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

PDF issue: 2024-07-28

和仏法律学校講義録

副島, 義一 / 梅, 謙次郎 / 竹井, 耕一郎 / 小野, 衛門太 / 秋山, 雅之介

(出版者 / Publisher)
和佛法律學校
(巻 / Volume)
3-2
(開始ページ / Start Page)
1
(終了ページ / End Page)
46
(発行年 / Year)
1899-02-28

和佛法律學校講義錄

第壹部

毎月貳回

第貳號

目次

刑事訴訟法（自一頁至一六頁）法律學士 小野衛門太

國際公法（自二五頁至五二頁）法學士 秋山雅之介

行政法（自二一頁至三六頁）法學士 竹井耕一郎

憲法（自一七頁至二八頁）法學士 副島義一

刑法各論（自二一頁至二八頁）法學士 勝本勘三郎

占有ノ訴（完）（自七頁至九頁）法學博士 梅謙次郎

校外生入學ニ就テノ注意

本講義錄ハ修學者ノ便利ト完結ノ迅速ヲ圖リ三部門ニ區分シ各部共ニ一ケ年ヲ以テ終了スル豫定ナリ故ニ入學者ハ自己ニ必要ナル部門ヲ擇ヒテ入學スルコトヲ得ヘシト雖モ若シ法律學ノ全部ヲ修メントスル者ハ同時ニ全三部ノ入學ヲ爲スコトヲ要ス然ルニ入學者中一年二年三年ノ舊例ニ泥ミ先ツ第一部ヲ修メテ第二部ニ移リ而シテ後第三部ヲ了ルヘキモノト誤解セル者多キカ如シ本講義錄ハ此ノ如キ組織ニアラサルヲ以テ入學者ハ宜シク注意スヘシ

本講義錄ノ組織右ノ如クナルヲ以テ本校々內生ヘノ編入資格ハ全三部ヲ終了シタル者ニ與ヘ從來ノ如ク三ケ年ノ課目ヲ終了シタルコトヲ要セサルナリ

本講義錄各部ノ課目ハ左ノ如シ

第一部　民法、民事訴訟法、國際私法、裁判所構成法、法理學

第二部　商法、經濟學、財政學、

第三部　刑法、刑事訴訟法、憲法、行政法、國際公法、

刑事訴訟法

法律學士　小野衛門太講述

校友　竹內喜一郎編輯

緒論

刑事訴訟法ハ刑事ニ關スル訴訟手續ヲ規定スル所ノ法律ニシテ上ハ犯罪ノ捜査ニ始マリ下ハ刑ノ執行ニ終ル一々其方式ヲ定メ執法官ヲシテ準據スル所アルヲ知ラシム此法ヲ定ムルニ當リテヤ必ス二ケノ利益ノ互ニ相衝突シ而モ共ニ之ヲ保護スルノ必要アルヲ見ルヘシ所謂二ケノ利益ノ衝突トハ何ソ公益私益ノ衝突是ナリ今公益上ヨリ論スレハ苟モ犯罪アレハ其必罰ヲ期セサル可カラス然ルニ顧テ私益上ヨリ觀察スル時ハ被告人ノ防禦權ヲ認メテ人權ノ保障

校外生入學ニ就テノ注意

本講義錄ハ修學者ノ便利ト完結ノ迅速ヲ圖リ三部門ニ區分シ各部毎ニ[illegible]スル豫定ナリ故ニ入學者ハ自己ニ必要ナル部門ヲ擇ヒテ入學スルコトヲ得ヘシト雖モ[illegible]シ法律學ノ全部ヲ修メントスル者ハ同時ニ全三部ノ入學ヲ爲スコトヲ要ス然ルニ入學者中一年二年三年ノ舊例ニ從ミ先ツ第一部ヲ修メテ第二部ニ移リ而シテ後第三部ヲ了ヘ[illegible]キモノト誤解セル者多キカ如シ本講義錄ハ此ノ如キ組織ニアラサルヲ以テ入學者ハ宜シク注意スヘシ

本講義錄ノ組織右ノ如クナルヲ以テ本校々內生ヘノ編入資格ハ全三部ヲ修了シタル者ニ與ヘ從來ノ如ク三ケ年ノ課目ヲ終了シタルコトヲ要セサルナリ

本講義錄各部ノ課目ハ左ノ如シ

第一部　民法、民事訴訟法、國際私法、裁判所構成法、法理學

第二部　商法、經濟學、財政學

第三部　刑法、刑事訴訟法、憲法、行政法、國際公法

090
1899
3-1-2

刑事訴訟法

法律學士　小野衛門太　講述
校友　竹內喜一郎　編輯

緒論

刑事訴訟法ハ刑事ニ關スル訴訟手續ヲ規定スル所ノ法律ニシテ上ハ犯罪ノ捜査ニ始マリ下ハ刑ノ執行ニ終ル一々其方式ヲ定メ執法官ヲシテ準據スル所アルヲ知ラシム此法ヲ定ムルニ當リテヤ必ス二ケノ利益ノ互ニ相衝突シ而モ共ニ之ヲ保護スルノ必要アルヲ見ルヘシ所謂二ケノ利益ノ衝突トハ何ソ公益私益ノ衝突是ナリ今公益上ヨリ論スレハ苟モ犯罪アレハ其必罰ヲ期セサル可カラス然ルニ翻テ私益上ヨリ觀察スル時ハ被告人ノ防禦權ヲ認メテ人權ノ保障

ヲ設クルノ要アリ公益ト私益ト相衝突スル此ノ如キモノアリ能ク此衝突ヲ調和シテ公益私益ヲシテ相害スルコトナカラシムルハ立法者ノ須ラク留意スヘキ所ナリ

若シ單ニ被告人ノ利益ノミニ着眼シテ方式ヲ設クル嚴ニ過クレハ刑事訴追ノ運用ハ全ク其活動ヲ失ヒ唯ニ奸智ナル被告人ヲシテ往々法網ヲ免レシムルノミナラス被告人モ亦繁文ニ覊束セラレ權利伸張ノ途ヲ失スル弊アラン然レトモ又全ク治罪ノ方式ヲ定メス若クハ之ヲ定ムルモ完全ナラサラン乎執法官ノ專横ヲ制止スルモノナク遂ニ吾人ノ生命自由財産ヲ擧ケテ一ニ威力ノ支配ヲ受ケシムルニ至ラン刑事訴訟ノ方式ハ實ニ裁判ヲ爲スノ規矩準繩ニシテ須臾モ離ル可カラス之ヲ離ルレハ裁判ナキナリ古人言ヘルアリ曰ク裁判ハ實ニ方式其物ニ外ナラスト方式ノ輕視スヘカラサル夫レ此ノ如シ其寛嚴粗密ノ配合宜キヲ得一方ニ於テ刑事訴追ノ運用ヲ完全ナラシムルト同時ニ他方ニ於テ被告人ノ防禦權ヲ侵害スルコトナクンハ立法ノ能事畢ルト云フヘシ

第一編 公訴及ビ私訴

第一章 公訴私訴ノ性質及ヒ其目的

凡ソ法律ニ於テ犯罪ト認メタル行爲即チ現行刑法ニ於テ重罪輕罪違警罪ト認メタル行爲ヨリシテ二個ノ訴權同時ニ起ルヲ得公訴私訴是ナリ而此兩訴權ノ實質的區別及ヒ其目的如何是本章ニ於テ研究スヘキ問題ナリ

歐洲ノ往古人文未タ開ケス尚野蠻時代ト稱セラルヽ時ニ於テハ兇行アリタル場合ニ之ニ對シ如何ナル制裁ヲ與ヘタルカト云フニ兇行ノ爲ニ害ヲ受ケタルモノ若クハ其家族カ自ラ腕力ニ訴ヘテ復讐スルヲ以テ正當ナル制裁ト認メラレタリ是レ私闘ヲ以テ犯罪ニ對スル制裁トナスモノナリ腕力的復讐ニ換フルニ訴追ヲ以テセシハ遙カニ後世ニ在リテ文化漸ク開ケタルノ徵候ナリ訴アレハ之ヲ受ケテ裁判スルモノナカル可カラス是レ即チ個人以外ニ一個ノ强大ナル權力アルヲ認メタルモノニシテ國家的觀念始メテ其萠芽ヲ生シタルモノト云フ可シ然レトモ倘訴追權ハ之ヲ被害者ニ專屬セシメタリ是復讐ヲ以テ刑罰權ノ基礎ト認メタルニ原因セスンハアラス既ニ兇行ニ對スルニ復讐ヲ以テス而

訴追ハ復讐ヲ遂クルノ手段タル以上ハ訴追ノ權被害者ノ手ニ在リシハ當然ナリト云フ可シ此時代ニ在リテハ私ノ訴アリテ公ノ訴ナシト云フモ敢テ不可ナルコトナシ而其訴ハ常ニ一私人ノ利害ヲ以テ其目的ト爲セリ一私人ノ利益ノ外ニ社會一般ノ利益アルコトヲ認メ前者ノ爲ニスル訴ヲ私訴トシ後者ノ爲ニスル訴ヲ公訴ト名ケ二個ノ訴權ヲシテ劃然區別アラシムルニ至リシハ尙ホ數世ノ後ニ在リ

希臘國「アデン」ノ立法例ハ公私二訴權ノ區別ヲ認メタリ然レトモ此立法例ニ依ルモ私ノ訴ハ通則ニシテ公ノ訴ハ純乎タル國事犯罪ナルカ若クハ一個人カ訴追ヲ懈怠シタル塲合ニ始テ提起セラル、例外法タリ此時代ニハ一個人ノ利益ニ關スル犯罪ニ付キテハ被害者ノ訴追ヲ俟テ之ヲ裁決シ其單ニ公益ヲ害スルモノト認メラレタル犯罪又ハ一個人カ訴追ヲ懈怠シタル犯罪ニ對シテハ一般公民ニ訴追權アルコトヲ認メタリ故ニ一個人ノ利益ノ外ニ公益ナルモノアルヲ認メ公訴私訴ノ區別ヲ爲シタリト雖モ其區別尙未タ截然タラサルモノアリ羅馬史ニ依ルモ殆ント「アデン」ノ立法例ト同一ナリ此時代ニ於テモ公ノ訴ハ公民一般ノ權利ニシテ私ノ訴ハ被害者ニ專屬セリ而シテ公ノ訴ハ單ニ公益ニ關スルモノト認メラレタル犯罪ニ限ラレ之ヲ提起スル權ヲ有スルモノハ公民權ヲ有スルモノニ制限セラル私ノ訴ニ付キテハ犯罪ノ種類如何ヲ問ハス何人ニテモ自己ノ權利ニ損害ヲ受ケタル者訴追ヲ爲スノ權利ヲ有セリ

佛國ノ古代紀元四百八十六年ヨリ六百八十七年頃迄即チ「メロベンジヤン」時代ニハ兇行ニ對スル制裁ハ復讐ニシテ被害者自ラ腕力ニ訴ヘテ復讐ヲ爲スヲ以テ通則トス時ニ或ハ被害者ノ訴追ニ因リ兇行者ヨリ贖罪金ヲ徵收シテ被害ヲ償ハシムルコトアリト雖モ其目的一私人ノ損害ヲ償ハシムルニ在ルヲ以テ訴追ノ權被害者ノ手ニ在リ此ノ時代ニ於テモ贖罪金ノ一部ヲ國庫ニ納メシメ又或犯罪ニ對シテハ贖罪金ノ外ニ若干ノ罰金ヲ課シメルコトアリシヲ見レハ當時ノ人民モ亦多少公益ノ觀念ヲ有セシコトヲ知ルニ足レリ然レトモ之ヲ概論スレハ訴追ノ權全然被害者ノ手ニ存セシヲ以テ獨リ私ノ訴アツテ公ノ訴ナルモノナシト云ハサルヲ得ス紀元六百八十七年ヨリ八百八十七年頃迄ノ時代ニ於テモ刑事訴追ノ權ハ尙ホ被害者ニ屬セリ然レトモ此時代ヨリシテ裁判官職權

ヲ以テ犯罪ヲ糺問スルノ制度起レリ第十二世紀第十三世紀ノ頃ニ至リ此ノ制度ノ範圍益擴張セラレ現行犯並ニ犯跡ノ顯著ナル犯罪ニ付キテハ裁判官ハ訴ヲ俟タス職權ヲ以テ之ヲ訊問シ之ヲ裁判スルノ權ヲ有スルニ至レリ然レトモ被害者モ亦訴追ヲ爲スノ特權ヲ有セシヲ以テ公訴私訴ノ區別尙ホ未タ明確ナラサリシナリ第十六世紀ノ頃ニ至リ治罪ノ制度著シク革新セラレ被害者ハ告訴ヲ爲スヲ得ルモ訴ヲ爲スコト能ハス審理手續ニ參與スルヲ得レトモ刑ノ適用ニ付キ結論ヲ與フルコト能ハサリシ此時代ヨリシテ訴追ノ權被害者ノ手ヲ離レ檢察官ノ手ニ移レリ以後數次ノ沿革ヲ經テ此二訴權ノ區別明確トナリ又混同セサルニ至レリ以上ハ羅馬以來佛蘭西ニ於ケル公訴權ノ沿革ナリ

吾カ國ニ於ケル刑事訴追權ノ沿革ニ付キテハ學者ノ著書アルヲ見ス淺學余輩ノ如キ其沿革ヲ詳カニセスト雖夙ニ公私訴ノ區別ヲ認メタルモノヽ如シ其觀念ノ明確ナリシハ明治十五年治罪法ヲ發布シ公訴私訴ノ區別ヲ明カニシタル時ニ在リトス

公訴ト云ヒ私訴ト云フ共ニ同一ノ犯罪事實ヨリ起ル然レトモ訴權ノ因テ立ツ所ノ基礎ニ因テ代表セラルヽ所ノ利益因テ遂ケントスル所ノ目的皆同シカラス之ヲ詳論スレハ凡ソ或非行カ單ニ一個人ノ利益ヲ害スルニ止マルトキハ之ヨリ起ル訴ハ民法上ノ訴ニシテ通則ニ從ハサル可カラス若シ或非行ニシテ刑法ニ觸レ公益ト私益ト併セ害スル時ハ一方ニ公訴權ヲ生シ他方ニ私訴權ヲ生ス然レトモ公訴ハ公益ノ侵害ヲ罰スルヲ目的トスルヲ以テ其目的ハ刑ノ適用ニ存シ其基礎ハ刑罰權ニ在リ因テ代表セラルヽモノハ公益是レナリ私訴ハ一個人ノ損害ヲ回復スルヲ以テ其目的トスル故ニ其目的ハ損害ノ賠償ニ在リ其基礎ハ被害ノ回復ヲ請求シ得ル私權ニ存シ因テ代表セラルヽモノハ私益是ナリ各其因テ立ツ所ノ基礎ヲ異ニシ其目的ヲ異ニシ因リテ代表セラルヽ所ノ利益ヲ異ニス是即チ公訴私訴ニ付キテノ大體上ノ區別ナリ

公訴ハ何人ニ屬スルカ公訴ノ目的ハ背法ノ行爲ヲ罰シ公安ヲ維持スルニ在ルヲ以テ公訴權ハ國家ニ屬セサル可ラス私訴ハ一個人ノ受ケタル損害ノ回復ヲ目的トシ其關スル所一個人ノ利害ニ止マルヲ以テ私訴權ハ一個人タル被害者ニ屬ス而シテ公訴權ノ執行ハ國家其機關タル官吏ヲシテ之ニ當ラシメ私訴ハ

被害者自ラ之ヲ執行ス

第二章　公訴ノ執行

公訴ノ執行ハ法律ニ定メタル區別ニ從ヒ檢事之ヲ行フ而シテ其組織及ヒ其權限如何裁判所構成法ニ據ルニ其第六條ニ「各裁判所ニ檢事局ヲ附置ス檢事ハ刑事ニ付テ公訴ヲ起シ」云々其第二項ニ「檢事ハ裁判所ニ對シ獨立シテ其事務ヲ行フ」第三十三條ニ「各地方裁判所ノ檢事局ニ檢事正ヲ置ク」云々第四十二條ニ「各控訴院ノ檢事局ニ檢事長ヲ置ク」第五十六條ニ大審院ノ檢事局ニ檢事總長ヲ置ク」トアリ右諸條ヲ通シテ之ヲ概論スレハ裁判所ノ各審級ニ檢事局ヲ置キ其檢事局ニハ相當ノ檢事ヲ配置シ其局ニ於ケル檢察事務ヲ管掌セシム區裁判所檢事ハ區裁判所ノ權限ニ屬スル刑事事件ニ付キ檢察事務ヲ執行シ地方裁判所檢事ハ地方裁判所ノ權限ニ屬スル刑事事件ニ付キ檢察事務ヲ執行ス控訴院大審院又然リ而地方裁判所以上ニ於テハ檢事正檢事長檢事總長ヲ置キ其檢事局ニ於ケル事務ノ指揮監督ヲ爲サシム尙同法第八十二條ニハ「檢事ハ上官ノ命令ニ隨フトアルヲ以テ檢事ハ其上官ノ命令ヲ遵奉スル義務アリ各級相隷屬シテ一體トナリ全國ノ檢察事務ヲ執行ス

猶檢事ノ外ニ檢察官トシテ檢察事務ヲ取扱フモノアリ是裁判所構成法第十八條ノ規定スル所ナリ同條第二項ニ曰ク區裁判所檢事局ノ檢事ノ事務ハ其地ノ警察官憲兵將校下士又ハ林務官之ヲ取扱フコト得ト又同條第三項ニ曰ク司法大臣ハ適當ナル場合ニ於テハ區裁判所判事試補又ハ郡市町村ノ長ヲシテ檢事ヲ代理セシムルコトヲ得ト即チ區裁判所ノ事務ニ限リ前記警察官憲兵將校等ハ檢事ノ事務ヲ行フコトヲ得ルナリ此外凡テノ審級ニ於テ或事件ニ付檢事悉ク差支アル時ハ判事ヲシテ代理セシムルコトアリ裁判所構成法第六條ニ曰ク若シ一人ノ檢事若ハ數人ノ檢事悉ク差支アリテ或事件ヲ取扱フコトヲ得サル時ハ裁判所長又ハ裁判所ニ於テ判事若クハ監督判事ハ其事件猶豫ス可ラサルニ於テハ判事ニ檢事ノ代理ヲ命シ其事件ヲ取扱ハシムルコトヲ得ト因之觀之判事カ代理ヲ命セラルヽニ付キテハ(一)或事件ニ限ルコト(二)其事ノ急迫ナルコト(三)檢事カ悉ク差支アルコトノ條件ヲ具備セサル可カラス而シテ判事カ檢察事務ヲ取扱フハ法律上ノ授權ニ因ルモノナル故ニ檢察事務ヲ取扱フニ付キテ

ハ一般檢事ノ職權ニ屬スルコトハ自己ノ權限トシテ執行スルコトヲ得而シテ上長官ノ命令ニ服從ス可キハ他ノ檢事ト異ルコトナシ檢事ハ上官ノ命令ニ服從スヘキ義務アルハ前一言セシ所ノ如シ佛國ノ諺ニモ言論ハ自由ナリ筆ハ服從セサル可カラスト此言能ク檢事ノ職權ヲ簡明ニ說破シタルモノト云フ可シ所謂言論ハ自由ナリトハ檢事法廷ニ立チテ辯論ヲ爲スニ當テハ一ニ自己ノ所見ヲ述フルヲ得他ノ牽制ヲ受クルコトナク罪ノ有無刑ノ輕重皆自己ノ良心ノ命スル所ニ隨ヒ論告スルヲ得ルヲ云ヒ筆ハ服從ストハ訴ノ提起又ハ上訴ハ上官ノ命令アレハ之ニ隨ハサル可ラストノ意ナリ檢事自己ノ意見ニテハ起訴ノ必要ナシト認ムル塲合ト雖モ司法大臣檢事總長又ハ檢事長等所謂上官ノ命令アル時ハ例ヘ自己ノ意見ニ反スルモ必ス起訴セサル可カラサルノ義務アリ上訴ニ付キテモ亦同一ナリ例ヘ檢事ハ原裁判所ノ判決ヲ至當ト信スルモ上官ノ命令アル時ハ必ス上訴セサル可カラス而シテ司法大臣又ハ檢事總長ノ命令ニ對シテハ日本全國ノ檢事皆之ニ服從セサル可カラス檢事長ノ命令ニ對シテハ控訴院管轄內ノ檢事ハ總ヘテ服從ノ義務アリ檢事正ノ命令ニ對シテハ其管轄ニ屬スル地方裁判所以下ノ檢事ハ皆之ニ服從セサルヘカラス以上ハ檢事ノ職權ニ付キ一般學者ノ論スル所ナリ如此檢事ハ上官ノ命令ニ服從義務アラハ裁判所構成法第八十條ニ檢事ハ刑法ノ宣告又ハ懲戒ノ處分ニ由ルニ非サレハ其意ニ反シテ之ヲ免職スルコトナシトノ規定ハ其當否ヲ疑ハサルヲ得ス同法カ檢事ニ此保障ヲ與フルハ其人ノ意見ヲ固持スルノ必要アルニ因ル然ルニ檢事ハ上官ノ命ニ隨ハサル可カラストセハ此保障ヲ與フル必要果シテ何レニアルカ須ラク諸君ノ研究ヲ要スル所ナリ

第三章　私訴ノ提起

本章ニ於テハ私訴ヲ提起シ得ル人ハ何人ナルヤヲ研究セント欲ス私訴ノ目的ハ個人ノ受ケタル損害ヲ回復セントスルニ在リ故ニ其訴權ハ被害者ニ屬シ私訴ヲ提起スル者モ亦被害者其人ナラサル可カラス一言以テ之ヲ掩ヘハ私訴ヲ提起シ得ル人ハ犯罪ニ因リテ損害ヲ受ケタル人其人ナリト云フヲ以テ足レリトス然レトモ更ニ之ヲ詳論スレハ利益ハ訴ノ尺度ニシテ利益ナケレハ訴權ナク利益ナキノ訴ハ裁判所ニ於テ受理スヘキ者ニ非ス前述セル如ク私訴ノ目的

ハ犯罪ニ因リテ生シタル被害ノ回復ニ外ナラス而シテ私訴ト告發トノ分ルル所モ亦茲ニ在リ告發ハ犯罪事實ヲ官ニ申告スルニ止リ私訴ハ更ニ一歩ヲ進メ犯罪ニ起因スル損害賠償ヲ目的トス告發ハ犯罪事實ヲ申告スルニ止マルカ故ニ苟モ犯罪事實ヲ知リ得タル者ハ自己ノ利害ニ些ノ影響ナキモ尙ホ之ヲ告發スルコトヲ得私訴ハ犯罪ニ因リテ自己ノ利益ヲ害セラレタル時ニ於テ始メテ提起シ得ルモノナルカ故被害者其人ニ非サレハ之ヲ提起スルコトヲ得ス被害ノ事實ヲ外ニシテ所謂私訴ナルモノナシ古代ノ立法例ハ暫ク措キ今日歐洲ニ於テモ我カ國ニ於テモ一個人ハ公益ノ爲ニ犯罪事實ヲ官ニ申告スルノ自由アレトモ之ヲ彈劾シ之ヲ訴追スルノ權利ヲ有セス只犯罪ニ因リ自己ノ利益ヲ害セラレタル場合ニ於テ始メテ被害ノ回復ヲ得ンカ爲ニ民事原告人トシテ刑事訟廷ニ立ツコトヲ得ルノミ然ラハ玆ニ所謂損害トハ何ソヤ以下之ヲ說明セシ

損害ノ犯罪ニ起因スルモノナラサル可カラサルハ特ニ要素トシテ之ヲ說クヲ要セス何トナレハ私訴ハ常ニ犯罪ニ起因セル損害ノ賠償ヲ求ムルモノナレハナリ然ラハ損害トハ何ソ其要素左ノ如シ

第一　自己ニ受ケタル損害ナラサルヘカラス

自己ニ受ケタル損害ニ非サレハ私訴ノ原因タル能ハス今日ニ於テハ公益ノ爲ニ刑ノ適用ヲ求ムルハ一個人ノ權利ニアラス自己ノ利益ニ損害ヲ受ケタル場合ニ於テ始メテ被害ノ回復ヲ求ムル爲ニ訴ヲ爲スコトヲ得ルノミ自己ニ受ケタル損害トハ自己ノ身體財產名譽ニ對スル損害ヲ云フ家族ノ受ケタル損害ノ如キハ自己ノ損害ト云フヲ得サルナリ羅馬ノ立法例及ヒ佛國ノ中古時代ニ於テハ家族ノ受ケタル損害ヲ原由トシテ私訴ヲ提起スルコトヲ得タレトモ今日ニ於テハ之ヲ以テ私訴ノ原由ト爲サス佛國ノ法學者「メルレン」氏曰ク凡ソ私訴ヲ提起シ得ルモノハ直接ノ利益ヲ有セサル可カラス間接ノ利益ノ如キハ以テ私訴ノ原因ト爲スニ足ラスト家族ノ受ケル損害ハ自己ノ利害ニ痛痒ヲ感セサルニ非レトモ是レ只間接ノ利害ナルノミ所謂直接ノ利益ハ獨リ有形的利益ノミニ止マラス無形的利益モ亦直接ノ利益タルヲ妨ケス世間往々直接ノ利益ヲ以テ有形的利益ト爲シ無形ノ利益ヲ以テ間接ノ利益ト爲スモノアリ是レ全ク

誤解タルヲ免レス凡ソ犯罪行爲ハ他人ノ身體及ヒ財産ニ害ヲ及スノミナラス名譽ヲ害スル亦少ナカラス名譽ノ損害ハ無形ノ損害ナリ然レトモ其私訴ノ原因トナリ得ヘキハ論ヲ竢タサル所ナリ

第二　現實ノ損害ナラサルヘカラス

私訴ヲ提起スル者ハ必ス現實ノ損害ヲ受ケタル者ナラサル可カラス私訴ハ損害ニ起因ス損害ニシテ不確實ナランヤ私訴何ヲ以テ起ルヲ得ンヤ他日損害ヲ來スヘシトノ豫想ノ如キハ私訴ノ起因タルコト能ハス必ス私訴提起ノ當時既ニ已ニ提起者ノ財産名譽若クハ身體ニ對シテ損害ヲ受ケタル事實ナカラサルヘカラス

以上所論ノ如ク私訴ハ犯罪ニ起因スル損害ノ回復ヲ目的トシ其損害ハ左ノ條件ヲ具備スルヲ要ス

第一　自己ノ受ケタル損害ナルコト

第二　損害ハ直接ニシテ且ツ現實ナルコト

此二要件ヲ具備シテ茲ニ始メテ私訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ而シテ之ヲ提起スルノ能力如何學者ノ所謂行爲能力ニ付一言スヘシ

私訴ノ提起ハ訴訟行爲ナリ故ニ民法ニ隨ヒ訴訟能力ヲ有スル者ニアラサレハ之ヲ提起スルコト能ハス民法上ノ無能力者ハ(一)未成年者(二)有夫ノ婦(三)禁治産者(四)準禁治産者是ナリ是等ノ者ハ訴訟能力ヲ有セス隨テ私訴ヲ提起スルヲ得ス是等ノ者ハ私訴權ハ之ヲ有スレトモ之ヲ行使スル能力ニ至テハ之ナキナリ學者ノ所謂權利能力アリテ行爲能力ヲ欠ク者ナリ

私訴ヲ提起センニハ前述セル如ク自己ニ損害ヲ受ケタル事實アルヲ要ス而シテ自己ニ損害ヲ受クル場合ハ普通自己ニ對シテ犯罪ノ行ハレタル場合ナリ然レトモ亦變例ナキニ非ス抑モ犯罪カ他人ニ對シテ行ハレ而自己ノ利益ニ影響ヲ及スコトハ實ニ稀有ノコトナレトモ亦絶無ナリト斷言スルコトヲ得ス古代ノ立法例ヲ按スルニ僕婢カ其主人ノ用務執行中犯罪ニヨリ損害ヲ受クルトキハ其主人ハ單ニ僕婢カ自己ノ權力ノ下ニ在ルトノ理由ヲ以テ私訴ヲ提起スルヲ得タレトモ今日ニ於テハ之ヲ許サス犯罪僕婢ニ對シテ行ハレ其主人私訴ヲ提起シ得ンニハ必ヤ主人自身ニ損害ヲ受ケタル事實ナカラサル可カラス例之

帝國若クハ法王ノ權力ノ下ニ在リテ其強制ヲ受クルニ非ラス又宗教道德ノ觀念ニ由リテ互ニ爭鬪セサルニ非ラサルニ其國力互ニ均衡セルカ爲メ猥リニ爭鬪ヲ惹起スルヲ欲セス隨テ其利害ノ衝突スルトキハ自然法等ノ道理ニ依リテ互ニ其曲直ヲ論シ自ラ國際公法ノ發生ヲ見ルニ至リタルモノニテ中世以後宗教、道德、學術ノ進歩ニ伴ヒ社會ノ文明ニ赴キタルト共ニ斯法ノ發生ヲ來セルコトハ疑ナシト雖モ斯法ノ發生ハ特ニ國力均衡ニ伴ヒ其發達及ヒ實行ニ付テモ亦列國間勢力均衡ノ絶體的ニ必要ナルヲ以テ「ウエストファリヤ」條約ニ依リ歐洲列國ノ間ニ平和ノ基礎ヲ置キタルモ次テ波蘭ノ衰亡、和蘭、瑞典、西班牙ノ勢力ヲ失墮シタルト共ニ普、露、伊等ノ勃興ヲ生シ爲メニ勢力均衡ヲ擾亂シ「ナポレオン」帝ニ至リテ其均勢ハ全ク瓦解ニ傾キシカ其失敗ト共ニ歐洲列國ハ千八百十五年維納會議ニ於テ再ヒ均勢ヲ維持スルノ途ヲ開キ其後諸國ノ間ニ勢力ノ均衡ヲ失ハントスルニ際シテハ互ニ合同シテ干渉ヲ試ミ中央亞米利加及ヒ南亞米利加諸州ノ獨立希臘、白耳義ノ創立、波蘭分割ノ如キ或ハ國ヲ興シ或ハ國ヲ倒シテ以テ歐洲ノ勢力均衡ヲ保持シ或ハ列國同盟シテ強國ニ當リ以テ均勢ヲ失ハ

僕婢主人ノ財物ヲ保管中盜難ニ罹リタル場合ノ如キ犯罪僕婢ニ對シテ行ハレタルモ之ニヨリテ損害ヲ受クルモノハ主人ナリ故ニ主人ハ私訴ヲ提起スルコトヲ得又妻ニ對スル犯罪ノ場合ハ羅馬及佛國ノ立法例ニ依レハ其夫私訴ヲ提起スル權ヲ有セリ今日吾國ニ於テモ畧同一ノ論結ヲ下スコトヲ得ヘシ妻ニ對スル犯罪ニ二種アリ妻ノ身上ニ加ヘタルモノ及ヒ妻ノ財產ニ加ヘタルモノ是ナリ其妻ノ身上ニ加ヘタル犯罪ハ夫ノ名譽ヲ害スルヲ以テ夫ニ私訴提起ノ權アルハ勿論ナリ又妻ノ財產ニ加ヘタル犯罪ニ付キテハ管理人ノ名義ヲ以テ提起スルヲ得ヘシ

次ニ被害者死亡シタル場合ニ死者ノ遺族私訴ヲ提起スルコトヲ得ルノ場合アリ今之ヲ三ケノ場合ニ區別シテ論スヘシ

第一　犯罪カ死亡ノ原因ヲ爲シタルトキ

第二　被害者カ死亡前ニ私訴ヲ提起セサル時若クハ私訴ヲ提起シタルモ未タ確定判決アラサルトキ

第三　死者ニ對スル犯罪アリタルトキ

サルコトヲ勉ムル所以ニシテ苟モ國力均衡ナルニ於テハ國際公法モ亦机上ノ空論ニ過キサルノ事蹟ハ第十九世紀以來歐洲ノ外交上ノ歷史ニ於テモ往々見ル所トス

第二項　國際公法ノ歷史

國際公法ノ發達スルニ至リタル概要ヲ左ニ畧述セン

第一期　古代

太古ニ於テモ人民團體間ニ友情ノ行ハレタル事實ナキニアラス歷史家ノ始祖「ヘロドタス」氏ノ記述ニ依ルモ耶蘇紀元前六百四十六年希臘「デルヒ」教會堂ノ燒失シタルトキ埃及王ハ其宗教ヲ異ニスルニ拘ラス莫大ナル助力ヲ與ヘ又紀元前二百二十四年「ローデス」市ノ震災ニ際シテハ希臘、埃及及ヒ亞細亞ノ諸州ヨリシテ金穀其他ノ物品ヲ贈與シタルカ如キ其他希臘、埃及、波斯等ノ古代史ニ於テモ他國民ニ對シテ好誼ヲ盡シタル事實ノ徵スヘキモノアリ殊ニ使節ヲ虐待シタル例ハ一二ニ過キス又紀元前百六十一年羅馬人ト猶太人トノ條約中ニ於テ互ニ其敵人ニ武器、船舶、金錢及ヒ糧食ヲ支給セサル旨ノ約定ヲ爲シ宛モ戰時禁制品ニ關スル國際公法ノ觀念存在シタル事蹟トシテ見ルヘキカ如シト雖モ是レ全ク武人トシテノ名譽心或ハ夷狄ニ對スル恩惠心ニ出テ畢竟スルニ宗教或ハ道德ノ範圍內ノ行爲ニ止マリ未タ列國國際上權利思想ニ基キタルモノニ非ス希臘盛代ニ於テ「アンフヒクション」會合アリテ希臘諸州間ノ爭議ヲ決スル制度行ハレタル如キモ是レ亦宗教的ノ觀念ニ基クモノニシテ其共同禮拜ヲ保護シ共同寺院ヲ保存スル爲メ隣邦互ニ宣誓シタルニ止マリ外國ヲ敵國ト看做シ外人ヲ奴隷ト同一視シ他國ノ國權、外人ノ人格ヲ認メス他國人ト敵人トハ同一ノ意義ニ看做サレ其財產ハ正當ナル分捕品ト思考シ海賊ノ行爲ハ奬勵セラレ亞典ノ當時最モ名譽アル海軍ハ海賊ノ行爲ヲ主トセルモノニシテ希臘諸洲間ニ於テスラ國家間ニ於ケル權利義務又ハ責任ノ觀念ナカリシハ事實ニシテ稀ニ宗教上ヨリシテ俘虜交換、公使派遣ノ如キ事蹟アリタルニ過キス「アリストートル」ノ如キ有識ノ士モ當時諸州ニ行ハル、耐忍ノ行爲ヲ非難シタルニ拘ラス其著書「ポリチック」中ニ於テ自然野蠻人ヲ奴隷ト爲ス爲メニ作リタルコトヲ說キ國富ヲ增殖スルニ正當

ニシテ名譽アル方法トシテ奴隷ヲ作ル爲メ野蠻人ニ對シテ戰爭ス可キコトヲ說ケリ

羅馬ニ於テハ希臘時代ヨリモ一層外國ニ對スル觀念モ進步シ兵士ノミ正當ニ戰爭ニ從事シ得ヘキモノトシ其他國際上正當ナル道理ヲ認メ戰爭ノ宣言平和條約ノ法則ニ關スル學校ヲモ設ケタリシカ正義人情ニ耳ヲ傾クル者少ナク特ニ戰勝ノ勢ニ乘シ條約ヲ不正ニ解釋シ正義ヲ破壞シ及ヒ戰爭ニ關シ殘酷ナル法則ノ行ハレタルハ希臘時代ニ伯仲シ且ツ宣戰媾和ノ法則條約ノ締結及ヒ全權大使ノ保護ニ關スル規定ノ如キモ全ク宗敎的ニシテ使節ハ宗敎上神聖ナル性質ヲ有スル者トシ宗敎ノ爲メ侵ス可カラストシ條約ニ就テモ嚴格ナル方式ヲ以テ之ヲ神ニ告ケ宣誓ニ依リテ違背ス可カラサルモノト爲シ「シセロ」モ同國人ノ兇暴ヲ歎シ人類ノ常ニ仇敵トシテ生息スルハ自然ニ反スルコトヲ述ヘ他國人ニ對シテ人情變化並ニ正義ノ德ヲ唱ヘタルノミナラス帝國ノ末葉ニ於テハ諸國民ノ法律慣例モ羅馬ノ認ムル所ト爲リタルモ「パンデクト」法典ニモ國際法ノ觀念ニ同シク戰爭ノ俘虜ヲ奴隷トスヘキコトヲ規定シ「ジヤスチニヤン」モ羅馬ノ與國ニ在ラサル國民ハ總テ敵人ト看做シ國際公法ノ基礎ト爲リタル普通法モ羅馬ニ於テハ國際法ニ非ラスシテ宇內法即チ人類社會ノ法則ニシテ他國民ヲ觀察スルニ政事的團體タル國ノ一員ト見ルコトナク唯一個ノ人間トシテ其法則ニ服從スル者ニ過キサリシナリ

第二期　中世ヨリ「ウエストフアリヤ」條約ニ至ル

中世ノ初ニ當リ歐洲北方ノ未開種族ノ南侵シテ宇內帝國タリシ西羅馬ヲ討滅シ羅馬ノ文明ヲ打破シタルト同時ニ多數ノ新立國勃興シ爲メニ歐洲全土ハ群雄割據ノ地ト爲リ殘忍無秩序ノ世ト爲リ「シヤーリマン」帝起リテ耶蘇敎ノ傳播ヲ勉メタルモ博愛主義ノ敎旨ハ未タ世ニ影響ヲ及ホスニ至ラス封建制度ノ起ルニ及ヒ秩序無キ社會ニ稍改良ヲ加フル所アリト雖モ列國國際ニハ唯兵力アルノ外何等道理ノ存スルコトナク羅馬法王ノ權力漸ク盛大ト爲ルニ隨ヒ耶蘇敎國ハ共同シテ他宗敎ニ當リタルカ爲メ法王ハ自ラ列國盟主ノ姿ヲ呈シ「グレゴリー」九世ニ至リ宗敎法ヲ編制シ以テ宗敎ニ關スル事項幷ニ個人間ノ爭議ヲ決スルノ法典ト爲シ列國間ニ於ケル葛藤ヲ仲裁スルノ權

勢ヲ有シタリシカ法王ノ政治モ漸ク腐敗シ十字軍起リテ歐洲諸國民ハ世界的知識ヲ得タルモ當時ノ戰爭ハ尤モ殘酷ヲ極メ襲撃セラレタル國ノ人民ハ極端ナル亂暴ヲ受ケ時トシテ其地方團體ハ單純ナル亂行ノ爲メ荒蕪ノ姿ニ陷リ戰勝兵ハ掠奪强盜ヲ恣ニシ將帥モ之ヲ制スルコトヲ爲サス信用モ全ク無視セラレタルモノナリシカ商業ニ付テハ稍世人ノ認ムル所ト爲リ第十四世紀ニ於ケル「コンソラトー、デル、マール」法典ヲ始メ「ヲレロン」法典及ヒ「アムステルダム」法典出テ海上捕獲ニ關スル規則ヲ諸國カ定ムルニ至リ千四百九十二年亞米利加洲ノ發見及ヒ千四百九十八年東印度航路ノ發見ニ依リテ世界通商ノ端ヲ開キ宗敎ノ改革アリテ耶蘇敎國ノ合同モ破レ新舊兩敎分立シ始メテ宗敎上幷ニ宗敎國間ニ勢力均衡ヲ得隨テ斯法ノ萠芽ヲ生スルニ至レリ

第三期　「ウエストファリヤ」條約ヨリ「ビヤナ」會議ニ至ル

「ウエストファリヤ」條約ニ依リテ新敎ヲ奉スル諸國ニ對シテハ信敎ノ自由ヲ確定シ和蘭及瑞西兩國ノ獨立ヲ認メ歐洲列國間ニ宗敎上ノ均勢ヲ生シ列國國際上ニ於テモ基督敎ノ勢力羅馬法ノ研究及通商精神ノ發達ニ由リテ諸種ノ法則ヲ生スルニ至レリ然レトモ當時社會ノ狀態ハ未タ秩序アルモノト云フヘカラス列國行爲ノ慣例ハ錯雜ヲ極メ戰爭屢起リテ其行爲ハ最モ殘酷ナリシニ由リ世人一般ニ戰爭ヲ厭惡スルコト既ニ久シク啻ニ戰爭ニ於テ殘忍ヲ減却スルノ必要アルノミナラス列國國際上互ニ一定ノ道理ヲ守リテ妄リニ戰爭ヲ起スニ至ラサラシムルコト社會一般ノ渴望スル所ト爲リ就中勢力ヲ有セサル小國ニ至リテハ戰爭ノ發生スル每ニ其害毒ヲ被ルコト最モ甚シキヲ以テ特ニ其必要ヲ感スルト同時ニ耶蘇新敎國ニ於テハ羅馬舊敎ノ唱道シ來リタル宗敎法、羅馬法ニ對シテ信據セサルコトナレハ宗敎ヲ離レテ別ニ列國間ニ法則ノ存スヘキコトヲ唱フルノ止ムヲ得サル所ヨリシテ歐洲ニ於テ始メテ國際公法ヲ唱道シタル者幷ニ斯法ニ於ケル有力ナル學者ノ輩出シタルハ悉ク和蘭、瑞西ノ如キ歐洲中ノ小國ニ在リトス千六百廿六年「グロシユース」ノ著書ヲ公ニシ人類社會ニ於テハ自然法ナルモノ自ラ存在シ之ニ從フハ各國ノ義務ナルコトヲ唱ヘ古來戰爭幷ニ平和ニ關スル諸國民ノ行爲幷ニ先

例ニ付キ其殘酷ナルモノト寛仁ナルモノトヲ區別シ其善惡ヲ氏ノ該博ナル學識ニ依リテ詳論シ單ニ之ヲ正不正ト名ケ善ト呼ヒ惡ト稱セスシテ一歩ヲ進メ其善ナルモノヲ適法トシ不善ナルモノヲ不法ト云ヒ國際上各國ノ遵守スヘキモノヲ義務ト唱ヘ享有スヘキモノヲ權利ト稱シタルコト猶孔子ノ春秋ヲ著ハシ諸國ノ行爲ニ付キ賞罰、與奪ノ筆法ヲ用ヒ不正ノ行爲ヲ筆誅シタルト同シク而シテ其唱フル所ノ學說ハ專ラ耶蘇教典及ヒ羅馬普通法ノ法則ヲ根據トシ諸國民ニ通スルノ幸福ヲ圖リテ宏遠ナル識力ニ依リ偏見ニ泥マス又私利ノ爲ニ左右セラレスシテ確乎動スヘカラサル原則ヲ斯法上ニ置キタルヲ以テ氏ノ說キタル所ハ新舊教國ノ區別ナク一般ニ喜フ所ト爲リ殊ニ羅馬法ハ帝國ノ滅亡ト共ニ消滅セスシテ第十一、二世紀ノ頃ヨリ歐洲ニ傳播シ諸國ハ間接直接ニ其法ヲ繼受シテ自國法律ノ基ト爲シタルニ因リ「グロシユース」ノ說キタル道理ハ羅馬普通法ニ基キ居ルヲ以テ歐洲諸國ニ於テ容易ニ容ルヽ所ト爲リ其法則ヲ以テ一國ノ他國ニ對スルニ於テハ他國モ亦其道理ニ依リテ之ニ應シ自ラ列國間ニ國際公法ノ發生ヲ見ルニ至レリ爾後「ブッフエンドルフ」「レイブニッツ」「マルテンス」「ピンケルショーク」及「バテル」等ノ諸大家輩出シテ斯法ノ發達ヲ催シ又歐洲諸國間ニ於テモ權力平均ノ益强固ト爲ルニ隨ヒ國際公法モ愈實行セラルヽニ至リ十八世紀ニ入リテハ「ポーランド」ノ亡滅和蘭、瑞典ノ衰頽ト共ニ露、普、北米合衆國等ノ諸國忽チ强大ト爲ルヤ是等諸國ハ悉ク國際公法ニ適合スル條約ヲ締結シ局外中立及ヒ海上貿易等ニ關スル原則モ次第ニ發達スルニ至レリ

第四期　「ビヤナ」會議ヨリ現今ニ至ル

第十八世紀ノ末葉ニ於ケル佛國革命ヨリ「ナポレオン」帝ノ勢力歐洲ヲ風靡シタルノ後ヲ受ケ千八百十五年「ビヤナ」會議ニ於テ英、普、佛、墺、露ノ諸國ハ歐洲ノ平和ヲ恢復シ大陸諸國ハ神聖同盟ニ加ハリ國際公法ニ隨ヒテ互ニ行爲ヲ爲スヘキ義務ヲ認メ其秩序ヲ亂ル國ニ對シテハ干渉ヲ試ミ歐洲列國ニ其利益ヲ主張スルト同時ニ歐洲ノ均勢ヲ維持スルヲ勉メ列國間ニ戰端ヲ開クコト容易ニ爲シ得サルニ從ヒ列國會議ニ依リテ諸種ノ問題ヲ決行スルコト多キヲ加ヘ國際上ノ葛藤モ仲裁々判等ノ方法ニ依リテ平和ニ終局スルコト盛ン

ニ行ハルヽニ至リ交通々商ノ便開クルニ隨ヒ列國ノ關係モ其範圍ヲ擴メ千八百五十六年巴里條約ニ於テ土耳其國ヲ加盟調印セシメタルヲ初メトシテ南北亞米利加州及ヒ東洋諸國モ亦國際公法社會ノ伍伴ニ入リ方今ニ於テハ國際公法ハ宗教ノ如何ニ拘ラス獨立國間ニ行ハルヽ法則タルコト亦異論ナキニ至リ赤十字其他郵便電信航海等ニ關スル規則ヲ初メ戰時幷ニ平時ニ關スル行爲ニ付キ万國會議ヲ以テ斯法ノ改良ヲ圖リ今世紀ノ中葉ヨリシテ國際公法ノ進歩モ特ニ顯著ナルニ至レリ

本論

第一編　國際公法ノ主體

第一章　國家ノ性質

國際公法上ニ於テ權利義務ノ主體タルモノ換言セハ人格ヲ有スヘキモノハ獨立國ニシテ其法則ニ依リテ權利ヲ享有シ義務ヲ負擔スルハ國際公法ノ社會ニ任意ニ加入シ其社會ヨリ承認ヲ得タル國家ニ限ルモノトス然レトモ斯法ノ適用ハ延イテ完全ナル獨立國以外ノ國家ニ對シテモ幾分ノ制限ヲ以テ及フヘキノミナラス一國內ニ於ケル反亂ノ團體ニシテ未タ國家ヲ爲スニ至ルヤ否ヤモ知ルヘカラサルモノト雖モ他國ヨリ交戰者タル承認アルニ於テハ其承認ヲ與ヘタル國ニ對シテハ特定ノ事項ニ關シ國際公法ノ主體ト爲リ得ヘキモノニシテ斯ル團體ニ關シテハ國家ノ承認ノ章ニ附說スヘキモ斯法ヲ講究スルニ當リテハ先ツ斯法上ノ主體タル國家トハ如何ナルモノナルヤヲ明ニセサルヘカラス

第一節　國家ノ定義及ヒ要素

羅馬法學者「シセロ」以來近世ニ至ルマテノ著述家ハ國家ノ定義ヲ下レテ「國家トハ政治上ノ團體即チ人民ノ團體ニシテ共同力ヲ以テ相互ノ安寧便益ヲ增進スルノ目的ヲ以テ集合セルモノナリ」トセリ此定義タル古代ニ於ケル國家ノ定義トシテハ或ハ完全ナルヘシト雖モ方今ニ於テハ國家ニハ土地ヲ領有セサルモノナク隨テ領土ヲ有スルハ國家ノ必要條件ト爲リタルヲ以テ近世一般ニ獨立國ノ定義トシテ認メタルモノヲ擧クレハ

獨立國トハ永續スヘキ政治上ノ組織ヲ有スル人類ノ團體ニシテ一定ノ領土ヲ有シ其團體ノ行爲ニ關シテハ外部ヨリノ牽制ヲ受ケサルモノナリ

此定義ニ基キ獨立國ノ要素ヲ分拆セハ三種ト爲スコトヲ得

第一　永續スヘキ政治上ノ組織ヲ有スル人類ノ團體ナルコト。人類ノ國家ヲ組織スルニ付テハ一國ヲ組織スルニ足ルヘキ人員ヲ要ストノ學說アレトモ斯法上其員數ヲ一定スルコト能ハス又實際ニ於テ獨立シテ政治上ノ組織ヲ有スル團體ノ成立スルアラハ其成立ニ必要ナル人員ヲ有シ居ルコトハ明カニシテ國際公法ニ於テハ敢テ其團體ヲ組織スル人員ニ付キ一定ノ法則ヲ設ルノ必要

ナキナリ然レトモ確實ニシテ永遠ニ涉リ得ヘキ政治上ノ組織ヲ有スル團體ナルコトヲ要ス隨テ野蠻人ノ集合體又ハ盜賊、海賊等ノ團體ハ之ヲ目シテ國家ト爲スコトヲ得ス何トナレハ國際公法ノ下ニアル獨立國タルヘキモノハ尙國內法ノ下ニ於ケル個人ノ如ク其法ノ下ニ立チテ權利ヲ有シ義務ヲ負ヒ其權利義務ノ關係ニ從ヒ行動スヘキモノナルヲ以テ人類ノ集合體ト雖モ他國ニ對シテ自國ノ權利義務ヲ履行シ得ヘキ保證ノ立タサルモノ換言セハ其團體ノ基礎ノ强固ニシテ政治上ノ組織永續スヘキ見込アルニ非レハ國際公法ノ社會ニ入リ其權利ヲ享有スルコト能ハサルヲ以テナリ又國家ハ政治上ノ團體ナルヘキカ故ニ自ラ其團體中ニ於テ主權ノ存在ナカルヘカラス主權トハ其國家ヲ統治スル最高權ニシテ其主權ノ所在ハ諸國ノ團體及ヒ憲法ニ從ヒ帝王ノ手ニ在ルモノアリ人民ノ手ニ在ルモノアリ又ハ君主ト人民ノ共有タルカ如キ差異アリト雖モ斯法上ニ於テハ其所在如何ヲ問フノ必要ナク又其主權ヲ有スルモノ、之ヲ取得シタル原因ニ付テモ毫モ論スルノ要ナシト雖モ一國トシテ國際社會ニ介立セントスルニ當リテハ決シテ其團體ノ秩序ナキ狀態ニアルヲ許サヽル

カ故ニ其團體ノ他國ニ對シテ權利義務ノ關係ヲ保持シ自國ニ於テ内外ノ政務ヲ行使スル實力アル主權ノ其團體ニ存在スルヲ必要トス而シテ更ニ其主權ノ勢力如何又其政府ノ性質並ニ政體ノ變動如何ノ如キハ國際公法ニ於テ毫モ關セサル所ナリ

玆ニ附言スヘキハ古來學者中國家ノ要素トシテ同人種ノ集合體タルコトヲ必要ト主張スルモノ無キニ非ラス然レトモ此說タル中世以前ノ國家ニ取リテハ悉ク然ラサルモノナシト雖モ現今ニ於テハ同人種ノ集合體タル可キコトヲ必要トセスシテ列國ハ互ニ他國民ノ歸化ヲ諾シテ其人種ノ如何ヲ問ハサルノミナラス國家トシテ數多ノ人種ヲ包含セサルモノナク英國ノ如キハ素ト「サキソン」「ブリトン」及ヒ「ケルツ」ノ三人種ヨリ成立シ方今ニ於テハ印度人其他ノ異人種ハ本國ノ人種ヨリ多數ヲ占メ又北米合衆國及ヒ露國ノ如キハ建國以來數多ノ人種ヲ混合セルヲ以テ見ルモ此學說ノ現行國際公法上何タル價値ヲ有スヘキモノニ非ラサルヤ多言ヲ要セスシテ明白ナリトス

第二　團體ハ一定ノ領土ヲ有スルコト　國家ノ成立上一定ノ領土ヲ有スルヲ

必要トスルコトハ學者ノ一般ニ異論ナキ所ナリ然レトモ例ヘハ中世「タータ—」人又ハ「アラビヤ」人ノ如キ一定ノ住所ヲ有セスシテ常ニ移住スル團體ト雖モ他ノ團體ト容易ニ區別シ得ヘク又之ニ對シテ權利義務ノ關係ヲ保持シ得ヘキモノアルニ於テハ其團體ヲ國際公法ノ社會ニ入ルヽヲ得ヘキ一國ト看做ス可カラサルノ理由ハ何處ニ存スルヤ之ヲ發見スルニ苦シマサルヲ得ス隨テ國家ノ一ノ要素トシテ領土ヲ絕對的ニ必要トスルハ法理論トシテハ容易ニ首肯スルコト能ハサルカ如シ畢竟スルニ古來國際公法學者ノ擧テ國家ニ領土ヲ必要トシ來リタル所以ハ斯法發達ノ時期ト密接ナル關係ヲ有シ斯法發達ノ時代ニ於ケル國家ハ悉ク領土ヲ有スルモノニ限リタルカ故ニ學說ニ於テモ國家ナル觀念ニハ領土ノ伴ヒ來リタルニ過キス何トナレハ古代ニ於ケル國家ノ觀念ハ前述セル「シセロ」ノ與ヘタル定義ニ於テ明言シタル如ク領土ニ對スルヨリモ寧ロ人民ノ團體ニ對スル名稱ニシテ其國家ニ行ハルヽ法律モ今日ノ如ク一國ノ版圖內ニ行ハルヽモノニ非ス例ヘハ羅馬ノ國法ト云ヘハ羅馬領域內ノ法律ニ非スシテ羅馬人種ノ法律タリシヲ以テ苟モ羅馬人ナル以上ハ何レノ所ニ至ル

モ其法律ノ支配ヲ受ク可キモノト爲シタルニ因リテ見ルモ當時ニ在リテハ羅馬人ノ集合體ヲ指シテ羅馬國ト名ケタルニ外ナラス又中世ノ初ニ於テ歐洲北部ノ種族南下シテ諸國ヲ組成スルニ當リテモ其土地ハ種族ノ共有ニ屬シ領土ニ重キヲ置カサリシ事實ハ佛蘭西王ハ「フランク」人ノ王ト稱シ英國王ハ「サキソン」王ト唱ヘタルニテモ明ナリ然ルニ歐洲ハ其後封建ノ世ト爲リタルニ及ヒ諸國ハ互ニ一定ノ領土ニ割據スルニ至リ第十六世紀ニ在リテハ君主ハ人種ノ王タル考モ漸ク去リ各國共ニ一定ノ領土内ニ於テ主權ヲ有シ其領土ヲ所有スルモノヲ其國ノ君主ト看做スニ至リ而シテ恰モ此時代ニ於テ國際公法ノ萌芽ヲ生シタルモノナルヲ以テ國ト國トノ關係ヲ論スルニ至リテモ現ニ國家ト云ヘハ領土ヲ有スルモノトノ思想ノ伴ヒタルニ外ナラス然ルニ其後社會ノ文明進歩スルニ隨ヒ各國ノ基礎モ鞏固ト爲リ國力均衡ノ爲メ列國ハ猥リニ戰爭ヲ爲ス可ラサルニ至リナルト同時ニ自國ノ富强ヲ謀リ爭フテ其領土ヲ整理シ其殖産工業ヲ發達セシメ遂ニ國家ノ强弱ハ其國民ノ貧富ニ隨ヒ國民ノ貧富ハ其占領スル土地ノ良否如何ニ歸着スルニ至リ自ラ領土ノ重キヲ加ヘ歐洲中領土ヲ

有セサル國家ナキト同時ニ土地トシテ何レノ國家ニモ屬セサルモノナキニ至リ遂ニ今日ニ於テハ全世界中何レノ國家ニモ屬セサル空地ハ殆ント皆無ナル狀態ヲ呈シ來リタルヲ以テ縱令理論上國家ニハ領土ナルモノ絶對的ニ必要ナラストスルモ既ニ國家ト云ハヽ領土ヲ有セサルモノナク領土ヲ有セサル人類ノ團體ハ自ラ政治上ノ組織ヲ有スルコト能ハサルヲ以テ斯ル團體ノ國家ヲ組織スルコトナキニ至レリ

第三　團體ノ行爲ニ付テハ外部ノ箝制ヲ受ケサルコト　獨立國ハ内部ニ於テ自由ナル政治ヲ行ヒ外部ニ對シテハ他國ヨリ其行爲ニ付キ制肘ヲ受ケサルコト必要ナリ故ニ國家ハ其内政又ハ外交ニ關シテ任意ニ行爲ヲ爲スノ權能ヲ失フニ於テハ獨立國タル所以ヲ喪失スルハ論ヲ待タス然レトモ一同カ一時他國ノ意ニ隨ヒテ運動スルコトアリ又强國ノ勢力ノ爲メ瞑々ノ裡ニ自國ノ行爲ニ影響ヲ蒙ルコトアリ是等他國ヨリ蒙ルヘキ箝制ハ其性質上永久ニ渉ルヘキモノニ非ラスシテ之カ爲メ其國ハ任意ニ行爲ヲ爲シ得ヘキ權能ヲ永久的ニ失ヒタルモノト云フヘカラス隨テ斯ル權能ノ苟クモ存在スル間ハ縱令其行使ハ一

時制限ヲ蒙ルコトアルモ尙獨立國タルニ妨ナシ例ヘハ安政年間乃至明治初年ニ締結シタル我國ト歐米諸國トノ條約ニ於テハ領事裁判ノ制度行ハレ我國內ニ於ケル外國人ニ對シ帝國主權ノ行使ニ關シ條約ノ明文ヲ以テ制限ヲ付スルノ結果ト爲リタルモ此條約ノ規定ハ永久ニ存續スヘキモノニアラスシテ明治五年後ニ於テハ何時ニテモ我國ノ申出ニ依リ改正スヘキコトヲ條約中ニ規定シアルノミナラス領事裁判ノ制度ハ素ト我國カ任意ノ契約タル條約ヲ以テ一時他國ニ其國人ヲ裁判スルノ權利ヲ與ヘタルニ過キスシテ我國ハ尙任意ニ行爲ヲ爲シ得ヘキ權能ニ於テ缺クル所ナキヲ以テ獨立國タル資格上毫モ欠クル所ナク又千八百五十六年巴里條約ニ因リ露國ハ黑海ニ軍艦ヲ置クコトヲ制限セラレ同海岸ニ戰器製造所ヲ建設ス可カラサル條約ヲ結ヒ千八百七十一年倫敦條約ニ至ルマテハ此拘束ヲ受ケタルモ是レ亦條約上主權ノ行使ヲ自ラ制限シタルモノナルヲ以テ露國ハ之カ爲ニ獨立國ノ資格ヲ損シタルモノニ非ラサルカ如シ又新條約ニ於テモ英、獨、佛三國幷ニ露國等ト海關税ノ税率其他ノ規定ヲ設ケ其他諸國ハ最惠國條款ニ基キ之ニ均霑シ我國ノ關税ヲ條約ヲ以テ一定シタルハ歐米諸國間ニ一般ニ行ハル、方法ノ異例ニシテ是等諸國ニ於テハ輸出入ノ物品ニ賦課スヘキ關税ハ自國單獨ノ法律規則ヲ以テ任意ニ規定變更シ或ハ其物品ノ種類ニ因リ自國ノ商業政策上其關税ヲ高下シ內地ニ於ケル同一種ノ製造販賣ヲ保護シ甚シキニ至リテハ外國品ノ輸入ヲ實際禁止スル結果ト爲ルヘキ高税ヲ課シ其輸入ヲ防クコトナキニ非ス斯ル塲合ニ當事國ノ間ニ於テ互ニ不便ヲ感シ若クハ協議ノ上或物品ニ限リ其輸出入ヲ兩國間ニ平均セシカ爲メ其税率ヲ條約ニ因リ一定スルコトナキニアラサルモ我新條約ノ如ク豫メ列國ニ對シテ殆ト樞要ナル輸入品一般ニ付キ關税率ヲ定メタルモノナシ是レ其條約ノ取結中我國主權ノ行使上其規定ニ係ル物品ニ對シ自由ニ關税ヲ定メ得ヘキ作用ヲ條約ヲ以テ制限シタルモノナレトモ其規定タル十二年ヲ限リ繼續スヘキモノニシテ更ニ改正ヲ行ヒ得ヘキニ依リ永續スヘキ性質ノモノニ非ルヤ勿論ナリ又土耳其「バルガン」諸州幷ニ淸國、朝鮮、暹羅等ノ諸國ニ於テモ他國トノ條約ニ於テ今尙領事裁判制度ノ規定アリト雖モ亦主權ノ行使ノ自由ヲ失ヒタルニアラス之ヲ要スルニ獨立國ノ要素ニ欠クル所アルヘキ他國ノ箝制

ハ永遠ニ渉ルヘキ性質ヲ有セサル可カラスシテ條約其他ニ出テタル一時主權行使ノ制限ヲ以テ獨立國ノ資格ニ對シテ何タル影響ヲ及ホス可キモノニ非ラス

第二節　國家ノ種類

前述シタル三要素ヲ具備シ完全ナル對外主權ヲ有スル獨立國ノ外國際公法上獨立ノ點ニ付キ不完全ナル國家少カラス固ヨリ國家ノ要素中ニ付キ領土ヲ有セサル國ハ方今存在スルコト能ハス又政治上ノ組織ヲ有セサルニ於テハ其團體ヲ一國ト看做サヽレトモ第三要素タル團體ノ行爲ニ付キ外部ノ牽制ヲ受ケサルヘキ條件ニ於テ欠クル所ノ國家アリ換言セハ其團體タル一定ノ領土ヲ有シ政治上ノ組織ヲ有スルニ拘ラス自由行爲ヲ爲シ得ヘキ權能ノ幾分ヲ永遠ニ他國ノ為ニ制限セラレ或ハ他國ノ意思ノ下ニ行爲ヲ爲スノ契約ヲ結ヒ其契約ハ自國ノ意思ヲ以テ廢止又ハ變更スルコト能ハサルモノアリ斯ノ如キ國家ハ或ハ半獨立國ト稱シ國際公法上完全ナル國際團體ノ一員ト看做スコト能ハサルモ其他國ノ為ニ制限セラレサル事項ニ付テハ其團體ハ自由ニ行爲シ得ヘク更ニ又附屬國若クハ屬國ト稱スルモノニシテ全ク國家ト看做ス可カラサルモノト雖モ本國政府ヨリ幾分カ之ニ行爲ノ自由ヲ與ヘタルトキハ其範圍ノ行爲ニ對シテハ國際公法上ノ權利ヲ享有スルト同時ニ義務ヲ負フヘキモノトス今斯ル國家ノ資格及ヒ國際關係ヲ明瞭ニスルカ為メ左ノ數項ニ分説セン

第一項　君主連合國

聯合國ニ二種アリテ一ヲ君主連合國又ハ人的聯合ト云ヒ一ハ合衆國又ハ聯邦ト稱シ又ハ物質的聯合ト稱ス而シテ君主連合國トハ二個以上ノ獨立國ニ於テ同一ノ主君ヲ戴クモノニシテ一君主ノ身ヲ以テ數國ノ君主ノ資格ヲ有スルヲ云フモノニシテ例ヘハ千七百十四年乃至千八百三十七年英國「ハノーブル」ノ兩國ハ同一ノ君主即チ「ハノーバー」王統ヲ君主ト爲シタルカ如ク又千八百八十六年以來白耳義王ノ亞弗利加「コンゴー」州ノ王ヲ兼ネ「ナッソー、オラニン」家ノ和蘭國王カ同時ニ「ルキセンブルク」侯國ノ君主タリシカ如ク其他千八百六十三年マテ嗹馬王カ「シュレスウヰック、ホルスタイン」州ノ君主ヲ兼ネ千八百五十七年「イレンブルク」侯國ノ瑞西共和國ニ合併スルマテ普魯士王ノ其君主ヲ兼ネタルカ如キ皆君主連合國ニシテ其連合ニ付テハ或ハ一君主ノ終身ヲ以テ期限トスルアリ或

ハ一王統ノ繼續スル間ハ同一君主ヲ奉スト爲スアリ其條件ハ一樣ナラスト雖モ總テ君主的連合ハ倘攻守同盟ノ塲合ニ於ケルカ如ク連合ニ係ル諸國ハ個々獨立國タルノ資格ヲ失ハスシテ單ニ其連合ト稱スル國家ハ國際公法上ヨリ觀察スレハ國家ノ連合ニ非ラスシテ其諸國ハ單ニ外國ニ對シ同一ノ代表者ヲ用ヒ居ルニ過キス故ニ君主ハ一人ナルモ其各國ノ政府ハ獨立シテ內外ノ政務ヲ爲シ連合國相互ノ間ニ於テモ條約ノ締結其他獨立國間ニ於ケル關係ヲ有スルコト毫モ他國ニ對スルト何等ノ差異アルコトナシトス「ヘフター」ハ君主連合國ハ君主ヲ同一ニスルヲ以テ相互間ニ戰爭ヲ起スコトヲ得ルヤ否ヤノ疑ヲ挾ミシモ是レ法理上ニ於テ有力ナル說ト爲スコト能ハス何トナレハ兩國共同ナル君主ハ國際公法ニ於テハ決シテ兩國ノ所有者ニ非ラスシテ兩國ノ代表者ニ過キサレハ斯ル國家間ニ於テ開戰ヲ爲スニ當リテハ先ツ其一國カ君主ヲ變更スルカ如キ手續ヲ爲スノ必要生スルコトアルヘシト雖モ理論上ニ於テハ猶兩國間ニ於ケル負債其他ノ權利關係ヲ生シ得ヘキト同シク代表者ヲ同一ニシ居ルノ故ヲ以テ開戰シ能ハサルノ理ナキナリ

又「フィリモー」及ヒ「ハレック」ハ一國カ君主ヲ共同ニスル爲メ一時其獨立タルノ資格ヲ失ヒテ全ク他國ニ合併シ其合同ノ破ルヽニ至リ再ヒ獨立國ノ地位ニ復スヘキモノヲ君主連合國トシテ說キタレトモ是レ寧ロ物質的連合若クハ眞正ナル聯合ト稱スヘキモノニシテ聯邦又ハ合衆國等ト國際公法上其性質關係ニ於テ大差ナク君主連合國ト稱スルハ斯ル永久的又ハ物質的ニ國家ノ合併シテ一時タリトモ一國ヲ爲スニ非スシテ二獨立國以上ノ單ニ一時其君主ヲ同シクスルニ過キスシテ連合中ト雖モ箇々別々ノ獨立國タル關係ハ依然トシテ存在スルモノヲ云フニ外ナラス隨テ英國ノ如キハ英蘭、蘇蘭、愛蘭ノ連合王國ト稱スレトモ是レ單ニ名稱ノミニシテ一ノ獨立國ニシテ決シテ君主連合國ニアラス又瑞典、諸威兩國ノ如キハ其政府ノ機關個々別々ニ存在シテ一王統ヲ戴クモノナレトモ千八百十五年ノ憲法ニ於テ兩國ハ現在ノ皇帝及其王統ヲ君主ト爲シ若シ其王統ノ斷絕スルトキハ他ノ君主ヲ迎ヘ其王統ヲ戴キ兩國ニ永久的聯合ノコトヲ規定シタルニ因リ是レ亦君主連合國ニ非スシテ聯邦又ハ合衆國ノ部類ニ屬スヘキモノタリ

第二項　聯邦又ハ合衆國

一般ノ公法學ノ學説ニ因リ物質的聯合ノ國家ヲ論スルトキハ數種ニ之ヲ分類スヘキモノナルヘキモ國際公法ニ於テハ獨立國間ノ關係即チ對外主權ノ作用ニ付キ國家ヲ分類スルノ外ナキヲ以テ其內國ノ組織ノ詳細ニ付テ分類スルノ必要ナシ玆ニ聯邦又ハ合衆國ト稱スルハ數國カ唯一ノ對外主權ノ下ニ立ツモノニシテ內政ニ關シテハ諸州ニ於テ各自ニ行為ヲ為スノ權能ヲ有スルモ外國ニ對シテハ一獨立國タル關係ヲ有スルモノヲ云フ北米合衆國、瑞西聯邦國、瑞典諾威國ノ如キ皆是ナリ今北米合衆國ノ憲法ヲ見ルニ外交官ノ事項、條約締結ノ權國防及ヒ宣戰、媾和ノ權等ヲ全然中央政府ニ一任シ各州ハ是等ノ權ヲ有セサルコトヽ為シ又墺匈國ニ於テモ外交、軍事、財政、通商、鑄錢等ニ關スルノ權ハ一切之ヲ中央政府ニ委任シ獨逸國ニ於テモ千八百七十一年ノ憲法ニ於テ之ト大同小異ノ規定アリ尤モ獨逸國ニ於テハ「サキソニー」「バヽリヤ」其他ノ聯邦ハ他國ニ外交官ヲ派遣シ又ハ他國ヨリ之ヲ受クルノ權ヲ有セリト雖モ是レ全ク外交上中央政府ニ委任セサル事項ニ付キテ他國ト交際シ居ルモノニ過キスシテ中央政府ノミ獨逸全國ヲ代表スル外交事項ヲ他國ニ對シテ處決スルノ權ヲ有シ他國ト同盟媾和ノ權、政治上、商業上ニ關スル條約ノ締結幷ニ移住、移民、郵便、電信、版權及ヒ領事ニ關スル事項、罪人引渡其他民刑ニ關スル事項ニ付キ他國ト條約締結ノ權ヲ握リ居リ聯邦ハ此等ノ權利ヲ有セサルヲ以テ獨逸全般ヲ目シテ一聯邦國即チ一獨立帝國ト看做スヘク其他瑞西墨西哥「コロンビヤ」「アーゼンチン」共和國モ皆其憲法上聯邦又ハ合衆國ノ部類ニ屬スルモノナリ是等諸國ハ或ハ合衆國ト稱シ或ハ聯邦ト稱スレトモ國際公法上ニ於テハ兩者ノ間ニ是等ノ區別ノ存スルコトナク數國ノ集合シテ一ノ對外主權ノ下ニ在ルモノヲ總稱シテ一獨國ト看做スモノニシテ各州ハ國際公法上ノ人格ヲ有スルモノニアラス隨テ內部ニ於ケル中央政府ト各州トノ關係上其權力ノ配置如何ハ國際公法ニ於テ問フ所ニアラスト雖モ其國全體ノ他國ニ對シテ權利ヲ有シ義務ヲ負フヘキ確實ナル中央政府ノ存スルヲ必要トス而シテ聯邦又ハ合衆國ヲ組成スル各州ハ果シテ獨立國ナルヤ否ヤニ付テハ議論ノ存スル所ニシテ近來此等諸國ニ於テハ國家全體ヲ團結スルノ政略上學者モ亦之ヲ半獨立國ト為スモノ多ク主權ノ一

部ヲ有セサルノ説ヲ吐クモノ多キヲ加ヘ來リタルコトナレトモ北米合衆國、獨逸帝國其他墺匈國、瑞西聯邦及ヒ瑞典、諾威國ノ如キ合衆國又ハ聯邦ニ於テハ之ヲ組成スル各州ハ素ト獨立國ニシテ完全ナル主權ヲ有シ單ニ對外主權ノ行使ヲ永久的ノ契約ニ因リ中央政府ニ委シタルモノナルニ因リ聯邦又ハ合衆國ノ憲法上各州ノ他國ト交渉シ得ヘキ程度ニ從ヒ其範圍内ニ於ケル事項ニ付テハ各州ト雖モ他國ニ對シ國際公法上ノ權利義務ヲ有スルモノナリ

第三項　永世中立國

永久中立國トハ他國ヨリ攻撃ヲ受クル場合ヲ除クノ外ハ他國ニ對シテ戰爭ヲ爲スコト並ニ平時ニ於テモ單純ナル國防ニ出ツル場合ノ外ハ他國ト戰端ヲ開クニ至ルヘキ交渉ニ干與セサル條件ヲ以テ諸大國トノ條約ニテ其獨立及ヒ安全ヲ保證セラル、ノ國家ニシテ理論上ヨリ云ハ、其獨立國タル權能ノ一部ヲ諸國トノ條約ヲ以テ永久的ニ行使セサルモノニシテ其國防ニ出テタル場合ノ外ハ一切戰爭ニ干與セサルハ則チ其國家成立ノ必要條件ト爲リ居ルモノトス然レトモ前述ノ聯邦又ハ合衆國ノ諸州若クハ第四項ニ於テ詳説スヘキ保護國トハ全ク其趣ヲ異ニシ是等諸州國ニ於テハ他國ト外交上ノ關係ハ全ク自己ノ手ニ於テセスシテ中央政府又ハ保護ヲ加フル國家ノ手ニ於テ之ヲ爲スト雖モ瑞西及白耳義ノ如キ永世中立國ニ於テハ凡テ他國トノ國際ハ自國ノ手ニ於テノミ之ヲ行フコトハ他ノ獨立國ト異ナル所ナク單ニ進取的戰爭其他國際以外ノ戰爭ニ干與スル外交事務ハ全ク行フヘカラサルニ過キス又其制限サレタル權利行使ニ關シテモ聯邦又ハ合衆國ノ諸州ニ於テハ自己ノ手ニ有セサル權利行使ハ中央政府ノ掌握スル所ト爲リ保護國ノ場合ニ於テハ保護ヲ加フル國家ノ手ニ於テ保護國ノ爲ニ行使スト雖モ永世中立國ノ場合ニ於テハ然ラスシテ其制限ニ係ル權利行使ハ他國モ之ヲ有セサルモノトス換言セハ列國モ永久的條約ニ因リ永世中立國ニ對シテ戰爭ヲ開クコト能ハス又其國國防以外ナル他國ノ戰爭ニ干與セシムルコト能ハサルヲ以テ國際上ノ法則ト爲スモノタリ方今歐洲ニ於ケル永世中立國ハ瑞西、白耳義及ヒ「ルキセンブルグ」ノ三國トス瑞西國ハ「ウエ、ストフアリヤ」平和ヨリシテ佛國革命戰爭ニ至ルノ間ハ其中立ヲ維持シ來リシカ革命戰爭中ニ於テ佛、墺、露三國軍隊ノ蹂躙スル所ト爲リ「ナポレヲ

ン帝ノ敗北後千八百十五年十一月二十日英、墺、普、佛、露ノ五大國ノ巴里條約ニ因リ瑞西國ノ永世中立國タルコトヲ認メ其領土ヲ侵サヽルコトヲ互ニ保證シ此五大國ノ保證ハ瑞西國ノ永久中立ヲ歐洲公法ノ法則ト爲スニ至リ瑞西國モ亦其國境ノ不可侵ヲ自國兵士ヲ以テ防禦スルノ決心ヲ以テ千八百十五年以後之ヲ破ラレタルコトナク隣國モ亦之ヲ侵サントセハ同國人民ノ熱心ナル反抗ヲ受クヘキノミナラス保證國ノ兵力干渉ヲ來スヘキニ由リ敢テ其中立ヲ破ラント企テタル者ナシ

白耳義國ハ「ビヤナ」會議ノ後和蘭國ト合併シテ「ニコージーランド」國ト稱スル一國ヲ爲シタルコトナルカ千八百三十年白耳義人ハ和蘭國ニ對シテ反亂ヲ企テ白耳義王ハ諸大國ノ意向ヲ叩キタルニ諸大國ハ之ニ干渉シ千八百三十一年十一月列國會議ニテ白耳義國ヲ獨立トシ諸大國ハ其永世中立ヲ保證セリ然ルニ和蘭國トノ和議ハ千八百三十九年四月ニ至ル迄調ハサリシカ同月ニ至リ兩國モ調和スルニ至リ五大國モ其規定ヲ保證スル條約ヲ結ヒ白耳義國ノ中立ヲ保證スルト同時ニ同國ヲシテ他國間ノ兵力爭鬪ニ干渉セシメサルコトヽ爲シ千

之ヲ明示セサルモ法律ハ之ヲ執行セサレハ其用ナキナリ只タ憲法ノ規定スル處ニヨリ官府ニ委任シテ法律ヲ施行セシム即チ大權以外ニ於テ法律施行ノ權限アルコトヲ示セル處ニ注意スルヲ要ス執行命令ハ法律ニ依リ限界セラルヽコトハ勿論ニシテ且執行命令ハ執行セラルヘキ法律ノ存在スルコトヲ要ス而シテ其法律ノ廢止セラルヽトキハ執行命令モ亦自ラ消滅スルコトハ明ナリ

第三　委任命令

委任ナル語ノ正當ナラサルコトハ已ニ述ヘタリ蓋シ委任トハ一ノ權利主體カ他ノ權利主體ニ自己ノ權利ヲ委任シテ行ハシムル場合ニ用ヒラルヽコト普通ナリ官府ハ權利ノ主體ニアラス故ニ委任命令ト云フハ只言詞ヲ借リテ用ヒタルモノナリ委任命令ニ二種アリ即チ

一　憲法上法律ヲ以テ規定スルコトヲ必要トスル事項ヲ命令ニ委任セシ場合

二　命令モ亦規定シ得ル事項ヲ法律カ委任セル場合

元來委任命令ノ有無ハ今日猶ホ議論アル處ナリ而シテ委任命令中憲法上法律ヲ以テ規定ス可シト定メラレタル事項ヲ委任サル、命令アリヤ否ヤハ議論ノ燒點ナリ獨逸ノ「レンネー」氏ハ憲法上ノ立法事項ハ委任スルコト能ハスト主張シ之ニ反對スルモノハ曰ク抑立法ノ方法ハ永久ノ法規ヲ定ムルニハ適セルモ時ノ必要ニ應シテ變化極リナキコトヲ規定スルニハ不適當ナリ故ニ法律ヲ以テ一切ノ事項ヲ網羅シ盡スコトハ事實上不能ノコトナリ憲法ハ或一定ノ事項ハ法律ヲ以テ定ムヘシト規定セリ然シナカラ憲法ハ法律ハ如何ナル方法ヲ以テ規定スヘキカノ點ニ付テハ之ヲ定メス故ニ法律カ細目ニ至ルマテ自ラ規定スルモ法律ヲ以テ定ムル方法ノ一ナリ又一定ノ範圍內ニ於テ法律カ規定ヲ命令ニ讓ルモ亦法律ヲ以テ規定スル一ノ方法ナリ其規定ヲ命令ニ讓リタル場合モ命令ノ規定ハ法律ノ一部ト見テ可ナリト

此論ハ一理アルカ如シト雖モ誤リタル點甚タ多シ第一立法ナル方法ハ永久ノ法規ヲ定ムルニ適スルモ時ノ必要ニ應シテ臨機ノ規定ヲ設クルニハ不適當ナリト云フノ理由ハ必スシモ誤ラサルヘシ然レトモ委任シ能ハストノ論者モ全ク法律ノ委任ト云フコトヲ無視スルモノニ非ス即チ前ニ擧タル第二ノ場合ニ於テ命令ニ委任スルコトヲ得ルハ一般ニ認ムル所タリサレハ反對論者ノ論據ハ半ハ消滅セルモノト謂フヘシ之ニ反シテ憲法カ必ス法律ヲ以テ規定ス可シトセル場合ハ憲法上明ニ命令ノ便宜ノ規定ヲ許サヽルノ精神ナルニモ拘ラス時ノ必要ニ應シテ命令ニ委任スルノ必要アリトノ議論ヲ推シテ此精神マテモ破壞シ命令ヲ以テ何事モ規定スルコトヲ得ト論スルハ甚タ不可ナリト謂ハサル可カラス

次ニ憲法ハ或ル事項ヲ法律ヲ以テ規定ス可シト定ムルモ其規定ノ方法定マラサルカ故ニ命令ヲ以テ規定スルモ可ナリト云フト雖モ憲法カ法律ヲ以テ規定スヘシト定メタルハ即チ規定ノ方法ヲ定メタルモノナリ去レハ論者ノ如キ説ハ爲ス能ハサルモノナリ若シ法律カ自己ノ權限ヲ命令ニ讓ルコトヲ得トセハ憲法ノ精神ハ貫徹セサルニ至ルヘシ抑法律ナルモノハ帝國議會ノ協贊ヲ經テ法律ナル名義ヲ以テ分布セラル、處ノ國家ノ意思ノ宣言ナリ憲法カ此形式(議會ノ協贊)ニ依ラサルヲ得スト規定シタル以上ハ決シテ命令ノ

形式ヲ以テ定ムルコトヲ許サヽルヤ明ナリ帝國議會ハ憲法ニ依リ一定ノ國家ノ意思ニ協賛スルノ權限ヲ有ス議會ハ此權限ヲ拋棄スルコトヲ得ルモノニ非ス若シ法律ヲ以テ規定セサルヲ得スト定マレルコトヲ命令ニ委任スルト云フカ如キ法律ニ協賛スルトセハ議會ハ自己ノ憲法上ノ權限ヲ無視スルコトニ協賛スルモノナリ之レ決シテ憲法ノ精神ニアラサルナリ

且一歩進ンテ論者ノ意ノ如ク委任ヲ許サハ其理ヲ推シテ法律カスヘテ其規定ヲ命令ニ委任スルモ可ナルヤ若シ然ルトキハ立法機關ハ何等ノ必要アリテ設ケタルモノナルヤ實ニ解ス可カラサルニ至ルトノ非難ヲ生ス尙反對論者ト雖モ行政官廳カ法律ノ委任ニ依リ發シタル命令ニシテ下級官廳ノ發シタルモノナルトキハ上級官廳ハ其命令カ法規ニ違反セルカ又ハ公益ニ害アリトシテ取消スコトヲ得ト云ヘリ然ハ此種ノ論者ハ委任命令ナル一方ヨリ見レハ法律ト同一ナル力アリトシテ又他方ヨリ見レハ命令ヲ以テ廢スルコトヲ得ト云フナリ此ノ如キ命令ハ實ニ例外ノ場合ニシテ憲法上緊急命令ノ外認メラレサル處ナリ(憲法第八條)

以上述ヘタル所ニ依リ委任命令ハ憲法上法律ノ規定ヲ必要トスル場合ノ外ニ於テノミアリ得ルモノト解セサル可ラス獨逸ノ「アルント」氏ハ憲法カ法律ヲ以テ定ムトアル場合ハ委任スルヲ得スシテ法律ニ依ルト云フ場合ニハ委任スルコトヲ得ヘシト論シ日本ニテモ或學者ノ唱フル處ナリ然レトモ是レ只文字ニ拘泥セル解釋ニシテ憲法ハ斯ノ如キ精神ニテ文字ノ使用ヲ區別セリト解スルコト能ハス

委任命令ハ委任セル法律ノ廢止セラルヽト共ニ消滅ス委任命令ヲ廣義ニ解セル論者ハ尙進ンテ命令權ノ委任ニ論究シ第一、委任命令ヲ發スル權ヲ更ニ委任スル場合第二、緊急命令ノ委任第三、執行命令及ヒ獨立命令ノ委任ニ區別シテ委任シ得ト論セリ

第一ノ委任命令ヲ發スル權ヲ更ニ委任セシ場合ハ前ニ法律ノ委任セシ場合ニ論セシ處ヲ玆ニ適用スルコトヲ得只予ハ委任スルコトヲ得ル範圍內ニ於テ法律カ勅令ニ委任セシモノヲ省令ニテ規定スル如キハ爲シ能ハスト解スルナリ然ルニ反對論者ハ前述ノ論鋒ヲ以テ此場合ニモ委任シ得ト云ヘリ乍

併此論モ予カ前述セシ如ク法律ハ已ニ規定ノ方法ヲ定メタルモノト見サルヲ得サルヲ以テ勅令ヲ以テ規定スヘシトノ方法ヲ變シテ省令ヲ以テ規定スルコトハ爲シ得スト考フ乍併只タ廣ク命令ニ委任シタル場合ハ其權限ヲ有セサル官府カ委任命令ヲ發スルコトハ正當ニシテ若シ此權限ヲ有スル官府ナキトキハ勅令ヲ以テ發シ又此勅令ヲ以テ更ニ委任シ得ト解セサルヲ得ス而シテ此命令ノ効力ニ付キテモ前ニ委任命令ノ効力ヲ論セシ場合ト同一ナリ

第二ノ緊急命令ヲ委任スルコトヲ得トノ論ハ誤レリ已ニ憲法第八條ニ明ニ勅令ヲ以テ發スヘシト規定シアルヲ以テ之ヲ更ニ閣令省令ニ委任スルコトハ憲法ノ精神ニ反スルモノナリ

第三執行命令及獨立命令ノ委任ハ勿論アリ得ヘシ而シテ玆ニ詳説スルノ要ナシ

終リニ命令ノ成立及消滅ニ付キ略説スレハ命令ノ發布ニ關シテハ公文式ニ規定アリ即チ親署及公布ナリ親署ハ國家ノ意思ヲ發表スルモノニシテ公布ハ一般ニ遵由ノ効力ヲ生セシムル處ノ手續ナリ親署ノ式ハ公文式ニヨレハ年月日ヲ記入シテ總理大臣又ハ主任ノ大臣之ニ署名ス地方官廳ノ發スル命令ハ明治二十六年十月勅令第百九十九號公布式ニ依レハ警視廳令、北海道廳令、府縣令、島廳令及郡令ニハ其命令ノ警視廳令以下タルコトヲ明記シテ警視總監北海道廳長官府縣知事島司又ハ郡長各署名シ公布ノ年月日ヲ之ニ記入スヘキモノトス

公布ノ方法ハ公文式ニ依レハ官報ニ掲載シテ其官報ノ到着日數ノ後七日ヲ以テ執行期限トス之レ閣令省令ニ關スルモノニシテ其他ノ行政官府ノ命令ハ明治廿六年勅令第百九十九號ニ依リテ警視廳令北海道廳令府縣令ハ各其命令ノ定ムル處ニ依ルトアリ島廳令郡令ハ北海道廳令又ハ府縣令ノ定ムル處ニヨリ公布ノ手續ヲ爲ス其施行期限ハ公布ノ日ヨリ七日ヲ經テ施行スルコト、ナレリ但シ島地ニアリテハ其命令ノ島廳ニ到着シタル日ヨリ七日ヲ起算ス

以上述ヘタルモノハ例外トシテ凡テ命令中ニ特ニ施行期限ヲ定メタルトキ

ハ其期限ニ依ル且公文式ニ依レハ期限ノ定メナキ場合ニテモ其命令ノ性質ニ因リテ發布ノ當日ヨリ施行セシム可キモノアリ猶公文式等ニ例外ヲ設ルコトヲ得ル法律命令ハ格別ノ場合ナリ

命令ノ消滅ニ付テハ法律ノ消滅スル場合ト大體同一ナリ即チ其命令中ニ變更廢止ノ方法ヲ定メタルトキハ其方法ニ因リテ消滅スルハ無論ナリ又命令ノ目的タル事件、物件ノ消滅シタルトキハ命令モ自ラ消滅ニ歸ス又或ル命令ハ經過的ノ性質ヲ有スルモノアリ如此命令ハ新命令ノ出ツルトキハ同時ニ消滅ス此外一般ニ明示默示ノ方法ニヨリテ命令ヲ消滅セシメ得ルハ論ナキナリ

以上ハ法律ト共通ノ消滅事項ニ關セリ尚命令ニ付テハ

第一　法律ト牴觸スルコトヲ得サルヨリ來ル消滅ノ場合

第二　上級官廳ノ命令ニ違フコトヲ得サルヨリ來ル消滅ノ場合

第三　取消　取消ニ付テハ官制通則ノ第六條ニ依レハ各省大臣ハ其主任事務ニ付キ警視總監、北海道廳長官又ハ府縣知事ノ發セル命令ニシテ成規ニ違ヒ公益ヲ害シ又ハ權限ヲ侵セシモノト認ムルトキハ其命令ヲ取消スノ權アリ又地方官制ニ依レハ前述ト同一ノ場合ニ於テ知事ハ郡長又ハ島司ノ命令ヲ取消スコトヲ得トアリ各省大臣ノ命令ニ關シテハ内閣官制第三條ニ依リテ内閣總理大臣須要ノ場合ニ於テ其命令ヲ中止シ勅裁ヲ仰クノ權ヲ有ス

取消ノ効力ハ廢止ト異ナリ一ノ命令ヲ取消シタルトキハ其命令ニ依リテ變更セラレタル以前ノ状態ニ復ス而シテ廢止ノ場合ハ然ラスシテ單ニ其命令ヲ廢スルニ止マリ其命令ニ依リテ變セラレタル舊狀ニ復スルモノニアラス然シナカラ廢止セラレタル命令カ純然タル其以前ノ命令ヲ廢止スル消極的ノ命令ナルトキハ廢止スルコトヲ廢止セルモノナルヲ以テ第三命令ハ更ニ第一命令ト同シ規定ヲナスモノト見ルヘシ然レトモ廢止セラレタル命令カ只前ノ命令ニ反對スル處ノ實質ヲ有セル積極的ノ命令ナルトキハ此命令ヲ第三ノ命令ニテ廢スルモ必スシモ第一ノ命令ト同シキモノヲ生スヘキニアラス此第二ノ命令ノ規定ヲ廢シ尚第一ノ命令ヲ行ハサルノ意思ナルヤモ知レサルヲ以テナリ

以上説明セシ如ク取消ノ効力ハ被取消命令ノ爲ニ變更セラレタル舊狀ニ復スルモノナレトモ未タ取消ナキ以前ニ於テ行ハレタル行爲ハ國家機關ノ行爲ナルヲ以テ取消ノ爲ニ當然無効ニ歸スルモノニ非ス取消サレタル命令カ若シ國家機關ノ權限外ノ行爲ナルトキハ之レ國家機關ノ行爲ニアラサルヲ以テ如此場合ノ取消ハ只機關ノ行爲ナラサルコトヲ明カニスルニ止マル終リニ上級官廳ハ下級官廳ノ命令ヲ停止スル場合ハ廢止ト異ル然シ玆ニ詳論スル要ナシ

第二 處分

處分トハ本來特定ノ事件ニ對スル行政行爲ニシテ法令ノ範圍ニ於テ或特定ノ人ニ對シテ特定ノ結果ヲ惹起ス爲メニスルモノナリ現行法ニ依レハ法規ヲ制定スルハ必スシモ法律ニ限ラス命令モ亦法規ヲ設クルコトヲ得然レトモ處分令ニ至テハ法規ヲ設定スルモノニアラス法律命令ト雖モ皆必スシモ法規ヲ設定スルモノナリト云フ能ハス時トシテ其性質處分令ナルモノヲ規定スルコトアリ例ヘハ法律ニテ訓令的ノ事項ヲ規定スル場合ノ如シ故ニ現行法ニテハ法律命令處分令ノ三者ハ法規ノ設定ナルヤ否ヤノ點ヲ以テ區別ノ標準ト爲スコトヲ得ス即チ實質ニヨリ之ヲ區別スルコト難シ此三者ノ區別ハ之ヲ發布ノ形式ニ求ムルノ外ナシ畢竟スルニ法律命令ハ一定ノ形式ヲ有シ一定ノ區域内ニ於テ何人モ知リ得ル方法ニ依リテ公布スルモノニシテ處分令ハ必スシモ如此方法ヲ要セス特定ノ事件ニ關セル特定ノ人ニ對シテ(即チ處分ヲ受クヘキ者ニ對シテ)便宜ニ依テ告知ノ方法ヲ取ルモノナリ法規ハ必竟意思ノ範圍ヲ定ムルモノナリ處分ハ國權ノ實行ニ過キサルモノニシテ意思ノ範圍ヲ定ムルモノニ非ス國家カ一旦意思ヲ規定セシ以上ハ正當ノ手續形式ヲ踐ミテ其規定ヲ解カサル限リハ國家ハ常ニ其範圍内ニ於テ行動セサルヲ得ス故ニ處分ハ法規ニ違反スルコト能ハサルヤ明ナリ啻ニ法規ニ隨ハサルヲ得サルノミナラス法規ニアラサル命令ニモ亦違フコト能ハス國家カ命令ヲ以テ意思ヲ宣言セシ以上ハ處分ハ是ニ從フヘキハ當然ナリ故ニ命令ヲ發セシ官府カ處分ヲ行フ官府ト同一ナル場合ニ於テモ處分ハ一旦發シタル命令ニ從ハサルヲ得ス若シ法律命令ニ於テ細密ノ規定ヲ設ケテ行政官府ノ自由裁量ノ餘地存セサルトキハ處分ハ

只法令ノ執行ニ過キサルナリ然レトモ法令ニ於テ自由裁量ヲ許セルカ又ハ法令ノナキ場合ニ於テハ官府ハ實際ノ利害ヲ裁量シテ處分ヲ爲スコトヲ得茲ニ於テカ依法處分及裁量處分ノ二トナスコトヲ得ヘシ依法處分トハ例ヘハ行政官カ租稅ヲ賦課徵收スル場台ノ如シ租稅ハ法律ニ依リテ定マル只之ヲ實際ニ施行スルノミ自己ノ權限ヲ以テ人民ノ負擔ヲ輕重スルコト能ハス之ニ反シ裁量處分ハ警察處分ノ如ク行政官カ便宜人民ノ自由ヲ制限スル權限アル場合ヲ云フ獨乙ノ「ベルナチック」氏ハ處分ニ此區別ナシト云ヘリ氏ハ凡テ行政ノ行爲ハ實際ノ場合ニ當リ法ノ原則ヲ適用スルモノナリト云ヘリ然レトモ原則ト云フハ國家公共ノ利益ニ適合スル原則ト云フニ止マリ其中ニ付キ行政機關カ職權トシテ單ニ現在ノ法令ヲ執行スル場合ト多少自由活動ヲ有セル場合アルコトハ明ナリ又處分ノ種類ヲ更ニ區別スル學者アリ是等ノ學者ハ列擧的ノ方法ヲ取リテ之ヲ四ツニ分テリ即チ(一)證明(二)裁定(法令ノ疑義ヲ判斷スルモノ(三)命令(禁令ヲ含ム)(四)免許トセリ然レトモ列擧ノ弊害トシテ此四者ヲ以テ處分ヲ盡セリト云フコトヲ得ス假令ハ認可ノ如キハ免許ト其性質ヲ異ニス即チ認可ハ一般ニ禁セサルモノハ法律上ノ效力ヲ與フルニ止マル然ルニ免許ハ一般ニ禁止セルモノヲ或場合ニ許スノ働キアリ又特許ト免許トハ其效力異ナレリ特許ハ之ヲ得タル結果トシテ私人間ニ權利ヲ生スレトモ免許ハ然ラス故ニ免許ト一概ニ云フモ凡テ此等ヲ包含セシムルコト能ハス又前述ノ四區別ノ外種々ノ行爲アリ例ハ資格、能力、權利ヲ與奪スル如キ又義務ヲ免除スル場合ノ如キハ證明若クハ裁定トモ云フコト能ハス如何トナレハ裁定トハ此學者ノ云フ處ニテハ法令ノ疑義アル場合ニ判斷スル行爲ナリト云フモノナレハ裁定中ニ含マシムルヲ得ス又免許ニモアラサルモノナリ去リ迚命令ニモ入ラサル場合多シ何トナレハ此學者ノ云フ處ニ依レハ命令トハ行爲不行爲ヲ命スルコトニシテ廣義ノ命令ニ非サルカ故ニ前述ノ場合ヲ包含セシムルコト能ハス之ヲ以テ見ルモ此區別ノ不完全ナルヤ明ナリ

又或學者ハ猶細別シテ

(一)命令及禁令　(二)免許　(三)認可　(四)權利ノ設定及變更廢止　(五)公證トナシ

之ニ付屬シテ訓令督促告示ナトノ場合ヲ說ケリト雖モ未タ悉ク處分ヲ包含セリ

ト云フコト能ハス且區別ノ範圍互ニ相犯シテ所謂(クロッスジビション)トナル場合アリ例ヘハ免許ハ一ノ權利設定ノ行爲ト見ルコトヲ得又命令及禁令ト權利ノ設定變更廢止トノ間ノ區別ヲ明ニスルコト能ハス然ラハ權利ノ設定變更廢止ヲ以テ他ノ區別中ニ入ラサルモノヲ凡ヘテ包含セシムルノ義ナルカ若シ然リトスルモ猶ホ未タ十分ナラス例ヘハ義務ノ免除ノ場合ノ如キハ何レノ區別中ニ入ルヤ實ニ不明ナリ故ニ予ハ如斯細別ヲナスコトヲ欲セス列擧或ハ例示ハ到底不完全ナルコトヲ免レス然シ強テ區分セント欲セハ前者ヨリモ後者ノ方ヲ可ナリトス予ハ依法處分裁量處分ノ區別ヲ以テ足レリト信ス猶概括的ニ云ヘハ命令強制ノ性質ヲ帶ルモノアリ否ラサルモノアリ又形式ヨリ云ヘハ人民ノ申請ヲ待テ行フモノト否ラサルモノトアリ

處分令ノ形式發布ノ方法如何ニ關シテハ一般ノ規定ナシ或ハ文書ヲ以テシ或ハ口頭ヲ以テスル場合アリテ普通ハ文書ヲ以テスルモノナリ而シテ文書ノ交付ハ普通ハ本人ノ住所ニ送達スルモノナリ住所カ官廳ノ管轄內ニアラサルトキハ居所ニ送達ス其他詳細ナルコトハ民事訴訟法ノ規定ヲ準用シテ可ナルモノト信ス時トシテハ新聞紙等ニ揭示スル場合アリ是レ數多ノ關係者ニ對スル場合ニシテ其形ハ公布ニ似タレトモ其發布ノ性質ハ公布ト異ナルモノナリ

第三　合意ニヨル行爲

國家ハ契約ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤニ付キテハ學者間頗ル議論ノ存スル所ナリ其第一說ニ曰ク國家ニハ私法上ノ行爲ナク凡テ權力ノ行爲ニ歸シ權利義務ノ關係ナシト然レトモ統治權自體カ一ノ法律上ノ權力ナルコトハ既ニ述ヘタル處ナリ國家ハ統治權ヲ行フニ付キ法規ヲ以テ自ラ制限ヲ加フルカ故ニ此制限內ニ於テハ國家モ臣民モ權利義務ヲ有シ得ルナリ故ニ國家ハ私法上契約ヲ爲スコトヲ得ルノミ爲ラス公法上ニ於テモ合意ノ形式ヲ取ル所ノ行爲ナシト云フノ理ナシ此種ノ論者ハ公法ハ權力關係ニシテ私法ハ權利關係ナリトス然レトモ此權力關係ナル觀念ノ不穩當ナルコトハ洵ニ明白ナリ何トナレハ公法私法ニシテ如斯モノナラハ行政ノ一部ハ私法中ニ入ルコト、ナルヘシ例ヘハ學者ノ所謂行政公約ノ如キ是ナリ之ニ反シテ民法ノ一部分ハ公法中ニ入ル結果ヲ生ス例ヘハ親族關係ニシテ權力ノ性質ヲ有スルモノ、如シ故ニ此說ハ不可ナ

リト考フ

第二説ニ依レハ國家ノ權力ハ契約ノ目的物ト爲ルコトヲ得ストノ論ナリ然レトモ所謂權力ハ法律上ノ權利ニアラスシテ契約ノ目的ト爲リ得ルコトハ外國人歸化ノ塲合又ハ官吏任命ノ如キ塲合ニ於テ明ナリ歸化ハ絶對的ノ服從關係ヲ生シ官吏任命ハ特別ノ服從義務ヲ生ス而モ全ク合意ニ因ルモノタリ且國家ノ行爲ハ公法上ニ於テモ權力ノ性質ヲ帶ヒサル者モアリ此等ノモノカ契約ノ目的ト爲リ得ルコトハ言ヲ待タス此説ヲ唱フルモノハ獨乙ノ「ツォルン」氏ナリ

第三説ハ「ボルンハック」氏ノ説ク所ニシテ氏ハ曰ク國家ハ統治ノ主體ニシテ臣民ト對等ノモノニアラス故ニ二者ノ間ニ契約ハ爲シ得ヘカラスト此説ハ第一説ニ似テ而カモ第一説ノ如ク國家ニ私法上ノ行爲ナシト迄云フニアラス只公法上ニ於テ臣民ニハ權利ナクシテ獨リ國家ノミ權利ヲ有スルモノナリ即チ國家ト臣民トハ對等ノ權利主體ニアラサルカ故ニ合意ナルモノ生シ得ストスフモノナリ此議論ニ對シテハ第一説ニ對スル論駁ノ如ク國家ハ法規ヲ以テ自ラ制限ヲ加フル以上ハ公法上臣民ニモ權利アルモノナリ蓋シ公法上ニ於テ臣民メタルモノナルニ過キサルナリ此繼承法ニ從フテ繼承シタル者ノ前後同一主體ニシテ且ツ前君主ノ發シタル意思ノ後ノ君主ノ代ニ當ルマテ永續シテ効力ヲ有スル所以ハ蓋シ此個々ノ君主ハ共同團體ナル永久單位ノ爲ニ作用スルモノニシテ其發表シタル意思ハ則チ團體ノ意思タルニ依リ苟モ團體ノ存在スル以上ハ個々ノ君主ノ更代ニ關セス其意思モ永續シテ存在スル所以ニ由ラスンハアラサルナリ

以上領地團體ハ人格ヲ有スルモノナルコトヲ述ヘタリ故ニ市町村ノ如キ地方團體モ亦聯邦國、單一國等モ凡ヘテ人格ヲ有ス國家內ニアル市町村等ノ領地團體カ人格ヲ有シ得ヘキコトハ疑ナキ所ナレトモ國家ナル領地團體ハ如何ニシテ人格ヲ有スルニ至リタルヤハ猶説明ヲ要スル所タリ蓋シ人格トハ法律上ノ權利義務ノ能力者ヲ云フモノナルヲ以テ今國家ハ人格ヲ有ストキハ國家成立以前既ニ法律ノ存在スト爲サヽル可カラサルニ似タリ然レトモ國家成立以前法律ノ存在スト云フコトハ如何シテモ之ヲ理會スルコト能ハサルナリ

「フーゴー・グロチャス」「カント」等ノ契約説又ハ自然法説ニ從ヘハ法律ハ國家以前ニ

存在シタルモノト爲スモノヽ如シ即チ人民アレハ茲ニ法律モ自然ニ存シ權利モ自然ニ存スルモノナリ人民ハ此法律ニ基ツキ法律行爲ヲ爲シ國家ヲ立テタリ故ニ國家ハ唯法律ヲ執行シ權利ヲ保護スル爲メニ立テラレタル營設物ナリトセリ近時「モール、ブルンチュリー」ノ如キ亦此説ニ其基ヲ採レリ此説ハ政治上ノ理論トシテハ或ハ眞理ナルヤモ知レサレトモ法律上ノ議論トシテハ適當ノ説ナラサルコトハ今日何人モ爭ハサル所ナリ

此説ニ對シ一方ノ學者「ハルレル」「ザイデル」「ツォルン」ハ曰ク國家アリテ然ル後ニ法生ス國家ハ事實上ノ顯象物ニシテ法ハ國家ノ命令ニ依リテ生ス即チ法ハ統治者カ被統治者相互間ノ行爲ノ規則ヲ定メタルモノナリト此説ニ云フ如ク元ヨリ法ノ多數ノ場合ハ被統治者相互間ノ行爲ノ規則ナリト云フヲ得ヘシ然レトモ法全般ノ説明トシテハ適當ノ説ト云フヲ得サルナリ此説ニ從フトキハ國際法、國家法等ノ公法ハ凡ヘテ法ノ性質ヲ失フニ至ルヘシ何トナレハ國際法ハ國家相互間ノ關係ヲ規定シ國家法ハ國家ノ臣民ニ對スル關係ヲ規定シタルモノニシテ被統治者相互間ノ行爲ノ規定ヲ定メタルモノニアラサルヲ以テナリ尤モ「ザイデル」氏ノ如キハ國家ノ人格ヲ認メスシテ國家ハ全ク統治ノ自的物ナリト爲セルモ其統治者タル君主ヲ以テ法ノ上ニ在ル事實上ノ顯象物ト爲スハ即チ此論者ト異ナルコトナシ若シ此ノ如ク國家又ハ統治者タル君主ヲ以テ法ノ上ニ在ル即チ法ノ外ニ在ル事實上ノ顯象トセハ宜シク之ヲ法學上ノ説明ノ外ニ置クヘキナリ何トナレハ法學ハ唯法律上ノ顯象ヲ説明スルモノナレハナリ若シ統治者ノ權力ハ純然タル事實上ノ權力タルコト恰モ所有者カ其所有物ニ對シ主人カ其奴隷ニ對スルト仝一ノ關係タラハ所有物カ所有者ニ對シテ法律上ノ服從ノ義務ナク奴隷カ主人ニ對シ法律上ノ服從ノ義務ナキト同シク臣民モ亦國家ニ對シ服從スル法律上ノ義務ナカルヘシ何トナレハ所有者ト所有物及主人ト奴隷トハ法律關係ニ立タサル如ク統治者ト臣民モ亦タ法律關係ニ立タサルモノト云ハサルヘカラサレハナリ然レトモ臣民カ國家又ハ君主ニ對シ國法上法律上ノ關係ニ立ツモノナルコトハ何人モ異論ナカルヘシ若シ臣民ハ統治者ニ對シ全ク法律上ノ關係ニ立タストハ謂ハヽ却テ可ナルモ今然ラスシテ臣民ハ法律上ノ人格トシテ事實上ノ顯象物ニ對シテ權利ヲ有シ又ハ義務ヲ負フ

トハ到底理會スヘカラサルコトタリ若シ國家ト臣民トノ間ニ法律上ノ關係存在シ得ヘクンハ國家モ法律上ノ顯象物ニシテ即チ人格ヲ有スルモノタラサルヘカラス元ヨリ國家又ハ君主アリテ然ル後法アリトハ事實上歴史上ノ説明トシテハ正當ナルヘキヤモ知レス然レトモ法律上ノ説明トシテ國家又ハ君主アリテ然ル後法アリト爲シ統治者ハ法ノ上ニ在リ法ノ外ニ在リ其權力ヲ法ニ依リテ有セス自己固有ノ權力ニ依リテ支配スルモノナリトスルトキハ從來ノ統治者タル君主ノ崩御セル場合ニ其後ヲ繼クヘキ者ハ何人ナルヤヲ知ル能ハサルヘシ何トナレハ君主ハ法ノ外ニ存スル事實上ノ顯象物ナルヲ以テ君位繼承法ナル法律ヲ標準トシテ君位繼承者ヲ定ムルヲ得サルヲ以テナリ若シ簒奪者アリテ君位ヲ奪フモ直ニ正當ノ君主タルヘシ我國ニ於テモ萬世一系ノ系統ニ出テタルニアラサルモ實際ノ權力ヲ以テ支配スルモノアラハ即チ直チニ正當ノ君主ナリト云ハサルヘカラス「ザイデル」ノ如キハ君權無制限説ヲ主張セントヲ欲シテ其實ハ簒奪者ヲモ保護スルニ至ルヘキ弊ニ陷ルコトヲ悟ラサルモノナリ

國家ト法トノ關係ニ付キ「ギルケー」「プロイス」等ノ説ハ大ニ參照スヘキ價値アリトス曰ク法カ前ニ在ルカ國家カ前ニ在ルカノ問題ヲ提出スルコト抑モ誤レリ斯ル問題ハ到底之ヲ解スヘカラサルコト猶人間カ家族ノ前ニアルカ又ハ家族カ人間ノ前ニアルカノ問題ニ於ケルト仝シ斯ル問題ハ宜シク之ヲ博物學者等ニ一任スヘシ法學者カ斯ル問題ヲ研究スルハ畢竟其研究ノ範圍ヲ知ラサルニ坐スルノミ國家ノ觀念ト法ノ觀念トハ同時ニ發生シ互ニ發達進歩シ以テ今日ノ現狀ニ及ヒタルナリ國家ト法トハ人間共同生活ニ於ケル二個ノ獨立セル要件ニシテ互ニ相伴フテ發達シタルモノナレトモ然レトモ決シテ此兩者ハ原因結果ノ關係ニ立ツモノニアラス元ヨリ國家ナケレハ法ヲ理會スルコト能ハス法ナケレハ國家ヲ理會スルヲ得スト雖モ然レトモ兩者ノ中何レカノ一方カ他ノ一方ヨリ以前ニ成立シタルコトナシ法ノ前ニ國家アリト云フハ法ノ發表ノ形式ト法ノ觀念トヲ混同スルニ因ル國家ノ前ニ法アリト云フハ國家發表ノ形式ト國家ノ觀念トヲ混同スルニ因ル國家及法ノ觀念ノ本質ト其觀念發表ノ形式トヲ混同スルカ故ニ斯ル問題ヲ生スルニ至ルナリ凡ソ此世界ニ二個以上ノ人存

在スルヤ否ヤ意思範圍ノ制限ハ必要的ニ生ス意思範圍ノ制限生スレハ即チ法ノ觀念ヲ生ス又人間各個人ヲ包括スル團體即チ親族起レハ即チ國家ノ觀念ヲ生ス而シテ國家觀念ノ發達ハ益國家ヲ完全ニシタリ故ニ親族發達シテ國家ト爲リ道德宗教發達シテ法ト爲リタリ國家カ其立法作用ニヨリ法律ヲ判定スルモ唯其實質ノ法ノ觀念トシテ存在スルモノヲ形式的ニ宣言スルニ過キサルナリト

若シ法文國家ノ實質上ノ成立ヲ歷史的ニ研究セハ此等ノ說明ハ實ニ適當ノ說ナルヘシ然レトモ親族ヲ以テ直ニ國家トスルヲ得ス又宗教道德等ヲ以テ直ニ法ト爲スヲ得サルヲ以テ近世法理學ノ形式上ノ說明トシテハ直ニ之ヲ採用スルヲ得サルナリ然レトモ國家ノ觀念ト法ノ觀念トハ同時ニ生シタリトノ說ハ法理ノ形式上ノ說明ニ於テモ却テ之ヲ眞理ト認メサルヲ得サルナリ「ギルケー」等ノ云フ如ク國家ナクンハ法獨リ存在スト云フヲ得ス國家ナキ所ニ法アルコトナシ然レトモ又一方ニハ法律上國家ハ何ナリヤト云フ問ニ對シテハ法ノ存在ナクンハ之カ說明ヲ爲スヲ得ス是レ新ニ起リタル國家ニ就キ觀察スルトキハ最モ解シ易シ例ヘハ獨乙帝國ニ於テ云ヘハ獨乙帝國ナル國家ノ存在スル前ニ獨乙帝國ノ憲法ナルモノ存在スルコトナシ然レトモ憲法ノ存在スルナクンハ獨乙帝國ナル國家モ亦法律上存在シタルモノト說明スルヲ得ス故ニ國家アラスンハ憲法アルコトナク憲法アラスンハ國家アルコトナク國家ト憲法トハ同時ニ法律上ノ存在ヲ有スルモノニテ前後時ヲ異ニシテ存在シ得ス隨テ國家ノ創立ト憲法ノ制定トハ同時ニ同一ノ行爲ニ因リテ生シタルモノト謂ハサルヲ得ス故ニ法學者ハ國家創立ノ行爲ト第一ノ憲法制定ノ行爲トハ一ノ事實ト前提セサルヘカラス事實ハ歷史的ニハ說明シ得ルモ法理上ニ說明ヲ爲スヲ得ス

此法理上ノ眞理ハ古來ヨリ存セル國ニ於テモ異ナルコトナシ國家最初ノ起源ハ事實上ノ顯象ナリ事實上國家成立スルヤ亦必要的ニ國家ノ秩序生ス國家ノ秩序ハ最初ハ全ク事實上ノ上下關係ナリ其後國家狀態ノ堅固ト爲リ文明ノ進步スルニ從ヒ此秩序ハ國家內部必要ノ慣習ト爲リ遂ニ法ト爲リタルナリ近世ニ於テハ之ヲ成文ノ法ニ裝飾シテ憲法法典ト爲スニ至レリ故ニ最初ノ事實上

ノ關係ハ其成立存在ノ久シキ遂ニ慣習トナリ法トナルニ至リ是ニ初メテ事實上ノ國家モ法律上ノ存在ヲ有スルニ至リタリ彼ノ佛蘭西革命時代ニ流行シタル自然法主義ノ説明ニ從ヘハ國家ハ人民各個人ノ意思作用ニヨリテ創立セラレタルモノナリ國家ノ秩序ハ人民各個人ノ意思作用ニヨリ生シタルモノナリトシ獨乙ノ「スタール」ハ自然法學派ノ反對者トシテ有名ナル學者ナリト雖モ猶國家ハ國民ノ道義的觀念ヲ基礎トシテ生ス即チ國家ハ國民ノ自由ノ行爲ニヨリ生スト云ヘリ然レトモ國家カ果シテ人民各個人ノ法律行爲ニヨリ成立ストセハ國家成立以前既ニ法ノ存スルヲ認ムルニアラスンハ其法律行爲ハ法律上ノ効力ヲ有スト云フヲ得サルヘシ

國家ハ事實上無限ノ權力ヲ有ス故ニ又其働作ノ範圍ヲ自ラ定ムルコトヲ得國家カ自ラ其働作ノ範圍ヲ定ムルヲ得ルハ寧ロ其權力當然ノ効果ト云フヘシ若シ自定スル能ハスンハ反テ權力者ト云フ能ハサルヘシ國家ハ自定ノ能力ヲ有スルユヘニ又自ラ制限スルノ能力ヲ有ス即チ其意思範圍ヲ制限スルヲ得國家ハ從來ノ事實上ノ秩序ヲ認メ又ハ新ニ法ヲ發シテ機關ノ組織權限及意思發表ノ形式ヲ定メ此形式ヲ履ムニアラスンハ一個人ノ意思ノ範圍內ニ侵入セサルコトヲ定メ又一個人ニ意思ノ範圍ヲ與ヘ其權利ヲ創定シ以テ其人格ヲ認メ國家ノ權力ノ境界ヲ制限シテ自己ニ義務ヲ負ヒ個々ノ場合ニ拘束ヲ受クルヲ得又外國ト交互ノ權利義務ノ關係ニ立テ其人格ヲ認メ以テ國際法ノ組合ニ加入シテ其意思ヲ制限スルモノナリ

國家ハ元ヨリ最初ハ無限ノ權力ヲ有シタルモノナルヲ以テ人間生活ノ凡ヘテノ方面ヲ潛働的ニ支配スルコトヲ得ヘシ然レトモ國家カ唯潛働的ニ權力ヲ有スルノミニテハ未タ他ノ人民ニ對シ法律關係ヲ生スルコトナシ國家ト他人格トノ間ニ法律關係ノ生スルハ唯國家ノ現働的ニ其權力ヲ制限スルヨリ生ス國家カ現働的ニ自ラ其意思範圍ヲ制限スルニヨリ自然ノ能力ヲ法律上ノ能力ニ變シ無限ノ權力ヲ有スル意思ヲ法律上他ノ人格ニ對シ制限セラレタル意思ニ變シ而シテ國家自ラハ一ノ人格トナリタルナリ國家カ自ラ其權力ヲ制限シタル意思ハ即チ法トナリ此法ヲ發スルヤ即チ自己ノ權力ヲ制限シタルナリ法ハ他ノ人格ニ對シテハ創設的ノ作用ヲ爲スモノナレトモ國家ノ人格ニ對シテ

ハ制限的ノ作用ヲ爲スニ過キス此ノ如ク國家ノ人格ヲ有スルニ至リタルハ或ハ從來ノ秩序ヲ習慣法トシテ其儘認ムルニ因ルアリ(多クノ君主國ノ如キ即チ然リ)或ハ殊ニ法ヲ發シ同時ニ國家モ亦生スルコトアリテ一樣ナラスト雖モ近世ノ國家ノ狀態ニ於テハ多クハ完全ナル人格ヲ有スルニ至リタルナリ

國家ハ天然ニハ其權力ノ爲シ能フ丈ケハ何事モ爲シ能フト雖モ法律上ハ唯法規ニ依リテ權能ヲ定メタル丈ケヲ爲シ得ルニ過キス法規ヲ以テ自己ニ科シタル制限ニ依リ國家ハ他ノ人格ニ對シ法律上ノ意義ニ於ケル權利義務ノ主格ト爲リタルナリ若シ一モ制限ヲ負フコトナクシテ唯作用スルノミノモノナラハ是レ事實上ノ權力者タルニ過キスシテ權利主格タルニアラサルナリ凡ソ法ニハ其性質上必ス制限ノ要素ヲ含ムモノナリ國民カ權利義務ノ主格トシテ一個人ニ對立シテ一個人モ亦權利義務ノ主格タルヲ得茲ニ始メテ國家ト一個人トノ間ニ法律關係ヲ生シ得ヘキナリ故ニ最初事實上ノ權力ヲ有スル國家カ法律上ノ人格ヲ有スルニ至ルハ其權力ヲ自ラ制限スルトキニ於テス

國家ハ其實力ヲ自ラ制限シテ人格ト爲リタルユヘ又自ラ其制限ヲ解除シテ元來ノ實力者ニ復歸スルコトヲ得ヘシ國家ノ機關ハ同盟罷工ヲ爲シテ憲法ヲ破壞シ法規ヲ遵守セス人民ノ權利ヲ蹂躪スルヲ得ヘシ然レトモ是唯事實上爲シ得ルト云フニ過キスシテ現行ノ法律上ニ於テハ違法ノ行爲タルコトハ元ヨリ論ナキ所ナリ又人民モ革命ヲ企テヽ政府ヲ顚覆スルコトヲ得ヘシ然レトモ是レ唯事實上爲シ得ルト云フニ過スシテ法律上ハ固ヨリ違法ノコトナリトス若シ國家ハ其法律上ノ制限ヲ全ク破壞シテ事實上ノ權力者ニ復歸スルニ至リタルトキハ此時ハ既ニ無法律ト爲リタルトキナルヲ以テ此時代ノ國家ニ就テハ法律上ノ説明ヲ爲スヲ得サルナリ

國家ハ法律ニ拘束セラルヽヤ否ヤニ付テハ猶多少ノ説明ヲ要スル所タリ抑モ「最高者ハ法律ニ拘束セラルルコトナシ」トハ既ニ羅馬ニ於テ認メラレタル元則ナリシ凡ヘテ舊キ學者ハ多クハ主權者ハ其自ラ發シタル法律ニヨリ拘束セラルヽコトナシトセリ殊ニ專制國ニ於テハ主權者ト各一個人トノ間ニハ法律關係存在スルコトナシトセリ主權説ヲ主唱シタル佛國ノ「ホウダン」モ主權ハ決シテ

他ノ拘束ヲ受ケストシ「ホッブズ」モ國權ハ絕對無制限トシ「ルーソー」モ主權ノ自制限ヲ認メス獨乙ノ自然法學者中ニモ國權ハ拘束ヲ受クルコトナシトスル學者多シ又近世ノ法律哲學者中ニ「スタール」ノ如キモ立法者ハ其自己ノ發シタル法律ニ因リ拘束セラルヽコトナシトセリ

然レトモ他ノ一方ニハ國權ハ人民ノ爲メニ實行セラルヽモノトノ思想ハ早クヨリ發生シタリ又國權ハ形式上無制限ナルモ實質上ハ制限ヲ受ク國權ハ形式的隨意ニ執行スルヲ得ルモ道德上ハ隨意ニ之ヲ執行スルヲ得ストノ考起リ又道德上ノ制限ノミナラス法律上ニモ國權ノ境界ニハ一定アリトノ思想ヲ生シタリ而シテ實際上ニ於テモ初メニハ積極的ニ法律上ノ制限ヲ爲スコトナカリシモ習慣ニ因リ其境界ハ稍一定セラルヽコトニ爲レリ或ハ全ク私法上ノ元則ヲ以テ國權掌握者ハ人民ニ對シテ爲シタル約束ニ因リテ拘束セラルヽコト、ナシ君主カ憲法ヲ欽定スルハ君主ト臣民トノ間ニ契約ヲ取結ヒタルモノト爲セルモノモアリタリ

獨乙ノ法律哲學者中ニモ國家ハ其本質ニヨリテ制限アリト云フ思想ハ夙ニ生

一個人ヲ害シテ間接ニ國家ヲ害スルモノナリトノ理由ニ基キ一ヲ公罪即チ國家ニ對スル罪トシ他ヲ私罪即チ一個人ニ對スル罪トセリ成程犯罪ノ行爲ハ或ハ國家ノ全部ニ對シテ行ハルヽモノアリ或ハ國家ノ一局部ニ對シテ行ハルヽ者アリ故ニ此點ヨリ觀察スルトキハ或ハ一ノ犯罪ハ國家ノ全部ニ對シテ行ハレサルカ故ニ公罪ナリ他ノ犯罪ハ國家ノ一局部ニ對シテ行ハレタルカ故ニ私罪ナリト云フヲ得ヘシト雖モ若シ之ヲ其行爲自體ヨリ生スル害ト云フノ點ヨリ觀察スルトキハ元來國家ハ一個人ヨリ集成シタル團體ニシテ國家ト一個人トハ互ニ利害ヲ共ニセルモノナリ若シ夫レ果シテ然リトセハ國家ノ全部ニ對シテ行ハレタル犯罪ノ害惡ハ國家ノ害惡タルト同時ニ亦一個人ノ害惡ナリ又之ト同シク國家ノ一局部ニ對シテ行ハレタル犯罪ノ害惡ハ一個人ノ害惡タルト同時ニ亦國家ノ害惡ナリ其間或ハ罪ノ大小若クハ輕重等ノ差異アルヘシト雖モ直接若シクハ間接ノ區別ヲ爲スヘキ餘地アルヲ見ス然ルニ我刑法カ此ノ如キ理由ニヨリテ罪ヲ公私ニ區別シタルハ甚タ不當ナリト云ハサルヘカラス

(二)今假リニ一歩ヲ轉シ我刑法ヲシテ犯罪行爲ノ行ハレタル部分ノ一個人タルト國家タルトニヨリ之カ公私ヲ區別セシメンカ尚未タ充分ナル結果ヲ得ルコト能ハサルナリ成程多クノ犯罪ハ或ハ偏ニ國家ニ對シテノミ行ハレタルモノナリトノ區別ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ凡テノ犯罪皆然ルヲ得ス即チ例之官吏人民ニ對スル罪ノ如キ僞證罪ノ如キ私書僞造罪ノ如キ猥褻姦淫罪ノ如キハ恰モ破碎シ易キ二個ノ物件ヲ衝突セシメタルト一般一個ノ所爲ニシテ同時ニ國家ト一個人トニ對シテ行ハルヽモノナリ必シモ國家ニノミ若クハ一個人ノミニ對シテ行ハレタリト云フヲ得ス

由是觀之我刑法カ採用シタル公私ノ分類ハ之ヲ何レノ點ヨリ觀察スルモ決シテ正確ナル區別ト認ムルヲ得サルナリ

斯ク論シ來ルトキハ諸君或ハ云ハン然ラハ如何ニセハ可ナルヤト、余ハ之ニ對シテ下ノ如ク云ハント欲ス曰ク法典中ニ於テ犯罪ヲ分類スルハ(一)極メテ至難ノ業ニシテ到底完璧ヲ望ム可カラス(二)然ルニ若シ強テ區別ヲ設クルトキハ(イ)之カ解釋ヲ爲スニ當リ或ハ其區別ノ原由ニ拘束セラルヽノ結果背テ立法者カ夢ニタモ豫想セサリシ程ノ解釋ヲ採ラサル可カサルノ結果ヲ生スルコトアルヘク(ロ)又凡ソ法律ノ解釋ハ常ニ法典ノ全體ニ精通スルニ非サレハ完全ナル說明ヲ求ムルヲ得サルニモ拘ハラス時ニ或ハ單ニ一局部ニノミ拘泥シテ之カ解釋ヲ試ムルノ結果遂ニ大ナル錯誤ニ陷ラサルヲ得サル等許多ノ弊害アリテ却テ便益ヲ主トシタル分類ノ趣旨ニ反スルノ結果ヲ見ルコト多カルヘシ(三)加之實際法律ヲ適用スルニ當リ此ノ如キ分類ナキモ格別ノ不便ヲ感スルコトナシ要之法典中ニ於テ犯罪ヲ教科書的ニ分類スルハ徒ニ害アルノミニシテ毫モ益アルヲ認メス隨テ余輩ハ惟ヘラク此ノ如キ區別ハ全ク之ヲ廢棄シ法典ハ單ニ殺人罪強盜罪又ハ竊盜罪ト云フカ如ク各犯罪カ國家ニ被ラシムル所ノ害惡ノ輕重大小ニヨリ漸次之ヲ敍別スルニ止ムルニ若カスト

第一編　公益ニ關スル重罪輕罪

第一章　皇室ニ對スル罪

本章ノ表題ハ皇室ニ對スル罪トアリ皇室ニ對スル罪トハ極メテ汎博ナル語ニシテ天皇以下皇族ノ御身體ハ勿論皇室ニ屬スル財產ニ對スル罪マテヲモ尚之

ヲ包含スルカ如キ觀アリ然レトモ(一)後ニモ述フルカ如ク本章ハ單ニ天皇以下皇族ノ御身體ニ對スル罪ノミヲ規定セルノミナラス(二)佛文ノ草按ニ於テモ陛下及ヒ殿下ニ對スル重罪輕罪トアリテ明ニ御身體ニノミ對スル罪ナルコトヲ示セリ左レハ本章ノ表題ハ恰モ多數諸外國ノ刑法ノ如ク天皇及ヒ皇族ノ身體ニ對スル罪ト記載スヘキカ如シ然ルニ故ラニ皇室ニ對スルト云フカ如キ廣漠ナル文字ヲ以テ之ニ代ヘタルハ是レ蓋シ立案者苦心ノ存スル所叩リニ非難スヘキニ非サルヘシ

本章皇室ニ對スル罪ハ第百十六條乃至第百二十條マテ全部五ケ條ヲ以テ成ル而シテ其規定スル所ハ之ヲ大別スレハ下ノ三種トス曰ク危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル罪及ヒ其處分曰ク不敬ノ罪及ヒ其處分曰ク危害罪ト不敬罪ニ共通ナル處分是ナリ即チ余ハ之ヲ三節ニ分チテ論究スヘキ筈ナレトモ右三種ノ中最後ノモノハ格別ノ說明ヲ要セス條文ノ通讀ヲ以テ明ナルカ故ニ之ヲ省キテ茲ニハ前二種ノ規定詳言スレハ危害罪及ヒ不敬罪ノミニ付キ講說スヘシ

第一節　危害罪

第百十六條ニ曰ク「天皇三后皇太子ニ對シ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル者ハ死刑ニ處ス又第百十八條ニ曰ク皇族ニ對シ危害ヲ加ヘタル者ハ死刑ニ處ス其危害ヲ加ヘントシタル者ハ無期徒刑ニ處ス」ト即チ此二條ハ何レモ危害ト云フコトヲ以テ通素トセリ故ニ余ハ此二條ヲ通シテ假リニ名ケテ危害罪トス

危害罪成立ノ要素ハ(一)犯罪ノ客體ハ天皇三后皇太子若クハ皇族タルコト(二)犯罪ノ所爲(擧動ト意思ヲ含包ス)ハ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタルコトノ二トス

(一)犯罪ノ客體ハ天皇、三后、皇太子若クハ皇族タルコトヲ要ス

(イ)天皇　天皇トハ萬世一系ノ帝位ヲ踐ミ現ニ我大日本帝國ヲ統治シ給フ所ノ君主ヲ奉稱ス隨テ外國ノ君主ハ勿論假令曾テ萬世一系ノ帝位ヲ踐マセラレタル御方ト雖モ一旦位ヲ去リ給ヒシトキハ茲ニ所謂天皇ニ非ス論者アリ說ヲ爲シテ曰ク古來我國ノ慣例ニヨレハ天皇ナル語ノ中ニハ常ニ太上天皇ヲモ包含スルノミナラス第百十六條及ヒ第百十七條ニハ皇太后ヲ揭ケアリ皇太后ヲ揭ケアル以上ハ太上天皇ヲ揭ケサルノ理ナシ依テ茲ニ所謂天皇ナル語ノ中ニハ太上天皇ヲモ包含スト解釋セサルヘカラスト余

ハ此說ヲ是認スル能ハス其理由ハ(一)單ニ天皇ト云フトキハ我國ヲ統治セサセ給フ所ノ君主即チ一天萬乘ノ主權者ヲ奉稱ス天ニ二日ナク國ニ二君ナシ若シ論者ノ說ニ隨ハヽ吾人臣民ハ同時ニ二人ノ君主ヲ奉戴スルコトアルヲ想像セサル可カラス(二)成程我國從來ノ慣例ニヨレハ現在ノ天皇モ太上天皇モ均シク之ヲ天皇ト稱シ奉リタルコトアリキ去レトモソハ普通俗用ノ言語ニ於テ然ルノミ此慣例アレハトテ嚴格ナル刑法ノ用語ニ於テモ尙且ツ然リト云フヲ得サラン我輩ノ見ル所ニヨレハ法律上ニ於テハ太上天皇トハ單純ナル尊號ニシテ主權者タル君主トハ全然區別アルモノナリ隨テ君主即チ主權者ヲ奉稱ス可キ天皇ナル語ノ中ニ太上天皇ヲ含マシムルノ理アルヘカラス(三)皇太后ヲ揭ケテ太上天皇ヲ揭ケサルノ理ナキカ故ニ天皇ナル語ノ中ニハ太上天皇ヲモ含ムモノト解釋セサルヘカラストハ是レ論者カ尤モ强キ理由トシテ主張セラルヽ所ノモノタリ然レトモ余輩ノ見ル所ニヨレハ右ニモ述ヘタルカ如ク天皇ト太上天皇トハ法律上確然タル區別アルヘキモノナルノミナラス論者カ所謂勿論解釋ハ一種ノ類推解釋ニ屬スルモノニシテ嚴正ナル解釋ヲ要スル刑法ノ明文ニ於テハ決シテ許ス可キモノニ非ス

之ヲ要スルニ若シ立法者ニシテ今尙昔時ノ如ク我國ニ太上天皇ノ稱アルコトヲ知リナカラ之ヲ揭ケサリシトセハ是レ疑モナク法文ノ缺點ナリ然レトモ(一)皇室典範第十條ニ天皇崩スルトキハ皇嗣即チ踐祚シ祖宗ノ神器ヲ承クトアリテ天皇ハ御在世中決シテ位ヲ去リ給フコトナキト(二)當時若シ立法者ニシテ尙舊來ノ如ク太上天皇ノ制アルヘキコトヲ想像シナハ上ハ天皇ヨリ下皇太子マテヲモ極メテ綿密ニ規定シナカラ獨リ太上天皇ヲノミ脫漏スルノ理由ナキトニヨリ之ヲ案スルニ蓋シ立法者ハ刑法編纂ノ當時業ニ已ニ我國ハ王政復古ト共ニ上古ノ制度ニ則リ自今以後太上天皇ノ制ヲ設ケサルノ趣旨ナリシニハ非サルカ若シ夫レ果シテ然リトセハ玆ニ太上天皇ヲ揭ケサリシハ却テ當然ノコトニシテソノ從來學者カ此點ニ付キ論議ヲ試ミタルハ蓋シ立法者ノ意思ヲ知ラサルニ基ク机上ノ贅辯タリシト評スルノ外ナカラン

(ロ) 三后。 三后トハ皇后、皇太后、太皇太后ヲ奉稱ス(一)皇后トハ皇室典範第十六條ノ規定ニヨリ皇后ニ立タセラレタル御方ヲ奉稱ス(二)皇太后トハ先皇ノ皇后太皇太后トハ先々帝ノ皇后ヲ奉稱ス隨テ今上天皇ノ御母又ハ御祖母ハ常ニ必シモ皇太后又ハ太皇太后ニ非ス(皇族支系ヨリ入リテ大統ヲ繼カセ玉フトキニ此例ヲ見ルコトアリ

(ハ) 皇太子。 皇太子トハ皇室典範第十五條及ヒ第十六條ノ定ムル所ニヨリ皇太子ニ立タセラレタル御方ヲ奉稱ス隨テ皇室典範ニハ皇太孫ノ制アレトモ玆ニ所謂皇太子ナル文字ノ中ニハ包含セス蓋シ刑法改正ノトキハ必ス之ヲモ書キ加ヘラルヘキハ當然ノコト、信ス

二 皇族。 皇室典範第三十條ニ皇族ト稱スルハ太皇太后皇太后、皇后、皇太子皇太子妃皇太孫皇太孫妃親王親王妃内親王王王妃女王ヲ謂フトアリ本章中ニ所謂皇族トハ右ニ擧ケタル皇室典範ノ所謂皇族ト同一ナルヤ曰ク右ノ中太皇太后皇太后及ヒ皇太子ニ付テハ本章別ニ規定アリ故ニ本章所謂皇族トハ皇室典範所謂皇族ノ中ヨリ皇太子皇后皇太后太皇太后ヲ除キタル

護セスシテ後ノ占有者ナル承繼人ヲ保護スヘキ理由アリ況ヤ其承繼人ハ自ラ侵奪ヲ行ヒシニアラス又他人ノ暴行ニ因リテ不當ノ利益ヲ得タルコトヲ知レル者ニモアラス初ヨリ善意ニシテ其占有ヲ得タルモノナレハ法律カ之ヲ保護スヘキハ殆ト言フヲ待タス斯ノ如キ理由アルヲ以テ法律カ原占有者ヲ保護スルノ厚キニ過キテ其返還ノ請求ヲ許ストキハ寧ロ占有保護ノ本旨ヲ滅却スルモノナリ是レ第二百條第二項ノ規定アル所以ナリ

占有ノ性質ハ概略右ノ如シ此三種ノ訴權ハ期間ニ制限ナク永久ニ提起スルコトヲ得ルモノナリヤ曰ク然ラス其期間ハ民法第二百一條ニ規定セル如ク極メテ短期間ニ於テ之ヲ起サヽルヘカラス是レ固ヨリ當然ノ規定ニシテ占有訴權ノ性質上當ニ斯ノ如クナラサルヘカラサルナリ先ツ占有保持ノ訴ハ現在妨害ノ存スル間又ハ其妨害ノ止ミタルトキヨリ一年内ニ之ヲ提起セサルヘカラス其理由他ナシ既ニ一年以上妨害ヲ爲サヽルニ於テハ敢テ此訴ヲ起サシムルノ必要ナク其損害賠償ニ關シテモ最早占有權ニ基キテ之ヲ主張セシムルノ必要ナケレハナリ尚工事ニ因リテ妨害ヲ受タル塲合ハ其工事着手ノ時ヨリ一ケ年

ヲ經過シ又ハ其工事ノ竣成シタルトキハ之ヲ提起スルコトヲ許サス是レ專ラ實際ノ便宜ヨリ出テタルモノニシテ既ニ工事ヲ了リタル後ニ至リ尚此訴ヲ許シテ或ハ工事ヲ破壞セシメ或ハ之ヲ變更セシムルトキハ啻ニ隣地占有者カ莫大ノ損失ヲ見ルノミナラス延テ國家經濟ノ上ニモ影響スルモノアルヲ以テ法律ハ之ヲ許サヽルナリ(二百一條第一項)次ニ占有保全ノ訴ハ妨害ノ危險ノ存スル間ニ限リ之ヲ提起スルコトヲ得ヘシ故ニ其危險ノ去リタルトキハ更ニ言ハス危險カ遂ニ事實ト成リタルトキニ於テモ最早之ヲ提起スルコトヲ得サルナリ尚工事ニ付キ占有保持ノ訴ト同一ノ制限アリ(二百一條第一項第二項)終ニ占有回收ノ訴ハ元來過去ノ事實ニ對スルモノナルヲ以テ侵奪ヲ受ケタル後一年內ニ限リ之ヲ起スコトヲ得ヘシ而シテ此訴ヲ提起スルトキハ第二百三條ノ規定ニ依リ占有者ハ曾テ其占有ヲ失ハサリシモノト認定セラルヽナリ(二百一條第三項)

以上ヲ以テ占有訴權ノ性質及ヒ期間ヲ說明セリ終ニ臨ミ占有ノ訴ト本權ノ訴トノ關係ヲ一言シ以テ占有ノ訴ニ關スル說明ヲ了ラン此二者ノ關係ハ民法第二百二條ノ規定スル所ニシテ曰ク

占有ノ訴ハ本權ノ訴ト互ニ相妨クルコトナシ

占有ノ訴ハ本權ニ關スル理由ニ基キテ之ヲ裁判スルコトヲ得ス

ト元來占有ノ訴ハ占有ノミヲ保護スルモノニシテ占有者カ眞ノ權利者ナルト否トヲ問ハサルナリ故ニ占有者ハ眞ノ權利ヲ有セサルトキト雖モ其占有ニ基キテ此訴ヲ起スコトヲ得ヘク又縱令眞ノ權利ヲ有スルモ本權ノ訴ヲ起サスシテ故ラニ占有ノ訴ヲ起スコトヲ得ヘシ加之既ニ本權ノ訴ヲ起シタル後ト雖モ更ニ占有ノ訴ヲ起スコトヲ得ヘシ而シテ占有ノ訴ニ對シテハ本權ノ有無ヲ以テ之ヲ判定スルコトヲ得ス全ク本權ノ有無ト離レテ其占有ノミニ基キ之レカ裁判ヲ下スヘキモノナリ(完)

本講義錄既刊各號ノ目次

第一部

第二號
- 法理學 穂積博士
- 民法親族 掛下學士
- 債權總則 加古學士
- 國際私法 寺尾教授
- 占有ノ訴 梅博士

- 債權賣買 兩角學士
- 民法原理 梅博士
- 民法物權 小宮學士
- 失火者ノ責任 梅博士

第二部

第二號
- 經濟學 金井博士
- 經濟學 高野學士
- 占有ノ訴 梅博士

- 財政學 有賀學士
- 破産法 鈴木學士
- 工業ト其金融機關 有賀學士

○第一部ハ毎月五日、二十日第二部ハ十日、二十五日第三部ハ十五日、三十日ニ發行ス

○第一部、第二部、第三部等ノ校外生ニシテ同時ニ他ノ部門ヲ兼修シ又ハ全三部ノ校外生タラントスル者ハ別ニ入學金ヲ要セスシテ入學ヲ許可シ講義錄ハ初號ヨリ配布スヘシ

○本校規則入用ノ者ハ郵券貳錢相添ヘ申込ムヘシ

○注意

●校外生入學ノ申込ニハ必ス**第一部、第二部、第三部**又ハ**全部**校外生ト明記スヘシ

●爲替ニテ送金ノ節ハ拂渡局ヲ**飯田町**受取人宿所氏名ヲ**和佛法律學校會計課**ト記入スヘシ

●郵便切手(二錢切手ニ限ル)代用ハ一割増トシ必ス**書留**郵便トスヘシ

●月謝金ノ切レタトキハ講義録ノ封皮ニ**朱印**ヲ押捺スヘキニ付早速送金スヘシ

●編輯上ノ用向ハ**編輯部**宛ニテ通信スヘシ

明治三十二年二月廿七日印刷
明治三十二年二月廿八日發行

編輯兼發行者 東京市牛込區矢來町三番地 上野政雄
印刷者 東京市芝區西ノ久保明舟町十一番地 金子鐵五郎
印刷所 東京市芝區西ノ久保明舟町十一番地 金子活版所

發行所 司法省指定 和佛法律學校
所在(東京市麴町區富士見町六丁目十六番地)
電話(本局千二百七十四番)

明治廿二年十二月九日內務省許可