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

PDF issue: 2024-11-10

法政大學講義録

山崎，覺次郎 / 鈴木，英太郎 / 秋山，雅之介 / 梅，謙次郎

(出版者 / Publisher)
法政大學
(巻 / Volume)
1-10
(開始ページ / Start Page)
1
(終了ページ / End Page)
45
(発行年 / Year)
1904-01-13

（明治三十六年十月十二日第三種郵便物認可
毎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）

三十七年度

明治三十七年一月十三日發行

第一學年ノ十

法政大學講義錄

第貳拾九號

法政大學發行

090
1904
1-1-10

第一學年第十號目次

民法總則（自第一章至第三章）（自一四九至一八八）　法學博士　梅謙次郎

民法總則（自第四章至第六章）（自一八一至一九六）　法學士　鈴木英太郎

國際公法（戰時）（自二一三至二二八）　法學士　秋山雅之介

經濟學（自八九至九六）　法學士　山崎覺次郎

雜報　○永代地上權○關稅逋脫共犯者ノ科刑

（正誤　梅博士民法總則一四四頁五行 Sbaat reoht ハ Bbaatsrooht ノ誤）

ト同ジ資格ニ於テ行動スル場合ガアル、土地ヲ買フトカ金ヲ借リルトカ云フヤウナ場合ハ皆一私人ト變ルコトハナイ、サウ云フトキハ矢張リ民法其他ノ私法ノ規定ニ從フ、此公法、私法ノ區別ハ羅馬法以來各國ニ於テ一般ニ行ハレテ居ル區別デアル

第一款　公法

先ヅ第一ニ公法ト云フモノヲ細別致シマシテ第一ニハ國際公法、第二ニハ憲法、第三ニハ行政法、第四ニハ刑法ニ分タウト思フ

第一　國際公法

是ハ國ト國トノ關係、又ハ一國ト他國ノ人民トノ關係ヲ規定スル法律デアル、國際公法ハ通常國ト國トノ關係ヲ定ムルモノデアル、或ハ國ノ君主ガ他國ヘ參ッタトキニハ如何ナル特權ヲ持ッテ居ルカ、即チソレハ國ヲ代表シテ來ルカラ國ト國トノ關係デアル、戰爭ノ場合ニ交戰國ハ互ニ如何ナル權利義務ガアルカ、中立國ハ如何ナル權利義務ガアルカト云フヤウナコトハ皆國ト國トノ關係、併シ一國

ト他國ノ人民トノ關係モ亦所謂國際公法ノ中ニ這入ル、其重モナル場合ヲ言ヘバ國際刑法ノ如キ、甲ノ國ニ於テ乙ノ國ノ人民ガ犯罪ヲ行ウタ場合ニハドウスルカ、或ハ甲ノ國ハ乙ノ國ニ於テ犯罪ヲ行ウタ者ガ來タラバドウスルト云フヤウナコトガ所謂國際刑法デアル、其中ニハ犯罪人引渡ト云フ問題モ這入ル、此等ハ矢張リ國際公法ニ屬スル、併シ通常ハ別ニ「國際刑法」ト云フテ他ノ狹イ意味ニ於ケル國際公法ト區別致シマス、ケレドモ學理上ハ矢張リ國際公法デアル

第二　憲法

其定義ハ大變議論ガアル、併シ私ガ下サントスル定義ハ、「主權ノ所在及ビ其作用ノ原則ヲ定メタル法律」デアルト云フノデアル、例ヘバ我邦ニ於テハ主權天皇ニ在リト云フ、是ハ憲法上ノ原則、佛蘭西ナラバ主權國家ニ在リト云フ、或ハ國民ニ在ルト云フ、ソレハ學說ニ依ッテ違フガ、兎ニ角ソレガ憲法上ノ原則、獨逸帝國ノヤウナ所ハ主權ガ各聯邦ニ在ルト謂ハナケレバナラヌデアラウ、併シ其主權ニハ多少ノ制限ガアル、英國ノ如キハ主權ガ君主及ビ國會ニ在ルト云フノガ正シイノデスケレドモ我邦デハサウ云フコトハナイ、併ナガラ法律又ハ豫算等ハ帝國議會ノ協贊ヲ經ナケレバナラヌト云フコトガ矢張リ憲法上ノ原則デアル、是ハ我邦デハ詰リ主權ノ作用ニ關スル一ノ制限デアルト謂ハナケレバナラヌ、此類ノ規定ハ所謂露西亞ノ如キ國柄ヲ除クト皆アル、尤モ私ガ謂フ所ノ「憲法」ハ例ヘバ帝國憲法或ハ或國ノ「憲法」ト名クル法律トハ違フ、學理上ノ憲法デアル、通常帝國憲法ヲ首ト致シテ或國ノ憲法ト稱スル法律ハ必ズシモ私ノ定義ニ合ハナイ、即チ學理的憲法以外ノコトヲ所謂「憲法」ニ揭クルコトモアリ、又學理的憲法ニ屬スルコトヲ所謂「憲法」ノ中ニ規定シナイデ他ノ法律ヲ以テ規定スルコトモアル、是ハ實際ノ便宜ニ從フノデアッテ、ソレガ惡イト云フノデハナイガ、兎ニ角學理ニハ合ハヌト云フコトニ爲ル、例ヘバ我邦ノ帝國憲法ニ付テ言ッテ見テモ學理的憲法以外ノ規定ヲ含ンデ居ル、例ヘバ彼ノ憲法第二章ニ規定シテアル「臣民ノ權利義務」ト云フモノハ大體是ハ憲法的規定デハナイト私ハ思フ、アレハ或ハ私法ニ屬スルモノモアル、或ハ行政法ニ屬スルモノモアル、例ヘバアノ中ニ日本臣民ハ文武官ニ任ゼラルルコトガ出來ルト云フコトガ書イテアル、是ハ行政法ノ問題、或ハ「日本臣民ハ兵役ノ義務ヲ有ス」トアル、是モ行政法ノ問題、「日本臣民

ハ納稅ノ義務ヲ有ス」トアル、是モ行政法ノ問題、「日本臣民ハ居住及移轉ノ自由ヲ有ス」、是ハ私法ノ問題、「日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ逮捕監禁審問處罰ヲ受クルコトナシ」是ハ廣イ意味ニ於ケル刑法ノ問題、「日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハルルコトナシ」是モ半ハ廣イ意味ニ於ケル行政法ノ問題、半ハ私法上ノ問題、「日本臣民ハ其ノ許諾ナクシテ住所ニ侵入セラレ及捜索セラルルコトナシ」、是ハ私法ノ問題、「日本臣民ハ信書ノ秘密ヲ侵サルルコトナシ」、是モ私法ノ問題、「日本臣民ハ信教ノ自由ヲ有ス」、是モ私法ノ問題、ソンナ風ニ「臣民ノ權利義務」ト云フ所ニ規定シテアルコトハ多クハ憲法的規定デハナイ、唯此規定中デ明カニ憲法規定デアルト云ヘルノハ或事柄ヲ法律ヲ以テ定メナケレバナラヌト云フコトデアル、皆大概間接ニ書イテアリマスケレドモ、例ヘバ「法律ノ定ムル所ニ從ヒ」トカ、「法律ノ範圍内ニ於テ」トカ、或ハ「法律ニ依ルニ非スシテ」トカ云フ風ニ法律ヲ以テ定メナケレバナラヌト云フコトガ規定シテアル、其範圍丈ケニ於テハ憲法的規定デス、如何ナルコトヲ法律デ定メナケレバナラヌカト云フコトハ憲法的規定デアル、併シ此等ノ規定ハソレヲ主トシテ規定シテアルノデハナイ、其條項ニハ何何ノコトヲ定ムルニハ法律ヲ以テスト云フコトハナイ、何何ノ權利ヲ有シ何何ノ義務ヲ有スト云フ、其方ガ主ニ爲テ居ルカラソレハ憲法的規定デハナイ

之ニ反シテ又帝國憲法中ニ學理的憲法ニ屬スル事柄ヲ除イテアル、例ヘバ皇位繼承、ソレカラ攝政、此等ノコトハ皆憲法上ノ問題デ、外國ノ憲法ニハ大抵規定シテアル、寧ロソレガ一番初ニ規定シテアル、然ルニ我邦ノ憲法ニハ是ガ規定シテナイ、是ハ皇室典範ニ讓ッテアル、隨テ皇室典範ノ一部分ハ學理的憲法デアルト言ヘル、ソレカラ議院法、衆議院議員選擧法、貴族院令ナドト云フヤウナモノモ學理的憲法ニ屬スルモノデアルト言ヘル、外國デハ多ク是ハ憲法ノ中ニ規定シテアル、ソレデスカラ私ノ定義ハ帝國憲法ト較ベテ見ルト合ハナイ、又何レノ國ノ憲法トモ合ハナイ、ケレドモ學理的此ノ如キモノデアルト思フ

ソンナラハナゼ帝國憲法ガ學理的憲法ト範圍ヲ異ニシテ居ルカト云フト、是ハ大ニ理由ノアルコトデ、必ズシモ立法者ハ學理的區別ニ依ラナケレバナラヌト云フコトハナイ、先ヅ「臣民ノ權利義務」ト云フモノヲナゼ帝國憲法ノ中ニ規定シ

タカ、是ハ私ノ思フニハ外國ノ沿革上ノ理由ニ依ッタモノデアラウ、外國ノ憲法ニハ大抵是ガ規定シテアル、ソレハナゼデアラウカ、歐米諸國ノ憲法ト云フモノハ皆君主ガ暴政ヲ施シテ人民塗炭ノ苦ニ堪ヘナイ餘リ或ハ革命ノ驥亂ヲ起シ其他人民ガ君主ニ迫ッテ將來ハ暴政ヲ施サナイト云フ約束ヲシテ貰ハナケレバナラヌト云フノデ竟ニ「憲法」ト云フ書キ物ヲ公布セシムルニ至ッタノデアル、歐米諸國ノ憲法ト云フモノハ大抵皆サウデアル、稀ニサウ云フノデナケレバ或國ノ君主其他ノ政府ガ暴政ヲ施シタ爲メニ其政府ヲ顚覆シ若クハ其羈絆ヲ脫シテ新ニ政府ヲ立テルニ至ッテ又候暴政ヲ施ス政府ガ出テハナラヌカラ憲法ト云フ書キ物ヲ作ッテ豫メ之ヲ防グト云フノデアル、例ヘバ亞米利加ガ獨立シタトキニ憲法ヲ作ッタノハ多分サウ云フ意味デアラウト思フ、サウ云フ意味合カラ出來タ憲法デアルカラシテ臣民ノ權利義務ヲ定ムルト云フコトガ寧ロ憲法ノ重モナル一ツノ目的デアル、例ヘバ日本臣民ハ均シク文武官ニ任ゼラルル權利ガアルト云フコトガ書イテアル、今日デハ何ノ必要モナイコトノキウダガ是ハ社會ニ階級ノ存シテ居ッタノヲ其階級ヲ打破シタトキニハ必要デアル、日本デモ封建時代ニハ士族デナケレバ或職務ヲ行フコトハ出來ヌ、士族ノ中デモ或階級ノ者デナケレバ或重要ナ職ニ就クコトガ出來ヌト云フコトガアル、外國デモ皆其通リ、ソレヲ國民ハ國法ノ前ニハ皆同等デアルト云フ主義ヲ採用シテ斯ウ云フコトヲ書イタノデアル、兵役ノ義務ヲ有ス、是ハ義務ヲ有スルト云フコトヲ憲法デ極メル必要ハナイケレドモ、濫ニ兵役ニ就カセラレテハナラヌト云フノデ、即チ法律デ以テ一定ノ條件ヲ定メル、今一ツハ是モ國民ガ皆兵役ノ義務ヲ負フノデアッテ、或階級ノ者丈ケガ軍人ト爲ルノデハナイ、日本デモ封建時代ニハ士族ト云フモノガ軍人ト爲ッテ兵役ノ義務ヲ務メル、其代リ平生遊ンデ居ッテモ常祿ト云フモノガアッテ食フニハ困ラヌ、斯ウ云フコトハ止メテ仕舞フト云フ其二ツノ意味ヲ含ム、其他之ニ準ズルノデ皆暴政ニ對スル豫防デアル、ソレデ之ヲ憲法ニ書イタケレドモ學理的カラ言ッテ見ルトソレハ憲法上ノ問題デハナイ、我邦ニ於テハ右樣ノ沿革ガナイカラ或ハ此憲法第二章ノ規定ハ殆ド其必要ガナカッタカモ知レヌト思フ、唯併シ此等ノ臣民ノ權利義務ト云フモノヲバ重ンジナケレバナラヌト云フ所カラ此等ノ大原則ハ一片ノ法律ヲ以テ左右スルコトハ出來ヌ、是ハ

憲法的規定デアッテ之ヲ改ムルニハ非常ニムヅカシイ條件ヲ要スル、帝國憲法ノ第七十三條ニ依レバ憲法ノ改正ハ必ズ勅令ヲ以テ其議案ヲ提出セラルル、ダカラ議員ナドカラ他ノ法律案ノヤウニ提出スルコトハ出來ナイ、ソレカラ其議決ハ兩議院ニ於テ各、其總員ノ三分ノ二以上出席シナケレバ議事ヲ開クコトガ出來ヌ、而シテ出席議員ノ三分ノ二以上ノ多數ヲ得ナケレバ決議ガ出來ナイト云フコトニ爲ッテ居ルカラ非常ニ鄭重ナモノニ爲ッテ居ル、詰リ此大原則ハ容易ニ動カスコトハ出來ヌモノデアルト云フコトヲ明カニスル爲メニ特ニ之ヲ憲法中ニ規定シタモノト云ッテ宜カラウト思フ

サテ又皇位繼承、攝政ナドニ關スル事柄ヲナゼ憲法中ニ規定セズシテ皇室典範中ニ規定シタカト云フト、是ハ又我邦ノ國體カラシテ之ヲ必要トシタノデアル、我邦ハ世界無比ノ萬世一系ノ皇統ヲ戴イテ居ルノデアルカラ人民ガ選擧ニ依ッテ君主ヲ定メタトカ或ハ「憲法」ニ依ッテ君主ヲ定メタトカ云フトハマルデ趣ガ違フ、況ヤ共和政府ナドト云フモノトハ比較スルコトガ出來ナイ、ソレデ此皇位繼承、攝政ナドト云フ皇室ノ事ハ一切帝國議會ヲシテ喙ヲ容レシメザル精神デアル、法律ヤ豫算ニ付テハ帝國議會ノ協贊ヲ經ルト云フコトハ天子ノ思召デ特ニサウ云フヤウニ御定メニ爲ッタ、併シ皇室内部ノ事ニハ干渉セシメナイト云フ精神デ出來タ居ル、ソコデ皇室典範ノ中ニ規定シテ憲法ノ中ニハ規定シナイ、憲法第二條ニ「皇位ハ皇室典範ノ定ムル所ニ依リ皇男子孫之ヲ繼承ス」トアル、ソレカラ帝國憲法ノ第七十四條ニ「皇室典範ノ改正ハ帝國議會ノ議ヲ經ルヲ要セス」ト斯ウ云フコトニ爲ッテ居ル

ソレカラ又議院法、衆議員議員選擧法、貴族院令ナドハナゼ帝國憲法ノ中ニ入レナカッタカ、外國デハ多ク這入ッテ居ルノニナゼ入レナカッタカト云フト、是ハ時勢ノ必要ニ應ジテ改正ヲ容易クスル爲メデアル、帝國憲法ノ條條ハ先刻申上グタヤウニ非常ニ鄭重ナル條件ヲ以テデナケレバ改正ハ出來ヌ、帝國憲法施行以來既ニ十三年ノ星霜ヲ經テ居ルケレドモマダ少シモ改メラレヌ、所ガ議院法其他ノモノハ隨分時勢ノ必要ニ應ジテ改正シナケレバナラヌ、現ニ衆議院議員選擧法ノ如キハ全部明治三十三年ニ改正ニ爲ッテ居ル、議院法モ既ニ改正セラレタ點モアリ、貴族院令モ時時改正ノ必要アリト云フコトヲ聞ク、ソレデ此等ノモノハ

他ノ法律、勅令ト同ジヤウニ容易ク改正ノ出來ルヤウニ態ト憲法ノ中ニ入レタナイノデアルト思フ、ダカラ此等ノ便宜上ノ理由カラ學理ニ合ハナイ所ノ法律ガ出來テ居ル、決シテソレガ必ズシモ惡イトハ言ハナイ

第三十　行政法

是モ人人ニ依テ大變定義ガ違ヒマスガ、私ノ定義ハ「主權ノ作用ヲ掌ル機關ノ組織及ビ職務並ニ國ト國ノ一部トノ間又其各部相互ノ間又ハ國若クハ其一部ト人民トノ間ノ關係ヲ規定スル法律」デアル「主權ノ作用ヲ掌ル機關」ト言ヘバ國務大臣ヲ首ト致シ或ハ司法機關ハ即チ裁判所或ハ地方團體モ亦其中ニ這入ルト思フガ、ソレ等ノモノノ組織及ビ職務、是ハ行政法ノ最モ重モナル部分ト云ッテモ宜カラウト思フ、其外ニ又國ト國ノ一部ノ間ノ關係、國ト地方團體即チ府縣、郡、市、町村等トノ關係又ハ國ト商業會議所トノ關係、又其各部相互ノ間ノ關係、府縣ト郡、市、町村トノ關係、或ハ市、町村ト他ノ市、町村トノ關係、又ハ國若クハ其一部ト人民トノ間ノ關係、土地收用法ノ如キ、國ガ公益ニ基イテ人民ノ財産ヲ取上ゲルコトヲ規定スル、或ハ國ガ公ノ必要ニ基イテ租稅ヲ徵收スルノデアルカラ、稅法ノ

如キハ無論行政法デス、ソレカラ府縣、市、町村ノ如キモノガ府縣稅、市、町村稅ノ如キモノヲ取立テルト云フヤウナコトハ皆行政法デアル、即チ成文ノアルモノデ具體的ニ例ヲ示シマスルト、例ヘバ內閣、各省、地方官等ノ官制、ソレカラ裁判所構成法、或ハ行政裁判法トカ訴願法トカ或ハ地方制度タル府縣制、郡制、市制、町村制或ハ土地收用法、鑛業條例、諸稅法即チ地租條例、登錄稅法、印紙稅法、所得稅法、營業稅法等デアル、此等ノモノハ茲ニ所謂行政法ニ屬スル、裁判所構成法ハ行政法ニ入レナイモノガアリマスケレドモ理論上ハドウシテモ行政法デアル、畢竟スルニ我「行政法」ト稱スルモノハ公法ノ中デ國際公法憲法ソレカラ總テ論ズヘキ所ノ刑法ノ三ツヲ除イタモノニ爲ッテ仕舞フ

第四　刑法

此「刑法」ト云フノハ廣イ意味デ狹イ意味ノ「刑事訴訟法」ト別ニ云フ所ノ「刑法」デハナイ、理論上カラ言ヘバ罪法ト云フ方ガ宜イケレドモ罪法ト云フコトハ世間ニ行ハレヌヤウデスカラ、據ナク刑法ト云フ、或ハ刑事法ト言ッテモ宜イカモ知レヌ、兎ニ角刑法、刑事訴訟法ヲ主トシテ含ム、其定義ハ「國ガ刑罰ヲ以テ制裁スル所爲

及ビ其刑罰ヲ定メタル法律」狹イ意味ノ刑法ハ無論此定義ニ依ル、謀テ人ヲ殺シタ者ハ死刑ニ處スルトカ、故意ニ人ヲ殺シタ者ハ無期徒刑ニ處スルトカ云フコトガ書イテアル、サウスルト如何ナル所爲ヲ法律ハ罰スルカト云フコトト、其刑罰ハ如何ナルモノヲ以テスルカト云フコトヲ知ルコトガ出來ル、ソレヲ罰スル方法ト云フモノガ刑事訴訟法ニ定メテアル、又ハ監獄法ニ定メテアル、今ハ監獄則ト云フモノガアリマスガ是ハ監獄法ト謂フテ宜イ、ソレ等ハ皆廣イ意味ノ刑法デス、尙ホ進ンデ理論上ハ文官懲戒令、判事懲戒法トカ其他一切ノ懲戒法令ト云フモノハ行政裁判所ノ懲戒法モアレバ會計檢査院ノ懲戒法、陸海軍人ノ懲戒法モアルガ、ソレ等ノ懲戒法ハ皆學理上ハ刑法デアルト思フ、勿論細カニ論ズレバ刑法上ノ罰ト懲戒罰ト云フモノハ無論違フケレドモ、併シ學理的ニ云フト皆刑法ノ中ニ這入ルモノト云フ方ガ穩當デアルト私ハ思フ、刑法デモ官吏ガ職務ニ關シテ或罪ヲ犯スト云フト罰スル、ダカラ學理上刑法上ノ罰ト懲戒罰ト云フモノト區別ノアルベキ筈ハナイ、唯罰ガ違フ、隨テ其手續等ガ違フト云フ丈ケノ話デアル

以上ヲ以テ公法ヲ說キ終リマシタカラ是ヨリ私法ノ御話ヲ致シマス

第二款　私法

私法ノ細別ノ御話ヲ致シマス

私法ヲ分チマシテ第一ニ民法、第二ニ商法、第三ニ民事訴訟法、第四ニ國際私法ト致シマス

第一　民法

「民法」ノ定義ハ「私法ノ原則即チ「人民又ハ人民ト同一ノ資格ニ於ケル國若クハ其一部ノ間ノ關係ノ原則ヲ規定スル法律」デアル、例ヘバ所有權ニ關スル規定ハ民法ニアル、所有權ト云フモノハドウ云フモノデアルカト云ヘバ、一私人ガ一定ノ土地ノ所有權ヲ持ッテ居ルト假定致シマスルト他ノ總テノ一私人ハ其所有權ヲ侵シテハナラヌ、即チ其土地ニ所有者ノ承諾ナクシテ這入ルコトモ出來ズ、況ヤ其土地ヲ使用スルコトハ出來ナイト云フヤウナコトガ總テ民法デ定マル、併ナガラ此所有權ハ必ズシモ私人間ニ於テノミ存スルノデハナクシテ、國ガ或土地

ノ所有權ヲ持ツコトモアル、極ク疑ノナイ場合ヲ申スト、國ガ不用ノ宅地ヲ持ッテ居ッテ、サウシテソレヲ他人ニ貸スト云フヤウナコトヲ致ス、此場合ニ於テハ國ハ丁度私人ガ土地所有者デアル場合ト同ジヤウニ總テ民法ノ支配ヲ受ケル、成程國有財產ニ關スル特別ノ規定ハアルケレドモソレヲ除イタハ一般ニ民法ノ規定ニ從フ、其他地方團體、――即チソレハ國ノ一部ト謂ハナケレバナラヌガ、――地方團體ガ所有權ヲ持ツ場合デアッテモ、ソレカラ他ノ公法人ガ土地所有權ヲ持ツ場合デアッテモ同ジコトデアル、他ノ公法人ト云ヘバ例ヘバ商業會議所ノ如キモノデアル、ソレガ土地所有權ヲ持ツコトガアル、現ニ東京商業會議所ハ建物ヲ持ッテ居ル、サウスルト建物ノ所有權ニ付テハ一私人ノ建物ノ所有權ト同ジコトデアル、是ハホンノ一ツノ例デ債權ニ付テ云ッテ見テモ其他ノ權利ニ付テ云ッテ見テモ總テ同ジコトデアル

著作權、特許、意匠、商標ノ權利ノ如キ、矢張リ是ハ原則トシテハ民法ニ屬スルモノデアル、此等ノモノヲ特ニ私法ノ一分科トシテ商法ナドト竝ベ稱スルコトハ出來マスケレドモ若シ之ヲ獨立ノ一分科トシナケレバ矢張リ此等ノモノハ民法ニ屬スルモノデアル

第二　商法

「商法」トハ「私法中商事ニ關スル特別ノ規定」ヲ謂フノデアル、我邦ノヤウニ商法ト云フ法典ガアラウトモナカラウトモ、學理上ニ於テハ「商法」ト云フ區別ヲ爲スコトハ出來ルノデアル、唯私ノ信ズル所ニ據レバ民法ト商法トヲ區別スルト云フコトハ是ハ歐羅巴ノ沿革上ヨリ來ッタモノデアッテ、學理上之ヲ分ット云フコトハ其當ヲ得ナイト私ハ思フ、先ヅ其當ヲ得ナイト云フ理由ヲ申上ゲマスルト商事ト云フモノノ範圍ガ頗ル曖昧デアル、各國ニ於テ商事ノ範圍ヲ定ムルニ付テハ隨分學者及ビ立法者ガ苦心ヲシテ居ル、併ナガラ其苦心ハ結局水泡ニ屬シテ學理的標準ヲ定ムルコトガ出來ヌ、ソレデ各國大抵皆商事ノ範圍ハ列擧的ニナッテ居ル、純然タル抽象的範圍ヲ定メテ居ル例ハ私ハ知ラヌ、或ハ私ノ寡聞ノ致ス所カモ知ラヌガ私ハ知ラヌ、皆列擧的ニナッテ居ル、唯列擧ガ細カニナッテ居ルカ、又ハ概括的ニ列擧シテアルカト云フ丈ケノ違ヒデアル、私思フニ是ハサウアルベキコトデアル、全ク抽象的ニ「商事ト云フモノハ此ノ如キモノデアル」トハッキ

リ定メルコトハ出來ヌノデアラウト思フ、試ニ我商法ノ規定ニ依ッテ考ヘテ見ルト、我商法ハ固ヨリ列擧主義ヲ取ッテ居ルカラ抽象的ニ規定ヲ設ケテ居ルノデハナイ、併ナガラ學者ガ試ニ抽象的定義ヲ下サウト思ッテモ下スコトハ出來ヌノデアラウト私ハ考ヘル、例ヘバ手形行爲ト云フモノハ何人ガ之ヲ爲ストモ又如何ナル目的ヲ以テ之ヲ爲ストモ皆商行爲トナル、例ヘバ私ガ金ヲ銀行ニ預ケテ居ッテ之ヲ引出スニ小切手ヲ發行スル、サウスルト云フト是ハ商行爲ニナル、サウカト思フト鑛山業ヲ營ム者、是ハ隨分利益ノアルモノト聞イテ居ル、其代リ損失ノアル山モアルガ、足尾銅山ナドハナカ〳〵儲カルサウデス、併ナガラソレハ我商法ニ依レバ、鑛山業ハ商行爲ニハ屬セス、普通ノ觀念ノ商ト云フ方カラ致スト餘程ヲカシイコトデ、鑛山業ハ金ガ儲カル、私ガ手形ヲ發行シタ所ガ金ガ儲カラナイ、然ルニ私ガ手形ヲ發行シタノハ商行爲ニナッテ、鑛山業ハ商行爲ニハナラヌ、ソンナラ經濟的意味カラ致スト云フト「商」ト云フモノハ生產ト云フ事トハ別デアル、此節ノ經濟學者ハ何ト云フカ知ラヌガ、我我ノ經濟學ヲ研究シタトキニハ生產ノ中ニハ這入ラヌ、經濟上ノ商業ト云フモノハ流通ト云フ中ニ這入ル所ガ法律デ以テ商行爲トカ商業トカ云フモノノ中ニハ製造業ト云フモノガ矢張リ這入ッテ居ル、經濟的ニ言ヘバ製造業ハ工業デアッテ商業デハナイ、ダカラ經濟的意味ニ依ルコトモ出來ヌ、段段論ジ詰メテ見ルト法律上ノ商行爲トカ或ハ商業トカ云フモノハ學理的ニ說明スルコトハ殆ド出來ヌ、ソレ故ニ私ノ記憶ニ依ルト云フト何處ノ國デモ商行爲若クハ商業ノ範圍ト云フモノハ皆列擧的ニナッテ居ル、是ガ商事ト云フモノノ範圍、從ッテ商法ノ範圍ト云フモノノ全ク人爲的デアッテ自然的デナイト云フコトノ證據デアル

ソレカラ第二ニハ通常「商法」ト云フ法典ニ規定シテアル事柄ハ所謂「商行爲」若クハ「商業」ニ特別ナル事ノミデハナイ、我商法ニ付テ言ッテ見ルト商事會社ノ規定ガアル、チョット考ヘテ見ルト「商事會社」ト云フノハ商行爲ヲ業トスル所ノ社團デアルト書イテアルカラ是ハ全ク商事ニ特別ナルモノデアルヤウニ見エル、爲ゾ知ラン此規定ハ民法ノ規定ノ結果トシテ商行爲ヲ目的トセズトモ凡ソ營利ヲ目的トスル所ノ社團ヲ法人トシヤウト云フ場合ニハ常ニ適用セラルベキモノデアル、即チ民法ノ第三十五條ニ明文ガアル、「營利ヲ目的トスル社團ハ商事會社

設立ノ條件ニ從ヒ之ヲ法人ト爲スコトヲ得」前項ノ社團法人ニハ總テ商事會社ニ關スル規定ヲ準用ス」是ニ因テ所謂商事會社ノ規定ト云フモノハ決シテ商事會社ニ特別ナルモノデナクテ營利ヲ目的トスル一切ノ社團ガ法人トナル場合ニハ皆適用サルルモノデアル、從テ今申シタ漁業會社デモ、農業會社デモ亦養蠶業會社デモ皆法人トスル場合ニハ商法ノ規定ニ依ル

ソレカラ我商法典ニハ(外國デモ大抵皆サウデスケレドモ)「海商」ト云フ一編ガ設ケテアル、標題カラ見ルト云フト「海ノ商ヒ」ト云フカラ無論是ハ商事ニ關スルモノデアルト、斯ウ謂ハナケレバナラヌ、又中ノ規定ヲ見テモ其一番初ノ箇條ニ此事ガ明カニナッテ居ル、即チ第五百三十八條ニ「本法ニ於テ船舶トハ商行爲ヲ爲ス目的ヲ以テ航海ノ用ニ供スルモノヲ謂フ」トアル、併ナガラ是ガ船舶法ノ規定ニ依テ總テノ船舶ニ準用サレテ居ル、船舶法ノ第三十五條ニ「商法第五編ノ規定ハ商行爲ヲ爲ス目的ヲ以テモサルモ航海ノ用ニ供スル船舶ニ之ヲ準用ス」トアル、是ニ依テ見ルト、海商ニ關スル部分モ決シテ商事ニ特別ナルモノデナクテ、殆ド總テノ船舶ニ適用セラルベキモノデアル、商法中ノ最モ重モナルモノノ一二ヲ

例ヲ申上ゲテモ既ニサウデアル、シテ見ルト商法ノ實質ガ特別ノ規定デアルト云フコトハ出來ナイ、成程中ニ全ク特別ナモノモアル、例ヘバ商業登記、商號、商業帳簿、是ハ全ク商業ニ特別ナモノデアル、併シソレ等ノ少數ノモノヲ除イテハ必ズシモ商事ニ特別ナルモノデアルト云フコトハ申サレヌ、又現行法ニ於テハ商事ニ特別ナルモノトナッテ居ッテモ理論上ニ於テモ又實際上ニ於テモソレヲ商事ニ特別ナルモノトシナケレバナラヌト云フ理由ハナイ

故ニ民法ト商法トニ云フモノヲ分ケテ私法ノ細別ト爲スト云フコトハ理論上ニ於テ其當ヲ得ナイト云フコトヲ私ハ豫テ考ヘテ居ル、然ルニ歐羅巴ニ於テハドウデアルカト云フト法典國ニ於テハ大抵皆民法ト商法ト分ケテ居ル、佛蘭西デモ獨逸デモ西班牙デモ葡萄牙デモ、白耳義ハ佛蘭西ノ法典ガ其儘行ハレテ居ルカラ勿論ノ事、伊太利デモ其他小國デモ大概皆サウデアル、ソレハナゼデアラウ、是ハ私ノ信ズル所ニ據レバ全ク沿革上ノ理由ニ依ッタモノデアル、而シテソレハ重モニ佛蘭西ノ民法ト商法トヲ別ナ法典ト致シタノデ、法典ニ於テハ佛蘭西ガ最モ先進國デアルカラ、佛蘭西法典ヨリ前ニ法典ハアッタケレドモ法典ノ分類

ヲ致シマシタ民法商法刑法民事訴訟法刑事訴訟法トシ、名ケテ五法典ト申シマシタ、是ハ佛蘭西ガ原トデ、ソレヲ獨逸デモ伊太利デモ和蘭デモ何處デモ皆眞似テ法典ヲ造ッタ)或ハ佛蘭西ニ於テ民法、商法ヲ分ッテ二法典ト爲シタト云フコトガ他ノ國ニ於テ之ヲ分ッタ實際上ノ理由トモナッテ居ルデアラウト思ヒマスガ、併シ歐羅巴全體ニ付テ沿革上ノ理由ガアルト思フ、ソレハドウ云フコトデアルカト云ヘバ歐羅巴ノ民法ハ總テ沿革ヲ論ズルニ至ッテ申上ゲマスケレドモ今日ニ至ルマデ實ハ羅馬法ノ糟粕ヲ嘗メテ居ルト云ッテモ殆ド宜イ位デ、民法上ノ原則ハ今日尙ホ羅馬法ノ原則ニ依ッテ居ル、細目ニ至ッテハ大ニ異ッテ居リ、又著シク進歩シタ跡モナイコトハナイケレドモ概シテ之ヲ言ヘバ歐羅巴ノ法律ト云フモノハ矢張リ羅馬法ノ主義ニ據ッテ居ル、民法ハ確ニサウデアル所ガ其羅馬法ノ民法ト云フモノハ、比較的ニ進歩シタモノニハ相違ナッカタノデアリマスケレドモ、動モスルト形式ニ拘泥シ、サウシテ羅馬デハ商業ガ餘リ振ハナカッタノデスカラ商業上ノ便利ト云フヤウナコトハ眼中ニ措カズシテ法律ガ出來テ居ル、從テ頗ル迂遠ナ事ガ多イ、商業ノ如ク迅速ヲ貴ブモノニハ不適當ナル事柄ガ隨分勘

カラヌ、其上ニ封建時代ニハ諸侯ガ隨分暴政ヲ施シタモノデアッテ、從テ裁判ナドト云フモノモ動モスレバ偏頗ニ流レタ、法律其物ガ商業ニ適セザルコトガ多イ上ニ裁判ガ必ズシモ公平デナク、又其手續モ必ズシモ迅速ニ運ブト云フ譯ニハイカヌカラ商業ガ稍ヤ進歩スルニ至ッテハ到底此ノ如キコトニ安ジテ居ル譯ニイカナイ、ソコカラ致シマシテ民法上ニ於テハ羅馬ノ原則ニ從ウテ殆ド差支ガナカッタノデアルケレドモ、商業上ニ於テハドウモ羅馬ノ原則ニ依ルコトガ出來ヌ、又裁判モ普通ノ裁判官ニ裁判シテ貰フト云フコトガ甚ダ不利益デアル、ソコデ商業ノ中心トナッテ居ル地方ニ於テハ自ラ商業上ノ慣習法ト云フモノガ出來又裁判所モ特ニ商事裁判所ト言フモノヲ設ケ、諸侯若クハ帝王ノ普通ノ裁判所ト異ナッタル專門的裁判所ヲ設ケルト云フコトニナッタ、ソレガ爲メニハ商人共ガ諸侯ニ賄賂ヲ贈ッタリ何カシテヤットサウ云フ特權ヲ得タ、ソコカラ致シマシテ、商法ト云フモノハ民法トハ自ラ異ナッタル發達ヲ致シタ、イッシカ民法ト商法ハ遠フモノデアルト云フヤウナコトニナッテ來タ、サウシテ商事裁判所ニ於テハ皆民法ヲ適用セズシテ商法ヲ適用スルト云フコトニナッタ[illegible]

佛蘭西ニ於テハ千六百年代ニ於テ「ルイ」十四世ノ時代ニ勅令ヲ以テ殆ト「法典」ト稱シテ宜シイモノガ出來タ、現ニ學者ハ之ヲ「法典」ト稱シテ居ル、勅令ノ名ハソレヲ商令ト云フノデアル、併ナガラソレヲ一般ニハ「ザ・ヴォリー」法典ト云フ、ナゼカト云フト其勅令ノ重モナル起草者ガ「ザ・ヴォリー」ト云フ一ノ商人デアッタ、或ハ商人法トモ云フ、其外ニ尙ホ「海商法」ト稱シテ宜シイモノガ殆ド同時ニ出來マシタ、即チ二ツノ勅令ガ出マシタ、殆ド二ツノ法典ト云ッテ宜シイ、佛蘭西ノ今日ノ商法典ト云フモノハ其二ツノ勅令ニ依ッタ所ガ多イ、海商法ノ如キハ殆ド全部「ルイ」十四世ノ勅令ニ依ッタモノ、當時ハ歐羅巴デ以テ佛蘭西ガ一番總テノ事ニ於テ進歩シテ居ッタモノデスカラ他ノ國ニハ此ノ如キ進歩シタ法律ハナカッタ、其後成文ニ依ッテ民法、商法ナドガ極ッタ、民法ハ概シテ羅馬法ヲ適用シタガ、商法ハ今申シタ「ルイ」十四世ノ二ツノ勅令ト云フモノニ依ッタノデアル、ソウ云フ風ニチャント西洋デハ沿革ガアッテ、今日ニナッテモ自ラ商法ト云フモノヲ別ニシナケレバナラヌト云フヤウナ殆ド先天的ノ考ガアル、商事裁判ト云フモノハ今日多數ノ國ニアル、其組織ハ遠ヒマスガ、兎ニ角多クノ國ニアル、ソレハ皆沿革上ノ理由ニ依ッタモノト思フ

我邦ノ如クサウ云フ沿革ノナイ國デ、今新ニ法典ヲ作ルト云フノニ民法ト商法ト分ケテ二ツノ法典ニシタト云フノハ私ハ確ニ失策デアッタト思フ、況ヤ商事裁判所ナドト云フモノヲ設ケヤウト云フノハ途方途轍モナイト云ッテ宜シイ位デ、歐羅巴ニハ特別ノ沿革ガアルカラ已ムコトヲ得ズ今日存シテ居ル、併シソレハドチラカト云フト、段段無クナル方ニ傾イテ居ルト私ハ思フ、日本ニハサウ云フ沿革モナイノニ唯歐羅巴ノ眞似ヲシテ商事裁判所ヲ置カウナドト云フコトハ言語道斷ナコトデアル

此民法ト商法ヲバ區別シナイデ一ツノ法典トスルト云フコトハ現ニ瑞西ニ於テ實行シテ居ル、瑞西債務法」ト云フ瑞西聯邦ニ共通ナル法律ガアル、瑞西ト云フ國ハ獨逸見タヤウニ聯邦ニナッテ居ッテ、ソウシテ州ガ多ク集ッテ一ツノ聯邦國ヲ成シテ居ル、其聯邦國ノ法律ト云フモノガ一部分行ハレ、他ノ一部分ハ各聯邦、各州ノ特別法ガ行ハレテ居ル、マダ聯邦民法ト云フモノハ出來ヌ、併ナガラ聯邦ニ共通ノ債務法ト云フモノハ出來タ、是ハ殆ド民法ト云ッテ宜イ、成程親族、相續ナ

ドノ事ガナシ、ソレカラ不動產ニ關スルコトハナイケレドモ其外ノ事ハ殆ド皆含マレテ居ル、其債務法ニハ通常民法及ビ商法ニ規定シテアルコトガ皆集メテアル、唯其終ニ先刻申上ゲタ商業帳簿、商業登記或ハ商號ニ關スル特別規定ガ附加ヘテアル、其他ノ事ハ總テ民事、商事ノ區別ハナイ

ソレカラ法典ハアリマセスケレドモ英國ニ於テハ民法、商法ノ區別ハ致シマセス、而モ商業ニ於テハ英國ハ世界ニ冠タル國デアル、ソレデスカラ民法ト商法ト區別スルト云フノハ歐羅巴大陸ノ沿革ニ依ッテ起ッタモノデアッテ學理的理由ハ、私ハナイト信ジテ居ル、成程商法ヲ別ニシナケレバナラヌト云フ論者ハ種種ノ理由ヲ提出スル、例ヘバ或法理學者ハ凡ソ物ハ單純ヨリ複雜ニ移ル、或ハ混同ヨリ分派ニ移ルト、斯ウ云フコトヲ言フ、成程ソレハサウデモセウ、ソコカラ同ジ私法デモ之ヲ民法ト商法トニ分ケルノガ一ツノ進歩デアルト云フ、私ハ之ヲ信ジナイ、成程適當ナル方法ヲ以テ分派ヲ爲スト云フコトハ進歩デアルケレドモ民法ト商法ノ區別ノ如キハ決シテ進歩トハ云ハレナイ、例ヘバ契約ノ中デモ保險契約ト云フヤウナモノハ餘程他ノ契約ト趣ヲ異ニシテ居ルカラト云フノデ保險

ニ關スル特別ノ規定ヲ設ケル、又ハ手形ニ關スルモノハ他ノ法律行爲トハ餘程趣ヲ異ニシテ居ルカラト云フノデ特別ノ規定ヲ設ケル、ソレハ一ツノ法典ノ中ノ一章又ハ一編トシテモ宜シ、特別ノ法律トシテモ宜イ、要スルニ、斯樣ナルモノニ付テ特別ナル法律ヲ設ケルト云フノハ進歩デアルト思フ、保險業ガ進歩シ、手形ノ使用ガ頻繁ニナッテ來レバ勢ヒ此等ニ關スル特別ノ規定ノ餘程複雜ナルモノガ出來ナケレバナラヌカラ、爲メニ特別ナル法律ヲ作ルモ宜シ、例ヘバ獨逸ニハ手形法ト云フ法典ガアル、又總合法典ヲ別ニシナイマデモ例ヘバ保險ニ關スル特別ノ編ナリ章ナリヲ設ケテ規定スルト云フノハ必要デアル、ケレドモ民法ト商法ヲ分ツト云フガ如キハ初ニ申上ゲタ如ク學理上ノ境界ト云フモノガナイ、從テ之ヲ以テ進歩ト爲スノハ誤ッテ居ルト思フ、事ロ羅西債務法ノ如ク之ヲ併セテ規定スルト云フ方ガ私ハ進歩デアルト思フ、又假ニ法典ハ別ニシナイ迄タトモ民法ノ規定ト商法ノ規定ト云フモノガ段段近寄ッテ來ルト云フノハ各國ノ傾向デアル、例ヘバ獨逸ノ舊商法ニハ今日デハ民法ノ中ニ規定シテアルコトガ澤山這入ッテ居ッタ、所ガ民法ト云フモノガ出來ルト云フトソレ等ハ皆民法ノ中ニ

敢メテソレヲ商法カラ削ッタ、即チ言葉ヲ換ヘテ言フト一旦商法ニ於テ採用セタ所ノ原則ヲ一般ノ規定トシテ民法ニ採用シタ、此傾向ハ餘程著シイノデ、或商法學者、即チ今佛蘭西ノ巴里ノ大學ノ商法ノ教授ヲシテ居ル「タレール」ト云フ人ナゾハ常ニサウ云フ、商法ハ侵略的法律デアルト云フ、ソレハドウ云フ意味カト云フト商法ノ規定ハ初ハ商事ニ特別ナモノデアッタノガ、段段總テノ場合ニ行ハルルコトニナッテ、詰リ民法一般ノ規定トナルト云フ傾ガアルト云フコトヲ言ッテ居ル、是ハ全クノ事實デアル、從テ「商法」ト云フ商事ニ特別ナル規定ト云フモノノ範圍ハ事ロ狹クナルノデ、從來商法ノ規定トシテ居タモノモ矢張リ民法ノ規定トナッテ仕舞フ、即チ此兩者ノ岐ルル所ガ段段少クナッタ其方ガ却テ進歩デアルト思フ、即チ進歩ノ點ヨリ言ヘバ之ヲ二ツ併セル方ガ最モ進歩シタノデアルト思フモ特別ナル理由トシテ普通學者ノ唱フル所ニ據レバ商事ハ尚ホ商法ヲ特別ニ致シマスル理由トシテ普通學者ノ唱フル所ニ據レバ商事ハ迅速ヲ貴ブ、手間ヲ入レレバ商機ヲ失フ、仕舞フ處ガアル、カラ迅速ヲ貴ブ、或ハ商機ヲ失ハナイヤウデモ資本ノ運轉ト云フコトヲ最モ速ニ致シマスレバソレ丈ケ利益ガ多イ、詰リ商業ハ迅速ヲ貴ブト云フノガ能ク學者ノ言フコトデ其爲メニ商法ニハ何事モ迅速ニ運ブヤウニ規定ガ出來テ居ル、ケレドモ此迅速ヲ貴ブト云フコトハ必ズシモ商業ニ限ルコトデナカラウト思フ、世ノ中ガ進歩スルニ從ッテ、農業ニ於テモ工業ニ於テモ其他ノ事柄ニ於テモ皆成ベク迅速ニ事ヲ運ブノガ宜シイト云フコトニナル、何モ商業以外ノ事ハ緩漫デ宜シイト云フコトハ決シテナイ、世ノ中ガ進歩スルニ從ッテ「時ハ是レ金ナリ」ト云ッテ皆迅速ヲ貴ブト云フコトニナル

今一ツノ理由ハ商業ハ信用ヲ重ズル、商法ニハ特ニ信用ヲ重ズル趣意ノ規定ガナクテハナラヌト云フコトヲ言フ、是モ何モ商業ニ限ルコトデハナイノデ、農業ニ於テモ工業ニ於テモ將タ其他ノ事業ニ於テモ信用ヲ重ジナケレバ到底進歩シタ社會ノ取引ハ出來ハシナイ、ソレダカラ何モ信用ヲ重ズルノハ商業ニ限ルト云フコトハナイ、斯樣ニ考ヘテ見ルト云フト詰リ商法ヲ特別ノ法典トシテ置ク又ハ之ヲ私法ノ特別ノ分科トシテ置クト云フコトハ甚ダ理由ニ乏シイコトニナッテ來ル、故ニ私ハ學理上ニ於テモ亦實際ニ於テモ民法ト商法ヲ分タナイ方

ガ宜イト思フ

我邦ノ法典ハ隨分急イデ編纂シタモノデアル、ソレデ初ハ民法ヲ佛蘭西人ノ「ボワッソナード」氏ニ頼ミ、商法ヲ獨逸人ノ「ロエスレル」氏ニ頼ンデ起草シテ貰ッタ、是ガ既ニ大ナル間違デ、民法ト商法トガ全ク別ノ手デ出來テ居ル爲メニ非常ナ矛盾ヲ來シテ居ッタ、然ルニ是ハ殆ド施行セラレヌデ皆延期セラレタ、商法ノ一部ハ多少ノ修正ヲ加ヘテ施行セラレマシタケレドモ其他ハ皆施行セズシテ延期セラレタ(明治三十一年七月ヨリ翌三十二年六月マデ名義上施行セラレテ居ッタケレドモ實際殆ド行ハレナカッタ)、之ニ代ルベキ法典ハ明治二十六年以來法典調査會ニ於テ出來マシタガ、其時ニ若シ自由ニ法典ヲ編纂スルコトガ出來タラバ私ハ飽マデ民法、商法ヲ一ツニシテ規定シタイト思フテ居ッタノデスケレドモ條約改正等ノ關係デ非常ニ急イダモノデスカラ前ニ二ツノ法典トナッテ居ルモノヲ併セテ一ツノ法典トスルノハ又一層困難ガ多イノデ姑息ナガラ矢張リ民法、商法ヲ別ナ法典トシテ規定スルコトニナッタ、尤モ私ハサウ云フ意見デアッタガ、他ノ人ハ悉ク同一ノ意見デアッタカドウカ保證シマセヌガ、兎ニ角私ハ民法ト商法ト分ツコトニ同意シタケレドモ學者トシテハ是ハ事ロ遺憾デアッタト云ハナケレバナラヌ、他ノ事情ガナカッタラ民法、商法ヲ併セテ一ツノ法典トシナケレバナラナカッタト思フ、何卒將來ニ於テハ此法典ヲ改正スル機會ガアッタラバ二ツノモノヲ一ニシテ規定セラルル方ガ宜カラウト思フノデアル

第三　民事訴訟法

私ガ此處デ「民事訴訟法」ト申スノハ廣イ意味デアッテ、寧ロ民事手續法ト申シタ方ガ宜イカモ知レヌト思フ、即チ其定義ハ「私法關係ニ付キ裁判所ノ干與ヲ請フ手續ヲ定メタルモノ」デアル

「民事訴訟法」ト云フ文字ヲ斯樣ナル廣イ意味ニ隨分用フル、併シ或ハ「民事手續法」ト申シタ方ガ宜シイカモ知レヌト思フ、狹イ意味ニ於テハ「民事訴訟法」ト云フモノハ係爭事件又ハ訴訟事件ニ關スルモノノミヲ謂フ、此「訴訟事件」ト云フノハ非訟事件ニ對シテ云フノデ、訴訟事件ト非訟事件トハ如何ナル點ニ於テ違フカト云フコトハ隨分學者間ニ議論ノアル問題デ、佛蘭西ニ於テモ獨逸ニ於テモ訴訟法學者ガ深ク研究シテ居ル問題デアル、極ク大體ヲ言ヘバ爭ニ係ル事件ニ關ス

ルモノハ訴訟事件デアリ、然ラザルモノハ非訟事件デアルト謂ハナケレバナラヌ、例ヲ申上ゲマスルト甲乙ノ間ニ爭ガアッテ、其爭ヲ決スル爲メニ裁判所ニ出ル、ソレハ訴訟事件デアル、之ニ反シテ別ニ爭ハナイノデアルガ、例ヘバ後見人ヲ選ブニ付テ親族會ヲ招集シナケレバナラヌト云フト其親族會ヲ裁判所ニ於テ招集シテ貰ハナケレバナラヌト云フノデ其招集ヲ請求スル、此等ハ非訟事件デアル、別ニ爭ハナイ、併シ裁判所ノ干與ヲ經ナケレバ出來ヌコトデアルカラソレデ裁判所ニ請求スル、之ニ反シテ訴訟ナラバソレハ爭ガアルノデ、即チ甲ガ乙ニ對シテ或權利ヲ主張スル、甲ガ之ニ對スル義務ヲ履行シナイカラソレデ裁判所ニ訴ヘテ其裁判ヲ求ムルト云フノガ訴訟事件、細目ニ渉ルト隨分ムヅカシイ問題ガアッテ、例ヘバ破產事件ト云フモノハ訴訟事件デアルカ非訟事件デアルカト云フコトガ今以テ問題デアル、併シ今日ノ有力ナル學說ニ據ルト破產事件ハ訴訟事件デアルト云フコトニナッテ居ル、サウ云フモノニ付テハ多少議論ガアリマスケレドモ要スルニ爭ニ係ルモノト然ラザルモノト云フノガ根本ノ區別デアラウト私ハ思フ

ソコデ此狹イ意味ノ「民事訴訟法」ト云フ方カラ申スト「民事訴訟法」ト名ケル法典ニ規定シテアルコトハ勿論、尙ホ其外ニ「人事訴訟手續法」ト云フ法律ガアル、ソレカラ私共ノ信ズル所デハ「破產法」ソレ等ノモノガ狹イ意味ニ於ケル民事訴訟法デアル、尤モ破產ノ規定ノ一部ハ寧ロ實體法デアッテ、訴訟法デハナイノデスケレドモ併シ其規定ノ大多數ハ民事訴訟法ニ屬スルモノデアルト思フ、ソレカラ廣イ意味ニ於ケル「民事訴訟法」寧ロ「民事手續法」ト云ッタ方ガ宜イカモ知レヌガ、其中ニハ「非訟事件手續法」ト云フ法律モ這入ルシ、ソレカラ「競賣法」ト云フモノモ這入ル、ソンナモノガ皆廣イ意味ノ民事訴訟法、若クハ民事手續法ノ中ニ這入ル、此等ノモノハ果シテ公法ナリヤ私法ナリヤト云フコトガヤカマシイ問題デアル

獨逸ニ於テハ今日ハ公法論ガ多數デアル、多數ノ學者ハ皆民事訴訟法ハ公法デアルト申ス、其理由ヲ釋ヌレバ民事訴訟法ハ人民ガ法律ノ保護ヲ求ムル權利ノ側カラ觀察シテ居ル、各人ガ其私權ノ伸張ニ付テ國法ノ保護ヲ仰グ、裁判所ニ依ッテ其伸張ヲ圖ル、即チ言葉ヲ換ヘテ言ヘバ各人ガ裁判所ニ向ッテ或權利ノ實行ヲ

求ムルト云フコトニ關スル規定デアルカラ即チ是ハ公法デアル、前ニ申シマシタ「國ガ其資格ニ於テ行動スル場合ニ關スル法律デアル」即チ裁判所ト云フモノハ國ノ一ツノ機關デアル、デ其國ガ裁判所ト云フ機關ニ依ッテ各人ノ權利ヲ保護シテヤルト云フコトニ關スル法律デアルカラ公法デアルト、斯ウ云フヤウナ側カラ云ッテ居ル、若シ之ヲ公法ノ細別ニ付テ何レノ部類ニ屬スルモノカト云ヘバ無論行政法ニ屬スルモノト謂ハナケレバナラズ、即チ主權ノ作用ヲ掌ル機關ノ職務ニ關スル法律デアル、裁判所ノ職務ト云フ方カラ云ヘバソレニナル、或ハ人民ガ裁判所ニ向ッテ或事ヲ請求スル權利又ハ裁判所ガ人民ニ向ッテ或事ヲ命令スル權利ト云フ側カラ云ヒマスルト國ト人民トノ間ノ關係ヲ定メタル法律デアルト謂ハナケレバナラズ、何レノ點カラ見テモ行政法デアル、此事ハ獨逸ノ學者モ認メラ居ルノデ例ヘバ「フ゛ッチング」ト云フ人ハ廣イ意味ノ行政法ノ中ニ民事訴訟法ト云フモノハ含マレテ居ルト云フコトヲ云ッテ居ル、公法說ヲ取レバ必ズサウデナケレバナラズト私ハ思フ

佛蘭西ニ於テハ之ニ反シテ私法說ガ多數デアル、是ハ觀察點ガ違フノデ、人民ガ裁判所ニ訴ヘルト云フコトハ詰リ其私權ヲ伸張スル一ノ方法ニ過ギナイ、債權者ガ執達吏ヲ債務者ノ許ニ遣シテ催告ヲ爲ストト云フノモ、裁判所ニ訴ヘテサウシテ其履行ヲ求ムルト云フノモ同ジコトデアル、詰リ債權者カ債務者ニ向ッテ其權利ヲ主張スルノデアルガ、其方法ハ自分ガ自ラ行ッテ催促ヲシテモ宜シ、辯護士ヲ賴ンデ催促ヲシテモ宜シ、執達吏ヲ賴ンデ催促ヲシテモ宜シ、裁判所ヲ賴ンデ催促ヲシテモ宜イト、斯ウ云フヤウニ人民ノ權利ニ關スル問題デアルト斯ウ云フ風ニ見テ居ル、ソコカラシテ是ハ私法デアルト云フ

前ニチョット申上ゲタカト思フガ、瑞西ノ「ロガニン」ト云フ人ノ名高イ著書ガアル、其著書ハ佛蘭西文デ書イテアルケレドモ中ニ參考シテアル本ハ却テ獨逸ノ本ガ多イ位、瑞西人ハ大抵佛蘭西ノ著書ト獨逸ノ著書ト兩方參考シテ居ル、「ロガニン」ハ學者デスカラ無論兩國ノ著書ヲ參考シテ、サウシテ本ヲ書イテ居ル、其中ニ公法、私法ノ問題モ餘程詳シク又巧ニ論ジテ居ルガ、畢竟スルニ此「ロガニン」ト云フ人ハ民事訴訟法ハ私法デアルト云フ說ヲ取ッテ居ル

私ノ思フニハ孰レモ理由ガアルノデ、必ズシモ獨逸ノ學者ノ說ガ誤ッテ居ル、佛蘭

西ノ學者ノ說ガ誤ッテ居ルトハ云ヘヌト思フ、動モスルト獨逸ノ學者ハ佛蘭西ノ私法說ハ誤ッテ居ルト曰フ、況ヤ日本ノ所謂獨逸學者ハ固ヨリ佛蘭西ノ學說ヲ知ラヌ人ガ多イカラ私法說ハ誤ッテ居ルト云ヒマスケレドモソレハ狹イ量見デ私ハサウ云フコトハ容易ニ言ヘルモノデナイト思フ、諸ヲ觀察點ガ違フ、裁判所ノ仕事ト云フ方ニ重キヲ置ケバ無論是ハ公法ト謂ハナケレバナラヌ、併ナガラ人民ノ權利ヲ行フト云フコトニ重キヲ置クト私法ト謂ハナケレバナラヌ、ドチラニシテモ實ハ宜イ、極メヤウ次第デアル、我邦ニ於テ立法者ガ如何ナル說ヲ取ッタカ、公法說ヲ取ッタカ、私法說ヲ取ッタカト申シマスルト私ハ我邦ノ立法者ハ確ニ私法說ヲ取ッタト謂ハナケレバナラヌト思フ、外ニモ論據ハナイトハ云ヘマセヌガ併シ其一ツノ論據、而シテソレハ爭フベカラザル論據ト私ハ信ズルノデアルガ、ソレハ民法ノ第十二條第一項ノ第四號ニ「訴訟行爲ヲ爲スコト」ト云フノガアル、茲ニ「左ニ掲ゲタル行爲」ト云フ、是ハ法律行爲デアルト云フコトハ何人モ疑ハナイ、ソレハ第四條ニハ「法律行爲」ト書イテアリマスカラ、ソレカラアトハ「行爲」、「行爲」ト書イテアル、併シ皆法律行爲ノ意味デアルト云フコトハ何人モ疑ハヌヤウデス、然ルニ民法ニ謂フ所ノ「法律行爲」ト云フモノハ私法的ノモノデアッテ、私ハ之ヲ「私權ニ關スル云云」ト云ッテ定義ヲ下シマシタガ、人ニ依ッテハ「私法上ノ云云」ト云ッテ定義ヲ下シマス、ドチラニシテモ觀念ハ同ジコトデ、要スルニ是ハ私法的ノモノ、其中ニ訴訟行爲ト云フモノガアル、訴訟行爲ト云フモノハ先ヅ訴ノ提起ト云フモノ、ソレカラ被告人トナッテソレニ答辯ヲ爲ス、其答辯ト云フモノ、其他上訴デアルトカ、取下デアルトカ皆訴訟行爲、公法說ニ據ルト私法的ナル法律行爲ト云フモノデハナイト謂ハナケレバナラヌ、ケレドモ我民法デハ法律行爲ト見テ居ル、然ラバ矢張リ私法的ノモノデアル、訴訟行爲ガ私法的ノモノデアルナラバ訴訟行爲ニ關スル法律ガ民事訴訟法デアルカラ民事訴訟法ハ私法デアルト謂ハナケレバナラヌ、尤モ法典ノ規定ト云フモノハ主トシテ便宜上出來テ居ルモノデアッテ、學理ニ拘泥スルモノデハアリマセヌカラ民事訴訟法ノ中ニモ純然タル公法的規定ハ數多アル、併ナガラ多數ノ規定ハ私法デアルト斯ウ云ハナケレバナラヌ、私ハ外ノ法律デモサウデアッテ成文ハカッキリ學理的ニ合ウテハ居ラヌ憲法ト云ッテモ憲法上ノ規定バカリハ含ンデ居ラヌト云フヤウナモノデス

カラ、私ハ我邦ノ立法者ノ主義即チ訴訟行爲ヲ法律行爲ト見タ、從テ民事訴訟法ヲ私法ト見タト云フ主義ガ寧ロ公法說ヨリハ穩當デアルト思フ、其理由ハ一ツニハ民事訴訟法ガ行政法デアルト云フコトハ從來我邦ニ行ハレテ居ル、普通ノ言葉ノ意味ニ反スル、民事訴訟法ガ行政法デアルト云ヘバ素人ハ勿論法律家ト雖モチヨット驚クデアラウト思フ、併シ公法說ヲ取レバ勢ヒサウ見ナケレバナラヌ、ソレカラ第二ニハ當事者ガ訴訟行爲ヲ爲ス場合ニ裁判所ヲ相手方ト見レバコソ公法的行爲ニナル、裁判所ニ向ッテ或事ヲ爲ス、或ハ裁判所ガ當事者ニ向ッテ或事ヲ爲スト云フカラソレデ公法的行爲ニナル、即チ裁判所ノ職務デアルトカ又ハ裁判所ト人民トノ間ノ關係デアルト云フノダカラソレデ公法ニナル、併ナガラ私ハ裁判所ヲ當事者ノ相手ト見ル方ハ其當ヲ得ナイト思フ、右樣ナ觀察點カラ致シマスルト從來學者モ爭ハナイ所ノ民法、商法ノ規定デモ矢張リ公法ニ屬スルト云ハナケレバナラヌコトガ多イデアラウト思フ、例ヘバ婚姻デアル、婚姻ハ我民法ニ於テハ屆出ニ依ッテ成立スルト云フコトニナッテ居ル、屆出ト云フノハ誰ニ屆出ヲ爲スノカ、戸籍吏ニ屆出ヲ爲スノデアル、戸籍吏ト云フノハ言フ

マデモナク公法上ノ機關デアル、婚姻ノ屆出ト云フモノハ若シ戸籍吏ヲ相手トシタナラバドウシテモ公法的ノモノト謂ハナケレバナラヌ、從テ婚姻ハ屆出ニ依ッテ成立スルト云フカラ婚姻其物ハ公法的ノモノデ、私法的ノモノデハナイト謂ハナケレバナラヌ、裁判所ガ公法的機關デアルカラソレニ依ッテ爲ス所ノ事柄ガ公法上ノ行爲デアルト云フナラバ戸籍吏モ公法上ノ機關デアルカラソレニ依ッテ爲ス行爲モ公法的行爲ト謂ハナケレバナラヌ、即チ婚姻ハ公法ニ屬スルモノト斯ウ謂ハナケレバナラヌ、其他隱居養子緣組、離婚離緣ナドモ皆屆出ニ依ッテ爲スモノデアル、然ラズンバ訴訟ニ依ッテ爲スノデアル、訴訟ニ依ッテ爲ス場合ハ固ヨリ民事訴訟法ニ屬スルカラ問題ヲ問題デ決スルヤウニナルガ、ソレヲ除ケバ皆屆出ニ依ッテ爲ス、即チ戸籍吏ニ屆出ヅルニ依ッテ爲ス、此等ノモノ即チ隱居モ公法ニ屬シ、養子緣組モ公法ニ屬シ、離緣離婚モ公法ニ屬スルト謂ハナケレバナラヌ、加之債權債務ニ關スル事柄、或ハ物權ニ關スル事柄デモ公正證書ニ依ル場合ハ隨分多イ、我邦ニハ公正證書ニ依ラナケレバナラヌトナッテ居ル場合ハ還言ヲ除イタハ殆ドアリマセヌケレドモ併シ實際ヤレバ利益ガアル、例ヘバ確定

日附ヲ得ルト云フヤウナ利益ガアル、其事ハ民法ニハ規定ニナッテ居マセヌケレドモ民法施行法ニ規定ニナッテ居ル、サウスルト公正證書ヲ作ラシムルト云フ場合ニ皆公法的ノモノニナッテ仕舞フ、何トナレバ公正證書ハ公證人ヲシテ作ラシムルモノデアル、公證人ハ公法上ノ機關デアル、是ハ疑ナイ、サウスルト云フト契約書ヲ公證人ニ作ラシメヲ即チ公正證書ヲ作ルト云フト、ソレハ公法的行爲ニナッテ仕舞フ、隨テ契約モ公法的ニナッテ仕舞フ、ソレカラ今日デモ隨分行ハレテ居ルカラ是カラ法律思想ガ發達スルト益〻行ハルルデアラウト思フコトハ執達吏ヲ以テ催告、通知ナドヲ爲スト云フコトデアル、執達吏モ是モ公ノ機關、公法上ノ機關デス、現ニ執達吏ハ私共ハ官吏デアルト思フ、官吏説ヲ取ラナイ者モ公吏デアルト云フコトハ疑ハナイ、ドチラニシテモ公法上ノ機關デアル、ソレニ依ッテ催告ヲ爲ス、通知ヲ爲スト云フコトハ公法的行爲ニナル、サウスルト催告、通知ト云フコトガ公法ニ屬スル、然ルニ是ニ民法ニ「法律行爲」トシテ規定シテアル事柄ガ皆悉ラヌデハ民法ノ規定ハマルデ駄目ニナッテ仕舞フ、ソレハ我民法ニ於ケルノミナラズ獨逸民法ニ於テモサウデアル、法律行爲ニ關スル規定ガ此場合ニ悉ラナカッタラ非常ニ困ル、然レドモ執達吏ニ依ッテ或行爲ヲ爲ス場合ニハソレハ公法デハナイ、裁判所ニ依ッテ或行爲ヲ爲ス場合ニハ公法ダト云フコトハドウシテモ分ラヌ、ソレハ「ロジーク」ニ合ハヌ、斯樣ニ論ジテ見ルト公法説ニ據リ所ガアルト云フコトハ認メマスガ、併ナガラ寧ロ私法説ノ方ガ其當ヲ得テ居ルト謂ハナケレバナラヌ、以上ノ理由ニ因テ私ハ民事訴訟法ト云フモノハ矢張リ私法ノ中ニ入レテ置ク、之ヲ公法トスルト云フ説ハ新シイ、併シ新シイ説デモ正シイトハ極ッテ居ラヌ

第四　國際私法

是ハ「二國以上ノ人民相互ノ關係ヲ定メタル法律」デアル、成文ト致シテハ法例ノ第三條以下ニ規定シテアル「法例」ト云フモノノ第一條ト第二條ハ外ノ事ヲ規定シテ居ルケレドモ第三條以下ハ總テ國際私法ノ規定デアル、是モ公法デアルト云フ説ガアル、即チ國際私法ト云フノハ例ヘバ私ガ外國ニ參ッテ居ルナラバ其外國ニ於テ私ハ其國ノ法律ノ支配ヲ受ケルカ、ソレトモ日本ノ法律ノ支配ヲ受ケルカ、或ハ外國人ガ日本ニ來テ居ル場合ニ其外國人ハ本國ノ法律ノ支配ヲ受ケ

ルカ、又ハ日本ノ法律ノ支配ヲ受ケルカ、或ハ日本ニ居ル者ト英吉利ニ居ル者トノ間ニ契約ヲ結ブト云フ場合ニハ其契約ニ關シテハ英吉利ノ法律ヲ適用スルカ將タ日本ノ法律ヲ適用スルカト云フヤウナコトガ皆國際私法ノ問題デアル、ソコデ公法説ノ者ハ曰ク或場合ニ如何ナル法律ヲ適用スベキカト云フコトハソレハ公法的ノモノデアル、即チ其場合ニハ國ハ如何ナル法律ニ依ッテ支配ヲ爲スカト云フコトデアッテ全ク國ト人民トノ關係ヲ定メタモノデアル、或ハ又見樣ニ依ッテハ詰リ主權ノ作用ノ原則ヲ定メタモノデアルト云フコトモ云ヘナイコトハナイ、要スルニ是ハ公法ニ屬スル即チ或ハ憲法的ノモノデアルトモ言ヘルカモ知レヌ

此説モ近來隨分盛ニ行ハレテ居ル、私ハ矢張リ是ハ誤ッテ居ルトハ言ハヌ、併ナガラ私ガ外國ニ行ッテ居ル場合ニ日本ノ法律ニ依ッテ支配セラルルカ其在留國ノ法律ニ依ッテ支配セラルルカ、外國人ガ日本ヘ來テ居ルトキニ日本ノ法律ニ依ッテ支配セラルルカ、本國法ニ依ッテ支配セラルルカ、日本ト英國トノ間ニ於テ取結ンダル契約ハ孰レノ國ノ法律ニ依ッテ支配セラルルカト云フコトハ取モ直サズ

終ニ一言スヘキハ禁治產者ニ非サルモ心神喪失ノ狀態ニ在ル者ニ對シテ爲シタル意思表示ノ效力如何ノ問題是ナリ我民法ニハ未成年者及ヒ禁治產者ニ對スル意思表示ノ效力ニ付キ規定アルモ禁治產者ニ非スシテ心神喪失ノ常況ニ在ル者ニ對スル意思表示ノ效力ヲ規定セス故ニ此場合ニ於ケル意思表示ノ效力如何ハ一ノ問題ナルヘシ「コザック」氏ハ此場合ニ於ケル意思表示ハ全ク有效ナルモノトセルモノノ如シ(「コザック」氏獨逸民法論第五六章參照)予ハ意思表示ニ關シテハ所謂發信主義若クハ表示主義ヲ採ルト認知主義若クハ受信主義ヲ採ルトニ依リ其論決ヲ異ニスヘキモノナリト信ス即チ若シ表示主義發信主義ノ如ク意思表示ノ效力ヲ生スルニハ相手方ヲシテ其意思表示アリタルコトヲ知ラシムルノ必要ナシトセハ心神喪失者ニ對スル意思表示ニテモ之ヲ有效ナリト謂フヲ得ヘク之ニ反シテ若シ認知主義若クハ受信主義ノ如ク意思表示ノ效力ヲ生スルニハ相手方ヲシテ知ラシムルコトヲ必要ナリトセハ心神喪失者ニ對スル意思表示ハ之ヲ無效ト爲サザルヘカラス而シテ我民法ハ右四主義中隔地者ニ對スル意思表示ニ付テハ原則トシテ受信主義ヲ採レルコト既ニ述ヘタ

ルカ如シ唯對話者間ノ意思表示ニ付テハ何レノ主義ヲ採レルヤ明瞭ナラサルモ隔地者ニ對スル意思表示ニ付キ受信主義ヲ採用シタル點ヨリ推測スルトキハ對話者間ノ意思表示ノ場合ニ於テハ認知主義ヲ採リタルモノト謂フコトヲ得ヘシ隨テ我民法ノ解釋トシテハ心神喪失者ニ對スル意思表示ハ全然無效ナルヘシト信ス

第五節　代理

第一款　代理ノ觀念

我民法ニ於テハ自然人ハ總テ權利能力ヲ有ス然レトモ行爲能力ニ至リテハ各人皆悉ク之ヲ有スルモノト謂フコトヲ得ス或ハ絶對ニ行爲能力ヲ有セサル者アリ或ハ單ニ限定セラレタル範圍内ニ於テノミ其能力ヲ有スル者アリ又法人ニ付テハ種種ノ學說アレトモ予輩ハ法人ハ絶對ニ行爲能力ヲ有セサルモノト信ス然ルニ元來權利能力ナルモノハ單ニ之ヲ有スルノミニテハ各人ニ對シ格別有益ノモノニ非ス之ヲ行使スルヲ以テ始メテ其價値ノ大ナルコトヲ得ルモノナリ故ニ法律上自ラ行爲能力ヲ有セサル者ハ他人ヲシテ此行爲能力ノ欠缺ヲ補充セシムル制度アルコトヲ必要トス加之縱令行爲能力者ナルモ或ハ不在ノ爲メ或ハ疾病公務其他ノ事情ノ爲メニ事實上自ラ法律行爲ヲ爲スコトヲ得サル場合アリ故ニ此等ノ場合ニ於テモ亦行爲能力ヲ伸張スル制度アルヲ必要トス是レ代理制度ノ生スル所以ナリ

古昔羅馬ニ於テハ法律行爲ハ各當事者自ラ之ヲ爲スコトヲ要スルモノトシ原則トシテ代理制度ヲ認メサリキ羅馬法ニ依レハ所謂家長ハ奴隸又ハ家族ノ行爲ニ因リ當然權利ヲ得義務ヲ負擔スルカ如キ規定アリシモ此規定ハ決シテ今日ノ所謂代理ノ觀念ニ基キシモノニ非ス然レトモ羅馬ニ於テモ時勢ノ必要ニ因リ漸次例外トシテ代理ノ制度ヲ認メタル部分アリ例ヘハ羅馬法ニ於テモ占有ハ代理人ニ依リ之ヲ取得スルコトヲ得其結果所有權モ亦代理人ニ依リテ取得スルコトヲ得タリ其他羅馬ニ於テハ質權又ハ抵當權ノ如キモ代理人ニ依リテ之ヲ取得スルコトヲ得タリ然レトモ既ニ述ヘタル如ク羅馬ニ於テハ原則トシテ他クマテ代理制度ヲ認メサリキ之ニ反シ現今ニ於テハ羅馬法ト全ク正反

對ニシテ原則トシテ代理ヲ認メ唯法律行爲ノ性質又ハ特別ノ明文ニ依リ例外トシテ代理ヲ許サヽル場合アルノミ例ヘハ婚姻養子緣組又ハ遺言ノ如キハ其行爲ノ性質上ヨリ之ヲ考フルモ代理ヲ許スコト能ハサルコト明カナルヘシ代理トハ如何ナルモノナルヤニ付テハ學者ニ依リ種種ノ議論アルカ如シ然レトモ予ハ我民法ノ解釋上代理トハ一人ノ意思表示又ハ一人ニ對シテ爲シタル意思表示カ直接ニ他人ニ對シテ其效力ヲ生スル法律關係ヲ謂フモノナリトスルヲ適當ナリト信ス(第九九條)以下此觀念ニ付キ分析シテ之ヲ說明スヘシ

一　代理ハ一箇ノ法律關係ナリ

法律關係トハ人ト人又ハ人ト物トノ關係ニシテ法律上ノ效力ヲ有スルモノヲ謂フ而シテ一人カ意思表示ヲ爲スカ又ハ一人ニ對シテ意思表示ヲ爲シタル場合ニ於テ法律上直接ニ他人ニ對シテ其效力ヲ生スル人ト人トノ關係ヲ稱シテ代理ト謂フモノナルカ故ニ代理モ亦一ノ法律關係ナリト謂フコトヲ得ヘシ

二　代理ハ意思表示ニ關スルモノナリ

意思表示トハ既ニ述ヘタル如ク當事者カ法律上ノ效力ヲ生セシムルコトヲ目的トスル意思ヲ表示シ法律カ其當事者ノ希望ニ應シテ效力ヲ生セシムル場合ヲ謂フモノナリ而シテ我民法ニ於ケル代理ノ規定ハ此意思表示ニ關スルモノニシテ民法上ノ行爲全體ニ關スルモノニ非ス故ニ我民法上所謂不法行爲ノ代理ナキハ勿論又不法行爲ニモ非ス法律行爲ニモ非サル所謂其他ノ行爲ニ付テモ直接ニ此代理ノ規定ヲ適用スルコト能ハス例ヘハ法人ノ理事其他ノ代理人カ其職務ヲ行フニ付キ他人ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ於テ代理ノ原則ニ依リ法人カ其不法行爲ヲ爲シタルト同一ノ效力ヲ生スルモノト爲スヲ得ス(第四四條)又例ヘハ甲カ乙ノ爲メニ丙ノ動產ニ對シテ工作ヲ加ヘタル場合ニ於テ代理ノ原則ニ依リ其加工カ直接ニ乙ニ對シテ效力ヲ生スルモノト爲スコト能ハサルヘシ(第二四六條但我民法ニ於テ所謂其他ノ行爲ニ付キ代理ヲ認メタルモノアリ例ヘハ代理占有ノ如キ是ナリ(第一八一條)然レトモ是レ民法ノ總則編代理ノ規定ノ適用ニハ非スシテ特別ノ明文ニ依リ代理ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ尙ホ訴訟行爲ニ付テモ代理ナルモノアレトモ是レ訴訟法ニ規定スヘキコトナルカ故ニ勿論民法中ニ規定ナシ

三　代理ノ場合ニ於ケル意思表示ハ代理人自ヲ之ヲ爲シ若クハ代理人其者ニ對シテ之ヲ爲スモノナリヤ是レ代理ノ場合ニ於ケル意思表示ハ何人ノ意思表示ナリヤ即チ代理人ノ意思表示ナリヤ又ハ本人ノ意思表示ナリヤ此等ノ點ニ付テハ種種ノ學說アリ今其重ナルモノヲ左ニ揭クヘシ

(イ)　本人行爲說　此說ニ依レハ代理ノ場合ニ於ケル意思表示ハ本人ノ意思表示ニシテ代理人ハ單ニ本人ノ意思ヲ傳達スル機關ニ過キスト爲ス「サビニー」「シーイル」「ヘルマン」ノ如キ此說ヲ主張ス

(ロ)　代理人行爲說　此說ニ依レハ代理ノ場合ニ於ケル意思表示ハ本人ノ意思表示ニ非スシテ代理人ノ意思表示ナリト云フニ在リ學者中「レーグルスベルグル」「エンデマン」「コザック」等ノ諸氏之ヲ主張ス

(ハ)　共同行爲說　此說ニ依レハ代理ノ場合ニ於ケル意思表示ハ單純ニ本人ノ意思表示ニモ非ス又代理人ノ意思表示ニモ非スシテ本人及ヒ代理人ノ共同ノ意思表示ナリト爲ス此說ハ前二說ヲ折衷シタルモノニシテ「デルンブルヒ」「ミッタイス」等ノ主張スル所タリ

右ノ三說中孰レカ長モ正當ナリヤ是レ一ノ問題ナルヘシ然レトモ予輩ノ信スル所ニ依レハ本人行爲說ニハ種種ノ缺點アリ即チ若シ本人行爲說ノ如ク代理ノ場合ニ於ケル意思表示ハ之ヲ本人ノ意思表示ナリトセハ少クトモ彼ノ幼者又ハ瘋癲白痴等ノ如キ意思無能力者ノ代理ノ場合ハ此說ニ依リ之ヲ說明スルコトヲ得サルヘシ學者或ハ此論駁ヲ避ケンカ爲メ所謂法定代理ト委任代理トヲ區別セントスル者アリ然レトモ此ノ如ク代理ヲ二箇ノ場合ニ區別シ一ノ場合ニ於ケルト他ノ場合ニ於ケルトニ依リ代理ノ觀念全ク異ナルモノナリトスルハ少クトモ我民法ノ採レル主義ニ非サルヘシ加之本人行爲說ハ曾ニ法定代理ノ場合ノミナラス任意代理ノ場合ニ於テモ例ヘハ本人カ代理人ニ對シ概括的ノ委任ヲ爲シ或特定ノ行爲ニ付テハ全ク其事實ヲ知ラサルカ如キ場合若クハ代理人カ本人ノ意思ニ適セサル行爲ヲ爲シタルカ如キ場合ハ之ヲ說明スルコトヲ得サルヘシ予ハ我民法ノ解釋上代理人行爲說ヲ以テ最モ適當ナルモノナリト信ス即チ代理ノ場合ニ於ケル意思表示ハ本人ノ意思表示ニ非スシテ代

理人ノ意思表示ナルモ唯其意思表示カ直接ニ本人ニ對シテ其效力ヲ生スルニ過キサルモノト爲ス彼ノ共同行爲說ノ如キモ猶ホ本人行爲說ノ如ク少クトモ法定代理ノ場合及ヒ任意代理ノ場合ニ於テモ本人カ概括的ノ委任ヲ爲シ或特定ノ行爲ニ付テハ全タ其事實ヲ知ラサルカ如キ場合ヲ適當ニ說明スルコト能ハサルヘシ我民法第九十九條第一項ニ依レハ代理人カ其權限內ニ於テ本人ノ爲メニスルコトヲ示シテ爲シタル意思表示ハ直接ニ本人ニ對シテ其效力ヲ生スト是レ明カニ代理人行爲說ヲ採用シタルモノナリ

前ニ述ヘタル如ク我民法上代理人ハ自己ノ意思ヲ表示スルモノニシテ本人ノ意思ヲ傳達スルモノニ非ス故ニ代理人ト所謂使者トハ明カニ之ヲ區別セサルヘカラス使者トハ本人ノ單純ナル機關ニシテ書面又ハ口頭ヲ以テ本人ノ意思ヲ傳達スルニ過キスシテ毫モ自己ノ意思ヲ表示スルモノニ非ス前ニモ述ヘタル如ク代理ノ場合ニ於テハ代理人自ラ意思表示ヲ爲ス場合ト第三者カ代理人ニ對シテ意思表示ヲ爲ス場合トアリ(第九九條)而シテ代理人カ積極的ニ自ラ意思表示ヲ爲ス場合ノ外之ト反對ニ消極的ニ第三者ノ意思表示ヲ受クル場合ニ於テモ亦所謂使者ト異ナル即チ代理ノ場合ニ意思表示ヲ受クル者ハ本人ニ非スシテ代理人自身ナリ之ニ反シテ使者ノ場合ニ於テ意思表示ヲ受クル者ハ使者ニ非スシテ本人ナリ唯使者カ本人ニ對シテ爲ス所ノ意思表示ヲ本人ノ機關トシテ之ヲ受クルニ過キス

以上述フルカ如ク我民法上ニ於ケル意思表示ハ代理人自ラ之ヲ爲スカ若クハ代理人自身ニ對シテ之ヲ爲スモノニシテ唯其效力カ本人ニ及フニ過キス故ニ意思表示其モノニ關スルコトハ代理人ニ付テ之ヲ定ムヘキモ之ニ反シテ意思表示ノ效力ヲ生スルコトヲ得ルヤ否ヤニ關スルコトハ本人ニ付テ之ヲ定ムヘキモノナリトス隨テ左ニ述フルカ如キ結果ヲ生ス

(4) 代理人ハ能力者タルコトヲ要セス　代理人ハ自ラ意思表示ヲ爲スモノナルカ故ニ意思能力ヲ有セサルヘカラサルヤ勿論ナリ然レトモ代理人ハ意思能力ヲ有スレハ足レルモノニシテ所謂能力者タルコトヲ要セス(第一〇二條)元來無能力ナル制度ハ專ラ無能力者ヲ保護スルカ爲メニ設ケラレタルモノナリ然ルニ代理ノ場合ニ於テハ代理人ノ爲シタル意思表示ノ效力ハ直接ニ本人ニ對

シテ生スルモノニシテ代理人ニ對シテハ何等ノ關係ナキモノナルカ故ニ無能力者ニテモ代理人タルヲ妨ケサルナリ

(ロ)意思表示ノ效力カ意思ノ欠缺詐欺强迫又ハ或事情ヲ知リタルコト若クハ之ヲ知ラサル過失アリタルコトニ因リテ影響ヲ受クル場合ニ於テハ其事實ノ有無ハ代理人ニ付テ之ヲ定ムヘキモノナリ代理ノ場合ニ於ケル意思表示カ代理人ノ意思表示ナリトスル以上ハ其效力カ右ニ述ヘタルカ如キ事情ニ依リ影響ヲ受クル場合ニ於テ其事實ノ有無ヲ代理人ノ身ニ付テ定ムルハ當然ノ結果ナルヘシ例ヘハ意思表示カ所謂意中ノ留保ノ場合ナリヤ將タ虛僞ノ意思表示ナリヤハ毫モ本人ニ關係ナク總テ代理人ニ付テ之ヲ定ムヘキモノトス(第一〇一條第一項但此點ニ付テハ一ノ例外アリ即チ本人カ代理人ニ對シ概括的ニ委任セスシテ或特定ノ行爲ヲ爲スコトヲ委任シタル場合ニ於テ代理人カ本人ノ指圖ニ從ヒ其行爲ヲ爲シタルトキハ本人ハ其自ラ知リタル事情ニ付テハ代理人カ知ラサルコトヲ主張スルコトヲ得ス本人ノ過失ニ因リ知ラサリシ事情ニ付テモ亦同シ(第一〇一條第二項)例ヘハ甲カ乙ニ對シ其意ニ非スシテ金千圓ヲ贈與スヘシトノ意思ヲ表示シタル場合ニ乙ハ其贈與ハ甲ノ眞意ニ非サルコトヲ知ルモ丙ヲ代理人トシテ其贈與ヲ受諾スル旨ノ意思表示ヲ爲サシメ而シテ丙ハ此意中留保ノ事實ヲ知ラサリシ場合ノ如キ是ナリ此場合ニ於ケル甲乙間ノ贈與ハ相手方カ表意者ノ眞意ヲ知レルカ故ニ無效ナリト謂ハサルヘカラス(第九三條但書)

(ハ)意思表示ノ效力ヲ生スルコトヲ得ルヤ否ヤハ本人ニ付テ之ヲ定ムヘキモノナリ代理人ハ自ラ意思表示ヲ爲スモノナレトモ其意思表示ノ效力ハ本人ニ及フモノナルカ故ニ其效力ヲ生スルコトヲ得ルヤ否ヤ(Möglichkeit der Wirkung)ハ本人ニ付キ之ヲ定メサルヘカラス例ヘハ外國人カ日本ニ於テ日本人ヲ代理人トシ土地賣買契約ヲ爲サシメタル場合ニ其賣買ノ效力ヲ生スルヤ否ヤニ付テハ本人タル外國人ニ付キ之ヲ定メサルヘカラサルカ如シ

四　代理ノ場合ニ於ケル意思表示ハ直接ニ本人ニ對シテ其效力ヲ生スルモノナリ

前述ノ如ク代理ノ場合ニ於ケル意思表示ハ代理人自己ノ意思表示ナルカ若ク

ハ第三者カ代理人ニ對シテ之ヲ爲スモノナリ然レトモ意思表示ノ效力ハ代理人ニ對シテ生スルモノニ非スシテ直接ニ本人ニ對シテ其效力ヲ生スルモノナリ故ニ意思表示ノ側ヨリ觀レハ代理人ハ直接ノ當事者ナルモ意思表示ノ目的タル效力ノ點ヨリ觀レハ全ク無關係ノ地位ニ立ツモノニシテ其效力ノ直接ノ當事者ハ本人ナリ隨テ其結果ヨリ言ヘハ本人カ自ラ意思表示ヲ爲スカ若クハ意思表示ヲ受クルト毫モ異ナルコトナシ此ノ如ク代理人ノ場合ノ意思表示ハ直接ニ本人ニ對シテ效力ヲ生スルモノナルヲ以テ學者ノ所謂間接代理(indirecte Stellvertretung)ハ我民法ノ認スル所ニ非ス間接代理トハ代理人カ自己ノ名義ニ於テ他人ノ爲メニ意思表示ヲ爲ス場合ヲ謂フ間接代理ノ意思表示ノ效力ハ直接ニ本人ニ及フモノニ非スシテ其意思表示ニ因リ直接ニ權利ヲ得若クハ義務ヲ負擔スル者ハ代理人ナリ唯代理人ハ一旦自己ノ取得シタル權利ヲ本人ニ移轉スルノ義務ヲ負擔シ又ハ本人ヲシテ其取得シタル義務ヲ履行セシムル權利ヲ有スルニ過キサルナリ我民法ノ所謂代理中ニハ此間接代理ヲ含マス[illegible]右ニ述ヘタル如ク我民法上代理ノ場合ニ於ケル意思表示ノ效力ハ直接ニ本人ニ及フモノナリ然レトモ其效力ノ本人ニ及フニハ左ノ二要件ヲ具備スルコトヲ必要トス[illegible]

(イ)代理人ノ權限內ニ於ケル意思表示ナルコト[illegible]

代理人ノ場合ニ於ケル意思表示カ直接ニ本人ニ對シテ效力ヲ生スルニハ代理人カ其權限內ニ於テ意思表示ヲ爲スカ若クハ其權限內ノ行爲ニ付キ意思表示ヲ受クルコトヲ必要トス(第九九條)故ニ代理人カ權限外ノ行爲ヲ爲シタルトキハ原則トシテ本人ハ其行爲ニ付キ責任ナキモノナリ然レトモ我民法ニ於テハ取引ノ安全ヲ保護スルカ爲メ代理人カ權限外ノ行爲ヲ爲シタル場合ニ第三者カ權限アリト信スヘキ正當ノ理由ヲ有シタルトキハ例外トシテ本人カ其行爲ニ付キ責ニ任スヘキモノトセリ(第一〇九條第一一〇條)茲ニ正當ノ理由トハ例ヘハ法人ノ理事ハ法人ト理事トノ利益相反スル事項ニ付テハ代理權ヲ有セサルニ拘ハラス其權限外ノ行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ第三者カ利益相反スルハ事實ヲ知ラサル場合ノ如キ是ナリ(第五七條)此場合ニ於テ理事ノ爲シタル行爲ハ全ク權限外ノ行爲ナルモ法人ハ第三者ニ對シテ其責ニ任スヘキモノナリ

(ロ)本人ノ爲メニスルコトヲ示シテ爲シタル意思表示ナルコト

代理ノ場合ニ於ケル意思表示カ本人ニ其效力ヲ及ホスニハ意思表示カ代理人ノ權限内ノモノタル場合ノミナラス本人ノ爲メニスルコトヲ示シテ爲シタルモノナルコトヲ必要トス(第九九條)故ニ代理人カ單ニ本人ノ爲メニ意思表示ヲ爲スノ意思ヲ有スルノミニテ其意思ヲ外部ニ表示セサルトキハ民法上代理ノ效力ヲ生セス然レトモ民法ニ於テ此本人ノ爲メニスルコトヲ示スハ必スシモ特ニ之ヲ明示セサルヘカラスト云フノ趣旨ニ非ス暗默ニ其意思ヲ表示スルモ固ヨリ可ナリ但我商法ニ於テハ代理人カ意思表示ヲ爲スニ付キ特ニ本人ノ爲メニスル意思ヲ表示スルコトヲ必要トセサルモノノ如シ(商法第二六六條)故ニ此點ニ付テハ民法ト商法トノ規定異ナルカ故ニ須ク注意センコトヲ要ス

右ノ如ク我民法上代理人カ意思表示ヲ爲スニハ必ス本人ノ爲メニスル意思ヲ表示セサルヘカラス然ルニ若シ代理人カ本人ノ爲メニスルコトヲ示サスシテ意思表示ヲ爲シタルトキハ其效力如何ト云フニ所謂意思主義ヨリ言ヘハ此場合ニ於ケル意思表示ハ無效ト謂ハサルヘカラス何トナレハ代理人ノ心中ニ考

フル所ハ本人ノ爲メニ意思表示ヲ爲スノ意ナリ然ルニ現ニ表示シタル意思ハ本人ノ爲メニスル意思ニ非ス隨テ代理人ノ眞意ト表示トハ全ク符合セサルカ故ニ其意思表示ハ無效ナリト謂ハサルヘカラス然レトモ代理人カ本人ノ爲メニスル意思ヲ表示セスシテ爲シタル意思表示ヲ全ク無效ナリトスルトキハ實際上之カ爲メニ第三者ハ不測ノ損害ヲ被ルノ虞アリ故ニ我民法ニ於テハ取引ノ安全ヲ保護スル爲メ所謂折衷主義ニ依リ其意思表示ニ一定ノ效力ヲ付與セリ即チ代理人カ本人ノ爲メニスルコトヲ示サスシテ爲シタル意思表示ハ代理人自己ノ爲メニ爲シタルモノト看做セリ是レ或ハ代理人カ本人ノ爲メニスルコトヲ示ナサル制裁トモ謂フコトヲ得ヘシ尤モ代理人カ本人ノ爲メニスルコトヲ示サスシテ意思表示ヲ爲シタル場合ニ於テ相手方カ其事實ヲ知レルカ又ハ之ヲ知リ得ヘカリシトキハ其意思表示ノ效力ハ直接ニ本人ニ及フモノナリ(第一〇〇條)

第二款　代理權ノ發生

代理權ハ種種ナル原因ニ因リテ發生ス而シテ此代理權發生ノ原因ハ所謂法定代理ト任意代理トニ依リテ差異アリ玆ニ任意代理(Gewillkürte Stellvertretung)トハ本人ノ意思ニ因ル代理ニシテ法定代理(Gesetzliche Stellvertretung)トハ本人ノ意思ニ基カサル代理ナリ但法定代理ト任意代理トノ區別ニ付テハ學說區區タリト雖モ此ニハ予等ノ信スル所ヲ述フルノミ

法定代理ノ場合ハ代理權カ直接ニ法律ノ規定ニ因リ發生スル場合多シ例ヘハ父母、後見人、法人ノ理事、清算人等ノ如シ(第八八四條、第九〇二條、第九〇三條、第五三條、第七八條)又或ハ裁判所ノ選任ニ因リ代理權ヲ生スルコトアリ例ヘハ不在者ノ財產管理人、相續財產ノ管理人等ノ如シ(第二五條、第九七八條、第一〇二一條、第一〇四三條)此他法人ノ理事又ハ清算人ニテモ裁判所ニテ選任セラルルコトアリ(第五六條、第七五條)

所謂任意代理ノ場合ニ於テハ代理權ハ何ニ因リテ發生スルカ前ニモ述ヘタル如ク此場合ニ於テハ一般ニ言ヘハ本人ノ意思ニ基クモノナレトモ其意思トハ所謂委任契約ナルヤ又ハ授權行爲(Bevollmächtigung)ナル一種ノ單獨行爲ナルヤ此

トス

臨檢搜索ニ依リテ船舶ノ國籍ヲ糺メ敵船ナルトキハ捕獲審檢所ニ於テ裁判ノ上之ヲ沒收シ又其載貨ニ付キ敵物ナルモノハ船舶ト共ニ之ヲ沒收スルモノナルカ故ニ果シテ如何ナルモノカ敵船ニシテ如何ナル載貨ヲ敵物ト爲スヤヲ明カニセサル(カラス此點ニ付キ佛國ト英國トハ其見解ヲ異ニシ佛國主義ニ依ルトキハ船舶ト載貨トヲ問ハス其所有者ノ國籍如何ニ依リテ敵物ト否トヲ決シ若シ船舶カ敵國ニ船籍ヲ有スルカ又ハ其所有者カ敵國人民ナルトキハ之ヲ敵船トシ戰爭中敵國人民ヨリ中立國人民ニ船舶ノ讓渡又ハ開戰前戰爭ヲ豫期シテ捕獲ヲ免レントスル讓渡ヲ無效トス之ニ反シテ英米主義ニテハ船舶ト載貨トヲ問ハス其國性如何ヲ決スルニ付キ所有者ノ國籍ニ依ラスシテ定住地如何ニ依レリ其理由トスル所ハ船舶又ハ載貨ヲ何レノ國民カ之ヲ所有スルニ拘ハラス苟モ所有者カ敵國ニ定住スルトキハ其物品ハ敵國ノ財源ト爲リ敵國政府ノ保護若クハ管轄ノ下ニ立チ同國收入ノ一部トシテ戰爭ノ資料ト爲リ必要ノ場合ニハ之ヲ戰爭ニ徵用シ得ヘキヲ以テ自ラ敵物ト爲スニ在リ加之戰爭中ニ

於テモ敵國人民カ船舶ヲ中立國人民ニ賣却スルヲ認ムト雖モ其賣却ハ最モ嚴格ニ審査セラレ善意ニ且完全ニ所有ノ移轉アリタルコトヲ必要トシ且所有者ニ於テ其所有權ノ讓渡ハ善意ニシテ完全ナルコトノ事實ヲ證明スヘク若シ賣主ニ於テ其利益ノ一部ヲ保留スル契約、條件、默約等ノ存在スルトキハ賣却ヲ無效トシ戰爭後買戻ノ條件アルカ又ハ代金ノ全部若クハ一部ノ支拂ニ關シテ權利ヲ保留シアルトキハ之ヲ敵船トス但敵國ニ船籍ヲ有シ其商業ノ免許若クハ通航券ニ依リテ航海スル者ハ英佛兩國ニ於テ等シク敵船トシ敵國船ノ嫌疑アルモノハ其所有者又ハ船長ニ於テ敵船ナラサルコトヲ立證スヘキ責任ヲ有シ敵船内ノ載貨ハ總テ敵物ト推測スルカ故ニ其反證ハ所有者ニ於テ立證スヘキコトモ兩國主義ニ於テ同一トス此故ニ我捕獲規程第七條第五號ニ於テモ嫌疑アリトシテ拿捕セラレ該嫌疑ヲ終ニ證明シ得サル船舶ヲ適法ノ捕獲ト規定セリ

敵船内ニ在ル載貨ニ付キ佛國主義ニ於テハ所有者ノ國籍ニ依リ敵物ト否トヲ決シ航海中ナル載貨ハ其移轉ヲ認メス又商業上海上ノ貨物ハ一般ノ慣例上其受取人ニ於テ航海ノ危險ヲ負擔スルカ故ニ之ヲ受取人ノ物品ト看做スト雖モ當事者間ノ契約又ハ諸國ノ慣例ニ依リ特別ノ約定若クハ慣例アルトキハ佛國ニ於テハ之ヲ尊重シ捕獲ヲ避クルカ爲メ詐僞ニ出テタル場合ノ外ハ其反對ノ沒收ヲ爲サスト雖モ英米主義ニ於テハ載貨ニ付テモ定住地ニ依ルカ故ニ

第一　所有者ノ定住地ヲ敵國ニ有スル者ハ自國人又ハ中立國人ト雖モ其財産ハ敵物ト看做シ定住地ノ意義ハ本人ニ於テ其地ニ永住ノ意思(Animus Manendi)及ヒ其地ニ存在ノ年月ヲ考量シ各場合ニ就キ本人カ同所ヲ其住所ト爲シタルト否トニ依リ之ヲ決スヘク加之定住地ハ事實上ノ住所ヲ意味シ法律上ノ住所ニ非サルカ故ニ假令其本國法ニ於テ他國ニ定住地ヲ置クコトヲ禁シタル場合ト雖モ本人ニ於テ其永住ヲ爲シ居ル事實アル以上ハ其場所ヲ定住地ト看做シ又一旦永久的ノ住所ヲ定メタルトキハ一時其地ヲ去リタル爲メ財産ノ國性ニ影響ナシト雖モ居住ニ依リテ國性ヲ取得シタルモノハ本人カ其永住ヲ拋チ歸來ノ意思ナク(Sine Anim Revertendi)其地ヲ退去スルト同時ニ終了シ又交戰國人民ハ戰爭中他國ニ移住スルニ依リテ定住地ノ變更ヲ認ムルコトナシ

第二　交戰國ニ商店ヲ有スル者ハ其商店ニ直接所屬ノ財産ヲ敵物トシ之ニ反シテ敵人ニシテ中立國ニ商店ヲ有スル場合ニハ其商店ニ附屬ノ財産モ亦敵物トス

第三　敵國ノ領土若クハ其占領地ノ産物又ハ製造品ニシテ土地又ハ製造所所有者ノ手ニ在ル間ハ所有者ノ國性如何ニ拘ハラス之ヲ敵物トス

第四　拿捕物ノ國性如何ハ其拿捕アリタル當時ノ國性ニ依リテ決スヘク其拿捕アリタル後ニ於テハ假令捕獲審檢所ノ判決前ニ於テ所有者カ國性ヲ變更スルモ之カ爲メ同物品ノ捕獲ト否トニ影響ヲ及ホスコトナシ

第五　航海中ナル貨物ハ佛國ニ於ケル如ク其移轉ノ例外ヲ認メスシテ中立國人民ヨリ敵國人民ニ運搬中ノ物品ハ絶對的ニ買主ノ財産ト看做シ敵國人民ヨリ中立國人民ニ宛テタル物品ハ其賣買ノ善意ニシテ且完了シタル場合ニ限リ之ヲ買主ノ物品トシ其取引善意ニシテ所有權移轉ヲ完全ニ行ヒタルコトハ船長又ハ物品所有者ニ於テ立證ノ責任ヲ有ス

我國捕獲規程ニ於テハ載貨ノ敵性ニ付キテ執レノ主義ヲ採リタルヤ其明文ナシト雖モ船舶ニ付テハ第二條ニ左記ノ船舶ハ敵船トシテ拿捕スルコトヲ得

一　運送船トシテ敵國政府ノ傭入レタル船舶其ノ傭入ハ敵國政府ノ脅迫ニ依レル時亦同シ

二　敵國ノ旗章及通航券ヲ有スル船舶

三　敵國政府ノ免狀ニ依リ航海スル船舶

四　何レノ國籍ニ屬スルヲ問ハス敵國軍艦ノ保護ノ下ニ航海スル船舶

五　假令船舶書類面ハ帝國臣民若クハ同盟國若クハ中立國ノ船ナルモ一部若クハ全部敵ノ所有ニ係ル船舶

六　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舶ナルモ其ノ船舶ハ出港後ニ敵ヨリ買受ケタルモノニシテ尚ホ進航中ニアリテ未タ其人ノ所有ニ歸セサルモノ

七　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舶ナルモ若シ其ノ所有者開戰後若クハ開戰前豫メ開戰ヲ慮リテ該船舶ノ所有權

ヲ敵ヨリ得タルモノナル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

ト規定シ就中第一號ハ官船ニシテ第二號乃至第四號ハ英佛兩國主義ニ於テモ敵國財産ト看做スコト疑ナク第五號ノ規定中帝國臣民ナル用語ヨリセハ佛國主義ニ依リタルヤノ疑アレトモ第六號乃至第七號ニ於テハ敵艦トシテ捕獲スル船舶ハ悉ク定住地主義ニ依リ佛國ノ如ク國籍ニ依ラサルコト明カナルカ故ニ第五號ノ帝國臣民ナル文字ハ蓋シ誤ナルヘク臣民ノ二字ヲ削除スヘキモノノ如シ加之第七號ニ於テ開戰後ニ於ケル船舶所有權ノ移轉ハ佛國主義ニ於テ全然認メサルニ拘ハラス此規定ニ依レハ取引ノ善意ニシテ完了ノ場合ヲ認メタルハ英國主義ニ依リタルモノナルコト明白ナルカ故ニ我國ノ捕獲規程ハ不完全ナカラ船舶ノミニ付テハ苟クモ英米主義ヲ取リタルモノト云ハサルヲ得ス

第二項　拿捕物ノ處分竝ニ共同拿捕及ヒ再拿捕

交戰國ノ軍船カ拿捕シタル船舶ハ總テ本國ニ於ケル捕獲審檢所ノ審判ニ付スルカ爲メ捕獲審檢所ノ所在地若クハ其最近港ニ引致スヘキコトヲ原則トス然レトモ軍艦カ巡洋中拿捕ノ船數ヲ加フルニ從ヒ軍艦自ラ之ヲ本國ニ引致スルコト能ハサルコトアリ斯ル場合ニハ船長ハ士官及ヒ水兵ヲ被捕船舶ニ乘組マシメテ捕獲審檢所ノ所在地又ハ其最近港迄之ヲ廻送スルヲ常トスト雖モ時トシテハ其乘組ヲ爲サシムヘキ人員ニ缺乏スルコトアリ或ハ又被捕船ノ速力其他載貨ノ事情若クハ天候、風浪乃至戰鬪ノ情況ニ依リテハ軍艦カ到底其被捕船ヲ無事ニ本國ニ廻送スルコト能ハサルコトアリ昔時ニ於テハ斯ル場合ニ際シテ屢、中立國ノ港内ニ交戰國カ捕獲審檢所ヲ開キテ拿捕物ヲ審判シタルコトナレトモ現今ニ於テハ斯ル行爲ヲ斯法上中立國主權ノ侵害ト爲スノミナラス中立國モ屢、交戰國軍艦ニ對シテ拿捕物ヲ率キテ入港スルコトヲ禁スルカ故ニ斯ル事情ノ下ニ於テハ拿捕者ハ其船舶及ヒ載貨ニ付キ已ムヲ得ス非常處分ヲ爲

シ本國ノ捕獲審檢所ニ提出スルニ先チテ載貨ヲ消費シ船舶ト共ニ之ヲ賣却、破壞シ若クハ古來ノ慣例上船舶所有者ニ被捕船舶及載貨ヲ賠償セシメテ解放シ得ヘキモノトス此故ニ我捕獲規程第二十條ニ於テモ

拿捕船舶若シ船體ニ破損等アリテ第十八條ノ港(捕獲審檢所所在地又ハ其最近港ヲ意味ス)マテ進行ニ堪ヘサルトキ若クハ艦長該船舶ヲ進行セシムルニ充分ナル下士卒ヲ乘込マシメ能ハサルトキ若クハ其積荷カ第十八條ノ港ニ到達スル前腐敗等ノ虞アルトキハ艦長ハ該船舶ヲ最近ノ港ニ引致シ適宜ノ處分ヲ爲スコトヲ得此ノ場合ニ於テ艦長ハ軍艦乘組員ノ中ヨリ最モ適任ナル艦定員ヲ選ミ事實ヲ艦定セシメ調書ヲ製シ並ニ一切ノ手續ヲ詳記シ之ヲ捕獲審檢所ニ提起スヘシ……

前項ノ場合ニ於テ艦長ハ該船舶ノ敵ニ屬セサルコト明瞭ナルトキハ戰時禁制品沒收ノ後之ヲ放免スヘシ

ト規定セリ

又第二十二條ニハ

敵國政府ノ船舶ニシテ第十八條ノ港ニ引致スルコト能ハサル事由アルトキハ艦長ハ水夫書類及若シ得ヘクンハ積荷ヲ移シタル後該船舶ヲ破壞スヘシ

但水夫書類及ヒ積荷ハ第十八條ノ港ニ廻送スヘキモノトス

ト規定シ我國捕獲規程ニ於テハ敵國政府ニ屬セサル敵國ノ船舶ニ付キ之ヲ破壞シ得ヘキ規定ナシト雖モ此第二十二條ニ於ケル敵國政府ナル文字ハ單ニ「敵國」ト改メ政府ノ二字ハ削除スルヲ穩當ト思考ス何トナレハ國際公法上敵國私有船舶ト雖モ敵國政府ノ艦船ト同シク

一　其船體ノ破損、海上ノ風浪又ハ速力ノ遲緩等ノ爲メ捕獲審檢所所在ノ港又ハ其最近港ニ廻送シ能ハサルトキ

二　作戰上其廻送ヲ爲スノ暇ナキトキ

三　優勢ナル敵國海軍ノ襲來ニ因リ取戻サルル恐アルトキ

四　本國ノ諸港敵軍ノ爲メ封鎖セラレ廻送スルコト能ハサルトキ

五　其載貨ニ危險ノ虞アルカ如キトキ

ニ於テハ拿捕ノ場合ヨリ最モ近キ本國又ハ他國ノ港内ニ引致シテ適宜ノ處分

ヲ爲シ得ヘク若シ中立國ニ於テ其入港ヲ禁スルカ又ハ其他ノ事情ヨリシテ軍艦カ斯ル引致スラ爲スコト能ハサルトキハ拿捕者ハ敵國政府ノ船舶ト同シク私船ノ敵國船舶若クハ載貨ヲ破壞シ得ヘク國際法協會ノ捕獲規程第五十條ニ於テモ

左ノ場合ニ於テ拿捕者ハ拿捕ノ船舶ヲ破壞シ又ハ沈沒セシムルコトヲ得但其前ニ船内ノ人員ヲ軍艦ニ乘移ラシメ載貨ヲ成ルヘク充分ニ荷卸シ且拿捕ヲ行ヒタル指揮官ニ於テ船舶書類竝ニ審判ノ爲メ要スル物件ヲ保存スヘキモノトス

一　船舶ノ狀態不良ニシテ海上ノ險惡ナルカ爲メ同船ヲ航海セシメ能ハサルトキ

二　船舶ノ速力遲緩ニシテ軍艦ニ隨伴スルコト能ハス且容易ニ敵ノ回復ヲ作リ其一通ヲ拿捕者ニ與ヘ他ノ一通ハ船長カ自ラ所持シテ通航券ノ代用トシ其證書ニ指定ニ係ル航路ニ依リ指定ノ時日間ニ於テハ敵意ノ攻擊ヲ受クルコトナクシテ歸航シ得ヘク其約定ノ航路及ヒ期限ヲ故意又ハ怠慢ニ因リ誤マルトキハ重チテ拿捕セラルルモノトス但拿捕物ノ賠償ハ拿捕者本國ニ取リテモ利益ニ非サルカ故ニ歐洲諸國ハ一般ニ國法ヲ以テ現今之ヲ禁止セリ然レトモ苟モ軍艦本國ノ國法ニ於テ斯ル禁止ナキ以上ハ國際公法ノ見地ヨリセハ之ヲ行ヒ得ヘキモノトス

海上ニ於テ二艘以上ノ軍艦カ共同ニ同一船舶ヲ拿捕シ若クハ陸軍下軍艦トカ共同シテ同一ノ拿捕ヲ爲スヲ共同拿捕ト稱ス此問題タル歐米諸國ニ於テハ軍

艦ノ艦員カ拿捕物ノ分配ヲ受クルコトナルカ故ニ其拿捕ニ手ヲ下シタル者竝ニ拿捕ヲ助ケタル者ハ分配金又ハ救助料トシテ拿捕物ノ價格ノ幾分ヲ取得スルヲ以テ最モ重要ナルコトナレトモ我國ニ於テハ軍艦カ拿捕ヲ爲シタル場合ニ艦員ハ拿捕物ノ分配金ヲ受クルコトナク拿捕ニ係ル船舶又ハ載貨ハ全然政府ノ財産ト爲ルカ故ニ我國ニ屬スル一軍艦ト他ノ軍艦トノ間ニ於テハ共同拿捕ノ問題ハ重大ナルモノニ非ス然レトモ例ヘハ我國軍艦ト英國軍艦トカ共同ニ敵國ノ商船ヲ拿捕スルトキハ其分配ノ問題ヲ生スヘク英國及ヒ佛國ニ於テハ其雙方乘組員ノ人數ニ應シ均一ニ分配スルコトトシ米國ニ於テハ軍艦間ノ共同拿捕ハ大砲及ヒ艦員ノ數ヲ其分配ノ標準トセリ

更ニ又再拿捕トハ交戰國一方ノ軍艦カ敵國ノ船舶若クハ一定ノ場合ニ於ケル中立國ノ船舶載貨ヲ拿捕シタル後其拿捕物ヲ對敵國又ハ其同盟國ノ艦船ニ於テ取戻スコトヲ意味シ再拿捕ノ場合ニハ其船舶又ハ載貨ノ原所有者カ其所有權ヲ回復シ得ヘキヤ又ハ再拿捕者ノ所有ニ歸スヘキヤノ問題ヲ生ス現今一般ノ慣例ニ於テハ所有者カ再拿捕者ニ對シ其取戻ノ勞力ニ對スル救助料ヲ與ヘタ物品ヲ回復シ得ルモノトス但其復權ハ同一戰爭中ニ再拿捕アル場合ニ限リ又敵國ニ所有權ノ移轉シタ其國家ノ使用ニ供セラレ居ル場合ニハ原所有者ニ復權スルコトナキノミナラス敵國ニ於テ正當ニ沒收シ其物件カ第三國人ノ所有ト爲リタルトキハ再拿捕ニ依リ原所有者ニ復權セス

拿捕物カ如何ナル時期ニ於テ捕獲者ニ所有權ノ移轉スルヤハ再拿捕ニ於テ最モ重要ノ關係ヲ有シ第十七八世紀ニ於テハ拿捕者カ二十四時間平穩ニ其物件ヲ占有シタルトキニ所有權ノ移轉スルモノト爲シタルコト殆ト一般ニ行ハレ此場合ニハ復權ヲ許ササリシカ佛國ニ於テハ千七百七十九年ノ勅令ニテ官船カ再拿捕ヲ爲シタル場合ニ二十四時間内ナルトキハ拿捕物ノ價格三十分ノ一ヲ救助料トシ其以後ナルトキハ十分ノ一ヲ救助料トシテ原所有者ニ返還スルコトト定メ英國ニ於テハ縱令敵國ノ捕獲審檢所ニ於テ沒收サレタル場合ト雖モ第三國人ノ手ニ渡ラサル間ハ再拿捕ニ依リ復權ヲ許シ千八百六十四年ノ法律ニテ軍艦カ再拿捕ヲ爲シタルトキハ其物件ノ價格八分ノ一ヲ救助料トシ米國モ同一ニシテ其他諸國ニ於ケル救助料ノ割合ハ一定シタルコトナシ

第四節　捕獲審檢所

捕獲審檢所ノ性質ニ付キ英國法廷ノ見解ニテハ其法廷ヲ國際的ノモノトシ國際公法ヲ適用執行スヘキモノト爲スカ故ニ同法廷ハ敵國ニ在ルト自國ニ在ルトヲ問ハス其ニ國際公法ノ法則及ヒ慣例ニ依ルヘク自國ノ法律規則カ國際公法ニ矛盾スルトキハ法廷ハ決シテ國法ニ拘束セラルルコトナシトシ之ニ反シテ大陸諸國ニ於テハ捕獲審檢所ノ裁判ハ國法ニ準據シ國法ニ規定ナキ場合ニ於テノミ國際公法上ノ慣例及ヒ法則ニ依ルヘキモノトセリ然レトモ何レノ國ニ於テモ交戰國ノ義務トシテ戰爭中此裁判所ヲ開設スヘク自國ノ艦船カ海上捕獲ヲ爲シタル每ニ必ス其法廷ニ提出シテ其捕獲ノ正當ト否トヲ裁判スヘキコトハ國際公法ノ原則ニ屬シ總テ拿捕物ノ裁判ハ拿捕本國ノ法廷ニ限リタノミ之ヲ行ヒ中立國ノ法廷又ハ同盟國ニ於テ之ヲ爲スコトヲ許サス又交戰國ヲリ他國ノ法廷ニ其裁判ヲ委任シ能ハサルモノトスヘシ然レトモ例外ニ現行法上文明國ハ戰爭中ニ限リ必ス捕獲審檢所ヲ開設スヘシ其法廷ノ組織ハ

各國ニ於テ任意ニ之ヲ規定シ中立國又ハ敵國ニ於テハ其裁判ノ結果カ國際公法ニ違反スル場合ニ於テノミ之ニ抗議シ得ヘキニ過キス然レトモ一般ノ法則トシテ同法廷ハ戰爭ノ繼續中ニ非ラレハ審判ヲ行フコト能ハス又他國ノ法廷ニ其裁判ヲ委任シ能ハサルト同時ニ中立國ノ版圖內ニ開廷スルカ若クハ同國ニ駐在スル領事官其他ノ官吏ヲシテ拿捕物ヲ裁判セシムルコト能ハサルノミナラス中立國ニ滯在スル軍艦內ニ於テモ之ヲ開廷スルコトマテ決シテ許ササル所トス此故ニ同法廷ハ必ス交戰國ノ版圖內ニ開設スヘク其國ノ殖民地又ハ征服ニ係ル敵地ニ開クモ妨ナシ又捕獲審檢所ハ之ヲ始審及ヒ終審ノ二種ニ分ツヲ普通トシ佛國ニ於テ其始審廷ノ裁判官ニハ司法省海軍省及ヒ陸軍省ノ官吏ヲ以テシ終審ヲ元老院トシ英國ニ於テハ高等海軍裁判所カ戰爭中勅命ニ依リテ捕獲審檢所ノ職務ヲ行ヒ終審ハ樞密院ニ於テシ米國ニ於テハ地方裁判所及ヒ控訴院カ始審ヲ爲シ終審ハ高等法院ニ於テシ我國ハ明治二十七年八月二十日勅令第百七十九號捕獲審檢令ニ依リ始審及ヒ終審ノ二種ヲ設キ其審判官ニハ英米兩國ノ如ク純然タル司法官ノミヲ以テセス歐洲大陸諸國ト同シク文

官及武官ヲモ之ニ加ヘテ樞密顧問官、裁判官、海軍士官並ニ法制局及ヒ外務省大官吏ヲ以テ其評定官ニ充テタリ今ニ現ル捕獲審檢所ノ裁判管轄ハ戰爭中自國ニ屬スル戰闘巡洋ノ艦船カ行セタル拿捕物ヲ悉ク審理裁判シ其拿捕ハ軍艦カ單獨ニ海上ニ於テ行ヒタルト沿岸ノ陸上ニ於テ取得シタルト又陸軍ト共同ニ爲シタルトヲ問ハス戰爭中公海又ハ敵國若クハ自國ノ領海、港灣、河流ニ於テ拿捕シ又ハ降服ニ依リテ取得シタル船舶、載貨並ニ戰爭前ニ當リ報仇、船舶抑留ニ因ル拿捕物ヲ審判シ再拿捕、共同拿捕、賠償證書其他之ニ附帶スル救助料及ヒ巡洋行爲ニ關スル箇人ノ損害等總テ交戰國カ海上ニ於ケル戰爭關係ノ事項ヲ悉ク裁判スルト同時ニ斯ル事項ハ他國ニ於テ之ヲ裁判スルノ權ナシ但其唯一ノ例外ハ交戰國ノ艦船カ中立國ノ領海内ニ於テ拿捕ヲ行ヒ又ハ中立國版圖内ニ於テ艤裝シタル交戰國ノ艦船カ公海其他ニ於テ敵船ヲ拿捕シタルトキハ其國權ヲ侵テレタル中立國ニ於テ自國ノ版圖内ノ國拿捕物ノ入リ來リタルトキ直接ニ之ヲ差押ヘテ裁判シ得ヘキモノトス

捕獲審檢所ノ判決ハ拿捕ニ關スル最終裁判ニシテ拿捕者ト拿捕物所有者間ニ

ニ廢滅ニ歸セサルヲ得スト雖モ此制度カ現今ノ社會ニ適應スルヤ明カニシテ將來其尚ホ永ク繼續スルヤ復タ疑ナキナリ

第二節　相續權

相續權トハ被相續者ヨリ之ヲ觀レハ死後自己ノ財産ヲ他人ニ與フルノ權利ニシテ相續者ヨリ之ヲ觀レハ死者ノ財産ヲ受クルノ權利ナリ而シテ前節ニ述ヘタルカ如ク國家カ所有權ニ對シテ承認ヲ與フルニ於テハ相續權ニ對シテモ亦然ラサルヲ得サルナリ何トナレハ生存中ハ所有權ヲ有スルモ死後直チニ其財産ヲ國家ニ沒取セラルルニ於テハ所有權ノ效力ハ極メテ薄弱ナルモノト爲レハナリ今日各人カ孜孜トシテ勞働スル所以ノモノハ主トシテ自己並ニ家族ノ利益ヲ進ムルカ爲メナルヲ以テ若シ相續權ヲ廢シテ其所有物ヲ子孫ニ傳フルコトヲ得サラシメンカ各人ノ勤勉貯蓄ノ念慮ハ大打擊ヲ被ルヘキナリ然ラハ則チ相續權ノ成立ハ第一ニ一國生産ノ爲メニ其必要ヲ認メサルヲ得サルナリ次ニ各人ハ其家族ヲ扶養教育シテ其利益ヲ圖ルノ義務アルモノニシテ此義務

タル單ニ生存間ノミニ止マラス其死後ニモ及フヘキモノトス故ニ財產ヲ其子孫ニ傳ヘテ生活ノ途ヲ得セシムルハ啻ニ愛情ノ爲メノミナラス一種ノ義務ト基クト謂フヘキナリ此ノ如キ理由ニ因リ相續權モ亦國家ノ承認保護スヘキモノタルヤ疑ナシト雖モ之ニ對シテ多少ノ制限ヲ加フルモ不可ナキハ言フヲ俟タサルナリ

第三編　財貨ノ交易

第一章　交易及ヒ價値ノ意義

第一節　交易ノ意義

往時ノ經濟學者ハ財貨ノ交易ヲ以テ人類ノ天性ニ基クモノト爲シ未開ノ時代ニ於テモ交易ハ箇人ノ間ニ頻繁ニ行ハレタルカ如ク唱フレトモ是レ一ノ想像ニ過キスシテ寧ロ事實ニ反スルモノトス蓋シ人類ハ所謂原始時代ニ於テモ索居孤棲セシモノニ非ス血屬ヲ以テ種族ヲ組成シ而シテ種族內ノ各家族ハ其生產スル財貨ヲ其種類ヲ同シクスルヲ以テ交易ノ條件ト必要トハ兩方ヲ之ヲ缺ケルモノトス之ニ加フルニ當時ノ人類ハ却テ交易ヲ嫌惡セルモノノ如シ何トナレハ交易ノ際互ニ財貨ノ價値ヲ比較スルコト容易ナラス爲メニ對手ノ欺ク所ト爲ランコトヲ恐レ且其與ヘントスル財貨ハ其心力ヲ費キル結果ニシテ之ニ離ルルハ猶ホ自己ノ手足ヲ去ルカ如ク感シタレハナリ是ヲ以テ財貨ノ交易ハ素ト箇人ト箇人トノ間ニ起リタルモノニ非ス種族ト種族トノ間ニ創リ而モ其初ハ平和的ニ非ス掠奪等暴力ヲ以テセルモノノ如シ而シテ平和的交易ハ開化ノ程度少シク上進シテ牧畜ノ行ハルルニ至リテ起レルナリ即チ牧畜種族カ水草ヲ逐ヒテ諸處ニ驅游スルヤ數多ノ異種族ト接觸シテ互ニ生產物ノ同シカラサルヲ知リ而シテ幾多ノ經驗ノ後平和的ニ交易ヲ行フノ利アルヲ悟ルニ至レルナリ平和的交易ノ一タヒ其端緒ヲ啓クヤ種族中勇敢冒險ノ徒ハ進ミテ諸處ニ異種族ヲ探求シテ交易ヲ行ヒ遂ニ其地ニ定住スル者發生シテ交易ハ更ニ一段ノ進歩ヲ現ハシ後世ノ所謂商人カ此等ノ移住民ニ淵源セル場合少カラサルナリ而シテ當時如何ナル財貨カ交易セラレシカヲ見ルニ主トシテ奢侈品武器ノ類ナリトス蓋シ開化ノ程度低クシテ欲望ノ種類未タ甚タ多カラス隨テ此

等ノ欲望ヲ滿足セシムル日用ノ必要品ハ互ニ自ラ生產シテ毫モ交易ニ依ルヲ要セサリシヲ以テナリ之ヲ要スルニ財貨ノ交易ハ異種族間ニ產鬻セルモノニシテ隣人間ノ交易ハ勿論一地方內ニ行ハルル交易ハ爾來幾多ノ歲月ヲ經テ發生セルモノニシテ此種ノ交易ノ間斷ナク行ハルルニ至ルハ人口稠密ヲ來シ而シテ農業以外ノ業務ヲ行フモノ成立セル後ニ在リトス

財貨ノ交易ハ其起源右ニ述ヘタルカ如シト雖モ現今ノ社會ニ於テハ其行ハルルコト頻繁錯雜ヲ極メ實ニ顯著ニシテ而モ甚タ重要ナル經濟的現象ナリトス即チ自產自費ノ風習次第ニ減退シ自己ノ生產スル財貨ハ多ク自己ノ欲望ノミヲ滿足セシムルニ非ス又自己ノ消費スル財貨ハ主トシテ他人ノ生產ニ係リ且最初ノ生產者ト最終ノ消費者トハ互ニ接觸スルコト寡ク稀ニシテ其間數多ノ交易行ハレ而シテ後始メテ財貨ハ消費者ノ手ニ歸スルモノトス

曩ニ縷述セルカ如ク勞働分配ハ生產進步ノ一大原因ニシテ而シテ其行ハルル所以ノモノハ交易之ニ伴ヘハナリ即チ各企業者カ其能力ニ應シテ特種ノ生產ノミニ從事シ得ル所以ノモノハ交易ノ方法ニ依リ其生產物ヲ以テ自己ノ要ス

ル財貨ヲ獲得スルコトヲ得レハナリ又例ヘハ英國カ無量ノ綿糸ヲ製造シ米國カ巨額ノ穀物ヲ產出シ得ル所以ノモノハ之ヲ輸出シテ他國ノ產物ト交易スルコトヲ得レハナリ之ヲ換言スレハ諸企業者諸地方又ハ諸邦國カ各自然及ヒ人事ノ狀況ニ應シテ特殊ナル財貨ヲ生產スト雖モ交易盛ニ行ハルルニ於テハ之カ需要者ヲ得ルコト難カラサルナリ之ニ反シテ試ニ各人間及ヒ各國間ノ交易俄然杜絕セラレタリト假定セヨ世界ニ存在スル財貨ノ大半ハ忽チ其用途ヲ失ヒテ委棄セラルルト同時ニ凍餒ニ苦ム者無數ナラン

世人或ハ曰ク交易ハ同一ノ價値ヲ有スル財貨ヲ交換スルモノナレハ雙方共ニ利益スル所ナシト或ハ曰ク交易ニ依リ一方利益スル所アレハ他ノ一方ハ損失ヲ被ルヘキナリト是レ共ニ交易ノ性質ヲ解セサルモノトス例ヘハ玆ニ甲乙二人アリ甲ハ米三石ト織物六十反トヲ有シテ其效用相等シク乙ハ米二石ト織物六十反トヲ有シテ其效用亦相等シトス即チ甲ニ於テハ米一斗ノ效用ハ織物二反ノ效用ニ當リ乙ニ於テハ米一斗ノ效用ハ織物三反ノ效用ニ等シキナリ故ニ甲若シ米一斗ヲ以テ乙ノ織物二反半ト交易スルトキハ甲ハ效用織物二反ニ等

シキ米一斗ヲ與ヘテ織物二反半ヲ得乙ハ織物二反半ヲ以テ三反ノ效用ニ等シキ一斗ノ米ヲ得タルモノニシテ雙方利益スルモノトス而シテ財貨ノ效用ハ通常其數量ノ增加スルト共ニ增加スルモノナレトモ其限界的效用ハ却テ減少スルモノナルカ故ニ甲ニ於テ米減シテ織物增加スルトキハ米織物間ニ於ケル效用ノ比例變動シ乙ニ於テモ亦然リトス故ニ竟ニ交易スルモ利益ナキノ點ニ達スヘキナリ

限界的效用トハ何ソヤ例ヘハ米一斗ヲ有スルニ當リ更ニ一升ヲ加ヘテ一斗一升ト爲ルトキハ一斗一升ノ效用ハ一斗ノ效用ヨリモ大ナリト雖モ其新ニ加ヘラレタル一升ノ效用ハ其尙ホ一斗タリシトキノ一升ノ效用ヨリモ小ナリトス更ニ一升ヲ加フレハ其一升ノ效用ハ又曩ノ一升ノ效用ヨリ小ナルヘク此ノ如ク最後ニ加ハリタル一部ノ效用ヲ限界的效用ト名クルナリ

財貨ノ交易ハ論理上正確ニ之ヲ解釋スルトキハ生產ノ一種ナリ何トナレハ自己ニ對シテ比較的效用尠キ財貨ヲ以テ比較的效用多キ財貨ト交換シ以テ雙方ノ財貨ノ效用ヲ增加スルモノナレハナリ財貨ノ交易ニシテ生產ノ一種ナルトキハ生產編ニ加フルヲ以テ至當ト爲スヘシト雖モ論說スヘキ事項ノ多クシテ且重要ナルカ故ニ特ニ一編ヲ設クルモノトス

第二節　價値ノ意義

財貨ノ價値ニ主觀的價値ト客觀的價値トアリ主觀的價値トハ人カ其財貨ヲ缺クトキハ一ノ欲望ヲ滿足スル能ハサルヲ知リテ之ヲ尊重スル程度ヲ謂フ而シテ人カ財貨ヲ尊重スル程度ハ其財貨ノ限界的效用ニ依ルモノトス例ヘハ茲ニ五包ノ小麥ヲ有スル者アリ此人ハ此小麥ヲ種種ナル目的ニ供スルコトヲ得ルモノニシテ其第一包ハ生命ヲ維クカ爲メニ缺クヘカラス其第二包ハ强壯ナル身體ヲ維持スル爲メニ必要ナリトス而シテ更ニ肉食ヲ爲ス爲メニ其第三包ハ之ヲ以テ家禽ヲ養ヒ第四包ハ之ヲ以テ酒精ノ釀造ニ充テ其第五包ハ娛樂ノ爲メニ小鳥ヲ養フノ用ニ供スルモノト假定センニ此場合ニ於テ小麥ノ所有者カ小麥一包ヲ尊重スル程度ハ其限界的效用即チ小鳥ヲ養フノ效用ニシテ其程度甚タ低シトス何トナレハ所有者ハ五包ノ內一包ヲ失フモ僅ニ娛樂ヲ爲サナル

ニ過キサレハナリ次テ四包ト爲リタルトキニ其一包ヲ尊重スルノ程度ハ酒精釀造ノ效用ニ依ルモノニシテ未タ甚タ高カラス三包ト爲リタルトキニ其一包ヲ尊重スル程度ハ肉食ノ效用ニ依ルモノニシテ其程度漸ク高ク僅ニ一包ヲ保スニ當リテ其一包ヲ尊重スル程度ハ即チ生命ヲ維持スル效用ニ依ルモノニシテ殆ト其最高度ニ達スルモノトス

此ノ如ク人カ財貨ヲ尊重シテ之ニ價値ヲ付與スルハ其限界的效用ニ基クモノニシテ財貨ノ數量增加スルトキハ之ニ因リテ滿足スヘキ欲望次第ニ薄弱ナル程度若クハ種類ニ移ルヲ以テ財貨ノ限界的效用モ亦低落シテ其主觀的價値ハ之ニ應シテ減少スルナリ是レ即チ數量無限ナル財貨即チ自由財貨ニ價値ナキ所以ナリ例ヘハ空氣ノ如キ人類ノ生存上必要缺クヘカラサルモノニシテ若シ其少量ニ存在スル場合ニハ非常ニ大ナル限界的效用ヲ有シ人ノ之ヲ尊重スル程度モ亦非常ニ高度ナルヘキナリ然ルニ地球ヲ包繞スル空氣ハ殆ト無限ニシテ實際一人ニ對シテ效用ヲ有スル分量ハ空氣ノ全量ニ比シテ殆ト言フニ足ラサルモノナルヲ以テ空氣ノ限界的效用ハ全ク皆無ニ歸シ隨テ空氣ノ價値ハ零

雜報

○永代地上權　地上權ニ付テハ永小作權(二七八)又ハ賃貸借契約(六〇四)ニ於ケルカ如ク存續期間ヲ限定セサルヲ以テ永久ニ存續スヘキコトヲ約シタル地上權ハ有效ナリヤ否ヤノ疑アリ若シ之ヲ有效トセハ殆ト所有權ト同一ニ歸シ頗ル奇ナル感ナキニ非ラレトモ前述ノ如ク法律ヲ以テ存續期間ヲ限定セサル以上ハ有效ト認メサルコトヲ得サルヘキカ大審院ハ曰ク地上權ニ付テハ民法第二百六十八條第二項ニ於テ設定行爲ヲ以テ存續期間ヲ定メサリシ場合當事者ノ請求ニ因リ裁判所ハ二十年以上五十年以下ノ範圍ニ於テ工作物又ハ竹木ノ種類及ヒ情況其他地上權設定當時ノ事情ヲ斟酌シ其存續期間ヲ定ム可キ旨規定シアル迄ニテ當事者間設定行爲ヲ以テ存續期間ヲ定ムルコトニ付テハ短期長期共毫モ其制限アルコトナシ若シ民法カ幾數百年又若クハ永代ト云フ如キ無制限ノ契約ヲ爲スコトヲ許サヽル律意ナリトセハ永小作權ニ於ケル規定ノ如ク期間ヲ制限ス可キ筈ナルニ其制限ナキヲ以テ之ヲ見レハ其期間ハ當事

者ハ設定行爲ニ一任シテ一切制限セサル趣意ナリト解釋セラルヽ可キ理由殊ニ廣治三十二年第八十三號登錄稅法改正法律第二條第七號ニハ「永代地上權ハ賃貸價格千分ノ二十五」トアリテ其第八號ニ存續期間ノ定メナキ地上權取得ニ規定シ全ク異別ニ其稅額ヲ定メタルヲ見レハ永代地上權ハ法律ノ認ムル所ナル疑ヲ容ルヽ餘地ナキニ明ナリ被上告代理人ハ右明治三十二年第八十三號法律ハ永代地上權ノ規定ハ外國人ニ於ケル永代地上權ノ爲メ規定セラレタルモノニシテ內國人ニハ關係ナキモノナリト云フト雖モ明治三十四年法律第三十九號ヲ以テ永代借地權ニ關スル法律ヲ公布セラレタルト同時ニ民法施行法第四十五條ノ規定ハ廢止シ右第三十九號ノ法律ヲ以テ從前外國人ノ爲メニ設定セル地上權ヲ永代借地權ト改稱セラレ而シテ永代借地權ニハ其第三條ヲ以テ登錄稅ヲ傳セサル旨規定セラレタルモノナレハ若シ被上告代理人所論ノ如ク明治三十二年第八十三號改正登錄稅法第二條第七號ノ永代地上權ノ規定カ外國人ノ爲メニ設定セル地上權ノミニ關スルモノナリトセハ該規定ハ右三十九號法律ノ公布ト同時ニ廢止セラル可キ筈ナルニ其否ラサルニ由テ之ヲ見レハ永代地上權ハ民法上認容スル所ナルヲ以テ此規定ノ存スルモノト認ムルハ當然ナリトス」ト

（大審院明治三十六年(オ)第四百十五號地所引渡並地上權登記取消請求事件明治三十六年十一月十六日第二民事部判決）

○關稅逋脫共犯者ノ科刑

關稅ノ逋脫ヲ圖リ又ハ關稅ヲ逋脫シタル者ハ其逋脫ヲ圖リ又ハ逋脫シタル稅金ノ三倍ニ相當スル罰金若クハ科料ニ處セラルルモノトス（關稅法第七五條）此規定ハ同一目的物ニ付キ數人共謀シテ脫稅ヲ圖リタル場合ニ於テモ仍ホ各別ニ三倍ノ罰金若クハ科料即チ二人ナルトキハ六倍三人ナルトキハ九倍ノ金額ヲ徵收スルノ趣旨ナルカ大審院ハ之ヲ肯定シテ曰ク「刑法第百四條ニ「二人以上現ニ罪ヲ犯シタル者ハ皆正犯トナシ各自ニ其刑ヲ科ス」トアルヲ以テ數人カ共同シテ一ノ犯罪行爲ヲ行ヒタル場合ト雖モ其各自ニ對シテ別別ニ其刑ヲ科スヘク其犯罪ノ單一ナルカ爲メ其科刑モ亦タ單一ナリトシ共犯者全員ヲシテ單一ノ刑ニ服從セシムヘキモノニアラサルヤ明カナリ之ヲ換言スレハ一ノ犯罪行爲ヲ爲シタル者ニ對シテハ單獨ニテ犯罪行爲ヲ實行シタルト他人ト共同シ之ヲ分擔實行シタルトニ論ナク常ニ其犯罪ニ對スル刑罰ノ全部ヲ科スヘキモノトス而シテ刑法第五條第二項ノ規定ニ依ルト

キハ他ノ法律規則ニ於テ別ニ總則ヲ掲ケサル者ハ刑法ノ總則ニ從フヘキモノナルヲ以テ刑法總則中ニ掲ケアル前記第百四條ノ規定ハ關稅法違反ノ場合ニ適用スルコトヲ要スルハ論ヲ俟タサル所ナルカ故ニ被告カ相被告留吉ト共ニ關稅逋脫ノ所爲ヲ爲シタルコト原院認定ノ事實ノ如クナルニ於テハ被告等ハ各自別別ニ同稅法ニ規定スル罰金ノ刑ニ處セラルヘキモノニシテ所論ノ如ク同法ニ定ムル一ノ罰金刑ヲ被告兩人ニテ連帶負擔スヘキ筋合ノモノニアラサルコトハ刑罰ノ性質上毫モ疑ヲ容レサル所ナリ若シ夫レ稅法ニ定ムル金額ニシテ不法行爲ニ基因スル純然タル民事上ノ損害賠償ノ性質ヲ帶フルモノトセハ被告ノ論旨ハ或ハ理由アルヘシト雖モ同法カ犯則者ニ科スル金額ハ其明文ノ示ス如ク刑罰タル罰金ニシテ民事上ノ賠償金ニハアラサルヲ以テ該金額ニ付キ民事上ノ法則ヲ適用シ得ヘキニアラサルハ多言ヲ要セスシテ明カナリ之ヲ要スルニ被告ノ論旨ハ本件罰金ノ刑罰タル性質ヲ遺忘シ一種ノ賠償金ナリト誤認シタルヨリ生シタル誤謬ノ論旨ニシテ全ク其理由ナキモノトス（大審院明治三十六年（れ）第一八八六號關稅法違犯事件明治三十六年十月二十三日第二刑事部宣告）

○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毎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（一月分ヨリ各學年金四十錢校友ノ紹介ニ依ル者ハ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　横田學士、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　富井博士、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

法政大學講義錄　三十七年度　第一學年第十號

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、校外生ハ一部特價郵稅共一圓

第五十二號目次（一月十五日發行）

志林

○最近判例批評（其十六）　法學博士　梅謙次郎

○特權廢止問題　辯護士　信岡雄四郎

○國家有機體說　法學士　筧克彥

○維新以後我國法學進勢　法學士　加藤正治

講論

○當國新手形法　法科大學生　佐竹三吾

解疑

○發起人カ會社ノ爲メニ爲シタル行爲ノ會社ニ其效力ヲ及ホス理由　法學士　松本烝治

○一部主權國ノ意義　法學士　秋山雅之介

寄書

○屠畜取消ノ效果ヲ論ス　能美房太郎

判例

○大審院新判決例　三十件

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　毎月十回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）

明治三十七年一月十日印刷
明治三十七年一月十三日發行
（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　荻原敬之

印刷者　東京市牛込區矢來町三番地　小宮山信好

印刷所　東京市芝區四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）