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

PDF issue: 2024-07-28

和仏法律学校講義録

秋山，雅之介 / 松浦，鎮次郎 / 鶴見，守義 / 鶴，丈一郎 / 田中，遜 / 竹井，耕一郎

(出版者 / Publisher)
和佛法律學校
(巻 / Volume)
7
(号 / Number)
高等科
(開始ページ / Start Page)
1
(終了ページ / End Page)
58
(発行年 / Year)
1903-04-12

佛法律學校講義錄

第九拾貳號

三十六年度　高等科ノ七

明治三十六年四月十二日發行

（明治三十五年十一月四日第三種郵便物認可　毎月廿一回一日三日五日六日八日十日十一日十二日十三日十五日十六日十八日廿日廿一日廿三日廿五日廿六日廿七日廿八日廿九日三十日發行）

佛法律學校

高等科第七號目次

憲法

○憲法ノ效力ニ關スル推問……法學士 竹井耕一郎

○憲法ト條約トノ關係及ヒ憲法ノ變更、廢止ニ付テノ推問……法學士 竹井耕一郎

民法

○再婚姻、再養組、家族ノ離籍及ヒ戸主權ノ喪失等ニ關スル質疑應答並ニ推問……法律學士 鶴丈一郎

行政法

○主權ノ所爲ニ關スル講演並ニ處分ニ付テノ推問……法學士 松浦鎮次郎

刑事訴訟法

○公訴權及ヒ私訴權ノ發生原因並ニ公訴權及ヒ私訴權ノ行使ニ關スル講演……法律學士 鶴見守義

國際公法

○海上捕獲ニ關スル推問及ヒ講演……法學士 秋山雅之介

○羅馬法（自六一頁至九二頁）……アドヴォカート アドヴォカート 田中運

雜報 ○最近判例要旨彙報

090
1903
4-7

憲法ノ效力ニ關スル講演

法學士 竹井耕一郎

憲法ノ效力ニ關スル推問ノ效力ニ實質的形式的ノ二種アリ實質的效力トハ法ノ法タル所以ノ力即チ人ノ行爲ヲ束縛シ得ル力ニシテ形式的效力トハ法ニ種種ノ形式アリテ其形式ノ差異ヨリ相互間ニ生スルモノ是ナリ實質的ノ效力ニ付テハ別ニ困難ナル問題ナキヲ以テ之ヲ省略シ茲ニハ專ラ形式的效力ニ付テ研究センコトヲ要ス

第一 憲法ト法律トノ關係

(イ) 憲法ハ法律ナリヤ

或學者ハ曰ク憲法ハ法律ノ一體ナリ先ツ憲法第三十七條ニ「法律ハ帝國議會ノ協賛ヲ經ルヲ要ス」トアリ此中ニ憲法ヲ包含スルヤ明カナリ同第七十三條ニ「之ヲ法律ト憲法トハ其取扱ヲ異ニスルコトヲ定メタリ」雖モ是レ唯政策上ノ手續ノ差

別モ過キス然レトモ第一ニ憲法ノ改正手續ヲ法律ニ比シ一層嚴重ニ除ク然ルニ二者ノ間ニ差別ヲ立ツルハ畢竟憲法ノ權威ヲ知ルヘキ由ミナラス而シテ二十法律ニ關シ定モ改正可廢止モ皆議會ノ協贊ヲ要スルトモ憲法ハ制定ニ關シ天皇ノ議會ノ協贊ナシ第三ニ若シ憲法ヲ法律ナリトセハ例ヘハ第八條ノ勅令ヲ以テ憲法ヲモ改正シ得ト云フカ如キ不都合ナル結論ヲ生スル恐アリ尚ホ憲法第四條ハ憲法ノ根本的ノ規定ニシテ其下ニ於テル法律勅令等ト同一ニ視ルヘカラサルノ趣意ヲ窺フニ足ル

(ロ)、憲法ヲ以テ法律ヲ改廢シ得ルカ如キ或ハ曰ク憲法ト法律トハ各其形式ヲ異ニスルカ故ニ一方ヲ以テ他方ヲ動スニ由ナシト然レトモ第一ニ憲法ハ根本法ニシテ法律ノ效力ハ憲法ニ依リテ定マルモノトス故ニ憲法ヲ以テ法律ノ效力ヲ動スハ原則トシテ爲シ得ヘキ道理ナリ第二ニ憲法ノ改正ハ法律ノ改正ト同シク議會ノ協贊ヲ經ヘシトシ而モ一層鄭重ナル手續ニ依ラシム故ニ憲法改正ノ結果法律ノ效力ヲ動スハ立法論トシテモ差支ナシト云ヒ得ヘシ第三ニ憲法第七十六條ニ依ルモ憲法ノ條規ニ矛盾スル法令ハ效力ナキノ趣意ヲ見ルヘシ

第二　憲法ト命令トノ關係

憲法ト命令トノ關係ニ付テハ憲法ト法律トノ關係ト同一ノ論法ニ依ルコトヲ得ヘキニ因リ茲ニ之ヲ略ス

第三　憲法ト皇室典範トノ關係

皇室典範ハ公法ナリヤ私法ナリヤトノ問題ハ一概ニ一方ニ偏シテ論斷スルコト能ハス例ヘハ皇位繼承及ヒ攝政ニ關スル規定ノ如キハ公法的規定ニシテ皇族ノ婚姻ニ關スル規定ノ如キハ私法ニ屬スルモノト解スヘキカ如シ

憲法ト皇室典範トハ二者互ニ相侵サヽルヲ國法ノ精神トス

憲法ト條約トノ關係及ヒ憲法ノ變更、廢止ニ付テノ推問

法學士　竹井耕一郎

本日ハ條約ノ締結及ヒ憲法ノ改正、廢止ニ付テ研究セント欲ス

講師　國法ト抵觸スル如キ條約ハ之ヲ締結スルコトヲ得ルカ

甲生徒　此場合ハ條件附ニテ條約ヲ締結スルモノナリ國際法上ヨリ言フモ一方ノ相手國ハ他ノ一方ノ相手國ニ於テハ何人カ如何ナル權限ヲ以テ條約ヲ締結スルヤハ當然之ヲ知ラサルヘカラス而シテ此等ハ其國ノ國法ニ依リテ知リ得ヘキモノニシテ相手國ハ如何ナル場合ニ於テモ之カ不知ヲ主張スルコト能ハサルナリ隨テ其國法ニ於テ立法事項ノ如キ條約締約者ノ單獨ノ意思ニテ自由ニ爲シ得サル事項ニ付テハ他ノ機關ノ協贊ヲ得テ履行スルト云フ條件ニ繫ルモノト解スルヨト至當ナルヘシ

乙生徒　條約ハ對外ノ關係ナリ立法ハ對内ノ關係ナルカ故ニ予ハ通般ノ場合ニ於テモ自由ニ締結スルコトヲ得ルモノト信ス相手國ハ唯何人カ締結權ヲ有スルヤヲ知ルヲ以テ足レリトシ國内法ノ詳細ハ固ヨリ之ヲ知ルコト能ハス

丙生徒　何人カ締結權ヲ有スルヤノ問題ニハ權限ノ觀念ヲモ含ムモノナリ但予ハ國際法上所謂締結權者及ヒ其權限ハ事實上ヨリ觀察スルモノニシテ必スシモ其國ノ國法ニ據ルヘキモノニ非スト信ス

講師　予ハ國法上ノ見地ヨリ言フトキハ條約締結モ憲法上大權ノ一ナリ故ニ憲法上ノ見解トシテハ固ヨリ其規定ト抵觸スル如キ條約ヲ締結スルコト能ハスト謂フヘシ

講師　是ヨリ憲法ノ改正及ヒ廢止ニ付キ推問セン憲法ヲ改正シ得ルコトハ第七十三條ノ規定ニ據リテ明カナリト雖モ憲法ノ廢止ニ付テハ二三ノ學說アリ

甲說　廢止ニ付テハ規定ナシ故ニ天皇隨意ノ働ニテ爲シ得ヘシ

乙說　廢止ハ改止ノ中ニ含マルルモノナリ蓋シ改正トハ一面ニ於テ廢止ヲ意味ス詳シク言ヘハ前規定ヲ廢シテ後ノ規定ニ改ムルナリ故ニ改正ノ中ニ廢止ヲ含マシムルモ必スシモ不可ナラス又甲說ノ如ク天皇カ任意ニ廢止ヲ行ヒ得トスルハ憲法制定ノ趣旨ニ反ス憲法發布ノ勅語ニモ將來若此ノ憲法ノ或ル條章ヲ改定スルノ必要ナル時宜ヲ見ルニ至ラハ朕及朕カ繼統ノ子孫ハ發議ノ權ヲ執リ之ヲ議會ニ付シ議會ハ此ノ憲法ニ定メタル要件ニ依リ之ヲ議決スルノ外朕カ子孫及臣民ハ敢テ之カ紛更ヲ試ミルコトヲ得サルヘシ」トアリ加之一部分ノ改正ハ其手續ヲ鄭重ニシテ全部廢止ノ場合ハ天皇任意ノ行動ニ由ルトスルハ甚タ道理ナシ

丙說　憲法ニ廢止ノ規定ナキハ國法上全廢ノ場合ヲ認メサル所以ナリ其理由ハ第一全廢ノ必要ナシ例ヘハ第一條第三條ノ如キハ明カニ之ヲ廢スヘキニ非ス第二廢止ニ關スル明文ナシ第三甲說ハ國法論トシテ謂フヘカラス又乙說ハ改正ノ中ニハ廢止ヲ含ムトスレトモ憲法發布ノ勅語ニ據レハ

成條項ノ變更ニ限リテ豫想ス

講師　予ハ丙說ヲ穩當ナリト考フ

講師　憲法改正案ヲ議スルニ當リ議會ハ修正ヲ加フルコトヲ得ルカ

甲生徒　勅命ヲ以テ發案スル趣旨ニ據レハ修正ノ權ナシ

乙生徒　發案權ト修正權トハ別物ナルカ故ニ甲生徒ノ如ク論スルヿト能ハス

而シテ予ハ修正權ハ原則トシテ議會ニ存スルモノナルカ故ニ特別ノ明文(第六十七條ノ如キ)アルカ又ハ承諾ノ議決ノ如キ事項其モノノ性質上全體ノ可否ニ止マルモノノ外修正權ヲ認メサルヘカラス彼ノ豫算案ニ付テ修正權アルカ如キ參照ノ價値アラン

講師　豫算案ニ付テノ修正權ハ第六十七條ヨリ推斷シ得ヘシト雖モ此ノ如キ明文ナキ場合ニ於テハ必スシモ總テ修正權アリト謂フコト能ハサルヘシ而シテ予ハ本問ニ就テハ修正權ナキ說ニ左袒ス若シ修正權アリトセハ新ニ議案ヲ作成スルトキ同シキカ故ニ勅命ニ由リテ發案スル趣旨ニ反スルコトト爲ルヘシ故ニ議會ハ單ニ全體ニ付テ可否ヲ議決スルニ止ムヘキモノト信ス

講師　議會ニ對シテ可決シタル意法ノ改正案ハ裁可ヲ要スルヤ否ヤ

生徒　裁可ヲ要ス何トナレハ議案ヲ提出セラレタル當時ノ意思ト決議ノ當時ニ於テ異ナルコトナシトセサレハナリ

講師　予ハ裁可ヲ要セスト信ス蓋シ既ニ修正權ナシトシタル以上ハ可決シタル議案ハ天皇ノ意思其儘ナリ或ハ曰ク議會ノ議決ハ人民ニ對シ命令スルモノニ非サルカ故ニ更ニ裁可ヲ要スト然レトモ天皇ノ意思ハ必スシモ直接ニ外部ニ發動スルモノニ非ス或機關ヲ通シ外ニ對シテ效力ヲ生スルコトアリ此場合ニ於テハ固ヨリ其機關ニ命令權アルニ非ス唯天皇ノ意思發動ノ道行トレテ之ヲ通スルニ過キス故ニ此論者ノ論法ハ正確ナラス　結ニ一言スヘキハ憲法改正ニモ副署ヲ要スルコト明カナリ是レ國務ニ關スルモノナルコト勿論ナレハナリ

再婚姻、再緣組、家族ノ離籍及ヒ戸主權ノ喪失等ニ關スル質疑應答竝ニ推問

法律學士　鶴巻孝雄　丈夫豆郎

本日ハ初ノ一時間ハ主トシテ諸君ノ質問ニ對シ予ノ意見ヲ述ヘ後ノ一時間ハ予ヨリ推問セン仍テ先ツ諸君ノ疑點ヲ述ヘラルヘシ

生徒　民法第七百四十一條ニ於テ婚家又ハ養家ヨリ直チニ再婚姻再緣組ニ關リタル他家ニ入ルコトヲ許シタル理由如何

講師　是レ便宜ニ基キタル規定ナリ舊民法人事編第二百四十八條ニ「他家ニ入リタル夫又ハ婚ト爲リタル者ハ其配偶者ノ死亡シタルトキ離婚セハ更ニ他ノ家ニ入ルコトヲ得ス然レトモ婚家及ヒ實家ノ戸主ハ許諾ヲ與ヘテ實家ニ復歸スルコトヲ得」トアリテ舊民法ニハ於テモ婚姻ニ因リテ他家ニ入リ

タル者ハ一旦實家ニ復籍シタル後ニ非ラレハ更ニ他家ニ入ルヲ許サナリシト雖モ此ノ如キハ畢竟無用ノ手續ヲ重ネルニ過キサレハ婚家ヨリ直チニ他家ニ入ルヲ得セシムル方簡便ナリトス而シテ舊民法ハ婚姻ニ因リ他家ニ入リタル者ニ付テノミ規定シ縁組ニ因リ他家ニ入ラタル者ニ付テハ別ニ規定スル所ナカリシト雖モ新民法ハ二者ニ付キ同一ノ規定ヲ設ケタリ但舊法ニハ「配偶者ノ死亡シタルトキト雖モ」トアリテ配偶者ノ生存スルトキ即チ離婚ノ場合ニ於テハ固ヨリ婚家ヨリ更ニ他家ニ入ルヲ許サナリシヤ明瞭ナリ新法ニ於テモ亦離婚及ヒ離縁ノ場合ハ第七百三十九條ニ依リ實家ニ復籍スヘク其他ノ場合ニ於テノミ第七百四十一條ニ依ルコトヲ得ヘキモノトス、

生徒　再養子縁組ノ場合ハ前縁組ニ因ル親族関係ハ依然トシテ存續スルモノナルカ

講師　此點ニ付キ法律ノ明文ナキヲ以テ疑ナキニ非スト雖モ再養子縁組ヲ爲シタルトキハ前縁組ニ因ル親族関係ハ消滅スヘシ蓋シ養子ハ當然養家ニ入リテ其家督ヲ相續スルカ然ラサルモ其家族ト爲ルヘキ者ナリ然ルニ其養家ヲ出テテ更ニ他家ニ入ルトキハ實家ニ復籍シタル場合ト等シク養家ニ於ケル家族関係ノ消滅スヘキハ勿論之ト同時ニ親族関係モ亦消滅スルモノト謂ハサルヲ得サレハナリ第七百三十條第二項ニ於テモ養子ノ配偶者カ養親ノ他ノ養子ナル場合ニ配偶者タル養子ノ離縁ニ因リテ之ト共ニ養家ヲ去リタルトキハ其者ト養親及ヒ其直族トノ親族関係ハ離縁ニ因テスシテ止ムモノト解スヘキカ如シ果シテ然ラハ縁組ニ基ク親族関係ノ止ムヘキ單ニ離縁ノ場合ノミニ限ラサルヤ知ルヘキナリ

生徒　先生ノ御意見ニ依レハ再婚姻又ハ再養子縁組ニ因リテ他家ニ入リタル者カ復籍スヘキトキハ其復籍スル家ハ實家ナルカ如シ果シテ然ラハ第一項ニ於テ婚家又ハ養家ノ戸主ノ同意ヲ要スル理由如何

講師　家族カ戸主ノ家ヲ出テテ他家ニ入ル場合ナルカ故ニ家ノ主宰者タル戸主ノ同意ヲ要スルハ當然ナリ舊法ニ於テハ實家ニ歸ル場合ニ婚家ノ戸主ノ同意ヲ要セリ(新法モ實家ニ歸ルコトヲ許スヤ勿論ナルヘシ)以テ參照スヘシ

生徒　婚家養家ノ戸主ノ同意ナキ場合ニ於テモ何等ノ制裁ナキカ

講師　婚家又ハ養家ノ戸主ノ同意ヲ得テ他家ニ入ルヲ得スト雖モ若シ其同意ヲ得スシテ他家ニ入リタル場合ニ於テハ法律上別段ノ制裁ナシ

講師　第七百四十四條第一項本文ノ例外ハ同項ノ但書ノ場合ト第二項ノ場合トニ限ルカ如何

生徒　明文上然ルカ如シ

講師　第七百四十五條ノ適用ニ因リ例外ノ場合ヲ生スルコトナキヤ

生徒　發見セス

講師　例ヘハ法定ノ推定家督相續人タル女子ヲ有スル者其女子ニ壻養子ヲ爲シタル場合ニ其養子ハ離婚ヲ爲サスシテ離縁ニ因リ其家ヲ去リタルトキハ養子ノ離縁ト同時ニ法定ノ推定家督相續人ニ復シタル女子ハ夫ニ隨ヒテ其家ニ入ルコトヲ爲ルヘシ

生徒　法定ノ推定家督相續人ハ戸主ノ同意アルニ仍ホ他家ニ入リ又ハ一家ヲ創立スルコト能ハサルカ

講師　然リ

生徒　法定ノ推定家督相續人カ戸主ノ意ニ反シテ居所ヲ定メタル場合ニ於テハ戸主ハ相當ノ期間ヲ定メテ其指定シタル場所ニ居所ヲ轉スヘキ旨ヲ催告シタルニ其推定家督相續人カ之ニ從ハサルトキハ戸主ハ之ヲ離籍スルコトヲ得ルカ

講師　第七百四十四條第二項ハ第七百五十條第二項ノ場合ヲ例外トシテ規定シタルモ第七百四十九條ノ場合ハ之ヲ例外ト認メサルヲ以テ此場合ニ於テハ第七百四十四條第一項ノ適用ニ因リ戸主ハ其推定家督相續人ヲ離籍スルコト能ハスト解キタルヘカラス

講師　第七百四十三條ノ行爲ヲ戸主ノ同意ヲ得スシテ爲シタルトキハ如何

生徒　戸主ノ同意ハ此行爲ノ要件ナルカ故ニ同意ナキトキハ無效ナリ

講師　法文ニ戸主ノ同意アルトキハ云々トアルモ別ニ無效ノ制裁ヲ設ケサルコトナシ而シテ法律ハ此等ノ行爲ヲ尚ホ重大ナル行爲ニ付キ同意ヲ得サルル場合ニ於テモ之ヲ無效トセサシテ單ニ取消シ得ヘシトシタリ然ルニ如何ハ此場合ニ於テモ其同意ヲ得サルハ固ヨリ不當ナルモ既ニ爲シタル行爲ハ

之ヲ無效ナラシムルノ趣旨ニ非ナルベシ[illegible]

生徒　法定ノ推定家督相續人カ婚姻又ハ養子緣組ニ因リテ他家ニ入ル場合ニ戸籍吏カ不法ニ之ヲ受理シタルトキハ婚姻又ハ緣組ハ成立スルカ故ニ其結果第七百四十四條第一項本文ノ例外ヲ爲スニ至ルニシテ何トナレハ第七百四十四條第一項本文ニ於テハ他家ニ入リ又ハ一家ヲ創立スルニトヲ得サルヲ原則トセルニ若シ此規定ニ反シテ他家ニ入リタリトセハ即チ是レ其例外ナリト謂ハサルヘカラサルカ如シ如何

師　然リ然レトモ是レ戸籍吏ノ怠慢處務ノ結果ニシテ法律上當然生スヘキ例外ノ場合ニ非ス[illegible]

生徒　先生ハ第七百四十五條ノ場合ニ[illegible]第七百四十四條第一項ノ例外ヲ生スト言ハレタルモ予ハ家ノ關係ニ於テハ推定家督相續人タルノ關係ハ夫婦ハ家ヲ同シウスヘキモノタルノ理ニ基キ一層密接ナリト信ス且第七百四十四條第一項ニハ「得スト」アリテ禁止的ノ文字ヲ用ヒ第七百四十五條ハ單ニ普通ノ場合ヲ想像シテ規定シタルモノノ如シ如何

師　亞妻ハ夫ニ隨ヒテ其家ニ入ルハ一般ノ原則ニシテ妻カ推定家督相續人ナルカ爲メ夫ト家ヲ別ニスルヲ得ス[illegible]

師　第七百四十九條ノ戸主ノ居所指定權ニ服從セサル制裁トシテ扶養ノ義務ヲ免ルルハ總テノ家族ニ及フ然ルニ離籍ニ付テハ未成年者ニ付キ例外アリ其他ニハ離籍スルコト能ハサル場合ナキカ

生徒　夫婦ハ互ニ離籍スルコトヲ得ス何トナレハ夫婦ハ法律上家ヲ同シウスヘキモノニシテ且互ニ同居ノ義務アルヲ以テナリ

師　然リ其他ニナカキカ[illegible]

生徒　法定ノ推定家督相續人ニ例外ナルヘシ其理由ハ第七百四十四條ニ於テ第七百五十條第二項ニ付テハ明文ヲ設ケナカラ第七百四十九條ニ付キ何等其ノ明示ナキニ據リテ觀レハ法定ノ推定家督相續人カ縱令戸主ノ居所指定權ニ從ハサルモ離籍スルコトヲ得サルヘシ

師　然リ[illegible]

師　其他尚キ[illegible]ノ場合アリ即チ家族ノ居所不明ニシテ催告スルモ能ハス

親ルトキハ是ナリ此場合ハ法律ノ所謂催告ニ應セサルトキトイフヲ得サルヲ以テ離籍スルコト能ハサルナリ

講師　第七百五十條ハ未成年者ニモ適用スヘキカ

生徒　然リ

講師　幼者カ養子縁組ヲ爲シタル如キ場合ハ勝ニ失セサルカ

生徒　明文上已ムヲ得サルナリ尚キ一方ヨリ觀ヒ「本條ノ事項ハ頗ル重大ナルモノニシテ戸主權ヲ侵害スルコト甚シ而シテ養子ニ代リテ同意ヲ爲ス人ハ戸主權ノ制裁ヲ甘受スルコトヲ覺悟シテ爲シタルモノト謂フコトヲ得ル」ノミナラス幼者ハ兎ニ角一旦養家ニ入ルニ由リ直チニ無籍者トハ成ラザルヲ以テ積極的ノ斷定ヲ採ラサルコトヲ得ス

講師　第七百五十一條ニ戸主カ其權利ヲ行フコト能ハサルトキ」トアリ其意義如何

生徒　失踪宣告前ノ不在者ノ如キ場合ナリ

講師　旅行中ノ如キハ如何

生徒　旅行中ノ如キハ意思表示ノ方法アルニ由リ之ヲ含マス

講師　畢竟事實ノ問題ナルカ故ニ一概ニ斷定スルコト能ハスト雖モ交通不便ノ外國ニ行キ或ハ遠洋漁業北極探檢等ノ爲メニ旅行シタル場合ノ如キハ包含スルモノト解スヲ相當トスヘシ

生徒　刑ノ執行中ハ如何

講師　執行ノ場所或ニ戸主權ヲ行フヘキ事項ノ御何等ヲ斟酌シテ決セサルヘカラス

講師　戸主權喪失ノ原因ハ第七百五十二條ニ規定スルモノノミナルカ若個別

生徒　其他ニモアリ例ヘハ死亡、女戸主ノ入夫婚姻國籍喪失等ナリ

講師　斯ク數多ノ場合アルニ拘ハラス何故ニ此第三節ニ規定セサルカ

生徒　他ノ章節ノ中ニ各便宜ノ處ニ位置ヲ占メタルヲ以テ特ニ注意的ニ列擧スルノ要ナキ由ル

講師　右數箇ノ原因ハ戸主權ノ喪失ニ於テハ同一ナリヤ

生徒　然リ

講師　然ルトモ戶主ノ死亡ノ場合ノ如キハ戶主ヨリ親族ニハ其權利ヲ喪失スベキ理由疑フ容レズ、唯戶主權ヲ相續人又ハ入夫ニ移轉シ絕對ニ喪失スルニ非ス然ルニ廢家絕家ノ場合ノ如キハ絕對的ニ喪失スベキモノナリ

講師　第七百五十二條ニハ單純承認ヲ爲スコトヲ要ストシ第七百五十三條ノ場合ニハ之ヲ要セザル理由如何

生徒　第七百五十二條ノ場合ニ限定承認ニテモ可ナリトスルトキハ利害關係人ヲ害スルコトアルカ爲メナリ本條ノ場合ハ已ムヲ得サルニ由リ隱居ヲ爲ス場合ニシテ裁判所ノ認可ヲ要スルニ由リ裁判所カ不當ト認メタルトキハ許可セサルベキヲ以テ前條ノ場合ノ如キ虞ナケレハナリ

主權ノ所在ニ關スル講演竝ニ處分ニ付テノ推問

法學士　松浦鎭次郎

予ハ本校ノ囑託ニ因リ本日ヨリ諸君ト共ニ行政法學ヲ研究スルコトト爲ヤレリ聞クカ如クンハ本科ニ於テハ各學科ノ緊重要問題ニ就キ講義若クハ推問等ノ方法ニ依リテ溫習的ニ研究シツツアルモノノ如シ予モ亦斯ル方法ニ依リ行政法學上ノ重大問題ヲ捉ヘテ成ルヘク精密ニ研究セントヲ期ス

行政法ハ公法ノ一部ナリ國家又ハ君主ト人民トノ關係ニ付キ問題ノ生スルハ公法ノ特色ナリ故ニ予ハ先ヅ國家トハ如何君主主權說、國家主權說ノ當否ニ付キ一言スル所アラントス

歐洲中世頃ニ在リテハ君主カ人民ヲ支配スル關係殆ンキ世間人カ下僕ヲ支配

スルト同一ナリトノ思想アリ隨テ主權ハ民法上ノ權利ト類似スルモノナリト考ヘラレタリ後世人ノ思想カ漸ク進歩シテ主權關係ハ備主被備人ノ關係ト異ナルモノアルコトヲ知ルニ至リ國家主權說ヲ生スルニ至レリ如何ニシテ此ノ如キ說ヲ生スルニ至リシヤト云フニ何レノ國ニ於テモ實際吾人ノ目ニ映スル所ヲ以テスレハ一箇人又ハ數箇人カ一國ヲ支配スルモノノ如シ而シテ此關係ニシテ若シ民法上ノ被備關係ナリトセハ權利義務ノ關係ナラサルベカラス是ニ於テカ權利トハ如何ナルモノナルヤノ問題ニ遭著ス權利ノ要素トシテ自己ノ利益ノ爲メニスル(自己ノ目的ヲ達スル爲メ)ノ觀念ヲ認メサルコトヲ得ス既ニ權利ハ自己ノ利益ノ爲メニ存スルモノトセハ君主ニ人民ヲ支配スル權利アリトスルニハ君主ハ自己ノ目的ノ爲メニ人民ヲ支配スルモノナリト謂ハサルヘカラス然ルニ熟ラ國家社會ノ有樣ヲ考フルニ君主ハ熟シテ自己ノ利益ノ爲メニ人民ヲ支配スルモノニ非スシテ其支配ノ目的ハ國家公共ノ利益ヲ圖ルニ在リ此ノ如ク解セサレハ法律命令等ニ顯ハレタル實際ノ現象ヲ說明スルコト能ハス而シテ其所謂國家トハ何ナリヤト云フニ國家ナルモノハ一ノ社會ニ於

ケル各箇人ノ集合ニハ非スシテ一定ノ土地ト人民トヲ以テ成立シ過去現在未來ヲ通シテ存在スル一ノ者ナリ故ニ國家ノ利益ハ必スシモ一ノ時代ニ於ケル公衆ノ利益ト一致セス而シテ君主ハ則チ此國家ナル者ノ爲メニ人民ヲ支配スルニ非サルカノ疑問ヲ生スルナリ之ニ加フルニ一方ニハ獨逸固有ノ團體思想アリ(ギールケ)ノ如キハ今日大ニ此思想ヲ發揮セリ)他方ニハ社會有機說ナルモノアリ其說ク所ニ依レハ各箇ノ人間カ種種ノ機關ヨリ成レル有機物ナルト等シク社會モ亦一箇ノ有機物タリ獨立ノ目的ヲ有スル活物タリ一ノ大ナル人間ナリ而シテ各箇人ノ意思ヲ作ルニ腦髓アルト等シク社會ノ意思ヲ作ルニハ君主アリ即チ君主ハ社會ノ最高ノ機關ナリト云フナリ此等ノ思想カ相集リテ遂ニ主權ノ主體ハ土地人民ヲ以テ成レル國家ナリ君主ハ其機關タルニ過キストト云フ國家主權說ノ基礎ヲ成スニ至レリ然ラハ則チ國家主權說ハ果シテ正當ナルモノナルカト云フニ先ヲ國家ナル有機物カ實際存在スルヤ否ヤノ如キハ實ハ一箇ノ疑問ナリトスルモ然レトモ君主カ人民ヲ支配スルハ自己ノ利益ノ爲メニスルニ非スシテ社會及其ノ利益ノ爲メニスルモノナリトノ點ヨリ考フルモ

國家主權説ノ起ルハ決シテ根據ナキニ非サルナリ又國家主權説ヲ維持スルニハ必スシモ國家ヲ有機物ナリト前提スルノ要ナク唯人ノ思想上主權ノ主體トシテ認識セラルルノ事實アルヲ以テ足レリトス故ニ若シ歐洲人ニ此ノ如キ思想アリトセハ國家主權説ハ敢テ誤謬ノ説ナリト謂フヘカラス然レトモ此説ヲ以テ直チニ我邦ノ主權關係ヲ説明セントスルハ不可ナリ勿論我邦ニ於テモ君主ノ權力行使ハ君主自身ノ爲メニスルニ非スシテ國民全體ノ利益ノ爲メニスルモノナリトノ思想ハ往時ヨリ之ナカリシニ非スト雖モ國家主權説ノ説クカ如キ國家思想ハ從來決シテ存在セサルナリ要スルニ統治ノ主體カ君主ナルか國家ナルヤハ論理ノ問題ニ非スシテ吾人ノ之ニ對シテ有スル思想ノ如何ニ依リテ決スヘキモノナルカ故ニ論理上就レヲ是トシ就レヲ非トスルコト能ハス予ハ我邦ノ主權關係ノ説明トシテハ君主主權説ヲ信スル者ナリ故ニ我邦ノ行政法ヲ説クニ當リテモ此主義ヨリ説明ス既ニ此基礎ノ觀念定マリタリトスルモ尚ホ法ト主權者トノ關係如何ヲ研究セサルヘカラス其解決如何か行政法上ノ諸問題ノ解釋ニ影響スヘケレハナリ

法ト主權者トノ關係ニ付キ或ハ曰ク主權者トハ絶對無限ノ權力者ナリ人民ハ絶對ノ服從者ナリ而シテ法ハ此權力者ノ意思ノ表示ニ過キサルカ故ニ主權者ハ決シテ特ニ拘束セラルルモノニ非ス即チ主權者ハ法ノ上ニ在リト予ハ此説ニハ絶對ニ反對スル者ナリ之ニ付テハ法律學上ノ觀察ト國家學上ノ觀察トハ異ナルコトニ注意セサルヘカラス國家學上ノ問題トシテ一ノ事實トシテ國家ヲ觀ルトキハ或ハ主權トハ絶對無限ノ力ナリト謂フコトヲ得ヘキモ法律學上ノ問題トシテ法ノ上ニ主權關係カ如何ニ現ハルルヤヲ觀ルモノトセハ主權ハ決シテ絶對無限ノ力ニ非サルナリ元來絶對無限ノ服從ト云フコトヲ文字通リニ解スレハ國家學上ノ問題トシテモ此ノ如キ服從ヲ爲ス人民ハ殆ト存セサルヘシ法律學上ノ問題トシテハ殊ニ然リ現今法治國又ハ憲法國ト稱スルハ即チ其國ニ於テハ主權者カ人民ニ對シテ法律上絶對無限ノ力ヲ有セサルコトヲ意味スルモノナリ即チ主權者ノ實力如何ノ如キハ別問題トシ法ニ現ハレタル關係トシテハ主權力ハ一定ノ範圍内ニ制限セラルルナリ而シテ主權ニ對シテ根本的ニ其制限ヲ加フル所ノモノハ即チ憲法是ナリ故ニ憲法ハ絶對無限ノ權

力ヲ有スル主權者ハ自己ノ權力ヲ行使スル方法トシテ作リタル憲ノミシテ主權者ハ固ヨリ憲法ノ上ニ在リト爲スノ說ノ如キハ國法論トシテハ毫モ價値ナキナリ故ニ此點ニ付キ歐洲ノ學者カ皆君主ハ憲法ニ由リテ制限セラルルモノナリト說クハ正ニ當ヲ得タルモノナリト雖モ然レトモ猶ホ專制國ヨリ憲法國ニ移ル過渡ノ關係ニ付テノ彼等ノ說明ニ至リテハ予ノ了解ニ苦ム所ナリ元來專制國ニ於テハ主權ト人民トノ關係カ法ニ依リテ定マラサリシカ故ニ二者ノ關係ハ法律學上ノ問題ニ非スシテ唯國家學上ノ問題タルニ過キス憲法國ト爲ルニ及ヒテ始メテ法律上ノ問題ト爲リタルナリ學者ハ此關係ヲ如何ニ說明スルカト云フニ曰ク專制國ニ於テハ君主ハ絕對無限ノ權力ヲ有シタリシモ憲法ヲ設ケテ自ラ其權力ヲ制限シタリ而シテ此制限ヲ定メタル所ノ法ハ即チ憲法ナリ故ニ憲法ハ君主ノ意思ナリ換言スレハ君主ハ君主其レ自身ノ意思ニテ其權力ヲ制限シタルナリト「國家主權說ニ反對スル「ザイデル」「ボルンヤック」モ此點ニ付テハ他ノ學者ト一致セリ予ハ此說明ヲ贊成セス何トナレハ自己ノ意思ハ憲法ノ制限ト云フハ矛盾ノ言ナリ此ノ如クンハ君主ノ意思カ變スレハ憲法モ亦變

更セラルベキ理ト雖意味スルモノニシテ君主ハ結局憲法ニ由リテ制限セラレスト云フト同シ然ルニ今日ノ憲法ハ君主ノ意思ノミニ由リテ存廢セラルルモノニ非ス法律學ノ問題トシテハ君主ノ權力ハ唯憲法ノ範圍內ニ於テノミ存在スルモノナリ換言スレハ憲法ハ君主ノ意思ニ非スシテ君主ノ權力ノ範圍ヲ定メルモノナリ即チ君主ノ意思以上ノモノナリ殊ニ新建國ノ場合ノ如キハ憲法アルマテハ未タ主權ナク憲法生シテ始メテ主權カ生スルヨトスラアルナリ米國ノ如キ此例ナリ若シ憲法ハ主權者ノ意思ナリトセハ此場合ノ如キハ如何ニ之ヲ說明セントスルカ或ハ憲法制定委員カ權力者トシテ之ヲ制リシト云フナランモ是レ事實ニ反スルノ言ナリ要スルニ憲法ハ主權行動ノ範圍ヲ定ムル規則ナリ主權者ノ意思ニハ非ス而シテ規則トハ何ナリヤト云フニ是レ各人ノ思想ノ上ニ存在スルモノナリト言ハハ可ナルノミ又スベテノ法律ハ言葉主權ニ關スル事ハ以上述フルカ如シ尙ホ序ニ法律問題討究ニ付テノ注意ヲ一言スヘシ法律問題ヲ研究スルニ當リ往往現行ノ法律ヲ度外視シ勝手ニ前提ヲ定メテ結論スルコトアリ例ヘハ鐵道ノ運賃ノ性質ヲ研究スルニ際シ先ヲ鐵道

ハ營造物ナリ營造物ハ行政上ノ手段ナリ故ニ其使用ハ公法上ノ關係ナリ故ニ使用ノ報酬タル賃料及法上ノ使用料カリト論斷スルカ如シ此ノ如ク二本筋ニ議論スルコトヲ得ハ總テノ說明極メテ容易ニシテ其說明タル理論トシテハ或ハ取ルヘシトスルモ往往ニシテ現行ノ制度ニ反スルコトアリ又例ヘハ官吏ノ違法處分ヲ研究スルニ當リ違法行爲ハ官吏ノ行爲ニ非ス官吏ノ行爲ニ非サル以上ハ下級官若クハ人民ニ對シテ效力ヲ有セスト論スルカ如キモ一ノ理論トシテハ聞クヘキモノアラシモ今日ノ制度ノ說明トシテハ之ヲ主張スルコトヲ得サルナリ此ノ如クナルカ故ニ法ヲ研究スルニ方リテハ如何ニ說明セハ最モ能ク實際ノ現象ヲ有理的ニ說明シ得ルヤト云フコトヲ念頭ニ置クコトヲ肝要トスルナリ

問師　處分トハ如何

生徒　箇箇ノ場合ニ適用スル命令ナリ

講師　然ラハ圖書館ノ番人カ入口ニ在リテ閲覽者ヲ案内シテ室内ニ入ルル行爲ハ如何

生徒　事實ナリ

講師　其室内ニ入ルコトヲ得シムルハ一ノ權利ヲ與フルモノニシテ其室内ニ入ルコトヲ得タルハ即チ一ノ權利ヲ得タルニ非サルカ

生徒　室内ニ入ルノ權利ハ既ニ生シ居リ番人カ案内ヲ爲スカ如キハ一ノ事實的行爲ニ過キス

講師　何ニ據リテ權利ナリト謂フヤ

生徒　營造物規則ニ依ル

講師　市町村制等ニ市町村住民ハ市町村ノ營造物ヲ使用スルノ權ヲ有スト規定アリ此規定ヲ指スカ然ラハ箇箇ノ場合ニ其使用ヲ許スハ處分ナルカ

生徒　然リ

講師　市中ニテ家屋等ノ普請ヲ爲スニ當リ市役所願濟ノ札ヲ立テ道路ニ板圍ヲ爲スコトアリ市役所ニテ之ヲ許スハ如何

生徒　處分ナリ

講師　認可學校ノ認定ハ如何

生徒　處分ナリ

講師　何人ニ對スル處分ナルカ

生徒　學校カ法人ナレハ學校ニ、然ラサルトキハ設立者ニ對スル處分ナリ

講師　設立者ハ認定ナル行爲ニ對シテ如何ナル關係ニ立ツカ認定ノ利益ヲ受クル者ハ生徒ニ非サルカ

生徒　生徒ハ學校ヲ組織スルモノナリ

講師　法人タル學校ト生徒トハ全タ別物ナルニ非サルカ

生徒　生徒ハ學校ナル觀念ト伴フモノニシテ學校ト云ヘハ生徒ヲ包含スルモノナリ

講師　現在及ヒ未來ノ生徒ニ對スルカ如キハ非サルカ

生徒　然リト信ス

講師　予ハ以上三種ノ場合皆處分ニ非スト信ス其理由ノ詳細ハ營造物ノ使用等ニ付キ說明スル際ニ讓ルヘキモ要スルニ處分ハ直接ニ或一箇人ニ對シテ法律上ノ關係ヲ及ホスモノナラサルヘカラス然ルニ認定ハ一ノ事實的ノ行爲ニシテ何人ニ對シテモ直接ニ何等ノ法律關係ヲ惹起スモノニ非ス唯徵兵令等ニ豫想セル一ノ事實上ノ要件ヲ充スモノタルニ過キス又市役所ニ於テ爲ス所ノ道路使用ノ許可ノ如キモ一ノ使用權ヲ生スルニ非スシテ唯事實上一時使用セシムルノミ故ニ市役所ハ何時ニテモ許可ヲ取消スコトヲ得此等ハ全ク一ノ事實的行爲ニシテ法律上ノ關係ヲ惹起スモノニ非サルナリ次ニ圖書館ノ使用ヲ許ス行爲ニ付テモ官立圖書館ノ如キハ元來人民ニ使用權ヲ與フルノ趣旨ヲ有セス圖書館ニ掲示セル閲覽規則ハ唯圖書館ノ管理ニ關スル準則ニ過キスシテ是レ民法上ノ契約條件ニモ非ス又公法的ノ性質ヲ有スル法規ニモ非ス故ニ此圖書館規則ニ基キ箇箇ノ場合ニ閲覽ヲ許スハ唯事實上書籍ヲ見ルコトヲ得セシムルノミ又市町村立ノ圖書館ニ在リテハ市町村住民ハ市制町村制ノ規則ニ依リ使用權ヲ有スルカ如キモ所謂使用權ナルモノハ唯市町村ニ於テ爲ス制限ノ範圍內ニ於テ閲覽ヲ爲シ得ルコトヲ謂フニ外ナラスシテ之ヲ以テ箇箇ノ場合ニ閲覽ヲ主張シ得ル權利ナリト謬解スヘカ

ラス箇個ノ場合ニ於テハ市町村ハ必要アルトキハ何時ニテモ一見閲覧ノ許可ヲ取消スコトヲ得故ニ此場合ニ於テモ閲覧ヲ爲シ得ルモノハ一ノ事實タルニ過キス

以上擧クル所ノ認定及ヒ許可ハ何レモ直接ニ人民ニ對シテ法律上ノ關係ヲ惹起スモノニ非ナルカ故ニ單純ナル事實的行爲ニ外ナラスシテ一箇ノ處分ト稱スヘキモノニ非ナルナリ

公訴權及ヒ私訴權ノ發生原因竝ニ公訴權及ヒ私訴權ノ行使ニ關スル講演

法律學士　鶴見守義

公訴權及ヒ私訴權ノ發生原因ハ同一ニシテ一ノ犯罪ニ外ナラス譬ヲ以テ之ヲ言ヘハ犯罪ハ猶ホ雙生兒ヲ産ミタル母ノ如シ而シテ雙生兒ノ一人ハ男性他ノ一人ハ女性ニテ男兒ハ公訴權女兒ハ私訴權タルカ如ク又其加害者ハ父ニ相當スルモノノ如シ此ノ如ク公訴權ト私訴權トハ其原因ヲ一ニスト雖モ二者各其性質ヲ異ニスルヲ以テ其適用ノ法則相異ナルコトハ自明ノ理ナリ

右ノ如ク公訴權及ヒ私訴權ハ何レモ唯一ノ犯罪ニ因リテ發生シ其性質ハ全ク相異ナルト雖モ法律ハ時效ニ關シテハ殆ト二者同一視セリ夫レ法律ハ立法者カ任意ニ規定ヲ設ケタルモノナルヲ以テ之カ爲メニ其本來ノ性質ヲ害スルモ

ノト謂フベカラズ然レトモ犯罪人カ一ノ犯罪行爲ヲ爲シタルトキハ公訴權及ビ私訴權ヲ發生スルハ何故ナルヤ今之ヲ權利者ノ方面ヨリ觀ルトキハ其理由ヲ知ルコト容易ナラサルヘシト雖モ犯罪人ノ方面ヨリ觀察スルトキハ其理由甚タ明カナリ即チ例ヘハ茲ニ人ヲ毆打シタ創傷セシメタル者アリトセヨ被害者ハ其創傷ノ爲メニ或ハ時間ヲ徒費シ或ハ醫療ヲ受ケ或ハ業務ニ離レ爲メニ一定ノ損害ヲ被リタル場合ニ於テ其損害ノ原因ヲ與ヘタル者ハ加害者ナルヲ以テ加害者ハ第一ニ其賠償ノ責ニ任セサルヘカラス又第二ニ此又如キハ社會ノ秩序ヲ害シタルモノナルヲ以テ刑法ハ重禁錮等ノ刑ヲ科ス即チ刑事上ノ責任アルモノナリ之ヲ要スルニ加害者ハ私人ニ對スル損害賠償ノ責任ト社會ニ對シ刑法上相當ノ刑ヲ受ケサルヘカラサル責任トアリ

茲ニ注意スヘキハ縱令或人ニ損害ヲ加フルモ其行爲ニ對シ法律カ刑罰ヲ科セナル場合ニ於テハ犯罪ハ成立セス隨テ公訴權ヲ生セス此場合ニ於テハ其加害者ハ被害者ニ對シ損害賠償ノ責任アルモ刑事上ノ責任ヲ生セス故ニ犯罪ニ非ナレハ如何ナル行爲アリト雖モ公訴權私訴權ハ發生セス然リト雖モ茲ニ一ノ

犯罪アレハ常ニ公訴權及ヒ私訴權ヲ發生スルモノニ非ス犯罪アレハ公訴權ハ必ス發生スヘシト雖モ私訴權ハ發生セサルコトアリ蓋シ或行爲ヲ犯罪ト認メタルトキハ其行爲ヲ爲シタル者ニ對シ社會ニ公訴權ヲ發生スルコトハ論ヲ俟タス例ヘハ彼ノ內亂ノ豫備陰謀ノ如キ貨幣僞造器械ノ豫備貨幣僞造未行使非ノ如キハ一箇人ニ損害ヲ加フルコトナキヲ以テ私訴權ノ發生スルコトナシ之ニ反シテ竊盜詐欺取財ノ如キハ其性質一箇人ニ損害ヲ生スヘキ犯罪ナリト雖モ而モ未遂犯ノ場合ニハ一箇人ニ損害ヲ加フルコトナキヲ以テ私訴權ハ發生セス

公訴權及ヒ私訴權發生ノ原因ハ右ニ述ヘタル如クナリト雖モ此等ノ權利ハ何人ニ屬スルヤ又何人カ之ヲ行使スヘキヤノ問題アリ左ニ之ヲ說明セン

一　私訴權　私訴權ハ被害者ニ屬シ又被害者ノ行使スヘキモノナルコトハ古來萬國アルコトナク隨テ立法例ニ於テモ一致スル所ナリ我邦ニ於テ舊刑事訴訟法第二條ニ之ヲ認メ

二、公訴權　公訴權ハ何人ニ屬スルヤニ付テハ又社會ニ屬スルコトハ殆ト疑ナキ所ナリ何トナレハ公訴ハ其目的トスル所刑ノ適用ニ在リテ刑ノ適用ハ一畢竟公益ヲ保護スルノ趣旨ナレハナリ

次ニ何人カ公訴權ヲ行フヘキモノナルヤ此點ニ付テハ古今立法例一致セスシテ多少ノ變遷ヲ見タリ即チ左ニ掲クル所ノ三箇ノ主義アリ

一、社會ノ一般人ヲ公訴權ヲ行フヘキモノト爲ス主義

二、或官吏ヲ置キ之ニ委任シテ行ハシムル主義

三、被害者ヲシテ行ハシムル主義

抑モ公訴權ヲ行使スルコトハ主權ノ發動ニ外ナラサルヲ以テ公訴權ヲ行フ者ハ其國ノ國體ニ從ヒテ異カラサルベカラス故ニ民主主義ノ國體タル彼ノ羅馬、「アゼンス」等ノ國ニ於テハ一般ノ人民ハ公訴權ヲ行使者タリキ例ヘハ殺人罪アレハ何人ト雖モ之ヲ罰センコトヲ請求スルコトヲ得タリ故ニ「アゼンス」人刑法ノ三大原則ノ第一ニハ訴ヲ爲ス權ハ總テノ人民ニ屬スト規定セリ然レトモ此制度ハ種種ノ弊害アリシヲ以テ羅馬ニ於テハ之ヲ除カンカ爲メニ左ノ方

法ヲ設ケラレタリ

一、無根ノ事項ヲ訴ヘタル者ヲ誣告罪ヲ以テ罰スルコト

二、「プレヒリカシヨン」トテ原告カ被告ト通謀シテ被告ヲ曲庇スルカ爲メニ詐欺ノ協和ヲ爲シタルヲ罰スルコト

三、「テルヒヒルサシヨン」トテ不正ニ其訴ヲ拋棄シタル者ヲ罰スルコト

又羅馬人ハ何人ト雖モ「プレーツール」ナル大法官ニ向ヒ人ヲ犯罪人トシテ訴フルニ付キ許可ヲ與ヘラレンコトヲ請フヲ得タリ此場合ニ大法官ハ其者カ訴ヲ爲スノ權利アルヤ否ヤヲ定メ次ニ自己ノ管轄ニ屬スルヤ否ヤヲ調査シテ其訴否ヲ決定シ若シ訴ヲ爲スコトヲ許可シタルトキハ被告人及ヒ罪名ヲ定メテ之ヲ訊問スルノ式ヲ行ヒタリ而シテ訴ヲ爲スコトヲ確定シタルトキハ現今ノ刺度ト全ク異ナリテ原告タル一箇人ニ於テ豫審處分ヲ爲シタリ是レ其原告ハ一箇人ナリト雖モ「プレーツール」ノ委任ニ依リテ豫審處分ヲ爲シタルモノナリトス

羅馬ニ於テハ公益ニ關スル罪ト私益ニ關スル罪トヲ別チ爲益ニ關スル罪ニ付

タハ總テ人民カ公訴權ヲ行ヒ私益ニ關スル罪ニ付テハ被害者ノミ公訴權ヲ行フコトト爲シタリ而シテ其區別ハ叛逆、殺人、僞造、看守盜ノ如キハ前者ニシテ竊盜、贓物寄藏、誹毀、毆打罪ノ如キハ後者ニ屬セリ[illegible]之ヲ要スルニ羅馬法ノ主義ハ一般人民タル者カ公訴權ヲ行フニ在リシナリ此主義ノ當否ハ前述ノ如ク其國ノ國體ニ依リテ定マリタルモノニシテ一見善美ナルカ如シ然レトモ此主義ハ實際ニ於テハ人情ノ弱點ハ到底良結果ヲ收ムルコト能ハスシテ種種ノ弊害ヲ生シタリ即チ無實ヲ訴ヘ又ハ眞實ヲ蔽フ如キ不結果ヲ來セリ或人此主義ヲ評シテ曰ク「惡人ハ正當ナル訴追ヲ免ルル爲メニ詔ヲ爲シ善人ハ詐僞ノ訴追ヲ免ルル爲メニ詔ヲ爲サス故ニ此主義ハ惡人ヲ滅ムルヨリハ寧ロ良民ヲ懼レシムルノ具ナリ」ト至言ト謂フヘシ[illegible]

次ニ佛國ニ於テハ封建時代ニ在リテハ羅馬主義ヲ襲用シ其後王政時代ニ於テモ初ハ人民即チ被害者カ訴追ヲ爲シタリシカ後ニ至リテ漸次檢事ノ制度ヲ立テタリ檢事ノ制度ヲ設ケラレタルハ第十四世紀中ノ事ニシテ其起因ハ國王カ自己ノ訴ニ付テ自ラ裁判所ニ出頭スルヲ得サルヲ以テ其代表者即チ「プロキル

ール、デ、ロワ」ヲ法廷ニ出シタルニ在リ其後王政益、盛ニシテ司法權ヲ掌握スルニ至リ「プロキルール、デ、ロワ」ヲ一ノ官職トシ以テ社會ノ爲メニ總テノ訴追ヲ爲スニ至リタリ是レ司法制度ノ沿革上特筆スヘキ一大進歩ナリトス[illegible]

佛國ニ於テハ初ハ羅馬ニ於ケルト同シク重罪、輕罪ニ依リテ其趣ヲ異ニシ重罪ニ在リテハ檢事カ公訴ヲ行ヒ輕罪ニ付テハ各被害者カ公訴ヲ行使シタリシカ茲ニ奇ナルハ現今ニ於テハ檢事先ツ公訴ヲ提起シ被害者ハ之ニ附帶シテ私訴ヲ爲スモノナルカ佛國當時ノ制度ハ公訴私訴並ヒ起ルトキハ檢事ハ公訴ヲ先ツ私訴ニ附帶セシメタルヘカラスシテ訴訟手續ハ民事原告人ニ於テ之ヲ爲シタルモノナリトス降テ千七百八十九年佛國革命時代ニ及ヒテハ「アシンブレ」ナシヨナル」即チ國民議會カ國ノ大權ヲ握リ三大權ヲ分離スルニ方リテハ公訴權ヲ提起スル權ハ何人ニ屬セシムヘキヤ之問題ヲ生シ之ヲ會議ニ付シ[illegible]是レ佛國革命ハ主權ハ國民ニ在リトノ主義ヨリ成リタルモノナルヲ以テ少ナリ錢社トモ羅馬ニ於ケルカ如キ主義ハ之ヲ排斥シタリ當時議員ノ發言ニ曰ク「若シ總テノ人民カ公益ノ監督ヲ爲スモノトセハ何人ニ監督ヲ爲サシムヘキカ」遂リ且各

人カ公訴ヲ提起スルヿトセハ黨派若クハ情實ヲ爲メニ公安維持ヲ犧牲ニ供シ容易ニ公安ヲ害スルニ至ル故ニ公訴ヲ爲スノ官職ヲ設クルノ必要アリ」次ニ然ラハ何人ニ公訴權ヲ行使セシムヘキカニ付キ又議論ヲ生シ或ハ國王ニ委任スヘシト曰ヒ或ハ官吏ヲ設ケテ人民カ之ニ委任スヘシト曰ヒシカ結局公訴ヲ提起スルハ行政權ニ重大ノ關係アルヲ以テ行政權ヲ有スル國王ニ委任スルヿトスル說ハ採用セラレスシテ反對論勢力ヲ逞シウシ遂ニ其結果ハ佛國ノ主權ハ人民ニ在リ故ニ人民カ適當ナル官吏ヲ選擧シテ之ヲ任命スヘシトノ說ニ從ヒ國王ニ關係ナキ獨立ノ檢事カ公訴ヲ行使スルコトト爲リ千七百九十一年ノ布告ヲ以テ之ヲ認ムルニ至レリ[illegible]

茲ニ注意スヘキハ從來重罪、輕罪ヲ區別シテ重罪ニ付テハ檢事カ公訴ヲ提起シ輕罪ニ付テハ人民カ公訴ヲ提起セシモノナルカ此時始メテ其區別ヲ廢シ一切ニ檢事カ公訴權ヲ行使スヘキモノトセルカリ是レ又一大進步ナリトス[illegible]降テ共和政體ノ時代ニ移ルヤ公訴權ハ政府ノ長官ニ委任スル制度ニ變シ長官ハ更ニ官吏ヲ設ケ之ニ委任シテ行使セシメタリシカ現今ハ佛國治罪法第一條

ニ於テ必ス法律ヲ以テ委任セラレタル官吏カ公訴權ヲ行フモノトセリ而シテ其官吏トハ大審院檢事、控訴院檢事長、同檢事、始審裁判所檢事正、同檢事、違警罪裁判所ニ於ケル檢事ノ職務ヲ委任セラレタル警部、町村長、町村長ノ助役等ニシテ此等ノ者カ公訴ヲ行フヲ以テ原則トス然レトモ森林ニ關スル犯罪事件、間接國稅及ヒ稅關法違反事件ニ付テハ林務官署、稅務官署及ヒ稅關官署カ公訴ヲ行フコトナキニ非ス我邦ニ於テハ公訴權ハ總テ檢事カ之ヲ行フモノトシ刑事訴訟法第一條ニ之ヲ規定セラレタリ尤モ區裁判所ニ於テハ警察官、憲兵將校、下士、林務官區裁判所判事、試補、郡市町村ノ長等カ檢事ノ職務ヲ執ルコトナキニ非ス(裁判所構成法第一八條)

[illegible]

海上捕獲ニ關スル推問及ヒ講演

法學士　秋山雅之介

講師　海上捕獲ノ意義如何

生徒　戰爭中交戰權ノ作用トシテ交戰國カ海上ニ於テ敵國政府ニ屬スル艦船及ヒ私有船其他ノ敵國財產及ヒ中立法ニ違犯スル中立國船舶及ヒ其載貨ヲ拿捕スルコトヲ謂フ國際法ニ於テ禁制品ヲ輸送スル中立國ノ船舶ヲ捕獲スルコトヲ謂フ

講師　何ヲ拿捕シタル財產ヲ交戰者ハ如何ニスルカ言ヘ

生徒　拿捕者ハ之ヲ本國ノ捕獲審檢所ニ引渡シ其審判ニ依リ沒收シ沒收シ得ヘキ判定ノ條件アルニ於テハ沒收スル所國酒國ハ此ヲハ來ル同宣言ニ依リテ

講師　又現行法上何人カ海上捕獲ヲ行ヒ得ルヤ

生徒　國家ヲ代表スル軍艦ノミ海上捕獲ヲ行ヒ得ルモ

講師　獨逸國ハ軍艦ノ外ニ今ヲ於テ義勇艦隊ヲ巡洋ヲ爲シ捕獲ヲ爲シ得ヘキ權利又其權利ハ千八百五十六年巴里宣言第一條ニ依リ之ヲ以テ拿捕ノ用ニ供スルヲ禁セラレタリ然レトモ米國西國ノ如キハ未タ同宣言ニ加盟セサル故カ能ハサレトモ今後其權利ハ戰爭中此限ニ非ス則チ戰爭ノ際ハ否ヤ疑ナキ能ハス何トナレハ巴里宣言ノ規定ハ其條文中ニ言明シ每所ノ如ク單ニ締盟國ヲ拘束スルニ止マリ米國ノ如キハ當初ヨリ同宣言第一條ニ於テ私有財產ハ不可侵ノ權利ヲ有スルモノトシテ其權利ヲ拒絕シタル國ノ如キ海權ノ勢力大カラサル國家ハ之カ爲ニ不利益ノ地位ニ立ツヘキモノトヲ言明シテ其拘束ヲ受ケサルコトヲ公ニシ居ルカ故ニ今後同國ト他國トノ戰爭ニ於テ敵國ノ商業ヲ攻擊スルノ必要アルトキハ其時機ニ應シテ私船ヲ使用シテ斯ノ拿捕ヲ行フコトナシト斷言シ能ハサルヲ以テナリ

生徒　義勇艦隊ヲ使用スルトキハ私船ヲ之ニ組入ルルニ至ルヘク隨テ私船ヲ以テ海上捕獲ヲ禁スル巴里宣言ノ趣旨ニ反セサルカ

講師　其理由ハ「ホルツェンドルフ」「ヒルテブランド」等カ義勇艦隊ノ使用ヲ巴里宣言ノ違反ト爲ス所以ナリ然レトモ今日ノ實際ニ於テハ航海機關ノ進歩ト共ニ軍艦ト商船トノ構造ハ自ラ大ナル差異アルニ至リタルヲ以テ事實上普通ノ商船ヲ戰爭ノ際之ニ大砲其他ノ兵器ヲ搭載シテ遠ニ戰鬪又ハ巡洋ノ艦船ト爲スヲ容易ニ爲シ能ハサルノ事情アルノミナラス其速力等ノ點ニ於テハ有力ナル拿捕用ノ船舶ナラシムルニハ自ラ其船舶全體ノ構造等ニ付キ自ラ巡洋又ハ戰鬪ニ適スルモノト爲スノ必要アルカ故ニ普通ノ商船ヲ悉ク一時ニ捕獲用ノ船舶ト爲シ能ハサルカ如シ

講師　交戰國ノ艦船カ海上ニ於テ捕獲ヲ行ヒ得ル場所ハ如何之ヲ制限ナキヤ否ヤ

生徒　中立國ノ領海ヲ除キタル海上ニ於テハ何レノ水上ニ於テモ捕獲ヲ行ヒ得ヘシ海上ト云フハ水中モ之ヲ包含スルニ人ハ

講師　海上ト云ハ固ヨリ其表面ニ限ラス其水中及ヒ水底ヲモ包含スルモノトス勿論大河小河川湖水何レモ同公ノ非水上ニ過キサル故ニ行フヲ得ス

生徒　交戰國ハ敵國ノ海水、河川ヲモ包含シ其水上ニ於テ捕獲ヲ行ヒ得ヘシ

講師　陸上ニ於ヘ海上捕獲ノ拿捕物トナル場合ハ、水兵ヲ上陸セシメ敵國ノ財產ヲ押收シタルトキハ如何戰利品ニ入ルヘキヤ拿捕物ノ部類ニ入ルヘキヤ

生徒　中答フル者ナシ

講師　水兵ヲ上陸セシメタ陸戰ニ從事セシムル場合例ヘハ北清事變ニ於テ諸國軍艦カ太沽ヨリ水兵ヲ北京ニ送リ同地ニ籠城シタル如キ場合ハ勿論水兵ヲ以テ陸戰ヲ爲ストキハ敵國財產ノ押收ハ戰利品ニ屬シ陸戰ノ法規ニ依リ支配セラルルコトナレトモ交戰國軍艦ニ於ケル戰鬪員カ海戰ヲ以テ戰鬪ニ於テ敵國海岸ニ於ケル船舶及ヒ兵器等ヲ押收シタルトキハ總合陸上ニ在ル物品ヲ取得シタル場合ニ於テモ均シク拿捕物ニ屬シ捕獲審檢所ニ送付スヘク其判決ニ依リテ沒收スルト否トヲ決定セラルヘキモノトヲ以テ現行法トス

講師　國際公法上交戰國領海及ヒ公海ニ於テハ何レノ場所ヲ問ハス海上捕獲ヲ行ヒ得ヘキ原則ニ例外ナキヤ否ヤ

生徒　列國條約ニ依リ一定ノ水上ニ於テハ交戰權ヲ交戰者カ行使スルカラサル例外アリ

講師　現行法上其例外タル水上ハ如何

生徒　露土運河ノ如シ

講師　露土運河ハ千八百八十八年コンスタンチノープル條約ニテ國際公法上ノ地位ヲ決定シ運河中並ニ其運河ノ兩端ヨリ三浬以內ヲ中立トシタリ

運河ハ千八百七十一年倫敦條約ニテ鐵門以下ノ水流ヲ中立トシ千八百八十五年伯林條約ニテコンゴー河及ヒナイジェー河ノ水流ニ之ヲ中立トセリ隨テ此等水流ニ於テハ總合其領有國カ戰爭ヲ爲ス場合ニ於テモ其水上ニ於テ戰鬪又ハ巡洋ノ行爲ヲ行フコト能ハス

講師　交戰國カ海上捕獲ヲ行ヒ得ヘキ期間ハ如何

生徒　戰爭開始ヨリ戰爭ノ終了マテ即チ媾和條約マテカ

講師　媾和條約ノ批准ニ至ルマテカナリ

生徒　批准マテナリ

講師　否調印マデナリ固ヨリ其條約中ニ當事國カ特別ノ明文ヲ以テ戰爭行爲終了ノ時期ヲ約定シタルトキハ其約定ニ依ルヘキモ其約定ノ期日ニ至ルマテハ戰鬪又ハ海上捕獲ヲモ行ヒ得ヘキコト疑ナシト雖モ然ラサルトキハ媾和條約ノ調印ト同時ニ當然休戰ヲ爲スヘク又其調印ト同時ニ遠洋其他交戰權ノ行使ヲ一切停止スヘキモノトス又普通媾和條約ヲ締結スルニ際シテ先ツ休戰ヲ行ヒテ以テ其協議ヲ爲スヲ常トスト雖モ必スシモ休戰スルニ非ス休戰ハ其條約ノ談判ヲ爲シ能ハサルニ非サルカ故ニ戰鬪ヲ繼續シナカラ媾和條約ヲ協定シテ之ヲ締結スルコトアリ隨テ媾和條約ノ締結ハ必スシモ休戰中ニ限ラサルコトナレトモ其條約ノ調印ト同時ニ反對ノ約定ナキ限ハ當然休戰ト爲リ海上捕獲其他ノ戰爭行爲ヲ停止スヘク加之ハ定ノ場所ニ行キ一定ノ期限ニ於テ戰爭行爲ヲ廢止スヘキコトヲ當事者間ニ約定シタル場合ニ於テモ其期限ノ到來ハ先ツ媾和條約ノ調印アリタルコトヲ戰鬪地ニ於ケル交戰者ノ知得シタルトキハ之ト同時ニ戰爭行爲ヲ廢止スヘキ義務ヲ有ス但媾和條約ノ批准ニ至ラスシテ再ヒ戰鬪ヲ開始スルトキハ之ト同時ニ海上捕獲

ヲ再ヒ施行セ得ヘキコトハ勿論ナリ

講師　海上捕獲ハ敵國納物ヲ如何目的以テ奪ヒ之ヲ奪ハサルヤ敵國ノ私船ニシテ中立國ノ私船ニシテ中立法ニ違反シタル場合ナリ

講師　敵國ノ官船ハ如何ナル場合ニ於テ奪ヒ之ヲ奪ハサルヤ

生徒　軍艦其他ノ國有ノ船舶及ヒ御用船ハ爲リ之カ爲ニ官船ト看做サルル場合ハ其船舶

講師　私有船舶ハ如何ナル用ニ供セラルルトキハ之ヲ奪ハサルヤ

生徒　戰鬪員及ヒ陸海軍ノ爲メニ糧食其他ノ輸送ニ供セラルルトキハ之ヲ奪ハス

講師　凡テ官船トハ其船舶所有者カ交戰國政府又ハ同國籍人若クハ中立國籍人タル場合ニ於テモ其所有者ノ國籍如何ヲ問ハス交戰國政府ノ管理ノ下ニ在リテ政府ノ專用ニ從事スルモノヲ謂ヒ私有ノ船舶ト雖モ政府ノ專用ニ供セラルルトキハ其使用ハ所有者ノ任意ニ出クタルト官命ニ依リ强制的ニ使用セラルルトキトハ其使用ハ所有者ノ任意ニ出ツルモノ又同盟船舶政府ノ用ニ爲ス目的ヲ以テ陸海軍ノ用ニ從事スル場合ト雖モ之ヲ官船トス之ヲ約言セ

但軍艦其他ノ交戰國海軍ニ所屬シ戰鬪及ヒ海洋ノ用ニ供セラルルモノハ勿論私有ノ船舶ト雖モ交戰國政府ノ變更ノ指揮ノ下ニ在リテ敵艦ノ用ヲ爲スモノハ悉ク官船ナリ但ハ[illegible]官命ニ出ヅルモノ[illegible]

詳即チ敵國ニ所屬スル軍艦其他ノ官船ハ其國旗及ヒ艦航券其他ニ付キ容易ニ區別シ得ベク其果シテ官船ナリヤ否ヤヲ識別スルノ困難アルコトナシ然レトモ私有船舶ニ付テハ果シテ捕獲沒收シ得ベキ敵國船舶ナリヤ否ヤヲ區別スルコト困難ナル場合アリ今私有船舶中果シテ如何ナル船舶カ敵國船ナリヤ否ヤヲ研究スルニ先テ官船及ヒ私船ヲ通シテ之ヲ捕獲スヘカラサル海上捕獲ノ例外ヲ審ニセンニ敵船ニシテ海上捕獲ヲ行フヘカラサル例外ハ如何

生徒　第一伴虜交換船第二、沿海漁業船第三、探檢船第四、郵船第五、燈臺用船第六、軍使船第七、難破船第八、一定ノ條件ノ下ニ病者、負傷者ヲ乘セタル船第九、中立國船舶保護ノ下ニ在ル船舶ナリトス[illegible]

講師　學術上ノ探檢船ニシテ其目的以外ノ事ニ從事セサルトキハ敵國ノ爲メニ捕獲セラルルコトナキヲ近世ノ慣例法トシ斯ル探檢船ハ敵國政府ヨリシテモ之ヲ通航券ヲ交付スルヲ普通トスト但戰爭ノ必要ニ由リテハ縱令通航券ヲ交付シタル探檢船ト雖モ抑留セラレ得ベシ然レトモ其船舶ニシテ軍事上ニ干與セサル限ハ捕獲沒收セラルルコトナシ又郵便船ハ近年國家間ノ條約ヲ以テ捕獲免除ノ特權ヲ與ヘタルコトアルノミナラス一般ニ之ヲ優待セントスルノ傾向アレトモ條約ニ依ルニ非サレハ未タ其捕獲ノ免除ヲ以テ國家ノ義務トスルニ至ラス更ニ又敵國ノ官船又ハ私船ノ難破ニ因リ又ハ難破ヲ避クルカ爲メ若クハ糧食缺乏其他航海ニ堪ヘサルニ至リタルカ爲メ對敵國ノ港灣ニ入リタル場合ハ其捕獲ヲ免除スヘキヤ否ヤモ學說並ニ實例未タ一定ニ至ラス國ヲ現今ニ於テ其捕獲免除ヲ國家ノ義務トスルコト能ハス

沿海漁業船ハ捕獲セラレサルノ特權ヲ有スルコト既ニ大陸學者中ニハ一般ニ漁業船ハ捕獲免除ノ特權ヲ有スルモノトシ大洋ニ於テ漁獵ニ從事スル船舶ト雖モ此特權アリトスル[illegible]二ノ學者アレトモ其說ハ實際ニ認メラレ居ラスシテ沿海漁業ノ船舶ニ限テ其無民ノ生活ヲ素ラサルノ趣旨ヨリシテ現行法上其捕獲ヲ免除スルニ過キス又中立國軍艦ノ臨檢ノ下ニ在ル船舶ニ付

フハ英國ノ如キ之其船舶ニ對シテ臨檢搜査權ノ免除ヲ認メス又大陸諸國ニ於テモ決シテ其議送ハ下ニ在ルノ故ヲ以テ敵國船舶ノ捕獲ヲ免除スルコトハ單ニ其敵船カリヤ否ヤヲ知得スルニ付キ議送船ニ於テ其引渡スル船舶カ敵船ニ非ナルコトヲ言明シタルトキハ交戰國軍艦ハ其言明ニ信據シテ直接ノ臨檢搜査ヲ行ハサルヲ以テ主義トスルニ過キス最後ニ所謂一定ノ條件ノ下ニ病者負傷者ヲ乘セタル船舶トハ慈善醫療教法ノ爲メ航行スル船舶ニシテ病者負傷者ヲ輸送シ又ハ救護スル船舶ノ事ナルヘシ中立國ノ商船遊船等モ此等ノ目的ニ使用スルトキハ其行爲タル交戰國ノ戰鬪員ニ補助ヲ與フルコトナレトモ素ト病者負傷者若クハ難破者ノ如キ其當時實際戰鬪ヲ爲シ能ハサル者ヲ救助スルノ慈善事業ナルカ故ニ其行爲ノ爲メ對敵國モ之ヲ捕獲スルコト能ハサルハ千八百七十四年八月二十二日「ジニヲヴァ」條約ノ原則ヲ海戰ニ應用スル條約第六條ノ規定ニ依リテ明白ナリ其他同條約第一條乃至第三條ニ病院船ノ規定アリテ交戰國又ハ中立國ノ私有船舶ニシテ病院船ト爲シ若クハ交戰國ノ官船ニシテ軍用病院船ト爲シ一定ノ條件ノ下ニ交戰國

雙方ノ病者傷者ノ救護ニ從事スルモノハ均シク海上捕獲ヲ免除セラルルコトト爲レリ

敵國人民ノ船舶及ヒ其私有ノ搭載品ヲ捕獲スル事ニ付テハ第十八世紀ノ後半ヨリシテ漸クノ之ニ反對ノ學說及ヒ諸國ノ意思發表アリ千八百九十九年ノ海牙會議ニ於テモ之カ免除ノ宣言ヲ起旨トスル提議ヲ後日ノ萬國會議ニ於テ審議セラルルニ至ランコトノ希望ヲ決議セリ然レトモ現今ニ於テハ海戰ニ於テ敵國私有財產ヲ捕獲スルコトヲ交戰者ノ權利ト爲スモノトス此私有財產ノ捕獲ニ對シ從來熱心ニ反對シ來リタルハ米國ニシテ同國ハ千七百八十五年「フランクリン」條約普國トノ條約ヲ以テ兩國間ノ戰爭ニ於テハ私有財產ノ捕獲ヲ相互的ニ行ハサルコトトシ次テ此條約ノ規定ハ其改正ノ際ニ削除セラレタルトキ千八百二十三年米國大統領「モンロー」ハ英佛露三國ニ照會シテ列國條約ヲ以テ海戰ニ於ケル敵國私有財產ノ捕獲ヲ廢セント企テタリ然ルニ英佛兩國ハ之ニ贊同セス露國ノミ其提議ニ贊成シタレトモ諸國ハ概ニ之ヲ承認スルヤウハ其實行ヲ拒ミタルカ爲メ當時其企圖モ實行ノ運ニ至ラスシテ止ミ其後諸國ノ實

例ニ於テハ千八百七十年普佛戰爭ノ初ニ當リ普國ハ法令ヲ以テ相互主義ニ依ラス單獨ニ佛國ノ私有船舶ヲ拿捕セサルコトヲ爲シタリシカ戰爭中佛國ニ於テハ依然トシテ獨逸國ノ商船ヲ拿捕シタルヲ以テ千八百七十一年一月普國政府モ前法令ヲ廢止シテ佛國ノ私有財産ヲ拿捕スルコトヲ爲シタリ「グフケン」ハ此事實ヲ評シテ普國ハ同戰爭中其海軍ノ做翻ナリシカ爲メ互ニ海上捕獲ヲ行フトキハ自國ノ不利ナルコト明カナルカ故ニ自國ニ於テ先ツ敵國私有財産ノ海上捕獲ヲ廢止シ佛國ヲシテ同一行爲ニ出テシメントシタルニ佛國ニ於テハ同一所爲ニ出テタリシカ爲メ遂ニ自國ニ於テモ佛國ノ私有財産ニ對シテ海上捕獲ヲ行フコトト爲シタルモノトセリ然レトモ千八百六十六年伊、普兩國ノ墺國ニ對スル戰爭ニ於テハ交戰國雙方ニ於テ宣言ヲ發シ若シ敵國ニ於テ海上捕獲ヲ行フニ非サレハ自國モ亦同國ノ私有財産ヲ捕獲スヘカラスト爲シタルノミナラス千八百五十九年ノ伊、墺兩國ノ戰爭ニ於テハ其拿捕ヲ行フコトナク戰爭ヲ爲シタルモノトス

更ニ又私有財産ノ海上捕獲ニ反對ノ學說竝ニ一般ノ意嚮ヲ擧クレハ千七百四十六年「マルブリー」「僧正」「ガブリエル、ベンノット」カ其著歐洲公法ニ於テ私有財産ノ捕獲ヲ批難シタルニ當時其說ヲ贊ミル者ナカリシカ第十八世紀ノ末ヨリシテ其所說ハ漸ク諸學者ノ注意ヲ喚起シ「フランクリン」條約ノ外ニ千七百八十年佛國國會ノ決議ニ基キ同國政府ハ私有財産ノ捕獲ヲ禁止スヘキ旨ヲ諸國ニ照會シタルニ其照會ニ對シテ諸國ハ之ニ同意スルニ至ラス又千八百二十三年「モンロー」大統領ノ英佛、露三國ニ對スル同一趣旨ノ照會モ其目的ヲ遂セスシテ終リタレトモ其後漸次ニ私有財産ノ海上捕獲ニ反對ノ意見ハ贊成者ヲ增加シ千八百五十九年「ハンブルグ」「ブレスロー」「ブレーメン」市ニ於ケル商業者ノ會合、千八百五十六年「マンチエスター」ノ商業會議所ニテモ其捕獲ヲ禁止スヘキコトノ決議ヲ爲シ千八百六十年「リヴァープール」「ブリストル」「マンチェスター」等ノ商人代表者ハ英國主相「パルマーストン」ニ同一請願書ヲ提出シ同宰相ハ之ヲ斥ケタレトモ千八百六十三年英國衆議院ニ於テ海上捕獲廢止ノ動議ニ付キ「マグデン」ト「パルマーストン」トノ間ニ激論アリテ主相ハ英國ノ如キ商業國ニ於テハ其捕獲ヲ廢止スルコト却テ英國ノ不利益ナリトノ故ヲ以テ僅ニ其動議ヲ排斥スルヲ得テ

八百六十八年北獨逸ノ聯邦議會ニ於テモ其捕獲ニ反對ノ決議ヲ爲シ千八百七十一年和蘭國會ニ於テモ同一ノ決議アリタルノミナラス千八百七十五年、千八百七十七年及ヒ千八百七十八年ノ國際法協會ニ於テモ均シク私有財産ノ捕獲ニ反對ナル意見ヲ公ニシ平和會議ニ於テモ前記ノ如ク此問題ヲ今後ノ萬國會議ニ於テ審議スヘキ希望ヲ公ニシタリ

私有財産ノ海上捕獲ヲ廢止スルト否トノ問題ハ各國竝ニ諸國一般ノ通商上ニ重大ナル關係ヲ有シ殊ニ英米佛、獨等海上ノ商業ニ優勢ヲ占ムル國家ニ於テハ其廢止ト否トニ付キ國運ノ盛衰ヲ來スヘキ大問題ニシテ從來私有財産ヲ捕獲スヘカラスト爲ス者ノ理由トシタル所ヲ見ルニ

第一、戰爭ハ國家ト國家トノ爭ニシテ私人ニ直接關係ナキカ故ニ海上捕獲ハ國際公法上私人ノ財産ヲ戰爭中侵スヘカラストスル原則ニ適合セストシ之ニ反對スル者ハ曰ク戰爭ハ國家間ノ公爭ナリト雖モ私人ニ關係ナシトスルハ法理ニ反シ事實ニ背クコト明カニシテ私有財産ハ間接ニ敵國ノ戰鬪力ヲ助クルモノナルカ故ニ其捕獲ヲ廢止スルトキハ之カ爲メ戰爭ノ終期ヲ遲延スルコト疑

ナシ此故ニ戰爭ノ目的ヲ速スルノ必要上敵國ノ海上商業ハ同國ノ最モ大ナル財源ナルカ故ニ其財源ヲ涸渴セシメテ間接ニ其戰鬪力ヲ減縮スルカ爲メ海上捕獲ノ古來ノ權利ハ交戰者ニ於テ之ヲ存續スル必要アリ況ヤ其捕獲ハ交戰國私人ノ利益ヲ害スルノ故ヲ以テ之ヲ行フヘカラサルハ私人ノ利益ノ爲メ國家ノ利益ヲ犧牲ニ供スルモノナリトシ

第二、戰爭ニ於テ敵國ノ戰鬪力ヲ奪フノ行爲ハ交戰者カ之ヲ行フノ權利ヲ有スレトモ海上捕獲ハ私人ノ商船ヲ掠奪スルモノニシテ戰爭ノ目的ヲ速スルニ必要且直接ナルモノニ非サルカ故ニ捕獲ハ敵國ノ戰鬪力ヲ減殺スル所以ニ非サルヲ以テ之ヲ廢止スヘキモノト說キ之ニ反對スル者ハ曰ク海上捕獲ハ戰爭ノ成功ト否トニ直接ノ關係アリテ之ニ因リ戰爭ノ資力ヲ著シク攻擊スルノミナラス商船ハ少クモ運送船トシテ戰鬪ニ使用セラルル如ク戰爭ニ必要ナル使用ニ供セラレ得ヘキカ故ニ之ヲ捕獲スルハ不當ニ非ストシ

第三、陸上ニ於テ私有財産ノ尊重セラルル原則ハ海上ニ於テモ同一ナルヘキモ拘ハラス海上ニ於テ此原則ノ認メラレ居ラサルハ不當ナリトシ之ニ反對スル

者ハ曰ク陸上ニ於テモ徵發取立金ノ如キ私有財產ニ對スル强制的ノ押收アリテ海上捕獲ハ其徵發取立金ト同一ナルノミナラス陸上ニ於ケル私有財產ノ奪重ハ事實上占領者ノ利益ニ基キ地方人民ノ激昂ヲ避ケ其反抗ヲ未萌ニ防クカ爲ノ軍隊自體ノ利害關係上成ルヘク其私有財產ヲ侵スヘカラサルノ必要アリ然ルニ海上ニ於テハ此ノ如キ必要ナキノミナラス敵國ニ於ケル戰鬪ノ資料及ヒ財源ヲ涸渴シテ速ニ戰爭ノ目的ヲ遂スルノ必要上其捕獲ヲ行フヲ自己ノ利益ト爲スモノナリ

更ニ之ヲ反駁スル者ハ曰ク徵發取立金ハ一定ノ方法ヲ以テ占領地ニ賦課シ其地ノ人民ヨリ衡平ノ取立ヲ爲スカ故ニ是認セラルルニ反シ捕獲ハ直接ニ其物品ノ所有者タル個人ニ對シテ悲慘ナル損害ヲ生スルカ故ニ自ラ陸上ノ徵發取立金ト同一ニ非スシテ掠奪ト同シク且徵發取立金ハ軍隊ニ直接必要ナル物品ノ徵用ニ限ルモノナレトモ海上捕獲ハ戰鬪員ノ日用品ヲ取得スルニ非スシテ其物品ニ制限ナク其程度ニ限度アルコトナシトシ之ニ反對スル者ノ說ヲ見ルニ「グロスト」レーキ」ハ曰ク徵發ト捕獲トヲ區別スルハ根據ナシ戰爭ニ於テ佛國ハ

獨逸國ノ船舶ヲ拿捕シテ領收證ヲ與ヘス獨逸國ハ陸上ニ於テ佛國人民ニ對シ徵發取立金ヲ命シ之ニ領收證ヲ與ヘタリト雖モ兩者共ニ何等ノ貸借關係ナキハ同一ナリ佛國ハ捕獲シタル船長ヲ俘虜トシ戰爭中獨逸國ノ使用ト爲ルコトヲ許サス獨逸國ハ占領地ニ於ケル佛國人民ヲシテ佛國ノ使用ト爲ルコトヲ禁止セリ是ヲ以テ考フルニ捕獲ハ徵發トハ物品及ヒ人民ヲ通シテ同一ナリトシ又他ノ捕獲ヲ辯解スル者ハ陸上ノ徵發ニハ規則上明白ナル制限ノ存在スレトモ事實上行ハレタルコト少ク交戰國カ一地方ヲ占領シタルニ當リテ奇酷ノ徵發取立金ヲ命スルコトハ屢行ハレ斯ル場合ニハ多數ノ個人ニ對スル掠奪ト同シク海上捕獲ヨリモ寧ロ多數ノ人民全體ヲ非常ナル悲慘ノ狀態ニ陷ルルモノナリトセ「ダナ」ハ之ニ一歩ヲ進メテ曰ク海上捕獲ハ陸上ノ戰爭法ヨリ寧ロ寬大ナリ何トナレハ陸上ニ於テ交戰國軍隊ハ敵國ノ版圖內ニ侵入スルトキハ個人ノ生活及ヒ一家ノ平和ヲ直接ニ害シ其利益ヲ害スルモノナレトモ海上ニ於テハ固ヨリ敵國個人ノ生命身體ニ加害セサルヲ以テ其生活關係ヲ害スルコトナク加之敵捕獲者ハ捕獲ヲ知リナカラ自ラ其危險ヲ賭シテ戰爭中通商航海

ヲ爲ス船舶ヲシテ捕獲スルニ止マルノミナラス近世ニ於テハ海上保險ノ制度カ發達シタルカ爲メ其捕獲ノ損害ハ必スヤモ被捕獲者タル商人ニ於テ全然之ヲ負擔スルニ限ラスト說ケリ

第四現今ニ於テハ開戰ノ當時ニ於テ交戰國ハ其領海内ニ在ル敵國ノ船舶ニ對シテ無事ニ退去スルコトヲ許シ又戰爭ノ事實ヲ知ラスシテ自國ノ港灣ニ寄泊シタルモノモ本國ニ歸航ヲ許スノミナラス商業社會ハ交通機敏ナルカ爲メ戰爭ノ開始アルヤ否ヤ其事實ハ直チニ商業社會一般ニ知レ渉ルモノナルヲ故ニ戰爭中交戰國人民ハ捕獲ノ危險ヲ冒シテ航海スル者ノ數ヲ減シ隨テ海上捕獲ノ行ハルル範圍ノ縮少シ來リタルカ故ニ今日海上捕獲ノ權利ヲ存續シ置クモ其實際上ノ效力殆ト之ナク却テ之ヲ存續スルトキハ中立國ノ利益ニシテ交戰國雙方ノ損失ナリ何トナレハ數國商業者ハ中立國ノ船舶ニ依リ其貨物ノ運搬ヲ爲スノミナラス其所有者ノ船舶ヲ中立國ノ船籍ニ移シ以テ海上捕獲ヲ免ルヘキヲ以テナリトシ之ニ反對スル者ハ曰ク海上捕獲ノ存否ニ付キ斯ル議論ヲ爲ス者ハ各國ノ實情ヲ知ラサルモノナリ何トナレハ實際國家ニ依リテハ多タノ海軍ヲ有スルモノアリ又優勢ナル海軍ヲ置クコト能ハスシテ有力ナル陸軍ヲ有スルモノアリ此等海軍國ト陸軍國ト開戰アルニ際シ若シ海上捕獲ヲ行フヘカラストセハ海軍國ノ不利益ニシテ陸軍國ハ自由ニ徵發課金ヲ敵國ノ占領地ニ命シ大ナル利益ヲ專ニスヘキノミナラス海上捕獲ノ行ハルルカ爲メ敵國ノ船舶カ海上ニ出スルコト能ハス若クハ中立國ニ船籍ヲ移スノ不便不利益ハ則チ海上捕獲ノ存在スルカ爲メニ同國ノ商業ニ對スル打擊ナルニ外ナラス況ヤ又敵國ニ於テ商業ノ資料カ存在スル間ハ其物品カ悉ク中立國船舶ニ依リテ運搬セラレ其商船カ悉ク中立國ニ轉籍スルカ如キハ實際行ハルルモノニ非ナルノミナラス其捕獲ノ場合ニ於テモ之カ爲メ必スヤモ捕獲ヲ免ルルモノニ非ス

第五海上捕獲ノ廢止ニ反對シ來リタル英佛兩國竝ニ米獨兩國ノ如キ其商業ノ大部ハ海上ニ於テ行ハルルカ故ニ捕獲ヲ廢止スルハ其各國ノ利益ナリ何トナレハ廣大ナル海上ニ於テ多數ナル自國ノ船舶ヲ敵國ノ攻擊ヨリ防護スルハ困難ニシテ巡洋艦ハ多數ノ商船ヲ攻擊シ得ヘシ然ルニ若シ私有財產捕獲ノ廢止

ヲ法則トスルニ於テハ其商船及ヒ戰貨ヲ防衛スルヲ必要ナシ自國ノ海軍為ス單ニ戰鬪ノ目的ノミニ集注シ得ヘキ利益アルヲ以テナリトシ之ニ反對スル者ハ曰ク海上捕獲ハ之ヲ存續スルコト戰爭ヲ一部ニ不人道トシ之ヲ未病ニ防クノ利益アルカ故ニ政策上ニ於テモ之ヲ廢止スヘカラサルノ必要アリヲ「アラバマ」事件ノ如キ其紛爭國タル英米兩國ハ商業國ナルヲ以テ論者ノ言ヘル如キ事情アルカ爲メ其紛爭ノ類繁ナリシニ拘ハラス遂ニ兩國間ニ戰爭ヲ見ルニ至ラスシテ終局シタルヲ見ルモ戰爭ヲシテ私人ノ利害ニ直接ノ關係ヲ存セシムルハ戰爭ノ發生ヲ未病ニ防クノ理由アルコト明カナリトシ「グロチウス」ノ如キハ海上捕獲ニ關スル規則カ諸國ニ於テ其主張ヲ異ニシ未タ一致ヲ見ルニ至ラサルカ爲メ交戰國ト中立國トノ間ニ煩雜ノ問題ノ起ニサル捕獲ヲ廢止スルトキハ之ト同時ニ斯ル煩雜ナル問題ヲモ斯法上之ヲ一掃スルノ利益アリト爲シタレトモ其問題ヲ一掃スルノ利益アルカ爲メ海上捕獲ヲ不當ト謂フヘカラス又學者中既ニ陸上ニ於テ掠奪ヲ禁シ又巴里宣言ニ依リ私船ノ拿捕ヲ廢止シ又敵船中ニ在ル中立國戰貨及ヒ中立國船中ニ在ル敵國ノ戰貨ヲ拿捕セサルコトト爲スニ至リタル今日ニ於テハ敵國私有財產ノ海上捕獲ヲ全廢スルハ唯一歩ノ勞ノミト曰フ者アレトモ之ニ對シテハ論者ノ說ノ如キモノアルコト疑ナキト同時ニ交戰國人民カ捕獲ノ危險ヲ冒サス又其商品ノ捕獲ヲ免レントセハ中立國ノ船舶ニ運搬ヲ依賴スルノ勞モ亦僅少ナリトセリ

畢竟スルニ戰爭上陸軍ト海軍トハ其戰爭實行ノ方法ヲ異ニシ陸軍ハ敵地ヲ占領シ之ニ侵入スルコトヲ得ヘク其占領及ヒ侵入ハ戰爭ノ目的ヲ達スルノ捷徑ナルニ反シ海軍ニ於テハ敵國軍艦其他敵船ヲ攻擊シ其商業ヲ零落スルノ外ニ其使用ノ途ナキノミナラス敵國ノ財源タル商業ヲ攻擊スルハ戰爭ノ目的ヲ達スル上ニ於テ著大ナル效果ヲ有スヘキヲ欲シ私有財產ノ捕獲ハ今日ニ至ルマテ廢止セラレサル所以ナルニ外ナラス尚ホ私有財產ノ海上捕獲ニ付キ有力ノ學說ト見ルヘキハ千八百八十七年ハイデルベルヒ會合ノ國際法協會ノ決議ナリ同決議ニ曰ク

私有財產ハ中立國若クハ敵國ニ屬スルヲ問ハス敵國ノ國旗ノ下ニ在ル船ノ分捕獲スヘカラス

戰爭ニ直接ノ使用アルカ又ハ直接使用ヲ目的トスル物件並ニ作戰ニ關與シ若クハ直接ニ關與スルコトヲ目的トシ又ハ有效ナル封鎖ヲ破リタル商船ハ之ヲ捕獲シ得ヘシ

トシテ敵國私有財產ハ敵ノ捕獲ヲ否認スヘキ意見ヲ及ホシ來リ[illegible]

尙ホ是ヨリ敵國ノ私有ノ財產即チ敵物如何ニ付キ種問ヲシ[illegible]

講師　先ツ船舶ノ敵性換言セハ敵ノ私有船舶トハ如何ナルモノヲ謂フヤ

生徒　敵人ノ所有ニシテ敵旗ヲ掲クルモノナリ

講師　第三國ノ船舶ニシテ敵旗ヲ掲ケ其國旗ノ保護ノ下ニ航海スル船舶ハ中立國船舶ト看ルヘキヤ將タ敵船ト看做シテ捕獲シ得ヘキヤ

生徒　敵船ト看做ス

講師　英國主義モ然ルカ

生徒　中答フル者ナシ

講師　此點ニ於テハ大陸主義ト英國主義ト同一ナリ

講師　素ト船舶自體ニ敵性ト否トアルコトナシ其所有者其他ニ付キ敵國トノ

關係如何ニ依リテ敵船ト否トノ區別アルニ外ナラス[illegible]敵人ノ所有ニ係ル船舶ハ敵船ナルカ故ニ所謂敵人トハ如何ナル者ヲ謂フヤ

生徒　大陸主義ニ於テハ敵國ニ國籍ヲ有スル者ヲ敵人トシ英國主義ニ於テハ敵地ニ住所ヲ有スル者ヲ其所有ノ財產ニ關シテ敵人ト看做ス

講師　然リ我國モ此點ニ付テハ英國主義ヲ採リ居ルコト海軍捕獲規程ニ之ヲ徵スヘシ此主義ノ理由トスル所ハ敵國ニ住所ヲ有スル者ハ其國籍ノ如何ヲ問ハス敵國ノ直接管轄ノ下ニ在ルカ故ニ其所有ニ係ル財產ハ戰鬪ノ資料ニ供セラレ得ルヲ以テ其領人ノ中立國ニ國籍ヲ有スル者ハ中立國人民タル身分ヲ失ハスト雖モ苟モ敵國ニ住所ヲ有スル以上ハ戰爭中敵人ト同一ノ待遇ヲ受ケ又其領人ノ財產カ海上ニ在ルトキハ敵物トシテ捕獲セラルルモノトス其外船舶ノ所有者如何ヲ問ハス苟モ敵國ニ船籍ヲ有スルカ又ハ敵國ノ免狀ニ依リテ航海スルモノモ亦然リ此點ニ付キ注意ヲ要スヘキ事ハ英國主義ニ依レハ敵國ニ在ル商店ニ直接所屬スル船舶ハ其商店所有者カ敵國ニ國籍ヲ有スルト中立國ニ國籍ヲ有スルトヲ問ハス其中立國人民カ敵國ニ住所ヲ有

スルト自國又ハ中立國ニ住所ヲ有スルトニ拘ハラスト之ヲ敵物トス其理由ハ前述セル所ト同シク其商店ニ所屬スル船舶及ヒ載貨ハ敵國ヲ直接ニ之ヲ支配シ居ルヲ思フ何時ニテモ其物品ヲ敵教ヲ以テ軍事ノ資料ニ供シ得ルヲ以テナリ之ニ反シテ敵國ニ住所ヲ有スル敵國人民ノ商店カ中立國ニ在ルトキモ其商店ニ所屬スル船舶載貨ヲ敵物トシ其理由ハ所有者カ敵國ニ住居スル人民ナルトキハ中立國ニ在ル商店ノ利益ハ其敵人ノ所得トナリ敵國ハ同人民ニ對シ課税其他ニ依リ同商店ノ利得ヲ徴用シテ戰爭ノ資料ニ供シ得ハシト云フニ在リ

講師　敵國私有ノ載貨ニ付キ佛國主義ニ於テハ敵船及ヒ敵物如何ハ其所有者カ敵國ニ國籍ヲ有スルノ事實ニ因リテ之ヲ決スルニ反シ英國主義ニ於テハ所有者ノ定住地(Domicil)如何ニ依ルヲトナルカ故ニ定住地如何ノ問題ハ船舶及ヒ載貨ノ敵性ヲ定ムルニ關シテ頗ル重大ナル關係ヲ有スルカ故ニ先ヲ定住地即チ住所如何ヲ研究セサルヘカラス個人ノ住所トハ如何

生徒　住所ハ永住ノ意思ト現在居住ノ事實ヲ要シ此二者ニ依リ自ラ定マルモノトス

講師　箇人カ一定ノ土地ニ於テ永住ノ意思ヲ有シ之ニ居住スルノ事實アリテ一時他國ニ旅行シ捕獲ノ當時ハ現在其地ニ居住シ居ラサリシトキハ如何

生徒　正論ハ其地ニ住所ヲ有スルコトヲ失フ

講師　然リ住所ノ問題ハ羅馬法以來學者間ノ研究ニ上リ羅馬法ニ於テハ本人自己ノ家族ノ神祇ヲ祭リ自己ノ業務其他利害關係ノ主タル場所ニシテ特別ナル事務アルニ非サレハ其地ヲ離レス又其地ヲ離レタルトキハ之ヲ他行ト看做シ其地ニ立戻ルトキハ歸來ト爲ストキハ其地ヲ同人ノ住所ト爲シ「ライリモル」ハ曰ク住所ハ英語ノHomeヲ意味シ一人ニシテ二箇國ニ住宅ヲ有スルトキハ本人カ自己ノHome即チ住家ト看做シ居ル所ナリト曰ヒ英語ノHomeナル語ハ最モ能ク住所ニ該當スルモノトス又住所ニ付テハ古來其説明上學者ニ依リ種種ニ分類セラレ主タル住所、一時的住所箇人的住所商業的住所政治的住所國法上ノ住所裁判上ノ住所固有本然又ハ必然ノ住所任意的住所等ノ區別ヲ爲シタルモノアレトモ要スルニ海上捕獲ニ關シ箇人カ一定ノ土地ヲ

住所トスルカ其地ニ付キ[illegible]

第二ニハ永住ノ意思(Animus Manendi)ヲ要ス然又[illegible]

第三ニハ個人カ敵國ニ居住スルトキハ捕獲審檢所ハ其處ニ住所ノ在ルヤ否ヤト推測シ其反證ハ被捕獲者ニ於テ之ヲ舉ツルヘカラス[illegible]

第三ニハ在留ノ年月ニ重キヲ置カカ故ニ當初個人カ其地ニ永住ノ意思ナクシテ之ニ居住シタリトスルモ久シク其地ニ在住シテ正當ニ同人ノ住所ト看做シ得ヘキ事實アルニ於テハ法廷ハ之ヲ同人ノ住所ト看做シ其當初ニ於ケル本人ノ意思等ヲ以テ之カ反證ヲ許サス[illegible]

第四ニハ本人カ一定ノ地ヲ一旦住所ト定メタル以上ハ一時的ノ他行ハ其住所ニ變更アルコトナシ[illegible]

第五ニハ凡ソ捕獲ニ關スル住所トハ事實上ノ住所ヲ意味シ縱令居住人ノ本國法ニ於テ同國人民カ他國ニ住所ヲ定ムルコトヲ許ササルコトアル場合ニ於テモ事實上ノ住所ナル以上ハ妨ケナク本國ノ法律其他ヘ之ニ關係ナシ

第六ニハ交戰國人民カ戰爭中ニ本國ノ許可アリシカ他國ニ住所ヲ移轉スルコトヲ認メサルカ故ニ其住所ヲ移轉ハ之カ爲メ其所有品ノ敵性如何ニ影響ナシ

第七ニハ居住ニ因リテ住所ヲ得タル者ハ居住ノ拋棄ニ因リ其住所ヲ消失スルモノトス但其拋棄ニ付テハ再ヒ歸來スルノ意思アリシコトヲ要ス

第八ニハ占領地又ハ主權不確定ノ地ニ居住スル者ハ其人民ノ所有品ヲ海上ニ於テ敵物ト看做スヤ否ヤハ英米兩國ノ判例未タ一致セサル所ナレトモ敵國占領地ニ對スル自國商業交通ノ關係上自國ノ政略ニ基キ之ヲ敵地ト同一視シ居ル場合ニハ敵物ト看做シ來リタルモノトス主權不定ノ地ニ付テモ亦同一ニシテ一例ヲ擧クレハ千八百四十八年伊太利戰爭中トリエスト港ハ墺國ノ領土ニシテ同時ニ日耳曼聯邦ノ所屬ナリシカ故ニ日耳曼聯邦ハ交戰國ニ非ス然ルニ「アルチニヤ」國ハ「トリエスト」港ヲ封鎖シタルニ對シ日耳曼聯邦政府ハ中立國主權ノ侵害ナリトシテ之ニ抗議シタル處「アルチニヤ」國政府ハ之ニ答フルニ墺國カ「トリエスト」港ニテ戰爭ノ準備ヲ爲シタ

ルカ故ニ之ニ封鎖ヲ行ヒタルハ正當ナリト主張シタルカ如キ動ス如キ場合ニ於テ海上捕獲ニ關シ其土地ヲ敵國ト看ルト否トハ同地ト自國ノ他ノ領土トノ交通ノ關係ヲ敵國カ許シ居ルヤ否ヤニ依リテ決スヘキ若シ其通商ヲ許シ居ルニ於テハ之ヲ敵地ト看做サス其土地ニ住所ヲ有スル者ノ海上財產ヲ敵物ト爲サヽルヲ普通トスト雖モ此點ハ交戰國ノ攻略如何ニ依リ其利害關係ヨリシテ任意ニ定メ來リタルモノノ如シ清國膠州灣ノ如キモ此關係ニ於テハ主權不確定ノ土地ト同一ニ論セラルヘク若シ英獨兩國カ戰爭ヲ爲ストキハ英國ハ膠州灣ニ住所ヲ有スル者ノ財產ヲ敵物ト看做スヘキヤ又ハ清國ノ財產ト看ルヘキヤハ同灣ニ於ケル獨國軍備如何ニ依リテ決シ得ヘキモノノ如シ然レトモ膠州灣ハ今日清國ノ領土ナルコトハ疑ナキカ故ニ長年月間ノ時效其他ニ因リ獨國ノ領土ト爲ラサル以上ハ未タ直チニ獨國ノ領土ト同一ナリトハ云ヒ難シ

以上論述シタル所ノ法則ニ依リテ住所ノ問題ハ決定ス[illegible]敵人敵物ヲ定ムル英國主義ノ第一ノ標準ハ住所ニ依ルコト上述ノ如シ而シテ

第二ノ標準ハ交戰國ニ商店ヲ有シ其商店ノ計算ニ屬スル物品ハ敵物ト看做シ又敵地ニ定住スル者カ中立國ニ商店ヲ有スル場合ニ於テ其商店ニ直接附屬スル財貨ハ敵物トスルコト船舶ノ場合ト同一ナリ

第三ニハ敵國ノ領土又ハ占領地ノ產物又ハ製造物ハ總テ其土地若クハ製造所所有者ノ手ヲ離レサル間ハ敵物ト看做スモノトス何トナレハ土地ハ敵國ノ主ナル財源ニシテ其產物ハ戰爭ノ資料中主要ナルモノナルヲ以テナリ此故ニ其土地ノ所有者ハ中立國ナルモ敵國ノ產物ニシテ敵國ノ資料ニ供セラレ荷モ其產物カ第三者ノ手ニ渡ラサル以上ハ敵物トス換言スレハ土地所有者ハ其土地ノ運命ニ從ハサルヘカラスト云フニ在リ(「ペンチェン」對「ボイル」事件(9. Cranch 191))千八百十五年英米戰爭中西印度島ノ「サンタクリュズ」ハ素トヂ抹國ニ屬シヂ抹國ノ一官吏ハ該島ニ奉職中一定ノ土地ヲ買ヒタルニ其後英國カ該島ヲ占領シ英米戰爭ノ初メ其土地ヨリ產出シタル砂糖ヲ當時ヂ抹國ニ在リシ前官吏ナル所有者ノ計算ニテ英國ニ運送中米國ハ之ヲ敵物トシ捕獲シタルハ其一例ナリ又他ノ一例ヲ擧ケテ此法則ノ適用ヲ示サハ千八百三年「アミニヲ、ス」號事件(5. Rob. 20)

ニシテ英國戰爭中西印度島ノ和蘭領「シュラチャム」ノ產物ニ付キ土地所有者ハ獨逸人ニシテ獨逸國ニ居リ而モ右戰爭ノ開始前ニ其產物ヲ積出シ獨逸國ニ向セテ航海中英國軍艦ノ爲メ拿捕セラレ捕獲審檢所ハ之ヲ敵物トシテ沒收セリ

第四ニハ敵國ニ固有ナル航海換言セハ沿海貿易ノ如キ他國ニ許サヽル航海又ハ敵國直接保護ノ下ニ在ル財產ナリ此點ニ付テハ英佛兩國ノ主義共ニ之ヲ敵物トスルコトハ同一ニシテ日本捕獲規程第二條ニ規定スル所モ之ト同シク同條ニ左ノ規定アリ

一ニ敵ノ旗章及ヒ通航券ヲ有スル船舶敵國ニ籍籍ヲ有スル船舶ヲ意味ス船舶ハ必スシモ自國ノ國旗ヲ掲クルヲ義務ナシ現ニ捕獲ヲ行フ時ニ之ヲ掲クルコトヲ要スル)

三　敵ノ免狀ヲ有シテ航海スル船舶

四　敵艦ノ保護ノ下ニ在ル船舶

第五ニハ拿捕物ノ國性ハ拿捕當時ノ國性ニ依ル此點モ英佛兩國ノ主義共ニ同一ニシテ拿捕ト捕獲ノ語ハ明カナル孤測ナキ者如キモ拿捕ト云ハハ單ニ逮捕押

フルコトヲ意味シ捕獲ト云ヘハ拿捕シテ沒收スルノ事ヲ包含スルカ故ニ巴里宣言ノ譯文ニハ之ヲ「拿獲」ト云ヘリ此原則ニ付テハ別ニ說明ヲ加ヘスシテ閑白ナルヘシ

第六ニハ航海中ノ船舶貨物ハ其所有權ノ移轉ヲ認メス此原則ヲ細別スルトキハ船舶ニ付テハ佛國主義ニ於テ戰爭中賣買其他一切所有權ノ移轉ヲ認メス英國ハ船舶ノ移轉ハ戰爭中殊ニ航海中ト雖モ之ヲ認スルト雖モ其移轉ハ所有權ノ完全ニ移轉シタル場合ナラサルヘカラス又載貨ニ付テハ佛國主義ハ航海中ノ物件ニ付キ所有權移轉ニ關スル當事者間ノ特約ヲ認ムルモ其移轉ハ善意ナルヲ要シ詐欺ノ行爲ニ因ルコトヲ許サス英國ハ航海中ハ移轉ヲ認メス我國ハ英國主義ヲ取リ居ルモノニシテ捕獲規程第二條第七號ニ捕獲シ得ヘキ船舶ニ付キニ外見ハ帝國同盟國若クハ中立國ニ住所ヲ有スル人ノ所有船ナルモ若シ其ノ中所有者開戰後若クハ開戰ヲ慮リテ該船舶ノ所有權ヲ敵ヨリ得タルモノナル時トキハ取引ノ善意ニシテ且ツ既ニ完了セル證明充分ナラサルモノハ原ホトシ此規定ニ據レハ船舶ハ航海中移轉ヲ認ムルモ其移轉ハ完全ナルコトヲ要ス

未タ占有ノ移ラサルカ又ハ如何ナル形式ニ出ツルヲ問ハス原所有者ノ權利義務ニクモ殘存スルトキハ完全ナル移轉ニ非ス之ニ反シタ佛國主義ナレハ戰爭中其移轉ヲ當初ヨリ認メ居ラサルカ故ニ開戰後敵ヨリ所有權ノ移轉ヲ得タルニ付キ所謂取引ノ善意且完了ノ證明ナトノ問題カ生スヘキ餘地ナキモノトス」又同條ノ規定第六號モ同シク英國主義ナルコト明カニシテ猶ク各自ニ參照セラルヘシ又所有權ノ移轉ハ善意ナリヤ否ヤ完了シタルヤ否ヤハ固ヨリ其眞情ヲ知了スルヲ必要アルカ故ニ法廷ハ其事實ヲ審査スルニ付キ形式上ノ書類ノ方式ノミニテハ滿足セス却テ書簡等ノ私信ニ注意スルコト勿論ナリ又我國捕獲規程第二條第五號ニ同盟國又ハ中立國ノ船舶トアルハ同國ニ住所ヲ有スル人民ノ所有船舶ト解スヘキカ如タ帝國船舶ニ付テハ其規定中帝國臣民トアルカ故ニ同盟國若クハ中立國ノ船舶ニ關シテモ其國籍ニ係ルカ如キ疑アリト雖モ斯ク解スルトキハ第六條第七條等ニ於ケル定住地主義ト矛盾スルニ至ルヘシ」

第七ニ國際公法ノ法則上及ヒ條約ノ規定ニ依リ捕獲免除ノ船舶並ニ戰貨ハ固ヨリ之ヲ捕獲セスシテ我捕獲規程第三條ノ規定ニ在ル船舶及ヒ戰貨並ニ前

述シタル捕獲免除ノ官船私船ニ付キ其船舶及ヒ戰貨並ニ巴里宣言ノ結果敵船中ノ戰貨ハ拿獲セサレトモ法廷ニ於テハ敵船中ノ戰貨ハ敵物ナリトノ推則ヲ下スコト大陸及ヒ英國主義共ニ同一ナルカ故ニ其中立國ノ貨物タル事證ハ被捕獲者ニ於テ負擔セサルヘカラス

利益ナケレハ訴權ナシ

Sans intérêt, point d' action.

古昔ニ於テハ結婚ハ常ニ夫權ヲ生スルモノトセシカ羅馬風俗ノ變遷スルニ隨ヒ此ノ如キ嚴格ナル習慣ハ漸次頽廢ニ歸シ遂ニ夫權ナキ結婚ハ一般ノ方法トナレルカ如シ然レトモ夫權ナキ結婚ハ正當結婚タルヲ妨ケスシテ子ハ父ニ屬シ其父權ニ從ヘラル而シテ結婚ハ夫權ヲ伴フト否トニ從ヒ著大ナル差異アリ夫權ナキ契約ニ因リ結婚セル婦ハ其生來ノ家ヲ捨テス隨テ夫ノ家ニ入ルコトナク生家ノ家父ノ父權又ハ後見人ノ監督下ニ屬シ若シ自權者タルトキハ己ノ財産ヲ保有シ夫ハ其所有權ヲ得サルノミナラス之ヲ管理スルノ權ヲモ有セサルナリ又一方ニハ女ハ夫ノ家ニ對シテハ外人タルヲ以テ女子ノ相續分配ヲ受ケス夫家ノ財産ノ消長ハ更ニ利害ヲ有セサルカ故ニ婦ハ夫家ノ祭祀上及ヒ社會上ノ關係トハ分立シ夫ノ生活ニ合スルニ己ノ生活ヲ以テスルコトナク往時ノ結婚ノ趣旨トハ相背馳スルノ狀アルヲ以テ容易ニ夫權ヲ伴フノ式ニ代フルコト能ハサリキ

此ノ如ク夫權ナキノ結婚ニ在リテハ夫婦ハ互ニ獨立シテ夫ハ婦ノ身體及ヒ財産上更ニ權力ヲ有スルコト能ハス恰モ下等ナル配偶ニ似タルカ古昔ノ風俗ノ

消亡ト共ニ漸ク世上ニ應用セラレ帝政時代ノ初メ頃ニ漸次夫權ノ式ハ排棄セラレ數科時代ニ至リ夫權ナキノ結婚ノミ存在スルニ至レリ

羅馬法ニ於テハ結婚ヲ證明スルカ爲メニハ一ノ形式ヲ必要トセサリキ唯事實上ニハ婚姻賣金ニ關シタル契約書ノ在ルアリ然ラサレハ正當結婚ノ際擧行セル習慣ナリシ盛大ノ儀式ハ之ニ列席セシ證人ニ依リ女ハ正當配偶トシテ納レラレシコトヲ證明シ得ヘシ其他ノ場合ニ於テハ法學者ハ社會上ニ於テ敬重ヲレタル地位ヲ有スル男女ノ合同ハ正當結婚ヲ推測セシムヘキコトヲ決セリ又「ジュステニアン」帝ニ至リ男女ノ共住ハ生來ノ自由人ニ在リテハ結婚ヲ推測セシムヘキコトヲ決セリ加之同帝ハ元老院議員及ヒ高官ノ身分ヲ有スル者ハ結婚證書ニ付キ證書ヲ作成スヘキコトヲ命セシカ其後「レオン」、「ヒイロゾフ」帝ハ耶蘇教的ノ結婚及ヒ婚姻所續ヲ以テ法律上ノ必要ト爲シタリ

結婚ヲ形成スル爲メニハ當事者雙方即チ夫婚ト爲ルヘキ男女ノ承諾ヲ得ルヲ必要トスルハ無論ナレトモ又有形的ニ男女ノ合一ヲ要之ヲ deductio in domum mariti ト謂フ此第二ノ條件ハ女ヲ導キテ婚姻上ノ住居即チ夫ノ家ニ致シ之ヲ其

手下ニ置クヲ謂フ蓋シ夫婚ニシテ現在スルトキハ此「デヂクシオ」ヲ必要トセスト雖モ若シ夫ニシテ不在ナルトキハ女ヲ以テ其住居ニ致シ夫ノ歸來ヲ待チテ其意ニ屬セシムルカ故ニ deductio ヲ實行スルヲ得結婚ヲ成立セシムルモノトス

若シ之ニ反シ女ノ不在ナルトキハ有形上夫婚共住スヘカラサルカ故ニ deductio ヲ行フコト能ハス隨テ結婚ヲ爲スコト能ハス

正當結婚ニ夫婚ノ承諾ヲ得ルハ第一ノ條件ナリ故ニ若シ夫婚タル一方ニシテ承諾ヲ與フルコト能ハサルトキハ婚姻ヲ爲スコト能ハス例ヘハ其發狂者タルトキノ如シ而シテ數科時代ニ於テハ此承諾ハ自由ニシテ家父ノ强制ニ因リ追取セラルルコトナカリキ

其他結婚ニ必要ナル條件ハ(一)成年(pubertas)(二)家父ノ承諾(三)Connubium 是ナリ

(一) 成年　抑モ結婚ノ目的タル異性ノ二人ヲ結合シ同種ノ形體ヲ生產シ人間種族ノ永續ヲ圖ルニ在リ故ニ苟モ結婚セントスルニハ有形的ニ此機能ヲ有セサルヘカラス若シ然ラサランカ結婚ハ成立スルコト能ハサルモノニシテ例ヘハ宦官未成年ノ如キハ夫タリ婦タルノ能力ナキ者ナリ而シテ男女生產後幾何

ナル時日ヲ經過セハ此機能ノ發達シ得ルヤ又如何ナル方法ニ依リ之ヲ知ル
ンカハ羅馬法ニ於ケル一問題タリキ[illegible]
女子ニ對シテハ其結婚年齢一定シテ終始變セス之ヲ以テ滿十二歲ト爲シタリ
之ニ反シテ男子ニ對シテハ法律時代ニ從ヒテ異ナリタリ古昔ニ於テハ父或ハ
後見者ハ身體ノ發育ニ隨ヒテ子ノ成年ニ達シタルヲ定メタリ而シテ其外見上
ノ變化ヲ示サンカ爲メ毎年「バッキュス」(葡萄酒ノ神)ノ祭祀ニ於テ子ハ小兒ノ上著
ヲ去リ男子ノ服ヲ著ケタリ(是レ我邦ニ於テ衣服ノ肩上ヲ去リ或ハ前髮ヲ剃レ
ル)ニ類ス)其年齢ハ一定セス通常十四歲乃至十七歲ニシテ爾後ハ壯年者トシテ
「センチュリー」會議ニ列スルヲ得タリ「セルウィユス、チュリユス」ノ法ニ從ヘハ十七歲
ヲ以テ成年ト爲シタルモ家父ハ其隨意ニ之ヲ減スルヲ得タルカ如シ[illegible]
其後世人ハ一定ノ年齢ヲ取リ男子ノ成年ヲ確定セント欲スルノ傾向アリ「プロ
キュリアン」派ノ學者ハ十四歲ヲ以テ成年年齢トセンコトヲ主張シ之ニ反シ「ザビ
ニアン」派ノ學者ハ身體ノ檢査ニ依リ之ヲ定メンコトヲ主張シ又法學者「プリス
キュス」(Priscus)ハ兩說ヲ取リ兩ツナカラ之ヲ結合シ十四歲ノ年齢ト身體ノ發達ト

ヲ希望セリ然レトモ第一說ハ遂ニ勝ヲ制シ羅馬法ノ末年ニハ世ニ容レラレ「ジュ
スチニアン」帝亦之ヲ採用シ反對論ヲ裁斷セリ[illegible]
(二)家父ノ承諾　[illegible]配偶者ト爲ルヘキ者ニシテ他權者ナルトキハ必ス家父ノ
承諾ヲ必要トス而シテ此承諾ハ或ハ兩親ニ對スル尊敬或ハ客氣ニ任セル少壯
者ノ情念ヲ制遏シ之ヲ保護スルノ趣旨ニ非スシテ家父ハ己ノ意ニ悖リ必然ノ
相續者ヲ有スルコトナシトノ羅馬法ノ原則ニ基クモノナリ若シ家父ニシテ其
父權下ニ屬スル子ノ結婚ニ對シ拒否ノ權ナカリセハ其祭祀ヲ受ケ其家名ヲ繼
キ又他日其資產ヲ相續スルニ己カ欲セサル結婚ヨリ生スル子アルヘシ是故ニ
上ノ原則ニ依リ家父ハ隨意ニ子ノ結婚ヲ拒否スルヲ得タルモ「アフギュスト」
(Auguste)帝ノ世ニ至リ正當ノ理由ナクシテ承諾ヲ與ヘサルトキハ司法官ハ之
ニ干涉シ家父ヲ强制スルコトヲ許セリ[illegible]
夫ト爲ルヘキ者ニシテ祖父ノ父權下ニ立チ父ハ猶ホ家族中ニ在ルトキハ同時
ニ父ノ承諾ヲ必要トス何トナレハ其父ハ一朝祖父死亡スルトキハ家父ト爲ル
ノ時アルヘク若シ其承諾ヲ必要トセサランカ彼ハ己ノ意ニ反セル相續者ヲ有

スルニ至ルヘケレハナリ然レトモ女子ハ於テハ家ヲ出ツルヲ以テ此要ヲ有キス隨テ家父權ヲ有スル祖父ノ承諾ヲ以テ足レリト爲スヘシ(Gaius, I, 130)

父ノ發狂シタルカ或ハ捕虜ト爲リ或ハ失踪セル場合ニシテ其承諾ヲ望ムヘカラサルトキハ之ヲ如何ニスヘキカ女子ニ在リテハ其生ム所ノ子ハ母系尊屬ノ父權ニ屬セサルヲ以テ之ヲ求ムルノ必要ヲ見スト雖モ男ニ在リテハ然ラサルヲ以テ法學者ハ之ヲ決スルニ躊躇セリ「マルク、アフレール」(Marc-Aurèle)帝ニ至リ斷續的發狂者ノ子ニ於テハ皇帝ノ裁決ヲ抑キ又連續セル發狂者ノ子ハ隨意ニ結婚スルコトヲ許セリ「ジュスチニアン」帝ニ至リ父ノ捕虜ト爲リ又ハ失踪セル場合ニハ事故ノ生セシ後三年ニシテ子ハ隨意ニ結婚シ得ルコトヲ決セリ

(ii) Connubium　成年ニ達シタル者ニシテ正當結婚ヲ爲サントスルニ法律上ノ能力ヲ有スルヲ必要トス此能力ヲ稱シテ"Jus connubii"又ハ"Connubium"ト名ク正當結婚能力ノ缺亡スル者ニ絶對的ナルモノトノ關係的ナルモノトノ二種アリ

(イ) 絶對的無能力　正當結婚ヲ爲スノ能力全然缺絶シ何人タルヲ問ハス之ト共ニ正當結婚ヲ爲スコト能ハサル者之ヲ絶對的ノ無能力ト爲ス而シテ元來羅馬公民ノミ Connubium ヲ有スルカ故ニ公民タラサル者即チ羅甸人(ラテン)外邦人及ヒ奴隷ハ正當結婚ヲ爲スコト能ハス然レトモ非公民ノ無能力ハ漸次減少シ遂ニ「カラカラ」帝カ羅馬帝國臣民ノ全體ニ公民ノ資格ヲ付與スルニ及ヒ全ク消失ス

(ロ) 關係的無能力　Connubium ヲ享有スル者ト雖モ一定シタル人ト共ニ結婚スルコト能ハス此相互間ニ横ハル結婚ノ妨礙ヲ有スル者ヲ關係的無能力者トス此無能力ノ存スル原因ハ或ハ政治的ナルアリ或ハ公ノ秩序ニ在リ或ハ道德ニ在リ政治的原因ニ在リテハ十二銅版法ハ貴族平民間ノ結婚ヲ禁シ其後「カニュレイア」(Canuleia)法ハ此禁ヲ解キタルモ先天ノ自由人ト解放奴トノ間ニ於テハ依然繼續セリ「アフギュスト」(Auguste)帝ノ世ニ至リ此禁モ亦消失セシモ元老院議員及ヒ其子ト解放奴俳優及ヒ賣淫婦トノ間ニ結婚ヲ禁セリ然レトモ女優「テオドラ」(Theodora)ヲ妻リタル「ジュスチニアン」帝ハ總テ社會上地位ノ差異ヨリ生スル禁止ヲ廢シタリ

其他皇帝ノ訓令ハ州郡ノ官吏ハ地方ニ生レ又ハ住居セル女子ト結婚スルヲ許サス官吏ノ中央權ヨリ遠サカリ地方ノ勢力ニ附センコトヲ防カントセリ[illegible]公ノ秩序ヨリ起レル原因トシテハ後見人ト被後見タル女トノ間、保佐人ト被保佐人タル女トノ間ニ又姦通男女間、少女及ヒ其誘惑者間ニハ婚姻ヲ許サス又羅馬帝國ノ末年ニ猶太人、耶蘇教人ニモ之ヲ禁セリ[illegible]其他道德的ノ觀念ニ據リ又同時ニ秩序ヲ以テ基礎ト爲シタルハ親族間ニ於ケル結婚ノ制止ナリ而シテ此禁ハ天然ナル親族即チ Cognatio 及ヒ民法上ノ親族 Agnatio ヲ分タス等シク存在セリ血族ニ於テハ直系ナル尊卑屬間ニハ無窮ニシテ養親ニ在リテハ其關係ノ消失スル後ト雖モ婚姻ノ禁ヲ遺留ス傍系ニ在リテハ兄弟姉妹間、叔父母甥姪間、大叔父母甥姪間ニハ相婚ヲ許サス[illegible]「クロード」(Claudius)帝ハ其姪ナル Agrippina ヲ娶ラン爲メ元老院ニ於テ殊ニ將來叔姪間ノ相婚ハ自由ナルコトヲ決セシメタリ然レトモ他ノ者即チ叔母ト甥母系ハ叔父ト姪トノ間ニハ之ヲ禁セリ「コンスタンタン」帝ハ此例外ヲ廢シ而モ死刑ヲ以テ其制裁トセリ[illegible]

親族間ニ禁止ニ配系ニ在リテハ無窮ニ存シ傍系ニ在リテハ教科時代ニハ存セナリシモ「コンスタンタン」帝ニ至リ義兄弟義姉妹ノ間ニ之ヲ禁シ[illegible]帝亦此禁ヲ謬ヌタリ併シ此妨碍ハ夫婦ノ一方カ死亡シタルトキ又ハ離婚ニ因リ發現シ來ルモノトナル何トナレハ婚姻ニ因リ始メテ生シ其繼續中ハ重ネテ配偶ヲ求ムルコトヲ得サルカ故ニ夫ヲ失ヒ又ハ[illegible]結婚ヨリ生スル結果ハ夫婦ヲ以テ父ト[illegible]結婚ヨリ生スル結果ハ之ヲ兩件ニ點ヨリ觀察セサルヘカラス第一ニハ夫婦交互ノ關係、第二ニハ結婚ヨリ生ルル兒子ト其父母及ヒ父母ノ親族ニ對スル關係是ナリ[illegible]夫婦間交互ノ關係且夫婦交互間ニ於テ結婚ヨリ生スル金錢上ノ關係ハ後章ニ讓リ今茲ニ之ヲ論ス單ニ其身上ニ對スル關係ハモ[illegible]ハ古ノ夫權(Manus)[illegible]ナキ婚姻ニ在リテ夫婦共ニ夫又ハ夫ヲ父ニ[illegible]ヲ鞏固シ對偶ノ狀態又取リ古昔ノ制度[illegible]ヲ以テ夫ノ地位ニ

婚立ち然又夫婦ト為ラシメ結婚ス兩人同一ナル權利ヲ有スル二人ノ夫會員ヨリ成ル一種ノ結社ナル觀念為シ隨テ夫婦兩者間ニ於ケル交互ノ義務ヲ綜解セシメ又ハ之ヲ見ル例ハ相互ニ貞實ヲ守ルヘキ如キ若シ之ヲ犯セ姦通ヲ為ストキハ即チ離婚ノ原因ト為ル然レトモ夫婦之ヲ破ルトキハ殊ニ社會一般カ女子ニ對シ會々ハ道德ヲ傷ケ且他人ノ種子ヲ親族ニ混入シ其結果ハ男子ノ之ヲ犯セルヨリモ更ニ重大ナルヲ以テ其制裁ハ常ニ男子ヨリモ重ク「コンスタンタン帝」姦通ヲ犯セル女子ハ死刑ヲ以テ之ヲ罰スヘキコトヲ命セリ

結婚セル夫婦ヨリ生ル所ノ子ヲ以テ正當子(Liberi justi)ト為ス其父母トノ關係ニ於テ子ト母トノ關係ハ分別ヲ以テ爭フヘカラサル事實トスルモ子ト父トノ關係ニ於テハ「結婚中ニ懷胎セル子ハ夫ヲ以テ父ト為ス」(pater is est quem nuptiae demonstrant)トノ格言ヲ以テ法律上ノ推定ト為ス此格言ハ婦ノ貞操ヲ守リ夫婦同居シタルヲ要スルモノニシテ懷姙ノ結婚中ニ在ルヲ定ムルニハ姙孕ノ最長期ヲ三百日ト為シ最短期ヲ百八十日ト為ス故ニ結婚後百八十日以内ニ生ル又ハ婚姻ノ解消後三百日以外ニ生レタル子ハ正當婚姻中ニ懷胎サレタルモノト為

スヲ得ス

子ハ生產後父又ハ一家ノ首長タル者ノ父權ニ屬シ父權者タリ然レトモ其出產ニ先チ家父ノ死亡セル場合ニハ自權者トシテ生ルルコトアリ子ハ父ノ有セル社會上ノ地位ヲ取リ姓名住所國籍等父ノモノニ從フ

正當結婚ヨリ生ル親族關係ニ於テ子ノ父及ヒ父ノ父系ノ親族ニ對スル關係ハ之ヲ「Agnatio」ト謂ヒ子ハ父ノ「アグナ」Agnat ニシテ又父ト「アグナ」タル即チ其兄弟姉妹其他同一ノ父祖ヨリ降リタル男系卑屬トAgnatナリ又正當結婚ヨリ生ル子ト同シク養子擬正サレタル子及ヒ夫權ニ屬スル婦等ハAgnatノ關係ヲ生スルモノナリAgnatio ハ民法上親族關係ニシテ相續後見等ノ權利ノ起ル所タリ

(2) 正當結婚ヨリ生ル兒子ノ親族關係此關係ハ之ヲ二種ニ區別ス一ハ子ノ兩親及ヒ兩親ノ親族ニ對スル關係二ハ子ノ父及ヒ父ノ男系親族關係是ナリ此第一種ノ關係ハ之ヲ名クケ血族(Cognatio)ト謂フ是レ同一ナル祖先ヨリ降レル數人間ノ關係ニシテ子ハ父母ノ血族タリ又父母ノ血族ノ血族タリ而シテ此血

族ハ皆ハ他ヨリ降ル者ナリ之ヲ世系親族ト爲シ又間接ノ始祖ヨリ降レル者ヲ之ヲ傍系親族ト稱ス親族遠近ノ度ハ等數ヲ以テ之ヲ區別スル等數ヲ算スルニ直系ニ在リテハ人ノ代ヲ以テ之等トス故ニ父、祖子ナル等ハ第一等親ト爲シ傍系ニ在リテハ兩者ノ共同始祖ニ至ル親族等數ヲ算シ之ヲ加ヘ得タルヲ以テ算ス例ヘハ兄弟ニ於テハ共同始祖タル其父ニ至ル等數即チ各一等ヲ加ヘ得ル所ノ和ヲ以テ二等親族トス親族ニ在リテハ叔ノ爲メニハ二等親タル父姪ノ爲メニハ三等親タル祖父ヲ以テ共同始祖トシ之ヲ加ヘタル三等ヲ以テ其親族ノ等數トス

第二種ノ親族關係ハ之ヲ宗族(Agnatio)トス此親族關係ハ民法上ノ親族ニシテ自然ノ親族(Cognatio)ニ對立スルモノナリ血族ニ在リテハ共同ノ始祖ヨリ降ル他ノ二シテ始祖及ヒ中間ノ者ノ男女ヲ問ハス又親子關係ノ起源タル配偶ノ如何ナル者タルヲ別タスト雖モ宗族ニ於テハ之ニ異ナリ男系系統ナルヲ意味シ第一ニ男系ヨリ降リ共同ノ始祖ヲ有スル單屬タルコト、第二ニ共同始祖ニ連ル人マヲ中間ノ尊屬アルトキハ必ス男系ナラサルヘカラサルコトノ二要件ヲ具備

シタル親族ヲ謂フ此宗族關係ハ家父及ヒ兒子ノ間、兒子相互ノ間ニ存シ又叔姪間ニ存シ決シテ女系ヲ以テ隔ヘタル血族ニ存セス故ニ宗族關係ハ或ハ直接間接ニ同一ナル父權ノ下ニ立ツ者ノ間或ハ自權者ニシテ各自分立シテ家族ヲ成ス者ニ於テハ若シ其共同始祖ノ死亡ナカリセハ等シク其權下ニ立ツヘキ者ノ間ニノミ存在スルヲ得ヘシ宗族ト父權トハ相聯繫シテ殆ト分ツヘカラス宗族ハ必ス現在又ハ過去ノ父權ヲ想像セシムルモノタルハ唯タ生來父權ニ屬スル正當兒子ノミナラス養子、嫡正子及ヒ夫權下ニ屬スル婦等皆宗族トシテ家父ト相連リタルヲ以テ推測スヘシ而シテ親族權殊ニ後見相續ノ如キ唯リ之ヲ宗族ニノミ歸シ決シテ血族ニ付與セサリシヲ以テ母系ノ親族ハ毫モ財產上ニ關スル權利ヲ有セス夫權ノ廢滅ト共ニ甚シキ不公平ノ結果ヲ生シタルカ遂ニ「ジュスチニアン」帝ハ此古來ノ制式ヲ廢シテ天然ノ理ヲ取リ獨リ血族ニ以テ親族關係ヲ定メ爾後子ハ父母ノ親族ニ對シ同ジク權利アルコトヲ決セリ

以上ニ陳述セル血族及ヒ宗族ノ外ニ一種ノ親族アリ之ヲ宗統(Gentilitas)ト呼フ宗統トハ古昔ノ貴族社會ニ行ハレタル親族關係ニシテ同ジク同一ナル男系始祖ヨリ

降リタルモノナシテ其ニ同一ノ名姓ヲ有シタル人(Gentils)ノ間ニ於ケル關係ナリ此宗統間ニハ固有ノ祭神アリテ又固有ノ祭祀アリテ一種ノ集合體ヲ成シキ二銅版法ニ從ヘハ若シ宗統(Agnat)ノ存在セサルトキハ宗統ヲ以テ相續權後見權ヲ享受スヘキモノトス此宗統ナルモノハ帝政時ニ至リテハ已ニ消失シ「ガイユス」時代ニハ全ク存在セサリシモノナリ

婚姻ノ解散

結婚ハ配偶者ノ一方ノ死亡自由ノ喪失及ヒ離婚ニ因リ消滅スルモノトス

(1)配偶者ノ一方ノ死亡　男子ハ妻ノ死亡後直チニ結婚スルコトヲ得ルモ婦女ハ其喪ニ服スルノ間即チ十箇月後ニ非サレハ再婚スルヲ許サリシハ若シ懷姙ノ際ニハ前後兩夫ノ孰レニカ其生父タルヲ定ムルコトノ能フヘカラサルニ由ル(turbatio sanguinis)若シ寡婦ニシテ此規則ヲ犯シ結婚スルトキハ自權者ナルカ又ハ他權者ナルカニ從ヒ夫或ハ其家父ハ汚辱者トシテ宣告サル耶蘇歟皇帝ノ代ニ至リ血統混交ノ原因ニ加フルニ風俗上ノ考察ヨリ更ニ婦人ノ再婚禁止時日ヲ十二箇月トセリ

(2)自由人喪失　夫婦ノ一方カ奴隷ト爲リタルトキハ結婚ハ消滅スルモノトシテ及權回復(postliminium)後ト雖モ一旦消滅セル婚姻ヲ復活セシムルコト能ハス唯夫妻同時ニ奴隷ニ陷リ又同時ニ逃脫シテ自由ヲ回復シタルトキニ限リ公權回復ノ規則ヲ適用セラル「ジュスチニアン」帝ハ舊來ノ法ヲ變シ婚姻ハ捕虜ト爲リタルニ因リ消滅スルコトナキヲ決セリ然レトモ捕虜ト爲リシ者ノ配偶者ハ五年ヲ經過シタル後尚ホ其死生不分明ナルトキ更ニ結婚スルコトヲ許セリ

(3)離婚　羅馬ニ於テハ離婚ハ常ニ法律ノ認ムル所ナリシモ古昔時代ニ於テハ婚姻ヲ以テ終生繼續スヘキモノト思考シ實際ニ於テハ久シキ間離婚ハ甚タ稀ナリシカ如シ史傳ニ載スル所ニ依レハ第一ノ離婚ハ羅馬創立後五世紀ニシテ「スピュリュス、カルウイリュス、リガ」(Spurius Carvilius Ruga)ハ其妻ノ子ナキヨリ Consul ノ命ニ依リ之ヲ離別シ世人ノ論議ヲ招キタリト云フ然レトモ五世紀後ニ至リテハ婚姻ニ對スル世人ノ觀念ハ全タ變シ來リ朝取暮去殆ト常態ナタ「セネーカ」ノ說ク所ニ依レハ富豪ノ婦人ハ年曆ヲ數フル爲メ夫ノ名ヲ以テ年號ト爲スニ及ヒ又「ユヴェナリス」(Juvenalis)帝ノ宰相「メセーナス」(Mecenas)ハ同一ノ婦

人又妻ヲ又之ヲ去ルヿ二十回ニ及ホタリトシテ云フ以テ離婚ヲ如何ニ容易ナリシカヲ想像スベシ然ルニ後ニ至リテハ富豪ノ婦人ハ平穏ヲ達マヲ欲シ夫ヲ去ルヿヲ恐レテ平和離婚ハ夫婦相互ノ承諾(Bonis moribus)ニ因リ或ハ其配偶者ノ一方ガ婚姻ヲ破壞セシヲ欲スル希望ニ因リ爲メ他ノ第三者場合ニハ一方ハ單ニ他ニ其意思ヲ通告スルヿヲ以テ足レリトス此通告ヲ離去(Repudium)ト謂フ而シテ此離婚ハ一ノ形式ヲモ要セサリシヲ以テ離獄的ニ離婚シ得タルヤ例ヘハ夫ハ其妻ヲ有スルニ拘ハラス更ニ第二ノ婦女ト結婚セルトキハ之ヲ以テ最初ノ妻ハ沈獄的ニ離婚サレタルモノトヤ否ヤ是ハ判然レトモ「アウグスト」帝ノ世ニ發シタル一法律ハ離婚ハ北人ノ羅馬人ノ前ニ於テ說明セサルベカラサルヲ決シテ若シ之ニ背クトキハ第二ノ婚姻ヲ以テ無效ト爲シタリ蓋シ重婚ハ不正事件トシテ指彈サルルハ此法以後ノ事ナルベシ何トナレバ沈獄的離婚ノ存スル間ハ重婚ハ之ト並立スルヿハ能ハサレバナリ又同時ニ或ハ自由ヲ回復シ公往古ニ於テハ家父ハ其權下ニ在ル家子ノ婚姻ヲ破壞スル權ヲ有セシモ後科時代ニ於テハ既ニ消失シ婚姻ハ配偶者ノ意見ハミヲ因リ解除之ヲ解除スルヲ得

ルノミ又「ジュリヤ」法(Lex Julia)ハ姦通ヲ犯セル妻ヲ離去スベキヿヲ夫ニ命セリモ此命令ハ耶蘇教時代ニハ消失シタリ其他解放奴ニシテ主人ノ妻ト爲リタル者ハ離婚スルノ權ナカリキ合ハ[illegible]ハ夫人ハ[illegible]「ジュスチニアン」帝ハ一時相互ノ承諾ニ因ル離婚ヲ廢セルモ次ヲ其敎令ヲ變シタリ又配偶者ノ一方ハ他ニ通告スル離去ニ於テハ以後正當ナル原因アルヿヲ要セリ[illegible]離婚後ニ於テハ男女共ニ完全ナル自由ヲ回復シ直チニ第二ノ婚姻ヲ結ブヿヲ得然レトモ婚人ニ於テハ懷姙中ナル處アルヿ以テ若シ婚人ニシテ自ラ懷姙ナルヿヲ唱フルカ又ハ夫ニシテ之ヲ疑スルトキハ嚴密ニシテ而モ粗暴ナル監視ニ付キシカ(Puntosus)爲ノ勅令ハ婚人ハ一年ヲ經過スルニ非ザレハ再婚スルヿ能ハサルヿヲ決セリ[illegible]正當婚姻トシテ看做サレサル配偶ハ人民ニハ五種ニシテ其他ハ正當婚姻外ニ通民法上ノ婚姻(Matrimonium ineo consubio)妾(Concubinatus)及ビ「ヒンメル」[illegible]ノ五種ナリ(Coniubium)ノ三種ナリ

(1) 通民法上ノ婚姻(Matrimonium sive connubio) 羅馬人ニ非ナレハ市民法ノ權利ヲ有セサルハ既ニ見ルカ如シ而シテ正當婚姻ヲ爲スハ市民權ニ從フ(Jus civitatis)ヲ有シタル者ニ限ルカ故ニ羅馬人外ニハ正當結婚ナカリキ是ヲ以テ公民ニ非サル者ノ婚姻ハ之ヲ呼ヒテ不正當結婚ト爲ス是レ通民法ノ結婚ニシテ正當結婚ニ等シキ效力ヲ生ス此種人配合ハ「カヲカラ」帝ノ羅馬版圖人民ニ公民權ヲ付與シ「ジュスチニアン」帝ノ諸種ノ非公民ヲ廢スルニ及ヒ其存在ヲ失ヘリ

(2) 妾(Concubinatus) 正當婚姻ヲ爲スハ通常配偶タル兩者ノ地位共ニ優良ナルヲ常トセリ若シ婚人ノ地位下劣ニシテ(例ヘハ解放奴,風俗輕佻ノ女等)正當結婚ヲ爲ササルトキハ之ヲ以テ妾ト爲ス故ニ敎科時代ニハ女ノ身分ニ從ヒ正當結婚タルカ又ハ妾タルカヲ判定セリ然レトモ是レ一種ノ配合ニシテ已ニ結婚セル者ハ之ヲ有スルコト能ハス又一人ノ男ニシテ二人ノ女ヲ「コンキュビナ」(Concubina)ト爲スヲ許サス此配合ハ他ノ結婚ヨリ生スル結果ヲ有セス婦ハ夫ノ名譽,地位ヲ分クコトナク唯子ニ對シ正嫡ナル父統ヲ定メルコトヲ僅セシムルニ過ギス

(3) 「コンチュベルニウム」(Contubernium) ハ是レ奴隷間又ハ配合者ノ一方ハ奴隷タルモノナリ此種ノ配合ノ形成及ヒ繼續ハ當事者ノ意思ニ因リテ成ルコト能ハサルヤ明カナリ何トナレハ奴隷ハ其一身ヲ處分スルノ能力ナキヲ以テ一意主人ノ命ニ服從シ離合又自ラ之ヲ決スルコト能ハサレハナリ此配合ハ法律上一モ婚姻ノ結果ヲ生セス其子ニ於テハ單ニ親族間ニ於ケル婚姻妨害ノ理由ヲ有スルヲ得ルノミ自由ノ婦女ニシテ他人ノ奴隷ト通スルヲ禁セシハ第一章第一節ニ述ヘタル如シ而シテ「コンスタンタン」帝ハ一ノ敎令ニ由リ己カ有スル奴隷ト通スルコトヲ嚴禁セリ

以上四種ノ配偶ヲ除ク外男女ノ結合ハ法律上之ヲ認メス之ヲ以テ不規則ナル二時ノ兩性接近ト爲シ之ヨリ生ルル子ハ之ヲ Spurius ト呼ヒ一種特別ノモノトシ之ヲ父統ニ屬スルヲ許サス羅馬法ハ近世ノ法律ノ如ク此等私生子ノ認知ヲ容サナリシヲ以テ母及ヒ母ノ血族外法律上ノ親族關係ナカリキ

第二　認正(Legitimatio)

通民法上ノ婚姻及ヒ「コンキュビナ」(Concubina)ヨリ生スル子ハ不正當子(Liberi non iu-

(3) 子ノ父ハ之ニ對シ父權ヲ有セサルモ認正ニ因リ父權ヲ取得スルコトヲ得我科時代ニ於テ非公民カ皇帝ノ特恵ニ因リ公民ト爲リシ際別ニ許可ヲ得テ既ニ生レタル子ノ上ニ父權ヲ得取スルコトヲ得タリ

羅馬帝國ノ末ニ及ヒ公民非公民ノ別ハ消失シ隨テ非公民ノ子ニ對スル認正ハ又廢棄セシカ他ノ一方ニハ「コンキュビナ」ノ子ニ對スル認正ハ羅馬風俗ニ入ル法文ニ現ハレ來レリ蓋シ「コンキュビナ」ヨリ生スル子ハ父ト法律上ノ關係ナク又子ハ不規則ノ配偶ヨリ生レ汚斑ヲ帶フル如ク思考サレタルヲ以テ隨テ其父タル者ハ事後ノ婚姻ニ因リ其地位ヲ更正セント企ツルハ理ノ當然ナル所ナリ此方法ノ外ニ尙ホ皇帝ノ勅令及ヒ市會ニ捧提スルノ認正法アリ

(1) 子ノ生後婚姻ニ因ル認正　「コンスタンタン」帝ハ始メテ「コンキュビナ」ト共ニ結婚シタル子ヲ認正スルコトヲ許シタリ然レトモ此認正ハ既ニ生レタル者ニノミ適用シ將來ニ向ヒテハ之ヲ許サヽリキ「ジュステニアン」帝ハ其範圍ヲ擴張シ將來生ルヘキ者ニ對シテモ亦之ヲ許シタリ唯子ノ懷妊時ニ於テ結婚スルニ妨碍ナキ者ニ限リタルハ近親間ノ姦通又ハ結婚者ノ姦通ヨリ生レタル子ノ認正ヲ避ケシカ爲メナリ此認正ハ認正サレタル子ハ恰モ正當婚姻ヨリ生レタル者ニ等シキ結果ヲ生ス

(2) 皇帝ノ勅令ニ因ル認正　上述ノ方法ハ婦ノ既ニ死亡シタルカ失踪セルカ或ハ不品行ナルカニ因リ婚姻スルコト能ハサルトキハ子ノ認正ハ到底望ムヘカラス「ジュステニアン」帝ハ此弊ヲ避クルカ爲メ皇帝ノ勅令ヲ請ヒテ認正スルコトヲ許シタリ然レトモ此場合ニハ正子ノ存在セサルトキ及ヒ子ノ承諾ヲ要セリ其他父ノ遺言ニ因リ其子ノ認正サレシコトヲ明白ニ希望セシトキハ其死後子ノ之ヲ請フコトヲ許セリ

(3) 市會ニ捧提スルニ因ル認知　此方法ハ他ノ方法ノ如ク親ノ行爲ヨリ生スル結果ヲ負擔シタル子ノ汚斑ヲ洗清セシムルカ爲メ許シタル公平ナル基礎ヲ有スルニ非スシテ羅馬帝國ノ晩年市町村會議員カ缺乏シテ殆ト此任ニ應スル者ナキヨリ皇帝ハ勅令ヲ下シテ此新ナル認正法ヲ立テタリ蓋シ當時ノ市會議員ナルモノハ市稅ノ分賦徵收ヲ司リ定額ニ從ヒテ之ヲ皇帝ニ納メサルヘカラサルヲ以テ徵收租賦ニシテ定額ヲ得サルトキハ自ラ其不足ヲ補ハサルヘカラ

ス加之屬自己ノ財產ヨリ一時金額ヲ代辨セナルベカラザルモ下アリ其他皇帝即位ノ際又ハ戰勝ノ際ニハ祝賀トシテ獻納セナルベカラザル金冠及ヒ後之ニ代リタル金錢等悉ク其負擔スル所ナルヲ以テ市會議員タルノ名譽ヲ希望スル者ハ甚タ稀ニシテ且一旦市會議員ト爲ルトキハ唯リ終身其職ヲ退クヲ得ナルノミナラス子孫ニ世襲シテ此重荷ヲ脫スルヲ得ナルカ故ニ市會議員ハ正當婚姻ヲ結ハス「コンキュビナチュス」ニ因リ生ルル所ノ子ヲシテ法律上ノ關係ヲ消滅セントカメタルナルヘシ是ヲ以テ Cheodose lijeune, Valoutinien III 皇帝ハ更ニ市會議員ヲシテ其子ヲ以テ市會議員ニ捧ケ同時ニ認正ヲ得ルコトヲ許セリ而シテ此方法ハ市會議員ニ非サル者ニモ之ヲ許シ又女子ナルトキハ之ヲ市會議員ニ結婚スルヲ以テ足レリトセリ當初ニハ此認正ニハ(一)父モシテ正出子ナキコト(二)二十五「アルバンノ」土地ヲ與フルコト(三)子ノ承諾アルコトノ三條件ヲ要セシモ「ジュスチニアン」帝ハ第一條件ヲ廢シタリ

第三　養子

古代ノ他ノ人民ノ間ニ於ケル如ク羅馬ニ於テモ養子ノ慣習ハ盛ニ行ハレタルハ家名ノ消滅シテ祖先ノ祭祀ヲ斷絕セシメントヲ恐レテナリ若シ正當婚姻ニテ子ナカラシカ家長ハ唯養子ニ依リテ以テ死後其政治的宗教的ノ人格ヲ繼續シ祖先ノ名ヲシテ永遠ニ傳フルヲ圖リタリ蓋リ養子ハ形式的ノ法律行爲ニシテ一羅馬人ヲシテ他ノ公民ノ權下ニ從ラシメ恰モ正當結婚ヨリ降リタル子ニ於ケル如キ民法上ノ結果ヲ生セシムルモノナリ是ニ由リテ之ヲ觀レハ其市民法ニ屬スルヨト明カニシテ外邦人モ等シク之ヲ用ヒタルモ羅馬法ニ於テハ唯リ羅馬人ニ於テノミ養子ノ法律上ノ結果ヲ認メシヤ言フ須タス羅馬ニ於テ應用サレタル養子ニ二種アリ一ハ他權者ヲ取リテ養子トスルモノニシテ之ヲ「アドロガシオ」(Adorogatio)ト謂ヒ二ハ自權者ヲ取リテ養子トスルモノニシテ之ヲ「アドプシオ」(Adoptio)ト謂フ其方式ハ兩者ニ從ヒテ甚タ之ヲ異ニス何トナレハ「アドプシオ」ニ在リテハ現在セル父權ヲ消滅セシメ更ニ新ナル父權ヲ創造スルモノナレトモ「アドロガシオ」ニ於テハ第二ノ目的ヲノミ追求スルモノナリ而シテ「アドロガシオ」ニ於テハ必ス一家及ヒ其祭祀ヲ斷絕セシムルヲ以テ

其結果スル結果ハ頗ル大ナリトス

(1)「アドプシオ」ノ形式「アドプシオ」ニ在リテハ實父ノ權下ニ在ル者ヲシテ養父ノ權下ニ屬セシムルニ在ルヲ以テ讓與スベカラザルモノト思考サレタル父權ヲ移動セザルベカラズ而シテ此目的ヲ遂セシカ爲メ法律家ハ間接ナル方法ニ依リ先ヲ實父ヲシテ父權ヲ拋棄シ次テ養親ヲシテ之ヲ取得セシメントセシヲ以テ「アドプシオ」ノ形式ヲ分チテ二ノ爲シ順次之ヲ屈行セシム即チ父權ヲ消失セシメンカ爲メニ十二銅版法ノ規則ニ依リ男子ニ於テハ三度ノ解放(Manumissio)女子及ヒ孫ニ在リテハ一度ノ解放(Manumissio)ヲ爲スヲ要ス此規則ニ基キ實父ハ養父ニ向ヒテ三度此式ヲ行フ第一度第二度ニ於テ養父ハ直チニ子ヲ解放シ子ハ父權ニ歸ルモ第三度ニ及ヒ父權ハ全ク消滅シタルモノトス而シテ養父ハ養子ト共ニ法官ノ前ニ出テ子ノ上ニ於ケル父權ヲ請求ス而シテ法定ニ於テ其權利ヲ防禦スベキ被告人地位ニ立チル實父ハ他ノ主張スル所ヲ抗辯セザルヲ以テ法官ハ養父ノ意ヲ採用シ子ヲ以テ之ニ與フルモノトス

此形式ハ教科時代ニ於テモ尚ホ應用カレタルカ「ジュスチニアン」帝ニ及ヒ此ノ如キ老朽ノ方法ヲ廢シ實養兩親及ヒ子ヲシテ法官ノ前ニ出頭セシメ雙方ノ意見ヲ法官ノ公正書類ニ證明スルヲ以テ足レリトセリ

(2)「アドロガシオ」ノ形式「アドロガシオ」ノ最モ嚴格ナル外形ニ付セラレタルハ其政治的及ヒ宗教的ノ性質ヲ具有セシヲ指示スルモノナリ而シテ法律ノ進歩ト共ニ其形式ハ又變遷セリ

(a) 古昔ニ於テハ(イ)僧侶團體ノ認可(ロ)キュリア法ノ二條件ヲ要ス僧侶ハ養父ノ一定ノ年齢ヲ超越シ將來子ヲ生ムノ望ナキカ、其養子ノ目的ハ如何殊ニ幼者ヲ養ヒテ其財產ヲ奪ハントスルノ利慾的計畫ヲ隱藏スルニ非サルカ或ハ之ニ依リ雙方ノ祭祀ヲ失墜シ又ハ家名ヲ辱ムルコトナキカヲ檢査スルモノトス民會ニ於テハ三條ノ質問アリ一ハ養父ニ對シテ他ヲ取リ正當子ト爲スヲ欲スルカヲ問ヒ二ハ養子ニ向ヒテ養父カ其身上ニ死生ノ權ヲ得ルニ承諾スルカヲ問ヒ三ハ人民ニ向ヒテ雙方ノ意思ヲ認許スルカヲ問フモノナリ「アドプシオ」ニ於テハ法官ハ單ニ當事者ノ意思ヲ證明スルニ限ルモノナルモ「アドロガシオ」ニ於テハ僧侶及ヒ民會ハ直接ニ其事件ニ干渉スルモノナリ

(b) 貴族時代ノ初メハ民會ノ時ニ存在セサリシヲ以テ三十人ノ Lictor(法官ノ前驅ヲシテ束徽章ヲ持チシ者)及ヒ之カ席長ヲ爲ス一人ノ法官ヲ以テ民會ニ擬シタリ故ニ實際ニ於テ「アドロガシオ」ヲ決スル者ハ僅ニナリ

(c) 帝政ノ末ニ當リ皇帝ハ立法權タリシ民會ニ代リ職ヲ「アドロガシオ」ハ皇帝ノ勅令ヲ以テセリ而シテ往時「アドロガシオ」ノ審査ヲ爲シタル僧侶ハ又法官ニ由リ代置セラレタリ

養子ノ結果

養子ヨリ生スル結果ハ「アドロガシオ」「アドプシオ」ニ別ナク等シク被養者カ其自然ノ親族ニ連結セラルル關係ヲ破リ養者ノ權下ニ徙リテ一方ニ魂失スル所ノモノヲ他方ニ發生セシムルニ在リ而シテ「アドロガシオ」ニ於テハ自權者ヲ以テ他權者ト爲スカ故ニ得ル所ノ權利ハ之ヲ失フ所ニ比シ少數ナリ「アドロガシオ」ニ於テハ被養者ハ固有ノ親族ヨリ出テ宗族(Agnatie)及ヒ宗統(Gentilitas)ノ資格ヲ以テ享受スル一切ノ權利ヲ捨棄シ單ニ血族(Cognatio)ノ稱號及ヒ其權利ヲ殘スノミ他方ニ於テハ養者ノ家子タル名ヲ取リ其家ニ入リ己カ有セシ夫權下ニ

在ル妻及ヒ父權下ニ在ル子ハ養養者ノ權下ニ移リ被養者カ有セシ一切ノ財產ハ又養者ノ資產ノ一部ト爲リ爾後被養者ハ養者ノ姓氏ヲ取リ其祭祀ヲ奉シ養家ノ親族ニ對シ宗族關係ヲ生シ加之假想シテ其血族ト爲ス「アドプシオ」ヨリ生スル結果ハ略ホ右ニ陳フルモノニ同シキモ唯其範圍狹少ナリトス何トナレハ被養者カ自己ニ有スル子ハ既ニ生レタルト又ハ懷姙中ナルトヲ問ハス被養者ニ隨ヒテ養家ニ移ラスシテ實際ノ親族タル父權者ニ屬ス又他權者ハ資產ヲ有スルコトナキヲ以テ被養者ニ對シテ更ニ金錢上ノ利得ヲ致スコトナシ

「ジュスチニアン」帝時代ノ法律ハ較ヤ上述セル所ニ異ナリ「アドロガシオ」ニ於テハ財產上ノ點ヲ除クノ外尙ホ舊時ノ制ニ從ヒシカ「アドプシオ」ニ於テハ其性質結果漸次變更シ來リタリ已ニ法官(プレトール)ハ被養者カ其實家ニ對スル關係ヲ維持シ養子ヨリ生スル不正ナル結果ヲ減少センコトニ力メシカ「ジュスチニアン」帝ハ同一ノ目的ヲ以テ養者カ尊屬親タルカ他人タルカニ從ヒテ區別ヲ設ケ若シ尊屬親ナルトキハ舊來ノ制ヲ守リ若シ他人ナルトキハ被養者ニ對シ父權ヲ授與セス又親族上更ニ變更ヲ來スヲ許サス唯養子ノ唯一ナル結果ハ養家ノ名ヲ取リ養者

カ無遺言死亡ノ時ニ當リ養父ノ相續ヲ以テ養子ニ歸スルモノトセリ

養子ニ必要ナル條件

上述セル如ク養子ニ本然缺クヘカラサル形式ノ外尙ホ養子ノ有效ナルニ必須ナル條件アリ此條件ハ或ハ養者ニ存在スルコトヲ要シ或ハ被養者ニ存在セサルヘカス

一　養親ニ關スル條件

養親ニ關スル條件ニシテ「アドロガシオ」及ヒ「アドプシオ」ノ兩種共ニ之ヲ請求スルモノアリ或ハ一種ノミ之ヲ請求スルモノアリ先ツ兩種共通ノ條件ヨリ述ヘン

(1)　凡ソ養子ヲ爲スノ能力ヲ取得スルニハ父權ヲ實行スルノ能力ヲ要ス故ニ奴隷非公民女子及ヒ他權者ハ養子ヲ爲スコト能ハス然レトモ「プオクレチャン」(Choletien)帝ハ特ニ婦人ニシテ其子ヲ失ヒタル者ハ養子ヲ爲シテ之ヲ正當婚姻ヨリ生レタル者ノ如ク觀察スルコトヲ許セリ

(2)　養子ノ制ハ本來自然ニ摸擬スルモノナルヲ以テ被養者ハ養者ヨリ年少ナルヲ要ス　而シテ此年齡ノ差異ヲ十八年以上ト限リタルハ蓋シ男子ノ實際ニ於ケル成熟年齡ヲ以テ十八年ト假定シタルニ由ルナルヘシ

以上二箇ノ共通條件ノ外「アドロガシオ」ニ特別ナルハ

(1)　養子ハ既ニ子ヲ有スルノ望ナキニ達シタルヲ要ス　此年齡ヲ六十年以上ト爲シタルハ蓋シ羅馬法カ人ハ養子ノ制ヲ利シ獨身者タルカ或ハ又兒子不生產ヲ希圖スルヲ欲セサレハナリ

(2)　「アドロガシオ」ハ正當婚姻又ハ養子ニ因リ既ニ正當子ヲ有スル者ニ許サス

二　被養者ニ關スル條件

被養者ハ直チニ父權ノ下ニ立ツヲ以テ父權ノ實行ヲ受クルコト能ハサル者ハ養子ト爲ルコト能ハス例ヘハ奴隷ノ如キ是ナリ其他女子及ヒ幼者(Impuber)ハ「アドプシオ」ノ目的ト爲ルヲ得ルモ「アドロガシオ」ノ養子ト爲ルコト能ハス蓋シ「アドロガシオ」ニ於テハ當事者ノ民會ニ出席スルヲ要セルニ女子及ヒ幼者ハ民會ニ列スルヲ許サレサリシカ故ニ「アドロガシオ」ノ形式ヲ實行スルニ由ナケレハナリ然レトモ皇帝ノ勅令ヲ以テ「アドロガシオ」ヲ許セシヨリ女子ハ「アドロガ

シ、オ」ニ依リ養子ト爲ルヲ得又幼者ニ對スル妨礙モ「アントニヌス、パ、ピユ」(Antonin le Pieu)帝ノ勅令ニ由リ廢セラレタリ

第二項　父權ノ消滅

父權ノ消滅ノ原因ニ二種アリ一ハ同時ニ宗族(Agnatio)關係ヲ破壞スルモノ二ハ此關係ヲ破壞セサルモノ是ナリ

(A)　子ノ宗族關係ヲ破壞セサル父權消滅ノ原因

(1)　家父ノ死亡　家父ノ死亡ハ其權下ニ在リシ家子ヲ獨立セシメテ自權者ト爲ス然レトモ家父死亡ノ日ヲ以テ其間接權下ニ立チシ者即チ孫ハ從來中介ニ在リシ家子ノ權下ニ屬ス羅馬ニ於テハ曾テ族長制度ヲ認メサリシヲ以テ家父ノ死後其子ハ皆等シク獨立シテ家族權ヲ握リ或ハ兄タリ或ハ弟タルノ故ヲ以テ漫ニ其地位ヲ懸隔シ差等ヲ立ツルコトナシ

(2)　家父ノ市權又ハ自由ノ喪失　家父權ノモノタル元來市民法ノ創設ナレハ市權ヲ有セサル者又ハ自由狀態ヲ喪失セル者ハ之ヲ享有スルコト能ハサル洋

明カナリ若シ父ヲシテ奴隷ト爲ランカ子ハ直チニ家父ト爲ル然レトモ通民法ニ從ヒテ奴隷ト爲サレタル者即チ捕虜ト爲リタル者ニ在リテハ二種ノ解決アリ捕虜ト爲リタル父ハ或ハ脫走シテ羅馬ニ歸ルカ或ハ囚虜ト爲リテ身ヲ終ルカノ結局ヲ出テス第一ノ場合ニ於テハ歸後公權復取(Postliminium)ニ依リ既往ニ遡リテ父權ヲ回復ス第二ノ場合ニ於テハ子ノ自權者ト爲ルハ父ノ死亡ノ日ヨリ起算スヘキカ其囚虜ト爲リタル日ヨリ起算スヘキカハ羅馬ニ於テ久シク學者間ニ議論ト爲リシカ終ニ歐國ニ於テ死シタル捕虜ハ其囚捕ノ日ヲ以テ死シタルモノト認定セラルルモノナリトノ原則ヲ立テ乙說ヲ以テ規則ト爲シタリ」

(3)　古昔ニ於テ子カ或僧位ニ上リタルトキハ之ヲ以テ父權ノ實行ト並立スヘカラサルモノトシテ父權ヲ解除シタリ例ヘハ「ジュピテール」神(Jupiter)及「ヴェスタ」神(Vesta)ニ奉仕ノ僧是ナリ

(B)　子ノ宗族關係ヲ破壞スル父權消滅ノ原因

(1)　父權實行ノ目的タル人ハ公民又ハ自由人ニ限ルヲ以テ家子ニシテ市權又ハ自由ヲ喪失スルトキハ目的タル人ノ消失ニ因リ父權ハ實行ノ地ヲ失フコト

論ヲ須タス其奴隸ト爲リタル場合ニ於ケル結婚ハ父權奴隸ト爲リタルトキニ等シ

(2) 新ニ他人ノ權下ニ移リタル家子即チ養子及ヒ婚女ニ於ケル夫權(Manus)ハ其他權者タル狀態ヲ繼續スルモ既ニ有スル所ノ父權ヲ破滅スルモノナリ

(3) 家子解放(emancipatio)　是レ一ノ特別ナル法律行爲ナリ此方法ニ依リ家父ハ自ラ其子ノ上ニ有セル父權ヲ消滅セシムルモノニシテ奴隸解放時ニ用フル掴著(Vindicta)式ト賣買ニ用フル「マンシパシオ」(Mancipatio)ノ式ヲ混交シタルモノニ成リ古昔時代ニ於テハ十二銅版法ニ依リ子ハ三回ノ賣却ニ因リ女子及ヒ孫ハ一回ノ賣却ニ因リテ父權ノ解除セラルルハ既ニ養子ノ項ニ於テ述ヘタルカ如シ「エマンシパシオ」(emancipatio)ニ於テハ此規則ニ基キ若シ男子ナルトキハ家父ハ第三者ニ對シ三回ノ賣買(Mancipatio)式ヲ行フ若シ眞正ナル賣買ナルトキハ子ハ第三者ノ Mancipium ナル權ニ屬スルモ此際ニハ其目的ヲ異ニスルヲ以テ獨リ第三者ト契約シ其都度直チニ「ヴィンデクタ」(Vindicta)ノ式ニ從ヒ之ヲ解放セシムルモノトス第一回第二回ノ解放後子ハ再ヒ其父ノ權下ニ返ル然レトモ第三回ノ

雜報

○最近判例要旨彙報

五六　委任ノ解除ニ關スル特約ノ效力　民法上委任ノ規定ハ公ノ秩序ニ關スルモノト認ムヘカラサルヲ以テ委任契約ニ付テハ民法ノ規定ニ異ナリタル特約ヲ爲スコトヲ得ルモ或期間內委任ヲ解除セスト云フカ如キ約定ハ委任者ニ於テ解除ノ意思表示ヲ爲シタル以上ハ受任者ヨリ其特約ヲ强要スルコトヲ得ス(大審院明治三十五年(オ)第一百三十號扶助料下附記書返還請求事件明治三十六年一月二十三日第二民事部判決)

五七　養子緣組無效請求權者　配偶者アル者ノ爲シタル養子緣組ニ因リ生シタル當事者間ノ親子關係ハ配偶者ノ一方ノミニ付テ消長セシムルコトヲ得ナルカ故ニ養子緣組無效ノ訴モ亦配偶者ノ一方ノミノ意思ヲ以テ提起スルコトヲ得サルモノトス(同明治三十五年(オ)第六百三十七號養子緣組無效請求事件明治三十六年一月二十日第一民事部判決)

五八　運送者ノ責任　運送者ハ運送貨物ノ滅失又ハ毀損等ニ付テハ十分ナル注意ヲ爲スヘキ責任ヲ有スルモノナルカ故ニ該貨物カ天異ニ因リテ滅失シ

[illegible]其滅失[illegible]ハ[illegible]實由[illegible]證明セ[illegible]ル[illegible]ハ[illegible]（同明治三十五年(オ)第六百四十四號計算金請求事件明治三十六年一月十日第一民事部判決）

六一　損害賠償請求事件明治三十六年一月二十二日第一民事部判決）

數人相繼キテ運送ヲ爲ス場合ニ於テ荷物カ其到達地ニ達セサシテ荷送人ニ損害ヲ生シ運送人ノ一人カ之ヲ賠償シタル場合ハ求償ニ於テ求償者ニ對シ此者モリ後ニ運送ニ從事シタル運送人等ニ連帶責任アリトノ事ハ舊商法及ヒ新商法共ニ之ヲ認メサルト同シク商法施行以前ノ慣例ニ於テモ亦認メラレタル所ナリ（同明治三十五年(オ)第五百九十五號損害要償事件明治三十六年一月二十八日第二民事部判決）

五九　重複保險ノ意義　舊商法第六百三十七條ハ一人カ同一保險物ノ利益ニ關シ二人以上ノ保險者ヨリ各別ニ保險ヲ受クルトキニ於テ各保險金ノ合算額カ保險價額ニ超過セル場合ヲ規定シタルモノニシテ各保險金ノ合算額カ保險價額ニ超過セサルニ於テハ同條ニ所謂重複保險ト稱スヘキモノニ非ス（同明治三十五年(オ)第五百八十三號保險金支拂請求事件明治三十六年一月二十二日第一民事部判決）

六〇　水利組合管理者ノ代表權　水利組合管理者ハ單ニ水利ニ關スルノミナラス水掛リノ土地ニ關シテモ併セテ代表權ヲ有スルモノトス（同明治三十五年(オ)第六百三十九號地役權設定登記請求事件明治三十六年一月十九日第二民事部判決）

六一　共同訴訟人ノ攻擊防禦方法ノ判斷　共同訴訟人等カ共同シテ攻擊若クハ防禦ノ方法ヲ提出セス各自獨立シテ之ヲ提出シ殊ニ其主張スル所各相異ナル場合ニ在リテハ裁判所ハ此等ノ方法ニ對シ各別ニ判斷ヲ與ヘサルヘカラス（同明治三十五年(オ)第四百三號詐害行爲取消請求事件明治三十六年一月二十三日第二民事部判決）

六二　請求ノ原因ト請求額　請求ノ原因アリトノ中間判決アリタルトキハ爾後其數額ニ付キ裁判ヲ爲スニ當リ中間判決ニ羈束セラレ該判決ヲ無效視スルヲ得スト雖モ原因アリトノ判決アレハ絕對的ニ其請求ノ數額幾分ノ存在ヲ認メサルヲ得サルノ限ニ在ラス（同明治三十五年(オ)第五百四十五號損害要償事件明治三十六年一月十六日第二民事部判決）

六三　民事訴訟法第四百十六條ノ解釋　民事訴訟法第四百十六條ニ當事者カ其過失ニ非スシテ第一審ニ提出シ能ハサリシコトヲ疏明スルヲ要スル旨ヲ規定セルハ相殺スルコトヲ得ヘキ新ナル請求ニ關スルモノニシテ同法第百九十六條第二號及ヒ第三號ノ場合ニ關スルモノニ非ス（同明治三十五年(オ)第六百三十五號詐害行爲取消請求事件明治三十六年一月十九日第二民事部判決）

六四　上告審ノ裁判ニ對スル抗告　控訴院カ上告裁判所ノ資格ヲ以テ爲シタル裁判ニ對スル抗告ハ之ヲ許容スヘキモノニ非ス（同明治三十六年（れ）第三號訴訟上被動申請却下ノ決定ニ對スル抗告事件明治三十六年一月二十二日第一民事部決定）

六五　方式違背ノ書類ト當事者ノ承認　刑事訴訟法第二十一條ノ二ニ規定シタル方式ニ背キタル場合ニ於ケル無效ノ制裁ナキニ由リ其方式ニ背キタルカ爲メ直チニ其書類ヲ無效ナリト論スルヲ得ス隨テ苟モ本人ノ承諾ニ出テタル書類ナルコトヲ認ムルニ足ルヘキ事實アルニ於テハ之ヲ有效ナリトシ唯本人ノ承諾ニ出テタル書類ナルコトヲ認ムヘキ事實ナキ場合ニ於テ之ヲ無效ト爲スヘキモノトス（同明治三十五年（れ）第一八三三號强姦事件明治三十六年一月十三日第二刑事部宣告）

六六　代人ノ控訴申立　刑事訴訟法上罰金以下ノ事件ニ付テハ被告ハ代人ヲシテ出頭セシムルコトヲ得ルモ該代人ハ刑事訴訟法第二百四十二條ニ所謂訴訟關係人ニ非ス隨テ該代人ノ爲シタル控訴申立ハ不適法ナリトス（同明治三十五年（れ）第一八三六號取引所法違犯事件明治三十六年一月十三日第二刑事部宣告）

特別法講義錄

第一號
四月一日
發行

○府縣制……法學士　松浦鎮次郎
○市制町村制……法學士　松浦鎮次郎
○戸籍法……法學士　鳥田鐵吉
○供託法……法學士　塚田逵二郎
○人事訴訟手續法……法學士　松岡義正
尙ホ本講義錄ニハ○郡制（松浦學士）○特許、意匠、商標法（杉本學士）○非訟事件手續法（横田學士）○不動產登記法（鈴木學士）○競賣法（吾孫子學士）○租稅法（若槻學士）○著作權法（水野博士）○公證人規則（松岡學士）○執達吏規則（仁井田博士）ヲ掲載ス◎毎月一回發行◎月謝金十五錢

四月　和佛法律學校

和佛法律學校認可雜誌　三十六年度　高等科　第七號

法學志林

毎月一回十五日發行
校友、生徒、校外生二限リ
一最特價壹錢共金九錢
十最割金郵稅共金八十錢

第四十一號　（三月十五日發行）

○現行法上嚴道會社、鑛山會社其他不動産會社ノ株主タル外國人ノ權能竝ニ外國人ニ對スル土地所有ノ禁ヲ撤スル利害ニ付テ　巴里大學名譽教授　ポアソナード
○最近判例批評其七　法學博士　梅謙次郎
○交互計算ニ付テ　法學士　松本烝治
○法律行爲ノ原因（續）　法學博士　岡松參太郎
○商人ノ意義ヲ論ス　法學博士　岡野敬次郎
○非常大權ノ範圍　法學士　竹井耕一郎
○勅命ト勅令トノ區別　法學士
○客觀的ニ正當防衛ノ事由ナキ場合ニ正當防衛權アリト信シ誤テ犯シタル者ノ處分　法學士　谷野格
○指名債權ノ讓渡ト證書ノ引渡　法學博士　梅謙次郎
○後見人ノ不正行爲及ヒ不行跡ト親族請求權　法律學士　掛下重次郎
其他　判例、雜報、記事　數十件

志林

解疑

發行所　和佛法律學校

（明治二十二年十二月九日內務省許可）
（明治三十五年十一月四日郵便三種郵便物認可　毎月廿一回一日三日五日六日八日十日十一日十二日十三日十五日十六日十八日廿日廿一日廿三日廿五日廿六日廿七日廿八日廿九日三十日發行）

明治三十六年四月十一日印刷
明治三十六年四月十二日發行
（定價金貳拾五錢）

編輯兼發行者　東京市牛込區牛込北町十番地　荻原敬之

印刷兼發行者　東京市中込區矢來町三番地　木宮山信好

印刷所　東京市麻布區霞ノ丘通明舍町十一番地　金子活版所

發行所　東京市麹町區富士見町六丁目十六番地　和佛法律學校
司法省指定
（電話番町百七十四番）