

和仏法律学校講義録

矢作, 榮藏 / 中山, 成太郎 / 若槻, 禮次郎 / 竹井, 耕一郎
/ 古賀, 廉造 / 中村, 進午 / 塚田, 達二郎

(出版者 / Publisher)

和仏法律学校

(巻 / Volume)

1-7

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

45

(発行年 / Year)

1902-02-05

（明治三十四年十一月四日第三種郵便物認可 每月一冊）
明治三十五年二月五日發行

三十五年度 第一學年

和佛法律學校講義錄



和佛法律學校發行

第七號



第一學年第七號目次

憲

法(頁七八七)

法學士 竹井耕一 耶

民法總則

自第一章(頁四一)
至第三章(頁四八)

法學士 塚田達二 耶

民法總則

自第四章(頁一一一)
至第六章(頁一二四)

法學士 若槻禮次郎

民法物權

自第一章(頁八八)
至第六章(頁八四)

法學士 中山成太郎

刑法總論

(頁一)

法學士 古賀廉造

國際公法(平時)(頁五七)

法學博士 中村進午

經濟學各論(頁一六)

法學士 矢作榮藏

雜報

○衆議院議員ノ任期ト總選舉○擔任講師ノ變更○討論會

090
1902
1-1-7

ナシ現ニ憲法ニ於テモ天皇ハ國ノ元首云云ト規定セルハ機關説ヲ承認スル一
證ナリト
予ハ我國法上此説ヲ非認スル者ナリ機關説ハ如何ナル論法ヲ用フルニ拘ハラ
ス天皇ハ國家ノ目的ヲ達スル一機關トスルモノナリ果シテ然ラハ苟モ國家ノ
目的ヲ達スルニ便利ナルモノナレハ其機關ハ必スシモ天皇ニ限ラス他ノ種類
ノ機關ヲ用フルモ可ナリト謂ハサルヘカラス或ハ曰ハン天皇ハ我國法上缺ク
ヘカラサル機關ナルカ故ニ之ヲ動スコトヲ許サスト然レトモ論者ハ如何ナル
論理ヲ以テ此論決ヲ得來リシカ論者ノ説ニ從ヘハ天皇モ議會モ裁判所モ同シ
ク國家ノ一機關ナリ左レハ理論上國家カ其目的ヲ達スルニ必要ナリト考フレ
ハ機關ノ組織ハ意ノ如ク變更スルコトヲ得サルヘカラス現ニ憲法第七十三條
ニ憲法改正ノ規定ヲ設ケ必要ノ場合ニハ憲法ノ條項ヲ改正スルヲ得ルコトヲ
認ム故ニ此手續ヲ踏ミ憲法上ノ機關ノ變更ヲ行フハ理論上毫モ不都合ナキニ
非スヤ

或ハ曰ハン國家ハ無形人ナリ國家ノ意思ハ實際最高機關タルモノノ意思ニ外
憲法 天皇 天皇ノ國法上ノ性質

ナラス故ニ最高機關カ自ラ其組織ヲ變更スルト云フカ如キハ實際アルヘカヲ
 スト然レトモ此論ハ唯事實ノ推測ニ過キス法學上一ハ他ノ機關ナリトスル以
 上ハ前述ノ批難ハ之ヲ免ルルコト能ハス
 或ハ曰ク天皇ハ國家ナリト論スルハ國際法理ノ許サザル所ナリト然レトモ既
 ニ述ヘタル如ク國際法上ノ論ト國內法上ノ論トハ必スシモ悉ク一致スルモノ
 ニ非ス一ヲ以テ強ヒテ他ニ推及ホサントスルハ抑モ難シ
 終ニ前論者ハ憲法ニ「天皇ハ國ノ元首云云」ト規定スルヲ以テ機關說ノ一證トス
 ト雖モ國ノ元首トハ即チ一國ノ全權ヲ掌握セラシムルノ意ニシテ統治ノ主體ヲ
 指稱スト解スルニ於テ何ノ差支ヲモ見ザルナリ
 以上述ヘタル如ク天皇ヲ國家ノ機關ナリトスルハ適當ナラス況ヤ或學者ノ如
 ク天皇ト議會ト同一ノ地位ニ列シ同シク國家ノ直接機關ナリト論スルハ益々
 不可ナリト謂ハサルヘカラス
 (乙) 統治主體說 此說ハ天皇ヲ統治ノ主體ナリト爲スモノナリ予モ亦之ニ左
 祖ス蓋シ天皇ハ一國統治ノ權能ヲ有ス此權能ハ固有ニシテ他ヨリ付與セラレ

タルモノニ非ス又他ヨリ動カサルヘキモノニモ非ス且法學上自ラ拋棄スヘキ
 モノニモ非ザルナリ然ルニ若シ事實上他ヨリ動カサレ或ハ自ラ拋棄スル如キ
 コトアランカ是レ統治權ノ消滅ナリ日本國家ノ絶滅ナリ此ノ如キ國體ハ日本
 建國以來定マレル所ニシテ疑議ヲ容ルヘキニ非ス
 此處ニ於テ論スヘキハ統治ノ主體ト各箇ノ天皇トノ關係ナリ各箇ノ天皇ニハ
 生滅アリ然ルニ統治ノ主體即チ國家ハ觀念上永久ニ通貫スルモノナリ或學者
 ハ此二者ノ關係ヲ説明シテ曰ク統治ノ主體ハ抽象的ノ觀念ナリ各箇ノ天皇ハ
 具體的ノ觀念ニ屬ス此二ノ觀念ヲ連結スルハ皇位ナリ皇位トハ萬世ニ通スル
 抽象的ノ統治主體ナリ此主體ハ無形ニシテ自ラ活動スルコトナシ故ニ有形ノ
 天皇ヲ待テテ活動セザルヘカラス是ニ於テカ抽象的皇位ト具體的皇位トハ全
 ク合體シ唯一不二ノモノト爲ル
 此論法ハ所謂問題ヲ以テ問題ヲ解セントスルノ誤ニ陥ルヲ免レス何トナレハ
 抽象的及ヒ具體的ノ二觀念ヲ調和スルカ爲メニ皇位ヲ援用スルニ拘ハラス皇
 位ヲ以テ同シク抽象的ノ主體ナリト論スルカ故ニ畢竟問題ノ説明ト爲ラスシ

同一問題ヲ繰返スニ止マルカ故ナリ且皇位ハ文字ノ示ス如クハノ位ニシテ
天皇カ統治ノ主體タル地位ヲ謂フモノタリ此地位ヲ直チニ統治ノ主體ナリト
説明スルハ穩當ナラス
右ニ述ヘタル如クハ畢竟統治主體ト各箇ノ天皇トノ關係如何蓋シ各箇ノ天
皇ハ永久ノ統治ノ主體ヲ構成スル一節ナリ統治主體トハ各天皇ニ共通ナル統
治權總攬者タル性質ヲ指稱スルモノニシテ全部ヲ通覽スルト一節一節ヲ區別
シテ觀察スルノ別アルノミ歸スル所同一ナリ
憲法第三條ニ依レハ天皇ハ神聖ニシテ侵スヘカラサルモノトス一般學者ハ之
ヲ以テ天皇ノ特權ナリトシ天皇ノ財產權宮廷權榮譽權等ト併セテ之ヲ説明ス
然レトモ予ハ以爲テ神聖侵スヘカラストハ統治主體ノ消極的ノ性質ニ外ナラ
ス即チ統治主體ハ一面ニ於テ圓滿ニ一國ノ統治ヲ爲シ得ルト共ニ一面ニ於テ
他ヨリ侵害ヲ受クルコトナキモノナリ此性質ハ主體ノ統治權能ニ當然包含セ
ラルルモノニシテ特權トシテ別ニ列擧スヘキモノニ非サルナリ
神聖不可侵ニ關スル學說ハ種種アリ外國ニ於テハ神聖不可侵ヲ以テ多ク無責

任ト同意義ナリトシ其理由ヲ説明スルコト左ノ如シ
先ツ英國流ノ學說ニ依レハ君主ハ當然無責任ニ非ス然レトモ君主ハ國家最高
ノ機關ナルカ故ニ責任ヲ問ハントセハ畢竟自ラ自己ノ責任ヲ問フコトニ歸シ
甚タ不都合ナルカ故ニ便宜上天皇ヲ無責任トシ大臣カ代リテ其實ヲ負フコト
トスルモノナリト説明ス
「ブッデン」如キ此說ヲ採ル此論ハ天皇無
責任ノ理由ヲ單ニ實際ノ便宜ニ求ムルカ故ニ法理論トシテ固ヨリ不十分ナリ
畢竟天皇ハ無責任ニ非ス唯責任ヲ問ハレサルノミト云フニ歸ス次ニ大臣カ代
リテ其責任ヲ負フト云フモ不可ナリ何トナレハ大臣ハ自己ノ權限ニ非サルコ
トニ關シテ責任ヲ負フヘキ理由ナケレハナリ
次ニ獨逸流ノ學說ニ依レハ君主ノ無責任ハ法ノ保護ニ基クモノト爲ス例ヘハ
「シュルツ」ノ如キ此說ナリ此種ノ說ハ更ニ二分シテ(一)君主ノ無責任ヲ以テ其
一身上ノ特權トスル說(二)無責任ハ君主カ國家ノ機關タル職務ヲ保護スルモノ
ニシテ君主一身上ノ特權ニ非ストスル說ノ二種ト爲スコトヲ得
右(一)ハ君主ハ當然無責任ニ非スト雖モ其身分ノ尊榮ナルヨリ法カ特ニ其一身

ヲ保護スルモノニシテ是レ無責任ノ權利ノ生スル所以ナリト論ス此說ニ依レハ無責任ハ君主ノ身分ニ當然伴フモノニ非スシテ法ノ特別ナル規定ヲ待テテ始メテ生スルモノトス然レトモ若シ果シテ此ノ如シトセハ特權ノ大小ニ於テコソ差別アレ君主ニ非ストモ其身分上ノ關係ヨリ種種ノ特權ヲ有スルモノナキニ非ス左レハ其間ニ本質上ノ區別ヲ爲スコト能ハサルニ至ルヘシ畢竟此種ノ說明ハ外國ニ於テハ敢テ不可ナルナカルヘシト雖モ我國ニ在リテハ決シテ適當ナラス次ニ(二)ノ說ニ依レハ天皇ハ國家ノ重要機關トシテ大政ヲ總攬スルノ任ニ當ルカ故ニ其所爲ニ付キ一責任ヲ問ハルコトアラハ決シテ十分ニ其職ヲ行フコト能ハサルニ至ルヘシ是ヲ以テ法ハ特別ノ保護ヲ與ヘ無責任ト爲スト云フニ在リ蓋シ天皇ノ無責任ハ例ヘハ議會ノ議員カ議院内ニ於ケル發言表決ニ付キ其責ヲ負ハサル特權ヲ有スルト同一ノ理由ニ出ツルモノト爲ス故ニ畢竟(一)說ト相似テ君主ト其他ノ官吏及ヒ職員ノ職務保護トハ本質上毫モ區別ナキモノト爲ルヘシ

スルヨリ來ル何トナレハ機關ハ他ヨリ與ヘラレタル權限ヲ以テ行動シ其權限ニ依リテ責任ヲ生ス而シテ天皇モ亦其一種ナリトスルカ故ニ當然無責任ナリト論スルコト能ハス是ニ於テカカ種種ノ理由ヲ設ケテ無責任ノ說明ヲ爲サント試ムルニ外ナラサレハナリ然ルニ我國法ニ於テハ天皇ハ統治ノ主體ナリ故ニ其神聖侵スヘカラサルハ當然ノ性質ニ屬ス

終ニ無責任ト神聖侵スヘカラサルコトトハ其意義同一ナラス一ハ天皇自身即チ主觀的ノ語ニシテ一ハ天皇ニ對スル客觀的ノ方面ニ於テ云フモノナリ故ニ二者ヲ全ク同意義ニ用フルハ穩當ナラスト知ルヘシ

憲法ニ所謂神聖侵スヘカラストノ意義ハ右ノ如シ然ルニ普通學者ハ之ヲ以テ天皇ノ特權ナリト論スルノミナラス天皇ノ財產權榮譽權宮廷權等ト併セテ說明ス然レトモ神聖不可侵ハ前ニ述ヘタル如ク統治主體ノ消極的性質ニ外ナラスレテ特別ノ權利ニ非ス次ニ其他ノ權利モ一部ハ私法上ノ關係ニ屬シテ公法關係ニ非ス又公法ノ範圍ニ入ルヘキモノト雖モ此處ニ於テ說明スルハ適當ナラサルモノアリ甚シキニ至リテハ權利義務ノ關係ニ非サルモノマテモ此内ニ

包含セシム此等ハ總テ省略スルヲ穩當ナリトス
 最後ニ一言スヘキハ天皇ノ民事上ノ地位ニ關シ此場合モ憲法論ノ範圍外ナリ
 ト雖モ學者往往其間ノ區別ヲ混亂スルカ故ニ誤ヲ避ケタルカ爲メニ一言ヲ附加
 スル必要アリ先ツ或學說ニ依レハ天皇ハ絕對ニ民事上ノ行爲ヲ爲サズトシテ
 曰ク天皇ハ常ニ統治ノ主體ニシテ其行爲ハ常ニ國權ノ行使ナリ一私人ト對等
 關係ニ立ツコトナシト故ニ例ヘハ同シク賣買ヲ爲スモ私人間ノ賣買ト異ナリ
 ナ國權ノ作用ニ屬スト論スルナリ然レトモ此論ハ天皇ノ權力ヲ無限ナラシメ
 ントシテ却テ之ヲ制限スルノ誤ニ陷ルヲ免レス何トナレハ天皇ハ唯國權ヲ行
 使スルノミニシテ其他ノ作用ハ爲シ能ハサルコトト爲レハナリ元來法ハ皆天
 皇ノ意思ナリ天皇カ之ニ依リテ公法上ノ作用ヲ爲スト共ニ私法上ノ作用ヲ爲
 スハ毫モ差支アルヘカラス畢竟天皇ニ民事上ノ行爲ナシト云フ說ハ十分ノ論
 據ナキノミナラス却テ天皇ノ作用ヲ抑損セントスルノ誤謬ニ歸ス次ニ天皇ニ
 民事上ノ行爲アリトスル學者ノ内ニ於テモ或人ハ曰ク天皇ハ二人ノ人格ヲ有ス
 即チ公法上ノ人格及ヒ私法上ノ人格是ナリ其民事上ノ行爲ハ私法上ノ人格ニ

第三項 準禁治產者

準禁治產ノ制度ヲ設ケタル理由ハ前ニ述ヘタルカ如シ而シテ精神ノ健全ナラ
 サル心神耗弱者ハ勿論聾者啞者盲者ノ如キハ智識ノ發達ニ必要ナル人體ノ重
 要機關ノ一ヲ失ヒタル者ナルヲ以テ智識ノ發達十分ナラサルヲ通例トス又浪
 費者ハ辨別力ノ發達不十分ナルコトヲ示スモノニシテ常ニ浪費ヲ爲ス者ハ財
 産ノ處分ニ關スル辨別力ニ於テ常人ニ及ハサルモノアルヲ以テナリ故ニ法律
 ハ此等ノ者ヲ保護スルカ爲メニ裁判所ニ請求シテ準禁治產者ト爲スコトヲ得
 ヘキコトヲ規定セリ(第一一條)元來準禁治產者ハ獨斷ニテ法律行爲ヲ爲シ得ル
 ヲ原則トスルカ故ニ法律カ除外セサル行爲ハ盡ク獨斷ニテ爲シ得ルモノト解
 セサルヘカラス即チ獨斷ニテ爲シ得タル行爲ハ例外ノ事項ニ屬スルヲ以テ嚴
 正ニ之ヲ解釋セサルヘカラス而シテ準禁治產者カ保佐人ノ同意ヲ得テ爲スヘ
 キ行爲ハ法律ノ列記ニ依ルモノト裁判所ノ宣告ニ基クモノトアリ前者ハ民法
 第十二條第一項第一號乃至第九號ニ列記スル行爲ニシテ元本ノ領收及ヒ利用

修繕賃貸借等管理行為ニ屬スルモノアリト雖モ其多數ハ處分行為ニ屬スルモノナリ後者ハ裁判所カ準禁治產者ノ辨別力ノ程度ヲ斟酌シテ法律ノ列記以外ノ行為ヲ掲ケテ宣告シタル事項ニ限リ保佐人ノ同意ヲ要スルモノナリ隨テ其行為ノ種類ハ各場合ニ於テ異ナルコトアルヘキヲ以テ豫メ之ヲ定ムルコトヲ得ス而シテ保佐人ノ同意ハ事前ニ之ヲ爲ササルヘカラス何トナレハ事後ノ承諾ハ追認ニシテ法律上之ヲ同意ト區別スルコトヲ要スレハナリ又同意ハ行為ノ當時之ヲ與フルヲ通例トスヘシト雖モ或行為ニ付キ豫メ之カ同意ヲ爲スハ尠モ不可ナキナリ然レトモ或行為ノ目的ノ確定セサル事項ニ對シ例ヘハ第十二條第二號ノ行為又ハ第八號ノ行為ト云フカ如ク概括的ニ同意ヲ爲スコトヲ得サルハ論ヲ俟タス何トナレハ或行為ニ付キ少クモ其行為ノ目的ノ確定ヲ待タスシテ同意又ハ不同意ヲ決シ得ヘキモノニ非ザレハナリ

準禁治產者カ保佐人ノ同意ヲ得テ爲スヘキ行為ヲ獨斷ニテ爲シタルトキハ未成年者カ法定代理人ノ同意ヲ得テ爲スヘキ行為ヲ獨斷ニテ爲シタルト同シタ其行為ハ取消シ得ヘキモノタリ而シテ準禁治產ノ宣告ヲ請求シ得ヘキ者及ヒ

之カ取消ヲ請求シ得ヘキ者ニ關シテハ禁治產ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノナルカ故ニ(第一三條登ニ再ヒ贅セズ唯準用ノ文字ニ注意スルコトヲ要ス蓋シ準用ハ性質上適用シ得ヘキモノノミヲ應用ストノ意義ニ外ナラサルナリ

第四項 妻

法律カ妻ノ能力ヲ制限スル理由ハ概論ニ於テ述ハタルカ如シ蓋シ我國ノ舊慣ニ於テハ妻カ財產ヲ特有スルコトハ甚タ鮮カリシヲ以テ其能力ニ關シテモ之ヲ制限スル必要ナカリシト雖モ妻カ財產ヲ特有スルノ事實ハ漸次増加シ又法律ニ於テモ之ヲ認メテ保護スル以上ハ其能力ノ制限ニ關スル規定ノ必要アルハ論ヲ俟タス尤モ妻カ夫ノ營業ニ付キ賣買其他ノ取引ヲ爲ス場合ハ夫ノ代理人タル資格ニ於テ爲スモノナルヲ以テ茲ニ所謂能力ノ制限ニ關スル規定ノ適用ヲ受クルモノニ非ス但茲ニ論スルハ妻カ夫ノ財產ニ關係ナク自ラ權利ヲ取得シ義務ヲ負擔スル行為ニ關スル場合ニシテ夫ノ明示又ハ默示ノ委任ニ因リ法律行為ヲ爲ス場合ニ非サルコトヲ忘ルヘカラス

法律カ妻ノ能力ヲ制限セル程度ハ準禁治産者ノ制限ニ類スルモノアリ尤モ妻ヲ無能力トスル理由ハ前ニ述ヘタル如ク準禁治産ノ制度ヲ設ケタル理由ト異ナルカ故ニ制限ノ種類ノ自ラ異ナルモノアルハ當然ナリトス即チ準禁治産者ハ負擔ナキ贈與又ハ遺贈ヲ受諾スルニ付テハ保佐人ノ同意ヲ要セスト雖モ妻ハ贈與若クハ遺贈ノ受諾ヲ爲スニ付テハ夫ノ許可ヲ得サルヘカラス又身體ニ羈絆ヲ受クヘキ契約ハ準禁治産者ニ在リテハ保佐人ノ同意ヲ要セサルモ妻ハ夫ノ許可ヲ得サルヘカラサルカ如シ是レ他人ヨリ贈與遺贈ヲ受ケ又ハ身體ニ羈絆ヲ受クヘキ契約ノ如キハ夫ノ品格ヲ損シ感情ヲ害スルコトアルヘク若クハ夫權ニ服従スル實ヲ失フカ如キコトアルヘケレハナリ之ニ反シ新築改築増築又ハ大修繕及ヒ民法第二百六條ニ定メタル期間ヲ越ユル賃貸借ヲ爲スカ如キハ夫權ニ對スル服従關係ニ於テ影響スル所ナキヲ以テ妻ハ獨斷ニテ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ

妻ハ未成年者ト同シク一種又ハ數種ノ營業ヲ許サレタルトキハ其營業ニ付テハ獨立人ト同一ノ能力ヲ有シ單獨ニ法律行爲ヲ爲スコトヲ得ヘシ而シテ此場

合ニ於ケル妻ノ能力ハ許可セラレタル營業ノ範圍内ニ於テノミ完全ナルニ過キスシテ決シテ夫權ニ服従スヘキ義務ヲ免レタルニ非ス而シテ其許可ヲ與フルコトヲ得ヘキ者ハ夫ナリトス若シ夫カ未成年者ナルトキハ之ヲ許可スルニ付テハ其法定代理人ノ同意ヲ要スヘキモノタリ若シ此同意ナクシテ未成年者タル夫カ妻ノ營業ヲ許可シタルトキハ法定代理人ハ之ヲ取消スコトヲ得ヘシ

(第一八條, 第四條)

夫カ妻ニ對シテ與ヘタル營業ノ許可ハ夫權ノ作用ヨリ生スルモノニシテ決シテ契約ノ法理ヲ以テ論スヘキモノニ非ス故ニ與フルコトヲ得ル者ハ亦之ヲ奪フコトヲ得トノ通則ニ依リ夫ハ其與ヘタル許可ヲ取消シ又ハ制限スルコトヲ得ヘシ民法ハ此通則ヲ認メテ之ヲ第十三條ニ規定セリ例ヘハ妻ニ商業ヲ營マシメタルニ失敗ノミ多ク到底其業ヲ持續スルコト能ハスト認メ又ハ許可シタル營業ハ夫ノ品位ヲ害スルモノト認メ之ヲ取消スカ如シ蓋シ夫カ妻ニ營業ノ許可ヲ與ヘ或營業ニ付キ獨立人ト同様ノ能力ヲ取得セシメタルハトテ之ニ依リテ夫權ヲ失ヒタルモノニ非ス何トナレハ夫權ハ夫ノ單獨ノ意思表示ニ依リ

ヲ抽棄シ得ヘキモノニ非サレハナリ即チ夫權ヲ有スル者ハ何時ニテモ夫權ヲ行使シテ既ニ與ヘタル營業ノ許可ヲ取消シ又ハ制限シ得ヘキハ當然ナリトス但此取消又ハ制限ハ法定代理人カ未成年者ノ營業ヲ取消シ又ハ制限スル場合ト異ナリ營業ニ堪ヘサルト云フカ如キ事跡ヲ必要トセスニ夫ノ意思ニ依リ自由ニ取消シ又ハ制限シ得ヘキモノタリ然レトモ此取消又ハ制限ノ效力ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス是レ取引ノ安全ヲ維持シ善意ノ第三者ヲ保護スル必要ニ出テタルモノナルハ論ヲ竣タス唯一ノ疑問ハ未成年者ニ對スル營業許可ノ取消ハ一般ニ對抗シ得ヘキモノトシ妻ニ對スル營業許可ノ取消ノ效力ハ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ストスルノ理由ニ在リ蓋シ未成年者ニ對スル營業許可ノ取消ノ條件ハ其營業ニ堪ヘサル事跡アルコトヲ要スルヲ以テ營業ノ許可ヲ取消シ又ハ制限セラレタル場合ハ未成年者カ其營業ニ關スル智識ノ發達十分ナラザリシモノト認メサルヘカラス隨テ其財産上ノ利益ヲ保護スル必要アルコト營業ヲ許可セラレタル未成年者ト異ナルコトナシ故ニ善意ノ第三者ニ對シテモ其取消又ハ制限ヲ主張シ得ヘキモノトセリ

之ニ反シテ妻ニ對スル營業ノ許可ノ取消又ハ制限ハ夫ノ任意ニ爲シ得ヘキモノニシテ妻ノ智識發達ノ程度カ營業ヲ爲スニ適スル場合ニ於テモ之ヲ取消又ハ制限スルコトヲ得ヘク其取消又ハ制限ハ妻ノ財産上ノ利益ヲ保護スルコトヲ目的トスルモノニ非スシテ寧ロ夫權ノ作用ヲ完カラシムルモノナリ既ニ夫權ヲ行使シテ妻ノ行爲ヲ取消シ又ハ制限シタル以上ハ夫權ノ行使ハ十分ニ保護セラレタリト謂フヘク更ニ其取消又ハ制限ノ效果ヲ善意ノ第三者ニ及ホシテ其權利ヲ害スル理由ナキヲ以テナリ併シ商法ニ於テハ未成年者又ハ妻カ商業ヲ營ムトキハ登記ヲ爲スコトヲ要シ其登記事項ニ變更ヲ生シ又ハ其事項カ消滅シタルトキハ登記スヘキモノトシ登記スヘキ事項ハ登記及ヒ公告ノ後ニ非サレハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得スト規定セルカ故ニ未成年者ノ營業ノ許可ノ取消又ハ制限モ登記及ヒ公告ノ後ニ非サレハ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得サル結果ト爲リ妻ノ營業ノ許可ノ取消又ハ制限ノ場合ト差異アルコトナシ商法第五條第一二條第一五條參照

舊民法人事編第六十九條第二項ニハ「夫婦財產契約ニ依リテ與ヘタル總括ノ許

可ト雖モ之ヲ廢罷スルコトヲ得ト規定セシモ現行法ニハ此等ノ規定ナキヲ以テ夫婦財產契約ニ依リテ與ヘタル許可ハ取消又ハ制限スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付キ疑ヲ抱ク者アルヘシ即チ夫婦財產契約モ契約ノ一ナリ而シテ其契約書ニ記載セル妻ノ營業其他ノ行為ノ總括的許可ヲ當事者一方ノ意思即チ夫ノ單獨ノ意思ニ依リテ取消シ得ヘキモノトセハ契約ノ原則ニ反スルモノナリト是レ理由ナキ疑ト謂ハサルヘカラス蓋シ夫婦財產契約ニ依リ與ヘタル許可ト雖モ便宜ノ爲メ財產契約ヲ爲スノ際許可シタルニ過キスシテ之カ爲メニ營業其他ノ總括的許可カ契約ノ一事項ト爲リシニ非ス又其許可ハ契約ノ目的ト爲リ得ヘキモノニ非ス要スルニ夫ノ許可ハ申込ニ對スル承諾ニ非スシテ夫權ノ作用トシテ妻ノ爲サントスル行為カ夫權トノ關係ニ於テ不都合ナキモノト認メ其行為ニ關シテハ妻ノ自由ノ裁量ニ任シタルニ外ナラサルヲ以テ夫權ヲ有スル以上ハ何時ニテモ既ニ與ヘタル許可ヲ取消シ又ハ制限シ得ヘキハ當然ナリトス

妻ハ左ノ場合ニ於テハ夫ノ許可ヲ受クルコトヲ要セシテ民法第十四條第一

リテ其欲望スル所ヲ達セントスルモノナリ故ニ詐欺ニ因ル意思表示ハ之ヲ取消スコトヲ得ルモノト爲ストキハ詐欺ヲ行ヒタル者ハ其欲望スル所ヲ達スルコト能ハサルカ故ニ自ラ此ノ如キ惡念ヲ生セサルニ至ルモノナリ予ノ見ル所ヲ以テスレハ第九十六條第一項カ詐欺ノ犧牲ト爲リタル者ヲシテ其意思表示ヲ取消スコトヲ得セシメタル所以ノモノハ詐欺ヲ行ヒタル者ニ對シ表意者ヲ保護スルノ趣旨ニ出テタルモノニシテ表意者ヲ保護スルコトニ依リテ詐欺者ヲ抑制セントシタルモノト謂ハサルヘカラス

第九十六條第一項ハ之ヲ取消スコトヲ得ト爲シ任意の規定ヲ掲グルヲ以テ詐欺ノ犧牲ト爲リタル表意者ハ意思表示ノ效力ヲ維持シ詐欺ヨリ生シタル損害ノ賠償ノミヲ求ムルト將タ意思表示ヲ取消シテ初ヨリ效力ナカカリシモノト爲ストハ其自由ナリ而シテ意思表示ヲ取消シタル場合ニ於テモ尙ホ損害アルトキハ詐欺ヲ行ヒタル者ニ對シ之カ賠償ヲ求ムルコトヲ得ヘキハ何等ノ疑ヲ容レサル所トス

詐欺ニ因ル意思表示ノ取消權ハ二箇ノ制限ヲ有ス

第一ノ制限 第三者カ詐欺ヲ行ヒ相手方カ其事實ヲ知ラサルトキハ意思表示ハ之ヲ取消スコト能ハサルモノナリ第九六條第二項 相手方ナキ意思表示ニ於テ表意者カ詐欺ノ犠牲ト爲リタルトキ又ハ相手方アル意思表示ニ於テ相手方カ詐欺ヲ行ヒタルトキハ表意者ヲシテ其意思表示ヲ取消スコトヲ得セシメ以テ不法行為ヲ抑制スルハ至當ノ事タリ相手方アル意思表示ニ於テ第三者カ詐欺ヲ行ヒタル場合ト雖モ相手方カ其事實ヲ知リタルトキハ仍ホ表意者ヲシテ取消權ヲ有セシメテ可ナリ何トナレハ此場合ニ於テハ相手方ハ表意者ノ意思表示ハ錯誤ノ結果ニ出テタルコトヲ知ルカ故ニ取消權ノ實行ニ遭遇スルモ之ニ向ヒテ不測ノ損害ヲ受ケタリト訴フルノ資格ナキ者ナルヲ以テナリ況ヤ第三者カ詐欺ヲ行ヒタルコトヲ知リナカラ之ヲ表意者ニ告知セシメテ其相手方ト爲リタル者ハ其人モ亦詐欺ヲ行フニ意アリタルモノト謂フモ不可ナキニ於テヨヤ唯相手方アル意思表示ニ於テ第三者カ詐欺ヲ行ヒ相手方カ其事實ヲ知ラサルトキハ表意者ヲシテ取消權ヲ有セシムヘカラス何トナレハ此場合ニ於テハ意思表示ノ取消ニ因リテ不利益ヲ受タル者ハ第三者ニ非スシテ相手方

ナルヲ以テ若シ表意者ヲシテ意思表示ノ取消ヲ爲スコトヲ得セシムルトキハ其結果不法行為ヲ爲シタル第三者ハ取消ヨリ生スル不利益ヲ受タルコトナキニモ拘ハラズ不法行為ニ關係ナキ相手方ノミヨリ生スル不利益ヲ忍ハサルヘカラサルニ至リ不法行為ニ對シテ表意者ヲ保護スルノ趣旨ト背馳スルニ至ルヘキヲ以テナリ況ヤ表意者カ錯誤ヲ爲シタルハ詐欺ニ原因スルニハ相違ナシト雖モ詐欺ナルコトヲ發見スルコト能ハスシテ誤解ニ陥リタルハ其過失ニ非スト謂フヘカラサルヲ以テ之ニ取消權ヲ與フルハ過失者ヲ保護シテ過失ナキ者ヲ害スルモノニシテ法律ノ保護其宜キヲ得サルニ於テヨヤ故ニ此場合ハ自ラ表意者ノ取消權ノ及ハサル限界ト爲ルモノナリ

第二ノ制限 詐欺ニ因ル意思表示ノ取消ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコト能ハサルモノナリ第九六條第三項 第三者ニシテ表意者カ詐欺ノ爲メニ錯誤ニ陥リタルコトヲ知リタルトキハ取消權ノ對抗ニ對シ之ヲ斥ケルニ辭ヲ有セサルモノナリト雖モ第三者ニシテ表意者カ詐欺ノ犠牲ト爲リタルコトヲ知ラナリシトキハ之ニ對シテ取消權ノ對抗ヲ許スハ不法行為ト何等ノ關係ナ

キ者ヲシテ取消ヨリ生ズル不利益ヲ受ケシムルモノニシテ不法行為ニ對シテ表意者ヲ保護スルニ過キ却テ一般取引ノ安全ヲ損スルニ至ルハシ故ニ法律ハ善意ナル第三者ニ對シテハ取消權ヲ主張スルコト能ハスト爲シテ公益上ノ必要ニ應ジタリ

第二 意思ヲ表示スルニ自由ヲ缺キタル場合

意思ヲ表示スルニ自由ヲ缺クトハ人カ何等カノ事由ニ因リテ心ニ畏怖ヲ生シ之カ爲メニ自由ノ判斷ヲ爲スコト能ハサルヲ謂フ但本款ハ意思表示ニ瑕疵アル場合ヲ論スルモノナルヲ以テ茲ニ説明スル所ハ表意者カ或意思表示ヲ爲スコトニ付テハ自由ノ判斷ヲ爲スコトヲ得ザリシモ其表示シタル所ハ意思ト一致ヲ缺クコトナキ場合ニ關スルモノナリ隨テ強迫又ハ不可抗力ニ遭ヒタル者カ畏怖ノ爲メ精神錯亂シ何等ノ思慮モナク或行為又ハ不行爲ヲ承諾シタルカ如ク全ク意思表示ナシト看サルヘカラサル場合ハ勿論精神ハ錯亂セザルモ危難ヲ免ルルカ爲メ其眞意ニ非サル意思表示ヲ爲シタルカ如ク意思ト表示ト一致ヲ缺ク場合ハ之ヲ包含セザルモノトス

意思表示ハ左ノ場合ニ於テ自由ノ判斷ヲ缺クコトアルモノナリ

- 一 表意者カ強迫ヲ受ケタルトキ
- 二 表意者カ威服ヲ受ケタルトキ
- 三 表意者カ災害ニ遭ヒタルトキ

一 強迫ニ因リ自由ノ欠缺ヲ生シタル場合
強迫トハ強迫者カ被強迫者ヲ強要シテ或意思表示ヲ爲サシムルカ爲メニ被強迫者又ハ第三者ニ害惡ヲ加フルノ意思ヲ表示スルヲ謂フ學者ニ依リテハ暴力ヲ絶對的暴力(Vi absoluta)及ヒ強迫的暴力(Vi coactiva)ノ二種ニ分チ強迫ヲ以テ暴力ノ一種ト爲ス者アリ此區別ハ決シテ誤レルモノニ非スト雖モ絶對的暴力即チ暴行者カ現實腕力ヲ加フル場合ハ意思表示ナキ場合ナルヲ以テ意思ト表示ト一致セザル場合トハ關係ナキモノナルコトハ前既ニ之ヲ述ベタリ意思トハ關係アルコトナシ既ニ意思表示ニ瑕疵アリト言ハハ則チ意思表示ノ存在スルコトヲ前提トスルモノナルカ故ニ意思表示ヲ瑕疵ヲ成ス強迫トハ被強迫者

ノ心裡ニ壓迫ヲ加スルノ力即チ學者ノ稱シテ強迫の暴力ト爲ス所ノモノナリト謂ハサルヘカラス
 強迫カ意思表示ノ瑕疵ヲ成スハ強迫ニ因リ表意者ノ心裡ニ畏怖ヲ生シ之カ爲メ意思ヲ表示スルニ當リテ自由ノ判斷ヲ爲スコト能ハザリシニ由ルモノナリ故ニ意思表示ノ瑕疵ヲ成スモノハ其實自由ノ欠缺ニシテ強迫ハ全ク自由欠缺ヲ生スル原因ヲ成スモノナリ故ニ強迫ニ因リ意思表示ニ瑕疵ヲ生シタリヤ否ヤハ表意者カ畏怖ノ爲メ意思ヲ表示スルニ自由ノ判斷ヲ缺キタルヤ否ヤヲ見テ之ヲ決スヘキモノトス表意者ニシテ強迫ノ爲メ意思表示ノ自由ヲ失ヒタルトキハ其強迫カ表意者ノ生命身體自由ヲ害セントスルニ在リシト將タ其財產名譽信用ヲ害セントスルニ在リシトハ問フヘキ所ニ非ス又害惡ヲ受ケントシタル者カ表意者其人ナリシト將タ其配偶者親族姻族朋友ナリシコトモ亦之ヲ見ルニ及ハサルナリ外國ノ立法例中ニハ法律ヲ以テ意思表示ノ瑕疵ヲ成スヘキ強迫ノ何モノタルコトヲ定メタルモノアリ或ハ害惡ヲ加ヘントスル目的物ヲ限定シ羅馬法ハ生命身體及ヒ自由ニ害惡ヲ加ヘントスル強迫ノミヲ以テ意

思表示ノ瑕疵ヲ成スモノト爲シタリ舊民法及ヒ佛伊等ノ民法ハ自體及ヒ財產ニ加害セントスルトキニ付テ規定スト雖モ此等ノ法律ニ於テ用ヒラレタル身體及ヒ財產ナル語ハ概括的意義ヲ有スルモノト見サルヘカラス加故ニ之ヲ以テ目的物ヲ限定シタルモノト爲スヘカラス或ハ害惡ヲ受ケントスル人ヲ限定シ佛蘭西民法第一千十三條ハ契約ノ取消原因タルヘキ強迫ハ當事者及ヒ其配遇者卑屬親又ハ尊屬親ニ對スル強迫ニ止マルコトヲ規定シタリ佛國學者中ニハ同條ハ單ニ當事者ノ舉證ノ責ヲ免シタルニ止マルモノニシテ被強迫者ヲ限定スルノ趣旨ニ出ラタルモノニ非スト論スル者尠カラスト雖モ法文ノ解釋トシテハ限定的ノモノト看ルコト相當ナリ又或ハ強迫ノ程度ヲ定メタリ羅馬法ハ最も堅固ナル勇氣ヲ有スル者ヲシテ畏怖ヲ懷カシムヘキ強迫ナルコトヲ要スト爲シ佛國民法ハ道義アル人ヲシテ威セシムヘキ強迫ニシテ且當事者ノ身體又ハ財產ニ重大ニシテ而モ現在ナル害惡ヲ加ヘントスルモノナルコトヲ要スト爲シ伊國民法ハ大體ニ於テ佛國民法ニ同シキモ唯佛國民法ノ規定中學者ノ學ヲ非難スル「重大ニシテ而モ現在ナル害惡ヲ文字ヲ單ニ「重大ナル害惡」

ト改メタリ但佛伊民法ハ其ニ此ノ如キ規定ヲ設ケタルト同時ニ強迫ニ關シテハ被強迫者ノ年齡男女又ハ身分ヲ斟酌セサルヘカラサルヲ定メタルヲ以テ自ラ一ノ條文ヲ以テ設ケタル原則ヲ他ノ條文ヲ以テ破壞スルモノト謂ハサルヘカラス故ニ實際ニ於テハ原則ヲ定メザリシト何等ノ選ヲ所ナキナリ然レトモ法律ヲ以テ強迫ノ何モノタルコトヲ定ムルハ其必要ナキノミナラス却テ強迫ヲ以テ意思表示ノ瑕疵ヲ成スモノト爲シタル所以ノ精神ヲ沒了スルモノナリ何トナレハ強迫カ意思表示ノ瑕疵ヲ成ス所以ノモノハ之カ爲メ表意者カ自由ノ判斷ヲ爲スコトヲ得ザリシニ因ルモノトス然ルニ若シ法律ヲ以テ強迫ノ何モノタルコトヲ限定スルトキハ強迫ニ因リ事實表意者カ判斷ノ自由ヲ缺キタル場合ニ於テモ法律ノ所定ニ合致セサルノ故ヲ以テ其意思表示ヲ瑕疵ナキモノト爲ササルヘカラサルニ至ルヘキヲ以テナリ

或強迫カ意思表示ノ自由欠缺ヲ生スルヤ否ヤハ事實ノ問題ナルカ故ニ裁判所カ實際ノ情況ニ依リテ之ヲ認定セサルヘカラス而シテ害悪カ比較的輕微ナルカ又ハ遽キ未來ニ於テ生スヘキモノナルトキハ多クノ場合ニ於テ表意者ノ畏

怖ヲ惹起セス又強迫ヲ受ケタル者カ堅固ナル勇氣ヲ有スル者ナルトキハ強迫ノ爲メ容易ニ意思表示ニ自由ノ判斷ヲ失フモノニ非ス故ニ裁判所カ事實ノ認定ヲ爲スニ當リテハ先ツ第一ニ害悪カ比較的重大ニシテ且切迫ナリシヤ否ヤヲ考察シ仍ホ被強迫者ノ男女年齡性質等ヲ斟酌セサルヘカラス

強迫ニ因リ意思表示ヲ爲シタル者ハ之ヲ取消スコトヲ得ルモノナリ第九六條第一項是レ法律カ詐欺ニ因リ意思表示ヲ爲シタル者ヲシテ其意思表示ヲ取消スコトヲ得セシメタルト同シテ強迫者ニ對シテ表意者ヲ保護スルノ趣旨ニ出テタルモノナリ故ニ表意者ハ意思表示ヲ維持スルヲ以テ其利益ナリトセハ之ヨリ生スル法律關係ヲ主張スルコトヲ得ルハ勿論ナリト雖モ其意思表示ヲ維持スルヲ以テ不利益ナリトセハ之ヲ取消シ之ヨリ生スル法律關係ヲ脱スルコトヲ得ルモノナリ而シテ其孰レノ場合ニ於テモ損害アリタルトキハ強迫者即チ不法行爲ヲ爲シタル者ニ對シテ之カ賠償ヲ求ムルコトヲ得ヘキハ論ヲ須タス

相手方アル意思表示ニ在リテ第三者カ強迫ヲ行ヒタル場合ニ於テモ亦表意者

ハ意思表示ノ取消ヲ爲スコトヲ得ルモノナリヤ詐欺ニ因ル意思表示ニ付テハ第九十六條第二項ハ善意ノ相手方ニ對シテハ表意者ハ取消權ヲ有セサルコトヲ規定シタリト雖モ強迫ニ因ル意思表示ニ付テハ法律ハ此點ニ關シ何等ノ規定ヲ爲サナリシヲ以テ解釋論トシテハ第三者カ強迫ヲ行ヒタル場合ト雖モ表意者ハ意思表示ノ取消ヲ爲スコトヲ得ルモノナリト謂ハサルヘカラス外國ノ立法例モ亦多クハ此場合ニ於テ表意者ニ取消權アルコトヲ認メタリ強迫ニ因ル意思表示ノ取消ヲ以テ不法行為者ニ對シ表意者ヲ保護スルノ趣旨ニ出テタルモノトセハ不法行為ナキ相手方ニ對シ取消權ヲ實行セシムルハ其趣旨ト相容レサルニ非スヤ或ハ曰ハン此ノ如クスルニ非サレハ不法行為者ヲシテ其欲望ヲ達セシムルコトト爲ルカ故ニ表意者ニ對スル法律ノ保護完全ナリト謂フコト能ハスト然レトモ若シ此議論ニシテ其當ヲ得タルモノトセハ詐欺ニ因ル意思表示ノ場合ニ於テモ亦同一ノ論斷ヲ爲ササルヘカラス然ルニ民法ハ第三者カ詐欺ヲ行ヒ相手方カ之ヲ知ラサルトキハ詐欺ニ因ル意思表示ノ取消ヲ許ササルニ非スヤ民法ノ起草者ハ詐欺ノ場合ニ於テハ表意者モ亦其過失アルコ

トヲ免レサルモ強迫ノ場合ニ於テハ表意者ニハ少シモ過失アルコトナシ故ニ彼ニ在リテハ取消ヲ許スヘキモノニ非スト雖モ此ニ在リテハ取消權ヲ與ヘサルヘカラスト爲スモノノ如シ予ハ此説明ニ満足スルコト能ハス凡ソ或人カ私法上責任ヲ負フハ其任意ナルトキヲ除クノ外ハ必ス惡意又ハ過失アル場合ナラサルヘカラス故ニ惡意又ハ過失ナキ者ハ法律上不利益ヲ強ヒラルヘキモノニ非ス而シテ此事タル相手方ニ過失アリタルト否トニ依リテ異ナルヘキモノニ非ス本問ノ場合ニ於テ表意者ニ過失ナキコトハ論ヲ須タス然レトモ表意者ニ過失ナキコトハ相手方ノ責任ヲ増加スルノ理由ト爲ルモノニ非ス表意者カ強迫ヲ受ケタルハ大ニ憫諒スヘキ事情ナリト雖モ他人ノ爲メニ強迫セラレタルハ不可抗力ニ遭ヒタルト同シク其人ノ災難ナリ強迫者ニ對シテ賠償ヲ求めルノ外ハ自ラ之ヲ忍ハサルヘカラス特ニ當事者ノ執レカ一方カ不利益ヲ受ケサルヘカラサル場合ニ於テ雙方共ニ過失ナキトキハ現ニ存スル狀態ヲ維持スルヲ以テ最モ適當ト爲ササルヘカラス強迫ニ因ルトハ云ヘ既ニ意思表示アリタル以上ハ之ニ因リテ一ノ法律關係ヲ生シタルナリ表意者相手方共ニ過失ナ

シトモハ此法律關係ハ之ヲ維持スルコト當然ニ非ズヤ故ニ立法論トシテハ予
 ハ第三者カ強迫ヲ行ヒタル場合ニ於テ相手方カ其事實ヲ知ラザルトキハ之ニ
 對シテハ意思表示ノ取消ヲ許ササルヲ可トスルモノナリ但實際ニ在リテハ第
 三者カ強迫ヲ行ヒタル場合ニ於テハ相手方カ其事實ヲ知ルヲ常トシ之ヲ知ラ
 ナルカ如キハ極メテ稀ナル場合ナルヘキカ故ニ第三者カ強迫ヲ行ヒ相手方カ
 其事實ヲ知ラザル場合ニ於テモ仍ホ表意者ニハ取消權アリト爲スモ事實上ニ
 不都合ナル場合ヲ見ルコトハ甚タ尠カレヘシ

民法ハ亦強迫ニ因ル意思表示ノ取消ハ之ヲ善意ノ第三者ニモ對抗スルコトヲ
 許シタリ立法論トシテハ予ハ第三者カ強迫ヲ行ヒ相手方カ其事實ヲ知ラザル
 場合ニ於テハ表意者ニ取消權ヲ與フヘカラスト爲スト同一ノ理由ヲ以テ此點
 ニモ亦同意ヲ表スルコト能ハサルモノナリ然レトモ既ニ第三者ノ強迫ニ因ル
 意思表示ノ取消ヲ以テ善意ノ相手方ニ對抗スルコトヲ得ルモノト爲シタル以
 上ハ強迫ニ因ル意思表示ノ取消ヲ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得セシメタ
 ルハ權衡ヲ得タルモノト謂ハサルヘカラス況ヤ此場合ニ於テハ何人ト雖モ自

己ノ有シタル權利ヨリ多クノ權利ヲ他人ニ讓渡スルコトヲ得ス(Nemo plus iuris
 ad alium transferre potest quam ipse habet)トノ格言ヲ適用スルコトヲ得キニ於テヲ

二 威壓ニ因リ自由ノ欠缺ヲ生シタル場合

予カ茲ニ威壓ト稱スルハ他人ノ勢力ノ下ニ在ル者カ其勢力ニ壓セラレ自己ノ
 欲スル所ヲ忌憚ナク表示スルコト能ハサルヲ謂フ例ヘハ子カ親ニ對シ被後見
 人カ後見人ニ對シ婢僕カ主人ニ對スル等ノ場合ニ於テ其意ニ忤フヲ恐ルルノ
 餘リ其言フカ儘ニ意思ヲ表示スルカ如キハ其勢力ニ壓セラレ多少意思表示ノ
 自由ヲ妨ケラレタルモノト謂ハサルヘカラス然レトモ此場合ニ於テハ表意者
 ハ自由欠缺ヲ理由トシテ意思表示ノ取消ヲ爲スコト能ハス凡ソ一ノ意思表示
 ヲ爲シタル以上ハ之ニ依リテ或法律關係ヲ生スルモノナルヲ以テ其法律關係
 ヲシテ效力ヲ失ハシムルニハ之ヲ失ハシメサルヘカラス相當ノ理由ナカル
 ヘカラス詐欺又ハ強迫アリタル場合ニ於テハ不法行為ニ對シ表意者ヲ保護ス
 ルノ必要アルヲ以テ表意者ニ取消權ヲ與フルハ相當ノ事由アルモノナリト雖

モ他人ノ勢力ノ下ニ在ル者カ其人ニ對シ尊敬ヲ表シ又ハ從順ナルコトハ至當ノ事ニシテ其間何等不正ナルモノアルコトナシ故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ取消權ナルモノヲ生スヘキ理由ナシ舊民法及ヒ佛伊ノ民法ニ於テハ其ニ此場合ニ取消權ナキコトヲ明記シタリ若シ明文ヲ以テ此事ヲ規定スルモノトモ舊民法及ヒ佛國民法ノ如ク單ニ卑屬親ノ尊屬親ニ對スル場合ノミニ付テ規定スルハ不十分ナリ新民法ハ此ノ如キ明文ヲ掲ケザルモ取消權アルモノトモハ明文ヲ以テ之ヲ規定スルヲ要スルモ取消權ヲ認メタルニ於テハ明文ヲ要セザルヲ以テ明文ナキハ則チ之ヲ認メザルナリ

三 災害ニ因リ自由ノ欠缺ヲ生シタル場合

不可抗力ハ強迫ト同シク表意者ノ心理ニ畏怖ヲ起サシメ爲メニ自由ノ判斷ヲ爲スコト能ハサラシムルモノナリ故ニ舊民法ハ不可抗力ハ強迫ト同シク承諾ノ瑕疵ヲ成スモノトシテ之ヲ取消スコトヲ得ヘキモノト爲シタリ新民法ハ之ニ反シ災害ニ因ル意思表示ハ之ヲ取消スコトヲ許サズ予ハ新民法ノ規定ヲ贊成スル者ナリ蓋シ表意者カ災害ニ遭ヒタルハ其不幸ナリ事情ハ真ニ憫ムヘシ

然レドモ事情憫ムヘキノ故ヲ以テ意思表示ノ取消ヲ許サントスルハ表意者ノ被リタル災害ノ一部ヲ何等ノ過失ナキ相手方ニ嫁セントスルモノナリ是レ豈ニ道理アル事ト謂フヘケンヤ或ハ曰ハン災害ニ遭ヒタル者ノ相手方ト爲リタル者ハ表意者カ災害ノ爲メニ判斷ノ自由ヲ失ヒタルコトヲ知了スルカ故ニ取消權ノ對抗ヲ受タルハ初ヨリ其覺悟スル所ナリト謂ハサルヘカラス特ニ表意者ハ意思表示ノ取消ニ因リテ生シタル損害ハ之ヲ賠償セサルヘカラス特ニ表意者ニ之ヲシテ取消權ヲ有セシムルモ相手方ハ之カ爲メニ何等ノ損害ヲ受クルモノニ非スト論者ノ議論ハ前後相容レサルモノナリ相手方ニシテ取消アルコトヲ覺悟スルモノトモ之ニ向ヒテ損害賠償ヲ求ムルノ權アルコトヲ認ムヘカラス若シ又損害賠償ノ要求權アリトモハ相手方ハ取消アルコトヲ覺悟シタルモノニ非スト謂ハサルヘカラス假ニ論者ノ議論ハ相矛盾セサルモノトシ事實ニ付テ其議論ノ根據アルヤ否ヤヲ見ルモノトスルモ相手方タル者ハ常ニ表意者ノ意思表示ニ瑕疵アルコトヲ知了シタルモノト謂フコトヲ得ス何トナレハ表意者カ能ク災害ノ結果ト災害ヨリ免ルル結果トヲ比較シ然ル後或ハ意思表

示ヲ爲シタル場合ニ於テハ表意者ニハ其表示シタルカ如キ法律行為ヲ爲スノ意思アリタルモノト謂ハサルヘカラサルカ故ニ相手方ハ常ニ表意者カ判断ノ自由ヲ失ヒタルコトヲ知ルモノナリト謂フハ事實ニ適セサル言ナルヲ以テナリ又論者ハ損害ノ賠償ヲ爲ス以上ハ相手方ハ損害ヲ被ルコトナシト云フト雖モ人ハ故ナク法律行為ヲ爲スモノニ非サルカ故ニ法律行為ヲ爲スノ意思ヲ表示シタル場合ニ於テ其法律行為カ效力ヲ生セサルモノト爲ルトキハ其一事ニ因リ既ニ損害ヲ受ケタルモノト謂ハサルヘカラス論者ハ此ノ如キ損害ハ或ハ利益ヲ得ントシタ之ヲ得サルノ損害ニ過キサルヲ以テ法律ハ此ノ如キ損害ナカラシメントニカムルヨリハ寧ロ災害ニ遭ヒ已ムヲ得スシテ或負擔ヲ爲スヘキコトヲ約シタル者ヲシテ其受クヘキ不利益ヨリ脱出スルコトヲ得セシムルヲ以テ保護ノ任ヲ盡シタリト謂フヘシト爲スナルヘシト雖モ是レ其一ヲ知リテ其二ヲ知ラサルノ議論ナリ若シ論者ノ言フ如ク災害ニ遭ヒタル者ヲ憫ムノ餘リ其意思表示ヲ取消スコトヲ得セシムルトキハ災害ニ遭ヒタル者カ或行為ヲ爲スコトヲ提供シテ救助ヲ求ムルモ何人モ之カ救助ニ力メサルニ至ルヘ

シ是レ遭難者ヲ保護セント欲シテ却テ之ヲ害スルモノナリ予カ新民法カ災害ニ因ル意思表示ノ取消ヲ許スノ規定ヲ設ケサリシコトニ賛成スルモノハ唯リ理論上此ノ如クナラサルヘカラサルニ由ルノミナラス政策上ニ於テモ亦此ノ如クスルヲ相當ト爲スヘキニ由ルモノナリ

第三款 隔地者ニ對シテ意思ヲ表示スル場合

意思ヲ表示スル場合ニ於テ當事者カ其ニ同一ノ場所ニ現在スルトキハ意思ハ其表示アルト同時ニ其效力ヲ生スヘキコト多言ヲ要セサル所ナリト雖モ當事者カ同一ノ場所ニ現在セサルトキ即チ互ニ離隔シタル土地ニ在ルトキハ其效力ノ發生ニ付テ種種ノ問題ヲ生ス而シテ就中左ノ三問題ハ其最も重要ナルモノニ屬スト謂フコトヲ得ヘシ

- 一 隔地者ニ對スル意思表示ハ何レノ時ヨリ其效力ヲ生スルヤ
- 二 隔地者ニ對スル意思表示ハ何レノ地ニ於テ效力ヲ生スルヤ
- 三 隔地者ニ對シ意思表示ヲ爲シタル後相手方カ之ヲ知了スル前ニ於テ表

二 意者カ死亡シ又ハ能力ヲ喪失シタルトキハ意思表示ハ效力ヲ生ズルヤ否
 隔地者ニ對スル意思表示ノ效力ヲ生ズル時期如何ニ依リテハ危險ノ負擔期間
 ノ計算等種種ノ點ニ於テ當事者ニ及ホス效力ヲ異ニスルノミナラス表意者カ
 其意思表示ヲ取消スコトヲ得ルト否トノ相違ヲ生ズルモノナルヲ以テ右第一
 ノ問題ヲ決定スルハ意思表示ノ決定ニ關シ最モ必要ノ事タリ
 國際私法上場所ハ行為ヲ支配ス〔*locus regit actum*〕トノ原則カ適用セラレル場
 合ニ於テハ隔地者ニ對スル意思表示ノ效力ヲ生ズル場所如何ハ直チニ之ニ適
 用セラレルヘキ法規如何ヲ決定スルモノニシテ此場合ニ於テハ第二ノ問題ハ頗
 ル大切ノモノトス

隔地者ニ對シ意思表示ヲ爲シタル後相手方カ之ヲ知了スル前ニ於テ表意者カ
 死亡シ又ハ能力ヲ喪失シタルトキ其意思表示ノ有效ナルト否トハ法律行為ノ
 成否ニ關スル問題ナルヲ以テ第三問題モ亦其重要ナルコト第二問題ト相讓ル
 モノニ非ス

然レトモ隔地者ニ對スル意思表示ハ其效力ヲ生ズル時ニ於テ其意思表示ノ存
 スル場所ニ於テ其效力ヲ生スヘク又其效力ヲ生ズル時ニ於テ表意者ノ生存シ
 若クハ能力ヲ有スルコトヲ要スヘキモノナルヲ以テ右第一問題ヲ決定スル
 キハ第二第三ノ問題ハ自ラ解決セラレルニ至ルヘキカ故ニ本款ニ於テハ專ラ
 右第一ノ問題ニ付キ論究スル所アラントス〔我法例第九條ハ行為地ヲ定ムルニ
 付キ民法第九十七條ト異ナリタル觀念ニ基キ規定ヲ爲シタルモノノ如クナル
 ヲ以テ我國法ニ於テハ第一ノ問題ノ決定ニ依リ直チニ第二問題ノ解決ヲ爲ス
 コト能ハスト雖モ專ラ國際私法上ノ關係ニ屬スルヲ以テ此ノ如キ傍路ニ入
 リテ法規ノ適用及ヒ其當否ヲ論スルコトハ姑ク之ヲ避クヘシ〕
 隔地者ニ對スル意思表示ノ效力ヲ生ズル時期ヲ論スルニ先チ民法ニ於テ隔地
 者ト稱スルハ如何ナル者ヲ指稱スルヤヲ明カニセントス隔地者トハ讀ミテ字
 ノ如ク土地ヲ隔ツル者ノ義ナルカ故ニ當事者カ同一ノ場所ニ現在セザルトキ
 ハ常ニ之ヲ隔地者ト稱シテ可ナルヘシ故ニ同一ノ場所ニ現在セザル者カ書簡
 又ハ電信ヲ以テ意思ヲ表示スルトキハ勿論電話ヲ以テ談話スル場合ト雖モ尙

ホ之ヲ隔地者ニ對スル意思表示ナリト謂ハサルヘカヲサルカ如シ勿論電話ヲ以テ談話スル場合ニ於テハ前ニ舉ケタル三問題中其第一及ヒ第三ノ問題ノ起ルコトハ殆ト之ナカルヘシト雖モ將來電話事業大ニ發達シ之ヲ近クシテハ清韓二國之ヲ遠クシテハ歐米各國トノ間ニ之ヲ使用スルコトヲ得ルニ要リタルトキハ第二ノ問題ノ起ルコトハ之ヲ想像スルコトヲ得サルニ非ス而シテ民法ノ規定ハ之ヲ電話者ニ適用シテ少シモ不都合ナル結果ヲ見ルモノニ非サルヲ以テ民法ノ所謂隔地者トハ電話者モ亦之ヲ含ムルモノナリト爲スモ何等差支アルコトナシ然レトモ翻テ商法ノ規定ヲ按ズルニ其第二百六十九條ハ對話者ニ關スル規定ヲ爲シ第二百七十條ハ隔地者ニ關スル規定ヲ爲シタリ即チ隔地者ヲ以テ對話者ト相對セシメタルヲ以テ隔地者トハ對話者ニ非サル者ノ稱呼ナリト爲スヘキコト法文ノ排列上自ラ然ラサルヲ得ス而シテ電話者ハ同一ノ場所ニ現在セサルモ對話ヲ爲ス者ニハ相違ナキヲ以テ商法ニ於テハ電話者ハ隔地者ニ非スト爲スモノト謂ハサルヘカラス若シ此解釋ニシテ誤ナシトセハ同一用語ニシテ商法中ニ用ヒタルモノト民法中ニ用ヒタルモノトノ間ニ區別

ヲ置クヘキ理由ナキカ故ニ民法ノ所謂隔地者モ亦電話者ヲ含マサルモノト爲スコト穩當ナリト爲ササルヘカラストモ然レトモ其意ニ於テハ五ノ電報ノ隔地者ニ對スル意思表示ノ效力ヲ生スル時期ニ付テハ學者ノ議論及ヒ各國ノ立法例未タ其軌ヲ一ニスルニ至ラス然レトモ之ヲ大別スルトキハ通知主義發表主義ノ二大派ト爲スコトヲ得ヘシトモ然レトモ其意ニ於テハ五ノ電報ノ第一 通知主義 通知主義トハ意思表示ノ效力ハ相手方カ之ヲ知りタル時ニ於テ發生スルモノト爲スモノナリ其說ニ曰ク隔地者ニ對スル意思表示ノ效力發生時期ヲ論セント欲セハ須ラタ現在者ニ對スル意思表示ノ效力發生時期ヲ知ラサルヘカラス何トナレハ現在者ニ對スル意思表示ト隔地者ニ對スル意思表示トハ時ノ經過ニ多少アルノミニシテ其理ニ於テ二様アルヘキモノニ非サルヲ以テナリ而シテ現在者ニ對シテ意思ヲ表示スルニハ之ヲシテ其意思表示ヲ知ラシメサルヘカラス若シ然ラスト言ハハ雙者ニ對シ單ニ口頭ヲ以テ意思ヲ表示シタル場合又ハ人ノ睡眠中ニ於テ之ニ對シテ意思表示ヲ爲シタル場合ニ於テモ仍ホ其意思表示ヲ以テ有效ナルモノト爲ササルヘカラス然レトモ此

ノ如キ場合ニ於テ意思表示カ效力ヲ有セザルコトハ何人モ首肯スル所ナルヲ
 ミナラス雙者ニ付テハ羅馬法ニ於テモ亦既ニ「スタイビュラシヨ」(Stipulatio)ノ契
 約ニ於ケル要約者又ハ諾約者タルコトヲ得ザルモノナルコトヲ定メ以テ意思
 表示ハ之ヲ知ラシムルコトニ依リテ有效ナルモノナルカ故ニ口頭ヲ表示シ
 ニテハ意思表示ヲ知ルコトヲ得ザル雙者ハ當然ノ結果トシテ口頭ノ表示ヲ以
 テ爲ス契約ナル「スタイビュラシヨ」ノ當事者タルコト能ハサルモノナルコトヲ
 明カニシタリ現在者ニ對スル意思表示ニシテ相手方カ之ヲ知ルコトニ依リテ
 始メテ有效ナリトセハ隔地者ニ對スル意思表示モ亦相手方カ之ヲ知ルニ至リ
 テ始メテ其效力ヲ生スルモノト爲ササルヘカラス特ニ隔地者間ノ意思表示カ
 效力ヲ生スル時期如何ヲ定ムルハ契約ニ於ケル承諾ニ付テハ最モ其必要アル
 モノナリ而シテ承諾トハ申込ニ同意スルコトヲ謂フモノニシテ同意即チ *consensu*
*aditum*トハ當事者ノ意思カ互ニ授合スルコトヲ謂フ既ニ授合ト云ヘハ雙方カ互
 ニ意思表示ヲ知ルコトヲ指スト爲スコト當然ニ非スヤ且夫レ公正ノ點ヨリ
 論スルモ契約ノ申込ハ申込ノ意思ヲ表示シタル後ト雖モ相手方カ之ヲ知ルニ

至ルマテハ之カ取消ヲ爲スコトヲ得ルモノナルニ承諾ハ一タヒ其意思ヲ表示
 シタル以上ハ相手方カ之ヲ知ルニ至ラサルモ尙ホ之ヲ取消スコトヲ得ザラン
 ムルハ事ノ衡平ヲ得タルモノニ非ス故ニ相手方カ承諾アリタルコトヲ知ルマ
 テハ承諾ノ效力ナキモノト爲スヲ相當トスト
 通知主義ヲ主張スル論者ヲ更ニ分チテ了知主義及ヒ到達主義ノ二論者ト爲ス
 コトヲ得

(甲)了知主義 了知主義トハ通知主義ノ理論ヲ絕對的ニ適用セントスルモノ
 ニシテ隔地者ニ對スル意思表示ハ常ニ相手方カ現實ニ其意思表示ヲ知ルコト
 ニ依リテノニ效力ヲ生スト爲スモノナリ故ニ此主義ニ依ルトキハ相手方カ表
 意者ノ書簡又ハ電信ヲ受取リタルノミニテハ意思表示ノ效力ヲ生セザルハ勿
 論相手方カ其書簡又ハ電信ヲ開封スルモ尙ホ其效力ヲ生セス意思表示カ效力
 ヲ生スルニハ必スヤ相手方カ其書簡又ハ電信ヲ讀ミテ表意者ノ意思ヲ知ラザ
 ルヘカラス埃國民法巴西商法ハ此主義ヲ採用セリ佛國ニハ明文ナキヲ以テ學
 者ノ議論區區ナリト雖モ了知主義ヲ主張スル學者ハ贈與ノ申込ニ對シ後日承

諸ノ證書ヲ作成シタル場合ニ於テハ贈與者ニ對シテハ其證書力之ニ通知セザレタル日ヨリ贈與ノ效力ヲ生スルコトヲ規定シタル第九百二十二條ノ條文ヲ引用シ同條ノ規定アルヲ以テ觀レハ佛國民法ハ原則トシテ了知主義ヲ是認シ同條ニ於テ之カ適用ヲ掲ケタルモノト爲ササルヘカラスト爲セリ

- (イ) 表意者ハ相手方カ其意思表示ヲ知リタルヤ否ヤヲ知ルコト困難ナリ
- (ロ) 表意者ハ相手方カ其意思表示ヲ知リタルコトヲ證明スルコト困難ナリ
- (ハ) 相手方ノ故意又ハ過失ノ爲メ法律行為ノ效力發生ヲ遲延ナラシムルコトヲ免レス

(二) 相手方カ法律行為ヲ成立セシムルヲ以テ其利ナリトスルトキハ意思表示ヲ知リタリト主張シ之ヲ成立セシムルヲ以テ其不利ナリトスルトキハ意思表示ヲ知ラザリシコトヲ主張スルノ虞アリ

續スルモノト推定シ得ルコト是ナリ而シテ此推定ハ後ノ占有者ニ付テハ當然ニ推定シ得ヘキモノニシテ反對ノ證據アル場合ニ限りテ此推定ヲ爲ササルヘシ

占有保持ノ訴ニハ一定ノ期間アリ此期間ヲ超ユルトキハ占有保持ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス而シテ此期間ハ占有保持ノ訴ノ行使ノ期間ニシテ占有保持ノ訴ヲ行使スルコトヲ得ル時期ヲ定メタルモノナリ此期間ハ占有保持ノ訴ノ時効トハ異ナレリ何トナレハ時効ハ中斷ノ原因アルトキハ更ニ新ニ進行ヲ始ムト雖モ此期間ハ一定ノ期間ヲ經過スルトキハ直チニ消滅スルモノニシテ此期間ニ付テハ中斷若クハ更ニ期間ヲ進行ヲ開始スル等ノ事ナシ此占有保持ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ル期間ハ左ノ如シ

- (一) 占有保持ノ訴ハ占有ニ對スル妨害ノ存スル間ニ止マル、是レ此訴ニ存スル所ノ當然ノ期間ニシテ妨害アルカ爲メニ此訴ヲ提起スルモノナルカ故ニ妨害ノ止ミタルトキハ固ヨリ此訴ヲ提起スルノ要ナシ
- (二) 損害賠償ノ請求ハ例外トシテ妨害ノ止ミタル後モ猶ホ一箇年間ハ之ヲ注

張スルコトヲ得蓋シ損害賠償ノ請求ハ被告ノ不正行為ニ基クモノニシテ妨害ノ止ミタル後ニ於テモ亦之ヲ主張スルコトヲ妨ケサルヲ以テ妨害ノ止ミタル後ニ猶ホ之ヲ主張スルコトヲ許スモ若シ此請求ニ付テ一定ノ期間ヲ設ケサルトキハ妨害ノ有無ヲ證明スルノ事實甚タ困難ナルヲ以テ相當ノ期間ヲ定メ即チ一年ヲ以テ其行使期間ヲ定メタルモノナリ

(三) 占有權ノ妨害ノ種類カ工事ニ因ル場合ニ於テハ特ニ其期間ヲ短縮ス、即チ右ニ妨害ノ存スル間ト雖モ著手ノ日ヨリ一年ヲ經過スルトキハ其訴權ヲ失フモノトス(二) 其工事カ成功シタルトキハ直チニ其訴權ヲ失フモノトス、法律カ此ノ如ク此場合ニ占有行使ノ期間ヲ短縮シタルハ工事ニ因ル妨害ハ最モ明白ノ事實ニシテ其妨害ハ原告ニ於テ速ニ之ヲ了知スルコトヲ得ヘク又工事ノ竣功ニ付テハ多少時日ヲ要スルヲ以テ工事竣功ノ日若クハ著手ヨリ一年ノ期間ヲ定ムルモ原告カ其權利ヲ行使スルニ於テ格別ノ不利益ヲ受クルコトナカルヘシ又工事ニ因ル妨害ノ排除ハ速ニ之ヲ請求セザルトキハ此請求ノ爲メニ却テ被告ニ多分ノ損失ヲ生セシムル虞アルカ故ニ工事ニ因ル場合ニ於テハ成ルヘ

ク速ニ排除ノ請求ヲ爲サシメシカ爲メニ此ノ如ク其期間ヲ短縮セリ
以上ハ占有保持ノ訴ノ要領ナリ

第二、占有保全ノ訴

占有保全ノ訴トハ占有權ニ對シ妨害ヲ加ヘラルルノ虞アルトキニ於テ之ヲ主張スルコトヲ得ル訴ニシテ此訴ノ目的ハ即チ(一) 占有權ヲ確認スルコト(二) 占有權ニ加ヘラレントスル妨害ノ豫防ヲ爲サシムルコト(三) 之ニ因リテ生スヘキ損害ノ擔保ヲ求ムルコト是ナリ之ヲ要スルニ占有保全ノ訴ハ占有權ヲ確認シタル結果將ニ來ラントスル危害ヲ事前ニ防止セントスルニ在リ

占有保全ノ訴ハ占有訴訟トシテハ羅馬法若クハ古代ノ法律ニ於テハ認めザル訴權ニシテ近世ノ法律ノ產物ナリ蓋シ法律カ訴權ヲ認ムル場合ハ權利カ國家ノ保護ヲ要スル場合ニ限ルモノナリ而シテ權利ハ如何ナル場合ニ國家ノ保護ヲ受クルコトヲ得ルヤト云フニ古代ノ法律羅馬法等ニ在リテハ權利カ實行ヲ得サル場合ノミニ限リタリ權利カ其實行ヲ得サル場合ニ於テ國家カ之ヲ保護スルノ必要アルハ明白ナリ近世ノ法律ハ尙ホ進ミテ權利カ實行ヲ得サル場合

ニ止マラス權利カ其實行スルコトヲ得サラントスル場合ニモ仍ホ之ヲ保護ス
 (キコトヲ認ムル所タリ是レ所謂確認ノ訴ニシテ近世ノ法律ノ進歩ニ因リテ
 權利ノ保護ヲ一層完全ナラシメンカ爲メニ此訴權ヲ認メタリ我民法モ占有權
 ノ保護シテ之ニ訴權ヲ與フルニ當リ亦近世ノ法律ノ進歩ニ隨ヒテ占有權ヲ保
 護スルハ單ニ占有權ノ實行ヲ得サル場合ニ限ラス占有權カ爲メニ其實行ヲ得
 サラントスル場合ニ於テモ仍ホ之ヲ保護スルコトヲ認メタリ此訴權ハ即チ占
 有保全ノ訴權ナリ

次ニ占有保全ノ訴ノ要件ヲ擧ケレハ左ノ如シ
 (一) 原告カ占有權ヲ有スルコト 是レ占有訴權ノ根本的要素ナリ
 (二) 被告カ原告ノ占有權ニ對シテ妨害ヲ加ヘントスルノ事實アルコト 是レ
 占有保全ノ訴ニ最モ必要ナル條件ニシテ此要素ハ占有保全ノ訴ノ特素ナリ妨
 害ヲ加ヘントスルノ事實トハ未タ妨害ノ發生シタルニ非ス將ニ妨害カ來ラン
 トスルニ在ルヲ謂フ他語ヲ以テ言ヘハ妨害ノ生スルノ處アルヲ謂フナリ而シ
 テ此妨害ノ來ラントスルノ處アルヤ否ヤハ事實問題トシテ裁判官カ事實ニ付

刑法總論

法律學士 古賀廉造 講述

緒言

第一章 刑法研究ニ付テノ注意

予ハ本學年ニ於テ刑法全部ノ講義ヲ擔任スルコトト爲レリ而シテ此講座ニ於
 テハ刑法第一編總則ヲ講述スヘシ講義ニ先チ一言諸君ニ告クヘキモノアリ
 凡ソ無形學ノ了解ハ眼ヲ以テ之ヲ視ルニ困難ニシテ耳ヲ以テ之ヲ聽カニ容易
 ナリ是レ蓋シ精神ノ視能ニ於ケル關係ハ稍ヤ遠クシテ其聽能ニ於ケル關係甚
 タ近キニ在ルニ由ルカ是ヲ以テ近年學理ノ教授ニ任スル者ハ大抵書籍ニ依ラ
 スシテ口述ヲ以テ本トキリ予輩亦此主義ヲ採リテ本校ノ講義ニ任スル者ナリ

ハ諸君宜シク注意シテ講義ノ本旨ヲ諷ルナガラシコト希望ニ堪ヘタルナリ然レトモ諸君單ニ予輩ノ講義ヲ聽聞スルノミニテハ或ハ記憶ヲ失フコトアルヘキヲ以テ講義ノ要領ハ之ヲ筆記シテ後日ノ備忘ニ供フルコト甚タ肝要ナリ但其筆記ハ各自ノ備忘ニ供スルモノニ過キサレハ力ヲ筆記ニ奪ハレテ而シテ講義ノ本旨ヲ忘ルルナキコトヲ力メサルヘカラス且夫刑法律學ハ表面上洵ニ簡易ナル學問ノ如シト雖モ其實大ニ然ラサルモノアリ今其門ニ入りテ深思熟考スルアラハ則チ比比トシテ困難ナル問題ニ遭遇スヘク或ハ民法商法訴訟法等ノ及ハサル所ナルヘシ蓋シ刑法ハ社會ノ森羅萬象ノ事實ヲ網羅シ心理學上最微ノ問題ヨリ政治上一國ノ浮沈ニ關スル大問題ニ及フ所ノモノニシテ之カ研究ノ容易ナラサルコト推シテ知ルヘキナリ是ヲ以テ初學ノ者ニ在リテハ單ニ予輩ノ講義ノミニテハ或ハ其要領ヲ了解シ得ヘキ所ニ非サルヘキヲ以テ諸君ハ本講義ノ傍各種ノ著書其他ノ講義錄等ニ就テ自ラ研鑽セラレンコトヲ望ム蓋シ參考書ニ依リテ自修スルノ必要ナルコトハ唯リ本講義ヲ會得セラシムルニ於テ然ルノミニ非スシテ他ノ民法商法等ノ研究上ニ於テモ同一ナリトス尙ホ

終ニ臨ミテ一言スヘキハ私立法律學校ノ生徒ハ概シテ普通學ノ素養ニ乏シキコト是ナリ彼ノ文官高等試驗等ニ於テ私立學校出身者ノ常ニ大學出身者ニ凌駕セラシムルハ決シテ法律學上ノ智識ニ於テ劣等ナルカ爲メニ非スシテ寧ロ普通學ノ素養足ラサルニ歸セスハ非ス是レ文官高等試驗ノ成績ニ付テノミ然ルニ非スシテ總テ社會ノ競争場裡ニ立チテ各自其職業ヲ經營スル上ニ於テ然リトス故ニ苟モ法律ヲ研究スル者ハ須臾モ普通學ノ素養ヲ怠ルヘカラサルナリ

第二章 刑法ノ沿革

惟フニ社會ノ幼稚ニシテ其未タ國家組織ヲ成サザリシ時代ニ在リテハ刑法ナルモノノ設ナカリシナラン蓋シ刑法ハ人類社會ノ秩序ヲ維持スルノ目的ヲ以テ之ヲ設ケタルモノナレハ社會秩序ノ整頓セザル時代ニ在リテハ刑法ヲ設ケルノ必要ナク社會秩序ノ一定スルアリテ始メテ能ク其秩序ヲ保ツノ必要ヲ感シ在ニ刑法ノ必要ヲ見ルニ至リシモノナリ然リ而シテ刑法ノ目的ハ全ク秩序ヲ維持ニ在ルカ故ニ社會組織ノ單純ナルトキハ刑法ノ規定モ亦單純ナリト雖

モ社會ノ組織複雜ト爲ルニ隨ヒテ其規定モ亦複雜ト爲ルコト理ノ當然ナル所ナリ是ヲ以テ往昔ノ刑法ハ極メテ簡單ナリシモ文物ノ進歩ト共ニ終ニ今日ノ如キ刑法ヲ見ルニ至レリ今後尙ホ社會ノ進歩スルトキニ更ニ一層複雑ナル刑法ヲ見ルコト論ヲ竣タサルナリ前漢ノ高祖カ天下ヲ統一シタル當時ニ於テハ僅ニ身體生命財產ニ對スル三箇條ノ刑法ヲ制定スルヲ以テ足レリトモ殺傷人及盜者死所謂三章ノ法即チ是ナリ殺傷盜ハ當時ノ秩序ヲ破ルモノニシテ此以外ニハ罰條ナク隨テ犯罪ナカリシモ漢ノ天下ヲ維持スルニ於テ蓋シ十分ナリト爲セシナリ降テ唐代ニ至リ文物制度頻ニ發達シ支那ノ社會モ亦大ニ進歩スルニ至リ漢法三章ノ規定能ク唐ノ天下ヲ治ムルニ足ラサルニ至レリ是ニ於テカ更ニ精密ナル刑法ヲ制定シタリ唐律即チ是ナリ後ノ明律清律ノ如キハ皆此唐律ヲ模倣シタルモノニシテ我舊新律綱領改定律例モ亦之ニ據レル所多ク現行刑法ニ於テモ亦多少之ヲ參酌シタルモ少クナリ

夫レ人類ノ生ヲ欲スルノ情ハ古今東西皆同一ナリ申モ生ヲ欲シ乙モ亦生ヲ欲ス此ノ如ク人皆互ニ生ヲ欲シ其方法ヲ求ム之ヲ求メテ得サルハ則チ競争ヲ察

起ス所謂生存競争即チ是ナリ生存競争ハ人類ノ生活上已ムコトヲ得サル所ニシテ如何ナル時代ト雖モ之ナカリシハテシ而シテ生存競争ノ結果被レ奪ヒ我レ取リテ遂ニ争鬪止ム時ナク各自ノ暴力ニ憑ヘテ而シテ成敗曲直ヲ定ムルニ至ルヘシ故ニ生存アレハ競争アリ競争アレハ争鬪アレハ必ズ人類ノ平和ヲ破リ又損害ヲ被ルヲ以テ各人ハ其被ル所ノ損害ヲ回復スルノ手段ヲ講スルニ至レリ此手段ヲ稱シテ復仇ト謂フ復仇トハ即チ人カ他人ニ害ヲ加ヘタル場合ニ於テ被害者カ其返報トシテ更ニ加害者ニ害ヲ加フルコトヲ謂フモノニシテ古ハ之ニ依リテ以テ社會ノ秩序ヲ維持スルノ方法トセシナリ果シテ然ラハ刑罰權ノ起因ハ復仇ニ在リト謂フモ敢テ不可分カレヘシ夫レ入ヲ害スル者ハ自ラ其返報ヲ受タルノ覺悟ナカルヘカラス此思想ハ加害者ト被害者ノミニ止マラス其一家族、一民族亦皆然リ是ヲ以テ往時ニ在リテハ家族若クハ同族カ被害者ノ仇ヲ復シタルコトアリ是レ蓋シ刑法ノ設ナキ時代ニ在リテ各自ノ裁判法トシテ尚ニ已ムヲ得サルモノナリ然ルニ復仇ノ方法ハ復仇ニ重スルニ復仇ヲ以テシ一方若クハ雙方ノ一族悉ク滅亡スルニ非スルハ其終ラ告ケサル

ニ至ルヲ以テ各人亦大ニ其弊害ヲ悟リ或ハ相互ノ間ニ於テ示讓ヲ爲シ以テ争闘ヲ防止シタルノ形蹟アリ此時ニ當リ被害者ハ復仇ニ代フルニ損害賠償ノ方法ヲ取レリ即チ惡事ヲ防止スルカ爲メニ財産ヲ以テ賠償スルコト行ハレタリ然レトモ賠償ノ標準ヲ定メ其執行ヲ爲スニ付キ屢困難ノ事情生スルコトアルヲ以テ終ニ其裁斷權ヲ以テ之ヲ一國ノ君主若クハ諸侯ニ依頼シタリ是ニ於テ君主又ハ諸侯ハ被害者ノ爲メニ加害者ヨリ損害ヲ徵收シテ之ヲ被害者ニ與ヘタリ其後君主又ハ諸侯ハ手數料トシテ賠償額ノ三分ノ一又ハ二分ノ一ヲ收メテ之ヲ我所有ト爲シ後ニ至リテハ終ニ其全部ヲ收メテ自己ノ費用ニ充テタリ是レ後世罰金制度ノ起因ナリ然ルニ罰金ハ富者ニ對シテハ何等ノ苦痛ナク又何等ノ損害ヲモ感セサル所ナルモ貧者ニ對シテハ大ナル苦痛ヲ與ヘタリ十字軍ノ戰爭起ルニ及ヒテ殆ト二百年間歐洲ノ人民ハ大ニ困弊ニ陥レリ蓋シ此戰爭ニ由リテ多少各國ノ文明ヲ増進シタリト雖モ其損益相償フコト能ハザリキ十字軍ニ從ヒテ戰地ニ赴キタル兵士ノ歸國セント欲スルニ當リ其旅費ナキニ苦ミ浮浪ノ徒世界ニ充滿シ殺害奪掠至ラザル所ナシ此時ニ當リテ罰金ノ制度

モ全ク何等ノ效果ヲ奏セザリキ然レトモ犯罪ハ之ヲ防禦セザルヘカラサルヲ以テ遂ニ一策ヲ案出シ犯人ノ自由ヲ束縛シテ以テ犯罪ノ害ヲ防クコトヲ計リシナリ是レ自由刑ノ起リタル濫觴ナリトス然レトモ犯人ノ自由ヲ奪ヒタルノミニテハ其之ヲ回復シタル場合ニ於テ悟トシテ懲ル所ナク再ヒ罪ヲ犯シテ贖ミル所ナキヲ以テ再犯ヲ防止シ犯罪ヲ撲滅スルニハ極メテ苛酷ナル痛苦ヲ與ヘテ犯人ヲ畏怖セシメ依リテ以テ他ニ之ニ倣フ者ヲ警戒セシムルヲ必要ト爲シ終ニ之ヲ實行シタリ是レ即チ歐洲中古ニ於ケル酷刑主義ノ行ハレタル原因ナリトス此主義ハ佛國ノ革命マテ繼續シ就中羅馬ニ於テ最モ盛ニ行ハレタルカ如シ

佛國ノ革命ハ政治上ノ意味ニ於ケル君主ノ壓制暴戻ヲ怨惡シ人民カ政治上ノ自由ヲ得ンカ爲メニ革命ヲ起シタルニ非スシテ寧ロ刑罰ノ苛酷ナリシカ爲メ之ヲ改革セントスルノ趣旨ニ出テタルモノナリ當時佛國ノ君主路易第十六世ハ頗ル仁政ヲ施シ刑法ノ改正ニモ著手シタリシモ人民ハ其完成ヲ待タスシテ遂ニ革命ノ旗ハ巴里ノ市中ニ飄揚セラレ革命軍ハ其第一著手トシテ「バスチーユ

ユ) 獄舎ヲ破壊シタリ以テ此革命ノ單ニ政治上ノ意味ニ非ニテ青睞ナル刑罰ヲ改正セントスルニ在リシヤ知ルヘキナリ而シテ此革命ノ目的ハ速セラレ革命後ノ政府ハ其第一著手トシテ刑法ノ改正ヲ斷行シタルナリ革命後ノ政府ニ由リ編纂セラレタル刑法ハ以前ノ刑法ニ比スレハ甚ク寛大ト爲レリ一世那破論帝ニ至リ諸法典ノ特定ト共ニ刑法モ亦昔日ノ觀ナキマテニ改正セラレタリ其後數度ニ於テ多少改正ヲ加ヘタル所アリト雖モ佛國ノ現行刑法ハ尙ホ未タ那破論帝ノ舊套ヲ脱スルコト能ハサル所ナリ而シテ我現行刑法ハ此佛國刑法ヲ模寫シタルモノナルヲ以テ佛國ノ刑法ニシテ現時ノ社會ニ對シ寛大ニ失シ爲メニ刑罰ノ目的ヲ達スルコト能ハサルノ瑕瑾アリトセハ我現行刑法ニ於テモ亦其弊ヲ免レザルハ理ノ當然ナリ

現行刑法ハ明治十五年一月以來今日ニ至ルマテ二十有餘年ノ久シキ間實施セラルル法律ニシテ我邦ノ重要法典中最モ古參カレモノナリ今此法律カ果シテ能ク本邦ノ國情ニ適セルモノナリヤ否キヲ知ルニ健キ我國刑法ノ沿革ノ大略ヲ述ブレヤ決シテ無用ノ業ニ非サルヘシ

以テスル境界ニ付テハ國際法上ノ原則ナシ故ニ湖水カ多數ノ國家ニ跨リタルトキハ常ニ條約ヲ以テ之ヲ定ム例ヘハ北海ノ如キハ條約ヲ以テ境界ヲ定メタリ尙ホ國家ノ領地ノ上下ハ境界ヲ定ムルノ必要ナキカ如キ感アルモ地上ニ付テハ高架鐵道電線輕氣球ノ飛揚ニ關シテ大ナル必要ヲ見ルヘシ而シテ其境界ハ地上ノ空間ヲ無限ニ高ク版圖ト爲スヘキヤ疑トシテ未ダ決セス海上ノ規則ニ於ケルカ如ク其國家ノ防禦力ノ及フ所ヲ限度トスルコトハ到底不可能ノ業ナリ又地下ニ於テハ地下鐵道鑛物等ノ權利ニ關シテ大ナル必要アルヘシ而シテ其境界ハ地上ト地球ノ中心點ヲ結付ケタル線ヲ以テスルノ可ナルヲ信ス

境界ハ境界ヲ接スル一國カ他國ニ併吞セラレ他國ヲ併吞シ或ハ滅亡シタル場合ニ變更シ或ハ消滅ス境界ヲ接スル國カ互ニ戰端ヲ開クトキハ其戰爭ノ爲メ一時境界タルノ效果ヲ失フコトアルモ境界其モノノ性質ハ戰爭ニ因リテ變更スルモノニ非ス境界ハ又當然條約ニ依リテ消滅シ又天變地異ニ依リテ消滅スルコトアリ此ノ如ク境界ハ變更スヘキモノナレトモ條約ニ依リテ之ヲ確定シタルトキハ其境界ハ當然永久的ノ性質ヲ有スルモノト看做サル若シ境界ニ付

ヲ紛争ヲ生シタルトキハ條約ニ依リテ之ヲ決定スルヲ原則トス然レトモ相隣
 國カ互ニ讓歩スルトキハ仲裁裁判ニ由リテ之ヲ定ムルゴトアリ或ハ暫ク之ヲ
 局外中立地ト爲スコトアリ或ハ條約ニ依リテ兩國ノ間ニ中立地ヲ設ケテ
 領地主權ノ原則ハ國家ノ領地内ニ在ル人民ニ波及ス人民ハ自國ノ領地ニ滞在
 スルノ故ヲ以テ自國ノ主權ニ服従スルニ非ス即チ人民ハ國家領地主權ノ結果
 トシテ國家ニ服従スルニ非スシテ國家ト人民トノ人的主權關係ノ結果トシテ
 自國主權ニ服従スルモノナリ故ヲ以テ一國ノ人民ハ外國ニ在ルトキト雖モ本
 國ノ主權ニ服従ス自國人民カ自國主權ニ服従スルコトヲ以テ自國領地主權ノ
 結果ナリトスルハ中世封建時代ノ觀念ニ基キタル說ナリ然ルニ近世ニ至リテ
 ハ甲國人民ト雖モ乙國ニ在ルトキハ或點ニ付テハ乙國ノ主權ニモ服従セザル
 ヘカラストノ原則行ハル即チ外國人ノ權利ハ屬人主義ノミニ基カスシテ併セ
 テ屬地主義ニモ基クモノナリ故ニ甲國人カ乙國ニ滞在スルトキハ甲國ニ對ス
 ル人的主權ノ關係トシテ甲國ノ法律ニ服従シ乙國ニ對スル領地主權ノ結果ト
 シテ乙國ノ法律ニモ服従ス尤モ此原則ニハ治外法權其他ノ例外アルコトヲ忘

ルヘカラストノ原則行ハル即チ外國人ノ權利ハ屬人主義ノミニ基カスシテ併セ
 國家ハ領地ヲ獲得スルト共ニ割讓地内ニ在ル人民ニ對スル主權ヲモ併セテ獲
 得ス往古ノ觀念ニ依レハ土地ハ人民ノ附屬物ナルカ故ニ土地ノ獲得ト共ニ領
 地ノ附屬物タル人民ハ之ト同時ニ獲得セラルヘシト爲セリ然ルニ近世ニ至リ
 テハ前ニ述ベタルカ如キ屬人主權ノ働ニ依リテ人民ハ獲得國ニ歸スルモノナ
 リ故ニ國家カ主權ヲ獲得シタリト云ヘハ領地主權ハ勿論人的主權ヲモ包含ス
 ルモノナリ其結果トシテ割讓地ノ人民ハ當然獲得國ニ服従スベキモノト爲セ
 リ又最近ニ至リテ人ノ身上ノ權利ヲ重スルニ至ルト共ニ土地ヲ割讓スルモ人
 民ノ意思ヲ抑壓スヘカラストノ觀念ヲ生シ土地割讓ノ條約中ニ規定ヲ設ケ人
 民ヲシテ自由意思ニ因リ讓渡國又ハ讓受國ノ孰レニ服従スルコトヲモ得セシ
 ムヘキコト(「オブチオン」)ト爲セリ尙ホ此外土地ノ割讓ヲ爲スニハ人民ノ意思
 ヲ問ヒテ處決スヘシ(「プレビ」)ト爲セリ(「下」)ノ說ヲ爲ス者アリ且實際ニ於テ土地割
 讓ノ可否ヲ人民ニ問ヒテ決シタルノ實例スラ之アルニ至リタリ且土地割讓
 土地ノ割讓ニ人民ノ意思ヲ問フコトハ「ロー」ノ社會契約說ノ觀念ヨリ出テ

タルモノナリ佛國ノ革命時代ニ於テ人民ノ意思ヲ問ヒテ君主ノ位ニ即キズル例アリ例ヘハ那破翁カ議會ノ意見ヲ問ヒテ佛國王ト爲リタルカ如シ土地ノ割讓ニ人民ノ意思ヲ問ハサルヘカラストノ説ハ人民ハ國家ノ要素ナリ國家カ土地ヲ割讓スルニ要素タル人民ノ意思ヲ問ハヌシテ可ナリト謂フコトヲ得ストノ理由ニ基ク之ニ反對スル説ハ人民カ既ニ國家ノ一要素ナル以上ハ國家ノ爲スコトハ其要素タル人民ノ意思ニ反スルコトナシト云フ理由ニ基ケリ予ハ國家カ國法上ノ機關ニ依リテ爲シタル行爲ハ即チ國家全體ノ行爲ナリト看ルヲ以テ人民ノ意思ヲ問フヘシ或ハ又問ハヌシテ可ナリト云フカ如キ問題ヲ生スヘキモノニ非スト信ス

土地ノ割讓ニ人民ノ意思ヲ問ハヌシテ可ナリトノ説ハ今日一般ニ認メラルル所ナリ然ルニ割讓地ノ人民カ讓受國ノ人民ト爲ルヤ或ハ又讓渡國ノ人民ト爲ルヤニ付テ人民ノ意思ヲ問フコトハ猶ホ今日ニ於テ認メラルル所ナリ何故ニ前者ニ人民ノ意思ヲ問ハヌシテ後者ニハ之ヲ問ヌヤ前者ハ絕對ニ國家ニ關係スルモノニシテ後者ハ私人ニ關係スルカ故ナリ左ニ土地割讓ノ場合ニ割讓地

人民ノ國籍選擇ノ自由ヲ認メタル實例ヲ列舉スヘシ予ニ於テハ英國ノ第一例ニ紀元千八百十四年ノキール橋和條約ニ於テ瑞典カ自國領ナル「ホメラニヤ」反ヒ「リウグン」島ヲ丁抹國ニ割讓シタル條約ナリ而シテ割讓地ノ人民カ其條約締結後六箇年內ニ瑞典人ト爲ルカ丁抹人ト爲ルカノ國籍選擇權ヲ與ヘタ

第二例ニ紀元千八百十四年ノ露埃境界條約ハ國籍選擇ノ期間ヲ一箇年ト爲セ

第三例ニ紀元千八百三十一年ノ倫敦條約ハ白耳義カ和蘭ヨリ分離シタル條約ニシテ其分離國ノ人民ハ二箇年ノ期間內ニ白耳義人ト爲ルカ將タ和蘭人ト爲ルカノ選擇權ヲ與ヘタリ此條約ノ特色ハ分離國即チ白耳義人カ白耳義國ノ國籍ト和蘭ノ國籍トヲ併有スルヲ得ヘシト定メタルニト是ナリ

第四例ニ紀元千八百五十九年「テウリ」橋和條約ニ依リ「コンバルヂ」塊太利ヨリ伊太利ニ還付シタリ此條約ニ依リ其割讓地ノ人民ハ一箇年內ニ當該官廳ニ意思ヲ表示シテ妨害ヲ受ケヌ又課稅セラルルコトナク又不動產ノ所有權ヲ

維持シツツ埃太利國中他ノ州ニ居住スルコトヲ得ヘク而シテ埃太利ノ國籍ヲ取得スルコトヲ得セシメタリ此條約ノ特色ハ割讓地ノ人民ハ如何ナル人民ナルカヲ定メテ割讓地ニ住所ヲ有スル人民ナリトシタルニ在リ尙ホ他ノ特色ハ割讓地ノ官吏又ハ軍人ハ伊太利ノ國籍ヲ得シテ埃太利ノ國籍ヲ取得スルノ權利アルコトヲ定メタルコト是ナリ

第五例 紀元千八百六十年伊國トリノ「條約」ハ伊國ヨリ「サボア」及ヒ「ニリス」ヲ佛國ニ割讓スルコトヲ定メタル條約ナリ此條約ハ國籍選擇ノ期間ヲ一箇年トシ割讓地ノ人民カ伊太利人タラント欲スルトキハ住所ヲ伊太利ニ移シ且常住セサルヘカラスト爲セリ

第六例 紀元千八百六十六年維納ノ媾和條約ハ割讓地ノ人民ハ批准交換後一箇年內ニ當該官廳ニ宣言セハ妨害ヲ受ケス又課稅セラルルコトナク不動產ノ所有權ヲ有シツツ埃太利帝國ノ他ノ地方ニ移住シテ埃太利人民ト爲ルコトヲ得ヘシトセリ

第七例 明治八年千島樺太交換條約第五款ニ於テハ千島ニ住シタル露國人ハ

露國人タルコトヲ得樺太ニ住シタル日本人ハ日本人ト爲ルコトヲ得ト規定シタリ而シテ其國籍選擇ノ期間ヲ三箇年ト爲セリ然レトモ其所謂人民トハ其地ニ生レタル人民ヲ謂フカ又其地ニ住所ヲ有スル人民ヲ謂フカ或ハ單ニ其地ニ滞在シタル人民ヲ謂フカノ點ニ付テハ何等ノ規定ナシ千島樺太交換條約附錄第四條參看)

第八例 明治二十八年日清媾和條約第五條第一項ニハ日本國ニ割讓セラレタル地方ノ住民ニシテ右割讓セラレタル地方ノ外ニ住居セント欲スル者ハ自由ニ所有不動產ヲ賣却シテ退居スルコトヲ得ヘシ其爲メ本條約批准交換ノ日ヨリ二箇年ヲ猶豫スヘシ但右年限ノ滿テタルトキハ未タ該地方ヲ去ラサル人民ヲ日本國ノ都合ニ因リ日本國民ト看做スコトアルヘシト約定セリ

第九例 紀元千八百七十一年「フランクフルト」媾和條約第二條ハ均シク國籍選擇ニ關スル規定ヲ設ケタリ此條約ニ依レハ割讓地ヨリ出テ現在其地ニ住スル佛國人民ニシテ佛國國籍ヲ保タントスル者ハ紀元千八百七十二年十月一日ヨリニ當該官廳ニ宣言ヲ爲シ其住所ヲ佛國ニ移シ且佛國ニ住スレハ佛國人民ト

ルコトヲ得ヘク割讓地ニ在ル不動産ハ其儘之ヲ所有スルコトヲ得ヘシト爲セ
 リ此條約モ尙ホ割讓地ノ佛國人民トハ如何ナル佛國人民ヲ云フカニ付テ明白
 ナル約定ヲ爲サザリキ此ノ如ク條約文ヲ以テ之ヲ決定シタルニホキテ以テ
 獨逸ハ紀元千八百七十二年三月七日ノ布告ヲ以テ左ノ如ク明カニ決定シタリ
 第一「アルサス」ニ「ローレーヌ」ニ生レ且紀元千八百七十一年三月二日同地ニ
 住所ヲ有シタル者ハ佛國人民ト爲ルニハ其住所ヲ佛國ニ移シ明示ノ宣言又
 ニ爲ササルヘカラス
 第二「アルサス」ニ「ローレーヌ」ニ生レタリシモ紀元千八百七十一年三月二日
 前ニ其地ニ住所ヲ有シタル者ハ佛國人民ト爲ルニハ住所ヲ佛國ニ移ササルヘ
 カラス而シテ明示ノ宣言ヲ爲スコトヲ要セス
 第三「アルサス」ニ「ローレーヌ」ニ生レタルモ紀元千八百七十一年三月二日
 前同地ニ住所ヲ有セザリシ者ハ佛國人民ト爲ルニハ明示ノ宣言ヲ爲ササルヘ
 カラス但住所ヲ佛國ニ移スコトヲ要セス
 尙ホ紀元千八百七十二年三月七日ノ布告ヲ以テ左ノ如ク規定シタリ

佛國ノ陸海軍人ニシテ「アルサス」「ローレーヌ」ニ生レタル者ニシテ歐羅巴ニ
 在ル者ハ紀元千八百七十二年十月一日マテニ歐羅巴以外ニ在ル者ハ紀元千
 八百七十三年十月一日マテニ獨逸ノ國籍ヲ得ント欲スル旨ヲ當該官廳ニ向
 ヒテ宣言スヘシ

其他未成年者ニ付テハ紀元千八百七十二年三月十六日ノ日附ヲ以テ布告ヲ發
 セリ其布告ハ親權ヲ脱セサル未成年者ト親權ヲ脱シタル未成年者トヲ區別シ
 タリ親權ヲ脱シタル未成年者ヲ更ニ二箇ニ區別シ「アルサス」「ローレーヌ」ニ生
 レタル者ト佛國ノ他地方即チ「アルサス」「ローレーヌ」以外ニ生レタル者トヲ區別
 シ左ノ如ク規定シタリ

第一 親權ヲ脱セサル未成年者ハ「アルサス」「ローレーヌ」ニ生レタルト否トヲ
 問ハス自身ニテモ又ハ法律上ノ代表者ニ依ルモ法律上ノ代表者ト別レテ佛
 國ノ國籍ヲ選擇スルコト能ハス兩親アル者ハ必ス父ノ選擇セル國籍ニ從フ
 ヘシ後見人アル場合ハ親族會議カ同意ヲ與フル限ニ於テ佛國ノ國籍ヲ取得
 スルコトヲ得

第二 「アルナス」ローレスニ生レタル者ニシテ親權ヲ脱シタル未成年者ニハ右第一ヲ適用ス

第三 「アルナス」ローレス以外ニ生レタル者ニシテ親權ヲ脱シタル未成年者ハ國籍ヲ選擇スルヲ得ルコト全ク成年者ニ同シ
讓渡國ノ國籍ヲ選擇セントノ特別ノ意思表示ヲ爲ササルトキハ割讓地ノ如何ナル人民ハ讓受國ノ國籍ヲ取得スヘキモノナリヤ此問題ニ付テハ次ノ五説アリ

- 第一説 割讓地ニ生レタル人民ハ讓受國ノ國籍ヲ取得ス
- 第二説 割讓地ニ住所ヲ有スル人民ハ讓受國ノ國籍ヲ取得ス
- 第三説 割讓地ニ生レタル人民モ住所ヲ有スル人民モ共ニ讓受國ノ國籍ヲ取得ス
- 第四説 割讓地ニ生レ且住所ヲ有スル人民ハ讓受國ノ國籍ヲ取得ス
- 第五説 此説ハ一箇ノ折衷説ニシテ其國ノ法律ニ依リテ定ム即チ割讓地カ特別ノ法律特別ノ制限ヲ有スルコト等ニ依リテ其地ノ人民カ割讓地ノ人民ナ

リトノコトニ重キヲ置クトキハ割讓地ニ生レタル者ヲ讓受國ノ人民ト爲シ之ニ反對ノ場合ニ於テハ割讓地ニ住所ヲ有シタル者ハ讓受國ノ人民ト爲スニ在リ

領地主權ヲ取得シタルトキハ其主權ハ如何ナル土地ノ部分ニマテ及フヘキモノナルカ往昔ハ殖民地ト本國トヲ分チ又ハ一國中ヲ分チテ主タル部分ト從タル部分ト爲シタルコトアリ然レトモ殖民地カ特別ナル一箇ノ主體ナリト云フコトヲ得サルヤ言フ俟タズ即チ殖民地ハ其本國領地ノ一部分ニシテ本國ノ領地主權ハ當然殖民地ニ及フヘキモノトス勿論殖民地ニ於テ本國ト異ナリタル憲法ヲ有スルコトアリト雖モ本國ハ殖民地ニ對シテ此ノ如ク特別ニ許シタル憲法ヲ廢止スルコトモ亦自由ナリ而シテ本國ニシテ本國ト異ナリタル制度ヲ殖民地ニ行フコトヲ廢止シタルトキハ殖民地ハ本國ノ制度ノ下ニ支配セラルヘキハ勿論ナリ但締結國一方カ條約ヲ以テ殖民地ノ或部分ニ及ハサルコトヲ約定スルコトヲ妨クス畢竟殖民地ハ本國以外ニ立ツモノニ非サルコトヲ注意セハ可ナリ

海洋ノ領地主權ノ客體ト爲ルコトヲ得ルヤ凡ソ公海ノ上ニハ如何ナル國家モ主權ヲ有スルコトヲ得スト雖モ如何ナル國家モ之ヲ使用スルコトヲ得之ニ反シテ領海ハ一國ノ領地主權ノ下ニ立ツモノナリ

國家カ領海ノ上ニ領地主權ヲ有スルハ國家防禦ノ必要上ヨリ起ルモノナリ若シ海ハ悉ク自由ノモノニシテ權利ヲ及ホスコトヲ得サルモノナルトキハ國家ハ自國ヲ防禦スルコトヲ得スシテ爲メニ其生存ヲ危ウスヘシ故ニ國家ノ防禦力ノ及フ範圍ヲ以テ國家ノ領海トスルモノナリ和蘭ノ「ペンカイシユック」ハ國家ノ海上ヲ防禦シ得ヘキ部分ハ砲丸ノ達シ得ヘキ距離マテヲ限トスヘシトノ說ヲ主張シ而シテ其距離ヲ三海里トスルコト爾後一般ニ認ムル所ト爲レリ我國ニ於テハ明治三年即チ西曆千八百七十年普佛戰爭ニ際シ局外中立ノ宣言ヲ爲セリ而シテ其宣言ニ於テ領海ヲ三海里トスルコトヲ定メタリ然ルニ世ノ發達スルニ隨ヒ砲丸ノ達スル距離ハ管ニ三海里ニ止マラスシテ其以上ニ達スルコトト爲レリ是ニ於テ國際法協會ノ決議ハ領海ヲ六海里ト定メ更ニ英國ノ或學者ハ領海ヲ十海里トスヘシト唱道セリ故ニ領海ノ範圍ニ付テハ三說アリト謂

フコトヲ得ヘシ前ニモ言ヘル如ク英國ノ學者ハ慣例ヲ重シ大陸ノ學者ハ學理ヲ重ス故ニ大陸ニ於テハ六海里說ヲ稱フル者多シ我國ニ於テハ領海三裡ヲ改正セルノ法律未タ出テサルヲ以テ國內法上領海ハ三海里トス

領海ヲ區別シテ二ト爲ス沿岸海及ヒ狹義ノ領海是ナリ沿岸海ハ退潮ノ時海岸ヨリ三海里若クハ六海里ニシテ狹義ノ領海トハ或場合ニ於テ國家ハ海上三海里以外ニ十分防禦シ得ヘキ港灣ニ對シテ其主權ヲ及ホス範圍ヲ謂フ此沿岸海及ヒ狹義ノ領海ノ二者ヲ合セタルモノヲ名ケテ廣義ノ領海ト爲ス

國際法ノ原則ニテハ單ニ沿岸海ヲ通過スル船舶ハ其沿岸國ノ主權ニ服從セシムルコトヲ得スト雖モ其沿岸國ニ來航スルノ目的ヲ有スル船舶ナルトキハ其沿岸國ノ主權ニ服從セシムルモノトス即チ沿岸海ニ碇泊スル船舶又ハ其沿岸國ニ到著スル目的ヲ有スル船舶ハ沿岸國ノ主權ノ下ニ立ツモノトス之ニ反シテ領海狹義ノヲ通過スルモノハ何等ノ目的ヲ有スル船舶ト雖モ悉ク其領海國ノ主權ニ服從スルモノナリ

狹義ノ領海トハ最も多クノ場合ニ於テ港灣ヲ成セル場合ナリト雖モ灣ヲ成テ

ナルモノ即チ公海ヨリ公海ニ通スル處ニテモ可ナリ我瀨戸内海ハ領海ナルヤ否ヤハ千島艦事件ニ依リ問題ヲ惹起シタルコトアリト雖モ予輩ハ右ハ勿論領海ナリト信ス何トナレハ公海ヨリ瀨戸内海ニ通スル海峡ハ悉ク昔六海里ヨリ狭ケレハナリ沿岸海ヲ通過スル船舶ニ對シ主權ヲ及ホスコトヲ得ナルノ原則ニ付キ有名ナル事件アリ名ケテ「フランコニヤ事件」ト謂フ千八百七十八年三月獨逸ノ船舶「フランコニヤ」號カ英國ニ碇泊又ハ寄港スルノ意思ナクシテ英國ノ沿岸海ヲ通過シ「ドジャ」附近ニ於テ英國船舶ト衝突シ英人一名之カ爲メニ死セリ是ニ於テ英國ノ檢事ハ「フランコニヤ」號ノ船長ヲ過失殺犯ナリトシテ起訴セリ然ルニ英國ノ裁判官ハ之ヲ裁判スルノ權利ヲ有セストノ理由ヲ以テ之ヲ却下セリ尋テ英國ハ同年八月此ノ如キ場合ニ英國ノ裁判所カ管轄權ヲ有ストノ法律ヲ發布シタリ

既ニ沿岸海又ハ領海ハ國家ノ領地ト同一ノモノナルヲ以テ國家カ其土地ニ行フ權利ハ又之ヲ沿岸海又ハ領海ノ上ニ行フコトヲ得ルモノトス例ヘハ防禦權、警察權、裁判權、課稅權等是ナリ

以上ヲ以テ國家ノ水ノ部分ニ屬スル領海ト太平洋トノ區別ヲ說了レリ運河、湖、河ニ付テハ後ノ說明ニ讓リ序ニ船舶ノコトヲ說明スヘシ

船舶トハ何ソ國際法上又法律上ニ於テハ其實質ヲ定義スルノ必要ナシ唯國家カ船舶トシテ登記簿ニ登記セシメタルモノハ皆船舶ナリト云フヲ以テ足ル次ニ起ル所ノ問題ハ或船カ何國ノ船舶ナルヤノ事項是ナリ是レ船舶カ或國ニ屬スルコトハ保護ノ標準ヲ定メタルモノニシテ或國ノ船舶ナルトキハ其國ヨリ保護ヲ受タルモノナルヲ以テナリ之ヲ名ケテ船舶ノ國籍ト謂フ茲ニ注意スヘキハ船舶ノ國籍ト船舶トヲ區別スヘキコト是ナリ船舶トハ既ニ船舶カ或國ニ屬スルモノナルコト明カナルノ後其國ノ如何ナル所ニ船舶ノ籍ヲ置クカラ定メタルモノニシテ即チ船舶ノ管轄ヲ定ムルモノトス故ニ船舶ノ國法上ノ權利義務ヲ定ムルモノハ船籍ニシテ船舶ノ國際法上ノ權利義務ヲ定ムルモノハ其國籍ナリ左レハ船籍ハ國法上ノ問題ニシテ國際法ニ於テハ問フ所ニ非サルナリ然ルニ之ニ反對スル學者アリ曰ク船舶ハ其船舶ノ本國之ヲ保護スルニ非スシテ船舶乗組員ノ所屬國之ヲ保護スヘキモノナリ船其物ヲ保護スルニ非スシテ

人ヲ保護スルモノナレハナリト然レトモ此場合ニ船舶カ主ナルヤ又船員カ主ナルヤト言ハハ船舶ヲ以テ主ト爲ササルヘカラス船舶アルカ故ニ船員アルモノニシテ船舶ノ在ルアリテ船員ハ航海ヲ爲スモノナリ管ニ理論上ヨリ觀テ然ルノミナラス又實際上ヨリ之ヲ觀ルモ船員ノ本國カ之ヲ保護スルコト到底爲シ能ハサル所ナリ何トナレハ各國人ノ混シ居ルトキハ乘組員ノ本國トハ果シテ何國ナルヤヲ知ルコトヲ得サルナリ或ハ各國共同ニ之ヲ保護スヘキカ然ラハ竟ニ衝突ヲ避クルコトヲ得サルヘシ而シテ船員ノ本國カ之ヲ保護シ得ルノ場合ハ唯一アルノミ即チ乘組員カ悉ク同一國人ナル場合はナリ

次ニ起ル問題ハ船舶ノ本國ナルモノハ如何ニシテ之ヲ定ムヘキヤ是ナリ獨逸ノ「フエルバア」ハ船舶ノ國籍ヲ與フヘキ條件ヲ列舉セリ予輩ハ此條件ニ從フコトヲ得スト雖モ唯其一ハ之ヲ執ルコトヲ得ヘシ即チ自國人ノ有スル船舶ニ非ナレハ其國籍ヲ與ヘサルコト是ナリ何トナレハ國家カ外國人ヲ保護スルトキハ船舶ノ保護ト船員ノ保護トノ衝突ヲ生スルコトアルヲ以テナリ即チ外國人ノ有スル船舶ヲ保護スルトキハ其外國ト自國トニ於テ權利義務ノ衝突ヲ生スヘ

キカ故ナリ此事ニ關シテハ船舶法明治三十二年三月法律第四十六號アリテ其第一條ハ如何ナル船舶ヲ以テ日本ノ船舶ト看ルヘキカヲ規定セリ一言ニシテ之ヲ言ヘハ日本人ノ有スル船舶ニ非サレハ日本ノ船舶トスルコトヲ得ストスルモノナリ今若シ我國法ニ於テ日本船舶ナリトセルモノヲ他國ニ於テ亦之ヲ其國ノ船舶トセルアラハ如何スル衝突ハ條約ヲ以テ之ヲ防クノ外ナレシ即チ他國ノ法律ニテ其國ノ船舶ト爲セルモノハ之ヲ我國ノ船舶ト爲サストスルモノニシテ例ヘハ日英條約第十三條ノ規定ノ如キ是ナリ

船舶ノ國籍ハ如何ニシテ之ヲ表示スルヤ國籍ヲ表彰センカ爲メニハ旗ヲ用フ是レ諸種ノ便利ニ基クモノニシテ旗ハ虛偽ノ表示ヲ容易ニスルコトヲ得ルヲ以テ適當ノ方法ニ非スト云フ者アリト雖モ違方ヨリ之ヲ識別スルコトヲ得ルノミナラス又旗ハ船舶應答ノ具ト爲ル等ノ便利ヲ有スルヲ以テ現時ニ於テハ此方法ニ依ル船舶ノ國籍ハ旗ノ外別ニ船舶證書ナルモノアリテ之ヲ表彰ス

船舶ハ其性質上如何ニ之ヲ區別スヘキヤ從來ノ學者ハ之ヲ分チテ軍艦及ヒ商

船ノ二ト爲ス然レトモ此區別ハ十分ナルモノニ非サルナリ何トナレハ軍艦及
 ヒ商船以外ノ船舶ハ之ヲ如何ニスヘキヤ例ヘハ漁船水先案内船郵便船燈臺船
 探檢船娛樂船義勇艦隊船等ノ如キハ其所屬ヲ失フヘシ故ニ予輩ハ船舶ヲ分チ
 テ國家ヲ代表スル船舶ト國家ヲ代表セザル船舶トニ大別シ更ニ國家ヲ代表セ
 サル船舶ヲ分チテ警察船救助船等ト爲サント欲ス國家ヲ代表スル船舶ハ管ニ
 軍艦ノミニ止マラス御用船義勇艦隊船モ亦然リ然レトモ其重ナルモノハ軍艦
 ニシテ國家ヲ代表セザル船舶ノ重ナルモノハ商船ナリトス是レ船舶ノ國際法
 上ノ性質ニ依ル區別ニシテ若シ船舶ノ居所ニ依リテ之ヲ區別スルトキハ公海
 ニ在ル船舶及ヒ領海ニ在ル船舶ト爲スコトヲ得ヘク更ニ公海ニ在ル船舶ノ中
 又國家ヲ代表スル船舶ト國家ヲ代表セザル船舶トニ分チ領海ニ在ル船舶ハ自
 國領海ニ在ル船舶ト他國領海ニ在ル船舶トヲ區別スヘシ而シテ又領海ニ在ル
 船舶ハ自國領海ニ在リテ國家ヲ代表スル船舶ト國家ヲ代表セザル船舶及ヒ他
 國領海ニ在リテ國家ヲ代表スル船舶ト國家ヲ代表セザル船舶トニ分ツコトヲ
 得ヘシ然レトモ自國領海ニ在ル船舶ハ國際法ノ問題ヲ惹起スルコトナキヲ以

テ之ヨリ説明セントスルハ唯公海ニ在ル國家ヲ代表スル船舶國家ヲ代表セザ
 ル船舶及ヒ他國領海ニ在ル國家ヲ代表スル船舶國家ヲ代表セザル船舶是ナリ
 第一 國家ノ非代表船商船カ公海上ニ在ル場合

此場合ハ如何ナル主權ノ下ニモ服セス何トナレハ公海上ニハ如何ナル國ノ主
 權モ及ハサルコトヲ原則トスレハナリ然レトモ自國主權ニ服スルコトハ明カ
 ナリ尤モ主權ハ其船舶ノミニ及フモノニシテ公海上ニ及フモノニ非ス要スル
 ニ公海上ニ於テ非代表船カ或行爲ヲ爲シタルトキハ何國ノ主權ニモ服從セス
 其船舶カ歸來シタルトキハ本國法ニ從フ唯公海上ニ於テ自國國旗ヲ掲クル船
 舶カ果シテ國籍ヲ有スルヤ否ヤノ疑アルトキハ其國ノ代表船ハ國籍ヲ調査ス
 ルコトヲ得故ニ例ヘハ公海上ニ於テ國家ヲ代表セザル船内ノ犯罪ハ何國ト
 雖モ之ヲ罰スルコトヲ得ス然レトモ本國ニ歸來シタルトキ始メテ之ヲ處罰ス
 又公海ニ於テ甲國船ト乙國船ト衝突シタルトキハ何國カ裁判權ヲ有スルヤハ
 國際法上ノ未決問題ナリ唯決定セル點ハ如何ナル國モ主權ヲ及ホスコトヲ得
 ナルコト是ナリ最モ學說ニハ種種之ヲ認メタリ此ノ如ク公海上ニ於ケル船舶

- ニ對シテハ何國モ主權ヲ及ホスコトヲ得サルモ左ノ五箇ノ例外アリ
- (一) 或國家ノ領地内又ハ領海内ニ於テ或犯罪アリタルトキニ其犯罪者カ其國ヲ出帆スル船舶ニ乘リ公海ニ過レタルトキハ其國家ハ追跡シテ公海上ニ於テ之ヲ逮捕スル權利ヲ有ス
 - (二) 海賊ニ對シテハ如何ナル國家モ公海上ニ主權ヲ及ホスコトヲ得故ニ海賊カ公海上ニ在ルトキハ國家ノ代表船ハ何レノ國ノ代表船舶ト雖モ自國ニ引致シ之ヲ裁判且處罰スルコトヲ得
 - (三) 奴隸賣買ノ船舶ニ付テハ海賊船ト同一視スルヲ以テ公海上ニ主權ヲ及ホスコトヲ得
 - (四) 戰時ニ於テ交戰國ノ一方ハ公海上ニ在リテ交戰國他方ノ船舶ニ主權ヲ行フコトヲ得
 - (五) 戰時ニ於テ局外中立國ノ船舶カ局外中立ノ法規ニ違背シタルトキ例ヘハ戰時禁制品ヲ搭載シ又ハ敵國ニ與スルノ行爲アリタルトキハ公海上ニ於テ交戰國ハ之ニ主權ヲ及ホスコトヲ得

尙ホ第六ノ例外トシテ學者カ認ムルハ條約ヲ以テスルトキハ主權ヲ公海上ニ及ホスコトヲ得ルコト是ナリ然ルニ予ハ公海上ニ於テハ如何ナル國モ主權ヲ及ホスコトヲ得サルモノト認ムルカ故ニ前掲ノ五箇例外ノ場合ノ外ハ主權ヲ及ホスコトヲ得スト信ス以下此五箇ノ例外ニ付テ詳説スヘシ

第一例外 或國家ノ領地内又ハ領海内ニ於ケル犯罪者カ公海上ニ逃レタルトキ此事ニ付テハ從來學者ニ由リテ論セラレタル所ナリ「ブレンチュリー」ノ説ノ如キ是ナリ然レトモ紀元千八百九十五年ニ至ルマテハ未タ學說トシテ學者ノ間ニ唱ヘラレタルニ過キス然ルニ紀元千八百九十五年三月十日白耳義ノ「ブルクセル」ニ開キタル國際法協會ニハ之ヲ議決シ英國ヲ除キ歐洲諸大國ハ皆之ヲ以テ國際法ト看做セリ此議決ヲ分析シテ論スレハ左ノ如シ

- (イ) 其國ノ領内ニ於テ或犯罪アリタルコト
- (ロ) 其犯罪者カ船中ニ在ルコト
- (ハ) 其犯罪者カ其船舶ニ乘込ミ自國ヲ逃レテ公海ニ至リタルコト
- (ニ) 其犯罪者ヲ國家ノ代表船カ追跡スルコト

(ホ) 追跡ノ行爲ニ中斷ナキコト

(ヘ) 追跡セラレタル船舶カ他國ノ領海内ニ入ラサルコト

此六要件ヲ具備スルトキハ公海上ニ主權ヲ及ホスコトヲ得ルト爲セリ之ニ付
 ナ好箇ノ實例アリ明治二十八年ニ生シタル英艦スエルス號事件是ナリ明治二
 十八年日清講和條約ニ依リテ日本ハ臺灣ノ割讓ヲ受ケタリ臺灣ノ劉永福ナル
 者アリテ我國ニ反抗セリ然ルニ劉永福ハ反抗ノ力盡キ遂ニ本國支那ニ逃歸セ
 シカ爲メニ英艦スエルス號ニ乘リテ追レタリナレハ前ノ原則ニ照シ之ヲ公海
 上ニ於テ逮捕スルコト固ヨリ適法ナリ若シ劉永福ニシテ該艦内ニ居ラザリシ
 トスレハ之ヲ捕拿スルコト不適法ニシテ英國ノ主權ニ對スル侵害ナリ我軍艦
 八重山ハ劉永福ノ「スエルス」號ニ乘リ遁レタルヲ信シ之ヲ追跡シテ公海上ニ留
 ヲ船中ヲ臨檢搜查シタルモ之ヲ發見スルコト能ハザリキ

第二例外 海賊船ニ對シテハ公海上ニ於テ主權ヲ及ホスコトヲ得此事ニ關シ
 テハ海賊トハ如何ナルモノナリヤヲ定義スルコトヲ要ス海賊ハ國際團體ニ害
 毒ヲ及ホスモノニシテ予ハ此定義ニ關シ「リビュー」及ヒ「フェルバー」兩氏ノ說ヲ

析衷シテ次ノ如ク述ヘン

海賊トハ國家ノ許可ヲ得スシテ公海上ニ於テ強力ヲ用セ他ノ動産ヲ掠奪セ
 若クハ掠奪セントスル行爲ヲ謂フ

右ノ定義ヲ分析スレハ次ノ要素ヲ具フヘキモノナリ

第一要件 國家ノ許可ナキコトヲ要ス 若シ國家ノ許可ニ依リテ爲シタルト
 キハ其國家自ラ海賊ヲ爲シタル責任ヲ負ハサルヘカラス故ニ如何ナル國ノ
 許可ヲモ得サルヲ以テ要件トスルナリ

第二要件 公海内ナルコトヲ要ス 若シ領海内ニ於テ爲ストキハ之ヲ海賊ト
 謂ハスシテ沿岸賊又ハ領海賊ト謂フ其領海内ニハ其領海ノ屬スル國ノ主權
 ヲ及ホスモノナレハナリ

第三要件 暴力即チ強力ヲ用ヒタルコトヲ要ス 威嚇脅迫等ヲ以テ足レリト
 セス

第四要件 動産タルコトヲ要ス 他國ノ不動産ナルトキハ海賊ニ非ス「フェルバ
 ー」氏ハ收益ヲ目的トスルコトヲ要スト爲セリ故ニ利益ヲ得ル目的ニ非ス

テ唯船舶内ニ在ル人ヲ殺害スル並如キ目的ヲ以テスルモノハ之ヲ海賊ト謂フヘカラス

此ノ如ク海賊ヲ爲シタル船舶ニ付テハ如何ナル國モ主權ヲ及ホスモノナリ其主權ヲ及ホスノ手續ハ海賊ノ既遂未遂ヲ問ハス第一ニ止マレノ命令ヲ爲ス(砲又ハ旗ヲ以テス之ヲ「ドロア、ダレー」ト稱ス次ニ臨檢スル權利「ドロア、ヅ、ビジット」及ヒ搜索權「ドロア、ヅ、ルシメルシ」ヲ有シ向ホ捕獲捕拿ノ權「ドロア、ヅ、プリーズ」ヲ有ス而シテ本國ノ所管裁判所カ之ヲ適法ナリト認メタルトキハ其船舶ハ沒收シ其贓品ハ原所有者ニ還付ス

如何ナル船舶ヲ海賊船ト認ムヘキヤ先ツ旗ナキ船ハ海賊船ト看ル又旗ヲ立ツルモ世界ニ其國旗ナキトキ若クハ全ク國籍證書ヲ有セサルトキハ之ヲ海賊船ト看做スコトヲ得

第三例外 奴隸賣買ニ關スルコトハ國家ノ行政權ノ中ニ說明スヘキヲ以テ(紀元千八百八十九年及ヒ同九十年「アルムクセル」ノ國際法協會ニテ決議シタリ)茲ニ之ヲ説明セス

補フコトヲカムルモノナリ隨テ自然ノ動力及ヒ之ヲ誘起スル資料ニ富ミタルト否トハ其地方ニ於ケル産業ノ發達ニ大ナル關係アルモノナリ

自然ノ效力ニシテ利用セラルルモノハ動物ノ筋力風力水力ニシテ動力ヲ誘起スル資料タルモノハ薪、泥炭、石炭、石油、天然瓦斯等ナリ現今力役動物トシテ人類ノ使役スルモノハ馬、牛、水牛、象、駱駝、馴鹿、エスキモー、天等ナリ就中最モ一般ニ使役スル馬ハ吾人ノ七倍ノ力ヲ出スト雖モ其食料ハ割合ニ廉ナラス且之ヲ得ンカ爲メニ廣大ナル場所ヲ要スルカ故ニ此動力ニ依リ今日吾人ノ得ル所ノ補助ハ他ノ無機動的動力ノ其レニ比スレハ甚タ僅少ナリ然レトモ農業、陸運、戰時ノ用等ニ供シテ特別ノ便益ナキニ非ス左レハ或學者ハ亞米利加印度人ノ間ニ進歩シタル農業ノ起ラサリシハ歐人ノ輸入スルマテ野生ノ牛馬ナカリシカ爲メナリト曰ヘリ又風力ハ古來舟伐ヲ遣リ若クハ風車ヲ動スカ爲メニ利用セラレタリト雖モ時ニ間斷強弱アリテ持續的ノ動力ヲ起スニ便ナラス水力ノ如キハ此等ノ缺點ナシト雖モ之ヲ生スル所ハ一定ノ場所ニ限ラレ且一定ノ時間ニ利用シ得ヘキ動力ノ分量ニ限アルカ故ニ電氣ニ變ヘテ多少隔リタル場所ニ

導クコト能ハサルニ非スト雖モ之ヲ利用スル生産業ハ他ノ點ニ關シテ最モ好都合ナル場所ヲ選フコト頗ル困難ナルノミナラス隨意ニ其規模ヲ擴張スルコト能ハス之ニ反シテ第十八世紀ノ末ニ當リ英國ニ於ケル蒸流流鐵ノ發明ニ由リ始メテ薪、石炭、石油等ヲ用ヒテ誘起シ得タル蒸流力ハ場所、時間分量ニ關シテ最モ好ク人意ノ向フ所ニ從フヲ以テ生産業ヲシテ最早土地ノ關係ヲ離レテ殆ト隨意ノ場所ニ於テ之ヲ營ミ又無限ニ其規模ヲ擴張シ加之之ヲ海運鐵道ニ利用シテ遠ク原料ヲ迎ヘテ造ニ製品ヲ送り廣ク世界的ニ經營スルコトヲ得セシメ産業上ニ一大革新ヲ惹起シタルモノナリ是ヲ以テ蒸流力ヲ起スノ資料ニ富ミタル國ハ産業上好都合ノ地位ニ在ルモノト謂フヘシ英國近日ノ富強ハ「アングロサクソン」人種ノ發奮勤勉ニ由ル所大ナリト雖モ其國土ノ埋藏セル鐵ト石炭トニ基スルコト尠シト謂フヘカラス

以上述ヘタルカ如ク自然ハ國民經濟ノ發達ニ至大ナル關係ヲ有スルモノナリ然レトモ此二者ノ關係ニ付テハ極端ナル二說アリ其一ハ自然ハ國民經濟ニ殆ト影響ヲ及ホスコトナク或ハ全ク影響ヲ及ホサスト云フニ在リ他ノ一ハ國民

ノ經濟及ヒ其他文明ノ發達ハ全ク其國民ノ信スル土地及ヒ氣候ノ如何ニ因ルモノナリト云フニ在リヒュートム「ワエーツ」ベシエム等ヲ始トシ英國及ヒ和蘭ノ土地カ自然ノ恩恵ヲ受クルコト極メテ尠キニ拘ハラズ猶ホ今日ノ富強ヲ致シタルハ全ク國民ノ精神的ノ力ニ由ルモノナリト云ヒ天恵ヲ受クルコト同一ナル同一ノ土地ト雖モ異ナリタル時代ニ異ナリタル人種ノ住居シタルカ爲メニ忽チ貧弱ノ國ト爲リ忽チ富強ノ國ト爲ルト云ヒタル多數ノ經濟學者ノ如キハ第一說ノ代表者ナリト謂フヘク之ニ反シテ「モンタスキュー」ヘルデル「コンドルセ」「ローレン」ロント「タル」及ヒ多クノ地理學者人類學者ノ如ク較近ノ歐羅巴ト古代ノ歐羅巴ノ文明國及ヒ全世界ノ諸國トノ間ニ文明進歩ニ關シテ特種ノ精神的、政治的原因ニ著シキ差別アルヲ認メス其進歩發達ノ差異ヲ全ク自然ノ情況ノ如何ニ歸スルモノハ第二說ノ代表者ナリト謂フヘシ然レトモ今日ノ學問ハ自然的原因ト精神的歴史的原因トカ相互ニ影響スルモノナルコトヲ認メ而シテ國民經濟ハ一定ノ自然ノ關係及ヒ人ノ精神技術的發達ニ由リテ始メテ成立チ且之ニ由リテ複雜ナル影響ヲ受タルモノナルコトヲ認ム但此等ノ原因

カ如何ナル割合ニ影響スルカヲ一精密ニ指示スルコト能ハサルノミ今日ノ技術進歩ノ程度ニテハ到底人カヲ以テ北極(サハラ砂漠、總テ水ノ乏シキ地方高山等ニ於ケル天然ノ不利ニ打勝ツコト能ハス又北方ノ天恵渺キ地ニ比スレハ南方ノ天恵多キ地ハ容易ニ稠密ナル人口ヲ養ヒ且幸福ヲ與フルモノナルコトハ吾人ノ已ニ知レル所ナリ古來高度ノ文明ハ殆ト皆熱帶若クハ溫帶地方ニ起リシモノナリ然レトモ幸福ナル天恵多キ土地ト雖モ單ニ之ノミニ因リテ人生ニ大ナル幸福ヲ與フルモノニ非ス必ス之ニ相當スル精神的道德的及ヒ技術的ノ發達ト適當ナル社會的政治的ノ組織カ之ニ伴ハサルヘカラス又天恵稍ヤ渺キモ甚シキニ至ラサレハ却テ人心ヲ刺激シ人ノ精神的道德的ノ發達ヲ促シ其結果或度マテハ自然ノ不利ヲ補ヒ一定ノ幸福ヲ與フルモノナリ例ヘハ北歐諸國ノ如シ又交通ノ非常ナル發達ニ由リテ極寒極熱國ヘモ其地ニ得ラレサル物ヲ送リテ大ニ人ノ經濟生活ヲ容易ナラシムルコトヲ得タリ將來技術益、發達スルトキハ益々天然ノ制限ヲ減少シ得ヘシ然レトモ到底之ヲ除去スルコト能ハスシテ永久ニ人民ヲ支配スルモノナルヘシ今日富有ノ國民ト稱セラレルモノハ多少

雜 報

○衆議院議員ノ任期ト總選舉ノ現行衆議院議員選舉法第三十條ニ曰ク選舉ノ投票ハ通常七月一日ニ之ヲ行フ云云ト又同第六十六條ニハ議員ノ任期ハ四年(簡年トス)トアリ而シテ現任衆議院議員ハ去ル三十一年八月十日ノ選出ニ係ル者ニシテ本年八月九日ヲ以テ其任期ノ滿了スルコトハ法文上明瞭ナルカ如シ然ルニ論者或ハ右第三十條ノ法文ヲ根據トシテ現任衆議院議員ノ任期ハ本年六月三十日ヲ以テ盡クルモノト爲ス者アリ或ハ常期ノ議會閉會後平和の解散ヲ行ヒ以テ新ニ總選舉ノ日ヲ定ムヘシト論ズル者アリ前説ハ法文ノ解釋ヲ誤レルニ慮スルモノニシテ後説ハ便宜的政治論ニ其論據ヲ置クモノ即チ新選舉法ノ實施ヲ實際上選舉ニ適當ナル季節ニ於テセントスルモノナリ蓋シ改正衆議院議員選舉法ハ其第一百十一條ニ於テ本法ハ次ノ總選舉ヨリ之ヲ施行ス云云ト規定セルヲ以テ其實施ノ日ハ次期ノ總選舉ニ依リテ定マルヘキモノニシテ見解ノ如何ニ由リテハ其關スル所管ニ現任衆議院議員ノ權利ヲ得喪ノミニ止

マラス實ニ國民ノ權利ニ影響スルモノト謂フヘシ政治上ノ議論ニ對シテハ今茲ニ論評セザルヘシト雖モ前論者ノ如ク七月一日ヲ以テ總選舉ヲ行フヘシト云フカ如キハ「通常」二字ヲ顧ミサル所ノ曲解ト謂フベキノミ

○擔任講師ノ變更 法學通論ノ擔任講師法學士中島玉吉氏ハ此度京都帝國大學講師ヲ囑託セラレタルニ由リ法學博士中村進午氏其後任トシテ法學通論ヲ受持タルルコトト爲レリ但本講義錄ニハ中島講師ノ講義ヲ續載スヘシ

○討論會 一月二十五日午後五時半ヨリ本校大講堂ニ於テ討論會ヲ開キタリ討論題ハ中山法學士ノ發題ニ係ルモノニシテ左ノ如シ

庭園ノ占有者ハ其庭園内ニ遺棄サレタル物品ニ付キ當然占有權ヲ有スルヤ

發題者中山學士會長席ニ著カレ傍聽者ハ堂ニ滿チタリ討論申込者ハ例ニ依リテ甚タ多カリシヲ以テ辯論時間ヲ制限シ八時過マテニ登壇シテ演說シタル者消極論者十二名積極論者五名折衷論者一名ニシテ他ハ辯論スルノ機ヲ得ルコト能ハザリキ今各論旨ノ大要ヲ左ニ示サン

消極論ノ要旨ニ曰ク占有ハ心素ト體素トヲ必要トス然ルニ庭園ノ占有者ハ其

庭園ニ遺棄セラレタル物品ニ付キ直チニ之ヲ占有スルノ意思アリト爲スヘカラス若シ其遺棄物ニ付キ占有權アリト云ハハ庭園ニ入リタル鳥獸ニ付テモ仍ホ權利ヲ有スト謂ハサルヘカラサルニ至ルヘシト同論者中成ハ本問ノ場合ニ於テハ未ダ體素ヲ具ヘス即チ庭園ト遺棄物トハ別箇ニ觀察セザルヘカラスト主張シタル者モアリキ積極論ノ要旨ハ本問ノ場合ニ體素ヲ具ヘタルコトハ一點ノ疑ナシ而シテ占有ノ意思ハ特別ニ之ヲ表示スルコトヲ要スルモノニ非ス苟モ其物ニ付キ他人ヲ排斥シ得ルノ狀態ニ在レハ當然其占有ノ意思ヲ推測シ得ヘシト云フニ在リキ次ニ折衷論ノ論者ハ本問ノ場合ニ於テ庭園ノ占有者ハ遺棄物ニ付キ當然占有ノ意思アリト認ムヘカラスト雖モ之ヲ占有スルノ意思ヲ有シタル場合ニハ其物ニ付キ占有權アリト云フニ在リシモ問題ニハ「當然」トアルカ故ニ此論モ亦畢竟消極論ニ外ナラスト謂フヘシ

最後ニ中山學士ノ述ヘラレタル意見ノ要旨ニ曰ク本問ニ就キ各論者ノ述ヘラレタル占有權ニ對スル理論ハ大體ニ於テ誤レル所ナシト雖モ發題ノ趣旨ニ適切ナラザリシヲ憾トス蓋シ發題ノ趣旨ハ其法理論ヨリハ寧ろ事實ノ認定論ヲ



雖カシコトヲ欲セシナリ或ハ問題ノ文詞聊カ其當ヲ得ナリシキノ嫌アレトモ
 要スルニ占有權ノ客體ノ範圍ヲ研究セラレンコトヲ希フノ意ナリシナリ例ヘ
 ハ土地ノ占有者ハ新ニ其土地ニ附著シタル寄洲ニ對シテ當然占有權ヲ有スル
 ヲ將タ特ニ占有ノ意思ヲ表示スルコトヲ要スルキト云フニ多少ノ異說ナキニ
 非アレトモ今日一般ニ認メラルル學說ハ一タヒ成立シタル占有權ハ其目的物
 カ増殖スルモ其占有權ハ當然其増殖シタル部分ニ及ビ占有者カ其増殖シタル
 ノ事實ヲ知レルト否トヲ問ハサルナリ又例ヘハ庭園ノ樹木ニ花ノ咲キシコト
 ヲ知リテ其實ヲ結ヒタルコトヲ知ラサル場合ニ於テモ庭園ノ占有者ハ當然其
 果實ノ占有權ヲ有スヘシ又人アリ竊ニ子ノ庭園ニ或物ヲ埋没シタリトセンニ
 此場合ニ於テモ庭園ノ占有者ハ其埋藏物ニ付キ土地ノ一部トシテ當然占有權
 ヲ有スヘシ果シテ然ラハ土地ニ附著シタルモノト看ルヘキ本問ニ示セル遺棄
 物ニ對シテハ土地ノ占有權カ當然其物ニ及フモノト謂ハサルヘカラスト合ニ
 之ニ對シテ其遺棄物ノ物カ其遺棄物ニ及フモノト謂ハサルヘカラスト合ニ
 庭園ニ遺棄ナキモノカ其遺棄物ニ及フモノト謂ハサルヘカラスト合ニ

法學志林

第二十七號

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
 拾冊則金七拾錢郵稅拾錢

志林	時際法ヲ紹介ス 代理占有ヲ論ス(承前) 羅馬法ノ一節 監視期間ノ廷算點ニ付テ	法學博士 法學博士 法學士	中梅 村謙 次進 郎彦郎午
纂論	社會主義ノ三大流派(續) 屠蘇さげん	法學博士 法學士	小田 幹治 郎彦郎午
散錄	訴訟物ノ價額五千圓以上六千圓未満ニ對スル印紙法學士 裁判所構成法第十四條第二號(イ)ノ意義	法學博士 法學士	松岡 義正 仁井田 益太郎
判例	大審院新判決三十二件		
雜報	私生子認知ニ關スル法定代理人ノ訴訟資格ニ對スル判例外三件		
記事	校友會東京支部會秋季大會外二件		

發行所 (東京市麹町區富士見町六丁目) 司法部指定 **和佛法律學校**
 (電話番町二七四) 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(第一編及第二編第六卷マデ)、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(總論)、訴訟法(第一編、第二編)、刑事訴訟法、財政學
- 第三學年 民法(第二編第七卷以下、第四編、第五編)、國法(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 金一回

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

明治三十五年二月四日印刷

明治三十五年二月五日發行

(定價金貳拾錢)

東京市牛込區早稲田南町三十九番地

編輯者

松田 久次郎

東京市牛込區大塚町三番地

印刷者

小宮 山信好

東京市芝區西ノ久保明舟町十一番地

印刷所

金子 活版所

東京市麴町區富士見町六丁目十六番地

發行所 司法省指定

和佛法律學校

電話番町百七十四番