

法政大學講義録

岡田, 朝太郎 / 山崎, 覺次郎 / 松原, 一雄 / 清水, 澄 / 志
田, 鉦太郎 / 鈴木, 英太郎

(出版者 / Publisher)

法政大學

(巻 / Volume)

13

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

83

(発行年 / Year)

1905-03-05

（明治三十七年十一月十日第三種郵便物認可）
（每月三回、五日、十五日、二十五日發行）

明治三十八年三月五日發行

三十年度

法政大學講義錄

第三十號

法政大學發行



0089

第十三號 目次

七五

憲	法 (百六九)	法學士 清水 澄
民法總則	自第四章 (百一五) 至第六章 (百二二)	法學博士 志田 鉀太郎
民法債權第一章	(百六八) 至 (百六八)	法學士 鈴木 英太郎
刑法總論	(百五〇) 至 (百七〇)	法學博士 岡田 朝太郎
國際公法(戰時)	(百九一) 至 (百七〇)	法學士 松原 一雄
經濟學	(百二二) 至 (百二八)	法學士 山崎 覺次郎

雜錄 ○大審院判例要旨

リ唯例外トシテ法律ヲ以テ全ク禁セラルル結社ハ秘密結社ノミナリ普普通西ニ於テハ其憲法ニ屋內ノ集會ニ付テハ屈出主義ヲ執ルヘク屋外ノ集會ニ付テハ許可主義ヲ執ルヘシト爲シタリ白耳義モ其憲法ニ於テ之ト同様ノ事ヲ規定シタリト雖我國ニテハ右ニ述ヘタル如ク何レノ主義ヲ執ルモ全ク自由ナルモノナリ然ラハ集會トハ如何ナルモノナリヤト云フニ憲法第二九條ノ集會トハ或事項ヲ論議若クハ決定スルノ共同ノ目的ヲ有シテ一時のニ公衆ノ集合シタルモノヲ指シ如此共同ノ目的ヲ有セサル集會若クハ親族ノ集會ノ如キハ此中ニ入ラサルナリ又結社トハ憲法上合意のニ定メタル共同ノ目的ヲ有スル多數人民ノ團結ニシテ而モ永續の性質ヲ有スルモノヲ指スニ外ナラサルナリ故ニ市町村團體ノ如キ法律上ノ團體若クハ家族ノ如キ合意のノ目的ヲ以テ集ラサル團體ノ如キハ此中ニ入ラサルナリ

第十一項 請願ノ自由權

憲法第三〇條ニ曰ク「日本臣民ハ相當ノ敬禮ヲ守リ別ニ定ムル所ノ規程ニ從ヒ請願ヲ爲スコトヲ得」ト然ルニ今日ニ至ル迄臣民ノ請願ニ關スル規定ハ議院法ニ存スルノミニテ兩議院以外ニ爲ス所ノ請願ニ付テハ何等ノ規定ヲ有セサルナリ即憲法第三〇條ノ別ニ定ムル所ノ法ナルモノ存在セサルニ由リ議院以外ニ對シテハ請願スルコト能ハサルノ狀況ニ在リ固ヨリ今日ニ於テモ官廳ニ提出セラルル所ノ請願アリテ其請願ハ受理セラルルモ是官廳ノ好意ニ依テ其請願書ヲ返還セサルニ止リ法ノ定ムル所ニ從テ受理スルニ非サルナリ隨テ官廳力之ヲ受理セスシテ却下スルモ如何トモスルヲ得サルナリ實請願規則ナルモノ存在シタルコトアリシモ其請願規則ナルモノハ今日ノ所謂請願ニ關スル法規ニシテ現行請願法ノ制定ト共ニ消滅ニ歸シタルモノナリ

憲法 統治權ノ客體 臣民ノ權利

090
1905
1-13

0090

(一)三年五三號布告、九年二號達四條、議院法第三章

第十二項

法律ニ依ラサレハ兵役及納税ノ義務ニ服セサルノ義務

憲法第二〇條及第二一條ハ兵役及納税ノ二者ハ必法律ノ規定ニ依ルヘキコトヲ定メタリ故ニ命令ヲ以テ兵役ニ就クコトヲ命セラレ若クハ租税ヲ納ムルコトヲ命セラルモ此命令ニ拘束セラルコトナキモノナリ右憲法第二一條ノ「納税」ナル文字ハ國稅ヲ納ムルコトノミヲ指スモノナリヤ或ハ國稅ノ外地方稅ヲ納ムルコトモ之ニ包含スルモノナリヤニ付疑ナキニ非スト雖廣ク納税トアル以上ハ國稅ノミナラス市町村稅ニ至ル迄モ總テ之ニ含マルモノト解釋スルヲ至當ト信ス是今日府縣稅、市町村稅等ノ法律ニ根據ヲ有スル所以ナリ但之ト區分スヘキハ憲法第六二條ノ「租税」ナル文字ニシテ總テ憲法第六章ノ規定ハ國家ノ財政ニ關スル規定ナルニ由リ第六二條ノ「租税」ノ文字モ國稅ノ文字ト解釋スヘク隨テ憲法第二一條ノ「税」ノ文字トハ其範圍ヲ等クスルモノニ非サルナリ又第二〇條ニ付テ注意スヘキハ第二〇條ノ「日本臣民」ナル文字ハ男子ノミヲ指スモノナリト解釋スル者アリト雖憲法ノ明文ハ廣ク日本臣民ニ對シ法律ニ依ラサレハ兵役ヲ課セサルコトヲ定メタルニ止リ兵役ノ義務ハ男子ニ限ルコトヲ定メタルニ非ス又法律ニ依ラサレハ兵役ヲ課セラレサルノ保障ヲ與ヘラルモノハ男子ノミナリトノ趣旨ヲ以テ規定セラレタルモノニ非サルナリ尙兵役ノ義務ニ關シ一言センニ此兵役ノ義務ノ有無ヲ以テ臣民ト外國人トヲ分ツノ唯一ノ標準ナリト認ムル者アリト雖是亦誤レルモノニシテ實際上何レノ國ノ制度ニ於テモ現今兵役ノ義務ヲ外國人ニ課セサルニ止リ理論上兵役ノ義務ヲ外國人ニ絕對ニ課スルコトヲ得サルモノニ非ス隨テ此義務ノ有無ノミヲ以テ此兩者ヲ區別スルヲ得サルナリ

第三款 憲法第二章ノ例外ノ場合

第一項 戰時又ハ國家事變ノ場合

憲法第三一條ニ曰ク「本章ニ掲ケタル條規ハ戰時又ハ國家事變ノ場合ニ於テ天皇大權ノ施行ヲ妨クルコトナシ」ト故ニ憲法第二章ニ於テ保障セラレタル臣民ノ權利モ戰時又ハ國家事變ノ場合ニハ憲法ノ規定ニ基カスシテ之ヲ侵スコトヲ得ルモノナリ而シテ戰時トハ明治十五年布告第三七號ノ定ニ依リ外患又ハ内亂アルニ際シ戰時タルコトヲ布告シタル場合ヲ指スモノナリ故ニ我制度上戰時ナル文字ノ意義ハ必シモ國際公法ノ戰時ノ場合ト同一ニ歸スルコトヲ保セスシテ宣戰ノ布告アリタル場合ニ限リ之ヲ戰時ト稱スルナリ又國家事變ノ場合トハ内亂タルト外患タルトヲ問ハス公共ノ安寧秩序ニ危害アリト認メラル場合ニ於テ而モ戰時ト認メラレサル場合モナリ今憲法第三一條ト同第一四條トノ關係ヲ一言センニ第三一條ハ第一四條ノ所謂戒嚴宣告ノ場合ヲ指スモノナリヤ或ハ第三一條ノ中ニハ戒嚴宣告ノ場合ヲ含マサルモノナルヤノ疑ヒ存セリ第三一條ノ中ニハ第一四條ノ場合ヲ包含セスト唱フル者ハ曰ク戒嚴ノ要件及效力ハ法律ヲ以テ定メラルモノナルニ由リ戒嚴宣告ノ結果トシテ法律ニ基カスシテ秘密ヲ侵シ住所ノ安全ヲ害シ其他憲法第二章ニ保障セラレタル權利ヲ侵害スルモ法律ノ規定ノ結果ニ外ナラサルヲ以テ戒嚴ノ作用ハ憲法第二章ノ各條項ト抵觸スルモノニ非ス隨テ戒嚴宣告ノ場合ニ付テハ憲法第三一條ノ規定ヲ要スルコトナキモノナリ故ニ第三一條ノ場合ハ戒嚴ヲ宣言シタルトキ以外ノ場合ヲ指スモノナリト之ニ反對シテ第三一條ノ場合ハ戒嚴宣告ノ場合ヲ指スモノ

ナリト論スル者ハ曰ク戒嚴ヲ宣告スル場合ハ重大ナル場合ナリ故ニ其要件及效力ヲ法律ヲ以テ定ムヘシト規定スルナリ然ルニ此以外ノ場合ニ於テ非常大權ノ行動ヲ認ムルトキハ天皇ハ戒嚴ヲ宣告セスシテ自由ニ憲法第二章ノ規定ヲ蹂躪スルコトヲ得ルノ結果ヲ生シ得ルモノナリト今此兩說ヲ比較スルニ憲法第三一條ヲ特ニ設ケタル精神ヨリ考フルトキハ第一說論者ノ如ク戒嚴宣告ノ場合以外ニ於テ戒嚴令ノ規定ニ依ラサル所ノ非常大權ノ行動ヲ認ムルニ在ルコト明ナリ且又憲法第二一條ニ當ル所ノ普偏西憲法第一一條ハ殆之ト同一ノ規定ニシテ而モ其普偏西憲法ノ解釋ハ一般ニ戒嚴令ニ依ラサル所ノ非常大權ノ行動アルコトヲ認ムルモノナリ故ニ其憲法ヲ參照シタル我憲法ハ之ト同一ノ趣意タルコトヲ認ムルヲ得ルナリ故ニ第三一條ト第一四條トノ關係ニ付テハ第一說ヲ採ラント欲スルナリ

第二項 陸海軍ノ軍人

憲法第三二條ニ曰ク「本章ニ掲ケタル條規ハ陸海軍ノ法令又ハ紀律ニ牴觸セサルモノニ限リ軍人ニ準行ス」ト故ニ軍人ハ陸海軍ノ法令又ハ紀律ニ從フヘキヲ原則ト爲シ之ト牴觸セサル場合ニ於テノ憲法第二章ノ規定ノ適用ヲ受クルモノナリトセラレタリ蓋軍隊ノ紀律ヲ保ツカ爲メ且軍人ヲシテ其職ヲ全ウセシムルカ爲メ軍事上ノ法令又ハ軍隊ノ紀律ニ先服從スルヲ極ラ必要ナルコトト認ムレハナリ是軍人カ法律ニ定メタル裁判官以外ノ裁判官ノ裁判ヲ受ケ若クハ法律ニ依ラスシテ其居住ノ自由ヲ制限セラルル所以ナリ然ラハ茲ニ軍人トハ如何ナル者ヲ指サヤト云フニ現役軍人及召集中ノ豫備役、後備役ノ軍人ヲ指スモノニテ軍屬ノ如キハ之ヲ合ルルモノニ非サルナリ（陸刑三條、四條、海刑五〇條、五一條、三七年勅令六號海軍給與令一條）

第四節 臣民ノ特別階級

第一款 皇族

第一項 皇族ノ範圍

皇族トハ皇統ノ男子及其正當ノ配偶者並ニ皇統ノ女子ヲ指スモノニシテ仍之ヲ詳シク列舉スルトキハ我皇族ニ列セラルル者ハ左ノ如シ

太皇太后

皇太后

皇太子

皇太子ノ妃

皇太孫

皇太孫ノ妃

親王

親王ノ妃

內親王

王

王妃

王女

是ナリ(皇典三〇條)而シテ皇室典範第三一條ニハ「皇子ヨリ皇玄孫ニ至ルマテハ男ヲ親王女ヲ内親王トシ五世以下ハ男ヲ王女ヲ女王トス」トアルニ由リ皇統ニ屬スルモノハ百世ノ後ニ至ル迄モ總テ皇族ノ中ニ入ルヘキモノニテ我歷史上皇族ニ姓ヲ賜ヒテ之ヲ臣下ニ下シタルノ例アルニ拘ラス我皇室典範ハ之ヲ禁止シタルモノト謂フヘキナリ又皇室典範第四條ニハ「皇族女子ノ臣籍ニ嫁シタル者ハ皇族ノ列ニ在ラス但シ特旨ニ依リ仍内親王女王ノ稱ヲ有セシムルコトアルヘシ」トアルニ由リ皇族女子カ皇族以外ノ者ニ婚嫁シタルトキハ皇族ノ範圍外ニ出ツルモノナリ又皇族ハ皇室典範第四二條ニ依リ養子ヲ爲スコトヲ得サルニ由リ皇族ニ列セラルル者ハ配偶者ノ外血統上ノ皇胤タルコトヲ要スルモノナリ

第二項 皇族ノ特權

凡テ立憲國ニ於テハ四民ノ平等ナル原則ト爲シ特權アル種族ノ存在スルコトヲ認メサルモノナリト雖皇族ハ君主ト特別ノ血統ノ關係ヲ有スルモノナルニ由リ何レノ國ニ於テモ君主ノ一族タル皇族若クハ王族ニハ或特權ヲ付與スルヲ常ト爲セリ而シテ我國ニ於テモ亦然リ故ニ之ヨリ皇族ノ特權ヲ列舉スルトキハ

第一 攝政ト爲ルノ資格ヲ有スルコト 後ニ述フルカ如ク攝政ナルモノハ君主ニ代テ政ヲ爲スノ重大ナル職務ヲ有スルモノニシテ而モ攝政タル者ハ我現行ノ制度ニ於テ必皇族ヨリ出テサルヘカラストセラレタリ

第二 貴族院議員ト爲ルノ資格ヲ有スルコト 貴族院議員ト爲ルノ資格ヲ有スル者ハ必シモ皇族ニ限ラスト雖皇族ハ成年ニ達シタルトキハ選舉ヲ俟タス又勅選ヲ俟タスシテ當然貴族院議員タルモノナリ而シテ此議員タルノ地位ハ立法事業ニ參與スル議會ヲ組織スル分子ノ一ニシテ國法上重要ナルモノナルコト多言ヲ俟タス

第三 皇族會議ノ議員ト爲ルコト 皇族會議ナルモノハ成年以上ノ皇族男子ヲ以テ組織セラレ内大臣、樞密院議長、宮内大臣、司法大臣、大審院長ヲ之ニ參列セシムルモノナリ而シテ皇族會議ノ權限ハ左ノ一ヨリ四ニ至ル迄ノ事項ニ付諮詢ヲ受ケ若クハ君主ヨリ隨時諮問アリタルトキ之ニ對スル答申ヲ爲シ若クハ五、六ノ事項ニ付議決ヲ爲スコトニ在ルナリ

一 皇室典範ノ改正ニ關シ諮詢ヲ受ケタルトキ

二 皇嗣ヲ變更スルコトニ付諮詢ヲ受ケタルトキ

三 皇族ノ懲戒、禁治產ノ處分ニ付諮詢ヲ受ケタルトキ

四 大傳ノ任命又ハ大傳ノ退職ニ付諮詢ヲ受ケタルトキ

五 天皇久シキニ亘ル故障ニ因リ政ヲ親ラスルコト能ハサル場合ニ攝政ヲ置クヘキヤ否ヤヲ議決スルコト

六 攝政タルヘキ者ノ順序變更ヲ議決スルコト

右列舉セル如ク皇族會議ノ攝政ハ常ニ皇室内部ノ一私事ノミナラス國務ニ關スルコトヲ議スルモノナルニ由リ皇族會議ノ議員ト爲ルコトモ一ノ國法上ノ特權ト稱スヘキナリ

第四 平時ニ於テ邸宅、車馬ヲ徵發セラレサルコト(徵發令一五條、一六條)

第五 租税ニ關スル免除ノ特權ヲ有スルコト 皇族ハ明治七年太政官布告第二二〇號地所名稱區別、明治一六年內務大藏兩省ノ達乙第三〇號、府縣制第一一〇條、市制第九八條、町村制第九八條等ニ依リ地租、地方税、市町村税ノ免除ノ特權ヲ有スルモノナリ

第六 司法上ノ特權ヲ有スルコト 皇族ハ民事、刑事ノ事件ニ關シ左ニ列舉スル如ク一般人民ト異ナリタル取扱ヲ受クルモノナリ

一 皇族相互ノ民事訴訟ハ勅旨ニ依リ宮内省ニテ裁判員ヲ命シ之ヲ裁判セシム且其裁判ハ勅裁ヲ經テ執行セラルヘキモノトス

二 人民ヨリ皇族ニ對スル民事訴訟ハ東京控訴院ニ於テ之ヲ管轄スルモノトス

三 皇族ハ東京控訴院ニ自ラ出頭スルコトヲ要セス代人ヲ使用スルコトヲ得ルナリ

四 皇族ハ勅許ヲ得ルニ非サレハ拘引セラレ若クハ裁判所ニ召喚セラルルコトナシ

五 皇族證人ト爲ル場合ニハ刑事事ニ在テハ豫審判事、民事ニ在テハ受命判事又ハ受託判事其所在ニ就キ訊問ヲ爲スヘキモノトス

六 皇族ノ犯シタル罪ニシテ禁錮又ハ更ニ重キ刑ニ處スヘキ豫審及裁判ハ第一審及終審トシテ大審院ニ於テ之ヲ管轄ス(裁權三八條、五〇條、皇典五一條、民訴二二一條、刑訴二三〇條)

第七 榮譽上ノ特權ヲ有スルコト 皇族ハ菊花ノ御紋章及一定ノ旗ヲ特ニ用フルコトヲ得ルノミナラス(四年六月布告二二年宮内省達一七號)其他皇族ハ皇室典範第一七條及第一八條ニ依リ陛下若クハ

殿下等ノ特別ノ尊稱ヲ用フルコトヲ得ルナリ

第八 職司ヲ設置スルコト 皇族ノ爲ニハ特ニ陸海軍ノ武官ヲ之ニ附セラルルノミナラス其他勅任、

奏任、判任ナル官吏ヲ其家ノ職員トシテ置クコトヲ得(東宮職官制、東宮武官官制、皇族職員職制、皇族附陸軍武官官制、皇族附海軍武官官制)

第九 經費上ノ特權ヲ有スルコト 皇族ノ歳費ハ年年皇室給費ヨリ一定ノ額ヲ以テ支辨セラルルモノナリ

第二款 華族

華族ハ之ヲ公、侯、伯、子、男ニ分ツモノニテ其特權ト認ムヘキモノハ左ノ如シ

(一) 貴族院議員タルコト 此特權ハ華族全體ニ屬スルモノニ非スシテ公、侯、伯、子、男爵ハ同爵間ノ選舉ニ依テ議員ト爲ルコトヲ得ルモ公、侯、伯ノ者ハ年齡二十五歲ニ達スルキ當然貴族院議員ニ列スルコトヲ得

(二) 司法上ノ特權ヲ有スルコト 華族ニシテ禁錮以上ノ刑ニ該ル罪ヲ犯シタル者ヲ處分スルニハ先當該檢察ヨリ司法大臣ニ上申シ司法大臣ハ之ヲ上奏セラルヘカラス唯現行犯罪者ニ限リテハ處分シテ後上奏スルコトヲ得(一五年司法省達一號、一六年司法省達丙二號)終ニ注意ノ爲メ一言スヘキハ外國ノ華族ニシテ我國國民ニ歸化スルモ我華族トシテノ特權ヲ享有セサルハ勿論ナルコト是ナリ

第四編 憲法上ノ機關

第一章 總論

憲法上ノ機關トハ憲法ニ依テ設ケラレ且其權限ヲ憲法ニ依テ規定セララルル機關ニシテ憲法ヲ變更スルニ非サレハ其機關ノ權限ヲ變更シ若クハ其機關ヲ廢止スル能ハサル地位ニ立ツ機關ヲ稱スルナリ故ニ攝政、帝國議會、國務大臣、樞密顧問、裁判所、會計検査院等ヲ指シテ憲法上ノ機關ト稱スルナリ此等ノ機關ノ中ニハ立憲國ニ缺クヘカラサル機關ニ屬スルモノニテ狹義ニ於テ憲法上ノ機關ト稱スルトキハ議會、國務大臣、裁判所ヲ指スモノナレトモ茲ニハ單ニ狹義ノ憲法上ノ機關ノミナラス憲法ニ規定セラレタル諸機關即樞密顧問、會計検査院等ニ付テモ併セテ其概略ヲ說カント欲スルナリ或ハ憲法上ノ機關ヲ大キク區別シテ直接機關及間接機關ニ分ツ人アリ「エリキ」氏ノ如キ其一人ニシテ此說ニ從フトキハ君主及議會ヲ直接機關ト爲シ國務大臣、裁判所以下ノ機關ヲ間接機關ト爲スモノナリ而シテ其區別ノ標準ハ間接機關ハ他ノ機關ニ依テ其存在ヲ保ツモノナリト雖他ノ機關ノ行爲ニ依ラスシテ其存在ヲ保ツモノヲ直接機關ナリト爲スニ在リ此說ハ我國ニ於テ採用スルコトヲ得ス何トナレハ第一、君主ノ統治權ノ主體ナルコトハ既ニ述ヘタルカ如クニシテ統治權ノ主體ト機關トハ一身ニシテ之ヲ兼ヌヘキモノニ非サルニ由リ君主ノ直接機關タリト說ハ我國ニ於テ容ルルコトヲ得サルナリ又議會ハ貴族兩院ヨリ成立スルモノニシテ其衆議院ハ人民ノ選舉ニ係ル議員ヲ以テ組織スルモノナリト雖貴族院ノ議員中ニハ君主ノ任命ニ係ル者少カラヌ又縱令兩院ノ議員カ佛白諸國ニ於ル如ク人民ノ選舉ニ由レリトスルモ議會ノ成立ハ君主ノ行爲(召集)ヲ待タサルヘカラサルカ故ニ議會ハ君主ノ行爲ヲ待タズレシテ其存在ヲ保ツモノナリト稱スルヲ得サルナリ故ニ今舉ケタル標準ヲ以テ直接機關、間接機關ト區別スルハ當ヲ得タルモノニ非ス又強ヒテ如此區別スルモ何等ノ利益ヲ見サルニ由リ我國ニテハ無用ノ分類ト

謂フヘキナリ或ハ憲法上ノ機關中議會ハ君主ト等ク其存在ヲ固有ニ保ツモノニシテ憲法ニ依テ始テ設ケラルルモノニ非ス隨テ憲法ノ規定ヲ變更スルモ之ヲ廢止スルコトヲ得ルモノニ非ス唯憲法ハ之ヲ確認スルニ止ルモノナリト說ク人アリト雖議會ニシテ獨立ノ權力ヲ有セサル以上ハ機關トシテ其固有ノ存在ヲ保ツモノナルコトヲ想像スルヲ得サルナリ固ヨリ議會ヲ以テ獨立ノ權力ノ主體ナリト爲シタル時代ナキニ非サリシモ即三權分立說ノ行ハレタル時ハ議會ヲ以テ一ノ立法權ノ主體ナリト認メタリト雖三權分立說ノ認メラレサル今日ニ於テハ議會ノミナラス裁判所其他ノ機關モ權力ノ主體タルモノニ非サルナリ故ニ機關ナルモノハ原則トシテ人格ヲ有セヌ又權力ノ主體タルコト能ハスシテ唯權限ヲ有スルニ止ルノミ面シテ其權限ノ爭ナルモノハ特ニ權限裁判所ヲ設ケタル場合ノ外ハ各獨立ノ機關ノ間ニ於テハ君主ノ探決ヲ待ツノ外ナキナリ

第二章 攝政

第一節 攝政ノ地位

統治權ノ行使ハ一日モ廢スヘカラス然ルニ君主ノ地位ヲ充タス所ノ者ハ自然人ナルカ故ニ種種ノ故障ノ爲ニ君主其政ヲ行フコト能ハサルノ狀態ニ陷ルコト少カラサルナリ今其故障ノ生スル場合ヲ列舉スルトキハ

- (一) 君主自己ノ意思ニ依テ政ヲ行ハサルトキ 例之遠ク外國ニ旅行シタルトキノ如シ
(二) 君主政ヲ執ルノ能力ヲ有スルモ自己ノ意思ト關係ナキ事情ノ爲メ政ヲ行フコト能ハサルニ至リタルトキ 外國ニ俘虜ト爲リタル類ノ如シ

(三) 未成年ナルカ若クハ精神上ノ身體上ノ重大ナル缺點ノ爲ノ親ラ政ヲ爲スノ能力ヲ有セザルトキ右ニ列舉シタル三ノ場合ノ中(一)ノ場合ニ於テハ君主政務ヲ執ルノ能力アリテ而モ自己ノ隨意ニ之ヲ行ハサル場合ナルニ依リ一時代理者ヲ設クテ之ニ自己ノ行フヘキ政務ヲ委任スルコトヲ得ルナリ然ルニ(二)及(三)ノ場合ニ於テハ君主親ラ政ヲ爲ス能ハサルノ狀態ニ陥リタルトキナルヲ以テ皇位ノ繼承ヲ新ニ生セシムルカ若クハ法定ノ代理者ヲシテ其政務ヲ行ハシムルノ外ナキナリ而シテ我皇室典範ハ皇嗣ニ付テハ皇室典範第九條ヲ以テ繼承ノ順序ヲ變更シ得ルモノト定メタルモ君主ニ付テハ一旦即位シタル後如何ナル事情ニ因ルモ之ヲ變更セザルモノト爲セルニ依リ他ノ法定ノ代理者ヲ設クルノ途ヲ執ラサルヲ得ス此法定ノ代理者ノ地位ニ立ツ者ヲ攝政ト稱ス故ニ攝政ハ君主ニ非ナルカ故ニ攝政ハ陛下隨テ攝政君主ニ代テ政ヲ執ルモ自ラ君主ト爲ルモノニ非サルナリ攝政ハ君主ニ非ナルカ故ニ攝政ハ陛下下等ノ敬稱ヲ享有セザルノミナラス「神聖ニシテ侵スヘカラス」ノ規定其他君主ノ一身ニ關スル特權ノ規定ノ如キハ攝政ニ適用セザルモノニ非サルナリ又刑法ニ於テ君主ニ對スル不敬其他ノ犯罪ヲ特ニ重ク罰スルモ攝政ニ對シテ不敬ヲ加ヘタル場合ハ之ト同一ニ罰セザルヘキモノニ非サルナリ既ニ攝政ニシテ君主ヲ上ラサル以上ハ機關トシテ其職ヲ行フモノタルコト明ナリ故ニ「攝政ハ君主ト共ニ統治權ノ主體ヲ構成スルモノナリ即君主ト一體ト爲リテ統治權ノ主體ヲ爲ス」トノ說ヘ之ヲ認ムルコトヲ得ス若之ヲ認ムルトスルトキハ攝政ノ存在中ハ統治權ノ主體ハ二人ヲ以テ組織スルコト爲リ最早君主國(君主國トハ一人統治權ノ主體タル國ヲ謂フ)タル能ハスシテ他ノ國體ニ變スルノ結果ニ陥ルモノナリ仍又身分上ヨリ攝政ヲ見ルトキハ君主ヲ上ラサルカ故ニ臣民タルコト明ナリ或ハ攝政ハ君主ニモ非ス又臣民ニモ非スト説ク者アリト雖此說ハ誤レリ何トナレハ一國ヲ組織スル要素トシテ君主ニモ非ス又

臣民ニモ非ス即治者ニモ非ス被治者ニモ非サル者存スル理由ナケレハナリ

第二節 攝政ノ就職

右ニ述ヘタル如ク攝政ハ君主ノ絕對ニ政ヲ爲ス能ハサル場合ニ置カルモノニテ君主ノ委任ニ依ルコト能ハサルトキニ生スルモノナルニ由リ法ノ結果トシテ當然攝政ヲ置クヘキ事情ノ生シタルトキ其地位ニ就クモノト定メラレタリ是攝政ハ固有ノ權ヲ以テ其地位ニ就クモノナリト稱セザルル所以ナリ或ハ我皇室典範第一九條第二項ノ場合ノ如ク攝政ヲ置クヘキヤ否ヤヲ特定ノ機關ヲ以テ議決セシムルコトアリト雖此等ノ機關ハ唯攝政ヲ置クノ必要アルヤ否ヤヲ議スルニ止リ其機關カ攝政ヲ任命スルモノニ非サルナリ之ニ關聯シテ一言スヘキハ議會ノ立憲國ニ於テ國民ノ代表機關ナルコトノ説明ノ根據トシテ攝政ノ場合ヲ引キ攝政ト君主ト間ニ委任ノ關係ヲ有セザルモノ仍君主ヲ代表スルモノノ權限ト等議會モ委任關係ニ依ラスシテ國民ヲ代表スルモノナリト論スルモ誤レルモノニ非スト説ク人アリト雖此兩者ノ關係ニハ一ノ區別存スルコトヲ注意スヘキナリ攝政ノ行方所ノモノハ君主ノ行ヒ得ル所ノモノニシテ代理ノ原則ニ副フト雖議會ノ行フモノハ君主國ニ於テハ國民ノ權限ニ屬スルモノニ非ス國民ハ一般ニ法律ヲ議決シ若クハ豫算ヲ議定スルノ權能ヲ有セザルニ拘ラヌ議會ニ對シテ此等ノ權限付與セザルモノナリ故ニ若議會ハ國民ヲ代表スルモノナリト爲ストキハ「本人ノ爲ス能ハサル所ノモノヲ代理人ハ爲ス能ハス」ト云フ代理ノ原則ニ牴觸スルモノナリ故ニ攝政ノ例ヲ引用シテ議會ノ國民ノ代表機關タルコトヲ説明スルハ其當ヲ得タルモノニ非スト信スルナリ

第三節 攝政ノ資格及順序
第一款 攝政ノ資格要件

第一 皇族タルコト 神功皇后及聖德太子等ノ攝政ト爲リタル時代ニハ攝政ハ皇族ニ限ラレタルモノナリト雖其後藤原氏ノ盛ナルニ至テハ藤原氏ヨリ攝政ヲ出シ途ニ五攝政ト名クル攝政ヲ出スノ家ヲ造ルニ至レリ然ルニ皇室典範ハ更ニ上古ノ制ヲ執リ皇族ニ非サレハ攝政ニ任セサルモノト定メタリ

第二 成年ニ達シタルコト 皇室典範第二〇條ニハ「成年ニ達シタル皇太子又ハ皇太孫」ト規定シ皇太子、皇太孫ニ付テハ成年ニ達シタルコトヲ必要トシテ定メタルモ其他ノ者ニ付テハ直接ニ成年ニ達シタルコトヲ必要トスルノ明文ヲ有セス然レトモ第二四條ニ於テ「最近親ノ皇族未成年ニ達セサルカ又ハ其ノ他ノ事由ニ依リ他ノ皇族攝政ニ任シタルトキハ云云」ト規定シタルヲ以テ凡テ攝政ニ任スルノ要件トシテ成年ニ達シタルコトヲ必要ト爲スノ精神ナルコトヲ推定スルコトヲ得ルナリ又皇太子、皇太孫カ成年ニ達シタルコトヲ必要トスル以上ハ其他ノ者カ未成年ニシテ攝政ト爲リ得ヘキコトヲ想像スルコトヲ得サルヲ以テ皇室典範カ成年ニ達スルコトヲ以テ攝政ノ資格要件ト爲スノ精神タルコトハ疑ヲ容レサル所ナリ殊ニ君主ノ未成年ノ場合ニ於テモ攝政ヲ置クヘキモノトセルヲ以テ攝政ヲ置クノ必要ヨリ考フルモ攝政ノ成年者タルコトヲ要スルハ當然ノ事理ト謂フヘキナリ然ルニ天皇ハ滿十八歳ヲ以テ成年ト爲リ得ルニ拘ラス皇太子、皇太孫以外ノ皇族ハ滿二十歳ニ達セサルトキハ成年ト爲ラサルモノナリ於是天皇未成年ノ場合ニ攝政ヲ置ク場合ニ其攝政タル者ハ滿十八歳ニ達シタルヲ以テ足レリトスルモノナルヤ或ハ滿二十歳ニ達セサルトキハ成年ト認ムルコトヲ得ス隨テ攝政ト爲ルコトヲ得

サルヤトノ疑問ヲ生スルナリ君主ノ成年ニ達スルコトヲ以テ攝政タルノ第二ノ資格要件ヲ充スモノナリト主張スル者ハ曰ク君主ト爲リテ親ヲ務ルヲ執ルニハ滿十八歳ニ達スルヲ以テ足レリトスルカ故ニ他ノ者カ君主ニ代リテ政務ヲ執ル場合ニ於テモ亦滿十八歳ニ達シタルヲ以テ之ヲ認ムルハ特ニ君主ニ對面シテ之ニ反對スル論者ハ曰ク君主ノ滿十八歳ニ達シタル時ヲ以テ之ヲ成年ト認ムルハ特ニ君主ニ對スル特權ニシテ他ノ者ニ對シテ濫ニ此特權ヲ及スコトヲ得ス皇太子、皇太孫ノ如キ特別ノ明文アルモノハ格別然ラサル者ハ滿二十歳ニ達シタル時ニ非サレハ如何ナル場合ニ於テモ之ヲ成年ト認ムルコトヲ得スト此兩說ヲ比較スルコトキハ後說ヲ以テ當ヲ得タルモノト謂ハサルヲ得ス何トナレハ君主及皇太子、皇太孫ノ成年ニ達スル年齢ヲ特ニ早ク爲シタルハ可成攝政ヲ設クルノ必要ヲ避ケシメ又攝政ヲ置クモ可成皇太子若クハ皇太孫ヲシテ之ニ當ラシメントスルノ趣意ニ出ツルモノナリ故ニ濫ニ之ヲ他ノ者ニ及シ總テノ皇族モ攝政ト爲ル場合ニ於テハ滿十八歳ニ達シタル時ヲ以テ成年ニ達シタルモノト認ムヘシト論スルカ如キハ當ヲ得タルモノニ非サルナリ

第三 女子ニシテ攝政ト爲ルコトキハ配偶者ヲ有セサルコト 是皇室典範第二三條ノ定ムル所ナリ其理由ハ攝政ト爲リテ政務ヲ執ルコトト夫ニ事フルコトトハ兩立スルヲ得スト認メタルニ由ルモノナリ故ニ皇族ニ嫁シタル後夫ヲ失ヒテ寡居スル者及異性ニ嫁スルモ離婚シテ皇族ニ復歸シタル者並ニ未亡人ト爲リタル後、夫ノ家ヲ離レテ本族ニ復歸シタル者ハ攝政タルコトヲ得ルナリ但之ニ例外ナルハ皇后ナリ蓋皇后ハ其配偶者タル天皇ノ攝政ト爲ルモノナルニ由リ其配偶者ヲ有スルモ攝政ト爲ルニ妨ナキナリ

又此配偶者ヲ有セサル女子ノ攝政ト爲ルコトヲ得ルハ皇位繼承ノ資格ノ要件ト異ナルノ點ナリ女系ノ

者及女子ハ絕對ニ皇位ヲ繼承シ得サルニ拘ラス攝政ト爲ルコトヲ許サレタリ蓋可成攝政ノ資格ヲ有スル者ノ範圍ヲ廣クシ必皇族ヨリ攝政ヲ出サントスルノ趣意ニ外ナラサルナリ

第四 精神上若クハ身體上重大ナル缺點ヲ有セサルコト 皇室典範第二五條ニ依リ攝政若クハ攝政タルヘキ者ニシテ精神上若クハ身體上重患アルカ又ハ重大ノ事故アルトキハ皇族會議若クハ樞密顧問ノ議決ヲ以テ之ヲ變更シ若クハ其順序ヲ取換フルコトヲ得ルモノナリ故ニ此第四ノ資格要件ノ有無ハ此兩機關ノ議決ニ依リ定マルモノナリ

第二款 攝政就任ノ順序

我國ニ於テハ攝政ハ必一人タルヘキモノナリ是ニ於テ攝政ニ任スヘキ者ノ順序ヲ定ムルノ必要ヲ生ス皇室典範第一一條及第二二條ノ規定ニ依リ其順序ヲ考フルトキハ即左ノ如シ

第一 皇太子若クハ皇太孫

第二 親王及王 此親王及王ノ間ニ於テ攝政ト爲ルヘキ順序ハ皇位繼承ノ順序ニ從テ之ヲ決定ス可キモノトス

第三 皇后

第四 皇太后

第五 太皇太后

第六 內親王及女王 內親王及女王ノ間ニ於ル順序ハ皇位繼承ノ順序ニ準シテ之ヲ定ムルモノトス然レトモ攝政タルモノニシテ精神上ノ缺點アルトキハ其順序ヲ取換フルコトヲ得ルモノナリ

皇室典範第二五條ニ曰ク「攝政又ハ攝政タルヘキ者精神若クハ身體ノ重患アリ又ハ重大ノ事故アルトキハ皇族會議及樞密顧問ノ議ヲ經テ其順序ヲ換フルコトヲ得」ト蓋規定ノ精神ハ其任ニ堪ヘサル者ヲシテ攝政タラシムルコトヲ避クルノ趣意ニ出ラタルナリ本條ノ場合ト第九條ノ場合ト比較シテ其異なる點ヲ舉クレハ即左ノ如シ

一 攝政ハ其職ニ就キタル後ト雖精神若クハ身體ノ重患アリ又ハ重大ノ事故アル場合ニハ之ヲ攝政ノ地位ヨリ斥タルコトヲ得ト雖君主ハ一旦其位ニ即キタル以上ハ精神上若クハ身體上ニ如何ナル缺點ヲ生スルモ之ヲシテ其位ヲ退カシムルコトヲ得サルナリ

二 皇室典範第九條ニハ精神上若クハ身體上不治ノ重患アル場合ニハ皇嗣ヲシテ繼承ノ順序ヲ變更シ之ヲシテ皇位ヲ嗣カシメサルコトヲ得ト雖不治ナラサル重患ノ場合ニ於テハ皇位繼承ノ順序ヲ變更スルコトヲ得ス然ルニ第二五條ニ於テハ「不治」ノ文字ナキ故ニ不治ナラサル精神上若クハ身體上ノ重患ノ場合ニモ攝政若クハ攝政タルヘキ者ノ地位ヲ變更スルコトヲ得ルナリ蓋此兩者ノ間ニハ輕重ノ區別存スルカ故ナリ

三 皇位繼承ノ順序變更ノ場合ニ於テハ皇族會議及樞密顧問ニ諮詢スルニ止ルモ攝政ノ順序變更ノ場合ニハ攝政ヲ置クノ必要アルヤ否ヤヲ決スル場合ト同ク皇族會議及樞密顧問ノ議決ニ依ルモノナリ蓋此場合ニ於テハ君主ヲ諮詢スルノ能力ヲ有セサル時ナレハナリ

第四節 攝政ヲ設置スル場合

憲法第一七條「攝政ヲ置クハ皇室典範ノ定ムル所ニ依ルト規定シ皇室典範第一九條ニハ攝政ヲ置ク

場合ヲ左ノ如ク規定セリ

第一 天皇未成年ナルトキ 天皇ハ滿十八年ヲ以テ成年ト爲スモノニシテ其十八年ニ達スルニ至ル迄ノ時日甚短少ナルトキニ於テモ攝政ヲ置カサルコトヲ得ス而シテ成年タルト否トハ明ナラズ事實ナルニ由リ新君主ニシテ成年ニ達セサルモノナルトキハ攝政ノ順序ニ當ル者直ニ攝政ト爲ルヘキモノナリ或ハ胎中皇子ニ對シテモ此場合ニ準シ攝政ヲ置クヘシト論スル人アルモ胎中皇子ノ皇位繼承權ヲ有セサルコトハ既ニ述ヘタル如クナルニ由リ之ニ關シ攝政設置ノ問題起ラサルナリ

第二 天皇久シキニ亘ルノ故障ニ由リ政ヲ親ラスルコト能ハサルトキ 久シキニ亘ルノ文字ヲ絕對ト解スル者アリト雖久シキニ亘ルトハ時ノ問題ニシテ絕對トハ程度ノ問題ナルニ由リ同一ノ意義トシテ解スヘキモノニ非ス然レトモ絕對ノ故障ニ非サル場合ニハ攝政ヲ置ク必要ナキニ由リ攝政ヲ置クハ勿論絕對故障ノ場合ナルヘク而シテ趣旨ハ「故障ニ由リ大政ヲ親ラスルコト能ハサルトキ」ノ文字ヨリ之ヲ推定シ得ルモノナリ故ニ久シキニ亘ルノ文字ハ絕對ニ必要ナル文字ニ非ス又此文字ニ重キヲ置クトキハ誤解ヲ生スルノ虞ナキニ非サルナリ抑久シキニ亘ルノ文字ハ歐洲ノ憲法ノ明文ヨリ來ルモノニシテ其基因ハ絕對ノ故障ハ必久シキニ亘ルモノナリトノ斷定ヨリ來リシモノナルモ絕對ノ故障ニシテ久シキニ亘ラサルモノナキヲ斷定スルヲ得ス於是絕對ノ故障ニシテ久シキニ亘ラサルトキハ攝政ヲ置クコト能ハサルモノニ非サヤトノ疑ヲ生スルコトアルヘシト雖絕對ノ故障ナルトキハ時ノ長短ヲ問ハス總テ攝政ヲ置クコトヲ得ルモノト解釋スヘキナリ

此第二ノ場合ハ前ノ未成年ノ場合ト異ナリ疑議ヲ生スヘキ事實問題ニ屬スルニ由リ攝政ヲシテ其故障ノ有無ヲ判斷セシメ以テ自ラ攝政ノ任ニ就クコトヲ許ストキハ危險少カラサルヲ以テ皇室典範第一九

條第二項ニハ此第二ノ場合ニハ皇族會議及樞密顧問ノ議ヲ以テ攝政ヲ置クヘキモノト定メタリ

尙終ニ攝政ヲ置ク場合ヲ憲法ニ規定セシテ皇室典範ニ之ヲ規定シタルノ當否ヲ考フルニ憲法義解ハ之ヲ皇室典範ニ譲リタル理由ヲ説明シテ「攝政ヲ置クハ皇室ノ家法ニ依ル攝政ニシテ大權ヲ總攬スルハ事國憲ニ係ル故ニ後者ハ之ヲ憲法ニ掲ケ前者ハ皇室典範ノ定ムル所ニ依ル蓋攝政ヲ置クノ當否ヲ定ムルハ皇室ニ屬スヘクシテ臣民ノ容議スル所ニ非ス……彼ノ或國ニ於テ兩院ヲ召集シ兩院會合シテ攝政ヲ置クノ必要ヲ議決スルコトヲ憲法ニ掲ケルカ如キハ皇室ノ大事ヲ以テ民議ノ多數ニ委キ皇統ノ尊嚴ヲ干瀆スルノ漸ヲ開クモノニ近シ本條(憲七條)攝政ヲ置クノ要件ヲ皇室典範ニ譲リ之ヲ憲法ニ載セサルハ蓋專國體ヲ重シ微ヲ防キ漸ヲ慎ムナリ」ト説ケリト雖攝政ヲ置クノ規定ノ如キハ皇室ノ内事ト謂フヘキモノニ非ス之ヲ家法ニ規定スルコトヲ譲リタルハ當テ得サルモノニ非サルヤノ疑ナキヲ得サルナリ攝政ヲ置クノ必要アリヤ否ヤヲ議會ヲシテ議決セシムル如キハ自ラ別問題ニシテ之ヲ當テ得サルカ爲ニ攝政ヲ置ク場合ノ規定ヲ全然家法ニ譲リタルハ其理ヲ得タルモノト信スルヲ得サルナリ

第五節 攝政ノ權限及責任

第一款 攝政ノ權限

前ニ述ヘタル如ク攝政ハ一ノ機關ナルニ由リ其權限ノ範圍ヲ有スルコト勿論ナリ而シテ其權限ハ憲法第一七條第二項ニ定メラレタリ同條ニ曰ク「攝政ハ天皇ノ名ニ於テ大權ヲ行フ」ト故ニ大權ヲ行フコト攝政ノ權限ノ範圍ナリ然ルニ此大權ノ文字ニ付疑義存スルカ故ニ之ヨリ其意義ヲ究メント欲ス

憲法中大權ナル文字ノ存スルハ第一七條ノ外第三一條及第六七條ニシテ共ニ天皇ノ自ラ行フヘキ政務

ノ範圍ヲ指スモノト信ス或論者ハ此三種ノ大權ノ文字ヲ各異ナリタル主義ニ解シ第一七條ノ大權ナル文字ハ統治權ヲ指スモノナリト論スト雖同一ノ文字ヲ同一ノ憲法中ニ於テ異ナリタル意義ヲ以テ解釋セントスルハ穩當ニ非サルナリ之ヲ統治權ト解スルノ論據ハ憲法上ノ大權作用ハ立法權、司法權等ト相對立スルモノナルニ由リ第一七條ノ大權ナル文字ヲ此通常ノ意義ニ於テ解釋スルトキハ攝政ノ在任中法律ヲ制定スル能ハサルノ結果ヲ生スルカ故ニ第一七條ノ大權ナル文字ハ統治權ト解釋セザルヲ得サルナリト云フニ在ルナリ今攝政ノ權限ニ關スル他國ノ憲法ノ條文ヲ見ルトキハ其大多數ハ國王ニ屬スル總テノ權ヲ行フト規定シ或ハ憲法上特ニ制限セラレサル君主ノ大權ヲ行フト規定シ以テ君主自ラ行フノ政務ノ範圍ヲ攝政ニ屬セシムルコトト爲セルモノニテ我憲法第一七條ノ明文ト大差ナキナリ而モ此等ノ國ニ於テ攝政在任中法律ヲ制定スル能ハサルノ疑ヲ生シタルコトナキニ由リ攝政ノ行フモノヲ統治權ナリト斷言セザルモ蓋支ナキモノト考フヘキナリ尙又法律ナルモノノ成立ヲ考フルニ法律ハ裁可ニ依テ成ルモノニテ其裁可ハ天皇ノ大權作用ニ屬スルカ故ニ攝政ハ法律ヲ裁可スルノ權ヲ有シ其在任中法律ヲ制定シ得ルモノト謂フヘキナリ以上ノ理由ニ依テ憲法第一七條ノ大權ナル文字ハ通常ノ大權ノ文字ノ如ク解釋スヘク強ヒテ統治權ト解釋スルノ必要ナシト信スルナリ尙憲法上ノ大權ト立法權トノ關係ノ如キハ統治權ノ作用ノ部ニ於テ之ヲ述フル所アルヘシ

第二款 攝政ノ責任

攝政ノ責任ニ關スル學說ヲ舉クルトキハ左ノ如シ

第一說 君主ニ付テハ「神聖ニシテ侵スヘカラス」ノ明文アルモ攝政ニ付テハ斯ル明文ナシ然レトモ攝

政ハ君主ニ代テ政ヲ行フモノナルニ由リ此侵スヘカラサルノ特權ハ攝政ニモ屬スルモノナリ故ニ攝政ハ政務上及刑事上全ク無責任ノモノナリト此說ヲ唱フル者「モール」^{モール}「シュルツェー」^{シュルツェー}「キルヘンハイム」^{キルヘンハイム}「ゲルバー」^{ゲルバー}ノ諸氏及其他ノ公法學者ニ少カラスト雖前ニ述ヘタル如ク不可侵權ハ自然人タル君主ノ特權ニシテ他人ニ之ヲ及スヘキモノニ非ス攝政ハ君主ニ代テ政ヲ行フニ止リ自然人タル君主ノ地位ニ代ルモノニ非サルニ由リ固ヨリ此特權ヲ明文ナキニ拘ラス享有シ得ルモノニ非サルナリ

第二說 攝政ハ君主ノ總テノ無責任ヲ受繼クモノニ非スト雖議會ニ對スル關係ニ於テノ君主ノ無責任ヲ攝政ニ於テ受繼クヘキモノナリ是「フオエプフル」^{フオエプフル}ノ唱フル所ナルモ是亦誤レリ君主ノ政務上無責任ナルハ統治者タルカ爲ナリ然ルニ攝政ハ機關ニシテ統治者ニ非サルニ由リ單ニ君主ニ代テ政務ヲ執ルノ故ヲ以テ無責任ナリト論スルヲ得サルナリ

第三說 君主ハ無責任ナリ攝政ハ君主ニ代テ政務ヲ執ルモノナルカ故ニ其在任中ハ君主ト等シク無責任ナリ若一歩ヲ譲リテ無責任ニ非ストスルモ攝政在任中ハ責任ヲ負ハシムルノ途ナキカ故ニ責任ナキモノナリ既ニ其行爲ヲ爲シタルノ當時ニ於テ責任ヲ負ハサルモノトスレハ其在任中ト退職後トヲ問ハス其在任中ニ爲シタル行爲ニ付其行爲ヲ爲シタル在任ノ當時ニ遡リ其責任ヲ負フコトナキモノナリト然レトモ攝政在任中責任ヲ負ハシムル途ナキカ故ニ責任ヲ負フコトナシト論スルトキハ攝政ハ責任ヲ有スルモ責任ヲ負ハサルコトヲ認ムルモノナリ其責任ヲ負ハサルノ原因ハ攝政在任中責任ヲ負ハシムル途ナキニ由ルモノトスレハ其自己ノ行爲ニ對スル責任ハ攝政在任中一ノ停止條件ニ贅ルモノト考ヘサルヲ得サルナリ若此前提ニシテ誤ラステスレハ攝政ヲ止メタル後攝政在任中ノ行爲ニ對シ責任ヲ負ハシムルコトヲ得ト論定シテ何等ノ妨ナキモノト信スルナリ故ニ此第三說ハ採用スルコトヲ得ス

第四說 攝政在任中其行爲ニ對シ責任ナキニ非サルモ責任ヲ負ハシムル途ナキカ故ニ責任ヲ負擔セズ但退職後ハ左ノ二ノ場合ヲ分テ責任ヲ負フヘキモノナリ

(第一) 攝政在任中政務上ノ過失アリタルトキ 此場合ノ責任ハ官吏ノ懲戒上ノ責任ナルカ故ニ攝政退職後懲戒處分ヲ受クルコトヲ得ルノ身分即官職ヲ有スル以上ハ何時ニテモ其責任ヲ負フヘキモノナリ殊ニ懲戒上ノ責任ハ時効ニ罹ルコトナキカ故ニ如何ニ長年月ヲ經過シタル後ニ於テモ其責任ヲ免ルルコトヲ得ス攝政カ退職後私ノ生活ヲ爲シテ何等ノ官職ニ就カルトキハ懲戒處分ヲ受クルコトヲ得ルノ地位ニ非サルカ故ニ攝政在任中ノ過失ニ對シ責任ヲ負フコトナキナリ

(第二) 攝政在任中刑事上ノ罪ヲ犯シタルトキ 此場合ハ攝政退職後其犯罪ニ關シ時効ニ罹ラサル以上ハ何時ニテモ其責任ヲ負ハサルヲ得タルナリ

此第四說ハザイデル氏ノ唱フル所ニシテ攝政ノ責任ニ關シ最至當ノ說ト考フルナリ

第六節 攝政ノ終了

第一款 攝政絕對ニ不用ト爲リタル場合

攝政絕對ニ不用ト爲リタルカ爲メ攝政ノ終了スル場合ヲ舉ケレハ左ノ如シ

第一 君主ノ崩御 攝政ハ未成年者クハ故障アル君主ノ爲ニ置カレタルモノナルニ由リ君主ノ死亡ト共ニ攝政ノ終了スルコトハ多言ヲ要セサルナリ新君主モ亦攝政ヲ要スルコトアリト雖此場合ハ一旦攝政終了シテ更ニ新ナル攝政置カルモノニシテ攝政ハ前君主ヨリ繼續スルモノニ非サルナリ

第二 未成年ノ君主成年ニ達シタルトキ 此場合ハ攝政ヲ置クノ原因君主ノ未成年者タルニ在ルニ由

リ其君主ノ成年ニ達シタルカ爲メ攝政ノ終了スルハ當然ノ事ナリ

第三 君主政ヲ親ラスル能ハサルノ故障除カレタルトキ 此場合モ前ノ場合ト同ク攝政ノ終了ヲ來スハ當然ノ事ナリ尤此場合ニ疑ノ生スルハ攝政ヲ置ク場合ト等ク攝政ヲ終了セシムヘキヤ否ヤヲ皇族會議及ヒ樞密顧問ヲシテ議決セシムルノ必要アリヤ否ヤノ點ニ在リ蓋皇室典範第一九條第二項ニハ皇族會議及樞密顧問ノ議決ヲ經テ攝政ヲ置クト規定シタルモ攝政ヲ終了セシムルニ此等ノ機關ノ議決ヲ必要トストノ明文ナクシテハナリ獨逸ノ國ニ於テモ君主政ヲ親ラスル能ハサルトキ攝政ヲ置クノ要否ヲ議會ヲシテ議決セシムヘシトノ明文アルモ其故障除カレタルトキ攝政ヲ終了セシムヘキヤ否ヤニ付議決セシムヘキトノ明文ヲ有セサルニ由リ(獨逸ノ「ラルデンブルヒ」、素通「コーブルヒゴーター」ニテハ其明文アリ)同一ノ疑ヲ生スト雖多數ノ學者ハ終了ノ場合ニモ其議決ヲ必要ナルモノト論定セリ其理由ハ攝政ヲ置クヤ否ヤヲ議決セシムル規定ノ精神ヲ貫徹セシムル上ニ於テ然ラサルヘカラスト爲スモノナリ之ニ反對スル者アリテ例之「ボルンハツク」氏ノ如キハ議會ハ唯攝政ヲ置クノ必要アリヤ否ヤヲ議決スルニ止ルモノニシテ攝政ヲ任命スルモノニ非ス隨テ明文ナキニ拘ラス攝政ノ終了ノ場合ニ其當否ヲ議決スヘキモノニ非サルナリ蓋機關ナルモノハ明文ヲ以テ與ラレタル權限以外ニ行動ノ自由ヲ有スルモノニ非スト然レトモ我皇室典範第一九條第二項ノ精神ヨリ考フルニハ君主ノ故障除カレタル場合ニ於テ攝政ノ終了スルヤ否ヤヲ皇族會議、樞密顧問ヲシテ議決セシムルハ當ヲ得タルノミナラス攝政ヲ終了セシムルヤ否ヤノ決定ハ即攝政ヲ置クヤ否ヤノ決定ニ外ナラサレハナリ

第二款 攝政變更ノ場合

攝政絶對ニ不用ト爲リタルニ非ス唯現在ノ攝政一身上ノ原因ニ由リ攝政ノ終了即攝政タルノ關係消滅スル場合ヲ舉クレハ左ノ如シ故ニ此等ノ場合ハ更ニ他ノ攝政ノ就任ヲ必要トスルカ故ニ攝政ノ變更ヲ來スモノナリ

第一 攝政ノ死亡

第二 攝政タルノ資格要件ヲ喪ヒタルトキ

此適用ハ多ク女子ノ攝政婚姻シタルトキニ在リ尙前述シタル第四ノ資格要件第一節第一款ヲ喪ヒタルトキモ此適用ヲ受クルモ其時ニハ皇族會議及樞密顧問ノ議決ニ由リ始リ攝政終了スルモノナリ

第三 未成年又ハ其他ノ事故ニ因リ攝政ニ任セラレサリシ皇太子又ハ皇太孫成年ニ達シ又ハ其故障事故除カレタルトキ

獨逸諸國ニ於テハ一旦攝政ニ就キタル以上ハ他ノ者攝政ト爲ルノ資格ヲ得ルモ之ニ對シ攝政タルノ地位ヲ讓ルノ必要ナキノ例多シト雖我皇室典範ニテハ第二四條ノ明文アリテ皇太子、皇太孫ニ對スル場合ノ此等ノ者成年ニ達シ若クハ攝政ト爲ルヲ得タル事故除カレタルトキ之ニ其地位ヲ讓ルヘキモノト爲セリ蓋皇太子、皇太孫ヲシテ可成成年タラシメントスルノ趣意ニ出ツルモノナリ

第四 攝政ノ辭職

歐洲ニテハ明文ノ有無ニ拘ラス君主ノ讓位ヲ認ムルト等ク攝政ノ辭職ヲ認ムト雖我國ニテハ攝政ハ辭職スルコトヲ得スト解釋スヘキナリ蓋攝政ハ任命ニ因ラス法ノ定メタル順序ニ從ヒ法ノ規定ノ結果トシテ當然其地位ニ就クモノナレハナリ若明文ナキニ拘ラス之ニ辭職ヲ認ムルトキハ攝政ノ意思ヲ以テ皇室典範ニ定メタル攝政ト爲ルノ順序ヲ變更スルヲ認ムルモノナレハナリ

ナル法理ニ從ヘハ債權中ニモ財產權ニ非サルモノヲ包含スルニ由リ此見解ハ誤謬ヲ招ク虞アリト知ルヘシ

第三節 法律行為ノ成分

法律行為ノ成分トハ之ヲ簡單ニ言明スレハ其法律行為ヲ組織スル意思表示ナリ然ルニ法律行為中單純ナルモノ即單獨行為ニ在テハ單一ナル意思表示ヨリ構成セラレテ特ニ其成分ヲ研究スルノ實益大ナラスト雖其複雜ナルモノ即契約ニ至テハ此實益顯著ナルモノアリ

法律上種類ヲ特定セラレタル法律行為ニ在テハ其行為ニ缺クヘカサル意思表示ノ内容ハ法定セラレ例之賣買ニ在テハ賣主ノ意思表示ハ財產權ノ移轉ヲ約スルコトヲ以テ主位ニ置キ之カ動機(緣由)トシテ代價ノ支拂ヲ受クルコトヲ以テ客位ニ置ク又買主ノ意思表示ハ代價ノ支拂ヲ約スルコトヲ以テ主位ニ置キ之カ動機タル財產權ノ移轉ヲ以テ客位ニ置クモノナリ要之賣買ノ成立上缺クヘカサルモノハ財產權ノ移轉ト代價ノ支拂トノ二者是ナリ故ニ若此二者ノ中其一ヲ缺クニ於テハ其法律行為ハ賣買ト稱スルコト能ハス如此或種類ノ法律行為ニ付缺クヘカサルモノトシテ特定セラレタル成分ヲ法律行為ノ要素ト名ク

法律行為ノ要素ハ法律力之ヲ規定スルハ勿論ナルモ要素以外ノ事項ニ付法律力任意規定ヲ設ケ當事者ノ別段ノ意思表示ナキ限り此規定ニ準據シテ法律行為ノ效果ノ如何ヲ決定スルノ途ヲ開キタル場合尠カラス例之契約上ノ債務履行ニ付テノ時及場所ニ關スル等ノ規定是ナリ(四一二條、四八四條)此等ノ事項ヲ法律行為ノ常素ト名ク

要素及當素以外ノ事項ニシテ法律行為中ニ包含セラレタル當事者ノ決定シタルモノヲ法律行為ノ偶素ト稱ス故ニ時トシテハ當素ヲ變更セシカ爲ニ存スル偶素アル場合之ナキニ非ス例之賣買ニ於テ特定物ヲ引渡ス場所ハ債權者即買主ノ住所ニ於テ決定メタルカ如キハ民法第四八四條ニ規定セラレタル賣買ノ當素ニ變更ヲ加ヘタル偶素ナリトス

以上ハ單ニ法律上其種類ヲ特定セラレタル法律行為(例之贈與、賣買、賃貸借等各種ノ法律行為)ニ付テノ一般ノ觀察ニ過キス反之法律上其種類ヲ特定セラレタル法律行為ニ在テハ勿論雖令法律上特定セラレタル法律行為ニ在テモ當事者ハ或事項ヲ以テ其法律行為ニ缺クヘカサルモノトシテ定ムルコトヲ得ルヲ原則トス例之法律上種類ヲ特定セラレタル法律行為ニ於テ本來當素又ハ偶素タルモノヲ以テ特ニ之ヲ要素ト同視セシメ其行為ニ缺クヘカサルモノト爲スカ如キ又ハ本來助機ニ過キサル或事實ノ實現ヲ以テ法律行為ノ效力ヲ決定セシムルカ如キ是ナリ

如此前述ノ當素又ハ偶素ヲ法律行為ニ缺クヘカサルモノトシテ取扱フ場合ニ此事項ヲモ要素ト名クルコトアリ此意義ニ於テハ法律行為ノ成分ヲ二分シテ要素ト非要素トノ二者ニ區別スルコトヲ得ヘシ而シテ其要素中第一ノ意義(要素、當素、偶素ノ對立ノ意義)ニ於ル要素ヲ客觀的ノ意義ニ於ル要素(靜的要素)ト謂ヒ第二ノ意義(第一ノ意義ニ於ル要素ニ非スシテ要素、非要素ノ對立ノ意義ニ於ル要素ニ加ハリタルモノ)ニ於ル要素ヲ主觀的ノ意義ニ於ル要素(動的要素)ト謂フ我民法上法律行為ノ要素トハ此二者ヲ合セタルモノニシテ非要素ニ對スル語ナリト知ルヘシ(九五條)

第四節 法律行為ノ緣由

法律行為ノ緣由トハ決意ヲ促シタル理由ニシテ或ハ之ヲ動機トモ謂ヒ或ハ之ヲ緣由トモ謂ヒ法律行為以外ニ立ツヲ以テ原則ト爲スモノナリ例之亡友ノ墓ニ供ヘン爲ニ花ヲ買ハントスル場合ニ其墓ニ花ヲ供ヘントスルハ單純ナル緣由ニシテ花ノ賣買ノ成分ニ非ス然レトモ當事者ノ意思ヲ以テ此緣由ヲモ法律行為中ノ成分中ニ加ヘテ主觀的要素ト爲ス場合ナキニ非ス例之日露媾和談判ノ開設ヲ利用セン爲メ或品物ヲ買入ルルニ當リ其媾和談判ノ開始ヲ以テ停止條件若クハ解除條件ト爲シ此條件存セサルニ於テハ賣買ヲ爲スモノニ非スト約スルニ於テハ緣由タリシモノカ一轉シテ其賣買ノ主觀的要素ト爲リタルモノナリ

第五節 法律行為ノ原因

法律行為ノ原因ハ決意ノ理由ニシテ或ハ之ヲ近因ト謂フ羅馬法ニ於テ原因(Causa)ナル語ノ用例極テ錯雜ナリシ爲メ今日ニ至ル迄原因ナル觀念ハ獨佛等ノ民法ニ於ル難問題ノ一ナリ而シテ一般ニ原因トシテ與タル所ノ例ヲ示セハ賣買ニ付買主ニ存スル原因ハ財產權ノ移轉ヲ受クルコトニシテ賣主ニ存スル原因ハ代價ノ支拂ヲ受クルコト又贈與ニ付受贈者ニ存スル原因ハ贈與ノ目的ヲ受クルコトニシテ贈與者ニ存スル原因ハ受贈者ニ恩惠ヲ施スコトナリト説明セラルルヲ常トス故ニ賣買ニ於ル原因ハ賣買ノ意思表示中ニ包含セラレテ法律行為ノ要素ヲ成スモノナレトモ贈與ニ於ル原因ハ受贈者ニ存スルモノトシテハ法律行為ノ要素ヲ成スモノナレトモ贈與者ニ存スルモノトシテハ緣由タルニ過キサルモノトス要之近因及遠因ノ二語ノ指示スル如ク法律行為ノ原因ト緣由トノ差異ハ遠近ノ程度論ニシテ法律行為ノ種類ニ從ヒ或ハ著シク懸隔シ或ハ著シク接近シテ區別シ難キ場合ナキニ非スト知ルヘシ我民法

ハ如此漠然タル概念ヲ法律行為ノ要件中ニ加フヘカラストノ趣旨ニ基キ原因ニ關スル規定ヲ設ケサリシハ頗其當ヲ得タルモノナリ

學者ハ法律行為ヲ分チ要因行為(Kausalgeschäft)及不要因行為(Absichtsgeschäft)ノ二種ト爲スヲ常トス即要因行為トハ買賣、貸借等ノ契約ヲ始トシ其他大多數ノ法律行為ヲ指シ不要因行為トハ手形行為其他少數ノ法律行為ヲ指ス蓋前者ハ原因ノ存否カ法律行為ノ成立ト牽聯スル場合ニシテ後者ハ原因ノ存否カ法律行為ノ效力ト牽聯セサル場合ナリト稱セラル例之賣買ニ於テ買主カ代價ヲ與フルコトヲ約スルハ賣主ヨリ財產權ノ移轉ヲ受クルヲ以テ原因ト爲スモノニシテ其移轉ヲ受クルコトカ絕對的ニ不能ナリシ場合ニハ賣買ノ成立ヲ妨クルモノナリ此ノ如キヲ要因行為ト爲ス反之賣買カ成立セザリシ場合ニハ約束手形ヲ振出シタル場合ニ事實上其賣掛代金ノ基礎ト看做サレタル賣買カ成立セザリシ理由ニ因リ其約束手形ノ振出行爲ハ何等ノ影響ヲ受ケスシテ全然有效ナリ此ノ如キヲ不要因行為ト爲ス而シテ此要因行為ト不要因行為トノ區別ハ我民法上一般ノ法律行為ヲ説明スルニ付決シテ無用ノ區別ニ非ス何トナレハ我民法上原因ナルモノハ法律行為ノ要件トシテ認メラサルニモ拘ラス債權契約ノ如キハ要因行為タルヲ原則トシ之ニ例外ヲ爲ス手形行為アリ又物權契約ノ如キハ要因行為ナリヤ將又不要因行為ナルヤニ付學者ノ見解未歸一スルニ至ラサレハナリ

第六節 法律行為ノ有效ニ成立スル要件

第一款 總論

法律行為(Rechtsgeschäft)ト意思表示(Milenserkklärung)トヲ同一ノ意味ニ用ヒタルハ獨逸ノ「サビニ

」氏ニ始リ獨逸民法及我民法モ亦或程度迄此主義ヲ襲踏シタルモノ外觀アリ然レトモ我輩ノ考フル所ニ依レハ法律行為ハ意思表示其レ自身ヲ指シ場合ト意思表示ヨリ組織セラレタル一種ノ複合物ヲ指ス場合ト有リテ單獨行為ニ在ラハ意思表示其レ自身カ法律行為タリ反之契約及共同行為ニ在ラハ意思表示其レ自身ニ非スシテ二箇以上ノ意思表示ノ複合力カ法律行為ヲ成スモノトスト謂ハサルヘカラス法律行為ト意思表示トノ關係ハ此ノ如シ隨テ法律行為ノ有效ニ成立スル要件ヲ研究セント欲セハ意思表示其レ自身及其複合ノ狀態ヲ研究スルヲ必要トシ意思表示自身ヲ研究スルニ當テハ其實質ヲ研究スルニ先チ前提トシテ其主體ノ能力ヲ研究スルヲ必要アリ左ニ款ヲ分テ逐次之ヲ説明スヘシ

第二款 意思表示ノ主體ノ能力

能力ノ問題ハ之ヲ三ニ區別シテ説明スルヲ便利トス即第一權利能力(Rechtsfähigkeit)第二行為能力(Handlungsfähigkeit)第三處分權能(Verfügungsbefugnis)是ナリ而シテ權利能力ハ人格ト同一ノ意義ヲ有シ權利ヲ享有スル能力ニシテ之ヲ箇人格及法人格ノ二種ニ分ツ又行為能力ハ廣狹ノ二義ヲ有シ廣義ニ於テハ適法ノ行為タルト不適法ノ行為タルト間ハス總テ其行為ヨリ生スル結果ヲ享受スル能力ヲ指シ狹義ニ於テハ法律行為ヲ爲ス能力(Geschäftsfähigkeit)ヲ指シ之ト對立セシムル爲メ不法行為能力(Deliktsfähigkeit)若クハ責任能力(Vermögenshaftigkeit)ナル用語ヲ存ス換言スレハ廣義ノ行為能力ハ狹義ノ行為能力ト不法行為能力トヨリ成ルモノト而シテ我民法ハ權利能力行為能力及不法行為能力(責任能力)等ノ用語ヲ存セシテ單ニ能力ナル語ヲ用ヒ狹義ノ行為能力ヲ指示セリ

權利能力及廣狹兩義ノ行為能力ノ意義ハ本編第一章以下ノ講義ニ於テ富井先生ヨリ詳細ナル説明アル

ヘキヲ以テ之ヲ反授セサルヘク茲ニ説明セントスルハ處分權能ナリトス抑私法上ノ意思表示ハ表意者ノ權利範圍(利益範圍)若クハ意思カ範圍内ニミ其效果ヲ及スヲ以テ原則ト爲ス故ニ各人ハ其權利範圍内ニ屬スル事項ニ付所謂權能ナルモノヲ存ス(權利範圍ノ廣狹ハ權利能力ノ範圍及行為能力ノ範圍ニ依テ結局決定セラルルコト勿論ニシテ各場合ニ付諸國ノ法規必シモ其軌ヲ一ニスルモノニ非ス)而シテ此權能ノ一種タル處分權能ナルモノハ既存ノ權利ノ移轉變更若クハ消滅ヲ(法律上ノ變化)ヲ惹起サントスル行為ニ於テ其行為ノ目的タル權利ヲ處分シ得ル權能ヲ指ス例之自己ノ所有物ヲ他人ニ讓渡スル如キ其所有權ヲ拋棄スルカ如キ又ハ此物上ニ質權若クハ抵當權ヲ設定スルカ如キ是ナリ

各人ハ自己ノ權利範圍内ニ屬セサル目的ニ付テ處分權能ヲ有セサルヲ原則トスルコト説明ノ要ナシ故ニ若強テ之ヲ處分セントスルニハ特ニ權利範圍内ニ其目的ヲ有スル者ノ同意アルコトヲ必要トス但或場合ニ於テハ自己ノ權利範圍内ニ屬スル目的ニ付テモ處分權能ヲ存セサル場合アリ例之差押ヲ受ケタル物品破産財團ニ屬スル財産等ノ如キ是ナリ

私法上ノ意思表示ニシテ其效果カ表意者ノ權利範圍内ニ止ラス全ク之ニ參加セス若クハ之ヲ知ラサル第三者ノ權利範圍ニ效果ヲ及ス場合ナキニ非ス而シテ此種ノ現象ハ其意思表示ノ效果カ當該第三者ニ權利ヲ附與スル場合ニ限ルモノニシテ法制進化上漸之ヲ増加スルノ傾向アリ例之代理權ノ授與ノ如キ第三者ノ利益ノ爲ニスル契約ノ如キ財團法人ノ設立行為(寄附行為)ノ如キ皆之ニ屬ス此等ハ處分權能ニ基キ表意者カ自己ノ權利範圍ニ屬スル目的ニ法律上ノ變化ヲ加ヘントスル意思表示ノ結果ニ外ナラス此等ノ問題ニ付テハ民法學者中未概括ノ説明ヲ爲シタル者アルヲ聞カス

第三款 意思表示

意思表示 (Willensbetätigung) ナル語ハ獨逸法ニ於テ用ヒラルモノニシテ自然法學者先之ヲ用ヒ次テ普國法之ヲ採用シ巴威爾草案之ヲ襲ヒ獨逸民法及我民法之ヲ襲用シタルモノナリ

意思表示ノ何タルヤニ付テハ學者ノ説明殆疑ヲ容ル餘地ナキカ如ク見ユルヲ常トシ曰ク「意思表示トハ意思ノ表示ナリ」曰ク「意思カ人心ノ内部ニ伏在シ外界ニ表彰セラレタル間ハ法律ハ之ヲ保護スルコト能ハス隨テ外界ニ表彰セラレタル意思ノミニ法律上ノ效力ヲ付與ス」ト我輩ハ此種ノ見解ヲ名ケテ意思表示ノ内部の説明ト云フ

然ルニ私法ハ各人ノ利害ヲ主眼トスル法規ナルヲ以テ前述ノ如ク各人ノ意思ヲ基礎トシテ法律現象ヲ觀察スルハ敢不富ナルニ非ハ然ルニ私法ハ之ト同時ニ人類交通ノ法規タルヲ以テ人類交通上ノ手段タラサル事項ハ法律現象ヲ研究スルノ資料タルコト能ハス隨テ外界ノ事物トシテ意思表示ヲ説明スルノ必要ヲ生ス故ニ我輩カ前款ノ冒頭ニ於テ述ヘタルカ如キ定義ヲ生ス曰ク

人類交通ノ經驗ニ基キ諸般ノ事情ヨリ或ハテ觀察シ其能力特定ノ意思(私法上ノ效果ヲ生セシメントスル意思)ニ基キタルモノナルコト明ナル場合ニハ其狀態ヲ名ケテ其人ノ意思表示ト謂フ

我輩ハ此種ノ見解ヲ意思表示ノ外部の説明ト名ケント欲ス

以上内部及外部ノ兩方面ヨリ意思表示ヲ説明シタル結果ヲ比較對照スレハ種種ノ疑問ヲ喚起スヘシ即其一ハ内部の説明ニ對スルモノニシテ意思表示ト相違スル場合ノ解釋如何ノ問題其二ハ外部の説明ニ對スルモノニシテ意思表示タル狀態ハ其八カ之ヲ外界ニ發表セントスル意思ニ基ツクモノタルヲ要

スルハ否ヤノ問題等ナリ左ニ之ヲ詳論セン
第一問ニ付テハ三種ノ學說アリテ其一ヲ意思主義(Willentheorie)ト曰ヒ前ニ「サビニ」氏之ヲ唱導シ後ニ「ウキンドシヤイド」氏之ヲ祖述セリ其說ク所ハ意思ト相違セル表示ハ效力ヲ生セスト爲ス其二ハ表示主義(Äußerungstheorie)ト曰ヒ「レオンハルド」氏「コーレル」氏等ノ唱(出)セル主義ニシテ全然表示ニ依テ法律上ノ效力ヲ定ムルコトト爲シ意思ト表示ト相違スルモ表示ハ其效力ヲ有スト爲ス其三ハ折衷主義ニシテ或ハ之ヲ信用主義(Verrauensstheorie)交通主義(Verkehrstheorie)ト稱シ「デルンブルヒ」氏「レーグルスベルグル」氏等之ヲ主張ス即意思ト表示トノ相違セル場合ニハ其意思表示ハ效力ヲ生セサルヲ以テ原則トスレトモ其表示ヲ受ケタル人ニ於テ表意者ノ意思ニ出タルモノト看做シ得ヘク且看做ナサルヘカラサル場合ヲ例外ト爲スモノナリ如此三種ノ學說對立スト雖我輩ノ考フル所ニ依レハ何レモ多少其當ヲ失スルモノタルヲ免レス要スルニ一方ハ意思ニ關スル獨斷定教ニ基ク誤謬ニ陷リ他方ハ其反動ニ基ク誤謬ニ陷ルモノニシテ折衷說モ亦未其誤謬ヨリ全ク化脱スルニ至ラサルモノトス何トナレハ是等ノ學說ノ爭議ハ表示セラレタル意思ト表示セラレサル意思トノ二箇ノ觀念ヲ前提トセリ(川名學士民法總論三三八頁)元ヨリ主觀ヨリ論スレハ表示セラレサル意思ナルモノノ存在スル場合アルコト疑ナカルヘシト雖之ヲ客觀ヨリ論スレハ表示セラレサル意思ハ之カ存否ヲ確ムルノ途ナシ殊ニ人類交通ノ規矩タル私法ノ觀察點ヨリ考フレハ表示セラレサル意思ヲ基礎トスルノ必要ナルヘシ故ニ同一ノ表意者カ同時ニ同一事項ニ關シテ二箇以上ノ意思表示(或ハ同一ノ效果ヲ生セシメンカ爲メ類似ノ效果ヲ生セシメンカ爲メ或ハ相反スル效果ヲ生セシメンカ爲メ二箇以上ノ意思表示)ヲ爲シタル場合ハ私法上ノ問題タルヘキモ表示シタル意思ト表示セサル意思トノ一致セサル場合ハ私法上

不履行ニ因ル損害賠償ノ場合ニ於テ原狀回復ヲ認メサルニハ尙他ニ一ノ理由アリ即我民法ニ於テハ所謂強制履行ノ請求ヲ許セルカ故ニ多クノ場合ニ於テハ原狀回復ノ方法ヲ認メタルト同一ノ結果ヲ生スルニ至ルヘケレハナリ

第五節 損害額ノ算定

我民法上不履行ニ因ル損害賠償ハ前ニ述ヘタル如ク原則トシテ金錢ヲ以テ其額ヲ定ムヘキモノナリ而シテ其損害金額ハ當事者ニ於テ之ヲ豫定スル場合ト然ラサル場合トアリ其中當事者カ損害額ヲ豫定セル場合ニ付テハ次節ニ述フヘキカ故ニ茲ニハ專當事者カ損害額ヲ豫定セサル場合ノミヲ述フヘシ
當事者カ損害額ヲ豫定セサル場合ニ於テモ當事者間ニ爭ナキ場合ニ於テハ後日ニ至テ其損害額ヲ協定スルコトヲ得ヘシ然レトモ損害額ニ付テ爭アルトキハ訴ヲ提起スルコトナルカ故ニ結局裁判所ニ於テ之ヲ算定セサルヘカラス此場合ニ於テハ裁判所ハ必シモ當事者ノ申立ニ拘束セラルコトナクシテ先ニ損害賠償ノ範圍ニ付テ述ヘタル標準ニ依リ實際ノ損害ヲ調査シ以テ其損害額ヲ算定スヘキモノナリ而シテ其算定ハ普通ノ方法ニ依テ之ヲ爲スヘキモノナルカ故ニ別ニ説明ヲ要セス唯茲ニ損害額算定ノ方法ニ付テ二ノ注意ヲ要スヘキモノアリ即債務ノ不履行ニ付テ債權者ニ過失アル場合ト金錢債務ノ不履行ノ場合ト是ナリ
前回ニ述ヘタル如ク債務ノ不履行カ全ク債權者ノ過失ニ因テ生シタルモノナルトキハ債務者ニ賠償ノ責任ヲ生セサルカ故ニ損害額算定ノ問題ヲ生セス反之債務ノ不履行カ一部ハ債權者ノ過失ニ因ルモ他ノ一部ハ債務者ノ過失ニ因ラサルモノナルトキハ固ヨリ債務者ニ賠償ノ責任ナシト云フコトヲ得ス然

レトモ其損害額全部ノ賠償ヲ命スルハ債務者ニ對シテ酷ニ失スルモノト謂ハサルヘカラス如此場合ニ於テハ債務者ニ幾何ノ賠償ヲ命スヘキカハ各場合ニ付事實問題トシテ債權者ノ過失ノ程度ヲ審査シ是ニ因テ裁判所カ斟酌シテ定ムヘキモノナリ(四一八條)

金錢ヲ目的トスル債務ノ不履行ニ付テハ其損害賠償ノ額ハ法定ノ利率ニ由リ年五分ノ割合ヲ以テ之ヲ算定スヘキモノナリ但當事者間ニ約定利率ノ特約アリ且其約定利率カ法定利率ニ超ユルトキハ約定利率ニ由ラ算定スヘキモノナリ而シテ債權者ハ其損害ニ付テ立證ヲ爲スコトヲ要セス又債務者ハ債務ノ不履行カ不可抗力ニ因ルモノナルコトヲ抗辯トスルコトヲ得ス(四一九條)故ニ我民法上金錢債務ノ不履行ノ場合ニ於テハ債權者ハ一方ニ於テ實害ノ有無ニ拘ラス法定利率若クハ約定利率ニ相當スル所ノ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得然レトモ他ノ一方ニ於テ假令實害カ其利率以上ニ超過シタリトスルモ原則トシテ其賠償ヲ請求スルコトヲ得サルモノナリ又債務者ハ普通ノ場合ト異ニシテ假令不可抗力ニ因リ債務ヲ履行スルコト能ハサルニ至リタル場合ト雖是ヲ以テ抗辯ト爲スコトヲ得サルモノナリ如此我民法ニ於テ金錢債務ニ付特別ノ規定ヲ設ケタル理由ハ先債權者ノ方面ヨリ言ヘハ履行期日ニ債務ノ履行ヲ受ケタルトキハ之ヲ利用シテ通常法定利率ニ相當スル所ノ利殖ヲ爲スコトヲ得ヘタ又債務者ヨリ言ヘハ金錢ナルモノハ通常一定ノ利息ヲ拂ヒテ何レヨリカ調達スルコトヲ得ルモノト爲シタルカ故ナルヘシ然レトモ我民法ニ於テ金錢債務ニ付法定利率又ハ約定利率以上ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得スト云フハ原則タルニ過キヌ例外トシテ尙其他ノ賠償ヲ命シタル規定アリ(四四二條二項、四五九條二項、六六九條)

第六節 豫定損害賠償

當事者ハ債務ノ不履行ニ因テ生スヘキ損害賠償ニ付テ其賠償額ヲ豫定スルコトヲ得(四二〇條一項)而シテ損害額豫定ノ契約ハ一ノ從タル契約ニシテ主タル法律行為ト同時ニ之ヲ爲スコトヲ得ヘタ或ハ其後ニ至テ之ヲ爲スコトヲ得此損害額豫定ノ契約ハ從タル行為ナルカ故ニ主タル行為カ無効ナルトキハ當然無効ニ屬スヘキモノナリ當事者カ損害額ヲ豫定スル目的ニテアリハ債務ノ履行ヲ強制スルニ在リ他ノ一ハ損害額ヲ算定ノ容易ナラシメンカ爲ナリ即一方ニ於テハ債務者ハ一定ノ豫定賠償額ヲ支拂フコトヲ避ケタルカ爲ニ債務ヲ履行スルコトナリ他ノ一方ニ於テハ當事者カ一定ノ損害額ヲ豫定セルカ故ニ債權者ハ特ニ其損害ノ有無及程度ヲ立證スルコトヲ要セサルニ至ル豫定損害賠償ノ程度ニ付テハ法律上別ニ制限ナキカ故ニ當事者ハ其適當ト信スル所ヲ以テ任意ニ損害額ヲ豫定スルコトヲ得然ルニ當事者カ損害額ヲ豫定セル後債務ノ不履行ニ因テ生シタル實際ノ損害額カ其豫定額ト符合セザルトキハ如何裁判所ハ其額ヲ増減スルコトヲ得ルヤ否ヤ此點ニ付テハ立法例一定セス或ハ損害ノ豫定額ノ増減ハ一切是ヲ許サスト爲スアリ或ハ實際ノ損害ノ増減額トノ間ニ非常ナル差異アル場合ニノミ其増減ヲ許スアリ或ハ一般ニ實害ノ多少ニ因テ其増減ヲ爲スコトヲ許スアリ或ハ豫定額ノ増減ハ原則トシテ之ヲ許ササルモノトシ唯一部履行アリタルトキニ限り唯減額ノミヲ許スモノアリ或ハ實際ノ損害ヲ生セザリシ場合ニハ豫定賠償額ヲ請求スルコトヲ得ストル立法例アリ佛蘭西民法ハ右第四ノ主義ヲ採リ獨逸民法ハ第三ノ主義ニ近シ我舊民法ハ佛蘭西民法ト同一主義ニ依レルモ新民法ハ第一ノ主義ヲ採用セリ(四二〇條一項)即我民法ノ規定ニ依レハ賠償額ヲ豫定シタル場合ニハ前節ニ述ヘタル場合ト異ニ

シテ裁判所ノ意見ニ由リ自由ニ損害額ヲ定ムルコトヲ得サルモノナリ而シテ其立法ノ趣旨ヲ推測スルニ元來民法ニ於テ豫定損害賠償ノ制度ヲ認メタル理由ハ前述ノ如ク一方ニ於テハ債務ノ履行ヲ強制シ他ノ一方ニ於テハ損害額ノ算定ヲ容易ナラシムルニ在リ然ルモ若シ賠償額ノ豫定セル場合ニ於テモ尙且増減スルコトヲ得トセハ豫定損害賠償ノ制度ヲ認メタル目的ヲ達スルコト能ハスト爲スモノナルヘシ豫定賠償額ヲ請求シ得ル時期ハ普通ノ損害賠償ノ場合ト毫モ異ナル所ナシ即債務不履行ノ事實發生セルトキハ債權者ハ何時ニテモ豫定賠償額ヲ請求スルコトヲ得而シテ其請求ニ付テハ既ニ逃ヘタル如ク損害及其程度ノ立證ヲ爲スコトヲ要セス

豫定賠償額ノ請求ナルモノハ強制履行ノ請求又ハ契約ノ解除ト併立スルコトヲ得ルモノナリ否ヤ例之甲カ乙ニ對シテ馬一頭ヲ賣渡スノ契約ヲ爲シ不履行ニ因ル賠償額ヲ金千圓ト豫定セル場合ニ甲カ債務ヲ履行セザルトキハ乙ハ金千圓ノ豫定賠償額ヲ請求シ併セテ馬一頭ノ引渡ヲ求ムルコトヲ得ルカ又例之前例ニ於テ甲カ債務ヲ履行セザル爲ニ乙ハ一方ニ於テ金千圓ノ豫定賠償額ヲ請求シ他ノ一方ニ於テ甲ノ不履行ヲ理由トシテ賣渡ヲ解除シ以テ代金支拂ノ義務ヲ免ルルコトヲ得ルカ是ハ一問題ナルヘシ我民法ノ規定ニ依レハ原則トシテ豫定賠償額ノ請求ハ履行ノ請求又ハ契約ノ解除ト併立スルコトヲ得ルモノナリ(四二〇條)然レトモ當事者カ明ニ豫定賠償額ノ請求ハ履行ノ請求又ハ契約ノ解除ト併立スルコトヲ得タル旨ヲ特約スルカ若クハ法律行為ノ性質上右ノ如キ當事者ノ意思ヲ推測スルコトヲ得ル場合ニ於テハ例外トシテ其意思ニ從フヘキモノナリ但契約ノ解除ナルモノハ當事者ノ一方ノ意思表示ニ由テ之ヲ爲スモノナルカ故ニ法文ニ解除ノ請求トアルハ其用語正確ナラスト謂フヘシ(五四〇條)

當事者ハ損害額ヲ豫定スル契約ヲ爲スノミナラス債務不履行ノ場合ニ於テ所謂違約金ヲ支拂フコトヲ特約スル場合アリ而シテ此違約金ナルモノハ之ヲ損害額ノ豫定ト看做スヘキカ又ハ債務ノ履行ヲ確保スル爲ニ設クル一箇ノ制裁ト看ルヘキモノナルカ惟フニ當事者カ等ク違約金ナル語ヲ用フルモ或ハ損害額ノ豫定ト異ナラサルコトアリ或ハ其性質是ト異ナルコトアリ故ニ我民法ニ於テハ違約金ナルモノハ原則トシテ之ヲ賠償額ノ豫定ト推定スルモノト規定セリ(四二〇條)但此推定タルヤ所謂完全ナル推定ニ非スシテ單純ナル推定ニ過キサルカ故ニ當事者ハ固ヨリ此推定ニ對シテ反證ヲ舉クルコトヲ得ルモノナリ例之當事者カ契約ヲ爲ス場合ニ於テ違約金若干及損害金若干ト云フカ如ク各箇ニ特約シタル場合ノ如キハ所謂違約金カ賠償額ノ豫定ニ非サルコト明ナリ

以上述ヘタル所ノ豫定損害賠償ニ關スル規定ハ管ニ金錢ヲ以テ損害ヲ賠償スル場合ノミナラス金錢ニ非サルモノヲ以テ損害賠償ニ充ツヘキ旨ヲ豫定シタル場合ニモ適用セラルヘキモノナリ(四二一條)

第七節 損害賠償ニ因ル代位

損害賠償ノ説明ヲ終ルニ臨ミ尙損害賠償ノ場合ニ於テ債權者カ債權者ニ代位スルコトヲ述フヘシ例之甲カ乙ニ對シテ其所有ノ動產ヲ貸與シテ之ヲ使用セシメタル場合ニ於テ乙カ盜難其他ノ事由ニ因テ物ノ占有ヲ失ヒタルトキハ乙ハ甲ニ對シテ其物ノ價額ヲ賠償スル責任アルカ又例之甲ナル辯護士カ乙ヨリ訴訟ノ委任ヲ受ケ其過失ニ因テ丙ニ對シテ強制執行ニ付配當加入ヲ爲サナリシ爲ニ乙ノ丙ニ對スル債權ノ辨濟ヲ受クルコト能ハサルニ至リタルトキハ甲ハ乙ニ對シテ其債權額ヲ賠償スルノ義務アルカ此等ノ場合ニ於テハ乙ハ物又ハ權利ノ存在スルコトヲ理由トシテ賠償ヲ拒ムコトヲ得ス所謂債務ノ不

履行ニ因テ生シタル損害ナルカ故ニ甲ハ乙ニ對シテ之ヲ賠償スルノ義務アルモノト謂ハサルヘカラス然ルニ一旦債務者カ債權者ニ對シテ物又ハ權利ノ價額ノ全部ヲ賠償シタル後、物ノ所在ヲ發見スルカ又ハ債權ヲ取立ツルコトヲ得ルニ至リタルトキハ債權者ハ更ニ其物ノ返還ヲ求メ又ハ權利ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノナリヤ否ヤ若シテセハ債權者ハ二重ノ利得ヲ受クルコトナル如此場合ニ於テハ債務者ハ債權者ニ對シテ所謂不當利得ノ原則ニ據テ利益ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ト雖元來不當利得ノ場合ニ於テ利益ノ存スルコトヲ證明スルハ容易ノ業ニ非ス又假ニ其返還ヲ受クヘキ利益ノ額ヲ證明シタリトスルモ債權者ハ常ニ實力ヲ有スルモノニ非ス故ニ債務者ハ實際其利益ノ返還ヲ受クルコト能ハサル場合アリ果シテ然ラハ債務者ハ頗不利益ナル地位ニ在ルモノト謂ハサルヘカラス故ニ我民法ハ此點ニ關シテ債務者保護ノ爲ニ債權者カ損害賠償トシテ其債權ノ目的タル物又ハ權利ノ價額ノ全部ヲ受ケタルトキハ債權者ハ爾後其權利ヲ行使スルコトヲ得サルモノトシテ債務者カ其物又ハ權利ニ付テ當然債權者ニ代リテ其權利ヲ行使スルコトヲ得ル旨ヲ規定セリ(四二二條)故ニ前例ニ於テ甲ハ乙ニ代リ第三者ニ對シテ物ノ引渡ノ請求ヲ爲シ以テ其物ヲ取得スルコトヲ得ヘク又甲ハ乙ニ代リ丙ニ對シテ債務履行ノ請求ヲ爲シ以テ其債權額ヲ取得スルコトヲ得ヘシ

第六章 間接訴訟

既ニ總論ニ於テ述ヘタルカ如ク我民法ニ於テハ債權カ例外トシテ第三者ニ對抗スルコトヲ得ル場合ニアリ所謂間接訴訟權ト廢能訴訟權ト是ナリ先間接訴訟權ニ付テ述ヘン

凡債權者カ債務者ニ對シテ債權ヲ有スル目的ハ言フ迄モナク其辨濟ヲ得ントスルニ在リ故ニ其辨濟ニ

充ツル債務者ノ財産ノ増減ハ直接ニ債權者ニ對シテ利害ノ關係ヲ有ス然ルニ債務者ハ故意又ハ過失ニ因テ自己ニ屬スル權利ヲ適當ニ行使セズ爲ニ其財産ノ増加ヲ圖ラサルノミナラス是ヲ保全スヘキ權利ヲ行使セサル場合アリ例之債務者カ第三者ニ對シテ金錢債權ヲ有スルニ方リ其權利ヲ行使シテ金錢ノ支拂ヲ受ケタランニハ債權者ヨリ履行ノ請求ヲ受ケ結局自己ニハ何等ノ利益ナカルヘキヲ慮リ故意ニ其權利ヲ行使セサルコトアリ或ハ遂ニ其權利ヲシテ時効ニ因リ消滅セシムルコトアリ如此場合ニ於テハ債權者ハ民事訴訟法ノ規定ニ依テ債務者カ第三者ニ對シテ有スル權利ヲ差押ヘ所謂取立命令若クハ轉付命令ナルモノヲ得テ其權利ヲ實行スルノ方法アリ然レトモ我民法ハ尙之ニ加フルニ佛國民法及我舊民法ノ例ニ倣ヒ債權者ヲ保護スルカ爲ニ其債務者ニ屬スル權利ヲ行フコトヲ得セシメタリ而シテ此債權者カ債務者ニ代リテ權利ヲ行使スルコトヲ稱シテ間接訴訟權ト謂フ茲ニ訴訟權ト言フモ其權利ノ行使カ訴ノ方法ニ依ルコトヲ必要トセス裁判外ニ於テ權利ヲ行使セル場合モ勿論此間接訴訟權タルコトヲ妨ケサルナリ

間接訴訟ノ成立スルニハ左ノ要件ヲ具備スルコトヲ要ス

(イ) 債權ヲ保全スル爲ニ必要ナルコト 債權者ハ如何ナル場合ニ於テモ自由ニ債務者ニ屬スル權利ヲ行使スルコトヲ得ヘキニ非ス其債權ヲ保全スル爲ニ必要ナル場合ニ限ルモノナリ(四二三條一項)例之債權者カ債務者ニ對シテ金錢債權ヲ有スル場合ニ於テ債務者カ第三者即所謂第三債務者ニ對シテ金錢債權ヲ有シ且債務者ノ財産中債權ノ辨濟ニ充ツヘキモノナシトセンカ第三債務者ニ對スル債權ノ取立ハ債權者ノ債權保全ノ爲ニ必要ナルカ故ニ債權者ハ債務者ニ代リ第三債務者ニ對シテ履行ヲ請求スルコトヲ得

(ロ) 債權ノ期限未到來シタルコト 債權ノ期限未到來セサルトキハ債權者ハ債務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得サルモノナルカ故ニ原則トシテ其債權ヲ保全スルカ爲ニ所謂間接訴訟權ヲ行使スルコトヲ得ス但此原則ニ對シテハ二ノ例外アリ即裁判所ノ許可ヲ得タル場合ト單純ナル保存行為ニ關スル場合ト是ナリ(四二三條二項)前者ハ即債權者カ自己ノ債權ノ期限前ニ債務者ニ屬スル權利ヲ行ハサレハ其債權ヲ保全スルコト能ハサルカ又ハ是ヲ保全スルニ困難ヲ生スル虞アルトキハ債務者ノ普通裁判籍ヲ有スル地ノ區裁判所ニ對シテ裁判上ノ代位ヲ申請スルコトヲ得而シテ裁判所カ申請ヲ理由アリト認メタルトキハ債權者ヲシテ擔保ヲ供セシメ又ハ之ヲ供セシメシテ其申請ヲ許可スルモノナリ尙裁判上ノ代位ノ手續ニ付テ詳細ナルコトハ非訟事件手續法ヲ參照スルコトヲ要ス(非訟七二條乃至七九條)後者即保存行為ト云フハ物又ハ權利ノ消滅ヲ豫防スル行為ヲ謂フ例之債務者ニ屬スル權利カ消滅時効ニ罹カラントスルニ際シ債權者カ債務者ニ代リテ請求ヲ爲シ以テ其時効ヲ中斷スルカ如シ又例之債務者ニ屬スル物件ヲ他人ニ對抗スルコトヲ得セシムルカ爲ニ債權者カ債務者ニ代リテ登記ヲ爲スルカ如シ尙彼ノ廢敗シ易キ物ヲ賣却シテ金銭ニ換ヘ之ヲ供託スルカ如キハ通常保存行為ニ屬ス

(ハ) 債務者ノ一身ニ專屬スル權利ニ非サルコト 債務者ニ屬スル權利ハ債權者ニ於テ一般ニ行使スルコトヲ得ルヲ以テ原則ト爲ス然レトモ債務者ノ一身ニ專屬スル權利ハ是ヲ行使スルコトヲ得ス(四二三條一項)茲ニ一身ニ專屬スル權利ト云フハ其權利ノ性質上債務者ノ一身ニ著眼スルモノニシテ他人ニ移轉シ又ハ他人カ之ヲ承繼スルコトヲ得サルモノヲ謂フ例之扶養ヲ受クル權利ノ如キ是ナリ(九六三條)又雇人ヲシテ債務者自身ニ對シテ勞務ニ服セシムル權利ノ如キモ其ナリ(六二五條)而

ハ有責行為ノ一種タル犯罪成立スルコトナシ

單ニ外部ニ積極又ハ消極ノ結果關係ヲ有スル舉動アリシニ止リ之ヲ其舉動ノ本人ニ連絡スヘキ責任ノ要素ヲ具ヘサルトキハ刑法ノ目ヨリ觀レハ一場ノ時變タルニ止リ人間ノ行為特ニ罪ト爲ルヘキ行為トシテ論スルコトナシ犯罪ハ根本ヨリ不成立トス

右ニ述フル原則ハ全ク例外ナキ一大原則ニシテ責任能力ナキ者ノ舉動及能力者カ責任條件ヲ具ヘサリシ舉動ハ刑法上罰シテ罪ト爲ル場合ナシ

三 身體ノ舉動ヲ目シテ責任アル行為ナリト爲スニハ(1)責任能力アル者ノ舉動タルヲ要シ(2)責任條件(故意又ハ過失)ヲ具ヘタル舉動タルヲ要ス

有責行為ト云フハ責任能力ヲ有スルト責任條件ヲ具フルトノ二ヲ合セタル舉動ヲ謂フ故ニ其一方ノ何レヲ缺タモ無責任舉動トシテ刑法上何等ノ罪ナシ將來講義ノ中ニ於テ有責行為又ハ責任アル舉動ト云フ語ヲ用ヒタルトキハ常ニ責任能力者カ責任條件ヲ具ヘテ爲レタル舉動ヲ謂フト知ルヘシ

四 意思自由 別說選擇自由……責任條件ノ一二數ハ抗拒ス可ラサル強制ニ遇ヒヒムコトヲ得サルニ出テタル行為ハ意思ノ自由ヲ缺クニ基ク無責任ノ場合ナリトスル學說立法例尠カラス我現行刑法第七十五條第一項亦然リ後第六章第三節ニ至リ説述スル所アラシ

第二節 責任能力

五 責任能力ハ精神ニ故障ナキ者及ヒ其發育十分ナル者ニ非サレハ之ヲ有セ
ス故ニ刑法ハ精神ニ故障アル者及ヒ幼者瘖啞者ノ舉動ヲ無責任トスルノ規定
ヲ設ク(不論罪ト云フ語ハ明瞭ヲ缺ク)

人ノ智識ハ恰其身體ノ如クニ漸ヲ追ヒテ發達スルノミナラス一定ノ年齡ニ達シタル後モ疾病又ハ不
具ノ爲メ到底通常人ノ智識ヲ具フル能ハサル者アルハ爭フヘカラサル事實ナリ刑法ハ普通ノ智識ヲ
有スル者ニ對シ一定ノ行為ヲ禁止若クハ命令スル方針ヲ以テ編纂サルルモノナルカ故ニ此ニ刑法上
無能力者ヲ認ムルノ必要ヲ生ス

支那法系ニ屬スル刑法ニ於テハ幼者又ハ老者若クハ病者、不具者ノ類ニ對シテハ之ヲ憐ニ若クハ敬
フノ精神ヨリシテ刑ノ全免又ハ減刑ヲ與フルコトアリト雖羅馬法系ニ屬スル犯罪無能力論ハ斯ル憐
愍又ハ尊敬ノ精神ヨリ出テタルニ非シシテ法令ハ普通人ヲ標準トシテ之ヲ規定スヘシト云フノ原則
ヨリ來レルモノナリ

現行刑法ハ責任能力及責任條件ヲ缺クニ基ク無罪ノ場合ヲ稱シテ不論罪ト名ケタリ(七五條以下八
四條)此文字ハ罪アレトモ刑ヲ科セストノ意味ナルカ全然犯罪成立セストノ意味ナルカ明瞭ヲ缺ク
ノ缺點アリ而シテ第七五條以下ノ表題・ル不論罪ハ學理ヨリ解釋スレハ疑モナク犯罪不成立ノ意味
ナリ罪アリテ刑ナシトノ意味ニ非サルコトヲ注意セサルヘカラス

六 佛蘭西派ノ學說ハ精神ニ故障アル者及幼者瘖啞者ノ舉動ハ之ヲ辨別ヲ缺
クニ基ク無責任行為ト稱シ獨逸派ノ學說ハ多ク之ヲ能力ナキニ基ク無責任行

爲ト稱ス(精神ノ作用又ハ發育完カラサル場合ニハ辨別ノミニ故障アルニア
ラスト云フヲ理由トスルニ似タリ)

現行法ハ佛蘭西法ノ影響ヲ受ケテ例之第七八條、第八〇條等ニ於テ「辨別」ト云フ文字ヲ用ヒ辨別ノ
有無ニ依リ罪ノ有無ヲ決セシメントスルノ規定ヲ置ケリ然レトモ辨別ハ事物ノ是非善惡ヲ識別スル
ノ智能ナリ幼者、發狂者等ノ精神ノ不完全ナルハ必シモ斯ル倫理思想ノ一方ニ止ラスシテ全體ノ上
ニ於テ普通人ニ及ハサル所アリ隨テ學理上ヨリ言ヘハ單ニ精神不十分ト謂フ廣キ意味ヲ以テ無能力
ト稱スルヲ至當トス但實際論トシテハ孰レノ語ヲ用フルモ大差ナシ

第一項 精神ニ故障アル者

七 精神ノ作用ニ故障アルヲ理由トシテ其舉動ヲ無責任(舉動ト本人トノ連
絡ヲ欠ク)トスルニハ舉動ノ當時ニ其故障アリタルコトヲ必要トス(刑七十八
條)舉動ノ以前又ハ以後ノ故障ハ之ヲ以テ舉動其者ヲ無責任(無罪)トナス理
由トナラス

此解釋ハ第七八條ノ罪ヲ犯ストキト謂フ規定ヨリ生スルモノトス罪ト成ルヘキ舉動アリタル當時ニ
於テ精神ニ障害アルニ非ナレハ無責任トスルヲ得ス固ヨリ其舉動ヨリ以前又ハ以後ニ精神病有ル者
ノ如キハ舉動ノ當時ニ於テモ果シテ其精神健全ナリシヤ否ヤノ點ハ十分ニ注意シテ之ヲ診斷セサル
ヘカラスト雖一旦其當時ニ於テ健全ナリシ事實ヲ得タルトキハ無責任トシテ無罪ヲ主張スル能ハス

八 故障ノ種類ハ病的タルト非病的タルトヲ區別セス又持續性タルト一時性タルトヲ區別セス

如此解釋スル所以ハ第七八條ニ於テ智覺精神ノ喪失ニ因リ是非ヲ辨別セサルモノト規定シ敢永續スル故障タルト一時ノ故障タルト疾病ノ性質ヲ有スルト否トヲ區別スルナキヲ以テナリ

九 精神ノ病的故障ニ精神病ト其餘ノ疾病トノ別アリ精神病ノ發作中ノ舉動ハ當然法文ニ所謂辯別ヲ缺クモノトシテ一般ニ之ヲ無責任トセサル可カラス精神病以外ノ疾病……通常高度ノ熱ノ作用等……ニ因リ精神ニ故障ヲ生シタルトキハ是非ヲ辯別セサル間ノ舉動ニ限り之ヲ無責任トス

元來吾人ノ精神ハ一體不可分ノモノニシテ若其意識界ニ故障有ルトキニハ又必同時ニ其觀念界ニ於テモ故障ヲ生シ苟精神病ト云フヲ得ル病の障害アル以上ハ當然是非ノ辨別ト云フ智能ニ於テモ不全ナルモノトシテ第七八條ノ適用ヲ爲サルヘカラス反之精神病以外ノ疾病ニ至テハ幾分其精神混亂スルトスルモ意識觀念モ當然混亂スルモノト斷定スル能ハス斯ル病者ニ對シテハ舉動ノ當時ニ果シテ辨別ヲ有スルヤ否ヤヲ觀察シテ而シテ責任ノ有無ヲ決セサルヘカラス本文ニ於テハ此區別ヲ注意シタル上ニ精神病ト謂フト否トニ拘ラス苟疾病ノ爲ニ辨別ヲ失ヒタル間ノ舉動ハ無責任タルノ意ヲ示シタルモノナリ

疾病ニ非スシテ一時精神ノ作用ニ故障ヲ生スルコトアリ刑法第七十八條ニハ病的故障ニ限ル明文ナキヲ以テ非病的故障ト雖モ是非ノ辯別ヲ缺ケル間ノ舉

動ハ亦之ヲ無責任トセサル可カラス(泥酔、催眠?)

疾病ニ非スシテ精神ノ常ヲ失シ辨別ヲ供ヘサルノ適切ナル例ハ催眠中ノ者はナリ催眠ハ生理上ノ關係ヲ言ヘハ疲勞ニ基ク一時性ノ貧血ナリ又其精神作用ヲ言ヘハ專斷示ニ從テ心性ヲ再現スルノ外少シモ自ラ働クノ力ヲ有セス是非ノ辨別ヲ有セサルカ故ニ催眠中罪ト成ルヘキ舉動ヲ爲シタル者ハ第七八條ノ適用トシテ無責任タルヤ勿論ナリ

一派ノ論者ハ第七八條ハ專精神病者ノ無責任タルヲ規定シタルニ過キスシテ病的ニ非サル辨別ノ喪失者ハ本條ニ含マルコトナシト論スト雖予輩ハ之ニ反對シテ第七七條ハ精神ニ故障ナキ者カ故意ナクシテ罪ト成ルヘキ舉動ヲ爲シタル場合ノ無責任ヲ規定シ第七八條ハ疾病ニ基クト否トヲ問ハス精神ニ故障アル者ノ無責任ヲ規定シタルモノト信スルヲ以テ催眠中ノ舉動ハ其範圍ニ屬スヘシト信ス

第二項 幼者

一〇 幼者ノ責任年齡ヲ定ムルニ三主義アリ(1)第一ノ主義ニ於テハ一生ヲ二期ニ分テ第一期(佛、白、土等ハ十六歳以下)ノ間ハ先ツ辨別ノ有無ヲ調ヘテ次ニ責任ノ有無ヲ決スヘキモノトシ第二期ノ年齡ニ達スレハ全責任ヲ負ハシメ(2)第二ノ主義ニ於テハ一生ヲ三期ニ分テ第一期ノ間ヲ絕對無責任トシ第二期ノ間ヲ關係の無責任……即辨別ノ有無次第且責任アル場合モ刑ヲ減スヘ

キモノ……トシ第三期ニ入りテ初メテ全責任アリトナシ(3)第三ノ主義ニ於テハ更ニ之ヲ四期ニ分ケテ第一期ノ間ヲ絕對無責任トシ第二期ノ間ヲ關係的無責任……但シ責任アル場合モ刑ヲ減スヘキモノ……トシ第三期ノ間ヲ減輕トシ第四期ニ入りテ初メテ全責任アリト定ム我現行刑法ハ第三ノ主義ヲ採用シ且ツ重罪輕罪ト違警罪トニ依リ處分ヲ異ニス(唐明清律九歲以下七歲以上無罪)

全責任時代	減輕時代	關、無責任時代	絶、無責任時代
-------	------	---------	---------

第一主義
第二主義
第三主義

智識カ恰身體ノ如ク漸ヲ進ヒテ發達スルハ人ノ熟知スルトコロナリ然リト雖其發達ノ遲速ハ人ニ依リ著シキ相違アルカ爲メ年齡不足ノ故ヲ以テ無責任トスルノ立法例ハ遂ニ本問ニ關テ如ク種種異リタル規定ヲ生スルニ至レリ而シテ此三種ノ主義ハ各長短アリテ其何レヲ勝レリト斷定スル能ハサル

モ第二第三ノ主義カ稍當ヲ得タルモノノ如ク信セラレ

一一 我刑法上十二歲未滿ノ幼者ハ全ク無責任ナリ(刑七九條、八三條)十二歲以上十六歲未滿ノ幼者ニ重罪又ハ輕罪タルヘキ行為アリタルトキハ辨別ノ有無ニ依リ責任ノ有無ヲ決ス但責任アル場合ト雖二等ノ宥恕減輕ヲ受ク違警罪ニ付テハ常ニ責任ヲ負ヒ一等ノ宥恕減輕ヲ受ク(刑八〇條、八三條)十六歲以上二十歲未滿ノ幼者ニ重罪又ハ輕罪タルヘキ行為アリタル時ハ單ニ一等ノ宥恕減輕ヲ受ケ違警罪ニ付テハ全責任ヲ負フ(刑八一條、八三條)

現行法ハ幼者ノ責任能力ヲ規定スルニ當リ重罪輕罪タルヘキ舉動アリタル場合ト違警罪アリタル場合トノ間ニ其標準ヲ異ニシ違警罪タルヘキ舉動ニ付テハ關係的無責任時代ヲ認メ且比較的重ク處分セリ若幼者ノ智識カ不十分ナルカ爲メ無責任トスルナラハ事ノ輕微ナル違警罪ニ對シ他ノ場合ヨリ一層重ク處分スルハ前後矛盾シタル理論ト云ハサルヘカラス

一二 幼者ノ責任能力ニ關シ減輕時代即チ一部ノ責任ヲ負フ時代ヲ認ムルニ反對スル說アリ責任即チ物心兩界ノ連絡ハ之カ存在ヲ肯定スルカ否定スルカ二者其一ヲ出ツ可ラス一部ノ連絡アリ又ハ小ナル連絡アリト認ムル減輕時代ハ須ク之ヲ排斥スヘシト云フナ理由トス而レトモ精神ノ發育ニ其源ヲ發スル幼者ノ能力問題ハ央發育シタル時期若クハ事實ナシト云フ克ハス

第三項 瘡啞者

一三 瘡啞者ハ總テノ舉動ニ付テ其責任ナキコト十二歳未満ノ幼者ニ同シ
 (刑八二條、八三條)但瘡ニシテ且ツ啞ナルニアラスンハ此限ニアラス
 支那法系ノ刑法ニ於テハ廢疾者ヲ無責任ト爲セリ(大罪ハ例外)蓋之ヲ憐ムノ精神ニ出ツルモノナル
 ヘシ反之羅馬法系ノ刑法ニ於テ瘡啞者ヲ無責任トスルハ斯ル理由ニ出テタルニ非ス瘡啞者ハ智識ヲ
 得ルノ要具タル聽能及語能ヲ喪失シ到底常人ノ如ク智識ノ發達ヲ爲ス能ハスト認定シタル結果ナリ
 然レトモ瘡啞者ト雖生來惻發ナル者アルノミナラス近年ニ至リ瘡啞者ヲ教育スルノ方法長足ノ進歩
 ヲ爲シ縱令常人程ノ智慧ヲ與フル能ハストスルモ絕對無責任ト爲ス程ノ不完全ノ狀態ヲ脱セシムル
 コトヲ得ルカ故ニ或ハ無責任或ハ減輕シテ罰スルコトヲ得ルノ規定ヲ設ケサルヘカラス
 一四 刑法ニ謂フ所ノ瘡啞ハ生來ノモノニ限ルカ生後ノ疾病又ハ負傷ニ基ク
 不具ヲ含ムカ若シ生後瘡啞トナリタル者ヲ含ムトセハ之ニ陷リタル年齡ニ制
 限ナキカ法文ニ何等ノ規定ナシ
 法文ニ何等ノ制限ナキ以上ハ生前タルト生後タルト又如何ナル事情ヨリ來リタルトヲ分タス不治ノ
 瘡啞ト爲リタル者カ罪ヲ犯シタルトキハ悉無責任トスルヲ解釋上正當ナリト信ス

第四項 懲治場ノ留置附監置

一五 八歳以上十二歳未満ノ幼者ハ滿十六歳ニ過キサル時間又十二歳以上十
 六歳未満ニシテ辨別ヲ缺キ無責任ト認メラレタル幼者ハ滿二十歳ニ過キサル
 時間情狀ニ依リ之ヲ懲治場ニ留置スルコトヲ得(刑七九條、八〇條、八二條)懲
 治場ノ留置ハ國家自ラ此等ノ者ヲ監督シ教育スル趣旨ニ出テ刑罰タル性質ヲ
 有セス(浮浪少年取締)

本間ニ十六歳ニ過キサル時間ト云ヘルハ其幼者ヲ判決スル年ヨリ其十六歳ニ滿ツル迄ノ間ニ於ル若
 千年ノ間ト云ヘル意味ナリ

懲治場ノ留置ハ感化ヲ目的トスル一種ノ強制教育ニシテ刑罰タル性質ヲ有セス故ニ留置處分ヲ受
 ケタル者カ後罪ヲ犯スモ再犯ヲ以テ論スル能ハス

感化教育ハ在來ノ經驗上現今ノ如ク獄内ニ於テ之ヲ實行スルハ十分ニ其效果ヲ奏スル能ハス故ニ將
 來監獄外ニ於ル適當ノ設備ヲ爲スノ必要アリ

不良少年ト浮浪少年トヲ混同スヘカラス不良少年ハ一定ノ教育ヲ受ケツアルト否トヲ問ハス大ハ
 不良少年ト浮浪少年トヲ混同スヘカラス不良少年ハ一定ノ教育ヲ受ケツアルト否トヲ問ハス大ハ
 罪ト成ルヘキ行為ヲ始メ小ハ親族朋友ヲ害スル行為ヲ爲スノ少年ヲ謂フ、反之浮浪少年ハ或惡事ヲ
 爲シタルコトナシトスルモ其年齒ニ相當スル所ノ智育德育ヲ與フルコトナクシテ放任サル所ノ少
 年ナリ如此不良少年ト浮浪少年トハ似テ非ナルモノナルモ浮浪少年ハヤカラ不良少年ト爲ルノ虞大
 ナルモノナリ不良少年ハ將來眞ノ犯罪人ト成ルノ虞ノ大ナルモノナリ故ニ荷一國ノ犯罪ヲ減少セン
 ト欲セハ一日モ此兩者ニ對スル感化教育ヲ忽セニスヘカラス

一六 精神病者ヲ無責任トスルハ宜シ無責任ノ故ヲ以テ直ニ放免スルハ大ニ危險ナルコトアリ情狀ニ依リ病院其他一定ノ場所ニ監置セシムル規定ナカル可ラス

第三節 責任條件(故意及過失)

一七 責任能力ヲ有スル者ト雖モ責任條件ヲ具ヘタル舉動ニ付テノミ其責任ヲ有ス責任條件ニ故意ト過失トノ二アリ(刑七七條、民七〇九條)

第一項 故意

一八 故意ハ觀念決意ナリ事實ノ認識觀念(舉動ノ意思)(決意)ナリ故ニ犯罪ノ故意トハ犯罪事實ヲ知リ罪の舉動ニ志スヲ謂フ(1)犯罪事實(2)犯罪事實ノ觀念(3)罪の舉動ノ決意ノ三點ニ分ナテ説明セン

一九 (1)故意ノ成立上其觀念ニ上ルコトヲ要スル犯罪事實ニ二様アリ

一チ犯罪ノ物の構成條件トス刑七七條二項ニ謂フ所ノ罪ト成ルヘキ事實是ナリ

例之三六六條ニ人ノ所有物ヲ竊取シタル者ハ竊盜ノ罪ト爲シ云云ノ規定アリ即此規定ヲ分析スレハ

人ノ所有物タルコト竊取ト云フ行為アルコトノ二カ本罪ノ構成條件ナリ其何レヲ缺クモ竊盜罪構成セシ他ノ犯罪ニ付テモ亦同シ各條文ヲ分析シ其罪ノ成立上缺クヘカラサル條件アル時ハ之ヲ其罪ノ構成條件ト稱ス

一チ犯罪ノ物の加重條件トス刑七七條三項ニ謂フ所ノ罪本重カル可キ事實是ナリ

刑法第三六七條ニハ水火震災其他ノ變ニ乘シ竊盜ヲ犯シタル者ト云フ規定アリ本條モ亦前條同様ニ一ノ竊盜罪ノ規定ナリト雖事變ニ乘シ犯シタリト云フ事實ヲ本條規定ノ特色トス而シテ此事實タルヤ假令之ヲ缺クモ竊盜罪ノ成立ヲ妨グルモノニ非スシテ單ニ其情狀ヲ重カラシムルモノニ過キス此種ノモノヲ指シテ罪ノ加重條件ト謂フ

罪ノ加重條件即法文ノ罪本重カルヘキ事實ト云フニ付尙一ノ注意スヘキコトアリ此加重條件ト云フハ前ニ示ス第三六六條、第三六七條ノ關係ノ如クニ同一種類ノ犯罪ニ付テノミ云フニ非ス別種ノ犯罪ノ間ニ於テモ同ク適用ヲ受クルモノナリ例之他人ノ所持内ニ在ル物件ヲ誤テ遺失物ナリト信シ之ヲ拾得スル意志ヲ以テ所持ヲ取得シタル場合ノ如キハ竊盜ト遺失物拾得罪トノ種類同シカラスト雖重キ竊盜トナルヘキ事實ヲ知ラサルカ故ニ同ク第七七條第三項ノ罪本重カルヘキ事實ヲ知ラサルモノト云フコトヲ得ヘシ

物の條件ハ心的條件ニ對シテ云フ從テ客觀的條件ノ全部及ヒ主觀的條件中心の要素ニ在ラサルモノ全部ヲ包含ス

本文ニ物的條件(物素)ト云ヘルハ心的條件(心素)ニ對シテ用ヒタル語ナリ責任能力及責任條件ハ犯罪ノ成立ニ要スル所ノ必要ナリ刑法第七條第二項ニ云ヘル罪ト成ルヘキ事實同第三項ニ云ヘル罪本重カルヘキ事實ノ語ニ包含セラルルコトナシ之ヲ區別センカ爲ニ單ニ犯罪成立要件又ハ加重條件ト云ハスシテ物的構成條件ト云ヘリ尙之ヲ區別スルノ實益ハ後ノ三八號ノ說明中ニ述フヘシ

罪ノ構成又ハ加重ノ條件ト成ルヘキ事實ハ主體ノ資格客體ノ性質ノ方法ノ種類ノ結果ノ大小等犯罪ニ依リ同シカラス而シテ身體ノ積極又ハ消極ノ舉動ハ犯罪全體ニ通スル物的構成條件ナリ

犯罪要素ハ各罪其種類ヲ異ニスト雖積極又ハ消極ノ舉動ナクシテ成立スル犯意ハ斷シテ在ルコトナクシテ身體ノ舉動カ犯罪構成ノ物的條件ノ最著キモノト知ルヘシ

第一 主體ノ資格カ其犯罪ノ成立條件タル一例ハ官吏收賄罪ニ於テ官吏ト云フ犯罪ノ主體ノ資格カ其犯罪ノ成立條件ト爲ルカ如シ又主體ノ資格カ犯罪ノ成立條件ニ非スシテ單ニ刑罰ヲ加重スル條件タル一例ハ刑法第二〇五條ニ於ル官吏タル資格ノ如キ是ナリ

第二 客體即被害物體ノ性質カ特ニ犯罪ノ成立條件タルハ例之同ク生命ニ關スヘキ犯罪ナリト雖若天皇並ニ皇太子ニ對スル危害ノ罪ナレハ刑法第一一六條ニ據テ處分スヘク此場合ノ客體ハ犯罪ノ成立條件ト爲ルナリ反之其被害物體ノ如何ニ因リ刑罰ヲ加重シ若クハ單ニ重ク處罰スル例ハ貨幣偽造罪ニ於ル金銀貨ト銅貨トノ差別ノ如シ刑罰第一七三條亦同シ

第三 方法カ犯罪成立ノ條件ト爲ルハ例之同ク財物ヲ奪取スルニ在リトスルモ暴行ヲ手段トスレハ

強盜ト爲リ然ラサレハ竊盜ト爲ルカ如シ反之單ニ方法ノ如何ニ因リ刑罰ヲ加重サルハ刑法第三六八條ノ場合ノ如シ

第四 結果ノ大小カ犯罪ノ成立ニ成立ニ影響ヲ及ス場合ハ例之毆打ノ爲メ創傷ヲ爲ササルハ違警罪ト成リ創傷ヲ爲セハ毆打創傷罪ト成ルカ如シ又結果ノ如何ニ因テ處分ニ輕重ノ差異ヲ立ツルハ例之刑法第三六四條第二項ノ如キ是ナリ

右ニ述フルカ如ク或ハ犯人ノ資格或ハ客體ノ種類或ハ方法結果ノ如何ニ因テ犯罪ノ成立不成立又ハ刑罰ノ加重減輕ト云フ差別ヲ生スト雖如何ナル犯罪ニモ通シテ必成立要素ト爲ルヘキモノハ外部身體ノ動作ナリ動作ハ故意又ハ過失ノ如キ精神内部ノ要素ニ非スシテ外部物體界ニ存スル所ノ必要條件ニシテ尙犯罪事實ノ一二位スヘシ

二〇 (2) 觀念ハ猶認識トイフカ如シ心像ノ再現ナリ犯罪ニ就テ云フトキハ犯罪事實ノ觀念(即チ罪ト成ルヘキ事實及ヒ罪本重カルヘキ事實ヲ知ル)ヲ謂フ

觀念ハ心像ノ再現ナリ即外部又ハ内部ノ刺激ニ因リ已ニ精神ノ上ニ感受シタル對象ヲ再精神上ニ現出スルノ謂ナリ例之火ヲ睹ルニ吾人カ其火タルノ觀念ヲ起スハ實自己ノ精神上ニ同一ノ對象ヲ感受シタ後ニ同一ノ對象ニ遭遇シタルトキ其同一物タルコトヲ認識スルヲ謂フナリ犯罪ノ認識モ之ト同一ノ原理ニ依テ管テ自己ノ感受シタル事項ヲ聯想シ其罪ト成ルヘキ事實及罪本重カルヘキ事實ノ存在スル事ヲ認識スルノ意味ニ外ナラス

甲 身體ノ積極又ハ消極ノ舉動ハ犯罪全體ノ構成ニ必要ナル一事實ナリ犯罪

ノ故意ノ成立上身體ノ舉動ニ對シ其認識ナカルヘカラス(衝動的舉動ニ對シテハ概シテ其認識ヲ缺クモノトス)……略言、犯意(犯罪ノ故意ノ略語以下倣之)ニハ舉動ノ觀念ヲ含ム

衝動的舉動トハ或刺戟ヲ受ケテ之ニ應スル舉動ヲ爲スニ當リ自身ニハ其如何ナル舉動ヲ爲スカラ認識セサル場合ヲ謂フ例之暗夜ニ性質不明ナル怪物ニ襲ハレテ咄嗟ノ間ニ之ヲ歐打スルカ如シ自分ハ今ヨリ歐打タル舉動ヲ爲スヘシト云フ認識ヲ有セサルモノナリ(嚴格ニ云ヘハ此類ノ舉動ハ他年ノ熟練ニ依リ殆機械的ニ發生スルモノトス)如此自己ノ舉動ニ對シテ認識ヲ有セサルキハ刑法ニ所謂罪ト成ルヘキ舉動ヲ爲スノ決意ヲ具ヘタリト云フ能ハス隨テ其犯罪故意アリト云フ能ハサルナ

乙 身體ノ舉動ニ積極又ハ消極ノ關係アル物界ノ影響(結果)ニシテ犯罪ノ構成又ハ加重ノ條件タルモノハ犯罪ノ故意ノ成立上之ニ對シ其認識ナカル可カラス……略言、犯意ニハ結果ノ觀念ヲ含ム

癡ニ掲ケタル例ヲ借り用ヒテ假令其人カ不意ニ飛出シタル者ヲ歐打スルノ意思アリ即歐打ト云フ舉動ヲ爲スノ認識アリタリト假定スルモ之カ爲ニ其物體ニ如何ナル影響ヲ及スカラ認識セサルコトアリ若死ナル結果ヲ生スルコトヲ認識セザリシトセハ假令死ノ結果ヲ惹起スルモ之ヲ故意ニ惹起シタリト謂フ能ハス或創傷ヲ生スルコトヲ認識セザリシナラハ事實上創傷ヲ生スルモ之ニ對シテ故意アリト云フヘカラス要スルニ犯罪ノ故意アルニハ舉動ノ認識アリ且其舉動ニ積極又ハ消極ノ關係アル

結果ヲ認識スルニ非サレハ之ニ對スル故意アリト云フヘカラス

丙 舉動ノ觀念ナキ場合ニハ亦當然結果ノ觀念ナシ而レトモ舉動ノ觀念アリテ結果ノ觀念ナキ場合アリ

若衝動的舉動ノ如ク本人自ラ如何ナル舉動ヲ爲スカラ認識セサル場合ニ在テハ其當然ノ順序トシテ之ヨリ如何ナル結果ヲ生スルカラ知ラサル道理ナリ然レトモ其反對ニ於テ一定ノ舉動ヲ採ルノ認識アレハ當然之ヨリ生スヘキ結果ノ認識アリト云フコトヲ得ス例之歐打スルコトヲ知ラサル者ハ如何ナル結果ヲ生スルカラ知ラスト雖假令歐打ノ認識アリトスルモ死ト云フ結果ヲ生スルカ單ニ創傷ヲ爲スニ過キサルカ又ハ何等ノ害ヲ生セサルカラ認識セサルコトアリ得ヘシ如此關係アルカ故ニ舉動ノ認識ト結果ノ認識トヲ區別シテ説明スルヲ便利トスル所以ナリ

丁 舉動及ヒ舉動ノ結果ノ外尙犯罪ノ構成及ヒ加重ニ必要ナル條件ハ犯罪ノ故意ノ成立上亦之ニ對スル觀念ナカル可ラス……略言、犯意ニハ舉動及舉動ノ結果以外ノ事實ノ觀念ヲモ含ム

故ニ例之第三六七條ノ適用ヲ爲スニハ竊盜ヲ爲スノ故意ノ外已ノ將ニ犯サントスル竊盜カ事變ニ際スル事ヲ知リタル場合ナラサルヘカラス
要スルニ犯罪ノ故意ハ其成立上犯罪事實全體ノ觀念(認識)アルコトヲ要スト云フニ歸著ス

二一 然リト雖モ行為ニ關係アル一切ノ事實ヲ知ラサル可ラスト云フニ在ラス故意ノ成立ニ必要ナルハ獨リ犯罪ノ構成又ハ加重ノ條件タルヘキ事實ノ觀念ニ止マリ其以外ノ事實ニ付テハ之カ觀念ヲ有スルモ有セサルモ犯罪ノ成否輕重ニ影響ナシ

爰ノ例ヲ借リテ例之中カ乙ヲ毆打スルニ當リ甲ハ乙カ一撃ノ下ニ死スヘシト豫想(認識)シタルニ拘ラス乙ハ其後、日ヲ隔テテ死シタリト假定セシ元來殺人罪ノ事實ト云フハ生命ヲ奪フヘキ舉動ト及之カ爲ニ人カ死セリト云フ結果トノ二外ナラス若モ犯人カ其中ノ何レカノ認識ヲ缺クニ於テハ罪ト成ルヘキ事實ヲ知ラサルモノニシテ人ヲ殺スノ故意アリト云フ能ハスト雖被害者ノ死ヲ生スル迄ノ時間ノ如キハ本罪ノ要素ニ非サル事實ナリ之ヲ正確ニ認識シタルト否ト又全ク之ヲ認識セザルトニ因リ犯罪ノ成立ヲ妨クルコトナシ人ヲ誤リ老人ヲ少年ト信シ男子ヲ女子ト誤リ賤民ヲ貴族ト誤ルノ類亦同シ要之罪ノ要素ニ非サルノ不知ハ罪ノ故意ノ存在ヲ妨クルモノニ非ス要素ニ非サル事實ノ認識ハ故意ノ成立ニ必要ナラスト云フ原則ハ目的物體ニ關スル場合モ手段方法ニ關スル場合モ同ナリ爰ノ例ニ於テ人ヲ誤リタル場合モ殺ス方法ヲ誤リタル場合モ若モ要素ニ非サル事實ノ誤解ナリシトキハ故意ノ成立ニ妨ナシ

二二 (3) 決意ハ身體ノ舉動ヲ指揮スル精神作用ナリ犯罪ニ就テ云フトキハ罪ト成ルヘキ舉動ヲ指揮スル精神作用ヲ謂フ

犯罪事實ノ觀念アリテ尙罪の舉動ノ決意アルトキニ限リ初メテ犯罪ノ故意アリト云フコトヲ得

舉動ノ認識ト舉動以外ノ事實ノ認識トハ前段ニ於テ之ヲ區別シテ說明セリ而シテ決意トハ自己ノ爲サントスル舉動ノ具體的ノ認識ヲ謂フ今吾人カ此場所ニ於テ毆打スレハ人ヲ殺スニ足ルト云フ概括的ノ認識アリトスルモ之ヲ指シテ人ヲ毆打スルノ故意アリト云フ能ハサル所以ノモノ他ナシ具體的ニ其舉動ヲ取ルヘシト云フ決意ナキヲ以テナリ若モ一歩進テ今ヨリ自己ノ爲サントスル舉動ハ毆打ト名クルモノナルコトヲ具體的ニ認識シテ實際之ヲ現出シタルトキハ舉動ヲ取ルノ決意アリタルモノナリ即毆打スルノ故意アリト云ハサルヘカラス故ニ決意ト云フト認識ト云フトハ性質上ノ差異アルニ非スシテ具體的タルカ抽象的タルカノ區別アルニ過キサルナリ

要之犯罪ノ故意ト云フハ以上述ヘタル所ヲ總合シテ罪ト成ルヘキ事實及罪本重カルヘキ事實ヲ知リ其舉動ヲ採ルノ意ヲ決スルヲ謂フト云フニ歸着ス

二三 一定ノ舉動ヲ爲サントノ決意ハ一ノ觀念ニアラサルカ決意ハ觀念ノ一種ニアラサルカ決意ノ本質ヲ觀念ト爲シ觀念力内ヨリ外ニ向テ舉動ヲ命スル作用ノミテ決意ト名クルト精神ノ外ニ向テ能動的作用ヲ別種ニ立テ内部ニ止マル心像又ハ心像ノ再現(觀念)ト區別スルトハ全ク便宜ノ問題ナリ故ニ決意トハ一定ノ舉動ヲ具體的ニ實現スル觀念ヲ謂フトナスモ差支ナシ

二四 犯罪ノ觀念決意ノミテ以テ犯罪ノ故意ノ成立ヲ認ムル說ハ之ヲ觀念主

義又ハ豫見主義ノ故意論トイフ犯罪事實ノ觀念ノ外尙犯罪事實ノ希望アルニアラサレハ犯罪ノ故意成立セストスル說ハ之ヲ希望主義又ハ意欲主義ノ故意論トイフ其希望トイヒ意欲トイフ語ノ意味明確ナラスト雖モ犯罪事實ヲ認識シ積極又ハ消極ノ舉動ヲ採ラントノ決意アル以上ハ別ニ之ニ對スル快感アルヲ必要トセス止タ此意味ニ於テノミ希望主義意欲主義ノ犯罪論ヲ排斥スルコトヲ得ルニ似タリ

二五 上來ノ觀念ノ對象ヲ廣ク犯罪事實ト爲セリ一派ノ學說ハ之ニ反シテ結果ノミニ限り結果ノ認識ヲ觀念說結果ノ希望ヲ意欲說ノ骨子トシテ立論ス而レトモ結果ト名クヘキ物界ノ影響ヲ何レ迄ニ限ルカトイフ語ノ爭ニ過キスシテ歸スル處一ナラン

第二項 故意ノ體樣

二六 (1) 犯罪ノ故意ハ犯罪事實ノ觀念罪の舉動ノ決意ナリ之ヲ作爲ト不作爲トニ就テ區別スルトキハ

作爲犯ニ對スル故意ハ罪トナルヘキ舉動ノ因果連絡ノ觀念決意ナリ某ノ舉動

(斬ル燒ク等)ハ某ノ結果(死亡燒燬等)ヲ惹起スコトヲ知テ其舉動ヲ爲サントノ決意ナリ

故意ヲ以テ人ヲ殺シタリト云フニ付テ其作爲ニ出タル場合ト不作爲ニ出タル場合トニ依テ故意ノ内容ヲ異ニス作爲ニ出タル場合ニ在テハ己ノ將ニ取ラントスル斬又ハ突クト云フ舉動カ原因トナリテ之カ爲ニ相手方ニ死亡ト云フ結果ヲ生スルコトヲ知リタルヲ謂フ自己ノ舉動カ罪ト成ルヘキ結果ヲ起スノ原因タルコトヲ知ルノ意義ナルカ故ニ作爲犯ノ故意ハ舉動ノ因果連絡ノ觀念決意ナリト謂フ所以ナリ

不作爲犯ニ對スル故意ハ義務ニ背キ罪ト成ルヘキ結果防止セサル(原因ノ進行ヲ遮斷セサル)觀念決意ナリ某ノ結果(死亡燒燬等)ヲ惹起スヘキ原因(斬ル燒ク)ノ(自己ノ別箇ノ行為又ハ自己以外ヨリ)進行スルコトヲ知り之ヲ防止スヘキ義務アルコトヲ知リテ其防止的舉動ヲ爲ササラントノ決意ナリ

不作爲ニ付テ之ヲ云ヘハ例之親カ兒ヲ餓死セシメントスル場合ニ於テ食セサレハ死スルコトヲ知り親タル自身ハ其餓ヲ止ムヘキ義務アルコトヲ知り餓死ト云フ結果ノ生スルコトヲ知ルニ拘ラヌ防止セサル舉動即不作爲ニ因テ兒ヲ殺スノ故意アルモノナリ

二七 (2) 犯意ハ犯罪事實ノ觀念ヲ含ム而ルニ其觀念確實ナルコトアリ不確實ナルコトアリ甲ヲ確定ノ犯意ト名ケ乙ヲ不確定ノ犯意ト名ク而レトモ舉動ニ

對スル決意ハ常ニ確定ノモノナラサル可ラス此意味ニ於テナラハ不確定ノ犯意モ亦犯意ナリト云フコトヲ得

犯罪ノ故意ヲ分チ確定犯意ト不確定ノ犯意ト爲スハ其由テ來ル所古シ而シテ今日ニ至ル迄之ニ對シ種種ノ學說アリト雖直ニ此問題ニ對スル自己ノ所信ヲ述ヘン元來犯罪ノ故意ハ犯罪事實ノ認識ト犯罪動機ノ決意トノ二ノ内容アリトス今其雙方ノ不確定ナル場合ニ於テ尙故意アリト云フヲ得ルヤ否ヤヲ考フルニ或舉動ヲ爲スヘキヤ否ヤノ意ヲ決セサル間ハ罪ヲ犯スノ故意アリト云フ能ハス反之舉動ノ決意以外ノ犯罪事實ノ認識ニ至テハ管ニ其確定タルト不確定タルトヲ區別スヘカラサルノミナラス實際其多數ノ場合ニ於テハ不確定ナル認識ヲ以テ罪ヲ犯スモノナリ故ニ吾人ハ舉動ノ決意アル以上ハ犯罪事實ノ認識カ不確定ナリトスルモ罪ヲ犯スノ故意アリト云ハサルヲ得スト信ス尙三十號ノ所ニ於テ説明スヘシ

二八 觀念ノ不確定ヲ分チテ擇一的豫見ト或然的豫見トノ二種トナシ或然的豫見ヲ細別シテ甲事實ノ確定認識ト乙事實ノ不確定認識トノ併合シタル場合及ヒ事實全部ノ認識不定ナル場合ノ二トナス說アリト雖モ法律上區別ノ實益ナシ

二八號圖解

家ノ議論ノ種トナレリ海牙條約第二九條ニハ

信書ヲ傳達スル爲メ及總テ一軍又ハ一地方ノ各部間ノ聯絡ヲ通スル爲メ輕氣球ニテ派遣セラレタル者ハ間諜ニアラス

ト規定シ「ブリュキセル」宣言案亦同様ノ規定アリト雖予輩ノ信スル所ニ依レハ尙未全ク議論ヲ決定セリト謂フヘカラス「ブリュキセル」宣言及海牙條約共ニ單ニ「輕氣球ニテ派遣セラレタル者ハ」ト言ハスシテ輕氣球員中信書傳達及軍ノ聯絡開通ノ二目的ヲ有スルモノノミヲ規定セリ此以外ノ目的ヲ有スルモノノ例之情報ヲ收集セントスル輕氣球員ハ如何蓋是稀有ノ例ニモアラサルヘシ敵情探知ノ目的ヲ以テ隱密ニ行動スルハ間諜ト謂フヘカラスカ「ホール」ハ曰ク

輕氣球ニ乗レル者ニ在リテハ秘密又ハ虛妄ノ口實ト謂フヘキ條件ヲ缺如スルヲ以テ之ヲ間諜トシテ遇スルヲ得ス「ブリュキセル」宣言力之ヲ間諜視セサルハ正當ナリ佛國軍隊心得ハ輕氣球員ヲ俘虜トシテ遇スヘシト定メタルハ蓋可ナリト

然レトモ獨逸派ノ議論ヲモ參考セシメヨ獨逸學者ハ普佛戰爭中ノ自國ノ行劬ヲ辯護スルノ嫌アレトモ亦一理ナキニ非ス「リュエデル」ハ曰ク

論者或ハ一概ニ輕氣球員ヲ以テ間諜ニ非スト主張スレトモ非ナリ手段カ輕氣球ニアレハトテ間諜ノ要件ヲ充タサハ之ヲ間諜トシテ遇スルニ於テ何等ノ不都合ナカルヘシ

ト此點ハ議論ノ餘地大ニ存スト雖吾人ハ後者ニ與セン乎

第二十章 病傷兵ノ待遇

場ニ呻吟スル慘場ヲ見、憐愍ノ情禁スル能ハス書ヲ著ハシテ之ヲ世界ニ紹介シ世人ノ同情ニ訴ヘ救護ノ途ヲ講セントシ各國ノ遊説シ帝王大臣又ハ軍國ヲ歴訪シ殊ニ「モアニエー」、「デニフル」等ノ助力ヲ得テ遂ニ千八百六十四年瑞西ジュネーヴニ「万国會議ヲ開キ八月二十二日所謂「ジュネーヴ」條約」(俗ニ所謂赤十字條約)ノ調印ヲ見ルニ至レリ而シテ各國相次テ之ヲ批准シ又最初加ハラサリ所ノ諸國モ漸次之ニ加入スルアリ我日本亦去明治十九年ヲ以テ之ニ加盟セリ今や世界ノ國ヲ成スモノ殆總ツカ之ニ加入スルヲ以テ現今國際法ノ一部ナリト云フヲ可ナリ(「ブルンチュリー」)
今成ルヘタ條ヲ逐フヲ同條約ノ内容ヲ漸次論スル所アラントス

聖地假病院及陸軍病院ハ局外中立トシ患者若クハ負傷者カ該病院中ニ在ル間ハ交戦者之ヲ保護シテ侵スコトナカルヘシ

本條ハ救護設備ノ不可侵ヲ示シ第二條ハ救護人員ノ不可侵ヲ規定シ第六條ハ傷病兵ノ接受看護

ル順序ヨリ云ハ全ク顛倒スルヲ可トスヘキニ似タリ是改正スヘキ一點ナラン爾條ノ規定ハ附屬ノ規定ニ過キサルナリ第一條ニ關シテ論スヘキ點ハ左ノ如シ

病院ノ種類區別ニ關シテ

條文ニ戰地假病院及陸軍病院ノ二者ヲ區別セリ而シテ其區別ニ關シテ學者ノ述フ所ヲ見ユニ前者ハ可動の一時的のモノニシテ後者ハ不動の定立的のモノナリト云フニ過キス而シテ兩者區別ノ利益ハ第四條ニ於テ之ヲ見ルヘシ

然レトモ實際ニ於テ陸軍病院(定立)ト戰地假病院トヲ分コト難シ殊ニ第四條ノ如キ區別ヲ兩者ノ間ニ設クヘキカハ大ニ疑ナキ能ハス故ニ改正ノ際ニハ兩者ノ間ニ明確ナル區別ヲ設クルカ又之ヲ全ク區別セサルカ何レカ一ヲ擇ハサルヘカラス追加條款一八六八年ノ第三條ハ戰地假病院ヲ解シ曰ク

及傷病者ヲ收容スル爲メ戰地ニ於テ軍隊ニ隨從スル臨時

病院ヲ云フト

二 局外中立ト看做スコト

二 局外中立を僞し
右二種ノ病院ハ病傷兵ノ看護救養ノ爲メ必要缺クヘカラサル設備ナレハ之ヲ戰爭ト關係セシメテ交戦者ハ之ニ據テ防禦スルコトナク又之ヲ攻撃シ目的物ト爲ヌヲ得ヌ即所謂國際法上不可侵ノ地位ニ在ルモノナリ (Inviolable) 而シテ其不可侵ノ特權ヲ享有スルハ交戦者力之ヲ攻防ノ目的ニ供セサルコト

然リ而シテ之ヲ不可侵ト謂フハ可ナリト雖之ヲ局外中立 (Neutrality) ト云フニ至テハ吾人其可ナルヲ知ル條件トシテ之ヲ不可侵ト謂フハ可ナリト雖之ヲ局外中立 (Neutrality) ト云フニ至テハ吾人其可ナルヲ知ラナラナリ局外中立ナル文字ハ戰爭ニ干與セサル第三國交戰國トノ關係ヲ指稱スルニ用ヒラルル右ノ病院カ局外中立ナリト謂フハ其語甚不當ナリジュネーヴ條約ノ起草者ハ軍醫軍人多カリシカハ法律ニ明ナラナリシヲ以テ斯ル語ヲ用ヒシハ已メテ得ナリモノナリトスルモ將來ニ於テ改正ヲ要スル一點ナラズ Neutralized 又ハ Inviolable ト云フレナリ Neutralisation, Inviolability, Neutrality トハ異ナ

三「患者若クハ負傷者ノ該病院ニ在院ノ間ハタル條件ニ付テ之ヲ以テ病院不可侵ノ條件ト爲スヘキハ大ニ議論アル所ニシテ條約上ノ此文字ハ大ニ批難アル所トス此制限條件ヲ置クハ不當ナリ是亦改正スヘキ一點タルヲ失ハス

病院ハ其中ニ病傷者カ收容セラレテ治療ヲ受ケツツアル間ノミ不可侵ニシテ救護スヘキ病傷者在院セサルトキハ縱令後日ニ至テ患者ヲ收容スルノ必要アル場合ニ於テモ不可侵ノ特權ヲ享有セサルモノトス若條約ノ嚴正ナル文字解釋ヲ試ムルトキハ正ニ上ノ如クナラサルヘカス然レトモ病傷者平癒シテ在院者ナキニ至リタルトキ又未病傷者ヲ收容セサル以前ナリトモ尙後日又ハ後刻、患者ヲ收容セントスルトキハ之ニ不可侵ノ地位ヲ與フルノ必要アリ

然ルニ「リューデル」ハ曰ク「ホルチェンドルフ」四ノ四一〇(縱令條約ニハ患者若クハ負傷者ノ在院中ニ限リ) *Ainsi longtemps qu'il s'y trouvent des malades ou des blessés* 不可侵ノ特權アル如ク記載セサルモ病院ニ在院者ナキト雖不可侵ノ保護ヲ享有スルモノニシテ其目的ニ違反スル方法ニ於テ扱フヘカラスト蓋「リューデル」ハ條約ノ文字ヲ廣義ニ解釋シタルモノナリ果シテ如此解釋スルヲ正當トスルヤ否ヤ大ニ疑ナシ能ハス否寧解釋ノ不明ナル文字ハ之ヲ改正スルノ要アルナリ

四 兵力ヲ以テ守ルトキハ……中立ノ資格ヲ失フノ義ニ付テ

第一條但書ニ「兵力ヲ以テ病院ヲ守ルトキハ病院ハ中立不可侵ノ地位ヲ失フ」ノ規定アリト雖是亦批難アル所ナリトス

病院カ不可侵ノ特權ヲ有スルノ前提要件トシテ病院ハ嚴正中立ヲ守リ決シテ戰爭ノ爲ニ利用セラレザ

ルコトヲ要ス病院ニシテ軍隊ノ據守スル所トナリ攻撃防禦ノ作戰動作ノ用ニ供セラレタルトキハ中立ヲ失フ然レトモ病院ト雖其秩序ヲ維持スルカ爲メ保安手段トシテ少許ノ兵士ヲ番兵トシテ置クノ要アリ之ヲ置クモ條約ニ所謂「兵力ヲ以テ之ヲ守ル」モノニ該當シ其病院ハ不可侵ノ特權ヲ失フカハ議論アリ「リューデル」ハ曰ク

單ニ保安手段トシテノ番兵ヲ置クモ (*Sicherheitsposten*) 又僅少ニシテ戰爭ノ用ニ供スルニ非サル少許ノ番兵ヲ入ルモ中立タルノ資格ヲ失ハス「ホルチェンドルフ」四ノ四〇九但此點ハ大ニ爭アリ然レトモ斯ク解スルヲ現時ノ定説トス(同四ノ四一頁)

第二條

戰地假病院及陸軍病院ニ於テ任用スル人員即監督員、醫員、事務員、負傷者運搬員並ニ說教者ハ各其本務ニ從事シ且負傷者ノ入院スヘク若クハ救助スヘキ者アル間ハ局外中立ノ利益ヲ享有スルモノトス

本條モ亦實際種種ノ疑問ヲ生セリ

一 救護人員ノ列舉ニ付テ

病院其者カ不可侵ニシテ中立タルノミナラス病院ニテ任用セラレ救護事務ニ從事スルノ人員モ亦所謂局外中立ノ利益ヲ享有スルモノトス

單ニ病院ニ於テ任用スル人員又ハ病院ニテ役務ニ服スル人員ト言ハハ即可ナリ然ルニ條約ハ是ニ反シテ之ヲ列舉セリ是果シテ正當ナリヤ監督員、事務員等ノ意義及其區別ニ關シテ疑義ヲ生スル場合ナキヲ保セス而シテ或人カ果シテ何レニ屬スルヤ區別ノ爲シ難キ場合アリ「リューデル」曰ク「ホル」氏四ノ四

〇五

斯列舉スルトキハ、果シテ或人カ右ノ何レニ屬スルヤニ關シテ疑義ヲ生スヘシ故ニ之ヲ改正スルニ際シテハ、單ニ「救護事務ニ關係スルノ人」ト謂ヒ之ヲ列舉セサルヲ可トス又救護員、運搬者、補助員ト云フモノナリ而シテ從軍僧モ之ト同様ノ地位ヲ與フヘシト

二「負傷者ノ入院スヘク若クハ救助スヘキ者アル間ハ」ノ條件ニ付テ

第二條ノ文字ヲ觀ルトキハ、救護人員ハ其本務從事中及在院者アルトキニ限り中立不可侵ノ利益ヲ享有スルモノノ如シ果シテ然ラハ是甚不當ニシテ世人學者ノ批難ヲ受タル所ナリ

「アルンチュリー」曰ク(五八七頁)

救護ノ人員ハ總令病傷兵ナキト雖戰場ニ於テ救護ノ爲メ盡力スルコトアルヘキヲ以テ不可侵タルヘシ又總令病傷兵其治療ヲ終ヘテ歸國シ病院空虛トナルモ救護人員例之醫師等ヲ不可侵シテ保護スルノ必要アリ此事タル條約ノ文字上ヨリハ兎ニ角條約ノ精神ヨリシテハ爭フヘカラス

又此等ノ人員ハ戰闘ニ干與スルヲ得スト雖然レトモ他ヨリ攻擊セラルトキハ正當防衛權ヲ行フコトヲ得防衛行爲ニ出ツルモ其不可侵權ヲ失ハス
ト條約ノ明文カ氏ノ言フ如ク解釋セラルヘキカハ疑問ナリ兎ニ角此點ニ關シテモ條約ノ規定ハ正確ヲ缺ケルヲ以テ改正セラルヘキモノト信ス

本條ニヨリ赤十字醫員等ハ俘虜トスヘカラサルヲ知ルヘシ

第三條

前條ニ揭ケタル各員ノ從事スル戰地假病院若クハ陸軍病院ハ敵軍ノ占領ニ係ルトキト雖此等ノ人々

ハ依然其任務ヲ行フヲ得ヘク若クハ其所屬軍隊ニ再加ハル爲メ退去スルヲ得ヘシ

前項ノ場合ニ於テ各員其職ヲ罷ムルトキハ占領軍隊ヨリ敵軍ノ前哨ニ之ヲ送致スヘシ
本條ノ規定ニ依レハ救護人員ハ其病院カ敵軍ノ手ニ歸シタルトキト雖依然其任務ニ從事スルコトヲ得ヘシ又其所屬國ノ軍隊ト共ニ退去スルモ自由ナリ即救護員ハ其意思次第ニテ留リテ救護ニ從事スルモ亦去テ本國軍隊ニ歸スルモ可ナリ但其場合ニ於テ其任務ヲ罷メテ去ラントスルトキハ占領軍隊ヨリ敵ノ前哨ニ之ヲ送致スルモノトス

千八百六十八年ノ追加約款第一條ニ

本約第二條ニ記載セル人員ハ敵軍ノ占領スル所トナリシトキト雖依然需要ノ存スル限ハ其勤務スル所ノ病院又ハ假病院ノ病傷者ヲ看護スヘシ

若該人員ヨリ自ラ退去センコトヲ請求スルトキハ占領軍ノ司令官其出發ノ期日ヲ定ムヘシ但軍事上ノ必要アルトキハ此期日ヲ延引スルコトヲ得然レトモ其延引期日ハ長キニ亘ルヲ得ス

ト規定セリ此條ハ救護ノ自由(權利ト云フヲ得ヘキカ)ヲ變シテ救護ノ義務ト爲サントスルモノナリ本條約ハ救護員カ救護ニ從事スルト退去スルトノ自由ヲ認メ追加條款ハ救護ノ義務ヲ認ムルモノノ如シ然レトモ第二項ニ於テ退去ヲ請求セハ軍司令官ハ之ヲ許ササルヘカラス單ニ軍事上ノ必要アルトキハ其出發ノ延引ヲ命スルコトヲ得レトモ之カ出發ヲ許ササルヲ得ストセリ即救護員ハ占領軍ノ需要アル場合ト雖退去ヲ請求ヲ爲スヲ得而モ軍司令官之ヲ拒ムヲ得ス果シテ然ラハ救護員ハ救護ノ義務ナキナリ自己ノ自由意思ニ依リ免ルヲ得ルハ義務ニ非ス如此義務ノ性質ニ反ス嗚呼追加條約第一條ハ畢竟是矛盾ナルカ然リ余ハ之ヲ以テ矛盾ト爲サン

第四條

陸軍病院ノ器具什物(材料 Material)ハ交戰條規ニ從テテ處置スヘキモノトス故ニ該病院附屬ノ各員ハ其退去ノ際各自ノ私有品ヲ除クノ外爾餘ノ物品ヲ携帶スルヲ得ス
戰地假病院ハ前項ノ場合ニ於テハ其器具什物ヲ保有スルコトヲ得

此規定モ亦論議アル條項ノ一タリ
本條ハ陸軍病院ト戰地假病院トヲ分チ前者ハ占領軍ノ捕獲權ニ服スルモ後者ハ占領軍ノ手ニ歸セスシテ從來ノ儘其器具什物ヲ保有スルヲ得ルコトヲ示ス病院其者ハ陸軍病院ト戰地假病院トヲ問ハス不可侵ナレトモ其中ニ藏スル器具什物等(例之臥床、寢具、器械、綿撤糸、綢帶等)ハ陸軍病院ノ物ハ捕獲者(占領軍)ノ手ニ落ツルトキハ其有トナリ又ハ之ヲ使用スルコトヲ得ヘク其病院附屬員(敵軍所屬ノ)ハ之ヲ携帶シテ退去スルヲ得ス唯其私有財產ノミ携ヘ去ルコトヲ許サル反之戰地假病院ハ占領軍ノ手ニ落ツルモ其器具什物ハ依然其保有スル所ト爲ヌヲ得ヘシ即醫員ハ之ヲ携帶シテ退去スルコトヲ得

第五條

負傷者ヲ救助スル土地ノ住民ハ侵スコトヲ得ス且之ヲシテ自由ヲ得セシメサルヘカラズ
交戰國ノ將官ハ住民ニ慈善ノ舉ヲ懲惡シ且慈善ノ舉ニ依テ局外中立タル資格ヲ有スヘキコトヲ豫告スルヲ要ス

人民ニシテ其家屋内ニ負傷者ヲ接受シ之ヲ看護スル時ハ其家屋ハ不可侵トス又其人民ハ戰時取立金ノ一部ヲ免除セラレ且其家屋ヲ軍隊ノ宿舍用トシテ徵發セラルコトナカルヘシ
本條ノ規定ニ依レハ病傷兵ヲ救助スル住民ハ不可侵ニシテ自由ナリ負傷者多數ニシテ正式ノ救護員ノ

ミニテハ到底救護ノ目的ヲ達スル能ハサル場合ニハ已ムヲ得ス土地住民ノ助力ヲ借ルノ必要アリ是本條ニ於テ人民ノ任意救護ヲ認メ其中立不可侵ヲ擔保スル所以ナリ軍司令官ハ布告ヲ發シテ住民ニ救護ノ慈善ノ事業ヲ懲惡スヘク又其局外中立ノ資格特權ヲ享有スルニ至ルヘキヲ豫告スヘシ是皆人民ヲシテ奮テ救護事業ニ盡力セシメシメカ爲メナリ

テ奮テ救護事業ニ盡力セシメシメカ爲メナリ
負傷者ヲ收容シ看護スルノ家屋ハ不可侵ノ特權ヲ享有ス而シテ看護スル人民ハ取立金ノ徵收ヲ免レ又其家屋ヲ徵發シテ軍隊宿舍ノ用ニ供セラレサルノ利益ヲ享ク皆人民ノ進テ救護ニ從事スルヲ獎勵スル所以ナリ

第六條

負傷シ又ハ疾病ニ罹リタル軍人ハ其國籍ノ如何ヲ論セス之ヲ收容シ看護スヘシ司令長官ハ戰闘中ニ負傷シタル兵士ヲ速ニ敵軍ノ前哨ニ送致スルコトヲ得但此時ノ事情ニ於テ之ヲ送致スルコトヲ得ヘク且兩軍ノ協議ヲ經タル場合ニ限リ治療後兵役ニ堪ヘスト認メタル者ハ其本國ニ送還スヘシ
其他ノ者ハ戰爭中再兵器ヲ帶ヒサル旨誓約シタルトキハ其本國ニ送還スヘシ

患者、負傷者ノ退去スルトキハ其之ヲ率フル人員ト共ニ局外中立ノ取扱ヲ受ク
本條ハ病傷兵ノ收容看護其者ヲ規定ス病院及救護人員等ノ存スル皆之カ爲メナリ故ニ本條ハ本條約ノ骨子ナリ起卓者ハ何故ニ之ヲ第一條ニ置カスニテ之ヲ第六條ニ規定セルヤ吾人ノ疑訝ニ堪ヘサル所ナリ戰場ノ病傷兵ハ國籍如何ヲ問ハス換言セハ敵味方共ニ之ヲ收容シテ看護療養スヘシ

又軍司令官ハ戰闘中負傷セル者ヲ事情ノ許ス場合ニハ兩軍ノ協議ヲ經タルノ後速ニ敵ノ前哨ニ引渡スヲ得然レトモ之ヲ引渡スノ義務ナシ
治療後不具者トナリ兵役ニ服スル能ハサルニ至リタルトキハ之ヲ其本國ニ送還セラルヘカラス(義務アリ)其服役ニ堪ル者タル場合ト雖其歸國ノ後再干戈ヲ執テ戰闘ニ從事セサル旨ヲ誓言セシメタルノ後之ヲ本國ニ送還スルヲ得ヘシ然レトモ此場合ニハ之ヲ送還スルノ義務ナシ何ヲ以テカ其然ルヲ知ルヤト云フニ附加條約第五條ヲ點檢セハ明ナリ即同條ニ曰ク
條約(本條約ヲ指ス)第六條ノ旨趣ヲ擴張シテ抑留スルト否トカ軍隊ノ利害消長ニ關係スル士官(重要ナル地位ヲ占ムル士官)ヲ除クノ外ハ服役ニ堪ヘスト認メラレサルトキ(即服役能力アル者ナルトキ)ト雖同戰爭中再戰闘ニ干與セサルノ誓約ノ下ニ治療後又ハ成ルヘク速ニ其郷國ニ送還スヘシト同條ハ服役可能ノ者モ尙之カ歸國ヲ許スノ義務ヲ占領軍ニ負ハシメタルモノナリ之カ反對ニ本條約第六條ハ未之ヲ義務ト爲ササルコトヲ察知スルニ足然レトモ其文字ハ不明確ナルヲ免レス
附加條約第五條ノ如キコトハ到底實際ニ行フヘカサル所ナリ

第七條

陸軍病院戰地假病院並ニ患者負傷者退去ノ標章トシテ特定一樣ノ旗章ヲ用ヒ且其傍ニ必國旗ヲ掲クヘシ

局外中立人員ハ臂章ヲ附スルコトヲ許ス但其交付ハ陸軍官衙ニ於テ之ヲ司ルヘシ
旗及臂章ハ白地ニ赤十字形ヲ畫ケルモノトス

病院ノ建物ニハ赤十字ノ旗ト其國ノ國旗トヲ併セ掲クヘキモノトス赤十字旗ハ其營造物カ不可侵ナル

ヲ示シ國旗ハ其營造物ノ所屬ヲ示スモノナリ患者負傷者退去ノトキモ(其場合ハ第六條參照)赤十字旗ト國旗ヲ掲ケテ不可侵ト所屬トヲ示ス
病院ハ旗ヲ掲ケル代リニ救護人員ハ臂章ヲ用ユ

「ジュネーヴ」條約ハ尙第八條、第九條、第十條ノ三條ヲ餘スト雖附屬ノ規定ナレハ今論セス

附加條約(一八六八年)ハ五條ヨリ成ル其大體ハ本條約ニ附加シテ先キニ述ヘタルヲ以テ今贅セス

以上吾人ノ見ル所ニシテ誤ナシトセハ「ジュネーヴ」條約ノ規定ハ悉不完全ナルモノニシテ將來修正ヲ

見サルヘカラサルモノトス

果シテ然ラハ如何ニ修正セラルヘキカ吾人ノ首ヲ延ヘテ見ント欲スル所ナリ醫術上及軍事上ノ顧慮ト

注意トヲ爲スハ固ヨリ可ナリ否必要ナリト雖法律的ニ之ヲ編制シ法律的ノ分子ヲ其條約ニ輸入スルモ

亦必要ナリ是吾人ノ希望シテ止マサル所ナリ

第二十一章 「ジュネーヴ」條約ト海戰

海戰モ戰爭ナリ海戰ニ於ル傷兵モ戰爭中ノ傷兵ナリ博愛ノ趣旨ヨリシテ之ヲ救護スルハ陸戰ト異ナルノ理由ナシ「ジュネーヴ」條約ヲ海戰ニ迄擴張スレハ——否海戰ニ於ル救護ヲ排除セサルハ——當然ナリ然レトモ此事一朝一夕ノ盡力ニ成リシニ非ス千八百六十八年ノ追加條約ハ海戰ニ於ル救護ヲ規定セシモ各國ノ批准採用ナシ千八百九十九年ノ海牙條約ニ至リ始テ之ヲ定メタリ「ジュネーヴ」條約ノ原則ヲ海戰ニ應用スル條約是ナリ今其大要ヲ左ニ述ヘン
海戰ニ於ル病傷兵救護船トシテ同條約ノ認ムルモノニ三種アリ

一 軍用病院船(一條) 即政府、府、カ、病傷者及難船者ヲ救護スルノ目的ヲ以テ製造シ設備スルモノ是ナリ
 戰開開始ノ際又ハ交戦中之ヲ使用スルノ前船名ヲ交戦國ニ通告スルヲ要ス
 此船舶ハ不可侵ニシテ交戦中之ヲ尊重シテ捕獲ノ目的ト爲ヌヲ得ヌ中立港内ニ碇泊スルコトニ關シ
 タモ軍艦ト同一視セラルコトナシ

二 交戦國ノ私立救恤協會、病院船(一條) 一箇人又ハ公認セラレタル救恤協會ノ費用ヲ以テ續裝セ
 ルモノニシテ其所屬交戦國ヨリ之ニ官ノ命令ヲ付シ且開戦ノ際又ハ交戦中使用前船名ヲ敵國ニ通告
 スルヲ要ス斯ル船舶ハ亦敵ヨリ尊重セラレテ(不可侵ナルヲ謂フ)捕獲ヲ免ル

三 中立國ノ私立協會ノ病院船(三條) 中立國ノ一箇人又ハ公認協會ノ艦裝セル病院船ニシテ其所屬
 中立國ヨリ官ノ命令ヲ付シ開戦ノ際又ハ交戦中使用前船名ヲ交戦國ニ通告セルモノハ前同様尊重セ
 ラレ(不可侵)テ捕獲ヲ免ル

右ノ諸船舶ハ交戦國ノ病傷者及難船者ヲ國籍如何ニ拘ラス救護扶助スヘシ右ノ船舶ハ何等軍事上ノ目
 的ニ使用スヘカラス又決シテ戰闘者ノ運動ヲ妨碍スヘカラス之ニ違反スル船舶ハ自ラ危險ニ遭遇スル
 ヲ覺悟セラルヘカラスシテ交戦國ノ關知スル所ニ非ス

交戦國ハ此等ノ船舶ニ對シテ監督ヲ爲シ臨檢、搜索ヲ爲シ又ハ其助力ヲ拒絶シ將又去ルヘキコトヲ命ジ
 (離隔ノ命令)或ハ航行ノ方向ヲ指命シ且船中ニ監督員ヲ乗込マシメ必要ト認ムルトキハ之ヲ抑留スル
 コトスラ爲スノ權利アリ

軍用病院船ハ外部ヲ白色ニ塗リ幅約「メートル」半ノ綠色ノ橫筋ヲ施シテ之ヲ標識スヘシ病院船ハ總
 タ其國旗ト共ニ白地ニ赤十字ノ旗ヲ掲ケテ之ヲ標識スヘシ

以上諸船ノ外中立國ノ商船、遊船又ハ端舟ニシテ交戦國ノ病傷者又ハ難船者ヲ收容搭載スルモノハ單
 ニ之ヲ輸送スルノミニテハ捕獲セラレヌ中立違反ノ所爲アルトキハ此限ニ在ラス例之中立國ノ船舶カ
 交戦國ノ爲ニ病傷者又ハ難船者ヲ運搬スルハ是禁制海運(軍禁制品輸送)ニ從事スルモノニシテ中立違
 反ヲ構成スヘキ不法ノ行爲ナリト雖單ニ人道ノ爲メ之ヲ救助スルハ可ナリ故ニ中立船ニシテ之ヲ救助
 セルモノハ之ヲ中立國ニ送致シ其地ニ之ヲ收容留置スルハ可ナリト雖交戦國ニ之ヲ送致スルコトヲ得
 サルモノトス

船舶内ノ救護員(醫藥看護方法ニ從事スル人員)ハ不可侵ニシテ俘虜ト爲スコトヲ得ヌ此等ノ人員ハ
 必要アル限りハ引續キ其職務ニ從事スルヲ要ス唯首席指揮官カ妨ケナシト認ムルトキニ限り退去スル
 ヲ得其退去スルトキハ各自ノ私有財産(物品及外科用具)ノ外携帶スルヲ得ヌ交戦國ハ其權内ニアル此
 等ノ人員ニ給料金額ヲ支給スヘシ

艦船内ノ海陸軍人ノ傷病者ハ國籍如何ヲ論セス捕獲者ニ於テ之ヲ保護介抱スルヲ要ス
 敵國ノ難船者又ハ傷病者ニシテ自國軍ノ權内ニ陥リタルモノハ俘虜トナル然リ而シテ事情如何ニ
 依リ之ヲ其所ニ抑留スルト自國ノ一港又ハ中立國ノ一港ニ送致スルト、敵國ノ一港ニ送還スルトハ自
 國ノ自由ニ決スヘキ所ナリ其本國ニ送還セラレタル者ハ交戦中再戰爭ニ從事スルヲ許サヌ

第二十二章 戰時占領

第一節 戰時占領ノ意義及本質

一國ノ軍隊ハ敵國ヲ攻撃シ敵國ニ侵入セル結果トシテ敵國ノ版圖ヲ占領スルコトアリ然レトモ戰爭ニ

於テハ勝敗ノ運命朝タラ測ラス「ビーコンスフキールド」卿ノ言ヘル如ク戰爭ハ月ノ滿干ノ如シ故ニ一旦交戰國ノ軍隊占領地ヲ占領セルモ其占領ハ戰爭中ハ確實永久のナリト謂フヘカラス又古代ニ在テハ敵國ノ領土ニ攻入り之ヲ占領セル時ハ直ニ其地方ニ對シ領土權ヲ獲得セルモノト爲シタリト雖近世ニ在テハ然ラス占領軍ハ單ニ一時的即其權力ノ繼續スル間戰爭上必要ナル範圍内ニ於テ其土地人民及財產ニ對シテ權力ヲ行フニ過キスト爲スニ至レリ之ヲ戰時占領ト云フ戰時占領ハ征服又ハ侵略ト異リ交戰國ハ媾和條約ノ場合ニ於テ敵地ヲ割讓セシメ之ヲ併有スルコトアルヘシト雖戰爭中單ニ一旦之ヲ占領シタルノミニテハ未其占領地ニ對シ領土權ヲ確立セルモノト謂フ可ラス要スルニ戰時占領トハ交戰國ノ一方カ他方即敵國ノ一地方ニ對シ事實上權力ヲ樹立セルヲ云フ而シテ其權力内ニ歸シタル地域ヲ占領地ト云フ戰時占領ニ關シテハ古來左ノ數說アリ

一 征服說又ハ主權交替說 是最古キ說ニシテ戰時占領ヲ征服ト同一視スルモノナリ往時十八世紀ノ始メ迄ハ戰時占領ヲ以テ征服ト混同シ羅馬法ノ無主物占領主義ニ依リ敵軍ニシテ一地方ヲ棄テテ逃亡敗北シ吾軍之ニ代テ其地方ヲ占領スレハ其領土ヲ獲得スト爲セリ隨テ占領地ノ住民ハ占領軍ニ對シテ忠誠臣從ノ誓ヲ爲ス可ク占領軍ハ占領地ニ於テ兵員ヲ募ルコトヲ得ヘク又占領者タル國ハ其地ヲ第三國ニ讓渡セルコトスラアリ然レトモ此觀念ハ不當ニシテ誤謬ナルコト明ナリ

二 主權一時一部交替說 此說ハ征服說ノ不當ナル事ヲ認メテ起リタルモノニシテ占領地ニ在テハ主權カ全部交替スルニ非スシテ一時戰爭中ニ限り而モ一部分即軍事上ノ必要カ命スル範圍内ニ限テノミ主權ノ交替アリト爲スモノナリ此說ハ「ブツル」以來ノ學說ニシテ前說ニ對シテハ大ナル進歩ナリト雖尙主權ノ交替ヲ認ムル點ニ於テ學者ノ反對アリ

三 準主權說 此說ハ最近ノ學說ニシテ其趣意トスル所ニ曰ク占領地ニ於テハ主權ハ決シテ交替スルコト無シ被占領國ノ占領地ニ對スル主權ハ依然トシテ消滅スルコトナシ隨テ住民ノ國籍ハ毫モ變更ヲ受タルコトナク住民ハ占領軍ニ對シテ臣從ノ誓ヲ爲スヲ要セス占領軍ハ占領地ニ於テ軍隊ヲ募ルヲ得ス然レトモ被占領國ノ主權ハ一時或範圍内ニ於テ其使用ヲ停止セラルハ爭フ可ラサル所ニシテ又實際止ムヲ得サル所ナリ是敗北ノ結果ナレハナリ而シテ其代リニ占領國ノ權力ヲ行ハル換言スレハ從來ノ政府ノ主權ハ一時少クモ或範圍内ニ於テ停止セラル故ニ此說ハ一ニ主權停止說ノ稱アリ而シテ其代リニ占領國ノ權力ヲ行ハレ而モ其權力タル通常ノ主權ト同一範圍ニ非ス同一性質ニ非スシテ唯一時即戰時占領中軍事上ニ必要ナル制限範圍ノ下ニ於テ占領國カ或權力ヲ行フニ過キサルヲ以テ之ヲ準主權ト稱スル學者アリ(例之「テローア」「ボンフイス」等)言フカ如ク占領國ハ占領地ニ於テ決シテ主權ヲ獲得セルモノニ非スシテ單ニ交戰國カ軍事上ノ必要ニ基キ又占領地ニ於テ安寧秩序ヲ維持スル必要上占領地ニ對シ一定ノ範圍内ニ於テ其權力ヲ行フニ過キサルナリ然リト雖此權力タルヤ交戰國ノ權力ニ外ナラス交戰國ノ一部ニ外ナラスシテ其交戰國又ハ交戰國ノ權力ナルモノハ畢竟スルニ交戰國ノ一方面ノ作用ニ外ナラサルヲ以テ之ヲ準主權ト云フモ亦敢不可ナシ夫然リ戰時占領ノ場合ニ於テハ占領軍ハ單ニ戰爭ノ必要ニ基キ一定ノ權力ヲ占領地ニ於テ行フニ過キサルヲ以テ「ホル」」「ボンフイス」等ハ戰時占領ハ戰爭ノ一現象ニ過キス占領軍ノ權力ハ軍事上必要ナル範圍ニ限ラルト爲シ主權ノ一時一部交替ナル觀念ヲ準主權ナル觀念ヲ排斥スルニ似タリト雖實ハ此處ニ所謂準主權說ト同一物ヲ異レル文字ヲ以テ指稱スルニ過キサルナリ

版圖ノ一部ヲ占領スルモノトス即戰時占領ハ敵地占領ナリ然レニ日露戰爭中ニ於テ滿州ノ地位ヲ察スルニ滿州ハ本來清國カ主權ヲ有スルノ地ナリ露國ハ戰爭前ヨリ之ヲ占領シタルヲ以テ日露戰爭ニ於テモ滿州カ交戰地域ナルコトハ日露兩國間ニ於テ認メタルノミナラス清國モ歐米各國モ明ニ之ヲ認メ殊ニ米國獨逸ノ如キハ殆滿州ノ交戰地タルコト及滿州以外ノ清國ノ土地ハ交戰地タルヘカラサルコト換言スレハ清國ハ滿州以外ニ關シテ局外中立ノ態度ヲ執ルヘキコトヲ擔保セルノ觀アリ兎ニ角滿州カ交戰地域ナルコトハ疑ナシ然リト雖實際ニ於テ滿州ノ主權ハ清國ニ存スルモノトセルカ故ニ日本カ滿州ヲ占領スルハ果シテ敵地ノ占領ナリト言フヲ得ヘキカ普通ノ戰時占領ト同一ノ法律關係ニ在リト謂フヲ得ルカ少クモ學者間議論ノ存シ得ル所ナリ或學者ハ曰ク敵軍ノ占領セル所ハ敵地ナリ故ニ滿州ハ日本軍ノ占領前露軍ノ占領中ハ敵地ナルコト疑無シト雖既ニ露軍カ日本軍ノ爲ニ擊退セラレタル後ニ於テハ其地ニ敵軍ナキヲ以テ其地即占領地ハ日本ニ對シテ敵地ニ非ス隨テ之ヲ以テ敵地ノ占領ト謂フ能ハスト而シテ此種ノ學者ハ滿州占領ハ普通ノ戰時占領トハ異リ普通ノ戰時占領ニ關スル法規ハ滿州占領ニ適用スルヲ得スト爲スモノナリ然ラハ如何ナル法規ヲ滿州占領ニ適用ス可キヤハ學者ノ示サザル所ナリト雖余輩ノ信スル所ニ依レハ此學者ノ說ハ理論上不當ナルノミナラス亦實際ニ不適當ナリト謂ハサル可ラス凡敵地ハ敵性ヲ有スルノ地ヲ云フ戰爭法上敵性ヲ有スルノ土地トハ其地ニ於テ名義上何レノ國カ主權ヲ有スルヲ問ハス尙敵國カ事實上其軍隊ヲ以テ占領セル地方即敵軍ノ支配スル地域敵兵ノ實權ヲ握レル地方ハ悉之ヲ敵地ト爲スモノナリ凡主權カ重複シ曖昧ナル場合ハ其例決シテ乏カラズ彼「ボスニヤ」(ヘルチゴビナ)ノ如キヲ見「土耳其ハ未其主權ヲ失ハサルニ其實權ハ奧地利ニ屬セリ是等ノ場合ニ關シ英國ノ學者「ホール」ハ主權ノ重複シ又ハ主權ノ重疊シ又ハ曖昧ナル場合ニ於

テハ其地カ敵性ヲ有スルヤ否即敵地ナルヤ否ヤハ事實上其地ニ其權力ヲ行使スル者カ敵國ナルヤ否ヤニ因テ之ヲ決ス可ク條約而上又ハ名義上何レノ國ノ主權ナルヤハ之ヲ問ハスシテ可ナリト爲セリ是蓋正當ナリ故ニ此原則ヲ滿州ニ適用スルニ滿州カ日露戰爭ノ當初ニ方ツタ露國軍ノ占領スル所ト爲リタル以上ハ滿州ハ日露戰爭中日本ニ對シテハ敵地ナリ敵地ナルカ故ニ之ヲ攻撃セリ敵地ニ非スンハ之ヲ攻撃スルコト能ハス既ニ之ヲ攻撃セハ之カ結果トシテ占領アリ而シテ日本ハ占領地ニ於テ占領者トシテ軍事上ノ必要カ要求スル範圍内ニ於テ占領者ノ權利ヲ行ハサル可ラス日本ノ滿州ノ占領地ニ於テ滿州カ清國ノ領土ナルノ故ヲ以テ其占領權ヲ行使スルニ當テ遠慮シ斟酌スルコトアルヘシトノ理由ハ實際上ハ勿論之ヲ國際法ノ原理ニ照スモ到底發見スルヲ得サルナリ現ニ是獨吾人ノ一箇ノ見解ニ非スシテ英國ノ學者「ローレンス」ノ如キモ日本ノ滿州占領ヲ以テ普通ノ戰時占領ト同一ノ視スルモノノ如シ戰時占領ハ一有テ二無シ敵地ナルカ故ニ之ヲ攻撃シ之ヲ占領セルモノヲ敵地占領ト謂ヒ亦戰時占領ト云フ要スルニ滿州ノ主權何レニ在ルヤ名義上何國カ滿州ニ對シテ主權ヲ有スルヤハ平時國際法ノ問題タルモ戰爭法ノ問題タルヘキニ非ス

第二節 戰時占領ノ範圍、始期、終期

占領地トハ何ノ戰時占領ハ何時ヨリ始リ何時迄繼續スルヤ其要件ハ如何以下述ヘント欲スル所ナリ海牙條約第四二條ニ

一地方ニシテ事實上敵軍ノ權力内ニ歸シタルトキ之ヲ戰時占領アリト看做ス
右權力ノ成立シ且行使セラルル地域ヲ以テ戰時占領ノ限界トス

國際公法戰時 戰爭法 戰時占領 戰時占領ノ範圍、始期、終期

トアリ是千八百七十四年ノ「ブリュキセル」宣言第一條ト同文字ナリ海牙會議ニ於テハ「ブリュキセル」宣言ノ同條ヲ其儘採用セルモノナリ凡戰時ノ占領ノ意義ヲモルニ付列國ハ二箇ノ相反對セル利害ヲ有シ(一)強大國ハ可成其範圍ヲ擴大セントシテ所謂解釋的占領ヲ認メントシ(二)弱小國ハ反之占領地域ヲ可成縮少スルニ利アリテ平日大軍ヲ養フヲ得サルヲ以テ占領地住民ノ愛國心ニ依賴スルヲ要シ其隨時ニ侵入軍ニ抵抗スルヲ許スルヲ望ミ所謂現實的占領ノミヲ認メントス一千八百七十四年「ブリュキセル」會議ニモ此點頗爭ハレタリキ侵入軍カ進軍セル地域及其通信ノ聯絡アル地方ハ占領地タルコト疑ナシト雖本隊ノ前方側面ニ當ル地域ニ關シテハ議論アリキ又住民カ一時侵入軍ノ手ヨリ奪還シタル地域ニ關シテモ爭アリキ千八百七十年ノ普佛戰爭ニ於テ普軍ハ十九世紀ノ初頭ニ奈翁カ爲シタルト同一ノ舉ニ出ラ急走隊、前衛(又斥候スラモ)等カ抵抗ヲ受ケスシテ或ハ正式軍隊ノ抵抗ニ打勝テ進軍セリキセル會議ニ於テ獨國代表者ハ此主張ノ正當ナルコトヲ固執シテ動カサリシモ小國多數ノ反對アリ其結果宣言第一條ハ上述ノ如ク決セラレタリ

凡戰時占領ハ實力ト共ニ消長生滅ス「オクスフォルド」ニ於ル協會決議(陸戰法規)第四一條ニモ被占領國ハ其權力ヲ行使スルヲ得ス占領軍ハ之ニ代テ權力ヲ有シ占領地ノ安寧秩序ヲ維持スト云(ヘリ陸戰ニ於ル占領ハ猶海戰ニ於ル封鎖ノ如ク實力ヲ要スルヲ法トス占領ニハ事實上ノ支配ナカクハカラス占領者ノ權利ハ實力ニ根據シ軍隊ノ現在スル面積以外ニ占領地ナシ然レトモ外端ニ占領軍ノ駐屯スルアラハ其中間ノ國地ハ占領地タルコト勿論ナリ前衛ノ現在地亦同シ但本隊ノ遙カ前方ハ此限ニ非ス諸所ニ斥候又ハ前哨ノ出沒スルアルモ未其地方ヲ占領地ト謂フヘカラス然レトモ占領ノ

終、スルハ占領軍ノ全ク擊退セラレタルトキ(被占領國ノ軍隊ニ依ルト人民ニ依ルトア問ヘス)ニ在リ人民カ單ニ蜂起シタルノ事實ノミニテハ占領ノ終了(喪失)アリト謂フヘカラス但其蜂起ニ因リ占領軍ヲ擊退セルトキハ占領終止スルコト正式軍隊カ之ヲ擊退セルト異ナルコトナシ實力ニ基テ權利ハ實力ト共ニ消長生滅ス要之戰時占領ニハ(一)確實ナル占有即事實的權力ノ樹立ヲ活動(二)戰爭狀態ノ繼續即占領軍ハ撤退セス而モ未其地ヲ併吞セサルコトノ二條件ヲ必要トスルモノナリ

第三節 占領地ノ行政

戰時占領ノ場合ニ於テ占領地ノ行政ハ如何ニスヘキヤ古代ニ在テハ斯ル問題ハ全ク生スルノ餘他ナカリシナリ占領軍ト住民トノ間ニ法律關係ハ全ク存在セサルモノト看做サレタレハナリ實ニ第十九世紀ニ至ル迄ハ侵入軍ハ放恣橫暴ヲ逞ウシ占領地ノ法律、人民ノ權利ノ如キハ毫モ顧ミル所ナカリキ占領軍ト占領地トノ法律關係カ整頓セラレ權利義務ノ確定セルハ實ニ最近ノ發達ニ屬ス獨リ占領軍ノ行動カ制限セラレタルノミナラス占領軍ハ行政ヲ爲スカ如キ積極的ノ義務ヲ負フニ至レリ戰時占領ハ領有ニ非ス如何ニ長期ニ亘ルノ占領モ割讓ト同シカラス確定不動ノ統治權ヲ有セサルナリ勝敗ハ常ナシ軍ノ運命タルヤ朝夕ヲ圖ルヘカラス是從來ノ國權ハ依然トシテ存續スルモノト看做サル所以ナリ然レトモ其從來ノ國權ハ占領軍ノ權力ニ因テ一時全ク抑壓シ排斥セララルハ勢ノ免カレサル所ナリ從來ノ國權ハ一時抑ヘラレ活動ヲ妨害停止セラレ消滅スルニ非ス壓ヘラレテ動クヲ得サルニ止ルノミ存在ハ失ハサルナリ然レトモ國家ハ一口モ行政ナカルヘカラス海牙第二條約第四三條ニ曰ク占領者ハ可成、公ノ秩序及衆庶ノ生活ヲ回復保障スルノ目的ヲ以テ其權内ニ屬スル總テノ手段ヲ施ス

（シト）故ニ占領地ニ於テハ其地ニ於テ實際ノ權力ヲ有スル占領軍ノ行政權ヲ有シ其間ハ從來ノ政府ハ毫モ行政ニ干與スルヲ得ス占領期間ハ占領軍ノ唯一ノ支配者タリ被占領國ノ國權ノ活動ヲ許サス占領軍ハ行政及戰闘ニ必要ナル一切ノ暴力強制ノ手段ヲ探ルコトヲ得但戰爭及行政ノ必要以上ニ出ヅルノ手段ハ之ヲ行フヲ得サルナリ然レトモ以上ハ原則ノミ例外アリ例外トハ何ゾヤ即戰爭ノ必要ナリ戰爭ノ遂行上必要已ムヲ得サル場合ニハ上述ノ原則ニ背馳スル亦責ムヘカラス要之戰爭ノ必要ト占領ノ一時的性質(確定永續ノ領有ニ對シテ云フ)トハ戰時占領ノ法律關係ヲ論スルニ當リ記憶スヘキ二大原則ナリ

占領地住民ハ占領軍ニ對シテ服從スルノ義務ヲ有ス(反對說……英米學派例之「ホール」テローア)然レトモ臣民トシテノ無條件の服從ニ非ス行政ノ必要及軍ノ必要カ要求スル範圍内ニ於テノミ服從ノ義務アリト云フナリ住民ハ舊來ノ國家ノ國籍ヲ失ハス唯一時一定ノ程度ニ於テ他ノ權力ノ下ニ在リ時ト程度トニ於テ限ラレタルノ服從ナリ時ト程度トニ於テ限ラレタルノ權力ナリ然レトモ其時其程度ニ於テハ絕對の他ノ權力(占領軍ノ權力以外)ヲ容レス故ニ若本國ノ命令ト占領軍ノ命令ト相背馳牴觸スルカ如キアラハ住民ハ後者ニ服從セサルヘカラス命令ト服從ハ權力ニ伴フ權力ナキ所ニ於テ命令シ又服從ヲ強要スルハ不當ナリ誤レリ住民カ占領軍ノ命令ニ從ヒ之カ爲ニ盡力スルモ後日本國政府ハ之ヲ罰スルカ如キコトナシ斯ル野蠻沒理ノ行動ハ文明國ノ爲スヘカラサル所ニシテ憫ムヘキ住民ヲ進退ニ谷マラシメ手足ヲ置クニ處ナカラシムルモノナリ

住民ハ占領軍ニ反抗ヲ試ムヘカラス本國政府ニ忠ヲ盡スルノ義務ナシ(占領期間内ハ)若本國ニ盡忠行爲ヲ爲サハ占領軍ハ之ヲ妨ケ又之ヲ罰スルヲ得故ニ住民ハ本國ニ對シテ忠ヲ盡スノ義務ナク又權利ナシ

謂テ可ナリ(但「ホール」ニ派ノ反對アリ)加之占領軍ニ對シテ積極的の勤勞ヲ爲スノ義務アリ其命令ニ從ハサル者ハ強制手段及制裁ニ遇フコトアリ然レトモ(一)占領軍ハ住民ヲ強迫シテ自國ニ臣從ノ誓ヲ爲サシムルヲ得ス(海牙條約四五條)又(二)本國ニ敵對スヘキ作戰動作ニ加ハラシムルヲ得ス(同四四條)本國ニ叛逆スルヲ懲罰スルヲ得サルナリ

官吏(占領地ニ於ル從來ノ)職ニ在リ官ヲ守ラントセハ之ヲ許スハ占領軍ノ自由ナリ然レトモ忠誠奉公ノ誓ヲ強要スルヲ得サルナリ又占領軍ハ不適任ト信スル者ヲ解任スルノ權利アリ官吏ノ任免權ハ占領軍ノ行政權ニ必然伴フ所ナリ

官吏モ自ラ去就ヲ決スルノ自由アリヤ多數ノ學者ハ占領軍ハ官吏ノ辭職ニ拘ラス之ヲ引止ムル(強制)任用ノ權利ナシト爲セリ然レトモ緊急ノ必要アル場合ニハ事務官吏、下級官吏ヲ引止ムルノ權利ハ之

ヲ占領軍ニ認メサルヘカラス

官吏ハ占領軍ノ監督ヲ受ケ其指揮命令ニ從フヘシ但本國ニ敵對スヘキ作戰動作ニ加ハルハ程度ニ及フヘカラス海牙條約(陸規)第四四條ニハ占領地ノ住民ヲ強迫シテ本國ニ敵對スル作戰動作ニ加ハラシムルヲ得ストアルヲ以テ其裏面ヨリ推論スレバ作戰動作以外ノコトハ之ヲ強制スルヲ得ルコトヲ認ムルモノナリト云フヘシ

占領軍ハ自ラ文官殊ニ下級官吏、補助官吏ヲ追加任用スルヲ得ルハ當然ナリ然レトモ武官ノ任用、兵員ノ召集ハ占領地ニ於テ之ヲ爲スヲ禁ス

官吏官權ヲ濫用スル者ハ普通ノ刑罰ノ外尙軍法ノ處斷ヲ受クルコトアリ又懲戒ノ處分ニ遇フ

占領軍ハ勿論占領地ニ於テ大本營、軍司令部以下ノ機關ヲ置キ軍務ノ外重要ナル行政事務ヲ統ヘシム

然レトモ土地ニ依リ臨機兵站監等ヲ利用スルコトアリ又假行政廳ヲ設クルコトアリ又文官又ハ武官ヲ以テ之ヲ組織ス日清戰役ニ於テモ民政廳、民政署、善後公署、行政廳、行政署等ノ名義ヲ用ヒタリ
占領軍ハ憲法、法律、廢止、變更、スルヲ得ナルコト既ニ述タルカ如シト雖是亦戰爭ノ必要上例外ヲ認メサルハ、カラス憲法ノ箇箇ハ條規ハ緊急已ムヲ得ナル場合ニハ效力、停止セラルルヲ得憲法ノ明文ヲ廢スルハ、非ス憲法上ノ權利自由ハ依然タリ唯箇箇ノ權利ノ事實行使ヲ停止又ハ制限スル迄ナリ例之國會議員ノ選舉權、集會出版ノ自由、家宅ノ安然、信書ノ秘密等ヲ制限シ又ハ無効ナラシムルカ如キ是ナリ(海牙條約四三條)

占領軍ハ住民カ敵國ヲ助ケ之ヲ強勢ナラシムルニ至ルヘキ行為ニ出ツルヲ默過スヘキノ義務ナシ其行為ヲ停止シ強制的ニ抑壓シ加之制裁ヲ加ヘ刑罰ヲ科スルヲ得例之住民カ故國ニ租稅ヲ納メ又ハ本國ノ徵兵召集ニ應セントスルトキハ占領軍ハ之ヲ妨クルヲ得ルカ如シ
占領軍ハ軍及行政ノ必要アルトキハ既存法律ヲ廢止、停止スルヲ得ルノミナラス又更ニ新法ヲ發布スルヲ得即此範圍ニ於テハ立法權ヲ有スト謂フヲ得ヘシ但戰爭ニ關係シ軍事上必要ナルモノニ限ル一切ノ從來ノ法律ヲ廢止シテ占領國ノ法律ヲ以テ之ニ代フルハ不當ナリ
占領地ニ於ル司法ニ關シテハ少シク詳述ヲ要スルモノアリ場合ヲ分テ論セシニ

(一) 軍事犯 即軍ノ安全及秩序ヲ害シ又ハ其利益ヲ害セントスルノ犯罪ハ占領軍ノ軍法會議ニ於テ之ヲ裁判ス其之ナキトキハ軍政委員又ハ民政廳等ニ於テ裁判ス要スルニ其裁判權ハ占領軍ニアリ而シテ軍事犯ニ二種アリイ) 狹義ノ軍事犯ハ軍刑法ニ於テ刑ヲ科スルノ犯罪ヲ云フ軍人軍屬ハ勿論常人ト雖一定ノ場合ニ於テハ軍刑法ニ於ル犯罪ノ主體トナル(ロ) 廣義ノ軍事犯ハ軍ノ有害タルヘキ總テノ所爲ヲ

包含ス主トシテ軍律ノ定ムル所ナリ軍刑法ト其目的ヲ異ニシ占領罪及其官廳ニ對スル犯罪ヲ處罰スルヲ目的トスルモノニシテ軍隊及其官廳ノ安全ヲ維持シ軍ノ有害タルヘキ所爲ヲ除クニ在リ軍律ハ占領軍ノ司令官ニ於テ發スル所ニシテ交戰權ノ作用ニ屬スルモノナレハ臨機ノ手段トシテ簡易且嚴格ナレトモ猶正義人道ニ基キ國際法規ニ則リ一般裁判ノ原則ニ準據スヘク決シテ軍當局者ノ放恣ニ委スルヲ許サス例之犯人ノ辯解ヲ許スヘク又拷問ヲ用フヘカサルカ如シ然リ而シテ占領地人民カ鐵道兵器彈藥等ノ戰爭供用物件及軍事ニ關スル道路橋梁家屋船舶ヲ毀壞スルカ如キ間諜ヲ誘導隱匿シ若クハ俘虜ヲ逃走セシムルカ如キ將又軍情ヲ敵軍ニ密報スルカ如キ又ハ軍隊ヲ詐欺的ニ誤導スルカ如キ害ヲ結テ軍隊ニ投スルカ如キ井水河水等ノ飲用水ニ毒ヲ流スカ如キ遺言飛語ヲ爲シ妄ニ喧噪シ安寧ヲ害スルカ如キハ軍律ニ依リ處罰スヘキ所ナリ

(二) 常事犯 即普通刑法ノ支配ヲ受クヘキ犯罪例之殺人強盜詐欺取財ノ如キハ(イ) 占領地住民カ犯人タル場合ニハ原則トシテ在來ノ裁判所ニ於テ在來ノ裁判官、在來ノ國權ノ名ニ於テ之ヲ裁判ス民事事件亦固ヨリ然リ例之普佛戰爭中「ナンシー」、「ラオン」、「ヴェルサイユ」等ノ佛國裁判所ハ普王ノ名ニ於テ裁判ヲ行フコトヲ拒ミ又西米戰爭中「サンチアゴ」及「マニラ」等ノ米國占領地ニ於ル西國ノ裁判官ハ自國ノ名ニ於テ裁判ヲ行ヘリ然レトモ在來ノ裁判所之カ任ニ當ル能ハサルトキ(例之裁判官裁去リタルトキ又去ラサルモ裁判ヲ行フヲ拒ムトキノ如キ)ハ占領軍ニ於テ新ニ裁判官ヲ任命シ又ハ自己ノ裁判所(軍法會議其他)ニ於テ裁判ヲ行フ蓋社會一日モ司法ナカルヘカラサレハナリ(ロ) 軍人軍屬ノ常事犯ハ占領軍ノ軍法會議ニ於テ裁判スルハ勿論ナリ(ハ) 常人(占領國ニ屬スル人民ヲ云フ)ノ常事犯罪モ亦軍法會議ニ於テ之ヲ裁判スルコトヲ得但占領地在來ノ裁判所ヲシテ之ヲ裁判セシムルモノニ非ス

第四節 占領軍ト住民トノ關係

敵國ノ臣民ハ保護ナク權利ナク占領軍ノ生殺與奪ニ委スルハ古代ノ思想ニシテ現今ノ戰爭法ニ在テハ平和ナル住民ハ敵ニ非ス敵軍(占領軍)ヨリ侵害セラレズ例外トシテ軍ノ必要上戰時負擔ヲ強要セラレ強制手段ヲ受クルコトアルモ原則トシテハ平時ノ如ク法律ノ保護ヲ受ケ依然トシテ其堵ニ安シスヘキナリ而シテ事實上ノ權力者トシテ占領軍ニ服従スルノ義務アリ(但反對説アリ)占領軍ニ對シテ必要ナル義務ヲ履行スルヲ要ス

住民ノ身體、生命、自由、名譽、家族的地位、宗教の信仰及遵行ハ之ヲ尊重シテ侵害スヘカラス(海牙四六條)之ヲ侵害スルハ國際法ノ重大ナル違反ナリ箇人(兵卒)ニシテ之ヲ犯ス者ハ國家ヨリ嚴罰ヲ受ク不法ノ殺傷、侮辱、理由ナキ自由ノ制限、家宅安ノ侵害等ヲ始メ人倫、名譽ノ毀損、信仰及禮拜ノ妨害、神祠佛堂ニ對スル不敬、墳墓ノ發掘等其一切ノ犯罪の行為ハ全ク之ヲ禁ス犯ス者ハ自國ノ臣民ニ對シテ行レタルト同様ニ之ヲ罰ス

占領地ハ占領軍ノ保護ヲ受クルコトスノ如シ權利自由ヲ有スルコトスノ如シ而シテ之カ前提要件ナクシテ非ス即住民カ全ク平和、穩順、ニシテ、交戦ニ干與セス占領軍ニ抵抗セス之ヲ攻撃セス服従スルコト是ナリ服従ナクハ保護ナシ現今戰時法ノ原則ハ私人ヲ以テ敵ト爲サス却テ之ヲ保護ス住民ハ交戦ニ干與スヘカラス敵軍ヲ攻ムヘカラス敵軍モ亦之ヲ侵害スヘカラス在リ占領軍ニ抵抗スル者ハ平時自國軍ニ抵抗スルモノノ如ク犯罪者トシテ罰セラル

茲ニ特ニ論スヘキハ戰時叛逆ニナリ戰時叛逆ニハ二種アリ一ハ住民カ占領軍ニ對シテ干戈ヲ手ニシテ蜂起ニ特ニ論スヘキハ戰時叛逆ニナリ戰時叛逆ニハ二種アリ一ハ住民カ占領軍ニ對シテ干戈ヲ手ニシテ蜂

起。反抗スルモノ之ヲ「タリグス、レベリオン」(戰時背叛罪)ト謂ヒ一ハ占領軍ニ對シテ詐僞の行動ヲ爲シ又ハ本國軍ニ内應ヲ爲スモノニシテ之ヲ「タリグス、フルラート」(戰時内應罪)ト謂フ斯ル行為ニシテ占領前ナラハ是實ニ愛國心ヨリスルノ義舉ナリト雖(海牙二條)占領後ハ不法ナリ住民ハ占領軍ニ服従スルノ義務アルヲ以テ上述ノ如キ行為ハ間諜等ノ如ク占領軍ハ之ニ對シテ嚴重ナル防禦手段、恐嚇手段ニ出ツヘキナリ

詐僞の道案内モ亦内應ト同ク罰セラル住民カ占領軍ニ不利ナル誤レル方向ニ侵入軍ヲ導クコト之ヲ詐僞の誘導ト云フ自ラ進テ案内スルト又請求ニ應ジテ案内スルト將又強制的ニ案内セシメラルト問ハス侵入軍ヲ誤導スル者ハ侵入軍ヨリ嚴罰ニ處セラル一方ヨリ見レハ愛國心ヨリ出ツル行為ナリト雖占領軍ヨリ見レハ又軍ノ必要ヨリ住民ヲシテ道案内ヲ爲サシムルノ要アリ住民ハ占領軍ニ積極的ニ反抗スルト消極的ニ服従セサルト占領軍ノ損害ニ於テハ敢軒輕スル所ナシ故ニ前者ノ罰スヘキト同様ニ後者モ亦罰スヘキナリ而シテ詐僞の道案内ハ實ニ後者ニ屬ス

占領軍ハ住民ニ對シテ課役ヲ命スルヲ得(海牙五二條)人身ノ負擔ナリ自由ノ制限ナリ軍ノ目的ヲ遂行スルニ必要ナル(軍ノ必要)トキハ積極的ニ勤勞勞役ヲ強制スルヲ得ルナリ是亦軍ノ必要ニ依ル例外的規定ナリ郵便鐵道ノ交通ヲ制限シ住民運動ノ自由ヲ束縛シ交通ノ遮斷ヲ行ヒ武器等ヲ差押フルコトスヲ爲シ得ルナリ又占領軍ハ人質ヲ徵スルヲ得(約束其他義務履行ノ擔保トシテ)其人質ノ地位ハ俘虜ト相似タリ人質ヲ取ルコトハ現今ニ於テハ事實稀ナリト雖權利トシテ之ヲ行フコトヲ妨ケス何時如何ナル場合ニ之ヲ徵スルヲ得ルヤハ軍ノ必要如何ノ問題ニ係ルモノトス

第五節 占領軍ト占領地財産トノ關係

現今ニ於テハ占領地ノ財産ニ對スル占領軍ノ權利ハ左ノ二大原則ノ制限ヲ受ク即
一 占領軍ハ戰爭ニ必要ナル害ノミヲ加フルヲ得
二 國家政府ノ間ニ戰爭アリト雖私人ハ敵ニ非ス

トノ二原則是ナリ古代ニ在テハ敵國財産ニ對スル分捕權、沒收權ハ無制限ニシテ財産ノ公私ヲ問ハス之ヲ掠奪スルハ隨意ナリシナリ東洋及希臘羅馬ノ昔ニ在テハ敵產ハ法律ノ保護ヲ受ケス中古ニ至テモ分捕權ハ原則トシテ依然存在セリ後不動產ノ分捕止ミ又動產ノ分捕ニモ一定ノ規則ヲ生シタリ然レトモ敵產ヲ沒收スルノ權ハ依然タリ殊ニ掠奪ハ敵力頑固ニ抵抗セル罰トシテ又自國軍ノ士氣ヲ勵マシノ手段トシテ行ハレテ制限ナカリキ現今ノ戰爭法ニ在テハ之ニ反シテ私有財産ハ侵害スヘカラス又戰爭ニ必要ナラサル加害ハ國際法違反ニシテ許スヘカラサル行爲トナレリ公有財産ノ沒收ハ敵ノ國力ヲ減少スルモノナレハ當然戰爭ノ目的ニ適フモノトシテ之ヲ許サル而シテ尙戰爭ノ必要カ命スル所ハ財産ノ公私ヲ問ハス無條件ニ破壞シ毀損シ收用シ利用シ占有スル等皆自由ナルヲ原則トス不要ノ損害目的ナキ破壞荒廢燒燬等ハ現今ニ在テハ犯罪ニシテ陸軍刑法ニ問ハレ軍法會議ノ處分ヲ受クヘキモノトス

戰爭ノ爲メ家屋、植物、橋梁、鐵道、道路、電信ヲ破壞シ毀損スルハ固ヨリ可ナリ縱令間接ノ必要ナリトモ軍事上ノ理由アルトキハ亦之ヲ許ス進軍、斥候、攻擊防禦ノ軍事動作ノ爲メ必要ナルトキハ貴重ノ物品ナリトモ又全市邑ナリトモ田畑蔬菜ナリトモ妨クル所ナシ之ヲ賠償スルト否トハ其國內法ノコトニ

屬ス加害國(占領軍ノ屬スル國)ハ之カ賠償ヲ爲スノ必要ナシ「破壞」目的トスル「破壞」ハ之ヲ嚴禁スト雖眞ノ緊急必要アルトキハ如何ナル破壞モ自由ナリ(條約等ノ例外アルモノハ兎ニ角)如何ナル場合ニ果シテ斯ル必要アリト看做スヘキハ各場合ノ事情如何ニ依ルモノニシテ豫定シ難シ軍司令官ノ裁量ニ委スルノ外ナシ故ニ時ニ過度ニ陷ルハ又略易キノ理ナリ

占領國ノ人民ニ非スシテ他國人(中立國人)ナリト雖戰爭上ノ必要アルトキハ又不利益ヲ甘受セサルヘカラス(一)ノ君主ニ屬スルモノト雖亦然リ但禮讓ヨリ生セル慣行ハ此限ニ非ス占領地住民ニシテ占領軍ノ命ヲ奉セサルトキハ之ヲ強制シ又刑罰ノ制裁ヲ受ク

以下國有財産ト私有財産トニ分テ更ニ各動產ト不動產トニ分テ之ヲ論セン

(二) 國有不動產ハ占領軍ノ沒收スヘキモノニ非ス占領軍ハ占領地内ニ存在スル公有ノ建物、不動產、森林、農作地ノ管理者タリ又用益權者タルモノナリ(海牙五五條)之ヲ使用シ之カ賃價ヲ徴シ之ヨリ生スル利益ヲ收メ兵ノ宿舍トシテ病院トシテ又官署用トシテ之ヲ利用スルハ隨意ナリ縱令教會ト雖亦之ヲ軍用ニ充ツルコトヲ得亂暴ナル破壞ハ文明國ノ戰爭法ニ反スルモノトシテ禁セラル又管理用益權アルノミナルヲ以テ其財産ノ基本ヲ破損スヘカラス用益權ノ規則ニ從ヒ之ヲ管理セサルヘカラス宗教、慈善、教育、技藝、學術ノ爲メ設ケラレタル營造物ハ不可侵トスルヲ原則トス被占領國ハ豫メ占領軍ニ通知シタル親善キ特別ノ條章ヲ以テ此等ノ建造物ヲ表示スヘシ又之ヲ軍事上ノ目的ニ供スヘカラス之ヲ軍ノ目的ニ使用セハ保護ヲ失フハ當然ナリ

占領軍ハ敵國國有不動產ニ對シテ所有權ヲ取得セス使用權ヲ有スルニ過キサルノ結果トシテ又之ヲ讓渡スルノ權ナシ小作料ヲ收メ森林ヲ伐リ礦物ヲ掘ル等自己ノ利益ヲ獲得スルヲ得ト雖處分權ナキノ結

果財產ノ本質ヲ變更シ又ハ之ヲ讓渡スヘカラス宗教、慈善、教育、技藝、學術ニ供スル營造物ノ維持ノ爲ニスル不動產ニ至テハ之カ收益ト雖沒收スヘカサルヲ原則トス

(二) 敵國國有動產ハ占領軍之ヲ沒收シ得ルヲ原則トス(海牙五三條)但近時戰爭法ノ發達ニ伴ヒ漸ク沒收權ノ範圍ヲ縮小セントスルノ傾アリ海牙條約ノ如キ國有ノ動產ト雖作戰動作ニ供スルコトヲ得ヘキモノノ外押收スルヲ得サルコトト爲セリ而シテ現金、基金、有價證券、兵器、輸送材料、倉庫糧秣等ヲ列舉セリ武器、彈藥、軍艦其他ノ公有船舶、國庫金、手形、小切手ノ類皆同様ナリ租稅其他ノ收入ハ亦占領軍ノ掌握スル所ナリ(但中立國ノ債權ヲ擔保スルモノハ此限ニ非ス)然レトモ之カ用途ハ(一)第一ニ占領地ノ行政ニ在リ(二)次ニ軍ノ需要ニ在リ何故ニ占領軍ハ租稅、徵收權ヲ要スルヤ是占領軍ハ一時占領地ノ行政ノ權利義務ヲ有スルモノナレハナリ或ハ將來國家ノ所有ニ歸スヘキ財產ナルカ故ナリト謂ヒ或ハ人民ノ私有財產ヲ現在ノ納稅額ニ應ジテ沒收スルモノナリト云フハ皆非ナリ

自治團體ノ財產、公共營造物所屬ノ財產ハ國有ニ屬スルモノト雖私有財產同様不可侵ナリ歷史上ノ紀念物、技藝、學術上ノ製作品等亦然リ之ヲ押收シ破壞シ又ハ毀損スルヲ得ス犯ス者ハ訴追セラルヘキナリ博物館、美術館ノ陳列品、所藏品ヲ奪取スルハ近時文明國ノ明ニ探ラサル所ナリ奈翁カ千七百九十六年伊太利ニ侵入スルヤ其美術品ヲ奪ヒ歸テ之ヲ戰利品トシ巴里ノ「ルーヴル」ニ飾リシト雖千八百十五年同盟軍ハ之ヲ送還セントヲ佛國ニ迫レリ

敵國ノ軍用品ハ沒收其他ノ自由處分ヲ許ス占領軍自ラ之ヲ使用スルト又自己カ之ヲ保有シ利用シ得タル場合ニハ之ヲ破壞シテ敵ノ使用ヲ不能ナラシムルト皆臨機ノ處分ニ出ツヘキナリ

(三) 敵國人ノ私有財產ハ(甲)動產ト不動產ヲ問ハス之ヲ尊重シ問ハス之ヲ沒收スヘカラス掠奪スヘカラス是

文明國間ノ法則ナリ戰爭ノ必要アルトキノ外破壞シ押收スルヲ禁ス又此財產ヨリ生スル利益モ沒收スルヲ得サルナリ人民ハ之カ使用ヲ妨ケラルコトナシ緊急ノ必要アル場合ニ於テ占領軍カ之ヲ使用シ收用シ破壞スルヲ得ルハ一般原則ノ適用ノミ例之城砦トシテ又宿舍用トシテノ如シ然レトモ人民ヲ其居宅ヨリ排斥シテ之ヲ兵ノ宿舍用ニ充ツルハ殘忍ナリ然リ而シテ占領軍ノ最苦痛トスル所ハ武裝セタル人民ニシテ占領軍ニ抵抗シ出沒變化常ナキニ在リ故ニ斯ル場合ニ在ラハ人民ハ其不可侵權ヲ失ヒ市街ヲ燒拂ヒ又ハ居宅ヲ破壞スル等ハ已ムヲ得サル所ナリ

(乙) 私有財產ト雖其軍需品ニ係ルトキハ簡人ニ屬スルト又會社ニ屬スルトヲ問ハス占領軍ハ之ヲ作戰動作ニ供スルヲ得(海牙五三條二項)即軍ノ直接ニ使用シ得ルモノ例之私有ノ鐵道材料、陸上ノ電信電話海上法線ノ支配ヲ要ケサル船舶、兵器廠等ハ(私有ノ武器、彈藥ハ勿論)占領軍ニ於テ之ヲ使用シ平和回復ノ後ニハ之ヲ返還スヘク又之カ補償ヲ爲スヘキモノトス軍需品以外ノ普通ノモノハ之ヲ不可侵

ナラシムルコト司令官ノ注意ヲ要スル所ナリ

戰場ニ於テ戰闘員ノ携帶スル物品ハ近時迄敵國軍ハ自由ニ之ヲ分捕レリ病傷兵ノ携帶品ト雖亦然リシナリ是即戰爭ノ犠牲トナレルモノト看做セルナリ現今ニ在ラハ武器、彈藥、馬匹ノ外ハ敵兵ノ携帶品ト雖獵ニ之ヲ分捕スルヲ許サス金錢其他ノ有價物、時計、指環、金鎖、衣服等ノ敵兵ノ所持品ヲ奪フハ盜賊的犯罪行爲トシテ罰スヘキモノナリ但之ヲ保有シ又ハ歸屬權利者ニ返還スルカ爲ニスル場合ハ此限ニ非ス其携帶品ニシテ公有財產ナルトキ例之莫大ノ官倉ヲ所持スルトキハ勿論之ヲ沒收ス武器、彈藥、馬匹其他ノ武裝品ハ私有ニ屬スト雖之ヲ沒收ス(海牙四條)

掠奪ハ現今全ク罷マラレズ此法則ハ如何ナル事情ノ下ニアルモ嚴守セラレ之ヲ犯スハ國際法違反ナリ
取立金徴發ヲ以テ掠奪ノ一形式ナリトスル英國派ノ學說ハ非ナリ秩序の掠奪トハ語ニ於テ矛盾セリ掠
奪トハ私人タル資格ニ於テ軍人軍屬カ敵國カ私ノ財産ヲ不規律ニ押收スルヲ云フ
取得ノ時期ハ如何事實上沒收アリタル時ナリ換言スレハ完全ニ取得者ノ權力内ニ歸シタル時ナリ之ヲ
占有主義ト謂フ戰爭尙置ナル間ハ未占有ノ事實確定セリト云フヘカラス戰ニ勝利アリテ占有始
確實ナリト云フヘシ陸戰ニ於ル戰利品、沒收品ハ海戰ニ於ル捕獲ト異ナリ審檢等ノ行為ヲ要セザルナ
リ

元本ヨリ生スル果實ハ法定ト自然トヲ問ハス公有財産カ元本ナルトキノミ物自身ト同様占領軍ニ屬ス
貸質、利子ノ如キ是ナリ

無價物、債權等ハ近世ノ法ニ於テハ占領軍ニ屬セス占領軍之ヲ取立ツルモ效ナク又之ヲ處分スルヲ得
サレハナリ交戰國カ敵國ニ對スル債務ハ之ヲ支拂フヲ要セス然レトモ自ラ任意ニ支拂フハ妨ナシ交戰
國ハ他國又ハ他國人ヨリ敵國ニ支拂フヘキ債務ノ履行ヲ妨タルヲ得蓋然ラサレハ敵ノ國力ヲ強ムルノ
結果ヲ生スレハナリ

以下徴發、取立金ニ付論スヘシ(一)徴發トハ占領軍カ占領地住民ヨリ軍隊ノ日常ノ消費品及使用品ヲ
徴收スルヲ謂ヒ(二)取立金トハ占領軍ノ權力ニ依リ租稅以外ニ於テ占領地ノ地方團體ニ金錢上ノ負擔
ヲ爲サシムルヲ謂ヒ(三)罰金トハ住民カ占領軍ニ對スル犯罪ノ制裁トシテ一地方ニ課シタル負擔ヲ謂
フ
徴發ハ分捕ニ非ス占領軍カ其必需スル或物品ヲ軍ノ權力ニ依リ強制シテ徴收スルヲ謂フ例之食料、被

服、車輛、靴具等軍ノ給養及運搬ニ必要ナルモノヲ徵用スルヲ謂フ千七百九十六年奈翁カ伊太利ニ侵
入スルヤ「糧ニ敵ニ依ル」ノ策ヲ採リ領虎ノ如キ佛人ハ到ル處ニ徴發ヲ行ヒタルカ爲メ佛軍ハ各處ニ於
テ住民ヨリ惡魔ノ如ク嫌忌セラレ恐怖セラレタリ徴發權ハ補充的ナリ之ヲ以テ軍ノ主要ナル維持料ト
爲スヘカラス近世ノ軍ニ在テハ兵糧輜重ハ自國ヨリ運搬スルカ又ハ供給契約ニ依ルヲ原則トシ必要已
ムヲ得サル場合ニ限り占領軍ハ徴發ヲ命スルノ權アルノミ占領軍ハ住民ノ財産ヲ尊重スルノ餘リ自ラ
餓死凍死スルノ愚ニ出ツルヘカラス公私ノ財産ヲ問ハス内外人ヲ問ハス必要アルトキハ之ニ對シテ徴
發ノ權ヲ行フヲ得ヘシ近時迄之レニ對シテ賠償ヲ與ヘタリキ「戰爭ハ戰爭ヲ養フ」ノ主義ニ依リ占領地
住民ヲシテ之ヲ給セシメ代償セザリシトハ「敵産ハ保護ヲ受ケサル」ノ原則ニ適フモノト看做サレタ
リ反之今ヤ私有財産不可侵ヲ原則トスルヲ以テ徴發ニハ賠償ヲ與フルヲ例トス然レトモ本總ノ場合
ニ然リト云フヘカラス故ニ海牙條約第五二條ニモ可成即金ニテ賠償スヘキモノト爲セリ然ラサレハ
領收證ヲ與ヘテ之ヲ證明スヘシ領收證モ一時多數ノ徴發アル場合ニハ困難ニシテ與フルヲ得ス故ニ又
之ニ付スルニ可成ノ條件ヲ以テセリ領收證ハ後日司令官カ更ニ徴發スルトキ前ノ徴發額ヲ檢スルノ用
ニ供シ又後日賠償ノ時ノ左旁ト爲ルモノナリ領收證ニ對スル後日ノ支拂ハ占領國(徴發國)之ヲ爲スカ
本國政府之ヲ爲スカ媾和ノ際決スル所如何ニ依ル徴發ノ濫用ヲ防ガ爲ニ海牙條約八種補ノ規則ヲ
定メタリ即(イ)徴發ハ占領軍ノ需要ノ爲ニスルニ非サレハ要求スヘカラス又(ロ)地方ノ實力ニ相應
ルヲ要ス(ハ)人民ヲシテ其本國ニ敵對スル作戦動作ニ與カラシムルノ程度ニ至ルヘカラス(ニ)占領局
地ノ司令官ノ許可ヲ要スル等皆上述ノ趣旨ニ外ナラス(ホ)要求モ書面ニ依テ爲スヲ例トス徴發ヲ爲ス
ハ地方官ノ手ニ於テ緊急ノ必要アルトキハ兵士自ラ之ヲ行フ徴發ノ程度範圍ハ人民ノ實力(給付能

力)ト軍ノ必要トニ應シ場合ニ依テ同シカラス一般ニ其限度ヲ定ムルコト難シ

取立金ノ何タルヤハ先ニ述ヘタリ取立金ハ收用ニ非スシテ負擔ナリ徵發ト異ナル需要物品ノ實物給付ニ非ス金錢ノ出捐ナリ昔時ハ私有財産ニ對シテハ何等ノ保護ナク取立金ハ無制限ニシテ自由ナリキ取立金ハ十八世紀迄燒拂免除料トシテ行ハレタリシカ今ヤ敵地敵產ノ燒燬荒廢ハ禁嚴セラルルヲ以テ之カ免除料又ハ贖金モ亦存セス取立金ハ掠奪ニ非ナルナリ私產ハ不可侵ナリ箇人ハ敵ニ非ス單ニ自己ノ囊中ヲ富マスト目的トスル取立金ハ今ヤ全ク消滅セリ

取立金ニ廣狹ノ意義アリ

一 租稅トシテノ取立金 廣義ニ取立金ヲ解スレハ租稅ノ徵收ヲモ含ム即海牙條約第四九條ニ租稅ノ外他ノ取立金ト云フ所以ナリ此權利ハ占領軍ノ行政權、徵稅權ニ根據ス

二 徵發ノ自然給付ノ代價トシテノ取立金 徵發スヘキ物品カ其地ニ存在セス而モ隣地ニ在ル場合ニ人民ノ負擔ヲ平均セシメンカ爲ニ之ヲ徵收スルモノナリ海牙條約カ軍又ハ行政ノ必要上爲スヲ許ス

取立金トハ重ニ斯ル場合ヲ見タルモノナラン

三 刑罰トシテノ取立金 往往之ヲ許スト雖酷ニ失スヘカラス連坐罰ハ海牙條約ノ禁スル所ナルコト先ニ述タルカ如シ

過大ノ取立金ニ依リ人民ヲ恐嚇セシメ戰爭ヲ嫌忌セシメ政府ニ平和ヲ追ラシムルノ策ハ不法ナリ

取立金ハ(イ)軍又ハ占領地ノ行政上ノ需要ニ應スルノ外之ヲ爲スコトヲ得ス取立金(ロ)取立權利者ハ高級司令官ナリ(ハ)之カ取立方法ハ命令書ナル書面ニ依リ(ニ)可成現行ノ租稅賦課規則ニ準據スヘシ又(ホ)納付者ニハ領收證ヲ交付スヘシ

往時ニ於テ掠奪ハ最慘酷ニシテ被害者ノ苦痛ハ掠奪者ノ利益ト比スヘカラスト雖近時ノ取立金、徵發ハ一定ハ秩序規律ニ依リ行ハレ昔時ノ掠奪ニ比シテ寛大ナルハ勿論他ノ戰爭行為ニ比スルモ決シテ酷ニ失スト云フヘカラス殊ニ取立金、徵發ハ其行ル區域甚廣クシテ之カ爲ニ影響ヲ受タル人民多キヲ以テ敵勢減殺ノ效果上之ヲ贊スル學者殊ニ英國ニ少カラス

玆ニ注意スヘキハ英國學者カ取立金及徵發ヲ以テ私有財産沒收ノ一形式ナリト爲スコト是ナリ(「ローレンス」曰ク規則正シキ掠奪モ亦掠奪タルヲ失ハスト予ハ駁シテ曰ハントス規則正シキ秩序アル掠奪トハ語ニ於テ矛盾ナリト)

海軍ニ依リ取立金及徵發ヲ行フハ果シテ如何海岸開放市邑砲臺ノ問題ト共ニ此事世ノ耳目ヲ惹クニ至レリ艦隊カ徵發ヲ行フ場合ハ其物品ニ對スル需要ノ緊急ナル場合ニ限ルヲ通常トス艦隊ハ戰ニ赴キ糧食其他ヲ充分ニ準備スルヲ例トスルモ非常ニシテ豫想スヘカラサル事情ノ發生スルナキヲ保セス例之臨時石炭ヲ要スルカ如シ此場合ニ若シカ供給ノ途ヲ發見セハ之ヲ獲得セント力ムヘク又實力ヲ以テ之ヲ強制スルノ要アルカ故ニ事實其都市ヲ占領セルカ又ハ占領セルト同一ノ地位ニ在ルトキ即妨碍ヲ受クシテ徵發ヲ實行シ得ルトキハ陸戰ニ於ル徵發ト同様之ヲ是認セサルヘカラサルヘシ然リ而シテ此徵發ヲ助ケンカ爲メ開放市邑ヲ砲臺スルヲ許スヘキヤ否ヤハ議論アル所ナリ

取立金ハ徵發ト異ナリ艦隊ヲ維持スル爲メ需要緊急ナリト云フヲ得ス而シテ陸戰ニ於ル占領ニ在テハ占領軍ハ自由ニ占領地ヲ支配スト雖海戰ニ在テハ原則トシテ一時間タリトモ陸地ヲ占領スルカ如キコトナシ取立金ハ暴力實行ノ伴フコトヲ要ス然レトモ海軍ニ在テモ全ク取立金ヲ爲スノ權利ナシト云フ

ニ非ス。適法ナラシメシニハ陸軍ノ課金ト同様ノ事情ノ下ニ於テセザルヘカラス。即艦隊ヨリ之ヲ敵國臣民ニ要求シテ若肯セザルトキハ兵士ヲ上陸セシメテ強制徴收シ又之ニ從ハサルモノニ對シテ制裁ヲ加ヘ得ル地位ニ非サルヘカラス。然ラナレハ砲撃ニ對スル免除料タランノミヲ以テ正當ト爲サハ海岸開放市邑砲撃ヲモ亦正當ト爲スヘキニ至ラン(ホール)。

第二十三章 敵性

敵性即「エネミー・キャラクター」(Enemy character「ベリシヤントキャラクター」(Belligerent character))トハ何ソ曰ク交戦權ノ目的物タルノ資格地位是ナリ即戰爭ノ目的客體トナリ得ルモノヲ敵性ヨリ有スルモノト云フ敵性ヲ論スルノ必要ハ如何曰ク或物ヲ交戦國カ攻撃、捕獲、押收、徵發等ノ交戦權ノ目的物ト爲シ得ルヤ否ヤヲ決スルニ在リ。

國際法上ハ戰爭法上敵性ヲ論スルニ當テ注意スヘキハ敵性ノ文字ハ即一ナリト雖其者カ敵性ヲ有スル程度厚薄ニ至ラハ一ナラサルニ在リ凡戰爭ニハ交戦權ノ主體アリ客體アリ主體ハ既ニ述ヘタル所ナリ敵性ヲ有スルモノハ即此交戦權ノ目的客體タリ得ルモノナリ交戦權ハ或ハ狹義ノ戰闘アリ或ハ捕獲アリ又古領權ニ於テハ取立金、徵發等ノ行爲アリテ交戦權ノ内容ハ一ナラス總テ斯ル交戦權ヲ適用シ行使セラルル目的カ即敵性ヲ有スルモノト云フヘシ。

今夫レ敵性ノ程度厚薄ハ一ナラサルヲ以テ其敵性ヲ有スルノ度最強キモノヨリ以下漸次之カ説明ヲ試ムヘシ。

(甲) 人ノ敵性

第一 敵國ノ爲ニ文武ノ役務ヲ執レル者 是最強キ意義ニ於テ十分ナル意義ニ於テ敵ニシテ敵性ヲ有スル最著シキモノナリ交戦國ノ爲ニ文官又ハ武官ト成レル者ハ其交戦權ノ目的物タルコト最明ナルモノニシテ殊ニ武官即軍人ニ在テハ戰爭法ノ原則ニ依リ交戦者ハ之ヲ殺傷スルヲ得ヘク又其捕ハラレタルトキハ俘虜トシテ扱ハレ其國籍如何ヲ問サルナリ故ニ縱令中立國ノ臣民タリトモ一旦軍務ニ服スルトキハ其中立人民タルノ特權ヲ得ルコトヲ得ス中立國ノ臣民カ交戦國ノ爲ニ軍務ニ服スルトキハ國際法ハ之ニ交戦國ノ臣民同様に待遇ヲ與フ勿論中立國臣民ノ外國軍ニ投スル者ヲ中立國ハ國內法ヲ以テ罰スルコトアラン然レトモ國際法上ヨリハ敵軍ハ其中立國ノ臣民ニ對シテ正當ナル交戦者タリ戰闘員タルノ待遇ヲ爲ササルヘカラス唯然レトモ一方交戦國ノ臣民ニシテ(中立國人ニ非スシテ)反對交戦國ノ爲ニ軍務ニ服スル所ノ者ハ是自國ニ對スル叛逆人ナレハ其捕ハラレタルトキハ俘虜ト成ラスシテ叛逆人トシテ處刑セラル千七百九十八年佛國政府カ中立國ノ臣民ニシテ敵國ノ爲ニ軍務ニ服スル者ヲ海賊視シタルハ峻嚴ニ失セルモノナリ要スルニ敵國ノ爲ニ文官武官ト爲レル者ハ其住所ノ如何ヲ問ハス任意ニ進テ戰爭ニ干與シ從軍セル以上ハ敵性ヲ有スルモノトシテ扱ハル「ワイルド」、「カメロン」カ日清戰爭中清國ノ軍務ニ服セントセルカ如キ縱令未實際敵國ノ爲ニ役務ヲ執ラスト雖敵國ニ到達セルノ後敵國ノ爲ニ役務ヲ執ルヘキ地位ニ在ルトキハ是尙日本ハ敵性ヲ有スルモノトシテ扱フヲ得ルモノナリ。

第二 敵國商船中ノ水夫 此等ノ者ハ通常ノ戰闘員即軍艦内ノ水兵トハ異ナレリト雖海上ニ於テ財產ハ可侵ナリ敵國商船ハ捕獲セラルルノ原則ヨリシテ交戦國ノ軍艦カ海上ニ於テ敵國ノ商船ニ出會セルトキハ之ニ對シテ捕獲權ヲ行使シ得ルヲ以テ此際ニ於テ商船ハ自動的ニ交戦國ノ軍艦ヲ攻撃スルノ權

利ナシト雖商船モ亦自衛ノ權利ヲ有スルヲ以テ右軍艦ノ攻撃ニ受動的ニ抵抗スルコトヲ得ヘシ即受動的ニ戰闘行爲ヲ爲スコトヲ得ヘシ故ニ此場合ニ於テハ右ノ水夫ハ敵性ヲ有スルモノトシテ扱ハレ捕ヘラレタルトキハ俘虜トナル然レトモ近時此等ノ者ヲ俘虜トシテ抑留スルコトナク之ヲ解放スルノ慣例發達シツツアリ

第三 敵國ノ非戰闘員タル人民 凡箇人ハ敵ナリキ敵國ノ非戰闘員タル臣民ハ敵性ヲ有スルカ是實詳述セル所ナリ敵國ノ箇人(臣民)ハ交戰權ノ客體ナレトモ主體ニ非ス敵トハ交戰權ノ主體ヲ指スモノナリトセハ箇人ハ敵ニ非ス敵トハ交戰權ノ客體ヲ指スモノナリトセハ箇人モ亦敵ナリ敵國人ハ敵性ヲ有ス交戰權ノ客體タレハナリ

何ヲ以テ敵ハト爲スカ國籍主義住所主義ノ二主義アリ佛國主義ハ即國籍主義ニ依ルモノニシテ敵國ニ國籍ヲ有スル者ハ是敵國ノ人民ナリ中立國ノ國籍ヲ有スル者ハ中立人トシテ縱令敵國ニ住スルモ敵性ヲ有スルモノニ非ス交戰權ニ國籍ヲ有スル者ハ縱令中立國ニ住スルモ尙且之ヲ敵國ノ人民トナシ敵性ヲ有スルモノトシテ扱フ反之英國主義ニ依ルトキハ即住所ヲ以テ敵性ヲ決スルノ標準ト爲スモノニシテ敵國ノ臣民ト雖中立國ニ住所ヲ占ムルトキハ敵性ヲ失ヒ中立性ヲ得タルモノトシテ扱ハル又中立國ノ臣民ト雖敵國ニ住所ヲ占ムルトキハ敵性ヲ感染セルモノトシテ扱ハル住所トハ何ゾ我民法ニ於テハ各人生活ノ本據ヲ以テ住所トセリ「ラッボロー」卿ハ住所ヲ解シテ曰ク特別ノ事實(例之旅行等)ナクハ人カ其地ヲ去ラサルノトキ其地ヲ住所地ト云フト定住常住所地ナリ住所ハ意思ト事實ト要ス事實トハ即或人カ或地ニ於ル場所ノ存在ヲ謂フモノニシテ其長短ヲ問ハス意思トハ永續的ニ居住スルノ自由意思ヲ謂フ「アニムス・マンデー」(Animus manendi)ナルモノ是ナリ住所ノ意思ハ永久ニ少クトモ

比、較、的、ニ、長、ク、其、地、ニ、居、住、ス、ル、意、思、ヲ、謂、フ、モ、ノ、ナ、レ、ハ、速、ニ、他、ニ、轉、セ、ン、ト、ハ、意、思、ヲ、有、ス、ル、者、ハ、是、其、地、ヲ、以、テ、住、所、ト、爲、ス、ノ、意、思、ア、ル、モ、ノ、ト、云、フ、ヲ、得、テ、例、之、旅、行、其、他、ノ、用、件、ヲ、以、テ、或、地、ニ、向、フ、場、合、ノ、如、シ、又、其、意、思、ハ、自、由、ニ、即、任、意、ニ、形、成、セ、ラ、レ、サ、ル、ヘ、カ、ラ、ス、故、ニ、他、ヨ、リ、彈、制、セ、ラ、レ、其、地、ニ、止、ル、モ、之、ヲ、以、テ、其、地、ニ、住、ス、ル、ノ、意、思、ア、ル、モ、ノ、ト、シ、テ、戰、争、法、上、取、扱、フ、ヘ、キ、モ、ノ、ニ、非、ス、又、時、ノ、關、係、ハ、住、所、ニ、如、何、ナ、ル、影、響、ヲ、及、ス、カ、曰、ク、久、シ、ク、或、場、所、ニ、居、住、セ、ル、ト、キ、ハ、其、場、所、ヲ、以、テ、永、住、ノ、地、ト、爲、ス、ノ、意、思、ア、ル、モ、ノ、ト、看、做、サ、レ、其、地、ニ、住、所、ヲ、占、ム、ル、モ、ノ、ト、シ、テ、扱、ハ、レ、反、證、ヲ、許、サ、ル、コ、ト、ア、リ、次、ニ、英、國、主、義、ニ、依、ル、ハ、住、所、如、何、ニ、依、テ、敵、性、ヲ、決、定、ス、ル、モ、ノ、ナ、ル、ヲ、以、テ、其、國、ノ、固、有、ノ、臣、民、タ、ル、ト、又、在、留、外、人、タ、ル、ト、問、ハ、サ、ル、コ、ト、義、ニ、一、言、セ、ル、カ、如、シ、又、住、所、ハ、居、住、ノ、意、思、ト、事、實、ニ、依、リ、成、ル、モ、ノ、ナ、レ、ハ、其、居、住、ノ、事、實、又、ハ、意、思、カ、消、滅、ス、ル、ト、キ、ハ、住、モ、亦、存、在、セ、ス、故、ニ、或、人、カ、事、實、上、其、地、ヲ、去、ル、ト、キ、ハ、住、所、ハ、消、滅、ス、然、レ、ト、モ、單、ニ、去、ラ、ン、ト、欲、ス、ル、ノ、意、思、ハ、ミ、ニ、テ、ハ、未、其、住、所、ヲ、失、ヒ、タ、ル、モ、ノ、ト、云、フ、ヲ、得、テ、例、之、「エ、ル、ム、ス、リ」事、件、ニ、於、テ、ハ、單、ニ、敵、國、ノ、地、ヲ、去、ラ、ン、ト、欲、ス、ル、ノ、意、思、ア、ル、モ、未、之、ヲ、以、テ、敵、國、ノ、住、所、ヲ、失、ヒ、タ、ル、モ、ノ、ト、看、做、サ、リ、キ、住、所、ノ、意、思、ハ、任、意、自、由、ニ、出、テ、サ、ル、ヘ、カ、ラ、ス、彈、制、シ、テ、敵、國、ヨ、リ、抑、留、セ、ラ、レ、タ、ル、ト、キ、ハ、敵、性、ナ、キ、モ、ノ、ト、看、做、サ、ル、ル、コ、ト「オ、ー、シ、ヤ、ン」號、事、件、ニ、依、テ、見、ル、ヘ、シ、領、事、ノ、場、合、ニ、於、テ、ハ、佛、國、ノ、主、義、ニ、依、ル、ハ、中、立、國、ノ、領、事、ハ、敵、國、ニ、於、テ、住、居、ヲ、有、ス、ル、モ、中、立、性、ヲ、失、ハ、ス、敵、性、ヲ、獲、得、セ、サ、ル、モ、ノ、ト、シ、テ、扱、ハ、ル、ト、雖、英、國、主、義、ニ、依、ル、ト、キ、ハ、領、事、ト、雖、商、業、ヲ、營、ム、ト、キ、ハ、其、商、業、ニ、關、シ、テ、ハ、何、等、ノ、特、權、ヲ、有、セ、サ、ル、モ、ノ、ト、シ、テ、即、中、立、國、ノ、領、事、カ、敵、國、ニ、於、テ、商、業、ヲ、營、ム、ト、キ、ハ、其、商、業、ニ、關、シ、テ、ハ、敵、性、ヲ、有、ス、ル、モ、ノ、ト、シ、其、商、業、財、産、ハ、敵、性、ヲ、有、ス、ル、モ、ノ、ト、シ、テ、取、扱、ハ、ル、又、交、戰、國、ノ、領、事、カ、中、立、國、ニ、於、テ、商、業、ヲ、營、ム、ト、キ、ハ、敵、性、ヲ、失、ヒ、タ、ル、モ、ノ、ト、看、做、サ、ル、ル、モ、ノ、ト、ス、戰、争、中、ニ、於、テ、住、所、ヲ、變、更、ス、ル、コ、ト、ヲ、得、ル、ハ、住、所、ハ、營、業、其、他、ノ、目、的、事、由、ニ、依、リ、之、ヲ、取、得、ス、ル、モ、ノ、ニ、シ、テ

敵國ニ住所ヲ有スルノ單純ナル事實ノミニテハ敵對行為ヲ行フモノニ非ス唯敵國ニ住所ヲ有スルトキハ租稅其他ノ義務ヲ履行スル上ヨリシテ其偶利益ヲ敵國ニ與フルノ結果ヲ生スヘキヲ以テ之ヲ敵トシテ扱フノミ故ニ中立國人民カ一旦交戰國ニ住所ヲ占ムルモ戰爭中ト雖他ニ住所ヲ變シ得サルニ非ス即誠實ニ住所ヲ變スルノ意思ヲ有シ且之ヲ實行スルトキハ其舊來ノ住所ヲ失フモノトス要スルニ戰爭開始後ト雖住所ヲ他ニ轉シ得サルニ非サルコト「ホール」等ノ認ムル所ノ如シ凡敵性ハ英國主義ニ依レハ住所ノ事實ニ依リ之ヲ決スルモノナレハ總令敵國ニ住所ヲ有スル者ト雖他ニ即中立國ニ住所ヲ移セルトキハ敵性ヲ失ヒタルモノト看做スヲ以テ至當ト爲スヘシ然ルニ「ウオーカー」ハ交戰國臣民ハ戰爭中中立國ニ住所ヲ移シテ以テ敵性ヲ失フコトナシト云ヘリ是吾人ノ持シ難キ所ナリ

第四 中立國ノ臣民ニシテ交戰國ニ營業所ヲ有スル商人ハ其營業所ニ關係スル財產ニ限リ敵性ヲ有スルモノト看做サル中立國臣民ハ其本國タル中立國內ニ住所ヲ占ムルトキハ其臣民其レ自身ハ敵性ヲ有スルモノニ非スト雖其財產ハ敵國ニ存在スル營業所ニ關係スルモノニ限リ敵性ヲ有スルモノトシ例之海上ニ於テ交戰國ノ捕獲權ニ服スルコトアルヘシ然レトモ敵國ニ營業所ナク單ニ中立國ノ商人カ代理人(エゼント)ヲ交戰國ニ派スル場合ニ於テ其財產ニ依テ交戰國ノ一方ヲ利スルノ實アルトキト雖其財產ハ敵性ヲ感染スルコトナシ又中立國ノ臣民カ自ラハ交戰國ニ居住セサルモ交戰國ニ存在スル會社又ハ組合ノ一員タルトキハ其會社財產又ハ組合財產ニ關係スル範圍内ニ於テハ敵性ヲ有スルモノトシテ扱ハル

上ニ述ヘタル如ク中立國ノ臣民ニシテ交戰國ニ於テ營業所ヲ有スル場合ニ於テハ其營業所ニ關係スル財產ハ之ヲ敵性ヲ有スルモノト看做スヲ以テ其反對ノ理論上ハ交戰國臣民ニシテ中立國內ニ營業所ヲ有

スル者ハ其營業所ニ關係スル財產ハ敵性ヲ有セス中立性ヲ取得セルモノトシテ視ルヘキカ如キモ「ウオーカー」「ローレンス」ノ言フ如ク英米ノ實際ハ反之其所有者カ敵國ノ臣民ナルトキハ總令其財產ニシテ中立國ニ在ル營業所ニ關係スルモノト雖尙之ヲ敵性ヲ有スルモノトシテ扱フモノトス

物ノ敵性

第一 敵國ノ國有動產ニシテ武器彈藥ノ如キ物ハ其戰闘ノ用ニ供セララルヲ以テ敵性ヲ有スルノ度頗強キモノナリ其他敵國ノ公有動產ノ捕獲押收ノ目的物タリ得ヘシ然レトモ敵國ノ公有不動產ハ交戰國ハ之ニ對シテ單ニ用益權ヲ有スルニ過キサルヲ以テ其範圍内ニ於テノミ敵性ヲ有スルモノト云フヲ得ヘシ反之公共ノ營造物及其之ニ屬スル財產等ハ敵國ノ公有財產ナリト雖敵性ヲ有セサルコト戰時占領

場合ニ違ヘタルカ如シ

第二 敵國臣民ニ屬スル財產 佛國主義ニ依レハ敵國ノ國籍ヲ有スル人ノ所有スル財產ハ其住所ノ交戰國ニ在ルト中立國ニ在ルトヲ問ハス敵性ヲ有スルモノトシ英國主義ニ依レハ住所ニ依テ人ノ敵性ヲ決スルヲ以テ敵國ニ住所ヲ占ムル人ノ所有スル財產ハ之ヲ以テ敵性ヲ有スルモノト看做ス故ニ物ノ敵性ハ其所有者ノ如何ニ依ルモノナリト雖未之ヲ以テ唯一ノ標準ト爲スヘカラス即敵地ニ產スル所ノ物ハ敵性ヲ有ス換言スレハ敵國ノ領土ニ產出セラレタル物ハ所有者カ總令中立國ノ臣民ナル場合ト雖土地所有者ノ所有ニ屬スル間ハ敵性ヲ有スルモノトス然レトモ其第三者ニ移轉セラレタル場合ハ必シモ此限ニ在ラス又敵國ノ領土ノ外敵國ノ軍隊カ占領セル地即敵軍占領地ノ產出物モ敵國ノ領土ノ產出物ト同ク敵性ヲ有スルモノトシテ扱ハル

第三 交戰國ノ中ニ營業所ヲ有スルトキハ其營業所ノ所有者カ中立國ノ臣民ナルト交戰國ノ臣民ナル

トヲ問ハス其營業所ニ關係セル財產ハ之カ敵性ヲ有スルモノト看做ス

第四 敵國ノ支配又ハ保護ノ下ニ在ル財產ハ敵性ヲ有スルモノト看做サル

(イ) 敵國ノ政府ニ雇ハレ爲ニ運送其他ノ業務ニ從事スル所ノ船舶ハ所謂準禁制品ノ運送者トシテ關戰役務ヲ執ル者トシテ交戰國ヨリ捕獲沒收セラル即敵性ヲ有スル最著シキモノナリ今茲ニ問題トナルハ彼ノ高陸戰事件ニ於ル如ク其輸送者カ開戰前善意ヲ以テ交戰國ノ爲ニ軍人ヲ運送セル如キ場合ニ於テモ事實上其者カ自國ニ有害ナルトキハ交戰國ハ之カ運送ヲ袖手傍觀スルノ愚ヲ學ハサルヘキヲ以テ戰爭ノ必要ヲ理由トシ之ニ對シテ臨檢搜查ヲ行ヒ又之ヲ捕獲スルコトヲ得ヘシ

(ロ) 中立國ノ船舶アリト雖敵國ノ人民ヲ以テ船長其他ノ船員ヲ組成シ且敵國ノ商業ニ從事スル所ノモノハ敵性ヲ有スルモノトス是亦中立國ノ船舶ト雖敵國ノ支配ノ下ニ在ルトキハ敵性ヲ有スル一場合ナリ

(ハ) 敵國ノ國旗ヲ掲ケ又ハ敵國ノ通航券ヲ有シ又ハ敵國ノ通商特許狀ヲ有シテ航海スル所ノ商船ハ其中立國ノ船舶ナル場合ト雖之ヲ以テ敵性ヲ有スルモノトシテ扱ハル

(ニ) 中立國ノ商船ナルモ交戰國軍艦ノ護送ノ下ニ航行スルモノハ尙敵性ヲ有スルモノト看做サル蓋中立國ノ商船ナリト雖交戰國軍艦ノ保護ノ下ニ航行スルハ是交戰國ノ保護ヲ利用シ敵國軍艦ニ抵抗スルコトアルヲ豫想シ即其商船ハ敵國ノ海軍ニ抵抗スルノ意思アルモノト看做サルヲ以テ換言スレハ敵國海軍ト合體セルモノトシテ敵性ヲ有スルモノトシテ扱ハル蓋戰爭ノ危險ヲ豫想シ敵國ノ保護ヲ利用スル者ハ抵抗ノ意思明白ナルモノニシテ凡中立國商船ハ交戰國ノ障礙ニ服ヘキモノナレハ之ヲ避ケントスルハ敵國ニ黨與スルモノトシテ之ヲ當然沒收スヘキモノトス

(ホ) 中立國臣民ノ貨物ヲ交戰國軍艦ノ中ニ搭載シタルトキハ敵性ヲ獲得ス蓋其敵國ノ保護ヲ利用スルヲ以テ中立性ヲ失フモノナリ然レトモ敵國ノ商船内ニ中立國臣民カ自己ノ財產貨物ヲ積込ム自由

ニシテ彼ノ巴里宣言第三項ニモ明ニ認ムル所ナリト雖若夫レ其商船カ武器彈藥ヲ積込ミ武裝シタル場合ニ於テハ換言スレハ武裝セル商船ハ敵國ニ抵抗スルノ意思顯著ナルモノナレハ之ニ積込ミタル中立國ノ貨物ハ其敵性ヲ感染セルモノト看做スハ英國ノ主義ニシテ即「フアンニ」號事件ニ於テ捕獲特許狀ヲ有シ十六門ノ大砲ヲ載セタル「フアンニ」號ナル船舶ハ千八百十四年四月十七日「リオドラ」プラター「コロ」リバーブールニ還ラントスルノ途中米國ノ私裝捕拿船「ゼチラル」アームストロング「號」捕獲スル所トナレリ而シテ其私裝捕拿船ニハ葡萄牙人ト英國人ノ貨物トヲ載セ後ニ右「フアンニ」號ハ更ニ英國ノ船「セプトル」號ノ再捕獲スル所トナリシカ葡萄牙ノ臣民ハ自己ノ財產ニ關シテ再捕獲ニ對シ吾人ハ中立國ノ臣民ナリ隨テ我財產ハ縱令米國ノ審檢所ニ引致セラルルモ沒收セラルルノ危險ナシ故ニ英船ノ再捕獲ニ對シテ救助料ヲ支拂フヲ要セスト主張セリ然レトモ英國ノ捕獲審檢所ハ之ヲ認メスシテ判官「スコット」ハ「フアンニ」號ハ武裝セル商船ナレハ其中ニ搭載スル所ノ貨物ハ中立國臣民ノ貨物ナリト雖敵性ヲ有スルモノトシテ捕獲審檢所ハ之ヲ沒收スルノ危險十分ナルモノナレハ隨テ再捕獲ニ依リ中立國財產ハ沒收ヲ免レタルモノト云フヘク再捕獲者ニ對シ救助料ヲ支拂フハ正當ナリト判決セリ然レトモ米國主義ニ依レハ中立國臣民ハ自由ニ敵國ノ商船ニ貨物ヲ積込ムコトヲ得其商船カ武裝セルトキト雖亦敵性ヲ感染セハ中立性ヲ失ハサルモノト看做セリ彼「リオドラ」號事件ニ於テ米國裁判所カ探レル所ノ判決意見ハ明ニ之ヲ證シテ餘アリ「チレイド」號トハ大砲十門ヲ載スル所ノ英國

ノ船舶ニシテ初メ其國ノ軍艦ニ依リ護送セラレシカ倫敦ヨリ「グエノスアイレス」ニ到ル途中其護送セラレタル軍艦ヨリ分離シ千八百十三年十二月十九日「マデラ」島ノ沖ニ於テ米國ノ私裝捕獲船「カバナ」トムキンニ依テ捕獲セラレタリ而シテ其船舶ハ米國紐育ニ引致セラレ審檢ニ付セラルヤ米國ノ地方裁判所ハ其船舶及貨物全部ヲ沒收セリ於是乎「グエノスアイレス」ノ商人ナル「マニエルピント」ハ西班牙即中立國ノ臣民ノ財産トシテ其「チレイド」號ノ貨物中自己又ハ自己ノ組合員ニ屬スル貨物ノ返還ヲ主張シ高等法院ニ上訴シタリシカ高等法院ノ裁判官ノ多數ノ意見ハ裁判長「マーシャル」ノ明言セル如ク「マニエルピント」ハ中立國ノ商人ニシテ其貨物ヲ交戰國ノ商船(縱令武裝セルモノナリト雖)中ニ搭載スルハ適法ニシテ交戰國ハ之ヲ沒收スヘキモノニ非ス即中立國ノ貨物ハ敵船中ニ在リト雖尙之ヲ捕獲スヘカラサルノ原則ハ其敵國商船カ武裝セル場合ト雖何等ノ變更ヲ受タルコトナシト云フニ在リ然リ然レトモ之ニ對シテ判事「ストーリー」ハ反對意見ヲ唱ヘ武裝セル商船中ニ搭載セル中立國臣民ノ貨物ハ敵性ヲ感染スルモノト主張セリ「アタランタ」號事件ニ關シテ米國ハ尙「チレイド」號事件ト同様ノ判決ヲ下セリ

要之財産ノ敵性ハ第一ニ其所有者ノ如何ニ依リ第二ニ其產出地ノ如何ニ依リ第三ニ所在地ノ如何ニ依リ營業所ノ如何ニ依リ第四ニ敵國ノ支配又ハ保護ノ下ニ在ルヤ否ヤニ依リ之ヲ決スルモノトス(ローレンス「クイーカー」「ボール」等)

戰爭中財産ノ移轉ヲ許スヘキヤ否ヤ例之交戰國ノ臣民カ戰爭中自己ノ財産ヲ中立國臣民ニ讓渡スコトヲ得ヘキヤ否ヤ凡戰爭中財産ノ移轉ハ詐欺ノ行ハル場合頗多シ例之交戰國臣民自己ノ財産ヲ讓渡シタルモノナリト假裝シ因テ以テ中立國財産タルノ特權ヲ有シ交戰國ノ捕獲權ヲ免カレントスルコトアル

ルハシ於此是平佛國其他二三ノ國ハ船舶ハ戰爭中ノ之ヲ讓渡スコトヲ得サルモノト爲シ右詐欺ノ行ハルヲ防ケリ(佛國主義)即交戰國臣民ハ自己ノ所有船舶ヲ中立國ノ臣民ニ讓渡シテ敵性ヲ失ハシムルヲ得ス反

之英米ノ主義ニ依レハ交戰中ト雖尙船舶ノ讓渡ヲ認メ其實カ果シテ眞實ナリヤ否ヤヲ檢案シテ其眞實讓渡カ眞實ナルトキハ其賣買ヲ有效トシ單ニ假裝虛偽ナルトキハ之ヲ無効トシ一概ニ佛國主義ノ如ク斯ル交戰中ノ賣却ヲ禁スルモノニ非ス然リ而シテ平時ニ於テハ一國ノ臣民ハ荷送人トシテ其船舶カ目的地ニ達スル迄自己カ所有權ヲ有シ船長ヲ以テ代理人トナシ其目的港ニ達シタル後始テ其所有權ヲ荷受人ニ移轉スルノ特約ヲ爲スコトヲ得即原則トシテハ賣買行爲アレハ之ト同時ニ所有權亦讓受人ニ移轉スルモノナリト雖特約アルトキハ例外トシテ其貨物カ航海ヲ了ル迄ハ其所有權ハ現所有者ニ留保セララルコトヲ得ルモノナレトモ戰時ニ於テハ反之全然斯ル特約ヲ許サス故ニ中立國臣民ヨリ敵國臣民ニ貨物ヲ讓渡シタル場合ニ於テハ其讓渡行爲アリタル時ヨリ當然敵性ヲ有シ捕獲セララル敵國臣民ヨリ中立國臣民ニ貨物ヲ讓渡シタル場合ニ於テハ其讓渡行爲カ果シテ眞實ニシテ後日讓渡人タル交戰國臣民カ其財産ヲ取戻スノ特約又ハ意思ナキ場合即讓渡行爲ノ真正ナル場合ニ於テノミ其賣却ヲ有效トスルヲ英米ノ主義トス

次ニ航海中ニ於テハ船舶ハ全ク讓渡ヲ許可セザルコト是英米ト佛國ト問ハス皆一般認ムル所ノ國際法上ノ原則ナリ蓋航海中(High seas)ニ船舶ヲ賣買スルハ詐欺ノ行ハルコト最多キ場合ナルヲ以テ絕對ニ之ヲ禁止スルモノナリ戰爭中ノ賣却ニ關シテハ以上ノ制限アリト雖縱令戰爭前ト雖讓渡人讓受人共ニ戰爭アルコトヲ豫想シテ賣買行爲ヲ爲シタルトキハ戰爭中ノ賣買行爲同ク之ヲ無効トシ又ハ場合ニ依リ之ヲ許スコト戰爭中ノ賣却ト異ナルコトナシ

(丙) 土地ノ敵性

敵性アル土地ハ(一)敵國ノ領土領水(二)敵國ノ同盟國ノ領土領水(三)敵國又ハ其同盟國ノ占領地是ナリ主權ハ重複又ハ曖昧ナル場合ハ其地ニ於ル人又ハ物カ何レノ國ノ國性ヲ有スルヤ或地方カ敵國ノ主權及中立國ノ主權ニ屬スル場合ハ其地ニ在ル人又ハ物カ果シテ敵性ヲ有スルヤ中立性ヲ有スルヤハ場合ニ依リ大ニ困難ナル問題ヲ生ス二重ノ主權又ハ曖昧ナル主權ハ其場合多カラサルヘシト雖彼ノ「ボスニア」、「ヘルツェゴビナ」ニ於テ土耳其ハ未主權ヲ失ハス然レトモ其實權ハ奧地利ニ屬セリ又近時世上ノ問題タル旅順港、大連灣、威海衛、膠州灣等ノ租借地ニ於テハ清國ハ主權ヲ有スト雖露國、英國、獨逸等ノ列國モ亦行政其他ノ權力ヲ行使スルヲ以テ此地ニ關シテモ主權ハ大ニ曖昧ナリ故ニ例之旅順港ニ在ル人又ハ物ハ日露交戰中敵性ヲ有スルモノトシテ扱フヘキカ將又中立性ヲ有スルモノトシテ扱フヘキカ(清國カ中立タル假定ス)ハ大ニ議論ノ餘地アルヘシ斯ル場合ニ於テハ租借地又ハ行政占領地ノ性質如何ニ依テ見サルヘカラス「ホル」ハ斯ル主權ノ二重ナル場合又ハ曖昧ナル場合ニ於テハ事實如何ヲ見テ其地ニ於テ實際上、事實上ノ權力ヲ有スル國ノ敵國ナリヤ否ヤニ依リ其敵性ヲ有スルヤ否ヤヲ決スヘシト言ヘリ蓋是正當ナル論ニシテ例之右ノ場合ニ於テ「ボスニア」、「ヘルツェゴビナ」ニ於テ奧地利カ實權ヲ握リ又旅順港、大連灣等ニ於テ露國カ權力ヲ行使スル場合ニ於テハ即此等ノ地ニ於テ土耳其又ハ清國ノ主權ハ單ニ條約面上又ハ名義上ノモノニ過キスシテ有名無實ナレハ交戰國ハ有名無實ノ主權ヲ顧慮スルノ必要ナク其地カ實際敵國ノ權力ノ下ニ服シ敵國ノ利益ヲ與ヘ敵國ト合體スル場合ニ其條約面上ニ主權カ中立國ニ在レハトシ其地カ例之作戰根據地トシテ使用セラレ其他戰爭ノ用ニ供セラルルヲ交戰國ハ袖手傍觀セサルヘカラストハ到底豫想スルヲ得ス交戰國ハ或土地カ事實、上敵國ニ利用セラルルヲ見ハ之ヲ看過スルノ愚ヲ學ハサルヘキナリ千八百四十八年ニ於ル「トリースト」事件ハ之ヲ證シテ餘アリ當時「サルヂニヤ」ハ奧地利ト交戰中ナリシカ「トリースト」ハ一方ニ於テハ獨逸聯邦ニ屬シ又他方ニ於テハ此聯邦ノ一員タル奧地利ニ屬スルモノナリシヲ以テ奧地利ハ其「トリースト」ヲ以テ作戰根據地トナシ之ニ砲臺ヲ築キ海軍ノ根據地ト爲シ之ヲ利用セリ故ニ「サルヂニヤ」政府ハ之ヲ以テ敵地ト看做シ之ニ對シテ封鎖ヲ布ケルカ獨逸聯邦ノ政府ハ「サルヂニヤ」ニ封鎖ニ對シテ異議ヲ唱ヘ「トリースト」ハ獨逸聯邦ニ屬シ即中立國ニ屬スルヲ以テ「サルヂニヤ」ハ之ニ對シテ封鎖ヲ布クヲ得スト主張セリ於是「サルヂニヤ」ハ反駁シテ曰ク若奧地利カ「トリースト」ヨリ國旗ヲ撤シ獨逸聯邦ノ國旗之ニ代テ「トリースト」ノ城壁上ニ懸サレ且奧地利カ之ヲ作戰根據地トナスヲ止メタルトキハ我「サルヂニヤ」ハ封鎖ヲ解クニ躊躇セサルヘシ然レトモ事實奧地利カ「トリースト」ヲ戰爭ノ用ニ供スル場合ニ於テハ我邦ハ之ヲ戰地ト看做シ之ニ對シテ封鎖ヲ布クハ正當ナリト蓋「サルヂニヤ」ノ主張ハ正當ニシテ獨逸聯邦ノ主張ハ不當ナリ要スルニ事實其他ニ於テ權力ヲ行使スル者ノ如何ニ依テ之ヲ決ス故ニ當時「トリースト」ニ於ル人又ハ物ハ敵性ヲ有スルモノナリシナリ猶滿洲占領ニ關シテハ先キニ詳述セル所ヲ參照スヘシ

第二十四章 海岸開放市邑砲撃

開放市邑トハ何ソ即防守セラレサル市邑ヲ謂フモノニシテ防守セラレサル市邑トハ城壁其他直接ニ防禦スル爲メハ砲撃又ハ抵抗ノ手段方法例之城砦ニ依リ防守セラレサルモノ又ハ近傍ニ在ル城壁分營(例之四乃至十キロメートル)ニ於テニ依リ守ラレサル市邑ヲ稱ス交戰國ノ海軍ハ城壁ヲ以テ圍メタ

敵國市邑ヲ砲撃スルヲ得ルコト勿論ナリト雖其城壁ヲ以テ固メサル場合ニ於テハ縱令敵國政府ノ所在地ナリト雖又敵國ノ陸軍カ其地域内ニ駐屯スル場合ト雖市邑其モノニ對シテ(軍隊ニ對スルノ外)海軍カ海上ヨリ砲火ヲ開キ其市邑全體ニ對シテ攻撃ヲ行ヒ之ヲ灰燼燼ト爲スヲ得ルヤ否ヤ古代ニ於テハ勿論斯ル行爲ハ戰爭行爲トシテ適法ナルモノトセリ然レトモ千八百一一年英國ノ「ネルソン」將軍カ「コーペンハーゲン」ヲ攻撃セルハ各國政府ノ批難ヲ招キ千八百六十三年西班牙ノ提督「メンデス」チズ「カ智利」ノ防禦ナキ「バルパライン」港ヲ砲撃セルハ是亦不當ナルモノトシテ頗各國ノ指彈ヲ受ケタリ

千八百八十二年佛國ノ海軍提督「オーブ」ハ「二个月評論」ニ於テ(五〇卷三二頁)海岸ノ開放セラレタル市邑ヲ砲撃スルノ正當ナルヲ論シテ曰ク戰爭ノ目的ハ可成敵ニ多大ノ害ヲ與フルニ在リ富資財力ハ戰ノ樞機ナリ金力ハ戰爭ノ神經ナリ之ナクハ戰爭ハ活動セス故ニ敵ノ富力ヲ破滅セシムルハ正當ニシテ國家ノ權利ノミナラス亦其義務ナリ制海權ヲ有スル交戰國ハ敵國海岸ノ開放市邑ヲ砲撃シ之ヲ破壊シ其商港ナルト軍港ナルトヲ問ハス之ヲ燒燬シ之ヲ容赦ナク金錢ヲ徵收シテ假借スル所ナクシテ可ナリ過去ニ於テ此手段ハ許サレタリ現在ニ於テハ問題ナリト雖將來ニ於テ各國カ此手段ヲ採ラシト云フヲ得ス昔佛戰爭ノ際獨軍カ「ストラスブルヒ」「ペロズ」ニ對シテ行ヒタルノ手段以テ鑑ミルヘキナリト同雜誌ニ於テ「ラミー」及「ガブリニール」「シャルム」モ亦「オーブ」提督同様開放セラレタル海岸ノ市邑ヲ砲撃スルヲ正當トスト主張セリ之ニ反對スルハ千八百八十六年「スーベルビュ」(三九卷)ニ於ル「ブールジョワ」ノ論文トス

千八百八十八年英國ノ海軍大演習ニ於テ此防守ナキ海岸ノ市邑ヲ砲撃スルノ正當ナルヤハ亦英國ニ於テ一大問題トナレリ英國ハ曩ニ「オーブ」ノ主張ニ對シ佛國政府ニ向ヒ佛國ハ果シテ「オーブ」ノ言ヲ採用スル意アリヤ否ヤ問ヒタルニ佛國政府ハ之ニ對シテ何等ノ責任ヲ取ルコトヲ拒メリ然レニ千八百八十八年ノ英國海軍演習ニ於テハ英國ノ海軍當局自身又「オーブ」ノ主張同様ノ手段ヲ採レリ即同演習中海軍提督「トライオン」ノ率ヒル艦隊ニ屬スル軍艦「スパイダー」ハ防守ナキ「グリーンノック」市ヲ破壊シ又「アルドロツサン」ヲ燒拂フノ意ヲ漏シ「グエール」オプ、タライドニ於テ海軍營造物及海軍浴場ニ爆彈ヲ投スルノ計畫ヲ爲シ又「ワイト」島ノ海岸ヲ砲撃スルノ企ツ爲セリ即英國海軍ハ此等ノ防守ナキ諸市ヲ砲撃シ又其砲撃ノ免除料トシテ贖金ヲ徵收セントセルナリ於是乎英國ノ國際法學者「ホルランド」ハ「タイムス」ニ數回書ヲ寄セテ斯ル暴舉ニ反對シタルシカ英國ノ軍人例之「キャブチン」「ゼームス」ノ如キハ英國海軍ノ探レル手段ヲ辯護シ國際法ヲ嘲テ學者ノ應語ト爲シ海軍將校ハ國際法ヲ顧ミシテ可ナリ畢竟スル所戰爭ノ手段トシテ有效ナルモノハ悉交戰國ハ之ヲ行フコトヲ得ト主張セリ英國海軍將校ノ多クハ皆此手段ヲ辯護シ又彼ノ「ペーレスフォード」卿ノ如キモ同ク此手段方法ヲ辯護セル者ノ一人ナリ「ホルランド」之ニ反對シテ曰ク斯ル行爲ハ海賊行爲ナリ野蠻ノ行爲ナリ文明國ノ戰爭ニ於テ使用スヘキ手段ニ非ス暴ヲ以テ暴ニ代フ吾人其可ナルヲ知サルナリ千八百七十一年智利ノ「バイタ」カ取立金ニ應セサル爲メ開放セラレタル市邑ナルニ拘ラズ燒キ拂ハレシハ海軍歴史家ナル「ヤング」カ海賊行爲トシテ批難スル所ナリ又千八百六十六年西班牙ノ「メンデス」チズノ率ヒル西班牙艦隊カ「バルパライン」市ヲ破壞砲撃セルハ當時ノ輿論之ヲ蠻行トシ文明ノ戰爭ニ非スト爲セリ千八百七十一年又千八百六十六年ノ昔ニ於テラスラ尙且然リ況現今ノ戰爭ニ於テオヤ斯ル海賊行爲ハ許スヘカラサルナリト

「ホルランド」又曰ク予ハ斯ル開放セラレタル市邑ヲ砲撃スルヲ絶對のニ不當ト爲シ之ヲ否認セントスル者ニ非ス唯無差別ニ開放セラレタル市邑ニ對シテ砲撃シ其平和ナル人民ト否トヲ問ハス市邑ヲ灰燼ニ委シ人民ヲ屠殺スルハ近世ノ文明の戰爭法ニ非スト言フ者ナリ即原則トシテハ海岸市邑ヲ砲撃スルヲ得ス唯例外トシテ之ヲ許スヘシト爲ス其例外タルヘキ場合ハ左ノ如シ

(第一) 或程度ノ徵發ヲ爲サンカ爲メ又ハ之ニ代ハルノ取立金ヲ行ハンカ爲メ海岸ノ市邑ヲ砲撃スルハ正當ナリ而シテ如何ナル程度ノ徵發又ハ取立金ヲ必要ニシテ且正當ナルカハ彼ノ陸戰法規中戰時占領ノ際ニ述ヘタル標準ニ依ルヘキモノトス

(第二) 敵國カ戰爭法ニ重大ナル違反アリタル場合ニ於テハ其復仇行爲トシテ海岸ノ開放市邑ヲ砲撃スル亦可ナリ

(第三) 敵國又ハ其臣民ノ抵抗ヲ抑壓スル目的ノ爲メ海岸ノ市邑ヲ砲撃スルハ亦可ナリ例之目國ノ軍隊カ敵國ニ上陸スル際敵國ノ臣民ニシテ之ニ抵抗シ之ヲ防カント試ムルアラハ其抵抗ヲ抑ヘンカ爲メ開放セラレタル敵ノ市邑ヲ砲撃スルハ正當ナリ然レトモ抵抗ノ阻ニ止ミタル後刑罰トシテ砲撃ヲ爲スヘカラス

以上ハ海岸ノ開放市邑ヲ砲撃スルノ正當ナル場合ナリ然レトモ彼ノ莫大ナル不當ノ取立金ヲ徵收センカ爲メ又ハ敵國ノ市邑ヲ燒拂フノ免除料トシテ又ハ敵國ノ國民ノ私有財産ヲ破壊シ敵國一般ヲ苦メ降服ヲ促サンカ爲メノ手段トシテハ例之英國ノ海軍預習ニ於テ「クライド」「フォークストン」ニ對シテ之ヲ行ヒタルカ如キ又「ワイト」島ノ南岸ニ對シテ之ヲ行ハントセルカ如キハ其不當ナル甚キモノニシテ國際法ヲ無視セルモノナリ要スルニ海岸ノ砲撃ハ其港ニ在ル敵國ノ艦隊ニ對シテ又ハ敵國ノ船舶

ニ對シテ之ヲ行フハ正當ナレトモ開放セラレタル市邑全體ニ對シテ砲火ヲ開キ市邑ヲ破壊シ之ヲ焦土ト爲スハ即殘酷ナル破壊ヲ目的トスルモノニシテ不當ナルヘク或ハ此破壊燒棄ヲ免カレシメンカ爲メ贖金ヲ徵收スルカ如キハ不當ノ行爲ナリト爲ス

此海岸開放市邑砲撃問題ハ千八百九十五年「キャンブリッジ」市ニ開カレタル國際法協會ノ會議ニ於テ亦問題ト爲リ英國ノ「ホルランド」和蘭ノ「デン、ペール、ポール、チュゲール」將軍ノ二人カ報告者トナリ翌年即千八百九十六年同協會ノ「ヴェニス」ニ於ル會議ニ於テ此問題ハ右二人ノ報告者ヨリ提出セラレタル議案ヲ基礎トシテ議論シ其結果原則トシテハ海岸ニ於ル開放市邑ヲ砲撃スルヲ否認シ唯左ノ場合ニ於テ之ヲ許スヘキモノナリトセリ即

第一 交戰國ノ艦隊ニ必要ナル徵發又ハ取立金ヲ徵收センカ爲メ之ヲ遂行スルノ手段トシテ海岸ノ市邑ヲ砲撃スルハ可ナリ如何ナル取立金又ハ徵發カ果シテ必要ニシテ正當ナリヤハ戰時占領ニ關スル陸戰法規ニ照スヘキモノトス

第二 敵國ノ船渠、軍事營、軍需品貯藏所又ハ軍艦カ碇泊セル際開放セラレタル敵國ノ海岸市邑ニ對シテ砲撃ヲ行フモ又正當ナルモノトス

以上二箇ノ場合ノ外、海岸ノ開放市邑ヲ砲撃スルハ不當ニシテ(イ)彼ノ敵ノ戰爭法違反ニ對スル復仇行爲トシテ之ヲ罰セシカ爲メ、海岸ノ開放市邑ヲ砲撃スルモ亦不可ナリトセリ(ロ)殊ニ不可ナルハ彼ノ海岸市邑ニ對スル燒拂免除料トシテ之ヲ行フコトニ在リ即先敵國ノ海岸市邑ニ對シテ莫大ナル取立金ヲ要求シ其應セザルトキ之ニ對シテ砲撃ヲ行ヒ或ハ始メ之ニ對シテ砲撃ヲ行フコトヲ脅迫シ其應セザル場合ニ於テ莫大ノ金員ヲ徵發スルハ不當ナリトセリ要スルニ單ニ敵國ノ海軍市邑ヲ破壊シ砲撃シ敵國

ノ降服ヲ促シ平和ナル人民ヲ殺シ其財産ヲ破壊スルハ最不當ノ甚シキモノナリト爲スニ在リ
然リ而シテ前ニ述ヘタル第一、第二ノ二箇ノ場合ニ於テ敵國ノ海軍ノ開放市邑ノ砲撃スルハ正當ナリ
ト雖向其砲撃ハ陸戰ニ於ル砲撃ト同ク例之公共ノ營造物ニ對シテハ砲火ヲ向ケサルヘク又砲撃ノ前豫
通知ヲ爲スヘキ等ノ規則ヲ採用スヘキコトヲ同協會ハ議決セリ
英國ハ千八百七十四年ノ「ブリュッセル」ノ會議ニ於テ又千八百九十九年ノ海牙平和會議ニ於テ海戰ニ關
スル問題ヲ議スルヲ全ク謝絶シ此海牙會議ニ於テ「マルテン」ハ敵國海岸ノ開放市邑砲撃ニ關シテ將
來國際法會議ヲ開キテ其問題ヲ此會議ニ委シ今ハ之ヲ論セサルヘシト希望ヲ述ヘタルモ英國ノ使節
「ボーンスフ」ト卿ハ斯ル希望スルモ英國ハ之ニ加ハルヲ得サルナリト主張シタリシカ議長「スタ
ール」ハ此希望ヲ宣言スルモ英國力之ニ賛成セサルモノト爲スト言ヘルヲ以テ「將來列國會議ヲ開キ海
岸ノ開放市邑砲撃ニ關スル問題ハ其會議ニ讓ルヘシ」トコトハ海牙會議ニ於テ「希望」トシテ議決セ
ラレタリ要スルニ或ハ英ト云ヒ佛ト云ヒ露ト云ヒ皆實際ニ於テハ斯ル手段ニ出ヅルナキヲ保セサル勢
ヲ示セリ要スルニ此點ハ將來ニ開カルヘキ列國會議ノ討議ニ附セラルヘキモノニシテ現ニ米國カ近日
提唱セル第二回平和會議ノ討議事項ノ一タリ

第二十五章 海底電線ノ切斷

夫レ海底電線ハ國際交通ノ要具ナ。海戰ノ際之ヲ保護シ交戰國ノ專恣ニ放任セサルコト最必要ナリ故
ニ從來戰時海底電線ノ取扱ニ關シテ或ハ條約ヲ結ハントモ國アリ又千八百六十八年ノ維納ニ於ル萬
國電線會議ニ在テハ奧國ハ戰時ニ於テ中立國ヲシテ海底電線ヲ保管セシメントノ議ヲ提出セルモ採用

セラレス其他諸會議ニ於テ往々海底電線ノ戰時ニ於ル保護ニ關シテ議論出ラタルモ一定ノ結果ニ達セ
ス國際法協會ハ亦之カ爲ニ盡力シ千八百七十九年ノ「ブリュッセル」ニ於ル會議ニ於テ「ルノ」ヲ報告
委員トシテ本問ヲ議シ其結果左ノ決議ヲ爲セリ即

(一) 中立國間ヲ連絡スルノ海底電線ハ不可侵トシ戰時ニ於テ切斷スヘカラス
戰爭ノ必要上電信ニ依ル交通ヲ遮斷スルヲ要スルトキハ交戰國ハ電線ノ使用ヲ禁止スルニ必要ナ
ル手段ヲ採ルヘク(破壊セシメテ)而シテ平和回復セルトキハ直ニ此處分ヲ除去シ原狀ニ回復スヘシ
トノコト是ナリ而シテ交戰國ト中立國トヲ連絡スル電線ヲ交戰國ハ公海ニ於テ切斷スルヲ得ヘキヤ
重要ナル問題ニ論及セザリキ千八百八十四年三月十四日ノ海底電信保護條約ハ二十餘國ノ調印セル所
ナリト雖平時ニ於テ戰時ニ於ル取扱ニ及ハス

千九百二年ノ「ブルニキセル」ニ於ル國際法協會會議ニ於テハ獨逸ノ「フォン・バル」氏報告委員トナリ戰
時ニ於ル海底電線ノ取扱ニ關シテ學者ノ討論アリ今左ニ諸大家ノ意見ノ大要ヲ述ヘン

海底電線ニ關シテハ種種ノ場合ヲ想像スルヲ得ヘシ

一 兩交戰國間ヲ連絡スルモノ又ハ一交戰國內ノ二地點間ヲ連絡スルモノ 交戰國ハ斯ル海底電線ヲ
切斷スルヲ得ルハ學者間爭ナレ勿論戰爭ノ必要ナクシテハ之ヲ切斷スルヲ得サルナリ又斯ル電信線ト
雖中立國ノ領域内ニ於テ之ヲ切斷スルヲ得サルハ中立領域ノ不可侵ナルノ結果ナリ(一般中立義務ニ
關スル原則ノ適用ノミ)此等ノ行爲ハ中立國ノ主權ヲ侵害スルモノナレハ之ヲ禁ス

二 中立國ト中立國トヲ連絡スルモノ 交戰國ハ之ヲ切斷スルヲ得サルモノナルコトモ亦議論ナキ所
トス千八百七十九年及千九百二年ノ協會決議ニ於テ共ニ之ヲ認ム縱令戰爭ノ必要アルトモ雖亦然ラ

サルヲ得サルナリ中立國間ノ海底電線ハ、交戰國ノ領域内ニ於テ之ヲ切斷スルヲ得ルヤノ問題ハ、交戰國ト中立國トノ間ノ電線切斷ノ問題トナル即次ニ述フル場合ニ屬ス

三 交戰國ト中立國トヲ連絡スルモノ

是最議論アル所ナリ千九百二年ノ協會會議ニ於テモ此點ニ關シテ議論頗分ル

(甲) 全ク之ヲ切斷スヘカラスト爲スモノ 「デンベール、ボールトウゲール」將軍ハ此論者ニ屬ス中立國ハ戰時ニ於テモ交戰國トノ通商交通ノ權利ヲ妨ケラルルコトナシ戰爭狀態ハ敵國又ハ敵國軍隊ト中立國トノ間ニ公私ノ電信ヲ交換スルヲ絶止スルノ義務ヲ中立國ニ負ハシムルモノニ非ス目的ヲ與フルモノハ亦手段ヲ與フ故ニ海底電線ハ交戰國ト中立國トヲ聯絡スルモノニテモ切斷スヘカラストハ此種ノ論者ノ論據ナリ

(乙) 切斷スルヲ得ト爲スモノ

(イ) 「ベレルス」ルノ「等」ハ戰爭ノ必要アルトキハ、交戰國ノ領土領水内ニ於テ又公海上ニ於テ之ヲ切斷スルコトヲ得ト爲ス

(ロ) 「ホルランド」等ハ交戰國ノ領土領水内ニ於テノミ之ヲ切斷スルヲ得トシテ公海上ニ於テハ切斷權ヲ認メズ是氏カ「アングリ」權ノ法理ヲ借り來リテ海底電線切斷ノ法理ニ準用セントスルノ結果ナラン

(ハ) 「バール」ハ封鎖及戰時占領ヲ海底電線切斷ノ條件ト爲シ交戰國ハ封鎖ノ有效範圍内ニ於テ又ハ戰時占領(陸上)アル港津ニ於テノミ交戰國ト中立國トヲ連絡スル海底電線ヲ切斷スルヲ得ト爲ス「ルノ」氏ハ熱心ニ斯ル條件ニ反對セリ

要スルニ(一)中立國領海内ニ於テハ、絕對ノニ切斷スルヲ許サズ是中立領域ノ不可侵ナル一般原則ノ結果ナリ(二)交戰國ノ領海ニ限り切斷ヲ認メントスルハ「ホルランド」ニシテ(三)單ニ封鎖領域内又ハ戰時占領地ニ限り之ヲ認メルハ「デンベール」テリ反之(四)敵國領海及公海上ニ於テ切斷權ヲ廣ク認メントスルハ「ルノ」ハ「ベレルス」一派ナリ勿論戰爭上ノ必要アルヲ條件トスリストモベレルス一派ト説ヲ同クスルモノノ如シ(同氏國際法二三二頁)曰ク交戰國カ海底電線ヲ破壞損害スルハ縱令中立國ノ所有ニ係ル場合ト雖國際法違反ニ非ス勿論其切斷ハ戰域内、交戰國ノ領土領水及公海ニ於テスルコト及戰爭ノ目的上必要ナルコトノ二條件ハ必要ナリト米國ノ法律家「モールズ」ハ「ホルランド」ト同ク敵國領海内ニ於テノミ切斷權ヲ認ム

「フエンバール」ノ論ニ曰ク學者例之「ホルランド」或ハ「アングリ」權ノ法理ヲ海底電線切斷ノ場合ニ準用スト雖斯ル迂迴ナル議論多キ法理ヲ借り來リテ中立國ハ交戰國ト交通通商ノ自由ヲ有ストノ原則ヨリ立論スルノ明白ナルニ若カス中立國ト交戰國トノ交通ハ自由ナリ隨テ其交通機關モ妨害ヲ受クヘキニ非ス唯例外トシテ戰時占領及封鎖アリタルトキハ此限ニ非ス故ニ其場合ニ於テノミ交戰國ハ自己ノ權力範圍内ニ於テ海底電線ヲ切斷スルヲ得ト要スルニ交戰國ハ交戰國ト中立國トノ交通ヲ遮斷スル爲メ自己ノ權力ヲ樹立セル所ニ於テスルニ非サレハ切斷權ナシトスルモノナリ「ルノ」ハ前ニ述ヘタル如ク封鎖ノ有無ニ因リ切斷權ノ許否ヲ決セントスル「バール」ノ説ニ反對シ中立國ト交戰國トヲ連絡スル海底電線ハ敵國ノ領土領海内及公海上ニ於テ切斷スルノ權利アリト言ヒ「ベレルス」ハ一般ノ原則ヲ確定スルコト難キモ事情ニ從ヒ軍事上ノ必要アルトキハ海底電線ヲ破壞遮斷スルハ已ムヲ得サルナリト言ヘリ

予ハ學說トシテハ「ベレルス」ルノ「一派」ニ贊セントス。即戰爭ノ必要アルトキハ公海及交戰國領海内ニ於テ電線ヲ切斷スルヲ許ス可トスルナリ。戰時占領ハ其目的中立國ト交戰國ト交通ヲ遮斷スルモノニ非ス。況自國軍ノ占領セル地ノ電線ヲ切斷スルハ自國ニモ不利甚シ又封鎖ハ中立國ト交戰國トノ交通ヲ遮斷スル目的ヲ有スルモ封鎖艦隊ハ海底電線ヲ遮斷スルヲ得テ公海ニ於テ優勢ナル艦隊ハ此權ナシトスルハ不當ニシテ何等ノ證據ナキ獨斷ナリ共ニ戰爭ノ必要アリ共ニ實力アルニ非スヤ「バール」ノ說非ナリ「ホルランド」ハ交戰國領海内ニ切斷權ヲ限ルモ是亦何等ノ理由ナシ公海モ領海ト共ニ交戰國權ヲ行使シ得ル場所ナルニ非スヤ又中立國通商ノ通路ナル點ハ共ニ同一ナルニ非スヤ「アングリ」權ハ敵國領域内ニ在ル中立國財産ニ對スル徵收權ナリ故ニ氏ノ如ク「アングリ」權ノ法理ヲ準用セントセハ論理ノ結果敵國領域内限リ切斷權ヲ認ムルノ已ムヲ得サルニ至ラン然レトモ「アングリ」權ノ利用スルヲ得ヘシ之ヲ許スヘキ場合ハ亦切斷ヲ許スヘキ場合ト異ナラス

海底電線ノ切斷ハ或ハ說明シ得ンモ交戰國民ノ所有スル所ニ及ハス加之海底電線ノ切斷ハ軍事ノ必要ニ出ツ所有權ノ問題ト何等ノ關係ナキナリ

海底電線ハ之ヲ切斷スルノ外、交戰國ハ之ヲ差押ヘテ占有シ敵ノ使用ヲ禁スルヲ得ヘク又ハ自ラ之ヲ利用スルヲ得ヘシ之ヲ許スヘキ場合ハ亦切斷ヲ許スヘキ場合ト異ナラス

電線ノ切斷及差押權ハ其中立國又ハ中立國民(私設會社又ハ商人)ノ所有タルト敵國又ハ敵國臣民ノ所有タルトヲ問ザルナリ

切斷及差押ノ場合ニモ其所有者タル國家、會社、商人ニ對シテ賠償セサルハ多數學者ノ一致スル所ナリ是戰爭ノ必要上切斷又ハ差押ヲ爲スモノナレハナリ(米人「モールス」等ノ反對論アリ)

千九百二年ノ協會ノ決議ハ左ノ如シ

- (一) 中立國間ヲ連絡スル海底電線ハ不可侵トス
- (二) 兩交戰國間及一方ノ交戰國ノ二地點間ヲ連スルモノハ中立國領域及中立地域ノ以外ニ在ラハ場所ノ如何ヲ問ハス之ヲ切斷スルヲ得
- (三) 交戰國ト中立國トヲ連スルモノハ(イ)中立國領海及中立地域ニ在ラハ之ヲ切斷スルヲ得ス(ロ)公海ニ在ラハ有效ナル封鎖アリテ其有效範圍内ニ電線ヲ含ムトキハ之ヲ切斷スルヲ得(ハ)敵國ノ領土領海ニ在ラハ干潮ノ場所ヨリ三海裡内ニ在ラハ常ニ切斷スルヲ得

第二十六章 海上捕獲

第一節 總論

近世戰爭法發達ノ結果トシテ私有財産ハ陸戰ニ於テ尊重セラレ敵國軍隊ハ戰爭ニ必要ナラサル限りハ平穩ナル人民ノ私產ヲ掠奪スルヲ得サルコトナリ海牙條約モ之ヲ明文ニ表ハセリト雖海戰ニ在ラハ事之ト異ナリ數百年前即「コンブラート」タル「マレー」昔ヨリ今日ニ至ル迄巴里宣言ノ外、左シタル進歩ト稱スヘキモノナキハ吾人ノ頗遺憾トスル所ナリ海上ニ權力ヲ振フノ國ハ時ニ興亡變遷アリト雖其盛ナル時ニ當テヤ各自ラ交戰國トシテハ私利私慾ノ政策ニ驅ラレテ放恣橫暴ヲ逞フシ中立國ノ利益ヲ顧ミス文明人道ヲ無視シ海上捕獲ヲ恣ニ行ヘリ

交戰國ハ敵國ノ商業ヲ撲滅シ其國力ヲ萎靡セシメンカ爲メ海上ニ於テ敵國ノ商船ヲ拿獲沒收ス之ヲ海上捕獲ト謂フ交戰國ノ海上捕獲權ハ古代ヨリ認メラルル所ニシテ國際法上爭フヘカラサル確定原則

ノ最顯著ナルモノナリ然レトモ其細目ニ至テハ昔ヨリ議論ノ絶ヘタルコトナシ殊ニ中立國ノ利益ト交戰國ノ利益ノ相衝突スル場合ニ付テハ各國間論争益甚シ即或ハ軍隊ノ商船護送ニ關シテ或ハ中立船中ノ敵貨、敵船中ノ中立貨ニ關シテ又戰時禁制品、封鎖等ニ關シテ然リトモ此等ハ之ヲ中立法規ニ譲リ今ハ交戰國間ノ海上捕獲ヲ論セントス

昔時ハ姑指クモ千八百五十六年ノ巴里宣言以來ハ交戰國ハ唯(一)敵船、及(二)敵船中ノ敵貨ヲ捕獲スルヲ得テ其他ニ及フヲ得ス同宣言以前各國ノ採リシ主義ハ別ニ中立法規ニ於テ之ヲ論スヘシ

既ニ海上捕獲ノ存スル以上ハ交戰國ハ此權利ヲ行使セシカ爲メ其果シテ敵船ナルヤ中立船ニ非サルヤヲ確ルルノ手段ヲ講セサルヘカラス目的ヲ與フルモノハ又手段ヲ與フ手段トハ何ゾ臨檢、搜索、拿捕等是ナリ若國際法ニ實體法ト手續法トヲ分ツテ得ハ海上捕獲ノ實體法トシテ主體、目的物、客體、場所ヲ論シ手續法トシテ捕獲ノ手續形式ヲ述フルヲ得ンモ未國際法ハ斯ル程度ニ發達セサルヲ遺憾トス

交戰國ノ軍艦ハ海上ニ於テ敵船ニ出會フヤ之ヲ捕獲スルノ手續ヲ行フモ未其捕獲物ニ對スル所有權確定セラルルモノト云フヘカラス更ニ審檢ノ手續ヲ經ルヲ要スルナリ是又陸戰ト異ナル所ニシテ陸戰ニ在テハ戰利品カ交戰者ノ手ニ落ツルヤ其所有權ハ沒收國ニ移ルモ海戰中ニ於ル捕獲ハ之ト異ナリ審檢ヲ待テ捕獲國ノ權利確定スルナリ

捕獲手續ノ大要左ノ如シ詳細ハ後ニ論スヘシ

停航、臨檢、搜查、拿捕、引致、審檢、檢定

第二節 捕獲ノ主體客體、場所及期間

海上捕獲ノ何タルヤハ上ニ述フル所ノ如シ如何ナル船舶カ(主體)如何ナル船舶ヲ(客體ノ目的物)如何ナル場所ニ於テ如何ナル時期ニ於テ海上捕獲ヲ行ヒ得ルヤ是以下述ヘントスル所ナリ

第一 捕獲ノ主體

捕獲ノ主體ハ交戰國自身ナリ而シテ捕獲ヲ爲スノ機關ハ交戰國ノ軍艦ナリトス我捕獲規程第一條ハ之ヲ示シテ曰ク帝國軍艦ハ……拿捕スルコトヲ得ト巴里宣言ニ依リ各國ハ私裝捕拿船ノ廢止ヲ約シテヨリ締約國間ノ戰爭ニ於テハ私拿船ニ依ル捕獲ナキヲ法トス然レトモ同宣言ニ加入セサル國ノ間ノ(交戰國ノ一)方カ不加入國ナルトキ亦同シ戰争ニ於テハ向私拿船ヲ用フルコトアリ然レトモ是法律上權利ノ問題トシテ論スルノミ實際ニ於テ其稀有ナルヘキハ豫想スルニ難カラス義勇艦隊モ亦戰時ニ於テ交戰國艦隊ノ一部ヲ成シ隨テ敵船ヲ捕獲スルコトヲ得

第二 捕獲ノ客體

捕獲ノ客體ハ敵國、商船、及其船舶中ノ敵貨ト爲ス中立國船舶及其船中ノ貨物、所有者ノ國籍如何ヲ問ハスハ之ヲ捕獲スルヲ得ス敵船中ノ中立貨モ之ヲ捕獲スルヲ得サルコト巴里宣言ノ定ムル所ナリ敵國ノ軍艦ハ交戰國ハ之ヲ捕獲スルヲ得ルハ勿論ナレトモ是既ニ戰國ナリ故ニ所謂捕獲ニ非ス例之曰清戰役ニ於テ我軍艦カ鎮遠、濟遠等ヲ捕獲セシカ如シ敵國軍艦ヲ戰國ノ結果トシテ拿獲スルトキハ即時當然國家ニ歸屬スルモノニシテ審檢モナク捕獲金ノ分與モナシ中立國ノ軍艦ニ至テハ不可侵ナリ交戰國ノ軍艦ハ如何ナルコトアリトモ之ヲ捕獲スルヲ得ス中立軍艦ニ對シテ斯ル行爲ヲ爲スハ是既ニ戰國ヲ開始

スルモノニシテ當事國政府間ノ交渉問題トナルコトアルヘシト雖交戰國捕獲審判所ノ管轄スヘキ所ニ非サルナリ

捕獲ノ客體(目的物)タル敵船トハ左ノ數者ヲ指ス(我捕獲規程六條(尙敵性ニ關スル說明參照))

一 敵國ノ使用ニ供セラルル船舶、敵國政府ノ備入ル所トナリ其運送船トシテ軍人軍屬乃至兵器彈藥ヲ輸送スルモノハ勿論敵國ノ公文書ヲ輸送スルモノヲモ含ムト解スヘシ而シテ敵國政府ノ脅迫ニ依リ運送スル場合亦同シ(私人カ禁制品ヲ輸送スルトキハ船舶ハ放免セラル茲ニ云フハ政府ノ備入船ナリ)

二 敵國ノ旗章ヲ掲ケテ航行スル船舶 船舶所有者ノ國籍如何ヲ問ハス敵國ノ國旗ヲ掲ケタル敵國ノ船舶同様ニ取扱ハル國旗ハ船舶ノ所屬ヲ外部ニ示スモノニシテ敵國ノ許可ヲ得テ敵國國旗ヲ掲ケタルハ敵國ノ保護ヲ受クルモノナリ

三 敵國政府ノ特許ヲ受ケテ航海スル船舶 特許即通商免狀ノ何タルヤハ戰時合意ノ部ニ違フヘシ

四 敵國軍艦ノ護送ノ下ニ航海スル船舶 此種ノ船舶モ敵船トシテ扱ハル中立國船舶ナリト雖敵國軍艦ノ保護ヲ受ケテ航行スルトキハ中立性ヲ拋棄シ敵性ヲ取レルモノト看做アル中立國商船ニシテ敵艦ニ護送セラルル場合ノ外中立船ニシテ自國(中立國)軍艦ニ護送セラルル場合アリ軍艦ニシテ商船ヲ護送スルヲ「コンヴィイ」ト云フ被護送商船ニ對スル交戰國ノ臨檢權ニ關シラハ古來ヨリ爭論アリ別ニ中立法規中ニ論スヘシ參照セラルヘシ

五 敵國人ノ所有スル船舶 敵國人ノ所有スル船舶ハ之ヲ敵船ト看做スコト勿論ナリ船舶所有者ハ多數人數ヨリ成ルコトアリ船舶共有是ナリ其一人又ハ數人カ敵國人タルトキモ之ヲ敵船トシテ捕獲ス我捕

獲規程ニ一部若クハ全部敵ノ所有ニ係ル船舶トハ其義ナラン船舶書類ニ依レハ我國ノ臣民又ハ同盟國若クハ中立國ノ臣民ノ所有スル所ナルモ其實敵國臣民ノ所有スルモノナルトキハ之ヲ敵船ト看做スナリ船舶ノ國籍ハ通常所有者ノ國籍ト一致スルヲ例トシ又船舶ノ國籍ハ船舶書類ニ依リ之ヲ決定スルヲ常トスル(國際法協會ノ捕獲規程)モノナレトモ船舶所有者ハ必シモ一人ニ止ラズ

又船舶所有者ノ果シテ敵國人ナリヤ否ヤヲ判定スルニモ住所主義ト國籍主義トノ二者アリ加フルニ開戰前又ハ戰爭中ノ船舶讓渡ヲ認ムルヤ否ヤニ關シテモ主義分ルヲ以テ此等ノ理由ニ依リ船舶書類面ヨリスル船舶ノ所屬ト其所有權トハ一致セザルコトアリ我捕獲規程ハ斯ル場合ヲ豫想セルモノナラン

然ラハ敵國人トハ果シテ如何英米ハ住所主義ニ依リ歐洲大陸ハ國籍主義ニ依ル英米主義ニ依レハ中立國ニ住所ヲ有スル敵國人(國籍ヲ有スル人)ハ中立國人ト看做ス隨テ其所有物(例之船舶)ハ中立國人ノ所有物ト看做シ又中立國ノ國籍ヲ有スルモ敵國ニ住居ヲ占ムルモノハ敵國人ト看做ス爾反之大陸主義ニ依レハ其國籍如何ヲ見テ中立國人ナリヤ敵國人ナリヤヲ判定ス我國ノ捕獲規程ハ住所主義ヲ採レルモノナリ予ニ主義トシテハ國籍主義ヲ可トスルモノナリ

六 船舶ノ航海中我國臣民又ハ同盟國、中立國ノ臣民カ敵國臣民ヨリ讓受ケ未引渡ヲ終ラサル船舶航海中船舶ノ敵國臣民カ他國臣民ニ讓渡スハ詐欺ノ行ハレ易キヲ以テ國際法上禁セラルル所ナリ即陽ニ他國臣民ニ賣却シ陰ニ敵國臣民ノ所有スルコト往往アルヘキヲ以テナリ(民法ニ所謂虛偽ノ意思表示)

七 戰爭中又ハ開戰前開戰ヲ豫想シテ讓渡サレタル船舶 我國ノ臣民又ハ同盟國、中立國ノ人民ノ所

有スル(所有者ノ判定ハ住所主義ニ依ル)船舶ナリトモ開戦後又ハ開戦前ニ開戦ヲ豫想シテ敵國臣民ヨリ所有權ノ讓渡ヲ受ケタルトキハ之ヲ敵船ト爲ス然レトモ是其讓渡力虛僞ナルトキニ限ルヘク其所有權ノ移轉ニ關シ善意且完全ナル證明アルトキハ之ヲ有效トス移轉ノ完全トハ何ヲ指スカ是亦不明ナレトモ登記アリ引渡アリタルヲ謂フモノナランカ英米主義ニ依レハ戰爭中ノ讓渡ハ其真正ナル場合ニ限リ之ヲ有效ト認メ佛國主義ニ依レハ戰爭中ノ讓渡ハ凡テ之ヲ無効トス我國ハ英米主義ニ依レルモノナ

敵國貨物トハ如何貨物ノ敵性ヲ有スルモノ左ノ如シ(尙敵性ニ關スル說明參照)

- 一 敵國臣民ノ所有スル貨物 英米主義ハ敵國ニ住所ヲ有スルモノヲ敵國臣民ト爲シ大陸主義ニ依レハ敵國ノ國籍ヲ有スルモノヲ敵國臣民ト爲ス
- 二 所有者ノ如何ヲ問ハス貨物ノ生産地又ハ製造地カ敵國ノ土地ナルトキハ其貨物ハ敵貨トス
- 三 中立國臣民ノ所有ナルモ敵國ニ營業所ヲ有スルトキ其營業所ニ存在スル貨物ハ敵性ヲ有ス

左ニ掲タル載貨ハ右ニ述ヘタル原則ニ拘ラス總テ之ヲ敵貨トス(捕獲規程九條)

- (一) 開戦前開戦ヲ豫期シ又ハ開戦中帝國若クハ中立國ニ住所ヲ有スル者又ハ其委託ヲ受ケタル者ヨリ敵國、敵人又ハ其委託ヲ受ケタル者ニ對シ發送スル載貨
- (二) 開戦前開戦ヲ豫期シ又ハ開戦中敵國又ハ敵人ヨリ帝國又ハ中立國ニ住所ヲ有スル者ニ所有權ヲ

移轉セラレタル載貨ニシテ其所有權ノ移轉ニ關シ善意且完全ナル證明ナキモノ

載貨ニシテ之ヲ搭載スル船舶ノ航海中所有權ヲ移轉セラレ未現實ノ引渡ナキ場合ニ於テハ其所有權ノ移轉ハ善意且完全ナラサルモノト看做ス

貨物ノ敵性ノ判定ハ右ノ原則ニ依ル中立國又ハ中立地ニ在ル所ノ貨物ハ中立性ヲ感受セルモノナルコト中立領域不可侵ノ原則ニ照シテ明ナル所ナリ敵國臣民ノ所有貨物ナリトモ中立國ノ領土領海内ニ在ルトキハ交戰國ハ之ヲ捕獲スルヲ得シテ唯交戰國ノ領土領水及公海上ニ在ルトキノミ之ニ對シ捕獲權アリ公海ハ何國ニモ屬セサルヲ以テ公海上又ハ公海ニ於ル船舶中ノ貨物ハ其所有者(之ニ關シテ亦住所主義、國籍主義ノニアリ)又ハ產出地、製造地、營業所所在地等ニ依リ決スルノ外ナシ巴里宣言ニ依レハ中立船中ノ敵貨ハ之ヲ捕獲セスト爲ス其果シテ敵貨ナルヤハ上ノ標準ニ依リ之ヲ決スルモノト

敵船ハ之ヲ捕獲スルヲ原則トスト雖國際慣行上捕獲ヲ免除スル敵船アリ左ノ如シ(我捕獲規程三條)

- 一 沿海漁業船
 - 二 學術探險船、發見又ハ探究船、傳道船
 - 三 病院船、病傷者運送船(海牙條約)
 - 四 燈臺用船
 - 五 水先案内船
 - 六 俘虜交換船
 - 七 郵便船(條約アルトキノミ捕獲ヲ免ル)
- 此等ノ船舶ハ事實戰爭ニ干與セザル以上ハ不可侵トス
- 八 開戦前ヨリ入港シ退去期間ニ出航スル船舶
 - 九 開戦ノ際敵國ノ港ニ向フ船舶ニシテ開戦ヲ知ラスシテ船積又ハ發航ヲ爲シタルモノ

敵貨、ニシテ捕獲ヲ免ルヘキモノ如シ

一 中立船中ノ敵國貨物

二 繪畫等ノ美術品(之ニ關シテハ疑問アリ)

郵便船ハ特別條約アルトキノミ、之ヲ捕獲ヲ免除ス例之千八百三十三年千八百五十六年英佛國ノ條約ノ如シ

捕獲ヲ免除セラルル船舶貨物ニ關シテハ以下少シク詳論スヘシ

一 沿海漁業船 漁業ハ一部國民ノ常業ニシテ沿岸無數ノ住民ハ之ニ依テ日常ノ生活ヲ支持スルヲ以テ戰爭中ト雖交戰國ハ敵國ノ小漁船ハ之ヲ捕獲セサルヲ(其漁船中ノ獲物、漁具等亦同シ)近時ノ慣例トス此慣例ハ佛國ノ首唱スル所ニ係リ中世ニ於テ英佛交戰中英吉利海峽ノ漁船ヲ捕獲セザリシニ始リ千五百四十三年千五百八十四年ノ佛國勅令ニハ相互條件ヲ以テ佛國提督ハ敵國漁船ヲ捕獲セザルヘキヲ命セリ然ルニ千六百八十一年、千六百九十二年ノ佛國勅令ニハ之ヲ捕獲スヘキヲ命シ米國獨立戰爭以前迄ハ英佛共ニ之ヲ捕獲セシカ米國獨立戰爭中革命戰爭ノ初ニハ英佛共ニ之ヲ捕獲ヲ免除セリ然レトモ千八百年ニ於テ英政府ハ公言シテ曰ク漁船免除ハ人道ヨリスル交戰國ノ讓歩ニ過キスシテ法律上ノ義務ニ非ス交戰國ハ必要ノ際何時ニテモ之ヲ取消スヲ得ヘシト米國ハ「メキシコ」戰爭中又佛國ハ「クリミア」戰爭及普佛戰爭中皆漁業船ヲ捕獲セザリキ然レトモ漁船ノ免除ハ勿論沿海ニ於ル小漁船ニ限リ遠洋大漁船ニ及ハサルハ當然ナリトス

漁業船ニシテ平穩無害ナルトキハ之ヲ捕獲セサルヲ至當トスト雖交戰國ニ不利有害ナルトキハ捕獲セラルルコトアルヘシ安堵シテ漁業ニ從事スル漁船ヲ免除スルハ當然ナレトモ其海軍ノ用ニ供セラルル

ノ虞アルトキハ自ラ其特權ヲ拋棄セルモノト看做ササルヘカラス漁船ニシテ艦隊ノ一部ヲ構成シ(例之「ブレスト」ニ於ル佛國艦隊ノ艦裝)又ハ水夫ニシテ軍人軍屬トナラントスル虞アルトキハ捕獲セララルコトアルヘシ然レトモ近時ノ海軍ニ於テハ小漁業船カ艦隊ノ艦裝ニ與カル如キハ稀ナルヘシ(單ニ一時海軍用ヲ爲スコトハアランモ)「ホール」ハ漁船免除ハ米國際法ノ原則ト云フヲ得ヘト言ヒ「ヘフタル」「カルヴェー」ハ之ヲ以テ確定セル原則ナリト云ヘリ

二 不可抗力ニ因リ交戰國ノ港内ニ入ルノ敵船 敵船ニシテ難破、暴風ニ遇ヒ又ハ食料ノ缺乏ニ依リ已ムヲ得スシテ(不可抗力)自國內ニ入り來ルモノハ之ヲ放免スヘキヤ千七百四十六年一英艦ハ破損ノ爲メ「バ、ナ」港(敦港)ニ入り降りシトキ米國ハ其修繕シテ立去ルヲ許セリ又千七百九十九年普國ノ船「船デアナ」號ハ佛國ノ「ドウシキル」ニ海難ヲ逃レシカ佛國ハ之ヲ捕獲セザリキ其後數年ヲ經テ一英艦ハ「ロアール」河口ニ於テ難破セントセシカ敵ヨリ救ハレタルコトアリ然レトモ千八百年ノ佛國勅令ハ「デアナ」號ノ先例ヲ繼セリ要スルニ敵ノ災難ヲ憐レシテ依テ自ラ利スルハ文明ノ戰爭ニ非ストモ「バ、ナ」號ノ元來敵ノ損害ニ依テ自ラ利スルモノナレハ本問ノ如キ場合ニハ諸國ニ寬仁大度ヲ裝フカ爲メ一ニ異例ヲ示セリト雖原則トシテハ斯ル法律上ノ義務ナシト謂フヘキノミ況ヤ軍艦ノ不可抗力ニ因ル難難ヲ救フカ如キハ宋襄ノ仁ノミ

三 探險又ハ發見ニ從事スル船舶 公私有テ問ハス學術上ノ探險又ハ土地ノ發見ニ從事スル船舶ハ自身戰爭ニ干與セサル以上ハ捕獲セサルヲ例之北極探險又ハ「オーストラリア」探險等ニ從事スル船舶ノ如キ是ナリ「キャプテン」「クック」船及澳艦「ノヴァ」カ交戰國ヨリ捕獲ヲ免除セラレタルカ如キハ此例ナリ

四 俘虜交換船 是亦敵ノ捕獲ヲ免ルルコト明ナリ多クハ俘虜委員ヨリ通航券ヲ得テ航行スルモノナルモ其之ヲキトキト雖善意ナルトキハ捕獲ヲ免ル縱令現在船中ニ俘虜ヲ乗セサルモ俘虜ヲ載センカ爲ノ他ノ地ニ赴キ又ハ俘虜ヲ運ヒ終リテ歸ル途中ニ於ル亦然リ勿論此等ノ船舶ニハ貨物及書類ヲ載スヘカラサルモノトス

五 繪畫等ノ美術品 千八百十二年「ハリファクス」ナル英國捕獲審檢所副海事裁判所「ハ」フヒラデルフ「ア」美術館所屬ノ繪畫等ヲ放免セルコトアリ其理由ハ美術品ハ一般人類ノ所有物ナレハ之ヲ捕獲ヲ免スヘシト云フニアリキ勿論此先例ハ議論ノ存スル所ニシテ果シテ今日ノ確定原則ナリヤ否ヤ斷言シ難シト雖將來各國ノ審檢所之ニ倣フノ時ナキヲ保スヘカラス

病院用品(ホスピタル、ストアース)モ亦捕獲ヲ免スヘシト謂フ者アレトモ例之「ローレンス」陸戰ニ於テ野戰病院ノ付具スラ捕獲者(陸軍)ノ手ニ歸スルヲ例トスル故海戰ニ於テハ其益然ルヲ見シ「ローレンス」(三八七頁)

第三 捕獲ノ場所

捕獲權ハ交戰權ノ一ニ屬シ捕獲ハ戰爭行為ナレハ戰争ヲ行ヒ得ル範域(戰域ノ部參照)ニ非サレハ捕獲ヲ行フコト能ハス即交戰國ノ領海及公海上ニ於テノミ臨檢、搜查、拿捕ヲ行フヲ得中立國ノ領海内ニ於テ之ヲ行フトキハ中立地域ノ侵害ニシテ其捕獲ハ無效ナルヘク其捕獲物力中立國領海内ニ來ルトキハ其國ノ審檢所ハ之ヲ審檢シテ原所有者ニ還付ス捕獲國ハ捕獲物ヲ中立國ニ引致スヘク中立侵害ニ對シテハ賠償セサルヘカラス

捕獲物ハ之ヲ交戰國ノ本國又ハ同盟國ノ港ニ引致スヘク中立國ノ港ニ引致スルヲ得ス(原則トシテ)況

中立國內ニ於テ審檢又ハ賣却スルオヤ中立國ハ自國內ニ交戰國審檢所ヲ設立スルヲ許スハ是中立國義務違反ニシテ不法ナリ故ニ交戰國ハ中立國ノ同意アルモ審檢所ヲ中立國內ニ設クルヲ得ス中立國內ニ駐在スル交戰國領事力捕獲ノ審檢ヲ爲スモ是違法ニシテ無效トス

審檢後捕獲品ノ賣却ハ之ヲ中立國內ニ於テスルモ適法ナリトスル論者アリ「グフケン」等(戰爭以外ニ置カレタル交戰國領域内所屬中立地域内ニ於テモ捕獲ヲ爲スヲ禁ス)

第四 捕獲ノ期間

捕獲權ハ戰爭行為ナレハ開戰ノ時期ヨリ講和其他ニ因ル戰爭終了ノ期日迄ヲ有效捕獲ノ期間トス休戰中モ亦戰爭行為ヲ中止スルモノナレハ捕獲ヲ禁セラル然レトモ休戰ヲ陸戰ノミニ限ルトキハ海上捕獲ヲ爲シ得ルヤ當然ナリ

退去期間ノ許與 昔時ノ戰爭ニ於テハ開戰ヲ豫想シテ自國領海内ニ在ル將來敵艦タルヘキ國民ノ所有船舶ヲ差押ヘタルハ勿論開戰後直ニ自國領海内ノ敵國船舶ヲ沒收セリト雖近時ノ戰爭ニ在テハ人道、公平、便利ニ鑑ミ商業ノ世界的性質ヲ察シ開戰豫想ノ停泊ヲ爲ササルノミナラス開戰後モ一定ノ退去期間ヲ自國領海内ノ敵船ニ與フルヲ例トス條約ナキ場合ト雖亦然リ故ニ現今ニ在テハ之ヲ國際法上ノ一原則ト云フテ可ナラン日露戰爭ニ當リ我國ハ露國商船ニ對シ同様ノ恩典ヲ與ヘタリ

開戰ヲ知ラシメテ交戰國ノ港ニ入り來ルノ敵船ハ如何船舶力戰爭前ニ貨物ヲ積ミテ敵國又ハ中立國ノ港ヲ出發シ開戰ヲ知ラスシテ交戰國ノ港ニ入ルモノハ又之ニ對シ一定ノ期間捕獲ヲ免除スルヲ例トス勿論交戰國自國ノ港ニ向フモノニ限リ他ノ港(中立國又ハ敵國ノ港)ニ向フモノニ及ハス

第三節 捕獲手續

既ニ海上捕獲アレハ茲ニ臨檢搜查ノ手續アリ又權利アリ捕獲ノ手續ハ唯リ臨檢搜查ノミニ止ラサルコト前ニ述フル所ノ如シト雖通常略シテ臨檢搜查權ト謂ヒ又ハ單ニ搜查權ト謂フ「ローレンス」ノ曰フ如ク搜查ナキノ臨檢ナク臨檢ナキノ搜查ナシ又拿捕ナキノ臨檢搜查モナシ始アレハ終ナカルヘカラス要ハ臨檢、搜查、拿捕、引致、審檢等ヲ總稱シテ捕獲手續ト謂ヒ又單ニ捕獲ト謂フ然レトモ捕獲ナル文字ハ茲ニ所謂拿捕ノ義ニ用フルコトアリ臨檢搜查以上ノ手續ヲ總稱スルコトアリ人ニ依リ場合ニ依リ用語一ナラス

捕獲手續ニ關シテハ國際法上大體ノ原則アレトモ其詳細ナル規程ニ至テハ未各國一般ニ採用セラルル條約ナシ各國其國內法ヲ以テ(捕獲規程ハ多クノ國各之ヲ定メタリ)定ムルノミ國際法協會ハ千八百八十二年捕獲規程ノ模範タルヘキモノヲ議決シテ各國政府ニ採用ヲ求メタルモ未一般ニ承認セラレサル規定アリ又一見首肯シ難キ規定ナキニ非ス

第一 停航

交戰國軍艦ニシテ海上ニ於テ敵國商船ヲ認メ之ヲ捕獲セントスルトキハ其果シテ敵船ナルヤヲ確メン爲メ臨檢搜查ヲ爲ササルヘカラス之カ爲メ艦長ハ先敵國船舶ニ對シテ進行ノ中止ヲ命ス之ヲ(停航)ト云フ其方法ハ自艦先其國旗ヲ掲示シ空砲ヲ發シテ敵船ニ停止ヲ求ムルモノニシテ其發砲ヲ「グロッド」、スモンズ」又「クロー、ダッシュ・ランズ」ト云フ我捕獲規程ニ依リハ信號旗及汽笛ニ依リ進航中止ヲ命シ天候ノ都合ニ依リ信號旗其用ヲ成ササルトキ又ハ敵船カ其信號ニ應セサルトキハ空砲ニ發ヲ發射スヘ

シ其高應セサルトキハ舷頭ニ向ヒ船ヲ外ツシテ實彈ヲ發スヘシ(五四條)敵船ニシテ停航ノ命ニ應セザルトキハ追窮スヘタ抵抗セハ捕獲セラル軍艦ヨリ捕獲セラレントスル敵船ハ之ニ抵抗スルハ自由ナリ其抵抗ニシテ果シテ功ヲ奏セハ則可ナリト雖若敵艦ノ強力ニ屈スルノ已ムヲ得サルニ至ルトキハ當然沒收セラルルモノトス敵艦ハ抵抗スルモ亦抵抗セシテ審檢ニ服スルモ等ク沒收セラルヘキモノナレハ抵抗シテ功ヲ奏セハ自己ノ利トナル敵艦ニハ抵抗ノ自由ヲ認メサルヘカラス

停止ノ命ヲ受ケタル商船ハ進行ヲ停止シテ自己ノ國旗ヲ示ササルヘカラス其如何ナル距離ニ於テ停止スヘキカハ交戰國軍艦ノ命スル所ニ依リ而シテ其距離ハ或ハ大砲ノ著彈距離トスルアリ又ハ其距離以內ニ停止スヘシトスルアリ(例之千八百六十九年關稅同盟對「メキシコ」條約、千八百七十五年獨逸對「コスタリカ」條約)ト雖此等ハ皆一片ノ杓子定規ニ過キシテ天候ト海波トノ有様ニ依リ固ヨリ一定スルコト難シ今日ニ於テハ私拿船ノ臨檢ナク又海賊ノ出沒モ少キヲ以テ斯ル距離ヲ議論スルノ至愚ナルコトハ學說ノ一致スル所ナリ我捕獲規程カ此點ニ關シテ何等ノ定ナキハ妥當ヲ得タルモノトス千八百七十年ノ米國ト白蠟トノ條約ニハ臨檢艦ハ風波、海水、嫌疑等種種ノ事情ヲ斟酌シテ安心ニ臨檢ヲ爲シ得ル最大距離ニ停止スヘシトアリ千八百七十一年ノ米伊間條約ニハ臨時便宜ナル距離ニ停マルヘシトアリ蓋可ナリ

第二 臨檢及搜查

停航ヲ命セラレタル船舶ニシテ其自ラ免レサルヲ知リ自國國旗ヲ示シタル後直ニ之ヲ卷テ降伏ノ意ヲ表シタルトキハ捕獲艦長ハ其以上臨檢搜查ヲ要セスシテ直ニ之ヲ審檢所ニ引致スト雖一般ノ場合ニハ一應ノ臨檢ヲ要ス即應檢員トシテ一人ノ士官ニ二三名ノ水兵ヲ從ハシメ端艇ニ乗シテ敵船ニ向ハシメ

其船長ニ船舶書類ノ點檢ヲ求ム船長ハ之ニ應シテ船舶書類ヲ開示セサルヘカラス船舶書類ニシテ能ク正整ヲ得敵船タルノ嫌疑ナキトキハ放免スルモ其果シテ疑アルトキハ船内ヲ搜索シ疑ナキトキハ直ニ放免スヘシ然レトモ尙其疑アルトキハ之ヲ拿捕スヘシ

敵船ナルコト明白ナルトキハ直ニ之ヲ拿捕スルコトヲ得

第三 拿捕及引致

艦長若拿捕ヲ決スルトキハ商船艦長ニ其旨ヲ告ケ士官及水兵ヲ派シテ之ヲ占有事故在テ乗組員ヲ分遣スルコト能ハサルトキハ該船舶ノ船長ヲシテ宣誓ノ上自ラ審檢所ニ航行セシム

拿捕ノ上ハ其船舶ノ船口、火藥室等ヲ閉鎖シ封印シ貨物ノ目錄ヲ作り在船舶中ノ一切ノ書類ハ之ヲ封緘シ捕獲艦長ノ印章ヲ押捺シ尙捕獲ノ理由、事情、情況、船舶載貨ノ狀態等ヲ記載セル始末書ヲ添付スヘシ船舶、貨物、書類等ハ滅失、毀損、紛失、隱匿ナキ様十分ノ注意ヲ施スヘシ

捕獲セラレタル船中ノ船員ハ捕虜トナル(反之中、立船カ拿捕セラレタルトキハ其乗組員ハ捕虜ト爲ラサルコト中立法規ニ於テ之ヲ述フヘシ)乗組員ハ船舶ト共ニ之ヲ審檢所ニ引致シテ訊問ニ資ス

捕獲艦長ハ一士官ニ若干ノ水兵ヲ附シ之ヲ捕獲員ト爲シ被捕船中ニ乗込マシメ之ヲ自國ノ審檢所アル港又ハ同盟國ノ港ニ引致セシム非常例外ノ場合ノ外中立港ニ引致スルヲ得ス中立國ハ交戰國ノ捕獲船ノ引致入港ヲ拒ムヲ近時ノ通例トス中立國ニ於テ審檢ヲ許スハ中立違反ニシテ斷シテ非ナリ不法ナリ

第四 破壊

拿捕船ハ之ヲ審檢所ニ引致シテ其審檢ニ付セサルヘカラスト雖緊急已ムヲ得サル場合ニハ其破壊沈没ヲ許ササルヘカラス緊急ノ場合トハ左ニ掲グル如シ即

一 船舶ノ破損アリ且風波高クシテ永ク海上ニ浮フ能ハサルトキ

二 船舶ノ進行遲緩ニシテ到底軍艦ニ隨從スル能ハス敵ノ爲ニ再捕獲(回復)セララル虞アルトキ

三 敵艦ノ優勢ナル襲來ニ遇ヒ捕獲船ヲ取返サル(再捕獲)虞アルトキ

四 捕獲艦ヨリ拿捕船ニ十分ノ水兵ヲ分遣シ能ハサルトキ

五 審檢所ノ所在港ニ非常ニ遠隔ニシテ到底之ニ引致スルコト難キトキ

勿論捕獲艦長ハ破壊沈没又ハ燒燬セントスル前其船中ノ人員ヲ我艦内ニ移シ在船舶ノ書類ヲ始末シ保存シ後日審檢所ニ提出スヘク又載貨モ可成之ヲ他ニ積換ヘ保管スヘシ人ト船ト共ニ擊沈スルカ如キハ殘酷野蠻ノ行爲ニシテ斷シテ非ナリ

凡破壊ハ萬已ムヲ得サル場合ニ限リ之ヲ許スヘキコト前述ノ如シト雖昔時ニ在テハ今日ト反對ニシテ原則ト例外トヲ轉倒セリ千八百十二年ヨリ千八百十四年ニ至ル米國獨立戰爭ノ際米國ハ自國ノ軍艦ニ訓令シテ曰ク敵國(英國)商船ニ遇ハハ總テ之ヲ破壊スヘク唯例外トシテ其價格ノ大ナルモノ及引致港ノ便宜ナルモノニ限リ引致スヘシ敵國ノ商業ヲ破滅セシムルハ我國軍艦ノ宜シク努ムヘキ所ナレハ汝等屬精シテ敵國商船ヲ破壊スヘシ之ヲ引致スルカ如キハ無用ナルノミナラス我軍艦ノ力ヲ減殺スル上ヨリ却テ有害ナリト斯クシテ七十四隻ノ英船ハ破壊セラレ又米國南北戰爭ノ際南部ノ聯邦ハ其港カ總テ北部ノ爲ニ封鎖セラレタルヲ口實トシテ北部ノ商船ニシテ拿捕セルモノヲ破壊セリ今日ノ戰爭法ヨリ觀レハ斯ノ如キハ明ニ不法ノ行爲ナリ然ルニ近日露艦カ我國ノ近海ニ於テ我國ノ武裝ナキ船舶ニ對シ一モ二モナク砲撃ヲ加ヘ之ヲ擊沈セルハ國際法上非常ノ不法行爲ナリトス

第五 引渡

捕獲船ハ之ヲ審檢所所在港ニ引致セルノ後遲滞ナク審檢所官吏又ハ稅關長ニ引渡シ其保管ニ委スヘシ
(英國捕獲規程)

凡捕獲物ヲ審檢港ニ引致スルハ捕獲手續中ノ一行爲ナレハ捕獲者自身ノ責任ニシテ被補船船長ノ責任
ニ非ス且捕獲艦ハ自ラ之ヲ引致セスシテ自國ノ他艦ニ引致ヲ委任スルモ又士官水兵ヲ乘組マシメ之ヲ
シテ引致セシムルモ隨意ナリ引致ノ途中暴風海難ニ遇ヒ又ハ敵艦ノ襲撃ニ逢フトキハ之ヲ破壞スルヲ
得ヘク又自ラ之ヲ要スルトキハ之ヲ破壞シ若クハ之ヲ使用スルヲ得ヘシ將又便宜隨意ニ之ヲ放棄スル
モ妨ナシ此場合ニハ其船舶ハ舊所有者ニ復歸ス

第六 審檢

荷敵國民ノ財産ナルコト分明ニシテ爭フヘカラサルトキハ捕獲者ハ國家ノ機關トシテ之ヲ賣却スルモ
破壞スルモ放棄スルモ其自由ナリト雖往中立國ノ利益ノ混雜スルアルヲ以テ現時ノ戰爭ニ於テハ非
常例外ノ場合ヲ除クノ外原則トシテ總テ捕獲物ハ之ヲ自國ノ審檢所ニ引致シ其全部又ハ一部カ果シテ
敵産ナリヤ又敵性ヲ有スルヤヲ決セントスルモノナリ
海上捕獲ハ陸上ノ戰利品ト異ナリ捕獲審檢所ノ審檢ヲ待テ捕獲者又ハ捕獲國ノ權利確定ス審檢ハ實ニ
捕獲物ノ運命ヲ決スル所ニシテ審檢以前ノ捕獲者ノ權利ハ一種條件附ノ權利ト稱スヘキカ千七百五
十八年ノ英國審檢所ノ定メタル原則ニ曰ク「審檢檢定迄ハ捕獲物ノ所有權ハ變セス」ト然ルニ英國ノ學
者或ハ例之「ホール」敵産ハ捕獲ト共ニ所有權ハ捕獲者ニ移轉シ中立國ノ財産ハ審檢アル迄所有權ハ
舊所有者ニアリト論スレトモ大ニ疑ナキ能ハス中立國ノ人ノ財産ト敵國ノ財産ト區別スヘキモノナ
リヤノ論ハ姑措クモ捕獲者ハ自ラ所有權ヲ得ルコトナク捕獲國ノ機關トシテ國家カ捕獲物ニ對シ權利

ヲ取得スルノミ

第七 捕獲審檢所

捕獲物カ果シテ敵國ノ人ノ財産ナリヤ又捕獲カ正當ノ形式ヲ以テ正當ノ場所、正當ノ期間内ニ行ハレタ
ルヤヲ檢案セシメ爲メ交戰國ハ裁判所ヲ設クルヲ例トス特ニ中立國ノ利益カ海上ニ於テ交戰國ノ行使ト
相接觸スルニ至テハ中立國ハ交戰國ノ暴力ニ屈從スヘキニ非ナルヲ以テ之カ爭ヲ決セン爲メ法律手續
ヲ要シ裁判所ノ設置ヲ要ス於是乎捕獲審檢所ノ設置アリ
捕獲審檢所ハ國內法上ノ裁判所ナリ國際裁判所ニ非ス審檢所ヲ國際的ト爲サントハ近時學者ノ唱道ス
ル所ナリト雖未遽ニ行ハルヘクモ非ス既ニ國內裁判所ナレハ交戰國ハ自國內ニ之ヲ設置シ自國ノ裁判
官ニ依リ裁判セサルヘカラス然レトモ占領地又ハ同盟國ニ之ヲ設置スル亦可ナリ同盟國ニ之ヲ設クル
トキハ其國ノ認可ヲ要シ而シテ此場合ニモ同盟國ノ審檢官ヲ利用シテ審檢セシムルヲ得ス何トナレハ
國家ハ審檢、檢定ニ對シテ責任ヲ負フヘク而モ他國官吏ノ行爲ニ對シテハ責任ヲ取ルヲ難シスレハナ
リ同盟國ニ自國ノ裁判官ヲ派シ自國ノ審檢所ヲ設クルハ可ナリ軍艦上ニ審檢所ヲ設クルヲ得ト主張ス
ルノ議論アラシキ到底之ヲ一般ノ準則ト爲スコト難カルヘシ中立國ニ於テハ審檢所ヲ設クルヲ得サル
ハ勿論ニシテ交戰國カ斯ル行爲ヲ爲サレハ中立ノ侵害ニシテ中立國之ヲ許サハ中立義務ノ違反ナリ審檢
ハ主權ノ行爲ナレハナリ千七百九十三年佛共和國ノ公使「セチー」ナルモノ米國ニ來テ米國内ニ佛國領
事ニ依リ審檢所ヲ起サントセシカ米國ハ之ヲ拒絕シ「セチー」公使ヲ召還ヲ佛國ニ請求セリ
捕獲審檢ハ一種特別ナレハ普通ノ民事刑ノ裁判ヲ行フ裁判所ノ裁判官ヲ其儘利用スルハ不可ナリ故ニ
米國ノ如キハ普通ノ裁判所ヲ審檢所トシテ使用スレトモ多クノ國ニ於テハ海事裁判所ヲ使用スルアリ

(例之英)又別ニ審檢所ヲ設クル在リ(例之獨)又臨時ノモノアリ常置ノモノアリテ一ナラス要之裁判所ハ被捕獲者殊ニ中立國人ニ對シテ適當ノ保障ヲ與フヘク裁判官ハ捕獲事件ニ通曉スヘキニ在リ捕獲審檢所ハ他ノ裁判所ト獨立スルヲ以テ其檢定(判決)ハ通常裁判所ヨリ變更又ハ取消サルコトナシ

捕獲審檢所ハ各國概チ二審ヨリ成ルヲ例トス英國ハ海事裁判所又ハ副海事裁判所ヲ第一審トシテ樞密院ノ法律部ヲ第二審トス佛國ハ第一審ニ捕獲審檢所アリ而シテ參事院ヲ以テ第二審ニ充ツ米ハ地方裁判所ヲ以テ第一審ニ充テ高等法院ヲ以テ第二審ニ利用ス普國ハ千八百六十四年六月二十日ノ勅令ヲ以テ捕獲審檢所(第一審)高等捕獲審檢所(第二審)ノ設置アリ

我國ノ捕獲審檢所ハ明治二十七年八月勅令第一四九號及昨年三月二日ノ改正ニ依ル捕獲審檢所ノ構成ハ大略次ノ如シ捕獲物ヲ審檢スル裁判所ハ捕獲審檢所ト云ヒ之ヲ第一審トナシ第二審則上訴審ヲ高等捕獲審檢所トナス捕獲審檢ハ通常上訴ヲ許ス(二審)ヲ各國ノ法トス捕獲審檢所ニハ長官(一人)及評定官(八人)アリ長官ハ勅任判事之ニ補セラレ評定官ハ海軍將校、判事、主理、海軍省參事官、法制局參事官、外務省高等官之ニ補セラル高等捕獲審檢所ニモ長官(一人)及評定官(八人)ヲ置キ樞密顧問官ノ一人長官ニ補セラレ評定官ハ樞密顧問官、海軍將官、大審院判事、法制局長官、外務省政務局長ヲ以テ之ニ補ス

審檢所ニハ普通ト高等トヲ問ハス右ノ人員ノ外檢察官(通常裁判所ノ檢事ニ當ル)ヲ置キ高等行政官ヲ以テ之ヲ補シ又此外ニ書記ヲ置ク
長官ハ各其審檢所ノ事務ヲ總轄シ自ラ審檢ヲ指揮ス其故障アルトキハ評定官ハ首席ヲ命スルヲ得檢察

官以上ノ官吏ハ内閣總理大臣ノ上奏ニ依リ之ヲ補ス
各捕獲審檢所ノ審檢ハ首席及評定官ヲ併セテ五人以上ノ列席會議ヲ要ス内二人ハ判事ヨリ補セラレタル者タルヘシ

捕獲審檢所ノ開閉ハ臨時勅令ヲ以テ之ヲ定ム

審檢所ハ國內裁判所ニシテ審檢官ハ國內官吏ナレトモ其適用スル法律ハ國際法ニシテ審檢所ハ自國ノ觀察セル國際法ニ依據スルモノナリ縱令國內法ヲ以テ審檢所ノ據ルヘキ特別法規ヲ定ムルモ是其國力國際法ニ對スル解釋ノミ「ストークス」曰ク我英國ノ審檢所ハ縱令英土ノ下ニ在ルモ國際法ノ裁判所ナリ我國民ヨリモ寧他國民ノ爲ニ存ス審檢所ハ國際法ヲ適用スヘキノミト言奇矯ナリト雖學者ノ好シテ引用スル所タリ米國學者ハ國際法ヲ以テ國內法ノ一部ト看倣セリ英ト云ハス大陸ト云ハス捕獲審檢所ハ國際法ヲ適用スルモノナルコトハ學說ノ一致スル所ナリ多クノ先例(審檢檢定ノ)ハ國際法原理ニ關シテ一致ノ步調ヲ採ルト雖裁判官モ亦人ナリ自國ノ利益ヲ先ニスル爲メ又時ニ國民ノ熱情ニ捲カレテ彼ノ「スプリングボック」號事件ノ如キ偏見ニ陷リ失態ヲ演スルコトナキニモ非ス否英米間

ニ在テハ古來捕獲審檢ノ問題ニ關シテ頗紛爭ヲ惹起セルハ識者ノ遺憾トスル所ナリ

審檢所ノ審判檢定ハ其權限ニ在ル限リ其前ニ提出セラレタル事件ニ關シテハ自國民、敵國民及中立國民ノ船舶、貨物其他ニ關スル權利義務ヲ決定ス當事者ハ終審(第二審)ヲ盡シタル以上ハ最早審檢ニ依リ權利ヲ爭フノ途ナク唯自國政府ニ請願シテ外交手續ニ依リ其權利ヲ爭フ外ナシ國家ハ自國審檢所ノ檢定ニ對シテ責任ヲ負フ不法ノ檢定ヲ爲シタルトキハ他國ニ對シテ賠償スヘク被害他國人ハ其政府ヲ通シテ加害國ニ賠償ヲ求ムヘク簡人ニ對スル賠償ノ一事例アリ千七百九十四年英米間ノ條約ニ依

リ兩國ハ混合委員會ヲ開キテ兩國間ニ問題タリシ審檢事件ヲ覆審シ英國ハ米國ニ對シテ不法審檢ニ關スル損害賠償ヲ支拂ヒタリ

審檢所ノ事務的管轄 審檢所ハ捕獲ノ目的物ノ性質、捕獲ノ形式、手續、場所、期間ノ當否、再捕獲、償贖、運賃、損害、費用等ヲ管轄ス

第八 審檢手續

審檢手續ニ付テハ中立法規ニ於テ詳述スヘシ敵人ハ法律上裁判權ナキモノト看做サルルヲ以テ審檢ノ手續ハ簡單ナリ敵人ノ財産ナルコト船舶書類始末書等ニ依リ明白ナルトキハ單純ニ沒收セラル中立國人ノ財産ノ關係スルニ至テハ手續ハ複雑ナル疑ハシキ場合ハ其複雜ナル手續ヲ履ムモノナレハ玆ニ重複ヲ嫌ヒテ詳論ヲ避ク

第九 捕獲物ノ賣却及分配、捕獲金

捕獲艦ハ國家ノ機關トシテ捕獲ヲ行フモノニシテ捕獲物ハ審檢アリテ沒收ノ決定ヲ與フルモ其所有權ハ國家ニ屬シテ商人ニ屬セス然レトモ從來ノ慣例ニ依レハ元首ハ國內法ヲ以テ捕獲ノ利益ヲ捕獲干與者ニ分與スルヲ常トス凡審檢以後ノコトハ國內法ノ問題トナル元首ハ好意恩惠ヨリ國內規定ヲ以テ公平便宜ニ依リ捕獲者ニ利益ヲ分ツモノナルカ慣例ニ依レハ審檢ノ結果捕獲物沒收ノ檢定ヲ與ヘタルトキ之ヲ公賣ニ付シ其賣上代金ヲ以テ捕獲艦長以下捕獲ニ盡力セル人々ニ配分ス捕獲金ノ分與是ナリ千八百九十八年西米戰爭ノ際米國ハ條例ヲ發シテ斷然捕獲物利益ノ分與ヲ廢止セルハ近代ノ一美舉ナリ我國ノ捕獲審檢令ニ依ルモ捕獲物ハ之ヲ國家ノ取得トス

第十 償贖

敵船ニシテ捕獲セラルルヤ其艦長ハ捕獲者ト契約ヲ結ビ捕獲者カ捕獲物ヲ放免スル代價トシテ一定ノ捕獲免除料ヲ支拂ヒ又ハ後日支拂ヲ約スル之ヲ償贖ト謂ヒ其契約證書ヲ償贖證書ト謂フ被捕船舶艦長之ヲ作成シテ捕獲者ニ交付シ捕獲者ハ之カ贖本ヲ作テ艦長ニ交付ス其原本ハ後日捕獲者カ償贖者ニ對シテ代金ノ支拂ヲ要求スルノ具トナリ艦長、船舶所有者、貨物所有者ハ之カ支拂ノ責ニ任ス其贖本ハ商船艦長之ヲ帶有シテ航行シ其船舶ニ對シテハ安全嚮導ヲ用テ成スモノニシテ途中再敵艦ニ遇フモノニ示サハ捕獲ヲ免ルルモノトス然レトモ商船艦長ハ其贖本ニ記載セル航路、日期、日トヲ遵守スヘキモノニシテ天候海難等ビムヲ得サル事由アルトキノ外既定ノ航路ヲ離レ又ハ期日ヲ違フヲ得サルナリ若夫レ不可抗力ニ因ルニ非スシテ贖本記載以外ノ航路期日ニ逸脱セルトキハ再敵艦ヨリ捕獲セラルルコトアルヘシ此場合ニ第二ノ捕獲者ハ第一捕獲者カ捕獲物ノ賣上代金ヨリ償贖金ノ支拂ヲ受ケタル殘部ヲ受クルヲ例トス

捕獲者自身航海中敵國ノ船艦ノ捕フル所ト爲リシトキハ償贖契約ハ無効ニ歸シ義務者ハ贖金ヲ支拂フヲ要セス(反對ノ特約ナキ以上)然レトモ其證書ト人質トヲ一旦安全ノ所所(例之自國港)ニ持來レル以後ニハ自ラ捕ヘラルルモ契約ハ有效ニシテ請求權ヲ失ハス又人質ハ單ニ擔保ニシテ從タル性質アルニ過キサレハ其死亡スルモ請求權ヲ失ハス

近時ハ償贖ノコト殆行ハレス吾人ハ玆ニ之ヲ告朔ノ餼羊トシテ論スルノミ

第十一 再捕獲

商船カ敵艦ニ捕獲セラレタルノ後自國又同盟國ノ船艦ニ依リ更ニ救出サルコトアリ之ヲ再捕獲ト謂フ審檢前ニ在テハ所有者ハ未其權利ヲ失ハサルヲ以テ審檢前ニ再捕獲セラルトキハ之ヲ其所有者ニ

還付スルヲ例トス一種ノ原狀回復ナリ捕獲者ハ未タ所有權ヲ得ス單ニ差押ヘタルノミ(「ゲフケン」)ナルヲ以テ再捕獲ノ際ニハ從來ノ所有者ノ手ニ復歸スヘシトスルヲ公平トス千五百八十四年ノ佛國勅令ハ捕獲後二十四時間以内ニ再捕獲アリタルキハ原所有者ニ還スヘク其以後ニ再捕獲アラハ再捕獲者ニ歸屬スヘキモノトセリ(勿論審檢及分配ノ方法ニ依リ)凡國家ハ捕獲物ニ對シテ直接ノ權利ヲ有シ一旦其物ハ國家ニ歸屬スルモノナレハ國家ハ再捕獲ニ關シテモ自由ニ之カ規定ヲ設クルヲ得ヘシ千六百三十二年蘭國ノ規定ハ捕獲物カ敵港ニ引致セラルル前ニ其捕獲アラハ原所有者ニ還付スヘシト云ヒ千六百六十六年同國ノ規定ハ更ニ寛大ニシテ縱令審檢賣却ノ後ナリトモ新ニ中立港ニ向ヒ發航スル前ナラハ原所有者ニ返還スヘシトモ英國ハ千八百四十九年以來今日ニ至ル迄同様に主義ヲ採リ原狀回復ノ法理ヲ極端ニ適用シテ時ノ如何ニ拘ラス(審檢後ナリトモ)同戰爭中ハ常ニ原所有者ニ返スコト爲セリ要スルニ還付ノ條件ハ如斯或ハ審檢前(米國其他多數)或ハ捕獲後二十四時間内或ハ時ノ如何ニ拘ラスト云ヒ種種異ナレトモ再捕獲ノ場合ニ原狀回復ヲ認ムルハ諸國一ナリ

茲ニ各國ノ一般ニ認ムル例外アリ即審檢ノ前後ヲ問ハス時ノ如何ニ拘ラス捕獲セラレタル船カ一旦敵ノ軍艦ト成レルトキハ所有權ハ復歸セスシテ再捕獲者ニ移ルコト是ナリ

如斯縱令原所有者ニ回復セラルル場合ト雖再捕獲者ハ其勞ニ對シ報ヒラルル所ナカルヘカラス於是一定ノ救助料ヲ所有者ヨリ支拂フヲ例トス即原所有者ハ一定ノ期間内ニ再捕獲アリタルキ一定ノ救助料ヲ拂ヒ此等ノ條件ヲ充タシテ始テ物ノ回復ヲ得ルナリ救助料ノ定メモ國ニ依リ一ナラス英國ハ原則トシテ捕獲物ノ價格ノ八分ノ一(再捕獲ノ際特ニ困難アリシトキハ増額アリト)シ米國亦同シ(例外アリ)佛國ハ十三分ノ一、班國ハ軍艦カ救ヒ出セシナラハ八分ノ一、私拿船カ救ヒ出セシナラハ六分ノ一、蘭

國ハ八分ノ一(軍艦)又ハ五分ノ一(私拿船)丁沐ハ三分ノ一、瑞典ハ二分ノ一ナリトス

右ハ同國人間ノコトニシテ同盟國カ救ヒ出セル際ニハ多ク相互主義ニ依ルヲ例トスト雖戰爭ニ當リ特約ヲ爲スヲ可トス

第十二 捕獲ノ變態

一 陸軍ト協力セル捕獲 海軍ニシテ陸軍ト協力シテ陸上援護ヲ受ケテ捕獲ヲ爲スコト往往是アリ此等ノ場合ニハ陸軍モ亦捕獲利益ノ分與ニ與カルヲ例トス(英國捕獲規三四)

二 同盟軍トノ共同捕獲 同盟軍ト共同シテ捕獲ヲ爲シタルトキ審檢所ハ兩國間ニ豫メ約セラレタル割合ニ依リ捕獲利益ノ分配ヲ成スモノナリ而シテ交戰國ハ同盟國ト此等ノ割合等ニ關シテ約定スルコト少ナカラス(英國捕獲規三五)

第二十七章 海上捕獲廢止論(巴里宣言ノ將來)

千八百五十六年四月十六日ノ巴里宣言ハ左ノ四條項ヲ包含ス

- 第一 私製捕拿船ノ使用ヲ廢止ス
- 第二 中立國旗ハ敵國貨物ヲ掩護ス(捕獲ヲ許サストノ義)但戰時禁制品ハ其限ニ非ス
- 第三 中立國貨物ハ敵國國旗(敵船舶ト云フト同シ)ノ下ニ在トキト雖捕獲スヘカラス但戰時禁制品ハ此限ニ在ラス
- 第四 封鎖力拘束力ヲ有スルニハ實力的ナルヲ要ス換言スレハ敵國沿岸ニ接近スルヲ妨クルニ十分ナル實力ニ依リ之ヲ維持スルヲ要ス

國際公法(戰時) 戰爭法 海上捕獲廢止論(巴里宣言ノ將來)

ト然リ而シテ初ハ歐洲七大國ノ間ニ締結セラレタリシモ現時ハ列國之ニ加ハリ我國モ亦之ニ加入セルハ正ニ明治二十年ニ在リ唯北米合衆國、西班牙等數國カ形式上之ニ加ハラサルヲ見ルノミ然レトモ此等ノ國モ實際戰爭ヲ爲スニ當テハ亦巴里宣言ノ原則ヲ遵守スルナルヘシ例之最近西米戰爭ノ事例ニ付考フヘシ

戰爭ニ於テ敵國ノ財産ハ陸上ニ於ルモノト海上ニ於ルモノト其取扱ヲ異ニス陸産ハ不可侵ナルヲ原則トスルモ海産ハ可侵ナルヲ原則トス海上捕獲是ナリ唯中立國ノ利益ヲ尊重スル上ヨリ交戰國ハ巴里宣言第二項第三項ニ於ル讓歩ヲ爲スノミ

海戰ニ在テハ何故ニ陸戰トスノ如キ差異ヲ生スルヤ(一)「クロブコウスキ」ノ言フ如ク海上ニ在テハ占領又ハ征服スヘキノ市區ナシ海面ハ森森トシテ又茫茫捕提スヘキノ所ナシ陸戰ニ於テ敵地ヲ占領シ得ルト同カラス故ニ海戰ニ在テハ艦隊ヲ攻撃シ又其商業(商船)ヲ破壞スルノ外ナシ海上捕獲又ハ巡洋艦戰爭茲ニ生ス之ニ加フルニ(二)海上ニ於テハ古來權力ノ平均ナク或時代ニ於テ或國ハ獨海上ニ於テ優勢ナル制海權ヲ有シ自己ノ權力ヲ擴張センコトヲ力メ錢意敵ノ商船ヲ捕獲シテ敵ヲ苦メンコトヲ圖レリ交戰國殊ニ海上ニ於テ優勢ナル交戰國ハ敵國商船捕獲權ノ擴張ヲ是圖レリ「ハンザ」同盟然リ和蘭然リ各其盛時ニ於テハ英國モ亦之ニ倣ヘリ米國モ口ニハ熱心非捕獲論ヲ唱フト雖其内亂(南北戰爭)中ハ亦南部ノ商船ヲ捕獲スルニ力ナタリ

言フ勿レ陸上ノ財産ハ不可侵ニ非サヤト陸上ノ財産ト雖尙取立金及徴發ニ遵フノ運命ヲ有ス又軍ノ必要アラハ破壞セララルナキヲ保セス其害タルヤ數多ノ商船捕獲ヨリモ遙ニ大ナルモノアリ故ニ商船捕獲戰爭(一名巡洋艦戰爭)モ其利多クシテ其害少ナケレハ之ヲ採ルモ亦可ナリ果シテ然ルヤ否ヤ

巴里宣言ハ不完全ナルヲ免レシ中立國ノ船舶貨物ヲ捕獲セサルヲ以テ戰爭開始セラルルヤ交戰國ノ商業ハ中立國ノ手ニ歸スルニ至ラン

千八百六十六年二月五日「バーマーストーン」卿ハ曰ク英國ノ生存ハ其制海權ヲ有スルニ在リ海上ニ於ル敵國商船ヲ捕獲スル必要ナラストセンヤト然レトモ縱令制海權ヲ有スト雖海上捕獲ハ英國ニ有利ナリト云フヘカラス見ヨ七年戰爭ニ於テ英國ハ四年間ニ二千五百隻ノ商船ヲ捕獲セラレタルモ自國ハ僅ニ敵船三百四十四隻ヲ捕獲セシニ過キサリシニ非サヤ

殊ニ知ラスヤ現今ニ於テハ事情ハ昔日ト異ナレルヲ今ヤ開戰アラハ世界ノ各部ニ散在スル交戰國ノ商船ハ一片ノ電信ニ依リ數時間ヲ出テスシテ最寄ノ中立港ニ歸下シ此處ニ安全ニ碇泊シテ敵國巡洋艦ノ捕獲ヲ免レン而シテ其失フ所ハ滞在ノ費用ノミ

又商船ノ捕獲ハ戰爭ノ全局ノ上ニ國家ノ存亡安危ノ上ニ左シタル大影響モナシ商人ニ損害ヲ加フルモ爲ニ國家ノ戰爭ヲ短クセル事例アルヲ聞カス奈翁戰爭ニ於テ佛國ノ商船ハ全滅セリ然レトモ「ウオータル」ノ一戰ナクンハ奈翁ハ未亡ヒス佛ノ屈セシハ彼ニ非スシテ此ニ在リ今日ニ在テハ特ニ然リ僅

僅商船ノ捕獲ニ依リ國家ハ何等ノ痛痒ヲ感セサルナリ

事情既ニ斯ノ如シ故ニ今日ニ在テハ敵ノ海上財産ヲ捕獲スルハ害アリテ益ナシ否商人ヲ損スルノ害アリテ戰爭ヲ短クスルノ益ナシ故ニ捕獲ハ廢スヘシトノ論甚盛ナリ第十九世紀ニ入テ此論ハ學者實際家ハ間ニ唱道セラレタリ

米國ハ其學者ハ勿論國ノ主義トシテ開國ノ初ヨリ敵國海上財産捕獲免除論ヲ唱フ千八百二十三年「フランクリン」カ米國ヲ代表シテ普ト結ヒシ條約ニハ之ヲ約セリ氏ハ曰ク敵國ノ商船ヲ捕獲スルハ實ニ

不道理モ亦甚シ人道正義ノ爲メ之ヲ廢セサルヘカラス今キ之ヲ廢スルノ好時機ニ在リ普米ノ條約ニ之ヲ採用セルハ國際法ノ改良ノ爲メ貢獻スル所甚大ナリト
千八百二十三年「ジョージ・ケンシー・アダムス」ハ案ヲ具ヘテ英佛露ニ提議シ海產捕獲免除ノ條約ヲ結ハントセシモ英佛ハ斷然之ヲ拒絕セリ露ハ他國ニシテ之ヲ採納セハ我國モ亦之ニ加ハルニ躊躇セスト返答セシモ事成ラスシテ止メリ

千八百五十六年ニモ米國ハ亦捕獲免除ノ原則ニ付テ各國ノ承認ヲ得ントセリ同年巴里會議ニ於テ海上宣言ハ成レリ本章ノ冒頭ニ掲クル所即是ナリ其宣言カ合衆國政府ニ回送セラレ其加入ヲ求メラルヤ時ノ大統領「ピールス」ハ加入調印ヲ拒ミテ曰ク巴里宣言ノ主義ハ固ヨリ大體ニ於テ米國ノ贊スル所ナリ否我國ハ百尺竿頭更ニ一步ヲ進メテ海上ノ財產ハ敵國ノモノナリトモ全ク捕獲セザラントスルヲ以テ方針ト爲シ主義ト爲ス獨リ中立國船舶中ニ在ルモノニ止ラサルナリ然レトモ諸國ニシテ敵國ノ海產自由ノ原則ヲ採ラサル以上ハ我國ハ亦私拿船ノ使用ヲ廢スルニ一致スルヲ得サルヲ以テ遺憾ナク同宣言ニ加ハルヲ得サルナリト而シテ普露ハ米國ノ捕獲免除論ニ贊成セシモ英ハ極力之ニ反對セル爲メ又議成ラスシテ止メリ

千八百六十一年ニモ米國國務卿「シーワート」ハ通牒ヲ各國ニ發シテ切ニ此原則ノ採用ヲ要請セリ然リ而シテ翌千八百七十一年米國ハ伊太利ト條約ヲ結ヒ(十二條)

兩國間不幸ニシテ開戦ヲ見ルニ至ラハ臣民又ハ人民ノ財產ハ公海其他ニ於テ禁制品ヲ除キ捕獲ヲ免カレヘシ
ト相約セリ以上ハ此問題ニ對スル米國ノ態度ノ一斑ヲ述ヘタリ以テ米國カ捕獲免除ノ主義ヲ固執セル

勸トヲ結合調和セシメハ一國生産ノ發達ニ資スルコト少カラズ蘇格蘭ニ於テ産業ノ發達カ銀行貸付ノ一種タル「カシグレデット」ニ負フ所大ナルハ著名ナル事實トス又經濟事情ノ進歩スルニ隨ヒ企業者ハ主トシテ借用資本ヲ以テ事業ヲ營ムコト多ク「ベジヲ」ハ英國カ他ノ歐洲諸國ニ對シテ商業上優勢ヲ占ムルハ英國ニ於テ信用制度ノ發達與テ大ニ力アリト爲セリ

第三 右ニ述フルカ如ク資本ヲ借ル者カ利益ヲ得ルト共ニ之ヲ貸シタル者モ亦利息ヲ得テ利益ヲ受ケルモノトス即自ラ所有スルニ於テハ單ニ貯藏スルニ止リ毫モ利殖スルコトナキ貨幣モ銀行ニ預入ルルカ如キ方法ニ依リ相當ノ利息ヲ得ルカ故ニ自ラ資本ヲ生産ニ使用シ能ハサル人モ勤勉貯蓄ノ念盛ナルニ至ルナリ

第四 遠隔セル場所ノ間ニ於テ支拂ヲ爲シ又同一ノ場所ニ於テモ巨額ノ支拂ヲ爲スニ當リ貨幣ヲ用フルトキハ其運搬又ハ計算ノ爲ニ時間ト費用トヲ要スルノミナラス危險モ亦之ニ伴フモノトス然ルニ信用證券ヲ用フレハ支拂容易ニシテ且安全ナリトス獨佛戰爭ノ後佛國カ五十億「フラン」ノ債金ヲ支拂フニ當リ二十五億「フラン」ハ手形ニ依レリト云フ又我政府ト支那政府トカ倫敦ニ於テ債金ノ受拂ヲ爲スヤ常ニ小切手ヲ用ヒ其金額ノ最大ナリシハ實ニ一千百萬磅ニ上レリ

第五 信用證券及信用機關ハ單獨ニ又ハ相付テ大ニ金銀貨幣ヲ節約スルモノトス例之我國ニ於テ現今日本銀行カ保證準備ヲ以テ發行シ得ヘキ銀行券ハ其額一億二千萬圓トス若此銀行券ナクハ則社會ノ需要ニ應スルカ爲ニ此巨額ノ貨幣ヲ製造發行セサルヘカラサルナリ爲替、振替、手形交換等ニ依テ貨幣ノ授受ヲ省略スルコト少カラサルナリ

信用ハ又弊害ナキニ非ス即信用ニ依テ借入レタル資本ヲ不生産的ニ消費スルトキハ是實本ヲシテ資本

タル性質ヲ失ハシムル所以ナリトス此種ノ信用ハ債權者ノ浪費ヲ促シ遂ニ其償額ヲ辨償スルコト能ハサルニ至ラシムルモノナリ又信用ハ綜合生産ノナルモ往往投機ノ念慮ヲ盛ナラシメ過剰生産ヲ惹起シ彼ノ恐慌ノ原因ト爲ルコトアリ即世上ノ景氣順調ニ向ヒ物價ノ騰貴ヲ來スカ如キ場合ニ際シテハ製造者ハ可成速ニ其供給ヲ増加シ可成多クノ利益ヲ占メントシ遂ニ信用ヲ濫用シテ生産額ヲ増加シ爲ニ實際ノ需要ニ超過スルニ至ル於是物價下落シ製造家ハ其負債ヲ辨償スルコト能ハス資本ヲ貸與セル銀行モ亦損害ヲ被リ遂ニ彼ノ恐慌ヲ起スニ至ル殊ニ買取引ノ大部分カ信用取引ニ屬スルニ當テハ經濟社會ノ組織甚難且微妙ニシテ其一部ノ破綻ハ忽其影響ヲ全部ニ及スモノナリ

如此信用モ亦弊害アルヲ免レスト雖其利益實ニ大ニシテ且其漸次ニ發達スルハ自然ノ勢ナリ「ゼヴェンズ」曰ク取引ハ物物交易ニ始リ而シテ再物物交易ニ終ル然レトモ第二ノ物物交易ハ第一ノモノト同シカラスト蓋第二ノ物物交易トハ貨幣ノ媒介ヲ要セサル信用取引ヲ謂フニ外ナラサルナリ要之ニ健全ニ發達セル信用制度ハ一國ノ生産上ニ至大ノ影響ヲ及スモノナレトモ其發達ハ俄ニ之ヲ望ムコトヲ得ス第一、資本ノ蓄積大ニ進歩シ商工業既ニ隆盛ノ域ニ達セサルヘカラス第二、國民ノ德義一般ニ高カラサルヘカラス第三、法律完備シテ裁判ノ執行、安固迅速ナラサルヘカラス第四、政治上及經濟上ノ自由確立セサルヘカサルナリ

第六章 商業

第一節 商業ノ意義及其利益

文化進ミ交通開ケ勞働分配行ルルニ至テハ初ヨリ交易ノ目的トスル生産者ヲ生スルノミナラス所謂生

產者ト消費者トノ間ニ立チテ財貨交易ノ媒介ヲ以テ其職業ト爲ス者現出スルニ至ル是即商人ニシテ商人ノ業務トスル所即商業ナリ之ヲ換言スレハ商業トハ財貨ヲ買入レ其性質、形態ニ著シキ變更ヲ加ヘ

スシテ再之ヲ賣却シ其間ニ利益ヲ收ムルヲ以テ目的トスル業務ヲ謂フナリ

商業ハ買入價格ト賣却價格トノ差異ヲ以テ其利益ト爲スモノナルカ故ニ不當ノ利益ヲ占ムルモノナルカ如シト雖決シテ然ラサルナリ而シテ其顯著スル所ヲ見ルニ商業ハ財貨ノ價格ヲシテ平均ヲ得セシムルモノトス何トナレハ商人ハ價格ノ最廉ナル地又ハ時ニ財貨ヲ買入レ其最廉ナル地又ハ時ニ之ヲ賣却スルコトヲ努メ以テ需要供給ノ平均ヲ來セハナリ又商人ナル者ハ所謂生産者ト消費者トノ間ニ立チ兩者ヲシテ大ニ時間ト浪費トヲ節約セシムルナリ若シ生産者ニシテ自ラ其生産物ノ消費物ヲ求ムルニ於テハ其困難少カラズ消費者モ亦商人アルカ爲ニ物品ノ品質、數量及時間ニ關シ自己ノ必要ニ應ジテ之ヲ買入ルルコトヲ得ルナリ

第二節 內國商業ニ對スル政策

國家カ內國ノ商業ニ對シテ施行スヘキ政策ハ要スルニ消極的ナリトス蓋商業者ノ最希望スル所ハ其運動自由極メ資本ノ使用上毫モ檢束ヲ蒙ラサルニ在リトス而シテ工業等ニ比スレハ之ヲ自由ニ放任スルモ弊害ノ大ナルヲ見スト雖之ヲ自然ニ放任スルニ先チ行動ノ自由、競争ノ公平ヲ妨クルモノアレハ之ヲ除去セサルヘカラサルナリ然レハ則一國ニ於ル各種ノ生産ハ最悪ノ條件ヲ備フルモノ益々遠シ他ノ劣等ノ條件ヲ有スルモノハ爲ニ衰頹スルコトアルモ是一時ノ損失ニシテ資本、勞働ヲ最有效ニ使用スルヨリ生スル永久ノ利益ハ甚大ナルモノナリ

右ニ述フルカ如ク内國ノ商業ニ對シテハ放任主義ヲ採ルヘシト雖商業ノ種類ニ從ヒ多少ノ制限ヲ加ヘサルヘカラス例之藥品、銃器、古物ノ如キハ諸國皆特別ノ規則ヲ設ケ行商ノ如キモ多少ノ制限ヲ蒙リ市場モ亦多クハ政府ノ認可ヲ要スルモノトス又彼ノ取引所ヲ見ルニ英、米二國ニ於テハ放任主義ヲ採レトモ歐洲大陸諸國及我國ニ於テハ之カ設立ハ政府ノ認可ヲ要シ又常ニ政府ノ監督ヲ受クルモノトス蓋取引所ノ利害得失ニ關シテハ世論一致セス之ヲ攻擊スル者ハ取引所ニ行ル定期取引ヲ以テ全ク投機取引トシ投機取引ハ經濟上有害無益ト爲スナリ然レトモ投機ナルモノハ取引所ニノミ行ハルモノニ非ス且定期取引ハ必シモ投機者流ニノミ行ハルヘキモノニ非ス真正ノ農工業者ニ一種ノ保險手段ヲ供スルモノトス又取引所ニ於テ定期取引ノ過半ハ投機取引ナリトスルモ其結果ヲ見ルニ物價變動ノ回數ハ之カ爲ニ増加スルモ其程度ハ却テ減少スルモノトス又國債債券、株券等ノ發行非常ニ巨額ニ上ルニ當リ取引所ノ如キ市場ナカラシニハ之カ賣買ハ大ニ困難ヲ極メ隨テ此等有價證券ノ發行、流通ハ今日ノ如ク盛ナルヲ得サルナリ然レトモ取引所モ亦弊害ナキニ非ス其重ナルモノヲ舉クレハ世人ノ投機心ヲ刺激増長セシムルコト是ナリ即賣買取引ニ關スル知識、經驗ナキ者モ亦取引所ニ於テ投機賣買ヲ爲スノ慣習發生スルナリ其他虛偽ノ風説ヲ流布シ又ハ虛偽ノ取引ヲ爲シテ故意ニ相場ヲ上下スルカ如キ買占、賣崩ヲ爲スカ如キ是ナリ要之取引所モ亦利害相伴ヲ免レス「ロッセル」曰ク「今日ノ如ク分業ノ行ル國民經濟ニ於テハ取引所ハ尙人身ノ心臓ノ如ク清血ト共ニ惡血モ出入ス」ト即取引所ハ今ヤ經濟社會ニ於テ一ノ必要ナル機關ト爲リ多少弊害アリト雖之ヲ廢スルコトヲ得ス唯實際ノ事情ニ照シテ其弊害ヲ少カラシムル方法ヲ講スヘキノミ

第三節 外國貿易及外國貿易ニ對スル政策

世界ノ列國ハ氣候、地味等天然ノ情況ヲ異ニシテ又勞働、資本等人事ノ情態ヲ同ウセサルカ故ニ其生産スル財貨モ種類、品質、數量等ニ差異アルヲ免レス隨テ其間ニ財貨ノ交易行ルハ當然ノ事ナリ而シテ各國カ外國貿易ニ依テ如何ナル利益ヲ受クルカヲ見ルニ第一、自國ニ於テ生産スルコト能ハサル財貨ヲ得ヘシ第二、自國ニ於テ之ヲ生産スルコトキハ多大ノ勞費ヲ要スル財貨ヲ比較的廉價ニ外國ヨリ輸入シ得ヘシ第三、外國貿易ハ地方的勞働分配ヲシテ益盛ニ行ハレシメ各國ヲシテ最自國ニ適合スル財貨ヲ生産セシムルニ至ルナリ第四、從來自國ニ於テ十分ニ生産セル財貨ニシテ俄ニ其產額ヲ減スルコトアリ殊ニ穀物ノ如キハ然リトス然レトモ萬國同時ニ凶作ナルカ如キコトナキヲ以テ收穫豐饒ナル國ヨリ米穀ヲ輸入セハ以テ其不足ヲ補フコトヲ得ルナリ「ボーリョー」曰ク「外國貿易ハ穀價ノ騰貴饑饉ニ對スル保險ニ等シキ效力ヲ有ス」ト

外國貿易ノ利益ハ右ニ述ヘタルカ如シ然ラハ國家ハ內國商業ト同ク諸種ノ障礙ヲ除却シテ以テ貿易ノ進行ヲ全然自由ナラシムヘキモノナリヤ如此國家カ毫モ干涉制限ヲ加ヘサルコトキハ之ヲ稱シテ自由貿易ヲ行フト謂ヒ反之外國ノ競爭ヲ防遏シ内國ノ生産ヲ保護、獎勵スルカ爲ニ外國品ニ關稅ヲ課スルカ如キ方法ヲ採ルトキハ之ヲ保護貿易ヲ行フト謂フ自由貿易ヲ行フ國ニ於テモ外國品ニ課稅スルコトアリト雖其目的ハ國家ノ收入ヲ得ルニ在テ毫モ外國ノ競爭ヲ防クニ非ス例之英國ノ關稅ノ如キ即是ナリ自由貿易、保護貿易ノ利害得失ニ關シテハ學者、論客ノ多年辯論スル所ナリ自由貿易論者ハ主張シテ曰

ク正當ナル交易ハ當事者ノ雙方ニ利益ヲ與フルモノニシテ國民間ニ於テモ猶獨人問ニ於ルカ如ク自由ニ交易ヲ行フトキハ勞働分配ヲシテ十分ニ行ハレシメ兩國共ニ利益ヲ受クルモノナリ若夫外國人ニシテ內國人ニ比シ一層善良ナル若クハ一層廉價ナル物品ヲ供給シ得ルニ當リ人爲的ニ之ヲ我市場ヨリ排斥スルハ一部ノ生産者ノ爲ニ消費者全般ノ利益ヲ犧牲ニ供スルモノナリ何トナレハ保護セラレタル生産業ノ物品ハ其價格ノ騰貴ヲ來セハナリ又保護ニ依テ成立セル生産ハ恰温室内ニ成長セル植物ノ如ク必シモ其國ノ自然ノ狀況ニ適合スルモノニ非ス然レトモ一旦成立セル以上ハ相當ノ資本ト勞働トヲ要スルカ故ニ此等ノ資本、勞働ハ其國ニ適セル他ノ生産業ヨリ移轉セザルヲ得ズ是即資本ト勞働トヲシテ最大ノ效果ヲ生セシメタル所以ナリ而シテ保護ニ依テ成立セル生産業ニ於テハ企業者自ラ依頼心ヲ生シ改良進歩ヲ怠ルノ傾向ヲ生スルモノト又重税ヲ課シテ偶外國品ノ輸入減少スルトキハ自國ノ物品モ亦之ニ應ジテ輸出減退セザルヲ得スト

次ニ保護貿易ノ論據モ亦一ニシテ足ラス左ニ其重要ナルモノヲ舉ケン

第一 保護貿易ハ幼稚ナル工業ヲ發達セシムルニ必要ナリトス蓋國民經濟ノ時期ニ三段アリ其第一段即農業時代ニ在ラハ自由貿易ヲ行ヒテ經濟事情ノ發達ヲ圖リ第二段即農工商ノ産業既ニ發達十分ナル時期ニ於テモ亦自由貿易ヲ行ヒテ以テ他國ト競争スヘシト雖第三段即工業ノ漸ク起ラントスル時期ニ於テハ保護稅ノ制度ヲ設ケテ之ヲ發育ヲ助ケサルヘカラス若之ヲ自然ニ放任セハ先進國ノ抑壓ヲ被リテ到底發達スルコトヲ得サルナリ要之此種ノ保護政策ハ經濟上ニ於テ國民ヲ教育スル手段ニシテ之ヲ行フ當時ニ於テハ多少ノ損失アルヲ免レシ何トナレハ保護セラレタル工業ノ發達尙十分ナラザルニ由リ物品ノ生産費自ラ大ナレハナリ然レトモ其教育的保護ニ依テ新ニ生産力ヲ養成シ永遠ニ之ヲ利得

ルトキハ將來ニ於テ利益ハ現在ニ於ル多少ノ損失ヲ償ヒテ餘アルヤ必セリ

第二 保護貿易ハ國內ニ種種ナル生産業ヲ成立セシムルノ利益アリトス若夫自由貿易ヲシテ十分ニ行ハレシムルニ於テハ各國ノ生産業ハ最其國情ニ適應スル物品ニ止リテ他ノ物品ハ悉外國ノ供給ヲ仰クニ至ルヘシ然ラハ則一國ノ生存ハ大半外國ニ依頼スル所以ニシテ一旦外國トノ關係ニ異變ヲ生スルトキハ大ニ困難ノ狀態ニ陥ルヘキナリ

第三 保護貿易ハ內國ノ商業ヲ盛ナラシムルモノナリ而シテ內國ノ商業ハ外國貿易ニ比シテ確實ナリトス何トナレハ內國ノ商業ニ於テハ市場廣大ニ失セサルカ故ニ需要供給ノ關係ヲ知ルコト外國貿易ニ於ルカ如ク困難ナラサレハナリ且外國貿易ハ戰爭其他ノ事變ニ因テ妨害セララル場合內國商業ヨリモ多シトス

要之自由貿易論者ハ國際關係ヲ以テ商人間ノ關係ニ等シキモノト爲スカ如シ事實果シテ然ルニ於テハ自由貿易ニ依リ各國其宜キニ從テ生産ニ從事セハ相互ノ利益タルヤ明ナリ然レトモ世界ノ列國ハ歷史ヲ異ニシ國狀ヲ別ニシテ言語、風俗ノミナラス人種モ亦多クハ相同シカラスト是ヲ以テ資本又ハ勞働ノ移轉ハ一國內ニ於ルカ如ク圓滑自由ナラス國際貿易ノ結果トシテ中國ノ生産業乙國ノ競争ニ敗ルルモ中國ノ資本ハ容易ニ乙國ニ移リテ其優等ナル生産業ニ使用セララルモノニ非ス況ヤ勞働者ニ於テオヤ故ニ外國貿易ノ結果トシテ自國ノ生産業他國ノ爲ニ壓倒セララルトキハ資本家、勞働者其ニ損害ヲ被リ其損害ハ或ハ回復スルノ期ナクシテ一國ノ衰頹ヲ來スヘキナリ故ニ之ヲ以テ一國內ニ於テ優等ナル生産者繁榮ヲ來シ劣等ナル生産者衰微スルト同一視スルコトヲ得サルナリ又自由貿易論者ハ世界ノ諸國ハ先天的ニ特別ノ自然條件ヲ有スルモノト爲スカ如シト雖各國ノ有スル自然條件ハ必シモ一定

不動ノモノニ非サルナリ今日世界ノ工場ト稱セラルル英吉利モ數百年前ニ於テハ純然タル農業國ニシテ經濟上ノ發達他國ニ先シタルヲ以テ第一ニ工業國ト爲リタルノミ先天的ニ英吉利ノミ工業國ニ適シ他ノ諸國ハ諸種ノ製造品ヲ英吉利ニ仰カサルヘカラサルノ理ナク今日農業國タルモ他日工業國ト爲ルモノアルヤ必セリ故ニ如何ナル生産業カ果シテ一國ニ適スルヤ否ヤハ豫之ヲ定ムルコト能ハス諸國ノ工業ニシテ人爲的ノ原因ニ依リ始テ發生シ又盛大ニ趨キタル實例少カラサルナリ且國際ノ關係ハ簡人間ノ關係ト異ナリ簡人ハ全ク他人ニ依賴シテ生活ヲ營ムコトヲ得レトモ國家ハ全ク他國ニ依賴シテ生存ヲ全ウスルコトヲ得サルナリ故ニ一國ノ生存ニ必要ナル生産事業ハ縱令經濟上多少ノ損失アリト雖保護政策ヲ以テ之カ成立及發達ヲ圖ラサルヘカラサルナリ然レトモ本節ノ初二述ヘタルカ如ク外國貿易ハ數多ノ利益ヲ與フルモノナルカ故ニ漫ニ之カ進行ヲ妨害スルノ不可ナルハ論ヲ俟タス保護政策ノ必要アリテ而シテ始テ之ヲ行フヘキナリ自由貿易、保護貿易ニ關スル理論ハ以上述フルカ如シ面シテ之ヲ重要ナル列國ノ近況ニ徴スルニ自由貿易ヲ行フハ殆英吉利ノミニシテ他ノ諸國ハ保護貿易ヲ行フモノ多シトス

第七章 交通機關

第一節 運輸機關

交通機關ハ通常別テ二種トス即運輸機關及通知機關是ナリ交通機關ハ種種ナル目的ニ使用セラルルト雖經濟上特ニ財貨ノ交易ヲ行フカ爲ニ用ヒラルルコト最大ナリ即財貨ノ交易ハ交通機關ノ進歩發達ヲ待テ始テ廣ク速ニ安全ニ且頻繁ニ之ヲ行フコトヲ得ルナリ先運輸機關ニ付少シク之ヲ述ヘント欲ス

運輸機關トハ人類又ハ財貨ノ運輸ノ目的トスルモノニシテ陸路、水路、鐵道及之ニ伴フ車馬、船舶、汽車等ヲ包括シ其進歩セル程度ニ於テハ勿論其尙幼稚ナル時期ニ於テモ亦三要素ヨリ成ルモノトス即道路、運送具及動力是ナリ而シテ之カ發達ノ順序ヲ見ルニ其初期ニ於テハ自然ノ土地、天造ノ河海即道路ト爲リ駱駝ノ背、奴隸ノ肩又ハ凹形ノ木材即運送具ト爲リ河海ノ潮流、畜類ノ體力即動力ト爲ルナリ次ヲ多シ人力ヲ施シタル道路生シテ車、橇等用ヒラレ水上ニハ楫舟ノ往來スルヲ見更ニ進テハ橋梁陸ニ架セラレ帆船海ニ浮ヒ遂ニ汽船ヲ走ラセ鐵道ヲ敷設スルニ至ルモノトス如此運輸機關ハ次第ニ進歩セルモノナレトモ全ク他ヲ排シテ一種ノ運輸機關ノミ運輸ヲ獨占スルモノニ非ス水路、陸路、鐵道ハ各之ニ

トス

隨伴スル車馬、船舶、汽車ヲ利用シテ互ニ相助ケルモノトス通常ノ陸路ハ水路又ハ鐵道ニ比シテ其運輸力小ナリトス其原因ハ運送具ヲ用フルニ當リ摩擦ノ多キト強大ナル動力ニ依テ巨大ナル運送具ヲ用フルコト能ハサルトニ在リ是ヲ以テ通常ノ陸路ハ規則正シク迅速ニ、一時ニ、多量ニ隨テ廉價ニ運輸スルコト能ハサルナリ然レトモ通常ノ陸路ハ何レノ時代ヲ問ハス必要ナルモノトス

水路トハ大海ヲ始シテ總テ舟楫ヲ通スヘキ水面ヲ謂ヒ其大部分ハ自然ノ狀態ニ於テ使用シ得ヘキモノナルカ故ニ古來水路ハ交通、運輸ニ用ヒラレ現今ノ如ク鐵道ノ敷設盛ナルニ當テハ水路ハ内地運輸ノ爲ニ不用ナルカ如シト雖決シテ然ラサルナリ蓋水路ハ陸路及鐵道ニ比シ之ニ勝ルノ點アリ第一、抵抗力少キコト第二、大ナル運輸具ヲ用フルニ適スルコト是ナリ是ヲ以テ水路ハ重量ノ非常ニ大ナル物ヲ一時ニ運輸スルコトヲ得ルモノニシテ隨テ水路ハ其廉價ナル運輸ヲ爲シ得ルナリ内地ノ水路ニシテ既ニ右ニ述ヘタルカ如シ海路ノ運輸力至大ノ便益ヲ與フルハ言フヲ俟タズ而シテ海路ノ運輸ハ蒸氣船

ノ發明以來長足ノ進歩ヲ爲セリ

鐵道ハ近世ノ經濟社會ニ至大ノ影響ヲ及セルモノニシテ或人曰ク英國近代ニ於ル貿易ノ發達ハ之ヲ自由貿易ニ歸セシヨリ寧鐵道ノ效ト爲ササルヘカラスト蓋鐵道ハ千八百三十年始テ英國ニ布設セラレ爾來諸國ニ傳播シテ陸上ニ於ル重要ナル運輸機關ト爲レリ鐵道ノ長所ハ左ノ如シ

第一 運輸速力ノ大ナルコト

第二 規則正シク運輸ヲ爲スコト

第三 多量ノ運輸ヲ爲スハ水路ニ劣レトモ通常ノ陸路ニ優リ隨テ廉價ノ運搬ヲ爲シ得ルコト

第四 鐵道ノ運輸ハ安全ナルコト

此等ノ運輸機關ニ對シテ國家ハ如何ナル態度ヲ採ルヘキカヲ一言セント欲ス

第一 通常ノ道路ハ前述シタル如ク今日ト雖必要ナルモノナルカ故ニ本道ハ國家專之カ築造及維持ヲ負擔シ他ノ支道ニ至テハ府縣郡若クハ町村ヲシテ築造修繕ノ任ニ當ラシメ而シテ道路ノ使用ハ何人ニ對シテモ無料タルヲ要スルナリ

第二 水路ニ付テ之ヲ觀ルニ必要ナル場合ニハ運河ヲ開キ築港ヲ爲シテ燈臺ヲ設クル等國家自ラ之ヲ爲ササルヘカラスト而シテ水路ニ使用スル船舶ハ私人ヲシテ隨意ニ製造シテ自由ニ航行セシムルヲ以テ通則ト爲スト雖必要ナル場合ニ於テハ保護、獎勵ヲ加フルヲ要スルナリ例之航海獎勵法、造船獎勵法ノ如キ是ナリ

第三 鐵道ニ至テハ諸國其制度ヲ異ニシテ全國ノ鐵道ヲ私人ノ敷設經營ニ放任スルモノアリ國家自ラ敷設シテ之ヲ經營スルモノアリ半ハ國有ニ屬シ半ハ私設ニ係ルモノアリ或ハ國有ニシテ之ヲ私人ノ經

營ニ委スルモノト私人ノ所有ニシテ國家之ヲ經營スルモノトアリ如此種種ナル制度ノ行ルルハ各國ニ於ル歷史上ノ原因、國民ノ性質等ニ基クモノニシテ一概ニ之カ利害ヲ斷言スルコトヲ得スト雖鐵道ナルモノハ全ク之ヲ私人ノ利己心ニシテ一概ニ之カ利害ヲ斷言スルコトヲ得スト雖鐵道ナルモノハ鐵道ノ敷設ハ土地ノ強制的收用ヲ要シ隨テ土地ノ所有權ヲ侵スコトヲ免レス又鐵道ハ實際自由就許ササルモノニシテ所謂自然的獨占ノ性質ヲ有スルモノナレハナリ例之甲乙二都ノ間ニ二會社ヲシテ鐵道ヲ併行セシメンニハ是則二倍ノ資本ヲ要シ一國ノ資本ヲ浪費スル所以ニシテ如此二會社間ニ於テハ他ノ事業ニ於ルカ如ク適度ノ競爭ヲ爲スコトヲ得ス其競爭タルヤ一方全ク倒レテ而シテ始テ止ムニ非サレハ中途ニシテ二會社合併スルニ至ルハ英、米等ノ實例ニ徴シテ明ナリ

是ヲ以テ鐵道ノ國有ヲ主張スル論者少カラス其論點ヲ舉ゲンニ

第一 鐵道ハ自然的獨占ノ性質ヲ具フルモノナルカ故ニ初ヨリ國家之ヲ獨占スヘキナリ

第二 鐵道ノ敷設ヲ全然私人ノ企業ニ放任スルトキハ乘客、荷物ノ多キ地ニハ早ク之カ敷設ヲ見ルモ其少キ地ハ棄テテ顧ミサルナリ然ルニ國家自ラ鐵道ヲ敷設スルニ於テハ如此不權衡ヲ來スコト少シトス

第三 國有ノ鐵道ハ社會ノ公益ヲ主眼トシテ必シモ收益ノ多キヲ欲セサルカ故ニ資金モ自ラ低廉ナルヲ得ヘシ

第四 鐵道ノ敷設ヲ私人ノ企業ニ委スルトキハ其敷設ニ緩急アルコトヲ免レス即金利低落シテ企業熱ノ盛ナル時ニ當テハ鐵道ハ大ニ延長スルモ世上ノ景氣不良ナルニ當テハ中絶スルカ如キコトアルハ諸國ノ例ニ徴シテ明ナリ

國有論者ノ言フ所ハ以上ノ如シト雖其豫期スル利益ヲ得ント欲セハ

第一 忠實ニシテ有爲ナル多數ノ官吏ヲ要シ殊ニ長ク其職ニ止リ十分經驗ヲ積マル人ナカルヘカラス

第二 政府ノ財政鞏固ナルコトヲ要ス、鐵道ヲ國有ト爲スモ社會ノ公益ヲ犧牲シテ財政補足ノ用ニ供セラルルニ至テハ却テ害アルモノト謂ハサルヘカラス

第三 政府鞏固ニシテ議會ノ爲ニ容易ニ動かサルコトナキヲ要ス、何トナレハ種種ノ利益ヲ代表スル議員ノ爲ニ左右セラルルカ如キコトアラシムハ統一ノ計畫ヲ行フコト能ハサルハナリ

若夫此等ノ條件ヲ具備セサルニ於テハ鐵道ノ國有モ果シテ其利益ヲ收ムルヤ否ヤ疑ナキ能ハス且私設鐵道ト雖政府ノ監督十分ニ行ハレ許可スヘキ線路ヲ豫定シテ以テ競争ヲ豫防シ賃金ノ如キモ政府ノ認可ヲ要スルモノト爲シテ之ヲ制限シ又初ヨリ收益ノ多キ地ト其少キ地トヲ連結シテ以テ敷設ヲ許可セハ鐵道ノ一地方ニノミ偏スルノ弊ハ自ラ減スヘキナリ

第二節 通信機關

通信機關トハ通信ヲ傳達スル設備ニシテ其重ナルモノハ郵便、電信、電話是ナリ

第一 郵便ニ就テ之ヲ觀ルニ往時ニ在テハ何レノ國ヲ問ハス驛傳ノ制度アリタルモ主トシテ政府ノ爲ニ書信ヲ傳達スルニ止レリ次テ官用ノ傍ラ私人ノ信書ヲモ取扱ヒ更ニ進テ社會公衆ノ信書傳達ヲ以テ郵便ノ本務ト爲スニ至レルナリ而シテ郵便ナルモノハ今日孰レノ國ニ於テモ政府ノ經營スル所ニ係リ茲、米ノ如ク諸種ノ事業カ私人ノ企業放任セラルル國ニ於テモ郵便ハ實ニ政府ノ管掌スル所タリ若郵

便ヲ以テ私人ノ事業ト爲サンカ鐵道ト同ク有利ナル地ニハ十分ナル設置ヲ爲スモ人口稀薄、交通不便ノ地ハ棄テテ顧ミラレサルコトアルヘシ又數多ノ私人ヲシテ競争セシメントスルモ其結果ハ必ヤ合併ニ終テ自然ノ獨占ノ事業ト爲ルナリ然レニ國家之ヲ行フニ於テハ統一セル制度ヲ設ケ遠近ノ區別ナク全國同一ノ郵便稅ヲ以テ信書ヲ傳達スルカ如キ便利ヲ生スルナリ又信書ノ秘密ハ之ヲ政府ニ委任スルヲ以テ一層安全ナリト爲スナリ又郵便事業ハ其組織其簡單ニシテ單純畫一ノ方法ヲ以テ之ヲ經營スルコトヲ得ルカ故ニ敢私人ニ委スルノ必要ナキナリ此等ノ理由ニ依リ郵便事業ハ何レノ國ニ於テモ政府之ヲ行フモノトス

第二 電信事業ヲ官設ト爲スヘキ所以ハ郵便事業ト相同シ即政府自ラ之ヲ經營シテ始テ能ク公衆ノ要求ニ應ジ私設會社獨占ノ弊ヲ避ケ自由競争ノ短ヲ免ルコトヲ得ヘシ且電信事務ハ郵便事務ト結合スルコト容易ニシテ既ニ郵便ヲ以テ官業ト爲スニ於テハ電信ヲ之ニ附屬セシムルノ其便利ナルヲ見ルナリ是ヲ以テ電信モ亦諸國皆政府ノ事業ト爲スナリ即英國ノ如キ初ノ私立會社ニ許可セシモ後之ヲ政府ニ買上ケテ郵便事業ニ合併セリ唯リ米國ニ於テハ私設ノ制度行ルルモ實際一大會社ノ獨占ニ歸シ之ニ對スル批難少カラサレトモ之ヲ矯正スルコトヲ得サルナリ海底電線ニ至テハ今日モ仍主トシテ私立會社ニ屬スルモノトス

第三 電話ハ其發明日尙淺シト雖今ヤ諸國ニ行ハレ重要ナル一ノ通信機關ト爲リ殊ニ遠距離ノ電話行ルルニ及ビ電信ト競争スルニ至レリ而シテ此事業モ亦獨占ノ性質ヲ有スルモノナルカ故ニ電信ト同シク國家ノ經營ニ委スルヲ以テ適當ト爲スナリ

第四編 財貨ノ分配

第一章 分配ノ意義及所得ノ種類

第一節 分配ノ意義

財貨ノ分配トハ生産セラレタル財貨ヲ生産ニ關係セル人々ニ分配スルノ謂ナリ經濟事情ノ極テ幼稚ナル時代ニ於テハ財貨ノ交易ノ行ルコト稀ナルカ如ク財貨ノ分配モ亦之ヲ行フ場合少シトモ何トナレハ生産ハ多クハ一家ノ内ニ行ルカ故ニ生産物ヲ他人ニ分與スルノ必要ヲ見サレハナリ然レトモ進歩セル社會ニ於テハ單獨の經濟ヲ行フ者極テ少ク勞動分配ノ行ハルニ隨ヒ一物ノ微ト雖其原料ノ獲得ヨリシテ全ク生産ノ結了ヲ告クルニ至ル間數多ノ人之ニ關係シ或ハ土地ヲ以テ或ハ資本ヲ以テ或ハ勞動ヲ以テ生産ノ進行ヲ助クルナリ故ニ此等ノ土地、資本又ハ勞動ニ對スル報酬ハ結局生産ノ結果ヨリ之ヲ得サルヘカラス是即財貨ノ分配ノ起ル所以ナリ然レトモ多クノ場合ニ於テ其生産物ヲ直接ニ分配スルニ非ス例之企業者カ勞動者ニ與フル賃銀ハ生産ノ半途ニ於テシ而モ多クハ貨幣ヲ以テ支拂フモノナレトモ是企業者カ一時立替ヲ爲スニ外ナラス企業者ハ生産ノ結了ヲ待テテ其立替ノ返償ヲ受クルモノトス

財貨ノ分配ハ社會上極テ重要ナル事項ニシテ財貨ノ分配宜キヲ得サルニ於テハ種種ナル弊害ノ起ルヲ免レサルナリ然ラハ財貨ハ如何ニ分配セラレルヲ以テ最一國ノ進歩ニ適スルモノト爲スカ即財貨分配ノ結果トシテ人々ノ間ニ生スル貧富ノ差ハ如何ナル程度ヲ以テ最可ナリト爲スカヲ觀ルニ各人ノ所得及財產ノ全ク相平均スルト其懸隔ノ甚大ナルトハ其ニ有害ニシテ中產者ノ數多キヲ以テ最宜シトス中

產者トハ多少ノ資産ヲ有スレトモ勞動ニ從事スルニ非ザレハ相當ノ生活ヲ爲スコト能ハス而シテ勤勉業ヲ行ヘハ益其境遇ヲ改良シ得ル者ヲ謂フナリ

各人ノ所得財產全ク相平均スルハ甚可ナルカ如シト雖是決シテ一國ノ進歩ヲ速ナラシムル所以ニ非ザルナリ之ヲ從來ノ經驗ト現時ノ狀態トニ徴スルニ一國ノ文化ハ少數者カ他ニ先シテ進ミ衆人カ漸次其後ニ從フニ依テ進歩スルモノトス若各人ノ地位全ク同等ニシテ毫頭角ヲ顯ス者ナキニ於テハ社會ハ必沈滞ノ狀態ニ陷ルヘク近時社會ノ進歩ハ才能人ニ秀テ資産衆ニ抽スル小數者ノ力ニ負フ所大ナリ然レトモ所得及財產ハ全ク少數者ノ掌裡ニ集注レタ國民ノ多數ハ極テ貧困ナル境遇ニ在ルハ又決シテ喜フヘキ現象ニ非ス何トナレハ少數ノ富豪ハ必嬌奢懶惰ニ流レ財貨ヲ浪費スルニ至リ多數ノ人民ハ日口ノ糊口ニ汲汲トシテ毫モ其境遇ヲ進ムルノ餘裕ナクシテハナリ現今ノ社會ニ於テ財貨ノ分配ハ決シテ理想的ニ行ハレサルハ明ナリト雖社會主義ノ論者ノ唱フルカ如ク國家ノ權力ヲ以テ非常ノ制限ヲ加ヘテ之カ平均ヲ圖ラントスルハ蓋不可能ノ事タリトス故ニ財貨ノ分配ハ財貨ノ交易ノ場合ト同ク主トシテ之ヲ自由競争ニ放任シ唯間接ナル方法ヲ以テ之ヲ制シテ述ヘタルカ如キ中產者ノ増加ヲ促スヘキナリ而シテ其方法ハ相續法ノ制定、租稅ノ賦課法、勞動者保護法、勞動者保險制度等是ナリ要之勞動スル者ハ必之ニ對シテ十分ナル報酬ヲ受ク勉勵ト忍耐トニ由リ其地位ヲ進ムルコト容易ナルハ最希望スヘキ狀態ニシテ米國ノ如キ新開國ハ此點ニ於テ歐洲ノ舊國ニ勝ルモノトス

第二節 所得ノ種類

前節ニ述ヘタルカ如ク生産セラレタル財貨ハ結局其生産ニ要素ヲ供シタル土地ノ所有者、勞動者、資本

主及三要素ヲ結合シテ生産ヲ實行セル企業者ノ間ニ分配セラルルモノニシテ土地ノ所有者ノ所得ヲ地代、労働者ノ所得ヲ賃銀、資本主ノ所得ヲ利息、企業者ノ所得ヲ利潤ト稱スルナリ而シテ實際ニ於テハ其間ノ分界必シモ判然ナラス且一人ニシテ數種ノ所得ヲ收ムル者アリト雖右ニ列舉セル四種ノ所得ハ其性質相同カラサルカ故ニ次ヲ追フテ之ヲ説明セン

第二章 地代

第一節 地代ノ意義及其原理

地代トハ土地天賦ノ性質ヲ使用スルヨリ生ズル所得ナリ天賦ノ性質トハ毫モ人力ヲ藉ラスシテ全ク原始的ニ存在スル性質ノ謂ニシテ要スルニ地味、位置及含著物ニ外ナラサルナリ而シテ地代ノ成立スル原因ハ土地力此等ノ性質ヲ具備スルコト不同ニシテ其優等ナルモノニ限アルコト及報酬漸減ノ法則ノ行ルルコト是ナリ

先農業ニ使用スル土地ノ地代ニ付テ之ヲ述ヘンニ例之一隊ノ人民未開ノ地ニ移住シタル場合ニ於テハ地味及位置ノ比較上最優等ナル土地ヲ擇ビテ之ヲ耕作スヘシ而シテ如此第一等ノ土地力必要以上ニ存在スルトキハ人口ノ使用スル土地ニ優劣ノ差異ナキヲ以テ地代ハ未成立セサルナリ然レトモ人口繁殖シ第一等ノ土地ノ收穫ノミヲ以テ其欲求ヲ満足スルコト能ハス隨テ穀物ノ價格騰貴スルニ於テハ第二等ノ土地モ亦用ヒラルルニ至ラン何トナレハ第一等第二等ニ比シテ收穫少キモ穀物ノ價格ノ騰貴ニ因リ其收穫ハ以テ其生産費ヲ償フニ至リ且報酬漸減ノ法則ニ由リ第一等第二等ニ對シテ資本、労働ヲ増加スルヨリモ之ヲ第二等地ニ投下スルトキハ收穫却テ大ナレハナリ而シテ第一等地ハ一反歩ヨリ米

二石ヲ産シ第二等地ハ一石五斗ヲ産スルモノト假定セハ其差五斗ハ即第一等地ノ地代ニシテ第一等地ノ所有者カ第二等地ノ所有者ニ對シテ有スル利益ナリ此時ニ當リ新ニ移住シ來レル者アリトセンニ此等ノ移住民ハ第二等地ヲ使用シテ收穫ノ全部ヲ得ルモ第一等地ヲ借受ケテ五斗ノ地代ヲ拂フモ其得ル所ハ同一即一石五斗ナリトス人口尙増加シテ米ノ供給不足ヲ告クレハ米ノ價格ハ益騰貴シ一反歩ヨリ一石ヲ産出スル第三等地ヲ耕スモ亦其生産費ヲ償フニ至レハ第一等地ノ地代ハ一石ト爲リ第二等地モ亦五斗ノ地代ヲ生ズルニ至ルナリ

地代ノ成立スルハ右ニ述ヘタルカ如シ而シテ此成立セル地代ハ何人ノ所得ニ歸スヘキヤ所有者自ラ其土地ヲ使用スルニ於テハ地代ハ他ノ所得ト共ニ當然所有者ニ歸シ之ヲ他人ニ貸與シタル場合ニハ需要供給ノ關係ニ依テ定マリ土地ニ對スル需要大ナルトキハ地代ノ全部ヲ舉ケテ土地ノ所有者之ヲ收受スヘキナリ何トナレハ借受人ハ己カ下シタル労働、資本ニ對シテ相當ノ報酬ヲ得レハ損失ヲ被ラサルカ故ニ地代ノ全部ヲ拂フニ至ルヘケレハナリ

地代ナルモノハ人口ノ繁殖ト共ニ次第ニ増加スルノ傾向アルモノトス即農產物ヲ要スルコト益多キニ及ビテハ遠隔ノ土地又ハ劣等ノ土地ヲ用フルノ必要ヲ生シ隨テ近傍ノ土地又ハ豐饒ナル土地ノ地代ハ益騰貴スヘキモノトス地代騰貴スルモノハ農產物ノ價格モ隨テ騰貴スヘキカ如シテ雖是原因ト結果トヲ顛倒スルモノニシテ地代ハ農產物ノ價格ノ一部ヲ成ササルモノトス何トナレハ曩ニ論シタルカ如ク農產物ノ價格ハ最不利利益ナル條件ノ下ニ生産セラレタル部分ノ生産費ニ依ルモノナレハナリ即地代ハ農產物ノ價格ノ騰貴ニ依テ始テ成立シ又ハ増加スルモノニシテ地代成立シ若クハ増加シタル故ニ農產物ノ價格騰貴スルモノニ非サルナリ故ニ土地ノ所有者カ借地人ヲシテ地代ヲ支拂ハシメサルモ農產物

ノ價格ハ低落スルコトナク唯借地人ヲシテ利益ヲ得セシムルニ過キサルナリ即地代ナルモノハ土地ノ所有者カ實際之ヲ獲得スルト否トニ拘ラス社會ノ需要ニ應ジテ使用セル土地ニ肥瘠、近遠ノ差異アルニ於テハ決シテ消滅セサルモノトス

鑛山ノ地代モ其原理ニ於テハ農業地ノ地代ニ同ク各鑛山カ其生産費ヲ異ニスルニ基クモノトス即其含蓄スル鑛物ノ多少、其品質ノ善惡之ヲ探掘スルノ難易、市場ヨリノ距離等ニ依テ地代ノ有無、高低ヲ生スルナリ又家屋ノ敷地等ニ供スル土地ノ地代ハ主トシテ其位置ニ依テ定マリ此種ノ地代ハ特ニ都會ニ於テ著シトス

第二節 地代ノ原理ニ關スル反對ノ學說及事實

前節ニ述ヘタルカ如ク地代ノ成立シ地代カ土地ノ所有者ニ歸シ地代カ次第ニ昇騰シ而シテ地代カ生産物ノ價格ノ一部ヲ構成セサル所以ノ原理ヲ一括シテ「リカルド」ノ地代說ト名シ蓋「リカルド」ニ先テ既ニ地代ヲ論シタル者アリタレトモ最明白ニ之ヲ説明シタルハ「リカルド」ナリトス此「リカルド」ノ學說ニ關シテハ反對論ナキニ非ス又實際上原理十分ニ行ハレタル場合アルヲ以テ少シク之ヲ述ヘン

米國ノ經濟學者「ケレー」ノ如キハ地代ヲ以テ土地天賦ノ性質ニ歸セス土地使用ノ準備ノ爲ニ投下セル資本及勞働ニ對スル報償ニ過キストセリ實際土地ヲ使用スルニ多少ノ資本、勞働ヲ要スルモノニシテ土地ノ賣買貸借セラルルヤ其價格又ハ借地料ハ人力ヲ以テ土地ニ施シタル改良ノ報償ヲ含蓄スルモノトス然レトモ土地天賦ノ性質ニ差異アリテ地代カ此原因ニ基ク所以ハ前節ニ述ヘタルカ如シ地主カ

雜 錄

○大審院判例要旨

八〇 強迫ノ意義 正當ノ權利ナクシテ害惡ノ來ルコトヲ示シ他人ニ畏怖ノ念ヲ生セシメタルトキハ其權利ナキコトヲ知リナカラ故意ヲ以テシタルト將過失ニ依リ權利アリト誤信シタルニ基クトヲ

問ハス民法第九六條ノ強迫ニ該當スルモノトス(三十七年十一月二十八日第二民事部)

八一 刑法第一六七條ノ解釋 刑法第一六七條ニ所謂「其事務ニ關スル官吏及ヒ雇人職工自ラ犯シタル時」トハ汽車ノ往來妨害罪ニ在テハ總テ鐵道ニ關スル事務ニ從事セル官吏、雇人等カ自ラ其罪ヲ

犯シタル場合ヲ指稱シタルモノニシテ擔當事務ノ如何ハ問フ所ニ非ス隨テ鐵道停車場ノ驛夫見習ノ如キモ亦同條ノ雇人ニ包含ス(同年十月四日第一刑事部)

八二 町村役場書記ト監守盜罪 町村長ハ法律命令又ハ上司ノ命令ヲ受クルトキハ町村ニ屬セサル

金圓等ヲ直接ニ收受シ之ヲ保管スヘキ職務權限ヲ有ス隨テ村長ノ命ニ因リ此等ノ事務ヲ分擔スル書記カ雇人ノ遺族ニ下付スヘキ金券ヲ郡役所ヨリ受領シ其保管中之ヲ自己ノ用途ニ費消シタルトキハ

監守盜罪ヲ構成ス(同年九月二十日第一刑事部)

八三 數日ニ亘ル新聞ノ記事ヲ以テテ侮辱 官吏ノ職務ニ對シ數日ニ亘ル新聞ノ記事ヲ以テ侮辱

ヲ加ヘタル場合ト雖前後繼續セル意思ニ出ツルトキハ單ニ一罪ヲ構成スルモノトス隨テ最初ノ記事ニ對シ起訴アリタルトキハ裁判所ハ其後ノ記事ニ付テモ亦當然審判スルコトヲ得(同年九月十九日第二刑事部)

八五 刑法第三七一條ノ解釋 刑法第三七一條ニ所謂「他人ノ看守」

ヲ稱差押其他ノ權力行爲ニ依テ所有者ノ物件ヲ取上ケタル官吏カ第三者ヲシテ之ヲ保管セシムル場合ニ限ラズ其官吏自ラ保管スル場合モ亦之ニ包含セシムトス(同年九月二十七日第一刑事部)

八七 債移ノ免除ニ關スル證書ノ

八八 偽造證書ノ一部沒收

八八 偽造證書ノ一部沒收
シ之ヲ行使シタル場合ニ在テハ其擔保ニ關スル部分ノミヲ沒收ス(キモノトス)(同年九月二十九日
第二刑事部)

第七卷
第二號
每月一回
定價一冊
稅壹拾貳
錢錢
(第六十六號)

發行
壹圓貳拾錢
共

(第六十六號)

第二回平和會議ト義務の仲
法人ノ能力ヲ論ス
最近判例批評(其二十七)
討論批評及自家ノ見解(續)
養子論

養子論

露國新手形法(十三、完)：
被害者ノ囑託ト殺傷罪トノ
有價證券ノ利札質入ノ效力

有價證券ノ利札質入ノ效力

地方裁判所支部ノ廢止ニ就
憲政本黨ノ對滿州策ニ就テ

憲政本黨ノ對滿州策ニ就テ

大審院新判決例 二十九件
擬律擬判試驗答案及批評

擬律擬判試驗答案及批評

中立侵犯問題ニ關スル我政
題ニ關スル日本辯護士協會
願○檢事紀志嘉實君ノ辭職

願○檢事紀志嘉實君ノ辭職

學則ノ改正○講師ノ招聘○
兼新年宴會並ニ旅順陥落祝
異動○校友死亡○寄贈書目

二月

法政大學

○廣告

法政速成科講義錄

每月二回發行
第二號 二月廿日發行

- 頭辭 司法大臣 波多野敬直閣下
- 肖像 法學博士 富井 政章先生
- 刑法 總論 法學博士 岡田 朝太郎
- 國際公法 法學博士 中村 進午
- 裁判所構成法 法學士 岩田 一郎
- 經濟學 法學士 山崎 覺次郎
- 雜錄 ○去年我邦及東洋諸國開貿易
- 本講義錄總以漢文記述法律政治經濟等之學科者也 ○校外生月謝金五十錢 ○一冊代金三十錢

二月 法政大學

(明治三十七年十一月十日第三種郵便物認可)
(每月三回 五日 十五日 二十五日發行)

明治三十八年三月二日印刷
明治三十八年三月五日發行
(定價金三十錢)

編輯者 萩原敬之
東京市牛込區牛込北町十番地

印刷者 小宮山信好
東京市牛込區矢來町三番地

印刷所 金子活版所
東京市芝區西久保明舟町十二番地

發行所 司法省
指定 法政大學
(電話番町百七十四番)