

法政大學講義録

中村, 進午 / 田中, 遜 / 梅, 謙次郎 / 清水, 澄 / 鈴木, 英
太郎

(出版者 / Publisher)

法政大學

(巻 / Volume)

1-15

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

53

(発行年 / Year)

1904-03-06



(明治三十六年十月十二日第三種郵便物認可)
每月一、三、五、八、十一、十五、十八、廿一日、廿五、廿八日發行

明治三十七年三月六日發行

第一學年ノ十五

法政大學講義錄

第四拾六號



法政大學發行

第一學年第十五號目次

憲

法(自七九至一〇三)

法學士 清水 澄

民法總則

自第四章(自一二七至一四四)

法學士 鈴木 英太郎

民法債權

自第三章(自一一三至一三三)

法學博士 梅 謙次郎

國際公法(平時)

(自一〇三至一〇七)

法學博士 中 村 進 午

羅馬法

法(自三三至五六)

法學博士 田 中 遜

雜報

○懸賞討論會○日露開戰ノ時期

(正誤)

梅博士民法總則二八頁四行及五五行部ノ誤、鈴木博士民法總則一〇二頁一三行委任ニ因リノ下復ハ、一三頁六行(代理人)ノ上復、一四頁三行極メノ下ヲナ同九行五ノ下ヲ脱セリ

090
1904
1-1-15

第三款 國籍ノ喪失

第一 認知

日本人ニシテ外國人タル父又ハ母ニ依リテ認知セラレ且其認知ニ因リテ父又ハ母ノ國籍ヲ得タルトキハ我國籍ヲ喪フモノトス然レトモ日本人ノ妻又ハ入夫ト爲リタル者或ハ養子ト爲リタル者ハ妻入夫養子タル身分ニ因リテ我國籍ヲ取得シタルモノナルニ由リ外國人ノ認知アルモ我國籍ヲ喪フコトナキナリ

第二 婚姻離婚及ヒ離縁

外國人ト婚姻シタル女ハ我國籍ヲ喪フ又外國人ニシテ我國民ノ妻、養子又ハ入夫ト爲リタルトキハ我國籍ヲ得ルモ其者ニシテ離婚又ハ離縁アリタルトキハ我國籍ヲ得ルノ原因消滅シタルニ由リ我國籍ヲ喪フモノトス然レトモ此場合ニハ無國籍人ヲ生スルコトヲ避クルカ爲メ外國ノ國籍ヲ再ヒ得ルトキニ限り我國籍ヲ喪フモノト爲セリ若シ又外國人カ一旦我國民ニ嫁シテ我國籍ヲ得ルモ其婚姻無効ナルトキハ我國籍ヲ喪フコト勿論ナリ

第三 他國ノ國籍ヲ得タルコトハ、
一人ニシテ二國以上ノ國籍ヲ有スルコトハ、避クヘキ事項ナルニ由リ他國ノ國籍ヲ得タル者ニ對シテハ我國籍ヲ喪ハシムルモノト爲ス。
第四 夫若クハ父母カ他國ノ國籍ヲ得タルコト、妻及ヒ子タルカ爲メ夫及ヒ父母ト共ニ他國ノ國籍ヲ得タルトキハ我國籍ヲ喪フモノトス。
右ニ舉ケタル四箇ノ場合ハ總テ我國籍ヲ喪フノ原因ヲ爲スモノナリト雖モ文武官及ヒ現役ノ軍人ニ對シテハ例外トシテ此原則行ハルルコトナシ(國籍法第二四條)

第二節 臣民ノ義務

第一款 服從ノ義務

服從ノ義務トハ統治者ノ命令ニ服從スル總テノ義務ヲ稱スルモノナリ臣民ノ服從ノ義務ヲ有スルハ其臣民タルノ地位ノ上ニ於テ當然ノ事ニ屬ス何トナレ

ハ臣民ニシテ服從ノ義務ヲ有セサルトキハ國家ノ統一ヲ保フコトヲ得サルヘク臣民ニシテ何人ニ對スルモ平等ナルニ於テハ國家ナルモノノ存在ヲ認ムルコト能ハサルニ至ルヘクレハナリ外國人モ亦我領土内ニ來ルトキハ統治者ニ對シ服從ノ義務ヲ負フト雖モ臣民ノ有スル服從義務ト外國人ノ有スル服從義務トハ差異アリ即チ臣民ノ有スル服從ノ義務ハ無限ノモノナリト雖モ外國人ノ有スル服從ノ義務ハ有限ノモノナルコト是ナリ抑モ臣民ハ其領土内ニ在ルト領土外ニ在ルトヲ問ハス即チ何レノ土地ニ在ルヲ問ハス服從ノ義務ヲ有スルモノナリト雖モ外國人ハ單ニ領土内ニ留マル場合ニ於テノミ服從ノ義務ヲ有スルモノトス是レハ無限ノモノニシテ他ハ有限ノモノナルニ由ルナリ又官吏ハ上官ノ命令ニ對シ服從スルノ義務ヲ有スレトモ此服從ノ義務ト臣民ノ服從ノ義務トハ其性質ヲ異ニス即チ官吏關係ハ官吏ノ自由意思ニ基クモノニシテ其有スル服從義務ハ自己ノ自由意思ノ結果ニ外ナラスト雖モ臣民ノ服從義務ハ絕對固有ノモノニシテ自己ノ意思ニ基キラ生シタル義務ニ非サルナリ是レ兩者ノ間ニ存スル性質上ノ大ナル差異トス或ハ專制國ニ於ケル臣民ノ

服從義務ト立憲國ニ於ケル臣民ノ服從義務ト區別シテ後者ハ法律ニ依リテ始メテ生シタルモノナルモ前者ハ然ラスト爲ス者アリト雖モ臣民ノ義務ハ法律ニ依リテ始メテ發生シタリト爲スハ其當ヲ得タルモノニ非ス如何トナレハ法律アリテ始メテ臣民アルニ非ス國家アリ臣民アリテ始メテ法律ナルモノヲ生スルモノナレハナリ或ハ又專制國ニ於ケル臣民ノ義務ト立憲國ニ於ケル臣民ノ義務ト區別スルニ後者ノ場合ニハ臣民ノ義務ノ範圍ハ法律ノ規定ノ外ニ出テス然ルニ專制國ノ臣民ノ義務ノ範圍ハ無限ナリト説ク人アリト雖モ是レ亦當ヲ得ス何トナレハ立憲國ニ於テ憲法ニテ法律ニ依ラサレハ課スルコトナシト保證セラレタル臣民ノ義務ハ法律ノ範圍ヲ有スルモ然ラサルモノニ付テハ命令ヲ以テ命セラルルモ服從スルノ義務アレハナリ唯專制國ニ於ケル臣民ノ服從義務ト立憲國ニ於ケル臣民ノ服從義務トノ間ニ於ケル差異ハ立憲國ニ於テハ總テ統治者ノ行爲ニ付キ一定ノ形式ヲ有スルノ結果臣民ニ服從ヲ命スルモ亦形式ヲ須ヒサルコトヲ得シテ若シ其形式ヲ缺クトキハ縱令統治者ノ命令トシテ出ツルモ之ニ服從スルノ義務ヲ有スルコトナシ蓋シ統治者ノ真

ノ命令ト認ムルヲ得サルヲ以テナリ之ニ反シテ專制國ニ於テハ統治者ノ行爲ニ一ノ定マリタル形式ヲ有セサルカ故ニ如何ナル形式ニ依リテ命セラルルモ臣民ハ之ニ服從セサルヘカサルナリ例ヘハ我國ノ如キ立憲國ニ於テハ憲法上ノ納稅及ヒ兵役ノ義務ハ法律ニ依ルヘキコトヲ定メタルカ故ニ若シ法律ニ依ラスシテ納稅ヲ命セラレ若クハ兵役ニ就クコトヲ命セラルルモ之ヲ遵奉スルコトヲ要セサルモノトス

前ニ述ヘタルカ如ク服從ノ義務トハ廣ク統治者ノ命令ニ服從スルノ謂ナルカ故ニ「ゲオルク・マイヤー」氏カ服從ノ義務ノ範圍ヲ明示セント欲シテ或ハ法律ニ服從スルノ義務或ハ行政官廳ノ命令ニ服從スルノ義務或ハ裁判所ノ判決ニ服從スルノ義務等ト列舉センコトヲ力メタリト雖モ到底網羅スルコトヲ得ヘキニ非サルナリ然レトモ服從ノ義務ヲ明カナラシムルカ爲メ或ハ之ヲ行爲ノ義務ト不行爲ノ義務トニ分テ而シテ行爲ノ義務ヲ努力ヲ供給スルノ義務ト物品ヲ供給スルノ義務トニ區別シ所謂努力ヲ供給スル義務ノ著シキモノハ兵役ノ義務ニシテ物品ヲ供給スル義務ノ著シキモノハ納稅ノ義務ナリトナスハ必ス

第二款 忠實ノ義務

忠實ノ義務トハ消極的ノ意義ヲ有スルモノニシテ統治者及ヒ國家ニ對シ有害ナル行爲ヲ避ケ若クハ之ヲ防止スルコトヲ怠ラサルノ義務ヲ總稱スルモノトス此義務ト服從ノ義務トノ異ナル所ハ服從ノ義務ハ命令ヲ受クルニ由リ始メテ存在スルモノナレトモ忠實ノ義務ハ命令ヲ受ケサルモ存在スルコト及ヒ服從ノ義務ハ外國人ト雖モ領土内ニ留マル間ハ之ヲ負フモノナリト雖モ忠實ノ義務ハ外國人ニ對シテハ絕對ニ存在セサルコト是ナリ故ニ等シク刑法ノ國事犯ニ觸ルル場合ニ於テモ外國人ノ處罰セラルルハ忠實義務違反ノ爲メニ非シテ一國ノ秩序ノ爲メニスルモノナルモ臣民ノ處罰セラルルハ忠實義務違反ノ制裁ニ出ヅルモノトス

第三節 臣民ノ權利

第一款 臣民ノ權利ノ分類

臣民ノ權利ヲ分類シテ或ハ自由權若クハ公權及ヒ參政權ト爲ス者アリ或ハ行爲請求權自由權及ヒ自衛權若クハ參政權ト爲ス者アリ而シテ所謂自由權ニ付テハ果シテ權利ナルヤ否ヤ之ヲ權利ニ非スト爲ス者ニ二種アリ其第一種ノ説ニ曰ク權利ハ法律ニ由リ生ス法律ハ國家ノ何時ニテモ變更シ得ルモノナルカ故ニ臣民ハ其國家ニ對シテ權利ヲ有スルコトナシ隨テ自由權ナルモノモ存在スルコトナシト第二種ノ説ニ曰ク行爲請求權及ヒ參政權ノ如キハ臣民ノ權利ナリト雖モ自由權ハ唯行政官廳ニ對スル制限ノ反射ニ因ルモノニシテ權利ト稱スヘキモノニ非スト然レトモ普通一般ノ觀念ニ從フトキハ權利トハ法律ヲ以テ保護セラルル利益ナルカ故ニ臣民ノ自由權ナルモノモ亦一種ノ權利ナリト爲スコトヲ妨ケサルヘシ何トナレハ行政官廳ニ對スル制限ハ之ヲ臣民ヨリ觀ルトキハ臣民ノ利益ニ屬スル事項ナルヲ以テオリ又第一種ノ論者如ク總テノ公法上ノ臣民ノ權利ヲ非認セントスルハ其論理一貫セサルヲ點テ

何トナレハ此論者ト雖モ私權ハ之ヲ認ムルコト勿論ナルヘク然ルニ若シ公權カ統治者ノ隨意ニ變更シ得ルモノナルカ故ニ權利ニ非ストキハ私權ニ付タモ亦同一ノ斷定ヲ下スコトヲ得ヘケルハナリ故ニ予ハ一般ノ學說ノ如ク私權ニ對立シテ亦公權ヲ認ムルヲ可ト信ス

第二款 憲法ニ依リテ保障セラレタル權利

前款ニ於テ予ハ公法上臣民ノ權利ヲ有シ得ルコトヲ說キタリ然レトモ總テノ臣民ノ權利ヲ説明スルハ憲法講述ノ範圍ニ非サルヲ以テ茲ニハ憲法ニ於テ保障セラレタル權利ニ付テノミ聊カ説明ヲ爲サント欲ス

第一項 均シク公務ニ就クノ權

憲法第十九條ニ曰ク「日本臣民ハ法律命令ノ定ムル所ノ資格ニ應シ均ク文武官ニ任セラレ及其ノ他ノ公務ニ就クコトヲ得ト故ニ日本臣民ハ法律命令ニ定ムル所ノ資格ヲ具フル以上ハ同等ニ公務ニ就クコトヲ得ルモノニシテ門閥ニ因

リ藩閥ニ依リ血統ニ依リ人種ニ依リ之ニ等差ヲ付スルコトヲ得ス例ヘハ或官吏ヲ世襲ニスルカ如キ或ハ藩閥ノ者ニ非サレハ大臣タルコトヲ得ス等ト規定スルハ皆違憲ナリ然レトモ之ニ例外ヲ爲スモノトモ認ムヘキ疑問アリ即チ左ノ如シ

(一) 歸化人ハ國籍法第十六條ニ依リ國務大臣又ハ帝國議會ノ議員等ト爲ル

コトヲ得スト制限セラレタリ是レ憲法第十九條ニ牴觸セサルモノナリヤ否ヤ此疑ノ生スル所以ハ縱令歸化人ト雖モ亦本臣民タルコト疑ナク唯生來ノ日本人ニ非スシテ其歸化ニ因リテ我國籍ヲ取得シタルノ故ヲ以テ之

ニ或公務ニ就クヲ禁スルハ憲法第十九條所謂「均ク」ノ文字ニ牴觸スルノ嫌ナキニ非カレハナリ固ヨリ憲法第十九條ニハ法令ノ定ムル處ノ資格ニ

應シ云云ト規定サレタルモ此資格トハ學術、年齡等ニ關スルモノニテ門閥、出生地、人種等ノ如キ絕對ニ變更シ得サルモノニ關スルモノニ非サルナリ

若シ之ニ反シ歸化人ニ對スル國籍法第十六條ノ規定モ憲法第十九條ノ法律ニ定ムル資格ニ關スル條項ナリト書翰是レ憲法ノ規定ヲ以テ官職ヲ世

(二) 公侯爵ノ者ハ或年齢ニ達シタルトキハ當然貴族院議員ノ職務ヲ取得ス
是レ亦憲法第十九條ニ抵觸セサルヤ否ヤ憲法第十九條ニ依レハ日本臣民
ハ均シク公務ニ就クコトヲ得ルニ拘ハラズ單ニ特別ノ門閥ニ生レタルカ
爲メ當然或地位ヲ專有スルハ是レ亦均クノ文字ニ抵觸スルコト前段所述
ト同一ノ疑ヲ生スレハナリ

本條ニ關連シテ一言スヘキハ普漏西ノ憲法第四條ヲ始トシ多クノ國ノ憲法ニ
於テハ臣民ノ平等ナルコトヲ規定シ且開族ノ特權ナルモノ將來存在スルコト
ナシト規定シタルニ拘ハラズ我憲法ニハ此ノ如ク廣ク平等ナル語ヲ規定シタ
ルノ法條ヲ缺クコト是ナリ是レ我國ニ於テハ憲法第十九條ノ場合ニ關スルノ
外ハ總テ不平等ナルコトヲ得ルヲ認ムルカ爲メニ非スシテ我國從來ノ制度ノ
上ニ於テ臣民ハ總テ平等ナルコトヲ認メラルニ由リ特ニ之ヲ憲法ニ掲クル
ノ必要ナシトシテ其規定ヲ爲ササリシモノト信ス

第二項 居住及ヒ移轉ノ自由權

憲法第二十二條ニ曰ク日本臣民ハ法律ノ範圍内ニ於テ居住及移轉ノ自由ヲ有
ス故ニ臣民ノ居住及ヒ移轉ノ自由ヲ制限セントスルトキハ必ス法律ニ依ラ
サルヘカラサルナリ而シテ其制限ハ直接タルト間接タルトヲ問フコトナシ間
接ニ制限スルトハ他ニ移轉スル者ニ對シテ特別ニ多額ノ金圓ヲ出サシメ或ハ
一定ノ場所ニ居住スル者ニ對シテハ特ニ或苦痛ヲ與フルカ如キ是ナリ又移轉
ハ唯ニ國內ニ止マラスシテ海外ニ移轉スル場合モ亦包含ス外國ニ移住スル者
ニ對シテハ普漏西ノ憲法第十一條ニ外國移轉ノ自由ハ其兵役ニ關セサル場合
ニ於テハ政府ハ絕對ニ之ヲ制限スルコトヲ得ス移住ヲ海外ニ爲ス者ニ對シテ
ハ移住稅ヲ徵收スルコトヲ得ストノ規定アリト雖モ我國ニ於テハ憲法中此ノ
如キ明文ヲ存セサルニ由リ法律ヲ以テスル以上ハ移住稅ヲ課スルモ敢テ妨ナ
キモノトス然レトモ此移住稅ト混同スヘカラサルハ海外ニ旅行セントスル者
ノ旅行券ヲ請求スルニ方リ徵收セラルル所ノ手数料ナリ此手数料ハ單ニ旅行

券ヲ下付スル行政官廳ノ手數ノ報償トシテ徵收スルモノナルカ故ニ之ヲ一種ノ海外旅行者ニ對スル租稅ト看ルコトヲ得是レ海外旅行券ノ手數料カ法律ヲ以テ定メラレサル所以ナリ

次ニ居住及ヒ移轉ノ自由權ト官吏トノ關係ヲ一言セシニ官吏ハ職務ヲ執行スル場所ニ居住セサルヘカラサルノ義務ヲ有スルモノナリ其職務ヲ執行スル場所トハ必スシモ其官廳所在地ノ行政區畫ト一致スルコトヲ要セスト雖モ職務ヲ執行スルニ妨ナキ場所ニ居住スルヲ必要ト爲ス此ノ如キ義務ノ法律ノ規定ニ依ラスシテ官吏ノ義務トシテ定メラレタリト雖モ官吏ハ其官吏トシテ此ノ如キ居住ノ制限ヲ受クルモ憲法第二十二條ノ適用ノ範圍内ニ非サルニ由リ法律以外ノモノヲ以テ其制限ヲ爲スモ憲法違反ニハ非サルナリ如何トナレハ官吏タル身分ヲ得ルハ自己ノ意思ニ基クモノニシテ居住ノ制限ヲ受クルハ官吏ナル身分ヲ得タル結果ナルヲ以テ畢竟居住ノ制限ヲ受クルハ自己ノ意思ニ原因スルモノト爲スコトヲ得ヘキヲ以テナリ

軍人モ亦一般官吏ト同シク或一定ノ場所ニ居住セサルヘカラサルノ制限ヲ受

ケ而モ此制限ハ法律ノ規定ニ依ルコトナキモ軍人ニ關シテハ憲法第三十二條ノ存在スルカ爲メニ違憲トハ爲ラサルナリ

猶ホ刑法附則行政執行法傳染病豫防法豫戒令官吏服務規律陸軍服役條例海軍下士卒服役條例民法第八百八十條等ヲ參照スヘシ

右ニ關シテ猶ホ一言スヘキハ法律ヲ以テスル以上ハ臣民ヲ追放スルコト即チ其領土内ノ居住ヲ禁止スルコトヲ得ルヤ否ヤノ點ナリ或ハ曰ク外國人ハ之ヲ追放スルコトヲ得ルモ自國ノ臣民ハ追放スルコトヲ得スト此說ヲ立ツル者ハ多クハ國際法ノ學者ニシテ其理由トスル根據ハ自國民ヲ追放スルトキハ他國ニ類累ヲ及ホスニ至ルモノニシテ若シ他國カ更ニ之ヲ追放スルトキハ其追放セラレタル人民ハ遂ニ居住ノ場所ヲ失フニ至ルヘク是レ甚タ不當ナリト云フニ在リ然レトモ憲法上ヨリ之ヲ論スルトキハ法律ヲ以テ絕對ニ臣民ノ領土内ニ居住スルコトヲ禁止スルモ憲法第二十二條ニ抵觸スルモノニ非ス又之ヲ國法上ヨリ廣ク觀察スルモ其之ヲ國外ニ追放スルハ恰モ之ヲ死刑ニ處スルニ均シク二者共ニ自國ノ國家組織ノ團體員タルノ資格ヲ喪ハシメ其領土内ノ存在

ヲ許ササルモノタルハ一ナリ唯異ナルハ其生命ヲ奪フト奪ハサルトノ區別ヲ存スルノミ故ニ死刑ニシテ之ヲ認ムル以上ハ到底追放ヲ不可能ナリト爲スコトヲ得サルナリ又之ト少シク例ヲ同シクスルハ獨逸ニ於テハ永ク外國ニ居住スルカ爲メ若クハ或制裁ノ爲メ自國民ノ國籍ヲ喪ハシムルコト少カラサルコト是ナリ而シテ國籍ヲ喪ハシムルコトハ追放ト其性質ヲ均シクスルニ由リ若シ自國民ノ追放ヲ以テ不法不當ナリトセハ自國民ノ國籍ヲ喪ハシムルモ亦不法不當ナリト論決セサルヲ得サルニ至ルヘシ

第三項 身體ノ自由權

第一 處罰

憲法第二十三條ニ曰ク「日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ……處罰ヲ受クルコトナシ」ト故ニ法律ニ基カスシテ臣民ヲ罰スルコトヲ得サルハ當然ナリ然レトモ其處罰ノ範圍ニ關シテハ種種ノ學說アルカ故ニ左ニ處罰ノ主義ニ關シ少シ

ク説明ヲ試ムヘシ

通常罰ナル文字ヲ附シタルモノハ刑罰、警察罰、懲戒罰及ヒ行政執行罰若クハ強制罰ニシテ處罰ノ範圍ヲ廣ク解スル者ハ此文字中ニ總テ四箇ノ罰ヲ含ムモノナリト爲ス然レトモ此四者中刑罰、警察罰ト懲戒罰、行政執行罰トハ大ニ其性質ヲ異ニスルコトヲ注意セサルヘカラス刑罰ト警察罰トハ其間輕重ノ別アリト雖モ共ニ刑事上ノ制裁トシテ之ヲ課スルモノニシテ廣キ主義ニ於ケル刑罰ナリ然ルニ懲戒罰ト行政執行罰トハ制裁トシテ之ヲ課スルモノニ非スシテ一ハ官吏ノ義務ヲ履行セシムルカ爲メニ之ヲ課シ他ハ行政命令ノ執行ヲ目的トシテ之ヲ課シ共ニ或一定ノ目的ノ遂行ヲ期スルモノナリ故ニ刑罰及ヒ警察罰ト懲戒罰及ヒ行政執行罰トノ間ニ左ノ區別ヲ存ス

(一) 刑罰及ヒ警察罰即チ廣義ニ於ケル刑罰ニ付テハ一事不再理ノ原則行ハルルモ懲戒罰及ヒ行政執行罰ニ付テハ此ノ如キ原則存在スルコトナク隨テ其執行ノ目的ヲ達スルニ至ルマテハ一事ニ對シ幾回ニテモ之ヲ課スルコトヲ得ルモノトス

(二) 廣義ノ刑罰ハ犯罪行為アリタルトキハ必ス之ヲ課セサルヘカラス即チ刑罰ハ犯罪ニ隨伴スト雖モ他ノ二者ハ然ラサルナリ懲戒罰及ヒ行政執行罰ハ若シ之ヲ課セサルモ其目的ヲ達スルコトヲ得ト認ムル場合ニハ義務違反ノ官吏ニ對シ若クハ行政命令違反ノ人民ニ對シテモ必スシモ之ヲ課スルコトヲ要セサルモノトス

此ノ如ク刑罰警察罰懲戒罰行政執行罰トハ各其性質ヲ異ニスルニ由リ之ヲ混同シテ均シク憲法第二十三條所謂處罰中ニ含著セシムルモノト爲スハ解釋ノ妥當ナルモノニ非サルナリ猶ホ憲法第二十三條ノ沿革ニ遡リテ之ヲ考フルモ本案所謂處罰トハ其刑事上ノ罰ノミヲ指稱スルモノナルコトヲ明カニスルコトヲ得ヘキニ由リ予輩ハ憲法第二十三條所謂處罰ノ範圍ニ屬スルモノハ刑罰及ヒ警察罰ノ二ナリト斷言セント欲ス而シテ亦是レ文官懲戒令等ノ法律ヲ以テ定メラレサル所以ナリ

第二 逮捕監禁及ヒ審問

此逮捕監禁及ヒ審問ハ如何ナル範圍マテヲ稱スルモノナリヤト云フニ前ニ處

罰ニ關シテ述ヘタルト同一ノ目的ニ出ヅル場合ノ逮捕監禁及ヒ審問ノミヲ指スモノナリ即チ刑事上ノ目的ニ出ヅル逮捕監禁審問ノミニ關シ憲法第二十三條ノ適用ヲ受クルモノナリ故ニ懲戒處分ヲ爲スカ爲タニ審問シ或ハ觀カ其子ヲ懲戒スルカ爲メニ室ニ入置クカ如キハ此第二十三條ノ審問及ヒ監禁中ニ包含セラレサルモノナリ(刑事訴訟法第五八條乃至第八五條行政執行法第一條第三條第一項監獄則等參照)

第四項 法定ノ裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權

憲法第二十四條ニ曰ク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ト故ニ日本臣民ニシテ行政官廳ノ裁判ヲ受ケ或ハ臨時ニ設ケラレタル委員ノ裁判ヲ受クルトキハ之ヲ拒ムコトヲ得ルモノナリ蓋シ法定ノ裁判官トハ憲法第五十八條ニ定メタル法律ニ定メタル資格ヲ具フル裁判官ヲ指スモノナレハナリ然ラハ裁判トハ如何ナルモノヲ指サヤト云フニ裁判ナル文字ヲ附スルモノニ付テハ司法裁判ノ外行政裁判懲戒裁判等ノモノアリト雖

此憲法第二十四條ノ裁判トハ司法裁判即チ民事刑事ノ裁判ヲ指スモノニテ行政裁判及ヒ懲戒裁判ノ如キハ此中ニ含まレサルナリ然ラハ領事裁判及ヒ軍法會議ニ於ケル裁判ハ此中ニ包含セサルヤト云フニ領事裁判軍法會議ノ裁判其他警察官廳ヲ爲ス所ノ違警罪ノ裁判モ其ニ其性質司法裁判ニ屬スルカ故ニ此第二十四條ノ裁判ノ中ニ入ルヘキモノナリ然ルニ領事裁判ヲ爲ス所ノ領事軍法會議ノ裁判官及ヒ違警罪ノ即決ヲ爲ス所ノ行政官廳ノ官吏ハ其ニ法定ノ資格ヲ具フル所ノ裁判官ニ非ス是ニ於テ領事裁判軍法會議及ヒ違警罪ノ即決ニ關スル制度ハ憲法第二十四條ニ牴觸スルコトナキヤノ疑生スルナリ仍テ此三者ヲ是ヨリ各別ニ説明セント欲ス

第一ノ領事裁判トハ外國ニ駐在スル領事官自國ノ臣民ニ關係スル所ノ民事刑事ノ訴訟ヲ條約ヲ認ムル所ニ從ヒ裁判スルコトヲ謂フ故ニ領事官裁判スル目的物カ民事刑事ニ關スル所ノ司法上ノ訴訟ナルコト明カナリ而シテ領事官ハモノ法律ニ定メタル資格ヲ具フル者ヲ以テ之ニ任スルコトヲ其任用ニ關スル規

定ハ全ク勅令明治二十六年勅令百八十七號外交官領事官及書記生任用令及ヒ明治二十六年勅令百八十八號領事官特別任用令參照テ定ムル所ニ係ルモノナリ隨テ之ヲ法定ノ裁判官ト稱スルコトヲ得サルナリ是ヲ以テ此領事裁判ノ制度ハ憲法ニ牴觸スルコト疑フヘカラサルモノナリ但之ヲ辯護スル說ナキハ非サルニ由リ參考ノ爲メ其辯護說ヲ二三左ニ掲ケント欲ス

第一說 憲法ハ領土外ニ其效力ヲ及ホスモノニ非ス隨テ領土外ニ於テ爲ス所ノ領事ノ裁判ハ憲法ニ牴觸スルノ理由ナキモノナリト然レトモ前ニ述ベタル如ク憲法ハ土地ニ關シテ領土全體ニ其效力ヲ及ホシ人民ニ關シテ臣民タルノ身分ヲ有スル者全體ニ對シ其領土内ニ在ルト領土外ニ在ルトヲ問ハス總テ其效力ヲ及ホスモノナルカ故ニ臣民ハ外國ニ居住スルモ此憲法第二十四條ヲ援用シテ法定ノ裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權利ヲ主張スルコトヲ得ヘク隨テ此說ヲ以テ領事裁判ノ制度ヲ辯護スルコトヲ得サルナリ

第二說 領事裁判ノ制度ハ憲法發布以前ヨリ存在スルモノニテ其效力ハ裁判所構成法ニ於テモ認メラルモノナリ故ニ憲法ニ牴觸スルモノニ非ズト然レ

トモ憲法第七十六條ニハ「法律規則命令又ハ何等ノ名稱ヲ用キタルニ拘ラス此ノ憲法ニ矛盾セサル現行ノ法令ハ總テ遵由ノ效力ヲ有ス」ト規定シ憲法發布前ノモノハ憲法ニ牴觸セサル部分ニ於テノミ效力ヲ有スルコトヲ認メタルモノナリ而シテ此領事裁判ノ制度カ憲法ノ條文ニ觸ルルコト明カナル以上ハ憲法第七十六條ヲ以テ之ヲ辯護スルノ限ニ在ラス又裁判所構成法ニ於テ此制度ヲ認メタリトスルモ法律ヲ以テ憲法違反ノモノヲ憲法ニ牴觸セサルモノト爲スノ效力ヲ生スヘキモノニ非サルナリ

第三說 裁判トハ法定ノ裁判官ノ爲ス裁判ヲ名クルモノニテ領事裁判ノ如キ法定ノ裁判官ニ非サル者カ爲ス所ノ裁判ハ之ヲ憲法第二十四條ノ裁判ト稱スヘキモノニ非ス隨テ領事カ民事、刑事ノ裁判ヲ爲スモ憲法ニ牴觸スルモノニ非サルナリト然レトモ此說ハ裁判ノ意義ヲ誤リタルモノナリ憲法ニ謂フ司法若クハ「裁判」ナル文字ハ此ノ如キ形式的ノ意義ヲ有スルモノニ非ス若シ此ノ如キ形式的ノ意義ニ於テ之ヲ解スルトキハ憲法第五章及ヒ憲法第二十四條ハ無意義ノ規定ト爲ルモノナリ蓋シ臣民ノ權利ヲ保護スルノ目的ヲ達セザレハナリ

第四說 法定ノ裁判官トハ法律ニ由リテ其資格ヲ定メタル裁判官ト云フ意味ニ非ス又法律ニテ其資格ヲ定メタル裁判官ヲ法定ノ裁判官ナリト解スルモ法律ニテ其資格ヲ定ムルトハ裁判官ト爲ルノ資格要件ヲ法律ニテ悉ク定ムルヲ必要トスルニ非ス或者ニ對シ法律ヲ以テ裁判ヲ爲スヘキ權限ヲ與ヘラレタルトキハ其者ヲ法定ノ裁判官ト稱シテ誤ナキナリ然ルニ領事ニ關シテハ法律ヲ以テ裁判ヲ爲スヘキモノナルコトヲ定メタルカ故ニ領事モ亦法定ノ裁判官ト稱セラルヘキモノナリ明治三十二年法律第七十號領事官ノ職務ニ關スル件參照故ニ領事裁判ノ制度ハ憲法ニ牴觸スルモノニ非スト然レトモ此法定裁判官ノ意義ハ法律ニ定メタル資格ヲ有スル裁判官ヲ指スモノナリトノコトハ憲法第二十四條ト第五十八條ト之ヲ對照スレハ明カナル事ニテ又法律ニ定メタル資格ヲ有スルトハ裁判官ト爲ルヘキ資格要件ヲ法律ヲ以テ定メタルモノナルコトハ普通ノ解釋トシテ當然ノ事ナリ單ニ法律中ニ其權限ヲ與ヘタルノ故ヲ以テ之ヲ法律ニ定メタル資格ヲ有スル裁判官ト解シ得ルモノニ非サルナリ故ニ此說ヲ以テモ領事裁判ノ制度ヲ辯護スルニ足ラサルコト疑フヘカラスト雖モ

今日ノ現在ニ於テ此制度ヲ辯護スルニハ此說ニ依ルノ外ナキモノナリイ
第二 違警罪ノ即決裁判トハ明治十八年ノ布告違警罪即決例ニ依リ警察官廳カ違警
罪ニ關スル裁判ヲ爲スヲ謂フ此違警罪ノ性質刑事事件タルコト明カニシテ而
モ之ヲ裁判スル所ノ警察官ハ現行制度ニ於テ法律ニ定メタル資格ヲ具フル者
ニ非サルナリ是ニ於テ違警罪即決ノ憲法違反ニ非サルヤノ疑問ヲ惹起スモノ
ナリト雖モ違警罪ニ付テハ之ニ關シ裁判ヲ受クル者カ正式ノ裁判ヲ仰クコト
ヲ得ルヲ認メタルカ故ニ憲法第二十四條ノ法定ノ裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權
ヲ奪ハルルモノト名クルコトヲ得サルナリ即チ違警罪ノ裁判ヲ受ケタル者カ
警察官ノ即決ニ由リテ満足セザルトキハ何時ニテモ法定ノ裁判官ノ裁判ヲ受
クルコトヲ得ルカ故ニ此制度ハ憲法第二十四條ニ牴觸セザルモノナリ
第三 軍法會議 軍法會議官ハ陸海軍ノ官ニ充テラルルモノナリ然レニ若シ軍法會議ノ
軍法會議ノ制度カ若シ軍人ノミヲ裁判スルモノト爲ストキハ憲法第三十二條
ノ規定アルカ爲メニ憲法ニ牴觸スルヲ免ルルモノナリ然レニ若シ軍法會議ノ

權限ニシテ軍事ニ關係アル犯罪ニ付テモ普通人民ニ及ブコトアルトキハ此制
度モ亦憲法ニ違反スルノ嫌ヲ生スルモノナリ何トナレハ軍法會議ハ司法事件
ヲ裁判スルモノニシテ其裁判官ハ所謂法定ノ裁判官ニ非サレハナリ陸海軍治
罪法第二章參照

第五項 住所ノ安全權

憲法第二十五條ニ曰ク「日本臣民ハ法律ニ定メタル場合ヲ除ク外其ノ許諾ナク
シテ住所ニ侵入セラレ及搜索セラルルコトナシ」此規定ハ住所ノ安全ヲ絕對
ニ保障スルモノナルカ故ニ如何ナル目的ニ出ツルモ其住所ノ安全ヲ害スルコ
トキハ法律ノ規定ニ基カサルヲ得サルナリ即チ犯罪搜索租稅ノ徵收戶籍ノ調査
等ノ目的ニ出ツル場合ハ勿論衛生警察其他廣ク警察ノ目的ニ出ツル場合モ亦
此規定ノ適用ヲ受クルモノニシテ尙ホ進ミテ其住所内ノ人民ヲ救護スル目的
ニ出ツル場合ニ於テモ亦此憲法第二十五條ノ規定ノ結果トシテ法律ノ規定ニ
依ラサルヲ得サルナリ或ハ此規定ニ關シ侵入ノ事實ナクシテ搜索ヲ爲スコト

ヲ得サルカ故ニ此第二十五條ノ場合ハ搜索ノ目的ノ爲メニ侵入スル場合ナリ
ヲ指スモノナリト説ク者アリト雖モ此規定ノ目的ハ住所ノ安全ヲ保護スルニ
在ルカ故ニ其精神ヨリ推ストキハ搜索ノ目的ニ出ツル侵入ノミナラス漫然目
的ナクシテ侵入シタルトキモ亦此規定ノ範圍ニ屬スヘキモノナリ蓋シ如何ナ
ル目的ヲ因リテ若クハ如何ナル目的モ有セスシテ侵入スルモ住所ノ安全ヲ害
スル點ニ於テハ同一ナルハナリ又此說ニ從フトキハ「侵入セラレ」テ文字無用ニ
歸スレハナリ故ニ此說ヲ採ルコトヲ得サルナリ
茲ニ特ニ注意スヘキハ「住所」ノ文字ナリ此住所トハ民法ノ所謂住所ノ意義ニ非
スシテ廣ク人民ノ居住スル場所ヲ指スモノナリ民法ノ住所ハ生活ノ本據ヲ指
スモノナリト雖モ此憲法第二十五條ノ住所ハ單ニ一時居住スルノ場所タル旅
宿ノ一室ト雖モ其人カ居住ノ場所ト定メタル間ハ憲法第二十五條ノ住所ノ中
ニ包含スルモノナリ
尙ホ此條文ニ關シ一言スヘキハ「許諾ナクシテ」ノ文字ナリ許諾ナクシテハ明
カニ不承諾ヲ囑ヘタル場合ハナラス承諾ヲ與ヘタル場合ヲ總テ含ムモノナ

ノ規定ニ依レハ所謂支配人ナルモノハ主人ニ代リテ其營業ニ關スル一切ノ裁
判上又ハ裁判外ノ行爲ヲ爲ス權限ヲ有スルモノナリ商法第三〇條參照故ニ若
シ復代理人ノ選任カ代理人ノ權限ニ屬スルモノト爲ストキハ支配人ハ自由ニ
辯護士ヲ復代理人ニ選任シ之ヲシテ訴訟ヲ爲サシムルコトヲ得ルモノナリト
謂ハサルヘカラス之ニ反シ若シ復代理人ノ選任カ代理人ノ權限ニ非ストセハ
支配人ハ本人ノ許諾ヲ得ルカ又ハ已ムコトヲ得サル事由アルニ非サレハ辯護
士ヲ復代理人トシテ選任スルコトヲ得サルノ結果ニ至ルヘシト信ス予ハ前ニ
モ述ヘタルカ如ク復代理人ノ選任ハ代理人ノ權利ナルヘキモ其權限ニ非スト
信スルモノナリ然レトモ我國ノ裁判上實際ノ慣例ハ少クトモ支配人ニ關シテ
ハ自由ニ復代理人ヲ選任スルコトヲ得ルモノナリト爲セルカ如シ故ニ復代理
人ノ選任カ果シテ代理人ノ權限ナルヤ否ヤニ付テハ十分研究セラレシコトヲ
希望ス
代理人カ適法ニ復代理人ヲ選任シタルトキハ復代理人ハ其權限内ノ行爲ニ付
キ本人ヲ代表スルモノナリ第一〇七條第一項參照即チ例ヘハ復代理人カ其權

限内ニ於テ本人ノ爲メニスルコトヲ示シテ意思表示ヲ爲シタルトキハ其效力
直接ニ本人ニ及ブキモノナリ然レトモ此ノ如ク復代理人カ本人ヲ代表シ
本人ヲ代理人ト爲ルコトヲ得ルハ代理人カ本人ヨリ復代理人選任ノ權限ヲ得
テ其權限ニ基キテ復代理人ヲ選任シタルカ爲メニ非スシテ民法カ實際ノ便宜
ヲ慮リ此點ニ關シ特別ノ規定ヲ設ケタルカ爲メナルヘシト信ス
終ニ復代理人ト本人及ヒ第三者トノ關係如何復代理人ハ本人ノ代理人ナルカ
故ニ第三者ニ對シ代理人ト同一ノ權利義務ヲ有スルモノナルコトハ勿論ナリ
然レトモ屢述ヘタルカ如ク代理人カ本人ヨリ付與セラレタル權限内ニ於テ復
代理人ヲ選任シタルモノニ非サルカ故ニ其結果復代理人ト本人トノ間ニ於テ
何等ノ法律行為モ存在セサルモノナリ故ニ單純ナル理論ヨリ言ハハ本人ト
復代理人トノ間ニ何等ノ權利義務ナキモノナリト謂フコトヲ得ヘシト信ス
然レトモ我民法ハ實際ノ便宜ヲ圖リ復代理人ト本人トノ間ニハ代理人ト本人
トノ間ニ於ケルト同一ノ權利義務ヲ生スルモノトセリ(第一〇七條第二項參照)
故ニ例ヘハ代理人カ委任ニ因ル代理人ナルトキハ復代理人ハ本人ニ對シ委任

契約ヨリ生スル權利ヲ主張スルコトヲ得又本人ハ復代理人ニ對シ委任契約ヨ
リ生スル義務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ヘシト信ス

第六款 代理權ヲ有セサル者ノ行爲

代理權ヲ有セサル者ノ行爲トハ全ク代理權ヲ有セサルカ又ハ代理權ノ範圍ヲ
超ユテ爲シタル法律行為ヲ總稱ス而シテ學者或ハ此代理權ヲ有セサル者ヲ稱
シテ自稱代理ト曰ヘリ

代理權ヲ有セサル者ノ爲シタル法律行為ノ效力如何純粹ナル理論上ヨリ言ハ
ハ全ク無効ノ行爲ナリト謂ハサルヘカラスト信ス何トナレハ代理權ヲ有セサ
ル者ノ爲シタル意思表示ハ本人ノ爲メニスルコトヲ示シテ之ヲ爲シタルモノ
ナルモ其權限内ノ意思表示ニ非サルカ故ニ其行爲ノ效力カ代理ノ原則ニ從ヒ
テ直接ニ本人ニ及フコトヲ得ス又其意思表示ハ代理權ヲ有セサル者カ自己ノ
爲メニ之ヲ爲シタルモノニ非サルカ故ニ直接ニ自己ニ對シテ其效力ヲ生スル
コトヲ得サレハナリ然レトモ諸國ノ立法例中ニハ自稱代理人ノ爲シタル行爲

ヲ一種ノ效力アルモノト爲スモノアリ我民法ニ於テモ亦此等ノ立法例ニ倣ヒ代理權ヲ有セサル者ノ行爲ヲ以テ全ク無効ノモノトセシテ一種ノ效力ヲ有スルモノトセリ仍テ予ハ是ヨリ其效力ニ付キ研究セントス我民法ニ於テ代理權ヲ有セサル者ノ爲シタル行爲ノ效力ヲ研究スルニ付テハ之ヲ契約ノ場合ト單獨行爲ノ場合トノ二ニ區別スルコトヲ要ス一契約代理權ヲ有セサル者カ他人ノ代理人トシテ契約ヲ爲シタルトキハ其契約ハ我民法上有效ニ非ス然レトモ又全ク無効ニモ非ス一種特別ノ效力ヲ有スルモノナリ恰モ本人ノ追認ヲ停止條件ト爲シタル法律行爲ノ如シ即チ其契約ハ本人カ追認ヲ爲スニ非サレハ之ニ對シテ其效力ヲ生セサルモノナリ(第一一三條第一項參照)故ニ本人ハ自稱代理人ノ行爲ニ因リ之ヲ追認シテ自己ニ對シ其效力ヲ生セシムルコトヲ得又其追認ヲ拒絕シテ全ク之ヲ無効ノ行爲ト爲スコトヲ得レトモ之カ爲メニ何等ノ拘束ヲ受ケサルモノナリ之ニ反シテ相手方ハ其行爲ニ因リテ既ニ拘束セラレ自己ニ對シテ本人ノ追認ノ效力ヲ及ホサシメサル

ヘカラサルナリ右ノ如ク代理權ヲ有セサル者カ他人ノ代理人トシテ爲シタル契約ハ本人カ其追認ヲ爲シタルトキハ之ニ因リテ有效ト爲リ又其追認ヲ拒絕シタルトキハ之ニ因リテ全ク無効ト爲ル茲ニ追認トハ本人カ代理權ヲ有セサル者カ自己ノ代理人トシテ爲シタル行爲カ直接ニ自己ニ對シテ效力ヲ生スルコトニ同意スルコトノ一方的ノ意思表示ヲ謂フ而シテ追認又ハ其拒絕ハ相手方ニ對シテ之ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ其相手方ニ對抗スルコトヲ得ス即チ本人カ自稱代理人ニ對シテ追認又ハ其拒絕ヲ爲シタルトキハ本人ト自稱代理人トノ間ニ於テハ追認又ハ其拒絕ノ效力ヲ生スレトモ之ヲ以テ相手方ニ對抗スルコトヲ得ス其理由ハ元來相手方ハ後ニモ述フルカ如ク本人ニ對シテ追認ヲ催告スル權利及ヒ契約ヲ取消ス權利ヲ有スルモノナリ然ルニ若シ本人カ追認又ハ其拒絕ヲ爲シタルカ爲メニ其行爲カ或ハ有效ト爲リ或ハ無効ト爲ルトキハ相手方ハ自ラ知ラサル間ニ右ノ權利ヲ喪失スルカ如キ結果ヲ生スルニ至ルカ爲メナルヘシ但本人カ相手方ニ對シ追認又ハ其拒絕ヲ爲ササルモ相手方カ自稱代理人ノ

通知等ニ依リテ其實ヲ知リタルトキハ之ニ對シテ其效力ヲ對抗スルコトヲ得ヘシ(第一一三條第二項參照)

代理權ヲ有セサル者カ他人ノ代理人トシテ契約ヲ爲シタル場合ニ於テ本人カ追認シタルトキハ其契約ノ有效ト爲ルコトハ既ニ述ヘタルカ如シ然レトモ其追認ノ效力ハ何時ヨリ發生スルモノナリヤ即チ契約ノ時ニ遡リテ其效力ヲ生スルモノナリヤ或ハ其追認ノ時ヨリ效力ヲ生スルモノナリヤ是レ一ノ問題ナルヘシ彼ノ「デルンブルグ氏」ハ追認ノ效力ハ其性質上所謂遡及效ヲ有スルモノト爲セルカ如シ之ニ反シテ「ウギンドシャイド」氏ハ追認ノ性質上必スシモ當然ニ遡及效ヲ有スルモノニ非スト爲セルカ如シ我民法ニ於テハ實際ノ便宜ヲ慮リ本人ノ爲シタル追認ノ效力ハ別段ノ意思表示ナキトキハ契約ノ當時ニ遡リテ其效力ヲ生スルモノトセリ(第一一六條參照)故ニ本人カ追認ヲ爲スニ當リ其效力發生ノ時期ヲ定メタルトキハ之ニ從フヘキモノナレトモ特ニ其時期ヲ定メサリシトキハ契約ノ時ニ遡リテ其效力ヲ生スルモノナリ但之カ爲メニ第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス故ニ例ヘハ甲カ代理權ヲ有セサルニ拘ハラス乙ノ

代理人トシテ其所有シ家屋ヲ丙ニ賣渡スル契約ヲ爲シタル場合ニ於テ乙ハ丁ニ對シ其家屋ニ付キ抵當權ヲ設定シタル後其賣買ヲ追認シタルトキハ丙ハ買主トシテ丁ノ抵當權ヲ否認スルコトヲ得サルカ如シ(第一一六條參照)

其既ニ述ヘタルカ如ク本人ハ自稱代理人ノ爲シタル契約ニ因リ單ニ其契約ヲ追認スルノ權利ヲ得タルニ止マリ之カ爲メニ毫モ拘束セラレサルニ拘ハラス相手方ハ之ニ因リテ既ニ拘束セラレタルモノナリ即チ本人カ契約ヲ追認シタルトキハ相手方ハ自己ニ對シテ其效力ヲ生セシメサルヘカラス故ニ本人ハ甚タ利益ノ地位ニ立ツモ相手方ハ本人ニ比シ稍ヤ不利益ノ地位ニ立タルモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ自稱代理人ノ爲シタル契約ヲ有效ナラシムルモ又無効ナラシムルモ全ク本人ノ自由ニシテ相手方ノ法律關係ハ極メテ不確定ノ狀態ニ在レハナリ元來自稱代理人カ契約ヲ爲スニ當リテハ本人ハ毫モ知ラサル所ナリ然ルニ相手方ハ多クハ自稱代理人カ代理權ヲ有セサルコトヲ知ルカ又ハ之ヲ知ルコトヲ得ヘカヲシニ拘ハラス之ト契約ヲ爲シタルモノナルカ故ニ本人ニ比シ相手方カ多少不利益ノ地位ニ立ツコトハ已ムヲ得サル所ナルヘ

民法債權 (自第一章第三節) 梅謙次郎講述

先づ第一、債權ト云フ言葉ノ定義ヲ申上ルニ思フ、此定義ハ人ニ依テ多少
異ナルヲナスヲ要ス、私ガ最も精確ナリト信ズル所ノ定義ハ、債權トハ一定ノ
人ヨリ一定ノ行為ヲ要求スル權利デアルト云フノデアル、先づ債權ノ最も普通
ナルモノヲ言フナラバ、或金額ノ支拂ヲ求ムル權利デアラウト思フ、此場合ニ於
テハ其支拂ヲ爲スベキ人ガ極テ居ル、即チ一定ノ人ガ有ルノデス、又金ヲ貸シ
タリナラバ借主ト云フ者ガ或金額ノ支拂ヲ爲スト云フ即チ一定ノ行為ヲ要求
スル權利デアアル、此定義ノ誤ラザルコトハ信シテ疑ハスノデアリマス、併シ從來
普通ニ行ハレテ居ルトコロノ定義ハ聊カ其形ヲ異ニシテ居ル實質ニ違ヒハナ
イガ形ヲ異ニシテ居ル、例ヘバ舊民法ノ定義ヲ御覽ニナルト云フト是レトハ餘
程違テ居ル、モット長イ定義ニ爲テ居ル、尤モ舊民法ニハ債權ノ定義ガ二箇所
ニ掲ゲテアツテ其定義ガ少シ違テ居ル、併シ畢竟ノ意味ニ違ヒハナイノデ唯文
字ガ違ウテ居ルノデス、一ツノ定義ハ財産編ノ第三條ニ掲ゲテアル、人權即チ債
權ハ此人權ト云フ言葉ノ説明ハ後デ致シマス、定マリタル人ニ對シ法律ノ認ム

ル原因ニ由リテ其負擔スル作爲又チ不作爲ノ義務ヲ盡サシムル爲メ行ハルル
モノニシテ云云、斯ウアルノデス、此定義ニ依テ見ルト此定義ヨリタル人ニ對シ
ト云フコトハ是ハ私ノ定義ト變リマセヌガ、法律ノ認定スル原因ニ由リテ、是ハ無
論ノコトデス、苟モ權利ト言ヘバ法律ガ認メテ居ラナケレバナラヌヲデ、法律ガ
認メナケレバ權利デハナイノデスカラ、是ハ無論ノコトデアアル、詰リ私ノ一定ノ
行為ト云フノニ代フルニ作爲又チ不作爲ト云フ言葉ヲ以テシテ居ル、是ハ決シ
テ誤テハ居ラヌ、又私ノ定義ト意味ニ於テ變リハナイ、是マデ歐羅巴ノ法律學者
ハ通常羅馬法以來作爲ト不作爲トヲ分ツ、他ノ言葉デ云ヘバ行為ト不行爲トヲ
分ツ、或事ヲ爲スト云フノト爲サザルト云フノト分ツ、是ハ羅馬法以來分ケテ
アツテ、例ヘバ羅馬法デハ「爲ス」ト云フノハ「フアセレ」ソレカラ「爲サザル」ト云フ方ハ
「ノン・フアセレ」ト、斯ウ云フ風ニ分ケテアツテ今日デモ普通ノ學者ハ斯様ニ分ツケ
レドモ學理的ニ之ヲ言ヘバ、不作爲モ亦一ノ作爲又チ行為デアル、即チ行為ニハ
積極的ノモノト消極的ノモノトアルヲデ、積極的ノ行為ト云フノガ即チ普通謂フ
所ノ作爲デアル、消極的ノ行為ガ即チ不作爲デアル、唯今申上ケタ一定ノ金額ヲ支

拂フト云フガ如キハ是ハ積極的行爲デス、即チ所謂作爲デス、ソレカラ或事ヲ爲サス、例ヘバ或劇場ニ出デテ演藝ヲシナイト云フヤウオコトハ是ハ消極的行爲即チ不作爲デアル、何ゼ消極的行爲カト言ヘバ、本來人類ハ己ノ思フ事ヲ爲セウニ或ハ口モアレバ手モアル足モアルト云フ譯ナンドス、ソレヲ法律上ノ義務ニ由ラ爲サナイ、即チ自分デ言ヒタイ時モ言ハス、手ヲ動かシタイ時モ動かサス、足ヲ動かシタイ時モ動かサスト云フノハ、詰リ求メテ自己ノ行爲ヲ制限スルノデアルカラ矢張り一ノ行爲デス、併シソレハ通常爲シ得ル事ヲバ爲サスノデアアルカラ所謂消極的行爲ナンドス、此積極的行爲ト消極的行爲ト云フモノヲ區別スル必要ノ無イト云フコトハ夙ニ學者ガ唱ヘテ居ル、既ニ羅馬法ニ於テモ「ファセレト」ノン、ファセレトヲ分ツテ居ルケレドモ、時トシテハ「ファセレ」ノ中ニ「ノン、ファセレ」モ道入ツテ居ル、例ヘバ羅馬デハ今日デ謂フ交換若クハ之ニ類スル契約ニハ一定ノ名稱ハ法律上ニハナカッタ、實際學者ガ例ヘバ交換ノコトハ「ベルムタシヨ」ト曰フケレドモ法律上一定ノ名ノナッタ契約デハナイ、ソウ云フ契約ヲ學者ハ無名契約ト曰フ、コントラクトス、インノミナトス「ト曰ヒマスガ、無名契約ト云

フモノハ四通リアッタノデス、コトデス、「ド、ウツト、ファシヤス」ソレカラ「ファシヨ、ウツト、ファシヤス」ソレカラ「ファシヨ、ウツト、デス」斯ウ四通リアル、是ハドウ云フ意味カト言ヘバ、「ド、ウツト、デス」ハ汝ガ或物ヲ我ニ與ヘルナラバ我モ汝ニ與ヘル、ソレカラ「ド、ウツト、ファシヤス」ハ汝ガ或事ヲ爲スナラバ我ハ汝ニ或物ヲ與ヘル、ソレカラ「ファシヨ、ウツト、ファシヤス」ト云フノハ汝ガ或事ヲ爲スナラバ我モ或事ヲ爲サウ、「ファシヨ、ウツト、デス」ト云フノハ汝ガ或物ヲ與ヘルナラバ我モ或事ヲ爲サウ、斯ウ云フノデアアル、此四通リノ契約ガアリマシタガ、此場合ニ於ケル「ファシヨ」或ハ「ファシヤス」ハ「爲ス」ト云フコトデアル、此爲スト云フ中ニ普通謂フ所ノ「ノン、ファセレ」即チ「爲サザルト」云フコトモ含ンデ居ルト云フコトハ學者間ニ爭ノ無イコトデ、即チ消極的行爲モ此「ファセレ」ノ中ニ這入ツテ居ル、故ニ場合ニ依ツテハ既ニ消極的行爲ト云ブモノヲ行爲ノ中ニ入レテ居ル、ソレハ誠ニ尤ノ事デ行爲ト不行爲ト云フノハ殆ド言葉ノ使ヒヤウデ以テ分レル、或劇場ニ出テ演藝ヲ爲サスト斯ウ言ヘバ如何ニモ消極的行爲ニナル、若シモソレヲ「或劇場ニ出テ演藝ヲ爲スコトヲ思ヒ止マル」ト云フヤウニ其事ヲ自己ノ意思デ以テ制限スルト云フ意味モ

積極ノ働詞ヲ使フ下矢張り積極ノ行爲ニ爲テ仕舞フ、自己ガ由タイ場合デモソレヲ自ラ止マルド、斯ウ言ヘバ積極ニナルデ積極的行爲ト消極的行爲ト云フモノヲ分ツト云フ必要ハ無イト云フコトモ今日デハ學者ガ一般ニ認メテ居ル、ソレカラ申スト態態作爲不作爲ト言バイデモ一定ノ行爲ト言ヘバソレデ濟ム、舊民法ハ今一ツ定義ヲ下シテ居リマスルガ其定義ハ是ヨリモ尙ホ委シイノデス、一見シタ所デハ定義ガ違フヤウニ見エルガ其實ハ違テ居ルノデハナイ、財産編ノ第二百九十三條第二項義務ハ一人又ハ數人ヲシテ他ノ定マリタル一人又ハハ數人ニ對シテ或ル物ヲ與ヘ又ハ或ル事ヲ爲シ若クハ爲ササルコトニ服從セシムル云云、斯ウ云フ事ガ書イタル、此下モ間違テ居マスケレドモ是ハ後ニ論ジマス、此定義ハ義務ノ方カラ書イタアリマスケレドモ聽テ説明スベキ如ク、此處ニ謂フ義務ト云フノハ唯債權ノ裏面ヲ言現ハシタモノデアル、故ニ此定義ハ矢張り債權ノ定義ト見テ差支ナイ所ガ二人又ハ數人ヲシテ他ノ定マリタル一人又ハ數人ニ對シテ或ル物ヲ與ヘ又ハ或ル事ヲ爲シ若クハ爲ササルコトニ服從セシムル云云トアル、先キトハ行爲不行爲ダケデナッタガ今度ハ行爲不行爲ノ

外ニ物ヲ與ヘシモノ云フコトガ加ハテ居ル、若シ然ラバ先刻ノ定義中ニモ、物ヲ與ヘシモノ云フコトガ被ケテ居ル、又ハ其カ就中私ノ定義ニ、特定ノ行為ト云フコトトモ、盡シテ居ラス、又ハナク云フ疑ガ起ル、デス、此定義ハ歐羅巴ニモ最も廣ク行ヘテ居ル定義ナリ、デス、與ヘシ又ハ爲サザル羅馬法デモ斯様ニ定義ヲ下シテ居ル、是ハ羅句語ノ「ダレト」云フ字ガ今日各國デ、與ヘルト云フ意味ヲ持テ居ル字ニ相當スル、佛蘭西カラバ「ドンナト」、日本ノ「與ヘル」云フ字ニ相當スル、デス、ソレハ先刻申シタ「下」或「ト」デス以下「ト」デスモ同ジ事デアリ、債權ト云フモノハ此三ツ中ノ一ツヲ目的トシテ居ルト云フコトハ羅馬法以來學者ガ言フテ居ル、デス、ソレヲ其儘直譯シタモノデアリ、而シテ其意味ハ「ダレ」即チ「與ヘル」ト云フ、法律ノニ言ハバ權利ヲ移轉スルト云フコト、權利ヲ讓渡スルト云フコト、唯物ヲ引渡スト云フ意味デハナク、引渡シタモノ權利ガ移ラサケレバ通常「セレ」トアル、是ハ如何カラ、「セレ」ト云フラニ其他の一切ノ行為ヲ指ス、ノ「セレ」ト不行爲、消極的行爲デアル、斯ウ云フ「セレ」ニ分テテ居ル、ソレハ此財産編第二百九十三條ニハ其儘掲ゲタモノデアリ、併ナガラ意味ニ於テハ少シモ變

コトハナイ、權利ヲ讓渡スト云フコトモ一ツノ行為デアル、今日デハ權利ヲ讓渡
スニハ當事者ノ意思ガアレバ大抵宜シイコトニナツテ居マス、原則トシテハ、
併ナガラソレハ實際ハソレダケデ済マスコトガ多イノデ、不動産ヲ讓渡ス場
合ニハ登記ヲセシケレバナラス、動産ヲ讓渡ス場合ニハ物ノ引渡ヲシナケレバ
ナラス、債權ヲ讓渡ス場合ニハ債務者ニ對シテ其通知ヲ爲シ又ハ債務者ノ承諾
ヲ得ルト云フコトガ必要デアル、其以前ニ權利ハ移テ居ルノデアルケレドモ、ソ
レヲシナケレバ權利ガ確マラス、此事ハ物權編ノ講義及ビ債權編デモ私ノ受持
タナイ處ニアル、ソレ等ノ事ガ自ラ此ダレノ中ニ含マレテ居ル、ソレハ矢張り一
ツノ行為デアル、予ハ權利移轉ノ意思表示モノノ行為デアルト思フカラ、縱令他
ノ行為ヲ要セス場合デアラモ、ダレハ行為ノ中ニ含マレテ居ルト謂ヘル、其類ノ
行為ト他ノ行為トヲ區別スル理由ハナイ、他ノ行為ノ中ニモ種種ナモノガアル、
往往ニシテ一ノ法律行為ヲ爲スト云フコトモアルノデス、法律行為ト云フノハ
契約遺言等ノヤウナモノデアル、契約ガ最も多イガーツノ契約ヲ爲スト云フコ
トモ矢張り行為權利ヲ移轉スルト言ヘバ成程ダレ、與ヘルト云フ方ニナルケレ

ドモ、權利ヲ移轉シナイデ單ニ物ノ引渡ヲ爲スト云フコトモアルノデス、ソレハ
矢張り行為、ソレヲ目的トシテ居ル債權、債務ガアルノデス、例ヘバ人ノ物ヲ預
テ居ル、其預リ主ト云フ者ハ預ケ主ニ對シテ物ヲ返ヘスト云フ義務ガアル、即チ
預ケ主ハ預リ主ニ向テ預ケタ物ヲ返還セヨト云フ請求ヲ爲ス權利ガアル、物ノ
返還ト云フノハ唯其物ノ引渡ヲ求ムルト云フコトナシデス、人ニ物ヲ預ケタカ
ラト言フテ何等ノ權利モ移リハセス、矢張り預ケ主ノ所有物デアルケレドモソレ
ヲ返シテ與レト云フ權利ガアル、即チ引渡ヲ求ムル權利ガアル、此場合ニハ債權
ノ目的ハ何デアル、ダレ即チ與フル、ト云フノデアルカ、サウデナイ、矢張り「フセ
レ」爲スト云フ方デアル、或ハ契約ヲ結ブト云フコトガ義務ノ目的トナルコトガ
アル、例ヘバ委任デス、甲ガ乙ニ或ル事ヲ委任スル、此場合ニ委任ノ目的ガ法律行
爲デアルト云フコトガ最も多イノデス、否我民法ニ於テハ委任ノ目的ハ法律行
爲ニ限ラアル、外國ノ法律ハ必ズシモサウデハナイガ故ニ例ヘバ今ノ例デニ云
テ見ルト、乙ガ甲ノ爲メニ或ル物ヲ買フ、或ル物ヲ賣ルト云フノハ一ツノ委任デ
ス、即チ何レノ場合ニ於テモ買賣契約ヲ爲スコトヲ委任スルノデス、賣主ト爲

テ賣買契約ヲ爲スカ買主ト爲テ賣買契約ヲ爲スカ売ニ角賣買契約ヲ爲スコトヲ目的トシテ居ル、テ賣買契約ヲ爲ス結果權利ノ移轉スルト云フコトハアリマスケレドモソレハ委任ノ目的デハナイ、委任ノ目的ハ單ニ賣買契約ヲ爲スト云フコトニアルノデス、是ハ一ツノ行爲デス所謂與フル債權、與フル義務ト云フ方デハナイ、「フアセレ」爲ス義務ト云フ方デアル、乃チ此等ノモノヲ行爲ト云フナラバ權利ノ讓渡ニ關スル行爲丈ケヲ別ニ「與ヘル」「ダレ」ト云フ名稱ヲ付スル必要ガ何處ニ在ルカ、ソレデ近來ノ學者ハ此「ダレ」ト云フモノハ自ラ「フアセレ」ノ中ニ在ルト云フノデ「ダレ」「フアセレ」ノ中、「フアセレ」ト云フ代リニ作爲及ビ不作爲ノ二ツニ分ツ人ノ方ガ多イノデス、ソレデ「ボラツナード」氏ハ財產編ノ第二百九十三條デハ普カラ世ノ學者ガ唱ヘ來タツ居ル三ツノ目的「ダレ」「フアセレ」ノ中、「フアセレ」ヲ書イタケレドモ、同ジ財產編ノ第三條ニハソレヨリ進シダ所ノ「フアセレ」ノ中、「フアセレ」作爲又ハ不作爲ヲミテ掲ゲ、其作爲ノ中ニ「與フル」ト云フコトモ這入ツ居ル、私ハモウ一步進シデ「「フアセレ」モ消極的行爲デアルト云フ所カラ」一定ノ人ヨリ」一定ノ行爲ヲ要求スル權利ト申シタノデアル、意味ニ少シモ變リハナイ

此債權ト云フモノハ裏面カラ見ルト云フト債務ト云フノデス、卑近ナ例ヲ申スト甲ガ乙カラ金ヲ借りル、サウスルト乙ハ債權ヲ持ツテ居ル、其裏面ニ甲ハ債務ヲ負ウテ居ル、權利ノ側カラ言フト「債權」ト謂フ、反對ノ側カラ言フト「債務」ト謂フ、此事ハ極ク普通ノ觀念カラ分ルコトデスガ學者ハ夙ニ認メテ居ル、羅馬法デモ「債權」「債務」ト云フ言葉ハ絶エズ同ジ意味ニ使ウテアル、或ハ同ジ言葉ガ二ツノ意味ヲ持ツ、時トシテハ債權ト爲リ時トシテハ債務ト爲ル、ケレドモ債權ヲ持ツテ居ル人ノ方カラ見レバ「債務」ト言フテハ誤ツテ居ルノデ「債權」ト言ハナケレバナラヌ、其相手ノ方カラハ「債權」トハ言ヘヌノデ「債務」ト言ハナケレバナラヌ、「丁度」甚ダ俗ナ比喻デアルケレドモ、「受業」ト「授業」トハ業ヲ受ケルト云フノト業ヲ授ケルト云フノデアル、先ヅ此席デ言フ見レバ私ハ諸君ニ業ヲ授ケテ居ル諸君ハ業ヲ受ケテ居ル、同ジコトデス、事柄ハ一ツデアルケレドモ唯働キ掛ケニ爲スコトトソレヲ受ケル方ト違フノデス、ソレト同ジ事デス、債權、債務ハ一ツノ事柄デアル、ソレヲ權利ノ側カラ云フト債權デアル、即チ一定ノ人ヨリ一定ノ行爲ヲ要求スル權利ト言ヘバ債權デアルガ裏面カラ言フテ、一定ノ人ガ一定ノ行爲ヲ爲

ス義務ヲ負フト、斯ウ云フト是ハ債務ニ爲ル、同じ事デアルガ觀察點ガ違フ、ソレカラソレニ對シテ人モ權利者ノ方ハ債權者ト謂フ、昔ノ言葉デ言フト債主ト云フ方デス、貸借デ言ツテ見ルト貸主ノ方デス、ソレカラ其相手ノ方ハ債務者ト謂フ、義務者ト云ツテモ宜イノデス、是ハ前ニハ負債主ト能ク言ツタモノデス、即チ債權者ノ側カラ見ルト債權デアル、債務者ノ側カラ見ルト債務デアルト、斯ウ云フコトニ爲ル、此債權者「債務者」ト云フ言葉ハ今日デハ法律上一定シテ居ル、少クモ新民法出デテヨリ以來此言葉ハ法律上ハ極マテ居ルノデス、ケレドモ其以前ニハ各自種種ナ言葉ヲ用ヒタモノデアル、又歐羅巴ノ法律語ヲ翻譯致シマスルト種種ナ言葉ガアル

先ヅ債權ト云フ言葉デス、是ハ今デハモウ債權ト一定シテ居ルヤウデアリマス、ケレドモ前ニハ能ク人權ト言ツタモノデス、舊民法ナドニハ「人權」ト曰ツタル、ソレハ矢張り西洋語ノ直譯デ、佛蘭西語ノ「ドロワー、ベルソンチルト」云フ字ヲ譯シタモノデ、是ハ獨逸デモ矢張り同じ言葉ガアルノデス、ベルゲンリッヘス、レヒト之ヲ譯シタモノデアル、所ガ此譯語ハ私ハ初カラ不服ダヲタ、成程直譯デス、ドロワ

ー、ベルソンチルトハ「人權」ト云フコトニナル、ケレドモ全ク意味ヲ成サス、權利ハ皆人ノ權デス、大ノ權、猫ノ權ナドト云フモノハアリハシマセス、權利ノ主體ト云フノハ必ズ人デアアル、要スルニ物權デモ何デモ皆人ノ權デアリマス、ソレカラ此言葉ハ甚ダ誤解ヲ招キ易イ、維新以來「人權」ト云フ言葉ハ隨分廣ク行ハレテ居ル、是人權問題デアルト云フ、ソレハドウ云フ意味カト云フト、是モ沿革ノアルコトデ、佛蘭西ノ「ドロワー、ド、ロシム」ト云フ言葉ガアル、是ハ佛蘭西ノ大革命ノ時ニ從來時ノ君主カラ種種ノ壓制ヲ被ツテ居ッタ人民ガ憲法ニ由ツテ各人ノ權利ト云フモノヲ認メテ與レト云フノデ遂ニ「デクララシヨン、デー、ドロワー、ド、ロシム」即チ人權宣言ト云フモノヲ憲法ノ前ニ決シタ、マア沿革上カラ言フトソレガ起リデセウカ、ソレカラ「人權」「人ノ權」ト云フ字ガ西洋デモアル、其時ニハ「ドロワー、ベルソンチルト」ハ言ハス「ドロワー、ド、ロシム」トカ「ベルゾーチンレヒト」トカ云フ、此方ハ稍ヤ意味ガアル、何ゼナレバ人トシテ有スベキ權利デアルト云フカラデアル、何レ權利ハ人ノ有スルモノニ違ヒナイ、態態人權ト云フカラニハ何カ意味ガアルダラウ、ソレハ「人トシテ有スル權利」ト云フ意味デアル、其内容ハ大ニ議論スル

餘地ガアリマスケレドモ、先ヅ疑ヒノ無イモノヲ言フト、身體ノ自由、言論ノ自由、集會ノ自由、結社ノ自由、宗教ノ自由、寧ロ信仰ノ自由ト云フ方ガ正シイカモ知レマ、ソレカラ教授ノ自由、營業ノ自由、今日デハ一般ニ自由ト云フモノガ皆人權デス、ソレデスカラ今日デモ矢張り「人權問題」ト云フヤウナ文字ガ新聞ナドニチヨクチヨク見エル、古イ新聞記者ナドハ「人權」ト云フ文字ヲ盛ニ使ウタニ違ヒナイ、今活キテ居ル人デ言ウテ見レバ、島田三郎君トカ尾崎行雄君トカ云フヤウナハ此「人權」ト云フ文字ヲ幾度筆デ書イタカ數ヘ切レス程ダラウト思ヒマス、明治十年頃カラ二十年頃マデハ盛ニ此文字ヲ新聞ニ書イタ、今デモ時時見エル、其意味ハドウカト言ヘバ、佛蘭西ノ「ドローワー、ド、ロナム」ト云フ意味デアル、即チ「自由」ト云フ意味ニ使フ、此方ハ比較的意味ガアツタウシタ久シク行ハレテ居ル、ソレ故ニ「人權」ト云フ字ハ其方ニ使フ方ガ適當ナノデ、債權ノ意味ニ「人權」ノ字ヲ使フ、云フコトハソレト混ズル處ガアル、然ラバ何ゼ「歐羅巴」デ「ドローワー、ベルソン」ナル或ハ「ベルゲンリッヘス」レヒトト云フ即チ「人權」ト譯スベキ字ヲ使フカト云フト、是ハ矢張り羅馬法カラ來テ居ルノデスケレドモ、羅馬デハ是ト同ジ字ハナイ、羅

旬語デ直譯スルト「ジユス、ベルソナレ」ト爲ルノデスガ「ジユス、ベルソナレ」ナドト云フコトバ「アリハシナイ、羅旬語デハ「ジユス、イン、ベルソナム」、是ハ直譯スルト「人ニ對スル權」ト斯ク云フコトニ爲ル、然ルニ此言葉ハ羅旬語デハ書クニ短イデスケレドモ、之ヲ佛蘭西語ナリ獨逸語ナリニ譯シマスルト大變ニ長クナル、日本ノ言葉デモ「人ニ對スル權」ト云フト大層長イ、ソレデ毎度使フ言葉デアルノニドウモ五月蠅イモノデスカラ、イツシカ學者ガ「ドローワー、ベルソン」ナル「ベルゲンリッヘス、レヒト」ト云フ字ヲ拵ヘタ、歐羅巴デモ此言葉ハ穩當デアル、適當デアルトハ思フテ居ラス、併シ西洋デハ沿革上、慣習上其意味ガ誠ニ明瞭デアル「ドローワー、ベルソン」ナル「ベルゲンリッヘス、レヒト」ト言ヘバ苟モ法律學者ナラ誰デモ知ッテ居ル、ソレハ他ノモノト混ズル處ガナイ、故ニ宜イケレドモ、日本デハサウデナイ、何等ノ沿革モ慣習モナイ所ニ俄ニ「人權」ト書イラソレハ債權ト云フコトデアルト云フ「符牒」デアルト言ヘバソレデ宜イカモ知レマセスケレドモ餘程無理ナ符牒デアルト言ハナケレバナラス、寧ロ私共ハ羅旬語ヲ其儘譯シマシテ對「人權」ニ對スル權利ト斯ク云フ方ガ正シイト思ウテ居ル、是ハ私ノミナラズ維新ノ初メヨ

ヲ笑作君アタリガ對人權ト云フ字ヲ私共ガ法律學ヲ修メタ時分ニ用ヒラレタ
居タ、至極穩當ノ言葉デアアルと思ウタ私共ハ使ウタ居タ、然ルニ舊民法ニ於テ人
權ト云フ字ヲ拵ヘテ仕舞フタ、吾等ノ時代ニハ債權ノコトヲ對人權ト謂ヒソレニ
對スル物權ノコトヲ物上權ト謂ウタ、人ニ對スル權利、物ノ上ノ權利、羅旬語デ
ハ「ジュス、イン、レ」ソレヲ舊民法ハ「人權」物權トシタ、新民法デハ「人權」ノ字ハ一切使
ハヌ、殘ラズ「債權」ト致シタ

ソレカラソレニ對スル所ノ「債務」モ舊民法ヲ首メト致シテ學者ガ能ク義務ト曰
フノデス、舊民法ニハ盛ニ此義務ト云フ字ガ使ウタアル、是ハ矢張り羅馬法以來
ノ言葉デ、羅馬法デ丁度今日デ謂フ「義務」若クハ「債務」ニ當ル言葉ヲ「オブリガシヨ」
ト曰フ、是ハ「義務」ト譯シテ宜イ字ナデス、今日尙ホ佛蘭西デモ「オブリガシヨ」
獨逸デモ「オブリガチオン」ト云フ字ハ盛ニ使フノデス、ソレヲ直譯シテ舊民法
ニハ「義務」ト云フ字ガ盛ニ使ウタアル、是ハ誤ッテハ居ラスノデス、故ニ新民法ニ
モ矢張り處ニ依ッテハ使ウタアルノデス、權利義務ト云フ時ニハ其義務ノ中ニ
債務シカ含まヌ場合デモ矢張り「義務」ト云フ字ガ使ウタアルノデス、ソレカラ或

者ガ或事ヲ爲ス義務ヲ負フナドト云フ處デハ「債務」ヲ負フトハ書カズニ「義務」ヲ
負フト書イタアル、故ニ決シテ「義務」ト云フ字ガ當ラヌコトハナイ、唯併ナガラ「義
務」ト云フ字ハ「債務」ト云フノヨリハ少シ廣イ、債務ト云フノハ先刻申上ゲタヤウ
ニ債權ノ裏デアアル、即チ一定ノ人ガ一定ノ行爲ヲ爲ス義務ト斯ウ云フノデアアル、
所ガ義務ト云フ字ハ二ツノ意味ニ於テ債務ト違ウタ意味ニ使ハレタ居ルノデ
ス、其一ツハ物權ニ對スル義務ト云フコトヲ言フノデス、物權ニハ限ラヌノデス、
英吉利法ノ言葉デ云ヒマスルト對。世權ニ對スル義務所有權ヲ侵サザルノ義務、
他人ノ著作權ヲ侵サザルノ義務ト云フヤウナノモ矢張り「義務」ト云フ、此時ニハ
一ノ獨立ナル義務ガ存シテ居ルノデハナイ、債務ノヤウニ一定ノ人ガ他ノ一定
ノ人ニ對シテ或行爲ヲ爲サシケレバナラスト云フヤウナ義務ガ存シテ居ルノ
デナク、廣ク所有者以外ノ者、著作者以外ノ者ガ負ウテ居ル所ノ義務デアアル、無論
消極的義務、他人ノ所有權ヲ侵サザル義務、著作權ヲ侵サザル義務、即チ之ヲ積極
ニ言ウタ見ルト、他人ノ土地ヲ通行スルト云フコトハ即チ其義務違反デアアル、他
人ノ著作物ヲ特別ノ權利ヲ得ズシテ發行スルト云フコトハ著作權ノ侵害デ、シ

ルハ不法デアル、即チ今申上ダタ義務ヲ履行シナク者デアルト、斯ウ云フコトモ爲ル、ソレヲ「義務ト云フ」居ルハ、デス、ソレヲ今一ツハ債權ハ私共ノ意見デ、
「一」財產權デアル、所ガ此「義務ト云フ」字ハ、財產權以外ノ事ニモ使ハレバ、デス、
例ヘバ夫婦ガ互ニ同居スル義務ガアルト云フコトヲ言フ、ソレハ民法ニモ、曰「
アル」デス、民法ノ第七百八十九條第一項ニ妻ハ夫ト同居スル義務ヲ負フトス
ル、此「義務ト云フ」モノハ、債務デハナイノデス、債務ト云フモノハ、後ニ説明致シヤ
ス、タレドモ、ソレハ財產上ノモノデアルガ、此義務ハ財產上ノモノデハナイ、妻ガ
夫ト同居スルト云フヤウナコトハ、財產上ノ關係デハナイ、ソレニモ「義務ト云フ」
字ヲ使フノデス、其外家族ガ戸主ノ命令ニ從フ義務子ガ父ノ命令ニ從フ義務ト
云フヤウナモノモ、矢張り義務デス、タレドモ、ソレハ債務デハナイ、ソレ故ニ債務
モ「一」ノ義務デアルニハ相違ナイカラ之ヲ「義務ト云フ」テモ、些ツトモ差支ナイガ、併
ナガラ他ノ義務ト區別スル場合ニハ必ズ債務ト言ハシケレバナラヌト云フ所
カラ舊民法ハ「債務ト云フ」文字ノ代リニ「義務ト云フ」字ガ使テアル場合ニモ新民法
ハ必ズ債務ト曰「
居ル」文章ノ都合カ何カデ「債務ト云フ」字ヲ使フノ不便ナル

トキニハ「義務ト云フ」字ヲ使ヒマス、ケレドモ、特ニ「債務ナルコトヲ言現」以テ必要
ガアルトキニハ大抵「債務ト云フ」義務ノ辨濟ト言ハス、又ニ「債務ノ辨濟ト云フ」隨テ
權利者、義務者ノ方デモ必ズ「債權者」「債務者ト斯ウ言フ」テアル權利者ノ方ハ元カ
ラ餘リ「權利者」トドトハ言ヒマス、ガ、義務者ノ方ハ往往ニシテ「義務者ト云フ」言
業ヲ使ヒマス、我我モ時トシテハ其言葉ヲ使ハス、デハアリヤセスケレドモ、法文
デハ必ズ「債務者ト云フ」居ル、ソレハ他ノ者ト區別スル爲メニ其言葉ヲ使フタノデ
ス、
借テ是ヨリ債權ト云フモノハ果シテ「財產權デアル」ト否ヤト云フコトヲ論ジヤ
ウト思フ、此問題ハ他ノ一ツノ問題ニ牽連スルノデ、即チ「財產權トハ果シテ如何
ナルモノゾ」ト云フ問題ニ牽連スル、ソレ丈デ問題ガ決セラルル、デハアリマセ
ヌケレドモ、併シソレガ先ヅ第一ノ問題デアル、是非非常ニ議論ガアルノデス、或
ハ金錢ニ見積ルコトヲ得ベキモノガ財產權デアルト云フ、古クハ其説ガ最も多
ク行ハレテ居タヤウデス、或ハ吾人ヲ幸福ヲ助ケルモノガ財產權デアルトカ、色
色ナ定義ガ是マデアルノデス、併シ私ノ信ズル所デハ「財產權トハ權利者ガ其權

利又ハ之ガ目的ヲ處分スルコトヲ得ルモノデアルト、斯様ニ申サウト思フ處分
ト云フノハ拋棄スル、他ノ方法ヲ以テ消滅セシムル、或ハ他人ニ讓渡スト云フヤ
ウナコトデ、是ハ皆權利ノ處分又ハ物ノ處分デアアル、此定義ニ依ツテ見マスルト例
ヘバ所有權ト云フモノハ財產權デアアル、何ゼカト言ヘバ所有權ハ拋棄スルコト
モ出來ルシ、所有權ノ目的物ヲ滅失セシメテ消滅シテ自己ノ權利ヲ消滅ニ歸セ
シムルコトモ出來ル、又之ヲ他人ニ讓渡スコトモ出來ル、ソレデスカラ所有權ハ
財產權ノ最モ主ナルモノデアアルト云フコトハ是ハ疑ノナイコトデス、ソレカラ
金錢ノ貸借ヨリ生ズル所ノ債權、是ハ何人ト雖モ財產權デアアルト云フコトヲ認
メ、此權利ハ通常拋棄スルコトガ出來ル、或ハソレヲ他人ニ讓渡スコトモ出來
ル、場合ニ依ツテハ讓渡スコトガ出來スコトモアリマス、ケレドモ、其時雖モ債
利ノ目的ハ處分スルコトガ出來ル、即チ金錢債務デアレバ債務ノ履行トシテ受
取テ所ノ金錢ハ固ヨリ處分ガ出來ル、路傍ニ拋棄シテモ宜シ、ソレガ硬貨ナラバ
溶カシテ仕舞フコトモ出來ル、紙幣モソレヲ燒イテ仕舞ヘバ權利ハ消滅スル、況
ヤソレヲ他人ニ勝手ニ讓渡スコトモ出來ル、之ヲ勝手ニ讓渡スコトガ出來スカ

タラ金錢ノ用ヲ爲サズ、ソレデスカラ金錢債務ノ財產權デアアルト云フコトハ疑
ナイ、權利其物或ハ權利ノ目的ヲ處分スルコトガ出來ル、ソレカラ稍ヤ疑ハシイ
問題ニ移ルト、扶養ノ義務、扶養ノ權利ト云フモノガアル、親ハ子ヲ養フ義務ガ
アル、子ハ親ヲ養フ義務ガアル、逆サマニ云フト子ガ親ニ養ハレル權利ガアル、親ガ
子ニ養ハレル權利ガアル、即チ親ガ貧乏シテ食ヘナイト云フトキニハ子ガ之ヲ
養ハナケレバナラス、子ガ貧乏シテ食ヘストキニハ親ガ之ヲ養ハナケレバナラ
ス、是ハ民法ニ明カニ認メテアル、此權利ガ財產權ナルヤ否ヤト云フコトハ一
疑問デアアル、何ゼカト云フト此權利ハ親子ト云フ身分、親族關係カラ生ズル所ノ
權利デアアルガ、親族權ト云フモノハ財產權デナイコトハ是ハ疑ナイモノト思フ
ナウスルトソレノ附隨ノ權利デアアルカラ財產權デハナイノデハナイカト云フ
疑ガアルケレドモ、私ハソレモ矢張り財產權デアアルト思ヒマス、何ゼカト云フト
成程扶養ノ權利ト云フモノハ處分スルコトガ出來スノデス、ソレハ民法ニ明文
ガアルケレドモ權利ノ目的ヲ處分スルコトハ出來ル、目的ト云フ言葉ハ是カラ
盛ニ使ヒマスガ、目的ト云フト「メド」ト云フコトデアリマスカラ餘程可笑シイヤ

ラデスクレドモ法律デ云フト目的物ト云フコトニナルヲモゾフアトテ言葉デ言ヒマスルト權利ノ客體ト云フコトニナル其權利ノ目的ヲ處分スルコトハ出來ル即チ扶養ヲ受ケル權利ト云フハドシナモノデアルカ生活ノ資料ヲ受ケル權利其資料ト云フモノハ或ハ金錢デアレ或ハ米穀デアレ其他ノ飲食物デアレ又ハ衣類デアレ總テ之ヲ處分スルコトガ出來ルノデス金錢ハ先刻申上ダダヤウニ之ヲ處分スルコトガ出來ナカタナラバ金錢ノ用ヲ爲サズ人ニ之ヲ與ヘナケレバ物ヲ買フコトガ出來ナイソレカラ米トカ酒トカ醬油トカト云フヤウナ物ハ無論處分ガ出來ル米ヲ路傍ニ棄テタ者ガアルカラト云フテ道德上カラハ惡ルタ言フカ知ラヌガ法律上之ヲ責メル譯ニハ往カヌ實ハソレヲ食ベルノモ法律上カラ云フト一ツノ處分ナンデス食ベレバ無クナツテ仕舞フ衣類モ亦然リデ衣類ヲ燒イタカラト云フテ法律上ドウ云フ責任ガアルト云フ譯デハナイ火事サヘ出サナケレバ宜シイシテ見ルト扶養ヲ受ケル權利ト云フモノハ是ハ一ノ財產權デアルヲウシテ私ハソレハ債權デアルト思ヒマス如何トナレバ詰リ親ガ子ニ對シ又ハ子ガ親ニ對シテ或場合ニ一定ノ金額ヲ支拂ヘト云フコトヲ

求ムル米穀ノ給付ヲ求ムル衣類ヲ寄越セト云フ行爲ヲ求ムルノデアルカラ是ハ一ノ債權デス其他總テノ債權ガ皆財產權デアル即チ權利其物ヲ處分スルコトヲ得ルカ然ラズ少クモ權利ノ目的ヲ處分スルコトガ出來ル他ノ一二ノ例ヲ申上ゲマスル上他人ノ爲メニ旅行ヲ爲スト云フコトヲ目的トスル債權デモ權利者ガ其旅行ヲシテ與レナクモ宜イト云フノハ權利其物ヲ處分スルノデアアルガソレハ無論出來ルダカラ是ハ一ツノ財產權デス雖テ説明致シマスルガ債權ト云フモノハ金錢ニ見積ルコトヲ得ルモノデナケレバナラスト云フコトハナイ我民法ニ於テハ財產權ト云フモノニ就テモサウ云フ制限ハナイ處分ガ出來ルカドウカト云フ能不能デ極マルベキモノデアルト私ハ考ヘル併シ財產權ノ問題ハ直接ニ民法デ解決シテアルノデハナイ民法ニハ明文ハ無い故ニ是ハ學者ガ各自十分ノ自由ヲ以テ論ズルコトガ出來マスカラ世ノ學者ガ悉ク私ト同一ノ意見ヲ執ルト云フ譯ニハ往カヌダラウト思ヒマス唯私ノ意見トシテ聽イテ眞イテ戴キタイ併シ人ニ依ルト財產權ノ定義ハ假ニ私ト同一ノ主義ヲ採ルカ又ハ他ノ定義ヲ採ルニシテモ或一ツノ問題ヲ出シテ其問題ニ就テハ財產

權デナイト云フコトガ一定シテ居テモ、尙ホソレガ失張リ一ノ債權デアルト云フコトヲ主張スル者モアリマスケレドモ、ソレハ我民法デハ採用シテ居ラヌト私ハ見テ居ル、ソレノ明カナル證據ト云フモノハアリマセスケレドモ、民法ノ編別デ大凡分ルダラウト思ヒマス、我民法ハ先刻申シタヤウニ第一編ガ總則、是ハ總テノ債權ニ通ズル事ヲ規定シタモノデス、第二編ガ物權、第三編ガ債權、第四編ガ親族ト、斯ウ云フ風ニ爲テ居ル、親族權カラ生ズル所ノ各種ノ義務ニ對スル權利ガ皆債權デアルト云フヤウナコトナラバ此ノ如キ編別ヲ取ル筈ガ無イ、ソレデ詰リ我民法ハ物權ト債權トガ財産權中ノ最モ主ナルモノデアルト云フコトヲ認メテ、ソレデ總則ニ次グニ物權及ヒ債權ノ二編ヲ以テシ、ソレカラ親族權ハ又別種ノ權利ト認メタカラソレハ更ニ第四編トシテ規定シタノデアアル之ニ依テ、自ラ債權ヲ財産權トシタト云フコトガ分ルデアラウト思フ、尙ホ沿革ノ上カラ申シテモ現行ノ民法ノ前ニ舊民法ト云フモノガアラテ、其舊民法ハ財産編ト云フモノヲ設ケテ居タ、其中ノ第一節ガ物權、第二節ガ債權ト爲テ居タ、舊民法ノ如キハ財産權ノ全部ヲ物權ト債權トノ二ツニ分ケマシタケレドモソレハ近來

ノ學者ハ採ラナイ者ガ大分多イ、新民法デモソレヲ採ラタト云フ跡ハ見エマセスケレドモ、少クモ是ガ重ナル財産權デアルト云フコトヲ認メタト云フコトハ、舊民法ト新民法ト較ベテ見テモ粗ボ明カデアアルノデス、ソレデスカラ私ハ債權ト云フモノハ常ニ財産權デアルト云フコトヲ主張シヤウト思フ、尤モ是ハ殆ト理論上ノ問題デ實際ニハ餘リ必要ノナイ問題カモ知レマセスケレドモ、併ナガラ稀ニ實際問題ノ起ルコトガナイトハ言ヘマセスカラ豫メ自分ノ意見ヲ申上ゲテ置キマス、是ヨリ進ンデ第二ニ只今申シタ物權ト云フモノト債權ト云フモノト如何ナル點ニ於テ異ナルカト云フコトヲ論ジヤウト思フ、是ハ勢ヒ物權ノ定義カラ下シテ掛ラチバナラス、物權ハサツキ申シタ羅旬語ノ「ジユス、インレ」デ、ソレヲ佛蘭西語デ「ドロワ」、レニル獨逸デモ色色ニ言ヒマスケレドモ先ツ丁度物權ニ相當スルノ「ザングリフヘス、レヒト」併シ「レヒト、アングヘン」ナドトモ言ヒマス、或ハ人ニ依テ「ザヘンレヒト」ト言ヒマスケレドモ「ザングリフヘス、レヒト」ト云フ方ガ最モ廣ク行ハレテ居テ分リ宜イノデス、此物權ト云フモノノ定義ニ就テ非常ニ議

論ガアルノデス、ケレドモ私ノ信ズル所デハ矢張り、羅馬法ノ定義ト言フモ宜イノデスガ、古クカラ行ハレテ居ル定義ノ方ガ一番穩當デアルト思フ、新シイ定義モ其意味ヲ段段論シ詰メテ見ルト同ジ事ニ歸著スルノデス、然ラバ應ニ新シイ且六ヶ敷イ理解シ難イ所ノ込入ヲ文字ヲ用ヒナクシテモ、古來學者間ニ殆ド異論ノナカク分リ易イ言葉ヲ以テ定義ヲ下シタ方ガ宜カラウト思ヒマス、ソレ何デアアルカト云フト、物權トハ物ノ上ニ直接ニ行ハルル權利デアアルト云フノデアアル、デレンブルヒヲ定義ナドモ意味ハ全ク同ジト言フヲモ宜シイ、即チ物權トハ權利者ガ直接ニ物ヲ支配スル權利ダト云フヤウナ字ガ使フデアアル、支配ト云フヤウナ文字ハ誠ニ意味ガ漠然トシテ居ラ却テ迷ヒヲ來ス其他就中獨逸ノ學者ガ近來色色ナ定義ヲ下シマスケレドモ、或ハ其意味ガ不明デアアルカ然ラズンバ物ノ上ニ直接ニ行ハルル權利ト云フノト同ジコトニ歸著スル、ソレデ私ハ從來最モ廣ク行ハレテ居ル所ノ物權トハ物ノ上ニ直接ニ行ハルル權利デアアルト云フ定義ヲ採用シテ居ルノデス、此權利ト債權トハ何時モ正反對ノヤウニ學者ガ論ズル、現ニ我舊民法デモ、佛蘭西法其他佛蘭西法系ノ國國ニ於テハ、財產

權ヲバ物權ト債權トニ分ツ、例ヘバ著作權、特許權、意匠權、商標權等ノ如キモノモ物權ノ中ニ入レテ説ク、舊民法モ少シ不明デスケレドモドウモソウノヤウデス、佛蘭西ノ學者ハ略ボ一致シテサウ云フヤウニ説イテ居ル、其位ニ物權ト債權トハ反對ノモノノヤウニ是マデ説イテアルガ、何處ガ違フカ、物ト云フモノヲ我民法ノ如ク有體物ニ限リマスルト、有體物ニ關係ナキ所ノ作爲ヲ目的トスル債權ト物權ト云フモノハ殆ド比較スルコトガ出來スノデス、尤デ種類ガ違フノデス、反對ダトカ何トカ云フコトハ述モ言ヘスノデス、例ヘバ旅行ヲ爲スト云フコトヲ目的トシテ居ル債權或人ガ他ノ人ノ爲メニ旅行ヲ爲スト云フ義務ヲ負ウテ居ルモノト、ソレカラ有體物ノ上ノ權利タル物權ト比較スルノハ餘程無理ナコトニナル、併ナガラ同ジク有體物ニ關スル債權ト物權トヲ較ベテ見ルト餘程其違ヒガ能ク分ルダラウト思ヒマス、先ヅ私ガ此書籍ノ上ニ物權ヲ持テ居ルト云フノハドウ云フコトデアアルカ、動產ナラバ物權ト言フモ殆ド所有權カ質權ノ外ニ問題トナルコトハ少イノデスガ、先ヅ最モ普通ナル所有權ヲ例ニ取テ申上ゲルト、此書籍ノ上ニ私ガ所有權ヲ持テ居ルト言ヘバ、私バ此書籍ヲ直接ニ何人ノ手

モ借ラズニ自分ノ手ニ把テ讀ムコトモ出來ル、ソレカラ亂暴ナコトダケレドモ氣ニ入ラヌケレバ引裂イテ捨タルコトモ出來ルシ燒クコトモ出來ル、何人ノ行為モソレニ就テ必要ガナイ、物ト私トノ關係ガ直接デアル之ニ反シテ同ジク書籍ニ關スル權利デモ債權トナルト人ノ行為ガナケレバナラヌ、例ヘバ本屋ニ向テ法典全書ト云フ本ヲ一部私ノ方ニ寄越セト云フ契約ヲ結ブイデス、サウスルト云フト本屋ハ私ニ向テ法典全書ト云フ書籍ヲ一部與ヘル義務ガ生ズル、私ハ即チソレヲ求ムル權利ヲ持ツテ居ル、之ヲ法律的ニ言ヒマースルト、私ハ本屋ニ向テ法典全書ト云フ書籍ノ所有權ヲ移轉セヨト請求スル權利ヲ持ツテ居ル、矢張り書籍ノ所有權ト云フモノガ目的ト爲テ居ルト言ツテ宜イノデスガ併シ此場合ニ私ガ本屋ニ出掛ケテ行テ本屋ノ店ニ在ル法典全書ヲ本屋ノ承諾モナシニ一部取テサウシテ自分デ勝手次第ニ讀ミ又ハソレヲ引裂イテ宜イカ或ハ燒イテ宜イカ、サウ云フ權利ハ持ツテ居ナイ、故ニ私ト書籍トノ關係ハ必ズ本屋ノ行為ニ依テ結付ケラレル、本屋ガ此書籍ヲ私ニ與ヘル即チ其所有權ヲ私ニ移轉スルマデハマダ私ハ書籍ニ對シテ何等ノ直接ノ關係ヲ持ツテ居ラナイ、即チ物ト權利者

トノ間ニ他人ノ行為ト云フモノガ挾マルト挾マラストデ分レル、即チ直接ト間接ト違ヒガアル、總テノ物權ト債權トノ比較ハサウ云フ譯デアル、故ニ此二ツノモノガ性質上相反シテ居ルモノデアルト云フコトハ、少クモ直接ト間接ガ相反シテ居ル丈ニハ相反シテ居ルト云テ宜シイ、此道理ハ先刻申上ダタ旅行ヲ爲スト云フコトヲ目的トシテ居ル債權債務ノ場合ニハ頗ル分リ兼テモ、クレドモ理屈ハ同ジコトデアル、唯此方ハ旅行ト云フ行為ヲ求ムル權利ガアル丈デ、自分ガ自ラ旅行シタ所ガソレデ債權ノ行使ニモ爲ラズ債務ノ履行ニモ爲ラズ債權者ノ行為ノミデ權利ヲ行フコトハ出來ナイノデス、ソレデカラ物權ノ定義ニ或ハ「物權トハ權利者ノ行為ノミニ因リテ行ハル權利デアル」ト云フヤウナ事ヲ言フ人モアル、サウ言ツテモ宜イノデスケレドモ、ソレハ或ハ少シ廣過ぎルカモ知レヌガ、併シ「物ニ關シテ權利者ノ行為ノミヲ以テ行ハル權利」ト言ツタラバ、決シテソレハ不正確ナ定義デハナイト思フ、物ノ上ニ直接ニ行ハル權利ト云フノ同ジ意味デアル、是ガ即チ物權ト債權トノ性質上ノ差異デアル、其性質上ノ差異カラシテ效果ノ上ニ矢張り差異ガ生ズル、效果即チ權利ノ働きノ上ニ差異ヲ

生シテ來ル、此差異ヲ通常學者ガ優先權及ビ追及權ト云フ名稱ヲ用ヒテ説明スルノデス。先權ト云フノハドウ云フ意味デアルカ、是ハ或物ニ關シテ利害關係人ガ二人以上アル場合ニ、其中ノ或者ガ或他ノ者ニ先チテ權利ヲ行フノガ即チ優先權デアル例ヲ以テ申上ゲルト直グ分ル、此法典全書ト云フ書籍ノ上ニ物權ヲ持ツテ居ル者ト債權ヲ持ツテ居ル者ト二人アルト假定スル、其時ニ孰レノ權利ガ強力デアルカト云フコトヲ考ヘテ御覽ニナルト直グ分ル先刻ノ例デ私ガ此書籍ノ所有者デアアル、之ヲ本屋ニ預ケテ置クノデス、私ハ此ノ所有者デアアル、然ルニ本屋ガ此本ヲ、類似ノ本デハ可カナイ、此本其レ自身デナケレバ問題ニ爲ラス、——此本其レ自身ヲ或他ノ人ニ復タ與ヘルト云フ契約ヲ爲スノデス、此場合ニ假ニ私ノ所有權ト云フモノハ何人モ認メナケレバナラスヤウニ確定シテ居ルノデス、サウシテ其本屋カラ此本ヲ受取ルベキ權利ヲ持ツテ居ル人ハ唯一ノ債權ヲ持ツテ居ルニ過ギナイ、マダ其所有權ハ得テ居ラスト、斯ウ云フノデス、此場合ニ私ガ本屋ニ行ツテ此本ヲ渡シテ呉レト云フノデス所ガ同時ニ今ノ債權者、即チ

本屋カラ此本ヲ受取ル約束ヲシテ居ッタ債權者ガヤツタ來タ、一ツノ書籍デスカラ兩人ニ與ヘルコトハ出來カイ、類似ノ物ナラ宜イケレドモ類似デハナイ、此本ト云フノデアアル、此場合ニドチラノ權利ガ先ダツカ、其場合ニハ物權ヲ持ツテ居ル即チ所有權ヲ持ツテ居ル私ノ權利ノ方ガ先ダツ、之ヲ優先權ト云フ、何ゼデアアルカ、ソレハ私ハ直接ニ此書籍ノ上ニ權利ヲ持ツテ居ル、法律上私ト書籍トノ間ニ既ニ關係ガ生ジテ居ル、之ニ反シテ今ノ債權者ハ唯本屋ノ行爲ヲ求ムル權利シカ持ツテ居ラナイ、此書籍ノ所有權ノ移轉、讓渡ト云フコトヲ爲ス義務ヲ本屋ガ負ウテ居ルダケデ、間接デアアルカラマダ其者ト此書籍トノ間ニ法律上何等ノ關係モ生ゼス、ダカラソレハ負ケル、斯様ナル場合ニ於テハ物權ヲ有スル者ハ債權ヲ有スル者ニ優先スル、先ダツ、即チソレガ優先權實ハ所有權ニ就テハ此優先ト云フコトガ幾分カ分リ惡タイケレドモ、他ノ物權ニ就テハ每度其必要デアアルノデス、先ヅ動産デハ誠ニ例ヲ出スノガ困難デスカラ不動産デ申上ゲルト、此土地ガ假ニ私ノ所有ニ屬シテ居ルト致シマセウ、私ガ此土地ニ就テ一ノ物權ヲ與ヘル、例ヘバ地上權ヲ設定スル、或ハ地役權ヲ設定スル、然ル後或ハソレヨリ前デモ宜

ウゴザイマスケレドモ他ニ私ガ金ヲ借りテ居ル其金ヲ私ガ拂ハス終ニ差押ヲ受ケル此土地ヲ公賣サレト云フコトニ爲ルサウスルト云フコト債權者ハ之ヲ公賣ニ付シテサウシテ其代價ノ全部ニ就テ辨濟ヲ受ケヤウト斯ウ思フノデス併ナガラ地上權者若クハ地役權者ノ如キ物權ヲ持テ居ル者ガアレバ其者ハ其物權丈ニ付テハ債權者ニ優先スルソレハ如何ナル意味デアアルカト言ヘバ所有權ノ全部ヲ賣ルコトハ許サナイ其中デ自己ノ權利即チ地上權トカ地役權トカサウ云フモノ丈ハ除イテサウシテ跡丈ヲ債權者ガ公賣ニ付スルノデアアル即チ所有權ノ全部ヲ公賣ニ付スルコトハ出來ナイ地上權ハ從來ノママニシテ置キ地役權ハ從來ノママニシテ置イテ言ハバ其殘リノ權利丈ヲ公賣ニ付スルノデアアル此物權ヲ持テ居ル地上權者若クハ地役權者ハ債權者ニ先テ權利ヲ行フコトガ出來ル即チ優先權デアアル尙ホ進ンデモト明瞭ナ例ヲ申上グルトソレハ賃權若クハ抵當權ノ場合賃權抵當權ナドハ皆物權デアアルソレ故ニ例ヘバ私ガ甲ト云フ者カラ金ヲ借りテ其擔保トシテ此書籍ヲ質ニ入レテ置イタ同時ニ又乙ナル者カラ金ヲ借りテ之ニ對シテハ何等ノ質物モ入レテナイト斯ウ假定スル

ニ此權利ヲ行ハシムルトキハ實際ニ不都合アルヲ以テ各國ハ他國ノ機關車客車等カ内國ニ入ルコトヲ承認セサルモノナリ國境ニ停車場ヲ設ケシムルノ權利境界ニ於テ鐵道ヲ接續セシムル權利ノ如キハ多ク外國ニ對シテ之ヲ認ム而シテ獨リ條約ヲ以テ兩國カ此ノ如キ事ヲ定ムルノ外尙ホ數多ノ國家カ鐵道ニ關スル國際的同盟條約ヲ締結シタルモノアリ千八百九十年ノ歐羅巴大陸諸國カ締結シタル鐵道貨物交通同盟ノ如キ即チ是ナリ

第二 船舶ニ關スル行政權

自國ノ船舶ニ對スル行政上ノ主權ハ各國皆之ヲ有ス船舶ハ總テ國籍ヲ有スルモノナリ船舶ニ國籍ヲ有セシムル必要ハ船舶ノ本國ヲシテ之ヲ保護セシメンカ爲メナリ國家ハ何レノ地ニ在ル自國人ニ對シテモ保護ヲ與フルカ如ク何レノ處ニ在ル自國船舶ニ對シテモ亦保護ヲ與フヘキモノナリ如何ナル船ヲ自國ノ船舶トスルヤニ付テハ各國皆國法ヲ以テ之ヲ規定ス我國ノ明治三十二年三月法律第四十六號船舶法第一條ノ規定ヲ如キ其他軍艦外務令ノ規定ノ如キ海軍旗章條例ノ如キ皆是ナリ多クノ外國ニ於テハ自國船舶タルヲ要件トシテ自

國ニ於テ製造セラレタルコト、船長カ自國人ナルコト、乗組員ノ多數カ自國人ナルコト等ノ事ヲ列舉スト雖モ我國ノ法律ニ於テハ斯ル規定ナシ。國法上内國ノ船舶ト爲スモノト雖モ或外國カ之ヲ内國ノ船舶ナリト認メサル處アリ故ヲ以テ多クノ國家ハ外國ノ條約ヲ結ビテ内國法ニ依リテ内國ノ船舶トスルモノヲ外國ヲシテ内國船舶ト認メシムヘキコトヲ約定ス例ヘハ日英通商航海條約第十三條ノ規定ノ如キ是ナリ此種ノ規定ハ船舶ノ國籍ノ積極的衝突ヲ防クニ便ナリト雖モ消極的衝突ヲ防クニハ不便ナリ例ヘハ日本人ト獨逸人トカ株式會社ヲ設定シ取締役ノ一部分ヲ日本人トシ其他部分ヲ獨逸人トスルトキハ日本ノ法律ニ依リテ斯ル會社カ所有スル船舶ハ日本船ニ非ス又獨逸ノ法律ニ依リテ斯ル會社カ所有スル船舶ハ獨逸船ニ非サルコト爲ルヘシ條約カ斯ル消極的衝突ヲ熾ムルニ足ルヘキ規定ヲ設ケサルハ缺點ナリ。船舶ノ國籍ヲ表彰スルモノハ旗及ヒ船舶國籍證書ナリ旗ハ外面ヨリ船舶ノ國籍ヲ表彰スルモノニシテ船舶國籍證書ハ船ノ内部ニ於テ其國籍ヲ表彰スルモノナリ旗ハ遠方ヨリ其國籍ヲ表彰スルニ便ナリト雖モ詐欺ノ方法ヲ用ヒテ他

國ノ旗ヲ掲グルノ處アリ是レ内部ニ於テ國籍證書ノ必要アル所以ナリ

船舶ヲ性質ヨリ區別シテ國家ヲ代表セサル船舶ト代表スル船舶トノ二トスルコトヲ得ヘシ英國ノ學者ハ之ヲ私船公船ノ二者ニ別テ獨逸ノ學者ハ之ヲ商船ト軍艦トノ二者ニ別テ或船ヲ商船ニ準セシメ又或船ヲ軍艦ニ準セシム

船舶ヲ其所在ニ依リテ區別スレハ大洋ニ在ル船舶及ヒ領海ニ在ル船舶ト爲スコトヲ得ヘシ茲ニ領海ニ在ル船舶ト云フハ他國ノ領海ニ在ル自國ノ船舶ヲ指スモノニシテ自國ノ領海ニ在ル自國ノ船舶ハ全然自國ノ主權ニ服従スルモノナルカ故ニ國際法ノ問題トシテ特別ノ説明ヲ爲スコトヲ要セス。以上ノ説明ニ依リテ國際法上ヨリ解決スヘキ船舶ノ問題ヲ列舉スレハ左ノ如シ

- 第一 大洋ニ在ル國家ヲ代表セサル船舶
- 第二 他國領海ニ在ル本國ヲ代表セサル船舶
- 第三 大洋ニ在ル國家ヲ代表スル船舶
- 第四 他國領海ニ在ル本國ヲ代表スル船舶

(第三) 大洋ニ在ル國家ノ代表セラル船舶 大洋ハ自由ニシテ何レノ國ト雖モ其上ニ主權ヲ及ホスコト能ハサルモノナリ故ニ大洋ニ在ル不代表船ハ其内部ニ於テ本國ノ法律ニノミ服從シ又本國ニ歸來シタル場合ニ大洋ニ於テ爲シタル行爲ニ付テ本國ノ法律ニ服從スルノミ然ルニ此原則ニ對シテ數箇ノ例外アリ之ヲ列舉スレハ左ノ如シ

(一) 海賊船ニ對シテハ如何ナル國家ノ代表船ト雖モ大洋ニ於テ主權ヲ及ホシ之ヲ捕獲スルコトヲ得ヘシ蓋シ海賊船ハ世界各國ノ秩序ヲ紊ルモノナリ如何ナルモノヲ海賊ト謂フヤニ關シテハ我國ノ軍艦外務令第三十一條ハ左ノ如キ規定ヲ設ク

本令ニ於テ海賊ト稱スルハ海洋ニ於テ左ニ掲クル二項ノ一ニ該ルヘキ行爲アルモノヲ謂フ

一 何レノ主權ニモ屬セス又ハ何レノ主權者ヨリモ免許ヲ得スシテ暴行掠奪ヲ爲スモノ

二 交戰國雙方ヨリ特許狀ヲ得テ捕獲ヲ爲スモノ

此規定ニ依レハ海洋即チ大洋ニ於テ爲シタルモノニ非サレハ之ヲ海賊ト認メス領海内ニ於ケル海賊ハ軍艦外務令ニ所謂海賊ニ非ス蓋シ海賊ニ對シテハ萬國ノ代表船カ主權ヲ及ホスコトヲ得ルモノナルカ故ニ他國ノ領海内ニ於テ或國家カ主權ヲ及ホサンコトヲ防カシカ爲メニ特ニ「海洋ニ於テ」限リタルモノナリ又「何レノ國ノ主權ニモ屬セス又ハ何レノ主權者ヨリモ免許ヲ得スシテ」ト定メタルハ如何ナル國家モ海賊ノ行爲ニ對シテ責任ヲ負フコトナキ旨ヲ示シタルモノナリ故ニ若シ或國家ノ船舶カ國家ノ命令ニ從ヒテ海賊ト同一ナル行爲ヲ爲ストキハ其船舶ノ本國カ責任ヲ負フヘキモノニシテ他國ハ該船舶ヲ自由ニ處分スルコト能ハサルモノナリ第二號ノ交戰國雙方ヨリ特許狀ヲ得テ捕獲ヲ爲ス者ヲ海賊ト認ムルニ關シテモ亦近世ノ國家ハ異論ヲ挾ムコトナシ此他或學者ハ海賊ノ定義中ニ收益ヲ目的トスルコト或ハ動産ヲ掠奪スルコト等ヲ加フト雖モ我國ノ法律ハ之ヲ認メス

海賊船ニ對シテハ如何ナル國家ノ代表船モ其進行ヲ止メ之ニ臨檢シ之ヲ搜索シ又之ヲ拿捕シ其拿捕シタル艦船ハ本國ノ法律ニ從ヒテ之ヲ處分ス即チ其船

船及ヒ貨物ハ之ヲ國家ニ沒收シ原所有者ノ明カナル貨物ハ之ヲ原所有者ニ還付シ人員ハ捕ヘタル艦船ノ本國法ニ依リテ之ヲ處罰シ旗ヲ有セタル船及ヒ承認セラレタル旗ヲ掲ケタル船詳言スレハ何レノ國家ノ旗ニモ非サル旗ヲ掲ケタル船ニ對シテハ他ノ代表船ハ旗ヲ示スヘシト請求スルコトヲ得斯ル請求ヲ受ケタルニ拘ハラス之ヲ拒否スルモノハ海賊船タルノ嫌疑ヲ免ルルコトヲ得ス

(二) 奴隸賣買船

(三) 國內ニ於ケル犯罪者ヲ載セタル船舶アルトキハ該國家ハ之ヲ追及シテ公海上ニ於テ之ヲ捕フルコトヲ得ヘシ此例外ハ學者ノ違クヨリ認メタル所ナリ千八百九十五年三月巴里ニ開キタル國際法協會ニ於テ同年十月ブリュッセルニ開キタル國際法協會ノ議決モ亦此例外ヲ認メタリ此例外ノ認メラル要件トスヘキモノヲ該議決ニ從ヒテ列舉スレハ左ノ如シ

第一 該船舶カ自國ノ領地内又ハ自國ノ領海内ニ於ケル犯罪者ヲ載スルコトヲ要ス

第二 該船舶カ自國ノ領海ヨリ出帆シタルモノナルコトヲ要ス

第三 該船舶ヲ追及スル領海ノ所屬國ノ代表船カ該領海内ヨリ追及スルコトヲ要ス

第四 右追及ノ行為ニハ中断ナキコトヲ要ス

第五 該行為カ公海内ナルコトヲ要ス反面ヨリ言ヘハ該船舶ノ本國又ハ第三國ノ領海内ニ於ケル行為ニ非サルコトヲ要ス

第六 形式上ノ要件トシテ捕ヘタル船ノ本國ヨリ捕ヘラレタル船ノ本國ニ向ヒテ通知スルコトヲ要ス

明治二十八年即チ巴里及ヒブリュッセルニ於テ國際法協會カ以上ノ如キ議決ヲ爲シタル年ニ我國ニ於テ此事ニ關スル一箇ノ事實アリタリ彼ノ「テール」號事件即チ是ナリ「テール」號ハ臺灣ノ港ヨリ臺灣ニ於ケル犯罪者劉永福ヲ載セテ臺灣ヲ出帆シタルニ公海ノ上ニ於テ之ヲ追及セル我軍艦八重山ノ爲メニ搜索セラレタリ然レトモ船中ニ犯罪者ヲ見出スコト能ハストノ理由ヲ以テ一旦之ヲ解放シ後ニ更リテ更ニ之ヲ搜索シタリト云フコト事實ナルカ如シ若シ以上述ヘタル所ヲ事實ナリトスレハ上掲第四ノ要件ニ違ヒタルモノナリ

(四) 戰時ニ於テ公海ノ上ニ敵國ノ船舶ニ對シテ戰爭權ヲ及ホスヲ得ルコト並ニ中立國ノ船舶ニ對シテモ戰爭權ヲ行使スルヲ得ルコトハ何人ト雖モ異議ヲ挟ムコトナシ故ニ大洋ニ於テ他國ノ船舶ノ上ニ主權ヲ及ホスコトヲ得ストノ原則ハ平時ニ限ルモノト知ルヘシ

(第二) 他國ノ領海内ニ於ケル船舶ニシテ本國ヲ代表セサルモノハ他國ノ領海内ニ在ル船舶ハ該他國ノ主權ニ服從スヘキモノナリ然レトモ該他國ノ主權ニ服從スト云フコトハ該他國ノ主權ノミニ服從スト云フコトニ非ス併セテ船舶ノ本國ノ主權ニモ服從スルコトヲ妨ケサルナリ但本國ノ主權ト船舶所在地ノ主權トカ相衝突スルトキハ船舶所在地ノ主權ニ讓ラサルヘカラス例ヘハ船内取締規則ノ如キ船長ノ船員ニ對スル懲罰權ノ如キハ船舶所在地ノ國ニ於テ多クハ船舶ノ本國法ニ依ルコトヲ承認スルモノナリ明治ノ初年ニ秘露ノ船舶カ奴隸ヲ搭載シテ神奈川ノ港ニ碇泊シタルコトアリ此場合ニ日本ノ國家カ其國法ニ於テ奴隸ヲ認メストノ理由ニ依リ該船内ノ奴隸ヲ悉ク解放シタルハ正當ノ行爲ナリ何トナレハ秘露ノ船舶ハ日本ノ領海内ニ於テ日本ノ法律ニ從ハスシテ

師スルモノニシテ「オーギュスト・J(Augustus)帝以前ニ在リテハ法律學者ハ毫モ官府トノ關係ヲ有セス唯其學理ノ高尚明確ナルヲ以テ名聲ヲ博シ其致ヘタル議論ハ往往ニシテ高等ナル法官ノ法令ト拮抗スルノ勢力ヲ有スルモ純然タル一私人タルニ過キサリシカ該皇帝ハ法學家ヲ寵遇シテ其歡心ヲ買ヒ羅馬人士ノ潛著セル獨立不羈ノ氣ヲ和ケント欲シ特ニ有名ナル法學者ノ數者ニ許與スルニ國家ノ名義ヲ以テ法律ノ答案ヲ發スルコトヲ以テセリ之ヲ「ジュス、ビュグリセ、レスボンデンヤ」(Jus publice respondentu)ト謂フ此答案權ハ二三ノ學者ニ對スル特殊ナル免許ナルモ更ニ他ノ學者カ答案ヲ與フルヲ妨ケス又此特權ヲ有スル學者ノ下セル答案ト雖モ直接ニ法律ノ效力ヲ有スルコト能ハサリシ然レトモ此時代ニ於テ著名ナル學者ノ下シタル見解ハ實際恰モ法律ノ如ク遵守サレタルモ未タ公然タル性質ヲ有セサルヲ以テ之ヲ明文法ノ源泉トシテ列舉スルコト能ハサリシカ降テ「アトリヤニス帝ニ至リ「ジュス、ビュグリセ、レスボンデンヤ」ヲ有スル法律家ノ意見合一シテ反對論ナキ問題ニ於テハ其答案ハ法律ノ力ヲ有シ裁判官バ之ヲ遵奉セサルヘカラサルコトヲ命セタリ此命令ハ實ニ上記ノ稱號

ヲ有スル法律家ニ向ヒテ立法ノ機能ヲ授與シタルモノニシテ其意見ハ實議ニ對スル答案及ヒ教授シタル學說(Sententiae et opiniones)ノ別ナク又法律家ノ死亡セシ者ト生存セル者トヲ分タス唯此規則ノ目的ハ法律ヲ解釋シ其缺點ヲ補フニ在ルカ故ニ之ヲ以テ明白ナル法律ヲ廢止セシムルヲ許サス

教科時代ノ初年ニ於テ最モ有名ナル法學者ヲシセロ(Cicero)トナス之ニ次キリネウス(Rufus)「マニヌス」(Mucius)「セヴォラ」(Sevola)「アクィルス」(Aquilus)「カリウス」(Caelius)「トレベニウス」(Trebatius)等アリ其他最モ記憶ニ留メサルハカラサルハ互ニ相抗立シ其學理及ヒ政治上ノ傾向ニ於テ全ク其趣ヲ異ニシタルニ學派ノ首領ニシテ甲ヲ「カピト」(Capito)ト呼ビ「サビニウス」(Sabini)又「カシニウス」(Cassian)派ノ始祖ニシテ羅馬皇帝ノ寵遇ヲ受ケ古來ノ傳說ヲ尊重シタル乙ヲ「ラベオ」(Laetius)ト呼ビ「プロキレノイウス」(Proculianus)又「ペガシニウス」(Pegasi)派ノ始祖タリ獨立不羈ノ氣概アリ時勢ニ阿諛スルヲ嫌ヒ學識深高ニシテ舊慣ヲ棄テ新創スルコトヲ恐レシ其名聲遠ク「カピト」ノ上ニ出テタリ此兩學派ノ名稱ハ首領ノ名ヲ取ラス有名ナル門弟ノ名ヲ冠シタルモノナリ兩派ノ學者ハ首領ノ歿後尙ホ相競争シテ對立

シタルカ紀元後第二世紀ノ比ニ及ヒ漸ク相調和シ來リ遂ニ第三世紀ニ迫ヒ盛名ノ學者「ガイウス」(Gaius)「ユニアリウス」(Ulpianus)輩ノ傑出スルニ迫ヒ兩學派ノ名ハ自然消滅ニ歸シタル羅馬法ノ發達ハ此等學者ニ由リ其極點ニ推進セラレタルモ爾後「モデスチニウス」(Modestinus)ヲ除クノ外復タ第一流ノ學者ヲ生セス法律ハ西山ニ傾斜セントスル夕陽ノ觀ヲ現ハシタリ

教科時代ニ於テ明文法ノ源泉トシテ重要ナルモノノ一ニ在ルハ「プレト」法官ノ訓示ナリ「プレト」ハ毎年其就職ノ初ニ於テ法律ノ適用訴訟ノ裁決ニ對シ取ルヘキ方針ヲ揭示スルノ習慣アリ「プレト」ハ司法權ヲ司リタル法官ナルヲ以テ法律ノ解釋ヲ下シ又正理ニ鑑ミテ市民法ヲ變更シ其不備ヲ補充シ終ニ市民法ノ側別ニ一ノ法律ヲ作ルニ至レリ「プレト」ノ訓示ヲ揭示スルニ當リ自己ノ意見ニ從ヒ新規ナル條項ヲ挿入スルヲ得ルモ任期中ハ之ヲ變更セス以テ曲庇ノ裁判ヲ爲ササルコトヲ確保ス「アドリヤニウス帝」ハ「プレト」ノ發スル訓示ハ年

ius)ニ命シ「プレト」訓示ノ條項ニ就キ實際適用セラレ能ク正理ニ合シタルモノヲ拔萃シ「編」ヲ作リ永久訓示(Edictum perpetuum)ナル名ヲ附シ法律ト爲シタリ然レトモ「プレト」ハ是ニヨリ訓令ヲ發スルノ權ヲ奪ハレタルニ非ス此法律ヲ變更セサル限リハ新ナル條項ヲ採擇スルコトヲ得ルノ權アルモ事實上「プレト」ハ以後「ジュリアニウス」法典以外ニ訓示ヲ發スルコトヲ希圖セザリキ

第四世代「アレキサンデル、セウエリウス」帝ヨリ「ジュスチニア」帝ノ死ニ至ル紀元後二百三十五年ヨリ五百六十五年ニ至ル此時代ヲ法律ノ老年時代ト謂フ

教科時代後ニ至リテモ其法律ハ仍ホ遵守セラレタルカ法律ノ盛文ヲ致サシメタル兩源即チ學者ノ答案及ヒ「プレト」ノ訓示ハ枯渴シテ復タ新ニ發出セラレヌ唯一ナル法律ノ源泉タル皇帝ノ勅令ハ當時羅馬社會ヲ侵害シタル腐敗ノ氣ヲ受ケ殆ト學術上ノ價值ナク前時代ニ於ケル如キ文詞ノ爛雅論理ノ高妙ナルハ絶エテ之ヲ見サルニ至レリ

「アドリアニウス」帝ハ勅令ヲ發シ法律ノ適用上學者ノ見解一致シタル事項ニ於テハ裁判官ハ之ヲ遵奉セサルヘカラサルコトヲ命シタルカ帝政時ノ末年ニハ數

世紀ノ間學者カ爲シタル著述ハ堆積シテ無數ト爲リ裁判官及ヒ訴訟ニ從事スル者カ學者ノ說ヲ檢索スルハ容易ナラサルノ勞ヲ要スルニ至リタルヲ以テ「テオドシユス」(Theodosius)一世ハ「ガイユス」「パピニアニウス」「ボーリユス」「ユルビニアニウス」「モダスチニウス」ノ五大法律學者ヲ拔擢シ其說ヲ以テ法律ノ機能アルモノトシ他ノ學者ヲ排除シタリ若シ五人ノ說ニシテ異同アルトキハ多數ヲ以テ法トシ可否同數ニ分レタルトキハ「パピニアニウス」ノ左祖スル說ニ從ヒ「パピニアニウス」ノ說ナキトキハ裁判官ハ兩者中自ラ可ト信スルノ說ヲ取ルコトヲ許シタリ

紀元後第三世紀ノ頃「アドリアニウス」帝ヨリ「デオクレチアニウス」(Diocletianus)帝ニ至ルノ勅令ヲ彙集シタル二箇ノ法典アリ之ヲ類纂シタル學者ノ名ヲ冠シ「グレゴリアニウス」法典(Gregorianus Codex)及ヒ「コンスタンチニウス」法典(Emmogenius Codex)ト謂フ「テオドシユス」二世モ亦「コンスタンチニウス」(Constantinus)以後ノ重要ナル勅令ヲ輯集シテ「テオドシユス」法典ト爲シタリ然レトモ此等ノ書ノ全部ハ世ニ傳ハラス紀元後四百七十六年羅馬帝國滅亡後其版圖ヲ分割シタル蠻族ノ王ハ新ニ征略シタル領土ニ住居スル羅馬人ノ爲メニ羅馬法ヲ編輯シ之ヲ公告シタルモノ

アリ即チ「ウイゴ」入ノ羅馬法(Lex romana Visigothorum)又「アラリク」略集(Breviarum Alaricianum)「バルコン」入ノ羅馬法(Lex romana Burgundopum)及ヒ「オストロゴ」入ノ「テオドリク」法(Pothum Theodoric)是ナリ

羅馬東帝國ノ「ジュスチニア」帝(五百二十七年ヨリ五百六十五年ノ間)ハ數百年間ノ法律ヲ類集シ一大法典ヲ作リタリ是ハ實ニ羅馬法最後ノ紀念物ニシテ後世(コルピュス・ジュリス・シウ・リス)(Corpus juris civilis)(民法全部ノ意名ヲ以テ呼ハル此法典ハ第二「ロデック」(Codex)第二「ペンタク」又「ヂュスタ」(Pandectae, Digesta)第三「インスタチエシオチス」(Institutiones)第四「ウエレコン」スタチエシオチス)(Novellae constitutiones)又單ニ「ノウエレス」ノ四部ヨリ成ル就中其重要ナルハ第一「第二ニシ」(ジュスチニア「テオドリク」シユス)ニ世ノ意ニ倣ヒ皇帝ノ勅令及ヒ學者ノ著書ヲ簡括シテ法文ヲ搜索スルノ煩累ヲ避ケント企圖シタルモノナリ

(一)「ロデック」ハ勅令類集ニシテ「アドリアニヌ」帝ニ始マリ「ジュスチニア」帝ニ及ヒ五百二十八年ヲ以テ第一版ヲ發シタルカ其後反對論アル條項ニ對シ下シタル勅令五十ヲ挿入センカ爲メ五百三十四年第二版ヲ發布シタリ

(二)「バンデク」又「ヂュスタ」ハ法律家ノ學說ヲ集輯シタルモノニシテ「ジュスチニア」ハ有名ノ學者「トリボニアニヌ」(Tribonianus)ニ命シ自ラ十六名ノ委員ヲ選拔セシメ其編纂ヲ司ラシメ五百三十三年ヲ以テ公布セラレタリ其材料ハ三十人ノ法律家カ遺シタル二千卷ノ書籍ヨリ拔萃シタルモノニシテ通編五十卷ニ別タル

(三)「インスタチエシオチス」ハ上陳セル二法典ハ浩瀚ナル大部ヲ爲シ法律ヲ學フ者ノ爲メニ便ナラサルヲ以テ其要略ヲ摘ミタルモノニシテ五百三十三年ヲ以テ公布セラレタリ

(四)「ノウエレス」ハ新勅令ニシテ法典發布以後ニ下シタル勅令ヲ集メタルモノニシテ他ノ法典ハ皆雜句語ヲ以テ編輯セラレタルモ獨リ此新勅令ハ希臘語ヲ以テ書セラレタリ

此等ノ法典中「ロデック」ノ大部及ヒ「バンデク」ノ殆ト全部ハ羅馬法全盛時代ヨリ傳ヘテ羅馬東帝國ニ度リ應用セラレタル法律ヨリ成リ「ジュスチニア」帝カ後世大法律家ノ名ヲ博シタル亦實ニ此二法典ノ編纂ニ外ナラスト雖モ「ロデック」

中ニ列舉セラレタル數條ノ勅令及ヒ「パンデクタ」中ノ本文ニ加ヘタル拙劣ナル改竄ハ明カニ文學ノ衰頹法理ノ荒蕪ニ傾キタルヲト知セシム然レトモ「ジュスチニア」帝カ博愛ノ意ヲ推張シ道德上一段ノ進歩ヲ加ヘタルハ家族制度、奴隸及ヒ遺言、相続等ノ章ニ於テ學者ノ均シク稱嘆スル所ニシテ其他風俗ニ背馳シ應用以外ニ排棄セラレタル條文ヲ消失セシメタルモ亦帝ノ功績ニ屬ス

羅馬東帝國ハ「ジュスチニア」帝以後尙ホ九世紀ノ命脉ヲ保續セシモ法律學ノ爲メニハ萎微不毛ノ境域ト爲リ毫モ生産ノ見ルヘキナシ此故ニ羅馬法ノ運命ハ「ジュスチニア」帝ヲ以テ其終結ヲ告ケタルモノト爲ス

第四章 羅馬法ノ變遷

羅馬ノ盛時其版圖ハ廣大無邊ナリシカ「コンスタンチニウス」大帝カ「コンスタンチノープル」ノ都府ヲ建立シテヨリ帝國ハ漸ク兩分セントスルノ萌芽ヲ生シ終ニ三百九十五年「テオドシユス」一世死スルニ臨ミ東西兩帝國ニ分割シ己ノ二子ニ傳ヘタリ

東帝國ニ皇帝タル「ジュスチニア」ノ法典ハ羅句語ヲ以テ書セラレタルカ「コンスタンチノープル」ノ學者ハ之ヲ希臘語ニ翻譯シ且註釋ヲ加ヘ東帝國臣民ノ多數タル希臘人ヲシテ之ヲ了解スルヲ得セシメタリ

爾後東帝國ニ於テ作ラレタル法典ハ皆希臘文ニシテ十世紀頃ニ於テ發セラレタル「バシリク」(Basilicon)ナル名ヲ以テ後人ヨリ呼ハルルモノハ就中主要ナルモノナリ是レ「ジュスチニア」法典ノ希臘譯ニシテ六十卷ヨリ成ル東帝國ニ於テハ法學ハ衰微シテ振ハス途ニ十五世紀ノ中頃土耳其人ノ爲メニ滅亡セラレ「マホメット」ノ經典ハ其法律ニ代リタリ

西帝國ハ早ク野蠻人ノ侵入ヲ受ケテ滅亡シタリ「ジュスチニア」帝ハ一時伊太利地方ヲ恢復シ其法典ヲ布キタルモ幾何モナク復タ蠻族ノ手中ニ陷リ西方歐羅巴ハ中世爭亂ノ時代ニ移リ綱紀頹敗所附屬黑世界ト爲リタルモ羅馬法ヲ全ク廢滅ニ歸セタリシハ「ニハ」耶蘇教ノ僧侶カ之ヲ寺院法ト併用セント欲シタルト「ニハ」中古時代ノ原則トシテ法律ノ屬人主義タリシヲ以テ野蠻人ニ由リ征服セラレタル羅馬人カ尙ホ羅馬法ノ適用ヲ蒙リタルニ由ルモノナリ

十一世紀ノ頃ヨリ伊太利ニ於テハ羅馬法ノ講義ヲ開キタル者アリシモ世ニ知ラルルニ至ラザリシカ十二世紀ノ初メ伊太利國「ボローニヤ」(Bologna)ニ於テ「イルネリウス」(Irenaeus)カ學校ヲ起スニ及ヒテ其名聲噴噴歐洲ニ傳布シ笈ヲ負ヒテ教ヲ仰ク者數ヲ知ラス門下有名ノ學者ヲ出スコト少カラス羅馬法講習ノ風一時ニ勃興シタリ此「ボローニヤ」學派ノ者ハ深ク「ジュステニア」ノ法典ニ通曉シ之ヲ説明スルカ爲メ本文ノ兩行間或ハ上下ニ註釋ヲ加ヘタリ之ヲ「グロッサ」(Glossa)ト謂フ是ヨリシテ世人ハ又此學派ヲ呼フニ註釋派ナル名ヲ以テス第十三世紀ノ初メ著名ノ學者「アッキルシス」(Accursius)大註釋集ナルモノヲ著ハシタリ又第十四世紀ニ及ヒ伊太利國「ペルーザ」(Perousa)ノ學者「バルトリッキ」(Bartholus)ハ註釋ニ代フルニ學說ヲ以テシタルモ其文章冗長ニ流レ援引セル議論ノ煩雜ナル人ヲシテ眞理ノ那邊ニ存スルカヲ知ラザラシム此弊失ハ其弟子ニ至リ益々甚シキヲ加ヘタリ世ニ之ヲ「バルトリッス」派ト呼フ然レトモ此學派ハ一時浩大ナル名聲ヲ博シ廣ク諸國ニ傳播セラレタリ又「ミラノ」(Milano)ノ學者「アルシ

アリ」(Aloisius)ニシテ「バルトリッス」派ノ取リタル教授方ヲ斥ケ更ニ羅馬法ノ研究ニ歴史ヲ交ヘ文學ヲ以テ之ヲ修飾シ羅馬法第二ノ再興ヲ致シタリ「アルシアチ」ハ佛蘭西ニ聘セラレ羅馬法ヲ教授シタルコトアリ又時ノ王侯競ヒテ之ヲ厚待シタリ「アルシアチ」ニ次キタ生シ其名遠ク前人ノ上ニ超越シタル者ヲ佛蘭西ノ「キュジャキ」(Cujas)ト爲ス第十六世紀以後羅馬法ノ隆盛ヲ致シタルハ實ニ其餘澤ニ由ス

之ヲ概スルニ羅馬法ノ講究ハ先ツ伊太利ニ起リ第十六世紀ヨリ佛蘭西ハ其中樞ト爲リ獨逸ニ於テハ第十九世紀ニ至リ始メテ盛名ヲ轟シタル「サウニ」(Savigny)「イェリング」(Jhering)等ノ傑出スルヲ見ル

以上陳述セシ所ハ羅馬法外部歴史ノ概略ニシテ是ヨリ其内部歴史ニ徒ラントス

第一編 人 (Persons)

法律ニ於テ用フル人 (Persons or Caput) ナル文字ニハ兩様ノ意味アリ其場合形勢ニ

從ヒテ或ハ甲或ハ乙ノ意ニ該當ス學者之ヲ混淆スヘカラス
(甲) 第一ノ意味ニ於ケル人トハ法律上自動的或ハ受動的ニ權利ノ主格ト爲ルコトヲ得ヘキ者換言スレバ權利義務ノ主格ト爲リ得ヘキ總テノ存在體ヲ指ス此辭義ニ從ヘハ人ニ二種アリ曰ク實體ノ人曰ク法律上創造ノ人はナリ實體ノ人トハ即チ有形ノ人ニシテ人間ノ箇人ヲ謂フ人ノ成立ハ出産ヨリシ或ハ時トシテ胚胎ヨリ起リ死ニ終ルモノナリ

法律上創造ノ人トハ或集合的ノ利益ヲ圖ランカ爲メ假ニ法律ノ認メテ人タル資格ヲ付與シタルモノニシテ決シテ形體ヲ存セルモノニ非ス今日ノ所謂無形人或ハ法人ナリ

法人ハ素ト數多ノ箇人カ集合シタル團體ヨリ成ルモノナレトモ其元素タル箇人ノ死亡ニ因リテ消滅スルコトナク永久不定ノ年月間ニ亘レル利益ヲ計畫スルモノナリ法人ハ箇人ヨリ分離シタル法律上ノ假定ナルヲ以テ土地其他物權ノ所有者タリ又債權者タリ債務者タルヲ得ルモ決シテ有形人ノ如ク家族權ヲ有スルコトナシ羅馬ニ於ケル法人ハ國、市、殖民地、寺院、宗教的結社、職業組合等ナ

リ而シテ吾人カ是ヨリ研究ノ目的タルハ唯リ箇人ニ付テノミニシテ法人ニ涉ルコトナシ蓋シ法人ハ其性質公法ニ屬スルモノト思考セラレタルカ故ニ「ジュスチニア」ハ「インスチテュート」ニ之ヲ載セス

(乙) 第二ノ意味ニ於ケル人トハ各人ノ社會ニ於テ當ルヘキ任ヲ指スモノニシテ例ヘハ公民、家父ノ如シ蓋シ「Persona」ナル文字ハ羅馬ノ劇場ニ於テ俳優カ其音聲ヲ響カシメンカ爲メ被リタル假面ヲ示スモノニシテ漸ク轉シテ演出スル所ノ人ヲ指シ遂ニ法學上一箇人カ有シ得ヘキ資格ヲ意味スルニ至レリ此第二ノ意味ニ於テハ一人ニシテ數多ノ性格ヲ併有スルコトヲ得例ヘハ同時ニ家父、後見人タルカ如シ

然レトモ羅馬ニ於テハ人「Persona」タルノ資格ハ彼此ノ區別ナク一切ノ人ニ屬セシニ非ス蓋シ羅馬法ニ於テ此資格ヲ付與スルハ或條件ヲ充セル者ノ特權ト思考セルカ如シ而シテ此完全ナル人タル資格ヲ有スルニ必要ナル條件ハ自由公民家父(«Status libertatis», «Status civitatis», «Status familia»)タルコト是ナリ此三元素ヲ併有スル者ハ法律上能力ヲ有シ完全ナル人格ヲ具フ

此三箇ノ觀察點ヨリシテ人ヲ區別スルコト左ノ如シ

- (甲) 人ハ或ハ自由人或ハ奴隸タリ此區別ハ人類全體ヲ包括スルモノナリ自由人中ニハ生來ノ者アリ又奴隸ヨリ解免セラレタル者アリ
- (乙) 自由人ヲ區別シテ公民及ヒ非公民ト爲ス
- (丙) 自權者(Sui juris)及ヒ他權者(Alien juris)ノ區別ハ家族權ヨリ立テタルモノニシテ自權者トハ我戸主ニ類シ一家族ノ首長タルモノナリ又他權者トハ家父權ノ下ニ屬スル總テノ家族ナリ

第一章 自由 (Status Libertatis)

第一節 奴隸 (Servus)

現今ノ形勢ニ從ヘハ歐米ノ進文國ニ於テ奴隸制度ヲ禁止シ唯リ自國ニ於ケル奴隸ノ賣買使用ヲ許ササルノミナラス其遠隔セル地方ニ於ケル移動ヲモ嚴ニ防遏セルハ第十九世紀中博愛主義ノ發揮セル餘光ニシテ現時猶ホ之ヲ實行スルハ僅ニ埃及土耳其波斯等同教諸國及ヒ亞弗利加地方ノ蠻族ニ過キス然レト

モ中世亞米利加ノ發見以來歐洲各國ハ盛ニ奴隸ヲ賣買シ無數ノ奴隸群ヲ發達シテ新世界ヲ開拓セシコトヲ企テタリシカ此奴隸ハ盡ク黑奴ニシテ羅馬時代ニ盛行ハレタルモノトハ稍ヤ其趣ヲ異ニス

羅馬ノ初ニ在リテハ奴隸ハ數同種族ノ人民ニシテ同一ナル語ヲ用ヒ其習慣風俗皆主人ニ同シキモノアリ羅馬人ノ之ヲ待ツ亦寬裕ニシテ奴隸モ往往ニシテ一種ノ家族タルノ狀アリシ蓋シ羅馬文物ノ進化シ哲學精神ノ傳播スルニ及ヒ學者中之ヲ觀テ以テ天理ニ反スルモノト思惟シタル者ナキニ非ス然レトモ古代ノ人民ハ昔ク奴隸制度ヲ採擇シ之ヲ通民法(Jus gentium)ノ規則ナリト唱ヘ之ヲ辯解スルニ戰爭ヲ以テシ勝者カ敗者ノ上ニ有スル權利ニ基クモノト爲シタリ

古代ノ人民ノ風俗ノ粗暴ナリシハ唯リ戰爭ノ際ニ限ラザリシハ論ヲ須タスト雖モ其最モ殘酷ナル觀念ハ爭鬭ノ時ニ於テ養成セラレタリト謂フモ不可ナカルヘク時トシテハ一種族ノ人民ヲ屠リ盡シテ遺子ナカラシメ時トシテハ一國ノ市街ヲ破壞シテ復タ形跡ヲ留メザラシメタルコトハ羅馬史上數見所ナリ

而シテ勝者ハ唯リ敗者ノ財産ヲ奪掠シテ自己ノ所有ト爲スノミナラス其身命モ亦等シク己ニ屬スルモノト爲シ生殺ハ只勝者ノ意ニ任シタルヨリ勝者ハ徒ニ捕虜ヲ屠殺スルヨリハ事ロ之ヲ著ヘテ利益ヲ收メンコトヲ圖ルニ至リ或ハ奴隸トシテ之ヲ賣リ或ハ田野ノ耕作ニ勞役セシメ或ハ商工等ノ業ニ使用シタリ

是ヨリ如何ニシテ人ノ奴隸ト爲リシカ其法律上ノ地位ハ如何ナリシカ又如何ナル方法ニ依リテ自由ヲ回復シ得タルカヲ檢セン

(甲) 人ハ如何ニシテ奴隸ト爲リシカ

奴隸ト爲ルノ原因ヲ區別シテ通民法(Jus gentium)及ヒ市民法(Jus civile)ニ屬スルモノノ二種ト爲ス

(一) 通民法ニ依ル方法

(イ) 捕虜 是レ最モ多ク應用セラレ又最モ古クヨリ知ラレタル方法ナリ然レトモ捕虜ニシテ奴隸ニ陷ランニハ二條ノ條件ヲ必要トス第一ノ條件ハ國民間ノ戰爭ニ因リ捕虜ト爲リタルコトニシテ海賊劫盜ハ若シ捕ヘラルモ奴隸ト

爲ラス又内亂ノ際ニ於ケル捕虜モ亦然リ第二ノ條件ハ此戰爭ハ羅馬人カ規則ニ從ヒテ之ヲ宣布シ又ハ承諾シタルヲ要ス是レ羅馬人カ特有ナル形式ヲ定メ戰爭ヲ始ムルニ先チ之ヲ宣告セシメシ所以ナリ此形式ハ唯羅馬人カ交通セシ人民ニ向ヒテノミ應用セラレ他ノ關係ナキモノハ總テ之ヲ敵國ト看做シ戰爭ヲ以テ通常狀態ト思考セリ

(ロ) 出産 小兒ノ自由人トシテ生レ或ハ奴隸トシテ生ルルカハ古代ノ人民間ニ應用セラレタル左ノ通則ニ從ヒテ之ヲ定ム

正當結婚ヨリ生レタル子ハ其妊孕時ニ於ケル父ノ身分ニ從フ然レトモ正當結婚ハ自由人ニミ適用セラレシヲ以テ小兒ノ奴隸問題ノ起ルハ母ノ奴隸タルトキニ限ル而シテ奴隸タル母ノ身分ヲ子ニ付與スルハ分娩ノ日ニ於テスルヲ以テ懷妊中奴隸タリシ母カ分娩ノ日自由人ト爲リタルトキハ子ハ自由人トシテ生ル之ニ反シテ懷妊中自由人タリシ母カ分娩ノ時奴隸タルトキハ子ハ奴隸トシテ生ル此論理ヨリ生スル結果ハ不仁ニ陷ルヲ以テ「アドリアニウス」帝ニ及ヒテ之ヲ排棄シ母カ妊孕中自由ヲ享ケタルコトアルトキハ子ハ自由人トシテ生

ルルコトニ決シタリ

(二) 市民法ニ依ル方法

市民法ノ原則ニ依レハ自由人ハ自ラ好ミテ自由ヲ棄テ奴隷ト爲ルコト能ハス唯刑罰ニ由リテノミ之ヲ剝奪セラルルコトヲ得ヘカリシヲ以テ月籍帳ニ登録スルコトヲ拒ム者兵役ヲ逃避スル者債務ヲ辨償スルコト能ハサル負債者ニシテ奴隷トシテ賣ラルル者現行犯ニ因リ捕ヘラレタル盜賊ニシテ遭難者ニ付與スル者等ハ奴隷ト爲リシカ此等ノ原因ハ漸次廢滅シ教科時代ニ至リテ存セシハ左ノ數者ニ限レリ

(イ) 服役又ハ鎖役ニ處セラレタル者「コンスタンチニウス」帝ハ慈善ノ意ニ因リ服役ノ刑罰ヲ廢止シ「ジュスチニア」帝ハ結婚解放ヲ防クカ爲メ服役ハ以後自由ヲ失ハサルヲ決シタリ

(ロ) 「クロード」元老院決議(Senatus consultus claudius)ニ依レハ自由人タル婦人ニシテ己ノ身分ヲ知リナカラ他人ノ奴隷ト通シ其主人ヨリ三回ノ請求ヲ受クルモ尙ホ止マサル者ハ法官ノ判決ニ依リテ奴隷トシ此主人ニ付與セラル但同一

ノ場合ニ於テモ一家ノ娘タル者ハ奴隷トセラルルコトナシ何トナレハ家父ノ承諾ナクシテ其父權ヲ破ルコト能ハス又解放奴ニ於テモ同一ナルハ其保主權ヲ破ルコト能ハサレハナリ此法律ハ「ジュスチニア」帝ニ至リ廢止セラレタリ

(ハ) 二十歳以上ノ自由ナル男子ニシテ其共犯者ト共ニ利分ヲ分タン爲メ自ラ僞リ奴隷ト爲リテ賣リタル者ハ買主ノ奴隷ト爲ル是レ自由ヲ濫用シテ人ヲ欺ク者ヲ罰セルモノナリ

(ニ) 解放奴ノ舊主人ニ對シ恩ニ背ク者 此場合ニ再ヒ奴隷トセラルルニハ(1)前主人ヨリ法官ニ訴ヲ提出シ(2)其事故ハ十分重大ニシテ(3)解放ハ全ク前主人ノ徳ニ由リシコトノ三條件ヲ要ス

(三) 法律上奴隷ノ地位

「奴隷ハ一ノ物件ニシテ人ニ非ス」トハ法律ノ原則ナリ故ニ奴隷ハ其主人ニ屬スル一ノ物ニシテ牛馬ニ等シク主人カ隨意ニ之ヲ使役シ又ハ處分シ又ハ死生ヲ決スルノ權ヲ有シタリ然レトモ古代羅馬人ノ風俗ハ嚴格ナリシヲ以テ其權力ヲ濫用スルノ弊ナク奴隷ヲ待遇スルハ恰モ奴僕ノ如ク一種劣等ノ家族トシテ

一家ノ祭典等ニ參與セシメタリシカ降テ帝政時代ニ及ヒテ羅馬風俗ノ頽敗
及ヒ奴隸ノ遠國人民ノ捕虜ト爲リタル者ニシテ言語習慣ノ差異ヨリ奴隸ノ待
遇ハ苛虐ニ流レ主人ハ自己ノ意ニ隨ヒテ或ハ之ヲ鞭撻シ或ハ醜汚ノ業ヲ營マ
シメ或ハ之ヲ屠殺シテ願ミサルニ至リシ然レトモ主人ノ意思ハ如何ニ暴烈ナ
ルモ奴隸ニ對スル唯一ノ法律ニシテ之ヲ回避スルノ途ナカリキ歷史上傳フル
所ニ從ヘハ「オーギヌスチヌス帝ノ友人ナル「ウイヂュス・ポリア」(Vidius Polia)カ池中ノ
魚ヲ肥サンカ爲メ奴隸ヲ水中ニ投シタルカ如キ以テ其地位ヲ想像スヘシ主人
然レトモ奴隸虐待ノ風盛ナルニ及ヒ又之ニ反スル機惡ノ情ヲ喚起シ來リ「オー
ギヌスチヌス帝ノ世ニ發シタル「ベトロニア」法(Lex Pithonij)依レハ法官ノ許可ナク
シテ奴隸ヲ猛獸ニ投スルヲ禁シタルモ奴隸所有主ハ猛獸ト格闘スルノ條件ヲ
以テ奴隸ヲ賣リ此禁ヲ避ケタルヨリ「ベトロニア」法ハ空文ニ屬シタルカ奴隸ノ
虐待ヲ禁セル一般ノ規則ヲ下シタルハ「アントニウス・アヌス」(Antonius Pius)帝
ニシテ其勅令ハ正當ノ理由ナクシテ奴隸ヲ殺シタル者ハ他人ノ奴隸ヲ殺シタル
者ト等シキ刑罰即チ流刑又ハ死刑ニ處スルコトヲ布告セリ同帝ハ又他ノ勅令

ヲ以テ奴隸ヲ罰スルニ苛酷ナル事ヲ以テシ或ハ暴虐又ハ汚辱ナル行爲ヲ加ヘ
タル主人ハ法官ニ命シ強ヒテ之ヲ賣ラシメ加之此奴隸賣買ニハ將來再び其所
有ニ還ルコト能ハサルノ條件ヲ附加セシム耶蘇敦皇帝ノ代ニ及ヒコンスタン
チヌス(Constantinus)帝ハ奴隸ノ子ヲ棄ツルヲ禁シ「ジュスチニア」帝ハ更ニ奴隸
ノ棄子ハ之ヲ收容シタル者ノ所有ニ歸スルヲ廢シ自由人ト爲ルコトヲ決シタ
リ
奴隸ハ資産ヲ所有スルコトヲ得ス何トナレハ奴隸ハ其所有主ノ取得器具ニシ
テ契約ニ因リ民事的ニ義務ヲ生セシムルヲ得ス其勞働ヨリ生スル利益及ヒ受
領セシ贈與物ハ主人ノ資産ヲ増シ奴隸カ得タル收得ハ主人ノ人格ヲ借リテ得
タル利益ナレハ法律上單ニ主人ヲ利スルノミ
以上述ヘタル所ハ一般ニ奴隸ニ適用セラレタル普通原則ニシテ虛無ノ地位ニ
差等ナキモ法律上及ヒ事實上之ヲ區分スル例外ナキニ非ス例ヘハ羅馬人民ノ
公共奴隸トシ官廳ノ使役ニ充テタル者ハ資産ヲ有シ遺言ヲ以テ其一半ヲ分配
スルコトヲ得タリ之ニ反シテ無主ノ奴隸例ヘハ棄テラレタル奴隸又ハ苦役ニ

服セシメラレタル者ハ人格ヲ借ルヘキ主人ナキヲ以テ物件ヲ取得スルコトヲ得ナリシナリ

實際ニ於テハ奴隸ノ主人ニシテ奴隸カ人ノ惠與其他節儉ヨリ得タル金銭ヲ放任シテ其管理享有スルニ任スルモノアリ此金銭ハ之ヲ呼ビテ貯金(Pecunia)ト謂フ元來此貯金ヲ有スルヲ得ルハ主人ノ特惠ニシテ法律上ノ狀態ヲ變スルコトナシ時トシテ奴隸ノ其貯金ヲ管理スルコト巧ニシテ巨額ニ上ルトキハ主人之ヲ還取シ其代償トシテ解放ヲ與ヘタリ

奴隸ハ物ニシテ人ニ非ストノ原則ヨリシテ奴隸ニハ家族ナク結婚ナク資産ナシ故ニ男女ノ奴隸共住スルモ結婚ヲ爲サズ單ニ一ノ事實ト認ムルニ過キヌ奴隸ハ資産ヲ有スル能ハサルヲ以テ所有權債權債務ヲ有スルコト能ハス又相續財産ヲ遺殘スルコトナシ其他奴隸ハ訴訟ヲ起スノ權ナキハ羅馬訴訟法ノ手續ハ唯ヲ自由ヲ有スル者ノミ履行スルヲ許スノ規則ナレハナリ又奴隸ハ人ノ爲メニ毆打負傷サレタルトキニ於テモ自ラ保護ヲ求ムルノ途ナク唯其主人ノミ恰モ其家畜ノ創傷セラレ或ハ器具ノ破毀セラレタルカ如ク訴訟ヲ提起シ損害

ノ賠償ヲ求ムルヲ得タリ其他奴隸ハ一ノ物ナルカ故ニ他ノ財産器物ト等シク或ハ一人ノ所有ト爲リ或ハ數人ノ共有ト爲リ或ハ虛有收買兩權ニ分配セラルルコトヲ得タリ

(二) 奴隸狀態ハ如何ニシテ終ルカ

奴隸狀態ノ終止ハ或ハ主人ノ意思ニ依リ或ハ之ニ關セス

(一) 主人ノ意思ニ關セサル奴隸狀態ノ終止

捕虜ニシテ奴隸ト爲リタル者ハ逃走ニ因リ當然自由ヲ恢復ス而シテ法律ハジュス・ポストリミニオム(Jus postumum)ナル假定ニ依リ自由ヲ恢復セシ者ハ曾テ奴隸ニ陥リシコトナシト看做シ既往ニ遡リテ奴隸ヨリ生スル一切ノ結果ヲ取消スモノトス而シテ此規則ハ唯ヲ羅馬人ニノミ適用スルニ非スシテ敵國人民ニモ亦之ヲ適用シ一度逃脫シタル者ノ再ヒ捕囚セラルトキハ新主人ニ屬シ舊主人ニ屬セス然レトモ「ポストリミニオム」ノ規則ハ敵ニ降參シタル者或ハ條約ニ依リ羅馬ヨリ敵ニ渡シタル者及ヒ敵國ニ歸ルノ意ヲ以テ羅馬ニ還リシ者ニハ適用セス

其他教科時代ニ於テハ癡疾ノ奴隸ニシテ主人ヨリ棄テラレタルトキ、一定時期後解放スベキ約束ヲ以テ讓與セラレ其期ニ至リ主人ノ條件ヲ實行セザルトキ、賣渡約束ノ際之ヲ禁シタルニモ拘ハラズ買ヒタル主人カ奴隸ニ賣淫セシメタルトキ及ヒ主人ヲ殺シタル者ヲ告發シタルトキハ總テ當然自由ヲ得ルモノトス又東帝國時代ニ於テハ或犯罪(貨幣偽造者幼者誘拐逃亡兵士ヲ告發シタル者強ヒテ賣淫セラレタル者及ヒ主人ヨリ棄テラレタル奴隸ノ子ハ等シク自由人ト爲リタリ

(二) 主人ノ意思ニ依ル奴隸狀態ノ終止
主人ノ意思ニ依ル奴隸狀態ノ終止ハ解放ノ一アルノミ其種類方式等之ヲ次節ニ陳述セシ

第二節 生來ノ自由人 (Ingenu) 及ヒ解放奴 (Liberti, Libertini)

生來ノ自由人 (Ingenu) トハ解放奴隸ニ反對スル語ニシテ自由ノ人トシテ生レ會テ自由ヲ失ヒタルコトナキ者ヲ指ス故ニ解放奴ヨリ生レタル子ハ生來ノ自由

報

○懸賞討論會 前號雜報欄ニ記シタル如ク去月二十八日午後一時半ヨリ懸賞討論會ヲ開キ松本主幹會長席ニ著カレ會場ノ整理並ニ審判ノ勞ヲ執ラレタ

リ問題ハ前號ニ記シタル如ク(債權ノ履行ヲ妨クル行為ハ不法行為トナルヤ否ヤ)ニシテ議論三派ニ岐レ松井白濱、戸田、中本、齋藤ノ諸氏ハ積極說ヲ島崎山田、橋、近藤、松原ノ諸氏ハ消極說ヲ大岡、桃原ノ兩氏ハ區別說ヲ主張セラレ終ニ既報ノ如ク守谷(積極說)區別說兩校友登壇討論セラレ最後ニ松本會長ハ本問題ニ對スル歐米ニ於ケル學說並ニ實際上ノ傾向ヨリ本問研究ノ要點ニ付キ其方針ヲ示サレ自家ノ意見ハ更ニ推蔽ノ上ニテ發表スヘク本問ハ法理學上頗ル困難ナル問題ナルカ故ニ採決ハ之ヲ省略スヘシト述ヘラレ左ノ三氏ヲ以テ優等ト認定シ賞品ヲ授與シテ閉會ヲ宣告セラレタリ

第一等賞

秋山學士國際公法(平時) 一冊
商法研究(錄(守谷氏) 二冊

積極說

中本吉次郎

第二等賞 梅博士民法債權(乙種) 三冊
商法研究 債權(守谷氏) 一冊

種極說 白濱直衛

第三等賞 國際私法要論

一冊 區別說 桃原良達

今論旨ノ大要ヲ記サンニ積極說ハ民法第七百九條ニハ他人ノ權利ヲアリテ債權ヲ除外スルノ明文ナシ債權ト雖モ第三者カ之ヲ尊重スヘキハ物權智能權等ト毫モ異ナルコトナシ反對論者ハ對人權ハ特定ノ人ニ對スル權利ニシテ第三者ハ之ニ關係ナキモノナルヲ以テ復タ之ヲ侵害スルコト能ハス唯廢罷訴權ノ場合ハ例外ナリト論スレトモ何故ニ特定人間ノ權利義務ハ第三者之ヲ傷害スルコト能ハサルカノ理由極メテ薄弱ナリ況ヤ對人權對世權ナル區別ノ探ルニ足ラルコトハ事實上明カナルニ於テヲヤト論シ消極說ハ凡ソ債權ハ特定ノ人ニ對スル權利ニシテ債務者カ若シ其債務ノ履行ヲ缺カンカ其履行ヲ缺キタル原因カ不可抗力ニ出ラタル場合ハ格別然ラサル以上ハ債權者ハ宜シク債務者ニ對シテ其履行ヲ迫ルヘク其履行セサル事由カ第三者ノ妨害者タハ誘惑等ニ出ラルヤ否ヤハ問フヘキ所ニ非ス故ニ民法第四百二十四條ノ如キ特別ノ明文

アルニ非サレハ債權者ハ自己ノ債權ノ實行ヲ妨害セラレタリトシテ第三者ニ對抗スルコトヲ得スト論シ區別說ハ第三者ノ債務者ニ對スル履行妨害ノ行為カ不法行為ナリヤ否ヤニ依リテ債權者ニ對シ或ハ債權ノ侵害ト爲リ或ハ然ラスト云フニ在リキ

○日露開戰ノ時期 國際法上平時ヨリ戰時ニ變シタルニ因リ交戰國間ニ在リテハ勿論第三國ニ對シテモ亦大ノ影響ヲ及ボスコトハ國際公法ノ講義ニ於テ諸子ノ夙ニ知ラルル所ナルカ今回ノ日露開戰ノ時期如何ニ付テハ嘗テ日清戰爭開始ノ時期如何ニ付テハ議論ヲ生シ今尙ホ學說ノ一定セサルカ如ク議論ノ歧ルル所ナルカ去月二十二日ノ東京朝日新聞ニ高橋博士ノ講演要領ナリトシテ記載セル所ニ據レハ日露開戰ノ時期ニ付キ左ノ數說アルカ如シ

第一說 最後通牒交付說 此說ハ二月六日我外務大臣ヨリ露國公使ローゼン氏ニ最後通牒ヲ送リタル時ヲ以テ開戰ノ時ト爲スモノナリ(此說ハ二月六日午後二時小村外相カ露國公使ニ會見シテ國交ノ斷絶ヲ聲明シタルノ誤傳ナランカ)

第二說 露國商船拿捕說 此說ハ同六日午前露國商船ヲ拿捕シタル時ヲ以テ開戦ノ時期ト爲スモノナリ(官報ニ依レハ六日午前露船ヲ拿捕シタルモノナシ) 敵國ノ船ヲ拿捕シタル時ヲ以テ開戦ノ時期ト爲スモノナリ(二日)

第三說 義勇艦隊所屬船拿捕說 此說ハ同六日午後六時對島近海ニ於テ露國義勇艦隊所屬船ヲ拿捕シタル時ヲ以テ開戦ノ時期ト爲スモノナリ(博文館發行日露戰爭實記ノ記事ニ據レハ義勇艦隊汽船ノシニ一號ヲ拿捕シタルハ六日朝ナルカ如シ) 露國ノ船ヲ拿捕シタル時ヲ以テ開戦ノ時期ト爲スモノナリ

第四說 旅順攻擊說 此說ハ二月八日午後十一時我水雷艇隊カ旅順港ニ在ル敵艦ヲ攻撃シタル時ヲ以テ開戦ノ時期ト爲スモノナリ(官報ニ依レハ二月十日午後十時宣戰ノ詔勅ヲ公布セラレタル時ヲ以テ開戦ノ時期ト爲スモノナリ)

右ノ數說中第五說ノ探ルニ足ラサルコトハ學者間ノ定說ナレハ結局四說中孰レノ時ヲ以テ國交破綻シテ兵力の競争ノ狀態ニ達シタリト認ムヘキヤ否ヤニ在リ右ニ付キ我捕獲審檢所ノ裁斷ヲ經フルハ違キニ非サルヘシ

法政大學廣告

○專門部

正科生別科生共職員アリ臨時入學ヲ許ス

專門部生徒ニハ當該學年級講義錄ヲ無代價ニテ頒與ス

○高等研究科

隨時入學ヲ許ス

○聽講生

隨時入學ヲ許ス

○校外生

隨時入學ヲ許ス

○特別法講義錄

毎月一回發行月謝金拾五錢

本大學ノ創刊ニ係ル講義錄ニシテ其科目ハ府縣制、郡制、市制、町村制、現行租稅法論、戶籍法、不動産登記法、供託法、非訟事件手續法、人事訴訟手續法、就賣法、特許法、意匠法、商標法、著作權法、公證人規則、執達吏規則トス

○法學志林

梅博士每號執筆

毎月一回發行本大學講師其他專門家ノ論說及纂論、質疑ノ解答、寄書、散錄、漫評、判例、雜報、記事等ヲ掲載シ攻法家ノ參考資料トス

三十七年三月

司法部指定
文部省認定

私立法政大學

特別法講義錄

第十二號 (三月三日發行)

每月一回發行
謝金十五錢

市制町村制 法學士松浦鎮次郎

競賣法 法學士吾孫子勝

特許法(完) 法學士杉本貞治郎

執達吏規則 法學士岡八

其他本講義錄ニ掲載スル科目左ノ如シ

(府縣制) 郡制(松浦學士) ○現行租稅法論(若槻學士) ○戶籍法(完)(島田學士) ○不動產登記法(鈴木學士) ○供託法(塚田學士) ○人事訴訟手續法(完)(松岡學士) ○非訟事件手續法(橫田學士) ○意匠法、商標法(杉本學士) ○著作權法(水野博士) ○公證人規則(山脇學士)

●一號ヨリ取揃貴需ニ應ス

三月 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) 三月五日、八日、十一日、十五日、十八日、廿一日、廿五日、廿六日發行

明治三十七年三月三日印刷
明治三十七年三月六日發行
(定價金貳拾錢)

編輯者 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 東京市芝區四ノ久保明舟町十一番地 金子活版所

發行所 司法省 法政大學
指定 東京市總町區富士見町六丁目十六番地
(電話番町百七十四番)