

### 法政大学講義録

横田, 秀雄 / 田中, 遜 / 岡田, 朝太郎 / 梅, 謙次郎 / 中  
村, 進午 / 清水, 澄 / 富井, 政章 / 志田, 鉀太郎

---

(出版者 / Publisher)

法政大学

(巻 / Volume)

4

(号 / Number)

1学年の2

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

96

(発行年 / Year)

1905-12-10



明治三十八年十一月九日第三種郵便物認可  
每月三回 十日 二十日 三十日發行  
明治三十八年十二月十日發行  
第一學年ノ一

三十九年度

明治三十九年 自第二  
第一學年 至第十三  
外 另 外 一 冊

欠三冊 第七号、第九号、第十号

現在冊数九冊

# 講義錄

第四號

政大學發行







（明治三十八年十一月九日第三種郵便物認可）  
（毎月三回十日二十日三十日發行）

明三十八年十二月十日發行

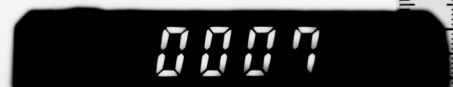
第壹學年ノ一

三十九年度

# 法政大學講義錄

第 四 號

法政大學發行



三十九年度第四號目次

|          |                          |      |       |
|----------|--------------------------|------|-------|
| 法學通論     | (至三一七)                   | 法學博士 | 中村進午  |
| 憲法       | (至五一七)                   | 法學博士 | 清水澄   |
| 民法總則     | 自第一章(至六一六)<br>至第三章(至六一九) | 法學博士 | 富井政章  |
| 民法總則     | 自第四章(至二四九)<br>至第六章(至二四九) | 法學博士 | 志田鈿太郎 |
| 民法物權第一部  | (至三二七)                   | 法學士  | 横田秀雄  |
| 民法債權     | (至四一八)                   | 法學博士 | 梅謙次郎  |
| 刑法總論     | (至三六九)                   | 法學博士 | 岡田朝太郎 |
| 國際公法(平時) | (至四一四)                   | 法學博士 | 中村進午  |
| 羅馬法      | (至二八)                    | 法學博士 | 田中遜   |

雜錄

○講談會○判檢事登用第一回試驗及ヒ文官高等試驗成績○大審院判例要旨

090  
1906  
1-1-2

タルモノナルカ後ニ至リテハ身體ニ毀害ヲ受ケタル者モ亦之カ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシト爲シタルカ如ク、又羅馬ニ於テ敵ノ俘虜ト爲リテ死シタル者ノ財産ハ無主物ト看做シ相續ノ目的物ト爲サザリシカ後ニ至リテ改メテ相續ノ目的物ト爲ルモノナリト解釋シタルカ如シ然レトモ他ノ方面ヨリ見テ補正解釋ヲ爲スノ弊害ヲ舉クレハ之カ爲メニ却テ立法者ノ眞意ヲ托タルノ恐ナキヲ保セス故ヲ以テ「サヴェニー」「ヴァンゲロー」諸氏ノ如キハ補正解釋ヲ許サスト爲シ解釋ニ由リテ法文ノ意義ヲ變更スルハ不可ナリト云ヘリ補正解釋ヲ許ササルヘカラストノ說ハ法律ハ文字ヲ見ルヲ主トスルモノニ非スシテ立法者ノ意思ヲ見ルコトヲ主トスルモノナリト云フニ在リ若シ補正解釋ヲ爲スコトヲ許サストセハ制限解釋ヲモ擴張解釋ヲモ爲スコトヲ得サルヘシ立法者カ誤リテ法文ヲ設ケタルコト極メテ明白ナル場合ニ於テ補正解釋ヲ許サストスレハ到底立法者ノ誤謬ヲ救フコト能ハサルヘシ補正解釋ヲ爲ストキハ立法者ノ意思ニ反ストノ駁撃ヲ加フル者アレトモ立法者カ誤リタルコト明カナル場合ニ於テ補正解釋ヲ爲スハ却テ立法者ノ意ヲ得タルモノナリ然レトモ此解釋ハ充分ニ意ヲ用ヒテ爲スヘキモノニシテ決シテ輕輕ニ許スヘカラサルモノナリ

第一節 強制的解釋

強制的解釋トハ國家權力ヲ以テ從ハシムヘキ解釋ヲ謂フ強制的解釋ヲ分テテ立法的強制的解釋、司法的強制的解釋、行政的強制的解釋ノ三者ト爲ス  
第一、立法的強制的解釋(立法解釋)トハ立法者カ法律ノ文面ニ依リテ法律ノ意義ヲ解釋スルモノヲ謂フ此解釋ハ「サヴェニー」「デルンブルヒ」其他ノ學者ノ悉ク認ムル所ニシテ特ニ「サヴェニー」ノ如キハ立

法學通論 總論 法律ノ解釋 強制的解釋

法解釋ハ法律ヲ以テ法律ヲ解釋スルモノナルカ故ニソハ解釋ト云フベキモノニ非ス其解釋シタルモノ自身カ寧ロ一箇ノ法律ナリト謂ヘリ氏ノ說ハ即チ解釋自身カ效力アルモノニ非スシテ法律トシテ公布シタルモノナルカ故ニ其法律自身カ法律トシテ效力ヲ有スルニ過キス故ニ人民ノ之ニ從フハ解釋ニ從フニ非スシテ法律自身ニ從フモノト云フノ意ナリ立法解釋ノ方法ヲ分チテ三箇ト爲ス

(一)法令ヲ發シテ解釋スルモノ、例ヘハ民法施行法ヲ以テ民法ヲ解釋スルカ如ク會計法補則ヲ以テ憲法第六七條ノ既定歲出ナルコトヲ解釋シタルコトアルカ如ク今「デルンブルヒ」ノ著書ニ從ヒ此種ニ屬スル適例ヲ擧ケン

千八百七十八年十月二十一日ノ法律ニ據リテ與ヘラレタル委任ニ依リ伯林ノ警視總監ハ國會ノ開會中ニ於テ社會黨ノ國會議員ヲ伯林ヨリ退去セシメントシタリ是ニ於テ警視總監果シテ此ノ如キ權限ヲ有スルカ若クハ此命令ヲ奉セテ退去セサル代議士カ所謂ヲ受クヘキヤノ問題ヲ生シタリ當時裁判官ハ警視總監ノ處置ヲ是認シタルカ其判決未タ確定セサルニ先チ千八百八十年五月三十日ノ法律ヲ以テ千八百七十八年十月二十一日ノ法律ヲ解釋シテ此法律ハ國會ノ開會中ハ代議士ニ適用スルモノニ非スト定メ問題ハ茲ニ終局ヲ告ケタリ

(二)同一法令中ニ解釋ヲ加ヘタルモノ例ヘハ民法第一篇第三章ニ「物」トアリテ第八五條ニ「本法ニ於テ物トハ有體物ヲ謂フ」ト規定シ以テ物トハ何ノヤヲ解釋シタルカ如ク明治二十一年六月勅令第四七號將油稅則第一條ニ「將油ト稱スル内ノ溜ヲ含ムコトヲ解釋シタルカ如ク又明治二十三年六月法律第四三號官吏恩給法中第一條第九條第一二條第一四條等ニ於テ如何ナル官吏カ恩給ヲ受クヘキヤヲ解釋シタルカ如ク商法第四條ニ於テ商人ヲ解シテ「自己ノ名ヲ以テ商行爲ヲ爲スヲ業トスル者ヲ謂フ」ト規定

スルカ如シ

(三)伺ニ對シ指令ヲ以テ解釋スルモノ、例ヘハ地方ノ縣廳ヨリ內務省ニ向テ伺ヲ爲シ之ニ對シテ指令ヲ下スカ如キ一種ノ解釋ト見ルヘキモノナリ

立法解釋ニ關スル原則トシテ擧クヘキモノ三アリ第一立法解釋ハ既往ニ遡ラス即チ解釋シタル法律ノ發布セラレタル以後ニ關シテノミ解釋ノ效力ヲ有ス、第二立法解釋ハ一箇ノ法律ナルカ故ニ一切ノ人民裁判官及ヒ行政官ヲ拘束スルモノナリ第三立法ニ參與シタル者カ立法ヲ爲スノ評議ニ際シ發シタル意見及ヒ其後ニ於テ表示シタル意見ハ決シテ強制的解釋力ヲ有スルモノニ非ス蓋シ此種ノ意見ハ國家ノ意思ニ非スシテ立法ニ參與シタル人ノ私見ニ過キサレハナリ

第二 司法的強制的解釋(司法解釋)トハ裁判官カ法律ノ適用ヲ爲スニ當リ、換言スレハ裁判官カ判決ヲ下スニ當リテ或法文ニ對シ爲ス所ノ解釋ナリ裁判官ハ判決ヲ下スニ當リテ法律ノ解釋ニ付テ立法者ノ意見ヲ問フノ必要ナク全ク自己ノ智識ト學力トニ依リテ自己ノ意見ノ儘ニスヘキモノナリ而シテ判決ヲ受クル者ハ裁判官カ爲シタル此解釋ニ從ハサルヘカラス裁判官ハ立法解釋ニハ拘束セラルルモノナレトモ行政解釋ニハ拘束セラルルモノニ非ス是レ行政官ト司法官トカ全ク其職務ノ範圍ヲ異ニスル結果ナリ

次ニ司法解釋ハ一般ノ人民並ニ他ノ裁判所ヲ拘束スルモノニ非ス故ニ各裁判所ハ事件ヲ異ニシ訴訟當事者ヲ異ニスルトキハ同一法文ニ關シ同一ノ解釋ヲ下ササルヘカラサルノ義務ナシ只裁判所構成法第四八條ニ「大審院ニ於テ裁判ヲ爲スニ當リ法律ノ點ニ付テ表示シタル意見ハ其訴訟一切ノ事ニ付テ下級裁判所ヲ羈束ス」トアルヲ以テ法律上ノ點ニ付テ大審院カ下シタル意見ニハ下級裁判所タルモノ之ニ從



ハサルヘカラス是レ法律ノ統一ノ爲メニ設ケタル規定ナリ尙ホ此點ニ付テハ民事訴訟第四五〇條ノ左ノ規定ヲ參照スヘシ

事件ノ差戻又ハ移送ヲ受ケタル裁判所ハ上告裁判所ノ爲シタル法律ニ係ル判斷ニシテ判決ヲ破毀スル基本ト爲シタルモノヲ以テ新ナル辯論及ヒ裁判ノ基本ト爲ス義務アリ

第三 行政の強制解釋(行政解釋)トハ行政官カ法律ヲ施行スル爲メニ爲ス所ノ解釋ナルカ故ニ只其施行ノコトニ付テノミ效力ヲ有スルノミニシテ他ノ點ニ付テ效力ヲ有スルモノニ非ス故ニ行政の強制解釋ハ裁判官ヲ拘束セス又立法者ヲモ拘束セス

法律解釋ノ原則トシテ附記スヘキモノアリ第一、法文ニ用ヒラレタル文字明瞭ナラサルトキハ之ヲ寬大ニ解釋スヘシ法語ニ法律ノ區別セサルモノヲ區別スヘカラスト云フコト是ナリ故ニ法律ノ文中ニ或文字ノ用ヒラルルトキ故ラニ之ヲ嚴肅ニ解釋スヘキモノニ非ス例ヘハ人ト云ヘハ自然人ヲモ法人ヲモ共ニ包含スルカ如ク又老弱男女ヲ併セ稱スルモノト解釋セサルヘカラス又車ト云ヘハ特別ノ規定ナキ限りハ牛車ヲモ馬車ヲモ人車ヲモ併セ稱スルモノト解釋スヘキカ如シ但他ノ法文又ハ其法律ノ他ノ條文ヨリ見テ例外ヲ認メサルヘカラスルコトアリ例ヘハ明治十九年八月法律第二號公證人規則第一八條中公證人ト爲ルノ資格ヲ舉ケテ第一ニ「滿二十五歲以上ナルコト」トアルカ故ニ女子モ亦公證人ト爲ルコトヲ得ヘキカ如キモ女子ヲ取除クテ妥當トスルカ如ク又明治十九年ノ皇宮警手採用規則第一條ニ

皇宮警手ハ志願ノ者ヲ以テ檢査合格ノ上採用スヘシ其資格ハ左ノ如シ  
一年齡滿二十年以上滿三十五年以下ニシテ徵兵ニ相當セサル者

- 一 身幹曲尺五尺以上ノ者
  - 一 體質強壯ニシテ其職務上ニ害アル疾病ナキ者
  - 一 讀書、普通ノ文書ヲ讀ミ得ル者
  - 一 作文、通俗往復文ヲ綴リ得ル者
- トアリテ外國人モ亦皇宮警手タルコトヲ得ルノ觀アレトモ當然之ヲ除外セサルヘカラスルカ如シ  
第二、特別ノ權利法懲罰法義務法變則ハ嚴肅ニ解釋スヘシ蓋シ此等ノ法律ハ皆箇人ノ權利義務ニ重大ナル影響ヲ及ボスモノナレハナリ

### 第七章 法律ノ分類

#### 第一節 一般法及ヒ特別法(通法及ヒ特法) (General law, particular law, Algemeines Recht, Specialles Recht)

一般法及ヒ特別法ノ區別ハ法律ノ行ハルル範圍ノ廣狹ニ由リテ生スルモノナリ。一般法トハ總テノ範圍ニ行ハルル法律ヲ謂ヒ特別法トハ特種ノ範圍内ニ行ハルル法律ヲ謂フ而シテ此所謂範圍ナルモノノ中ニハ第一、法律ノ行ハルル土地ノ範圍第二、法律ヲ遵奉スヘキ人ノ範圍第三、法律ヲ適用スヘキ法律關係ノ範圍ノ三種アリ  
第一、土地ヲ本トスル一般法及ヒ特別法。此ノ區別ニ於ケル一般法トハ一國內何レノ土地ニモ行ハルル法律ヲ謂ヒ特別法トハ或地方ヲ限リテ行ハルル法律ヲ謂フ例ヘハ日本全國ニ行ハルル法律ハ一般法ニシテ臺灣ノミニ行ハルル法律ハ特別法ナリ日本全國ニ行ハルル行政執行法ハ一般法ニシテ神奈川縣

ノミニ行ハルル警察令ハ特別法ナリ外國ニ於ケル例ヲ取レハ英吉利ノ本國益ニ殖民地ニ通シテ行ハルル法律ハ一般法ナリ英國ノミニ行ハルル法律若クハ或殖民地ノミニ行ハルル法律ハ特別法ナリ獨逸帝國全體ニ行ハルル法律例ハ獨逸ノ憲法刑法ハ一般法ニシテ普魯士ノミニ行ハレタル民法「バイエルン」ノミニ行ハルル國籍法ノ如キハ特別法ナリ一國ニ行ハルル法律ト他國ニ行ハルル法律ト同一ナルコトアルモ之ヲ以テ一般法ナリト稱スルコト能ハス一般法特別法ノ區別ハ一箇ノ主權ノ下ニ於テノミ立ツルモノニシテ二箇以上ノ主權ノ下ニ行ハルル法律ニ於テ立ツル區別ニ非ス故ニ法律制定者カ一定ノ範圍内ヲ限リ行フヘシトノ意思ヲ以テ制シタルモノニ非サレハ認マテ一般法特別法ト爲スコトヲ得ヘキニ非ス

第二 人ヲ本トスル一般法及ヒ特別法 此區別ニ據レハ凡テノ人ニ遵奉ノ效力ヲ及ホスモノハ一般法ニシテ特別ノ人ニ遵奉ノ效力ヲ及ホスモノハ特別法ナリ而シテ其所謂特別ノ人トハ其職業身分地位能力等ニ由リテ異ナリ例ヘハ皇族ノ婚姻ヲ定メタル法律(皇典三九條四〇條四一條四四條軍人ノ婚姻ヲ定メタル法律(明治十四年五月達乙二五號陸軍武官結婚例明治二十五年十月勅令八七號海軍軍人結婚條例)ノ如キハ特別法ナリ官吏服務紀律(明治二十年七月勅令三九號)ノ如キハ官吏ノミニ對スル法律ナルカ故ニ特別法ナリ華族世襲財產法(明治十九年四月勅令三四號)ノ如キハ華族ノミニ關スル法律ナルヲ以テ特別法ナリ陸海軍刑法ノ如キハ陸軍及ヒ海軍ノ軍人軍屬ヲ支配スルノ法律ナルヲ以テ特別法ナリ巡查看守傳給令(明治三十年五月勅令第一四九號)湯屋營業規則質屋取締規則等ノ如キハ此等ノ職務職業ヲ有スル特別ノ人ニ對スル法律ナルカ故ニ皆特別法ニシテ憲法刑法刑事訴訟法戶籍法ノ如キハ凡テ一般法ナリ然リト雖モ一般法ノ中ニ於テ特別ノ人ニ關スル規定ヲ設ケル場合アリ例ヘハ民法中ニ

在リテ未成年者瘋癲白痴者浪費者ニ關スル規定ヲ設ケルカ如シ又特別法ニ對シテ更ニ特別ノ規定ヲ設ケル場合アリ例ヘハ監獄則(明治二十二年七月勅令九三號)ト稱スル一般ノ法律ニ對シ明治三十二年二月律令第三號ノ臺灣監獄則アルカ如キ是レ土地ニ關スル一般法特別法タルト同時ニ併セテ人ニ關スル一般法特別法ヲ爲スモノナリ

人ヲ本トスル特別法ヲ二種ニ分テテ一ヲ利得特別法トシ他ヲ不利得特別法トスルモノアリト雖モ是レ單ニ利得ヲ受ケルヤ否ヤノ事實ヨリ見タル區別ニシテ學理上敢テ重キヲ置クニ足ラス

第三 法律關係ヲ本トスル一般法及ヒ特別法 此區別ハ法律ヲ一般ノ法律關係ノミニ適用スルカ將タ特別ノ法律關係ノミニ適用スルカニ由リテ生スルモノナリ故ヲ以テ此區別ハ絕對的ノモノニ非スシテ雙對的ノモノナリ即チ或法律ハ或他ノ法律ニ對シテ特別法ナルモ更ニ他ノ特別法ヨリ見レハ一般法ナルコトアリ例ヘハ商法ト云ヘハ商事ニ關スル法律ナルカ故ニ特別法ナリト雖モ之ヲ手形ノコトノミヲ定メタル手形法ヨリ見レハ一般法ナルカ如シ

以上三種ノ區別ニハ必スシモ判然タル限界ヲ立ツルコトヲ得ヘキモノニ非ス例ヘハ土地ニ據ル特別法ニシテ併セテ人ニ據ル特別法ナルコトアリ例ヘハ何縣湯屋取締規則ト云フカ如シ次ニ又人ニ據ル特別法ニシテ併セテ法律關係ニ據ル特別法ナルコトアリ例ヘハ或法律關係ヲ爲ス人ヨリ特ニ租稅ヲ徵收スルコト彼ノ酒造稅法ノ如キ是ナリ不動産賣買ノコトヲ定メタル法律ノ如キハ土地ニ關スル法律關係竝ニ其賣買ヲ爲ス人ニ關スル特別法ナリ

世ノ進歩ニ伴ヒテ特別法カ一般法ニ變スル場合アリ又一般法カ變シテ特別法ト爲ル場合アリ特別法カ一般法ニ變スル場合ハ其人其土地其法律關係ニ特別法ヲ布クノ必要ナキニ至ル爲メ又ハ特別法ヨリ生



スル弊害ヲ矯メンカ爲メニ起ルコト多シ例へハ北海道及ヒ沖繩縣ニ徵兵令ヲ及ホササリシ特別法ノ廢止セラレテ今日ニ於テハ兩地共ニ徵兵令ヲ布クノ一般法カ行ハルル如ク維新後積多ニ關スル特別法ノ止ミタルカ如ク又斬捨御免ノ特別法カ止ミタルカ如シ

一般法ノ分レテ特別法ト爲ルハ或人或土地或法律關係ニ向ヒテ特別ノ法律ヲ適用スルノ必要ヲ生スルノ結果ナリ風俗公安ノ爲メニ或警察規則ヲ發スルカ如キハ皆世ノ變遷進歩ニ伴ヒテ生スルモノナリ例へハ臺灣カ日本ノ領地トナリタルニ因リテ臺灣ヲ限トスル特別法ヲ設クルノ必要ヲ生シ電話ノ發明アリタルト共ニ電話ニ關スル法律ヲ生シ自轉車ノ流行ト共ニ自轉車ニ稅ヲ課スル特別法ヲ生シ汽車設ケラレテ鐵道條例生シ外國人ノ入込ムト共ニ外國人ニ關スル許多ノ特別法ヲ生スルカ如シ

一般法特別法ヲ區別スル實益ハ其效力ノ優劣如何ニ在リ即チ特別法ハ一般法ニ勝ツト云フ原則アリテ同一ノ事實ニ關シ一般法ト特別法トノ兩者ニ衝突ヲ生スルトキハ其效力ハ必ス特別法ニ依リテ制セラレ例へバ何人ト雖モ年齢二十歳ニ達シタルトキハ兵役ニ服スルノ義務アリト定ムルハ一般法ニシテ何ノ學校ニ在學スル者ハ二十八歳ニ至ルマテ兵役ヲ猶豫スト云フハ特別法ナリ此場合ニ於テハ特別法ノ方、優勝スルモノニシテ或男子カ二十歳ニ達シタル場合ニ於テ其或種類ノ學校ニ在學中ナルトキハ特別法ニ依リテ猶豫ヲ受クルカ如シ然レトモ特別法ハ一般法ニ勝ツト原則ニハ例外アリ原則上若シ或一般法カ特別法ニ勝ツノ效力アル場合ニ於テハ特別法ハ一般法ニ勝ツト能ハス例へハ勅令タル特別法ト法律タル一般法トカ衝突シタルトキニ在リテハ此一般法ハ特別法ニ勝ツカ如ク裁判所構成法ト憲法トカ衝突シタル場合ニ於テハ憲法勝ヲ制スルカ如シ

## 第二節 成文法・不文法 (Written law, unwritten law; droit écrit, droit non écrit)

成文法不文法ノ區別ハ法律ノ或形式ニ依リテ立テタルモノナリ成文法トハ制定發布シ文書ニ記載シタルモノニシテ不文法トハ文書ニ記載スルコトナク唯認定ニ由リテ法律タル效力ヲ有スルモノヲ謂フ而シテ此處ニ所謂記載トハ單ニ何等ノ意味モナキ記載ニ非スシテ法律タルノ效力アルモノトシテ記載シタルト否トニ由リテ區別ヲ生スルナリ例へハ不文法ナリト雖モ人ノ覺悟トシテ記載セラレタルモノアリ或ハ學者ノ手ニ依リテ記錄セラレタルモノアリ又裁判官ノ手控トシテ書留メラレタルモノモアラン然レトモ此等ハ法律トスルノ意思ヲ以テ記載シタルモノニ非サルカ故ニ皆之ヲ成文法ナリト云フコトヲ得ス

法律ノ進歩發達ノ例ニ徵スルニ法律ハ凡テ不文法ニ移ルヲ以テ原則ト爲ス或ハ法律ナキ地ニハ裁判ナシト主張スル者ナキニ非スト雖モ抑モ大ナル誤謬ナリ法律殊ニ成文法ハ慣習並ニ裁判ヨリ後レテ發達シタルモノニシテ古ニ於テハ或一ノ行爲アル毎ニ其各箇ノ場合ニ付テ君主又ハ會長カ判決ヲ與ヘタルモノニシテ君主ハ決シテ初ヨリ法律ヲ適用シテ裁判ヲ下シタルモノニ非ス只慣習又ハ判決例ノ集マリタルモノノ進ミテ成文法トナルニ過キサルナリ今日ニ於ケル現象ヲ見レハ裁判官ハ法律ノ明文ナキ場合ニ判決ヲ下スコト能ハサルモノナリト雖モ發達セザル時代ノ裁判官ハ法律ナキ時ニ於テ既ニ判決ヲ下シタルモノナリ

此ノ如ク法律ハ不文法ヨリ成文法ニ進ムモノナリト雖モ此原則ニハ勿論例外アリ先ツ第一ニ此原則ニ正反對ヲ爲ス場合アリ一國ノ成文法カ其國ノ不文法ト爲ル場合アリ例へハ佛國ニ於テ革命ニ由リテ從



來ノ成文法カ不文法ト爲リタルカ如キ又北亞米利加合衆國カ獨立戰爭ノ結果トシテ英國ヨリ分レテ獨立國トナリタル場合ニ英國カ從來北亞米利加合衆國ニ對シテ發シタル法律ノ不文法ト爲リシカ如キ是ナリ一國ノ成文法カ他國ノ不文法ノ源ト爲ル場合アリ又一國ノ成文法カ他國ノ成文法ノ源ト爲ル場合アリ例ヘハ羅馬法カ英佛獨等ニ繼承セラレタルカ如シ羅馬ヲフ國家ハ決シテ英佛獨等ニ向テ法律ヲ發シタルモノニ非ス唯英佛獨等ノ諸國カ羅馬法ヲ慣習トシテ自國ニ適用シタルニ過キス尙ホ一國ノ不文法カ他國ノ不文法ト爲ルコトモアリ其凡ニル場合ヲ列舉スレハ左ノ數種ニ歸ス

- 第一 一國ノ不文法カ進ミテ其國ノ成文法ト爲ルコトアリ
- 第二 一國ノ成文法カ其國ノ不文法ト爲ルコトアリ
- 第三 一國ノ成文法カ他國ノ不文法ノ源ト爲ルコトアリ
- 第四 一國ノ成文法カ他國ノ成文法ノ源ト爲ルコトアリ
- 第五 一國ノ不文法カ他國ノ不文法ノ源ト爲ルコトアリ
- 第六 一國ノ不文法カ他國ノ成文法ノ源ト爲ルコトアリ

慣習及ヒ判決例ノ外ニ學者ノ説カ一國ノ法律(不文法又ハ成文法)ノ源ト爲ル場合アリ例ヘハ羅馬ノ「テオドシウス」帝カ「ガユウス」「パビニヤン」「パウル」「ウルビヤン」「モヂスチヌス」ノ五法律家ノ學說ニ法律ノ效力ヲ與ヘ若シ説ヲ異ニスルトキハ「ウルビヤン」ノ説ニ從フヘシト爲セルカ如キ是ナリ成文法ト不文法トヲ比較スルニ各、一得一失アルヲ免レス不文法ハ成文法ノ如ク立法者ノ意思ニ由ルニ非スシテ實際ノ慣例ニ基キ且世ノ變遷ト推移スルコトヲ得ルカ故ニ若シ裁判官其人ヲ得レハ好結果ヲ來スヘキモ之ニ反シテ裁判官カ方正ナルモノニ非サレハ却テ法律ヲ濫用シ罪人ヲ曲庇シ無辜ヲ陷害

スルコトアルヘシ成文法ハ此弊ヲ矯ムルニ於テ最モ適當ナルモノナリ苟モ法律ノ明文アルトキハ權利義務ノ存スル所確實ニシテ曖昧ナラサルカ故ニ裁判官如何ニ偏頗ノ思考ヲ有スルモ法文ヲ托ケテ判決ヲ下スコト能ハス尙ホ成文法ノ長所ヲ舉ケンニ若シ成文法ニ缺點アルトキハ之ヲ改正スルコト容易ノ業ナルヘシ然リト雖モ翻譯考フルニ成文法ニモ亦全ク何等ノ弊害何等ノ缺點ナキヲ探スルコト能ハス即チ成文法アルトキハ裁判官ハ文字ニ拘泥セシメラルルノ恐アリ尙ホ爾餘ノ弊害ハ法文アルモノニ限リテ裁判ヲ下スコトヲ得ルモ法文ノ規定ナキコトニ付テハ如何ニ賢明ナル裁判官ト雖モ判決ヲ下スコト能ハサルコト是ナリ故ヲ以テ成文法時代ニ於テハ惡意アル者ハ法文ノ缺點ヲ探索シテ法網ヲ脱スルノ危險アリ

成文法ト不文法トノ二者同時ニ存在スルトキハ何レニ從フヘキヤニ付テ我法制カ如何ナル主義ヲ採ルヤハ左ノ三箇ノ條文ヲ參照シテ知ルヘシ

明治八年第一三號布告裁判事務心得第三條 民事裁判ニハ成文アルモノハ成文ニ從ヒ成文ナキモノハ左ノ三箇ノ條文ヲ參照シテ知ルヘシ

民法第九二條 法令中ノ公ノ秩序ニ關セサル規定ニ異ナリタル慣習アル場合ニ於テ法律行為ノ當事者カ之ニ依ル意思ヲ有セル者ト認ムヘキトキハ其慣習ニ從フ

商法第一條 商事ニ關シ本法ニ規定ナキ者ニ付テハ商慣習ヲ適用シ商慣習ナキトキハ民法ヲ適用ス

第三節 強制法(命令法及ヒ禁止法)及ヒ隨意法(Absolute law, Dispositive law, Lois impératives, lois prohibitives, lois facultatives)



強制法トハ當事者ヲシテ法律ノ適用ヲ變更左右スルコトヲ得セシメサル法律ニシテ其然ラサルモノハ  
 隨意法ナリ元來法律ナルモノハ私人ノ意思ヲ以テ左右スルコト能ハサルモノナルカ故ニ此點ヨリ云ヘ  
 ハ隨意法ナルモノノナキカ如ク見ユレトモ唯當事者ノ幾分ノ意見ヲ加ハラシムルコトヲ得ルモノヲ名ケ  
 テ隨意法ト謂ヒ全ク當事者ノ意思ヲ加ハラシムルコト能ハサルモノヲ名ケテ強制法ト謂フ隨意法ノ場  
 合ニ於テモ一度法律行為ヲ爲ストキハ勿論其法律ニ服從セサルヘカラス此方面ヨリ見レハ隨意法モ亦  
 強制法ナリ然レトモ法律カ或法律行為ヲ爲スト否トヲ一私人ノ自由ニ委スルコトアリ此場合ニ於テ人  
 民ハ其法律行為ヲ爲スト否トノ自由ヲ有ス故ニ之ヲ名ケテ隨意法ト謂フ例ヘハ租稅ヲ納メ兵役ニ服ス  
 ルカ如キハ強制法ニシテ之ニ反シテ婚姻ヲ爲スカ如キ又取引ヲ爲スカ如キ之ヲ爲スト爲ササルトキハ  
 人ノ自由ナリ唯婚姻ヲ爲ストキハ之ニ關スル民法ノ規定ニ從ハサルヘカラス商取引ヲ爲セハ商法ノ規  
 定ニ從ハサルヘカラス唯商取引ヲ爲スト否ト婚姻ヲ爲スト否トハ人ノ自由ナルヲ以テ之ヲ名ケテ隨意  
 法ト謂フナリ要スルニ法律行為ニ或範圍ヲ定メ其範圍内ニ入ラサルモノハ法ノ適用ヲ受ケスシテ可ナ  
 リトスルモノハ隨意法ニシテ初ヨリ絕對的ニ從ハサルヘカラストスルモノハ強制法ナリ  
 強制法ハ之ヲ命令法(Lois impératives)ト禁止法(Lois prohibitives)トニ分ツコトヲ得或事ヲ爲スヘシト  
 云フ積極的ノ命令ハ命令法ニシテ或事ヲ爲ス勿レト云フ命令即チ消極的ノ命令ハ禁止法ナリ人或ハ禁  
 止法即チ或事ヲ爲ス勿レト云フコトハ即チ或事ヲ爲ササルコトヲ爲セト云フコトナルカ故ニ禁止法ハ  
 即チ命令法ナリト云フト雖モ若シ斯ク言ハハ命令法即チ或事ヲ爲セト云フハ即チ或事ヲ爲ササルコト  
 ヲ爲ス勿レト云フコトナルカ故ニ命令法ハ即チ禁止法ナリト云フニ歸スヘシ

#### 第四節 實體法形式法(手續法) (Subjective law, Adjective law; lois de prin- cipe, lois de procédure)

實體法トハ權利義務ノ實質ヲ定メタル法律ニシテ形式法トハ實體法ヲ補助スル法律即チ權利義務ヲ實  
 施スル手續ヲ定メタル法律ナリ例ヘハ民法ハ實體法ニシテ民事訴訟法ハ形式法ナリ憲法ハ實體法ニシ  
 テ議院法選舉法ノ如キハ形式法ナリ刑法ハ實體法ニシテ刑事訴訟法ハ形式法ナリ行政法ハ實體法ニシ  
 テ行政裁判所法ハ形式法ナリ

要スルニ實體法トハ人民相互ノ權利義務ノ關係人民ト國家トノ關係ヲ定メタルモノニシテ形式法トハ  
 此實體法ヲ施行スルコトヲ定メ又ハ實體法ニ從ハサルモノニ對シテ加フル制裁ノ事ヲ定メタル法律ナ  
 リ或人ハ實體法ニ定メタル權利ヲ犯シ義務ヲ怠リタル場合ニ之ニ對スル制裁ヲ加フル方法ヲ規定シタ  
 ルモノノミラ形式法ナリト云フト雖モ形式法ノ範圍ハ決シテ斯ル狹隘ナルモノニ非ス例ヘハ如何ナル  
 手續ニ依リ訴訟ヲ提起スルカ或ハ裁判ニ不服ナルトキニ幾日間ニ上訴スヘシト云ヒ或ハ如何裁判所ノ  
 判決ハ幾名ノ裁判官カ合議ニ由リテ下サルヘカラスト定メタルカ如キモ亦形式法ナリ然レトモ總テ  
 ノ法律ハ必スシモ單ニ實體法ノ分子ノミヲ含ムト限ルモノニ非ス又形式法ノ分子ノミヲ含ムト限ルモ  
 ノニ非ス實體法形式法兩者混淆ノモノアリ實體法中ニ手續又ハ制裁ニ關スル規定極メテ多キヲ見テ知  
 ルヘシ故ニ此區別ノ標準ハ主トシテ權利義務ノ實質ニ關スルコトヲ規定シタル法律ヲ實體法ト謂ヒ主  
 トシテ形式法ニ關スルコトヲ規定シタル法律ヲ形式法ナリト謂フノ點ニ在リ





### 第五節 固有法繼承法 (Jus proprium, jus receptum)

固有法トハ模範ヲ外國ニ採ルコトナク自國ノミノ地勢、人情、風俗、習慣、氣候等ヲ基トシテ作り又ハ自國ノミノ人情、風俗等ニ由リテ發達シタル法律ナリ繼承法トハ模範ヲ外國ニ採リ外國法律ニ倣ヒテ作りタル法律ナリ而シテ其模範ノ程度如何ハ問フ所ニ非ス或國ニ於テハ外國ノ法律ヲ其儘翻譯シテ自國ノ法律トスルコトアリ例ヘハ白耳義ノ如キハ「ナボレオン」民法ヲ翻譯シテ之ヲ發布シ法律タル効力ヲ有セシメタルモノニシテ法律ニ疑義アルトキハ佛蘭西民法ニ依ルヘシトノ規定アリ此ノ如キハ純乎タル繼承法ナリ繼承法ニシテ只外國法ノ精神ノミヲ採リタルモノアリ又或ハ外國法ノ形式ノミヲ採リタルモノモアリ

如何ナル國家ノ法律ト雖モ悉ク固有法ナルモノハ極メテ稀ニ又悉ク繼承法ナルモノモ極メテ稀ナリ今日ノ如ク交通頻繁ナル時勢ニ於テハ如何ナル國家ノ法律ト雖モ外國法ノ長所ヲ採ラサルモノ殆ト之アリコトナシ

法律ノ繼承ニ因リテ子法母法ノ區別ヲ生ス繼承セラレタル法律ハ母法ニシテ繼承シタル法律ハ子法ナリ例ヘハ羅馬法ハ希臘法ニ對シテ子法ニシテ希臘法ハ羅馬法ニ對シテ母法ナリ又今日ノ歐洲各國ノ法律ハ子法ニシテ羅馬法ハ之ニ對シテ母法ナリ又日本ノ法律ハ歐洲諸國ノ法律ニ對シテ子法ニシテ歐洲各國ノ法律ハ羅馬法ニ對シテ子法ナルヲ以テ羅馬法ヨリ見レハ日本ノ法律ハ子法ノ子法ナリ羅馬法ハ日本ノ法律ヨリ見テ母法ノ母法ナリ此ノ如キ繼承ヲ名ケテ間接繼承ト謂ヒ子法カ母法ニ對スル關係ヲ名ケテ直接繼承ト謂フ

固有法ト繼承法トヲ區別スル實益ハ繼承法ニ疑アル場合ニ母法ノ精神ヲ見テ之ヲ解釋スルコトヲ得ルノ點ニ在リ故ニ子法ヲ研究セント欲スル者ハ更ニ其源ニ遡リテ母法ヲ研究スルコトヲ要ス

古ニ於テハ各國ノ法律多クハ固有法ノミニ過キサリシカ今日ノ如ク外國トノ交通頻繁ナル時代ニ於テハ如何ナル國家ト雖モ純然タル固有法ノミヲ有スルモノハ極メテ稀ナリ然リト雖モ又悉ク外國ノ法律ノミヲ摸倣シテ毫モ自國ノ固有ナル分子ニ重キヲ置カサル法律モ亦殆ト稀ナリ例ヘハ我國ニ於テハ民法ノ中親族相續ニ關シテハ固有國ノ分子多ク其他ノ部分ニ付テハ繼承國ノ分子多キカ如シ現ニ刑法ノ如キ佛蘭國法ヲ繼承シタルモノナリ

### 第六節 公法及ヒ私法 (Public law, private law, öffentliches Recht)

Privatrecht)

公法私法ノ區別ハ法律ノ關係如何ニ因リテ立テタルモノナリ此區別ノ標準ハ學者ニ依リテ其見ル所ヲ異ニス

第一說 公法ハ公益ニ關シ私法ハ私益ニ關スル法律ナリト此說ハ羅馬ノ「ウルピアン」ノ考ニ出テタルモノニシテ其後ノ學者殊ニ獨逸學者ハ此說ヲ採ル者甚タ多シ例ヘハ「ウルピアン」ハ羅馬ノ國事ニ關スルコトヲ規定シタル法律ハ公法ニシテ一個人ニ關スルコトヲ規定シタル法律ハ私法ナリト云ヘリ故ニ此說ニ據レハ國家ト犯罪者トノ關係ヲ規定シタル法律ノ如キ及ヒ選舉法ノ如キハ公法ニ屬シ賣買貸借ノ關係、親族ノ關係相續ノ關係ヲ規定シタル法律ノ如キハ私法ニ屬スルモノナリ此說ニ據ラントセハ公益ニ關スル事件ト私益ニ關スル事件トヲ明瞭ニ區別シ得ルノ標準ヲ見出ササルヘカラス然レトモ或



關係ハ決シテ單ニ公益ニノミ關スルモノニ非スシテ併セテ私益ニモ關スルモノナリ又或關係ハ私益ニ關スルト同時ニ併セテ公益ニ關スルモノアリ或一箇ノ事件ニシテ單純ノ公益ニノミ關シ又ハ單純ノ私益ニノミ關スルモノハ殆ト之アラサルナリ例ヘハ強盜ノ如キハ國家ノ利益ニ關スルモノナリト云フモ強盜ニ因リテ直接ニ損害ヲ蒙ルモノハ寧ロ一個人ナリ又學者カ私益ニ關スルモノナリト指摘スル所ノ貸借ノ如キモ當事者ノ私益ニ關スルコト勿論ナリト雖モ併セテ公益ニモ關スルモノナリ何トナレハ債務者(金錢ヲ借りタル者)ニシテ借りタル金錢ヲ辨濟セサル者アリタルトキハ一國ノ經濟ヲ紊亂シ爲メニ國家ノ生存維持ヲ危殆ナラシムルコト多クレハナリ例ヘハ英國ノ「ギースチン」獨逸ノ「イェーリシグ」ノ如キハ公益ハ常ニ集合シタルモノナリト唱ヘ公益私益ニ由リテ公法私法ノ區別ヲ立ツルノ誤謬ナルコトヲ論破セリ或請求權ヲ民事上ノ訴訟ニ依リ訴追シ得ヘキモノハ私法ナリト云フモノアレトモコハ絕對ニ私法ノ性質ヲ知り得ヘキ解義ニ非ス何トナレハ私法上ノ權利關係ナルカ故ニ民事訴訟ニ依リテ救濟セララルモノニシテ民事訴訟ニ依リテ救濟セララルカ故ニ私法ナリト云フハ一種ノ循環論法ニ陥リタルモノナレハナリ

是ニ於テ一種ノ折衷論者ハ直接ニ公益ニ關スルコトヲ規定シタルモノハ公法ニシテ私益ニ關スルコトヲ規定シタル者ハ私法ナリト云ヘリ然レトモ所謂直接間接ナルコトノ區別明白ナラサルカ故ニ此說モ亦決シテ穩當ナルモノニ非ス

第二說 法律ノ應用ヲ權利者ニ委スルモノヲ私法ト謂ヒ其然ラザルモノヲ公法ト謂フ換言スレハ放棄スルコトヲ得ヘキ權利ヲ定メタル法律ハ私法ニシテ放棄スルコトヲ得サル權利ヲ定メタルモノハ公法ナリト云フニ在リ例ヘハ貸借關係ヲ定メタル法律ハ此說ニ據リ私法ナリ何トナレハ貸主ハ借主ニ對シ

自己ノ權利ヲ放棄スルコトヲ得レハナリ之ニ反シテ刑法ノ如キハ公法ナリ何トナレハ人ヨリ傷ケラレタル者ハ自己ノ任意ニ加害者ヲ許スコト能ハサレハナリ然レトモ此區別モ亦完全ナルモノニ非ス例ヘハ公權ト雖モ放棄スルコトヲ得ヘキモノアリ選舉權、皇位繼承權、親告罪ニ對スル訴權ノ如キハ公權ナレトモ之ヲ放棄スルコトヲ得ルモノナリ(被害者ノ親告ヲ俟テ檢察官告發スルハ是レ即チ親告罪ナリ強姦ヲ受ケタル場合ニ於テ強姦サレタリト訴ヘ出テサレハ是レ即チ公權ヲ放棄セルナリ)獨逸ノ「イェーリシグ」ハ曰ク「私權ノ侵犯ト戰フハ權利者カ自己ニ對スル義務ナルノミナラス併セテ共同體ニ對スル義務ナリ」云云一個人ハ其權利ヲ防禦スルト共ニ法律及ヒ共同體ノ秩序ヲ保全スルモノナリト此言ハ私權ト雖モ之ヲ放棄スルコトヲ得サルモノナリト云フ意ナリ故ニ此說ニ據レハ益、公法ト私法トノ區別ハ拋棄シ得ヘキ權利ニ關スルモノナルト否トニ由リテ判定シ得ヘキモノニ非サルナリ

第三說 國家ト人民トノ關係ヲ規定シタルモノハ公法ニシテ人民相互間ノ關係ヲ規定シタルモノハ私法ナリト英國ノ「ホルランド」獨逸ノ「ブルンチュリ」佛國ノ「ブラデエフデレー」ノ如キハ皆此說ヲ固持セリ

此標準ニ依ル區別モ亦完全ナリト云フコトヲ得ス何トナレハ國家ト人民トノ關係ト人民ト人民トノ關係トハ之ヲ明カニ區別スルコト能ハスシテ人民相互間ノ關係カ國家ニ關係スルモノノ極メテ多ク又國家ト人民トノ關係カ併セテ他ノ人民ニ關係スルモノノ亦極メテ多クレハナリ例ヘハ選舉法ノ如キハ人民ト他人トノ關係ヲ規定シタル法律ナレトモ公法ニ屬シ人民カ國家ノ募集シタル公債ニ應ジ之ニ因リテ權利義務ノ關係ヲ生スルカ如キハ人民ト國家トノ關係ナレトモ之ヲ私法トスルカ如シ又民事訴訟法ノ如キハ人民カ人民ニ對シテ訴フル手續即チ訴訟手續ニ關スルコトヲ規定シタルモノナレトモ今日ノ學



者ハ之ヲ公法ニ編入スルカ如シ

第三說ニモ亦一種ノ折衷說アリテ直接ニ國家ト人民トノ間ノ關係ヲ規定シタルモノハ公法ニシテ直接ニ人民相互間ノ關係ヲ規定シタルモノハ私法ナリト云ヘリ然レトモ此區別ノ曖昧ナルハ猶ホ第一說ニ於ケル折衷說ノ曖昧ナルカ如シ  
第四說 人民カ國家ノ一員トシテ爲ス所ノ關係ヲ定メタル法律ハ公法ニシテ人カ社會ノ一員トシテ爲ス所ノ關係ヲ定メタル法律ハ私法ナリト此說ハ重ニ獨逸學者ノ採ル所ニシテ「ギルケー」「サザキニー」「アプター」「アルント」等ハ皆此說ノ支持者ナリ此說ハ法律ハ國家ナキ所ニ之アルモノニ非ス社會ノ一員トシテ或行爲ヲ爲シタルトキ之ヲ支配スル法律ナシトノ議論ニ據リテ破ルコトヲ得ヘク又或行爲カ社會ノ一員トシテノ行爲ナルカ將タ國家ノ一員トシテノ行爲ナルカヲ判斷スルコト能ハサルハ此說ノ大ナル缺點ナリ加之國家ノ秩序ニ關スルコトカ併セテ社會ノ秩序ニ關スルコト頗ル多カルヘシ例ヘハ殺人ノ行爲ノ如キハ國家ヨリ見ルモ社會ヨリ見ルモ共ニ其秩序ヲ害セラレタルモノナリト謂ハサルヘカラス

第五說 權力關係ヲ定メタルモノハ公法ニシテ權利關係ヲ定メタルモノハ私法ナリト(玆ニ所謂權力關係トハ一人カ他人ニ對シテ服從スル關係ヲ意味シ權利關係トハ人カ他人ニ對シテ對等ニ併立スル關係ヲ意味ス)此說ノ缺點ヲ擧クレハ左ノ如シ

總テ權利ナルモノハ國內法ニ在リテハ國家ノ權力アリテ始メテ發生スルモノナルカ故ニ所謂權利關係ト權利關係トハ決シテ離ルヘカラサルモノナリ加之若シ服從關係即チ權力關係ヲ規定シタル法律ヲ公法ナリトモハ親權ハ親カ子ニ對スル權利ニシテ子カ一身上及ヒ財產上親ニ服從スヘキコトヲ定メタルモノナルカ故ニ親權ノコトヲ規定シタル民法ハ公法ナリト謂ハサルヘカラス 雇人ト雇主トノ關係ヲ規定シタル法律モ雇人カ雇主ニ服從スル關係ヲ定メタルモノナルカ故ニ公法ナリト謂ハサルヘカラス又對等ノ關係ヲ定メタルモノハ私法ナリト云ハハ選舉權被選舉權ノコトヲ規定シタル選舉法モ亦選舉人ト被選舉人トノ間ノ對等ノ關係ヲ規定シタルモノナルカ故ニ之ヲ私法中ニ編入セサルヘカラサルニ至ラン

第七節 國內法及ヒ國際法 (Internal law, international law.)

國內法ト國際法トノ區別ハ國法上ノ區別ニ非ス法律全體ノ上ヨリ見タル區別ナリ甲ハ國家内部ノ事柄ヲ規定シタルモノニシテ乙ハ國ト國トノ間ノ關係ヲ規定シタル法律ナリ

國法ハ需用カ國內ニ於テ充タサル場合ニ於テ滿足スルモノニシテ國內ノ需用カ國內ノミノ供給ヲ以テ足ラサル場合ニ於テ發達シテ國際法ノ發生ヲ促スモノナリ國際法カ平和的ノ觀念ヨリ起リタルコトハ猶ホ國法カ平和的ノ觀念ヨリ起リタルカ如シ又國法カ利害ノ共通ヨリ起リタルト等シク國際法モ亦利害ノ共通ヨリ起リタルモノナリ然レトモ國內法ト國際法トノ最モ大ナル區別ヲ擧クレハ左ノ三箇ニ歸ス

第一 國家間ノ上ニ主權者ナキコト從テ國際法ハ國內法ノ如ク主權者ヨリ命令若クハ認定セラレタルニ因リテ效力ヲ生スルモノニ非スシテ各國間ノ合意ニヨリテ始メテ各國力之ニ拘束セラルルノ效果ヲ生スルノミ

第二 國際法上ノ自助ニハ保證ナシ例ヘハ戰爭ノ如シ之ニ反シテ國內法上ノ自助ニハ國家充分ニ保證



ヲ與フ例ハハ正當防衛ニ因リテ人ヲ殺シタル者カ處罰セラルコトナキカ如シ  
第三 國法上ノ執行機關ハ極メテ善ク發達セリト雖モ國際法上ノ執行機關ハ未ダ極メテ幼稚ナリ例ハ  
ハ國內法ニ於テハ犯罪者アルニ當リテ之ヲ處罰スルノ機關充分ナレトモ國際法ニ於テハ一國カ他國ニ對  
シ不法ノ行為ヲ爲シタル場合ニ之ヲ罰シ又ハ之ニ賠償ヲ爲サシムルノ方法確然タラサルカ如シ

### 第八章 法律ノ淵源

法律ノ淵源トハ法律ノ因リテ生スル材料ト云フ意ナリ從來法律ノ淵源ナル語ハ種種ノ意味ニ用ヒラレ  
タリ例ヘハ法律ハ如何ニシテ生スルヤノ原因即チ法律ハ神ノ意思ニ由リ出テタルモノナリト云ヒ或ハ  
君主ノ意思人民ノ總意ニ出テタルモノナリト云ヒ而シテ之ヲ指シテ法律ノ淵源ナリト云ヒタルモノア  
リ又法律ノ淵源トハ法律關係ノ原因ナリト見タルモノアリ例ヘハ契約ノ不法行為ノ不當ノ利得等ヲ以テ  
法律ノ淵源ナリト云ヒタルカ如シ然レトモ此ノ如キハ唯法律關係ノ原因ニシテ法律ノ淵源ニハアラス  
法律關係ハ法律アリテ後始メテ保護ヲ受クルモノナレハ此保護ヲ受クル關係ヲ以テ法律ノ淵源ナリト  
云フハ誤レリ(法律ナクハ事實上ノ契約アルモ之ヨリ法律ノ所謂權利義務ノ關係ヲ生スルモノニ非  
ス)次ニ法律ノ智識ヲ得ヘキ淵源ヲ指シテ法律ノ淵源ナリト云フモノアリ例ヘハ學者ノ著書ヲ指シテ  
法律ノ淵源ナリト云ヘルカ如シ以上ノ如ク數種ノ用例アレトモ予輩ノ茲ニ所謂淵源トハ「法律ト爲ル  
材料」ヲ指スモノナリ予輩ハ法律ノ淵源ヲ區別シテ左ノ七種ト爲ス

#### 第一節 慣習

國法ト同一ノ意義ト爲スモノト(一)國法ヲ狹義ニ解シテ之ヨリ行政法ヲ除外シ憲法ト同一ナリト爲ス  
モノ及ヒ(二)行政法ナルモノハ存在セサルヲ以テ憲法ト國法ハ同一ノ範圍ヲ有スト爲スモノト(三)ア  
リ第二說ハ之ニ反シ國法トハ其範圍ヲ等シクセス國法ヲ分チテ憲法及ヒ行政法ト爲シ即チ憲法ヲ以テ  
國法ノ一部ト爲スモノナリ尙ホ其他ニ憲法ト行政法ノ汎論ニ屬スル部分ヲ合シテ國法ト解スル人ナキ  
ニ非サルナリ

夫レ此ノ如ク憲法ト國法トノ關係ニ付キ學者ノ說ノ一致セサル所以ノモノハ此二者ノ意義及ヒ範圍ニ  
關シ其見解ヲ一ニセサルニ起因スルモノニシテ其當否ヲ攷究スルモ畢竟文字上ノ論争ニ歸シ何等ノ實  
益ナキヲ以テ茲ニ深ク之ヲ究メヌ唯予輩ハ第二說ヲ採ルモノナルコトヲ一言スルニ止マン

#### 第五節 憲法ト行政法

憲法ト行政法トノ區別ニ關シテハ種種ノ說アリ今左ニ其二三ヲ擧ケテ最後ニ予輩ノ見解ヲ示サント欲  
ス

第一說ハ憲法トハ統治ニ關スル最大原則ヲ定ムルモノニシテ行政法トハ其細則ヲ定ムル法ナリト云フ  
ニ在リ此見解不當ナラサルモ亦區別ノ標準ヲ與ヘサルナリ蓋シ其大原則ト云ヒ細則ト云フハ畢竟程  
度上ノ差異ナレハナリ

第二說ハ憲法ハ國家ノ最高權ノ組織ニ關スル法ニシテ行政法トハ國家最高權ノ作用ニ關シ官廳及ヒ臣  
民ヲ羈束スル法(法律命令又ハ慣習ハ總テ之ヲ包含ス)ナリト謂フ者ナリ此區別ハ一見瞭然タルカ如  
キモ若シ此說ニ依ルトキハ一方ニ於テハ憲法中ニ行政官廳ノ組織マテモ之ヲ規定スルコトト爲リ他





方ニ在リテハ行政法ニ於テ立法行為ニ關スル規定マテモ包含セサルヘカラサルコトト爲リ立法行政等ノ各作用ニ付キ完全ナル理解ヲ得セシムルコト能ハサルノ不便アルナリ

第三説ハ憲法トハ國家ノ要素及ヒ統治者躬ヲ行フ統治作用ニ關スル法ニシテ行政法トハ國家カ他ヲシテ行ハシムル所ノ統治作用ノ標準ト爲ル法ナリト云フニ在リ此説ノ如ク行政法ハ國家カ他ヲシテ行ハシムル統治作用ノ標準ナリト名クテハ裁判所ノ行為準則モ亦此中ニ論セサルヘカラサルコトト爲リ畢竟行政法中ニハ民法、商法、刑法、訴訟法、裁判所構成法等ヲモ悉ク包含セシムルコトト爲ルナリ

第四説ハ憲法トハ直接機關即チ君主及ヒ議會ノ組織、權限並ニ其作用ノ形式ヲ定メタルモノニシテ行政法トハ間接機關即チ他ノ機關ノ委任ヲ以テ其存在ト權限トヲ得ル機關ノ組織、權限並ニ其作用ノ形式ニ關スル規定ヲ名クテ云フニ在リ然レトモ其論者ノ所謂間接機關ナルモノノ行為即チ國務大臣ノ副署若クハ裁判所ノ司法權行使ノ如キハ皆憲法ノ定ムル所ニシテ之ヲ行政法ノ領域ニ驅逐スルヨリハ寧ロ憲法ノ範圍ニ置クヲ以テ至當ナリト思惟ス何トナレハ憲法上ノ權限ト云フ點ヨリ之ヲ觀レハ國務大臣ノ副署モ議會ノ協賛モ均シク統治權ノ作用ニ關シ憲法上缺クヘカラサル行為ニ屬スレハナリ

憲法及ヒ行政法ノ區別ノ標準ヲ一言以テ盡サントスルハ洵ニ至難ノ業ニ屬スルヲ以テ予ハ茲ニ行政法ノ定義ヲ與ヘ以テ第二節ニ與ヘタル憲法ノ定義ト之ヲ比較對照セラレンコトヲ希望ス

即チ行政法トハ行政行為ノ形式及ヒ實質ト並ニ之ヲ處理スル機關ノ組織、權限ニ關スル法ヲ云フモノニテ行政法トハ統治作用ノ一部タル行政ノミニ關スル法ナリ而シテ行政ノ何タルヤハ後ニ統治權ノ作用ヲ論スルニ當リ其大體ヲ説明スヘシト雖モ之ヲ一言スレハ我國ニ於テハ統治作用ヨリ立法、司法及

ヒ憲法上ノ大權作用ヲ除キタルモノニシテ其立法トハ法律ナル命令ヲ制定スル行為ヲ謂ヒ司法トハ民事及ヒ刑事ノ訴訟ヲ裁判スル行為ヲ謂ヒ憲法上ノ大權作用トハ君主ノ親裁ニ出ツル統治作用ヲ稱スルモノナリ

### 第六節 憲法ノ種類

第一 成文憲法ト不文憲法 成文憲法トハ一ノ典章ヨリ成ルト數多ノ典章ヨリ成ルトヲ問ハス明文ヲ以テ定メラタル憲法ヲ名ケ不文憲法トハ習慣、條理、判決例、約束等ヨリ成立スルモノヲ指スモノニシテ英國憲法ノ如キハ其一例ナリ

第二 欽定憲法ト民定憲法 欽定憲法トハ專獨ニ規定セラレタルト或機關ノ協賛ヲ經タルトヲ問ハス君主ノ制定ニ係ルモノヲ稱シ民定憲法トハ直接間接ニ國民ノ制定ニ係ルモノヲ云フモノナリ而シテ國民間接ノ制定ニ係ル憲法トハ民選議會ニテ議定サルル憲法ヲ指スナリ例ヘハ白耳義、佛蘭西、瑞西ノ憲法ノ如キハ民定憲法ニシテ普國、埃國及ヒ我國ノ憲法ノ如キハ欽定憲法ナリ

第三 合意の憲法ト片意の憲法 關係人民若クハ關係國家ノ合意ニ依リテ成立シタル憲法ヲ合意の憲法ト稱シ一人若クハ數人ノ意思ニ依リテ成立シタル憲法ヲ片意の憲法ト稱ス例ヘハ民定憲法ノ如キハ關係人民合意ノ憲法ニシテ千八百七十一年ノ獨逸憲法千七百八十七年ノ北米合衆國憲法ノ如キハ關係國家合意ノ憲法ノ適例ナリ又欽定憲法ノ如キハ無論片意の憲法ノ例ニ屬スルモノナリ

第四 固定憲法ト可動憲法 此區別ハ憲法ノ變更力特ニ鄭重ノ手續ヲ要スルト否トニ由リテ生ス固定憲法トハ憲法ノ變更力通常ノ法律ノ變更ヨリモ困難ナルモノヲ指シ大多數ノ成文憲法ハ此中ニ屬ス

ルモノナリ而シテ固定憲法ノ極端ナルハ憲法ヲ以テ永久不變ノモノト爲シ如何ナル事情ノ下ニモ變更ヲ許サスト爲スモノナリ之ニ反シテ可動憲法トハ憲法ト法律トノ間ニ變更手續ノ差異ヲ認メスシテ憲法モ通常法律ト同様に變更シ得ルモノヲ云フナリ不文憲法及ヒ憲法ノ改正手續ヲ特定メサル憲法ハ此例ニ屬ス

第五 形式的憲法ト實質的憲法 此區別ノ意義ニ就テハ第二節ノ初ニ於テ之ヲ述ヘタリ故ニ再ヒ之ヲ贅セス

### 第七節 憲法ノ制定、改正及廢止

#### 第一款 憲法ノ制定

憲法制定權ハ國體ニ依リテ其所在ヲ一ニセス即チ國權在君國ニ在リテハ君主ニ存シ國權在民國ニ在リテハ國民ニ存スルモノナリ而シテ我憲法ハ君主ノ制定ニ係ルモノニシテ欽定憲法タルコト疑ナシト雖モ普國ノ如キ憲法發布ニ當リ議會ノ協贊ヲ經タル國ニ於テハ憲法制定權君主ニ屬スルヤ否ハ疑ノ存スル處ナリ併シ普國ニテハ憲法發布前即チ專制政治時代ニ於テ權力君主ニ存シタルコト疑ナク而シテ憲法制定ノ際此權力他ニ轉シタルノ證據ナキニ因リ依然憲法制定權君主ニ存スルモノト謂フヘシ又單ニ議會ノ協贊ノ一事實ヲ以テ憲法制定權君主ニ在ルコトヲ疑フモノトスルトキハ法律ヲ制定スルニ議會ノ協贊ヲ要スル國ニ於テハ總テ立法權ハ君主ニ存セスト謂ハサルヘカラサルコト爲リ我憲法ノ天皇ハ立法權ヲ行フトノ明文ニ抵觸スルコト爲ル元來協贊ナルモノハ議決事項ノ實質ヲ確定スルニ過キスシテ命令權ニ關係セサルモノナルニ由リ普國憲法發布前議會ノ協贊ヲ經タリトスルモ憲法制定權君

主ニ存スルコトヲ決シテ妨ケサルモノナリ

#### 第二款 憲法ノ改正

各國ニ於テ憲法ト法律トヲ區別スル特點ハ改正ノ手續ト形式的效力トニ存スルコトハ既に第二節ノ初ニ之ヲ述ヘタリ而シテ憲法改正手續ノ普通ノ立法手續ニ比シテ異ナル點ハ一言ニシテ云ヘハ種種ノ要件ヲ附セラレ改正ヲシテ容易ナラシメサルニ在ルモノナリ以下各國憲法改正ノ手續ヲ概述スヘシ

##### 第一 發案權

###### 一 發案權ノ所屬

イ 君主ニ專屬スルモノ 普通ノ法律案ハ議院ニ於テモ發案シ得ルニ拘ハラズ憲法改正ノ發案ハ君主ニ專屬スルモノアリ我國ノ如キハ其例ナリ其他君主國ニ於テ多ク見ル所ノ例ナルモ必ず君主國ノ特質ニ非ス例ヘハ普瀋西及ヒ「バイエルン」ノ如キハ君主國ナレトモ憲法改正ノ發案權ハ君主及ヒ議會ニ屬スルカ如シ

ロ 君主及ヒ議院ニ屬スルモノ 普通ノ法律ノ如ク憲法改正ノ發案權君主及ヒ議院ニ屬スルモノアリ即チ普瀋西及ヒ「バイエルン」ノ如キ其例ナレトモ此等ノ國ニテハ其發案事項ニ關シ後ニ述フルカ如ク制限スルモノナリ

ハ 議會ニ專屬スルモノ 佛國ニ於テハ憲法改正ヲ大統領ニ要求スルカ若クハ兩院ノ一ニ於テ憲法改正ヲ發議スルトキハ先ツ兩院ニ於テ憲法改正ノ可否ヲ議セサルヘカラス而シテ兩議院ニ於テ過半数ヲ以テ改正ノ必要ヲ可決シタルトキハ元老院ト衆議院トヲ合シタル國民議會ニ憲法改正案

ヲ提出スルモノナリ白耳義モ亦其一例ニシテ憲法ヲ改正スルニハ議會ニ於テ先ツ憲法改正ノ必要ヲ議決セサルヘカラス而シテ可決セラレタルトキハ更ニ新議會ヲ召集シテ憲法改正案ヲ其議ニ付スルモノナリ

ニ 憲法改正會ニ屬スルモノ 北米合衆國ニ於テハ各州ノ立法議會三分ノ二ヨリ憲法改正ノ請求アリタルトキハ憲法改正會召集セラレ其會ノ決議ヲ以テ憲法改正ヲ發議スヘキモノナリ

ホ 議會及ヒ人民一般ノ投票ニ屬スルモノ 瑞西ニ於テハ議會ノ決議ノミヲ以テ憲法改正ヲ發案スルヲ得ス其他人民ノ同意ヲ要スルモノナリ即チ兩議院ノ中一院改正ノ必要ヲ主張シ他ハ改正ノ必要ヲ認メサルトキ即チ兩院ノ議憲法改正ニ付キ合ハサルトキハ五萬人以上ノ人民ヨリ改正ノ要求アルヲ待テ更ニ改正ノ可否ヲ一般ノ人民ニ問ヒ而シテ改正ノ要否ヲ決スルモノナリ之ニ反シ兩院一致シテ改正ノ必要ヲ認ムルトキハ直チニ一般人民ニ憲法改正ノ要否ヲ問フヘキモノト爲セリ

二 發案事項ノ制限

イ 議會ニ於テ憲法改正ヲ發案スルトキハ臣民ノ權利義務、議會ノ權限、司法ニ關シテ憲法ノ保障シタル事項ニ限ルモノト爲サルモノアリ「バイエルン」ノ如キ其例ナリ

三 發案時期ノ制限

イ 攝政ヲ置ク間ハ絶對的若クハ相對的ニ憲法ノ改正ヲ禁スル國アリ絶對的ニ之ヲ禁止スルノ例ハ我日本帝國ニシテ相對的ニ禁止セラルルノ例ハ索遜ナリ索遜ニ於テハ攝政在任中成年ノ親王ヨリ成レル皇族會議ノ可否ヲ經ルニ非サレハ憲法ヲ改正スルコトヲ得サルモノト爲セリ

ロ 改正後或年限間憲法改正ヲ禁止セラルル國アリ即チ葡萄牙國ノ如キハ一タヒ憲法ヲ改正シタルトキハ四ヶ年間之ヲ改正スルコトヲ得スト爲セリ  
ハ 議會ノ發案ニ成リタル憲法ノ改正事項ハ其改正後十二ヶ年間議會ハ再ヒ之ヲ變更スルノ案ヲ提出スルヲ得ストセララルル國アリ

第二 議決ノ手續

一 通常ノ立法手續以外ノ機關ニ依ルモノ

イ 全ク特別機關ノ議ニ付スルモノアリテ北米合衆國ノ如キハ其例ナリ同國ニ於テハ二種ノ修正手續アリテ其第一種ハ合衆國諸州ノ立法機關三分ノ二以上ノ請求アリタルトキハ憲法改正會ヲ召集シ其會ニ於テ議決シタル改正案ヲ各州ノ立法機關又ハ各州特別ノ集會ニ付スルモノナリ第二種ハ改正案ヲ兩院ニテ三分ノ二以上ノ多數ヲ以テ可決シタルトキハ之ヲ各州ノ立法機關ノ議ニ付スルカ或ハ各州ノ特別ノ集會ノ議ニ付シ其諸州ノ四分ノ三ノ立法機關又ハ諸州ノ四分ノ三以上ノ集會カ之ヲ承諾シタルトキ憲法改正案ヲ有效ノモノト爲スモノナリ

ロ 普通立法機關若クハ特別機關ノ外人民ノ議ニ付スルモノアリテ瑞西ハ其例ナリ同國ニ於テハ兩議院ニ於テ改正ノ必要ヲ議決シタルトキハ先ツ改正案ヲ起草シ之ヲ一般人民ノ投票ニ付シ多數ノ同意ヲ得タルトキハ普通ノ立法手續ヲ以テ更ニ之ヲ議決確定スルモノナリ若シ兩議院ノ中改正案ニ關スル意見異ナリ一院ハ憲法改正ヲ可トシ他院ハ憲法改正ヲ否トスル場合ニハ五萬人以上ノ人民ヨリ憲法改正ノ要求アルヲ待テ憲法改正ノ可否ヲ一般人民ノ投票ニ問ヒ而シテ多數人民之ヲ可トシタルトキハ兩議院ノ改選ヲ行ヒ後新議會ニ於テ之ヲ議セシメ新議會ニテ議決セラレタル改

正案ハ更ニ一般人民ノ投票ニ之ヲ付シ其多數之ニ同意シタルトキハ憲法改正案始メテ其效力ヲ生  
スルニ至ルモノナリ  
ハ 會合シタル兩議院ノ議ニ付スルモノアリテ佛國ノ如キハ其例ナリ同國ニ於テハ兩議院カ憲法  
ノ改正ヲ可決シタルトキハ兩院合同シテ國民會ヲ開キ其國民會ニ於テ議員定數ノ過半數ノ可決ヲ  
得タルトキ其改正案ヲ通過シタルモノト爲スモノナリ

二 通常ノ立法機關ノ議ニ付スルモノ

此制ヲ採ル國ニ於テハ憲法改正案ニ關スル議決ノ方法ヲ普通ノ法律議決ノ手續ニ比シ特別ノ要件  
ヲ之ニ附加シテ一層鄭重ト爲シ以テ憲法ノ改正ヲ濫ニセサルノ保障ト爲スモノナリ

イ 議決スルニ議員四分ノ三以上ノ出席ヲ要シ其三分ノ二以上ノ多數ノ同意ヲ要スト定メタル國  
アリ例ヘハ索遜「バイエルン」等ノ如シ

ロ 單ニ出席議員三分ノ二以上ノ多數ノ贊成ヲ要スルモノアリ例ヘハ埃太利「ヘッセン」、「ウエルテ  
ンベルヒ」等ノ如シ

ハ 又出席議員四分ノ三以上ノ贊同ヲ要スト爲スモノアリ例ヘハ「ハンブルヒ」希臘等ノ如シ  
ニ 總議員三分ノ二以上ノ出席ト其出席議員三分ノ二以上ノ贊同ヲ要スルモノト爲スアリ例ヘハ  
我國ノ如シ

ホ 獨逸ニテハ聯邦議會ニ於テ五十八票中十四票ノ反對アルトキハ憲法改正ヲ爲スコトヲ得サル  
ナリ  
ヘ 一定ノ時期ヲ隔テテ數回ノ議決ヲ要スルモノト爲スアリ例ヘハ普瀋西ノ如キハ二十一日ヲ隔

テテ二回ノ議決ヲ要スルモノトシ「バイエルン」ニ於テハ憲法改正案國會ノ發議ニ出ツルトキハ數  
クトモ毎八日ヲ隔テテ三回ノ議決ヲ要スルモノト爲セリ  
ト 議會ヲ一タヒ解散シ新議會ニ於テ憲法改正ヲ議スヘシト定メタル國アリ例ヘハ白耳義、和蘭、  
葡萄牙、丁抹「ルクセンブルグ」等ノ如シ

伊太利ニ於テハ「サルジニヤ」ノ憲法カ伊太利國ノ憲法ト爲リシ以來一タヒモ形式上ノ改正ヲ爲シタル  
コトナク又憲法變更ニ關スル規定ヲ缺ケリ故ニ如何ナル手續ヲ以テ改正スヘキヤハ一ノ疑問ト爲リタ  
レトモ英國ノ如ク普通ノ立法手續ニ依リ憲法ヲ改正シ得ルモノナリトノ説達ニ勝テ制シタルナリ

我國ニ於テモ帝國憲法改正ノ手續ハ普通立法ノ手續ト稍、異ナルモノニシテ憲法第七三條ニ依レハ憲  
法改正ノ議案ハ必ス勅命ヲ以テ議會ニ之ヲ下付シ之ヲ議スルニハ各院ニテ其總議員三分ノ二以上出席  
スルヲ要シ之ヲ決定スルニハ其出席議員三分ノ二以上ノ同意ヲ要スルモノナリ而シテ攝政ヲ置ク間ハ  
絕對ニ其改正ヲ行フコトヲ同第七五條ニ依リ禁セラレタリ今我國憲法改正權ノ所在ヲ考フルニ憲法改  
正發案ノ勅命ニ依ルコト及ヒ攝政ノ在任中憲法改正ヲ禁止シタル點ヨリ推考スルトキハ憲法改正權ノ  
天皇ニ存スルノ主旨タルコト明瞭ナリト謂フヘシ

- 一 我國ニ於テ憲法改正案ハ法律案ナリト解スル人ナキニ非ス而シテ其理由トスル所左ノ三點ニ在リ
- 二 憲法第五條ニハ立法權ヲ行フノ規定アルモ其他ニ憲法改正權ヲ行フノ規定ナシ
- 三 憲法第六條ニハ法律裁可ノ規定アルモ別ニ憲法改正案ノ裁可ニ關スル規定ナシ
- 三 憲法第七三條ニハ憲法改正案ヲ議會ノ議決ニ付スル手續ニ關シ特別ノ規定アルモ其議會ノ協贊ヲ  
要スルコトニ付キ同シク第三七條ニハ法律ノ協贊ニ關スル規定アルニ拘ハラズ憲法改正案ニ關シテ



ハ何等ノ規定ナキナリ  
 ト云フニ在リ然レトモ我帝國ノ立法權ナルモノハ法律ノ名ヲ以テ發布セラルルモノノ制定權ニシテ其  
 意義法律制定權ニ限ラレタルモノナリ而シテ憲法ハ法律ニ非ス(若シ法律ナリトスルトキハ緊急勅令  
 ヲ以テ其根本法タル憲法ヲ變更シ得ルコトト爲ルナリ)然ルニ其改正案ヲノミ法律案ト稱スルハ常識  
 ヲ以テ解決シ得ラレサル所ナリ蓋シ右論者ハ憲法ニ於テ立法權ノ外ニ憲法改正權又ハ憲法改正案ニ關  
 シ何等ノ規定ナシ故ニ法律案ノ中ニ憲法改正案ヲ包含セサルヲ得ス故ニ憲法改正案ハ法律案ナラサル  
 ヘカラスト云フ結論ト前提トヲ轉倒シタル推論ノ結果ニ出テタルモノナルハシ抑モ憲法ニ規定シタル  
 統治作用ハ憲法ノ範圍内ノ行動ノコトヲ規定シタルモノニシテ憲法其レ自身ニ關スル作用ノ規定ハ憲  
 法ノ中ニ存セサルコト勿論ナリ故ニ論者ノ援用シタル第五條、第六條及ヒ第三七條ニ憲法ノ改正案ニ  
 關スル規定ナキハ怪ムニ足ラサルモノト謂フヘシ唯第七三條ニ於テ憲法ハ將來濫ニ變更スルヲ得サル  
 ノ趣旨ヲ明カニシ已ムヲ得ス變更スルコトキハ特別鄭重ノ手續ヲ要スルコトヲ定メタルモ之ヲ補則中ニ  
 規定シタルヲ以テ見ルニ憲法中ニ憲法ニ關スルノ規定ヲ置カサルノ精神タルコトヲ推知シ得ヘキナリ  
 故ニ君主カ憲法改正權ヲ行フコトヲ特別ニ規定セサルモ憲法制定權ヲ有スル君主ハ改正權ヲ行ヒ得ル  
 コト明カニシテ憲法ノ改正ニ關スルコトナレハ之ヲ規定セザリシナリ又同一ノ理由ニ因リ憲法改正案  
 ノ裁可ニ關スル規定ナキモノニシテ尙ホ論者ハ憲法第三七條其他ニ於テ憲法改正案ニ對スル協贊ノ規  
 定ナキコトヲ説クト雖モ是レ亦同一ノ理由ニ因リ憲法改正ニ關スルモノハ其中ニ含まスル殊ニ憲法第七  
 三條ニ於テ天皇ハ改正案ヲ勅命ニ依リ其議ニ付スト特ニ規定シタルニ依リ憲法改正案ノ第三七條中ニ  
 入ラサルヤ明カナリ

既ニ前述シタルカ如ク憲法改正案ハ法律案ニ非ス故ニ法律案ヲ議定スル爲メ制定シタル議院法ノ條項  
 ハ法律案ノ議事ニノミ適用スヘク憲法改正案ノ議事ニ付テハ之ヲ適用スルコトヲ得サルナリ

### 第三款 憲法ノ廢止

尙ホ終ニ寤ミ憲法ハ廢止シ得ルヤ否ヤニ付キ一言スヘシ各國ノ憲法ニ於テ廢止ニ關スル條項ヲ見ス而  
 シテ憲法改正權ハ國權ヲ有スル者ノ手裡ニ存スルヲ以テ廢止ニ付テ何等ノ明文ナク又改正ニ關スル手  
 續ノ如キ特別ノ制限ナキトキハ憲法廢止權ハ絕對ニ國權ヲ有スル者ノ手裡ニ存スルモノト解釋セサル  
 ヘカラス殊ニ攝政ノ在位中其改正スラ禁スルカ如キハ之ヲ證スルニ餘アリト謂フヘシ而シテ之ヲ容易  
 ニ廢止シ又ハ廢止セシメサルノ精神ハ憲法發布ノ時ノ勅語中ニ「朕及ヒ朕カ子孫及ヒ將來ノ臣民ハ此  
 憲法ニ對シ永遠從順ノ義務ヲ負フヘシ」トアルニ依リ明白ナリ然レトモ是レ唯天皇ノ濫ニ憲法ヲ廢止  
 セサルヘシトノ意見ヲ表示スルニ止マリ之ヲ禁止シタルノ明文存スルコトナシ

### 第八節 形式的憲法ノ形式的效力

憲法ノ實質的效力ニ就テハ人ノ行爲ヲ拘束スルコト一般法令ト同シク茲ニ特別ニ述フルノ必要ヲ認メ  
 サルニ由リ本節ニテ述ヘント欲スルハ形式的效力ニ限ラルルモノナリ

#### 第一款 憲法ト法律

憲法モ通常ノ法律ト等シク同一ノ手續ヲ以テ何時ニテモ改廢シ得ル國例ヘハ伊國ノ如キニ於テハ憲法

憲法 緒論 憲法 形式的憲法ノ形式的效力

ト法律トノ間ニ形式的效力ノ差異存セサルモノナリ併シ法律ノ改正ニ比シ憲法ヲ改正スルハ其手續ヲ一層鄭重ニスル國ニ於テハ此兩者ノ間ニ效力上ノ差異明カニ存スルモノナリ即チ法律ヲ以テ憲法ヲ變更スルヲ得サルコト是ナリ若シ法律ヲ以テ憲法ヲ變更シ得ルモノト認ムルトキハ特別ニ憲法改正ニ付キ鄭重ナル手續ヲ採ルノ根基ヲ滅却スルモノナレハナリ故ニ特別ノ明文ナキモ此ノ如ク解釋セサルヲ得サルナリ

之ニ反シテ憲法ハ立法權等ニ付キ其大本ヲ定メタルモノナルニ由リ憲法ヲ以テ法律ヲ變更シ得ルコト當然ナリ我國ニテハ憲法ノ發布ニ當リ此補則第七六條ニ於テ「法律、規則、命令又ハ何等ノ名稱ヲ用非タルニ拘ラス此ノ憲法ニ矛盾セサル現行ノ法令ハ總テ遵守ノ效力ヲ有ス」ト規定セラレタルニ徴スルモ其精神ナルコトヲ推知シ得ヘキナリ

## 第二款 憲法ト皇室典範

我皇室典範ノ性質ニ就テハ後ニ至リテ説クヘシト雖モ我國ニテ此兩者ノ間ノ形式上ノ效力ノ差異ヲ述フルトキハ憲法ノ效力ハ皇室典範ニ比シ優強ナルコト憲法第七四條ニ依リ明カナリ憲法第七四條第二項ニ曰ク皇室典範ヲ以テ此憲法ノ條規ヲ變更スルコトヲ得スト然レハ之ト反對ニ憲法ヲ以テ皇室典範ノ規定ヲ動カスコトヲ得ルヤ否ヤ皇室典範ノ改正ニ就テハ憲法第七四條第一項ニ皇室典範ノ改正ハ帝國議會ノ議ヲ經ルヲ要セストアリ又皇室典範末條ニ將來此典範ノ條項ヲ改正シ又ハ増補スヘキ必要アルニ當リテハ皇族會議及ヒ樞密顧問ニ諮詢シテ之ヲ勅定スヘシト規定シ憲法改正ノ手續トハ議會ノ議ヲ經サルコトト皇族會議ノ諮詢ヲ經サルヘカラサルコトトニ於テ其改正手續ヲ異ニスルニ由リ憲法ヲ

以テ濫ニ之カ變更ヲ試ムルヲ得サルナリ併シ是レ皇室典範中ノ純然タル家法ニ屬スル規定ノミニ止マ  
ルコトニテ其中ニ在ルモ家法以外ノ規定ニ至リテハ憲法ヲ以テ之ヲ變更シ得ヘシ

## 第三款 憲法ト條約

憲法ニ條約締結權君主ニ在リト定ムルニ拘ハラズ君主以外ノモノニシテ無斷ニ條約ヲ他國ト締結スルモ其條約成立セサルハ明カナリ是レ條約ハ現行憲法ノ條款ニ依準スルヲ前提トシテ締結サルヘキモノナルヨリ來ルモノニシテ條約ノ定ムル所ハ憲法ニ抵觸シ得サルハ勿論ナリ然ラハ憲法ヲ以テ條約ヲ變更シ得ルヤト云フニ條約ハ他國トノ間ニ締結シタルモノナルニヨリ國內ニ於ケル效力ハ憲法ノ改正ヲ以テ之ヲ妨ケ得ルモ他國ニ對スル條約ノ效力ハ條約ヲ改正セサル以上ハ憲法ヲ以テ之ヲ動カスコトヲ得サルモノナリ

## 第四款 憲法ト緊急勅令

或ハ緊急勅令ヲ以テ憲法ヲ變更スルコトヲ得スト定メサル以上ハ緊急勅令ヲ以テ憲法ヲ動カスコトヲ得ト唱フル人アレトモ此ノ如キ説ハ少クトモ我國ニテハ採用スルヲ得ス何トナレハ緊急勅令ハ法律ニ代ルヘキモノニテ法律ハ憲法ヲ動カシ得サルコト前ニ述ヘタルカ如クナレハナリ

## 第五款 憲法ト大權命令(緊急勅令以外ノ)及ヒ貴族院令

此等ノ命令ハ法律ト對等ノモノニシテ互ニ相侵シ得サルモノナルカ故ニ此等ノ命令ヲ以テ憲法ヲ變更

スルコトヲ得サルハ法律ノ憲法ニ對スルト同シキモノナリ

### 第六款 憲法ト憲法第九條ノ命令

憲法第九條ノ命令ハ其末文ニ依リ法律ヲ變更シ得サルモノナルカ故ニ此命令ヲ以テ法律ヲ動カスコトヲ得ス隨テ憲法ヲ動カシ得サルヤ當然ナリ故ニ之ニ付キ深ク説クノ要ナキナリ

### 第九節 憲法ノ解釋權

素遜其他獨逸二三ノ聯邦ニ於テハ憲法解釋ニ關シ特別ノ機關ヲ設ク之ヲ國法院 (Staatsgerichtshof) ト謂フ素遜憲法第一五三條ニ曰ク若シ憲法中或條項ニ付キ疑問ヲ生シ而シテ政府ト議會トノ協議ニテ之ヲ解釋スルヲ得サルトキハ其解釋ヲ求ムルカ爲メ政府ヨリモ又議會ヨリモ國法院ニ訴フルコトヲ得、國法院ノ解釋ハ確定不動ノモノニシテ之ニ對シ再審ヲ求ムルコトヲ得スト而シテ其組織總テ十二人ヨリ成リ其六人ハ勅選ノ判事ニシテ他ノ六人ハ上下各院ヨリ三人宛選出セラレタル議員ナリ白耳義及ヒ伊太利ニ於テハ憲法解釋ノ爲メ特別ノ機關ヲ設クスシテ立法機關專ラ之ヲ解釋スルモノト爲セリ獨逸帝國ニ於テハ其憲法第七六條ニ於テ憲法ノ爭議ヲ決スル機關ノ設ナキ聯邦各國間ニ於テ憲法上ノ爭議ヲ生スルトキハ其一方ノ申出ニ因リ聯邦議會之ヲ裁決スヘシ此裁決ヲ經ルモ尙ホ其效ナキトキハ獨逸帝國立法ノ方法ニ依リテ之ヲ決スト規定セリ

併シ憲法ノ解釋ニ付キ何等ノ明文ナキ我國ニ於テハ憲法制定權ヲ有スル君主ハ亦最高ノ解釋權ヲ有スルモノト解セサルヘカラスト信ス

或ハ之ニ對シ「憲法ハ天皇ノ行爲ノミナラス機關ノ行爲ヲモ規律スルモノナルカ故ニ機關モ亦之ヲ解釋シ以テ其職責ヲ盡スコトヲ得サルヘカラスト例ヘハ國務大臣カ天皇ヲ輔弼シ違憲ノ行爲ナカラシムル爲メニハ憲法ヲ解釋スルコトヲ得サルヘカラスト裁判所カ其職務ヲ行フニモ憲法ノ解釋亦必要ナリトスルカ如シ」ト説キ尙ホ進シテ「法トシテ發表サレタル天皇ノ意思ト天皇實際ノ解釋トカ明カニ一致セサル場合ニハ學理上憲法トシテ發表シタル意思コソ至當ナル天皇ノ意思ナリト論斷セサルヘカラスト從テ裁判所其他ノ機關モ正當ナル天皇ノ意思ヲ行フヲ以テ其職責トスト謂ハサルヘカラスト唱フル者アリト雖モ君主ト裁判所又ハ大臣トノ意見カ衝突スル場合ニ於テ何ヲ根據シテ君主ノ解釋ヲ不當ト認ムルヲ得ルヤ固ヨリ職務執行上裁判所國務大臣及ヒ其他ノ機關カ憲法ニ付キ解釋權ヲ有スルコト疑ナシト雖モ特別ノ明文ナキ限り最高ノ解釋權ハ憲法ノ制定者ニ在リトセサルヲ得ス例ヘハ裁判官ニシテ違憲ノ判決ヲ爲シタリト認ムル場合ニハ君主直接ニ其判決ヲ取消スヲ得スト雖モ之ヲ違憲ノ判決ト定メ其廉ヲ以テ裁判官ヲ懲戒處分ニ付スルコトヲ得ト信ス

### 第十節 憲法ノ行ハルル範圍

憲法ノ行ハルル範圍ニ就テハ憲法第一條ニ之ヲ明言セリ曰ク大日本帝國ハ萬世一系ノ天皇之ヲ統治スト即チ本條ニ依リ統治ノ行ハルル客體即チ憲法適用ノ範圍ニ在ルモノ「帝國」タルコト明カナリ而シテ帝國ナル文字ハ前ニ國家ノ所ニ於テ述ヘタル如ク普通ノ國家ノ意義エテ之ヲ解スルヲ得ス故ニ統治權ノ要素ヲ國家ノ文字ヨリ除外シ其殘ノ要素即チ土地及ヒ人民ト解セサルヲ得ス

第一 土地 憲法ノ行ハルル土地ノ區域ニ就テハ普國憲法第一條ニ凡テ王國ノ土地ニシテ現在ノ範圍



ナルトキハ立憲政體ノ要素ヲ缺クモノナリ

第三 立憲君主國ニテハ統治者ノ命令ハ總テ國務大臣ノ副署ヲ要ス若シ此副署ナキトキハ之ヲ統治者ノ命令ト認ムルヲ得ス即チ副署ヲ以テ統治者タル君主ノ行爲ト自然人タル君主トノ行爲ヲ分ツモノナリ

右ニ掲ケタル三箇ノ形式ハ永久立憲政體ノ要素タルヤ否ヤハ疑問ナレトモ今日行ハルル立憲政體ニ普通ノ要素タルモノニシテ我國ニ於テモ亦此三形式ヲ以テ缺クヘカラサル要素ト爲セリ

### 第十二節 憲法ノ法源

第一 帝國憲法 前ニ述ヘタルカ如ク形式の憲法ト實質の憲法トハ必スシモ相一致スルモノニ非サルニ由リ我帝國憲法即チ明治二十二年二月十一日ニ發布セラレタル形式の憲法モ其規定悉ク實質的憲法ニ屬スルモノナルコトヲ必セスト雖モ憲法法源中ノ主要ナルモノナルコトハ疑ナキ所ナリ

第二 皇室典範 憲法第二條ニ「皇位ハ皇室典範ノ定ムル所ニ依リ皇男子孫之ヲ繼承ス」ト規定シ又其第一七條ニ「攝政ヲ置クハ皇室典範ノ定ムル所ニ依リ」ト規定セラレタルニ由リ皇室典範中此等ニ關スル規定カ憲法ノ法源タルコト亦疑ナキノミナラス天皇ノ成年ニ關スル規定等其他ニ憲法ノ實質ヲ具フル規定少カラサルナリ

第三 憲法發布前ノ法律命令 憲法發布前ノ法令ニ付テハ第七六條ニ「法律、規則、命令又ハ何等ノ名稱ヲ用キタルニ拘ラス此憲法ニ矛盾セサル現行ノ法令ハ總テ遵由ノ效力ヲ有ス」トアルニ由リ其形式ノ如何ニ拘ハラス又其名稱ノ如何ヲ問ハス總テ其實質ニ從ヒ法律若クハ命令トシテ今日其效力ヲ

有スルモノナリ而シテ是レ憲法發布前ノモノニ係ルニ由リ其中實質上ノ憲法ノ規定ニ關係アルモノ少シト雖モ若シ之アリトセハ固ヨリ憲法ノ法源タルコトヲ妨ケサルナリ

第四 憲法發布後ノ法律、命令 之ニ付テハ其性質等ニ關シ後ニ説明スヘシ

第五 習慣 或ハ成文憲法ヲ有スル國ニ於テハ習慣ノ效力ヲ認ムヘキモノニ非スト爲シ其理由トシテ習慣ハ成文憲法ヲ變更スルコトヲ得スト説明スル者アリト雖モ習慣ノ效力ヲ認ムヘキヤ否ヤ問題ハ成文法ヲ變更シ得ルヤ否ヤニ在ラスシテ成文法ノ存在セザル場合ニ於テ其存立ヲ認ムヘキヤ否ヤニ在ルモノナリ而シテ憲法上ノ習慣ノ效力ヲ認ムルノ必要アリヤ否ヤノ問題ハ成文憲法ヲ有スル國ニ於テモ有セサル國ニ於テモ同一ナリ英國ノ如キ成文憲法ナク憲法ノ大部分習慣ヨリ成立スル國ニ於テハ習慣ノ效力ヲ認ムルニ付キ異議ヲ唱フル者ナキモ成文憲法ヲ有スル國ニ於テモ人智ヲヘカテ將來ノ事ヲ總テ豫知シ悉ク之カ規定ヲ設クルコト能ハサルニ由リ習慣ノ必要ナルコト亦疑フヘカラサルモノニシテ畢竟五十歩百歩ノ程度ノ問題ニ過キサルナリ故ニ我國ニテモ憲法ノ法源トシテ習慣ヲモ認メサルヘカラサルナリ學者或ハ習慣法ノ效力ヲ認ムルコト甚タ大ニシテ習慣ハ時トシテ成文法ヲ變更シ得ルモノナリト論スル者アリト雖モ成文法ハ統治者ノ明カニ示シタル意思ナルニ由リ習慣法ヲ以テ之ヲ變更スルヲ得サルハ勿論ナリ

### 第二編 統治權ノ主體

#### 第一章 統治權ノ性質

抑モ國家ハ領土、臣民及ヒ之ヲ支配スルノ權力アリテ成立スルモノナリ而シテ其支配スル行爲ヲ統治

憲法 統治權ノ主體 統治權ノ性質





ト謂ヒ其權力ヲ統治權ト名ク若シ領土、臣民ノミアリテ之ヲ統治スルコトナクハ領土ハ一ノ土地、臣民ハ自然人タルニ過キス統治者カ統治權ヲ以テ或土地ニ固著スルノ人民ヲ集合シ之ヲ秩序アル組織ノ中ニ入レ命令ノ下ニ其服従ヲ強制シ得テ始メテ國家存立スルヲ得ルナリ故ニ統治權ハ國家ノ生命ナリ統治權ナキ國家ハ存在スルコトヲ得サルモノト謂フヘシ

今統治權ノ特質ヲ擧クレハ左ノ如シ  
第一 統治權ハ命令強制權ナリ 統治權ハ支配權ナリ而シテ支配スル爲メニ命令ヲ下シ命令ニ服セザルモノニ對シ強制力ヲ加ヘ得ツルヘカラサルニヨリ統治權ハ命令ニ服従スルヲ強制シ得ルノ權ナリト云フヲ得ヘシ

第二 統治權ハ分割スルコトヲ得サル權ナリ 統治權ヲ分テテ立法權、司法權、行政權トシ之ヲ對等ノ權力ト解シタルハ「モンテスキュー」氏ノ意見ニシテ一時歐洲ヲ動カシタル說ナリ然レトモ統治權ノ分割シテ之ヲ獨立ノ權力ト爲ストキハ其間ニ衝突ヲ生シタルトキ如何ニシテ國家ノ統一ヲ保持スルコトヲ得ヘキヤ要スルニ統治權ノ分割ハ國家ノ分割ト同一ノ意義ニ歸スルモノニテ分割ハ統治權ノ本質ニ背クモノナリ或ハ領土ノ分割讓與モ其領土ノ上ニ於ケル統治權ノ分割讓與ナリト考ヘタルモノナキニ非サリシモ是レ亦同一ノ理由ニ因リ當ラ得タルモノニ非ス

第三 統治權ハ絕對權力ノ關係ナリ 教帥ト生徒トノ間ノ權力關係及ヒ上官ト下官トノ間ノ服従關係ノ如キハ其ニ特別ノ服従關係ニシテ服従者ノ意思ヲ條件トシタル權力關係ナリ然ルニ統治者ト臣民トノ關係ノ如キハ服従者即チ臣民ノ意思ヲ條件トシタル權力關係ニ非スシテ全ク絕對ノ關係ナルモノナリ

尚ホ統治權ノ性質ヲ明カニスルカ爲メ他權トノ差異ヲ述ルルトキハ

一 統治權ト主權(Sovereignty) 主權トハ最上及ヒ最高ノ權力ナリ故ニ主權ナル觀念ハ之ヲ積極的ニ顯ハスコトヲ得サルモノニシテ何等ノ權力其上ニ存在セスト云フ消極的ノ觀念ニ依リ之ヲ説明スルノ外ナシ即チ主權ノ上ニハ法律上羈束的ノ命令ヲ發シ得ル權力存在セサルナリ故ニ主權ノ特質ハ絕對的ノモノニシテ之ヲ増減スルコトヲ得ス從テ半分ノ主權、一部ノ主權、減縮セラレタルナリ此屬的ノ主權等ノ如キモノハ存在スルコトヲ得サルモノニテ主權ハ存在スルカ若クハ絶無タルナリ此ノ如ク主權ハ他ノ權力ニ對シ獨立不羈ナルコトヲ意味スルニ由リ中世ニ於テ獨逸皇帝カ羅馬法皇ノ干渉ニ對シ屢、此語ヲ使用シ皇帝ノ權力最高ナルモノナルコトヲ説明セント試ミ其後佛國ニ於テ專制國王カ此語ヲ内部ノ關係即チ國王ト臣民トノ間ノ關係ニ適用シ國王ノ權ハ國內ニ於テ毫モ拘束セラルルコトナキ絕對ノ權力ナリト爲セリ是ニ於テ乎國外ノ主權ト國內ノ主權トノ區別ヲ爲ス者アルニ至リ國內主權ヲ終ニ統治權ト混同シテ今日尙ホ統治權即チ主權ナリト解スル者アルニ至リ然レトモ兩者ノ觀念ハ全ク異ナリ一ハ支配ノ關係ヲ意味スルモノニシテ主權ハ消極的意義ニ於テ他ニ拘束セラレサルノ權又ハ他ノ權力ノ下ニ立タサルノ權ヲ意味スルモノナリ而シテ「白耳義」普國ノ統治權ノ如キ最高ナラサルモノ而モ此兩國ノ國家タルコトハ明カナルカ故ニ統治權ヲ有スル統治者ハ必要素ニ非ス主權ナクシテ國家ハ成立シ得ルモノト謂フヘシ或ハ國家ハ必ス主權ヲ有セザルヘカラスト唱ヘタルモノアリシハ主權ト統治權トヲ混同シタルノ結果ニ外ナラスト信ス



即チ主權ヲ有スル國家トハ(イ)國家カ他ノ國家又ハ其他ノ團體ノ支配ヨリ獨立不羈ナルコト(ロ)國家カ其領土内ニ存在スル法人ニ對シテ上位ヲ有スルコトト謂ヒタル如キハ主權ノ性質ヲ説キ得テ明瞭ナリト謂フヘシ

「アンソン」氏カ主權ノ性質ハ人民及ヒ人民ノ集合シタル者ニ對シ無制限ニシテ絕對ナル權力ナリト謂ヒタルカ如キハ主權ト統治權トヲ混同シタル嫌ナキニ非ス

「シュルチエ」氏ハ統治權ト主權トハ異ナルコトヲ説キタレトモ氏ノ所謂統治權トハ吾人カ唱道スル統治權ト異ナリ政府權(我國ノ憲法上ノ大權ニ類ス)ヲ意味スルモノニシテ吾人ノ説ト其語ヲ同シウシテ其歸スル所ヲ異ニスルモノト謂フヘシ

二 統治權ト國權(Oberhoheit) 「ゲルバー」氏曰ク國家ハ一人格ヲ有ス隨テ固有ノ意思ヲ有スルモノナリ其國家ノ意思ノ力ヲ統治權又ハ國權ト名クルモノナリト故ニ此説ニ從ヘハ統治權ノ主體ハ國家ニシテ國權ト統治權ト同一ノモノト爲セリト雖モ若シ統治權ノ主體國家ナラス君主又ハ國民ナリト解スルトキハ國權ナルモノ存在セサルカ若クハ他ノ意義ニ解セサルヘカラスシテ統治權ト同一義ヲ有セサルコトト爲ルナリ然ルニ統治權ノ主體ヲ君主ト認ムル人ニシテ尙ホ統治權ト國權ト同一義ニ解スル人アルハ國權ヲ國家ノ原素トシテ必要ナル權力ト認ムルニ外ナラス

或ハ主權ナル語ニ對シ國權ナル語ヲ用ヒ最高ナラサル權ト解シ獨逸帝國ハ主權ヲ有スルモ聯邦各國ハ國權ヲ有スト唱フ人ナキニ非サルモ此論者ハ第一主權ノ意義ヲ誤リ又此主權ナル文字ヲ國權ニ對シテ用フルモノナルニ由リ一般ノ國權ナル文字トモ其用語ヲ異ニシ畢竟論者ノ勝手ナル用語ノ定メ方ニ過キサルナリ

三 統治權ト憲法上ノ大權(Ubertragene) 我國ニ於テハ憲法上特ニ認メラレタル君主ノ大權アリ其大權ト統治權ト同一ニ使用シタル場合アリ(憲法發布ノトキノ勅語參照)又之ヲ同一ニ看做ス論者アリト雖モ憲法上大權ナルモノハ特ニ統治權ノ一部ヲ憲法カ區別シタルヨリ來ルモノニシテ其範圍ヲ異ニスルノミナラス觀念ノ根本ニ於テ亦異ナレリ乃チ統治權ハ憲法ノ根原ナルモ憲法上ノ大權ハ憲法ノ明文ニ依リテ始メテ成立スルモノナリ故ニ憲法消滅スルモ統治權消滅スルコトナシト雖モ大權ハ存在スルヲ得サルモノナリ

四 統治權ト最高權(Hohe Gewalt) 統治權ヲ種種ノ最高權ノ集合ナリト解スル人アリ然レトモ是レ唯沿革的事實ニ迷ハサレタル見解ニシテ其性質ノ根本ニ於テ兩者ノ異ナルヲ知ラサルモノナリ歐洲ノ中世即チ行政法上所謂最高權時代ニ於テハ君主ノ權力ハ外交上ノ最高權、財政上ノ最高權等ノ列舉セラレタル種種ノ特權ヨリ成立シタリト雖モ此ノ如ク列舉セラレタル最高權ノ集合ハ統治權ト同一ナルモノニ非ス統治權ハ無限唯一ノモノニシテ此時代ノ君主ハ此ノ如キ無制限ノ權力ヲ有セシモノニ非サルナリ此次ノ時代即チ行政法上ノ所謂警察國時代ニ於テ君主ノ權力ハ始メテ無制限且唯一ナルモノト認メラレタルモノナリ故ニ統治權ト最高權トハ混同スヘキモノニ非ス若シ又最高權ナル語ヲ單ニ内外ニ對シテ無制限ナル國家ノ權力ト解スルトキハ是レ主權ト同一ナルモノニシテ主權ト統治權トノ區別ハ既ニ前述シタルカ如シ

五 統治權ト自主權(Autonomie) 自主權トハ統治權ノ委任ヲ受ケテ制定ニ關係ナキモノヲモ羈束スヘキ法規ヲ制定スルノ權ニシテ統治權ト異ナル所ハ統治權ハ固有ノ權ナルモ自主權ハ固有ノ權ニ非ス其命令權強制力ハ統治權ヨリ導カレタルモノナリ以テ其兩者ノ異ナルヲ知ルヘシ



六 統治權ト債權 統治權トハ自由人又ハ自由人ノ集合ニ對シ命令ニ服從スルコトヲ強制スルノ權ナリ之ニ反シテ私法上ノ範圍ニ於テハ總テ平等ニシテ物件及ヒ奴隸ヲ支配スルノ權アレトモ自由人ニ對シテ強制スルノ權ナシ縱令債權者ト雖モ債務者ト同等ノ地位ニ立ツモノニシテ債務者ニ對シテ要求スルノ權アルモノニ對シテ強制スルノ權ナシ即チ債務者ヲ自己ノ命令ニ從ハシムヘキ手段ヲ自ラ有セサルモノナリ以テ統治權ト債權ノ異ナルヲ知ルヘシ

### 第二章 君主國

國體ハ統治權ノ所在ニ依リ種種ニ區別セラルルモノナリ

第一 君主國 (Monarchie) 君主國トハ君主カ統治權ノ主體タル國ヲ謂フ

第二 貴族即チ複數國 (Oligarchie) 複數國トハ二人以上ノ複數ノ者カ統治權ノ主體タル國ヲ謂フ

第三 民主國 (Demokratie) 民主國トハ統治權カ國民ノ手ニ存スル國ヲ謂フ

或ハ君主國トハ君主ヲ以テ最高ノ機關ト爲ス國ヲ稱スルモノナリト唱フル者アレトモ既ニ説明シタルカ如ク國家ハ統治權ノ主體ナリトノ説ハ誤レルモノナルニ由リ此見解ニ從ヒテ君主國ノ何タルヤヲ定ムルコトヲ得ス今正當ナル意義ニ於テ君主國ノ意義如何ヲ探究スルトキハ君主國トハ君主ノ統治者タル國即チ君主カ統治權ノ主體タル國ヲ稱スルモノナリト謂フヘシ而シテ此意義ニ於テ我國モ亦君主國ノ一ニ屬スルコト明カナリ何トナレハ憲法第一條ニ「天皇之ヲ統治ス」ト規定シ又憲法第四條ニ於テ「天皇ハ統治權ヲ總攬ス」ト規定スレハナリ

又我國ハ憲法第一條ニ「萬世一系ノ天皇之ヲ統治ス」トアリ又第二條ニ於テ「皇太子孫之ヲ繼承ス」ト規

定セラレタルニ由リ世襲君主國タルモノナリト雖モ君主國ノ要件トシテ君主ハ必ス世襲タリト考フヘカラサルナリ故ニ君主ニ國權存スル以上ハ君主ハ選舉ニ依ルモ世襲君主國ニ於ケルト等シク君主國タルヲ妨ケサルナリ要スルニ君主國タルト否トハ權力カ君主ノ地位ニ存スルヤ否ヤニ在ルモノニシテ其君主カ世襲ニ依リテ繼承スルト選舉ニ依リテ繼承セラルルトハ關係ナキモノナリ蓋シ世襲及ヒ選舉ハ單ニ繼承ノ方法ニ過キサレハナリ

又君主タルヘキ者ハ通常皇帝、國王、公侯等ノ名ニ依リテ示サルルモ此等ノ名稱ヲ有スル者ハ必ス眞ノ君主ニシテ之ヲ戴ク國ハ眞ノ君主國ナリト連屬スヘカラサルナリ即チ國王ナル名稱ヲ有スルモ其實白耳義國王ノ如キ世襲ノ大統領ト目サルヘキモノ存スルニ由リ單ニ名稱ノミニ依リ君主國タルヤ否ヤヲ區別シ得サルナリ

### 第三章 統治權ノ主體トシテノ天皇ノ性質

天皇ニ二種ノ意義アリ(一)ハ統治權ノ主體タルノ天皇ヲ指スモノニシテ(二)ハ皇位ヲ充タス所ノ自然人タル天皇ヲ謂フモノナリ

統治權ノ主體トシテノ天皇ハ其權力ヲ法律ヨリ得タルニ非ス又之ヲ人民若クハ國家ヨリ得タルニ非サルノ特質ヲ有スルモノナリ即チ統治權ノ主體トシラノ天皇ハ固有ノ權力ヲ以テ統治シ而シテ其權力ニハ何等ノ制限ヲ有セサルモノナリ而シテ我天皇ノ統治權ノ主體タルコトハ前述シタル如ク憲法第一條ニ「天皇之ヲ統治ス」ト規定シタルニ依リ明カニシテ憲法第四條ニ天皇ハ統治權ヲ總攬スト規定シタルハ統治權ノ主體タルノ特質ヲ更ニ明カニ解説シタルモノナリ此第四條ノ統治權總攬ノ意義タルヤ(一)



天皇ハ憲法ニ依リテ其權力ヲ得タルニ非スシテ之カ權力ヲ固有ニ保有シ(二)其權力ハ些ノ制限ナキモノニシテ國中ノ總テノ權力此中ニ包含シ從テ他ノ權力ハ總テ統治權ヨリ分岐シ之ニ淵源セサル權力一モ國內ニ存スルコトナキヲ示スモノナリ然ルニ天皇ノ權力行使ニ制限アリト唱フルモノナキニ非ス今其說ノ當否ヲ論ゼン

天皇ハ統治權ノ主體ナルカ故ニ之ヲ行使スルコトヲ得ルハ言フ俟タズ即チ天皇ハ統治權ノ體ト用トヲ併セ有スルモノナリ是レ憲法第四條後段ニ之ヲ行フト云フ文字アル所以ナリトス佛國ノ「チエール」氏ハ王ハ統治スルモノ(體)政ヲ行ハス(用)ト云ヒ之ニ替同シタル人勳カラス其主官タルヤ王ハ施政ニ付キ責任ヲ負ハス施政ヲ爲スハ大臣ニシテ大臣ハ亦之ニ付キ其責任ス是レ立憲政治ノ特色ナリトノ觀念ニ出テタルモノニ外ナラズト雖モ此說ハ立憲政治ノ眞義ヲ誤リタルモノニシテ君主國ニ於テ適用スルコトヲ得サルノ說ナリ抑モ統治權ノ體ト用トハ相分離シテ存在スヘキモノニ非ス何トナレハ權力トハ凡テ活動ヲ意味シ一定人ノ意思カ他人ノ意思ヲ強制羈束スルノ謂ニ外ナラザレハ活動セサル權力ハ之ヲ想像スルコトヲ得ス活動セサル力アリトセハ權力ニ非サルナリ從テ其權力ノ主體タル者ハ同時ニ亦之ヲ行使シ得ヘキモノナラサルヘカラザレハナリ既ニ此ノ如ク統治權ハ體ト用トヲ分テ得ヘキモノニ非サルカ故ニ統治權ニシテ制限ナキモノトセハ其權力ノ行使ニ付テモ亦制限セラルルノ理アラサルナリ憲法第四條ニ「憲法ノ條規ニ依リ之ヲ行フ」トアルニ依リ天皇ノ權力(體)ニハ固ヨリ制限ナキモ之ヲ行フ(用)上ニ於テ制限ヲ有スルモノナリト説ク者アレトモ是レ誤謬ノ見ナリ憲法第四條ニ所謂憲法ノ條規ニ依リ之ヲ行フトアルハ決シテ論者ノ言フカ如キ制限ノ意味ヲ有スルモノニ非ス此條項ニ依リテ天皇ノ統治權ノ主體タル行爲ハ天皇ノ自然人タル行爲ト之ヲ分タントスルノ趣旨ニ出テタルモノニシテ

畢竟立憲君主國ノ特色ヲ闡明シタルニ過キス元來立憲君主國ト專制君主國トノ差ハ通俗ニ考フル如キ君主ノ權力ニ關スル制限ノ有無ニ在ラスシテ統治權ノ主體タル君主ト自然人タル君主トヲ分ト否トニ存スルモノナリ即チ立憲君主國ニ於テハ憲法上統治作用ノ形式ヲ明カニシ君主ノ統治行爲ハ總テ其形式ニ依ルモノナルコトヲ示シ之ニ依ラサル所ノ君主ノ行爲ハ總テ自然人タル君主ノ行爲ト認ムヘキモノナリ之ニ反シテ專制君主國ニ於テハ憲法ヲ以テ此ノ如ク統治作用ノ形式ヲ詳細ニ定ムルコトナキカ故ニ自然人タル君主ノ行爲モ統治權ノ主體タル君主ノ行爲モ之ヲ區別スルノ標準ナク從テ臣民ハ君主カ發シタル命令ハ如何ナル形式ニ依ルモ凡テ之ヲ遵奉スヘキモノナリ

天皇ハ統治權ノ主體ニシテ權力ノ源泉タルニ因リ統治權ヲ行使スルニ付キテ責任ヲ負フヘキモノニ非ス何トナレハ責任トハ權力上自己ノ上ニ立ツ人ニ對スル關係ヨリ生スヘキ事項ナルヲ以テ何等ノ權力ノ下ニ立タサル天皇カ政務上ノ責任ヲ負フヘキ理由ナク又責任ヲ負フコトハ不可能ノ事ニ屬スレハナリ或ハ又我憲法第三條ニ「天皇ハ神聖ニシテ侵スヘカラス」トアル規定ヲ指シテ天皇ノ責任ヲ負ハサルノ意ヲ明カニシタルモノナリト説ク者アレトモ統治權ノ主體タル天皇ノ責任ヲ負ハサルハ性質上當然ノ事理ニシテ此ノ如キ明文ヲ須タスシテ明カナリ故ニ此規定ハ一ニ自然人タル天皇ニ關スル規定ニ過キスシテ統治權ノ主體タル天皇ニ關スルモノニ非ス

以上天皇ノ統治權ノ主體トシテノ性質ヲ明カニセリ

茲ニ一言スヘキハ憲法第四條ニ「天皇ハ國ノ元首ニシテ統治權ヲ總攬シ」云云ノ規定是ナリ而シテ歐洲ノ憲法ニ於テモ亦多ク使用スル文字ナレトモ今日此文字ハ國法上君主ノ地位ヲ示シタルモノト考テ得サルナリ元首ノ文字ニ關スル獨逸學者ノ説明ヲ見ルニ此規定ヲ以テ君主ナルモノハ國家以外ニ存



在スルモノニ非サルコトヲ言表ハシタルモノナリト解スル人アリ其他種種ノ説アリト雖モ元首ナル文字ノ憲法上必要ナル理由ヲ明カニシタルモノナシ要スルニ國家ハ有機體ニシテ君主ハ其頭首ニ均シク活動ノ源ナリトノ思想ヨリ來リタルモノニシテ國內最高ノ地位ヲ占ムルモノナルコトヲ示スニ外ナラス

### 第四章 自然人トシテノ天皇ノ特權

#### 第一節 不可侵權

天皇ハ統治權ノ主體ニシテ權力ノ源泉タルヲ以テ其統治權ヲ行使スルニ付キ責任ヲ負フヘキモノニ非ス蓋シ責任トハ權力上自己ト自己ノ上ニ立ツ人トノ關係上生ズヘキコトニシテ何等ノ權力ノ下ニ立ダサル天皇ハ其責任ヲ負フヘキ理由ナク又其責任ヲ負フコトハ不能ノコトニ屬スレハナリ憲法第三條ニ天皇ハ神聖ニシテ侵スヘカラストノ規定アルニ依リ或ハ之ヲ解釋シテ天皇ノ無責任ナルコトヲ明カニシ國務大臣カ天皇ニ代リ其責任ヲ負フモノナリト説ク者アレトモ是レ天皇ヲ統治權ノ主體ト認メス統治機關ト認メタル結果ニ出ツルモノナリ或ハ白耳義憲法第六三條ノ如ク國王ノ身體ハ侵スヘカラス宰相輔弼ノ責任ス一千八百十四年ノ佛國憲法第一三條ノ如ク王ノ身體ハ侵スヘカラス而シテ神聖ナリ宰相ハ責任ス等ノ規定ヲ見ルト雖モ此等ノ憲法ニ於テハ國王ヲ統治權ノ主體ト認メス國王ヲ聖ニ統治機關ト認ムルカ故ニ特別ノ明文アルニ非サレハ國王ハ執務上無責任ナリト謂フヘカラス故ニ此等ノ明文ハ國王ノ統治機關トシテモ其責任セサルコトヲ規定シ宰相代リテ其責任スルコトヲ明カニシタルモノナリ然レトモ此等ノ例ハ以テ君主カ統治權ノ主體タル我國憲法ノ解釋ノ用ニ供スヘキニ非ス

統治權ノ主體タル天皇カ責任ヲ有セサルコトハ性質上當然ノコトニシテ此ノ如キ明文ヲ待タサルナリ且統治權ノ主體タル天皇ノ無責任ニ關スル規定ナリトスレハ神聖ノ文字頗ル不相當ノ感アリ是レ自然人タル天皇ニ關スル規定タルコト疑ナキナリ

又皇位ニ在ル自然人ヲモ天皇ト稱スル所以ハ我國ノ皇統ニ屬スル者ハ我祖先ノ最モ古ク最モ尊フヘキ正系ニシテ皇位屢ニ變更スル支那歐洲ノ例ト異ナリ我國ニ於テハ統治權ノ主體タル天皇モ自然人タル天皇モ殆ト區別ナク同一ノモノトシテ我我ノ耳ニ響キ此皇統存シテ日本帝國存ス此皇統滅亡スレハ日本帝國モ亦滅亡スヘキ程ノ親密ナル關係ニ立ツヲ以テナリ尙ホ之ヲ自自然人タル天皇ヲ指スモノナリト解スヘキハ獨逸各國ノ憲法ニ於テ皆一身ナル文字ヲ之ニ加フルヨリ觀ルモ明カナリ

又憲法第三條中ノ神聖ナル文字ハ羅馬ノ歴史ニ基クモノニシテ羅馬貴族專制ノ時代ニ人民其自己ノ權利ヲ保護スルカ爲メ保民官(tribunus)ヲ選出シタリ是ニ於テ貴族ハ刑事上ノ嫌疑ヲ以テ保民官ヲ退ケシキ責ヲ負ハサルコトト爲シタリ神聖ナル文字ハ之ヨリ來リタルモノニシテ其後宗教上ノ思想之ヲ助ケ皇帝及ヒ國王ノ上ニ之ヲ冠スルニ至レリ然レトモ神聖ナル文字ハ法理上無意義ナル語ニシテ唯形容ノ語トシテ憲法ニ掲載セラレタルモノナルニ過キス而シテ我國憲法ノ神聖ナル文字モ亦同一ノ理由ニ出テ特別ニ法律上ノ理由ヲ有セス唯歐洲ノ憲法ニ於テ此語アリタルカ爲メニ譯セラレタルニ過キサルモノナリト信ス

今之ヨリ不可侵ノ規定ニ包含スル意義ヲ擧ケルハ

一・天皇 ハ如何ナル事由ニ依ルモ其地位ヨリ斥ケラルルコトナシ

憲法 統治權ノ主體 自然人トシテノ天皇ノ特權 不可侵權

0032

二、天皇ハ如何ナル行爲ニ就テモ刑事上ノ責任ヲ受クルコトナキモノナリ  
 (附言) 刑法上ノ規定ニ依リ天皇ハ常人ト異ナリタル保護ヲ受ク即チ自然人タル天皇ト統治權ノ主體タル天皇ト同一ナルニ依リ特ニ統治權ノ主體タル天皇ニ對スル侮辱罪ヲ自然人タル天皇ニ對スル侮辱罪ヨリ重ク罰スルコトナク一般ニ天皇ニ對スル犯罪ハ常人ニ對スル犯罪ヨリハ之ヲ重ク罰スルコトト爲シ又之ニ伴ヒテ皇后皇太子其他ノ皇族ニ對スル犯罪モ常人ニ對スル犯罪ヨリモ重ク罰セリ然レトモ是レ憲法ノ不可侵ノ規定ト關係セズ若シ刑法上ノ保護ヲシテ憲法上ノ不可侵ノ規定ノ結果ナリト解スルトキハ何人モ總テ不可侵ノ特權ヲ有スルモノト謂ハサルヘカラサルニ至レハナリ

### 第二節 榮譽權

第一 宮廷ヲ組織スルノ權 國務上ノ官廳ニ準シ侍從職、式部官等ノ官吏ヲシテ宮廷ヲ組織シ以テ天皇ノ尊嚴ヲ外ニ表スルコトヲ得而シテ爵位ノ如キハ主トシテ此宮廷ニ於ケル人民ノ地位ヲ表示シタルモノニシテ爵ハ宮中ニ對スル身分ノ段階位ハ宮中ニ於ケル各人參内ノ席次ヲ定ムルナリ  
 第二 守衛儀仗ノ權 軍人ハ一人一家ノ使用ニ供スヘキモノニ非ス然レトモ天皇ハ之ヲ以テ宮闕ヲ守衛シ又ハ其出入ニ隨伴セシメ以テ其尊榮ヲ示シ得ルモノナリ  
 第三 敬稱ノ權 皇室典範第一七條及ヒ第一八條ニ依リ天皇ハ陛下ナル敬稱ヲ有シ又外國ト締結スル條約ニハ「天佑ヲ保有シ萬世一系ノ帝祚ヲ踐ミタル大日本皇陛下」ト記シ天皇ノ一人稱トシハ朕ナル語ヲ用フルモ亦特別ノ敬稱タリ(歐洲ニ於テハ朕ノ代リニ我等ト稱ス)

第四 紋章ノ權 我皇室ニテハ菊花ヲ以テ紋章ト爲シ濫ニ之ヲ用フルコトヲ臣民ニ禁セリ而シテ此紋章ヲ國家ノ公事ニ之ヲ使用シ以テ天皇ノ大權作用ノ徵章ト爲スコトアリ例ヘハ辭令書ノ菊桐ノ紋章ヲ付シ又裁判所ノ判決用紙ニ桐花ヲ付スルカ如シ  
 (附言) 例ヘハ君主ノ誕生日ニ國旗ヲ掲ケテ之ヲ祝シ君家ニ凶事アルトキハ音曲ヲ停止シテ一般人哀悼ノ意ヲ表シ以テ皇室ノ吉凶ヲ國民ノ吉凶ト爲サシメ其他外國ニ於テハ尙ホ君主ノ爲メニ祈禱セシムルコトアリ然レトモ是等ハ天皇ノ權トシテ列舉スヘキモノニ非スシテ唯臣民ニ對スル命令ノ反射作用ニ過キササルナリ又爵位勳章ヲ授與スルノ權ヲ天皇ノ榮譽權ト爲ス人アレトモ是レ亦天皇ノ憲法上ノ大權作用ニシテ天皇自身ノ榮譽ト稱スヘキモノニ非サルナリ

### 第三節 財産上ノ特權

第一 皇室經費ヲ受クルコト 我國封建時代ニ於テハ財政ノ大權ハ將軍家ニ歸シ唯或些少ノ金穀ヲ將軍家ヨリ朝廷ニ對シテ上納シ維新以後ハ國家財政ハ總テ國庫ニ歸シ其幾分ヲ國庫ヨリ朝廷ニ獻納シタルナリ是レ今日ノ皇室經費ノ基ナリ而シテ憲法制定ノトキ皇室經費ハ其當時ノ定額ニ依リテ定メラル將來増額ヲ要スル場合ノ外年議會ノ協賛ヲ經ルモノニ非ストセラレタリ  
 今參考ノ爲メ諸外國ノ王室費ヲ述ヘンニ英國ノ王室經費(Ordinary Expenditure)ハ千八百八十七年始メテ之ヲ定メタルモノニシテ爾後新王登極ノ際之ヲ定ムトセリ普魯西國ニ於テハ千八百二十年一月十七日ノ布告ニ依リテ定マリ爾後數回ノ變更アリシモ要スルニ國王交迭毎ニ變更スルモノニ非ス  
 白耳義國ニ於テハ憲法第七七條ニ依リ王室ノ經費ハ國王一代毎ニ法律ヲ以テ之ヲ定ムルコトトセリ

又我皇室經費ニ付テハ皇室會計法ノ定ムル所ニ從ヒ會計検査院ノ決算検査ノ範圍外ニ立ツモノナリ  
(皇典四七條四八條)

第二 世襲財産(世傳御料)ヲ有スルコト 我皇室ノ財産中分割讓與スルコトヲ得サルモノアリ之ヲ世傳御料ト名ク是レ皇位ノ繼承ト共ニ當然天皇ニ移轉スヘキモノナリ又之ニ屬スヘキ土地物件ハ極密顧問ニ諮詢シ勅書ヲ以テ之ヲ定メ宮内大臣ヨリ之ヲ公告スヘキモノトセラレタリ(皇典八章)

世傳御料ニ關スル詳細ナル法規ナキカ爲メ行政上及ヒ民事上生スル所ノ疑難カラス例ヘハ納稅ニ關スル法律ヲ世傳御料タル土地物件ニ適用シ得ルヤ、府縣郡市町村ノ行政ニ關スル法律命令ハ悉ク府縣郡市町村ニ存スル世傳御料ニ適用スルモノナルヤ、世傳御料ニ關シ民事訴訟ヲ提起スルニハ如何ナル手續ニ依ルヘキヤ等ノ問題アリ

#### 第四節 皇室ニ首長タルノ權

我國ノ皇室典範ニ於テハ天皇ノ皇室カ首長タル明文ナシト雖モ皇室典範第三五條ニ皇族ハ天皇之ヲ監督ストノ明文アルニ依リ天皇ハ皇室ノ首長タルノ旨趣間接ニ明カナルモノト云フヘシ憲法義解ニ天皇ハ皇室ノ家父タリ故ニ皇族ノ處傳ハ皇室經費ヨリ給賜シ皇族各人ノ婚姻又ハ外國ニ旅行スルトキハ勅許ヲ要シ父ナキ幼男幼女ノ教育及ヒ保護ハ勅令ニ由ル凡ソ皇族ハ總テ天皇ノ監督ノ下ニ在ルコト家人ノ家父ニ於ケルカ如シ是レ皇族ノ幸福及ヒ榮譽ヲ保持スル所以ナリト又獨逸國「ヴェルテンベルヒ」ノ家法ニハ其第一條ニ於テ王ハ王室ノ首長ナリト明記シ其條文ニ付キ「ガッパ」氏説明シテ曰ク本條ニ依

リ家父トシテノ權及ヒ君主トシテ有セサルノ權國王ニ屬スルモノナリ即チ王族ハ總テ國王ノ最高權及ヒ司法權ニ服從スルモノニシテ家法ニ從ヒ國王ハ特別ノ監督權ヲ王族ニ對シテ行フモノナリ隨テ王族ノ榮譽幸福及ヒ王族間ノ秩序ヲ維持スルノ權ハ全ク國王ニ屬スルモノト云フヘシト是等ノ說明ハ君主ノ首長タルノ權ヲ説明スルニ能ク其要ヲ得タルモノナリ

今我天皇ノ皇室ノ首長トシテ有スル權ノ主要ナルモノヲ述フレハ左ノ如シ

第一 皇族ハ男女ヲ問ハス天皇ノ許可ナクシテ外國ニ旅行シ滞在スルコトヲ得ス即チ天皇ハ旅行ノ許可權ヲ有スルモノナリ之ニ付キ獨逸ノ學者ハ曰ク若シ君主ノ一族ニシテ勅許ヲ經ス旅行スルトキハ其經費ノ給與ヲ中止スヘキモノナリ併シ彼等若シ國外ニ土地等ヲ有スル場合ニ於テハ君主ハ特別ノ理由ナクシテ其旅行ヲ差止ムルコトヲ得サルモノナリト然レトモ我國ニ於テハ此等ニ關シ何等ノ明文ナキニ依リ旅行ノ許可ヲ與フルト否トハ君主ノ隨意ニシテ又許可ナクシテ旅行スルモ懲戒處分ニ處スル外ナキモノナリ(皇典四三條)

第二 皇族タルモノノ結婚セントスルトキハ天皇ノ許可ヲ要スルモノナリ若シ其同意ナクシテ結婚シタルトキハ民法上無効ナルモノナリ是レ獨逸諸國ト異ナル點ニシテ彼ニ在リテハ許可ヲ要スルハ皇位繼承ニ關係アル場合ニ限ルモノニテ畢竟許可ヲ要スルハ皇位繼承ニ關係アルカ爲メナリ隨テ許可ナキ結婚ハ其子ニ對シ繼承權ナキ皇族ヲ生ジテ特權ヲ有セサルニ止マリ成立ニ關係ナシ然レニ我國ニテハ繼承ニ關係アルト否トニ拘ハラス總テ皇族ノ結婚ハ許可ヲ要ストセラルルニ依リ明文ナキモ許可ナキトキハ無効ナリト推定シ得ラルルナリ(皇典四〇條、四一條)

第三 皇族自己ノ子女ノ爲メ後見人ヲ選ヒタルトキハ天皇ノ許可ヲ要ス若シ後見人カ之ヲ承諾セス又



ハ其父自ラ後見人ヲ命セサルトキハ天皇自ラ後見人ヲ命シ得ルモノナリ且君主ハ後見人ノ上ニ監督權ヲ行ヒ總テ民法上ノ後見監督人ノ地位ヲ占ムルモノトス(皇典三七條及ヒ三八條並ニ三九條ニ關スル義解參照)

第四 天皇ハ皇族ニ屬スル子女ノ教育ニ付キ之ヲ指揮監督シ且其教育ノ狀況ヲ報告セシムルノ權アリ(皇典二七條)

第五 天皇ハ其一族中其品位ヲ辱シムルノ所行アリ又ハ君ニ忠順ヲ缺クノ行爲ヲ爲スモノアリタルトキハ之ヲ懲戒スルノ權ヲ有ス(皇典五二條)

此等ノ事務ハ國務ニ非サルニ由リ君主ハ國務大臣ノ副署ナクシテ之ヲ行フコトヲ得ヘシ但特別ノ場合ニ於テ皇族會議ノ議ヲ經サルヘカラサルハ格別ナリ而シテ其場合ハ各國制度ノ明文ニ依リテ區別ナリ

第六 皇室典範ヲ制定スルノ權 先ツ茲ニ皇室典範ノ性質ヲ説明セサルヘカラス今皇室典範ニ關シ其形式及ヒ實質ヨリ之ヲ考フルニ皇室典範ハ公布セラレタルコトナク隨テ之ヲ制定セラレタルトキ國務大臣ノ副署ヲ具ヘサルモノナルニ由リ皇室典範ハ形式上一般ノ法令ト異ナルモノナリ併シ實質ニ於テハ其條項中ニハ憲法ノ性質ヲ具ヘタルモノ及ヒ憲法上法律事項ト定メラレタルモノニ關スル規定ヲ包含スルモノナリ故ニ單ニ形式ノミヲ觀テ皇室一家ノ家法ナリト論定スルハ其當ヲ得タルモノニ非ス又皇室典範中ニハ皇室内部ノ私事ニ關スル規定モ存在スルニ由リ單ニ其實質ノ一部ノミヲ觀テ皇室典範ハ一種ノ國法ナリ或ハ形式ヲ具ヘサル勅令ノ一種ナリト論定スルハ是レ亦當ヲ得タルモノニ非ス然ラハ皇室典範ハ如何ナルモノナリヤト云フニ皇室典範ハ皇室自主權ノ作用ニ基クテ所ノ規定ニシテ其中ニ憲法ノ性質ヲ有スル規定及ヒ憲法上ノ法律事項ニ關スル規定ヲ包含スルハ其自主權

ニ委任セラレタルノ範圍廣キニ由ルモノナリ是レ一般法令ノ形式ヲ備ヘスシテ而モ實質的の法令ノ性質ヲ有スルモノヲ包含スル所以ナリ是ニ於テ更ニ皇室ノ自主權ナルモノ果シテ我國ニ存在スルヤ否ヤヲ説カサルヲ得ス或ハ之ニ關シ憲法ノ明文又ハ今日現存スル所ノ法律命令ノ明文ニ於テ皇室ノ自主權ニ關スル規定ノ存在セサルヲ理由ト爲シ以テ皇室自主權ノ存在ヲ否認スル者アリト雖モ此自主權ナルモノハ憲法發布以前殊ニ幕府時代ニ於テ存在シタルコト明カナルモノニシテ憲法ヲ制定スルニ際シテモ此權ヲ消滅セシメタルコトナキニ由リ皇室ノ自主權依然今日ニ於テモ仍ホ現存スルモノト解釋スヘキモノナリ然ルニ又茲ニ他ノ疑ヲ懷ク者アリ曰ク市町村ノ有スル自主權ヲ始トシ國內ニ存在スル所ノ一般ノ自主權ハ其範圍甚タ狭キモノニシテ自主權ニ基クテ所ノ規定ハ國家ノ法律命令ニ紙觸スルコトヲ得ス若シ皇室典範ヲ以テ皇室自主權ノ作用ニ基クテ規定ナリト解スルトキハ普通ノ法律ノミナラス命令ヲ以テモ仍ホ皇室典範ノ規定ヲ動カシ得ルノ結果ヲ生スルニ至ルベシ普通ノ法令ヲ以テ皇室典範ヲ變更シ得サルハ其皇室典範ノ内容及ヒ其改正手續ヨリ推定スルモ明カナルニ由リ皇室自主權ノ作用ニ基クテ規定ニ非サルナリト予ハ此論者ノ說ニ答フルニ先ツ若シ皇室典範ニシテ自主權ノ作用ニ基クテ規定ニ非スルトキハ皇室典範ハ國法上如何ナル性質ノモノナルカヲ論者ニ反問セント欲スルモノナリ皇室典範ノ制定セラレルニ當リ國務大臣ノ副署ヲ具ヘス又之ヲ公布セシコトナカシニ拘ハラス何故ニ之ヲ以テ臣民ヲ拘束スルヲ得ルカ即チ普通ノ法令ノ形式ヲ具ヘサルニ拘ハラス臣民ヲ拘束スルノ力ヲ有スルコトハ皇室ノ自主權ニ基クテ規定ナリト解スルノ外説明ノ途ナキヲ信スルモノナリ而シテ右ノ論者ハ自主權ナルモノハ常ニ其效力薄弱ナルモノト斷定スト雖モ自主權ノ範圍ハ憲法又ハ法律ノ定ムル所ニ依リ其範圍ヲ異ニスルモノナルカ故ニ自主權ハ常ニ其





範圍狹クシテ之ニ基ク規定ノ效力ハ亦常ニ薄弱ナルモノト斷言スルコトヲ得サルナリ我憲法第二條及ヒ第一七條ニ於テ皇位繼承及ヒ攝政ニ關スル規定ヲ定ムルコトヲ皇室典範ニ委任シ又憲法第七四條ニ於テ皇室典範ノ改正ハ帝國議會ノ議ヲ經ルヲ要セスト規定シタルノ趣旨ヨリ考フルトキハ皇室典範ノ基礎タル自主權ノ範圍ハ普通ノ地方團體ノ自主權ト異ナリ比較的廣大ナルモノナルコトヲ認知シ得ヘキナリ何トナレハ普通ノ自主權ノ規定ノ如ク法律、命令ニ抵觸スルコトヲ得サルモノト爲ストキハ皇室典範ヲ以テ法律事項ヲ規定スルコトヲ得サルハ勿論ナリ然レニ憲法第七四條第一項ニ於テ「帝國議會ノ議ヲ經ルヲ要セス」ト特ニ規定シタルハ皇室典範ノ中ニ帝國議會ノ議ヲ經ヘキ事項即チ法律事項ヲ包含スヘキモノナルコトヲ前提トシテ定メタルモノナレハナリ之ヲ要スルニ皇室典範ナルモノハ皇室自主權ノ作用ニ基クモノ即チ天皇カ皇室ヲ代表シテ之ヲ規定シタルモノニシテ其實質ニ於テハ憲法事項、法律事項等ノ國法ノ性質ヲ有スルモノヲモ其中ニ包含シ而シテ此種ノ規定ニ付テハ國法トシテノ效力ヲ有スルモノナリ然ルニ皇室典範中ニモ全ク臣民ノ權利義務ニ關セス純然タル皇室ノ私事ニ關スル規定ヲ有シ此種ノ規定ニ付テハ毫モ臣民ヲ拘束スルノ效力ヲ有セサルモノナルコト勿論ナリ

### 第五章 皇位繼承

#### 第一節 皇位繼承ノ性質

統治權ノ主體ハ天皇ニシテ其統治權ノ主體タルノ地位即チ皇位ヲ充タスモノハ自然人ナリ自然人ナルカ故ニ其死ビテ免ルルコトヲ得ス隨テ其自然人ノ變更ヲ生ス此統治權ノ主體ノ地位ヲ充タス所ノ自然

コトアリ或ハ又當事者ノ一方又ハ雙方カ外國人ナルコトモアリ要スルニ法律關係カ外國の分子ヲ包含スルニ過キス其法律關係ニ適用スヘキ法則其モノヲ國際法ト看ルヘキニ非サルナリ殊ニ今日法例ト云フ如キ成文法ノ備ハレル以上ハ國際私法ノ國法タルコトハ愈々明瞭ナルモノト謂フヘシ其成文法タルト不文法タルトハ唯形式上ノ問題ニシテ法則其モノノ性質ニ關係スル所ナシ裁判官ハ自國ノ法律ヲ適用スル外ニ義務ナキナリ唯國際私法ノ原則ハ近世文明國一般ニ認ムル所ノモノナルカ故ニ此點ニ於テハ國際法タルノ外觀ヲ備フト雖モ是レ實際ノ有様ニ過キス法律ノ性質ト看ルヘキニ非サルナリ此點ニ於テハ我國ニテモ近年マテハ佛國法系ノ觀念ニ基キ頻ニ反對說ヲ主張スル者アリシカ今日ニ在リテハ歐米ノ學說一定スルト共ニ全ク勢力ナキニ至レリ

#### (一) 公法及ヒ私法

此區別ハ最も重要ナルモノト信ス民法ノ私法ナルコトハ何人モ口ニスル所ナリ然ラハ私法トハ如何ナル法律ナルヤ其公法トノ區別ノ標準ハ何レニ在リヤ是レ一見明瞭ナル問題ノ如クナルモ學理上ヨリ之ヲ解決セントスルニハ甚々困難ナキコトヲ得ス蓋シ公法、私法ノ分界ニ付テハ古來學者間ニ於テ大ニ議論アリ今日ニ至ルモ仍ホ決定スルニ至ラズ今此ニ其主要ナル學說二三ヲ示サントス

(一) 法ノ目的ニ據リテ區別スル說 此說ニ依レハ法ノ目的カ公益ヲ保護スルニ在ルトシモ近世ニ至リテハ保護スルニ在ルトキハ私法ナリト云フ是レ往昔ニ在リテハ多少有力ナル說ナリシモ近世ニ至リテハ殆ト勢力ヲ失フニ至レリ又實ニ價值ナキ說ト謂フヘシ蓋シ此ノ如キ標準ハ甚々漠然タルモノニシテ法ノ目的カ公益ニ在ルトハ到底確然之ヲ區別スルコトヲ得ヘキモノニ非ス殊ニ民法中ニ於テモ公益ヲ目的トシテ定メタル強行ノ規定甚々多シ之ヲ公ノ秩序ニ關スル法規ト稱ス全ク公益



保護ヲ目的トスルモノナリ然レトモ民法中ノ規定ナルカ故ニ何人ト雖モ之ヲ公法ト稱スルモノナカ  
ルヘシ然ルニ公益ヲ目的トスルモノハ公法ナリト言ヘハ民法商法ノ規定ノ半ハ公法ニ屬スル規定ト  
爲ラサルコトヲ得ス故ニ此ノ如キ説ハ到底採用スヘキニ非サルナリ

(二)法律關係ノ性質ヲ標準トシテ區別スル説 此説ハ權力服從ノ關係ヲ規定スル法ハ公法ナリトシ國  
民對等ノ關係ヲ規定スル法ハ私法ト爲スモノナリ是レ歐洲ニ於テハ極メテ少數ノ學者ノ主張セル所  
ナルモ我國ニテハ近來甚タ勢力アル説ト爲レリ是レ蓋シ穗積博士カ熱心ニ主張セラレタル結果ナル  
ヘシ然ルニ予ハ此説ニ同意スルコトヲ得ス其理由ハ先ツ公私ナル普通ノ觀念ト一致セス又歷史上ノ  
根據モ之アルコトヲ思フニ公法、私法ノ關係ハ羅馬法ニ起リタルモノニシテ羅馬法官ノ職務ニ國  
家ノ事務ニ關スルモノト箇人ノ事務ニ關スルモノトアリ國家一般ノ事務ニ關スル規則ハ公法ニ屬シ  
各人ノ一箇ノ權義ニ關スル規則ハ私法ナリトノ觀念ニ基因スルモノナリ現ニ何人モ公法タルコトヲ疑  
ハサル法律中ニ於テ國民ノ平等ノ關係ヲ規定シタルモノ尠カラズ例ヘハ選舉法及ヒ憲法第二章ノ如  
キ是ナリ又民法ノ私法タルコトハ何人モ認ムル所ナルモ民法中ニハ權力服從ノ關係ヲ規定セル部分  
アリ即チ親子ノ關係、夫婦ノ關係、戶主家族ノ關係等ハ最も多クノ點ニ於テ權力服從ノ關係ヲ定メタ  
ルモノナリ然ルニ此部分ノミト雖モ今日之ヲ公法ト見ル者ハ無カルヘシ故ニ此説ハ各種ノ法律ニ付  
キ考究スルトキハ甚タ間然スヘキ所ナシトセス總テ法律ハ國家ノ權力ニ依リテ施行ヲ確保スル規則  
ニシテ其規定スル關係カ權力ナルト否トノ如キハ正確ナル分類ノ標準ト爲スニ足ラサルナリ

(三)法律關係ノ主體ニ因リテ區別スル説 此説ハ法律關係ヲ組織スル人格ノ如何ニ因リテ區別スル説  
ニシテ之ヲ組織スル主體ノ一方又ハ雙方カ國家又ハ其一部ト見ルヘキ組織體(府縣都市町村ノ如キ)

ナルトキハ公法ナリ之ニ反シテ法律關係ヲ組織スル兩主體共ニ箇人ナルトキハ私法ナリト云フニ在  
リ固ヨリ國家ト雖モ國家タル資格ニ於テ法律關係ニ表ハルル場合ニ非サレバ公法ニ非ス即チ國家カ  
或物ヲ賣買スルカ如キ財產權ノ主體ナル場合ニハ國家タル資格ニ於テ行働スルモノニ非ス故ニ此場  
合ニハ私法ノ規則ニ從ハサルヘカラス要スルニ此説ハ法律關係ヲ組成スル主體ノ資格ニ因リテ法  
公私ヲ決スル説ナリ從來佛國ヲ中心トシ最モ廣ク行ハレ同國ノ學者ハ今日尙ホ一般ニ之ヲ採用シ居  
レリ

惟フニ此説タルヤ結果ニ於テハ不都合アルコトヲ見ス即チ普通一般ノ觀念ニ於テ公法ト觀ルヘキ法  
則ハ總テ公法ニ屬シ私法ト觀ルヘキ法則ハ私法ニ屬スルノ結果ト爲ルナリ殊ニ民法中ノ公法ノ秩序ニ  
關スル規定ノ如キハ公法ト爲ルコトナシ又親族編ノ一部モ其部類ニ屬スルコトト爲ラス故ニ實際上  
ヨリ言ヘハ穩當ナル説ト謂フコトヲ得ヘシ唯是マテ何人モ言ハサル事ナルカ予ハ此説ニ對シテモ尙  
ホ同意スルコトヲ得ス其理由ハ單ニ法律ノ公私ヲ結果ニ依リテ區別スルコトヲ示スモノモトス  
レハ差支ナキモ學理上ノ價值ハ毫モ之アルコトナシ如何トナレハ何故ニ法律關係ノ雙方又ハ一方カ  
國家又ハ公ノ團體ナレハ公法ニシテ雙方共ニ箇人ナレハ私法タルコトヲ示サス即チ唯結果ノ上ヨリ  
識別ノ標準ヲ示スノミニシテ其差別ヲ來ス所ノ本源ヲ示サザレハナリ故ニ此説ハ曩ニ佛國在學中ニ  
ハ正當ナルモノト敬ヘラレ又其後採用シタルコト事實ナルモ近頃ニ至リテハ全ク之ヲ拋棄セザルコ  
トヲ得サルニ至レリ

予ノ信スル所ニ依レハ凡ソ法律關係ニハ國家ニ關スルモノト國家ニ關セサルモノトアリ即チ直接ニ  
主權ノ運用ヲ定ムルモノト否ラサルモノトアリ此區別ハ最も汎博且根本ナルモノニシテ數多ノ點

ニ於テ其結果ヲ異ニスル所ナキコトヲ得ニ憲法、行政法ノ如キハ國家ニ屬スル法律關係ヲ定メタル法則ノ適用ナリトス故ニ獨逸ニ於テモ特ニ其法理ヲ研究スル學科アリ所謂國法学ト稱スルモノ即チ是ナリ國法学トハ直譯ニシテ予ハ寧ろ國事法又ハ公法學ト稱スルコト適當ナラント信ス之ニ反シテ民法、商法ノ如キハ私法ノ部類ニ屬スルモノトス何トナレハ直接ニ國家ニ關スル法律關係ヲ定ムル所ノ法則ニ非サレハナリ尤モ民法商法中ニ於テモ單ニ或規定ヲ捕ヘテ觀察スルトキハ公法ト觀ルヘキモノナキニ非ス例ヘハ法人ヲ設立スルニハ主務官廳ノ許可ヲ要スルカ如キ是ナリ然レトモ民法ノ私法ナルコトハ其全體ヨリ觀テ謂フモノニシテ偶々或事項中ニ於テ公法ト觀ルヘキ規定アルモ之カ爲メニ民法全體ノ性質ヲ變スルコトナシ私法人ニ關スル一般ノ規定ハ民法ニ屬スヘキモノナルカ故ニ立法者ハ之ヲ割クコトヲ不使トシ許可、監督等ニ關スル規定ヲモ挿入シタルモノニ過キササルナリ民事訴訟法、破産法等ノ性質ニ關シテハ議論ナキニ非スト雖モ今此ニハ之ヲ述ヘス

(二) 成文法ト不文法

此區別ハ法律ノ本源ニ關スル區別ナリトスルモノ多シト雖モ此觀念ハ誤レリ蓋シ法律ノ本源ハ唯一ニシテ二アルコトヲ得サレハナリ此區別ハ唯法律ノ形態ニ關スル區別ナリトス慣習法ト雖モ其法タル力ヲ有スルコトハ主權者ノ默認ニ因ルモノト謂フヘキナリ成文法トハ文章ノ形ニ於テ成立スル法ヲ謂フ即チ主權者カ文章ヲ以テ制定スルモノナルカ故ニ斯ク名クルナリ其制定ノ方法手續ハ憲法ノ講義ニ讓ラントス不文法トハ之ニ反シテ文章ニ表示サレサル法律ヲ謂フ而シテ不文法ハ慣習法ト同一ノモノナルヤト云フニ此見解ヲ採ル者尠カラスト雖モ是レ大ナル問題ナリ慣習法ハ不文法中ノ重ナルモノナルコト論ヲ俟タスト雖モ此他ニ尙ホ學說又ハ裁判例ノ如キ

モ法律ノ效力ヲ有シタルコトアルカ如シ殊ニ羅馬ニ於テハ學說ハ一ノ法源ト爲リシコトハ一般ニ認ムル所ナリ最モ多クノ學者ノ說ニ依レハ學說、判決例カ直チニ法律ノ力ヲ有スルコトアルニ非ス又ハ慣習法カ學說又ハ判決例ニ表ハレタルモノナリトセリ然レトモ現實ニ慣習ト爲ラサルモノカ學說又ハ判決例ニ依リテ定マルコト其例ナキニ非ス故ニ慣習法ヲ以テハ網羅スルコトヲ得サル如シ寧ろ一ノ條理ト稱スヘキモノヲ認ムルモ可ナラン即チ裁判官カ正當ト認ムル道理カ判決ノ基ヲ爲スモノト見ルコトヲ得ヘシ我國明治八年ノ布告ニモ成文法アルモノハ成文法ニ依ルヘク成文法ナキトキハ慣習ニ依ルヘク慣習ナキトキハ條理ニ依ルヘキコトヲ裁判官ノ心得トシテ定メラレタリ或ハ自然法其他ノ名稱ヲ付スルハモアルヘシ要スルニ慣習法トハ混同セスシテ之ヲ別ニスルコト至當ナルヘシ但隨時成文法ノ完備スルニ從ヒ此ノ如キ漠然タル法源ハ漸次其途ヲ絶ツニ至ラントスルコトハ事實ナリトス慣習法ハ事實タル慣習ト混同スヘカラス慣習法トハ慣習ノ事實ニシテ法律ノ效力ヲ有スルニ至リタルモノヲ謂フ慣習ナル語ノ用例ハ一定セスコトアリ種ノ行為カ永年繼續セラレタルコト即チ慣習ノ事實ヲ謂フコトアリ或ハ慣習法ヲ意義スルコトアリ民法ニ於テハ通常第二ノ意義ニ用フル如シ唯茲ニ注意スヘキ例ヘハ民法第一四二條及第五二六條第二項ノ如キ是ナリ之ニ反シテ商法第一條ノ如キハ慣習法ノ意義ニ用ヒタルモノト解スヘシ是レ商事ニ關シテ適用スヘキ法規ノ順位ヲ定ムルヲ主眼トスルモノナルカ故ニ其意義ヲ明カニセント欲シタルモノナリ單純ナル事實上ノ慣習ト慣習法トヲ區別スルコトハ理論上ノミナラス實際上ニ於テモ甚ダ重要ナルモノトス如何トナレハ此二者ハ大ニ其效力ヲ異ニスレハナリ今茲ニ其最モ著シキ點ヲ舉ケレハ事實タル

慣習ハ其存在スルコトヲ主張スルニ付キ利益ヲ有スル當事者ヨリ之ヲ證明セサルヘカラス之ニ反シテ  
 慣習法ハ理論上其證明ヲ必要トスルモノニ非ス裁判官ハ其職務トシテ法律ヲ知ラサルヘカラサルカ故  
 ニ成文法ト同一ニ職權ヲ以テ適用スヘキモノナリ但此點ニ關シテハ現行法ニ特別ノ規定アリ(民訴二  
 一九條)故ニ此點ニ於テハ實際殆ト差異ナキコト知ルヘシ慣習法ノ主要ナル效力ハ若シ裁判ニシテ  
 之ニ違反シタルトキハ即チ法律ニ違反シタルモノナルカ故ニ直チニ之ヲ理由トシテ上告ヲ爲スコトヲ  
 得又上告審ニ於テハ其裁判ヲ破毀セサルヘカラサルナリ但此點ニ於テモ一ノ注意セサルヘカラサル事  
 ハ事實上ノ慣習ト雖モ法律ノ規定ヲ以テ之ニ依ルヘキモノト定メタル場合即チ例ハ先ニ示シタル第  
 一四二條又ハ第五二六條第二項ノ如キ場合ニ於テ若シ其慣習ノ存在スルコトヲ認メナカラ之ニ依ラザ  
 ル判決ヲ爲シタルトキハ其判決ハ其事實ヲ誤リタルモノニ非スシテ全ク法律ニ違背シタルモノト謂フ  
 ヘキナリ(民法原論七七頁參照)

然ラハ事實上ノ慣習ト慣習法トヲ區別スル標準ハ何處ニ在リヤ換言スレハ事實タル慣習ノ一變シテ慣  
 習法ト爲ルハ何レノ時ナルヤ此問題ハ困難ナル問題ノ一トシテ學說一定セス一般ニ行ハルル説ニ依レ  
 ハ事實上ノ慣習カ慣習法ト爲ルハ國民一般ノ意思ニ基クモノトス是レ近來獨逸ニ於テ最モ勢力ヲ有ス  
 ル歴史派ノ通説ニシテ立法ノ基本ヲ總意主義ニ取ルノ結果ナリ然ルニ此觀念ハ誤レルモノト信ス其理  
 由ハ曩ニ述ヘタル如ク法律ノ本源ハ一ニシテ二アルコトナシ慣習法ト雖モ畢竟主權者ノ默認ニ因リテ  
 其效力ヲ有スルモノトス即チ成文法ニ同シク主權ノ作用ニ外ナラサルナリ故ニ慣習ノ事實カ慣習法ト  
 爲ルノ時期ハ統治者カ法トシテ之ヲ承認シタル時ニ在リト謂フヘシ是レ畢竟事實問題ニシテ具體的ノ  
 標準アルモノニ非サルナリ多クノ學者ハ其要件トシテ久シキ間續行セラレタルコト或ハ公益ニ反セサ

ルコト等ノ必要ヲ主張スルモ理論上ハ當ヲ得タル觀念ニ非ス此等ノ事實ハ唯統治者カ慣習ノ事實ヲ法  
 トシテ默認シタルコトヲ認ムル材料ニ過キサルモノト謂フヘシ(民法原論二七頁及二八頁參照)

(四) 實體法ト手續法 實體法トハ權利義務ノ所在並ニ範圍ヲ定ムル法ヲ謂フ手續法ハ其權利ヲ實行  
 スルノ方法ヲ定メタルモノヲ謂フ此區別ハ前ニ説明シタル公法、私法ノ區別ニ同シク一法典ノ全體ヨ  
 リ觀察シタル區別ニシテ其法律中ノ各條ノ規定ニ就キ謂フモノニ非ス民法、商法ハ實體法ナリ而シテ  
 民法、商法ノ施行ニ關スル民事訴訟法、破産法、人事訴訟手續法、非訟事件手續法、不動産登記法、競賣法  
 ノ如キハ手續法ニ屬スルモノトス然リト雖モ民法、商法中ニモ手續ニ關スル規定全ク之ナキニ非ス手  
 續法殊ニ破産法中ニハ實體法ニ屬スル條規甚タ多シ思フニ此區別ハ唯法律ノ性質ニ基ク分類ニシテ特  
 別ノ實益アルニ非ス近世ノ觀念ニ從ヘハ手續法ハ一般ニ公法ト見ルヘキカ如シ

(五) 普通法ト特別法 此區別ノ標準ニ關シテハ左ニ列舉スル三說アリ

第一說ハ法律ノ行ハルル地域ヲ標準トスルモノナリ即チ主權ノ行ハルル全國内ニ效力ヲ有スルモノヲ  
 普通法トシ或地方ニノミ行ハルモノヲ特別法ト爲ス是レ往古封建制度ノ行ハレタル結果トシテ地方  
 ニ依リテ異ニシタル時代ニハ其效用多大ナリシモ今日ニ在リテハ聯邦ヨリ成ル國ニ適用アル外普通

一般ニ區別ノ標準ト爲ス價値アルモノニ非ス  
 第二說ハ法律ノ適用ヲ受クヘキ人ニ依リテ區別スルモノナリ即チ一般人民ニ適用スヘキ法ヲ普通法ト  
 シ或一部ノ人民ニ適用スヘキ法ヲ特別法ト爲ス此標準ニ依レハ海陸軍刑法、華族令ノ如キハ特別法ナ  
 リ商法ノ如キモ從來ハ商人ニ適用スヘキ法律ナリトスル觀念廣ク行ハレタリ蓋シ往時ニ在リテ人ノ權  
 利義務ハ身分ニ依リテ定マルモノトシタルモ社會ノ進歩スルニ從ヒ此制度ハ漸ク廢頽スルニ至レリ從





テ今日ノ觀念ニ於テハ商法ノ如キモ決シテ商人ノミニ適用スヘキ法律ト見シテ商事ヨリ生スル法律關係ニ適用スヘキ法ト見ルナリ故ニ其範圍内ニ於テハ非商人ニモ適用スヘキモノトス

第三說ハ法律ニ規定スル事項ノ性質ニ依リテ區別スルノ說ナリ即チ一般ノ事項ニ關スル法ヲ普通法トシ或格段ナル事項ニ關スル法ヲ特別法ト爲ス民法ハ各人ノ生活上常ニ生スヘキ法律關係ヲ定メタル法律ナルカ故ニ普通法タリ之ニ反シテ商法其他著作權法、鑛業條例等特別ノ事項ニ關スル法律ハ特別法ナリトス但此區別ハ明瞭ナル標準ニ依ルモノト云フコトヲ得ス例ヘハ民法中ノ物權編ハ物權ナル特別ナル事項ニ關スル規定ヲ集メ債權編ハ債權ニ特別ナル事項、親族編ハ親族關係ニ特別ナル事項ヲ集メタルモノト見ルコトヲ得ヘキカ故ニ觀察ノ方法ニ依リテハ一般事項、特別事項ノ區別ハ盡然タル標準ニ基クモノト謂フヘカラス然レトモ是レ已ムヲ得サル事ニシテ唯夫レマテノ價值ヲ有スルモノト觀ルノ外ナシ而シテ此普通法ト特別法トノ關係ハ法律相互ノ關係ニシテ一ノ法律カ他ノ法律ニ對シテ特別法ナルモ若シ其中ノ或事項ヲ特別ニ定メタル法律アレハ其法律ニ對シテハ普通法ト爲ルモノナリ例ヘハ銀行條例、取引所法ノ如キハ商法ニ對スル特別法ナリ而シテ商法ハ民法ニ對シテハ特別法ナルモ此等ノ法律ニ對シテハ普通法ナルカ如シ

普通法ト特別法ト區別スル實益ハ甚タ大ナルモノナリ即チ特別法ニ規定セル事項ニ付テハ先ツ特別法ヲ適用スヘク普通法ヲ適用スルコトヲ得ス民法ハ特別法ニ別段ノ規定ナキ限りハ一切ノ法律關係ニ適用セラルヘキモノ例ヘハ商法中ニ規定セル事項ニ付テハ商法ヲ適用セラルヘカラス(商一條)唯一ノ注意スヘキ事ハ此普通法、特別法ノ區別ハ原則法、例外法ト解スヘキモノニ非ス所謂原則法、例外法ノ區別ハ或一種ノ法律全體ニ付テノ區別ハ非スシテ寧ろ法規ノ區別ナリト信ス即チ原則法トハ或事項ニ付

0040

第一 欲望說 例ヘハ富井博士カ「法律行為トハ私法上ノ效果ヲ生セシムルコトヲ欲シタルニ因リテ其效果ヲ生スヘキ意思表示ヲ謂フ」ト云ヘルハ此學說ニ從ヒタルモノナリ(民法原論三一五頁)

第一 目的說 效果ヲ生スルコトヲ欲シテ其效果ニ到達スル行為ハ必スシモ法律行為ニ非サルコト(例ヘハ損害賠償ヲ與ヘンカ爲メ他人ノ所有物ヲ毀損シ相續ヲ爲ツシカ爲メ被相續人ヲ殺害スルカ如シ)何レモ法律行為ニ非サルコト明カナリ其效果ヲ生スルコトヲ欲スルニ非スシテ效果ヲ生スル法律行為アルコト(例ヘハ賣主カ追奪擔保ノ義務アルコトヲ全然知ラサルモ仍ホ此義務ヲ負擔スルカ如シ)ヲ看破シ法律行為トハ私法上ノ效果ヲ目的トスル意思表示ナリト唱ヘタルモノ即チ是ヘキカ如シ)ヲ看破シ我國及ヒ獨逸ニ於ケル通說ニシテ梅博士カ「私權ニ關シ法律上ノ效力ヲ生セシムルコトヲ目的トスル意思表示ハ即チ法律行為ナリ」ト云ヘルカ如キハ全ク此學派ノ意見ニ從ヘルモノナラン(民法原理二九七頁)

第三 客觀說 前ニ述ヘタル二說ハ併セテ之ヲ主觀說ト稱シ以テ第三說タル客觀說ト對峙セシム客觀說ニ從ヘハ法律行為トハ私法上ノ效果ヲ惹起スニ付キ法序カ人及ヒ法人ニ付與シタル手段タル行動ナリト云フニ在リ而シテ此派ノ學者ヲ唱フル所ヲ簡單ニ述ブレハ百姓カ土地一種子ヲ蒔キ其後ハ自然ニ放任スルモ作物ヲ生スルカ如ク法律行為ニ在リテモ吾人ハ單ニ一定ノ活動ヲ爲シ其後ハ法序ニ一任シテ私法上ノ效果ヲ生ス更ニ他ノ例ヲ以テ示セハ複雜ナル製造機械ヲ運轉スルニ單ニ或一小器ヲ押セハ從來靜止セル機械カ直チニ運轉シテ物品ヲ製出スルカ如シ此一小器ヲ押スハ通常ハ機械ヲ運轉スルノ欲望若クハ目的ヲ以テスルモノナレトモ時トシテ此動機ナクシテ押スコトアルモ尙ホ能ク機械ハ運轉スレハナリ之ヲ要スルニ效果ナルモノハ一定ノ行動ニ基クモノニシテ欲望若クハ目的

ニ基クモノニ非スト(「ホルツェンドルフ」民法學概論中、「コーレル」氏民法論五八一頁)

以上三説ノ外尙ホ一ノ學説アリ即チ欲望説ト目的説トノ中間ニ在ルモノニシテ法律行為ニ要スル動機ハ私法上ノ效果ヲ生セシメント欲スルモノニ非スシテ單ニ經濟上ノ結果ヲ得ント欲スルモノニテ足ルト云フニ在リ此學説ハ無教育ノ者モ仍ホ能ク賣買、交換、貸賃借等ノ契約ヲ締結シ得ルコトヲ引用シテ其私法上ノ效果ヲ生セシメントスル動機ヲキコトヲ論證モント欲スト雖モ之ヲ國民ノ法律關係ヲ自覺スル程度論ヨリ觀察スレハ此説ハ特ニ新説タルニ非スシテ唯欲望説ノ一種ナリト謂ハサルヘカラス況ヤ動機ヲ經濟上ノ結果ニ限ルカ如キハ親族法上ノ行為ヲ輕輕ニ看過スルノ缺點アリト謂ハサルヘカラス要スルニ此學説ノ價值ハ大ナルモノニ非スト知ルヘシ

我輩ハ法律行為ニ關スル學説カ主觀説ヨリ客觀説ニ轉スルコトヲ認ムルモ暫ク茲ニ目的説ヲ採用シ置クヘシ即チ法律行為トハ私法上ノ效果(私權ノ發生、消滅若クハ變更)ヲ目的トスル意思表示ナリト論定スルコト是ナリ

抑、意思表示ノ中他人ニ知ラシムル動機ニ出テ且其意思ヲ知ラシムルノ可能ヲ包含スル場合ヲ意思表示ト謂フ此意思表示ノ中ニテ特定ノ法律的效果ヲ生セシムルコトヲ以テ目的トスルモノヲ法律行為ト稱ス而シテ其意思表示ハ法律行為トシテノ效果ヲ生スルニ付キ單數ニテ足ルコトアリ複數タルコトヲ要スルモノアリ其單一ナル場合ニ之ヲ單獨行為ト謂ヒ一定ノ方法ニ從ヒ複數ナル場合ヲ契約ト謂フ法律行為ニ似テ非ナルモノアリ之ヲ訴訟行為ト謂フ梅博士ノ如ク法律行為トハ私權ニ關シ法律上ノ效力ヲ生セシムルコトヲ目的トスル意思表示ナリト定義スルニ於テハ其中ニ訴訟行為モ包含スルモノト解シ得ラレサルニ非ス何トナレハ訴訟行為ト雖モ私權ニ關シテ法律上ノ效力ヲ生セシムル目的ヲ有ス

ルコト一般ノ法律行為ト異ナル所ナケレハナリ故ニ若シ訴訟行為ヲ法律行為ヨリ除外セント欲セハ梅博士ノ定義中ニ用ヒラレタル「法律」ナル文字ハ之ヲ私法ノ意味ト解セサルヘカラス蓋シ訴訟行為ナル語ニハ廣狹ノ二義アリ廣義ニ於テハ訴訟當事者ノ行為ト裁判所ノ行為トヲ包含スルモ狹義ニ於テハ前者ノミヲ指シ我民法ニ於ケル訴訟行為ナル語ハ狹義ニ用ヒラレタルモノノ如シ(二條一項四號、四條一項一號、商三〇條六二條、五五三條、五六六條而シテ總テノ訴訟行為ハ法律行為ニ非ス何トナレハ私法上ノ效果ヲ生スルコトヲ以テ目的トスル意思表示ニ非サレハナリ

### 第二節 法律行為ノ種類

法律行為ハ其成立ニ要スル意思表示ノ狀態、内容、動機等ノ異ナルニ從ヒ之ヲ數多ノ種類ニ區別スルコトヲ得ヘシ

#### 第一款 單獨行為、契約及ヒ共同行為

單一ノ意思表示カ法律行為トシテ其私法上ノ效果ヲ生スル場合ハ之ヲ單獨行為ト謂フ但通説トシテハ表意者カ一人タル場合ヲ單獨行為ト稱スレトモ誤謬ナリ何トナレハ二人以上ノ者共同シテ手形上ノ行為ヲ爲シ又財團法人ヲ設立スル寄附行為ヲ爲シタルカ如キハ表意者ノ複數ナルモ其單獨行為ナルコトハ明カナレハナリ「クンツェ」氏ハ此等ヲ共同行為中ニ包含セシムルノ意ナリシカ如シ  
二人以上ノ者カ各自ノ法律關係ヲ交互的ニ影響スル意思表示ヲ爲ス場合ヲ契約ト謂フ通説トシテ表意者二人以上アル場合ヲ契約ナリト謂ヒ契約ヲ雙面的法律行為ト稱スト雖モ誤見ナリ何トナレハ一方ニ



於テ組合契約ノ如キハ二人以上ノ表意者ヲ有スレトモ契約タルヲ失ハス他方ニ於テ二人以上ノ者カ其同ニテ或ハ手形行為ヲ爲シ或ハ寄附行為ヲ爲スカ如キ何レモ契約ニ非サルヲ以テナリ  
 二人以上ノ者カ共同シテ意思表示ヲ爲スニ依リ始メテ其效力ヲ生スヘキ場合ヲ共同行為ト名ク故ニ二人以上ノ者カ各自單獨行為ヲ爲スニ付キ任意ニ共同スルコトアルモ所謂共同行為ニ非ス又二人以上ノ者カ共同スルニ非サレハ爲スコト能ハサル場合ト雖モ共同代理ノ如キハ共同行為ニ非サルナリ  
 複數單獨行為、契約及ヒ共同行為ノ三者ヲ對照比較スレハ複數單獨行為及ヒ共同行為ニ在リテハ表意者ノ全部ハ等顯著ナル相違アリ即チ(一)方向ヨリ論スレハ複數單獨行為及ヒ共同行為ニ在リテハ表意者ノ全部ハ等シク一定ノ方向ニ向ヒテ意思表示ヲ爲セトモ之ニ反シテ契約ニ在リテハ表意者ノ各自ハ相對峙シテ其意思表示ハ交互的ノ方向ヲ有ス(二)内容ヨリ論スレハ複數單獨行為及ヒ共同行為ニ在リテハ簡箇ノ意思表示カ通常申込及ヒ承諾ト稱セラレ  
 意思表示カ全ク同一ノ内容ヲ有スレトモ契約ニ在リテハ簡箇ノ意思表示カ通常申込及ヒ承諾ト稱セラレ若クハ二人以上ノ者カ合名會社ヲ設立スルカ如キ(高四九條以下)何レモ等シク法人ノ設立ナル一事ヲ以テ意思表示ノ内容ト爲ス然ルニ賣買、贈與等ノ契約ヲ觀ルニ賣買ニ在リテ賣主ノ意思表示ハ財產權ヲ移轉スルコトヲ以テ其本體ト爲シ代金ノ支拂ヲ受クルコトカ英法ニ所謂「約因」、佛獨法ニ所謂「原因」ニ外ナラス之ニ反シテ買主ノ意思表示ハ代金ヲ支拂フコトヲ約スルヲ以テ其本體ヲ成シ財產權ノ移轉ヲ受クルコトハ「約因」原因ニ外ナラス但賣主又ハ買主ノ孰レカ先ニ意思表示ヲ爲シタル者ニ對シ其相手方ハ前者ノ意思表示ノ本體ニ對シテハ受諾ノ旨ヲ表示スルト同時ニ之ヲ約因即チ原因ト爲シ自己ノ意思表示ノ本體ヲ表示スルモノトス(五五五條以下)又贈與ニ在リテ贈與者ノ意思表示ハ自己ノ

財產ヲ無償ニテ相手方ニ與フルヲ約スルヲ以テ其本體ト爲シ之ニ反シテ受贈者ノ意思表示ハ單ニ受諾ヲ爲スヲ以テ其本體ト爲ス(五四九條以下參照)要スルニ複數單獨行為ト共同行為トハ同種者クハ唯一ノ内容ヲ有スレトモ契約ハ異種ノ内容ヲ有スルモノト知ルヘシ(三)效力ヨリ論スレハ複數單獨行為及ヒ共同行為ニ在リテハ表意者カ何レモ平等ニテ且同種ナル效力ヲ受ケ之ニ反シテ契約ニ在リテハ表意者ハ全然異ナル交互的效果ヲ受クルモノナリ例ヘハ二人以上ノ者カ共同シテ手形行為單獨行為)ヲ爲ストキハ各自平等且同種ノ手形債務ヲ負擔スルカ如キ若クハ二人以上ノ者カ共同シテ寄附行為者クハ社團法人設立行為ヲ爲ストキハ法人ノ成立ヲ來シ隨テ寄附行為ノ場合ニハ各自ノ財產ハ法人ノ財產ト化シ社團法人設立ノ場合ニハ各自ハ其法人ト社員ト爲ル之ニ反シテ賣買ニ在リテハ賣主ハ財產權ヲ移轉スル義務ヲ負擔シ代金ノ請求權ヲ負擔シ買主ハ代金支拂ノ義務ヲ負擔シ財產權ヲ移轉ヲ受クル權利ヲ取得ス又贈與ニ在リテハ贈與者ハ財產ヲ與フルノ義務ヲ負擔シ受贈者ハ財產ヲ受クル權利ヲ取得スルカ如シ

以上意思表示ノ内容及ヒ方向、效力ノ三點ヨリ研究シタル結果ヲ總合スレハ複數單獨行為ト共同行為トハ殆ト其性質ヲ同シクシ唯法律上共同ヲ必要トスルト否トヲ以テ區別ノ標準ト爲スニ過キス故ニ共同行為ナルモノノ概念ヲ更ニ狹隘ニ社團法人設立行為ノミニ限リ此名稱ヲ用ヒントスル學者アリ要スルニ今日ニ至ルマテ共同行為ノ概念ハ一般學者ノ採用スルニ至ラサル新說タルニ止マルト雖モ之ヲ等閑ニ附スルハ私法研究上ノ一大缺點ナリトス

第二款 死因行為(死後行為)及ヒ生間行為(生前行為)



死因行為トハ當事者ノ死亡ニ際シ其法律關係ヲ定メントスル法律行為ナリ遺言、遺贈等之ニ屬ス之ニ反シテ生間行為トハ死因行為以外ノ總テノ法律行為ヲ包含スルモノニシテ大多數ノ法律行為之ニ屬ス所謂死後處分トハ死因行為中ニ屬スル處分ヲ指シ生前處分トハ生間行為中ニ屬スル處分ヲ指スモノナリ(四一條乃至四三條)

### 第三款 有償行為及ヒ無償行為

此區別ハ廣狹二ノ意義アリ廣義ニ於テ有償行為トハ當事者カ其意思表示ヲ爲スニ付テノ動機ハ相手方ノ現在及ヒ將來ノ出捐(廣義ノ對價)ニシテ且其動機タル出捐ハ法律行為ノ要素タル場合ヲ指シ其以外ノ法律行為ハ無償行為タルモノトス然ルニ狹義ニ於テハ此區別ヲ財產權以外ノ分類ト爲シ有償行為トハ財產ヲ取得スル法律行為ニシテ其財產取得ノ爲メ取得者ヨリ相手方ニ對シ財產的反對給付ヲ必要トスル場合ヲ指シ無償行為トハ此財產的反對給付ヲ必要トセサル場合ヲ指スモノナリ我民法ニ於テモ區別トシテハ狹義ニ依ルモノナリト解スルヲ通説トス例ヘハ賣買、貸借、雇傭、負擔附贈與等ハ有償行為ニシテ使用貸借、負擔ナキ贈與、遺贈等ハ無償行為ナルカ如シ且或種類ノ法律行為ハ無償タルヲ原則トスルモ特約ヲ以テ之ヲ有償ト爲スヲ妨ケス委任ノ如キ是ナリ

### 第四款 物權的行為、債權的行為、親族法上ノ行為及ヒ相續法上ノ行為

此區別ハ主トシテ民法ノ編別ニ從ヒテ爲シタルモノニシテ大體上權利ノ種類ヲ以テ標準ト爲ス然ルニ

物權法中ニ規定セラレタル債權アリ親族法中ニ規定セラレタル債權アルヲ以テ此區別ハ民法ノ編別ニ從フノ趣旨ヲ貫徹シタルモノニ非サルコトヲ注意セサルヘカラス但物權的行為ト債權的行為トヲ併セテ財產的行為ニナル名稱ヲ付スル學者アレトモ物權、債權以外ニ於テモ數多ノ財產權アルト同時ニ精確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チ單獨行為ニ在リ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モ其複雑ナルモノ即チ契約ニ至リ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リ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ル例ヘハ賣買ニ在リ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之ヲ要スルニ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シ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此ノ如ク或種類ノ法律行為ニ付キ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カ之ヲ規定スルハ勿論ナルモ要素以外ノ事項ニ付キ法律カ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  
尠カラズ例ヘハ契約上ノ債務履行ニ付テノ時及ヒ場所ニ關スル等ノ規定是ナリ(四二條、四八四條)  
此等ノ事項ヲ法律行為ノ常素ト名ク

要素及ヒ常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常素ヲ變更センカ爲メニ存スル偶素アル場合之ナキニ非ス例ヘハ賣買ニ於テ  
特定物ヲ引渡ス場所ハ債權者即チ買主ノ住所ニ於テスト定メタルカ如キハ民法第四八四條ニ規定セラ  
レタル賣買ノ常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(例ヘハ贈與、賣買、質貸借等各種ノ法律行為)ニ付  
テノ一般ノ觀察ニ過キス之ニ反シテ法律上其種類ヲ特定セラレタル法律行為ニ在リテハ勿論縱令法律  
上特定セラレタル法律行為ニ在リテモ當事者ハ或事項ヲ以テ其法律行為ニ缺クヘカラサルモノトシテ  
定ムルコトヲ得ルヲ原則トス例ヘハ法律上種類ヲ特定セラレタル法律行為ニ於テ本來常素又ハ偶素タ  
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ラサルモノト爲スカ如キ又ハ本來動機ニ過  
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

此ノ如ク前述ノ常素又ハ偶素ヲ法律行為ニ缺クヘカラ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  
ヘシ面シテ其要素中第一ノ意義(要素、偶素、對立ノ意義)ニ於ケル要素ヲ客觀的ノ意義ニ於ケル  
要素、靜的要素ト謂ヒ第二ノ意義(第一ノ意義ニ於ケル要素ニ非スル要素、非要素)對立ノ意義ニ於  
ケル要素ニ加ハリタルモノ)ニ於ケル要素ヲ主觀的ノ意義ニ於ケル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))

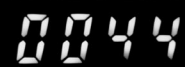
### 第四節 法律行為ノ緣由

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ヘハ亡友ノ墓ニ供ヘン爲メ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ヘハ日露媾和談判ノ開設ヲ利用セ  
ル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ザ  
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)ナル語ノ用例極メ  
テ錯雜ナリシ爲メ今日ニ至ルマテ原因ナル觀念ハ獨、佛等ノ民法ニ於ケル難問題ノ一ナリ而シテ一般  
ニ原因トシテ舉クル所ノ例ヲ示セハ賣買ニ付キ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キ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  
ケ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ケル原因ハ

民法總論 私權ノ得喪 法律行為ノ緣由 法律行為ノ原因





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之ヲ要スルニ近因及ヒ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此ノ如キ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ル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) 及ヒ不要因行為 (Anerkennungsgeschäft) ノ二種ト爲スヲ常トス即チ要因行為トハ賣買、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シ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ヘハ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グルモノナリ此ノ如キヲ要因行為ト爲ス之ニ反シテ賣掛代金ノ支拂ヲ爲サンカ爲メ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サリシ理由ニ因リ其約束手形ノ振出行為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キ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レサルニモ拘ハ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タ又不要因行為ナリヤニ付キ學者ノ見解未タ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 (Willenserklärung) トヲ同一ノ意味ニ用ヒタルハ獨逸ノ「サビニー」氏ニ始マリ獨逸民法及ヒ我民法モ亦或程度マテ此主義ヲ踐踏シタルヤ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ス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アリテ單獨行為ニ在リテハ意思表示其レ自身カ法律行為タリ之ニ反シテ契約及ヒ共同行為ニ在リテ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カ法律行為ヲ成スモノ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ヒ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リ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ノ必要アリ左ニ款ヲ分チ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チ第一權利能力 (Rechtsfähigkeit) 第二行為能力 (Handlungsfähigkeit) 第三處分權能 (Vertugungsfähigkeit) 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ヒ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ノ間ハ總テ其行為ヨリ生スル結果ヲ享受スル能力

ヲ指シ狭義ニ於テハ法律行為ヲ爲ス能力 (Competenzfähigkeit) ヲ指シ之ト對立セシムル爲メ不法行為能力 (Deliktfähigkeit) 若クハ責任能力 (Verantwortlichkeit) 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ス而シテ我民法ハ權利能力、行為能力及ヒ不法行為能力(責任能力)等ノ用語ヲ存セスシテ單ニ能力ナル語ヲ用ヒ狹義ノ行為能力ヲ指示セリ

權利能力及ヒ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覆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力範圍)内ニノミ其效果ヲ及ホ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キ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ヒ行為能力ノ範圍ニ依リテ結局決定セララルコト勿論ニシテ各場合ニ付キ諸國ノ法規必ス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(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ヘハ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置權若クハ抵當權ヲ設定スルカ如キ是ナリ

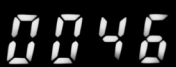
各人ハ自己ノ權利範圍内ニ屬セサル目的ニ付テ處分權能ヲ有セサルヲ原則トスルコト説明ノ要ナシ故ニ若シ強ヒテ之ヲ處分セントスルニハ特ニ權利範圍内ニ其目的ヲ有スル者ノ同意アルコトヲ必要トス但或場合ニ於テハ自己ノ權利範圍内ニ屬スル目的ニ付テモ處分權能ヲ存セサル場合アリ例ヘハ差押ヲ受ケタル物品破産財團ニ屬スル財産等ノ如キ是ナリ

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マラス全ク之ニ參加セス若クハ之ヲ知ラザ

ル第三者ノ權利範圍ニ效果ヲ及ホ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付與スル場合ニ限ルモノニシテ法制進化上漸ク之ヲ増加スルノ傾向アリ例ヘハ代理權ノ授與ノ如キ第三者ノ利益ノ爲メ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内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タ概括的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ルモノニシテ自然法學者先ツ之ヲ用ヒ次テ普通國法之ヲ採用シ巴威爾草案之ヲ襲ヒ獨逸民法及ヒ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ト疑ヲ容ル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サ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的説明ト謂フ  
 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テ不當ナルニ非ス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章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人ヲ觀察シ其狀態カ特定ノ意思(私法上ノ效果ヲ生セシメ



シトスル意思ニ基キタルモノナルコト明カ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部ノ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  
 即チ其一ハ内部ノ説明ニ對スルモノニシテ意思ト表示ト相違スル場合ノ解釋如何ノ問題其二ハ外部ノ  
 説明ニ對スルモノニシテ意思表示タル狀態ハ其人カ之ヲ外界ニ發表セントスル意思ニ基クモノタルヲ  
 要スルヤ否ヤノ問題等是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(Wilensicheorie)ト曰ヒ前ニ「サビニー」氏之ヲ唱導  
 シ後ニ「ウキンド」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(Erfahrungstheorie)ト曰ヒ「レオン」氏「コーレル」氏等ノ唱へ出セル主義ニシテ全然  
 表示ニ依リ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(Vertrauenslehre)交通主義(Verkehrstheorie)ト稱シ「デルンブ  
 ルヒ」氏「レーゲル」氏等之ヲ主張ス即チ意思ト表示ト相違セル場合ニハ其意思表示ハ効  
 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テタルモノト看做シ  
 得ヘク且看做ササルヘカラサル場合ヲ例外ト爲スモノナリ此ノ如ク三種ノ學說對立スト雖モ我輩ノ考  
 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數ニ基  
 タ誤謬ニ陥リ他方ハ其反動ニ基ク誤謬ニ陥ルモノニシテ折衷說モ亦未タ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)固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モ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  
 ノ必要ナカ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)ノ二箇以上  
 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  
 サル場合ハ私法上ノ問題タルヘキモノニ非ス(九三條))

第二問モ亦頗ル重要ナルモノニシテ從來ノ學者カ誤解シタリシ點點シトセス即チ從來ノ説明ニ依レハ  
 意思表示ノ要素タル意思ニハ法律行為上ノ意思(Gesichtswille)ト表示上ノ意思(Erklärungsille)トノ  
 二種アリテ前者ハ私法上ノ效果ヲ生セシメントスル意思ニシテ後者ハ法律行為上ノ意思ヲ表示セント  
 スル意思ナリト曰ヘリ然ルニ意思ハ外界ニ現出セサルハ私法上ノ效力ヲ生セサルコト前述シタル所ナ  
 ルヲ以テ表示上ノ意思モ亦表示セラレサルヘカラサルコト勿論ナリ然ラハ其表示上ノ意思ヲ表示セン  
 トスル意思モ亦必要ト爲リ循環シテ底止スル所ヲ知ラス結局無意味ニ終ルヘシ故ニ所謂表示上ノ意思  
 ナルモノハ意思(三〇)ニ非スシテ「ビンスキー」氏及「イサイ」氏等ノ曰ヘルカ如ク表意者カ自己ノ狀  
 態ニ基キ特定ノ意思ノ存在ヲ他人ヨリ認ムラルヘキコトノ意識(Bewusstsein)若クハ自己ノ責ニ歸スヘ  
 キ事由ニ依リテ此意識ヲ爲ササリシ事實(Thatensache)ニ過キサルヘシ  
 之ヲ要スルニ此表示ノ意思ナルモノハ表意者ニ完全ナル能力ヲ存シ意思ノ決定及ヒ表示ヲ爲スニ付キ  
 缺點ナキ狀態ニ在ル場合ニハ問題ト爲ラサル事項ニシテ之カ問題ト爲ル場合ニハ即チ表意者ノ狀態ヲ  
 觀察シテ意思アリト結論スルコト能ハサル缺點アル場合ナリトス例ヘハ睡眠若クハ熟睡ニ際シタル行



動ノ如キ是ナリ故ニ表示ノ意思ノ有無ヲ以テ意思表示ノ效力ノ如何ヲ決定セントスルハ迂ナリト謂ハサルヘカラス此ノ如ク論シ來レハ意思表示ト名クル状態ハ表意者ヨリ或意思ヲ外界ニ發表セント欲スル意思及ヒ其發表(表示)ヲ必要トセス唯表意者カ自己ノ状態ヨリ或意思ノ存在シタルハ足レリトスルヘキコトノ意識アルカ若クハ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ此意識ナカリシ事實アリハ足レリトス以上二箇ノ問題ト牽聯シテ意思表示ノ意義ヲ明カニスル爲メ更ニ二ノ注意スヘキ問題アリ即チ其一ハ從來ノ學者カ意思表示ヲ以テ表意者ノ身體上ノ行動ト爲スコトノ當否ノ問題其二ハ默示ノ意思表示ノ意義如何ノ問題其三ハ全キ沈黙ハ意思表示ナリヤ否ヤノ問題等是ナリ此等ノ諸問題ハ互ニ牽聯スルヲ以テ之ヲ一括シテ説明スヘシ即チ第一點ニ付テハ「ハルトマン」及ヒ「ピニンスキー」ノ二氏先ツ其不當ナル所以ヲ説キ出シタレトモ今日ニ至ルマテ未タ一般ノ學者ラシテ全然之ヲ採用セシムルニ至ラス但我國ノ學者ハ此點ニ付キ未タ注意ヲモ爲ササルモノノ如シ抑々人智ノ幼稚ナル時代ニハ身體ノ行動ナクシテ意思表示ヲ爲スコト到底不能ニ屬シタリシヲ以テ意思表示ナル語ハ行動(Handlung)ナル語ト同視セラレタリ而シテ其身體上ノ動作中意思表示ノ手段トシテハ言語文字ヲ本體トシタルコト勿論ニシテ他ノ行動ハ其代リニ用ヒラルモノトノ觀念ナリシ然ルニ身體上ノ行動ナクシテ意思ヲ表示シ得ル場合ハ所謂默示ノ意思表示ナルモノト伴ヒテ發達セルカ故ニ意思表示ヲ身體上ノ行動ニ限ラント欲スル學者ハ默示ノ意思表示ニ付キ種種ノ説明ヲ出ヘ(一)或ハ之ヲ以テ他ノ目的ヲ有スル身體上ノ行動ヨリシテ明カナル意思表示ナリト説キ(二)或ハ之ヲ以テ他ノ從タル事情ヨリ知ルコトヲ得ル意思表示ナリト説キ(獨民六二二條六三三條六五三條一八九條)或ハ之ヲ以テ表示ノ意思ナクシテ表示セラレタル意思表示ナリト説キ(四)或ハ明示ノ意思表示ノ意義ヲ言語文字ヲ用フル表示ニ限り其他ヲ

者ニ對抗スルコト能ハサルモノト爲シ又他ノ一方ニ於テ動産ノ讓渡ハ引渡アルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコト能ハサルモノナリトセリ是ニ於テ物權ノ讓受人ハ不動産ニ關シテハ登記簿ニ依リテ目的物タル不動産ノ状態ヲ熟知スルコトヲ得ルカ故ニ安全ニ取引ニ從事スルコトヲ得ヘク隨テ後日ニ至リ其權利ヲ奪ハルルノ恐ナシ又動産ニ關シテハ讓受人カ現ニ其目的物ヲ占有スルヤ否ヤヲ確認シタル上取引ニ從事スヘキヲ以テ其利益ハ充分ニ保護セラルヘシ之ヲ要スルニ佛蘭西主義ハ原則トシテ物權ノ設定及ヒ移轉ハ當事者ノ意思表示ノミヲ以テ其效力ヲ生スルモノト爲シ唯第三者トノ關係ニ於テハ登記又ハ引渡ノ手續ヲ爲ササルトキハ之ヲ對抗スルコト能ハサルモノト爲セリ此原則ハ上來説明セルカ如ク當事者ノ意思表示ヲ重ンスル近代ノ思想ニ基キタルモノナレトモ學理上及ヒ實際上ヨリ種種ノ批難ヲ免ルルコト能ハス即チ(第一)物權ハ物ノ上ニ行ハルル支配權ナレハ之カ成立ト同時ニ何人ニ對シテモ此支配權ヲ對抗シ得ヘキ效力ヲ具有セサルヘカラス然ルニ今若シ物權ハ其成立ノ要素ニ非サル或行為(登記又ハ引渡)ニ因リ始メテ第三者ニ對抗シ得ヘキモノトセシカ物權ハ其本質タル絕對ノ效力ヲ生セサルヲ以テ名アリテ其實ナキニ至ルヘシ是レ物權ハ本質ヲ毀損スルモノニ非シテ何ソヤト此批難タル學理上ノ批難トシテ實ニ正當ナリ蓋シ物權ハ凡テ何人ニ對抗シ得ヘキ權利ナレハ其成立ト同時ニ此效力ヲ有セサルヘカラス而シテ當事者ノ意思ノミニテハ此ノ如キ絕對ノ效力ヲ有スル權利ヲ創設シ得ヘカラストセハ當事者ノ意思ハ到底物權ヲ成立セシムル力ナキモノト論結セサルヘカラス故ニ此主義ハ物權ノ本質ニ關スル學理ヲ犧牲ニ供シタルモノナルコトハ爭フヘカラサルナリ(第二)此主義ニ依ルトキハ重複ノ物權ヲ免ルルコトヲ得ス何トナレハ物權ノ讓渡アリタル場合ニ讓受人ト讓渡人トノ間ニ於テハ讓受人ハ



常ニ權利者ナリト雖モ第三者ニ對スル關係ニ於テハ登記又ハ引渡ノ了スルマテハ讓渡人ハ依然トシテ其權利ヲ保有シ第三者ハ有效ニ其權利ヲ讓受タルコトヲ得ヘケレハナリ而シテ重複ノ物權ハ實際ニ於テハ往往混雜ヲ來シ困難ナル問題ヲ惹起スルコトアルヘシト是レ實際上ノ批難ニシテ佛蘭西主義ニ此缺點アルコトモ亦爭フヘカラサル所ナリ

第三 獨逸主義 獨逸主義ハ我民法其他佛蘭西系ノ立法主義ト異ナリテ物權ノ設定及ヒ移轉ニ關シテハ當事者ノ意思表示ノ外ニ不動産ニ付テハ登記、動産ニ付テハ引渡ヲ了スルニ非サレハ其效力ヲ生セサルモノト爲セリ故ニ此主義ニ依ルトキハ當事者カ物權ヲ設定又ハ移轉スルノ意思ヲ表示シタルトキハ此意思表示ハ單ニ當事者ノ一方ヲシテ登記又ハ引渡ニ因リ他ノ一方ニ物權ヲ取得セシムルノ債務關係ヲ創設スルニ止マリ直チニ物權ヲ生セサルモノト是レ原始社會ニ於ケル如ク徒ニ方式ヲ重シスルノ精神ニ出テタルモノニ非スシテ別ニ理由アリテ存スルモノナリ(第一物權ノ設定及ヒ移轉ニ付キテ登記又ハ引渡ヲ必要トスルハ獨逸ノ大部分ニ於ケル古來ノ慣習ニシテ此制度ヲ維持スルハ一ハ沿革上ノ理由ニ基クモノナリ(第二)此沿革上ノ理由アルノミナラス尙ホ學理上及ヒ實際上ヨリモ亦此主義ノ正當ナルコトヲ主張シ得ヘシ即チ物權ハ既ニ説明シタルカ如ク絕對ノ權利ナルカ故ニ其成立ト同時ニ此性質ヲ有セサルヘカラス又他ノ一方ニ於テ物權ノ設定及ヒ移轉ハ第三者ノ利害ニ重大ナル影響ヲ及ホスヲ以テ第三者ノ利益ヲ保護シ物權ニ關スル取引ヲ安全ナラシムルノ必要アリ而シテ此二箇ノ要件ヲ充タスカ爲メニハ始ヨリ登記又ハ引渡ヲ以テ物權ノ設定及ヒ移轉ノ要素ト爲スヲ必要ト爲スラスルニ於テハ意思主義ニ於ケルカ如ク物權ノ本質ヲ傷タルノ虞ナク又方式主義ニ於ケルカ如ク充分ニ第三者ノ利益ヲ保護スルコトヲ得ヘシ加之此主義ハ物權ヲ統一スルノ利アリ

リテ實際ノ適用モ亦頗ル簡便ナリトス獨逸主義ノ根據トスル所ハ實ニ此點ニ在リ

第四 物權ノ契約ノ效力ニ關シ古來行ハレタル主義 物權ノ得喪變更ヲ目的トスル契約ノ效力ニ關シテ古來行ハレタル種種ノ主義ニ付キ茲ニ一言セントス此主義ヲ大別スルトキハ意思主義及ヒ方式主義ノ二ト爲スコトヲ得

一 意思主義 此主義ハ物權ノ得喪變更ハ當事者ノ意思表示ノミニテ其效力ヲ生ストスルモノニシテ更ニ二箇ニ類別スルコトヲ得ヘシ

甲 絕對主義 此主義ニ依ルトキハ物權ノ得喪變更ハ何等ノ方式ヲ要セス單ニ當事者ノ意思表示ノミニテ總テ人ニ對シテ其效力ヲ生スルモノトス但絕對的ニ此主義ヲ採用シタル國ナシ唯佛蘭西ニ於テ千八百五十五年ノ登記法發布前始ト十年間不動産ニ關スル或種類ノ法律行為ニ一部分行ハレタルコトアリ然レトモ前既ニ説明シタルカ如キ弊害ヲ生シ終ニ前記登記法ノ發布ヲ促スニ至レリ

乙 折衷主義 是レ所謂佛蘭西主義ニシテ物權ノ得喪變更ハ當事者ノ意思表示ノミヲ以テ其效力ヲ生スルヲ原則トシ唯第三者トノ關係ニ於テノミ或方式ヲ履行スルコトヲ必要トスルモノナリ但其方式ハ不動産ニ關シテハ登記ヲ必要トシ動産ニ關シテハ引渡ヲ必要トス此主義ハ既ニ説明セルカ如ク佛蘭西系ノ國ニ於テ行ハル所ナリ

二 方式主義 此主義ハ物權ノ得喪變更ハ或方式ヲ履行スルニ非サレハ其效力ヲ生セストスルモノニシテ古代ノ法律及ヒ現今佛蘭西系以外ノ諸國ニ於テ一般ニ行ハル所ナリ此主義ニモ亦數種アリ

甲 引渡主義 此主義ハ物權ノ設定移轉ハ當事者ノ意思表示ノ外、物ノ引渡アルニ非サレハ其效力ヲ生セストスルモノニシテ羅馬法其他諸國ノ古代法ニ於テ動産、不動産ノ別ナク一般ニ行ハレタリ



但不動産ニ關シテハ現今此主義ヲ採用スル國ナシ動産ニ關シテハ方式主義ヲ採用スル國ニ於テハ一般ニ此主義ニ依ル所アリ

乙 登記主義 此主義ハ登記ヲ以テ物權ノ得喪變更ノ要件トスルモノニシテ方式主義ヲ採用スル國ニ於テ不動産ニ關シテ一般ニ行ハルル所ナリ

丙 默認主義 此主義ハ物權ノ得喪變更ヲ目的トスル法律行為アル毎ニ之ヲ公示シ利害關係人ニ對シ一定ノ期間内ニ故障ヲ申出ツヘキ旨ヲ催告シ若シ其期間内ニ何等ノ申出ナキトキハ物權ノ得喪變更ハ利害關係人ニ於テ默認シタルモノト認メ其效力生ゼシムルモノナリ此主義ハ獨逸ノ或國ニ於テ行ハレタルモノナレトモ到底善良ノ制度ナリト云フコトヲ得ス其理由ハ第一正當ナル權利者ハ公示催告ノ手續ニ依リ其權利ヲ奪ハルルノ恐アルヲ以テ常ニ警戒ヲ加ヘサルヲ得ス(第二)公示催告ノ手續ハ簡易ナラサルニ因リ何人モ不動産ニ關スル取引ヲ躊躇シ爲メニ其取引ヲ阻害スルノ結果ヲ生スヘキヲ以テナリ近世ニ於テハ不動産ニ關シテ萬已ムヲ得サル例外ノ場合ニ限り此制度ヲ採用スル國アリ

物權ノ得喪變更ニ付テハ古來種種ノ主義行ハレタレトモ方今採用シ得ヘキモノハ前ニ述ヘタル佛蘭西主義ト獨逸主義ノ外ニ出テサルヘシ而シテ社會現今ノ狀態ヲ觀察スルニ獨逸主義ノ根據トスル所ノ物權ノ本質ニ關スル思想ト佛蘭西主義ノ根據トスル所ノ自由意思ノ觀念トハ物權ノ得喪變更ニ關スル制度ニ於テ之ヲ併立セシムルコトヲ得ス如何ナル制度ヲ採用スルモ何レカ其一ヲ犧牲ニ供セサルヘカラス要ハ國情ニ最モ適切ナル制度ヲ採用スルニ在リ我國從來ノ制度ハ專ラ佛蘭西主義ニ則リ實際ノ取引モ亦此主義ニ依リ來リタルヲ以テ現行民法ハ舊民法ト等シク從來ノ制ヲ變更セザリシモノナリ但何レノ

主義ヲ採用スルモ其結果ハ殆ト同一ニ歸著スヘシ何トナレハ我民法ハ意思主義ニ基キ登記又ハ引渡ヲ以テ物權ノ得喪變更ノ要件ト爲ササルモ此手續ヲ等閑ニ付スルニ於テハ第三者ノ爲メニ其權利ヲ奪ハルルノ危險アルヲ以テ利害關係人ハ單ニ意思表示ノ效力ノミニ依頼スルコトナク速ニ登記又ハ引渡ノ手續ヲ了スルコトニ注意スヘシ茲ニ於テ實際ノ取引ニ於テハ登記又ハ引渡ハ恰モ物權ノ得喪變更ノ要件タルカ如ク重要視セララルニ至ルヘキヲ以テナリ予ハ今ヨリ第三者ニ對スル關係上ヨリ物權ノ得喪變更ノ效力ヲ説明スヘシ

第二款 不動産ニ關スル物權ノ得喪變更ノ第三者ニ

對スル效力

民法第一七七條ニ曰ク「物權ノ得喪及ヒ變更ハ登記法ノ完ムル所ニ從ヒ其登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」ト今此規定ニ依ルトキハ不動産ニ關スル物權ノ得喪變更ハ縱令原則上ニ於テハ其效力生スルモ之ヲ第三者ニ對抗スルニハ常ニ必ス登記手續ヲ爲スコトヲ要シ此手續ヲ爲ササル間ハ第三者ニ對シテハ之ヲ主張スルコトヲ得サルヤ明カナリ例ヘハ甲、乙ニ對シ其所有ノ家屋ヲ讓渡スルコトヲ約スルトキハ其契約ハ直チニ效力ヲ生シ家屋ノ所有權ハ甲ヨリ乙ニ移轉スルコトハ前段ニ説明セル如シ然レトモ乙所有權移轉ノ登記ヲ爲スコトヲ怠リタル場合ニ丙者更ニ甲ヨリ同一ノ家屋ヲ買取リタルトキハ乙ハ一旦所有權ヲ得タルニモ拘ハラズ丙ニ對シテハ所有者トシテ其權利ヲ主張スルコトヲ得ス又甲カ其家屋ヲ乙ニ對スル貸金ノ抵當ニ供シタルニ乙之ヲ登記セサル間ニ甲其家屋ヲ丙ニ讓渡シタルトキハ乙ノ抵當權ハ之ヲ丙ニ對抗スルコト能ハサルカ如シ



民法第一七七條ノ規定ハ其關係稍、錯雜セルヲ以テ充分ニ之ヲ了解セシメンニハ少シク説明ヲ要スルヘハ第三者トノ關係上登記ヲ必要トスル物權ノ得喪變更トハ何ヲ云フヤ、第三者トハ如何ナル人ヲ指シヤ物權ノ得喪變更ハ登記ヲ爲スニ非サレハ如何ナル場合ニ於テモ第三者ニ對抗スルコト能ハサルヤノ問題ヲ生スベシ予ハ第一七七條ノ意義ヲ明確ナラシムルカ爲メ第一、物權ノ得喪變更第二、第三者第三、第三者ニ對スル物權ノ得喪變更ノ效力ヲ各項ニ分テテ説明シ最後ニ不動産ノ登記ニ付キ一言スヘシ

### 第一項 物權ノ得喪及ヒ變更

此點ニ付キ登記ヲ要スル物權ノ種類ト登記ヲ要スル事項トニ分テテ説明セン

第一 登記ヲ要スル物權ノ種類

登記ヲ要スル物權ハ一、所有權二、地上權三、永小作權四、地役權五、先取特權六、不動産質權七、抵當權トス(登一條)

以上七種ノ物權ノ得喪變更ハ之ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルカ爲メニハ登記ヲ爲スコトヲ必要ト爲ス是レ他ナシ是等ノ權利ハ權利者ニ於テ現實ニ物ヲ占有スルト否トニ拘ハラズ存立スルモノナレハ登記ヲ以テ之ヲ公示スルニ非サレハ其所在ヲ認ムルコト能ハサレハナリ之ニ反シテ占有權ト留置權トハ等シク物權ナレトモ其權利ノ性質上登記ヲ必要トセス何トナレハ占有權ト謂ヒ留置權ト謂ヒ皆權利ノ目的タル物ヲ現實ニ占有スルヨリ生スル權利ニシテ占有ヲ離レテ此權利ノ存在ヲ認ムルコトヲ得ス從テ第三者ハ占有ニ依リ權利ノ所在ヲ認知シ得ヘキカ故ニ登記ヲ以テ之ヲ公示スルノ必要ナケレハナリ又入會權ハ我民法ニ於テ認メラルル慣習上ノ物權ナルモ登記法ハ之ヲ登記スヘキ物權

中ニ掲ケサリシヲ以テ其得喪ハ之ヲ登記スルニ由ナシ從テ入會權ニ付テハ權利ノ得喪ハ之ヲ第三者ニ對抗スル爲メ登記ノ手續ヲ爲スコトヲ要セサルモノト斷定セサルヲ得然レトモ立法上ヨリ論スルトキハ入會權ニ付テモ亦登記手續ヲ爲スノ必要アリ登記法ニ之ヲ掲載セサリシハ恐クハ之ヲ遺脱シタルモノナルヘク立法上ノ缺點タルヲ免レス

### 第二 登記ヲ要スル事項

即チ物權ノ得喪變更ニシテ物權ノ取得、喪失其他物權ノ異動ニ關スル一切ノ事項ナリ今之ヲ細別スルトキハ左ノ如シ

(一) 物權ノ設定、物權取得ノ一方法ニシテ當事者ノ意思表示ヲ以テ所有權以外ノ物權ヲ新設スル場合ヲ謂フ

(二) 物權ノ移轉、即チ既ニ存在セル物權ニ付キ單ニ權利者ニ變更ヲ生スル場合ニシテ同時ニ物權ノ喪失ト物權ノ取得トヲ生スルモノナリ所有權其他ノ物權ノ讓渡ハ此種類ニ屬ス

(三) 物權ノ變更、物權ノ目的、範圍、體様、存續期間等ニ變更ヲ生シタル場合ニシテ例ヘハ抵當權ノ目的タル不動産ノ擔保スル債權ニ増減ヲ來シ、地役ノ行ハルル方法ニ關シテ變動ヲ生シ若クハ地上權、永小作權ノ期間ヲ延長シ又ハ短縮シタル場合ハ變更ノ部類ニ屬スルモノトス

(四) 處分ノ制限、即チ物權ノ處分ヲ禁スルノ謂ニシテ裁判所ノ命令ニ基ク處分ノ制限(假差押、假處分等ノ如シ)ハ此部類ニ入ル相續ノ限定承認ノ場合ニ於ケル財産ノ分離モ亦然リ蓋シ限定承認ニ在リテハ相續人ハ相續債權者トノ關係上自己ノ利益ノ爲メニ相續財産ヲ處分スルコト能ハサルモノナレハナリ(一〇四五條)



(五) 物權ノ消滅、ハ意思表示ヨリ生ズルコトアリ拋棄ノ如シ其他質權、抵當權、先取特權、ハ主タル債權ノ消滅ト同時ニ消滅シ地上權、永小作權、存續期間ノ滿了ニ因リテ消滅ス又物權ハ一般ニ目的タル不動産ノ滅失ニ因リテ消滅シ所有權亦第三者ノ取得時効ニ因リテ消滅ス

(六) 物權ノ保存、所有者カ未タ登記ヲ經サル自己ノ所有權ヲ登記シ先取特權者カ其權利ヲ取得スルト同時ニ之カ登記ヲ爲スノ類ナリ

以上列舉シタル物權ノ得喪變更ハ其效力ヲ生ズルト同時ニ登記法ニ定ムル手續ニ從テ當事者ノ承諾又ハ其承諾ニ代ルヘキ判決ニ基キ之カ登記ヲ爲スヲ原則トス換言セハ物權ノ得喪變更ニ付キ確定ノ登記ヲ爲スニハ第一、物權ノ得喪變更カ現ニ其效力ヲ生シタルコト第二、當事者ノ承諾又ハ其承諾ニ代ルヘキ判決アルコトヲ必要トス然レトモ右ノ要件ヲ具備セサル場合ニ於テモ亦登記法ハ利害關係人ニ許スニ假ニ之カ登記ヲ爲シ其權利ヲ保全スルコトヲ以テス假登記ト稱スルモノ即チ是ナリ此假登記ハ後ニ至リ利害關係人ヨリ要件ノ具備ヲ俟テテ確定ノ登記ヲ爲ストキハ物權ノ得喪變更ハ第三者トノ關係上假登記ノ日ニ遡リテ其效力ヲ生ズルモノトス例ヘハ甲、乙ニ其所有ノ家屋ヲ讓渡シ一年ノ後其所有權ヲ移轉スヘキコトヲ約シタリト假定センニ乙ハ此約束ニ因リ直チニ所有權ヲ取得セス換言スレハ此約束ハ直チニ權利ノ移轉ヲ生セサルモノニシテ乙ハ唯甲ニ對シ所有權ヲ移轉セシムヘキ請求權ヲ有スルニ過キス然レトモ登記法ハ乙ヲシテ假ニ其請求權ヲ登記スルコトヲ得セシム故ニ乙ノ權利ハ登記ヲ爲スト同時ニ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘシ又甲、乙ヨリ其家屋ヲ買取り所有權ヲ取得シタル場合ニ乙、甲ノ請求ニ應ジ登記手續ヲ爲ササルトキハ甲ハ乙ニ拘ハラス假登記ヲ申請シテ其權利ヲ保全スルコトヲ得ヘシ

不動産上物權ノ得喪變更ヲ生ズル原因ハ其種類極メテ多シ其最重要ナルモノヲ當事者間ノ意思表示トス右ノ外所有權ノ得喪ハ行政處分ヨリ生ズルコトアリ土地收用ノ如シ或ハ又裁判所其他ノ官廳ノ號賣處分ニ基因スルコトアリ先取特權ハ特種ノ債權ヨリ生シ又抵當權ハ時アリテ裁判ヨリ生ズル(八〇)三條其他遺言、相続、時効、添附ノ如キ亦不動産上物權ノ得喪ノ原因ニ屬シ不動産ノ有形的滅盡及ヒ變更ハ其上ニ存スル物權ノ消滅又ハ變更ヲ來スモノトス又他方ニ於テ不動産ニ關スル物權ノ得喪變更ハ當事者間ノ權利關係ニ由來スルモノト然ラサルモノトニ區別スルコトヲ得ヘシ法律行為ニ基ク物權ノ得喪變更ハ凡テ第一種ニ屬シ其時効、添附ヨリ生ズルモノ及ヒ不動産ノ滅失、變形ヨリ生ズルモノハ第二種ニ屬ス而シテ第三者トノ關係上登記ヲ必要トスルモノハ第一種ノ得喪變更ナリトス當事者間ノ意思表示ヨリ生ズル物權ノ得喪變更ハ第三者トノ關係ニ於テ登記ヲ必要トスルコトハ多辯ヲ要セスシテ明カナリ民法ハ其第一七六條ニ於テ「物權ノ設定移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニ因リテ其效力ヲ生ズ」ト規定シ直チニ第一七七條ニ於テ「不動産ニ關スル物權ノ得喪變更ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ズ」ト規定シタルカ故ニ第一七七條ノ規定ハ正ニ意思表示ニ因ル物權ノ得喪變更ニ適用セラルヘキモノト解釋スヘキハ理ノ當然ナルヲ以テナリ然レトモ第三者トノ關係ニ於テ登記ヲ必要トスルモノハ此種ノ得喪變更ニ限ルモノト解スヘカラス物權ノ得喪變更カ直接ニ當事者ノ意思表示ニ緣由セサルモノ當事者間ノ權利關係ニ基因スルコトキ即チ原權利者ト取得者トノ間ニ權利承繼ノ關係アルトキハ第三者ノ利益ヲ保護スルカ爲メ之カ登記ヲ爲スコトヲ必要トス何トナレハ總テ是等ノ場合ニ於テハ第三者ハ原權利者ト權利承繼者トノ間ニ於テ物權ノ得喪變更アリタルコトヲ知ラスシテ其不動産ニ關スル取引ノ爲シ意外ノ損失ヲ被ルノ危險アルヲ以

テ登記ニ依リテ其不動産ニ關スル權利關係ヲ知ラシムルノ必要アルヲ以テナリ  
 死亡ニ因ル相續ハ家督相續ト遺產相續トヲ論セス登記ノ必要ナキモノトス何トナレハ相續ノ場合ニ於  
 テハ相續人ハ被相續人ノ人格ヲ其儘ニ繼承スルモノニシテ法律上同一人ト看做サルニ依リ被相續人  
 ノ死亡ト同時ニ被相續人ノ一切ノ權利ハ相續人ノ權利ト爲リ且第三者ハ最早被相續人ト取引ヲ爲スコ  
 トナキカ故ニ登記ノ有無ハ毫モ其利害ニ影響ヲ及ホスコトナキヲ以テナリ隱居相續ノ場合ニ於テモ亦  
 相續人カ被相續人ノ權利ヲ當然承繼スルコトハ死亡相續ノ場合ト異ナルコトナシ然レトモ其死亡相續  
 ト異ナル點ハ被相續人ハ尙ホ生存シテ法律行為ヲ爲スコトヲ得ルニ在リ是ニ於テ相續人ノ權利ト相續  
 後ニ至リ隱居者ト取引シタル第三者ノ權利ト抵觸スルノ結果ヲ生スルコトアルヘシ故ニ此場合ニ於テ  
 第三者ノ權利ヲ保護スルカ爲メ相續人ヲシテ權利ノ移轉ヲ登記セシムルノ必要アリトス何トナレハ  
 第三者ハ權利移轉ノ登記アルマデハ隱居者ヲ以テ正當ノ權利者ナリト信シ其權利ニ關シテ隱居者ト取  
 引ヲ爲スヘケレハナリ

遺言ニ因ル物權ノ移轉ニ關シテハ舊民法ハ登記ノ義務ヲ免除シタリ其理由トスル所ハ受遺者ハ多クノ  
 場合ニ於テ遺言ノ存在ヲ知ラサルカ爲メ速ニ登記手續ヲ爲スコト能ハサルヘシ又他ノ一方ニ於テ相續  
 人ハ遺言ヲ隱蔽シ遺言ノ目的タル權利ヲ第三者ニ讓渡スノ虞アルト云フニ在リ然レトモ此場合ニ於テ  
 『モ、第、三、者ノ、利、益ヲ、保、護スルノ、必、要アルヲ以テ一般ノ原則ニ從ヒ權利ノ移轉ヲ登記セシムルヲ必要トス』  
 『不、動、產上、物、權ノ、原、始、取、得ハ、取、得ノ、始、ヨ、リ、絶、對的ニ其效ヲ生シ何人ニ對シテモ之ヲ主張スルコトヲ得ヘ  
 シ蓋シ民法第一七七條ハ物權ノ得喪變更ノ前提シ一見物權ノ得喪變更ハ其何タルヲ論セス總テ登記  
 ノ必要トスルモノノ如シト雖モ同條ニ『第、三、者ニ對抗スルコトヲ得ス』トアルヲ以テ當事者アル場合即

チ特定セル人ト人トノ間ニ於テ物權ノ得喪アリテ其中ノ一人カ他ノ一人ノ權利ノ全部又ハ一部ヲ繼承  
 スル場合ヲ豫想シタルモノト解釋セサルヘカラス然ルニ原始取得ニ在リテハ當事者ト稱スヘキモノナ  
 ク又權利繼承ノ關係ナケレハ民法第一七七條ノ規定中ニ包含セラレサルコト明カナリ且不動産上物權  
 ノ原始取得ハ物ノ附合、繼續シタル占有等ヨリ生シ登記ノ有無ニ因リ其效力ヲ異ニスヘキ性質ノモノ  
 ニ非ス故ニ原始取得ニ關シテハ登記ヲ以テ第三者ニ對スル權利主張ノ條件ト爲スコトヲ得ス

時、効ニ、因、リ、テ、物、權ヲ、取、得シタル者ハ他人ノ權利ヲ繼承スルニ非スシテ新ニ物權ヲ取得スルモノナルカ  
 故ニ時効ニ因ル取得ハ原始取得ノ一種タルコト明カナリ而シテ時効ノ取得者カ登記簿上ノ名義人ナル  
 トキハ何等ノ困難ヲ生スルコトナシト雖モ若シ取得者カ登記名義人ニ非サルトキハ其權利ヲ第三者ニ  
 對抗スルカ爲メ登記ヲ必要トスルヤ否ヤノ問題ヲ生スヘシ舊民法ニ於テハ時効ニ因ル取得ハ之ヲ登記  
 スルコトヲ必要トセザリシモノナリ現行民法ニハ明文ナキモ解釋上同一結果ニ歸著スルモノト信ス其  
 理由ハ(第一)民法第一七七條ニ第三者者トアル以上ハ其所謂得喪變更ハ當事者間ノ權利關係ヨリ生シタ  
 ルモノヲ意味スルモノト解釋スルヲ得ヘク而シテ取得時効ハ當事者間ノ權利關係ヨリ生スルモノニ非  
 スシテ占有ノ事實ヨリ生スルモノナレハ同條ノ規定ハ時効ニ因ル取得ニ適用スヘカサルモノトス  
 (第二)占有者ハ常ニ登記面ノ權利者ニ對シテ其取得時効ヲ完了シ得ヘキカ故ニ時効完了前登記面ノ權  
 利者ニ變更ヲ生スルモ之カ爲メ占有者ノ時効ニ因ル取得ヲ妨クルコトナシ果シテ然ラハ占有者ノ權利  
 ハ時効完了後ニ於テモ登記ニ拘ハラス存立スヘキモノト云ハサルヲ得ス時効完了ノ前後ニ因リ區別ヲ  
 設クルノ理由ナシトス(第三)取得時効ノ要件ハ繼續セル公然ノ占有ニ在ルヲ以テ之ヲ認識スルコト容  
 易ナルヘク其レ自體ニ於テ第三者ニ對スル公示ノ要件ヲ具備シ登記ヲ以テ之ヲ公示スルノ必要ナシト



終ニ一言スヘキハ物權ノ目物タル不動產ノ有形的ノ滅失、變更ヨリ生スル物權ノ消滅、變更ハ第一七七條ノ規定外ニ屬シ絶對的ニ其效ヲ生スルモノニシテ敢テ登記ヲ必要ト爲ササルコト是ナリ

第二項 第三者

物權ノ得喪變更ニ關スル第三者ノ意義ヲ示スニ先チ當事者、承繼人及ヒ第三者ノ區別ニ付キ一言セン  
一 當事者、當事者トハ自身又ハ其代理人ニ依リ或法律行為ニ干與シタル者又ハ權利ノ得喪變更アリタル場合ニ之ト直接ノ利害關係ヲ有スル者ヲ謂フ例ヘハ甲、乙ニ對シ其所有ノ家屋ヲ賣却スルコトヲ約シタルトキハ甲ト乙トハ其契約ノ當事者ニシテ其家屋ノ所有權移轉ノ當事者ナルカ如シ

二 承繼人、承繼人トハ他人ノ權利ヲ繼承スル者ヲ謂フ前例ニ於テ家屋ノ所有權ニ關シテ乙ハ甲ノ承繼人ナリ又乙更ニ其家屋ヲ丙ニ賣渡シ丙又之ヲ丁ニ賣渡シタルトキハ甲乙丙丁間ニ權利承繼ノ關係アリ乙丙丁ハ各其前者ノ承繼人ナリ承繼人ニ二種アリ一ヲ一般承繼人ト謂ヒ一ヲ特定承繼人ト謂フ一般承繼人トハ其先人ニ屬スル權利義務ヲ包括的ニ繼承スル者ヲ謂フ相續人ハ先人ノ死亡ニ因ル家督相續タルト隱居ニ因ル家督相續タルト又遺產相續タルトニ論ナク凡テ一般ノ承繼人ナリ而シテ相續人ハ其先人即チ被相續人ノ人格ヲ繼承スル者ニシテ法律上同一人タルカ如ク看做サルモノナリ特定ノ承繼人トハ特定ノ權利ニ關シテ其先人ノ地位ヲ繼承スル者ヲ謂フ即チ前例ニ於ケル乙丙丁ノ如シ何トナレハ乙丙丁ハ唯其讓受ケタル家屋ノ所有權ニ關シテ前者ノ地位ヲ繼承スルニ過キサレハナリ物ノ買主、受贈者、交換者、特定物ノ受遺者ノ如キハ凡テ特定承繼人ナリトス

一般承繼人ハ其先人ノ人格ヲ繼承スルヲ以テ先人カ其權利ヲ擴張シタルトキハ此擴張ハ承繼人ヲ利シ先人カ其權利ヲ減縮シタルトキハ此減縮ハ承繼人ヲ害ス蓋シ一般承繼人ハ法律上先人ト同一人タルカ如ク看做サルニ因リ權利ノ得喪ニ關シテ先人ノ爲シタル一切ノ行為カ相續人ニ其效力ヲ及ホスコトハ相續人カ自身ニ其行為ヲ爲シタルトモ異ナルコトナキナリ特定承繼人ノ地位モ亦之ニ同シ但特定承繼人ハ其先人ノ爲シタル行為ヨリ生スル一切ノ結果ヲ繼承スルモノニ非スシテ唯其讓受ケタル特定ノ權利ニ關シ讓受當時ノ狀態ニテ讓渡人即チ先人ノ地位ヲ繼承スルニ過キス故ニ其權利ニ關シテ讓渡以前ニ先人ノ爲シタル一切ノ行為ハ承繼人ニ於テ之ヲ甘受セサルヘカラス換言セハ讓渡前ニ生シタル權利ノ得喪變更ハ承繼人ニ對シテ其效ヲ生スヘシ然レトモ先人カ讓渡後ニ爲シタル行為ハ毫モ承繼人ノ權利ニ影響ヲ及ホスコトナシ例ヘハ甲其家屋ノ所有權ヲ乙ニ讓渡シタル場合ニ甲既ニ丙ニ對シ其家屋ヲ抵當ニ供シタルトキハ乙ハ甲ノ承繼人トシテ甲ノ有セシモノヨリ大ナル權利ヲ取得スルコトヲ得サルニ因リ乙ハ讓受ノ當時甲ノ有セシ權利即チ抵當權ヲ負擔シタル家屋ノ所有權ヲ取得スルニ過キサレモノトス之ニ反シテ甲カ讓渡後其家屋ヲ丁ノ債權ノ抵當ニ供シタルモノト假定スルトキハ甲丁間ノ抵當權設定ノ行為ハ乙ニ對シテ何等ノ效力ヲ生ズルコトナシ何トナレハ甲丁間ノ契約ハ其契約ノ當事者ニ非ス又其一方ノ承繼人ニ非サル乙ノ權利ニ影響ヲ及ホスノ理ナクレハナリ此點ニ關シテハ隱居相續ノ場合ニ於ケル相續人ノ地位ハ特定承繼人ノ地位ト同一ナリ即チ相續人ハ隱居ノ當時ニ於ケル狀態ヲ以テ隱居者ノ地位ヲ繼承スルモノナルカ故ニ隱居者カ權利ノ得喪ニ關シテ隱居前ニ爲シタル一切ノ行為ハ相續人ノ利害ニ於テ其效ヲ生スヘシト雖モ隱居後ニ於テ隱居者ノ爲シタル行為ハ毫モ相續人ノ權利ノ利害ヲ及ホササルモノナリトス





三、**第三者**ニハ廣狹二様ノ意義アリ、狹義ノ**第三者**ハ當事者又ハ當事者一方ノ承繼人ニ非サルモノヲ謂フ例ヘハ甲、乙ニ對シ其家屋ヲ抵當トシ更ニ之ヲ丙ニ賣渡シタルト假定セシニ茲ニ各、獨立セル二箇ノ法律行為アルコト明カナリ今抵當權設定ノ行為ヲ基本トシテ觀察スルトキハ當事者ハ甲乙ニシテ此行為ニ對スル丙ノ地位ハ承繼人ノ地位ナリ**第三者**ノ地位ニ非ス何トナレハ丙ハ當事者ノ一人タル甲ノ權利ヲ承繼スルモノナレハ賣買前其家屋ニ關シテ爲シタル甲乙間ノ契約ハ丙ノ權利ニ影響ヲ及ホスヘキヲ以テナリ又家屋ノ所有權移轉ヲ基本トシテ觀察スルトキハ甲丙ハ當事者ニシテ乙ハ**第三者**者ナリ何トナレハ乙ハ抵當權設定後ニ爲シタル甲丙間ノ契約ニ何等ノ關係ヲ生セス從テ其契約ハ乙ノ權利ニ消長ヲ來ササルヲ以テナリ要スルニ或法律行為ニ付キ當事者以外ノ者カ**第三者**タルヤ否ヤハ其法律行為ヨリ生スル權利關係カ當事者一方ノ權利承繼ノ關係上ヨリ其者ノ權利ニ影響ヲ及ホスヤ否ヤニ因リテ定マルヘキモノトス

**第三者**ナル語ヲ廣義ニ解スルトキハ當事者及ヒ其一般承繼人以外ノ總テノ人ヲ意味ス故ニ前例ニ於テ乙ハ甲丙間ノ賣買ニ關シテ**第三者**タルノミナラス丙モ亦甲乙間ノ抵當權設定ノ行為ニ關シテ等シク**第三者**ナリトス民法第一七七條ニ所謂**第三者**ハ即チ廣義ノ**第三者**者ナリ故ニ物權ノ得喪變更ハ當事者及ヒ其一般承繼人ノ間ニ於テハ當然其效ヲ生スルモ其以外ノ人ニ對シテ之ヲ主張スルコトヲ得ルニハ登記ヲ必要トスルモノナリ例ヘハ甲其家屋ヲ乙ニ賣渡シタルト假定スルトキハ甲乙及ヒ其各自ノ相續人ハ**第三者**ニ非ス從テ其相互ノ關係ニ於テハ所有權ノ移轉ハ絕對的ニ其效ヲ生シ之カ爲メ登記手續ヲ履行スルコトヲ必要トセス故ニ乙ハ甲及ヒ其相續人ニ對シテ登記ノ有無ニ拘ハラス其權利ヲ主張スルコトヲ得ヘタ甲又ハ其相續人カ更ニ其家屋ノ所有權ヲ丙ニ賣渡シタルトキハ他人ノ所有

權ヲ冒認シタルモノト爲リ刑法ノ制裁ヲ受ケサルヘカラス但相續人カ所有權移轉ノ事實ヲ知ラザリシトキハ刑事上ノ責任ナシト雖モ不法行為ヨリ生スル賠償ノ責ヲ辭スルコトヲ得サルヘシ之ニ反シテ丙ハ**第三者**者ナルヲ以テ乙ハ登記ヲ爲シタル上ニ非サレハ丙ニ對シテ其所有權ヲ主張スルコトヲ得ス

茲ニ一言スヘキハ登記ノ必要ハ主トシテ物權ノ得喪變更カ**第三者**者ノ權利ト抵觸スル場合又ハ少クトモ**第三者**者カ不動産上ニ或權利ヲ取得シ物權ノ得喪ニ付キ利害ノ關係ヲ有スル場合ニ於テ生スルモノニシテ物權ノ得喪變更カ**第三者**者ノ權利ト兩立シ得ヘキトキ又ハ**第三者**者カ目的物ニ付キ何等ノ權利ヲ有セザルトキハ登記ハ其必要ナキモノト論スルコトヲ得ヘシ例ヘハ甲、乙ノ爲メニ其地所ノ上ニ地上權又ハ抵當權ヲ設定シタル後更ニ地上權又ハ抵當權ヲ負擔シタル所有權ヲ丙ニ讓渡シタルトキ又ハ丙ハ單純ナル占有者ナルトキハ其相互ノ間ニ於テ登記ヲ爲スルノ必要ナキモノノ如シ然レトモ民法ハ單ニ**第三者**者云々ト規定シ毫モ區別ヲ爲ササルヲ以テ物權ノ得喪變更カ**第三者**者ノ權利ト抵觸スルヤ否ヤ又ハ**第三者**者カ目的物上ニ權利ヲ有スルヤ否ヤハ之ヲ問ハサルモノト解釋スルヲ正當ナリト信ス

第三項 物權ノ得喪變更ノ**第三者**ニ對スル效力

上來説明スル所ニ從ヒ民法第一七七條ニ謂フ所ノ**第三者**トハ何者タルヤヲ知ルヲ得ヘシ予ハ今ヨリ一般ニ不動産ニ關スル物權ノ得喪變更ノ**第三者**者ニ對スル效力ニ付キ説明スヘシ

一 物權ノ得喪變更ハ登記ヲ經ルニ非サレハ**第三者**者ニ對シテ之ヲ主張スルコトヲ得ス 不動産上物權

ノ得喪變更ハ第三者即チ當事者及ヒ其一般繼承人以外ノ人ニ對シテハ登記ニ因リ始メテ之ヲ對抗シ得ヘキモノナルコトハ既ニ説明シタル所ニ依リテ明カナリ而シテ第三者カ其不動産ニ付キ或權利ヲ讓受ケタルモノナリヤ否ヤ第三者カ自ら其權利ヲ登記シタリヤ否ヤハ此原則ノ適用上ニ毫モ影響ヲ及ホスコトナシ例ヘハ甲カ乙ニ其地所ヲ賣渡シタル後更ニ同一地所ヲ丙ニ賣渡シタリト假定シ乙丙共ニ登記ヲ爲ササル場合ニ乙ハ其權利ヲ丙ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス然レトモ丙ハ其權利ヲ乙ニ對抗スルコトヲ得ヘキヤ蓋シ乙ノ權利ニシテ丙ニ對抗シ得ヘカラサルコト前述ノ如クナル以上ハ反對ニ丙ハ其權利ヲ乙ニ對抗シ得ヘキカ如シト雖モ乙モ亦甲丙間ノ所有權移轉トノ關係上第三者ノ地位ニ立ツモノナルハ丙モ亦其權利ヲ登記スルニ非サレハ第三者タル乙ニ對シテ之ヲ主張スルコトヲ得サルモノトス

物權ノ得喪變更ハ登記ヲ經ルニ非サレハ第三者ニ對シテ之ヲ主張スルヲ得サルコトハ前述ノ如シ然ラハ第三者カ物權ノ得喪變更ヲ是認シ之ヲ自己ノ利益ノ爲メニ主張スルコトハ妨ナキヤ否ヤ例ヘハ甲、乙ニ家屋ノ所有權ヲ讓渡シ未タ登記ヲ爲ササル前ニ於テ其家屋ヲ丙ニ貸與シタリト假定セシニ丙ハ乙ヨリノ家屋明渡ノ請求ニ對シ乙ノ所有權ヲ否認スルノ權利ヲ有スルヤ明カナリ此場合ニ於テハ甲ヨリノ家屋引渡ノ請求ニ對シ甲乙間ノ所有權移轉ヲ認メ甲ノ所有權ヲ否認スルコトヲ得ヘキヤ民法第一七七條ニハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得スト云アリテ其所謂對抗スルコトヲ得ストトハ第三者ノ不利益ニ於テ之ヲ主張スルコトヲ得サルノ意ナルハ文理上毫モ疑ヲ容レサル所ナリ果シテ然ラハ此規定ノ反面ニ於テ第三者カ自己ノ利益ニ於テ之ヲ主張スルハ妨ナシトノ意味ヲ含蓋スルモノト謂ハサルヲ得ス若シ夫レ第一七七條ノ趣旨ニシテ此ノ如クナリトセンカ實際上頗ル奇怪ナ

ラ、若シ縱令ソレヨリ後ト雖モ私方之ヲ他人ニ讓渡シテ即チ他人ガ此物ノ上ニ物權ヲ取得シテ仕舞ヘバ、モウソレニ對シテ債權ヲ行フコトハ出來ナイ、即チ債權ニハ追及權ガナイ、ソレデスカラ例ヘバ甲ニ向テドシテ堅イ約束ヲシテ此書籍ヲ遺ルト曰フテ居テモ、單ニ債權ノミ生ジテ居ル場合ナラバ、其後私ガ此書籍ヲ乙ニ讓テ仕舞ヘバ仕方ガナイ、例ヘバ後ニ申上ケルヤウニ損害ノ賠償ヲ求ムルコトハ出來ヤウケレドモ、書籍其物ヲ得ヤウト思フテモ得ルコトハ出來ナイ、即チ追及ノ權ガ無い、ソコガ物權ト債權ト異ナル所テアツテ、要スルニ效力ノ上ニ於テハ債權ハ物權ニ如カナイト言ハナケレバナラ

次ニ債權ノ緒論ノ第三ノ點ヲ論ジャウト思フ、ソレハ自然義務ノ御話デアリマス、此「自然義務」ト云フコトハ羅馬法カラ認メラレテ居ツタコトデ今日歐羅巴各國ニ於テ多ク認メラレテ居ル所ノモノデアアルノ之ニ對シテ普通ノ債務ヲ法定義務ト云フノデス、此自然義務ハ羅馬法ノ解釋トシテモ又歐羅巴各國ノ現行法ノ解釋トシテモ除程議論ノ多イ所デアツテ頗ル困難ナル問題ノ一ツニ數ヘラレテ居ルノデス、「ボワソナード」氏ノ起草ニ係ル舊民法ニ於テハ是ガ爲メニ特ニ一章ヲ設ケテ規定シテ居ルノデス、去リナガラ舊民法ノ規定並ニ「ボワソナード」氏ノ説明ハ頗ル其當ヲ得ナイ所ガアル其重ナル點ヲ申スト、舊民法ニ於テハ「債務」ノ定義ヲ下スニ當テ「債務」トハ「人定法又ハ自然法ノ羈絆デアアルト申シテ居ルノデス、舊民法財産編第二百九十三條ノ第二項ニ「義務ハ一人又ハ數人ヲシテ他ノ定マリタル一人又ハ數人ニ對シテ或ル物ヲ與ヘ又ハ或ル事ヲ爲シ若クハ爲ササルコトニ服從セシムル人定法又ハ自然法ノ羈絆ナリ」トアル、此定義ヲ讀ム者ハ必ズ奇異ニ感ズルデアラウト思フ、如何ニ「ボワソナード」氏ガ自然法論者デアアルトテモ何故ニ態意此處ニ「債務」即チ「義務」ノ定義ヲ下スニ當テ「人定法又ハ自然

法ノ羈絆」ト云々デアラウカ、舊民法ノ數多キ箇條ノ中デ特ニ「自然法」ト云フモノヲ明文ニ掲ゲタノハ蓋シ此處丈ケデアラウト思フ、債務ガ自然法ノ羈絆デアルナラバ物權モ自然法ノ權利ニボワッソナード氏ハ所有權ハ自然法ノ認メテ居ル最モ主ナル權利トシテ居ルノデアアル、ソレニハ特ニ「自然法ノ權利」ダト云フヤウナコトハ言ラテ居ラス、例ヘバ財産編ノ第三十條ニ「所有權」ノ定義ヲ下シテ居リマズルガツレニハ「所有權トハ自由ニ物ノ使用、收益及ヒ處分ヲ爲ス權利ヲ謂フ」トアツテ「自然法云云」ト云フ文字ハ無い、ナゼ債務ニ付テノミ此ノ如キ文字ヲ用ヒタデアラウカト云フノガ此箇條ヲ讀ンダ者ノ忽チ感ズル所ノ一點デアアル、所ガ「ボワッソナード」氏ノ考デハ此言葉ハ次ノ條ニ對スル一ノ伏線デアアテ、財産編ノ第二百九十四條ニ「人定法ノ義務ハ其履行ニ付キ法律ノ許セル諸般ノ方法ニ依リテ債務者ヲ強要スルコトヲ得ルモノナリ、自然ノ義務ニ對シテハ訴權ヲ生セス」ト云フコトガアル、此箇條ト只今ノ定義ト相對照シテ見ルトキニハ、定義中ノ「人定法ノ羈絆」ト云フノハ取りモ直サズ此處ニ謂フ所ノ「人定法ノ義務」ヲ言フノデアアル、之ヲ後ニハ「ボワッソナード」氏モ「法定義務」ト云テ居リマス、法文ニモサウ云フ風ニ書イテアル、自然義務ニ關スル箇條、財産編ノ第五百六十二條ヨリ第五百七十二條ニ至ル十一箇條デアアル、自然義務ニ付テ此ノ如キ委シイ規定ヲ存シテ居ル例ハ殆ドアルマイト思フ、其箇條中ニ「法定義務」ト云フコトガ到ル處ニ使ウテアル、所謂「人定法ノ義務」ト云フノハ取りモ直サズ「法定義務」ノ意味デアラテ此處ニ謂フ「自然ノ義務」ガ前ノ定義ニ照シテ考ヘテ見ルト、自然法ノ羈絆」ト云フコトニナル、是ハ法文ヲ讀ンデモ殆ド疑ノナイ所デアアルガ、ボワッソナード」氏ノ説明ニハ最も明カニ之ヲ論ジテアルノデス、法定義務ハ人定法ノ義務デアリ自然義務ハ自然法ノ義務デアルト云フ、是非ガ非常ニ誤ラテ居ルノデアアル、外國ノ學者ニモ類似ノ事ヲ申ス者ハアリマスケレドモ「ボワッソナード」氏

ノ如ク明瞭ニ言ラテ居ル者ハ寧ロ少イガ、併シ是ハ確ニ誤ラテ居ルト思フ、第一ニ我我ノ如キ自然法學者カラ言ヘバ、自然義務ノミニハ限ラナイ、所有權ト云ヒ賃借權ト云ヒ其他一切ノ權利、普通ノ債權ハ皆裏カラ言ヘバ法定義務デアアルガ、其法定義務ト云フモノモ大抵皆自然法ニ適ハタモノデアアル、自然義務次ケガ自然法ニ適ウテ居ルノデ跡ハ自然法ニ適ハナイノデアアルカト言ヘバ決シテサウ云フ譯デハナイ「ボワッソナード」氏ト雖モ決シテサウ云フ趣意ヲ論ジテ居ルノデハナカラウト思フ、然ラバ是丈ケヲ「自然法ノ義務」或ハ「自然法ノ羈絆」ト云フノハ誤ラテ居ルノデ、外ノ債務モ矢張り自然法ノ債務デアアル、自然法ノ羈絆デアアル、即チ此一點ニ於テ既ニ舊民法ノ規定並ニ「ボワッソナード」氏ノ説明ハ誤ラテ居ルト思フノデス、唯強ヒテ之ヲ辯解スレバ成程他ノ權利義務モ多クハ自然法ニ依ラテ認メラレテ居ルケレドモ併シ同時ニ人定法ニ依ラテ認メラレテ居ルノデアアル、故ニ言ハバ自然法ノ定義ト二ツノモノニ依ラテ認メラレテ居ル所ノ權利義務デアアル、之ニ反シテ所謂「自然義務」ハ自然法ノ定義ト二ツノモノニ依ラテ認メラレテ居ラウト思フ、併シ尙ホ一點確ニ「ボワッソナード」氏ノ誤ラテ居ル所ガアル、ソレハ何デアアルカト云フト若シ其意味デアアルナラバ自然義務ハ人定法中ニハ規定シテ無い筈ナンデス、ソレナラバ兎ニ角一應理窟ガ通ル、羅馬ニ於テハ正ニサウデアッタ、所ガ今日ノ歐羅巴各國ノ法律デ所謂「自然義務」ヲ認メラテ居ルハ矢張り立派ナ明文デ之ヲ認メラテ居ル、就中舊民法ノ如キハ今申シタヤウニ外ニ殆ド例ヲ見ナイ十一箇條ト云フ委シイ規定ヲ設ケテ居ルノデス、ソレデモ是ハ人定法ノ義務デハナイ、人定法ノ羈絆デハナイ單ニ自然法ノミニ羈絆デアアルト、ドウシテ言ハレルデアラウカ、是ハ確ニ誤ラテ居ル、自然法ヲ認メラテ居ル國ノ學者デモ悉ク此ノ如キ誤ラテ事ヲ唱ヘテ居ルノデハナイ、然ラバ「自然義務」ト

ハ如何ナルモノデアルカ、定義ヲ下スコトハ極メテ困難デアアルノデス、是ハ何セカト言ハバ第一ニ國國  
デ多少其效力ガ違フノデス、殊ニ羅馬法ノ自然義務ト今日歐羅巴ノ法律ニ於テ認メテ居ル自然義務ト  
ハ餘程效力ガ違フノデス、ソレヲ總テ包括スルヤウニ定義ヲ下スノハ頗ル困難デアアル、強ヒテ其定義ヲ  
下セバ此ノ如ク言フコトガ出來ルデアラウカト思フ、自然義務トハ訴權ヲ以テ制裁セラレザル債務デ  
アルト、此意味ハ獨逸ノ言葉デ之ヲ言葉ハシテ居ルノデアアル、自然義務ト云フ言葉ハ「ナト」ラール  
オブリガチヨーン」ト云フ、所ガソレニ對シテ丁度「法定義務」ニ當ルノハ「クラグバール、オブリガチ  
ヨーン」(訴へ得べき債務)デアアル、即チ訴權ニ依テ保護セラレテ居ルモノト然ラザルモノトデ法定義務  
ト自然義務トヲ分ツト云フ趣意ガ現ハレテ居ル、此「自然義務」下云フ字ハ羅馬デハ「オブリガチヨ、ナ  
ト」ラリス」ト云フ、ソレヲ各國大抵直譯シテ居ル例ハ「佛蘭西デ「オブリガチヨ、ナチュレール」、獨  
逸デモ「ナト」ラールオブリガチヨーン」ト云ヒマス、日本デモ直譯シテ「自然義務」ト云フ、ソレニ對シ  
テ佛蘭西デハ例ハ「オブリガチヨ、シヅキール」ト云ラ、ボワツナード」氏モ矢張り「オブリガチヨ  
ン、シヅキール」ト云フテ居ル、ソレヲ舊民法デハ「法定義務」ト譯シタ、所ガ獨逸デハ「クラグバール、オ  
ブリガチヨーン」(訴へ得べき債務)ト云フ、故ニ獨逸ノ言葉ハ稍ヤ私ノ今下シタ定義ニ嵌マルヤウデアアル  
先ヅ羅馬ニ於テ「自然義務」ト云フモノガ如何ニシテ發達シタカ面シテ如何ナル效力ヲ有ッタカト云フ  
コトヲ極ク簡單ニ申上ゲネバナラス、何セカト云フト歐羅巴ノ現行法ニハ此規定ガ極メテ少イ、而シ  
テ是ハ羅馬法ノ遺物デアアルノデスカラ勢ヒ羅馬法デドウデアッタカト云フコトヲ論ゼンケレバナラス、  
羅馬法ニ於テハ成程私法ハ比較的能ク發達シテ居ッタノデス、今カラ考ヘテ見レバ兎ニ角二千年ノ昔ニ  
在リテ能クアレマデニ法律ガ發達シタモノデアルト思ハレル、寧ろ羅馬ノ盛デアッタ時ヨリ一時ハ法律

ガ退歩シタモノデアアル、去リナガラ今日ヨリ之ヲ見レバ尙ホ頗ル幼稚デアッタト云フコトヲ免レヌ、就  
中明カニ法律トシテ定メタ文章ハ極メテ少ク且不完全デアアル、甚ク所ハマダ羅馬ノ半開デアッタ時ニ出  
來タ十二表法(十二箇條トモ譯スルモノ)デアアル(十二箇條ノ法律デアッタ)、後多少ソレヲ補フタニ相  
違ナイケレドモ甚ク所ハソレナシ、半開ノ時勢ニ出來タ僅カ十二箇條ノ法律デアラソレデ進歩  
シタ社會ヲ支配シテ行クコトノ出來スノハ知レタコトデアアル、勿論當時ノ裁判官ハ餘程廣大ナル權限  
ヲ持ッテ居リマシタカラ多少法律ノ不備ヲ補フコトガ出來タ、隨分司法官ガ立法權ノ一部ヲ持ッテ居  
ト云フコトハシナイ、成ルベクハ其十二表法ニ基イテ解釋ノ力デ實際ノ必要ニ應ジヤウト努メタ、ソ  
レハ餘程無理ナ事ナンデス、我國ノ今日ノ千百餘條アル民法デサヘモ實際適用シテ見ルト多少事實ニ  
嵌ラスコトガアル、ソレヲ稍ヤ廣ク解釋シヤウトスルト直キニ今日ノ裁判官ハソレハ可カナイト言  
テ反對スル位ナ譯デスケレドモ、如何ニ廣イ解釋ヲ取ツタ所ガタタ十二箇條ノ法律デ進歩シタ社會ヲ  
支配シヤウト云フコトハ如何ニモ無理ナ話デアアル、故ニ羅馬法ノ原則ノ中ニハ牽強附會若クハ柱ニ膠  
シテ攀テ彈タヤウナ無理ナ事ガ多イノデス、ソレデ今日ノ法律思想カラ見タナラバ同ジヤウニ保護セ  
ラレナケレバナラスニツノ場合ノ中デ甲ノ場合ハ保護セラレテ乙ノ場合ハ保護セラレスト云フヤウナ  
コトハ珍シクナイ、其上ニ羅馬法ハ非常ニ形式ニ拘泥スル所ノ法律デアッタノデス、故ニ一ツデモ形式  
ニ外レタ事ガアルトモウ法律ハ之ヲ保護セスト云フノガ法律ノ正面デアアルノデス、ケレドモソレデハ  
實際ノ必要ニ應ズルコトガ出來ヌ、時ノ裁判官ガ常識ヲ以テ考ヘテ見テ如何ニモソレハ無理、不當ダト  
云フコトヲ感ジタニ違ヒナイ、ソレデ成ルベクハ裁判官ノ權限ヲ出來ル丈ケノ事ヲシタノデアアルケレ



ドモンレハ及バヌコトガ多カッタ、斯様ナル場合ニ於テ或者ニ一定ノ義務ヲ負ハスルコトガ條理ニ適テ居ル、即チ我我ノ言葉デ云フト自然法若クハ理想法ニ適テ居ルト云フトキニ已ム得ズ「自然義務」ト云フモノヲ認メタ、即チ法律ノ正面カラ云フト義務ハ無イノデアル、所謂「法定義務」ガナイト云フノハ其處ナンデス、隨テ裁判所ニ訴ヘテ請求シヤウト思ウテモ訴權ガ無イ、併ナガラ所謂「自然義務」ト云フモノガ其場合ニ存シテ居ルカラ先ツ債務者ガ任意ニ履行ヲ爲シタナラバ其履行ノ目ヨリ有效デアル、後デ之ヲ取返サウト思ウテモ取返スコトハ出來ス、ソレカラ此ノ如キ義務ハ擔保ノ目的ト爲ルコトガ出來ル、保證債務ヲ以テ之ヲ擔保シ、抵當權、質權ヲ以テ之ヲ擔保スルコトガ出來ル、段段種種ノ效力ヲ認メテ唯訴權丈ケハ認メナカッタノデアル、此ノ如ク自然義務ヲ認メタ場合ガ羅馬法デハ最も多カッタ、今日ノ歐羅巴諸國デ認メテ居ル自然義務ノ數ヨリハ除程羅馬ノ方ガ多カッタ、ケレドモ素ト此ノ如キ沿革ヨリ生ジタルモノデアルカラ是ガドレ丈ケノ效力ヲ有スルカト云フコトガ極メテ不明デアル、沿革的ニ之ヲ言ッタナラバ裁判官ガ必要ニ應ジテ場合場合デ其效力ヲ認メタモノデアラウト思フ、隨テ區區ニ涉テ居ル、同ジ自然義務デモ甲ノ自然義務ハ大變強力ナ效力ヲ有ッテ居ルガ乙ノ義務ハ頗ル薄弱ナ效力シカ有タヌト云フヤウナコトガアッタ、ソレデ後世ノ學者ガ總テノ自然義務ニ同一ノ效力ヲ有タサウトシテ骨ヲ折ラテ却テ誤ニ陷ッテ居ルト私共ハ思フ、即チ私ノ意見ニ依レバ羅馬ニ於ケル自然義務ノ場合ニ依ッテ效力ガ違タノデアル、唯一ツ共通ノコトガアル、ソレハ何カト云ヘバ訴權ガ無イト云フコトデアアル、普通ノ債務ナラバソレニ基イテ訴ヲ起スコトガ出來ル、自然義務ニ付テハ訴ヲ起スコトガ出來ヌト云フ丈ケハ疑ナイト思フ、其他ハ場合ニ依ッテ違タト私共ハ思フケレドモ是非常ニ議論ノアラ問題デスカラ今此處デ論ズル譯ニハ行カナイ、田中君ガ此處デハ羅馬法ヲ講義シテ居ル等デスケレ

ドモ、此問題ニ付テハ私ノ意見ト違フカモ知レヌ、田中君モ是ニ付テハ佛國ニ於テ論文ヲ出シテ居ル、私モ自分ノ論文中ニ之ヲ論ジテ居ル、兎ニ角羅馬デハ此ノ如キ沿革デ以テ自然義務ガ發達シタ、後世「法律」ト言ヘバ羅馬デナケレバナラヌヤウニ歐羅巴デハ爲テ居タ、獨逸デハ數年前マデサウデアッタ獨逸ノ普通法ト言ヘバ即チ羅馬法デアアル、サウ云フ有様デアッタカラ何デモ羅馬ニ在ッタモノハ是非ナクテハナラヌモノヤウニ心得タ、ソレデ大概ノ國デ皆「自然義務」ト云フモノヲ認メテ居ル、佛蘭西デモ認メテ居ル、和蘭デモ認メテ居ル伊太利デモ認メテ居ル、ケレドモ私ハ夙ニ此「自然義務」ノ除程不條理ナモノデアルト云フコトヲ信ジテ居ル、何ゼデアルカト云フニ、若シ法律ガ自然義務ニ對シテ權利者ヲ保護スル必要ガアルナラバ他ノ義務ト同ジヤウニ保護シテ宜シイデハナイカ、若シ保護スル必要ガナイナラバ斷然是ハ法律以外ノ問題トシテ例ヘバ道德上ノ問題トシテ仕舞ッテ宜シイノデアアル、ソレヲ中ブラリンニ法律ガ保護シナイデハナイ併シ十分ニハ保護シナイト云フヤウナ曖昧ナモノニシテ置クコトハ甚ダ理由ノナイコトデアアル、殊ニ此名ガ除程奇妙デアアル、同ジク法律デ認メテ居ルノデス、羅馬デアッタ所ガ矢張り法律デ認メテ居ル、而シテ特ニ「自然義務」ト云フ名ヲ用ヒテ居ル、其名ガ既ニ除程奇妙デアアルト思フ、ソレデ私ハ此「自然義務」ト云フモノハ如何ニモ自分ノ胸ニ落テヌモノデアアル、何ゼ斯様ナモノガ存シテ居ララウカ、羅馬ニ存シテ居ラタト云フノハ理由ノアル事ニ違ヒナイガ、現在ノ各國ノ法律ニ於テモ唯羅馬法ノ真似ヲシタト云フ許リデモナカラウト、段段考ヘテ見ルト、要スルニ自然義務ハ是ニ依ッテ法律ノ不備ヲ補フモノデアルト云フコトヲ私考ハヘル、羅馬法ハ極メテ不備デアル、其不備ヲ補フ爲メニ已ムコトヲ得ズシテ此自然義務ヲ認メタ、法律ノ正面カラ言フト義務ハ無イケレドモ所謂「自然義務」ガアルカラ一旦拂ッタモノハ取返ス譯ニハ行カヌ、若シ之ヲ抵當デ以テ擔保シ



タナラバ其擔保ハ有效デアルト云フガ如ク、段段其效力ヲ認メテ行ク、歐羅巴ノ現行法ニ於テモ多クハ皆サウデアアル、佛蘭西法ト云ヒ和蘭伊太利ノ法律ト云ヒ何レモ不完全ナモノデアアル、佛蘭西ノ法典ハ百年前ニ出來タモノデ當時拿破翁一世ヲ非常ナ速力ヲ以テ此法典ヲ編纂セシメタ、ソレ故ニ編纂ノ當時ニ於テ既ニ數多ノ缺點ヲ持テ居ッタデアアル、其事情ハ我國ノ法典ニ稍ヤ類シテ居ル所ガアル、而モ當時ハ今日カラ見ル程ノ不完全デハナカッタラウケレドモ今日カラ見タナラバ甚ダ不完全デアアル、所デ和蘭ノ民法ハドウデアアルカ、是ハ佛蘭西ノ民法ガ出來テカラ二十五年ノ後始ド佛蘭西ノ民法ヲ其ママ基礎トシテソレニ幾分カノ筆ヲ入レタト云フヤウナモノデアアル、伊太利民法ハソレヨリハ除程後レテ即チ佛蘭西ノ民法ガ出來テカラ四十年ノ後ニ編纂セラレタモノデアアルケレドモ矢張り多數ノ箇條ハ同ジコトデアアル、隨テ缺點ガ非常ニ多イ、成程其缺點ハ解釋ノ力裁判例等デ補ウテハ居ルケレドモ法文トシテハ頗ル缺點ガ多イ、斯様ナ缺點ノ多イ法典ノ行ハレテ居ル國ニ於テハ矢張り自然義務ヲ認メル必要ガアッタデアラウカト思フノデス、然ルニ今新ニ法律ヲ編纂スルニ當ツテ態度其缺點ヲ襲ウテサウシテソレト同時ニ缺點ヲ補充ニ必要ナル所ノ自然義務ヲ認メルト云フコトハ立法策トシテハ頗ル拙ナルモノデアアルト私ハ思フ、舊民法ノ如キ十九世紀ノ終ニ出來タ法典ニ應ニ自然義務ニ關シテ十一箇條モ規定ヲ設クルト云フノハ實ニ了解ニ苦ムコトデアアルト私ハ思ウテ居ル、而シテ其自然義務ニ依ツテ補充ハルベキ所ノ缺點トハ如何ナルモノデアアルカト云フト、要スルニ二ツアルト私ハ思フ、矢張り羅馬ニ於テ自然義務ノ必要ノ生ジタト大體、同ジ原因デアラウト思フ、先ヅ試ニ佛蘭西民法、和蘭、伊太利ノ民法等同一ノ模型ニ出來テ居ル所ノ法典(此種類ノ法典ハ數多イノデス、寧ロソレガ歐羅巴ノ多數ノ法典ニ就テ見マスルト、第一ニ形式ヲ非常ニ重シテ居ル跡ガ尙ホ殘ラテ居ルノデス、即チ要式契約、一定

ノ方式ヲ履マナケレバ契約ガ有效デナイト云フ場合ガ中アル、其主ナルモノハ贈與デアアル、贈與ハ佛蘭西デモ和蘭デモ伊太利デモ皆要式契約、公證人ニ依ラナケレバ出來スト云フコトニ爲ツテ居ル、併シソレハ隨分面倒デアアル、故ニ動モスルト其形式ヲ履マナイ、ソレハ無効デアアル、所デ私ガ自分ノ財産ヲ或人ニ與ヘルト堅ク約束ラシタ、或ハ證文ヲ遺ツテアル、併シソレハ公正證書デハナイ、而シテ私ハ死シダ相續人ガソレヲ知ラ居ル、此贈與ハ無効デアルト云ヘバ無論ソレデ法律ハ濟ム、ケレドモ良心ニ問ウテ見ルトソレハ甚ダ面白クナイ、兎ニ角財產處分ノ自由ヲ持ツテ居ッタ人ガ其財產ノ一部ヲ或人ニ遺ルト云フ約束ラシタ唯形式ヲ履マナカッタト云フ丈ケ、相續人ハ莫大ノ財產ヲ讓受ケテ濡手デ粟ヲ掴ムヤウナ利益ヲ得テ居ル、サウシテ偶々公正證書ガ無イカラト云ツテ自分ノ親其他ノ被相續人ガ現ニ與ヘルト云フ約束ヲ堅ク結ンデ、或ハ私ニ證文ヲ遺リ取りマデシテ居ルモノヲ遺ラスデモ宜イ、公正證書ガ無イカラはハ無効ダト云フノハ如何ニモ穩デナイ、此場合ニ於テ相續人ガ良心ニ問ウテソレハ遺ラヌ方ガ宜イト思ウテ遺ルノデス、而シテ後ニ爲ツテ自分ガ貧乏ニデモ爲ラタキ、ソレヲ取返スコトガ出來ルト云ツタナラバ隨分不當ノ結果ニナリハセムカ、サウ云フ場合ニハ所謂「自然義務」ヲ認メテ即チ相續人ガ與ヘタノハ任意ニ與ヘタナラバ有效デアアル、成程受贈者ガ裁判所ニ訴ヘテ取ルコトハ出來ヌ、併シ相續人ガ任意ニ之ヲ履行シタナラバソレハ有效デアアルト云フノガ一ツノ自然義務ノ場合、多少議論ガアリマスケレドモ私共ハ佛蘭西ノ法律ニ據レバ此等ハ自然義務ト見テ宜カラウト思フ何ゼサウ云フコトガ起ルカ、是ハ取りモ直サズ、贈與ト云フモノニ公正證書ヲ要スルトシタ結果ナンドス、ソレサハ止メレバソナモノハ要ラス、縱令公正證書ヲ以テセズトモ贈與ヲ爲ス約束ラシタナラバソレハ遺ラヌケレバソナモノト爲テ居レバ此場合ニ於ケル自然義務ノ必要ハ自ら無クナツテ仕舞フ、今一ツハ佛蘭西

法ニ於テハ(而シテ是ハ和蘭法ニ於テモ伊太利法ニ於テモ佛蘭西法系ノ國ニ於テハ皆サウデス)契約ニ原因ト云フモノヲ必要トシテ居ル、佛蘭西デ謂フ「コーズ」英吉利デモ「コンシデレーション」ト云フモノヲ必要トシテ居ル、是ノ何物タルカハ餘程六ヶ敷イ問題ト爲ラテ居ル、併シ私ノ信ズル所デハ佛蘭西ノ「コーズ」ト云フモノハ當事者ガ契約上ノ債務ヲ負擔スルニ就テ有セシ法律上ノ理由デアラウト思フ、賣買ニ付テ言フト賣主ハ何ゼ自己ノ所有ノ或財産ヲ買主ニ與ヘルコトヲ約束シタカ、ソレハ相手方ガ代價ヲ拂フコトヲ約束シタカラデアアル、是ガ即チ原因、買主ノ方カラ言フテ見ルト、ナゼ其代價ヲ拂フコトヲ約束シタカ、ソレハ賣主ガ或財産ヲ己ニ與ヘルコトヲ約束シタカラデアアル、是ガ原因、贈與ニ付テ言フテ見ルト、此場合ノ義務者ハ一人デ、贈與者デス、其義務ノ原因ハト言ヘバ相手方ニ無償ノ利益ヲ與ヘルコト、言葉ヲ換ヘテ言フト相手方ニ對シテ慈惠ヲ施スト云フコトデアアル、ソレガ法律上ノ理由即チ原因デアアル、其心ガ無ケラネバ贈與ハ成立セスト見タモノデス、其他各契約ニ付テ皆此原因ガ違フノデス、デ佛蘭西法其他佛蘭西法系ノ國ノ法律ニ於テハ此「コーズ」ト云フモノガナケラネバ契約ハ成立セスト爲ラテ居ル、英吉利ノ「コンシデレーション」ト云フモノハソレト少シク趣ガ異ナラテ居リマスケレドモ似タ所ガアル、是ハ非常ニ六ヶ敷イモノニ爲ラテ居リマスケレドモ概シテ言フタナラバ現實ノ利益ト言フテ宜カラウト私ハ思フ、サウスルト佛蘭西ノ「コーズ」ヨリハ又狭イ、或ハ此等ノ國ニ於テ法律行爲ノ觀念ガ我民法ニ於ケルガ如ク發達シテ來ルト「法律行爲ノ原因」ト云フモノガナケラネバヤナラスト云フコトニ爲ラテ來ルカモ知レス、ソレガ果シテ理由ナルコトデアアルカドウカ私ハ大ニ之ヲ疑フノデス、何時ノ頃カラ佛蘭西デ「コーズ」ト云フモノヲ必要トシタカト云フコトハ「ツ」疑問デアアル、併シ沿革的ニ申シタナラバ或ハ羅馬法ノ「カウザ、シヅ」リス」ト云フモノカラ變遷シ來ッタモノデハナイカト

思フ、羅馬法ノ「カウザ、シヅ」リス」ト云フノハ其意味ガ極ク明瞭デ疑ノナイコトデス、例ヘバ羅馬法デ正式ノ契約ト言ヘバ四ツノ種類アッタ、私ハ之ヲ譯シテ言成契約、書成契約、事成契約、意成契約ト謂フノデアアル、其中デ「言成契約」ハ何ガ「カウザ、シヅ」リス」(之ヲ直譯ニスルト法定原因デス)デアアルカト言ヘバソレハ言葉デス、一定ノ言葉ヲ發スルトソレデ債務ガ生ズル「書成契約」デ言フテ見ルト書キ物デス、「書キ物」ト云フテ今日デ考ヘルト證書デモ書クコトノヤウニ人ガ思フデセウケレドモ羅馬デハサウデナイ、帳面ニ記入スルノガ「カウザ、シヅ」リス」、「事成契約」ト云フノハ例ヘバ物ノ引渡デス、ソレガ即チ「カウザ、シヅ」リス」、最後ノ「意成契約」、意思ニ因ラテ成ル契約ニ付テハ學者ガ見解ヲ異ニシテ居リマスケレドモ今羅馬法ノ講義デナイカラソレハ省ク、要スルニ羅馬デハ原因トシテ「カウザ、シヅ」リス」ガ無ケレバ契約ハ成立シナカッタ、併シ羅馬ノ「カウザ、シヅ」リス」ト佛蘭西ノ「コーズ」ハ文字ハ同ジデスケレドモ丸デ違フ佛蘭西法デ「コーズ」ノ必要ヲ唱ヘテ居ル説明ハ斯ウデアアル、人ハ道理ヲ備ヘテ居ル動物デアアル、故ニ狂人ニ非ザル限ハ道理ノ無イ事ハセヌ筈デアアル、唯何トハナシニ權利ヲ與ヘル、何トハナシニ金ヲ拂フト云フコトハナイ筈デアアル、必ズ一定ノ原因ガアルニ違ヒナイ、即チ賣買ニ於テ何ゼ不動産ノ所有權ヲ與ヘル、ソレハ相手方ガ金ヲ拂フト云フカラデアアル、相手方ハ何ゼ金ヲ拂フト云フカソレハ其相手方タル賣主ガ或不動産ノ所有權ヲ與ヘルト云フカラデアアル、又贈與デ言フテ見ルト何ゼ何ノ某ニ金千圓ヲ與ヘルト云フカ何ゼソレニ或不動産ノ所有權ヲ與ヘルト云フカ、ソレハ彼ニ慈惠ヲ施ス爲メデアアル、斯ウ云フ所カラ少クモ今日デハ原因ノ必要ヲ説イテ居ル、此論ハ一應尤ノヤウニ聞エル、成程道理無シニ人間ガ動作ヲ爲ス筈ハ無イ、如何ニモ其通りデアアル、如何ニモ其通りデアアルカラ私ハ原因ノ必要ガ無イト思フ、狂人ニ非ザル以上ハ或義務ヲ負擔スル約束ヲスルニハ理由ガアルデア



ラウ、若シ理由が不法ノ理由デアラナラバ、其義務ハ成立スルコトハ出来ナイ、是ハ如何ナル學說ヲ採ラウトモ如何ナル法律ノ下ニ於テモ同ジコトデアアル、併シ別ニ不法ノ原因ガナイナラバ如何ナル理由デ義務ヲ負フニモシロ眞ニ義務ヲ負フ意思サヘアレバソレデ淨山デアアル、即チ先刻ノ自然義務ノ場合ヲ考ヘテ見テモ自分ノ親ガ贈與ヲ爲ス約束ヲシテ置イタ、其贈與ハ形式ガ缺ケタルガ爲メニ無効デアアル、併シ折角親ガ與ヘル約束ヲシタモノデアアルカラ相續人タル自分ハ之ヲ履行シタイト云フノナラバ履行シテモ少シモ差支ナイノデアアル、成程親ノ贈與トシテハ有效デアナイカモ知レヌガ、兎ニ角其相續人タル者ガ是丈ケノ財産ヲ與ヘヤウト言々ナラバソレハ法律上有效トシテ宜シイ、勿論先刻申シタ通り贈與ニ此ノ如キ形式ヲ要スルトシタノハ誤デアアルトシテモ必ズシモ自然義務ヲ認メナケレバナラスト云フコトハナイ、況ヤ他ノ場合、一ツノ例ヲ言フト債務ガ時効ニ因テ消滅シタ場合(如何ナル國ノ法律デモ文明國ノ法律ガ時効ヲ認メヌト云フコトハアリマセヌカラ必ズ時効ニ因テ或債務ガ消滅スル)ニ若シ債務者ガ確ニ借リタ物ヲマダ返サヌニ相違ナイト思フノニ、唯一時ノ都合上時効ヲ援用シテ債務ヲ免レタ、併ナガラ良心ニ問ウテ見ルト頗ル面白クナイ、ドウカシテ矢張り拂ヒタイト云フ時ニ舊民法杯テ言フト其場合ニハ自然義務ガアル、即チ債務者ガ拂フモノハ自然義務ノ履行デアアルト云フノデス、ケレドモ前ノ債務ハ消滅シタニ違ヒナイガ併シ甲ガ乙ニ對シテ或義務ヲ負ヒタイト云フ意思ヲ明カニシタナラバソレニ效力ヲ持タシテ宜シイ、拂ヒタモノハ後トカラ取返スコトハ出来ヌトセネバナラス、法律的ニ言フナラバ矢張り一ツノ贈與デセウ、贈與デモ構ハヌ、贈與ト云フモノハ素ト慈恵心ガ無ケレバ成立タヌト云フノガ間違テ居ル、贈與ハ必ズシモ慈恵心ガナクテモ宜イ、唯相手方カラ債ヒヲ取ラズシテ或財産ヲ與ヘルノガ贈與デアアルト言ヘバ今ノモ贈與デアアル、原因ノ必要ヲ認メルトサウ云フ譯ニ

ハ行カヌノデス、第一ノ例デ親ガ贈與ヲ爲ス約束ラシテ置イタ、ソレガ形式ガ缺ケテ居ッタ、其子ガ之ヲ履行シヤウト思ウテ或財産ヲ與ヘタ、此時ニ我我ハ之ヲ新ナル贈與即チ相續人ノ爲ス所ノ一ツノ贈與ト見ル、所ガ佛蘭西法ハ曰クサウデナイ、相續人ガ相手方ニ慈恵ヲ施ス意思ガ無イ、親ノ約束ヲ履行スル意思デアッタ、ソレダカラソレハ「贈與」トシテハ成立シナイ、「贈與」ト云フモノハ慈恵ヲ施ス意思ガナケレバナラスト云フノデアアルカラ、若シ此場合ニ自然義務ヲ認メナカッタナラバ相續人ガ爲シタル行爲ハ無効デアアルトドウシテモ言ハナケレバナラス、ソレハ誠ニ殘念ノコトデアアル、何トカ名義ガ附クマイカ、宜シイ、自然義務ノ履行デアアル、即チ一ノ辨濟デアアルカラ有效デアアル、即チ「辨濟」ハ或債務ヲ消滅セシメル意思ガアルモノデアアル、ソレガ即チ原因デアアル、第二ノ例デモ其通り、時効ニ因テ消滅シタル所ノ債務ヲ新ニ負擔スル或ハ新ニ履行スルノハ、我我ハ之ヲ「贈與」ト云フケレドモ佛蘭西法ハ曰ク贈與ニ非ズ、如何トナレバ慈恵心ガ無イ、前ニ存シテ居ッタ債務ヲ履行シヤウト云フ意思デアアル、其債務ハ法律上成立シテ居ラス、サウスルト原因ガナイ、ソコデ何トカシテ之ヲ活カシタル意思ガアル、是ガ即チ義務前ニ消滅シタ債務ハ自然義務ノ形デ存シテ居ル、即チ其債務ヲ消滅セシメル意思ガアル、是ガ即チ一ツノ原因デアアルト云フコトデ、原因ノ必要ヲ認メタノガ誤デアアットコトヲ悟ラズシテ救済ノ一ツノ方法トシテ自然義務ヲ認メテ居ル(英法ニ於テモコンシデレーン)ノ必要ヲ認メテ居ルガ故ニ自然義務ヲ認メテ居ルヤウデアアル、即チ本ニ遡ラテ言フト第一ニハ必要ナラザル形式ヲ必要トシタ爲メ、第二ニハ必要ナラザル原因ヲ必要トシタ爲メ佛蘭西法、和蘭法、伊太利法等ニ於テハ自然義務ノ必要ヲ感ジタノデアリマス、併シ必要ナラザル形式ヲ廢シ又原因ノ如キモノヲ契約ノ要素トシナカッタナラバ最早自然義務ノ必要ハ無イ、即チ我民法ノ如キハ一方ニ於テ贈與ト雖モ必ズシモ公正證書ヲ作ラニヤナラ

スト云フヤウナコトハナイ、書面ヲ以テスルノト然ラザルトハ效力ニ多少ノ差異アリマスケレドモ  
 兎ニ角口頭ヲ以テスル贈與ト雖モ矢張り法律上有効ナル、其點ニ於テハ自然義務ノ必要ガ無クナル、  
 第二ニハ契約ノ要素トシテ「原因」ト云フモノヲ認メナイカラソレ益、自然義務ノ必要ハ無クナッタ  
 デアル、岡松君ガ此原因ノ必要ト云フコトヲ、法學志林デ論ジテ居ッタヤウデスガ、佛蘭西デ謂フ所ノ原  
 因ト權利發生ノ原因トヲ或ハ混ジテ居リハシナイカト思ヒマス、債權發生ノ原因ガナケレバ債務ハ發  
 生シナイケレドモ佛蘭西法デ謂フ所ノ原因ハソレデハナイ  
 以上ニテ新民法ガ「自然義務」ヲ認メナカッタコトヲ説明致シマシテ隨テ現行ノ民法ニハ最早「法定義  
 務」、「自然義務」ト云フ區別ハ全ク無クナッタト云フコトヲ申上ゲタノデアル、是ガ債權ノ緒論ノ第三點  
 デアル

次ニ第四點、債權發生ノ原因、此原因ハ我法典ニ認ムル所ノモノガ五ツアル、第一ハ法律行為、最モ其重  
 ナルモノハ契約デアル、ソレニ續イテ重ナルモノハ遺言デアル、第二ニハ事務管理「事務管理」ト云フ  
 ノハ義務ヲクシテ他人ノ事務ヲ管理スルノデス、人カラ頼マレタノデモナシ法律ガ命ジテ居ルノデモ  
 ナイニモ拘ハラズ他人ノ事務ヲ管理スル、之ヲ名ケテ「事務管理」ト謂フ、サウスルト一定ノ義務ガ雙方  
 ニ生ズルノデス、第三ニハ不當利得、法律上ノ原因ナクシテ（此處ノ原因ハ即チ權利發生ノ原因デス）他  
 人ノ財産又ハ勞務ニ因リ利益ヲ受ケ爲メニ他人ニ損失ヲ與ヘタ者ハ其利益ヲ被害者ニ返還スル義務ガ  
 アル、一ツ例ヲ申上ゲルト、私ガ甲ト云フ者カラ金ヲ千圓借リテ居ッタ、ソレヲ返サウト思ウテ誤ッテ乙  
 ノ處ニ持ッテ參ッタ、ソレヲ乙ガ受取ッタノデス、此場合ニ於テハ乙ハ其金ヲ受取ル權利ハナイノデス、即  
 チソレヲ受取ルベキ法律上ノ原因ハナイノデス、然ルニ乙ハソレヲ受取ッタ其結果ハドウデアアルカト云

フト私ハ拂ハイデモ宜イ千圓ヲ拂ッタコトニナルカラ千圓丈ケ損害ヲ受ケルサウシテ乙ガソレ丈ケノ  
 利益ヲ受ケルカラ是ハ不當利得、之ヲ私ニ返サスケレバ乙ナル者ハ即チ不當ニ得ラシテ私ガ不當ニ損  
 ヲスルコトニナルカラソレデ返還ノ義務ガアル、第四ハ不法行為、他人ノ權利ヲ侵害シテ之ニ因ッテ損  
 害ヲ加ヘタ者ハ其損害ヲ賠償スル義務ガアル、私ガ他人ノ所有ニ屬スル所ノ家屋ヲ壊シタ、犬ヲ殺シタ  
 ト云フヤウナ場合ニハ即チ他人ノ所有權ヲ害スル、サウシテ所有者ハ之ニ因ッテ損害ヲ被ルノデス、家  
 屋ヲ全部壊セバ其價丈ケノ損害ヲ被ル、犬ヲ殺セバ犬ノ價丈ケノ損害ヲ被ル、ソレハ賠償シナケレバナ  
 ラス、即チ此場合ニ於ケル義務ノ原因ハ不法行為、終ニ第五ニ他ノ法定原因、勿論債務ハ皆法律ノ規定  
 ニ因ッテ生ズルト言ッテモ宜イノデス、契約カラ義務ガ生ズルト云フガソレハ法律ガ此ノ如キ效力ヲ  
 認ムルカラデアル、斯様ニ論ジタナラバ一切ノ債務皆法律ノ規定ヨリ生ズルト言ッテモ敢テ差支ハナイ  
 併シ一旦法律ガ契約カラ債務ノ生ズルモノデアル、事務管理カラハ斯ク斯ク事實ニ生ジテスルモノガ必ズ  
 アルト言ヘバ其契約、其事務管理ヲ何人ガ爲シテモ、如何ナル場合ニ其事柄ガ事實ニ生ジテスルモノガ必ズ  
 義務ヲ生ズル、間接ニハ法律ノ力デ其義務ガ生ズルト云ヘルケレドモ、直接ニハ契約以外ノ原因デアル、  
 原因デアル、事務管理ソレ自身ガ債務ノ原因デアルト言ハナケレバナラス、然ルニ今此處ニ謂フ所ノ  
 「法定原因」ハ直接ニ法律ノ規定カラ債務ガ生ズルモノ即チ上ニ列舉シタル一定ノ原因以外ノモノデア  
 ル、ソレハ枚舉ニ違アラスノデス、一ノ例申上ゲルト扶養ノ義務ノ如キハ其著シキモノノ一ツデ、  
 父ハ子ヲ養フ義務ガアル、子ハ父ヲ養フ義務ガアル、是ハハチャント法律ニ其通りニ書イテアルノデスカ  
 ラ何モ約束ヲセイデモ、ドウ云フ行為ヲ爲サナクテモ唯親子ノ關係ガアルバ法律ガサウ云フ義務ヲ負





ハス、是ハ法律ノ規定カラ直接ニ生ズル所ノ債務デアアル、ソレカラ後見人ノ義務ナドモ矢張り法律ニ依ツテ直接ニ定メラレタモノデアアル、是ハ所謂「事務管理」デハナイ、法律ニ定メタル條件ノ下ニ指示サレタル所ノ人ハ必ず後見人ト爲ツテソレレクノ義務ヲ盡サンナラヌト云フコトガチヤント法律ニ書イテアル、是ハ矢張り法律カラ直接ニ生ズル所ノ債務、債權者ニ付テモ同様デアアル、親族會員ニ付テモ同様デアアル、ソレカラ少シ趣ノ異ナツタモノデ是ハ議論ノアル問題デスケレドモ納税ノ義務ヲ私ニ言ハセルト矢張り法律ノ規定カラ直接ニ生ズル所ノ債務デアアル、納税ノ義務ガ債務ナルヤ否ヤト云フノハ公法學者ノ間ニ議論ノアル問題デアアル、ケレドモ私ハ一ノ債務デアアルコトヲ疑ハナイ、當ニ私ガ疑ハナイノミナラズ現行ノ法律ニ明カニ之ヲ「債務」トシテ認メテ居ル例ハ幾ラモアルノデス、第一、國稅徵收法モ私ノ目カラ見ルト之ヲ債務トシテ認メテ居ルヤウデアアル、ソレカラ破産法即チ舊商法ノ尙ホ効力ヲ存シテ居ル部分ノ中ニ「債權」トシテ「稅」ガ列擧シテアル、併シ是ハ公法ノ問題デスカラ今此處ニ委シク論ズルコトヲ致シマセス、一旦之ヲ「債務」デアアルト言ヘバ即チ法律ノ規定ヨリ直接ニ生ズル債務デアアル、地租條例ニ斯ク斯クト書イテアルカラ地租ヲ納メル義務ガ生ズル、所得稅法ニ斯ク斯クト書イテアルカラ所得稅ヲ納メル義務ガ生ズル、他モ皆其通り、語リ委シク言ヘバ債權債務ハ皆法律ノ規定カラ生ズルト云フテモ宜イケレドモ其中デ稍ヤ主ナルモノハ特ニ法律ガ概括ノ規定ヲ設ケ、斯様ナル事實ガアツタラバ斯クノ義務ガアルト定メテ居ル、ソレガ民法ニ於テ四ツアル、法律行爲、事務管理、不當利得及ビ不法行爲、其他ノ場合ハ概括的ニ規定セズシテ箇別別ニ之ヲ規定シタ、ソレガ學者ノ通常所謂法律ノ規定ヨリ直接ニ生ズル債務デアアル、是ガ緒論ノ第四點

終ニ第五點ハ本編ノ章別ノコトデアリマス、本編ハ法文ニモ其如クナツタ居リマスルガ又學理上モソレ

デ宜カラウト思フ、第一ガ總則、此中ニハ各種ノ債權ニ通ズル事ガ掲ゲテアル、即チ今申シタ發生原因ノ如何ニ拘ハラズ苟モ債務デアアルナラバ是次ケノ效力ガアルト云フヤウナコトハ總テ債權ノ總則、第二ガ契約、即チ債權發生原因ノ最モ主ナルモノノ一ツナル契約ニ關スルコト即チ法律行爲ノ中デモ遺言ニ關スルコトハ相續ト密接ノ關係ヲ有ツテ居ルカラ法文ニモ相續編ニ規定シテアル、講義モ相續編ト合セテ之ヲ爲スノガ普通デアアル、サウスルト主ナルモノハ契約デス、其次ガ事務管理、不當利得、不法行爲、總則ヲ除イテハ皆債權發生ノ原因デアアル、其原因ニ依ツテ同ジク債權デアリナガラ多少效力ヲ異ニスル所ガアル、或ヘ言葉ヲ換ヘテ言フト契約カラハ如何ナル種類ノ債權ガ生ズルカ、事務管理、不當利得、不法行爲カラハ如何ナル債權ガ生ズルカト云フコトガ定メテアル、法律ノ規定ヨリ直接ニ生ズル債權ノ如キハ其各規定ニ定マツテ居ル、先刻ノ一二ノ例ニ就テ言ツテ見テモ扶養ノ義務ハ親族編ニ委シク規定ガ出來テ居ル、後見人ノ義務、親權者ノ義務、親族會員ノ義務ノ如キモ皆ソレソレ親族編ニ規定ガアル、納税ノ義務ハ稅法ニ皆其規定ガアル、ソレデスカラ特ニ債權編ニ規定シテ居ル處ハ無イノデス

### 第一章 總則

第一章總則ノ中ニハ第一ニ債權ノ要素ノコトガ規定ニ爲ツテ居ル、法文ノ表題ニハ目的トアルノデス、次ニ債權ノ效力、次ニ多數當事者ノ債權ト云フノハ債權者ガ數人アリ若クハ債務者ガ數人アル場合ヲ云フノデス、次ニハ債權ノ讓渡、終ニ債權ノ消滅、斯ク五節ニ爲ツテ居ルノデス、先ヅ第一節、債權ノ要素ノ御話ヲ致シマス

第一節 債權ノ要素

此「債權ノ要素」ト云フ言葉ト法律行為ノ要素ト云フ言葉ト混ジテハナラヌノデス、似寄々モノデア  
 カラ餘程混ジ易イニ依ッテ豫メ申上デテ置クニ法律行為ノ要素ノ意味ハ實ハ餘程不明デス、民法ニ法  
 律行為ノ要素ト云フモノハドンナモノカト言タラバ殆ド人人デ其説明ガ異ナルデアラウト思フ、私  
 ハ民法ニ謂ク「法律行為ノ要素」トハ、詰リ法律行為ノ目的ト云フコトニ歸著スルト思フノデス、極ク正  
 確ニ云フト法律行為ノ要素ハ二ツアルト言テ宜カラウト思フ、ソレハ何デアアルカト云フトハ意思表  
 示ガナケレバナラス、ソレカラ其意思表示ハ一定ノ目的ヲ持ッテ居ラニヤナラス、此二ツガ要素デア  
 ルト思フ、併シ民法ニ「法律行為ノ要素」ト云フ言葉ノ使ウテアルノハタツタ一箇處デアリマス、ソレハ  
 「法律行為ノ要素ニ錯誤アリタルトキハ云云」ト云フコトデ、第九十五條ニ在ル、錯誤ト云フ以上ハ意思  
 表示ノアルコトヲ前提シテ居ラ、サウシテ其意思ト表示シタルモノトガ齟齬シテ居ルコトヲ意味シテ  
 居ルノデスカラ、第一ノ要件ハ當然存シテ居ルコトヲ前提シテ居ル、例ヘバ狂人ガ或コトヲ言ッテモソ  
 レハ意思ガ無イ即チ意思表示ガナイ、ダカラ目的ハドンナ立派ナ目的デモ何ニモナラス、即チ法律行為  
 ノ要素ガ缺ケテ居ル、併シソレハ錯誤ガアルトハ言ヘナイ、サウ云フ時ニハモウ錯誤トコロノ懸デハナ  
 イ根本ノ意思ガ無イノデスカラ問題ガ起ラス、ソレダカラ「錯誤アリ」ト云フ時ニハ既ニ意思ハ有ルコ  
 トヲ前提シテ居ル、サウスルト此「法律行為ノ要素ニ錯誤アリ」ト云フノハ私ニ言ハセルト「法律行為ノ  
 目的ニ錯誤アリ」ト言フナ宜シト思フ、唯此「目的」ト云フ言葉ハ從來兎角狭イ意味ニ用ヒラレテ居  
 ル、故ニ誤解ヲ招キ易イカラ要素ト云フ字ヲ使フテアル、例ヘバ先刻申シタ贈與ノ場合ハ私共カラ言ハ

モルト目的トハ何ダト云フト一定ノ人ニ或財産ヲ與ヘルト云フコトデアラウト思フ、一定ノ人ト云フ  
 モノハ目的ノ中ニ這入ッテ居ル、成程贈與ノ中ニ稀ニハサウデナイノガアリマス、金持ガ犯罪ガアルカ  
 ラト云フノデ店先ニ餅ヲ抛ル、誰デモ來テ拾テ宜シト云フノガアリマスガ、サウ云フ特別ナ場合ハ  
 除イテ普通ノ贈與ト言ヘバ或人ニ或財産ヲ與ヘルト云フノデアル、誰デモ構ハヌ此土地ヲ遺ル、誰デモ  
 構ハヌ金銭ヲ遺ルト、ソシテ意思デハナイカラ相手ノ誰ト云フコトハ目的ノ中ニ這入ッテ居ルト思ヒマ  
 ス、デスカラ若シ是ガ間違ッテ居ラ甲ニ與ヘルト云フノガ實際ハ乙ニ與ヘルコトニ爲ッテハ法律行為ノ  
 要素ニ錯誤アルコトニナル、所ガ從來法律家ガ「目的」ト云フ言葉ヲバサウ云フ廣イ意味ニ用ヒテ居ラ  
 ス、今ノ場合ニハ當事者ニ錯誤ガアルト云フノデス、併シ當事者ニ錯誤ガアルテモ必ず法律行為ノ要素  
 ニ錯誤アルトハ言ヘナイ、普通ノ賣買テ例ヘバ私ガ所有ノ不動産ヲ賣ラウ、ソレヲ甲ナル者ガ一定ノ條  
 件ヲ以テ買ハウト云フ、代價一萬圓ナラ一萬圓、ソレハ即時拂、一箇月後ニ拂フノナラバ一  
 箇月後ニ拂フ、ソレテ宜シト言ッテ承諾シタナラバ實際甲ガ自ら買フノデアラウトモ、所ガ「法律行為ノ要  
 デアルト思ウテ談判シタガソレハ實際乙デアッタト云フ人達ノ場合デアラウトモ、所謂「法律行為ノ要  
 素」ニ錯誤ガアリハシナイ、要素ハ何カ、私ノ方デハ或不動産ノ所有權ヲ與ヘル、相手方ノ方デハ私ニ金  
 銭ヲ拂フト云フノデス、ソレニサハ錯誤ガナケレバ契約ハ絕對ニ成立シテ仕舞フ、ソレダカラ當事者ガ  
 法律行為ノ要素トハ一般ニハ言ヘナイ、併シ贈與ノ場合ノ如キハソレガ要素ニナル、所ガ「債權ノ要素」  
 ト言ヒマスルト少シク違フ、債權ノ要素ハ必ズ三ツアルト言ッテ宜カラウト思ヒマス、第一ハ債權者、第  
 二ニ債務者、第三ニ目的、此目的ハ先刻ノ意味ヨリハ意味ガ狭イ、債權ノ發生原因如何ニ拘ハラズ  
 必ズ此三ツノ要素ハアル、先ツ最モ普通ノ債權發生ノ原因ハ蓋シ貸借デアリマセウ、ダカラ「債權」ノコ



トフ貸ト云ヒ、債務ノコトヲ借ト云フ、如何トナレバ貸借ヨリ生ズル債權債務ガ最も多イカラデア  
 是ハ日本ノミナラズ西洋デモサウデス、即チ貸主ハ債權者デアアル、借主ハ債務者デアアル、而シテ目的ハ  
 ト言ヘバ債務者カラ債權者ニ或金額ヲ拂フト云フノデアアル、例ヘバ元金ガ千圓デ無利息ダ其千圓支  
 ケラ拂フ、或ハソレニ利息ノ附ク場合ナラバ年五分トカ一割トカノ利息ヲ附シテ返ス、サウ云フノガ目  
 的此三ツハ必ズアル、試ニ贈與デアアツテモサウデス、受贈者ガ債權者デアアル、之ヲ與フル者即チ贈與者  
 ハ債務者デアアル、目的ハト云フト或不動産ノ所有權或ハ或金額ノ所有權ヲ移轉スルコト(俗語デ言ヘバ  
 或金額ヲ拂フト)デアアル、ソレカラ稍ヤ六個敷イモノヲ云フト、畫家ガ繪ヲ描クト云フノデアアル、此等  
 ニ付テハ中六個敷イ問題ガ起ル、普通ニ考ヘルト、畫家ガ橋本雅邦トカ何トカ豪イ人デアアルト假定ス  
 ル、其人ガ私ニ向テ或繪ヲ描クト約束スル、私ハ債權者デアアル、橋本氏ハ債務者デアアル、サウシテ繪、  
 山水ナラ山水、人物ナラ人物ノ畫ガ目的デアアルト斯ウ普通ニ言フ、所ガ私共ニ言ハセルトソレハ甚ダ不  
 正確ナ言ヒデアアル、畫ノ如キモノデアアルト唯山水、唯人物ノ畫ガ目的デハナイ、即チ債務者自身ノ描  
 イタル繪ト云フノデス、ダカラ弟子ニ代リニ描カセタツテモ決シテ債務ノ履行ニハナラズ、自分デ描カ  
 ナケレバ可ケナイ、此ニ至ルト動モスルト當事者ト目的トヲ混ジテ困ル、西洋ノ學者ハ絶エズ混ジテ居  
 ル、ボワソナード氏モ絶エズ混ジテ居ル、ケレドモ今ノ場合ニ於テハ幾ラ目的ノ文字ニ狭イ意味ヲ  
 持タセテモ單ニ山水ノ畫、人物ノ畫ガ目的デハナイ、必ズ橋本雅邦ノ畫ト云フノガ目的デアアル、ソレダ  
 カラ第一是ガ人違デアアツタト云フトガ後デ知レバ是ハ即チ目的ニ錯誤ガアルノデアアル、ソレデ債權  
 ノ目的モ既ニ違テ居ルガ此場合ニハ法律行為ノ要素ノ錯誤モ確ニアル、又他ノ點カラ云フト貸金ハ債  
 務者ガ自身ニ拂ハヌデモ宜イ第三者ガ借リタ物ヲ返シテモソレハ立派ナ履行ニナル、併シ今ノ橋本氏

ノ畫ト云フトキニハ橋本氏自身ガ描カナケレバ履行ニナラズ、如何トナレバ債權ノ目的ガソレデアアル、  
 是ガ何ヨリモ能ク分ル證據デアアル、要スルニ債權ノ要素ニハ債權者、債務者及ビ目的ノ三ツデアアル、是  
 ガ一ツ變ルト云ツト最早同一ノ債權デアアルトハ言ヘナイ、其中ノ一ツガ變ルト更改ニ爲ル、尙ホ債權ノ  
 讓渡ノ場合クハ相續ノ場合ニハ債權者ガ變ルヤウニ見エル、又相續ノ場合ニハ債務者ノ變ルコトモ  
 アルヤウニ見エルノデスケレドモ、ソレハ法律上ハ變ルノデハナイ、甲ノ權利ヲ乙ガ承繼シテ法律上ハ  
 同一人ト見ラレル、或ハ甲ノ義務ヲ乙ガ承繼シテ即チ法律上ハ同一人デアアルノデスカラ其場合ニハ要  
 素ガ變更シタトハ言ハヌノデス、此ノ如ク債權ノ要素ハ三ツアリマヌルガ其中デ債權者債務者ノコト  
 ハ別ニ論ズベキコトハナイ、唯目的ノコトハ聊カ論ズベキコトガアル、即チ目的ニ關スル問題ガ三ツア  
 ル、第一ハ如何ナル物ヲ以テ債權ノ目的ト爲スコトヲ得ルコト云フ問題、第二ハ物ニ關スル債權ニ付テ  
 特別ノ規定ガアル、第三ニハ選擇債務、牛カ馬カヲ與ヘヤウ、土地カ家屋カヲ與ヘヤウト云フノガ即チ  
 選擇債務、是ハ即チ目的ガ二ツ以上アツテ其中ノ一ツヲ實行シヤウト云フ債權デアアル、矢張り目的ニ關  
 スル問題デアアル

第一款 債權ノ目的ト爲シ得ルモノ

之ニ付テハ沿革ノアルコトデ、羅馬法ニ於テハ金錢ニ見積ルコトヲ得ザルモノハ以テ債權ノ目的ト爲  
 スコトヲ得ナイト爲テ居タ、是ガ先入主ト爲テ今日ノ歐羅巴各國デモ多クハ矢張り此主義ガ行ハレ  
 テ居ル、沿革上ノ理由ヲ言ヘバ隨分理由ノアルコトデアラウト私ハ思フ、併ナガラ今日ニ於テ此主義ヲ  
 採用スルノハ言ハバ時候後レノコトデアラウト思フ、ナゼト云フニ人類ノ生活上其利益若クハ幸福ガ



常ニ金錢のノモノデナイト云フコトハ喋喋ヲ要セヌコトデアラウト思フ、社會ガ進歩スレバ進歩スル程種種金錢以外ノ需要、利益ガ發達シテ來ルト思フ、然ルニ唯リ債權ハ金錢ニ見積ルコトヲ得ルモノデナケレバ其目的ト爲スコトヲ得ナイト云フノハ甚ダ狹隘ニ失スル主義デアルト謂ハネバナラス、而シテ此主義ハ事實上各國共ニ満足ニハ行ハレテ居ラス、又行ハレナイ筈デアルト思フ

先ツ不法行爲ニ因ル債權ノコトヲ考ヘテ見ルニ、他人ノ名譽ヲ毀損シ若クハ生命ヲ絶ツト云フヤウナ不法行爲ノアッタ場合ニ其結果被害者若クハ被害者ノ妻子等ニ損害賠償ノ名義ヲ以テ或金額ヲ請求スル權利ガアル、此事ハ今日文明諸國ノ法律ハ大抵之ヲ認メテ居ルノデアル、而シテ名譽ナルモノハ果シテ金錢ニ見積ルコトノ出來ルモノカト云フニ一般ニハ決シテサウ云フコトハ出來ナイ、成程商人ノ名譽ナドハ多少金錢ニ見積ルテ見積ルスコトハアリマセスガ、併シ如何ニ商人ト雖モ商業上ノ生活以外ニ人格ガナイト云フ譯デアアリマセスカラ商業上ノ名譽ヲ傷メラレタト云フ點丈ケハ金錢ニ見積ルコトガ出來ルトシテモ、ソレ以外ニ於テハ矢張り金錢ニ見積ルコトガ出來ス、況ヤ商人ニ非ザル者ニ於テオヤ

又人ノ生命ハ固ヨリ金錢ニ見積ルコトヲ得ナイモノデアアル、ソレ故ニ生命保險ニ付テ利益說ヲ唱ヘル者ガアルケレドモ(利益說ト云フノハ生命保險モ亦被保險利益ガアルト云フ說)是モ陳腐ノ說デ我々ノ取ラヌ所デアアルガ、縱令其說ヲ取ラテモ生命ハ金錢ニ見積ルコトガ出來スカラ各人ガ自ら定メタル金額ノ價アリト見ルト云フ窮シタコトヲ言フケレドモ、若シ生命保險モ矢張り損害保險ト同ジヤウニ利益ヲ標準トスルナラバ車夫、馬丁ノ生命ト、國家ノ大政治家トカ大學者トカノ生命トハ大變ニ價値ガ違ハネバナラスノデ、保險金額同ジク違ハネバナラスト云フ結論ヲ生ジマスガ、ソレ等ノ說ヲ唱ヘル

者デモサウ云フ結論ハセヌ、ナゼカト云フト生命ハ金錢ニ見積ルコトガ出來スカラデアアル、故ニ他人ノ生命ヲ絶ツト云フ者ガ損害賠償ヲ拂フト云フノハ其生命ノ價ヲ拂フノデハナイ、ソレハ遺族ノ悲其他ノ痛苦ヲ金錢ニ見積ルノデアアル、ソレデスカラ其場合ノ金額ノコトハ能ク慰藉金ト言ヒマス、他ノモノモ標準ト爲リ得ルガ、如何ナル場合ニ於テモ標準ト爲ルノハ此苦痛デアアル、此ノ如ク名譽トカ苦痛トカ云フモノハ金錢ニ見積ルコトハ本統ハ出來ヌ筈ノモノデアアル、ソレデモ損害賠償ト云フトキハ事實上金錢ニ見積ル、名譽ヲ毀損セラレタ其損害ノ額ガ千圓、二千圓、八ガ殺サレタ、其遺族ノ苦痛ガ千圓ノ價ガアル、一萬圓ノ價ガアルト云フ、是ハ實際外ニ救済ノ途ガナイカラ據ルナクサウ云フ方法ヲ取ル、本來金錢ニ見積ルコトガ出來ヌ筈ダガ、併シ名譽ヲ失フタ爲メニ受ケタ損害ヲ金錢デ償フ、苦痛ヲ受ケタ損害ヲ金錢デ償フト云フコトニ爲ル、其位ノモノナラバ金錢ニ見積ルコトヲ得ナイモノデモ直接ニ債務ノ目的トシテ何ノ妨カアル、萬一不履行ノ場合ニハ矢張り損害賠償ヲ取レル、其債權ヲ履行シナイトキニハ、若シモ直接ノ履行ヲ迫ルコトガ出來ヌモノデアアルナラバ損害ノ賠償ヲ取ル、矢張り不法行爲ノ場合ノ如クデアアル

尙ホ進ンデ論ジマスレバ、金錢ニ見積ルコトヲ得ナイガ爲メハ債權ノ目的トナラナイト是マデ學者ノ唱ヘテ居ルモノデ最モ重モナルモノガ學者、醫師、辯護士等ノ勤勞、是ハ何レモ金錢ニ見積ルコトヲ得ナイモノデアアルカラ債權ノ目的トモ契約ノ目的トモ爲ルコトハ出來ヌモノデアアルト是マデ殆ト定説ノヤウニ唱ヘラレテ居ル、所ガ實際ソレデハ困ル、學者ガ人ニ教ヘテ飯ヲ食ッテ居ル、サウ云フ學者モ澤山アル、サウ云フ人ガ勉強シテ教ヘテヤウモ報酬ヲ寄越サヌ、法律上ソレヲ請求スル權利ガナイト爲ッタル其職業ハ絶エテ仕舞ハネバナラス筈デアアル、日本ニハ私ノ教師ガマダ比較的少イ、西洋ニハ教育ノ進



ンデ居ル國丈ケニ非常ニ多イ、佛蘭西ニ於テモ獨逸ニ於テモ私ノ教師ヲ一時間幾ラト云フ報酬ヲ類ン  
 デ置ク、ソレハ皆學者デス、ソレガ若シ債權ノ目的ト爲ラヌト云フナラ折角ノ約束ヲシテ一時間二圓ト  
 カ三圓トカ云ツテ教ヘナガラ、ソレヲ請求スルコトガ出來ヌデ飯ガ食ヘス、醫師モサウデス、折角學問ヲ  
 シテ一人前ノ醫師ニ爲ラテ人ニ治療ヲ施ス、診察ヲ爲スサウシテ報酬ガ取レヌト云ツテハ飯ガ食ヘス、辯  
 護士モサウデス、折角骨ヲ折ラテ辯護シテ權利ノアル者ハ之ヲ伸バシテヤル、罪ナキ者ハ之ヲ無罪ト  
 シテヤツテサウシテ報酬ハ取レナイト云フコトデハ飯ガ食ヘス、ソレデスカラ實際ハ矢張りソレ等ノモ  
 ノヲ請求スル權利ガアルト云フコトニ自ラ爲ラテ居ルト私ハ思フ、成程國ニ依ラテハ辯護士ノ業ノ如キ  
 ハ非常ナ名譽ノ職業ト爲ラテ居ラスカラ、其報酬ヲ法廷ニ訴ヘテ取ルコトハ甚ダ不見識デアルト云フノ  
 デ請求シナイ、日本デハ醫ハ仁術ト云ヒマスガ、西洋デハサウ云フ義ハ餘リ聞キマセヌガ、辯護士ノ業  
 務ハ仁術デナクトモ少クモ義俠術ト云フコトニ爲ラテ居ル、ソレデ佛蘭西ナドデハ辯護士ガ報酬ヲ裁判  
 所ニ訴ヘテ取ルコトハセヌ、若シシタナラバ多クノ辯護士會規則ニサウ云フ者ハ除名スルコトニ爲ラテ  
 居ルカラソレデ實際ハ請求セヌノデス、併ナガラ幸ニ依頼人ガ德義ヲ守ラテ約束ノ報酬ヲヤラス者ハ  
 減多ニナイサウデスカラ、ソレデ飯ガ食ヘテ行ケル、併ナガラ他ノ醫師トカ教師トカ云フモノニ付テハ  
 ソレ程ノ慣習モナイサウデス、現ニ時時裁判所ニ訴ヘテ取ル者ガアルト見エテ金錢ニ見積ルコトヲ得  
 ザルモノハ以テ債權ノ目的ト爲スコトヲ得ナイト云フ主義ガ一般ニ學說トシテハ行ハレテ居ル國デ時  
 效ニ關スル規定ノ中ニ醫師ノ債權トカ教師ノ債權トカ云フモノガ矢張り列擧シテアル、佛蘭西民法ニ  
 ハ確ニ明文ガアル、辯護士ノ債權ノ事ハ佛蘭西ニハナイ、ナゼナイカト云フト丁度民法ノ出來タトキニ  
 ハ辯護士ト云フモノガ沿革上ノ理由デ一時ナカッタ、其代リ日本ノ辯護士ノ仕事ノ半以上ヲ爲ス者ガ佛

蘭ニハ外ニアル、ソレハ代訟人ト私共ハ譯シマス、佛蘭西語デ「アウエー」(Advocat)ト云フ、是ハ公吏  
 ス、ソレノ報酬ノ事ガ矢張り佛蘭西ノ民法ノ明文ニアル、時効ノ處ニ此債權ハ短キ時効ニ因ラテ消滅ス  
 ルト云フコトガ書イテアル、ソレカラ教師ノ授業料、醫師ノ診察料若クハ手術料ハ皆或ハ六箇月トカ或  
 ハ一年トカ云フ短イ時効ニ因ラテ消滅スルト云フコトガ規定シテアル、ソレデスカラ學者ハ例ヘバ教  
 師、醫師、辯護士ナドノ職業ニ付テハ其仕事ガ金錢ニ見積ルコトヲ得ナイモノデアルカラ債權ヲ生ゼ  
 ス、或ハ債權ノ目的ト爲スコトガ出來ヌト頻ニ唱ヘテ居ルケレドモ、其事實ハ認メラレテ居ルト謂ハネ  
 バナラス、成程反對ノ方デハ報酬ハ金錢デアルカラ債權ノ目的ト爲リ得ル、併シナガラ教師、醫師、辯護  
 士ナドノ仕事ソレ自身ハ金錢ニ見積ルコトヲ得ナイカラ之ヲ以テ債權ノ目的トスルコトハ出來ヌ、即  
 チ醫師ガ診察ヲスル約束ヲシテ置イテモ、イヤニ爲ラタラバ診察ヲシナクテモ宜イ、手術ヲ約束ラ  
 シテ置イテモイヤニ爲ラタラシナクテモ宜イ、教師モ教フル約束ヲシテ置イテモイヤニ爲ラタラ教  
 クテモ宜イ、辯護士モ辯護ヲスル約束ヲシテ置イテモイヤニ爲ラタラ辯護ヲシナクテモ宜イト、ボウ  
 ソナド「氏」ノ如キハソナコトヲ言テ居ル、ケレドモソレハ無理ナ話、一ツノ契約デ或ハ診察ヲスル  
 或ハ手術ヲ施ス、故ニソレニ對シテ報酬ヲ拂フ、或事ヲ教フル、故ニソレニ對シテ報酬ヲ拂フ、或辯護ヲ  
 爲ス、故ニ報酬ヲ拂フト云フコトニ爲ラテ居ル、然ルニ一方ノ仕事ノ方ハ義務ハナイ、サウシテ金ヲ取ル  
 方ノ權利ハアルト、サウ云フ無理ナコトハナイ、故ニ金ヲ取ル權利ガアルナラバ同時ニ仕事ヲ爲ス義務  
 ガアルコトヲ認メネバナラス、一ツ契約ノ中デ一方ノ義務ハ無効ダガ、相手ノ方ノ義務ハ有効ダトハ受  
 取レヌコトデアアル、所ガ實際ソナヤウナコトニ歸著スルノデアアル、舊民法ニ於テモ丁度佛蘭西民法ト  
 同ジコトニ爲ラテ居ラテ時効ニ付テハ舊民法ノ證據編ノ第五百十六條第六號ニ「教師ノ謝金ト云フモノ



ガアル、ソレカラ第五百十七條ノ一號ニハ醫師ノ治術、第二號ニハ矢張り教師ノ謝金ガアル、場合ニ依テテ前條ノ中ニ這入ルモノト、此箇條ニ這入ルモノトアル、前條ノハ五年テ次ノハ三年、場合ニ依テテ年限ガ違フ、ソレカラ第五百十八條ニハ辯護士ノ報酬ノコトガ書イテアル、外ノモノモアルケレドモ辯護士丈ケ拾テ讀ムニ辯護士カ職務ニ關シテ受ク可キモノトアル、此中ニハ或ハ立替金ガ這入ッテ居ルノデハナイカト云フ疑ガ起リマスケレドモサウデナイ證據ガアル、ソレハ今ノ箇條ノ第三項ニ「謝金」ノ事ガ明カニ規定シテアルノミナラズ、第一項ニハ「辯護士カ職務ニ關シテ受ク可キモノ」トアツテ、第四項ニ「此規定ハ右各人カ其職務ノ爲メニ爲シタル立替金及ヒ支出金ニ之ヲ適用ス」トアル、其外ノモノト云ヘバ報酬シカナイ、現ニ辯護士ト一緒ニ規定シテアル公證人、執達吏ハ皆報酬ヲ受クルコトガ出來ルコト明カデアアル、ソレカラ第五百十九條ノ三號ニ「生徒ノ教育ノ代料ニ關スル校長、塾主ノ訴權、ソレカラ第六十條第一號ニ矢張り「教師ノ謝金」ト云フモノガアル、是ハ場合ガ三ツニ分ケテアル、初ハ五年、次ハ三年今ノハ六箇月、場合ニ依ッテ違フ、辯護士ノ方ハ二年、生徒ノ教育ノ代料ハ一年、即チ五年、三年、二年、一年六箇月ト、期間ハ違ヒマスガ兎ニ角皆其中ニ入レテアル、是ヲ以テ見ルト舊民法ニ於テハ教師、醫師、辯護士ノ報酬ヲ請求スル權利ヲバ債權ト見テ居ルコトハ疑ナイ(時効ニ關スル規定ハ現行ノ民法ニモアリマス、民法第七十條ノ第一號、第七十二條、第七十三條ノ第二號デアアル、第七十條ノ第一號ニハ「醫師ノ治術」ト云フコトガアル、第七十二條ニハ「辯護士ノ職務ニ關スル債權」、第七十三條ノ第三號ニハ「生徒ノ教育ノ代料」ニ關スル校長、教師ノ債權」ガアル、又獨逸民法第九十六條第十號乃至第十六號ニハ教師、醫師、辯護士ノ債權ノ時効ヲ二年トシテ居ル、然ラバ其教授トカ或ハ治術トカ或ハ辯護トカ云フモノソレ自身ガドウシテモ契約ノ目的ト爲ラナケレバナラヌ筈デアアル、

所ガ之ニ關シテハ佛蘭西ニハ明文ハアリマセスガ舊民法ニハ明文ガアル、其明文ガ時効ノ規定ト喰ヒ合ハスト思フ、舊民法ノ財產取得編ノ雇傭ニ關スル規定ノ中ニ第二百六十六條「醫師、辯護士及ヒ學藝教師ハ雇傭人ト爲ラス此等ノ者ハ其患者、訴訟人又ハ生徒ニ諾約シタル世話ヲ與ヘ又ハ與ヘ始メタル世話ヲ繼續スルコトニ付キ法定ノ義務ナシ又患者、訴訟人又ハ生徒ハ此等ノ者ノ世話ヲ求メテ諾約ヲ得タル後其世話ヲ受クル責ニ任セス」ト、明カニ契約ノ目的ト爲ラスト云フコトガ書イテアル、所ガ「ボワソナード」氏モ實ハ是デハ實際困ルト思フテ二項以下ニ奇妙ナ規定ヲ置イタ、然レトモ實際世話ヲ與ヘタルトキハ相互ノ分限ト慣習及ヒ合意トヲ酌量シテ其謝金又ハ報酬ヲ裁判上ニテ要求スルコトヲ得「トアル、又、此等ノ者ノ世話ヲ受クルコトヲ諾約シタル後正當ノ原因ナクシテ之ヲ受クルコトヲ拒絕シタル者ハ其拒絕ヨリ此等ノ者ニ金錢上ノ損害ヲ生セシメタルトキハ其賠償ノ責ニ任ス」之ニ反シテ世話ヲ與フルコトヲ諾約シタル後正當ノ原因ナクシテ之ヲ拒絕シタル者ハ因リテ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス」トアル、此等ノ規定ハ殆ド第一項ノ規定ヲ打消シテ居ルヤウナモノデアアルガ、併シ「ボワソナード」氏ノ説明ニ據レバ是ハ契約上ノ義務デハナイ、不法行為及ビ不當利得カラ出ル所ノ義務デアラントシテ居ル、ソレハ約ト云ツテ見ルト、先ツ第二項ハ不法行為ノ規定デアアル、一旦約束ヲシテ置イテ約ヲ履マヌ、ソレハ約ヲ履メト迫ル權利ハナイ、併シ一體嘘ヲ吐クト云フコトハ不法行為デアアル、ソレニ因ッテ損害ガ生ジタラ賠償シナケレバナラヌト云フ、ソレカラ實際世話ヲ與ヘタルトキニハ相當ノ報酬ヲ求メルコトガ出來ルト云フノハ不當利得トシテ取ル、世話ヲ受ケレバ利益ヲ受ケル、ダカラソレニ對シテ相當ノ報酬ヲ拂ハナケレバ不當利得ニ爲ルト云フ説明ヲスル、併ナガラ其説明ノ苦シイコトハ姑ク措イテ、時効ノ規定ト較ベテ見ルトドウシテモ喰ヒ合ハヌ、時効ノ方ハソナナ不當



利得ヤ不行爲カラ出タ債權トハドウシテモ見ル譯ニイカス、ナゼカト云フト、ツギキハ讀マナカッタレドモ教師ノ謝金ハ、例ヘバ「一年毎ニ定メラタルモノ」或ハ「一年ヨリ短ク一月ケヨリ長キ時期ヲ以テ定メラタル場合」或ハ「一月又ハ更ニ短キ時期ヲ以テ定メラタル場合」ト書イテアル、所ガ單ニ不當利得ノ問題ナラバ初一個月ヲ以テ定メヤウトモ一年ヲ以テ定メヤウトモソレニハ依ルベキデハナイ、唯實際受ケタ利益丈ケヲ拂ヘバ宜イコトニ爲ル、即チ今讀ンダ箇條ニアフタ「相互ノ分限ト慣習及ヒ合意トラ酌量シテ其謝金ヲ定ムベキモノデアルト云フノダカラ、一年定メタ場合デモ、一箇月定メタ場合デモ無論違ハナイ筈デアアル、所ガ時効ノ方ニハソレニ依ツテ區別シテアル、故ニ時効ノ方ト前ノ規定トハ喰ヒ合フテ居ラスト私ハ思フ、斯様ナル譯デ我舊民法ニ於ケルノミナラズ佛蘭西ニ於テモ、他ノ歐羅巴ノ多數ノ國ニ於テモ學者ハ此ノ如キ職業ノ人ノ行爲ハ金銭ニ見積ルコトガ出來ヌカラ契約ノ目的トナラヌト唱ヘテ居ルケレドモ實際ハ其債權ヲ認メテ居ルト私ハ思フ、然ルニ近來ニナツテハ階段法律學モ進歩致シマシタカラ此陳腐ノ説ニ對シテハ大分人ガ疑ヲ持ツテ來タ、遂ニ獨逸民法ノ如キハ明文ヲ置キマセヌ、置カナイノハドウカト言ヘバ置カズトモ明瞭デアルト云フ理由デ置カナイ、併シ理由書ヲ讀ンデ見ルト金銭ニ見積ルコトヲ得ルコトガ債權ノ要素ニハ爲ラ居ラス、ソレデ要素デナイコトハ特ニ規定ヲ要セヌト説明シテ居ル、故ニ獨逸民法ニ於テハ債權ノ目的ハ金銭ニ見積ルコトヲ得ルコトヲ要セヌト言ヘルダラウト思フ、我民法ニ於テモ矢張り此新シイ主義ヲ取リマシテ單ニ何等ノ規定モ設ケナイデ置イテハ又後日争ノ起ル虞ガアルカラト云フノデ新民法ハ特ニ明文ヲ以テ金銭ニ見積ルコトヲ得ザルモノト雖モ以テ債權ノ目的ト爲スコトガ出來ルコトヲ明カニシタ、第三百九十九條 債權ハ金銭ニ見積ルコトヲ得ザルモノト雖モ之ヲ以テ其目的ト爲スコトヲ得

ノ管轄裁判所ニ委託シテ其調書ヲ取寄スルコトヲ得ハ極メテ便利ナルノミナラス場合ニ依リテハ此ノ如クセサレハ其目的ヲ達セサルコトアリ故ニ内國ノ裁判所相互ノ間ニハ、斯ル事項ニ關シテ其助則及ヒ囑託手續ノ規則アリ此類ノ必要ハ外國トノ間ニ於テ一層其便利ト必要トヲ增加スルニ由リ近來ニ至リ文明國ノ間ニハ次第二條約ニ依リ共助手續ヲ定メントスルノ傾向ヲ有ス(改正刑罰案參照) 犯罪人引渡 曩ニ述ヘタル如ク國外ノ或犯罪ニ日本刑法ヲ適用スヘキモノト定ムルトキハ其犯人若シ日本ニ在ラサレハ之ヲ日本ノ官憲ニ得ルノ途ナカルヘカラス是ニ於テ列國ノ間ニ犯罪人引渡ナル條約ノ必要ヲ生ス之ニ關シ左ノ一二ノ點ヲ注意ス

(一)日本ノ法權ヲ主張スルカ爲メニ外國ノ主權ヲ害スル能ハサルハ論ヲ俟タス其結果トシテ外國カ其犯人ヲ處罰スル權ヲ有スルトキハ日本ヨリ引渡ヲ請求スル能ハス  
日本カ例ヘハ英國ニテ日本貨幣ヲ偽造シタル犯人アルトキハ日本ノ刑法ヲ以テ罰スル場合ニ日本ヨリ英國ニ其引渡ヲ請求シタルニ英國カ其人ヲ處罰スルノ權ヲ有スルトキハ英國ハ引渡スヲ要セス自國ノ臣民タル場合ハ引渡ヲ爲サス第三國ニ往キタルトキハ引渡ヲ受タルコトヲ得  
(二)現今ハ自國ノ臣民ハ如何ナル場合ニ於テモ訊問處罰ノ爲メニ外國ニ引渡ササルヲ一般ノ慣例トス但恐ラテ將來ハ自國臣民ト雖モ相互ノ條約ニ依リテ之ヲ引渡ス時代來ルヘシ  
(三)政治犯ハ佛國ニ於テ一國ノ政治ハ共和政體ニ限ルト論シテ罪ヲ得タル者ヲ引渡サンコトヲ求ムルモ佛國ハ佛國ニ於テ一國ノ政治ハ共和政體ニ限ルト論シテ罪ヲ得タル者ヲ引渡サンコトヲ求ムルモ佛國ハ之ヲ引渡スニ忍ヒサルヘシ蓋シ共和政體ハ佛國ニ於テ大ニ利トスル所ニシテ害ト認ムヘキ所ナキノミナラス斯ル論ハ却テ益スル所アレハナリ而シテ茲ニ一言注意スヘキハ政治犯ト謂フハ國事犯及ヒ

其以外ノ政治上ノ總テノ犯罪ヲ謂フコト是ナリ  
附言、國外ニ於ケル日本刑法ノ效力如何ノ問題ヲ國際刑法ト稱スル學者アリ此名稱ハ適當ニ非ス國  
際法ハ國家間ヲ拘束スルモノニシテ刑法ハ此ノ如キコトナク總テ國內刑法ナリ其助及ヒ犯罪人引渡  
ニ關スル規定ハ條約ヲ以テ定ムルニ過キス

### 第四章 行為

#### 第一節 通則

一 身體ノ舉動ヲ言現ハスヘキ語ハ内外國共ニ一定セス動作ト云ヒ行為ト云  
ヒ所爲ト云ヒ作爲ト云ヒ所行ト云フ余ハ下ノ例ニ用ヒンコトナ期ス

動作 = 舉動 = 身體ノ動靜 (Körperliche Thätigkeit, Activität corporalis)

舉動 + 意思 = 行為 (Willensbetätigung, Acte)

行為 + 結果 = 所爲 (Handlung, Action)

二 法定主義ノ適用トシテ刑法定ムル所ノ要素全部備ハラサレハ犯罪ハ成立  
セス今其定ムル所ヲ視ルニ如何ナル犯罪ト雖モ外部身體ノ舉動ヲ要素ノ一ニ  
舉ゲサルハナシ是之ヲ普通要素ノ中ニ列スル所以ナリ古法ト異リ *Cogitationes*  
*inchoatae puniuntur*

普通要素中正條ナケレハ罪ナシトノ原則ハ第二條ニ之ヲ明言ス又故意若クハ過失ニ出テサレハ罪ナ  
シトノ原則モ第七七條ニ之ヲ規定ス行為ニ付テハ總則ニ何等ノ規定ナシト雖モ罪ト刑罰トヲ定メタ  
ル各本條即チ刑法ニ付テ言ヘハ第一一六條以下ノ罪刑ノ規定ニハ或ハ人ヲ殺シタル者或ハ所有物ヲ  
竊取シタル者或ハ火ヲ放チタル者ト云フ如ク一トシテ外部身體ノ舉動ヲ成立要素ノ一ニ掲ケサルモ  
ノナシ此等各本條ノ規定ヲ歸納シテ外部ノ舉動ナケレハ犯罪ナシト云フ一般ノ要素ヲ生ス而シテ古  
ハ何レノ國ニ於テモ純然タル思想界ニ刑ヲ加ヘタル實例アリト雖モ現今ハ其思想カ外部ノ或舉動ニ  
表ハレサル限リハ斷シテ之ヲ罪ト爲スコトナシ舉動ナケレハ罪ナシト云フコトハ例外ナキ原則トス

三 身體ノ舉動ハ普通要素ノ一タルニ過キス從テ他ノ總テノ要素ト合シテ初  
メテ罪トナル他ノ要素ノ中特ニ舉動ト密接ノ關係アルモノハ意思ナリ身體ノ  
舉動ニシテ意思ノ發動ニ係ル場合ハ之ヲ行為ト名ケン第五章第三節參照

犯罪ハ總則ニ於テ述フル所ノ普通要素ト各論ニ述フル特別要素ト相合シテ成立ス外部身體ノ舉動ハ  
其普通要素ノ一タルニ過キサルヲ以テ主體及ヒ客體ニ關スル條件ヲ備ヘ又豫メ刑罰法令ニ列舉セラ  
レ且不法ナリト云フ如キ他ノ總テノ要素ヲ具備セザレハ成立セサルハ言フ俟タズ然レトモ其多クノ  
要素中刑法上ノ問題トシテ外部身體ノ舉動ト最モ密接ノ關係ヲ有スルハ意思ナリ若シ外部ニ何等ノ  
舉動モアラサレハ全ク犯罪成立セスト雖モ單ニ外部ノ舉動ノミアリテ之ヲ爲スニ至レル意思ニ一定  
ノ條件ヲ具ヘサレハ刑法ノ關係ニ於テモ恰モ天災地變ノ爲メニ人ノ死亡シ物ノ破壊サレタル如ク犯  
罪トシテノ責任問題ヲ生セス意思ニ伴フ舉動ニシテ始メテ罪ト爲ルヘキ行為ト謂フコトヲ得故ニ行



爲ト云ヘハ意思ニ伴ヒタル舉働ト知ルヘシ其所謂意思ニ關スル問題ハ第五章第三節ヲ參照スヘシ  
**四 行為ニ積極又ハ消極ノ關係アル物界ノ影響ヲ結果ト名ケン**

行為ニ積極ノ關係タル影響トハ其行為カ原因タルノ力ヲ有シ其結果トシテ犯人ノ精神以外即チ物界ニ於テ一定ノ變更ヲ生シタルヲ謂フ本章第二節第一號以下ニ尙ホ之ヲ繰返シテ説明ス次ニ行為ニ消極ノ關係タル影響トハ行為カ原因タル力ヲ有セスシテ他ヨリ來レル原因ノ爲メニ生スル所ノ結果ヲ防止セサル場合ヲ謂フ此點ハ本章第三節第一六號ニ之ヲ述ブ

**五 行為ハ稀ニハ一個ノ舉働ヨリ成立シ又多クハ數個數十個ノ舉働ノ結合ヨリ成立シテ一度物界ニ影響ヲ與フレハ連綿トシテ殆ト盡クル期ナシ國法上行爲ニ關係アリトスル物界ノ影響ハ法ノ明文又ハ本旨ニ擧ケラレタルモノニ限定セサル可ラス**

吾人ノ行為ハ單ニ一箇ノ舉働ヨリ成立スルコトヲ得例ヘハ一撃ノ下ニ人ヲ殺スカ如シ又實際數多ノ場合ハ多數ノ舉働ノ結合シテ成立スルモノナリ數回人ヲ毆打シテ人ヲ殺スカ如シ而シテ玆ニ一箇ノ舉働アレハ必ス之ニ應スル外部ノ影響アルカ故ニ又必ス一箇ノ結果アリ數十箇ノ舉働アレハ數十箇ノ結果アリ手ヲ擧タレハ擧ケタリト云フ結果ヲ生ス打テハ打チタリト結果ヲ生ス前後相連絡スルコトハ恰モ鎖ヲ連スルカ如シ又其最後ノ結果例ヘハ前例ニ於ケル人ノ死亡ハ更ニ警察官ノ臨檢、遺族ノ悲歎、葬儀、追善ノ如キ他ノ結果ヲ惹起シテ其及フ所ヲ微細ニ觀察スルトキハ底止スル所ナシ若シ哲學的ニ觀察スレハ天地間ノ一切ハ悉ク其間多少ノ關係ナキモノナシ此意味ニ於テハ原因ト結果

トノ連鎖ハ宇宙ノ始ヨリ終マテ少シモ絶ユルコトナシ此ノ如ク哲學的ニ因果連絡ヲ絕對的ニ觀察スレハ既往ニ將來ニ無窮ナリト雖モ刑法ニ謂フ因果關係ハ罪ト爲ルヘキ行為ト之ニ對シテ其法規カ明文上又ハ精神上限定シタル外部ノ影響ノミニ付キ生スル問題ナリ故ニ殺人罪ニ付テ言ヘハ殺人的舉働ニ付キ原因ノ關係ヲ講究シ死亡ナル結果ニ付キ影響ノ問題ヲ講究スルモノニシテ人ヲ殺スニ至ル理由又ハ死亡後ノ影響ノ如キハ事實上如何ニ密接ノ因果ノ關係アリトスルモ殺人罪ノ原因結果ノ問題ニ入ラス尙ホ他ノ一例ヲ擧ケテ此意味ヲ明カニスレハ竊盜又ハ強盜ノ犯人カ其盜取シタル物品ヲ他人ニ賣渡ス行為ノ如キハ竊盜罪ノ結果ニ過キサルヲ以テ獨立ノ一罪ヲ成サスト論スル者ノ如キハ玆ニ謂フ所ノ因果ノ理論ヲ誤解シタルヨリ生シタル謬論ト謂ハサルヘカラス竊盜罪ノ結果トハ竊盜ニ關スル法規ニ依リテ定メタルモノナラサルヘラス隨テ所持ヲ取得セリトノ事實ノ外ニハ竊盜行為ノ結果ト云フ關係ナシ

**六 犯罪ノ中ニハ實害ヲ生シテ罪トナルアリ實害ヲ生スル虞危險 Gefährdung**

アルノミニシテ罪トナルコトアリ單ニ實害ヲ生スル虞アルヲ罰スル場合ト雖モ斯ノ如キ狀況(危險)ハ行為ニ關係アル物界ノ影響ニ外ナラサルヲ以テ亦同シク其結果ナリ

刑法ヲ論スル者ノ中或ハ罪ニ二種アリ一ハ結果ノ生スルヲ俟テテ成立シ他ハ結果ノ生スルヲ俟タズシテ成立スト説明スル者アリ此說ハ正當ニ結果ヲ言表ハシタルモノニ非ス例ヘハ殺人ノ如キハ死ナラ結果ヲ俟テテ成立シ不健康物ヲ販賣スル罪ハ結果ヲ生スルヲ俟タズシテ罪ト爲ル(二五三條)ト云

フト雖モ人ヲ死ニ致ス虞アリト云フ狀況ハ同シク此犯罪行爲ノ結果トシテ生スル所トス故ニ論者ノ語ハ宜シク改メテ實害ノ生スルヲ俟テテ成立スル罪ト實害ヲ生スル虞ノミニ由リテ成立スル罪アリト謂フヘシ結果ヲ俟タサル犯罪アリト云フハ其當ヲ得ス

七 危險即チ實害ヲ生スル虞トハ理勢上必然生スヘキ實害ニ接近シタル(客觀的ノ必然關係)ヲ謂フカ狀況ヨリ推シテ實害ヲ生スルコトアルヘシト判斷スル(主觀的ノ或然推斷)ヲ謂フカ刑法ノ問題トシテハ後ノ意味ニ解スルチ要ス理勢上必然ノ關係ト謂フハ一ニ加アレハ二ト爲ルト云フ如ク當然結果ノ生スヘキ事情アルヲ謂フ例ヘハ橋ノ墜落セル箇處ニ列車カ進行スレハ其列車カ墜落スルコトハ必然ノ關係ナリ之ニ反シテ主觀的ノ推斷トハ或ハ之ニ因リテ死人ヲ生スルコトアルヘシト云フ如ク狀況ヨリ推シテ或斷定ヲ下スヲ謂フ往來ニ爆發物ヲ置クハ人ヲ傷害スルコトアルヘシト云フノ類是ナリ刑法ニ於テ害ヲ生スル危險アリト謂フハ必ス生セサルヘカヲササル結果ニ次第二接近スルコト例ヘハ橋ノ墜落セルヲ知ラス汽車ノ進行スルカ如キ場合ノミヲ謂フカ或ハ害ヲ生スヘシト思ハルルニ過キサルコト例ヘハ往來ニ爆發物ヲ置クノ類ヲ謂フカト云フニ第二ノ意義ニ解釋セサルヘカラス若シ第一ノ解釋ヲ採リテ理勢上ノ必然的關係アルヲ危險ノ必要條件トスレハ到底其理勢ヲ證明スルコト能ハスシテ常ニ無罪ノ判決ヲ下スノ已ムヲ得サルニ至ルヘク刑法カ危險ヲ謂スルノ目的ハ之ヲ達スル能ハサルニ至ルヘシ

八 意思ノ發動行爲ト物界ノ影響結果トノ關係ハ行爲ノ積極タルト消極タルトニ因リテ同シカラス以下之ヲ説明セン

仍ホ行爲ニハ其程度ニ付テ數段ノ級階アリ第三編第二章ヲ參照スヘシ

一箇ノ人ハ體內ヨリ出テテ小兒ト爲リ後大人ト爲ルカ如クニ犯罪行爲モ内部ノ意思即チ故意又ハ過失ヨリ起リ進ンテ外部ノ舉動ノ第一著ト爲リ第二著ト爲リ最後ニ實行ノ結了ト爲ルモノトス而シテ陰謀ト謂ヒ豫備ト謂ヒ著手ト謂フカ如キハ犯意ノ外部ニ發動シテ實行ニ達スルマテノ階段ナルカ故ニ固ヨリ密接ノ關係ヲ有スルモノナレトモ説明ノ順序トシテハ其階級中ノ實行ノミヲ本編ニ述ヘテ陰謀、豫備、著手ノ類ハ讓リテ第三編ニ述フルコトト爲セリ

### 第二節 積極行爲

九 積極行爲一名作爲(Thun, Action = Faire)トハ物界ニ一定ノ影響ヲ惹起スヘキ任意ノ舉動ヲ謂フ

積極行爲爲消極行爲即チ作爲不作爲ノ區別ハ身體ノ舉動ヲ以テ或事ヲ爲スト爲ササルトノ區別ト誤解スヘカラス舉動カ其結果ニ對シテ有スル關係ヨリ生スル區別ナリ若シ一定ノ舉動カ或結果ニ對シテヲ惹起スルノ働即チ原因力ヲ有セシトキハ作爲ト謂フヘク單ニ其結果ヲ防止セサリシト云フニ止マリ之カ原因タル力ヲ有セサリシトキハ不作爲ト謂フヘシ

任意ノ舉動ト云ヘルハ他ヨリ壓迫ヲ受ケ已ムコトヲ得サルニ出テタルニ非サル舉動ヲ謂フ

一〇 作爲カ犯罪ノ要素トナルハ身體ノ舉動カ物界ノ影響ヲ惹起セリトイフ積極關係即チ因果連絡アル場合ナラサル可ラス

作爲ハ其性質結果ヲ起スカアル行為ナラサルヘカサルノミナラス刑法上罪ト爲ルニ付テモ原因力ヲ有スルコトハ其必要條件ナリトス茲ニ甲乙ノ兩人アリ甲カ刀ヲ以テ乙ヲ斬レリ而シテ乙ハ其生命ヲ喪失セリト假定セン乙ノ死亡ト云フ結果カ若シ其甲ノ斬ルト云フ行為ヨリ生シタリト云フヲ得レハ罪ト爲ルヘキ行為トシテノ條件ヲ充タセルモノトス之ニ反シテ縱令甲カ乙ヲ斬リタルニモセヨ其斬ルト云フ行為カ死ノ原因ト云フヲ得サル場合ニハ甲ハ殺人罪ヲ以テ論セラルヘキモノニ非ス

一 作爲ト結果トノ間ニハ單ニ外部物質的ノ因果連絡アルヲ要スルノミ之ヲ意思ト舉動トノ間ニ存スヘキ責任(内外ノ連絡)ノ關係ト混ス可ラス(第五章

參酌)

曩ニ掲ケタル甲乙ノ例ニ於テ斬ルト云フ行為カ原因ニシテ死ト云フ事實カ結果ナリト云フハ専ラ外部ノ關係ナリ物質界ノ關係ナリ毫モ精神ノ方面ニ連絡ナクシテ云フコトヲ得ル關係ナルカ故ニ幼者ノ舉動ニモ發狂者ノ舉動ニモ又普通人ノ無意識ノ間ノ舉動ニモ因果ノ關係ハ之ヲ存スト謂ハサルヘカラス今其外部ノ舉動カ如何ナル意思ヨリ生シタルカ責任能力ヲ有スル者ノ舉動ナルカ責任條件ヲ備ヘタル者ノ舉動ナルカト云フ關係ニ至リテハ外部ヨリ精神ノ中ニ通スル別種ノ關係ナリ因果ノ關係ハ外部ニ專屬シ意思ト舉動トノ關係ハ物心兩界ニ跨ル故ニ此二者ハ明瞭ニ區別シテ考察セサルヘカラス物心兩界ノ連絡ハ第五章ニ云フ責任問題是ナリ

二 作爲ハ如何ナル場合ニ結果ヲ惹起シタリ(原因トナレリ)ト云フコトヲ得ルカ其作爲ナカリシト假定シテ影響同一ナレハ原因力ナク其作爲アリシ爲

次ニ出テタルハ獨逸ノ「プレンドルフ」(Prenzlau)ナリ氏ハ千六百三十年ニ生レ同九十四年ニ歿セリ嘗テ「ハイデルベルヒ」大學ノ教授ナリシカ「グロチウス」ノ書ニ據リテ國際法ヲ講シ千六百七十二年一書ヲ著シテ *Juris naturae et gentium*ト題セリ其所説ハ國際法ハ自然ニ生スルモノニシテ人爲的ニ作ルモノニ非スト云フニ在リ「トマシウス」(Thomasius)ノ論スル所モ亦殆ト之ニ同シ「ホップス」ハ國際法ハ慣習又ハ條約ヨリ成ルモノニ非スシテ自然ニ發生スルモノナリ故ニ國際法ニ制定法ナルモノナシト論シ又「ロツター」(Lorimer)ハ *Institute of law of nations*ヲ著ハシ國際法ハ各政治的團體ノ關係ニ於テ實在セル自然法ナリト謂ヘリ「ロリマー」ハ十九世紀ノ人)而シテ此等ノ學説ハ一時大ニ勢力ヲ振ヒタリシカ又之ニ反對スル學説出ツルニ至レリ

前示ノモノニ反對スル學説ハ國際法ハ總テ制定法ナリ自然法ヨリ成ル國際法アルコトナシト云フニ在リ獨逸ノ「ラヘール」及ヒ「テキストール」ハ此説ヲ主唱者ニシテ共ニ第十七世紀末ニ其名ヲ知ラレタル人ナリ「ラヘール」ハ千六百二十八年ヨリ千六百九十一年ノ人ニシテ法ヲ分テ(一)「箇人ト一箇人トノ關係ノ法」(二)「箇人ト國家トノ關係ノ法」(三)「國家ト國家トノ關係ノ法」ト爲シ前二者ニハ最高主權者アリテ其制定者アリト雖モ第三ノモノニ對シテハ主權者ナルモノナキカ故ニ慣習及ヒ條約ニ依ルモノトス即チ國際法ハ明示又ハ默示ニ制定セラレタルモノニシテ之ニ二種アリ一ハ *Jus gentium Commune*ニシテ二ハ *Jus gentium proprium*ナリ前者ハ世界萬國ニ行ハルモノニシテ後者ハ或特別ノ國家ニノミ行ハルモノナリトセリ

次期ニ於テハ「グロチウス」ノ以前ニ復活シタル學説ヲ唱フルニ至レリ是レ「クリスチャン、ウォルフ」(Christian Wolff)ノ力ナリ氏ハ千六百七十九年ヨリ千七百五十四年マテ生存シタル人ニシテ老年ニ及

ヒテ國際法ノ研究ニ從事シ之ニ關スル著書アリ Jus gentium methodo scien. critica portusatumト謂ハ氏ハ國際法ハ左ノ四原素ヨリ成ルモノナリト論ス

- 一 自然法の國際法ノ原素
- 二 制定法の國際法ノ原素
- 三 條約的國際法ノ原素
- 四 慣習的國際法ノ原素

是ナリ氏ハ一般人ニ了解スル世界統一論(Civitas gentium maxima)ヲ主張シ有カナル一人ノ現出アリテ完成スルモノナリトスル説ヲ排斥シ萬國協議シテ大世界國ヲ形成ス即チ各國ハ其利害共通ノ理由ヨリシテ世界國ト爲ルヘシ此大世界國ニ行ハルル法則ハ前掲ノ一及ヒニシテ之ヲ組織スル各聯邦間ニ行ハルル法則ハ三及ヒ四ナリト論セリ然レトモ此説ハ今日ニ於テハ既ニ誤謬ナリトノ定論アルニ至リシト雖モ氏カ國際法ニ捧ケタル功績ハ決シテ没スヘカラサルモノアルナリ

「ウォルフ」ニ次テ起リタルハ其弟子タル「グロテス」(Vattel)ナリ氏ハ千七百十四年ヨリ千七百六十七年ノ人ニシテ其國際法ニ盡シタル主要ナル點ハ「ウォルフ」ノ大世界主義ニ反シテ各國家ハ「sovereign nation」ヲ成スモノナリトシ即チ各國家ハ合一團體ト爲ラサルモ協議シテ定メタル法則ニ準據スルニ至ルヘシト論シ又國際法ノ發達ハ之ヲ各國ノ上流社會ニ知悉セシムルニ非サレハ圖ルコト能ハサルヘシトノ考ヨリシテ一書ヲ著ハシテ之ヲ各國ノ帝王、皇族、大臣、外交官其他高位ニ在ル者ノ研究スヘキモノナリトシテ其智識ノ擴布ヲ努メタリ氏ノ説タル今日ニ於ケル國際法團體ナル觀念ヲ作りタルモノニシテ其團體ノ制定シタル所謂任意的國際法以外ニ於テ自然的國際法ヲモ認メタルモノナリ

第二十八世紀ニ於ケル國際法學者 此時代ニ於テ國際法研究ニ努力セシ學者尠カラズ獨逸ノ「ライブニツ」(Teubnitz)ハ十七世紀ノ終ヨリ十八世紀ニ亘リテ斯學ノ研鑽ニ從事シ Codex juris gentium diplomaticisヲ著シテ國際先例、儀式、外交文書等ヲ蒐集シ「ベルナード」(Bernard)モ亦條約彙集ヲ編纂セリ其他「ジャンチエモン」(Jean du Mont)ハ千七百二十六年ヨリ同三十一年マテノ間ニ於テ外交的法典ナル書ヲ著シ「バルベラック」(Barbeyrac)モ亦千七百三十九年ニ於テ古代條約史ヲ著ハセリ

又和蘭ノ「バンケルシマン」(Bankenschoek)ハ千六百七十三年ヨリ千七百四十三年ニ生存セシ人ニシテ國際法ニハ自然法及ヒ制定法アルコトヲ論セリ其他佛蘭西ノ「マブリー」(Mably)ハ千七百九年ヨリ千七百八十五年マテ(獨逸ノ「モーゼル」(Möser)ハ千七百一年ヨリ千七百八十五年マテ)及ヒ「マルテン」(Martens)ハ千七百五十六年ヨリ千八百二十一年マテ(等有名ナリキ而シテ「モーゼル」ニ三種ノ著書アリ何レモ國際法ニハ自然法及ヒ制定法アルコトヲ論定ス然レトモ氏ハ條約及ヒ慣例ヲ羅列スルニ過キスシテ之ヲ學理的ニ研究スルコトナカリキ又「マルテンス」(露國ノ同姓ノ人ト混スル勿レ)ハ「Primae lineae juris gentium Europaeorum practica」及「Praes du droit des gens modernes de Europe」ヲ著シテ國際法ハ歐洲のニシテ且耶蘇教のナルコトヲ主張セリ此見解タル偏見ノ甚シキモノナルカ如シト雖モ氏ノ眞意ノ存スル所ハ爾ク文字通りニ非シテ先ツ之ヨリ始メヨト云フニ在リシナリ蓋シ氏ハ從來學者カ國際法ハ世界のノモノナリト主張シタルモ廣漠ニ失シテ何レヨリ之ヲ實施スヘキカ始ト知ルヘカラサルヲ嘆シ先ツ近キヨリ之ヲ始メ漸次世界全般ニ及ホスヲ以テ提擧トシ歐洲ヨリ始メントスルニモ歐洲中ニハ土耳其ノ如キ非耶蘇教國アルヲ以テ更ニ之ヲ縮小シテ前示ノ如ク歐洲中ノ耶蘇教國ヲ以テ國際法ノ行ハルル區域ト爲シタルニ過キササルナリ



其他哲學上ヨリ國際法ヲ論シタルハ獨逸ノ「カント」(Kant)(千七百二十四年ヨリ千八百四年マテ)ヘ  
 ーゲル(Hegel)(千七百七十年ヨリ千八百三十二年マテ)等ナリ「カント」ハ曰ク世界全國ヲ合一シテ所  
 謂世界國ト爲スコトハ不能ナリト雖モ之ニ近似セル或モノヲ組織スルコトヲ得ヘシ即チ各國家利害ノ  
 共通ニ基ク組織是ナリ抑モ法ハ一人ノ意思ヲ以テ各人ノ意思ト調和セシメ得ヘキ條件ノ全體ニシテ其  
 目的トスル所ハ最大自由ヲ各人ニ與フルニ在リ而シテ強制力(國家ヲ用ヒテ各人ノ意思ヲ強制スルハ  
 此調和ヲ得ルニ出テ從テ國際法ハ國ト國トノ意思ノ調和ヲ圖ルノ條件ナリト然レトモ「ヘーゲル」ハ  
 之ニ反シテ國際法ヲ以テ外部的國內法ナリト爲セシカ故ニ其獨立存在ヲ認メサリキ又「アーレンヌ」  
 (Arens)ハ十九世紀ノ哲學者ニシテ國際法ハ國ト國トカ合意シテ成立セシメタル法規ナリトシ所謂私  
 萬國法(Private-Völkerrecht)ナルモノヲ認メタリ

英國ノ「ペンナム」(Pentham)ハ千七百四十八年ヨリ千八百三十二年ニ至ルマテノ學者ニシテ國際法ニ  
 物質的ノ基礎ヲ與ヘタリ即チ氏ハ「Principle of International Law」ヲ著ハシ以テ國際法ハ獨立國ノ交際  
 場裡ニ一般ノ便宜ヲ與ヘ戰爭ヨリ生スル不幸ヲ可及的少カラシムルモノナリトセリ  
 第三十九世紀以後ノ國際法學者

一 英吉利 第十九世紀以後ノ學者ニシテ或ハ死去セル者或ハ今尙ホ生存セル同國學者中有名ナル者  
 ハ「ウリアム・マンニン」(William Manning)「フィリモア」(Phillimore)(千八百十年ヨリ千八百  
 八十五年マテ)「トウキス」(Twiss)(千八百九十七年死)「ホール」(Hall)「ホルランド」(Holland)「ウスマ  
 トレーキ」(Weslake)「ローラン」(Lawrence)等其數甚タ多シ「フィリモア」ノ著書ハ其前二卷ニ於  
 テ國際公法ヲ論シ第四卷ハ國際私法及ヒ刑法ヲ説ク何レモ議論正確ニシテ材料豊富ナリ而シテ氏ハ

國際法ノ根本ハ羅馬法ナリ羅馬法ハ「Written reason」ナルカ故ニ國際法ヲ研究セント欲セハ羅馬法  
 ヲ學ハサルヘカラスト云ヘリ又「トウキス」ハ其著書ニ於テ平時ニ於ケル國家ノ權利義務ト戰時ニ於  
 ケル國家ノ權利義務ヲ區別シテ研究セシ點ニ於テ其名著ハル

二 佛蘭西 佛蘭西學者中有名ナルハ「ブラザチ、フォデレー」(Pauzet-Fodere)「ルノール」(Renault)  
 「ボンフヌ」(Bonfils)「フンク、ブレンタノー」(Fank-Brentano)等ニシテ「ブラジエ、フォデレー」ハ千  
 八百九十七年ニ於テ世界中最も大部浩瀚ナル國際法ノ著書ヲ爲シ同國學者中特ニ其名聲ヲ著ハセリ

三 北米合衆國 合衆國ハ開國以來年月ヲ重スルコト未タ多カラサルヲ以テ隨テ學者ノ輩出スルモノ  
 亦多カラス千七百八十二年其獨立ヲ承認セラレテヨリ最も先ニ出テタル國際法學者ハ「ケント」ナリ  
 氏ノ著書ハ實例ニ富ムト雖モ學理的ナラサル點ニ於テ參考ニ資スル所甚タ多カラス次テ「ホイート  
 ン」(Wharton)「ウールシー」(Woolsey)「ホアードン」(Wharton)「マートレー、フールド」(Field)等ノ  
 學者アリ「ホイートン」ノ書ハ之ヲ註釋シタル人多ク殊ニ「ダナ」ノ註釋ハ大ニ參考トスニキヤ以テ有  
 名ナリ又「ダットレー、フールド」ノ著書ハ國際法ヲ法典風ニ著ハシタルモノニシテ自ラ國際公法ノ  
 立法者タル地位ニ立タルノ抱負ヲ有シ編纂シタルヲ以テ有名ナリ

四 獨逸 既ニ鬼籍ニ入リタル學者中有名ナリシハ「クリューベル」(Klüber)「フフテル」(Heffter)「ホル  
 ツェンドルフ」(Holzendorf)等ナリ「フフター」ノ書ハ其說既ニ陳腐ニ屬スルモノトシテ學者ノ尙ハ  
 サル所ナルモ「ダフケン」(Geffken)之ヲ正シタルノ故ヲ以テ其名高シ又「ホルツェンドルフ」ノ著書  
 中最モ有名ナルハ多クノ學者ト共ニ共同事業トシテ著ハシタルモノナリ  
 現存セル國際法學者中有名ナルハ「リズ」(Liszt)「ハイルボルン」(Hilborn)等ナリ「ペーレル」

五 塊地利 過去ノ學者中最モ有名ナリシ者ハ「スタイン」(Stein)ナリ氏ハ獨リ國際法ノ大家タリシノミナラス一般公法ニ精通シ我國ノ學者政治家ニシテ其教ヲ受ケタル者多シ次ニ有名ナルハ「ドミン、ペトルス・ヘムーツ」(Domi-Petrushevez)ナリ又今日生存セル學者中最モ有名ナルハ「エリネック」(Eliheek)及「ランペン」(Lammach)ナリ前者ハ元來塊地利人ナリシカ獨逸ノ大學教授ニ任用セラレタルカ爲メニ同國ノ法律ニ依リ獨逸人ト爲レリ又後者ハ國際刑法ニ付テ其名高ク特ニ犯罪人引渡ニ關スル國際法規ハ氏ノ最モ得意トスル所ナリ

六 伊太利 同國學者中最モ有名ナリシハ「フイオーネ」(Fiore)ナリキ又「マンチニー」(Mancini)「ベミアニー」(Mamiani)「カサノバー」(Casanova)「カルナザー」(Carnazza-Amari)「カテラニー」(Cattolani)等アリ

「マンチニー」ノ説ク所ニ依レハ國際法ノ主體ハ國家ニ非スシテNationナリ即チ宗教、風俗、言語、慣習等ヲ同シクセル人民ヲ以テ其主體トスト云フニ在リ是レ蓋シ伊太利ノ國勢ノ然ラシメタル所ニシテ當時伊太利ハ國內分裂シテ統一ノ業未タ成ラス隨テ國家ヲ以テ國際法ノ主體ト爲スコトヲ得サリシニ因ルナリ

又「ビエラントニー」ハ國際法上ノ學識ニ付テ有名ナルノミナラス外國語ヲ以テ著ハサレタル著書ノ出ツル毎ニ一之ヲ翻譯シテ同國人ニ紹介シタリ

七 瑞西「ブルンチエリ」(Brunschli)「リヴィエー」(Rivier)「マイリー」(Meili)等ハ同國ニ於ケル有名ナル學者ナリ「ブルンチエリ」ハ素ト瑞西ノ人ナリシカ獨逸ノ大學教授ト爲リシカ爲メニ獨逸人ト

爲レリ其著書ノ特長ト稱スヘキハ法典的ニ編纂セラレタルト博愛主義ナルト及ヒ國際法ハ文明國間ニノミ行ハルモノナリトセル點ニ在リ又「リヴィエー」ハ總領事トシテ永ク白耳義、ブラッセル、府ニ駐在シ同地ノ大學ニ於テ教授タリキ「マイリー」ハ今尚ホ生存セル人ニシテ特ニ交通ニ關スル國際法ニ付テ其名著ハル

八 白耳義 同國ノ學者ニハ「ローラン、ジャクタン」(Roland-Jacquemyns)アリ又今日尚ホ生存セル學者中最モ有名ナルハ「ナイヌ」(Niss)ナリ「ローラン、ジャクタン」ハ國際法ノ研究ニ盡シタル功績中特ニ注意スヘキハ今日ノ國際法協會ノ設立ニ盡力シタルコトニシテ氏ハ永ク同會ノ幹事長ノ地位ヲ占メタリキ又英國ノ「ウエストレーキ」佛國ノ「アッセル」等ト相謀リ國際法及ヒ比較法雜誌ヲ發刊セリ

九 露西亞 「カチエノウスキー」(Katschenowsky)及ヒ「マルテンス」(Martens)等ハ露國ニ於ケル國際法學者ノ有名ナル者ナリ「マルテンス」ハ今尚ホ生存ノ人ニシテ其書ハ最初本國ノ語ヲ以テセシカ後佛蘭西語及ヒ獨逸語ニ翻譯セラレタリ其他同國ニハ「カボウスマン」(Kappowschin)「スタイアノフ」(Stol-anoff)等ノ學者アリ

其他南米亞爾然「ノ、カルボ」(Kalvo)ハ學理的及ヒ實際的國際法ト題シテ西班牙語ヲ以テシタル著書ヲ爲シ又國際法ノ辭書ヲ作レリ以上國際法ニ關スル有名ナル學者及ヒ著書ニ付テ其大要ヲ述ヘタルカ故ニ以下雜誌短編等ヲ掲クヘシ然レトモ此等ハ其種類甚タ少クシテ到底著書ノ比ニ非ス

一 國際法協會ノ年表  
二 國際法及ヒ比較法雜誌(佛)

三 國際法及ヒ國際刑法雜誌(獨)

四 國際法雜誌(露)

以下我國ニ於ケル國際法ノ翻譯書、著書及ヒ雜誌等ヲ紹介スヘシ

一 翻譯書

イ 「ケント」、「ウールセー」、「ホイートン」(以上北米合衆國)

ロ 「ホール」、「ウェストレーキ」、「ローレンス」(以上英國)

ハ 「ルノー」(以上佛國)

ニ 「ヘフター」、「ブルンチユリー」、「リスト」(以上獨逸)

ホ 「マルテンス」(以上露國)

二 雜誌

國際法雜誌

三 著書

イ 秋山氏國際公法

ロ 高橋氏戰時國際公法、平時國際公法

ハ 有賀氏戰時國際公法

ニ 藤田氏海上萬國公法

其他講義録ニ連載シタルモノノ中ニハ伊太利人「パテルノストロー」講述、寺尾氏、倉知氏、鳩山氏、三崎氏、山口氏講述等種種アリト雖モ一一枚舉ニ違アラズ

第四章 國際法ノ淵源

國際法ノ淵源ハ總テ自然法ニ在リト爲ス學者アルコト及ヒ其淵源中ニ自然法ヲ數フル學者アルコトハ前章ニ於テ説明セシ所ナリ今假ニ此等ノ見解ニ從フトスルモ社會ハ複雜ニシテ進歩的ナリ其狀態ハ或ハ地勢氣候ノ影響ヲ受ケ或ハ風俗民情ニ關係シテ所謂自然法以外ニ國際法ノ淵源アルコトヲ認メサルヘカラス是レ本章ニ於テ國際法ノ淵源ヲ研究スル所以ナリ

第一 慣習 慣習ノ國際法ノ淵源ナルコトハ國內法ノ場合ト異ナルコトナシ然レトモ後者ニ在リテハ確タル立法機關ノ整備スルアリテ所謂事實タル慣習ノ法タル慣習ニ變スル條件ヲ明定スト雖モ前者ニ在リテハ然ラス即チ其結果ヨリ過リテ或國際法規ハ慣習ニ淵源セルモノナルコトヲ論示スルヲ得ヘシト雖モ之ヲ抽象的ニ觀念シテ或慣習ハ如何ナル條件ヲ具備スルニ因リテ國際法ト爲ルヤノ理論ヲ明ハスルコト能ハス唯今日ノ國際法規ハ其大部分ヲ慣習ニ採リタルコトヲ概説シ得ヘキノミ而シテ英國ハ一般ニ慣習ニ重キヲ置キ國際法協會又ハ學會ニ於ケル決議ヲ輕視スルニ反シ歐洲大陸諸國ハ寧ろ理論ヲ重ニスルノ傾向アルヲ見ル之ヲ要スルニ或法規ハ永年間ノ慣行ニ係リ各國之ヲ承認シテ今日ノ國際法ト爲レルモノニシテ理論上不當ノモノト對カラスト雖モ之ヲ以テ國際法ト爲スコトヲ妨グスサレハ慣習ハ國際法ノ一ノ淵源タルコト勿論ナリ

第二 條約 條約ニ二種アリ一ヲ萬國條約ト謂ヒ他ヲ特別條約ト稱ス前者ハ世界ノ多數國ノ加入セル條約ニシテ後者ハ或二三國間ニ締結セラレタル條約ナリ

萬國條約中顯著ナルモノハ亦十字條約(ジュネーブ條約)ナリ此條約ハ千八百六十四年ニ締結セラレ



タルモノニシテ戰時ニ於ケル病者ノ救護ヲ規定シ後千八百九十九年ニ於テ病院船ノ傷者、病者、難破者ノ救助等ヲモ定メタルモノニシテ今日國際法トシテ準據セラルル所ナリ其他千八百十五年ノ維納條約、千八百五十六年ノ巴黎宣言、千八百九十九年和蘭ノ「ヘーグ」ニ於ケル平和會議ノ決議ヲ以テ定メタル國際紛争平和の處理條約、陸戰ノ法規慣習ニ關スル規則「ダムダム」彈ノ使用禁止ノ件、風船上ヨリ爆發彈ヲ投下スヘカラサル件等ヲ定メタル條約ノ如キハ何レモ所謂萬國條約ニシテ國際法トシテ行ハルル所ナリ

萬國條約ハ世界ノ多數國ノ加入セル條約ナリ所謂多數トハ如何是レ甚タ漠然タルノ感アリト雖モ其總テノ國家ノ加入ヲ要スルモノニ非サルコト明カナリ故ニ予輩ハ主要ナル國家ノ比較的ニ其數多キ場合ヲ謂フモノナリト解ス例解スレハ千八百五十六年ニ於ケル巴黎宣言ノ如シ此宣言ハ海上戰時ノ國際法ニ關シテ緊要ナルモノニシテ私船ヲ拿捕ノ用ニ供スルコトヲ廢止シ港口封鎖ノ有效ナルニハ實力ヲ用ヒサルヘカサルコト其他敵貨及ヒ中立貨ニ付キ規定セリ然レトモ此宣言ニ對シテハ米國及ヒ西班牙ニ於テ之ニ加入スルコトヲ肯セス今尙ホ其條約締結ノ一員タラスト雖モ而モ之ヲ以テ萬國條約ナリ國際法ナリト云フニ於テ妨タル所ナキナリ

特別條約ハ或二三國間ニ締結セラルルモノニシテ他國ハ之ニ加入スルノ義務ナク從テ國際法タルコトナシ然レトモ其條約ニシテ合理ニシテ便益ナルドキハ國際法ノ淵源タルコト少カラス例ヘハ今日萬國ノ檢疫ニ關スル國際法規ハ其初メ土耳其ト伊太利ノ「ヴェニス」間ニ於ケル檢疫條約ニ淵源シ又巴里宣言ニ於ケル封港ニ實力ヲ要スル規定ハ中古佛國ト土耳其ト間ニ於テ二雙ノ軍艦ヲ以テ行フニ非サレハ封鎖アリタルモノト看做ササル條約アリシニ基因スルカ如キ是ナリ

今參考ノ爲メニ各種ノ條約ヲ彙集セル學者及ヒ其著書ノ二三ヲ示スヘシ

- (一) 萬國條約ニ付テノ參考書 佛蘭西ニ於テハ「ベルナル」(Bernard)「ジャン、ヂュモン」(Jean du Mont)「バルベトラック」(Barbeyrac)アリ「ヂヤン、ヂュモン」ハ紀元後八百年代ヨリ千七百三十一年マテノ條約ヲ蒐メ「バルベトラック」ハ千七百三十九年ニ於テ古代條約ヲ纂著セリ又獨逸ニ於テハ「ロッホ」(Loch)ノ歐洲諸國間媾和條約ノ歴史及ヒ「ギラニー」(Gillany)ノ太古ヨリ千八百五十三年ニ至ルマテノ條約集及ヒ條約史アリ又露國ニ於テハ有名ナル「マルラシス」ノ條約ヲ蒐メタルモノアリ
- (二) 特別條約ニ付テノ參考書 是レ其國家ト或外國トノ條約ヲ蒐集セシモノニシテ其重ナルモノヲ擧クレハ次ノ如シ

英國ニ於テハ「ハートレット」(Hartlett)アリ千八百二十七年ヨリ千八百九十五年ニ至ル條約ヲ編輯シ佛國ニテハ「オートロツ」(Hauterive)ノ千八百四十四年マテノ條約集及ヒ「クラーク」(Clere)ノ千八百四十五年マテノ條約集アリ其他獨逸ニ於テハ「スタツザンゲル」(Sandtinger)ノ千八百九十七年ニ至ルマテノ條約集、地地利ノ「メイマン」(Meumann)伊太利ノ「アングヰマン」(Angelier)等何ハモ好箇ノ參考書タリ

我國ニ於テハ嘉永六年「ペルリ」來航ノ以前ニ於ケル諸外國トノ條約ヲ編輯セル書籍ナシ其以後ニ於ケルモノハ明治六年ニ編纂セラレタル條約類纂アリ當該年度以前ノ條約ヲ蒐メ最近ノモノハ條約彙纂ニシテ明治三十二年ニ出版セラレ其以前ノ條約ヲ彙メタルヲ以テ現行條約ノ大部分ハ此内ニ包含セラル故ニ明治三十二年ヨリ今日ニ至ルノ條約例ヘハ日英同盟條約、日韓條約ノ如キモノハ官報其他ノ記錄ニ據リテ知ルノ外ナシ其他法規分類大全ナル表題ノ書ハ其第一編ニ於テ條約ヲ纂輯セ



第三 判決例 國際法ノ淵源タル判決例ニモ二種アリ國際判決例及ヒ國內判決例等ナリ前者ハ國際紛争ヲ判示セル判例ニシテ仲裁裁判所ノ判決例ノ如キ又ハ其他ノ仲裁判斷ノ如キ是ナリ明治六年我國ト白露トノ間ニ起レル奴隸解放問題ニ付キ露國皇帝ノ與ヘタル仲裁判斷ハ國際法ノ淵源ト爲レリ次ニ國內判決例トハ國法ノ適用ニ因ル國內裁判所ノ判決ニシテ捕獲審檢所ノ判決ノ如キハ其適例ナリ其他普通私法上ノ紛議ニ於テモ或ハ人事關係ニ付キ或ハ財產關係ニ付テ下シタル國內判例ノ國際法ノ淵源ト爲ルコトハ屢見ル所ナリ

第四 國內法律 國內法律ニシテ事涉外關係ニ亘ルモノ尠カラス此等ノモノハ往往國際法ノ淵源ト爲ルコトアリ例ヘハ米國ノ陸戰ニ關スル訓令カ國際法ノ淵源ト爲リシコトハ人ノ知ル所ナリ其他現ニ交戰中ナル露國ノ俘虜其他ニ對スル我國內法ハ或ハ他日戰時國際法ノ淵源タルコトアルヘシ

第五 學說 學會ノ決議等 學說ノ國際法ノ淵源タルコトニ付テハ深ク論究スルヲ須ヒス學會ノ決議中國國際法協會ノ決議ニ付テハ歐洲大陸ニ於テ決議即チ國際法ナリト爲スノ傾向アルヲ見ル佛國ノ如キ殊ニ然リ然レトモ英國ハ之ニ反對シ往往其決議ヲ是認スルコトヲ拒ムト雖モ尙ホ其決議ヲ以テ國際法ノ淵源ト看做スコトハ勿論ナリ

### 第五章 國際法ノ組織

國際法ハ如何ナル組織ニ依リテ之ヲ論述スヘキヤノ問題ハ英佛學者ノ重キヲ措ク者少シ唯二ノ學者ハ之ニ關シテ考慮セルヲ見ル英國ノ「フイリモア」佛國ノ「ルノー」ノ如キ是ナリ之ニ反シテ獨逸學

者ハ此問題ニ付キ大ニ研鑽ヲ積ムト雖モ尙ホ大體ニ於テハ「グロチユース」ノ組織ヲ襲踏セルカ故ニ氏ハ國際法ノ祖先ナルト共ニ其組織ノ祖先ナリト云フコトヲ得ヘシ

「グロチユース」ハ國際法ヲ分テ平時ト戰時トニト爲シタリシカ瑞西ノ「パツタル」之ニ倣ヒ英國ノ「トウイス」ハ「ホール」米國ノ「ホイートン」ニ「ワイルドマン」ノ如キモ亦皆平時ヲ常態トシ戰時ヲ變態トシテ國際法ヲ論ス

獨逸ノ「クリューベル」ハ「オムブテダ」(Ombuds)ニ倣ヒテ前示ノ例ニ從ハス即チ後者ハ國際法ヲ分テ三部ト爲シ第一部ニ於テ平時及ヒ戰時ニ共通ノ規定ヲ、第二部ニ平時ヲ、第三部ニ戰時ヲ論シ「クリューベル」ハ國際法ヲ無條件ノ國際法ト條件附ノ國際法トニト爲シ後者ヲ更ニ平時ノ規定及ヒ戰時ノ規定ニ細分セリ其他「ブルンチューリ」ハ第一編ニ於テ國際法ノ主體ヲ説明シ第二編ニ於テ國家ノ權利カ如何ニシテ保護セラレ又ハ侵害セラルルヤヲ論シ第三編ニ戰争、第四編ニ中立ヲ説ク又獨逸ノ「ハイルボン」(Heiborn)ハ國際法ノ組織ニ關スル一書ヲ著サセリ之ニ依レハ先ツ其汎論中ニ於テ國際法ノ主體及ヒ其權利義務ヲ説明シ次ニ第一編トシテ特別國ノ權利義務ヲ、第二編トシテ國家ノ自助ヲ論シ自助ニ武器ヲ使用スルモノト然ラサルモノトアリトシテ戰争ヲ前者中ニ於テ説明セリ「リス」トハ國際法ノ組織ヲ全然法律的ニ定メタルヲ以テ有名ナリ即チ英米學者カ國際法ノ組織ヲ政治的ニ觀察スルヲ不當ナリトシ嚴正ニ法律的ナラシメタリ氏ノ著書ハ之ヲ四卷ニ分チ第一卷ニ於テ國家ヲ説キ土地人民ヲ論シ第二卷ニ國家ノ外國ニ對スル交通、國家ノ元首外交官等ヲ説明シ第三卷ニ平和的ノ規則第四卷ニ戰争ヲ論ス

予ノ採用スル所ノ組織ハ國際法ヲ分テ平時ト戰時トニト爲スニ在リ而シテ中立ニ付テハ論議ノ存スル

所ニシテ或ハ之ヲ平時中ニ論シ或ハ之ヲ戰時中ニ說明シ又「ブルンチユリー」ノ如キハ之ニ特別ノ一編ヲ與ヘタルコトハ前示ノ如シ抑モ局外中立ナルモノハ其名ノ示スカ如ク交戰國何レノ一方ニモ加助セサル消極的狀態ニシテ其性質ニ於テハ平和的ナリ此見地ヨリ觀察スルトキハ之ヲ平時ノ部ニ於テ說明スルコト理由ナシトセス然レトモ平和ノ談判其效ヲ奏セス對手國各々戈ヲ採リテ立ツニ非サレハ局外中立ヲ生スルコトナク其原因ニ於テハ戰時的ナリ此見地ヨリ觀察スルトキハ之ヲ戰時ノ部ニ於テ論スルハ其當ヲ得タルモノナリ而シテ予ハ前者ヲ採リテ之ヲ平時中ニ論述スルヲ正當ナリト信スト雖モ今姑ク本大學ノ學則ニ依準シテ之ヲ戰時ニ讓リ唯平時ニノミ存スル所謂永世局外中立ニ付テノミ本講義中ニ於テ說明ヘシ

本論

第一章 國際法ノ主體

第一節 總說

國際法上ノ權利ヲ有シ義務ヲ負フ者之ヲ國際法ノ主體ト稱ス而シテ國際法ノ主體タルコトヲ得ルモノハ獨リ國家アルノミ然レトモ此點ニ關シテハ三箇ノ疑問アリ曰ク一私人モ亦國際法ノ主體タルコトヲ得ルヤ曰ク羅馬法王ハ國際法ノ主體ナリヤ曰ク國際法ノ主體ハ國家ニ非スシテ國民ナリヤ以下此等ノ問題ニ付キ略述スル所アルヘシ

第一ノ問題ニ關シテ大陸學者ト英國學者トノ間ニ異ナリタル見解アリテ前者ハ國家ノミヲ以テ國際法ノ主體ナリトスルニ反シ後者ハ國家ハ勿論公使、會社及ヒ一箇人モ亦其主體タルコトヲ得ルモノトセリ然レトモ予輩ハ英國學者ノ說ニ贊同スルコト能ハス蓋シ此見解ハ國際法上ノ利益ヲ受クルモノヲ以テ直チニ其主體ナリト速斷シタルニ因ル之ヲ一箇人ニ付テ云ヘハ例ヘハ日本人甲カ支那内地ヲ旅行スル途中強盜ノ爲メニ其金品ヲ掠奪セラレタル場合ニ於テ被害者カ支那政府ヨリ賠償ヲ受クルトセハ其法律關係ノ主體ハ日本人甲ト支那トニ非ス日本反ヒ支那ハ此關係ノ當事者トシテ日本ナル國際法ノ主體カ甲ナル一箇人ノ爲メニ支那ヨリ賠償ヲ徵シテ之ニ付與シタルノミ特ニ英國ノ學者ハ一方ニ於テ國際法ノ主體ハ國家ナリト斷定シツツ他方ニ於テ一私人モ亦其主體タルコトヲ得トセルハ矛盾ノ甚シキモノト謂フヘシ而シテ此議論ハ外交官及ヒ會社ニ付テモ同一ノ斷定ヲ爲スヘキモノナリ

第二ノ問題ニ付キ羅馬法王ハ治外法權ヲ有シ土地人民ヲ有シ外國ニ公使ヲ派遣シ及ヒ之ヲ接受シ條約ヲ締結シ及ヒ特別ニ郵便電信ノ機關ヲ有ス此等ノ點ニ付テハ如何ナル國家モ之ニ干渉シ又之ヲ支配スルコトヲ得ス故ニ羅馬法王ノ管内ハ一見國家タルカ如キ觀アリ隨テ之ヲ以テ國際法ノ主體ナリト論スル學者アリト雖モ予輩ハ前述シタルカ如ク國際法ノ主體ハ國家ノミニシテ羅馬法王ハ之ヲ國家ト云フヲ得サルカ故ニ隨テ其主體ニ非サルコトヲ斷定ス蓋シ羅馬法王ノ有スル權利ハ伊太利政府ヨリ保障セラレタル法律ニ基因スルモノニシテ換言スレバ羅馬法王ハ伊太利ノ主權ノ下ニ立ツモノナリ從テ伊太利ハ其權利ノ一部又ハ全部ヲ剝奪削減スルコトヲ妨ケス其宗教上ノ管長タル點ハ其人民ヲ統治スル政治上ノ活動ニ非ス又條約ヲ締結シ公使ヲ接受派遣スルカ如キモ之ヲ私人ト國家トノ關係ナリト見ルノ外ナシ又其有スル土地ニ對スル權利ノ性質ハ後ニ説明スヘキ領地主權ニ非スシテ所有權タリ

第三ノ問題ニ付テハ多ク論スルヲ須ヒサルヘシ抑モ國際法ノ主體ハ國家(State)ニ非スシテ國民(Nation)ナリ國民トハ人種ヲ同シウシ言語、宗教、風俗、慣習等ヲ均シウスル團體ニシテ國際法上ニ於テハ此團體

體ヲ以テ主體トストハ伊太利ノ「マンチニー」(Mantini)ノ主唱セシ所ナルコトハ前ニ國際法ノ歴史ノ章下ニ於テ一言セシ所ノ如シ然レトモ此說タル政治論ト法律論トヲ混淆セシ著シキ一例ニ屬シ今日學者ノ顧ミサル所トス蓋シ伊太利ハ千八百六十一年其統一ノ業成ルノ以前ニ於テハ數多ノ小國ニ分裂シ各獨立シテ統一ヲ缺キ國勢衰頹シテ振ハス之ヲ併合シテ有勢ノ一國ト爲スノ必要ヨリシテ政治上此種ノ說ヲ立テ人心ノ糾合ヲ圖リタルニ過キスシテ「マンチニー」ノ真意ノ存スル所ハ伊太利ナル國民ヲ團結シテ一國家ト爲サントスルニ在リシヤ明カナリ故ニ當時ノ學者「ミアニー」(Miani)ノ如キハ國際法ノ主體ハ國家ナリトシテ前說ヲ攻擊セリ惟フニ國民ヲ以テ主體ト爲スノ見解ヲ貫徹スルトキハ我國ノ如キ日清戰役ノ結果臺灣ノ割讓ヲ受ケ風俗言語等ヲ異ニスル地方ヲ其國土内ニ編入セルモノニ在リテハ此部分ヲ除外スルニ非サレハ國際法ノ主體タルコト能ハサルヘク露國ノ如キ殊ニ甚シカルヘシ又他方ニ於テ波蘭ノ如キハ所謂第三回波蘭割割ニ因リテ千七百九十五年露、普、奧ノ三國ノ爲メニ分割セラレ國家ノ消滅ヲ來シタリト雖モ人種ヲ同シウシ風俗、慣習、宗教等ヲ同シウスルヲ以テ國民タルコトヲ失ハスシテ之ヲ國際法ノ主體ナリト斷定セサルヘカラサルニ至ルヘシ故ニ今日ニ於テハ此說ニ贊同スル者アルコトナシ

以上説明スル所ニ依リテ國際法ノ主體ハ國家ノミナリトス以下節ヲ更メテ國家ニ關シテ講述スル所アルヘシ

## 第二節 國家ノ性質

國家ノ性質ニ付テハ國際法上ニ於テモ國內法上ノ觀念ト敢テ異ナルコトナシ即チ一定ノ國土及ヒ臣民

ニ對シテ唯一ノ主權之ヲ統治スルヲ謂フ故ニ國家ノ性質ニ關スル說明ハ主權、國土及ヒ臣民ナル三要素ヲ細論スルヲ目的トス

### 第一款 主權

國家ノ主權ハ一ナリニアルコトナシ然レトモ之ヲ其活動ノ方面ヨリ觀察シテ國內ニ對スル主權ト外國ニ對スル主權ト二ト爲スコトヲ得而シテ其國內ニ對スル主權ハ國土及ヒ臣民ニ對シテ積極的ノ權力的ニ統治スルモノナリト雖モ外國ニ對スル主權ハ他ノ國家ヲ侵犯セサル消極的ノモノニシテ他國ニ對シテ他方的ニ消極的タルノミナラス他國ヨリ自國ニ對シテモ受働的ニ消極的タリ又前者ノ如ク不平等ノ關係ニ非スシテ對等ニ交際スルノ關係ナリ而シテ各國家ハ其對内關係ニ付キ憲法ヲ改廢スルニ於テハ從前ノ制限ヲ解放スルコトヲ得ルニ反シ其對外關係ニ於テハ自然的ニ制限ヲ受ケ而モ之ヲ解クコトヲ得ス古昔ニ於テハ前者ヲ以テ財產權ナリトシ後者ノミヲ主權ナリト解セシト雖モ今日ニ於テハ何レモ一主權ノ活動ナリト觀念シ主權ハ唯一ナリト論ス

國家ノ外國ニ對スル主權ハ自然的ニ制限ヲ受ク「ローレンス」カ如何ナル國家ト雖モ絕對ニ獨立ナルコト能ハス人類ノ孤立獨棲シ得サルト同シク國家ノ主權ハ相對的ナラサルヘカラスト云ヘルハ即チ是ナリ故ニ「ボワートン」ノ主權ニ獨立的ノ主權ト相對的ノ主權トノ二アリト言ヘルヲ文字的ニ解スルコト勿レ

國家ノ主權者ノ何人ナルヤハ國內法ノ研究問題ニ屬シ國際法ニ於テハ之ヲ論スルノ必要ナシ即チ國家其モノヲ以テ國際法ノ主體ト爲シ君主ヲ以テ其最高ノ機關ト爲スモノニシテ其國體又ハ政體ノ如何及

ヒ其變更ヲ問ハサルモノナリ故ニ例ヘハ我國ノ如キ維新ノ改革ニ因リ徳川幕府ノ封建政治ヲ更メテ今日ノ郡縣政治ト爲シタルモ前ノ時代ニ於テ諸外國ト締結セシ條約ヨリ生セシ責任ハ今日之ヲ負擔セリ千八百四十八年佛國ノ外務大臣「ラマルタン」外國ニ對シ宣言シテ千八百十五年ノ維納會議ニ於ケル條約(此會議ハ千七百九十二年以來ノ歐洲ノ大亂ノ落著ヲ圖リシモノニシテ萬事革命前ノ狀態ニ復舊セシムルヲ目的トセリ)ハ暴君カ獨斷ニテ外國ニ對シ負擔シタル義務ニシテ今日ニ於テハ政體ヲ更メテ共和政治ト爲セシカ故ニ斯ル義務ヲ履行スルノ責ナシト主張セシト雖モ何レノ國家モ皆此主張ヲ認ムルコトナカリキ之ヲ要スルニ政體又ハ國體ノ變更ハ其國家ノ滅亡ヲ來スモノニ非サルカ故ニ斯ル形式ノ變更ノ爲メニ條約上ノ責任ニ變更ヲ生スルコトナキナリ

然レトモ國家ハ内亂貧弱其他ノ原因ニ因リテ一時無政府ノ狀態ト爲リ主權ノ存在不明確トナリテ恰モ滅亡シタルカ如キ外觀ヲ呈スルコトアリ斯ル場合ニ於テモ今日ノ國際法ハ其一時のニ止マルモノハ之ヲ以テ國家ノ滅亡ト認メザルナリ「ブルンチュリ」ハ國家カ永ク困難ノ狀態ニ在ルトキハ國家ニ非ス又主權ノ存在ヲ缺クモノナリト説明スト雖モ是レ學者ノ採用セザル所ナリ例解スレバ「クリミヤ」戰爭ノ前「當リ露帝」ニコラス「ハ駐露英國公使「シーモア」ニ對シ土耳其其衰弱ノ極ニ達シタル邦國ナルカ故ニ宜シク之ヲ處分スヘキニ非スヤト」ノ提議ヲ爲シタリシト雖モ英國ハ之ヲ認メザリキ其他我徳川氏ノ幕末ノ如キ主權ノ存在不明ニシテ特ニ外交事件ニ關シテハ江戸ト京都ト互ニ相避止シテ之カ取扱ヲ敢行セザリシカ如キ又古代ニ於テ應神天皇(十五代)崩御ノ後大鷦鷯尊及ヒ稚郎子互ニ讓位シテ三年ノ間民衆ハ貢獻スル所ヲ知ラサルコトアリシカ如キ其他千八百七十年九月佛蘭西皇帝那破翁三世ノ普軍ニ降ルヤ帝國政府ハ忽チ瓦解シテ其組織ハ廢棄セラレ府民ハ共和政治ヲ公布シテ假政府ヲ組織セシ

ト雖モ未タ完備ニ至ラス一時殆ト無政府ニ近キ狀態ニ陥リシト雖モ何レモ皆唯一時の變動ニ止マリシヲ以テ國家ハ其存續ヲ保維シ決シテ滅亡セシニ非サルナリ

第二款 土地

第一項 領地主權ノ意義及ヒ其範圍

國家ハ一定ノ領土ヲ有セザルヘカラス其土地ノ上ニ行ハルル主權ハ之ヲ領地主權(Territoriality; Teritorialität)又ハ領土高權(Gelshshöheit)ト稱ス而シテ領地主權ハ對人主權ニ對スルモノニシテ主權ヲ領土ノ方面ヨリ觀察シテ其作用ニ下シタル名稱ナルカ故ニ對人主權ノ外ニ特立スルモノニ非ス然ルニ學者或ハ主權ハ獨リ其人民ニ對スルモノニシテ土地ニ對スルモノハ主權ニ非ス財產權ナリト論ス「ラバント」(「ゲルベル」)ノ如キ是ナリ其他英國ノ學者ハ概ネ國家ノ土地、山河等ハ之ヲ其財產權ノ章下ニ於テ説明セリ

領地トハ一定ノ統治權ノ下ニ立ツ一定ノ土地ヲ謂ヒ積極的ノ力ト消極的ノ力トヲ有ス積極的ノ力トハ自己ノ領土ヲ統治スルノ力ニシテ消極的ノ力トハ其權力ヲ及ホスヘキ一定ノ範圍即チ領土ヲ超エテ主權ヲ活動セザルヲ謂フ領地ニ對スル觀念ハ歷史上種種ノ變遷ヲ經タルモノニシテ之ヲ研究スルハ頗ル興味アル問題ナルカ故ニ左ニ其大要ヲ説明スヘシ  
太古ニ於テハ國家ノ觀念殆ト之アルコトナク中古封建時代ニ於テモ未タ國家ノ法律上ノ性質完備セシテ國家ニ統一ナル觀念ヲ必要トセザリキ加之當時ニ於テハ土地ヲ以テ君主ノ所有物ナリトセリ今日ニ於テハ國家ハ統治權ノ働ヲ爲スモノトスルモ中古ニ於テハ國家ノ働ハ統治權ノ働ニ非スシテ私法上



ノ權利即チ所有權ノ勸ナリト爲シタルナリ此ノ如ク君主ハ土地ノ所有者ナリトノ觀念ナリシヲ以テ今日ニ於ケルカ如ク君主ハ土地ノ上ニ統治權ヲ行使スルモノナリトノ觀念トハ全ク相反シタリ今日ニ於テハ所有權ハ人民之ヲ有シ國家ノ最高ノ權力即チ主權ヲ有シ是ニ由リテ以テ人民ノ所有權以上ニ立ツモノト爲ス現今國家ノ有スル權力ハ私法上ノ所有權ニ非スシテ公法上ノ權利ナリ然ルニ中古ニ於テハ全ク此所有權ト統治權トヲ混同シ人民カ土地ヲ使用スルハ君主ヨリ借受クルニ因ルモノトセリ然レトモ今日ノ考ニ於テハ人民カ土地ヲ所有スルハ君主ト賃借契約ヲ爲シタルニ非サルコト極メテ明白ナリ今土地ニ關シテ何故ニ斯ル觀念ノ變遷ヲ來シタルヤヲ考フルニ古代ニ於テハ、ホールノ言ヘルカ如ク所有ナル觀念ハ防キ守ルナル觀念ヨリ生シタルモノニシテ君主ハ其所管ノ土地ヲ防守シ他人ヨリ侵奪セラレサルコトヲ圖リタリシナリ而シテ人民ハ前述ノ如ク其土地ニ付テ借地權ヲ有シタリシカ君主ハ其欲スル所ニ從ヒテ隨意ニ之ヲ處分シ甚シキニ至リテハ其人民ヲモ土地ノ附屬物トシテ之ヲ他人ニ移轉セリ然レトモ人民ノ權利ヲ重ンスル思想ヲ起ルニ從ヒテ茲ニ少シク局面ヲ變シ人民モ亦其土地ニ對シテ所有權ヲ有シ君主ノ有スル最高所有權(Oberhoheit)ナリトセラルルニ至リシモ是レ亦不當ナル說トシテ顧ミラルルコトナク今日ニ於テハ Imperium (統治)ト Dominium (所有)トハ全然區別セラルルニ至レリ

以上説明セシ所ニ依リテ國家ハ領土ヲ有シ之ニ對シテ積極的及ヒ消極的ノ力ヲ有シ其領土ハ必ス一定セサルヘカラサルコトヲ明カニセリ故ニ彼ノ水草ヲ追フ遍歴ノ人民ハ縱令之ニ對シテ主宰スル者アリト雖モ國家ニ非サルナリ此ノ如ク領土ハ一定スルコトヲ要スルノ結果境界ヲ定ムルコトハ甚ク重要ナルコトニ屬シ殊ニ國土ノ連續スル大陸ニ在リテハ境界ヲ限トシテ國家ヲ異ニシ法律ヲ異ニスルモノナ

ルカ故ニ其重要ナルコト明カナリ而シテ領地ナルモノハ地球表面上ノ區別セラレタル部分ニシテ其表面ノ上下ニ及フモノナルカ故ニ國際法上ノ國家ノ境界ニ付テハ區別シテ研究セサルヘカラス

一 空中 空中ハ如何ナル點マテヲ以テ境界ト爲スヘキハ國際法上未タ定マラサル所ナリ或ハ之ヲ定ムルノ必要ナシト論スル學者アリト雖モ其範圍如何ハ風船ニ因リテ空中ヲ自由ニ飛翔スルコトアルカ如キ場合ニ之ヲ定ムルノ必要アルコト勿論ナリ唯千八百九十九年ニ於ケル陸戰ノ法規慣例ニ關スル規則ニ於テ戰時ニ於テ輕氣球ヲ用フルコトニ關スル規則アルノミ或ハ上部ニ向ヒ彈丸ノ及ヒテ防禦スルヲ得ル點マテヲ以テ其境界ト爲スヘシトノ說ヲ採ルモノアレトモ此說モ亦敢テ穩當ニ非ス

二 地下 地下ニ付テハ地下隧道、地下鐵道、鑛物採掘等ニ關シテ重要ナル問題ヲ生スヘク隨テ領土トハ地下ノ何レノ點マテヲ云フヤヲ確定スル必要アルコト勿論ナリト雖モ國際法上未タ一定ノ規則ヲ立ツルニ至ラス

三 地表 海ヲ以テ境界ト爲ス所ノ國家ノ領土ニ付テハ後ニ説明スルカ如ク今日ノ慣例ハ干潮時ニ於テ水陸分界點ヨリ三海里ヲ境界ト爲ス然ルニ千八百九十五年ノ國際法協會ハ六海里ヲ延長スヘキモノナリトノ決議ヲ爲シタルモ未タ採用セララルニ至ラス其三海里ヲ以テ境界ト爲スノ理由ハ砲丸ノ達スル點ヲ限トシ其範圍内ニ於テハ國家ノ實力ヲ以テ之ヲ防禦シ得ルカ爲メナリ而シテ今日ニ於テハ軍器製作ノ術進歩シテ精工ナル銃砲ヲ作ルニ至リシヲ以テ三海里ヲ以テ狹キニ失スト爲スニ至リシナリ

河川ヲ以テ境界ト爲ス場合ニ於テハ其河川ノ航行シ得ヘキモノナルト否ヲサルモノナルトヲ區別シ(イ)航行シ得サルモノナルトキハ其中央ヲ以テ境界トシ(ロ)航行シ得ヘキ河川ハ其流水ノ最深キ



所(Thalweg)ヲ以テ境界トス是レ此種ノ河川ノ用ハ航行ニ在ルヲ以テ其流水ノ最深キ所ヲ境界ト爲スコト最モ適理ナルヲ以テナリ此理由ヨリシテ洪水其他ノ原因ノ爲メニ河川中ニ島嶼ヲ生シタルカ如キ場合ニハ最深ノ箇所ヲ變シ從テ境界ヲ變スルニ至ルヘシ  
 山嶽ヲ以テ境界ト爲ス場合ニ於テハ其分水線ヲ以テ限トシ其處ニ人工ヲ用ヒテ界標ヲ立ツルヲ常トス

境界ハ之ヲ種種ニ分類スルコトヲ得ヘシト雖モ主要ナルモノノミヲ左ニ説明スヘシ

一 自然の境界及ヒ人工の境界 自然の境界トハ國家ノ意思ナクシテ自然ニ或物カ境界ヲ成ヌヲ謂フニ非ス人工の境界ノ場合ト同シク國家ノ意思ヲ必要トスルコト勿論ナリト雖モ人工の境界ノ場合ニハ始ヨリ人工ヲ以テ堀、溝其他ノ物ヲ作り以テ境界ト爲スニ反シ自然の境界ハ始ヨリ此種ノ物ヲ造作セス自然ノ山川湖沼等ヲ境界ト爲ス意思ノ決定ヲ以テ完成スルモノナリ

二 精神の境界及ヒ物質の境界 前者ハ人ノ五官ヲ以テ知覺スルヲ得サル境界ニシテ後者ハ之ニ反スル境界ナリ夫ノ經緯度ヲ以テ境界ト爲スカ如キハ精神の境界ニシテ山川木石等ヲ以テ境界ト爲スハ物質の境界タリ例ヘハ我國ト露西亞トノ間ニ於テ樺太ニ關シテ境界ノ爭議ヲ生シ露國ハ北緯四十八度ヲ以テ境界ト爲サンコトヲ主張シ我政府ハ五十度ヲ以テ境界ト爲スヘキモノナリト爭ヒタルカ如キ又明治二十八年九月我國ト西班牙トノ間ニ於テ「此宣言ニ於テハ「バシー」(Bassée)海峡ノ航行シ得ヘキ海面ノ中央ヲ通過スル所ノ緯度並行線ヲ以テ太平洋ノ西部ニ於ケル日本國及ヒ西班牙國版圖ノ境界線ト爲スヘシ」(日西兩國國境確定ニ關スル宣言)ト爲シタルカ如キ是ナリ  
 以下境界ノ變更及ヒ消滅ニ付テ説明スヘシ

境界ノ變更及ヒ消滅ノ原因ハ之ヲ分テテ二ト爲ス國家ノ意思ニ基ク變更、消滅及ヒ其意思ニ基カサル變更、消滅是ナリ例ヘハ海嶼洪水等ノ原因ニ因リテ境界ノ變更シ又ハ消滅スルカ如キハ後者ニ屬シ國家カ其領土ヲ割讓シ又ハ賣却スルカ如キハ前者ニ屬ス彼ノ外國ノ侵略ニ因リ又ハ講和條約ノ結果其領地ノ或部分ヲ割讓スルカ如キハ縱令強制的ノモノナリト雖モ亦國家ノ意思ニ基クモノナリト云フヲ妨ケス然レトモ戰爭ニ因リテ其境界ヲ侵サルルコトアルモ之ヲ以テ境界ノ變更ト稱スルコトヲ得ス是レ唯一時的ニ其境界ヲ紊シタルノミ決シテ確定永久ノモノニ非サレハナリ又二箇以上ノ國家カ其君主ヲ合同シテ一人ヲ以テ其主權者ト爲スコトアルモ是レ亦境界ノ變更ニ非ス例ヘハ白耳義國王ハ同時ニ亞弗利加ノ「コンゴ」國ノ君主ト爲リシモ其境界ヲ變更シタルモノニ非サルナリ私人の行爲ヲ以テ國家ノ境界ヲ紊ス者ハ國法上ノ罪トシテ之ヲ處罰スルモノアリ例ヘハ獨逸ノ如シ又境界ヲ接スル國家間ニ條約ヲ以テ定ムルモノアリ千八百五十三年十月佛國ト「ルクセンブル」ヒトノ間ニ締結セラレタル條約ハ明カニ之ヲ規定セリ

境界ニ關シテ爭議ヲ生スルトキハ種種ノ平和手段ヲ以テ其確定ヲ爲スヘシト雖モ時ニ或ハ兵力ニ訴ヘテ其主張ヲ貫カントスルニ至ルコトアリ然レトモ戰爭ニ依ルコトハ可及的避クヘキコトナルカ故ニ今日ニ至ルマテ左ノ四方法ノ一ヲ採用セリ

一 境界不明ナル部分ヲ以テ共有ト爲スコト 例ヘハ日本ト露西亞トノ間ニ於テ樺太島ニ關シテ爭議ヲ生シ一時同島ヲ以テ兩國ノ共有ト爲サントノ約ヲ成シタルカ如キ又千八百五十八年ノ露國ト支那トノ境界ニ關スル愛暉條約ニ於テハ「由烏蘇里河往彼至海所有之地此地如同接連兩國交界明定之間地方作爲兩國共管之地」ト規定シテ露清兩國ノ共有タルコトヲ定メタルカ如キ是ナリ然レトモ共有

0085

ナルモノハ普通私法ノ區域ニ於テモ好マシカラサル現象ナルト同シク國際法上ニ於テモ採用スヘキヲサルモノナリ何トナレハ一地方ニ二箇以上ノ主權ヲ及ホストキハ互ニ衝突シ例ハ兵役義務ノ如キ又納稅義務ノ如キ一國家ニ對シテ盡サントセハ他ノ國家ニ服從スル能ハサルニ至ルカ如キ弊アルヲ以テナリ

二 係争地ヲ以テ中立地ト爲スコト 是レ前者ト正反對ノ觀念ニシテ何レノ國家モ其地ニ向テ主權ヲ行使スルコトヲ得スト爲スモノナリ例ハ歴史上ニ於ケル波蘭ノ「クラコー」ノ如キ普瀟西ト和蘭間ノ爭ヲ惹起シタル「モレスネー」ノ如キ是ナリ然レトモ此方法ハ共有ニ付テ積極的ノ衝突ヲ生スルカ如ク消極的ノ衝突ヲ生シテ例ハ貧民救助ノ如キ危難驅除ノ如キ事務ハ何レノ國家モ之ヲ爲ササルノ弊アリ

三 雙方ノ國家ヨリ委員ヲ選ヒテ之ヲ決セシムルコト 此方法ニ依ルモ若シ其協議不調ト爲ルトキハ何等ノ效ヲモ奏セサルヘシ

四 仲裁裁判ニ依リテ決スルコト 是レ最モ缺點尠キ方法ニシテ近來多ク採用セラルル所ナリ又豫メ條約ヲ以テ境界ノ争ニ關シテハ仲裁裁判ニ依リテ決スヘシト定ムルモノアリ

國家ノ領地ヲ分テテ水ノ部分及ヒ陸ノ部分ト爲ス陸ノ部分ニ付テハ以上述ヘタル所ノ外別ニ説明ヲ要セズ水ノ部分ニ關シテハ之ヲ左ノ如ク大別スルコトヲ得

第一 運河 運河ニ二種アリ萬國の運河及ヒ國內の運河是ナリ後者ニ付テハ別ニ國際法上ノ問題ヲ惹起スルコトナキ故ニ以下前者ニ付テハミ説明スヘシ唯國內の運河ノ一例トシテ說示スヘキハ獨逸ノ「キール」運河ナリ此運河ハ千八百八十九年ニ於テ竣工シタルモノニシテ獨逸帝國內ノミニ終始ス

之ヲ導キテ公平ノ點ニ到達セシメントシタル運行中毫無障礙ヲ受クルコトナカリシノミナラス暴君虐主ト雖モ私法ノ發達ヲ補助シ人民ノ不平ヲ避ケンコトヲ力メタルハ其畏ルル所ハ唯反亂ノミニ在リテ其他ノ箇人關係及ヒ所有權ノ如キ間ノ所ニ非ス是故ニ此等ノ問題ハ常ニ十分ナル保護ヲ受ケ箇人一家ノ生活ハ完全ナル組織ヲ得テ公平無私ノ法律ハ羅馬人民ヲ支配シタルモ羅馬皇帝ノ威權ニ專恣ナルヲ害セス而シテ其政策ハ先ツ一身ノ保全ニ在ルヲ以テ汲汲トシテ已レノ地位ヲ維持センコトヲノミ惟レ獨リ一切ノ威權ヲ集合シテ手中ニ握リ獨恣擅斷國人ノ之ニ與ルヲ容サス人民ヲシテ單ニ私事ニ執掌セシメ敢テ政事ニ容察セサランカ爲メ盤ニ飲宴ヲ設ケ市人ヲ驅リテ醉飽セシメ復タ他ニ志ナカラシメンコトヲ力メシヨリ放縱淫肆ノ風俗ヲ成シ往昔共和時代ノ人民カ政治思想ノ基礎ト爲シタル國民自由ノ精神ハ地ヲ拂ヒテ消滅スルニ至レリ是レ羅馬ニ於テ公私兩法ノ全ク相反セル境遇ニシテ其結果モ亦宵壤ノ差アル所以ナリ

(二) 適用區域ニ從ヒ法律ヲ細別シテ市民法、通民法、自然法ト爲ス 各人民固有ノ風俗、習慣ニ從ヒテ制定シ一人民ヨリ他人民ニ移ルヲ以テ變スル所ノ法律アリ而シテ羅馬人カ特ニ自國ノ爲メニ設立シタル此種ノ法律ヲ呼ビテ市民法(Civile)ト謂フ此羅馬ノ市民法ハ最モ國民の精神ヨリ成リ排外の狹隘ノ法律ナリシカ羅馬人ノ其城壁ヲ出テ漸漸四方ニ向ヒテ侵略ヲ試ミ遂ニ當時存在セル人民ハ或ハ之ヲ征服シ或ハ羅馬ノ同盟ト爲シ盡スニ及ヒテ外邦人民トノ關係頻繁ト爲リ羅馬市民法ノ外更ニ内外人ノ別ナク適用セシムヘキ法律ノ必要ヲ生セリ

羅馬人ノ征服セル人民中ニハ文物制度ノ遙ニ羅馬ヨリ進歩シタルモノアリタリ殊ニ希臘ヲ以テ其最タルモノトス而シテ羅馬法官ハ希臘ニ於テ箇人ノ國際上ノ關係ニ於テ其法則ト爲リタル原理ヲ取りテ外



邦人民ニ認與スルニ及ヒタリ此法律ハ形式ニ依ラスシテ内外ノ別ナク一般人ノ爲メニ適用セラルルモノニシテ通民法又ハ萬族法(Jus gentium)ト唱ヘ羅馬固有ノ法律、習慣ヨリ成リ而シテ唯リ羅馬人民ニ限り應用セラレタル市民法ト兩兩相對映セリ

此通民法ハ文化シタル總テノ人民ニ於テハ皆同一ニシテ國民ノ種族、地理ニ從ヒテ差等アルコトナシ蓋シ此法律ハ自然ノ純理ヨリ産出シ善良、正理ノ兩者ヲ以テ指導者ト爲シタル人類ノ抱クヘキ第一思想即チ自然法ヨリ成レルモノナリ而シテ「ジュステアン」帝ハ此自然法ヲ通民法ヨリ區別シ更ニ第三種ノモノト爲シタルモ元來法律ノ一般人民ニ應用スヘキハ其自然ノ原理ニ由ルニ在ルモノニシテ羅馬法亦自然法及ヒ通民法ヲ取リ彼此區別スルコトナシ故ニ市民法、通民法及ヒ自然法(Jus naturale)ノ區別ハ歸スル所ニシテ自然法ヲ削除スルヲ當レリト爲ス

羅馬人民ニシテ守舊ノ精神ニ乏シカリシナラハ通民法ノ新原則ヲ採用セラルルト共ニ固有ノ市民法ハ漸ク侵蝕セラレテ終ニ全然其狀態ヲ變セシナルヘシ然レトモ通民法ハ市民法ヲ傾倒スルコト能ハスシテ兩立シ法律思想ノ進行スルト共ニ市民法ノ頑硬ナル性質ヲ緩和ナラシメ老朽ノ儀式ヲ排棄スルニ及ヘトモ其嚴然畫定セル境界ハ永ク抗立シタリ此ノ如ク市民法及ヒ通民法ノ併存ハ羅馬法ヲ推進シテ高尚ノ域ニ進マシメタル主タル原因ナルモ又之ヲ學ブノ困難ナル一ノ原因タリ

市民法及ヒ通民法ノ存在セシ理由ハ略ホ已ニ説キタルカ如シト雖モ之ヲ區別スルノ特徵タルハ羅馬ノ裁判所ニシテ羅馬人民ニノミ適用スヘキ規則ハ之ヲ市民法ト爲シ裁判所ニシテ外邦人間或ハ外邦人ト羅馬人トノ關係ニ於テ適用スヘキ規則ハ通民法ニ屬ス故ニ外邦人ニシテ羅馬市民法ノ方式ニ從ヒテ爲セル遺言ハ羅馬裁判廷ニ於テ實行ヲ許サス之ニ反シテ羅馬人ハ外國人ト加盟セル會社契約ハ羅馬法律

ニ依リ其有效ナルヲ認ム是レ羅馬法文ノ市民法及ヒ通民法ナル二箇ノ稱號カ意味スル真正ナル解釋ヲ示ス所ナリ

(二) 法律ノ形成ニ從ヒ私法ヲ區別シテ不文法及ヒ成文法ト爲ス 羅馬ノ學者ハ法律形成ノ點ヨリ觀察ヲ下シ法律ヲ分テテ不文法(Jus non scriptum)及ヒ成文法(Jus scriptum)ノ區別ヲ立テシカ此名稱ハ字義上正確ナラス蓋シ法律ノ文章ヲ成シタルト否トハ此區別ヲ識別スル表徴トスルニ足ラサルナリ不文法トハ立法者ニ由リ制定セラレ布告セラレタル法律ニ非ス唯引用ノ久シキヨリ社會關係上ノ規則トシテ人民ヨリ承認セラレタル制度及ヒ原則ノ總體ニシテ所謂習慣法ナルモノナリ元來習慣法ハ布告セラレタルコトナキヲ以テ其何レノ時ヨリ法律タル效力ヲ生セシヤハ精密ニ之ヲ判斷スルコト能ハス其漸次應用ヲ重ネ終ニ社會一般ヨリ法律トシテ認定セラルルニ至ルマテハ既ニ多少長キ間ノ年月ヲ經過セルヤ明カナリ不文法ノ存立スル原因ハ人民カ一般ニ法律ノ必要ヲ感シ其存在ヲ希望スルニ由ルモノニシテ其司法的關係ニ於テハ漸次發達シテ形成セラルルヲ以テ社會ノ必要ヲ趁ヒ又社會ノ進歩發達ニ隨ヒテ變遷スルモノナリ此習慣法ノ變化スヘキ性質ハ能ク法律ノ哲學的理想ノ精神ニ合スルモ又同時ニ習慣法ノ法律トシテ不全ノ性質ヲ帶フル所以ナリ何トレハ之ヲ適用スルニ當リ其境界明確ニ限畫スヘカラサルヲ以テ法官ハ自己ノ意思又ハ記憶ヲ基礎トシ訴訟ヲ判決ヲ下スニ至リ簡便ノ權利、財產問題等ニ對シテ危險ナル結果ヲ惹起スルコトアレハナリ此等ノ弊失ヲ回避シ得ヘキハ明文法ニシテ明文法トハ其文章ヲ成シタルヲ謂ニ非スシテ立法上ノ形式ヨリ之ヲ指稱スルモノナリ

一國又ハ一人民ニシテ法律思想ノ少シク精密ト爲リ理論ノ漸ク形成セラルルニ至ルトキハ若シ確立シタル方法ヲ以テ組織セラレタル立法權ナルモノノ存スルアラシカ此立法權ハ必スシモ習慣ノ成立スル



ヲ待タスシテ自ら進ミテ人民ノ全體或ハ少クトモ其多數ノ希望ヲ取リテ之ヲ正確ナラシメ一定ノ方式ニ適合シ之ヲ條文ト爲シ公布シテ法律ト爲スヲ常トス是ヲ以テ觀レハ習慣ハ幼稚ナル人民ノ間ニ於テハ法律ヲ構成スルモ開化ノ或程度ニ達シタル人民ニ至リテハ寧ロ法律ハ習慣ヲ構成セシメ之ヲ發達スト謂フハシ

羅馬ニ於テモ其他ノ人民ニ於ケルト同シク當初不文法ハ單ニ習慣ヨリ成立シタリ然レトモ成文法ハ國ニ依リ又時代ニ隨ヒ其制定ノ方法及ヒ其規定セル趣旨ヲ異ニスルモノニシテ羅馬ニ於テハ左ニ列記セル六種ノ法律ヲ以テ成文法ノ源泉ト爲ス

- (一) 「キュリア」(Curia)及「センチュリア」(Centuria)民會ノ決議
- (二) 「トリブネー」(Tribus)民會ノ決議
- (三) 元老院決議
- (四) 皇帝ノ勅令
- (五) 法律學者ノ答案
- (六) 法官ノ訓示

### 第三章 法律ノ源泉及ヒ發達

法律ノ源泉ヲ探求シ其如何ニシテ形體ヲ付與セラレタルヤ又如何ナル時代ニ於テ成立シタルヤヲ研究スル之ヲ法律ノ外部歴史ト謂フ換言スレバ法律ノ外部歴史トハ法律ノ外表ニ付キ觀察シタルモノニシテ其形體及ヒ生活ヲ付與シタル有形的作用ノミヲ學フモノナリ之ニ反シテ法律ノ内部歴史トハ司法制

度ノ原則及ヒ適用等ニ關シ之ヲ分解シ其進行ヲ詮ヒテ學理ノ在リシ所ヲ精査スルモノナリ前者ハ公法史ノ一部ニ屬シ後者ハ私法史ノ全部ヲ成ス而シテ立法上ノ動機ハ私法上ノ方針ニ向ヒテ直接ナル勢力ヲ波及スルヲ以テ先ツ法律ノ源泉ヲ知ルコトヲ要ス今順次時代ニ從ヒテ法律ノ外部歴史ヲ略述センニ分チテ五世代ト爲ス

第一世代 羅馬創立ヨリ十二銅版法(又ハ十二表法)ニ至ル即チ羅馬曆第一年ヨリ三百年ニ至ルノ間(羅馬曆第一年ハ耶蘇紀元前七百五十四年ナリ)此時代ヲ稱シテ法律ノ幼稚時代ト謂フ

羅馬市開創ノ起源ハ「チーブル」(Fidens)河口ヲ距ル遠カラサル「ラシオム」(Latium)地方ノ一隅ニ住居セル「ラムネス」(Lavinus)人「タシエス」(Tatius)人及ヒ「リセレス」(Luceius)人ナル三部落ノ人民カ相合シテ一ノ市街ヲ造リ之ヲ圍繞スルニ城壁ヲ以テシタルニ在リ此三種族ノ人民ハ羅馬市内ニ於テ各十箇ノ「キュリア」(Curia)(選舉區ノ種類)ニ小分セラレ又貴族、平民ノ二階級ニ區別セラレ平民ハ貴族ニ隸屬セシメラレタルモ其關係ノ如何ナルモノナリシヤハ今日分明ナラス

羅馬ヲ支配セル公權ハ一人ノ王及ヒ元老院ヨリ成リ王位ハ世襲ニ非スシテ元老院議員ノ一人カ王位ニ上ルベキ者ノ名ヲ發議シ「キュリヤ」民會ノ決議ニ付シ選任セラル羅馬王ノ權力ハ絕對ニシテ終身其職ニ在リ平時ニ於テハ政務ヲ管理シ宗教上ノ首宰トシテ其儀式ヲ司リ法官トシテ民事及ヒ刑事上ノ訴訟ヲ裁斷ス戰時ニ於テハ人民ヨリ編成セラレタル軍隊ヲ指揮シ自ら戰場ニ臨ムモノナリ元老院ハ羅馬市ノ古老ヲ以テ組織セラレ當初元老院議員ノ數ハ百人ナリシカ後増加シテ三百人ト爲レリ元老院ノ任務ハ王ノ諮詢ニ答フルニ在リ緊要ナル國務ハ必ス元老院ノ評議ヲ經サルヘカラサルモ王ハ其意見ニ拘束セララルコトナク國務ヲ處斷スルニ當リ之カ採否ノ自由ヲ有セリ羅馬王ノ權力ハ殆ト無限ナリシモ法

律ノ制定ニ至リテハ一己ノ獨裁ヲ以テ之ヲ爲スコト能ハス必ス先ツ人民ノ代表者ヲ召集シテ「キユリア」民會ヲ開キ法律案ヲ諮問ス民會ハ之ニ對シ討論スルノ權ヲク唯法律案ノ可否ヲ決スルノミ民會ノ可決セシ法律案ハ更ニ元老院ノ認可ヲ得テ始メテ法律ト爲ル此形式ヲ經テ成立シタル法律ハ所謂「キリア」法ナルモノニシテ習慣ニ次テ表ハレ明文法ノ最モ古キモノナリ「キユリア」民會ノ決議ニ於テ外見上貴族、平民同等ノ權利ヲ有セシカ如キモ實際ニ於テハ全ク之ニ反シ人民中ノ少數タル貴族ハ多數タル平民ヲ壓倒シテ會議以外ニ之ヲ排除シタルカ然ラサレハ平民ノ會議ニ列スルヤ貴族ノ隸從タル名義ヲ以テシ主從ノ關係ヨリ生スル義務トシテ一ニ貴族ノ意ヲ奉シテ投票セサルヘカラサリシカ如シ又古代羅馬ノ習慣トシテ民會ノ召集其他重大ナル國事ヲ決行スルニ先チ犧牲ヲ神ニ捧ケ神意ノ好惡ヲト占セシカ其祭式ヲ司ルハ國王ニシテ國王ハ元老院ノ推舉ニ依リ選任セラレ又此至重ノ權力ヲ有スル元老院ハ貴族ヨリ組織セラレ加フルニ「キユリア」民會ノ可決セル法律案ヲ認可スルモ亦元老院ノ職權ニ屬シタルヲ以テ立法上貴族ノ勢力カ獨リ之ヲ占斷シ毫モ平民ノ勢力ノ及ハサリシハ疑ヲ容レズ

羅馬王「セルウィユス、チユリユス」(Servius Tullius)紀元前五百七十八年乃至五百三十四年ノ時ニ至リ新ニ人民ノ區別ヲ立テ其年齡及ヒ資産ノ多寡ニ依リ五階級ヲ作り別ニ貧民ヲ集メテ一階級ヲ設ケ合計六級ト爲シ更ニ之ヲ細別シテ百九十三ノ「センチュリア」ト爲シ財政、軍事及ヒ立法組織ノ基礎ト爲シタリ財政上ニ於テハ此細別ニ從ヒ租稅分賦ノ標準ヲ立テ軍事上ニ於テハ各「センチュリア」ノ中ニ壯老兩者ヲ分チ壯者ハ十六歳以上四十六歳マテニシテ之ヲ壯兵トシ國外ノ戰闘員ニ充テ老者ハ四十六歳以上ノ者ニシテ羅馬内ノ防衛兵ト爲シタリ立法上ニ於テハ「センチュリア」民會ヲ作り此民會ニ於テ可決シタル法律ヲ名ケテ「センチュリア」法ト曰ヘリ即チ明文法第二ノ源泉ナリ

五階級ニ別タレタル市民ノ資産ハ第一級ヲ作ルモノハ十萬「アス」(「アス」ハ銅錢ノ名ニシテ「アス」ハ我ニ錢許ヲ價ス)以上、第二級ヲ作ルモノハ七萬五千「アス」以上、第三級ヲ作ルモノハ五萬「アス」以上、第四級ヲ作ルモノハ二萬五千「アス」以上、第五級ヲ作ルモノハ一萬二千五百「アス」以上トス

羅馬王「セルウィユス、チユリユス」ノ民會組織ヲ變更シ財産的ノ門閥ヲ取リテ出生的ノ門閥ニ代ヘ富者ノ勢力ヲ籍リテ貴族ノ勢力ヲ抑壓セント計畫シタルモ此時代ニ於テ著大ナル財産ヲ有シタル者ハ多ク貴族ニシテ平民中ニハ其數僅少ナリシカ故ニ得タル結果ハ外表ニ止マリタルニ過キス其他當時羅馬ノ人口ハ著シク増殖セントスルノ傾向アリ此等貧困ナル市民ハ保守的精神ナク動モスレハ既存ノ制度ヲ破壞セントスルノ惧レアルヲ以テ大多數ヲ爲シタル貧民ニ向ヒテ精細ナル注意ヲ加ヘ其勢力ヲ得ルコトヲ防止セントコトヲ以テ「センチュリア」民會組織第一ノ目的ト爲シタル如シ

「センチュリア」民會ヲ召集スルニハ之ヲ允許スル元老院ノ決議ヲ要シ其可決シタル法律ハ古昔時代ニ於テハ更ニ「キユリア」民會ノ認可ヲ要シタリ「センチュリア」民會ノ議長ニハ元老院議員ヲ以テ之ニ充テ開會ノ場所ハ演武場ニ於テシ決シテ開市ノ日ヲ以テラスルコトヲ得ストシ平民ヨリ成レル農夫ノ會議ニ群集シ來ルヲ避ケタリ

「センチュリア」間ノ投票ニハ「センチュリア」ヲ以テ一票トシ各「センチュリア」内ノ投票ハ其有スル頭數ニ依リ多數ヲ定ム「センチュリア」ノ投票ハ第一級市民ヨリ始マリ可否ノ多數ヲ得ルニ及ヘハ之ヲ繼續セルモノトス第一級ヲ組成スル市民ノ數ハ僅少ナルモ百九十三ノ「センチュリア」中八十ヲ有シ通常第二級市民ノ投票ニ及ヘハ可否已ニ決シ第三級以下ノ市民ヨリ成ル「センチュリア」ハ投票ニ與ルコトナカリシヲ以テ「センチュリア」ノ組織ハ獨リ富豪ノ勢力ヲ擅ニセシメ貧民ヲ驅逐シテ公事ニ關與ス



ルヲ許ササリシ

「セルウィユス・チュリユス」王ハ「センチュリア」組織ノ運用ニ便ナラシメンカ爲メ毎五年ヲ以テ人口及ヒ資産ノ調査ヲ行ハシメ若シ戸主ニシテ家族及ヒ收入ノ申告ヲ怠ル者ハ嚴罰ヲ以テ之ヲ處シタリ其他「セルウィユス・チュリユス」王ハ羅馬ノ境土ヲ分テ羅馬市ヲ以テ四區(Quarta)ト爲シ田野ヲ以テ三十一區ヲ作りタリト云フ然レトモ田野ノ區分ハ其真ニ「セルウィユス・チュリユス」ノ時ニ成リタルヤ明確ナラス

耶蘇紀元前五百年ノ革命ニ因リ羅馬ノ王政ハ倒レテ共和ト爲リタルカ此革命ハ素ト貴族カ起シタル反亂ノ結果ナルヲ以テ革命ヨリ生スル利益モ亦貴族ノ壟斷スル所ト爲リ平民ハ殆ト其餘澤ヲ蒙ルコト能ハス依然トシテ貴族ノ使役ニ供セラレ政治及ヒ宗教上ノ權利總テ皆貴族ノ手中ニ保留セラレ就中最モ平民ヲシテ悲酸ナル痛苦ヲ感セシメタルハ革命戰爭ヨリ生シタル負債ニシテ古昔羅馬ノ習慣トシテ戰爭時ノ武器、食糧等總テ兵士各自ノ負擔タリ平民モ亦革命戰爭ニ從事シタルモ多クハ貧困ニシテ器ヲ購フノ資力ナク僅ニ負債ニ依リ必要ナル金錢ヲ得タルカ一旦戰爭ノ終ルニ及ヒテ法外ナル利息ヲ加ヘ元資ヲ返償セサルヘカラサルニ至リ債權者ノ酷烈ナル期ヲ過キテ辨濟スルコトヲ誤リタル者ヲ捕ヘテ奴隸トシ或ハ殺シテ肉ヲ分チタリ是ニ於テ平民ハ意ヲ決シテ別ニ安全ノ地ニ移ラント欲シ群ヲ爲シテ羅馬ノ市ヲ去リタルヲ以テ貴族ハ大ニ驚キ將來平民ヲ保護スヘキ「トリボン」(Tribun)ナル特別ナル法官ヲ創設シ通債ノ爲メニ奴隸ト爲シタル者ハ之ヲ放釋シ又返償シ能ハサル負債者ハ之ヲ免除スヘキコトヲ約シ僅ニ平民ノ羅馬ニ復歸スルコトヲ得タリ此「トリボン」ナル法官ハ最初「センチュリア」會議ニ於テ選任セラレタリシカ後「トリビ」會議(平民會議)ヨリ選出セラレタリ此法官ハ身ニ特別ナ

ル衣服徽章等ヲ著ケスト雖モ其威權ハ諸種ノ法官中最モ強大ナルモノニシテ「トリボン」ノ身體ハ侵スヘカラサルモノト定メラレ又一言シテ元老院決議及ヒ其他ノ法律、法官ノ命令ヲ中止セシムルノ權アリ此ヲ有セリ之ヲ「ウヘト」(Veto)ノ權ト謂フ其他「トリボン」ハ平民會議ヲ召集シ其議決ヲ取ルノ權アリ此決議ハ「プレシチチニス」(Placitum)ト呼ハレ平民會議創立ノ當時ハ單ニ平民ニ對シテノミ有效ナリシカ後一般人民即チ貴族平民ノ別ナク等シク遵守セサルヘカラサル效力ヲ有スルニ至レリ是ヨリ以後平民ノ勢力ハ漸次擴張セラレ紀元前四百五十年私法上貴族ト同等ノ權利ヲ得終ニ紀元前三百六十六年政治上同等ノ權利ヲ得タリ

十二銅版ノ法律ハ羅馬人民ノ私權及ヒ政治上權利ノ根本ヲ定メタルモノニシテ法律上人民ノ階級ナク又區別ナキコトヲ示シ羅馬人民カ國ノ主權者タルコトヲ知ラシメタリ然レトモ實際上尙ホ久シクノ間平民ハ貴族ト對等ノ地位ニ立ツコト能ハサリキ十二版ノ法律ハ羅馬ニ存在セル固有ノ習慣ニ混スルニ伊太利地方ニ起リタル希臘殖民地ノ習慣ヲ以テセルモノニシテ初メ羅馬ニ於テ明文法律ヲ作ルコトヲ決シメキ三名ノ委員ヲ命ジ之ヲ當時希臘文明ノ中心タル「アテニス」府ニ遣送シ其法律及ヒ習慣等ヲ審查セシメ委員ノ羅馬ニ歸ルニ及ヒ更ニ十名ノ法官ヲ選ヒ法律編纂ノ任ヲ掌ラシメ之ニ付與スルニ無限ノ權力ヲ以テシ羅馬ニ存在セル一切ノ法官ハ總テ之ヲ中止シタリ此「デセムウリ」(Decemviri)ナル十八人法官ハ滿一箇年ノ後十版ノ法律ヲ作りタルヲ以テ之ヲ公事ノ會議場トシテ人民ノ集會スル「フォーロム」(Forum)ニ掲示シ人民ノ意見ヲ聽キテ修正シタル後センチュリア會議ニ付シテ可決シタリ然

レトモ此新法律ハ尙ホ未タ完備セサルノ點アルヲ以テ更ニ一箇年間十人法官ヲ任命シ二版ノ法律ヲ作ラシメ之ヲ十二銅版ニ彫刻シテ人民ニ公知セシメタリ是レ其名稱アル所以ナリ十二版法律ノ條文ハ粗暴ニ度ルモノナキニ非ス後世改修ヲ受ケタルモ其本體ニ於テハ羅馬滅亡ニ至ルマテ破壞セラルルコトナク之ヲ以テ民法ノ基礎ト爲シタリ十二銅版ノ法律ハ羅馬ノ戰亂ヲ經テ消滅シ世ニ傳ハラス今日書上ニ記載セラルルモノハ主トシテ第十七世紀ノ頃「ジャック・ペトローア」(Jacques Godefrey)カ其斷片ヲ集綴シ世ニ公ニシタルモノニ據ルモノナリ

第二世代 十二版法ヨリ「シセロン」ニ至ル羅馬曆三百五年ヨリ六百五十年ニ至ル此時代ヲ稱シテ法律ノ少年時代ト謂フ

平民會議ノ決議カ普通法ト爲ルニ及ビ貴族モ亦平民會議ニ列席スルニ至リタリ元來「トリビュ」(區)ノ組織ハ人民ノ居住セル區域ニ依リテ立テタルカ「センソール」(Censur)ナル人口、財産ノ調査及ヒ風俗ノ監察ヲ司ル法官ハ隨意ニ區ヲ組成シ住處ニ關セス人民ヲ各區ニ配付スルノ權ヲ有シタルヲ利用シ土地所有者ヲ以テ田野ノ三十一區ヲ作り都市ノ四區ニ集ムルニ貧者及ヒ解放奴隸ヲ以テシタルヨリ平民會議ニ於ケル貴族ノ勢力ハ彼ノ「キュリア」及ヒ「センチュリア」會議ニ於ケル如ク偏重ナラントセシモ平民勢力ノ増加ハ之カ爲メ防止スルコト能ハス貴族獨占ノ官職モ亦漸次平民ヲ以テ之ヲ任スルニ至リ紀元前三百六十八年始メテ平民ノ大統領ヲ出シタリ然レトモ貴族ハ平民ノ大統領ニ付與スルニ全權ヲ以テスルコトヲ忌ミ其選任セラルルニ先チ大統領ノ職權中ヨリ司法權ヲ割キテ之ヲ分立セシメ別ニ「プレトル」(Praetor)ナル法官ヲ置キタルカ此法官ノ創設ハ將來法律ノ發達ニ向ヒテ偉大ナル影響ヲ與ヘタリ

此世代ノ末ニ近ツキ法律ハ純然タル一科ノ學問トシテ現出シ紀元前三百四年「クネイユス」(Cnaeus Plautius)ハ貴族カ自家ノ秘密トシ傳ヘ來リタル訴訟法ヲ世ニ公ニシ又平民ニシテ始メテ大僧官ノ位ニ上リタル「チヌリユス」(Cnaeus Laelius)「セクス」(Sextus Calpurnius)「セクス」(Sextus Calpurnius)ハ法律ノ彙集ヲ著ハセリ此等ノ法學者カ成シタル功績ハ當時羅馬ニ傳播シ來リタル希臘哲學ノ學理ト相須テラ羅馬人ノ觀想ヲ變更シ法律ハ稍、粗野ノ性質ヲ去リ緩和ノ氣風ヲ取り羅馬ノ征服シタル人民ニ向ヒテ其應用ヲ容易ナラシメタリ

第三世代 「シセロン」ヨリ「アレキサンデル」(Alexander Severus)帝ニ至ル紀元前百四年ヨリ紀元後二百三十五年ニ至ル此時代ヲ稱シテ法律ノ壯年時代又ハ教科時代ト謂フ

共和政治ノ終ニ至リ數十年來繼續シタル國內ノ爭亂ハ遂ニ其滅亡ヲ招キ「オクタウィユス」(Octavius)ハ之ヲ顛覆シテ帝位ニ即キ諸般ノ法官ニ屬シタル威權ヲ攪リテ一身ニ集メ自ラ歸スルニ無限ノ權力ヲ以テシタルヨリ人民ハ立法權ニ參與スルノ能力ヲ失ヒ民會ノ決議ヨリ成リタル法律ハ元老院決議ヲ以テ之ニ代ヘタリ帝政ノ初ニ於テハ仍ホ全然共和時代ノ制度ヲ破壞セス元老院ノ如キ皇帝ハ其名ヲ籍リテ法令ヲ發セシモ元老院議員ノ任命ハ皇帝ノ指示ニ依リテ爲サレタルカ故ニ元老院ハ皇帝ノ意ニ從順ナルノ機關ト爲リ其發案ヲ公認スルニ過キス皇帝カ自ラ爲ス所ノ投票ハ元老院ノ取ルヘキ方向ヲ示スモノト爲リシカ後世ニ迫ヒテハ皇帝ハ元老院ヲ經由スルノ煩ヲ廢シ自ラ勅令ヲ發シ之ヲ法律ト爲シタリ是レ皇帝ハ無上無限ノ威權ヲ有シ獨リ法律以外ニ立チ臣民ノ身體、財産ニ對シ主公タリ又最高法官トシテ命令ヲ下スノ權ヲ握有スルニ由ル皇帝ノ勅令ハ已ニ帝政ノ初ヨリ存在スルモ「ジュスチニアン」帝ノ法典ニハ「アドリヤニス」(Hadrianus)帝以前ニ上ルモノヲ載セス



皇帝ノ勅令(Constitutiones principum)ニ數種ノ別アリ

- (1) 「エヂクタ」(Edicta)トハ法律上ノ問題ニ對シ將來一般ニ向ヒテ規定スル條文ナリ
- (2) 「マंडタ」(Mandata)ハ「官吏ニ宛テ其取ルヘキ方針ヲ指示シタル訓令ニシテ純粹ナル政治的ノ性質ヲ有シ其私法上ニ度ルハ例外ニ屬ス故ニ「ジュスチニアン」法典ハ之ヲ載セス
- (3) 「レスクリプタ」(Rescripta)ハ法官裁判官加之一箇人カ或法律上明白ナラサル疑問ニ關シ其解釋ヲ皇帝ニ請ヒタルトキ之ニ對シ下シタル答案ナリ
- (4) 「デクレタ」(Decreta)ハ皇帝カ終審裁判官タル資格ヲ以テ下シタル判決ナリ

羅馬帝政ノ末法學ノ衰頹セル時代ニハ皇帝ノ勅令ハ明文法ノ唯一ナル源泉ト爲リ特ニ *Leges* (「レジス」)ナル字ヲ用ヒテ之ヲ指シ法學者ノ議論解釋ニハ別ニ *Jura* (「ジュラ」)ナル字ヲ用ヒテ之ヲ區別セリ

羅馬ニ於テ法律ノ教科時代ノ隆盛ナルヲ致シタルハ主トシテ法律家ノ功績ニ歸スルモノニシテ「オーギュスチヌス」(Augustus)帝以前ニ在リテハ法律學者ハ毫モ官府トノ關係ヲ有セス唯其學理ノ高尚明確ナルヲ以テ名聲ヲ博シ其教ヘタル議論ハ往往ニシテ高等ナル法官ノ法令ト拮抗スルノ勢力ヲ有スルモ純然タル一私人タルニ過キサリシガ該皇帝ハ法學家ヲ寵遇シテ其歡心ヲ買ヒ羅馬人士ノ潛著セル獨立不羈ノ氣ヲ和ケント欲シ特ニ有名ナル法學者ノ數者ニ許與スルニ國家ノ名義ヲ以テ法律ノ答案ヲ發スルコトヲ以テセリ之ヲ「ジュス、レポネンチ」(Jus publice respondi)ト謂フ此答案權ハ二三ノ學者ニ對スル特殊ナル免許ナルモ更ニ他ノ學者カ答案ヲ與フルヲ妨ケス又此特權ヲ有スル學者ノ下セル答案ト雖モ直接ニ法律ノ效力ヲ有スルコト能ハサリシ然レトモ此時代ニ於テ著名ナル學者ノ下

シタル見解ハ實際恰モ法律ノ如ク保守サレタルモ未ダ公然タル性質ヲ有セサルヲ以テ之ヲ明文法ノ源泉トシテ列擧スルコト能ハサリシカ降テ「アトリヤニユス」帝ニ至リ「ジュス、レポネンチ」奉セサルヘカラサルコトヲ命ジタリ此命令ハ實ニ上記ノ稱號ヲ有スル法律家ニ向ヒテ立法ノ機能ヲ授與シタルモノニシテ其意見ハ質議ニ對スル答案及ヒ教授シタル學說(Sententiae et opiniones)ノ別ナシ又法律家ノ死心セル者ト生存セル者トヲ分タス唯此規則ノ目的ハ法律ヲ解釋シ其缺點ヲ補フニ在ルカ故ニ之ヲ以テ明白ナル法律ヲ廢止セシムルヲ許サス

教科時代ノ初年ニ於テ最モ有名ナル法學者ヲ「シセロ」(Cicero)トナス之ニ次ギ「リュフヌス」(Rufinus)「マティウス」(Marius)「セウラ」(Severus)「アキリユス」(Aquilus)「ガリウス」(Gallus)「マニシウス」(Manesius)「オウチウス」等アリ其他最モ記憶ニ留メサルヘカラサルハ「五ニ相抗立シ其學理及ヒ政治上ノ傾向ニ於テ全く其趣ヲ異ニシタル二學派ノ首領ニシテ甲ヲ「カプト」(Capito)ト呼ビ「サユニアニ」(Sabinianus)又「カシアン」(Cassianus)派ノ始祖ニシテ羅馬皇帝ノ寵遇ヲ受ケ古來ノ傳説ヲ尊重シタリ乙ヲ「ラベオ」(Labo)ト呼ビ「プロキレリアニ」(Proculianus)又「ペガシアン」(Pegastianus)派ノ始祖タリ獨立不羈ノ氣概アリ時勢ニ阿諛スルヲ嫌ヒ學識深高ニシテ舊慣ヲ棄テ新創スルコトヲ恐レシ其名聲遠ク「カピト」ノ上ニ出テタリ此兩學派ノ名稱ハ首領ノ名ヲ取ラス有名ナル門弟ノ名ヲ冠シタルモノナリ兩派ノ學者ハ首領ノ歿後尙ホ相競争シテ對立シタルカ紀元後第二世紀ノ比ニ及ヒ漸ク相調和シ來リ遂ニ第三世紀ニ迄ヒ盛名ノ學者「ガイニ」(Gaius)「ユニアニ」(Ulpianus)「パピニ」(Papinianus)「ポリーリ」(Paulus)「ウルピヤニ」(Ulpianus)輩ノ傑出スルニ迄ハ兩學派ノ名ハ自然消滅ニ歸シタリ羅馬法ノ發達ハ此等學者ニ由リ其極點ニ推

進セラレタルモ爾後「モデスチニウス」(Modestinus)ヲ除クノ外復タ第一流ノ學者ヲ生セズ法律ハ西山ニ傾斜セントスルタ陽ノ觀ヲ現ハシタリ

教科時代ニ於テ明文法ノ源泉トシテ重要ナルモノノ一ニ在ルハ「プレトル」法官ノ訓示ナリ「プレトル」ハ毎年其就職ノ初ニ於テ法律ノ適用、訴訟ノ裁決ニ對シ採ルヘキ方針ヲ揭示スルノ習慣アリ「プレトル」ハ司法權ヲ司リタル法官ナルヲ以テ法律ノ解釋ヲ下シ又正理ニ鑑ミテ市民法ヲ變更シ其不備ヲ補充シ終ニ市民法ノ側別ニ一ノ法律ヲ作ルニ至レリ「プレトル」ノ訓示ヲ揭示スルニ當リ自己ノ意見ニ從ヒ新規ナル條項ヲ挿入スルヲ得ルモ任期中ハ之ヲ變更セス以テ曲庇ノ裁判ヲ爲ササルコトヲ確保ス「アドリヤニウス」帝ハ「プレトル」ノ發スル訓示ハ年同一年ニシテ略ホ變更ナキノ程度ニ進ミタルヲ見テ法學者「ジュリアニウス」(Julianus)ニ命シ「プレトル」ノ訓示ノ條項ニ就キ實際適用セラレ能ク正理ニ合シタルモノヲ拔萃シ一篇ヲ作り永久訓示「Edictum perpetuum」ナル名ヲ付シ法律ト爲シタリ然レトモ「プレトル」ハ是ニヨリ訓令ヲ發スルノ權ヲ奪ハレタルニ非ス此法律ヲ變更セサル限リハ新ナル條項ヲ採擇スルコトヲ得ルノ權アルモ事實上「プレトル」ハ以後「ジュリアニウス」法典以外ニ訓示ヲ發スルコトヲ希圖セザリキ

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

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

妙ナルハ絶エテ之ヲ見サルニ至レリ

「アドリアニウス」帝ハ勅令ヲ發シ法律ノ適用上學者ノ見解一致シタル事項ニ於テハ裁判官ハ之ヲ遵奉セサルヘカラサルコトヲ命シタルカ帝政時ノ末年ニハ數世紀ノ間學者カ爲シタル著述ハ堆積シテ無數ト爲リ裁判官及ヒ訴訟ニ從事スル者カ學者ノ說ヲ檢索スルハ容易ナラサルノ勞ヲ要スルニ至リタルヲ以テ「テオドジユス」(Theodorus)二世ハ「ガイユス」「パビニアニウス」「ボーリュス」「エルビアニウス」「モデスチニウス」ノ五大法律學者ヲ拔擢シ其說ヲ以テ法律ノ機能アルモノトシ他ノ學者ヲ排除シタリ若シ五人ノ說ニシテ異同アルトキハ多數ヲ以テ法トシ可否同數ニ分レタルトキハ「パビニアニウス」ノ左袒スル說ニ從ヒ「パビニアニウス」ノ說ナキトキハ裁判官ハ兩者中自ラ可ト信スルノ說ヲ採ルコトヲ許シタリ

紀元後第三世紀ノ頃「アドリアニウス」帝ヨリ「テオクレチアニウス」(Diocletianus)帝ニ至ルノ勅令ヲ彙集シタル二箇ノ法典アリ之ヲ類纂シタル學者ノ名ヲ冠シ「グレゴリアニウス」法典 (Gregorianus Codex) 及ヒ「エルモジニウス」法典 (Hermogenius Codex) ト謂フ「テオドシユス」二世モ亦「コンスタンチヌス」(Constantinus)以後ノ重要ナル勅令ヲ輯集シテ「テオドシユス」法典ト爲シタリ然レトモ此等ノ書ノ全部ハ世ニ傳ハラス紀元後四百七十六年羅馬西帝國滅亡後其版圖ヲ分割シタル蠻族ノ王ハ新ニ征略シタル領土ニ住居スル羅馬人ノ爲メニ羅馬法ヲ編輯シ之ヲ公告シタルモノアリ即チ「ウイジゴ」人ノ羅馬法 (Lex romana Visigothorum) 又「アラリク」略集 (Breviarum Alaricianum) 「ビルゴント」人ノ羅馬法 (Lex romana Burgundorum) 及「オストロゴ」人ノ「テオドリク」法 (Edictum Theodorici) 是ナリ

羅馬東帝國ノ「ジュスチニア」(Justinianus)帝(五百二十七年ヨリ五百六十五年ノ間)ハ數百年間ノ法

律ヲ類集シ一法典ヲ作りタリ是レ實ニ羅馬法最後ノ紀念物ニシテ後世(コルベユス、ジェリス、シウイリ)ス「Corpus juris civilis」(民法全部ノ意)名ヲ以テ呼ハル此法典ハ第一「コデックス」(Codex)第二「パンデクテ」又「デシグナタ」(Pandectae, Digesta)第三「インスチチオチス」(Institutiones)第四「ノウエレ、コンスチチオチオチス」(Novellae constitutiones)又單ニ「ノウエレス」ノ四部ヨリ成ル就中其重要ナルハ第一、第二ニシテ「ジュスチニアン」帝ハ「テオドシユス」二世ノ意ニ倣ヒ皇帝ノ勅令及ヒ學者ノ著書ヲ簡括シテ法文ヲ搜索スルノ煩累ヲ避ケント企圖シタルモノナリ

(一)「コデックス」ハ勅令類集ニシテ「アドリアニユス」帝ニ始マリ「ジュスチニアン」帝ニ及ヒ五百二十八年ヲ以テ第一版ヲ發シタルカ其後反對論アル條項ニ對シテ下シタル勅令五十七ヲ挿入センカ爲メ五百三十四年第二版ヲ發布シタリ

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

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

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

此等ノ法典中「コデックス」ノ大部及ヒ「パンデクテ」ノ殆ト全部ハ羅馬法全盛時代ヨリ傳ヘテ羅馬東帝

國ニ度リ應用セラレタル法律ヨリ成リ「ジュスチニアン」帝カ後世大法律家ノ名ヲ博シタル亦實ニ此二法典ノ編纂ニ外ナラスト雖モ「コデックス」中ニ列舉セラレタル數條ノ勅令及ヒ「パンデクテ」中ノ本文ニ加ヘタル拙劣ナル改竄ハ明カニ文學ノ衰頹、法理ノ荒蕪ニ傾キタルヲト知セシム然レトモ「ジュスチニアン」帝カ博愛ノ意ヲ推張シ道德上一段ノ進歩ヲ加ヘタルハ家族制度、奴隸及ヒ遺言、相續等ノ章ニ於テ學者ノ均シク稱嘆スル所ニシテ其他風俗ニ背馳シ應用以外ニ排棄セラレタル條文ヲ消失セシメタルモ亦帝ノ功績ニ屬ス

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

#### 第四章 羅馬法ノ變遷

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

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

爾後東帝國ニ於テ作ラレタル法典ハ皆希臘文ニシテ十世紀頃ニ於テ發セラレタル「バシリック」(Basili-

10) ナル名ヲ以テ後人ヨリ呼ハルルモノハ就中主要ナルモノナリ是レ「ジュステニアン」法典ノ希臘譯ニシテ六十卷ヨリ成ル東帝國ニ於テハ法学ハ衰微シテ振ハス途ニ十五世紀ノ中頃土耳其人ノ爲メニ滅亡セラレ「マホメット」ノ經典ハ其法律ニ代リタリ

西帝國ハ早ク野蠻人ノ侵入ヲ受ケテ滅亡シタリ「ジュステニアン」帝ハ一時伊太利地方ヲ恢復シ其法典ヲ布キタルモ幾何モナク復タ蠻族ノ手中ニ陥リ西方歐羅巴ハ中世爭亂ノ時代ニ移リ綱紀頹敗所謂闇黒世界ト爲リタルモ羅馬法ノ全ク廢滅ニ歸セザリシハ一ニハ耶蘇教ノ僧侶カ之ヲ寺院法ト併用セント欲シタルト一ニハ中古時代ノ原則トシテ法律ノ屬人主義タリシヲ以テ野蠻人ニ由リ征服セラレタル羅馬人カ尙ホ羅馬法ノ適用ヲ蒙リタルニ由ルモノナリ

十一世紀ノ頃ヨリ伊太利ニ於テハ羅馬法ノ講筵ヲ開キタル者アリシモ世ニ知ラルルニ至ラザリシカ十二世紀ノ初メ伊太利國「ボロニヤ」(Bologna)ニ於テ「イルチリユス」(Irinius)カ學校ヲ起スニ及ヒテ其名聲噴噴歐洲ニ傳布シ笈ヲ負ヒテ教ヲ仰ク者數ヲ知ラス門下有有名ノ學者ヲ出スコト少カラス羅馬法講習ノ風一時ニ勃興シタリ此「ボロニヤ」學派ノ者ハ深ク「ジュステニアン」ノ法典ニ通曉シ之ヲ説明スルカ爲メ本文ノ兩行間或ハ上下ニ註釋ヲ加ヘタリ之ヲ「グロッサ」(Glossa)ト謂フ是ヨリシテ世人ハ又此學派ヲ呼フニ註釋派ナル名ヲ以テス第十三世紀ノ初メ著名ノ學者「アッキエルシユス」(Accursius)大註釋集ナルモノヲ著ハンタリ

第十四世紀ニ及ヒ伊太利國「ペルーズ」(Perugia)ノ學者「バルトリユス」(Bartholus)ハ註釋ニ代フルニ學説ヲ以テシタルモ其文章冗長シ流レ援引セル議論ノ煩雜ナル人ヲシテ真理ノ那邊ニ存スルカ知ラザラシム此弊失ハ其弟子ニ至リ益々甚シキヲ加ヘタリ世ニ之ヲ「バルトリユス」派ト呼フ然レトモ此學派

ハ一時浩大ナル名聲ヲ博シ廣ク諸國ニ傳播セラレタリ

第十六世紀ニ於テ先ツ盛名ヲ得タルハ伊太利國「ミラノ」(Milano)ノ學者「アルシアチ」(Alciati)ニシテ「バルトリユス」派ノ取りタル教授方ヲ斥ケ更ニ羅馬法ノ研究ニ歴史ヲ交ヘ文學ヲ以テ之ヲ修飾シ羅馬法第二ノ再興ヲ致シタリ「アルシアチ」ハ佛蘭西ニ聘セラレ羅馬法ヲ教授シタルコトアリ又時ノ玉

侯競ヒテ之ヲ厚待シタリ「アルシアチ」ニ次キテ生シ其名遠ク前人ノ上ニ超越シタル者ヲ佛蘭西ノ「キニジヤク」(Cujas)ト爲ス第十六世紀以後羅馬法ノ隆盛ヲ致シタルハ實ニ其餘餘ニ由ル  
之ヲ概スルニ羅馬法ノ講究ハ先ツ伊太利ニ起リ第十六世紀ヨリ佛蘭西ハ其中樞ト爲リ獨逸ニ於テハ第十九世紀ニ至リ始メテ盛名ヲ轟シタル「サウニウ」(Savigny)「イニリッゲ」(Ihering)等ノ傑出スルヲ見ル

以上陳述セシ所ハ羅馬法外部歴史ノ概略ニシテ是ヨリ其内部歴史ニ徙ラントス

### 第一編 人 (Persona)

法律ニ於テ用フル人 (Persona ou Caput) ナル文字ニハ兩様ノ意味アリ其場合形勢ニ從ヒテ或ハ甲或ハ乙ノ意ニ該當ス學者之ヲ混淆スヘカラズ

(甲) 第一ノ意味ニ於ケル人トハ法律上自動的或ハ受動的ニ權利ノ主格ト爲ルコトヲ得ヘキ者換言スレハ權利義務ノ主格ト爲リ得ヘキ總テノ存在體ヲ指ス此辭義ニ從ヘハ人ニ二種アリ曰ク實體ノ人、曰ク法律上創造ノ人はナリ

實體ノ人トハ即チ有形ノ人ニシテ人間ノ箇人ヲ謂フ人ノ成立ハ出產ヨリシ或ハ時トシテ胚胎ヨリ起リ





|                     |             |     |
|---------------------|-------------|-----|
| 第三節                 | 第三者ノ訴訟參加    | 二   |
| 第四節                 | 訴訟代理人及ヒ輔佐人  | 二十五 |
| 第五節                 | 訴訟費用        | 二十九 |
| 第六節                 | 保證          | 三十五 |
| 第七節                 | 訴訟上ノ救助      | 三十七 |
| <b>第三章 訴訟手續</b>     |             |     |
| 第一節                 | 口頭辯論及ヒ準備書面  | 四十一 |
| 第二節                 | 送達          | 四十一 |
| 第三節                 | 期日及ヒ期間      | 五十一 |
| 第四節                 | 懈怠ノ結果及ヒ原狀回復 | 五十九 |
| 第五節                 | 訴訟手續ノ中斷及ヒ中止 | 六十三 |
| <b>第二編 第一審ノ訴訟手續</b> |             |     |
|                     |             | 六十九 |

|                       |                             |      |
|-----------------------|-----------------------------|------|
| <b>第一章 地方裁判所ノ訴訟手續</b> |                             |      |
| 第一節                   | 判決前ノ訴訟手續                    | 六十九  |
| 第二節                   | 判決                          | 七十   |
| 第三節                   | 調停判決                        | 八十二  |
| 第四節                   | 計算事件、財産分割及ヒ此三類ナル<br>訴訟ノ準備手續 | 八十八  |
| 第五節                   | 證據調ノ總則                      | 九十四  |
| 第六節                   | 人證                          | 九十七  |
| 第七節                   | 鑑定                          | 百一   |
| 第八節                   | 書證                          | 百十四  |
| 第九節                   | 檢證                          | 百十八  |
| 第十節                   | 當事者本人ノ訊問                    | 百二十六 |
| 第十一節                  | 證據保全                        | 百二十七 |
| 民事訴訟法目錄               |                             |      |
|                       |                             | 百二十九 |
|                       |                             | 三    |

|     |            |       |
|-----|------------|-------|
| 第二章 | 區裁判所ノ訴訟手續  | 百三十一丁 |
| 第一節 | 通常ノ訴訟手續    | 百三十二丁 |
| 第二節 | 督促手續       | 百三十四丁 |
| 第三編 | 上訴         | 百四十丁  |
| 第一章 | 控訴         | 百四十丁  |
| 第二章 | 上告         | 百五十七丁 |
| 第三章 | 抗告         | 百五十七丁 |
| 第四章 | 再審         | 百六十一丁 |
| 第五編 | 證據訴訟及ヒ爲替訴訟 | 百六十八丁 |
| 第六編 | 強制執行       | 百七十二丁 |
| 第一章 | 總則         | 百七十二丁 |

死ニ終ルルモノナリ法律上創造ノ人トハ或集合ノ利益ヲ圖ランカ爲メ假ニ法律ヲ認メテ人タル資格ヲ付與シタルモノニシテ決シテ形體ヲ存セルモノニ非ス今日所謂無形人ハ或ハ法人ナリ  
 法人ハ素ト數多ノ箇人カ集合シタル團體ヨリ成ルモノナレトモ其元素タル箇人ノ死亡ニ因リテ消滅スルコトナク永久不定ノ年月間ニ亘レル利益ヲ計畫スルモノナリ法人ハ箇人ヨリ分離シタル法律上ノ假定ナルヲ以テ土地其他物權ノ所有者タリ又債權者タリ債務者タルヲ得ルモ決シテ有形人ノ如ク家族權ヲ有スルコトナシ羅馬ニ於ケル法人ハ國、市、殖民地、寺院、宗教的結社、職業組合等ナリ而シテ吾人カ是ヨリ研究ノ目的タルハ唯リ箇人ニ付テノミニシテ法人ニ涉ルコトナシ蓋シ法人ハ其性質公法ニ屬スルモノト思考セラレタルカ故ニ「ジュスチニア」ハ「インスチテュート」ニ之ヲ載セス  
 (乙) 第二ノ意味ニ於ケル人トハ各人ノ社會ニ於テ當ルヘキ任ヲ指スモノニシテ例ヘハ公民、家父ノ如シ蓋シ *Personae* ナル文字ハ羅馬ノ劇場ニ於テ俳優カ其音聲ヲ響カシメンカ爲メ被リタル假面ヲ示スモノニシテ漸ク轉シテ演出スル所ノ人ヲ指シ遂ニ法學上一箇人カ有シ得ヘキ資格ヲ意味スルニ至レリ此第二ノ意味ニ於テハ一人ニシテ數多ノ性格ヲ併有スルコトヲ得例ヘハ同時ニ家父、夫、後見人タルカ如シ  
 然レトモ羅馬ニ於テハ人 (*Persona*) タルノ資格ハ彼此ノ區別ナク一切ノ人ニ屬セシニ非ス蓋シ羅馬法ニ於テ此資格ヲ付與スルハ或條件ヲ充セル者ノ特權ト思考セルカ如シ而シテ此完全ナル人タル資格ヲ有スルニ必要ナル條件ハ自由、公民、家父 (*Status liberis, Status civibus, Status familia*) タルコト是ナリ此三要素ヲ併有スル者ハ法律上能力ヲ有シ完全ナル人格ヲ具フ  
 此三箇ノ觀察點ヨリシテ人ヲ區別スルコト左ノ如シ

雜 錄

○ 講談會 去月十二日午後一時ヨリ本大學第一講堂ニ於テ講談會ヲ開キ勝本、仁井田、穂積(八束)ノ三博士出席有益ナル講談ヲ試ミラレタリ今其概況ヲ述フレハ第一席勝本博士ハ「墮胎罪ト遺棄罪トニ就テ」ト題シ本間ハ解釋問題トシテハ之カ研究ノ要少カル(一)ト雖モ政策問題トシテハ極メテ重大ニシテ且慎重ノ研究ヲ要ス(ヘキモノアリト)先ツ墮胎罪ヲ分テテ(一)専ラ胎兒ノミヲ害スル目的ニ出ツルモノ(二)胎兒及セ母ヲモ害スル目的ニ出ツルモノノ二種ト爲シ次ニ遺棄罪ヲ被害者ノ方面ヨリ觀察シテ(一)幼者遺棄ノ場合(二)老疾者遺棄ノ場合ノ二種ト爲シ說明ノ範圍ヲ共ニ(一)ノ場合ノミニ限定シ更ニ進ンテ二箇ノ規定ニ付キ之カ沿革ヲ說明シ其精神ハ全ク道德上ノ趣旨ニ出テタルモノナリト斷定シ一轉シテ此規定ヨリ生スル所ノ各種ノ弊害ヲ指摘シ刑法ノ規定ハ唯リ道德ヲ維持スルノミヲ以テ足レリトセヌ要ハ社會ノ必要ヲ以テ之カ基礎ト爲スニ在リ故ニ予ハ政策問題トシテ適當ノ規定ノ下ニ墮胎ヲ許ス(ヘク然ラズ)ハ適當ノ規定ノ下ニ幼者ノ遺棄ヲ許スノ必要アルヲ信スト  
 論結シ第二席仁井田博士ハ「私權ノ保護ニ就テ」ト題シ私法上ノ權利ハ他人ニ對シテ或行爲ヲ要求スル權利ナルモ他人ニ對シテ之ヲ強制スルヲ得ス故ニ國家ハ私權ニ對シ十分ナル保護ヲ與フルノ必要アルコトヲ說明シ訴權ハ實ニ此必要ニ出テタルモノニシテ吾人カ國家ニ對シテ有スル私權保護ノ請求權ナリトシ進ンテ國家ト臣民トノ關係ハ權力關係ニシテ權利關係ニ非サルカ故ニ吾人ハ國家ニ對シ權利ヲ有スルヲ得ストノ說ニ對シ痛快ナル駁論ヲ爲シ更ニ進ンテ私權保護ノ手段トシテ判決及ヒ強制執行ノ二種並ヒ行ハルルコトヲ述ヘ此二ノ手續ヲ完全ニ實行センカ爲メ立法者ハ苦心慘澹遂ニ



通常手續ト特別手續トノ二種ニ區別スルニ至リタルモノニシテ是レ立法者成功ノ第一點トシテ注目スヘキ點ナリト論結シ第三席穂積博士ハ立憲政體ノ三體様ヲ下ニ立憲政體ノ精髓ハ三權分立主義ニ在リト斷定シ更ニ進ンテ立憲政體ト謂フトキハ總テ其體様ヲ同シスルカ如ク思惟スル者アルモ是レ大ナル誤謬ニシテ該政體ニハ(一)分權制(二)議院內閣制(三)議院政治制ノ三體様アルコトヲ述ヘ其適例ヲ舉示シテ詳細ナル説明ヲ爲シ且英國カ分權制ヨリ漸次推移シテ今日全ク議院政治制ニ至リタルハ是レ同國議會ノ特質ニ因レルモノナリトシ最後ニ方今諸國ニ於ケル立憲政體ハ皆範ヲ英國ニ採レルモ其歷史上ノ特質等ニ由リ各特殊ノ發達ヲ爲セルモノナルカ故ニ各國皆同一規矩ニ依リテ之ヲ律スルコトヲ得ス隨テ憲法ノ研究ニ關シテハ最モ其國家ノ特質ニ付キ注意セサルヘカラサルモノナリト論結セラレタリ

○判檢事登用第一回試驗及ヒ文官高等試驗成績 本年度ニ於ケル判檢事登用第一回試驗及第者三十九名中六名及ヒ文官高等試驗及第者ニシテ六十四名(私立大學出身者二十四名中七名ハ本大學出身者ナリ)

○判檢事登用第一回試驗及ヒ文官高等試驗成績 本年度ニ於ケル判檢事登用第一回試驗及第者三十九名中六名及ヒ文官高等試驗及第者ニシテ六十四名(私立大學出身者二十四名中七名ハ本大學出身者ナリ)

### 大審院判例要旨

○民法第八條ノ適用 按スルニ原院ハ本訴ニ於ケルカ如キ白紙委任狀等ヲ添附シテ株券ヲ授受シタルトキハ其株券ハ一般ニ轉讓流通スルノ慣習アルコト其委任狀ヲ以テ何時ニテモ被上告人カ株券ヲ自己ノ名義ニ書換ヘ得ヘキ地位ニ在リシコト及ヒ上告人ニ於テ反證ヲ舉示セサルコトヲ説明シテ本訴株券授受ハ賣買ナリシコトノ事實ヲ認定シタルモノナルコトハ判文上誠ニ明瞭ナリ而シテ原院カ白紙委任狀ヲ利用スル點ニ付キ「權右衛門(被上告人)ハ何時ニテモ白紙委任狀ニ被任者トシテ自己ノ氏名ヲ記載シ株券ヲ自己ノ名義ニ書換ヘ得ヘキ地位ニアルモノニシテ云云」ト説示シタルハ其委任ハ民法第八條ノ規定ニ抵觸スルモノナリト論難スレトモ本件ニ於テハ右白紙委任狀ヲ利用シテ權右衛門カ自己ノ名義ニ書換フルカ如キハ元來當事者間ニ成立セシ株券ノ賣買ヲ完了スルノ行為ニシテ即チ民法第八條但書ニ所謂債務ノ履行タルニ外ナラサルヲ以テ同條ノ本文ヲ適用スヘキ場合ニアラス(明治三十八年三月三十日第一民事部判決)

○冒認罪ニ基ク賣買ノ效力(民法第七十七條ノ適用) 公ノ秩序ニ反スル事項ヲ目的トスル行為ハ無効ナルヲ以テ罪ヲ犯スコトヲ以テ法律行為ノ目的ト爲スカ如キハ其行為ノ無効タルコト論ラ俟タス然レトモ法律行為カ單ニ犯罪ノ原因シタルノ一事ヲ以テ必スシモ常ニ其效力ヲ生セサルモノト謂フヲ得ス斯ノ如キ場合ニ於テモ法律ハ相手方又ハ第三者若クハ一般取引ノ安全ヲ保護スルカ爲メニ其效力ヲ有セシムルコト少シトセス本件ノ賣買ハ其當事者一方ノ冒認罪ノ原因シタルモノニシテ其冒認ノ行為其モノハ犯罪ナルモ其賣買ハ當事者一方ノ犯罪ヲ以テ其目的トスルモノニアラスシテ當事者雙方間ニ財產權ヲ移轉セシムルコトヲ以テ其目的トスルモノナルヲ論ラ俟タサル所ナレハ當然其



效力ヲ生セサルモノニアラス而シテ民法第一百七十七條ハ第三者ヲ保護シ且一般取引ノ安全ヲ確保スル爲メニ不動産ニ關スル物權ノ得喪ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ其登記ヲ爲スニアラサレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得サル旨ヲ規定シ其得喪ヲ生セシメタル法律行為カ犯罪ニ原因シタルト否ト又第三者カ善意ナルト惡意ナルト區別セサルヲ以テ苟モ其法律行為カ當然無効ナラサル以上ハ該規定ノ適用ヲ妨クルコトナシ(明治三十八年(即西曆一九〇五年)第四百七號)

○再犯罪ノ前科 刑法第三條第二項ニ「若シ所犯類布以前ニ在テ未タ判決ヲ經サル者ハ新舊ノ法ヲ比照シ輕キニ從テ處斷ス」トアリ此規定ニ依ルトキハ刑事裁判所ハ新法發布前ノ犯罪ニ對シテ擬律ヲ爲スニ當リテハ新舊ノ法ヲ比照シ新法輕キトキハ其效力ヲ既往ニ遡ラシメテ其發布以前ノ犯罪ニ適用セサルヘカラス是レ罪ノ有無刑罰ノ輕重ヲ定ムル法律規定ニ付キテ然ルノミナラス酌量減輕再犯加重其他被告ノ罪責ニ影響ヲ及ホスヘキ一切ノ法律規定ニ付キテモ亦然ラサルヲ得ヌ故ニ舊法ノ下ニ再犯加重ノ例ニ依ルヘキ犯罪ニ付キテ新法カ再犯加重ノ例ニ依ラサル旨ヲ規定シタルトキハ其犯罪ハ如何ナル場合ニ於テモ他ノ前科ニ對スル再犯罪タルコトヲ得サル同時ニ再犯罪ニ於ケル前科タルコトヲ得ス而シテ此後ノ場合ニ於テハ其犯罪カ舊法ノ下ニ於テ確定判決ヲ經タル場合ニ於テモ尙亦然リトス何トナレハ或犯罪カ再犯罪ノ前科タルト他ノ前科ニ對スル再犯罪タルヤハ其犯罪ノ性質如何ニ依リテ定マルモノニシテ確定判決ハ毫モ其性質ニ影響ヲ及ホスモノニ非サルヲ以テナリ(明治三十八年(即西曆一九〇五年)第四百七號)

# 法學志林

第七卷 十一月廿一日發行  
 每月一回廿日發行  
 定價一冊貳錢  
 郵稅拾錢  
 壹圓貳拾錢共  
 (第七十五號)

## ◎志林

○日露戰爭捕獲賠償論……法學博士 松山波仁  
 ○白露海陸虎漁獵問題ノ概要承前……法學博士 高秋松  
 ○日露戰爭中ノ國際法問題二三承前……佛國博士 山波仁  
 ○西洋列國ニ對スル清國ノ新態度……本大學校友 鈴木貫一郎抄譯

## ◎纂論

○公法上ニ於ケル契約ト合同行爲

## ◎解疑

○抵當權ノ設定アル地所建物競買ノ場合ニ於ケル地所競落人ノ權利

## ◎散錄

○二十間降リ籠メラレノ記

## ◎判例

○大審院新判決例 五件  
 ○行政裁判所新判決例 四件

## ◎雜報

○凱旋御奉告祭○東郷大將ノ海戰奉告○海軍々人戰死者ノ祭典○遺韓及遺清大使○帝國議會ノ召集及通信社ノ聯合運動○感化學校ノ狀況○東北三縣ノ因作○六萬人ノ失業成同盟後ノ犯罪増加○辯護士ノ惡徳○私生兒ノ比較統計○判滄專辯護士筆記試驗及第者○文官高等試驗及第者

## ◎記事

數十件

十二月

法政大學

法學博士 松山波仁  
 法學博士 高秋松  
 佛國博士 山波仁  
 本大學校友 鈴木貫一郎抄譯  
 獨逸法科大學學生 村銳一抄譯  
 東京法科大學學生 木村銳一抄譯  
 法學博士 梅謙次郎  
 友藤田堂主 華人

校外生規則摘要

- 一 十个月以上本大學ノ校外生タル者ニシテ本大學ニ入學スル者ハ入學金ヲ免除ス
- 一 講義録ノ講習ヲ終リタル者ハ校外生修業書ヲ請求スルコトヲ得但手數料金貳拾錢ヲ納ムヘシ
- 一 校外生ノ講習料ハ金九圓トシ一時前納金七圓五拾錢トシ二回前納金四圓トシ十五个月分納金六拾錢トス但講義録ハ十二个月ニテ完結ス
- 一 講習料ヲ納付シタルトキハ講義録ヲ郵送スルヲ以テ別ニ領收證ヲ交付セズ若シ發信ノ日ヨリ二十日ヲ過キテ講義録ノ到達セサルトキハ其旨本大學出版局ニ通知スヘシ
- 一 校外生ニシテ講習十个月ヲ終リタルトキハ本人ノ望ニ依リ論文試驗及ヒ筆記試驗ヲ施行ス但時宜ニ依リ口達試驗ヲ爲ス
- 一 前項ノ試驗成績優等ナル者ハ本大學ノ學生又ハ聽講生ニ編ヘシ有志寄贈ノ獎學金ヲ以テ一學年中ノ授業料及ニ寄附料ヲ支辨スヘシ
- 一 三十九年度校外生ニ付テハ三十九年八月及ヒ十二月ノ二回ニ試驗ヲ施行シ優等生ヲ選拔スヘシ
- 一 校外生ハ講義録中ニ疑義アルトキハ講義録ノ番號ノ科目ノ頁數及ヒ疑問ノ要點ヲ記載シ本大學編輯局ヘ宛テ郵送スヘシ
- 一 質疑通信ノ文意解シ難キモノノ主旨明確ニシテ解答ヲ要セスト認ムルモノハ解答ヲ付セズ
- 一 質疑中有益ト認ムルモノハ之ニ解答ヲ付シ法學志林又ハ講義録ニ登載スヘシ

(明治三十八年十一月九日第三種郵便物認可) 毎月三回 十日、二十日、三十日發行

明治三十八年十二月八日印刷  
明治三十八年十二月十日發行

(定價金叁拾錢)

編輯者 萩原敬之

印刷者 小宮山信好

印刷所 東京市芝區明舟町十一番地  
金子活版所

東京市總町區富士見町六丁目十六番地

發行所 司法省 法政大學

(電話番町百七拾四番)