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

PDF issue: 2025-05-09

法政大學講義録

田中，遜 / 塚田，達二郎 / 谷野，格 / 梅，謙次郎

(出版者 / Publisher)
法政大學
(巻 / Volume)
1-35
(開始ページ / Start Page)
1
(終了ページ / End Page)
128
(発行年 / Year)
1904-10-03

（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

明治三十七年十月三日發行

第一學年ノ三十五

法政大學講義錄

第百拾貳號

東京法政大學編輯局

法政大學發行

第一學年 第三十五號目次

民法總則（自第一章 至第三章）（自四〇五 至四五二）　法學博士　梅　謙次郎

民法物權（自第一章 至第六章）（自一六一 至一七八）（完）　法學士　塚田達二郎

表紙及ヒ目次　八頁

刑法總論（自二六一 至三六四）（完）　法學士　谷野格

表紙及ヒ目次　一四頁

羅馬法（自三四一 至三八二）（完）　アドヴォカット　田中遜

表紙及ヒ目次　一二頁

雜報

○一ノ證言ニ依ル數罪ノ曲庇○第一年級特別試驗、第二年級編入試驗問題

廣告　本號義錄ハ次號ヲ以テ完結スヘキモ殘部印刷ノ都合ニ因リ其發行ハ本月下旬ト爲ルヘキニ付キ御了承ヲ乞フ

090
1904
1-1-35

ノ推定、曾本人ノ子ハ日本人デアルト云フノデアルケレドモ、此子ハ誰ノ子カ分ラヌ、或ハ誰ノ子カト云フコトハ分ッテ居ルケレドモ父母ハ國籍ヲ有セヌ、或ハ國籍ガ分ラヌト云フノデアル、ザウスルト云フト詰リ無籍者ニスルト何デモナイケレドモ、無籍者ト云フノハ總テノ點ニ於テ困ル、ソレデ成ルベク無籍者ハ拵ヘタクナイノデアルカラ已ムヲ得ズ日本人トスル、殊ニ父母ノ知レザル子ハ日本デ生マレタ子ナラバ十ノ八九ハ日本人ト思ハナケレバナラヌ、是ハ事實ガ其通リデアラウト思フ、成程日本ニ外國人モ來テ居ル、併ナガラソレハ極メテ少數アッテ日本人ガ大多數デアル、ダカラ誰ノ子カ分ラヌト云フノハ、日本人ノ子ト見ナケレバナラヌ、ソレデ之ヲ日本人トスルノデアル、日本デ生マレタカラ假令親ハ外國人デアッテモ日本人トスルト云フノデナクシテ日本デ生マレタノハ多分日本人ノ子デアラウト云フ血統主義カラ來テ居ル、是ガ第一ノ原因ノ出生

第二ハ婚姻ニ因ッテ國籍ヲ取得スル、ソレハ國籍法第五條ノ第一號及ビ第二號ニ規定シテ居ル、「第五條、外國人ハ左ノ場合ニ於テ日本ノ國籍ヲ取得ス」一、日本人ノ妻ト爲リタルトキ二、日本人ノ入夫ト爲リタルトキ」、是ハ日本ノ國法カラ見ル

ト云フト當然デアル、即チ民法ノ規定ニ於テ原則トシテハ「妻ハ夫ノ家ニ入ル」トアル、サウスルト云フト此家ナルモノハ詰リ國籍ノ中ノ小分ケデ、日本ノ國籍ニ在ル者ガ外國ノ家ニ入ルト云フコトモナシ――尤モ歐米諸國ニハ「家」ト云フモノハ今日ハアリマセヌケレドモ――又外國人デアリナガカ日本ノ家ニ入ルト云フコトハドウシテモ有リ得ナイ、詰リ家籍ハ國籍ノ小分ケニ過ギヌ、然ラバ妻ガ必ズ夫ノ家ニ入ルト云フノガ本則デアルナラバ外國ノ婦人ガ日本人ノ妻ト爲ッテモ必ズ日本人ト爲ラナケレバナラヌ、入夫ハ之ニ反シテ妻ノ家ニ入ル、是モ同樣ノ理窟デ、日本人ト爲ラナケレバナラヌ、是ハ民法施行前カラ實際サウナッテ居ル、尙ホ外國人ガ日本人ノ入夫ト爲ルト云フコトニ付テハ特別ノ法律ガアッテ內務大臣ノ許可ヲ得ナケレバナラヌ、ソレハ明治六年第百三號布告ヲバ明治三十一年法律第二十一號ヲ以テ改メマシテ是ニ規定シテ居ル、ソレニ斯ウ云フコトガアル「第一條、日本人カ外國人ヲ入夫ト爲スニハ內務大臣ノ許可ヲ要ス」第二條、內務大臣ハ外國人カ左ノ條件ヲ具備スルニ非サレハ前條ノ許可ヲ與フルコトヲ得ス、一、引續キ一年以上日本ニ住所又ハ居所ヲ有スルコト、二、品行端正ナルコト」トアル、即チ之ニ依ラナケレバナラヌ

第三ハ認知、是ハ國籍法ノ第五條第三號ニ規定ガアル「三、日本人タル父又ハ母ニ依リテ認知セラレタルトキ」是ハ私生子デアルカラ親ガ認知シナケレバ誰ノ子デアルト云フコトガ法律上確定シナイ、ソレデ今マデハ誰ノ子カ分ラヌト云フ者ガ父ガ認知スレバ其父ノ子ト爲ル、母ガ認知スレバ母ノ子ト爲ル、ソコデ其父又ハ母ガ日本人デアルナラバ認知ニ因ッテ其子ガ日本人ト爲ル、是ハ當然ノ事デアル、尙ホ民法ノ規定ト相對照シテ斯クナケレバナラヌト云フ譯ハ民法第八百三十二條ニ「認知ハ出生ノ時ニ遡リテ其效力ヲ生ス」ト云フコトニナッテ居ルノデスカラ父子ノ關係ト云フモノハ生マレタ時カラ此ノ如キモノト云フコトニナル、ソレカラ今一ツハ民法ノ七百三十三條ニ「子ハ父ノ家ニ入ル、父ノ知レサル子ハ母ノ家ニ入ル」ト斯ウ云フコトニナッテ居ル、此二箇條ヲ相對照シテ見ルト民法ノ方デハ生マレタトキニハ父ガ知レナクテモ後日父ガ認知ヲスレバ其子ハ當然父ノ家ニ入ル家ガ國ノ一部デアルト云フ以上ハドウシテモ外國籍ニ在ッタ者デモ日本籍ニ這入ラナケレバナラヌ、ソレカラ父ノ知レナイ者デアッテモ母ガ知

レレバ母ノ家ニ入ル、即チ母ガ認知スレバ母ノ家ニ入ル、從テ母ガ日本ノ國籍ヲ持ッテ居ルナラバ其子モ日本ノ國籍ヲ持タナケレバナラヌト云フコトニナル、唯外國關係ニ於テハ、民法ノ規定ノ一般ノ原則ニ依ッテ是ガ既往ニ遡ルトシテ置イテハ種種ナ不便ガアルカラ既往ニ遡ルト云フコトハ民法ノ規定ト合ハヌコトガアリマスケレドモ少クモ認知ノ時カラ日本ノ國籍ヲ取得スル、尙ホ之ニ付テハ第六條ノ明文ガアッテ認知ニ付テ詳シイコトガ定メテアル、「第六條、外國人カ認知ニ因リテ日本ノ國籍ヲ取得スルニハ左ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス、一、本國法ニ依リテ未成年者タルコト外國人ノ妻ニ非サルコト、三、父母ノ中先ツ認知ヲ爲シタル者カ日本人ナルコト、四、父母カ同時ニ認知ヲ爲シタルトキハ父カ日本人ナルコト」、是ガ國籍取得ノ原因ノ第三デアル、第四ハ養子デアル、日本人ノ養子ト爲ッタ者ハ當然日本ノ國籍ヲ取得スル、是ハ國籍法ノ第五條第四號ニアル「四、日本人ノ養子ト爲リタルトキ」、養子ガ縁組ニ因リテ養親ノ家ニ入ルト云フコトハ民法ニ明文ノアルコトデ、即チ民法ノ第八百六十一條ニ「養子ハ縁組ニ因リテ養親ノ家ニ入ル」トアル、養親ガ日本人デアレバ其家ニ入ッタ者モ亦日本人デナケレバナラヌ、日本ノ家ノ中ニ外國人ガ入ルコトハ出來ヌ（法律上ノ家デ、建物ハ何處ニアッテモ宜イ）、唯此養子ノ場合ニハ養子ト爲レバ當然日本ノ國籍ヲ取得スルガ其養子ト爲ルニハ條件ガアル、ソレハ前ニ入夫婚姻ニ付テ申上ゲタト同ジ明治三十一年法律第二十一號ヲ以テ改正シタル明治六年第百三號布告ニ定メテアル、即チ內務大臣ノ許可ヲ得ナケレバナラヌ、內務大臣ハ引續キテ一年以上日本ニ住所又ハ居所ヲ有スル者ニシテ且品行端正ナル者ニ非ズンバ養子ヲ許可スルコトハ出來ナイ（二十歳ニ滿ツルマデ）、第五ノ原因ハ歸化——歸化ハ國籍法ノ第五條第五號ニ規定シテアル「五、歸化ヲ爲シタルトキ」、此歸化ニモソレソレ條件ガアリマシテ、先ヅ原則トシテハ第一ニ內務大臣ノ許可ヲ受ケナケレバナラヌ、國籍法第七條ノ一項ニ「外國人ハ內務大臣ノ許可ヲ得テ歸化ヲ爲スコトヲ得」トアル、第二ニハ引續キ五年以上日本ニ住所ヲ有スル者デナケレバナラヌ、第七條第二項第一號「內務大臣ハ左ノ條件ヲ具備スル者ニ非サレハ其歸化ヲ許可スルコトヲ得ス、一、引續キ五年以上日本ニ住所ヲ有スルコト」、第三ノ條件ハ同第三號ニアル「二、滿二十年以上ニシテ本國法ニ依

リ能力ヲ有スルコト」、第四ノ條件ハ同第三號ニアル、「三、品行端正ナルコト」、是ハ破落戸ノ來ラレヌヤウニスル爲メ、第五ニハ同第四號、「四、獨立ノ生計ヲ營ムニ足ルヘキ資產又ハ技能アルコト」、是ハ今ノ品行端正ト一ツノ精神ニ基イテ居ル條件、第六ガ同第五號ニ規定スルモノ、「五、國籍ヲ有セス又ハ日本ノ國籍ノ取得ニ因リテ其國籍ヲ失フヘキコト」、現ニ無國籍者デアルト云フノナラバ日本ノ國籍ヲ取得致シマシテモ國籍ノ抵觸ヲ來サヌカラ宜シイ、又ハ日本ノ國籍ヲ取得スルニ因リテ本國ノ國籍ヲ失フノデナケレバナラヌ、是ハ何レノ國ニ於テモサウナツテ居ルト云フ譯デハナイ、我邦ニハ後ニ說明スベキ第二十條ノ規定ガアル、「自己ノ志望ニ依リテ外國ノ國籍ヲ取得シタル者ハ日本ノ國籍ヲ失フ」、故ニ外國人ノ本國ニ之ト同ジ規定ガ採用サレテ居レバ日本ノ國籍ヲ取得シタル爲メ本國ノ國籍ヲ失フ、其時デナケレバ歸化ヲ許サヌ、淸國人ハ澤山近頃歸化致シマスガ、蓋シ淸國ノ法律デハ日本ニ歸化シタ者ハ當然淸國人デナイト視テ居ルニ違ヒナイ、ソレダカラ日本デ許ス、是ガ第六ノ條件デアリマシタ、第七ノ條件ハ國籍法ノ第八條ニ規定スル所デアル、「外國人ノ妻ハ其夫ト共ニスルニ非サレハ歸化ヲ爲スコトヲ得ス」、人ノ妻ガ自分ノミ歸化ヲシタイト言フテモソレハ許サヌ、以上ハ歸化ニ關スル原則デアリマス、是ニ對シテ例外ガアル、詰リ以上ノ條件ヲ具備セズトモ歸化ノ出來ル場合、第一ハ第九條ニ規定スル所ノモノデアル、左ニ掲ケタル外國人カ現ニ日本ニ住所ヲ有スルトキハ第七條第二項第一號ノ條件ヲ具備セサルトキト雖モ歸化ヲ爲スコトヲ得」、引續キ五年以上日本ニ住所ヲ有スルト云フノガ此條件ニ當ル、「一、父又ハ母ノ日本人タリシ者」、「二、妻ノ日本人タリシ者」、「三、日本ニ於テ生マレタル者」、「四、引續キ十年以上日本ニ居所ヲ有スル者」、前項第一號乃至第三號ニ掲ケタル者ハ引續キ三年以上日本ニ居所ヲ有スルニ非サレハ歸化ヲ爲スコトヲ得ス、但第三號ニ掲ケタル者ノ父又ハ母カ日本ニ於テ生マレタル者ナルトキハ此限ニ在ラス」、例外ノ又例外ガ出來テ居ル、氣ヲ附ケテ讀メバ極ク明瞭デアルカラ別ニ說明ヲ致シマセヌ、第二ノ例外ハ國籍法第十條ニ規定スルモノデアル、「外國人ノ父又ハ母カ日本人ナル場合ニ於テ其外國人カ現ニ日本ニ住所ヲ有スルトキハ第七條第二項第一號、第二號及ヒ第四號ノ條件ヲ具備セサルトキト雖モ歸化ヲ爲スコトヲ得」、第七

條ノ住所ノ條件能力ノ條件獨立ノ生計ノ條件ガナクテモ此等ノ者ハ歸化ガ出來ル場合ニ就テ其他國籍法第十一條ニ規定シテアル、日本ニ特別ノ功勞アル外國人デアル「日本ニ特別ノ功勞アル外國人ハ第七條第二項ノ規定ニ拘ハラス內務大臣勅裁ヲ經テ其歸化ヲ許可スルコトヲ得」是パマダ適用ガナカラウト思ヒマスケレドモ、一ツノ例ヲ言ッテ見マスルト今日外務省デ使ハレテ居ル「デニソン」ナドト云フ人ハ日本ニ特別ノ功勞ノアル人ダカラ歸化ヲシヤウト言タッパ此規定ニ依ッテ多分歸化ヲ許サルルデアラウト思フ、ソレカラ今ハ佛蘭西ニ歸リマシタケレドモ「ポワッソナード」氏ナドガ歸化ヲシタイト言ッタラ矢張リ此箇條ニ該當スル者デアラウト思フ、是ガ例外ノ第三

例外ノ第四ハ國籍法第十四條ニ規定シテアル「日本ノ國籍ヲ取得シタル者ノ妻カ前條ノ規定ニ依リテ日本ノ國籍ヲ取得セサリシトキハ第七條第二項ニ揚ケタル條件ヲ具備セサルトキト雖モ歸化ヲ爲スコトヲ得」聽テ御話ヲ致シマスケレドモ國籍取得者ノ妻ハ原則トシテハ共ニ日本ノ國籍ヲ取得スルコトニナッテ居ル、ケレドモ例外トシテ日本人ト爲ラヌコトガアル、其場合ニ歸化ヲシヤウト云フナラバソレハ詰リ第七條ノ第二項ノ五ツノ條件ヲ總テ具備シテ居ラヌデモ歸化ガ出來ル、即チ住所ノ條件、能力ノ條件、品行ノ條件、獨立ノ生計ノ條件等ガ皆缺ケテ居ッテモ歸化ヲ許スデアリマシタガ、是ヨリ手續ノ御話ヲ致シマスイ

以上ハ歸化ノ條件デアリマシタガ、是ヨリ手續ノ御話ヲ致シマスイ

歸化ノ手續ハ極ク簡單ニナッテ居ルノデス、國籍法ニハ歸化其物ノ手續ハ特ニ定メテナイ、唯明治三十二年內務省令第五十一號ノ二項ニ「本年法律第六十六號ニ依リ歸化ヲ爲シ又ハ國籍ヲ回復セントスル者ハ其住所ノ地方廳ヲ經由シテ內務大臣ニ願出ツヘシ」トアル、此手續デ歸化ヲ願出ヅル、ソウシテ條件ガ具備シテ居レバ內務大臣ガ許可スル、ソレデ歸化ソレ自身ガ成立スル、併ナガラ尙ホソレヲ官報ニ告示シナケレバナラヌト云フコトニナッテ居ル「國籍法第十二條第一項ニ歸化ハ之ヲ官報ニ告示スルコトヲ要ス」、ダカラ能ク官報ニ此告示ヲ見ル、而シテ此告示ノアルマデハ歸化ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトガ出來ヌトナッテ居ル、第十二條第二項歸化ハ其告示アリタル後ニ非サレハ之ヲ以テ善意ノ第

三者ニ對抗スルコトヲ得ス」當事者ノ國籍ト云フモノハ重要ナル關係ヲ持チマスカラ善意ノ第三者ガ欺カルルコトガナイヤウニ斯カ云フ規定ガ出來テ居ル」

以上ハ歸化ノ御話デ、ソレガ國籍取得ノ第五ノ原因デアリマシタガ、今度ハ第六ノ原因――夫ノ國籍取得、夫ガ日本ノ國籍ヲ取得スルト云フト其妻ハ矢張リ日本人ト爲ル、國籍法第十三條ニ之ヲ規定シテ居ル「日本ノ國籍ヲ取得スル者ノ妻ハ夫ト共ニ日本ノ國籍ヲ取得ス」例外トシテ第二項「前項ノ規定ハ妻ノ本國法ニ反對ノ規定アルトキハ之ヲ適用セス」當然重國籍ヲ生ズルヤウナ規定ハ設ケヌ、唯先刻申シタヤウニ此場合ニハ容易ク歸化ヲ許シマスカラ歸化ノ結果デ重國籍ニ爲ルコトガアルカモ知レヌ、ケレドモソレハ仕方ガナイ、特ニ本人ガ望メバ許ス、ケレドモ法律ノ結果トシテ當然重國籍ヲ生ゼシメルト云フコトハシナイ

第七ノ原因ハ父母ノ國籍取得、デアル、父母ガ國籍ヲ取得スルト其子ハ當然日本ノ國籍ヲ取得スル「第十五條、日本ノ國籍ヲ取得スル者ノ子カ其本國法ニ依リテ未成年者ナルトキハ父又ハ母ト共ニ日本ノ國籍ヲ取得ス」前項ノ規定ハ子ノ本國法ニ反對ノ規定アルトキハ之ヲ適用セス

第八ノ原因ハ國籍回復ノ場合、素ト日本人ガアッタ者ガ一時外國ノ國籍ヲ取得シテ居ッタ、ソレガ又更ニ日本人ト爲リタイト云フトキノコトデ、此場合ニハ容易ク日本人ト爲ルコトガ出來ル、之ヲ名ケテ「國籍回復」ト云フ、此事ハ後ニ國籍ノ喪失ニ牽連シテ御話ヲ致シマス、此處デハ唯原因ノ一ツトシテ數ヘテ置ク

以上ハ國籍取得ノ原因デアリマシタ、是ヨリ第二國籍取得ノ效力ノ御話ニ移リマス

原則ハ國籍取得者ハ日本人ト爲ルト云フコトデアル、其結果トシテ日本人ト同一ノ權利能力ヲ有スル、外國人デアレバ土地所有權ヲ有スルコトハ出來ヌガ、歸化ヲシタリ、其他以上述ベタル原因ノ一ツニ因ッテ國籍ヲ取得スレバ即日カラ不動產ノ所有者ト爲レル、唯全ク日本人ト同一デナイト云フ例外ガアル、ソレハ第十六條ニ規定シテアル「歸化人、歸化人ノ子ニシテ日本ノ國籍ヲ取得シタル者及ビ日本人ノ養子又ハ入夫ト爲リタル者ハ左ニ掲ケタル權利ヲ有セス」一、國務大臣ト爲ルコト」二、樞密院ノ議長、副議長又ハ顧問官ト爲ルコト」三、宮內勅任官ト爲ルコト」四、特命全權公使ト爲ルコト」五、陸海軍ノ將官ト爲ルコト」六、大審院長、會

計檢査院長又ハ行政裁判所長官ト爲ルコト、七、帝國議會ノ議員ト爲ルコト」斯ウ云フコトニナッテ居ル、併シ此無能力ハ免除セラルルコトガアル、第十七條ニ之ヲ規定シテ居ル、前條ニ定メタル制限ハ第十一條ノ規定ニ依リテ歸化ヲ許可シタル者ニ付テハ國籍取得ノ時ヨリ五年ノ後其他ノ者ニ付テハ十年ノ後內務大臣勅裁ヲ經テ之ヲ解除スルコトヲ得」是ガ國籍取得ノ效力

今マデハ國籍ノ取得ノ事デアッタガ、今度ハ國籍ノ喪失ノ事デアリマス、是ニ付テモ喪失ノ原因ト喪失ノ效力トヲ論ジヤウト思フ、先ヅ國籍喪失ノ原因

其第一ハ婚姻デアル、日本人ガ外國人ノ妻トナッタラバ當然日本ノ國籍ヲ失フ、即チ外國人ト爲ッテ仕舞フ、「第十八條日本ノ女カ外國人ト婚姻ヲ爲シタルトキハ日本ノ國籍ヲ失フ」何處ノ人ニ爲ルカト云フコトハ日本ノ法律デハ極メル譯ニイカヌ、ソレハ餘所ノ法律デ極マルカ又ハ無國籍者ニナッタラバ前ニソレニ付テ申シタコトガ嵌ル

第二ノ原因ハ離婚及ビ離緣デアル、「第十九條婚姻又ハ養子緣組ニ因リテ日本ノ國籍ヲ取得シタル者ハ離婚又ハ離緣ノ場合ニ於テ其外國ノ國籍ヲ有スベキトキニ限リ日本ノ國籍ヲ失フ」是ハ重國籍ヲ避ケル爲メニ一ノ條件ガ附シテアル、詰リ離婚、離緣ノ性質上其者ハ日本ノ國籍ヲ失フベキ筈デアル

第三ノ原因ハ外國取得外國籍ヲ取得シタル者ハ其結果トシテ日本ノ國籍ヲ失フ、其場合ハ第二十條ニ規定シテアル、「自己ノ志望ニ依リテ外國ノ國籍ヲ取得シタル者ハ日本ノ國籍ヲ失フ」是ハ重モニ歸化デス、ソレカラ外國ノ法律ニハ往往國籍ノ選擇ト云フコトガアル、是ハ國國デ規定ガ一樣デナシ又場合ニ依ッテ條件ガ違ヒマスケレドモ要スルニ日本人ガ外國ニ於テ子ヲ生ンダ場合ニ其子ガ成年ニ達シタラバ日本ノ國籍ト現在居ル所ノ外國ノ國籍ト孰レカヲ選擇スルコトガ出來ルト云フヤウナ規定ガ能ク外國ニハアル、斯樣ナル場合ニ於テハ自己ノ希望ニ依ッテ外國ノ國籍ヲ取得シタノデアル、サウ云フ自分ガ望ンデ外國人ニ爲リタイト云フ者ハ日本デハ引止メナイト云フコトニナッテ居ル、

第四ノ原因ハ父又ハ夫ノ國籍喪失デアル、第二十一條及ビ第二十二條ニ之ヲ規定シテ居ル、「第二十一條日本ノ國籍ヲ失ヒタル者ノ妻及ビ子カ其者ノ國籍ヲ取得シタルトキハ日本ノ國籍ヲ失フ」是モ矢張リ無國籍ヲ避ケル爲メニ斯ク規定

シテアル、第二十二條前條ノ規定ハ、離婚又ハ離緣ニ因リテ日本ノ國籍ヲ失ヒタル者ノ妻及ビ子ニハ之ヲ適用セネ但妻カ夫ノ離緣ノ場合ニ於テ離婚ヲ爲サズ又ハ子カ父ニ隨ヒテ其家ヲ去リタルトキハ此限ニ在ラス」、此規定ハ今說明ノ出來ヌコトハアリマセヌケレドモ、親族法ノ規定ヲ御承知ナイト分リ惡カラウト思ヒマスカラ此處デハ說明ヲ略シマスガ、詰リ此規定ハ民法ノ中デ入夫婚姻或ハ養子ノ場合ニ男子ガ女子ノ家ニ入ルト云フコトガアル、外國人ガ日本人ノ入夫ト爲リ日本人ノ養子ト爲ルト云フト日本ノ家ニ這入ル、所ガソレガ離婚、離緣ニ因ッテ歸ルト云フト復タ外國人ト爲ル、然ルニ此入夫トソレカラ日本人タル妻トノ間ニ出來タ子ガ父ト共ニ外國人ト爲ルコトデハ日本ノ家族制カラ言フト不都合デアル、其者ハ或ハ家ノ相續人デアルカモ知レヌ、ソレガ當然外國人ニ爲ッテ仕舞ッテハ困ル、養子ニ付テモ同樣デアル、其養子ト日本人ト妻ハシテ、サウシテ子ガ出來タ、不幸ニシテ離緣ニナッタケレドモ其子ヲ父ガ連レテ歸ルト云フト或ハ跡取ガ無クナッテ仕舞フト云フコトニナル、サウ云フコトハ日本ノ親族法ニ於テ認メナイ所デアルカラ國籍法ニ於テモ矢張リ認メナイ、ソレカラ尙ホ離緣ノ場合ニハ離緣ト云フノハ養親ト養子トノ間ノ關係ノ絕ユルノデアル、日本人ノ甲ト云フ者ガ外國人ノ乙ト云フ者ヲ養子トスル、サウシテソレニ例ヘバ自分ノ娘ノ丙ヲ娶ハス、此場合ニ於テ其養子ガ養親ト養親子ノ關係ガ絕エタト云ッテ當然妻ト離婚ニハナラヌ、ソレハ親族法ニサウナッテ居ルソレダカラト云ッテ外國人ガ妻ヲ連レテ歸ッテハ初メ養子ニ貰フトキノ當事者ノ精神ニ反スルコトガアル、ソレデハ家ノ血統ガ絕ユルト云フ場合モアルダラウト思フ、サウ云フコトハ許サヌ、唯但書ニアル場合ハ是ハ矢張リ親族法ノ規定カラ斯ウ云フコトガアリ得ル、是ハ親族法ヲ御學ビニナラヌト分ラヌカラ說明ヲ省イテ置クコトニ致シマス、第五ノ原因ハ私生子ノ認知デアル、第二十三條、日本人タル子カ認知ニ因リテ外國ノ國籍ヲ取得シタルトキハ日本ノ國籍ヲ失フ、但日本人ノ妻、入夫又ハ養子ト爲リタル者ハ此限ニ在ラス」、是ハ當然ノ規定デアル、日本人ガ素ト外國人ノ私生子デアッタト云フトキニ其外國人ガ認知ヲ致シマスト必ズシモ外國ノ國籍ヲ取得スルトハ限ラヌケレドモ若シ其親ノ本國ノ法律ニ於テ認知ヲ結果、子ガ其國ノ國籍ヲ取得スルト云フコトニナッテ居ルナラバ、日本ノ國籍ヲ失ハシムル、唯既

ニ日本人ノ妻、入夫、養子ト爲ッテ居ル者ガ當然外國人ニ爲ッテ仕舞フト云フト非常ニ差支ヲ起シマスカラソレハ認メナイ、妻ト夫ガ國籍ヲ異ニシタリ、或ハ養子ト養親ト當然國籍ヲ異ニスルコトニナッタリスルト忽チ日本ノ親族法ニ反スルコトニナルカラソレハ許サズ（當然ノ條欲モマタハ日本人ヲ妻ト爲シ代國人ヲ夫ト爲シ）是ガ國籍喪失ノ原因デアリマシタ、此原因ニ對シテ一ツノ例外ガアル、ソレハ二十四條ニアル、滿十七年以上ノ男子ハ前五條ノ規定ニ拘ハラズ既ニ陸海軍ノ現役ニ服シタルトキ又ハ之ニ服スル義務ナキトキニ非ザレハ日本ノ國籍ヲ失ハズ、是ハ兵役ノ關係カラ斯ウ云フコトニナッテ居ル、二項、現ニ文武ノ官職ヲ帶フル者ハ前六條ノ規定ニ拘ハラス其官職ヲ失ヒタル後ニ非サレハ日本ノ國籍ヲ失ハズ、日本ノ官吏デ居ル者ガ直チニ外國人ニ爲ッテ仕舞フト云フト官職ヲ其儘ニシテ置クコトガ出來ナクナル、ソレデハ大變困ル、必要アリト認メタラバ官職ヲ能メテ然ル後ニ外國人トスルト云フコトニナッテ居ル、是ガ國籍喪失ノ原因デ次ニハ國籍喪失ノ效力、是モ原則ハ極メテ單純デ其者ハ外國人ト爲ル、其結果トシテ總テ外國人ト同一ノ待遇ヲ受クル、外國人ノ享有セザル權利ハ享有シナク

ナル、尙ホ其者ガ戶主デアッタラバ家督相續開始ノ原因ト爲ル、此事ハ民法ノ第九百六十四條ノ第一項ニ「戶主ノ國籍喪失」トシテ規定シテアル、詰リ日本ノ家ノ戶主ハ外國人デアルコトヲ得マセヌカラ、ソレデ當然斯ウ云フ結果ヲ生ズル、例外トシテ普通ノ外國人ト違フ點ヲ申上ゲマスルト、先ヅ素ト日本人デアッタ者ハ容易ク國籍ヲ取得スル之ヲ名ケテ國籍ノ回復ト云ヒマス、此國籍回復ニ付テ國籍法第二十五條乃至第二十七條ニ規定ガアル、「第二十五條婚姻ニ因リテ日本ノ國籍ヲ失ヒタル者カ婚姻解消ノ後日本ニ住所ヲ有スルトキハ內務大臣ノ許可ヲ得テ日本ノ國籍ヲ回復スルコトヲ得」、唯日本ニ住所ヲ持ッテ居ルト云フノデ內務大臣ノ許可ヲ得テ國籍ノ回復ガ出來ル、「第二十六條、第二十條又ハ第二十一條ノ規定ニ依リテ日本ノ國籍ヲ失ヒタル者カ日本ニ住所ヲ有スルトキハ內務大臣ノ許可ヲ得テ日本ノ國籍ヲ回復スルコトヲ得也第十六條ニ掲ケタル者カ日本ノ國籍ヲ失ヒタル場合ハ此限ニ在ラス」、第十六條ニ掲ケタル者トハ彼歸化人等デアル、是ハ普通ノ日本人ト異ナッタル權利能力ヲ持ッテ居ル者デアル、ソレガ再ビ日本ノ國籍ヲ失フト云フト今度ハ新ニ歸化ノ方法ニ依ッテ日本人ト爲ル

トハ出來ルケレドモ回復ハ許サヌ」「第二十七條、第十三條乃至第十五條ノ規定ハ前二條ノ場合ニ之ヲ準用ス」「第十三條乃至第十五條ノ規定」ハ普通ノ國籍取得ニ關スル規定デス

此外ニ尙ホ國籍喪失者ハ普通ノ外國人ト異ナルコトガ一ツアル、ソレハ何デアルカト云フト外國人ノ有スルコトヲ得ザル權利(土地所有權ノ如キハ其最モ著シキモノデアル)ニ付テ特別ノ規定ガアル、何等ノ規定モナケレバ斯ウ云フコトニナル、外國人ハ土地所有權ヲ持ツコトハ出來ヌ、故ニ日本人ガ日本ノ國籍ヲ失ツテ外國人ト爲レバ其日カラ土地所有權ヲ持ツコトハ出來ヌ、サウスレバ其土地ハ無主物トナッテ民法ノ一般ノ規定ニ依ッテ國有ニナッテ仕舞フ、第二百三十九條ノ二項ニ「無主ノ不動產ハ國庫ノ所有ニ屬ス」トアル、ソレハ如何ニモ殘酷デアル、國籍喪失ト云フコトハ法律ガ認メテ居ル、言ハバ法律ガ國籍ヲ失ハシムルノデアル、國籍喪失ト云フコトハ法律ノ禁ズルコトデハ無論ナシ、法律ガ之ヲ嫌ッテ居ルトモ云ヘナイ、場合ニ依ッテハ決シテ嫌ッテ居ラナイ、然ルニモ拘ハラズ土地ノ所有權ヲ只デ取上ゲラレテ仕舞フコトハ如何ニモ殘酷デス、之ニ付テハ特別ノ規定ガアル、先ヅ其者ガ戸主デアル場合ニ付テハ民法第九百九十條第二項ノ規定ガアル、「國籍喪失者カ日本人ニ非サレハ享有スルコトヲ得サル權利ヲ有スル場合ニ於テ一年內ニ之ヲ日本人ニ讓渡ササルトキハ其權利ハ家督相續人ニ歸屬ス」「戸主ガ日本ノ國籍ヲ失フト云フト前申シタ通リ當然家督相續ノ開始ガアル、所ガ此場合ニハ國籍喪失者ハ外ノ財產ハ原則トシテ自分ガ持ッテ行クコトガ出來ルケレドモ土地所有權ハ一年內ニソレヲ日本人ニ讓渡サナケレバ當然家督相續人ノ物トナッテ仕舞フト云フコトニナッテ居ル、一年ノ猶豫ガ與ヘテアル、是ガ特典デアル、之ト同ジヤウナル規定ガ家族ニ付テモアル、ソレハ明治三十二年法律第九十四號「日本ノ國籍ヲ失ヒタル家族カ日本人ニ非サレハ享有スルコトヲ得サル權利ヲ有スル場合ニ於テ一年內ニ之ヲ日本人ニ讓渡ササルトキハ其權利ハ國庫ニ歸屬ス」此場合ニハ相續人ガ無イカラ一年ヲ過ギテモ仍ホ日本人ニ讓渡サナイ場合ニハ國有トナッテ仕舞フト云フコトニ爲ル

以上ニテ國籍法ノ御話ヲ終リマシタ、ソレト同時ニ何人ガ外國人デアルカト云フコトヲ說キ終リマシタカラ今度ハ外國人ニ關スル第二點、外國人ノ權利ノ御

話ヲ致シマス

未開ノ世ニハ何レノ國ニ於テモ外國人ノ權利ト云フモノヲ認メナイ、外國人ハ殆ド禽獸同樣デアル、權利能力ヲ持タナイ、甚シキハ一切ノ人格ヲ認メナイ、極ク野蠻ナ時代ニハ外國人ヲ殺シテモ罪ハナイト云フ位ナモノデアッタ、所ガ段段世ノ中ガ開ケルニ從ッテソレデハイカヌト云フコトガ直キニ分リマスカラ、ソコデ原則ハ矢張リ外國人ハ權利ガナイト云フノデアルケレドモ例外トシテ或權利ヲ認ムルト云フコトニナッタ、就中外國人ト交通ヲ爲ス必要ガ起ッテ來ルモノデスカラドウシテモサウ云フコトニナラナケレバナラヌ、尙ホ進ンデ參ルト云フト今度ハ本則トシテハ外國人ノ權利ヲ總テ認メル、唯例外トシテ或種類ノ權利ハ認メナイト、斯ウ云フコトニナル、是ガ今日ノ各國ノ狀態デアル、尙ホ今日ノ傾向ハドウデアルカト云フト少クモ私權ニ付テハ內外人同等デアル、內國人モ外國人ト同一ノ權利ヲ持ツト云フ主義ニ餘程傾イテ居ル、幾十年ノ後ニサウ云フコトニナルカハ知ラヌガ餘リ遠カラザル內ニサウ云フコトニナルダラウト思ヘルノデス

先ヅ第一羅馬ニ於テハドウデアッタカト云フト是モ昔ハ何處ノ野蠻國ニ於ケルノトモ同ジヤウニマルデ外國人ヲ禽獸ノ如ク視テ居ッタケレドモ羅馬ハ他ノ多數ノ國國ニ先ジテ開化致シマシタカラ從來小サイ國デアッタノガ俄ニ膨脹シタ、デ外國ヲ併呑シマシタカラソレ等ノ國ノ人ガ皆這入ッテ來ル、ソレカラ自分ノ領分ニナッテ居ラナイ國トモ多少ノ交際ヲ爲ストモ云フコトニナッテ來マシテ段段外國人ト雖モ矢張リ相當ノ權利能力ヲ認メルト云フ風ニ傾イテ參ッタ、併シ純然タル外國人ニ關スルコトハ羅馬デハ規定ニナッテ居ルコトガ少ナイノデスケレドモ昔外國人デアリシ所ノ詰リ羅馬ガ征服シタ國國ノ人トソレカラ元カラノ羅馬人トヲ區別致シマシテ此間ニ殆ド今日デ云ヘバ內國人ト外國人トノ間ノ差ノ如キモノヲ認メテ居ッタ、純粹ノ羅馬人ノミヲ適用スベキ法律ト、ソレカラ他ノ外國人若クハ準外國人、素ト他國デアッタ所ノ國國ノ人ノ今羅馬人ト爲ッテ居ル者、ソレ等ニ適用スベキ法律ト云フモノヲ二種ニ分ケテ、甲ヲ譯シマスルト國民法ト申シマシセウカ、ソレカラ乙ヲバ萬國法トカ人類法トカ云ッテ宜カラウト思フ、例ヘバ親族法ノ大部分ハ國民法デアル、又賣買トカ或ハ賃貸借トカ云フ

ヤウナモノハ萬國法デアルト云フヤウナコトヲ申シマス

サテ日耳曼ハドウデアッタカト申シマスト、是モ色色沿革ガアッテ初ハ外國人ヲ禽獸同樣ニ取扱ッテ居ッタ、其點ハ何處ノ國デモ初ハ皆サウデアル、併ナガラ其内ニ段段開ケテ參ッテ外國人ニモ相當ノ權利ヲ認ムルヤウニナッテ參リマシタガ、或ハ各自ノ國法ニ依ッテ支配セラルル、從テ現ニ住シテ居ル所ノ法律ニ依ラズシテ素ト生マシタル所ノ法律ニ依ッテ行クト云フコトニナッテ居ッタ時代モアリ、ソレカラ後ニハ正反對ニシテ寧ロ法律ハ其土地土地ノ者ニ適用スル、即チ生レハ何處ノ者デアッテモ現ニ住シテ居ル處ノ法律ニ依ラナケレバナラヌト云フ風ニナッタ時代モアル、其沿革ニ付テ面白イ御話ガアルガ、ソレハ略シマシテ要スルニ後ニハ日耳曼法モ羅馬法ノヤウナ譯デ、純然タル外國人ト同國人ノ中デ種族ノ異ナル者ト殆ド同一ニ取扱フコトニナッタ、丁度羅馬デ純粹ノ羅馬人トソレカラ羅馬ガ征服シタ國國ノ人トヲ分チテ居ッタヤウニ日耳曼法デハ甲ノ種類ニ於テハ甲ノ種族ダケノ者ヲ純粹ノ國人ト見テ同一ノ主權ニ服シテ居ル人民デモ他ノ種類ニ屬スル者ハ外國人同樣ニ取扱ウテ居ッタ

サテ此羅馬法ニ日耳曼法ト云フモノハ前ニモチヨット御話シタヤウニ歐米ノ今日ノ法律ノ父ト母見タヤウナモノデアル、ソレガ段段混ジ、人種モ混ジタガ法律モ混ジテ今日ノ歐米ノ法律ヲ形造ッテ居ル、其沿革ハ御話ヲ致シマセヌケレドモ羅馬帝國滅亡ノ後最モ進歩シテ居ッタノガ蓋シ佛蘭西デアッタラウト思フ、ソレデスカラ佛蘭西ノ當時ノ制度ト云フモノガ比較的他ノ歐羅巴諸國ヨリモ概シテ進歩シテ居ッタ、ソレガ他ノ國國ニモ擴ッタモノガ隨分多イ、ソレデ各國多少ノ異ナリハアリマスケレドモ、所謂一隅ヲ擧ゲテ三隅ヲ推サシムル譯デ、先ヅ佛蘭西ニ於ケル民法以前ノ狀態ヲ極ク簡單ニ申上ゲマスルト、封建制度ガ當時行ハレテ居リマシタカラ其封建制度ニ於テハ諸侯ガ數多アッテ、一國ノ中ニ又數多ノ小國ヲ形造ッテ居ッタヤウデアッタコトハ丁度我邦ノ維新前ノ如クデアッタ、故ニ純然タル外國人ト或諸侯カラ見テ自己ノ領分以外ノ佛蘭西人ヲ概シテ同一ニ取扱ッテ居ッタ、サウシテソレ等ノ者ニハ種種ノ重イ稅ヲ課シタリ或ハ或條件ノ下ニ其財產ノ全部又ハ一部ヲ沒收シタリ或ハ外國人ヲ土隸トシタリシタノデアル、ソレガ時代ト共ニ乘イデ參ッテ、十八世紀ニ至ッテハ財產ヲ沒收スルト云

フヤウナコトハ段段無クナッテ來テ、多クハ條約ヲ結ビマシテ稅ハ矢張リ課シマシタケレドモ一定ノ稅ヲ課スルト云フダケデ財產ヲ直接ニ沒收スルト云フヤウナコトハ少クナッタ、尙ホ特別ノ事由ニ依ッテ優遇サレテ居ッタ外國人モアッタ、ソレハ商人トカ職工、學生トカ（留學生ハ其頃カラ餘程優遇サレテ居ッタ）、是ハ佛蘭西ノ御話デアルガ、ソレト類似ノ事ガ歐羅巴各國ニ皆行ハレテ居ッタ、細目ガ多少異ナルト云フノニ過ギヌノデアリマスカラ是ダケノ御話ヲ致シテ置イタラバ大凡ハ御分リデアラウト思フ、是ヨリ進ンデ現行ノ外國法ニ移ラウト思ヒマス

現行ノ外國法ノ御話ヲスルニ當ッテ先ヅ公權ト私權トヲ分タナケレバナラヌ、第一ノ公權ノ方ハ是ハ今日ト雖モ外國人ハ享有シナイノガ本則、是ハ苟モ國ガ各獨立シテ居ル以上ハ實ニ已ムコトヲ得ナイ所デアラウト思フ、所謂公權ナルモノハ直接又ハ間接ニ國家ノ維持ニ必要ナルモノデアル、甲ノ國ト乙ノ國ト常ニ利害ヲ同ジウスルト云フコトハ不幸ニシテ望ムコトハ出來ナイ、動モスルト生存競爭ノ結果デ戰サモシナケレバナラヌ、甲ノ利益ヲ却テ乙ガ不利益ト見ルト云フコトハ已ムコトヲ得ナイ、シテ見レバ外國人即チ動モスルト利害ノ衝突ノアルベキ國ニ屬シテ居ル人、ソレガ國家ノ運命ニ直接間接ノ關係ノアル所ノ公權ヲ內國人同樣ニ享有スルト云フコトハドウシテモ認ムル譯ニイカヌ、ソレニハ國ト共通ノ利害ヲ持チ又天然ニ國ヲ愛スルト云フ情ガアリシナケレバ到底國家ノ維持ノ一分子トナッテ公權ヲ行フコトハ出來ナイ、故ニ原則ハ何レノ國ニ於テモ外國人ハ公權ヲ享有セズト云フノニアル、例ヘバ國會或ハ地方議會ノ議員ノ選擧權、被選擧權ハ之ヲ有セヌ、又官吏、公吏ナドニハ外國人ハ爲レヌノガ本則デアル、辯護士ニモ爲レナイノガ本則、英吉利デハ爲レル、併シ是ハ殆ド他ニ例ヲ見ヌ所デアル、ソレカラ日本ニハ無イモノデアルガ歐米諸國ニハ今日仍ホ存シテ居ル陪審員、是ハ素人ガ裁判ニ立會フノデスガ、其陪審員ニ爲ルト云フ權利モ大概ノ國デ外國人ニハ認メナイ、司法機關ニタヅサハルノデスカラ矢張リ是モ公權所ガ英國デハ十年以上英國ニ住スル者ニ限ッテハ陪審員ニ爲レル、此等ハ多少國國デ異ナル所ガアリマスガ、要スルニ公權ハ外國人ハ享有シナイト云フノガ本則、例ヘバ軍隊ニ入ルコトモ公權デスカラ原則トシテ許シマセヌ

第二ノ私權是ニ付テハ非常ニ主義ガ分レテ居ル傾向ハサッキ申シタヤウニ段段外國人ニ多クノ權利ヲ認メテ殆ド內國人同樣ニ其權利ヲ認ムルト云フニアルケレドモ未ダ絕對ニナッテハ居ラヌ、ソコデ各國ノ取ル所ノ主義ガ大變違フ、是ニ付テハ世界ノ國國ヲ四ツノ種類ニ分チマス、第一ノ種類ハ英米、第二ハ歐羅巴大陸、第三ハ蕃西班牙領ノ亞米利加、先ヅ中央カラ南ノ方ノ國國ハ大抵皆サウデアル）第四ニハ東洋諸國

先ヅ第一ノ英米ノ事ヲチョット申上ゲマス、此種類ニ屬スルモノハ英吉利ト北米合衆國ダケデス、此二國ノ法律ハ他ノ歐米諸國ノ法律ト全ク系統ガ別デアル、ソレデスカラ法律トシテハ殆ド總テノ法律ガ皆違フ、外國人ノ權利能力ニ付テモ矢張リ特色ガアル、ソレハドウカト云フト譯シテ普通法ト稱スルモノ（コンモン、ロー）ハ是ハ素ト封建法ノ遺物ガ一般ノ法律トナッテ居ルノデアル、ソレデ實言フト普通法ト云フモノハ非常ニ後レテ居ル、ソレ故ニ此「コンモン、ロー」ニ依ルト外國人ハ土地及ビ家屋ノ所有權モ持タズ、又其賃借權モ持ツコトガ出來ナイト云フノデアル、詰リ不動產ノ權利ハ一切持タヌト云フコトニナル、ソレカラ又相續權モ持タヌ、即チ相續ヲ爲シ若クハ被相續人ト爲ルト云フ權利ハナイ、詰リ外國人ノ財產ト云フモノハ死ヌルト云フト沒收サレテ仕舞フ、或ハ英人ガ死ンデ其財產ヲ外國人ガ相續スベキ場合デアルト云フト其相續ヲ許サズシテ沒收シテ仕舞フト云フノガ「コンモン、ロー」ノ主義、此主義ハ主義カラ言フト前世紀前ノ主義デアル、併ナガラソレハ唯主義デ、英吉利ハ理論ヨリ實際ノ方ガ進ム方デスカラ實際ハソンナニ後レテ居ル譯デハ決シテナイ、今日デハ動產、不動產ノ權利ヲ得タリ又ハ他人ノタメニ處分シタリスルコトニ付テハ本則ハ內外人同等ニ爲ッテ居ル、就中千八百七十年カラサウ云フコトニナッテ居ル（船舶ダケニハ矢張リ例外ガアル、是ハ最モ多クノ國ニ於テ例外ガアル）、ソレカラ北米合衆國ハドウカト云フト、是ハ各州ノ法律ガ違フ、アスコハ聯邦デ各州ガ各、獨立ノ法律ヲ持ッテ居ル、ソレデスカラ一般ニドウデアルトハ云ヘナイガ、併シ主義ハト云ヘバ英ノ書通法ガ行ハレテ居ルト謂ハナケレバナラヌ、併ナガラ其實際ニ就テ見ルト「コンモン、ロー」ヲ守ッテ居ル州ト云フノハ僅ニ四ツシカナイ、アトハ皆「コンモン、ロー」ニ依ッテ居ラナイ、或ハ其條件デ土地所有權ヲ外國人ニ認メル、ソレガ最モ多數デ、十

七州アリマス、或ハ一定ノ條件ヲ以テ之ヲ許ス、其條件ノ種類ガ色色アル、例ヘバ住居ト云フモノヲ條件トシテ居ルモノガ九州、ソレカラ合衆國民ト爲ルト云フ意思ヲ表示スルノガ條件ト爲ッテ居ルモノガ六州、マダ合衆國人民ニハナラヌケレドモ其意思ガアルト言ヘバ土地所有權ガ持テルノデアル、ソレカラ或大キナノ土地ニ限ッテ持ツコトガ出來ルト云フノガ「ペンシルバニー」一州、斯樣ナ譯デ英米モ唯今實際ハ餘程進ンデ居ルノデ實ハ恥シイコトデスケレドモ日本ナドヨリモ進ンデ居ル

第二ニ歐洲大陸ノ有樣ハドウカト云フト、是ハ三ツニ又細別スルコトガ出來ル、第一ハ條約相互主義ト稱フル者、ソレハドウ云フモノカト云フト甲ノ國ト乙ノ國トノ間ノ條約ヲ以テ甲ノ國ノ人ヲバ乙ノ國デ取扱フ約束ノアル範圍ニ於テ乙ノ國ニ於テモ甲ノ國ヲ取扱フ、即チ甲ノ國ニ於テ乙ノ國ノ人ノ十ノ權利ヲ認メルト云フ條約ガアレバ乙ノ國モ甲ノ國ノ人ニ向ッテ其通リノ權利ヲ認メル、日本デハ往往誤解シテ居ル人ガアルガ、此意味ハ私權ノ中デ當然外國人ノ享有スルコトノ出來ルモノガ大變多クアル、ソレハ問題外デアル、少數ノ權利ダケニ付テ此條約相互主義ヲ取ッテ居ル、是ニ屬スルモノハ佛蘭西、白耳義、希臘「ルーマニア」、「ポルトガル」、「セルビヤ」、「モンテネグロ」ナドデアル、ソレカラ第三ガ內外同等主義、是ハ相互主義ヲ取ラヌカラ像程進ンデ居ルニ相違ナイケレドモ矢張リ例外ハ認メル、ソレデスカラ實際ノコトヲ云フト、第三ノ主義ガ他ノ主義トソレ程マデニ隔リノアルモノデハナイ、內外同等主義ハ西班牙、葡萄牙、伊太利、和蘭、丁抹、露西亞（隨分野蠻ナ國デスケレドモ外國人ニ對シテハ主義ハ最モ進ンダ主義ヲ取ッテ居ル）、ソレカラ「ルーマニヤ」、尤モ適用ニ至ッテハ露西亞ハ大分制限ガアル、斯樣ニ分ケテ見ルト歐羅巴大陸ノ主義ガ三ツニ分レマスガ、其實際ノ適用ヲ見ルニ孰レモ畢竟ズル所外國人ニ認メナイ權利ハ寔ニ少數デアル、殆ド何レノ國ニ於テモ土地所有權

ナドハ矢張リ外國人ニ認メル、ソレヲ認メナイ例ハ極タ少數デアル、殊ニ絕對ニ土地所有權ヲ認メナイ日本ノ如キハ最モ少數デアル、露西亞ハ或地域ダケニ於テハ土地所有權ハ外國人ニ認メマセヌケレドモ原則ハ矢張リ之ヲ外國人ニ認メル

ソレカラ今度ハ第三ノ部類ニ屬スル舊西班牙領ノ亞米利加中央亞米利加南亞米利加ナド)デアル、此等ノ國國ハ矢張リ本國ノ西班牙ト同等ノ主義ヲ取リマシテ內外同等主義ヲ取ッテ居ル、ソレハ「ブラジル」智利墨士其白露「アルゼンチン」等デアル、此等ノ國ニ於テハ餘程進步シタ主義ヲ取ッテ居リマシテ、例ヘバ白露ナドデハ外國人ト雖モ白露ニ住所ヲ持ッテ居ルナラバ町村ノ職員トモ爲レル、其位デアッテ餘程進步シタ主義ヲ取ッテ居ル

ソレカラ終ニ東洋諸國ノ御話ヲ致シマスガ、歐羅巴ノ學者ガ東洋諸國ト稱スルノハ詰リ耶蘇敎國外デアル、ソレデスカラ其中ニハ土耳其モ這入ッテ居ル(土耳其ハ半分歐羅巴デ半分亞細亞)ソレ等ヲ「東ノ國」ト言ッテ居ル、日本ナドハ「極東」ト言ッテ居ル、此等ノ國ニ於テハ(日本ハ今別デスケレドモ)法律ノ原則ト云フモノガマ

ルデ遂フ、ソコデ歐羅巴人ナドガ此等ノ國ニ參ッテ此等ノ國ノ法律ノ支配ヲ受ケルト云フコトハ出來ヌト云フ、ソレ故ニ彼ノ所謂治外法權ヲ認ムル(純然タル治外法權デハアリマセヌケレドモ)、此等ノ國國ニ來テ居ル歐羅巴人ハ其國ノ法律ニ從ハズシテ本國ノ法律ニ從フ、サウシテ本國ノ領事ガ裁判ヲスル、斯ウ云フコトニナッテ居ル(細カイコトハ省キマスケレドモ)、其制度ハ土耳其ガ一番始メデソレカラ段段支那、暹羅、緬甸「ペルス」ソレカラ朝鮮ナドニ段段之ヲ及ボシテ來タ、日本モ一時此制度ニ從ハシメラレテ居ッタガ、明治三十二年此方ハ此羈絆ヲ免レマシタ、今デハ日本ハ丁度進マニナッタ、歐米諸國トハ概シテ對等ノ地位ニ立ッテ(法律上ナドニ於テハ全ク對等デアルト言ッテ宜シイ)即チ極ク一般ニ言ヘバ日本人ガ歐米諸國ニ行ッテ受ケルダケノ保護ヲ歐米人モ日本ニ於テ受ケル、其代リニ又日本人ガ向フノ法律ニ服從スルヤウニ、歐米人モ日本ニ來テ日本ノ法律ニ服從スルト云フコトニナッテ居ル、サウシテ所謂東洋諸國就中清國、韓國ニ對シテハ日本ガ所謂治外法權ヲ行ウテ居ル、清國、韓國ニ在ル日本人ハ概シテ其土地ノ法律ノ適用ヲ免レテ日本ノ法律ニ服從シ日本ノ領事ノ裁判權ニ服從シテ居ル、故

ニ日本ハ所謂東洋諸國ノ中カラハ今日ハ脱シテ寧ロ分類ヲスルト歐洲諸國ト同一ノ主義ヲ取ッテ居ル國ニ屬スルノデアル

以上ニテ外國ニ於ケル外國人ノ權利能力ニ關スル極タ大略ノ御話ヲ致シマシタ日本人モ同ジク我邦ニ來ル日本ニ來テ日本ヘ歸ル

是ヨリ外國人ノ權利ニ關シテ我邦ノ規定ノ御話ヲ致シマス、即チ外國人ノ權利ニ關スル第五段ニナル

我邦ニ於テハ古ハ殆ド外國ト交通ヲ致シマセヌデシタカラ從テ外國人ガ我邦ニ於テ如何ナル權利ヲ有スルトカ云フコトニ付テハ慣習モ定ッテ居ラナカッタ、維新前ヨリ段段外國トノ交際モ始マリマシタガ、併シ維新前後ノ條約ニ依リマスト云フト第一ニハ外國人ハ居留地以外ニ於テハ殆ド住居モ出來ヌト云フ有樣デ從テ内外人ノ交涉事件ト云フモノガ減多ニ起ラヌ、ソレカラ次ニハ居留地ニ於テハ所謂治外法權即チ領事裁判權ノ結果ト致シマシテ我邦ノ法律ハ殆ド行ハレナイ、又國際法ノ一般ノ原則モ適用セラレヌト云フ有樣デアリマシタカラ當時ニアッテハ外國人ガ我邦ニ於テ如何ナル權利ヲ有スルカト云フコトハ殆ド問題トナラナカッタノデアル、ケレドモ今日ハ既ニ其條約ハ改正セラレマシテ兎ニ角對等條約カ存シテ居ルノデス、從テ我邦ニ於ケル外國人ノ權利如何ト云フ問題ガ歐米諸國ト同ジヤウニ起ルノデアル、之ニ關シテハ一般ノ通則トソレカラ條約ニ依ル所ト違ウテ居ル、先ヅ一般ノ通則ヲ申上ゲマス

是ニ付テ公權ト私權トヲ分タナケレバナラヌ

第一　公權

公權ハ原則トシテ外國人ハ之ヲ享有シナイ、此事ハ既ニ申上ゲタ如ク各國ニ於テ皆認メラレテ居ル所デアル、即チ外國人ハ我邦ニ於テ官吏ト爲ルコトハ出來ナイ、尤モ名譽領事ト云フモノガアッテソレハ外國人ガ勤メテ居ル、ケレドモ是ハ純然タル官吏デハナイ、殆ド官立ノ學校ニ教師トシテ外國人ヲ雇ウテ居ルノト同ジヤウナ譯デアル、ソレカラ公吏ト爲ルコトモ出來ナイ、併シ此等ニ付テハ明文ノナイモノガ多イノデスガ、明文ハナクテモサウデアル、尙ホ明文ノアルモノヲ申上ゲマスルト云フト第一ニハ衆議院議員ノ選擧權及ビ被選擧權ト云フモノハ外國人ニハ認メナイト云フ明文ガアル、即チ衆議院議員選擧法ノ第八條第

一號ニ依レバ選擧人ハ帝國臣民ニ限ルト云フコトニナッテ居ル「左ノ要件ヲ具備スル者ハ選擧權ヲ有ス」一、帝國臣民タル男子云云」ト書イテアル、ソレカラ同ジク第十條ニ依レバ被選擧人モ同樣デアル「帝國臣民タル男子ニシテ云云」トアル、次ニハ市町村會議員ノ選擧權、被選擧權モ矢張リ外國人ハ有セヌト云フ明文ガアル、即チ市制ハ第七條及ビ町村制ノ第七條ニ依レバ公民ハ必ズ帝國臣民ニ限ルト爲ッテ居ル、而シテ市制又ハ町村制ノ第八條ニ依レバ市町村會議員選擧人及ビ被選擧人ハ公民ニ限ルト爲ッテ居ル、ソレ故ニ詰リ是ハ帝國臣民ニ限ッテ居ル、第三ニハ府縣會、郡會ノ議員選擧權及ビ被選擧權モ外國人ニハ認メナイ、府縣制及ビ郡制ノ第六條ニ公民ニ限ッテ選擧人及ビ被選擧人タルコトヲ得ルトアル、公民ガ帝國臣民ニ限ル以上ハ詰リ是ハ日本人ニ限ル、第四ニハ商業會議所ノ議員ノ選擧權、被選擧權モ同樣デアル、即チ明治三十五年法律第三十一號商業會議所法第九條第一項ニ依レバ帝國臣民又ハ帝國ノ法律ニ依リ設立シタル法人ノミガ商業會議所議員ノ選擧權ヲ有スルトナッテ居ル、尚ホ法人ニ付テハ合名會社ハ社員ノ半數以上、合資會社及ビ株式合資會社ハ無限責任社員ノ半數以上、株式會社

ハ取締役ノ半數以上帝國臣民デナケレバナラヌト云フコトニナッテ居ル、又同一ノ法律第十二條ニ依レバ商業會議所議員ノ被選擧權ハ選擧權ヲ有スル者ニ限ルトナッテ居ッテ、尚ホ法人ニ付テハ合名會社ハ社員ノ全員、合資會社並ニ株式合資會社ハ無限責任社員ノ全員株式會社ハ取締役ノ全員ガ帝國臣民デナケレバナラヌト云フコトニナッテ居ル、ソレカラ同ジク第十五條第四項ニ依レバ商業會議所ノ特別議員ハ矢張リ帝國臣民デナケレバナラヌトアル、第五ニ辯護士ハ矢張リ日本人ニ限ル、ソレハ明治二十六年法律第七號辯護士法第二條第一號ニ日本臣民デナケレバナラヌト云フコトガアル、第六ニハ外國人ハ軍隊ニ入ルコトガ出來ヌ、即チ明治二十三年法律第一號徵兵令ノ第一條ニ矢張リ日本帝國臣民ニ限ッテ徵兵令ノ適用ヲ受ケルトナッテ居ル、此等ニ依ッテ觀ルト公權ハ概シテ外國人ガ之ヲ有セヌト云フコトガ分ル

第二　私權

之ヲ自主權ト私法權トニ分ッテ論ジマス

第一　自主權

其原則ハ外國人モ之ヲ享有スルト云フノデアル第一身體ノ自由是ハ外國人ト雖モ享有スルト云フコトニナッテ居ル其結果ト致シマシテ我邦デハ決シテ奴隷ト云フモノハ認メヌ現ニ維新ノ始ニ於テ白露ノ奴隷ガ横濱ニ來タトキニソレヲ日本デハ矢張リ自由ノ民ト認メテ取扱ッタト云フコトガアル外交上ノ問題トナッタケレドモ詰リ日本ガ勝ニナッタ、サウ云フコトガアル位デ我邦デハ外國人ト雖モ身體ノ自由ヲ認メル唯併ナガラ全ク日本人ト同一デナイ即チ犯罪人引渡ニ關シテハ外國ニ於テ犯罪ヲ行ウタ者ガ其國ノ政府カラ引渡ヲ請求セラレタ場合ニ原則トシテハ外國人ニ限ッテ其引渡ヲ爲ス亞米利加人ガ本國デ罪ヲ犯シテ日本ニ來タト云フ場合ナラバ或條件ノ下ニ引渡シマスケレドモ日本人ガ亞米利加デ犯罪ヲ行ウタ場合ニハ原則トシテハ渡サヌ此事ハ明治二十年勅令第四十二號逃亡犯罪人引渡條例第一條第三項ニ「帝國臣民外ノ人」ト云フコトガ書イテアル即チ帝國臣民ハ引渡サヌト云フコトニ原則ハナッテ居ル唯例外ガアル其例外ノ第一ハ「帝國ト請求國トノ犯罪人引渡條約ニ交互其臣民ノ引渡ヲ爲スヘキ條款アルトキ」詰リ條約デ以テ互ニ自國ノ臣民ヲ引渡スト云フ約束ノアルトキ例外ノ第二ハ「犯罪人引渡條約ニ交互ノ任意ヲ以テ其臣民ノ引渡請求ニ應スルコトアルヘキ旨ノ條款アリ且請求國ニ於テ同樣ノ場合ニハ自國ノ臣民ヲ引渡スヘキ旨ヲ申出タルトキ」是ハ條約デ明カニ臣民ヲ引渡スト云フ約束ハシテナイケレドモ若シ一方デ自國ノ臣民ヲ引渡スベキ旨ヲ申出デタ日本ニ於テモ日本ノ臣民ヲ引渡シテ呉レト云フ請求ヲシタナラバ其時ニ限ッテハ引渡スト云フ此二ツノ例外ヲ除イテハ日本人ハ外國ニ引渡サヌ外國人ナラ引渡スト云フカラ此點ガ身體ノ自由ニ關シテ内外人異ナル所デアル第二ニハ宗教ノ自由此點ハ今日絶對ニ認メラレテ居ル耶蘇教ノ總テノ宗派モ皆認メラレテ居ル第三ニハ言論ノ自由是ハ一般ニ認メラレテ居ル例ヘバ出版ノ自由ニ付テ明治二十六年法律第十五號出版法ニ依レバ内外人全ク區別ナシニ保護セラレテ居ル又新聞紙ト云フモノモ矢張リ内外人全ク區別ナシニ之ヲ發行シ其他之ニ從事スルコトガ出來ル唯帝國内ニ住居スル者ト云フコトガアリマスケレドモ併シ外國人デモ帝國内ニ住居シテ居レバ宜イ、ソレハ明治二十年勅令第七十五號新聞紙條例第六條第一項――尤モ前ニハ外國人ハイカヌトナッテ居ッタガ明治三

十二年法律第五號ヲ以テ改メマシテ外國人モ從事スルコトガ出來ルコトニナッタ此等ノ點ニ付テハ詰リ內外人同等デアルガ、他ニ多少ノ外國人ニ關スル制限ガアル、即チ集會、結社ニ關シテハ明治三十三年法律第三十六號治安警察法ノ第六條ニ依リマスルト「日本臣民ニ非サル者ハ政事上ノ結社ニ加入シ又ハ公衆ヲ會同スル政談集會ノ發起人タルコトヲ得ス」トアル、是ハ畢竟政權ト關聯シタル問題デアルカラソレデ制限ガアル、第四ハ請願ノ自由、外國人ト雖モ日本人同樣ニ請願ガ出來ル、第五、叙授ノ自由、外國人モ日本人同樣教師トナッテ學術ヲ敎フルコトガ出來ル、第六、營業ノ自由、一般ニ言ヘバ營業ハ自由デアル

第二ニハ私法權

原則ハ矢張リ內外人同等デアル、民法第二條ニ之ヲ規定シテ居ル

第二條　外國人ハ法令又ハ條約ニ禁止アル場合ヲ除ク外私權ヲ享有ス

之ニ對シテハ一時非常ニ反對ガアッタ、所謂國粹保存論者ハ頻リト反對ヲシタケレドモソレハ餘程誤ッタ考ヲ持ッテ居ッタト私ハ思フ、外國人ヲ酷ニ取扱フト云フ考ハ攘夷的思想カラ出テ來ルコトデ半開ノ國ニ於テ行ハルルコトデアッテ我邦モ今日ハ文明國ノ仲間入ヲシタ以上ハ此ノ如キ思想ガアルベキ筈ハナイ、然ルニ相當ノ文明的敎育ヲ受ケタ人マデガ之ニ反對ヲシタノハ外國ノ法律ナドヲ誤解シテ居ッタ結果デアラウト思フ、例ヘバ其頃ノ反對論者ノ說ノ中ニハ佛蘭西デサヘモ條約ヲ以テ佛蘭西人ヲ內國人同等ニ取扱フト云フ約束ガナケレバ佛蘭西ニ於テ其國ノ人ヲ內國人同樣ニハ取扱ハナイト云フ規定ガアル、ソレヲ日本ニ於テ內外人同等ノ主義ヲ取ルト云フコトハ餘リ行過ギタコトデアルト云フヤウニ申シタ者ガアル、此等ハ全ク佛蘭西法ヲ誤解シテ居ル者デアッテ前ニ申上ゲタ通リ佛蘭西デハ大多數ノ事項ニ付テハ內外人同等デアルガ、唯或少數ノ權利ニ付テ條約ニ依ッテ佛蘭西人ガ或外國ニ於テ受クルト同樣ノ取扱ヲ其國ノ人ガ佛蘭西ニ於テ受クルト云フ所謂條約相互ノ主義ヲ取ッテ居ルノデアル、其適用カラ申スト日本ハ內外人同等主義ヲ取ッテ居ルトハ云ヒナガラ例ヘバ土地所有權ハ外國人ニ認メヌト云フヤウナコトハ佛蘭西ヨリモ後レテ居ル、其位デアルノダカラ決シテ民法第二條ガ歐米ノ多數ノ國ニ較ベテ行過ギテ居ルナドトハ言ハヌノデアル、幸ニ近來ハ漸ク世人モ此邊ノ事ヲ覺リマシテ餘リ民法第二

條ニ反對ヲセヌヤウデス、兎ニ角我民法ハ原則ハ內外人間等ノ主義ヲ取ッテ居リマス、併ナガラ是ニハ例外ガ許多アル、而シテ其例外ハ法律ヲ以テ定ムルコトハ勿論、命令ヲ以テ之ヲ定メテモ宜シイ、成程日本人ノ權利ニ付テハ概シテ私權ハ憲法ノ保障ガアッテ法律ヲ以テスルニ非ザレバ之ヲ制限スルコトハ出來ヌヤウニナッテ居ルケレドモ外國人ハ我憲法ノ保障ヲ受ケマセヌカラ從テ命令デモ外國人ノ權利ヲ制限スルコトガ出來ル、尙ホ條約ヲ以テ之ヲ制限スルコトハ固ヨリ出來ルノデアッテ時トシテハ或外國ノ人ニ限ッテ特別ノ理由ニ依ッテ或種類ノ私權ヲ認メナイト云フヤウナコトヲ條約デ定ムルコトガアルデアラウト思フ、詰リ相互的ノ關係カラサウ云フコトニナルコトガアルデアラウト思フ、ゾコデ茲ニ「法令又ハ條約ニ禁止アル場合ヲ除ク外」ト云フ文字ガアル

是ヨリ一般ノ法律ヲ以テ外國人ニ認メナイ權利ノ概略ヲ申上ゲヤウト思フ

第一ハ明治六年第百三號布告是ハ明治三十一年法律第二十一號ヲ以テ改正シタモノデアル、是ニ依ルト云フト外國人ガ日本人ノ養子又ハ入夫ト爲ルニハ內務大臣ノ許可ヲ受ケナケレバナラヌ、是ガ日本人ニハ無イ所ノ制限デアッテ詰リ外國人ニ關スル特例デアル、ソレカラ第二ニハ民法第九百七十條第一項ニ依レバ法定ノ推定家督相續人ハ家族ニ限ルトナッテ居ル、從テ外國人ハ法定ノ推定家督相續人トハ爲レヌノデアル、此家族ト云フモノハ戶主ト家ヲ同ジウスルモノデアルガ、家ヲ同ジウシテ居ッテ而モ國籍ヲ異ニスルト云フコトハ有リ得ナイ、ソレ故ニ假令實子デアッテモ而モソレガ例ヘバ獨リ子デアッテモ外國人ナラバ法定ノ推定家督相續人ト爲ルコトハ出來ヌ、尙ホ他ノ家督相續人例ヘバ指定家督相續人トカ、選定家督相續人デアッテモ本人ガ歸化其他ノ方法ニ依ッテ日本人トナラナケレバ到底家督相續ハ出來ヌ(是ハ家ノ關係ヨリ生ズル間接ノ結果デアルカラ或ハ茲ニ掲グル必要ハナイカモ知レヌ)第三ニハ明治六年第十八號布告地所質入書入規則第十一條ニ依レバ外國人ハ土地ノ所有權、質權、抵當權ヲ有スルコトハ出來ヌ、尤モ是ハ後ニ一言致シマスケレドモ所謂條約國ハ條約ニ依ッテ抵當權ダケハ有スルコトガ出來ルヤウニナッテ居ルケレドモ所有權ハ得ラレヌ、第四ニハ民事訴訟法第八十八條ニ依レバ外國人ハ訴訟ヲ提起スルニ付テ所謂訴訟上ノ擔保ヲ供セナケレバナラヌ、民事訴訟法ニハ保證トアリマスケレドモ要スルニ金

ヲ供託スルトカ有價證券ヲ供託スルト云フノデアル「原告又ハ原告ノ從參加人タル外國人ハ被告ニ對シ其求ニ因リ訴訟費用ニ付キ保證ヲ立ツ可シ」唯併シ例外トシテ法律相互ノ場合ニ於テハ此擔保ヲ供サナクテモ宜シイ、或外國ニ於テ日本人モ訴訟ヲ起スニ付テ擔保ヲ供サナクテモ宜シイト云フコトデアルナラバ其國ノ人ガ日本ニ於テ訴訟ヲ起ストキニモ矢張リ擔保ヲ供サナクテモ宜イト云フコトニナッテ居ル、第五ニハ民事訴訟法第九十二條ニ依レバ外國人ハ原則トシテ訟訟上ノ救助ヲ受クルコトガ出來ナイ、貧乏デアッテモ訴訟費用ヲバ國庫カラ立替ヘテ貰フト云フコトハ出來ヌ、併シ是モ矢張リ法律相互ノ例外ガアル、「外國人ハ國際條約又ハ其屬スル國ノ法律ニ依リ本邦人カ同一ノ場合ニ於テ訴訟上ノ救助ヲ求ムルコトヲ得ルトキニ限リ之ヲ求ムルコトヲ得」、第六ハ明治三十二年法律第四十六號船舶法第一號ニ依レバ外國人ハ日本船舶ヲ所有スルコトハ出來ナイ、日本ノ國旗ヲ掲グル船舶ヲ所有スルコトガ出來ナイ、尤モソレニ付テハ詳シイ規定ガアル、法人ニ付テハ先刻チョット商業會議所ニ付テ申シタヤウナ細カイ規定ガアル「左ノ船舶ヲ以テ日本船舶トス」一、日本ノ官廳又ハ公署ノ所有ニ屬スル船舶二、日本臣民ノ所有ニ屬スル船舶三、日本ニ本店ヲ有スル商事會社ニシテ合名會社ニ在リテハ社員ノ全員、合資會社及ヒ株式合資會社ニ在リテハ無限責任社員ノ全員、株式會社ニ在リテハ取締役ノ全員カ日本臣民ナルモノノ所有ニ屬スル船舶四、日本ニ主タル事務所ヲ有スル法人ニシテ其代表者ノ全員カ日本臣民ナルモノノ所有ニ屬スル船舶」第七、明治二十九年法律第十五號航海奬勵法第一條ニ依レバ外國人ハ航海奬勵金ヲ受クル權利ガナイ、即チソレニハ「帝國臣民又ハ帝國臣民ノミヲ社員若ハ株主トスル商事會社ニシテ自己ノ所有ニ專屬シ云云」トアッテ詰リ日本人デナクテハイカヌト云フコトニナッテ居ル、尙ホ同ジ法律第十一條ニ依レバ航海奬勵金ヲ受クル船舶ヲ外國人ノ爲メニ處分スルコトヲ禁ジテアル詰リ裏面カラ言ヘバ外國人ハ航海奬勵金ヲ受クル船舶ヲ讓受クルコトガ出來ナイ、第八ニハ明治二十九年法律第十六號造船奬勵法第一條ニ同樣ノ規定ガアル「帝國臣民又ハ帝國臣民ノミヲ社員若ハ株主トスル商事會社ニシテ云云」トアル、第九ニハ明治二十年法律第四十五號遠洋漁業奬勵法ノ第二條ニ矢張リ同樣ノ規定ガアル「帝國臣民又ハ帝國臣民ノミヲ社員若ハ

株主トスル商事會社ニシテ云云」トアル、第十ニハ明治二十九年法律第七十號移民保護法第七條ノ一ニ依レバ外國人ハ移民取扱人タルコトガ出來ナイ、即チ「帝國臣民又ハ帝國臣民ノミヲ社員若ハ株主トスル商事會社ニシテ帝國ニ於テ主タル營業所ヲ有スルモノ」デナケレバナラヌト云フコトガアル、第十一ニハ明治二十六年法律第五號取引所法第十一條――尤モ明治三十二年法律第五十八號ヲ以テ改正セラレテ居ル、是ニ依レバ外國人ハ取引所ノ會員又ハ仲買人タルコトガ出來ナイ、何トナレバ同條ニ帝國臣民ト限ッテアル、第十二、外國人ハ鑛業ヲ營ムコトガ出來ヌ、ソレハ明治二十三年法律第八十七號鑛業條例ノ第三條――明治三十三年法律第七十四號ヲ以テ改正セラレテ居ル、ソレニハ「帝國臣民又ハ帝國法律ニ從ヒ設立シタル會社」トアル、デアルカラ、外國人ハイカヌ、尙ホ明治二十六年法律第十號砂鑛採取法第四條第一項ニ矢張リ「帝國臣民ニ非サレハ採取人トナリ又ハ採取業ニ關スル組合員又ハ會社員トナルコトヲ得ス」トアル、第十三、外國人ハ日本銀行、橫濱正金銀行又ハ農工銀行ノ株主ト爲ルコトガ出來ナイ、ソレハ明治十五年第三十二號布告日本銀行條例第五條ニ「日本銀行ノ株主ハ……日本人ノ外賣買讓與スルヲ許サス」トアル、又明治二十年勅令第二十九號橫濱正金銀行條例第五條ニ「橫濱正金銀行ノ株式ハ日本人ノ外賣買讓與スルコトヲ許サス」トアル、又明治二十九年法律第八十三號農工銀行法第四條ニ「農工銀行ノ營業區域內ニ原籍及住所ヲ有スル者ニ非サレハ其株主トナルコトヲ得ス」トアル、外國人ハ日本ニ原籍ヲ持ツコトハ出來マセヌカラ詰リ外國人ハ農工銀行ノ株主ト爲ルコトハ出來ヌ、稀ナ場合ヲ想像スレバ一旦株主トナッテカラ國籍ヲ轉ズルト云フコトガアッテモ構ハヌト云フコトニナッテ居リマスカラ其點カラ言ヘバ外國人デモ株主ニ爲レルト言ヘマスケレドモ始ニハ兎ニ角日本人デナクテハナラヌ、ソコガ外國人ニ對スル一ツノ制限デアリマス（是ハ原籍ノ關係ヨリ生ズル間接ノ結果デアルカラ、或ハ茲ニ掲グル必要ハナイカモ知レヌ）

以上ガ先ヅ例外トシテ外國人ガ日本人ノ有スル權利ヲ有セザル場合デアル、尙ホ此外ニ法例ノ規定ニ依ッテ外國人ガ本國法ニ依ルベキ場合ニ於テハ詰リ日本法律ノ保護ヲ受ケマセヌカラ此點ニ於テハ矢張リ內外人取扱ヲ同ジウシナイト云フコトガ出來ル

此外ニ多少疑ノアル場合ガアルケレドモソレハ總テ內外人同等主義ヲ取ッテ居ルノデアル、其疑アル場合ヲ列擧シテ見レバ第一證人トナル權利ハ外國人ニモ之ヲ認メテ居ル、ソレハ民事訴訟法第二百八十九條以下、刑事訴訟法第百二十三條以下ニ於テ內外人ノ區別ヲ一切シナイ、ダカラ外國人ト雖モ證人ニ爲レル、ソレカラ民法ニ於テモ遺言ノ證人ニ關シテ第千七十四條ニ證人ニ爲レナイ者ガ列擧シテアルケレドモ其中ニ外國人ハ無イカラ詰リ外國人デモ遺言ノ證人ト爲レル、第二ニ外國人ト雖モ後見人、後見監督人、保佐人、親族會員ナドト爲ルコトガ出來ル、ソレハ民法ノ第九百八條、第九百九條一項、第九百四十六條第三項ナドニ外國人ハ此等ノモノト爲レヌト云フコトハ一切規定シテナイカラ外國人デモ爲レル、第三ニハ訴訟上ニ於テ訴訟ハ被告ノ住所ニ於テ起スト云フノガ原則ニナッテ居ル、即チ「アクトル、セクキトゥル、プラルム、レイ」ト云ヒマス「原告ハ被告ノ裁判所ヲ追フ」ト云フコトデアル、是ハ羅馬法以來今日各國ニ於テ皆採用セラレテ居ル原則デアルガ、此原則ハ內國人モ外國人モ同樣デアル、外國人ト雖モ矢張リ原則トシテ其住所ニ於テ訴ヘラルルノデアル、唯民事訴訟法第十三條ニ依レバ內國ニ住所ヲ有セザル者ハ現在地ノ裁判所ニ訴ヘルコトガ出來ルトアル、是ハ矢張リ內外人皆適用ノアル規定デアル、併シ實際ハ外國人ニ餘計適用ガアル規定デアル、「內國ニ住所ヲ有セサル者ノ普通裁判籍ハ本人ノ現在地ニ依リテ定マル」、第四、著作權ニ關シテ矢張リ內外人同等ニナッテ居ル、明治三十二年法律第三十九號著作權法ノ第二十八條ニ內外人同等ニ著作權ノ保護ヲ受クルト云フコトニナッテ居ル、但原則トシテハ帝國ニ於テ始メテ其著作物ヲ發行シタル者ニ限ルコトニナッテ居ル、尤モ此外ニ條約デ外國ニ於テ發行スル著作物ヲ保護スルコトガアルトナッテ居ルガ、原則ハサウデアル、第五、特許、意匠、商標ニ關シテモ亦同樣デアル、明治三十二年法律第三十六號特許法第一條並ニ第十四條、同年ノ法律第三十七號意匠法ノ第一條及ビ第十條、同年法律第三十八號商標法ノ第一條ト第九條ニ全ク內外國人同等ニナッテ居ル、唯外國ニ於テ發明ヲシタトカ又ハ意匠、商標ヲ登錄シタト云フ者ガ日本ニ於テ始メテ登錄ヲ願出デ從テ其保護ヲ受クルト云フ場合ニハ期間ノ制限ガアル、ソレガ今引用シタル條條ニアル、畢ロ是ハ見樣ニ依ッテハ特典デアルカラ外國人ガ日本人ヨリモ保護ヲ受クルコトガ溜オト

云フ譯デナイノミナラズ其問題ニ付テハ外國人モ內國人モ同樣デス例ヘバ日本人ガ外國ニ於テ始メテ特許ノ登錄ヲ受ケタ、意匠商標ノ登錄ヲ受ケタト云フトキデモ矢張リ同樣デスカラ詰リ內外人同等デアル第六、鐵道ノ事鐵道ニ付テモ內外人同等デアル即チ明治三十三年法律第六十五號鐵道營業法及ビ同年法律第六十四號私設鐵道法ニ總テ內外人ノ區別ガナイ、外國人デモ鐵道ニ關シテハ全ク日本人同樣ノ權利ヲ持ツ第七、公債ニ關シテモ矢張リ內外人同等デアル、是ハ昔ハサウデナカッタ昔ハ外國人ハ公債ガ持テヌト云フコトニナッテ居ッタケレドモ今日デハ最早サウ云フコトハナイ、即チ明治八年第九十五號布告新舊公債證書發行條例第六條第一節ニ公債ヲ外國人ノ爲メニ處分スルコトヲ禁ズルト云フ規定ガアッタケレドモ、ソレハ明治二十一年勅令第七十三號ヲ以テ削除シテ仕舞ッタ、サウ云フ譯デ其他ノ公債證書ニ付テモ皆內外人ヲ區別セヌコトニナッテ居ル、明治九年第百八號布告金祿公債證書發行條例ノ第七條、明治二十二年勅令第六號鐵道費補充公債條例ノ第二條、明治十九年勅令第四十七號海軍公債證書條例第九條、明治十九年勅令第六十六號整理公債條例明治二十七年勅令第百

而シテ永小作人ハ其權利消滅ノ時ハ土地ヲ原狀ニ復シテ工作物及ヒ植物ヲ採取スルコトヲ得ベシ例ヘハ永小作人カ桑園ヲ作リタルカ如キ植物培養ノ爲メニ溫室ヲ作リタルカ如キ場合ニ於テ桑樹、溫室ヲ取去ルカ如シ但土地所有主カ時價ニ依リ之ヲ買取ラシコトヲ申込ミタルトキハ永小作人ハ正當ノ事由アルニ非サレハ之ヲ拒絕スルヲ得サルナリ

第七章　地役權

第一節　地役權ノ意義

地役權ニ付テハ土地ノ爲メノ地役(Pradialservitüten, Grunddienstbarkeiten)ト人ノ爲メノ地役(Personalservitüten, persönliche Dienstbarkeiten)ノ兩者ヲ包含スル立法例ト單ニ土地ノ地役ノミヲ規定スルモノトアリ羅馬法、佛法、獨逸法等ニ於テハ人ノ爲メノ地役ヲ認メ之ヲ物權トシテ保護セリ我民法ニ於テハ土地ノ爲メノ地役ニ付テノミ物權ノ性質ヲ與ヘ所謂特定ノ人ノ爲メニスル地役ハ寧ロ債權債務ノ關係トシテ之ヲ保護スベキモノトセリ故ニ茲ニハ現行民法ニ從ヒ土地ノ爲メノ

地役ニ付テノ説明スヘシ

現行民法ハ第二百八十條ニ於テ地役權ヲ定義シテ「設定行爲ヲ以テ定メタル目的ニ從ヒ他人ノ土地ヲ自己ノ土地ノ便益ニ供スル權利」ナリトセリ右ノ定義ヲ分析シテ説明スレハ左ノ如シ

第一　地役權ハ他人ノ土地ヲ自己ノ土地ノ便益ニ供スル權利ナリ

凡ソ或土地ヲ他ノ土地ノ便益ニ供スルトハ他ノ土地ニ物質的變更(例ヘハ雨水ヲ隣地ニ注キ濕地ナラシムルカ如キ、隣地ヲ通行シ其一部ヲ踏固ムルカ如キ)ヲ加ヘ之ニ因リテ自己ノ土地ノ便益ヲ增進スヘキ場合ノミヲ稱スルニ非ス土地所有權ニ基ク或權利ノ行使ヲ制限シ若クハ禁止シ其結果自己ノ土地ノ便益ヲ增加スヘキコトモ含ムモノナリ例ヘハ高地所有者ハ民法第二百二十條ニ依リ家用ノ餘水ヲ排泄スルカ爲メ公流又ハ下水道ニ至ルマテ低地ニ水ヲ通過セシムル權利アリト雖モ低地所有者ト契約シテ其權利ヲ制限スルカ如キ又隣地所有者ヲシテ其土地ニ或種類ノ樹木ヲ植エシメサルカ如シ蓋シ土地自身カ在來ノ儘ニ於テ他ノ土地ニ便益ヲ與フル場合ノミヲ豫想シテ地役權ヲ解釋スルハ

我民法ノ趣旨ニ非ス蓋シ他人ノ土地ヲ自己ノ土地ノ便益ニ供スル權利ナリト規定セシ所以ノモノハ承役地ノ所有者タル以上ハ縱令設定行爲ニ關係ナシト雖モ地役權ノ內容ニ從ヒ要役地所有者ヲシテ承役地ノ使用ヲ完カラシメ若クハ承役地ノ上ニ或行爲ヲ爲サス因テ以テ要役地所有者ヲシテ便益ヲ得セシムルニ在リ且夫レ地役權ハ設定行爲ニ定メタル目的ニ從ヒ其存續期間中土地所有權ヲ制限シテ完全ナル行使ヲ爲サシメサルニ在ルヲ以テ有形ナル土地其物ヲ他ノ土地ノ便益ニ供セサレハトテ決シテ地役權タル性質ヲ失フモノニ非ス獨逸民法ノ如キハ第千十八條ニ於テ間接ニ地役權ノ定義ヲ示シテ地役權ハ土地所有者ノ便益ノ爲メニ特定セル關係ニ於テ他ノ土地ヲ使用シ又ハ其上ニ或行爲ヲ爲スコトヲ禁シ若クハ承役地ノ所有權ニ基キ要役地ニ對シテ有スル權利ノ行使ヲ除却スル物權ナリトシ一方ノ土地所有者ノ便益ノ爲メニ他ノ土地所有權ヲ制限スルモノナルコトヲ明カニセリ蓋シ我民法第二百八十條ハ規定ノ用語ニ於テハ獨逸民法ニ比シ大差アリト雖モ其意義ニ於テハ毫モ異ナル所アラサルナリ例ヘハ用水地役ニ因リ承役地ヲ要役地ノ便宜ニ供スル狀態ハ要

役地ノ需要ニ應シ承役地内ノ井又ハ池泉其他水ヲ供給スヘキ場所ヨリ之ヲ汲取リ若クハ水樋ヲ通シテ之ヲ分取スルニ在リ即チ承役地ノ所有者ハ自己ノ土地所有權ニ基キ他人ヲ排斥シテ所有地内ノ井又ハ池泉等ノ使用ヲ專ラニスルコトヲ得ス是レ要役地所有者カ承役地内ニ在ル井池泉等ヲ使用スル權利ヲ有スル結果ニシテ要役地ハ之ニ依リテ便益ヲ得ル所以タリ之ヲ要スルニ承役地ハ要役地ニ對シ用水ノ供給ニ應スヘキ負擔ヲ有シ以テ要役地ノ利用ヲ完カラシムルニ在リ觀望地役權ニ因リ他人ノ土地ヲ自己ノ土地ノ便益ニ供スル方向ハ他人ノ土地ニ竹木ヲ植エ若クハ建設物其他眺望ヲ遮斷スルカ如キ障害物ヲ設置スルコトヲ禁シ之ニ依リテ自己ノ土地ニ於ケル眺望ヲ完カラシムルニ在リ蓋シ土地所有權ノ及フヘキ範圍ハ唯リ其土地ノ表面ニ對スルノミナラス地上及ヒ地下ヲ包含スルモノタルハ民法第二百七條ノ規定スル所ナリ隨テ土地所有者ハ法令ノ範圍内ニ於テ自己ノ土地ヲ使用スルカ爲メニ地下ヲ穿チ若クハ地上ニ建設物ヲ築造スルニ付キ他人ヨリ制限セラルル理ナシ然ルニ觀望地役ニ於ケル承役地ノ所有者ハ自己ノ土地ニ竹木ヲ植ニ建物等ヲ築造スルニ付

テハ設定行爲ニ定メタル程度ニ從ヒ之ヲ爲ササルヘカラス即チ承役地ノ所有權ハ要役地ノ眺望ヲ妨ケサル目的ヲ以テ設定セラレタル地役權ノ制限ヲ受ケ土地使用ニ關スル完全ナル權利ヲ行使スルコトヲ得サルナリ之ヲ要スルニ承役地ハ一定ノ消極的義務ヲ負擔シ之ニ因リテ要役地ノ眺望ヲ完カラシメ以テ其便益ヲ與フルモノト謂フヘシ

第二地役權ハ他人ノ土地ヲ自己ノ土地ノ便益ニ供スル權利ナルヲ以テ或特定ノ人ノ利益ノ爲メニ設定スルコトヲ得ス

地役權ハ土地ニ便益ヲ與フルモノナルヲ以テ或特定ノ人又ハ一部ノ人ノ利益ノ爲メニ設定スルコトヲ得ス土地ニ與フル便益ハ客觀的ニ土地其モノノ使用ニ關シ便益ヲ增進スルモノナラサルヘカラス例ヘハ他人ノ庭園ヲ散歩スルカ如キ他人ノ池沼ニ於テ魚ヲ釣ルカ如キハ或人ニ取リテハ愉快ナルヘシト雖モ土地ノ使用ニ關スル便益ニ非サルヲ以テ地役權ト謂フコトヲ得サルナリ

第三　地役權ノ目的ハ設定行爲ニ依リ定マルモノナリ

地役權ノ目的ハ要役地ノ需用ニ從ヒ或ハ通行ヲ目的トスルコトアルヘク又汲

水引水觀望等ヲ目的トスルコトアルヘシ而シテ此等ノ目的ハ地役權ノ內容ヲ爲スモノニシテ當事者ノ設定行爲ヲ以テ一定スヘキモノタリ又時效ニ因リテ地役權ヲ取得シタル場合ニ於テハ承役地タルヘキ土地ノ上ニ行使セラレタル權利ノ目的ニ依リテ地役權ノ內容ヲ定メサルヘカラス

第二節　地役權ニ關スル原則

第一　作爲ノ義務ヲ負擔セシムル地役權ハ成立セシムルコトヲ得ス(Servitus in faciendo consistere nequit)

此原則ハ羅馬法以來多クノ立法例ニ於テ認ムル所タリ即チ承役地ノ所有者ハ地役權者ニ對シテ單ニ不作爲ノ義務又ハ權利者ノ作爲ニ服從スヘキ義務ヲ負擔スルノミニシテ決シテ作爲ノ義務ヲ負擔スルコトナシト云フニ在リシ是レ地役權カ物權トシテ他人ノ物ノ上ニ行ハルル性質ヨリ生スル當然ノ論決ニ外ナラス何トナレハ物權ニ對シテハ何人モ之ヲ侵害スヘカラサル義務(不作爲ノ義務)ヲ負擔スルモノニシテ其權利行使ニ關シ或作爲ヲ必要トスルトキハ權利者自身ニ於テ之ヲ爲ササルヘカラサレハナリ故ニ地役權ノ行使ニ關シ承役地ノ上ニ或行爲ヲ必要トスルトキハ權利者自ラ之ヲ爲ササルヘカラサルハ勿論縱令設定行爲ヲ以テ承役地ノ所有者ニ或作爲ノ義務ヲ負擔セシムルモ之ニ因リテ生スル法律關係ハ債權債務ノ關係ニ過キスシテ其權利ハ承役地ノ承繼人ニ對抗スルコトヲ得サルナリ例ヘハ通行ヲ目的トスル地役ニ於テ承役地ノ上ニ於ケル通路ヲ修繕スルカ如シ我現行民法ハ獨逸民法ノ如ク大ニ此原則ニ對スル例外ヲ擴張シテ設定行爲又ハ特別契約ニ因リ承役地ノ所有者カ地役權行使ノ爲メ必要ナル作爲ノ義務ヲ負擔シタルトキハ其義務ハ承役地ノ承繼人ニ移轉スヘキモノトセリ(第二八六條獨逸民法第一〇二一條第一〇二二條例ヘハ用水地役ニ於テ承役地所有者カ其土地ニ水樋堀割ヲ設クルカ如キ又ハ其修繕ヲ爲ス義務ヲ負擔スルカ如シ即チ地役權者カ承役地ヲ使用スルニ付キ其土地ニ一定ノ工作物ヲ必要トスルトキニハ地役權者ニ於テ之カ築造ヲ爲スハ當然ナリト雖モ地役權設定ノ當時又ハ其以後ニ於テ特別ノ契約ヲ爲シ其義務ヲ承役地所有者ニ負擔セシムルコトヲ得ヘキナリ

第二　何人モ自己ノ所有物ノ上ニ地役權ヲ設定スルコトヲ得ス(Nulli res sua servitut)

地役權ハ他人ノ物ノ上ニ於ケル權利ナルヲ以テ自己ノ所有地ニ對シ之ヲ設定スルヲ得サルハ當然ナリトス故ニ承設地ノ所有者ト要役地ノ所有者ト混同シタルトキハ其地役權ハ消滅ス(第一七九條)且地役權ハ獨立シテ他ノ權利ノ目的ト爲スコトヲ得サルカ故ニ第百七十九條但書ノ適用ヲ受クル場合アラサルナリ(第二八一條第二項)茲ニ他人ノ物ト稱スルハ消極的意味ニ於テ云フモノナルヲ以テ自己ノ所有ニ屬セサル一切ノ物ハ他人ノ物ナリト解セサルヘカラス例ヘハ無主物ノ如シ但現行民法ニ於テハ無主ノ不動產ハ國庫ノ所有トスル主義ヲ採ルカ故ニ地役權ノ目的物ニ關シテハ無主物ナルモノナシ

第三　地役權ハ分割スルコトヲ得ス(Servitutes dividi non possunt)

地役權ハ之ヲ分割シテ其一部ヲ取得スルコトヲ得サルト同時ニ其一部ヲ消滅セシムルコトヲ得サルナリ要役地又ハ承役地カ數人ノ共有ナルトキハ共有者ノ一人ハ其持分ニ付キ地役權ヲ設定スルコトヲ得サルト同時ニ地役權ニ因ル負擔ヲ免ルルコトヲ得サルナリ故ニ承役地カ共有ナルトキハ共有者ノ合意アルニ非スンハ地役權ヲ設定スルヲ得サルハ勿論之ヲ消滅セシムルコトヲ得ス(第二八二條)又要役地カ共有ナルトキハ共有者ノ一人カ取得シタル地役權ハ他ノ共有者モ亦之ヲ取得スヘキモノタリ例ヘハ共有者ノ一人カ契約又ハ時效ニ因リ地役權ヲ取得シタル場合ノ如シ(第二八四條)是レ地役權ハ要役地ノ便益ノ爲メニ設定セラレタルモノニシテ要役地ノ共有者ハ共ニ其利益ヲ享有スヘキモノナレハナリ且要役地又ハ承役地ヲ分割シ若クハ其一部ヲ分裂シテ讓渡スコトアルモ地役權ハ之カ爲メニ分割セラルルコトナク分割セラレタル各部分ノ爲メ又ハ各部分ノ上ニ存在スヘキナリ例ヘハ觀望地役ニ於テ要役地又ハ承役地カ二部分以上ニ分割セラレタルトキハ各部ノ所有者ハ觀望ヲ遮斷セサル消極的義務ヲ有スルカ如シ(第二八二條第二項)但地役權ノ內容カ土地ノ或部分ニ限定セラレタル性質ヲ有スルトキハ土地ヲ分割又ハ讓渡ニ因リ各別箇ノ不動產ト爲リタルト同時ニ地役權ハ或部分ノ爲メニ又ハ或部分ノ上ニ存在スヘキナリ例ヘハ承役地ノ或部分ニ於ケル池ヨリ汲水スル地役ニ於テ池ノ存在セ

ル部分ト他ノ部分ト分割セラレタルトキハ地役權ハ池ヲ有スル土地ノ上ニノミ存在スルカ如シ

第四　地役權ハ要役地ヨリ分離シテ處分スルコトヲ得ス

地役權ハ一定ノ土地ノ便益ノ爲メニ設定セラレタルモノナルヲ以テ之ヲ讓渡シ又ハ質權、抵當權ノ目的ト爲スニハ其土地ト共ニセサルヘカラス其結果トシテ之カ權利行使モ其土地ト共ニセサルヘカラス例ヘハ要役地ノ上ニ地上權ヲ設定シタルトキハ地上權者ハ地役權ヲ行使スルコトヲ得ルカ如シ第二八一條第二項)

第五　地役權ハ要役地又ハ承役地ノ共有者ノ一人ニ對スル法律關係ノ爲メニ影響セラルルコトナシ

地役權ノ設定ハ要役地カ共有ナル場合ニ於テハ地役權ノ不可分的性質ノ結果トシテ共有者ノ一人カ地役權ヲ取得スルト同時ニ他ノ共有者モ亦之ヲ取得スヘシト雖モ既ニ存在セル地役權ハ一人ノ意思又ハ一人ニ對スル法律關係ノ爲メニ消滅シ變更スルモノニ非サルナリ例ヘハ要役地ノ共有者ノ一人カ承役地ノ所有權ヲ取得スルモ地役權ハ之カ爲メニ消滅セサルカ如キ共有者ノ一人カ承役地所有者ニ對シ地役ニ因ル負擔ヲ減スルモ地役權ハ毫モ變更セサルカ如シ又共有者ノ一人ニ對スル時效中斷又ハ地役權取得時效停止ノ原因ハ地役權取得時效ノ進行ヲ妨クルコトアラサルナリ即チ地役權取得時效ニ關シ中斷又ハ停止ノ效力ヲ生セシメントセハ各共有者ニ對シテ中斷行爲ヲ爲シ又ハ各共有者ニ對シテ停止原因ヲ有セサルヘカラス(第二八四條)

第三節　地役權ノ種類

一地役權ハ第一繼續(Stendig)又ハ不繼續(Unstendig)地役第二表現(Sobeinbar)又ハ不表現(Unscheinbar)ノ地役第三積極的(Affirmativ)又ハ消極的(Negativ)地役ノ三種ニ分類スルヲ得ヘシ但一地役ニシテ繼續且表現ノモノアルヘク不表現且消極的ノモノアルヘシ

第一　繼續地役及ヒ不繼續地役

繼續地役トハ間斷ナク行使セラルルモノヲ謂フ例ヘハ引水地役ノ如キ觀望地

役ノ如シ「デルンブルグ」氏ハ通行地役ハ間斷ナク之ヲ行使スルコトナシト雖モ何時ニテモ行使シ得ヘキモノナルヲ以テ繼續地役ナリトセリ我民法ニ所謂繼續トハ秒時ヨリ秒時ト云フカ如ク嚴正ナル意義ニ非スシテ寧ロ地役權ノ行使カ斷絕スヘキ性質ノモノニ非サル場合ヲ汎稱スルモノト解スヘキナリ不繼續地役トハ繼續地役ノ反對ニシテ地役權ノ性質ニ依リ或時期ニ於テ行使ヲ要スルモノヲ謂フ例ヘハ水田ニ灌漑ヲ爲スカ爲メニ引水スルカ如キ、收穫時期ニ於ケル通行權ノ如シ

第二　表現地役及ヒ不表現地役

地役カ外見ノ工作又ハ形跡ニ依リテ表顯セラルルトキハ表現地役ニシテ之ニ反スルモノハ不表現地役タリ例ヘハ通行地役、汲水地役ノ如キ地上ノ溝渠ニ依リ用水スル地役ノ如キハ表見ノ性質ヲ有シ承役地ノ所有者ヲシテ或行爲ヲ爲サシメサル地役例ヘハ一定ノ高サヲ超エタル建物ヲ築造セサル地役ノ如キハ不表現ノ性質ヲ有スルモノタリ

第三　積極的地役及ヒ消極的地役

積極的地役トハ權利者カ進ミテ承役地ノ上ニ或事ヲ爲シ之ニ依リテ自己ノ土地ノ便益ヲ得ル權利ヲ謂フ例ヘハ承役地ヲ通行シ又ハ承役地ヲ通シテ下水ヲ流スカ如シ之ニ反シテ消極的地役トハ承役地ノ所有者ニ對シ其所有權ニ基ク或權利行使ヲ制限又ハ禁止スルコトヲ目的トスル地役ナリ例ヘハ觀望地役、光線地役、鹽界ニ於テ牆壁其他ノ建物ノ築造又ハ修繕ヲ爲ス爲メ隣地ニ立入ラシメサル地役ノ如キ是ナリ

第四節　地役權ノ取得

地役權ハ左ノ權原ニ因リテ之ヲ取得スルコトヲ得ヘシ

第一　契約

一定ノ土地ニ地役權ヲ設定セントセハ其土地ヲ處分スヘキ能力ヲ有スル所有者ト地役ヲ要スル土所地有者トノ合意ヲ必要トス羅馬法ニ於テ合意ニ加フルニ重要ナル動產ノ讓渡ニ準シ準引渡ヲ必要トセシモ我現行法ニ於テハ物權ノ得喪ハ當事者ノ意思表示ヲ以テ直チニ效力ヲ生スヘキモノトセルカ故ニ地役

權モ單ニ當事者ノ合意ニ因リ取得スルコトヲ得ヘシ但不動產登記法ノ定ムル所ニ從ヒ之ヲ登記スルニ非サレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルナリ若シ地役ヲ設定スヘキ土地カ共有物ナルトキハ各共有者ノ同意アルニ非サレハ之ヲ設定スルコトヲ得サルハ當然ナリトス地上權者及ヒ永小作權者モ亦地役權ヲ設定シ所得スルコトヲ認ムル學說及ヒ立法例アリト雖モ我現行民法ハ地役權ハ他人ノ土地ヲ以テ自己ノ土地ノ便益ニ供スルモノナリトスルカ故ニ土地所有者ニシテ始メテ之ヲ設定シ取得シ得ヘキモノナリト解釋セサルヘカラス

第二　遺言

地役權ハ遺言ニ因リテ之ヲ設定スルコトヲ得ヘシ而シテ其方法ハ遺言ニ關スル規定ニ從フヘキナリ

第三　時效

時效ニ因リテ取得スルコトヲ得ヘキ地役權ハ繼續且表見ノモノナラサルヘカラス而シテ時效成就ニ必要ナル條件ハ他ノ物權ノ取得時效ノ場合ト異ナルコトナシ所謂繼續且表現ノ地役ノ何タルカハ己ニ前款ニ於テ說明セシヲ以テ茲ニ之ヲ再ヒセス(第二八三條)又共有者ノ一人ノ實行ニ因リ地役ノ取得時效成就シタルトキハ他ノ共有者モ亦其利益ヲ享有スヘシ是レ地役ノ不可分的性質ニ伴フ必然ノ結果タリ

第五節　地役ノ效力

第一　地役權ハ其權利ノ目的(內容)ノ外其行使ニ必要ナル從タル權利ヲ包含ス例ヘハ用水地役ヲ有スルモノハ用水ニ必要ナル水樋溝渠等ヲ設置又ハ修繕スルカ爲メ承役地ニ立入ルノ權利ヲ有スルカ如キ汲水地役ヲ有スル者ハ其權利ヲ行使スルカ爲メニ承役地ヲ通行スルカ如シ

第二　地役權ハ承役地ノ所有者ヲシテ我作爲ノ義務ニ服從セシムル權利ニ非サルヲ以テ地役權ヲ行使スルカ爲メ或工作物ヲ必要トスルトキハ特別ノ契約アルトキノ外權利者ニ於テ之ヲ爲シ且其費用ヲ負擔セサルヘカラス縱令特別ノ契約ヲ以テ承役他ノ所有者ニ於テ工作物ノ設置及ヒ修繕ノ費用ヲ負擔スヘキコトヲ定メタル場合ト雖モ右ノ費用ヲ支出スルハ不利益ナリト認ムルトキ

ハ承役地ノ所有者ハ地役ニ必要ナル土地ノ部分ヲ權利者ニ委棄シテ其義務ヲ免ルルコトヲ得ヘシ(第二八七條)

第三　用水地役ハ承役地ノ需要ノ爲メニ制限セラルルカ故ニ水カ承役地及ヒ要役地ノ需要ニ對シ不足ナルトキハ用水權アルヲ理由トシテ承役地ノ需要如何ヲ顧ミス唯リ自己ノ需要ノミヲ充タスヲ得ス各地ノ需要ヲ按分シ家用即チ一家ノ生活上必要ナル分量ヲ使用シ而シテ殘餘アリタル場合ニ於テ他ノ用ニ供スヘキモノタリ又同一承役地ノ上ニ數箇ノ用水地役權カ競合シタルトキハ右ノ原則ニ依リ各自ノ需要ニ應シテ之ヲ按分スヘキモノナリト雖モ一ノ用水地役權ハ他ノ用水地役權ノ後ニ設定セラレタルトキハ後ニ設定セラレタル權利者ハ前ノ權利者ノ使用ヲ妨クルコトヲ得サルナリ(第二八五條)

第六節　地役權ノ消滅

地役權ハ左ノ原因ニ因リテ消滅スルモノナリ

第一　要役地又ハ承役地ノ消滅

地役權ハ或土地ノ爲メニ他ノ土地ノ上ニ設定セラルルモノナルヲ以テ地役ニ依リ便益ヲ得ル土地ノ消滅ハ直チニ地役權ノ消滅ヲ惹起スヘキハ勿論權利ノ目的物ノ消滅即チ承役地ノ消滅ハ當然ニ地役權ヲ消滅セシムルコト他ノ物權ト異ナルナシ若シ要役地ノ所有者カ其土地ヲ拋棄シタルトキハ之ニ因リテ地役權ハ消滅スヘキヤ蓋シ土地所有者ハ地役權ノ附著セル土地ヲ拋棄シタルニ過キスシテ地役權ノミヲ拋棄シタルニ非サルヲ以テ此場合ニ於テハ國庫カ地役權者ト爲リ地役ハ繼續スルモノト解セサルヘカラス

第二　混同

地役權ハ要役地ノ所有者ト承役地ノ所有者トノ混同ニ因リ消滅ス是レ他人ノ物ノ上ニ於ケル權利タル性質ヨリ生スル當然ノ論決ナリ

第三　契約其他期間ノ滿了又ハ解除條件ノ成就

地役權ハ契約ニ因リ設定スルコトヲ得ルモノナルヲ以テ亦契約ヲ以テ之ヲ消滅セシムルコトヲ得ヘク設定行爲ニ於テ定メタル解除條件ノ成就又ハ權利ノ存續期間ノ滿了ニ因リ消滅スヘキハ論ヲ俟タス

第四　消滅時效ノ成就　承役地ノ占有者カ不動產取得時效ニ必要ナル條件ヲ具備シ承役地ノ所有權ヲ取得シタルトキハ地役權ハ當然ニ消滅スヘシ(第二八九條)而シテ此時效ハ地役權者ノ權利行使ニ因リテ中斷セラルヘキハ勿論要役地カ共有ナルトキハ共有者ノ一人ノ爲シタル時效ノ中斷又ハ一人ノ爲メニ生シタル時效ノ停止ハ共有者全體ノ爲メニ其效力ヲ生スヘキモノタリ又消滅時效進行ノ起算點ハ不繼續地役ニ付テハ最後ノ行使ノ時繼續地役ニ付テハ權利者ノ權利行使ヲ妨クヘキ事實ノ發生シタル時ナリトス(第二九一條、第二九二條)

民法物權(自第一章至第六章)終

法學士　塚田達二郎講述

民法物權(自第一章至第六章)

(三十七年度講義錄)

法政大學發行

民法物權（自第一章至第六章）目次

第一章　汎論……一
第一節　物權ノ定義……一
第二節　物權ノ種類……六
第三節　物權ノ效力……九
第四節　物權ノ取消及ヒ喪失……一〇
第二章　占有權……一六
第一節　占有權ノ定義……一七
第二節　占有權創設ノ理由……二〇
第三節　占有ノ種類……二五
第四節　占有權ノ取得……三四
第五節　占有權ノ喪失……四六
第六節　占有權ノ效力……五三

第一款　占有訴權……五三
第二款　一定ノ條件ヲ具備スル占有ハ即時ニ動產上ニ行使スル權利ヲ取得スル效力ヲ生ス……六三
第三款　占有者ハ適法ニ占有物ノ上ニ權利ヲ有スルモノト推定セラル……六八
第四款　善意ノ占有者ハ占有物ノ果實ヲ取得スルノ權利ヲ有ス……六九
第三章　準占有……七〇
第一節　準占有ノ性質……七〇
第二節　準占有ノ取得及ヒ其效力……七二
第四章　所有權……七三
第一節　所有權ノ意義……七三
第二節　所有權ノ目的物……七八
第三節　所有權ノ內容……八一

第四節　所有權ノ取得……九八
第一款　先占……九九
第二款　遺失物及ヒ埋藏物ノ發見……一〇三
第三款　加工……一〇九
第四款　附合……一一二
第一項　不動產上ノ附合……一一三
第二項　動產上ノ附合……一一五
第五款　混和……一一九
第六款　果實ノ取得……一二二
第七款　時效……一二四
第八款　所有權ノ消滅……一二八
第五節　共有……一三〇
第一款　共有ノ意義……一三〇
第二款　共有者ノ相互ノ權利義務……一三三

第三款　共有物ノ分割……一三八
第一項　共有物ノ分割ニ關スル原則……一三八
第二項　共有物分割ノ效力……一四二
第三項　共有物分割ノ終了……一四四
第五章　地上權……一四五
第一節　地上權ノ意義……一四五
第二節　地上權ノ設定及ヒ其存續期間……一四八
第三節　地上權者ノ權利義務……一五〇
第四節　地上權ノ消滅……一五三
第六章　永小作權……一五四
第一節　永小作權ノ意義……一五四
第二節　永小作權ノ設定及ヒ其存續期間……一五五
第三節　永小作人ノ權利義務……一七六
第四節　永小作權ノ消滅……一六〇

第七章　地役權……一六一
第一節　地役權ノ意義……一六一
第二節　地役權ニ關スル原則……一六六
第三節　地役權ノ種類……一七一
第四節　地役權ノ取得……一七三
第五節　地役權ノ效力……一七五
第六節　地役權ノ消滅……一七六

民法物權（自第一章至第六章）目次　終

四　罪ノ幇助ノ體樣ヲ現出セシメタル者ニハ刑法第百條ニ依リ行爲者ノ犯シタル罪ニシテ幇助者ノ知リタルモノニ科シタル刑ヨリ一等ヲ減シタル刑ヲ科スヘク

五　罪ノ連續犯行ノ體樣ヲ現出セシメタル者ハ上述ノ如ク法律上一罪ヲ犯シタル場合ト同一ナルヲ以テ刑法各本條ニ規定シタル刑ヲ科スヘキナリ

第三　刑法ハ原則トシテ常ニ一罪ニ對シ數箇ノ刑種ヲ科シタリ而シテ其數箇ノ刑種ヲ科スルニ付テモ刑法ハ或ハ絶對的ニ之ヲ併科シ或ハ擇一的ニ之ヲ科シタルコトハ既ニ上述シタル所ナリ併科スヘキ場合ハ主刑及ヒ附加刑ニ關シ又擇一スヘキ場合ハ二箇ノ主刑ニ關スルヲ以テ主刑及ヒ附加刑ヲ併科スヘキ旨ヲ規定シタルトキハ之ヲ併科シ二箇ノ主刑中擇一スヘキ旨ヲ規定シタルトキハ即チ其一ヲ科スヘキナリ詳言スレハ各本條ノ罪ニ付キ二箇ノ主刑ヲ規定シ之ヲ選擇スヘキ旨ヲ規定シタルトキハ任意ニ取捨シテ其一箇ヲ科シ主刑ニ一箇又ハ數箇ノ附加刑ヲ强制併科スヘキ旨ヲ規定シタルトキハ必ス之ヲ併科シ何レノ場合ニ於テモ尙ホ一般ニ其罪ト同種ノ罪ニ付キ又ハ特別ニ其罪及ヒ

他ノ罪トニ付キ別異ノ各本條ニ於テ一箇又ハ數箇ノ附加刑ヲ併科スヘキ旨ヲ規定シタルトキハ之ヲ併科シ更ニ總則ニ於テ或種ノ罪又ハ或種ノ刑ニ付キ一箇又ハ數箇ノ附加刑ヲ併科スヘキ旨ヲ規定シタルトキハ尙ホ之ヲ併科スヘシ一般ニ其罪ト同種ノ罪ニ付キ一箇又ハ數箇ノ附加刑ヲ併科スヘキ旨ノ別異ノ各本條ノ規定トハ例ヘハ刑法第百二十條ノ如ク、特別ニ其罪及ヒ其他ノ數罪ニ付キ一箇又ハ數箇ノ附加刑ヲ併科スヘキ旨ノ別異ノ各本條ノ規定トハ例ヘハ刑法第百九十一條ノ如ク、或種ノ刑ニ付キ一箇又ハ數箇ノ附加刑ヲ併科スヘキ旨ノ總則規定トハ例ヘハ第三十二條ニ於テ重罪ノ刑ニハ當然剝奪公權ヲ併科スルモノトシ第三十三條ニ於テ禁錮ノ刑ニハ當然停止公權ヲ併科スルモノトシ第三十四條ニ於テ監視ヲ併科スヘキトキハ當然其監視期間停止公權ヲ併科スルモノトシ第三十七條ニ於テ重罪ノ刑ニハ當然各本條ノ短期三分ノ一ニ等シキ時間監視ヲ併科スルモノトスルノ類ニシテ、或種ノ罪ニ付キ一箇又ハ數箇ノ附加刑ヲ併科スヘキ旨ノ總則規定トハ例ヘハ第四十三條、第四十四條ニ於テ禁制物、因得物、供用物ノ存在スル罪ニ付キ常ニ若クハ犯人ノ所有ニ係リ又ハ所有者ナキトキニ限リ其物件ヲ沒收スヘキモノト爲ス如シ

此ノ如ク第一、行爲カ特別ノ加重又ハ減輕ヲ規定シタル罪ナルトキハ通常罪ノ刑ヨリ法定ノ加重又ハ減輕ヲ爲シ第二、行爲カ共同實行、教唆又ハ連續犯行ノ體樣ヲ爲シタルトキハ何等ノ減輕ヲモ爲サス若シ一罪ノ未遂又ハ幇助ノ體樣ヲ有シタルトキハ其罪ニ對シ規定シタル刑ヨリ法定ノ減輕ヲ爲シ第三、數刑ヲ强制併科スヘキ旨又ハ擇一スヘキ旨ノ規定アルトキハ之ヲ併科シ又ハ擇一シテ得タル一箇又ハ數箇ノ刑ハ即チ本刑ト稱スルモノニシテ刑ヲ變更又ハ斟酌スルニ付キ基本タル效用ヲ有スルモノナリ然ラハ何カ故ニ本刑トハ上述ノ如キモノト解セサルヘカラサルヤ是レ刑法第九十九條第一項但書ノ明文アルヲ以テナリ

然レトモ是レ唯通常ノ場合ヲ豫想シタル大體ノ說明ノミ刑法ハ別ニ刑ノ變更ノ事由即チ刑ノ免除事由及ヒ刑ノ加重減輕事由ヲ規定シ此等ノ事由存在スルトキハ法定刑ヲ變更シ全ク刑ヲ科セス又ハ新ナル刑ヲ科セサルヘカラス而シテ刑ヲ免除シタル場合ハ今姑ク之ヲ論セス其加重減輕シタル刑ヲ科スル場合

ナルト又ハ單ニ法定ノ刑ヲ科スル場合ナルトヲ問ハス刑ニハ上述ノ如ク一定ノ範圍ヲ有スルモノアルヲ以テ此種ノ刑ヲ科スヘキ場合ニ於テハ更ニ其範圍内ニ於テ刑ノ斟酌ヲ爲ササルヘカラス

故ニ予ハ以下ニ於テ先ツ刑ノ變更ヲ說キ次ニ刑ノ斟酌ヲ說キテ以テ本項ヲ終ラントス

第二目　法定刑ノ變更

法定刑ノ變更ハ之ヲ法定刑ノ免除及ヒ法定刑ノ加重減輕ニ區別スルコトヲ得

法定刑ノ免除加重又ハ減輕ノ何タルヤハ以下ニ於テ之ヲ詳述スヘシト雖モ法定刑ノ變更ニ付テハ常ニ其變更事由ノ物的事由ナルヤ又ハ人的事由ナルヤヲ區別セサルヘカラス物的事由或ハ客觀的事由トハ犯罪行爲ノ事實ニ原因シテ法定刑ノ變更ヲ生スヘキ事由ヲ謂ヒ人的事由或ハ主觀的事由トハ科刑ノ客體ノ身分又ハ資格ニ原因シテ變更スヘキ事由ヲ謂フ而シテ二者ヲ區別スル實益ハ實ニ共犯ノ場合ニ於テ存スルコトハ既ニ上述シタリ即チ法定刑ヲ變更スヘキ事由ノ存スル場合ト雖モ其事由ニシテ若シ人的事由ナランカ他ノ共犯ノ刑ハ之ヲ變更スヘカラス若シ物的事由ナランカ他ノ共犯ノ刑ヲモ同時ニ變更スヘキナリ但物的事由ニシテ法定刑ヲ變更セシムヘキ場合ハ刑法上寧ロ稀有ノ例外ニ屬シ或場合ニ於ケル酌量減輕ノミヲ豫想スルコトヲ得ルニ止マルト雖モ或ハ皆無ナリト曰フ者ナキニ非ス

第一段　法定刑ノ免除

刑法ハ總則規定即チ一般ノ罪ニ共通スル規定トシテ刑ヲ免除スル制ヲ認メス唯各本條ニ於テ特定ノ罪ニ付キ特別ノ明文ヲ以テ刑ヲ免除スルコトアルニ止マル刑法第百二十六條ニ依レハ内亂罪ノ豫備又ハ陰謀ヲ爲スト雖モ未タ其事ヲ行ハサル前ニ於テ官ニ自首シタル者ハ本刑ヲ免シ唯六月以上三年以下ノ監視ヲ科スヘキモノトシ第百五十一條ニ依レハ犯罪人又ハ逃走ノ囚徒及ヒ監視ニ付セラレル者ナルコトヲ知リテ之ヲ藏匿シ若クハ隱避セシメタル者又ハ他人ノ罪ヲ免レシメンコトヲ圖リ其罪證ト爲ルヘキ物件ヲ隱蔽シタル者カ犯人

ノ親屬ニ係ルトキハ其刑ヲ免除スルモノトシ第百九十二條ニ依レハ貨幣ヲ僞造變造シ及ヒ輸入取受シタル者未タ行使セサル前ニ於テ官ニ自首シタルトキハ本刑ヲ免除シ唯六月以上三年以下ノ監視ヲ科シ若シ職工雜役及ヒ房屋ヲ給與シタル者未タ行使セサル前ニ於テ自首シタルトキハ單ニ本刑ヲ免除スルモノトシ第二百二十六條ニ依レハ僞證ノ罪ヲ犯シタル者其事件ノ裁判宣告ニ至ラサル前ニ於テ自首シタルトキハ本刑ヲ免除スルモノトシ第三百五十八條ニ依レハ誣告ノ罪ヲ犯シタル者被告人ノ推問ノ始マラサル前自首シタルトキハ本刑ヲ免除スルモノトシ第三百七十七條及ヒ第三百九十八條ニ依レハ祖父母、父母、夫妻、子孫及ヒ其配偶者又ハ同居ノ兄弟姉妹互ニ其財物ヲ竊取、騙取、冒認、費消又ハ藏匿、脫漏シタル者ハ竊盜、詐欺取財、恐喝取財、冒認、受寄物費消又ハ差押物脫漏ノ刑ヲ免除スルモノトス此等ノ規定ハ上述ノ如ク總則規定ニ非スト雖モ若シ此種ノ免除ヲ爲ス場合ニ於テハ其規定スル所ニ從ヒ或ハ單ニ其本刑ヲ免除シ或ハ其本刑ヲ免除スルト共ニ監視ノ期間ヲ斟酌シテ科スヘキナリ

第二段　法定刑ノ加重減輕

第一　法定刑ノ加重減輕事由及ヒ加重減輕ノ程度

主刑ハ總テ之ヲ加重又ハ減輕シ得ヘク附加刑ハ唯罰金ノミ之ヲ加重又ハ減輕シ得ヘシ予ハ爰ニ廣ク法定刑ノ加重減輕ト云フモ固ヨリ總テノ刑ヲ加重又ハ減輕シ得ヘシト爲スニ非ス

法定刑ハ或ハ範圍ヲ有シ又ハ之ヲ有セス其何レニ屬ストスルモ原則トシテハ之ヲ變更シ能ハサルモノトス而シテ例外トシテ法定刑ヲ免除スヘキ場合ハ既ニ上述セリ今ハ例外トシテ法定刑ヲ加重又ハ減輕スヘキ場合ヲ說カントス

法定刑ヲ加重又ハ減輕スルハ事物ノ例外ナルヲ以テ必ス法律ニ於テ其事由ヲ明記スルコトヲ必要トス今之ヲ減輕事由及ヒ加重事由ノ二ニ區別シテ說示セントス

甲　法定刑ノ減輕事由及ヒ減輕ノ程度　法定刑ノ減輕事由トハ宥恕スヘキ事由、自首又ハ首服ヲ爲シタル事由及ヒ判事カ刑ノ減輕ヲ爲スコトヲ妥當ナリ

トスヘキ事由ナリトス而シテ第一種ノ事由ニ依據スル減輕ハ之ヲ宥恕減輕ト謂ヒ第二種ノ事由ニ依據スル減輕ハ之ヲ自首減輕ト謂ヒ第三種ノ事由ニ依據スル減輕ハ之ヲ酌量減輕ト謂フ

(一)　宥恕減輕　宥恕減輕ニ一般宥恕減輕及ヒ特別宥恕減輕ノ區別アリ特別宥恕減輕トハ例ヘハ第三編第三章ニ規定スル宥恕減輕等ヲ謂フト雖モ之ヲ詳述スルハ各論ノ範圍ニ屬ス一般宥恕減輕事由ハ刑事未成年ナル事由ナリトス

十二歳未滿ノ刑事未成年者ハ絕對ニ主體タル能力ヲ有セス十二歳以上十六歳未滿ノ刑事未成年者ハ其行爲ノ是非ヲ辨別セスシテ爲シタルモノナルトキハ重罪又ハ輕罪ノ主體タル能力ヲ有セサルコトハ既ニ犯罪編ニ於テ之ヲ說述セリ故ニ宥恕減輕ノ事由タルヘキ刑事未成年トハ罪ノ主體能力ヲ有セサル刑事未成年以外ノ刑事未成年ヲ謂フナリ

刑法第八十條、第八十一條、第八十三條第一項及ヒ第三項ニ依レハ此種ノ宥恕減輕モ亦更ニ之ヲ重罪及ヒ輕罪ノ刑ノ宥恕減輕及ヒ違警罪ノ刑ノ宥恕減輕ノ二ニ區別スルコトヲ得

(イ)　重罪及ヒ輕罪ノ刑ノ宥恕減輕

(1)十二歳以上十六歳未滿ノ未成年者カ是非ヲ辨別シテ重罪又ハ輕罪ヲ行ヒタルトキハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ二等ヲ減ス(第八〇條第二項是非ノ辨別ノ何タルヤハ既ニ詳論シタル所ニシテ今爰ニ之ヲ反復スル必要ナシ而シテ此減輕ハ必ス之ヲ爲スヘキモノニシテ判事ノ意思ニ依リ影響ヲ受ケス即チ學者ノ所謂法律的減輕ト曰フモノナリ

(2)滿十六歳以上二十歳未滿ノ未成年者カ重罪又ハ輕罪ヲ犯シタルトキハ其罪ヲ宥恕シテ必ス本刑ニ一等ヲ減ス(第八一條)而シテ此減輕モ亦學者ノ所謂法律的減輕ナルモノニ屬ス

(ロ)　違警罪ノ刑ノ宥恕減輕　滿十二歳以上十六歳未滿ノ未成年者カ違警罪ヲ犯シタルトキハ其罪ヲ宥恕シテ本刑ニ一等ヲ減ス(第八三條第二項前段)此減輕亦所謂法律的減輕ナルモノニ屬ス而シテ滿十六歳以上ノ未成年者カ違警罪ヲ犯シタルトキハ全然通常ノ規定ニ從ヒ處分セラルルモノニ

シテ何故ニ重罪又ハ輕罪及ヒ違警罪間ニ此差異ヲ生セシメタルヤハ既ニ說述セル所ニシテ且理由ノ探ルニ足ラサル所以モ亦既ニ之ヲ說盡セリト信ス

(二)自首減輕　自首ニモ特別自首及ヒ一般自首ノ區別アリ特別自首ハ例ヘハ第二百二十六條ノ僞證罪ノ自首第三百五十六條ノ誣告罪ノ自首等ノ如シト雖モ其說明ハ當然各論ノ範圍ニ屬スルノミナラス其自首ノ結果多クハ法定刑ノ免除スルニ至ルコトハ既ニ上述シタル所ナリ一般自首減輕トハ刑法第一編第四章第二節ニ規定スル減輕ヲ謂ヒ一般減輕事由トシテ茲ニ說明セントスル題目ナリトス

刑法ニ自首減輕ヲ認ムル根據ハ一言スレハ刑事司法警察上ノ政略即チ速ニ罪責者ヲ逮捕セントスル政略ナリト謂フコトヲ得而シテ速ニ犯罪者ヲ逮捕スルコトヲ得ハ一方ニ於テハ無辜ヲ罰スル恐ナク一方ニ於テハ犯罪者ノ搜査ノ爲メ無用ノ冗費ヲ生スルコトナキナリ或ハ自首減輕ヲ認ムルハ犯罪者ノ眞正ノ悔悟ニ因由スト曰フ者アリト雖モ固ヨリ採ルニ足ラス是レ刑法上ノ自首ノ條件ニ背馳スル觀念ナレハナリ

刑法ハ謀故殺罪ニ付テハ自首減輕ヲ認メス學者或ハ辯シテ曰ク謀故殺罪ヲ犯ス者ノ恐ルル所ハ多クノ場合ニ於テ殺人ヲ遂行シ得ルヤ否ヤニ在リテ既ニ其志望ヲ遂ケタル後科刑セラルルヤ否ヤニ在ラス此輩ノ如キハ寧ロ初ヨリ自首センコトヲ期シテ其罪ヲ遂行スルコト多シ今若シ此輩ニ向ヒテ自首減輕ヲ與フルコトトセンカ謀故殺罪ヲ奬勵スル嫌ナキニ非スト是レ恐クハ現行刑法ノ立法者ノ豫想セシ所ナルヘシト雖モ此種ノ論鋒ニ依レハ凡テ法律的減輕ハ皆多少犯行ヲ奬勵スル傾向ヲ有セサルモノナシト謂ハサルヘカラスシテ其理由ノ不妥當ナルハ夙ニ諸學者ノ說破スル所更ニ之ニ喋喋スル必要ナシト信ス

刑法ハ謀故殺以外ノ罪ニ付テハ一般ニ自首減輕ヲ認ム然レトモ之ヲ說明スルニ當リテハ(A)謀故殺罪及ヒ財產ニ對スル罪以外ノ罪ニ付テノ自首減輕(B)財產ニ對スル罪ニ付テノ自首減輕ニ區別スルコトヲ便宜ナリトス

(A)謀故殺罪及ヒ財產ニ對スル罪以外ノ罪ニ付テノ自首減輕

（イ）自首ノ條件　刑法上刑ヲ減輕スヘキ自首ノ條件トシテハ第八十五條ニ於テ(一)自首ヲ爲ス者(二)自首ヲ受クル者(三)自首ヲ爲ス時期ニ多少ノ制限ヲ附シタリ

(1)自首ヲ爲ス者　自首ヲ爲ス者ハ必ス罪ヲ犯シタル者ナラサルヘカラス罪ナケレハ則チ刑ナシ自首スト雖モ是レ所謂虚僞ノ自首タルニ過キスシテ其無罪タルヘキヤ固ヨリ言ヲ俟タス

(2)自首ヲ受クル者　自首ヲ受クル者ハ必ス官即チ搜査權アル官署ナラサルヘカラス搜査權アル官署ハ裁判所構成法及ヒ刑事訴訟法ニ依リ定マルモノニシテ現時ニ於テハ檢事司法警察官吏等ナリトス(刑事訴訟法第四六條乃至第四八條)故ニ犯罪者カ搜査權ナキ官署ニ自首ヲ爲シタルトキハ其自首ハ刑法上有效ノ自首ニ非ス隨テ法定ノ減輕ヲ得ルコト能ハサルモノトス

(3)自首ノ時期　自首ハ犯罪者ヨリ搜査權アル官署ニ對シ一定ノ時期ニ於テ之ヲ爲ササルヘカラス若シ其時期後ニ自首ヲ爲シタルトキハ其自首モ亦刑法上有效ノ自首ニ非ス一定ノ時期トハ罪ノ成立後其罪ノ發覺前ニ亘ル時期ナリトス自首期間ノ始期ニ付テハ刑法第八十五條ハ別ニ之ヲ明確ニセスト雖モ其罪ノ成立後ナルヘキコトハ事物ノ本質上當然明瞭スヘシ其終期ハ刑法上上述ノ如ク事ノ發覺前ナリ然ラハ其終期ヲ明カニセンニハ事即チ犯罪ノ發覺ノ何タルヤヲ明カニセサルヘカラス犯罪ノ發覺ノ何タルヤニ付テハ爾來學者間ニ多少ノ論爭アリタリト雖モ現時ニ至リテハ其見解殆ト一途ニ歸シ犯罪ノ發覺トハ犯罪事實及ヒ犯罪者ノ何タルヤヲ搜査權アル官署ニ覺知セラルルコトヲ指シ復タ異說ヲ立ツル餘地ヲ存セス然ラハ自首期間ノ終期トハ搜査權アル官署カ犯罪事實及ヒ犯罪者ヲ覺知スル時ヲ云フニ外ナラスシテ犯罪事實カ發覺スト雖モ犯人ノ發覺セサル間ハ仍ホ有效ニ自首シ得ヘキナリ

（ロ）減輕ノ程度　刑法上有效ノ自首ヲ爲シタル者ニ對シテハ本刑ヨリ一等ヲ減スルモノトス(第八五條)而シテ此減輕モ亦所謂法律的減輕ナリ

(B)財產ニ對スル罪ニ付テノ自首減輕　財產ニ對スル罪トハ事實上財產ニ對スル罪例ヘハ第二編第九章第二節官吏財產ニ對スル罪等ヲモ謂フモノニ

シテ必スシモ刑法第三編第二章ノ罪ノミヲ謂フニ非ス此種ノ罪ニ付テハ刑法ハ種種ノ特例ヲ認メタリ是レ予カ特別ニ此種ノ罪ニ付テノ自首減輕ヲ說明スル所以ナリ

財産ニ對スル罪ニ付テハ刑法ハ被害者ニ首服スルヲ以テ官ニ自首シタルト同一ノ效力ヲ有セシム(第八七條)故ニ精確ニ論スレハ財産ニ對スル罪ニ付テハ自首減輕及ヒ首服減輕ノ二樣ノ減輕アリト雖モ其自首又ハ首服ノ條件及ヒ自首又ハ首服ニ因ル減輕ノ程度ハ全ク相同シ

財産ニ對スル罪ニ付テハ刑法ハ自首減輕ナル節目ノ下ニ單純ノ自首減輕ト贓物ヲ還給シ損害ヲ賠償シタル自首減輕ノ二樣ノ減輕ヲ認メタリ贓物ヲ還給シ損害ヲ賠償シタル自首減輕ヲ認ムル必要ノ有無ニ疑似ノ餘地アルノミナラス一歩ヲ讓リテ其必要アリタルモ之ヲ自首減輕ナル節目ノ下ニ規定スルハ明確ナル誤謬ナリト雖モ便宜ノ爲メ予モ今茲ニ贓物ヲ還給シ損害ヲ賠償シタル自首減輕ヲ併論セントス

(イ) 單純ノ自首減輕又ハ首服減輕　單純ノ自首減輕又ハ首服減輕トハ第八十五條及ヒ第八十七條ノ適用ニ依ル減輕ヲ謂フモノニシテ自首又ハ首服ノ條件及ヒ自首又ハ首服減輕ノ程度ハ上述シタル謀故殺罪及ヒ財産ニ對スル罪以外ノ罪ニ付テノ自首減輕ノ說明ト全然同一ナリトス

(ロ) 贓物ヲ還給シ損害ヲ賠償シタル自首減輕又ハ首服減輕(第八六條)

(1) 自首又ハ首服ノ條件　自首又ハ首服ノ條件トシテ單純ノ自首又ハ首服ノ條件ノ外尙ホ贓物及ヒ損害ノ半數以上ヲ還償スルコトヲ要ス而シテ損害ノ半數トハ其損害賠償ニ要スル全金額ニ據リテ之ヲ知ルヘク贓物ノ半數トハ其ニ全ク事實問題ニシテ判事ノ裁斷ニ依リ之ヲ定ムル外ナシ

(2) 自首又ハ首服減輕ノ程度　第八十六條ニ曰ク「自首減輕等ノ外仍ホ本刑ニ二等ヲ減ス其全部ヲ還償セスト雖モ半數以上ヲ還償シタル時ハ一等ヲ減ス」ト然ラハ自首又ハ首服減輕ノ程度ハ(1)贓物又ハ損害ノ全部ヲ還償シタルトキハ本刑ニ三等ヲ減輕シ其半數以上ヲ償還シタルトキハ本刑ニ二等ヲ減輕スルモノトス而シテ此等ノ減輕モ亦法律的減輕ナリトス

(三) 酌量減輕　酌量減輕トハ學者ノ所謂裁判的減輕ニシテ法律的減輕ニ非

ス

(1) 酌量ノ條件　酌量ノ條件ハ第八十九條第一項ニ之ヲ規定ス曰ク「重罪輕罪違警罪ヲ分タス所犯情狀原諒スヘキ者ハ酌量シテ本刑ヲ減輕スルコトヲ得」ト即チ酌量ノ條件ハ單ニ犯罪ノ狀情原諒スヘキコトニ外ナラス而シテ犯罪ノ情狀原諒スヘキモノナルヤ否ヤハ一ニ判事ノ判斷ニ委スヘキモノナルヲ以テ判事カ酌量ヲ爲ス作用ハ法定刑ノ斟酌ヲ爲ス作用ト同一ナルヘシ法定刑ノ斟酌ヲ爲ス作用ハ後ニ述フヘシト雖モ要スルニ罪ノ主觀的部面及ヒ客觀的部面ヲ審案シテ犯情ノ憫ムヘキモノナキヤ否ヤヲ決スル作用ナルヲ以テ判事ノ犯情ヲ憫ムヘキモノト爲ス程度小ナルトキハ單ニ法定刑ヲ斟酌シテ法定刑ノ最下限ノ刑ヲ科シ其程度大ナルトキハ進ミテ法定刑ノ變更ヲ爲シ之ヲ減輕シテ以テ其減輕シタル刑ニ付キ更ニ刑ノ斟酌ヲ爲スヘキモノトス

(2) 酌量減經ノ程度　減輕ノ程度ハ第九十條ニ之ヲ規定シ本刑ニ一等又ハ二等ヲ減スルモノト爲ス而シテ此減輕ハ第八十九條ニ於テ「減輕スルコトヲ得」ト規定ス即チ所謂裁判的減輕ナルヲ以テ其一等減ノ場合タルト二等減ノ場合タルトヲ問ハス總テ裁判上ノ減輕タルヲ失ハス

乙　法定刑ノ加重事由及ヒ加重ノ程度　刑法ノ認ムル法定刑ノ一般ノ加重ハ僅ニ再犯加重ノミナリトス再犯トハ二回犯罪ヲ犯シタルコトヲ意味スト雖モ刑法ノ再犯加重ノ法制ハ第九十八條ニ依リ之ヲ三犯以上ノ者ニモ適用スルヲ以テ理論上寧ロ累犯加重ト稱スルヲ可トス

累犯加重トハ數回罪ヲ犯シタルヲ理由トシテ其刑ヲ加重スルコトヲ謂フ夫レ刑法ノ目的ハ公ノ秩序維持ニ在リテ累犯者ノ如キハ其公ノ秩序ヲ傷害スルノ最モ激甚ナル者ナルヲ以テ累犯者ヲ愈滅セシムルコトハ即チ刑法ノ主要ノ目的ナリト謂フコトヲ得

累犯加重ノ法律上ノ根據ハ刑法ノ目的ヲ達スル必要ナリ蓋シ一タヒ刑ノ威嚴ヲ實驗シタル者其威嚴ヲ冒瀆シテ罪ヲ再ヒシ三タヒセンカ是レ所謂國家社會ノ頑凶ナリ此種ノ頑凶ニ對シテハ特別ニ加重シタル刑ヲ科スルニ非サレハ公ノ秩序ノ維持夫レ何ノ日ニカ之ヲ期センヤ累犯加重ノ根據ハ單ニ事

物ノ必要ナリ又ハ便宜ナルヲ以テ其法制ハ必スシモ理論ニ適合スルモノト謂フヘカラス純理ヨリ論スレハ唯一定ノ罪ヲ犯シタル者ニ對シテノミ其犯シタル罪ヲ標準トシテ刑ヲ科スヘキモノニシテ事前ノ經歷ノ如何ノ如キハ固ヨリ刑ヲ輕重スル效力ヲ有セシムヘキニ非ス即チ純理上ニ於テハ累犯加重ノ制ヲ認ムル餘地ナシト雖モ必要ハ一種ノ道理ナリ必要ト云フ一種ノ道理ニ依據シテ累犯加重制ハ現出シタルモノニ外ナラス

(一) 累犯ノ條件　刑法第九十一條乃至第九十四條ノ規定ヲ綜合スレハ累犯ノ條件ノ何ナリヤヲ知リ得ヘシ

(1) 從前ノ犯行　從前ノ犯行ニ付テハ刑法ハ第九十四條ニ於テ刑法典上ノ刑ノ判決カ確定シタルコトノミヲ必要トス即チ其判決ハ通常裁判所ノ判決ナルト又ハ特別裁判所例ヘハ陸海軍軍法會議ノ判決ナルトヲ論セス(第九六條)又ハ其言渡シタル刑ノ重罪ノ刑ナルト輕罪ノ刑ナルト又ハ違警罪ノ刑ナルトヲ論セスト雖モ唯其刑ハ刑法典ニ規定セラレタル罪ニ因リ言渡サレタルモノナルコトヲ要ス然ラハ刑法典以外ノ刑法ニ規定セラレタル刑ノ判決カ確定シタルコトハ果シテ累犯ノ條件ト爲ラサルカト云フニ大ニ然ラス此場合ニ於テハ上述シタル如ク刑法第五條第二項ノ適用アルヲ以テ要スルニ普通刑法ニ依リ刑ノ判決カ確定シタルコトヲ要スル趣意ニ歸スヘシ

(2) 新ナル犯行　新ナル犯行ニ付テハ刑法ハ第九十一條、第九十二條及ヒ第九十三條ニ於テ種種ノ制限ヲ附シタリ而シテ其制限ハ從前ノ犯行ニ付キ確定判決ニ依リ重罪ノ刑ニ處セラレタル場合ト輕罪ノ刑ニ處セラレタル場合ト違警罪ノ刑ニ處セラレタル場合トヲ區別シテ論セサルヲ得ス

(イ) 從前ノ犯行ニ付キ確定判決ニ依リ重罪ノ刑ニ處セラレタル場合　此場合ニ於テ新ナル犯行ヲ累犯トシテ論スルニハ新ナル犯行ハ重罪又ハ輕罪ニ該當スルモノナルコトヲ要ス

(ロ) 從前ノ犯行ニ付キ確定判決ニ依リ輕罪ノ刑ニ處セラレタル場合　此種ノ場合ニ於テ新ナル犯行ヲ累犯トシテ論スルニハ新ナル犯行ハ輕罪ニ該當スルモノナルコトヲ要ス

(ハ)　從前ノ犯行ニ付キ確定判決又ハ確定シタル即決處分ニ依リ違警罪ノ刑ニ處セラレタル場合　此種ノ場合ニ於テ新ナル犯行ヲ累犯トシテ論センニハ新ナル犯行ハ違警罪ニ該當スルモノナルコトヲ要ス　而シテ新ナル犯行ノ制限ニ付テハ共ニ罪ニ該當スルモノナルコトヲ要スト言ヒテ罪ノ刑ニ處セラレタルコトヲ要スト言ハス要スルニ其新ナル犯行ニ科スヘキ基本刑(從犯、未遂犯ノ減等及ヒ特別ノ加重減輕ヲ爲シタルモノ)ニ因リテ其罪ノ重、輕又ハ違警ヲ決スルナリ

(3)　從前ノ犯行及ヒ新ナル犯行間ノ時期　刑法ハ從前ノ犯行ニ付キ確定判決ニ依リ重罪又ハ輕罪ノ刑ニ處セラレタル場合ニ於テハ此種ノ時期ノ長短ハ新ナル犯行ヲ累犯トシテ論スルニ付キ何等ノ障礙タラサルモノトス　然レトモ違警罪ノ刑ニ處セラレタル場合ニ於テハ第九十三條但書ニ於テ明カニ一年內ニ犯シタルトキニ非サレハ累犯ヲ以テ論スルコトヲ得スト規定セリ即チ從前ノ犯行ニ付キ確定判決又ハ確定シタル即決處分ニ依リ違警罪ノ刑ニ處セラレタル場合ニ於テ新ナル犯行カ其從前ノ犯行ノ日時後一年內ニ現出シタルニ非サレハ刑法上有效ナル累犯ヲ以テ論スルコトヲ得サルナリ

(4)　從前ノ犯行及ヒ新ナル犯行ノ犯行地　從前ノ犯行ニ付キ確定判決ニ依リ重罪又ハ輕罪ノ刑ニ處セラレタル場合ニ於テハ從前ノ犯行ノ犯行地ト新ナル犯行ノ犯行地トカ一定ノ地域內ニ在ルコトヲ要セスト雖モ違警罪ノ刑ニ處セラレタル場合ニ於テハ刑法ハ第九十三條但書ニ於テ明カニ其犯行ハ共ニ同一ノ違警罪裁判所ノ管轄地ニ於テ生シタルニ非サレハ再犯ヲ以テ論スルコトヲ得ス即チ刑法上有效ナル累犯ト謂フコトヲ得スト規定セリ而シテ治罪法第四十九條ニハ「治安裁判所ハ違警罪裁判所トシテ其管轄地內ニ於テ犯シタル違警罪ヲ裁判ス」ト規定シ裁判所構成法施行條例第一條ニハ「從來ノ治安裁判所ハ裁判所構成法ニ定メタル區裁判所トシ云云」ト規定スルヲ以テ所謂違警罪裁判所トハ現時ノ區裁判所ナリト解スヘシ

刑法ノ規定スル累犯ノ條件ハ略ヽ上述ノ如シ然レトモ此法制ハ單ニ其根本

ノ主義ニ於テ不當ナルノミナラス規定ノ實際ニ於テモ亦批難アルヲ免レス蓋シ累犯者ニ對シ特別ノ處分法ヲ設クルコトハ現時ノ學者ノ等シク提案スル所ニシテ各國ノ成例亦概ネ特別處分法ヲ規定シタリ然レトモ各學者ノ說タ所又ハ各成例ノ規定スル所必スシモ同一ナラスシテ理論上累犯ニ關スル主義亦之ヲ數樣ニ區別スルコトヲ得

(A) 一般累犯主義及ヒ特別累犯主義

一般累犯主義トハ刑法ノ採用シタル主義ニシテ罪種ヲ論セス總テ罪ヲ二回以上犯シタル者ハ之ヲ累犯者トシテ其刑ヲ加重スルモノヲ謂ヒ特別累犯主義トハ同一罪種ニ屬スル罪ヲ二回以上犯シタル者ノミ之ヲ累犯者トシテ其刑ヲ加重スルモノヲ謂フナリ蓋シ累犯者ニ對シ特別處分ヲ爲スハ主トシテ從前科刑セラレ刑ノ威嚴ヲ實驗シタルニ拘ハラス之ヲ再ヒスルハ是レ濟度シ難キ犯罪者ナリト云フニ在リ若シ然ラハ一回ハ犯意ニ由ル犯行ノ爲メニ科刑セラレ更ニ過失ニ由ル犯行ヲ爲シタル場合ノ如キハ殆ト累犯者トシテ侍遇スル根據ヲ喪失スルニ非ススヤ要スルニ近時ノ一般ノ學說ハ特別累犯主義ヲ歡迎シ一般累犯主義ヲ嫌忌スル傾向ヲ有スルモノノ如シ唯特別累犯主義ヲ採用センニハ先ツ如何ナル罪ト如何ナル罪トカ同種ノ罪ナルヤヲ明白ニスル必要アルニ拘ハラス本質上同質ノ罪ナルモノヲ發見スルコト極メテ困難ナルノミナラス又アル刑法ノ如ク刑法各本條ノ罪ニ付キ何罪ト何罪トハ同質ノ罪ナリト看做シ累犯ヲ以テ論スト規定スルモ極メテ冗煩ニシテ而モ萬一明文ヲ脫漏スルコトアランカ言フヘカラサル弊害ヲ生スル嫌アルハ其當然ノ弱點ナルコトヲ看過スヘカラス

(B) 從前ノ犯行及ヒ新ナル犯行ハ共ニ一定ノ時期間ニ生シタルコトヲ要スト爲ス主義此時期ハ學者ノ所謂累犯ノ時效期間ト稱スルモノニシテ此主義ハ刑法カ單ニ從前ノ犯行ニ付キ違警罪ノ刑ニ處スル確定判決又ハ即決處分ヲ受ケタル場合ニ於テノミ採用シタルモノナリト雖モ累犯ノ法律上ノ根據ヨリ思考スルニ一定ノ時期ヲ經過シタル後ニ新ナル犯行ヲ爲シタル場合ノ如キハ殆ト之ニ累犯ノ特別處分ヲ加フル必要ナキ如シ蓋シ累犯加重處分ノ法則ハ其根本ニ於テ不理ナリ其存立ノ根據ハ一ニ必要又ハ

便宜ニ在ルコトハ既ニ說述シタル所若シ必要又ハ便宜ニ根據スル法制ナリトセハ其範圍モ亦之ヲ其必要又ハ便宜ノ範圍ニ限定セサルヘカラス從前ノ犯行及ヒ新ナル犯行間ニ一定ノ時期ヲ劃シ此時期內ニ現出シタル場合ニ於テノミ累犯者トシテ加重處分ヲ爲スヘキコトハ一般ノ學說及ヒ成例ノ承認スル所ナリ

上述セシ所ハ刑法ノ累犯加重ニ關スル根本ノ主義ニ對スル批評ナリト雖モ尙ホ規定ノ實際ニ於テモ批難スヘキ點尠少ニ非ス今左ニ試ニ之ヲ列擧セン

(1) 從前ノ犯行ニ付キ刑ノ判決確定シタルコトノミヲ必要トシ刑ヲ執行シタルコトヲ必要トセス累犯加重ノ法制ノ根據ハ上述ノ如ク刑ノ威嚴ヲ侮蔑スル者ヲ懲戒スルニ在リ果シテ然ラハ從前ノ犯行ニ對シ科セラレタル刑ハ必ス之ヲ執行シタルコトヲ要ス刑ノ確定判決ヲ受ケタリト雖モ未タ刑ヲ執行シテ親シク其威嚴ヲ見サル者犯行ヲ再ヒシタリトスルモ果シテ刑ノ威嚴ヲ侮蔑シタリト謂フコトヲ得ルヤ予ハ侮蔑シタリト曰フニ躊躇スル當然ノ結果トシテ從前ノ犯行ニ對スル刑ハ之ヲ執行シタルニ非サルハ新ナル犯行アルモ累犯加重ヲ爲ササルヲ可トスト斷信スル

(2) 判決確定後累犯者ナルコトヲ發見シタル場合ニ於テハ累犯處分ヲ爲ス

一　條地ナシ　刑法ハ只新ナル犯行ニ付キ審理スル際從前ノ罪ニ付テノ確定判決アルコトヲ發見シタル場合ニ於テノミ累犯加重處分ヲ爲サシム故ニ其新ナル犯行ニ付テノ裁判確定後ニ於テハ縱令從前ノ犯行ニ付キ確定判決ヲ受ケタル事實ヲ覺知スト雖モ如何トモスルコトヲ得スシテ此種ノ犯罪者ハ判事ノ審理不十分ナリシ結果トシテ利得ヲ爲シ事實上加重シタル刑ヲ科セラルヘキ者タルニ拘ハラス竟ニ通常刑ノミヲ科セラルル者ナリ是レ果シテ法律上特例ヲ設ケ累犯者ヲ嚴罰スル趣旨ニ適應スル現象ナリ

(二) 加重ノ程度　刑法第九十一條、第九十二條、第九十三條及ヒ第九十八條ニ依レハ累犯者ニハ其本刑ニ一等ヲ加重シタル刑ヲ科スヘキモノトス累犯者ニ對シ嚴罰ヲ科スヘキハ一般ノ學說及ヒ成例ノ認識スル所ニ屬スト雖モ其嚴罰ノ程度ニ關シ各、其見ル所ヲ異ニセリ刑法ハ上述ノ如ク一等加重

制ヲ採用スルト雖モ是レ果シテ累犯者ヲ膺懲スルニ足ルヘキ嚴罰ト謂フヲトヲ得ヘキヤ事固ヨリ程度問題ニ屬スルヲ以テ刑法ノ一等加重ヲ非ト爲スヘキ有力ノ根據ナシ然レトモ廣タ一般ノ學說及ヒ成例ニ鑑ミレハ刑法ノ一等加重制ハ稍ヤ寛ニ失スル(嫌ナキニ非ス

第二　加減例

刑ノ加減例ハ箇箇ノ加重又ハ減輕ノ事由ニ因ルモノト數箇ノ加重又ハ減輕ノ事由ニ因ルモノトヲ區別シテ論スルヲ可トス即チ前者ニ在リテハ箇箇ノ加重又ハ減輕ノ事由カ刑ニ及ホス效力ヲ說キ後者ニ在リテハ加重又ハ減輕ノ事由カ他ノ加重又ハ減輕ノ事由ニ及ホス效力ヲ說クナリ但シ刑法ハ後者ヲ加減順序ト爲シ前者ノミヲ加減例ト爲シタリ

甲　箇箇ノ加重又ハ減輕ノ事由ニ關スル加減例

一　主刑ノ加減例

(イ)　主刑ノ減輕例

(1)　重罪ノ主刑　重罪ノ主刑ハ常事犯罪ニ關スルモノト國事犯罪ニ關スルモノトノ區別アリテ各其主刑ヲ異ニスルコトハ既ニ之ヲ述ヘタリ常事ニ關スル重罪ノ主刑ハ(1)死刑ナルトキハ無期徒刑ニ(2)無期徒刑ナルトキハ有期徒刑ニ(3)有期徒刑ナルトキハ重懲役ニ(4)重役懲ナルトキハ輕懲役ニ(以上第六七條)(5)輕懲役ナルトキハ二年以上五年以下ノ重禁錮ニ(第六九條第一項之ヲ減輕スルヲ以テ一等ト爲ス國事ニ關スル重罪ノ主刑ハ(1)死刑ナルトキハ無期流刑ニ(2)無期流刑ナルトキハ有期流刑ニ(3)有期流刑ナルトキハ重禁獄ニ(4)重禁獄ナルトキハ輕禁獄ニ(以上第六八條)(5)輕禁獄ナルトキハ二年以上五年以下ノ輕禁錮ニ(第六九條第二項之ヲ減輕スルヲ以テ一等ト爲ス

(2)　輕罪ノ主刑　禁錮ヲ減輕スルトキハ其刑期ノ四分ノ一ヲ減輕スルヲ以テ一等ト爲シ(第七〇條)禁錮ヲ減壹シタルトキハ必ス拘留ヲ科ス又減壹セスト雖モ其短期十日以下ニ下リタルトキハ拘留又ハ禁錮ヲ科スルコトヲ得(第七一條)禁錮ヲ減輕スルニ依リテ其刑期ニ十日ニ滿タサル端數ヲ生シタルトキハ之ヲ除棄ス(第七三條)罰金ヲ減輕スルトキハ其金額ノ四分ノ一

ヲ減輕スルヲ以テ一等ト爲ス(第七〇條)罰金ヲ減盡シタルトキハ必ス科料ヲ科ス又減盡セスト雖モ其寡額一圓九十五錢以下ニ下リタルトキハ罰金又ハ科料ヲ科スルコトヲ得(第七一條)

(3) 違警罪ノ主刑ハ違警罪ノ主刑ハ拘留ヲ減輕スルトキハ其刑期ノ四分ノ一ヲ減スルヲ以テ一等ト爲ス(第七二條第一項)拘留ヲ減輕スルニ依リテ其刑期ニ一日ニ滿タサル端數ヲ生シタルトキハ之ヲ除棄ス(第七三條)然レトモ之ヲ減輕シテ一日以下ニ下スコトヲ得ス(第七二條第二項)科料ヲ減輕スルトキハ其金額ノ四分ノ一ヲ減輕スルヲ以テ一等ト爲ス(第七二條第一項)然レトモ減輕シテ五錢以下ニ下スコトヲ得ス(第七二條第二項)

(ロ) 主刑ノ加重例

(1) 違警罪ノ主刑拘留ヲ加重スルトキハ其刑期ノ四分ノ一ヲ加重スルヲ以テ一等ト爲シ(第七二條第一項)加重シテ其刑期ヲ十二日ト爲スコトヲ得ト雖モ之ヲ輕罪ノ刑即チ禁錮ト爲スコトヲ得ス(第七二條第二項)科料ヲ加重スルトキハ其金額ノ四分ノ一ヲ加重スルヲ以テ一等ト爲シ(第七二條第一項)加重シテ其金額ヲ二圓四十錢ト爲スコトヲ得ト雖モ之ヲ輕罪ノ刑即チ罰金ト爲スコトヲ得ス(第七二條第二項)

(2) 輕罪ノ主刑禁錮ヲ加重スルトキハ其刑期ノ四分ノ一ヲ加重スルヲ以テ一等ト爲シ(第七〇條)加重シテ其刑期ヲ七年ト爲スコトヲ得ト雖モ之ヲ重罪ノ主刑即チ懲役又ハ禁獄ト爲スコトヲ得ス(第七〇條第二項)罰金ヲ加重スルトキハ其金額ノ四分ノ一ヲ加重スルヲ以テ一等ト爲ス(第七〇條第一項)ト雖モ固ヨリ之ヲ重罪ノ主刑ト爲スコトヲ得ス(第七〇條第二項)

(3) 重罪ノ主刑常事ニ關スル罪ニ在リテハ(1)輕懲役ヲ重懲役ニ(2)重懲役ヲ有期徒刑ニ(3)有期徒刑ヲ無期徒刑ニ加重スルヲ以テ一等ト爲シ國事ニ關スル罪ニ在リテハ(1)輕禁獄ヲ重禁獄ニ(2)重禁獄ヲ有期流刑ニ(3)有期流刑ヲ無期流刑ニ加重スルヲ以テ一等ト爲ス(第六七條第六八條)而シテ常事ニ關スルト國事ニ關スルトヲ問ハス加重ノ結果死刑ヲ科スルコトヲ得ス(第六六條但書)即チ無期徒刑又ハ無期流刑ハ常ニ之ヲ加重スルコトヲ得ス

二 附加刑ノ加減例附加刑ハ原則トシテ之ヲ加重又ハ減輕スルコトナシ唯

一附加ノ罰金ノミハ第七十四條ニ於テ主刑ニ從ヒ之ヲ加重又ハ減輕スベキモノト規定セリ而シテ罰金ヲ減輕スルニハ主刑タル罰金ト同シク其金額ノ四分ノ一ヲ加重又ハ減輕スルヲ以テ一等ト爲スト雖モ若シ之ヲ減盡シタルトキハ唯主刑ノミヲ科スベキナリ(第七四條[illegible])

乙　數箇ノ加重又ハ減輕ノ事由ニ關スル加減例[illegible]罪ハ同時ニ數箇ノ加重又ハ減輕ノ事由ヲ有スルコトアリ而シテ數箇ノ事由ニ依據シ數等ノ加重又ハ減輕ヲ爲スニハ概ネ二樣ノ方法アリ一ヲ單純加減例ト謂ヒ他ヲ遞次加減例ト謂フ單純加減例トハ加重又ハ減輕ノ等數ヲ加減シ其和減スルヲ謂フ刑法ハ重罪ノ刑ニ付テハ刑名ヲ變スルヲ以テ一等ト爲スヲ以テヲ採用スルモ其結果ヲ異ニスルコトナシト雖モ輕罪及ヒ違警罪ノ刑ニ付テハ其刑期又ハ金額ノ四分ノ一ヲ加減スルヲ以テ單純加減例ヲ採用スルト遞次加減例ヲ採用スルトニ因リ其結果ニ於テ大差異ヲ生スベキナリ[illegible]

蓋シ遞次ニ刑ヲ加重又ハ減輕スルモノトセル加重事由ト減輕事由トノ競合セル場合又ハ數箇ノ加重又ハ減輕事由ノ競合セル場合ニ在リテハ其加重事由又ハ減輕事由ノ順位ヲ一定セサルベカラスシテ單加單減スベキモノトセハ則チ然ラス然ラハ刑法上其順位ヲ指定セル加重又ハ減輕ノ事由ノミハ遞次ニ加重又ハ減輕スベク刑法上其順位ヲ指定セサル加重又ハ減輕ノ事由ハ單加又ハ單減スベキモノナリト謂フモ大過ナカルベシ而シテ刑法第九十九條ニハ犯罪ノ情狀ニ因リ總則ニ照シ同時ニ本刑ヲ加重減輕ス可キ時ハ左ノ順序ニ從テ其刑名ヲ定ム但從犯及ヒ未遂犯罪ノ減等其他各本條ニ記載スル特別ノ加重減輕ハ其加減シタル者ヲ以テ本刑ト爲ス二、再犯加重二、宥恕減輕三、自首減輕四、酌量減輕ト規定ス即チ刑法カ加重又ハ減輕ノ順序ヲ指定シタル事由ハ再犯加重宥恕減輕自首減輕酌量減輕ノミニ止マルト解スルヲ以テ至當ト信スルヲ以テ左ノ斷定ニ達スルコトヲ得ベシ[illegible]

一　從犯又ハ未遂犯ニ因ル減輕及ヒ特別ノ加重減輕ハ常ニ之ヲ單加單減ス

二　再犯加重宥恕減輕自首減輕酌量減輕ハ[illegible]

1 同一ノ減輕事由ニ依據スル數等ノ減輕ナルトキハ單加單減シ再犯加重ニハ數等ノ加重ヲ爲ス可キ場合ヲ生セス)

2 別種ノ加重又ハ減輕事由ニ依據スル數等ノ加等又ハ減輕ナルトキハ遞次ニ之ヲ加重又ハ減輕ス

第三目　刑ノ斟酌

死刑、無期徒刑、無期流刑主刑剝奪公權、停止公權、沒收(附加刑等ハ所謂範圍ヲ有セサル刑ナルヲ以テ固ヨリ之ヲ斟酌スルコトヲ得ス監視ハ所謂範圍ヲ有スル刑ニシテ通常之ヲ斟酌シテ其監視期間ヲ伸縮スルコトヲ得ヘシト雖モ重罪ノ刑ヲ科セラレタル者(第三七條)死刑及ヒ無期刑ノ期滿免除ヲ得タル者(第三九條)自首ニ因リ本刑ヲ免除セラレタル者(第一二六條、第一九二條)ニ附加スルモノハ法律上其監視期間ヲ一定シ宣告ヲ用ヒスシテ當然附加スルヲ以テ之ヲ斟酌スルノ餘地ナキナリ

斟酌シ得ヘキ刑ハ主刑ニ在リテハ有期徒流刑、重輕懲役、重輕禁獄、重輕禁錮、罰金、拘留、科料トシ附加刑ニ至リテハ罰金及ヒ或場合ニ於ケル監視トス此種ノ刑ハ法律上一定ノ刑期又ハ金額ノ範圍ヲ以テ之ヲ規定スルヲ以テ判事ハ各罪ノ情狀ニ從ヒ其法定ノ刑期又ハ金額內ニ於テ或ハ其高度ノ刑ヲ科シ又ハ低度ノ刑ヲ科スル自由ヲ有ス然リ刑ノ斟酌ハ全然判事ノ自由ニシテ必スシモ特定ノ原因アルコトヲ必要トセス即チ精確ニ斟酌ヲ爲スヘキ基本刑及ヒ斟酌事由ヲ疏明シ難シト雖モ今參考ノ爲メ左ニ斟酌ヲ爲ス基本刑及ヒ斟酌ノ原因タルヘキ事由ヲ列擧セントス

一　斟酌ヲ爲ス基本刑　法定刑又ハ法定刑ヲ變更シテ之ヲ加重又ハ減輕シタルモノカ所謂範圍ヲ有スルトキハ即チ是レ刑ノ斟酌ヲ爲スヘキ場合ナリトス此場合ニ於テ刑ハ必ス所謂一定ノ範圍ヲ有スルヲ以テ其範圍內ニ於テ之ヲ斟酌センニハ先ツ其斟酌ヲ爲ス基點ヲ確定セサルヘカラス其基點ニ付テハ爾來學者ノ論爭スル所ナリト雖モ予ハ「マイエル」ノ說ヲ可ナリト信ス「マイエル」曰ク中庸ノ刑度ハ刑ノ最高度及ヒ最低度間ノ中點ニ存スル如シト即チ予ハ所謂刑ノ範圍ノ中點ヲ相當スル刑ヲ以テ刑ノ斟酌ノ基點ト爲シ犯行ノ

情狀カ憫諒スベキトキハ其程度ニ應シ此基點ヨリ最低度ニ至ル間ノ刑ヲ科シ若シ嫌惡スベキトキハ其程度ニ從ヒ此基點ヨリ最高度ニ至ル間ノ刑ヲ科スベキモノト爲スナリ

二　刑ノ斟酌事由　精確ニ論スレハ刑ノ斟酌事由ナルモノナクシテ判事ハ其理由ヲ擧示セスシテ自由ニ刑ヲ斟酌シ得ヘキナリ然レトモ今立法論トシテ其斟酌ノ參考タルヘキ事由ヲ左ニ列記セン

(イ)罪ノ主觀的部面ニ於ケル斟酌事由　例ヘハ精神力ノ成熟ノ程度、犯意ハ豫謀ナリシヤ又ハ故意ナリシヤ、犯行ノ遠因ノ良否挑發ノ有無犯行ノ障礙ノ有無、累犯ナルヤ否ヤ、慣行犯ナルヤ否ヤ、射利的ノ犯行ナルヤ否ヤ、犯罪者ノ生計、教育、家庭、年齡、職業及ヒ經歷、公訴提起後ノ行動、自首セルヤ否ヤ、贓額ノ多寡其他百般ノ事情ハ悉ク之ヲ斟酌事由ト爲スコトヲ得ヘシ

(ロ)客觀的部面ニ於ケル斟酌事由　例ヘハ傷害ノ有無及ヒ大小、間接ノ結果ノ有無及ヒ大小、動作ノ如何、因果關係ノ如何其他百般ノ事情モ亦之ヲ刑ノ斟酌事由ト爲スコトヲ得ヘシ

第三項　併合罪ニ對スル刑ノ裁量

第一目　總說

刑法ハ第一編第七節ニ「數罪俱發ナル章目ヲ設ク其所謂數罪俱發ト云フモノハ併合罪ヲ謂フニ外ナラスト雖モ併合罪トハ必スシモ同時ニ發覺又ハ審理セラルル數罪ノミヲ謂フモノニ非サルコトハ近時一般學者ノ確認スル所刑法モ亦第百二條ニ於テ明カニ同時ニ審理セラレサル數罪ニ付キ規定シタリ乃チ所謂數罪俱發又ハ俱發數罪ノ語句ハ妥當ヲ缺クヲ以テ予ハ姑ク刑法改正案ノ命名ヲ採用シ「併合罪ニ對スル刑ノ裁量」ト題シテ茲ニ刑法ニ所謂數罪俱發ニ對スル處分ヲ解說セントス

併合罪ハ數罪ナリ故ニ併合罪ハ單ニ罪ノ現實的俱發ノ場合ニ於テノミ現出シ得ヘキモノトス學者或ハ罪ノ觀想的俱發ノ場合ニ於テモ數罪ヲ構成スルモノト爲シ數罪ヲ構成スト爲スヲ以テ此場合ニ於テモ亦併合罪ヲ生シ得ヘシト爲ス者アリ予ハ上述シタル如ク罪ノ觀想的俱發ノ場合ニ於テハ其行爲一箇ナル

ヲ以テ單ニ一罪ヲ構成スト論決セリ乃チ罪ノ觀想的俱發ノ場合ニ於テハ其生シタル一罪ニ應當スル刑ヲ科スヘク固ヨリ「併合罪ニ對スル刑ノ裁量」ノ題下ニ於テ之ヲ說明スヘキ限ニ在ラス

精確ニ併合罪ノ定義ヲ下セハ併合罪トハ同一人ノ犯シタル數罪ニシテ其一罪ニ對シ確定判決ヲ爲ス際其罪以前ニ於テ成立シタル罪ニシテ確定判決ヲ受ケサリシモノ及ヒ其確定判決ヲ爲サントスル罪ヲ謂ヒ其後ニ於テ其一罪又ハ數罪ニ付キ確定判決ヲ受ケタルヤ否ヤヲ區別セス故ニ併合罪ト曰フモノニモ尙ホ數多ノ體樣アリ

第一　同時ニ確定判決アリタル併合罪

第二　別異ニ確定判決アリタル併合罪

一　其最終ノ一罪ノミニ付キ確定判決アリタル併合罪ニ付キ

(イ)　單ニ其餘罪ノミヲ審理スヘキモノ

(ロ)　新ナル罪ト共ニ餘罪ヲ審理スヘキモノ

(1)　新ナル罪カ累犯ナル場合

(2)　爾餘ノ場合

二　其最後ノ一罪及ヒ其他ノ罪ニ付キ確定判決アリタル併合罪

而シテ其何レノ體樣ヲ有スル併合罪タルヲ論セス併合罪ニ對シテハ原則トシテ如何ナル刑ヲ裁量スヘキヤハ從來刑法界ノ疑問タルナリ今其刑ノ裁量ニ關スル主義ヲ列擧スレハ大約シテ之ヲ三ト爲スコトヲ得

第一　吸收主義　吸收主義ニモ二樣ノ見解アリ一ハ罪ノ吸收主義ニシテ一ハ刑ノ吸收主義ナリ

(1)　罪ノ吸收主義　此主義ニ依レハ併合罪ニ在リテハ重キ罪ハ輕キ罪ヲ吸收スルヲ以テ一罪タル併合罪ニ對シテハ其最重ノ罪ニ相當スル刑ノミヲ科スヘキモノト爲ス此主義ハ罪ノ箇數ヲ無視スルモノニシテ理論ト背馳スルコト其最モ甚シキモノナルニ拘ハラス我國ニ於ケル一派ノ刑法學者ハ第百條ノ「重キニ從テ云云」ノ語句及ヒ第百二條ノ「輕ク若クハ等シキ者ハ之ヲ論セス其重キ者ハ更ニ之ヲ論シ云云」ノ語句ニ拘泥シテ刑法ハ重罪及ヒ輕罪ニ付テハ吸收主義ヲ採用シ而モ罪ノ吸收主義ニ從ヘリト斷定セリ

然リ短キニ從ヒ又ハ輕ク又ハ等シキモノ若クハ重キモノ之ノ語句ノミニ依據シテ解スレハ或ハ論者ノ如ク解セサルヲ得サルヘシト雖モ刑法ハ第百條第二項第三項ニ於テ直チニ「重罪ノ刑ハ云云」「輕罪ノ刑ハ云云」ト規定スルヲ見レハ第百條ノ「重キニ從テ」トハ重キ刑ニ從ヒトノ意ナルコトヲ解スルニ苦マス予ハ論者ノ見解ヲ否定ス

(2) 刑ノ吸收主義　此主義ニ依レハ併合罪ニ在リテハ固ヨリ數罪タルコトヲ失ハスト雖モ重キ刑ハ輕キ刑ヲ吸收スルヲ以テ數罪タル併合罪ニ對シテモ亦最重ノ一刑ノミヲ科スルモノト爲スナリ我刑法ハ第百條第百一條後段及ヒ第百二條ニ於テ併合罪中重罪又ハ輕罪アル場合ニ於テハ此主義ニ從ヒ刑ヲ裁量スヘキモノト爲シタリ

而シテ凡テ吸收主義ハ所謂大ハ小ヲ併スチル原理ニ根據スト雖モ其短處ハ重キ刑ヲ科シタル罪ヲ犯シ未タ確定判決ヲ受ケサル者ハ比較的輕キ刑ヲ科シタル罪ヲ反復スト雖モ法律上之ヲ處斷シ難キコトニ在リ

第二　併科主義　併科主義罪アレハ即チ刑アリトノ原理ニ依據スルモノニシテ併合罪ノ場合ニ於テハ恰モ順次ニ其數罪ニ付キ確定判決ヲ受ケタル場合ノ如ク各罪ノ刑ヲ合算シ其和ニ相當スル刑ヲ科セントス蓋シ一罪一刑ハ刑法上不磨ノ大則ニシテ理論上此主義ヲ至當ナリトスヘシト雖モ其短處ハ其主義ヲ遂行スルニ付キ事實上及ヒ法律上ノ障礙ニ遭遇スルコトニ在リ併科主義ニ對スル事實上ノ障礙ハ死刑ニハ事實上生命刑又ハ有期無期ノ自由刑ヲ併科スルコトヲ得ス無期自由刑ニハ事實上無期自由刑又ハ有期自由刑ヲ併科スルコトヲ得サルコトニ在リ有期ノ自由刑ト雖モ之ヲ併科シテ十數刑ノ多キニ及ヘハ其名ハ單ニ有期自由刑ノ長期ナルモノナルニ拘ハラス人生ハ約五十年有限ノ生命ナルヲ以テ其實ハ竟ニ無期自由刑ト同一ナルニ至ラン法律上有期自由刑ヲ併科シテ事實上ノ無期自由刑ト爲スコトノ妥當ト云ヒ難キハ即チ併科主義ノ併行ニ對スル法律上ノ障礙ナリトス我刑法ハ第百一條前段ニ於テ併合罪中單ニ違警罪ノミ存スル場合ニ於テハ此主義ニ從ヒ刑ヲ裁量スヘキモノト爲シタリ

第三　折衷主義　併科主義ハ理論ニ適スト雖モ實際ニ適セス吸收主義ハ實際

ニ適スト雖モ理論ニ背馳スル主義共ニ恰好ノ法制ト謂フコトヲ得サルヲ以テ近時漸ク折衷主義ナルモノヲ現出セリ折衷主義トハ併科主義及ヒ吸收主義ノ長ヲ取リ其短ヲ捨テントスルモノナルヲ以テ理論上二樣ノ區別ヲ生シ得ヘク又事實上二樣ノ區別ヲ生シタリ

(イ) 有形的折衷　有形的折衷トハ吸收主義及ヒ併科主義ノ二者ヲ併用シ唯其吸收主義ヲ適用スル場合ト併科主義ヲ適用スル場合トヲ區別スルコトヘヲ謂フ例ヘハ刑法ノ如ク併合罪中重罪又ハ輕罪アルトキハ吸收主義ヲ適用シ併合罪カ二箇以上違警罪ヨリ成立スルトキハ併科主義ヲ適用スル如シ或ハ之ヲ稱シテ混同主義ト謂フ

(ロ) 無形的折衷　無形的折衷主義トハ吸收主義又ハ吸收主義ノ長短ヲ取捨採擇シテ特別ナル一主義ヲ創始スルコトヲ謂フ無形的折衷ニモ二樣アリ

(1) 吸收主義ノ變態　吸收主義ノ變態トハ吸收主義ノ弊處ヲ改善シテ併科主義ノ原理ヲ加味シタル法制ヲ謂ヒ併合罪ニ對スル刑ハ最重ノ刑ヲ規準ト爲スト雖モ特ニ之ヲ加重シタルモノヲ科シタリ此法制ハ尙ホ刑法上ノ原理即チ一罪一刑主義ニ背戻スル嫌アルコトヲ免レスト雖モ刑ノ打算法最モ單純ナルヲ以テ「ベルチル」氏ノ如キハ恰好ノ法制ナリト斷定シタリ

(2) 併科主義ノ變態　即チ制限併科主義　制限併科主義ニ在リテハ併合罪ニ對シテハ原則トシテ併科シタル刑ヲ科スヘキモノト爲スニ拘ハラス事實上又ハ法律上ノ障礙アル場合ニ於テハ例外トシテ吸收主義的法制ヲ採用シ或ハ全然刑ヲ併科セス又ハ單ニ法定ノ範圍ニ達スルマテ之ヲ併科セシム換言スレハ併科シタル刑ヲ規準ト爲スニ拘ハラス特定ノ場合ニ於テ之ヲ寬和シタル刑ヲ科スヘキモノト爲シタリ此法制ハ尙ホ多少ノ批難ヲ受クル餘地ナキニ非スト雖モ克ク併科主義ノ弊處ヲ補綴シタルモノニシテ蓋シ同時ニ理論及ヒ實際ニ適シタル比較的恰好ノ法制ト謂フコトヲ得ヘキカ

第二目　刑法ノ法制

刑法ハ上述ノ如ク併合罪ニ對スル刑ノ裁量ニ付キ混同主義ヲ取レリ乃チ刑ノ裁量ノ說明ヲ爲サンニハ先ツ之ヲ二段ニ區別シ順次ニ併合罪中重罪又ハ輕罪アル場合及ヒ併合罪中單ニ違警罪ノミ存スル場合ヲ說明スルコトヲ便宜ナリトス

第一段　併合罪中重罪又ハ輕罪ノ存スル場合

併合罪中重罪又ハ輕罪ノ存スル場合トハ(1)併合罪カ數箇ノ重罪ヨリ成ルトキ(2)數箇ノ重罪及ヒ輕罪ヨリ成ルトキ(3)數箇ノ重罪輕罪及ヒ違警罪ヨリ成ルトキ(4)數箇ノ輕罪ヨリ成ルトキ(5)數箇ノ輕罪及ヒ違警罪ヨリ成ルトキヲ謂フ而シテ併合罪ニハ種種ノ體樣アルコトハ既ニ總說ニ於テ說明シタリ今各體樣ニ付キ刑法カ如何ナル刑ヲ裁量スヘキモノト爲スカヲ攻究セントス

第一　同時ニ確定判決アリタル併合罪ニ刑法ハ第百條ニ於テ此種ノ併合罪ニ付テハ刑ノ吸收主義ヲ適用シテ其刑ヲ裁量スヘキモノト規定セリ(第百條第一項第百一條後段刑法カ規定シタル重キニ從フナル語句不明確ナルヲ以テ或ハ罪ノ吸收主義ヲ採用シタルモノナリト立論スル學者ナキニ非スト雖モ其妥當ナラサルコトハ既ニ總說ニ於テ之ヲ論述セリ予ハ刑法ハ刑ノ吸收主義ヲ採リタルモノト解スルヲ以テ此種ノ併合罪ニ對シテハ最重ノ主刑及ヒ最重ノ主刑ニ對スル附加刑ヲ科シ沒收ハ此種ノ場合ト雖モ第百三條ニ依リ各本法ニ從ヒ處斷スヘキヲ以テ若シ其併合罪中沒收ヲ附加スヘキモノアルトキハ沒收ヲモ亦之ヲ附加スヘキモノナリト信ス

第二　別異ニ確定判決アリタル併合罪

一　其最後ノ一罪ニ付キ確定判決アリタル併合罪ニ付キ

(イ)　單ニ條罪ノミヲ審理スヘキ場合　此場合ノ處斷法ハ刑法第百二條第一項ノ規定スル所ナリ此種ノ併合罪ニ付テモ亦刑ノ吸收主義ヲ適用シタルモノナリト雖モ此種ノ場合ニ於テハ併合罪中最終ノ一罪ニ付キ既ニ確定判決アリタルヲ以テ手續上多少第一ノ場合ト其趣ヲ異ニセサルヲ得サレシナリ

(1) 餘罪ノ刑確定判決アリタル罪ノ刑ヨリ輕キトキ及ヒ確定判決アリタル罪ノ刑ト同等ナルトキ　此場合ニ於テ其刑ヲ吸收セシムル主義ヲ貫徹センニハ必ス其餘罪ノ刑ヲ科セサルモノト爲ササルヘカラス刑法ハ「之ヲ論セス」ト規定ス「之ヲ論セス」トハ「其刑ヲ科セス」トノ意ナルコトハ普タ學者ノ一致スル所ナリ而シテ此場合ニ於テモ第百三條ノ規定ハ其適用ヲ有ス即チ其餘罪ニ對シ沒收ヲ科スヘキ場合ナルトキハ確定判決アリタル罪ハ沒收ヲ科スルコトヲ得サルモノナリトスルモ之ヲ附加スヘキモノトス

(2) 餘罪ノ刑確定判決アリタル罪ノ刑ヨリ重キトキ　此場合ニ於テハ刑ノ吸收主義ヲ貫徹センニハ更ニ其餘罪ノ刑ヲ科シ確定判決アリタル罪ノ刑ヲ其刑ニ通算スヘキナリ而シテ通算ノ法ハ其確定判決アリタル罪ノ刑カ自由刑ナリシ場合及ヒ主刑タル財產刑ナリシ場合ヲ區別シテ論セサルヲ得ス

(甲) 主刑タル自由刑ナリシ場合　主刑タル自由刑ニハ無期自由刑及ヒ有期自由刑ノ區別アリ無期自由刑ナリシ場合ニ於テ其餘罪ノ刑カ死刑ナリシトキハ其餘罪ノ刑即チ死刑ニハ無期自由刑ヲ通算スル能ハス刑法カ此場合ニ付キ除外例ヲ認メサリシハ立法ノ不備タルコトヲ免レス有期自由刑ナリシ場合ニ於テ其餘罪ノ刑カ死刑ナリシトキ又ハ無期自由刑ナリシトキモ亦上述シタル所ニ同シ有期自由刑ナリシ場合ニ於テ其餘罪ノ刑比較的重キ有期自由刑ナリシトキハ確定判決アリタル罪ノ刑期ヲ其刑期ニ通算スト雖モ比較的重キ罰金刑ナリシトキハ刑法ノ規定セサル所ニ屬スルヲ以テ異論ヲ生スル餘地アルヘク或ハ第百二條第一項但書ノ趣旨ヲ類推シテ既ニ執行シタル有期自由刑ヲ換算シテ罰金刑ニ通算スヘシト謂フコトヲ得ヘシト雖モ予ハ罰金刑ノミヲ科シテ確定判決アリタル有期自由刑ヲ執行セシメサルノ外ナシト信ス而シテ此場合ニ於テ餘罪ノ刑カ比較的重キ科料刑ナルコトハ事實上之ヲ思想スヘカラス是レ遞藉罪ノ刑ニ付テハ輕罪ノ如ク其所犯情狀最モ重キモノニ從ヒテ處斷スヘキ明文ヲ缺如スレハ

ナリ

(乙) 主刑タル財産刑タリシ場合　主刑タル財産刑トハ罰金又ハ科料ヲ謂フ罰金又ハ科料ナリシ場合ニ於テ其餘罪ノ刑カ比較的重キ有期自由刑ナリシトキハ罰金又ハ科料ヲ既ニ納完シタルト否トヲ區別シ既ニ納完シタル場合ニ於テハ之ヲ有期自由刑ニ換刑シテ之ヲ其刑期ニ通算スヘク未タ納完セサリシ場合ニ於テハ直チニ之ヲ換刑シ若クハ納完期限ノ滿了シタル後有期自由刑ニ換刑シ之ヲ其刑期ニ通算スヘク其餘罪ノ刑モ亦罰金又ハ科料ナリシトキハ確定判決アリタル刑ノ金額ヲ其金額中ニ通算スヘキモノトス

而シテ其何レノ場合タルヲ問ハス第百三條ノ沒收ニ關スル規定ハ常ニ其適用ヲ有スルコトニ注意スヘシ

(ロ) 其餘罪及ヒ新ナル罪ヲ審理スヘキ場合　此場合ニ於テハ其新ナル罪ハ併合罪タル性質ニ對シ何等ノ影響ヲモ及ホスモノニ非サルヲ以テ其餘罪ト確定判決アリタル罪トハ之ヲ併合罪トシ通常ノ規定即チ第百二條第一項ニ從ヒテ處斷スヘク新ナル罪ハ之ヲ獨立ノ罪トシテ處斷スヘキナリ然リ刑法ハ原則トシテ此主義ヲ取ルニ拘ハラス新ナル罪カ確定判決アリタル罪ノ累犯ナル場合ノミニ付キ第百二條第二項ノ特例ヲ規定シタリ此場合ニ於テ若シ刑ノ吸收主義ヲ貫徹セシメントセハ確定判決アリタル罪ノ刑カ其餘罪ノ刑ト同等ナルトキ又ハ其刑ヨリ重キトキハ更ニ累犯ノ刑ノミヲ科スヘク若シ其餘罪ノ刑ヨリ輕キトキハ更ニ其餘罪ノ刑ヲ論シテ確定判決アリタル罪ヲ其刑期ニ通算シタル後尚ホ累犯ノ刑ヲ科スヘキモノト爲ササルヘカラス刑法ノ立法者ハ此種ノ手續ヲ冗煩ニ過キ實際ニ便宜ナラサルモノト思料シ其何レノ場合タルヲ問ハス餘罪ノ刑ト累犯ノ刑トヲ比較シテ新ニ重キ刑ノミヲ科スヘキ特例ヲ認メタリ此特別根據ハ上述ノ如ク單ニ實際ノ便宜ニ在リテ全然理論ヲ無視シタルモノナルヲ以テ他ノ場合トノ權衡上數多ノ不都合ナル結果ヲ生スルハ固ヨリ其數ナリ而シテ第百三條ノ規定ハ此場合ニモ亦其適用ヲ有スルコト勿論ナリトス

二 其最後ノ一罪及ヒ其他ノ罪ニ付キ確定判決アリタル併合罪一例ハ同一

二人ニシテ順次ニ甲乙ノ二罪ヲ犯シタル者ニ対シ先ツ乙罪ニ付キ一裁判所ニ於テ確定判決ヲ受ケタル後更ニ甲罪ニ付キ他ノ裁判所ニ於テ獨立ノ確定判決ヲ受ケタル場合ニ於テハ此種ノ併合罪ヲ現出スヘキモノトス此種ノ併合罪ニ付テハ刑法ハ何等ノ明文ヲモ設ケサルヲ以テ實際上如何ニ之ヲ處分スヘキヤヲ解スルニ苦ム若シ刑法ノ原則タル刑ノ吸收主義ヲ貫徹スルトセハ更ニ新ナル判決ニ依リ若クハ單ニ刑ノ執行指揮ニ依リテ二箇ノ判決ノ確定シタル刑中重キ刑ノミヲ執行スヘキモノト爲シ既ニ執行シタル刑ヲ刑期ニ通算スルモノト爲ササルヘカラサルヘシト雖モ刑法上必スシモ此手續ヲ爲ササルヘカラサル旨規定シタル明文ナキナリ現時ノ實際ハ單ニ刑ノ執行ヲ指揮スル際通算ヲ爲ス如シ

第二段　併合罪中單ニ違警罪ノミ存スル場合

此種ノ場合ニ於テハ刑法ハ第百一條前段ニ於テ其刑ヲ併科スヘキモノト規定シタリ即チ數箇ノ違警罪ニ付テハ刑法上ノ原則タル刑ノ吸收主義ヲ適用セスシテ併科主義ヲ採リタルナリ既ニ此種ノ場合ニ於テ併科主義ヲ採リタリトスレハ第一段ニ於テ述ヘタル併合罪ノ各種ノ體樣ニ付キ箇箇ニ其手續ヲ說述スル要ナク何レノ場合ニ於テモ併合罪ヲ構成スル各違警罪ノ刑ヲ併科スレハ足ルナリ或ハ曰ク第百二條第一項及ヒ第二項ノ規定ハ必スシモ重罪又ハ輕罪ノ存スル併合罪ノミニ適用スヘキコトヲ明示セス然ラハ當然違警罪ノミ存スル併合罪ニ付テモ亦其適用ヲ有スヘシト單ニ語句ヨリ論スレハ論者ノ言洵ニ理アリト雖モ是レ徒ニ字句ノ末ニ拘泥シタル死解釋ノミ活眼ヲ開キ刑法ノ大主義ヨリ立論スレハ第百二條ノ如キハ此種ノ併合罪ニ其適用ヲ有セサルコト固ヨリ炳焉タリ

第四節　餘論　刑ノ執行

刑ノ執行ニ關スル法則ハ固ヨリ刑法ニ規定スヘキモノニ非ス又刑事訴訟ニ屬スヘキモノニ非ス予ハ純理トシテハ刑ノ執行ニ關スル法則ハ之ヲ一箇特別ノ

法典中ニ規定スヘキモノト信スト雖モ已ムナクシハ之ヲ刑事訴訟法中ニ附置スヘキモノトス而シテ予ハ刑ノ執行ニ關スル獨立ノ法典ヲ得サリシコトヲ惜ムト雖モ民事執行法ヲ民事訴訟法ニ附屬セシムル如ク之ヲ刑事訴訟法ニ附屬セシムル傾向ヲ呈シタルコトハ優ニ刑事法ノ發達ノ第一歩ヲ印シタルモノト言フニ躊躇セス此ノ如ク强制執行法カ民法ニ非ス又ハ民事訴訟法ニ非サル如ク刑ノ執行法ハ刑法ニ非ス又ハ刑事訴訟法ニ非スト雖モ我刑事立法ノ現況ハ未タ此三者ヲ明確ニ區別セス刑ノ執行法ハ刑法及ヒ刑事訴訟法中ニ散在スルヲ以テ理論上刑法當然ノ範圍ニ屬セサルモノト固信スルニ拘ハラス本節ヲ「餘論」ト題シ主トシテ刑法ニ規定シタル刑ノ執行法ヲ論述セントス

刑ノ執行ニハ自ラ刑ノ執行ノ主體及ヒ刑ノ執行ノ客體ノ區別アリ今左ニ其主體及ヒ客體ノ何ナリヤヲ攻究シテ終末ニ刑ノ執行作用如何ヲ論セントス

第一款　刑ノ執行ノ主體

刑ノ執行ノ主體ハ國家ノ主權者ナリト雖モ官制上之ヲ國家ノ行政機關タル檢事ノ職務ト規定シタリ裁判所構成法第六條刑事訴訟法第三二〇條檢事ハ刑ノ執行ニ關スル普通機關ナリ然レトモ唯一ノ刑ノ執行機關ニハ非ス檢事カ刑ノ執行ニ關シ活動スヘキ程度ハ刑事訴訟法第八編第一章裁判執行ニ於テ之ヲ明定セリ今茲ニ其概要ヲ說述スルニ際シ之ヲ死刑ノ執行、自由刑ノ執行、財產刑ノ執行及ヒ名譽刑ノ執行ニ區別スルコトヲ便宜ナリトス

第一　死刑ノ執行　死刑ノ執行ニ關スル機關ハ司法大臣、其刑ヲ言渡シタル裁判所ノ檢事若クハ上告裁判所ヨリ命ヲ受ケタル裁判所ノ檢事、裁判所書記及ヒ司獄官吏ナリトス(刑法第一三條、刑事訴訟法第三二〇條第一項第三一八條、刑法附則第一條)

第二　自由刑ノ執行　自由刑ノ執行ニ關スル機關ハ檢事及ヒ司獄官吏ト爲ス刑事訴訟法第三百二十條第一項ニ曰ク「刑ノ執行ハ其刑ヲ言渡シタル裁判所ノ檢事又ハ上告裁判所ヨリ命ヲ受ケタル裁判所ノ檢事ノ指揮ニ因リ之ヲ爲ス可シ」ト又監視ハ後述スル名譽刑ト同シク唯一定ノ義務ヲ履行セシムルニ止マルヲ以テ其違反者ヲ刑法第百五十五條ノ犯人トシテ檢舉スル外特ニ執行機關ト

謂フヘキモノナシ

第三　財產刑ノ執行　財產刑ノ執行機關ハ檢事及ヒ執達吏ナリ刑事訴訟法第三百二十條第二項ニ曰ク「罰金科料訴訟費用及ヒ沒收物品追徵金ハ檢事ノ命令ニ依リ之ヲ徵收ス可シ」ト執達吏規則第三條ニ曰ク「執達吏ハ法律規則ニ定メタル職務ノ外裁判所及檢事局ノ命令ニ依リ其ノ職務ニ應スル事務殊ニ左ノ事務ヲ取扱フノ義務アリ……第二、罰金科料過料ヲ徵收シ及沒收物品ヲ取上ケ若クハ賣却スルコト」ト

第四　名譽刑ノ執行　名譽刑トハ上述ノ如ク剝奪公權及ヒ停止公權ノ二種ニシテ刑法ニ於テハ此種ノ附加刑ハ宣告ヲ用ヒス當然科セラルヘキモノト爲ス（第三二條乃至第三四條）ヲ以テ別段ノ執行機關ヲ要スル場合ナシ要ハ唯其公權ヲ行使セシメサルコトヲ監督シ違反スル者ハ刑法第百五十四條ノ犯人トシテ之ヲ檢擧スルニ在リ

第二款　刑ノ執行ノ客體

刑ノ執行ノ客體即チ刑ノ執行ヲ受クヘキ者ハ原則トシテハ刑ヲ科セラレタル者即チ科刑ノ客體ナリ科刑ノ客體ノ何ナルヤハ既ニ本章ノ劈頭ニ於テ解說セル所ニシテ今之ヲ再言スル必要ナシト信ス

第三款　刑ノ執行ノ作用

刑ノ執行トハ確定判決ニ依リ科セラレタル刑ヲ實行スル作用ヲ謂フ確定判決ニ依リ科セラレタル刑ノ實行ナルヲ以テ刑ノ執行ヲ爲スニハ必ス(1)刑ヲ科シタル判決アルコト及ヒ(2)其判決ノ確定シタルコトノ二條件ヲ具備スヘキモノトス故ニ刑法第五十條ニ曰ク「刑ハ裁判確定シタル後ニ非サレハ之ヲ執行スルコトヲ得ス」ト刑事訴訟法第三百十七條ニ曰ク「刑ノ執行ハ判決確定ノ後ニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得ス」ト然リ是レ刑ノ執行ニ關スル大則ナリ然レトモ刑法ハ種種ノ除外例ヲ認メ確定判決ヲ以テ科シタル刑ト雖モ其執行ヲ免除シ猶豫シ又ハ其刑ニ未決拘留期間ヲ通算シ若クハ別種ノ刑ヲ執行スル場合ナキニ非ス

第一項　刑ノ執行ニ關スル原則

刑ハ原則トシテ刑ノ判決確定シタル後ニ之ヲ執行ス然レトモ數箇ノ刑ノ判決確定シタルトキハ如何ニシテ之ヲ執行スヘキヤ是レ刑ノ執行ノ順序ニ關スル問題ヲ生スル所以ナリ刑ノ執行ノ順序ニ關シテハ刑法ハ唯第九十五條ノ規定ヲ設クルノミ同條ニ依レハ併科スヘキ數箇ノ刑ノ言渡ヲ受ケタルトキハ

一　先ツ定役ニ服スヘキ刑ヲ執行スヘキモノトシ

二　其ニ定役ニ服スヘキ刑ナルトキ又ハ其ニ定役ニ服セサル刑ナルトキハソノ重キ刑ヲ執行スヘキモノトス

三　罰金、科料ハ上述ノ原則ニ遵ハス之ヲ徵收ス

ト死刑ト無期自由刑トノ執行ノ順序、無期自由刑トノ執行ノ順序等ニ付キ疑似アルヲ免レサルノミナラス罪ノ輕重及ヒ刑ノ輕重ニ付テハ尙ホ異論ヲ生スル餘地アルヘキナリ而シテ刑ノ執行ハ確定判決ノ科シタル刑名及ヒ刑期又ハ刑額ニ依リテ其方法ヲ異ニス故ニ本項モ亦之ヲ四目ニ區分シテ說

明スルヲ便宜ナリトス

第一目　死刑

死刑ノ執行ハ例外トシテ其判決カ確定シタル後ニ於テモ一定ノ手續ヲ經ルニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得ス

死刑ハ刑法第十三條ニ依リ司法卿ノ命令アルニ非サレハ之ヲ執行スルコトヲ得サルヲ以テ死刑ノ言渡確定シタルトキハ檢事ハ刑事訴訟法第三百十三條第一項ニ依リ速ニ訴訟記錄ヲ司法大臣ニ差出スヘク司法大臣ハ恩赦ノ許否又ハ再審若クハ非常上告ノ原因ノ有無等ヲ稽査シ遂ニ執行スヘキモノト爲シタルトキハ懷胎ノ婦女ニ付テハ刑法第十五條ニ從ヒ分娩後一百日ヲ經過スルヲ待チ其他ノ者ニ付テハ直チニ死刑ヲ執行スヘキ命令ヲ爲スヘク死刑執行ノ命令ヲ受ケタル檢事ハ刑事訴訟法第三百十八條第二項ニ依リ三日內ニ其執行ヲ爲スヘキモノトス

死刑執行ノ方法ハ絞首ニシテ(刑法第一二條)檢事、書記及ヒ典獄(刑法附則第一條)

臨檢シ法定ノ人衆ノミ(刑法附則第二條)入場セシメヲ大祀、令節、國祭ノ日以外ニ於テ(刑法第一四條、刑法附則第四條)午前十時前(刑法附則第一條)監獄ニ於テ(刑法一二條)押丁之ヲ決行セシム

第二目　自由刑

第一段　自由刑ノ實質

自由刑ノ主タル目的ハ自由ヲ剝奪スルニ在リ而シテ其自由剝奪ノ程度ニ二樣アリ一ハ囚禁ニシテ一ハ監視ナリ囚禁トハ一定ノ場所ニ囚禁シテ肉體的自由ノ大部ヲ剝奪スル作用ヲ謂ヒ監視トハ居常其行動ヲ監視スル作用ヲ謂フ囚禁ヲ實質トスル自由刑ハ即チ徒刑、流刑、懲役、禁獄、禁錮、拘留ニシテ監視ヲ實質トスル自由刑ハ即チ監視ナリ

第一　囚禁　囚人ハ法定ノ獄衣ヲ著用シ粗雜ナル三食ヲ給與セラレテ一小監房中ニ蹋踞ス夫レ衣食住ハ人生最先ノ欲望ナリ衣ハ輕暖ナランコトヲ欲シ食ハ滋美ナランコトヲ欲シ住居ハ宏壯閑雅ナランコトヲ欲ス而シテ今ハ即チ得ス囚人ハ足其監房ヲ出ツルコトヲ得ス目親戚、故舊ニ接スルコトヲ得ス夫レ豪遊放談ハ人類ノ以テ其鬱悶ヲ遣ル所以ナリ而シテ今則チ能ハス萬般ノ肉體的自由ハ全然剝奪セラレテ而モ其快快タル心神ヲ慰撫スルニ詮ナシ囚人ハ茲ニ最モ甚大ノ痛苦ニ耐ヘ其罪ニ對シテ適當ナル對價ヲ支辨セサルヘカラス而シテ其自由制限ノ範圍ハ監獄則其他ノ法律規則ノ明定スル所ニシテ此等ノ法律規則ノ執行ハ公正且嚴峻ニシテ又道義的熱誠ニ出ツルコトヲ要ス

一　公正ナルヘキコト　行刑ハ國家主權ノ發動ナリ故ニ努メテ個私ノ害心ヲ去リテ公正ニ科刑スルコトヲ要ス法令ニ違ヒ獄則ヲ枉ケ私情ニ依リテ囚人ヲ苛責センカ囚人或ハ法令規則ノ輕侮スヘキモノタルコトヲ解スヘシ何ソ其絶對不可侵ノ威嚴ヲ解スルコトヲ期センヤ

二　嚴峻ナルヘキコト　罪トハ國法ニ背戻シ其制禁ニ違反スル行爲ニシテ囚人トハ國家主權ノ威力ヲ蔑視スル者ナリ故ニ其威力ヲ覺知セシメンニハ法令規則ヲ强制シテ嚴峻ノ待遇ヲ爲ササルヘカラス

三　道義的熱誠ニ出ツルコト　刑ハ主トシテ囚人ヲ懲治シ良民ノ生活ヲ營マ

シメンコトヲ期スルモノ道義的熱誠ニ出ツルニ非サレハ何ソ其目的ヲ遂行スルコトヲ得ンヤ

此三思想ハ所謂博愛主義ノ實現ニシテ行刑ノ理想ナルヲ以テ之ヲ一般ニ囚人ニ適用シテ假借スル所アルヘキニ非ス然リト雖モ囚人ノ特質ニ從ヒ又ハ一般ノ人道ニ依リ多少ノ除外例ヲ認ムルニ至ルモ亦已ムナキナリ故ニ或ハ箇別遇囚主義ヲ實行シ或ハ遊歩及ヒ接見ノ自由ヲ認許シテ以テ囚人ノ痛苦ヲ輕減セシム

(イ) 箇別遇囚　晩近ノ獄制ハ概ネ箇別遇囚主義ヲ採用シ未成年囚ト成年囚、無教育者ト教育アル者壯囚ト病囚及ヒ男囚ト女囚等ヲ區別シテ法令規則ノ範圍内ニ於テ各其待遇ヲ二三ニシ程度ヲ異ニスル自由剝奪ヲ爲スモノトス(監獄則第一一條、第一二條、第一五條、第一七條、第二一條、其他)

(ロ) 行歩　行歩ノ制亦自由剝奪ノ一例外ナリ遊歩ハ心意ヲ和暢セシメ消化作用ヲ敏活ナラシムル最良ノ運動方法ナルヲ以テ囚人ニ對シテモ亦食後遊歩ヲ許シ時ヲ期シテ各別ニ遊歩場内ヲ除行セシム

(ハ) 通信及ヒ接見　社會ト絶縁シ親屬ト離隔スルハ自由刑執行ノ要義ナリ然レトモ其適用嚴峻ニ失センカ則チ囚人ノ慈愛心、愛鄉心ヲ減殺シ又ハ其社會上ノ地位ヲ喪失セシムル恐アリ故ニ此必要ニ基キ二三ノ例外ヲ認メテ社會ト交通スル機會ヲ付與セシム

(1) 通信　通信ニ公信及ヒ私信ノ區別アリ其ニ自由剝奪ノ例外ヲ爲スモノトス公信トハ囚人對官廳間ノ通信ニシテ例ヘハ請願、建白又ハ起訴、應訴等ヲ謂フ請願、建白ノ如キハ所謂臣民ノ政權ヲ行用スルモノニシテ囚人ハ公權ノ行用ヲ停止又ハ剝奪セラルルコトヲ常トス即チ請願、建白等ヲ爲ス權利ヲ有セサルヘシト雖モ民事、刑事ノ爭訟ヲ提起シ之ニ應訴シ官廳ノ訊問ニ應答シ又ハ私權ヲ行用スル如キハ敢テ之ヲ禁遏スヘキモノニ非スト信ス私信ハ其發信ナルト又ハ受信ナルトヲ論セス必ス其期間、度數、通數及ヒ名宛人ヲ限定シテ許可スヘシ而シテ通信ハ常ニ監獄長ノ檢閲ヲ經サルヘカラス監獄長若シ囚人ニ害アル通信ナリト思料セハ則チ之ヲ抑留スルコトヲ得ヘシ夫レ信書ノ祕密ハ國憲ノ保障スル所安ニ此保障ヲ蹂躙スヘ

キニ非ス然レトモ書ハ以テ各人ノ意思ヲ表示スル所以ナリ妄ニ其通信ヲ許可センカ或ハ將來ノ非行ヲ計金シ又ハ逃走ノ非擧ヲ通謀スルコト勿シトセス故ニ必要ニ應シ監獄長ヲシテ專ラ其信書檢閲ノ事務ニ從ハシメ一面ニハ囚人ノ非望ヲ杜絶スルト共ニ一面ニハ信書ノ祕密ノ暴露ヲ防止セントスルナリ(監獄則第三三條第三四條監獄則施行細則第七九條第八〇條)

(2) 接見　接見ノ許可モ亦自由剝奪ノ除外例ニシテ必要ナル程度ニ於テ之ヲ認許セリ即チ接見者ハ囚人ノ近親又ハ保護者ナルヘク法定ノ度數、法定ノ接見時ニ於テ獄内ノ接見室ニ於テ接見スルコトヲ認許スルナリ獄内ノ接見ニハ必ス立會監督アリ相互ノ談話ヲ聽取シテ其通謀ヲ防止セントス即チ通信ノ檢閲ト其趣旨ヲ同シクスルモノナリ立會監督ハ專ラ看守長、看守等ノ管掌スル所ナリト雖モ或ハ監獄長又ハ教師、僧侶ノ列席スルコトヲ妨ケス要ハ囚人ノ通謀ヲ防止シ自愛心ヲ喚起シ以テ改過遷善ノ效果ヲ得セシメントスルニ在リ(監獄則第三五條監獄則施行細則第八一條乃至第八五條)

第二　監視　監視トハ人ノ自由行動ヲ監督スル作用ヲ謂フ故ニ囚禁ノ如ク原則トシテ其自由ヲ剝奪セラルルコトナシト雖モ種種ノ積極及ヒ消極ノ義務ヲ負擔セシム其義務ノ何タルヤハ刑法附則第二十七條、第二十八條、第三十條第二項、第三十一條等ニ之ヲ規定スト雖モ要スルニ警察官署ヨリ種種ノ干渉ヲ受クル義務、動作ヲ謹慎スヘキ義務、居住ヲ明確ニスヘキ義務ニ外ナラス而シテ此ノ如キ實質ヲ有スル自由刑ハ執行期間ノ長短、執行場所ノ遠近及ヒ定役ノ有無ニ依リテ其輕重ヲ區別セリ故ニ左ニ順次ニ自由刑ト期間、自由刑ト場所及ヒ自由刑ト定役トノ關係ヲ明確ニセントス

第二段　囚禁又ハ監視ノ期間

第一　刑期

一　無期徒流刑ハ法律ニ其期間ヲ明定セスト雖モ當然無期ナリトス

二　有期徒流刑ノ刑期ハ刑法第十七條第二項及ヒ第二十條第二項ニ依リ十二

年以上十五年以下ノ期間ニ亘ルモノトス

三　重懲役及ヒ重禁獄ノ刑期ハ刑法第二十二條第二項及ヒ第二十三條第二項ニ依リ九年以上十一年以下ノ期間ニ亘ルモノトス

四　輕懲役及ヒ輕禁獄ノ刑期ハ刑法第二十二條第二項及ヒ第二十三條第二項ニ依リ六年以上八年以下ノ期間ニ亘ルモノトス

五　重輕禁錮ノ刑期ハ刑法第二十四條第二項ニ依リ十一日以上五年以下ノ期間ニ亘ルモノトス但シ第七十條第二項ニ依リ加重シテ七年以下ト爲スコトヲ得

六　拘留ノ刑期ハ刑法第二十八條ニ依リ一日以上十日以下ノ期間ニ亘ルモノトス但シ第七十二條第二項ニ依リ加重シテ十二日以下ト爲スコトヲ得

七　監視ノ刑期ハ各本條ニ於テ之ヲ確定スルコトヲ常則トシテ重罪ノ刑ニ處セラレタル者ニ對シ刑法第三十七條ニ依リ當然科スヘキ監視ノ刑期ハ其重罪ノ刑期ノ三分ノ一ニ等シキ期間トシ死刑及ヒ無期刑ノ期滿免除ヲ得タル者ニ對シ刑法第三十條ニ依リ當然科スヘキ監視ノ刑期ハ五年トシ自首免除ヲ受ケタル者ニ對シ刑法ニ依リ當然科スヘキ監視ノ期間ハ六月乃至三年トス

第二　刑期計算

刑法ハ第一編第二章第五節ニ刑期計算法ヲ規定ス刑期計算法ハ刑中單ニ自由刑ノミニ適用ヲ有スヘキモノニシテ又單ニ其執行ニノミ關スヘキモノナリ故ニ予ハ茲ニ所謂刑期計算法ヲ說明スト雖モ思フニ刑法上期間ノ計算ヲ必要トスルハ必スシモ刑ノ執行ニ付テノミニ非ス時效ニ付テモ亦其必要ヲ見ルヘシ然ラハ立法論トシテハ廣ク期間計算トシテ刑法總則中ニ之ヲ規定スルコトヲ可ナリト爲スヘシ

甲　始期

一　囚禁期間ノ始期ハ囚禁期間ノ始期ハ判決確定ノ日ナリトス從來囚禁期間ノ始期ニ關シテハ解釋論上種種ノ異議アルコトヲ免レスシテ概チ之ヲ三種ノ見解ニ區別スルコトヲ得

(イ)　囚禁期間ノ始期ハ判決宣告ノ日ナリト爲ス見解　刑法第五十一條ニ曰

ク「刑期ハ刑名宣告ノ日ヨリ起算ス」ト學者此明文ニ依據シテ刑法ノ主義ハ判決宣告ノ日ト爲スニ在リト論斷セリ然レトモ若シ此主義ヲ貫徹センカ一方ニハ刑法第五十條ニ依リ刑ハ判決確定シタル後ニ非サレハ之ヲ執行スルコトヲ得サルヲ以テ上訴期間即チ五日又ハ三日ヨリ短期ノ自由刑ハ執行ヲ爲ササルニ先チ其刑期滿了スルニ至ルヘク刑法上到底採用シ得ヘカラサル見解ナリトス蓋シ第五十一條ノ規定ハ主トシテ未決勾留ノ日數ヲ刑期ニ算入シ囚禁期間ノ起算點ヲ定メタルモノニ過キサルヲ以テ必スシモ囚禁期間ノ始期ヲ定メタルモノト謂フヘカラス要スルニ第五十一條ノ規定ハ其語句固ヨリ妥當ヲ缺クト雖モ此語句ニ拘泥シテ刑法ノ囚禁ノ始期ニ關スル主義ハ判決宣告ノ日ト爲スニ在リトスルハ聊カ誤解ノ嫌アルヲ免レス

(ロ)　囚禁期間ノ始期ハ判決確定ノ日ナリト爲ス見解　刑法第五十條ニ依レハ刑ノ執行ハ判決確定後ニ於テ始マルモノトス然ラハ囚禁ヲ爲シ得ヘキ時即チ判決確定ノ時ヨリ其囚禁期間ヲ進行セシムルハ理論上及ヒ實際上最モ適當ノ法制ナルヘシ

(ハ)　囚禁期間ノ始期ハ刑ノ執行ヲ開始シタル日ナリト爲ス見解　此見解ノ依據スル規定ハ刑法第四十九條第二項前段「受刑ノ初日ハ時間ヲ論セス一日ニ算入シ云云」ナリトス然レトモ其根據極メテ薄弱ナルノミナラス理論上ヨリ思考スルモ國家カ其任意ニ執行ヲ延期シテ以テ其始期ノ到來ヲ妨ケ得ル如キ法制ハ決シテ恰好ノ法制ニ非ス予ハ立法論トシテモ又解釋論トシテモ此見解ヲ非トセサルヘカラス

刑法ハ上述ノ如ク刑期ノ原則トシテ判決確定ノ日ニ始マリ刑名宣告ノ日ヨリ囚禁期間ヲ起算スヘキモノトス此原則ニモ上訴アリタル場合ニ於テ除外例アリ刑法第五十一條ニ之ヲ規定ス

(イ)　前判決ノ宣告アリタル日ヲ起點ト爲スヘキ場合

(1)　被告人ノミ上訴ヲ爲シタル場合ニ於テ其上訴正當ナリシトキハ囚禁期間ノ起算點ハ之ヲ前判決ノ宣告アリタル日トス而シテ如何ナル場合ニ於テ被告人ノ上訴正當ナリト謂フヘキヤハ刑事訴訟法上ノ問題ニ屬

スルヲ以テ茲ニ之ヲ論セス

(2) 檢事カ主ナル上訴又ハ附帶上訴ヲ爲シタル場合ニ於テハ上訴ノ正當ナルト否トヲ區別セス囚禁期間ノ起算點ハ常ニ前判決ノ宣告アリタル日トス

(ハ) 後判決ノ宣告アリタル日ヲ起算點ト爲スヘキ場合　被告人ノミ上訴ヲ爲シタル場合ニ於テ其上訴不當ナリシトキハ囚禁期間ノ起算點ハ原則ニ依リ後判決ノ宣告アリタル日トス

而シテ其何レノ場合タルヲ問ハス上訴中保釋又ハ責付セラレタル者ニ付テハ其保釋又ハ責付ノ日數ヲ刑期ニ算入セサルヲ以テ前判決又ハ後判決ノ宣告アリタル日カ保釋又ハ責付中ニ係ルトキハ其保釋又ハ責付ノ止ミタル日ヲ囚禁期間ノ起算點ト爲スヘキナリ(第五一條第三號)而シテ此規定ヨリ類推スルトキハ上述ノ原則ノ如何ニ關セス犯人拘束ヲ受ケスシテ判決ヲ受ケタルトキ例ハヘ不拘留ノ儘判決ヲ受ケタルトキ判決後逃走シタルトキニ於テハ刑期ハ現ニ拘束ヲ受ケタル日ヨリ開始スルモノノ如シ刑法カ上訴アリタル場合ニ付キ認メタル例外ハ近時ノ所謂未決拘留日數ノ算入ナル法制ト稍ヤ其趣ヲ異ニシ其法律上ノ根據ハ正當ナル上訴ヲ奬勵スルニ在リ所謂未決拘留日數ノ算入ノ法制ハ第四項ニ於テ之ヲ述フヘシ

二　監視期間ノ始期　監視モ亦刑ノ一種ニシテ當然第五節ニ刑期計算ノ適用ヲ受クヘキモノナルニ拘ハラス何等ノ規定ヲモ設ケス僅ニ第三節附加刑處分中ノ第四十條ニ於テ其始期ヲ示シタリ同條ニ依レハ監視期間ノ始期ハ原則トシテ主刑ノ終了シタル日ナリトシ二樣ノ例外ノ場合ヲ規定シタリ

(イ) 主刑カ期滿免除ヲ得タル場合ニ於ケル監視期間ノ始期　此場合ニ於テハ監視期間ノ始期ハ逮捕ノ日トス

(ロ) 本刑カ免除セラレタル場合ニ於ケル監視期間ノ始期　刑法ハ「主刑ヲ免シテ止タ監視ニ付シ云云」ト云フト雖モ刑法中此場合ニ當ルヘキモノナシ或ハ本刑ヲ免シテ止タ監視ニ付シ云云ノ誤謬ナランカ此場合ニ於テハ監視期間ノ始期ハ其裁判確定ノ日ナリトス

乙　刑期計算法　刑期計算法ハ第四十九條ニ之ヲ規定ス同條ニ依レハ刑法上

一日ト稱スルハ二十四時ヲ指シ一月ト稱スルハ三十日ヲ指シ一年ト稱スルハ曆年ヲ指ス而シテ始期ニ當ル日ハ二十四時ニ滿タスト雖モ之ヲ一日トシテ計算シ期間滿了シタル日ヲ以テ其刑期ヲ經過シタルモノトス

刑法ハ上述ノ始期ヨリ上述ノ計算法ニ從ヒ刑期ヲ進行セシム然レトモ特定ノ場合ニ於テハ其進行ヲ停止スルモノトシ停止中ノ日數ヲ刑期ニ算入セサルコトアリ

(1) 上訴中ノ被告人保釋又ハ責付セラレタル日數ハ之ヲ刑期ニ算入セス是レ刑法第十一條第三項ノ規定スル所ナリ

(2) 刑ノ執行中逃走シタル囚人ノ逃亡中ノ日數ハ之ヲ刑期ニ算入セス是レ刑法第五十二條ニ規定スル所ナリ

丙　終期　刑ノ終期トハ上述ノ始期ヨリ起算シ上述ノ計算法ニ遵據シテ計算ヲ爲シ其刑期ノ滿了シタル日ヲ謂ヒ固ヨリ一點ノ疑似ナシ刑期終了シタルトキハ刑ヲ執行セス即チ終期ノ翌日ニ於テ或ハ其囚ヲ解キ或ハ其監視ヲ解クモノトス(監獄則第一〇條)

第三段　囚禁又ハ監視ノ場所

第一　囚禁ノ場所

囚禁ノ場所ニ關スル制度ハ監獄學者ノ所謂行刑法ト稱スルモノニシテ大別シテ徒刑制及ヒ監獄制ノ二ト爲スコトヲ得

一　徒刑制　犯罪人ヲ國外ニ追逐シテ以テ遮斷禁壓ノ實ヲ擧ケントスルモノ之ヲ徒刑制ト謂フ或ハ島地ノ獄ニ囚禁シ又ハ荒蕪ノ原野ヲ開拓セシム彼ノ所謂「トランスポーテーション」又ハ「デポルテーション」ノ如キ此制度ニ屬スルモノナリ論者或ハ曰ク囚人頑迷ニシテ竟ニ其悛改ヲ望ムヘカラス縱シ悛改スルモ復タ常人ニ伍スル能ハス寧ロ之ヲ島地ニ追逐シテ社會ノ安寧ヲ維持スルト共ニ島地ノ荒撫ヲ拓殖セシムルニ若カンヤ要スルニ徒刑制度ハ禍ヲ變シテ福ト爲ス良法タルヲ失ハスト然レトモ徒刑主義ノ批難セラルルヤ日既ニ久シク彼ノ「ストックホルム」國際監獄會議モ亦全然之ヲ否認セリ徒刑主義ハ何カ故ニ非ナリヤ

(イ)　德義上ノ觀察――卑劣ナリ　「ホワード」氏曰ク徒刑制度ハ純然タル詐欺ナリ犯罪ノ結果ヲ負擔スヘキ國家本然ノ義務ヲ忌避スルモノナリト今若シ國家ノ頑囚ヲ比鄰ノ地ニ放タンカ鄰邦ハ極力其果措ヲ批難シ終ニ武力ヲ以テ之ヲ爭フヘシ國家ハ爭鬪ヲ敢テスル膽勇ナク乃チ之ヲ弱小武備ナキ自國ノ殖民地ニ派遣ス何ソ夫レ其行動ノ婦女子的ナルヤ要スルニ徒刑制ハ詐欺ニ非スンハ則チ陋劣ナル手段ナリト謂ハサルヲ得ス

(ロ)　法律上ノ觀察――刑ノ性質ニ背馳ス　刑罰ノ性質ハ多多ナリト雖モ其公平ナルヘキコトモ亦其一要件ナリ而シテ今爾リテ徒刑制ノ何タルカヲ見ヨ慕鄕心ノ强弱ハ其苦痛ヲ增減スルモノニシテ頑囚ハ啻ニ其痛苦ヲ感セサルノミナラス或ハ新世界ニ於テ立脚地ヲ作ランカ爲メニ自ラ極惡罪ヲ犯ス者アルニ至ル「ベルトラニー」曰ク流刑ハ刑罰ノ公正主義ニ背戾スト「デスポルト」曰ク犯罪人無智ニシテ事由ヲ解セス以爲ラク新世界ハ以テ幸福ナル生活ヲ爲スニ足ルヘシト乃チ自ラ極惡罪ヲ犯シテ流刑、徒刑ニ處セラレントスル者尠カラスト亦以テ其弊害ヲ知ルニ足ルヘシ

(ハ)　政略上ノ觀察――執行費ハ膨大シ殖民地ハ衰微ス　佛國西ニ於テハ流刑執行ノ爲メニ二億萬フランヲ費消シ而モ未タ何等ノ成果アルヲ見ス流刑執行ハ元來多額ノ費用ヲ要スルモノニシテ一流刑囚ニ對スル執行費ハ以テ五人ノ囚人ヲ內地ノ獄ニ囚禁スルニ足ルヘシ寧ロ此費額ヲ以テ內地ノ監獄ヲ改善修築スルノ優レルニ若カンヤ況ヤ「ヒシデー」ノ言フ如ク自己ヲ利センカ爲メニ他人ヲ傷害シ本國ノ秩序ヲ保タンカ爲メニ領屬地ノ平和ヲ攪亂シ其發達ヲ障礙スルニ於テヲヤ

然ラハ悛改セル輕罪囚ノ如キ或ハ之ヲ島地ニ派遣シテ其發達ヲ助長セシムヘシ頑囚不靈ナル囚人ヲ之ヲ蹂躪スルニ委スルニ至リテハ無策モ亦甚シト謂ハサルヲ得ス

二　監獄制　監獄制トハ犯罪人ノ長嘯及ヒ其感化ヲ目的トシ內地ノ獄ニ囚禁シテ之ヲ疾苦セシムルト共ニ又之ヲ教化セントスルモノナリ監獄制ノ目的既ニ此ノ如シ長嘯主義、感化主義ノ相竝立シテ互ニ其弱ヲ爭フモ亦宜ナラスヤ或ハ曰ク獄內ノ痛苦大ナラシカ囚人ノ頑愚ナルモ何ソ再犯ヲ敢テセンヤ

獄内ハ須ク嚴峻ナラサルヘカラスト或ハ曰ク源水既ニ濁ラハ何ソ克ク其下流ノ清ヲ期センヤ犯罪ヲ禁壓シ撲滅センニハ先ツ囚人ヲ精神的ニ改造セサルヘカラス囚人ノ心意ニシテ舊ノ如ケンカ千百ノ科罰モ亦何ノ用アカ爲サン監獄ハ宜シク囚人ノ教化場タルヘシト近時ニ至リ開明諸國ハ皆此二主義ヲ融和シ折衷主義ヲ採用セリト雖モ其折衷ノ程度ハ必スシモ同一ナラス長嘯ヲ主トシ感化ヲ從トスルモノアリ又ハ感化ヲ先ニシ長嘯ヲ後ニスルモノアリ行刑制ノ區區タル所以ナリ

(イ) 雜居制及ヒ其變體　囚人ヲ雜居セシムルモノ之ヲ雜居制ト謂ヒ囚人ヲ彙類シ數團ニ分チテ雜居セシムルモノ之ヲ彙類制ト謂ヒ勞作ノ勤怠ヲ採點シ其得點ノ多寡ニ因リテ囚人ノ刑期ヲ伸縮スルモノ之ヲ採點制ト謂フ雜居制ハ國家社會最先ノ囚禁主義ニシテ其執行最モ簡易ナリト雖モ亦遂ニ粗笨ノ譏ヲ免ルルコト能ハス宜ナル哉現時純タル雜居制ヲ謳ムル者ナキコト、彙類制トハ雜居制ニ沈默制ヲ加味セル一變體ナリ一定ノ標準ニ基キテ罪囚ヲ彙類シ各特殊ノ囚禁ヲ爲スモノニシテ採點制トハ囚人ノ自利心ヲ利用シテ以テ其悛改ヲ企圖スルモノナリ雜居制ノ弊害ハ囚人相互ノ交通ヲ遮斷シ得サルニ在リ而シテ囚人相互ノ交通ヨリ生スル無數ノ惡弊ハ概キ左ノ如シ

(1) 在監中ノ弊害

(イ)姦淫　囚人相約シテ姦淫ス淫猥ノ風全監ニ行ハレ幼囚ノ如キ終夜一睡タニ結ヒ難キコト少カラスト云フ

(ロ)反抗　十數人一房内ニ集團シテ寢食ヲ共ニス囚人モ亦人ナリ互ニ其同情ヲ交換シ相依賴シテ以テ獄吏ニ反抗ス破獄逃走放肆等ノ惡弊ハ皆其共謀ノ結果タルヲ知ラハ雜居的獄制ノ價値亦斷シ難カラス

(ハ)犯罪ノ傳染　囚人以爲ラク監獄支署ハ犯罪人ノ小學校ナリ監獄署ハ其中學ニシテ集治監ハ其大學校ナリ足一度大學ノ地ヲ踐マスンハ犯罪ノ事以テ語ルニ足ラスト乃チ頑凶ナル者自ラ勢威ヲ得或ハ兇行ヲ挑發シ又ハ其方法ヲ示導ス犯罪學校ナラスト謂フヲ得ンヤ

(2) 出監後ノ害弊　囚人互ニ相議リ其住所職業等ヲ語ル故ニ出獄後ニ至

リテモ猶ホ其交通ヲ絶タス相往來スルニ難カラス頑囚獄ヲ出テテ營生ノ業ナキニ苦ミ或ハ惡友ト計リテ犯罪ヲ再ヒシ又ハ悔悟セル者ヲ脅迫ス雜居制ハ再犯防止ノ觀念ニ背馳スルモノナリ

雜居制ノ害弊夫レ此ノ如シ然リト雖モ(一)沿革ニ應スルコト(二)管理ニ便ナルコト(三)費額ノ寡少ナルコト(四)囚人ノ心神又ハ身體ヲ傷害セサルコト等ノ利便アリ未タ全ク其價値ヲ沒却スルニ至ラス況ヤ彙類的雜居制ニ於テハ其害弊ノ大半ヲ除却シ得ヘキニ於テヲヤ要スルニ彙類的雜居制ハ實際ニ劃切ナル行刑法ニシテ又現時最モ普通ナル獄制ナリ

(ロ)分房制及ヒ其變體　分房制トハ一ニ獨居法又ハ隔離法ト謂ヒ各囚人ヲ一室ニ囚禁スル制ナリ而シテ分房制ニモ亦自ラ寬嚴ノ差異ナキ能ハス

(1)寢房、勞役場、教育場等ニ論ナク全然囚人ヲ隔離スルモノ

(2)格別ノ寢房ニ起臥セシムト雖モ其勞役場、教育場、遊歩場等ヲ離隔セサルモノ

(3)夜間ハ獨房ニ眠リ晝間ハ沈默シテ共同勞作ニ就カシムルモノ

(1)及ヒ(2)ハ分房制ノ兩極端ニシテ(3)ハ其折衷即チ沈默制ト稱スルモノナリ分房制ハ雜居制ノ惡弊ヲ除却スルニ足ルヘシト雖モ亦固有ノ短所ナキ能ハス

(イ)囚人ノ心神ヲ傷害ス　人ハ社會的動物ナリ一日モ伴侶ナカルヘカラス而シテ分房制ハ此社交性ヲ無視スルモノ囚人ノ心神ヲ傷害シ肺勞癆呆又ハ癲狂等ノ病者ヲ出スコトアルモ亦宜ナラスヤ

(ロ)建築費ノ膨大ヲ免ルル能ハス　建築粗造ナレハ以テ交通遮斷ノ目的ヲ達スル能ハス建築堅固ナレハ其費額モ亦膨大スヘキナリ

或ハ曰ク沈默制ハ分房制ノ長所ヲ採リ而モ雜居制ノ弊害ヲ除却セシモノニ非スヤト大ニ然ラス沈默制ハ啻ニ其實施ノ困難ナルノミナラス又雜居制、分房制ノ長所ト弊所トヲ繼承セルモノナリ晝間雜居ノ制ニ至リテハ寧ロ雜居制ノ一變態ナリトスヘク既ニ分房制ノ本旨ニ背戻セリ要スルニ分房制及ヒ其變態ハ未タ良好ナル行刑法ナリトハ謂フヘカラス

(ハ)折衷制　沈默制及ヒ彙類制ハ分房制ノ一變體ナリ未タ其折衷ナリト謂

フヘカラス竊ニ思フ雜居分房ノ折衷ハ所謂階級制ナリト階級制ハ先ツ愛蘭ニ發生シ英蘭ニ及ヒ延テ歐洲全土ノ獄制ヲ風靡セシタタルモノニシテ克ク第十七世紀以來ノ大問題――行刑制論ヲ終局セシメタリ

階級制トハ囚人ノ刑期ヲ四時期ニ區分シ第一期ヲ分房行刑期第二期ヲ雜居行刑期第三期ヲ過渡行刑期第四期ヲ假出獄期ト爲スモノナリ蓋シ階級制ノ基礎ハ考試及ヒ秩序ノ觀念ニシテ囚人ノ性行ヲ査定シテ悛改ノ有無ヲ考試シ其四禁ヲ融和シテ徐ニ出獄ノ準備ヲ爲サシムト云フニ在リ乃チ分房ノ嚴峻ナルモノヨリ徐ニ雜居過渡等ノ寛和ナルモノニ移リ遂ニ假出獄ノ恩典ニ浴セシムルニ至ル秩序井然トシテ漸次良民ノ域ニ近迫セシム而シテ素行修ラス悛改ノ實ナキ者ノ如キハ適宜其階級ヲ上下シ或ハ全刑期中分房ニ囚禁スルコトアリト云フ「ベンザム」曰ク境遇ノ激變ハ再犯ヲ誘起スル弊ナキ能ハスト階級行刑制ハ最モ理論ニ合スルモノト謂フヘシ或ハ曰ク階級制ハ學者ノ空想ナリ採リテ以テ實際ノ獄制ト爲スヘカラスト夫レ法制ハ未ナリ執行官ハ本ナリ法制ハ克ク事急ニ應スト雖モ好適ノ執行官アルニ非サレハ何ソ其成果ヲ收ムルコトヲ得シヤ階級制ノ行ハレ難キハ司獄官吏ノ罪ナリ未タ以テ階級主義制自體ヲ輕重スルニ足ラスト信ス

刑法ハ徒刑制ト監獄制トヲ併用シタリ徒刑囚及ヒ流刑囚ニ對シテハ徒刑制ヲ適用シ(刑法第一七條第一項第二〇條第一項)其他ノ懲役禁獄禁錮及ヒ拘留ノ囚ニ對シテハ監獄制ヲ採用シタリ(刑法第一八條第二二條第一項第二三條第二項第二四條第一項第二八條)然レトモ徒刑制ハ單ニ理論上妥當ナラサルノミナラス我國ノ如キハ別ニ植民地又ハ島地ト稱スヘキモノヲ有セサルヲ以テ實際上徒刑囚又ハ流刑囚ト雖モ之ヲ島地ニ派遣セサルコトアリ寧ロ此法制全部ヲ廢止スルノ優レルニ若カス

第二　監視ノ場所

監視ニ付テハ監視ノ場所ハ刑ヲ輕重スル所以ニ非スト雖モ法律ノ定ムル所ニ從ヘハ監視ノ場所ニ二アリ二ハ被監視人ノ選定シタル住居地ニシテ二ハ監獄內ノ別房ナリトス

一　被監視人ノ選定シタル住居地　刑法附則第二十二條ニ曰ク監視ニ付スヘキ者ハ豫メ其住所ヲ定メシメ(1)主刑ノ執行ヲ終リタル時典獄ヨリ最近ノ警察署ニ護送シ警察署ヨリ住居ノ地ノ警察署ニ送致シ監視ヲ執行セシム但(2)主刑ノ期滿免除ヲ得タル者又ハ(3)主刑ヲ免シ止タ監視ニ付スル者ハ其裁判所ノ檢察官ヨリ護送スヘシト即チ被監視人ノ選定シタル住居地ハ原則トシテ監視ノ執行地タルモノトス

二　監獄内ノ別房　刑法附則第三十二條ニ曰ク監視ニ付スル者住居ナク及ヒ引取人ナキ時ハ其期限間監獄中ノ別房ニ留置シ工業ヲ爲サシメ又ハ使役ニ供ス住居遠地ニ在テ歸著スル資力ナキ者亦同シ」ト別房留置ハ別房留置ニシテ最早監視ニ非スト立論スル餘地ナキニ非スト雖モ其性質ハ少クトモ監視ニ代ヘ執行セシムルモノナルヲ以テ之ヲ廣義ノ監視ト謂フコトヲ得ヘシ然ラハ監獄内ノ別房ハ例外トシテ監視ノ執行地タルモノトス然レトモ是レ唯例外ノ場合タルニ止マルヲ以テ同附則第三十三條ニハ「監獄中ノ別房ニ留置シタル者期間内引取人ヲ得又ハ住居ノ地ニ歸著スル資力ヲ得タル時ハ其地ニ送致シテ殘期ノ監視ヲ執行セシム可シ」ト規定シタルナリ

第四段　囚禁又ハ監視ノ定役

勞役ハ人生ノ本務ニシテ人類ハ一日モ拱手徒座スヘキニ非スト雖モ難ヲ避ケ易ニ就キ勞働ヲ厭忌シ安逸ヲ欲スルハ人類ノ弱點ナリ滔滔タル放慾懶惰ノ輩相率キテ遊民ノ群ニ投シ終ニ殺傷、姦盜ノ法禁ヲ犯スニ至ルハ比比皆然リ故ニ勞働ヲ强制スルハ一方ニ痛苦ヲ與フル所以ニシテ又一方ニハ改過遷善セシムル所以ナリ故ニ刑法ハ定役ノ有無ヲ以テ自由刑ヲ輕重スル一箇ノ標準ト爲シタリ

一　無期又ハ有期ノ徒刑　刑法第十七條第一項第十八條及ヒ第十九條ハ徒刑囚ニハ必ス定役ヲ科スルモノトス唯囚人ヲ齡六十歲ニ滿ツル者ハ通常ノ定役ヲ科セスシテ體力相當ノ定役ヲ科スルコトヲ爲シタリ

二　無期又ハ有期ノ流刑　刑法第二十條ハ流刑ノ囚ハ其有期タルト無期タルトヲ論セス定役ヲ科セサルモノトス

三　懲役　刑法第二十二條ニ依レハ懲役ノ囚ニハ定役ヲ科スヘキモノトス而シテ其六十歳ニ滿ツル者ニ付テハ徒刑ニ於ケルト同一ノ特典ヲ設ケタリ

四　禁獄　刑法第二十三條ハ禁獄ノ囚ニハ定役ヲ科セサルモノトス

五　禁錮　刑法第二十四條ニ於テ重禁錮囚ニハ定役ヲ科シ輕禁錮囚ニハ定役ヲ科セサルモノトス

六　拘留　刑法第二十八條ハ拘留囚ニハ定役ヲ科セサルモノトス

七　監視　被監視人ハ其本質上ハ固ヨリ定役ニ服スヘキニ非スト雖モ別房ニ於テ監視ヲ執行スル者ハ刑法附則第三十一條ニ依リ工業ヲ爲シ又ハ使役ニ應スル義務ヲ有スルモノトス

而シテ如何ナル勞働ヲ定役ト爲スヘキヤ其報酬ハ如何ニスヘキヤ等ハ監獄學上ノ問題ニ屬スルヲ以テ今之ヲ說カス

第三目　財產刑

刑法上財產刑トハ主刑タル罰金、科料附加刑タル罰金及ヒ沒收ノ四トス

一　罰金　罰金ハ其主刑タルト附加刑タルトヲ問ハス裁判確定後一月內ニ之ヲ納完セシメテ之ヲ執行スヘキハ刑法第二十七條及ヒ第四十二條ノ規定スル所ナリ

二　科料　科料ハ第三十條ニ依リ判決確定ノ日ヨリ十日內ニ之ヲ納完セシメテ之ヲ執行ス

三　沒收　沒收ノ執行ハ實際ニ沒收ヲ爲スニ在リ

而シテ其一月內ト云ヒ又ハ十日內ト云フ其計算法ハ主トシテ刑期計算法ト同一ニ之ヲ爲スヘシト雖モ此等ノ期間ハ刑期ニ非サルヲ以テ直接之ヲ適用スルコトヲ得ス刑法ノ缺點ト謂ハサルコトヲ得ス

第四目　名譽刑

刑法上名譽刑トハ剝奪公權停止公權ヲ謂フ此種ノ刑ノ執行ハ唯事實上無期ニ公權ヲ剝奪シ又ハ有期ニ之ヲ停止スルニ在リテ特ニ其執行ヲ爲スヲ要セス而シテ若シ其剝奪又ハ停止中ナルニ拘ハラス私ニ公權ヲ行用シタル者ハ刑法第

百五十四條ニ依リ主刑トシテ一月以上一年以下ノ重禁錮及ヒ附加刑トシテ二圓以上十圓以下ノ罰金ニ處セラルルモノトス

第二項　刑ノ執行ノ免除

第一目　刑ノ時效

第一　刑ノ時效ノ意義及ヒ效力

時效トハ時ノ經過ノ效力ノ謂ニシテ刑事法上ニ於ケル時ノ經過ノ效力ヲ刑事時效ト謂フ刑事時效ニ二種アリ訴追ノ時效及ヒ刑ノ執行ノ時效是ナリ訴追ノ時效トハ犯罪後一定ノ時ノ經過ニ依リ公訴ヲ提起シ能ハサラシムル效力ヲ謂ヒ「ベルチル」ノ如キハ之ヲ刑ノ消滅原由ノ一ナリト爲シ「リスト」ノ如キハ國家ノ科刑請求權ノ消滅事由ノ一ト爲シ「マイエル」ノ如キハ可罰權ノ消極的條件ノ一ナリト爲シ共ニ刑法ノ範圍ニ屬スルモノト斷定セリ訴追ノ時效ハ公訴ノ成立ヲ障礙スルヲ以テ當然刑ヲ科スル能ハスト雖モ刑ヲ消滅セシムルト謂フヘカラス又科刑ノ條件ナリト云フハ妥當ニ非ス訴追ノ時效ハ國家ノ科刑請求權ヲ消滅セシムト雖モ予ノ見解ニ依レハ刑法ハ科刑ヲ規定スルモノニシテ國家ノ科刑請求權ヲ規定スルモノニ非ス要スルニ訴追ノ時效ノ說明ハ刑事訴訟法ニ屬スヘク刑法ニ屬スルモノニ非ス第一項

刑ノ執行ノ時效即チ刑ノ時效又ハ刑法ニ所謂期滿免除トハ一定ノ時ノ經過ニ依リ科セラレタル刑ノ執行權ヲ消滅セシムルモノニシテ換言スレハ刑ノ執行ノ免除ノ一事由タリ刑ノ執行ノ時效ノ根據ニ付テハ種種ノ異說アルヲ免レス

(1) 或ハ行爲者ハ其日時內悔悟又ハ發覺ノ畏怖等ニ因リ刑ト同一若クハ刑以上ノ痛苦ヲ受ケタルコトニ在リト曰フ者アリ

(2) 或ハ行爲者ハ其日時內ニ十分懲戒セラレタルコトニ在リト曰フ者アリ

(3) 或ハ罪ノ證據特ニ防禦的證據カ其日時內既ニ減退セルコトニ在リト曰フ者アリ

(4) 科刑セサルヘカラサル必要アルニ拘ハラス科刑セサリシ事實ナルヲ以テ法律自體ニ於テ此低調ヲ調和セサルヘカラサルコトニ在リト曰フ者アリ

要スルニ主要ナル根據ハ「リスト」ノ曰フ如ク權利ヲ創設シ又權利ヲ消滅セシム

ル如キ時ノ神祕的勢力ニ在ラスシテ一般ノ原則ヲ論理的ニ遂行スルコトヲ目的トセスシテ實際的目的ヲ實現スルコトヲ目的トスル法律秩序カ事實ノ力ヲ斟酌シタルコトニ在リ換言スレハ時ノ抹消的效力ニ在リ而シテ此條件以外ニ他ノ條件ヲ附加セントスルハ法律全般ニ亘ル時效ノ根據ヲ說明スル所以ニ非ス蓋シ時ハ抹消的效力ヲ有スルヲ以テ一定ノ時ノ經過シタル後ハ刑ヲ科スルモ「ストーース」「リスト」ニ依レハ其目的ヲ達シ難キニ至ルヘク「マイエル」ニ依レハ其目的ヲ達シ難キノミナラス又正義ニモ反スルニ至ルヘク隨テ訴追ノ時效及ヒ刑ノ執行ノ時效ヲ法律上認メサルヘカラサルニ至ルナリ

刑ノ執行ノ時效ノ效力ハ犯罪事實ノ存在ヲ抹消スルニ在ラスシテ單ニ刑ノ執行權ヲ消滅セシムルニ在リ然リト雖モ刑ノ執行權ト曰フモ剝奪公權停止公權、監視及ヒ禁制物ノ沒收以外ノ刑ニ付キ曰フモノニシテ前顯ノ四種ノ附加刑ハ竟ニ時效ヲ得ルコトナシ(第六〇條第一項)

第二　時效期間

一　時效期間ハ刑法第五十九條及ヒ第六十條第二項第三項ニ之ヲ規定ス

(1)　死刑ニ付テハ三十年
(2)　無期徒流刑ニ付テハ二十五年
(3)　有期徒流刑ニ付テハ二十年
(4)　重懲役重禁獄ニ付テハ十五年
(5)　輕懲役輕禁獄ニ付テハ十年
(6)　禁錮罰金ニ付テハ七年
(7)　拘留科料ニ付テハ一年
(8)　附加刑ノ罰金ニ付テハ其主刑ノ時效期間
(9)　禁制物以外ノ沒收ニ付テハ五年

二　期間計算

(1)　始期　刑ノ時效ノ始期(刑法第六一條)ハ原則トシテハ刑ノ執行ヲ逃レタル日ナリトス故ニ一旦拘束ヲ受ケタル者逃走シタル場合ニ於テハ當然其逃走ノ日ナリトス然レトモ此原則ニモ亦例外アリ闕席判決ニ依リ宣告セラレタル刑是ナリ此場合ニ於テハ其宣告ノ日ヲ其執行ノ時效ノ始期ト爲

(2) 計算法　刑法ハ別ニ時效期間ノ計算法ヲ規定セス乃チ其計算ハ條理ニ依リ刑期計算法ヲ類推シテ之ヲ爲ス外ナシト雖モ條理上ノ計算法ハ蓋シ刑法第四十九條ノ刑期計算法ト大差ナカルヘシ

(3) 終期　時效期間ハ上述ノ計算法ニ依リ上述ノ始期ヨリ計算シテ以テ之ヲ知ルコトヲ得ヘク敢テ其說明ヲ必要トセス

第三　時效ノ停止

刑法改正案(第四〇條)ニ曰ク「時效ハ法律ニ依リ刑ノ執行ヲ猶豫シ又ハ之ヲ停止シタル期間內ハ進行セス」ト是レ學者ノ所謂時效ノ停止ヲ認メタルニ外ナラス同案參考書ハ同條ノ理由トシテ曰ク「時效ハ不法ニ刑ノ執行ヲ免レタル者ノ爲メニ之ヲ設クルモノナレハ正當ニ其執行ヲ免レタル日數ハ之ヲ時效期間ニ計算スルコトヲ得ス故ニ刑ノ執行ノ猶豫若クハ其停止又ハ假出獄中ノ日數ハ之ヲ時效ノ期間ニ算入セサル旨ヲ明確ニシタルモノトス」ト蓋シ至當ノ法制ナルヘシ刑法ハ停止ニ關シ何等ノ明文ヲ設ケスト雖モ第五十八條ハ明カニ「刑ノ執行ヲ遁レタル者」ト曰フヲ以テ不文ノ中ニ時效ノ停止制ヲ容認セルモノト思料ス但刑法上時效ノ停止スル場合ハ最モ稀有ナルヘキモ理論上死刑ニ付キ司法大臣カ三十年間其執行ヲ命セサリシ場合、有期、無期ノ流刑ニ處セラレタル者ノ免幽閉中ニ二十五年又ハ二十年ヲ經過シタル場合ニ付キ豫想スルコトヲ得ヘシ

第四　時效ノ中斷

刑法ハ第六十二條ニ於テ時效中斷ノ法制ヲ認ム時效ノ中斷トハ時ノ經過ノ效力ヲ消滅セシムル作用ヲ謂フ中斷ノ原因ハ理論上刑ノ執行行爲ヲ爲スヲ以テ足レリトスヘシト雖モ刑法ハ單ニ執行行爲ヲ爲スノミヲ以テ足レリトセスシテ明カニ特ニ被告人ノ逮捕狀ヲ發スヘキコトヲ規定セリ蓋シ體刑ニ付テハ其執行行爲ト謂フモノ多クノ場合ニ於テ逮捕狀ヲ發スル行爲ナルヘシト雖モ財產刑ニ付テハ其執行行爲トシテ逮捕狀ヲ發シ得ル場合ヲ生セス然ラハ刑法ハ財產刑ノ時效ニ付テハ其中斷ヲ認メサル如シト雖モ財產刑ニ付キ時效中斷ノ制ヲ認メサル理由ナキヲ以テ類推ニ依リ自由刑ニ於ケル逮捕狀ト同一ノ地位

ヲ有スル財産刑ノ完納命令書ノ發布ヲ以テ時效ノ中斷ト認ムベキカ(會計法第一九條參照)

第二目　恩典

第一　大赦　憲法第十六條ニ依レハ天皇ハ大赦ヲ命スルコトヲ得而シテ法律上此天皇ノ大赦ニ對シ何等ノ制限ヲ加ヘサルヲ以テ天皇ハ自由ニ大赦ヲ爲スコトヲ得ヘク必スシモ一定ノ原因ノ存在ヲ必要トセス然レトモ外國一般ノ慣例ニ依レハ大赦ハ主トシテ國事罪ニ付テノ恩典ナル如シ

大赦ノ效力モ亦天皇ノ自由ニ指定シ得ル所ナリ然レトモ刑法第九十七條ニハ「大赦ニ因テ免罪ヲ得タル者ハ再ヒ罪ヲ犯スト雖モ再犯ヲ以テ論スルコトヲ得ス」ト曰ヒ間接ニ裁判言渡ノ效力ヲ全滅セシムルコトヲ示シタリ然ラハ刑ノ執行權ノ如キハ大赦ニ因リ免除セラレ得ルコト勿論ナリトス而シテ裁判言渡ノ效力ヲ全滅セシムルヲ以テ大赦ヲ受ケタル罪ハ法律上罪タル效力例ヘハ累犯ノ條件タル效力ヲ有セサルヤ明瞭ナリ

第二　特赦　憲法第十六條ニ依レハ天皇ハ特赦ヲ爲スコトヲ得特赦トハ罪ニ對セスシテ人ニ對ス即チ特定ノ人ニ存スル人的事由ニ依リ付與セラルル恩典ニシテ其效力ハ唯刑ノ執行全部ヲ免除スルニ止マルモノトス

第三　減刑　憲法第十六條ニ依レハ天皇ハ減刑ヲ命スルコトヲ得減刑トハ刑ノ執行ノ一部ヲ免除スルモノ學者或ハ特赦ト共ニ之ヲ廣義ノ特赦ト稱スル者アリ其效力ノ如キハ全然特赦ニ同シ

第四　復權　憲法第十六條ニ依レハ天皇ハ復權ヲ命スルコトヲ得ト復權ハ公權剝奪ノ執行ノ免除ナリ執行ノ免除ナルヲ以テ固ヨリ科刑前ノ原狀ニ復セシムルモノニ非ス復權ニ二樣アリ一ハ他ノ恩典ニ附帶シテ復權ヲ得ル場合一ハ特ニ復權ヲ得ル場合ナリ刑法第六十四條ニ曰ク「大赦ニ因テ免罪ヲ得タル者ハ直チニ復權ヲ得特赦ニ因テ免罪ヲ得タル者ハ赦狀中記載スルニ非サレハ復權ヲ得ス」ト然ラハ大赦アリタル場合及ヒ特赦狀ニ於テ復權ヲ命シタル場合ハ第一種ニ屬シ刑法第六十四條第二項ニ依リ當然監視ヲモ免セラルルモノトス第二種ニ在リテハ復權ハ必ス勅裁ニ出ツヘク(第六五條)且必ス法定ノ條件ヲ具備

セサルヘカラス條件ハ第六十三條ノ規定スル所ニシテ主刑ノ執行ヲ終リ若クハ主刑ノ時效ヲ得タル場合ニ於テハ其捕ニ就キタル日、本刑ヲ免除セラレ止タ監視ニ付スヘキ場合ニ於テハ裁判確定ノ日ヨリ五年ヲ經過スルコトナリ而シテ此條件ハ勅裁ニ依リテ復權ヲ命シ得ヘキ條件ナリ勅裁ニ依リ復權ヲ得ヘキ條件ニ非サルコトニ注意スヘシ

第三項　刑ノ執行ノ猶豫

第一目　總說

刑ノ宣告アリタルニ拘ハラス之ヲ執行セサル第二ノ除外例ハ即チ刑ノ執行ノ猶豫ナリトス刑ノ執行ノ猶豫ニ二樣アリ一ハ刑ノ執行全部ノ猶豫即チ所謂執行猶豫ニシテ一ハ刑ノ執行ノ一部ノ猶豫即チ所謂假出獄、免幽閉ナリ假出獄、免幽閉ノ性質ハ刑ノ執行一部ノ免除ナリヤ又ハ刑ノ執行ノ一部ノ猶豫ナリヤニ付テハ學者間ニ一定ノ見解ナシ然レトモ假出獄、免幽閉ハ要スルニ刑ノ執行ヲ停止シ一定ノ條件ヲ履行スルトキハ之ヲ免除シ履行セサルトキハ新ニ殘餘ノ刑ノ執行ヲ命スルモノナルヲ以テ或ハ所謂執行猶豫ト共ニ之ヲ條件附免除ト曰ヒ得ヘカラサルニ非スト雖モ既ニ所謂執行猶豫ヲ刑ノ執行ノ猶豫ト爲シタリトセハ假出獄、免幽閉モ亦之ヲ刑ノ執行ノ一部ノ猶豫ト爲スコト妥當ナルニ非サルカ此見解ニ基キ予ハ假出獄、免幽閉ヲ刑ノ執行ノ一部猶豫ト斷定シタリ

第二目　執行猶豫

執行猶豫トハ特定ノ刑ヲ科シタルニ拘ハラス一定ノ條件ヲ履行セサル時マテ其刑ノ執行ヲ猶豫スル法制ヲ謂フ此法制ハ先ツ千八百七十八年北米合衆國「マサチセッツ」州ニ於テ考試制ナル名稱ニ依リ創始セラレ千八百八十七年八月八日ノ法律「初犯者ノ考試法」ニ依リ英吉利ニ、千八百八十一年三月二十七日ノ法律ニ依リ佛蘭西ニ其他白耳義ニ、墺太利ニ、瑞西刑法案ニ、伊太利及ヒ那威ノ特別法ニ匈牙利刑法ノ改正法律案等ニ繼受セラレタルモノニシテ其法律上ノ根據ハ假出獄ト同シク單ニ刑事政策ニ在リテ刑法上ノ大則ニ違背スルモノナルヲ免レ

ス刑ノ執行猶豫ノ法定條件ハ各國ノ成例各、其見ル所ヲ異ニシ之ヲ約言シ難シト雖モ今純理ニ據リ其大要ヲ叙述スヘシ條件ハ(1)刑ニ關シ且(2)事前ノ經歷ニ關ス

第一　刑ニ關スル條件　執行猶豫ハ單ニ刑事政策ニ根據スルモノナルヲ以テ公益ヲ害スルコト甚大ナル罪ニ付テハ固ヨリ之ヲ許與スヘキニ非ス生命刑及ヒ長期ノ自由刑ノ執行猶豫ヲ認ムルコトヲ得サル所以ナリ執行猶豫ハ單ニ刑事政策ニ根據セルモノナルヲ以テ其實益ナキ刑ニ付テハ之ヲ許與スヘキニ非ス財産刑ノ如キハ其執行ヲ猶豫スルモ特殊ノ效果アルヲ見ス財産刑ノ執行猶豫ヲ認メサル所以ナリ而シテ名譽刑ハ附加刑ニシテ主刑タラス然ラハ執行猶豫ハ單ニ短期自由刑ニ付テノミ之ヲ認ムヘキナリ刑法改正案第三一條)ハ執行猶豫ヲ得ヘキ刑ハ一年以下ノ禁錮又ハ六月以下ノ懲役ト規定シタリ

第二　從前ノ經歷ニ對スル條件　從前ノ經歷ノ如何モ亦執行猶豫許否ノ標準タリ蓋シ執行猶豫ノ如キハ多クハ初犯者ニ對シ之ヲ許與スルニ利アリテ累犯者ニ對シテハ之ヲ許與セサルコトヲ可トス故ニ執行猶豫者ノ從前ノ經歷ニ關シテモ多クハ前科ナキコトヲ必要ト爲セリ刑法改正案第三一條)ハ「前ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトナキ者」「前ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトアルモ其執行ヲ終リ又ハ其執行ノ免除ヲ得タル日ヨリ十年以内ニ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコトナキ者」ノミニ付キ之ヲ許與スヘキモノトセリ蓋シ一般ノ學說ヲ採用シタルニ外ナラス

執行猶豫ノ效力ハ(1)裁判確定ノ日ヨリ一定ノ期間内其執行ヲ猶豫シ(2)一定ノ事實發生シタルトキハ執行猶豫ハ之ヲ取消サルルモノトシ(3)其期間内執行猶豫ヲ取消サレサリシトキハ刑ノ執行ヲ免除シ又ハ刑ノ言渡ノ效力ヲ消滅セシムルニ在リ刑法改正案ハ第一ノ效力ニ付テハ(第三一條)二年以上五年以下ノ期間ト規定シ第二ノ效力ハ(第三三條(一)更ニ罪ヲ犯シ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルトキ(二)猶豫ノ言渡前ニ犯シタル他ノ罪ニ付キ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルトキ若クハ(三)猶豫ノ言渡前十年間ニ於テ他ノ罪ニ付キ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタルコト發覺シタル場合ニ付テノミ之ヲ認メ第三ノ效力ニ付テハ(第三四條)刑ノ執行ヲ免除スル旨ヲ規定シタリ然レトモ刑ノ執行猶豫ノ法定條件及ヒ其

效力ハ必ス刑法改正案ノ法制ノ如クナリト誤解スヘカラス其大體ノ主義ニ於テ又ハ其細密ノ規定ニ於テ各國ノ成例ハ各〻特殊ノ立法ヲ爲シタリ予ハ唯茲ニ刑法改正案ノ法制ヲ參考トシテ擧示セシノミ此法制ニ對シテハ尙ホ種種ノ點ニ於テ別種ノ見解ヲ有スル者ト知ルヘシ

第三目　假出獄

假出獄ノ制ハ先ツ英吉利ニ於テ創始セラレ尋キテ索遜、北部獨逸、獨逸帝國、佛蘭西千八百八十五年ノ法律、白耳義千八百八十八年五月三十一日ノ法律、伊太利千八百八十九年ノ刑法、墺太利刑法案、瑞西刑法案等ニ繼受セラレタルモノニシテ其法律上ノ根據ハ執行猶豫ト同シク刑事政策ニ在リテ存ス刑法ハ假出獄ハ流刑及ヒ拘留以外ノ自由刑ニノミ適用ヲ有スルモノト爲ス蓋シ假出獄トハ特ニ監獄外ニ出ス處分ナルヲ以テ刑ノ本質上監獄內ニ拘置セサルモノニ付テハ假出獄ヲ認ムヘキニ非ス死刑又ハ罰金刑ニ付キ假出獄ヲ認メサル所以ナリ假出獄ハ長期刑ニ付テノミ其效力ヲ有スヘシト雖モ短期刑ニ付テハ固ヨリ其必要ナシ拘留刑ニ付キ假出獄ヲ認メサル所以ナリ而シテ流刑ニ付テハ刑法ハ別ニ免幽閉ノ制度ヲ認メタリ

刑法ノ假出獄ヲ許可スル條件(第五三條)ハ

第一　獄則ヲ謹守シ悛改ノ狀アルコト特ニ刑期限內ニ更ニ重罪輕罪ヲ犯ササルコト(第五三條第一項第五七條)

第二　有期刑ニ付テハ刑期ノ四分ノ三無期刑ニ付テハ十五年間其刑ヲ執行シタルコト(第五三條第二項)ニシテ其效力ハ

一　假出獄ヲ許ス效力　假出獄ヲ許サレタル者ハ刑期限內ナルニ拘ハラス出獄スルコトヲ得但其本刑期限內ハ特別監視(第五五條)ヲ受ケ尙ホ徒刑囚ニ在リテハ刑ヲ執行スヘキ島地ニ居住スル義務ヲ負フ

二　本刑期間內更ニ重輕罪ヲ犯シタルトキハ之ヲ取消ス效力　假出獄ヲ取消シタルトキハ直チニ出獄ヲ停止シ出獄中ノ日數ハ之ヲ本刑期中ニ算入セス是レ假出獄ノ執行猶豫タル所以ナリ

三　取消ヲ受ケスシテ本刑期限ヲ終リタルトキハ其刑ノ全部ハ執行セラレタ

ルモノト看做ス效力ナリトス

第四目　免幽閉

刑法第二十一條ニハ免幽閉ノ制ヲ定ム免幽閉ノ根據ハ假出獄ニ同シキヲ以テ今之ヲ說カス免幽閉ハ流刑ニノミ關スル處分ニシテ其法定條件ハ單ニ無期刑ニ付テハ五年、有期刑ニ付テハ三年ヲ經過スルコトナリトス而シテ其效力ハ單ニ幽閉ノミヲ免スルニ在リ故ニ必ス其島地ニ居住セサルヘカラス尙ホ免幽閉ニ付テハ刑法附則ヲ參照スヘシ

第四項　未決勾留日數ノ算入

刑法ハ上述ノ如ク上訴ノ場合ニ付キ特別ノ刑期起算點ヲ規定シタリ即チ或ハ未決勾留日數ノ算入制ヲ認メタルヤノ外觀アリト雖モ其本旨ニ至リテハ二者全ク別異ナリ

第五十一條ノ法制ハ其結果未決勾留日數ヲ刑期ニ算入スルニ至ルヘシト雖モ其直接ノ意義ハ刑期ノ起算點ニ付キ除外例ヲ認ムルニ在リ未決勾留日數算入ノ法制ハ刑期ノ起算點ノ何タルニ拘ハラス未決勾留日數ヲ算入スルコトヲ主トス刑法ハ此未決勾留日數算入ノ法制ヲ認メス刑法改正案ハ刑法第五十一條ノ法制ヲ廢棄スルト共ニ此法制ヲ認メタリ蓋シ未決勾留ヲ受クルハ國民一般ノ義務ニ屬ス然ラハ未決勾留日數數年ノ久シキニ及フト雖モ被勾留者ハ之ニ對シ何等ノ報償ヲ期待シ能ハサルヤ明確ナリ然レトモ翻リテ思フニ未決勾留ハ裁判所ノ事務ノ繁簡ニ依リ伸縮セラルヘク殊ニ未決勾留ヲ受クルハ被勾留者ニ取リテハ刑ノ執行ヲ受クルト大差ナシ理論上未決勾留ニ對シ何等ノ報償ヲモ與フル餘地ナキニ拘ハラス之ヲ刑期ニ算入シテ多少其痛苦ヲ輕減スルハ刑事政策上敢テ無用ノ業ニ非スト信ス是ニ於テカ近時ノ立法ハ一方ニ於テ未決勾留ヲ受ケタル者無罪又ハ免訴ノ宣告ヲ受ケタルトキハ之ニ金錢上ノ賠償ヲ與フルト共ニ一方ニ於テハ刑ノ宣告ヲ受ケタルトキハ其刑期中ニ勾留日數ヲ算入スル法制ヲ採用セリ（原文決當ヘ）然レトモ未決勾留日數算入制ハ創始セラレタリ然レトモ未決勾留ハ必此ノ如クニシテ未決勾留日數算入制ハ創始セラレタリ然レトモ未決勾留ハ必

スシモ刑ノ執行ト同一ノ實質ヲ有スルモノニ非ス之ヲ算入スルモ勾留日數一日毎ニ刑期一日ヲ減殺スルハ聊カ失當ノ嫌アリ故ニ近時ノ立法ハ各其見解ニ從ヒ未決勾留及ヒ刑期ニ一定ノ割合ヲ定メタリ

刑法改正案(第三〇條)ハ未決勾留日數算入制ハ廣ク主刑タル自由刑主刑タル財産刑ニ其適用ヲ有スルモノトシ刑及ヒ未決勾留間ノ割合ハ懲役ニ付テハ一ト七、禁錮、拘留ニ付テハ一ト四及ヒ罰金、科料ニ付テハ一ト三ト規定シタルナリ

第五項　換刑

科セラレタル刑ハ必ス之ヲ執行スヘキコトヲ原則トス然レトモ沒收刑以外ノ財産刑ニ付テハ例外トシテ換刑ノ法制ヲ認ム刑法第二十一條、第三十條及ヒ第四十二條ハ換刑ヲ爲シ得ル場合及ヒ換刑法ヲ規定シタリ

第一　換刑ヲ爲シ得ル場合　刑法上換刑ヲ爲シ得ル場合ハ左ノ如シ但其ニ納完セサル場合ニシテ納完スルコト能ハサル場合ナラサルコトニ注意スヘシ

(1)　主刑タル罰金ヲ期限內ニ納完セサリシ場合(第二七條)

(2)　科料ヲ期限內ニ納完セサリシ場合(第三〇條)

(3)　附加刑タル罰金ヲ期限內ニ納完セサリシ場合(第四二條)

第二　換刑法　換刑法ハ其刑ノ罰金タルト又ハ科料タルトニ論ナク一圓ヲ輕禁錮一日ニ當ルモノト爲シ之ヲ輕禁錮ニ換刑ス而シテ一圓ニ滿タサル端數モ常ニ之ヲ計算シ金額七百三十圓以上ナリトスルモ二年以上ノ輕禁錮ハ之ヲ科スルコトヲ得サルモノトス

換刑ハ判事カ檢事ノ請求ニ依リ之ヲ命ス然レトモ其禁錮ノ執行中受刑者其親屬又ハ其他ノ者若シ金額ヲ納完セントシタルトキハ執行日數ヲ更ニ金額ニ反算シ殘刑期ニ相當スル金額ノミヲ納完セシメ即時ニ輕禁錮ノ執行ヲ免除スヘキモノトス

第三編　附論

第一章　懲治場留置

刑法ハ犯罪ノ主體タル能力ナキ者犯罪ヲ犯シタル場合ニ於テ之ニ懲治場留置

ヲ命ス然ラハ懲治場留置ノ刑ニ非サルヤ自然ノ理ナリ而シテ刑法ハ罪及ヒ罪ニ對スル刑ヲ規定スヘキ法律ナルヲ以テ懲治場留置ノ規定ハ其本質上刑法中ニ存在スヘキモノニ非ス予カ附論トシテ本論以外ニ之ヲ略說スル所以ナリ

懲治場留置ノ目的ハ被留置者ヲ感化シテ其品性及ヒ智能ヲ改善スルニ在リテ刑法ハ常ニ留置ノ權能ヲ規定シ留置ノ義務ヲ認メス判事留置ノ權限ヲ有スル場合ハ

第一　年齡八歲以上十二歲未滿ノ者罪ヲ犯シタル場合(第七九條)

第二　年齡十二歲以上十六歲以下ナル者是非ヲ辨別セスシテ罪ヲ犯シタル場合(第八〇條第一項)

第三　瘖瘂者罪ヲ犯シタル場合(第八二條)

ニシテ留置ノ期間ハ

第一種ノ場合ニ於テハ年齡十六歲ニ滿ツルマテト爲シ

第二種ノ場合ニ於テハ年齡二十歲ニ滿ツルマテト爲シ

第三種ノ場合ニ於テハ五年間以內ト爲シタリ

刑法ハ精神病者罪ヲ犯シタル場合ニ於テハ全然罪ノ成立ヲ認メス即チ之ニ刑ヲ科セス然リ精神病者ニ對シテハ何ノ場合ニ於テモ刑ヲ科シ難キコトハ一般法理ノ認ムル所事已ムナシト雖モ一方ニ於テ精神病者ハ良民ニ取リ猛獸ト選フ所ナシ何レカノ方法ニ依リ之ヲ監視スルニ非サレハ良民ハ竟ニ一日モ安堵スルコト能ハサルヘシ是レ近時罪ヲ犯シタル精神病者ニ對シ刑以外ノ一種ノ拘禁法ヲ制定スルニ至リタル所以ナリ刑法改正案ハ刑法ノ所謂懲治場留置ヲ懲治ト命シ精神病者ニ對スル處分ヲ監置ト命シ刑事訴訟法案ニ於テ特別訴訟手續トシテ監置又ハ懲治ニ關スル處分ヲ規定シタリ予ハ刑法改正案カ監置又ハ懲治ニ關スル規定ヲ特別法ニ讓ラサリシコトヲ惜ミ並ニ刑事訴訟法案カ特別訴訟手續トシテ監置又ハ懲治ニ關スル處分ヲ規定シタルコトヲ惜ム是レ監置又ハ懲治若クハ其手續ハ刑法又ハ刑事訴訟法ト理論上全然別箇ノモノタルヲ免レサレハナリ

第二章　親告

予輩ハ親告ハ訴訟法上ノ效果ヲ生スルモノニシテ刑法ニ何等ノ關係ナキモノト信シ隨テ親告又ハ親告罪ノ何タルヤヲ論スルコトモ當然訴訟法ノ範圍ニ屬スルモノト信スレトモ便宜上左ニ其意義、效力及ヒ親告罪ノ種類ヲ說明スヘシ

第一　親告ノ意義　刑法ハ公ノ秩序ヲ維持スル爲メニ刑ヲ制裁トシテ行爲ノ範圍ヲ定ムルモノニシテ其公ノ秩序ニ關スルモノナルカ故ニ或ハ其直接ニ一私人ニ關シ間接ニ國家團體ニ關スル規定アリ或ハ直接ニ國家團體ニ關シ間接ニ一私人ニ關スル規定アルコトハ勿論ナリ而シテ直接ニ國家團體ニ關シ間接ニ一私人ニ關スル刑法規ノ定メタル罪ハ勿論直接ニ一私人ニ關シ間接ニ國家團體ニ關スル刑法規ノ定ムル罪ト雖モ其國家團體ノ秩序ヲ傷害スルコト重大ナルモノニ付テハ固ヨリ檢事カ職權ヲ以テ直チニ之ヲ起訴スルコトヲ相當トス故ニ罪ノ多數ハ所謂職權罪ニ屬ス然レトモ直接ニ一私人ニ關シ間接ニ國家團體ニ關スル刑法規ノ定ムル罪ニシテ其國家團體ノ秩序ヲ傷害スルコト輕微ナルモノニ付テハ檢事ヲシテ常ニ之ヲ起訴セシムヘキモノトスルハ啻ニ不必要ナルノミナラス又不當ナル場合アリ例ヘハ公然他人ヲ罵詈嘲弄セシ罪又ハ牛馬以外ノ家畜ヲ殺傷セシ罪ノ如キハ之ヲ職權罪トスルノ必要ナキヲ以テ第四百二十六條第十二號、第四百二十三條ハ告訴ヲ待チテ其罪ヲ論スル旨ヲ規定シ其他ニ於テモ脅迫、幼者ノ略取誘拐、猥褻姦淫、誣告、誹毀等ハ之ヲ職權罪トスルトキハ或ハ被害者ノ名聲ヲ害シ或ハ家庭ノ平和ヲ攪亂スル等ノ害ヲ伴フヘクシテ却テ不當ノ結果ヲ生スルモノトシ刑法ハ特ニ明文ヲ設ケテ之ヲ親告罪トセリ

第二　親告ノ效力　從來親告ヲ以テ犯罪成立ノ要件ナリト解スル者アリ刑法カ親告罪ニ付キ「告訴ヲ俟テ其罪ヲ論ス」ト規定セシハ或ハ斯ル見解ヲ採用シタルニ非スヤノ疑念ヲ挾ム餘地ナキニ非サルモ今日ニ於テ學者ハ少クトモ親告ノ主タル效力ハ訴訟法上ノ效力ナリト云フ點ニ至リテハ概ネ一致セリ然レトモ「マイエル」ノ如キハ親告ヲ以テ單純ナル訴訟上ノ要件トセハ同時ニ之ヲ以テ可罰權ノ一種ノ積極的條件ト爲ス「オルスハウゼン」ノ如キモ亦親告ハ實質的及ヒ形式的ノ效力ヲ有スルモノニシテ親告ノ實質的效力ハ國家ノ刑罰權ハ親告罪ニ付テハ禁制セラルル行爲並ニ權利者ノ親告ヲ條件トスルコトアリト曰フ

然レトモ予輩ハ之ヲ採ラス予輩ハ通說ニ從ヒテ親告ノ效力ハ罪ニ對スル訴訟ヲ開始シ又ハ續行スル條件ナリト曰ハントス即チ親告罪ト雖モ其罪タル行爲ノ終リタル日時ニ於テ其罪ハ成立スレトモ其訴訟ヲ開始シ又ハ續行スルニ付テハ必ス親告權利者ノ親告ヲ俟タサルヘカラサルナリ

第三　親告罪ノ種類　親告罪ニ絕對的ノ親告罪及ヒ相對的ノ親告罪トノ區別アリ刑法ハ絕對的ノ親告罪ノミヲ認メ相對的ノ親告罪ヲ認メサレトモ外國ノ立法例及ヒ刑法改正案ハ相對的親告罪ヲモ認メタリ相對的ノ親告罪トハ被害者ト特種ノ關係ヲ有スル犯人ニ對シテノミ其親告ヲ訴追ノ條件トスル罪ニシテ例ヘハ改正案ノ賊盜罪(刑法改正案第二八四條第一項後段)又ハ占有物横領罪(同第二九一條)等ノ如シ

刑法總論終

法學士　谷野　格講述

刑法總論

(三十七年度講義錄)

法政大學發行

刑法總論目次

第一編　緒論……一
第一章　刑法ノ概念……一
第二章　所謂刑罰權ノ目的及ヒ基本……一四
第三章　刑法ノ效力……二二
第一節　總說……二三
第二節　刑法ノ效力ノ始期……二四
第三節　刑法ノ實質的效力……二六
第一項　土地ニ關スル效力……二六
第二項　人ニ關スル刑法ノ效力……三五
第四節　刑法ノ效力ノ終期……四二
第五節　餘論　國際間ノ共助……五〇
第四章　刑法ノ解釋及ヒ類推……五五

第一節　解釋……五五
第一款　解釋ノ方法……五五
第二款　解釋ノ材料……五七
第二節　類推……五九
第五章　餘論……六〇
第二編　本論……六二
第一章　罪……六二
第一節　罪ノ主體……六二
第一款　總說……六三
第二款　精神障礙者（第七八條）……六七
第一項　病的精神障礙者及ヒ非病的精神障礙者……六八
第二項　存續的精神障礙者及ヒ一時的精神障礙者……七二
第三項　先天的精神障礙者及ヒ後天的精神障礙者……七二
第三款　精神不發達者……七二

第一項　瘖啞者（第八二條第八三條）……七三
第二項　刑事未成年者（第七九條第八〇條）……七四
第四款　餘論……七八
第二節　罪ノ客體……七八
第三節　罪……八一
第一款　罪ノ概念……八一
第一項　總說……八一
第二項　積極的罪態……八二
第一目　主觀的觀察……八三
第一段　總說……八三
第二段　通常罪……八四
第一　犯意……八四
第二　不知及ヒ錯誤……九一
第三段　目的特定罪……九七

第四段　廣義ノ結果罪……九八
第一　過失罪……九八
第二　狹義ノ結果罪……一〇五
第五段　餘論……一〇六
第二目　客觀的觀察……一〇八
第一段　主動作……一〇八
第二段　事實……一一四
第三段　因果關係……一一六
第一　總說……一一六
第二　刑法上ノ因果關係……一一八
第三　因果關係ノ中斷……一二一
第三項　消極的罪態……一二二
第一目　總說……一二二
第二目　義務……一二三
第一段　職務……一二四
第二段　狹義ノ公務……一二六
第三目　權利……一二七
第一段　業務權……一二七
第二段　懲戒權……一二九
第三段　危急權……一二九
第一　總說……一二九
第二　危急狀況權……一三三
第三　危急防衛權……一四〇
第四段　其他ノ國民權（略）……一四七
第四目　補論……一四八
第二款　罪ノ種別……一四九
第一　通常罪及ヒ結果罪……一四九
第二　所謂身分罪……一四九

第三　複雜罪(結合犯)……一四九
第四　國事罪及ヒ常事罪……一五〇
第五　即成罪及ヒ繼續罪附狀況罪……一五〇
第六目　作爲罪及ヒ不作爲罪……一五〇
第七　重罪、輕罪及ヒ違警罪……一五一
第八　親告罪及ヒ職權訴追罪……一五二
第九　現行犯罪及ヒ非現行犯罪……一五二
第三款　罪ノ體樣……一五三
第一項　作爲犯及ヒ不作爲犯……一五三
第二項　間接行爲犯(間接正犯)……一五四
第三項　未遂犯即チ狹義ノ未遂犯、不能犯及ヒ中……一五八
第四項　共犯……一七〇
第一目　總說……一七〇
第二目　共同實行犯……一八三
第三目　教唆犯……一八八
第四目　幇助犯……一九四
第五目　餘論……一九七
第五項　連續犯……二〇〇
第四款　罪ノ個數……二〇四
第一項　行爲ノ個數……二〇四
第二項　罪ノ個數……二一一
第三項　別種ノ見解概說……二一九
第五款　罪ノ成立ノ日時及ヒ場所……二二四
第二章　科刑……二二九
第一節　科刑ノ主體……二三〇
第二節　科刑ノ客體……二三一
第三節　科刑ノ作用……二三一

第一款　刑制……二三二
第一項　總說……二三二
第二項　現行刑法ノ刑制……二三六
第二款　刑ノ規定制……二五二
第一項　一個ノ刑種ノ規定制……二五二
第一目　絶對特定刑ヲ規定シタル場合……二五二
第二目　相對特定制ヲ規定シタル場合……二五三
第二項　數箇ノ刑種ノ規定制……二五四
第一目　釋一的ニ規定シタル場合……二五五
第二目　併科的ニ規定シタル場合……二五五
第一段　强制併科的ニ規定シタル場合……二五五
第二段　任意併科的ニ規定シタル場合……二五六
第三款　刑ノ裁量……二五七
第一項　總說……二五七

第二項　個個ノ罪ニ對スル刑ノ裁量……二五八
第一目　總說……二五八
第二目　法定刑ノ變更……二六四
第一段　法定刑ノ免除……二六五
第二段　法定刑ノ加重減輕……二六七
第三目　刑ノ斟酌……二九二
第三項　併合罪ニ對スル刑ノ裁量……二九五
第一目　總說……二九五
第二目　刑法ノ法制……三〇一
第一段　併合罪中重罪又ハ輕罪ノ存スル場合……三〇二
第二段　併合罪中單ニ違警罪ノミ存スル場合……三〇八
第四節　餘論　刑ノ執行……三〇九

第一款　刑ノ執行ノ主體……三一〇
第二款　刑ノ執行ノ客體……三一二
第三款　刑ノ執行ノ作用……三一三
第一項　刑ノ執行ニ關スル原則……三一四
第一目　死刑……三一五
第二目　自由刑……三一六
第一段　自由刑ノ實質……三一六
第二段　囚禁又ハ監視ノ期間……三二一
第三段　囚禁又ハ監視ノ場所……三二九
第四段　囚禁又ハ監視ノ定役……三三九
第三目　財産刑……三四〇
第四目　名譽刑……三四一
第二項　刑ノ執行ノ免除……三四二
第一目　刑ノ時效……三四二

第二目　恩典……三四八
第三項　刑ノ執行ノ猶豫……三五〇
第一目　總說……三五〇
第二目　執行猶豫……三五一
第三目　假出獄……三五四
第四目　免幽閉……三五六
第四項　未決勾留日數ノ算入……三五六
第五項　換刑……三五八
第三編　附論……三五九
第一章　懲治場留置……三五九
第二章　親告……三六一

刑法總論目次　終

カ故ニ抵當債權主ハ普通法以上ノ利益ヲ享有スロ沽賣ノ權ハ債權者カ抵當物ノ占有ヲ得タル後ニ於テ爲スモノニシテ羅馬法ニ於テ抵當物ハ公賣ニ付セラルル必要ナク債權者ハ又隨意購買者ニ沽賣スルヲ得タルカ故ニ債務者ノ利益ハ十分ナル安全ヲ保ツコト能ハサリシ(ハ)先取ノ利益ハ債權者カ抵當物沽賣ヨリ生スル代價ヲ以テ自己ノ債權ノ辨濟ヲ爲スニ存シ若シ代價ノ債權額ヲ超ユルトキハ之ヲ以テ債務者或ハ他ノ債權者ニ付與スルモノトス若シ同一物ニシテ數多ノ抵當ト爲ルトキハ「時日ニ先ナルトキハ權利ヲ取ル」(Prior tempore potior jure)ナル格言ニ基キ抵當時日ニ於テ第一ナル者ヲ以テ他ニ優ルノ權アルモノトス故ニ第一ノ債權者ハ順序ノ後ナル債權者ニ對シテハ抵當物ノ拋棄ヲ請求スルコトヲ得或ハ又順序ノ後ナル債權者ニシテ物ヲ賣リタルトキハ買受人ニ向テ其代金ヲ請求スルノ權アリ第一債權者カ抵當物ヲ賣リタルトキハ順序ノ後ナル他ノ抵當權ハ全ク消滅シ此等債權者ノ權利ハ第一債權者カ自ラ辨濟セル殘餘ノ代金ニ對シテ優先ノ利益アルノミナリ此ノ如ク第一債權者ノ利益ハ較著ナルニ從ヒ他ノ債權者ノ地位ハ甚タ苟且ニシテ第一債權者ハ無限ニ抵當

物ヲ保持シ他ノ權利ヲ不動ノ狀態ニ立タシメ又ハ不適當ノ時機ニ於テ物ヲ賣リ延テ他ノ利益ヲ侵害スルコトヲ得此等ノ危害ヲ避ケンカ爲メ順位ノ後ナル債權者ハ第一債權者ニ向テ其債權ノ辨濟ヲ提供シ次テ其地位ニ代ルコトヲ得タリ羅馬法ハ此權利ヲ呼ヒテ金錢提供權(Jus offerendae pecuniae)ト曰フ此方法ノ用ヒラレタル所以ハ羅馬法ニ於ケル抵當ノ制カ其根本ニ於テ包藏スル弊害ヲ示セルモノニシテ即チ抵當ノ單純ナル合意ニ因リテ形成サレ物ノ移轉ヲ必要トセス換言スレハ抵當ノ祕密的ナリシヨリ來ルモノナリ羅馬人ハ近世法律ニ於ケル如ク抵當ヲ以テ一定ノ形式ニ從ヒ或ハ登記ノ方法手段等ヲ必要ト爲サリシヲ以テ抵當ヲ承諾スル債權者ハ自ラ其在ル所ノ順序ヲ知ルコト能ハス又抵當物ヲ買受ケタル者ハ之ヲ賣リタル者ヨリモ順序ノ先ナル債權者ノ爲メニ物ヲ收奪セラルルノ危惧アリ抵當ニ於ケル此等數種ノ弊失ハ羅馬法ニ於テ其發達ヲ十分ナラシメサリシ原因ナリ

抵當ノ消滅ハ結果トシテ生スルコトアリ元來抵當ハ其附隨ノ權利タル性質ヨリシテ主タル權利即チ債務ノ消滅スルトキハ隨テ又自ラ消滅スルモノトス然レトモ獨立シテ消滅スル場合アリ例ヘハ第一債權者カ爲シタル抵當物ノ沽賣及ヒ物ノ滅亡ノ如シ

第二部　資産ノ移轉　相續

古代未開ノ人民ハ大抵家族ヲ以テ一ノ强固ナル團體ヲ作リ其首長タル家父ハ一家ノ財産ヲ管理シ又私祭ヲ司ルモ家父ノ死後其代表セシ團體ニ歸シ新ニ代リテ一家ヲ代表スル者ノ管理ニ委セラル羅馬ノ初ニ於テモ亦同一ノ習慣ヲ馴用シ他ノ民族ト異ナルコトナカリシ如シ此ノ如キ風習ニ於テハ所謂遺言的相續ナルモノハ成立スヘキ餘地アルコトナシ何トナレハ遺言的相續ハ家父カ生存中ノ意思ヲ以テ死亡後ニ對シ隨意ニ財産ヲ處分スルコトヲ許スモノニシテ隨テ財産上ニ對スル家族ノ權利ヲ破滅スルモノナレハナリ羅馬ニ於テ始メテ遺言的相續ヲ容レタル法律ハ十二版法ニシテ其以前ニ於テハ法律ハ家父ニ對シ此ノ如キ自由ヲ認メス十二版法ハ新ニ家父ニ與フルニ財産上ノ無上權ヲ以テシ其他日存在セサルノ時ニ向テモ亦隨意ニ財産ニ對スル

規定ヲ立ツルコトヲ許シタリ而シテ此家父ノ意思ハ嚴格ナル形式ニ從ヒテ發表セラレ恰モ法律ト同一ナル威力ヲ有スルヲ以テ法律的行爲(Legare)ト呼ハレタルカ後ニ及ヒ遺言(Testamentum)ナル名ヲ附セラレタリ

十二版法ハ遺言ノ存セサルカ又ハ遺言的相續人ノ承諾セサルトキニ於テハ自ラ資產移轉ノ規則ヲ作リ無遺言(Ab intestato)ニシテ死シタル者ノ相續ヲ收拾スヘキ者ヲ指定シ之ヲ市民法上家族ト爲シタリ此相續人ハ之ヲ呼ヒテ法定相續人(Legitimi heredes)ト稱ス是ヲ以テ觀レハ十二版法ハ明カニ遺言ノ自由ヲ認メ加之之ヲ以テ犯スヘカラサルモノトシ唯其存在セサルトキニ限リ古代ノ習慣ニ準シ市民法ノ家族ヲ取リ相續ヲ繼承セシメタリ

遺言ノ制一タヒ實用ニ入リシヨリ直チニ羅馬人ノ間ニ傳播シ恰モ國民的習慣ト爲リ終ニ羅馬人ハ無遺言ニシテ死亡スルヲ以テ最大ノ不幸ト思念スルニ至リタリ蓋シ遺言ノ此ノ如ク羅馬人ニ歡迎セラレタルハ他ナシ抑モ彼ノ市民法ノ立テタル親族關係ハ古代民族ノ遺風ニシテ實際家父ノ深意ヲ汲ミ慈愛ヲ以テ基礎トシタルニ非サルヲ以テ家父ニシテ其制東外ニ脫スルヤ自己ノ愛憎ヲ

追ヒ市民法ノ嚴酷ナル規則ヲ變更シ自己ノ相續ヨリ市民法ノ親族ヲ遠ケ以テ自然ノ親族ヲ利セシメントシ或ハ幼少ノ兒子及ヒ妻カ自己ノ死後其後見ヲ受タルヲ避ケシメント努メタルハ復タ怪シムニ足ラス

第一章　遺言相續

遺言相續トハ死者カ遺言ニ由リ指示シタル最後ノ意思ヲ遵奉シタル資產ノ移轉ナリ遺言トハ形式的ノ法則ニ從ヒ遺言者カ自己ノ相續人タルヘキ者ヲ指示スル行爲ナリ相續人ノ指示ハ遺言ノ效力上必須ノ條件ニシテ之ヲ相續人ノ設定ト呼フ設定セラレタル相續人ハ死者ノ所有セシ總體ノ權利(In universum jus)ニ於テ相續者タルモノニシテ無遺言相續人(Heres ab entestat)ヲ排除シ遺言者カ死去セル日遺留セル資產ノ全部ヲ繼承スルモノナリ羅馬法ハ此理論ヲ推擴シ縱令資產ノ一部ニ對シテナリトモ相續人ノ設定アリタルトキハ無遺言相續人ハ他ノ部分ニ向テモ亦權利ヲ失フモノト爲シタリ同一ノ理ヲ以テ遺言相續人二人アリタルトキ其中一人ノ相續ヲ拒絕シタルトキハ或ハ資產ノ一定シタル部例

（ハ三分一又ハ四分一(Ex certa portione)或ハ一定シタル物(Ex certa re)ニ向テ相續人ノ設立セラレタルトキノ如キ死者ニ於テハ無遺言相續ヲ排拒シタルノ意アルモノト爲シ其競同相續スルヲ容サス資産ノ他ノ部分ヲ以テ指定セラレタル者ニ歸シタリ

一　遺言ノ形式

古代ニ在リテハ遺言ヲ以テ極メテ鄭重ナル行爲ト信シ人民ノ監督ニ附シタルカ漸次其形式ヨリ解脱セラレ「プレトール」ハ之ヲ改正シテ大ニ單一ナルモノト爲シタルモ然レトモ遂ニ全然形式ヲ去ルコト能ハス羅馬ノ末世ニ迨フモ仍ホ其性質ヲ帶ヒタリ

(一)　當初遺言ハ民會ノ前ニ於テ爲サレタルモノニシテ殊ニ此目的ヲ以テ一年兩度民會ヲ召集シタリ遺言ノ法律的行爲(Legatum)ナル名稱ヲ有セシハ實ニ此ニ起因セルモノニシテ蓋シ遺言ハ市民法親族ノ權利ヲ毀害スルモノナルヲ以テ民會ニ集合シタル宗族(Agnati)及ヒ宗統(Gentes)ハ之ヲ認可スルノ權アリト思惟サレタルニ由ルナルヘシ又戰爭時ニ於テハ遺言ハ軍隊ノ列前ニ於テ之ヲ爲シタリ

此等遺言ノ急遽ナル場合ニ適用スヘカラサルヤ明カナリ是ヲ以テ羅馬人ハ一ノ迴避セル方法ヲ案出シ「マンシパシオ」ノ式ヲ籍リ遺言セントスル者ハ友人ノ一人ヲ取リテ式ニ從ヒ財産ヲ讓與シ友人ハ更ニ遺言者ノ指名セル者ニ財産ヲ交付スルモノトス此方式ヲ呼ヒテ親族「マンシパシオ」(Mancipatio familiae)ト曰フ然レトモ是レ眞正ナル遺言ニ非ス寧ロ遺言實行者ノ類ナリシ

(二)　上記ノ方法ヲ以テハ遺言ノ祕密ナルヲ得ス又民會ニ於テ爲シタルモノハ再ヒ變更スルヲ許サス此弊失ヲ療セシカ爲メ羅馬人ハ更ニ一種ノ方法ヲ創造シ其形式ヲ「マンシパシオ」ニ籍レリ即チ遺言セントスル者ハ先ツ遺言ヲ記シテ一ノ文書(Tabulae testamenti)ヲ作リ「マンシパシオ」式ニ從ヒ立證人五名、持秤者及ヒ買受者ト假定セラレタル友人(Familiae emptor)(親族買受人ノ意)ノ前ニ手ツカラ文書ヲ握リテ高聲ニ其手中ニ持ツ所ノ筆記ハ最後ノ意思タルヲ確定シ列席者ニ向テ必要ナル形式ヲ實行センコトヲ證明センコトヲ請求ス此證明ハ「テスタメントーム」(Testamentum)ト呼ハレタルカ轉シテ遺言自身ヲ指スニ終レリ此方法ニ

依リ作リタル遺言ハ民會ニ於テ爲シタルモノト同一ノ效力ヲ有シ而シテ遺言ハ常ニ遺言者ノ手中ニ在ルヲ以テ隨意ニ之ヲ破毀シ或ハ同一ナル方法ニ依リ新ニ遺言ヲ爲スコトヲ得又遺言ノ祕密ヲ保ツヲ得ルノ便アリ此式ニ於テハ遺言者ニシテ遺言ヲ筆記スルノ暇ナカリシトキハ口頭ヲ以テ其意思ヲ高唱スルコトヲ得

(三)「プレトール」ハ上述セル形式ヲ以テ全然無用ニ歸セシメ遺書(Tabulae)ニシテ遺言者自ラ之ヲ書シ封印ヲ捺シ立證人七人ノ之ニ署名シタルトキハ有效ナリト定メタリ數科時代ノ末ニ至リテハ市民法モ亦「マンシパシオ」ノ形式ヲ省略シ七人ノ立證人ノ前ニ爲シタル宣言ヲ以テ足レリト爲シタリ羅馬ノ末世ニハ此二種ノ遺言ノミ存在セリ

二　遺言者ノ能力

遺言ハ家族權ノ一ニ屬スルヲ以テ唯リ家父ノミ之ヲ爲スコトヲ得遺言カ民會ニ於テ爲サレシ時代ニ於テハ民會ニ列席シ得ヘキ公民ニ限リタリ又其私人間ノ行爲ト爲リシ後ト雖モ市民法ノ行爲ニ屬スルヲ以テ外國人ニハ其能力ヲ認メス市民法上ノ自權者ト雖モ無能力者即チ狂者、禁治産ノ浪費者及ヒ十四歳以下ノ未丁年者亦然リ

三　相續人ノ設定及ヒ相續人タル能力

遺言ノ目的ハ相續者タル資格ヲ以テ死者ノ財産及ヒ其私祭ヲ繼承スヘキ者ヲ指定スルニ在リ是レ即チ相續人ノ設定ニシテ苟モ遺言ニシテ有效ナランコトヲ欲セハ必ス此設定ナカルヘカラス若シ遺言ニシテ此條件ヲ缺タトキハ遺言ニ掲ケタル他ノ事項ハ悉ク無效ニ歸ス當初ニ於テハ相續人設定ノ字句ハ一定シ他ノ語ヲ用フルヲ許ササリシカ此嚴酷ナル規則ハ後世廢棄セラレ只遺言者ノ意思ニシテ明白ナルトキハ如何ナル言字ヲ用フルモ不可ナシトセリ又相續人ノ設定ハ必ス遺言ノ首項ニ記載セサルヘカラス然ラサレハ相續人設定ニ先スル條項ハ無效ニ屬ス此規則ハ「ジュスチニアン」帝ニ至リ廢止セラレタリ

相續人タルノ能力ハ羅馬公民ニノミ認與セラレタル特權ニシテ奴隷及ヒ外國人ハ此能力ナシ唯奴隷ハ其主人カ特ニ自由ヲ遺贈スルノ條項ヲ加ヘタルトキニ限リ其相續人タルヲ得「ジュスチニアン」帝ハ此規則ヲ變シ主人カ奴隷ヲ以テ相

續人ト爲シタルトキハ自由ノ遺贈ハ當然含蓄セラルルモノト爲シタリ其他相續人トシテ設定セラルヘキ者ハ遺言作成時ニ於テ有形的ニ確定セラレタル人タルコトヲ要シ不確定ノ人(Personae incertae)例ヘハ未タ生活セサリシ者タルヲ許サス

四、相續人設定ニ附帶シタル變體

相續人ノ設定ハ單純ナラスシテ或ハ期限條件等ヲ附帶スルコトアリ羅馬法ハ期限及ヒ解除條件ヲ以テ「一度相續シタル者ハ永久相續人タリ」(Semel heres semper heres)トノ原則ニ牴觸スルモノト爲シ其有效タルヲ認メス蓋シ期限及ヒ解除條件ヲ以テ相續ヲ許ストキハ期限ノ到著又ハ條件ノ實行ニ及ヒ相續ハ無遺言相續人ニ轉歸スヘキノ結果ヲ生スルヲ以テ羅馬法ハ此等ノ條項ニ對シテ寛大ノ解釋ヲ取リ之ヲ以テ遺言上存在セサリシモノト看做シ期限又ハ解除條件附ノ相續人ヲ以テ一度相續人タル者ハ永久相續タリトノ原則ニ適合セシメタリ停止條件ニ於テハ條件實行ニ至ルマテ開始セル相續ノ狀態ヲ維持シ何人ニモ之ヲ歸セス條件ノ實行又ハ不實行ノ確定スルヲ待チ或ハ遺言相續人ヲ取リ或ハ

無遺言相續人ヲ取リタリ是レ此場合ニ於テハ毫モ上說ノ原則ヲ侵害スルコトナケレハナリ其他遺言ニシテ不可能條件或ハ不正條件ヲ含蓄シタルトキハ之ヲ以テ記載サレサルモノト看做シ相續人設定ヲ以テ單純ナルモノト思考セリ」

其他ノ相續人設定ノ變體トシテ相續人ノ多數ナルコトアリ或ハ代相續アリ其第一ノ場合ハ已ニ記載セル規則ニ從フ仍テ其第二ノ場合ニ付テノミ略說センニ代相續(Substitutio)トハ數多ノ相續人ヲ立テ甲者ノ相續スル能ハサルトキハ乙者ノ來ルヘキ順序ヲ設ケタルモノナリ代相續ニ二種アリ曰ク尋常代相續(Substitutio vulgaris)曰ク未成年者代相續(Substitutio pupillaris)是ナリ

尋常代相續ノ名ハ其普通應用セラレタルヨリ來ルモノニシテ遺言者ハ無遺言ニテ死スルノ憂ヲ避ケントスルノ目的ヨリ來ルモノナリ即チ遺言者ハ設定相續人カ其遺產ヲ繼承スルコト能ハサルトキハ代リテ之ヲ收拾スヘキ相續人ヲ指定スルモノニシテ設定相續人ハ第一位(Primo gradu)ニ在リ代相續人ハ第二位(Secondo gradu)ニ列記セラル而シテ代相續人ハ順序ヲ逐ヒテ多數ナルコトアリ遺言者ハ最後ニ己ノ奴隸ヲ指示スルヲ常トス是レ上列ノ相續ニシテ一モ相續ヲ

承諾スル者ナキトキニ於テ奴隷ハ必然ノ相續人トシテ辭スル能ハサルヲ以テナリ

未成年者代相續ハ未成年者ノ遺言能力ナキカ故ニ若シ其成年ニ達セスシテ死亡スルトキハ資産ノ無遺言相續者ニ轉歸スルヲ避クルノ目的ヲ以テ應用セラレタルモノナリ家父ハ此方法ニ依リ自己ノ遺言ニ從ヒ相續人タルヘキ幼年者カ未成年ニシテ死亡シタルトキハ次テ其相續人ト爲ルヘキ者ヲ指定ス此ノ如キ方法ハ何人タリトモ他人ノ爲メニ遺言スルノ權ナシトノ原則ニ反シ普通法ニ戻ルノ嫌ナキニ非ス然レトモ羅馬人ハ之ヲ說明スルニ未成年者ノ資産ハ少クトモ其大部ニ於テ家父ノ相續ヨリ來ルモノニシテ已ニ家父ハ此資産ヲ以テ隨意ニ處分スルノ權アリタリ然ラハ未成年者カ死亡スルニ當リテハ遺殘セル同一資産ニ向テ之ヲ處分スルコトヲ得ヘシ即チ未成年ノ爲メニ相續人ヲ設定スルハ家父カ自己ノ財産上ニ實行セシ家父權ノ延長ナリトノ理ヲ以テシタリ『此二種ノ代相續ノ他「ジュスチニアン」帝ハ若シ尊屬親ニシテ相續人タル卑屬親カ狂者ニシテ遺言スルノ能力ナキトキハ其成年者タルヲ問ハス代相續人ヲ指定スルコトヲ許セリ之ヲ準未成年者代相續(Substitutio quasi pupillaris)ト呼フ

第二章　無遺言相續

死者ニシテ遺言ヲ作ラサリシカ又ハ作リタル遺言ノ無效ナリシトキハ無遺言相續開發ス無遺言相續ヲ遺留シ及ヒ之ヲ收拾スルノ規則ハ市民法ノ立ツル所ナルヲ以テ獨リ羅馬公民ニ屬スル特權ナリ無遺言相續ニ於テ資産ノ轉歸スヘキハ親族ヲ組成スル者ナルカ其順序ハ時代ニ從ヒ變更ヲ經タリ

第一　古代法及ヒ十二銅版法ノ相續制

十二版法ハ恐ラク古代ノ習慣ヲ遵守セシモノニシテ市民法ノ親族組織ノ方法ヲ逐ヒ血緣及ヒ自然親族ノ關係ヲ顧ミス一ニ市民法上親族ノ等級ニ從ヒ相續ノ順次ヲ立ツ即チ(一)自己相續人(Sui heredes)(二)宗族(Agnati)(三)族統(Gentiles)是ナリ

(一)自己相續人　是レ家父死亡ノ日ニ當リ其直接權下ニ立チ家父ノ死後自權者ト爲ルモノナリ即チ死者ノ子、其夫權下ニ在ル妻、家父ニ先チテ死亡シタル子ノ子又ハ家父權ヨリ解除セラレタル後死亡シタル子ノ子(其父タル者ハ子ノ生

産前解除セラレタルトキニ限ル)是ナリ家父權下ニ立ツ者ハ其男女タルニ依リ差異ヲ立テス家父ノ一等族トシテ其權下ニ立チシ者ノ相續分ハ平等ニシテ家父ニ先シテ死亡セシ子ノ子ハ其多少ノ數ニ關セス其父タル者ニ歸スヘキ分ヲ分配ス

(二) 宗族　親等最近ナル者ヲ以テ相續人ト爲ス同等親族數人アルトキハ相續ヲ平分ス

(三) 宗統　各宗統間相續ヲ分配ス

第二　「プレトール」法ノ新制セル相續制

「プレトール」ハ十二版法ノ定メタル相續制ノ側ラ漸次新ナル制ヲ創立シタルモ其主眼トスル所ハ十二版ヲ破壞スルニ非スシテ其不正ナル點ヲ矯正セントスルニ在リ此兩種ノ相續法ハ相混一セス併立シテ「ジュスチニアン」帝ニ及ヒタリ「プレトール」法ノ制ニ依レハ相續人ノ遺産ヲ受クルヤ市民法上ノ相續人タル稱號ヲ以テスルニ非ス單ニ資産占有(Bonorum possessio)ノ名義ヲ以テスルモノナリ「プレトール」ハ資産占有ヲ以テ唯リ市民法上ノ相續人以外ニ歸スルノミナラス市民法上ノ相續人モ亦此名義ヲ請求スルヲ得是レ占有權ハ所有權ニ比シ訴訟手續上遙ニ簡便ナルヲ以テナリ「プレトール」ノ資産占有ヲ相續人ニ利用セシ起源、變遷等ハ明瞭ナラサルモ普通學者ノ間ニ信セラルル所ニ依レハ當初「プレトール」ハ之ヲ以テ單ニ市民法上ノ相續人ヲ利シ遺産ニ對スル訴訟上其防禦者タル地位ヲ容易ナラシメント計リタルニ在ルカ如キモ後市民法上ノ相續人存在セサル場合ニ於テ死者ノ親族關係ヲ輕重シ市民法ノ規定以外ニ於テ相續ヲ受クルニ適當ナルヘシト思考セル者ヲ選ヒ資産占有ノ名ヲ附シ遺産ヲ歸シタルモ終ニ「プレトール」ハ一歩ヲ進メ此ノ如ク市民法ノ不完全ナル點ヲ補フニ止マラス市民法ヲ變更シ其排除セル親族ヲ取リテ相續ヲ與フルニ及ヒタリ

無遺言又ハ遺言ノ無效ナルトキ「プレトール」ノ資産占有ヲ認與スル者ノ順序ハ

(一)子 (二)法定相續人 (三)血族 (四)配偶者是ナリ

(一) 子　「プレトール」ハ市民法ノ規定セル卑屬親ヲ取リ資産占有ヲ以テ自己相續人ニ認メタルモ此場合ニ於テハ市民法ヲ變更シ其家父ノ相續ヨリ驅逐シタル父權ヨリ解除サレタル子ヲ取リ同一ノ權利ヲ與ヘタリ是レ風習ノ變遷ヨリ

來ルモノニシテ古昔時代ニ於ケル如ク父權解除ハ子ヲ害スルノ目的ニ出テス寧ロ子ヲ利セントスルニ及ヒタルヨリ「プレトール」ハ相續ノ際ニ於テハ父權解除ヲ取消シ之ヲ無效ト爲シタリ

(二) 法定相續人(法定Legitimi)ナル名稱ハ市民法ニ定メタル相續人ヲ指セシニ止マル此相續人ニ向テハ「プレトール」ハ市民法ノ規則ニ循ヒタリ

(三) 血族　市民法ニ於テハ血族ハ相續ノ權ナキモノトス「プレトール」ハ公平ナル觀察ヲ以テ古昔ノ嚴厳ナル規則ニ代ヘ血族ニ於テハ六等親ニ又從兄弟ヨリ降ル者ニハ七等親ニマテ財產占有ヲ與ヘタリ此相續ハ最近親族獨リ之ヲ得

(四) 配偶者　血族ノ存セサルトキハ配偶者ノ一方ハ他方ノ遺產ヲ受ク往古夫權ノ行レタル間ハ妻ハ夫ノ自己相續人トシテ其相續ヲ得ルカ故ニ茲ニ掲クル規則ノ必要ヲ感セサリシカ夫權廢絶以後夫婦ハ相互獨立ニ親族關係ヲ生セス隨テ其相續上更ニ得ル所ナカリシヲ以テ「プレトール」ハ新ニ此規則ヲ創定シタリ

第三　帝政時代ニ於テ相續制ニ加ヘタル變更

帝政時ノ法律ハ更ニ一歩ヲ進メ市民法ノ定メタル相續人ノ列ニ加フルニ血緣親族ノ或者ヲ以テシ古昔ヨリ傳來ノ特別ナル親族組織ノ破壞ヲ始メタリ「アドリアニュス」帝ノ治世ニ發セラレタル「テルチュリユス」元老院決議(Senatus consultus Tertullius)ハ母ヲ以テ法定相續人ニ加ヘ子ノ遺產ヲ付與シタリ然レトモ子ニシテ兄弟アルトキハ其相續ヲ得ス只姉妹ナルトキハ之ニ分與ス此法律ハ羅馬ノ人口蕃殖ヲ奬勵センカ爲メ設ケタルモノニシテ一般ニ母ハ子ノ相續ヲ得ルニ非ス其特惠ヲ兒子權(Jus liberorum)ヲ認與サレタルモノ即チ生來ノ自由人ナルトキハ三人ノ子ヲ有シ解放奴ナルトキハ四人ノ子ヲ有スル者ニ限レリ而シテ子ノ正當子ナルカ私生子ナルカハ之ヲ別タス

「マルコ、オーレリユス」帝及ヒ「コムモデユス」帝ノ代ニ發シタル法律ハ子ヲ以テ母ノ相續人ニ加ヘ親族ノ第一位ニ置キタリ爾後皇帝ノ勅令ハ漸次血族ヲ取リテ法定相續人ニ加ヘ母ノ已ニ死セルトキハ子ハ母ニ代リ其父即チ母系祖父ノ相續ヲ得ルヲ許シ又ハ父權ヨリ解除サレタル兄弟及ヒ同腹兄弟姉妹ノ相續ヲ容レタリ

第四　「ジュスチニアン」帝ノ相續制

法官及ヒ皇帝ハ漸々市民法ノ相續制ヲ變更セシモ十二版法ノ大綱ハ數世紀ノ間ヲ經テ敬重セラレ修正ヲ受ケタルハ單ニ數箇ノ點ニ過キサリシカ「ジュスチニアン」帝ハ全然市民法ノ基礎ヲ破壞シ相續制度上新ナル體面ヲ形成セリ此著名ナル變革ハ紀元後五百四十三年及ヒ五百四十七年ニ於テ發セラレタル新勅令第百十八及ヒ第百二十七ニ依ルモノニシテ「ジュスチニアン」ノ新原則ニ於テハ獨リ自然親族ヲ以テ相續法ノ精神ト爲シ市民法ノ構成シタル親族組織ヲ放逐シタリ新勅令ノ立テタル原則トシテ無遺言相續ニ於テ法律ハ遺產ヲ轉歸スルニ當リ自ラ特殊ノ規則ヲ立テス單ニ死者カ有スヘキ親愛ノ濃淡ヲ推測シ順序ヲ立テ若シ死者ニシテ猶ホ存センカ復タ他ノ階級ヲ逐ハサリシナルヘシトノ推想ニ據リ設定シタルモノニシテ換言スレハ法律ハ死者ニ代リ其遺產ヲ處分ストノ意ニ外ナラス故ニ宗族、血族ノ區別ヲ廢シ自然ノ親族關係ニ基キ順等ヲ作リ男女ノ差異ニ依リ別ヲ設ケス又法律ハ實際上應用セラレシ所ヲ認メ相續及ヒ財產占有ノ別ヲ去リ相續者ハ皆均シク民法上相續人(Heredes)ノ名ヲ以テ呼ハ

ル今新勅令ノ立テタル順次ヲ揭クレハ(一)卑屬親(二)尊屬親(三)傍系親是ナリ

(一)卑屬親　玆ニ所謂卑屬親トハ父權ニ關スルモノト其趣ヲ異ニシ純ラ血緣ノ關係ヲ指示スルモノニシテ卑屬親ハ唯リ父ノ相續ノミナラス又母ノ相續ヲ繼承シ男女ヨリ降ルノ故ヲ以テ別ヲ立テス相續ハ或頭數ニ從ヒ平分シ或ハ始祖ヲ代表ス即チ已ニ死亡セル者アルトキハ其子ハ頭數ニ關セス父母ノ得ヘキ部分ヲ分配ス其規則ハ市民法ノ立テシ所ニ依ル

(二)尊屬親　ハ卑屬親ノ存セサル時ノミ來ルモノニシテ相續ヲ平分シ父母兩系ニ分チ各系最近親獨リ之ヲ取ル若シ死者ニシテ同父母ノ兄弟姉妹アルトキハ尊屬親及ヒ兄弟姉妹ノ間ニ等分ス

(三)傍系親　同父母ノ兄弟姉妹ハ特惠ヲ受ケ唯リ上說セル利益ヲ享クルノミナラス又異父母ノ兄弟ヲ排除シテ相續ヲ得傍系親ニ於テハ最近親ハ自己以下ノ親族ヲ排除ス

第三章　無遺言相續人ノ爲メニ規定セラレタル遺言

自由ノ制限

十二版法カ遺言ヲ容シタル時代ニ於テハ其家父ニ與ヘタル權力ハ無限ニシテ遺言カ形式上其有效ニ必要ナル條件ヲ充タセルトキハ法律ニ均シキ效力ヲ生シ家父ノ死後嚴ニ格守セラルヘキモノトス而シテ家父ハ一ニ自己ノ意思ニ隨ヒテ遺產ヲ處分シ己ノ好ム者ニハ其全部ヲ擧ケテ之ヲ與ヘ惡ム者ニハ毫末モ遺留セス悉ク其移歸スヘキ相續ヲ剝奪スルコトヲ得一言スレハ相續上與奪ノ權一ニ家父ニ屬セシカ後世風俗ノ頹敗ニ伴ヒテ家父ハ其無限ノ權力ヲ濫用スルノ弊害發現セシヨリ法律ハ漸ク此權能ニ向テ制限ヲ加ヘントスルノ傾向ヲ生シタリ

市民法ハ家父ニ許スニ相續剝奪ノ權ヲ以テシタルカ此目的ヲ達セントスルニハ遺言上明白ナル記載ヲ以テシ或ハ又相續人名ノ列記ニ剝奪セントスル者ノ名ヲ加ヘス即チ遺忘ノ方法ニ依リテモ之ヲ爲スコトヲ得唯予ノ相續權ヲ剝奪セントスルトキハ遺言ト明白ニ子ノ名ヲ掲ケ又ハ明カニ其誰タルヲ知ラシムヘキ語ヲ用フルヲ必要トス然レトモ孫及ヒ女子ニ向テハ其指名ヲ要セス相續人ノ名ヲ列記セル後單ニ其他ハ相續ヲ剝奪スト言フヲ以テ足レリト爲ス遺忘ヲ以テスル相續剝奪ノ規則ハ其後市民法ニ由リ變更セラレ若シ遺忘カ子ナルトキハ遺言ハ無效ト爲リ女子或ハ孫ナルトキハ他ノ指名セラレタル相續人ト共ニ遺產ヲ分配ス「プレトール」ハ更ニ此制限ヲ擴張シ卑屬親ノ男子ハ必ス之ヲ指名スルコトヲ必要トシ女子ニ向テノミ包括的ノ剝奪ヲ認メタリ

要スルニ此等ノ形式的要件ハ之ヲ遂行スルコト容易ニシテ家父此規則ニ違背セス或ハ相續ノ名義ヲ充タサンカ爲メ僅微ノ遺產ヲ分與シタルトキハ遺言ハ有效タリシカ相續剝奪ヨリ生スル不正ノ結果ヲ防止センカ爲メ法律ハ之ヲ破毀スルノ方法ヲ認メタリ此法律ノ精神ハ家父ニシテ他人ヲ利センカ爲メ固有ノ親族ヨリ驅除セシハ之ニ對スル義務ニ反シタルモノト爲シ其遺言ハ義務違背(Inofficiosum)ト呼ヒ之ニ對スル訴權ヲ義務違背遺言ノ爭議(Inuerela inofficiosi testamenti)ト呼ヒタリ本來古代ノ市民法ニ從ヘハ此遺言ハ有效ナルヲ以テ之ヲ破壞スルニハ一ノ迴避シタル手段ヲ籍リ遺言者ハ遺言作成ノ當時發狂ノ發作時

ニ在リタル爲メ親族間ノ道義ヲ忘レタル遺言ヲ作リタルモノニシテ若シ十分ナル智能ヲ享有シタランニハ必ス相續ヲ以テ親族ニ遺スヲ怠ラサリシナラントノ特別ナル口實ヲ以テ此訴權ヲ說明セリ

法官カ此訴權ノ提起ヲ許シタル者ハ(一)卑屬親(二)尊屬親(三)傍系親中男系ノ兄弟姉妹是ナリ此訴權ニ依賴シタルトキ相續剝奪ノ理由ハ法律上規定ナキヲ以テ其採否ハ一ニ裁判官ノ意見ニ任シタリ若シ遺言カ親族ニ其無遺言相續ニ於テ有スヘキ四分一ヲ與ヘタルトキハ此訴權ヲ提出スルヲ許サス「ジュスチニアン」帝ハ此等ノ規則ヲ變シ直系親族ノ間ニ於テハ遺言ヲ以テ相續人ヲ指定スル際必ス遺產ノ一部ヲ分與セサルヘカラサル規則ヲ立テ之ヲ以テ法定相續分ト爲シ遺言上指定セラレタル財產ノ法定分ニ達セサルトキハ其補充ヲ請求スルコトヲ許シタリ

第四章　相續取得

相續人ハ或ハ法律ニ依リ或ハ死者ノ意思ニ依リ相續ヲ繼承ス羅馬法ハ三種ノ相續人ヲ認メタリ

(一)　自己必然ノ相續人(Sui et necessari heredes)　是レ相續轉歸ノ日死者ノ直接權下ニ在リタル相續人ニシテ古代ニ於テハ相續ヲ拒否スルヲ許サヽリシ此相續人ハ相續ヲ承諾スルヲ要セサルヲ以テ幼年者狂者不在者ト雖モ之ヲ得

(二)　必然相續人(Necessari heredes)　是レ遺言ヲ以テ奴隸ヲ解放シ自己ノ相續人ト爲シタルモノニシテ奴隸ハ相續ヲ辭スルヲ得ス奴隸ヲ以テ相續人ト爲スノ風ハ羅馬ニ於テ負債ヲ辨濟スルコト能ハサル債務者カ死後自己ノ名ヲ以テ資產ヲ賣却セラルルノ汚辱ヲ避ケンカ爲メ自己ノ負擔ヲ以テ奴隸ニ歸シ之ヲ以テ遺言相續人ト爲シタルモノナリ

(三)　隨意相續人(Volontali heredes)　上記二種以外ノ相續人ハ外來相續人(Extranei heredes)ニシテ相續ノ承諾、拒絕其自由ニ任ス故ニ隨意相續人ト謂フ隨意相續人カ相續ヲ承諾セントスルトキハ古代ニ於テハ形式的ノ宣言ヲ爲スコトヲ要シタリシカ後相續人ニシテ遺產ノ所有者タル如キ行爲ヲ爲ストキハ之ヲ以テ相續繼承ノ意ヲ包含シタルモノト爲セリ

必然相續人ニ在リテハ相續開始後死亡スルモ其權利ハ更ニ其子孫ニ移歸スヽ之ニ反シ隨意相續人ニ在リテハ承諾ヲ爲スニ先チ死亡シタルトキハ其相續ニ對スル權利ハ移歸スルコトナシ隨意相續人カ相續ヲ拋棄スルハ明示的ナルアリ又ハ默示的ナルコトアリ若シ明白ニ拒絶スルノ意ヲ發表スルトキハ明示ニシテ相續承諾ノ爲メ特定シタル期限ヲ空シク經過セシメタルトキハ默示ナリ「ジュスチニアン」帝ハ此規則ヲ變シ期限ヲ經過スルモ諾否ヲ明言セサルトキハ相續ヲ承諾シタルモノト認メタリ此期限ハ「ジュスチニアン」帝ノ時ニハ九箇月ナリシ

相續人ノ一度相續ヲ承諾シタルトキハ死者ノ有セシ一切ノ權利ヲ繼承シ其所有セシ有形財産及ヒ權利ハ相續人ノ已ニ所有セル固有財産中ニ合併シ一團ト爲ル此一般權利相續(Successio in universum jus)ノ結果相續人ハ取得シタル資産カ負擔セル義務ニ任スルモノナリ換言スレハ私祭ノ維持債務ノ清還及ヒ遺言ニ因リ爲サレタル贈與ノ實行ニ當ル相續ヨリ生スル此等ノ結果ハ相續ニ於テ之ニ違反スルヲ得ス一度相續人タル者ハ永久相續人タリトノ原則ニ基キ復タ相續ノ資格ヲ拋棄スルコト能ハス死者及ヒ相續人ノ兩財産合同ノ結果各自財産ニシテ各自ノ債務ヲ辨償スルニ足ラサリシ場合ニ於テハ唯リ相續人ノミナラス兩者ノ債權者ハ損害ヲ被ルノ患アリ此弊ヲ避ケンカ爲メ必然相續人ノ爲メニハ遺産ニ著手セサルノ權(Jus abstendi)奴隷ノ爲メニハ資産分別ノ權(Bonorum separatio)外來相續人ノ爲メニハ財産目錄調製ノ法及ヒ相續人債權者ノ爲メニ設ケタル資産分別ノ方法アリ以テ一方ノ財産カ他方ノ債務ノ爲メニ吸收セラルルヲ妨クヲ得

唯一ナル相續人カ相續ヲ拋棄セシトキハ遺産ハ次位ノ相續人ニ移ル若シ數人ノ相續人中相續ヲ拋棄セシ者アルトキハ其有スヘカリシ部分ハ他ノ相續ノ部分ヲ增加ス然レトモ「オーギュスチュス」帝ノ時ニ下シタル有名ナル法律アリ其目的トスル所ハ當時數十年來內亂ノ餘純粹ナル羅馬公民ノ數甚シク減少シ加之風俗敗壞シテ正當婚姻ヲ嫌フノ惡習ヲ生シタルヨリ之ヲ救濟シテ純血羅馬人ノ增殖ヲ圖ラントセルモノナリ此法律ハ特異ナル規則ヲ立テ遺言ヲ以テ相續又ハ贈與ヲ受クル者ハ獨リ正當結婚ヲ爲シ正當子ノ存スルカ或ハ懷姙中ナル

ヲ要シ獨身者ハ相續又ハ遺贈ノ全部ニ對シ之ヲ受クルノ能力ナク正當結婚ヲ爲シタルモ子ナキ者ハ其一半ヲ失フモノトス此全部或ハ一半ハ柄敗部(Caduca)ト呼ハレ他ノ相續人中上記ノ條件ニ適合スル者ニ轉歸ス之ヲ收拾スヘキ相續人ナキトキハ國庫ニ沒收セラル此法律ノ名ハ「ジュリア」法(Lex guria)ナルモ普通柄敗法(Leges caducariae)ト呼ハレ頗ル世ノ惡評ヲ受ケタリ

第五章　財産遺贈

財産遺贈ハ遺言者カ相續人以外ノ者ノ爲メニ遺産中ノ財産ヲ分與スルモノニシテ遺言上ニ用フル言句ニ從ヒ遺贈者ハ直接ニ受贈者ニ遺贈ノ財産上ニ物權ヲ得セシメ又ハ相續人ニ向テ債權ヲ得セシム遺贈ハ各箇名義ヲ以テ爲スモノニシテ相續ノ負擔ヲ形成ス

遺贈ハ遺言中ノ一項ヲ成シ又ハ別ニ小ナル書付(Codicillus)ヲ以テ之ヲ爲ス「ジュスチニアン」帝以前ノ法律ニ從ヘハ遺贈ハ必ス相續人設定後ニ書スルヲ要ス然ラサレハ成立スルコト能ハス之ヲ記スル言句ニ從ヒ遺贈ヲ大別シテ二種ト爲ス

(一)直接遺贈(Legatum per vendicationem)ニ於テハ受贈者ハ直接ニ物ノ所有權ヲ得ルモノニシテ遺贈者ノ死後物ノ所有者ト爲リ相續人ニ向テハ物權ノ請求ヲ爲ス

(二)間接遺贈(Legatum per damnationem)ニ於テハ遺贈者ハ相續者ニ向テ遺贈ヲ實行スルコトヲ命スルモノニシテ受贈者ハ遺贈ノ實行ヲ請求スル債權ヲ有ス

此二種ノ他更ニ二種ノ遺贈アリタリ(甲)Legatum per praeceptionem ハ遺言者カ特ニ相續人中ノ一ニ向テ爲ス遺贈ノ形式ナリシカ後第一ノ遺贈ト同一ナルモノト爲リ(乙)Legatum sirendi modo ハ受贈人ヲシテ物ノ占有ヲ得セシムルノ形式ナリシカ後第二種ノ遺贈ニ合一セリ「ジュスチニアン」帝ハ此ノ如キ遺贈ノ類別ヲ廢シテ單一ト爲シ受贈人ハ相續人ニ向テ或ハ直接ニ物ヲ請求シ或ハ遺贈ノ實行ヲ請求スルヲ許シタリ

遺言ヲ爲ス者ハ隨意ニ遺贈ヲ爲スコトヲ得受贈人ノ數及ヒ其受クヘキ額ニ於テ更ニ制限ナキヲ以テ動モスレハ遺言者ハ身後ノ虛名ヲ博センカ爲メ巨大ナル遺贈ヲ以テ資産ヲ分配シ盡シ相續人ニハ僅微ノ相續ヲ殘スニ至ルコトアリ此ノ如キ場合ニ於テハ相續人ハ之ヲ繼承スルコトヲ肯セス寧ロ抛棄シテ顧ミ

サルニ至リ遺言ハ全部成立スルコト能ハスシテ遺言者ハ無遺言ニシテ死セシ狀態ニ陷リ延テ遺贈モ亦無效ニ歸シ受贈者ハ遺言上得ヘカリシ利益ヲ失フノ結果ヲ生ス此等ノ弊害ヲ矯正セントスルノ目的ヲ以テ共和時代ニ於テ發セラレタル法律アリ(一)「フュリア法」(Lex Furia)ハ受贈者一人ノ受クヘキ最多額ヲ立テ千「アス」ト爲シタルモ此制限ヲ囘避スルハ容易ニシテ千「アス」以下ノ遺贈數多ヲ爲シ全資産ヲ盡スコトアリ(二)「ウォコニア」法(Lex Voconia)ハ受贈者一人ノ受クヘキ最多額ハ相續人ノ得ル金額ヲ超過スルヲ許サス此法律モ亦遺贈ノ數ヲ增シ無效ナラシムルヲ得(三)「ファルシディア法」(Lex Falcidia)ハ遺贈全額ニ制限ヲ造リ遺産四分三ヲ超過スルヲ許サス相續人ノ爲メ他ノ四分ノ一ヲ確保ス(Quarta legis Falcidiae)此制限ヲ超過シタル部分ハ削減セラル

第六章　信託 (Fideicommissum)

信託ハ遺贈ノ如ク死因贈與(Donatio mortis causa)ノ一種ニシテ遺産ノ全部又ハ一部又ハ一定物ヲ以テ信託ニ付スルモノナリ當初法律ハ之ヲ認メサリシヲ以テ信託ノ實行ヲ强制スルノ方法ナク其實行ヲ受クルト否トハ一ニ信託ヲ受ケタル者ノ良心ニ屬セシカ法律上又禁止セラレタルニ非サルヲ以テ其應用ハ頻繁ナリシ蓋シ信託ハ遺言及ヒ遺贈等ノ嚴格ナル形式外ニ在リテ相續法ノ煩雜ナル禁制ヲ避クルヲ得遺言能力(Factio testamenti)ナキ者遺産及ヒ遺贈ヲ受領スルノ權利(Jus capiendi)ナキ者ニ向テ遺贈ヲ爲スカ爲メニ用ヒラレタリ信託ヲ爲ントスル者ハ一人ノ能力者ヲ指定シテ相續人ト爲シ又ハ受贈者ト爲シ囑スルニ財産ヲ以テ實際贈與セントスル無能力者ニ傳與センコトヲ以テス「オーギュスチュス」帝以後法律ハ信託ヲ認許シ受託者ハ必ス財産ヲ以テ指名セラレタル者ニ返付スヘキコトヲ決シタリ但其相續法ヲ干犯セントスルノ目的ヲ以テセルモノハ無效ト爲シタリ

信託ニハ形式ヲ要セス遺贈等ノ如ク一定ノ言語ナシ遺言又ハ小ナル書付ヲ以テ之ヲ爲スヲ得遺言上相續人設定ノ前ニ記載セラルルモ有效タリ又小ナル書付ヲ以テスル時ト雖モ其遺言上ニ於テ確認セラルルヲ要セス「ウェスパシアニュス」帝ノ時ニ發シタル法律ハ財産全部ノ信託ヲ受ケタル者ハ自ラ其四分ノ一ヲ、

取ルコトヲ許シタリ

信託ハ期限或ハ條件ヲ附帶スルコトヲ得實際ニ於テ多ク應用セラレタルハ信託代相續即チ條件附帶ノ信託ニシテ受託者ハ生存中受ケタル財產ヲ保留シ死後之ヲ指定セラレタル相續人ニ傳フ唯其際指名セラレタル相續人ノ生存ヲ要ス

之ヲ要スルニ遺產ノ信託ハ相續ニシテ各箇物件ノ信託ハ遺贈ナリ「ジュスチニアン」帝ノ法律ハ相續信託ニ關スル規則ヲ認メタルモ各箇物ニ關スル信託ハ遺贈ト混同セラレタリ

第三編　訴權

第一章　司法制度

羅馬ニ於テ司法制度ノ基礎ヲ成シタル原則ハ特殊ニシテ大ニ近世ノ法ニ異ナリ司法權ヲ分割シテ二ト爲シ各自特別ノ人ニ委任セラレタリ其起源ハ記錄ノ之ヲ示スモノ存セサルカ故ニ之ヲ知ルニ由ナシ此制度ハ羅馬ノ初年ヨリ採用

ラレタル如ク數世紀ヲ閱シタル後デオクレチアニュス帝ノ時代ニ及ヒ消失シタリ

司法官ハ法官(Magistratus)及ヒ審判員(Judex)ヨリ成リ訴訟モ亦兩回ノ手續ヲ經ルコトヲ要ス法官ハ訴訟ノ始メ之ヲ聽キ訴訟ノ目的ヲ檢査シ其經過スヘキ順序ヲ指示シ次テ訴訟ヲ審判員ノ前ニ回送スルモノナリ審判員ハ私人ヨリ組成サレ當事者孰レノ主張カ正當ナルヤヲ審檢シ後一ノ宣告(Sententia)ニ依リ訴訟ヲ判決ス此兩回ノ手續中法官ニ於テスルモノヲ「イン、ジュレ」ト稱ヘ審判員ノ前ニ於テスルモノヲ「イン、ジュデックス」ト稱フ訴訟ハ此二回ノ手續ヲ經ルヲ要シ羅馬人ハ之ヲ總稱シテ私訴順序(Ordo judiciorum privatorum)ト呼フ「デオクレチアニュス帝ニ及ヒ訴訟法ヲ改革シテ單純ト爲シ審判員ヲ廢シ法官ヲシテ自ラ訴訟ヲ判決セシメタリ「デオクレチアニュス」ノ制度ハ新訴訟法ヲ案出シタルニ非ス是ヨリ前已ニ或場合ニ於テ法官ハ除外的ニ自ラ判決ヲ與ヘタルコトアリ之ヲ非常審查(Cognoscere extra ordinem)ト呼ヒタリシカ非常制ハ遂ニ普通法ト爲リタリ

法官ハ獨リ司法的職權ノミナラス他ニ政治的及ヒ行政的ノ職權ヲ有シ古代ノ

羅馬王ハ自ラ裁判ニ干與シ玉ニ代リタル大統領モ亦然リシカ其他諸種ノ法官殊ニ「プレトール」ハ司法行政ヲ兼帶セル官吏中ノ最モ重要ナルモノナリシ蓋シ三權分立ノ說カ世ニ現ハレタルハ十八世紀ニシテ司法權ノ全然獨立シタルハ實ニ輓近ノ現象ナルモ其以前ニ在リテハ歐洲各國皆羅馬人ノ制ヲ遂ヒ三權ヲ以テ同一手中ニ置キタリ

審判員ハ私人ニシテ各訴訟ノ提起サルル每ニ法官ニ依リ指命サレ訴訟ノ終結スルニ及ヒ其任務モ亦盡タルモノナリ審判員ノ指定ハ當事者ノ意ヲ遂フモノニシテ形式上法ハ之ヲ任命スルモ畢竟當事者ノ希望ヲ確ムルニ過キス是レ古代ノ慣習ヨリ遺傳セルモノニシテ私人間ノ爭論ヲ決スルノ任ハ國家ニ非ス又國家ノ代表者タル法官ニモ非ス爭論ノ主タル私人カ相互ノ和協ニ由リ選定シタル者ニ在リ即チ私人ハ自ラ自己ノ爭論ヲ決スヘキモノナリトノ意ヨリ來ル審判員選定ノ爲メ法官ハ年年審判員ト爲ルヘキ者ノ名簿ヲ調製シ當事者ハ其中ニ就キ好ム所ノ人ヲ指示ス審判員ハ通常一人ヨリ成ルモ一人審判員(Unus judex)ノ權利ハ仲裁審判員(Arbitor)ヨリモ狹隘ナリシ又時トシテ審判員ノ多數ヨリ成ルコトアリ(Recuperatores)其他平常存在スル裁判所ニシテ百人審判員(Centumviri)及ヒ十人審判員(Decemviri)人民ノ投票ニ依リ任セラレ其職權ハ元ト市民法所有權ニ關スル事件ヲノミ掌リシカ延テ相續及ヒ相續ニ關スル親族法上ノ訴訟ヲ管理セシカ如シ

民事訴訟法ハ時代ヲ逐ヒ三種ノ變遷ヲ經タリ(一)法律訴訟ノ制(二)方式ノ制(三)非常裁判ノ制是ナリ第一ノ制ハ羅馬ノ初ヨリ耶蘇紀元前二十五年頃ニ至リ第二ノ制ハ紀元後二百九十四年頃ニ及ヒ其後ヲ第三制ノ時代トス然レトモ新舊制ノ代謝セルハ明瞭ナル限界アルニ非ス

第二章　法律訴訟ノ制(Legis actio)

此訴訟法ノ全部ハ比喩的ノ嚴格ナル儀式ヨリ成ルモノニシテ特ニ法律訴訟ナル名ヲ以テ呼ハルル起源ハ訴訟ニ於テ當事者カ自己ノ主張ヲ支持スル法律ヲ摘示セサルヘカラサリシ規則ヨリ來ル當事者カ儀式ヲ遂行スルニハ細密ナル規則ヲ遵守セサルヘカラス若シ宣言ノ語句上一言タリトモ違フトキハ敗訴ニ

歸ス例ヘハ葡萄園主カ此訴訟法ニ於テ供用サルル樹木(Arboribus)ナル字ヲ唱ヘス葡萄(Vitubus)ナル語ヲ發言シタル爲メ葡萄園ニ關スル訴訟ニ失敗シタルハ有名ノ例ナリ

法官前ニ於ケル訴訟手續ニ於テハ必ス當事者ノ出廷スルコトヲ要ス原告ハ自ラ被告ヲ召喚シ嚴格ナル言辭ヲ以テ其法廷ニ出ツヘキヲ告知ス被告ニシテ召喚ニ應セサルトキハ原告ハ腕力ヲ用ヒテ拘引スルコトヲ得法官前ノ手續トシテ一定ノ儀式ヲ行ヒタル當事者ハ各自其條理ヲ主張シ次テ審判員ノ任命ヲ定ム此手續ニ三種アリト云フト雖モ供牲式(per sacramentum)ノ外今日知ルヘキ事蹟ナシ是レ一種ノ賭ニシテ當事者ハ十二版法ノ定ムル所ニ從ヒ一定ノ金錢ヲ神ニ供シ僧侶ノ手ニ委託ス敗訴シタル者ノ供ヘタル金錢ハ沒收シ公共祭神ノ犧牲ニ充ツ此訴訟手續ニ於テハ審判員ハ當事者ノ執レカ主張スル條理ノ正當ナルヤヲ檢セス執レカ賭金ヲ失フノ理アルヲ追索スルモノナリ

法律訴訟ノ手續ハ蒙昧時代ニ於ケル私人間爭鬪ノ形跡ヲ表徵スルモノニシテ此性質ハ殊ニ物權ニ關スル訴訟ニ於テ明カニ之ヲ示ス當事者ハ法官ノ前ニ於テ手ニ投槍ニ擬シタル棍箸(Vindicta)ヲ持シ爭論ノ目的物上ニ手ヲ置キ一定ノ言辭ヲ高唱シ以テ爭鬪ノ狀ヲ形容シ法官カ命令ヲ下スニ及ヒ始メテ止ミ次テ供牲ノ式ヲ實行ス此訴訟法ニ於テ訴訟ノ審判員ニ移サレタルトキハ之ヲ「リチス、コンテスタシオ(Litis contestatio)」ト名ク而シテ審判員ハ訴訟ヲ審理シ宣告(Sententia)ニ由リテ之ヲ裁決ス

判決ノ執行ノ方法モ亦粗暴ヲ極メ敗訴者ニシテ之ヲ遂行セサルトキハ勝訴者ハ之ヲ捕ヘテ己ノ家ニ拘引シ鐵鎖ニ繫キ連續シタル三回之ヲ市場ニ導キ高聲ニ其負債ヲ請求シ債務者ノ親戚又ハ故舊カ債務者ノ爲メニ之ヲ辨償スルヲ待チ六十日ヲ經過シタルトキハ奴隸トシテ之ヲ賣リ或ハ之ヲ殺ス等一ニ債權者ノ隨意ニ任ス

第三章　方式ノ制

第一ノ訴訟法ハ市民法中ノ最モ純粹ナルモノタルハ一見瞭然ニシテ其應用モ亦唯リ羅馬公民ニ限局セラレタルハ論ヲ俟タス外國人ニ關スル訴訟ニ於テハ

他ノ方法ニ依頼セサルヘカラサルヲ以テ法官ハ自ラ有スル權力ニ依リ任意ノ行動ヲ取リ訴訟ヲ以テ審判員ニ移スノ前訴訟ノ要點ヲ摘ミ之ヲ方式紙(Formula)ニ記載シ第一ノ訴訟法ノ煩雜ナル儀式ニ代ヘタルカ其適用頗ル簡便ナルヲ以テ市公民ト雖モ漸次此手續ヲ取リ遂ニ全然一般ニ應用セラルルニ終リタリ當事者雙方ノ法官前ニ出廷スルヤ被告ハ更ニ抗疏セス法官ノ方式ヲ作リ審判員ニ付與スルニ任シ審判員ノ前ニ曲直ヲ爭ハントスルコトアリ或ハ之ニ反シ防禦ノ抗疏ヲ提出シ之ヲ方箋ニ記入センコトヲ請求スルコトアリ此抗疏(Exceptio)ハ通常抗疏方式ノ始メニ記入セラルルナリ而シテ原告ノ請求一モ法律上根據ナキカ又ハ被告ノ抗疏シテ其正當タル明白ナルカ又ハ被告ニシテ直チニ原告ノ請求ニ應スルトキハ法官ハ自ラ訴訟ヲ裁決スルモ他ノ場合ニ於テハ方式紙ト其訴訟ヲ審判員ノ前ニ移スモノナリ

方式ハ一定ノ形式ニ從ヒテ記載セラル其主要部ヲ四ト爲ス(一)訴訟ノ根本ヲ掲クルノ項之ヲ「デモンストラシオ」ト謂フ(Demonstratis)(二)原告ノ請求セル權利ヲ掲クルノ項之ヲ「インテンシオ」(Intentio)ト謂フ(三)被告ヲ以テ曲者ト宣告スルカ然ラサレハ之ヲ放回スルノ項之ヲ「コンデンナシオ」(Condemnatio)ト謂フ(四)審判員カ當事者ノ一方ニ所有權ヲ歸シ又ハ他方ノ所有セル地上ニ物權ヲ設立スルノ權ヲ與フルノ項之ヲ「アドジュデカシオ」(Adjudicatio)ト謂フ此四項中第一及ヒ第四ハ訴訟ニ依リテ存在スルモ第二及ヒ第三ハ必ス存在ス其他被告ノ抗疏ハ方式ニ附帶セル一部分ヲ成シ原告モ亦被告ノ抗疏ニ對シ更ニ反駁ヲ爲スコトヲ得今方式ノ主タル部ヲ掲ケ之ヲ例示センニ

(一)原告ハ被告ニ奴隷ヲ賣リタリ(「デモンストラシオ」(事實ノ陳述))

(二)若シ被告ハ原告ニ對シ一萬「セステルス」ヲ拂フコトヲ必要トレスハ(「インテンシオ」(訴訟ノ權利))

(三)被告ハ原告ニ一萬「セステルス」ヲ拂フコトヲ判決セヨ然ラサレハ之ヲ放赦セヨ(「インテンシオ」(判決))

第四章　非常手續ノ制

古代訴訟法ノ特徴トシテ訴訟ハ法官(In jure)及ヒ審判員(In judex)ノ重複ナル手續

ヲ經サルヘカリシカ後世遂ニ合一ニテ單純ト爲リ法官及ヒ審判員ノ職務ハ同一ナル裁判官ノ手ニ委任セラレ兩局面ニ分レタル順序ハ同一ナル法廷ニ於テ展開サルルニ終リタリ

此制度ハ專制政治ノ發達ニ從ヒ漸次應用セラレタル如ク羅馬皇帝ハ其最高法官タル威權ニ基キ時トシテ訴訟ノ皇帝ノ前ニ提出セラルルヲ許シタリ然ルトキハ普通ノ裁判ニ於ケル如ク之ヲ以テ審判員ニ送付スルノ方法ヲ取ラス自ラ裁決ヲ與ヘ或ハ法官ニ委シ裁決ヲ與ヘシメタルモ此場合ニ於テハ審理裁決ノ權ヲ以テ總テ法官ニ付シタリ此方法ハ漸次法官ノ採用スル所ト爲リ法官ハ訴訟ヲ聽クニ當リ尋常順序外又非常(Extra ordinem)ノ審判ト名ケ古昔ノ訴訟手續ヲ簡便ナラシメタリ「デオクレチアニュス」帝ハ法律ヲ以テ此方法ヲ認可シ法官ニ命シ力メテ自ラ判決ヲ下サシメタリ然ルトモ訴訟ヲ以テ審判員ニ送付スルハ之ヲ禁シタルニハ非サリシカ爾後ノ皇帝ハ屢〻勅令ヲ發シ「デオクレチアニュス」帝ノ規則ヲ鞏固ナラシメ「ジュスチニアン」帝ニ至リ訴訟ハ總テ皆非常手續ニ依リ裁判スヘキコトヲ令シタリ

第五章　「リチス、コンテスタシオ」(Litis contestatio)

「リチス」(Litis)トハ訴訟「コンテスタシオ」(Contestatio)トハ證明ノ義ニシテ第一、第二ノ訴訟法ニ於テハ法官ノ前ニ爲ス手續ノ終了シタルトキハ訴訟ノ審判員ノ前ニ移サルルヲ常トス第一ノ法律訴訟ノ時ニ於テハ法官前ノ手續終結シタルトキ訴訟ノ進行ヲ確保スルノ目的ヲ以テ當事者ハ必ス訴訟法ニ必要ナル儀式ノ遵守セラレタルヲ證明スル爲メ最初ヨリ訴訟ニ立會ハシメタル立證人カ之ヲ證明センコトヲ請求ス此手續ハ之ヲ名ケテ「リチス、コンテスタシオ」ト呼フモノナリ第二ノ方式制ノ時代ニ至リ此等ノ儀式ハ變更セラレ法官ハ方式ヲ當事者ニ付與スルニ及ヒタルモ訴訟上第一ノ經過カ終結ヲ告ケタルヲ指スカ爲メ尚ホ同一ナル「リチス、コンテスタシオ」ノ語ヲ用ヒテ之ヲ示シ非常手續制ニ於テ訴訟ハ同一ナル裁判官ニ依リ審理セラレタルモ當事者ノ請求陳述カ終リタル時ヲ以テ「リチス、コンテスタシオ」ト爲シタリ

「リチス、コンテスタシオ」ハ訴訟中最モ重要ナル時期ニシテ之ヨリ生スル結果ト

シテ(一)原告ノ訴權ハ完結シ爾後原告タリシ者ハ再ヒ訴權ヲ使用セラレサル權ナリ若シ同一事件ニシテ訴訟ノ目的ト爲リシ場合ハ被告ハ此理由ヲ以テ抗辯スルヲ得(二)原告ハ訴訟ヲ以テ審判廷ニ移シ其請求ヲ滿足セシムヘキ判決ヲ得ヘク方式時代ニ至ルマテ裁判ノ宣告ハ必ス金錢ヲ以テ算スルカ故ニ金錢以外ヲ以テ目的ト爲セシ訴訟ハ「リチス、コンテスタシオ」ニ到リ目的ヲ變シ總テ訴訟ハ必ス金錢的ト爲ル(三)「リチス、コンテスタシオ」ヨリ生スル義務ハ永久ニ繼續スルヲ以テ一定期限内ニ行使セサレハ消滅ニ歸スヘキ訴權ハ爾後其患ナク訴權ハ積極的又ハ消極的ニ移轉セラレ兩當事者ノ相續人ニ傳ヘラル被告ノ負擔スヘキ義務ハ「リチス、コンテスタシオ」ノ日ニ遡リ之ヲ確定スルモノニシテ審判員カ訴權ヲ審査スルニハ其時ニ於ケル狀態ヲ以テス是レ原告ノ判決ヲ得ルハ「リチス、コンテスタシオ」以後ニ在ルモ其訴權ハ已ニ「リチス、コンテスタシオ」ヲ以テ確定シタルカ故ニ遲滯ニ因リ損害ヲ被ルノ理ナケレハナリ

第六章　訴權(Actio)及ヒ禁令(Interdictum)

訴權(Actio)ノ字ハ訴訟法ニ於ケル形式ヲ指スト雖モ更ニ特別ノ意ニ於テ用ヒラレ吾人カ司法權ニ信賴シテ爭論人ノ侵害ノ目的ト爲リタル權利カ吾人ニ屬スルコトヲ確認セシムルノ權ヲ謂フ羅馬ニ於テハ司法權ニ依賴シテ其保護ヲ得ントスル各種ノ權利ニ從ヒ各種ノ訴權アリ即チ制裁ヲ受クル權利ノ性質ニ依リ訴權ヲ區分ス抗疏ニ關シテモ亦訴權ト同シク其起源性質ニ依リ諸種ノ名目ヲ冠セラレタルカ其頗ニ涉ルヲ以テ茲ニ之ヲ述ヘス

純粹ナル訴權外ニ禁令(インテルデクトーム)ナルモノアリ市民法上固有ノ訴權カ存セサルノ事件ニ對シ訴權ヲ補フモノニシテ法官ハ其併有スル公權ヲ利シテ「インテルヂクトーム」ナル命令ヲ發ス是レ當事者ノ請求ニ因リ下スモノニシテ之ニ依リテ對手カ爲ササルヘカラサルコトヲ命令シ或ハ爲スヘカラサルコトヲ禁スルモノナリ例ヘハ暴力ニ因リ占有ヲ剝奪セラレタル請求者ニ物ノ返戻ヲ命シ又ハ物ノ占有者カ安穩ニ物ヲ占有スルヲ擾亂スルコトヲ禁スルカ如シ一度禁令ノ發セラレタルトキハ其爭論ニ對シテハ恰モ法律ニ等シキ效力ヲ有シ其命スル義務ハ對手ニ於テ之ヲ遂行セサルヘカラス若シ對手ニシテ禁令

ニ服セス抗爭セントスルトキハ法官ハ更ニ審判員ヲ任命シ其果シテ正當ナルヤ否ヲ審判セシム

羅馬法終

ドクトル　アンドロリー
田中遜講述

羅馬法

（三十七年度講義錄）

法政大學發行

羅馬法目次

總論……一
第一章　羅馬人ノ法律ニ對スル觀念……六
第二章　法律ノ區別……一二
第三章　法律ノ源泉及ヒ發達……二〇
第四章　羅馬法ノ變遷……四〇
第一編　人……四三
第一章　自由……四六
第一節　奴隸……四六
第二節　生來ノ自由人及ヒ解放奴……五六
第三節　農奴……六五
第二章　市權……六六
第一節　公民……六七

第二節　非公民……六九
第三章　家族權　地權者……七一
第一節　家父權……七二
第二節　家父權ノ源泉……七八
第一　正當婚姻……七八
第二　認正……一〇〇
第三　養子……一〇三
第三節　父權ノ消滅……一一一
第四節　他ノ家族權……一一五
第四章　後見及ヒ財産管理……一一七
第一節　後見……一一八
第一　未成年者ノ後見……一一九
第二　成年女子ノ後見……一三一
第二節　財産管理……一三四

第五章　人格減少……一四二
第二編　物……一四七
第一部　資産ヲ成スヘキ權利……一四八
第一章　權利……一五一
第二章　市民法ノ物權……一五一
第一節　所有權……一五五
第二節　物ノ區別……一六二
第三節　所有權ノ分類……一六五
第四節　占有……一七三
第三章　所有權得取ノ方法……一七四
第一節　先占……一七六
第二節　「マンシパシオ」……一七八
第三節　擬訴權……一八〇
第四節　引渡……

第五節　時效……一八二
第六節　配分宣告……一九一
第七節　法律……一九二
第八節　附隨……一九四
附節　所有權ノ消滅……一九七
第四章　地役……一九八
第一節　土地地役又ハ地役權……一九九
第二節　對人地役……二〇四
第五章　「プレトール」ニ依リ制定セラレタル物權……二〇八
第一節　市民法ノ所有權ニ準スヘキ物權……二〇八
第二節　永借權及ヒ地上權……二一〇
第六章　債務……二一一
第七章　契約……二一五

第八章　契約ニ必要ナル要素……二一八
第一節　承諾……二一八
第二節　當事者ノ能力……二二一
第三節　目的……二二三
附節　理由……二二七
第九章　口頭契約……二二八
第十章　書上契約……二三二
第十一章　實物契約……二三四
第一節　消費貸借……二三五
第二節　使用貸借……二三九
第三節　寄託……二四〇
第四節　質……二四二
第十二章　合意契約……二四三
第一節　賣買……二四四

第二節　賃貸借……二四八
第三節　委任……二五一
第四節　組合……二五二
第十三章　無名契約……二五六
第十四章　「パクタ」……二六〇
第一節　附加「パクタ」……二六一
第二節　法官ニ由リ制裁ヲ附セラレタル「パクタ」……二六二
第三節　羅馬皇帝ノ勅令ニ由リ制裁ヲ附セラレタル「パクタ」……二六三
第一款　贈與……二六三
第二款　家資……二六七
附款　婚姻贈與……二七三
第十五章　私犯義務……二七五
第一節　竊盜……二七七

第二節　强盜……二八〇
第三節　不法損害……二八〇
第四節　凌辱……二八二
第十六章　準契約……二八三
第一節　事務管理……二八四
第二節　不存債務ノ弊濟……二八六
第十七章　債務ノ效力……二八八
第一節　制裁ナキ債務即チ自然義務……二八八
第二節　債務不履行ノ原因……二九〇
第十八章　債務ノ消滅……二九七
第一節　弊濟……二九九
第二節　更改……三〇一
第三節　債務免除……三〇四
第四節　混同……三〇七

第五節　相殺……三〇八
第六節　「パクトム、デ、ノン、ペレンドム」……三一三
第七節　債權讓與……三一四
第十九章　期限及ヒ條件……三一九
第一節　期限……三一九
第二節　條件……三二二
第二十章　選擇債務及ヒ任意債務……三二四
第二十一章　全部債務……三二五
第二十二章　義務履行ヲ確實ナラシムル擔保……三二八
第一節　副債務者……三二九
第二節　手附及ヒ罰金契約……三三〇
第三節　擔保人……三三一
第四節　擔保物「プライヂュシー」質及ヒ抵當……三三五

第二部　資産ノ移轉相續……三四三
第一章　遺言相續……三四五
第二章　無遺言相續……三五三
第三章　無遺言相續人ノ爲メニ規定セラレタル遺言自由ノ制限……三五九
第四章　相續取得……三六二
第五章　財産遺贈……三六六
第六章　信託……三六八
第三編　訴權……三七〇
第一章　司法制度……三七〇
第二章　法律訴訟ノ制……三七三
第三章　方式ノ制……三七五
第四章　非常手續ノ制……三七七
第五章　「リナス、ユンテスタレオ」……三七九

第六章　訴權及ヒ禁令……三八〇

羅馬法目次終

雜部

○一ノ證言ニ依ル數罪ノ曲庇　一ノ供述ニ依リテ數罪ヲ曲庇シタル場合ニ於テハ之ヲ一罪ヲ以テ論スヘキカ將タ數罪俱發例ニ依リテ處斷スヘキカニ付キ被曲庇者ノ一人タルト數人タルトニ依リテ區別シタル大審院ノ判例ハ昨年四月二十八日及ヒ五月一日ニ於テ表ハレタル所ナルカ其第一ノ判例ニ於テハ「半七ノ被告事件ハ重罪輕罪ノ二箇アルカ爲メ一面ハ刑法第二百十八條第一號ニ該リ一面ハ第二號ニ當リ乃チ一箇ノ行爲ニシテ數箇ノ刑名ニ觸レタルモノナリ然レトモ其行爲ノ結果ニ付キ觀察スルトキハ單ニ半七一人ニ對スル裁判ヲ誤ラシムヘキ危害ヲ生シタルニ過キスシテ恰モ一擊數箇ノ創傷ヲ負ハシメ以テ一人ヲ害シタル場合ニ異ナルコトナシ凡ソ行爲及ヒ其結果ノ單一ナル場合ニ在テハ制裁ニ於テモ亦單ニ一箇ヲ以テス可キモノナルハ事理ノ當然ニシテ刑法ノ目的亦蓋シ之ニ外ナラサルナリ」ト曰ヒ第二ノ判例ニ於テハ「被告ハ一個ノ供述ヲ爲シタルモノナレハ其行爲ハ一個ナリト雖モ僞證ノ如キ裁判ヲ誤

ラシメ從テ人ニ對シ陷害又ハ曲庇ノ結果ヲ生スル罪ニ在リテ其行爲ノ結果ニ付キ觀察セサルヘカラス然リ而シテ二人以上ヲ曲庇陷害スル爲メニ僞證ヲ爲シタルトキハ其結果ハ一個ニアラスシテ各人ニ付テ生シ二個以上アリ故ニ犯罪モ亦タ二個以上ヲ成スモノトス」ト曰ヘリ今茲ニ紹介セントスル判例ハ第一例ト同型ニシテ而モ全ク其說明ヲ異ニシ或學者カ重キ刑罰ヲ科スル法條ハ輕キ刑罰ヲ科スル法條ヲ排除ス」トノ原則ヲ示スニ符合スルカ如シ其判例ニ曰ク「二ノ證言ヲ以テ一人ニ對スル重罪ト輕罪トヲ曲庇シタル場合ニ於テハ元來曲庇セラレタル被告人ノ重輕罪ハ重キ重罪ノ一罪ニ依リ處罪セラルヘキ筋合ノモノナレハ輕罪曲庇ノ罪モ亦重罪曲庇ノ罪ニ包含セラレ一罪ヲ構成スルニ止マルモノトス」ト（大審院明治三十七年(れ)第八八二號公印盜用公文書僞造行使詐欺取財及僞證事件明治三十七年六月七日第一刑事部宣告）

○第一年級特別試驗第二年級編入試驗問題　去ル九月二十六日ヨリ本校ニ於テ施行シタル第一年級特別試驗及ヒ第二年級編入試驗ノ問題左ノ如シ

法學通論（中村博士）

一　法律ト道德トノ差異ヲ擧ケヨ

二　法律ノ制裁ハ法律ノ效力ニ如何ナル關係ヲ有スルヤ

憲法（清水學士）

一　國務大臣ノ憲法上ノ責任ニツキ左語點ヲ答フヘシ

（イ）國務大臣ハ誰ニ對シ責任ヲ負フヤ

（ロ）國務大臣ノ責任ハ如何ナル種類ニ屬スルヤ

（ハ）國務大臣ハ如何ナル行爲ニ對シ其責ヲ負フヤ

二　解散ト閉會トハ其結果ニ於テ如何ナル差異ヲ生スルヤヲ述フヘシ

民法第一編（自第一章至第三章）（梅博士）

一　未成年者、禁治產者、準禁治產者及ヒ妻ノ能力ノ異同ヲ略陳セヨ

二　主物、從物トハ如何ナルモノソ二三ノ例ヲ揭ケテ之ヲ說明セヨ

民法第一編（自第四章至第六章）（鈴木學士）

一　自稱代理人ノ爲シタル法律行爲ト取消シ得ヘキ法律行爲トノ效力ノ差異ヲ說明スヘシ

二　條件附權利トハ如何ナルモノヲ言フカ

民法第二編（自第一章至第六章）（塚田學士）

一　先占ニ因リ所有權ヲ取得スルコトヲ得ヘキ要件ヲ說明スヘシ

二　遺失物ト埋藏物トノ差異ヲ說明スヘシ

民法第三編第一章（自第一節至第三節）（梅博士）

一　甲ハ乙ニ對シ約シテ曰ク貸某處ニ到ツハ一个月ノ後汝ニ金千圓ヲ與ヘント而シテ甲カ某處ニ到リタル後七个月ヲ經テ其約ヲ履行セントス知ラス甲ハ乙ニ對シ如何ナル義務ヲ負フカ理由ヲ附シテ答ヘヨ

二　連帶債務者ノ求償權ヲ陳述セヨ

民法第三編第一章第四節及第五節（横田學士）

一　債權譲渡ト債權者ノ更替ニ因ル更改トハ如何ナル點ニ於テ差異アリヤ

刑法總論（谷野學士）

一　不作爲ニ依リテハ作爲罪ヲ犯スコトヲ得サルヤ理由ヲ付シテ解答スヘシ
二　如何ナル犯人ヲ間接正犯ト云フヤヲ解說セヨ
以上ノ二問中任意其一ヲ選擇シテ解答スヘシ

經濟學（山崎學士）

一　勞働ノ念慮ニ強弱ヲ來タス原因ハ何ソヤ
二　單獨企業ノ長所及ヒ短所ヲ擧ケヨ
三　需要及ヒ供給ノ意義ヲ說明セヨ
四　手形交換制度ヲ略述セヨ
五　「リカルドー」ノ賃錢說ヲ問フ
三題ヲ選ンテ答フヘシ

國際公法（平時）（中村博士）

一　甲乙兩國條約ヲ締結シテ丙國ノ分割ヲ約セリ此條約ハ有效ナリヤ
二　領事裁判權トハ何ソ

國際公法（戰時）（秋山學士）

一　千八百六十四年八月二十二日「ジェチヴァ」條約ノ規定中改正ヲ必要トスル諸點ヲ指摘セヨ
二　軍使及問諜ニ關スル法理ヲ說述スヘシ

學生募集

學則入用ノ向ハ申込次第送呈ス

本大學ニ於テハ梅總理、富井敎頭ヲ始メ穗積、金井、岡野、岡田、高橋、松波、中村、山田、志田、美濃部加藤、筧ノ諸博士其他新進ノ學士等數十名各專門ノ學科ヲ擔任シ懇切ニ敎授ス九月十二日ヨリ新學年授業開始ニ付此際學生ヲ募集ス入學志願者ハ速ニ申込ムヘシ授業ハ大學豫科ヲ除クノ外毎日午後五時三十分（土曜日ハ午後一時三十分）ヨリ始ム

○大學部

本大學大學豫科卒業生又ハ之ト同資格者及中學校卒業者又ハ之ト同資格者ニシテ入學試驗ニ合格シタル者又ハ他ノ同等學校豫科卒業者ヲ入學セシム

○專門部（法律科　實業科）

中學校卒業者又ハ之ト同資格者ハ試驗ヲ要セス正科生トシテ又本大學ノ銓衡ヲ經タル者ハ別科生トシテ第一學年級ニ入學ヲ許ス但別科生ハ其履歷ニ依リ試驗ヲ行フ

入學試驗　來九月二十六日及十月三日（各午前八時）施行ス
編入試驗　來九月二十六日及十月十二日（各午後五時三十分）ヨリ施行ス

○高等研究科

高等研究科學生ハ特ニ開ク講義ヲ聽聞スルノ外他ノ講義ヲ任意聽聞スルコトヲ得ルモノニシテ本大學卒業生又ハ他ノ同等學校卒業生ハ何時ニテモ入學ヲ許ス

○大學豫科

第二期　中學校卒業者又ハ之ト同資格者ニシテ編入試驗ニ合格シタル者ヲ入學セシム

○聽講生

本大學各部科ノ講義ヲ任意聽聞スルモノニシテ本大學ノ銓衡ヲ經タル者ハ何時ニテモ入學ヲ許ス

東京市麹町區富士見町六丁目十六番地（電話番町一七四番）

明治三十七年九月

司法省指定
文部省認定

私立　法政大學

法學志林

第六十一號
（九月十五日發行）

志林
○統治ノ繼續　法學博士　井上密
○財産目錄ニ記載スヘキ財産及其評價ヲ論ス　法學士　松本烝治
○中立國逃入ノ交戰國艦　法學博士　中村進午
○最近判例批評　法學博士　梅謙次郎
○權利ノ新種類ニ就テノ研究（續）　法學博士　志田鉀太郎
纂論
○露國新手形法（八）　法科大學生　佐竹三吾
○商法第四百四十六條ニ所謂營業所住所又ハ居所カ問合地以外ノ場合ニ於ケル拒絶證書作成ノ場所　法學博士　富谷鉎太郎
解疑
○資本減少ノ目的ヲ以テ株式合併ノ上切下金ヲ爲シ且其金額ヲ各株主ニ拂戻サントスル決議ノ效力及其後ニ於テ爲シタル株式讓渡ノ效果　法學博士　梅謙次郎
寄書
○生命權ノ修害ニ因ル債權ヲ論ス　校友　増田疇彦
其他判例、雜報、記事　數十件

明治三十六年十月十二日第三種郵便物認可
（毎月十四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）

明治三十七年九月三十日印刷
明治三十七年十月　三日發行
（定價金四拾錢）

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　東京市芝區西ノ久保明舟町十一番地　金子活版所
東京市麴町區富士見町六丁目十六番地
發行所　司法省指定　法政大學
（電話番町百七十四番）