事件其モノヲ再理スルニ非スシテ外國裁判所ノ判決ニ依ル執行上ノ訴訟的請求其モノノ當否ヲ審理スルモノナレハナリ

(第二) 管轄裁判所 執行判決ヲ求ムル訴訟ハ我帝國裁判所ノ管轄ニ專屬ス(第五一四條)本邦ノ裁判所第五六三條事物ノ管轄即チ地方裁判所カ管轄スヘキヤ又ハ區裁判所カ管轄スヘキヤハ訴訟ノ目的ノ性質ト價額トニ依リテ之ヲ定ム而シテ執行判決ヲ求ムル訴訟ノ目的カ財產權ニ關係セザルモノナルニ於テハ一般ノ原則ニ從ヒ地方裁判所ノ管轄ニ屬スト雖モ(裁判所構成法第二六條第一號)其他ノ請求……然ラサル場合ニ於テハ執行判決ヲ求ムル訴訟提起ノ當時ニ於ケル訴訟ノ目的ノ價額カ金百圓ヲ超過シタルト否トニ從ヒテ事物ノ管轄ヲ定ムヘキモノトス裁判所構成法第一四條第二六條是ヲ以

テ外國裁判所ニ提起シタル訴ハ我裁判所構成法第十四條第二項下同趣意該裁判所所屬ノ法則ニ從ヒテ外國ノ區裁判所ノ管轄ニ屬シタリト雖モ執行判決ヲ求ムル訴ハ之ニ拘ハラヌ我國法ヲ以テ定メタル訴訟ノ目的ノ價額ニ從ヒテ地方裁判所又ハ區裁判所ノ管轄ニ專屬シ又執行判決ヲ求ムル訴ハ其性質上商事ニ屬セザルカ故ニ商事裁判所或ハ商事部ヲ特ニ設ケタル佛獨等ノ如キ外國ニ於テ其裁判所ニ提起シタル訴カ商事ニ屬シタリト雖モ之ニ拘ハラヌ我帝國裁判所ノ民事部ニ於テ之ヲ取扱フヘキモノトス是レ我帝國ニ於テ商事裁判所或ハ商事部ノ設置ナキカ故ニ非スシテ執行判決ヲ求ムル訴訟其モノカ商事ニ非スシテ民事タルカ故ナリ執行判決ヲ求ムル訴訟物ノ價額ノ算定ハ其訴訟提起ノ日時ニ於ケル價額ニ依ルヘキモノニシテ前訴訟外國裁判所ニ提起シタル訴訟提起ノ日時ニ於ケル價額ニ依ルヘキモノニ非ス第三條第六條故ニ前訴ニ於テハ金百二十圓トシテ訴訟ノ目的ノ價額ヲ算定シタリトモ判決ノ結果金九十圓ト爲リタルトキハ執行判決ヲ求ムル訴訟ニ於テハ金九十圓ヲ以テ訴訟ノ目的ノ價額トシテ事物ノ管轄ヲ定ム是レ前訴ノ

目的カ執行判決ヲ求ムル訴訟ノ目的ニ非ストシテ法理ヨリ生スル當然ノ結果ナリ土地ノ管轄ハ民事訴訟法第十條第十一條及ヒ民事訴訟法第十七條ニ依リテ之ヲ定ム民事訴訟法第十七條ノ適用ハ唯財產權上ノ請求ニ關スル執行判決ノミニ制限セラレルモノタリ何トナレハ財產ニ關係ナキ強制執行ニ關シテハ民事訴訟法第十七條ニ規定シタル裁判籍ニ依ルノ實益ナケレハナリ(第五一四條第二項第五六三條)

(第三) 辯論手續 當事者ハ執行判決言渡以前ニ於テ通常ノ手續ニ從ヒ辯論ヲ爲シ原告ハ外國裁判所ノ判決ノ執行ヲ許スヘキ法定ノ要件ノ存在ヲ主張シ且之ヲ立證シ又裁判所ハ外國裁判所ノ判決ノ執行ヲ許スヘキ法定ノ要件ノ存否ニ付キ調査ヲ爲シ通常ノ手續ニ從ヒテ判決ヲ言渡シ外國裁判所ノ判決ノ實體的當否及ヒ形式的當否ヲ調査スルモノニ非ス(第五一五條第一項蓋シ國際法ニ所謂相互ノ條件ノ下ニ於テ内外訴訟法ヲ同等視シ外國裁判所カ其所屬國ノ法規ニ從ヒ爲シタル訴訟行爲ヲ内國ニ於テ有效視スルモ之カ爲メニ内國ノ主權ノ侵害ナキヲ以テ外國裁判所ノ判決亦内國ニ於テ有效視シ

以テ其内容ノ當否ニ付キ再調査ヲ爲スヘキモノニ非サレハナリ
 裁判所ハ被告カ辯論期日ニ出頭セザルトキト雖モ外國裁判所ノ判決ノ執行
 ヲ許スヘキ法定要件ノ存否ニ付キ職權ヲ以テ調査ヲ爲スコトヲ要ス蓋シ斯
 ル要件中民事訴訟法第五百十五條第三號ニ規定セルモノハ我帝國ノ裁判權
 ノ保護ヲ目的トシ其他ハ公益ノ爲メニ存スルモノナレハナリ隨テ斯ル要件
 存否ノ問題ハ當事者ノ處分殊ニ明白又ハ認諾ニ放任スルコトヲ得ス又或法
 定ノ要件存スル旨ヲ主張スル當事者ハ其責任トシテ之ヲ立證スルコトヲ要
 セス

(第四) 判決手續 裁判所ハ調査ノ結果左ニ説明スル法定ノ要件存スルモノ
 ト認メタルトキハ執行判決ヲ言渡ス而シテ執行判決ノ主文ニハ外國裁判所
 ノ判決ニ本邦ニ於テ強制執行ヲ許スヘキ旨ヲ明示スルコトヲ要ス又執行判
 決ハ外國裁判所ノ判決ニ強制執行ヲ許スモノナルヲ以テ敗訴ノ被告ニ訴訟
 費用ヲ負擔セシメタル外國裁判所ノ判決及ヒ敗訴ノ原告ニ訴訟費用ヲ負擔
 セシメタル外國裁判所ノ判決亦執行判決ニ因リテ本邦ニ於テ執行スルコト

ヲ得其他執行判決ニ亦一ノ終局判決ニ外ナラサルヲ以テ故、又ハ上訴ヲ以
 テ不服申立ヲ爲スルコトヲ得、又強制執行ヲ爲スニハ他ノ判決ト同シク
 確定シタルコト(第四九七條)若クハ假執行ノ宣言アルコト(第五〇一條)以下ヲ
 必要トシ執行文ノ付與アルコトヲ必要トス(第五一六條)以下但執行文ハ外國
 裁判所ノ判決ノ正本ニ付與スルニ非スシテ執行判決ノ正本ニ付與スルモノ
 ナリ何トナレハ民事訴訟法上執行文ハ我帝國裁判所ノ判決ヲ爲メニ付與ス
 ヘキモノナレハナリ之ニ反シテ左ニ説明スル法定ノ要件存セザルモノト認
 メタルトキハ執行判決ヲ求ムル訴ヲ却下スルコトヲ要ス我帝國裁判所ノ判
 決ニ對シテ、裁判官ハ外國裁判所ノ裁判ノ當否ヲ調査スルノ職權ナシ故ニ第一
 ニ外國ノ訴訟法ニ從ヒテ執行スヘキ判決ノ取消ヲ主張セント欲スル當事者
 ハ之ヲ管轄外國裁判所ニ於テ爲ササルヘカラス唯內國裁判所ニ於ケル執行
 判決ヲ求ムル手續ハ外國裁判所ノ判決ニ對スル再審ノ訴オ如キ非常手段カ
 管轄外國裁判所ニ繫屬シタルトキニ於テ民事訴訟法第二百一一條ニ則リ之
 ヲ中止スヘキノ事何トナレハ外國裁判所ノ判決ノ執行判決ヲ爲ス前提要件

ノ一ナレハナリ然レトモ内國裁判所ニ於テ言渡シタル執行判決ノ確定以後ニ於テ外國裁判所ノ確定判決ヲ前示非常手段ノ結果トシテ廢棄セラレタルトキハ債務者ハ其廢棄ヲ理由トシテ民事訴訟法第五百四十五條ニ則リ執行判決ヲ爲シタル内國裁判所ニ其執行判決ノ廢棄ヲ目的トスル訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ何トナレハ執行判決ヲ爲ス場合ニ於テハ外國裁判所ノ判決ヨリ生シタル執行上ノ訴訟法ノ請求ハ民事訴訟法第五百四十五條ニ所謂判決ニ因リテ確定シタル請求ニシテ又新ニ成立シタル異議ハ外國裁判所ノ判決ノ廢棄ト共ニ斯ル請求ノ消滅ヲ主張スルモノニ外ナラザレハナリ第二ニ外國裁判所ノ判決ニ因リテ確定セラレタル實體的請求ニ對シ此判決ノ言渡以後ニ於テ成立シタル異議ハ執行判決ヲ求ムル訴訟ノ終局ニ至ルマテ抗辯トシテ之ヲ主張スルコトヲ得ヘク又該訴訟ノ終局以後ニ於テ成立シタル異議ハ民事訴訟法第五百四十五條ニ則リ執行判決ヲ爲シタル内國裁判所ニ受訴裁判所トシテ訴ヲ以テ之ヲ主張スルコトヲ得ヘシ何トナレハ民事訴訟法第五百四十五條ニ規定シタル訴ハ確定シタル外國裁判所ノ判決ヲ廢棄スルニ

非スシテ唯内國ニ於ケル執行ノ除去ヲ目的トスルモノナレハナリ第三ニ實體的抗辯ハ執行判決ヲ求ムル手續ニ於テハ許サレサルモノトス何トナレハ内國ニ於ケル執行許可ヲ目的トスル訴訟の請求ハ之ヲ支拂ヲ目的トスル實體的請求ト相殺スルコトヲ得サレハナリ第四ニ執行判決言渡以後ニ於テハ民事訴訟法第五百四十六條ニ於テ規定シタル訴ハ外國裁判所ニ非スシテ却テ執行判決ヲ爲シタル裁判所ニ之ヲ提起ス又執行判決言渡以前ニ於テハ外國裁判所ノ判決ニ表示シタル債權者ノ承繼人ヨリ又ハ債務者ノ承繼人ニ對シ執行判決ヲ求ムル訴ヲ提起スルコトヲ得此場合ニ於テハ承繼人ノ成就ニ關シテモ辯論ヲ爲シ裁判所ハ其結果ニ依リ執行判決ヲ與ヘ又ハ之ヲ拒ム判決ノ執行カ條件ニ際ル場合ニ於テ亦然リ(第五一九條第五一八條第二項)何トナレハ此等ノ事項ハ内國ニ於ケル強制執行ノ許否ニ關スルモノナレハナリ「ストロツクマン」及「ヒコフホ」氏ハ執行判決言渡以後ニ成立シタル請求ニ對スル異議ハ一般ノ原則ニ從ヒ(第五四五條)獨逸民事訴訟法第六八六條外國ノ受訴裁判所ノ管轄ニ屬シ内國裁判所ノ調査スル所ニ非ス執行判決以後ニ生

タル承継ノ調査ニ關シテ亦然リ(第五一九條第五二一條、第五四六條)獨逸民事訴訟法第六六五條、第六六七條、第六八七條ト曰ヘリ然レトモ道六通説ニ非ズルナリ

(2) 法定ノ要件ニ執行判決ヲ言渡スニハ左ノ前提要件ヲ具備スルコトヲ要ス

第一 外國裁判所ノ判決タルコトヲ要ス(第五一四條、第五一五條)外國裁判所ノ判決ハ外國裁判所トシテ我帝國ノ設立シタル裁判所ニ非サル裁判所ナリ故ニ治外法權其他ノ國際關係ニ基キ外國ニ於テ我領事ノ爲シタル裁判ハ玆ニ所謂外國裁判所ノ判決ト謂フコトヲ得ス(裁判所構成法施行條例第一五條)如何ナル外國ノ官廳カ外國ノ裁判所ナルヤ否ヤハ其官廳所屬國ノ法律ニ從ヒ裁判權ヲ行使スルノ權限ヲ有スルヤ否ヤニ依リテ之ヲ定ム故ニ外國行政官廳ノ行政處分及ヒ外國ニ於ケル仲裁判斷等ハ執行判決ヲ求ムルノ基本ト爲ラズ外國裁判所ノ判決トシテ外國裁判所カ民事訴訟事件ニ付キ爲シタル判決ナリ故ニ外國ニ於ケル民事的裁判所ノ判決ニ非サル判決例ヘハ刑事裁判所ノ

判決(私訴ノ判決ノ如キ)行政裁判所ノ判決ハ執行判決ヲ求ムルノ基本ト爲ラス何トナレハ民事訴訟法第五百十四條ニ規定セル強制執行ト雖モ民事訴訟法第四百九十七條ニ規定セル強制執行ノ限界ヲ超越スルコトヲ得ザレハナリ然レトモ外國ニ於ケル民事的裁判所ノ判決タル以上ハ其裁判ノ材料カ本邦ノ法律ニ從ヘハ司法事項ニ屬セスシテ行政事項ニ屬スト雖モ執行判決ヲ求ムルノ基本タルニ足ル外國裁判所ノ判決トシテ終局的ニ實體上ノ權利ヲ確定シタル判決即チ實體判決ニシテ強制執行ヲ爲スニ適當ナル内容ヲ有スルモノナリ故ニ外國裁判所ノ留保判決(第四二六條第三項、第四九一條第三項參照)執行判決(假差押判決、假處分判決等)當事者ノ實體上ノ權利ヲ強制的ニ確定シタル裁判ニ非サルヲ以テ執行裁判ヲ求ムルノ基本ト爲ラス又外國裁判所ノ確認判決(訴却下ノ判決等)強制執行ヲ爲スニ適當ナル内容ヲ有スル裁判ニ非サルヲ以テ執行判決ヲ受タルノ基本ト爲ラス訴訟費用ノ裁判ハ秋義ノ實體判決ニ屬セスト雖モ博義ノ實體判決ニ屬ス故ニ外國裁判所ノ訴訟費用ノ裁判ハ執行判決ヲ受タル基本ト爲ル何トナレハ外國裁判所ノ判決ニ因

レハ強制執行ハ本邦ニ於テ強制執行ヲ必要トスル權利ヲ終局的ニ確定シタル外國裁判所ノ判決ヲ是認シタル法則ノ結果ニシテ又強制執行ヲ爲スニ適當ナル内容ヲ有セサル外國裁判所ノ判決ニ基キ執行判決ヲ言渡スモ其效用ナキヲ以テナリ又外國裁判所ノ判決トハ外國裁判所ノ終局判決ナリ故ニ外國裁判所ノ中間判決ハ執行判決ヲ求ムルノ基本ト爲ラス何トナレハ民事訴訟法第五百十四條及ヒ第五百十五條ニ規定セル判決ハ民事訴訟法第四百九十七條ト相對照審究セハ終局判決ヲ指示スルモノナルコト固ヨリ當然ナルヲ以テナリ然レトモ外國裁判所ノ終局判決タル以上ハ裁判ノ名目例ヘハ判決裁判宣言等ノ類及ヒ訴訟手續公開審理、不公開審理口頭審理書而審理等ノ如何ヲ問ハス之ニ基キテ執行判決ヲ求ムルコトヲ得是ヲ以テ對席判決及ヒ對席判決ハ勿論執行命令ト雖モ外國裁判所所在地ノ法律ニ從ヒ確定判決ト同一ノ效力ヲ有スルニ至リタルトキハ(第三九四條執行判決ヲ求ムルノ基本ト爲ルコトヲ得)

第二 形式上確定ノ證明アルコトヲ要ス 外國裁判所ノ判決ハ形式上確定

セサルヘカラス(第五一五條第二項第一號民事訴訟法改正案第二八四條第一號外國裁判所ノ判決ハ外國ノ法律ニ從ヒ我民事訴訟法ニ於ケル形式の確定ノ意義ヲ有スル特質ヲ備ヘサルヘカラス我民事訴訟法ノ用語ニ基キテ之ヲ言ヘハ審判ノ終局ヲ妨ケ且一定不變期間ニ爲スヘキ通常不服申立方法即チ上訴若クハ故障ニ依リ攻撃スルコト能ハサル終局判決ナルコトヲ要ス(第九八條何トナレハ外國裁判所ノ判決タルノ故ヲ以テ我民事訴訟法第四百九十七條ノ原則ヲ無視スルノ理ナケレハナリ故ニ外國裁判所ノ判決ハ控訴上告若クハ故障ノ如キ通常不服申立方法ヲ以テ攻撃スルコト能ハサルニ至リタルトキニ於テ確定シタルモノトシテ之ヲ取扱フモノトス此形式の確定ノ存否ハ判決ヲ爲シタル外國裁判所所屬國ノ法律ニ從ヒテ判斷セサルヘカラス何トナレハ外國裁判所ノ判決ノ攻撃ニハ唯其外國ノ法規ノミカ適用セラル得ヘキモノナレハナリ此ノ如ク外國裁判所ノ判決ニ執行判決ヲ與フルニハ形式の確定ヲ必要ト爲スカ故ニ外國裁判所ノ單純ナル執行力アル判決(獨逸ノ假執行宣言付判決、佛國ニ於ケル確定前ノ判決ノ如キ)ニハ執行判決ヲ

與フルコトヲ得ス。通常不服申立方法上訴ノ如キニ非スシテ一旦終結シタル手續ヲ再施セシムル非常不服申立方法再審ノ如キノ可能ハ執行判決ヲ與フルノ妨ト爲ラス何トナレハ斯ル非常不服申立方法カ有效ニ提起セラルルモ一旦發生シタル形式の確定ヲ消滅セシムルモノニ非サレハナリ然レトモ非常不服申立方法ノ提起ハ判決ノ形式の確定ノ繼續ノ能否ヲ疑ハシムルヤ當然ナルヲ以テ自國ニ提起セラレタル執行判決ヲ求ムル訴訟中止ノ原因ト爲ル蓋シ確定シタル外國裁判所ノ判決ヲ取消ハ執行判決ヲ受タルコトヲ目的トスル訴訟の請求權ヲ消滅セシムレハナリ同一ノ理由ニ依リ執行判決確定以後外國裁判所ニ於テ執行判決ノ原因タル判決ヲ非常不服申立方法ニ依リ廢棄シタルトキハ被告ハ民事訴訟法第五百四十五條ノ規定ニ則リ異議ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ外國裁判所ノ判決ノ形式の確定ハ執行判決ヲ求ムル訴訟ニ於ケル原告カ普通ノ原則ニ從ヒテ證明セサルヘカラサルヤ言フヲ竣タス

第三 強テ爲サシムルコトヲ得ヘキ行為ニ付テノ判決ナルヲ要ス我國法

上強ヒテ爲サシムルコトヲ得サル行為即チ強制執行不能ノ行為ニ付テハ外國裁判所ノ判決ニハ執行判決ヲ與フルコトヲ得ス(第五一五條第二號民事訴訟法改正案第二八四條第四何トナレハ彼我各國家の生存ノ條件ヲ異ニスルヲ以テ我國法上執行不能ノ行為ヲ執行セシムルニ於テハ我帝國ノ秩序ヲ危ウスルヲ以テナリ獨逸ノ大家ワラハ氏ノ說明ヲ借リテ之ヲ言ヘハ外國ノ法律ハ自國裁判所ハ執行上ノ權限ヲ擴張スルコトヲ得サレハナリ強テ爲サシムルコトヲ得ル行為ハ法禁の行為ノミナリト限定スヘカラス何トナレハ法禁の行為ニ非サルモ強制執行ニ依リ強制スルコトヲ得サル行為アルヲ以テナリ如何ナル行為カ之ニ屬スルヤハ本邦ノ法律殊ニ民法ニ依リテ之ヲ定ム法禁ノ行為ハ勿論不徳義ノ行為夫婦ノ同居ヲ目的トスル行為勞務ノ給付ヲ目的トスル行為又如キ皆之ニ屬ス然レトモ外國裁判所ニ於テ認メタル實體的請求若クハ外國裁判所ノ判決ニ於テ言渡サレタル給付カ内國ノ法律ニ從ヘハ法禁ノ行為(賭博富籤ノ類若クハ不徳義ノ行為ニ基ク)ノ一事ハ執行判決ヲ拒絕スルノ理由ト爲ラス何トナレハ前述ノ如ク内國裁判所ハ外國裁判所判

決ノ當否ヲ調査スルノ職權ナケレハナリハ、第四管轄權、外國裁判所ノ終局判決タルコトヲ要ス、外國裁判所ノ管轄權ノ有無ハ本邦ノ法律ニ從ヒ之ヲ定ム、第五條第三號民事訴訟法改正案第二八四條第二蓋シ執行判決ヲ求ムル訴訟ニ在リテハ我帝國ノ裁判官ハ訴訟法ノ關係ニ於テモ外國裁判所ノ裁判ノ當否ヲ調査セサルヲ以テ其外國ノ法律ニ從ヒ管轄權ノ有無ヲ判斷スルコトヲ得ザレハナリ、民事訴訟法第五百十五條第二項第三號ニ所謂管轄權下ハ土地ノ管轄權ヲ指示シ事物ノ管轄權ヲ指示スルモノニ非ス何トナレハ外國裁判所カ我國法ニ從ヘハ土地ノ管轄權ヲ有セザルトキニ限り外國ノ司法權ノ行使ニ因リ我國ノ司法權ニ侵害ヲ來スコトト爲ルヲ以テナリ、外國裁判所カ事物ノ管轄權ヲ有セザル事由ハ執行判決ヲ拒ムノ理由ト爲ラス蓋シ外國ニ於ケル事物ノ管轄權ノ規定ハ我帝國裁判所カ判決ヲ爲スノ法則トシテ之ニ準據スルコト能ハサルノミナラス外國裁判所ニ於テ其事物ノ管轄權ノ規定ヲ遵守スルト否トハ我帝國ニ對シ利害ノ關係ナケレハナリ、又民事訴訟法第五百十五條第二項第三號ニ所謂

「外國裁判所」トハ判決ヲ爲シタル外國裁判所所屬國ノ裁判所ヲ指示シ判決ヲ爲シタル外國強制裁判所ノミヲ指示スルモノニ非ス元來茲ニ所謂外國裁判所ハ判決ヲ爲シタル外國裁判所ヲ指示スルヤ或ハ總テノ外國裁判所ヲ指示スルヤ換言セハ內國裁判所ハ外國裁判所ノ管轄ノ有無ヲ現實的ニ調査スヘキヤ或ハ抽象的ニ調査スヘキヤハ頗ル困難ナル問題ナリ、獨逸ニ在リテハ「ゾルマン」「ゾキフエルト」「フツチング」「シュミット」氏等ハ外國裁判所ヲ總外國裁判所ト解釋シ抽象的調査ヲ必要ト爲スニ似タリ、其論據ハ執行判決ヲ求ムル訴訟ニ於テハ內國ノ裁判所ハ內國ノ法律ニ從ヒ判決ヲ爲シタル外國裁判所所屬國ノ總テノ裁判所カ管轄權ヲ有セス隨テ其國家カ裁判權ヲ有セザル場合ニ於テノミ本題ノ要件ヲ缺クモノトシテ執行判決ノ言渡ヲ拒ムコトヲ得外國ノ判決裁判所カ土地ノ管轄權ヲ有スルヤ否ヤヲ調査スヘキ旨ヲ要件ト定メ、一外國裁判所カ土地ノ管轄權ヲ有スルヤ否ヤヲ調査スヘキ旨ヲ要件トセザルノミナラス外國ノ判決裁判所カ管轄權ヲ有セザルモ外國ノ他ノ裁判所ニ於テ管轄權ヲ有スルニ於テハ結局內國ノ裁判權ヲ害スルコトナキヲ以

「タナリ」ブラシク「ウキルモ」スキ「ニ」ホト「ロクヤシ」ニ「エンデ」マ「ン」ベトタルゼ
 シ氏等ハ「外國裁判所」ヲ「判決」ヲ爲シタル「外國裁判所」ト解釋シ現實調査ノミヲ
 以テ足レリト爲スニ似タリ其論據ハ「內國裁判所」ハ判決ヲ爲シタル「外國裁判
 所」カ管轄權ヲ有セタルトキハ本題ノ要件ヲ缺クモノトシテ執行判決ヲ拒絶
 セサルヘカラス其理由「(一)ハ外國裁判所」ノ判決ヲ爲メニ共助ヲ爲シ即チ執
 行判決ヲ言渡スヘキモノナルヲ以テ判決ヲ爲ササル他ノ外國裁判所カ管轄
 權ヲ有スルコトハ敢テ問フノ必要ナク又文理解釋上裁判所ハ判決ヲ爲サ
 リシ他ノ外國裁判所ヲ含有スルモノト謂フコト能ハス「(二)總裁判所」ノ管轄權
 即チ國家ノ管轄權ナル觀念ハ民事訴訟法ニ於テ認メサルモノナルノミナラ
 ス土地ノ管轄權ハ唯判決ヲ爲シタル裁判所ニ關係ヲ有スルノミ外國カ管轄
 權ヲ有スルヤ否ヤノ調査ハ民事訴訟法ノ認メサル所ナリ又管轄權ノ存否ニ
 關スル裁判官ノ調査ハ判決ヲ爲シタル裁判所ニノミ制限セラレサルヘカ
 ス他ノ裁判所ノ管轄權ノ有無ハ之ヲ調査スルヲ得ス何トナレハ其裁判所ノ
 行爲ハ當事者ヨリ要求セラレサルヲ以テ判決ヲ爲シタル裁判所ニ非サル裁

判所ノ管轄權ノ存否ヲ調査スルハ民事訴訟法ノ原則ニ反スト云フニ在リ此
 兩說ノ何レヲ正當ト認ムヘキヤノ問題ハ諸君ノ研究ニ委ス予輩ハ民事訴訟
 法ノ解釋トシテ前說ヲ正當ト信ス何トナレハ判決ヲ爲シタル外國裁判所
 所屬國ノ或裁判所カ管轄權ヲ有スル場合ニ在リテハ判決ヲ爲シタル外國裁
 判所カ管轄權ヲ有セサルトキト雖モ執行判決ヲ與ヘタルカ爲メニ我帝國ノ
 領土内ニ於テ外國司法權ノ不當ナル擴張アリト謂フコト能ハサレハナリ
 外國裁判所ノ管轄權ノ有無ハ本邦ノ法律ニ從ヒ之ヲ定ムルモノナルコト前
 述ノ如シ故ニ我民事訴訟法第二十九條以下ニ規定シタル合意管轄亦民事訴
 訟法第三十一條ノ規定ニ觸レサル以上ハ縱令外國裁判所カ其所屬國法ニ從
 ハ「毫」モ管轄權ヲ有セサル場合ト雖モ其外國裁判所カ管轄權ヲ有スル原
 因ト爲ル然レトモ被告カ外國裁判所ニ於ケル辯論期間ニ出頭セサルノ一事
 ハ默示的合意管轄アリタルモノト認ムルニ足ラス寧ロ外國裁判所ノ爲シタル
 關席判決ニ關シテハ其外國裁判所ニ我國法ノ意味ニ於ケル法定若クハ約定
 ノ管轄權アルコトヲ要ス又專屬管轄ニ非サル限ハ我國ニ裁判籍アルカ故ヲ

以テ内國裁判所ノミカ唯一ノ管轄權ヲ有スルノ理由ト爲ラス却テ當事者カ我國ニ於ケル裁判籍又ハ外國ニ於ケル裁判籍ヲ選擇スルコトヲ得ルノ原因ト爲ル隨テ當事者ハ自國若クハ外國ニ於テ履行地若クハ不法行為地等ノ特別裁判籍アルトキハ民事訴訟法第二十五條ニ從ヒテ選擇ヲ爲スコトヲ得ヘシ我國ノ裁判所ハ外國裁判所ノ管轄權ノ有無ヲ調査スルニ當リテハ唯リ外國裁判所カ認定シタル事實ハ自國ノ法律ニ從ヘハ其外國裁判所ヲシテ管轄權ヲ有セシムヤノ點ノミナラス汎ク裁判籍ヲ定ムルノ標準タルヘキ事實上ノ關係ヲ調査シ外國裁判所カ管轄權ヲ有スルヤ否ヤヲ定ム例ヘハ當事者カ管轄ニ付キ合意ヲ爲シタルコトハ其真意ニ出テタルカ或ハ當事者カ係争契約ノ履行ヲ外國ニ於テ爲スヘキ旨ヲ約シタルコトハ眞實ナルカヲ調査スルカ如シ是ヲ以テ假想シタル事實ノ自白ニ基ク管轄ハ内國裁判所ヲ拘束スルモノニ非ス然レトモ我國法ニ從ヒ外國裁判所ノ管轄權ヲ有スルコトヲ正當ナラシムルカ爲メニ新事實及ヒ證據方法ヲ提出スルハ敢テ妨ナキ所ナリ内國裁判所ハ外國裁判所ノ管轄權ノ有無ヲ調査スルニ止マリ係争事件ニ付キ民

事訴訟カ許サルヘキヤヲ調査スルコトヲ得蓋シ内國ニ於ケル裁判所及ヒ行政官府ニ關スル政務分配ノ法則ハ之ヲ外國官廳ニ準據セシムルコトヲ得サルヲ以テ民事訴訟法第五百十五條ニ於テ本邦ノ法律ニ依リ無訴權ノ調査ヲ爲スヘキ旨ノ規定ナキニ依リ瞭然タルノミナラス外國裁判所カ其所屬國ノ政務ノ分配法ヲ遵守シタルト否トハ我國ニ對シ利害關係ナク又之カ爲メニ斯ル分配ヲ適用スルコトハ民事訴訟法第五百十五條第一項ノ規定ニ反シ外國裁判所ノ裁判ノ當否ヲ調査スルニ至レハナリ民事訴訟法第五百十五條第五項ノ擔保アルヲ要ス民事訴訟法第五百十五條第五項所謂相互ハ民事訴訟法改正案第二八四條第五條執行手續若クハ之ニ先スル訴訟手續ノ同一ヲ指示スルモノニ非スシテ却テ單ニ判決ノ執行ニ屬スル實體の要素ノ同一ヲ指示スルコトハ洵ニ「ワ」氏ノ言ノ如シ蓋シ相互ノ内容トシテ内外訴訟法規ノ嚴正ナル一致ヲ要スルモノト解セハ斯ル一致ハ不能ナルヲ以テ相互ノ要件ハ殆ト成立セサルモノナルニ至ルヘケレハナリ故ニ「ワ」氏ハ相互ハ法則ノ一致ヲ指示スルモノニ非スト云ヘリ此ノ如ク相互ハ單ニ判決ノ執

行ニ關スル實體的要素ノ同一ヲ指示スルモノナルヲ以テ(1)相互ハ本邦ノ裁判所ノ確定判決力或外國ニ於テ其外國ノ裁判所ノ確定判決ト同シク攻讐スルコト能ハサルモノト看做サレ法律上若クハ事實上及ヒ實體上若クハ形式上ノ當否ニ付キ更ニ調査ヲ受クルコトナク執行スルコトヲ得ルノ效力ヲ認メラルルニ因リテ成立ス本邦ノ判決ノ執行許可ニ關スル手續ノ存否及ヒ民事訴訟法第五百四十五條ニ規定セル請求ニ關スル異議ノ原因ニ依ル抗辯ノ提出ノ許否ノ如キハ相互ノ成立ニ關係ナシ故ニ外國ニ於テ本邦ノ裁判所ノ判決ノ當否ニ付キ更ニ調査ヲ爲スヘキモノトシ又ハ民事訴訟法第五百四十五條ニ規定セル請求ニ關スル異議ニ非サル本案ニ付テノ異議ヲ認メタルトキハ相互ノ成立ナキモノト知ルヘシ(2)本邦ノ裁判所ノ確定判決ニ關シ外國ニ於テ執行ノ許可ヲ求ムル訴訟手續カ本邦ニ於ケル手續ト異ナルコト又外國ニ於ケル執行ノ許可ノ要件カ本邦ニ於ケル要件ト異ナルコト而カ嚴ナルノ事情第五一四條第二項第五一五條ハ相互ノ成立ヲ妨ケス蓋シ相互ハ本邦ノ裁判所ノ確定判決力或外國ニ於ケル執行ノ實體的要素トシテ其外國ニ於

テ認メラレサル場合ニ限リ成立セサルモノナレハナリ(3)本邦ノ裁判所ノ確定判決ニ關シ外國ニ於テ單ニ確定判決トシテ之ヲ認ムルニ止マリ執行ニ付テノ效力ヲ認メサルトキハ相互ノ成立ナシ又外國カ其是認シタル合意ノ裁判籍相續ノ裁判籍及ヒ不法行為ノ裁判籍等ニ關スル法則ヲ本邦ニ於テ實施シタル訴訟ニ關シ適用スルコトヲ拒ミ斯ル裁判籍ノ存スル本邦ニ於テ爲シタル判決ヲ更ニ其當否ノ調査ヲ爲スコトナクシテ執行セシムルコトヲ欲セサルトキ亦相互ノ成立ナシ其他外國カ一般的ニ本邦ノ裁判所ノ判決ノ爲メニ執行スルコトヲ得ヘキ效力ヲ認メスシテ唯單ニ本邦ノ裁判所ノ判決ヲ或外國ニ於テ執行スルコトヲ要スル各箇ノ場合ニ於テノミ其外國カ該判決ニ執行スルコトヲ得ヘキ效力ヲ認ムルニ過キサルトキハ相互ノ成立ナキモノタリ又民事訴訟法第五百十五條第五ニ所謂相互ノ擔保ハ相互ノ繼續カ將來ニ向テ確實ナルニ因リテ存在ス其形式ニ關シテハ獨逸民事訴訟法ニ於テハ我民事訴訟法ニ於ケルカ如ク國際條約ニ於テノ明文ナキヲ以テ多數ノ學者例ヘハ「ブラント」(V. v. Brandt)「ガウフ」(V. v. Gauß)「ストロツクマン」(V. v. Strouckmann)「ワルモースキヤ」氏

等ハ唯リ外國ノ法律若クハ國際條約判決ノ相互執行ニ關スル議定書若クハ本邦ノ裁判所ノ判決ヲ執行セシムル外國裁判所ノ慣行ニ依リテ擔保ノ存在ヲ見ルヲ得ヘシト我民事訴訟法ニ於テハ國際條約ニ於テハ明文アルカ故ニ論争ノ餘地ナシ但未タ我國ト外國トノ間ニ於テ新條約ナキヲ以テ執行判決ニ關スル實際問題ヲ生スルコトナカレヘシ立法上ノ見解トシテ狭キニ失スト認ム第五一五條第二項第五民事訴訟法改正案第二八四條第五第六外國裁判所ノ判決ニ於ケル敗訴ノ債務者本邦人ナルトキハ以上ノ要件ノ外ニ尙ホ其訴訟ニ應シタルコトヲ要ス(第五一五條第二項第四民事訴訟法改正案第二八四條第四)本邦人ノ應訴セザリシ外國裁判所ノ判決ニ執行判決ノ言渡ヲ拒ム理由ハ開始シタル訴訟ヲ知ラシメス且何等ノ審理ヲ爲スコトナクシテ本邦人ニ敗訴ヲ言渡シタル外國裁判所ノ判決ニ對シテ其敗訴ノ本邦人ヲ保護スルニ在リ隨テ執行判決ノ言渡ヲ拒ム外國裁判所ノ判決ハ我民事訴訟法ノ意味ニ於ケル關席判決ニ非スシテ敗訴ノ債務者タル本邦人ノ應訴ナキ判決ナリト謂フヘシ本邦人トハ日本ノ國籍ヲ有スル各人ナリ

面シテ本邦人ナル明文ト前示ノ理由トニ據リ推究スレハ本題ノ要件ハ本邦人タル國法上ノ資格ニ關係シ住所ニ關係セス故ニ外國ニ於ケル訴訟開始ノ當時外國ニ住居スルヲ必要トセス又前示理由ト民事訴訟法第五百十五條第二項第四號ノ全文トニ據リ本題ノ要件ハ唯訴訟開始ノ時ニ本邦人タルコトヲ必要トシ外國裁判所判決言渡ノ當時或ハ執行判決ヲ求ムル訴訟提起ノ當時ニ於テ本邦人タルコトヲ必要トセス故ニ外國ニ於ケル訴訟開始後外國人カ被告タル本邦人ヲ承繼シタル場合ニ於テハ本邦人ニ於ケル執行判決ヲ求ムル訴訟ニ於テ本題ノ要件ノ保護ヲ享タルモ本邦人カ被告タル外國人ヲ承繼シタル場合或ハ被告タル外國人カ本邦人タル身分ヲ取得シタル場合ニハ之ニ反スト則チ又應訴トハ外國裁判所ニ於テ訴ノ防禦ノ爲メニ口頭若クハ書面手續ニ於テ著手シタル各訴訟行為ニ外ナラザルコトハ應訴期間ニ關スル民事訴訟法第九十四條第三百七十七條第四百九十六條ノ文意同第百九十八條末項ノ應訴及ニ同條第一項本案ニ付キ被告ノ第一口頭辯論ノ反對推理等ニ依リ明確ナリ故ニ唯リ本案ニ付ラノ應訴ノミナラス訴ニ對スル各

行爲殊ニ答辯書ヲ提出妨訴抗辯ノ主張ノ如キ亦民事訴訟法上ノ應訴ト認ムルニ足ル是レ民事訴訟法第五百十五條第二項第四號ニ於テ單ニ「應訴ト言ヒ本案ニ付キ應訴ト言ハサル所以ナリ而シテ敗訴ノ債務者タル本邦人カ應訴シタル以上ハ外國裁判所ノ判決カ上級又ハ下級ノ關席判決タリシ場合ト雖モ本題ノ要件ヲ適用スルコト能ハサルヤ當然ナリ法律ハ原則トシテ債務者タル本邦人ノ應訴シタルコトヲ要件ト爲シタレトモ例外トシテ應訴ニ代フルニ本邦人ニ對シ爲シタル應訴スヘキ適法ノ催告ヲ以テシタリ適法ノ催告ハ訴訟ヲ開始スヘキ呼出又ハ命令ヲ受訴裁判所所屬國ニ於テ自國人又ハ之ト同視スヘキ法定若クハ約定ノ代理人其人ニ又ハ法律上ノ共助ニ依リ本邦ニ於テ本邦人ニ送達セラレタルニ依リ成立ス此ノ如ク受訴裁判所所屬國ニ於テハ送達ハ本邦人若クハ之ト同視スヘキ代理人其人獨逸舊民事訴訟法第六六一條第四號參考ニ爲スヘキモノナルヲ以テ之ヲ其人ニ爲ササルヘカラス(第一三八條第一四一條故ニ補充送達第一四五條第一四七條)及ヒ公示送達(第二五七條)適法ノ催告ト爲ラス蓋シテ斯ル送達ハ訴訟ノ開始ヲ確知セシム

ルニ足ラザレハナリ然レトモ本邦人及ヒ代理人其人ニ送達セラレタル以上ハ受訴裁判所内ニ於テ送達セラレタルト否トヲ問ハス又送達カ本邦ノ送達ニ適合第三六條以下スルヲ必要トセス蓋シ催告ノ目的ハ被告ヲシテ訴訟開始ヲ知ラシムルニ在レハナリ又共助送達ハ本邦裁判所ノ共力ノ下ニ成ル送達ニシテ單純ナル本邦ニ於ケル送達ニ非サルヲ以テ民事訴訟法第五百三三條ニ規定シタル意義ニ於ケル送達ハ共助送達トシテ適當ナリ然レトモ補充送達ヲ以テ足レリトス何トナレハ補充送達ト雖モ均シク我帝國裁判所ノ爲ス送達ナルヲ以テ效力ニ差等ヲ設クルノ理ナケレハナリ故ニ獨逸民事訴訟法第六百六十一條第四號ニ於テハ明文上共助送達ヲ本人ニ爲スコトヲ必要トセス我民事訴訟法第五百十五條第二項第四號ニ於テハ共助送達ヲ本人ニ爲スヘキコトニ限定シタルハ立法上失當ナリ法律上共助ノ有無ハ國際條約ニ依リテ定マルモノトス

以上ノ要件ノ完備シタルトキハ本邦ニ於テ執行判決ヲ以テ外國裁判所ノ判決ニ因ル強制執行ヲ爲スコトヲ得セシム隨テ又之ト同時ニ外國裁判所判決

ニ實體的確定力ヲ是認シタルモノト謂フコトヲ得蓋シ判決ノ實體的確定力ト其執行ノ基本タル執行力ハ並行スヘキモノナレハナリ是ヲ以テ債權者カ執行判決ヲ求ムルコトヲ得ルニモ拘ハラス斯ル權利ヲ行使セスシテ却テ内國ニ於テ同一法律關係ニ付キ訴ヲ提起シタルトキハ債務者ハ判決確定ノ抗辯ヲ以テ一事再理ヲ拒ムコトヲ得ヘシ然レトモ執行判決ヲ以テ執行ヲ爲スコトヲ得ザルトキ若クハ執行上ノ訴訟的請求權ヲ排斥セラレタルトキハ外國裁判所判決ノ確定力ヲ否認シタルニ外ナラサルヲ以テ債權者ハ外國ニ於テ既ニ裁判シタル同一ノ法律關係ニ付キ内國ノ管轄裁判所ニ起訴シ債務者ヨリ判決確定ノ抗辯ヲ對抗セララルコトナク判決ヲ受タルコトヲ得ヘシ民事訴訟法改正案第二八四條民事訴訟法改正案第二編第一章第二節判決ニ關スル規定中ニ於テ外國裁判所ノ判決ニ關スル規定ヲ設ケタルハ蓋シ該判決ニ關スル一切ノ效力ヲ規定シ現行法ノ如ク外國裁判所判決ノ執行力ノミヲ規定シ他ノ效力ヲ規定セザル立法上ノ缺點ヲ補ヒタルニ在リ

(乙) 我帝國通常裁判所ノ判決タルコトヲ要ス 我帝國ノ通常裁判所即チ民

民事訴訟法ニ依リ民事裁判權ヲ行使スル官府ノ判決タルヲ要ス(裁判所構成法第一條第二條故ニ特別裁判所同法第二條)裁判ハ民事訴訟法ニ所謂強制執行ノ債務名義ニ非サルナリ何トナレハ民事訴訟法第四百九十七條ニ所謂終局判決ハ通常裁判所ノ判決ニ外ナラサレハナリ然レトモ我帝國ノ領事及ヒ島司ノ裁判ハ法律上我帝國通常裁判所ノ判決ト同視セララル結果トシテ強制執行ノ債務名義ト爲ヌヲ得ヘシ同法施行條例第一二條第一五條

(B) 和解調書 和解ノ意義ハ民法ノ定ムル所ニ依ル(民法第六九五條)而シテ當事者カ其雙方ノ讓歩ニ因リ請求權ニ付キ成立セル不確實又ハ其實行ノ不安全ヲ除去スルヲ目的ト爲ス契約タルコトハ學者間ニ爭ナシ起訴以前又ハ以後ノ訴訟的和解調書ハ確定ノ終局判決ト同シク強制執行ノ債務名義ト爲ル何トナレハ訴訟的和解即チ裁判所ニ於テ爲ヌ和解ハ判決ト同シク一ノ爭訟ヲ終局セシムルモノナレハナリ左ニ之ヲ分説スヘシ(第五五九條第三第四第一三〇條第二項第一號第三八一條第二項民事訴訟法改正案第六八五條第三第四)

(a) 訴ノ提起後、受訴裁判所ニ於テ又ハ受命判事若クハ受託判事ノ面前ニ於テ爲シタル和解調書 此種ノ和解調書カ債務名義ト爲ルニ止マルカ故ニ單純ナル請求ノ認諾又ハ拋棄ハ債務名義ト爲ラス蓋シ請求ノ認諾又ハ拋棄ハ債務名義ト爲ルカ爲メニ民事訴訟法第二百二十九條ニ基ク判決ヲ必要ト爲セハナリ然レトモ請求ノ一部認諾又ハ一部拋棄ハ和解ノ内容ヲ爲スモノタルヤ言フ埃タス和解調書其モノカ債務名義ト爲ル蓋シ債務名義ハ前述ノ如ク公正證書ヲ指示スルモノニ外ナラサレハナリ和解調書カ債務名義ト爲ルニハ左ノ要件ヲ具備セザルヘカラス

(第一) 受訴裁判所ニ於テ又ハ之ト同視スヘキ受命判事又ハ受託判事ノ面前ニ於テ爲シタル和解タルヲ要ス 故ニ外國裁判所又ハ特別裁判所ノ如キ我帝國ノ通常裁判所ニ非サル裁判所ニ於テ成立シタル和解ハ強制執行ノ債務名義ト爲ラス何トナレハ民事訴訟法第五百五十九條第三號ニ所謂受訴裁判所トハ我帝國ノ通常裁判所ヲ指示スレハナリ執行裁判所及ヒ非訟事件ノ管轄裁判所タル裁判所ニ於テ成立シタル和解亦然リ何トナレハ該裁判所ハ之

ヲ受訴裁判所ト謂フコト能ハサレハナリ我帝國ノ司法權行使ノ職權アル領事又ハ島司ノ面前ニ於テ爲シタル和解ハ債務名義アリ何トナレハ此種ノ和解ハ受訴裁判所ニ於ケル和解ト法律上同視スヘキモノナレハナリ但受訴裁判所ニ於テ爲シタル和解ナル以上ハ受訴裁判所カ和解ニテ終結シタル事件ニ付キ管轄權アルヲ必要トセス何トナレハ此場合ハ受訴裁判所ハ事件ニ付キ裁判ヲ爲スモノニ非サレハナリ

(第二) 訴ノ提起後其訴訟ヲ終結スルカ爲メニ爲シタル和解ナルヲ要ス 故ニ執行裁判所ニ於テ執行ヲ避クルカ爲メニ成立シタル和解並ニ假差押及ヒ假處分手續ニ於テ成立シタル和解ハ此種ノ和解ニ屬セス然レトモ之カ爲メニ和解ノ目的ハ訴訟ノ目的ニ限定スヘカラス當事者ハ其提起シタル訴訟ヲ終結スルカ爲メニハ訴訟ノ目的以外法律關係殊ニ未タ起訴セザル同一請求ノ或部分又ハ他ノ裁判所ニ繫屬セル同一請求ノ或部分ヲ和解ノ目的ト爲スコトヲ得又反對ニ訴訟ノ目的ノ一部分殊ニ一分判決ヲ爲スニ適當ナル部分ヲ和解ノ目的ト爲スコトヲ得又第三者ハ訴訟ヲ終結スルカ爲メニ和解ニ參

加シ執行上ノ債權者若クハ債務者ト爲ルコトヲ得蓋シ和解ハ單ニ訴訟ヲ終結スルモノニシテ判決ニ於ケルカ如ク訴訟關係ヲ確定スルノ效力ヲ有セザレハナリ其他當事者ハ條件附ニテ和解ヲ爲スコトヲ得唯停止條件附和解ニ關シテハ條件成就後ニ執行力アル正本ヲ付與シ解除條件附和解ニ關シテハ即時ニ執行力アル正本ヲ付與シ解除條件成就ノ場合ニ相手方カ民事訴訟法第五百四十五條ニ規定シタル異議ヲ申立ツルノ權利ヲ有スルノミ而シテ民事訴訟法第三百八十七條ニ規定セル支拂命令ノ送達ハ訴ノ提起ニ同シ故ニ其以後ノ和解ハ訴ノ提起後ノ和解ト爲ル

(第三) 執行ニ適當ナル給付ヲ目的ト爲ス和解ナルヲ要ス 何トナレハ若シ然ラサレハ強制執行ヲ爲スヲ得サレハナリ隨テ其給付ハ特定セザルヘカラス然レトモ當事者ハ第三者カ如何ナル給付ヲ引受ケタルヤ又何人カ和解上債權者ト爲リタルヤノ區別ハ之ヲ問ハサルナリ

(b) 民事訴訟法第三百八十一條ノ規定ニ從ヒ區裁判所ニ於テ爲シタル和解當事者雙方カ區裁判所ニ出頭シ判事ノ面前ニ於テ和解ヲ爲シタルトキハ

報 雜

○眞實ニ非ナル日附及ヒ振出地 振出ノ年月日及ヒ振出地ノ記載ハ約束手形ノ要件タリ(商法第五二五條)此要件ノ記載カ眞實ノ振出日及ヒ振出地ト異ナリタル年月日及ヒ地名ヲ記載シタルトキハ其手形ハ有效ナリヤ否ヤ大審院ハ之ヲ肯定シテ曰ク約束手形カ振出名義者ナル上告人以外ノ者ニ因リ偽造若クハ變造セラレタルカ又ハ上告人ノ振出シタルモノナルモ商法第五百二十五條ニ規定セル成立要件ヲ欠クモノナラシカ其所持人ハ振出名義者タル上告人ニ對シ該手形ニ基キ手形債務ノ履行ヲ求メ得ヘキモノニアラサルヤ勿論ナリト雖モ原院ノ確定セシ事實ニ依レハ本件係爭手形ハ形式上商法第五百二十五條ニ規定セル成立要件ヲ具備スルノミナラス上告人ノ振出ニ係ルモノニシテ唯タ其日附ト振出地ノ記載カ眞ノ事實ニ適セサルニ過キサルモノトス而シテ該事由ノ如キハ以テ同手形ヲ當然無効ナラシムルモノト云フヘカラス何トナレハ若シ此場合ニ於テ同手形ヲ當然無効トナラシメ其無効ヲ善意ノ取得者ニ對

抗得... 勿論手形取引上各人... 不安ヲ念ヲ抱カシテ從テ其流通ヲ阻害シ因テ以テ手形ノ效果ヲ減却スルノミナラス振出人ノ不正行為ヲ獎勵スルノ結果生シ其害少クカラサルヘキヲ以テナリ商法第四百三十七條末項及ヒ同法第四百四十一條ハ則チ該法則ヲ適用シタル外ナラス而シテ右法條ニ依レハ偽造又ハ變造ニ係ル手形ト雖モ偽造者變造者及ヒ惡意又ハ重大ナル過失ニ因リ之ヲ取得シタル者ノ外ハ該手形ニ付手形上ノ權利ヲ取得保有スルコトヲ得ルモノナレハ偽造變造ニ係ルモノニアラスシテ單ニ振出ノ日附ト振出地ノ記載トカ真ノ事實ニ適セサルニ止マル本件約束手形ニ付重大ナル過失ヲキ善意ヲ取得者タル被上告人カ手形上ノ權利ヲ取得保有シ得ルハ亦辯ヲ俟タサル所ナレハ原院カ手形裏書讓受人ハ其振出人ニ於テ實際ノ振出地ヲ記載シタルヤ否ヤ又實際ノ振出月日ヲ記載シタルヤ否ヤハ容易ニ之ヲ知得シ難キ地位ニアルノミナラス又之ヲ調査スルノ責任アルモノニアラス故ニ斯ル欠點ハ裏書讓受人カ其事實ヲ知了シテ讓受ケタル場合ノ外之ニ對抗シ得ヘカラストト説示シ上告

人ニ敗訴ヲ言渡シタルハ結局相當ニシテ云云ト(大審院明治三十七年(才)第四百二十七號民事部判決)

○不當ノ理由ヲ付シ又ハ理由ヲ付セサル抗告裁判所ノ裁判ト再抗告ノ所謂再抗告ハ如何ナル場合ニ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナルカハ諸君ハ既ニ民事訴訟法ノ講義ニ於テ學ヒ得ラレタル所ナルカ(遠藤學士講義九四頁以下今之ニ關スル大審院ノ判例ヲ紹介セン)曰ク凡ソ抗告ハ二審ニ止マルヲ以テ原則ト爲スモノニシテ下級裁判所ト抗告裁判所トノ二箇ノ決定カ其結果同一ニ歸シタル場合ニ於テハ抗告裁判所カ裁判所ノ構成ニ背キ若クハ其他重要ナル訴訟手續ニ違背シタルカ如キ場合ニ非スンハ再抗告ヲ爲スコトヲ許ササルモノニシテ抗告裁判所決定ノ理由ノ如キ縱令不備若クハ不法アルモ此ヲ以テ抗告ノ理由ト爲スニ足ラサルコトハ民事訴訟法第四百五十六條第二項ノ法意ナリトシテ從來當院ノ屢示シタル所ナリトス而シテ本件再抗告理由追加理由第六第八及ヒ追加申立第二ハ抗告裁判所ノ爲シタル決定ノ理由ニ不法アリト爲スモノト追加理由第一第二第三第四ハ破産裁判所タル福井地方裁判所ノ爲シタル

破産決定ヲ非難シ又ハ同裁判所ノ爲シタル訴訟手續ニ欠缺アリト主張スルモ
 ノ同追加理由第九ハ福井地方裁判所カ本件ヲ審理スルニ當リ辯論ヲ公開セテ
 リシハ法律ニ違背シタリト爲スモノ又同追加申立第一ハ原決定カ抗告人ノ申
 立タルハ抗告ノ理由ニ付説明ヲ遺脱シタリト云フモノニシテ如上ノ理由ハ就
 モ抗告裁判所ノ裁判ニヨリテ新生シタル獨立ノ抗告理由ト稱スルコトヲ得
 ナルモノトス尙抗告人ハ抗告追加理由第五及第七點トシテ抗告人ハ抗告裁
 判所ニ對シ新事實ノ主張ヲ爲シタルモノナルカ故ニ抗告裁判所ハ宜ク相手方
 ニ抗告ヲ通知シテ書面上ノ陳述ヲ爲サシムルカ又ハ口頭辯論ヲ開始セザルヘ
 カラサルニ毫モ其手續ヲ爲サザリシハ重要ナル訴訟手續ニ違背シタルモノナ
 リト論述スト雖モ民事訴訟法第四百六十二條ニ依ルトキハ抗告裁判所ハ口頭
 辯論ヲ經スシテ裁判スルヲ以テ其本則ト爲シ其相手方ニ書面上ノ陳述ヲ爲サ
 シテ若クハ口頭辯論ノ爲メニ當事者ヲ呼出スハ固ヨリ裁判所ノ自由ナル專權
 ニ屬スルモノニシテ抗告裁判所カ此手續ヲ爲サザリシトテ毫モ訴訟手續ニ違
 背シタルモノニ非スト(大審院明治三十七年七月十六日第一民事部判決ニ對
 抗告事件三十三年四月十六日第一民事部判決)

法學志林

第五十六號

五月十五日

行

- ◎ 志林
 - ◎ 纂論
 - ◎ 解疑
 - ◎ 判例錄
 - ◎ 雜著
 - ◎ 記事
- 發行所

特別法講義錄

每月一回發行
謝金十五錢

第十五號 (六月三日發行)

市制町村制 法學士松浦鎮次郎

現行租稅法論(完) 法學士若槻禮次郎

表紙及七目次 四頁

競賣法 法學士吾孫子勝

著作權法 法學博士水野鍊太郎

公證人規則 法學士山脇貞夫

○戶籍法(完結)法學士島田鐵吉○人事訴訟手續法(完結)法學士松岡義正○特許法(完結)法學士杉木貞治郎

●一號ヨリ缺本ナシ

六月

法政大學

(明治三十六年十月十二日第三種郵便物認可) 每月十回一日三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

明治三十七年六月五日印刷

明治三十七年六月八日發行

(定價金貳拾錢)

編輯者 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 東京市芝區西久保明舟町十一番地 金子活版所

發行所 東京市麴町區富士見町六丁目十六番地

指省 法政大學

(電話番町百七十四番)