

### 和仏法律学校講義録

中山, 成太郎 / 久保, 無二雄 / 中村, 進午 / 中島, 玉吉 /  
竹井, 耕一郎 / 塚田, 達二郎

---

(出版者 / Publisher)

和仏法律学校

(巻 / Volume)

1-9

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

49

(発行年 / Year)

1902-03-05

(明治三十四年十二月四日第三種郵便物認可 毎月二回)  
明治三十五年三月五日發行

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

第九號



090  
1902  
1-1-9

第一學年第九號目次

法學通論	(自七七)	法學士 中島 玉吉
憲法	(自一〇六)	法學士 竹井耕一 耶
民法總則	自第一章(自五九) 至第三章(自七六)	法學士 塚田達二 耶
民法物權	自第一章(自二二) 至第六章(自二六)	法學士 中山成太 耶
國際公法	(平時) (自〇六)	法學博士 中村 進 午
經濟學總論	(自一八)	久保無二 雄

雜報 ○刑法改正案ノ貴族院通過

シ債務者ノ住所ヲ以テ履行地ト爲シ或ハ當事者ノ一方ニ其費用ヲ負擔スル  
 モトト爲スコトヲ得ルカ如シ而シテ此區別ノ實益ハ頗ル大ナルモノニシテ  
 法律ニ合セサル意思表示ノ有效無效ヲ決スルノ標準ト爲ルナリ即チ命令法ナ  
 レハ之ニ反スルノ意思表示ハ無効ト爲リ任意法ナレハ之ニ反スルノ意思表示  
 ハ有效ト爲ルニ依リテ之ヲ分テテ狭義ノ命令法ト禁止法ト爲ス狭義ノ命令法ハ積極的  
 ナ行爲ヲ爲スコトヲ命シ禁止法ハ積極的ノ行爲ヲ爲サザルコト即チ不行爲ヲ  
 命スルモノナリ刑法其他ノ罰則ハ禁止法ニシテ徵兵令又ハ租稅法ニハ狭義ノ  
 命令法タルノ性質ヲ有スルモノ頗ル多シトス  
 第四 一般法及ヒ特別法  
 一般法及ヒ特別法ノ區別ハ法ノ行ハルル範圍ノ廣狹ニ依リテ區別シタル地  
 ニシテ其區別ハ相對的ナリトス例ヘハ甲法ハ乙法ニ對シテハ特別法ナレトモ  
 丙法ニ對シテハ一般法ナルコトアリ故ニ二法同時ニ並ビ行ハルルニ非ズレハ  
 此關係ヲ生スルコトナシ例ヘハ甲府縣ニミ行ハルル法ト乙府縣ニミ行ハ

法學通論 本論 法律ノ分類

ル法トノ間ニハ一般法及ヒ特別法ニ關係ヲ生セシメテ一法ヲ推シテ是レ一  
 般法ナリヤ特別法ナリヤト問フ意味ナキモノナリ此區別ヲ爲スル標準三アリ  
 (一)土地ヲ標準トス或一地方ニミ行ハルル法律ハ之ヨリ廣ク行ハルル法  
 律ニ對シテ特別法ナリ例ヘハ沖繩縣北海道臺灣ノミニ行ハルル法律ハ帝國領  
 土全部ニ行ハルル法律ニ對シテ特別法ト云フカ如シ

(二)人ヲ標準トス特殊ノ資格ヲ有スル人ニ對シテノミ行ハルルモノハ特別  
 法ニシテ廣ク一般人民ニ對シテ行ハルルモノハ一般法ナリ例ヘハ刑法ハ帝國  
 臣民一般ニ行ハルルカ故ニ一般法ナレトモ陸軍刑法海軍刑法ハ軍人タルノ資  
 格ヲ有スル者ニ對シテ行ハルルカ故ニ特別法タリ又民法ノ親族相續ノ規  
 定ハ一般人民ニ對シテ行ハルレトモ華族ノ婚姻相續等ニ關スル條例ノ如キハ  
 獨リ華族ナル身分ヲ有スル者ニ對シテノミ適用セララルカ故ニ前者ニ對シテ  
 特別法ナリ後者ニ對シテハ特別法ニシテハ一般法ニシテ

(三)規定事項ヲ標準トス或性質ノ事項全體ニ適用セララルモノハ一般法ニ  
 シテ其事項中ノ特殊ノモノノミニ適用セララルモノハ特別法タリ民法ハ一般

私法上ノ事項ニ適用セララルカ故ニ一般法ナレトモ商法ハ商事ト稱スル特殊  
 ノ事項ニノミ適用セララルカ故ニ民法ニ對シテハ特別法タリ然レトモ銀行條  
 例保險業法ノ如キハ商事中ノ特殊ノモノニ限リ適用アルカ故ニ商法ニ對シテ  
 特別法タリ

右略述スル所ニ依リテ此區別ノ相對的ノモノナルコトヲ明カニスルコトヲ得  
 ヘシ此區別ノ必要ハ特別法ハ一般法ニ優レト云フ格言ニ依リテ明カナリ同一  
 事件ニ付キ一般法ニモ規定アリ特別法ニモ亦規定アル場合ニ在リテハ特別法  
 ハ先ツ適用サルモノナリ例ヘハ徵兵ヲ忌避シタル者ニ對シテハ刑法ニ關係  
 アリ又之ト同時ニ徵兵令ニモ關係アリ此ノ如キ場合ニハ先ツ徵兵令ニ依ラズ  
 ルヘカラス又賣買ニ付テハ民法ニモ商法ニモ規定アリ然レトモ商人間ノ賣買  
 ニ在リテハ先ツ商法ニ依ラサルヘカラス而シテ商法ノ規定缺ケタル場合ニ始  
 メテ民法ニ依ル特別法ハ一般法ニ優レトハ此謂ナリ行々手続ニ關シテ

第五ノ實體法及ヒ手續法ヲ對シテハ實體法ニ對シテハ手續法ニ對シテハ  
 此區別ハ別ニ主法及ヒ助法ト稱ス英人ベンザム氏ノ創唱セラル所ナリ氏ハ此發

類ヲ以テ法律分類ノ根本ト爲スヘシト主張セリ實體法ハ權利義務ノ存在ヲ定ムルヲ以テ目的ト爲シ手續法ハ實體法ニ因リテ存スル權利ヲ實行スル手續ヲ定ムルヲ以テ目的ト爲シ權利ノ存在ハ主ニシテ之ヲ實行ノ手續ハ從タリ此點ヨリ觀察シテ主法及ヒ助法トハ稱スルナリ然レトモ實體法即チ主法ハ貴重ニシテ手續法即チ助法ハ輕シト爲スハ大ナル誤解ナリ凡ソ權利ノ貴ラヘキハ之ヲ實行スルコトヲ得レハナリ單ニ權利ヲ有ストノ自覺ノミニテハ吾人ニ何等ノ利益ヲモ與ヘス又此ノ如キノ自覺ハ獨リ權利者ノミナラス何人ニ於テ之ヲ包有スルモ世事ニ増減スル所ナシ左レハ手續法ヲ貴重ナルハ決シテ實體法ニ讓ラス之ヲ輕ヘハ鳥ノ雙翼ヲ如キノミ兩相待テテ始メテ其作用ヲ全クスルモノナリ

實體法ハ權利ヲ定ムルヲ以テ目的ト爲スト云フト雖モ手續法モ亦權利義務ヲ定ムナルニ非サルナリ凡ソ法ハ皆權利義務ヲ定ムルモノナシ左レハ此區別ハ標準不明ナルカ如キモ手續法ニ於テ定ムル所ノ權利ハ實體法ニ於テ定ムル權利ヲ圓滿ニ實行セシメンカ爲メナリ換言スレバ實體法ニ於テ與ヘタル權利

ノ存在ヲ前提トシテ之ヲ伸張ヲ圖ラレカ爲メ手續ヲ定ムルモノナリ故ニ此二者ノ間ニ主從ノ關係アルコト明カナリ此區別ヨリシテ生ズル實益ハ手續法ヲ解釋ハ實體法ノ精神ニ從ハナルヘカヲサルニ在リ凡ソ法ヲ解釋ノ原則ハ國家ノ意思ヲ明カニスルニ在リ國家既ニ實體法ニ於テ權利ヲ認ムル以上ハ又手續法ニ於テ之ヲ實行ノ手段ヲ與ヘタルモノト推測シテ可ナリ故ニ解釋上疑ハシキ場合ニ在リテハ實體法ニ於テ權利ヲ與フルキヤ否ヤヲ見テ決スヘキノミ國民法利法、商法ハ實體法ノ主ナルモノニシテ民事訴訟法刑事訴訟法非訟事件手續法等ハ手續法ノ主ナルモノナリ

第五節 法律ノ制定

法律ノ全體ハ成文法及ヒ不文法ヨリ成ル其成文法ニ非サルモノニ至リテハ主トシテ人民ノ慣行ニ基テカ故ニ一方ヨリ觀レバ社會ノ變遷是レ制定ノ手續ニ非サルナク又他ノ一方ヨリ觀レバ決シテ制定ノ制定手續アルモノニ非サルナリ故ニ不文法ハ之ヲ度外ニ捨テ茲ニ成文法ノ制定手續ヲ述ベントス法律

制定ノ基礎ハ國家ノ主權ニ在リ國家カ法律制定即ち立法ノ目的ニ向ヒテ活動スルヲ國家ノ立法行為ト名ク如何ナル國體如何ナル政體ノ國ニ於テモ法律ノ源ハ國家ノ立法行為ニ依ラサルナシ唯如何ナル手續ニ依リテ國家ノ立法行為カ行ハルルカハ手續ノ問題ニシテ茲ニ述ヘントスル所ナリ

第一 法律ノ成立

法律制定ノ手續ハ國體政體ノ異同ニ由リテ諸國必スシモ同一ナラス(ゲルマン)ノ古代及ヒ希臘羅馬ノ小共和國ニ在リテハ市民皆一堂ノ内ニ會シテ立法ヲ議シ市民ハ皆立法院ノ議員ニシテ立法院ハ即チ市民全體ノ集會ナリシナリ此ノ如キ國柄ニ在リテハ法律ハ國民全體ノ直接參與ニ依リテ成立セリ然レトモ國家ノ人口次第ニ増殖スルニ至リテハ此ノ如キ方法ハ到底實際ニ行フコト能ハサルニ至レリ

君主國即チ君主獨裁ノ國家ニ在リテハ法律ハ君主單獨ノ意思ニ依リテ決ス然レトモ是レ唯形式上ノ法理論ニシテ實際ニ至リテハ種種ノ諮詢府アリテ議案ヲ發シ意見ヲ申答シ君主ハ之ニ依リテ意思ヲ決定シ以テ法律ヲ制定スルコト

所謂立憲政治ノ國家ト異ナルコトナシ唯民選議院ヲ有スルヤ否ヤ一定ノ立法機關ノ議決ヲ經ルコトヲ要件トスルヤ否ヤハ法理上大ニ異ナル點ナリト雖モ實際上ニ至リテハ如何ニ明智ノ君主ト雖モ一箇ノ頭腦能ク社會萬般ノ事物ヲ了知シ之ヲ裁決シ能ハサルヤ必セリ故ニ露西亞土耳其ノ如キ君主獨裁ノ國家ニ在リテモ立法ニ參與スルノ機關ハ之ヲ有セサルニ非サルナリ

立憲國益ニハ單ニ民選議院ヲ有スル國家ヲ義ニ在リテハ議會ノ協賛ヲ以テ憲法上法律制定ノ要件ト爲スコト諸國ノ軌ヲ一ニスル所ナリ左ニ其順序ヲ略述ス

(一) 發案 發案トハ極メテ普通ノ意味ニシテ議案ヲ議會ニ提出スルノ意ニ外ナラス議案ヲ提出スルノ權ヲ通常發案權ト稱ス發案權ハ我國ニ於テハ政府及ヒ各議院之ヲ有ス其趣旨ハ憲法第三十八條ニ詳ナリ英國及ヒ佛國ニ於テモ亦其趣ヲ同シタス唯憲法改正ノ議案ニ至リテハ獨リ天皇ノ專有スル所ニシテ兩議院ハ之ヲ有スルコトナシ又議會ハ如何ナル法律案ヲ提出スルモ自由ナリトモ一度否決セラレタル法律案ハ同一會期中ニ再ヒ提出スルヲ許サス此點ハ憲

法第七十三條及七十九條ニ明カサリ、  
 (一) 議決 議決トハ提出セラレタル議案ニ對シテ可否ノ意見ヲ附スルヲ謂フ  
 法律案カ議決セラレテ成案ト爲ルニハ必ス兩院ノ議決ヲ經ルヲ要ス議會カ兩  
 院ヨリ成ル國ニ在リテハ當然ラサルナシ縱令一院ニ於テ可決スト雖モ他ノ一  
 院ニ於テ否決シタルトキハ議案ハ否決セラレタルモノトシ議事ハ出席議員ノ  
 過半數ヲ以テ決ス唯憲法改正ニ關シテハ特別ノ規定アリ(憲法第七三條若シ夫  
 レ可同數ナル場合ニ在リテハ議長之ヲ決ス)

(二) 裁可 兩院ニ於テ可決セラレタル法律案ハ未タ之ヲ法律ト稱スルヲ得ス  
 然トシテ法律案タリ國ノ立法權ヲ行フ者之ニ對シテ裁可ヲ與フルニ依リテ  
 法律案ハ始メテ變シテ法律ト成ル裁可トハ法律案ヲ變シテ法律ト成サントス  
 ル立法者ノ行爲ナリ何人カ裁可權ヲ有スルキハ國體ニ由リテ同シカラス我國  
 ニ在リテハ天皇之ヲ有スルコト憲法第六條ニ明カナリ英國ノ皇帝及ヒ米國ノ  
 大統領モ亦裁可權ヲ有ス裁可ノ形式ハ法案ニ親署シ國璽ヲ鈐スルヲ以テ通常  
 形式ニ違フ

裁可ヲ與ヘサルヲ稱シテ不裁可ト稱ス我憲法ニハ不裁可ノ規定ナシ  
 唯議院法第三十二條ニ兩院ノ議決ヲ經テ上奏シタル議案ニシテ裁可セラレ  
 モノハ次ノ會期マテニ公布セラルヘキ旨ノ規定アリ左レハ次ノ會期マテニ公  
 布セラレサルトキハ裁可ナキモノト看テ可ナリ英國ノ君主及ヒ合衆國ノ大統  
 領モ亦不裁可權ヲ有スレトモ議院ノ勢力盛ニシテ議院ノ議決ニ對シ不裁可權  
 ヲ行フハ政略上甚タ不利ナルカ故ニ英國君主ノ如キハ千六百六十九年、アン女  
 王ノ時之ヲ用ヒタル以來今日ニ至ルマテ嘗テ之ヲ行ハス米國ノ大統領モ亦之  
 ヲ用ヒタルコトナキニ非サレトモ其例ハ甚タ稀ナリ我國ニ在リテハ憲法制定  
 以來未タ議案ノ裁可セラレサルモノアリシヲ聞カス  
 立憲國ニ於ケル法律制定ノ手續ハ右ノ三段ヲ以テ終ル然レトモ是レ學者ノ所  
 謂憲法上ノ法律ナルモノ憲法第三七條參照ニシテ廣義ニ於ケル法律ハ兩院各  
 種ノ命令ヲモ之ヲ包含ス命令ノ制定ハ議會ノ協贊ヲ經ルヲ要セス天皇單獨ノ  
 意思ヲ以テ之ヲ決ス是レ即チ法律狹義即チ憲法上ノ法律ト命令ト分ルル所以  
 ナリ

凡ソ君主獨裁ノ國家ナルト立憲國ナルトヲ問ハス國家自ラ其機關ニ依リテ一切ノ法令ヲ盡ク制定スルモノナシ國ノ一部分ニ行ハルル法律ニ至リテハ團體ノ自主權ヲ認メ立法權ノ一部ヲ之ニ委任シテ適宜ニ法律ヲ制定セシムルヲ常トス例ヘハ市町村ヲシテ市町村事務ニ關スル法律ヲ定メシムルカ如シ之ヲ委任立法ト稱ス立法權ノ委任ニ關シテハ通例ニ據ル方法アリ即チ特ニ委任シタル事項ニ關シテノミ立法シ得ルモノト特ニ制限セサルモノハ皆立法シ得ルモノトアリ前者ハ制限的委任ニシテ後者ハ原則的委任ナリ米國ノ各州ハ特ニ憲法ニ依リテ制限セラレザルモノハ皆立法スルコトヲ得故ニ後者ノ例ナリ我國ノ府縣ノ如キハ獨リ府縣制ニ依リテ認メラレタル範圍ニ於テノミ立法能力ヲ有スルカ故ニ前者ノ例ナリ

立法權ヲ委任セラレタル團體カ立法スルニ當リテモ亦國家ノ立法ト同一若クハ類似ノ手續ヲ取ルモノ多シ例ヘハ府縣カ立法スルニ當リテハ之ヲ府縣會ノ議決ニ問ヒ郡市町村カ立法スルニ當リテハ郡市町村會ノ議決ヲ經ルヲ要スルカ如シ

第二 法律ノ公布

法律ハ大抵右ノ如キ手續ニ依リテ成立ス然レトモ成立シタル法律ハ直チニ效力ヲ有スルモノニ非ス之ヲ浴ク人民ニ知ラシメテ而シテ後ニ之ヲ執行スルヲ至當トス左レハ市民直接立法ノ時代ナルト君主專制國ニ於ケルト立憲國ニ於ケルト將タ又國家直接ノ立法ナルト委任立法ナルトヲ問ハス其成立シタル法律ハ之ヲ發表シ之ヲ人民ニ知ラシムルノ手續ナカルヘカラス此ノ如キ手續ヲ稱シテ公布ト謂フ公布ハ法律ノ成立ニ必要ナル手續ニ非サルモ成立シタル法律ヲ執行スルニ必要ナル手續タリ

公布ノ方法ハ時代ト場合トニ依リ必スシモ一ナラス往昔文字ヲ開ケザル時代ニ在リテハ祭日等ノ機ヲ利用シテ人民集合スル場所ヲ選ヒ之ヲ讀ミ聞カセタルコトアリ或ハ戸戸同章トシテ周知セシメタルコトアリ若シ夫レ市場街巷等入ノ群集スル場所ヲ選ヒテ揭示場ヲ設ケ茲ニ法律ノ全文又ハ其主要ナル部分ヲ貼付シテ公布セシムル方法ニ至リテハ三十年以前マテ我國ニ行ハレタル所ニシテ世人ノ能ク記憶スル所ナリ然レトモ近世文字ノ使用旺ニ且印刷術ノ大



ニ發送シタル時ニ至リテハ官報ヲ發シ之ニ掲載スルヲ以テ普通ノ方法トス左  
 レト町村ノ條例等其行ハルヘキ範圍ノ極メテ狭ナルモノニ至リテハ揭示場  
 貼付或ハ同章ノ如キ亦便宜ナル方法タルヲ失ハス要ハ時ト場合トニ依リテ最  
 モ簡便ニ最モ迅速ニ最モ多クノ人民ニ知ラシムルノ方法ヲ選フニ在リ我國  
 於テハ明治十六年五月官報發行ノ事ヲ定メ明治十九年二月勅令第一號公文式  
 第十條ニ於テ凡ソ法律命令ハ官報ヲ以テ布告スヘキ旨ヲ定メタリ地方官ノ發  
 スル命令ノ公布式ニ付テハ明治二十六年十月勅令第百九十九號ヲ以テ地方廳  
 令ヲ以テ任意ニ定ムヘキ旨ヲ規定ス實際ニハ地方發行ノ新聞紙ニ掲載スルモ  
 ノノ如シ又臺灣總督ノ發スル命令ハ臺灣日日新報ニ掲ケテ以テ公布ノ式トス  
 右ノ如キ方法ニ依リテ公布アリタルトキハ人民ハ法律ヲ知ラザルヲ理由トシ  
 テ其適用ヲ免ルルヲ得ニ法ノ不知ハ許サス下ハ古來ノ格言タリ左レト又古ニ  
 在リテハ法律ハ人民ヲシテ之ヲ知ラシメスト云フ主義ヲ取リタルコトナキニ  
 非ス主トシテ政府ノ威信ヲ維持シ民ヲシテ法ヲ弄セシメタルノ趣旨ニ出ツ德  
 川氏ノ百箇條ノ如キ蓋シ此類ナリ然リト雖モ法ハ素ト立法者ノ定ムル所民ヲ

シテ之ヲ知ラシムルニ非サレハ民タルモノ之ヲ守ルニ由ナケン知ラシメスシ  
 テ之ニ違奉ヲ強ヒ違反者ニ加フルニ責罰ヲ以テセハ陷罪ヲ設ケテ民ヲ踏スル  
 ト何ソ選ハン法律公布ノ必要ニシテ正當ナルハ多辯ヲ費サスシテ明カナリ  
 第三 法律ノ周知

法律ノ公布ハ大約右述ヘタル手續ニ依リテ終ルト雖モ人民ヲシテ沿ク之ヲ知  
 ラシムルニハ猶ホ多少ノ日時ヲ要ス此期間ヲ名ケテ周知期間ト稱ス周知期間  
 ノ長短ハ其國ノ事情ニ由リテ差アリ例ヘハ小國ニ在リテハ短日時ノ内ニ國中  
 殘限ナク官報ヲ送達スルコトヲ得ヘキモ領土廣大ナル國ニ在リテハ稍ヤ長  
 時日ヲ要スルカ如シ又通信ノ便大ニ開ケタル國ト然ラサル國ニ在リテハ周知  
 期間ノ長短ノ差別ナカルヘカラス必スシモ理論ニ訴ヘテ決スヘキ問題ニ非  
 左レハ此等ノ事情ニ由リ同時施行主義ト異時施行主義トノ別アリ前者ハ法律  
 公布ノ日ヨリ起算シ一定ノ期間經過ノ後國中一齊ニ之ヲ施行スルモノニシテ  
 概シテ言ヘハ小國ニ便利ナリ後者ハ即チ然ラス政府ヲ去ルノ遠近ニ依リテ相  
 當ノ到達期限ヲ定メ到達後一定ノ期間ヲ經テ始メテ施行スルモノナリ故ニ實

際ニ施行セラレルノ期ハ各地必スシモ同時ニ非ナルナリ。又ハ、  
 我國ニハ周知期間ニ關スル法規ニ據リテ往往困難ナル問題ヲ惹起ス其ハ  
 即チ法例第一條ノ規定ニシテ同時施行主義ヲ取り法律ハ公布ノ日ヨリ起算シ  
 滿二十日ヲ經テ之ヲ施行スヘキモノトシ其二ハ公文式第十條ノ規定ニシテ異  
 時施行主義ヲ取り凡ソ法律命令ハ官報到達日數ノ後七日ヲ以テ施行ノ期限ト  
 定メ而シテ官報到達日數ハ明治十六年五月第十五號布達ヲ以テ之ヲ定メタリ  
 一例ヲ取リテ之ヲ示サンカ三重縣ノ官報到達日數ハ三日ナレハ其後七日即チ  
 公布ノ日ヨリ十日ヲ經テ施行セラレヘキナリ然ルニ法例ノ規定ニ依レハ公布  
 後二十日ヲ以テ施行ノ期ト爲スモノナリ二法ノ規定相合セサルコト此ノ如シ  
 是レ困難ノ問題ヲ生スル所以ナリ  
 右ハ通常一般ノ場合ヲ定メタルモノナリト雖モ若シ事態急速ヲ要スル場合ニ  
 在リテハ或ハ其期間ヲ短縮シ或ハ公布後直チニ施行スルノ必要アリ故ニ法例  
 第一條ニハ但法律ヲ以テ之ニ異ナリタル施行時期ヲ定メタルトキハ此限ニ在  
 ラスト規定シ公文式第十三條ニハ法律命令ヲ發布ノ當日ヨリ施行セシムルコ

トヲ要シ又ハ特ニ施行ノ日ヲ掲ケタルモノハ此例ニ依ラストアリ保安條例兼  
 戒令ノ如キハ特ニ即日ヨリ施行セラレタリ又之ニ反シテ人民ノ周知ニ長日月  
 ヲ要シ且敢テ急施ノ必要ナキモノニ至リテハ數年ノ周知期間ヲ與フルコトアリ  
 リ民法商法ノ制定ノトキノ如キハ施行ノ日ハ特ニ勅令ヲ以テ之ヲ定メタリ  
 若シ夫レ天災時變ニ因リ官報到達日數内ニ到達セザリシ場合ニ在リテハ之ヲ  
 如何ニスヘキカ事實上到達ノ有無ニ拘ハラズ周知期間ヲ經過セハ直チニ施行  
 スヘキモノトセハ人民ハ其突然ナルニ驚カン其不幸知ルヘキノミ且法カ周知  
 期間ヲ與ヘタルノ精神ニ悖ルヤ大ナリ故ニ此ノ如キ場合ニ在リテハ實際上到  
 達シタル翌日ヨリ七日ノ期間ヲ計算セサルヘカラス北海道沖繩縣臺灣其他ノ  
 島地ハ海路ノ靜否便船ノ都合如何ニ因リ官報到達ニ遲速アリ豫メ一定ノ期間  
 ヲ定ムルヲ得ス故ニ到達シタル翌日ヨリ起算シテ七日ヲ經テ之ヲ施行ス(公文  
 式第一一條、第一二條、明治二十九年勅令第二百九十二號)  
 地方官廳ノ發スル命令ノ周知期間ニ關シテハ明治二十六年十月勅令第九十  
 九號ノ規定アリテ大體右述ヘタル所ト同一ナリ

第六節 法律ノ效力

法律ノ效力ニ關スル問題ハ之ヲ三段ニ分テテ觀察スルコトヲ得ヘシ  
 第一 時ニ關スル法律ノ效力  
 凡ソ法律ハ施行ノ時ヨリ廢止ノ時ニ至ル間效力ヲ有スルモノナリ此原則ニ對シテハ總テ例外アルコトナシ法律ノ廢止ハ唯將來ニ向ヒテノミ法律ヲ消滅セシムルモノニシテ廢止前ニ爲シタル私人ノ行爲ノ效力ニ影響ヲ及ホスコトナシ例ヘハ法律ノ廢止前ニ有效ニ振出シタル手形ハ其法律ノ廢止セラレタル後ニ至リテモ依然トシテ有效ナリ人ノ行爲ノ效力ハ其行爲ヲ爲シタル時ニ於テ定マルヲ原則トス然レトモ法律カ取消サレタル場合ニ在リテハ取消前ニ爲シタル私人ノ行爲ノ效力ニ影響ヲ及ホスヤ否ヤ各省官制通則第六條私法上ノ用語ノ意味ニ於テハ取消ナルモノハ既往ニ遡ルモノニシテ取消ノ目的タル行爲カ初ヨリ存在セザルト同一ノ結果ヲ來スモノナリ此筆法ヲ以テ法令ノ取消ノ場合ヲ論ヒハ初ヨリ取消サレタル法令存在セザルト同一ノ結果ヲ生スヘキカ

如シ然レトモ此ノ如キ官廳ノ失ヲ以テ臣民ニ嫁スルモノト謂ハサルヘカラス蓋シ臣民ハ公益ノ認定及ヒ法規ノ解釋ニ於テ官廳ニ勝ツ能ハサルヤ論ナシ隨テ官廳ノ解釋ニ對シテハ絕對服從ノ義務アリ故ニ取消サレタル命令カ官廳ノ權限内ニ於テ發セラレタルトキハ取消ニ至ルマテハ有效ナル命令トシテ存在シタルモノニシテ臣民カ之ニ依リテ爲シタル行爲ハ取消ニ因リテ變セザルモノト看做スヲ妥當トス之ニ反シテ其命令カ官廳ノ權限外ナル場合ニ在リテハ其命令ハ初ヨリ無効ニシテ臣民ハ遵奉ノ義務ナキモノト謂ハサルヘカラス故ニ取消ニ因リテ影響ヲ受クルハ當然ナリトス  
 次ニ此表題ノ下ニ論スヘキハ事後法ナリ事後法トハ發布以前ニ爲シタル行爲ニ關スル法律ノ謂ナリ換言スレハ其法律發布以前ニ適法ナリシ行爲ヲ不法ト爲シ不法ナリシ行爲ヲ適法ト爲スモノナリ而シテ此ノ如キ法律ハ有效ナリヤ否ヤ猶ホ此問題ハ彼ノ有名ナル法律ハ既往ニ效力ヲ及ホサスト云フ格言ノ當否如何ノ論ナリ  
 此格言ヤ前世紀ニ於テ一動カスヘカラサルモノトシテ世人ニ尊重セラレタリ

執法者ハ勿論立法者ト雖モ過去ノ行為ニ關スル法律ヲ作ルヲ得サルモノト思惟セラレタリ蓋シ法律ハ行為若クハ不行爲ヲ命スルモノナレハ理論上過去ノ行為ヲ命スル能ハサルハ勿論政策上ヨリ觀察スルモ法律ノ遡及ヲ許サハ昨日正廉ノ士モ今日ハ變シテ罪科ノ人ト爲リ昨ノ權利者ハ今ノ義務者ト爲リ臣民ノ地位一日モ安固ナル能ハス社會ノ秩序ヲ維持シ臣民ノ幸福ヲ増進スル所以ノ道ニ非ストシテ事後法ハ絕對的ニ無効ナルヘキモノト信セラレタリ故ニ當時編成セラレタル憲法若クハ民法ニシテ此原則ヲ掲ケルモノ少カラサルナリ例ヘハ米國憲法第一章第九條ニハ權利剝奪法案即チ事後法案ハ決シテ通過セシムヘカラサル旨ノ規定アリ又佛國民法第二條ニハ法律ハ將來ノミヲ規定シ遡及ノ力ヲ有セスト規定セリ猶ホ佛國民法ニ模倣セシ我舊法例第二條ニモ法律ハ既往ニ遡ル力ヲ有セスト規定セリ此ノ如ク法律不遡及ノ原則ハ一時立法並ニ解釋上不抜ノ玉條トシテ世人ニ珍重セラレタリ

今此格言ノ職由スル理由ヲ潛思スルニ眞ニ正當ニシテ條理ニ合スルモノアルヲ見ル若シ夫レ事後法頻頻トシテ下ラハ生民ノ其堵ニ安スル能ハサルヤ明ケ

シ唯此原則ハ絕對的ノモノナリヤ將タ又例外ヲ許スモノナリヤニ付テハ考慮ヲ要スルモノアリ理論上ヨリ觀察スルモ事後法ハ過去ヲ命令スト解セハ其不能タルヤ論ナクシ然レトモ過去ノ行為ヲ命スルモノニ非スシテ過去ノ行為ノ效力ヲ變スルモノトセハ決シテ不能ニ非サルナリ凡ソ行為ノ效力ハ法律ノ力ニ依リテ定マル國家ハ萬能ナリ立法者ハ欲シテ能ハサルナシ唯其能ハサルモノハ事實ノ變更ニアリ故ニ過去ノ事實ヲ變スルハ固ヨリ不能ニ屬スト雖モ其效力ヲ變スルニ於テハ決シテ不能ニ非サルナリ事後法ハ理論上不能ナリト云フハ觀察其當ヲ得スト謂フヘシ又彌テ公益上ヨリ論スルニ事後法ハ危害ヲ及ホス場合ハ固ヨリ多多アリ例ヘハ既往ノ行為ニシテ其當時罪ト爲ラザリシモノヲ所罰スル場合ノ如ク或ハ又行為ノ當時ニ於テハ輕ク罰シタリシニ事後法ニ依リ重ク罰スル場合ノ如キニ至リテハ固ヨリ公益ニ害アリト雖モ之ニ反スル場合即チ行為者ノ責任ヲ免シ又ハ負擔ヲ輕減スルカ如キ場合ニ於テハ却テ公益ニ資スル所アリト謂フヘシ左レハ米國ノ學者ハ不遡及原則ヲ解シテ是レ適法ナリシ過去ノ行為ヲ變シテ不適法ト爲スヲ禁スルモノニシテ不適法ナリ

シ過去ノ行為ヲ適法ト爲スコトヲ禁スルモノニ非スト蓋シ能ク其精神ヲ得タルモノト謂フヘシ  
 論ノ學者ハ又曰ク法律不遑及ノ原則トハ事後法ニ依リ既得權ヲ侵害スルヲ得タルノ謂ナリト埃國民法第五條ノ如キハ此意ヲ示シタルモノナリ此解釋ニ伴ヒ當然生スヘキ難問ハ何ヲカ既得權ト謂フヤノ問題ナリ諸家ノ見解必スシモ統一ナラスト雖モ既得權ナルモノハ之ヲ權利ヲ得ントスル希望ト區別セサルヘカラス既得權ハ權利取得ニ必要ナル一切ノ條件ヲ具備セルモノナリ換言スレハ發權事實ヲ具悉シタルヲ謂フ權利取得ノ希望トハ其條件ノ一二ハ之ヲ滿スモ猶ホ缺クル所アルモノヲ謂フ例ヘハ法定家督相續人ハ被相續人ノ死亡ニ因リテ家督相續權ヲ獲得スヘキモ其死亡前ニ在リテハ單ニ相續權取得ノ希望ヲ有スルニ過キサルナリ此說ヤ妙ハ即チ妙ナリト雖モ更ニ一步ヲ進メテ攻究セハ猶ホ疑團ノ氷解セサルモノアルヲ覺ユ既得權ヲ侵害スルハ固ヨリ不可ナリ立法者ト雖モ濫ニ事後法ヲ以テ之ヲ剝奪スヘカラサルヤ論ナシ然リト雖モ何故ニ權利取得ノ希望ハ肆ニ之ヲ侵害スルコトヲ得ルヤ論者或ハ曰ハン前者

ハ實害ヲ生スルモ後者ハ實害ヲ生スルコトナシト夫レ然リ然リト雖モ私人ノ法律上ノ地位ノ安固ヲ害スルニ至リテハ豈ニ五十歩百歩ノ論ニ非ザランヤ故ニ近頃ニ至リテ此原則ヲ解スル者曰ク是レ法律解釋及ヒ適用上ノ原則ニシテ立法者ヲ拘束スルモノニ非スト其辯ニ曰ク國家ハ事ノ緩急ニ應シ或ハ事後法ヲ以テ私人ノ既得權ヲ害スルモ猶ホ之ヲ顧ミルニ暇アラサルコトアリ私人ノ利益ハ固ヨリ之ヲ尊重セサルヘカラサルモ國家ノ利益ハ更ニ重大ナリ私人ノ利益ト國家ノ利益ト相衝突スル場合ニ在リテハ私人ノ利益ハ國家ノ利益ノ爲メニ犧牲ニ供セサルヲ得ス若シ私人ノ利益ニノミ重キヲ置キテ絕對的ニ之ヲ害スル能ハストセハ國家ハ竟ニ法律ヲ改廢スル能ハサルニ至ラン故ニ此格言ハ立法者ヲ拘束セス唯法律ヲ解釋シ之ヲ適用スルニ當リテハ既往ノ事實ニ及ハサルモノトスヘキノミト此說ヤ近頃ニ在リテハ最モ正當トシテ世人ニ認ムラルル所ノモノノ如シ  
 然レトモ予ヲ以テ之ヲ觀ルニ既得權ノ觀念ヲ以テ此格言ヲ解スルハ固ヨリ正當ニ非ス國家施政ノ必要上時ニ或ハ私人ノ既得權ヲ顧ミル能ハサルコトアリ

又他ノ一方ニ於テハ權利取得ノ希望ト雖モ濫ニ之ヲ擅亂スルコトアルヘカラス  
 左レハ之ヲ以テ法律解釋上ノ原則ニシテ立法上ノ原則ニ非スト解センカ猶ホ  
 簡靴ノ感ナキ能ハサルナリ夫レ立法者ハ萬能ナリ欲シテ能ハサルナシ故ニ必  
 要ノ場合ニ於テ事後法ヲ發シ得ルハ固ヨリ論ナキ所ナリト雖モ重大ナル理由  
 ナクシテ濫ニ事後法ヲ發セハ私人ノ地位安固ヲ缺キ社會ノ秩序ヲ保維スル能  
 ハナラン法律不遑及ノ原則ハ立法者ニ關係ナシトスルハ大ナル誤ナリ立法者  
 ト雖モ事後法ヲ發スルハ大ニ之ヲ慎マサルヘカラス唯既ニ述ヘタル如ク其原  
 則タルヤ絕對ニシテ例外ヲ許ササルモノニ非ス通常ノ場合ニ於テハ立法者ト  
 雖モ猶ホ此原則ヲ格守スヘク唯必要已ムヲ得サル場合ニ於テノミ其效力ヲ既  
 往ニ及ホスコトヲ得ヘキノミ更ニ駭ク之ヲ解釋上ノ原則トシテ觀察センカ猶  
 ホ此原則タルヤ絕對的ナル能ハサルナリ夫レ法律解釋ノ原則ハ國家ノ意思ヲ  
 開明スルニ在リ法律ノ精神ニシテ遑及效ヲ生セシメントスルニ在ラハ宜シク  
 之ヲ既往ニ遑ラシムヘク又法律ノ性質上遑及效ヲ有スルモノト認メ得ヘクシ  
 ハ宜シク其趣旨ニ從ヒテ解釋スヘシ遑及ノ精神ニ出ラタル法律ヲ既往ノ行爲

憲法ニ於テ説明スヘキ權利ハ公權ノ一部ナリ公權ノ種別ニ關シテモ種種アリ  
 或學者ハ公權ヲ分チテ自由權要求權及ヒ參政權ノ三種トス其説明ニ依レハ自  
 由權トハ一定ノ範圍内ニ於テ國家ノ干渉ヲ容テサル權ヲ謂フ例ヘハ居住移轉  
 其他ノ自由權ノ如キ是ナリ要求權トハ進ミテ國家ノ行爲ヲ要求スルノ權ヲ謂  
 フ例ヘハ訴訟訴願ノ權ノ如キ是ナリ而シテ參政權トハ自ラ國家機關ノ一部ニ  
 當リ又ハ國家機關ノ組織ニ參與スルノ權ヲ謂フ例ヘハ憲法第十九條ニ規定ス  
 ル場合ノ如シト曰ヘリ  
 又或學者ハ公權ヲ大別シテ民權及ヒ參政權ノ二トシ民權ヲ更ニ分チテ積極的  
 民權及ヒ消極的民權トス積極的トハ進ミテ國家ノ行爲ヲ要求スルヲ謂ヒ消極的  
 トハ國家ノ不行爲ヲ要求スルヲ謂フ以上民權ニ對シテ參政權ヲ舉シ而シテ參政  
 權トハ前説ニ述ヘタル所ノ如シト論ス  
 此種ノ區別ハ尙ホ尠カラズ然レトモ右ニ舉ケタルモノハ臣民カ國家ニ對スル  
 權利ノミニ關シ國家ノ權利及ヒ國家機關タル者ノ權利ハ包含セシメサルナリ  
 故ニ公權全體ノ區別トシテハ無論不完全ト謂ハサルヘカラス

予ハ義ニ義務ノ種別ノ場合ニ違ヘタル如ク權利ニ關シテモ此處ニ概括の區別ヲ爲ナス唯憲法ノ規定スル所ニ從ヒ順ヲ逐フテ説明セシトス唯其前ニ於テ簡單ニ述ヘサルヘカラサルモノアリ

或學說ニ依レハ憲法ニ規定スル臣民ノ自由ニ對スル保障ハ權利ト謂フヘカラス此等ノ規定ハ行政行為ノ準則ニ外ナラス即チ各人ノ自由ニ對スル行政機關ノ行動ヲ制限スルヲ目的トシ權利トシテ臣民ニ付與シタルニ非スト論ス此說ハ編逸ザイデル「エリキック」等ノ說ニ基クモノニシテ其缺點ヲ舉クレハ(一)我憲法ニ於テ明カニ臣民ノ權利トシテ規定スルカ故ニ疑ヲ容ルヘキニ非ス(二)憲法ニ於ケル此等ノ規定ハ勿論一方ニ於テハ行政行為ノ準則タリト雖モ此規定ノ趣意カ臣民ニ權利トシテ付與スルニ在ルコトハ第二章ノ題目ヨリシテ明カナルノミナラス之ニ由リテ臣民ハ漫ニ其自由ヲ犯ナレサルノ保障ヲ有シ若シ犯ナレタルトキハ進ミテ救済ヲモ求メシムル精神ナルコト疑フヘカラス故ニ之ヲ權利トシテ論スルハ毫モ不可ナシ結局憲法ノ規定スル所ハ臣民ノ權利ナ

權利論者ノ内ニ於テモ亦解釋ヲ誤ル者アリ曰ク此規定ハ國權ト臣民トノ關係ノミニ非ス臣民相互間ノ關係即チ私法上ノ關係ヲモ包含シ之ニ依リテ相互ニ保障セラル例ヘハ所有權ハ侵サルルコトナシト規定スルハ國權カ漫ニ之ヲ侵ササルヲ定ムルノミニ非ス臣民間ニ在リテモ相互ニ侵害スヘカラサルコトヲ定メタルモノナリト

然レトモ此等ノ規定カ主トシテ國權ト臣民トノ關係ヲ規定シタルコトハ第二章全體ヲ通覽スレハ自ラ明カナリ例ヘハ第二十二條以下ニ於テ法律ニ依ルニ非サレハ自由ヲ制限スルコト能ハスト規定セルハ國家カ法律以外ノ手段ヲ以テ制限ヲ行ハサルコトヲ定メタルニ外ナラス其他皆此主義ヲ以テ規定ヲ設ケシモノナルコトハ一讀シテ知ルヲ得ヘシ故ニ予ハ憲法上自由權ノ規定ハ國權ト臣民トノ間ノ關係トシテ説明シ臣民相互間ノ關係ハ他ノ法規ノ説明ニ讓ラント欲ス

次ニ進ミテ權利ノ種類ヲ説明スヘシ

第一 公務ニ參與スヘキ地位ニ對スルニ權官憲法第十九條ニ曰ク「日本臣民ハ

法律命令ノ定ムル所ノ資格ニ應ジ均ク文武官ニ任セラレ及其他ノ公務員ニ就ク  
 コトヲ得下即チ法令ニ定ムル資格ヲ有スル者ハ文武官及ヒ其他ノ公務員ヨリ  
 特ニ除外セラルルコトナキ權利ヲ有ストノ趣意ナリ文武官及ヒ其他ノ公務員  
 トハ總テ統治ノ事務ヲ分掌スル機關ヲ謂フ普通學者ハ此權ヲ稱シテ參政權ト  
 曰フ然レトモ正確ニ論スレハ此權ハ直チニ政ニ參スルノ權ニ非スシテ參政ノ  
 地位ニ就クコトヲ得ヘキ權ナリ地位ヲ得テ始メテ政務ニ參ス而シテ之ヲ行フ  
 ハ職務即チ義務ニシテ權利ニ非ス憲法ハ有資格者カ此地位ニ對シ平等ノ權利  
 ヲ有スルコトヲ定メタル所以ニシテ機關ト爲リテ統治事務ヲ行フノ義務ヲ規  
 定シタルニ非サルコトヲ知ラサルヘカラス要スルニ此權ヲ有スルニハ法令ノ  
 定ムル資格アルヲ要スルハ勿論ナリ尙ホ此權ヲ有スル者ト雖モ總テ當然統治  
 事務ノ分配ヲ受クルニ非ス多クハ選舉若クハ任命等ノ手續ヲ要ス但此等ノ手  
 續ヲ要セスシテ公務ニ就クコトヲ得ル場合アリ例ヘハ選舉事務ノ如キ是ナリ

第二 居住及ヒ移轉ノ權利 憲法第二十二條ニ曰ク日本臣民ハ法律ノ範圍内  
 ニ於テ居住及ヒ移轉ノ自由ヲ有スト所謂居住トハ住所及ヒ居所ヲ包含ス移轉ト

ハ總テ一身ノ移動ヲ謂フ  
 居住及ヒ移轉ノ自由權ノ效果トシテ左ノ三種ヲ列舉スルコトヲ得  
 (一) 帝國領土内ニ於テ何レノ處ニモ居住スルノ自由ヲ有ス  
 (二) 帝國領土内何レノ處ニモ移轉スルノ自由ヲ有ス  
 (三) 帝國ヨリ外國ニ移轉スルモ亦自由ナリ

此等ノ自由ヲ制限セント欲セハ宜シク議會ノ協賛ヲ經タル法律ニ依ルヘキナ  
 リ但自由制限ニ二種アリ一ハ直接ノ制限ニシテ一ハ間接ノ制限ナリ直接ノ制  
 限カ法律ニ依ルヘキハ明カナリト雖モ間接ノ制限ニ至リテハ疑問ノ存スル所  
 タリ間接ノ制限トハ直接ニ居住移轉ヲ制限セサルモ居住移轉ヲ困難ナラシム  
 ルカ如キ方法ニ依リ間接ニ制限スルヲ謂フ予ハ信ス自由制限カ直接ナルト間  
 接ナルトヲ問ハス國權ノ作用カ臣民ノ居住移轉ノ制限ヲ要件トシテ成立スル  
 カ如キ場合ハ總テ法律ニ依ルヘシト然ルニ或學者ハ論シテ曰ク居住移轉ノ自由  
 ヲ制限スルニ二ノ場合アリ(一)自由制限ノ理由カ居住移轉其レ自身ニ存スル場  
 合例ヘハ浮浪ノ徒カ一定ノ地域内ニ居住スルヲ禁スルカ如キ是ナリ(二)居住移



轉ノ制限カ他ノ一般行政ノ理由ニ出タル場合例ヘハ流行病蔓延ノ悉アルカ爲  
ト臣民ノ或場所ニ居住スルヲ禁シ又ハ或場所ヨリ移轉スルヲ禁スルカ如キ  
是ナリ而シテ憲法ニ規定セルハ第一ノ場合ニシテ第二ノ場合ハ法律ニ依ラズ  
シテ命令ヲ以テシテモ制限ヲ行フコトヲ得ト此議論ハ單ニ居住移轉ノ制限ノ  
場合ノミナラス所謂身體ノ自由住所ノ自由信書ノ自由及ヒ言論著作印行集會  
結社ノ自由等ノ場合ニモ總テ適用セラレ此等ノ自由制限カ一般行政ノ理由ニ  
出タル場合ハ法律ヲ要セスト論スルハ此學說ヲ採用スル者ノ主張スル所タリ  
此論理ハ一見甚タ便利ナルニ似タリ何トナレハ多クノ場合ハ命令ヲ以テ勝手  
ニ自由ノ制限ヲ爲シ得ヘク法律ノ鄭重ナル手續ニ依ル場合ハ甚タ狭マルヲ以  
テナリ然レトモ此論ノ缺點ヲ舉クレハ第一論者ノ爲シタル二ノ場合ノ區別即  
チ居住移轉其レ自身カ制限ノ理由ト爲ルト他ノ一般行政ノ目的カ制限ノ理由  
ト爲ルトノ區別ハ曖昧ナリ何トナレハ二ノ場合ハ居住移轉其レ自身カ制限ノ  
理由タリト雖モ是レ畢竟一般行政ノ目的ヨリ出タルニ外ナラス例ヘハ浮浪  
者ヲ制限スル場合ニ其者ノ居住移轉カ制限ノ理由ヲ爲シタルハ畢竟社會ノ安

寧秩序ニ對スル危害ヲ防ク一般行政ノ目的ニ出タルニ外ナラス又二ノ場合  
ト雖モ之ニ類シ流行病患者ノ居住移轉ヲ禁スルカ如キハ一般衛生行政ノ目的  
ニ出タルト共ニ其者ノ居住移轉カ制限ノ理由ト爲リタリト云ヒ得ヘシ畢竟二  
ノ場合共ニ社會ノ危害ヲ防止スル警察ノ目的ニ出テ其間ニ區別ヲ立ツルハ決  
シテ穩當ト謂フコトヲ得ス第二假ニ區別ヲ爲シ得トスルモ憲法ノ規定ヲ此  
如ク狭ク解スヘキ理由ハ何レニ存スルヤ或ハ曰ハン(一)我憲法ハ第九條ニ於テ  
廣ク警察命令權ヲ規定ス然ルニ第二章ニ至リテ之ヲ制限シ多ク法律ニ依ルヘ  
シト規定セルハ前後矛盾セリ(二)現行法ニ於テ警察ニ關スル法律ハ甚タ不備ナ  
ルノミナラス法律カ(一)此種ノ場合ヲ規定スルハ殆ト爲シ能ハサルコトニ屬  
ス此二種ノ理由ヨリシテ憲法上法律ニ依ルヘキ場合ヲ狭ク解スルヲ至當トスト  
然レトモ先ツ(一)ノ點ニ於テハ憲法第九條ニ於テ廣ク命令權ヲ規定スレトモ其  
末文ニ於テ命令ヲ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得ストノ制限ヲ設ク故ニ第九條  
ハ決シテ無制限ニ命令權ヲ規定セリト看ルヘカラス又次ニ憲法第二章ハ唯臣  
民權利義務ノ一部ヲ定メタルノミ其他ハ總テ命令ニ依ルコトヲ得ルノミナラ

第三十一條ニ依レハ國家事變ノ場合ニハ總テ命令ヲ以テ制限ヲ行フコトヲ得ルカ故ニ憲法第九條ト第二章トハ矛盾セリト謂フヘカラス(二)ノ點ニ付テハ先ツ現行法律ノ不備ヲ以テ憲法規定ノ意義ヲ左右スルハ不可ナリ次ニ法律ハ一一規定ヲ設クル能ハサルカ故ニ廣ク命令ニ依ルノ必要アリ故ニ憲法上法律ニ依ルヘキ場合ハ狭ク解スルヲ至當トストノ說モ穩ナラス此ノ如ク狭ク解セタルモ法律ヲ以テ大體ヲ定メ微細ノ場合ハ執行命令ニ依ラシムルヲ得ルカ故ニ不都合ナシトス

右ノ理由ナルカ故ニ上述セル區別論ハ不可ナリ

第三 逮捕監禁審問處罰ニ對スルノ權 憲法第二十三條ニ曰ク「日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ逮捕監禁審問處罰ヲ受クルコトナシ」ト普通學者ハ之ヲ身體ノ自由權ト稱ス然レトモ此權ハ單ニ身體ノ自由ノミニ關セス例ヘハ處罰ノ内ニ在リテ罰金ノ如キハ財產ニ對スル制限ナリ

一派ノ學者ハ曰ク本條ハ司法上ノ制限ヲ規定シタルモノニシテ行政上ノ制限ハ之ヲ含マスト此說ニ依レハ例ヘハ行政警察ノ目的ニテ逮捕監禁審問處罰ヲ

リトス例ヘハ當該官廳ニ住所設定ノ申告ヲ爲スカ如キ又ハ家族ヲ其場所ニ轉メタルカ如キ或ハ其場所ニ居住ヲ始メタルカ如キ若クハ新聞紙ニ廣告スルカ如シ而シテ以上ノ行爲アリタルトキハ綜合其場所ニ數年不在ナルコトアリトスルモ住所ハ爲メニ變更スルコトナシ例ヘハ商人カ一定ノ場所ニ覺住スル意思ヲ表示シテ住所ヲ設定シタル後商業用ノ爲メ自ラ地方ニ出張シ數年家ニ歸ラサルカ如シ又住所ハ毎日或ハ一日ノ中多クノ時間其處ニ滞在スヘキコトヲ要件トスルモノニ非サルカ故ニ隔日又ハ終日東京ニ於テ勤務シ隔日又ハ夜間大森村ニ歸リテ生活スルモ其處ニ家族ヲ居住セシムルカ如キ事實アルトキハ其住所地ハ大森村ニ在リト謂ハサルヘカラス蓋シ住所ハ事實ニ於テ各人ノ生活ニ必要ナル收入ヲ得ル場所例ヘハ職務ヲ行フ場所或ハ其不動産所在地等ト一致スルコト多カルヘシト雖モ其例外ニ屬スル場合モ鮮カラサルカ故ニ之ヲ以テ住所ヲ定ムル標準ト爲スニ足ラス

住所ハ之ト異ナリタル他ノ住所ヲ取得シタルニ由リ消滅スヘク又他ノ住所ヲ設定セザルモ住所ヲ拋棄スルノ意思ヲ以テ其處ヲ去リタルトキハ當然廢止セ

ヲルヘキモノナリ。對其ノ人ニ對シテハ其ノ國籍ニ依リテ其ノ法律ニ依リテ其ノ權利義務ヲ定ムルハ當然ノ事ナリ。然レモ、  
 第二ノ居所トハ法律上之ヲ區別セサルヘカラス居所トハ現ニ其身ヲ置ク處ヲ  
 謂フ本籍主義ヲ採ル立法例ニ於テハ住所ノ知レサル場合ナシト雖モ居住スル  
 事實ニ依リテ住所ヲ定ムル主義ヲ採ルトキハ時トシテハ住所ノ知レサルコト  
 アルヘク又事實上住所ヲ有セサル者アルヘシ此等ノ者ニ對シテハ住所ニ關ス  
 ル法律ノ規定ヲ直チニ適用スルコト能ハサルヲ以テ住所ニ代ルヘキモノヲ認  
 メテ住所アル者ト同一ノ法律關係ヲ同一ニ確定セシムル必要アリトス故ニ民  
 法第二十二條及ヒ第二十三條ニ於テ住所ノ知レサル場合及ヒ日本ニ住所ヲ有  
 セサル者ハ其居所ヲ以テ住所ト看做スト規定セリ但日本ニ住所ヲ有セサル者  
 ハ日本ニ於ケル居所ヲ以テ住所ト看做スト雖モ之カ爲メニ日本國對ニ於ケル  
 住所ヲ否定シタルモノニ非サルカ故ニ法例ノ規定ニ依リテ住所ノ法律ニ依ルヘ  
 キ場合ハ之ヲ住所地ト看做ナス例ヘハ能力ニ關スル事項ハ其人ノ本國法ニ依  
 リテ定ムヘキモノナリ然ルニ國籍ノ定マラサル場合ニ於テ例ヘハ日本人ナル

カ英國人ナルカ國際私法上國籍ノ未定ナル者アリ此等ノ人ニ對シテハ其能力  
 ハ本國法ニ依ルヘキコトヲ定ムルモ此原則ヲ適用スルコトヲ得サルヲ以テ已  
 ムコトヲ得ス住所ノ法律ニ依ルヘキコトヲ規定セリ法例第二十七條第二項而シ  
 テ國籍ノ知レサル人ハ日本ニ居所ヲ有シ民法ニ依レハ日本ニ住所ナキカ故ニ  
 現在ノ居所ヲ以テ住所ト看做スト雖モ元來此住所ハ真ノ住所ニ非ス隨テ法律  
 ニ依リテ看做シタル住所地ノ法律即チ日本ノ法律ヲ適用シテ其人ノ能力ヲ定  
 ムルコトヲ得ス又例ヘハ債權讓渡ノ第三者ニ對スル效力ハ債務者ノ住所地法  
 ニ依ルヘキモノナリ法例第一二條然ルニ債務者タル甲カ日本ニ居所ヲ有スル  
 モ住所ヲ有セサル場合ハ甲ノ日本ニ於ケル居所ハ民法第二十三條ニ依リテ住  
 所ト看做サルルト雖モ日本ノ法律ハ甲ノ住所地法ニ非サルカ如シ

第三 假住所

法律上一定ノ住所ヲ有スルト否トヲ問ハス或行爲ヲ爲スニ付キ假ニ住所ヲ定  
 メタルトキハ其行爲ニ關スル一切ノ法律關係ニ付テハ假住所ヲ以テ其人ニ對  
 スル住所トシ住所ニ關スル法律上ノ效果ヲ生セシム例ヘハ或物ノ買賣ニ於テ

債權者カ假任所ヲ定メタルトキハ其目的物ヲ給付スヘキ場所ヲ定メタル場合ニハ其處ヲ以テ之カ履行地ト爲スカ如キ是ナリ

### 第四款 失踪

#### 第一項 不在者

失踪ヲ説明スルニ當リテハ先ツ不在者ニ關スル法律關係ヲ述ヘサルヘカラス不在者トハ從來ノ住所若クハ居所ヲ去リ其所在ノ分明ナラサル者ヲ謂フ不在者カ財產管理人ヲ置キシトキハ管理人カ本人ニ代リ財產ノ管理ヲ爲スカ故ニ公益上ニ於テモ又ハ利害關係者ノ利益ノ點ヨリ觀察スルモ何等ノ不都合ナキヲ以テ法律上別ニ之ニ對スル規定ヲ設ケテ干渉スルコトヲ要セスト雖モ不在者カ其財產管理ノ方法ヲ設ケスシテ去リタルトキ若クハ不在者カ管理人ヲ置キタルモ其權限カ期間ノ滿了ニ因リ又ハ禁治產若クハ破產或ハ死亡等ニ因リテ消滅シタルトキハ不在者カ管理人ヲ置カサリシト同一ノ狀態ニ在ルカ故ニ其財產ノ管理ニ關スル相當ノ規定ヲ設ケテ不在者及ヒ其利害關係人ノ利益ヲ

保護セサルヘカラス即チ此等ノ場合ニハ裁判所ハ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ其財產ノ管理ニ付キ必要ノ處分ヲ命スルコトヲ得ヘシ必要ノ處分トハ事實問題ナルヲ以テ豫メ之ヲ決定スルコトヲ得スト雖モ普通ノ場合ハ管理人ヲ選定シテ適當ニ財產ノ管理ヲ爲サシムルニ在リ但裁判所カ管理人ヲ選任シタル場合ト雖モ不在者ハ之ニ關係ナク自由ニ管理人ヲ選定シ得ヘキカ故ニ不在者カ後日管理人ヲ置キタルトキハ裁判所ハ其管理人利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ前ノ命令ヲ取消ササルヘカラス(第二五條此ノ如ク裁判所カ管理人ヲ選定スル場合ヲ本人ノ定メタル管理人ナキカ若クハ本人ノ定メタル管理人ノ權限カ其不在中ニ消滅シ本人ニ代リテ管理行爲ヲ爲スコト能ハサル場合ニ限リタル所以ノモノハ不在者自ラ其財產ノ管理ニ關シ注意シテ定メタル管理人ヲ排斥シテ他人ヲシテ其財產ヲ管理セシムヘキ理由ナキヲ以テナリ不在者カ管理人ヲ定メタル場合ニ於テ不在者ノ生存ニ付キ疑ハシキトキハ其定メタル管理人ノ權限ハ繼續セリヤ否ヤ判明ナラス何トナレハ本人ハ事實上死亡セシモノナリセハ其死亡ト同時ニ管理人ノ權限ハ消滅スレハナリ(第一一

一 依故ニ管理人ノ權限カ繼續セリヤ否ヤ不明ナル場合即チ不在者カ管理人ヲ置キタルモ不在者ノ生死カ分明ナラサルトキハ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ裁判所ハ管理人ヲ改任スルコトヲ得ヘシ(第二六條)

裁判所ノ選任シタル管理人ト不在者ノ定メタル管理人トノ權限及ヒ義務ノ範圍ノ異同ヲ舉クレハ左ノ如シ

(イ) 裁判所ヨリ選任シタル管理人ハ管理スヘキ財産目錄ヲ調製スヘキ義務アルモ不在者ノ定メタル管理人ハ此義務ヲ有セス尤モ不在者ノ生死分明ナラサル場合ニハ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ裁判所カ管理人ニ管理スヘキ財産目錄ヲ調製スヘキコトヲ命スルコトヲ得ヘシ其目錄調製ノ費用ハ不在者ノ財産ヲ以テ支辨スヘキモノナリ是レ不在者ノ財産ヲ保護スルカ爲メニ其目錄ヲ調製セシムルモノナルヲ以テ之ニ要スル費用ハ不在者自ラ負擔スヘキハ當然ノ理ナレハナリ舊民法ニ於テハ管理人ハ失踪者ノ動産及ヒ證書ノ目錄ヲ調製スヘキコトヲ命シ不動産ニ付テハ其目錄ヲ作ルコトヲ要セストセリ但動産ニ限リ其目錄ヲ必要トスヘキ理由ナク苟モ管理スヘキ財産ナル以上ハ動産タル

ト不動産タルトヲ問ハス總財産ノ目錄ヲ調製シテ財産ノ狀態ヲ明瞭ナラシメタルヘカラサルヲ以テ現行民法ハ總財産ノ目錄ヲ調製スヘキモノトセリ

(ロ) 裁判所ノ選任シタル管理人ノ權限ハ權限ノ定ナキ代理人ノ權限ト其範圍ヲ同シウスルモノト解釋セサルヘカラス即チ保存行爲及ヒ物ノ利用又ハ改良ヲ目的トスル行爲ニ付テノミ代理權ヲ有スルモノナリ不在者カ定メタル管理人モ其權限ノ範圍ヲ定メザリシトキハ右ト同一ナリト雖モ普通ノ場合ノ如ク不在者カ其權限ヲ定メテ委任シタルトキハ其權限ノ範圍内ノ行爲ニ付キ代理權ヲ有スルハ勿論ナリトス

裁判所ノ選任シタル管理人ハ不在者ノ財産ノ保存又ハ利用及ヒ改良ノ行爲ノ外絕對ニ他ノ行爲ヲ爲スコトヲ得ストセハ事實不在者ノ利益ノ爲メニ其財産ノ處分ヲ要スルコトアルモ之ヲ拋棄シ置カサルヘカラサル結果ト爲リ不在者ノ利益保護ノ爲メニ裁判所カ管理人ヲ選任スル趣旨ヲ貫徹セサルヲ以テ法律ハ管理人ノ權限外ノ行爲ト雖モ之ヲ必要トスルトキハ裁判所ノ許可ヲ得テ爲スコトヲ得ヘキモノトセリ(第二八條)之ニ反シテ本人カ管理人ノ權限ヲ定メ置

キシ場合ニハ裁判所ノ許可ヲ得タルハトテ其權限外ノ行為ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ若シ此場合ニ於テモ裁判所ノ許可アルトキハ其權限外ノ行為ヲ爲スコトヲ得ヘシトセハ裁判所ハ本人ノ意思ニ反シテ委任權限ヲ擴張スルト同シケレハナリ尤モ不在者ノ生死分明ナラサルトキハ管理人ノ權限ノ繼續ニ付キ既ニ疑ハシキヲ以テ權限ノ定ナキ管理人ノ場合ト同シテ裁判所ノ許可ヲ得タルトキハ其權限ヲ超ユル行為ト雖モ猶ホ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ

(ハ) 管理人ハ裁判所ニ於テ選任セラレタルト不在者ノ委任ニ因リタルトテ問ハス裁判所カ不在者ノ財産ノ保存ニ必要ナリトシテ命シタル事項ハ之ヲ履行セサルヘカラス例ヘハ管理人カ受取リタル現金ハ直チニ之ヲ確實ナル銀行ニ寄託スヘキコトヲ命シタルカ如キ又ハ相當期間内ニ不在者ノ不動産ノ登記ノ申請ヲ命スルカ如シ

(ニ) 裁判所カ不在者ノ財産ノ管理及ヒ返還ニ付キ管理人ヲシテ相當ノ擔保ヲ提供スヘキコトヲ必要ト認メ之ヲ命シタルトキハ管理人ハ之カ擔保ヲ提供セサルヘカラス元來管理人ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ不在者ノ財産ヲ管理

スヘキ責任ヲ有ス若シ此責任ヲ怠リタルカ爲メニ生シタル損害アルトキハ之ヲ賠償スヘキ義務ヲ有スルハ勿論管理行為ニ因リテ受取リタル金銀其他ノ財産ハ總テ不在者ニ引渡スヘキ義務ヲ有スルモ其義務ノ履行ヲ確實ナラシムヘキ擔保ナキニ於テハ不在者ノ權利ハ時トシテハ有名無實ト爲リ不在者ノ損失ヲ招クコト鮮カラサルコトアルヘシ故ニ裁判所カ不在者ノ權利保護ノ爲メニ必要ナリト認ムルトキハ管理人ヲシテ債務ノ履行ヲ確實ナラシムルカ爲メニ相當擔保ノ提供ヲ命シ得ヘキコトヲ規定セリ若シ管理人カ裁判所ノ命令ニ從ハスシテ相當擔保ヲ供セザルトキハ裁判所ハ其權限ノ行使ヲ停止シ又ハ管理人ヲ改任スルコトヲ得ヘキカ蓋シ管理人ノ選任改任ハ裁判所カ法律ニ定メタル申請人ノ請求ニ因リ爲シ得ヘキモノニシテ自動的ニ之ヲ改任スルコトヲ得ス而シテ管理人カ其權限ヲ失ハサル以上ハ之カ行使ヲ制限シ又ハ停止スルハ法律ノ規定ヲ埃テテ爲シ得ヘキコトナルヲ以テ法律ニ特別ノ規定ナキ以上ハ其權限ノ行使ヲ禁スルコトヲ得サルモノト解釋セサルヘカラス

第二項 失踪者

第一、失踪ノ宣告、（一）不在者ノ生死分明ナラサルコト及（二）其生死カ分明ナラズシテ法定ノ期間ヲ經過シタルコトノ二要件ヲ具備シタル場合ニ利害關係人ノ請求ニ因リテ爲ス裁判所ノ決定ナリ而シテ裁判所カ失踪ノ宣告ヲ爲スニ付テハ其必要條件ノ一タル生死不明ノ期間ハ普通ノ場合ト特別ノ場合トニ依リテ之ヲ異ニセリ舊法典ハ普通ノ場合ニ於テモ本人カ管理人ヲ置キシトキハ七年ノ管理人ヲ置カザリシトキハ五年トシ管理人ヲ定メタルト否トニ依リテ其期間ニ長短ノ別ヲ設ケシト雖モ管理人ヲ置カザリシトハ早ク死シタリトハ推定ト何等ノ關係ナク之ト同シク管理人ヲ置キシトハ本人ノ永ク生存セル事由ト爲スニ足ラサルヲ以テ此規定ノ失當ナルハ明カナリトス現行民法カ此等ノ區別ヲ廢シテ單ニ七年間不在者ノ生死カ不明ナルトキハ失踪ノ宣告ヲ請求スルコトヲ得ヘシトセシム其當ヲ得タルモノナリ

(イ) 特別ノ場合 茲ニ特別ノ場合ト稱スルハ不在者カ死亡ノ原因タルヘキ危難ニ遭遇シタル一切ノ場合ヲ謂フモノニシテ此危難ノ止ミタル後三箇年間不在者ノ生死分明ナラサルトキハ利害關係人ノ請求ニ因リ裁判所ハ失踪ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ヘシ例ヘハ沈没シタル船舶ニ乘リ居リシカ如キ又ハ海嘯地震洪水ノアリタル地方ニ居リシカ如キ或ハ戰爭若クハ暴徒襲撃ノ衝ニ當リ居リシカ如シ法律ニハ戰爭ノ止ミタル翌日ヨリ起算スヘキモノナリ又船舶カ豫定期間ヲ經過シテ到達港ニ到着セス若クハ歸航セス其行衛不明ニシテ沈没シタル事實分明ナラサルトキ例ヘハ月島丸又ハ帆船如キ船舶中ニ在リタル者ハ民法第三十條第二項ノ特別ノ場合ニ該當スヘキヤ法文ニハ沈没シタルトアルヲ以テ沈没ノ事實明カナラサル場合ハ第二項ニ包含セザルモノト解釋セザルヘカラス是レ法文ノ不備タルヲ免ヘスト雖モ解釋論ヲ以テ之ヲ補充シ得ザルモノナリ何トナレハ民法第三十條ハ權利ノ喪失ニ關スル規定ナリ以テ嚴正ニ之ヲ解釋スル時モソレハナク獨逸民法ニ於テハ此等場合命懸於ク詳細ノ

規定ヲ設ケテ其調和ヲ圖リタルカ故ニ我民法ニ於テ此如キ不權衡ヲ生ズル  
 (ロ) 普通ノ場合 普通ノ場合トハ不在者ノ死亡ノ原因由ル危險ニ遭遇セタル  
 トキヲ謂フモノニシテ不在者ノ死亡シタリト推定ガ強カラシムヘキ出來事  
 ナキヲ以テ前ノ場合ノ如ク期間ノ起算點ヲ危險ノ去リタルトキトスルコトヲ  
 得サルヲ以テ七箇年ノ起算點ハ生死ノ分明ナラサルトキトセサルヘカラス而  
 シテ生死ノ分明ナラサルトキトハ其生存又ハ死亡ニ付キ報知ナキ狀態ヲ謂フ  
 モノニシテ最後ノ音信アリタルトキヨリテ生死不分明者トシテ七箇年ヲ計算ス  
 (キ) モノナリ而シテ此宣告ヲ爲スニハ先ツ公示催告ヲ爲シ不在者ハ勿論不在  
 者ノ生死ヲ知レル者ハ公示催告期間内ニ届出ラ爲スヘキコトヲ示シ其期間内  
 ニ何等ノ届出アラサルトキハ始メテ其宣告ヲ爲スヘキモトナリ(八事訴訟手續  
 法第七〇條乃至第七三條)

第二 失踪宣告ノ效力

(イ) 失踪ノ宣告ハ失踪ノ宣告ヲ受ケタル者ヲシテ法定期間ノ満了ト同時ニ死  
 亡シタルモノト看做ス效力ヲ生ズト雖モ之カ爲メニ失踪者ノ人格ヲ奪ヒタ

モノニ非スシテ唯其財產上及ヒ身分上ノ關係ニ於テ死亡シタルト同一ノ效力  
 ヲ生セシムルニ過キサルカ故ニ失踪者カ事實生存スルトキハ失踪ノ宣告取消  
 漸ト雖モ權利ヲ得義務ヲ負フコトヲ得ヘク隨テ身體自由又ハ名譽其他ノ權利  
 ヲ害セラレタルトキハ其損害賠償ヲ請求シ得ヘキト勿論ナリトス

(ロ) 失踪ノ宣告ハ失踪者カ法定期間ノ満了マテ生存シタリトノ反射の效力ヲ  
 生ズ故ニ法定期間ノ満了ト異ナリタルトキ例ハ戰國中又ハ船舶ノ沈没シタ  
 ルトキニ死亡シタルコトヲ主張スルモ其宣告ノ取消サレサル限ハ法定期間ノ  
 満了ノ時始メテ死亡シタルモノト看做サル

(ハ) 失踪ノ宣告ヲ受ケタル者ハ何時ヨリ死亡シタルモノト看做サルルヤ此點  
 ニ關シテハ(一)失踪ノ宣告ノ確定ノ時ヨリ其效力ヲ生スルトスルモノ(二)法定期  
 間ノ經過ノ時ヨリ其效力ヲ生スルトスルモノト(三)判決ニ表示セル期間ノ満了  
 ノ時ニ死亡シタリト推定スルモノトアリ第一ノ主義ハ簡單ニシテ便宜ナルカ  
 如シト雖モ失踪ノ宣告ハ常に法定期間ノ満了ノ後ニ於テ爲スヘキモノニシテ  
 而モ利害關係人ノ申請ヲ缺テテ宣告スヘキモノナルカ故ニ其申請ノ遲速ニ伴



ニ宣告ノ效力ヲ生スル時期ヲ異ニシ其間ニ弊害ヲ生スル恐アリ之ニ反シテ第一第三ノ主義ハ其細目ヲ異ニスト雖モ失踪宣告ノ時期ニ關係ナク一定ノ期間ノ満了ト共ニ其效力ヲ生セシムルモノナラズ以テ利害關係人ノ意思ニ依リテ其效力ヲ生スル時期ヲ異ニスルカ如キ弊害ナシ獨逸民法ハ第三ノ主義我民法ハ第二ノ主義ヲ採レリ

第三 失踪宣告ノ取消

失踪ノ宣告ハ左ノ場合ニ於テハ本人又ハ利害關係人ノ請求ニ因リ之ヲ取消スコトヲ得

- 一 失踪者カ法定期間ノ満了ノ後ニ於テ生存セル事キ
  - 二 失踪者カ法定期間ノ満了前ニ死亡シタル事キ
- 右二箇ノ場合ニ於テハ失踪ノ宣告ハ畢竟錯誤ノ宣告ニ外ナラサルヲ以テ其誤謬ノ事實カ證明セラレタルトキハ之ヲ取消シ其實アル事實ニ依リテ法律關係ヲ定メサルヘカラサレハナリ而シテ失踪ノ宣告ハ死亡ノ推定ノ效力ヲ生セシムル立法例ニ於テハ之カ效力ヲ消滅セシムルニハ必スシモ判決ニ因ルコトヲ

要セス單純ノ反證ニ據リ當事者ニ對シテハ其效力ヲ消滅セシムルコトヲ得ハシ獨逸民法第二〇三一條然ルニ我民法ハ上述ノ如ク失踪ノ宣告ハ推定の效力ヲ生スルニ非スシテ確定的の效力ヲ生セシムル主義ヲ採リタルカ故ニ裁判所ノ決定ニ因ルニ非サレハ其效力ヲ消滅セシムルコトヲ得サルモノトセリ第三二條

失踪ノ宣告取消ハ原則トシテハ、既往ニ遡ル效力ヲ有ス或ハ失踪宣告ノ取消ノ效力ハ遡及力ヲ有セサルヲ以テ原則トスト主張スル者アリト雖モ此取消ニ關シ既往ニ遡ルコトヲ認メスハ第三十二條但書ヲ以テ其效力ノ既往ニ遡ラザル場合ヲ規定スル理由ナケレハナリ即チ錯誤ノ宣告ヲ基礎トシテ生シタル總テノ結果ハ取消サレ、原狀ニ回復セラレヘキモノタリ例ヘハ失踪宣告ノ結果トシテ財產ヲ得タル者、相續人受遺者ノ如キハ其取消ニ因リテ相續又ハ遺贈ニ因リテ取得シタル權利ヲ失フモノナリ然レトモ此等ノ失權者ハ失踪宣告ノ結果ニ因リテ權利ヲ取得シタルモノニ外ナラサルヲ以テ既ニ消費シタル財產ヲ返還セシムルハ斷ニ失スル繼アルカ故ニ其財產ニ因リテ現在利益ヲ享有シラフ

アル者ニ限リ返還スル義務ヲ有スルモノナリ但右ノ原則ニ於テ例外アルコトヲ忘ルベカラズ即チ善意ヲ以テ爲シタル行爲ハ失踪ノ取消ノ爲メニ其效力ヲ失ハザルコト是ナリ蓋シ過失ナキ當事者ニ對シテ取消ノ效力ヲ及ボスモノトモハ失踪者ヲ保護スルコト厚キニ過キ善意ナル當事者ヲ保護スルニ於テ缺タル所アルヲ以テナリ法律ニハ善意ヲ以テ爲シタル行爲トスルヲ以テ當事者ノ一方カ善意ナルモ相手方カ惡意ナルトモ此例外ニ該當セス例ハ失踪者ノ配偶者カ其夫ノ生存セルコトヲ知ラザルモ之ト結婚スルガ如ク若ク其生存ヲ知リタルカ如キ失踪者ノ相続人カ法定期間ノ滿了ノ時ト異テ失踪時ニ失踪者ノ死亡シタルコトヲ知リテ相続財産ヲ善意ノ相手方ニ讓渡シタルカ如シ

### 第二節 法人

#### 第一款 法人ノ性質

協同心ノ發達及ヒ經濟上ノ必要ニ從ヒ自然人ニ對シテ人格ヲ認ムルヲ以テ是レリトセス自然人以外ニ人格ヲ有スルモノヲ定メ之ヲ創設シ管理シ又ハ之ヲ

利用スル人ノ權利義務ト關係ナク獨立シテ權利ヲ有シ義務ヲ負擔セシム此人格者ヲ稱シテ法人ト謂フ蓋シ法人トハ自然人ニ非スレテ權利義務ノ主體タルモノヲ謂フ抑モ自然人ハ肉體ヲ有スルモ法人ハ現實ノ形體ヲ有セス唯吾人ノ觀念ノ上ニ存在セル權利主體タリ集合シタル人ノ一團又ハ財物其物ハ法人ニ非ス或ハ曰ク法人ハ或目的ノ範圍内ニ於テ人格ヲ有スルモノナリト此說ハ寧ハ正確ナリト雖モ之ヲ以テ總テノ法人ヲ定義セントスルハ誤謬ナルヲ免レス何トナレハ法人ニハ一定ノ目的ヲ有スルモノト然ラザルモノトアレハカリ例ハ營利ヲ目的トスル法人ノ如キ宗教慈善ノ事業ヲ目的トスル法人ノ如キ各一定ノ目的ヲ有シ其目的ノ範圍内ニ於テ權利ヲ有シ義務ヲ負フト雖モ國府縣郡ノ如キ法人ハ法律上一定ノ目的ヲ有セザルカ如シ或ハ曰ク此等ノ法人ハ行政ノ目的ヲ達スルカ爲メ組織成立スルモノナリカ故ニ行政ノ範圍内ニ於テ權利ヲ有シ義務ヲ負フモノナリト然レトモ行政ノ目的ハ法律上ニ於テ確定セザルヲ以テ此說ハ法律論上シテ價值ナキ先ナリトモ實ニ此等ノ法人ニ於テ其目的ハ性質ニ付テハ從來ノ學說區區ニ岐レ未タ定説ト認ムヘキモノナシ其說

其主たるモノヲ舉タルモノニ依リテ其性質ヲ定ムルモノニ非ス唯  
 第一に假定主義並に假定主義トシテ法人ハ人格者トシテ實在セザルモノニ非ス唯  
 法律上擬制ニ依リテ人格ヲ有スルモノナリト云フニ在リ此說ハ尊ヲ羅馬法學  
 者ニ主張スル所ニシテ獨逸法學者中ニハ僅ニゲルシュ氏等ニ依リテ代表セザ  
 ルモノニ過キズ人々皆謂フニ蓋シ目録ニ依リテ其性質ヲ定ムルモノニ非ス  
 第二に團體主義此說ハゲルシュ氏ニ依リテ始メテ唱道セラレザルケレバ  
 トゲン及ヒレロゲルスベルグ氏ニ依リテ代表セラル此說ハ假定主義ニ反對  
 セルモノニシテ其要旨ハ社團ハ現實ノ人ノ集合體ニシテ此集合體ハ共同知覺  
 ト共同意思ト有シ機關ニ依リテ之ヲ表示セラルルモノナリト云フニ在リ  
 第三に法人實在主義此說ハ「ヨウテ」氏ヲ述フル所ニシテ第二ノ主義ト相類  
 スルモノナリ其要領ニ曰ク法人ハ自然人ヨリ創設セラレタル組織體ニシテ例  
 ハハ國家或ハ社團ノ如ク事實上現實ノ存在ヲ有ス而シテ此現實セル組織體カ  
 人格ヲ有スルハ自然人カ人格ヲ有スルト同シク法律ノ規定ニ依ルモノナリ若  
 シ意思能力及ヒ行爲能力ヲ有スルモノニ非テハ人カ人格ヲ有スルコトヲ得ス

法律カ準占有ヲ認ムルノ範圍ニ如何是レ本節ニ於テ研究セントスル問題ナリ  
 羅馬法ニ於テハ準占有ヲ認ムルノ範圍ハ單ニ役權ノミニ限レリ中古ニ於テハ  
 「カナン」法ハ一回ノ使用ニ因リ消滅セザル權利ハ總テ準占有ノ目的タルコトヲ  
 得ルモノニシテ其公法上ノ權利ナルト宗放法上ノ權利ナルト親族法上ノ權利  
 タルトヲ問ハス極メテ廣キ範圍ニ於テ之ヲ認メリ獨逸法ハ公法上ノ權利及ヒ  
 親族法上ノ權利ニ付テハ準占有ヲ認メス財產權ニ付テハ之ヲ認メタリ我民  
 法ハ即チ左ノ範圍ニ於テ準占有ヲ認メタリ  
 第一 財產權ニ限リ我民法カ準占有ヲ認ムルハ財產權ニ限ルトシ親族法上  
 ノ權利及ヒ公法上ノ權利ニ付テ準占有ヲ認メザルハ近世ノ法理ニ依ルモノニ  
 シテ親族法上ノ權利若クハ公法上ノ權利ニ付テハ準占有ヲ認ムルノ必要ナシ  
 トセルカ爲メナリ  
 第二 一回ノ使用ニ因リ消滅セザル繼續的性質ヲ有スル權利ニ限リ此制  
 限「カナン」法以來認ムル所ニシテ準占有ノ性質ニ伴フ當然ノ結果ナリ何トナ  
 レハ一回ノ使用ニ因リテ消滅スル權利ニ付テハ復タ準占有ヲ認ムル必要ナク

レハナリ、  
第三 物ノ上ニ行ハレタル權利ニ限ル旨此制限モ亦準占有ノ性質ニ伴フモノナリ何トナレバ物ノ上ニ行ハルル權利ヲ支配ス有體物ノ支配ノ中ニ包含セラレハナリ

### 第三節 準占有ノ取得及ヒ喪失

準占有ハ如何ナル原因ニ因リテ之ヲ取得スルコトヲ得ルヤ又如何ナル原因ニ因リテ之ヲ喪失スルヤニ付テハ占有權ノ取得及ヒ喪失ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノナリ  
第一 準占有ヲ取得スルノ原因ヲ舉クレハ占有權利取得ト等シク體素ト心素トノ二要素ヲ具備スルヲ要ス何ヲカ準占有ノ心素ト謂フカ是レ占有ニ於ケル心素ト等シク自己ノ爲メニスルノ意思ヲ有スルコトヲ謂フカ準占有ノ體素ト謂フカ是レ占有ノ場合ニ於テ物ノ上ノ支配ノ事實ヲ體素トスル如ク準占有ニ於テハ權利ヲ支配スルノ事實換言スレバ權利ヲ行使スルノ事實ヲ以テ體

素トス以上ノ二要素具備スレハ則チ準占有有茲ニ成立スルモノナリ右二要素中心素ニ付テハ別ニ說明ヲ要セサルモ唯體素タル權利ヲ支配スル事實ニ付テハ二三說明スヘキモノアリ即チ權利ヲ支配スルノ事實ト云フハ權利ヲ行使スルコトノ謂ナリ然ラハ如何ナル場合ニ權利ノ行使即チ權利ヲ支配スルノ事實アルヤト云フニ權利ノ種類ニ依リ多少其狀態ヲ異ニセリ左ニ之ヲ分類說明セン  
(一) 積極的ノ權利 積極的ノ權利ニ付テハ他人ヲシテ自己ノ義務ヲ履行スルノ意思ヲ以テ或作爲ヲ爲サシムルトキハ始メテ其權利行使ノ事實アリト謂フコトヲ得所謂積極的ノ權利トハ義務者ニ於テ積極的行爲ヲ爲スコトヲ必要トスル權利ヲ謂フ例ヘハ金錢ヲ貸付ケタル場合ニハ積極的ノ權利發生ス何トナレハ義務者ヲシテ貸付ケタル金錢ヲ辨濟セシムルノ積極的行爲アルコトヲ要スレハナリ  
(二) 消極的ノ權利 所謂消極的ノ權利トハ義務者ニ於テ作爲ヲ爲サザルノ義務ヲ負フ所ノ權利ヲ謂フ換言スレハ不作爲ノ義務ヲ負フモノナリ例ヘハ隣地ニ付テ通行權ヲ得ルカ如キハ之ニ屬ス此權利ニ在リテハ權利者タリトスル者

ノ行為ニ付テ相手方ヲ異議ヲ申立テタルトキニ權利ヲ行使スルモノト認ムルモノナリ

(三) 禁止權 此場合ニ於テハ行為者クハ言語ヲ以テ相手方ノ行為ヲ禁制スルモ相手方ニ於テ之ヲ拒マサルトキハ此權利ヲ行使シタルモノト認ムルモノトス所謂禁止權トハ例ヘハ眺望權ノ如キ是ナリ

以上述ヘタル如ク其權利ノ種類ニ依リテ權利ヲ行使スル所ノ事實ヲ認定ハ多少ノ差異アルモ之ヲ要スルニ前述セル二要素ヲ具備シタルトキハ準占有ヲ取得ス準占有ニ付テハ占有ニ於ケルカ如ク代理人ニ依リテ之ヲ取得スルコトヲ得此場合ニハ亦占有ニ於ケル代理占有ノ規定ヲ準用スルモノナリ以上ハ準占有ノ取得ニ關スル要領ナリトス

第二 準占有ノ消滅スル原因如何之ニ付テハ占有ノ喪失ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノニシテ即チ左ノ二原因ニ因リテ喪失スルモノナリ

一 意思ヲ拋棄

二 權利ヲ支配スル事實ヲ喪失スルコト

右二箇ノ場合ニハ準占有ヲ喪失スルモノトス何トナレハ第一ノ場合ニハ準占有ノ心素ヲ失ヒ第二ノ場合ニハ其體素ヲ失ヘハナリ第一ノ原因ニ付テハ占有ニ於ケルト同一ニシテ別ニ之ヲ説明スルノ必要ナシ第二ノ原因ニ付テハ如何ナル場合ニハ權利ヲ支配スル事實ヲ失フヤ一語セサルヘカラス此事實ハ準權利ヲ行使セサルヲ以テ満足セス尙ホ進ミテ從來權利ヲ行使シタル事實ヲ廢絶スルコトヲ必要トス此事實ハ如何ナル場合ニ之ヲ認ムルコトヲ得ルカ是レ權利ノ種類ニ依リテ多少ノ差異アリトス

(一) 積極的ノ權利 此場合ニハ相手方カ履行ヲ爲サシメ準占有者ニ於テ之ヲ認ムルトキハ權利ヲ支配スルノ事實ヲ失フモノナリ

(二) 消極的ノ權利 此場合ニハ相手方カ行為者クハ言語ニ依リテ異議ヲ申立テ準占有者之ヲ認メタルトキハ權利ヲ支配スルノ事實ヲ失フモノナリ

(三) 禁止權 此場合ニハ其禁止ニ對シテ相手方カ之ニ反對ノ事實ヲ示シテ準占有者カ之ヲ認メタルトキハ權利ヲ支配スルノ事實ヲ失フモノナリ

以上ハ準占有喪失ノ原因ナリ此他代理人ニ依リテ準占有ヲ取得スル場合

ハ占有ノ場合ニ於ケル代理占有ノ消滅原因ト同一原因ニ因リテ準占有モ亦消滅スルモノトス之ニ付テハ全ク代理占有ノ規定ヲ準用セルカ故ニ別ニ説明ヲ要セザルヘシ

### 第四節 準占有ノ效力

準占有ニハ如何ナル效力アルヤト云フニ占有ニ付テ法律カ付與セル效力ト大體ニ於テハ同一ナリトス故ニ原則トシテハ占有ノ效力ニ關スル規定ヲ準用スルモノトス唯準占有ノ性質ノ結果トシテ占有ノ效力中準占有ニ認ムルコトヲ得ザルモノアリ占有ノ效力中如何ナル效力ハ準占有ニモ存在シ如何ナル效力ハ存在セザルカト云ヘハ即チ左ノ如シ  
第一 占有訴權ハ準占有ニモ存スルモノナリ即チ準占有ニ對シテハ占有同收ノ訴占有有保全ノ訴及ヒ占有保持ノ訴ノ如ク準占有有同收ノ訴準占有有保全ノ訴及ヒ準占有有保持ノ訴ノ三種ヲ存スルモノトス唯占有有ノ訴ト異ナル所ハ彼ハ占有ヲ保護シ此ハ準占有有ヲ保護スルヲ差アルナリ

第二 權利ノ推定ハ亦準占有ニモ存在スルモノニシテ準占有者ハ當然權利者ト推定セラレルモノナリ

第三 果實ノ取得ニ付テハ亦準占有ニモ存在ス唯準占有ニ在リテハ其取得スル果實ハ法定ノ果實タルノ差アルノミ

第四 權利取得ノ效力ハ準占有ニハ全ク適用ナシ何トナレハ此效力ハ動産ノ占有ニ止マレリ即チ有體物ノ支配ニ止マルモノナリ然ルニ準占有ハ權利ノ支配ニシテ面シテ其權利ハ有體物ヲ目的トセザル權利ニ限ルカ故ニ此規定ハ全ク準占有ニ適用ヲ見ザルモノトス

### 第三編 所有權

#### 第一章 所有權ノ意義

所有權トハ如何ナル權利ナルカ此權利ハ物權中最モ重要ナル權利ニシテ物權中此權利ニ優ル權利ナシ今所有權ノ意義ヲ明カニスルニ要項ヲ擧ゲレハ左ノ如シ

第一 所有權ハ物ノ上ノ支配ナリ 所有權ハ有體物ヲ目的トスル權利ニシテ有體物ヲ直接ニ支配スルモノナリ或ハ通俗ノ言語ヲ以テ權利ヲ所有スト曰ク者アレトモ是レ全ク誤謬ニシテ權利ヲ所有スルトハ單ニ權利ヲ歸屬スル所ヲ示スニ過キス 權利ハ決シテ所有權ノ目的ニ非ス 所有權ノ目的ハ必ス有體物ニ限ルモノナリ

第二 所有權ハ總括的支配ナリ 物ノ支配ニ種種アリ之ヲ大別シテ總括的ノ支配ト制限セラレタル支配トニトス 制限セラレタル支配トハ一定ノ目的一定ノ方向ニ限ラレタル支配ヲ謂フ例ハ地上權永小作權地役權質權抵當權ノ如キモノニシテ所謂他物上權ハ皆之ニ屬ス 總括的ノ支配トハ其支配關係タルヤ或目的或方面ニ限ラレシテ其支配ノ性質ハ一般ニ行ハルル所ノモノヲ謂フ 所有權ハ即チ此種類ニ屬スル支配關係ヲ有スルモノトス而シテ總括的ノ支配ニハ二箇ノ方面アリ一ハ積極的方面ニシテ其目的物ヲ自己ノ意思ニ依リテ自由ニ支配スルコトヲ謂フ一ハ消極的方面ニシテ他人ノ意思ヲ排斥シテ其目的物ヲ支配スルコトヲ謂フ古語ニテ權利ハ排他性ヲ有スルモノト云フハ即チ此意

第三 所有權ハ物ノ上ニ存スル支配ノ事實ニ非スシテ物ノ上ニ存スル所ノ法律ノ認ムル支配關係ナリ 即チ所有權ノ本體ハ一ノ法律的關係ニシテ一ノ事實關係ニ非サルモノトス 是レ所有權ト占有權トノ異ナル所ナリトス 右ノ三要件ハ所有權ノ主要ノ性質ヲ明カニスルモノニシテ是レ「デルンブルヒ」カ其著近世羅馬法論中ニ述フル所ノ要領ナリ 抑モ所有權ノ意義ニ付テハ從來種種ノ學說アリテ一定セス或學說ニ依レハ所有權トハ物ノ實質ヲ處分スル所ノ權能ナリト此定義ハ所有權ノ主たる作用ヲ說明スルモノナルモ此說明ヲ以テ所有權ノ意義ヲ盡シタリト謂フコトヲ得ス何トナレハ所有權ハ其目的物ノ實質ヲ處分スルノ外尙ホ種種ノ權能ヲ有シ或場合ニハ亦其實質ヲ處分スルノ權能ナキコトアレハナリ例ハ質權ヲ設定シタル場合ノ如シ或學說ニテハ所有權ハ絕對ノ權利ナリト說明ス例ハ「チバウト」(Pier-King)ノ如シ此說ハ所有權ノ獨立ニシテ無制限ナルコトヲ云フモ所謂絕對トハ其意義極メテ不分明ニシテ隨テ此定義ヲ以テ十分ナリトスルヲ得ス又或學說ニテハ所有權トハ無制限ノ權利ナリト主張スト雖モ此說明ハ所有

權ノ定義トシテハ不穩當ナリトス何トナレハ所有權ハ決シテ無制限ト謂フヲ得ス所有權ニハ公益ノ爲メ又ハ相隣者間ノ爲メニ種種ノ制限ノ存スルコトハ爭フヘカラサルノ事實ニシテ各國ノ歴史ニ於テ所有權ニ全ク制限ヲ置カサルノ例ハ未ダ曾テ之アラス故ニ所有權ハ無制限ナリト云フハ事實ニ反スルモノナリ又或學說ニテハ所有權ハ自由ニ物ヲ使用收益處分スル權利ナリト説明ス此說ハ最モ廣ク行ハルル說ニシテ上述敎學說中最モ穩當ナルモノナリト雖モ其説明タルヤ唯所有權ノ作用ヲ言表ハシタルノミニシテ未ダ所有權ノ本體ノ何タルヤヲ説明セズ是レ此說ノ缺點トス此ノ如ク所有權ニ關スル從來ノ學說ハ皆多少ノ缺點アルコトヲ免レズ唯「デルンブルヒ」ノ所說ハ中ニ就テ最モ能ク所有權ノ本體ヲ明カニシ所有權ノ何モノタルヤヲ解スルニ最モ便利ナル説明ナリ是ヲ以テ近時ノ法學者ハ概テ「デルンブルヒ」ノ説明ヲ是認スルモノノ如シ

予輩モ「デルンブルヒ」ノ所說ニ從ヒ所有權ノ定義ヲ云ヘハ即チ左ノ如シ

第一 所有權ハ物權ノ一ナリ

所有權ハ物ヲ目的物トスル權利ニシテ物ヲ直接ニ支配スル權利ナリ是レ所有權ヲ物權ノ一ナリトスル所以ナリ或ハ權利ヲ所有スルコトヲ得ト云フ者アルモ是レ全ク誤謬ニシテ通俗ニハ往往權利ヲ所有スルノ語アルモ是レ權利ノ歸屬スル所ヲ示ス形容詞ニシテ之ヲ以テ權利モ所有權ノ目的ナリトスルハ妄斷ナリ

第二 所有權ハ狹義ノ物權ニ屬ス

物權ヲ分テテ占有權及ヒ狹義ノ物權ノ二種トスルコトハ總論ニ於テ既ニ之ヲ述ヘタリ所謂占有權トハ物ノ事實上ノ支配關係ヲ謂フモノニシテ所謂狹義ノ物權トハ物ノ法律上ノ支配關係ヲ謂フモノナリ所有權ハ何レニ屬スルヤト云フニ所有權ハ占有權ノ如キ事實關係ニ非ス全ク純然タル法律上ノ關係ナリ即チ占有權ノ本體ハ法律カ認ムルト否トニ拘ハラズ事實物ヲ支配スル關係ヲ指スモノナリト雖モ所有權ハ之ニ反シテ其本體ハ事實物ヲ支配スルト否トニ拘ハラズ法律カ認メテ物ヲ支配スヘキ權能アリトスル關係ナリ隨テ其關係タルヤ事實關係ニ非ス純然タル法律關係タルハ明カナリト謂フヘシ是レ所有權ハ



狹義ノ物權ニ屬ストスル所以ナリ  
 第三 所有權ハ物ノ上ニ總括的ノ支配關係ヲ有スルモノナリ制限的ノ支配關係トハ一定ノ目的一定ノ方向ニ限リ物ヲ支配スルモノナリ之ニ屬スルモノヲ他物上權ト稱セリ地上權永小作權地役權質權抵當權等ハ即チ其例ナリ一ハ物ノ上ニ總括的支配ヲ有スルモノナリ總括的ノ支配關係トハ一定ノ日時一定ノ方向ニ限ラス物ノ上ニ一般ニ支配スル關係ヲ有スルモノニシテ即チ左ノ三箇ノ性質ヲ有スルモノナリ(一)其支配ハ特定ノ目的若クハ特定ノ方向ニ限定セラレサルコト(二)積極的ニ其物ノ上ニ種種ノ關係ヲ造リ其物ヲ自己ノ意思ニ依リテ自由ニ處分スルコトヲ得ルコト(三)消極的ニ他人カ其物ノ上ニ支配關係ヲ惹起サントスルヲ除外スルコトヲ得ルコト是ナリ所有權ハ即チ此支配關係ニ屬スルモノニシテ狹義ノ物權中所有權ニ屬スルモノノ外ハ此ノ如キ支配關係ヲ有セス是レ所有權ハ物ノ上ニ總括的ノ支配關係ヲ有ストスル所以ナリ

第四 所有權ハ法令ノ範圍内ニ於テ享有スル權利ナリ

凡ソ權利ハ法律ノ創定物ナリ法律以外ニ權利ヲ認ムルコト能ハス近世歴史派ノ學者ハ權利ハ法律ノ製作物ニ非スト主張スルト雖モ是レ法律ハ獨斷的空想ニ因リテ權利ヲ造出スヘキモノニ非サルコトヲ辯スルモノニシテ權利ハ固ヨリ法律カ認ムルニ非サレハ成立スルコトヲ得サルモノトス然レハ所有權ハ法律ノ範圍内ニ於テ其利益ヲ享有スヘキモノタルコトハ辯ヲ埃タス隨テ所有權ノ内容カ法令ニ依リ限定セララルルハ勿論ナリト謂フヘシ是レ所有權ハ法令ノ範圍内ニ於テ享有スル權利ナリト云フ所以ナリ

第二章 所有權ノ作用

所有權ハ物ノ上ノ總括的ノ支配ナリ隨テ所有權ヲ有スル者ハ其目的物ノ上ニ法令ノ範圍内ニ於テ完全ノ支配ヲ有スルヲ原則トス隨テ所有權ノ本體ヨリ發生スル所ノ作用ノ主要ナルモノヲ舉クレハ左ノ如シ

第一 占有權

民法物權 所有權ノ作用

所有者ハ其物ノ上ニ事實支配ヲ行フコトヲ得是レ所有者カ當然ノ權利ノ行使ニシテ即チ所有權ノ一作用ナリ

第二 使用權

使用權トハ物ノ用法ニ從ヒテ之ヲ自己ノ用ニ供スルコトヲ得ル權ヲ謂フ所有者ハ物ノ上ニ總括的ノ支配ヲ有スルカ故ニ其權利ノ作用トシテ物ヲ使用スルコトヲ得ルハ明カナリ

第三 收益權

收益權トハ物ヨリ生スル天然及ヒ法定ノ果實ヲ自己ノ有ニスルヲ得ル權利ナリ所有者ハ總括的ノ支配ヲ有スルノ結果當然此權能ヲ有スルモノナリ

第四 處分權

處分權トハ物ニ付キ事實上及ヒ法律上處分ヲ爲スコトヲ得ル權利ナリ事實上ノ處分トハ物ノ實質ヲ變更シ消費シ若クハ破壞スルコトヲ謂ヒ法律上ノ處分トハ物ノ上ニ權利ヲ新設シ若クハ其權利ヲ移轉スルヲ謂フ

第五 追索權

ルヘキヤ此問題ハ後ニ船舶ノ衝突ヲ論スル場合ニ詳論スヘシ又此湖上ニ人ノ出生シタルトキハ何國人ナリヤ此場合ハ國際法上ノ一般ノ原則ニ依リ其船舶所屬國ノ領地内ニ生レタルモノト看做ス唯リ出生ノ場合ノミナラス死亡ノ場合ニ於ケルモ亦同シ又埋藏物ヲ發見シタルトキハ其發見者ノ所屬國法ニ依ル尙ホ一ノ問題ト爲ルハ此湖水ニ瀕スル瑞西ハ永久局外中立國ナルヲ以テ其湖水モ亦中立ナリ然ラハ其中立地ハ湖水ノ全部ナリヤ或ハ一部ナリヤ前述ノ如ク此湖水ニ於テ諸國ノ權利ヲ及ホス限界明カナラス隨テ瑞西ノ領水判然セザルヲ以テ永久局外中立ノ性質ハ湖水全體ニ及フモノト謂ハサルヘカラス故ニ此湖上ニ於テハ如何ナル國家モ戰爭ヲ爲スコトヲ得ス其他ノ漁業權海盜採取權湖水使用權ニ付テハ沿岸各國皆同一ノ權利ヲ有ス

航通ニ委シ且實際上ノ費用例ハ修繕費用浚渫費用等ノ外海關稅ノ如キモノ  
ヲ徵收スヘカラス現今國際法上ノ運河ハ唯蘇士ノ一アルノミ千八百八十三年  
英國ハ蘇士運河ノ航行ヲ萬國ニ自由ニシ又之ヲ局外中立ト爲スヘシトノ發議  
ヲ爲シ千八百八十五年英佛獨伊露土西蘭奧ノ九箇國ハ巴里ニ會議ヲ開キ千八  
百八十八年十月二十九日ニ至リ「コンスタンチノーブル」ニ於テ條約ヲ結ヒ一ニ  
「ブルワー、クレーイトン條約」ヲ履ミテ蘇士運河ノ法律上ノ地位ヲ定メタリ而  
シテ「ブルワー、クレーイトン條約」ハ太平洋ト大西洋トヲ連絡スル運河「其「パナマ」タ  
ル上ニカラガ」タルトヲ問ハスノ成リタル場合ニ於テ英國及ヒ北米合衆國ハ共  
ニ其權力ヲ該運河ノ上ニ及ホササルヘク全ク局外中立ト爲スヘシトノ事ヲ約  
シタルモノナリ「パナマ」著クハ「ニカラガ」ノ運河ハ未タ成功ヲ告ケスト雖モ一旦  
成功シタル曉ニハ千八百五十年ノ條約ニ依ラスシテ北米合衆國ノ單獨主權ノ  
下ニ立タシムルコトハ千九百一年「ボンスフオード」ニ「一」條約ニ於テ約定シタル  
所ナリ

以上國家ノ領地主權取得ノ目的物タル土地海河湖水及ヒ運河ニ付テ説了シタ

リ

(二) 領地取得ノ原因 領地取得ノ原因ハ之ヲ大別シテ二箇ト爲スコトヲ得第  
一ハ何レノ國家ニモ屬セサル土地ヲ取得スルヲ謂ヒ之ヲ名ケテ本來ノ取得ト  
稱ス第二ハ或國ノ主權ノ下ニ在リタル土地ヲ取得スルヲ謂ヒ之ヲ名ケテ傳來  
ノ取得ト稱ス左ニ之ヲ詳説スヘシ

(甲) 本來ノ取得 本來ノ取得ハ更ニ細別シテ二ト爲ス

(一) 先占「ラックバシオ」 先占トハ何國ニモ屬セサル土地ニ或國家カ主權ヲ享  
有スルコトヲ謂フ換言スレハ無主ノ土地ノ上ニ主權ヲ行フコト是ナリ古ニ於  
テハ一國ノ主權ノ下ニ立ツ土地モ他國ト戰爭スルトキハ敵國ヨリハ無主ノ土  
地ト看做サレタリ約言スレハ戰爭ニ因リテ交戰國ノ一方ハ交戰國ノ他方ヲ無  
主國ト視之ヲ先占シテ自國ノ領土ト爲セリ古ノ學者ハ羅旬語ニテ戰爭ニ因ル  
先占「ラックバシオ」ベリカト謂ヒ他ノ先占「ラックバシオ」コロニカト謂フ補民  
ニ因ル先占ト謂ヘリ

然レトモ今日ノ先占ニ於テハ戰爭ニ因ル先占ヲ認メス交戰國ノ一方ハ交戰國

他方ノ權利ヲ認メサルヘカラサルカ故ニ戰爭ハ國家ヲ無主トスルモノニ非ス  
今日ニ於ケル先占ハ唯一ニシテ即チ無主ノ土地ヲ先占スル場合是ナリ然ラハ  
無主ノ土地ヲ先占スルニハ如何ナル行爲ヲ必要トスルヤ之ヲ知ルニハ須ク先  
ヲ先占ノ要素ヲ研究セサルヘカラス而シテ先占ノ要素ハ即チ左ノ如シ

(イ) 先占ノ主體ハ國家タルコトヲ要ス 一人ハ無主ノ土地ヲ先占スルコ  
トヲ得ス一私人カ無主物ヲ先占スルコトヲ得ルハ國內法ヨリ觀タルモノニ  
シテ國際法ヨリ觀レバ一ノ國家カ他ノ土地ヲ先占スルモノナリ國際法ノ主  
體ハ國家ニシテ國家以外ノ者ノ行動ハ國際法上國家ノ行動ト謂フコトヲ得ス  
(ロ) 先占ノ主體カ先占ヲ爲スノ意思アルコトヲ要ス 先占ノ行爲アルモ其  
意思ナキトキハ先占ト謂フコトヲ得ス

(ハ) 先占ノ主體カ先占ノ行爲ヲ爲スコトヲ要ス 縱令先占ノ意思ノミアリ  
ト雖モ其行爲ナクシテ先占ニ非ス 右ハ先占ニ關スル主體ノ要素即チ如何ナル者カ先占スルコトヲ得ルヤノ點  
ニシテ次ニ掲タル所ハ先占ノ目的物即チ先占ノ客體ニ付テノ要素ナリ

(ニ) 無主ノ土地ナルコトヲ要ス 即チ如何ナル國ノ主權ノ下ニモ立タサル  
土地ナラサルヘカラス故ニ現ニ或國ノ主權ノ下ニ立ツ所ノ土地ハ反面的  
先占ニ因リテ取得スルコトヲ得ス

(ホ) 限界ヲ立ツルコトヲ要ス 先占シタル土地ハ其範圍ヲ確定セサルヘカ  
ラス然ラサレハ如何ナル土地ヲ先占シタルヤ明カナラス古ハ其範圍ヲ定メ  
スシテ先占シタルコトアリ例ヘハ河口ヲ先占シテ河流ヲモ先占シタルモノ  
ト爲シタルコトアリ此ノ如クシテ先占ノ範圍ハ極メテ不明確ナルヘシ是レ  
即チ先占ノ客體ハ一定ノ限界ヲ立テサルヘカラスト謂フ所以ナリ  
(ニ) 形式上ノ要素トシテ先占ヲ外國ニ通牒スルコトヲ要ス 先占シタル國  
家ハ或土地ヲ先占シタルコトヲ他國ニ向ヒテ通牒セサルヘカラス然ラズシ  
ハ他國ハ其土地カ先占セラレタルヤ否ヤ判然セサルヲ以テ或ハ自ら其土地  
ヲ先占セントノスルノ恐ナキニ非サレハナリ

尙ホ先占ヲ爲シタルトキハ其先占ノ行爲ヲ繼續セサルヘカラス換言スレハ  
其土地ニ主權ヲ行使スルコトヲ要ス若シ先占ノ行爲ヲ絶止スルトキハ先占

ハ其效力ヲ失フ

以上六箇ノ要素ヲ具備シテ始メテ先占ノ先占タル效力ヲ生ズルナリ

(二) 自然ノ増殖 自然ノ増殖トハ國家カ自己ノ行為ヲ用ヒスシテ自國ノ領地ニ他國ノ土地ノ附著シタル場合ヲ謂フ即チ天變地異ニ因リテ土地ヲ増殖シタルトキハ増殖シタル部分ニ對シ其國ノ主權ヲ及ホスコトヲ得例ヘハ日本ノ領海内ニ島地ヲ生シタルトキハ當然日本ハ此島地ニ主權ヲ及ホスコトヲ得何トナレハ日本ノ領海内ハ日本主權ノ及フ所ナレハナリ又例ヘハ國境ヲ接シタル國家ノ一部カ他國ニ附合シタルトキハ其増殖地ハ其附台國ノ領地ト爲ル又河底ノ乾涸シタル場合モ亦此類ナリ

(乙) 傳來ノ取得 傳來ノ取得ハ他言ヲ以テスレハ讓受若クハ割讓ヲ謂フ即チ從來一國カ主權ヲ有シタル土地ヲ他國ニ讓與スルノ謂ナリ故ニ傳來ノ取得カ國際法上ノ法律關係ヲ生ズルニハ其原因ナカルヘカラス其法律上ノ原因トハ讓渡國ト讓受國トノ間ノ法律行為ヲ謂フ尙ホ一步ヲ進メテ言ヘハ讓渡國ハ讓渡ノ意思ヲ有シ讓受國ハ讓受ノ意思ヲ有シ其行為ヲ爲シタルコトヲ要ス

傳來ノ取得ニハ法律上ノ原因ナカルヘカラサルヲ以テ條約ヲ以テ其約定ヲ爲ササルヘカラス而シテ傳來ノ取得カ適法ニ成立シタルヤ否ヤハ一ニ條約カ適法ナルヤ又ハ不適法ナルヤニ因リテ定マル約言スレハ其讓受ノ有效無効ハ其條約ノ有效無効ニ繫ル故ニ條約ノ有效若クハ無効ナルトキハ讓受モ亦有效若クハ無効ト爲ル

元來國家カ自國ノ領地ヲ他國ニ讓渡スルコトヲ得ルヤ否ヤハ疑問ニ屬ス或學者ハ曰ク主權ハ不可分ナリ故ニ一國ノ領地ノ一部分ハ他國ニ讓與スルコトヲ得ス何トナレハ主權不可分ノ原則ニ反スレハナリ然レトモ予輩ハ之ヲ主權不可分ノ原則ニ反スルモノニ非スト信ス蓋シ主權不可分トハ領地ニ對スル主權ト人民ニ對スル主權又ハ國際法ノ主權ト國內法ノ主權ト分割スルコトヲ得ナルノ謂ナリ然ルニ領地ノ割讓トハ自國領地ノ一部分ニ主權ヲ行フコトヲ拋棄シテ他國ニ主權ヲ行ハシムルヲ意味スルニ過キス馬關條約第二條ニ依レハ臺灣ノ上ノ主權ヲ割讓スルコトヲ規定セリ是レ敢テ不法ニ非ス又「ホルツェンドルフ」ノ國際法中ニ明カニ主權ノ割讓ナル文字ヲ用ヒタリ主權ノ割讓ト云ヘハ

自國ハ其土地ノ上ニ行フ所ノ主權ヲ棄ツルカ故ニ他國ヲシテ其上ニ主權ヲ行ハシムト云フノ意ニシテ主權自身カ狭小ト爲ルモノニ非スシテ唯主權ノ行ハルル範圍ノ狭小ト爲ルニ過キス故ニ主權割讓ノ文字ヲ用フルモ毫モ不可ナルコトナシ

領地ヲ割讓スル條約ヲ締結シタルニ國法上ノ條件ヲ充タササルトキハ其條約ノ效力ハ如何予ハ此條約ハ當然有效ナリト信ス何トナレハ條約ハ苟モ主權ヲ有スル國家ト他ノ主權ヲ有スル國家トノ間ニ締結シタルモノナル以上ハ當然有效ナルモノニシテ國法上ノ問題ヲ以テ其效力ヲ左右スルコトヲ得ルモノニ非サレハナリ例ヘハ「イリチック」條約論中ニ一國カ他國ト條約ヲ締結スルニ他國ノ國法ヲ探究スルノ必要アリヤ否ヤノ問題ヲ掲クルモ予ハ此ノ如キ義務ナキモノト信ス若シ其義務アリトセハ一國ハ他國ノ總テノ法律ヲ知ラサルヘカラサル義務アリテ到底其煩ニ堪ヘサルヘシ故ニ決シテ斯ル義務ナシ元來條約ヲ締結スルニ付ラハ全權大臣即チ實際條約ノ締結ヲ爲ス者カ全權ヲ有スルヤ否ヤヲ明カニシ全權大臣カ條約締結ニ關スル全權ヲ有スルトキハ之ト締結シ

タル條約ハ完全ニ成立スルモノナリ左レハ斯ル條約ノ有效無効ニ付テハ國際法上疑義ヲ挾ムノ餘地ナシ

學者或ハ曰ク斯ル條約ハ國內ニ於テハ憲法上之ヲ締結スルコトヲ得サルニ非スヤ縱令之ヲ締結スルモ之ヲ實行スルコトヲ得サルニ非スヤト然レトモ國內ニ於テ條約ヲ實行シ得ルト否トニ依リテ條約ノ有效無効ハ決定スルコトヲ得ヘキモノニ非ス縱令國法上之ヲ實行スルコトヲ得サルモ國際法上之ヲ實行スヘキ義務ニハ何等ノ妨害ナシ又實行ヲ強ヒンカ爲メニハ國法ヲ變更スヘキモノナリ此事タル決シテ事實不能ノコトニ非ス憲法ニ違反セルヤ否ヤハ唯國法上ノ議論ノミ如何ニシテモ國法ヲ改正變更スルコトヲ得サルトキハ條約ハ實行セラルルコトナカルヘク然ラハ其條約ヲ締結シ之カ履行ノ義務ヲ負ヒタル國家ハ國際法上條約違反ノ責任ヲ負フヘキモノナリ

之ニ附帯シテ説明スヘキハ國家ト非國家例ヘハ國家的組織ヲ爲ササル部落ノ酋長トノ間ニ爲シタル約定ハ條約ナリヤ否ヤ又其約定ニ依リテ傳承ノ取得ヲ生スルヤ否ヤ條約ハ國家ト國家トノ間ニ行ハルルモノニシテ彼ノ酋長ノ如キ

ハ國家ニ非ス故ニ國家ト非國家間ノ約定ハ私法上ノ契約ナルモ國際法上ノ條約ト謂フコトヲ得ス故ニ國際法上ヨリ觀テ會長モ將タ國家モ此約定ニ拘束セラルルコトナシ然ルニ此ノ如ク嚴正ニ論スルトキハ條約ノ無効ナルモノ屬シ發生スルノ恐アリ例ヘハ佛國カチニスト爲シタル約定ノ如キ純理上ヨリ論スレハ有效ナル條約ニ非サルモ各國ハ之ヲ有效ト認メタリ是レ實際上甚タ便益ナリ故ニ多數ノ學者ハ斯ル約定ヲ國際法ノ條約ニ準スヘキ條約準國際法的關係ト爲セリ予ハ理論上ヨリ之ヲ準條約ト爲サス何トナレハ之ヲシモ條約ナリトスレハ國家ト私人ト爲シタル契約モ亦準國際法的關係ト爲ルヘク隨テ國際法ハ破滅スヘケレハナリ

甲乙ノ國家間ニ領地割讓ノ條約締結セラレタル場合ニ第三國ハ之ヲ妨害スルノ權利アリヤ例ヘハ千八百七十七年露土間ノ戰爭ニ於テ露國ハ土耳其ヨリ數多ノ土地ヲ割讓セシムルコトヲ「アンスタフ」ノ條約ヲ以テ定メタリ然ルニ獨英埃ノ三國ハ之ヲ以テ歐羅巴ノ權力平均ニ害アリト爲シ異議ヲ申込ミタリ此場合ニ三國ハ露國ノ土耳其ニ對スル權利ヲ妨害スル權利アリタルヤ日清

間ニ遼東半島ヲ東洋ノ平和ニ害アリトノ理由ヲ以テ露佛獨ノ同盟ニ依リテ清國ニ還付セシメタルカ如キ尙ホ千八百六十七年ニ和蘭カ「ル」カ「ル」カ「ル」佛國ニ割讓センコトヲ約シタルニ普羅西ノ之ヲ妨ケタルカ如シ此問題ハ決シテ法律上ノ問題ニ非スシテ政治上ノ問題ナリ權力ノ平均又ハ東洋ノ平和ヲ害スルモ必スシモ國家ノ權利ヲ妨ケタルモノニ非ス然ラハ則チ第三國ハ之ヲ妨害スルノ權利ヲ有セス以上ノ實例ノ如キハ國際法ノ權利義務ノ關係ヨリ割讓條約ヲ無効ト爲シタルニ非ス唯合意ニ因リテ之ヲ廢棄スルコトヲ約シタルノミ

歐洲ニ「コンサート」ナル語アリ強國カ集合シテ外交上ノ問題ニ付テ協議スルコトヲ意味ス是レ國際法ノ問題ニ非スシテ政治問題ナリ隨テ第三國カ「コンサート」ニ依リテ當事國間ノ土地割讓ヲ妨害セントスルコトハ法律問題トシテハ毫モ齒牙ニ介スルノ價値ナシ

次ニ傳來取得ノ種類ヲ舉ゲシ

(一) 交換 茲ニ交換トハ土地ヲ以テ土地ニ換フルヲ謂フ其實例ハ明治八年千

島樺太交換條約ニ依リテ樺太ヲ露國ニ與ヘ千島ヲ日本ニ取リタルカ如シ又最近ノ例ハ千八百八十九年明治二十二年ニ獨英間ニ於テ爲シタル土地ノ交換即チ英國ハ北海ニ在ル「ヘルゴランド」ヲ獨逸ニ獨逸ハ阿非利加ノ「ウイツ」サンシ「バー」外ニ箇所ヲ英國ニ與ヘタルカ如シ

(二) 賣買 領地ノ賣買ニ付テハ古ヨリ多數ノ例アリ露國カ北亞米利加ヨリ「アラスカ」ヲ買入レタルカ如ク又千八百八十六年明治十九年英國カ「ソト」ラ島ヲ印度ヨリ買入レタルカ如シ尙ホ參考書ヲ繕ケハ多數ノ實例アリ近時獨逸ノ學者ニシテ説ヲ爲ス者アリ國家ハ國際法上土地ヲ賣買スルコトヲ得ス何トナレハ私法上ニ於テハ土地ハ財産ナレハ之ヲ賣買スルコト自由ナルモ國家ノ土地ハ財産ニ非ス故ニ之ヲ讓渡スコトハ國際法ノ許ササル所ナリト然レトモ予ハ金錢ヲ支拂ヒ土地ヲ取得スルハ自由ナリト信ス人間ノ生命ハ金錢ニテ贖フコトヲ得サルモ外國人ニ殺サレタルカ爲メ償金ヲ取ルコトハ屬アリ故ニ金錢ニ見積ルコトヲ得又公法上ノ權利義務、兵役ノ義務ノ如キモ金錢ヲ以テ償フコトヲ得ヘシトスル國アリ國家ノ土地モ此種ノ論法ヲ以テ賣買スルニ妨ナキナリ」

(三) 贈與 贈與ニハ數箇ノ種類アリ

(イ) 單ニ厚意ヲ以ラスル所ノ贈與 例ヘハ千八百六十三年ニ英國カ「アイオニヤン」群島ヲ希臘ニ贈與シタルカ如シ尤モ其真正ノ原因ハ英國カ露土ノ勢カヲ抑壓セントスルニ在リシナリ

(ロ) 恩惠ニ報ユルカ爲メニスル贈與 例ヘハ千八百六十年ニ伊國カ其領地「ニース」ヲ「ポア」佛國ニ贈與シタルカ如シ是レ千八百五十九年伊、埃間ノ戰爭ノ後伊國カ「ロンバルデー」ヲ埃國ヨリ取戻シタルハ那彼翁第三世ノ力ニ依リタルモノナルヲ以テ之ニ報ヒンカ爲メニ爲シタル贈與ナリ

(ハ) 媾和條約ヲ以テスル所ノ土地ノ贈與 贈與ヲ媾和條約ニ依リテ爲スハ適法ナリヤ否ヤ或ハ贈與ニ非スシテ強奪ナリ國家カ他ノ國家ヲ脅迫シテ土地ヲ割讓セシムルト一般ナリト論スル者アリ然レトモ予ハ媾和條約ニ依リテ得タル土地ハ強奪ニ非スト信スル者ナリ媾和條約ニ依ル土地ノ割讓カ有效ナリト唱フル根據ハ種種アリ

第一說 國家ハ完全ニ意思ヲ有スルモノナリ曰ク戰爭ヲ繼續シテ更ニ大ナ



ル困難危險ヲ受タルコトヲ恐フヤ將タ土地ヲ割讓スルカ兩者ヲ擇一スルノ自由アレハナリト(例ヘハ「マルチンス」之ヲ取スル者ハ曰ク然ラハ強盜ノ場合モ亦同一理由ヲ以テ國法上有効ナリト云フニ歸セント之ヲ辯解スル者ハ曰ク國家ハ自滅權ヲ有スレトモ一私人ハ自滅權ヲ有セス何トナレハ人民ハ國家ノ一員ナレハ自殺ノ權ヲ有セサルモ國家ハ自己ノ任意ニ因リテ存在スルモノナルカ故ニ自己ヲ廢滅スルノ自由ヲ有スト

第二說 國家ニ對シテハ性質上暴行脅迫ヲ加ヘ得ヘキモノニ非シテ此等ノ行爲ハ凡テ人類ニ向ヒテ爲スモノナリ故ニ條約締結ノ當局者タル人間全體大臣ニ之ヲ加フルトキニ限リテ無効ナルノミ

第三說 若シ媾和條約締結ノトキニ土地ノ割讓ヲ強制スルコトヲ得ストセハ媾和條約ハ締結セラルルコトナカルヘシ隨テ一旦戰端ヲ開クトキハ戰爭ハ終局ノ期ナカルヘシ故ニ之ヲ有效トセサルヘカラスト(例ヘハ「ホール」)

此等諸種ノ學說ニ基キ又慣例上今日ニ於テハ國際法上之ヲ認ム

(四) 掠奪 掠奪トハ從來或國家カ主權ヲ有シタル土地アルニ之ヲ他ノ國家カ

強制手段ヲ以テ取得スルヲ謂フ前ニ述ヘタルカ如ク古ニ在リテハ戰爭ニ因リテ對手國ノ主權ヲ認メザリシカ故ニ先占ニ屬スルモノトシテ之ヲ本來ノ取得中ニ加ヘタルモ今日ハ之ヲ傳來ノ取得トス

(五) 占領及ヒ借受 理論上ヨリ觀レハ此兩者ハ領地主權ノ取得ニ非ザレトモ實際ハ領地主權取得ノ如ク取扱ハルルノ慣行アリ例ヘハ明治三十年ニ支那カ獨逸ニ膠州灣ヲ貸渡シタルカ如シ此場合ハ其他ノ主權ハ獨逸ニ移轉セザルモ獨逸ハ之ヲ取得シタルモノト思考セリ露國カ旅順及ヒ大連灣ヲ借受ケタルカ如キ亦同シ次ニ占領トハ何ソヤ戰時ニ於ケル占領ハ被占領國ノ意思ニ反シテ爲シ平時ニ於テハ合意ヲ以テ爲ス例ヘハ馬關條約ニ於テ期限ヲ附シテ威海衛ヲ占領シタルカ如キ價金ノ擔保トシテ爲シタルモノナレハ價金ノ支拂ト共ニ消滅スルモノナリ平時ノ占領ハ更ニ之ヲ分チテ期限附ト無期限及ヒ條件附ト無條件ト爲ス日本カ威海衛ヲ占領シタルハ期限附ニシテ條件附占領ナリ又千八百七十八年ノ柏林條約ニ依リテ土耳其ノ領地「ボスニヤ」(ヘルセゴビナ)ヲ獨逸カ占領シ又千八百七十八年英國カ土耳其ノ合意ヲ得テ地中海ニ於ケル土耳

古ノ「サイプラーネ」ヲ占領シタルカ如キハ平時ニ於ケル無期限ノ占領ナリ然レドモ借受及ヒ占領ハ學理上ヨリ云ヘハ決シテ土地主權ノ取得ニハ非ス以上ノ五種ハ領地主權取得ノ種類ナリ尙ホ一ノ問題ト爲レルハ時効ナリ時効ハ領地主權取得ノ原因ト爲ルヤ國內法ニハ消滅時効ト取得時効トノ二種アリト雖モ國際法ニハ取得時効アルノミ國際法上ニ於テ取得時効ヲ認ムルニ付テハ二三ノ學說アリ「ヴァッタル」ハ盛ニ積極說ヲ主張セリ若シ之ヲ認メサルトキハ殆ト總テノ國家ハ國家ニ非ス何トナレハ證據ナク正權原ナクシテ取得シタルモノハ正當ノ國家ニ非タルコトト爲ルヘケレハナリト「グロチエーヌ」モ亦時効ヲ認メ唯其期間ハ之ヲ定ムルコトヲ得スト爲シ人カ知り得サル古ヨリ占領スルトキハ主權ハ移ルモノナリト

### 第二章 國家ノ承認

國家ノ承認ハ國家ノ成立ト嚴格ニ區別セサルヘカラス國家ハ如何ニシテ成立スルヤ又國家ハ如何ニシテ主權ヲ取得シ及ヒ人民ヲ得タルカ國家ハ人土地主

權ニ依リテ成立ス既ニ成立セルモノハ之ヲ成立セスト爲スコトヲ得ス承認ハ其成立シタル國家ヲ承認スルヤ否ヤノ問題ナリ國家トシテ成立セサルモノヲ國家ナリト承認スルコトヲ得ス故ニ承認ニハ國家ノ成立アルコトヲ前提トセサルヘカラス

然ラハ承認ハ何か爲メニ之ヲ爲スカ既ニ成立セル國家ヲ承認スルハ不必要ナルカ如シト雖モ承認ノ意義ハ國際法上ノ勸ヲ爲スコトヲ肯シスルノ意ナリ國家カ承認セラレサルトキハ國內ニ對シテ如何ナル權利ヲ有スル者モ外國ニ對シテ何等ノ權利ヲモ行フコト能ハス

既ニ國家トシテ成立セサレハ承認ヲ受タルコトヲ得スト雖モ其例外トシテ交戰主體ノ承認ナルモノアリ戰時國際法上ノ戰爭ニ關スルコトニ付テノミ成立シタルモノト認ム之ヲ認ムルニハ特別ノ利益ノ存スルモノアリ而シテ其交戰主體承認ノ要件トシテ或國家ニ向ヒテ反亂ヲ起シタル團體アリテ其國家カ一時之ヲ抑制スルコトヲ得ナル状態ニ在ルコトヲ要ス然ラハ之ヲ承認スルノ利益ハ如何此問題ハ三箇ノ方面ヨリ觀察セサルヘカラス第一反亂セラレタル國

家ニ利益アリ第二、反亂團體自身モ利益ヲ受ク第三、第三國モ亦利益ヲ受ク以下  
 順次之ヲ詳説スヘシ

第一 被反亂國ノ利益 普通ニ考フレハ被反亂國ハ反亂團體ヲ交戦主體ト認  
 ムルコト甚タ不利益ニシテ又不名譽ナルカ如シ然レトモ國家ハ自國人ノ爲シ  
 タル行爲ニ關シ責任ヲ負ハサルヘカラス若シ反亂團體ヲ承認スレハ叙上ノ責  
 任ヲ免ルヘシ是レ被反亂國ノ利益ナル所以ナリ

第二 反亂團體ノ利益 反亂團體ノ各員ハ團體カ交戦主體ト認メラレサルニ  
 因リテ國內法上直チニ刑罰ニ處セララルモ若シ認メララルトキハ國際法ノ適  
 用ヲ受クルノ利益アリ又交戦主體ト認メラレサルトキハ本國ノ和親國カ本國  
 ト同盟シ團體ヲ攻撃スルノ恐アリ例ヘハ支那ノ長髮賊カ交戦團體ト認メラレ  
 ナリシノ結果英佛露ノ和親國支那ニ與シテ之ヲ攻撃シタルカ如シ若シ承認セ  
 ラレタルトキハ他國ハ多クノ局外中立國ト爲ルカ故ニ本國ト同盟シテ攻撃ヲ  
 加フルノ危険ナカルヘシ

第三 第三國ノ利益 第三國ノ人民ハ反亂團體ヲ爲メニ暴行ヲ受クル危険ヲ

### 經濟學總論

久保 無二雄 講述

### 第一章 人類及其經濟的性質

經濟ヲ爲ス本體ハ人類ナリ故ニ近時經濟學ヲ講究スルニ之ヲ以テ其發端ト爲  
 スヲ常トス「ロフシユル」氏著書經濟學ノ卷頭第一ノ語ニ曰ク「斯學ノ起點及ヒ終點  
 ハ人ナリ」ト予ハ先ツ人類ノ欲望ヲ以テ此講義ノ端緒ヲ開カン

欲望トハ不愉快ヲ避ク(愉快ニ變シ)又不足ノ感ヲ満足ナラシメントスルノ意思  
 ヲ謂フ今此欲望ヲ大別スルトキハ二種ト爲スコトヲ得

(甲) 物質的欲望  
 (乙) 精神的欲望

是ナリ物質的欲望トハ自然界ニ散在スル萬物即チ物及ヒ人即チ外界物ニ依リテ達スル欲望ニシテ吾人カ飢餓ヲ凌カンカ爲メ飲食物ヲ需メ寒暑ヲ防カンカ爲メ衣服家屋ヲ要シ又保生ノ爲メ他人ノ扶養ヲ缺クヘカラサル等ノ欲望ヨリ發達シタル人類社會ニ於テ學問的ノ技術ヲ應用シ自然界ヨリ貨物ヲ獲取シ之ニ加工シ以テ漸ク其満足ヲ爲スコトヲ得ル欲望ニ至ルマテ皆之ニ屬ス是レ即チ經濟的生活ヲフ人類ノ社會的生活ノ一大方面カ依リテ以テ發生スル「心理生理的」(psycho-physich)基礎トモ稱スヘキモノナリ

精神の欲望トハ外界ニ關係ナク内心界ニ於ケル心理的作用ニ依リ満足セララルル欲望ヲ謂フ

抑モ人類ハ決シテ餓エタルトキニ食シ寒ニ遭ヒテ衣服ヲ需ムル等ノ物質的欲望ヲ滿タスヲ以テ足レリトスルモノニ非ス野蠻嗜味ナル人類ノ物質的欲望スラ之ヲ最高等ノ獸類ニ比スレハ遙ニ多方面ニシテ大ニ其趣ヲ異ニスルノミナラス精神の欲望ニ至リテハ生物中人類ニノミ特有ナル性質ト看做スモ敢テ不可ナク古來人ヲ萬物ノ靈ト稱スルモ蓋シ此特性ニ存スルナキヲ得ンヤ物ノ理

ヲ考究シ智識ヲ開發セント欲スルノ念知性的欲望事物ノ善惡是非ヲ判斷シ善ヲ好ミ惡ヲ忌ミ品性ヲシテ高尚ナラシメ道德上ノ理想ニ達セント欲スル念行性的欲望或ハ道德的欲望藝術品好風景ヲ愛シ不審美的ノ物ニ觸レテ不快ヲ感シ美ヲ賞賛シ醜ヲ嫌避スルノ念審美的欲望吾人カ有スル五官ノ知覺ト精神ノ解釋力トヲ以テ知得シタル實界生活ヲ以テ尙ホ自ラ安ンセス其範圍以上ニ悟道處世ノ觀念ヲ有シ有形無形ノ神佛ニ依リ満足安心ヲ得ント欲スルノ念宗教的欲望等ノ如キ其實際ニ至リテハ千種萬態ニシテ之ヲ枚舉スヘカラス而シテ今之ヲ總括シテ人類ノ精神の欲望ト稱ス

精神の欲望ハ物質的欲望ト相待チテ互ニ開發増進スルモノナルヲ以テ此特別ノ關係ニ在リテハ經濟學ノ研究物ト爲ルヘキモノナリト雖モ人類ノ欲望中經濟及ヒ經濟學ニ最大ノ關係ヲ有スルモノハ蓋シ物質的欲望ナリ

從來經濟學者ハ通常物質的欲望ヲ以下ノ三種ニ區別ス

第一 自然的欲望

第二 地位の欲望

第三 賡澤的欲望

自然的欲望トハ吾人カ生活スルニ必要缺クヘカラサル物ニ對スル欲望ニ外ナラス即チ人類カ生存スル爲メ生理的ニ生スル欲望ナリ地位的欲望ハ吾人カ社會ニ立チテ自己ノ地位品格ヲ保ツカ爲メニ生スル欲望ニシテ各社會ノ階級ニ伴フ所ノ欲望ナリ賡澤的欲望ハ自然的及ヒ地位的欲望以上ノ欲望ニシテ之ヲ満足セシムルニ足ル物カ缺クレハトテ吾人ノ自然的及ヒ地位的ノ生存ハ直接ニ痛痒ヲ感セス生活ノ快樂ヲ得ルノ念ヨリ生スル欲望ナリ

以上三箇ノ欲望ニ付テ常ニ配價スヘキハ時ト處トニ依リテ皆其程度ヲ異ニシ又同シ時ト處トニ於テモ其人ノ有スル社會ノ地位ト共ニ異ナルコト是ナリ經濟生活カ歴史の變遷ヲ爲スト共ニ物質的の欲望モ其程度ヲ變シ嘗テ賡澤的欲望ト看做シタルモノモ今日ニ至リテハ最早必スシモ賡澤的欲望ニ非スシテ却テ地位の若クハ自然的欲望ト爲リタルモノアリ又例ヘハ亞非利加土人カ尊重スル賡澤品ヲ以テ日本人ハ生活ノ快樂ヲ得ルコト能ハス之ニ反シ歐羅巴人ノ自然的欲望ヲ滿タスニ足ル物カ日本人ニ取リテハ其地位的或ハ賡澤的欲望ヲ滿

タスコトヲ得ルコトアリ而シテ欲望カ貴賤貧富ノ差ニ依リ其程度ヲ異ニスルハ論ヲ埃タス

人類ノ欲望ハ其物質的のタルト精神的のタルトヲ問ハス文明ノ進歩經濟ノ發達ト共ニ一般ニ増加シ殊ニ其種類ノ多方面ト爲ルコトハ人類發達史上ノ一法則ト看做スモ敢テ不可ナシ彼ノ盛大ニシテ且精巧ナル生産運搬技術ト巧妙ナル信用制度ヲ利用シ全地球ニ亘リ經營スル現今ノ經濟生活タルヤ人類發生後未曾有ノ現象ナリ而シテ此偉大ナル萬國史の現象カ相待テ生スル所以ノモノハ實ニ人類ノ欲望ノ發達ニ外ナラスト謂ハサルヲ得サルナリ

吾人ノ欲望其關スル所此ノ如ク大ナリ然ルニ欲望ノ發達ハ未タ必スシモ人生ノ幸福ト文明ノ眞價トヲ保證セス巨萬ノ富ヲ抱キ無數ノ欲望ヲ盡スニ汲汲トシテ足ルコトヲ知ラサル者ヲ顔ニ汗シテ終日其職ニ就キ單純質素ナル生活ヲ營ミ又一瓢酒一箠食ヲ以テ物質的の欲望ヲ満足シ尙ホ餘アル者ニ比スルニ其生活カ幸福ナルヲ認ムル能ハス第十七八世紀ニ亘リ佛國ノ王政府カ全盛ヲ極メシ望ヅルナクハ當時ノ上流社會ノ會合所ニシテ互ニ美ヲ競ヒ粹ヲ爭ヒ

禮儀作法ノ整頓會話ノ輕妙生活ノ騷奢等到ラサルナク佛國ノ歴史家「アール」ハ其有名ナル著書現今ノ佛國ノ起源ニ之ヲ目シテ神男神女ノ生活ナリト呼ビタリト雖モ「ルーン」ハ此生活ヲ以テ人類ヲシテ幸福ナラシムルモノトセス却テ自然ノ天真ヲ羨ミ之ヲ指摘シテ當時ノ社會ニ向ヒ歸去來ナン歸去來ナン天然ニ歸去來ナント絶叫セシカ如キ又現今歐米ノ文明國ニ於テ物質的事物ノ發達ニ嫌焉トシテ質素寡欲ノ生活方法ヲ紹介スル厭世家ノ輩出スル等是レ皆欲望ノ發達ニ伴ヒテ生シタル特種ノ社會的現象ニシテ且其是非ニ關スル判斷ノ據リナ別ル所ナリ

欲望ノ發達ハ人生ノ幸福ヲ與ヘストスレハ吾人ハ之ヲ忌避シ欲望ヲ制壓シ無欲ヲカムヘキモノナルヤ曰ク否上ニ記スルカ如ク欲望ノ發達ハ人性ノ天然ニ存シ文化ノ進歩ト離ルヘカラサルモノニシテ吾人ハ決シテ之ヲ防ク能ハス又之ヲ妨クヘキモノニ非ス唯欲望ノ不道德的ナルモノ及ヒ欲望ヲ滿タスニ不道德的手段ヲ用フルハ社會ノ福利ヲ害スルノミナラス其當該者自ラノ幸福モ共ニ失フニ至ルナリ文明ノ進歩欲望ノ增長ト人生ノ幸福トカ平均ニ隨伴セザル

ノミナラス或ハ之ニ相反シ遂ニ厭世畏縮ノ悲聲ヲ生セシムル所以ノモノハ要スルニ欲望ニ不道德ナル病的變形ヲ生シタルニ歸因スルニ非サルナキヲ得シヤ是レ經濟學ヲ攻究シ經濟事物ノ改良進歩ヲ圖リ社會ノ福利ヲ増進スルニ力ムル者ノ常ニ注意著目シテ忽ニスヘカラサル點ナリ

近時ニ至リテ欲望ニ關シ別種ノ區別方法行ハル即チ「サタクヌ」(塊「アグキル」)編)民等ノ唱フル所ニシテ此區別ニ依レハ次ノ如シ

(一) 簡人的欲望  
(二) 共同的欲望

簡人的欲望トハ吾人カ一簡人トシテ有スル欲望ニシテ共同的欲望トハ吾人カ社會的團體ニ屬スルカ爲メ生スル欲望ヲ謂フ蓋シ吾人ハ決シテ一簡人ノ欲望ノミニ非ス必ス團體ノ一員トシテノ欲望ヲ有スルモノナリ即チ國家ノ生存社會ノ維持ニ必要ナル設計經營ニシテ簡人的利益ノ範圍外ニ社會的團體ニ共通ノ欲望ニシテ公共團體(國家市町村自治體等)ノ財政ノ如キ實ニ此共同的欲望ニ依リテ生スルモノナリ

欲望ヲ滿タスモノ之ヲ貨物財貨ト謂フ而シテ經濟上ニ於テ研究スヘキ貨物ハ前述シタル物質的欲望ヲ滿タスモノ即チ天然物及ヒ人ナリ而シテ欲望ナルモノハ一度満足スルモ永久ニ満足セラレルモノニ非ス故ニ吾人ノ生活スル間ハ欲望ノ絶ニ暇ナクシテ又之ヲ満足スルノ貨物ヲ常ニ必要トシ宛然吾人ノ生活ハ欲望貨物ノ交替ヨリ成立ツカ如キ觀アリ

尙ホ進ミテ吾人カ經濟的行動ヲ支配スル心性即チ人類ノ經濟的性質ヲ分析セシカ左ノ五種ノ心理的原動力ヲ見出スヘシ

(一) 經濟的ノ利益ヲ需メントスル心 假ニ之ヲ利己心ト稱ス此利己心モ亦二種ノ方面ニ別ワコトヲ得

(イ) 吾人ノ生活ヲ保有スル爲メニ必要ナル財貨ヲ需ムル心  
(ロ) 他人ヲ害スルモ尙ホ財貨ヲ需ムル心或ハ之ヲ我利心ト謂フ

利己心ハ吾人ノ經濟的性質中最モ大ナル勢力ヲ占ムルモノニシテ經濟生活ハ主トシテ此心理的原動力ニ依リ運轉セラルルカノ如キ趣ナキニ非ス故ニ英吉利派ノ經濟學者ハ利己心ヲ以テ論理ノ出發點トシテ演繹スレハ經濟ヲ説明ス

雜 報

○刑法改正案ノ貴族院通過 刑法改正案ハ第三年第八號雜報欄ニ記載シタル如ク去月二十日貴族院ニ於テ第二讀會ヲ開クコトノ決議ヲ爲シ越エテ二十四日ノ議事日程ニ上リ討議ノ末原案第十八條ヲ刪除シ他ハ委員會ノ決議通可決セラレタリ今其修正ノ商條ヲ左ニ示サン

第十八條 刪除

第四十六條第二項 防衛ニ必要ナル程度ヲ超エタル行爲ハ情狀ニ因リ其刑ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得

第六十一條第一項 併合罪中重キ罪ニ附加刑ナシト雖モ他ノ罪ニ附加刑アルトキハ之ヲ附加スルコトヲ得以下同文

第六十八條第一項 十年ヲ五年  
第七十七條第一項 犯人ノ身分ニ因リ構成ス可キ犯罪行爲ニ加功シタルト

キハ其身分ナキ者ト雖モ仍ホ其犯トス  
 第七十九條第二項 法律上刑ヲ減輕スルコトヲ得ヘキ場合亦同シ  
 第八十八條第二項 神宮又ハ皇陵ニ對シ不敬ノ行爲アリタル者亦同シ  
 第二百二十二條 罰金以上ノ刑ニ該ル罪ヲ犯シタル者以下同文  
 第二百二十五條 何等ノ目的ヲ問ハス之ヲ違スル爲メ多衆聚合シテ暴行又ハ脅迫ヲ爲シタル者以下同文  
 第二百二十六條 暴行又ハ脅迫ヲ以テ目的ヲ違スル爲メ多衆聚合シ當該公務員ヨリ解散ノ命令ヲ受タルト雖モ以下同文  
 第二百三十三條 第二百三十七條 第二百七十四條 準備ヲ豫備  
 第十一章 標題中通信フ二字ヲ刪ル(隨テ目次ヲ改ム)  
 第二百五十一條 第二項 三年以上ヲ三年以下  
 第二百五十三條 第二項 神宮又ハ皇陵ニ侵入シタル者亦同シ  
 第二百六十一條 税關官吏阿片煙又ハ阿片吸食ノ器具ヲ輸入シ又ハ其輸入ヲ許シタルトキハ以下同文

第六十二條 第二項 阿片煙ヲ吸食スル爲メ房屋ヲ給與シテ利ヲ圖ル者ハ七年以下ノ懲役ニ處ス  
 第六十七條 第二百七十七條 第二百七十八條 五年ヲ七年  
 第七十條 第二百七十三條 三年ヲ五年  
 第七十四條 行使ノ目的ヲ以テ偽造變造ノ貨幣紙幣又ハ兌換銀行券ヲ收得シタル者ハ三年以下ノ懲役ニ處ス  
 第七十九條 第八十條 第八十二條 第八十三條 不正ニ三字ヲ刪ル  
 第九十七條 第九十九條 法令ヲ法律ト改ム  
 第二百二十八條 水火ノ下點ヲ除ク  
 第二百三十四條 「死刑」ノ二字ヲ刪ル  
 第二百三十五條 人ヲ殺シタル者左ニ記載シタル情狀アルトキハ死刑又ハ無期懲役ニ處ス  
 一 自己又ハ配偶者ノ直系尊屬ニ對シテ犯シタルトキ  
 二 謀ヲ犯シタルトキ



第二百四十條 第二項刪除

(委員長ノ報告ニ依レハ下等社會等ニ在リテ妻女カ貞操ヲ缺ク等ノ場合ニ動モスレハ頭髮ヲ切ルコトアリ斯ル場合ニ一年以下ノ懲役ニ處スルハ酷ナリト云フ理由ニテ刪除スルコトニ修正セラレタルモノノ如シ) 第二百五十七條 自己ノ所有地又ハ看守ス可キ地内ニ於テ扶助ヲ要ス可キ老若幼者以下同文

第二百五十八條 第一項 不法ニ人ヲ逮捕又ハ以下同文

第二百六十六條 第一項及ヒ第二項ノ「國外」ノ文字ヲ帝國外ト改ム

第二百六十八條 本章ノ罪ヲ犯シタル者ニハ公權剝奪及ヒ監視ヲ附加スルコトヲ得

第二百八十二條 「七年」ヲ十年ト改ム

第二百八十五條 自己ノ財物ト雖モ置權又ハ留置權ニ因リ他人ノ占有ニ屬シ又ハ公務所ノ命ニ因リ他人ノ看守シタルモノナルトキハ本章ノ罪ニ付テハ他人ノ財物ト看做ス



(注意) 校外生月謝納付ノ際ハ必ス本紙ヲ切抜キ居所、氏名及爲替番號、金額、並ニ學年別、月謝ノ月別若クハ何月分ヨリ何月分迄ト記入シテ粘券ニ添附スルモノトス

納付書

爲替番號 (八三九〇〇)

一金

但第一學年 月分月謝

右納付候也

居所

明治三十五年 月 日

和佛法律學校會計局御中

納付書

爲替番號 ( )

一金

但第 學年 月分月謝

右納付候也

居所

明治三十五年 月 日

和佛法律學校會計局御中

### 校外生規則摘要

一 講義録ヲ分テテ第一學年、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ツ、  
刑法第一編(一)總論、民法第一編及ヒ第二編第六章マツ、  
第二學年 民法第三編、商法第一編、第二編、第三編、刑  
法第二編、民事訴訟法第一編(第一編)刑事訴訟法(刑事學  
第三學年 民法(第一編第七章以下、第二編第五編)、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  
以テ東京市總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

明治三十五年三月四日印刷  
明治三十五年三月五日發行

(定價金貳拾錢)

東京市牛込區東橫町十七番地

編輯者

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

東京市總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

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