

## 和仏法律学校講義録

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

---

(出版者 / Publisher)

和仏法律学校

(巻 / Volume)

1-5

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

45

(発行年 / Year)

1902-01-05

（明治三十四年十一月四日第三種郵便物認可 每月二回 明治三十五年一月五日發行）

三十五年度 第一學年



# 和佛法律學校講義錄

第五號

和佛法律學校發行



第一學年第五號目次

法學通論	(自六三至七七六)	法學士 中島 玉吉
憲法	(自六九至七六)	法學士 竹井耕一 郎
民法總則	自第一章(自二五)至第三章(自四〇)	法學士 塚田達二 郎
民法總則	自第四章(自六五)至第六章(自七六)	法學士 若槻禮次 郎
民法物權	自第一章(自五九)至第六章(自六四)	法學士 中山成太 郎
國際公法(平時)	(自二一)至(二六)	法學博士 中村 進 午
國際公法(非常)	(自三九)至(四六)	法學博士 高橋 作 衛

雜報

○新年ヲ迎フ○本野博士ノ轉任○漁業權ノ性質○登記濟賣實證書ノ變換

090  
1902  
1-1-5

ハ國家ノ意思ナリ國家ヲ離レテ法ノ存在スルコトナキカ如ク慣習法ノ法タルノ效力ヲ得ルハ國家ノ承認ニ基クモノナリト謂ハサルヲ得ス吾人カ法律行爲ヲ爲スニ際リ暗黙ノ意思表示ナルモノカ認メラルルカ如ク國家カ久シク行ハレタル慣習ニ對シテ反對ノ意思ヲ表示セザルトキハ默黙ノ間ニ之ヲ認メタルモノト謂フコトヲ得ヘシ

(三) 慣習法ハ何レノ時ニ於テ法タルノ效力ヲ生スルヤ此點ニ付テモ學說一定セズ或ハ裁判所ニ於テ認メラレタルトキニ法タルノ效力ヲ生スト曰ヒ或ハ唯リ裁判所ノミニ限ラス行政官廳其他總テ國家ノ官廳ニ依リテ採用セラレルトキハ法タルノ效力ヲ生スト説ケリ然リト雖モ此等ノ學說ハ裁判所又ハ其他ノ官廳ノ立法權ヲ認ムルノ說ニシテ予輩ノ贊同セザル所ナリ蓋シ此等ノ說ニ依レハ慣習法カ法トシテ存在スルカ故ニ裁判所其他ノ官廳カ採用シタルニ非スシテ却テ採用シタルカ故ニ法ト爲ルモノト謂ハサルヲ得ス予輩ノ信スル所ニ依レハ慣習ハ法律タルニ必要ナル條件ヲ具備シタルトキニ於テ法律ト爲ルモノニシテ如何ナル條件カ必要ナルヤノ問題ハ簡簡ノ場合ニ付テ之ヲ決セザルハ

カラス然リ而シテ此等ノ條件ヲ審查スルノ權ハ裁判所其他ノ官廳ニ在リト謂フヘシ要スルニ慣習法ハ官廳ノ採用ヲ埃タスシテ先ツ存在シ官廳ハ既存ノ慣習法ヲ適用スルモノナリ其必要ナル條件トハ果シテ如何ナルモノナルヤハ明答ヲ與フルコトヲ得スト雖モ第一ニ公益ニ反セサルコトヲ要ス公益トハ國家ノ利益ナリ蓋シ國家カ自己ノ利益ニ反スル慣習ヲ默認シタリト推測スルコト能ハサレハナリ第二ニ久シク行ハレタルコトヲ要ス蓋シ久シク行ハレサルトキハ慣習其モノノ存在ヲ明カニスルコトヲ得サレハナリ第三ニ人ノ社會的生活ニ關スル慣習ナルコトヲ必要トス即チ人カ人ニ對スル關係ナルコトヲ要ス何トナレハ若シ夫レ然ラザラシカ法律タルノ實質ヲ缺ケハナリ

(四) 慣習法ト成文法トノ關係ハ慣習法ハ成文法ヲ廢止スルノ力アリヤ否ヤノ問題ニシテ學說ノ歸一スル所ナシト雖モ英國ノ法理ニ於テハ慣習法ハ成文法ヲ廢止スルノ力ナシト曰ヘリ反對ノ學者ハ慣習法モ亦法ナリ既ニ法タルノ力アリトスレハ後ニ發スル法ハ前法ヲ廢スル力アリト謂ハサルヘカラスト主張セリ更ニ一步ヲ進メテ綜合慣習法ハ成文法ヲ廢スル力ナシトノ法律ヲ發布ス

ルモ慣習ハ先ツ其法律ヲ廢スルカ故ニ結局成文法ヲ廢止スルノ力アリト論スル者アリ然リト雖モ予ハ慣習法ハ補助的ノ效力ヲ有スルノミナリト信ス即チ成文法ノ存セサル場合ニ發生スルモノナリ彼ノ反對論者ハ既ニ慣習法發生シタリト假定スルカ故ニ前法ヲ覆スノ力アリトノ論結ヲ來スモノナリト雖モ成文法カ既ニ存在スル場合ニハ之ニ反對スル慣習ヲ默認シタリト推測スルコトヲ得サルヲ以テ其發生ヲ妨止スルモノト謂ハサルヘカラス

第三條理 羅馬ニハ外國人間ノ訴訟ヲ裁判スル所謂外國係ノ裁判官ナル者アリテ其任期ノ間效力ヲ有スル事務章程ヲ發シ之ニ據リテ以テ裁判ヲ爲シタリシカ此事務章程ナルモノ次第ニ推積シテ遂ニ萬姓法ノ源ヲ爲セリ英國ニ於テハ「チャンセリー」ハ人民ノ哀訴ニ對シテ普通法ニ於テ許ササル救濟ヲ與ヘタリ是レ衡平法ノ起源ナリトス予カ茲ニ述ヘントスル條理ナルモノハ此ノ如キモノヲ指スニ非サルナリ夫レ條理ハ文書ニ依リテ存スルモノニ非ス又慣習ニ依リテ行ハルモノニモ非スシテ實ニ道理ニ外ナラサルナリ裁判所ハ法ノ不備欠缺ヲ理由トシテ裁判ヲ拒ムコトヲ得サルカ故ニ成文法及ヒ慣習法共ニ

缺ケタル場合ニ於テハ其信シテ以テ正常ナリトスル所ノ道理ニ據リテ裁判ヲ爲ササルヘカラス或學者ハ曰ク是レ自然法ナリト之ヲ自然法ト稱スルモ必スシモ不可ナルニ非ス然レトモ條理ハ常ニ國家ノ目的ニ適合スルコトヲ要ス即チ國家ノ意思ヲ推測シ之ニ據リテ以テ裁判ヲ下スモノナリ  
之ヲ要スルニ裁判上第一位ニ適用ヲ受クルモノハ成文法ニシテ成文法ニ規定ナキ場合ニハ慣習法ニ從ヒ成文法及ヒ慣習法共ニ缺ケタル場合ニ於テ始メテ條理ニ據リテ裁判ヲ爲スモノトス

### 第四節 法律ノ分類

法律ハ種種ノ標準ニ據リテ之ヲ分類スルコトヲ得今予ハ就中最モ必要ナリト信スル五箇ノ分類ヲ爲サント欲ス即チ(一)成文法及ヒ不文法(二)公法及ヒ私法(三)一般法及ヒ特別法(四)命令法及ヒ任意法(五)實體法及ヒ手續法是ナリ此種ノ分類ハ所謂縱橫分類ニシテ今一ノ法律ヲ探リテ之ヲ觀察センカ必ス右分類中ノ孰レカ一方ノ性質ヲ具有スルモノナリ例ヘハ或法律ハ成文法ニシテ公法ナリ且

一般法ニシテ命令法ナルト同時ニ實體法ナルモノアルカ如キ是ナリ而シテ何レノ分類ヲ以テ根本ノ分類ト爲スヘキカニ付テハ其目的ニ從ヒテ之カ答ヲ爲ササルヘカラス即チ便宜ノ問題ナリトス

#### 第一 成文法及ヒ不文法

成文法トハ文書ニ依リテ存在スル法律ニシテ不文法トハ文書ニ依ラザル法律ヲ謂フ茲ニ立法上ノ問題トシテ成文法ト不文法トハ孰レヲ主ト爲スヘキカノ問題アリ不文法ハ主トシテ國民ノ慣習ニ依リテ發生スルカ故ニ能ク民情ニ適合スト雖モ成文法ハ少數ナル立法者ノ手ニ成ルカ故ニ勸モスレハ民情ニ違サカルコトアリ此點ヨリ觀ルトキハ不文法ハ成文法ニ比シテ勝ルモノアルカ如シ然レトモ不文法ハ明確ヲ缺クノ恐アリ之ニ反シテ成文法ハ文書ノ上ニ表ハサルルヲ以テ確實ニシテ明割ナリ此點ニ於テハ成文法ハ不文法ニ比シテ優ルコト大ナリ然レトモ亦他ノ方面ヨリ之ヲ觀ルトキハ慣習法ハ人民ノ慣行ニ由リテ生スルカ故ニ時勢ニ後ルルノ患ナシト雖モ成文法ハ時時之ヲ改正スルニ非サレハ社會ノ進運ニ伴フコトヲ得サルナリ是ニ於テ成文法ハ法律ノ化石ナ

リト稱シテ之ヲ罵ル者アリ然リト雖モ實際上現今ノ如ク法規ノ多岐ニ亘レル時代ニ於テハ法律ハ之ヲ成文法ト爲スニ非ズシハ之カ研究ノ不便トシキモアリ況ヤ又慣習ニ反スル法律ヲ作ルノ必要アルニ於テチヤ故ニ成文法ヲ以テ主ト爲ササルヘラカス且理論ハ姑ク之ヲ措キ諸國ノ實際ヲ觀ルモ皆成文法主義ナリトス英米ノ如キハ不文法國ト稱セラレト雖モ重要ナル法律ハ大抵成文トシテ發布セラル

次ニ成文法主義ノ下ニ於テ尙ホ問題アリ即チ法典ヲ作ルヘキカ或ハ又單行法ト爲スヘキカ是ナリ是レ亦議論ノ存スル所ニシテ嘗テ獨逸ニ於テ「ザビニー」ハ非法典論ヲ唱ヘ「チボー」ハ法典論ヲ主張シ二氏ノ間ニ激論アリシハ人ノ能ク知ル所ナリ爾來歐洲ニ於テハ法典論及ヒ非法典論ハ政事家間ノ一大問題ト爲レリ法典ハ研究ニ便利ナリト雖モ時時ノ必要ニ應ジテ之ヲ改正スルニ不便ナリ單行法ハ之ヲ改正スルニ便利ナリト雖モ研究ニハ極メテ不便ナリ此ノ如ク一利害相俾フト雖モ今日ニ至リテハ英米ヲ除クノ外ハ法典ヲ有セサル國ナシ左レハ議論ハ既ニ決セラレタルモノト謂フコトヲ得ヘシ然レトモ所謂法典ト

シテ今日諸國ニ存スルモノハ民法商法刑法民刑兩訴訟法ニシテ行政法ニ至リテハ未タ法典トシテ存在スルモノヲ見ス是レ一ハ法規ノ性質上法典トシテ固定セシムルコトヲ得サルニ由ルヘシト雖モ亦行政法ハ之ヲ他ノ法律ニ比スレハ極メテ後ニ發達シタルモノナルヲ以テ其研究ハ未タ盡ササルモノアレハナリ永キ未來ニ於テ或ハ行政法典ナルモノノ編制ヲ見ルコトヲ得ヘキカ要スルニ成文法及ヒ不文法ノ分類ハ立法上ニ於テ其必要ヲ見ルモノナリ

第二 公法及ヒ私法

公法ト私法トノ區別ハ學者間ニ議論ノ最モ多キ所ニシテ今之ヲ彙類スレハ(一) 法ニ公法私法ノ區別ナシトノ説 法ヲ公法及ヒ私法ニ區別スルハ羅馬法以來法律家ノ一般ニ認ムル所ニシテ唯爭論ト爲リタルハ其區別ノ標準如何ニ在リ然ルニ近世ニ至リ法ニ公法私法ノ區別ナシトノ説ヲ生セリ其著シキ者ハ「オーースチン」氏ニシテ氏ノ説ニ依レハ羅馬法以來公法ハ公益法ニシテ私法ハ私益法ナリト云フモ公法及ヒ私法ハ其ニ公益ニ關スルモノニシテ唯其利益カ直接ニ個人ニ關スルモノト間接ニ個人ニ關スルモノトノ區別アルノミ左レハ之

ヲ以テ法理上法ノ分類ノ基礎ト爲スコトヲ得サルナリト而シテ氏ハ法ノ根本ノ分類ハ身分法人法ト普通法(物法)トノ二ト爲ササルヘカラスト曰ヘリ「イニエリ」シテ氏モ亦公益ト私益トヲ基トシテ法ヲ分類スルコトノ不可ナルコトヲ言ヘリ即チ或場合ニ於テハ公益ト私益トハ相並行スルモノナルカ故ニ之ヲ以テ區別ノ標準ト爲スコトヲ得スト

(二) 法ハ總テ公法ナリトノ説 此部類ニ屬スル學者モ皆其説ヲ同シウセス或ハ曰ク人カ通常私法ト稱スルモノモ一方ヨリ之ヲ觀レハ人民ト國家トノ關係ナリ即チ其命令ニ背キタル者ニ對シテハ制裁ヲ加ヘ所謂公法ナルモノト其作用ヲ異ニスルコトナシ法ハ總テ公權力ノ作用ヲ規定スルモノニシテ公法的ノ性質ヲ帶フルモノナリト又或學者ハ曰ク法ハ總テ國家カ官吏ニ對シテ命スル所ノモノニシテ法ト人民トノ關係ハ唯間接ナルノミナリ即チ國家ハ裁判官ニ對シテハ人民ヨリ訴ヲ受ケタルトキハ如何ナル標準ニ依リテ裁判ヲ爲スヘキカヲ命シ行政官ニ對シテハ如何ナル處分ヲ爲スヘキカヲ命スルモノニシテ其命令ノ結果トシテ人民カ或行爲ヲ爲シ又ハ或行爲ヲ爲ササルモノナリト此説

モ亦法ハ總テ公法ナリト云フ論ニ歸著スルナリ也  
(三) 法ハ總テ私法ナリトノ説 此説ハ第十八世紀ノ民權論ト密接ノ關係ヲ有スルモノナリ彼ノ自由説ノ發達ト共ニ學者ハ私法ノ研究ニ重キヲ置キ法ハ總テ國家ヲ組織スル商人ノ爲メニ存スルモノナリトノ思想ヲ生シタリ曰ク法ハ總テ私人ノ利益ヲ保護スル爲メニ存ス法ハ總テ私法ナリ所謂公法ハ助法タルニ過キ私法ハ身體財產名譽等ノ私權ヲ保護スル制法ニシテ行政法ハ私人ノ利益ヲ直接ニ保護スル爲メニ設ケラレタル國家機關ノ運用法ナリ憲法モ亦然リ其他所謂公法ハ皆私法ノ附屬法ナリト  
(四) 法ニ公法私法ノ區別アリトノ説 此説ハ羅馬法以來存スル所ニシテ學者ノ見解種種ニ岐ルト雖モ之ヲ大別スレハ三ト爲スコトヲ得  
(イ) 目的ニ依リテ區別スル説 此説ハ最モ古キモノナリ曰ク公法ハ公益ニ關スル規則ニシテ私法ハ私益ニ關スル規則ナリト此説ニ對シテハ批難頗ル多シ即チ法ハ一面ヨリ之ヲ觀レハ皆私益ヲ保護セサルモノナク又他ノ一面ヨリ觀レハ公益保護ノ爲メニセサルモノナシ故ニ此見解ハ公法ト私法トノ區別ノ標

準ト爲スコトヲ得スト是ニ於テ此派ノ學者ハ更ニ說ヲ改メテ曰ク公法ハ直接ニ公益ヲ保護シ其結果私人ニ利益ヲ及ホスモノニシテ私法ハ直接ニ私益ヲ保護シ其結果間接ニ公益ヲ保持スルモノナリト此說モ亦種種ノ批難アリ即チ或湯合ニハ公益ト私益トハ相並行スルコトアルハイニエリシダ民ノ願スルカ如シ要スルニ此標準ハ明確ナラザルヲ以テ近頃ニ至リテハ稍ヤ勢力ヲ失フ傾向アリ

(ロ) 法律關係ノ性質ニ依リテ區別スル說 此說ハ公法ハ服從關係ノ規定ニシテ私法ハ平等關係ノ規定ナリト云フニ在リ此說モ亦多クノ批難ヲ免レス例ヘハ刑法ニ於テ人ノ物ヲ盜ミタル者ハ竊盜ノ罪ト爲レ之ニ禁錮ノ刑ヲ科シ民法ニ於テ故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シ損害ヲ及ホシタル者ニ對シテハ之ヲ不法行為者ト爲シテ損害ノ賠償ヲ命ス前者ハ服從關係ニシテ後者ハ平等關係ナリト云フト雖モ此二者ノ間ニ果シテ此ノ如キ差別アリヤ否ヤ又他ノ方面ヨリ觀察スレハ法律關係ノ實質ハ總テ不平等ナリト謂フコトヲ得國家カ税法ヲ發シテ人民ノ財產ノ一部ヲ徵收スルカ如キ場合ニハ國家ト人民トノ地位ハ固ヨリ平等ニ非ス然レトモ債權者カ債務者ニ對シテ或行為ヲ請求スル

場合ニ於テモ亦債權者ト債務者トノ地位ハ平等ナラザルコト疑ヲ容レズ唯前例ニ於テハ國家ハ滯納者ニ對シ直接ニ強制ノ手段ヲ施スコトヲ得ヘタ後例ニ於テハ債權者ハ裁判所ニ訴ヘテ之カ履行ヲ強アルノ途アルノミ論者ハ前者ハ權力服從ノ規定ナルカ故ニ公法ニシテ後者ハ平等關係ナルカ故ニ私法ナリト云フト雖モ是レ關係ノ實質ノ差別ニハ非スシテ制裁ノ形式ヲ異ニスルニ過キナルナリ又法ヲ發スルノ根據ニ付テハ公法及ヒ私法共ニ國家ノ權力ノ基クモノニシテ其間ニ毫モ差別アルコトナシ加之此說ニ基キテ其論理ヲ貫タドキハ彼ノ親子夫婦間ノ關係ノ如キ親族法ノ一部ハ之ヲ公法ナリト謂ハザルヘカラス又所謂國際法ナルモノハ之ヲ國際私法ナリト謂ハザルヘカラス要ラン此ノ如キハ從來學者カ私法ナリト認メタル部分ヲ割キテ之ヲ公法ニ加ヘ公法ナリト認メラレタルモノヲ目シテ私法ナリト云フモノニシテ沿革ニ反スルコト大ナリ若シ夫レ學說ノ爲メニ事實カ存スルモノナリトモハ此說モ或ハ可ナラン然レトモ學說ハ即チ事實ニ從フモノナリトモハ此說ノ誤レルコトハ明カナリトス



(六) 法律關係ノ主體ニ依リテ區別スル說 此說ハ「ホルランド氏等ノ唱ナル所ニシテ法律關係ノ主體カ公人ナルト私人ナルトニ依リテ法ヲ公私ニ分ツモノナリ詳言スレハ法律關係ノ主體カ國家又ハ其委任ヲ受ケタル團體又ハ個人ナルトキハ公法ニ屬シ單ニ國家ノ單位トシテ國家ヲ代表セザルトキハ私人ニシテ其間ノ關係ヲ規定スルモノハ私法ニ屬スト謂フモノナリ此說ハ最モ當ヲ得タルモノト信スレトモ機關ト機關ノ關係ヲ其定義ニ包含セザルカ故ニ予ハ此趣旨ニ基キテ公法トハ國家若クハ其機關ト私人トノ關係又ハ國家ノ機關相互ノ關係ヲ定ムルモノニシテ私法トハ國家ノ單位タル私人相互ノ關係ヲ定ムルモノナリト言ハント欲ス

然レモ此ノ區別ハ國家ノ團體ノ區別ニ基キテ人ノ社會的ノ生活ニハ二様ノ方面アリ即チ一面ニ於テハ社會ノ一員トシテ他ノ團體員ニ對スル關係ト他ノ一面ニ於テハ社員其モノニ對スル關係ト是ナリ前者ハ私法的關係ニシテ後者ハ公法的關係ナリトス然レトモ國家ニハ直接間接ノ機關アリテ其活動ヲ爲スモノナルヲ以テ其機關相互ノ關係ヲ定ムルノ必要アリ而シテ這ハ國家ニ關スルカ故ニ公法ト稱スルヲ至當トス今此區別

ニ從ヘハ第一ニハ不確實ナルコトナク第二ニハ沿革ニ反スルコトナシ故ニ予ハ此區別ヲ可ト信スル者ナリ國家ト國家トノ關係ヲ定ムルモノハ所謂國際公法ナリト雖モ予ハ國際公法ハ道德ノ性質ヲ帶アルモノニシテ法律タルノ要件ヲ缺クト信スルカ故ニ勿論此區別ノ中ニハ之ヲ入レザルナリ此區別ニ從ヘハ民法商法ハ私法ノ重ナルモノニシテ憲法行政法刑法民事訴訟法刑事訴訟法ハ公法ノ重ナルモノトス

終ニ一言スヘキハ公法私法ノ區別ハ羅馬法以來存スル所ニシテ且其區別ノ標準ノ困難ナルコトハ前ニ述ヘタル如クナルニ拘ハラズ此區別ノ實際上ノ利益ハ甚タ少ナキコト是ナリ大陸ノ學者ハ此區別ニ重キヲ置クト雖モ英美ノ學者ハ比較的此區別ヲ重セス「ホルラント」之ヲ以テ法ノ根本ノ區別ト爲スヘシト論スレトモ現ニ「オースチン」氏ノ如キハ公法私法ノ區別ナシト極言セリ羅馬法系ノ法律ニ於テハ此區別ヲ以テ法律組織ノ根據ト爲スヲ以テ現行法ヲ論スルニ當リテハ此區別ニ從フハ頗ル便利ナリト雖モ法理上果シテ動スヘカラザルヲ根據ヲ有スルモノナリヤ否ヤハ大ニ研究スヘキ問題ナリ要スルニ公法ト私

法トノ區別ハ立法上ハ毫モ實益ヲ認メタルモ唯法ノ效力ノ問題トシテ公法ト私法ト低觸スル場合ニハ公法ハ私法ニ先ツモノトスルノ實益アルノミ  
 第三 命令法及ヒ任意法  
 命令法及ヒ任意法ノ區別ハ罷馬ノ法律大憲デモステーヌ氏ノ言ニ基クモノ  
 ノ如シ氏ノ言ニ依レハ法律ハ命令シ拒否シ許容シ所罰スルモノナリト是レ法  
 ノ效力ヲ標準トシテ區別ヲ立テタルモノナリ命令法ハ或行爲若クハ不法行爲  
 ヲ命令シ又ハ禁止スルモノニシテ私人ノ意思ヲ以テ之ニ反スルコトヲ許サザ  
 ルモノトス之ニ反シテ任意法ハ之ニ從フト否トハ私人ノ自由ニシテ私人ハ反  
 對ノ意思ヲ表示シテ之ニ從ハサルコトヲ得ルモノナリ然レトモ任意法ニハ強  
 制力ナシト謂フノ意ニハ非ス若シ私人カ反對ノ意思ヲ表示セザルトキハ之ニ  
 從ハサルヘカラサルナリ例ヘハ刑法、租税法ノ如キハ命令法ニシテ私人ハ到底  
 之ニ反スルコトヲ得ス之ニ反シテ私法ノ大部分特ニ契約法ハ任意法ナリ民法  
 ハ債務ノ履行地ハ債權者ノ住所ナリ又雙務契約ノ費用ハ當事者雙方カ平等ニ  
 之ヲ負擔スヘキモノナリト規定セリ然レトモ當事者ハ之ニ反對スル契約ヲ爲

(二) 何レノ國ニモ屬セタル土地ニ於テモ或一國ノ臣民カ其土地ニ在任スル場  
 合カ問題ナリ此場合ニ於テハ其土地ハ他國ノ統治權ノ下ニ在ラサルカ故ニ在  
 任者ノ本國ハ在任者ニ對シテ他國ノ制限ヲ受ケスシテ統治權ヲ行ヒ得ヘシ  
 或ハ曰ハン若シ然ラハ領土ト未定屬地トノ區別ハ如何ニシテ之ヲ求メシカト  
 然レトモ此區別ハ容易ナリ一國ハ未定屬地ヲ先占シテ領土ト爲ササル以上ハ  
 統治ノ目的ノ爲メニ其土地ヲ自由ニ使用スルコト能ハス且其未定屬地ニ他國  
 ノ臣民モ在任セル場合ニ於テハ益然リトス畢竟未定屬地ハ領土ノ如ク十分ニ  
 統治權行使ノ手段タル性質ヲ具ヘサルナリ  
 或ハ曰ク領土内ニ於テモ外人ニ對シテハ其外國臣民タル身分ニ妨ナキ限ニ於  
 テノミ國權ヲ及ホスヲ得トセハ完全ニ統治權ヲ行ヒ得ト謂フコト能ハサルニ  
 非スヤト然レトモ外人ト雖モ其國ニ在任スル間ハ其國統治權ノ完全ノ行使ヲ  
 妨クルコト能ハサルハ無論ナリ若シ之ヲ妨害スル如キ者ハ其國ニ在任スルコ  
 トヲ許ササルコトヲ得畢竟統治權ノ完全ノ行使ヲ妨ケサルヤ明カナリ  
 以上述ヘ來リシ所ニ據リ領土ノ何タルヲ了解スルコトヲ得ヘシ唯注意スヘキ

ハ社會ノ實況ハ甚タ錯綜シ聞ク此議論ノ變例ヲ爲スカ如クニ見ユル場合アリ然レトモ仔細ニ論究スレハ決シテ此議論ヲ妨ケス其例ヲ舉ケレハ一定ノ地域ヲ二國以上ニテ共領スル場合ノ如キ又一國ニ在留スル外國君主及ヒ公使等ノ特權ノ如キ是ナリ彼ノ治外法權ノ制ノ如キモ亦此一例ナリ

### 第二節 領土ノ變更

領土ノ變更トハ領土ノ増加若クハ減少ノ場合ヲ稱ス元來領土ハ一定不變ノモノニ非ス時ニ伸縮スルコトアルハ免レ難シ然レトモ統治權ハ之カ爲メニ毫モ影響ヲ受ケサルハ既ニ述ヘタル所ニ據リテ明カナリ唯本節ニ於テハ領土變更ニ關スル二三ノ重要ナル問題ヲ説明セントス但此處ニ於テハ國內法ノ關係ノミヲ論シ國際關係ニ於ケル領土變更ハ措キテ問ハサルヘシ

第一 領土ノ變更ハ憲法ノ改正ヲ要スルヤ否ヤ 此問題ハ獨逸帝國憲法ノ如ク法文ニ於テ領土ノ範圍ヲ規定スル場合ハ明カナリ即チ領土ノ増減ハ憲法ノ變更ト爲ルヘシ然ルニ我國ノ如キハ憲法上領土ノ範圍ヲ明定セサルカ故ニ其

變更ハ憲法改正ノ問題ト爲ラサルカ如シ然レトモ一派ノ學說ノ如ク憲法ハ當然新領土ニ行ハレスト論スレハ憲法ヲ行フカ爲メニハ國家ノ特別ノ意思ヲ要シ此意思ノ表示ハ憲法變更ノ手續ニ依ルヘキヤ否ヤノ問題ト爲ルヘシ此點ニ關シテハ二說ニ分ツコトヲ得(一)憲法施行ノ區域ヲ廣ムルハ其規定ノ實體ヲ變更スルモノト謂フヘク隨テ憲法改正ノ手續ヲ要ストスル說(二)此場合ハ憲法施行區域ノ問題ニシテ憲法條項ノ改正ニ非ス故ニ其手續ヲ要セストスル說是ナリ

右ハ新領土即チ領土増加ニ關スル場合ナリ領土減少ノ場合モ此派ノ學說ニ依レハ從來確定シタル憲法施行區域ヲ動スモノナルカ故ニ其結論ハ亦二說ニ岐ルルコトト爲ルヘキナリ

第二 領土ノ變更ハ法律ヲ要スルヤ否ヤ 積極說即チ法律ヲ要ストノ說ハ蓋シ二種アリ(一)法律ハ舊領土ヲ限界トシテ行ハル故ニ其限界ヲ變更スル場合ハ法律ノ改正ニ依ラサルヘカラスト云フ說是ナリ然レトモ此說ハ直接ノ關係ト間接ノ關係トヲ混同スルモノナリ元來法律ハ領土ノ範圍ヲ定ムルモノニ非ス

唯既ニ定マレル領土ノ内ニ行ハルルモノナリ故ニ領土變更其レ自身ハ法律ニ依ル必要ナシ我國法ニ於テハ天皇ノ領土變更權ニ關シテ別ニ制限ヲ設クス但條約ニ依リテ領土變更ヲ行フ場合ハ憲法第十三條ニ關係スレトモ是レ亦制限ノ規定ニ非ス即チ單ニ天皇ハ諸般ノ條約ヲ締結ス下アルノミ畢竟領土變更ハ天皇大權ノ作用トシテ隨意ニ行フコトヲ得ヘキナリ(二)臣民ノ權利義務ハ憲法第二章ニ依リ法律ノ規定ヲ必要トス而シテ領土變更ハ臣民ノ權利義務ニ關係スルコト甚タ深キカ故ニ法律ヲ要スト云フ說是ナリ此說モ前說ノ如ク直接ノ關係ト間接ノ關係トヲ混同ス蓋シ領土變更ノ結果ハ臣民ノ權利義務ニ關係コトアリ隨テ法律ノ發布ヲ要スルモ是レ間接ノ結果ニシテ領土變更其レ自身カ直チニ法律ヲ要スト論スヘカラス況ヤ臣民ノ權利義務ハ必スシモ總テ法律ニ依ラサルヘカラサルニ非ス憲法第二章ハ唯其一部ニ止マルヲヤ

右積極說ニ對スル消極說即チ法律ヲ要セストスル論者ノ内ニモ例ヘハ領土變更ハ一ノ行政行為ナリ故ニ法律ヲ要セスト云フ者アリ行政行為ト云フハ立法行為ニ對シテ用ヒタル語ナリ予ハ領土變更ヲ以テ天皇大權ノ作用ニシテ法律

ニ依ラスシテ行フコトヲ得ルモノナリト解釋ス

第三 領土變更其レ自身ハ法律ヲ要セストスルモ領土變更ノ結果トシテ法律ニ變更ヲ及ボス場合ハ更ニ法律ノ發布ヲ要スルヤ否ヤ 例ヘハ選舉法等カ領土増減ノ爲メニ影響ヲ受クル場合ノ如キ是ナリ

先ツ領土増加ノ場合ハ法律ハ憲法ト異ナリテ當然新領土ニ行ハルルモノニ非ス法律施行ノ區域ハ從來確定セリ而シテ若シ此區域以外ニ法律ヲ施行セントスルトキハ法律ノ實體ヲ動スモノナルカ故ニ同シク法律ニ依ルヲ穩當ナリトス

次ニ領土減少ノ場合ハ或學者ハ曰ク法律ハ素ト領土内ニ行ハルルコトヲ條件トシテ發セラレタルモノナルカ故ニ領土減少スレハ更ニ法律ノ規定ヲ待タスシテ當然變更セララルモノト看ルヘシト然レトモ此說ハ領土變更其レ自身ト國家カ臣民ニ對スル關係トヲ混同スルノ恐アリ既ニ述ヘタル如ク領土變更其レ自身ハ法律ヲ要セストスルモ其結果トシテ國家カ臣民ニ對シテ命令スル場合ハ別ニ國法ノ定ムル形式ニ依ルヲ要ス而シテ目下ノ問題ハ舊來ノ法律ニ變

更ヲ及ホス場合ナルカ故ニ同シク法律ノ發布ヲ要ストズルヲ穩當ナリトス

第四 領土變更ハ直接ニ臣民籍ヲ變更スヘキヤ否ヤ 例ハ一國カ他國ニ領土ヲ割讓シタル場合ニ其領土内ニ在ル臣民ハ國籍ヲ變更スルモノナリヤ否ヤノ問題ナリ蓋シ人民ヲ以テ國家ノ所有物ト考ヘタル時代ニ在リテハ臣民ハ土地ト共ニ外國ニ移轉スル如クニ考ヘタレトモ今日ニ在リテハ臣民ハ當然國籍ヲ變更セス國際法ニ於テモ其者ニ選擇權ヲ與ヘ舊國民タル身分ヲ引續キテ有スルカ將タ外國民タル身分ヲ取得スルカハ其選擇ニ任スコトトス要スルニ臣民カ國家ノ爲メニ國籍ヲ割奪セラルルカ又ハ外國ニ歸化スル場合ノ外ハ當然國籍ヲ失ハストスルヲ今日ノ法理トス

第五 領土割讓ノ結果割讓ヲ受ケタル國家ハ割讓シタル國家カ其領土ニ關レテ負擔シタル義務ヲ受繼ク場合アリ此場合ハ畢竟私法上ノ法理ニ基クニ非サレハ國交上ノ公平便宜ノ觀念ニ出ツルモノニシテ國法上ノ關係トシテ説明スヘキ限ニ在ラサルナリ

## 第二編 天皇

### 第一章 天皇ノ國法上ノ性質

天皇ノ性質ニ關シテハ我國法上ニ説ニ岐ル(一)天皇ヲ國家ノ機關ナリトスル説(二)天皇ヲ統治ノ主體ナリトスル説是ナリ外國ニ於テハ彼ノ三權分立主義ニ基キ天皇ハ行政權ノ主體ナリト論スル者ナキニ非ス此説ハ統治權ヲ三分シ立法權ノ主體ハ國會ナリ司法權ノ主體ハ裁判所ナリ而シテ行政權ノ主體ハ天皇ナリト云フノ趣意ナリ然レトモ既ニ述ヘタル如ク統治權ハ唯一ニシテ分割スヘカラサルノミナラス我憲法ニ於テハ天皇ハ統治權ノ全部ヲ總攬シ給フコトヲ明カニ規定セリ(第一條第四條等)

又或學者ノ如キハ天皇ハ統治權ノ體ヲ有スルノミ其用ハ他ノ機關カ之ヲ有スト論ス此説ハ總テ權利ノ體ト用トヲ分割スル觀念ヨリ來ル然レトモ權利ノ體用ハ素ト分チ得ヘキモノニ非ス若シ其一ヲ缺クトキハ決シテ完全ナル權利ト謂フコト能ハサルナリ他人カ代リテ其用ヲ掌ル場合ハ其者ハ權利者ノ機關ニ

シテ事實上ノ機關ノ行爲ハ法理上ハ本人ノ行爲タリ畢竟權利ノ體用ハ之ヲ分割スヘキニ非ス

此他ノ諸説ハ始ク之ヲ略シ唯機關説ト主體説トニ付キ論セント欲ス  
(甲) 機關説 此説ハ外國ノ學者モ一般ニ主張スル所ナリ即チ天皇ハ國家ノ機關ナリト云フ蓋シ機關ト稱スルハ自己固有ノ人格ナク他ノ人格者ニ依リ付與セラレタル權限ヲ以テ行動スルモノナリ歐洲諸國ノ如キ國民主權ノ國柄ニ在リテハ君主ハ全ク國民ノ機關タルコト疑ナシ然ルニ我國ノ學者カ此觀念ヲ以テ我國法ヲモ説明セントスルハ予ノ怪シム所ナリ機關論者ハ曰ク我國法ニ於テモ天皇ハ國家ノ目的ヲ達スル一機關ニ過キス或ハ天皇ヲ機關ナリトスルハ我國體ノ尊嚴ト相容レスト云フ者アレトモ理論ハ毫モ之カ爲メニ曲クル能ハサルノミナラス且國體ノ尊嚴ト矛盾スル恐モナシ蓋シ機關ノ中ニ在リテモ一國ノ成立ニ缺クヘカラサル重要ノモノアリ又然ラサルモノアリ例ヘハ人體ニ於テ同シク機關ニテモ腦髓ノ如キ主要ナルモノアリ又然ラサルモノアルカ如シ畢竟天皇ハ機關ノ中ニ在リテ最モ重要ナルモノナリト論スレハ毫モ不都合

私權ノ設定移轉變更消滅ヲ惹起スヘキ行爲又ハ其作用ヲ表示スル行爲ヲ謂フ而シテ權利ヲ享有スル人ハ亦之ヲ行使スルコトヲ得ルヲ通則トスルヲ以テ法律ノ規定ニ依リ其能力ヲ制限セラレサル限ハ能力者ト認メサルヘカラス故ニ何レノ立法例ニ於テモ無能力ニ關スル事項ハ特ニ詳細ノ規定ヲ設ク無能力者ニハ一般無能力者ト特別ノ無能力者トノ二種アリ特別ノ無能力者トハ一定ノ場合ニ特定ノ行爲ヲ爲ス能力ヲ有セサル者ヲ謂フ例ヘハ後見人カ被後見人ノ財産ヲ讓受タルコトヲ得サルカ如キ(第九三〇條)購買ノ委任ヲ受ケタル執達吏ハ其購買人ト爲ルコトヲ得サルカ如キ(競買法第四條)破産者ハ破産手續中ハ其財産ヲ管理又ハ處分スルコトヲ得サルカ如キ(商法第九八五條)是ナリ此等ハ民法各論又ハ他ノ特別法ニ於テ詳論スヘキ事項ニ屬ス  
一般無能力者トハ第一未成年者第二禁治産者第三準禁治産者第四妻是ナリ獨逸民法ニ於テハ能力ヲ分テテ權利能力及ヒ行爲能力ノ二トシ權利能力ハ何人モ之ヲ有スルモノトシ行爲能力即チ私權行使ノ能力ヲ無能力者限定能力者ノ二ニ區別シ(一)七歳未滿ノ未成年者(二)心神喪失ノ狀況ニ在ル者(三)精神病ノ爲メ

ニ無能力ト宣告セラレタル者ヲ無能力者トシ(一)滿七歳以上ノ未成年者(二)浪費精神ノ耗弱亂酒ノ爲メニ治産ヲ禁セラレタル者(三)前(一)ノ原因ノ爲メニ一時後見ニ付セラレタル者ヲ以テ制限能力者トシ制限能力者ノ行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得ヘク無能力者ノ行爲ハ無効ナリトセリ蓋シ法律カ行爲能力ヲ有セサルモノト認メタル以上ハ此者ノ爲シタル行爲ハ意思ナキモノトシテ之ヲ無効ナラシムヘキハ必然ノ理ナリ

舊民法ハ自治産未成年者ナル制度ヲ設ケ未成年者カ婚姻ヲ爲スニ因リ又ハ親權ヲ行フ父又ハ母カ滿十五年ニ達シタル子若クハ親族會カ滿十七年ニ達シタル子ニ自治産ヲ許シタルトキハ自治産權ヲ取得セシメント雖モ舊民法人事編第二一三條乃至第二一五條現行民法ハ婚姻ト能力トハ關係ナキモノトセシカ故ニ自治産ナルコトヲ認メヌ又刑法第三十五條舊民法第二百三十六條ニハ刑事禁治産ナルコトヲ規定セシモ民法施行法第十四條ハ之ヲ削除セルヲ以テ現今ニ於テハ犯罪ノ結果治産ヲ禁セラレタルコトナシ蓋シ禁治産ヲ附加刑トシタル所以ノモノハ重罪ノ囚徒タルニ拘ハラヌ其財産ヲ處分スルコトヲ得ル權利

アリトセハ獄中ニ在リテ自己ノ財産ヲ使用シ其欲望ヲ達スルコトヲ得ヘク隨テ罪人ヲ懲戒スルノ目的ヲ貫徹スルコトヲ得ヌ又自己ノ財産ヲ以テ獄中ニ賄賂ヲ爲シ種種ナル弊害ヲ生スルニ至ルヘシ故ニ財産處分權ハ之ヲ禁止セザルヘカラスト云フニ在ルモノノ如シ然レトモ右ノ理由ヲ以テ刑事禁治産ヲ設ケルモノトセハ唯リ之ヲ重罪犯ニ限ルヘキ理由ナキノミナラス論旨第一ノ如キハ治産ヲ禁セザレハトテ獄中ノ取締ニ關シ嚴重ノ規定ヲ設ケ其自由ヲ制限スルコトヲ得ヘク又獄吏ニ賄賂スト云フカ如キハ賄賂ヲ受クル人ノ監督不十分ナルヨリ生スルモノニシテ囚徒カ如何ニ獄吏ヲ誘フニ利ヲ以テスルモ之ニ聽セザルトキハ其弊害ヲ生スルコトナシ加フルニ囚徒ト獄吏ト結託シテ惡事ヲ爲サント欲セハ主刑執行中治産ノ禁アルト否トニ關係ナキナリ而シテ此制度アルカ爲メニ却テ財産ノ融通其利用及ヒ改良ヲ妨ケ善意ニテ取引シタル第三者ノ利益ヲ害シ且囚徒ノ家族ニマテモ不便ヲ感セシムルニ至ル是レ現行民法カ刑事上ノ禁治産ヲ認メサル所以ナリ法律カ一般無能力者ヲ定メ其權利行使ノ能力ヲ制限シタル理由如何蓋シ未成年者禁治産者準禁治産者ノ如キハ無能

力者自身及ヒ其家族ノ利益ヲ保護スル趣旨ニ出ツルモノナリ未成年者ハ普通ニ智識ノ發達未タ十分ナラス隨テ法律行爲ヲ爲スニ當リテ其事件ノ利害關係ヲ判斷シ自己ニ利益アルモノト然ラサルモノトヲ區別スルコト難キヲ以テ其能力ヲ制限セスンハ相手方ハ未成年者ノ智識經驗ノ不十分ナルニ乘シテ自己ノミニ利益アル行爲ヲ爲サシメ未成年者ハ爲メニ損失ヲ被ルコトナキヲ保キス又禁治産者ハ心神喪失ノ常況ニ在ル者ナルヲ以テ辨別心ヲ有セサルコト未成年者ヨリ更ニ甚シキモノアリ殊ニ心神喪失中ニ爲シタル行爲ナルコト未明スルハ甚タ困難ナルヲ以テ之カ立證ヲ爲スコト能ハサルカ爲メニ其行爲ヲ有效ナリトセハ本人ハ非常ノ損失ヲ被ルコトアルヘク終ニハ親族ニ於テ之ヲ扶養セサルヘカラサル結果ヲ生スルニ至ルヘキヲ以テナリ單禁治産者ハ禁治産者ノ如ク心神喪失セル者ニ非スト雖モ智識發達ノ不十分ナル者ナルカ故ニ其利益保護ノ爲メニ其能力ヲ制限セリ妻ヲ無能力ト爲シタルハ女子ハ智識ノ發達十分ナラス辨別力ニ乏シキカ爲メニ其利益ヲ保護スルノ趣旨ニ非ス何トナレハ寡婦及ヒ未婚ノ女子ハ男子ト同シク完全ノ能力ヲ有スレハナリ畢竟妻

ノ無能力ハ婚姻ニ始マリ其解除ニ因リテ終ハルモノナルヲ以テ妻タル身分ニ伴フモノト謂ハサルヘカラス蓋シ妻ハ夫ト同シク完全ノ能力ヲ有シ獨斷ニテ總テノ法律行爲ヲ爲スコトヲ得ヘントセハ妻ハ夫ノ意思ニ反シテ有效ニ法律行爲ヲ爲シ得ヘキカ故ニ一家ノ平和秩序ヲ維持スルコト能ハサルコトアルヘク法律カ夫權ヲ認メ妻ヲシテ之ニ服從セシムル趣旨ト相容レサルニ至ルヲ以テナリ

### 第一項 未成年者

未成年者ヲ無能力者トスル所以ノモノハ智識ノ發達不十分ナルカ爲メニ特ニ之ヲ保護スル趣旨ニ出テタルハ上述ノ如シ然ラハ人ハ一定ノ年齢ニ達スレハ事件ノ利害得失ヲ判斷シ得ヘキ智識ヲ備フルモノナルヤ理論及ヒ實際ニ於テハ決シテ然ラス何トナレハ智識ハ學識經驗ヲ重ムルニ隨ヒ漸次發達スヘキモノニシテ且人ノ性質教育及ヒ境遇ノ如何ニ依リ各々發達ノ程度ヲ異ニスレハナリ故ニ理論トシテハ智識ノ發達セシヤ否ヤハ事實及ヒ證據ニ付キ其判定ヲ



裁判官ニ一任スルニ若カサルカ如シト雖モ若シ此ノ如クセハ實際ノ弊害ハ甚シク訴訟爭論絶ユルコトナク且相手方ノ取得セシ權利ハ隨時取消ニ因リテ喪失スヘク結局社會取引ノ安全ヲ保持スルコト能ハス是ニ於テカ各國ノ立法例ニ於テハ便宜ヲ主トシ一般ニ一定ノ年齡ニ達スルマテハ之ヲ無能力者トセリ唯各國ノ立法ニ於テ差異アルハ其年齡及ヒ區別ノ方法ニシテ羅馬法ノ如キハ能力ヲ取得スル時期ヲ數段ニ區別シ年齡ノ長スルニ從ヒ漸次能力ノ範圍ヲ擴張セリ例ヘハ七歲十四歲二十五歲ト云フカ如ク年齡ヲ分界シ七歲未滿ノ子ハ法律上全ク意思ヲ有セス隨テ獨立シテ權利ヲ得ル行爲モ義務ヲ負フ行爲モ共ニ爲スヲ得ストセリ七歲以上十四歲マテハ單ニ權利ヲ得ル行爲ハ有效ニ爲シ得ヘキモ義務ヲ負フコトヲ得ストセリ此ノ如ク漸次能力ノ範圍ヲ擴張スルハ智力ノ漸次發達スル點ヨリ觀ルトキハ最モ理論ニ適シタルモノナルヘシト雖モ年齡ヲ數多ニ區分シテ之カ制限ヲ設クルハ實ハ甚ク煩シクシテ實際ノ不便鮮カラス獨逸民法ハ羅馬法ノ主義ヲ採リ七歲二十一歲ト區別シ七歲マテハ全ク辨別力ナキモノト看做シ隨テ其行爲ハ絕對ニ無效トシ滿七歲以上二十一歲

マテハ未成年者ヲ限定能力者トセリ我民法ハ滿二十歲ヲ以テ成年トシ二十歲以下ノ者ハ無能力者トセリ是レ我國從來ノ慣例ニシテ國民ノ智識發達ノ程度ニ照シ適當ト認メタルニ由ル

法律カ未成年者ヲ無能力トセシハ其利益保護ニ基クモノナルヲ以テ其行爲ヲ無効ナリトセハ未成年者ト取引スル者ナキニ至リ之ヲ保護セントスル趣旨ヲ貫徹スルコトヲ得ス故ニ法律ハ未成年者カ法律行爲ヲ爲スニハ其法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ要スト規定シ若シ此同意ヲ得シテ爲シタル行爲ハ無効ニ非スシテ之ヲ取得スコトヲ得ヘキモノトセリ但未成年者カ對價ヲ爲スコトヲ要セスシテ權利ヲ取消シ又ハ義務ヲ免ルヘキ行爲ハ尠モ未成年者ニ損害ヲ與フルモノニ非サルカ故ニ其行爲ヲ爲スニ付キ法定代理人ノ同意ヲ得セシムル必要ナキヲ以テ第四條但書ヲ設ケ其例外ヲ規定セリ

以上ハ一般未成年者ニ關スル通則ナリ左ニ未成年者カ或財產ノ處分ニ關シ又或營業ニ關シ未成年者ト同一ノ能力ヲ有スル場合ヲ説明スヘシ

第一 法定代理人カ目的ヲ定メテ處分スルコトヲ許シタル財產ハ其目的ノ範

圍内ニ於テ未成年者自由ニ之ヲ處分スルコトヲ得。蓋シ未成年者ト爲シタル取引ハ未成年者ニ於テ之ヲ取消ササルコトヲ表示スルモ法定代理人ハ何時ニテモ之ヲ取消シ得ヘキモノナルカ故ニ何人モ安シテ未成年者ト取引スル者ナキニ至ルヘシ隨テ未成年者カ日常生活ニ必要ナル物件ヲ取得セント欲スルモ之ヲ得ルコト能ハサルコトト爲リ未成年者ヲ保護セント欲シテ却テ未成年者ニ不便ヲ與フル結果ヲ生ス故ニ民法ハ法定代理人カ目的ヲ定メテ處分スルコトヲ許シタル財產ハ其目的ノ範圍内ニ於テ未成年者隨意ニ之ヲ處分スルコトヲ得ヘク又目的ヲ定メスシテ或財產ノ處分ヲ許シタルトキモ亦自由ニ之ヲ使用スルコトヲ得ト規定セリ(第五條)即チ法定代理人カ用途ヲ指定シテ或財產ノ處分ヲ許シタルトキハ其用途ノ爲メニ之ヲ使用スルニハ法定代理人ノ同意ヲ得ルコトヲ要セス例ヘハ一定ノ金錢ヲ學費トシテ使用スヘキコトヲ許シタルトキハ其金錢ヲ以テ教科書ヲ購入シテ下宿料ヲ支拂フカ如キ又財產ノ用途ヲ指定セサルモ例ヘハ某土地此公債證書ト云フカ如ク財產ヲ指定シテ處分ヲ許シタルトキハ其處分ニ付テハ亦法定代理人ノ同意ヲ要セス隨意ニ處分スルコト

ヲ得ルモノトス。第二 一種又ハ數種ノ營業ヲ許サレタル未成年者ハ其營業ニ關シテハ成年者ト同一ノ能力ヲ有ス。舊民法ハ商業工業ヲ營ムコトヲ許サレタル未成年者ハ其營業ニ關シテハ成年者ト同一ノ能力ヲ有スルモ不動產ハ之ヲ讓渡スルコトヲ得ストセリ是レ不動產ヲ賣ヒテ動產ヲ輕シタル時代ニ制定セラレタル舊民法ヲ襲用セシヲ以テナリ然ルニ獨斷ニテ商業ヲ爲シ得ヘキ程度マテ智識ノ發達セル未成年者タル以上ハ不動產ノ讓渡ト雖モ之ヲ許シテ毫モ不可ナキカリ事コ之ヲ許ササレハ商業ヲ許シタル目的ヲ達セザル場合ナシト謂フヘカラス何トナレハ商業ヲ爲スニハ資本ヲ要スベキ時トシテ不動產ヲ賣却シテ商業資本ヲ作ルヘキ必要ナキニモ非サレハナリ殊ニ現今ハ公債證書株券其他ノ有價證券等アリテ重要ナル財產タルコト不動產ト異ナルコトナシ故ニ現行民法ハ此等ノ制限ヲ設ケス其營業ニ關シテハ成年者ト同一ノ能力ヲ有ス。ト規定セリ隨テ其營業ニ屬スル動產又ハ不動產ヲ讓渡シ得ヘキハ勿論其營業ノ爲メニスル行爲ニ付テハ完全ナル行爲能力ヲ有ス。

或營業ヲ許サレタル未成年者ハ其許可ノ日ヨリ其營業ニ關シ成年者ト同一ノ能力ヲ有スヘキカ又ハ營業開始若クハ商業登記簿ニ營業ノ許可ヲ登記シタル日ヨリ此能力ヲ有スヘキカ舊商法ニハ商業登記簿ニ登記ノ日ヨリ成年者ト同一ノ能力ヲ有スヘキモノトセシモ登記ハ公示方法トシテ第三者ニ對抗シ得ヘキ效力ヲ生スルニ過キサレカ故ニ特別ノ規定ナキ限ハ其營業ニ關シテハ許可ノ日ヨリ能力ヲ有スルモノナリ隨テ登記ナキヲ理由トシテ未成年者ヨリ相手方ニ對抗スルコトヲ得ス(商法第五條第一二條舊商法第一一條)

未成年者ニハ一切ノ營業ヲ爲スコトヲ得ヘキカ蓋シ一切ノ營業ト云フモ何人モ同時ニ總テノ營業ヲ爲シ得ヘキモノニ非ザルカ故ニ一切ノ營業ヲ許可ストノ趣旨ハ營業ノ種類ヲ定メスシテ之ヲ許可シ其種類ハ未成年者ヲシテ選擇セシメ商賈換ヲ爲スニ當リ其都度許可ヲ爲サスシテ可ナリヤト云フニ歸著スヘシ是レ親族編第八百八十六條及ヒ第九百二十一條ノ解釋ニ屬スル事項ナリト雖モ便宜之ヲ益ニ說明センニ同第九百二十一條ニハ單ニ營業ヲ許可シトアルヲ以テ未成年者ニ營業ノ種類ヲ選擇セシムル方法ニ於テ之ヲ許可

スルハ毫モ支障ナキモノト解釋セサルヘカラス或ハ非訟事件手續法第六十六條ニハ營業ノ種類ヲ記載スヘキコトヲ規定セルカ故ニ法律ノ趣旨ハ營業ノ種類ヲ定メスシテ概括的ニ之ヲ許可スルコトヲ認メサルモノナリト言フ者アルヘシト雖モ非訟事件手續法ノ規定ハ民法ノ規定ノ趣旨ヲ確定スルニ足ラザルノミナラス登記申請ニ營業ノ種類ヲ記載スヘキコトヲ定ムルモ之カ爲メニ未成年者ヲシテ營業ノ種類ヲ選擇セシムルコトヲ得ストノ論決ヲ生スヘキモノニ非ザレハナリ

法定代理人カ未成年者ノ智識發達ノ程度ト家計ノ必要トニ應シ營業許可ヲ與ヘタルモ實際獨立シテ營業ヲ爲スニ當リテ自己ニ不利益ナル取引ヲ爲シ又ハ商機ヲ見ルコト能ハサル等ノ爲メニ失敗ヲ招キ到底其業ヲ經營スル能力ヲ有セザルカ若クハ別業ヲ營マシムル必要アルヘシ此場合ニ於テ一旦許可シタルモノナルヲ以テ之ヲ取消シ又ハ其能力ヲ制限スルヲ得ストセハ却テ未成年者及ヒ其一家ノ不利益ヲ招クコトアルヘシ故ニ民法第六條第二項ニ於テ一旦與ヘタル許可ヲ取消シ又ハ制限シ得ヘキコトヲ規定セリ即チ營業ヲ許可シタル

場合ニ於テ其未成年者カ營業上ノ經驗ニ乏シク獨立レテ營業ヲ爲スニ堪ヘテ  
 ル形跡アルトキハ法定代理人ハ之ヲ取消シ又ハ制限スルコトヲ得即チ單獨ニ  
 テ營業ヲ許可スルコトヲ得ル者ハ亦單獨ニ之ヲ取消スコトヲ得ヘテ親族會  
 ノ同意ヲ經テ營業ヲ許可スルコトヲ得ヘキ者ハ亦同一ノ形式ヲ踐ミタル後之  
 テ取消スコトヲ得ヘシ(第八八三條第九二一條) 其取消ノ效力ハ後之  
 許可ノ取消又ハ制限ハ將來ニ對シテ效力ヲ生スルノミニシテ遡及力ヲ有セズ  
 且其效力ハ絕對的ナルヲ以テ相手方ハ過失ナクシテ事實ヲ知ラザルコトヲ  
 理由トシテ取消又ハ制限ノ後ニ其營業ニ關シ未成年者ト爲シタル行為ノ有效  
 ナルコトヲ主張スルコトヲ得サルナリ

### 第二項 禁治產者

精神病ノ爲メニ心神喪失ノ常態ニ在ル者ハ裁判所ノ宣告ニ依リ禁治產者ト爲  
 スコトヲ得ヘシ禁治產者ト爲スニハ心神喪失ノ常況ニ在ルコトヲ要スルヲ以  
 テ一時狂人ト爲リタレハトテ直チニ禁治產者ト爲スヲ得ス蓋タ本心ニ復スル  
 コトナキ狂人及ヒ時トシテハ本心ニ復スルコトアルモ概シテ心神ヲ喪失セル  
 者ニ就キ禁治產ノ制度ヲ適用スヘキナリ民法カ此制度ヲ設ケタル所以ハ概論  
 ニ於テ述ヘシヲ以テ之ヲ再說セスト雖モ要スルニ爭ヲ未萌ニ防キ一方ニハ心  
 神喪失者ノ利益ヲ保護スルニ在リ蓋シ此制度ナクンハ心神喪失者ノ行為ニ付  
 テハ常ニ其場合毎ニ喪心中ニ爲シタル行為ナルカ又ハ本心ニ復シタルトキニ  
 爲シタルモノナルカヲ明カニシ以テ法律行為ノ有效無效ヲ決セザルヘカラス  
 而シテ此事タル立證甚タ困難ニシテ法律行為ノ無效ヲ主張スル者ノ利益ヲ  
 招クニ至ルヲ以テナリ

禁治產ノ宣告ヲ請求シ得ル者ハ(第一)本人ナリ舊民法ハ本人ニハ請求權ヲ與  
 ナリシカ現行民法ハ本人モ之ヲ請求シ得ヘキコトヲ規定セリ是レ一時本心ニ  
 復スルコトアル狂人ニ對シ禁治產ノ制度ヲ設ケ本人ノ利益ヲ保護スル以上ハ  
 本人カ一時其病氣平癒シテ本心ニ復シタル際他日病氣再發シ辨別力ヲ失ヒ自  
 己ニ不利益ナル法律行為ヲ爲スコトアルヲ重リ禁治產ノ制ニ從フヲ必要トシ  
 テ自ラ之ヲ請求シタルトキハ其請求ヲ容レ禁治產者ト宣告スルハ此制度ノ目

的ヲ貫徹スル上ニ付キ最モ必要ノ事ナレハナリ(第二)配偶者(第三)四親等内ノ親族ナリ親等トハ親族間ノ世數ヲ算シテ之ヲ定ムヘキモノニシテ傍系ニ有リテハ其一人又ハ配偶者ヨリ同始祖ニ遡リ其始祖ヨリ他ノ一人ニ下ルマテノ世數ヲ算シテ定ムヘキモノナリ(第七)二六條即チ四親等トハ世數四以内ノ親族ヲ謂フ(第五)主第六後見人第七保佐人ナリ(第八)檢事ヨリモ必要ト認ムルトキハ禁治産ノ宣告ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得ヘシ檢事ヲシテ禁治産ノ宣告ヲ請求セシムル所以ノモノハ心神喪失者ニ對シ禁治産ノ宣告ヲ請求シ得ル者ナキカ又ハ之ヲ請求シ得ル者アリトスルモ皆進ミテ之カ請求ヲ爲ササル場合ニ之ヲ強制スルコト能ハス左レハトテ之ヲ放棄シ置タトキハ其財産ノ管理又ハ處分ヲ爲スコト能ハサルハ勿論自己ニ不利益ナル行爲ヲ爲シ終ニハ財産ヲ擲盡スル虞アルノミナラス後見人ヲ定メ之ヲシテ癡癪者ノ療養看護ヲ爲サシムル必要アルヲ以テナリ(第九)再婚キズト親屬ノ關係ハ其舊來ノ親屬ノ關係ニ依リテ禁治産ノ宣告ハ決定ノ日ヨリ直チニ其效力ヲ生スルカ又ハ決定後一定ノ手續ヲ履行シテ始メテ其效力ヲ有スヘキモノナルカ人事訴訟手續法第五十二條ニ

於テ之ヲ規定シテ禁治産者ノ法定代理人又ハ法律ニ依リ後見人ト爲ルヘキ者カ決定ノ途邊ヲ受ケタル日若シ右ノ者ナキトキハ檢事カ其途邊ヲ受ケタル日ヨリ效力ヲ生ストセリ而シテ決定ハ途邊スルト同時ニ公告スヘキモノトセリ是レ禁治産ノ決定ハ第三者ヲシテ取引上ノ注意ヲ爲サシムルカ爲メ之ヲ知ラシムル必要アルヲ以テナリ(第十)同法第五十三條(第十一)親屬ノ關係ニ依リテ禁治産者ニハ後見人ヲ附シ之ヲシテ禁治産者ノ爲メニ法律行爲ヲ爲サシムル若シ禁治産者自ラ法律行爲ヲ爲シタルトキハ其法律行爲ハ取消シ得ヘキモノタリ唯例外トシテ婚姻及ヒ遺言ハ有效ニ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ(第七)四條第一〇七三條(未成年者ニ在リテハ法定代理人ノ同意ヲ得ルトキハ有效ニ法律行爲ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ禁治産者ニ在リテハ總令法定代理人ノ同意アルモ其法律行爲ハ取消シ得ヘキモノタリ或ハ後見人ノ同意アルトキハ禁治産者ハ有效ニ法律行爲ヲ爲スコトヲ得ヘシト主張スル者アルヘシト雖モ後見人ノ同意アルモ其行爲ハ禁治産者ノ行爲ニ外ナラサルヲ以テ民法第九條ノ適用ヲ免ルルコトヲ得サルモノト解釋セサルヘカラス(第十二)同法第九條ノ適用ヲ免



意者ニハ千圓ヲ與フルノ意思ナキコトヲ知ラタルトキ又ハ之ヲ知ルコトヲ得  
ヘカリシトキ例ヘハ救助ヲ求ムル者カ貧困ニシテ千圓ノ金額ヲ調辨スルカ如  
キハ其資力ノ堪ヘサル所ナル場合ニ於テ救助者カ其實ヲ知レルトキノ如キ  
ハ其意思表示ハ無効ニシテ表意者ハ之ニ依リテ福東ヲ受タルコトナシ但此場  
合ニ於テモ表意者ハ救助者ニ對シテ相當ノ損害賠償ヲ爲ササルヘカラサルハ  
勿論ナリト雖モ是レ損害賠償ノ問題ニシテ意思表示ノ效力問題ニハ非サルナ  
リ

(乙) 虛偽ノ意思表示 虛偽ノ意思表示トハ表意者カ相手方ト通シテ其真意ニ  
非ナル意思表示ヲ爲スヲ謂フ其學者ノ稱シテ心裡ノ留保ト爲ス所ノモノ即チ  
我民法第九十三條ニ規定スル意思表示ト異ナル所ハ真意ニ非ナル意思表示ヲ  
爲スニ付キ相手方ノ同意ヲ得タルニ在リ凡ソ意思表示ハ意思ト表示ト一致ス  
ルコトヲ要スルモノナルヲ以テ原則トシテハ真意ニ非ナル意思表示カ效力ヲ  
有スルコト能ハサルコトハ既ニ述ヘタル所ナリ唯第九十三條ノ場合ニ於テハ  
惡意ナク且過失モナキ者ヲ保護スルカ爲メニ法律カ特ニ真意ニ非ナル意思表

示ヲ以テ有效ナル意思表示ト爲シタルニ過キス然ルニ虛偽ノ意思表示ノ場合  
ニ於テハ其真意ニ非サルコトニ付キ相手方ノ同意ヲ得タルモノナルヲ以テ之  
ヲ無効トスルモ相手方ハ之カ爲メ其期待スル所ヲ誤ルニ至ルノ虞ナキモノナ  
リ故ニ法律ハ此場合ニ於テハ原則ヲ適用スルヲ當然ト爲シ第九十四條第一項  
ヲ以テ相手方ト通シテ爲シタル虛偽ノ意思表示ハ無効トスヘキモノト爲シタ  
リ

契約ノ有效條件トシテ義務ニハ必ス原因アルコトヲ要スト爲シタル法律例ヘ  
ハ我舊民法又ハ佛蘭西民法伊太利民法等ニ於テハ虛偽ノ契約中全ク假裝ニ係  
ル契約ハ原因ナキ契約トシテ之ヲ無効ト論スルコトヲ得ヘシト雖モ義務ノ原  
因ナルモノヲ以テ契約ノ要件ト爲サザリシ新民法ノ下ニ於テハ虛偽ノ契約ハ  
縱令全ク假裝ニ係ルトキト雖モ之ヲ以テ意思ト表示ト一致セザルカ故ニ之ヲ  
意思表示ト謂フコト能ハス隨テ無効ナリト論セザルヘカラス同シテ虛偽ノ法  
律行為ヲ無効ト爲スモノナリト雖モ法律規定ノ相違ハ自ラ解釋論ノ根據ヲ異  
ニスルニ至ラシムルモノナルコトニ注意スルコトヲ要ス

虚偽ノ意思表示ハ無効ナリト雖モ其無効ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス(第九四條第二項)例ヘハ事實物品ノ貸借ヲ爲シタル者或事情ノ爲メ之ヲ賣買シタルカ如ク表示シタル場合ニ於テ借主カ其物品ヲ第三者ニ賣却シタルトキハ貸借ノ當事者ハ其稱シテ賣買ト爲シタル所カ虚偽ノ意思表示ナルコトヲ理由トシテ第三者ニ對スル賣買契約ノ無効ヲ主張スルコト能ハス蓋シ虚偽ノ意思表示ナルモノハ當事者間ニ於テハ其虚偽ナルコトヲ知ルヲ以テ之ヲ無効トスルモ之カ爲メニ當事者ノ各自ハ其目的ヲ誤リタリト言フコト能ハサルモノナリ然レトモ第三者ナル者ハ當事者間ニ或意思ノ表示セラレタル場合ニ於テハ其表示カ當事者ノ真意ニ非サルコトハ之ヲ知ルニ由ナキモノナルヲ以テ一應ハ其表示ニ信用ヲ置クモノナリ當事者カ通謀シテ真意ニ非サル意思表示ヲ爲シタル場合ニ於テハ殊ニ然リ若シ真意ニ非サル意思表示ニシテ故意ニ出テタルモノニ對シ善意者ヲ保護スルノ必要アリトモハ當事者ノ通謀シテ爲シタル虚偽ノ意思表示ノ爲メニ誤ラレントスル善意ノ第三者ノ如キハ法律ノ保護ヲ受クヘキ第一位ニ居ルモノト謂ハサルヘカラス故ニ第九四條第

二項ハ公益保護ノ必要上虚偽ノ意思表示ノ無効ナルコトハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノト爲シタリ

第九四條第二項ニ依リ虚偽ノ意思表示ヲ以テ有效ナリシモノト爲スハ左ノ場合ニ限ルモノトス

(イ) 第三者カ善意ナルコトヲ要ス 虚偽ノ意思表示ヲ有效トスルハ當事者ノ故意ノ爲メニ誤ラルルノ虞アル第三者ヲ保護スルカ爲メナリ若シ第三者ニシテ其意思表示ノ虚偽ナルコトヲ知ルトキハ其無効ナルコトニ因リテ受クヘキ不利益ハ其豫メ期スル所ナリト謂ハサルヘカヲサルカ故ニ特ニ規定ヲ設ケテ之ヲ保護スルノ必要ナキナリ但第三者ニシテ善意ナル以上ハ意思表示ノ虚偽ナルコトヲ知ラザリシコトニ付キ過失アルモ之カ爲メ法律ノ保護ヲ受クルコトヲ妨ケラルルモノニ非ス是レ解釋上疑ナキ所ニシテ理論上ニ於テモ亦然ラサルヲ得サル所ナリ何トナレハ故意ニ爲シタル當事者ト過失アル第三者トノ間ニ於テハ法律ハ常ニ後者ニ對スル保護ヲ厚ウスヘキコト事理ノ當然ナルヲ以テナリ



(ロ) 虚偽ノ意思表示ヲ對抗セラルル者カ第三者ナルコトヲ要ス 相續人又ハ包括受遺者ノ如キ承繼人ハ第三者ニ非ス故ニ相續人又ハ包括受遺者ハ意思表示ノ虚偽ナルコトヲ知ラザリシトキト雖モ第九十四條第二項ニ依リ其有效ナルコトヲ主張スルコト能ハス蓋シ承繼人ナル者ハ承繼ニ因リ被承繼人ノ有シタル權利又ハ義務ヨリ多クノ權利又ハ義務ヲ取得スルコト能ハサルカ故ニ當事者ニシテ有效ト主張スル能ハサル意思表示ハ當事者ノ承繼人ニ於テ之ヲ有效ト主張スルコトヲ得ヘキ理ナキヲ以テナリ但茲ニ所謂承繼人トハ被承繼人ノ人格ヲ承繼スル者又ハ被承繼人ノ人格ヲ承繼スル者ト同一ノ權利義務ヲ有スヘキ者ノミヲ謂フモノトス故ニ學者ノ稱シテ特別ノ承繼人ト爲ス所ノ者ハ勿論其稱シテ一般ノ承繼人ト爲ス所ノ者ト雖モ被承繼人ノ人格ヲ承繼セザル者又ハ其人格ヲ承繼スル者ト同一ノ權利義務ヲ有セザル者ハ之ヲ包含セザルナリ是レ第九十四條第二項カ善意者保護ノ趣旨ニ由リテ規定セラレタルコトヨリ生スル當然ノ推理ナリ

(ハ) 虚偽ノ意思表示ノ無効ヲ主張スル者カ善意ノ第三者ナラサルコトヲ要ス

第九十四條第二項ハ善意ノ第三者ニ對シテ虚偽ノ意思表示ノ無効ヲ引用スルコト能ハサルコトヲ定ムルノミナルヲ以テ善意ノ第三者ハ虚偽ノ意思表示ノ無効ヲ引用スルハ該條項ノ妨タル所ニ非ス故ニ善意ノ第三者ニシテ其意思表示ヲ無効トスルニ利アリト信スルトキハ之カ無効ヲ主張スルコト其隨意ナリ是レ至當ノ事ニシテ第三者保護ノ目的ヲ以テ設ケラレタル規定カ其不利益ニ適用セラルヘキ理ナキナリ

人カ虚偽ノ意思表示ヲ爲スハ種種ノ事情アリテ然ルモノナルヘシト雖モ多クハ真正ノ行為ヲ隱蔽スルカ爲メ故ラニ虚偽ノ行為ヲ假裝スルモノナリ此場合ニ於テ假裝ノ行為ノ無効ナルコトハ上來説明セル所ノ如シト雖モ其隱蔽セラレタル行為ハ其效力ヲ有スルモノナルヤ否ヤ此問題ハ隱蔽セラレタル行為ノ適法ナルト否トニ依リ其解決ヲ異ニスルモノナリ當事者カ適法ナル法律行為ヲ爲スノ意思ナルニ拘ハラヌ之ヲ第三者ニ知ラシムルヲ憚ルノ事情アリテ虚偽ノ法律行為ヲ假裝シタル場合例ヘハ或人ニ贈與ヲ爲スノ意アル者カ第三者ノ爲メニ其贈與ナルコトヲ知ラルルヲ厭フノ事情アリテ其事情ヲ相手方ニ打

明シ恰モ賣買ヲ爲シタルモノノ如ク假裝シタル場合ニ於テハ賣買ナル法律行為ハ成立セザルモ贈與ナル法律行為ハ成立スルモノナリ何トナレハ雙方共ニ贈與ナル法律行為ヲ爲スノ意思アリテ其意思ハ明示又ハ默示ニテ表示セラレタルモノナルヲ以テナリ之ニ反シテ當事者カ不法ナル法律行為ヲ爲シ之カ履行ヲ爲スカ爲メニ虛偽ノ法律行為ヲ假裝シタル場合例ヘハ或人カ外國人即チ土地ノ所有權ヲ取得スルコト能ハサル者ニ土地ヲ賣却スルノ意ナリシニ拘ハラシ恰モ地上權ヲ設定シタルモノノ如ク裝ヒタルトキハ地上權ノ設定カ效力ヲ生セザルハ勿論賣買ナル法律行為モ亦其效力ヲ生スルコト能ハサルナリ

虛偽ノ法律行為ニ依リテ隱祕セラレタル真正ノ法律行為カ有效ナル場合ニ於テ其效力ハ之ヲ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルヤ否ヤ我舊民法及ヒ佛蘭西民法ハ反對證書ノ效力ヲ規定シ其善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ザルコトヲ定メタリ舊民法證據編第五〇條佛蘭西民法第一三二一條舊民法及ヒ佛蘭西民法カ共ニ法律行為其モノノ效力ニ關スル事項ニ付キ證書ノ效力トシテ規定シタルハ學者ノ批難スル所ナリト雖モ法條ノ編次論ハ姑ク之ヲ措キ此ノ如キ

明文規定ノ下ニ於テハ隱祕セラレタル法律行為ノ效力ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコト能ハサルハ論ヲ須タス新民法ノ下ニ於テハ此問題ハ如何ニ之ヲ決定スヘキヤ予ハ新民法ノ下ニ於テモ隱祕セラレタル法律行為ノ效力ハ之ヲ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ザルモノナリト信ス蓋シ虛偽ノ法律行為ノ下ニ隱祕セラレタル真正ノ法律行為ナルモノハ兩兩相容レザルモノナリ故ニ虛偽ノ法律行為ニシテ有效ナルトキハ真正ノ法律行為ハ效力ヲ有スルコト能ハス之ニ反シテ真正ノ法律行為モシテ效力ヲ有スルトキハ虛偽ノ法律行為ハ無効タラサルヲ得ス虛偽ノ法律行為ノ無効ハ第九十四條第二項ニ依リ之ヲ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス即チ善意ノ第三者ハ虛偽ノ法律行為ノ有效ナルコトヲ主張スルコトヲ得ルモノナリ

虛偽ノ法律行為ノ無効ナルコトヲ主張スルモノナリ果シテ然ラハ第九十四條第二項ハ其反面ニ於テ隱祕セラレタル法律行為ノ效力カ善意ノ第三者ニ對抗セラルルコト能ハサルコトヲ規定セルモノナリト謂フヲ可ナリ故ニ隱祕セラレタル法律行為ニ付テハ當事者其承繼人又ハ其法律行

爲アリタルコトヲ知リタル第三者ニ對シテノミ其有效ナルコトヲ主張スルコトヲ得ルモノナリ

第二 表意者カ意思ト表示ト一致セザルコトヲ知ラサル場合ハ表意者ノ表示スル所ハ其思念スル所ト相齟齬スルニモ拘ハラズ表意者カ之ヲ以テ一致スルモノト信スル場合ニシテ即チ表意者カ錯誤ニ陥リタル場合ナリ錯誤ニ陥ルトハ表意者カ事物ノ真相ヲ誤解スルコトヲ謂フ故ニ事物ノ真相ニ付テ誤解ナキ以上ハ之ヲ指示スル符號ニ付テ誤解アルモノ之ヲ以テ茲ニ所謂錯誤ニ陥リタル場合ト爲スヘカラス例ヘハ場所又ハ人ニ付テハ誤解スル所ナク唯之カ名稱ヲ誤記シタル如キ場合ハ一種ノ誤認ナリト雖モ事物ノ真相ニ付テハ誤解所ナキカ故ニ此ノ如キハ茲ニ所謂錯誤ニハ非サルナリ

凡ソ錯誤ナルモノハ意思表示ニ多少ノ影響ヲ與フルモノナルニハ相違ナキモ其影響ハ場合ニ依リテ相同シカラス即チ場合ニ依リテハ全然意思ヲ阻却シ場合ニ依リテハ單ニ意思ノ瑕疵ヲ爲スニ止マルモノナリ意思ヲ阻却ストハ表意

者カ其表示シタル法律行為ヲ爲スノ意思ナキトキニシテ其思念シタル所ト其表示シタル所トハ全然一致セザル場合ナリ之ニ反シテ意思ノ瑕疵ヲ爲ストハ表意者ハ其表示シタル法律行為ヲ爲スノ意思ヲ有シ大體ニ於テハ其思念シタル所ト其表示シタル所トハ一致スト雖モ主要ナラサル點ニ於テ誤解アリテ之ヲ以テ完全ナル意思ノ表示ナリト謂フコト能ハサル場合ナリ錯誤ニ因リ意思ニ瑕疵ヲ生スル場合ハ次款ニ於テ之ヲ説明スヘキヲ以テ本款ニ於テハ專ラ意思ト表示ト一致セザル場合即チ錯誤ノ爲メ意思ヲ阻却スル場合ニ付テ論究スル所アラント欲ス

(甲) 錯誤ニ因リ意思ト表示ト不一致ヲ生スル場合 錯誤ノ爲メ意思ト表示ト一致セザル場合ニ付テハ學者ノ説ク所區區ニシテ一致セスト雖モ予ノ見ル所ヲ以テスレバ表意者カ法律行為ヲ爲スニ當リ專ラ著眼シタル事項ヲ誤解シタルトキニ於テ其意思ハ之ヲ表示ト一致セザルモノト爲スヘキモノナリト信ス蓋シ表意者ノ主タル著眼點ハ其意思ノ存スル所ナルヲ以テ此點ニ於テ錯誤アルトキハ其意思表示ハ意思ヲ表示スルモノニ非サルヲ以テナリ而シテ法律

行為ヲ爲ス者ハ其行為ノ目的トスル事項ヲ發生セシムルコトヲ期スルモノナ  
 ルヲ以テ法律行為ノ目的ハ表意者ノ專ラ著眼スル事項ナリ故ニ表意者カ法律  
 行為ノ目的ヲ誤解シタルトキハ其意思ハ表示ト一致セザルモノナリ然レトモ  
 表意者ハ常ニ法律行為ノ目的ニノミ著眼スルモノニシテ其他ノ點ニ於テハ重  
 キヲ置カサルモノナリト謂フヘカラス場合ニ依リテハ相手方ノ何人タルヤニ  
 著眼シ其人ニ對スルニ非ツレハ其法律行為ヲ爲ササルノ意ナルコトナキニ非  
 ス此ノ如キ場合ニ於テハ法律行為ノ目的ノ外尙ホ相手方ノ身上モ亦表意者ノ  
 專ラ著眼スル所ニシテ相手方ノ身上ニ關スル錯誤ハ意思ト表示トノ不一致ヲ  
 生スルモノナリ人或ハ法律行為ノ緣由ハ人カ法律行為ヲ爲スノ決意ヲ爲スニ  
 至ル著眼點ナルカ故ニ著眼點ニ錯誤アルヤ否ヤヲ以テ意思ト表示トノ不一致  
 ヲ生スルヤ否ヤノ標準ト爲ストキハ法律行為ノ緣由ニ錯誤アルトキモ亦之ヲ  
 意思ト表示ト一致セザル場合ナリト爲ササルヘカラサルニ至ルヘシト論スル  
 者アルヘシト雖モ緣由ハ人ヲシテ法律行為ヲ爲スコトニ決意セシムルノ著眼  
 點ナルモ法律行為其モノニ於ケル當事者ノ著眼點ニ非ス當事者カ法律行為ヲ

用ヒタルヤ否ヤハ其人ニ付テ判斷セズ社會一般ヨリ觀察シテ此場合ニ爲ス  
 キ注意ヲ怠リタルトキハ過失アリト云フモノナリ之ニ反シテ其確信ハ十分ナ  
 ル注意ヲ用ヒテ後ニ生シタルモノニシテ全ク過失ヲ存セザルトキハ之ヲ過失  
 ナキ占有ト謂フ  
 第四 公然占有及ヒ隱祕占有 公然占有トハ其占有ノ狀態カ何人ニ對シテモ  
 明白ニシテ之ヲ外部ニ表ハシテ占有スルモノヲ謂フ例ヘハ公然店頭ニ列ケテ  
 占有スル如キハ公然ノ占有ナリ隱祕ノ占有トハ其占有ノ狀態カ秘密ニシテ之  
 ヲ外部ニ表ハサズ内部ニ於テ私ニ占有スルモノヲ謂フ例ヘハ私ニ倉庫中ニ占  
 有スル如キ是ナリ  
 第五 平穩占有及ヒ強暴占有 強暴ノ占有トハ暴行若クハ脅迫ニ因リテ占有  
 ヲ取得シ若クハ占有ヲ維持スルモノヲ謂フ例ヘハ強盜若クハ恐喝ニ因リテ得  
 タルモノハ此種類ニ屬ス平穩ノ占有ハ之ニ反シテ暴行又ハ脅迫ヲ用ヒスシテ  
 占有スルヲ謂フ例ヘハ街路ニ落シアル物ヲ拾ヒタル如キ即チ是ナリ  
 第六 占有及ヒ準占有 此區別ハ占有ノ目的物ニ依リテ分類セルモノナリ占

有ノ目的の物カ有體物ナルトキハ之ヲ占有ト謂ヒ其目的の物カ權利ナルトキハ之ヲ準占有ト謂フ此區別ハ頗ル重要ナルモノナリトス之ニ付テハ後ニ準占有ヲ述フルトキニ至リテ詳述スヘシ

### 第四章 占有權ノ取得及ヒ喪失

#### 第一節 占有權ノ取得

本章ニ於テハ占有權ノ取得及ヒ占有權ノ喪失ハ如何ナル理由ニ因リテ其效力ヲ生スルヤ換言スレハ占有權ノ取得及ヒ占有權喪失ノ原因如何ニ付テ研究セシトス而シテ本節ニ於テハ先ツ占有權ノ取得原因ニ付テ説明スヘシ  
占有權ハ如何ナル原因ニ由リテ之ヲ取得スルヲ得ルカ之ニ關シテ一原則アリ即チ占有權ノ取得ニハ二箇ノ要件ノ具備ヲ要スルコト是ナリ民法第一八〇條參照(一)占有權ノ客觀的要素ニシテ支配ノ事實アルコトヲ要ス支配ノ事實トハ法律ノ用語ヲ以テ説明スレハ物ノ所持ノ義ナリ(二)ハ占有權ノ主觀的要素ニシテ自己ノ利益ノ爲メニ之ヲ支配スルノ意思アルヲ要ス蓋シ民法ニ於テ占有權

トハ法律ノ保護スル占有ノ義ニシテ法律ノ保護スル占有トハ即チ法律上ノ占有若クハ自己占有ノ謂ナルコトハ既ニ説明セシ所ナリ而シテ自己占有トハ自己ノ利益ノ爲メニ支配スル意思ヲ以テ物ヲ支配スル事實アルヲ謂フモノナレハ前掲二箇ノ要素ヲ具備セハ自己占有成立シ隨テ占有權成立スレハナリ  
次ニ占有權ノ取得ニ必要ナル各條件ニ付テ研究スレハ

第一 支配ノ事實トハ何ソ之ニ關シテハ或ハ五體ノ中ニ所持スルヲ以テ支配ノ事實ト爲シ或ハ自己ノ近傍ニ置クヲ以テ支配ノ事實トシ或ハ物ノ上ニ處分ヲ爲スノ實力ト他人ヲ排斥シ得ルノ實力トノ二箇ノ條件ヲ具備セハ支配ノ事實アリトスル等ノ諸說アルモ要スルニデルンブルヒ氏カ所謂支配ノ事實トハ物ノ通常ノ有様ニ從フトキハ其物ノ上ニ處分ヲ爲シ得ル實力ノ存在スルヲ謂フトノ說ヲ以テ最モ適當ナリトス之ニ關シテハ既ニ本編第一章ニ於テ説明セラルヲ以テ之ヲ贅セス唯デルンブルヒ氏ノ所謂物ノ通常ノ有様ニ從ヒ處分スルノ實力アリト認ムルヲ得ル場合ニ付キ三四ノ例ヲ舉ケ其學說ノ説明ニ資セントス即チ第一ハ目的の物カ動産ナル場合ニシテ此場合ニハ(一)動産ヲ自己ノ管理ノ

下ニ置クトキハ支配ノ事實アリトス自己ノ管理ノ下ニ置クトハ例ヘハ自己ノ身體ノ中ニ握持セルカ又ハ自己ノ住居セル家屋ノ中ニ置クカ若クハ自己ノ所有倉庫ノ中ニ收メアルカ如シ(二)動産ニ自己ノ姓名ノ記入アレハ亦事實上ノ支配アリトス但此場合ニハ最も容易ニ他ヨリ其占有ヲ奪ハルルノ虞アリ(三)動産ヲ藏置セル場所ノ鍵ヲ所持セルトキハ亦支配ノ事實アリトス(第二)目的物カ動物ナル場合ニシテ此場合ニハ動物カ野獸ナルト家畜ナルトニ依リ其認定ヲ異ニス即チ(一)野獸ナルトキハ其生命ヲ絶テ若クハ其自由ヲ全ク奪フトキ支配ノ事實アリトス(二)家畜ナレハ其自由ヲ全ク奪ハサルモ場所ヲ與フルトキ(例ヘハ其邸宅ニ置クカ如シ)ハ支配ノ事實アリトス(第三)目的物カ不動産ナル場合ニシテ此場合ニハ(一)家屋ナルトキハ之ニ住居スルトキ若クハ番人ヲ置クトキ又ハ其家屋ヲ鍵ヲ所有スルトキハ支配ノ事實アリトス又(二)土地ナルトキハ其土地ニ家屋ヲ建築シ若クハ其土地ニ圍障ヲ設ケ若クハ其土地ニ付テ登記ヲ爲シタルトキハ支配ノ事實アリトス此等ノ場合ハ支配ノ事實ヲ認ムヘキ最も重大ナル場合ナリトス

第二 自己ノ利益ノ爲メニ支配スルノ意思トハ何ゾ是レ占有スル者ノ意思ニ付テ存在ヲ必要トスル條件ニシテ即チ(一)支配スルノ意思(二)自己ノ利益ノ爲メ

ニスルノ意思ノ二條件ノ具備スルヲ必要トス此要素ハ支配ノ事實アルトキハ直チニ其存在ヲ推定スルヲ原則トス固ヨリ其反證アルトキハ此限ニ在ラサルハ言フヲ缺タサルナリ而シテ占有スル者ノ意思ニ關スル狀態ハ通常占有權ヲ取得スル原因ト爲ルモノニ付キ研究セハ之ヲ明カニスルコトヲ得例ヘハ雇人カ主人ノ命ヲ受ケテ物ヲ引渡ヲ受ケタルトキハ雇人ハ必ズ主人ノ爲メニスルノ意思ヲ有スルモノニシテ自己ノ利益ノ爲メニスルノ意思ヲ有スルニ非スト推定スルカ如シ而シテ一タヒ占有ノ主體ニ生シタル意思ノ狀態ハ繼續スルモノニシテ其意思ノ變更ハ之ヲ行爲ニ依リ外部ニ表ハシ若クハ新ナル法律上ノ原因ニ由リテ其意思ノ變更ヲ外ニ發表スルマテハ其意思ニ變更ナキモノト推定スルヲ原則トス第一八五條參照而シテ此等占有ノ主體ニ付キ存在ヲ要スル意思ハ意思能力ヲ有スルニ非サレハ其存在ヲ認ムルヲ得サルハ勿論ノ事ニシテ隨テ精神病ニ因リテ精神ヲ喪失シタル者又ハ乳兒ノ如キハ此意思ヲ有スル

コトヲ得ス隨テ占有ノ主體ト爲ルヲ得サルモノトス  
 終ニ占有權ノ取得ニ付テ一言スヘキモノアリ即チ占有權ノ取得ニハ一般ノ權利ノ取得ト同シテ原始的ノ取得ト承繼的ノ取得ト二種アルヤ否ヤノ問題はナリ此點ニ付テ考フルニ占有權ノ取得ハ原始的ノ取得ナルヲ原則トス蓋シ占有權ノ取得ハ前述セル原則ニ依リ必ス二箇ノ要件ヲ具備スルヲ必要トシ此二箇ノ要件ヲ具備セハ何時ト雖モ當然ニ占有權ヲ發生スルモノニシテ其前ニ占有權ノカ存在セルヤ否者ハ問フ所ニ非サレハナリ例ヘハ占有權ヲ他ヨリ讓渡ニ因リテ得タル場合ト雖モ其占有權ヲ取得セルハ占有權取得ノ原則ニ依リ彼ノ支配ノ事實ヲ存セルト自己ノ利益ノ爲メニ支配スルノ意思ヲ有スルトノ二條件ノ具備ニ依リ始メテ其占有權ノ存在ヲ認定スルモノニシテ此等ノ條件ノ具備セサルトキハ縱令讓渡ノ行爲アリトスルモ未タ占有權ノ存在ヲ認メサルナリ是レ占有權ノ取得ハ單ニ原始的取得ナリトスル所以ナリ此ノ如ク占有權ノ取得ハ原始的取得ヲ原則トシ其取得ニ必要トスル條件ノ具備スル時ヨリ新ニ發生スルモノトス是ヲ以テ惡意ノ占有ヲ讓渡シタルトキト雖モ其讓渡ヲ受ケタル

右ニ述ヘタル所ハ法律ノ一般ニ存スル性質ナリ故ニ彼ノ民法刑法訴訟法等ノ如キ國內法カ法律タルコトハ何人モ異論ヲ挾マサル所ニシテ隨テ皆前述ノ性質ヲ具有スルモノナリ然ラハ則チ國際法ナルモノハ果シテ法律ナリヤ否ヤ此點ニ付テハ從來議論ノ囂シキ所ナリト雖モ要スルニ其前提タル法律ノ定義ヲ異ニスルカ若クハ國際法ノ内容ニ關スル觀察ヲ異ニスルニ由リテ自ラ其結論ヲ異ニスルノミ抑モ國際法ナルモノハ國際間ノ利害ノ調和若クハ共通ヲ目的トシテ發生シタルモノニシテ各國間ノ意思ノ衝突ヲ防キ各國ノ生存條件ヲ満たサントスル形式ナルカ故ニ國內法ト同シク亦法律ナリト謂ハサルヘカラス論者或ハ國際法ニ於テハ國內法ニ於ケルカ如ク立法司法等ノ機關ナキコトヲ理由トシテ國際法ノ法律タルヲ否認スル者アリト雖モ後ニ論スルカ如ク是レ全ク誤レルモノナリ國際法ノ發達ハ洵ニ幼稚ナリト雖モ現ニ其機關ヲ有シ又之ヲ有スヘキ性質ヲ具備スルモノナリ而シテ是レ實ニ國際法カ法律ナルニ由ル換言スレハ國際法ハ法律ナルカ故ニ現ニ機關ヲ有シ又ハ之ヲ有スヘキモノナリ然ルニ論者ハ此賄易キ論理ノ形式ヲ誤リテ國際法ハ法律ナラサルカ故ニ

機關ヲ有セスト解セリ是レ猶ホ彼人ハ子ヲ産ミタルカ故ニ女ナリト謂フニ同シク其女ナルカ故ニ子ヲ産ミ又ハ他日産ムヘキモノナリトノ論理ヲ誤解シタルモノナリ

論者或ハ國際法ニ於テハ國內法ニ於ケルカ如ク完全ナル制裁ナク隨テ國際法ニ違反スル者アルモ之カ救済ノ途ナキヲ以テ國際法ハ法律ニ非スト曰フト雖モ此說モ亦當ヲ得タルモノト謂フコトヲ得ス何トナレハ斯ル現象ハ國內法上ニ於テモ亦見ルコトアルヘキ事實ナレハナリ例ヘハ内亂ヲ起シタル者カ時ノ政府ヲ顛覆シテ自ラ王者ト爲リタルトキハ最早刑法ヲ以テ之ヲ罰スルコト能ハサルカ如シ

之ヲ要スルニ國際法モ亦一ノ法律ナリト謂フヘシ今左ニ之カ定義ヲ下サン

國際法トハ世界ノ需用ニ要スル生存條件ヲ確ムル法律的形式ヲ謂フ

國際法モ亦國內法ト同シク法律ナルコトハ右ニ述ヘタルカ如シ抑モ法律トハ人類ノ共同生存ノ安全ヲ確保スル形式ナルコト亦前ニ述ヘタル所ナリ而シテ法律ハ立法者之ヲ制定スルヲ例トスト雖モ立法者カ之ヲ制定スル所ノ理由ナ

クシハ非ス予ハ其理由ヲ内容ノ理由ト謂フ此理由ハ二箇ノ必要ニ基因スルモノナリ即チ一ハ物質的必要ニシテ他ノ一ハ精神の必要是ナリ物質の必要ハ國家又ハ人類カ生存條件ヲ完ウセントスルニ當リ自然ニ生スル必要ニシテ國家カ條約ヲ締結シ又ハ法律ヲ設ケ或ハ國防ノ爲メ軍備ヲ設備擴張スルカ如キ又人類ニ於テハ衣食ヲ需メ家屋ヲ設ケルカ如キハ所謂自己ノ生存ヲ完ウスル直接ノ物質的必要ナリ而シテ精神の必要ハ國家又ハ人類カ生存目的ニ直接ノ必要アルモノニ非ス故ニ此必要ヲ滿タササルモ其生存ヲ缺クコトナシ之ヲ例セハ條約書ニ其當事國ノ孰レノ國名ヲ先ニ書スルカ又各國公使ノ席順如何ノ如キ或ハ又國際禮讓ノ如キ是ナリ

是ヲ以テ國家又ハ人類ノ生存ヲ完ウスルニハ物質の必要ヲ滿タシ然レ後ニ精神の必要ヲ滿タスコトヲ要ス故ニ精神の必要ノ衝突ハ今日之ヲ調和スル方法亦極メテ容易ト爲レリ例ヘハ各國公使ノ席順ハ其著任ノ前後ヲ以テ標準ト爲シ條約文ニ各國皆自國ノ國名ヲ先ニ署スルカ如キ其他國際ノ禮讓ノ如キモ決シテ嚴格ナルモノニ非スシテ其國風ニ依ルカ若クハ相當ノ禮讓ヲ盡スヲ以テ



足レリト爲ス之ニ反シテ物質的ノ必要ハ最モ緊要ニシテ而モ之ヲ融和スルコト難キノミナラス極メテ紛争ヲ生シ易ク且其發達モ比較的ニ甚タ遲運タリ加之文化ノ發達スルニ隨ヒテ其度ヲ高ムル性質ノモノナルヲ以テ國際法ニ於テハ先ツ物質的の理由ヲ極メテ重セサルヘカラス

道德ハ物質的の理由ニ出ツルコトアリ又精神的の理由ニ出ツルコトアリ抑モ道德ハ文化ノ進歩ニ伴ヒテ變遷シ終始一徹ナルモノニ非ス即チ百年以前ニ道德タリシ事項モ今日必スシモ道德タルヘキ事項ニ非ス故ニ時時變動ヲ來スモノナルコトハ蓋シ争フヘカラサル事實ナリ例ヘハ往古ニ在リテハ兄弟姉妹間ノ婚姻ヲ以テ亂倫ニ非スシテ寧ロ純良ニシテ正當ナル行爲ト爲シタルコトアルカ如シ其證據ハ古代ニ於ケル各國ノ歴史ニ徴シテ明カナリ而シテ此ノ如ク常ニ親密和合セル親族間ニ婚姻ヲ爲サシムルトキハ一家ハ勿論一部落ノ平和ヲ維持スルカ爲メ最モ良策ナリトノ理由ニ出テタルモノニシテ是レ即チ物質的の理由ニ基ケルモノナリ然ルニ今日ニ於テハ兄弟姉妹間ノ婚姻ハ亂倫ノ甚シキモノト爲ス其理由ヲ釋スルニ同系統間ノ婚姻ハ健康上害毒多ク延テ國家ノ元氣

ヲ阻喪スルニ至ルノ虞アリト云フニ在リ是レ明カニ物質的の理由ニ基ケルモノニ非スシテ何ソヤ又支那ノ諺ニ恒産ナキ者ハ恒心ナシト云ヒ衣食足リテ禮節ヲ知ルト云フカ如キハ物質的の理由ヲ先ニシ精神的の理由ヲ後ニスルモノナリ尙ホ今日ヨリ觀テ不道德ノ極端ナリトスルモノヲ却テ道德ニ合ヒタルモノナリト爲シタルコトアリ例ヘハ印度古代ノ歴史ニ依レハ親ヲ殺スコトヲ以テ孝行ト爲シタル如キ是ナリ蓋シ印度人ハ五十歳以上ト爲ルトキハ老衰シテ身體ノ行動自由ナラス隨テ私人及ヒ國家ノ經濟上甚タ不利益ナリト云フニ出ツ又支那ノ歴史ヲ觀レハ親子相共ニ竊盜ヲ爲シ家人ノ認ムル所ト爲リテ墻壁ヲ越エ逃走セントシタルハ子ニ後レテ家人ノ捕フル所ト爲リタリ子ハ即チ親ノ首ヲ斷チ之ヲ抱キテ遁逃セリ然ルニ子ノ此行爲ハ道德ニ適ヒタリトテ世ノ賞揚スル所ト爲レリ其理由トスル所ハ親カ捕ハレテ受クル苦痛ハ首ヲ斷チタル苦痛ニ比シテ多大ナリト云フニ基ケリ要スルニ道德ハ時代ト場所トニ因リテ異ナリ且多ク物質上ノ根據ヨリ生シタルモノナリ道德ト法律トハ固ヨリ其性質ヲ異ニスルモ其根本ハ共ニ物質的の理由ニ出ツルニ外ナラス尙ホ精神的の

理由モ亦其根源ヲ探レハ竟ニ物質的ノ理由ト爲ル例ヘハ公使ノ席順ノ如キ條約文ニ國名ヲ先ニ署スルカ如キハ一見純然タル精神的ノコトニ屬スルカ如キモ威信ヲ増加シ延テ他國ノ敬服ヲ買ヒテ物質的ノ根本ヲ作ルノ因タラスンハ非ス

以上論シタル所ヲ以テ觀レハ國際法モ亦國內法ノ生シタルト同一ノ原因ニ由リテ生シタルモノナリト雖モ唯其發達ニ遲速ノ差アルノミ而シテ國際法カ國內法ニ比シテ薄弱ナリト云フ最モ重ナル根據ハ國際法ニ機關ナシト云フニ在リ此攻撃ヲ細分スレハ三箇ト爲スコトヲ得即チ國際法ニハ(一)立法機關(二)司法機關(三)執行機關ナシ國內法ニハ悉ク此三機關ヲ具備ス故ニ國際法ハ國內法ノ如ク完全ナルモノニ非ス隨テ法律ニ非スト云フニ歸ス此反駁ニ對シテ予ハ左ニ二箇ノ點ヨリ駁撃ヲ加ヘント欲ス

第一 國際法ニハ此等ノ機關アリ 之ヲ細分シテ三箇ノ方面ヨリ觀察スヘシ(一) 國際法ニ立法機關アリ 國際法ノ立法機關ハ各國ナリ例ヘハ萬國條約ニ就テ之ヲ觀レハ萬國條約ヲ作リタル各國ハ國際法上ノ機關ナリ唯其機關カ國

內法上ノ立法機關ト異ナル點二箇アリ即チ其一ハ國法上ノ立法機關ハ常設ナルモノ國際法上ノ立法機關ハ時時設ケラルルモノナリ(デユキープ條約)如シ其二ハ國法上ノ立法機關ハ常ニ同一ナリ之ニ反シ國際法上ノ立法機關ハ時時相異ナレリ(例ヘハ萬國郵便同盟若クハ赤十字條約ニ於ケルカ如シ)

(二) 國際法ニ司法機關アリ 例ヘハ今日和蘭ノ首府ラヘイニ常設セラレタル萬國仲裁裁判所ノ如ク又臨時ニ設ケル司法機關即チ普通仲裁裁判所ノ如シ仲裁裁判ハ國ト國トノ紛争ヲ裁斷スル所ノ機關ナレハ司法機關タルコト論ヲ埃タス尙ホ仲裁裁判ニ付テ有名ナル實例ハ「マリヤル」ズ號事件及ヒ「アラバマ」號事件是ナリ此等ノ事件ハ國際法上有名ナルモノナレハ後ニ詳説スヘキモ序次茲ニ其概要ヲ述フヘシ

「アラバマ」事件トハ南北戰爭ノ際ニ北亞米利加南部ノ船舶「アラバマ」號フロリダ州以下數隻英國領海ニ在リテ北部ノ船舶ヲ打撃セリ然ルニ英國ハ此戰爭ニ局外中立國ナリシニ拘ハラス右ノ舉措ヲ看過シタリ是ニ於テ北亞米利加合衆國ハ北部討平ノ後英國ニ向ヒテ損害賠償ヲ請求セリ其紛争ノ結果英米瑞伊巴

西ノ五國ヨリ五人ノ裁判官ヲ選出シ瑞西ノ「デニキーン」ニ仲裁裁判所ヲ開キ審理ノ結果英國ハ千五百萬バウンドノ賠償金ヲ支拂フコトト爲レリ「マリアル」ズ號事件ハ明治六年ル「ズ」號白霧ノ商船カ支那ヨリ約二百名ノ奴隸ヲ購買シテ本國ニ歸ルノ途次我橫濱港ニ寄航セリ然ルニ其奴隸中ノ一人カ慮待ニ堪ヘス遂ニ逃走シテ英國軍艦アイヤンヂュークニ赴キ右ノ事由ヲ述ヘタリ英國ハ日本ノ領海内ニ起リタル事項ナルヲ以テ之ヲ我國ニ商レリ然ルニ我國ニ於テハ其總テノ奴隸ヲ解放セシメタリ是レ我國ハ奴隸ヲ認メスト云フノ理由ニ基ク然ルニ白霧ハ之ニ抗議シテ賠償ヲ爲スカ又ハ奴隸ヲ返戻スヘシトノ請求ヲ爲セリ是ニ於テ其曲直ノ裁判ヲ露國皇帝アレキサンダー「第二世」ニ依頼シタリ故ニ「アレキサンダー」ハ仲裁裁判ヲ爲シ遂ニ我國ノ勝利ニ歸セリ以上ノ二例ノ如キハ國際法上ニ於ケル臨時ノ司法機關ト謂フヘク而シテ又國內法上ノ裁判所ト雖モ古ニ於テハ決シテ常設ニ非ザリシナリ

(三) 國際法ニ執行機關アリ 國際法上ノ執行機關ハ國內法上ノ執行機關ニ比シ多少幼稚ナルニ過キス國內法上ノ執行機關トシテハ民事ニハ執達吏アリ刑

事ニハ警察官吏監獄官吏等アリ國際法上ノ執行機關ニハ此等ノモノナシト雖モ瑞西ニ在ル萬國郵便同盟中央事務所又ハ巴里ニ在ル萬國度量衡中央事務所ノ如キハ國際法上ノ執行機關ナリ尙ホ國際法上戰爭ヲ以テ執行ト看ルヘシト言フ學者サヘアリ

第二 國內法上ニ此等ノ機關ナキコトアリ又之アルモ極メテ不完全ナルコトアリ

(一) 國內法ニ立法機關ナキコトアリ 昔前ニ述ヘタル如ク國家ハ決シテ第一ニ法律ヲ制定シタルモノニ非ス今日ノ法律ノ觀念ニ依レハ法律ナキニ裁判ヲ下スコトヲ許サスト雖モ之ヲ各國ノ歴史ニ徵スルニ法律ナキニ裁判ヲ下シタルコトハ爭フヘカラサル事實ナリ即チ裁判ヲ爲スコトハ法律ノ制定以前ニ存在シタルナリ例ヘハ法律ノ制定ナキ以前ニ於ケル殺人者アリタルトキノ如キハ法律ナキニ拘ハラス其部落ノ酋長又ハ國家ノ元首之ヲ死刑ニ處シタルモノナリ

(二) 國內法ニ現今所謂司法機關ナルモノナキコトアリ 古ニ於ケル裁判ハ令

日ノ所謂裁判ニ非ス然リト雖モ裁判ノ方法カ異ナレリトノ理由ヲ以テ裁判キ非スト謂フコトヲ得ス例ヘハ今日我國裁判ノ制度ハ合議制ヲ原則トスレトモ往時ニ於テハ單獨制ノ裁判ナリシカ如ク又司法機關ト稱スヘキ特別ノ機關ナクシテ單ニ臨時ノ裁判ヲ下シ其方法タル極メテ幼稚ナリシコトアリ之ヲ今日ノ法律眼ヨリ觀レハ裁判所又ハ裁判官ニ非スト云フコトヲ得ヘシト雖モ當時ニ於テハ決シテ司法機關ニ非ザリシニハ非ス

國內法ハ國際法ニ比シ頗ル完全ナリト雖モ而モ尙ホ吾人ノ權利自由ノ保護ハ之ニ由リテ全ク盡セリト謂フコトヲ得ス何トナレハ國法ニ於テモ吾人ノ自助ヲ認ムレハナリ所謂自助トハ法律ノ力及ハスシテ吾人自身ニ自衛ノ途ヲ講セシムルモノヲ謂フ之ヲ例セハ刑法ニ於テ正當防衛ノ權ヲ認ムルハ危害カ目前ニ迫リ到底法律ノ力ニ依リテ以テ之カ救護ヲ仰クノ違ナキ場合ニ被害者ニ其身體生命ヲ完ウセシムルカ爲メニ付與シタル權利ナルカ故ニ其自助タルコト極メテ明カナリ又民法ニ於テモ債權ノ履行ヲ確保スルカ爲メニ保證連帶又ハ質抵當等ノ如キ人的又ハ物的ノ擔保ヲ供セシムル途ヲ設ケタルハ即チ債務者

ハ其自己ノ債務ヲ履行セサルヘカラサルモ故意又ハ種種ノ障礙ノ爲メ之ヲ履行セサルニ至ル危險アリ隨テ債權者ノ權利カ安全ニ實行セラルルコト能ハサルコトアルヘキヲ以テ法律ハ債權者ノ危險ヲ豫防シ之ヲ保全スルノ途ヲ與ヘタルナリ是レ亦疑モナク自衛ノ方法ニ外ナラス

戰爭モ亦自助即チ國家ノ自衛ノ方法タリ然ラハ戰爭ハ國際法カ各國ノ共同利益ヲ違スルコトヲ目的トスル性質ニ反スルニハ非サルカ然リ皮相ノ見ヲ以テスレハ戰爭ハ國際法ノ存在ヲ失ハシムルカ如キノ觀アルモ熟ラ其性質ヲ考フルトキハ之カ爲メニ敢テ國際法ノ存在ヲ失ハシムルモノニ非ス又敢テ其性質ニ反スルモノニ非ス是レ戰爭ハ前ニ一言シタル如ク自助ノ方法ニ過キサレハナリ之ヲ國法ト對照スルニ恰モ國法ニ依リテ各人ニ自助ヲ認ムルニ拘ハラヌ國法ハ依然トシテ消滅スルコトナキト等シク國際法モ各國ノ利害ノ衝突ヲ來ストキハ之ニ自助ヲ與フルモ敢テ其存在ヲ消滅セシムルモノニ非ス他ノ例ヲ以テ説明スレハ縱令親子間ニ利益ノ衝突ヲ來スコトアルモ之カ爲メニ親子ノ關係消滅セサルト同シ故ニ絕對的ノ衝突ノミアルモノニ非ス又絕對的ニ利益

ノ共通ノミアルモノニ非ス加之利益ノ衝突ナルモノハ利害ノ共通ノ原因ト爲  
 ルモノナリ例ヘハ竊取ヲ爲シタル者ハ幽囚セラルルハ竊取者ト被害者及ヒ國  
 家トノ利害ノ衝突ナルモ其反面ニ於テハ幽囚セラレタルモノトノミカ利害ノ衝  
 突ナルニ過キスシテ之カ爲メニ一般ノ人カ安全ヲ得ルカ故ニ利害ハ却テ共通  
 セラルルナリ左レハ唯一二ノ利害ノ衝突ノミヲ以テ他カ利害ノ共通ヲモ害ス  
 ルモノニ非サルハ自明ノ理ナリ  
 尙ホ戰爭ハ或利害ノ衝突ヲ調和セシムルカ爲メナリ例ヘハ疾病ノ中ニモルヒ  
 テラ服用スルトキハ身體ト「モルヒテ」ハ利害ノ衝突アルモノナルモ之カ爲メ疾  
 病ヲ癒スノ點ハ利害ヲ調和スルモノナリ然レトモ甚モルヒテ中毒ヲ來スノ點  
 ハ利害ノ衝突ト謂フヘシ彼ノ日清戰爭ヲ視ヨ戰爭ノ爲メ幾多ノ人畜ヲ害シ金  
 穀ヲ消費シ甚シキ利害ノ衝突ヲ爲シタルモ平和回復後ニ於テハ戰爭以前ニ優  
 ル平和ヲ保ツニ至リタリ此ノ如ク戰爭ハ利害ノ衝突ヲ調和スルノミナラス戰  
 争カ國際法ト矛盾セサルコトハ戰時ニ於テ國際法ノ行ハルルヲ視ルモ明カ大  
 リ何トナレハ戰時ニ於テ病者負傷者ハ敵國人ト雖モ救護スルカ如キ又身體ヲ

害スヘキ毒物ヲ使用スルコトヲ得サルカ如キ又各敵國平和的人民ヲ救助セザ  
 ルヘカラサルカ如キ是ナリ  
 之ヲ要スルニ國際法ト國際法トハ其發達ニ付テハ遲速ノ差アリト雖モ其保護ノ  
 性質ニ至リテハ二者同一ナリ是レ國際法ト國際法トハ其根本ニ於テ全ク同一ナ  
 リト謂フ所以ナリ  
 以上ノ説明ニ據リテ國際法ト國際法トカ其性質ヲ異ニスルコトナキハ益明瞭ト  
 ナリシナラン然レトモ各國カ領國主義ヲ採リテ各國ト交通ヲ爲サス我國維新  
 前ノ攘夷論ノ如キ又支那ノ如ク外國人ヲ敵視シ以テ南蠻北狄東夷西戎ト爲ス  
 カ如ク又土耳其ノ如クニ外國人ヲ殺サスニ止マサル主義ヲ採リテ各國共ニ  
 之ヲ實行スルニ至リテハ國際法ハ竟ニ成立スルコト能ハサルナリ  
 然ルニ今日ニ於テハ實際孤獨主義ヲ固守スルコトヲ得ス雖令此主義ヲ固執ス  
 ルコト能ハサルニ非ストスルモ其國ヲ利セスシテ却テ損害ヲ被ルコト多シ何  
 トナレハ今日ノ如ク内外交通ノ頻繁ナル時代ニ於テハ彼我ノ國民互ニ往來交  
 通スルコトハ事實上到底之ヲ禁止スルコト能ハス隨テ國家力之ヲ放任シテ顧

ミナルトキハ其利益ハ常ニ外國ノ吸收スル所ト爲ルヘクレハナリ其實例ヲ示  
 ナンニ千六百五十一年英國ハ和蘭ノ輸入品ヲ禁シテ其代品ヲ印度ニ求メタル  
 コトアリシモ大ニ不便不利ヲ來シタルカ如キ是ナリ又國定稅率ノ如キハ孤獨  
 主義ヨリ出ラタルモノナリ凡ソ海關稅ヲ定ムルニハ協定稅率ト國定稅率ノ二  
 種アリ協定稅率ハ條約ヲ以テ之ヲ定メ國定稅率ハ內國ノ法律勅令ヲ以テ之ヲ  
 定ム故ニ協定稅率ハ條約ニ依ラスンハ之ヲ變更スルコトヲ得ス又他ノ條約國  
 ト雖モ此稅率ニ均霑スルコトアリ之ニ反シテ國定稅率ハ一國ノ自由ニ稅率ノ  
 變更ヲ爲スコトヲ得ルヲ以テ一國ノ國益上ヨリ觀レハ此主義ヲ採ルコト著シ  
 タ利益ナルカ如キモ未タ必スシモ然ラス何トナレハ此主義ヲ取リタル國カ或  
 輸入品ニ一割若クハ二割ノ海關稅ヲ徵收スルトキハ他國モ亦同シク一割若ク  
 ハ二割ヲ徵收スルニ至ルヘク隨テ彼我國民ノ通商ヲ阻礙シ國際法ノ目的ニ適  
 セルモノト謂フヲ得サレハナリ

國際法ノ概念ニ關スル說明ハ之ヲ茲ニ止メ予ハ更ニ進ミテ國際法學ノ發達ニ  
 スル外國歷史ノ梗概ヲ述ヘント欲ス

國際法ノ第一ノ祖先ハ和蘭ノ「フーゴ」グロチウスニシテ本名ハ「ヒューダクス」  
 「ト」ト稱ス第二ノ祖先ハ英吉利ノ「リチャード」ザウチ是ナリ尤モ國際法ハ「フー  
 ゴ」グロチウス以前ニ發生シタルモノニシテ第十三、四世紀ノ頃既ニ國際法ノ  
 著書ヲ爲シタル者尠シトモ此等ノ著書ハ單ニ戰時ニ關スルモノノ  
 ミナリ而シテ其最モ有名ナル者ヲ「トーマス」アタイス「及ヒ」ハインリッヒズ  
 「ザ」下爲ス此二氏ハ法律學者ト言ハシヨリハ寧ロ宗教上ノ哲學者即チ神學者  
 ナリ何故ニ神學者カ國際法トシテ戰時ノ法則ノミヲ研究シタルカ又何故ニ法  
 律家ニ非スシテ國際法ノ著書ヲ爲シタルヤ其單ニ戰争ノ法則ノミヲ研究シタ  
 ルハ曩ニ述ヘタル如ク古代ニ在リテハ國際法ハ國ト國トノ間又國ヲ異ニスル  
 人ト人トノ間ニハ常ニ衝突ノミアリテ利益ノ共通ナカリシモノト認メタルヲ  
 以テ國ト國トノ間ハ常ニ戰争ノ關係ノミ存シ平和的關係ナルモノアリ得ヘカ  
 ラストノ觀念ニ基クモノナリ其法律家ニ非サル神學者カ國際法ノ著書ヲ爲シ  
 タルハ此時代ニ於ケル國際ノ關係ハ單ニ國ト國トノ間ノ衝突ニシテ法律關係  
 ヲ以テ之ヲ論スルコトヲ得ス而シテ其衝突ヲ緩和スルハ專ラ神力ニ依ルヘキ



シタル平戰條規ニハ服従スヘキモノナリト「フイリモア」ノ如キ近代ノ學者モ此説ヲ真面目ニ遵奉セリ然レトモ今日ハ此自然法派ノ説ハ全ク舊説ト看做サレ吾人ハ斯ル獨斷的ノ説ヲ信セス國際法ハ萬國ノ承認ニ依リテ成立スルモノトシテ彼ノ「グローチヤス」ノ國際法ニ適用セシ自然法ノ如キモ畢竟時勢ノ影響(三十年戰爭ノ影響及ヒ自然法施行ノ結果ヨリ各國カ此説ヲ採用セルニ由リ始メテ國際法トシテ成立セルモノナリ要スルニ國際法ノ成立ニハ萬國ノ承認ヲ以テ最モ必要ナルモノトス

然ラハ承認ヲ與フル國トハ如何ナル國ナルカ國際法學者ハ皆萬國一般ノ承認ニ因リ國際法ハ其拘束力ヲ生スト曰ヘリ「デビス氏」曰ク國際法ナルモノハ萬國ノ承認ニ因リテノミ其効力ヲ生スト「ローレンス氏」モ亦同様ノ説ヲ爲セリ然ルニ實際ハ之ニ反スルモノアルヲ以テ「ローレンス氏」ノ如キハ矛盾ニモ論シテ曰ク「實際上不必要ナル小國ハ大國ノ決議スル所ニ默從シ殊ニ小國カ直接ニ關係ヲ有セザルコトニ於テ其然ルヲ認ム」ト夫レ國際法上ニ於テ「グローチヤス氏」ノ言ヘルカ如ク總テノ國民ハ平等ナラサルヘカラス然ルニ小國ハ實際ニ於テ

此ノ如ク勢力ヲ有セスシテ所謂萬國ノ承認ナルモノヲ與フルコト能ハス今日マテノ所ニテハ實際問題ノ多クハ歐洲協調ニ依リテ解決セラレ居レリ左レハ實際上國際法ナルモノハ大國ニ依リ設定セラレ萬國ノ承認ト稱スル名目ノ下ニ實ハ大強國ノミノ承認ト小國ノ服從の契約トニ因リ成ルト謂フヲ適當トス今次ニ歐洲協調ノ沿革ヲ述ヘ此協調ト國際法上ノ平等權及ヒ萬國ノ承認トノ關係ヲ示サン

歐洲協調ノ起源ハ第十九世紀ノ初ニ遡リ「シヨームント」ノ條約ヲ以テ其最初ノ形ヲ爲セリ抑モ此條約ハ千八百十四年三月一日巴里古領那破翁廢位ノ際英露佛奧ノ間ニ締結セラレ此條約ノ目的ハ那破翁ノ抑制ト其後維納會議ノ決定セル條約ニ依リテ目的トセルモノト同シ即チ歐洲全體ノ力ニ依リテ那破翁ヲ抑ヘテ歐洲各國ノ舊來ノ組織ヲ維持シ權力ノ平均ヲ保タントスルニ在リ此目的ノ爲メニ諸國ノ君主政治家等皆猜疑嫉妬ノ念ヲ擲テテ那破翁ヲ公敵トシ前記ノ四大國相一致シテ所謂歐洲協調ノ端緒ヲ開ケリ後千八百十五年ニ至リ那破翁ハ全ク敗北ニ歸シ歐洲ノ公敵ハ滅亡シテ爲メニ其一致ヲ要スルノ原因ハ最早



存在セザルコトト爲レリ然レトモ此共同一致ノ運動ヲ爲スノ主義ハ仍ホ存在シ問題ノ起ル毎ニ事實トシテ現出シ來レリ斯クシテ強國ノ一致協調ナルコトハ歐洲政略ノ一主義トシテ成立スルニ至レリ

維納會議ノ際、タレーラン氏ノ老巧ナルヨリ佛國ヲ歐洲協調ノ中ニ入レシメ斯クシテ其當烈シ「モント」會議ノ際ハ公敵タリシ佛國モ協調ニ入ルルコトト爲リ所謂歐洲ノ大強國ハ五ト爲レリ後千八百六十七年ニ至リ伊太利モ之ニ加ハルコトト爲リシモ其他ノ歐洲ノ小國ハ然ラス但維納會議ノ際西班牙、葡萄牙及ヒ瑞典ノ三國ハ此會議ニ列スルコトヲ許サレタルモ事實上彼等ハ他ノ諸強國ト平等ノ地步ヲ保ツコト能ハサリキ此三國外ノ小國ノ使節ノ如キハ唯維納會議場ニ出席セシノミ千八百十八年ノ「エクスラ」シヤベルノ會議ニ至リテハ維納會議ニ列席ヲ許サレタル諸小國モ出席ヲ許サレス西班牙ノ反對ヲ唱フルアリシモ目的ヲ達セサリキ然レトモ此千八百十一年十一月十五日ノ「エキスタ、シヤベル」祕密覺書ニハ或場合ニ於テハ小國ノ列席會議ニ出席スルヲ得ルコトヲ規定セリ其覺書ノ要領次ノ如シ

五強國ノ結合ハ一時ノモノニ非ス此結合ハ諸條約及ヒ其制定セシ諸權利ノ保護ノ爲メニ存在スルモノナリ又歐洲ノ平和ヲ維持スル列國組織ノ永久ニ安全ナルコトヲ企圖スルカ爲メニ存ス此結合ハ列國會議ヲ開キ此機關ニ依リ此共同ノ活動ヲ爲ス而シテ此列國會議ニハ討議ノ問題ニ利害ノ關係アル小國ノ代表者ノ出席ヲ許スコトヲ得

即チ此覺書ノ趣意ハ歐洲ノ問題ヲ歐洲協調ニ依リテ決セントスルニ在リ而シテ小國ノ利害關係ヲ有スル問題ニ關シテノミ出席スルヲ得ルコトト爲レリ今其例ヲ舉クレハ

- (一) 千八百六十七年倫敦會議ノ節白耳義及ヒ和蘭ハ出席ヲ許サレタリ是レ其問題中ルキ「ケンブルク」ニ關スル事件ノ此等兩國ニ關係セルカ故ナリ
- (二) 千八百八十四年及ヒ千八百八十五年「コンゴ」河及ヒ其地域ノ通商航海及ヒ政事上ノ問題ニ關スル「西亞弗利加」列國會議ニハ白耳義、丁、抹、西班牙、和蘭、葡萄牙、瑞典モ亦出席セリ土耳其モ「西亞弗利加」領地ヲ有スルノ故ヲ以テ出席ヲ許サレ此外交衆國モ一國家トシテ代表者ヲ出セリ

然レトモ小國ノ列席ヲ許サレサル例ヲ舉タル亦困難ニ非ス大體ニ於テ小國ノ列席ハ寧ロ恩惠ノタリシヲ以テ其列席ヲ拒ムハ強國ノ方寸中ニ在ルモ有様ナリ今一例ヲ舉タレバ千八百七十八年希臘ノ領土擴張ニ關シ伯林會議ヲ開クニ際シ希臘ハ利害ノ關係アルニ由リ出席ヲ要求セシモ拒マレタリ之ヲ要スルニ小國ノ承認ナルモノハ國際爭議ノ決定ニ關シテ必要ト認メラレス唯強國ノ定ムル所ニ服從スレハ可ナリトセラル是ヲ以テ獨立ノ承認強國ノ列ニ新國ヲ入ルルコト又ハ國際團體ニ半文明國ヲ入ルル等ノ問題ニ關シテハ強國ノミニテ之ヲ決定スルノ有様ニシテ而モ之ヲ決定スルニ歐洲全體ノ名ヲ以テシ以テ之ヲ有效ナラシム斯クシテ彼等小國ノ爲セル事業尠少ニ非サリキ例ハ希臘ノ建國白耳義ノ獨立「クリミア」戰爭ニ於テ土耳其ノ爲メニ露國ヲ抑制セシカ如キ又埃及問題「ク्रीト」問題ノ如キ皆歐洲協調ニ依リテ處理セラレタリ「クリミア」戰爭ノ際日本ヲ永久局外中立國ト爲サントスルノ議モ此等歐洲強國ノ間ニ起レリト云フ

タリ、而シテ、小國、ハ、其、權、機、ニ、與、ラ、ス、「ローレンス」氏之ヲ評シテ曰ク大國ハ歐洲ノ事件ニ關シテ主要ナル地位ヲ占メ其結果タルヤ國際法上平等權ノ原則ハ最早適用スヘカラサルニ至レリ是ニ於テカ強國ノミ其強力ニ比例シテ威力ヲ逞シウシ小國ハ唯其決定スル所ニ服從セサルヘカラサルノ有様ナリ此ノ如ク歐洲協調ノ有様ハ次第ニ發達シテ國際爭議ヲ決スルノ機關ト爲リ茲ニ既往三百年間諸哲學者政治家及ヒ宗教家等ノ希望セシ最高國際裁判所ヲ得ルニ至ルヘシト予ハ未タ「ローレンス」氏ノ言ヘル如ク歐洲協調ナルモノハ國際法上ノ平等權ヲ破壞シ終ニハ諸般ノ國際爭議ヲ審判スルモノト爲リ又立法者タルヤ否ヤヲ確言スルコト能ハス然レトモ現在ノ此歐洲協調ハ漸次擴張シ最早歐洲協調ニ非スシテ米西戰爭ヨリ歐米協調ナルモノヲ生シ次第ニ其強國ナルモノモ増加シ來リ終ニ世界的協調ト爲ルニ至ラハ此協調ナルモノノ公平ナルヲ得ヘキカ白耳義ノ歴史派國際法學者ナイス「博士」嘗テ語リテ曰ク我白耳義國ハ專制的ナル歐洲協調ノ結果トシテ永久局外中立國ト爲レリ抑モ此歐洲協調ハ法理上極メ

テ不都合ナルモノニシテ其初ハ英獨、澳露ノ四大強國ヨリ佛ヲ加ヘテ五大強國ト爲リ次ニ伊太利ヲ加ヘテ六大強國ト爲リ今ヤ北米合衆國モ之ニ入り次ニ北清事件ニ因リ日本モ之ニ入ルコトト爲レリ是ニ於テカ歐洲協調ハ一變シテ歐米協調ト爲リ再變シテ世界的協調ト爲ルニ至リ遂ニ文明國一般モ之ニ加ハルコトト爲ラハ始メテ國際法上ノ萬國ノ承認ナルモノヲ實行スルコトヲ得ヘシト

然レトモ日本ハ果シテ氏ノ稱スル如ク大強國トシテ世界協調ノ一員タルヤ否ヤハ疑問ニ屬シ現ニ米國エール天學ニテ有名ナル「ボルドキン」博士此頃一論文ヲ送リ來レリ其中ニ曰ク「大強國ハ最早英露佛獨ニ非ス伊太利ノ如キハ最早其地位ヲ維持スル能ハス米國ハ豐ニ其中ニ入レリ中略日本ハ既ニ伊太利タケノ地位ヲ占ム支那ノ如キハ此新世紀ニ於テ再建セラレ且其意思ニ反シテモ泰西文明ヲ輸入スルコトニ因リ高等ナル地位ヲ得ルナラン」ト左レハ氏ノ言ヘル如ク日本ハ未タ強國タルニ至ラサルヤノ疑アリ然レトモ早晚ハ「ナイス」博士ノ言ヘル如ク此協調ハ世界的ト爲リ「ローレンス」氏ノ言ヘル如キ事務ヲ行フコト

報

○新年ヲ迎フ 我三十五年度講義録ハ各學年共第五號ヲ初刊トシテ茲ニ明治第三十五回ノ新春ヲ迎フ蓋シ我講義録ニ休刊ナキト同時ニ我等編輯局員ハ非常ノ勉強ヲ以テ事務ノ進捗ヲ計リ活版所ヲ督勵シテ日夜就業セシメ其結果優ニ三日有半ノ休暇ヲ得芽出度新年ヲ迎ヘ徐ニ蠶酒ノ舊習ニ遵フコトヲ得タリ乃チ謹ミテ「聖天子ノ壽ヲ祝シ奉リ讀者諸君ノ健康ト幸福トヲ祈リ終ニ我等一倍勉勵以テ該講義録ノ完璧ヲ期シ第二期ノ初刊ニ於ケル本邦學術法律經濟ノ大觀ヲ紹介シテ遺憾ナカラシメ我等ノ爲メニ與ヘラレタル此四頁ノ小天地ハ斯道ニ關スル重要事項ノ報道ヲ爲スコトヲ忘ラサルヘキヲ誓フ茲ニ新年ニ臨ミテ一言所感ヲ記スルコト爾外更ニ

○本野博士ノ轉任 全權公使法學博士本野一郎氏ハ客臘二十四日白耳義國駐劄ヲ免セラレ歐洲交際社會ノ中心タル佛國駐劄ヲ仰付ラレタリ尙未同博士

其來年十二月開會日本經濟議會臨時席セラレテ栗津兩學士ト共ニ講演セラルルコトト確定セリ 全社公費對士本報一紙其ノ寄附二十四日自五海關

○漁業權ノ性質 領海ノ一部ニ於テ捕魚又ハ採藻ヲ爲スニハ其領海ノ使用ニ付キ行政官廳ノ許可ヲ得ルコトヲ要スルコトハ現行法ノ定ムル所ナリ而シテ其權利ノ性質ニ至リテハ議論ノ餘ナル所ナルヘシ之ニ關シ大審院ハ此度一ノ判決ヲ下シ海面使用ニ關シテハ行政官廳ノ許可ヲ受ケ始メテ公然之ヲ使用スル一種ノ權利ヲ得ルモノト爲シ其本質ノ何タルヤニ付テハ別ニ說明ヲ與ヘラレス而シテ同院ハ原裁判所(長崎控訴院)カ其理由ニ於テ既ニ或者カ漁業ヲ爲スノ權利ヲ得タル場合ニハ縱令行政官廳ノ許可アルモ前者ノ得タル私權ヲ侵害スルコトヲ得サルヲ以テ結局其權利ヲ行フニ由ナキ旨ヲ說明セラレタルヲ不當トシ是レ全ク行政官廳ノ許可ヲ無效視シタルモノナリト說明セラレタリ

(明治三十四年(才)第一九〇號小編輯使用廢止請求事件) 今左ニ之ニ關スル現行法令ノ主要ナルモノナルヲ舉ケテ讀者諸君ノ參考ノ便ニ供セントス

從來人民ニ於テ海面ヲ區畫シ捕魚採藻等ノタメ所用故居候者モ有之候處有

ハ因ヨリ官有ニシテ本年(二月)第二十三號布告以後ハ所用ノ權無之候條從來ノ運所用致度者ハ前文布告但書ニ準シ借用ノ儀其管轄廳ヘ可願出此旨布告

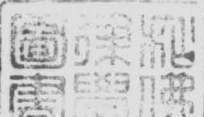
候事明治八年十二月第九十五號布告

捕魚採藻ノタメ海面使用ノ儀ニ付今般第九十五號ヲ以布告候ニ付テハ右借用願出候者ハ調査ノ上差許其都度內務省ヘ可願出此旨相違候事(九年太政官第七十四號達)ヲ以テ但書取消(明治八年十二月太政官第二百十五號達)

明治八年(十二月)第二百十五號ヲ以捕魚採藻ノタメ海面所用ノ儀ニ付相違候條所除讓ノ次第有之有但書取消シ候條以來各地方ニ於テ適宜府縣稅ヲ賦シ營業取締ハ可成從來ノ慣習ニ從ヒ處分可致此旨相違候事(明治九年七月太政官第七十四號達)

向々湖川ニ付テハ海面ニ關スル規定ヲ準用シ宜有ノ池沼ニシテ遊芝ナキモノハ人民ノ願ニ因リ借用料ヲ取メテ使用ヲ許可スルノ規定アリ(明治九年十月內務省乙第百十六號達參看)

○登記賣買證書ノ變換 登記ヲ經タル私文書カ登記ヲ經ルニ因リテ公文書ト爲ルヤ否ヤニ付テハ刑法上問題ト爲リ得ル所ナルカ此度大阪控訴院カ右ノ



問題ニ關シテノ判決ヲ下シテ無罪ト認メ大審院モ亦其判決ヲ是認セラレタリ  
 其事實ノ大要ハ登記ヲ經タル買賣證書中買賣價額ノ記載ヲ私ニ變換シタリト  
 云フニ在リテ其上告論旨ハ(一)縱令買賣價額ハ之ヲ登記簿ニ登記セサルモ一  
 且買賣證書ニ於テ登記官吏ノ認證ヲ經由シタル以上ハ私文書ノ性質ハ變シテ  
 全部公文書ト爲ルモノナリ(二)買賣證書ノ副本ハ登記官廳ニ保存セラレ公衆ノ  
 閱覽ニ供セラルルヲ以テ全部公證ノ效力アリ(三)買賣價額ハ買賣ノ要素ヲ成シ  
 當事者及ビ第三者ノ權利ニ及ホス影響大ナリ若シ之ニ公證ノ效力ヲ付與セザ  
 ルトキハ登記ノ信用ヲ維持スルコトヲ得スト云フニ在リ之ニ對スル大審院ノ  
 判決對旨ニ曰ク不動産登記法第六條ニ依ル登記済ナル證明ハ登記簿ニ記載シ  
 タル事項ニ限ラサルヘカラス而シテ買賣代價ハ之ヲ登記簿ニ登錄スヘキモノ  
 ニ非サルヲ以テ其登記済ナル公證ノ效力ハ買賣代價ニ及ハスト(明治三十四年  
 十號公文書偽造行使詐欺取財被告事件明治三十四年十二月二日大審院第二判事部室告治三)

# 法學志林

第二十六號

十二月二十日發行

每月一回二十日發行○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

- 裁判官ノ法律審査權ヲ論ス……………法學士 副 島 義 一  
 臺灣ニ於テ犯罪ヲ行ヒ處刑セラレタル者内地ニ來リテ犯罪ヲ行ヒタルトキ之……………法學士 中山 成 太郎  
 代理占有ヲ論ス……………法學士 梅 謙 次 郎  
 社會主義ノ三大流派(續)……………法學士 靜 軒  
 裁判所構成法ノ改正ニ付テ……………友 丘 T  
 自己宛自己指圖爲替手形ノ效力……………法學士 富 谷 銈 太郎  
 保險ニ付シタル船舶委付ノ場合ニ於ケル保險金……………法學士 內 田 嘉 吉  
 公布ノ性質……………法學士 岡 田 嘉 吉  
 大審院新判決十件……………生

雜報 英國勞働者同盟罷工ト貴族院ノ判決外四件  
 記事 法學博士本野一郎君ノ歡迎會及ヒ講師會外五件  
 發行所 東京市麹町區富士見町六丁目 司法省指定 和佛法律學校  
 (電話番町一七四) 文部省認定

### 校外生規則摘要

一 講義録ヲ分チテ第一學年、第二學年、第三學年ノ三部トス

一 講義録ノ掲載科目左ノ如シ

第一學年 法學通論、民法第一編及ヒ第二編第六章マテ、  
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、第二編、第三編)、刑  
法各論、民事訴訟法(第一編、第二編)、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(第三編以下)、破産法、行政  
法、國際私法)

一 講義録ハ、毎月六回左ノ期日ニ發行ス

第一學年 五月二十日 第二學年 十月 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 金學年 金一圓

一 月謝ハ郵便爲替、銀行小切手、通運單達便ヲ  
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

明治三十五年一月四日印刷

明治三十五年一月五日發行

(定價金貳拾錢)

東京市牛込區早稻田町三十九番地

編輯者兼 松田久次郎

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光町十一番地

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  
指定

**和佛法律學校**

(電話番町百七十四番)