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

PDF issue: 2025-07-05

法政大學講義録

秋山，雅之介 / 山崎，覺次郎 / 梅，謙次郎 / 中村，進午 / 清水，澄

(出版者 / Publisher)
法政大學
(巻 / Volume)
1-9
(開始ページ / Start Page)
1
(終了ページ / End Page)
53
(発行年 / Year)
1904-01-01

（明治三十六年十月十二日第三種郵便物認可
毎月十四日二日三日五日八日十一日十五日十八日廿一日廿五日廿八日發行）

三十七年度

明治三十七年一月一日發行

第一學年ノ九

法政大學講義錄

第貳拾五號

東京法政大學編輯局

法政大學發行

第一學年第九號目次

法學通論（自五三至六四）　法學博士　中村進午

憲法（自五三至五八）　法學士　清水澄

民法總則（自第一章至第三章）（自一〇一至一四八）　法學博士　梅謙次郎

國際公法（平時）（自七一至七六）　法學博士　中村進午

國際公法（戰時）（自一九七至二一二）　法學士　秋山雅之介

經濟學（自八一至八八）　法學士　山崎覺次郎

雜報　○迎新○地上權護受人ノ登記ト土地所有者○新舊法ノ比照○清國ニ於ケル鐵道

090
1904
1-1-9

普通法ト特別法トヲ區別スル實用ハ種種アリト雖モ其最モ重ナルモノハ兩者ノ效力ノ比較ニ在リ即チ同一ノ事項ニ關シ普通法ヲ以テ規定シタルモノト特別法ヲ以テ規定シタルモノトアリテ此兩者カ互ニ相衝突スルトキハ特別法ヲシテ勝ヲ占メシムルモノナリ此原則ヲ名ケテ「特別法ハ普通法ニ勝ツ」ト謂フ例ヘハ如何ナル物ヲ以テ製造スル酒ニモ稅ヲ課スベシトノ法律アリテ之ト同時ニ甘蔗ヨリ製造シタル酒ニハ稅ヲ課セストノ法律アルトキハ甘蔗ヨリ製造シタル酒ニハ稅ヲ課スルコト能ハサルモノナリ又何人ト雖モ滿二十歲ニ達スレハ男子ハ兵役ニ服セサルヘカラストノ普通法アリテ他方ニ於テ某某ノ學校ノ在學者ニハ滿二十八歲ニ至ルマテ兵役ヲ猶豫スベシトナルトキハ當然特別法ヲシテ勝タシムベキ理ノナリ

此ノ如ク特別法ハ普通法ニ勝ツトノ原則アリト雖モ其勝ツ場合ハ特別法ト一般法トカ共ニ同一ノ力アルモノナラサルヘカラス例ヘハ普通法カ狹義ノ法律ヲ以テ制定セラレ特別法カ命令ヲ以テ制定セラレ此兩者カ相衝突シタル場合ニ於テハ特別法ハ普通法ニ勝ツトノ原則ヲ適用スル場合ト能ハサルナリ例ヘハ

裁判所構成法ト憲法ト衝突シタル場合ニハ前者カ後者ニ對シテ特別法ナルニ拘ハラス憲法ニ打勝ツコト能ハサルカ如シ

第二節　成文法及ビ不文法

成文法及ビ不文法ノ區別ハ法律ヲ文書ニ記載シタルト然ラサルトニ由リテ生スルモノナリ記載シタルトハ法律タルノ效力アルモノトシテ記載シタルトノ意ナリ故ニ裁判官カ注意ノ爲メニ記載シタル覺書ノ如キ學者カ學問上參照ノ爲メ記載シタルモノノ如キハ皆成文法ト謂フコトヲ得ス古代ニ於テ人智ノ未タ進マス文字ノアラサリシ時代ニ於テハ成文法ナルモノナカリシト雖モ人文ノ發達ニ從ヒテ法律ハ不文法ヨリ變遷シテ成文法ニ進ムモノナリ抑モ成文法ナルモノハ慣習並ニ裁判ニ比シテ遲ク發達シタルモノニシテ古ニ於テハ或行爲アル毎ニ各箇ノ場合ニ付キ君子其他ノ施政者カ判決ヲ下シタルモノナリ故ニ古ニ於テハ法律アリテ後裁判ヲ下シタルモノニ非ス却テ裁判ノ實例又ハ慣例カ集リテ國家ヲシテ法律ヲ文書ノ上ニ記載セシムルニ至リタルモノナリ

此關係ハ今日ニ於ケル法律上ノ原則ト正反對ナリ古ニ於テハ法律ノ明文ナキニ拘ハラス裁判官ハ判決ヲ下シ今日ニ於テハ法律ノ明文ナキ場合ニ於テハ殊ニ刑事上ノ問題ニ關シ裁判官ハ適用スヘキ法律ヲ發見スルコト能ハサルカ故ニ當然其罪ノ宣告ヲ下ササルヘカラサルモノナリ民事ニ付テハ法律ナキ場合ト雖モ裁判官ハ判決ヲ下スコトヲ拒ムコトヲ得ス詳言スレハ成文法ナキ場合ニ於テ裁判官ハ不文法ヲ適用スヘキモノナリ故ニ成文法ト不文法トノ效力ニ關シテハ成文法ヲ先ニスヘキコト今日ノ學說ニ於テ何人モ疑ヲ挾マサル所ナリ何トナレハ成文法ハ國家カ一定ノ形式ニ依リテ特別ノ意思ヲ表示シタルモノナレハナリ明治八年第百三十八號布告裁判事務心得第三條ニハ「民事裁判ニハ成文アルモノハ成文ニ從ヒ成文ナキモノハ慣習ニ從ヒ慣習ナキモノハ條理ニ從フ」トアリ此條文ニ特ニ民事ノ文字ヲ掲ケタルハ刑事ヲ除外シタルモノニシテ前ニ述ヘタルカ如ク刑事ノ裁判ハ成文アル場合ニノミ下スヘキモノナリ民法第九十二條ニハ「法令中ノ公ノ秩序ニ關セサル規定ニ異ナリタル慣習アル場合ニ於テ法律行爲ノ當事者カ之ニ依ル意思ヲ有セルモノト認ムヘキトキハ

其慣習ニ從フトアルハ當事者ノ意思ヲ以テ成文法ニ從フコトヲ要セサル場合ヲ特ニ規定シタルモノナリ故ニ當事者ニ此ノ如キ自由ヲ與ヘルハ其行爲カ公ノ秩序ニ反セサル場合ニ限リタルモノナリ

以上ニ述ヘタルカ如ク法律ハ不文法ヨリ成文法ニ進ミタルモノナリ不文法ハ慣習、裁判例、學說等ヨリ導カレ來ルモノナリ法律ハ何レノ國ニ於テモ初メ不文法ナリト限ルモノニ非ス近代ニ於テ新ニ成立シタル國家ニ於テハ國家ハ其成立ト同時ニ成文法ヲ作ルモノ最モ多シ又從來成文法ナリシモノカ不文法ト爲ル場合カキニ非ス例ヘハ一國カ本國ヨリ分離シテ成立シタル場合ニ於テハ分離國ノ法律ハ從來ノ本國ノ成文法トシテ採用シタルモノカヲ不文法トシテ適用スルコト最モ多シ又一國ノ成文法カ他國ノ成文法ノ源ト爲ル場合極メテ多シ是レ法律ノ繼承ヨリ生スル自然ノ結果ナリ例ヘハ佛蘭西ノ刑法カ我國ノ刑法ノ源ト爲リシカ如キ獨逸ノ民事訴訟法カ我國ノ民事訴訟法ノ源ト爲リタルカ如キ皆是ナリ

不文法ト成文法トハ利害得失互ニ相半スルモノナリ不文法ハ成文法ノ如ク確定動スヘカラサルモノニ非スシテ世ノ變遷ト共ニ推移スルコトヲ得ルモノナルカ故ニ若シ不文法ヲ適用スル裁判官カ正明ナルトキハ却テ成文法ニ拘束セラルルニ比シテ勝リタルモノナリト雖モ若シ裁判官カ邪曲ナルコトアレハ却テ法律ヲ濫用シ不文法ハ之カ爲メニ曲者ヲ比護スルノ具ト爲ルヘシ之ニ反シテ成文法ハ確實ニシテ曖昧ナラス邪曲ナル裁判官ト雖モ自己ノ主意ニ依リテ之ヲ動スコト能ハサルノ利益アリ然レトモ裁判官ハ成文法ニ拘束セラレテ便宜ナル裁判ヲ爲スコト能ハサルノ不便アリ短簡ニ言ヘハ裁判官ハ法律ノ文字ニ拘泥セサルヘカラサルノ缺點アリ又特ニ刑事ニ付テ言ヘハ刑罰法ヲ成文法ノミトスルトキハ刑罰法ノ規定外ニ於テ惡事ヲ爲シタル者アリト雖モ之ヲ罰スルコトヲ得サル處アリ是レ蓋シ成文法ノ缺點ナリ

第三節　固有法及ヒ繼承法

固有法トハ單ニ自國ノミノ人情地勢、風俗、氣候等ヨリ發達シ制定セラレタル法律ニシテ繼承法トハ外國法ニ摸倣シテ作リタル法律ナリ今日ノ如ク外國トノ

交通ノ頻繁ナル時代ニ於テハ如何ナル國家ト雖モ純然タル固有法ノミヲ有スルモノハ極メテ稀ナリ然リト雖モ又悉ク外國ノ法律ノミヲ摸倣シテ毫モ自國ノ固有ナル分子ニ重キヲ置カサル法律モ亦殆ト稀ナリ例ヘハ我國ニ於テハ民法ノ中親族、相續ニ關スル規定ノ如キハ固有法ノ分子多ク其他ノ部分ニ付テハ繼承法ノ分子ヲ多シトス或國ノ法律ノ如キハ外國ノ法律ヲ飜譯シテ其儘自國ノ法律ト爲シタルモノアリ例ヘハ「バーデン」ノ舊民法白耳義ノ民法ノ如キハ皆佛蘭西民法ノ飜譯ナリ加之白耳義民法カ法文ニ疑アルトキハ佛蘭西民法ヲ見ルヘシト定メタルカ如キハ繼承法ノ最モ甚シキモノト稱セサルヘカラス

繼承法ト固有法トヲ區別スルノ實益ハ法律解釋ノ問題及ヒ法律ノ效力ヲ研究スル場合ニ在リ固有法ヲ解釋セントスルニハ自國ノ社會上ノ狀態ニ重キヲ置クヘク繼承法ヲ解釋スル場合ニハ外國ノ法律カ發生シタル理由ニ重キヲ置カサルヘカラス又繼承法ヲ研究セントスルニ當リテハ其源ニ遡リテ繼承セラレタル法律ヲ研究セサルヘカラス例ヘハ日本ノ民事訴訟法ヲ研究スルニ獨逸ノ民事訴訟法ノ研究ヲ必要トスルカ如キ是ナリ

法律ノ繼承ニ由リテ母法ト子法トノ區別ヲ生ス繼承セラレタル法律ヲ母法ト謂ヒ繼承シタル法律ヲ子法ト謂フ例ヘハ歐羅巴諸國ノ法律ハ羅馬法ニ對シテ子法ニシテ羅馬法ハ歐羅巴諸國ノ法律ニ對シテ母法ナリ佛蘭西ノ刑法ハ日本ノ刑法ニ對シテ母法ニシテ日本ノ刑法ハ之ニ對シテ子法ナリ若シ夫レ日本ノ繼承法ヨリ羅馬法ヲ觀レハ母法ノ母法ト爲ル此ノ如キ繼承ヲ名ケテ間接繼承ト謂ヒ單ニ子法ト母法トノ關係ヲ生スル繼承ヲ直接繼承ト謂フ

第四節　實體法及ヒ形式法

實體法トハ權利義務ヲ定メタル法律ニシテ形式法トハ實體法ヲ補助スル法律即チ權利義務ヲ實施スル手續ヲ定メタル法律ナリ

學者或ハ實體法ニ定メタル權利ヲ侵シ義務ヲ怠リタル場合ニ之ニ對スル制裁ヲ加フル方法ヲ規定シタルモノノミカ形式法ナリト曰フト雖モ形式法ノ範圍ハ之ニ比シテ更ニ廣大ナルモノナリ例ヘハ控訴ノ期間ヲ定メタルカ如キ或ハ書類ニ認ムヘキ方式ヲ定メタルカ如キハ皆制裁ヲ加ヘサルモノナリト雖モ形

式法ナリ例ヘハ民法、刑法ハ實體法ニシテ民事訴訟法、刑事訴訟法ハ形式法ナリ憲法ハ實體法ニシテ訴訟法、選擧法ノ如キハ形式法ナリ

此ノ如ク法律ヲ分チテ此兩者ニ區別スルコトヲ得ヘシト雖モ總テノ法律ハ必スシモ實體法ノ部分ノミヲ含ムモノニ非ス又必スシモ形式法ノ部分ノミヲ含ムモノニ非ス例ヘハ民法ノ中ニ婚姻ノ實質上ノ要件ト形式上ノ要件トヲ併セ規定スルカ如シ是故ニ此兩者ノ分類ハ實質ヲ主トスルカ形式ヲ主トスルカト云フニ重キヲ置キテ立テタルモノニ過キス又此兩者ヲ區別スルノ實益ハ形式上ノ法律ハ實體法ニ比シテ比較的ニ輕シト云フニ在リ

第五節　公法及ヒ私法

公法、私法ノ區別ニ關シテハ羅馬ノ古ヨリ今日ニ至ルマテ學者ノ間ニ種種ノ標準ヲ付セラレタリ然レトモ學說上此區別ノ標準カ未タ確定シタリト謂フコトヲ聞カス玆ニハ古ヨリ行ハルル種種ノ學說ヲ列擧シテ其缺點ヲ擧クルニ止ム

第一說　利益ヨリ觀タル區別說

此學說ハ羅馬ノ「ウルピアヌス」ノ考ヘ出テタルモノニシテ氏ハ羅馬ノ國事ニ關スル事ハ公法ニシテ一箇人ニ關スル事ハ私法ナリト曰ヘリ後ノ學者之ヲ敷衍シテ公益ニ關スル法律關係ヲ規定シタルモノハ公法ニシテ私益ニ關スル法律關係ヲ規定シタルモノハ私法ナリト曰フ者多シ故ニ例ヘハ政府ヲ顚覆セントスル者、强盜ヲ爲ス者ノ處罰ヲ定メタル法律即チ刑罰法及ヒ國家ノ政治上ノ事件ニ關スル事ヲ定メタル法律例ヘハ衆議院議員選擧法ノ如キハ公法ニ屬シ賣買貸借ノ關係、相續、夫婦、親子ノ關係ヲ定メタル法律ノ如キハ皆私法ナリト曰フナリ然レトモ玆ニ或一箇ノ關係ヲ取リテ之ヲ研究スルニ必スシモ單ニ公益ノミニ關スルモノナク又單ニ私益ノミニ關スルモノナシ要スルニ多クノ關係ハ公益ニモ私益ニモ併セ關スルモノナリ例ヘハ國事犯罪者ヲ處刑スルコトノ如キハ國家ノ利益ニ關スルコト勿論ナリト雖モ箇人モ亦之ニ依リテ其利益ヲ保護セラルルモノナリ何トナレハ箇人モ亦國事犯罪者ノ兇徒嘯衆等ノ爲メニ其財產ノ安固ヲ害セラルルコトアレハナリ又賣買ノ如キハ賣主ト買主トノ間ノ私益ノミニ關スルモノナルカ如シト雖モ賣主カ品物ヲ引渡サス買主カ代價

ヲ支拂ハサルカ如キコトアラハ之カ爲メニ國家ノ經濟ヲ紊シ國家ノ生存ヲ不安全ト爲スノ虞ナシトセス故ニ獨逸ノ「イエーリング」ノ如キ英吉利ノ「オースチン」ノ如キ學者ハ公益ハ私益ノ集合シタルモノナリト稱シ隨テ公益ニ關スルモノハ公法ナリ私益ニ關スルモノハ私法ナリトノ標準ノ誤謬ナルコトヲ示セリ」是ニ於テ一種ノ折衷論者ハ直接ニ公益ニ關スルモノハ公法ニシテ直接ニ私益ニ關スルモノハ私法ナリト曰ヘリ然レトモ所謂直接間接ナルコトノ區別明白ナラサルカ故ニ此說モ亦決シテ穩當ナルモノニ非ス又或學者ハ民事訴訟ニ依リテ救濟シ得ヘキ權利ヲ定メタルモノハ私法ナリ然ラサルモノハ公法ナリト說ケリ然レトモ此說ハ毫モ價値ナキモノナリ何トナレハ私法上ノ權利關係ナルカ故ニ民事訴訟ニ依リテ救濟セラルルモノニシテ民事訴訟ニ依リテ救濟セラルルカ故ニ私法ナリト曰フハ一種ノ循環論法ニ陷ルヲ以テナリ第二說ハ法律ノ應用ヲ權利者ニ委スルト否トニ依リテ區別スヘシトノ說此說ニ依レハ一箇人カ自己ノ任意ニ拋棄スルコトヲ得サル權利ヲ定メタルモノハ公法ニシテ自己ノ任意ニ拋棄スルコトヲ得ヘキ權利ヲ定メタル法律ハ私法ナリト云フニ在リ更ニ詳言スレハ或法律ノ應用カ權利者ニ委ネラレタルモノハ公法ニシテ權利者ニ委ネラレタルモノハ私法ナリト云フナリ例ヘハ貸借ノ關係ヲ定メタル法律ノ如キハ此說ニ依レハ私法ナリ何トナレハ貸主タル權利者ハ自己ノ債權ヲ拋棄スルコトヲ得レハナリ之ニ反シテ刑法ノ如キハ公法ナリ何トナレハ人ヨリ傷ケラレタル者ハ自己ノ任意ニ加害者ヲ許スコト能ハサレハナリ然レトモ此區別ニハ多少ノ例外ナキコト能ハス例ヘハ何人ト雖モ選擧法ヲ私法ナリト曰フ者ナシト雖モ箇人ハ選擧權ヲ拋棄スルコトヲ得ヘシ又親告罪ニ關スル訴權ノ如キハ公權ナリト雖モ之ヲ拋棄スルコトヲ得ルモノナリ更ニ進ミテ或學者ハ箇人ヲシテ私權ヲ拋棄セシムヘキモノニ非スト曰ヘリ例ヘハ獨逸ノ「イエーリング」カ私權ヲ侵シタル者ニ對抗スルハ權利者カ自己ニ對スルノ義務ナルノミナラス併セテ共同體ニ對スル義務ナリ一箇人ハ其權利ヲ守ルト共ニ法律ノ秩序竝ニ共同體ノ秩序ヲ保全スルモノナリト曰ヘルカ如シ

第三說　國家ト人民トノ關係ヲ規定シタルモノハ公法ニシテ人民ト人民トノ間ノ關係ヲ規定シタルモノハ私法ナリトノ說

此說ハ英吉利ノ「ホルランド」佛蘭西ノ「ブラギエ、フォデレー」獨逸ノ「アルンチュリー」等ノ主張スル所ナリ然レトモ國家ト人民トノ關係ト人民ト人民トノ關係トハ判然之ヲ區別シ得ヘキモノニ非ス何トナレハ人民ト人民トノ間ノ關係ニシテ併セテ國家ニ關係スルモノ極メテ多ク又國家ト人民トノ關係ニシテ併セテ他ノ人民ニ關係スルモノ亦極メテ多ケレハナリ例ヘハ甲カ乙ヲ殺シタル事項ノ如キハ人民相互間ノ關係ニシテ同時ニ人民ト國家トノ關係ナリ又選擧法ノ如キモ選擧人タル人民カ選擧人タル他ノ人民ニ關係スル事ナリト雖モ併セテ人民ト國家トノ關係ヲ定メタルモノナリ又人民ト人民トノ間ノ訴訟手續ニ關スル民事訴訟法ノ如キモ今日ニ於テハ多クハ學者ハ之ヲ公法ノ中ニ算入ス此學說ニモ亦一種ノ折衷說アリテ直接ニ國家ト人民トノ間ノ關係ヲ規定シタルモノハ公法ニシテ直接ニ人民相互間ノ關係ヲ規定シタルモノハ私法ナリト曰ヘリ然レトモ此區別ノ曖昧ナルハ猶ホ第一說ニ於ケル折衷說ノ曖昧ナルカ

場合ニ限ルモノナリ隨テ許可ナキ結婚ヲ爲シタル者ハ君位繼承上ノ權利ヲ有セサルニ止マリ結婚不成立ト看做ササルモ我國ニ於テハ皇女ノ華族ニ嫁スルカ如キ皇位繼承ニ全ク關係ナキ場合ニ於テモ許可ヲ要スルモノトセルカ故ニ天皇ノ勅許ハ必スシモ君位繼承ニ關係アルヲ以テ與フルモノニ非サルコトヲ推定シ得ヘタ隨テ勅許ヲ經サル皇族ノ結婚ハ民法上モ全ク成立セサルモノト考ヘ得ヘケレハナリ(皇室典範第四〇條、第四一條)

我國ニテハ皇族ハ皇族相互間ニ於テ結婚スヘキヲ原則ト爲スト雖モ皇族ハ特ニ天皇ノ認許アリタル華族トモ亦結婚スルコトヲ得ヘキナリ然ルニ獨逸及ヒ墺太利ニ於テハ最モ正統ナル皇族、王族ノ結婚ハ對等者間ニノミ限ルモノニシテ即チ皇族、王族ハ君主タル家ノ女子若クハ君主タリシ家ノ女子或ハ對等者ト認メラルル特定ノ貴族ノ女子ト結婚スルトキニ限リ最モ正當ナル結婚ト認メラレ其間ニ生レタル子ニ非サレハ君位ヲ繼承スルノ資格ナキモノトセラレ其以外ノ結婚モ民法上ノ手續ヲ正當ニ履ム以上ハ結婚トシテ成立スルモ其間ニ出生シタル子ハ君位繼承ノ資格ナキナリ故ニ我國ニ於テハ皇位繼承上ヨリ觀

察スルトキハ皇族結婚ノ範圍彼ニ比シテ廣ク而モ皇位ヲ繼承スル者ハ必スシモ嫡出子タルヲ要セサルニ由リ母系ノ範圍ハ甚タ廣キモノト謂フヘキナリ

第四　皇族ノ選定シタル後見人ニ對シ認可ヲ與ヘ又ハ後見人ヲ自ラ選定シ又ハ總テ後見人ニ對シ監督ヲ爲スコト

皇室典範第三十七條ニ依リ天皇ハ其父母ノ選定シタル後見人ヲ認可シ又選定シタル後見人ナキトキ又ハ選定シタル後見人承諾セサルトキ自ラ之ヲ選定シ得ルモノナリ(後見人ハ總テ成年ノ皇族ニ限ラル)又其後見人ハ父母ニ由リ選定セラレタルト天皇ニ由リ選定セラレタルトヲ問ハス總テ天皇ハ之ニ對シテ後見監督人ノ地位ヲ占ムルモノナリ(皇室典範第三七條、第三八條)

第五　天皇ハ皇族子女ノ教育及ヒ保育ニ付キ監視ヲ爲スコト(皇室典範第三七條)

第六　天皇ハ皇族ヲ懲戒シ得ルコト(皇室典範第五二條)

懲戒處分ノ制裁ニ付テハ詳細ナル規定ヲ缺クト雖モ皇室典範第五十二條ニ依リ皇族ノ特權ノ全部若クハ一部ヲ其事情ニ應シ停止若クハ剝奪スルコトヲ得ルナリ又懲戒シ得ル場合ハ皇室典範第五十二條ニ於テ皇族其品位ヲ辱カシメタルトキ及ヒ皇室ニ對シ忠實服從ノ義務ヲ缺ク場合ト規定セリ

第五章　皇位繼承

第一節　皇位繼承ノ性質

統治權ノ主體タル天皇ノ地位ハ自然人ヲ以テ充タスモノナリ而シテ自然人ハ死亡スルコトヲ免ルルコト能ハサルニ由リ其皇位ニ在ル所ノ自然人ノ變更ヲ避クルコト能ハス其自然人ノ變更ヲ皇位繼承ト稱ス然レトモ之ニ付キ特ニ注意スヘキハ皇位ニ在ル所ノ自然人變更スルモ決シテ皇位其モノニ變更ヲ及ホサルコトニシテ如何ニ屢、其自然人ハ變更スルモ皇位ナルモノハ過去現在及ヒ將來ヲ通シテ一位ヲ爲スモノナルコト是ナリ或ハ皇位ハ法人ナリ或ハ君主ハ一ノ法人ナリト稱スル者アルハ之カ爲メナリ法人ニ於テハ其法人ヲ組織スル者カ如何ニ變更スルモ法人ニ何等ノ影響ヲ及ホササルカ如ク自然人タル君主ハ如何ニ更迭スルモ皇位其モノハ變セサルナリ是ニ於テ自然人タル天皇ト統

治權ノ主體タル天皇トハ大ナル區別アルコトヲ知ルヘシ自然人タル天皇ハ屢變更スト雖モ皇位ハ變更スルコトナク又皇位トハ統治權ノ主體タル天皇ノ地位ヲ指スモノナルニ由リ統治權ノ主體タル天皇モ變更スルコトナキナリ是レ「君主ハ死スルコトナシ」トノ法律上ノ諺アル所以ナリ或ハ自然人タル君主ハ死亡スルコトヲ避クルコト能ハサルニ由リ若シ君主ヲ以テ統治權ノ主體ト爲ストキハ君主ノ死亡ト共ニ國家ハ消滅スルコトト爲ルカ故ニ「君主カ統治權ノ主體タリ」トノ說ハ認ムルコト能ハスト唱フル者アリト雖モ是レ統治權ノ主體タル君主ト自然人タル君主トヲ別タサルノ誤ニ基クモノナリ

今皇位繼承ノ家督相續ト異ナルノ點ヲ擧クレハ左ノ如クナルヘシ

第一　家督相續ハ家督ヲ讓渡シ及ヒ讓受クルノ觀念ニ基クモノニ非サルナリ若シ君主死亡スルトキハ其瞬間ニ於テ繼承ノ順位ニ當ル者君位ニ即クモノニテ新ニ君主ト爲ル者カ前代君主ノ死亡ノ事實ヲ知ルト否トヲ問ハサルナリ蓋シ皇位ナルモノハ讓渡讓受ノ目的物ト爲ルモノニ非サレハナリ

第二　家督相續ノ場合ト異ナリテ皇位繼承ニ於テハ次代ノ君主カ皇位ヲ前代ノ君主ヨリ讓受クルモノニ非サルヲ以テ皇位繼承ノ時ニ際シ繼承ノ順序ニ當ル者カ其繼承ヲ拒ムコトヲ得サルナリ何トナレハ前代ノ君主ノ死亡ト共ニ繼承ノ順序ニ當ル者ハ既ニ君主ト爲ルヲ以テ繼承ヲ辭スルノ餘地存セサレハナリ

第三　皇位繼承ハ家督相續ト異ナリテ繼承ノ順序ニ當ル者法ノ當然ノ結果トシテ繼承スルモノナルカ故ニ自己ノ利益ノ爲メニ之ヲ讓受クルノ考ヲ容レサルナリ隨テ繼承ノ順序ニ當ル者自己ノ知ラサル間ニ若クハ自己ノ同意ナクシテ繼承ノ順序ヲ變更セラルルモ既得權ヲ主張シテ不服ヲ訴フルコトヲ得サルナリ蓋シ君位ヲ繼承スルコトニ對シテハ既得權ナルモノ存在セサレハナリ我國ニテハ皇位繼承ノ順序ハ皇室典範ニ依リテ定マルモノニテ皇室典範ヲ改正セントスルトキハ皇族會議ニ諮詢スルモノナリト雖モ之ヲ以テ繼承ノ順序ヲ變更スルニ皇族ノ同位ヲ要スルモノト考フヘカラサルナリ何トナレハ皇族會議ニ諮詢スルモ天皇ハ必スシモ皇族會議ノ意見ヲ採用スルノ義務ナケレハナ

リ先年獨逸ニ於テ君位繼承ノ順序ヲ變更スルニ繼承者ノ同意ヲ要スルモノナルヤ否ヤニ付キ學者間ノ一大問題ト爲リタルコトアリシモ今日一般ノ定說ニテハ固ヨリ之ヲ要セサルモノト爲セリ

第二節　皇位繼承發生ノ時期

既ニ述ヘタルカ如ク皇位繼承ノ順序ニ當ル者ハ前代君主ノ死亡ノ瞬間ニ繼承スルモノナリ故ニ繼承ノ時期ハ前代君主ノ死亡ノ時ナリト謂フヘシ多ク國ニ於テハ新君主即位シタル後即位ノ式ヲ擧クト雖モ此即位ノ式ナルモノハ單ニ儀式タルニ止マリ此式ヲ行フ時ヲ以テ繼承ノ效力生スヘキモノニ非ス我皇室典範第十條ニハ「天皇崩スルトキハ皇嗣即チ踐祚シ」トアルハ此義ナリ又同條ニ「祖宗ノ神器ヲ承ク」トアリト雖モ祖宗ノ神器ヲ承クルハ必スシモ即位ノ效力發生ノ必要條件ニ非ス若シ一大事變ノ生スルコトアリテ祖宗ノ神器ナルモノ一時之ヲ見出スコト能ハス隨テ直チニ之ヲ承クルコト能ハストスルモ君位繼承ノ效力生スルコト疑ナキナリ又歐洲ニテハ君主即位ノ後貴衆兩院ノ

トヂアラウカト云フコトガ一ノ疑問ト爲ッテ居ル、學者ニ依ッテハソレハ裁判所ニ由ッテ認メネバナラヌト云フコトヲ申ス、詰リ裁判例ガナケレバイカヌト云フコトニ歸著スル、併シソレハ私ノ思フニハ餘リ狹隘ナ說デアッテ必ズシモ裁判所デナクテモ行政上ノ處分ニ由ッテ認メラレテモ差支ナイ、即チ行政官廳ガソレヲ認メタノデアッテモ矢張リ主權者ノ代表者ガ認メタコトニ爲ル

是ガ先ヅ不文法若クハ慣習法ト云フモノデアリマスガ、之ヲ「不文法」ト云フノハ最モ悲イト云フ說ノアル譯ハ慣習法ト云フモノハ必ズシモ書キ物ガナイト云フ譯ニ極ッテ居ルノデハナイ、第一、學者ガ其慣習法ヲ編纂シテ、ナウシテ著書トシテ出スト云フコトハ珍シクナイ、英吉利ノ如ク多ク慣習法ニ依ッテ法律問題ノ定ッテ居ル國デハ著書ガ皆慣習法ヲ編纂シテ居ルケレドモ此私著ハ法律上ノ效力ヲ持タヌコトハ疑ナイ、之ヲ以テ不文法ニ非ズト云フ證據ニハ爲ラヌケレドモ、是ヨリモット甚シイコトガアル、往往ニシテ主權者若クハ其代表者ガ公ニ之ヲ編纂セシムルコトガアル、西洋各國ニ法典ノ編纂セラレナイ前ニハ此ノ如キモノガ盛ニ編纂セラレタノデアル、百年前マデハ西洋各國デ大抵地方地方ニ依ッテ法

律ヲ異ニシテ居ッタ、其各地方ガ大抵慣習法ヲ持ッテ居ッタ、所ガ慣習法ト云フモノハ實ハ餘程不分明ナモノデアル、故ニ實際疑ハシイ問題ガ起ッテ仕方ガナイ、ソコデ各國ノ君主又ハ諸侯ガ就ウテ慣習法ヲ編纂セシメタ、殆ド各國ニ皆其慣習法ノ編纂シタノガアル、併ナガラソレハ成文法デハナイ、ナゼ成文法デナイカト云フニ是ハ編纂シタ當時ニ於ケル慣習ヲ集メタモノデアルト云フノデスカラ若シ實際ニ於テソレト異ナッタ慣習ノアルト云フコトヲ證明サヘスレバ忽チ其效力ハナクナル、唯裁判官其他ノ便利ノ爲メニ君主若クハ諸侯ガ編纂セシメタモノデアル、疑ハシイトキハソレニ據ルト云フコトニ實際ナル、是ハ公ニ編纂シタル所ノ慣習法デアル、ダカラ不文法ノ名ハ此ノ如キ場合ニハ頗ル其當ヲ缺イテ居ルト謂ハナケレバナラヌノデアル

以上ヲ以テ不文法若クハ慣習法ノ御話ヲ終リマシタ

次ニ成文法ト慣習法トニ關スル二三ノ問題ノ御話ヲ致シマス

第一ノ問題ハ成文法ト不文法トハ孰レヲ先ニ適用スベキカト云フ問題デアル、即チ若シ同一ノ事項ニ付テ成文法ト不文法ト存シテ居ルナラバ其孰レヲ適用スベキカト云フコトデアル、之ニ關スル詳シイコトハ後ニ法律ト慣習トノ關係ヲ論ズルニ當ッテ述ベマス積デアリマスケレドモ、一言茲ニ辯ジテ置カナケレバナラヌト思フ、是ハ國ニ依ッテ其主義ヲ異ニスル、慣習法ヲバ主トスル國ニ於テハ成文法ヨリモ先ニ慣習法ヲ適用スルト云フ主義ヲ採用シテ居ル處モアル、併シ我邦ニ於テハ原則トシテハ必ズ成文法ヲ先ニシナケレバナラヌノデアル、ソレハ明治八年第百三號布告裁判事務心得第三條ニ明カニナッテ居ル、其規定ニ依レバ民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ習慣ニ依リ習慣ナキモノハ條理ヲ遂行シテ裁判スベシト云フコトガアル、先ヅ成文ガアレバ成文ニ依ラナケレバナラヌ、成文ナキ場合ニ於テ始メテ習慣ニ依ルベキモノデアルト云フコトニ爲ッテ居ル、此布告ハ私ノ意見ニ依レバ今日尙ホ其效力ヲ存シテ居ルモノト思フ、民法施行法ニ依ッテモ廢セラレテ居ラズ、他ニ之ニ抵觸スル法律ガアリマセヌカラ矢張リ是ハ效力ヲ存シテ居ルト思フ、(但法律ト慣習トノ關係ニ付テハ法例第二條ノ規定ト重複スルコトニ爲ルカラ此部分ダケハ實際效力ヲ失ッテ居ルト謂ッテモ差支ナイ)加之慣習法ニ關シテハ法例ノ第二條ニモ規定ガアリマスガ、ソレモ矢

張リ同一ノ主義ヲ採用シテ居ル、即チ第二條ニ「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル慣習ハ法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ及ヒ法令ニ規定ナキ事項ニ關スルモノニ限リ法律ト同一ノ效力ヲ有ス」ト云フコトニ爲ッテ居ル、即チ法律ノ明文ヲ以テ特ニ慣習法ノ效力ヲ認メテ居ル場合ハ是ハ論ガナカラウト思フ、或場合ニ法律ノ明文デ慣習ガアレバ其慣習ニ依レト書イテアルナラバ、之ニ付テハ疑ノ存スル餘地ガナカラウト思フ、例ヘバ永小作權ニ關シテ「應ノ規定ガアッタアトニ第二百七十七條ニ「前六條ノ規定ニ異ナリタル慣習アルトキハ其慣習ニ從フ」トアル、此類ノ規定ハ到ル處ニアル斯樣ニ明文ノアル場合ニハ成文ニ依ッテ慣習ノ效力ガ一般ノ規定ヨリモ先ニ行ハルルト云フコトガ明カデアルカラ是ハ問題ニハナラヌ、見樣ニ依ッテハ矢張リ成文法デアルト言ヘル、慣習ガ先ニ行ハルルト云フ成文法デアル、故ニ問題ハ此ノ如キ明文ノナイ場合ニ關シテ起ル、然ルニ法例ノ第二條ニハ法令ニ規定ナキ事項ニ付テハ慣習ガ法律ト均シキ效力ヲ持ツト斯ウ云フコトガ書イテアル、即チ裏面カラ言フト成文ノアルモノハ先ヅ之ニ依ラナケレバナラヌト云フコトガ明カデアル、商法第一條ニ於テ矢張リ此主

義ガ採用セラレテ居リマスガ、併シ商法ノ規定ハ原則ト同時ニ亦一ノ例外ヲ認メテ居ルノデアリマス、商法ノ第一條ニ「商事ニ關シ本法ニ規定ナキモノニ付テハ商慣習法ヲ適用シ」トアル、之ニ由ッテ原則ヲ明カニシテアル、本法即チ商法ニ規定ノナイモノニ付テ商慣習法ヲ適用スル、慣習法ヨリハ商法ト云フ即チ成文ノ規定ノ方ガ先ニ行ハルルト云フコトガ明カニシテアル、併シ「商慣習法ナキトキハ民法ヲ適用ス」ト云フコトガアル、民法モ亦一ノ成文法デアルカラ之ト慣習法ト相對照シテ見ルト慣習法ノ方ガ先ニ行ハルル、ソレハ今ノ原則ニ對スル一ノ例外ト云ハレルノデアル、併シ後ニ論ズベキ「特別法ハ一般法ニ先ッテ適用セラルル」ト云フ原則カラ見レバ此商法ノ規定ハ必ズシモ例外的規定デハナイト言ハレルノデアル、慣習法ト雖モ商慣習法ハ特別法デアル、民法ハ成文法デハアルケレドモ併シ一般法デアル、ソレデ商慣習法ノ方ガ民法ヨリハ先ニ行ハルルト云フコトガ出來ルノデスカラ例外ニシテ例外ニ非ズト言ヘルノデアル、尙ホ詳シイコトハ後ニ論ジマスカラ此處デハ先ヅソレ丈ケノコトヲ申上ゲテ置キマス

第二ノ問題ハ慣習法ノ證據デアル、即チ慣習法モ亦一ノ法律デアルガ、通常法律ノ規定ハ當事者ガ特ニ證據ヲ出サヌデモ宜シイノデアル、法律ハ裁判所ニ於テ知ッテ居ル筈デアルカラ法律ノ或明文ヲ援イテサウシテ或權利ヲ主張スル場合ニハ別ニ之ガ證據ヲ出ス必要ハナイ、然ルニ慣習法ハ如何デアル、矢張リ成文法同樣ニ之ヲ援用スル者ニ於テ證據ヲ出ス必要ナキヤ否ヤト云フガ問題デアル、是ハ國ニ依ッテ一樣デナイ我邦ニ於テハ第一ニ地方慣習法及ビ商慣習法、是ハ當事者カラ證據ヲ出サナケレバナラヌ、原告デ之ヲ援用スルナラバ原告ガ此ノ如キ慣習法ガアルト云フコトヲ證據立テナケレバナラヌ、被告ガ之ヲ援用スルナラバ被告ノ方デ其證據ヲ出サネバナラヌ、第二ニ若シ一般ノ慣習法デアルナラバ、即チ一地方限リデモナク又商業ニ特別ナル慣習デモナイナラバソレニ付テハ特ニ證據ヲ擧ゲルコトハイラナイト、斯ウ云フコトニ爲ッテ居ル、而シテ我邦ノ實際ノ有樣ヲ言ヘバ全國ニ通ズル慣習法ト云フモノハ極メテ稀、殆ド絶無稀有ト言ッテ宜イノデスカラ、我邦ニ於テハ慣習法ノ證據ヲ提出スルコトガ必要デアルト云フ主義ヲ採用シテ居ルノデアルト言ッテモ宜シイ、是ハ民事訴訟法ノ第二百十九條ニアル「地方慣習法、商慣習及ビ規約又ハ外國ノ現行法ハ之ヲ證ス可シ云云」原則ハソレデヨイノデアル、獨逸ノ民事訴訟法ハ是ト聊カ異ナリタル主義ヲ取ッテ居ル、現行ノ獨逸民事訴訟法第二百九十三條ノ規定ニ依レバ慣習法ハ裁判所ニ知レザルモノニ限ッテ擧證ヲ必要トスルト、斯ウ云フコトニ爲ッテ居ル、即チ裏面カラ言ヘバ裁判所ニ知レテ居ル慣習法ハ當事者ヨリシテ其證據ヲ提出スルニハ及バヌト云フコトニ爲ッテ居ル、ソレデスカラ我民事訴訟法ト較ベテ見ルト縱令地方ノ慣習デアラウトモ又ハ商慣習デアラウトモ裁判所ノ方デ知ッテ居ルナラバ證據ヲ擧ゲナクテ宜シイ、裁判所ガ知ラナイト云フトキニハ特ニ證據ヲ擧ケネバナラヌト斯ウ云フコトニ爲ッテ居ル、一旦慣習法ノ效力ヲ認メル以上ハ或ハ此獨逸ノ民事訴訟法ノ主義ノ方ガ穩當デアラウカト思フノデアリマス、併シ例ヘバ佛蘭西ナドデハ必ズ慣習ト云フモノハ當事者ヨリ其證據ヲ出サネバナラヌト云フコトニ爲ッテ居ル、尙ホ此問題ニ付テハ或ハ民事訴訟法ヲ誤解シテ、同法ノ第二百十八條ニ「裁判所ニ於テ顯著ナル事實ハ之ヲ證スルコトヲ要セス」トアルカラ裁判所デ知ッテ居ル慣習ハ證據ヲ擧ゲナクテモ宜シイノ

デハナイカト云フ疑ヲ起ス者ガアリマスケレドモ、ソレハ誤解デアル、此規定ト同一ノ規定ハ獨逸ニモアル併シ「顯著ナル」ト云フコトハ單ニ裁判所ガ知ッテ居ルト云フコトトハ大變ニ違フノデ、「顯著」ト云フノハ裁判所ニ於テ一般ニ知レ渡ッテ居ルコトヲ謂フノデス、單ニ裁判所ガ知ッテ居ルト云ヘバ特別ノ事情ニ因ッテ偶然裁判所ガ知ッテ居ルノデモ宜イ故ニソレハ適用ノ範圍ガ違フ、ソレダカラ獨逸ニ於テモ今ノ條條ト同一ノ規定ガ存シテ居ル、然ルニモ拘ハラズ慣習法ニ付テ裁判所ニ知レザルモノニ限ッテ證據ヲ擧ゲルコトヲ必要トスルト云フ特別ノ明文ガアル

是ガ第二ノ問題、即チ慣習法ノ證據ニ關スルモノデアル、終ニ第三ノ問題ハ即チ成文法ト慣習法トノ得失如何ト云フ問題デアル、即チ成ルベク成文法ヲ設ケル方ガ宜イカ、ソレトモ成ルベク慣習法ニ任シテ置イタ方ガ宜イカト云フ問題デアル

之ニ付テハ古來議論ガアッテ隨分學者ニ依ッテハ慣習法ノ方ガ宜シイト云フコトヲ申ス、既ニ十數年前ニ英法學者ノ或ハ多數ト言ッテモ宜カッタカト思ヒマスガ、

ソレガ成ルベク慣習法ニ依ル方ガ宜シイト云フコトヲ申シタ、今日デモ英法學者ノ中ニハ矢張リ其意見ヲ持ッテ居ル者ガアルヤウデス、外國ニモ矢張リ此說ハアル、英國ニ於テハ矢張リ慣習法ガ主デアッテ成文法ハ寧ロ從タルモノニ過ギズ、單行ノ成文ハアリマスケレドモソレハ一時ノ特別ナル問題ニ關スル成文デアッテ、一般ニハ成文ノナイ即チ慣習法ニ依ルモノガ多イ、佛國ニ於テハ百年以來法典モ完備シ、其他何事モ成文ヲ以テ規定スルノヲ本則ト致シマシテ慣習法ハ別段ノ明文ガナケレバ採用シナイト云フ主義ヲ取ッテ居ル、獨逸ニ於テハドウデアルカト云フニ、是ハ千九百年マデハ成文ノ存スルモノト存セザルモノトアッテ、初ハ成文ノ存セザルモノガ多カッタノデアリマスケレドモ段段成文ガ出來テ、各聯邦ニ於テハ殆ド總テ成文ヲ以テ規定シテ居ルモノモ少カラズアリマシタガ、帝國一般ノ法律トシテハ千九百年マデハ民法ト云フモノハ原則トシテ慣習法ニ從ッテ居ッタト謂ッテモ宜イ、併シソレモ今日デハ最早民法ト云フ法典ガ出來テ今ハ獨逸ハ矢張リ成文法國ト謂ハナケレバナラヌノデアル、併シ以前ニハ隨分議論ノアッタモノデ彼ノ名高キ「ザヴ*ニー」ト「チボー」トノ爭ガアッタ、「サビニー」ハ成ル

ベク慣習法ニ依ラナケレバナラヌト云ヒ「ナポー」ハ成ルベク成文法ニ依ラナケレバナラヌ、隨テ速ニ法典ヲ編纂シナケレバナラヌト云フ主義ヲ唱ヘタ、其後今日ニ至ルマデ矢張リ學者ハ兩派ニ岐レテ居ル、成文法派ト慣習法派ト岐レテ居ル、事實ニ於テハ成文法派ガ勝利ヲ得マシタケレドモ是ハ多少政治的ノ意味モアル、獨逸帝國ト云フモノガ出來テ、帝國ノ統一ヲ圖ル爲メニ帝國一般ノ成文法ヲ制定スル必要ガアッタカラ特ニ成文法派ガ容易ク勝ヲ占メタノデアルカモ知レヌ兎ニ角學者ノ間ニハ說ガ兩派ニ岐レテ居ル、其位是ハヤカマシイ問題デアル

私ハ孰レヲ可トスルカト云フニ矢張リ成文法ヲ主トスルノガ宜シイト思フ、決シテ慣習法ヲ度外ニ措クト云フノデハナイ、如何ニ成文法ヲ制定スルト云ウテモ立法者ノ氣ノ附カナイコトガ必ズアル、ソレハ矢張リ慣習法ニ依ルト云フノガ適當デアルト思ヒマスケレドモ、併シ成ルベク其慣習法ニ依ラズシテ成文法デ支配シテ行クヤウニ努メルノガ宜シイト私ハ思フノデアル、其理由ハ第一ニ慣習法ト云フモノハ殆ド性法ト同ジヤウニ確タル標準ガナイ、甲ガ慣習ナリト稱スルモノガ乙ノ眼カラ見ルト慣習デナイト云フコトガ多イ、我邦ノ裁判例ハ或ハ別段ニ不確定デアルト言ッテモ宜イカモ知レヌケレドモ同一ノ問題ニ付テ或裁判所ハ右ガ則チ慣習デアルト云ヒ、乙ノ裁判所ハ左ガ慣習デアルト云フガ如キコトハ珍シクナイ位デアル、外國ニ於テモ多少此ノ如キ趣ガアルデアラウト思フ、現ニ英國ノ如ク古來慣習法ヲ主トスル國柄デアッテ裁判官モ世界ニ稀ナル良イ裁判官ガアリ、辯護士モ世界ニ冠タル辯護士ガ揃ウテ居ル國柄デアッテ、矢張リ甲ノ裁判所デ慣習ナリト裁判シタモノヲ乙ノ裁判所デハ慣習デナイト云ッテ居ルコトガアル、成程成文法ト雖モ其解釋ニ付テ疑ナキコトハ出來ナイ、矢張リ其解釋ニ付テ說ガ岐レル、今日ハ各種ノ法典ガ出來テ日尙ホ淺イノデ裁判例ノ一定シナイノハ固ヨリ其所デアルケレドモ、民法、商法等ノ解釋ニ付テ裁判例ガ區區ニ亘ッテ居ルコトハ諸君モ或ハ御承知デアラウカト思フ、併シ是ハ兎ニ角標準トスベキ成文ガアル、チヤント文章ニ書イタモノガアル、故ニ其議論ノ範圍ト云フモノハ法文ノ意味如何ト云フニ過ギナイ、ソレダカラ慣習ノ如クニマルデ氷炭相容レヌガ如ク見解ノ異ナルコトハ稀デアラウト思フ、況ヤ成文ノ解

釋ハ數年乃至十數年ヲ經レバ自ラ一定スル、我邦ノ例ヲ見マシテモ刑法ノ如ク假ニ二十年モ行ハレテ居ルモノニ爲ッテ來ルト、其解釋ガ大抵裁判例デ極ッテ居ル、中ニハ學者ガ同意シ兼スル裁判例モアルケレドモ兎ニ角裁判例ハ大抵一定シテ居ル、滅多ニ解釋ノ岐ルルコトハナイ、外國デモ其通リデ成文ガ施行セラレテヨリ十數年ヲ經レバ大抵其解釋ト云フモノハ一定シテ仕舞フ、佛蘭西デモ獨逸デモ皆サウデアル、枝葉ノ點ニ付テ多少裁判例ノ異ナルコトハ免レナイ、又稀ニハ裁判例ノ變ルト云フコトモアリマスガ、併シ十數年掛ッテ一定シタル所ノ裁判例ハ容易ニ變ルモノデハナイ代リニ其裁判例ハ惡クテモナカナカ之ヲ改ムルコトハ難イ、故ニ成文ト云フモノガアレバ自ラ據ルベキ標準ガアッテ疑ガ少イ、之ニ反シテ慣習ナラバ假ニ古イ慣習ハ右ノ方デアッテモ近頃ノ慣習ガ左デアルト云ヘバ又變ッテ行ク、併シソレガ確デアルト宜イガ、或者ハ今日モ右デアルト云ヘバ又議論ニ爲ル、成文ニ較ベテ見レバ據リ所ガ餘程薄弱デアル、是ガ成文ヲ必要トスル一ツノ理由

第二ニハ慣習ノ中ニハ何人ガ見テモ弊害アリト認ムベキモノガアル、例ヘバ民法施行前ニ於ケル我邦ノ離婚ニ關スル慣習、民法施行前ニ在ッテハ離婚ガ誠ニ容易ク出來ル、成程法律問題ト爲レバ一方ノ意思ノミデ離婚ヲ爲スコトハ出來ヌ、併ナガラ如何ナル原因ガアッタラバ一方ノ意思ノミデ離婚ヲ爲スコトガ出來ルカト云フニ、其原因ハ裁判所デ認メルノデアッテ、裁判所ガ尤ナ理由ガアルト思ヘバ何時モ離婚ヲ許シテ居ル、此ノ如クデアルカラ實際ハ大抵一方ノ意思デ以テ離婚ガ行ハレル、妻ノ意思ニ依ッテ離婚ノ行ハルルコトハ少イガ、夫ノミノ意思ニ因ッテ離婚ガ行ハルルコトガ最モ多イ、即チ所謂三下リ半ノ離婚ト云フモノガ最モ廣ク行ハレテ居ッタ、去レバコソ統計ニ據ッテ見ルト民法施行前ニハ全國通ジテ離婚ノ數ト婚姻ノ數ト較ベテ見ルノニ平均離婚ノ數ガ婚姻ノ數ノ四分ノ一ヨリモ少イコトハナイ、動モスレバソレヨリ多イ、東京ノ如キハナカナカ多イ、斯樣ナ國柄ハ今日世界中外ニハナイシ、又昔カラ歷史上何處ニモナカッタラウト思フ、我我ノ聞イタ所デハ曾テナイ、故ニ此統計ヲ見ルト云フト外國人ハ實ニ驚入ッテ仕舞フ、斯樣ナ國モ世ノ中ニアルモノカト……ソレハ全クノ事實デアル、即チ是ハ確ニ弊習デアルト云フコトハ殆ド何人モ認メテ居ル、今ノ四分ノ一ト云

フノハ戸籍簿ニ登錄シタ丈ケ、其上ニ事實上ノ婚姻ハ法律ガ認メテ居ッテ、少クモ刑事ニ於テハ事實上ノ婚姻ヲ婚姻トシテ或ハ姦通或ハ重婚其他總テ事實上ノ婚姻ニ法律上ノ婚姻ノ效力ヲ持タシテ居ッタ、民事ニ於テスラモ矢張リソレヲ認メテ居ッタ、今日ニ於テモ其裁判例ガ矢張リ行ハレテ居ルヤウニ見エル、其位デアルカラ其戸籍ニ登錄シナイ婚姻ト云フモノガ許多アル、之ヲ離婚スル場合ト云フモノハ最モ多イ、戸籍ニ登錄シナイカラ離婚ヲスルカラト云ッテモ屆出ヅルニモ及バナイ、隨テ此ノ如キ場合ニ於テハ全ク一方ノ意思デ離婚ガ出來ル、ソレヲ數ヘタナラバ果シテ婚姻ノ數ノ三分ノ一カ或ハモット多イカ分ラヌ位ノモノデアル、此弊習ハ改メナケレバナラヌト云フコトハ民法施行前ニ於テ識者ノ殆ド一致シテ居ッタ所ノヤウデアル、併シ若シ民法ト云フヤウナ成文ガ出來テ明カニ之ヲ禁ジナイ限ハ容易ニ此弊習ヲ改ムルコトハ出來ナカッタラウト思フ、慣習ノ自然ニ改マルノヲ待ッタラバ何十年掛ッタコトカ分ラヌ、併シ是ガ弊習デアルト定ッタ以上ハ速ニ改メタ方ガ宜シイ、故ニ民法ノ成文ヲ以テ之ヲ改メタノデアル、即チ雙方ノ協議ニ依ッテ離婚ヲ爲スハ格別、然ラズンバ一定ノ條件ガナケレバ離婚ヲ爲スコトハ出來ナイト、斯ウ云フコトニ爲ッタ、斯樣ナル場合ニ於テハ成文法ニ依ラナケレバ殆ド仕方ガナイ、是ガ成文法ノ一ツノ必要デアル、ソレカラ第三ノ必要ハ殆ド第二ノ必要ト同ジヤウナ理由デスガ、必ズシモ從來カラ存シテ居ル弊習ト云フ譯デナクテモ、一時必要アッテ生ジタル所ノ慣習、ソレガ必要ハ疾クニ去ッテモ尙ホ實際ニ存シテ居ルト云フコトガ普通デアル、成文法デ定メタコトデモ今日ノ時勢ニ必要ナルコトデ、何ハ何人モ是ハ必要デアルト思ッテモ十數年若クハ數十年ヲ經レバ最早其必要ハナイ、若クハ有害デアルト認メルコトガアル、ソレデモ若シ慣習ニ一任シテ置イタナラバ容易ニ改マル氣遣ハナイ、一ツノ例ヲ申上ゲルト封建時代ニ於ケル戸主權ト云フモノハ實ニ强大ナルモノデアッタ、ソレハ封建時代ニハ正ニ其必要ガアッタノデアラウト思フ、ダカラ是ハ必ズシモ弊習トハ言ヘナイ、所ガ今日ハ時勢ガ改ッテ封建ハ郡縣ニ變リ、且鎖國主義カラ變ジテ開國主義ニ爲ッテ總テ社會ノ狀態ガ新ニ爲ッテ參ッタ、ソレガ爲メ戸主權ガ從來ノ如ク强大デアッテハ寧ロ社會ノ進歩ニ害ガアル、其事ハ殆ド爭フベカラザルコトデアルト私ハ信ズル、併シ慣習トシテハ必要ガ去レバ直グ

ニ改ッテ行クト云フ譯ニハイカヌノデ、既ニ民法施行前マデハ戸主ノ意思ニ因ッテ婚姻デモ養子縁組デモ若行ハレタノデアル、即チ戸主ガ不同意デアッタナラバ未來永劫婚姻モ出來ヌケレバ養子縁組モ出來ヌ、甚シキハ戸主サヘ承知シタラバ其代リニ本人ノ知ラナイ間ニモ婚姻ガ成立シ養子縁組ガ成立スル、ソレハ民法施行前ノ有様デアッタ、所ガ此慣習ハ若シ成文ガナカッタラバ何時改ッタカ分ラヌ、自ラ慣習ノ改マルノヲ待ッタラバ今日ハ勿論ノコト尚ホ五年ノ後ニ改マルカ、十年ノ後ニ改マルカ私ハナカナカ五年ヤ十年ノ後ニハ改マラナカッタデアラウト思フ、ケレドモ最早其必要ノナイト云フコトハ殆ド輿論ガ認メテ居ッテ是モ民法ノ規定ニ依ッテ改メタ、即チ戸主權ハ矢張リマダ認メハスルケレドモ此ノ如キ強大ナルモノデハナイト云フコトニシタ、今後トテモ民法ニ規定シテアル事柄ガ時勢ニ合ハナクナッタラバ之ヲ改ムルコトハ存外容易イデアラウト思フ、却テ慣習ニ任シテ置イタラバ容易ニ改マラヌデアラウト思フ、ソレデアルカラ寧ロ慣習法ヲ主トスルヨリカ成文法ヲ主トシタ方ガ宜シイト私ハ思フノデアル

尚ホ第四ニ我邦ニ特別ナルコトヲ言ヘバ是非成文法ヲ主トシナケレバナラヌ譯ハ我邦ノ慣習法ハ維新前ノモノハ今日ハ時勢ガ違フカラ多ク用ヒラレナイ、維新後ノ慣習ト云フモノハマダ日ガ浅イカラシテ慣習ト爲ッテ居ラナイモノガ多イ、此場合ニ於テ成文法ヲ作ラヌケレバ實際世人ガ標準トスベキ法律ガ殆ド分ラナイ、既ニ民法施行前ニ民法上ノ問題ニ付テハ裁判例ハ一致セズ、殆ド據ルベキ法律ガ分ラナカッタノデアル、ソレ故ニ速ニ成文法ヲ設ケテ各人ヲシテ依ル所ヲ知ラシムルト云フ必要ガアッタノデアル

斯樣ナル譯デ私ハ特ニ我邦ニ於テハ成文法ガ必要デアル、成ルベク成文法ニ據ルト云フ主義ヲ取ッタ方ガ宜シイト思フ、慣習法主義ノ人ノ言フ所ハ一應尤ニ聞エルケレドモ、ソレハ却テ私ハ實際ニ合ハヌト思フ、即チ其言フ所ヲ聞ケバ成文法ハ或人間ガ自己ノ考ニ依ッテ極メタ所ノ規則デアルカラ果シテソレガ時勢ノ必要ニ應ジテ居ルヤ否ヤト云フコトハ分ラヌ、動モスレバ應ジナイコトガアル、又一旦定メタコトハ縱令時勢ガ其必要ヲ認メナイ、寧ロ反對ノ必要ヲ認ムルト云フ場合ニ爲ッテモ矢張リ法律トシテ存スルト云フ患ガアル、慣習ハ之ニ反シテ時勢ノ必要ニ應ジテ起ルモノデアルカラ是ガ時勢ト相背馳スルト云フコトハ

ナシ、若シ背馳スルニ至レバ必ズ新シイ慣習ガ出來テ之ヲ改ムルカラ宜シイトウ云フモノデナイト云フコトヲ信ジテ居ル、今申上ゲタ通リ慣習ノ起ルノハ無論時勢ノ必要ニ迫ラレテ起ルニ相違ナイ、併シ一遍其慣習ガ出來ルト必要ガ去テモ尙ホ容易ニ之ヲ改ムルコトハ出來ヌ、又慣習ノ中ニハ往往ニシテ人類ノ弱點カラ生ズル慣習モアルノデ、ザウ云フノハ寧ロ改ムル方ガ宜シイト云フコト容易イノデアルト私ハ思フ

以上ヲ以テ成文法、慣習法ノ概略ノ御話ヲ致シマシタガ、終ニ成文法ノ細別ヲシヤウト思フ

成文法ヲ分チマシテ法典ト單行法トニ致シマス「法典」トハ如何ナルモノカ、單行法「トハ如何ナルモノカト云フニ、是ハ頗ル漠然タルモノデアッテ、正確ナル定義ヲ下スコトハ出來ヌ、強ヒテ定義ヲ下セバ「法典」トハ或多クノ事柄ヲ網羅シテ一ツノ成文ト爲スモノデアル、例ヘバ民法ト云ヘバ其中ニハ物權ノコトモアレバ債

權ノコトモアル、親族ノコトモアル、相續ノコトモアル、即チ多クノ事柄ヲ網羅シテ、ザウシテ之ヲ一ツノ「民法」ト云フ成文ニ規定シタノデアル、之ニ反シテ限定セラレタル範圍ノ事項ノミヲ規定シタル法律ヲ「單行法」ト謂フ、例ヘバ不動產登記法ト云ヘバ一ノ單行法デアルガ、是ハ不動產上ノ權利ヲ登記簿ニ登錄スルコトニ付テノミノ法律デアル、此ノ如ク限定セラレタル範圍ノ法律デアル、併シ是ハ誠ニ漠然タルコトデ、ドノ位事項ガ集マッテ居ッタラバ多クノ事項ヲ集メタト云ヘルカ、ドノ位集メタラバ限定シタル範圍ト云ヘルカ、何等ノ標準モナイ、ソレデスカラ我邦ノ現行ノ法律ニ付テ言ッテ見テモ民法、商法、民事訴訟法、刑法、刑事訴訟法、此五ツノモノハ確ニ法典デアル、尙ホ陸軍刑法、海軍刑法、陸軍治罪法、海軍治罪法ハ何レモ法典デアルヤウデアル、併シ其外ノモノニナルト分ラナイ、例ヘバ憲法ハ法典ナルヤ否ヤ分ラナイ、條約カラ言ヘバ僅ニ七十六條、ソレヨリ條數ノ多イモノハ甚ダ多クアル、而シテ通常法典ト云ハナイ、ダカラ憲法ハ果シテ法典ナルヤ否ヤト云フノハ一ノ議論デアル、私ハ「法典」ト云フ方ガ宜カラウト思フ何トナレバ條數ハ僅ニ七十六條デアルケレドモ中ニ規定セル事柄ハ甚ダ多イノ

デアル、天皇ノ統治權ヲ首ト致シ、帝國議會ノ事、其外法律ノコト、租稅ノコト、豫算ノコト、司法權ノコト、剩ハ臣民ノ權利義務マデ規定シテアル、範圍ガ極メテ廣イノデアルカラ先ヅ「法典」ト稱シタ方ガ穩當デアラウカト思フ、併シソンナラバ裁判所構成法ハドウデアルカ、是モ單ニ裁判所ニ關スル法律ト云ッタラバ狹イヤウデアルガ裁判所ニハ區裁判所、地方裁判所、控訴院、大審院ノ別アリ、又其執ル所ノ職務ニ付テモ民事、刑事ノ訴訟事件竝ニ非訟事件ガアル、又職員カラ言ッテ見テモ判事、檢事ノ外裁判所書記モアレバ廷丁モアレバ執達吏モアレバ種種ノモノガ中ニ規定シテアル、故ニ隨分是ハ廣イ事項ヲ網羅シタモノデアルカラ法典デハナイカト斯ウ云フ疑ガ起ル、併シ是ハ法典ト見ル人ト法典ト見ナイ人ト孰レガ多イカ隨分問題ダラウト思フ、私モ孰レニスルノガ穩當カト云フニ、隨分疑ハシイ問題デアラウト思フ、「法典」ト稱シテ無論差支ナイト思フ、併シ之ヲ「法典」ト稱スルコトニナルト、然ラバ市制、町村制ハ如何、府縣制、郡制ハ如何ト、斯ウ云フヤウニ段段疑ガ廣ク爲ッテ來ルノデアル、要スルニ法典、單行法ノ區別ト云フモノハ尠クモ學理的ノモノデナク、極メテ漠然タルモノデアル、併シ慣習上此區別ハ確ニアル、現ニ十年程前ニハ法典論者、非法典論者ナドト云フモノガアッタ、「法典」ト云フモノガナケレバ法典ガ善イトカ、法典ガ悪イトカ云フコトハ有リ得ヌノデスカラ漠然トシテハ居ルケレドモ、矢張リ法典ト云フモノヲ認メナケレバナラヌ、此「法典」トハ如何ナルモノヲ云フカト云フコトニ付テハ法律辭書ニ「法典」ト云フ字ガアッテソレニ簡單ニ說明ガ出テ居リマスカラ序ニ御覽ニ爲ッタラ宜カラウト思フ、『單行法ハ或ハ特別法ト申シマス、併シ單行法ト特別法トハ少シ意味ガ違フ、「單行法」ト云フノハ主トシテ法典ノ中ニ入レルコトノ出來ルモノヲ一部分ノ獨立ノ法律トシテ出スモノデアル、只今不動產登記法ノ御話ヲ致シマシタガ、是ハ「單行法」ト云ッテ言ヘヌコトハナイ、併シアレハ「特別法」トモ言ヘル、ナゼ「單行法」ト云ヘルカト云フト登記ノ事ハ舊民法ニ於テモ一般ノ原則ハ民法ニ規定シテアル、獨逸ノ民法ニ於テモ一般ノ原則ハ矢張リ民法中ニアル、ソレヲ我民法ニ於テハ民法中ニ規定セズシテ全ク別段ノ法律ニ讓ッタ、ソレダカラ是ハ「單行法」ト言ヘル、併シ或ハ又之ヲ「特別法」ト云ッテモ宜イ、「特別法」ト云ヘバ或限定セラレタル事項ニ特別ナル法律デアル、即チ不動產登記法ハ不動產ノ登記ト云フコトニ特別ナル事

項ヲ規定シタモノダカラ「特別法」ト言ヘル、併シ兩者ノ範圍ノ全ク同ジカラザルコトハ一二ノ例ニ依ッテ分ル、例ヘバ商法ハ特別法デアルト言ヘル、即チ民法ニ對シテ言フト是ハ特別法、併シ誰モ「單行法」トハ言ハナイ、商法ハ誰デモ法典ト云フ、ナゼ法典カト言ヘバ其中ニハ商業登記ノコトモアル、商業帳簿ノコトモアル、商業使用人ノコトモアル、代理商ノコトモアル、會社ノコトモ、組合ノコトモ、賣買ノコトモ、寄託ノコトモ、運送ノコトモアレバ又保險ノコトモアル、手形ノコトモアル、海商ノコトモアルト云フ風ニ非常ニ多クノ事項ヲ網羅シテ之ヲ集輯シテ居ルカラ是ハ何人ト雖モ法典デアルト言フ、併シ特別法デアル、ダカラ此場合ニハ單行法デハナイガ特別法デアルト謂ハヲバナラヌ

之ニ反シテ例ヘバ民法ノ第七百九條ニ不法行爲ニ因ル損害ノ賠償ニ關スル規定ガアル、「不法行爲」ト云フノハ他人ノ權利ヲ侵害シ、是ニ因ッテ損害ヲ加ヘタル場合ニ加害者ガ其賠償ノ責ニ任ジナケレバナラヌト云フコトデアル、ソレガ第七百九條ニ規定シテアル、然ルニ一ツノ法律ガ出テ、其法律ニ依ルト云フト此不法行爲ノ責任ト云フモノハ失火ノ場合ニハ適用シナイト云フコトデアル、尤モ

重大ナル過失ガアッタトキハ此限ニ在ラズトアル、サウ云フ規定ガ出來テ、ソレハ一ツノ法律トシテ行ハレテ居ル、明治三十二年ノ法律第四十號ニ規定シテアル、所ガ此規定ハ「特別法」ト云ッテ言ヘナイコトハアリマセヌガ、普通謂フ「特別法」デハナイ、是ハ「單行法」トハ言ヘル、其事柄ヲ法典ノ中ニ規定セズシテ單獨ノ法律ヲ以テ之ヲ規定シタト云フ方カラ「單行法」ト言ヘル、「特別法」ト云ッテ言ヘナイコトハナイガ普通ハ言ハナイ、此類ノ事ハ他ニ許多アルノデ、要スルニ單行法ト特別法トハ少シク意味ガ違フ、併ナガラ時トシテハ同ジ意味ニ使フ、サッキノ不動產登記法ノ例ノ如クデアル、併シ其範圍ハ何レモ不明デアル

法典主義ト非法典主義即チ單行法主義トハ成文法主義ニ慣習法主義ト同ジヤウニ學者ノ說ヲ分ケテ居ル、例ヘバ獨逸ニ於テ慣習法ヲ主トスル方ノ學者ハ同時ニ單行法主義デアル、ドウ云フコトカト云フト、此等ノ學者ハ成ルベク慣習法ニ依ルガ宜シイト云フ意見デスカラ、一朝ニシテ法典ノ如キ概括的ノモノヲ拵ヘテ、慣習法ノ全部ヲバ殆ド釘附ケトシテ成文トスルト云フコトハ甚ダ宜シクナイ、若シ成文ノ必要アルナラバ先ヅ其最モ必要ナル部分丈ケヲ成文トシタラ

宜カラウ、即チ單行法ヲ以テ之ヲ規定シタラバ宜カラウ、例ヘバ民法ニ屬スル事項デモ「民法」ト云フヤウナ範圍ノ廣イ法典ヲ作ラズシテ或ハ賣買ニ關スル單行法ヲ作ル、或ハ賃貸借ニ關スル單行法ヲ作ル、或ハ能力ニ關スル單行法ヲ作ルト云フ風ニシタ方ガ宜シイト、斯ウ云フ意見、現ニ此學派ニ屬スル學者デ名高イ人ノ一人即チ獨逸法律史ノ大家タル「プルンナー」ナドト云フ人ハ頻ニサウ云フ說ヲ唱ヘテ日本デモサウ云フ風ニヤッテ貰ヒタイナドト云フ希望ヲ述ベタコトガアル、我邦ニ於テモ十年前マデハ此法典主義、非法典主義ト云フモノガアッテ、其非法典主義ノ中ニハ絕對ニ成文ヲ不可トスル者モアリマシタケレドモ、併シ單行法ヲ作ルコトニハ多クハ反對デナカッタ、時ノ政府ハ法典主義ヲ取ッテ頻ト法典ヲ作ッタ、民法、商法、民事訴訟法ナドヲ作ッテ出シタ、ソレニ對シテハ民間ニ非常ナ反對ガアッテ遂ニ法典ノ延期ト云フ說ガ出テ、其延期說ガ多數ヲ占メテ帝國議會ニ於テ兩院トモ之ニ同意シテ遂ニ御裁可ニ爲ッタノデアル、ソレガ爲メ明治二十三年ニ發布ニ爲ッタ民法、商法ハ皆其施行ヲ延期セラレテ、且法典調査會ニ於テ之ヲ改正シテ、サウシテ又新シキ法典ガ出來タ、併ナガラ當時ハ法典ノ延期ノ主唱

者ハ所謂非法典論者デ、法典ヲ作ルノガ宜シクナイト云フ意見カラ出タノデアリマスケレドモ、其贊成者ノ中ニハ眞ノ延期論者、即チ當時ノ法典ハ其當ヲ得ザル所多キニ由リ之ヲ改メテ他ノ是ヨリモ良キ法典ヲ作ッテ、ソレヲ施行スル方ガ宜シイト云フ意見ノ人ガ多カッタ、遂ニ其意見ガ行ハレテ初ノ法典ハ施行セラレナカッタケレドモ亦之ニ代ル法典ガ施行セラルルコトニナリマシタカラ彼ノ非法典論者ハ竟ニ敗北ニ了ッタト謂ハナケレバナラヌ

此議論ハ矢張リ獨逸ニ於テハ「サヴィニー」ト「チボー」ノ議論デアッテ、他ノ各國ニモ多少之ニ關スル議論ハアル、故ニ我邦ニ於テ此論ノアッタノハ決シテ無理デハアリマセヌガ併シ私ノ思フニハ矢張リ法典ヲ作ッタ方ガ宜シイ、ソンナラ今ノ通リニ法典ヲ作ッタ方ガ宜イカ、ドウカト云フコトニナルト疑問デアル、即チ今ハドウカト云フト、民法、商法、民事訴訟法、刑法、刑事訴訟法デアル、サウシテ破產法ト云フモノハ前ニハ商法ノ一部ヲ成シテ居ッタガ、今ハソレガ舊商法ノ一部トシテ尙ホ存シテ居ル、併シ近キ將來ニ於テ是ハ獨立ノ法律ト爲ッテ出ルダラウト思フ、ソレハ法典カドウカト云フ問題ガ起リマスガ、兎ニ角獨立ノ法律ト爲ルダラウト思

フ、之ヲ商法ノ一部トシタト云フコトハ其當ヲ得ナカッタト私ハ思フ、尙ホ後ニ論ジマスケレドモ民法ト商法トヲ各、獨立ノ法典トシタト云フコトモ私ガ同意シ兼スルコトデアル、併シ兎ニ角法典ヲ作ルト云フコトハ必要デアルト私ハ思フ、即チ國法ノ主義ヲ一貫スル爲メニハ成ルベク相牽連シタル問題ハ一ツノ法典ト爲シテ併セテ之ヲ規定スル方ガ宜シイ、其方ガ主義ガ貫徹致シマスカラ法律ヲ適用スル上ニ於テ概シテ結果ガ公平ニ爲リ、之ヲ施行スル者ガ餘程便利ヲ感ズルコト疑ナイト思フ、成程反對ノ非法典論者ノ方ニモ稍ヤ理由ノアリサウナコトヲ言フ、ソレハ何デアルカト云フト、大ナル法典ヲ一時ニ制定スルト云フコトニナルトナカナカ事業ガ大キイ、隨ッテ一遍法典ヲ編纂スルト云フト之ヲ改ムルコトハナカナカ困難デアル、一部ヲ改ムル爲メニモ全部改メネバナラヌヤウニナルカラナカナカ骨ガ折レル隨テ大概ノコトハマアマア改メズニ辛抱シヤウト云フコトニ爲ッテ、詰リ法律ノ進歩ヲ妨ゲルト云フノガ一ツノ重ナル理由ト爲ッテ居ル、尙ホ附加ヘテ言フニハ法典ナドト云フモノガ出來ルト云フト、單ニ其解釋ノミニ汲汲トシテ居ッテ、法律ノ學問ノ進歩ヲ妨グル、法典ト云フモノガナケレバ各種ノ事項ニ付テハ假ニ成文ガアルトシテモソレ等ヲ一貫スル所ノ法理ト云フモノハ學者ガ之ヲ研究スルニ依ッテ始メテ明カニ爲ルカラ矢張リ學者ノ研究ニ待ツコトガ多イ、隨テ法律學ガ進歩スル、之ニ反シテ法典ト云フモノガ出來テ居ルト云フト一貫シタル理論ハチヤント法典ノ中ニアル、縱令ソレガ明カニ書イテナクテモ解釋上自ラ出ルヤウニ爲ッテ居ル、ソレダカラ詰リ法典ノ解釋サヘウマクシテ往ケバソレデ澤山デアルト、斯ウ云フコトニ爲ル、ソレガ學問ノ進歩ヲ妨ゲル、第一ニハ法律其モノノ進歩ヲ妨ゲ、第二ニ法律ノ學問ノ進歩ヲ妨グルト、斯ウ云フノデス

是ハ多少ハ理由ガアル、マルキリ理由ガナイトハ私ハ言ハヌ、如何ニモ數百條乃至數千條ヨリ成立ッテ居ル所ノ法典ヲ改正スルノハ僅ニ數十條ヨリ成立チタル所ノ單行法ヲ改ムルヨリ事實困難デアル、佛蘭西ノ法典ハ百年前ニ出來タノデアル、ソレハ多少改マッテ居ル、能ク外國ノ人ガ百年前ノ法典ガ其儘行ハレテ居ルナドト言フガ、ソレハ事實ニ相違スルノデ改マッテハ居ルガ、併シ其改正ハ聊カ遲遲タルコトヲ免レナイ、改メテモ宜サウナコトガ其儘ニ爲ッテ居ル部分ガ隨

分多イ、又學者ガ法典ノ解釋ノミニ汲汲トスルト自然法律ノ大原則ヲ研究スルト云フコトガ疎ニ爲ルト云フ弊ハアル、此中ニハ先達ノ本大學講談會ニ於ケル加藤君ノ演說ヲ聞イタ方ガアルカモ知レヌケレドモ、法典ガ出來ルト其解釋ニ忙シクナル爲メ法典ノ大原則ヲ研究スルト云フ人ガ減ッテ來ル、併シ私ノ思フニハ決シテソレハ心配スルニハ及バヌ、成程法典ガ出來ルト云フト改正ガ單行法ヨリ困難デアルコトハ事實デアルケレドモ、併シ全ク改正ガ出來ヌノデハナイ、矢張リ必要ガアレバ改ムル、佛蘭西ノ法典デモ民法ナゾハ改マッテ居ル部分ガ少イガ、併シ數ヘ上ゲテ見レバ隨分多ク改マッテ居ル、刑法ノ如キハ七十年程以來殆ド全部改マッタ、商法モ其大部分ハ今日デハ皆改マッテ居ル、サウ云フ風ニ矢張リ佛蘭西ノ法典デアッテモ改マッテ居ル、唯併ナガラ佛蘭西法典ハ我我ノ眼カラ見テ改正ガ餘リ遲イ、モウ少シ早ク改メテモ宜イデアラウト思フコトガアル、ソレガ爲メニハ適當ノ方法ヲ設クル必要ガアルダラウト思フ、外國デモ現ニ多少ソレヲ試ミテ居ル例ガアル、露西亞ノ如キハ常ニ法律ノ改正ヲ掌ルベキ役所ガアッテ、ソコデ毎年法律ノ改正ニ從事シテ居ル、ケレドモ元來マダ充分ニ開ケナイ國柄ノコトデスカラ其制合ニ法律ガ進歩ハシテ居リマセヌケレドモ其外ニ近來西班牙、葡萄牙等ニ於テ改正ノ方法ヲ制定シテ居ル、ソレハドウデアルカト言フト、先ヅ一ノ委員局見タヤウナモノガ出來テ、其處ニハ固ヨリ法律ノ專門家ガ集メテアル、而シテ大審院、控訴院其他ノ裁判所ニ於テ年年取扱ウタ事件ニ付テ法律ノ不備、缺點ヲ感ジタモノガアッタラバソレヲ毎年集メテ司法大臣ニ報告スル、司法大臣カラ之ヲ委員會ヘ廻ス、サウシテ一定ノ年數ヲ經タ後――タシカ五年又ハ十年ト爲ッテ居ッタト思ヒマスガ、ソレ等ノ意見ヲ集メテ、サウシテ必要ナル改正ヲ施スト云フ仕組デアル、私ハ必ズシモ西班牙ヤ葡萄牙ノ眞似ヲスル必要ガアルトハ信ジマセヌガ、稍ヤサウ云フヤウナ方法ガ宜カラウト思フ、我邦デハ隨分法律ヲ改ムルコトハ何トモ思ハナイ、動モスレバ朝令暮改ノ弊ガアリマスガ、併シソレデモ法典ト爲ルト容易ニ手ヲ附ケルコトハ出來マセヌカラ、制ニ之ヲ改メヤウト云フ意見ガ出ルコトガ少イヤウデス、又勿論輕輕ニ深クモ研究セズ、經驗モセズシテ改正スルコトハ朝令暮改デ宜シクナイコトデアル、殊ニ法典ノ如キハ相率遵シタル多クノ事項ニ通ジテ規定ガ設ケテアルカラ、濫ニ其一部ヲ改正致

シマズト云フト、忽チ不權衡ナ結果ヲ生ジマスニ因ッテ容易ニナウ云フコトハ出來マセヌ、併ナガラ時勢ニ合ハナイモノガアッタナラバソレハ改メナケレバナラヌ、就中我法典ハ條約改正トノ關係等ニ因ッテ餘程急速ニ出來タ、ダカラ缺點ノ多キコトハ固ヨリ其所デアル、況ヤ外國ノ多クノ法典ノ如ク從來行ハレテ居ッタ慣習ヲ新ニ法律トシタト云フノデナクシテ多クハ外國ノ法律ヲ模範トシテ且我邦ノ國情ヲ考ヘテ大抵推測ニ依ッテ設ケタル規定デアル、之ヲ實際ニ行ウテ見テハ國情ニ合ハヌ、時勢ニ適セヌト云フモノガ少クナイノハ固ヨリデアルト思フ、ダカラソレハ大ニ改メネバナラヌ、即チ愈、國情ニ適セヌ、愈、時勢ニ合ハナイト云フコトガ分ッタラバソレハ速ニ改メネバナラヌ、ソレガ爲メニハ矢張リ西班牙ヤ葡萄牙等ニ於ケルガ如キ機關ヲ設ケル必要ガ私ハアラウト思フ、其機關ニ於テハ必ズシモ五年トカ十年トカ云フ年限ヲ定ムル必要ハナカラウト思ヒマスガ、兎ニ角改ムベキハ改ムルト云フ爲メニ必要ナル調査ヲ爲スト云フコトガ宜カラウト思フ、其役所デハ裁判所、辯護士等ノ意見ヲ集メテソレヲ參考シ又一方ニ於テハ外國ノ法律モ年年進歩シテ行クノデスカラ外國ノ新ナイ法律又ハ學說等ヲ研究シテ、ダウシテソレヲモ參考シテ愈、時勢ニ合ハヌ、國情ニ適セヌト云フ見極メガ附イタナラバ急ナルモノハ一箇條ヤ二箇條デモ改メヤウシ、又左ヤデ急ヲ要セヌモノハ數年ノ後、十數年ノ後ニ一括シテ之ヲ改メ、全部改メナクテモ其中ノ一章、一節ヲ改メテ行クト云フコトニナレバ決シテ法律ノ進歩ヲ妨グルト云フコトハナイデアラウト斯ウ私ハ思フ

ソレカラ法律ノ學問ノ進歩ヲ妨グルト云フコトデアリマスガ、ソレハ學者ノ重立ッタ者ノ研究方法如何ニ依ルノデス、縱令法典ガ出來マシテモ學者ガ學問ノ價値ト云フコトヲ十分ニ知ッタナラバ單ニ法典ノ解釋ノミニ止マラズ立法論モ研究シヤウシ、又種種之ニ關スル直接ノ實用ナキ學科モ研究スルデアラウ、今日ノ歐羅巴諸國ハ大抵皆法典國デアリマスケレドモソレガ爲メ各國ニ法律學者ガナイト云フ譯デハナイ、法律ハ矢張リ各國トモ進歩シテ行ク、適、佛蘭西ノ法律學ガ比較的進歩ガ鈍カッタト云フコトハ事實デアル、ソレ故ニ法律デハ最モ進ンデ居ルト稱セラレタ佛蘭西ガ今日デハ動モスレバ獨逸ニ一籌ヲ輸セナケレバナラヌ有樣デアルガ、ソレハ偶然ノ事實ト私ハ見テ居ル、偶然佛蘭西ノ法律家ニ大家

ガ久シク出ナカッタ、十九世紀ニ於テハ法律家デ眞ニ大家ト稱スベキ者ハ殆ド出ナカッタ、之ニ反シテ獨逸ニハ眞ニ大家ト稱スベキ「オ、ヘリング」「ヴィンドシャイド」、公法ノ方デ言ヘバ「グナイスト」ト云フヤウナ人ガ續續出タ、ソレ故ニ大變ニ法律學ノ進歩ヲ助ケテ、遂ニ從來先輩タリシ所ノ佛國ヲ凌グニ至ッタノデアリマス、ケレドモ此ノ如キ大家ガ出レバ縱令法典ガアッテモ進歩スル、大家ガ出ナケレバ縱令法典ハナクテモ進歩セス、是ハ仕方ガナイ例ヘバ英國ニ法典ハナイガ、近來ハ餘リ法律ノ大家ガ出ナイヤウデアルカラ隨テ現在ノ法律學ノ程度ニ於テハ公平ナル眼ヲ以テスレバ佛國若クハ獨逸國ニハ確ニ劣ッテ居ルト謂ハナケレバナラヌト思フ、先刻モ申ス通リ幾分カ法典ノ解釋ト云フコトニ汲汲トスル爲メ立法論其他法律ノ大原則ヲ研究スルト云フコトガ疎ニナリ易イト云フコトハ認メラ居ル、併シソレハ比較論ニ過ギヌノデアル

以上ヲ以テ性法制定法ノ御話ヲ了リマシタ

第二節　國法、國際法

此區別ハ學者ニ依テ二樣ニ觀察ヲ致ス、或ハ法律ノ淵源ヨリ觀察シテ此區別ヲ立クル、其說ニ依ルト性法學者ト非性法學者ニ依ッテ定義ガ違フ、先ヅ性法學者ニ言ハセルト「國法」ト云フハ「一國內ニ於テ定メラレタル法律」ト云フデアリマセウ、之ニ對シテ「國際法」ハ「二國以上ノ間ニ定マリタル法律」ト云フデアリマセウ、併シ法律ノ淵源ヨリ觀察シテ國法、國際法ノ別ヲ立テルノハ非性法學者デアル、ソレデスカラ性法學者ハ通常此ノ如キ定義ヲ下サス、非性法學者ヨリ申セバ「國法」トハ「一國ノ主權者ガ直接又ハ間接ニ定メタル法律」デアル、「國際法」トハ「二國以上ノ主權者ガ直接又ハ間接ニ定メタル法律」デアルト、斯樣ニ申ス、今一ツノ區別ノ仕方ハソレハ法律ノ內容カラ觀察ヲ致ス、サウスルト「國法」トハ「一國內ノ事物ヲ規定スル法律」デアル、「國際法」トハ「二國以上ノ間、或國ト他ノ國ノ人民トノ間又ハ二國以上ノ人民間ノ關係ヲ規定スル法律」デアルト、斯ウ云フノデス、即チ一國內ノ事物ヲ規定スル法律デハナイ、必ズ二國以上ニ亘ッテ居ル[illegible]ニ非ズ[illegible]此二樣ノ觀察ノ仕方ガアル、第二ノ觀察ノ仕方ノ方ハ古クカラ行ハレテ居ルノデ第一ノモノハ近來多ク獨逸ノ學者ガ唱ヘル所デアル

此二樣ノ觀察ノ著シク異ナル點ハ國際私法ト云フモノハ國法ト見ルカ、國際法ト見ルカト云フ問題デアル即チ國際法ト見ナイ人ナラバ「國際私法」ノ名ヲ成ルベク避ケナケレバナラヌ筈デアル、ソレデスカラ國際私法ハ國際法ニ非ズト云フ學者ハ何トカ之ニ代ル名ヲ用ヒヤウト云フノデ、法律抵觸法トカ或ハ渉外關係法トカ種種ナ窮シタ名稱ヲ試ミントスル者ガアル、併シ一般ノ名稱ハ「國際私法」デアル、即チ法律ノ淵源カラ云ヘバ國際私法ハ國法デアルト云フ、其理由トスル所ヲ聞クト所謂國際私法ナルモノハ決シテ二國以上ノ主權者ガ定メタモノデハナクシテ一國ノ主權者ガ自由ニ定メタモノデアル、例ヘバ我邦ノ國際私法ノ原則ハ我法例ノ第三條以下ニ規定シテアル、即チ我日本帝國ノ主權者ガ規定サレタ法律ダカラソレハ國法デアルト斯ウ云フヤウニ云フノデス、ソレカラ法律ノ內容ヨリ觀察シテ定義ヲ下ス者ハ國際私法ハ則チ國際法デアルト云フ、即チ是ハ二國以上ノ人民間ノ關係ヲ規定スル法律デアル、故ニ國際法デアルト云フ、私思フニハ假ニ第一ノ觀察點ニ依ッテモ果シテ國際私法ガ國法デアルカドウカハ多少ノ議論アルベキ事デアル、成程大部分ハ國法デアルト云ヘマセウ、併シ國際私法ノ中ニハ往往條約ニ依ッテ定マルモノガアル、我邦ニハマダ其例ガ少イ、併シ是カラ追追其例ガ出來テ來ルダラウト思フ、又出來テ來ルコトヲ望ム、國際私法問題モ成ルベク條約デ極メル方ガ宜イ、サウスルト是ハ縱令法律ノ淵源ヨリ觀察シタ所ガ國法デアルトハ云ヘナイト思フ、成程反對論者ハ、ソレハ條約デ定メルコトガアラウトモ條約ガ直チニ法律ト爲ルノデハナイ、矢張リソレヲ一國ノ主權者ガ採用シテ別ニ法律ヲ作ルデアラウト斯ウ申ス、併シ私ハ一旦條約ガ適法ニ成立シタ以上ハ縱令之ヲ國內ニ施行スルニ付テ別段法律ガ出來ナクテモ國民ハ矢張リ之ヲ守ラネバナラヌ、此主義ハ議論ガアルケレドモ我邦デハ既ニ政府及ビ議會ノ認ムル所ト爲ッテ居ルト思フ、即チ公ニ認メラレテ居ルト言ッテ宜カラウト思フ、ソレダカラ國際私法ト雖モ必ズシモ國法デアルト云フコトハ縱令第一ノ觀察點ニ依ルモ言ヒ難イデアラウト思フ、況ヤ私ハ第一ノ觀察點ヲ取ルヨリモ第二ノ觀察點ヲ取ル方ガ穩當デアルト思フ、其理由ハ二ツアル一ツハ我我ノ如ク性法ヲ認ムル者ハ法律ノ淵源ヨリ觀察スルト云フノガ甚ダ穩ナラヌコトニナル、前ニ申シタ通リ强ヒテ言ヘバ一國內ニ於テ定ッタル法律ガ

國法デアッテ、二國以上ノ間ニ定メラルル法律ガ國際法デアルト云ヒマスケレドモ、抑モ天ノ理、人ノ性ニ基イテ定ムル所ノモノデアルカラ多クハ國ノ内外ヲ問ハヌモノデアッテ淵源ヨリ觀察スルト云フコトノ當ラナイコトガ多イ、之ニ反シテ法律ノ内容ヨリ觀察スレバ一國内ノ事物ト二國以上ニ關スル事物トハ明カニ區別スルコトヲ得ルノデアルカラ我我ノ如ク性法ヲ認ムル學者ニハ第二ノ觀察點ガ穩デアルト謂ハネバナラヌ

第二ニハ法律ノ淵源ヨリ論ズルトキハ凡ソ二國以上ノ條約ヲ以テ定ムルモノハ皆國際法デアルト謂ハナケレバナラヌケレドモ從來ノ慣例上條約ヲ以テ定メテモ單ニ一國内ノ事物ニ限ルコトガアル、其著シキモノヲ言ヘバ關稅ノ如キモノデアル、我邦ノ今日ノ關稅ハ大抵條約ニ依ッテ定ッテ居ル、故ニ法律ノ淵源カラシテ云ヘバ我邦ノ關稅法ハ殆ド皆國際法デアルト謂ハナケレバナラヌガ、是ハ普通ノ國際法ノ觀念ニ反スル、サウ云フモノヲ一般ニ國際法トハ云ハヌ、法律ノ淵源ヨリシテ國法、國際法ノ區別ヲ爲ス學者ト雖モ曾テ之ヲ國際法デアルト云ッタコトハ聞カヌ、成程ソレ等ノ學者ハ條約ニ依ッテ定ッタルコトト雖モ更ニ國法ヲ以テ之ヲ定ムルニ非サレハ國民ノ遵由義務ヲ生ゼヌト云フ說ヲ取ルカモ知レマセヌガ、ソレハ前ニ論ジタ所ニ依ッテ私ハ當ラナイト思ウテ居ル、ノミナラズ現ニ我邦ニ於テハ關稅ニ關スル條約モ唯條約トシテ公布ニハナッタガ、之ガ爲メニ法律又ハ特別ノ勅令モ何ニモ出ハセヌ、然ラバ若シ法律ノ淵源カラ言フナラバ少クモ我邦ノ關稅法ハ條約ヨリ生ジテ居ルト謂ハナケレバナラヌ(全部デハアリマセヌ、條約國ニ對スルモノ丈ケデハアルガ、ソレガ大多數デアル、條約國ト云ッテモ支那ナゾハサウデナイ、歐米諸國デアル)ソンナラバ關稅ガ條約ニ依ッテ定マルト云フコトガ日本ニ特別ナ事カト言ヘバ決シテサウデナイ、不幸ニシテ我歐米諸國トノ條約ハ他ノ事ハ對等デアルケレドモ關稅ニ付テハ遺憾ナガラ不對等デアル、我邦ニ或貨物ヲ入レルト云フコトニ付テ稅率ガ定ッテ居ルガ、我邦カラシテ對手國ニ或商品ヲ入レルコトニ付テハ稅率ガ定ッテ居ラヌ、此點丈ケハ不對等デアル、歐米諸國ノ通商條約ハサウデナイ、例ヘバ佛蘭西カラ獨逸ヘ或商品ヲ入レルトキニハ幾ラノ稅ヲ課スル、獨逸カラ佛蘭西ヘ商品ヲ入レルトキハ幾ラノ稅ヲ課スルト、斯ウ云フコトニ爲ッテ居ル、各國皆此ノ如キ條約ガ存シテ

居ルノデ、關稅ニ付テ何等ノ條約モナイト云フ國ハ寧ロ文明國ニハ少イ、大抵條約デ極ッテ居ル、ソレモ皆國際法ダト謂ハナケレバナラヌ、ソレハ從來ノ一般ノ觀念ニ全ク反スルコトデアルカラ私ハ矢張リ是マデノ一般ノ慣例ニ從テ法律ノ內容ヨリ國法國際法ノ區別ヲ觀察スル方ガ穩當デアルト思フ

サテ是マデハ國際法ト云フモノヲバ矢張リ法律デアルトシテ論ジテ居ルガ、學者ニ依ッテハ國際法ハ法律ニ非ズト云フコトヲ唱ヘル、今其理由ヲ聞クト云フト、第一ニハ是ハ主權者ノ命令デナイ、如何ニモ其通リデス、國際法ト云フモノハ對等ノ國ガ互ニ約束ヲシテ極メルカ然ラズンバ其間ノ慣習ニ依ッテ極マルト云ヒマスケレドモ、直接又ハ間接ニ或主權者ガ命令スルト云フコトハナイ、對等國ノ間ニ命令ト云フコトハ有リ得ヌコトデアル、ソレガ一ツノ理由、今一ツニハ制裁ガナイト云フ、國內ノ法律ナラバ或者ガソレヲ犯スト云フト裁判所ニ訴ヘテ甚シキハ刑罰ヲ科スルト云フヤウナ制裁ガアルケレドモ、國際法ニハサウ云フコトハナイ、ソレダカラ是ハ法律デナイト、斯ウ云フノガ國際法ハ法律ニ非ズト云フ說ノ根據ノヤウデアル

私ハ此說ヲ採用スルコトハ出來ナイ、先ヅ第一ニハ豫メ法律ノ定義ヲ論ズルニ當ッテ主權者ノ命令トカ制裁トカ云フモノハ法律ノ要素デナイト云フコトヲ私ハ論ジテ居ル故ニ此一ツノ理由デモ既ニ國際法ハ法律ニ非ズト云フ說ヲ論破スルニ足ルト思ヒマスケレドモ、尙ホ進ンデ論ズレバ、第二ニ成程國際法ハ主權者ノ命令トハ云ヘナイケレドモ併シ主權者ガ定メタモノデアルトハ言ヘル、此命令說ハ近頃大分學者間デモ命令ト云ッテハ穩デナイト云フコトヲ唱ヘル者ガアルヤウデスカラ「命令」ト云フコトハ云ヘナイニシテモ、併ナガラ「定メタ」トハ云ヘル、國內ノ法律ハ一ノ主權者ガ定メルノデアルガ、國際法ハ二人以上ノ主權者ガ定メルノデアル、併シ各、主權者デアルノダカラ主權者ガ定メタルモノニハ相違ナイ、第三ニハ性法論カラ言ヒマスルト主權者ガ定メタト云フコトガ云ヘナクテモ差支ナイ、否事實上カラ言ヒマスルト國際法ハ主權者ノ定メタモノデアルト言ヒ得ル部分ハ寧ロ少イノデアル、條約ヲ以テ定メタ部分ハ主權者ノ定メタ部分デアル、慣習法モ或ハ主權者ガ定メタト云ヘルガ、併シ大部分ハ寧ロ性法ニ依ッテ定マル、「グロシユス」ガ殆ド始メテ國際法ト云フモノヲ論ジタノデア

ルガ、此「グロシュス」ガ殆ド始メテ性法ト云フモノヲ論ジタノデアル、即チ「グロシュス」ハ性法ニ基イテ國際法ト云フモノヲ論ジタノデアル、其後國際法學者ハ性法ニ依ッテ種種ノ意見ヲ主張シテソレソレ實際ニ行ハレテ居ルノデアル、今日デモ條約デ定ッテ居ルコト、又ハ先例ノアルコトヲ除ク外ハ矢張リ性法ニ依ッテ國際法ノ問題ヲ決スルノ外ハナイ、故ニ國際法學者ハ性法ヲ否認スルコトハ殆ド出來ヌノデアル、即チ我我ノ如ク性法ノ存在ヲ認ムル者ハ國際法ノ一大部分ハ性法ヨリ成立ツ即チ主權者ガ定メタト云ヲコトハ必要デナイト斯ウ言ヒ得ラルルノデアル、終ニ第四ニハ國際法ニ制裁ガナイト云フノハ甚ダ誤ッタ說デ、國際法ト雖モ悉ク制裁ガアル、其制裁ノ最モ强力ナルモノハ干戈デアル、是ハ法律上ノ制裁トシテハ甚ダ如何ハシク思ハレマスケレドモ國法ニ付テモ半開ノ社會ニアッテハ矢張リ此戰鬪ト云フモノガ一ノ法律上ノ制裁デアッタ、我邦デモ多分ナウデアッタラウト思ハレマスケレドモ研究ガ未ダ屆キマセヌカラ正確ナルコトハ分リマセヌガ、歐羅巴ノ歷史ニ付テ考ヘテ見ルト云フト疑ナキ事實デアル、社會ノ未ダ進步セザル時代ニアッテハ私鬪ト云フモノガ即チ法律上ノ一ツノ制裁デアッタ、其慣習トシテ今日矢張リ果シ合ヲ「デュエル」ト云フモノガ存シテ居ル、此「デュエル」ト云フモノハ法律ハ之ヲ認メナイ、寧ロ國ニ依ッテハ之ヲ罰シテ居ル、ケレドモ昔ハ法律的ノモノデアッタ、デスカラ果シ合ト云ヘバ唯殺合フト云フ意味デハナイ、ソレニハソレソレ方式ガアッテ、其方式ヲ履マナケレバ果シ合ニナラヌ、方式ヲ履マズシテ事實上ノ果シ合ヲ致シマスレバソレハ國ニ依ッテハ謀殺トシテ論ズル、純然タル果シ合モ謀殺トシテ論ズル國モアルケレドモ、ソレハ謀殺ヲ以テ論ジナイ國モアル、古ノ果シ合即チ私鬪ト云フモノハ一ノ法律上ノ制裁デアッタ、ソレガ社會ノ進步ニ伴ウテ裁判所ト云フモノモ出來、法律ト云フモノモ明カニ爲リ、主權者ノ權力モ遍タ一國内ニ及ブヤウニ爲ッタカラ自ラ其必要ガナクナッテ法律上認メナイコトニ爲ッタ、國際法ニ於テハ未ダ頗ル幼稚ノ有樣ニ於テアルカラシテ、ヤット今私鬪ノ時代デアル、是ガ矢張リ法律上ノ制裁デアル、ダカラ戰時公法ト云ッテ戰爭ヲスルニ矢張リ法律ガアル、即チ戰爭ト云フモノモ一ノ法律的ノモノデアル、丁度昔私鬪ガ法律上ノ一ノ制裁デアッタト同ジコトデアル、是ガ段段進步シテ來タナラバ或ハ國内法ノ如クニ一般ノ法律ガ出來、一般ノ主

權者ガ出來、一般ノ裁判所ガ出來ルト云フヤウニ爲ルカモ知レヌ、今一ツハ仲裁ト云フコトデアル、仲裁モ矢張リ一ノ制裁デアルト云ヘル、今日デハ既ニ和蘭ノ海牙萬國仲裁裁判所ト云フモノガ出來テ、現ニ只今我邦ノ外國人居留地ノ家屋稅問題ニ付テ仲裁裁判ヲ請ウテ居ルノデスガ、是ガ或ハ將來萬國裁判所ノ萌芽ト爲ルデアラウト思ハレル、勿論仲裁ニ付スルト付セザルトハ原則トシテ自由デアル、ケレドモ併シ彼ノ海牙ノ萬國平和會議ニ加盟シタ者ハ幾分カ此仲裁裁判ニ付スルト云フ義務ガアルノデス、而シテ一旦仲裁裁判ニ付シタ以上ハ其裁判ニ服從シナケレバナラヌ、仲裁裁判ハ必ズ公平デアルトハ云ヘナイ、ソレハ丁度裁判所ノ裁判ガ必ズ公平デアルト云ヘナイト殆ド同ジコトデアル、併シ大體ニ於テ不當ナルコトハ仲裁裁判所ノ採用スル所トハナラヌデアラウト思フ、然ラバ是レ亦一ノ制裁デアルト云ヘル、成程薄弱ナ制裁デアルト言ヘバソレニ相違アリマセヌケレドモ、是レ亦社會ノ幼稚ナル時代ニ於テ國內ノ法律ガ其通リデアッタ、今日デコソハ文明國ニハ皆裁判所ト云フモノガアッテ、爭ガアレバ其裁判所デ決スル、併シ今日デモ矢張リ仲裁ト云フコトハアル、其仲裁ト云フコトハ絕

體ニ自由デアルトハ云ヘナイ、民事訴訟法ニ現ニ規定ガアル、所ガ開ケナイ社會ニ於テハ私鬪ノ外ニ仲裁ト云フモノガ極メテ普通デアル、殆ド制裁ト云ヘバ仲裁ト私鬪ト此二ツシカナカッタ、果シ合ガイヤナラバ仲裁ヲ頼ム外ニハ仕樣ガナカッタ、其證據ニハ羅馬ニ於テ裁判官――官ト云フ字ガ或ハ當ラヌカモ知レマセヌ、羅馬ノ裁判官ト云フモノハ役人デハナイノデスカラ「裁判員」トデモ云ッタ方ガ宜イカモ知レヌ、其裁判ヲスル人ト云フモノハ後ニハ矢張リ仲裁人デハナイ、ソレハ裁判ヲスル人デアル、併シ其名稱ハ仲裁人ト云フ字ヲ能ク用ヒタ「仲裁人」ト云フ字ガ即チ裁判ヲスル人ト云フ意味デアッタ、是ガ最モ沿革ヲ能ク言表シテ居ルノデ、昔ハ眞ノ仲裁人デアッタ、ソレガイツシカ裁判ヲスル役人ト爲ッタ、官吏ト云ッテハ惡イケレドモ兎ニ角公吏位ニハ當ル、ソレガ終ニ純然タル裁判官ト云フ官ニ爲ッタ、サウ云フ風ニ進化シテ來テ居ル、ソレダカラ國際法ハ法律トシテハマダ極メテ幼稚ナモノデアル、丁度半開國ノ法律位ノ程度デアル、隨テ其制裁モ私鬪仲裁ノ程度ニアル、ソレダカラ制裁ガナイトハ云ヘナイ、矢張リ制裁ガアル、仲裁ニ負クレハ受ケタ方ハソレニ從ハナイト云フ譯ハイカヌ、要スルニ國際法ハ

立派ナ法律デアルト私ハ思フ

終ニ臨ンデ國法ト云フ文字ノ意味ニ付テ一言致シタイコトガアル、ソレハ外デハアリマセヌガ私ガ前ヨリ「國法」ト稱シ來ッタルモノハ或ハ國內法ト申シタモ宜シイ、一國ノ法律ト云フ意味デアル、然ルニ近來我邦ニ於テ「國法」ト云フ字ガ他ノ意味ニ使ハルル、ソレハ獨逸語ノ「スターツレヒト」(Staat recht)ト云フ字ノ飜譯トシテ使ハレル、ソレハ今日始マッタコトデモナイ、獨逸學者ハ餘程前カラ此言葉ヲ用ヒテ居ル、唯獨逸學者ガ勢力ヲ占メタノガ比較的新シク使ハレテ居ル、是ハ一國ノ法律ト云フ意味デハナクテ國ニ關スル法律ト云フ意味デアル、私ハ事ロ國事法トカ或ハ國家法トカ譯シタ方ガ宜イト思フ「國家法」ト云フノハ餘リ面白イ言葉デハナイガ、併シ其方ガ分リ宜イカモ知レヌ、是ハ總テ論ズベキ公法ノ中デ直接ニ國ニ關スル法規丈ケヲ意味スル、此言葉ハ殆ド獨逸ニ於テノミ行ハレテ居ル言葉デアル

以上ヲ以テ國法、國際法ノ御話ヲ終リマシタ

第三節　公法、私法

此區別ハ全ク法律ノ內容ヨリシテ觀察シタモノデアル、如何ナルモノヲ「公法」ト云フカ、如何ナルモノヲ「私法」ト云フカト云フ公法、私法ノ定義ニ付テハ從來學者間ニ非常ニ議論ノアルコトデアル、殆ド學者每ニ其定義ヲ異ニシテ居ル、併シ私ガ最モ穩當ナリト信ズル所ノ定義ニ依レバ第一、公法トハ「國及ビ其一部ガ其資格ニ於テ行動スル場合ニ關スル法律」デアルト言ッテ宜カラウト思フ、國ガ行動スルト言ヘバ或ハ租稅ヲ徵收スルトカ、或ハ徵兵ノ仕事ヲスルトカ戰爭ヲスルトカ、條約ヲ結ブトカ、ソレハ皆國自身ガスル行動デアル、「其一部」ト云フノハ有形及ビ無形ニ於テ之ヲ觀察シナケレバナラヌ、有形ニ於テハ例ヘバ地方關係ト云フモノハ矢張リ國ノ一部デアル、無形ニ於テハ國ノ種種ノ機關デアル、司法、行政各部ノ働ハ是ハ矢張リ國ノ働ト言ヘル、何モ裁判所ト云フ法人ガアルノデハナシ、何何省ト云フ法人ガアルノデハナイノデスカラ、ソレハ矢張リ國ノ働デアル、ケレドモ例ヘバ商業會議所ト云フモノガアル、是ハ一ノ法人デアル、其職務ハ如何

ト云フニ成程一方ニ於テハ或地方ノ商人ノ利益ヲ圖ルト云フコトガアリマスケレドモ、ソレニシテモ私人ノ利益ヲ圖ルノデハナイ、一地方ノ商業全體ノ利益ヲ圖ルノデアル、況ヤ商業會議所ノ職務ハソレバカリデハナイ、專ロソレハ見樣ニ依ッテハ附隨ノ目的デアル、國家ノ商業全體ニ付テ其繁榮ヲ圖ル、其利益ヲ進ムルト云フコトデアルノデスカラ是ハ一ノ公ノ機關、即チ國家ノ機關デアル、無形ニ言ッタナラバ國ノ一部デアル、我邦ニハ一體サウ云フモノハ少イ、マダ商業會議所以外ニ於テ明カニ無形ノ國ノ一部デアルト云ヘルモノガアルカ、ドウカハ疑問デスガ、外國ニハ隨分サウ云フモノガアル、例ヘバ官立ノ學校ト云フモノモマダ日本デハソレガ法人ト爲ッテ居ラヌ、併シ外國デハ隨分法人ト爲ッテ居ル例ガ多イ、若シ是ガ法人ト爲ッテ居ルト是レ亦國家ノ無形ノ一部デアル、教育ト云フ國家ノ仕事ノ部分ニ付テ働クモノデアッテ矢張リ國家ノ一部デアル、總テサウ云フ有形、無形ノ一部ガ「其資格即チ國ノ資格又ハ國ノ一部ト云フ資格ニ於テ行動スル場合ニ關スル法律ヲ「公法」ト謂フノデアル、ナゼ斯樣ナコトヲ言フカト云フト、此點ガ最モ議論ノアル一ツノ點デスケレドモ國又ハ其一部デモ往往ニシテ私人ト同一ノ資格ニ於テ行動スルコトガアル、例ヘバ國ガ必要ガアッテ土地ヲ買フト云フ、サウスルト土地ノ所有權ト云フモノハ國家ガ之ヲ有スル場合デモ一私人ガ有スル場合デモ原則トシテハ同ジデアル、登記モシナケレバナラヌ、又其範圍モ同ジデアル、又ソレニ關スル賣買ト云フ契約ヲ結ブト云ヘバ此賣買モ矢張リ民法ノ賣買ニ關スル規定ニ依ル、成程公法上國ガ賣買ヲスルニ付テ特別ナルコトハ固ヨリアルガ、ソレハ競賣ニ依ラナケレバナラヌトカ、或ハ特別ノ場合ニ限ッテ隨意契約ガ出來ルトカ云フヤウナコトデアル、ソレヲ除イテハ矢張リ民法ニ依ラナケレバナラヌ、此場合ニハ民法ガ公法ト爲ルト云フ譯デハナイノデ、ソレハ私人ト同一ノ資格ニ於テ國ガ行動スルノデアル、ソコカラシテ「國及ビ其一部ガ其資格ニ於テ」ト云フコトガ必要デアル

此定義ヲ稍ヤ事實ニ當嵌メテ論ジテ見ルト云フト、例ヘバ國ノ組織ニ關スル法律、憲法ノ如キハ重モニソレデアル、併シ府縣制、郡制、市制、町村制ノ如キ又ハ各種ノ官制ノ如キ內閣官制、各省官制、地方官官制ノ如キ官制、或ハ裁判所構成法ノ如キハ皆國ノ組織ニ關スル法律デアル。皆ト云ッテ一箇條モ殘リナクト云フ意味デ

ハナイ、今後申スコトモ是マデ申シタコトモ具體的法律例ヘバ「裁判所構成法」ト云フ名ノ附イテ居ル法律、「憲法」ト云フ名ノ附イテ居ル法律ガ全部學理的ノ或種類ノ法律ニ屬スルト云フコトハ言ヘナイ、況ヤ國ノ組織ノ規定ト云フテモソレバカリデハナイ、外ノ事モ規定シテアル、唯主トシテ如何ナル種類ニ屬スルカト云フノデアル)ソレカラ國ト人民トノ關係、是ハ例ヘバ刑法ノ如キ、人民ガ或行爲ヲ爲スト云フト國ガ罰スル、是ハ國ト人民トノ關係ヲ示シタモノ、行政法デモサウ云フモノガ澤山アル、例ヘバ土地收用法、或場合ニ私人ノ財產ヲバ國家ガ取上グル、即チ國ト人民トノ關係、ソレカラ國ト國トノ關係、是ハ國際公法、ソレガ皆公法ノ中ニ含マレテ居ル、ソレハ皆定義ニ嵌マル「國及ビ其一部ガ其資格ニ於テ行動スル場合ニ關スル法律」

第二ハ私法。其定義ハ「同國又ハ國ヲ異ニセル人民又ハ人民ト同一ノ資格ニ於テ行動スル國若クハ其一部ノ間ノ關係ヲ規定スル法律」デアル、普通ノ私法ハ皆同國ノ間ノ人民ノ關係ヲ規定シタモノデアル、併シ「國際私法」ト云フト國ヲ異ニセル人民ノ間ノ法律デアル、ソレカラ先刻申シタ通リニ國又ハ其一部ト雖モ私人

式上ノ權利ノ二種ト爲ス

甲　實質上ノ權利

第一節　立法權

國家ハ不羈獨立ナルモノナルカ故ニ任意ニ法律ヲ制定スルコトヲ得但之カ爲メニ外國ノ權利ヲ害スルコト能ハサルハ勿論ナリ苟モ外國ノ權利ヲ害セサル限ハ如何ナル法律ヲ制定スルモ全ク自由ナリ但外國トノ條約ニ由リテ立法權ノ制限ヲ受クルコトヲ妨クス例ヘハ獨逸カ嘗テ佛蘭西及ヒ瑞典ヨリ自國ノ憲法ノ保障ヲ受ケテ自由ニ自國ノ憲法ヲ變更スルコト能ハサルノ義務ヲ負ヒタルカ如シ要スルニ國法上ヨリ觀レハ立法權ハ絶對無限ナルヘキモノナリト雖モ國際法上ヨリ觀レハ立法權ハ時トシテ制限ヲ受クルコトアルモノ大リ重

第二節　司法權

國家ノ司法權モ亦立法權ト等シク絶對無限ナリ然レトモ立法權ノ場合ト等シ

タ自國ノ司法權ヲ濫用シテ外國ノ權利ヲ毀損スルコト能ハス司法權ノ例外トシテ何等特別ノ合意ナキニ拘ハラス一國カ內國ニ在ル人又ハ物ニ對シテ司法權ヲ及ホスコト能ハサルモノアリ治外法權ノ場合即チ是ナリ又特別ノ條約ヲ待チテ之ニ因リテ司法權ノ制限ヲ受タルモノアリ其最モ重ナル場合ハ領事裁判權混合裁判權犯罪人引渡ノ義務是ナリ

治外法權トハ原則トシテ當然內國ニ在ル人又ハ物カ司法權ノ管轄ノ下ニ立タサルモノヲ謂ヒ領事裁判權トハ特別ノ條約ヲ待チテ外國ノ人或ハ物カ內國ニ在ルニ拘ハラス內國ノ裁判權ノ下ニ立タスシテ外國人ノ本國ヨリ內國ニ派遣セラレタル領事ノ裁判權ノ下ニ立ツモノヲ謂ヒ混合裁判權トハ特別ノ條約ノ約定ニ因リテ內國人ノミヲ以テ裁判官ト爲スコト能ハスシテ外國人ヲ交ヘテ裁判官トセサルヘカラサル場合ヲ謂ヒ犯罪人引渡トハ又特別ノ條約ニ因リテ自國ニ在ル犯罪人ヲ外國ニ引渡ササルヘカラサル義務ヲ負フコトヲ謂フ

第一款　治外法權

治外法權ノ根本ハ甲國ノ人及ヒ物カ乙國ニ在ルモ乙國ノ屬地主權ニ衝突セサル限ハ甲國ノ法規ニ從フト云フニ在リ

治外法權カ學問上並ニ實際上ニ於テ認メラレタルハ漸ク第十七世紀ノ時代ニ在リ治外法權ハ屬地主義ノ例外ニシテ此例外ハ唯實益上ヨリ生シタルモノナリ所謂實益トハ依リテ以テ國家間ノ平和的關係ヲ持續センヿト云フコト是ナリ

治外法權ノ起リタル最先ハ國家間ノ平和的關係ヲ持續セシメンカ爲メニ第十七世紀ニ於テ外國ノ公使ニ駐在國ノ法律ヲ適用セサルコトトシタルニ在リ而モ之カ爲メニ駐在國ノ主權ハ害セラルルコトナシト考ヘラレタルナリ簡單ニ言ヘハ治外法權トハ屬地主義ノ例外トシテ屬人主義ニ從フモノナリ

治外法權ヲ享クルモノカ如何ナル國ノ主權ニモ服從セスト思惟スルハ大ナル誤謬ナリ何トナレハ治外法權ヲ享クルモノハ滯在地ノ主權ノ下ニ立ツコトヲ免ルルモ屬人主義ニ從ヒテ其本國ノ主權ニ服從スルコトヲ免ルルモノニ非サレハナリ

治外法權ヲ享クルモノハ左ノ如シ但治外法權ヲ與フルニハ(第一)平時ナルコトヲ要シ(第二)其地ノ重大ナル秩序ヲ害セサルコトヲ要ス何トナレハ國家ハ自國ノ大ナル損害ヲ寛假シッッ或者ニ自國ノ法律ヲ適用スルコトヲ敢テスル能ハサルノ義務ヲ負フモノニ非サレハナリ

第一　國家カ治外法權ヲ有ストハ國家ノ財產カ外國ニ於テ其外國ノ法律ノ適用ヲ免ルルト云フノ意ナリ蓋シ治外法權ニハ必ス常ニ人或ハ物カ外國ニ現在スト云フコトヲ前提トスルモノナレハナリ

國有財產ノ中公法上ノ性質ヲ有スルモノ即チ公ノ目的ニ供スルモノノミニ治外法權ヲ與ヘ私法上ノ性質ヲ有スルモノ即チ直接ニ收入ヲ目的トスルモノニ對シテハ治外法權ヲ與フヘカラストノ說アリ然レトモ此兩者ノ間ニ判然タル區別ヲ設クルコトハ到底不可能ナリト信ス故ニ國家ノ財產ハ其如何ナルモノナルヲ問ハス總テ外國ニ於テ治外法權ヲ享クルモノナリトスルヲ穩當ト信ス

第二　元首

元首ヲ分チテ君主及ヒ大統領ト爲ス元首カ外國ニ於テ其滯在國ノ主權ニ服從セサル理由ハ若シ之ニ服從セサルヘカラストスレハ本國ニ於テ十分ニ統治ヲ爲スコト能ハサルヘシト云フニ在リ但大統領ノミハ治外法權ヲ享クルコト能ハストノ說ヲ唱フル者アリ例ヘハ「ブルンチュリー」「リビエー」「ウルマン」ノ如キハ此說ヲ取ル者ナリ然レトモ大統領ト雖モ其元首トシテ本國ノ統治ヲ爲スノ點ニ於テハ君主ト異ナルコトナキカ故ニ均シク治外法權ヲ與フルコトヲ正當ナリト信ス

元首カ外國ニ在ルトキハ私用ヲ以テスルト國家ノ用務ヲ以テスルトヲ問ハサルモノナリ若シ私事ヲ以テ外國ニ在ル場合ニ治外法權ヲ與ヘストスレハ之カ爲メニ本國ニ於ケル統治ヲ十分ニスルコト能ハサルハ當然ナリ古ニ於テ之ニ反對ノ實例アリタルコト歷史ニ於テ散見スル所ナリト雖モ今日ノ國際法上此事ニ關シテ疑ヲ挾ムコトナシ唯其元首ニ伴フ家族從者元首ノ用ニ供スル物件元首ノ家族又ハ從者ノ私用ニ供スル物件ノ如キハ治外法權ヲ享クルコト能ハサルモノナリト主張スル學者ナキニ非ス然レトモ實際ニ於テハ此等ノモノニ

モ治外法權ヲ與フルコト疑ナシ更ニ進ミテ英國ニ於テハ外國ノ元首ノ商品ニ對シテスラ治外法權ヲ與ヘタルコトアリ（破チ）

若主ニ攝政アル場合ニ於テ君主又ハ攝政カ外國ニ在ル場合若クハ君主攝政トカ共ニ外國ニ在ル場合ニ就テハ治外法權ヲ與フヘキヤノ疑問ハ學者ノ問題ト爲リシコトヲ聞カス又實例ニ於テ爭ト爲リシコトヲ知ラス惟フニ如何ナル場合ニ於テモ兩者共ニ治外法權ヲ享クヘキモノナルヘシ

第三　公使

公使ハ本國ヲ代表シテ外國ニ駐在シ本國ト駐在國トノ親交ヲ圖ルコトヲ職務トスル者ナルカ故ニ駐在國ハ之ニ向テ治外法權ヲ與フルナリ公使ノ住居及ヒ動產ハ職務上ノ物タルト非職務上ノ物タルトヲ問ハス皆治外法權ヲ有ス此兩者ノ間ニ區別ヲ設ケサルノ理由ハ猶ホ國家及ヒ元首ノ場合ニ公用ニ出ツルモノト私用ニ出ツルモノトヲ區別セサルカ如シ

公使カ公使タルノ職務ヲ行フニ補助ヲ與フル者即チ公使館ノ館員ハ總テ治外法權ヲ享タ例ヘハ公使館書記官、公使館武官、顧問官、譯譯官、技術官、小使、門番等ノ

英國モ太西洋及ヒ太平洋ヲ航海スル郵船會社ト特約シ之ニ一定ノ補助金ヲ與ヘ政府ノ通知アルヤ否ヤ何時ニテモ其船舶ヲ政府ニ賣却又ハ貸與スルコトトシ船舶ノ構造ニ付テモ戰時ニ於テ武裝ノ必要上豫メ海軍省ノ指揮ヲ受ケシメ其特約アル船舶ノ船員半數ハ海軍ノ豫備士官ヲ以テシ米國モ千八百九十二年以來同國商船會社ト同一ナル契約ヲ締結シ米西戰爭ニ於テハ其會社ノ迅速ナル船舶ヲ徵用シテ運送船及ヒ斥候船ニ用ヒ佛國及ヒ獨國モ各自國郵船會社ト斯ル特約ヲ爲シ居レリ

第三節　海上捕獲

交戰國カ戰鬪、巡洋ノ艦船ヲ以テ公海及ヒ交戰國雙方ノ領海ニ於テ捕獲沒收シ得（キモノハ敵國ノ船舶及ヒ戰貨ニ止マラス一定ノ場合ニハ中立國ニ屬スル財產ヲモ捕獲シ得（キモノナレトモ中立國ノ財產ニ關スルモノハ局外中立ノ法則ニ於テ說明シ本節ニ於テハ海上捕獲ノ法則中敵國財產ニ關スルモノニ止ム（ハシ

中世ニ行ハレタル「コンソラトーデル、マール」法典ノ規定ニ據レハ海上ニ於テハ船舶ト載貨トヲ問ハス敵國政府者タハ其人民ノ所有ニ係ルモノハ悉ク捕獲シ得ルコトトシ其結果トシテ敵國ノ艦船ハ悉ク捕獲セラレ得ヘク載貨ニ付テハ敵船内ニ在ル場合ハ勿論中立國ノ船舶（軍艦、其他ノ官船ハ例外）内ニ在ル場合ト雖モ之ヲ捕獲シ之ニ反シ中立國ノ船舶ハ捕獲セラルルコトナク又中立國ノ載貨ナル以上ハ中立國船内ニ在ルトキハ勿論敵船内ニ在ル場合ト雖モ捕獲セラレサリシカ此法則ニ異ナリタル法規ヲ甫テ設定シタルハ佛國ニシテ千五百四十三年同國王「フランシス」一世ノ法令ニ於テ敵性感染主義ノ規定ヲ設ケ敵國ノ載貨ヲ有スル船舶ヲ悉ク敵船ト看做シ敵船内ニ在ル載貨ハ其所有者ノ何人ナルヲ問ハス悉ク敵物トシテ沒收シ同一趣旨ノ法令ハ千五百八十四年ニ發布セラレ此新規定ヲ設ケタル理由ハ中立國人ノ詐欺ヲ防クニ在リタ其法則ノ一部ハ「ルイ」十四世ノ海上勅令ノ一部トナレリ然レトモ第十六、七世紀ニ於ケル諸國一般ノ商業カ發達シタルニ從ヒ戰爭中ハ成ルヘク第三國ノ商業ニ損害ヲ與フルコトヲ避クルノ趣旨ヨリシテ各交戰國ニ捕獲審檢所ヲ設置シ海上ノ拿捕物

ハ拿捕者ニ於テ必ス同法廷ニ引致シ其審判ニ由リ沒收ト否トヲ決スルコトト爲リ又同一ノ趣旨ヨリシテ和蘭國ノ主唱ニ基キ千六百五十年蘭、西兩國ノ通商條約ヲ以テ自由船自由物及ヒ敵船敵物ノ二主義ヲ包含スル法則ヲ約定シ此法則ニテハ船舶ノ捕獲ト否トハ固ヨリ其所有者ノ敵人ナルト中立國人ナルトニ依リテ之ヲ區別スルト同時ニ載貨ノ沒收ト否トヲ決スル標準ニ付キテハ其物品ノ所有者如何ニ拘ハラス之ヲ搭載スル船舶ノ國性如何ニ因ルコトト爲シタルヲ以テ所有者ノ敵人ト否トヲ問ハス敵船中ニ在ル物品ヲ總テ敵物トシ中立國船内ニ在ル物ヲ自由物即チ捕獲スヘカラサルコトト爲シ苟モ船舶カ敵國ニ所屬スルトキハ載貨ト共ニ其船舶ヲ沒收シ中立國船舶ナルトキハ其船舶ハ勿論同船内ニ在ル敵國人ノ載貨ヲモ捕獲セサルコトト爲シタルモノトス斯ル條約ハ第十八世紀ニ亘リ多數ノ國家間ニ締結セラレ學者中之ヲ當時ノ國際公法ト爲リタルモノト說述シタルモノアリタルニ拘ハラス實際ニ於テハ一般法則ト爲ルニ至リタルニ非ス單ニ條約上ノ義務トシテ行ハレ又時トシテハ自由船、自由物ノ主義ヲ斥ケテ單ニ敵船、敵物ノ主義ヲ採リタルモノアリ之ニ反シテ英

國ノ如キハ中世以來ノ法則ヲ墨守シタルカ故ニ此點ニ付キ諸國ノ行爲ハ久シク一致ヲ缺キタルモノトス

然ルニ千八百五十四年「クリミヤ」戰爭後此點ニ付キ英佛兩國ノ其主義ヲ一定シタル結果トシテ千八百五十六年巴里宣言ニ於テ之ヲ一定シ同宣言第二條ニ局外中立國ノ旗章ヲ掲クル船舶ニ搭載スル敵國ノ貨物ハ戰時禁制品ヲ除クノ外之ヲ拿捕スヘカラサルコト

又第三條ニ敵國ノ旗章ヲ掲クル船舶ニ搭載スル中立國ノ貨物ハ戰時禁制品ヲ除ク外之ヲ拿捕スヘカラサルコトト規定シ前者ニ於テハ自由船自由物ノ主義ヲ採リタルト同時ニ後者ニ於テハ敵船敵物ノ主義ヲ採ラスシテ中世以來ノ法則即チ物品ノ所有者如何ニ依リ捕獲スルト否トヲ決スル主義ヲ採リタルモノトス此故ニ現行法ニ於テハ敵國船舶ハ官船ト私船トヲ問ハス悉ク捕獲ノ目的物ト爲リ敵國ノ載貨ニ付テハ中立國ノ船舶內ニ在ルトキハ之ヲ沒收セス單ニ其物品カ敵國船舶內ニ任ル場合ニ於テノミ捕獲沒收セラルルニ過キス尙ホ海上捕獲ノ目的物及ヒ捕獲審檢所ニ關スル法則ヲ審ニスルカ爲メ左ニ分說セン

第一款　捕獲免除ノ船舶

交戰國カ海上ニ於テ捕獲シタル船舶又ハ載貨ヲ拿捕物ト稱シ拿捕ヲ行ヒ得ヘキ海上ハ中立國領海以外ニ限リ交戰國軍艦カ敵國艦船ヲ公海ヨリ追躡シタル場合ニ於テモ其艦船カ中立國領海ニ入ルトキハ之ヲ攻擊若クハ拿捕シ能ハサルノミナラス臨檢搜索ヲモ行フコト能ハスシテ斯ル行爲ヲ同領海ニ於テ爲スハ中立國主權ノ侵害ニシテ本國ハ同中立國ニ對シ其責任ヲ免カルルコト能ハス而シテ拿捕ノ目的物タル敵國財産中ニ付キ其船舶ハ軍艦其他ノ官船ナルト私船ナルトヲ問ハス之ヲ捕獲シ得ヘシト雖モ文明諸國ノ慣例上人類一般ノ幸福ニ基キ一定ノ船舶ハ官船ト私船トノ別ナク捕獲スヘカラサルコトトシ我海軍捕獲規定第三條ニ於テモ左記ノ船舶ハ拿捕スヘカラス

一　沿海漁船

二　學術、慈善、救法ノ爲ニ航行スル船舶

三　病者、負傷者ヲ輸送スル船舶

四　燈臺用船

ト規定セリ就中漁業船ハ私有船舶ニ限リ其他ハ官船竝ニ私船ヲ包含スルモノニシテ現行法上捕獲免除ノ敵船ヲ列擧セハ

第一　土地ノ探檢其他學術上ノ發見ヲ目的トスル船舶ノ捕獲免除ハ近世ニ生シタルモノニシテ千七百七十六年米國獨立戰爭中英國探檢船二艘カ土地探檢ノ爲メ船長「クック」ノ率ユル所ト爲リ亞米利加洲ニ向ケ出發シタルニ佛國海軍省ハ其海軍及ヒ殖民地ニ訓令シ同船ノ航海ヲ妨ケス之ヲ友誼國船舶ト同一ニ待遇スヘキコトトシ其後文明諸國ハ之ニ倣ヒ第十九世紀ニ入リテモ斯ル實例多ク千八百五十九年伊墺戰爭中墺國官船「ノバラ」號カ伊國ノ妨害ヲ受ケスシテ「メシナ」海峽其他同國沿海ニ於テ學術上ノ探檢ヲ爲シタルハ其一例ナリ

第二　病者、負傷者ヲ救護スル船舶ニ付テハ千八百六十八年赤十字條約追加條

款ニ於テ其規定ヲ爲シ同條約ハ批准ニ至ラサリシカ普佛戰爭中之ヲ實行シ其後ノ戰爭ニ於テモ諸國ハ之ニ準據シ更ニ平和會議ノ條約中「赤十字條約ノ原則ヲ海戰ニ應用スル條約」ニテ確定スルニ至リタルモノニシテ同條約ニ於テ交戰國政府ノ軍用病院船、個人若クハ救恤協會ノ病院船又ハ中立國ノ病院船ヲ捕獲スヘカラサルノ外中立國ノ商船、遊船又ハ端舟ニシテ交戰國ノ病者、傷者若クハ難船者ヲ搭載シ又ハ收容スルモノハ其輸送ノ爲メ捕獲セラルルコトナシト規定シ就中軍用病院船ハ官船ナレトモ交戰國雙方ノ病者、傷者ヲ等シク救護スルノ義務アリテ其義務ノ性質上局外者ノ地位ニ在ルヘキカ故ニ同條約ノ規定ニ依リ交戰國雙方ハ他ノ船舶ト同シク之ニ臨檢シ其行動ヲ監督シ得ヘキモノト爲シタルニ拘ハラス其職務ノ範圍ヲ超過シタル違反ノ所爲ナキ以上ハ之カ捕獲ヲ免除シタル所以ナリ

第三　燈臺用船ハ官船ノ場合ニ於テモ一般航海者ノ安全ヲ圖ルニ必要ナルカ故ニ軍事上ノ目的ニ使用セラレサル限ハ捕獲セラルルコトナシ

第四　俘虜交換船、軍使ヲ運搬スル船舶ノ如キ戰爭ノ法則上不可侵ノ待遇ヲ有

スル船舶ハ捕獲ヲ免レ就中俘虜交換船ハ交戰者間ノ約定ニ係ル交換俘虜ヲ運搬ノ爲メ使用セラレ普通敵國政府ヨリモ通航券ヲ受クルモノナレトモ其通航券ヲ有セサル場合ニ於テモ其任務ノ明白ナルモノハ捕獲セラルルコトナキノミナラス俘虜ヲ搭載シ居ル場合ニ於テノミ捕獲セラレサルニ限ラスシテ同船舶カ俘虜ヲ送付シタル歸途中又ハ引渡ヲ受クルカ爲メ航海中ノ如キ空艦ナル場合ニ於テモ捕獲セラルルコトナシ

第五　沿海漁船ヲ捕獲セサルハ古來主トシテ佛國ノ主張ニ出テ此慣行ハ千四百三年英佛戰爭中ニ於テモ其形跡ヲ止メ佛、蘭兩國間ニハ千五百三十六年鯨漁ノ船舶ヲ捕獲セサルノ協定ヲ爲シ第十六世紀中ニ於テ佛國ハ法令ヲ以テ其捕獲ヲ免除セリ然ルニ千六百八十一年ノ有名ナル海上勅令ニ於テハ敵國ノ漁業船ニ此特權ヲ認メサリシカ是全ク英國ニ於テ佛國ノ漁船ヲ捕獲シタルカ故ニ其規定ヲ置カサリシニ止リ其後米國獨立戰爭マテハ英、佛兩國共ニ其捕獲ヲ行ヒタリシカ千七百七十九年佛國王ルイ十六世ノ勅令ヲ以テ再ヒ其免除ヲ規定シ英國ト交渉ノ末英國モ亦之ニ同意シ米國獨立戰爭及ヒ佛國革命戰爭中ニ於テ兩國共ニ其捕獲ヲ免除セリ然レトモ英國ノ見解ニ於テハ漁船ノ免除ヲ國家ノ好意ニ基ク處置ト爲シ佛國ハ之ヲ國際公法上國家ノ絶對的義務ト爲シタルコトナレトモ畢竟スルニ沿海漁業ヲシテ戰爭中其職業ニ從事セシムルハ該細民ハ戰爭ニ關係ナキ糧食即チ魚類ヲ交戰國人民ニ供給スルニ止マリ且海上ノ危險ヲ冒シテ小ナル生計ヲ營ムモノナルニ拘ハラス戰爭ニ依リ其無害ナル職業ニ防害ヲ與ヘ船舶及ヒ漁具ヲ沒收スルハ戰爭ノ目的ニ影響ナクシテ甚シキ困難ヲ其生活ニ與フルモノナルカ故ニ人情之ヲ爲スニ忍ヒサルニ出テタルニ過キス此故ニ英、米兩國ニ於テハ條約上ノ義務ナルカ又ハ交戰國ノ好意ニ出ツルモノト看做ス所以ナリ殊ニ鯨漁、臘虎漁ノ如キ大洋ノ漁業ニ從事スル船舶ハ此特點ヲ有セサルコト一部少數ノ學者ヲ除クノ外一般ニ異論ナク我捕獲規定ニ於テモ捕獲ノ免除ヲ大洋ノ漁船ニ及ホササルノ趣旨ヨリシテ單ニ沿海漁船ニ限リタル所以ナリ

第六　官船ト私船トヲ問ハス難破ヲ避ケ若クハ糧食缺乏等航海ニ堪ヘサル必要ニ迫リ又ハ戰爭ノ事實ヲ知ラスシテ敵國ニ入リタル船舶ハ時トシテ捕獲ヲ

免除セラレタルコトアリ千七百四十六年英國軍艦エリザベス(號カ「ハヴァナ」)港ニ入リタルニ西國ハ之ヲ修繕セシメ保護ノ免狀ヲ與ヘテ退去ヲ命シ千七百八十年英國商船カ「ホンダラス」港ニ入リタルニ佛國ハ同船カ開戰ノ事實ヲ知ラサリシ事由ニ基キ之ニ糧食ヲ與ヘテ退去ヲ許シ千七百九十九年普國艦ヂヤナ(號カ「ダンカルク」)港ニ入リタルニ佛國ハ之ヲ退去セシメタルカ如キ是ナリ然レトモ英國ハ古來斯ル場合ニ於テ敵船ヲ沒收シ此點ニ付テハ實例及ヒ學說一定セス正義、人情ノ點ヨリ其不幸ニ乘シテ利ヲ貪リ其船舶ヲ沒收セルハ不正ナリト說ク者アレトモ敵國軍艦ノ如キハ其捕獲ト否トハ戰爭ニ大關係アルカ故ニ撫條件ニテ退去セシムルコトヲ以テ未タ交戰國ノ義務ナリト云フコト能ハス

第七　郵便船モ亦官船ト私船トノ別ナク時トシテ捕獲セラレサリシコトアリ千七百九十三年英佛兩國ハ郵便局ニ使用シタル郵船ヲ戰爭中互ニ捕獲セス千八百四十三年及ヒ千八百五十六年英佛條約ニ於テモ戰爭中互ニ之ヲ捕獲セサルコトトシ近年郵便船ニ關シテハ一般ニ寬大ナル待遇ヲ爲スニ至リタレトモ條約ヲ以テスルニ非サレハ未タ其免除ヲ國家ノ義務トスルコト能ハサルカ如シ

第二款　私有船舶及ヒ載貨

交戰國カ敵國ノ私有船舶及ヒ載貨ヲ捕獲シ得ヘキコトハ中世以來爭フヘカラサル法則ナルニ拘ハラス千七百八十五年普米兩國間ノ通商條約ニテ其免除ヲ規定シ其後米國大統領「モンロー」及千八百五十六年「アダムス」モ英、米、露三國ニ交渉シテ其免除ノ條約ヲ設ケントシテヨリ以來近世海上ニ於ケル敵國私有財産ノ捕獲ニ反對ノ議論盛ニシテ其理由トスル所ハ(第一)戰爭ハ國家間ノ爭鬪ニシテ國際公法上私有財産ヲ不可侵トスル原則ニ適合セス(第二)戰爭ニ於テ敵國ノ戰鬪力ヲ奪フノ行爲ハ正當ナレトモ私人ノ船舶、載貨ヲ掠奪スルハ戰鬪力ヲ減スルモノニ非ス隨テ私有財産ノ海上捕獲ハ戰爭ノ目的ヲ達スルニ必要且直接ニ非ス(第三)陸上ニ於テ私有財産ノ尊重ヲ原則トスル以上ハ海上ニ於テモ同一ナルヘキニ拘ハラス海上捕獲ニ於テ此原則ヲ認メサルハ不當ナリ(第四)陸上ニ於ケル徵發、取立金ハ一定ノ方法ヲ以テ占領地一般ヨリ公平ニ徵收スルモノナル

ニ反シ海上捕獲ハ物品所有者タル個人ニ悲慘ノ損害ヲ生スカ故ニ其性質上掠奪ト同一ナリ(第五)徵發、取立金ハ軍隊ニ直接且必要ノ物品ノミヲ徵用スルニ拘ハラス海上捕獲ハ戰鬪員ノ日常品ヲ取得スルニ非ス隨テ其捕獲セラルヘキ物品ノ種類及ヒ程度ニ制限ナキハ不當ナリ(第六)近世開戰ニ當リ交戰國ノ港內ニ在ル敵國船舶ニ退去ヲ許シ又商業社會ノ交通敏活ト爲リタルカ爲メ海上ノ危險ヲ冒シテ航海スル者ノ數ヲ減シ隨テ海上捕獲ノ實用ハ減縮シ來リタルカ故ニ之ヲ存續スルハ交戰國ノ不利益ニテ中立國ヲ利益スルモノトス何トナレハ敵國商人ハ中立國船舶ニ貨物ノ運搬ヲ依賴シ又ハ中立國ニ船籍ヲ移シテ捕獲ヲ免ルヘキヲ以テナリ(第七)英、佛、米、獨ノ諸國ニ於ケル如キハ其商業ノ大部分ハ海上ニ依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軍艦ヲ以テ多數ノ商船ヲ防禦スルノ困難ナルニ反シ巡洋艦一艘ハ多數ノ商船ヲ攻擊シ得ルカ故ニ捕獲ヲ廢止スルトキハ商船防禦ノ必要ナクシテ海軍ノ全力ヲ以テ戰鬪又ハ封鎖ノ用ニ供シ得ヘシト云フニ在リ

之ニ反シテ海上捕獲ヲ辯護スル者ハ(第一)戰爭ハ國家間ノ公爭ナレトモ私人ニ關係ナシトスルハ法理ニ背キ事實ニ反ス私有財産ハ敵國ノ戰鬪力ヲ助クルノミナラス海上ノ商業ハ敵國ニ取リ最モ大ナル財源ナルカ故ニ之ヲ攻擊シテ其財源ヲ涸渴スルハ速ニ戰爭ノ目的ヲ達スルノ有力ナル手段ナリ又私人ノ利益ヲ害スルノ故ヲ以テ此重要ノ權利ヲ行フヘカラストスルハ私人ノ利益ノ爲メ國家ノ利益ヲ犧牲ニ供スヘシト云フニ外ナラス(第二)商船ハ運送船其他戰爭ニ缺クヘカラサル使用ニ供セラルルカ故ニ之ヲ押收スルハ敵國ノ戰鬪力ヲ減殺スル上ニ於テ大ナル效力アルカ故ニ其行爲ノ性質上決シテ不法ニ非ス(第三)海上捕獲ハ陸戰ニ於ケル徵發、取立金ト同一ナルノミナラス陸上ニ於ケル私有財産ノ尊重ハ事實上占領者ノ利益ニ基キ軍隊ノ成功ヲ圖ルノ利害關係上其尊重ノ必要アリト雖モ海上ニ於テハ全ク之ニ反シ敵國戰鬪ノ資料及ヒ財源ヲ涸渴シテ戰爭ノ目的ヲ達スルハ自己ノ利益ナリ(第四)私有財産ノ海上捕獲ハ其結果ニ於テ掠奪ノ行爲ニ近シト雖モ陸上ニ於ケル私有財産不可侵モ亦事實上其實行ノ範圍カ明確ナラサルニ依リ軍隊カ苛酷ノ徵發、取立金ヲ命スルトキハ多數ノ箇人ニ對スル掠奪ト其結果ヲ同一ニ爲スカ故ニ既ニ徵發、取立金ヲ正當ト爲

ス以上ハ獨リ海上捕獲ヲ不當ト爲スコト能ハス(第五)海上捕獲ハ陸上ノ如ク之カ爲メ直接ニ個人ノ生活及ヒ家族ノ平穩ヲ紊ルコトナク其生命身體ニ危害ヲ及ホサス單ニ捕獲ヲ知リナカラ其危險ヲ冒シテ航海スル者ノ財産ヲ押收スルニ過キサルノミナラス近世海上保險ノ發達ニ依リ其損害ハ必スシモ所有者一人ニテ全額ノ負擔ニ終ラサルモノアリ(第六)國家ニ依リテハ多クノ海軍ヲ有シナカラ陸軍ノ大ナルモノアリ又大ナル海軍ヲ有スルノ必要ナクシテ優勢ナル陸軍ヲ有スルモノアリ此等兩國間ニ戰爭アルニ際シ捕獲ノ廢止ハ海軍國ノ不利益ニシテ陸軍國ハ自由ニ徵發取立金ヲ占領地ニ行ヒ得ヘシ加之海上捕獲ノ爲メ敵國ノ船舶カ海上ニ出ツルコト能ハス中立國ニ船籍ヲ移スカ又ハ商品ノ運搬ヲ中立國船舶ニ依賴スルノ不利益ハ其商業ニ對スル打擊ナルノミナラス實際敵國ニ於テ其商業ノ材料アル間ハ商品ヲ悉ク中立國船舶ニ依賴シ得ヘキモノニ非ス又船籍ヲ中立國ニ移スモ必スシモ捕獲ヲ免ルヘキモノニ非ス(第七)海上捕獲ノ存在ハ戰爭ヲシテ私人ノ利害ニ直接關係ヲ有セシメ之カ爲メ一般ニ戰爭ヲ不人望ト爲シ之ヲ未萌ニ防クノ利アルカ故ニ政策上ニ於テモ之ヲ廢止スヘカラストセリ之ヲ要スルニ戰爭ノ遂行上陸軍ト海軍トハ其方法ヲ異ニシテ陸軍ハ敵地ヲ侵略占領シ得ヘク其侵略及ヒ占領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ノ敵船ヲ攻擊シ及ヒ敵國ノ商業ヲ零落スルノ外其使用ノ途ナキノミナラス敵國ニ取リ大ナル財源タル商業ノ攻擊ハ戰爭ノ目的ヲ達スルニ付キ最モ大ナル效力ヲ有スルカ故ニ私有財産ノ海上捕獲ハ今日ニ至ルマテ主トシテ英佛兩國ノ反對ニ依リ廢止ニ至ラサル所以ナリ

第一項　拿捕ノ方法及ヒ船舶、載貨ノ國性

交戰國軍艦ハ中立國ノ軍艦其他ノ官船ヲ除キ海上ニ於テ遭遇スル一切ノ船舶ニ實彈ヲ込メスシテ發スル空砲又ハ彈丸ヲ込ムルモ其的ヲ外ツシテ發射スル虛砲ヲ以テ其進行ノ停止ヲ命スルノ權利アリテ之ヲ停航權ト稱ス交戰國軍艦ヨリ停航ヲ命セラレタルトキハ縱令中立國ノ船舶ト雖モ直チニ其進航ヲ停止スルノ義務ヲ有シ其命令アリタルニ拘ハラス尚ホ進航ヲ繼續スルトキハ交戰

國軍艦ハ之ヲ窮追シ兵力ヲ以テ停止シ得ヘク軍艦ヨリ士官一名ニ相當ノ水兵ヲ端舟ニテ停航船舶ニ派遣シ其士官ノ外二名又ハ三名ノ水兵ヲ其船舶ニ乘移ラシメ船籍證明書、乘組員名簿、通航券、航海日誌、船積證書、送狀、積荷目錄等船舶備附ノ書類ヲ船長ヨリ提出セシメ之ニ依リ其船舶ノ國籍、航海ノ目的、積荷ノ種類及ヒ到達地等ヲ調査シ尙ホ其點ニ疑アルトキハ訊問シテ之ヲ憶ムルヲ臨檢、權ト稱シ其臨檢ノ結果ニシテ拿捕スヘキ船舶又ハ載貨ニ非サルコト疑ナキトキハ臨檢員ハ其旨ヲ航海日誌ニ記載シテ同船ヲシテ進航ヲ繼續セシメ之ニ反シテ臨檢ニ際シ船舶ニ備附ケアルヘキ書類ノ整頓ヲ缺キ又ハ不明ノ點アルカ若クハ僞造、變造又ハ祕密ノ書類アルトキ若クハ其他ニ付キ拿捕スヘキ嫌疑アルトキハ臨檢員ハ船長又ハ其代理者ノ立會ヲ以テ船內ヲ點檢シ其閉鎖ノ場所若クハ貨物ヲ開披セシメテ檢査シ得ヘク此權利ヲ搜索權ト稱スル而シテ臨檢、搜索ヲ行使シタル結果ニシテ何等捕獲スヘキ船舶又ハ載貨ノ疑ナキモノハ直チニ放免シ若シ捕獲スヘキモノナルコト明白ナルカ又ハ其嫌疑アルモノハ軍艦ニ於テ之ヲ自國ノ捕獲審檢所ニ廻送シ其裁判ニ依リテ沒收ト否トヲ決スルモノヲ代表シ其業務ヲ執行スルノ任ニ當ルコト恰モ株式會社ノ取締役ト合資會社ノ業務擔當社員トノ兩資格ヲ兼ヌルカ如シ即チ此種ノ會社ハ合資會社ト株式會社トノ中間ニ位スルモノニシテ或程度ニ於テ雙方ノ長所ト短所トヲ併有スルモノタリ

第六章　土地、資本ノ私有制度

第一節　所有權

前章ニ述ヘタルカ如ク今日ノ社會ニ於テハ生產ハ主トシテ私人ノ企業ニ依リテ行ハルルモノニシテ是レ蓋シ生產ニ必要ナル土地及ヒ資本カ個人ノ私有ニ屬スルヲ以テナリ而シテ土地、資本ノ私有ハ所有權及ヒ相續權ノ形體ヲ以テ現ハルルモノトス先ツ所有權ニ就テ少シク之ヲ說カン

所有權ノ定義ニ至リテハ各國ノ法律多少ノ差異ヲ示スト雖モ要スルニ其所有ニ屬スル財貨ヲ自由ニ使用、收益及ヒ處分スルノ權利ヲ謂フナリ然レトモ所有權ハ決シテ絕對的ノモノニ非ス例ヘハ我民法ハ「法令ノ制限內ニ於テ」ト云ヒ實

蓋所有權ハ種種ノ制限ヲ蒙ルモノトス即チ家屋ノ所有權ハ火災、衛生等ニ關スル行政規則ノ爲メニ拘束セラレ土地ノ所有權ハ收用法ニ對抗スルコト能ハサルカ如キ是ナリ

所有權ハ各種ノ財貨ニ對シテ同時ニ生シタルモノニ非ス其成立ノ順序ヲ考フルニ自己ノ製作シタル財貨及ヒ自己ノ使用スル物品ニ起リテ漸次ニ他ノ動產ニ及ホシ土地ノ所有權ノ生セルハ爾來數多ノ星霜ヲ經タル後ナリトス蓋シ土地ハ初メ共同ニ之ヲ使用シ次テ各人ニ分チテ之ヲ使用セシムルモ時時之ヲ返却セシメテ更ニ各人ニ分ツノ制度ヲ生セルナリ而シテ人口蕃殖シ從來ノ收穫ヲ以テ其欲望ヲ滿足セシムルコト能ハサルニ至リテハ勞働ヲ增シ資本ヲ投シテ土地ノ生產力ヲ增加セシメサルヘカラスト雖モ其勞働資本ノ結果ニシテ他人ノ利益ニ歸スル如キコトアランニハ何人モ勞働ヲ增シ資本ヲ投スルコトヲ躊躇スヘキナリ是ヲ以テ各人ハシテ永久ニ土地ヲ使用セシムルノ必要自ラ生シ遂ニ各人ノ享有セル一時的ノ使用權ハ變シテ所有權ト爲リ土地モ亦其大部分ハ箇人ノ私有ニ歸スルニ至レルナリ

土地資本ノ私有制度ハ現今諸國ニ於ケル社會組織ノ基礎ニシテ國家ハ所有權ニ對シテ多少ノ制限ヲ加フルト雖モ之カ安固ヲ保障スルニ至リテハ毫モ忘ル所ナシ蓋シ土地資本ノ私有制度ハ其所有者ヲシテ土地資本ヨリ生スル結果ヲ十分ニ享有セシムルト共ニ其結果ノ多少ハ殆ト全ク所有者ノ意思ト使用ノ巧拙トニ依ルモノナルカ故ニ所有者ハ種種ノ手段方法ヲ其土地又ハ資本ニ應用シテ以テ最大ノ效果ヲ得ルコトヲ努ムルモノトス是ヲ以テ土地資本ノ私有制度ハ小ニシテハ各所有者ノ收益ヲ增シ大ニシテ一國ノ生產ヲ進ムル所以ナリトス然レトモ土地資本ノ私有制度モ亦弊害ノ之ニ伴フアルヲ免レス例ヘハ現今社會ニ於ケル貧富ノ懸隔權力ノ强弱等ハ主トシテ土地資本ノ私有制度ニ基因スルモノニシテ社會主義ノ論者ハ之ヲ以テ勞働者ニ對スル盜奪ト爲シ地主及ヒ資本家ハ勞働者カ勞働シテ得タル結果ヲ横領シテ不當ノ利益ヲ享有スルモノト爲スナリ

然ラハ則チ土地資本ノ私有制度ハ不正背理ノモノナルヤ古來土地資本ノ私有制度カ何故ニ成立シ又何故ニ正當ナルヤヲ論スル者少カラス而シテ此等ノ學

說ハ一見相反シテ互ニ容レサルカ如シト雖モ決シテ然ラス寧ロ相補ヒ相援ケテ始メテ稍ヤ完全ナルヲ得ルモノトス左ニ主要ナル學說ヲ列擧セン

第一　占有說　此說ニ於テハ未タ何人ニモ屬セサル財貨ヲ占有スルトキハ之カ所有權ヲ得ルモノト爲スナリ隨テ此說ニ於テハ占有ノ承認ト之カ保護トノ成立スル社會ヲ想像セサルヘカラス何トナレハ占有者カ自ラ其占有ヲ全ウスルノ實力アラサルニ於テハ此二條件ヲ待チテ始メテ所有權ハ實際ニ成立スルコトヲ得レハナリ而シテ占有セル財貨カ容易ニ携帶シ若クハ貯藏シ得ヘキ動產ナルトキハ此說ヲ以テ或ハ所有權ノ起源ヲ說明シ得ヘク又實際占有ニ起因スル所有權少カラサルヘシト雖モ土地ノ所有權ニ至リテハ大ニ其趣ヲ異ニスルモノアルナリ即チ土地ハ未タ特ニ何人ニモ屬セサリシ時代ト雖モ全ク無主物タルコトナク個獵民族ノ狩場牧畜民族ノ牧場ハ常ニ其民族ノ共有ニ屬シ農耕時代ノ初期ニ於テモ仍ホ其狀態ヲ繼續セリ故ニ土地所有權ノ原因ヲ無主物ノ占有ニ歸スルヲ得サルナリ

第二　勞働說　勞働ハ財貨ノ生產ニ必要缺クヘカラサルモノナルカ故ニ勞働者ハ其結果タル財貨ヲ所有スル權利ヲ得ルモノナリ若シ節約シテ此財貨ヲ貯藏シタル場合ニハ此財貨ハ勿論之ヲ節約貯藏シタル者ノ所有ニ屬スヘキモノトス又土地ハ勞働ヲ加フルニ非サレハ生產ヲ爲スコト能ハサルカ故ニ土地ニ加ヘタル勞働ハ其土地ニ對スル所有權ヲ生スヘキモノトス是レ即チ所謂勞働說ナルモノノ唱フル所ナリ蓋シ勞働ハ生產ニ必要ナル唯一ノ要素ニ非ス自然及ヒ資本ノ協同ヲ得テ始メテ效力ヲ生スルモノナルカ故ニ生產ノ結果ニ對スル所有權ハ勞働ノミニ歸スルコトヲ得サルナリ且之ヲ現今ノ實際ニ徵スルニ地主ハ毫モ勞働ヲ爲サスシテ地代ヲ收ムルニ非スヤ若シ勞働ヲ以テ所有權ノ基礎ト爲ストキハ此等ノ土地ノ所有權ハ之ヲ耕作スル勞働者ニ與ヘサルヘカラス是レ即チ現在ノ所有權制度ニ反スルモノニ非スヤ「ワグチル」曰ク「勞働說ハ貴重ニシテ而モ正當ナル要素ヲ含ムモノニシテ勞働カ所有權獲得ノ方法タルコト次第ニ普及シテ他ノ方法ヲ排除スルニ至ルコトハ實ニ所有權制度ノ理想ナリトス然レトモ是レ寧ロ所有權制度終局ノ目的タルニ止マリ之ヲ以テ所有權制度發達ノ濫觴ト爲スコトヲ得ス」ト

第三　人性說　此說ハ所有權ヲ以テ人類天賦ノ性質ニ基クモノト爲シ所有權ハ人類ノ生存發達上缺クヘカラサルモノト爲スナリ故ニ此說ニ於テハ所有權ヲ以テ天賦ノ權利ト爲シ國家ノ承認ヲ待チテ始メテ成立スルモノニ非ス國家ハ所有權ニ對シテ多少ノ制限ヲ加フルコトヲ得ルト雖モ決シテ之ヲ廢止スルコト能ハサルモノト爲スナリ此說ハ何故ニ所有權カ人類ノ生存發達ニ必要缺クヘカラサルモノナルヤヲ說明セス唯必要ナルカ故ニ成立シ且正當ナリト云フニ在ルヲ以テ亦所有權ヲ辯護スルニ於テ十分ナリト謂フヲ得サルナリ現今ノ社會ニ於テハ所有權ノ享有ニ著シキ懸隔ヲ現ハシ多數ノ人ハ僅ニ生活ヲ維持スルニ足ルヘキ些少ノ財貨ニ對シテ所有權ヲ有スルノミ若シ夫レ所有權ヲ以テ人類ノ生存發達ニ必要ナルモノトセハ所有權ノ享有ヲ普通一般ナラシメ何人モ多少ノ土地、資本ヲ有セシメサルヘカラサルナリ然ラハ則チ今日實際成立スル所有權享有ノ不平均殊ニ巨額ノ財產ニ對スル所有權ハ果シテ其存在ヲ承認スヘキモノナルヤ疑ナキヲ得サルナリ

第四　法定說　此說ニ依レハ所有權ハ國家ノ承認ヲ得テ始メテ成立スルモノニシテ國家カ之ヲ承認スルハ所有權ノ制度ヲ以テ社會全般ニ利益アリト思惟スレハナリ而シテ國家ハ所有權ノ淵源ナルカ故ニ之ニ對シテ制限ヲ設ケ得ルノミナラス之ヲ廢止スルコトヲ得ルモノト爲スナリ此說ハ國家ナル觀念ヲ必要ナリト爲スモノニシテ所有權モ他ノ權利ト同シク國家ノ承認保護ヲ得テ始メテ成立シ得ルモノナルヤ疑ナシト雖モ何故ニ所有權ノ制度カ社會全般ノ利益ノ爲メニ必要ナルヤノ理由ニ至リテハ一概ニ之ヲ論スルコトヲ得ス是レ即チ第五ノ學說ノ起レル所以ナリ

第五　財貨ノ種類ニ依リ承認ノ理由ヲ異ニスルノ說　所有權ノ制度モ亦幾多ノ變遷沿革ヲ經テ始メテ今日ノ狀態ヲ呈セルモノニシテ何レノ地、何レノ時ヲ問ハス所有權ノ制度ハ必ス社會全般ノ利益ニ適スルモノト謂フヲ得ス佃獵時代牧畜時代又ハ農耕時代ノ初期ニ於ケル土地共有ノ制度ハ當時ノ社會ニ適應セルヤ必セリ爾來社會進步シテ箇人ノ獨立發達スルニ從ヒ所有權ノ必要ヲ生セルナリ而シテ今日ニ於テモ國家カ所有權ヲ承認スル理由ハ財貨ノ種類ニ依リテ同シキヲ得ス即チ食物、衣服ニ對スル所有權ノ如キハ殆ト絕對的ニ必要ナ

リトス何トナレハ食物ハ性質上共有スルコトヲ得ス衣服ハ共有シ得サルニ非サルモ共有ハ甚タ困難ナレハナリ又家屋ハ實際所有者ト居住者ト同一人ナラサル場合甚タ多シト雖モ居住者即チ所有者タルコトヲ希望セスンハ非サルナリ故ニ衣食住ニ關スル所有權ハ之ヲ承認スヘキ理由極メテ强固ナリトス生産資本及ヒ土地ニ至リテハ少シク其趣ヲ異ニシ國家カ此等ノ財貨ニ對スル所有權ヲ承認スル所以ハ他ナシ各人ヲシテ箇箇別別ニ之ヲ所有セシムルハ之ヲ共有ニ屬セシムルニ比シ利用甚タ大ニシテ社會全般ノ利益隨テ多シト爲セハナリ故ニ共有ヲ以テ寧ロ社會ニ利益多シト爲ス場合ニハ私有ヲ廢スルコトナシトセス例ヘハ道路ノ如キ殆ト皆國家若クハ自治體ノ有ニ屬シ森林ノ如キモ國有ナルモノ少カラス又鐵道、給水、瓦斯、電燈等ノ獨占的事業ヲシテ私人ノ所有權ニ屬セシメス國家若クハ自治體自ラ之ヲ經營スル場合亦稀ナリト爲ササルナリ之ヲ要スルニ所有權ノ制度カ今日成立スルハ國家之ヲ承認スレハナリ而シテ國家カ之ヲ承認スルハ之ヲ以テ社會全般ニ利益多シト思惟スレハナリ故ニ國家カ此制度ヲ以テ社會全般ノ爲メニ不利益ナリト認ムルノ日來ルアラハ覺

雜報

○迎新　余輩ハ茲ニ法政大學トシテヨリ大ナル歡ヲ以テ新ニ歲月ヲ迎ヘ恭シク實詐ノ無窮ヲ祝シ奉リ讀者諸君ノ健康ト幸福トヲ祈リ併セテ一言諸君ニ禀クヘキコトアリ他ナシ本校ハ講義錄ニ於テ一年完結制ノ創施者タルニ拘ハラス翼翼トシテ實質ノ精良ナランコトヲ努メタルノ結果三十二年度乃至三十五年度ニ亘リ屢、其期ヲ失シタリシモ漸次整理シ來リ三十六年度ニ至リテハ大ニ增刷シ期ニ先チテ既ニ完結シ三十七年度即チ本講義錄ニ至リテハ其實質ノ他ニ卓越スルト共ニ必ス滿一年以内ニ完結セシムルコトヲ誓明スルコト是ナリ諸子諸子益〻愛讀ノ榮ヲ垂レンコトヲ

○地上權讓受人ノ登記ト土地所有者　地上權者ヨリ地上權ヲ讓受ケタル者ハ登記ヲ要セスシテ土地所有權者ニ對抗スルコトヲ得ヘキカ大審院ノ判決理由ニ曰ク「不動產ニ關スル物權ノ得喪及ヒ變更ハ其登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルハ上告論旨ノ如ク民法第百七十七條ノ明

定スル所ナリト雖モ原審ニ於ケル確定事實ニ依レハ上告人ハ地所所有者ニシテ山田茂英ノ爲メニ設定シタルモノト推定スヘキ地上權ヲ被上告人ニ於テ讓受ケタルモノナルカ故ニ單ニ其讓渡關係ヨリスレハ上告人ハ第三者タルヘシト雖モ物權關係ヨリスレハ山田茂英ハ被上告人ノ前主ニシテ上告人ハ山田茂英ノ前主ナルヲ以テ承繼人タル被上告人カ其地上權ヲ以テ上告人ニ對抗スルニ登記ヲ要スル筋合ナケレハ上告人ハ該條ノ所謂第三者ニアラス」ト（大審院明治三十六年（オ）第五百三十五號地上權登記請求事件明治三十六年十一月十六日第二民事部判決）

○新舊法ノ比照　凡ソ吾人ノ行動ハ行動ノ當時ニ行ハルル法令ニ由リテ支配セラルルモノニシテ行動後ニ公布セラレタル法令ヲ以テ其行動ノ實質ヲ決セラルヘキモノニ非ス唯其行動ノ實質ニ影響セサル所ノ手續法令又ハ刑法第三條第二項ノ如キ特例アル場合ニ於テノミ行動後ノ法令ヲ以テ支配スルコトヲ得ヘキヲ原則トスルモノナリ故ニ一行動ニ對シ新舊孰レノ法令ヲ適用スルモ同一結果ヲ生スル場合ニ於テモ仍ホ舊法ヲ適用セサルヘカラサルナリ是レ殆ト疑ナキ法理ニシテ大審院モ亦認ムル所ナリ曰ク「刑法第三條第一項ニ法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニ及ホスコトヲ得ストアリ而シテ本件ノ犯罪ハ明治三十六年三月ニシテ明治三十六年勅令第七十三號ノ頒布以前ニ係ルヲ以テ之ヲ該犯罪ニ適用スルコトヲ得ヘキモノニ非ス尤モ新法ノ刑舊法ノ刑ヨリ輕キ場合ニ付テハ刑法第三條第二項ノ例外アリト雖モ右第七十三號ノ刑ハ全ク同一ナルカ故ニ該例外ノ場合ニ該當セス又舊法タル明治三十五年勅令第二百五十六號ノ刑ハ前掲第七十三號ノ勅令ニ依リ廢止セラレタルモノニ非サルカ故ニ其當時ノ犯罪ニ對シテ之ヲ適用スルヲ當然ナリトス」ト（大審院明治三十六年（ル）第一七一八號雜穀輸出事件明治三十六年十月六日第二刑事部宣告）

○清國ニ於ケル鐵道　日清戰爭後露國カ清國ニ對シ東清鐵道ノ敷設權ヲ獲得セシ以來各國爭ヒテ敷設權ヲ要求シタリシカ今ヤ既設工事線四千百五十七哩ニ達シ其細別左ノ如シト云フ

東清鐵道（露國國境ヨリ旅順ニ至ル本支線共）	露國	一〇六二哩
關外鐵道（營口山海關間）	英國	一七八
關內鐵道（山海關天津間）	同	一七四

津沽鐵道(太沽天津間)	同		一十四哩
京津鐵道(天津北京間)	同		一八八
京通鐵道(北京通州間)	同		一〇一〇
滬淞鐵道(上海吳淞間)	同		一三
京漢鐵道(北京漢口間)	露佛	江蘇	八〇〇五十
粵漢鐵道(漢口廣東間)	米國	湖北	七五〇
山東鐵道(膠州濟南間膠州沂州間)	獨國		四二〇
大冶鐵道(長江岸石灰屈大冶鐵山間)	清國		一八
澤懷鐵道(澤州懷慶間)	英伊		一五
萍醴鐵道(萍鄉醴陵間)	清國		六五

此他尙ホ計畫線合計四千五百六十哩ニシテ內英國千九百五十哩、英及ヒ伊國千八十哩、英及ヒ獨國六百三十哩、露國百三十哩、佛國七百七十哩ナリト云フ

○校外生募集廣告

本大學三十七年度講義錄ハ之ヲ三學年ニ分チ各學年共十月ヨリ每月三回發行滿一箇年ヲ以テ必ス完結セシム○月謝金ハ各學年共金五十錢但官公衙在職者(證明書ヲ要ス)及ヒ本大學校友ノ紹介アル者ハ金四十五錢トス、總テ入學金ヲ要セス、志望者ハ至急申込ムヘシ(校友ノ紹介ニ依ル者ハ一月分ヨリ各學年金三十五錢全學年金一圓トス)

各學年講義錄掲載科目及ヒ擔任講師

第一學年
- 法學通論　中村博士、憲法　清水學士、民法總則第三章マテ　梅博士、同第四章以下　鈴木學士、
- 物權第六章マテ　塚田學士、債權第一章第三節マテ　梅博士、同第一章第四、五節　中山學士、刑法總論　谷野學士、國際公法平時　中村博士、同戰時　秋山學士、經濟學　山崎學士

第二學年
- 債權第二章　梅博士、同第三章以下　田代學士、刑法各論　古賀學士、商法總則、會社　松本學士、
- 商行爲第九章マテ　田坂學士、同第十章　村上學士、民事訴訟法第一編　仁井田博士、同第二編　岩田學士、刑事訴訟法　豐島學士、財政學　岡學士

第三學年
- 物權第七章以下　宮井博士、親族　掛下學士、相續　若槻學士、手形　矢部學士、海商　加藤學士
- 行政法總論　美濃部博士、同各論　上杉學士、國際私法　山田博士、民事訴訟法第三編以下第五編マテ　遠藤學士、同第六編以下、破產法　松岡學士

一月

司法省指定
文部省認定　私立　法政大學

法學志林

一部定價金十二錢郵稅一錢
十部前金郵稅共一圓二十錢
校友生徒校外生ハ一部時價郵稅共十一錢十部前金郵稅一圓

第五十一號目次（十二月十五日發行）

志林
○取立命令ニ就テ　法學士　板倉松太郎
○ジアン、ボダーンノ主權論　法學士　上杉慎吉
○爭議ニ就テ　法學士　松浦鎮次郎
○最近判例批評（其十五）　法學博士　梅謙次郎
○維新以後我國法學沿勢　法學士　加藤正治
○露國新手形法　法科大學生　佐竹三吾
纂論
○違警罪即決處分ト憲法第二十四條及第五十七條トノ關係　法學士　清水澄
○各條ヨリハ每事業年度ニ一定ノ利息ヲ受クヘシトノ定款ノ效力　法學士　松本烝治
○外國ニ於テ宣告セラレタル破産ノ日本ニ於ケル效力　講師　山口弘一
○金利ノ臨貨ト外國爲替相場トノ關係　法學士　山崎覺次郎
解疑
○倉庫證券ノ流通ニ就テ　校友　渡邊武左衛門
寄書
判例　大審院新判決例　四十四件
其他雜報、記事等

發行所　司法省指定　文部省認定　私立　法政大學

（明治三十六年十月十二日第三種郵便物認可）
（每月十四日一日三日五日八日十一日十五日十八日廿一日廿五日廿八日發行）

明治三十六年十二月廿九日印刷
明治三十七年一月一日發行　（定價金貳拾錢）

編輯兼發行者　東京市牛込區牛込北町十番地　萩原敬之

印刷者　東京市牛込區矢來町三番地　小宮山信好

印刷所　東京市芝區西ノ久保明舟町十一番地　金子活版所

發行所　東京市麴町區富士見町六丁目十六番地　司法省指定　法政大學

（電話番町百七十四番）