

和仏法律学校講義録

若槻, 禮次郎 / 高橋, 作衛 / 中山, 成太郎 / 中島, 玉吉 /
竹井, 耕一郎 / 塚田, 達二郎

(出版者 / Publisher)

和仏法律學校

(巻 / Volume)

1-3

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

45

(発行年 / Year)

1901-12-05

（明治三十四年十二月四日第三種郵便物認可 每月二回 發行）
明治三十一年十二月五日發行

三十五年度 第一學年



和佛法律學校講義錄

第 參 號

和佛法律學校發行



第一學年第三號目次

法學通論 (自五〇) 法學士 中島 玉吉

憲法 (自三三) 法學士 竹井耕 一 郎

民法總則 (自一七) 法學士 塚田達 二 郎

民法總則 (自四三) 法學士 若槻禮 次 郎

民法物權 (自二七) 法學士 中山成 太 郎

國際公法 (非常) (自三八) 法學博士 高橋 作 衛

雜報 ○高等特別科講義ノ進行○演說會

090
1902
1-1-3

シ人ノ血統ハ年ヲ經ルニ隨ヒ漸次曖昧ト爲リ又人ニハ體力上、智力上ノ差等アリ
リテ年長ニシテ且血統正シキ者必スシモ智者ナリト謂フヘカラス是ヲ以テ智
力ノ優レル者ヲ擧ゲテ軍事上其他政治上ノ實權ヲ委ヌルノ必要アリ而シテ此
等ノ智者漸次衆望ヲ博シ名實共ニ權力者ノ地位ヲ占ムルコトアリ又歴史ニ徴
スルニ一國カ分レテ數箇ノ國ト爲ルアリ數國合シテ一國ト爲ルアリ殖民地カ
本國ニ背叛シテ獨立國ト爲リタルアリテ要スルニ社會發生ノ原因ハ純粹自然
ノモノニ在リテハ血統ニ基ケルカ如シト雖モ總テノ社會カ皆然リト謂フコト
ヲ得サルヤ言フ埃タス然レトモ社會發生原因ノ如何ニ拘ハラヌ苟モ人類カ社
會ヲ組織スルニ當リテハ必スヤ政治的ノ組織即チ治者アリテ其他ノ者ヲ統治
スルモノナラサルヘカラス國家ハ社會ノ一種類ニシテ之ヲ定義スレハ獨立の
政治團體ナリト謂フコトヲ得ヘシ此ノ如キ團體ハ第一多數人ノ集合ヨリ成リ
第二土地ヲ以テ其基礎ト爲セリ第三政治的組織ヲ有ス第四他ノ團體ノ指揮ニ
服従スルコトナシル獨立政治團體即チ國家ハ一定ノ組織ヲ有シ人民ニ對シ
テ權力ヲ以テ之ニ臨メリ然レトモ其權力者ノ權力タルヤ事實上ノ現象ニシテ

法學通論 本論 法律 國家

法律上ノ關係ニ非ズ即チ事實上此ノ如キ權力カ存在スルニ過キナルナリ蓋シ
 國家ハ法律ニ依リテ生シタルニ非スシテ國家アリテ始メテ法律ナルモノ生シ
 タレハナリ然リ而シテ法律發生前ノ國家ハ之ヲ一ノ事實トシテ觀察スルノ外
 ナシ法律ハ即チ政治團體ノ存在ヲ前提トスルモノナリ事實トシテノ國家ハ社
 會學ニ於テ研究スル所ニシテ法律學ノ範圍外ナリ

第二款 法律學上ノ國家

第一ノ國家ノ性質ニ關スル學說中有名ナルモノハブルンチェリー氏ノ國家有機體說ナ
 リトス今其論旨ノ大要ヲ述ブレハ國家ハ統治者被治者ノ形ニ於テ或土地ニ有
 機的ノ人格ヲ組織スル人類ノ全體ナリト云フニ在リ即チ國家ノ要素トシテ第
 一多數人第二土地第三政治的組織ニシテ其性質有機的ナリト蓋シ有機的トハ
 木石カ相並存スルカ如キモノニ非スシテ其各部分カ互ニ關係ヲ有スルコトヲ
 謂フナリ恰モ人類ノ手足ハ各別箇ノ作用ヲ爲スモノナリト雖モ同一神經中樞

ノ支配ヲ受ケ相倚リ相待チテ一體ヲ形成スルカ如ク國家組織ノ一部分ハ他ノ
 部分ト密接ノ關係ヲ有スルコトヲ謂フ此點ニ於テハ氏ノ觀察其當ヲ得タリト雖
 モ此ノ如キ觀察ハ法律學上ノ價值ヲ有スルコト尠シ何トナレハ法律學ハ權利
 義務ノ學問ニシテ國家カ有機體ナルト否トハ毫モ權利義務ノ關係ニ影響ナケ
 レハナリ氏ノ說明ハ人類ハ最高尙ナル生物ナリト謂フカ如キモノニシテ其
 言フ所ヤ當レリト雖モ法律學上ノ價值ナキヤ言ヲ換タヌ又「ゾイデル」ノ說ハ國
 家ハ統治ノ客體ナリト曰ヘリ即チ此說ニ依レハ土地及ヒ人民ヲ指シテ國家ト
 爲スモノニシテ其當否ハ之ヲ理論ニ訴ヘテ爭フコトヲ得ス全ク用語上ノ爭ニ
 過キス例ヘハ君主ハ國家ヲ統治スト云フカ如キ場合ニハ君主ハ國家以外ニ在
 リテ國家ヲ支配スルニ似タリ故ニ土地及ヒ人民カ國家ニシテ統治ヲ受クルモ
 ノナリト云フハ正當ナルカ如シ然レトモ又國家ノ關係ト曰ヒ國家ノ意思ト曰
 ヒ或ハ國家ノ利害ト曰フ如キ用語ニ在リテハ國家ナル文字ハ唯リ土地ト臣民
 ノミニ非スシテ全體ヲ併括シテ一體ト爲シタルモノヲ指シタルナリ而シテ法
 律ニ於テ國家ナル文字ハ通常前者ノ意味ニ用ヒラレスト後者ノ如キ意味ニ

用ヒラル次ニ國家ハ法律關係其モノナリトノ學說アリ此說ハ實ニ統治者カ被治者ニ對スル關係ハ國家ノ成立ニ缺クヘカラサル主眼點ニ屬スト云フニ在リト雖モ關係其モノノミヲ採リテ以テ直チニ國家ナリト謂フハ未タ其當ヲ得サルモノト信ス例ヘハ翼ハ鳥ニ缺クヘカラサルモノニシテ翼ナクシハ鳥ト稱スルコトヲ得ス然レトモ鳥ハ即チ翼ナリト云フハ到底首肯スルコト能ハサルト一般此說モ亦妥當ヲ缺クモノト謂フヘシ

予ノ信スル所ニ依レハ國家ハ法人タル性質ヲ有スルモノノ如ク思惟セラル蓋シ法人トハ人ニ非サルモノヲ法律上權利義務ノ主體ト看做スモノヲ謂フナリ而シテ此權利義務ノ主體ヲ人格ト稱ス法律ハ一人格ト他ノ人格トノ間ノ關係ヲ定ム故ニ國家ト他ノ人格トノ關係ヲ法律上ノ現象トシテ説明スルニハ國家ハ法人ナリト論斷セサルヲ得ス吾人普通ノ用語ニ於テ國家ノ意思ト謂ヒ或ハ國家ノ權利ト稱シ或ハ國家ヲ代表スト謂フカ如クニ國家ト他ノ人格トノ間ニ法律關係ノ存在セルモノノ如ク見ユ左レハ國家ヲ法人ナリト云フハ文字ノ用法其當ヲ得タリト謂フヘシ加之國家法人說ハ法律全體ヲ貫通シテ説明ヲ與ヘ

得ル唯一ノ途ナリトス或ハ此說ヲ批難スル者アリ曰ク國家法人說ハ本末ヲ轉倒シタル謬說ナリ何トナレハ法律ハ國家アリテ而シテ後ニ發生シ法人ハ法律アリテ而シテ後ニ成立スルモノトセハ國家ハ法人ナリト云フハ國家發生前ニ法律アリト云フト一般明カニ論理ノ矛盾ヲ含ムモノナリト予ハ之ニ答ヘテ問ハン事實タルノ國家ハ法律發生前ニ業ニ既ニ存在シ權力ヲ有シ臣民ニ指揮命令ス然リト雖モ其權力ナルモノハ絶體無限所謂實力ニシテ臣民ハ國家ニ對シテ毫モ意思ノ自由ヲ有セス隨テ國家ト臣民ノ關係ハ事實上ノ關係ニシテ法律上ノ關係ニ非サルナリ換言スレハ其關係ハ規則ノ支配ヲ受クルモノニ非ス然ルニ一タヒ國家ハ自ラ法ヲ立テ自己ノ權力ヲ制限シテ以テ一定ノ組織ヲ定メ權力行使ノ機關並ニ方法ヲ限定シ一定ノ範圍内ニ於テハ臣民ニ意思ノ自由ヲ付與シ國家自身モ亦敢テ其範圍ヲ侵サス是ニ於テ國家ト臣民ノ關係ハ始メテ規則ノ支配ヲ受クルコトト爲ルモノナリ國家カ規則ノ支配ヲ受ケサルトキハ國家ハ單ニ事實トシテ權力ヲ行使シタルノミ規則ノ支配ヲ受クルニ至リ始メテ國家ト他ノ人格トノ關係ハ法律上ノ現象トシテ觀察スルコトヲ得ルナリ是

ニ於テ國家ハ法人タルノ性質ヲ帶フルニ至リタルモノナリ故ニ國家カ法人ト爲リタルハ自ラ法ヲ立テ自己ノ權力ヲ制限スルニ由ルモノトス左レハ法律發生前ニ法人存在スルニ非シテ法律發生ト共ニ法人ト爲リタルモノナリ或ハ又批難スル者アリ凡ソ制限ナルモノハ他人ノ力ニ依リテ強要セラルルコトヲ謂フモノニシテ自ラ自己ノ權力ヲ制限スルト云フカ如キハ意味ヲ爲サスト然レトモ此言當ラス抑モ自ラ自己ノ權力ヲ制限ストハ自ラ自己ノ權力ヲ行使セサルノ謂ナリ權力ヲ行使スルト否トハ權力者ノ自由ナリ其一部分ハ或方法ニ依ラサレハ行使セスト定ムルハ毫モ怪シムニ足ラサルナリ之ヲ要スルニ事實タルノ國家ハ絕對無限ノ權力ヲ有シ法人タルノ國家ハ自ラ作リタル法規ノ力ニ依リテ其權力ヲ制限セラルルモノナリ國家ハ勿論自己ノ力ニ依リテ又自由ニ其法規ヲ破ルコトヲ得ヘシ然レトモ國家自ラ其法規ヲ認メスシテ恣ニ其固有ノ權力ヲ行使スルトキハ是レ國家ハ再ヒ事實上ノ國家ト化シ去リタルモノニシテ法律ヲ以テ之ヲ論スルコト能ハサルナリ

第二 國家ノ必要機關

凡ソ法人ハ人格ヲ有シ又獨立ノ意思ヲ有ス國家ノ意思ハ即チ國家ノ意思ニシテ箇人ノ意思ノ集合ニ非サルナリ然レトモ法人ナルモノハ本來無形ノモノナレハ自ラ其意思ヲ決定シ又之ヲ表示スルコト能ハス必スヤ或機關ノ援助ヲ待タサルヘカラス隨テ此機關存セサレハ國家成立スルコトヲ得ス之ヲ必要機關又ハ直接機關ト稱ス而シテ其機關ハ國體ニ依リテ一様ナラス直接機關ノ勳ニ依リテ國家ノ目的ヲ達スルカ爲メニ設ケタルモノヲ間接機關ト稱ス

第三 國家ハ多數人ノ集合ナリ

事實タルノ國家ハ多數人ノ集合ナルコトハ既ニ述ヘタル所ノ如シ法人タルノ國家モ亦人ヲ以テ其基礎ト爲ス然レトモ其人集ナルモノハ數ヲ以テ之ヲ示スコト能ハス或ハ數億ノ人口ヲ以テ成ルモノアリ或ハ一萬ヲ出テサル人口ヲ以テ成ルモノモアラン然レトモ今日國際間ノ競爭盛ナルヲ以テ人口甚タ少數ナルトキハ事實上其獨立ヲ維持スルコト能ハス自然人ニ在リテハ其組織ノ一部ハ法律關係ヲ生スルコトナシ隨テ法律ニ於テ論スル所ニ非サルモ國家ハ其組織ノ一部タル自然人ノ自由ヲ認メ之ト法律關係ヲ生スルカ故ニ其組織ハ又法

律ニ於テ論スル所ト爲ル
 第四 國家ハ統治權ノ主體ナリ
 國家ハ統治權ノ主體ニシテ統治權ノ特徵ハ命令及ヒ強制ニ在リ命令及ヒ強制ハ本來國家カ事實トシテ具有シタル働ニシテ其力ハ無限ニシテ其發動ハ規則ノ制限ヲ受タルコトナシ法律上ノ國家ニ於テハ其力ハ一定ノ機關ニ依リ一定ノ規則ニ基キテ發動ス然リ而シテ統治權又ハ主權ト稱スルモノハ一國ノ最高權ナリ一國ニハ唯一ノ最高權アルノミ若シ夫レ兩相下ラサルニ權力存在ストセンカ是レ一國ニ非スシテ二國ナリトス國家ハ又内ニ對シテ最高權ヲ有スルノミナラス外ニ對シテハ獨立ナラサルヘカラス若シ他ノ國家ノ命令ニ服従スルカ如キハ是レ國家ニ非サルナリ故ニ國際法ニ於ケル屬國又ハ半獨立國ト稱スルモノハ國家ニ非サルナリ
 第五 國家ノ統治權ハ一定ノ區域ニ行ハル
 國家統治權ノ行ハルル區域ヲ名ケテ領土ト稱ス統治權ハ本來人ニ對シテ行ハルルモノニシテ土地ニ對シテ行ハルルモノニ非ス法律ニ於テ論スル所ハ人ト

入トノ關係ニシテ人ト土地トノ關係ハ事實ニシテ法律關係ニ非ス然リ而シテ領土ハ統治權ノ行ハルル範圍ナリトハ其區域内ニ在ル人ニ對シテ行ハルルノ謂ニシテ統治權カ一定ノ範圍ノ土地ニ對シテ行ハルルトノ意味ニ非サルナリ或學者ハ統治ノ目的ハ土地及ヒ人民ナリト曰ヘリ然レトモ統治關係ハ法律關係ノ一部ナルカ故ニ此說ノ誤謬ナルコト明カナリ何トナレハ法律關係ハ人ト人トノ間ニ行ハルルモノニシテ國家ノ土地ニ對スル關係ハ物ニ對スル關係ナルカ故ニ事實關係ニシテ法律關係ニ非ス故ニ土地ヲ以テ法律關係ノ一種類タル統治關係ノ目的ナリト云フハ蓋シ誤レルノ甚シキモノナリ而シテ領土ハ統治關係ノ成立ニ缺クヘカラサル要素ニ非ス古ノ水草ヲ追フテ移轉スルノ人民ニ在リテモ尙ホ統治關係ノ存在セシコトヲ知ラハ想ヒ半ニ過キンはヲ以テ人民主權即チ人民ニ對スル關係ハ主ニシテ領土主權即チ土地ニ對スル關係ハ從ナリト説明スル者アリト雖モ其用語固ヨリ穩當ヲ缺ケリ本來主權又ハ統治權ト稱スルモノハ唯一ニシテ唯リ臣民ニ對スル關係アルノミナリ然レトモ今日ノ國家ニ在リテ事實上領土ナルモノハ其生存ニ缺クヘカラサル要素ト謂ツテ

可ナリ何トナレハ其性質ノ如何ニ拘ハラズ今日列國間ニ介入スルニハ一定ノ領土ナクンハ到底獨立國タルノ體面ヲ維持スルコト不能ナレハナリ

第六 國家ノ目的

人類ノ目的ハ或ハ神ニ在リト論シ或ハ自然ニ在リト説キ其何レノ説ノ是ナルヤ在ニ論定スルノ要ヲ見ス是レ哲學上ノ問題ニシテ法律學上ノ範圍外ナリトス學者或ハ人類ノ目的ニ依リテ以テ國家ノ目的ヲ定メントスル者アリト雖モ法律上ノ人格ハ皆一定ノ目的ヲ有スルモノニシテ國家ハ人格ヲ有スルモノナラサルヘルヲ以テ之ヲ組織スル箇人ノ目的ト異ナリタル目的ヲ有スルモノナラサルヘカラス又國家ノ目的ハ箇人ノ目的ノ集合ナリト論斷スルコトヲ得ス蓋シ國家ハ獨立ノ人格ヲ有スルカ故ニ國家其モノノ目的ナクンハ非ス或論者ハ國家ハ獨立ノ目的ヲ有セスシテ箇人ノ目的ヲ遠スルノ手段ナリト説ケリ是レ即チ箇人主義ナルモノニシテ予輩ノ左袒スルコト能ハサル所ナリ何トナレハ予ハ國家ハ人格ヲ有スト説クカ故ニ人格アラハ必スヤ目的ナカルヘカラサレハナリ又國家ノ目的ハ立法ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得ス何トナレハ法律ハ國家カ政

ヲナリ天皇カ開會ヲ命シ給フニ非サレハ決シテ議會ハ成立セザルナリ或ハ又議會ハ國民ノ選舉ニ由リテ直チニ成立スト言ハンカ是レ亦誤ナリ選舉ハ議員ヲ生スレトモ議會ヲ生スルコト能ハス而シテ國家機關トシテ行動スルハ各議員ニ非スシテ議會ナルコトハ言ヲ埃タス更ニ一步ヲ進メテ言ヘハ議員ト雖モ今日ノ法制ニテハ選舉ノミニ依ルモノニ非ス彼ノ貴族院議員ノ一部ノ如キハ勒任ニ由リテ始メテ就職ス而シテ若シ此種ノ議員ヲ缺ケハ議會ハ適法ニ成立セス言ヲ換フレハ適法ナル議會ヲ成サンニハ亦君主ノ任命ヲ要スルコトト爲ルヘシ以上論シタル所ニ據レハ議會モ國務大臣等モ同シテ憲法上一定ノ權限ヲ有シ天皇ヲ經由シテ成立スルハ毫モ異ナル所ナシ左レハ一ハ直接機關タリ一ハ然ラスト論スルハ不可ナリ天皇機關説ニ基キ所謂直接機關ヲ求ムレハ天皇ノ外アルヘカラス

向ホ少シク論點ヲ換ヘテ論スレハ國家ハ憲法上ノ手續ヲ踐ミテ憲法ヲ改正シ以テ機關ノ組織ヲ變更スルコトモ爲シ得ルカ故ニ論者カ現ニ一國ノ成立ニ缺タヘカラサル機關ト稱スルモノモ何レノ時ニ變更スルコトト爲ルヤモ測リ難

シ論者ノ説ノ如キハ實ニ危險ナル基礎ノ上ニ立ツモノト謂フヘキナリ
要スルニ我憲法ニ於テ天皇ハ統治權ヲ總攬スト規定セル所以ハ萬機皆天皇
ヲ發スルヲ示スモノニシテ議會ト雖モ此原則ヲ洩レズ天皇ト相並ヒテ直接機
關タリトノ觀念ハ決シテ穩當ナラスト謂フヘシ

序ニ一言スヘキハ或學者カ國務大臣裁判所等ヲ指シテ準直接機關ト稱シ直接
機關ニモ間接機關ニモ非サルモノト爲ス此ノ如キハ意義甚タ曖昧ニシテ法學
上ノ用語トシテ適當ナラス

以上ハ假ニ天皇機關説ニ就テ論シタルモノナリ然レトモ予ハ天皇ヲ統治ノ主
體ナリトスルカ故ニ此説ト氷炭相容レズ隨テ此説ニ基ク憲法ノ意義ハ探ルヘ
カラスト考フ以上ノ諸説未タ憲法ノ適當ナル觀念ヲ定メ難シ予ノ考フル所ニ
據レハ憲法トハ國權ノ本體及ヒ其運用ノ大綱ヲ定メタル法規ヲ稱ス即チ國權
體用ノ根本の規定ナリ彼ノ行政法刑法訴訟法ノ如キハ皆憲法ノ範圍内ニ在リ
テ各種ノ政務ノ執行ニ必要ナル規定ヲ爲スニ外ナラス一ハ大體法ナリ他ハ細
目法ナリ要スルニ公法ハ統治權ノ本體及ヒ其運用ニ關スル規定ノ全體ニシテ

憲法ハ其中ニ在リテ大綱ヲ定メテ行政法等ハ其下ニ在リテ各種ノ規定ヲ爲スモ
ノタリ此説ニ對シテ批難スル者ハ曰ク國權體用ノ大綱ト細目トノ區別明白ナ
ラス隨テ憲法ノ範圍ヲ知ルヲ得スト然レトモ學者カ憲法ト曰ヒ行政法ト曰フ
ハ同種類ノ法ヲ學理研究ノ便宜ニ依リ更ニ區別ヲ試ムルニ過キ性質ノ異ナ
リタル法カ別別ニ存在スルニ非ス故ニ全然異ナリタル種類ノモノヲ區別スル
カ如ク明白ナル能ハサルハ固ヨリ然リ果シテ然ラハ前ニ述ヘタル觀念ハ最も
穩當ナルモノナリト考フ

第二節 憲法ノ制定

既ニ論シタル如ク憲法ハ必スシモ成文法典ヲ成スモノニ限ラス隨テ憲法ニ成
文憲法及ヒ不文憲法ノ二種アリ

今日所謂立憲國ニ於テハ憲法ノ少クトモ一部ハ成文ヲ成スモノトス而シテ殊
ニ一種ノ法典タル體裁ヲ具備スルモノ亦尠カラス例ヘハ獨普伊蘭白及ヒ我帝
國等ハ憲法法典ヲ具備ス之ニ反シテ英佛澳ノ如キハ法典ノ體裁ヲ具フルモノ

ナシ故ニ制定ノ方法ニ依リ法典制ト非法典制トヲ區別スルコトヲ得
右述ヘタル如ク憲法ノ制定ニ種種アリ而シテ尙ホ制定上ノ手續ニ關シテ欽定
憲法ト協定憲法トヲ區別スル者アリ欽定憲法トハ君主ノ制定ニ係ルモノヲ關
ヒ協定憲法トハ國民ノ一致ニ由リテ制定セルモノヲ謂フ前者ハ純粹ナル君主
國ニ於テ君主カ獨裁スル場合ニ生シ後者ハ主權カ君主ニ存セザル場合ニ生ス
我國憲法ノ如キハ純粹ナル欽定憲法タリ歐洲ニ於テモ欽定憲法ト稱スルモノ
アリト雖モ歐洲ノ國體ハ多クハ國民國體ニシテ君主ハ唯機關トシテ存在スル
ニ過キサルカ故ニ其形式ハ君主ヲ經由シテ發布セララルト雖モ實ハ國民主權
ノ發表ナリ此ノ如キハ理論上欽定憲法ト稱シ難シ

第三節 憲法ノ效力

學者ハ憲法ノ效力ヲ分テテ實質的の效力及ヒ形式的の效力ト爲ス實質的の效力トハ
人ノ行爲ニ對スル拘束力ヲ謂ヒ形式的の效力トハ憲法法律命令等ノ區別ヨリ相
互間ニ生スル效力ヲ謂フ

(一) 憲法ノ實質的の效力 是レ既ニ述ヘタル如ク人ノ行爲ヲ束縛スル力ニシテ
此點ニ於テ憲法モ法律モ命令モ區別アルヘキ道理ナシ
(二) 憲法ノ形式的の效力 形式的の效力トハ憲法法律ノ規定カ法律命令皇室典範
等ニ對シテ相互間ニ有スル效力ヲ謂フコト前述ノ如シ今之ヲ分テテ論スヘシ
(イ) 憲法ト法律トノ關係 或論者ハ曰ク憲法ト法律トハ同一ナリ帝國憲法ニ
依レハ其第三十七條ニ凡テ法律ハ帝國議會ノ協贊ヲ經ルヲ要ス下定ム即チ法
律トハ帝國議會ノ協贊ヲ經タル政令ヲ指スモノナリ憲法モ亦帝國議會ノ協贊
ヲ得ルニ非サレハ改正ヲ行フコトヲ得サルカ故ニ法律トモ異ナル所ナシ故
ニ第三十七條ニ所謂法律トハ憲法ヲ包含スルモノトス或ハ曰ハン第七十三條
ニ於テ改正ノ手續ヲ定メ一般法律ノ場合ヨリモ鄭重ニシテ勅令ニ由リ議案
ヲ議會ニ提出シ議會ニ於テ總員三分ノ二以上ノ出席及ヒ出席議員三分ノ二以
上ノ多數ヲ要スルハ憲法ト法律トヲ區別スル所以ナリト然レトモ是レ
唯手續ノ差異ニ過キス同シク議會ノ協贊ニ由ル政令タルニ外ナラズト
此說ハ英國ニ於テ憲法ト法律トヲ同一視スルノ實例ニ基キ我國法ヲ解セント

スルノ趣意ナリ然レトモ英國ニ於テハ憲法ノ改正ニ於テ我國ノ如キ鄭重ナル手續ヲ設ケス其取扱カ全然他ノ法律ト異ナラサルカ故ニ憲法ト法律ト同一ナリトノ論結ヲ爲スモ差支ナシ然ルニ我國ノ如ク特別ニ憲法ヲ鄭重ニ取扱フ國ニ於テハ直チニ英國ト同一ナリト謂フコト能ハサルヤ明カナリ論者ハ單ニ手續ノ差異ニ過キスト云フト雖モ手續ヲ鄭重ニシタル所以ハ即チ二者ノ間ニ軒輊ヲ置キシニ非サルナキヲ知ランヤ即チ法律ノ改廢ト同一手續ニテハ憲法ヲ改正スルコト能ハスト云フハ取モ直サス法律ヲ以テ憲法ヲ動スコト能ハストノ精神ニ非スヤ且憲法ヲ改正スルハ今日ニ於テハ議會ノ協贊ヲ要スヘキモ此憲法ノ制定ハ議會ノ協贊ヲ經シモノニ非ス天皇直接ニ制定發布セシモノナリ然ルニ法律ト云ヘハ其制定モ改廢モ總テ議會ノ協贊ニ由ラサルヘカラス又法律ノ成立ニハ裁可ノ形式ヲ要スルモ憲法ノ改正ニハ此手續ナシ此等ノ點ニ於テモ憲法ト法律ノ差異ヲ見ルニ足ルヘシ加之若シ憲法ヲ以テ法律ト同一ナリトセハ甚シキ不都合ノ結果ヲ生スルヲ免レス例ヘハ憲法第八條ニ依レハ天皇ハ緊急ノ場合ニ法律ニ代ル勅令ヲ發シ或ハ法律ヲ改廢シ或ハ立法事項ヲ定ム

ルコトヲ得此場合ニ於テ憲法ヲ法律ナリトセハ此勅令ヲ以テ憲法モ改正スルコトヲ得ト謂ハサルヘカラス然レトモ是レ豈ニ緊急勅令ノ性質ナランヤ此ノ如ク我國憲法ニ於テハ憲法ト法律トノ間ニ差等ヲ認ムルコト明カナリトス或ハ曰ク普通法律ヲ以テ憲法ヲ動スヘカラサルノ理ハ了解セリ然ラハ反對ニ憲法ヲ以テ法律ヲ動スコトヲ得ルヤ元來憲法ト云ヒ法律命令ト云フモ皆統治者同一意思ノ發表ナリ故ニ其間ニ特ニ差等ヲ設クルニ非サレハ其力同一ナリトセサルヘカラス然ルニ我國法ニ於テ特ニ憲法ヲ鄭重ニ取扱ヒ法律ヲ以テ之ヲ動スコトヲ許サス憲法ト法律トノ間ニ軒輊ヲ設クルノ精神ヨリ推ストキハ憲法ヲ以テ法律ヲ動スコトヲ得ト論スルモ不可ナキニ似タリ或ハ此推定ハ論理上ノ根據ト明文上ノ證據トヲ缺クト云フノ點ヲ以テ反對セシカ然レトモ既ニ述ヘタル如ク簡單ナル憲法ノ條文ハ屢ニ精神解釋ヲ以テ補ハサルヘカラサルノミナラス憲法ノ明文ヨリシテモ此精神ヲ證スルコトヲ得例ヘハ第七十六條ニ依レハ憲法發布前ノ法律規則命令等ハ憲法ニ矛盾セサル限り理由ノ效力アリトス此規定ハ憲法發布前ノ法令ニ關スト雖モ依リテ以テ憲法ヲ他ノ法令

コリ效力強大ナリトスルノ趣意ヲ見ルヘシ加之第七十三條ニ憲法改正ノ規定ヲ設ケタリ之ニ依レハ改正ハ毫モ制限ナク行フコトヲ得例ヘハ法律ト矛盾スル改正ヲ行フモ禁スル所ニ非ス故ニ結局法律ヲ動スモ差支ナキコトト爲ルヘシ

(ロ) 憲法ト命令トノ關係 此二者ハ先ツ手續ニ於テ差異アリ即チ憲法ノ改正ハ議會ノ協賛ヲ要スレトモ命令ハ此手續ヲ要セス次ニ效力ノ強弱ヲ比スレハ第一ニ普通命令ハ憲法ノ規定ニ依リ法律ヲ動スノ力サヘナシ況ヤ憲法ヲキ次ニ特別ノ效力ヲ有スル命令例ヘハ緊急勅令ノ如キモ法律上ノ力ナシ故ニ亦憲法ヲ動スコト能ハサルヤ明カナリ

(ハ) 憲法ト皇室典範トノ關係 皇室典範ノ性質ニ關シテハ學說一致セス或ハ曰ク典範ハ皇室ノ家法ニシテ私法ノ性質ヲ有スト或ハ曰ク典範ハ重要ナル公法上ノ規定ナリト然レトモ予ハ以爲ク典範ハ公法私法ニ亘リテ規定セリト例ヘハ憲法第二條ニ基キ皇位繼承ノ規定ヲ爲シ憲法第十七條ニ基キテ攝政ノ規定ヲ爲スカ如キハ重要ナル公法上ノ法規ト稱スルヲ得ヘシ然レトモ典範全部

皆然リト謂フコト能ハス例ヘハ財産ニ關スル規定ノ如キハ私法的ノ性質タリ」典範ノ性質ハ右述フル所ノ如シ次ニ典範ト憲法トノ關係如何憲法第七十四條第二項ニ依レハ皇室典範ヲ以テ憲法ノ條規ヲ變更スルヲ得サルモノトス故ニ典範ハ憲法ヲ動スコト能ハサルハ明カナリ然ラハ之ト反對ニ憲法ハ典範ヲ動スコトヲ得ルヤ皇室典範末條ニ依レハ典範ノ條項ヲ改正増補スル必要アラハ皇室會議及ヒ樞密顧問ニ諮詢シテ勅定ストアリ尙ホ憲法第七十四條ニ典範ノ改正ハ議會ノ議ヲ經ルヲ要セストアリ故ニ典範ノ改正ハ此手續ニ依ルヘク憲法律等ヲ以テ改正ヲ行フヘカラサルノ主意ナルヤ明カナリ

(ニ) 憲法ト條約トノ關係 此關係ハ此處ニ詳論セス第四編統治ノ作用ヲ論スル處ニ於テ法令ト條約トノ關係ヲ述フヘキガ故ニ總テ其處ニ讓ラントス唯一言スヘキハ憲法ハ治者ト被治者トノ關係ヲ定メ條約ハ國ト國トノ關係ヲ定ムト云フノ點ニ在リ憲法ニ於テ條約締結權ヲ定メタルハ統治權運用ノ一方法トシテ國內法上ヨリ觀察スヘシ條約自身ニ至リテハ國際關係ニ屬シ憲法ト直接ニ效力ヲ比較シテ強弱ヲ論スヘキニ非サルナリ

(ホ) 憲法ト憲法發布前ノ法令トノ關係 此關係ハ憲法第七十六條ニ規定ス曰ク法律規則命令又ハ何等ノ名稱ヲ用キタルニ拘ラス此ノ憲法ト矛盾セザル現行ノ法令ハ總テ自由ノ效力ヲ有スト茲ニ所謂矛盾トハ此等ノ法令カ成立スルニ當リ憲法ニ定メタル方法ヲ依ラザリシヲ謂フニ非ス現ニ成立シタル此等ノ法令カ效力ヲ繼續スルニハ憲法ノ規定ト兩立スルコト能ハサルヲ謂フナリ此ノ如キ矛盾ナキ以上ハ引續キテ效力ヲ有スルモノトス故ニ此等ノ法令ハ無論憲法ヲ動スコト能ハサルニ反シテ憲法ハ自由ニ此等ノ法令ヲ動シ得ヘキナリ

第四節 憲法ノ改正

憲法第七十三條ニ依レハ先ツ將來此憲法ノ條項ヲ改正セントスルノ必要アルトキハ勅命ヲ以テ議案ヲ帝國議會ノ議ニ付スヘキモノトス之ニ依レハ憲法改正案ノ提出ハ天皇直接ノ勅ニ由ラサルヘカラス次ニ兩議院ハ各總員三分ノ二以上出席スルニ非サレハ議事ヲ開クコトヲ得ス尙ホ出席員三分ノ二以上ノ多數ヲ得ルニ非サレハ改正ノ議決ヲ爲スコトヲ得スト規定セリ之ニ依レハ其手

續基ヲ鄭重ナリ憲法第七十五條ニ依レハ憲法ハ攝政ヲ置クノ間ハ之ヲ變更スルヲ得サルモノトス是レ亦變更ヲ重シタル所以ナリ
茲ニ問題ト爲ルハ第一憲法ノ條文ニハ改正又ハ變更トノミアリテ廢止ト言ハス畢竟廢止ノ場合ハ如何ナル手續ニ依ルヘキヤ之ニ關シテ二說アリ第一說ハ曰ク憲法典ノ廢止ハ天皇ノ緊要權(Notion)ニ屬シ其手續ハ固ヨリ法ノ定メ難キ所タリト茲ニ所謂緊要權トハ一國生存上緊要ノ場合ニ天皇カ普通法則以外ノ行動ヲ爲スヲ謂フナリ此場合ハ特別ノ原則ニ基クモノニシテ普通法ノ律スヘキニ非サルナリ第二說ニ曰ク憲法ニ所謂改正若クハ變更ト云フハ廢止ヲモ包含ス即チ廢止ノ場合モ憲法所定ノ手續ニ依ルヘキモノナリト此說ハ前說ニ比スレハ穩當ナルニ似タリ何トナレハ天皇緊要權ハ普通法以外ノ勅ニシテ予等カ茲ニ研究スル法學ノ範圍ニ於テ之ヲ援用スルハ穩當ナラサレハナリ或ハ憲法ノ條文ニ唯此ノ條項ヲ改正スルノ必要トノミアルカ故ニ全部ノ廢止ヲ包含セシムルコト能ハスト曰フ者アレトモ此說ハ餘リ文字ニ拘泥シタリトノ説ヲ免レス第二ニ問題ト爲ルハ勅命ヲ以テ下付セラレタル憲法改正案ニ對シ議

院ニ修正ノ權アリヤ否ヤニ在リ蓋シ議會ニ修正ノ權アリトスレハ恰モ新ナル
議案ヲ作ルト同シ結果ト爲リ改正案提出ヲ勅命ニ限リタル憲法ノ趣意ト相反
スヘシ故ニ議會ハ修正ノ權ナク單ニ可否ヲ決スルニ止マルトスルヲ穩當トス
第三ノ問題ハ改正案カ議會ニ於テ可決セラレシ後更ニ天皇ノ裁可ヲ要スルヤ
否ヤ蓋シ裁可ハ法律ニ必要ナル手續ナリト雖モ憲法ニ關シテハ何等ノ規定ナ
キノミナラス既ニ改正ノ必要ヲ認メテ提出シ給ヒシ議案カ可決セラルレハ更
ニ裁可ノ手續ヲ爲シ給フ必要ナキナリ

第五節 天皇ト憲法

憲法ハ天皇ノ意思ナリ即チ天皇カ自ラ統治權行使ノ方法ヲ定メ給ヒシニ外ナ
ラス然ルニ我國一派ノ學者ハ外國ノ觀念ヲ以テ憲法ハ天皇ノ行爲ヲ節制スト
論ス此論結ハ天皇ヲ機關ナリトスルヨリ來ル何トナレハ憲法ハ國家ノ意思ニ
シテ國家ノ一機關タル天皇ハ當然之カ爲メニ節制セラルルコトト爲レハナリ
然レトモ既ニ述ヘタル如ク又後ニ天皇論ニ於テ述ヘント欲スル如ク予ハ天皇

ヲ統治ノ主體ト爲スカ故ニ憲法ハ天皇ノ意思ノ發表ニシテ之カ爲メニ節制セ
ラルル道理ナシ次ニ天皇ヲ統治ノ主體ナリトスル論者ノ中ニ法ハ皆天皇ノ意
思ナリ故ニ法ノ真正ナル解釋ハ天皇ノ外之ヲ爲スコト能ハサレトモ唯法律命
令ノ如キハ裁判所其他ノ機關ニ委任シテ解釋適用セシム然レトモ是レ亦天皇
ノ解釋ト矛盾スルコトヲ許サス憲法ニ至リテハ全ク天皇ノミ解釋適用シ給フ
所ニシテ他人ノ喙ヲ容ルルヲ許サスト曰フ者アリ此說ハ一部ハ異理ニシテ一
部ハ誤謬ナリ先ツ法ハ皆天皇ノ意思ナリトスルハ可ナリ然ルニ法ノ正當ナル
解釋ハ天皇ノ外爲シ能ハスト云フハ不可ナリ天皇ニ非サルモ正當ナル解釋ヲ爲
スコト難カラサルノミナラス實際天皇ト雖モ過テテ正當ナラサル解釋ヲ爲シ
給ハスト言ヒ難シ次ニ裁判所其他ノ機關ハ真正ノ天皇ノ意思ト天皇ノ解釋ト
カ明カニ適合セスト信スル場合ニハ真正ノ天皇ノ意思ト信スルモノニ從フヘ
キ道理ナリ終ニ憲法ハ天皇ノミノ解釋スル所タリト云フト雖モ元來憲法ハ一
般ノ遵奉スヘキ法規ニシテ機關モ人民モ皆之ニ從ヒテ行動セラルヘカヲ然
ルニ此等ノ者ハ全ク解釋ヲ爲スコト能ハスト論スルハ奇怪ノ議論ニ非スヤ但

總テノ法令ニ付テ疑議アルノ場合ニハ之ヲ決スルハ各其職權ヲ存スル所ニ依ルヘキハ當然ニシテ向ホ決シ難キトキハ結局法令ノ制定者即チ天皇ノ解釋ニ依ラサルヘカラサルニ至ルハ無論ナリ而シテ天皇ノ解釋カ果シテ正當ナリヤ否ヤハ全ク學問上ノ議論ニ歸ス

第六節 憲法ノ法界

憲法ノ法典カ一般ニ帝國現今ノ版圖ニ行ハルルハ論ナシ唯問題ト爲ルハ將來ニ於テ増加スル領土ニ向ヒテ當然行ハルト看ルヘキヤ否ヤニ在リ消極說ヲ主張スル者ハ凡ソ法ハ他ノ社會制度ト同シク時ト處トニ關係シテ生スルモノナリ故ニ現行憲法モ現在ノ帝國臣民ヲ目的トシテ發セラレシニ外ナラス憲法發布ノ當時ニ於テ全ク想像セザリシ新領土増加ノ場合ハ之ヲ別問題トシテ觀察スヘシ若シ然ラストセンカ新領土ニ於ケル人民文化ノ程度カ現在帝國國民ト相類スル場合ハ可ナリト雖モ若シ甚シキ懸隔アリトセンカ之ニ現行憲法ヲ適用セントスルハ恰モ方木ヲ以テ圓竅ヲ塞カント試ミルト同シク殆ト爲シ能ハナ

ル事ニ屬ス故ニ憲法ハ新領土ニ於テハ當然行ハルルモノニ非ス國家ノ意思ヲ待チテ始メテ行ハルトセザルヘカラスト論ス次ニ積極說ヲ主張スル者ハ曰ク現行憲法ニ毫モ施行ノ範圍ヲ制限セズ其第一條ニ「大日本帝國」ト記シテ廣ク其法界ヲ定メ舊領土ト新領土トヲ區別セズ若シ憲法ハ當然新領土ニ行ハレス之ヲ行フト否トハ一ニ國家ノ意思ニ在リ即チ國家ハ其認定ヲ以テ新領土ニ向ヒテ憲法ノ法界ヲ廣ク得ルトセハ場合ニ依リテハ同シク自己ノ認定ヲ以テ憲法ノ法界ヲ縮小スルコトヲモ爲シ得ヘシト謂ハサルヘカラス此ノ如ク憲法ノ法界ノ伸縮ヲ以テ一ニ事實ノ認定ニ任スルハ甚タ穩ナラサルノミナラス亦國法ノ精神ニ非サルヘシ故ニ憲法ハ現在及ヒ將來ニ於ケル日本帝國全體ヲ其法界トシ若シ新領土ニ於テ人民文化ノ程度カ一般人民ト甚タ懸隔セル如キ場合ニハ憲法上ノ手續ヲ踐ミ法律又ハ命令ヲ以テ其部分ニ限リ適當ナル處置ヲ設ケルコト難カラス故ニ前論者ノ憂フル如キ不都合ハ之ヲ避ケルコトヲ得ヘシト以上二派ノ議論ノ要點ヲ舉ケタリ何レモ一理ナキニ非スト雖モ予ハ姑ク後說ニ從ハント欲ス

第四章 國家

國家ノ觀念ハ古來學說種種ニ岐ル然レトモ之ヲ大別スレバ(一)事實的觀察(二)法理的觀察ノ二種ト爲スコトヲ得ヘシ近世ニ至ルマテ法學者カ國家ヲ説明スルハ多ク第一種ニ屬スルモノナリキ

第一 事實的ノ觀察

(甲) 國家ハ有機體ナリト爲ス此說ハ「ブルンチェリ」及「ヒスベンサー」等ノ唱フル所ニシテ國家ハ有機物ノ一種ニシテ各分子カ共同ノ目的ニ向ヒテ働キ而シテ全體ノ生活ヲ維持シ發達セシムルモノナリト爲ス此論或ハ誤ラサルヘシ然レトモ法學上ノ觀念トシテハ何ノ得ル所ナキナリ例ヘハ人ハ有機體ナリト云フコトカ民法商法ト何ノ關係ナキト同一ナリ

(乙) 國家トハ一國領土ヲ指スモノト爲ス例ヘハ國家ノ廣狹ト云フカ如シ或ハ又一國人民即チ被治者ヲ指スモノト爲ス例ヘハ國ヲ治ムト云フカ如シ此等ハ學問上更ニ價値ナキノ說ナリ

(丙) 國家トハ一定ノ土地ノ上ニ治者被治者ノ組織ヲ成ス人類ノ共同團體ナリト爲ス此說ハ固ヨリ誤ナンシ若シ法學上國家ニ特別ノ觀念ヲ與フルノ必要ナシトセハ予モ亦此事實的ノ觀察ニ從ハント欲ス然レトモ今日ハ法學上及ヒ現行法上國家ニ特別ノ觀念ヲ付スルヲ例トス

第二 法理的ノ觀察

法學上ノ觀察トシテハ國家ヲ以テ一ノ法人トス法人トハ法學上人格ヲ有スト認メラルル者ヲ謂フ即チ主權ノ總攬者是ナリ言ヲ換フレバ統治ノ主體ヲ國家ト稱スルナリ歐洲ノ學者一般ノ觀念ニ依レハ國家ハ君主ニ非ス國民ニ非ス又國民ト領土トノ集合ニモ非ス此等ヲ離レテ無形ノ統治主體即チ國家ナリトス然レトモ既ニ述ヘタル如ク歐洲諸國ハ國民主權ノ國柄ニシテ其實權ハ國民ノ團體ニ存ス故ニ國家即チ統治主體ハ此國民ヲ抽象的ニ觀察シタルモノニ過サルナリ

「ボルンハツク」ハ歐洲諸學者ノ中ニ立テテ獨リ國家ハ君主ナリトノ說ヲ唱フ然レトモ氏ノ論據ハ甚タ薄弱ナリ第一憲法發布ニ由リ君主ハ萬能ノ力ヲ得タリ

第二統治ノ主體即チ國家ハ法人ナリトセハ法人ハ法ニ由リテ創設セラレルモノナルカ故ニ國家ハ其成立前ニ法ヲ作リタリト論結ヲ生シ甚タ不都合ナリ故ニ國家ハ君主ナリト論セサルヘカラスト云フニ在リ然レトモ第一ニ氏ハ憲法ニ依リ君主ハ萬能ノ力ヲ得タリト曰フト雖モ他ノ論者ハ君主ハ憲法ニ依リ節制ヲ受クト論スルノミナラス從來ノ國民國體カ憲法ノ發布ニ由リ一朝變シテ君主萬能ノ國體ト爲ルトハ想像シ及ハサルナリ第二ニ國家ハ法人ナリトスルモ其成立前ニ法ヲ作ルト云カ如キ奇怪ナル議論ヲ爲スヲ要セス何トナレハ一國カ成立スルト同時ニ國法ヲ生シ國家ハ茲ニ法人ノ資格ヲ得ト言ヒ得レハナリ或學者ハ別ニ「ホルンハック」ノ說ヲ攻擊シテ曰ク予等ノ研究スル所ハ如何ニシテ國家カ法人ト爲リシカノ問題ニ非ス既ニ法ニ依リ人格ヲ有スル國家ヲ論スルナリト然レトモ「ホルンハック」ノ說ニ依ルモ君主ハ箇箇ノ自然人ヲ謂フニ非ス箇箇ノ「自然人ヲ通シ統治ノ主體トシテ觀察セサルヘカラスト即チ法人トシテ觀察スルモノトス果シテ然ラハ國家ハ法人ナリト云フ說ト違フ所ナキカ

上ニ述ヘタル所ニ據レハ歐洲ノ學說ハ「ホルンハック」ヲ除キ多ク國家ヲ統治ノ主體ナリトスレトモ一步ヲ進メテ國民ハ國家ナリト論スル者少シ唯「サビニ」一派ノ如キハ法ハ國民ノ意思ナリトシ明カニ國民ニ主權ノ存スルヲ認ムルハ我國ニ於テハ天皇ハ統治ノ主體ナリ故ニ統治ノ主體ヲ以テ國家ナリトセハ天皇即チ國家ナリトノ論結ニ至ルヲ免レス

第五章 國體

國體ハ一國統治權ノ所在ニ據リテ區別セラルヘキモノタリ古來學者カ政體ヲ區別シ例ヘハ彼ノ有名ナル希臘ノ「アリストートル」ア政體ノ區別即チ君主政體貴族政體共和政體ノ區別ハ今日ニ至リテモ猶ホ行ハル然レトモ多數ノ學者ハ此區別ヲ統治權ノ所在ニ求メス單ニ外面ノ觀察ニ據リテ區別セントス例ヘハ統治ノ實權ハ國民ニ存スルニ拘ハラス唯統治權ヲ行フ機關ノ區別ニ據リテ國體ヲ分チ或ハ君主政體ト曰ヒ或ハ貴族政體ト稱スルカ如キ是ナリ此等ハ法理上ノ價值ナキノミナラス其實相ヲ誤ルノ恐アリ

獨逸ノベルナチツクハ國體ヲ二分シテ君主國及ヒ共和國トシ君主國トハ統治ノ機關カ其固有ノ權利トシテ職權ヲ行フヲ謂ヒ共和國トハ機關ニ固有ノ權利ナキ場合ヲ稱スト曰ヘリ此區別モ機關ニ據ルノ區別ニシテ統治權ノ所在ニ關係ナシ

「ガライス」ハ國體ヲ四分シ(一)無責任ノ一人カ統治者タル場合(二)有責任ノ一人カ統治者タル場合(三)無責任ノ多數カ統治者タルトキ(四)有責任ノ多數カ統治者タルトキトセリ此區別モ唯責任ノ有無ヲ標準トシタルノミ統治權ノ所在ニ據ル區別ニ非ス

予ハ先ツ國體ヲ大別シテ君主國非君主國トシ非君主國ヲ更ニ分チテ貴族國體ト國民國體トノ二ト爲サントス君主國トハ一人カ統治ノ主體タル場合ヲ指シ非君主國トハ集合體カ統治ノ主體タル場合ヲ謂フ而シテ其中ニ在リテ多數カ主權ヲ掌握スルトキハ之ヲ貴族國體ト稱シ若シ國民全般ニ主權カ存スルトキハ之ヲ國民國體ト稱ス例ヘハ君主國トハ我國ノ如キヲ稱ス次ニ貴族國體ハ稀ニ起ルコトアルモ永續スルコト甚ク難シトス終リ國民國體ハ尙且歐洲諸國キ

ル權利名譽ヲ害セラレサル權利ノ如シ親族上ノ關係ヨリ生スル人身權ハ例ヘハ親權夫權ノ如シ此等ノ權利ハ一般ノ人ニ對抗スルコトヲ得ヘキ權利ニシテ所謂對世權ニ屬スルノミナラス對人權ノ性質ヲ併有ス例ヘハ夫權ハ何人モ之ヲ害スルコトヲ得サルモノニシテ一般ノ人ハ之ニ對シテ消極的義務ヲ有スルト同時ニ妻ハ夫ニ對シテハ特定ノ義務ヲ負擔スルカ如シ

(ロ)物權トハ佛國法系ニ屬スル法典及ヒ其學說ニ依レハ直チニ物ノ上ニ行ハレ且總テノ人ニ對抗スルコトヲ得ル權利ナリ是レ人權ハ直チニ物ノ上ニ行ハレシテ直接ニ人ニ對シテ行ハレ物權ハ之ニ反シテ他人ニ關係ナク物ニ對シテ行ハルモノナリトノ見解ニ基クモノニシテ權利ノ本質ニ反スル說タリ蓋シ物權債權ノ別ナク總テノ權利義務ノ關係ハ人ト人トノ間ニ存スルモノニシテ決シテ人ト物トノ間ニ行ハルル關係ニ非ス若シ自己以外ニ人ナクンハ外界ハ總テ物ヲ以テ充タサルルニ過キスシテ何等ノ法律關係ヲ生セス唯自己ノ需要ニ應シテ物ヲ利用シ處分スル事實存スルノミ且物ヲ民法ノ如ク有體物ニ限ルトセハ(第八五條財產權ヲ以テ目的ト爲シタル質權又ハ先取特權ハ物權ニ非

ナルコトト爲リ我民法ノ趣旨ト反スルニ至ル蓋シ物權トハ一般ノ人ニ對抗スルコトヲ得ル財產權ナリト定義スルヲ適當ナリト信ス之ヲ分析シテ説明スルハ左ノ如シ

第一 物權トハ財產權ナリ 權利ニハ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキモノト得サルモノトアリ親權夫權名譽權ノ如キハ金錢ニ評價シ得ヘキモノニ非ス故ニ此等ノ權利ハ一般ノ人ニ對シテ主張スルコトヲ得ヘシト雖モ物權ナリト謂フコトヲ得ス又債權中ニモ財產權ニ非サルモノヲ含ムハ近世ノ立法例ニ於テ認ムル所ナリ然レトモ物權ハ必ス財產上ノ價值ヲ有セサルヘカラス尙モ金錢ニ評價シ得サルモノハ物權ニ非サルナリ

第二 物權トハ一般ノ人ニ對抗スルコトヲ得ル權利ナリ 抑モ權利ヲ效力ノ上ヨリ分類スレハ一般ノ人ニ對シテ主張シ得ヘキモノト單ニ特定ノ人ニ對シテノミ主張シ得ヘキモノトアリ例ヘハ債權者ハ債務者ニ對スルニ非スルハ權利ヲ主張シテ義務ノ履行ヲ求ムルコト能ハス債權債務ノ關係ノ範圍外ニ在ル人ハ何等ノ請求權ヲ有セサルト同時ニ又何等ノ義務ヲモ有セサル

ナリ之ニ反シテ物權ノ法律關係ハ特定ノ人ヲシテ特定ノ義務ヲ履行セシムルニ非スシテ一般ノ人ヲシテ消極的義務即チ不作爲ノ義務ヲ負擔セシム若シ一般ノ人ニシテ此消極的義務ヲ履行セスシテ權利ヲ侵害セハ茲ニ始メテ債權債務ノ關係ヲ生スヘキナリ

(ハ) 債權トハ或人ニ對シテ或行爲又ハ不行爲ヲ請求スル權利ナリ債權ハ一ノ請求權ニシテ他人ニ對シ或行爲ヲ爲サシメ若クハ爲ササラシムルコトヲ要求スルモノニシテ其權利ノ目的ハ常ニ人ノ行爲ニシテ或特定ノ人即チ債務者ニ對シテノミ對抗スルコトヲ得ヘキモノニシテ物權ノ如ク一般ノ人ニ對抗スルコトヲ得ス

第二章 私權ノ主體

第一節 入

第一款 私權ノ享有

第一項 私權享有ノ始期及ヒ終期

私權ノ享有トハ私權ノ主體ト爲リ其利益ヲ受クルコトヲ謂フ而シテ法律上人格ヲ有スル者ハ私權ヲ享有スル能力ヲ有スル者ナルヲ以テ人ハ何時ヨリ私權享有ノ能力ヲ有スルカノ問題ハ自然人ハ何時ヨリ人格ヲ有スルカヲ知ルニ依リテ解決セラル獨逸民法第一條ニハ人ノ權利能力ハ出生ノ完成ニ由リテ始マルト規定シ我民法モ亦第一條ニ私權ノ享有ハ出生ニ始マルト規定セリ故ニ出生ノ前又ハ出生中ハ未タ人格ヲ有セス又胎兒ハ羅馬法以來各國ノ法律ニ於テハ其利益ニ關シテハ廣ク權利ヲ享有セシメ舊民法入事編第二條ノ如キハ胎内ノ子ト雖モ其利益ヲ保護スルニ付テハ既ニ生マレタル者ト看做スト規定セシモ現行民法ハ損害賠償ノ相續權又ハ受遺權ノ場合ノ外ハ權利ヲ享有セシムルコトナシ尤モ相續權及ヒ受遺權ヲ享有スル場合ハ胎兒ノ出生ヲ條件トスルモノナルカ故ニ胎兒カ死體ニテ生レタルトキハ初ヨリ權利ヲ享有セザリシモノト看做サル

出生トハ胎兒カ生存シテ母體ヨリ分離シタルコトヲ謂フモノナリ故ニ胎兒カ出生ノ前又ハ其間ニ於テ死亡シタルトキハ人格ヲ享有スルコトヲ得ス之ニ反

シテ出生シタル以上ハ其生活カ瞬間タリシト雖モ權利主體タルコトヲ得ヘキハ勿論ナリ又「バーデン」民法及ヒ羅馬法系ノ法典並ニ學說ニ於テハ生レタル兒ハ發育シ得ヘキコト即チ發育能力ヲ有シ居ルコトヲ必要トセシカ故ニ月足ラヌ又ハ人體ノ重要機關ヲ缺キ治療シ能ハサル者ハ權利主體タルヲ得ストセシモ獨逸民法及ヒ我民法ニ於テハ此條件ヲ必要トセサルヲ以テ經令胎兒カ月足ラスニテ出生シ發育不十分ナルカ爲メ單獨ニテ呼吸スルコトヲ得ス人工呼吸ニ依リテ僅ニ生命ヲ保ツ場合ト雖モ權利主體タルニ妨ナシ

「バイエルン」案通等ノ民法ニ於テ規定セル如ク生レタル兒ハ畸形ニ非スシテ人間ノ形體ヲ有スルコトヲ要スルヤ獨逸民法理由書ノ説明ニ依レバ現今ノ醫學上ノ斷定ニ於テハ人間ノ形體ヲ有セサル畸形兒アルヲ認メス凡ソ人間ヨリ産出シ生存セル者ハ必ス人間ノ形體ヲ有ス縱令如何ナル畸形ノ小兒ト雖モ人ナリト云ヘリ我民法モ亦同一趣旨ナリト認ム

人格ハ人ノ死亡ニ因リテ消滅スルハ法律ノ規定ヲ挾タスシテ明カナリ茲ニ注意スヘキハ民法上ノ准死ナリ是レ刑罰ノ結果法律上ノ人格ヲ奪ヒ死者ト同一

ニ看做シタルモノニシテ中世ニ於テハ佛國及ヒ獨國等ニ於テ行ハレシモ現今ハ全ク其制ヲ廢止セリ

第二項 國籍ト私權享有ノ關係

宗教身分男女年齢ノ差別ハ私權享有ニ關シテハ全ク無關係ナリト雖モ國籍ノ異同ハ私權享有ノ上ニ差異ヲ生スルコトアリ之ヲ從來ノ沿革ニ徴セハ左ノ四時代ニ區別スルコトヲ得ヘシ

第一 禁止主義ノ時代

第二 限定主義ノ時代

第三 相互主義ノ時代

第四 自由主義ノ時代

第一ハ最モ法律ノ發達セザル時代ニ於テ行ハレタルモノニシテ外國人ヲ禽獸視又ハ仇敵視シ外國人ト內國人トノ間ニハ爭鬪奪略アリテ交際又ハ取引ナルコトナカリシヲ以テ外國人ニ其權利ヲ認メ之ヲ保護スル必要ナカリシナリ

第二ハ世運ノ進歩ニ從ヒ外國人ト交通シ彼ノ長ヲ取リテ我ノ短ヲ補フノ利アリテ害ナキヲ知り漸次貿易ヲ爲スニ隨ヒ外國人ノ權利ヲ認メ之ヲ保護セザルヘカラサル必要ヲ生ジタリシモ未タ外國人ヲ恐レ且嫌フノ念ヲ脱スルコト能ハサリシヲ以テ原則トシテハ外國人ノ私權享有ヲ禁シ已ムコトヲ得サル場合ニ限り特ニ法令ヲ以テ其享有ヲ認許スヘキ權利ヲ限定セリ是レ中世歐洲諸國ニ於テ專ラ行ハレタル制度ナリ

第三ハ甲國カ乙國ノ人民ニ對シテ私權ヲ享有セシムル程度ニ於テ乙國カ甲國ノ人民ニ私權ヲ享有セシムル主義ニシテ佛國民法ノ如キモ此主義ヲ採リ我民事訴訟法ニ於テモ亦此主義ヲ以テ規定セル條項アリ是レ佛國民法制定ノ當時ニ於テハ交通機關ノ發達未タ十分ナラス各國間ノ交際モ現今ノ如ク親密ナラサリシヲ以テ右ノ如キ狹隘ナル主義ヲ採リシト雖モ現今ニ於テハ佛國ニ於テモ判決例ニ依リ事實上外國人ノ享有スヘキ私權ノ範圍ヲ擴張セリ

第四ハ最モ進歩シタル主義ニシテ近世文明諸國ニ於テ專ラ行ハルル所タリ此主義ハ外國人ハ內國人ト同様ニ私權ヲ享有スルコトヲ得ルヲ原則トシ其享有

ヲ禁止スル權利ハ法令又ハ條約ヲ以テ規定スト云フニ在リ故ニ法令又ハ條約ニ於テ禁止セザル權利ハ總テ内國人ト同シク享有スルコトヲ認ムルモノナリ我民法モ亦此主義ヲ採用セリ

民法第二條ニハ法令又ハ條約ニ於テ禁止アル場合ヲ除キタルヲ以テ法律ハ勿論命令又ハ條約ヲ以テ外國人ノ享有スルコトヲ得サル權利ヲ規定セルトキハ外國人ハ其權利ヲ享有スルコトヲ得スト雖モ條約ニ於テハ不動産上ノ權利ニ付テハ土地所有權ヲ除クノ外廣ク其享有ヲ認ムルヲ以テ現行條約ノ存續セル間ハ之ヲ變更スルコトヲ得ス其他外國人ノ享有スルコトヲ得サル權利例ハハ鐵山探掘權日本銀行又ハ橫濱正金銀行ノ株主ト爲ル權等特別ノ法令ヲ以テ規定セルモノ鮮カラスト雖モ其詳細ヲ說述スルハ民法講義ノ範圍外ニ涉ルヲ以テ茲ニ之ヲ略ス

第二款 私權ノ行使

法令ニ依リ私權ノ行使ヲ制限セラレタル者ヲ無能力者ト稱ス私權ノ行使トハ

買ヲ爲サントスルコトハ其ニ當事者カ賣買ナル法律行爲ニ依リテ達セントスル希望ナリト雖モ賣買ナル法律行爲ニ依リテ達セントスル直接ノ目的ハ土地ノ購入ニ在リテ轉賣ニ因リテ利益ヲ得ントスルコトハ土地購入ナル目的ヲ達シタル後始メテ達セントスル目的ニシテ間接ナリ直接ノ目的ハ同一法律行爲ニ於テハ常ニ同一ナリト雖モ間接ノ目的ニ至リテハ同一法律行爲ニ在リテモ千種萬別ニシテ常ニ相同シカラス法律行爲ニ於テ常ニ存スル直接ノ目的ハ兼メ之ヲ知ルコトヲ得ヘキカ故ニ其效力ヲ定ムルコトヲ得ヘシト雖モ場合ニ依リテ相同シカラサル間接ノ目的ニ至リテハ豫メ之ヲ知ルコト能ハサルヲ以テ其效力ヲ定ムルニ由ナシ故ニ法律行爲ノ效力ヲ保護スヘキ法律ハ其行爲ノ目的ハ則チ之ヲ見ルモ其緣由ハ則チ之ヲ問ハサルナリ隨テ亦法律行爲ノ目的不法ナルトキハ之ヲ無効トスト雖モ其緣由不法ナルニ止マルトキハ之ヲ無効トセザルナリ例ヘハ犯罪ノ用ニ供スルカ爲メ刀劍ヲ購買スルカ如シ犯罪ノ用ニ供セントスルコトハ不法ノ事ナリト雖モ是レ刀劍購買ノ緣由ニシテ目的ニ非ス刀劍購買ノ目的ハ代價ヲ支拂ヒテ刀劍ノ所有權ヲ取得セントスルニ在リテ

何等不法ナル所ナシ故ニ其買賣契約ハ決シテ無効ニ非サルナリ
 不法ナル事項ヲ目的トスル法律行為ハ無効ナリ法律行為ハ無効ナル場合ニ於
 ケル結果ハ第四節ニ至リテ更ニ説明スル所アルヘシト雖モ概シテ言ヘハ無効
 ナル法律行為ハ法律上何等ノ效力ヲ生ズルコトナキモノナルカ故ニ不法ナル
 事項ヲ目的トスル法律行為ノ當事者カ未タ其行為ノ目的トスル所ヲ履行セザ
 ルトキハ爾後之カ履行ヲ爲スコトヲ要セス既ニ之ヲ履行シタルトキハ不當利
 得ノ原則ニ依リ其給付シタルモノノ返還ヲ求ムルコトヲ得ルモノナリ但第七
 百八條ノ規定アルカ故ニ不法ノ原因ノ爲メニ給付ヲ爲シタル場合ニ於テ不法
 ノ原因カ當事者雙方ニ存スルカ又ハ給付ヲ爲シタル者ニ付テ存スルトキハ其
 給付シタルモノノ返還ヲ請求スルコトヲ得ス然レトモ是レ自ラ別法理ニ基キ
 タ然ルモノニシテ無効ナル法律行為カ一種ノ效力ヲ生ズルニハ非サルナリ
 不法ノ目的ヲ有スル法律行為ノ無効ナルヘキコト上來述ヘタル所ノ如シ然レ
 トモ不法ナル目的ヲ有スル法律行為ハ不能ノ目的ヲ有スル法律行為ト異ナリ
 後者ハ事實上如何ニスルモ之ヲシテ效力ヲ有セシムルコト能ハスト雖モ前者

ハ之ニ反シ其效力ヲ發生スルコト能ハサルハ法律ノ之ヲ妨クルニ因ルモノニ
 シテ事實ノ之ヲ妨クルニ非ス故ニ不法ナル目的ヲ有スル法律行為ト雖モ其效
 力ノ發生ヲ妨クルモノヲ除去スルトキハ能ク有效ニ成立スルコトヲ得ルモノ
 ナリ換言スレハ不法ナル目的ヲ有スル法律行為ヲ無効トスル法律ノ規定ニ對
 シ法律ヲ以テ特ニ除外例ヲ設タルトキハ其例外規定ノ適用セラルル範圍内ニ
 於テハ不法ナル目的ヲ有スル法律行為ト雖モ其效力ヲ有スルモノナリ民法ハ
 法律行為ノ目的不法ナルモノト雖モ之ヲ無効トスルヨリモ專口之ヲ有效トス
 ルヲ以テ公益ニ適スト思考シタル場合ニ於テハ明文ヲ以テ之ニ一種ノ效力ヲ
 與フルコトトシタリ第九十六條第二百六十八條第二百七十八條第五百八十條
 第六百四條第六百二十六條第七百八十條第八百五十三條第八百五十四條第八
 百五十五條第八百五十六條第八百五十七條等ヲ參看シ又ハ此等條文ヲ以テ刑
 法ノ規定ニ對照スルトキハ其適例ヲ發見スルコトヲ得ヘシ立法論トシテハ此
 等條文ノ規定中ニハ適當ト謂フヲ得サルカ如キモノナキニ非スト雖モ解釋論
 トシテハ此ノ如ク明文ノ規定アル場合ニ於テハ不法ナル目的ヲ有スル法律行

爲ト雖モ明文規定ノ範圍内ニ於テ效力ヲ有スルコト一點ノ疑アルコトナキナ

第二則 當事者ハ不能又ハ不法ノ事項ヲ目的トスルニ非サル限ハ如何ナル法

律行為ヲモ爲スコトヲ得ルモノナリ

本則ハ法律行為ノ自由ナルコトヲ定メタル原則ナリ法律行為ハ公ノ秩序ヲ紊
ササル範圍内ニ於テノミ成立シ得ヘキモノナルコトハ既ニ論述シタル所ノ如
シ然レトモ苟モ公ノ秩序ヲ紊ササル限ハ吾人ハ法律行為ヲ爲スノ自由ヲ有セ
サルヘカラス何トナレハ公ノ秩序ヲ維持スルノ規則タル法律ハ事務モ公ノ秩
序ニ反スル以上ハ全力ヲ盡シテ之ヲ排斥セサルヘカラスト雖モ公ノ秩序ニ關
セサル事項ニ付テハ之ヲ羈束スヘキ何等ノ理由ヲモ有スルコトナキヲ以テナ
リ一步ヲ進メテ言ヘハ法律カ公ノ秩序ニ關セサル事項ニ付テ法律行為ノ自由
ヲ羈束スルハ却テ共同生活ノ目的ヲ達スルニ適セサルモノナリ何トナレハ吾
人ノ生活ハ種種ノ方面ニ於テ種種ノ需要ヲ感スルモノニシテ此需要ヲ満たス
カ爲メニ相當ノ法律行為ヲ爲スハ吾人ノ生活ニ必要ナルモノナリ然ルニ事公

ノ秩序ニ關スルコトナキニモ拘ハラヌ法律カ之ニ對シテ羈束ヲ施スカ如キコ
トアラハ吾人ヲシテ故ナク缺乏ニ甘セサルヲ得ザラシムルニ至ルヘク此ノ如
キハ共同ノ利益ヲ損スルコト勸カラサルヲ以テナリ故ニ現今進歩シタル諸國
ニ於テハ公益上ノ必要アルニ非ザレハ法律行為ノ自由ヲ制限セサルヲ以テ立
法ノ原則ト爲ス我民法モ亦此原則ヲ採用シ第九十一條ヲ以テ「法律行為ノ當事
者カ法令中ノ公ノ秩序ニ關セサル規定ニ異ナリタル意思ヲ表示シタルトキハ
其意思ニ從フ」ヘキコトヲ定メタリ法令ニ何等ノ規定ナキ場合ニ於テハ公ノ秩
序ニ反セサル限リ當事者カ自由ニ意思ヲ表示シテ法律行為ヲ爲スコトヲ得ヘ
キハ勿論ニシテ特ニ法律ノ明文ヲ要セサルモノト爲シ民法ハ之ニ關スル明文
ノ規定ヲ掲ケス本條ニ於テハ法令ニ規定アル場合ト雖モ事務モ公ノ秩序ニ關
セサル以上ハ當事者ハ之ニ異ナリタル意思ヲ表示シテ法律行為ヲ爲スコト其
自由ナルコトヲ明カニシタリ而シテ是レ甚タ至當ノ事ニ屬ス何トナレハ公ノ
秩序ニ關セサル規定ハ法令カ當事者ノ利益ヲ爲メ其意思ヲ推測シテ定ムル所
ノモノナルカ故ニ當事者ニシテ法令ノ推測ヲ以テ其利益ニ非ストモハ其推測

ノ自己ノ意思ニ反スルコトヲ表示シテ之ニ從ハサルコトヲ得ルハ管ニ公ノ秩序ニ反セサルノミナラス規定其モノノ性質自ラ然ラシムルモノナルヲ以テナリ

第九十二條ハ法令中ノ公ノ秩序ニ關セサル規定ニ異ナリタル慣習アル場合ニ於テ法律行為ノ當事者カ之ニ依ル意思ヲ有セルモノト認ムヘキトキハ其慣習ニ從フヘキコトヲ規定ス本條モ亦其規定スル所ハ至當ノコトニシテ予ハ之ヲ贊成スル者ナリト雖モ之ト同時ニ第九十一條ノ規定ヲ設ケタル外更ニ本條ノ規定ヲ設ケタルノ必要ハ甚タ少カリシコトヲ信スル者ナリ何トナレハ公ノ秩序ニ關セサル規定ニ異ナリタル慣習ニ依ル意思アルモノト認ムヘキトキハ即チ公ノ秩序ニ關セサル規定ニ異ナリタル意思ヲ表示シタルトキニシテ第九十二條ノ規定ハ全ク第九十一條ノ規定ノ適用例タルニ過キサルヲ以テナリ或ハ第九十二條ヲ以テ慣習ノ效力ヲ有スルハ當事者カ之ニ依ルノ意思ヲ有セルモノト認ムヘキ場合ニ限ルコトヲ定ムルモノト爲シ若シ同條ノ如キ規定ナキトキハ慣習ハ慣習トシテ效力ヲ有スルニ至ルヘシ是レ第九十一條ノ規定アルニモ

拘ハラズ法律カ更ニ第九十三條ノ規定ヲ爲シタル所以ナリト曰フ者アルヘシ然レトモ予ハ此議論ニ服スルコト能ハズ法例第二條ニ依ルハ慣習カ慣習トシテ法律ノ力ヲ有スルハ法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ及ヒ法令ニ規定ナキ事項ニ關スルモノニ限ルモノナリ本條ノ如ク法令ニ規定アル事項ニ關スル慣習カ慣習トシテ法律ノ力ヲ有スルコト能ハサルコトハ法例第二條ノ規定ニ依リテ既ニ明カナル所ニシテ特ニ本條ノ規定ヲ缺テ然ルモノニ非サルナリ唯予ラシテ強ヒテ本條ヲ設ケタルノ必要ヲ辯護セシメハ法律カ特ニ本條ヲ設ケタルハ當事者ノ慣習ニ依ル意思ヲ有セルモノトシテ其慣習ニ從フヘキ場合ハ當事者カ之ヲ有セルモノト認メラルレハ則チ足レリト爲スニ在リト言ハント欲ス即チ慣習ニ依ル意思アリタルヤ否ヤハ認定ニ由リテ之ヲ定ムヘキモノトシ慣習ニシテ明確ナル以上ハ裁判官ヲシテ多クノ場合ニ於テハ當事者ハ慣習ニ依ルノ意思ヲ有シタルモノト爲サシメントスルニ在ルモノナルニ似タリ

第二節 意思表示

人ノ行為ハ意思ノ作用ナルカ故ニ既ニ行為アリト云ヘハ必ス意思ノ之ニ伴フモノナカルヘカラス故ニ法律行為ニ在リテモ意思ハ實ニ其要素ニシテ之レナクシハ法律行為ナルモノアルコト能ハサルモノナリ然レトモ意思ニシテ單ニ心理ニ發動スルニ止マリ未タ外部ニ表現セサルニ於テハ外部ヨリ之ヲ知ルコト能ハス法律ハ人ノ外部ニ對スル關係ヲ定ムルモノナルカ故ニ法律ニ於テ效力ヲ付スルモノハ常ニ外部ニ對シ關係ヲ生スルコトヲ得ヘキモノナラサルヘカラス外部ニ表現セサル意思ハ未タ外部ト關係ヲ生スヘキ狀態ニ違セサルモノナリ故ニ單ニ心理ニノミ發動シタル意思ハ法律上何等ノ效力ヲ有スルコト能ハス意思ニシテ法律上ノ效力ヲ有スルニハ必ス外部ニ表示セラレサルヘカラス即チ意思ハ表示ヲ埃チテ始メテ其效力ヲ生スルモノナリ

意思ヲ表示ストハ表意者カ其心理ニ發動シタル意思ヲ外部ニ發表スルヲ謂フ故ニ表意者カ其意思ヲ表示スルコトヲ知リテ之ヲ表示スル場合ニ於テノミ意思表示アリト謂フコトヲ得ヘク表意者カ其意思ヲ表示スルコトヲ知ラスレテ之ヲ表示スル場合ニ於テハ之ヲ意思表示ナリト爲スコトヲ得ス例ヘハ陷前ノ

爲メ精神恍惚ノ間ニ在ル者カ偶然其懷抱セル意見ヲ發言スルカ如キ場合ニ於テハ縱令其發言シタル所ニシテ其意思ト合致スルアルモ之ヲ以テ意思ノ表示アルモノト爲スヘカラス辨別心ナキ幼年者又ハ精神喪失者カ何等ノ思慮ナクシテ發言シタル場合亦然リ

意思ヲ表示スル方法ハ法律行為ニ依リテ同シカラス法律ニ於テ一定ノ形式ニ從ヒテ意思ヲ表示セサルヘカラスト定メタル法律行為即チ要式行為ニ於テハ意思ハ法定ノ形式ニ依リテ之ヲ表示スルニ非サレハ表示タル效力ヲ有セス之ニ反シテ法律カ意思表示ノ形式ヲ定メサル法律行為即チ無式行為ニ於テハ表意者ハ意思ヲ表示スルニ付キ何等ノ制限ヲ受ケス其欲スル所ニ隨ヒテ之ヲ表示シテ可ナリ之ヲ法制ノ沿革ニ徵スルニ古代ノ社會又ハ未開ノ邦國ニ於テハ意思ノ表示ハ一定ノ形式ニ從ヒテ之ヲ爲スヲ要ストスルモノ多ク諸般ノ取引ハ多クハ儀式ノ遵行ニ依リテ爲サレタルモノノ如シ蓋シ人智ノ發達セサル社會ニ於テハ智能ヲ以テ推理ヲ爲スカ如キハ實際ニ適セサルカ故ニ事物ノ判斷ハ多クハ外形ノ標的ニ於テ之ヲ爲スモノナリ而シテ儀式ナルモノハ實ニ取引

ノ成立ヲ確實ニシ且之カ記憶ヲ牢固ニスヘキ恰好ノ外形的標的ナルヲ以テ意思表示ニ一定ノ儀式ヲ要スト爲シタルコトハ最も此ノ如キ社會又ハ邦國ノ實情ニ適合シタルナルヘシ然ルニ取引ニ儀式ヲ要スト爲スキハ其敏活ハ大ニ害セラルルノミナラス時ニ形式ノ爲メニ意思ヲ犧牲ト爲スコトアルヲ免レサルヲ以テ人文進化シ論理ノ觀念發達スルニ隨ヒ意思表示ニ一定ノ形式ヲ用フルハ一方ニ於テハ道理上ノ根據ニ乏シク他方ニ於テハ取引ノ實際ニ適合セザルコト明カナルニ至リ意思表示ノ方法ハ漸ク自由ト爲リ現今進歩シタル邦國ノ國法ニ在リテハ意思ハ總テ之ヲ表示スルニ何等ノ形式ヲ要セザルモノト爲スヲ原則トスルコトト爲レリ然レトモ意思表示ニハ形式ヲ要セザルヲ原則トスル國法ノ下ニ於テモ法律行為ノ種類ニ依リテハ公益上ノ必要ヨリ一定ノ形式ニ從ヒテ意思ヲ表示セザルヘカラサルコトヲ定ムルヲ常トス婚姻養子縁組遺言又ハ手形等ニ關スル法律行為ハ何レノ國法ニ於テモ之ヲ要式行為ト爲ス我國法ニ於テモ民法第四編第五編及ヒ商法第二編第四編等ニ於テハ意思表示ノ形式ヲ定ムルモノ鮮シト爲サス是ニ由リテ之ヲ觀レハ意思表示ハ何等ノ形

式ヲ要セザルコト原則ニシテ一定ノ形式ヲ要スルコトハ例外ナリ而シテ例外トシテ意思ヲ表示スルニ形式ヲ要スルハ法令ニ於テ特ニ之カ規定ヲ掲タル場合又ハ當事者カ特ニ一定ノ形式ヲ以テ意思ヲ表示スルコトヲ以テ法律行為ノ要件ト定メタル場合ニ限ルモノナリ

無式行為ニ於ケル意思表示ハ之ヲ分テテ明示及ヒ默示ノ二ノ場合ト爲スコトヲ得

(一) 意思ノ明示トハ表意者カ言語文書記號又ハ容態ヲ以テ或意思アルコトヲ表示スルヲ謂フ舊民法財産編第三百七條ニハ他ニ意思ヲ表示スル手段ナク且意思ノ確證アル場合ニ非サレハ容態ヲ以テ意思ヲ表示スルコト能ハサルコトヲ規定シタリト雖モ既ニ意思表示ノ方法ハ表意者ノ自由選擇ニ一任スルヲ以テ原則ト爲シタル以上ハ此ノ如キ制限ヲ加フルノ必要ハ之ヲ發見スルコトヲ得ニ「ポアソナー」氏ハ舊民法ノ規定ヲ辯護シ容態ヲ以テ表示シタル意思ハ裁判所ニ於テ其如何ナル意思ナルヤヲ判斷スルコト容易ナラサルヲ以テ之ヨリ生スル弊害ヲ避クルカ爲メニハ此ノ如キ規定ヲ設クルハ適當ナリト曰ヘリ然

レトモ言語文字カ意思ノ符號トシテ之ヲ表示スルノ材料ト爲ルコトヲ得ル以上ハ容態ト雖モ亦其符號トシテ意思ヲ表示スルノ材料タルヲ得サルノ理ナシ但容態ナルモノハ意思ノ符號トシテハ言語文字ノ如ク一般ニ慣熟セラレタルモノニ非サルカ故ニ容態ヲ以テ意思ヲ表示シタル場合ニ於テハ其容態ハ果シテ或意思ノ符號トシテ看ルコトヲ得ヘキヤ否ヤニ付テハ疑ハシキコトナキニ非サルヘシ然レトモ是レ事實ノ問題ニシテ裁判所カ適當ニ判斷スヘキ所ナリ之アルカ爲メ法律上容態ナル符號ヲ以テ意思ヲ表示スルコトヲ制限スヘキ理由ト爲スニ足ラサルモノナリ新民法ハ此點ニ付キ何等ノ制限ヲ設ケサルヲ以テ無式行為ニ於テハ表意者ハ如何ナル場合ニ於テモ容態ヲ以テ其意思ヲ表示スルコトヲ得ルモノナリ

(1) 意思ノ默示トハ表意者ノ行為又ハ不行爲ヨリ其意思ヲ推定スルコトヲ得ヘキ場合ヲ謂フ表意者ノ行為カ論理上他ノ行為ノ存在ヲ前提トスルトキハ其行為ハ前提タル行為ヲ默示スルモノナリ例ヘハ契約ノ申込ヲ受ケタル者カ其契約ヨリ生スヘキ義務ノ履行ヲ催告シタル場合ニ於テハ履行ノ催告ヲ以テ申込ニ對スル承諾ヲ推究スヘキカ如シ又表意者ハ明カニ或意思ヲ表示セザルモ諸種ノ事情ヨリ其意思アリト看ルノ外ナキカ如キ場合ニ於テモ亦意思ノ默示アルモノト謂ハサルヘカラス例ヘハ商人カ正札ヲ附シテ商品ヲ店頭ニ陳列スルカ如キ場合ニ於テハ其代價ヲ以テ之ヲ賣却スルノ意思表示ナルコトハ殆ト疑ヲ容レサル所ナルヘシ

契約ノ申込ニ對シ沈黙ヲ守ルトキハ之ヲ承諾ノ默示ナリト謂フコトヲ得ヘキヤ吾人ハ申込ヲ受ケタルトキハ常ニ之ニ對スル諾否ノ意ヲ表セサルヘカラサルノ義務アルモノニ非サルカ故ニ原則トシテハ申込ニ對シ沈黙ヲ守ルモノ之ヲ以テ默示ノ承諾ナリト爲スヘカラス例ヘハ契約ノ申込ヲ爲スト同時ニ一定ノ期間内ニ拒絕ノ通知ナキトキハ承諾シタルモノト看做スヘキコトヲ附記シタル場合ニ於テ申込ヲ受ケタル者カ其期間内ニ何等ノ意思ヲ表示スルコトナキモノ之ニ依リテ承諾ヲ默示シタルモノト爲ルモノニ非ス然レトモ申込ヲ爲シタル者及ヒ之ヲ受ケタル者ノ間ニ於ケル關係如何ニ依リテハ沈黙ハ默示ノ承諾ト爲ルコトナキニ非ス例ヘハ從來常ニ沈黙ニ依リテ相手方ノ申込ヲ承諾スル

ノ例ナリシ場合ニ於テ申込ヲ受ケタル者カ何等ノ意思ヲ表示セサルカ如キト
キハ勿論兩者間當時取引ノ關係アリテ申込ヲ受ケタル者カ承諾スルコトヲ欲
セサルトキハ從來必ス其旨ヲ表示シタリシ場合ニ於テ申込ヲ受ケテ全ク沈黙
ヲ守ルカ如キトキニ於テモ仍ホ暗黙ニ承諾ノ意思ヲ表示シタルモノト謂ハサ
ルヘカラス(商法第二七一條參照)

意思表示ノ一般ノ説明ヲ終ルニ臨ミ茲ニ意思表示ト意思表示ノ誘引トノ區別
ニ付キ一言スル所ナカルヘカラス二者ノ分界ニ付テハ學者ニ依リテ見解ヲ異
ニシ學說未タ一定ノ意見ニ歸著セサルモノノ如シ然レトモ此二者ハ效力ニ於
テ劃然タル相違アリテ前者ハ直チニ法律行為トシテ效力ヲ有シ之ニ對シテ承
諾アレハ茲ニ契約成立スルモノナリト雖モ後者ハ未タ法律行為タル效力ヲ有
セス之ニ對シテ契約ヲ成立セシムルニ意アル者ハ之ニ基キテ新ニ申込ヲ爲シ
意思表示誘起者ノ承諾ヲ求メサルヘカラス故ニ之カ分界ヲ明カニシ確乎タル
斷案ヲ作ルハ最も必要ノ事ニ屬ス今紛紛タル議論中小ヲ捨テ大ヲ取り大體ニ
於テ區別スルトキハ左ノ二説ト爲スコトヲ得ルカ如シ

第一説ハ意思表示ト意思表示ノ誘引トヲ分界スヘキ標準ハ表意者カ其表示シ
タル事項ノ外他ニ何等ノ事項ヲモ爲サズシテ契約ヲ實行スルコトヲ得ルト否
トニ在リト爲スモノナリ例ヘハ商品ニ正札ヲ附シテ之ヲ店頭ニ陳列スルカ如
キハ其商品ヲ賣渡スニ付キ正札ニ記セル代價ノ支拂ヲ受タルノ外他ニ何等ノ
事項ヲモ爲スヲ要セサルヲ以テ之ヲ契約ノ申込即チ意思表示ナリト看ルヘシ
ト雖モ鐵道會社カ乗車賃金ヲ揭示シ又ハ新聞社カ廣告料ヲ廣告スルカ如キハ
表意者タル鐵道會社又ハ新聞社ハ限アル列車又ハ新聞紙ヲ以テ限ナキ乗車希
望者又ハ廣告依頼人ニ應スル能ハサルカ故ニ揭示又ハ廣告シタル賃金又ハ料
金ヲ提供シテ其希望ヲ申出テタル者ニ付キ更ニ之カ應否ヲ決スルニ非サレハ
契約ヲ實行スルコト能ハス故ニ此ノ如キ場合ニハ揭示又ハ廣告ハ申込ノ誘引
即チ意思表示ノ誘引ニシテ意思表示其モノニ非スト爲スモノナリ

第二説ハ表意者ノ表示シタル事項カ契約ニ付キ其專ラ著眼スル點ヲ悉ク舉ク
ルモノナルト否トニ依リテ二者ヲ區別スルノ標準ト爲スモノナリ例ヘハ正札
ヲ附シテ商品ヲ店頭ニ陳列スルカ如キハ其表示タル悉ク賣買ニ付キ表意者カ

著眼スル點ヲ具備スルカ故ニ之ヲ以テ申込ト爲スヘキハ論ヲ須タズ鐵道會社
 又ハ新聞社カ乘車賃金ヲ揭示シ又ハ廣告料ヲ廣告スルカ如キモ亦鐵道會社又
 ハ新聞社ハ苟モ其揭示シタル賃金又ハ廣告シタル料金ヲ支拂フ者アルトキハ
 之ヲシテ乘車セシメ又ハ之カ廣告ヲ引受タルモノニシテ乘車希望者又ハ廣告
 依頼人ノ何人ナルヤハ其眼中ニ置カサル所ナルカ故ニ此ノ如キ表示ハ契約ニ
 付キ表意者ノ専ラ著眼スル諸點ヲ具備スルモノナリ隨テ其揭示又ハ廣告ハ之
 ヲ以テ契約ヲ申込ト爲スヘカラス凡ソ貸借契約ナルモノハ相手方ニ重キヲ
 置キテ之ヲ締結スルモノナルカ故ニ銀行ハ貸金ニ付キ其利息ノ率ヲ揭示スル
 モ之ニ依リテ一定ノ利息ヲ支拂フ者ニハ何人ヲ問ハス貸金ヲ爲スノ意ヲ表シ
 タルモノニ非ス必スヤ其借主ノ何人ナルヤヲ確メ其信用ノ如何ニ依リテ貸否
 ヲ決セントスルモノナリ故ニ該揭示ハ未タ悉ク表意者ノ著眼點ヲ具備セザル
 モノト謂ハサルヘカラス隨テ之ヲ申込ト看ルコト能ハス單ニ申込ノ誘引ト看
 ルヘキニ過キスト爲スモノナリ

供給ヲ請負ハシムル權利ノ如キハ之ニ屬ス此場合ニハ直チニ其物ヲ自己ノ需
 用ニ供スルコトヲ得スシテ之ヲ供給スヘキ義務アル者カ其物ヲ供給シタル後
 ニ於テ始メテ之ヲ需用ニ供スルコトヲ得ルモノナリ此ニ關係中物權ト認メラ
 ルルモノハ直接ノ支配ヲ稱スルモノナリ而シテ物ノ直接ノ支配ニハ種種ノ範
 圍アリ或場合ニハ其支配ノ範圍ハ極メテ廣シ例ヘハ所有權ノ如シ或場合ニハ
 極メテ狭シ例ヘハ留置權ノ如シ其支配關係ノ範圍ニ種種アルコト即チ物權ノ
 種類ヲ生スル原因ナリ

(四) 物權ハ何人ニモ對抗スルコトヲ得ル權利ナリ

此點ハ物權ノ一要素ナリ所謂對世權ノ一ト認ムヘキ性質ヲ有ス此性質ハ物權
 カ物ノ直接ノ支配ナルヨリ生スル當然ノ結果ナリ畢竟物權ハ物ト人トノ直接
 ノ關係ナルカ故ニ何人ニ對シテモ之ヲ對抗スルコトヲ得ルモノナリ或學者ハ
 此性質ヲ以テ物權ノ要素ニ非スシテ却テ物權ノ第三要素ノ結果ナリト曰ヘリ
 例ヘハ「マルカドール」ノ如キ是ナリ此議論ハ一ノ道理ヲ有ス實ニ物權カ對世權
 ナルコトハ物權カ物ノ直接ノ支配ナル關係ヨリ生スルモノナリ然レトモ法律

ハ時トシテ物ノ直接ノ支配タルニモ拘ハラズ其對世權ノ效力ヲ認メタルニトアリ故ニ「ナルカルデー」ノ議論アルニ拘ハラズ此點ハ物權ノ一要素ト謂ハタルヘカラス

第四章 物權ノ種類

物權ニハ如何ナル種類アリヤ物權ノ本體ハ物ノ直接ノ支配ニシテ物ノ直接ノ支配ニハ種種ノ範圍アリ是レ物權ノ種類ノ生スル原因ナリ物ノ直接ノ支配ニハ如何ナル種類アリヤト問フニ之ヲ大別シテ二ト爲スコトヲ得

第一 物ノ事實上ノ支配關係

第二 物ノ法律上ノ支配關係

是ナリ事實上ノ支配關係トハ單ニ物ヲ事實ニ於テ支配スルコトヲ謂フ法律上ノ之ヲ認ムヘキヤ否ヤハ別論ナリ例ヘハ竊取シタル物品ハ事實上ノ支配ナリ法律上ノ支配關係トハ事實上物ヲ支配セルヤ否ヤハ別論トシテ法律上物ヲ支配スヘキ理由アルモノト認メタル關係ヲ謂フ例ヘハ所有權ノ如シ所有權者ハ其

物ヲ竊取セラレテ事實之ヲ支配セザル場合モ法律上ハ其物ニ付テ支配關係ヲ有スルモノト謂フコトヲ得ヘシ

此二箇ノ種類ハ物ノ直接ノ支配ニ付テ生スル所ノ重要ナル區別ナリ事實上ノ支配關係中法律カ之ニ保護ヲ與ヘタルモノヲ稱シテ占有權ト謂ヒ法律上ノ支配關係ヲ稱シテ狹義ノ物權ト謂フ即チ之ニ依リテ物權ハ大別シテ占有權ト狹義ノ物權トノ二種ニ分類スルコトヲ得此二種類中占有權ハ物權ナリヤ否ヤニ付テハ學說上大ニ議論アル所ニシテ或學者ハ此權利ハ一ノ事實ニ過キサルモノニシテ決シテ權利ニ非スト曰ヘリ例ヘハ「デルンブルヒ」ノ如キ是ナリ此問題ハ法理學上ノ一大問題ナリ其詳細ノ說明ハ占有權ヲ說明スル際ニ譲ル要スルニ我民法ニ於テハ此占有權ヲ以テ明カニ物權ノ一ト爲セリ

- (一) 物ノ總括的ノ支配
- (二) 物ノ限定的ノ支配

總括的ノ支配トハ物ヲ總テノ方面ニ於テ無制限ニ支配スルコトヲ謂フ即チ物
 種ノ方面ニ於テ自由ニ其需用ニ充ツルコトヲ得ル關係ナリ限定的支配ト
 ハ物ヲ支配スルニ當リテ或目的或方面ニ限リテ之ヲ自己ノ需用ニ供スルコト
 ヲ得ル關係ヲ謂フ前者ニ屬スル關係ヲ稱シテ所有權ト謂ヒ後者ニ屬スル關
 係ヲ稱シテ他物上權ト謂フ物權ノ種類中所有權ニ存スルコトハ學說及ヒ立
 法例ノ上ニ於テ皆認ムル所ナリ唯他物上權ニ付テハ此權利ノ存在スルコトハ
 認ムルモ其他物上權ノ範圍ニ至リテハ學說亦頗ル多ク立法例亦種種ニシテ物
 權ノ種類トシテハ最モ注目スヘキ部分ナリ物權ノ種類ニ關スル議論ハ他物上
 權ノ範圍ニ關スル議論ナリト云フモ亦不可ナキナリ今ヤ進ミテ他物上權ノ種
 類ヲ説明セン

他物上權ノ範圍ニ付テハ各國ノ立法區區ニ出テ之ニ關スル學說モ亦種種アリ
 先ツ羅馬法ニ付テ研究スレハ羅馬法ニ於テハ他物上權トシテ四箇ノ權利ヲ認
 メタリ即チ役權地上權永借權質權是ナリ役權トハ或土地若クハ或人ノ爲メニ
 物ヲ支配スル所ノ關係ヲ謂フ此役權ニハ二箇ノ種類アリ一ハ地役權ニシテ

ハ人役權ナリ地役權トハ一定ノ土地ノ爲メニ存スル所ノ役權ヲ謂ヒ人役權ト
 ハ一定ノ人ノ爲メニ存スル役權ヲ謂フ次ニ地上權トハ如何ナル權利ヲ謂フヤ
 是レ建物其他工作物ヲ他人ノ土地ノ上ニ所有スルコトヲ得ル權利ヲ稱スルモ
 ノニシテ此權利ハ即チ他人ノ土地ノ上ニ存スル權利ナリ又永借權トハ他人ノ
 土地ヲ耕作スルコトヲ得ル所ノ權利ニシテ其權利ハ永代ニ存続シ唯此權利ヲ
 讓渡ス場合ニ於テハ所有者ニ通知スル義務ヲ有スル權利ナリ又質權トハ今日
 ノ法律ニ於テ認ムル所ノ質權ト抵當權トノ二ヲ總稱シタルモノニシテ此權利
 ハ債權ノ擔保トシテ一定ノ目的物ヲ處分スル所ノ權利ヲ謂フ以上四箇ノ權利
 ヲ羅馬法ニ於テハ他物上權ト稱セリ
 獨逸法ニ於テハ他物上權ノ範圍ニ付テハ大體羅馬法ト同シト雖モ多少ノ差異
 ナキニ非ス即チ獨逸法ニ於テ質權ト云ヘハ羅馬法ト如ク質ト抵當トノ外ニ尙
 ホ一ノ土地債務ナルモノヲ認メ尙ホ特別法ニ於テ一ニ物權例ヘハ先買權ノ
 如キモノヲ認メタルカ如キ是ナリ次ニ佛蘭西法ニ於テム之ヲ羅馬法若クハ獨
 逸法ニ比スレハ少シク異ナレリ即チ他物上權ノ種類トシテハ役權永借權地役

權ヲ認メタルコトハ羅馬法及ヒ獨逸法ト同シキモ(一)地上權ハ羅馬法及ヒ獨逸法ノ如ク認メス是レ地上權ヲ一ノ所有權ノ分割セラレタルモノナリトシテ特別ナル權利ト認メサリシ爲メナリ(二)更ニ留置權先取特權質借權ノ三權利ヲ他物上權ノ一ト認メタリ此點ハ佛蘭西法ノ大ニ羅馬法系ト異ナル所ナリ我國ノ法律ニ於テハ舊民法ニ於テハ大體佛蘭西法ニ從ヒ少シク其中ヲ折衷シタルノミ即チ他物上權ノ種類トシテ地役權人役權(用益權)使用權(居住權)地上權(永借權)質借權(留置權)先取特權(質權)抵當權ノ九種ノ權利ヲ認メタリ然ルニ此規定ハ實ニ佛蘭西法學說ノ誤謬ヲ躡踏シタルモノニシテ此中人役權地上權永借權質權(抵當權)五者ハ羅馬法以來各國法ノ認ムル所ニシテ此點ハ批難ヲ容ルヘキ點ナキモ唯質借權(留置權)先取特權ノ三者ヲ他物上權ノ種類ト爲シタルハ殆ト新立法例ニシテ全ク佛蘭西ノ學說ニ依リタルモノナルモ此點ハ學者間ニ大ニ議論ヲ生シタル所ナリ就中質借權ノ如キハ羅馬法及ヒ羅馬法系ノ各國ニ於テハ皆之ヲ請求權ト爲セリ之ヲ物權トシタルハ僅ニ舊民法ト佛蘭西法ノミナリ其他或一部ノ佛蘭西法ヲ模倣シタル國ニハ質借權ヲ以テ物權ナリト爲ス

例アルモ質借權ハ其性質ニ於テ或一定ノ人ニ對シテ一定ノ作爲若クハ不作爲ヲ請求スルノ權利ニシテ所謂物ノ直接ノ支配ヲ有スルモノニ非ス隨テ其本體ハ之ヲ債權ト視ルヲ適當トシ之ヲ物權トスルハ單ニ質借權ノ法力カ一般ノ人ニ對抗スルコトヲ得ルニ由リタルモノナリ隨テ舊民法カ質借權ヲ物權ノ一ト爲シタルハ學說トシテハ全ク誤ナリト謂ハサルヘカラス又留置權ト先取特權ニ付テハ質借權ヲ物權ト爲シタルカ如キ大誤謬ニ基クモノニ非スシテ立法ノ理由トシテハ相當ノ根據ヲ有スト雖モ唯權利ノ性質トシテ留置權ト先取特權ノ性質カ果シテ物權トシテ適當ナルヤ否ヤハ實ニ一疑問ナリト信ス此點ニ付テハ後ニ詳論ス

新民法ハ舊民法ノ規定中ヨリ其最モ批難アル質借權ヲ削リ又役權中ノ人役權ハ我國ニ其習慣ナキコトヲ理由トシテ之ヲ削除シ其以外ノ七箇ノ權利ヲ以テ他物上權ト認定セリ故ニ新民法ノ規定ハ大體ニ於テハ羅馬法ニ依リ唯留置權ト先取特權ヲ認メタル點ニ於テ佛蘭西法ニ依リタルモノト謂フヘシ

我民法ノ認ムル所ノ他物上權ヲ大別シテ二箇ト爲スコトヲ得

第一主タル他物上權
第二從タル他物上權
是ナリ主タル他物上權トハ獨立シテ存在スル他物上權ヲ謂ヒ從タル他物上權トハ他ノ權利ト相待チテ始メテ效力ヲ有スル所ノ他物上權ヲ謂フ主タル他物上權ニ屬スルモノハ(一)地上權(二)永小作權(三)地役權ノ三種ニシテ從タル他物上權ニ屬スルモノハ(一)留置權(二)先取特權(三)質權(四)抵當權ノ四種ナリ
右二箇ノ他物上權中主タル他物上權ハ土地ノ上ノミニ存シ土地以外ノ不動產又ハ動產上ニハ存在セス地上權永小作權及ヒ地役權ノ三者ハ皆他人ノ所有ニ屬スル土地ヲ或範圍内ニ於テ使用スル權利ナリ就中地役權ハ一定ノ土地ノ便宜ノ爲メ他ノ土地ノ上ニ存スル權利ニシテ地上權及ヒ永小作權ノ二者ハ一定ノ人ノ爲メニ他人ノ土地ノ上ニ存スル權利ナリ又地上權ト永小作權トノ差異ヲ要クレンハ地上權トハ工作物又ハ竹木ヲ所有スルカ爲メニ他人ノ土地ヲ使用スル權利(第二六五條參照)ニシテ此權利ハ必ス他人ノ土地ノ上ニ存シ其權利ノ範圍ハ工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲メニスル使用ノ範圍内ニ過キス獨逸ニ於

敵トシテ國際法上之ヲ犯罪ト看做スカ故ナリ此事實ニ依リ「スチーブン」氏ノ論法ヲ倒ニシテ論斷ヲ下セハ國際法上ノ海賊ニ關スル法規ハ萬國ニ共通ニシテ決シテ單純ナル國法ニ非スト謂フヲ得ヘシ此同一ノ論法ハ封港及ヒ海上捕獲ニ關スル法規ノ多數ニ適用スルコトヲ得ヘシ「スチーブン」言フカ如ク此等ノ法規ハ「オースチン」派ノ嚴格ナル觀察ヲ以テスルモ仍ホ法ニシテ同時ニ國際法ナリ此海上法ニ關シ萬國ノ與ヘタル承認ハ頗ル明白且強キモノニシテ各國カ隨意ニ此等ノ法規ヲ發布スルニ一任スルト云フトハ自ラ異ナル所アリテ之ヨリ一步ヲ進メタルモノナリ此承認ハ一國ニ向ヒ或事情ノ下即チ戰爭ノ場合ニ於テ捕獲法ヲ他國臣民ニ執行スルコトヲ萬國ニテ認ムルモノナリ例ヘハ日本カ交戰國ト爲リタリト假定セヨ此戰爭ヲ開始セル事實ニ因リ日本ハ日本領土以外ノ公海ニ於テ敵國ニ赴クヘキ中立國ノ禁制品及ヒ封港犯ヲ犯セル船舶ヲ拿捕及ヒ沒收スルノ權ヲ得萬國ハ之ニ對シテ一言ヲモ挿ムコト能ハサルモノトス夫レ此等ノ商業ハ平常ニ在リテハ無罪ナルコト勿論ナリ然ルニ急ニ戰爭ノ爲メ事情ヲ變シ中立國貨物モ交戰國ノ爲メ拿捕沒收ノ制裁ヲ被ルニ至ルハ抑

モ何ノ故ソ吾人ハ此平時ト戰時ノ間ニ起レル急激ノ大變化カ單ニ一國ノ國法ヲ制定シテ或ハ禁制品ヲ運送スヘカラスト云ヒ或ハ封港ヲ破ルヘカラスト云フカ如ク規定シタルカ爲メニ起リタリトハ信スル能ハサルナリ斯ル變化ヲ起シ萬國各自ノ平常認メテ正當ト爲セル商業ヲ不正ト變シ平時ノ法規ノ適用ヲ止メ一國ノ法權ヲ其領土外ニ擴張スルニ至ルニハ必スヤ彼ノ國際法上海賊ノ場合ノ如ク一ノ有力ナル原因ナカルヘカラス有力ナル原因トハ何ソヤ他ナシ海上捕獲法ヲ執行シ得ルトノ萬國ノ承認是ナリ此一般ノ承認ニ因リ國際間ノ法規トシテ認メラルルニ由リ萬國ハ海上捕獲ニ對シテ故障ヲ唱ヘサルナリ決シテ交戰國ノ國法ニ於テ認ムル所ト爲レルカ故ニ故障ヲ申立テサルニ非ス是ヲ以テ之ヲ觀レハ捕獲法ノ如キハ國際法ニシテ且國法の制裁ヲ有シ隨テ「オースチン」派ノ見解ニ從フモ法律ナリト謂フコトヲ得ヘシ

「スチーブン」氏又曰ク若シ國會ニシテ國際法違反ノ法ヲ立ツルコトアラハ裁判所ハ國際法規ノ存在如何ニ關セス此國法ヲ執行スヘシト蓋シ是レ國法ノ解釋論トシテハ無理ナラサル議論ナリ然レトモ若シ一國ニシテ當然ニ有スヘキ權

利ヨリ以上ヲ希望スヘキ場合ニハ其權利擴張ニ依リ侵害ヲ受クル他國ハ之ヲ默視セサルヘク其原狀ニ復スルコトト爲ルヘシ要スルニ法律ナルモノハ往往服從セラレサルコトアリ然レトモ此不服從ノ事實ハ決シテ其法規ノ法律タルニ關係ナシ是レ國際法ノミナラス國法ニ於テモ免レサルコトナリ

以上ノ諸說ニ付キ繰述シタル所ヲ包括セハ法ハ必スシモ命令ニ非ス又制裁ヲ最必要トセス故ニ(1)國際法ノ大部ハ命令ニ非ス又制裁ナキモ法律ニシテ(2)國際法ノ或モノハ國法ト同一ノ制裁ヲ有シ「オースチン」派ノ見解ニ從フモ法律ニシテ此兩者共ニ萬國ノ承認ニ因リテ成立スルモノナリ

第三章 國際法ノ定義

第一節 諸學者ノ定義

「ローレンス」氏カ其著國際法理論ノ首ノニ述ヘタル如ク凡ソ諸般ノ學ニ最モ正確ナル定義ヲ下スハ一大難事ニシテ殊ニ國際法ニ於テ其然ルヲ信ス是ヲ以テ古來國際法諸學者ノ下セル國際法ノ定義ハ互ニ一致スルモノ少ク各自ノ見

解ニ依リテ定義ヲ下スノ有様ナリ例ヘハ「バツタル」ハ國際法ハ各國ノ間ニ存在スル權利義務ノ學問ナリト曰ヒ「クリューバー」(Krieger)ハ「各國相互ノ間ニ存在スル權利ノ集合ナリ」ト曰ヒ「フター」(Futera)ハ「國際關係ニ付キ各國間ニ共通ニシテ一様ナル規則ノ原理及ヒ慣例ナリ」ト曰ヒ「カルボー」(Calvo)ハ「各國相互ノ義務ノ集合即チ一方カ他ニ對シテ負フ責任及ヒ之ニ對スル權利ノ集合ナリ」ト曰ヘリ此ノ如ク學者中ニハ國際法ハ學問ナリト定義ヲ下ス者サヘアリ法其モノト法學トヲ混スルハ少シク奇ナリト謂フヘシ或ハ國際法ハ國ト國トノ間ニノミ限リ國ト私人トノ關係ヲ規定スルモノニ非ストノ說ヲ爲ス者アリ「ホルラント」(Holland)ノ如シ

斯ク諸定義ハ千差萬別ナレトモ要スルニ彼等ハ各其意見ニ依リ其組織ヲ立テテ國際法ヲ研究シ其研究ニ依リテ集メタル概念ニ依リテ各自ノ定義ヲ立テタルモノナレハ其全體ノ組織ヲ通覽セスシテ其一斑ノ定義ノミヲ列舉スルカ如キハ或ハ無益ノ勞ニ近カラシ故ニ予ハ一一諸學者ノ定義其モノヲタケテ茲ニ列舉スルコトヲ止メ「ワイルカー」博士カ諸學者ノ定義ニ付キ批評セルモノヲ舉ケテ

本節ニ充ツ

「ワイルカー」博士ノ說ク所ニ依レハ國際法ニ自然法派ト成文法派トアリ

第一 自然法派 此派ハ國際法トハ各國ノ關係ヲ規定セルモノト先天的ニ定マル抽象的原則ナリト定義セリ此派ニ屬スル者ノ例ヲ舉ケンニ「ボウットン」(Wittson)ハ曰ク「國際法トハ獨立セル諸國ノ組織セル社會自然ノ性質中ヨリ正義ニ合スルモノトシテ演繹的ニ見出シタル原則及ヒ諸國ノ承認ヨリ成立セル諸定義(definitions)及ヒ其變例(modifications)ノ集合ナリ」ト「ロリマー」(Lorimer)ハ曰ク「國際法トハ萬國間ニ實行セラレタル自然法ナリ」ト

第二 成文法派 此派ハ國際法トハ國際間ニ實行セラレレツツアル規則ノ集合ナリト定義セリ此派ニ屬スル者ノ例ヲ舉グレハ「ワイルゼー」(Wolsey)ハ曰ク「國際法トハ耶蘇教國カ相互ノ關係上遵奉ノ義務アルモノトシテ承認セル合意ノ規則ノ集合ナリ」ト「マンニン」(Manning)ハ曰ク「國際法トハ獨立セル諸國間ノ行為ノ規則ナリ」ト「ケン」(Kent)ハ曰ク「國際法トハ輿論ニ依リテ設定セラレレ各國ノ承認ニ因リテ成立セル習慣的(Customary)盟約的(Conventional)及ヒ審定的(Judicial)諸規則

ノ集合ニシテ獨立諸國カ平時及ヒ戰時ニ其權利ヲ確メ義務ヲ設定シ其相互ノ關係ヲ整フルモノナリト

第二節 國際法ノ定義

國際法トハ各國相互ノ關係及ヒ各國ト其國籍ニ屬セサル私人即チ(1)外國人(2)無籍人トノ關係ニ關シ文明諸國ノ承認セル行為ノ規則ナリ

又内容ヲ舉クレハ國際法ノ定義中ニハ次ノ二種ヲ含ム

第一 國法ト同シク「オースチン」派ノ所謂制裁ヲ有シ各國間及ヒ一國ト其國籍外ノ私人トノ關係ヲ規定セルモノナリ(是レ即チ成文の國際法ノ本部ナリ)

第二 「オースチン」派ノ制裁ヲ有セサルモ文明國ノ承認ニ因リ「ホール」^二「ウエストレーキ」^一「メイ」^二「ローレンス」^一等ノ所謂良心的觀念(Conventions gentiment)ニ依リ履行ヲ強制セラルルモノナリ

次ニ予ハ此定義ヲ分析シテ詳論セシム

第三節 國際法トハ各國間ノ行為ノ規則ナリ

「ラオルカー」^一フ言ヘル如ク近世國際法ノ基礎ヲ成ス觀念ハ領土主權ニ在リ此領土主權ナル觀念ハ封建制度ノ遺物トシテ發達シ來リタルモノニシテ之ヲ基トシテ國家平等權獨立不可侵權等ノ諸觀念ヲ生ス要スルニ國際法ノ成立ノ第一要素ハ國其モノナリ此國ナルモノハ箇人ノ如ク權利義務ノ主體タルコトヲ得「バッチル」^一曰ク一國ハ箇人ノ如ク他國ニ對シテ權利關係ヲ生スト獨逸「ブリューム」(Blume)モ亦同様ノ說ヲ述ヘタリ然リ而シテ此權利義務ノ主體タルコトヲ得ル國ハ對内及ヒ對外ノ關係ヲ有ス「フリアー」^一フ國際法第一卷第三節及ヒ第四節ニ曰ク凡ソ國ハ其團體的性質上對内及ヒ對外ノ關係ヲ有ス抑モ對内關係トハ國家ノ公ノ秩序ニ關スル總テノ事項ニ付キ政府ト臣民トノ間ニ存スル關係ヲ謂フ此關係ヲ規定セル法律ハ之ヲ公法ト稱シ此對内關係其モノハ外國ノ承認即チ國際法ニ所謂萬國ノ承認ナルモノト關係ナク變更スルコトヲ得ルナリ又對外關係トハ諸國家カ社會的團體即チ諸國ナル社會ヨリ成レル大社會ニ於

國際公法(弁説) 總論 國際法ノ定義 國際法トハ各國間ノ行為ノ規則ナリ

ヲ互ニ相關係スルコト一箇人カ一社會中ニ於テ互ニ他人ト關係スルカ如キ場
 合ニ存在スル關係ヲ謂フト
 此ノ如ク國家ハ其對外關係ニ依リ互ニ相交通シ一大社會ヲ成セリ「グローチヤ
 ス」ハ其平戰條規第十七節ニ大社會ナル詞ヲ用ヒ世界ナル團體ヲ認ム而シテ此
 世界團體ナルモノハ諸國家即チ政府ナル政治組織ニ依リ各獨立セル國民ノ集
 合ヨリ成ルモノニシテ地球上ニ存スル土地ノ內正當ニ國ト稱スルモノノ集合
 ナリトス此說ハ佛國ノ「ダクソニー」(Daguesseau)及「ドナト」(Donat)ノ唱フル所ナリ
 此ノ如ク諸國ハ集合シテ一ノ大社會ヲ組織シ既ニ社會アル以上ハ其社會各員
 間ノ關係ヲ規定セル法律ナカルヘカラス「hi. societas hi. ius est」即チ「社會アレハ茲
 ニ法アリ」更ニ又之ヲ例ニシテ法ナケレハ社會ナク社會ト法トハ相關係シテ離
 ルヘカラサルモノナリ此二者ハ人類ノ交通ヲ始メタル最初ノ時代ヨリ事實ト
 シテ存在シ吾人ハ此法理ヲ敷衍シテ國際法ナルモノアルコトヲ認ムルト同時
 ニ各國ヨリ成レル大社會アルコトヲ想像シ又反對ニ大社會アルコトヲ認ムル
 ト同時ニ國際法アルコトヲ認ム(「ウエストレーキ」國際法第一章法ト社會ノ部)

以上予ハ諸大家ノ說ヲ論據トシテ國ナルモノハ商人ノ如ク對外關係ニ依リ他
 國ト交通シ一大社會ヲ成シ而シテ此社會ニハ自ラ其社會各員間ノ關係ヲ規定
 セル法律アルコトヲ説明セリ然ラハ此法ハ果シテ如何ナルモノナルヤヲ説カ
 サルヘカラス此間ニ關シテハ予ハ唯答フヘシ此法トハ行爲ノ規則ナリ即チ領
 土主權ノ觀念ヲ基礎トシテ創設セラレタル各國ノ對外行爲ヲ規定セル規則是
 ナリト然リ而シテ此中ニハ國法の制裁ヲ有スルコト海上捕獲法ノ如キモノト
 又國法の制裁ヲ有セザルモ法律タルニ妨ナキモノアルコトハ既ニ前章ニ於テ
 之ヲ詳論セリ要スルニ各國間ノ對外的行爲ノ規則タル國際法ハ法律ニシテ國
 際法トハ各國間ノ行爲ノ規則ナルコトハ茲ニ説明ヲ畢ル

第四節 國際法ハ文明國間ノ法律ナリ

既ニ論シタル如ク國際法ナルモノハ領土主權ノ觀念ヲ基礎トシテ創設セラレ
 タルモノニシテ此觀念ニ依リ獨立セルモノハ國際法上ノ主體タルヘキ管ナリ
 然ルニ此點ニ關シ諸學者間ニ說ノ一致ヲ缺キ又同一學者ニ於テモ其同一ノ著

書中ニ矛盾ノ説ヲ爲ス者アリ即チ多數學者ハ國際法ノ主體若クハ國際法上ノ當事者又ハ國際法ノ地理的範圍ト云フ名稱ヲ掲ケ一方ニ國ノ種類ヲ擧ケ國トハ一定ノ領土ト組織セラレタル政府ト人民トヲ有スル獨立團體ナリトノ定義ヲ下シ廣ク國際法ノ主體ハ國ナルコトヲ説クニモ拘ハラズ一方ニ於テハ或ハ耶蘇教國ニ限ルト云ヒ或ハ歐洲の文明國ニ限ルト云ヒ又或ハ文明國ニ限ルト云フカ如キ制限ヲ附シ竟ニ意味ノ一貫ヲ缺クモノアリ予モ亦總テノ國家ハ國際法ノ主體ナリトハ言ハス國際法ハ文明國ノ間ニ行ハルルモノナリト説ク者ナリ是レ現在ノ國際法ニ付テ斯ク言フモノニシテ若シ一ノ議論トシテハ國際法ハ文明ナラサル國ニ對シテモ亦行ハルルコトヲ希望スト謂ハサルヘカラス然ルニ現今ノ國際法ハ未タ斯クマテ發達セズ故ニ交戰國ノ一方カ野蠻國ナルトキハ之ニ對シテ國際法的ノ戰爭ヲ爲ササル場合アルモ之ヲ批難セサルナリ此ノ如ク現在ノ國際法ノ實況ヨリ言ヘハ國際法ハ唯文明國間ノ法ノミ故ニ國際法ノ當事者ハ文明國ニ限ルモノトス果シテ然ラハ總テノ文明國ハ皆國際法ノ主體ナルカト云フニ多數學者ハ列舉的ニ歐米諸國及ヒ日本土耳其等ヲ列舉

シテ國際法團體ノ伍班ニ列セルモノト爲セリ
斯ク多數學者ハ國際法ノ當事者ノ問題ニ付キ凡ソ三種ノ制限ヲ置ク(一)即チ一般文明國ニ限ルトスルモノ(二)一般文明國ノ中國國際法團體ニ加入セル者ニ限ルトスルモノ(三)耶蘇教的文明國ニ限ルトスルモノ是ナリ(ウエストレーキ)ハ此外ニ歐洲の文明諸國ニ限ルトノ制限ヲ附スルコトヲ主張セリ茲ニ奇怪ナルハ此耶蘇教國ニ限ルトノ説ハ最早陳腐ニ屬シテ現今ノ學者間ニ行ハレサルコトト想ノ外尙ホ歐米學者ニ公言セララルコト是ナリ今其説ヲ次ニ擧ケン
既ニ違ヘタル如ク「ウルゼー」ハ國際法ノ定義ヲ下シテ國際法ハ耶蘇教國間ノ行為ノ規則ナリトセリ昨年再版セラレタル米國「デビス」國際法論ハ米國ニテ尊重セラルルコト佛國「ボンフヒス」又ハ英國「ホール」如ク且自ラ最新ノ事實ヲ載セタルコトヲ自負セルモノナルカ其中ニ極端ナル議論アリ曰ク「新約全書中ニ存スル耶蘇教ノ教理ハ國際間ノ行為ノ規則トシテ用フルコトヲ得又之ニ依リ各國ノ行為ノ正不正ヲ判斷スルコトヲ得下加之彼ハ更ニ其議論ヲ主張シテ曰ク「完全ナル國際法ハ唯歐洲耶蘇教國及ヒ亞米利加其他歐洲耶蘇教的人

民ノ殖民セル國ニ於テノミ行ハルルモノトス何トナレハ此等人民ハ共同ナル歴史の沿革ヲ有シ又法律道德ニ關シ同一又ハ始ト同一ナル程度ニ在ルカ故ナリ勿論國際法ノ適用セラルル範圍ハ次第ニ擴張セラレツツアルコトハ事實ナリ即チ土耳其ハ千八百五十六年ヨリ此一員ト爲リ日本支那及ヒ其他ノ亞細亞諸國モ漸次承認セラレテ此範圍内ニ入ル然レトモ此等ノ國ニ於ケル國際法ノ適用ハ歐洲ニ於ケルカ如ク決シテ完全ナルコト能ハサルモノナリ下議論茲ニ至リテハ實ニ頑迷論スヘカラサルモノト謂フヘシ彼ハ歐米其他耶蘇教國以外ノ國ニハ到底十分ニ國際法ヲ適用スルコトヲ得サルモノナリトセリ然レトモ彼ハ殊ニ一軍人ノミ深ク尤ムルニ足ラス然ルニ世界大學者中ニ尙ホ此陳腐ノ說ヲ固執スル者アリ伊太利ノ「ブルサ」(Bursa)希臘ノ「ケハチー」(Khalcedon)等之ニ屬ス予カ昨年明治三十三年瑞西國「ニーシャタル」ニテ親シク耳ニセル所ヲ次ニ掲ケテ此等ノ說ヲ諸君ニ紹介セントス

千九百年九月七日國際法學會ノ内亂若クハ暴動ニ關スル議案ノ第一條ニ曰ク「國際法ハ暴動者タハ内亂ノ場合ニ於テ之ヲ鎮壓セントスル母國政府ニ對シテ

第三國及ヒ其所屬國民ニ負ハシムルニ一定ノ義務ヲ以テス」此條文ノ討論ニ關シ端ナクモ國際法ノ性質ニ付キ學者間ニ一大議論ヲ惹起セリ千九百年國際法學會年報參照即チ、

「ウエストレーキ修正案ヲ提出シテ曰ク本條文及ヒ其趣意ニ於テハ贊成ナレトモ歐洲の文明國間「ナル形容詞ヲ國際法ナル語ニ附セント佛ノ「ヂジャルダン」之ニ贊成セリ然ルニ白耳義ノ「ローラン・ジャクマン」(Robin-Jacquemyns)氏ハ此第一條ノ適用ヲ唯歐洲の文明國ニ限ルトスルノ修正說ヲ駁撃シテ先ツ「歐洲の文明國」トハ如何ナル意味ヲ有スルカ歐洲文明ノ終始スル所ハ何點ニ存スルカ米國ハ文明國トシテ觀ルヘキハ固ヨリ論ナシ又日本ハ所謂歐洲の文明國ナリヤ將タ亞細亞の文明國ナリヤ雖然其境界ヲ示スコト甚タ難カルヘシト曰ヒ「ウエストレーキ」ハ之ニ答ヘテ曰ク米國及ヒ日本ノ文明モ亦結局歐洲の文明ニ外ナラス元來本學會ノ定ムル法則ハ漸次文明ニ達スル邦國ニ擴張スヘキモノニシテ決シテ偏狭ナル規定ニ非ス然レトモ若シ予カ提出セル制限ヲ設ケタルトキハ文化劣等ナル國家ニ對シテモ國際法ヲ適用セサルヘ

カラサルニ至ラント是ニ於テ希臘ノ「ケベヂト」論シテ曰ク本學會ノ討論スル規則ハ耶蘇教國以外ニ適用スルコトヲ得ス本學會ニ於テ可決サレタル規則ハ文明諸國ノ法律觀念ヲ有スル邦國ニノミ適用スヘキモノナルコトハ是レ本會ノ目的ニシテ難ニ「レニ」會議ニ於テ「エンゲルハルム」(Engelhardt)ノ說明ニ係ル領事規則及ヒ「ハーグ」ノ會議ニ於テ萬國郵便法ニ關スル「フローデロ」(Ferdinand-Grand)ノ發議及ヒ本會議ニ於テ「ブルサ」氏カ現ニ提出シタル議案ハ此趣意ニ出ツルモノニシテ野蠻國及ヒ耶蘇教國以外ノ邦國ハ總テ之ヲ除外スヘキモノトスト

「ブルサ」氏ハ曰ク凡ソ國際法ハ耶蘇教國若クハ耶蘇教國ノ法律ノ主義ヲ認ムル國ニノミ行ハルルコトハ千八百八十三年「ミュニク」ニ於ケル本學會カ國際法ニ關シテモ採用シ且現會議ニ於テモ再ヒ採用シタル主義ニシテ此第一條ニモ適用スヘキモノナリト斯クシテ「ブルサ」氏「ウエストレーキ」ノ修正說ニ易フルニ「耶蘇教國」ナル言詞ヲ以テセンコトヲ發議セリ「ウエストレーキ」ハ之ニ反對シテ曰ク耶蘇教ヲ信仰セサル邦國ニシテ甚タ文化シタルモノアリ且

一國人民ノ宗教ニ於ケル信仰ハ常ニ國交上ノ誤解ヲ來スノ恐アリト是ニ於テ「ローラン、ジャクマン」氏發議シテ曰ク耶蘇教國若クハ歐洲の文明國ナル詞ヲ以テセンヨリハ文明諸強國ナル語ヲ以テスルニ如カスト「コルシイ」(Coris)氏モ亦之ニ賛成シテ實ニ文明諸強國ナル詞ヲ採用スルハ國際法學會ノ目的ニ合スルモノナリト論セリ

「バーン」(V. Bern)氏ハ此問題ノ討論ヲ延期シテ第一條ノ實質ノ議決ノ後ニセシコトヲ發議シタリ而シテ佛國ノ「ピレ」(Pille)氏ハ曰ク文明國ト他ノ邦國トハ間ニ區別ヲ爲スヲ得ス苟モ諸強國カ他ノ一國ノ獨立ヲ承認シタル後ハ濫ニ之ニ干渉セス之ヲ自由ニ其暴動ヲ抑壓スルヲ得セシムルハ是レ承認ヨリ生スル當然ノ結果ナリト是ニ於テ討論ハ終結ヲ告ケ次ノ案ニ依リ決マツ起立ニ問ヘリ

第一 「ウエストレーキ」氏カ國際法ナル詞ニ歐洲の文明國間テ爾詞ヲ附加セントノ發議
第二 「ケベヂ」氏カ耶蘇教國以外ノ邦國ニ對スル制限ノ如ク野蠻國モ之ヲ

除外ス、ヘントノ發議

第三 「ブルサ氏カ」耶蘇教國若クハ基督教國ノ法律主義ヲ認ムル邦國間ト爲
スノ發議

第四 「ローラン、ジャクマン氏」文明諸強國間ト爲スノ發議

斯クシテ「ウニストレーキ氏」ノ發議ハ二票ニ對スル多數ノ一致ヲ以テ否決シ
又「クベチー氏」ノ發議ハ三票ニ對スル多數ノ一致ヲ以テ否決セラレ次ニ「ブル
サ氏」ノ提案モ否決セラレ「ローラン、ジャクマン氏」ハ其修正說ヲ撤回シタリ
是ヲ以テ觀レハ今日世界ノ國際法學者ノ集會タル國際法學會ニ於テスラ滔滔
トシテ耶蘇教國間ノ國際法タルコトヲ主張スル者アルヲ見ル實ニ驚クヘキノ
事實ト爲ス然レトモ此說ノ少數ニテ否決セラレシヲ見レハ以テ其既ニ陳腐ニ
屬シ最早人ノ採用スル所ニ非サルコトヲ知ルニ足ルヘシ然リ而シテ「ウニスト
レーキ氏」ノ主張セル歐洲の文明國說モ狹隘ニ失シ矢張「ローラン、ジャクマン氏」
ノ唱フル如ク文明ハ必スシモ歐洲ノ專有ニ非ストスルヲ以テ至當ナル意見ト
ス之ヲ要スルニ國際法ハ文明國一般ノモノタラサルヘカラサルナリ

第五節 國際法ハ一國ト其國籍外ノ私人トノ關係ヲ モ規定ス

一私人モ國際法ノ主體即チ當事者タルコトヲ得然ルニ學者中一私人ハ國際法
ノ主體タルコトヲ得ストノ說ヲ爲ス者アリ「ホーランド」ノ如キ此說ヲ唱フ即チ
前掲ノ「ニーシャタル」ノ國際法學會ニ於ケル内亂若クハ暴動ニ關スル法案第一
條ニ關シ「ホーランド」ニ其所屬國民「アル詞」ノ削除說ヲ主張シテ曰ク「抑モ國際法
ナルモノハ一國家ト一私人トノ間ニ存スルモノニ非スシテ二國以上ノ間ニ存
スルモノナリ故ニ所屬國民ニ付テノ問題ハ國際法ニ屬セスシテ國內法ニ屬ス
ルモノナリ」然レトモ此議論ニ正反對ノ說ヲ唱フル者多ク現ニ氏ノ親友ナル
「ウニストレーキ」ハ論シテ曰ク「一國ハ自國臣民タルト否ト問ハス海賊ヲ拿捕
處罰スルコトヲ得國際法上ノ海賊ハ國籍ヲ有セザルモノナルニ自國臣民タル
ト否ト問ハス海賊ヲ云云トハ少シク語弊アルノ據アルモ始ク原文ニ從ヒテ
譯出シタルモノナレハ諸子幸ニ些些タル語弊ヲ捉ヘスシテ偏ニ氏ノ論理ノ正
確ナル點ヲ觀察セラレヨ」又交戰國ハ封港犯ヲ侵シタル中立國船舶ヲ拿捕審檢

沒收スルコトヲ得ルモノトス何トナレハ海賊又ハ封港犯ヲ侵シタル人民ニ對シ其本國ハ元來國際法上ノ海賊ハ本國ヲ有セス然ルニ海賊又ハ云云其本國ハ云云トハ是レ亦少シク語弊アルコト前述ノ如シ(彼等ノ保護ノ爲メ干涉セザルコトハ國際間ノ原則タレハナリ之ニ反シテ國際法上自國臣民ノ保護干涉ヲ爲シ得ル場合ニ或一國カ若シ外國人ヲ處分スルコトアルトキハ其事件ハ此兩國ノ國際事件ト爲ルヘシ此場合ニ於テ其處分セラルル外國人ノ本國ハ其權利ヲ侵害セラレタルナリ此等ノ事實ハ一私人ハ國際法ノ主體タルコトヲ得ルヤ否ヤノ疑問ニ答案ヲ與フルモノナリ彼ノ海賊又ハ封港犯者ハ簡人ナルカ故ニ國際法ノ主體ニ非スト論スルカ如キハ是レ奇ヲ好ムノ說タルニ過キス(ウエストレーキ國際法第二頁)

予ハ氏ノ說ニ左袒スル者ニシテ現在封港犯者又ハ海賊ノ如キ私人モ國際法ノ規定ニ依リ支配ナレ居ル以上ハ國際法ハ單ニ國ト國トノ間ニ適用セラレルモノト謂フヲ得ス多數學者ハ亦之ト同意見ナリ

次ニ國際法ノ主體ハ必スシモ國家ニ限ラス特許ヲ得タル會社モ亦之カ主體タ

雜報

○高等特別科講義ノ進行 高等特別科ニ付テハ屢記述シタル所ナルカ各講師漸次其講義ヲ進メ且田代竹井副島三學士ハ新ニ講義ヲ開始シ田代學士ハ民法第百七十六條及ヒ第百七十七條ノ物權ノ設定移轉得喪變更等ニ付キ口頭推問ニ依リテ之カ解釋ヲ試ミ竹井學士ハ所謂三權分立ニ關スル内外ノ學說ヲ擧ケテ一爽快ニ之ヲ論評シ去リ副島學士ハ國體並ニ政體ニ關スル口頭推問ヨリ進ミテ憲法ノ變更及ヒ廢止ニ付キ精緻ナル理論ヲ以テ之カ斷定ヲ與ヘラレタリ(十一月三十日記)

○演說會 秩序立テタル言辭ヲ以テ己ノ意思ヲ發表スルコトノ必要ナルコトハ特ニ喋喋ヲ埃タスシテ明カナル所ナリ本校カ從來或ハ頻繁ニ級別討論會ヲ開キ或ハ時時各級ヲ通シ且校友講師ヲモ加ヘテ大討論會ヲ開キ又連年他ノ私立法律學校ニ通牒シ各其選手ヲ出サシメテ懸賞大討論會ヲ開キ來レルハ學理研鑽ヲ目的トセルコト固ヨリ言フヲ埃タスト雖モ又一方ニ於テハ辯論練習

ヲ獎勵センカ爲メニ外ナラス而シテ本校ハ此等ノ事ニ關シ益々之カ獎勵ニ意ヲ
ナル所ナルカ去月二十四日新ニ懸賞生徒演說會ヲ開キタリ今其演題並ニ論旨
ノ大綱ヲ報道スヘシ

領地割讓ト國籍トノ關係(第一席) 一年生 原 督

氏ハ先ツ國籍ノ性質ヲ論シ領地ノ何タルヤニ及ヒ領地割讓ハ領土主權ヲ讓渡
スモノニシテ其結果其土地ニ屬スル臣民ハ當然讓受國ニ移轉スル旨ヲ論述シ
正當防衛權ニ就テ(第二席) 二年生 橘 香橋

氏ハ正當防衛權ノ必要ヨリ進ミテ之ニ關スル學說ヲ評論シ且自說トシテ吾人
ニ逃避ノ義務ナキコトヲ論斷シ
人道ト法律ノ調和(第三席) 二年生 木村 袈裟一

氏ハ人道ノ何タルヤニ付キ詳細ナル解釋ヲ試ミ其發點及ヒ終點ニ於テ法律ト
相一致スルコト恰モ地球ノ經線カ南北兩極ニ於テ相合スルカ如ク唯其作用ノ
上ニ於テ互ニ相分ルルコト又其赤道附近ニ於テ離隔スルカ如キノミト論シ且
此離隔セル兩者ハ相調和シ得ヘク又調和セサルヘカラサル所以ヲ述ヘ

法律上第三者ノ意義ニ就テ(第四席) 二年生 平野 武次郎

氏ハ第三者ノ意義ノ單純ナルニ似テ而モ單純ナラスト爲シ法律ノ各場合ニ就
テ一之カ解釋ヲ試ミ

法ノ精神(第五席) 二年生 長尾 貞吉

氏ハ法ニ種種アルモノ予ハ社會ノ生存條件タル法ニ就テ論スヘシト爲シ法ニ關
スル觀念ヲ論究シ正當ニ之カ解釋適用ヲ爲スノ必要ナル所以ニ及ヒ

內亂罪ノ未遂犯罪ヲ論ス(第六席) 三年生 羽塚 慈眼

氏ハ內亂罪ノ意義ヨリ之ニ關スル學說ヲ評論シ內亂ノ目的ト內亂者ノ目的ト
ヲ混スヘカラサル所以ヲ說キ內亂ヲ起シタル時ハ既ニ本罪ヲ構成スルカ故ニ
未遂犯ナルモノアリ得スト論シ

道德ト法律トノ關係(第七席) 一年生 中島 五平

氏ハ道德ノ腐敗ヲ慨キ法律ノ規定以外ニ於テハ總テ自由ナリト信スルハ誤解
ノ甚シキモノナリト爲シ

利用ノ一斑ニ就テ(第八席) 二年生 平井出 嘉久松

氏ハ野蠻ト文明トハ自然物ノ利用ニ付キ霄壤ノ差アルカ如ク文明ノ進歩セル
 國程法律ヲ適當ニ利用スル所以ヲ述ヘ未タ結論ニ至ラスシテ十分ノ腹案ナシ
 トヲ自ラ中止シ

改正刑法案ト竊妻強盜第九席

二年生 高橋 甲太郎

氏ハ嘗テ竊妻強盜カ法廷ニ於テ述ヘタリト稱セラルル言辭ヲ引用シテ刑法改
 正ノ非ヲ論シ寧ロ司法警察並ニ監獄制度ヲ改正スルノ急務ナル旨ヲ述ヘ
 民免而無耻論(第十席)

二年生 河内 傳作

氏ハ支那ニ於テ道德主義ヨリ法治主義ニ移レル沿革並ニ其利弊ヨリ我邦ノ現
 狀ニ論及シ法令雨下シ人民ハ寸毫ノ權利侵害ヲモ法廷ニ争ハントスルハ果シ
 テ國家隆興ノ兆トスヘキヤ否ヤヲ疑ヒ道德ノ尙ハサルヘカラサル所以ヲ論述
 セリ

尙ホ五名ノ辯士ノ演說アル豫定ナリシモ既ニ夜ニ入りシヲ以テ秋山會長ハ延
 會ヲ各辯士ニ諮リテ閉會ヲ宣告シ賞與ハ全演說終了ノ上ニテ授與スルコトト
 セリ吾人ハ斯會ノ將來益盛大ニ至ランコトヲ希望スル者ナリ

法學志林

第二十五號

十一月二十日發行

毎月一回二十日發行○定價一冊金拾錢郵稅壹錢
 校友、生徒、校外生ニ限り特價一冊金八錢郵稅壹錢
 拾冊前金七拾錢郵稅拾錢

志林	編輯	批評	解疑	判例	雜報	記事
根抵當ニ就テ 關領瓜哇行政一斑 トランスバールニ戰爭ト國際法 法律ト經濟	社會主義ノ三大流派	村社祭典舊例式廢止承認事件ノ判決 停止條件附債權者ト間接訴權 法律行為ト不法行為トノ區別 準禁治產者及ヒ妻ノ爲シタル株式申込ノ取消 雇傭契約ト代理トノ關係 射伴契約ノ意義	大審院新判決二十九件	約束手形振出地ニ關スル大審院判例外八件	高等特別科ノ新設外六件	東京市麹町區富士見町六丁目 電話番町一七四
法學士 塚田 達二 法學士 岡田 謙 法學士 梅田 次郎 法學博士 靜 軒	法學士 信岡 雄四郎 法學士 若槻 禮次郎 法學士 仁井田 益太郎 法學博士 中井 成太郎 法學士 山田 太郎	法學士 塚田 達二 法學士 岡田 謙 法學士 梅田 次郎 法學博士 靜 軒	法學士 信岡 雄四郎 法學士 若槻 禮次郎 法學士 仁井田 益太郎 法學博士 中井 成太郎 法學士 山田 太郎	法學士 信岡 雄四郎 法學士 若槻 禮次郎 法學士 仁井田 益太郎 法學博士 中井 成太郎 法學士 山田 太郎	法學士 信岡 雄四郎 法學士 若槻 禮次郎 法學士 仁井田 益太郎 法學博士 中井 成太郎 法學士 山田 太郎	法學士 信岡 雄四郎 法學士 若槻 禮次郎 法學士 仁井田 益太郎 法學博士 中井 成太郎 法學士 山田 太郎

發行所 和佛法律學校
 文部省認定

校外生規則摘要

一 講義錄ヲ分チテ第一學年、第二學年、第三學年ノ三部トス

一 講義錄ノ掲載科目左ノ如シ

- 第一學年 法學通論、民法(第一編及七、第二編第六章マテ)、刑法(總論)、憲法、國際公法、經濟學
- 第二學年 民法(第三編)、商法(第一編第一節、第二節)、刑法(全論)、民事訴訟法(第一編第二節)、刑事訴訟法(財政學)
- 第三學年 民法(第二編第七章以下、第四編、第五編)、商法(第四編第五編)、民事訴訟法(三編以下)、破産法、行政法、國際私法

一 講義錄ハ毎月六回左ノ期日ニ發行ス

第一學年 五日 二十日 第二學年 十日 廿五日 第三學年 十五日 三十日(但二月ニ限リ末日)

一 校外生ハ何時ニテモ入學スルコトヲ得

一 月謝金左ノ如シ

第一學年 金三十錢 第二學年 金四十錢 第三學年 金五十錢 全學年 金一圓

一 月謝ハ郵便爲替、銀行小切手、通運早速便ヲ以テ東京市麴町區富士見町六丁目十六番地和佛法律學校會計局宛ニテ送付スヘシ

明治三十四年十二月四日印刷

(定價金貳拾錢)

明治三十四年十一月五日發行

東京市牛込區早稲田南町三十九番地

編輯兼 發行者 松田久次郎

東京市牛込區矢來町三番地

印刷者 小宮山信好

東京市芝區四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 和佛法律學校

指定 (電話番町百七十四番)

明治二十二年十二月九日內務省許可

明治三十四年十一月四日第三種郵便物認可