

法政大學講義録

美濃部, 達吉 / 板倉, 松太郎 / 上杉, 慎吉 / 山田, 三良 /
掛下, 重次郎 / 加藤, 正治

(出版者 / Publisher)

法政大學

(巻 / Volume)

6

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

63

(発行年 / Year)

1904-12-25

(明治三十七年十二月十日第三種郵便物認可)
每月三回 五日 十五日 二十五日發行

明治三十七年十二月二十五日發行

三十八年度

法政大學講義錄

第六號



法政大學發行



0070

第六號目次

國際私法	(自二九至四〇)	法學博士 山田 三 良
民法親族	(自二一至四四)	法律學士 掛下重次郎
商法海商	(自二七至五〇)	法學博士 加藤 正 治
行政法總論	(自三一至四一)	法學博士 美濃部達吉
行政法各論	(自一六至一六)	法學士 上 杉 慎 吉
民事訴訟法	(自第六編至第八編) (自一四七至一四七)	法學士 板倉松太郎

雜 錄 ○學生忘年會○大審院判例要旨

ノ學說ト同ク循環論法ニ陥リタルモノニシテ學說トスルニ足ラサルモノト謂ハサルヘカラス然ルニ之ト同時代ニ於テ有名ナル法學者「ウエヒタル」ハ私法ノ抵觸論ヲ著シテ從來ノ學說ヲ一攻讐シ自ラ左ノ原則ヲ主張セリ即

第一 裁判官ハ國家ノ司法機關トシテ其國ノ法律ニノミ拘束セラルヘキモノナルカ故ニ若立法者カ法律ノ抵觸ニ付特別ノ規定ヲ設ケタルトキハ裁判官ハ此規定ニ從ヒ外國法ヲ適用スヘキコト勿論ナリ
第二 若斯ル特別ノ規定カ存在セサル場合ニ於テハ裁判官ハ其關係ニ該當スル內國實法ノ立法ノ精神及目的ヲ研究シ以テ外國法ニ依ルヘキモノナリヤ否ヤヲ決定スヘキモノトス
第三 若立法ノ精神及目的ヨリシテ外國法ニ依ルコト明白ナラサル以上ハ常ニ內國法ニ依ルヘキモノナリ

ト此學說ニ付テハ第一ノ原則ハ固ヨリ正當ニシテ從來ノ學者カ國際私法ヲ以テ恰國際法ノ如ク考ヘタル誤解ヲ明ニシ國際私法ハ一國內ノ法律ニシテ本來立法者ノ一定スヘキ法律タルコトヲ説明シタル點ニ於テ從來ノ學說ニ一歩ヲ進メタルモノトス然レトモ第二、第三ノ原則ニ付テハ國際私法ノ原則トシテ此學問ノ基礎トスルニ足ラサルナリ何トナレハ立法者カ明文ヲ設ケサル場合ニ於テ裁判官ノ依ルヘキ標準ヲ定ムルコトカ此學問ノ原則ナラサルヘカラスレハナリ然ルニ氏ハ內國實法ノ精神及目的ヲ研究スヘキコトヲ示スニ止リ如何ナル標準ニ依テ其立法ノ精神ヲ解釋スヘキヤヲ示サズ加之第三ノ原則ニ至テハ最不當ナルモノト謂ハサルヘカラス若如此内外法律ニ優劣ノ區別ヲ認メ外國法律ニ依ルヘキ精神カ明白ナラサル限ハ常ニ內國法ニ依ルモノトセハ裁判官ハ立法ノ精神明白ナラサルコトヲ口實トシテ常ニ內國法ノミヲ適用スルニ至ルノ虞アルモノニシテ國際私法ヲ認ムルニ至リタル根本ノ精神

090
1905
1-6

0071

ヲ打破スルノ弊害アルモノト謂ハサルヘカラス是ヲ以テ「ウニヒタル」ノ學說ハ從來ノ學說ヲ攻擊スルノ點ニ於テ成功シタルノミニシテ新ナル學說ヲ立ツルノ點ニ於テハ更ニ一層該博ナル法學者「サビニ」ノ出ツルヲ待チタリキ

千八百四十九年ニ至テ近世歷史派法學者ノ泰斗「フョシ、サビニ」ハ「現今羅馬法ノ系統論」ト題スル書ノ第八卷ヲ著シ法律ノ場所ニ關スル效力ヲ研究シ茲ニ法律ノ抵觸問題ヲ説明セリ氏ハ其説明ヲ爲スニ當リテ此問題ハ單ニ主權獨立ノ原則ニノミ重キヲ置キ一國ノ法律ハ其領地内ニ於テ完全ナル效力ヲ有スルト同時ニ他國ノ領地内ニ於テハ法律タルノ效力ヲ有セスト云フカ如キ議論ヲ以テシテハ到底之ヲ説明スルニ足ラサルコトヲ明ニシ又近世諸國ノ法律ハ外國人ノ私權保護ニ付テハ內國人ト同等ト認ムルニ至リタルモ此内外人平等主義ノミニ依テモ亦此問題ヲ解釋スルコト能ハサルコトヲ説明シタル後自ラ說ヲ爲シテ曰ク內國ノ立法者カ法律ノ抵觸問題ニ付テ特別ノ規定ヲ設クルトキハ裁判官ハ絕對的ニ之ニ從フヘキコトハ固ヨリ論ヲ俟タサル所ナルモ何レノ國ニ於テモ斯ル特別ノ規定全ク存在セザルカ縱令存在スルモ僅僅一二箇條ノ原則ニ過キス（當時ハ然リ現今ハ我法例ノ如キ明文アリ）今若全ク明文ノ存セザル場合ニ於テ裁判官ハ外國ノ法律ヲ眼中ニ置カスシテ單ニ內國法ノミヲ適用スヘキモノト解釋スヘキモノナルカ或ハ又外國法律ヲモ認メテ或法律關係ニ付テハ外國法律ニ依ルヘキモノナルヤト云フニ何等明文ナキ場合ニ於テハ現今ノ國際關係上ヨリ之カ解釋ヲ爲ササルヘカラス現今ニ於テハ國家ハ互ニ國際團體ヲ成シ各其團體及其主權ヲ認メ隨テ其國ノ憲法及法律ヲ認メタルモノナルカ故ニ國家ト國家トノ間ニ於テハ國際團體アルカ如クニ各國ノ法律ト法律トノ間ニモ亦法律ノ共同關係存在スルモノニシテ何レノ國ノ法律モ皆對等ノ法律ニシテ優劣ノ區別アルヘカラス隨テ内外人カ法律關係

ヲ爲スニ當リテハ猶一國內ニ於テ法律ヲ異ニスル地方ノ者カ法律關係ヲ爲シタル場合ト同一ニ看做シ其法律關係ノ本來ノ性質上ヨリ何レノ法律ニ依ルヘキヤヲ定ムヘキモノニシテ其適用セラルヘキ法律カ內國法ナリヤ將外國法ナリヤヲ豫眼中ニ置クコトヲ得サルモノナリ隨テ此學問ハ各種ノ法律關係ニ付テ其性質上内外法ノ法律ニ屬スヘキモノナリ又ハ支配セラルヘキモノナリヤ決スルニ在ルモノニシテ換言セハ内外法律ノ行ルヘキ區域ヲ確定スルニ在リ且如此原則ニ依テ外國ノ法律ヲ適用スルハ裁判官ノ任意ノ結果ニハ非スシテ各國民相互ノ共同利益ノ必要ヨリ出タルモノナルヲ以テ裁判官ハ外國法律ヲ適用スヘキ義務ヲ有スルモノナリト

此内外法律ヲ平等ニ看做シ唯法律關係ノ性質如何ニ依テ之カ準據法ヲ定ムヘシトスル學說ハ「サビニ」ノ始テ説述シタル所ニシテ爾來現今ニ至ル迄諸國ノ國際私法學者ハ一般ニ之ニ從フヲ以テ例トセリ

「サビニ」ハ以上ノ如キ原則ヨリシテ各種ノ法律關係ヲ研究スルニ先チ一ノ例外ヲ認ムヘキ必要ヲ説明セリ即法律關係ノ性質ヨリ言ヘハ縱令外國法ニ依ルヘキモノト雖左ノ二箇ノ場合ニ於テハ例外トシテ外國法ニ依ルコトヲ得サルモノニシテ專ニ內國法ノミニ依ラサルヘカラストスルニ在リ

第一 絕對的強行法 「サビニ」氏ハ法律ヲ強行法ト任意法トニ區別シ任意法ニ付テハ内外法律ニ輕重ノ區別ヲ設クヘキモノニ非サルモ強行法ニ付テハ或場合ニ外國法ニ依ルコトヲ得サルモノトスルノ必要アリトシ而シテ強行法ヲ二種ニ分チ或種類ノ強行法ハ權利者ノ利益ノ爲ニ一定ノ規定ヲ設ケ唯司法行政ノ畫一ヲ圖ルヲ以テ目的トスルモノト爲ス例之人ノ年齡、男女ノ區別等ニ因テ能力ノ有無ヲ定ムルカ如キ法律ハ即此種ノ強行法ニ屬スルモノニシテ斯ル法律ハ強行法ナルモ内外法律平等

ノ原則ニ對スル例外ヲ成スニ足ラサルモノトシ隨テ法律關係ノ性質上外國法ニ依ルヘキモノナラハ
經令內國法ニ反スルキト雖仍其外國法ヲ適用スヘキモノトスルニ在リ反之或種類ノ強行法ハ權利
者ノ利益ノ爲ニ設ケタルモノニ非スシテ政治上或ハ經濟上又ハ道德上ノ理由等ヨリシテ絕對的ニ強
行スヘキコトヲ目的トスルモノアリ例之一夫多妻ヲ禁スル法律又ハ猶太人ニ土地所有ヲ禁スル法律
ノ如キハ即此種ノ強行法ニ屬スルモノニシテ之ニ反スル外國法ハ之ヲ適用スルコトヲ得サルモノナ
リト論セリ

第二 內國ニ存在ヲ認メサル外國ノ法律制度 例之奴隸制度又ハ民法上ノ死亡ノ制度ノ如キハ經令法
律關係ノ性質上ヨリ外國法ニ依ルヘキ場合ト雖斯ル法律制度ハ內國法ノ認メサルモノナルカ故ニ外
國法ニ依ルコトヲ得サルモノトセリ

要之「サビニー」ハ内外法律ノ平等ヲ原則トシ唯內國ノ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルカ如キ外國法
ハ經令法律關係ノ性質上外國法ニ依ルヘキモノトスヘキ場合ト雖仍之ニ依ルコトヲ得サルモノトシ斯
ル場合ニ於テノミ内外法律ノ間ニ優劣ノ區別ヲ認メタルナリ後ニモ述フルカ如ク我法例第三〇條ノ規
定ノ如キモ亦氏ノ學說ト其趣旨ヲ同ウスルモノニシテ現今諸國ノ國際私法カ概氏ノ原則ヲ認メタルモ
ノナルコトヲ知ルニ足ルヘシ

「サビニー」ハ以上ノ如キ考ヲ以テ法律關係ノ性質上ヨリ其屬スヘキ根據ヲ發見セントシ斯ル根據ヲ稱
シテ法律關係ノ本據ト云ヘリ而シテ此本據ヲ定ムルニ當リ人ノ身分又ハ能力等ニ付テハ人ノ住所
地ヲ以テ其本據ノ存在スル所ト考ヘ隨テ此等ノ法律關係ニ付テハ當事者ノ住所地法ニ依ルヘキモノトセリ
又物權ニ付テハ物ノ所在地ヲ以テ其本據トシ隨テ之ニ關スル法律關係ハ其所在地法ニ依ルヘク債權債

務ノ關係ニ付テハ或ハ債務者ノ住所或ハ債權ノ履行地ニ其本據ノ存在スルモノトシ親族關係又ハ相續
關係等ニ付テハ身分能力等ト同ク人ノ住所所ニ其本據ノ存在スルモノト考ヘ住所地法ニ依ルヘキモノ
トセリ而シテ訴訟手續其他裁判ノ結果即強制執行等ニ關スル事項ハ其裁判所所在地ニ本據ヲ有スルモ
ノトシ隨テ裁判所所在地即法廷地法ニ依ルヘキモノナリトセリ

以上ハ「サビニー」ノ學說ノ大要ナリ而シテ氏ノ原則ノ基礎トスル所ハ近世諸國ノ國際私法學者ノ一般
ニ認ムル所ニシテ佛、伊ノ學說ニ至テモ亦概氏ノ學說ヲ根據トスルモ氏カ其原則ヲ適用シテ各種ノ法
律關係ノ準據法ヲ定メタル點ニ付テハ論理ヲ誤リタルモノトシテ近世學者ノ一般ニ排斥スル所ナリ蓋
「サビニー」ハ根本問題トシテ法律關係ノ本據ヲ定メントスルニ在ルモ法律關係ハ素人ト人トノ關係ニ
シテ其何レカ一方ノ住所又ハ其他ノ場所ニ於テ本據ヲ有スルモノニ非ス例之債務契約ノ場合ニ付テ觀
ルニ債務者ハ雙方ナルヲ以テ若其雙方カ住所所地ヲ異ニスルトキハ何レノ住所所地法ニ依ルヘキモノナル
カ氏ノ學說ヲ以テシテハ之ヲ說明スルコトヲ得サルナリ即總テノ法律關係カ一定ノ場所ニ其本據ヲ有
スルモノト謂フコトヲ得ヌ加之法律關係ノ性質ニ因テ其依ルヘキ法律ヲ定メントシタルハ循環論法ニ
陥リタルモノト謂フヘシ蓋所謂法律關係ナルモノハ何レノ法律ニ依テ果シテ法律關係ナルヤ否ヤヲ明
ニスルニ非サレハ之ヲ決定スルコトヲ得ヌ然ルニ其何レノ法律ニ依テ之ヲ定ムヘキカ茲ニ解釋セン
トスル國際私法上ノ問題ナルカ故ニ此問題ヲ決定スルニ當リテ法律關係ノ本據ニ因テ之ヲ解釋スルコ
ト能ハサルハ勿論ナレハナリ要之「サビニー」ノ學說ハ其根本タル大原則ニ於テ成功シタルモ其原則ヲ
應用スルニ當リテ遂ニ其目的ヲ達スルコト能ハサリシモノト謂ハサルヘカラス

「サビニー」ノ原則ヲ基礎トスト雖各種ノ準據法ヲ定ムルニ當リテハ「サビニー」ノ如ク法律關係ノ本據ヲ發見スル代リニ事物ノ性質設ヲ案出シ法律關係ト爲ルヘキ各種ノ事實ヲ國際交通ノ必要上ヨリ觀察シテ事物ノ性質上ヨリ何レノ法律ニ準據スルヲ以テ正當トスヘキヲ研究スヘキモノナリトシ之カ推理ノ根據トシテハ人ノ國籍、住所及居所、物ノ所在地及裁判所ノ所在地ヲ基礎トシテ此等ノ事實ヨリシテ事物ノ性質上何レノ法律ニ支配セラルヘキヲ定ムヘキモノトスルニ在リ此說ハ「サビニー」ノ學說ヲ完成シタルモノニシテ千八百六十九年以來現今ニ至ル迄獨逸ニ於テハ一般ニ認メラル所ナリ又「パール」ノ著書ハ他ノ外國語等ニモ翻譯セラレ殊ニ英米諸國ニ於テハ最重セラル所ナリトス近來ニ至テ或ハ「チーデルマン」或ハ「フランツ、カイン」等ノ學者カ「パール」ノ學說ニ満足セズシテ更ニ一機軸ヲ出サントヲ努ムルモ此等ハ未ニ派ノ學說ヲ成クニ至ラサルモノニシテ茲ニ學說トシテ紹介スルニ値セサルナリ隨テ現今獨逸ノ學說ト云ヘハ即「サビニー」及「パール」ノ學說ヲ指稱スルモノニシテ其他ノ國際私法學者ノ所說ハ各種ノ法律關係ニ付參考ト爲ルニ過キズシテ國際私法ノ根本ヲ説明スル上ニ於テハ參考トスヘキ點極々少シ

第三節 伊佛學派

佛國ニ於テハ既ニ佛國民法編纂ノ結果トシテ本國法ヲ以テ當事者ノ屬人法ト爲セリ且第十八世紀ノ終ニ於テ佛國ノ法則區別說ハ寧屬人法ヲ原則トシ屬地法ヲ以テ例外トスルノ思想漸發達シタルコトハ既ニ述ヘタル所ノ如シ斯ル有様ヨリシテ伊太利ノ學者ハ自國統一ノ政治論トシテ國粹ノ統一ヲ主張シ國家ハ同一ノ國粹ヲ有スル民族ヨリ成立スヘキモノニシテ同一ノ民族カ數國ヲ成スハ自然ノ原理ニ反ス

ルモノナルカ故ニ斯ル民族ハ互ニ共同シテ一國ヲ建設スヘキモノナリトシ之ト同時ニ凡國際法ニ於テ列國カ相對峙スルハ皆國粹民族ヲ基礎ト爲スヘキモノニシテ同一ノ民族ノ法律ハ何レノ地ニ至テモ其民族固有ノ法律ニ依ルコトヲ認メサルヘカラスト主張スルニ至リ之カ第一ノ主唱者ハ伊太利ノ有名ナル公法家「マンチニ」其人ナリトス氏ハ千八百五十一年以來斯ル國粹主義ヨリシテ當事者ノ屬人法ハ住所ノ如キ偶然ノ事實ニ依ラスシテ國粹即其本國ノ法律ニ依ラサルヘカラスト主張セリ爾來「エスベルン、パスカル、フキオレー」及「ロモナコ」等ノ學者益之ヲ敷衍シテ國際私法ノ原則ハ本國法主義ノ屬人法ヲ認ムルニ在リトシ唯一國ノ公益ニ關スルカ如キ特別ノ例外ニ因テ本國法カ制限セラルルニ過キサルモノトセリ其後伊太利ノ學者ハ一般ニ此說ヲ唱道シ殊ニ千八百八十年白耳義ノ「ローラン」カ有名ナル國際民法論ヲ著ハシ大ニ此說ヲ主張シテ國粹ト人格トハ相離ルヘカラサルモノニシテ既ニ外國人ノ人格ヲ認メ外國ノ國家及法律ヲ認ムル限ハ其人格ヲ定メタル本國ノ法律ハ當然之ヲ認ムヘキモノナリト唱ヘ茲本國法主義ノ屬人法ヲ主張シタル以來佛國ノ學者モ亦一般ニ此說ニ倣ヒ現今ニ於テハ伊太利、佛蘭西、白耳義等ノ學者ハ皆此說ヲ採用シ所謂近世伊佛屬人法主義ノ學派ヲ成スニ至レリ而シテ此學說ヲ最代表のニ説明スル者ハ佛國巴里大學ノ教授ウエイスナリ氏ハ左ノ形式ニ依テ國際私法ノ原則ヲ説明セリ即

凡公益ニ關スル法律ハ皆商人ノ便益ヲ目的トスルモノナリ隨テ斯ル法律ハ其目的タル人ヲ支配スルモノニシテ其人ニ付テハ何レノ處ニ到ルモ一切ノ法律關係ヲ支配スルヲ以テ原則トセサルヘカラスト唯此原則ハ所謂國際公安及場所ハ行爲ヲ支配スルトノ原則並ニ當事者ノ自由意思ニ依ルヘキ制限等カ例外ヲ成スノミニシテ其他ノ事項ニ付テハ總テ原則ニ依リ當事者ノ本國法ニ依ルヘキモノナリ云

云

此伊、佛ノ學說ハ近世諸國カ法典ヲ編纂シタル結果トシテ從來屬人法ハ住所地法ナリシヲ本國法ト爲スニ至リタルモノニシテ實ハ法典編纂ノ偶然ノ結果ナルモ亦此等ノ學說カ屬人法ハ本國法ナラサルヘカラスト主張シタルコトカ與リテ力アリタルモノト謂ハサルヘカラス又佛蘭西、伊太利等ニ於テハ第十八世紀以來屬人法ノ範圍ヲ認ムルコト他ノ諸國ニ比シテ頗廣ク爲ニ近世諸國ノ國際私法モ益屬人法ノ範圍ヲ擴張スルニ至リタル點ニ付テモ亦右ノ學說與リテ力アリタルハ疑ナキ所ナリ然レトモ右ノ學說自體ハ果シテ正當ナリヤ否ヤト云フニ此說ハ理論上ニ於テモ事實上ニ於テモ極テ不正確ナル學說ニシテ國際私法ノ原則トシテ之ヲ認ムヘキモノニ非ス何ヲ以テ事實上不正確ナリト云フヤ蓋國際私法ノ原則ハ必レモ屬人法ノミカ唯一ノ原則ニシテ其他ノ法則ハ皆其例外ナリト云フコト能ハス當事者ノ自由意思ニ依ルコトヲ得セシムル法則モ亦「場所」ハ行爲ヲ支配ストノ法則モ皆屬人法ノ原則ト相對シテ獨立ノ原則ニシテ孰カ原則タリ孰カ例外タルノ關係ヲ有スルモノニ非ス又所謂國際公安ニ關スル原則モ一ノ原則ニシテ決シテ獨屬人法ノミニ對スル例外タルモノニ非ス且佛蘭西、伊太利等ニ於テモ當事者ノ屬人法ニ依ルヘキ場合ハ一言以テ之ヲ蔽ヘハ單ニ身分能力ニ關スル法律關係ニ付テノミ其他ノ法律關係ニ付テハ或ハ所在地法ニ依リ或ハ行爲地法ニ依リ或ハ法廷地法ニ依ルヘキモノトスルニ在テ法律關係全體ヨリ言ヘハ屬人法ニ依ルヘキ法律關係ハ僅ニ其一部分タルニ過キス隨テ屬人法ノ原則トスルハ誤謬ノ見解ニシテ事他ノ總テノ原則ニ對シテ例外ヲ成スモノト謂フヘシ是事實上ニ於テ屬人法ノミカ唯一ノ原則ニ非スト云フ所以ナリ又何ヲ以テ理論上不正確ナリト云フヤ蓋此學說ノ如ク屬人法ノミカ唯一ノ原則ニシテ其他ノ法則ハ總テ此例外ナリトスルハ全ク分類ヲ誤リタルモノト謂ハサルヘ

カラサレハナリ何トナレハ國際公安ニ關スル制限ハ「サビニー」ノ所謂絕對的強行法ノ制限ニ相當スルモノニシテ此制限ニ抵觸スル場合ハ獨屬人法ノ適用セラレサルノミナラス當事者ノ自由意思ニ依ルヘキ法則ノ如キモ亦國際公安ニ反スルニ於テハ尙之ニ依ルコトヲ得サルナリ其他「場所」ハ行爲ヲ支配ストノ原則ノ如キモ亦同シ即國際公安ニ關スル原則ハ管ニ屬人法ノ制限タルノミナラス茲ニ屬人法ノ例外トシテ掲テラレタル他ノ法則ニ對シテモ均ク之カ制限ヲ成スヘキモノニシテ要スルニ國際私法ノ一般ノ原則ニ對シテ之カ例外ヲ成スヘキモノナリ故ニ「サビニー」ノ如ク一切ノ國際私法ノ原則ニ對スル例外トシテ之ヲ説明スルヲ以テ正當トスヘク一箇ノ原則ニ對スル例外ト爲スハ理論上分類ヲ誤リタルモノト謂ハサルヘカラス

要之佛蘭西、伊太利等ノ學說ニ於テ屬人法ノ原則トスルハ徒ニ其表面ヲ裝飾スルノミニシテ實際ノ效果ニ付テ見レハ屬人法ノ原則ノ適用セラレヘキ範圍ハ獨逸其他ノ學說ト大差ナク且所謂屬人法ハ佛、伊等ノ學者カ說明スルカ如ク當事者ノ本國法ナルカ爲ニ當然內國ニ行ルヘキモノニ非ス身分、能力等ハ其事物ノ性質上本國ノ法律ニ依ラシムルヲ正當トスルカ故ニ茲ニ本國法ノ原則カ認メラルルニ過キタルノミ又其他ノ例外トスル法則モ之ヲ例外トシテ認メラルルニ非スシテ物權ノ所在地法ニ依リ又法律行爲ノ行爲地法ニ依ルハ各之ニ依ルヘキ理由ノ存スルアリテ一ノ原則トシテ認メラルルカ爲ニ外ナラサルカ故ニ畢竟獨逸ノ學說ノ如ク總テノ國際私法ノ原則ハ皆對等ノ原則ト謂フヘク且事物自然ノ關係ヨリシテ之ヲ認ムルモノナルカ故ニ特ニ屬人法ノミヲ原則トシテ認ムル學說ハ理論上之ヲ採用スルコトヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス

第四節 英米學派

英、米ニ於テハ國際私法學ハ十七世紀以來和蘭ノ學說ヲ承繼シ英國慣習法ノ一部トシテ之ヲ研究スルヲ以テ例トセリ彼ノ米國ノ「ストロー」ヲ始トシ英、米ノ法學者ハ皆國際私法ハ國際好意ニ因リ或法律關係ニ付外國法ヲ認メ之ヲ適用スル法則ナリト考ヘタリシナリ且英、米ニ於テハ內國ノ法律カ地方ニ因リ異ルノ結果トシテ當事者ノ屬人法ハ住所地法ニ依テ之ヲ定ムヘキモノトセリ一般ニ英、米學者ノ著書ニ於テハ國際私法ノ問題ハ裁判管轄ノ問題ト法律ノ抵觸ニ關スル問題トヲ決定スルニ在リトシ外國人又ハ外國ニ於テ爲サレタル法律關係カ如何ナル場合ニ英國裁判所ノ管轄ニ屬スルヤ否ヤヲ研究シ若斯ル場合ニ管轄權アリトスレハ何レノ法律ニ依テ之ヲ判定スヘキヤヲ定ムルヲ以テ目的ト爲セリ要之英、米ノ學者ハ實際的研究ヲ主トシ國際私法ノ根本ニ付學理的説明ヲ爲スコトヲ努メズシテ唯箇箇ノ法律關係ニ付以上ノ二問題ヲ説明スルヲ以テ満足セルモノナリ然ルニ「サビニー」ノ著書出タタル以來英、米ノ學說ニ於テ所謂國際好意ノ解釋漸ク一變シ茲ニ所謂好意ハ裁判官ノ任意ニ取捨シ得ヘキモノニ非スシテ事正義ノ要求、立法政策ノ必要ニ基キ必外國ノ法律ヲ適用セサルヘカサルモノト解釋セラルルニ至リタリ殊ニ近來ニ追ヒテハ「ウエストレーキ」「ダイセ」等ノ諸氏ハ此學問ノ根本ノ研究ニ努メ「ダイセ」ノ如キハ既得權保護說ヲ以テ之ヲ説明セントセリ今參考ノ爲メ氏カ國際私法ノ大原則トスル所ヲ舉示センニ

第一原則 凡文明國ノ法律ノ下ニ適當ニ取得シタル權利ハ英國裁判所ニ於テ承認セラレ且一般ニ之ヲ執行スルコトヲ得ヘキモノトス之ト反對ニ適當ニ取得セザリシ權利ハ英國裁判所ニ於テ承認セラル

ルコトナク又執行セラルコトナキモノトス
第二原則 英國裁判所ハ外國法律ノ下ニ適當ニ取得シタル權利ニテモ左ノ場合ニ於テハ之カ執行ヲ認

メサルモノトシ三箇ノ例外ヲ示セリ

一 斯ル權利ノ執行カ領地外ニ效力ヲ及スヘキ英國成文法ノ規定ニ抵觸スルトキ

二 斯ル權利ノ執行カ英國法ノ政策又ハ英國制度ノ維持ニ抵觸スルトキ

三 斯ル權利ノ執行カ外國ニ於ル主權者ノ權力ヲ侵害スルノ虞アルトキ

第三原則及第四原則ハ共ニ裁判管轄ニ關スルモノニシテ茲ニ直接ノ關係ナキヲ以テ説明ヲ略シ氏カ法律ノ選擇ニ付二箇ノ原則ヲ掲ケタルモノヲ舉示センニ

第五原則 或文明國ノ法律ノ下ニ取得シタル權利ノ性質如何ハ其權利ヲ取得セシメタル法律ニ從テ之

ヲ定ムヘキモノトス

第六原則 凡法律行為ノ效果如何ハ當事者ノ意思如何ニ依テ之ヲ支配スヘキ法律ヲ定ムル場合ニ在テ

ハ其當事者ノ豫想シタル法律ニ依テ之ヲ定ムヘキモノトス

以上ノ原則ニ依テ明ナルカ如ク「ダイセ」ハ國際私法ノ原則ハ既得ノ權利ヲ保護スルニ在リトシ隨テ法律ノ抵觸スル場合ニ何レノ法律ニ依ルヘキヤハ其既得ノ權利ヲ始テ取得セシメタル法律ニ依テ之ヲ定ムヘシトスルニ在リ唯之カ例外トシテ當事者ノ自由意思ヲ認ムヘキ法律關係ニ付テハ其當事者ノ意思ニ依テ適用スヘキ法律ヲ定ムヘキモノトセリ然レトモ斯ル學說ハ既ニ獨逸學派ノ説明ニ付述ヘタル如ク循環論理ニ陥リタルモノト謂ハサルヘカラス蓋既得權カ何レノ法律ニ依テ果シテ既得ノ權利ナリヤ否ヤヲ定ムルコトカ未説明セラレサルニ先テ其權利ヲ取得セシメタル法律ニ依テ既得權ナリヤ否ヤ

ヲ決スヘキモノトスルニ在レハナリ要之英、米ニ於テハ此學問ノ原則ヲ説明スルコト未幼穉ニシテ此點ニ付テハ莫ニ大陸ノ學說ノ後ニ在ルモノト謂ハサルヘカラス且英、米ノ學說ノ結果ニ付テ大陸ノ學說ト比較スルトキハ左ノ三點ニ於テ差異ヲ發見スルヲ得ヘシ

第一ハ國法說ナリ 歐洲大陸ノ學者ハ概國際私法ハ國法ノ一部ナリト説明スルモ英、米ノ學者ハ一

般ニ國際私法ハ國內ノ法律ナリト説明スルニ在リ

第二ハ屬地法ノ原則ナリ 英、米ノ學說ニ於テハ内外人ノ法律關係モ外國人相互間ノ法律關係モ皆其土地ノ法律ニ依テ支配セラルヘキヲ原則トスルモノニシテ獨不動產又ハ動產ニ關スル法律關係ノミナラス法律行為自體ニ付テモ仍其行為地ノ法律ニ依テ之ヲ定ムヘキヲ以テ原則トス隨テ英米ノ學說ハ歐洲大陸ノ學說ヨリモ屬地法ノ適用ヲ認ムルノ範圍頗廣汎ナルモノト謂フヘシ

第三ハ屬人法ニ付テノ差異ナリ 歐洲大陸ニ於テハ屬人法ニ依ルヘキ場合ハ當事者ノ本國法ニ依ルヘキモノナルモ英、米ニ於テハ前述セシ如ク當事者ノ住所地法ヲ以テ其屬人法ヲ定ムヘキモノトスルニ在リ

尙此學說ノ説明ヲ終ルニ臨ミ一言スヘキハ現今歐米諸國ニ於テ國際私法ノ學問カ如何ニ研究セラルルヤノコト是ナリ參考ノ爲メ左ニ其大要ヲ述フヘシ

現今歐洲諸國ニ於テハ國際私法ノ研究極々盛ニシテ之ニ關スル專門ノ機關亦少ナシトセス即佛國ニ於テハ千八百七十四年以來國際私法ニ關スル特別ノ雜誌アリテ歐米諸國ノ學者ハ國際私法ニ關スル立法又ハ學說ハ殆此雜誌ニ依テ公ニスルヲ例ト爲ス即創立者ノ名ヲ採リテ「クルチノ國際私法雜誌」ト略稱スルモノ是ナリ之ト同時ニ白耳戰ニ於テ國際法協會ノ機關トシテ公刊セラルル「國際法及比較法制

家ヲ去リ又ハ更ニ婚姻若クハ養子縁組ニ因テ他家ニ入ルコトアルモ當然父若クハ母ニ隨テ其家ニ入ルモノニ非サルコトハ曩ニ說キタルカ其規定ハ絕對ニ適用スヘキモノニ非ス若クハ養家及實家ノ戶主配偶者又ハ養親ノ同意ヲ得ルニ於テハ父若クハ母ニ隨テ其家ニ入ルヲ許サルヘカラス但家督相續人ハ此限ニ在ラス

此場合ノ轉籍者ハ養家又ハ養家ヲ去リタル者ノ卑屬ニ限リ其他ノ親族ハ之カ適用ヲ受クルコトナシ以上叙述シタル第七三條及第七三八條ノ規定ニ從テ轉籍シタル者(以上掲ケタル四、五、六)ハ家督相續ニ付テハ縱令長男、長女ノ如キ直系卑屬ニシテ普通ノ場合ニ於テハ優先權ヲ有スル者ト雖其入リタル家ニ次男、次女ノ如キ嫡出子又ハ庶子タル他ノ直系卑屬アルトキハ之ニ先テ相續スルコトヲ得ス此等ノ者カ其轉籍シタル家ニ於テ家督相續人ト爲ルハ其入リタル家ニ嫡出子又ハ庶子タル他ノ直系卑屬ナキ場合ニ限ルナリ(九七二條)

實家復籍 曩ニ說キタル如ク婚姻又ハ養子縁組ニ因テ他家ニ入リタル者カ離婚又ハ離縁シタルトキハ之ニ因テ其配偶者、養親及其血族ニ對スル親族關係ハ消滅スルモノナルカ故ニ其婚家又ハ養家ノ家族タル事由モ亦離婚又ハ離縁ニ因テ消滅スルモノニシテ此場合ニ於テハ實家ニ復籍ス我邦從來ノ慣習ニ基キタル規定ナリ(七三九條)

茲ニ規定スル所ハ離婚及離縁場ノ合ニ止レトモ婚姻及養子縁組カ無効ナル場合(七八條、八五一條)又ハ取消サレタル場合(七七條、八五二條)ニ於テモ離婚又ハ離縁ノ場合ト同ク實家ニ復歸スルモノトスルニ之ニ關スル明文ヲ掲ケサレトモ此等ノ事ニ關シ無効ノ場合ニ於テハ最初ヨリ婚姻又ハ養子縁組ハ成立セザルモノニシテ取消ノ場合モ最初ヨリ無効ナリシモノト看做サルル(一一二條)カ故ニ法文

ヲ俟タスシテ明ナルヲ以テナリ

右ノ規定ニ依テ實家ニ復歸セントスルモ實家ヲ廢絶シテ復歸ヲ爲スコト能ハサルトキハ入ルヘキ家ナ
キヲ以テ別ニ一家ヲ創立スルカ若クハ其實家ヲ再興スルノ外途アラサルナリ(七四〇條、人二四九條)
再婚及再縁組 從來ノ慣習ニテハ養子縁組ニ因テ他家ニ入リタル者カ更ニ婚姻又ハ養子縁組ニ因テ他
家ニ入ラントスルニハ其家ヨリ直ニ入ルコトヲ得タレトモ婚姻ニ因テ他家ニ入リタル者カ更ニ婚姻又
ハ養子縁組ニ因テ他家ニ入ラントスルニハ一旦實家ニ復歸シタル上ニ非サレハ許サレザリト雖新法
典ハ是徒ニ煩勞ヲ重ユルモノト爲シ婚家及實家ノ戸主ノ同意ヲ得ルニ於テハ婚家ヨリ直ニ他ノ婚家又
ハ養家ニ入ルヲ得ルコト爲セリ而シテ養子縁組ニ因テ他家ニ入リタル者ニ付テハ從來ノ慣習ヲ認メ
同一ノ規定ヲ設ケタリ(七四一條、人二四七條二項、二四八條)

此場合ニ於テ二箇ノ注意ヲ要スルモノアリ即婚家又ハ養家ヲ去リタル者ト婚家又ハ養家トノ親族關係
ハ依然繼續スヘキヤ將消滅スヘキヤ又再婚家又ハ再縁組ヲ爲シタル者カ離婚又ハ離縁スルトキハ前ノ
婚家又ハ養家ニ復歸スヘキヤ將實家(生家)ニ復歸スヘキヤ

(一) 婚姻ニ因テ他家ニ入リタル者カ其配偶者ノ死亡シタルヲ以テ其家ヲ去リタルトキハ更ニ其婚家ヨ
リ他家ニ縁シタルト實家ニ復歸シタルト問フコトナク其親族關係ハ第七二九條第二項ノ規定ニ依
テ消滅スヘキヤ論ヲ俟メタルナリ反之養子カ縁組ニ因テ養家ヨリ更ニ他家ニ入ル場合ニ付テハ右婚
姻ノ場合ニ關スルカ如キ規定アラサルヲ以テ養子ト前養家トノ親族關係ハ之カ爲ニ消滅セザルモノ
トス是婚家ヲ去リタル者ト婚家トニ關スル場合ト權衡ヲ得サレトモ蓋養親カ養子ヲ爲スハ強チニ之
ヲ其家ニ留メ永ク其家族ト爲サンカ爲ノミニ非スシテ養子ノ幼少ノ頃之ヲ養育シテ後更ニ他家ノ養

子ト爲スコトアルハ從來往々見ル所ナルヲ以テ如此場合ニ於テハ依然其親族關係ヲ繼續セシメント
欲シタルニ外ナラサルナリ

(二) 一旦婚姻又ハ養子縁組ニ因テ他家ニ入リタル者カ更ニ婚姻又ハ養子縁組ニ因テ此家ヨリ他家ニ入
リタル場合ニ於テ離婚又ハ離縁ヲ爲シタルトキハ最初ノ實家ニ復歸セシテ初メ婚姻又ハ養子縁組
ニ因テ入リタル家(第一ノ婚家又ハ養家)ニ復歸スヘキナリ蓋第二ノ婚姻又ハ養子縁組ニ付テハ右ノ
家ハ實家ト看做スヘケレハナリ是婚姻ニ因テ他家ニ入リタル者カ一旦其婚家ヲ去リタルトキハ第七
二九條ノ規定ニ依テ其親族關係消滅スルモノナレハ離婚ニ因テ第二ノ婚家ヲ去リタル場合ニ於テ親
族關係ノ消滅シタル第一ノ婚家ニ復歸スルハ甚奇異ノ觀アレトモ法文上ヨリ解釋スルモ右ノ如ク解釋
セザルヘカラス法律ハ本條ニ於テ婚姻ニ因テ他家ニ入リタル者カ更ニ婚姻ニ因テ他家ニ入ラント欲
スルトキハ婚家ノ戸主ノ同意ヲ得ルコトヲ要シ而シテ其戸主ノ同意ヲ得シテ婚姻ニ因リ他家ニ入
リタルトキハ第一婚家ノ戸主ニ此權ヲ付與スヘキ必要アラサレハナリ

再婚又ハ再縁組ハ婚家、養家又ハ實家ノ戸主カ同意ヲ爲ササル場合ト離之ヲ爲スコトヲ得然レトモ
此場合ニ於テ同意ヲ爲ササル戸主ノ爲ニ再婚姻又ハ再縁組ヲ爲サント欲スル者ニ對シテ制裁ヲ與ヘサ
ルヘカラス是ヲ以テ同意ヲ爲ササル戸主ハ婚姻又ハ養子縁組ノ日ヨリ一箇年内ニ自家ニ復歸スルヲ拒
ムコトヲ得ルモノト爲シタル
離婚及復歸ヲ拒絕セザル家族ノ一家創立 法律ハ離婚ニ付二箇ノ場合ヲ規定セリ其一ハ家族カ戸
主ノ同意ヲ得シテ居所ヲ定メタル場合(七四九條三項)他ノ一ハ家族カ戸主ノ同意ヲ得シテ婚姻又

ハ養子縁組ヲ爲シタル場合(七五〇條)是ナリ又復籍拒絶ニ付タルハ養子縁組ヲ爲シタル場合(七五〇條)規定セリ此等ノ場合及家族カ戸主ノ同意ヲ得シテ婚姻又ハ養子縁組ヲ爲シタル場合(七五〇條)規定セリ此等ノ場合合ニ於テ離婚セラレタル家族及實家ニ入ルヘキ者ニシテ復籍ヲ拒絶セラレタル家族ハ入ルヘキ者ナキヲ以テ一家ヲ創立スルヨリ外ニ途ナキナリ他家ニ入りタル後復籍ヲ拒マレタル者カ離婚又ハ離縁ニ因テ其家ヲ去リタルトモ亦同一ナリ(七四二條、八二四九條、二五〇條)

他家相續、分家及廢絶家再興、家族ハ戸主ノ同意アルトキハ他家ヲ相續シ、分家ヲ爲シ又ハ廢絶シタル本家、分家、同家其他親族ノ家ヲ再興スルコトヲ得(七四三條)

此規定モ我邦ノ慣習上認ムル所ナリ今規定ノ各場合ニ付一言セシ

(一) 他家相續 第九七九條ノ規定ニ從ヒ家督相續人トシテ指定セラレタルトキ又ハ第九八五條ノ規定ニ從ヒ家督相續人トシテ選定セラレタルトキハ家族カ他家ノ家督相續人ト爲ルコトアリ

(二) 分家 從テ戸主ノ籍ニ從屬セシ者其舊籍ヲ脱シ自ラ獨立シテ一家ヲ創立スルハ分家ナリ而シテ法定ノ推定家督相續人(七四四條)ヲ除クノ外他ノ家族ハ分家ヲ爲スコトヲ得

(三) 廢絶家 廢家ト絶家ト同一ナルモノニ非ス廢家トハ戸主カ故ラニ其家ヲ消滅セシメタルモノヲ謂フ例之分家シテ一家ヲ創立セシ者カ本家ニ復歸シテ其家ヲ廢セシカ如キモノ是ナリ(七六二條)又絶家トハ戸主ヲ失ヒタル者カ相續スヘキ者ナクシテ自然ニ消滅セシモノヲ謂フ

(四) 同家 同家トハ同一ノ家ヨリ岐レタル數多ノ分家アル場合ニ於テ其分家間相互ヲ謂フ而シテ同時代ニ爲シタル分家タル數代前ニ爲シタル分家タルトハ總テ其間柄ヲ指スナリ

成年ノ家族ハ單ニ戸主ノ同意アルニ於テハ以上ノ如ク他家ヲ相續シ分家ヲ爲シ廢絶シタル本家、分家、

同家其他親族ノ家ヲ再興スルコトヲ得ヘシト雖若未成年者ナルトキハ戸主ノ外向親權ヲ行フ父若クハ母又ハ後見人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス未成年者カ此等ノ者ノ同意ヲ得ルコトハ養子縁組ニ付テハ第七三七條第二項ニ付説キタルカ如ク此等ノ者カ未成年者ノ法定代理人タルハ其財産ニ付テハ然ルモノナルヲ以テ特ニ本條ノ如キ規定ナキニ於テハ總則ノ規定ヲ適用スルコト能ハナレハナリ

此場合ニ於テモ未成年者ニシテ全ク意思能力ナキ者ナルトキハ他家相續ノ場合ヲ除クノ外其意思ヲ代表スヘキ規定ナキカ故ニ第七三七條ノ轉籍ノ規定ノ如ク廢絶家ノ再興又ハ分家ヲ爲スコトヲ得ザルナリ而シテ相續ノ承認、拋棄等ニ關シテ親權者又ハ後見人カ子又ハ被後見人ヲ代表スヘキコトヲ直接ニ規定シタル所ナケレトモ親權ヲ行フ母(父ハ猶更ナリ)ニ付テハ第八八六條、又後見人ニ付テハ第九二九條ニ於テ間接ニ代表規定アリト謂フコトヲ得ヘシ故ニ意思能力ナキ未成年者ハ他家ヲ相續スルコトヲ得ヘシ

又從來ノ民法ノ規定ニ從ハハ妻子ヲ有スル家族カ分家ヲ爲シタルトキハ妻ハ第七四五條ノ規定ニ從ヒ當然夫ニ隨テ其分家ニ入ルヘタ又子カ轉籍ニ付意思能力アル者ナルトキハ第七三七條ノ規定ニ從ヒ分家シタル父ノ家ニ轉籍スルコトヲ得タリト雖意思能力ヲ有セザル子ナルトキハ養子縁組ニ於テ家ニ在ル父母カ十五年未滿ノ子ニ代リテ縁組ノ承諾ヲ爲スカ如キ規定(八四三條)ナキヲ以テ以上ノ如キ子ハ意思能力ヲ有スルニ至ル迄ハ轉籍シテ分家シタル父ノ家ニ入ルヘキ途アラザリシカ如此ハ民法施行前ノ慣例ニ反シテ不便ナルノミナラス縱令意思能力ヲ有スル子カ父ノ家ニ入りタリトモ其家ニ他ニ父ノ直系卑屬(嫡出子タルトモ庶子タルトモ)間ハスアルトキハ相續ニ付テハ之ニ劣ルヘタシテ之ヲ從來家族カ分家スルトキ其子ヲ攜帶シ而シテ其子ハ家督相續ニ付後ニ生レタル者ニ劣ルカ如キコトナカリシ

ニ比スレハ不便利、不都合タルヲ以テ第十六議會ニ於テ改正ヲ爲シ家族カ分家ヲ爲シタルトキハ其者ハ自己ノ直系卑屬ヲ當然分家ノ家族ト爲スコトヲ得ルモノト爲セリ但直系卑屬カ滿十五年以上ナルトキハ其意思ニ反スルコトヲ得サルカ故ニ其同意ヲ得ヘキモノト爲セリ而シテ此規定ニ依テ父ノ分家ニ入リタル直系卑屬ハ家督相續ニ付テハ當然第九七〇條ノ順序ニ依リ權利ヲ有シ第七三條及第七三八條ノ規定ニ依テ轉籍シタル者ノ如キ不利益ヲ受タルコトナキナリ而シテ又此改正法（明治三十五年四月五日法律第三七號）實施以前ニ在テ意思能力ナクシテ本家ヨリ分家シタル父ノ家ニ入ルコト能ハサル直系卑屬ニ付テハ其法定代理人之ニ代リテ分家ニ轉籍スルコトノ意思ヲ表示スルコトヲ得ルモノト爲セリ

此改正法ニ依テ父ノ分家ニ入リタル者ト雖改正法實施前ニシテ民法實施後ノ間ニ在テ分家ニ於テ家督相續開始シ既ニ第三者例之弟、妹、女子又ハ庶子カ相續ヲ爲シタル場合ニ相續ニ付此改正法ヲ適用スルコトト爲ストキハ其既得權ヲ害スルカ故ニ此場合ニハ之ヲ適用セサルモノト爲セリ

家族中普通ノ者ハ右ニ叙進スルカ如ク戸主ノ同意アルニ於テハ他家ニ入り又ハ一家ヲ創立スルコトヲ得ヘシト雖法定ノ推定家督相續人ハ他家ニ入り又ハ一家ヲ創立スルコトハ許サレサルナリ（七四四條）是ヘナシ我邦ハ古來家ヲ重スルノ風俗ナルヨリシテ法律ノ規定ニ依ルノ外ハ法定ノ家督相續人ノ廢除ヲ爲シ（九七五條）又ハ其相續權ノ拋棄ヲ爲スコト（一〇二〇條）ヲ許ササルモノナレハ經令戸主ノ同意アルトキト雖法定ノ推定家督相續人ニハ他家ニ入り又ハ一家ヲ創立スルコトヲ許ササルナリ

然レトモ此原則ニハ二箇ノ例外アリ其一ハ分家ヨリ入りテ本家ヲ相續スル場合、他ノ一ハ戸主ノ同意ヲ得シテ婚姻シ又ハ養子ヲ爲シタルニ因テ離籍セラレタル場合はナリ第一ノ場合ハ從來ノ慣習ニ基

クモノニシテ本家、分家ノ間ニ於テハ本家ヲ重シ本家ヲ相續スル必要アル場合ニ於テハ分家ノ戸主スラ裁判所ノ許可ヲ得テ本家ニ入ルコトヲ得ルモノナレハ（七六二條）本家相續ノ必要アル場合ニ於テハ法定ノ推定家督相續人ト雖之ヲ相續スルコトヲ許ササルヘカラス第二ノ場合ニ於テハ家族カ戸主ノ同意ヲ得シテ自ラ婚姻ヲ爲シ又ハ養子縁組ヲ爲ストキハ或ハ戸主ノ不適當ナリト信スル配偶者又ハ養子ヲ迎ヘ之カ爲ニ其家ノ血統ヲ紊リ或ハ相續權ヲモ戸主ノ不適當ナリト信スル者ニ與フルニ至ルヘキカ故ニ此場合ニ於テ戸主ハ法定ノ推定家督相續人タリト雖其家族ヲ離籍スルコトノ權利ヲ戸主ニ與ヘサレハ戸主權ニ制裁ナキヲ以テ此第二項ノ規定ヲ設ケタル所以ナリ

妻ノ夫ニ隨伴スルコト（七四五條）夫婦ハ居テ同クシ家ヲ同クスルコトヲ要スルモノナレハ夫カ他家ニ入り若クハ一家ヲ創立スル場合ニ於テ離離セサル以上ハ妻カ之ニ隨從スヘキモノナルコトハ夫婦タルノ性質上然ルヘキノミナラス亦從來ノ慣習上ニ於テモ然ルヲ以テ此規定ヲ設ケタリ

第二節 戸主及家族ノ權利義務

本節ニ於テハ戸主ト家族トノ權利義務ヲ明ニシタルモノニシテ戸主權ノ範圍其行使ノ方法等ヲ定メタリ

氏ノ戸主及家族ハ其家ノ氏ヲ稱ス（七四六條、八二四三條二項）

氏ハ家ニ屬スル名稱ニシテ之ヲ以テ他家ト區別ヲ爲セリ我邦從來ノ慣習ハ支那ニ倣ヒ縁シテ人ノ妻ト爲リタル後ト雖仍生家ノ氏ヲ稱セシカ本法ハ氏ヲ以テ専ラ家ニ屬スル名稱ト爲シ同一ノ家ニ在ル者ハ皆同一ノ氏ヲ稱スルコトヲ要セシメタリ如此スルトキハ同家族内異リタル氏ヲ稱スル者ナキニ至リ紛ハ

シキコト非サルナリ
戸主ノ扶養ノ義務 戸主ハ其家族ニ對シテ扶養ノ義務アリ(七四七條、八二四四條)
扶養ノ義務トハ自己ノ資産又ハ勞務ニ依テ生活ヲ爲スコト能ハサル者又ハ自己ノ資産ニ依テ教育ヲ受
タルコト能ハサル者ニ對シテ其生活ノ資料ヲ供シ又ハ引取リテ之ヲ養ヒ又ハ教育ヲ受ケシムルヲ義務ナ
ルコトハ第九五九條ニ依テ明瞭ナリ蓋戸主ハ家督相續ニ因テ家ニ屬スル財産ノ全部ヲ相續スルヲ常ト
スルヲ以テ家族ニ對シテ此義務ヲ負ハシムルハ當然ノ事ニ屬ス
以上ノ如ク戸主ハ家族ニ對シテ其親族ノ親疎及有無ヲ問ハス扶養ノ義務ヲ負ヘトモ家族ハ戸主ニ對シ
テ扶養ノ義務ヲ負フコトナシ是ヲ以テ扶養ノ權利者ヲ列記シタル第九五七條ニ戸主ナル者之ナキ所以
ナリ而シテ家族カ戸主ニ對シテ扶養義務ヲ負フヘキ親族關係ヲ有スル場合ニハ其關係ニ依テ此義務ヲ
負フモノニシテ戸主ト家族トノ關係ニ依ラザルニ非サルナリ
家族ノ財產權 家族カ自己ノ名ヲ以テ得タル財産ハ特有財産トス(七四八條、八二四五條)家族ハ自ラ
職業ヲ爲シテ財産ヲ取得スルコトアリ又遺産相續、遺贈若クハ贈與其他ニ因テ財産ヲ取得スルコト
アリ而シテ家族カ其名義ヲ以テ財産ヲ取得シタルコト明ナルトキハ之ヲ其所屬ト爲スハ條理上ニ於テ
モ又從來ノ慣習ニ於テモ然ルヲ以テ其規定ヲ設ケタリ而シテ家族ノ有スル財産ハ戸主又ハ他ノ家族ニ
關係ナキヲ以テ戸主又ハ他ノ家族ノ負擔シタル債務ノ辨濟ニ當ラザルコトナキナリ然レトモ戸主、
家族ハ通常一家ニ同居スルカ故ニ一家中其孰ニ屬スル財産ナルヤ分明ナラザルモノアル場合ニ於テ法
律ハ之ヲ戸主ニ屬スルモノト推定セリ何トナレハ我邦從來ノ家族制度ヨリ言ヘバ戸主ハ祖先傳來ノ家
産ヲ舉ゲテ之ヲ相續スルヲ常トスルカ故ニ一家中ノ財産ハ皆其ニ屬スルヲ本則ト認メサルヲ得サレ

ハナリ
家族ノ居所ヲ指定スル權 家族ハ戸主ノ意ニ反シテ其居所ヲ定ムルコトヲ得ス(七四九條、八二四四
條)戸主ハ家族ニ對シ監督權ヲ有スルカ故ニ戸主ノ自ラ指定シタル居所ニ在ラザレハ之ヲ行使スルコ
トヲ得サルヲ以テ家族ハ戸主ト同居シ若クハ其許諾ヲ得タル處ニ居ラザルヘカラス
此規定アルニ拘ラス家族カ戸主ノ指定シタル居所ニ在ラスシテ自己隨意ノ處ニ居ルコトアリ其場合ニ
於テハ之ニ加フル制裁ナカルヘカラス即戸主ノ家族ヲ扶養スル義務ハ戸主權ト相伴フヘキモノナレハ
若戸主ニシテ事實上其戸主權ヲ行フコト能ハサルニ拘ラス尙扶養ノ義務ノミヲ負ハシムヘキ理ナキヲ
以テ此場合ニ於テハ家族カ戸主ノ指定シタル居所ニ在ラザル間ハ戸主ハ之ニ對シテ扶養ノ義務ヲ免ル
ルコトト爲セリ

法律 右ノ外戸主ノ命ニ從ハサル家族ニ對シテ制裁ヲ加ヘタリ即戸主カ其命ニ從ハスシテ居所ヲ定メ
タル家族ニ對シテ相當ノ期間ヲ定メ其指定シタル場所ニ居所ヲ轉スヘキ旨ヲ催告スルモ尙其催告ニ應
セザルトキハ戸主ハ之ヲ離籍スルコトヲ得ルモノト爲セリ此場合ニ於テ家族ノ意思ハ戸主權ヲ脱セシ
ト欲スルモノナルヘクシテ家族ヲシテ其自活スルコトヲ得ル間ハ隨意ニ其戸主權ヲ脱シテ自己ノ欲ス
ル處ニ居リ其自活スルコト能ハサルニ至リタル場合ニ於テハ其家ニ歸リテ戸主ノ扶養ヲ受タルカ如キ
コトヲ得セシメハ戸主權ハ實際毫モ行レザルニ至ルヘキヲ以テ此場合ニ於テハ戸主權ニ服セサル家族
ヲ家族中ヨリ脱セシムルコトヲ得ルモノト爲シタル所以ナリ然レトモ此居所指定ノ權ハ戸主ノ絕對權
ニ非ス家族ノ爲メ正當ノ理由アルトキハ戸主ノ爲シタル居所ノ指定ニ從ハサルコトヲ得ヘク隨テ戸主
ハ此場合ニ其家族ヲ離籍スルコトヲ得ス例之夫婦タル家族ノ居所ヲ各別ニ指定スルコトヲ得ス夫カ戸

主タルトキ己ノ居所ト異リタル場所ニ妻ノ居所ヲ指定スルコトヲ得ス家族カ戸主ノ指定シタル處ニ於テハ職業ヲ失ヒ又ハ相當ノ教育ヲ受タルコトヲ得サルカ如キトキハ家族ハ居所ノ指定ニ從ハサルコトヲ得ヘシ

以上家族ヲ離婚スルコトヲ得ル戸主權ニハ二箇ノ例外アリ即(一)家族カ未成年者ナル場合はナリ未成年者カ擅ニ其家ヲ出テ戸主ノ指定シタル居所ニ在ラサルコトアルトモ是未其思慮十分ニ定ラサレハ之ヲ以テ戸主權ヲ脱セシムル欲スル完全ノ意思アリト謂フコトヲ得ス此場合ニ於テ之ニ成年者ト同一ノ制裁ヲ加フルコトト爲ストキハ無賴ノ徒ヲ増スノ虞アルヲ以テ此例ヲ設ケタリ(二)家族カ法定ノ推定家督相續人タル場合はアリ單ニ本條ノ規定ヲ觀ルトキハ未成年者ノ外ハ如何ナル家族ト雖離婚スルコトヲ得ルモノノ如ク左スレハ此規定ニ依リ離婚セラレタル家族ハ第七四二條ノ規定ニ從テ一家ヲ創立シタル之ニ入ラサルヘカラサルカ如シト雖法定ノ推定家督相續人ハ第七四四條ノ規定ニ依リ一家ヲ創立スルコトヲ禁セラレタルモノニシテ唯戸主ノ同意ヲ得シテ婚姻又ハ養子縁組ヲ爲シタル場合ニ於テ戸主ヨリ離婚セラレタルトキノ例外トシテ一家ヲ創立スルコトヲ爲シタルノミニシテ一家創立ノ場合ニ家族カ戸主ノ居所ノ指定ニ從ハスシテ離婚セラレタル場合ノ例外ヲ設ケサリシカ故ニ戸主ノ居所ノ指定ニ從ハサル家族カ法定ノ推定家督相續人ナルトキハ離婚スルコトヲ得サルモノト解釋セサルヘカラス然ルニ司法省民刑局長ノ反對ノ意見ヲ法曹記事第八七號明治三十二年二月發行ニ掲載セサルヨリシテ實際戸籍吏ハ此場合ハ法定ノ推定家督相續人離婚届ヲスルモノト見ニ離婚登記取消請求事件ノ訴訟ノ提起アルヲ見ルニ至レリ大審院明治三十三年(オ)第三五號棚橋松太郎對棚橋竹藏離婚登記取消請求事件ノ如キ是ナリ然レトモ大審院ハ此事件ニ付幸ニシテ(明治三十三年九月十八日)予ト意見

ヲ同ウシタル正解ヲ與ヘラレタリ

親權ヲ有スル者ハ其效力トシテ第八八〇條ニ從ヒ未成年ノ子ヲシテ其指定シタル場所ニ居所ヲ定メシムヘキ權ヲ有シ戸主モ亦右叙述シタルカ如ク家族ニ對シ同一ノ權利ヲ有スルヲ以テ其家族カ未成年者ナルトキハ親權者ト戸主ト意見同一ナラサル場合ニ於テハ二者權利ノ衝突ヲ見ルニ非サルナキカノ疑起ルヘケレハ此問題ハ親權ノ效力ニ於テ叙述スルコトト爲サン

家族ノ婚姻及養子縁組ノ場合ニ於テ戸主ノ權利ノ家族カ婚姻又ハ養子縁組ヲ爲スニハ戸主ノ同意アルコトヲ要ス(七五〇條、八二四六條、二五〇條)家族ハ總テ戸主ノ監督ノ下ニ在リ且其扶養ヲ受クル者ナレハ其管屬ナルト卑屬ナルトヲ問ハス又成年者ナルト未成年者ナルトヲ問ハス婚姻又ハ養子縁組ヲ爲スニ付テハ戸主ノ同意ヲ得サルヘカラス殊ニ他ヨリ妻又ハ養子ヲ迎ヘ其家ニ入レタルトキハ之カ爲ニ戸主ノ扶養ノ義務ヲ増シ又養子ニ付テハ戸主ノ不適當ト認ムル者カ其相續權ヲ得ントスルカ如キ不都合ノ結果ヲ生スヘシ是ヲ以テ家族ノ婚姻又ハ養子縁組ニ付テハ戸主ノ同意ヲ得ルコトヲ要スト爲シタリ然レトモ戸主ノ同意ハ婚姻又ハ養子縁組ノ要件タルニ非サルヲ以テ家族ハ戸主ノ同意ノ有無ニ拘ラズ婚姻又ハ養子縁組ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ第七七六條ノ規定ニ從ヘハ戸籍吏ハ婚姻カ第七五〇條第一項ノ規定ニ違反セサルコトヲ認メタル後ニ非サレハ其届出ヲ受理スルコトヲ得サレトモ婚姻カ右ノ規定ニ違反スルコトヲ戸籍吏カ注意シタルニ拘ラス當事者カ其届出ヲ爲サント欲スルトキハ其届出ヲ受理セサルヲ得サルナリ若シカ父母ノ同意ヲ得シテ婚姻又ハ養子縁組ヲ爲シタルトキハ父母ハ其婚姻又ハ養子縁組ヲ取消ス(七八三條、八五七條)コトヲ得レトモ戸主ハ婚姻又ハ養子縁組ヲ取消スコトヲ得シテ以下叙述スルカ如キ制裁アルニ遇キサルナリ

右ノ場合ニ於テモ制裁ナカルヘカラス若シテハ戸主権ハ實際行ハサルニ至ルヘキヲ以テ法律ハ家族カ戸主ノ同意ヲ得スシテ婚姻又ハ養子縁組ニ因リ他家ニ入リタルトキハ其復籍ヲ拒ムコトヲ得ルモノト爲シ又他家ヨリ妻又ハ養子ヲ其家ニ入レタルトキハ之カ離婚ヲ爲スコトヲ得ルモノト爲シタルナク離婚ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ

戸主ハ右戸主権ニ服從セサル者カ普通ノ家族タル場合ト法定ノ推定家督相續人タル場合トヲ問フコトナク離婚ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ

五〇條三項

此規定ハ養子ノミニ關スルモノナリ婚姻ニ付テハ妻ニ説キタルカ如ク第七四五條ノ規定アルヲ以テ茲ニハ重複シタル規定ヲ設ケサルナリ

戸主権ノ代理行使 戸主カ以上説キタル其權利ヲ行フコト能ハサルトキハ親族會之ヲ行フ但戸主ニ對シ親權ヲ行フ者又ハ後見人アルトキハ此限ニ在ラス(七五一條、八二五七條、二五九條)戸主カ不在ニシテ其權利ヲ行フヲ得サルコトアリ又ハ意思欠缺シテ之ヲ行フヲ得サルコトアリ其他戸主カ其權利ヲ行フヲ得サルコトアリ此等ノ場合ニ於テハ親族會戸主ニ代リテ其權利ヲ行フコトヲ原則トス然レトモ戸主ニ對シテ親權ヲ行フ者アルトキハ第八五條ノ規定ニ依リ又後見人アルトキハ第九三四條ノ規定ニ依リ親權ヲ行フ者又ハ後見人ニ於テ戸主権ヲ行フカ故ニ親族會ヲシテ戸主権ヲ代理セシメサルナリ

第三節 戸主権ノ喪失

戸主権ハ一家組織ノ至重ノ要素ニシテ戸主ニ屬スル權利義務ノ得喪ハ極テ明確ナルヲ要ス然レトモ分家ヲ爲シ其新ニ一家ヲ立ツルニ因テ戸主権ヲ取得スル場合ノ如キハ左程重要ナル事ニ非サレハ別ニ民法上ノ規定ヲ要セス又家督相續ニ因リ戸主権ノ取得ハ相續編ノ規定ニ依テ明白ナルヲ以テ本章ニハ特ニ戸主権ノ取得ニ關スル規定ヲ設ケル必要アルコトナシ反シテ戸主権ノ喪失ニ付テハ其原因種種ニシテ法律ノ明文ヲ以テ特ニ之ヲ規定スル必要アルコトナリ而シテ戸主権ノ喪失ハ其原因種種ニシテ戸主ノ死亡、失踪又ハ國籍ノ喪失ニ因テ生スルコトアリ又夫婚姻ヲ爲シ若クハ入夫婚姻ニ因テ戸主ト爲リタル者カ離婚ヲ爲スニ因テ生スルコトアリト雖此等ハ他ニ特ニ規定スル所アルヲ以テ別ニ明文ヲ以テ之ヲ規定スルノ必要アラサルナリ然レトモ反シテ戸主カ隱居ヲ爲シ又ハ一家ヲ廢絶セシムルコトニ因テ戸主権ヲ喪失スル場合ノ如キハ他ニ之ヲ規定スヘキ適當ノ場所ナキヲ以テ本章ニ其規定ヲ設ケ隨意ニ其戸主権ヲ拋棄シテ濫ニ公私ノ利益ヲ害スルコトナカシムルヲ要ス是ヲ以テ此第三節ヲ設ケタルナリ

一 隱居 戸主カ隱居ヲ爲スニハ左ノ二箇ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス

一 滿十六年以上ナルコト

二 完全ノ能力ヲ有スル家督相續人カ相續ノ單純承認ヲ爲スコト(七五二條、三〇六條)

隱居ハ我邦古來ノ慣習ニシテ戸主カ隱居ヲ爲スノ原因ハ種種アルヘク舊幕府時代ニ在テ士族ハ身體老衰シテ奉公ノ義務ヲ盡スコト能ハサルヨリ戸主権ヲ其子ニ讓リテ退隱シタリ又一般ニ於テハ老衰シタル戸主カ自ラ家政ヲ執ルコト能ハサルニ至ルトキハ退隱スルヲ常トスレトモ或ハ然ラズシテ少壯有爲ノ戸主自己ノ安逸ヲ計リ隨意ニ其戸主権ヲ讓リ其力ヲ公私ノ利益ニ盡ササルカ如キコト之ナレトモス

又商工業ヲ營ム者失敗ノ際其財産ヲ悉債權者ヨリ差押ヘラレ失敗ノ影響ヲ家産ニ及サンコトヲ恐レテ戸主權ヲ讓ルコトアリ而シテ其原因ノ少壯有爲ノ者カ安逸ヲ計リ又ハ不正ニ債權者ヲ害スル等公益ヲ害シ惡弊アルモノハ許スコトヲ得ヘカラスト雖反之老年、病氣等其原因ノ正當ナルモノハ之ヲ許スヘキモノナルヲ以テ新法ハ之ヲ許シテ弊害ノ生セザランコトヲ慮リ或條件ヲ設ケテ之ヲ認メタリ其各條件ニ付之ヲ左ニ詳述セシ

第一 戸主ノ年齡滿六十年以上ナルコト、此年齡ニ達スルトキハ老衰シテ自家政ヲ處理スルコト能ハサルモノト認メタルニ出テ而シテ實際ニ於テハ強壯ニシテ家政ヲ執ルニ堪フルト雖既ニ此年齡ヲ超ヘタル以上ハ隱居ヲ爲スコトヲ得

第二 完全ニ能力ヲ有スル家督相續人カ相續ニ付單純承認ヲ爲スコト、右第一ノ條件ノミ存スルト雖戸主ニ家督相續人ナキトキハ隱居ヲ爲スコトヲ許サス而シテ其家督相續人ハ完全ニ能力ヲ有スル者タルナルヘカラスト蓋戸主ニ隱居ヲ許スハ專老衰ニ因リ自家政ヲ執ルコト能ハサルニ由ルカ故ニ之ニ代ルヘキ新戸主モ亦自家政ヲ執ルノ能力アラサル者ナルトキハ隱居ヲ許スノ理由存セザルヲ以テナリ然レトモ其相續者カ實際果シテ家政ヲ執ルニ堪フルヤ否ヤハニ事實問題ニ屬シ之ヲ判別スルハ至難ナレハ法律ハ完全ナル能力ヲ有スル家督相續人タルヲ以テ足レリトシ爲シ其有能力ナルト無能力ナルトハ能力ニ關スル規定ニ從テ定ムヘキモノナレハ未成年者、禁治產者、準禁治產者及妻等相續人ト爲シテ隱居ヲ爲スコトヲ得サルナリ又縱令其家督相續人ハ完全ナル能力ヲ有スト雖相續ニ付單純承認ヲ爲シタル場合ナラサルヘカラスト若相續人カ無限ニ被相續人ノ權利義務ヲ承繼(單純承認、一〇二三條)シタルニ非スシテ相續ニ因テ得タル財産ノ限度ニ於テノミ相續ヲ承認(限定承認、一〇二五條)シ

タルトキハ其隱居ニ因テ債權者ハ損害ヲ被ルヘキヲ以テ其場合ニ於テハ隱居ヲ爲スコトヲ得ス

隱居ヲ爲スニ付本人ノ任意ニ出テタルコトヲ要スルハ論ヲ俟タサルヲ以テ新法ハ舊民法ノ如ク之ヲ條件ト爲サスシテ隱居ノ取消ヲ規定スルニ當リ本人ノ任意ニ出テタル隱居ハ之ヲ取消スコトヲ得ヘキ旨ヲ規定セリ(七五九條)舊民法財産取得編第三〇六條ニ於テハ配偶者ノ承諾ヲ要スルコトヲ隱居ヲ爲スニ付テノ條件ノ一ト爲シタレトモ本法ニ於テハ其場合ノ如何ヲ問ハス之ヲ其條件ト爲スハ失當ト爲シタリ蓋戸主カ戸主權ヲ喪失スルトキハ其配偶者モ亦利害關係ヲ有スルコト甚大ナリト雖夫カ戸主タル場合ニ在テ隱居ヲ爲スニ付妻ノ承諾アルコトヲ要スルハ我邦ノ人情風俗ニ適應セザルナリ然レトモ反之有夫ノ女戸主カ隱居ヲ爲スニ當リ夫ノ承諾ヲ得セシムルハ至當ノ制限タルヲ以テ配偶者ノ承諾ハ一般ノ條件ト爲サスシテ有夫ノ女戸主カ隱居ヲ爲ス場合ニ限リタル所以ナリ(七五五條)

法律ハ隱居ヲ爲スニ付右ニ舉ケタル條件ヲ具備セシテ隱居ヲ爲スコトヲ得ル三箇ノ例外ノ場合ヲ規定セリ

一 戸主カ疾病、本家ノ相續又ハ再興其他已ムヲ得サル事由アルトキ(七五三條、取三〇七條)法律カ隱居ヲ爲スニ付要件ヲ設ケタルハ實際家政ヲ執ルニ堪フル者カ濫ニ退隱シ一家斷絶スルニ至ランコトヲ恐レタルニ由ル是ヲ以テ年齡滿六十年ニ達セザル者ハ家政ヲ執ルニ堪フルト推定シタレトモ實際其年齡ニ達セシテ疾病、本家相續其他已ムヲ得サル事由アリテ自家政ヲ執ルコト能ハサルコトアリ又分家ノ戸主カ本家ヲ相續シ又ハ再興スルカ如キ場合ニ於テ自家ノ廢絶スルト否トニ拘ラス從來之ヲ許セシ慣習アリシヲ以テ如此場合ニ於テハ家督相續ノ事ニ關スル條件ヲ寬大ニセサルヘカラスト而シテ此場合ニ於テ戸主カ隱居ヲ爲スニハ二箇ノ條件ヲ要ス

(一) 裁判所ノ許可ヲ得ルコト 隠居ニ關スル事項ハ從來行政官廳ノ管轄ニ屬セシト雖普通ノ條件ニ反シテ戸主カ隱居ヲ爲ス場合ニ於テハ果シテ其特別原因ノ存スルヤ否ハ裁判所ノ査定ニ依ルコトト爲セリ若然ラズシテ從來ノ如ク願書ヲ受理スルノミニシテ他ニ調査スルコトナク容易ニ之ヲ許ストキハ之カ爲メ本人、相續人、債權者其他利害關係人ノ利害ニ大ナル影響ヲ及スヲ以テ其手續ヲ鄭重ニ爲シタルナリ

茲ニ規定セル裁判所トハ非訟事件手續法第九〇條ニ規定スル隱居ヲ爲サントスル戸主ノ居住地ノ區裁判所ナリ

(二) 法定ノ推定家督相續人アルコト若シテアラサルトキハ豫家督相續人ヲ指定シ其承認ヲ得ルコト戸主カ隱居ヲ爲サントスル場合ニ於テ其家督相續人ナキトキニ於テモ之ヲ許スコトト爲ストキハ其家ヲ斷絶スルニ至ル結果ヲ生スヘキヲ以テ此條件ヲ設ケタルモノニシテ此場合ニ於テハ相續ニ付テ家督相續人タルヘキ者カ單純承認ヲ爲シタルト限定承認ヲ爲シタルト問フモノニ非サルナリ而シテ家督相續人カ限定承認ヲ爲シ故ラニ債權者ヲ詐害スル弊害ノ如キハ裁判所ノ許可ヲ必要トスルニ依テ之ヲ防クニ十分ト爲シタル若シテ隱居ヲ爲サントスル者ニ於テ右ノ如キ詐害ヲ爲サンカ爲ナルコト裁判所ニ知レルトキハ裁判所ハ之ニ許可ヲ與ヘサルヘシ

二 戸主カ婚姻ニ因テ他家ニスラントスルコトキ(七五四條一項) 婚姻ハ人生ノ大倫ナルヲ以テ公益上ノ必要ニ基テ制限ノ外ハ各人ノ意思ニ放任セサルヘカラス而シテ本法ハ女戸主ノ存在ヲ認ムルカ故ニ此者カ婚姻ニ因テ他家ニスルコトヲ得ストキハ其結果殆ど女戸主ヲシテ婚姻ヲ爲スコト能ハサルシムルニ至ル如此スルトキハ家ヲ重スル趣旨ニ拘泥スレハ敢不都合ナキモノノ如シト雖之カ爲

ニ私通ヲ爲シ私生ノ子ヲ生シ風俗ヲ害スル等ノ弊害ヲ生スルヲ免レサルニ至ル是ヲ以テ女戸主カ婚姻ニ因テ他家ニスルコトハ從來モ許シタル所ニシテ本法モ之ヲ許スコトト爲セリ此場合ニ於テ他家ニスラントスル戸主ハ自家ノ戸主タル權利ヲ失フヘキコトハ當然ニシテ此事タルヤ一身一家ノ利害ニ重大ナル關係ヲ有シ且隱居ノ普通要件ヲ具備セシテ戸主權ヲ喪失スルモノナレハ蓋ニ之ヲ許スヘカラサルヲ以テ法律ハ之ヲ慎重ニシテ此場合ニ於テモ第一ノ場合ノ規定ニ從フコトト爲セリ即家督相續人アルカ若クハ指定シタル家督相續人カ承認シタルコト及裁判所ノ許可ヲ得ルコトニ依リ以上ハ法律カ規定シタル理由ヲ女戸主ニ付説キタレトモ此第二ノ場合ハ獨女戸主カ婚姻ニ因テ他家ニスル場合ニハ限ラス男戸主カ婚姻ニ因テ他家ニスル場合ニモ同ク適用セラルモノトス男戸主カ此規定ニ於ル必要ハ女戸主ノ如ク大ナラスト雖其婚姻セント欲スル女カ他家ノ法定ノ推定家督相續人タリ若クハ戸主タルニ因リ之ヲ自家ニスルコト能ハサル場合ニ於テ其婚姻ヲ禁スルハ亦人情ニ

反スルヲ以テ男戸主ノ場合ニモ適用スルモノトス 戸主カ婚姻ニ因テ他家ニスラントスル場合ニ於ル普通ノ順序ハ先相續人ノ承認ヲ得裁判所ノ許可ヲ經テ隱居ヲ爲シタル後ニ於テ婚姻ヲ爲スヲ常トス然レトモ戸主カ隱居ヲ爲サス其身分ヲ有スル儘ニテ婚姻ニ因リ他家ニスラントスルコトヲ届出ツルコトアリ其場合ニ於テ第七六條ノ規定ニ依リ戸籍表ハ此届出ヲ受理スルコトヲ得スト雖若誤リテ之ヲ受理シタルトキハ其婚姻ハ第七五條ノ規定ニ依リ有效ニ成立スルモノトス故ニ此場合ニ於テハ或ハ婚姻ヲ解除スルカ或ハ其戸主ヲ廢止スルカ二者中其一ヲ擇ハサルヘカラス而シテ婚姻ヲ解除スルハ人情ニ反スルカ故ニ寧ろ家ヲ重セサル戸主ノ權利ヲ失ハシムルノ優レルニ如カスト爲シ婚姻ニ因テ隱居ヲ爲シタルモノト看做シ第二項ノ規定ヲ設ケタ

ル所以ナリ

此第二項ノ法律ノ推定ヲ受クル場合ハ法定ノ推定家督相續人アルコト若クハ豫家督相續人ヲ指定シ

テ其承認ヲ得ルコトヲ要セス亦裁判所ノ許可ヲ受クルコトヲ要セザルナリ

三 女戸主カ隱居ヲ爲ストキ(七五五條) 法律ハ女子モ戸主タルコトヲ認ムルト雖公法上ノ關係及從

來ノ慣習ニ於テモ亦家督相續ノ順位ニ於テ女子ハ男子ノ後ニ立タルヘカラサル立法ノ大旨其他女

子一般ノ性質ニ於テモ女子カ戸主タルコトハ一家組織ノ變例ニ屬シ通常男子カ戸主タルヘキハ疑ナ

キ所ナリ故ニ女子カ一旦戸主ト爲リタルトモ完全ナル能力ヲ有スル家督相續人カ相續ニ付單純承認

ヲ爲ス以上ハ女戸主ノ年齡カ滿六十年ニ達セザルモ戸主權ヲ讓リテ退隱スルヲ得セシムルハ却テ立

法上ノ本旨ニ適シ實際ノ必要ニ應スルモノトス是ヲ以テ女戸主カ隱居ヲ爲スニ付テハ年齡ニ關スル

條件ノミヲ省略セタリ

然レトモ有夫ノ女戸主カ隱居ヲ爲ス場合ニハ他ニ一ノ條件ヲ要ス即其夫ノ同意ヲ得ルヲ要スルコト

是ナリ男戸主カ隱居ヲ爲スニ付一般ニ其配偶者ノ同意ヲ要スト爲スハ我邦ノ慣習ニ反シ又夫婦ノ倫

序ニモ背クモノナルコトハ顯ニ叙述シタル所ナルカ有夫ノ女戸主カ隱居ヲ爲ス場合ハ反之夫ノ同意

ヲ得ヘキコトハ夫婦間ノ倫序ニ於テ當然ナルヲ以テ此條件ヲ設ケタルナリ

然レトモ右ノ場合ニ於テ夫ハ自己ノ利益ノ爲ニ或ハ不正ノ事由ニ基キ其承諾ヲ與フルコトヲ拒ミ之

カ爲ニ隱居ヲ爲スニ必要ナル條件ヲ具備シ且實際隱居ヲ爲スコトヲ得セシムヘキ事情ノ存スルニ拘

ラス女戸主カ隱居ヲ爲スニ同意ヲ與ヘサル弊ナシトセシム是ヲ以テ夫ハ正當ノ理由アルニ非サレハ其

妻ノ隱居ヲ爲スヲ拒ムコトヲ得ストノ但書ヲ加ヘタルナリ

無能力者ノ隱居 無能力者カ隱居ヲ爲スニハ其法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セス(七五六條)

民法第四條ニハ未成年者カ法律行為ヲ爲スニハ其法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ストアリテ若其

同意ヲ得スレバ行為ヲ爲シタルトキハ之ヲ取消スコトヲ得ルモノト爲シ又第九條ニ於テハ禁治產者ノ

行為ハ之ヲ取消スコトヲ得ルモノト爲シタルハ未成年者又ハ禁治產者カ其法定代理人ノ同意ナクシテ

隱居ヲ爲シタル場合ニ於テモ之ヲ取消スコトヲ得ヘキモノナリトノ解釋ヲ爲スコトナシトセシ然レト

モ隱居ニ關シテハ法律ハ一定ノ事由ヲ限定シ女戸主若クハ六十年以上ノ者ヲ除クノ外ハ裁判所ニ於テ

隱居ヲ爲スニ付テハ事由カ果シテ法律ノ許スヘキ條件ニ適應スルヤ否ヤヲ査定スルヲ以テ此場合ニ於

テハ無能力者ト雖法定代理人ノ同意ヲ必要トスヘキ理由ナシ故ニ此規定ヲ設ケタリ

隱居ノ效力發生ノ時期 隱居ハ隱居者及其家督相續人ヨリ之ヲ戸籍吏ニ届出ツルニ因テ其效力ヲ生ス

(七五七條、取三)〇條、三二一條) 戸主カ隱居ヲ爲シタルトキハ爾後戸主權ヲ喪失シテ一家族ト爲

リ又隱居カ確定日附アル證書ニ依リ其財產ヲ留保スル場合(九八八條)ヲ除ク外ハ從來戸主トシテ有セ

シ權利義務ヲ舉ケテ其相續人ニ移轉スルカ如キ效力ヲ生スルヲ以テ何時ヨリ隱居ノ效力ヲ生スルカハ

法律ニ於テ明文ヲ以テ規定スル必要アレハ戸籍吏ニ届出タル時ヲ以テ其時期ト爲シタルモノニシテ

此主義ハ婚姻ニ關スル第七五條及養子縁組ニ關スル第八四七條等ノ規定ト同ク一般ニ本法ニ採用セ

ラレタルモノナリ

隱居ノ取消 戸主カ法定ノ條件ヲ具備セシテ隱居ヲ爲シタルトキハ其要件ノ性質ニ從ヒ或ハ全ク無

效ト爲ルコトアリ或ハ其效力ニ瑕疵ヲ生スルコトアリ隱居ハ隱居者及家督相續人ヨリ之カ届出ヲ爲サ

サルトキハ隱居者ノ意思欠缺シタルトキ等ニ於テハ初ヨリ無効ナルモノナレトモ今茲ニ檢査スルモノ

ハ此等無効ノ場合ニ非シテ隱居ヲ爲スニ付瑕疵アリテ之ヲ取消ス場合はナリ而シテ先隱居ノ取消權ヲ有スル者ヲ舉クレハ左ノ如シ

一 隱居者ノ親族及檢事

二 女戸主ノ夫

三 隱居者及家督相續人

隱居取消ノ原因ハ之ヲ分チテ二ト爲スコトヲ得其一ハ法律ノ規定ニ違反シタル場合ニシテ他ノ一ハ隱居者ノ意思ニ瑕疵アル場合はナリ

(一) 隱居者ノ親族及檢事ハ隱居カ第七五二條又ハ第七五三條ノ規定ニ違反シタルトキ換言スレバ隱居ノ普通ノ場合ニ於テ隱居者カ滿六十年ニ達セタル者ナルトキ、完全ノ能力ヲ有スル家督相續人ナキトキ、又ハ家督相續人カ限定承認ヲ爲シタルトキ、又戸主カ裁判所ノ許可ヲ得テ隱居ヲ爲スヘキ場合ニ於テ其事由カ疾病其他已ムヲ得ナルニ非サルトキ、又ハ家督相續人ノ承認ヲ得タルトキ等ハ隱居ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得(七五八條、取三〇八條、三〇九條一項) 而シテ其取消權ハ隱居ノ届出ノ日ヨリ三箇月以内ニ爲ササルトキハ消滅スヘキナリ

隱居者ノ親族ハ其血族ナルト姻族ナルトヲ問ハス隱居取消ニ付利害關係ヲ有スルトキハ之カ取消ヲ請求スルコトヲ得又檢事ニ隱居ノ取消權ヲ與ヘタルハ檢事ハ常ニ社會ノ秩序ヲ保持スルヲ以テ其職ト爲スモノナレバ隱居取消ノ如ク公益ニ關スルコトニ付國家自ラノ機關ヲシテ之カ取消ヲ請求ヲ爲サシムルコトハ當然ノ事ニ屬ス

裁判所構成法(六條)及民事訴訟法(四二條)ノ規定ニ依レバ檢事ハ民事訴訟ニ付テハ法律カ命シタル場

合ニ於テ或種類ノ訴訟ニ付又自ラ必要ナリト認メタルトキハ其種類ノ如何ヲ問ハス其口頭辯論ニ立會

ヒテ意見ヲ述フルニ止レトモ親族編及人事訴訟手續法ノ規定ニ於テハ檢事ハ事件ニ付單ニ意見ヲ述フルニ止ラスシテ其當事者ト爲ルコトアルモノニシテ本條ノ規定ノ如キハ即是ナリ如此ハ財產權上訴訟ニ絶エテ見サル所ナレトモ親族編ノ規定ハ總ニモ敘述シタルカ如ク公益ニ關スルモノ多クシテ檢事カ訴訟ノ當事者ト爲ルハ公益ニ關スル場合ニ限リ其場合ハ特ニ明文ヲ以テ規定セルナリ檢事カ此等ノ訴訟ニ關與スルコトニ付テハ尙人事訴訟手續法ヲ參照スヘシ

(二) 有夫ノ女戸主カ其夫ノ同意ヲ得シテ隱居ヲ爲シタルトキハ夫ハ右同一ノ期間内ニ於テ之カ取消ヲ請求スルコトヲ得(七五八條二項、取三〇九條一項) 是ニ説キタル如ク有夫ノ女戸主カ隱居ヲ爲スニハ其夫ノ同意ヲ得ヘキ規定アル以上ハ其同意ヲ得タル場合ニ之カ制裁トシテ夫ヲシテ隱居ノ取消ヲ得セシムルハ至當ノ規定ナリ夫ハ女戸主ノ親族ナルヲ以テ(一)ノ場合ニモ取消權ヲ有スルナリ

(三) 隱居者又ハ家督相續人ト雖詐欺又ハ強迫ニ因テ隱居ノ届出ヲ爲シタルトキハ之カ取消ヲ請求スルコトヲ得(七五九條、取三〇八條) 前ニ舉ケタル二箇ノ場合ハ隱居カ法律ノ規定ニ違反シタル場合ナレトモ此場合ハ隱居者及家督相續人ノ意思ニ瑕疵アル場合ナリ此詐欺又ハ強迫ノ性質ハ總則編ノ法律行為ノ取消ニ關スル規定(一九條以下)ト同一ナルヲ以テ其解說ハ總則編ニ譲リ茲ニ之ヲ説カサレトモ隱居カ本人ノ任意ニ出ツルコトヲ要スルハ別ニ法律ノ明文ヲ俟タズシテ明ナリニ隱居者又ハ家督相續人カ他人ヨリ詐欺又ハ強迫ヲ受ケ之ニ因テ隱居届出ヲ爲スニ至ルコトハ往アル所ノ事實ナリ此場合ニ於テモ詐欺又ハ強迫ヲ受ケテ普通ノ法律行為ヲ爲シタル者カ之ヲ取消スコトヲ得ルト同ク隱居ノ届出ヲ爲シタル隱居者又ハ家督相續人ニ之カ取消權ヲ與ヘサルヘカラス

此取消權ハ詐欺ヲ發見シ又ハ強迫ヲ免レタル後ニ於テハ隱居者又ハ家督相續人ノミニ屬シ其他ノ者ニハ屬セザレトモ未詐欺ヲ發見セヌ又ハ強迫ヲ免レタル間ハ右兩者ノ外尙隱居者又ハ家督相續人ノ親族又ハ檢事ハ隱居ノ取消權ヲ有スルコト爲セリ

此取消權ヲ設ケタル目的ハ主トシテ其瑕疵アル意思ヲ表示シタル者ノ利益ヲ保護セント欲スルニ在リ故ニ其權利ヲ行使スルハ亦其瑕疵アル意思ヲ表示シタル者ナラサルヘカラス然レトモ瑕疵アル意思ヲ表示シタル者ハ其意思ノ瑕疵アル所以ヲ知リ又ハ自由ニ意思ヲ表示シ得ルニ至リタル後ニ非ザレハ之ヲ取消スルヲ得サルナリ而シテ隱居ハ當ニ隱居者及家督相續人ニ利害關係アルノミナラス其他公益及私益ノ上ニ重要ノ關係ヲ有スルモノナルヲ以テ表示者自身ニ於テ取消ヲ請求スルコトヲ得サル間ハ公益セシムヘキ必要アリ然レトモ隱居者又ハ家督相續人ノ親族ヲシテ之ヲ取消ヲ請求スルコトヲ得又ハ隱居ノ届出ヲ爲スコトヲ強要セラレタルモ既ニ此強迫ノ狀態ヲ脱シテ隨意ニ隱居ノ取消ヲ請求スルコトヲ得ル狀態ニ復シタルニ拘ラス本人ヨリ其取消ヲ請求セサルニ於テハ縱令多少ノ利害關係ヲ有スル親族又ハ公益ヲ保護スル檢事タリトモ他ヨリ隱居ノ取消ヲ請求シテ却テ當事者ノ意思ニ反スル結果ヲ生スルコトナキニ非ス是ヲ以テ本法ハ唯隱居者又ハ家督相續人カ隱居ノ届出ヲ詐欺ニ因テ之ヲ爲サシメラレタルコトヲ知ラス又ハ隱居ノ届出ヲ爲スコトヲ強要セラレタル狀態カ猶存スル間ノミ親族又ハ檢事ヲシテ隱居ノ取消ヲ請求スルコトヲ許シタル所以ナリ

親族又ハ檢事ノ有スル此取消權ハ其取消請求ノ後ニ隱居者又ハ家督相續人カ其任意ニ出テサル隱居ヲ追認シタルトキハ直ニ消滅スルモノトス蓋本人カ詐欺ヲ發見シ又ハ強迫ヲ脱シタル後ニ於テ自ラ之ヲ

取消サスレタ却テ追認ヲ爲シタル場合ニ於テ他ヨリ強ヒテ家内ノ私事ニ干渉シ隱居ヲ取消サシムヘキ理由ナク此場合ニ於テハ當事者ノ意思ニ從ハシメサルヘカラス

隱居ノ取消權ハ本人カ追認ヲ爲スコトヲ得ル時ヨリ起算シ一年ニシテ消滅ス然レトモ詐欺ヲ發見セヌ又ハ強迫ヲ免レタル間ハ其請求權發生セサルモノナレハ其狀態ニシテ長ク存在スルニ於テハ此取消權ノ消滅スヘキ期ナク隨テ隱居者ノ身分曖昧ニ屬シ長ク確定セサルヲ以テ隱居届出ノ時ヨリ十年ヲ經過シタルトキハ時効ニ因テ消滅スルコト爲シタリ

此取消權ヲ設ケタル趣旨ハ一般ノ取消權ノ規定(二二六條)ト同一ナレトモ隱居ノ取消ハ身分上及財産上ニ大ナル影響ヲ及スモノナレハ隱居者ノ身分曖昧ニ屬シ長ク確定セサルハ不都合ナルヲ以テ單ニ財産上ノ關係ニ止ル一般ノ取消ノ場合ニ比シ一層速ニ其身分ヲ確定セシメンカ爲ニ設ケタルニ外ナラサルナリ然レトモ其取消權ノ性質ニ付テハ彼此同カラサルモノアリ即一般ノ取消權ノ場合ハ時効ナレトモ本條(七五九條)第一項ノ一年ノ期間ハ時効ニ非スシテ法律カ設ケタル豫定期間ナレハ如何ナル場合ニ於テモ延長スルコトナシ故ニ此期間ハ時効ニ關スル規定ノ適用ヲ受クルコトアラサルナリ反之本條末項ニ規定セル十年ノ期間ハ法律カ時効ナルコトヲ明言セルヲ以テ時効ニ關スル規定ニ從フヘキヤ論ヲ俟タサルナリ

隱居取消ノ第三者ニ對スル效力 隱居カ取消サレタルトキハ總則ノ規定(二二一條)ニ從ヒ其效力ハ既往ニ遡及シ最初ヨリ隱居者ハ隱居ヲ爲サス家督相續人ハ之カ相續ヲ爲ササリシモノト看做サレ隱居者ハ其戸主權ヲ回復シ其家督相續人ハ再戸主ノ推定家督相續人ト爲リ若クハ他家ヨリ入リタル者ナルトキハ他家ニ復歸ス而シテ家督相續人カ相續ニ因テ得タル財産其他權利義務ハ舉テ之ヲ戸主權ヲ回復

シタル隱居者ニ返還スルモノトス(七六〇條)

以上ノ規定ニ依ルトキハ左ノ問題、如何ニ決スヘキヤ

- (一) 隱居者カ最初戸主タリシキ負擔シタル債務ノ相續ニ因テ家督相續人ニ承繼シタルモノハ隱居者カ戸主權ヲ回復シタルトキ其債權者ハ何人ニ對シテ之カ辨濟ヲ請求スルコトヲ得ルカ、此問題ハ最賅カ戸主權ノニシテ隱居力取消サレ最初ヨリ之ナカリシモノト看做サルルカ故ニ債權者ハ單ニ戸主權ヲ回復シタル者ノミニ對シテ請求ヲ爲スコトヲ得
- (二) 隱居者カ暫時隱居セシ間ニ負擔シタル債務ハ如何、此債務ハ隱居者カ戸主權ヲ有セザリシ時ニ負擔シタルモノナレトモ其身分ニ變更アルニ拘ラス戸主權ヲ回復シタル隱居者カ辨濟スヘキモノニシテ此債務ニハ毫モ家督相續人ハ關係ヲ有セサルナリ
- (三) 隱居力取消サレタル場合ニ於テ家督相續人カ暫時相續シテ戸主タリシトキ負擔シタル債務ニ付テハ其債權者ハ何人ニ對シテ之カ辨濟ヲ請求スルコトヲ得ルカ、此問題ハ右ノ取消ノ原則ニ從フトキハ家督相續人ハ隱居ノ取消ニ因テ最初ヨリ相續シタルコトナカリシモノト看做サルルカ故ニ其債權者ハ此家督相續人タリシ者ノミニ對シテ請求スルコトヲ得ルニ止リ隱居ノ取消ニ因テ再戸主ト爲リタル者ニ對シテハ請求ヲ爲スコトヲ得サレトモ然レトモ通常債權者ハ其相手方カ戸主タル身分ヲ有スルコトニ重キヲ置キ其家ニ屬スル財産ニ著眼シテ債權者ト爲ルモノナレハ一朝隱居ノ取消ニ因テ戸主タル者ニ對シテ辨濟ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルモノト爲ストキハ之カ爲ニ意外ノ損失ヲ被ルコトアリ是以テ隱居取消ノ場合ニ於テ債權者ノ利益ヲ保護シ取引ノ安全ヲ保タシメントスルニハ隱居ノ取消以前ニ家督相續人即其當時ノ戸主タル者ノ債權者ト爲リタル者ヲシテ隱居ノ取消ニ因テ戸主ニ復シタル者ニ

船舶登記ノ管轄裁判所、登記簿、船舶所有權、抵當權、賃借權ニ關スル登記ノ手續就中登記事項、登記ノ抹消等ニ付テハ船舶登記規則ニ於テ詳細ニ之ヲ規定シ又船舶登録ノ手續、船舶國籍證書記載ノ事項等ニ付テハ船舶法施行細則ニ於テ詳細ニ之ヲ規定シタルカ故ニ就テ看ルヘシ今更メテ茲ニ之ヲ抄出セシム

從來ハ西洋形船舶ニ在テハ登録船免狀、日本形船舶ニ在テハ船鑑札ナルモノヲ受有シ以テ前述シタル船舶國籍證書ノ用ニ便シフツアリ然レトモ其記載事項ハ極テ不完全ノモノナルカ故ニ船舶法ノ施行以後ハ該法ニ從テ船舶國籍證書ヲ受有スヘキ資格アル船舶ニ在テハ同法施行細則ニ從テ更ニ登録ヲ爲シ且船舶國籍證書ヲ請受クルコトヲ要スルナリ(船舶法三七條)

第五節 船舶ノ讓渡

船舶ノ所有權取得ノ方法ニハ種種アリ之ヲ大別シテ原始的取得ト移轉的取得ト二種ト爲スヘシ而シテ原始的取得ノ中ニハ船舶ノ製造、捕獲アリ移轉的取得ノ中ニハ讓渡、相續等アリ然レトモ民法ノ一般規定ノ適用ヲ以テ足レトスル事項ニ付テハ舊商法ニ於テハ船舶所有權ノ取得及移轉ナル一節ヲ設ケテ特ニ詳細ナル規定ヲ爲セリト雖商法ハ之ヲ刪除シタルカ故ニ民法ノ讓渡ノ讓渡ノ今茲ニ之ヲ述ヘス又捕獲ノ如キハ國際公法ニ於テ研究スヘキ事項ニ屬ス故ニ茲ニハ商法ニ於テ特別規定ヲ設ケタル船舶所有權取得ノ一方法ナル船舶ノ讓渡ノミニ付テ之ヲ述フヘシ商法第五百四十一條ニ之ヲ規定セリ舊商法第八三五條ニテハ買賣其他ノ法律行為ニ因テ船舶所有權ヲ取得スル契約ハ必特ニ作レル契約證書ヲ以テ之ヲ取結フモノトシ證書ノ作成ナクハ契約ハ成立セサルナリ然レトモ商法ハ商事契約ノ成立

要件トシテ形式ヲ要セサルコトヲ以テ通則トセルカ故ニ舊商法ノ如ク證書作成ヲ契約成立ノ要件トスルコトハ之ヲ廢止セリ故ニ船舶ノ讓渡ニ付テモ當事者ノ意思表示ノミナリ所有權ハ直ニ移轉スルコトヲ得ルナリ然レトモ第三者ニ對スル公示方法トシテハ民法ニ於テ不動產ニ付ハ第一七七條ヲ設ケ不動產物權ノ得喪及變更ハ其登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトシ動產ニ付ハ第一七八條ヲ設ケ動產ニ關スル物權ノ讓渡ハ其動產ノ引渡アルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノトシタルト等ク船舶ノ讓渡ニ付テモ亦或手段ヲ取ラサルヘカラス然ルニ船舶ハ一般ノ動產ト異リ其價モ尠ク又其數モ少キカ爲ニ既ニ登記ノ設アリ故ニ民法第一七八條ニ對スル特別規定ヲ設ケ該讓渡ヲ以テ第三者ニ對抗セントスルニハ登記ヲ爲シ且船舶國籍證書ニ其旨ヲ記載スルコトヲ要ストシタルナリ

尙第五四一條ニ付テ注意スヘキコトハ同條ニハ廣ク船舶所有權ト云フト雖該「船舶」ノ中ニハ前條第二項ニ依テ除外シタル總噸數二十噸未満又ハ積石數二百石未満ノ船舶ハ包含セサルモノト知ルヘシ何トナレハ此等ノ小船ニ對シテハ登記ノ制ナク又國籍證書ヲ下付スヘキモノニ非サレハナリ隨テ此等ノ小船ノ讓渡ヲ以テ第三者ニ對抗スルニハ民法第一七八條ニ依リ船舶ノ引渡ヲ爲スコトヲ要スルナリ商法ハ又航海中ニ在ル船舶ノ讓渡ニ付特別規定ヲ設ケタリ即第五四二條ニ之ヲ規定セリ蓋航海中ニ在ル船舶ヲ讓渡シタルトキハ既ニ其航海ニ因テ損益ヲ生スヘシ而シテ其損益ハ何人ニ歸スヘキモノナリヤノ問題ヲ生ス恰民法第八九條ニテ果實ヲ取得者ヲ定ムル必要アリタルト同一ナリ此場合ニ於テ民法第八九條第二項ニ於テ法定果實ヲ日割ヲ以テ取得スルモノトシタルカ如ク船舶讓渡ノ日ヲ以テ限界トシ其前後ニ依テ損益ノ歸屬者ヲ定ムヘキカ外國ノ立法例中往々如此制ヲ採ルモノナキニ非スト雖航海

中ノ損益ハ前後不同ニシテ時ノ前後ヲ以テ觀ニ之ヲ分割スヘカラス例之航海ノ前半ニハ暴風雨多ク航海費用ヲ多ク使用シタルニ後半ハ平穩ニシテ費用極テ少額ナリシカ如キコトハ常ニ之アル所ナリ故ニ若偶然ノ期日ニ依テ其前後ヲ分テ以テ損益ノ歸屬者ヲ定ムルトキハ當ニ利益ヲ多ク取得スル者ト少ク取得スル者トヲ生スル虞アルノミナラス其シキハ一方ニハ利益ノミヲ取得スル者ヲ生シ地方ニハ損失ノミヲ負擔スル者ヲ生スヘシ是極テ不公平ナル結果ニシテ特約ナキ場合ニ於テ當事者ノ意思ニ反スルコト多カルヘシ當事者ノ意思ヲ推測スルニ讓渡人ニ在テハ讓渡ノ日ヨリ總テ船舶ニ關スル利害ヲ脱スルノ考ナルヘテ讓受人ニ在テハ航海中ノモノヲ讓受クル程ナルカ故ニ該航海ニ因テ生スル損益ハ總テ之ヲ引受クル考ナルヘシ仍テ航海中ノ損益ハ之ヲ一團トシテ總テ讓受人ニ歸スヘキモノト爲シタルナリ

而シテ本條ハ唯讓受人ト讓受人トノ關係ヲ規定シタルモノニ過キサルカ故ニ讓渡人又ハ讓受人カ第三者ニ對スル關係ハ之カ爲ニ變更ヲ受ケス例之讓渡人カ當該航海準備シテ石炭ヲ買入レ爲ニ第三者ニ債務ヲ負ヘル場合ノ如キ其債務ハ依然トシテ讓渡人ノ債務ナリ唯該石炭費用ヲ讓受人ヨリ讓渡人ニ償フヘキノミ

又本條ハ「航海」ニ因リテ生スル損益ト云フカ故ニ航海ノ事業ヨリ生シタル損益ヲ稱スルモノニシテ船舶自體ノ毀損ヨリ生スル損益ノ如キハ此中ニ包含セス例之船舶自體ニ隱シタル瑕疵アリタル場合ノ如キ又ハ船舶自體ノ讓渡ノ當時全ク沈没シ居リシ場合ニ於テ讓渡人カ之ニ對シテ擔保義務ヲ負フコトノ如キハ總テ皆民法ノ一般規定ニ從フヘキモノナリ又損益ト云フハ畢竟航海事業ヨリ取得シタル總收入ト總支出トノ差異ヨリ生スル結果ニシテ之ヲ讓受人ニ歸屬セシムルモノナリ

終ニ時効ニ因テ船舶ヲ取得スル事情ニ付舊商法第八三七條ヲ設ケ其但書ニ於テ「船長ハ時効ニ因リテ船舶ヲ取得スルコトヲ得ス」ト規定シタルニ商法カ之ヲ删除シタル理由如何今序ヲ以テ之ニ付一言スヘシ

抑舊商法第八三七條但書ヲ設ケタル所以ハ他ナシ船長ト雖若時効ニ因テ船舶ヲ取得シ得ルモノトセハ船長ハ遠ク海外ニ航行シ以テ全ク所有者ノ干渉ヲ免レ遂ニ取得時効ノ期間ヲ經過スル惡所爲ヲ行フコトナキヲ保シ難キヲ虞レタルニ由ルモノナリ然リト雖新民法ニ於テハ取得時効ノ要件ヲ定メテ二十箇年間所有ノ意思ヲ以テ平穩且公然ニ他人ノ物ヲ占有スルコトヲ必要ト爲シタリ然ルニ船長カ故意ニ船舶所有者ノ干渉ヲ離レ船舶所有者カ遠隔ノ地ニ在テ到底其力ノ及ハサルヲ奇貨トシ遠洋ニ航行シ居ル場合ノ如キハ是決シテ平穩ノ占有ト謂フコトヲ得ス且又二十年ノ久キ遠洋ニ航行スルモ必ヤ外國ノ諸港ニ入津スルノ機アルヘシ斯ル場合ニ於テ船舶ハ必船舶國籍證書ヲ所持スルコトヲ要ス而シテ國籍證書ニハ必船舶所有者ノ何人タルカヲ記載セサルヘカラス然ルニ國籍證書ニハ異ノ所有者ノ氏名ヲ記載シアルモノニシテ現占有者タル船長ノ氏名ヲ記載セシ是豈公然ノ占有ト謂フコトヲ得ンヤ殊ニ他方ニ於テ船舶所有者ノ爲ニ種種ノ救済手段アリ例之船舶所有者ハ何時ニテモ船長ヲ解任スルコトヲ得（五四條）又船長カ船舶所有者ニ對スル義務ヲ怠リタルトキハ之ヲ賠償セシムルコトヲ得（第五五八條）其他船員法ニ於テハ船長ニ對スル幾多ノ監督ノ規定アリ故ニ船長ハ事實ニ於テ時効ニ因テ船舶ヲ取得スルコト能ハサルナリ是特ニ商法カ前掲シタル舊商法ノ如キ規定ヲ設ケサル所以ナリ

第六節 船舶ノ差押及假差押

船舶ノ差押及假差押ハ獨船舶ノ上ニ先取特權、抵當權ノ如キ優先權ヲ有スル者ノミニ限ラス一般ノ債權等モ亦場合ニ依リ之ヲ行フコトヲ得故ニ舊商法ニ於テハ船舶債權者ノ章ニ於テ船舶ノ差押及假差押ニ關スル規定ヲ設ケタリト雖（舊商八五九條）商法ニ於テハ之ヲ船舶ノ章下ニ移シ第五四三條ヲ以テ之ヲ規定セリ夫債務者ノ財産ハ債權者ノ便宜ノ時機ニ於テ之カ差押若クハ假差押ヲ爲スコトヲ得ルヲ以テ通則トス然ルニ船舶ニ付テハ何故ニ如此特權ヲ認メラ既ニ發航ノ準備ヲ終リタルモノハ之ニ對シテ差押若クハ假差押ヲ爲スコトヲ得サルモノト爲シタルカ蓋發航ノ準備ヲ終リタル船舶カ出航シ得ルト否トハ公益並ニ私益ノ上ニ非常ナル關係アリ定期船ハ勿論不定期船ニ在テモ既ニ發航期日ヲ定メテ種種ノ準備ヲ爲シ終リタルニ當リ突然ニカ發航ヲ差止メラルトキハ社會公衆ハ之カ爲ニ既ニ豫期シタル交通手段ヲ失シ幾多ノ間接ノ損害ヲ被ルコト之アルヘク又船舶ニ對スル直接ノ利害關係人タル船舶所有者、船長其他ノ船員ハ勿論該船舶ノ債權者、荷送人、旅客等モ亦非常ナル不利益ヲ被ルヘキナリ如此發航ノ準備ヲ終リタル船舶ニ付テハ種種ノ利害關係人ヲ生スルカ故ニ獨船舶債權者又ハ其他ノ船舶所有者ノ債權者ノ爲ニ該航海ノ利益ヲ犧牲ニスルニ忍ヒサルナリ是實ニ前條ノ規定アル所以ナリ然リト雖發航ヲ爲ス爲ニ生シタル債務ニ付テハ之カ債權者ハ發航ノ準備ヲ終リ以前ニ債務履行ノ請求ヲ爲スヘキコトヲ怠リタルニ非ス且此債權アリテ始テ發航ヲ爲スコトヲ得ルモノナルカ故ニ該債權ハ所謂擔保ノ原因ヲ爲シタルモノナリ仍テ船舶ハ該債權ノ擔保ノ目的ト爲サルコトヲ得サルナリ是其但書ノ規定アル所以ナリ

發航ノ準備ヲ終リタルトキトハ如何ナル場合ヲ云フカ事實問題ナルカ故ニ畢竟爭ヲ生シタル場合ニハ裁判所ノ認定ニ一任セサルヘカラスト雖舊發航ノ準備トハ航海ノ準備ト云フト異リ既ニ船體ヲ終リ船

長其他ノ乗組アルハ勿論荷物ノ船積等モ亦總テ之ヲ終リタルモノト解セサルヘカラス其船舶カ發航ヲ爲ス爲メニ生シタル債務トハ其範圍極メテ狹クシテ例セハ豫テ航海ノ準備トシテ石炭ヲ買入レ置キ偶之ヲ當該船舶ニ使用シタル場合ノ如キ其石炭代價タル債務ハ決シテ此中ニ包含セサルナリ又廣ク發航ノ準備ヲ終リタル船舶ト云フカ故ニ歐洲行ノ船舶ニシテ横濱ヲ發シ神戸、長崎、香港ヘ順次ニ寄港シ行ク際ニ當リ寄港中神戸ニ於テモ亦其後ノ何レノ港ニ於テモ寄港地ニ於ル發航ノ準備ヲ終ラサルトキト雖差押ヘラルルコトナシ成程法文ニ所謂發航トハ獨最初ノ發航ノミヲ意味セス即前例ノ場合ニ於テ横濱ノ發航ノミヲ意味セス神戸ヨリ發スルモ發航ニシテ長崎ヨリ發スルモ亦發航ナリ然レトモ本條本文ニ所謂發航ノ準備トハ最初ノ發航及爾後寄港地ニ於ル各發航ノ準備ノ意味ニ非ス最初ノ發航又ハ爾後ノ發航ノ準備ノ意味ニ解釋セサルヘカラス若然ラスシテ最初ノ發航及爾後ノ發航ノ意味ニ解センカ最初ノ發航地タル横濱ニ於テハ神戸若クハ長崎ニ於ル發航ノ準備ハ之ヲ終ラサルコト明白ナルカ故ニ始終差押ヘ得ルモノト謂ハサルヘカラス又神戸ニ於テハ未長崎ニ於ル發航ノ準備ヲ終ラサルコト必然ナルカ故ニ是亦神戸ニ於テ始終差押ヘ得ルモノト謂ハサルヘカラス故ニ本條本文ノ「發航ノ準備」トハ最初ノ發航又ハ爾後ノ發航ノ準備ノ意ニシテ若最初ノ準備ヲ終レハ一回發航ノ準備ヲ終リタルモノニシテ其實ハ該船舶カ航海ヲ全ク終ル迄ハ始終綿綿シ來ルモノナリ故ニ横濱ヲ發シテ神戸ニ寄港シ神戸ニ於ル發航ノ準備ヲ未終ラサルトキト雖神戸ニ於テ差押フルコトヲ得ス神戸ヲ發シテ長崎ニ若シタルトキハ神戸ニ於ル發航ノ準備ヲ終リテ發航シタルコト勿論ナルカ故ニ茲ニ二回ノ發航ノ準備ヲ終リタルモノナリ故ニ長崎ニ於テハ長崎發航ノ準備ヲ未終ハラサルトキト雖長崎ニ於テ差押フルコトヲ得ス爾後何レノ寄港地ニ到ルモ亦同シ

反之但書ニ依ル債權者ハ何レノ寄港地ニ於テモ差押フルコトヲ得ヘシ即横濱ニ於テ生シタル但書ノ規定ニヨル債權者ハ横濱ニ於テ差押ノ機會ヲ失シタルトキハ神戸、長崎、香港何レノ港ニ到リテモ差押フルコトヲ得ヘシ又神戸ニ於テ生シタル但書ノ規定ニ依ル債權者ハ神戸ニ於テモ長崎又ハ香港ニ於テモ差押フルコトヲ得ヘシ蓋但書ニ所謂發航トハ本文ノ發航ト同ク最初ノ發航又ハ爾後ノ各發航ノ意味スレハナリ但書ノ規定ヲ第二項トシテ印刷シアルコト世間普通ナルカ如シ是レ官報ニテ斯カル誤植ヲ爲シタルカ故ナルヘシ立法者豈敢但書ノミヲ第二項ト爲スノ誤謬ヲ爲サンヤ

第二章 船舶所有者

第一節 船員ノ行爲ニ對スル船舶所有者ノ責任 第一項 有限責任汎論

凡他人ニ對シテ債務ヲ負擔スル者ハ無限ノ責任ヲ負フヲ以テ原則トス換言スレハ債務者ノ全財産ハ其債務ノ包括的擔保トシテ執行ノ目的タルモノナリ故ニ債務者ニシテ其財産ヲ増殖スレハ債權者ノ擔保ハ隨テ増加シ爲ニ其辨濟ヲ受クルニ易ク反之債務者其財産ヲ減少スレハ債權者ノ擔保ハ隨テ減少シタルモノニシテ其辨濟ヲ受クルニ難シ其狀恰被繼承人ノ財產ヲ増減ハ之カ承繼人タル相續人ノ利害ニ直ニ影響ヲ及スト一般ナリ故ニ「ボアンナード」氏ノ如キハ債權者ハ債務者ノ承繼人ナリト云ヒ承繼人ナル文字ヲ如此廣キ意義ニ用ヒタリ又新民法第四二三條及第四二四條ニ於テハ特ニ債權者ヲ保護スル爲

學者ノ所謂糾及訴權及廢罷訴權ヲ認メテ之ニ與ヘ破産法ニ於テハ債權者保護ノ爲ニ特ニ否認權ヲ認メタリ如此債務者ハ自己ノ全財産ヲ擔保シテ債務履行ノ責任スヘキヲ當然トス是實ニ動スヘカラサルノ原則ナリ然ルニ社會ノ必要ハ往往ニシテ此原則ニ對シテ例外ヲ認ムルニ至ル其例外ヲ認ムル場合ニ之ヲ有責任債務ト稱ス(ニールンベルヒ有責任論第一頁以下參照)

有責任債務ノ形式ニ左ノ三ノ場合アリ

第一 責任額ニ制限アル場合 此場合ニ於テハ債務者カ債務履行ノ責任スル額ニ制限アルノミニシテ債務者カ其債務ヲ履行セサル爲ニ債權者カ債務者ノ財産ヲ執行スル其執行ノ目的物ニ制限アルニ非ス故ニ債權者ハ債務者ノ財産中如何ナル部分ニ付テモ之ヲ執行スルコトヲ得而シテ其責任ノ最高限額ヲ定ムルハ或ハ絕對的ニ一定ノ總額ヲ明示シテ之ヲ定ムルコトアルヘク或ハ相對的ニ或一定ノ客觀的若クハ主觀的ノ狀況ニ依テ定ムルコトアルヘシ孰ニセヨ其額ヲシテ一定スル方法定レハ足レリ又其有責任ハ或特定ノ債權者ノミニ對シ又ハ種類ノ債務ノミニ對シ又ハ關係ノ債務ノミニ對スルコトアリ然レトモ債務者カ自己ノ一切ノ債務ニ對シテ有責任ヲ負フ場合ハ未其實例ヲ見サルナリ何トナレハ若之アリトスレハ前述シタル無限責任ノ原則ヲ無視スルモノナレハナリ而シテ本場合ノ責任ノ額ヲ定ムル方法ニハ法律ノ明文ニ依テスルモノアリ又債務者ノ意思ニ依テスルモノナリ前者ノ實例ハ佛國法ニ於テ捕拿用私船ノ所有者カ其乘組員ノ不法行爲ニ對シテ負フヘキ責任ヲ最高三萬七千「フラン」ノ限度内ニ制限シ若其船舶ノ乘組員ノ數百五十人以上ニ進ムトキハ最高七萬四千「フラン」ノ限度内ニ制限シタリ又英國法ニ於テハ後述ヘントスル如ク船舶所有者ノ責任ヲ船舶ノ噸數ニ比例セシメ一噸ニ付八磅トシ若人命ヲ損シ又ハ身體ヲ毀傷シタルトキハ一噸ニ付十五磅トシ之ヲ最高ノ責任トセリ

(英國一八九四年八月二十五日商船法五〇三條)又後者即當事者ノ意思ニ依テ責任ノ額ヲ定ムル場合ノ實例ハ合資會社ノ有限責任社員、株式會社ノ株主及匿名組合ニ於テ匿名組合員ノ出資額ノ如シ尤商法ノ如ク會社ハ總テ法人トシ匿名組合ノ營業ハ總テ名義人タル營業者ノ營業トスル立法主義ヲ採ルモノニ在テハ會社ノ債務ハ社員ノ債務ニ非ナルカ故ニ此等ノ諸例ハ以テ法理上正確ナル實例トスルニ足ラスト雖合資會社ヲ非法人視スル立法主義ノ有限責任社員ノ出資額ハ本場合ノ眞ノ適例ト謂フヘシ又後ノ保險契約ニ於テ保險證券ニ明記シタル(保險金額填補スヘキ總損害トシテ當事者ノ見積リタル金額)カ保險價額(被保險物件カ保險セラレ得ヘカリシ金額)ヲ超過スル場合ハ超過シタル部分ハ保險者之ヲ填補スルニ及ハス保險價額式ニ制限シテ之ヲ填補スル此場合ハ保險者ハ當初保險金額ヲ填補スルノ約ヲ爲シタルモノナルカ故ニ是亦制限債務ノ一ナルカ如キ外觀アリト雖其似テ非ナルモノナルコトハ多言ヲ費サスシテ明ナリ蓋保險契約當然ノ性質トシテ保險者ハ保險價額以上ノ填補ヲ爲スヘキモノニ非サレハナリ

第二 責任財產ニ制限アル場合 第一ノ場合ニ於テハ執行ノ額ニ制限アルモ執行ノ目的物ニ制限ナシ故ニ債務者若任意ニ其債務ヲ履行セサルトキハ債權者ハ債務者ノ財產ノ何レノ部分ニ付テモ執行スルコトヲ得タリ然ルニ此第二ノ場合ニ於テハ執行ノ目的物ノ上ニ制限アリ債務者若任意ニ其債務ヲ履行セサルトキハ債權者ハ唯特定財產ノミニ付テ執行ヲ爲スコトヲ得又ハ特定財產ノミヨリ辨濟ヲ受タルニ過キス故ニ若其特定財產ニシテ債權全部ヲ辨濟スルニ足ルトキハ債權者ハ毫モ損失ヲ被ルコトナキモ若之ヲ辨濟スルニ足ラサルトキハ債權者ハ他ニ幾何ノ財產ヲ有スルモ債權者ハ之ニ手ヲ觸ルコトヲ得ズシテ損失ヲ被ルコトヲ免レス而シテ船舶所有者カ船員ノ行爲ニ對スル責任ハ大陸主義ニ

商法海商 船舶所有者 船員ノ行爲ニ對スル船舶所有者ノ責任

三六

在タル實ニ此第二種ノ有限責任債務ノ屬ニシタルモノニシテ船舶所有者ノ財產ヲ海產ト陸產トニ區別シ船舶所有者ハ海產ハミヲ以テ責任を負フト爲スヲ以テ大陸多數ノ立法例トス而シテ我商法ノ規定亦實ニ此種ニ屬ス之ニ付テハ大體ニ於テ詳述スヘシ
彼ノ世襲財產ト普通財產トヲ區別シテ普通財產ノミ一般債務ノ責任ト爲スカ如キモ亦此場合ノ一例ナリ
第三、右第一及第二ノ場合ハ要素ヲ合シタルモノニシテ債務者ハ或一定ノ最高限ノ額迄特定財產ノミニ付テ責任ヲ有スル場合 此場合ハ責任ノ額ニ於テ一定シ又債務者カ債務不履行ノ場合ニ債權者カ執行シ得ル其執行ノ目的物ニ制限アルナリ而シテ特約ヲ以テ此種ノ制限債務ヲ限定シ得ルコトハ常ニ豫想シ得ヘキ所ナルモ或法上斯ル有限責任債務ノ實例ハ吾人未之ヲ見サルナリ

第二項 船舶所有者ノ船員ノ行爲ニ對スル有限責任ノ各國立法主義

吾人ハ以上有限責任債務ノ種類ヲ説明シタリ而シテ船舶所有者カ船員ノ行爲ニ對スル責任モ亦其有限責任債務ノ一種ニ對スルナリ然ラハ何故ニ船舶所有者ハ船員ノ行爲ニ對シテ有限責任債務ヲ止メカ其理由ノ主タルモノ二三ヲ列舉センニハ船舶カ航海中ニ在ルトキ船舶所有者ハ最早船員等ノ行爲ヲ指揮、監督スルコトヲ得ニニハ船舶ハ遠ク本國ヲ離レテ外洋ニ航行スルモノナルカ故ニ船舶所有者ハ船員ノ選擇及解任ノ自由ヲ失フニハ航海ノ便宜ト安全トヲ計ル爲ニ船長ノ權限ヲ非常ニ廣大ナラシメ船長ハ船舶所有者ノ指揮命令ヲ待タズシテ重大ナル行爲ヲ行フコトヲ得四ニハ船員ハ普通

ノ勞務者ト異リ一定ノ試験ヲ經テ技術ニ堪能ナルコトヲ保證アルモノナリ故ニ船舶所有者ハシテ適法ナル選任ヲ爲シタル以上ハ船員ノ技術上ノ過失ヨリ生シタル損害ハ恰不可抗力ニ比スヘキモノナリ五ニハ其理由タル主トシテ之ヲ沿革上ノ理由ニ求ムヘシ抑航海ノ事業タルハ頗る危險ニ當ムカ故ニ若其責任ヲ輕減セシム非スンハ今日迄ノ十分ノ發達ヲ爲スコト能ハサルナリハシ英國ノ如キ實ニ航海獎勵ノ目的ヨリ航海事業者ノ請ヲ容レテ其責任ヲ輕減セリ若船舶所有者カ船員ノ行爲ニ對シテ常ニ無限責任ヲ負ハサルヘカラストセハ安シテ航海事業ニ從事スルコトヲ得ニ其結果延テ國家ノ海運業ノ進歩ヲ妨クル虞アリ故ニ公益上其責任ヲ有限ニスル必要アリト云フニ在リ
如此理由アルカ爲ニ船舶所有者ハ無限責任ヲ負ハスニテ有限責任ヲ負フコトハ諸國一般ニ之ヲ認ムルモ其有限責任債務ノ形式ニ付テハ之ヲ大別スレハ前述シタル第一種ニ屬スルモノト第二種ニ屬スルモノトノ二種ノ立法主義アリ即

第一 責任額ヲ定ムル主義(制限アル人の責任主義) 是即船舶所有者ノ責任ヲシテ前ニ述ベタル第一種ノ有限責任債務ヲ示メントスルモノニシテ英國ノ採用スル所ナリ即英國商船法第五〇三條ニ規定スルカ如ク船舶所有者ハ各場合毎ニ一定シタル金額ノ割合以下ヲ以テ船舶ノ噸數ニ比例シテ責任ヲ負擔ス故ニ其責任ノ最高額ヤ一定セリ然レトモ責任財產ハ一定セス何トナレハ唯金額ヲ以テ責任ノ最高限ヲ定ムルノミナレハナリ如此此主義タルハ責任財產ヲ一定セス責任額ヲ定ムルモノナルカ故ニ船舶所有者カ經營所關海產全部ヲ喪失スルコトアルモ若陸產ヲ所有スルトキハ其陸產ニ付テ責任ヲ負ハサルヘカラスト換言スレハ船舶所有者ノ海產ノ増減ハ債權者ニ取リテハ毫毛痛痒ヲ感セス故ニ船舶所有者ノ債權者ノ側ヨリ觀レハ船舶所有者ノ一定シタル責任額ノ範圍内ニ於テハ極テ安心ナル位置ニ立ツニ至

商法海商

船舶所有者

船員ノ行爲ニ對スル船舶所有者ノ責任

三六

ヲ得ルモノナリ是實ニ此主義ノ利益アル所ナリ然レトモ唯噸數ノミニ比例シテ責任額ヲ定ムルハ不公
平ト謂ハサルヲ得ス即船舶ノ價格又ハ其種類ノ異ルニ從ヒ例之汽船ト帆船ト如キハ其間ニ差等ヲ設
クセンハ精密ナル規定ト謂フコトヲ得ス殊ニ此主義ハ英國固有ノモノニシテ多ク他國ニ用ヒラレス乃
我國ノ如キモ亦容易ニ此主義ヲ採用スヘカラサルナリ

抑英國ノ舊法即普通法ノ規則ニ於テハ船舶所有者ハ船員ノ行為ニ對シテ總テ無限責任ヲ負擔セリ然ル
ニ千七百三十四年或艦長カ積荷ヲ誤用シ船舶所有者ニ非常ナル損害ヲ與ヘタルヨリ船舶所有者等連合
シテ下院ニ請求ヲ爲シ其責任ヲ有限トシ船舶及運送貨ノ額迄ニ止メンコトヲ以テシタリ當時英國ニ於
テハ航海業獎勵ノ真最中ナリシカハ其請ヲ容レ發布セラレタルモノハ「ジョージ」二世第七年第十五號
ノ法律ナリシ之ニ依ルニ船舶所有者ハ其請ヲ容レ發布セラレタルモノハ「ジョージ」二世第七年第十五號
航海獎勵ニ在リシナリ然ルニ千八百六十二年商船法ニハ其價額ヲ具體的ニ表シ船舶等ノ損害ニ付テ
ハ加害船一噸ニ付八磅以下ノ人命ニ關スルトキ加害船一噸付十五磅以下トセリ抑八磅ナル割出ハ當時英
國ニ於ル總船舶ノ總噸數ヲ以テ總船價ヲ割リテ得タル平均船價ナリ又十五磅ナル割出ハ素旅客船ニ付
テハ一噸十五磅以上ノ良船製造ヲ獎勵セシメントスル公益心ヨリ胚胎セルモノナリ然ルニ今日ニ在
テハ八磅若クハ十五磅ト云フハ極テ理由ニ乏シキ偶然的ノ人爲標準タルノ識ヲ免レサレトモ因習ノ久キ
容易ニ之ヲ改ムルコトヲ得スシテ英國ニ於テハ今日モ仍依然トシテ行レララルモノナリ「マースデ
シ」衝突論七章「七五頁以下」アボット「商船法論」十四版五章六三七頁以下「海法會議報告」號七五頁、
同「アントワープ」會議報告英文五六頁

第二 責任財産ヲ定ムル主義(物的責任主義) 此主義ハ即船舶所有者ノ責任ヲシテ前ニ述ベタル第二

ノ有限責任債務ヲラシメントスルモノニシテ獨國並ニ他國等ノ採用スル所ナリ即船舶所有者ノ財産ヲ
海產ト陸產トニ區別シ船員ノ行為ニ對シテ船舶所有者ハ獨海產ノミニ付テ責任アリト爲スモノナリ抑
航海業ノ頗危險多キ點ニ察シ該事業ノ進歩ヲ計ランカ爲ニ荷船舶所有者ノ責任ヲ制限スル必要アリト
スル以上ハ海產、陸產ノ區別ヲ立テテ海產ノミヲ以テ責任財産ニ定メントスルハ頗其當ヲ得タルモノ
ト謂フヘシ然レトモ此主義タル第一ノ主義ト異リ責任額ニ於テ一定セサルカ故ニ若海產ノ範圍ニシテ
増殖スレハ可ナルモ減少若クハ滅失スルトキハ債權者ノ迷惑亦察スヘキナリ換言スレハ海產ノ滅失若
クハ毀損アルハ債權者ノ爲ニ大ナル危險ト謂フヘシ故ニ此主義ヲ採ルモノニ在テハ債權者保護ノ爲ニ
商法第五四五條ノ如キ規定ハ是非トモ之ヲ設ケサルヘカラサルナリ然リ而シテ此第二ノ主義ハ又其免
責ノ方法ニ依テ左ノ二主義ニ細別スヘシ

甲 執行主義 特別財産タル海產ヲ執行シテ其中ヨリ債權者ニ辨濟ヲ得セシメ船舶所有者其責ヲ免ル
ル所ノ主義ニシテ獨法系ノ採用スル所ナリ

乙 委付主義 特別財産タル海產ヲ委付シテ船舶所有者其責ヲ免ルル所ノ主義ニシテ佛法系ノ採用ス
ル所ナリ

右甲乙二主義ヲ比較センニ船舶所有者保護ノ爲ヨリ言ヘハ執行主義ヲ優レリトス何トナレハ責任財産
ニシテ債務ヲ完済スルニ十分ナル場合ノ如キハ債權者其債務ヲ任意ニ辨濟スヘク若之ヲ完済スルニ不
足ナル場合ニ於テハ債務者其執行ニ甘シヘシ而モ幸ニ殘餘ヲ生スルトキハ債權者ノ有ニ歸ス殊ニ委付
スルヲ利トスルヤ否ヤノ判斷ヲ要スル場合ノ如キハ其事變カ遠隔ノ地ニ於テ起ルヘキカ故ニ船舶所有
者ニ取リテハ判斷ノ材料ニ乏ク能ク之ヲ決定シ兼スル場合多クレハナリ然ルニ債權者保護ノ爲ヨリ言

ハ委付主義ヲ優レリトス何トナレハ海產毀滅シテ船舶所有者者當然委付スル場合ノ如キハ之ヲ執行スルモ債權者ハ到底全權權ヲ辨濟ヲ受クルコト難シ故ニ寧執行ノ費用ト努力トヲ費サスシテ其全部ヲ受クルニ若カス若又執行シテ債權辨濟ニ充テタル後多少殘額ヲ生スル程ノ海產現存スル場合ニ於テハ債權者ハ執行スルヨリモ委付ヲ受タル方當然利益多シ蓋執行シテ殘餘アレハ返還セザルヘカラサルニ反シテ委付ヲ受クレハ各部自己ノ有ニ歸スレハナリ且又一步進テ船舶所有者者全ク委付ヲ爲ササル場合ニ於テハ債權者ハ當然彼ヲシテ無限責任ヲ負ハシムルコトヲ得ルモノナリ故ニ孰ニシテモ委付主義ノ方債權者ノ爲ニハ利益アリ要之有限責任ノ制度ヲ認メタル精神ヲ完全ニ貫キ船舶所有者者保護ニ重キ置カントセハ獨法系ノ執行主義ヲ優レリトシ又寧可成無限責任ニ近カラシメントスル債權者保護ニ重キ置カントセハ佛法系ノ委付主義ヲ優レリトス而シテ後者ハ近時廣ク行ルル傾向アリ我商法カ委付主義ヲ採用シタルハ畢竟後ノ理由ニ重キヲ置キタルカ故ナリト謂ハサルヘカラス

(イ) 委付主義ニ在リテハ委付セザルモキハ當然無限責任ヲ負フコト爲ル隨テ債務者其債務ヲ辨濟セザル場合ニ於テハ獨海產ノミナラス陸產モ亦債權者ノ執行ノ目的ト爲ル反之執行主義ニ在テハ常ニ有限責任ニシテ債權者ノ執行ノ目的ト爲ルモノハ獨海產ノミニ限ルモノナリ

(ロ) 委付主義ニ於テハ船舶所有者者委付スルコト否トノ自由ヲ有スルカ故ニ委付權ハ之ヲ拋棄スルコトヲ得之ヲ拋棄セハ船舶以下ノモノハ常ニ彼レノ所有ノ下ニ限リ即商法第五四五條ノ規定ノ如キハ委付權ヲ拋棄シタルヨリ生スル結果ト視ルモ可ナリ反之執行主義ニ於テハ執行權ハ債權者ノ獨占スル所ニシテ船舶以下ノモノハ常ニ其執行ノ目的物タルカ故ニ債權者其執行ヲ難ラ免レシト欲セハ執行ニ先テ任

意のニ債務全部ヲ辨濟セザルヘカラス

(ハ) 委付スレハ委付ノ目的タル海產全部ハ總テ債權者ノ有ニ歸ス縱令其實價ハ債務全部ヲ辨濟シテ猶餘剩アリト雖債務者之ヲ如何トモスヘカラス反之執行主義ニ於テハ執行ノ結果債務全部ヲ辨濟シテ猶餘剩アリトキハ其殘額ハ之ヲ債務者ニ返還セザルヘカラス此點ハ執行主義ノ方尚ニ公平ニシテ債務者保護ニ適ス然レトモ執行シテ債務ヲ辨濟シ猶餘剩ヲ生スル場合ノ如キハ委付主義ノ方ニ於テハ債務者多クハ委付ヲ爲ササルヘキナリ

第三項 我商法ノ規定

借以上ニ於テ一般ニ船舶所有者者カ船員ノ行爲ニ對スル責任ヲ研究シタル後竊テ我商法ノ規定如何ヲ圖スル商法第五四四條第一項ハ即是ナリ之ニ依テ我商法ノ規定モ亦前述シタル責任財產ヲ定ムル主義ヲ採リ其中ニテ佛法ニ倣ヒ委付主義ヲ採リタルコトヲ知ルヘシ而シテ本條ニ付テ尙詳細ニ説明センニ船舶所有者者カ有限責任ヲ負フハ船員ノ行爲ヨリ生スル總テノ債務ニ對スルモノニ非シテ第一ニ船長カ其法定權限内ニ於テ爲シタル行爲ヨリ生スル債務、第二ニ船長其他ノ船員カ其職務ヲ行フニ當リ他人ニ損害ヲ加ヘタルヨリ生スル債務ニ限ナリ即第一ハ法律行爲ヨリ生スル債務ニシテ第二ハ不法行爲ヨリ生スル債務ナリ船長ノ法定權限ハ商法第五六條以下ノ三箇條ノ規定ニ據リ其職務トハ單ニ文長其他ノ船員トハ船長、運轉士、機關士ヨリ水火失火ニ至ル迄總テ皆包含スルナリ又其職務トハ單ニ文字ノミヨリ解スレハ其範圍極テ廣シト雖吾人ノ見ル所ヲ以テスレハ船員等カ船舶所有者者ノ使用人トシテ負擔スル所ノ職務ノ範圍ハ明ト解セザルヘカラス何トナレハ素船舶所有者者ヲシテ船員等ノ不法行爲

ニ對シテ責任ヲ負ハシムル所以ノモノハ船員等ハ船舶所有者自身ノ職務ヲ行ヒツラレハナリ焉シ他
人ノ職務ヲ行フ他人ノ爲ニ賠償ヲ爲ス責任アラシキ故ニ例之船長カ官又ハ法律ノ命ニ依リ特ニ行政權
又ハ司法權ノ執行ヲ委任ナルコトアルモ是船舶所有者ノ使用人トシテ當然行フヘキ職務ニ非ス官ヨ
リ命セラレタル船長彼レ自身ノ職務ナリ故ニ船長カ行政權若クハ司法權ヲ執行スルニ當リ他人ニ損害
ヲ加フルコトアルモ船舶所有者ハ敢與ヲ知ルヘキ限ニ在ラス其損害ハ事船長ニ行政權若クハ司法權ヲ
委テタル政府ニ於テ賠償スヘキ必要アルモノナレハ之ヲ賠償スヘキナリ故ニ予ハ法文ニ所謂其職務ト
云フ文字ヲ論理的ニ解釋シテ船員等カ船舶所有者ノ使用者トシテ行フ所ノ職務ノ範圍ナリト解スルナ
リ

次ニ本條ト民法第七一五條トノ關係ニ付一言スヘシ船員ト船舶所有者トノ關係ハ被用者ト使用者トノ
關係ナルカ故ニ民法ニ別段ノ規定ナクハ民法第七一五條ノ適用ナルコトアルハ勿論ナリ然レニ同條
第一項ニ依レハ使用者ヲ被用者ノ選任及其事業ノ監督ニ付相當ノ注意ヲ爲シタルトキ又ハ相當ノ注意
ヲ爲スモ損害カ生スヘカリシトキハ使用者ハ被用者ノ行爲ニ付損害ヲ負ハサル旨ヲ規定セリ若本條ノ
ミニ依テ船舶所有者ノ船員ノ行爲ニ對スル責任ヲ定メタルモノトスレハ船舶所有者ハ船員ヲ選任スルニ付テ
シテ多クノ場合ニ於テ責任ヲ負ハサルコト爲ルヘシ何トナレハ船舶所有者ハ船員ヲ選任スルニ付テ
ハ各相當ノ免狀ヲ有スル者ノ中ヨリ之ヲ任命スヘク又監督モ十分ニ之ヲ爲スヘケレハナリ故ニ諸外國
ノ法制ニ於テモ何レモ皆船員ト船舶所有者トノ關係ハ普通ノ使用者ト被用者トノ關係トハ之ヲ異ニシ
テ別段ニ取扱ヒ船舶所有者ヲシテ船員ノ行爲ニ對シテ一般ニ責任アルモノトシ唯其責任ヲ有限ニスル
ヲ將無限ニスルカ立法上ノ問題タルナリ然レニ我商法第五四四條ノ書方ニ依レハ唯責任ノ程度ヲ定

メタルノミニシテ責任ノ範圍ハ民法第七一五條ニ依テ定メラレ居ルノ觀アリ換言スレハ民法ニ於テ定
メラレタル責任ノ範圍ニ於テ商法ハ唯其責任ノ有限ナリヲ將無限ナリキヲ定メタルカ如キ疑アリ然リ
ト雖我商法第五四四條モ亦船舶所有者カ船員ノ行爲ニ對シテ責任ヲ負フ範圍ト其責任ノ程度トノ二者
ヲ同一條文ニテ規定セント欲シタルモノナリ其故如何トナレハ本條ノ反對推理ニ依リ委付スレハ責
免ルルコトヲ得ヘケレトモ委付ヲ爲ササレハ責ヲ免ルルコトヲ得スシテ船長ノ法定權限内ノ行爲又ハ
船員ノ他人ニ加ヘタル損害ニ對シテ責任アル旨ヲ定メタルモノナレハナリ故ニ責任ノ範圍ハ民法第七
一五條ニ依テ定リ責任ノ程度ハ商法第五四四條ニ於テ定レリト視ル解釋ハ到底之ヲ容ルヘキニ非ス獨
逸法ニ在テハ其民法第八三一條ニ於テ我民法第七一五條ト略同一ノ規定アリ故ニ船員等ノ行爲ニ付テ
ハ民法ニ對スル特別規定ヲ設クル爲ニ特ニ獨逸商法第四八五條同舊四五一條ニ於テ一箇條ヲ設ケ船
舶所有者カ船員ノ不法行爲ニ對シテ責任ヲ負フ範圍ヲ定メ其次條即獨逸新商法第四八六條ニ於テ始テ
責任ノ程度ヲ規定セリ佛國商法第二一六條モ略同一ノ立案ナリ我商法ハ之ヲ一箇條ニ編メタルカ故
ニ畢竟右ノ如キ疑ヲ生セシメタルモノナリ立法論ヨリ言ヘハ責任ノ範圍ト程度トヲ分チ規定スル方可
ナルヘシ

次ニ商法カ責任財產トシテ定メタル海產ノ範圍ヲ説明センニ新商法ニ所謂海產ノ範圍ハ舊商法ニ謂フ
所ヨリモ廣シ即舊商法ハ船舶及運送貨ノミヲ以テ責任財產タル海產ト爲セリ(舊商八一條)雖新商
法ニテハ船舶及運送貨ノ外ニ船舶ト同視スヘキ船舶ニ付有スル損害賠償請求權及運送貨ト匹敵スヘキ
船舶ニ付有スル報關ノ請求權ヲ包含セシメタリ船舶ニ付有スル損害賠償請求權トハ例之共同海損ニ於
ル船舶所有者ノ請求權ノ如キ其他各種ノ不法行爲例之衝突等ニ因テ船舶ノ被リタル損害賠償請求權ノ

如キ是ナリ但保險契約ニ基キ損害ヲ填補セシムル請求權ハ此中ニ包含セシ何トナレハ保險ハ船舶所有者ト保險者トノ間ニ成ル別派ノ契約關係ニシテ該契約ヲ締結シテ以テ一身ノ損害ヲ填補セシムルト否トハ全ク船舶所有者ノ自由ニ屬ス船舶自體血ニ之カ利用ニ依リ當然之ニ附著スヘキ運送貨ハ初ヨリ債務者ノ親ヲ以テ擔保ノ目的トスル所ナリト雖保險契約ニ因ル填補請求權ハ決シテ債權者ノ看テ以テ擔保ノ目的ト爲ス所ノモノニ非ス殊ニ船舶所有者ハ陸産中ヨリ常ニ保險料ヲ支出セサルヘカラス彼ノ船舶ニ付一旦損害アリタル場合ニ保險金額ノ支拂アルハ事陸産ヨリ支出シタル保險料ニ對スル應酬ト謂フヘキナリ然ラハ則保險契約ニ因ル填補請求權ハ法文ニ所謂損害賠償ノ請求權ノ中ニ包含セシザルヲ以テ當然ト謂フヘキナリ殊ニ文字ノ意義ヨリ言フモ損害賠償ノ請求權トハ不法行為等ニ對スル請求權ヲ謂フモノニシテ特殊ノ應報ヲ支出シテ損害アリタル場合ニ填補セシムル保險金トハ全ク其性質ヲ異ニスルモノナルコト最明白ナリ(大審院明治三十三年(一)第四一七號損害賠償ノ件、明治三十四年五月七日聯合民事部判決ハ反對說ナリ、法學志林二一號一一〇頁參照)又船舶ニ付有スル報酬ノ請求權トハ例之船舶カ救援、救助ヲ爲シテ受タル所ノ報酬ノ如キ其他法律上運送貨ト稱スヘキモノニ非ナルモ船舶所有者カ船舶ヲ利用シテ受タル所ノ各種ノ報酬ノ請求權ヲ總稱スルモノナリ又法文ニ航海ノ終ニ依テアルカ故ニ運送貨ニマレ損害賠償請求權ニマレ報酬ノ請求權ニマレ總テ皆當該債權ノ生シタル航海ニ於ケル運送貨、損害賠償請求權、報酬ノ請求權ノミヲ指稱スルモノナルコト知ルヘキナリ故ニ船舶所有者ノ全財産ヲ二分シテ陸産、海産ト爲ス場合ニ於ル海産ノ中ニハ多數ノ船舶、多數ノ航海ニ於ル運送貨、損害賠償請求權及報酬請求權ヲ包含スヘシト雖各債權ニ對シテ交付スヘキ運送貨、損害賠償請求權及報酬請求權ハ多數ノ航海ニ於テ生シタルモノヲ包括シテ指稱スルモノ

ニ非ス即各債權ニ對シテ交付スヘキ運送貨並ニ請求權ハ獨該債權ノ生シタル航海ニ於ル運送貨並ニ請求權ニ限ルナリ故ニ各債權ニ對シテ責任アル海産ノ部分定レリ換言スレハ船舶所有者ノ全財産ハ每航海ニ於ル債權ノ爲ニ部分的ニ(包括的ト相對シテ云フ)交付ノ目的ト爲ルモノナリ法文ニ所謂債權者トハ船舶及運送貨ニ付優先權ヲ有スル所謂船舶債權者ハ勿論其他一般債權者ヲモ總テ皆包含ス但船長カ其法定ノ權限内ニ於テ爲シタル行為又ハ船員カ其職務ヲ行フニ當リ他ハ人ニ損害ヲ加ヘタルニ因テ生シタル債權者ニ限ルコト勿論ナリトス又付ハ單獨行為ニシテ契約ニ非ス故ニ相手方ノ承諾ヲ待タスシテ其效力ヲ生ス而シテ之ヲ爲スハ書面ニテモ口頭ニテモ可ナリ又其效力ヲ生スル時期ハ民法ニ於ル意思表示ノ一般通則ニ依ルモノニシテ即受領ノ時ニ在リ又海産ヲ交付スルコト云フモ之カ爲ニ海産ニ對シテ既ニ有スル優先權ヲ害スヘキニ非ス故ニ海産ニ對スル優先權者ハ船舶所有者カ交付ヲ爲スト否トニ拘ラス其權利ヲ行フコトヲ得吾人ハ以上ニ於テ船舶所有者カ交付シテ責任ヲ免ルルコトヲ得ル債權ノ範圍並ニ交付ノ目的タル海産ノ範圍ヲ説明シタル然ルニ船舶所有者ノ此有限責任債務ノ通則ニ對シテ制限ヲ設ケ再無限責任ノ原則ニ復歸スル場合アリ而シテ其場合ニ三アリ即左ノ如シ一 船舶所有者ノ過失アリタル場合(五四條一項但書)廣ク船舶所有者ニ過失アリタル場合ト云フカ故ニ船舶所有者カ船長其他ノ船員ノ選任ヲ誤リ又ハ監督ヲ怠リ又ハ船舶所有者カ船員ニ特別ノ指圖ヲ與ヘ船員ハ之ニ從テ其職務ヲ行ヒ爲ニ損害ヲ生シタル場合ノ如キ總テ皆包含ス蓋船舶所有者自身ニ斯ル過失アル場合ニ於テハ前ニ述ヘタル其責任ヲ制限スル理由ニ考フルモ毫モ其責任ヲ輕ラシムル必要ナシ故ニ此場合ニ於テハ無限責任ヲ負ハシム

船舶所有者自ラ船長タル場合ニ於テモ亦本條ヲ委付權ヲ有スルヤ否ヤ此問題ニ對シテハ佛法系諸國(佛二一六條、白七條、伊四九一條、「ルーマニヤ」五〇二條、墨西哥六七二條ニ於テハ明文ノ存スルアリテ委付ヲ爲スコトヲ得スト雖獨逸商法ニハ明文ナキカ爲ニ同新商法第四八六條ノ解釋トシテ學者間ニ其許可否半ハス例之「レウイス」(エンデマン)商法論四卷四八頁以下「コサック」(同氏商法教科書五版一七七頁「ミッタルスタイン」同氏船舶債權者論一四一頁以下)等ハ無限責任說ヲ採リ「エーレンベルヒ」同氏有限責任論一八二頁以下「ワグナー」同氏海法論二五八頁註五「シェレーダー」(「ゴ」氏商法雜誌三十二卷二四八頁)等ハ有限責任說ヲ採リ「サルマン」(「ゴ」氏商法雜誌四一卷三四二頁以下)及「シャッブス」(同氏條條註釋八七頁)ハ折衷說ヲ取リ獨逸商法第四八六條第一號及第三號ノ場合ニ於テハ船舶所有者ト船長トカ異人ナルコトヲ法律ノ前提トスル所ナルカ故ニ若兩者同人ナル場合ニ於テハ無限責任アルヘシト云ヘリ竊テ我商法ニ就テ之ヲ見ルニ第五四四條第一項ニハ船長カ其法定ノ權限内ニ於テ爲シタル行為ト云ヒ第五四五條ニハ船舶所有者カ航海ヲ爲シシメタルトキト云ヒ船舶所有者ト船長トカ別異ノ人タルコトヲ豫想スルカ如キ外觀アリト雖而モ斷然其別異ノ人タルコトヲ前提トスルモノトハ解スヘカラス抑佛法系諸國ノ立法ノ如ク船舶所有者カ同時ニ船長タル場合ニハ委付ヲ許サストノ明文アルモノハ格別若明文ナキモノニ在テハ縱令船舶所有者ト船長トカ同一人ナルトキト雖法律上ニ於テハ船舶所有者タル資格アルカ如シ殊ニ法文ニ所謂法定ノ權限内ニ於テ爲シタル行為トハ唯法律上船長ニ此式ノ權限アリト定メタル範圍内ニ於テ爲シタルノ意ニシテ必シモ代理權限トシテ換言スレハ別異ノ人ト

シテ爲シタルトキトノミ解スヘカラス船舶所有者カ同時ニ船長タル場合ニハ偶ニ資格ヲ同一人ニテ兼テ有スルト云フニ過キス船舶所有者タル權限ハ船長タル權限ヨリモ廣汎ナルカ故ニ人ヲシテ船長タル資格ヲ忘却セシムルニ至ルヘシト雖理想上ニ於テハ二者ヲ區別シテ考フルコトヲ得是尙所有權ト謂フ大ナル物權ヲ有スル者カ他ノ之ヨリ小ナル物權ヲ取得シタル場合ニ於テモ理想上ハ二者ヲ區別シテ考フルコトヲ得ルカ如シ又第五四五條ニ所謂「航海ヲ爲シシメタルトキ」ト云フ文字ハ必他人ニ爲サシムルコトヲ豫想スルカ如キモ航海ハ獨船長ノミカ之ヲ成就スルモノニ非シテ他ニ海員等ノ幾多ノ人ヲ要スルコトハ言フ俟タサル所ナルカ故ニ船舶所有者同時ニ船長タルトキト雖船舶所有者カ航海ヲ爲シシメタルトキト云フ文字ヲ使用シテ毫モ差支ラズ生スルコトナシ要之船舶所有者カ同時ニ船長タル場合ニ雖予ハ第五四四條ノ總テノ場合ニ於テ委付權アリト爲スナリ然レトモ船長トシテ過失アル場合ニハ船長トシテ無限責任ヲ有スルコトアルハ豫想シ得ヘク(五五八條)又船長トシテ過失カ同時ニ船舶所有者トシテ過失ト爲リ隨テ委付ヲ爲スコトヲ得サルニ至ルコトアルハ是亦豫想シ得ヘキ所ナリ

又船舶共有者ノ一人又ハ數人ニ過失アリタル場合ニハ他ノ共有者ハ委付ヲ爲スコトヲ得ヘキカ如シト雖委付ハ共有者各自カ其持分ノミヲ爲スモノニ非シシテ船舶全部ヲ一括シテ爲スモノナルカ故ニ共有者ノ一人又ハ數人ニ過失アリタル場合モ亦本條第一項但書ノ中ニ包含サレ到底委付ヲ爲スコトヲ得スト謂ヘサルヘカラスト謂ハサルハ給料ノ母ナリトノ原則ハ船員自身ニ「雇傭契約」ニ因テ生シタル船員ノ權利(五四四條二項)運送貨ハ給料ノ母ナリトノ原則ハ船員自身カ航海事業ノ共同企業者タル場合ニ於テコソ認ムヘケレ今日ノ如ク船舶所有者ノミ航海事業ノ企業者

商船法 船舶所有 船員ノ行爲ニ對スル船舶所有者ノ責任
船舶所有 船員ノ行爲ニ對スル船舶所有者ノ責任
船舶所有 船員ノ行爲ニ對スル船舶所有者ノ責任

ニシテ船員ハ全ク雇傭契約ニ因テ使用サレモ過キサルコト最明白ナル時代ニ於テハ斯ル原則ハ決シテ之ヲ認ムヘカラス殊ニ況今日ニ於テ給料ノ額ハ契約上一定シ船舶所有者カ過分ノ運送賃ヲ取得シタル場合ニ於テ其利益ヲ船員ニ類タスシテ獨損失アリタル場合ニ於テノミ之ヲ船員ニ負擔セシムル理由毫モ之ナキニ於テラヤ故ニ給料ハ運送賃ト終始セシムヘキモノニ非ス殊ニ船員ノ如キハ多クハ貧者ナルカ故ニ契約上ノ給料サヘモ完全ニ之ヲ取得スルコト能ハサルトキハ船員ハ固ヨリ妻子迄モ路頭ニ迷ハサルヘカラサルニ至ル故ニ雇傭契約ニ因テ生シタル船員ノ權利主トシテ給料ニ付テハ船舶所有者ヲシテ常ニ無限責任ヲ負擔セシムヘキナリ仍ラ一般ニハ船員ノ權利ニ對シテ船舶所有者カ無限責任ヲ負擔スルコト商法ニ於テ固ヨリ明文ヲ待サルナリ唯第五四四條第一項ノ規定ノミ止ムルトキハ船長カ其法定權限内ニ於テ雇傭契約ニ因テ船員ヲ雇入レタル場合(商法五六六條ニ依リ船員ノ雇入及雇止ハ船長ノ法定權限ニ屬ス)ニ於テ船員ノ權利ニ對シテモ亦船舶所有者ハ海產ヲ委付シテ責任ヲ免レ得ル嫌アリ仍ラ同條第二項ヲ設ケテ雇傭契約ニ因ル船員ノ權利ニ付テハ第一項ヨリ之ヲ除外シ船舶所有者ヲシテ無限責任ヲ負擔セシムルコトトシタルナリ

又右ノ場合ニ牽聯シテ起ル所ノ問題ハ法文ニ船員トアルカ故ニ船長カ法定權限内ニ於テ他ノ船長ヲ雇入ルル場合アリヤノ點是ナリ蓋商法第五六〇條ニ依リ船長カ已ムコトヲ得サル事由アルニ因テ他人ヲ選任スル場合ハ此一例ナルヘシ又法文ニ「雇傭契約ニ因テ云云」トアルカ故ニ船員ト船舶所有者トノ關係ハ常ニ雇傭契約關係カリヤノ問題ヲ生ス蓋海商法全編ヲ通シテ精フルニ新商法ニ於テハ船員ト船舶所有者トノ關係ハ常ニ雇傭契約關係ト看做セラルノ如シ何トナレハ前項第五四四條第二項ノ外ニ船舶第五四四條及第六八〇條第七號等ニ於テ常ニ「雇傭契約云云」ト明言スレハナリ然レトモ予ヲ以テ之ヲ

觀ルニ海員ニ付テハ兎モ角船長ニ付テハ雇傭契約ノ外ニ委任契約常ニ隨伴スルモノタルコトヲ信スルナリ何トナレハ若船長ニシテ勞務ヲ目的トスル雇傭契約關係ノミニ立ツモノトスレハ何故ニ彼レノ爲ニ法定權限ヲ規定シタルカ法律行爲ノ代理ハ法定代理人ニ非スニ委任契約ニ因ル受任者ノ外ニ之ヲ爲スコト能ハサルモノタルコトヲ予ハ信スレハナリ然ルニ茲ニ雇傭契約ト云ヒタルハ其主タル關係ノミヲ見タルモノナルヘシ

三 債權者ノ同意ヲ得シテ更ニ航海ヲ爲サシメタルトキ(五四五條) 此場合ニ於テハ理論上委付權ヲ拋棄シタルモノト看ルモ可ナリ故ニ船舶所有者ヲシテ無限責任ヲ負ハシム蓋前條ニ於テ船舶所有者ヲ保護スル爲ニ特ニ制限義務ヲ認メ之ニ海產委付ノ權ヲ與ヘタル以上ハ其委付ノ目的物ノ範圍内ニ於テハ又大ニ債權者ヲ保護スルノ必要アリ然ルニ債權者ノ同意ヲ得シテ船長ヲシテ更ニ航海ヲ爲サシメ得ルトキハ船舶ハ益耗敗シ所謂海產ノ價值ハ漸次減少スヘキナリ而モ尙船舶所有者カ海產ヲ委付シテ責任ヲ免レ得ルモノトセハ是豈債權者ヲ保護スルノ途ヲ得タルモノナランヤ故ニ其同意ヲ得シテ更ニ航海ヲ爲サシメタルトキハ原則ニ復歸シテ無限責任ヲ負ハシムヘキナリ序ナカラ一言セシニ更ニ更ニ航海ヲ爲サシメタルノ意ニシテ直ク前ノ航海ニ對シテ云フ言葉ナリ故ニ前後ノ比較ナクシテ終始航海ヲ新ニスル場合ニ用フル新ニト云フ言葉ヨリ其意義少シク狹シ

第二節 船舶共有者

第一項 船舶共有ノ性質

舊商法ニ於テハ股份ト謂ヒ新商法ニ於テハ共有ト謂フ二者全ク其性質ヲ同ウスルヤ否ヤ先之ヲ説明セ

船舶所有 船舶共有者

シトス舊商法ニ所謂股份トハ吾人ノ見ル所ヲ以テスレハ英法ニ所謂オーナーシップ、インコンモンレ
(我共有ト區別スル爲ニ寡分有ト譯スヘキカ)ヲ製ヒタルモノナリ元來英法ニハ我國ノ共有ニ比通スヘ
キモノニ種アリ一ヲ「ジョイント、オーナーシップ」(連有ト譯スヘキカ)ト云ヒ他ヲ「オーナーシップ、
インコンモン」(分有ト稱ス而シテ連有トハ最特種ノ性質ヲ有スルモノニシテ數人カ同時ニ同一ノ原
因ニ由リ同一ノ割合ニテ同物ノ全部ニ對スル權利ヲ得タル場合ニシテ且其連有者ノ一人カ後日死亡セ
シ場合ニ於テ其相續人アルト否トニ拘ラス連有者中ノ生殘者ハ當然死亡者ノ權利ヲ取得スルモノヲ謂
ヒ分有トハ同時、同原因、同割合タルコトヲ要セス分割サレサル一物ニ付各自不特定ノ或一部分ヲツ
有スル場合ニシテ且分有者中ノ生殘者ニ死亡者ノ持分ヲ取得スルカ如キ權利ナキモノヲ謂フナリ而シ
テ英國ノ現行商船法ニ依レハ船舶ノ所有權ハ當然六十四株ニ分タレ當事者ノ意思ニ由リ其數ヲ伸縮ス
ルコトヲ得ス若一八ニシテ船舶全部ヲ所有スレハ即六十四分ノ六十四分有スルモノト看做サレ其株數
ハ依然トシテ消滅セサルナリ而シテ茲ニ所謂株ノ所有者トハ前述セル連有者ニ非シテ分有者タリ尙
之ヲ詳言スレハ船舶ノ各株ハ恰會社ノ株式ノ如ク之カ所有者ハ分割サレサル船舶中何レノ一部ヲ所有
スト指示スルコトヲ得サルモ兎ニ角六十四分ノ一タル想像的不特定ノ部分ニ對スル權利ヲ有スルモノ
ナリ即今日共有權ノ性質ヲ説明スル學者中目物ノ分割主義ヲ採ル者ノ說ト相似タリ然ルニ「ロエス
ラー」氏カ舊商法草案ノ說書明中ニ船舶股份ノ性質ヲ說クニ當リ右ノ英國ノ株ノ例ヲ引證シ又佛、伊
兩國カ慣習上股份ノ數ヲ二十四ニ制限スルモ日本ニ於テハ之カ制限ヲ爲スノ必要ヲ見スト明言セルニ
由テ之ヲ觀レハ我舊商法ニ所謂股份トハ右英法ニ所謂船舶ノ分有即株ニ該當スルモノタルコトヲ知ル
ヘキナリ然ルニ我新民法並ニ新商法ニ所謂共有トハ決シテ右述フルカ如キ性質ノモノニ非ス目物ハ

行政法總論

法學博士 美濃部達吉 講述

緒論

第一章 國家ノ觀念

行政法學モ亦國法学ノ一部分ナレハ一般國法学ト同ク國家ヲ以テ其研究ノ目的物ト爲ス故ニ行政法學
ヲ論スルニ當リテハ須國家ノ觀念ヲ明ニセサルヘカラス然レトモ國家ノ觀念ハ既ニ憲法ノ講義ニ於テ
諸君ノ修得セラレタル所ナレハ茲ニ重テ論スルノ必要ナキカ如シト雖國家ニ關スル學說ハ今日ニ於
テ尙尙未一定スルニ至ラス而モ學者ノ論スル所ハ往往子輩ノ所信ト相異レルモノアルヲ以テ此觀念ニ
關シ簡單ニ一言ヲ費スハ敢無益ノ業ニ非サルヲ信ス
國家ノ觀念ヲ論定スルニ當リ第一ニ注意セサルヘカラスハ予輩ハ敢我日本ノ國家ニ於テ特有ナル觀
念ヲ定メントスルニ非スシテ今日ノ世界各國ノ普通ナル一般ノ觀念ヲ定メントスルニ在ルコト是ナリ
抑今日ノ世界ハ相類似セル多數ノ團體ヨリ成レルモノニシテ國家トハ即此團體ニ外ナラス國家ナル一
ノ社會現象ハ或一國ニノミ特有ナル現象ニ非スシテ廣ク世界ノ各國ニ共通ナル普汎ノ現象ナリ隨テ

茲ニ論セントスル所ノモノモ亦此普汎ノ現象ニ對シテ共通ノ觀念ヲ定メントスルニ外ナラス學者ノ往往試ミントスルカ如キ日本ノ國家ニノミ特有ナル國家觀念ヲ定メントスルカ如キハ「イリチヤタ」ノ言ヘル如ク英國の倫理學、佛國の解剖學ヲ樹立セントスルト一般無意味ニ近シ然レトモ一方ニ於テハ茲ニ論スル國家ノ觀念ハ必シモ廣ク古ヨリ今日ニ至ル總テノ國家ニ共通ナルモノニ非ス古今社會現象ノ相異ルカ如ク國家現象ニ付テモ亦其間ニ極テ大ナル差異アリ之ヲ廣ク唯一ノ觀念ノ下ニ綜合セントスルハ全然不可能ノ事ニ屬ス近世ノ國家思想ニ於テハ國家ノ統治ハ君主ノ一身上ノ權利ト同カラス然ルニ中世ノ歐洲諸國ニ於テハ國家ノ統治權ハ全ク君主ノ財產權ト混同セラレ領土及臣民ハ君主ノ所有物ト看做サレ相續財產ト看做サレタリ近世ノ國家思想ニ於テハ又國家ハ唯一ノ權力ノ下ニ統一セラレルヲ其要素ト爲ス然レニ中世ノ歐洲諸國ニ於テハ一國內ニ寺院ト政府トノ獨立ナル二箇ノ權力カ相對立シテ國家ノ統一ヲ缺キタリ我國ニ於テモ維新以前ニハ皇室ト將軍家トノ二ノ權力アリタルハ人ノ知ル如シ如此現象ハ皆近世ノ國家觀念ト相容ルヘカラサルモノニシテ如此相異レル現象ヲ強ヒテ同一ノ觀念ノ下ニ屬セシメントスルハ徒ニ思想ノ複雜ヲ招クニ止リ今日ノ國法學ヲ説明スルニ於テ毫モ裨益スル所ナシ今日ノ國法學ニ於テ國家觀念ヲ論スルニ當リテハ須今日ノ世界ニ於ル實在ノ國家ヲ以テ其觀察ノ基礎ト爲ササルヘカラス其既往ノ歷史ニ於ル國家現象ト相一致セサルカ如キハ必シモ問フ所ニ非ス

今日ノ國際社會ニ於ル實在ノ國家ヲ觀察セハ容易ニ或二三ノ點ニ於テ總テノ國家ニ共通ナルモノアルヲ發見スヘシ此等共通ノ要素ハ即國家觀念ノ基礎タルヘキモノナリ

其第一ノ要素ハ國民ナリ國民ナケレハ國家ナシ國民トハ家族又ハ親族團體タルノ狀態ヲ脫シタル多數

人類ノ謂ニシテは以上ニ於テハ國民ノ法學上ニ於ル定義ヲ下スニ由ナシ就中國民ハ國民全體トシテハ權利ノ主體タリ權利ノ目的物タルモノニ非ス其レ自身ニ於テハ全ク人格ヲ有セサルモノナリ

其第二ノ要素ハ領土ナリ國民カ國家ノ人ノ要素タルニ對シ領土ハ其物ノ要素タリ國民ナケレハ國家ナキト等ク領土ナケレハ亦國家ナシ彼ノ水草ヲ逐ヒテ移住セル遊牧ノ民ノ如キハ經令一定ノ酋長ノ下ニ統轄セラレ國家ニ類似シタル組織ヲ有スルモノ今日ノ觀念ニ於ル國家ニ非ス國民カ國家ヲ成スニハ必定ノ地球表面ノ一部ニ定著セルモノナルコトヲ要ス

以上ノ二要素ノ外ニ第三ノ要素トシテ國家ハ唯一最高ノ權力ノ下ニ臣民ヲ結合シタルモノナルコトヲ要ス此最高ノ權力ハ所謂國權ニシテ即國權ハ國家ノ第三ノ要素ナリ

國家ハ以上三種ノ要素ヲ以テ成レルモノニシテ之ヲ略言セハ國家トハ一定ノ領土ニ定著セル國民ヲ唯一最高ノ權力ノ下ニ結合シタルモノナリト謂フヲ得ヘシ

以上述ヘタル點ニ付テハ學者間ニ異議ナキ所ナレトモ如此結合ヲ法學上如何ニ思考スヘキカ法學上如何ナル觀念カ如此現象ニ相當スヘキカ其唯一最高ノ權力ハ何者ニ屬スルモノナルカ換言セハ國家ノ法律上ノ觀念如何ノ問題ニ至テハ學說未一ナラス

國家ノ法律上ノ觀念ニ付テハ古來學說極テ多シト雖今其重ナルモノヲ舉クレハ(一)有機體說(二)客體說(三)統治關係說(四)人格說是ナリ左ニ簡單ニ論評セン

第一 有機體說 此說ハ國家ヲ以テ生物ト爲スモノニシテ動植物ト同ク一ノ有機體ニ屬スト爲スナリ此說ハ主トシテ第十八世紀ニ於ル純理學派カ國家ヲ以テ人類ノ自由意思ニ基キ製作物ナリト爲シタルニ對シ其誤謬ヲ指摘セシカ爲メ第十九世紀ノ歷史學派ニ依テ唱ヘラレタル所ナリ國家カ有機體殊

ニ高等動物ト幾多ノ類似點ヲ有スルハ疑ヲ容レズ國家ハ器械的ノ製作物ニ非ス自ラ成長シ發達シ活動力ヲ有シ又數多ノ機關ヲ有ス然レトモ有機體ト云フ觀念ハ全ク自然科學ノ範圍ニ屬スルモノニシテ法學上ノ觀念ニ非ス之ヲ以テ直ニ有機體ナリト論斷スルハ單純ナル比較ニ止リ法學上ニ於テハ何等ノ價值ヲモ有スルモノニ非ス隨テ此說ハ近時ニ至テハ學者ノ一般ニ採用セザル所ト爲レリ

第二客體說 此說ハ國家ヲ以テ權利ノ目的物ト爲スモノニシテ恰物カ人ノ所有ニ屬スルカ如ク國家ハ統治權ノ目的物トシテ君主ノ支配ニ屬スト爲シ國家ヲ以テ物ト同一ノ地位ニ置クモノナリ此思想ハ中世ノ國家現象ニ其起因ヲ有スルモノニシテ前ニ言セシカ如ク中世ノ「ゲルマン」諸國ニ於テハ統治權ハ所有權ト混同セラレ公法、私法ノ區別ハ全ク消滅シテ領土及臣民ハ君主ノ私有物ノ如ク看做サレタリ如此時代ニ於テハ國家ヲ以テ權利ノ目的物ト爲スハ能ク當時ノ狀態ニ適合セルモノナリ然レトモ如此狀態ノ歷史上消滅ニ歸シテヨリ以來既ニ久ク統治權ト所有權、公法ト私法トノ區別カ判然認メラルルニ至テハ此思想ヲ以テシテハ今日ノ國家觀念ニ適合セザルコトハ極テ明瞭ナリ然レトモ近時ニ至リ獨逸ノ學者「ザイデル」ハ再此思想ヲ承述シ國家カ君主ノ統治權ノ目的物タルコト恰物カ所有權ノ目的物タルカ如シト爲シ以テ中世ノ家長國ノ思想ヲ近世ノ國法學ニ適用セントセリ獨逸ノ學者中「リング」及多少ノ變更ヲ以テ「ボルンハック」ハ此說ニ同意セリ然レトモ此說カ今日ノ國家思想ニ適合セザルモノナルコトハ多クノ説明ヲ俟タスシテ明瞭ナリ第一ニハ今日ノ國家觀念ハ領土及臣民カ最高ノ權力ニ依テ結合セラレタル全體ヲ指シテ國家ト云フモノニシテ領土及臣民ハ其ハ國家其者ニハ非ス單ニ國家ノ要素タルニ過キサザルナリ第二ニ假ニ領土及臣民ヲ以テ國家ナリト稱スルモ領土及臣民ハ權利ノ目的物トシテ君主ト相對立スルモノニ非ス物件カ所有權ノ目的物タルノ意

味ニ於テハ領土及臣民ハ決シテ統治權ノ目的物ニハ非サルナリ「ボルンハック」ノ說ハ「ザイデル」ノ說ヨリ出テ多少其形ヲ異ニスルモノナリ其「ザイデル」ノ說ト異ル所ハ「ザイデル」カ領土及臣民ヲ以テ國家ナリト爲セルニ反シテ「ボルンハック」ハ統治權ノ主體タル君主カ即國家ナリト爲スニ在リ然レトモ其基ケル所ハ全然同一ニシテ等ク中世ノ家長國ノ思想ヨリ湧出シタルモノニ外ナラス其體認ナルノ點ニ於テモ亦全ク「ザイデル」ノ說ニ於ルト異ル所ナシ

第三統治關係說 此說ハ國家ヲ以テ君主ト臣民トノ間ニ於ル統治關係ナリト爲ス「レーニング」ハ其重ナル主張者タリ其基ケル所ハ「ザイデル」及「ボルンハック」ト等ク中世ノ家長國ノ思想ヨリ出テタルモノニシテ唯其形ヲ異ニシタルニ過キス此等ノ說ハ何レモ其外形ヲ異ニスルニ過キス國家現象ヲ以テ一方ニハ君主ナル統治權ノ主體アリ他方ニハ領土及臣民ナル統治權ノ目的物アリ此二分子相結合シテ國家現象ヲ成セリト爲シ或者ハ其目的物タル領土、臣民ヲ國家ト謂ヒ或者ハ其主體タル君主ヲ指シテ國家ト謂ヒ或者ハ其關係ヲ以テ國家ナリト云フモ實ハ名稱ノ差異タルニ過キスシテ其基ケル思想ニ至テハ全ク同一ナリ就中統治關係說ニ至テハ今日ノ法學上ノ觀念ニ適合セザルコトハ次ノ一事ヲ舉クルニ依テモ明瞭ナルヲ得ヘシ今日ノ法學上ノ觀念ニ於テハ國家ハ活動ノ主體タリ戰爭ハ國家トノ戰爭ナリ條約ハ國家ト國家トノ條約ナリ然レトモ統治關係ハ戰爭ヲ爲スコトヲ得ヌ又條約ヲ締結スルコトヲ得ザルナリ

第四人格說 國家ノ法律上ノ觀念ヲ説明スルニ於テ最廣ク行ル所ニシテ又唯一ノ正當ナル學說ハ所謂國家人格說ナリ此說ハ統治者タル君主ヲ一身トハ相離レテ國家團體其モノニ人格アルコトヲ認メ統治權ノ主體ハ國家ト云フ團體其モノニシテ君主ハ國家ヲ代表スル最高ノ機關ナリト爲スモノナ

リ國家人格說ハ希臘ノ國家學者ニ依テ既ニ認メラレタル所ナレトモ中世封建時代ニ至リ公法、私法ノ區別全ク混同セラルルニ及ヒ一時其跡ヲ絕タリシカ第十七世紀以降ノ自然法學者ニ依テ再此說ノ主張ヲ見ルニ至リ第十九世紀ノ獨逸學派殊ニ「アルブレヒト」、「グレルベル」、「ラバント」、「マイエール」、「イェリチク」等ノ學者ニ依リ今日ニ於テハ略一般ノ定説タルニ至レリ

國家人格說カ唯一ノ正當ナル學說ナルコトハ國家ニ關スル種種ノ法律現象ヲ矛盾ナク説明シ得ヘキモノナラサルヘカラス國家ノ觀念ヲ論スルニ於テモ亦常ニ國家ニ關スル總テノ法律現象ヲ圓滑ニ説明シ得ルヤ否ヤニ依テ其說ノ正否ヲ判斷セサルヘカラス而シテ近世ノ國家觀念ハ國家カ統一ノ單一體ナルコト君主又ハ臣民ノ如キ分子ノ更迭ニ因テ其存續ヲ中斷スルコトナク自ラ永續的ノ一體ヲ成セルコトト活動能力ヲ有シ自ラ戰爭ノ主體タリ條約ノ主體タルコトヲ以テ其前提ト爲ス國家人格說以外ノ學說ハ皆此前提ヲ説明シ得サルナリ

國家人格說ヲ否認スル學說ハ君主ヲ以テ統治權ノ主體ナリト爲ス若君主ヲ以テ統治權ノ主體ナリトセハ君主ノ崩御ハ即國家ノ滅亡ヲ意味ス君主ノ崩御ニ拘ラス國家カ永續的ノ一體ヲ成セルコトハ君主主體說ノ説明シ能ハサル所ナリ加之君主ヲ以テ統治權ノ主體ナリト云フハ君主カ君主タルノ地位ニ於テ一人ノ人格者タルコトヲ認メ統治權ハ此君主ノ一身ニ屬スル權利ナリト爲スナリ然レトモ君主ハ自己ノ一身ノ利益ニ於テ統治權ヲ行使スルモノニ非スシテ國家全體ノ利益ノ爲ニ之ヲ行使スルモノナルコトハ近世ノ國家觀念ニ於テ君主主體說ヲ主張スル者ト雖否認スヘカラス所ナリ而シテ權利ノ觀念ハ利益ヲ以テ其要素ト爲スコトハ何人モ疑ハサル所ナルカ故ニ權利ノ主體ハ即利益ノ歸屬ス

ル主體ナラサルヘカラス統治權ノ行使ニ因テ利益ノ歸屬スル所カ國家全體ニシテ君主ノ一身ニ非ストセハ統治權ノ主體カ國家ニシテ君主ニ非サルコトハ論理上當然ノ結果ナリト謂ハサルヘカラス

國家人格說ニ對スル一ノ批難ハ人格ハ法ノ之ヲ認ムルニ依テ生ス而シテ法ハ國家以前ニ存在スルモノニ非サルハ如何ニシテ國家ハ其存在ノ以前ニ於テ自己ノ人格ヲ認ムルコトヲ得ヘキカト云フニ在リ固ヨリ人格ハ法律ノ秩序ノ下ニ於テ存シ得ヘキモノニシテ法ノ存在ヲ以テ其前提ト爲スハ理論ヲ俟タス然レトモ法ヲ以テ國家ノ成立後ニ於テ始テ發生スルモノナリト爲スハ其前提ニ於テ既ニ誤マレモノニシテ國家先成立シテ法其後ニ發生スルモノニ非ス固ヨリ國家ノ成立後ニ於テ國家ノ意思ニ基キ國家ノ立法ニ依テ益法ヲ發達セシムルハ言フ俟タス然レトモ國家ノ意思ハ法ノ唯一ノ淵源ニ非ス國家アレハ其必然ノ結果トシテ法アリ法ト國家トハ同時ニ發生シ毫モ相前後スルコトナシ法ヲ有セサルノ國家ハ之ヲ想像スルコトヲ得ス苟國家トシテ成立スル以上ハ少クドモ之ヲ統一スヘキ權力ナカルヘカラス其權力ノ所在ヲ定ムルハ即法ナリ故ニ國家ノ成立ト同時ニ必法アリ此法ハ國家ノ意思ヲ俟テ始テ生スルニ非ス要之國家人格說ハ毫モ法人カ法ノ之ヲ認ムルニ由テ生ストノ觀念ニ矛盾スルモノニ非サルナリ

以上論シタル所ニ依リ國家ノ法律上ノ觀念ヲ約言スレハ國家トハ一定ノ領土ニ定著セル多數人類ヲ唯一最高ノ權力ハ下ニ結合シタル團體の人格ナリト謂フヘシ

第二章 行政ノ觀念

第一節 行政ノ形式的觀念

國家ハ行為能力ヲ有スル人格ナリ行政ハ其活動ノ作用ノ一種類ニ屬ス國家ノ作用ハ種種ノ側面ヨリ之ヲ種種ニ分類スルコトヲ得然レトモ法學上ニ最重要ナル分類ハ通常學者ノ言フカ如ク立法、司法及行政ノ三種ノ區別是ナリ國法學上ニ所謂行政トハ即立法及司法ト相對セルモノナリ

此三種ノ區別ハ近世ノ立憲國ノ基礎ヲ成セル三種分立ノ思想ト離ルヘカサル關係ヲ有スルモノニシテ行政ノ觀念ヲ理解センカ爲ニハ先三種分立ノ思想ヲ明ニセサルヘカラス主トシテ「モンテスキュー」ノ名ニ依テ知ラレタル三種分立說ハ國家ノ權力ヲ立法權、執行權及司法權ノ三種類ニ分割シ此三種ノ權力ハ各別種ノ機關ニ屬セシメサルヘカラストスルニ在リ國家ノ作用ヲ種種ニ分類スルコトハ希臘以來絶エス行レタル所ニシテ故「モンテスキュー」ニ始リタルモノニ非ス此等三種ノ權力ヲ別種ノ機關ニ委任セサルヘカサルコトモ亦第十七世紀ニ於テ英ノ「ロッキン」ノ既ニ主張シタル所ナリ此等ノ事實アルニモ拘ラス其說カ專「モンテスキュー」ノ名ニ依テ知ラルル所以ノモノハ此說カ諸國ノ憲法ニ直接ノ影響ヲ與ヘタルカ爲ナリト雖彼ノ說ハ「ロッキン」其他凡テノ前人ノ說ト異リテ優ニ獨立ノ一家ノ說タルノ地位ヲ有スルモノナリ「ロッキン」ハ國家ノ作用ヲ立法權、外交權及司法權ノ三種ニ區別シ立法權ハ君主及議會ニ、外交權ハ君主ニ屬セサルヘカラストセシモ此等三種ノ權力ヲ對等獨立ノ權力ト爲サズシテ立法權ハ最高ノ地位ヲ有シ外交權及司法權ハ其下ニ位スヘキモノナリト爲セルノミナラス此等三種ノ作用ヲ全ク異リタル別種ノ機關ニ屬セシムルコトヲ必要トセス君主ハ外交權ノ外ニ立法權ノ一部ヲモ有スルコトヲ認メタリ「モンテスキュー」ハ反之其所謂立法、執行、司法ノ三種ハ互ニ對等獨立ノ權力ト爲シ其間上下ノ關係ヲ認メス而シテ之ヲ掌ルノ機關ハ全ク別箇ノモノナルコトヲ必要ト爲シ執行權ハ君主ニ立法權ハ議會ニ各專屬セシメ其間毫モ相干渉スルコトヲ許サズト爲セルナリ

「モンテスキュー」ノ主張ハ其本國タル佛國ニ於テ多クノ批難ヲ受ケタルノミナラス殊ニ獨逸ノ學者ニ依テ極力批難セラレタリ其批難ノ一ハ其分類ノ極テ不完全ナルコトニ在リ彼ハ國家ノ政務ヲ立法、執行及司法ノ三分ナレトモ其所謂執行權ハ專國國際法ヲ執行スルノ權ニシテ主トシテ外交權ヲ意味セリ隨テ今日ノ所謂行政ノ大部分ハ全ク此分類ノ外ニ逸出スルニ至ル其批難ノ二ハ其實行ノ不可能ナルコトニ在リ國家ノ作用ハ複雜ニシテ互ニ相牽聯セルカ爲メ彼ノ言フカ如ク別種ノ作用ハ全ク別種ノ機關ニ行ハジメ其間互ニ相干渉セシメサラシムルコト能ハス然レトモ其最大ナル批難ハ國家ノ統一ヲ破壞シ國家ヲシテ三種ノ別箇ノ人格タラシムルニ在リ若彼ノ言フカ如ク三種ノ權力互ニ對等獨立ノ地位ヲ有シ其間全ク上下ノ關係ナシトセハ國家ノ統一ハ之ヲ保持スルニ由ナク國家ハ統一ノ意思ヲ有スルモノニ非スシテ三種ノ別箇ノ意思ヲ有スルモノト爲ルヘシ

此等ノ點ニ於テハ彼ノ說ニ對スル獨逸學者ノ批難ハ其當ヲ得タルモノナリ然レトモ如此缺點アルニモ拘ラス其說ノ精神ハ近世立憲國ノ基礎タル思想ヲ成セルモノニシテ各文明國ハ總テノ理論上ノ批難ニ拘ラス實際ノ制度ニ於テハ皆多少ノ度ニ於テ之カ精神ヲ採用セサルハナク彼カ其說ヲ叙述シタル法律精神論第十一卷第六章ハ今日ニ於テモ仍立憲國ノ動スヘカサル基礎ヲ成セルモノナリ

近世立憲國ノ基テ思想ハ概要次ニ述フル所ノ如シ

人ハ社會的ノ本性ヲ有スルト同時ニ亦箇人の本性ヲ有ス國家ノ生活ハ人ノ天性ナレトモ他人ヨリ牽制セラルルコトナク自己ノ欲スル所ヲ自由ニ満足センコトヲ要求スルハ亦人ノ天性ナリ人類ノ共同生活ニ於テ國家ノ權力ニ服従スルヲ要スルハ其社會的天性ノ當然ノ要求ナリト雖之ト同時ニ自己ノ意思ニ反シテ國家ノ權力ニ服従スルコトノ可及ノ少カラシコトヲ要求スルハ亦人ノ箇人の天性ナリ一ヲ以テ

國家主義ト云ハハ一之ヲ簡人主義ト云フコトヲ得此二ノ主義ヲ調和シ簡人ノ利益ヲシテ可及の共同生活ノ利益ノ犧牲ヲサシメントスルノ思想ハ即近世ノ所謂自由主義ニシテ其結果ハ以テ今日ノ立憲國ヲ致スニ至レルナリ

簡人ハ國家ニ服従スルコトヲ要ス故ニ簡人ノ利益ト國家公共ノ利益ト衝突スル場合ニ於テハ簡人ノ利益ハ公共ノ利益ニ譲ラサルヘカラス合理ナル自由主義ハ之ヲ承認ス然レトモ簡人ノ利益ヲシテ公共ノ利益ノ犧牲ヲシムルハ公共ノ利益ヲ眞ニ其犧牲ヲ必要トスルカ然ラサルモ其犧牲ヲ爲ササルヨリモ一層簡人ノ爲ニ利益ナル場合ナラサルヘカラス即一簡人又ハ一黨派若クハ一階級ニ於テ國家權力ノ全般ヲ掌握スル場合ニ於テハ其專横ノ爲ニ簡人ノ利益ノ全部ヲ犧牲ニ供スルコトアルモ之ヲ防止スヘキノ手段ナシ之ヲ防止セシカ爲ニハ必キ他ニ獨立ノ權力ナカルヘカラス立憲思想ノ基礎タル思想ハ實ニ茲ニ存ス所謂三權ノ分立ハ此思想ヲ實行セントスルモノニ外ナラサルナリ

(一) 簡人ノ生命、自由、財産ヲ剝奪シ又ハ制限スルノ權力ハ之ヲ治者單獨ノ專制ニ放任スルコトナク國民ヲシテ其代表者ヲ出サシメ其代表者ニ於テ其犧牲ヲ必要ト認メタル場合ニ於テノミ始テ之ヲ實行セシム約言セハ法規ヲ制定スルコトハ君主單獨ノ權力ニ一任セス代議會ノ同意ヲ必要ト爲シ以テ其犧牲ヲシテ眞ニ公益ノ爲ニ必要ナル場合ニ限ラシテ毫モ君主及其輔翼者ノ專横ニ出ヅルナカラシコトヲ擔保ス

(二) 國民ヲシテ其代表者ヲ出サシメ之ヲシテ國家ノ政務ニ參與セシムルハ能ク簡人主義ノ要求ニ適合セシムル所以ナリ然レトモ代議會ヲシテ國家ノ一切ノ政務ニ與ラシムルハ事實上實行スヘカラサ

ル所ナリ何トアレハ國家ノ政務ハ千種萬態極テ複雑ニシテ之ニ應ジテ臨機ノ處置ヲ採ルハ敏活ナル常置機關ヲ俟タサレハ能ハス而モ代議會ヲ絶エス召集スルハ到底不能ノ事ニ屬ス之ヲシテ變化極キ國家ノ政務ニ與ラシムルハ決シテ國家及國民ノ利益ヲ達スル所以ニ非ス是ヲ以テ代議會ヲシテ參與セシムルハ法規ノ制定ニノミ限リ其他臨機ノ政務ヲ行フハ君主國ニ於テハ君主及其下ニ隸屬スル下級機關、民主國ニ於テハ大統領其下ニ屬スル下級機關ニ屬セシメ之ヲ代議會ノ權限ニ委スルコトナシ

(三) 然レトモ國家政務中法ヲ行フノ作用即司法作用ハ特ニ之ヲシテ獨立ノ機關ニ委任スルノ必要アリ司法判決ハ一ニ法ニ依テノミ行フヘキモノニシテ其間全ク臨機應變ノ處置ヲ採ルコトヲ許サス法ハ其唯一ノ前提ナリ故ニ司法作用ニ付ラハ之ヲ君主ノ權限ニ屬セシメシテ全然君主ノ命令權ノ下ニ立タサル獨立ノ機關ヲシテ之ヲ行ハシム此獨立ノ機關ハ即裁判所ナリ裁判所ノ他ノ機關ト異ル所ハ專其職務ニ關シテ全ク他ノ命令權ノ下ニ立タサルニ在リ

如此ニシテ立憲國ニ於テハ三種ノ獨立ノ機關アリ之ヲ君主國ニ付テ言ヘハ法規ヲ制定スルノ權ハ君主及議會ノ共同行為ニ屬シ司法ノ作用ハ獨立ナル裁判所ノ權限ニ屬シ其他ノ一切ノ政務ハ君主及其下ニ隸屬スル下級機關ノ權限ニ屬ス所謂三權分立ナルモノハ即是ナリ此等三種ノ機關ノ作用ハ恰獨立ナル三箇ノ權力ニ基クカ如ク他ノ指揮、命令ノ下ニ屬スルコトナク自己獨立ノ職權ヲ以テ其權限ニ屬スル政務ヲ行フ極端ナル三權分立說ノ誤ナルコトハ此等三種ノ權力ヲ以テ對等獨立ノ權力ト爲ナシ立憲國ノ若ク之ヲ以テ全ク對等ノ地位ヲ有スル獨立ノ權力ト爲セハ國家ノ統一ハ之ヲ保持スルニ爲ナシ立憲國ニ於テ實行セラレタル所ハ此等三種ノ權力ヲ以テ對等獨立ノ權力ト爲シタルニハ非ス此等三種ノ權力

中立法ハ其最上位シ行政及司法ヘ其下ニ位スルモノナリ蓋立法ハ憲法ニ依テ制限セラルルノ外何等ノ制限ヲ受クルコトナク如何ナル事項ヲモ自由ニ之ヲ定ムルコトヲ得行政ハ其下ニ立テ法ノ範圍内ニ於テノミ國家ノ目的ニ從テ作用スヘキモノニシテ如何ナル場合ト雖法ニ違反スルコトヲ得司法モ亦法ヲ行フモノナレハ法ニ依テ羈束ヒラルルハ其性質上當然ノ事タリ如此ニシテ始テ能ク國家ノ統一ヲ保ツコトヲ得

立憲制度ノ思想ノ基ヲ所ハ以上ニ述フルカ如シ然レトモ之ヲ實際ニ行フニ當リテハ如此嚴正ニ其權限ヲ分配スルコトヲ得諸國ノ實際ニ於テ立法作用ノ爲ニ備レル機關ノ權限ハ決シテ性質上ノ立法ト相一致スルモノニ非ス一方ニ於テハ立法機關ニシテ性質上立法即法規ノ制定ニ屬セサル行政ノ作用ニ參與スルコトアリ他方ニ於テハ性質上立法ニ屬スヘキ事項ニシテ行政機關ノ權限ニ屬スルモノニ非ス司法作用中裁判所ノ權限ニ屬スルモノハ單ニ民事及刑事ノ裁判ニ止リ行政裁判、懲戒裁判、權限爭議等ノ如キハ皆行政機關ノ權限ニ屬セリ又他方ニ於テハ性質上司法作用ニ屬セサル登記事務、公證事務、後見監督等其他所謂非訟事件ノ如キモノニシテ裁判所ノ權限ニ屬スルモノ甚多シ就中其事務混淆ノ最甚シキモノハ行政機關ニ於テ之ヲ見ルコトヲ得ヘク何レノ國ニ於テモ行政機關ハ本來ノ行政作用ノ外ニ廣汎ナル範圍ニ於テ法規ヲ制定シ又司法作用ヲ行フノ權限等ヲ有セリ

如此事務ノ混淆アルカ故ニ立法、司法及行政ノ觀念ニ其形式上ト實質上トノ區別ヲ生ス形式上ノ觀念トハ專機關ニ基テ觀念ニシテ實質上ノ觀念トハ作用其モノノ性質ニ基テ觀念ナリ形式上ノ觀念ヨリ言ヘハ君主國ニ於テハ立法トハ君主會議ノ協贊ヲ以テ行フ作用ノ全部ヲ謂ヒ其作用ノ性質上法規ノ制

定タルト否トヲ問ハス君主會議ノ協贊ヲ以テ行フ作用ハ法律ナル形式ヲ以テ發表セラルル故ニ形式上ノ意義ニ於テ立法トハ法律ヲ定ムル作用ナリト謂フコトヲ得之ト同ク又形式上ノ意義ニ於テ司法トハ裁判所即特ニ民事、刑事ノ裁判ノ爲ニ備ヘラレタル獨立機關ノ權限ニ屬スル一切ノ作用ヲ謂フモノナリ此二種ノ作用ヲ除キタル以外ニ於テ國家一切ノ作用ハ即形式上ノ意義ニ於テ行政ナリ換言セハ君主會議ノ協贊ヲ經ルヲ要セス又裁判所ノ獨立ノ權限ニ依テ制限セラレタル君主ノ總ラノ作用ハ即形式上ノ意義ニ於テ行政ナリ

第二節 行政ノ實質的觀念

前節ニ於テ述ヘタル所ハ專機關ニ基ケル國家作用ノ分類ニシテ作用其モノノ性質ヨリシタル分類ニ非ス形式上ノ觀念ノ外ニ其實質上ノ觀念ヲ明ニスルハ實ニ學問上必要ナルノミナラス所謂三權分立ノ基礎タル思想ハ作用其モノノ性質ニ依テ區別セントシタルモノナルコトハ立法、司法、行政ノ名稱ニ據テモ之ヲ推知スルコトヲ得之ヲ國法ノ實際ニ見ルモ形式上ノ觀念トハ極テ密接ノ關係ヲ有スルモノニシテ其一ヲ度外視スルコトヲ得ス形式上ノ觀念トハ實質上ノ觀念トカ相一致スルモノニアサルハ前ニ詳述シタルカ如シ然レトモ實質上ノ觀念ハ各種機關ノ權限ヲ定ムルニ於テ極テ重要ナル關係ヲ有セリ實質上ノ意義ニ於テ立法ハ本來形式上ニ於テモ亦立法機關ニ屬スヘキヲ本則トス其行政機關ノ權限ニ屬スルハ憲法ノ特別明定ニ依ルカ或ハ法律ノ委任アル場合ナラサルヘカラス實質上ノ意義ニ於テ行政ハ反之本來行政機關ノ權限ニ屬スヘキモノニシテ特ニ憲法又ハ法律ノ明文アル場合ニ非サレハ法律ヲ以テ之ヲ定ムルヲ要セス又司法機關ノ權限ニモ屬スヘカサルモノナリ

實質ノ意義ニ於テ立法ハ法規ヲ制定スルノ作用ナリ法規トハ各人相互間ニ意思ノ力及フヘキ限界ヲ定ムルハ一的抽象的ノ法則ナリ實質ノ意義ニ於テ司法トハ法規ヲ定ムル所、實在スル箇箇の場合ニ宣言スル作用ナリ故ニ立法ト司法トハ一ノ點ニ於テ共通ノ要素ヲ有ス即國家意思ノ決定タルノ點是ナリ立法ハ抽象的ニ如何ナル場合ニ於テハ如何ナル所爲ヲ爲スヘキカノ法則ナリ決定シ司法ハ實在ノ箇箇の場合ニ付如何ナル所爲ヲ爲スヘキカノ決定ス然レモ國家ハ單ニ意思ヲ決定シタルノミヲ以テナク存立スルコト得ス國家ハ其決定シタル意思ヲ實行セサルヘカラス即法律ハ之ヲ適用スルコトヲ要シ判決ハ之ヲ執行スルコトヲ要ス之ヲ實際ニ行フモノハ即行政ナリ法規ヲ適用シ判決ヲ執行スルハ行政ノ一ノ任務ナリ然レモ行政ノ作用ハ決シテ之ノミニ止ルヘキモノニ非ス如何ニ進歩セル法治國ト雖モ國家全體ノ作用ハ丕法法規ヲ以テ豫定シ得ヘキモノニ非ス法ノ總テノ發達ニ拘ラス國家ノ政務ハ尚法規ヲ以テ規定シ得ラル大範圍ヲ剩スモノナリ故ニ行政ノ作用モ亦單ニ法規ノ適用ノ判決ノ執行ノ種ヲハ足レリトセ、尚法規ニ定ナキ部分ニ付自己ノ自由ノ意見ニ依テ國家ノ目的ヲ達スルカ爲メ種種ノ作用ヲ爲スコトヲ要ス故ニ定ナキ作用ヲ以テ立法、司法、行政ノ意見モタルモノハ立法トハ法ヲ作用ナリ用ナリ司法トハ法ヲ宣言スル作用ナリ行政トハ法ヲ下ニ於テ行ル國家ノ活動ナリト謂フヲ得ヘシ以上ハ立法、司法、行政ノ大體ノ觀念ナリ其詳細ノ區別ヲ明ニセンカ爲ニハ尙多少ノ説明ヲ要ス左ニ之ヲ說カシ

第一、行政司法、區別、既述（タル如ク司法ハ簡簡の實在ノ事件ニ付法規ヲ解釋シ之ヲ公ニ宣言スルノ行爲ナリ）國家ハ既ニ法規ヲ定メテ私人相互間及國家ト私人間ニ各其意思ノ力ノ及ヘキ限界ヲ定メ以テ共同生活ノ秩序ヲ維持ス然レトモ法規ヲ定メタルノミニ止リ之ヲ實在ノ事件ニ適用セザル

レハ法規ハ遂ニ虚器タルニ終ラン箇箇ノ事件ニ付テ法規ノ定ムル所ヲ決定シ以テ法規ノ秩序ヲ維持スルノ作用即司法ナリ

然レトモ箇箇ノ事件ニ付法規ヲ適用スルモノハ必シモ司法ノミニ止ルニ非ス行政ノ作用ニ於テモ單ニ法規ヲ解釋シテ之ヲ實在ノ事件ニ適用スルニ過キサルモノアリ例之租稅ヲ徵收スルニ付テハ國家ハ租稅稅法ヲ定メ其徵收スヘキ課稅物件其稅率、租稅金額等ニ付詳細ノ法規ヲ定ム行政ハ此法規ヲ定ム所ニ從ヒテ之ヲ實在ノ事件ニ適用スルニ過キスシテ毫モ自由裁量ノ餘地ヲ存セス此點ニ於テハ行政モ亦司法ト異ル所ナキ如シ然レトモ行政ニ在テハ法規ヲ適用スルハ租稅其目ノヲ達スルノ手段ニ過キスルヲ適用其レ自體ヲ以テ其目ノヲ爲スニ非ス其目ノトスルハ租稅徵收ノ結果ヲ得ルニ在テ法規ヲ解釋、適用スルハ單ニ此結果ヲ得シカ爲ノ設備手段タルニ過キス反之司法ノ作用ハ法規ノ解釋、適用其レ自體ヲ以テ最終ノ目的ト爲ス即法規ノ宣言ハ其目的ノ全體ナリ學者カ法規ハ司法ニ對シテハ目的タリ行政ニ對シテハ手段界ヲト云ヘルハ能ク此差異ヲ言表セルモノナリ

司法ハ法規ヲ解釋シ適用スルニ過キサル作用ナルカ故ニ其結果トシテ司法判決ニ付テハ其判斷ノ材料ト爲ルヘキモノヲ專法規定ノミニ止リ自己ノ意見ヲ以テ之ヲ左右スルノ餘地ヲ存セズ司法ノ法規ニ對スル關係ハ恰論理上ノ前提ト其結論トノ關係ノ如ク法規ト云ヘル前提ノ下ニ於テ當然其結論トシテ一定ノ判決ヲ生ズ因ヨリ法規ハ頗廣汎ナル範圍ニ於テ裁判官ニ自由裁量ノ餘地ヲ與フルコトアリ例之ヲ罰ノ宣告ニ於テモ法規ハ何年以上何年以下に禁錮ニ處スヘキコトヲ規定スルニ止リ其範圍内ニ於テ果シテ何年ノ禁錮ヲ科スヘキカハ一ニ裁判官ノ裁量ニ任セリ然レトモ此場合ニ於テモ裁判官ノ裁量スル所ハ特定ノ犯罪事實カ法律ノ精神ニ於テ果シテ幾何ノ禁錮ニ相當スヘキカヲ推理スルニ止リ自己ノ意

見ヲ以テ便宜ヲ酌量シ之ヲ左右スルコトヲ得ス法律カ情狀ヲ酌量スルニ依テ刑罰ヲ輕減スルコトヲ許ス場合ニ於テモ酌量ノ原因タル事項ハ常ニ法ノ精神ヲ推測シテ決スルニ在リ自己ノ自由ナル意見ニ依ルニ非ス反之行政ノ法規ニ對スル關係ハ論理上ノ前提ト結論トノ關係ノ如キモノニ非ス行政ニ付テモ法規ハ場合ニ依テハ頗爾嚴重ナル制限ヲ加フルコトアリ其最極端ナル場合ニ於テハ毫モ官廳ニ自由裁量ノ餘地ヲ與ヘス單ニ法規ノ命スル所ヲ執行セシムルニ過キサルコトアリ其最著シキハ租稅行政ノ區域ニ於テ之ヲ見ル然レトモ此場合ニ於テモ行政ハ法規ヲ以テ前提ト爲シ論理上ノ結論トシテ其決定ヲ下スモノニ非ス法規ノ與ヘタル授權ニ基キ其權力ヲ行使スルニ止リ重其權力行使ノ方法及分量ニ於テ法規ニ依テ嚴正ニ制限セラルルニ過キス

第二 行政ト立法トノ區別 行政ト立法トノ區別ハ行政ト司法トニ於ルヨリモ之ヲ區別スルコト一層困難ナリ通常學者ノ説明スル所ニ依レハ立法ハ抽象的ノ法則ヲ定ムルモノニシテ實際ニ直接ノ效果ヲ生セシムルモノニ非ス行政ハ反之實際ニ效果ヲ生セシムヘキ國家ノ活動ナリト云フニ依テ之ヲ區別セントセリ此區別ハ前ニ述ベタル如ク正當ナルモノナリ然レトモ實際ニ效果ヲ生セシムル迄ニハ國家ノ種種ノ段階ニ於ル數多ノ行爲ヲ必要トス其直接ノ效果ヲ生スルハ單ニ其最終ノ段階ニ於ル一行爲ノミナリ例之家屋ヲ建築スルニ付テモ其實際ニ築造シ終ル迄ニハ其始ニ於テ設計製圖等直接ニハ何等ノ效果ヲ生セサル數多ノ準備的行動ヲ必要トス國家ノ行政ニ付テモ亦然リ其直接ニ效果ヲ生スル迄ニハ種種ノ官廳ノ行動ヲ必要トス而シテ行政ハ單ニ其最終ノ階段ニ於ル直接外部ニ影響ヲ及スヘキ行動ノ一種ニ限ルヘキモノニ非サルハ論ヲ俟タス於是乎何レノ部分ヨリノ活動カ果シテ行政ノ範圍ニ屬スヘキモノナルカノ疑問ヲ生ス例之現實ニ兵役ノ義務ヲ課センカ爲メ徵兵ヲ召集シ軍隊ニ編入スルノ行爲ハ

行政ナルコト勿論ナリト雖實際ニ徵兵ヲ召集スルカ爲メハ國家ハ其以前ニ於テ多數ノ準備的行爲ヲ必要トス國家カ徵兵法ヲ定ムルモ亦實際ニ軍隊ヲ得ルノ效果ヲ生セシメンカ爲メノ行爲ニ外ナラス如此行爲ト行政トノ區別ハ果シテ何處ニ在ルカ

此區別ヲ明ニスルニ付テ從來一般ノ通説ハ法規ノ定ムル所ハ抽象的の一般的ニシテ不定數ノ多數ノ事件ニ共通ナルモノナラサルヘカラス反之行政ハ特定ノ箇箇ノ事件ヲ處理スルノ行爲ナリ實在ノ一事件又ハ定數ノ數箇ノ事件ニ付テ之ヲ處理スルモノナリト云フニ依テ之ヲ説明セリ此說明ハ法學最古ノ時代タル希臘ヨリ絶エス行レタル所ニシテ又予輩ノ信スル所ニ依レハ正當ナルモノナリ法ト云ヘハ其語ニ於テ既ニ一般の多數事件ニ共通ナル法則ナルコトヲ意味スルモノト謂フヘシ然レニ近時ニ至リ獨逸國法學者間ニハ此說ヲ否認シ實在ノ一事件ニ關スルモノナルモ仍法規タルコトヲ妨ケサルモノアルコトヲ主張スル者アリ就中「ラバンド」「イリチツク」等ハ其重ナル代表者ナリ此等ノ學者ト雖仍法ハ原則トシテハ一般的ノモノナルコトヲ認メサルニ非ス然レトモ例外ノ場合ニ於テハ一事件ニ關スルモノニシテ仍法規タルヲ妨ケサルモノアリト爲ス此說ノ重ナル根據トスル所ハ行政ハ法規ノ下ニ於テ活動シ得ルニ止リ法規ノ上ニ立テテ之ヲ破壞スルコトヲ得ス故ニ既ニ存在スル一般ノ法規ニ對シ或一事件ノミニ付例外ヲ定メントスル場合ニ於テハ必又法規ヲ以テセサルヘカラス此一般ノ法規ニ代ルヘキ例外法ハ其れ自體又一ノ法規タルヲ失ハスト云フニ在リ然レトモ予輩ノ信スル所ニ依レハ此說明ハ實質上ノ立法ト行政トノ區別ヲ論スルニ當リ尙形式上ニ於ル立法ト行政トノ觀念ヲ脱シル能ハサル活動スル出タルモノナリ既ニ述ベタル如ク形式上ノ觀念ニ於テハ行政ノ作用ハ常ニ法規ノ下ニ於テ活動スルニ止リ此作用ヲ以テ一般法規ニ對スル例外規定ヲ設クルコト能ハサルハ勿論ナリ然レトモ此事タルヤ

毫モ實質上ノ意義ニ於テ立法即法規ノ觀念カ單ニ事件ニノミ關スルモノナルヲ妨ケサルノ理由ト爲スコトヲ得ズ予輩ノ信スル所ニ依レハ實在ノ一事件又ハ定數ノ數箇ノ事件ヲ處理スル場合ハ實質上法規ノ觀念ヲ成スコト能ハス法規ハ一般の抽象的ナルコトヲ以テ其實質上ニ於テ觀念ノ要素ト爲ス隨テ一事件ニ關スルモノハ總令法規ニ對スル例外法ヲ設クル場合ト雖之ヲ實質上ニ於テ立法ト謂フヲ得ス要スルニ實質上ノ意義ニ於テ立法ト行政ト區別スヘキ標準ハ前ニ述ヘタル通説ノ如ク一一般の抽象的ナルト他ハ實在の各箇的ナルトニ採ラサルヘカラス之ヲ措テハ未他ニ適當ナル標準ノ存スルヲ發見セシ

第三節 立法、司法、行政以外ノ作用

立法、司法及行政ノ三作用ハ國家平常ノ作用ナリ而シテ國家ノ作用中此三種ノ作用ノ孰ニモ屬セサルモノアリ之ヲ稱シテ國家ノ非常作用ト云フコトヲ得非常作用ノ最重アルモノヲ戰爭ト爲ス戰爭ハ立法、司法ノ孰ニモ屬セサルハ勿論亦行政ノ作用ニモ屬スルコトナシ抑行政ハ完全ナル統治權ヲ有スル國家ヲ以テ其前提ト爲ス即完全ニ組織サレタル國家作用ノ一部ヲ指シテ行政ト謂フナリ戰爭ハ反之國家ノ存亡ヲ爭フモノナリ換言セハ國家統治權其モノノ存在ヲ爭フモノニシテ完全ナル組織アル國家作用トハ全ク反對ノ性質ヲ有ス之ト同ク國際法上戰爭ト看做サレサル内亂ノ鎮壓モ亦行政ノ範圍ニ屬セシ是亦等ク國家ノ統治權ヲ覆サントスル者ニ對スル作用ニシテ戰爭ト同一ノ性質ヲ有スレハナリ國家ハ又危急存亡ノ場合ニ當リテハ法の秩序ノ外ニ出テ自己固有ノ實力ニ依リテ法ヲ破壞シ時ニ或ハ憲法ヲモ中止スルコトヲ得往時ノ學者ハ之ヲ稱シテ國家緊急權ト云ヘリ然レトモ之ヲ權利ト稱スルハ誤レリ

何トナレハ權利ハ法ノ下ニ於テノミ存在スルモノニシテ如此作用ハ全ク法的現象ノ外ニ在ルモノナレハナリ總テ此等ノ非常作用ハ何レモ三種ノ作用ノ外ニ在ルモノナリ

我國ノ學者中往立法、司法、行政ト相對シテ君主ノ大權ヲ區別セントスル者アリ其說ハ行政トハ專官廳ノ行為ヲ謂ヒ君主ノ自ラ行フ所ハ行政ニ非スト爲シ特ニ之ヲ稱シテ大權ト云フナリ如此區別ヲ認ムルノ理由トシテ彼等ノ説明スル所ニ依レハ君主ノ大權ト立法權トハ互ニ對等獨立ノ地位ヲ有シ大權ヲ以テ法律ヲ侵ス能ハサルト同時ニ法律ヲ以テ大權ヲ侵スコトヲ得ス而シテ行政ハ大權及立法ノ下ニ立テテ此二ノモノヲ執行スルモノナリト云フニ在リ然レトモ所謂君主ノ大權ト立法權トカ互ニ對等獨立ノ地位ヲ有ストスルハ我憲法上ニ於テモ決シテ其當ヲ得タル説明ニ非ス如此ノ說ハ既ニ普ク廢棄サレタル極端ナル權力分立說ノ舊態ニ復歸セントスルモノニシテ國家ノ統一ヲ破壞スルモノナリ加之大權ト行政トヲ區別スルハ第一ニ行政ト云フ語ノ普通ノ觀念ニ反スルノミナラス我成法上ノ用語ニ於テモ行政ナル語ハ如此意味ニ用ヒラレサルヲ通例トス第二ニ大權ト行政トヲ區別スルハ毫モ其實益ナク徒ニ思想ヲ複雜ナラシムルノミ憲法上立法、司法、行政ヲ區別スルノ必要ハ唯此等三種ノ作用カ別體ノ機關ニ屬セラルカ爲ナルコトハ既ニ述ヘタル所ノ如シ立法及司法機關ハ君主ノ命令ノ下ニ立ツモノニ非ス故ニ之ヲ特ニ行政ヨリ區別スルノ必要アリ行政機關ハ反之全ク君主ノ命令ノ下ニ立ツモノニシテ君主ニ對シテ獨立ノ地位ヲ有スルモノニ非ス總テ行政機關ハ悉君主ノ手足トシテ其命令ノ下ニ於テ其命令スル事務ヲ行フモノナリ故ニ之ヲ君主ノ大權ト區別スルハ毫モ理由ナキ所ナリ第三ニハ君主ノ親裁スル權限範圍ハ決シテ一定ノ限界アルモノニ非ス君主ハ如何ナル行政事務ト雖自己ノ欲スル所ニ從ヒ之ヲ親裁シ得サルモノナク又如何ナル事務ト雖法律上之ヲ行政機關ニ委任シテ行ハシムルコ

トヲ得タルナシ隨テ君主ノ親裁スル範圍ト行政機關ヲシテ行ハシムル範圍トハ毫モ一定不動ノ限界アルコトナク管ニ君主ノ任意ニ依テ定ルノミ果シテ然ラハ之ヲ區別スルノ不當ナルハ多言ヲ要セスシテ明瞭ナラン

第三章 行政ノ種別

行政ノ作用ハ種種ノ方面ヨリ之ヲ分類スルコトヲ得

第一節 國家ノ目的ヨリスル行政ノ種別

行政ハ國家ノ目的ヲ達スルカ爲ニスル活動ナリ故ニ行政ノ作用ハ先其達スル所ノ目的ノ異ルニ依テ之ヲ分類スルコトヲ得此點ヨリ行政ヲ區別スレハ左ノ五種ニ分ツコトヲ得ヘシ

一 外務行政 國家ハ孤立シテ存在スルモノニ非スシテ他ニ之ト同様ナル國家の團體ト相交通シ以テ大ナル國際團體ヲ成ス此國際ノ交通ヨリシテ國家及其國民ト他ノ國家及其國民トノ間ニ種種ノ法律上及經濟上ノ關係ヲ生ス其關係ヲ處理シ國家及臣民ノ利益ヲ保護スルノ行政ハ即外務行政ナリ

二 軍事行政 國家ハ他ノ國家ノ實力の攻撃ニ對シテ自國ノ生存ヲ維持シ及國內ニ於ル暴亂ヲ鎮壓スルカ爲ニハ實力ヲ必要トス此目的ノ爲ニ陸海軍其他ノ兵備ヲ設ケ及之ヲ維持スル行政ハ即軍事行政ナリ

三 財務行政 國家ハ其種種ノ目的ヲ達スルカ爲ニハ一人ト同ク經濟上ノ資力ヲ必要トス之カ爲ニ資力ヲ供給シ及之ヲ管理スルカ爲ニスル行政ハ即財務行政ナリ

四 司法行政 法規ヲ制定シテ國家ト國民トノ間及國民相互間ノ權利範圍ヲ定メ其秩序ヲ維持スルハ國家ノ最重要ナル目的ノ一ナリ法規ヲ制定シ及其秩序ヲ維持スルハ主トシテ立法及司法ノ區域ニ屬ス然レトモ法規ノ秩序ヲ維持スルカ爲ニハ管ニ裁判ヲ爲スニ止ラス尙權利ノ爭ヲ生セサル以前ニ於テ豫其所在ヲ確認セシムルカ爲ニ登記、公證、設備ヲ設ケ又刑事裁判ノ前ニ犯罪者ヲ搜查、檢舉スルカ如キハ法規ノ秩序ヲ維持スルニ於テ缺クヘラサルノ手段ナリ此目的ノ爲ニスル行政ハ即司法行政ナリ

五 內政行政 行政ノ最重要ナル部分ニシテ近世ノ發達シタル國家ニ在ラハ行政ノ汎キ區域ヲ占ムルモノハ內政行政ナリ外務、軍事及財務ノ各部ニ在テハ其直接ノ目的トスル所ハ國家自身ノ利益ニ在テ國民ノ利益ハ唯間接ニ達セラルルニ過キス司法行政ハ國民ノ利益ハ唯間接ニ達セラルルニ過キス司法行政ハ國民ノ利益ヲ以テ其直接ノ目的トスルモノナレトモ其及所ハ唯法規ノ維持ニ止ルノミ進歩シタル國家ニ於テハ管ニ國家自身ノ利益ヲ増進シ又ハ法規ノ秩序ヲ維持スルニ止ラス尙國民ノ精神上及物質上ノ利益ヲ増進スルコトヲ以テ國家目的ノ一ノ重要ナル部分トセリ此目的ノ爲ニ國家ハ人類ノ精神上及物質上ノ利益ニ對スル總テノ危害詳言セハ天然力ニ基クモノト人爲ニ基クモノトヲ問ハス其危害ヲ防禦シ進テハ積極ニ國民ノ精神上及物質上ノ利益ヲ増進スルコトヲ以テ其任務ト爲ス此目的ノ爲ニスル行政ハ即內務行政ナリ

第二節 權力ノ關係ニ基ク行政ノ種別

國家ト臣民トノ間ハ法律上ノ不平等ナル關係ナリ國家ハ優勝ナル意思ノ主體トシテ臣民ヲ統治スルモ

ノニシテ臣民ハ國家ノ權力ニ服従スヘキ地位ニ在ルモノナリ然レトモ國家ノ作用ハ必シモ悉權力ノ作用タルニ非ス國家ハ其固有ノ權力ニ基キ臣民ニ對シテ命令スルコトヲ得レトモ場合ニ依テハ其權力ヲ利用スルコトナク自ラ臣民ト對等ノ地位ニ立チ對等ナル意思主體トシテ行動スルヲ以テ却テ能ク國家ノ目的ヲ達スル所以ナルコトアルヘシ此見地ヨリシテ國家ノ作用ハ之ヲ權力作用ト非權力作用トニ區別スルコトヲ得立法及司法ノ作用ハ常ニ權力作用ナリ反之行政ノ區域ニ在テハ其作用ハ極テ種種ニシテ國家ハ或ハ權力ノ主體トシテ行動スルコトアリ或ハ臣民ト對等ナル意思主體トシテ國法上ノ行動ヲ爲スコトアリ或ハ又全ク法律上ノ效果ヲ生セサル事實上ノ作用ヲ爲スコトアリ國家行政ノ大部分ハ專權力ヲ利用スルノ作用ニ非スシテ權力ニ基カサル作用ナリ之ニ依テ行政ノ作用ハ之ヲ權力ニ基ク作用ト權力ニ基カサル作用トニ區別スルコトヲ得而シテ行政法學ニ於テ論スル所ハ專權力作用タル行政ニ止ルヲ以テ此區別ハ行政法學ヲ論スルニ於テ極テ重要ナル區別ナリトス

第三節 法規ノ關係ニ基ク行政ノ種類

行政ハ法規ノ下ニ於テ活動スルモノナルコトハ前ニ述ヘタル所ノ如シ然レトモ行政ノ作用ハ決シテ往時ノ學者ノ信シタルカ如ク單ニ法規ヲ執行スルニ止ラス其作用タルヤ千種萬態ニシテ如何ニ綿密ナル立法ト雖行政作用ノ細末ニ至ル迄法規ヲ以テ悉之ヲ限定シ得ヘキモノニ非ス
行政ノ法規ニ對スル關係ハ如此嚴密ナルヲ得サル結果トシテ行政ハ之ヲ羈束行政ト裁量行政トニ區別スルコトヲ得羈束行政トハ其作用悉法規ニ依テ束縛セラレ行政官廳ニ於テ自己ノ意見ヲ以テ裁量スルノ餘地ヲ有セサルモノヲ謂ヒ裁量行政トハ法規ノ拘束ヲ受クルコトナク自己ノ意見ヲ以テ公益ニ適合スト認ムル所ヲ適宜酌量シテ行フコトヲ得ル行政ヲ謂フ

第四章 行政法

行政法ハ其最廣キ意義ニ於テハ行政機關ノ組織及其行動ニ關スル法規ノ全體ヲ謂フ行政法ノ觀念ハ形式ノ意義ニ於ル行政ヲ以テ其基礎ト爲スモノニシテ實質上ハ立法若クハ司法ニ屬スヘキモノト雖行政機關ノ權限ニ屬スルモノハ尙行政法ニ於テ之ヲ論シ實質上ハ行政ニ屬スルモノナルモ立法機關又ハ司法機關ノ作用ニ屬スルモノハ行政法ニ於テ之ヲ論セス
既ニ述ヘタル如ク行政機關ノ作用ハ國家ノ權力作用ノミナラス國家カ私人ト對等ノ地位ニ於テ行動スル作用ヲモ包含スルモノナルカ故ニ此廣義ニ於ル行政法ハ實ニ國家ノ權力行政ニ關スル法規ノミナラス又權力作用ニ非サル行政ニ付テハ法規ヲモ包含ス故ニ此意味ニ於ル行政法ハ公法ノ一分科タルコトナクシテ民法、刑法、訴訟法等總テ行政作用ニ適用セラルル法規ノ全體ヲ包含スルモノナリ然レトモ若如此意味ニ解スルトキハ行政法學ハ系統アル一ノ獨立ノ法學トシテノ地位ヲ失ヒ行政法ハ國法、民法、刑法、訴訟法等種種ノ性質ヲ有スル法規ノ混合物タルニ至ルヘシ

行政法學ヲ一ノ獨立ノ法學トシテ論スルニ於テハ行政法ハ如此廣キ範圍ニ之ヲ解スルコトヲ得ス此意味ニ於ル行政法ハ國法ノ一分科タリ國家カ統治權ノ主體トシテ行フ所ノ行政ニ關スル法規ノミヲ意味スルモノニシテ換言セハ此意義ニ於ル行政法ハ行政ニ特別ナル公法ナリ
蓋行政作用ニ適用セラルル法規ハ實ニ公法法規ノミナラス國家ハ又私人ニ適用セラルルト同一ノ法規即通常ノ民法、刑法及訴訟法ノ規定ニ從テ行動スル場合アリ固ヨリ今日ノ國家ハ如此私人ト同一ノ法

規ニ從テ行動スル場合ハ事例外ニシテ國家ニ特別ナル法規ヲ定ムル通常トス然レトモ此等國家ニ特別ナル法規ト雖必シモ皆公法ナルニ非ス國家カ其權力ヲ利用スルコトナク私人ト同一ノ地位ニ立テテ行動スル場合ニ於テモ國家ハ仍或ハ國庫ノ利益ノ爲ニ私人ニ適用セラルル法規トハ異リタル特別ノ法規ヲ定ムルコトヲ得ヘシ如此法規ハ唯民法、刑法等ノ變體タルニ過キスシテ其國家ニ特別ノ法規タルカ爲ニ直ニ公法タル性質ヲ有スルモノニ非ス國法人一分科トシテ行政法ハ專國家カ其統治權ヲ利用スル場合ニ關スル國家ニ特別ナル法規ナリ

以上論スルカ如クニシテ行政法ハ憲法ト共ニ國法人一分科ヲ成シ以テ民法、刑法及訴訟法ノ法系ト相對スルモノナリ蓋公法トハ國家カ自ラ其統治權ヲ制限スルノ法規ナリ統治權ハ元來無制限ナル實力ナリ然レトモ國家ハ法規ヲ定ムルニ依テ自ラ其統治權ヲ制限シ一定ノ法規ニ基クニ非サレハ臣民ニ對シテ命令ヲ爲サス處罰ヲ行ハス其自由、財産ヲ制限セサルコトヲ定ム國家カ自ラ其統治權ヲ制限スル法規ノ全體ハ即公法ナリ公法中國家ノ刑罰權ヲ制限スルノ法規ハ刑法ニシテ其訴訟手續ヲ定ムルモノハ訴訟法ナリ公法中ヨリ刑法及訴訟法ヲ除キタルモノハ即國法人行政法ハ國法人分科トシテ別ニ一分科ヲ成セルモノニシテ國法人行政法ヲ除キタルモノヲ最狹義ノ國法人憲法ト稱ス

最狹義ノ國法人憲法ト行政法トノ間ニ於テハ正確ナル區別ノ標準ヲ定ムルコトヲ得ス學者ハ之ヲ區別スルカ爲ニ種種ノ標準ヲ定メントスルモノモ正鵠ヲ得タルモノナシ

蓋國家ノ組織及其作用ハ内部ニ於テ互ニ相關連シ其間ニ密著ノ關係ヲ有スルカ故ニ之ヲ論スルノ學ニ於テ總令國法人行政法トノ分科ヲ認ムルモ其間ニ正確ナル區別ノ標準ヲ求メントスルハ徒ニ無益ノ空論タルニ過キス其區別ハ單ニ程度ノ差異ニ止リ性質上ノ差異ニ非ス行政法ハ行政機關ノ組織及行政

權ノ主體トシテノ國家ト臣民トノ間ノ關係ヲ定ムルノ法ナリ然レトモ國法人學ニ於テモ亦決シテ總テ此等ノ法規ヲ全ク度外ニ置クコトヲ得ヘキニ非ス行政機關ノ組織、行政ト法律、命令トノ關係、行政行為ノ性質等ヲ全ク論スルコトナクシテハ決シテ國法人學ノ系統ヲ全ウスルコトヲ得ヘキニ非サルナリ故ニ行政法學ニ於テ論スル所トハ其一部分ハ必相重複スルコトヲ免レス行政法學ハ國法人學ノ一部分ニ付テ之ヲ詳細ニ研究シ其細項ヲ論スルモノニ外ナラサルナリ

第五章 行政法ノ法源

行政法ノ法源ハ先之ヲ制定法ト慣習法トニ分フコトヲ得制定法ニシテ行政法ノ法源タルモノハ憲法、法律、命令及自治體ノ條例ナリ

一 憲法、近世大多數ノ立憲國ニ於テハ國家ノ組織、臣民ノ權利等ニ關スル重要ノ法規ハ之ヲ國家ノ基礎法トシテ特別ノ效力ヲ有スル成文法典ヲ以テ之ヲ規定スルヲ通常トス今日ノ立憲國ニシテ如此成文ノ憲法ヲ有セサル國ハ英吉利、匈牙利ノ二國アルノミ憲法カ他ノ一般法律ト異ル所ハ專其形式の效力ノ輕重ニ在リ即憲法ハ通常ノ法律ニ比シテ特ニ鄭重ナル手續ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ變更スルコトヲ得ス

憲法中又行政機關ノ組織及其作用ニ關スル大體ノ原則ヲ定ム此限度ニ於テ憲法モ亦行政法ノ法源タルモノナリ

二 法律及命令、法律ト命令トノ異ル所ハ專一ハ議會ヲ協贊ヲ經ルニ非サレハ之ヲ定ムルヲ得サルト一ハ君主及其下ニ屬スル行政機關カ單獨ニ之ヲ定ムルヲ得ヘキコトニ在リ其國家ノ法規トシテ臣民

ヲ拘束スルノ力アル點ニ於テハ二者全ク異ル所ナシ此二者ハ相待テ以テ行政法ノ最重要ナル法源ヲ成スモノナリ

三 條例 條例ハ自治團體カ其自治立法權ニ基キテ發スル所ノ法規ニシテ其性質及效力ニ付テハ全ク法律及命令ト異ルコトナシ唯法律及命令ハ全國ニ通シテ其效力ヲ有スルヲ原則トスルニ反シテ自治團體ノ條例ハ其自治體ノ區域内ニ於テノミ效力ヲ有スル差異アルノミ

四 習慣法 制定法カ國家又ハ國家内ノ團體ノ意思ニ基キテ法タルノ力ヲ生スルニ反シテ習慣法ハ習慣ニ依テ法タルノ力ヲ生スルモノナリ習慣法ハ實ニ民法ニ對シテ法ノ淵源タルノミナラス行政法ニ對シテモ均ク其淵源タルモノナリ學者往往公法ノ區域ニ於テハ習慣法ヲ發生セスト云フ者アルハ全ク根據ナキノ説タリ然レトモ習慣ハ如何ニシテ法規タルノ力ヲ生スルカノ理由ハ一般法理學上ノ困難ナル問題ナリ

習慣カ法律ト同一ノ效力ヲ有スルニ至ルノ理由如何ニ付テハ法其モノノ本質ニ對スル見解ノ異ルニ依テ自ラ其見解ヲ異ニセサルヘカラス
法ヲ以テ主權者ノ命令ナリト爲シ國家ノ意思表示ナリト爲スノ學說ニ在テハ法ノ淵源ハ常ニ主權者又ハ國家ノ意思ニ在リトスルモノナルカ故ニ習慣法ノ效力ヲ生スル原因ニ付テモ亦必主權者又ハ國家ノ意思ニ在リト爲ササルヘカラス之カ爲ニ學者ハ或ハ習慣法ハ國家ノ默認ニ因テ效力ヲ有スト爲シ或ハ裁判所カ其判決ニ依リテ承認スルニ因テ法律タルノ效力ヲ生スト爲セリ然レトモ習慣法カ國家ノ承認ヲ得タル法律ナリトスルハ全ク架空ノ想像ニシテ毫モ實在ノ現象ニ其根據ヲ有スルモノニ非ス實際ニ於テハ國家ハ毫モ之ヲ承認スルコトナク習慣法ハ國家ノ意思ヲ離レテ獨立ニ其效力ヲ

生スルモノナリ裁判所ノ判決モ亦決シテ習慣法ノ效力ヲ生スル原因タルモノニ非ス裁判所ハ單ニ既存ノ法ヲ認メテ之ヲ實在ニ適用スルニ過キスシテ自ラ法ヲ作ルノ職權ヲ有スルモノニ非ス裁判判決ハ習慣法ノ既ニ存在スルコトヲ認ムルノ材料ト爲スコトヲ得ヘシト雖習慣法カ判決ニ依テ始テ其效力ヲ生スルニ非ス總テ如此見解ハ法ヲ以テ主權者ノ命令ナリトシ又ハ國家ノ意思表示ナリト爲ス根本ノ誤謬ニ基ケルモノナリ

他ノ一ノ學說ハ法ノ本質ヲ以テ國民ノ總意即合意力ニ在リト爲ス「サビニー」以來殆一般ニ認メラレタル通說ニシテ法カ主權者ノ命令ナリトスルカ如キ皮相ノ見解ニ比スレハ遙ニ一步ヲ進メタルモノナルコトハ爭フヘカサル所ナリ此見解ニ從ヘハ法ハ立法者ノ任意ノ作成ニ依テ成ルモノニ非ス國民ノ法律の確信カ即法律タルモノニシテ立法者ハ單ニ國民ノ法律の確信ノ何ナルヤヲ發見シ以テ之ヲ文字ニ現スニ過キス立法者カ國民ノ總意ヲ發見シ認定シテ之ヲ文字ニ現シタルモノハ即成文法ナリ然レトモ此外ニ立法者ノ認定ヲ俟タスシテ國民ノ總意カ直接ニ法律タルモノナリ是即習慣法ナリト云フニ在リ然レトモ此說ハ寧ろ理想の觀念タルニ止リ實在ノ法律現象トハ相一致スルコトヲ得ス法ノ定ムル所カ國民ノ法律の確信ト相一致スルハ立法ノ理想トスル所ナリ然レトモ實在ノ法律現象トシテ立法者ノ定ムル所ハ必シモ常ニ當時ノ國民ノ法律の確信ト相伴フモノニ非スシテ時トシテハ立法カ先進テ國民ノ確信カ遲レテ發達スルコトアリ時トシテハ全ク國民ノ確信ト相以テスルモノナシト云フヲ得就中我國ノ如キ立法ノ急速ニ進歩シタル國ニ於テハ國民ノ確信ヨリモ進歩シタル法律ヲ見ルハ極テ稀ナラサルコトナリ如此國民ノ確信ト相一致セサル法律ト雖仍完全ナル法律ノ效力ヲ有スルコトハ此等ノ學者ト雖亦否認スルコト能ハサル所ナリ加之若國民ノ確信カ直ニ法

律ナリトセハ慣習法ノ觀念ハ全ク其根據ヲ失フヘシ何トナレハ彼等ハ國民ノ確信其モノカ直ニ法律ナリトスルモノナルカ故ニ慣習ハ法カ生スルニ必要ナラス慣習ヲ俟タスシテ法ヲ成スニ至リ國民ノ主觀的感想カ直ニ法律ノ效力ヲ生スル根據タルヘケレハナリ
法ノ本質ヲ論スルハ予輩ノ目的ニ非ス然レトモ法ヲ以テ主權者ノ命令ナリト爲シ又ハ國民ノ總意ナリト爲スハ皆其當ヲ得タルモノニ非ス法カ道德、宗教其他ノ人類行爲ノ法則ト異ル所以ハ法カ國家ノ命令ナルカ爲ニ非ス又法カ國民ノ合意力ナルカ爲ニ非ス法ノ特質ハ一ニ社會ノ外部の組織ニ依テ其實行ヲ擔保セラルルコトニ在リ社會ノ外部の組織ノ最顯著ナルモノハ國家ナリ其實行ヲ擔保スルコトノ最顯著ナルモノハ強制ナリ是ヲ以テ學者ハ法ノ本質ヲ以テ或ハ國家ノ強制スル法則ナリト爲スモノアリ然レトモ是其顯著ナルモノノミ止リ其全部ニ非ス法ヲ以テ若國家ノ強制スル法則ナリトセハ民法及刑法ハ能ク之ニ該當スルヲ得ヘシト雖國際法ノ全部、憲法ノ大部分、私法ノ聽任法ハ總テ法ノ範圍外ニ脫スルニ至ルヘシ國際法カ法タル性質ヲ有スルハ國際團體ノ組織ニ依テ其自由ヲ擔保セラルルカ爲ナリ憲法ノ大部分カ法タルハ亦國家組織ニ依テ其實行ヲ擔保セラルルカ爲ナリ法ノ法タル所以ハ擔保ニ在ラ強制ニ非ス
如此法ノ見解ニ基クキハ慣習法ノ效力ヲ生スル理由モ亦之ヲ發見スルニ難カラサルヘシ總テ社會組織ニ依テ實行ヲ擔保セラルタル人類行爲ノ法則ハ皆法ナリ其發生原因ノ何處ニ在ルカハ問フ所ニ非ス法ノ發生原因ハ或ハ國家又ハ國家内ノ團體ノ意思ニ在ルコトアリ或ハ國民ノ慣行ニ在ルコトアリ前者ハ即成文法ニシテ後者ハ即慣習法ナリ
慣行カ法タル力ヲ有スルノ原因ハ人類ノ天性ニ於テ其根據ヲ有ス人類ハ其天性ニ於テ事實上現ニ存

在スル所ヲ以テ法則ニ適シタルモノナリトスルノ性質ヲ存ス是實ニ法律又ハ道德上ノ法則ニ付タノミ謂フニ非ス總テ自己ノ周圍ニ行レ絶エス自己ノ見聞スル事柄ハ自ラ之ヲ以テ正當ナリト爲スノ感想ヲ生スルナリ慣習法カ其法カ生スル原因ハ此人類ノ天性ニ在リ絶エス長期間行ハル慣行ハ其慣行ノ生シタル原因ノ何レニ在ルヲ問ハス單ニ其長期間行ハタルコトノミニ依テ國民ニ之ヲ法律トスルノ感想ヲ生シ將來ニ向テモ亦斯クナラサルヘカラストスルノ思想ヲ生ス如此シテ遂ニ此慣行ニ違反スルハ不法ノ所爲ト看做サルニ至リ其慣習ノ繼續的ノ實行カ社會ノ力ニ依リテ擔保セラルルニ依テ慣習ハ法タルノ力ヲ有スルニ至ルナリ

慣習法ハ以上ノ如ク國家ノ意思トハ全ク獨立シテ其效力ヲ有スルモノナルカ故ニ其效力ニ於テモ全ク成文法ト其地位ヲ同ウセリ隨テ其慣習法ヲ以テ成文法ヲ變更スルコトヲ得ヘク其之ヲ廢止スルコトヲ得ヘシ縱令成文法ヲ以テ慣習法ヲ成立ヲ禁止シ若クハ法律ニ違反シタル慣習法ヲ成立ヲ禁止スルモ如此規定ハ必シモ慣習法ノ發生ヲ妨タルモノニ非ス諸國ノ實際ニ於テモ憲法又ハ法律ニ違反シタル慣習カ成立シ慣習法トシテ其實行ヲ擔保セラルルニ至リタルハ必シモ稀ナラサル所アリ其最著シキハ北米合衆國ノ憲法ニ於テ之ヲ見ルコトヲ得同國ノ憲法ハ其最初ニ於テハ嚴正政府當局者ノ議會ト交渉スルコトヲ禁止シタルモ實際ニ於テ政府カ議會ト交渉スルコト能ハサルハ其不便言フヲ俟タサルヲ以テ慣習上議會ニ於テ各種ノ常置委員會ヲ設ケ其委員長ハ絶エス政府ト相交シ居レリ即憲法ハ反對ノ慣習法ニ依リ事實上變更セラレタルモノナリ
然レトモ慣習法ヲ以テ成文法ヲ廢止、變更スルハ近世ノ國家ニ於テハ稀ナル例外ニシテ容易ニ之ヲ推測スヘキニ非ス近世ノ國家ニ於テハ法律ノ明文カ直接ニ廢止、變更セラレタル限ハ永久ニ其拘束

力ヲ有ストスルノ確信頗強ク偶之ニ反對ナル慣行ヲ生スルコトアルモ其慣行ヲ以テ法ナリトスルノ確信ヲ生スルハ甚稀ナル例外ナリ然レトモ其發生ノ稀ナルカ爲ニ慣習法カ全ク成文法ヲ廢止變更スルノ力ナシトスルハ其當ヲ得タルモノニ非ス

第六章 行政作用

行政作用ハ若之ヲ主觀的ノ意義ニ解シ總テ行政機關ノ作用ヲ指スモノト爲ストキハ行政作用ハ廣ク性質上法規ノ制定ニ屬スヘキ作用ヲ包含シ又裁判所判決ニ屬スヘキ作用ヲモ包含ス茲ニ所謂行政作用ハ其客觀的ノ意義ニ解スルモノニシテ事實上行政ノ範圍ニ屬スヘキモノノミヲ包含ス故ニ命令ノ制定ハ行政機關ノ作用ヲシトモ茲モ所謂行政作用ニハ屬セス

此意味ニ於テ行政作用ハ先之ヲ國際上ノ作用即國家カ他ノ國家ニ對スルノ作用ト國家カ其臣民ニ對スルノ作用トニ區別スルコトヲ得國家カ其臣民ニ對スルノ作用ハ更ニ之ヲ法律上ノ作用ト事實上ノ作用トニ區別スルコトヲ得國家ノ行政作用ノ大部分ハ法律上ノ關係ヲ生セサル事實上ノ活動ニシテ國家ハ或ハ學校ヲ設テ學術ヲ教授シ或ハ道路ヲ修築シ鐵道ヲ敷設シ其他百般ノ方面ニ於テ事實上ノ活動ヲ爲ス是國家行政ノ目的ヲ達スルニ於テ極テ重要ナルモノナレトモ如此事實上ノ作用ハ法學ノ論スヘキ所ニ非ス法學ノ論スル所ハ唯法律上ノ效果ヲ生スヘキ行政作用ノミニ限ル

國家ノ臣民ニ對スル法律上ノ作用モ亦更ニ之ヲ二種ニ區別スルコトヲ得國家ハ權力ノ主體ナリ臣民ニ對シテ優勝ノ地位ヲ有シ其權力ニ依テ之ヲ支配スルコトヲ得然レトモ國家ハ此權力ヲ利用スルコトナクシテ自ラ私人ノ間ニ立テ私人ト同一ノ地位ニ於テ之ヲ法律上ノ關係ヲ作成スルコトヲ得國家カ私人

ト同一ノ地位ニ立テテ行政作用ハ公法ニ依テ判斷セラルヘキモノニ非ス之カ標準タルヘキ法則ハ私法ナリ行政法學ニ於テ論スヘキ作用ハ如此作用ニ非スシテ專國家カ權力ノ主體トシテ其權力ヲ發動スルノ作用ノミナリ隨テ行政法學ニ於テ研究ノ主題タルヘキモノハ此權力ノ發動ニ在ルナリ

故ニ國家ノ行政作用中其臣民ニ對スル權力ノ作用ハ其最重要ナルモノナリ行政ノ區域ニ於テ國家ノ權力ノ作用ハ特ニ之ヲ行政行爲ト云フニ依テ之ヲ他ノ行政作用ト區別スルコトヲ得ヘシ是必シモ行政行爲ナル名稱カ如此意義ニ用ヒラルルヲ通常ト爲スト云フニ非ス通常ノ意義ニ於テハ行政行爲ト云ヘハ管ニ權力ノ作用ノミナラス私法上ノ行爲又ハ事實上ノ行爲ヲモ包含セシメタル意義ニ用ヒラル即廣ク行政作用ト云フト其範圍ヲ同ウスルヲ例トス其權力ノ作用ニ對シテハ別ニ之ヲ指示ヘキ特別ノ名稱ヲ有セス然レトモ行政機關ノ權力ノ作用ハ行政法上ノ最重要ナル觀念ナルカ故ニ予輩ハ特ニ之ヲ行政行爲ト謂ヒ之ヨリ以下ノ講義ニ於テ行政行爲云フトキハ專此權力ノ作用ヲ意思スルモノヲラシメント欲ス

立法行爲ハ常ニ法律ノ形式ニ依テ行レ司法行爲ハ常ニ判決ノ形式ニ依テ行ハルルニ反シ行政行爲ハ其形式ニ於テモ其内容ニ於テモ極テ種種ニシテ國家ハ或ハ命令シ或ハ政令ヲ許容シ或ハ金錢ヲ徵收シ或ハ金錢ヲ支給シ或ハ權利ヲ付與シ或ハ權利ヲ剝奪ス其形式ノ種種ニシテ限ナキハ即能ク行政ノ種種ナル目的ヲ達スルノ所以ナリ如此行政行爲ノ種種ナル形式及其内容ヲ研究スルハ即行政法學ノ全部ヲ論スルニ等キヲ以テ茲ニハ其種類ヲ列舉スルコトヲ待テ以下本論ニ於テ論スル所ヲ待テ知ルヘキナリ

然レトモ茲ニ豫一言スルコトヲ要スルモノアリ所謂公法上ノ契約ノ觀念即是ナリ

總テノ行政行爲ハ權力ノ發現ヲ公法ノ區域ニ於テハ國家ハ常ニ權力ノ主體トシテ以テ臣民ニ對ス臣民ト國家トハ不平等ノ地位ニ立ツモノナリ若國家ニシテ臣民ト對等ノ地位ニ立タハハ既ニ公法ノ區

領域シテ私法ノ區域ニ入レルモノナリ故ニ公法ノ區域ニ於テハ國家ト臣民トノ間ニハ對等ナル意思主體トシテノ契約ハ存在スルコトヲ得ス若シ契約ヲ以テ法律上對等ノ力ヲ有スル意思ト意思トノ合致ナリトセハ公法上ノ契約トハ疑モナク矛盾ノ觀念ナリ然レトモ國家ノ權力ノ作用ハ之ヲ純然タル一方ノ作用ト相手方ノ意思ヲ條件トセル作用トニ區別スルコトヲ得行政行為ハ通常ハ純然タル一方ノ作用ナルヲ原則トス國家ハ一方ノ其意思ニ依テ臣民ニ命令シ臣民ハ其命令ニ服従スルナリ然レトモ國家カ其命令ヲ爲スニ於テ先相手方ノ意思ヲ賈シ相手方カ之ヲ承諾スルニ依テ始テ之カ命令ヲ爲ストモ是其權力ノ作用タルコトニ矛盾スルモノニ非ス國家ハ仍權力ノ主體トシテ臣民ニ對スルモノニシテ其行為ハ私法上ノ行為ニ非ス仍等ク公法上ノ行為タリ蓋今日ノ國家ニ於テハ臣民ノ國家ニ對スル服従ハ無制限ノ服従ニ非ス國家ハ唯豫定タル法規ノ範圍內ニ於テノ臣民ニ命令シ要求シ得ルノミ其範圍以外ニ以テハ臣民ハ國家ノ爲ニ侵テラレザル自由ヲ有ス然レトモ若シ臣民カ自ラ之ヲ承諾スルニ於テハ經令法規ノ根據ナシト雖國家ハ仍臣民ノ自由ヲ制限シ身上ノ義務ヲ命シ財產上ノ支拂其他ノ負擔ヲ命スルコトヲ妨ケス所謂公法上ノ契約トハ即當事者ノ承諾ヲ以テ行フ所ノ行政行為ニ外ナラス

公法上ノ契約ニ於テハ國家ハ決シテ其相手方ト對等ノ地位ニ立ツモノニ非ス國家ハ尙優勝ナル意思ノ主體トシテ其統治權ヲ行使スルモノナリ故ニ公法上ノ契約ハ民法上ノ契約トハ全ク同一ノ法理ヲ以テ論スルコトヲ得ス公法上ノ契約ニ在テハ國家ノ意思ト相手方ノ意思トハ對等ノ價值ヲ有スルモノニ非ス其行為カ效力ヲ生スル所以ハ專斷國家ノ意思ノミニ存ス相手方ノ意思ハ唯其行為カ完全ニ有效タルノ要件ニ過キヌ相手方ノ承諾ノ意思ナシト雖之カ爲ニ其行為ハ當然無効ト爲ルモノニ非ス國家ノ權力ヲ作用ハ其レ自身ニ其適法ナルコトヲ證明スヘキ力アルモノニシテ經令實際ニハ相手方ノ承諾カ缺ケタルトモ國家ノ意思表示アリタル上ハ其意思表示自身ニ於テ總テノ有效條件ノ備レルコトヲ證明スル力ヲ有シ相手方ハ當然既ニ承諾シタルモノト推定セララルナリ若シ實際ニ承諾ナカリシトキハ其行為ハ違法ノ權力ノ行使ニシテ法律上ノ瑕疵アリ上級官廳又ハ行政裁判所ハ之ヲ取消スコトヲ要ス然レトモ其取消ナル迄ハ瑕疵アルニ拘ラス尙完全ニ效力ヲ保有スルモノナリ此點ニ於テ公法上ノ契約ハ民法上ノ契約ト異ル最著キ特色ヲ有ス民法上ニ於テハ當事者雙方ノ意思ハ全ク對等ノ價值ヲ有ス其一方ノ意思カ缺ケタルトキハ其行為ハ初ヨリ當然無効タルヘキモノナリ

公法上ノ契約ヲ論スル學者ニハ二種ノ極端ナル反對說ヲ見ルコトヲ得ヘシ一ハ公法上ノ契約ニ於テモ民法上ノ契約ニ於ルト等ク國家ノ意思ト臣民ノ意思トカ法律上對等ノ價值ヲ有スト爲シ兩者ノ異ル所ハ一ニ唯其結果カ公法上ノ關係ヲ生スルト民法上ノ關係ヲ生スルトニミ存スト爲スモノナリ一ハ全ク公法上ノ契約ノ存在ヲ否認シ是亦國家ノ一方ノ行為ニ外ナラスト爲スモノナリ予輩ハ此兩者ハ其ニ適當ノ說明ニ非スト信ス之ヲ純然タル對等ノ契約ナリトスルハ全ク之ヲシテ私法ノ區域ニ入ラシムルモノナリ公法ノ觀念ハ國家ト臣民トカ平等ノ地位ニ在ルコトヲ要件ト爲ス若シ對等ノ地位ニ立テ契約ヲ爲サハ即是私法上ノ契約ナリト總令之ニ依テ公法的關係ヲ發生スルモ私法上ノ契約カ如シ對等ノ地位ニ在テ而モ公法上ノ契約ナリト云フハ明ナル矛盾ナリ然レトモ又之ヲ以テ純然タル一方ノ行為ナリトスルハ等ク適當ニ非ス國家カ法規ノ範圍外ニ於テ臣民ニ命令シ職務ヲ負ハシムルニハ必臣民ノ自ラ承諾スルコトヲ要ス全ク其承諾ヲ要セス一方ノ之ヲ課スルヲ得ト爲スハ法治國ノ觀念ヲ無視スルモノ

ナリ
以上論スル所ニ依リ行政行為ハ之ヲ純然タル一方の行為ト當事者ノ承諾ヲ行フ所ノ行為トニ區別ス
一方の行為ハ之ヲ行政處分ト謂ヒ相手方ノ承諾ヲ以テ行フ所ノ行為ハ通常之ヲ公法上ノ契約ト謂フト
雖此名稱ハ雙方ノ意思カ等々其行為ノ有效要件ナリトスル誤リタル思想ヨリ出タルモノニシテ穩當
ナル名稱ト謂フヲ得然レトモ適當ナル名稱ヲ得難キカ故ニ始慣用ノ名稱ニ從ヒ之ヲ純然タル一方の
ノ處分ト區別スルカ爲ニ公法上ノ契約ト稱セント欲ス

第七章 公權

第一節 公權ノ觀念

公權ノ觀念ヲ論スルニハ先權利ノ觀念ヲ明ニスルコトヲ要ス然レトモ權利ノ觀念ハ一般法理學ニ屬ス
ル問題ニシテ行政法學ニ於テ特殊ノ研究ヲ要スヘキモノニ非ス茲ニハ唯公權ノ觀念ヲ明ニスルニ必要
ナル限度ニ於テ之ヲ論スルニ止メントス

權利ニ關スル學說ハ其種種ナルモノ今之ヲ詳述セス予ノ信スル所ニ依レハ
權利トハ法ニ依テ自己ノ利益ノ爲ニ主張スルコトヲ許サレタル意思ノ力ナリ

(一) 權利ハ意思ノ力ナリ 權利ハ意思ノ力ナリト云フニ對スル一ノ大ナル批難ハ權利ヲ以テ意思ノ
力ナリトスルトキハ意思能力ナキ者ノ權利ヲ説明スルコト能ハスト云フニ在リ然レトモ此批難ハ法
學上ノ觀念ト心理上ノ物質上ノ觀念トヲ混同スルノ誤ニ出タルモノナリ權利ハ意思ノ力ナリト云フ
モ必シモ心理上ノ意思ヲ謂フニ非ス權利カ意思ノ力ナリト云フハ法カ意思ノ力トシテ認メタルモノ

行政法各論

法學士 上杉 愼吉 講述

緒論

通常行政法各論ト云フハ各種ノ行政事務ノ實質ニ就テ行政事務ヲ區分シ各其目的ノ異ルニ從ヒ例之外
交、軍事、教育、衛生ト云フ如ク分科シテ其各部門ニ屬ル行政ノ作用ヲ論スルモノナリ
其目的ノ異ルトキハ自ラ其手段方法モ亦多少異ルハ通常然ル所ナリ然レトモ意思ノ限界ヲ論スルヲ法律
學トスレハ其科ナリ行政法學ハ唯國家行政ノ作用其モノノミヲ論スヘキモノト謂フヘク之ヲ越エテ
目的ニ數ヘ實質ニ顧ルヘキモノニ非スト謂ハサルヘカラス加之行政法各論ノ最詳密ナルモノハ法令全
書ノ註釋ト爲ルヘク實際其煩ニ堪フヘキコトニ非スシテ學問ノ效果ヲ無視シタル方法ナリ斯ル不便アリ
リ且不當ト視ルヘキ點アルヨリ行政法各論ヲ著書ノ上ヨリ驅逐スル傾向アリ
然レトモ行政法學發達ノ沿革ノ因襲ハ學者ヲシテ今尙盛ニ各部ノ行政ニ付テ行政法ヲ論セシメ又行政
法各論ノ理論的研究未甚不十分ナルカ爲メ行政法各論ノ價值ヲ失ハシムルニ至ラス實際ノ行政事務
ニ當ルモ亦大ニ之ヲ必要トシ之ヲ便利トスルノ事情アリテ未行政法各論ノ研究ヲ廢セシムルニ至ラス

又吾人ヲシテ今直ニ之ヲ廢セシムルニ至ラス
行政ノ部門ヲ分ツハ軍務、外務、司法、財務及内務ノ五ト爲スコトヲ通常トス此區分ハ固ヨリ學理的
ナリトハ稱スルコトヲ得ス主トシテ政務發達ノ沿革ト諸國ノ制度ノ實際トニ基クモノナリ
國家カ行政ノ目的ノ爲ニスル行動ニ權力ノ作用アリ又唯事實上ノ施設行動ニ止ルモノアリ又私法上ノ
取引ノ行動タルアリ權力關係ノ法タル公法ノ一科ナル行政法ハ唯權力作用ノミヲ論スヘキモノナリト
信ス然レトモ既ニ各論ヲ論述スル予ハ時トシテ必要ニ應ジ事實上又ハ私法上ノ國家ノ行動ヲ論シ其利
害得失ノ政策論ニ及フコトアラン是事適切ナルモノアルヘシト思ハル節モアレハナリ

第一章 軍務行政

第一節 軍務行政

國家ノ目的ノ一ハ國家其モノノ維持及擴張ナリ之カ活動ノ爲ニ備ヘラルル實力ハ軍隊ナリ軍隊ハ國家
ノ實力ヲ代表スルモノニシテ國家ノ存立ヲ危クスル外來ノ襲撃ニ對シ之ヲ防禦シ又進テ國家ノ伸張ヲ
圖ルカ爲ニ存立スルモノナリ又國內ノ安寧秩序ヲ保持スルノ目的ノ爲ニモ用ヒラル
軍隊ノ活動ナル固有ノ軍務其モノハ行政作用タル性質ヲ有スルモノニ非ス行政ハ元來國家ノ統治權ノ
作用ノ一方面ニシテ國家命令權ノ正常ナル狀態ヲ前提トシ國家内ニ於テ秩序ノ理ニ行ルモノナリ戰
争ハ縱令國際法ト稱スル規律ノ下ニ行ルルトスルモ行政ト稱スヘキ性質ノモノニ非ス故ニ茲ニ軍務行
政ト云フハ固有ノ軍務其モノニ非スシテ軍隊ニ關スル諸般ノ行政作用ヲ謂フナリ
軍務行政ハ一般ノ行政ノ如ク其内部ニ行ルモノト外臣民ニ對スルモノトノ二種類アリ内部ニ行ル

軍務行政ハ軍隊ノ編制及統帥ノ事務ナリ然ルニ此等ノ事務ハ我帝國ノ制度ニ於テハ形式上行政ニ屬セ
タルコトト爲リ居レリ即我憲法第一一條ハ規定シテ曰ク「天皇ハ陸海軍ヲ統帥ス」ト又其第二條ニ曰
ク「天皇ハ陸海軍ノ編制及常備兵額ヲ定ム」ト由是觀之軍隊ノ編制、統帥ナル内部行政ノ作用ハ我憲法
ニ於テ天皇ノ大權ニ屬スルナリ之ヲ除キテ眞ニ軍務行政ト稱スヘキモノハ外臣民ニ對シテ行ルモノ
ニシテ其目的軍務ニ關スルモノナリ如此行政作用ハ軍隊ノ材料、手段ヲ供給スルカ爲ニ行ルモノ
ニシテ即徵義ニ於テ軍務行政トハ軍隊ヲ組織スヘキ人及軍需ノ財物ノ供給ノ爲ニ行ル行政作用ナリ此
目的ノ爲ニハ私法上ノ行為モ亦用ヒラル然レトモ是行政作用ニ非ス國家ノ命令權ヲ使用シテ軍隊ノ需
要ヲ充ス作用カ即軍務行政ナリ而シテ此作用ニ二アリ一ハ軍隊ヲ組織スヘキ人ノ供給ヲ目的トスルモ
ノニシテ二ハ之ニ必要ナル財物ノ供給ヲ目的トスルモノ是ナリ前者ハ之ヲ軍事勤務ノ行政ト謂ヒ後者
ハ之ヲ軍事負擔ノ行政ト謂フ

第二節 軍事勤務

軍事勤務トハ軍隊ニ於テ奉行セラルル人の勤務ヲ謂フ
軍事勤務ハ或ハ法律上ノ義務トシテ奉行セラルレ或ハ之ヲ爲ス者ノ自由ナル承諾ニ基クモノアリ我憲法
第二〇條ハ規定シテ曰ク「日本臣民ハ法律ノ定ムル所ニ從ヒ兵役ノ義務ヲ有ス」ト我國ニ於テ軍事勤務
ハ主トシテ兵役義務ニ基キ然ラサルモノハ僅少ノ例外ニ於テ之ヲ見ルノミナリ而シテ兵役ノ義務ハ特
別ノ地位、階級ニ在ル者ノミ之ヲ有スルモノニ非スシテ臣民一般ノ義務ナリ國民皆兵主義ハ我國兵制
ノ根本原則タル所ナリ

兵役義務ト云フコトヲ説明スヘシ兵役義務ハ軍事勤務ニ服スヘキ臣民ノ義務ナリ兵役義務ハ臣民ノ義務ニシテ帝國臣民タルコトヲ要件トシテ負擔スル所ノ義務ナリ即帝國臣民タル者ハ皆此義務ニ服從セサルヘカラサルト同時ニ外國人ハ日本ノ領土内ニ居住スルモ此榮譽アル負擔ヲ有スルコトナキナリ兵役義務ハ法律上ノ義務ナリ故ニ義務ノ種類及限度ハ法律ニ由テ定ラサルヘカラス兵役義務ハ臣民一般ノ義務ナリ故ニ之ニ對シテ賠償ヲ與フルコトナシ兵役義務ハ國ノ戰鬪力ニ加リ服從スヘキ義務ニシテ忠實ニ奉公スルコトヲ内容トスル身上ノ義務ナリ故ニ他人ヲ以テ之ニ代ラシムルコトヲ得ス兵役義務ヲ有スルモノノ資格ハ徵兵令第一條ニ規定ス(二十二年一月法律一號徵兵令)即日本帝國臣民ニシテ十七歳ヨリ滿四十歳迄ノ男子ハ總テ兵役ニ服スルノ義務アルモノトス

軍事勤務ニハ現役ト非役トアリ現役トハ實ニ繼續シテ軍事勤務ニ服スルヲ謂ヒ非役トハ繼續シテ軍事勤務ニ服セサルモノヲ謂フ非役ハ豫備兵役、補充兵役及國民兵役ノ四ニ分ル豫備兵役及後備兵役ハ戰爭若クハ事變ニ際シテ召集ニ應ジテ服役シ平時ニ在テハ毎年一度六十日以内勤務演習ノ爲ニスル召集ニ應ジ又毎年一度簡閱點呼ヲ受クヘキモノナリ補充兵役ハ現役兵ノ補缺トシテ召集セラレ又戰時若クハ事變ニ際シ召集ニ應ジ服役シ平時ニ在テハ百五十日以内ノ教育ノ爲ニスル召集ニ應ジ其他勤務演習、簡閱點呼ヲ受タル義務ナリ國民兵役ハ戰時若クハ事變ニ際シ後備兵ヲ召集シ尙兵員ヲ要スルトキ召集ニ應ジテ服役スルノ義務ナリ

軍事勤務ハ唯武器ヲ採リ軍務ニ服スルニ止ラス兵器ヲ採リテ軍務ニ服スル軍人ノ階級ニ屬スル者ノ外各種ノ軍事行政ニ當ル者アリ廣ク之ヲ軍吏ト稱ス軍吏ニシテ特ニ軍人ノ階級ニ屬セシマルル者アリ例之軍醫、軍隊ノ事務官ノ如シ

軍事勤務ハ之ニ服スル者ト國家トノ間ニ特別ノ法律關係ヲ發生スルモノナリ其關係ハ一般ノ官吏關係ニ類似シ陸海軍將校ノ如キハ官吏ナリ然レトモ軍事勤務ノ關係ハ固有ノ性質ヲ有シ軍隊ノ特別ナル組織ニ屬スルニ於テ官吏關係ト異レリ軍事勤務ニ服スル者ノ多數ハ法律上ノ兵役義務ニ基クモノナルコトハ區別ノ標準ニ非スシテ志願ニ由リ軍人ト爲ル者モ其國家ニ對スル關係ハ異ルコトナシ而シテ志願ニ由ル軍人モ軍法ノ支配ヲ受ケ一般官吏法ノ下ニ立ツヘキモノニ非ス

現役ノ軍事勤務ノ關係ハ徵集ニ因テ發生シ又志願ニ由ル採用ニ因テ發生ス徵集トハ兵役ノ義務アル者ヲ命令權ヲ以テ現役ノ軍事勤務ニ服セシムル行政處分ナリ徵集ニ應ジテ軍事勤務ニ服スヘキ者即徵集命令ヲ發スルコトヲ得ヘキ者ヲ服役義務者ト稱ス服役義務ハ徵兵令ニ依ルニ兵役義務者カ滿二十歳ニ達シタル時ヨリ始ル服役義務ヲ有スル者ハ屆出ノ義務ヲ負フ毎年一月ヨリ十二月迄滿二十歳ニ達スル者ハ其年ノ一月一日ヨリ同月三十一日迄ニ本籍市町村長ニ屆出ツヘキモノトス徵兵令ハ此屆出ノ義務ヲ戶主ニ非サル者ニ付テハ戶主ノ義務トセリ此屆出ヲ爲ササルキハ一定ノ罰金ニ處セラル服役義務アル者ハ又呼出ニ應ジテ出頭シタル身體検査ヲ受クル義務ヲ負フ服役義務ハ現役ニ編入スル處分即徵集ノ處分ヲ受ルニ依ラ終了ス

徵集ノ裁決ハ徵兵事務條例(二十九年三月勅令一二號徵兵事務條例)ニ定ムル所ノ徵兵官カ同條例ニ定ムル方法ニ依ラテ之ヲ行フ裁決ニハ假決ト終決トノ二種アリ假決ハ徵集延期及猶豫ヲ裁決ス徵兵令ノ定ムル所ニ依ルニ體格健全且強壯ニテモ身幹ノ未定尺ニ滿サル者、疾病中又ハ病後ニシテ勞役ニ堪ヘサル者、公權ノ剝奪若クハ停止ヲ附加スヘキ重輕罪ノ爲ニ罰問若クハ拘留中ニ係ル者ハ徵集ヲ延期ス其者カ徵集ニ應スルトキハ其家族ノ生活ヲ害スルノ確證アルトキハ志願ニ由リ延期ス徵兵令ニ定ムル

所ノ學校ニ在校ノ者ハ滿二十八歳迄外國ニ在ル者ハ滿三十二歳迄本人ノ願ニ由テ徵集ヲ猶豫ス終結ハ徵集處分、補充兵編入、國民兵編入、徵集免除及兵役免除ノ事ヲ裁決ス身體検査ニ合格シタル壯丁ハ體格ノ等位、兵種ヲ分テテ抽籤ヲ行ヒ其順序ヲ定ム徵集ノ處分ヲ受ケタル者ハ一定期日ニ入營シテ現役ノ軍事勤務ニ服セサルヘカラス

其年所要ノ現役人員ニ超過スル者ハ之ヲ補充兵ニ編入ス抽籤番號ノ順序ニ依テ其年所要ノ補充兵役ノ人員ニ超過スル者ハ國民兵役ニ編入ス徵集ヲ延期シタル者ニシテ一定ノ年限ノ後ニ尙其事由ノトモナル者ハ徵集ヲ免除シ國民兵役ニ編入ス癩疾又ハ不具等ニシテ徵兵検査規則ニ照シテ兵役ニ堪ヘサル者ハ兵役ヲ免除ス

志願ニ由テ現役ノ軍事勤務ニ服スルハ兵役義務アル者之ヲ爲スモノト兵役義務ナキ者之ヲ爲ス場合トアリ即兵役義務ナキ者ト雖志願ニ由テ現役ノ軍事勤務ニ服スルコトアルナリ志願ニ由テ現役ニ服スル者ハ兵役義務アル者カ其服役ノ態様ヲ變シテ服役センコトヲ志願スルモノアリ又軍人タルコトヲ自己ノ生活ノ職業ト爲サントスルカ爲ニスルモノアリ是必シモ兵役義務アル者ニ限ラス何レノ場合ニモ其軍事勤務ニ服シ軍人ノ階級ニ入ルニハ國家處分タル認可又ハ採用ニ由ルハ云フ迄モナシ

志願ニ由テ現役ニ服スルハ(一)未滿二十歳ニ達シテ服役義務ヲ發生セサル兵役義務者タル滿十七歳以上ノ者ハ志願ニ由テ現役ニ服スルコトヲ得(二)滿十七歳以上滿二十八歳以下ニシテ官立學校其他徵兵令ニ定ムル所ノ學校ノ卒業證書ヲ所持シ若クハ陸軍試験委員ノ試験ニ及第シ服役中費用ヲ自辨シ豫備將校タルコトヲ希望スル者ハ志願ニ由テ一年間陸軍現役ニ服スルコトヲ得(三)海軍兵役ニ服センコトヲ志願シタル者ハ海軍兵役ニ服セシム(四)法律上ノ義務ニ屬スル現役ノ服役年限ヲ終リタル者ハ志願

ニ由テ一定年限ノ再服役ヲ爲スコトヲ得、再服役ハ幾度モ之ヲ爲スコトヲ得(五)陸軍各兵科現役下士ハ主トシテ志願ニ由テ下士候補生タル者ヲ以テ之ニ充テ下士候補生ハ陸海軍現役、豫備役、後備役ニ在ラサルモノニシテ召募試験ニ及第シタル者及軍隊兵卒中品行方正思想確實ニシテ再服役ヲ希望シ下士候補生タル技能ヲ有スル者ニ付テ之ヲ採用ス海軍下士ノ採用モ大體之ニ似タリ(六)陸軍各兵科現役將校ハ志願ニ由テ士官候補生タル者ニシテ少尉ノ資格ヲ有スル者ヲ以テ之ニ充テ海軍高等武官ノ採用モ大體之ニ似タリ

徵集ノ處分ニ由リ又志願ニ由ル採用ノ處分ニ因テ現役ノ軍事勤務ニ服スル者ハ國家ニ對シテ定ムル所ノ現役ノ軍事勤務ニ服スヘキ特別ノ服役關係ニ立ツ其國家ニ對スル關係ハ原則トシテハ徵集ノ處分ニ由ルモノト志願ニ由ルモノト異ル所ナク又其將校、下士、兵卒ノ階級ニ依テ異ルコトナク各定ル所ノ現役ノ軍事勤務ニ服スル義務ヲ負フナリ而シテ現役軍人ハ絕對的ニ天皇ノ軍統帥大權ニ服従スヘキモノニシテ其義務ハ一般ノ臣民ノ義務ヨリ嚴密ニシテ法規ノ限界ナク全力ヲ盡シテ忠實ニ奉公セサルヘカトラサル義務ナリ無制限トハ云ヘ軍事勤務ニ屬スルノ範圍ヲ出ツルコトナキハ云フ迄モナシ然レトモ上官ノ命令カ果シテ此範圍ニ屬スルヤ否ヤハ一ニ上官ノ決定スル所ニ依テサルヘカトラサルヲ以テ此範圍ハ實際上何ノ意義モナキコト爲ル隨テ上官ノ命令ニ因テ爲サレタル各商ノ行為ニ對シテ全責任ヲ負擔スヘキモノナリ軍事勤務ヲ忠實ニ奉公スルノ義務ハ又自ラ其軍事勤務ニ服スヘキ軍隊又ハ場所ニ在ルヲ包含ス隊附現役、下士、兵卒ハ營内ニ居住セシムルヲ原則トス軍事勤務以外ニ在テ又軍人ノ義務トスヘキモノアリ其重ナルモノハ軍人タルノ品位ヲ保持スルノ義務ナリ其他軍事勤務ヲ相妨クル諸般ノ行為ヲ爲ササルノ義務アリ

現役ノ軍事勤務ニ服スル軍人ハ國家ニ對シテ一定ノ權利ヲ有ハ即衣食住ノ給與ヲ受クルノ權ナリ或ハ實物ニテ給與セラレ又ハ金錢ヲ以テセラル金錢ヲ以テスルハ下士、兵卒ニ於テハ通常日給ニシテ將校ニ於テハ俸給ナリ又實費ノ辨償ヲ受クルノ權利ヲ有ス一年志願兵ハ例外トシテ服役中食料、被服、器具等ノ費用ヲ自辨スヘキモノトス

現役ノ軍事勤務ニ服スル軍人ハ其結果私法上國法上及訴訟法上一般臣民ニ特別ナル地位ヲ有スルモノナリ(第一)現役軍人ノ私法上ニ於テ關係ハ遺言、後見等ニ關スル民法ノ規定、婚姻ニ關スル特別規定等ニ主トシテ之ヲ見ル(第二)國法上現役軍人ハ其地位ニ依テ一方ニ於テハ一定ノ制限ヲ受ケ他方ニ於テハ幾多ノ特權ヲ有ス(イ)其制限ノ著キモノハ各種ノ選舉權、被選舉權ヲ除キセラルコトナリ其他多少ノ制限ヲ受ケ(ロ)現役軍人タル地位ニ基キ特權ノ重ナルモノハ各種ノ公法上ノ義務ヲ免ルルコト及公ノ營造物ノ使用ニ關シテ特別ノ利益ヲ受クルコトナリ(第三)現役軍人ハ又民事及刑事訴訟法上種種ノ特別ナル關係ヲ有ス

兵役義務タル現役年限ハ原則トシテ陸軍ニ在テハ三箇年海軍ニ在テハ四箇年トス但戰時若ハ事變ニ際シ又ハ臨時ニ演習又ハ觀兵ノ舉アルトキ若クハ外國ニ駐劄中ナルトキハ之ヲ延期スルコトアリ志願ニ由テ一定年限ノ再服役ヲ爲スコトヲ得ルハ前述ノ如シ現役中殊ニ勤務ニ熟シテ品行方正ナル者ハ二箇年以上服役シタル者ニ限リ歸休ヲ命セラルコトアリ歸休兵ハ現役ノ軍事勤務ヲ免レテ在郷スル者ニシテ戰時若クハ事變ニ際シテ召集ニ應ジ平常ニ在テハ毎年一回ノ簡閱點呼ヲ受ケ又演習ノ爲メ臨時兵員ノ補缺ヲ要スルトキ召集セラル其他現役中本人ヲ要スルニ非サレハ家族ノ自活スルコトヲ得サル事故ヲ生シタルトキハ其家族ノ願ニ由リ一時現役ヲ免ス現役中傷疾又ハ疾病ニ因リ一時兵役ニ堪ヘ難キ

者ハ現役ヲ免ス永久兵役ニ堪ヘ難キ者ハ兵役ヲ免セラル又懲罰處分トシテ現役ヲ免セラルコトアリ下士服役年限ハ三箇年乃至六箇年トス陸軍服役條例、海軍下士卒服役條例(將校ハ現役年限年齢ニ滿ル迄服役ス之モ延長セラレ又ハ短縮セラルコトアリ)

兵役義務者カ現役ヲ終リタルトキハ豫備兵役ニ服ス豫備兵役ハ陸軍ニ在テハ四箇年、海軍ニ在テハ三箇年ナリ下士、將校モ一定ノ事由アルトキハ一定ノ豫備兵役ニ服セシム豫備兵役ヲ終リタル者ハ後備兵役ニ服ス其年限ハ陸軍ニ在テハ十箇年、海軍ニ在テハ五箇年トス下士、將校モ一定ノ事由ニ當ルトキハ一定ノ後備兵役ニ服ス

豫備及後備ノ軍事勤務ハ現實ニ間斷ナク軍事勤務ニ服セスシテ唯戰時若クハ事變ニ際シテ召集セラレ現役ノ軍事勤務ニ服ス其他毎年一度六十日以内勤務演習ノ爲メ召集セラルルハ原則トス豫備役及後備役ニ在ル者ハ軍事上ノ監督ヲ受ケ毎年一度ノ簡閱點呼ヲ受クルノ義務アリ(陸軍召集條例、海軍召集條例)其他諸般ノ制限、監督ノ目的ノ爲ニスル届出ノ義務(陸軍服役條例、海軍高等武官服役條例、海軍軍士官服役令等)アリ

豫備及後備ノ軍事勤務ノ外ニ兵役義務者ノ兵役ニハ補充兵役アリ補充兵役ハ毎年必要ノ現役兵員ニ超過スル壯丁ヲシテ之ニ服セシム其服役年限ハ陸軍ニ在テハ十二箇年四箇月、海軍ニ在テハ一箇年トス補充兵役ハ又現實ニ間斷ナク軍事勤務ニ服スルモノ非シテ補充ニ充ツルノ目ニ備フ現役兵ノ補充ニ充テ又戰時若クハ事變ニ際シテ之ヲ召集ス陸軍補充兵ハ平常ニ在テハ百五十日以内教育ノ爲メ召集セラレ勤務演習ニ召集セラレ簡閱點呼ヲ受ケヘキコトハ豫備兵役ト同シ軍事上ノ監督ヲ受ケ届出ノ義務アルコトモ亦同シ

後備兵役ヲ終リタル者及陸軍ニ在テ召集セラレタル補充兵ニシテ其役ヲ終リタル者及各種ノ兵役ニ在ラナリシ兵役義務者ハ國民兵役ニ服セシム前者ヲ第一國民兵役トシ後者ヲ第二國民兵役トス國民兵役ノ軍事兵役モ亦現實ニ間斷ナク軍事勤務ニ服スルモノニ非ス戰時若クハ事變ニ際シテ後備兵ヲ召集シテ尙兵員ヲ要スルトキ召集セラルル義務アル者ナリ國民兵ハ國民軍ヲ組織スル者ニシテ陸軍ニ屬シ主トシテ衛戍若クハ邊境ノ警備ニ充ツル者ナリ

第三節 軍事負擔

軍事負擔トハ軍需ニ應スルカ爲ニスル財產權ノ制限ナリ

軍事負擔ハ財産上ノ義務ナリ其義務ノ内容ハ或ハ積極的ニ財産ヲ給付スルノ負擔タリ或ハ消極的ニ財産權ノ行使ノ制限タリ前者ハ徵發ニシテ後者ハ要塞地帯ノ制限ナリ此二者ヲ稱シテ軍事負擔トハ謂フナリ

軍事負擔ハ命令權ノ作用ニシテ強制シテ之ヲ行フ軍ノ需要ハ主トシテ私法上ノ契約ニ依テ之ヲ充ヌヲ常トスレトモ軍事負擔ハ之ト異リ權力ノ作用タル財産權ノ公法上ノ制限ナリ如此制限ハ直接ニ法規ニ基クコトアリ又行政處分ニ由ルコトアリ直接ニ法規ニ基ク制限ハ之ヲ實行スルカ爲メ特殊ノ官廳ノ行為ヲ要セス行政處分ニ由ルモノハ其根據ハ法規ニ存スレトモ處分ニ由テ義務發生ス軍事負擔ハ財産上ノ負擔ナリ此點等々強制シテ陸海軍ノ需要ヲ充ヌヲ目的トスル兵役義務ト異レリ尤徵發ハ勢力ノ徵發ナルコトアリ然レトモ是亦金錢ニ見換ルコトヲ得ル勢力ノ供給ヲ目的トスルモノニシテ隨テ他人ヲシテ之ニ代ラシムルコトヲ得又軍事負擔ハ財産上ノ負擔ニシテ兵役義務ノ如ク日本臣民タルコトヲ要件

トスル人の義務ナラス故ニ荷國內ニ在ル財産タル以上ハ外國人ニ屬スルモ負ハサルヘカラサル義務ナリ

軍事負擔ハ原則トシテ有償ナリ此點モ兵役義務ト異レリ是軍事負擔ハ財産上ノ義務ニシテ加之兵役義務ノ國民一般ニ普ク負擔スルノ義務タルニ反シ軍事負擔ハ個軍事ニ必要ナル物件ヲ所有スル者ノ負擔スル所ナルヲ以テ之ニ賠償ヲ與フルハ事理ニ適スレハナリ此點モ亦軍事負擔等々公法上ノ財産義務タル租稅ト異ル要點ニシテ軍事負擔ハ國庫ノ收入ヲ目的トシ一般ノ費用ニ充ツルカ爲メ非スシテ一定ノ形體ヲ有スル財產物件其モノヲ以テ直接ニ軍需ニ供スルノ目的ヲ有スルモノナリ隨テ租稅ハ均一ナル普ク負擔タルニ反シ軍事負擔ハ不均一、不特定ノ負擔ナリ

又軍事負擔ハ軍ノ需要ニ應スルノ目的ヲ有シ警察上ノ目的ノ爲ニスル警察上ノ制限ト異レリ又戰時若クハ事變ニ際シテ合圍地帯内ニ在テ住民ノ財産ニ對シテ事實上ノ損害ヲ來スハ軍事負擔ニ非ス是通常軍事損害ト稱シテ軍事負擔ト區別ス賠償ヲ與ヘラルモノニ非ス

軍事負擔ニ付テハ徵發ト要塞地帯ニ於テ制限ヲ分テテ説明スヘシ

第一、徵發ハ軍事負擔ノ一種ニシテ物件又ハ勢力ノ給付ヲ目的トス徵發ヲ分テテ平時徵發、戰時徵發トス平時徵發トハ平時ノ演習行軍ノ際ニ軍需ヲ徵發スルモノヲ謂フ戰時徵發トハ戰時若クハ事變ニ際シテ陸軍又ハ海軍ノ一部又ハ全部ヲ動スニ當リテ其要スル所ノ軍需ヲ地方人民ニ賦課徵發スルヲ謂フ徵發ヲ爲スコトヲ得ヘキ種目ハ徵發令ニ限定ス戰時平時ヲ通シテ徵發スルコトヲ得ルモノト戰時ノミニ徵發スルコトヲ得ルモノト二種アリ一定ノ物件ハ徵發ヲ免除セラル

徵發書ハ徵發區ニ對シテ之ヲ發シ徵發區ハ徵發スヘキ物ノ種類ニ依テ府縣郡、市町村、會社ナリ會社ニ對シテ徵發書ヲ發スル場合ハ其徵發區タル會社ハ同時ニ徵發義務ノ主體ナレトモ府縣郡、市町村ノ徵發區ハ徵發義務ノ主體ニ非ス徵發義務ノ主體ハ徵發セラルヘキ物ノ所有者タル私人ナリ府縣、郡、市町村ノ徵發區ハ國家ノ機關トシテ徵發事務ノ爲メ利用セラルルナリ之カ爲ニ徵發區ハ徵發ニ應スヘキ便宜ノ方法ヲ定ムルノ義務アリ

徵發ニ對シテハ賠償ヲ與フルヲ原則トス是徵發ハ不均一、特別ノ義務ニシテ一般不偏ノ義務ニ非ナルヲ以テ偶軍事ニ必要ナル物件ヲ所有スル爲メ之ヲ徵發セラレタル者ニ對シテ其價格ヲ補充スルハ負擔ノ公平ヲ保ツカ爲メ必要ナレハナリ徵發ニ對スル賠償ハ決シテ私法上ノ代價ノ支拂ニ非スシテ公法上ノ一ノ處分ナリ

第二 要塞地帯ニ於ル制限 軍事負擔ノ第二種ハ財產權ノ制限タル要塞地帯ノ制限ナリ要塞地帯ト者國防ノ爲ニ設ケタル諸般ノ防禦營造物ノ周圍ニ屬スル區域ニシテ其營造物ノ效力ヲシテ完全ナラシムルカ爲メ諸般ノ財產上ノ制限ヲ受クル一帯ノ土地ヲ謂フ其制限ハ明治三十二年七月法律第一百五號「要塞地帯法」ニ規定セリ其地帯ハ距離ノ遠近ニ從テ三區ニ分テ各一定ノ財產權上ノ制限ヲ受ク其制限ハ同ノ第一區内ニ於テ不燒賣物ヲ以テ家屋及倉庫ヲ築造スルコトヲ得サルカ如シ此等ノ制限ハ法律上ノ制限ニシテ一行政處分ヲ俟ツモノニ非ス其法律上ノ制限タル理由ニ依テ要塞地帯法ハ之ニ對シテ賠償ヲ與ヘサルコトトモリ此等ノ制限ノ強制方法トシテハ直接強制及代執行ノ方法ヲ規定セリ又罰則ヲ規定セリ

軍港、要港ニ於テモ之ト同様ノ制限ヲ受ケシムルコトト爲リ居レリ

第二章 外務行政

國ト國トノ交渉ノ事ハ行政ニ非ス何トナレハ行政ハ國家ト臣民トノ權力關係ノ間ニ行ルコトヲ性質トスレハナリ縱令國家間ノ關係ハ法規ヲ以テ支配スルコトヲ得ル關係ナリトスルモ如此法規ハ國內法ノ嚴格ナル意義ニ於テハ法規ト謂フヘカラスシテ國法ナルモノノ存在ヲ認ムルモ行政法ニ屬スルモノニ非ス然レトモ如何ナル國家ノ機關カ國家間ノ交渉事務ニ當ルヘキヤ即何カ外交機關ナルカハ國法ノ定ムル所ニ依ルナリ我憲法ハ外交事務ハ天皇ノ親裁ノ政務トセルコトハ憲法第一三條ニ「天皇ハ戰ヲ宣シ和ヲ講シ及諸般ノ條約ヲ締結ス」トアルニテ明ナリ故ニ外交事務ハ縱令其實質行政事務ナリトスルモ我國法ノ下ニ於テハ形式上行政機關ニ由テ行ル行政事務ニ非スシテ所謂大權ニ屬スルモノナリ」近來國家間ノ交通盛ナルニ及ヒ外國ニ在ル自國臣民內國ニ在留スル外國人ニ對シテ國家ノ命令權ヲ以テ莅ムヘキ事務多クナルニ至レリ學者或ハ之ニ關スル法規ヲ國際行政法ト稱シ國際法ノ一部トスルモノアリ然レトモ命令權ニ服従スル者ニ對シテ國家カ權力ヲ行使スル關係ハ國內法ノ關係ニシテ國際法ノ關係ニ非ス所謂國際私法ハ國內法ノ性質ヲ有スルモノト信スルカ之ト等ク國法以外ニ國際行政法ヲ認ムルコトヲ得サルヘシト思フ故ヲ以テ如此國家ノ私交通ヲ國權ヲ以テ保護獎勵スル事務ハ其實質ヨリスレハ內務行政ナリト信スルナリ然レトモ諸國ノ制度ニ於テ如此國際の私交通ノ保護獎勵ノ事務ハ便宜上外交ノ事務ニ當ル機關ヲシテ之ヲ管掌セシムルコトト爲リ居レリ我國ニ於テモ天皇ノ大權行使ノ爲メ利用セラルル外交機關タル外務大臣其他ノ者ヲ以テ此等ノ事務ヲ管掌セシム茲ニ予カ外務行政ト稱スルハ即此便宜上外務大臣、公使及領事ノ權限ニ屬セシメタル國際の私交通ノ保護獎勵ノ事務ナリ

リ即外務行政ハ其事項ノ實質內務行政ト異ルニ非スシテ形式上外務大臣等ニ屬セシタル事務ナリ故ニ外務行政ヲ論スルニハ其機關タル外務大臣、公使及領事ノ權限ヲ數フレハ足ルナリ

第一 外務大臣 外務大臣ハ主トシテ外國ニ對スル政務ノ施行即外交ノ事務ヲ執筆スル機關ナリ然レトモ外國ニ於ル帝國商業ノ保護、外國在留帝國臣民ニ關スル事務ヲ之ニ附隨シテ管理ス又此等ノ事

務ノ爲ニ外交官及領事官ヲ指揮監督ス

第二 公使 公使モ亦主トシテ外交ノ機關ナリ然レトモ之ニ附隨シテ外務行政ニ屬スル事務ヲ掌ル其事務ハ命令權ノ行使ニ屬セサル事務タル原則トス唯其一大例外ハ國際慣例上所謂治外法權ノ場合ニシテ公使ノ附屬員、從者ハ在留國ノ裁判權ニ服從セサル原則トスルヲ以テ若此等ノ者ハ犯罪行爲アリタル場合ニ於テハ公使ハ之ヲ處罰スルコトヲ得サレトモ假ニ之ヲ禁錮シ本國ニ送還スルコトヲ得ルモノトセラルナリ又公使ハ婚姻ノ届出ヲ受理スル等二三ノ身分官吏タルノ事務ヲ行フモノアリ

第三 領事 領事ハ主トシテ國際的私交通ノ保護獎勵ノ任ニ當ル機關ナリ領事ノ職務ノ範圍ハ法令、條約、國際慣例ニ依テ定ル其職務ノ重ナルモノハ帝國商事ノ保護、在留帝國臣民ノ保護ノ如キ事務ニシテ主トシテ命令權ノ行使ニ屬セサルモノナリ其命令權ノ行使ニ屬スル事務ヲ行フハ在留國ノ承認ヲ得サルヘカラス其承認ハ明示又ハ默示ニ與ヘラルナリ領事ノ職務ノ主ナルモノハ大略左ノ如シ

甲 命令權 領事ハ其管轄區域内ニ在留スル日本臣民ノ名簿ヲ備ヘ居住及身分ニ關スル届出ヲ受理シ且ハ各情ノ事實ニ依テ知リ得タル日本臣民ノ居住及身分ニ關スル事項ヲ其名簿ニ登錄スヘキモノニシテ婚姻、養子縁組ノ成立要件タル届出ハ外國ニ在ラハ之ヲ領事ニ爲スコトヲ得ルモノトセラル

(三)(二) 領事官ハ外國ニ在テ管海官廳タル事務ヲ行フ官廳ナリ

警察事務 在外帝國人民及船舶ハ或程度ニ於テ其保護及取締ノ爲ニスル領事ノ警察權ニ服ス領事官職務規則ニ領事ハ日本臣民ニ旅券ヲ交付シ又ハ之ヲ査證スルコトヲ得ル旨ヲ規定セリ領事裁判權ヲ行フ權限ヲ有スル領事ハ十圓以内ノ罰金又ハ拘留ノ罰則ヲ附シタル警察命令ヲ發スルコトヲ得

(四) 管財事務 領事ハ其管轄區域内ニ於ル日本臣民ノ財産又ハ遺産ニ適當ナル管理人ナキ場合ニ之ヲ管理人タル事務ヲ行フヘキモノナリ

(五) 證明事務 領事ハ其管轄區域内ニ於ル日本臣民又ハ外國人ノ申請ニ因テ日本臣民又ハ日本ニ在ル土地ニ關スル法律行為ニ付テ證明ヲ爲ス權限ヲ有ス又日本ニ旅行セントスル外國人ノ旅券ヲ其申請ニ因テ證明ス

(六) 裁判事務 外國ニ在ル帝國臣民ハ在留國ノ裁判權ニ服從スルヲ原則トス然レトモ一定ノ國ニ於テハ條約又ハ慣行ニ依テ帝國ノ裁判權行ルコトアリ斯ル外國ニ在ラハ其國ニ駐在スル領事官裁判權ヲ行使スルノ機關ナリ

命令權ノ行使ニ屬セサル事務 領事ハ駐在國ニ在留スル日本臣民ニ對シ適當ナル補助ヲ與ヘ及必要ナル助言ヲ爲スヘキモノナリ

領事ハ日本臣民相互間又ハ日本臣民ト外國人トノ間ニ生シタル民事上ノ爭ニ關シテ仲裁ヲ爲ス

- 司法行政
- (三) 領事ハ駐在國ニ於テ救助ノ必要ヲ生シタル日本臣民ニ對シテ必要ナル救助ヲ與ヘ本國ニ歸還スルノ便宜ヲ與フヘキモノナリ
- (四) 領事ハ其駐在國ニ在ル帝國軍艦ニ對シテ必要ナル補助ヲ與フヘキナリ
- (五) 領事ハ駐在國カ條約又ハ國際法ヲ遵守スルヤ否ヤヲ監督スルノ職務ヲ有ス
- (六) 領事ハ駐在國ニ於ル帝國商業ノ狀態其他帝國ノ利害ニ關シ知リ得タル事項ニ關シ正確ナル報告ヲ本國政府ニ向テ爲スヘキモノナリ

第三章 司法行政

司法其モノカ行政ニ非サルコトハ言フ迄モナシ茲ニ司法行政ト云フハ司法權ノ作用ヲ補助スル各種ノ行政事務ヲ謂フ即司法權ノ存在ニ關連關係スル行政ナリ司法權ハ獨立ノ裁判所ニ依テ之ヲ行ヒ行政權ノ關涉ヲ許ササルコトハ憲法上明ナリ然レトモ司法其者ニ非サル司法行政事務ハ司法大臣ノ權限ニ屬ス裁判所ノ組織ノ實行即裁判所ノ設備、管轄區域ノ變更等ノ事務、裁判所及之ニ附屬スル司法制度ノ維持及監督、檢察ノ事務、恩赦及復權ニ關スル執行裁判ノ執行ノ如キモノヲ主ナルモノトス此等行政ノ細目ハ司法ヲ論スルニ伴ヒテ説明スルヲ便宜トスト考フルカ故ニ行政法ニ於テハ姑之ヲ論セヌ是普通ノ教科書、講義ノ當然ル所ナリ

第四章 財務行政

訴訟法得サル奇怪ノ結果ニ至ルヘシ

判決確定ニ關スル證明手續ヲ説明センニ判決確定ノ證明ニ關スル手續ハ民事訴訟法第四九條以下ニ之ヲ規定セリ此等法文ノ規定ニ依レハ先何人カ判決確定ノ證明ヲ求ムルコトヲ得ルヤト云フニ原告若クハ被告ナリ然レトモ本條ノ解釋トシタル原告、被告ノミナラス其承繼人ハ勿論之ヲ求ムルコトヲ得タルヘカラス原告、被告ノ法定代理人モ亦然リ而シテ茲ニ謂フ承繼人トハ廣義ニシテ一般ノ承繼人ハ勿論特別ノ承繼人ヲモ包含ス即判決ノ確定シタル後甲原告ヨリ權利ヲ讓受ケタル乙者モ亦自ラ訴ヲ提起スルヲ要セス直ニ判決ノ確定證明ヲ得テ自ラ強制執行ヲ爲スコトヲ得ヘシ其證明書ヲ付與スル者ハ第一審裁判所ノ書記ナリトス而シテ判決確定ノ證明書ハ或場合ニハ事件ノ繼續セサルニ拘ラス與フルコトアリ即訴訟カ一審判決ヲ受ケテ上訴ノ申立ナクシテ完結スル場合ニシテ此場合ニハ上級裁判所ノ書記カ上訴ノ提起ナキコトヲ證明シタル書面ヲ以テ判決確定ノ證明書トスルニ在リ是第四九條第三項ニ規定セリ何故ニ如此規定ヲ設ケタルヤト云フニ民事訴訟法ハ刑事訴訟法ト異リ上訴ノ申立ヲ第一審裁判所ニ爲ササルカ故ニ單ニ判決送達ヨリ上訴期間ノ經過シタルノミニテハ第一審裁判所ニテハ其判決ノ確定シタルヤ否ヤヲ知ルコトヲ得ス故ニ上級裁判所ニテ上訴ノ提起ナキ證明書ヲ與フルヲ以テ最便利ナリトス同條第三項ハ此理由ニ基キ規定セラレタルモノナリ

次ニ假執行ノ宣言ヲ付シタル判決ニ付述ヘンニ判決ハ假執行ハ法律ニ於テ特定シタル場合ナラザレハ之ヲ許サス當事者ニ於テ假執行ヲ爲スコトヲ得タルハ勿論又裁判所ヲシテ適當ト認メタル判決ニ對シテ假執行ノ宣言ヲ付スルコトヲ許サス蓋債務者ノ利益ヲ保護スルノ趣旨ヨリ出テタルモノナリ而シテ法律ニ特定シタル場合ニテモ左ノ判決ニハ性質上假執行ノ宣言ヲ付スヘキモノニ非ス

第一 上告棄却ノ判決

第二 第二審判決ヲ破毀シ他ノ裁判所ニ事件ヲ移送スル上告裁判所ノ判決

第三 訴ノ却下又ハ請求ノ棄却ノ判決

我民事訴訟法ハ假執行ノ宣言ヲ付スヘキ判決ヲニ分ツ一ハ職權ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ付スル場合ニハ申立ニ因リ假執行ノ宣言ヲ付スル場合はナリ

我訴訟法ハ假執行ノ宣言ヲ付スヘキ判決ヲ職權ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ付スル場合ト申立ニ因リ假執行ノ宣言ヲ付スル場合トニ分テリ

第一 職權ヲ以テ假執行ノ宣言ヲ付スル場合(五〇一條)

(一) 職權ニ基キ被告ニ敗訴ヲ宣渡ス判決 即第二二九條ノ場合ヲ指稱ス此判決ニ假執行ノ宣言ヲ付スル理由ハ認諾アリタル場合ニ於テハ判決ヲ以テ確定セル法律關係明確ニシテ之ニ對シ上訴ヲ爲スモ

其結果ハ第一審判決ト異ルコトナシトスルニ因レリ

(二)

證書訴訟父ハ爲替訴訟ニ於テ宣渡ス判決 此訴訟ノ場合ニ於テハ第四九一條被告カ原告ノ請求ヲ爭フ場合ニハ其防禦方法ヲ被告ニ留保スル判決ヲ下スコトヲ規定セリ而シテ假執行ノ宣言ハ右ノ如ク留保ヲ掲ケタル判決ニモ之ヲ付スルナリ此判決ニ假執行ノ宣言ヲ付スル理由ハ原告ノ提出シタル證書ニ依リ請求ノ原因明確ナルカ故ニ上訴ヲ爲スモ其結果ハ第一審判決ニ異ルコトナカルヘシトノ推定トノ爲替訴訟、證書訴訟ニ在テハ權利ノ確定ヲ迅速ニスヘキモノナリトノ理由ニ基クモノナリ

(三) 同一審ニ於テ同一ハ原告若クハ被告ニ對シ本案ニ付宣渡シタル第二又ハ其後ノ關席判決 玆ニ所

謂原告ニ對シテ宣渡シタル判決トハ被告ノ反訴ヲ提起シタル場合ヲ想像シタルナリ本案トハ請求自體ヲ意味ス此關席判決ハ我訴訟法上二種アリ其一ハ訴訟法第二六三條ノ新關席判決ナリ新關席判決トハ關席判決ヲ受ケタル當事者カ故障ヲ申立テ新ナル辯論期日ニ再出頭セサルニ因リ相手方ノ申立ニ因リ故障ノ棄却ヲ宣渡ス判決ナリ其二ハ故障ノ申立人カ新口頭辯論ニ出頭シ訴訟ハ關席前ノ程度ニ復シ其後再其相手方ノ關席シタル場合ニ宣渡ス關席判決ニシテ之ヲ第二ノ關席判決ト稱ス執行命令ニ對シ故障ノ申立アリシ後更ニ關席判決ヲ爲ス場合モ亦同シ

以上二種ノ關席判決ニ假執行ノ宣言ヲ付スル理由ハ屢關席シテ敗訴ノ判決ヲ受ケタルハ抗辯ノ正當ノ理由ヲ有セサルモノトノ推定ヲ爲シ得ルト又再度以上關席シテ訴訟ヲ遲延セシメントスルノ弊害ヲ防カントノ理由ニ出テタルモノナリ

(四)

假差押又ハ假處分ヲ取消ス判決 第七四五條、第七四七條及第七五六條ニ規定スル所ナリ此等ノ判決ニ假執行ノ宣言ヲ付スルモノト爲シタル理由ハ此等ノ判決ハ錯雜ナル事實ヲ審查シテ下スモノ

(五)

非ザルカ故ニ上訴ヲ爲スモ異ル結果ヲ來スコトナシトノ推定ニ基クモノトス
養料ヲ支拂フ義務ヲ宣渡ス判決 即民法ニ依リ扶養ノ義務ヲ負擔スル者カ宣渡サレタル判決ナリ此場合ニ於テ請求ノ原因ハ法律上扶養ノ義務アル場合ノミニ非ス合意ニ因リ養料ヲ受ケヘキ場合ニモ亦本條ニ依リ假執行ノ宣言ヲ付スヘキモノナリ其理由ハ法律上扶養ノ義務アル場合ナル契約ニ因テ生シタル場合タルトハ問ハス養料ヲ受ケル者ハ自己ノ力ニテ生活スルコトヲ得タル狀態ニ在ルヲ普通トス隨テ法律モ右ノ場合ニ於テ支拂フ義務アルモノト宣渡ス判決ハ假執行ノ宣言ヲ付シ直ニ執行ヲ爲スコトヲ得セシメ以テ一時ナリトモ生活ニ困難ヲ來スコトナカラシメコトヲ期シタルモ

ノナリ但二ノ制限アリ訴ノ提起前最後ノ三箇月間ニ該ル分ノミニ付假執行ヲ許スモノニシテ其以前ノ分ニ付テハ之ヲ許サスニ是養料義務者ヲシテ一時多額ノ支拂ヲ爲スノ困難ヲ受クルニ至ラザラシムコトヲ爲スナリ

第二 申立ニ基キ假執行ノ宣言ヲ付スル場合

民事訴訟法第五〇二條ニ之ヲ規定セリ

(一) 總テノ住家其他ノ建物又ハ其或部分ノ受取、明渡、使用、占據若クハ修繕ニ關シ又ハ賃借人ノ家具若クハ所持品ヲ賃借人ノ差押ヘタルコトニ關シ賃借人ト賃借人トノ間ニ起リタル訴訟ノ判決、此場合ニ付注意スヘキ賃借料ノ請求ハ之ヲ包含セサルコト是ナリ

(三)(二) 雇主ト雇人トノ間ニ雇期限一箇年以下ノ契約ニ關リ起リタル訴訟ノ判決

一箇年以下ニ限定シタル理由ハ舊民法財産取得編第二六一條ニ使用人、番頭、手代ヲ除ク雇人ハ一年以上ノ契約ヲ以テ雇入ヲ爲スコトヲ得ストシタルニ基キタルモノニシテ主トシテ僕婢ノ如キ養料ノ者ヲ保護スル爲ニ迅速ニ訴訟ノ結果ヲ收ムルコトヲ得セシメントスルニ出ラタルナリ或學者ハ金錢ノ請求ハ本條ノ規定ニ包含セスト解セリ其理由トスル所ハ二十箇月以下ノ給料ノ請求ハ第五號ノ規定ニ包含スヘク二十箇月以上ノ金額ニ付テハ法律ハ假執行ノ宣言ヲ付スルノ必要ナシト見タルモノナリト予ハ本號ノ規定ハ廣義ニ解スルヲ以テ至當トス是條文上何等ノ區別ヲ設ケザレハナリ而シテ實際ニ於テハ財産上ノ請求即給料ノ請求ヲ以テ最多シトスル所ニシテ之ヲ含マサルモノトスルコトキハ本號ノ適用ハ稀有ノモノト謂ハサルヘカラス又之ヲ改正案ニ徵スルニ其第二六二條ノ四ニ右ノ趣旨

(四) 明瞭ニ爲シ給料、賞金ニ關スル判決ニ假執行ノ宣言ヲ付スヘキモノナルコトヲ規定セリ

左ニ掲ケタル事項ニ付旅人ト旅店若クハ飲食店ノ主人トノ間ニ又ハ旅人ト水陸運送人トノ間ニ起リタル訴訟ノ判決

イ 膳料又ハ宿料又ハ旅人ノ運送料又ハ之ニ伴フ手荷物ノ運送料
ロ 旅店若クハ飲食店ノ主人又ハ運送人ニ旅人ヨリ保護ノ爲メ預ケタル手荷物、金錢又ハ有價物
右ノ規定ヲ設ケタルハ如此訴訟ハ迅速ニ之ヲ決シ且迅速ニ其執行ヲ爲スヲ得セシムタルトキハ權利者ノ爲ニ困難ヲ來スヘシトノ理由ニ基クモノナリ

(五) 此他財産權上ノ請求ニ關シ金額又ハ價額ニ於テ二十箇月ヲ超過セザル訴訟但、其物ノ價額ニ付テハ第三條乃至第六條ノ規定ヲ適用スルモノナリ

其理由ハ多クノ場合ニ於テ遺棄者ノ訴訟ナルカ故ニ迅速ニ判決ノ結果ヲ收メシムルノ必要アルト一ニハ二十箇月滿サル訴訟ハ其利益輕少ナルカ故ニ假執行ヲ許スモ回復スヘカラサル危險ヲ生スルコトナカルヘシトノ推定ニ在リ

第三 一定ノ條件ヲ備ヘタル場合ニ申立ニ因リ假執行ノ宣言ヲ付スル場合

民事訴訟法第五〇三條ニ規定セル所ナリ即如何ナル場合ニ許スヘキヤト云フニ今其條件ヲ舉クレハ一 財産權上ノ請求ニ關スルモノナラサルヘカラス
二 債權者ヨリ執行前ニ保證ヲ立ツルノ申出ヲ爲シタルコト又ハ判決ノ確定ト爲ル迄執行ヲ中止スルハ價額ニ難キ損害又ハ計リ難キ損害ヲ受クルコトヲ疏明シタルトキ
ノ二條件ヲ必要トス價額ニ難キ損害トハ價額ニ得ザル性質ノモノニ非サルモ其困難ナルヲ謂ヒ又計リ難キ

損害トハ計リ知ルヲ得サル性質ノモノニ非サルモ其困難ナルヲ謂フナリ其困難ナルハ何レノ場合ニ於テ或原因アルトキハ假執行ノ宣言ヲ爲ササルノ規定ヲ設ケタルハ債務者ノ利益ヲ保護スルノ趣旨ニ出タルモノニシテ即判決ノ確定前ニ執行ヲ爲セハ債務者カ回復スヘカラサル損害ヲ被ルコトヲ疏明シタルトキ假執行ノ宣言ヲ付スヘカラサルコトトセリ其裁判ノ形式ハ第五〇一條ニ規定セル場合ニ於テ債務者ヨリ本條ノ疏明ヲ爲シタルトキハ裁判所ハ其判決主文ニ假執行ノ宣言ヲ付セサル旨ヲ掲ケ第五〇二條、第五〇三條ノ場合ニハ債權者ノ假執行ノ申立ヲ却下スル旨ヲ掲ケタルナリ

第五〇五條ニハ總テノ場合ニ於テ債權者ヨリ豫保證ヲ立ランコトノ申立ヲ爲シタルトキハ假執行ヲ許スヘキ旨ヲ規定セリ例之第五〇一條ノ如ク當然其宣言ヲ付スヘキ場合ニ債務者ヲシテ判決確定前ニ執行スレハ回復スヘカラサル損害ヲ受クルコトヲ疏明シ且債權者カ執行ヲ爲サントセハ保證ヲ立フヘキ旨ヲ請求スルコトヲ得セシメ債權者カ執行前ニ保證ヲ立ワルコトヲ申出ラサルトキハ債務者ノ申立ニ

因リ債務者ニ保證ヲ立テシメ又ハ供託ヲ爲サシメ執行ヲ免ルコトヲ許スヘシトスルニ在リ
(甲)假執行ノ法律上ノ性質 假執行ノ解除條件付ノ強制執行ナリト謂フヲ至當トス之ヲ詳言スレハ其執行ノ原因カ破毀又ハ廢棄セラルルトキハ債權者ハ其受領シタル金員及物品ヲ返還スヘキ條件ノ下ニ爲ス強制執行ナリ執行ノ實施ニ付テハ純然タル強制執行ト區別ナシ唯法律上ノ效果ニ付如此區別ヲ存スルノミ

(乙)假執行ニ關スル訴訟手續 假執行ノ申立ハ如何ナル時期及如何ナル方法ニ依リ申立ツヘキモノナリ是ハ民事訴訟法第五〇六條ニ規定スル所ナリ即「假執行ニ關スル申立ハ判決ニ接署スル口頭辯論ノ

終結前ニ之ヲ爲スヘシト規定セリ其理由ハ假執行ノ宣言ヲ求ムル申立ノ適法ナルヲ否ヤハ裁判所ノ判斷ヲ要スヘキモノナルカ故ニ口頭辯論ニ於テ相手方ヲシテ辯論ヲ爲サシメタルヘカラス本條ノ申立ハ債權者ノ申立ノミナラス債務者ノ假執行ヲ許スヘキモノニ非ストノ申立ヲモ包含スルモノトス何トナレハ假執行ニ關スル申立トアレハナリ若口頭辯論以外ニ辯論ノ準備トセスシテ單ニ書面ヲ以テ假執行ノ宣言アラント又ハ假執行ヲ許スヘカラサルコトヲ申立タルトキハ不適法トシテ却下セサルヘカラス故ニ口頭辯論中ニ第五〇二條以下ニ依リ申立ヲ爲スコトヲ遺脱シタルトキハ假執行ノ宣言ヲ得ルコト能ハス然レトモ辯論ノ再開ニ依リ更ニ假執行ノ申立ヲ爲スコトヲ得

假執行ヲ求ムル申立ハ書面ニ基クヘキモノナリヤ否ヤニ關シテハ學說積極、消極ノ二說ニ岐ル積極論者ハ民事訴訟法第二二二條ニ依レハ判決ヲ受クヘキ事項ニ外ナラサルカ故ニ法律ノ規定上明ナル所ナリト曰ヘリ然レトモ此說ニ從ヘハ訴訟法第二二二條ノ場合ニ訴訟ニ假執行ノ申立ノ記載ナク口頭辯論ニ於テ其申立ヲ爲ストキハ關府判決ノ申立ヲ却下セラルルノ結果ヲ生ス何トナレハ第二二二條第二號ニ依レハ出頭セサル原告若クハ被告ニ口頭上事實ノ供述又ハ申立ヲ適當ナル時期ニ書面ヲ以テ通知セタルトキハ關府判決ノ申立ヲ却下スヘキコトヲ規定シアレハナリ明治三十五年五月ノ大審院判例モ此種極說ヲ採ルモノニシテ書面ニ基カサル假執行ノ申立ニ因リ假執行ノ宣言ヲ付セシハ不法ナリト云ヘリ反之消極論者ハ「予輩之ヲ至當ナリト信ス」(第二二二條ノ判決ヲ受クヘキ事項ノ申立トハ請求ノ實體ヲ指スモノナリ換言スレハ金何圓ノ排濟又ハ家屋ノ明渡ヲ求ムルカ如キ申立ヲ謂フ若請求ノ實體ノ趣旨ヲ誤リテ申立ツルアラシカ當事者ハ爲ニ敗訴ノ結果ニ至リ重大ノ損害ヲ受クルコト爲ルヘク又裁判所ニテ誤解シタルシテ判決ノ基本ヲ誤ルニ至ルヘシ之ヲ以テ其申立ハ書面ニ基カシムルノ鄭重ナル

手續ヲ規定シタルモノナリ然レニ假執行ノ申立ハ簡易ナリ其申立ハ一言ヲ以テ足ルヘク裁判所ニ於テ之ヲ反對ニ誤解スルコト非ナルヘキカ故ニ假執行ノ申立ハ第二二條ノ規定ヲ設ケタル趣旨ニ徴スルモ其規定以外ニ屬スルモノニシテ其申立タルハ關府判決ノ申立ノ如ク形式上ノ申立ニ屬スルモノナレハ書面ニ基クコトヲ要セザルナリ

假執行ニ關スル申立ハ如何ナル形式ヲ以テ裁判スヘキヤ
既ニ述ヘタル如ク假執行ノ宣言ハ判決主文ニ掲グヘキモノナリ故ニ判決ノ理由中ニ於テ假執行ニ關スル裁判ヲ爲シタルトキハ形式上ノ理據ヲ有スル判決ナリトス是レ第五〇七條ニ命スル所ニシテ其判決主文ニ掲グシムル理由ニ付テ或學者ノ云フカ如ク假執行ノ宣言ハ訴訟當事者ニ命スル權利上ノ處置ナルカ故ナリ即判決ノ確定前權利ノ強制執行ヲ爲シ得ヘキ效力ヲ生スルモノニシテ重要ノ事項ナレハナ

隨テ左ノ結果ヲ生ス

第一 假執行ノ宣言ヲ主文ニ脱漏シタルトキハ補充判決ノ申立ヲ爲スコトヲ得ルナリ(五〇八條)
第二 條件附ノ假執行宣言ヲ付シタル判決又ハ元來假執行ノ宣言ヲ付セラレタル判決ニ對シテ上訴ノ

申立ヲ爲シタルトキ若上訴審ニ繼續シタル訴訟物カ第一審判決アリタル全部ニ非スシテ一部分ナルトキハ其上訴ナキ部分ニ限リ上級審ニ於テ其判決ニ假執行ノ宣言ヲ付スヘキモノナリ是民法第五〇九條ニ規定スル所ナルカ或ハ何故ニ本條ヲ設ケルノ必要アリヤ第一審判決ニ不服ナラザル部分ハ確定スルヲ以テ本條ヲ設ケルノ必要ナキニ非スヤト疑フ生スル者アランカ然レトモ我民民事訴訟法ノ主義ニハ附帶控訴ヲ許スカ故ニ二箇ノ請求ニ付第一審判決ヲ下シタル場合ニ原告ハ其一箇ノ請求ニ

報 錄

○學生忘年會 本月十八日午後二時ヨリ本大學第二講堂ニ於テ學生忘年會ヲ開キ日清兩國留學生無慮二百數十人ニ達シ發起人總代開會ノ趣旨ヲ述ヘ梅總理、松本學監、信岡、吉田、林、守谷等ノ校友其他日清學生ノ演說及餘興トシテ琵琶歌、福引等ノ催アリテ非常ノ盛會ナリキ殊ニ福引ノ餘興ハ大ニ清國留學生ニ満足ヲ與ヘタル如ク見受ケタリ

○大審院判例要旨
二六 民法施行以前ニ於ル被後見人ノ所有財產贈與ノ效力 民法實施以前ト雖後見人カ被後見人ノ財產ヲ他人ニ贈與スルニ付親族ノ同意ヲ得タルトキハ其贈與ハ完全有效ナリトス而シテ既ニ親族ノ同意アル以上ハ被後見人ノ利益ヲ保護セザルモノト謂フヲ得サレハ被後見人ハ後日ニ至テ其行爲ヲ取消スコトヲ得ス(三十七年九月十九日第二民事部)

二七 入籍、復籍及隱居ニ付テノ後見人ノ代表權 後見人ハ幼者ノ利益保護ノ爲ニ設ケルモノナレハ民法施行以前ト雖隱居ノ如キ身分ニ關スル重要事項ハ幼者ニ代テ之ヲ爲ス權利ヲ有セス又家族ノ入籍又ハ復籍ヲ請求シ若クハ之ヲ拒否スルカ如キハ戶主ノ權利ナルカ故ニ被後見人カ戶主ニ非サルトキハ其後見人ハ之ニ代リテ如此行爲ヲ爲スコトヲ得ス(同年九月二十四日第一民事部)

二八 民法施行以前ニ於ケル隱居者ノ財產留保 民法施行以前ニ於テ戶主ノ隱居スルニ方リ其財產殊ニ不動産ノ幾分ヲ相續人ニ讓與セスシテ之ヲ留保スルニハ其所有名義ヲ改メ且相續人ニ對シ留保ノ意思ヲ表示スレハ足ル而シテ其意思表示ニハ一定ノ形式アルコトナク又更ニ讓受ノ手續ヲ要セザ

リシモノトス(同年七月八日第二民事部) 過去ニ於ル養料ハ絶對的ニ請求シ得ヘカラサルモノニ非ス尙養料權
 二九 過去ノ養料支拂ノ請求 過去ニ於ル養料ハ絶對的ニ請求シ得ヘカラサルモノニ非ス尙養料權
 一利者ニ於テ扶養ヲ受ケサルヘカラサルノ狀態ニ在ルコトヲ義務者ニ通知シ其義務ノ履行ヲ求メタル
 モ義務者カ其支拂ヲ遲滞シタル場合ニハ權利者ハ其相手方ノ遲滞ニ付セラルタル以後ノ養料ヲ請求
 シ得ルモノトス(同年七月十八日第一休暇部)
 三〇 虛偽ノ事項ヲ記載シタル手形ノ效力 法定ノ形式要件ヲ完全ニ記載シタル手形ハ其記載事項
 ニ其實ナラサルモノアルモ仍形式完備ノ手形タルヲ失ハス故ニ振出人ハ善意ノ被裏書人ニ對シ其記
 載事項ノ真實ナラサルコトヲ理由トシテ手形債務ヲ免ルルコトヲ得サルハ當然ナリ(同年六月十四
 日第一民事部)
 三一 支拂請求ノ爲ニスル呈示ノ完了 手形所持人カ支拂ヲ求ムル爲メ支拂場所若クハ支拂ヲ求ム
 ルニ適當ナル場所ニ至ルモ支拂義務者ニ面會スルコト能ハサルトキハ手形ノ呈示ハ茲ニ完了セルモ
 ノトス(同年八月十八日第一休暇部)
 三二 約束手形振出人ノ調査權 約束手形ノ振出人ハ所持人カ正當ノ手形債權者ナルヤ否ヤヲ調査
 スルノ權利ヲ有ス隨テ振出人カ裏書譲渡ノ事實ヲ否認スル以上ハ所持人ニ於テ其裏書ノ真正ナルコ
 トヲ立證スルニ非サレハ手形金ノ支拂ヲ請求シ得サルモノトス(同年八月十五日第一休暇部)
 三三 拒絶者ニ面會スルコト能ハサル場合ニ於ル拒絶證書ノ記載事項 拒絶者ニ面會スルコト能ハ
 サル場合ニ於テハ拒絶證書ニ拒絶者ニ面會スルコト能ハサリシ理由ヲ記載スレハ足ルモノニシテ請
 求ノ趣旨ノ如キハ之ヲ記載スルノ要ナシ(同年八月十八日第一休暇部)

(注意) 校外生月謝金納付ノ際ハ必ス本紙ヲ切抜キ居所、氏名及爲替番號、金額、並ニ
 月謝金ノ月別若クハ何月分ヨリ何月分迄ト記入シ爲替券ニ添付スルモノトス

納付書

爲替番號()

一金

但三十八年度講義錄

月分月謝金

右納付候也

居所

明治三十年

月 日

法政大學會計局御中

納付書

爲替番號()

一金

但三十八年度講義錄

月分月謝金

右納付候也

居所

明治三十年

月 日

法政大學會計局御中

法學志林

第六十四號

(五月十五日發行)

法學博士 梅 謙次郎

東京市牛込區牛込北町十番地

編輯者 萩 原 敬 之

發行所

東京市牛込區矢來町三番地

印刷者

小 宮 山 信 好

東京市芝區西ノ久保明舟町十一番地

印刷所

金 子 活 版 所

東京市麴町區富士見町六丁目十六番地

發行所 司法省 法政大學

(電話番町百七十四番)

志林

○最近判例批評

法學博士 梅 謙次郎

○刑法新派ノ基礎ヲ論ス

法學士 牧野 英一

○物權ノ性質ニ關スル學說續

法學博士 志田 鉦太郎

○「リシュウ」ト「マザラン」トノ話

法學士 安達 孝一郎

纂論

○露國新手法法(七)

法科大學生 佐竹 三吾

○商法第百條ニハ取消云々トアリ同

法學士 松本 泰治

解疑

○海上保險ニ委付ヲ認メ陸上保險ニ

之ヲ認メサル理由 法學士 松本 泰治

○控訴審ニ於ケル申立ノ減縮 法學士 岩田 一郎

判例 ○大審院新判決例四十一件

其他雜報、記事 數十件

(明治三十七年十一月十日第三種郵便物認可)
(毎月三回、五日、十五日、二十五日發行)

明治三十七年十二月廿四日印刷
明治三十七年十二月廿七日發行
(定價金二十五錢)