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

PDF issue: 2024-07-27

法政大學講義録

中村，進午 / 岡田，朝太郎 / 清水，澄 / 梅，謙次郎 / 志田，鉀太郎 / 横田，秀雄 / 高橋，作衛 / 山崎，覺次郎 / 田中，遜

(出版者 / Publisher)
法政大學
(巻 / Volume)
16
(号 / Number)
1学年の6
(開始ページ / Start Page)
1
(終了ページ / End Page)
79
(発行年 / Year)
1906-04-05

三十九年度

法政大學講義錄

第十六號

法政大學發行

（明治三十八年十一月九日第三種郵便物認可
毎月三回五日、十五日、二十五日發行）
明治三十九年四月五日發行
（第壹學年ノ六）

0267

三十九年度第十六號目次

憲法（自一〇一至一二二）　法學博士　清水澄

民法總則（自第四章至第六章）（自一八九至一二六）　法學博士　志田鉀太郎

民法物權第一部（自一一三至一四八）　法學士　横田秀雄

民法債權（自一一七至一八四）　法學博士　梅謙次郎

刑法總論（自一九七至一二二）　法學博士　岡田朝太郎

國際公法（平時）（自一二七至一三四）　法學博士　中村進午

國際公法（非常）（自一三一至一三二）　法學博士　高橋作衛

經濟學（自一六六至一八〇）　法學博士　山崎覺次郎

羅馬法（自一七三至一八〇）　ドクトル、アンド、ロワー　田中遜

雜錄　○雄辯會○講談會○大審院判例要旨

090
1906
1-1-6

第二項　皇族ノ特權

凡テ立憲國ニ於テハ四民ノ平等ナルヲ原則ト爲シ特權アル種族ノ存在スルコトヲ認メスト雖モ皇族ハ君主ト特別ノ血統ノ關係ヲ有スルモノナルニ由リ何レノ國ニ於テモ君主ノ一族タル皇族若クハ王族ニハ或特權ヲ付與スルヲ常ト爲セリ而シテ我國ニ於テモ亦然リ故ニ左ニ我皇族ノ特權ヲ列擧スヘシ

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

第二　貴族院議員ト爲ルノ資格ヲ有スルコト　貴族院議員ト爲ルノ資格ヲ有スル者ハ必スシモ皇族ニ限ラスト雖モ皇族ハ或年齡ニ達シタルトキハ選擧ヲ俟タス又勅選ヲ俟タスシテ當然貴族院議員タルノ地位ヲ有ス而シテ此地位ハ立法事業ニ參與スル議會ヲ組織スル分子ノ一ニシテ國法上重要ナルモノナルコト多言ヲ要セサルナリ

第三　皇族會議ノ議員ト爲ルコト　皇族會議ナルモノハ成年以上ノ皇族男子ヲ以テ組織セラレ內大臣樞密院議長、宮內大臣、司法大臣、大審院長ヲ之ニ參列セシムルモノナリ而シテ皇族會議ノ權限ハ左ノ一ヨリ四ニ至ルマテノ事項ニ付キ諮詢ヲ受ケ若クハ君主ヨリ隨時諮問アリタルトキ之ニ對スル答申ヲ爲シ若クハ五及ヒ六ノ事項ニ付キ議決ヲ爲スコトニ在リ

一　皇室典範ノ改正ニ關シ諮詢ヲ受ケタルトキ

二　皇嗣ヲ變更スルコトニ付キ諮詢ヲ受ケタルトキ

0268

三　皇族ノ懲戒、禁治産ノ處分ニ付キ諮詢ヲ受ケタルトキ

四　大傅ノ任命又ハ大傅ノ退職ニ付キ諮詢ヲ受ケタルトキ

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

六　攝政タルヘキ者ノ順序變更ヲ議決スルコト

右列擧セル如ク皇族會議ノ議事ハ啻ニ皇室内部ノ一私事ノミナラス國務ニ關スルコトヲ議スルモノナルニ由リ皇族會議ノ議員ト爲ルコトモ一ノ國法上ノ特權ト稱スヘシ

第四　平時ニ於テ邸宅車馬ヲ徵發セラレサルコト（徵發令一五條、一六條）

第五　租稅ニ關スル免除ノ特權ヲ有スルコト。皇族ハ明治七年太政官布告一二〇號地所名稱區別、明治十六年内務大藏兩省ノ達乙第三〇號、府縣制第一一〇條、市制第九八條、町村制第九八條等ニ依リ地租、地方稅、市町村稅ノ免除ノ特權ヲ有ス

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

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

二　人民ヨリ皇族ニ對スル民事訴訟ハ東京控訴院ニ於テ之ヲ管轄ス

三　皇族ハ東京控訴院ニ自ラ出頭スルコトヲ要セス代人ヲ使用スルコトヲ得

四　皇族ハ勅許ヲ得ルニ非サレハ拘引セラレ若クハ裁判所ニ召喚セラルルコトナシ

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

六　皇族ノ犯シタル罪ニシテ禁錮又ハ更ニ重キ刑ニ處スヘキ豫審及ヒ裁判ハ第一審及ヒ終審トシテ大審院ニ於テ之ヲ管轄ス（裁構三八條、五〇條、皇典五一條、民訴二一一條、刑訴一三〇條）

第七　榮擧上ノ特典ヲ有スルコト　皇族ハ菊花ノ御紋章及ヒ一定ノ旗ヲ特ニ用フルコトヲ得ルノミナラス（明治四年六月布告、明治二十二年宮内省達一七號）其他皇族ハ皇室典範第一七條及ヒ第一八條ニ依リ陛下若クハ殿下等ノ特別ノ尊稱ヲ用フルコトヲ得

第八　職司ヲ設置スルコト　皇族ノ爲メニハ特ニ陸海軍ノ武官ヲ之ニ附セラルルノミナラス其他勅任、奏任判任ナル官吏ヲ其家ノ職員トシテ置クコトヲ得（東宮職官制、東宮武官官制、皇族職員職制、皇族附陸軍武官官制、皇族附海軍武官官制）

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

第二款　華族

華族ハ之ヲ公、侯、伯、子、男ニ分ツモノニシテ其特權ト認ムヘキハ左ノ如シ

一　貴族院議員タルコト　此特權ハ華族全體ニ屬スルモノニ非スシテ公、侯爵ノ者ニ屬ス即チ伯、子、男爵ハ同爵間ノ選擧ニ依リテ議員ト爲ルコトヲ得ルモ公、侯爵ノ者ハ當然或年齡ニ達スルトキハ貴族院議員ニ列スルコトヲ得

0269

二　刑法上ノ特權ヲ有スルコト　華族ニシテ禁錮以上ノ刑ニ該ル罪ヲ犯シタル者ヲ處分スルニハ先ツ當該檢事ヨリ司法大臣ニ上申シ司法大臣ハ之ヲ上奏セサルヘカラス唯現行犯罪者ニ限リ處分シテ後上奏スルコトヲ得（明治十五年司法省達一一號、明治十六年司法省達丙二號）

終ニ注意ノ爲メ一言スヘキハ外國ノ華族ニシテ我國民ニ歸化スルモ我華族トシテノ特權ヲ享有セサルコト是ナリ

第四編　憲法上ノ機關

第一章　總則

憲法上ノ機關ヲ廣義ニ解スル時ハ憲法ニ依リテ制定セラレ憲法ニ依リテ其權限ヲ定メラレタル機關ヲ稱スルモノニシテ憲法ヲ動カスニ非サレハ廢セラレサル所ノ機關ヲ稱スルモノナリ是レ憲法上ノ大權ニ屬スル官制ノ制定權ヲ以テ設ケラルル所ノ機關ト異ナルノ點ナリ故ニ攝政、議會、國務大臣、樞密顧問、裁判所、會計檢査院ノ如キ皆之ニ屬ス然ルニ之ヲ狹義ニ解シテ立憲國ニ缺クヘカラサル機關ヲ憲法上ノ機關ト稱スルコトアリ若シ此意義ニ解スルトキハ憲法上ノ機關トハ議會、國務大臣及ヒ司法裁判所ヲ指スコトトナル而シテ此第四編ニ於テ述ヘントスルハ廣キ意義ニ於ケル憲法上ノ機關ニシテ攝政ヨリ順ヲ逐フテ之ヲ述ヘント欲ス

或ハ機關ヲ區別シテ直接機關及ヒ間接機關ト爲シ直接機關トハ君主及ヒ議會ノ如キ他ノ機關ニヨリテ設定セラレサル所ノ機關ヲ指スモノニシテ間接機關トハ大臣及ヒ裁判所ノ如キ直接機關ニ由リ設定セラルル處ノ機關ヲ指スモノナリト述フル人アリト雖モ

第一　君主ハ機關ニ非ス何トナレハ君主ノ我憲法上統治權ノ主體タルコトハ已ニ述ヘタルカ如クニシテ統治權ノ主體ト統治權行使ノ用ニ供セラルル機關トハ相兼ヌルコトヲ得ルモノニ非サレハナリ

第二　議會ヲ直接機關トシテ區別スルハ議會ヲ組織スル議員ハ人民ノ選擧ニ由ルモノニシテ君主ニヨリテ任命セラルルモノニ非スト爲スモノナルヘシト雖モ議會ハ貴衆兩院ヨリ成リ衆議院議員ハ人民ノ公選ニ出ツルモ貴族院議員ハ必スシモ選擧ニ依ルモノニ非ス其内ニ勅選ニ係ルモノ少カラサルニヨリ上ニ述ヘタル理由ヲ以テ之ヲ直接機關トシテ區別スルハ當ヲ得タルモノト云フヲ得ス

第三　大臣及ヒ裁判所等ヲ間接機關ト名クルハ直接機關タル君主ニ依リテ大臣ハ任命セラレ裁判所ヲ組織スル裁判官モ亦君主ニ依リテ任命セラルルニ在ルヘシト雖モ既ニ君主ニシテ機關ニ非サル以上ハ之ヲ間接機關ト稱スルハ當ヲ得タルモノニ非ス

第四　議會、國務大臣及ヒ司法裁判所ハ共ニ立憲制度ニ於テ缺クヘカラサルノ機關ニシテ其設置及ヒ權限ハ立憲制度ノ基礎タル憲法ニ依リテ等シク定メラルル處ナルニ拘ハラス其間ニ區別ヲ立テ一ヲ直接機關ト名ケ他ヲ間接機關ト名クルハ無意味ノ區別タルニ過キスト謂フヘシ

憲法上ノ機關特ニ立憲國ニ缺クヘカラサル議會ノ如キモノハ固有ニ其存立ヲ保ツモノニシテ憲法ニ依リテ始メテ設ケラルルモノニ非ス憲法ハ唯其固有ニ存スルモノナルコトヲ認ムルニ過キスト唱フル人アリ然レトモ議會ヲ以テ立法權ノ主體ナリト解セサル以上ハ他ノ機關ト等シク固有ニ其存在ヲ保ツモノニ非ス統治者ノ之ヲ設定スルニ因リテ始メテ存立シ得ルモノナリ而シテ統治者ノ之ヲ設定スルハ立憲國ニ於テハ憲法ニ依ルモノナルカ故ニ憲法ハ只議會ノ存在ヲ認ムルニ非スシテ之ヲ設定スルモノト爲スヘキナリ

0270

尚ホ終ニ注意スヘキハ議會ハ立法權ノ主體ニ非サルコト是ナリ議會ヲ立法權ノ主體ト認ムルハ三權分立說ニ基クモノニシテ此說ノ認メラレサル今日ニ於テハ議會ノ立法權ノ主體タラサルコトハ明カナリト雖モ「プロシヤ」ノ憲法ニ於ケルカ如ク立法權ハ君主及ヒ議會ニ屬スルモノト規定シタルノ例ナキニ非ス是ニ依ルトキハ議會ハ君主ト共同ニ立法權ノ主體タルモノニシテ立法權ノ一部ヲ有スルモノノ如シ併シ立法權モ統治權ノ作用ノ一ニシテ統治者以外ニ立法權ノ一部ヲ有スルモノアリト認ムルトキハ統治權ノ分割ヲ認メサルヲ得スシテ不當ナル結果ヲ生ス故ニ是レ亦法理上認ムルヲ得サルナリ

第二章　攝政

第一節　攝政ノ地位

君主ハ一刻モ國家ニ缺クヘカラス又其君主カ統治權ヲ行使スルコト亦一日モ休ムヘキニアラス然レトモ君主ノ地位ヲ充タス所ノモノハ自然人ナルカ故ニ自然人ニ避クヘカラサル故障ノタメ君主カ自ラ政治ヲ執ル能ハサル場合ヲ生スルコトヲ免レス固ヨリ皇位ニ即カサル前ニ於テ種種ノ故障ヲ受クルトキハ之ヲシテ即位セシメサルノ道ナキニ非スト雖モ一旦君主ト爲リタル以上ハ之ヲ動カスコトヲ得ルモノニ非ス是ニ於テ其故障ノ生シタル場合ニ處スルノ道ヲ講セサルヲ得サルナリ其故障ノ生スル場合ヲ想像スルトキハ

一　精神上身體上ノ能力ヲ缺クコトニ因リ政ヲ親ラスル能ハサルトキ

二　未成年者ナルトキ

三　成年者ニシテ且自ラ事ヲ處スルノ能力ヲ有スルモ政務ヲ親裁スル能ハサルノ狀況ニ陷リタルトキ

四　旅行其他ノ原因ニ因リ君主隨意ニ政ヲ親ラセサルトキ

右ニ擧ケタル內第四ノ場合ニハ君主カ其代理者ヲ選ヒテ之ヲシテ自己ニ代リ政務ヲ執ラシムルコトヲ得ルノ途アリト雖モ第一第二第三ノ場合ニ於テハ君主ハ代理者ニ委任スルノ能力ヲ缺キ若シクハ委任スル能ハサルノ狀況ニ在ルモノナリ故ニ法律上君主ニ代リテ政ヲ爲スヘキ地位ニ立ツモノヲ置クノ必要アリ其任ニ當ルモノヲ攝政ト稱ス故ニ攝政ノ地位ハ君主ニ代リテ政務ヲ執ルコトヲ權限ト爲シタル一ノ機關ニ過キサルナリ然ルニ攝政ハ君主ト共ニ統治權ノ主體ヲ成スモノニシテ統治權ノ主體ノ一部ヲ組織スルモノナリト說ク人アリ然レトモ此說ハ當ヲ得タルモノニ非ス何トナレハ統治權ノ主體二人ナルトキハ之ヲ君主國ト稱スルコトヲ得ス隨テ君主國ニ於テ攝政ヲ置クトキハ其國體變シテ君主國以外ノモノト爲ルノ結果ヲ生スルノミナラス此ノ如キハ君主ノ名ニ於テ攝政カ施政スルコトト抵觸スレハナリ即チ攝政ナルモノハ統治權ノ主體ニ非サルハ勿論其一部ヲモ有セサルカ故ニ國法上臣民タルノ地位ヲ占ムルコト勿論ナリ隨テ君主ニ隨伴スル所ノ尊稱ヲ享有スルコトヲ得サルナリ或ハ攝政ハ君主ニモ非ス亦臣民ニモ非スト說ク人アリト雖モ國家ノ要素トシテ君主ニモ非ス臣民ニモ非サルモノノ存在ヲ認ムヘキニ非サルヲ以テ此說ヲ是認スルヲ得ス要スルニ攝政ハ政務ヲ行フ上ニ於テ機關タルコト明カニシテ其身分ノ上ヨリ論スルトキハ臣民ノ一タルコト疑フヘキニ非ス

第二節　攝政ノ就任

前ニ述ヘタルカ如ク攝政ハ君主カ親ラ政ヲ爲スノ能力ヲ有セス若クハ其能力ヲ行使スル能ハサル場合

0271

ニ置カルルモノナルカ故ニ攝政ハ君主ノ任命ニ依ルニ非スシテ法ノ規定ノ結果トシテ其地位ニ即ク此點ニ於テハ民法上ノ法定代理人ト相類シ又君主カ皇位ヲ繼承スルコトト相類スルモノナリ我皇室典範第一九條第二項ニ於テ「天皇久キニ亘ルノ故障ニ由リ大政ヲ親ラスルコト能ハサルトキハ皇族會議及樞密顧問ノ議ヲ經テ攝政ヲ置ク」ト規定シタルモ此皇族會議樞密顧問ノ議決ハ單ニ攝政ヲ置クノ必要アルヤ否ヲ議スルニ止マルモノニシテ皇族會議及ヒ樞密顧問カ攝政ヲ任命スルモノニ非サルナリ唯攝政ハ皇室典範ニ定メラレタル攝政ヲ置クヘキ場合ニ遭遇スルトキハ當然自ラ其地位ニ即クコトヲ得是レ攝政ハ固有ノ權ヲ以テ其地位ヲ得ルモノナリト云ハルル所以ナリ

第三節　攝政ノ資格及ヒ順序

第一款　攝政ノ資格要件

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

第二　成年ニ達シタルコト　皇室典範第二〇條ニハ「成年ニ達シタル皇太子又ハ皇太孫」ト規定シ皇太子皇太孫ニ付テハ成年ニ達シタルコトヲ必要トシテ定メタルモ其他ノ者ニ付テハ直接ニ成年ニ達シタルコトヲ必要トスルノ明文ヲ有セス然レトモ第二四條ニ於テ「最近親ノ皇族未タ成年ニ達セサルカ又ハ其他ノ理由ニ依リ他ノ皇族攝政ニ任シタルトキハ云云」ト規定シタルヲ以テ凡テ攝政ニ任スルノ要件トシテ成年ニ達シタルコトヲ必要ト爲スノ精神ナルコトヲ推定スルコトヲ得又皇太子、皇太孫カ成年ニ達シタルコトヲ必要トスル以上ハ其他ノ者カ未成年ニシテ攝政ト爲リ得ヘキコトヲ想像スルコトヲ得サルヲ以テ皇室典範カ成年ニ達スルコトヲ以テ攝政ノ資格要件ト爲スノ精神タルコトハ疑ヲ容レサルナリ殊ニ君主ノ未成年ノ場合ニ於テモ攝政ヲ置クモノトセルヲ以テ攝政ヲ置クノ必要ヨリ考フルモ攝政ノ成年タルコトヲ要スルハ當然ノ事理ト謂フヘシ然ルニ天皇ハ滿十八歳ヲ以テ成年ト爲リ得ルニ拘ハラス皇太子、皇太孫以外ノ皇族ハ滿二十歳ニ達セサルトキハ成年ト爲ラス是ニ於テ天皇未成年ノ場合ニ攝政ヲ置クトキハ其攝政タル者ハ滿十八歳ニ達シタルヲ以テ足レリトスルモノナルヤ或ハ滿二十歳ニ達セサルトキハ成年ト認ムルコトヲ得ス隨テ攝政ト爲ルコトヲ得サルヤノ疑問ヲ生ス君主ノ成年ニ達スルコトヲ以テ攝政タルノ第二ノ資格要件ヲ充タスモノナリト主張スル者ハ曰ク君主ト爲リテ親ラ政務ヲ執ルニハ滿十八歳ニ達スルヲ以テ足レリトスルカ故ニ他ノ者カ君主ニ代リテ政務ヲ執ル場合ニ於テモ亦滿十八歳ニ達シタルヲ以テ足レリト而シテ之ニ反對スル論者ハ曰ク君主ノ滿十八歳ニ達シタル時ヲ以テ之ヲ成年ト認ムルハ特ニ君主ニ對スル特權ニシテ他ノ者ニ對シテ濫ニ此特權ヲ及ホスコトヲ得ス皇太子、皇太孫ノ如キ特別ノ明文アルモノハ格別然ラサル者ハ滿二十歳ニ達シタル時ニ非サレハ如何ナル場合ニ於テモ之ヲ成年ト認ムルコトヲ得スト此兩說ヲ比較スルニ後說ヲ以テ當ヲ得タルモノト謂ハサルヲ得ス何トナレハ君主及ヒ皇太子、皇太孫ノ成年ニ達スル年齡ヲ特ニ早ク爲シタルハ成ルヘク攝政ヲ設クルノ必要ヲ避ケシメ又攝政ヲ置クモ成ルヘク皇太子若クハ皇太孫ヲシテ之ニ當ラシメントスル趣意ニ出ツ故ニ濫ニ之ヲ他ノ者ニ及ホシ總テノ皇族モ攝政ト爲ル場合ニ於テハ滿十八歳ニ達シタル時ヲ以テ成年ニ達シタルモノト認ムヘ

0272

シト論スルカ如キハ當ヲ得タルモノニ非サルナリ

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

又此配偶者ヲ有セサル女子ノ攝政ト爲ルコトヲ得ルハ皇位繼承ノ資格ノ要件ト異ナルノ點ナリ女系ノ者及ヒ女子ハ絶對ニ皇位ヲ繼承シ得サルニ拘ハラス攝政ト爲ルコトヲ許サレタリ蓋シ成ルヘク攝政ノ資格ヲ有スル者ノ範圍ヲ廣クシ必ス皇族ヨリ攝政ヲ出サントスルノ趣意ニ外ナラス

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

第二款　攝政就任ノ順序

我國ニ於テハ攝政ハ必ス一人タルヘキモノナリ是ニ於テ攝政ニ任スヘキ者ノ順序ヲ定ムルノ必要ヲ生ス皇室典範第一一條及ヒ第二二條ノ規定ニ依リ其順序ヲ考フルトキハ即チ左ノ如シ

第一　皇太子若クハ皇太孫

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

第三　皇后

第四　皇太后

第五　太皇太后

第六　內親王及ヒ女王　內親王及ヒ女王ノ間ニ於ケル順序ハ皇位繼承ノ順序ニ準シテ之ヲ定ム

然レトモ攝政タルモノニシテ精神上身體上ノ缺點アルトキハ其順序ヲ取換フルコトヲ得皇室典範第二五條ニ曰ク「攝政又ハ攝政タルヘキ者精神又ハ身體ノ重患アリ又ハ重大ノ事故アルトキハ皇族會議及樞密顧問ノ議ヲ經テ其順序ヲ換フルコトヲ得」ト蓋シ此規定ノ精神ハ其任ニ堪ヘサル者ヲシテ攝政タラシムルコトヲ避クルノ趣意ニ出ツ本條ノ場合ト第九條ノ場合トヲ比較シテ其異點ヲ擧クレハ則チ左ノ如シ

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

二　皇室典範第九條ニハ精神上若クハ身體上不治ノ重患アル場合ニハ皇嗣ヲシテ繼承ノ順序ヲ變更シ之ヲシテ皇位ヲ嗣カシメサルコトヲ得ト雖モ不治ナラサル重患ノ場合ニ於テハ皇位繼承ノ順序ヲ變更スルコトヲ得ス然ルニ第二五條ニ於テハ「不治」ノ文字ナキカ故ニ不治ナラサル精神上若クハ身體上ノ重患ノ場合ニモ攝政若クハ攝政タルヘキ者ノ地位ヲ變更スルコトヲ得ス蓋シ兩者ノ間ニハ區別

0273

存スルカ故ナリ

三　皇位繼承ノ順序變更ノ場合ニ於テハ皇族會議及ヒ樞密顧問ニ諮詢スルニ止マルモ攝政ノ順序變更ノ場合ニハ攝政ヲ置クノ必要アルヤ否ヤヲ決スル場合ト同シク皇族會議及ヒ樞密顧問ノ議決ニ依ル蓋シ此場合ニ於テハ君主カ諮詢スルノ能力ヲ有セサル時ナレハナリ

第四節　攝政ヲ設置スル場合

憲法第一七條ニ「攝政ヲ置クハ皇室典範ノ定ムル所ニ依ル」ト規定シ皇室典範第一九條ニハ攝政ヲ置ク場合ヲ左ノ如ク規定セリ

第一　天皇未成年ナルトキ　天皇ハ滿十八年ヲ以テ成年ト爲スモノニシテ其十八年ニ達スルニ至ルマテノ時日甚タ短少ナルトキニ於テモ攝政ヲ置カサルコトヲ得ス而シテ成年タルト否トハ明カナル事實ナルニ由リ新君主ニシテ成年ニ達セサルモノナルトキハ攝政ノ順序ニ當ル者直チニ攝政ト爲ルヘシ

或ハ胎中皇子ニ對シテモ此場合ニ準シ攝政ヲ置クヘシト論スル人アルモ胎中ノ皇子ノ皇位繼承權ヲ有セサルコトハ既ニ述ヘタル如クナルニ由リ之ニ關シ攝政設置ノ問題起ラサルナリ

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

此第二ノ場合ハ前ノ未成年ノ場合ト異ナリ疑義ヲ生スヘキ事實問題ニ屬スルニ由リ攝政ヲシテ其故障ノ有無ヲ判斷セシメ以テ自ラ攝政ノ任ニ就クコトヲ許ストキハ危險少カラサルヲ以テ皇室典範第一九條第二項ニハ此第二ノ場合ニハ皇族會議及ヒ樞密顧問ノ議ヲ經テ攝政ヲ置クヘキモノト定メタリ

尙ホ終ニ攝政ヲ置ク場合ヲ憲法ニ規定セスシテ皇室典範ニ之ヲ規定シタルノ當否ヲ考フルニ憲法義解ハ之ヲ皇室典範ニ讓リタル理由ヲ說明シテ「攝政ヲ置クハ皇室ノ家法ニ依ル攝政ニシテ大權ヲ總攬スルハ事國憲ニ係ル故ニ後者ハ之ヲ憲法ニ揭ケ前者ハ皇室典範ノ定ムル所ニ依ル蓋シ攝政ヲ置クノ當否ヲ定ムルハ專ラ皇室ニ屬スヘクシテ臣民ノ容議スル所ニ非ス……彼ノ或國ニ於テ兩院ヲ召集シ兩院會合シテ攝政ヲ設クルノ必要ヲ議決スルコトヲ憲法ニ揭クルカ如キハ皇室ノ大事ヲ以テ民議ノ多數ニ委ネ皇統ノ尊嚴ヲ汚瀆スルノ漸ヲ開クモノニ近シ本條(一七條)攝政ヲ置クノ要件ヲ皇室典範ニ讓リ之ヲ憲法ニ載セサルハ蓋シ專ラ國體ヲ重シ微ヲ防キ漸ヲ愼ムナリ」ト說ケリト雖モ攝政ヲ置クノ規定ノ如キハ皇室ノ內事ト云フヘキモノニ非ス之ヲ憲法ニ規定スルコトヲ讓リタルハ當ヲ得サルモノニ非サル

0274

カノ疑ナキヲ得サルナリ攝政ヲ置クノ必要アリヤ否ヤヲ議會ヲシテ議決セシムルカ如キハ自ラ別問題ニシテ之カ當ヲ得サルカ爲メニ攝政ヲ置ク場合ノ規定ヲ全然憲法ニ讓リタルハ其理由ヲ得タルモノト信スルヲ得ス

第五節　攝政ノ權限及ヒ責任

第一款　攝政ノ權限

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

憲法中大權ナル文字ノ存スルハ第一七條ノ外第三一條及ヒ第六七條ニシテ共ニ天皇ノ自ラ行フヘキ政務ノ範圍ヲ指スモノト信ス或論者ハ此三條ノ大權ノ文字ヲ各、異ナリタル意義ニ解シ第一七條ノ大權ナル文字ハ統治權ヲ指スモノナリト論スト雖モ同一ノ文字ヲ同一ノ憲法中ニ於テ異ナリタル意義ヲ以テ解セントスルハ穩當ニ非サルナリ之ヲ統治權ト解スルノ論據ハ憲法上ノ大權作用ハ立法權、司法權等ト相對立スルモノナルニ由リ第一七條ノ大權ナル文字ヲ此通常ノ意義ニ於テ解釋スルトキハ攝政ノ在任中法律ヲ制定スル能ハサルノ結果ヲ生スルカ故ニ第一七條ノ大權ナル文字ハ統治權ト解セサルヲ得スト云フニ在リ今攝政ノ權限ニ關スル他國ノ憲法ノ條文ヲ見ルトキハ其大多數ハ國王ニ屬スル總テノ權ヲ行フト規定シ或ハ憲法上特ニ制限セラレサル君主ノ大權ヲ行フト規定シ以テ君主親ラ行フノ政務ノ範圍ヲ攝政ニ屬セシムルコトトセリ即チ我憲法第一七條ノ明文ト大差ナシ而モ此等ノ國ニ於テ攝政在任中法律ヲ制定スル能ハサルノ疑ヲ生シタルコトナキニ由リ攝政ノ行フモノヲ統治權ナリト斷言セサルモ差支ナキモノト考フヘシ尙ホ法律ナルモノノ成立ヲ考フルニ法律ハ裁可ニ依リテ成ルモノニシテ其裁可ハ天皇ノ大權作用ニ屬スルカ故ニ攝政ハ法律ヲ裁可スルノ權ヲ有シ其在任中法律ヲ制定シ得ルモノト謂フヘシ以上ノ理由ニ依リテ憲法第一七條ノ大權ナル文字ハ通常ノ大權ノ文字ノ如ク解釋スヘク强テ統治權ト解釋スルノ必要ナシト信ス尙ホ憲法上ノ大權ト立法權トノ關係ノ如キハ統治權ノ作用ノ部分ニ於テ之ヲ述フル所アルヘシ

第二款　攝政ノ責任

攝政ノ責任ニ關スル說ヲ擧クルトキハ左ノ四種トス

第一　君主ニ付テハ「神聖ニシテ侵スヘカラス」ノ明文アルモ攝政ニ付テハ斯ル明文ナシ然レトモ攝政ハ君主ニ代リテ政ヲ行フモノナルニ由リ此侵スヘカラサルノ特權ハ攝政ニモ屬ス故ニ攝政ハ政務上及ヒ刑事上全ク無責任ナリト此說ヲ唱フル者ハ「リヨンネ」「シルツェー」「ボルンハック」「ケルバー」ノ諸氏及ヒ其他ノ公法學者ニ少カラスト雖モ前ニ述ヘタル如ク不可侵權ハ自然人タル君主ノ特權ニシテ他人ニ之ヲ及ホスヘキモノニ非ス攝政ハ君主ニ代リテ政ヲ行フニ止マリ自然人タル君主ノ地位ニ代ルモノニ非サルカ故ニ固ヨリ此特權ヲ明文ナキニ拘ハラス享有シ得ルモノニ非サルナリ

第二　攝政ハ君主ノ總テノ無責任ヲ受繼クニ非スシテ議會ニ對スル關係ニ於テノミ君主ノ無責任ヲ攝政ニ於テ受繼クヘキモノナリト是レ「ツオエプフルー」ノ唱フル所ナルモ誤レリ君主ノ政務上無責任

0275

ナルハ統治者タルカ爲メナリ然ルニ攝政ハ機關ニシテ統治者ニ非サルニ由リ單ニ君主ニ代リテ政務ヲ執ルノ故ヲ以テ無責任ナリト論スルヲ得ス

第三　君主ハ無責任ナリ攝政ハ君主ニ代リテ政務ヲ執ルモノナルカ故ニ其在任中ハ君主ト等シク無責任ナリ若シ一歩ヲ讓リテ無責任ニ非ストスルモ攝政在任中ハ責任ヲ負ハシムルノ途ナキカ故ニ責任ナシ既ニ其行爲ヲ爲シタル當時ニ於テ責任ヲ負ハサルモノトスレハ其在任中ト退職後トヲ問ハス其在任中ニ爲シタル行爲ニ付キ其行爲ヲ爲シタル在任ノ當時ニ遡リ其責任ヲ負フコトナシト然レトモ攝政在任中責任ヲ負ハシムル途ナキカ故ニ責任ヲ負フコトナシト論スルトキハ攝政ハ責任ヲ有スルモ責任ヲ負ハサルコトヲ認ムルモノナリ其責任ヲ負ハサルノ原因ハ攝政在任中責任ヲ負ハシムル途ナキニ由ルトセハ其自己ノ行爲ニ對スル責任ハ攝政在任中一ノ停止條件ニ繫ルモノト考ヘサルヲ得ス若シ此前提ニシテ誤ラストスレハ攝政ヲ止メタル後攝政在任中ノ行爲ニ對シ責任ヲ負ハシムルコトヲ得ト論定シテ何等ノ妨ナキモノト信スルカ故ニ此第三説ハ採用スルコトヲ得ス

第四　攝政在任中其行爲ニ對シ責任ナキニ非サルモ之ニ責任ヲ負ハシムル途ナキカ故ニ責任ヲ負擔セス但攝政退職後ハ左ノ二ノ場合ヲ分チテ責任ヲ負フヘキモノトス

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

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

第四説ハ「ザイデル」氏ノ唱フル所ニシテ攝政ノ責任ニ關シ最モ至當ノ説ト考フ

第六節　攝政ノ終了

第一款　攝政絶對ニ不用ト爲リタル場合

攝政絶對ニ不用ト爲リタルカ爲メ攝政ノ終了スル場合ヲ擧クレハ左ノ如シ

第一　君主ノ崩御　攝政ハ未成年若クハ故障アル君主ノ爲メニ置カルルモノナルカ故ニ君主ノ死亡ト共ニ攝政ノ終了スルコトハ多言ヲ要セス新君主モ亦攝政ヲ要スルコトアリト雖モ此場合ハ一旦攝政終了シテ更ニ新ナル攝政置カルルモノニシテ攝政ハ前君主ヨリ繼續スルモノニ非ス

第二　未成年ノ君主成年ニ達シタルトキ　此場合ハ攝政ヲ置クノ原因君主ノ未成年タルニ在ルニ由リ其君主ノ成年ニ達シタルカ爲メ攝政ノ終了スルハ當然ナリ

第三　君主政ヲ親ラスル能ハサルノ故障除カレタルトキ　此場合モ前ノ場合ト同シク攝政ノ終了ヲ來スハ當然ノコトナリ尤モ此場合ニ疑ノ生スルハ攝政ヲ置ク場合ト等シク攝政ヲ終了セシムヘキヤ否ヤヲ皇族會議及ヒ樞密顧問ヲシテ議決セシムルノ必要アリヤ否ヤノ點ニ在リ蓋シ皇室典範第一九條第二項ニハ皇族會議及ヒ樞密顧問ノ議決ヲ經テ攝政ヲ置クト規定シタルモ攝政ヲ終了セシムルニ此等ノ機關ノ議決ヲ必要トストノ明文ナケレハナリ獨逸ノ多數ノ國ニ於テモ君主政ヲ親ラスル能ハサルトキ攝政ヲ置クノ要否ハ議會ヲシテ議決セシムヘシトノ明文アルモ其故障除カレタルトキ攝政ヲ

0276

終了セシムヘキヤ否ヤニ付キ議決セシムヘシトノ明文ヲ有セサルニ由リ（二三ノ國ニテハ其明文アリ）同一ノ疑ヲ生スト雖モ多數ノ學者ハ終了ノ場合ニモ其議決ヲ必要トスト論定セリ其理由ハ攝政ヲ置クヤ否ヤヲ議決セシムル規定ノ精神ヲ貫徹セシムル上ニ於テ然ラサルヘカラスト爲ス之ニ反對スル者ハ曰ク議會ハ唯攝政ヲ置クノ必要アリヤ否ヤヲ議決スルニ止マルモノニシテ攝政ヲ任命スルモノニ非ス隨テ明文ナキニ拘ハラス攝政ノ終了ノ場合ニ其當否ヲ議決スヘキモノニ非サルナリ蓋シ機關ナルモノハ明文ヲ以テ與ヘラレタル權限以外ニ行動ノ自由ヲ有スルモノニ非スト然レトモ我皇室典範第一九條第二項ノ精神ヨリ考フルトキハ君主ノ故障除カレタル場合ニ於テ攝政ノ終了スルヤ否ヤヲ皇族會議、樞密顧問ヲシテ議決セシムルハ當ヲ得タルノミナラス攝政ヲ終了セシムルヤ否ヤノ決定ハ即チ攝政ヲ置クヤ否ヤノ決定ニ外ナラサレハナリ

第二款　攝政變更ノ場合

攝政絶對ニ不用ト爲リタルニ非ス唯現在ノ攝政一身上ノ原因ニ由リ攝政ノ終了スル場合即チ攝政タルノ關係消滅スル場合ヲ擧クレハ左ノ如シ此等ノ場合ハ單ニ或攝政ノ就任ヲ必要トスルカ故ニ攝政ノ變更ヲ來スモノナリ

第一　攝政ノ死亡

第二　攝政タルノ資格要件ヲ喪ヒタルトキ　此適用ハ全ク女子ノ攝政婚姻シタルトキニ在リ尙ホ前述シタル第四ノ資格要件（一節一款）ヲ喪ヒタルトキモ此適用ヲ受クルモ其時ニハ皇族會議及ヒ樞密顧問ノ議決ニ依リ始メテ攝政終了スルモノトス

第三　未成年又ハ其他ノ事故ニ因リ攝政ニ任セラレサリシ皇太子又ハ皇太孫成年ニ達シ又ハ其故障事故除カレタルトキ　獨乙諸國ノ多數ニ於テハ一旦攝政ニ就キタル以上ハ他ノ者攝政ト爲ルノ資格ヲ得ルモ之ニ對シ攝政タルノ地位ヲ讓ルノ必要ナシト雖モ（二三ノ國ニテハ其例外ノ規程アリ）我皇室典範ニテハ第二四條ノ明文アリテ皇太子、皇太孫ニ對スル場合ノミ此等ノ者成年ニ達シ若クハ攝政ト爲ルヲ得サル事故除カレタルトキハ之ニ其地位ヲ讓ルヘキモノトセリ蓋シ皇太子、皇太孫ヲシテ成ルヘク攝政タラシメントスルノ趣意ニ出ツ

第四　攝政ノ辭職　歐洲ニ於テハ明文ノ有無ニ拘ハラス君主ノ讓位ヲ認ムルト等シク攝政ノ辭職ヲ認ムト雖モ我國ニテハ攝政ハ辭職スルコトヲ得スト解釋スヘキナリ蓋シ攝政ハ任命ニ因ラス法ノ定メタル順序ニ從ヒ法ノ規定ノ結果トシテ當然其地位ニ就クモノナルカ故ニ若シ明文ナキニ拘ハラス之ニ辭職ヲ認ムルトキハ攝政ノ意思ヲ以テ皇室典範ニ定メタル攝政ト爲ル順序ヲ變更スルヲ認ムルモノナレハナリ

第七節　監國（天皇ノ代理者）

前ニ攝政ノ部ニ於テ述ヘタルカ如ク攝政ハ君主絶對ニ政ヲ爲スコト能ハサル場合ニ置カルルモノナルニ由リ其結果君主ノ委任ニ因ラスシテ君主ニ代リテ其政務ヲ執ルモノナリ然ルニ監國ハ君主隨意ニ政務ヲ執ラサル場合ニ於テモ其全部若クハ一部ヲ或者ニ委任シテ之ヲ行ハシムル場合ニ生ス即チ監國ハ第一節ニ於テ述ヘタル一ノ場合ニ置カルルモノトス此監國ヲ設置スルコトニ付テハ明文ヲ有スル國ナキニ非スト雖モ多數ノ國ニ於テハ明文ヲ存セス隨テ明文ナキ國ニ於テ之ヲ置クコトヲ得ルヤ否ヤハ一

0277

ノ疑問ニ屬ス之ヲ置クコトヲ得ストト論スル者ハ曰ク明文以外ニ於テ君主ハ其政務ヲ他ニ委任スルノ權ヲ有スルモノニ非スト若シ君主ニシテ一ノ機關タルモノトスレハ此說當ヲ得タルモノナリト雖モ君主ニシテ我國ニ於ケル如ク統治權ノ主體タリトセハ明文ヲ以テ特別ニ規定セラレサル以上ハ總テノ行動ノ自由ヲ有シ隨テ代理者ヲ設ケテ之ニ其政務ノ全部若クハ一部ヲ委任スルモ妨ナキモノト信ス又憲法義解ノ著者モ同書一六六頁ニ於テ當然監國ヲ置クコトヲ得ルカ如ク解セリ今攝政ト監國トノ間ニ存スル區別ノ要點ヲ擧クレハ

一　攝政ハ法規適用ノ結果トシテ當然其地位ニ就クコトヲ得ルモノナルモ監國ハ君主ノ行爲ニ因リテ始メテ其地位ヲ得ルモノナリ

二　攝政ノ權限ハ法規ノ定ムル所ナルモ監國ノ權限ハ君主ノ之ニ委任スルニ際シ隨意ニ其範圍ヲ定ムルコトヲ得

三　攝政ヲ置ク間ハ君主政務ヲ執ルノ能力ヲ絕對ニ有セサルモノト認定セラレタルノ時ナルニ由リ攝政ノ權限內ニ屬スル事務ハ君主隨意ニ之ヲ行フコトヲ得ルモノニ非ス之ニ反シ監國ノ行フ所ノ事務ハ君主ノ委任ニ基クモノナルカ故ニ君主ハ何時ニテモ監國ノ權限中ノ事務ヲ自己ノ手ニ收メテ自ラ行フコトヲ得

四　攝政ハ前ニ述ヘタル如ク在任中其責任ヲ負フコトナシト雖モ監國ハ其自己ノ過失ニ對シ在任中ト雖モ其責任ヲ免ルルコトヲ得ルモノニ非ス

五　攝政ノ終了ハ法規ノ定ムル所ニ因ルモ監國ニ對シテハ君主何時ニテモ其委任ヲ解キテ其地位ヲ奪フコトヲ得

第三章　國務大臣

第一節　國務大臣ノ地位

國務大臣ハ憲法上ノ機關ニシテ且立憲國ニ缺クヘカラサル機關タルコトハ既ニ之ヲ述ヘタリ而シテ國務大臣ノ地位ニ關シ一言スヘキハ國務大臣ノ君主ニ對スル關係ナリ或論者ハ國務大臣ヲ立憲國ニ於テ必要トスルハ君主ニ代リテ其責ニ任セシムルカ爲メニシテ專制國ト異ナルノ點此ニ在リ專制國ニ於テハ君主ノ行爲ニ對シ何人モ責任ヲ負フコトナク又其責任ヲ負フノ必要ナシト雖モ立憲國ニ於テハ必ス責任ノ負擔者ヲ設ケ以テ政務上ノ行爲カ違法ニ陷ルヲ防クモノナリト說ケリト雖モ誤レリ何トナレハ此說ハ君主カ責任ヲ有スルコトヲ前提トスルモノニシテ國務大臣ノ責任ヲ負擔スルハ君主ノ責任ヲ引受クルモノト爲スカ故ニ前ニ述ヘタル天皇ハ政務上ノ行爲ニ對シ全ク責任ナシト說明シタルト牴觸スレハナリ更ニ國務大臣ノ地位ニ關シ附言スレハ國務大臣ノ議會ニ對スル關係ナリ立憲國ノ特質トシテ國務大臣ハ必ス議會ニ對シ其責任ヲ負擔スト說ク者アルモ是レ亦誤レリ民主國ニ於テハ國權ハ國民ニ屬シ議會ハ國民ヲ代表スルカ故ニ國務大臣カ議會ニ對シ其責任ヲ負フハ至當ナリト雖モ立憲君主國ニ於テハ權力ハ國民ニ存在セス且亦議會ハ君主ノ代表機關ニ非サルニ由リ國務大臣カ議會ニ對シ責任ヲ負フノ理由ナシ

第二節　國務大臣ノ資格要件

第一款　國務大臣ト皇族

0278

白耳義、伊太利ノ憲法ニ於テハ其王族ハ國務大臣タルコトヲ得スト定メ其他之ニ類スルノ規定ヲ有スル國ナキニ非スト雖モ我國ニ於テハ明文ナキカ故ニ皇族ヲ國務大臣ニ任命スルモ違憲ニ非ス尤モ國務大臣ノ責任ヲ負擔スル結果ハ煩ヲ皇室ニ及ホスコトナキヲ保セサルニ由リ皇族ヲ國務大臣ニ任スルコトハ成ルヘク避ケシムヘキモノトス

第二款　國務大臣ト帝國議會ノ議員

英國ニ於テハ上下兩院ノ議員ニ非サレハ內閣ノ閣員ニ列スルコトヲ得ス之ニ反シ議會ノ議員ハ國務大臣ノ職ト相兼スルコトヲ得ス議員ニシテ大臣ニ任セラルルトキハ議員ノ資格ヲ喪フモノトセラレタル例ナキニ非ス然レトモ我國ニ於テハ議會ノ議員ハ國務大臣ト爲ルコトヲ得ス若クハ國務大臣ハ議員ト爲ルコトヲ得ストノ規定ナキニ由リ一人ニシテ此二ノ地位ヲ兼ヌルコトヲ得又從來其例ナキニ非サルナリ今理論上其當否ヲ考フルニ行政長官以外ノ國務大臣ハ之ヲ議員ト兼ネシムルモ妨ナシト雖モ行政長官タル國務大臣ハ議員ト爲ルコトヲ得スト定ムルヲ至當ト信ス何トナレハ立憲制度ハ三權分立說ノ精神ニ基クモノニシテ其精神ニ從フトキハ立法、司法、行政ノ機關ヲシテ互ニ相兼ネシムルコトヲ許スヘキモノニ非ス又我國ニ於テ裁判官ニ衆議院議員ノ被選權ヲ與ヘサルモ亦此趣意ニ基ケハナリ

第三款　國務大臣ト行政長官

國務大臣ト行政長官トハ其地位及ヒ職務ヲ異ニスルモノナルカ故ニ我國ノ如キ行政長官ハ必ス國務大臣タルノ國ニ於テモ此兩者ヲ混同スヘキモノニ非ス隨テ行政長官以外ノ者ニシテ國務大臣ト爲ルコト

ヲ被ムラシムルコトナキヲ必要トス是レ法律カ土地ノ所有者ニ許スニ隣地ニ設ケタル工作物ノ破損又ハ閉塞ノ爲メニ現ニ浸水ノ害ヲ受ケ又ハ之ヲ受クルノ危險アル場合ニ隣地ノ所有者ニ對シテ其修繕疏通ヲ爲シ又ハ豫防工事ヲ施スヘキコトヲ要求スルノ權利ヲ以テスル所以ナリ而シテ此場合ニ於ケル土地所有者ノ權利ハ占有ノ保護ヲ目的トスル占有保持ノ訴權及ヒ占有保全ノ訴權ニ對スルモノニシテ土地ノ所有者ヲシテ其所有權ヲ基本トシテ之ニ對スル妨害ヲ排除シ又ハ妨害ノ危險ヲ豫防スルコトヲ得セシム

二　土地ノ所有者ハ其家用又ハ農工業用ノ餘水ヲ隣地ニ流下セシムルコトヲ得ス　蓋シ此種ノ水ヲ隣地ニ流下セシムルハ隣地ノ所有權ヲ害スルモノナルヲ以テナリ故ニ土地ノ所有者ハ之ヲ公路、公流又ハ下水道ニ流下セシムルカ然ラサレハ其地面內ニ吸收セシムルコトヲ要ス但高地ノ所有者カ第二二〇條ノ規定ニ從ヒ低地ニ水ヲ通過セシムルハ格別ナリトス

三　土地ノ所有者ハ直チニ雨水ヲ隣地ニ注瀉セシムヘキ家根其他ノ工作物ヲ設クルコトヲ得ス（二一八條）　土地ノ所有者ハ隣地ノ境界ニ接シテ家屋其他ノ工作物ヲ設クルトキハ其家屋及ヒ工作物ハ自己ノ所有地內ニ雨水ヲ落下セシムヘキ構造ヲ爲スコトヲ必要トス若シ家屋又ハ工作物カ直チニ乙地ニ雨水ヲ落下セシムヘキ構造ヲ有スルトキハ雨水ノ隣地ニ直瀉スルヲ防クカ爲メ相當ノ、設備ヲ爲ササルヘカラス蓋シ家屋、工作物カ隣地ニ雨水ヲ直瀉セシムヘキ構造ヲ有スルトキハ雨水ノ直瀉ニ因リ隣地ヲ毀損スルノ恐アルヲ以テナリ

第四　用水權

舊民法ハ水流ニ關スル土地所有者ノ權利ニ付キ數多ノ規定ヲ設ケタリト雖モ現行民法ハ此等規定中單

0279

ニ第二一九條ノ規定ノミヲ存シ他ハ悉ク之ヲ削除シタリ是レ水ノ使用ニ關スル一般ノ原則ヲ設クルハ頗ル困難ナルノミナラス用水權ニ關スル我國ノ舊慣モ亦頗ル區區ナルヲ以テ此點ハ總テ之ヲ學理上ノ解釋ニ一任スルヲ適當ト認メタルカ爲メナリ然レトモ第二一九條ノ規定ヲ解釋スルニ臨ミ水流ノ性質ニ付キ一言スルノ必要アリ學理上ヨリ云フトキハ土地ノ所有者ハ其土地ヨリ湧出スル水流ノ所有權ヲ有スルモノニシテ水源地ノ所有者ハ其意ノ欲スル所ニ從ヒ其所有地內ニ於テ水流ヲ使用、收益、處分スルノ權能ヲ有スルハ論ヲ俟タス然レトモ水流カ一旦其土地ノ境域ヨリ流出スルトキハ水源地ノ所有者ハ其水流ノ上ニ何等ノ權利ヲモ有セサルモノニシテ其水流カ源ヲ自己ノ境域內ニ發シタルヲ理由トシ其水流ニ追隨シテ自己ノ權利ヲ主張シ他人ノ之ヲ使用スルヲ禁スルコトヲ得サルモノトス而シテ一水源地ヲ發シタル水流ハ自然ノ法則ニ從テ漸次ニ低地ニ流下シ他ノ水源地ヨリ發シタル水流ト合シ所有者ヲ異ニセル數箇ノ土地ヲ通過シテ遂ニ河海ニ投スルモノナリ是ニ於テ水源地ヲ離ルルト同時ニ恰モ無主ノ狀態トナリタル水流ニ關シ水流ノ通過スル土地ノ所有者ノ權利ヲ定ムルノ必要アリ蓋シ水流カ自然ノ法則ニ從ヒ其通路ヲ求メ其流域カ確定スルト同時ニ其流域ニ位スル土地ノ所有者ハ何レモ皆其水流ヲ利用スルノ權利ヲ有ス換言スレハ土地ノ所有者ハ其土地所有權ニ附隨スル權能ノ一トシテ其土地ニ沿ヒ又ハ其土地ヲ通過シテ流ルル所ノ自然ノ水流ヲ使用スルノ權利ヲ有シ上流ニ位スル土地ノ所有權ハ地勢上下流ノ土地所有者ニ先ンシテ其水流ヲ利用スルノ權利ヲ有スルモノナリ然レトモ水流地ノ所有者ハ水流ヲ利用スルニ當リ地勢上其水流ヲ利用シ得ヘキ下流所有者ノ利益ヲ害スルコトヲ得サルモノトス民法第二一九條ノ規定ハ即チ此原則ヨリ生スル結果ニシテ同條ハ水流ノ兩岸カ同一ノ所有者ニ屬スルト否トヲ區別シ水流ニ關スル水流地所有者ノ權利ヲ定メタリ

一　水流ノ兩岸カ所有者ヲ異ニスル場合　兩岸ノ所有者ハ各水路又ハ幅員ヲ變更スルコトヲ得ス何トナレハ兩岸ノ所有者ハ水流ノ使用ニ付キ同等ノ權利ヲ有スルモノニシテ一方ノ所有者カ水路又ハ幅員ヲ變更スルトキハ他ノ所有者ハ水流ノ利用ヲ妨ケラルルノ結果ヲ生スヘケレハナリ（二一九條一項）

二　水流ノ兩岸カ同一人ニ屬スル場合　水流地ノ所有者ハ其所有地內ニ於テ水流ヲ任意ニ利用スルコトヲ得ヘク之カ爲メ其水路及ヒ幅員ヲ變更スルコトヲ得ヘシ然レトモ其水流カ土地ノ境界ヲ離ルル際ニハ之ヲ自然ノ水路ニ復スルコトヲ要ス是レ他ナシ斯クセサルニ於テハ低地ノ所有者ハ其水ヲ利用スルコト能ハサルニ至ルコトアルヘク若クハ其水ヲ利用スルカ爲メ自ラ水路ヲ變更スルノ已ムヲ得サルニ至ルコトアルヘク何レノ場合ニ於テモ低地ノ所有者ハ其地勢上享有スル水流使用權ヲ害セラルルノ結果ヲ生スヘケレハナリ（二一九條二項）

民法第二一九條ハ水流地所有者ノ權利ニ付キ規定セルモノナルヲ以テ同條ノ規定ハ沿岸ノ所有者カ其水流地ヲモ併セテ所有スル場合ニ適用セラルヘキモノトス故ニ國有ノ河川、市町村ノ有ニ屬スル水流ハ同條ノ規定外ニ屬ス何トナレハ此種ノ水流地ハ國家、市町村ニ屬シ一私人ノ所有ニ屬セサルヲ以テナリ同條ノ規定外ニ屬ス又水流カ他ノ一私人ノ專用ニ屬スル場合ニ適用スルコトヲ得サルモノトス例ヘハ土地ノ所有者カ他人ノ所有地內ヲ通シ又ハ之ニ沿フテ專用ノ水道ヲ設ケタル場合ニ於テハ其水流ヲ使用スル權利ノ用水權者ニ專屬スヘキヲ以テ沿岸ノ所有者ハ其水流ヲ使用スル權利ナク從テ其水路又ハ幅員ヲ變更スルノ權利ヲモ有セサルヤ明カナリ故ニ民法第二一九條ハ水流カ國有又ハ公有ニ屬セス又何人ノ專用ニモ屬セサル場合ニ適用セラルヘキモノトス又他ノ一方ニ於テ我邦ニ於ケル土地所有者ノ

0280

水流ニ關スル權利ハ多クハ數十年來ノ慣行ニ依リテ定マリ且其慣習ハ地方ニ依リテ異ナリ總テノ地方ニ共通スヘキ一定ノ原則ナシ而シテ本條ノ規定ハ要スルニ特別ノ慣習ナキ場合ニ適用セラルヘキ一般ノ原則タルニ過キスシテ水流ニ關スル土地所有者ノ權利カ慣習ニ依リ定マレル場合ニ於テハ其慣習ニ從フヘキモノトス是レ同條第三項ノ規定アル所以ナリ

第五　堰ニ關スル權利

一　水流地ノ所有者ハ堰ヲ設クルノ必要アルトキハ之ヲ對岸ニ附著セシムルコトヲ得　水流地ノ所有者ハ其水流ヲ利用スルカ爲メ之ヲ堰キテ自己ノ所有地内ニ導クノ必要ヲ感スルコトアリ然ルニ對岸カ他人ニ屬スルトキハ對岸所有者ノ承諾アル場合ハ格別然ラサレハ其堰ヲ對岸ニ附著セシムルコトヲ得サルニ因リ水流地所有者ハ充分ニ水流ヲ利用スルコト能ハサルニ至リ經濟上頗ル不利ナル結果ヲ生スヘシ是レ法律カ對岸所有者ノ權利ヲ制限シ水流地所有者ニ與フルニ堰ヲ對岸ニ附著スルノ權利ヲ以テスル所以ナリ然レトモ之カ爲メ對岸所有者ニ損害ヲ生シタルトキハ之ヲ賠償スルノ義務アルヤ勿論ナリ

二　對岸ノ所有者ハ水流地ノ一部ヲ所有スルトキハ其堰ヲ使用スルコトヲ得　對岸ノ所有者カ水流地ノ一部ヲ所有スルトキハ其水流ヲ利用スルノ權利アルヲ以テ其水ヲ堰止メテ之ヲ自己ノ所有地内ニ導クコトヲ得ヘシ然ルニ既ニ堰ノ設アルニ拘ハラス尚ホ其特有ノ堰ヲ設クルコトヲ必要トスルトキハ適當ノ場所ナキカ爲メ新ニ堰ヲ設クルコト能ハサルコトアルノミナラス同時ニ二箇ノ堰ヲ設クルハ經濟上頗ル不利ナルヲ以テ法律ハ水流地ノ所有者ニ許スニ對岸所有者ノ設ケタル堰ヲ利用スルノ權利ヲ以テシ無用ノ勞力ト費用トヲ省略スルヲ得セシメタリ但水流地ノ所有者カ他人ノ設ケタル堰ヲ利用スル以上ハ其費用ヲ分擔スルコトヲ要スルハ說明ヲ要セスシテ明カナリ（二二二條二項）

第六　疏水權

土地ノ所有者ハ其所有地内ノ水ヲ疏通スル爲メ左ノ條件ニ從ヒ他人ノ所有地内ニ水道ヲ設クルコトヲ得

一　其所有地カ公路公流又ハ下水道ニ接セサルコトヲ要ス　茲ニ所謂公路トハ舟楫ノ通スル國有ノ河川ヲ謂ヒ公流トハ一般ニ公共ノ用ニ供セラレタル水流ヲ謂フ　土地カ公路、公流又ハ下水道ニ接スルトキハ所有者ハ直チニ其所有地内ノ水ヲ排泄スルコトヲ得ヘキヲ以テ他人ノ土地ヲ利用シテ水ヲ疏通スルノ必要ナク此必要ハ土地カ公路、公流又ハ下水道ニ接セサル場合ニ於テ生スルモノトス又土地ノ所有者カ疏水ノ爲メ他人ノ所有地内ニ水道ヲ設クル場合ニ於テ隣地カ直チニ公路、公流又ハ下水道ニ接スルトキハ單ニ隣地ヲ通シテ水ヲ疏通セシムルヲ以テ足ルモ隣地カ公路、公流、下水道ニ接セサルトキハ其所有地ト公路又ハ公流等ノ間ニ介在スル總テノ所有地ヲ通シテ其水ヲ疏通セシムルコトヲ得ヘシ

二　其所有地ト他人ノ所有地トノ間ニ高低ノ關係アルコトヲ要ス　是レ水ハ高キヨリ低キニ流ルル自然ノ法則アルヲ以テ疏水ニ關シテモ亦此法則ニ從ヒタルモノナリ故ニ低地ノ所有者ハ高地ニ對シテ此權利ヲ行フコトヲ得ス

三　浸水地ヲ乾シ又ハ家用若クハ農工業用ノ餘水ヲ排泄スルカ爲メ必要アルコトヲ要ス　土地カ浸水ノ害ヲ被リタル場合ニ之ヲ乾燥セシメ又ハ家用、農工業用ノ餘水ヲ排泄スルハ土地ノ利用上ニ於テ缺クヘカラサルコトナリ然ルニ土地カ公路、公流又ハ下水道ニ接セサル爲メ所有者カ是等所有地内

0281

ノ水ヲ他ニ導クコト能ハサルニ於テハ土地ノ利用上ニ於テ至大ノ不便ヲ感スルノミナラス經濟上及ヒ衛生上顧ル有害ナル結果ヲ生スルニ至ルヘシ是レ法律カ土地所有者ヲシテ低地ニ水道ヲ設ケ其水ヲ疏通スルコトヲ得セシムル所以ナリ然レトモ高地ノ所有者ハ排水ノ爲メニ水道ヲ設クルノ權ヲ有スルニ止マリ隣人ノ承諾アルニ非サレハ家用又ハ農工業用ノ水ヲ引ク爲メニ隣地ヲ使用スルノ權利ヲ有セサルモノトス（二一〇條）

四　水道ノ布設ハ低地ノ爲メニ損害ノ最モ少キ場所及ヒ方法ヲ擇フコトヲ要ス　高地ノ排水ノ爲メ低地ニ水道ヲ設クルハ低地所有者ノ權利ヲ侵害スルモノニシテ衛生上及ヒ經濟上ノ必要上已ムヲ得スル此權利ヲ高地所有者ニ付與スルモノニ過キサルヲ以テ此權利ノ行使ハ成ルヘク低地ノ爲メニ有害ナル結果ヲ生セサルコトヲ必要トス是レ排水ノ方法及ヒ排水ノ爲メニ使用スヘキ場所ニ付テハ低地所有者ノ爲メニ損害最モ少キモノヲ擇フコトヲ要スル所以ナリ例ヘハ成ルヘク地下ヲ利用シテ暗渠ヲ設クルカ如シ

五　疏水ノ爲メニ必要ナル工作物ノ設置及ヒ保存ノ費用ハ高地所有者ノ負擔ニ屬ス　疏水ノ爲メニ必要ナル工作物ハ高地所有者ノ利益ノ爲メニ設ケラルルモノナレハ高地所有者ニ於テ其設置保存ノ費用ヲ負擔スヘキハ勿論ナリ但高地所有者ハ排水ノ爲メ低地所有者ノ設ケタル工作物ヲ利用スルコトヲ得ヘク低地所有者モ亦其所有地内ノ水ヲ排泄スル爲メ高地所有者ノ設ケタル工作物ヲ利用シ得ヘシ唯此場合ニ於テハ工作物ノ設置及ヒ保存ノ費用ハ各所有者ニ於テ之ヲ分擔スルコトヲ要スルノミ而シテ其負擔額ハ工作物ノ使用ニ付キ各所有者ノ受クル利益ノ割合ニ應シテ之ヲ定ムルモノトス例ヘハ各所有者ノ排水ノ分量及ヒ其使用ニ係ル水道ノ長短等ハ此割合ヲ定ムル重要ナル材料ト爲ルヘシ又疏水ノ爲メニ設ケタル工作物ノ共用ヲ許スハ無用ノ勞力ト費用トヲ節減スルカ爲メニシテ各所有者カ其受クル利益ノ割合ニ應シテ費用ヲ負擔スル以上ハ工作物ノ共用ハ毫モ他ノ所有者ニ不利ナル結果ヲ生スルコトナキヲ以テナリ（二一一條）

第七　境界權

所有者ヲ異ニスル二箇ノ土地カ隣接スルトキハ各所有者ハ土地ノ境界ニ關シテ紛議ノ生スルヲ豫防スルカ爲メ豫メ其境界ヲ明確ナラシムルノ必要アリ故ニ相隣者ハ各其土地ノ境界ヲ標示スルニ付キ緊切ノ利害ヲ感スルモノニシテ境界ノ標示ハ相隣者相互ノ權利タルト同時ニ又相互ノ義務ナリト云フコトヲ得ヘシ此原則ヨリ左ノ結果ヲ生ス

一　土地ノ所有者ハ隣地ノ所有者ト共同ニテ境界ヲ標示スヘキ物ヲ設クルコトヲ得（二一三條）　茲ニ所謂境界ヲ標示スヘキ物即チ界標トハ石、杭、牆壁又ハ溝渠ノ類ニシテ人ヲシテ兩地ノ境界ヲ認知スルコトヲ得セシムヘキ外形的標識ヲ謂フ但民法ハ界標ノ種類ヲ限定セサルヲ以テ當事者ハ地方ノ慣習及ヒ相互ノ便益ニ基キ隨意ニ其界標トスヘキ物ヲ定ムルコトヲ得ヘシ

二　界標ノ設置及ヒ保存ノ費用ハ相隣者平分シテ之ヲ負擔スルコトヲ要ス（二一四條）　蓋シ界標ハ相隣者相互ノ利益ノ爲メニ設ケラルルヲ以テナリ然レトモ界標ヲ設クルニ當リ兩地ノ境界ヲ確定スル爲メ其形式狀及ヒ坪數等ヲ測量スルノ必要ヲ生スルコトアリテ之カ爲メニ要スル費用ハ土地ノ大小廣狹ニ從テ其額ヲ異ニスヘキヲ以テ相隣者ヲシテ平等ニ之ヲ分擔セシムルコトヲ得ス其負擔額ハ土地ノ廣狹ニ應シテ之ヲ定ムルコトヲ要ス（二一四條但書）

三　境界權ハ單ニ境界ノ標示ヲ目的トシ之ニ關スル訴訟ハ區裁判所ノ管轄ニ屬ス　境界ニ關スル訴訟

0282

ハ土地ノ所有權如何ニ拘ハラス境界ヲ査定シテ之ヲ標示スルヲ目的トス然レトモ土地ノ境界ニ付キ當事者間ニ爭ヲ生シタル場合ニ其爭カ土地ノ所有權ニ基因スルトキハ土地ノ境界ハ訴訟物ノ價格ニ從ヒ管轄裁判所ニ於テ之ヲ確定スルコトヲ要ス故ニ土地ノ所有者ハ土地ノ境界ヲ標示スルカ爲メノミニ境界權ヲ行使スルコトヲ得ヘキモノニシテ土地ノ所有權ニ付キ爭アル場合ニハ先ツ其爭ヲ決スルニ非サレハ兩地ノ境界ヲ確定スルコトヲ得ス

第八　圍障權

一　土地ノ所有者ハ所有權ヨリ生スル權能ノ一トシテ其土地ノ周圍ニ圍障ヲ設クルノ權利ヲ有ス　何トナレハ土地ノ所有者カ其土地ノ周圍ニ圍障ヲ設クルコトハ第三者ノ干渉ニ對シ其土地ヲ保護スルカ爲メ必要ナルヲ以テナリ然レトモ之カ爲メ隣人ノ有スル通行權又ハ地役權ノ行使ヲ妨クルコトヲ得サルハ勿論ナリ

相隣者間ニ於テハ圍障ノ設置ハ相隣者相互ノ利益タルヤ疑ナキモ相隣者ノ一方ハ單ニ其土地ノ爲メニ圍障ヲ設クルノ權利ヲ有スルニ止マリ他ノ一方ヲシテ共同ニテ之ヲ設置セシムルノ權利ヲ有スルモノニ非ス故ニ土地ノ所有者ハ圍障ヲ設クルモ隣人ヲシテ其費用ノ一部ヲ負擔セシムルコトヲ得ス然レトモ此原則ニハ例外アリ次ニ掲クルモノ即チ是ナリ

二　二棟ノ建物カ其所有者ヲ異ニシテ且其間ニ空地アルトキハ各所有者ハ他ノ所有者ト共同シテ其境界ニ圍障ヲ設置スルノ權ヲ有ス（二二五條）第二二五條ノ規定ハ相隣地ニ存スル二箇ノ建物カ境界ヲ中心トシテ多少接近スル場合ニ適用セラルヘキモノニシテ其建物カ全然接著スルカ若クハ甚シク離隔スルトキハ之ヲ適用スルコトヲ得ス蓋シ相隣地ノ建物カ接近スル場合ニ兩地ノ境界ニ圍障ヲ設クルハ相隣地ヨリスル人畜ノ侵入ニ對シテ土地、建物ヲ保護シ又ハ相隣者ヲシテ猥ニ家宅内ヲ觀望スルコト能ハサラシメ以テ住居ノ安寧ヲ保ツカ爲メ極メテ必要ナルヲ以テナリ而シテ圍障ノ設置ハ左ノ條件ニ從フヘキモノトス

（イ）圍障ノ設置及ヒ保存ノ費用ハ相隣者平分シテ之ヲ負擔スヘキモノトス何トナレハ圍障ハ建物ノ所有者相互ノ利益ノ爲メニ設ケラルルモノナレハナリ

（ロ）圍障ノ材料及ヒ其高サニ付キ當事者間ニ協議調ヒタルトキハ其協議ニ依ル然レトモ若シ協議調ハサルトキハ板塀又ハ竹垣ニシテ其高サハ六尺タルコトヲ要ス（二二五條二項）然レトモ之カ爲メ相隣者ノ一方カ之ヨリモ良好ナル材料ヲ用ヒ又ハ其高サヲ增シテ圍障ヲ設クルノ權利ヲ妨クルコトナシ但此場合ニ於テハ費用ノ增額ヲ他ノ一方ニ負擔セシムルコトヲ得ス（二二七條）故ニ相隣者ノ一人カ前記ノ權利ヲ行使シタルトキハ法定ノ圍障ニ要スル費用ヲ他ノ一方ニ要求スルコトヲ得ルニ止マリ之ニ超過スル費用ハ自ラ之ヲ負擔スルコトヲ要ス

右ノ如ク民法ハ圍障ノ設置及ヒ費用ノ負擔ニ付キ一般ノ原則ヲ設ケ更ニ第二二八條ニ於テ反對ノ慣習アルトキハ之ニ從フヘキコトヲ規定セリ是レ圍障ノ設置及ヒ費用負擔ニ關スル前記ノ原則ハ單ニ相隣者ノ利益ヲ目的トスルモノナレハ反對ノ慣習ヲ認ムルモ爲メニ公益ヲ害スルノ結果ヲ生セサレハナリ

第九　互有權

一　境界線上ニ設ケタル界標、圍障、牆壁及ヒ溝渠ハ相隣者ノ共有ニ屬スルモノト推定ス（二二九條）

境界線上ニ在ル界標、圍障等ハ相隣者相互ノ利益ト爲ルモノナレハ反證ナキ限ハ其設置ニ付キ利益

0283

ヲ有スル相隣者カ共同シテ之ヲ設置シタルモノト推定セサルヘカラス相隣者ノ互有權ト稱スルモノ即チ是ナリ而シテ相隣者カ界標、園障、牆壁、溝渠ニ付キ互有權ヲ有スルニハ其界標、園障等カ境界線上ニ在ルコトヲ必要トシ相隣地一方ノ地内ニ存在スル所ノ界標及ヒ園障ハ其土地ノ所有者ニ屬スルモノト推定セサルヘカラス且互有權ノ推定ハ界標、園障、牆壁及ヒ溝渠ノ四者ニ限定セラルルモノニシテ境界線上ニ在ル其以外ノ物件ニ及ハサルモノトス

前記ノ推定ニハ例外アリ即チ左ノ如シ

（甲）牆壁カ一棟ノ建物ノ一部分ナルトキ　此場合ニ於テハ牆壁ハ主タル建物ノ所有者ニ屬スルモノト推定セサルヘカラス故ニ牆壁ニ關スル互有權ノ推定ハ牆壁カ二箇ノ建物ヨ共通ナル場合ニ限ルモノトス

（乙）牆壁カ高サノ不同ナル二箇ノ建物ニ共通ナルトキ　此場合ニ於テハ牆壁中低キ建物ニ相當スル部分ハ二箇ノ建物ニ共通ナルヲ以テ當然雙方ノ互有ニ屬スルモノト推定セラレ得ヘキモ低キ建物ニ超過スル部分ハ高キ建物ノ用ヲ爲スニ止マリ低キ建物ノ爲メニ何等ノ效用ヲ爲ササルヲ以テ此部分ハ高キ建物ノ所有者ノ專有ニ屬スルヲ當然トシ雙方ノ互有ニ屬スルモノト推定スルコトヲ得ス（二三〇條）然レトモ防火牆壁ハ建物ヨリモ高ク築造スルノ必要アルヲ以テ建物ノ高サヨリ高キモ尚ホ雙方ノ利益ノ爲メニ設ケラレタルモノト推定スルコトヲ得ヘキヲ以テ一般ノ原則ニ戻リ雙方ノ共有ニ屬スルモノト推定スルヲ至當トス（二三〇條二項）

二　相隣者ハ互有物ヲ使用スルノ權ヲ有ス　是レ互有物ハ相隣者ノ共有タルヨリ生スル當然ノ結果ナリ然レトモ之カ爲メ相隣者ハ互有物ヲ毀損シ又ハ其耐力ニ危害ヲ加フルコトヲ得サルハ勿論ナリ故ニ其耐力ヲ害セス又ハ之ヲ毀損セサル限度ニ於テ互有ノ園障、牆壁ヲ利用シ建物ノ一部又ハ其他ノ物件ヲ支持シ若クハ沮塞其他ノ害ヲ生セサル限度ニ於テ互有ノ溝渠ヲ利用シ其所有地内ノ水ヲ疏通スルコトヲ得且互有牆壁ノ耐力カ之ヲ許ストキハ其高サヲ增スコトヲ得若シ其耐力カ之ヲ許ササルトキハ自己ノ費用ヲ以テ之ヲ强固ナラシムルカ爲メニ相當ノ工事ヲ施シ必要ナル場合ニ於テハ之ヲ改築スルコトヲ要ス且其工事又ハ修繕ノ爲メ他ノ相隣者ニ損害ヲ加ヘタルトキハ之ヲ賠償スルノ義務アリ而シテ修繕又ハ改築シタル牆壁ハ依然トシテ其互有ニ屬スト雖モ高サヲ增シタル部分ハ增築シタル相隣者ノ利益ノ爲メニ其費用ヲ以テ造リタルモノナレハ其相隣者ノ專有ニ屬スヘキモノトス（二三一條）

第十　境界ノ近傍ニ於ケル相隣者ノ關係

二箇ノ土地相隣接セル場合ニ土地ノ内部ニ於ケル相互ノ權利行使ハ概シテ他ノ相隣者ノ權利行使ニ影響ヲ及ホスコトナシト雖モ其權利行使カ境界ニ接近スルニ從ヒ他ノ相隣者ノ權利ト抵觸スルノ結果ヲ生スルモノトス故ニ相隣者相互ノ利益ノ爲メニ境界ノ近傍ニ於ケル所有權ノ行使ニ一定ノ制限ヲ置クノ必要アリ（二三三條乃至二三八條）以下是等ノ制限ニ付キ說明セントス

一　竹木ニ關スル制限　土地ノ所有者ハ其權利ノ行使トシテ境界ニ接近シテ竹木ヲ所有スルコトヲ妨ケス而シテ竹木カ其所有地内ニ在ルニ於テハ其高サ及ヒ境界ヨリノ距離如何ハ之ヲ問ハサルナリ然レトモ土地ノ所有者ハ境界ヲ越エテ竹木ヲ所有スル能ハサルノミナラス其技根ヲ隣地ニ侵入セシムルコトヲ得ス何トナレハ土地ノ所有權ハ其上下ニ及フモノナレハ竹木ノ枝ヲ隣地ノ空間ニ突出セシメ又ハ其根ヲ隣地ノ地下ニ侵入セシムルハ隣地ノ所有權ヲ害スルモノナレハナリ而シテ此場合ニ於

0284

ケル相隣者ノ權利ニ付テハ立法例區區ニシテ一定セス或ハ相隣者ハ自ラ枝根ヲ截取ルノ權アリトシ或ハ相隣者ハ單ニ竹木ノ所有者ニ對シテ截取ヲ請求スルノ權アリトシ或ハ竹木ノ所有者カ截取ノ請求ヲ受ケタル後之ニ應セサルトキハ相隣者自ラ之ヲ截取ルコトヲ得トシ或ハ又竹木ノ枝ニ付テハ其所有者ニ截取ヲ請求スルコトヲ要シ其根ハ相隣者自ラ之ヲ剪除スルコトヲ得ヘキモノトセリ我民法ハ即チ第四ノ主義ヲ採リタルモノナリ而シテ根ト枝トヲ區別シタルハ根ハ枝ニ比シテ價低廉ナルヲ常トスルノミナラス根ハ隣地內ニ於テスルニ非サレハ之ヲ截取ルコト能ハサル場合多ク從テ隣地ノ所有者ヲシテ自ラ之ヲ截取ラシムルハ相隣者相互ノ爲メニ却テ便利ナルヲ以テナリ又枝ニ付テハ相隣者ハ其剪除ヲ請求スルノ權ヲ有スルニ止マルヲ以テ竹木ノ所有者カ其請求ニ應セサルトキハ裁判所ニ出訴スルノ必要ヲ生スヘシ然レトモ此ノ如キ些事ノ爲メニ訴訟ノ手續ヲ煩ハスハ實際上頗ル不便ナルヲ以テ相隣者ハ相當ノ期間ヲ定メ催告ヲ爲シタル後其效ナカリシトキハ自ラ之ヲ截取ルコトヲ得ヘシト爲スヲ適當ナリト信ス

二　建物ニ關スル制限　建物ヲ築造スルニハ境界線ヨリ一尺五寸以上ノ距離ヲ存スルコトヲ要ス（二三四條一項）此制限ハ相隣者相互ノ利益ニ基クモノトス蓋シ相隣者ノ一人カ境界ニ接シテ建物ヲ築造スルトキハ他ノ一人カ其方面ニ於テ建物ヲ築造セントスル場合ニ境界線ト築造セントスル建物トノ間ニ多少ノ距離ヲ存スルニ非サレハ之ヲ築造スルコト能ハサルニ至ルヘシ從テ相隣者ノ一人ハ他ノ一人ノ築造シタル建物ノ爲メニ其土地ヲ充分ニ利用スルコト能ハサルノ結果ヲ生スルモノトス故ニ此不公平ナル結果ヲ豫防スルカ爲メ民法ハ土地ノ所有者カ境界ニ接シテ建物ヲ築造スル場合ニハ境界ヨリ一定ノ距離ヲ存スヘキモノト爲シタルモノナリ然レトモ之カ爲メ境界ノ兩側ニ相隣者ノ利用シ得ヘカラサル空地ヲ存セシムルハ經濟上頗ル不利ナルヲ以テ其距離ハ成ルヘク之ヲ縮少スルコトヲ要ス是レ民法カ一尺五寸ヲ以テ其限度ト爲シタル所以ナリ

前記ノ原則ヨリ生スル結果トシテ相隣者ノ一人カ法定ノ距離ヲ遵守セスシテ建築ヲ爲サントシタルトキハ他ノ一人ハ其變更ヲ求ムルコトヲ得ヘク必要ナル場合ニハ其廢止ヲモ求ムルコトヲ得ヘシ然レトモ其建築著シク進歩シタルトキハ之ヲ廢止又ハ變更スルハ經濟上不利甚シキヲ以テ第二〇一條ノ占有保持ノ訴ニ於ケルカ如ク相隣者ノ權利行使ニ一定ノ期限ヲ設ケ其期限經過後ハ此權利ヲ行使スルコトヲ得サルモノトセリ而シテ其期間ハ第二〇一條ニ掲ケタルモノト同一ニシテ建築著手ノ時ヨリ滿一ケ年若クハ建物落成ノ時マテトス而シテ此期限後ハ相隣者ハ單ニ建築ノ爲メニ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルニ止マリ建築ノ變更廢止ヲ請求スルコトヲ得ス（二三四條二項）建物ノ築造ニ關スル制限ハ市街地ニ在リテハ却テ相隣者相互ノ不利益ト爲ルコトアリ何トナレハ所有者ハ成ルヘク其土地ノ全部ヲ利用スルノ必要ヲ感スルヲ以テ不要ノ空地ヲ存スル欲セサレハナリ故ニ民法ハ反對ノ慣習アルトキハ建物ニ關スル相隣者ノ關係ハ其慣習ニ從フモノトセリ（二三六條）

三　觀望權ニ關スル制限　民法第二三五條ハ土地所有者ノ觀望權ニ關スル制限ヲ規定セリ蓋シ土地ノ所有者ハ其所有地內ニ家屋其他ノ建物ヲ築造スルニ當リ其觀望ニ便スル爲メ任意ニ窓又ハ椽側ヲ設クルノ權アリト雖モ其所有地カ他人ノ所有地ニ隣接スルトキハ此權利ノ行使ハ隣地所有者ノ安寧ヲ害スルノ結果ヲ生スルヲ以テ相隣者相互ノ利益ノ爲メ此權利行使ヲ制限スルノ必要アリ而シテ相隣者間ニ於テ觀望カ相隣者ノ安寧ヲ害スルハ相隣地カ宅地ナルトキ相隣者ノ一人カ境界ニ接近セル場所ニ於テ他ノ相隣者ノ宅地ヲ觀望スヘキ窓又ハ椽側ヲ設クル場合ニ於テ最モ甚シトス何トナレハ相

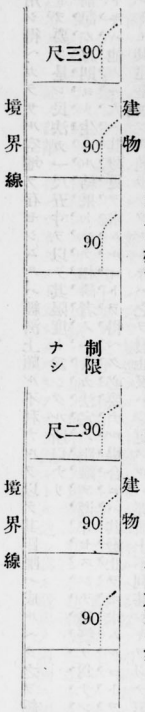
0285

隣者ノ一人ハ其窓又ハ椽側ヨリ絶ヘス隣地内ノ狀況ヲ明カニ觀察シ得ヘク之カ爲メ他ノ相隣者ヲシテ常ニ不安ノ念慮ト不快ノ感覺トヲ懷カシメ其住居ノ安寧ヲ害スルニ至ルヘケレハナリ第二三五條ハ即チ此理由ニ基キ規定セルモノニシテ同條ノ規定ニ依ルトキハ窓及ヒ椽側ハ左ノ制限ニ從フヘシ

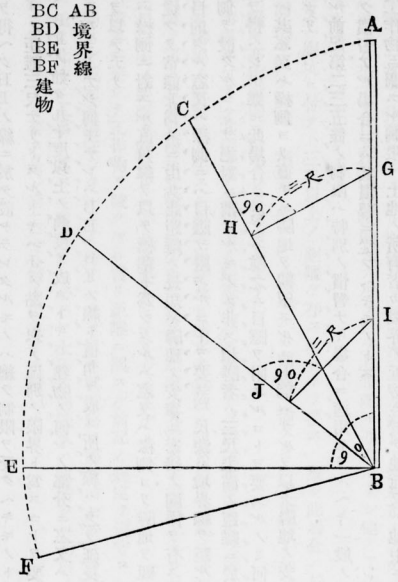
(甲) 制限ノ目的タル窓及ヒ椽側ハ隣地ヲ觀望スヘキモノタルコトヲ要ス　窓又ハ椽側ニシテ隣地ヲ觀望シ得ヘキモノニ非サルトキハ制限ヲ設クルノ要ナキヤ明カナリ

(乙) 觀望セラルル隣地ハ宅地タルコトヲ要ス　此要件ハ前ニ說明スル所ニ依リテ明カナリ故ニ隣地カ田畑山林ナルトキハ此制限ナシ

(丙) 制限ノ目的タル窓及ヒ椽側ハ境界線ヨリ三尺未滿ノ距離ニ於テ設ケラルルコトヲ要ス　此距離ハ窓又ハ椽側ノ最モ隣地ニ近キ點ヨリ直角線ニテ境界ニ至ルマテヲ測算スルモノトス換言スレハ窓又ハ椽側ノ隣地ニ最モ近キ點ヲ基點トシテ之ト直角ヲ成ス所ノ線ヲ畫シ此三尺ヲ測算スヘキモノトス而シテ其距離三尺以上ナルトキハ其窓又ハ椽側ハ何等ノ制限ヲ受ケサルモ其距離三尺未滿ナルトキハ茲ニ制限ヲ受ク故ニ境界線ト建物トカ併行スル場合ニ其距離三尺以上ナルトキハ建物ノ何レノ部分ニ於テモ無制限ニ窓又ハ椽側ヲ設クルコトヲ得ヘク之ニ反シテ其距離三尺未滿ナルトキハ何レノ部分ニ窓又ハ椽側ヲ設クルモ制限ヲ受クルモノナリ即チ左圖ノ如シ



建物ト境界線カ多少ノ角度ヲ成ストキハ無制限ニ窓又ハ椽側ヲ設クルコトヲ得ヘキ部分ト然ラサル部分トノ區別ヲ生ス即チ左圖ノ如シ



BCノ建物ニ付キHGノ距離三尺ナリト假定スルトキハHGノ各部ニ於テ無制限ニ窓又ハ椽側ヲ設クルコトヲ得ヘクHBノ線ニ於テ設ケラレタルモノハ總テ制限ヲ受クヘキモノトス又BDノ建物ニ付キIJノ距離三尺ナリトスルトキハIJノ點ヲ以テ區別ノ限界ト爲スコトヲ要ス又建物ト境界線カBE、BFノ如ク九十度以上ノ角度ヲ成ストキハ建物ノ何レノ部分ニ窓又ハ椽側ヲ設クルモ制限ヲ受クルコトナシ何トナレハBE、BFノ線ト直角ヲ成ス所ノ線ハ之ヲ延長スルモ境界線ニ達セサルヲ以テナリ

民法カ窓又ハ椽側ニ對スル直角線ヲ以テ標準ト爲シタルハ窓又ハ椽側ヨリ隣地ヲ觀望スルハ直角線ノ方向ニ從フヲ常態ト爲スニ由リ此距離ノ長短ハ隣地ノ安寧ニ密接ノ關係ヲ有スルヲ以テナリ

(丁) 制限ノ目的タル窓又ハ椽側ニハ目隱ヲ附スルコトヲ要ス　民法ハ境界線ヲ距ル三尺未滿ノ所ニ窓又ハ椽側ヲ設クルコトヲ絕對ニ禁スルモノニ非ス相隣者ハ三尺未滿ノ距離ニ於テ隨意ニ窓ヲ設クルコトヲ得ヘシト雖モ此場合ニ於テハ唯之ニ目隱ヲ附スルコトヲ要スルノミ何トナレハ斯クスルニ於テハ其窓又ハ椽側ヨリ直チニ隣地ヲ觀望スルコト能ハサルヲ以テ隣地ノ安寧ヲ害スルノ虞ナケレハナリ

觀望權ニ關スル前記第二三五條ノ制限ハ特別ノ慣習ナキ場合ニ適用セラルヘキ一般ノ原則タルニ過キスシテ特別ノ慣習アル場合ニハ其慣習ニ從フヘキモノトス

四　井戸其他ノ工作物ニ關スル制限　土地ノ所有者カ境界ノ近傍ニ於テ地面又ハ地中ニ工作物ヲ所有スル場合ニ其工作物中ニハ隣地ニ近接スルカ爲メ隣地ニ有形的ノ損害ヲ及ホスノ恐アルモノアリ故ニ此種ノ工作物ト境界線トノ間ニ多少ノ距離ヲ存セシメ損害ヲ未發ニ豫防スルノ必要アリトス而シテ其距離ハ工作物ノ種類ニ依リテ異ナル即チ左ノ如シ

(甲) 井戸、用水溜、下水溜又ハ肥料溜ニ付テハ六尺以上ノ距離ヲ存スルコトヲ要ス　蓋シ井戸ハ其崩壞ニ因リ隣地ノ一部ヲ陷落セシムルノ危險アリ用水溜、下水溜及ヒ肥料溜ハ水分ノ漏洩ニ因リ隣地ニ害ヲ及ホスノ恐アリ且其危害比較的大ナルヲ以テ其距離モ亦六尺トシ他ノ工作物ニ於ケルヨリモ一層大ナラシメタルモノナリ

(乙) 池、地窖又ハ廁坑ニ付テハ三尺以上ノ距離ヲ存スルコトヲ要ス　蓋シ此場合ニ於テモ土地ノ崩壞、水分ノ漏洩ニ因リ隣地ニ損害ヲ生スルノ恐アルモ前項ニ掲ケタル工作物ノ如ク甚シカラサルヲ以テ其距離モ亦比較的ニ縮少シタルモノナリ

(丙) 水樋又ハ溝渠ニ付テハ其深サノ半以上ノ距離ヲ存スルコトヲ要スルモ三尺ヲ踰ユルコトヲ要セス　水樋及ヒ溝渠ノ設置ヨリ生スル土地崩壞及ヒ漏水ノ危險ハ通常程度ヲ異ニスルヲ以テ其深淺ニ應シテ距離ヲ定メ且其危險モ比較的ニ少キヲ以テ其距離ハ其深サノ半以上トシ且如何ナル場合ニ於テモ三尺以上ノ距離ヲ存スルコトヲ必要トセサリシモノナリ

土地ノ所有者ハ境界ニ接シテ工作物ヲ設クルニ當リ距離ニ關スル前記ノ規定ヲ遵守スヘキハ勿論ナルモ單ニ距離ニ關スル規定ヲ遵守シタルノミニテハ未タ以テ其義務ヲ盡シタルモノト云フコトヲ得ス境界線近傍ニ於テ此種ノ工事ヲ爲スニ當リテハ必ヤ土砂ノ崩壞又ハ水若クハ汚液ノ滲漏ヲ防クニ必要ナル設備ヲ爲スコトヲ要ス是レ第二二八條ノ規定アル所以ナリ

第六款　所有權ノ取得

0287

所有權ノ取得ハ之ヲ二種ニ區別ス原始取得、繼承取得即チ是ナリ原始取得トハ新ニ物ノ所有權ヲ取得スルヲ謂ヒ繼承取得トハ前所有者ノ權利ヲ承繼シテ物ノ所有權ヲ取得スルヲ謂フ原始取得ハ何人ノ所有ニモ屬セサル物件ニ付テ行ハルルコトアリ或ハ他人ノ所有ニ屬スル物件ニ關シテ行ハルルコトアリ後ノ場合ニ於テハ單ニ物ノ所有者ニ變更ヲ生スルノミニシテ其間ニ權利承繼ノ關係ナシ繼承取得ハ前所有者ノ權利ニ基クモノニシテ前所有者ノ所有權ヲ其儘ニ承繼スルモノナリ占有、時效、先占、遺失物ノ拾得、埋藏物ノ發見及ヒ添附等ハ第一種ノ取得方法ニ屬シ賣買、交換、贈與等所有權ノ移轉ヲ目的トスル當事者ノ意思表示ハ第二種ノ取得方法ニ屬ス

右ノ原因中當事者ノ意思表示、占有及ヒ時效ハ所有權ニ固有ナル取得原因ニ非スシテ他ノ權利ニ共通ナル原因ニ屬シ諸君ニ於テ既ニ研究セラレタル所ナルヲ以テ茲ニ之ヲ論スルノ要ナシ故ニ予ハ今ヨリ所有權ノ取得ヲ以テ唯一ノ效果トナス先占、遺失物ノ拾得、埋藏物ノ發見及ヒ添附ニ付キ說明スヘシ

第一項　先占

先占トハ自己ノ所有ト爲スノ意思ヲ以テ他人ニ先ンシテ無主ノ物件ヲ占有スルヲ謂フ例ヘハ自己ノ所有物ト爲スノ意思ヲ以テ無主ノ鳥獸ヲ捕獲スルカ如シ而シテ先占ニ因リテ物ノ所有權ヲ取得スルニハ左ノ要件ヲ必要トス

第一　自己ノ所有ト爲スノ意思ヲ以テ他人ニ先ンシテ目的物上ニ實力ヲ占領スルコトヲ要ス　先占ニ因リテ物ノ所有權ヲ取得スルニハ他人ニ先ンシテ目的物ヲ占有スルコトヲ必要トス而シテ先占ノ場合ニ於テモ占有者ニ意思ノ要件ト實力ノ要件ノ具備スルヲ要スルハ勿論先占ニ要スル意思ハ自己ノ爲メニスル意思ニ非スシテ自己ノ所有ト爲スノ意思タルコトヲ要ス故ニ此意思ナキトキハ吾人ハ目的物上ニ所有權ヲ取得スルコトヲ得ス　無主ノ動產ヲ占有シテ自己ノ所有ト爲スハ所有權ノ取得方法中ノ最モ天然ナルモノニシテ此方法ハ吾人ヲシテ禽獸魚介其他ノ天然物ヲ汎ク利用スルコトヲ得セシムルモノナルカ故ニ此方法ニ因ル所有權ノ取得ハ古來何レノ國ノ立法ニ於テモ認メラルル所ナリ然レトモ先占ニ因リ所有權ヲ取得スルコトヲ得ルハ動產ニ止マリ不動產ハ先占ニ因ル所有權取得ノ目的タルコトヲ得ス蓋シ原始社會ニ在リテハ土壤餘アリテ人口足ラサルニ因リ住民ハ各自隨意ニ良好ノ土地ヲ選擇シ之ヲ占領シテ耕作又ハ牧畜ノ用ニ供スルコトヲ得ヘク之カ爲メニ住民間ニ紛爭ヲ生スルノ虞ナカリシヲ以テ此時代ニ在リテハ先占ヲ以テ不動產取得ノ方法ト爲スモ毫モ有害ナル結果ヲ生スルコトナカリシナリ然ルニ社會進歩シテ人口漸ク繁殖スルニ從ヒ土地ハ概ネ人民間ニ分配セラレ無主ノ狀態ニ在ルモノハ殆ト之ナキニ至ル故ニ無主ノ土地ヲ占有スルカ如キハ實際上極メテ稀ナルノミナラス第一、土地ハ國ノ基礎タル領土ヲ構成スルモノナレハ無主ノ土地ハ當然國ノ所有ト爲スヲ正當ナリトシ第二、先占ニ因リテ土地ノ所有權ヲ取得スルコトヲ許スニ於テハ動モスレハ住民間ニ爭鬪ヲ生シ安寧ヲ害スルノ虞アリ故ニ近世文明國ニ於テハ何レモ皆無主ノ土地ヲ國ノ所有ニ歸セシムルノ制度ヲ採リ先占ニ因リテ之ヲ取得スルコトヲ許サス無主ノ家屋其他ノ建物ニ付テモ亦後段ノ理由ニ基キ之ヲ國家ノ所有ニ歸セシムルヲ可ナリトス是レ第二三九條第二項ノ規定アル所以ナリ

第三　先占ノ目的タル物件ハ無主ナルコトヲ要ス　先占ノ目的ト爲リ得ヘキ物件ハ無主ナルコトヲ要

0288

シ他人ノ所有ニ屬スル物件ハ先占ニ因ル所有權取得ノ目的タルコト能ハサルハ勿論ナリ然レトモ其物件ハ無主ナルノミヲ以テ足レリトシ曾テ何人ノ所有ニモ屬セサリシ物件(山野、河海ニ棲息スル禽獸、蟲魚ノ類)タルト前所有者カ所有權ヲ喪失シタルカ爲メニ無主トナリタル物件所有者ノ遺棄シタル物タルトハ之ヲ問ハサルモノトス但野生ノ動物ハ所有者ノ占有ヲ脫シ其天然ノ自由ヲ回復スルト同時ニ所有者ハ其占有ト所有トヲ併セテ喪失スルヲ以テ其動物ハ爾後無主ト爲リ再ヒ先占ノ目的ト爲ルコトヲ得ヘシ又先占ノ目的物ハ無主ナルヲ以テ足リ先占者カ其目的物ノ無主ナルコトヲ知リタルヤ否ヤハ何等ノ影響ナシ唯其物件カ先占ノ當時現ニ無主ナリシノミヲ以テ十分ナリトス例ヘハ甲カ乙ノ所有物ナリト信シテ一ノ小鳥ヲ捕獲シタルニ其鳥ハ實際何人ノ所有ニモ屬セサリシトキハ甲ハ其意思如何ニ拘ハラス小鳥ノ所有權ヲ取得スヘシ

第四　先占ノ目的物ハ法禁物ニ非サルコトヲ要ス　法律上所有ヲ禁スル物件ハ何人モ之ヲ所有スルコトヲ得サルヲ以テ先占ニ因ル所有權取得ノ目的タルコトヲ得サルヤ明カナリ

第五　目的物ノ先占ハ適法ナルコトヲ要ス　先占者カ不法行爲ニ因リ無主ノ物件ヲ占有シタルトキハ其物ノ上ニ所有權ヲ取得スルコトヲ得ス例ヘハ猟ニ他人ノ所有地内ニ侵入シテ無主物ヲ占有スルカ如シ蓋シ先占ハ狩獵、捕魚ニ關シテ最モ汎ク適用セラルルモノニシテ狩獵、捕魚ヲ爲サントスル者ハ常ニ法令ノ規定ヲ遵守スルコトヲ要ス故ニ是等ノ法令ニ於テ捕獲ヲ禁シタル動物ハ先占ノ目的トナル能ハサルノミナラス法令ニ定ムル時期、場所及ヒ方法ニ反シテ爲シタル先占ハ先占者ヲシテ目的物上ニ所有權ヲ取得セシムルコトナシ其他ノ動産モ亦法令ノ範圍内ニ於テ適法ニ之ヲ占有スルニ非サレハ先占者ノ所有ニ歸セサルモノトス

第二項　遺失物ノ拾得

遺失物トハ占有者カ占有ヲ拋棄スルノ意思ナクシテ偶然ニ占有ヲ失ヒタル動産ヲ謂フ此定義ニ依ルトキハ遺失物ニハ占有者カ占有ヲ拋棄スルノ意思ナキコトト占有ノ喪失カ偶然ニ出テタルコトトノ二要件ヲ具備スルコトヲ要ス故ニ故意ニ遺棄シタル物件又ハ他人ヨリ奪取セラレタル物件ハ遺失物ニ非ス然レトモ占有ノ喪失カ占有者ノ所爲ニ基因スルト其他ノ出來事ニ基因スルトハ之ヲ問ハサルナリ例ヘハ震災、洪水其他ノ事變ノ爲メ或物件カ占有者ノ占有ヲ脫シタル場合ト雖モ其物件ハ遺失物タルコトヲ失ハス占有者ノ置キ去リタル物件ハ遺失物ナリヤ否ヤ付キ議論アリ現行遺失物法ハ此種ノ物件ヲ以テ純然タル遺失物ト看做サス特ニ規定ヲ設ケテ遺失物ニ關スル規則ヲ之ニ準用スルコトトセリ誤テ占有シタル物件、逃走シタル家畜、漂流物亦同シ

遺失物ノ拾得ハ所有權取得ノ原因ニシテ拾得者ハ左ノ條件ニ從ヒ其所有權ヲ取得ス

第一　遺失物ハ法禁物ニ非サルコトヲ要ス　法律ニ所有ヲ禁スル物件ハ何人モ所有スルコト能ハサルヲ以テ此種ノ物件ヲ拾得シタル者カ其所有權ヲ取得スルコト能ハサルハ說明ヲ俟タスシテ明白ナリ

第二　特別法ニ定ムル手續ニ從ヒ公告ヲ爲シタル後一ヶ年ヲ經過スルコトヲ要ス　現行遺失物法ニ依レハ遺失物ハ拾得者ヨリ警察署ニ屆出テタル上警察署ニ於テ公告ノ手續ヲ爲スモノトス所謂拾得者トハ現實ニ遺失物ヲ占有シタル者ヲ謂フ然レトモ遺失物法ニ依レハ看守者アル舟車、建築物其他公衆ノ通行ヲ禁シタル構内ニ於テ他人ノ物件ヲ拾得シタル者ハ之ヲ看守者ニ交付スルノ義務アリ此場

0289

合ニ於テハ舟車、建築物等ノ占有者ヲ以テ拾得者トス　蓋シ是等ノ場所ヲ占有スル者ハ同時ニ其場所ニ在ル總テノ物件ヲ占有スル者ト見ルヲ得ヘケレハナリ

遺失物ニ付キ公告ヲ爲スハ其所有者ヲシテ遺失物ノ返還ヲ求ムルコトヲ得セシムルカ爲メニシテ公告後一个年ヲ經過スルモ所有者ヨリ何等ノ申出ヲ爲ササルトキハ所有者ハ遺失物ノ所有權ヲ拋棄シタルモノト看做シ無主物先占ノ場合ト同シク拾得者ヲシテ其所有權ヲ取得セシム但遺失物法ニ依レハ犯罪人ノ置キ去リタルモノト思料セラルル遺失物ニ關シテハ公訴權消滅ノ日ヨリ一个年ヲ經過スルニ非サレハ此效果ヲ生セス

第三　拾得者カ遺失物ヲ隱匿シ又ハ不正ニ之ヲ處分スルノ行爲ヲ爲ササリシコトヲ要ス　拾得者ヲシテ遺失物ノ所有權ヲ取得セシムルハ畢竟一ノ恩典ニ外ナラス然ルニ拾得者ニ前記ノ如キ不正ノ所爲アルトキハ此恩典ヲ與フルノ必要ナシト認メタルモノナリ

拾得者ハ其權利ヲ拋棄スルコトヲ得而シテ拾得者カ權利ヲ拋棄シ又ハ權利ヲ失ヒタル總テノ場合ニ於テ遺失物ハ國庫ノ所有ニ歸ス

第三項　埋藏物ノ發見

埋藏物トハ或動產又ハ不動產中ニ埋藏セラレタル物件ニシテ所有者ノ何人タルヤヲ知ルコト能ハサル物ヲ謂フ例ヘハ土中ニ埋沒シタル古刀、古金銀又ハ屏風若クハ額中ニ埋沒セル紙幣等ノ如シ故ニ埋藏物ニハ埋藏ノ事實ト所有者ノ不明ナル事實トヲ必要トスルヲ以テ或物件ノ所有者不明ナルモ其物件カ容易ニ目擊シ得ヘキ場所ニ在リタルトキハ其物件ハ埋藏物ニ非ス又鑛物ハ地中ニ伏在シテ人目ニ觸レサルモ土地ノ自然的產出物ニシテ地中ニ埋沒シタルモノニ非サルカ故ニ是レ亦埋藏物ニ非ス而シテ埋藏ハ多クハ人爲ニ出ツト雖モ常ニ必スシモ然ラス例ヘハ水火震災ノ爲メ金銀類カ地中ニ深ク埋沒シタル場合ニ於テモ其金銀ハ埋藏物タルヲ妨ケサルナリ

埋藏物ノ發見モ亦所有權取得ノ一原因ニシテ發見者ハ埋藏物ノ上ニ所有權ヲ取得ス而シテ發見者ニ此恩典ヲ與フルハ發見者ハ埋藏物ノ發見ニ因リ社會ノ爲メニ一旦失ハレタル物件ヲ回復シ其需要ヲ充スコトヲ得セシムルヲ以テナリ

埋藏物ノ發見ハ所有者ノ不明ナル物件ノ所有權ヲ取得スルノ方法トシテ遺失物拾得ニ類似スルヲ以テ現行遺失物法ハ同一ノ規定ヲ埋藏物ノ發見ニ適用セリ然レトモ此二者間ニ重要ナル差異アリ即チ左ノ如シ

第一　自己ノ所有物中ニ於テ埋藏物ヲ發見シタル者ハ其全部ノ所有權ヲ取得シ他人ノ所有物中ニ於テ之ヲ發見シタル者ハ其物ノ所有者ト折半シテ其所有權ヲ取得ス（二四一條）　物ノ所有者ハ其物ニ附隨スル一切ノ利益ヲ享受スルコトヲ得ルハ一般ノ原則ナルヲ以テ物ノ所有者カ其所有物中ニ於テ埋藏物ヲ發見シタルトキハ之ヲシテ其發見ヨリ生スル全部ノ利益ヲ享受セシムルハ毫モ妨ナシ然レトモ物ノ所有者ト埋藏物ノ發見者カ其人ヲ異ニスルトキハ埋藏物ノ所有權ハ物ノ所有者ト發見者トノ間ニ平分スルヲ公平ナリトス何トナレハ發見者ハ物ノ所有者ヨリ物ノ所有權ニ附隨スル利益ヲ奪フコトヲ得ス物ノ所有者モ亦埋藏物ヲ發見シタル發見者ノ功績ヲ度外視スルコト能ハサレハナリ

第二　埋藏物ニ關スル權利ヲ取得スルニハ之ヲ發見シタルノミヲ以テ足レリトシ之ヲ占有スルコトヲ必要トセス　蓋シ埋藏物ハ發見ニ因リ再ヒ社會ニ現出スルモノニシテ所有權ノ取得ハ發見ニ對スル

0290

報酬ナレハナリ

第三　公告ノ期間ハ六个月トス　公告ノ期間ヲ遺失物ノ期間ノ半ニ減シタルハ埋藏物ハ終局所有者ノ不明ナル場合十ノ八九ニ居ルヲ以テ一个年間所有者ノ請求ヲ待ツノ要ナシト認メタルカ爲メナリ

第四　學術、技藝若クハ好古ノ資料ニ供スヘキ埋藏物ハ國庫ノ所有ニ歸ス　蓋シ此種ノ物件ハ之ヲ一私人ノ所有ニ歸セシムルヨリモ寧ロ國家ノ所有ニ歸セシムルヲ公益ニ利アリト認メタルカ爲メナリ然レトモ發見者ノ權利ヲ奪フハ不當ナルヲ以テ此場合ニ於テハ其相當價格ヲ發見者ニ給與ス若シ發見者ト埋藏物ノ發見セラレタル物ノ所有者ト其人ヲ異ニスルトキハ第二四一條ノ原則ニ從ヒ其價格ハ之ヲ兩人間ニ平分スヘキモノトス

第四項　添附

添附トハ一物カ他物ノ從トシテ之ニ合スルヲ謂フ蓋シ二箇以上ノ別異ノ物カ併合シタル場合ニ其各物件カ同一ノ所有者ニ屬スルトキハ合成物モ亦其所有者ニ屬スヘキハ論ヲ俟タス又各物件カ所有者ヲ異ニスル場合ト雖モ併合シタル各物件カ事實上及ヒ法律上更ニ分離シテ舊體ニ復シ得ヘキトキハ各所有者ハ依然トシテ各物件ノ上ニ所有權ヲ保有スルコトヲ得ヘシ然ルニ所有者ヲ異ニスル物件カ一旦併合シタル後之ヲ分離シテ舊態ニ復スルコトノ有形的ニ不能ナルコトアリ又分離ハ可能ナルモ法律カ公益上其分離ヲ許ササルコトアリ添附カ所有權取得ノ原因ト爲ルハ即チ此場合ニ在リ而シテ合成物上ニ所有權ヲ取得スルモノハ主物ノ所有者ナルヲ原則トスルモ時アリテ各所有者ニ於テ合成物上ニ共有權ヲ取得スルコトアリ何レノ場合ニ於テモ各所有者ハ合成物中自己ノ所有ニ屬セサリシ部分ニ付キ新ニ所有權ヲ取得スルコトト爲ルヘシ予ハ今ヨリ各種ノ添附及ヒ其效果ニ付キ説明スヘシ

甲　添附ノ種類

添附ハ之ヲ三種ニ區別スルコトヲ得第一、附合第二、混和第三、加工即チ是ナリ右ノ中附合ハ動産、不動産ニ共通シ混和及ヒ加工ハ單ニ動産ノミニ關スルモノナリ

第一　附合　附合トハ二箇以上ノ有形物カ互ニ相接合シテ一物ヲ成スヲ謂フ例ヘハ數箇ノ木片ヲ結合シテ一枚ノ板ヲ作ルカ如シ蓋シ附合ニ在リテハ二箇以上ノ物件カ互ニ相重疊又ハ相併列シテ結合スルヲ常トシ混和ノ場合ニ於ケルカ如ク錯綜セサルヲ以テ結合後各物件ノ存在ヲ認識スルコト容易ナリトス而シテ附合ハ不動産ニ關スルト動産ニ關スルトニ從ヒ之ヲ區別スルコトヲ得ヘシ

(イ)　不動産ノ附合　不動産ノ所有者ハ其不動産ノ從トシテ附合シタル物ノ所有權ヲ取得ス例ヘハ

(一)河流沿岸ノ所有者カ其土地ニ合體シタル寄洲ノ所有權ヲ取得シ(二)土地ノ所有者カ其土地ニ植付ケラレタル草木ノ所有權ヲ取得シ(三)家屋ノ所有者カ家屋ノ庇、雨樋其他家屋ノ附屬トシテ之ニ結合シタル物ノ所有權ヲ取得スルカ如シ

附合ハ不動産ノ所有者カ之ニ附合シタル從物ノ所有權ヲ取得スル獨立ノ原因ニ屬シ附合シタル從物カ何人ノ所有ニ係ルヤ又之ヲ附合セシメタル者ノ何人ナルヤハ之ヲ問フコトヲ要セス蓋シ此場合ニ於テ一般ノ原則ニ從ヒ從物ノ所有者ノ請求ニ基キ不動産ヨリ從物ヲ分離シテ之ヲ引渡スコトヲ要スルモノトセハ此分離ノ爲メ不動産ト從物トヲ併セテ毀損シ經濟上頗ル不利ナルヲ以テ法律ハ公益ヲ保護スルカ爲メ不動産ノ所有者ヲシテ從物ノ所有權ヲ取得セシメ不動産ヲ完全ナル狀態ニ維持スルコトヲ得セシメタリ而シテ不動産ノ所有者カ之ニ附合シタル物ノ所有權ヲ取得スルニ

0291

ハ左ノ要件ヲ具ヘサルヘカラス

（一）分離カ不動産又ハ附加物ヲ毀損スルコト　民法第二四二條ノ規定ハ不動産ト附加物カ合體シテ一トナリタルトキ即チ不動産カ附加物ヲ毀損スルニ非サレハ分離スヘカラサル狀態ヲ以テ併合シタル場合ニ適用セラル蓋シ附加物ノ分離ニシテ何等ノ損害ヲ生セサルトキハ分離ヲ禁スルノ必要ナク不動産ノ所有者ヲシテ附加物ノ所有權ヲ取得セシムルノ理由ナキヲ以テナリ加之附加物ノ分離カ何等ノ損害ヲ生セサルトキハ其附加ハ眞ノ附合ニ非スト云フコトヲ得ヘシ例ヘハ家屋ニ備付ケタル疊、建具、一時土地ニ取付ケタル足代又ハ未タ地中ニ根ヲ生セサル草木ノ如シ

（二）不動産ト附加物ノ間ニ主從ノ關係アルコト　不動産ノ所有者ヲシテ附加物ノ所有權ヲ取得セシムルハ其附加物カ不動産ノ從タルカ爲メニ外ナラス故ニ兩者間ニ此關係ナキトキハ不動産ノ所有者ハ附加物ノ所有權ヲ取得スルコト能ハサルヤ明カナリ例ヘハ家屋ハ土地ニ附合スルモ我法制上獨立ノ不動産ヲ成シ土地ノ從物ニ非サルヲ以テ土地ノ所有者ハ他人カ權利ナクシテ其土地ニ建築シタル家屋ノ所有權ヲ取得スルコトヲ得ス

民法第二四二條ハ「不動産ノ從トシテ之ニ附合セル物」ト規定セルヲ以テ主タル不動産以外ニ一物アル場合ヲ豫想セルカ如ク從テ家屋ノ材料ハ家屋其モノノ一部ナルヲ以テ家屋ノ從トシテ之ニ附合シタルモノト云フコトヲ得サルカ如シト雖モ本條ノ規定ハ汎ク是等ノ場合ヲモ含蓄スルモノナリ蓋シ家屋ノ材料ハ家屋トノ關係上從トシテ之ニ附合シタルモノトナスハ佛國民法及ヒ舊民法ノ主義ニシテ現行民法モ亦此主義ニ依リタルモノナリ

（三）附加物ハ不動産上ノ權利者カ不動産ニ附著セシメタルモノニ非サルコト　不動産ニ關シテ權利ヲ有スル者即チ地上權者、永小作人、賃借人、使用借主カ其權利ノ行使トシテ權利ノ目的タル不動産ニ他物ヲ附屬セシメタル場合ニ於テハ其附屬物ハ不動産ノ所有者ノ所有ニ歸セサルモノトス例ヘハ地上權者カ權利ノ目的タル土地ノ上ニ竹木ヲ栽植シ永小作人、賃借人カ田畑ニ草木ノ植付ヲ爲スカ如シ總テ是等ノ場合ニ於テハ附屬物ハ不動産上權利者ノ所有ニ屬ス蓋シ斯クセサレハ是等不動産上權利者ハ其權利ノ目的ヲ達スルコトヲ得サルニ至ルヘク從テ此場合ニ付キ附合ノ原則ノ適用ヲ除外スルコトハ是等不動産上ノ權利ノ性質上自ラ然ラサルヲ得サルヲ以テナリ故ニ是等ノ權利者ハ任意ニ其附屬物ヲ賣却シ又ハ之ヲ收去スルコトヲ得ヘシ（二六九條、二七八條）

（ロ）動産ノ附合　動産ノ附合カ所有權取得ノ原因ト爲ルハ二箇ノ動産カ合體シテ一ト爲リタルトキ即チ附合シタル動産カ毀損スルニ非サレハ分離スルコト能ハサル場合及ヒ分離ノ爲メニ過分ノ費用ヲ要スル場合ニ在リトス蓋シ分離ノ爲メニ動産ヲ毀損シ又ハ過分ノ費用ヲ要スル場合ニ其分離ヲ許ストキハ經濟上頗ル不利ナル結果ヲ生スルヲ以テ合成物ハ一物トシテ之ヲ存置スルコトヲ必要トス是レ民法第二四三條、第二四四條ノ規定アル所以ナリ而シテ同條ノ規定ニ依レハ動産ノ附合ニ基ク所有權ノ取得ハ左ノ原則ニ從フヘキモノトス

（一）分離カ動産ヲ毀損シ又ハ過分ノ費用ヲ要スルトキハ各所有者ハ其分離ヲ請求スルコトヲ得ス而シテ分離ヲ許スヤ否ヤハ毀損ノ輕重、費用ノ多寡ニ依リテ定マルヘキモノニシテ事實上ノ問題ニ屬ス

0292

(二)附合シタル動産ニ付キ主従ノ區別ヲ爲シ得ヘキトキハ主タル動産ノ所有者ハ合成物ノ所有權ヲ取得ス

是レ主ハ従ヲ合スト云ヘル原則ノ適用ニ外ナラス但如何ナル物件ヲ主トシ如何ナル物件ヲ従トスルヤハ事實上ノ問題ナリト雖モ一般ニ合成物ノ基礎ヲ形成スル所ノ動産ハ主物ニシテ此性質ヲ有セサル動産ハ從物ナリト云フコトヲ得ヘシ例ヘハ指環ニ寶石ヲ鏤メタル場合ニ指環ハ通常主ニシテ寶石ハ從ナリトス又書籍ノ内容ハ主ニシテ其表紙ハ從ナリトス故ニ物ノ便益、裝飾又ハ補充ノ爲メニ其物ニ附加シタル物件ハ概シテ其從物ナリト云フコトヲ得然レトモ常ニ必スシモ然ラス例ヘハ裝飾ノ爲メニ附加シタル物件ト雖モ之ヲ附加シタル人カ裝飾物ニ重キヲ置キタルコトノ顯著ナル場合ニ於テハ其裝飾物ハ主物タルコトヲ妨ケス即チ高價ナル金剛石ヲ携帶スル爲メニ之ヲ低價ナル指環ニ附著セシムルカ如シ故ニ動産ノ附合セル場合ニ何レノ動産カ合成物ノ主タル部分ヲ形成スルヤノ問題ハ各場合ニ付キ之ヲ研究セサルヘカラス而シテ實際ニ於テ區別ノ頗ル困難ナル場合ヲ生スヘシト雖モ結局裁判所ノ判斷ニ一任スルノ外ナシ

(三)附合シタル動産ニ付キ主従ノ區別ヲ爲スコト能ハサルトキハ各動産ノ所有者ハ其附合當時ニ於ケル價格ノ割合ニ應シテ合成物ノ上ニ共有權ヲ取得ス

附合シタル動産ニ付キ主従ノ區別ヲ定メ得ヘキトキハ前項説明スル所ノ如ク主物ノ所有者ハ合成物ノ所有權ヲ取得スヘシト雖モ實際ニ於テ此區別ノ爲シ得ヘカラサル場合ナキヲ保セス此場合ニ於テハ附合當時ニ於ケル動産ノ價格ノ割合ニ應シ各動産ノ所有者ヲシテ合成物ヲ共有セシムルヲ以テ最モ公平ナリトス例ヘハ甲、其所有ノ槻ノ板ニ乙ノ所有ニ屬スル槻ノ板ヲ接合シテ一枚ノ板ヲ造リタル場合ニ接合シタル二枚ノ板ニ付キ主従ノ區別ヲ爲スコト能ハサルモノト假定シ甲ノ板ハ其價一圓ニシテ乙ノ板ハ一圓五十錢トスルトキハ板ノ全部ハ甲乙ノ共有ニ屬シ甲ハ四分ノ權利ヲ有シ乙ハ六分ノ權利ヲ有スルモノト爲ルヘシ

第二混和　混和ハ二種ノ併合ヲ包含ス混合及ヒ融和即チ是ナリ混合トハ米穀其他微細ノ固形物又ハ糸其他纖維質ノ物件ノ混同シテ一ト爲リタルヲ謂ヒ融和トハ同種又ハ別種ノ液體又ハ金屬カ溶解シテ一ト爲リタルヲ謂フ

混和ノ場合ニ於ケル動産ノ併合ハ附合ノ場合ニ於ケルヨリモ完全ナリトス即チ附合ノ場合ニ於テハ附合シタル動産ハ附合後ニ於テモ尚ホ之ヲ識別スルコト容易ナルニ反シ混和ノ場合ニ於テハ原物ヲ認識シ得ヘカラサルヲ常トス從テ一旦混和シタル物件ハ更ニ之ヲ分離シテ舊體ニ復スルコトハ附合ノ場合ヨリモ困難ナルノミナラス之ヲ分離シテ原狀ニ復スルコト能ハサル場合十中ノ八九ニ居ル故ニ動産ノ附合ニ關スル原則ハ總テ動産ノ混和ニ適用スルコトヲ得ルノミナラス此原則ノ適用ハ混和ノ場合ニ於テ却テ適切ナルヲ見ル是レ民法第二四五條ノ規定アル所以ナリ即チ(第一)二箇以上ノ動産カ混和シテ識別スルコト能ハサルニ至リタルトキハ各動産ヲ其原狀ニ復スルコト能ハサルヲ以テ各所有者ハ分離ヲ請求スルコトヲ得ス(第二)主タル動産ノ所有者ハ合成物ノ所有權ヲ取得ス(第三)主従ノ區別ヲ爲ス能ハサルトキハ各所有者ハ混和當時ニ於ケル動産物ノ價格ノ割合ヲ以テ混和物ヲ共有スルコトトナルヘシ

第三加工　加工トハ動産ニ工作ヲ加フルヲ謂フ例ヘハ金屬ニ彫刻又ハ鍍金ヲ爲シ紙類又ハ布類ニ彩色ヲ施シ又ハ字ヲ書シ若クハ畫ヲ描クカ如シ

0293

加工ハ動產ノ形體ヲ變シテ新ニ一物ヲ成スト同時ニ物ノ價格ヲ增加スルノ效用ヲ爲スモノナリ而シテ加工ニ因リ新ニ形成セラレタル物件ハ材料ノ所有者ト加工者トノ中何レノ所有ニ屬スヘキヤニ付キ學者間議論一定セス立法例又區區ニ出ツ或ハ材料ヲ以テ主物トシ材料ノ所有者ヲシテ加工物ノ所有權ヲ取得セシムルモノトシ或ハ加工物ヲ以テ加工ヨリ生シタル新ナル物件トシ加工者ヲシテ其所有權ヲ取得セシムルモノトセリ民法ハ第一ノ主義ヲ採用シ第二四六條ニ於テ之ヲ規定セリ即チ左ノ如シ

（イ）加工物ノ所有權ハ材料ノ所有者ニ屬ス　是レ材料ハ加工物ノ基礎ヲ成スモノナレハ加工物トノ關係上通常主物ト看做シ得ヘキヲ以テナリ故ニ加工者カ他人ノ木片ニ彫刻ヲ爲シテ一ノ佛像ヲ作成シタリト假定スルトキハ木片ノ所有者ハ其佛像ノ所有權ヲ取得スルモノトス加工者カ自己ノ動產ト他人ノ動產トヲ附合シ又ハ混和シ其合成物又ハ混和物ノ上ニ工作ヲ施シタル場合ニ二箇ノ動產ニ付キ主從ノ區別ヲ爲シ得ヘキトキハ主タル動產ノ所有者ハ加工物ノ所有權ヲ取得ス若シ二箇ノ動產ニ付キ主從ノ區別ヲ爲スコト能ハサルトキハ動產ノ價格ノ割合ニ應シテ加工物ヲ共有ス此點ニ付テハ附合及ヒ混和ニ關スル原則ヲ適用スヘキモノトス

（ロ）工作ニ因リテ生シタル價格カ著シク材料ノ價格ニ超過スルトキハ加工者加工物ノ所有權ヲ取得ス

工作ニ因リテ生シタル價格著シク材料ノ價格ニ超過スルトキハ加工物トノ關係上工作ハ主ニシテ材料ハ從トナルヲ以テ此場合ニ於テハ加工者ヲシテ加工物ノ所有權ヲ取得セシムルヲ公平ナリトス例ヘハ前例ニ於テ木片ノ價ハ僅ニ一圓ナルニ佛像ノ價ハ十圓ナルカ如シ而シテ加工者カ加工物

ノ所有權ヲ取得スルニハ其工作ニ因リテ生シタル價格カ單ニ材料ノ價格ニ超過スルノミヲ以テ足レリトセス其價格ノ差異カ顯著ナルコトヲ必要トス而シテ如何ナル場合ニ於テ此差異カ顯著ナリト云フコトヲ得ヘキヤ是レ全ク事實上ノ問題ニ屬ス

加工者カ自己ノ所有ニ屬スル材料ト他人ノ材料トヲ附合シ又ハ混和シテ其合成物又ハ混和物ノ上ニ工作ヲ加フルコトアリ此場合ニ於テ加工者ノ供セル材料ノ價格ト工作ニ因リテ生シタル價格トヲ合算シタル額カ他人ノ材料ノ額ニ超ユルトキハ加工物ノ所有權ハ加工者ニ屬スト何トナレハ加工者ハ加工物ノ基礎タル材料ヲ供シタルモノナレハ材料ノ價格ト工作ノ價格トヲ合算シタル額カ他人ノ材料ノ額ニ超ユルトキハ之ニ對シテ優等ノ地位ニ居ルモノト謂ハサルヘカラサルヲ以テナリ例ヘハ甲者カ乙ノ所有ニ係ル純金ヲ以テ一ノ指環ヲ作リ之ニ其所有ノ寶石ヲ鏤メタル場合ニ純金ノ價ヲ二十圓寶石ノ價ヲ十圓トシ全部ノ價ヲ三十五圓トスルトキハ工作ノ爲メニ生シタル價格ハ五圓ニシテ之ヲ寶石ノ價ニ加フルモ純金ノ價ニ及ハサルヲ以テ指環ハ乙ノ所有ニ屬スルモノトス之ニ反シテ全部ノ價ヲ五十圓トスレハ工作ノ爲メニ生シタル價格ハ二十圓トナリ之ニ寶石ノ價十圓ヲ加フルトキハ合計三十圓ニシテ金ノ價ニ超ユルヲ以テ甲ハ指環ノ所有權ヲ取得スルモノトス

乙　添附ノ效果

添附カ所有權取得ノ原因ナルコトハ上來ノ說明ニ依リテ明白ナリ而シテ新所有者カ添附ニ因リテ物ノ所有權ヲ取得シタルトキハ左ノ效果ヲ生ス

第一　舊所有者ノ權利ハ消滅ス　同一物ノ上ニ同時ニ二箇以上ノ所有權カ併立シ得ヘカラサルハ所有

權ノ本質ナルヲ以テ新所有者カ添附ニ因リ物ノ上ニ所有權ヲ取得スルトキハ舊所有者ノ權利ハ之ト同時ニ消滅スヘキハ論ヲ俟タス舊所有者ノ所有權カ添附ニ因リテ消滅シタルトキハ其物ノ上ニ存セル第三者ノ權利モ亦消滅スヘキハ明白ナリ何トナレハ第三者ノ權利ハ舊所有者ノ所有權ヲ目的トスルモノナレハ其權利ノ目的タル所有權ノ消滅シタル後ニ於テ其權利ノ單獨ニ存立シ得ヘキ理由ナケレハナリ例ヘハ甲カ乙ニ銀塊ヲ質入シタル場合ニ乙、其銀塊ヲ丙ノ金塊ニ混和シ丙、其所有權ヲ取得シタリト假定スルトキハ甲ハ其銀塊ノ所有權ヲ喪失スルト同時ニ乙モ亦銀塊上ニ有セシ質權ヲ失フモノトス

第二　物ノ所有者カ合成物、混和物又ハ加工物ノ單獨ノ所有者トナリタルトキハ物ノ上ニ存セル權利ハ爾後合成物混和物又ハ加工物ノ上ニ存シ其共有者トナリタルトキハ其持分ノ上ニ存ス　添附ノ場合ニ於テハ併合シタル各物件ハ之ヲ分離シテ舊體ニ復スルコト能ハサルニ至ルヲ以テ各物件上ニ權利ヲ有スル第三者ハ添附ト同時ニ其物上ニ權利ヲ行フコト能ハサルヲ以テ其權利ハ添附ニ因リ消滅シタルモノト云フコトヲ得ヘシ然レトモ物ノ所有者カ合成物、混和物又ハ加工物ノ所有權ヲ取得シタルトキハ合混物、混和物又ハ加工物ハ即チ其物ニ代リテ生セルモノト云フコトヲ得ヘキヲ以テ第三者ヲシテ其上ニ權利ヲ行使セシムルヲ公平ナリトス物ノ所有者カ合成物、混和物、加工物ノ共有權ヲ取得シタル場合ニ於テモ亦同一ニシテ此場合ニ於テハ第三者ヲシテ其物ニ代リテ生シタル所有者ノ持分ノ上ニ權利ヲ行ハシムルコトヲ要ス（二四七條二項）

第三　添附ニ因リテ損失ヲ受ケタル者ハ償金ヲ請求スルコトヲ得　添附ハ一方ニ於テ新所有者ヲシテ物ノ所有權ヲ取得セシムルト同時ニ他ノ一方ニ於テ舊所有者ヲシテ物ノ所有權ヲ喪失セシムルノ結果ヲ生スルヲ以テ所有權ヲ喪失シタル舊所有者ハ爲メニ損害ヲ被ムリ新ニ所有權ヲ取得シタル者ハ利得ヲ爲スノ結果ヲ生スルコト多言ヲ要セスシテ明カナリ故ニ損失ヲ被ムリタル舊所有者ハ不當利得ノ原則ニ依リ利得ヲ爲シタル新所有者ニ對シ其利得ノ返還ヲ求ムルノ權アルヤ論ナシ而シテ新所有者ノ利得返還ノ義務ニ關シテハ不當利得ニ關スル民法第七〇三條、第七〇四條ノ規定ヲ適用スヘキモノトス即チ利得ヲ爲シタル新所有者カ善意ナルトキハ其利益ノ現存スル限度ニ於テ返還ノ義務ヲ負ヒ新所有者カ惡意ナルトキハ其利益ノ現存スルト否トニ拘ハラス利得ヲ爲シタル當時其受ケタル利益ニ利息ヲ附シテ之ヲ返還シ且其他ニ損害アルトキハ之ヲ舊所有者ニ賠償スルコトヲ要ス新所有者カ他人ノ物件ナルコトヲ知リ附合、混和、加工ヲ爲シタルトキハ惡意ノ受益者ニシテ此事實ヲ知ラサリシトキハ善意ノ受益者ナリトス又添附カ他人ノ所爲ニ出テタル場合ト雖モ新所有者カ添附ノ當時他人ノ物件ナルコトヲ知リタルトキハ惡意ノ受益者タルコトヲ免レス

第七款　所有權ノ消滅

所有權ハ左ノ事由ニ因リ消滅ス

第一　目的物カ滅失セルトキ　所有權ノ目的タル物件カ全部又ハ一部滅失シタルトキハ所有權ハ全部又ハ一部消滅ス例ヘハ家屋カ全部燒失シタルトキハ家屋ノ所有權ハ全部消滅シ土地ノ一部カ洪水ニ因リテ流失シタルトキハ土地ノ所有權ハ一部消滅スルカ如シ後ノ場合ニ於テハ土地ノ所有權ハ殘存セル部分ヲ目的トシ目的物ノ減縮ト同時ニ減縮スルモノトス

第二　法令カ目的物ノ所有ヲ禁シタルトキ　法令カ所有權ノ目的タル物件ノ所有ヲ禁シタルトキハ所

0295

有者ハ爾後其物ヲ所有スルコト能ハサルヲ以テ其所有權ハ消滅ス例ヘハ行政命令ヲ以テ玩弄紙幣ノ所有ヲ禁シタル場合ノ如シ

第三　目的物カ沒收セラレタルトキ　刑事裁判所カ刑法ニ依テ目的物ノ沒收ヲ宣告シタルトキハ其物ノ上ニ存スル所有者ノ權利ハ消滅ス例ヘハ刑事裁判所ニ於テ犯罪ノ用ニ供シタル物件ヲ沒收スルカ如シ

第四　所有者カ所有權ヲ拋棄シタルトキ　物ノ所有者カ其所有權ヲ拋棄シタルトキハ其物ノ所有權ハ絶對的ニ消滅シ茲ニ其物ハ無主物ト爲ル例ヘハ所有者カ其權利ヲ拋棄スルノ意思ヲ以テ其所有ノ物件ヲ遺棄スルカ如シ

第五　他人カ目的物上ニ所有權ヲ取得シタルトキ　時效、添附、占有、遺失物拾得、理藏物ノ發見等ノ效果ニ因リ他人カ物ノ上ニ所有權ヲ取得シタルトキハ舊所有者ノ關係上物ノ所有權ハ消滅ス

第八款　共有

第一項　共有ノ性質

共有トハ數人カ共同シテ一ノ所有權ヲ有スル狀態ヲ謂フ蓋シ一物ハ二主ヲ容レサルヲ以テ數人カ同時ニ同一物ノ上ニ完全ナル所有權ヲ有スルコト能ハサルハ所有權其モノノ性質上毫モ疑ヲ容レスト雖モ一物ノ上ニ本來成立シ得ヘキ一ノ所有權カ同時ニ數人ニ共屬シ數人カ共同シテ一ノ所有權ヲ有スルコトハ所有權ノ本質ニ反スルモノニ非ス然レトモ此場合ニ於テハ各共有者ハ所有權ノ單獨ノ主體タル場合ト異ナリ其一已ノ意思ノミヲ以テ任意ニ目的物ヲ支配スルコトヲ得ス他ノ共有者モ亦權利ノ主體トシテ目的物ヲ支配スルノ權利ヲ有スルヲ以テ目的物ノ支配權ハ必ヤ他ノ共有者ト之ヲ分タサルヘカラス從テ目的物ノ支配即チ所有權ノ行使ハ常ニ共有者一同ノ意思ニ基クコトヲ要スルヤ明カナリ故ニ共有者中ノ或者カ目的物上ニ自己ノ意思ノミヲ行ハントスルトキハ他ノ共有者ハ之ニ反對スルノ權利ヲ有シ共有者ハ其相互ノ關係ニ於テ互ニ其權利ノ行使ヲ制限セラレ何レノ共有者モ完全ナル支配權ヲ行フコトヲ得ス

共有者ハ共同シテ一ノ所有權ヲ有スルモノナルヲ以テ共有者カ共有物ノ上ニ有スル權利ハ所有者ノ權利ニ外ナラスシテ共有者ハ各自ニ共有物ヲ使用、收益、處分スルノ權能ヲ有シ且其權利ハ共有物ノ全部及ヒ其各部ノ上ニ行ハルルモノナリ然レトモ前述ノ如ク共有者ハ共同シテ目的物ノ支配權ヲ行フモノナルカ故ニ共有物ニ關シテ各自ノ有スル權利ノ範圍ヲ定ムルノ必要アリ是レ共有權ニ關シテハ常ニ共有者ノ持分ヲ定メテ目的物ニ關スル共有者相互ノ權利關係ヲ明確ナラシムル所以ナリ此點ニ關シテハ後ニ說明スヘシ

共有ハ種種ノ原因ヨリ生ス今其一二ノ例ヲ擧クレハ(一)遺產相續ノ場合ニ遺留財產カ有體物ニシテ同順位ノ相續人二人以上アルトキハ其財產ハ相續人ノ共有ニ歸ス(二)遺贈ノ場合ニ同一ノ物ヲ數人ニ遺贈スルトキハ其物ハ受遺者ノ共有ニ屬ス(三)組合契約ノ場合ニ於テハ各組合員ノ出資其他ノ財產ハ總組合員ノ共有ニ屬ス(四)動產ノ附合及ヒ混和モ亦共有ノ原因ト爲ルハ既ニ說明セシカ如シ

第二項　共有者ノ持分

持分トハ共有者カ共有物ニ關シテ行フコトヲ得ヘキ權利ノ分前ヲ謂フ詳言スレハ各共有者カ目的物上

0296

ニ行フコトヲ得ヘキ一般支配權ノ範圍ナリ蓋シ共有ニ在リテハ所有權ノ主體ハ一人ニ非スシテ數人ナルヲ以テ目的物ノ支配權ハ之ヲ權利ノ主體タル數人ノ共有者ニ分配セサルヘカラス而シテ共有者各自ニ分配セラレタル權利ノ分前ハ各共有者カ共有物ニ關シテ行フコトヲ得ヘキ物上的權能ノ範圍ニシテ即チ其持分ナリトス故ニ共有者カ共有物ニ關シテ同等ノ權利ヲ有スルトキハ其持分モ亦相等シク其權利カ同一ナラサルトキハ其持分モ亦異ナルノ結果ヲ生ス例ヘハ甲乙カ一ノ家屋ヲ共有スル場合ニ其權利相等シキトキハ甲乙ハ各其二分ノ一ノ持分ヲ有スト云ヒ其權利不平等ノ場合ニハ甲ハ其家屋ノ十分ノ四即チ四分ノ持分ヲ有シ乙ハ其十分ノ六即チ六分ノ持分ヲ有スト云フカ如シ然レトモ共有者ノ持分ノ多少ハ主トシテ物ノ使用、收益等共有者カ目的物ニ付キ享受シ得ヘキ利益分配ノ割合ニ關スルモノニシテ處分權ノ如キ分割シ得ヘカラサル權能ハ持分ノ多少ニ因リテ何等ノ影響ヲ受クルコトナシ

共有者ノ持分ハ共有ノ原因ニ由リテ定マル例ヘハ甲乙カ共同シテ一ノ地所ヲ買取リ其代金千圓ノ內甲、七百圓ヲ出金シ乙、三百圓ヲ出金シ其出金額ニ應シ各自ノ持分ヲ定ムヘキコトヲ約シタルトキハ甲ハ七分ノ持分ヲ有シ乙ハ其三分ヲ有スルモノトス然レトモ乙、甲ニ二百圓ヲ償還シタルトキハ其出金額同一ナルヲ以テ其持分モ亦同一ト爲ルヘシ又遺贈者カ同一物ヲ數人ニ遺贈シタル場合ニ於テ受贈者ノ持分ハ遺贈者ノ意思ニ因リテ定マル遺產相續ノ場合ニ於テハ相續人ノ權利ハ法律上同一ナルヲ以テ其持分モ亦同一ナリ然レトモ共有ノ原因ニ由リ反對ノ結果ヲ生セサル限ハ各共有者ノ持分ハ均一ナリト推定スルコトヲ得何トナレハ共有者カ共有物ニ付キ同等ノ權利ヲ有スルハ普通ノ狀態ニシテ其權利ニ差等アルハ寧ロ例外ニ屬スルヲ以テナリ（二二五〇條）

付スルコトヲ要ス

此主義ハチヨット考ヘルト大變公平ナ主義デ「中等」ト云ヘバ債權者ノ利益ニ付テ偏重ノ保護ヲ爲スノデモナシ、債務者ノ利益ニ付テ偏重ノ保護ヲ爲スノデモナイト云フ所カラ此主義ガ出テ居ル、併ナガラ私ハ立法論トシテハ此主義ハ甚ダ面白カラヌ主義デアルト思フ、ソレハ一ハ理論上不當デアルト思フ、他ノ一ハ實際上不便デアルト思フ、第一、理論上ナゼ是ガ不當デアルカト云ヘバ、債務ノ目的ハ其債務ノ發生スル場合ニ於テ如何ヤウニモ定メルコトガ出來ル、又契約其他ノ法律行爲カラ生ズル場合ニ於テハ其法律行爲ヲ以テ如何樣ニモ定ムルコトモ出來ル、而シテ債務ハ大多數ハ契約ヨリ生ズルノデアルカラ債權者ノ地位ニ立ツベキ者ガ如何樣ニモ定メルコトガ出來ル、ソレヲ定ムルコトガ出來ヌナラバソレハ出來ナイ丈ノ特別ノ事情ガアルノダカラ、最早債權者ノ別段ノ利益ヲ保護スル必要ハナイ、元來債務ノ目的ト云フモノハイツモ債務者ノ行爲デアル、是ハ疑ナイ點、然ラバ債務者ガ米百石ヲ給付スル義務ガアルト云フ場合ニ法律ナリ契約ナリデ其品質ガ定ッテ居ラヌナラバ債務者ガ苟モ米ト稱シ得ラルルモノヲ持ッテ來タノニ品質ガ惡イカラシテ債務ノ履行ニナラヌトドウシテ云ヘルカ、豫メ上等ノ品質ト云フノナラバ其事ヲ定メテ置クガ宜イ、ソレガ定メテナイ、然ラバ法律ノ明文ナリ契約ノ定ナリニ依ッテ債務者ハ唯米百石ヲ給付スル義務ガアルカラ、苟モ米ヲ給付スル場合ニ債權者ハ何ノ口實ヲ以テ其履行ヲ拒ムコトガ出來ルカ、債務者ガ上等ノ米ヲ持ッテ來ヤウトモ下等ノ米ヲ持ッテ來ヤウトモソレヲ爭フ權利ハナイト謂ハナケレバナラヌ、又實際ニ於テモ中等ト云フコトハ紙ノ上デハ誠ニ明カデアルケレドモ非常ニ實際ハムヅカシイ、米ニ付テ申シテモ單ニ五等

0297

デアルト丁度三等米ガ中等デアルト云ヘル、併シ其五等ニモ既ニ無砂米ト混砂ノ米トノ區別ガアル、何レガ中等デアルカ、無砂ノ三等ハ中等ヨリハ上ニナッテ居ル、混砂ノ三等ハ中等ヨリ下ニナッテ居ル、混砂ノ二等ガ中等デアルカ無砂ノ四等ガ中等デアルカ分ラヌ、況ヤソレニ外國米ヲ加ヘマストドノ邊ガ中等デアルカ分ラヌ、況ヤ他ノ商品ニ於テハ此ノ如ク五等ト云フヤウニハッキリ分ケテアルモノデナイカラ中等ガ一層分リ惡イ、却テ此中等ト定メテアルガ爲メニ爭ヲ惹起スト云フコトニナリハスマイカト思フ

實際カラ云フト第一ノ主義ノ方ガマダ宜イト思フ、佛法系ノ主義即チ舊民法ノ主義ハ理論上ハ據リ所ガナイト思フ、最上等ニハ及バヌ最下等デハイカヌト云フ實ニ漠然タル、文明國ノ法律ニハ不似合ノ法律ダト思ヒマスケレドモ實際ハ却テ此方ガ宜イト思フ、最下等デナケレバ宜イト云フコトニ歸著スル、私ノ主張スル主義ト殆ド同ジデアル

私ハモウ一歩進ンデ最下等デモ宜イト云フノデス、併ナガラ最下等ト云フノハ何レデアルカト云フコトハ滅多ニ分ラヌノデ是ガ最下等ノ米ト思ッテモ何處カ探シタラソレヨリ下等ガ出テ來ルカモ知レヌ、最下等デハイケナイトシテモ餘程下等ノ米ヲ給付シタル場合ニモット下等ガアルト云フコトヲ證明サヘスレバ宜イ、却テ中等ト云フヨリハ此方ガ便利デアルト思フ、ソレ故ニ第四百一條ノ規定ヲ定メル場合ニハ私ハ極力爭ヒマシタケレドモ少數デ負ケタ、何ダカ人情デハ最下等デモ宜イト云フト慘酷ラシク聞エルト見エル、是ハ我邦ノミナラズ外國デモマダ私ノ主義ヲ採用シテ居ル國ハナイ、ダカラ私ノ主義ハ理論上ハ確ニ正シイト思フ、實際モ却テ便利デアルト思フケレドモ、普通人ノ考ニハ合ハヌト見エル

以上ニテ不特定物ノ通則ノ第一ノ問題ヲ說了リマシタ

次ニ不特定物ニ關スル債權ノ第二ノ問題、即チ不特定物ガ何レノ時ニ於テ特定物トナルカト云フ問題ヲ論ジヤウト思フ

此問題ハ餘程實際ニ必要ノアル問題デ、先ヅ如何ナル必要ガアルカヲ申上ゲヤウト思フ、其必要ハ少クモ二ツアル、第一ノ必要ハ物ノ上ノ權利ガ何レノ時ヨリ移轉スルカト云ヘバ不特定物ガ特定物トナッタ時カラ移轉スル、不特定物ヲ目的トスル債權ハ前ニモ申上ゲタ通リ殆ド常ニ所有權ヲ目的トスルモノデアル、成程稀ニハ不特定物ノ貸借ト云フコトガアッテ、ソレハ所謂消費貸借デナク、不特定物ヲ借リテ其物ヲ返スト云フコトガ稀ニハアル、ケレドモソレハ非常ナ稀ナ場合デアルノミナラズ此不特定物ガ特定物トナルト云フコトニ付テ必要ナル問題ハ其場合ニハ多分起ルマイト思フ、是ハ專ラ不特定物ノ所有權ヲ目的トシテ居ル債權ニ付テ起ル問題デアルト思ヒマス、即チ權利ノ移轉ト云フノハ實際所有權ノ移轉ト云フコトニ歸著スルデアラウト思フ、是ハ殆ド當然言フヲ俟タザルコトデアッテ凡ソ物權ハ一定ノ物ノ上ノ權利デアルカラ物ガ定マラヌケレバ權利ガ生ズルコトハ出來ヌ、ソレデ不特定物ヲ目的トシテ居ル債權ニ付テハ權利ノ移轉ト云フコトハアリ得ナイコトデアル、ソレガ特定物トナッテ始メテ所有權其他ノ物權ノ問題ガ生ズル、ソレデ不特定物ハ特定物トナラヌケレバ權利ガ移轉スルト云フコトハナイ、例ヘバ米百石ヲ給付スルコトヲ目的トスル債權デアルト致シマシテ、唯「米百石」ト云フノデハ所謂不特定物デアルカラ其上ノ權利ガ債務者カラ債權者ニ移轉スルト云フコトハドウシテモ想像シ得ラレヌコトデアル、如何ナル米ト云フコトガ確定致シマシテ始メテ其所有權ガ債務者カラ債權者ニ移轉スルコトニナル、尤モ權利移轉ニ付テハ當事者間ニ於テハ不特定物ガ特定物トナルト同時ニ

0298

權利ガ移轉致シマスケレドモ之ヲ第三者ニ對抗スルニハ不動產ニ付テハ登記、動產ニ付テハ引渡ヲ要スルノデアルガ、兎ニ角此處デハ不特定物ガ特定物トナル結果トシテ權利（其權利ハ通常所有權デスガ）ガ債權者カラ債務者ニ移轉スルト申サナケレバナラヌ

第二ニハ不特定物ガ特定物トナッタ時カラシテ物ニ關スル危險ガ債務者カラ債權者ニ移轉スルト云フコトデアル、此「危險ガ移轉スル」ト云フコトハ甚ダ意味ガ不明デアルヤウデスケレドモ法律學者ノ間デハ意味ノ確定シタルコトデアル、先ヅ極ク廣イ意味ニ於テ之ヲ言ヘバ米百石ヲ甲カラ乙ニ給付スル債務ガアル場合ニ於テ其不特定物タル米百石ガ特定物トナルマデハ危險ガ債務者ニ在ルト云フ、其意味ハ假ニ甲ガ其百石ノ米ハ自己ノ所有ニ係ル倉庫ノ中ニ收メテアル所ノ米ヲ與フル積リデアッタトスル、例ヘバ明日ソレヲ給付シヤウト云フノデ今日カラチャント用意シテ居ッタ、然ルニ不幸ニシテ今晩近火デ其倉ガ燒ケタ、從テ米ガ總テ燒ケテ仕舞ッタト云フ時ニ其燒ケタ米ニ關シテハ誰ガ損失ヲ被ルカ、言フマデモナク甲ガ損失ヲ被ル、即チ明日ニナッテ更ニ他ノ米百石ヲ調ヘテ之ヲ乙ニ給付シナケレバナラヌ、即チ甲ノ內情カラ云ウテ見ルト既ニ百石ノ米ヲ用意シテ居ッテ之ヲ渡サウトト云フ積リノ所、不幸ニシテ是ガ燒ケタ、其結果又更ニ百石ノ米ヲ用意シテ債權者タル乙ニ渡サネバナラヌカラ百石ノ燒ケタル米ニ付テノ損失ハ唯リ甲ガ負擔スル、即チ物ガ天災ニ因ッテ滅失若クハ毀損スル危險ハ誰ガ負擔スルカト云フト債務者タル甲ガ負擔スル、之ニ反シテ火災ガ尙ホ一日遲ク今日其倉ノ米ヲ愈、乙ニ渡スト云フコトニ定メテ、「此米ヲ貴殿ニ渡サウト思フガ宜シイカ」ト曰フノニ對シテ、乙ガ「宜シイ」ト云ッテ、即チ不特定物ガ特定物ニ變ジタナラバ、今晩火災ニ因ッテ其米ガ燒ケテモ債務者タル甲ガ其損失ヲ被ラズシテ寧ロ債權者タル乙ガ其損失ヲ被ル、即チ甲ハ更ニ百石ノ米ヲ用意スル必要ガナイ、乙ハ折角百石ノ米ヲ得タ積リノ所、ソレハ燒ケテ全部其損失ニ歸スルト云フコトニナル、之ヲ名ケテ危險ノ移轉ト云フノデアル、但是ハ純然タル理論カラ云フコトデアルガ併シ只今說明シタル例ニ於テハ問題ガ極メテ明瞭デ、態態說明スル必要ガナイデアラウト思フ、何トナレバ昨日米ガ燒ケタトキニハマダ如何ナル米ガ愈、債務ノ履行トシテ債權者ニ給付セラルベキカト云フコトガ確定シテ居ラヌ、即チ所有權モ債權者ニ移轉シテ居ラナイカラ、ソレガ滅失スレバ自ラ債務者ノ損失ニ歸スルト云フコトハ言フヲ俟タヌコトデアル、之ニ反シテ若シソレガ今日滅失シテ即チ債權者ガ既ニ如何ナル米ノ上ニ權利ヲ得ルカト云フコトガ確定シテ所有權モ既ニ移轉シタル後デアレバ、其物ノ滅失ハ自ラ所有者ノ損ニ歸スル、是ハ言フヲ俟タヌコトデアル、法律問題トシテ最モ名高イノハ斯樣ナル單純ナル場合デハナイ、所謂「危險問題」ハ雙務契約ニ付テ起ル問題デアル、ソレハドウ云フコトデアルカト云ヘバ、雙務契約ノ最モ重ナルモノガ賣買デアッテ、此問題ノ適用モ賣買ニ付テ最モ多イノデアルカラ例ヲ賣買ニ取ッテ御話ヲ致スガ、賣買ニ於テ今ノ問題ノ生ズベキ場合ハ特定物ノ上ノ權利ヲ賣主ガ買主ニ移轉スルト云フ場合デアル、之ニ對シテ買主ハ賣主ニ代金トシテ或金額ヲ給付スル、即チ正確ニ云ヘバ或金額ノ所有權ヲ移轉スルノデアル、ソコデ買主ハ金錢ヲ賣主ニ給付スル義務ガアルシ、賣主ハ權利ヲ買主ニ移轉スル義務ガアル、是ニ於テ若シ物ガ滅失シテ其上ノ權利ヲ賣主カラ買主ニ移轉スルコトガ出來ナクナッタナラバ是ニ由ッテ生ズル損失ハ何人ガ負擔スルカ、即チ物ノ滅失若クハ毀損ノ危險ハ誰ガ負擔スルカト云フノガ所謂「危險問題」デアル

物ガ滅失シタトスレバ賣主ノ方デハ約束ノ權利ヲ移轉スルコトガ出來ス、買主ノ義務ハ代金ノ支拂デアルカラソレハ決シテ不能ト云フコトハナイ、ソレデ其物ノ滅失ノ場合ニ於テ買主ハ代價ヲ拂ハネバ

0299

ナラヌカドウカ、既ニ之ヲ拂ウタナラバ物ガ滅失シタ時ニ其拂ウタ代金ノ返還ヲ求ムルコトヲ得ルヤ否ヤガ此危險問題デアル

所ガ我民法ニ於テハ危險ハ直チニ債權者ニ移轉スルト云フ主義ヲ取ッテ居ル、即チ特約ナキ限ハ賣買ノ成立ト共ニ物ニ關スル危險ハ買主ニ移轉スル、即チ其物ガ天災ニ因ッテ滅失シタナラバ物ノ引渡ヲ受ケナイニ拘ハラズ買主ハ代價ヲ支拂ハナケレバナラヌ、既ニ之ヲ支拂ウテ居ッタナラバ固ヨリ其返還ヲ求ムルコトハ出來ヌ、ソレハ第五百三十四條ニ規定シテアル

然ルニ契約ノ目的ガ不特定物デアッタナラバ只今申シタ原則ハ嵌ラヌ、其場合ニハ危險ハ賣主ガ負擔スベキデアッテ、即チ自分ガ此米ヲ引渡サウト思ウテ用意シテ置イテモソレガ滅失シタナラバ代リニ又外ノ百石ノ米ヲ用意シテソレヲ渡サナケレバナラヌ、即チ賣主ハ詰リ二百石ノ米ヲ用意スルト云フ結果ニナル、而シテ代價ハ矢張リ百石ノ代價シカ受取ルコトハ出來ヌカラ賣主ガ損ヲシナケレバナラヌ之ニ反シテ其不特定物ガ特定物トナッテカラハ先刻申上ゲタ原則ガ當嵌ルノデ、若シ其物ガ天災ニ因ッテ滅失シタナラバ買主ノ損ニ歸スル、即チ買主ハ米ヲ受取ラナイニモ拘ハラズ矢張リ代價ヲ拂ハネバナラヌ、若クハ既ニ支拂ッタ代價ノ取返ヲ求ムルコトハ出來ヌト云フコトニナル、此事ハ第五百三十四條第二項ニ明文ノアル所デアル

斯樣ナル次第デ此不特定物ガ何レノ時ニ於テ特定物トナルカト云フ問題ハ實際ニ甚ダ必要ノアル問題デアル、然ラバ何レノ時ニ於テ特定物トナルカト云フニ我民法ハ第四百一條第二項ニ之ヲ規定シテ居ル

前項ノ場合ニ於テ債務者カ物ノ給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ヲ完了シ又ハ債權者ノ同意ヲ得テ其給付スベキ物ヲ指定シタルトキハ爾後其物ヲ以テ債權ノ目的物トス

此「前項ノ場合」ト云フノハ「債權ノ目的物ヲ指示スルニ種類ノミヲ以テシタル場合」デ、是ガ學者ノ謂フ所ノ「不特定物」デアル、

此不特定物ガ如何ナル時ニ於テ特定物トナルカト云フ問題ハ從來議論ノアル問題デ、場合ニ依ッテハ隨分疑ハシイコトガアル、先ヅ債務者ガ「債權者ノ同意ヲ得テ其給付スベキ物ヲ指定シタル」場合ハ一點ノ疑モナキ所デアル、私ガ或人ニ對シテ米百石ヲ給付スルト云フ約束ノアル場合ニ特ニ其債權者ヲ連レテ參ッテ、「此倉ニ此通リ百石ノ米ガアル、此米ヲ私ハ債務ノ履行トシテ給付シヤウト思フガ差支ナイカ」ト云フノニ對シテ、債權者ガ調ベテ見タ上デ「是ナラ差支ナイ」ト申セバ不特定物ガ特定物ニナッテ仕舞フ、而シテ債權者ト債務者トガ同一ノ土地ニ在ル場合、同ジク東京、同ジク大阪ニ居ル場合ニハ大抵此適用ヲ受ケル、ナゼカト云フト債權者ヲ倉ニ連レテ來テ見セルト云フコトモアルケレドモ普通ノ場合ニハ愈、履行ヲ爲スト云フ時ニ當ッテ債務者ガ債權者ノ處ヘ債務ノ目的物ヲ持參スル、或ハ他ノ場所ニ於テ履行ヲ爲スベキ場合ニハ其履行ヲ爲スベキ場所ニ債權者自身若クハソレノ代理人ト債務者若クハソレノ代理人トガ立會ウテ引渡ヲ爲スコトニナル、愈、之ヲ以テ辨濟ニ當テヤウト云フノニ對シテ債權者ガ是ナラバ宜シイト云ッテ受取ッテ茲ニ始メテ債務ノ履行ガアル

此場合ニハ何等ノ問題ヲ惹起サヌ、唯問題ノ起ルノハ隔地者間ニ於テデアル、ソレハ同ジク東京デモ問題ハ生ジ得マスルケレドモ多クハ東京ト大阪ノ間、東京ト横濱ノ間ト云フヤウニ隔ッテ居ル場合、サウスルト債權者ト債務者ト立會ウテ履行ヲナスコトハ出來ナイ、ソレデ問題ガ起ル、先ヅ普通起ル所ノ問題ハ此場合ニ發送ノ時ニ於テ不特定物ガ特定物ニ變ズルカ、又ハ引渡ノ時即チ愈、其債務ノ目的物ガ債

權者ノ手許ニ到達シタ時ニ始メテ特定物トナルカト云フノデアル、之ニ付テハ二ツノ主義ガアッテ一ツハ引渡主義ト申シマセウカ、其目的物ガ債權者ノ手許ニ到達シナケレバ特定物トナラナイト云フ主義、此主義ハ舊民法財産編第三百三十二條ニ採用セラレテ居ッタヤウニ見エル、「是ハ所有權ノ移轉ニ付テ規定シテアル、即チ先程申シタ實用ノ一ツ、所有權ガイツ移轉スルカト云フ問題ニ付テ規定ガ設ケアル、即チ「代替物ヲ授與スル合意ハ諾約者ヲシテ其物ノ所有權ヲ約束シタル性質、品格及ヒ分量ヲ以テ要約者ニ移轉スル義務ヲ負ハシム此場合ニ於テ所有權ハ物ノ引渡ニ因リ又ハ當事者立會ニテ爲シタル其指定ニ因リテ移轉ス」トアル、デスカラ引渡主義ヲ取ッテ居ル、獨逸民法ノ第一草案モ亦其通リデアッタ、然ルニ之ニ對シテハ第二ノ發送主義ト云フモノガアル、我新民法ハ即チ此主義ヲ取ッタト謂ハナケレバナラヌ、最後ノ獨逸ノ民法ノ成文ニモ此發送主義ヲ取ッテ居ル、尤モ法文ニハ發送トハ書イテナイ、獨逸ノ民法モサウデアルガ、法文ノ規定トシテハ私ハ此ノ如クナッテ居ラナケレバナラナイト思フ、併シ今ノ隔地者間ノ問題ニ付テハ畢竟發送主義ニナルト思フ、即チ隔ッタル土地ノ債務者ガ其債務ノ目的物ヲ發送シタルトキハ既ニ物ノ給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ヲ完了シタルモノデアル、運送業者ニ其物ヲ引渡セバ、ソレカラ先ハ運送業者ノ行爲デアッテ債務者ノ行爲ハ最早終ッタモノト謂ハナケレバナラヌ、故ニ詰リ此條ノ適用ハ發送主義ニナル、獨逸ノ民法ニ於テモ初メ第一草案ニハ引渡主義ヲ取ッテ居ッタケレドモ斯樣ニ改メタノハ明カニ發送主義ヲ取ッタノデアルコトハ委員會ノ議事ニ依ッテ分ッテ居ル、而シテ立法論トシテモ私ハ此主義ガ宜シイト思フ、ナゼカト申スト元來債務ノ履行ナルモノハ債務者ノ行爲デアル、是ハ初ニ債權、債務ノ定義ヲ申上グルトキニ既ニ詳シク論ジタ通リデ、債權、債務ハ債務者ノ行爲ヲ目的トシテ居ルモノデアル、然ルニ債權者ト債務者ト地ヲ隔テテ居ル場合ニハ直チニ債務者ヨリ債權者ニ引渡スコトハ出來ヌカラ勢ヒ運送業者ノ力ヲ假リテ之ヲ送付スルコトガ必要デアル、然ルニ之ヲ送ルニハ債務者ノ行爲トシテハ發送ガ最後ノ行爲デアッテ、其後ニハ最早債務者ノ行爲ハナイ、然ラバ其時ニ於テ不特定物ハ最早特定物トナッタト謂ハネバナラヌ、ソレデ獨逸民法デモ初ノ第一ノ草案ハ反對デアッタニモ拘ハラズ第二草案ニ於テモ又聯邦院ノ草案デモ最後ノ確定文デモ皆此發送主義ヲ取ッタノデアル、之ニ付テ種種注意ヲ要スルコトガアル

先ヅ第一ニ此主義ト彼ノ隔地者間ノ意思表示ノ問題ト混ジテハナラヌ、從來學者ガ動モスルト之ヲ混ズルノデアルケレドモ是ハ混ズベキモノデナイ、即チ我民法ニ於テハ法律行爲ノ一般ノ原則トシテ隔地者間ノ意思表示ハ到達ノ時ニ效力ヲ生ズル、表意者即チ意思表示ヲ爲ス者ガ其通知ヲ發シタ丈デハイカヌノデアル、併シ例外トシテ契約ノ承諾ニ付テハ所謂發信主義即チ承諾ノ意思ノ通知ヲ發シタ時ニ成立スルコトニナッテ居ル、ソコデ此不特定物ガ特定物ニナルニ付テノ規定モ全ク今ノ問題ト同ジデ、物ノ給付ハ一ノ契約デアル、ソレ故ニ發送ニ依ッテ效力ヲ生ズルトカ、或ハサウデナイ、是ハ單獨行爲デアル、若クハ契約ニシテモ寧ロ發送スル方ガ所謂申込者デアル、故ニ是ハ受信主義ニ依ルベキモノデアルト論ズル者ガアル、併ナガラ私ノ信ズル所、又我民法ノ取ッテ居ル所ノ主義ハ此問題ト隔地者間ノ法律行爲ノ問題トハ別ト見テ居ル、ソレハ立法ノ據リ所ガ違ッテ居ル、隔地者間ノ法律行爲ノ問題ハ單ニ意思表示ハイツ法律上成立スルモノデアルカト云フ問題デアル、只今ノ問題ハソレトハマルデ無關係ノ問題デ、何レノ時ニ債務者ガ其爲スベキ丈ノコトヲ爲シタカ、債務者ガ爲スベキ丈ノコトヲ爲シタナラバ最早債務ノ目的ハ確定シタモノトナラナケレバナラヌカドウカト云フ問題デ、マルデ立法ノ理由ニ於テ互ニ少シモ牽連スル所ガナイ問題デアル、其最モ著シイ證據ハ獨逸民法ニ於テハ如何

0301

ナル場合ニ於テモ受信主義ヲ取ッテ居ル、然ルニモ拘ハラズ此處ノ問題ニ付テハ矢張リ發送主義ヲ取ッテ居ル、我民法ト雖モ法律行爲ノ原則トシテ受信主義即チ到達主義ヲ取ッテ居ル、成程契約ノ承諾ニ付テハ發信主義ヲ取ッテ居ルケレドモ今問題トナッテ居ル所ノ債務者ガ債權者ニ對シテ債務ノ目的物ヲ送付スル場合ニハ通常契約ノ承諾デハナイ、從テ我民法ニ於テモ若シ契約其他法律行爲ノ意思表示ノ問題ト同ジク若クハソレニ牽連シタル問題デアルナラバ必ズ受信主義ヲ取ラナケレバナラヌ筈デアッタノニ矢張リ發送主義ヲ取ッテ居ル、ソレハ債務ノ目的物ノ發送ヲ決シテ一ノ契約其他法律行爲ノ意思表示ト見タノデナクシテ單ニ是ニ因ッテ不特定物ガ特定物トナルヤ否ヤヲ定メルノデアルカラデアル、學者ガ往往ニシテ之ヲ混ジマスケレドモソレハ誤ッテ居ル

ソレカラ第二ニ、此場合ニ於ケル事柄ト債務ノ履行ノ提供ト混ジテハナラヌ、債務ノ履行ノ提供ノ事モ大切ナ問題デアルガ、此問題ニ付テハ第四百九十三條ニ規定ガアル、是ニハ例ヘバ「債權者カ豫メ其受領ヲ拒ミ又ハ債務ノ履行ニ付キ債權者ノ行爲ヲ要スルトキハ辨濟ノ準備ヲ爲シタルコトヲ通知シテ其受領ヲ催告スルヲ以テ足ル」ト云フ但書ガアッテ明カニ提供ノ範圍ト今論ズル所ノ問題ノ範圍トハ違フ、之ヲ混ジテハナラヌコトヲ豫メ申上ゲテ置ク

終ニ第三ニハ隔地者間ニ於テ運送業者ニ託シテ債務ノ目的物ヲ運送スル場合ニハ却テ問題ガ單純デアル、併シ同地者間ニ於テハ往往「物ノ給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ヲ完了スル」トハ如何ナル事デアルカト云フ問題ガムヅカシイ、茲ニ一ッノ例ヲ出シマスルガ、私ガ東京ニ於テ或人ニ對シテ米百石ヲ給付スベキ義務ヲ負ウテ居ル、其百石ノ米ヲバ自身ニ持ッテ行ッテモ或ハ雇人ヲシテ持行カシテモソレハ同ジコトデアルガ（法律行爲ノ發信主義、受信主義ニ付テハソレハ同ジコトデナイ）、此場合ニ幸ニ債權者ガ其米ヲ直チニ受取ッテサヘ仕舞ヘバ何等ノ問題モ起ラヌケレドモ債權者ガソレヲ受取ラヌトキハドウナル、或ハ債權者ガ不在デアル、留守ノ者ハソレヲ受取ラナイ、據ナクソレヲ持ッテ返ッタ、或ハ債權者ガ其處ニ居ッテモ何カ債務ノ目的ニ付テ異議ガアッテソレヲ受取ラヌト云フ、或ハ債務ノ目的ニ付テハ異議ガナクテモ債務ノ履行ニ付テ異議ガアル、何カノ理由デ以テ債權者ガ拒ンデ之ヲ受ケナイト云フトキニ直チニ其目的物ヲ供託シテ仕舞ヘバ問題ハ起ラヌ供託ト云フノハ金錢、有價證券ナドデアレバ金庫ニ預ケル、他ノ商品デアレバ東京ノ如キ倉庫會社ノアル場所ダト、司法大臣ガ指定シタル倉庫會社ニ預ケルノデアル、供託シテ仕舞ヘバ供託ニ依ッテ債務者ハ義務ヲ免レルカラ問題ハ起ラヌ、ケレドモ供託ハシナイデ家ニ持ッテ歸ッタラバドウデアル、其所有權ハ既ニ債權者ニ移ッタモノデアラウカドウカ、若シ移ッタト云ヘバ外ノ米ヲ以テ辨濟ニ充ツルコトハ出來ナイ、又ソレガ特定物トナッタトスレバ持ッテ歸ッタ晩ニ近火ニ逢ウテ燒ケテ仕舞ッタナラバソレハ債權者ノ損ニ歸セナケレバナラヌ筈デアルガ、ドウカ、是ハチョット疑ハシキ問題デアルケレドモ私ハ此場合ニハ未ダ債務者ガ物ノ給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ヲ完了シタトハ云ヘナイ、從テ不特定物ガ特定物トハナラナイト思フ、何トナレバ此場合ニ於ケル「物ノ給付」ト云フノハ要スルニ物ノ引渡デアル、然ルニ債務者ガ債權者ノ住所ニ債務ノ目的物ヲ持參シタト云フコトハアルケレドモ、債權者ガ受取ラナイト云フカラト云ッテ又オメオメト持ッテ歸ッタ、サウスレバマダ「給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ヲ完了シ」タノデハナイ、米ヲ向フノ倉ノ中ニ入レタ、向ウノ店先ニ積ンダ、サウシテ假令債權者ニ異議ハアルニモシロ、無理ニソレヲ向フニ受取ラシテ歸ッタナラバソレハ「給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ヲ完了シ」タト云ヘルケレドモ向フガ受取ラヌ、仕方ガナク持ッテ歸ッタノナラバ其行爲ヲ完了シテ居ラヌ、是ガ米デアルカラ疑ハシイケレドモ之ヲ試ニ金錢デアルト

0302

假定シタナラバ何人モ疑ハナイダラウト思フ、私ガ或人ニ對シ金百圓ノ債務ヲ負ウテ居ル、ソコデ金百圓ヲ懷ニ入レテ債權者ノ處ニ持ッテ行ッタ、所ガ債權者ガ異議ガアッテ受取ラヌ、據ナク再ビ懷ニ入レテ歸ッタトスル、此貨幣ノ所有權ガ既ニ債權者ニ移ッテ居ルト云ッタラバ如何ニモ常識ニ反スルト云フデアラウト思フ、從テ其懷中物ヲ掏摸ニ取ラレテモ債權者ニ向ッテ最早吾ハ責任ガナイト云フコトハ殆ド常識ニ依ッテモ出來ナイ、今ノ米ヲ持ッテ行ッテ歸ッタ場合ハソレト同ジコトデアル、故ニ私ハ此場合ニハ「給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ヲ完了シ」タモノデナイト思フ

尙ホ一ツ種類ノ違ッタ問題ヲ御話シヤウナラバ是ハ隔地者間デアルケレドモ金ヲ送ル場合ニ內國通運會社ニ託シテ金錢ヲ送ルトカ、又ハ價格表記ノ郵便デ金錢ヲ其儘送ル場合ニハ商品ヲ送ッタト同ジニ發送ノ時ニ於テ「物ノ給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ヲ完了シ」タモノデアル、從テソレガ特定物ニナルケレドモ通常ノ送金ノ方法、即チ郵便爲替、銀行爲替デ以テ金ヲ送ル場合ニハ其爲替劵ヲ郵便ニ付シタ時ニ既ニ發送シタモノデアルカ即チ「物ノ給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ヲ完了シ」タト云ヘルカ、ドウカ、チヨット考ヘルト商品ヲ送ルニハ鐵道便ニ託スルトカ運送取扱店ニ託スルトカ云フ方法ガアルト同ジク金ヲ送ルニハ郵便爲替ナリ銀行爲替ナリニ依ッテ送ルノガ普通デアルカラ、爲替劵ヲ封入シテ郵便ヲ發シタナラバソレデ所謂「給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ヲ完了シ」タノデアラウト云フ疑ガ起ル、併シ是ハ決シテサウデナイ、此場合ニ於テハ單ニ郵便局ナリ又ハ銀行ナリヲシテ自己ニ代ッテ債務ノ履行ヲ爲サシムルニ過ギヌノデアル、即チ債權者ガ其爲替ノ金額ヲ受取ッタ時ニ始メテ是ニ謂フ所ノ「給付ヲ爲スニ必要ナル行爲ヲ完了シ」タモノデアル、若シモ郵便局ガ如何ナル理由ニ依ッテカ其爲替ヲ支拂ハス、銀行ガ爲替ヲ支拂ハヌナラバ決シテ「物ノ給付ヲ爲スニ必要ナル行爲」ヲ終ッタモノトハ云ヘナイ、債權者ハ

衞行爲ノ必要ヲ阻却スルカ消極積極ノ二說アリ

危害目前ニ迫ルトキ若シ警察官署ニ遁レ往ク暇アル場合ニ特更暴行人ヲ殺傷シタル者アルトキ正當防衞ナリト云フヲ得ルカ法文ノ不得已ニ出テト謂フ制限ニ二ノ解釋アリ一ハ之ヲ他ニ途ナキトキハト解釋ス此解釋ヲ是認スルトキハ右ノ例ニ云ヘル防禦人ハ警察官署ニ赴クヲ得ヘカリシヲ以テ正當防衞ニ非スト云ハサルヘカラス他ノ一說ハ暴行ヲ除クニ必要ナル程度ニ於テ解釋ス若シ此解釋ヲ採ルトキハ警察官署ニ往クヲ得ヘカリシ場合ト雖モ暴行ヲ除クニ必要ナル範圍內ニ於テ反擊シタルニ過キサルトキハ正當防衞ナリト云フヲ得ヘシ蓋シ吾人ハ他人ヨリ暴行ヲ受クルニ當リ警察官署ニ赴クヘキ義務ヲ負フヘキ謂レナキノミナラス其他人ニ加フル反擊カ不正ノ攻擊ヲ除クニ必要ナル範圍ヲ超エサルニ於テハ何等ノ咎ムル處ナク法律ノ保護ヲ與ヘテ差支ナキ所ナルカ故ニ第二ノ解釋ヲ正當ナリト信ス

(5) 侵害的損害ト防衞的損害トノ間ノ大小輕重ハ其權衡ヲ保ツコトヲ要スルカ

例ヘハ甲男カ乙女ノ頭髮ヲ切斷セントス乙女カ若シ之ヲ防禦スルニ必要ナラハ甲男ヲ殺傷スルコトヲモ爲シ得ルカ條文不得已トノ制限ヲ攻擊ニ因リテ失ハントスル利益ト反擊ニ因リ失ハントスル利益ト其權衡ヲ得サルヘカラスト爲サンカ頭髮ヲ保護セン爲メ人命ヲ斷ツカ如キハ許スヘカラサル不法行爲ニシテ正當防衞ニ非スト論スルヲ得ヘシ然レトモ他ノ解釋論ハ攻擊ノ不正タルヲ理由トシ吾人ハ其不正ナル行爲ノ害ヲ受クル理ナシトシ侵擊的損害ト防衞的損害トノ權衡ヲ保ツヲ要セスト主

0303

張ス予モ亦後說ニ與ミセン然ルトキハ乙女ハ必要ナル場合ニハ甲男ヲ殺傷スルコトヲモ得ヘシト解釋スヘキ順序ナリ

一七　上述ノ制限以外ノ必要ニアラサル害ヲ加ヘタルトキハ情狀ニ因リ單ニ其刑ヲ減スルコトヲ得(刑三一六)

第三項　一般ノ權利行爲

一八　刑法ニ揭クル權利行爲ハ第七十六條及ヒ第三百十四條第三百十五條ノ二箇ニ過キスト雖モ苟モ他ノ法令ニ因リ權利ノ行使ト認ムルコトヲ得ル行爲ハ一般ニ罪ト成ラス故ニ

(1)　上官ノ命令ヲ俟タス法令ニ因リ直接ニ己ニ屬スル職務ヲ執行スル行爲

第七六條ハ職務上ノ行爲全體ヲ擧ケスシテ單ニ上官ノ命令ニ基ク職務ノ執行ヲノミ擧ケタルカ故ニ直接ニ法令ニ與ヘラレタル職權ヲ執行スルトキ例ヘハ令狀ナクシテ現行犯人ヲ逮捕スルカ如キハ第七六條ニ據ラサル權利ト謂ハサルヘカラス(講義案四〇頁參照)

(2)　法令又ハ慣習ニ因リ己ノ業務……例、外科醫ノ施術、力士ノ角力等……ニ屬スル行爲

外科醫ノ施術ニ因リ人ノ身體ヲ切斷スルカ如キハ何故罪ト成ラサルカ依賴者ノ承諾ニ基ク無罪ノ場合ニ數フル者多シト雖モ第一吾人ハ身體ヲ自由ニ處分スル承諾ヲ爲ス能ハス又全ク承諾ナキ者ニ對スル施術(失神者ノ治療)ト雖モ罪ヲ成サストノ二ノ關係ニ依リ予ハ此二說ニ反シ單ニ法令ノ認ムル業務ニ屬スルヲ以テ無罪ナリトノ說ヲ正當ナリト信ス

(3)　民法ノ認ムル懲戒權、刑事訴訟法ノ認ムル逮捕權、監護法ノ認ムル癲狂監督權ノ行使ニ屬スル行爲等ハ刑法ニ明文ナシト雖モ其無罪タルヤ論ヲ俟タス

(4)　以上述ヘタル所ハ例ヲ示シタルニ過キス苟モ法律命令ニ因リ又ハ秩序風俗ヲ害セサル慣習ニ因リ爲シタル行爲ハ一般ニ罪ト成ラス

例ヘハ財物ヲ賭シテ博奕ヲ爲スハ刑法第二六一條ノ禁スル所ナリ然レトモ吾人ハ正月「カルタ」ニ僅少ノ財物ヲ賭シテ怪ムコトナシ又或ハ他人ノ家ヲ訪問スルニ當リ其昇口マテ無斷ニ進ムコトハ何人モ第一七一條ノ罪ナリト認ムルモノナシ又例ヘハ親カ平常其兒ニ簡單ナル醫術ヲ施スモ之ヲ以テ私ニ醫業ヲ營ム者ト認ムル者ナシ總テ此種ノ行爲ノ罪ト成ラサル理由ハ或ハ法令ノ認ムルモノ或ハ秩序、風俗ニ反セサル慣習ノ認ムルモノト云フニ外ナラサルヲ以テ更ニ之ヲ一般ノ原則ト爲シ法令又ハ秩序風俗ヲ害セサル慣習ノ認ムル行爲ハ罪ヲ成サスト謂ハサルヘカラス

第三節　放任行爲

一九　責任アル行爲ニシテ法ノ保護セス所罰セサルモノ之ヲ名ケテ放任行爲ト云ハン爰ニハ特ニ緊急狀態ニ基ク行爲及ヒ承諾アルニ基ク行爲ノ二ヲ論セ

0304

ントス

第一項　緊急狀態ニ基ク行爲

二〇　緊急狀態ニ基ク行爲トハ現在ノ危難ヲ避クル爲メ已ムコトヲ得ス他人ノ法益ヲ侵害スルヲ云フ刑法第七十五條ニ抗拒スヘカラサル强制ニ遇ヒタル所爲ト云ヘル是ナリ但シ斯ノ如キ行爲ノ性質ニ付テハ古來其意見同シカラス

緊急狀態ノ性質ヲ論スルニ付キ昔ヨリ有名ナル例アリ破船ノ爲メニ海上ニ漂フ所ノ甲乙ノ兩人カ唯一人ヲ救フニ足ル所ノ板ヲ爭フテ遂ニ强者ハ弱者ヲ殺シテ己ヲ完ウシタリト云フモノ是ナリ此ノ如キ狀況ニ於テ生命身體其他ノ法益ヲ害シタル者ハ果シテ罪ト成ルカ若シ罪ト成ラストセハ如何ナル理由ニ基クカ此二ノ問題ノ第一ニ付テハ古今東西何レノ國ノ法律ニ於テモ無罪ト斷定スルニ一致セリ但第二ノ點即チ理由ノ問題ニ關シ左ノ二箇ノ意見ヲ生セリ

第一種ノ意見ハ羅馬、佛國法系ノ採ル所ニシテ主觀的無責任論ト名クルコトヲ得曰ク吾人カ外部ノ擧動ノ爲メ責任ヲ負フハ先ツ第一ニ是非善惡ヲ識別スル智力ヲ具ヘサルヘカラス第二ハ其善惡ノ擧動ヲ爲スト爲サルトノ意思ノ自由ヲ具ヘサルヘカラス終ニ自由ト辨別トヲ具フルニ拘ハラス好ミテ惡事ヲ爲シタル者アルトキハ始メテ責任アル惡事ヲ爲シタルモノト云フヲ得前述ノ如ク危害目前ニ切迫スルトキハ苟モ仁人君子ニ非サル限ハ他ヲ害シテ己ヲ全ウセントスルヲ常トスルモノニシテ意思ノ自由ヲ有セス凡ソ此ノ如キ强制ノ爲メ意思自由ヲ失ヒタルニ基キタル擧動ハ無責任ナリト

二一　曰ク抗拒ス可ラサル强制ニ遇フトキハ人ハ己ヲ救フニ急ニシテ他ヲ顧ミルコト能ハス意思ノ自由……別說、選擇ノ自由……ヲ喪失スルカ故ニ無罪(主觀的無責任)ナリト刑法第七十五條第一項ニ其意ニ非サルノ所爲ト云ヘルハ疑モナク此學說及ヒ立法例ヲ襲用シタルモノナリ

現行刑法ハ曾ニ草案ノ註釋ニ明カニ此主義ニ依リテ成ルコトヲ示セルノミナラス又全體ニ於テ現行刑法カ佛國主義ヲ繼受シタルノミナラス現ニ第七五條第一項ノ文字ニ於テモ其意ニ非スシテトノ言語ヲ挾ミテ此理論ヲ採用セルコトヲ示セリ蓋シ罪ヲ犯ス故意ナキ場合ニ關シテハ第七七條第一項ニ其規定アルヲ以テ同條ノ其意ニ非スト云フハ犯意ナクシテト解スルコトヲ得ス隨テ意思ノ自由ヲ缺クトキハトノ意味ニ解スルノ外ナシ

二二　又曰ク如何ニ危急ノ場合ト雖モ必スシモ人ハ意思ノ自由ヲ喪失セス但シ二個ノ法益兩立スル能ハサル危急ノ場合ニ而モ其何レニ於テモ不法ノ侵害アリタルニ非サル以上ハ自然ノ成行ニ放任スル外ナシ故ニ緊急ナル狀態其者ヲ以テ直ニ無罪(客觀的不成立)ノ理由ト認ム可シトハ理論トシテ之ヲ是認セサル可ラス(刑草四七條參考)

第二種ノ意見ハ昔ヨリ日耳曼人種ノ慣習及ヒ立法ノ採用スル所ニシテ客觀的無罪論ト名クルコトヲ得其言フ所ハ人ハ如何ナル强制ヲ受クルモ意思ノ自由ヲ喪失セサルコトアリ得ヘシ然レトモ目前ニ

0305

避クヘカラサル危難アルトキハ己ヲ救ハントスルニ急ニシテ他ヲ顧ミサルヲ常トスルカ故ニ此普通ノ人情ニ基キ外部ノ强制ノ或程度ニ達シタルトキハ果シテ其加害者ハ意思ノ自由ヲ喪失シタルヤ否ヤヲ區別セス外部ノ强制其者ヲ觀テ無罪ノ理由ト爲スヘシ苟モ二箇ノ法益カ兩立スヘカラサルトキ其何レヲモ不正ノ侵害ト云フ能ハサル以上ハ國家ハ其一ヲ失ヒ而シテ其殘レルモノヲ罰セサルノ外ナシトノ意味ナリ

現行刑法ハ本ヨリ佛國主義ヲ繼受シタルモノナリト雖モ次ニ述フル如ク第七五條第二項ニ至リテハ客觀的無罪論ヲ採用シタルノ結果ト爲ルノミナラス單ニ學理上ヨリ云ヘハ第二種ノ意見ハ實際ニ便利ナリト爲ササルヘカラサルナリ

二三　刑法第七十五條第一項ハ抗拒ス可カラサル强制ニ遇ヒタル所爲ニシテ其意ニ非サルモノ(意思ノ自由ヲ喪失シタルモノ)全體ヲ無罪トナシ尙ホ第二項ニ於テ天災又ハ意外ノ變ニ依リ避ク可ラサル危難ニ遇ヒ自己若クハ親屬ノ身體ヲ防衞スルニ出テタル所爲亦同シト云ヘリ是恐ク第一項ノ適用ヲ示スノ意ニ出テタルナラント雖モ第一項ト異リ果シテ其意ニ非サル所爲(意思自由ヲ喪失シタル所爲)ナルヤ否ヤヲ審案スル必要ナキヲ以テ第二項ノ規定ニ至リ俄然客觀的無罪說ヲ混用シタルノ結果トナレリ

前ニモ述ヘタル如ク第七五條第一項ノ其意思ニ非サルノ所爲ト云ヘルハ意思自由ヲ失フニ基キタル

ノ所爲ト云フ意味ニシテ之ヲ嚴格ニ論スルトキハ外部ニ强制アリタル場合ト雖モ裁判官ハ之ニ遭遇シタル者カ果シテ意思ノ自由ヲ失フテ或事ヲ爲シタルヤ否ヤヲ調査シテ罪ノ有無ヲ決セサルヘカラス但果シテ意思自由ヲ失フモノナリヤ否ヤヲ識ルニハ勢ヒ外部强制力ノ程度ヲ判斷シテ之ヲ決セサルヘカラサルヲ以テ實際ニ甚シキ弊害ナカルヘシ而シテ我立法者ハ本條第二項ニ於テ天災又ハ意外ノ變アルコト自己又ハ親屬ノ身體ヲ防衞スルニ出テタルコトノ二箇ノ條件ヲ要求スルノミニシテ第一項ノ如ク其意ニ非サルコトノ必要ヲ命セサルカ故ニ客觀的ノ狀況ヲ直チニ無罪ノ理由ト爲スノ獨逸主義ヲ併セテ採用シタルノ結果トナレリ尙ホ第七五條ニ關シテ左ノ二三ノ點ヲ注意ス

第一ノ注意　第七五條第一項ノ抗拒スヘカラサル强制トハ有形ノ强制ト無形ノ强制トノ雙方ヲ含ムカ一方ノミヲ含ムカノ問題是ナリ有形ノ强制ニ遇ヒタルトキハ其人ノ所爲ナリト云フ能ハス本條ハ所爲アリテ而モ罪ト成ラサルノ場合ナルカ故ニ無形ノ强制ニ遇ヒタル場合ノミト解スルヲ正當ト信ス

第二ノ注意　本條第二項ノ其他ノ變ト云ヘルハ天災ニ比スヘキ不慮ノ出來事ヲ謂フ例ヘハ汽車ノ衝突、機關ノ破裂ノ類是ナリ故ニ單純ナル混雜、宴會ノ場合ニ於ケル騷擾、途中ノ雜踏ノ類ヲ含マス

第三ノ注意　本條第一項ハ外部ノ强制ニ付テハ天災及ヒ之ニ屬スル出來事ニ制限シ又防禦セントスル法益ハ自己又ハ親族ノ身體ニ制限シタルヲ以テ此條件ノ一ニ缺クルコトアル場合例ヘハ普通ノ混雜ニ因リ受クル所ノ身體ノ害ヲ免レントシ又天災ニ基クトスルモ自己又ハ親族ノ財產ノ害ヲ避ケンスルニ出タルトキ又ハ友人ノ身體ヲ防衞セントスルトキノ如キ場合ハ更ニ第一項ノ範圍ニ於テ意思ノ自由ヲ失ヒタルヤ否ヤヲ調査シテ罪ノ有無ヲ決スヘキモノナリ

0306

二四　緊急狀態ニ基ク行爲ト正當ナル防衛行爲トノ間ニ二ノ重要ナル差異アリ(1)正當防衛ハ人ノ侵害行爲ニ對セサレハ成立セス緊急行爲ハ斯ル必要ナシ特ニ人以外ニ出ツル危難ヲ避クル爲メノ不得已行爲ハ常ニ緊急行爲ナリ(2)正當防衛ハ不正ノ侵害行爲ノミニ對立シ緊急行爲ハ不正ニモ非ス權利ニモ非サル侵害ニ對立ス

本講義、正當防衛九〇頁一三以下ノ說明ヲ參照研究セラレタシ

二五　緊急危難ノ爲メ認識ヲ失ヒ俗ニ所謂夢中ノ間ニ生シタル擧動ハ第七十五條ニ據ラス第七十七條ニ據ルヘキ無責任擧動ナリ爰ニ謂フ放任行爲ニアラス

例ヘハ地震ノ爲メニ急キ屋外ニ出テ遁走セントスルニ當リ道ヲ妨クル他人ヲ殊更ニ害シテ遁レタル例ハ當然第七五條二項ヲ適用スヘキモノトス之ニ反シテ外ニ人在ルヲ知ラス二階ヨリ飛下リテ人ヲ負傷セシメタル例ハ己ムコトヲ得ス故意ヲ以テ人ヲ害シタルニ非ス人ヲ害スルノ事實ヲ知ラスシテ害シタルモノナリ隨テ第七七條二項ヲ適用スヘキモノナリ無罪タル結果ニ於テハ著シキ相違ナシト雖モ第七五條ハ其性質上故意ヲ以テ爲シタル所爲ノ罪ト成ラサル場合ノ規定ト解セサルヘカラス

第二項　承諾アルニ基ク行爲

二六　豫メ人ノ承諾ヲ得テ實行スル行爲ハ罪トナルヤ否ヤ刑法ニ何等ノ明文ナシ之カ解答ヲ試ムル以前ニ二ノ注意アリ

(1)　刑法ノ罪トシテ列擧スル行爲ノ中豫メ承諾ヲ得ル途ナキモノハ本問ノ範圍外ナリ

多數ノ犯罪中ニハ特定ノ被害者ナクシテ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ヲ害スルカ爲メ罰セラルルモノ尠カラス內亂罪、兇徒聚衆罪、公然猥褻ヲ爲ス罪、放火罪、堤防ヲ破壞スル罪ハ皆之ニ屬ス此ノ如キ犯罪ニ對シテハ犯人カ事實上承諾ヲ受クル途ナシ隨テ此問題ノ外ニ置カサルヘカラス

(2)　豫メ人ノ承諾ヲ得且ツ之カ爲ニ權利ヲ獲得スル場合ハ亦本問ノ範圍外ナリ先ニ述ヘタル權利行爲ニ屬ス

犯罪ノ多クハ一定ノ被害者カ承諾セサリシ爲メ不法トナリ若シモ豫メ承諾ヲ與フルニ於テハ其行爲ヲ爲スノ權利ヲ得ルモノ尠カラス例ヘハ他人ノ所有物ヲ持去ル行爲又ハ他人ノ財產ヲ處分スル行爲若クハ他人ノ名ヲ以テ私印私書ヲ僞造又ハ使用スルノ類ハ承諾アレハ之ヲ爲スノ權利ヲ生スルモノニシテ無罪タルハ勿論ナリト雖モ本節ニ述ヘントスル放任行爲ニ非ス前ニ述ヘタル權利行爲ナリ

二七　本問ニ關シ獨逸ノ碩學「ベルネル」氏以來被害者ノ承諾ヲ得タル爲メ無

0307

罪トナルハ被害者ノ處分スルコトヲ得ル目的物ニ係リ且其處分公益及ヒ第三者ノ利益ヲ害セサル場合ナラサル可ラストスル說ヲ贊成スル者尠カラス然レトモ本問ハ或ル目的物ノ處分ノ適法不適法ヲ論スルニ在ラスシテ或行爲ハ對手人ノ承諾アルニ因リ其犯罪タル性質ヲ失フヤ否ヤヲ決セントスル主旨ナリ

二八　原則トシテハ(1)對手人ノ不承諾ヲ一要素トシタル犯罪ニ係リ(2)承諾アルモ權利ニ變セサル行爲ハ爰ニ所謂罪ニアラス權利ニアラサル放任的ノモノナリト謂フヘキカ？……例承諾ヲ得テ人ノ邸宅ニ入ルハ權利行爲ナリ而レトモ其邸內ニ於テ善良ノ風俗ニ反スル行爲ヲ爲ス如キハ權利ニアラス罪ニアラス

法律學上行爲ノ性質ヲ權利ト非權利トノ二ニ大別スルモノト其非權利ヲ不正行爲ト放任行爲トノ二ニ區別スルモノトアリ何レノ說ヲ是トスヘキカハ實際ニ於テ不正ニ非ス權利ニモ非サル行爲アリヤ否ヤヲ見テ決セサルヘカラス予ハ其不正ニモ非ス權利ニモ非サル行爲ノ存在ヲ認ムル者ノ一人ナリ私通ノ如キ昔ハ之ヲ罰シタル例アリト雖モ今日ノ法律ハ之ヲ罪トスルコトナシ唯暴力ヲ用ヒタル場合又ハ承諾ナカリシ場合ニ於テ之ヲ罰スルニ過キス然レトモ本ヨリ善良ノ風俗ヲ害スル行爲ニシテ法律上之ヲ强用スルノ權利ナシ是レ明カニ權利ニモ非ス罪ニモ非ス國法上放任的ノ性質アルヲ示スモノニシテ予ハ此類ノモノヲ名ケテ緊急行爲以外ノ放任行爲ナリト謂ハントスルモノナリ

第二編　刑罰

第一章　總論

第一節　刑ノ觀念

一　刑罰トハ國家カ犯罪ノ制裁トシテ一私人ノ利益ヲ剝奪スルヲ謂フ

二　刑法上ノ刑罰ハ國家ト一私人トノ間ノ關係トシテ存在ス國ト國トノ間一私人ト一私人トノ間ニハ刑法ニ謂フ所ノ刑罰關係ナシ故ニ(1)甲國カ乙國ノ不正ナル處置ニ對シテ加フル膺懲的處置

刑罰ノ定義ハ學者ニ依リ其謂フ所ニ多少ノ相違アリト雖モ多クハ之ヲ以テ國家カ犯罪ノ制裁トシテ一私人ニ與フル苦痛ナリト謂ヘリ固ヨリ刑ノ本質ヲ苦痛ナリトスル點ハ其意味如何ニ依リテハ敢テ不都合アルニ非スト雖モ苦痛ト云フ威嚇ノミヲ以テ之カ說明ヲ盡セリト爲スハ理論上及ヒ實際上衝突ヲ來ス所アルヲ以テ予ハ此普通ノ語ヲ避ケ利益ノ剝奪ナリト謂フ所以ナリ蓋シ利益ノ意味ニ付テハ本節第四號ヲ參照スヘシ又苦痛ノ語ノ當否ハ本節七號ヲ參照スヘシ

(2)及ヒ私人カ私人ノ罪惡ニ對シテ加フル制裁ハ何レモ刑法上ノ刑罰ニアラス宗教上ノ語ニモ社會上又ハ道德上ノ語ニモ刑又ハ罰若クハ苦痛ノ語ヲ用フル場合甚タ多シト雖モ刑法上ノ刑罰トハ範圍ヲ異ニス刑法上ノ刑罰ハ國家カ其權力ノ及フ一私人ニ加フルモノナラサルヘカ

0308

ラサルカ故ニ左ノ二ノ結果ヲ生ス

(1)國ト國トノ間ニ於テ其一方ノ不法又ハ不正ナル事項ニ對シテ戰爭ノ如キ制裁ヲ加フル所爲ハ國ト國トノ關係ナルヲ以テ刑法ニ所謂刑罰ニ非ス縱令國際法學者其他ノ者カ此類ノ處分ニ對シ刑罰ノ名稱ヲ付スルコトアリト雖モ語同シク意味異ナルモノニシテ刑法上ノ刑罰ニ非スト知ルヘシ

(2)親カ兒ニ對シ主人カ雇人ニ對シ加フル罰ノ如キモ或點マテハ刑罰ノ性質ヲ有スルモノニ非スト云フコト能ハスト雖モ同シク社會上道德上ノ意味ニ過キス一私人相互ノ間ノ關係ナルカ故ニ刑法ニ謂フ所ノ刑罰ニ非サルナリ但此第二ノ點ハ昔ノ法律又ハ現今或國ノ法律ノ下ニ於テハ私刑ト稱スルモノナキニ非スト雖モ我現行刑法ハ之ヲ認メス

三　國家カ一私人ノ利益ヲ剝奪スル場合種種アリ然レトモ犯罪ノ制裁トシテ利益ヲ剝奪スル場合ニ限リ刑罰タル性質ヲ有ス是ニ由リテ公用徵收又ハ徵稅ノ類カ刑罰ニアラサルヲ識ルヘシ

國家カ一私人ノ利益ヲ强制的ニ剝奪スルハ彼ノ兵役ノ爲メ若干年間ノ自由ヲ奪ヒ又ハ公ノ必要ノ爲ノ土地家屋ノ類ヲ徵發シ又ハ租稅ト名ケ多少ノ財產ヲ取立ツル類ヲ始トシ小ハ證人鑑定人トシテ出頭ヲ命セラレタル者ニ至ルマテ其類極メテ多シ單ニ自由又ハ財產ヲ奪フ點ヨリ觀レハ刑罰ト敢テ異ナルナシト雖モ其理由ニ付キ大ナル區別アリ犯罪ノ制裁トシテ利益ヲ剝奪スル場合ニ限リ之ヲ刑罰ト名ク

四　古來刑罰トシテ剝奪スル利益ハ五ニ大別スルコトヲ得生命、身體、自由、名譽、財產是ナリ

五　現今文明國ニ於テ身體刑ハ殆ト其跡ヲ斷チ名譽刑ハ形ヲ變シテ資格喪失ノ刑即チ能力刑ト成レリ本編第二章第四節

現今我國ノ刑罰ヲ始トシ多數文明國ノ刑法ニ於テハ嘗テ存在セシ身體ノ或部分ヲ傷クル刑罰又ハ直接身體ニ苦痛ヲ與フル刑罰ハ殆ト其跡ヲ絕ツニ至レリ然ラハ法理上此種ノ刑罰ハ許スヘカラサル性質ノモノナリヤ野蠻ナル刑罰ナルカ故ニ許スヘカラスト云フ者尠カラスト雖モ野蠻ト云ヒ文明ト云ヒ感覺上ノ根據ヲ以テ之カ性質ヲ定メントスルハ正當ニ非ス若シモ此種類ノ刑罰ナケレハ或種類ノ犯罪ヲ防遏スルコト能ハス若クハ單純ナル身體刑ニ據リ他ノ刑罰ヨリ遙ニ手數ト費用トヲ減シ而モ其效力ニ大差ナキトキハ今日以後ノ法律ニ或身體刑ヲ採用スルモ法理上何等ノ不都合ナシ近來我國ニ於テモ臺灣ニ笞刑ヲ採用セリ之カ當否ノ如キモ右ニ謂フ所ヲ標準トシテ他ノ刑罰同樣ノ效力ヲ收ムルコトヲ得テ而モ手數ト費用トニ於テ便利アル以上ハ必スシモ許スヘカラサル刑罰ニ非スト謂ハサルヘカラス

六　刑罰ハ其種類、其適用、其執行及ヒ其消滅原因ノ四點ニ就テ要旨ヲ說明スヘシ

七　注意　苦痛ヲ以テ刑ノ本質ト認ムルノ當否ハ解釋論ト立法論トニ區別シテ考究スルコトヲ要ス(1)解釋論トシテハ苟モ國法カ犯罪ノ制裁トシテ一定ノ

0309

利益ヲ剝奪スル以上ハ犯人其苦痛ヲ感スルト否トニ論ナク均シク刑罰タルヘク之カ概念ノ中ニ苦痛ト云フ分子ヲ置クノ必要ナシ(2)立法論トシテ亦極言スレハ犯罪ノ減滅ヲ目的トスル一切ノ制度ヲ刑罰ト名クルカ又ハ其中特ニ苦痛ヲ與フルモノノミヲ刑罰ト名タルカノ便宜ノ問題ニ過キス

第二節　刑名

- 刑名
  - (一)主刑（六條）
    - (一)重罪（七條）
      - (一)非國事犯（六七條）
        - (1)死刑
        - (2)無期徒刑
        - (3)有期徒刑（十二…十五年）（一七條）
        - (4)重懲役（九…十一年）（二二條）
        - (5)輕懲役（六…八年）（二二條）
      - (二)國事犯（六八條）
        - (1)死刑
        - (2)無期流刑
        - (3)有期流刑（十二…十五年）（二〇條）
        - (4)重禁獄（九…十一年）（二三條）
        - (5)輕禁獄（六…八年）（二四條）
    - (二)輕罪（八條）
      - (1)重禁錮（十一日…五年）（二四條）
      - (2)輕禁錮（十一日…五年）（二四條）
      - (3)罰金（二圓以上各本條ニ於テ其多寡ヲ區別ス）（二六條）
    - (三)違警罪（九條）
      - (1)拘留（一日…十日）（二八條）
      - (2)科料（五錢…一圓九十五錢）（二九條）
  - (二)附加刑（六條）
    - (一)不要宣告
      - (1)監視（(イ)重罪ノ刑ニ處セラレタルトキ（三八條）(ロ)死刑及ヒ無期刑ノ期滿免除ヲ得タルトキ（三九條））
      - (2)剝奪公權（重罪ノ刑ニ處セラレタルトキハ終身間（三二條））
      - (3)停止公權（(イ)禁錮ノ刑ニ處セラレタルトキハ其刑期間（三三條）(ロ)輕罪ノ刑ニ於テ監視ニ付セラレタルトキハ其監視ノ期間（三四條））
    - (二)要宣告
      - (1)監視（三七條）
      - (2)罰金（四二條）
      - (3)沒收（四三條）

第二章　刑ノ種類

一　刑ハ其剝奪スル利益如何ノ點ヨリシテ之ヲ　生命刑　自由刑　財産刑　能力刑　ノ四ニ大別スルコトヲ得此順序ニ從ヒ概要ヲ説明セン

第一節　生命刑

二　生命刑即チ死刑ハ國家カ犯罪ノ制裁トシテ一私人ノ生命ヲ剝奪スルヲ謂フ國事犯、非國事犯ノ重罪ノ主刑ニシテ刑罰ノ頂上ニ位ス

三　現行刑法ハ以前ノ刑法ニ比スレハ大ニ死刑ノ適用ヲ狹クシ主トシテ人命ニ關スル犯罪ノミノ制裁トナセリ

四　沿革ノ大要

我國ニ於テ死刑カ太古ヨリ存在セシハ疑ナキ事實ナリ大寶令ニ依リ支那刑法ヲ繼受スルニ當リ死刑トシテハ絞斬ノ二種ヲ採用セリ將軍政治トナリシ以來絞斬ノ外尚ホ一二ノ種類アリシト雖モ日本全國ニ涉レルモノニ非サリシナリ織田、豊臣ノ時代ヨリ漸次慘酷ナル張附ヲ採用シ(恐ラク耶蘇教ノ傳來ト共ニ歐洲ヨリ來リタルモノナラン)德川ノ世ニハ鋸挽、火刑、張附、死罪、斬罪、下手人等ノ各種ノ死刑ヲ認メタリシモ明治維新ト共ニ先ツ火刑及ヒ鋸挽ヲ廢シ張附ノ適用ヲ制限シ現行法ニ至リテ斬罪ヲ廢シ專ラ絞罪ノミヲ採用スルニ至レリ

五　存廢論ノ大意

死刑ヲ存スヘキヤ廢スヘキヤノ論ハ數百年ノ以前ヨリ起リ今日尚ホ未決ノ狀態ニ止マルモノトス總テノ廢止論及ヒ存在論ヲ說明評論スルノ時間ヲ有セサルヲ以テ直チニ之ニ對スル予ノ所信ヲ述フレハ元來或刑ヲ存スヘキヤ廢スヘキヤノ論ハ其刑カ犯罪ヲ減滅スル效力如何ニ因リテ決定スヘキモノニシテ死刑其モノハ絕對ニ人ヲ陶汰スルニ付テ唯一ノ方法ナリ無期刑ノ如キハ獄內ニ於テ罪ヲ犯スコトヲ得ヘク或ハ逃亡シテ良民ヲ害スル恐モアルヘシ絕對的ノ陶汰方法トシテ死刑ハ其人ヲ除クモノナルヲ以テ最モ確實ノ方法ナリ此ノ如ク特質ヲ有スル刑罰ノ適用ヲ受クヘキ犯人若クハ犯人中ニハ絕對的ニ不治ノ者ト關係的ニ不治ノ者トアリ又社會ニ大害ヲ與フル者ト然ラサルモノトアリ故ニ社會ニ巨害ヲ與ヘテ而モ國家的制度ヲ以テ改心セシムル能ハサルモノニ對シテハ死刑ナル絕對的方法ヲ用フルノ外他ニ良民ヲ救フノ途ナシ一殺多生ハ國政ノ要義ナリ一巨惡人ヲ殺スハ多數良民ノ害

差額ハ「ババリヤ」國ニ於テ之ヲ賦課スルモノトセリ又間接稅ハ外國人ト雖モ之ヲ負擔スヘク手數料ノ如キ亦然リ

市町村稅ハ國稅ト同一ノ理由ニ因リ外國人モ之ヲ負擔セサルヘカラス關稅、入市稅等亦然リ學校稅、寺院稅ハ一般ニ負擔スヘキモノニ非サレトモ「ババリヤ」ノ如キハ內外國人ヲ問ハス滿六歲ヨリ七个年間ハ强制就學ノ制度ナルヲ以テ外國人モ之ヲ負擔セサルヘカラス寺院稅ハ「カトリック」教徒ニ限リ之ヲ負擔スルノ義務アルモノトス

外國人ハ軍事上ノ負擔ヲ負フコトナシトハ前ニ說明セシ所ナリ故ニ軍事ニ基因スル租稅ハ徵收セラルルコトナシ是レ我國ニ於テモ日英條約ヲ始トシテ諸外國トノ間ノ條約ニ明記スル所ナリ然ルニ日露開戰後程ナク戰時特別稅ニ關スル規定ヲ設ケタルニ或外國人ハ外國人ニ軍事上ノ負擔ナシトノ理由ヲ以テ該法ニ依ル訴訟印紙ヲ貼用スルノ義務ナシト主張セシ實例アリキ之ニ對スル我當局者ノ所說ハ該法ニ基ク租稅ハ之ヲ以テ軍事負擔ト爲スヘキモノニ非スト云フニ在リキ此問題タル法ノ解釋如何ニ依リテ決定セラルヘキモノニシテ若シ之ヲ以テ軍事上ノ負擔ナリト解スルトキハ勿論之ヲ外國人ニ强フルコトヲ得ス

第三　戰時ニ於ケル取扱　戰時ニ於テ交戰國一方ノ臣民ノ他方ニ在ル者カ其內國人ト取扱ヲ異ニセラルルモノナリヤ否ヤニ付キ二三ノ點ヲ說明スヘシ

一　戰時ニ於テ交戰國一方ノ臣民ノ他方ニ在ル者ハ追放セラルヘキモノナリヤ　古昔ニ於テハ敵國ノ人民ハ總テ之ヲ殺スコトヲ得ルモノトセシモ今日進步シタル國際法規ハ戰爭ヲ以テ國家ト國家トノ間ニ行ハルルモノト爲スカ故ニ曾ニ此等ノ者ヲ殺害虐待セサルノミナラス平和適法ノ事業ニ從事ス

0311

ル者ハ之ヲ追放セサルヲ原則ト爲スニ至レリ我國ニ於テモ日清戰爭當時ノ明治二十七年勅令第三十七號及ヒ日露戰爭ニ關シ明治三十七年二月十日ノ内務省訓令ハ何レモ此原則ニ從フ

二　戰時ニ於テ交戰國一方ノ臣民ノ他方ニ在ル者ハ裁判ヲ求ムル權ヲ奪ハルルヤ　之ニ關シテ二主義アルヲ見ル一ハ英國主義ニシテ此種ノ權利ナシトシ二ハ大陸主義ニシテ此權利ヲ認ム我國ニ於テハ日清戰爭ノ場合ニ於テ前者ヲ採用シ日露戰爭ニ際シ前示内務省訓令ハ後者ニ從フコトヲ明示セリ(尤モ日清戰爭ノ場合ニ於テハ別ニ之ニ關スル法令アリシニ非ス裁判所ノ判決ヲ以テ交戰中清國人ニ關スル訴訟ヲ中止スヘク從テ控訴スルコトヲ得スト爲シタルモノトス)

三　戰時ニ於テ交戰國一方ノ臣民カ他方ニ通商スルコトヲ得ルヤ　消極的ニ決定スルハ英國ニシテ學者中ニモ米國ノ「ホイートン」英國ノ「トウィス」「ハレック」和蘭ノ「ビンケルシェーク」此說ニ贊同シ之ニ反スルハ獨逸ナリ我國ニ於テハ日露戰爭ニ際シ陸上ニ於ケル通商ニ付キ明文ヲ缺クモ海上ニ於テハ英國主義ニ從ヘルコト新捕獲規定第三六條ノ示ス所ナリ日清戰爭ノ當時ニ於テハ寧ロ大陸主義ヲ採用セシカ如ク從テ當時一問題トナリタル淺野所有ノ石炭ノ賣買事件ハ世人ノ激怒セシ所寧ロ謬見ナリシト信ス而シテ予ハ大陸主義ヲ以テ正當ナリト信スル者ナリ

以上ハ内國人ト外國人トノ差異ノ存スル諸點ナリ以下此點ニ關スル沿革ノ大要ヲ講述セントス

古代ニ於テハ外國人ハ全ク無權利ナリキ今日ニ於テモ尙ホ公法上ノ權利ヲ外國人ニ與ヘサルヲ原則トス歐洲諸國ニ於テハ昔時外國人ニ權利ヲ與ヘサルノミナラス外國人ヲ敵トシテ遇セシナリ殊ニ羅馬ハ希臘ヨリ一層甚シカリシナリ「バルバール」ハ希臘ニ來ルモ何等ノ權利ヲ有セス然レトモ義務ヲ負ハシムト此ノ如ク法律上ヨリ觀察スレハ無權利ナリシト雖モ神ハ外國人ヲモ同一視スルモノナリトシ外國人ノ權利ハ事實上ニ於テハ幾分カ保護ヲ受ケタリ

羅馬ニ於テハ外國人ナル名稱ヲ表ハスニ敵ナル文字ヲ以テセリ外國人ハ啻ニ野蠻人ナリ權利ナシト認メタルノミナラス之ヲ敵ト認メタリ羅馬ニテハ羅馬人カ權利ノ主體タリ得ルノミニシテ外國人ハ權利ノ主體ト認メラレサリシナリ故ニ羅馬ニテハ權利ノ主體ニ羅馬ノ國民タルコトヲ基礎トセリ然レトモ其後ニ至リ外國人ヲ權利ノ主體ト認メサル爲メ大ニ不便ヲ感シ唯リ外國人ノミナラス羅馬人ト雖モ之カ爲メ困難ヲ生スルニ至レリ何トナレハ外國人ニ物品ヲ賣却シ其外國人カ代金ヲ支拂ハサルモ外國人ハ權利ノ主體ニ非ストセルヲ以テ之ヲ被告トシテ裁判所ニ訴フルコトヲ得ス從テ羅馬人ハ外國人ヲ殺害スルコトヲ得ヘシト雖モ代金ヲ得ルノ途ナケレハナリ此不便ハ羅馬人ヲシテ寧ロ代金ヲ支拂ハシムルノ利益ナルヲ覺ラシメ遂ニ外國人ニ權利ヲ與フルニ至リタリ是ニ於テカ内外人ノ間ニ於ケル法律ノ發生ヲ促セリ所謂「ユス、ゲンチユーム」是ナリ從來羅馬ノ裁判所モ是ヨリ羅馬人ト外國人及ヒ外國人間ノ裁判ヲ爲スニ至レリ之ヲ「プレートル、ペレグリナス」ト謂フ之ト同時ニ羅馬人間ノミノ裁判官ヲ生セリ之ヲ「プレートル、ウルバーナス」(市民ノ裁判官)ト謂フ彼ノ「ピユーニック」戰爭後羅馬ハ外國ト交通ヲ繁クシタルヨリ外國人ニ權利ヲ與フルコト益〻必要トナリタリ當時ニ在リテハ外國人ニハ萬民法ヲ適用シタリシカ後ニハ一般ニ萬民法ノミヲ適用スルニ至リタリ此ノ如ク羅馬ニ於テハ漸次外國人ニ權利ヲ與フルニ至リ純然タル羅馬人ト素ト外國人ナリシモ羅馬ヨリ征服セラレ羅馬人ト爲リタル者及ヒ外國人ノ三種アリ第一ヲ市民ト云ヒ最大ノ權利ヲ有シ第二ノ者ハ之ヨリ低キ權利ヲ有シ第三ノ者ハ最低ノ權利ヲ有シタリシモ其後羅馬ノ版圖益〻廣大ト爲リ「カラカラ」帝ノ時代ニ至リテハ市民ノ權利ト征服地ノ人民ノ權利トハ同一ト爲リタリ

0312

羅馬ニ於テハ外國人ニ權利ヲ與フルニ至リタレトモ或種ノ權利例ヘハ公法上ノ權利ヲ制限スルノミナラス又私法上ノ權利ヲモ制限シタリ「コンスタンス」帝時代ニ於テ外國人カ羅馬ニ入ルトキハ先ツ國境ニテ所持金ヲ檢査シ又羅馬ヲ出ツルトキハ其持來リタルヨリ多クノ金ヲ持去ルコトヲ許ササリキ其後「セオドシアス」帝時代ニ於テ外國人ハ羅馬ノ港及ヒ市場ニ入ルヲ禁シタリ是レ羅馬人トノ競爭ヲ防止セントスルノ主意ニ出テタルモノナリ之ヲ今日ヨリ觀ルトキハ狹量ナルカ如キモ何レノ國ト雖モ斯ル制限ヲ加ヘサルナシ「マーカスオーレリアス」帝時代ニ於テハ鐵ト武器トヲ外國人ニ賣ルヲ許サス是レ武器ヲ以テ羅馬ニ抗敵スルヲ恐レタルニ基ケリ

日耳曼人種ノ法律ニ於テモ亦中古外國人ヲ稱シテ外國人ト謂ハス外國人ナル文字ト盜賊ト云フ文字ト同一ナリシ或ハ之ヲ漂泊人、宿無ト云ヒ又ハ追出サルル人間ト云フ意味ニ使用シタリ然レトモ外國人ニハ宿ト火ヲ與フヘシト命セリ後「チャールス」大王時代ニ於テハ之ニ一ヲ加ヘ外國人カ火、宿及ヒ水ヲ乞フトキハ之ヲ拒絶スルコトヲ得ストセリ然レトモ外國人ハ之カ爲メニ權利ヲ得タルニハ非サリシナリ

日耳曼人種ノ法律モ亦其初ニ於テハ外國人ノ權利ヲ認メサリシカ後世ニ至リ外國トノ交通漸ク盛ナルニ及ヒテ稍ヤ其權利ヲ認メ之ヲ保護スルニ至リタリ然レトモ尙ホ(イ)外國人ノ武器ヲ所持スルコト及ヒ(ロ)日耳曼人ト結婚スルコトヲ許サス又(ハ)外國人ハ完全ナル所有權ヲ有スルコト能ハス從テ遺言、贈與又ハ其他ノ方法ニ依リテ自己ノ財產ヲ處分スルコト能ハサリキ又(ニ)日耳曼人ハ外國人ニ金錢ヲ貸與シ外國人カ債務者タル場合ニ之カ保證人ト爲ルコトヲ禁セラレ及ヒ(ホ)外國人ハ貨物ノ小賣ヲ爲スコトヲ許サレサリキ是レ外國人カ商業ヲ營ミテ內國人ノ取得スヘキ利益ヲ奪フノ結果ヲ生スレハナリ而シテ外國人ヨリ輸入スル貨物ニハ莫大ノ輸入稅ヲ課シタリキ其他外國人ニ付テハ國家ハ(ヘ)國庫相續權及ヒ(ト)難破船沒收權アルモノトセリ

日耳曼人種ハ外國人ハ內國ニ於テ國王ヨリ法律上ノ保護ヲ受クルモノナルカ故ニ其保護ニ對シ年年一定ノ租稅ヲ納付スヘキモノトシ其租稅ハ國王ノ保護ニ對スル報償ナリト思惟セリ而シテ外國人若シ內國人ト爲ルコトナクシテ死亡スルトキハ其被相續權ヲ認メスシテ其財產ハ死者ノ在住セシ國家之ヲ收ムルコトトセリ之ヲ國庫相續權(Jus albinagii)ト謂フ我國ニ於テモ慶長十七年ニ於テ英國人「ジョンサイリス」ナル者肥前ノ平戶ニ來リテ十七箇條ノ條約ヲ締結セシカ其第五條ニ若シ居留人ニ死者アルトキハ其携帶セシ物品ハ悉ク之ヲ還付スヘキ旨ヲ規定セリ予ハ此特別ノ規定ニ依リ當時英國カ其原則トシテ死者ノ所有品ヲ沒收セシモノナルコトヲ推知ス

難破船沒收權(Jus naufragii)ハ獨リ難破シタル船舶ノミナラス其船ニ搭載セル財產ヲモ沒收シ及ヒ其船ニ乘込ミタル總テノ人ヲモ捕ヘテ奴隸ト爲シタリキ是レ蓋シ其土地ニ於テ救助セラレサリシナラハ生命及ヒ其財產ヲ失フヘカリシニ幸ニ其土地ノ人ニ救助セラレテ生命財產ヲ保維シタルモノナルカ故ニ其船舶、財產ハ勿論、人ハ奴隸ト爲リテ其國ノ王ニ屬スヘキモノナリトノ思想ニ出ツ然レトモ此思想ハ極端ニ走リ之ヲ以テ日耳曼人種好箇ノ財源ト爲シ平素難破船ノ多カランコトヲ神前ニ祈リ難破船ノ爲メニ所所ニ燈臺ヲ設ケ或ハ風雨ノ夜ニ燃火ヲ爲シテ之ヲ誘致シタルコトスラアリシト云フ此事タル獨リ外國ノ臣民ニ付テノミナラス君主又ハ官吏ト雖モ此規則ノ適用ヲ免ルルコト能ハサリキ一例ヲ擧クレハ千六十五年「ゴドウヰン」ノ子「ハロルド」ナル者「ノルマンヂー」ニ航セントシテ「ソムメイ」河口ニ於テ暴風雨ニ遭ヒ「グイ、フォン、ポンチウ」伯ノ領地ニ漂著シタルコトアリ伯ハ所謂難破船沒收權ア

0313

リトシテ「ハロルド」及ヒ其從者ヲ掠奪セシメ之ヲ城塞中ニ抑留セシカ後莫大ノ金員ト土地トヲ與ヘテ「ハロルド」以下ノ解放ヲ請ヒ漸クニシテ之ヲ許サレタリキ而シテ此種ノ沒收權ハ其後之ヲ嚴禁センコトヲ圖リシカ何等ノ效ヲ奏セスシテ止メリ千六百八十一年佛蘭西王「ルイ」十四世ハ一面ニ於テハ之ヲ禁シ其實多大ノ償金ヲ徵收スルコトヲ得ルモノトセシヲ以テ遂ニ同王ノ時代ニ至リテ之カ禁止其效ヲ現ハセリ

又各地ノ諸侯ハ國王ニ代リテ外國人ヲ保護スト稱シ旅行者ノ必要ナキニ拘ハラス故ラニ橋梁、街道門等ヲ通過セシメ一一租稅ヲ徵シタルコトアリ此通過稅ヲ得ルカ爲メニ設ケラレタル橋梁、門關等今日尙ホ其跡ヲ遺スモノ尠カラス

此ノ如ク日耳曼人種ノ間ニ於テハ外國人ハ內國人ニ比シテ其權利ヲ制限セラレタリト雖モ時トシテハ之ニ反シテ內國人ヨリモ外國人ニ多クノ權利ヲ與ヘタルコトアリキ是レ外國ノ商人、學生、職工等ニ對スルモノニシテ之ニ依リテ自國ノ利益ヲ圖ラントシタルモノナリ

然ルニ國際關係漸ク親密ト爲リ外國人ニハ相互的ニ權利ヲ認ムルニ至レリ之ヲ相互主義ト謂フ相互主義ニ次テ生シタルハ內外人平等主義ニシテ最モ發達シタルモノトス故ニ內外人ノ權利享有ニ關スル差異ハ之ヲ沿革的ニ考フルトキハ左ノ四主義ト爲スコトヲ得

一　外國人ヲ內國人ヨリ惡シク待遇スル主義

二　外國人ヲ內國人ヨリ善ク待遇スル主義

三　相互主義

四　內外人平等主義

是ナリ左ニ各主義ニ付キ詳說スル所アルヘシ

第一　排外主義　古代ニ在リテハ何レノ國家ニ於テモ外國人排斥ノ主義ヲ採用セシコト前述ノ如シ然ルニ今日ニ在リテハ絕對的ニ此種ノ主義ヲ採ルモノナシト雖モ他ノ國家ニ比シテ比較的ニ外國人ヲ冷遇シ四主義中寧ロ此主義ニ屬スルモノハ英、露、米ノ法制ナリ

英國ニ於テハ千八百七十年ノ法律以前ニハ所謂普通法(Common law)ハ外國人ニ土地ノ所有權ヲ許サス又相續權ヲ認メサリシト雖モ今日ニ至リテハ船舶ノ所有權ヲ除クノ外總テノ物ノ所有權ヲ認メ又他ノ諸國ニ於テ外國人ニ許ササル陪審權及ヒ辯護士ト爲ルノ權ヲ認ム然レトモ外國人ハ英國人ノ後見人ト爲ルコトヲ得ストノ制限ハ即チ是アリ

露國ニ於テハ外國人ニ土地ノ所有權ヲ與ヘス又旅行券ヲ有セサル外國人ノ旅行ヲ許サス其他露西亞本國ニ於テ波蘭土語ヲ使用スルコトヲモ禁止セリ

米國ニ於テハ各州其法律ヲ異ニスルヲ以テ外國人ノ土地所有權ニ關シテモ或ハ之ヲ認メ或ハ條件附ニ之ヲ許ス即チ期間ヲ限リ範圍ヲ限リ又ハ價格ヲ限リテ外人ノ土地所有ヲ許スモノアリ或ハ將來米國人ト爲ルノ意思ヲ表示セサル者ニハ土地ノ所有權ヲ許サストスル州アリ

之ヲ要スルニ今日ノ排外主義ニ於テハ種種ノ例外ヲ認メテ外國人ニ權利ヲ與フルカ故ニ其結果ニ至リテハ所謂平等主義ト大差ナキニ至レリ

第二　外國人好遇主義　今日ニ於テハ國家カ外國人ヲ遇スルニ此主義ヲ採ルモノアルコトナシト雖モ古代ニ在リテハ全部的ニ或ハ部分的ニ往往此主義ヲ採用セシモノアルヲ見ル今歷史ニ依リ何カ故ニ爾ク外國人ヲ好遇セシヤヲ繹スルニ一ハ自國ノ文化ヲ助成スル目的ヲ以テ開化セル外國人ヲ誘致センカ

爲メニ之ヲ好遇シ二ハ强力ナル外國家ニ威壓セラレ干涉ヲ受ケテ己ムヲ得ス其外國家ノ人民ヲ好遇セシカ如シ東洋諸國カ歐洲人ニ領事裁判權ヲ與フルハ此主義ノ一例ト謂フヘシ

第三　相互主義　相互主義トハ自國人ノ外國ニ在リテ賦與セラルル權利ハ自國ニ於テモ其外國人ニ認ムル主義ナリ相互主義ニ二アリ一ヲ法律相互主義ト謂ヒ二ヲ條約主義ト謂フ

一　法律相互主義　法律相互主義トハ甲國ノ法律カ乙國人ノ甲國ニ在ル者ニ或權利ヲ與フルコトヲ許ストキハ乙國モ亦甲國人ノ乙國ニ在ル者ニ同一ノ權利ヲ與フルコトヲ其法律ニ於テ規定スル主義ナリ塡地利民法、普蘭西ノ古代普通法、「モナコ」、瑞典等ノ法律ハ皆此主義ヲ採用セリ

二　條約相互主義　條約相互主義トハ甲國ノ人民ニ乙國家カ或權利ヲ與フレハ甲國家モ亦乙國人ニ同種ノ權利ヲ與フルコトヲ甲乙兩國ノ條約ニ於テ約定スル主義ナリ佛蘭西、希臘、「ルクセンブルグ」ノ法律ハ此主義ニ從フ

然レトモ佛蘭西ニ於テハ左ノ權利ハ縱令相互的ニモ之ヲ外國人ニ認メス即チ

イ　裁判管轄權ハ佛蘭西人ノ外之ヲ有スルコトヲ得ス

ロ　外國人カ訴訟ヲ爲スニハ保證ヲ立テサルヘカラス

ハ　外國人ハ佛蘭西ノ官林ニ入リテ薪、下草ヲ採取スルコトヲ得ス

佛國大革命ノ時代ニ於テハ所謂自由平等主義ノ極端ナル實行ノ結果トシテ外國人ト雖モ絕對的ニ內國人ト同一ノ權利ヲ有スルモノナリトノ法律ヲ見タリシカ那翁法典編纂ノ時ニ於テハ以前ノ相互主義ニ復舊シ今日ニ於テハ其制限稍ヤ寬大トナリタルモ尙ホ相互主義ヲ原則トセリ

第四　內外人平等主義　此主義ハ相互主義ニ次テ起リタルモノニシテ十九世紀ノ中葉和蘭ノ始メテ採

國際公法(非常)

法學博士　高橋作衛講述

總論

第一章　戰爭ノ定義及ヒ其性質

第一節　戰爭ノ定義

戰爭ノ定義ニ關シテハ學者ニ依リ其要素トシテ擧クル所相一致セス今此等ノ學說ヲ列擧批評スルノ遑ナキヲ以テ予ハ茲ニ其最モ完全ト認ムヘキ定義ヲ示サントス

「ローレンス」氏曰ク「戰爭ハ國家或ハ戰爭ニ關シテ國家タル權利ヲ有スル團體ノ間ニ公然兵力ヲ交ユルヲ謂フ」ト此定義ハ大體ニ於テ完全ニ近シト雖モ予ハ更ニ之ヲ補充シテ左ノ如ク定義ス

戰爭トハ國家間又ハ國家ト交戰團體若クハ交戰團體間ニ於テ公然兵力ヲ以テスル爭鬪ニシテ必ス國際間ニ異常(アノーマル)ナル權利義務ノ關係ヲ生セシムルモノヲ謂フ

(註)「ゼンチリス」氏ハ「戰爭トハ正當ナル方法ニ依リテ兵力ヲ以テ執行セラルル公ノ爭鬪ナリ」ト言ヘリ是レ古代ニ於テ行ハレタル定義中最モ近世ノ法理ニ近キモノナリ次ニ「グロチウス」氏ハ「戰爭トハ力ニ依リテ爭フ所ノ當事者間ノ有樣又ハ狀態ヲ謂フ」ト言ヘリ今此二箇ノ定義ヲ比較スルニ前

0315

者ハ戰爭ヲ以テ公ノ爭ナリト云ヒ且正當ナル方法ニ依ル兵力ノ爭ナリト云ヒ後者ハ單ニ力ノ爭ニシテ且當事者間ノ爭ナリトシ公ナル力ト云ハス「グロチウス」ハ國際法學者トシテ有名ナリシモ其定義ニ至リテハ不完全ナリト云フヲ憚ラス又「ビンケルシェック」氏曰ク「戰爭トハ獨立團體カ其權利ヲ保護スル爲メ强力又ハ謀略ニ依リテ爲ス所ノ爭鬪ナリ」ト此定義ニ依レハ戰爭ハ一ノ獨立團體ノ爲スモノニシテ又權利ヲ保護スルカ爲メニ爲スモノナリトシ戰爭ノ目的ヲ以テ其要素トセリ又氏ハ謀略ニ依リテ行フモノナリトナスモ是レ戰爭ノ方法中其一ヲ擧ケテ之ヲ缺クヘカラサル要素ト爲シタルカ如ク甚タ不必要ノモノナリトス此點ニ付テハ「ワイルドマン」氏既ニ之ヲ駁論セリ又英ノ「ロードベーコン」氏曰ク「戰爭ハ權利ノ最後ノ裁判ナリ」ト蓋シ氏ノ意ハ國家及ヒ國王ハ地球上ニ優者、長者ヲ戴カサルカ故ニ最終ノ裁判トシテハ兵器ヲ執リテ上帝ノ聖斷ヲ仰カサルヘカラストノ宗教上ノ觀念ニ出テタルモノナリ然レトモ是レ哲學上ヨリ立論シタルモノニ過キスシテ法律上ノ觀念トシテハ採用スヘキニ非ス又「マンニング」氏曰ク「戰爭トハ國ト國トカ平和的關係ヲ杜絶シ各國ノ主權者ニ依リ權力ヲ付與セラレタル强力ノ一般爭鬪ノ狀況ナリ」ト氏ノ言ニ依レハ平和關係ノ杜絶カ直チニ戰爭ト爲ルニ非スシテ强力ヲ加フルヲ要スト爲スニ在リ又「ワイルドマン」氏曰ク「戰爭ハ國ト國トノ間ニ於ケル爭ニ非スシテ主權國間ノ爭ナリ換言スレハ戰爭ハ主權國カ武器ニ依ル强力ニ依リ其權利ノ要求ヲ遂ケントスルモノナリ」ト此定義ハ前掲諸氏ノ定義ト異ナル所二アリ其一ハ戰爭ハ主權國ト主權國ノ爭ナラサルヘカラス其二ハ武力ノ爭ナラサルヘカラストスルコト是ナリ而シテ第一點ハ獨リ氏ノミナラス米國大統領「リンコルン」ノ出セル米國野戰訓令ニモ亦此言アリ次ニ「ハレック」氏曰ク「戰爭ハ國家間又ハ國內徒黨ノ間ニ强力ニ依リテ行フ爭鬪ナリ」ト又「リヴィエール」氏ノ定義ニ曰ク「戰爭トハ武器ノ力ヲ以テ行フ國家間ノ爭鬪ナリ」ト又「ブルメリンク」氏曰ク「戰爭トハ國家間ノ權利狀態ヲ防禦センカ爲メノ强行的權利手段ナリ」ト又「ホルツェンドルフ」氏ノ定義ニ曰ク「戰爭トハ國家カ行フ所ノ强力的自助ニシテ平和ノ手段ニ依リテ保全スル能ハサル權利ヲ保護センカ爲メニ行フモノナリ」ト又「ヘフテル」氏ハ曰ク「戰爭ハ其事實ヨリ見レハ種種ノ國家カ互ニ相抗敵スル關係ニシテ之ニ法理的ノ解釋ヲ下セハ一國カ自己ノ目的ヲ貫徹センカ爲メニ他國ニ對シ强力ヲ應用スルモノナリ」ト

予ハ「ローレンス」氏ノ定義ヲ以テ最モ其當ヲ得タルモノト爲ス今上揭諸學者ノ定義ヲ分析彙類セハ

(一) 戰爭ヲ以テ行爲ナリト爲シ方法ナリト爲シ又ハ爭鬪ヲ爲ス當事者間ノ狀況ナリト言フ者アリ

(二) 戰爭ハ單ニ力ノ爭ナリト說ク者ト武器ニ依ル爭ナリト言フ者ト又力及ヒ謀略ニ依ル爭ナリト爲ス者トアリ

(三) 戰爭ハ國家ト國家ノ爭ナリトスル者ト主權者ト主權者ノ爭ニ限ルト說ク者ト國ニ限ラス個人間ノ爭ヲモ含ムト爲スモノト國內黨派間ノ爭ヲモ含ムト爲ス者ト又國ト交戰團體間ノ爭ヲモ包含スト說ク者アリ

(四) 戰爭ハ權利ノ保護ヲ目的トスルモノナリト言フ者アリ又斯ル目的ハ其要素ニ非スト爲ス者アリ又自衛ハ戰爭ノ要素ニ非スト說ク者アリ

第二節　戰爭ノ性質

戰爭ノ性質ヲ分析研究スルニ當リテ說明ノ便宜上先ツ「フィリモアー」氏ノ戰爭論ヲ紹介セントス氏ノ

0316

說ニ依レハ戰爭ハ左ノ三要素ヲ包含ス

（一）戰爭ハ必ス一國ノ公ノ權力者ニ依リテ行ハレ且其權力者ノ指揮ノ下ニ屬スル者カ公命ニ因リテ執行スルモノナラサルヘカラス是ヲ以テ社會ノ一員タル一私人間ニ於テハ戰爭ナルモノアリ得ヘカラス

（二）戰爭ハ必ス侵害ノ修補（インジュリーレパーレーション）、權利ノ回復及ヒ國際秩序ノ回復（レストレーション）ヲ其終局ノ目的トス

（三）戰爭ノ方法ハ第二ノ目的ニ反セサルコトヲ要ス

「フィリモアー」氏ハ更ニ其論鋒ヲ進メテ曰ク「或論者ハ戰爭ナルモノハ慘酷ヲ極ムルモ敢テ憚ルコトナシ交戰者雙方ノ認メテ以テ便利ナリト爲ス所ノモノハ如何ナルコトヲモ爲スヲ得ヘシ」ト言ヘリ然レトモ是レ耶蘇教國ノ不名譽ト謂ハサルヘカラス夫ノ「ビンケルシェック」ハ敵ニ對シテハ如何ナルコトヲ爲スモ皆合法ナリトシテ曰ク「汝ハ彼カ汝ニ與ヘタル侵害ニ對シテ戰爭ヲ爲スコトヲ得汝ハ彼ノ臣民ヲ攻擊殺戮スルコトヲ得ヘシ彼縱令一兵器ヲ持タサルモ尙ホ之ヲ殺シテ何等ノ不可アルコトナシ又暗殺者ヲ放ツコトヲ得ヘク毒殺ヲ行フコトヲ得ヘシ又彼ヲ奴隸ト爲シ得ヘシ試ニ思ヘ判事ハ刑事犯罪人ニ死刑ノ宣告ヲ爲シ執行者ヲシテ兵器ヲ携ヘサル桔梏ノ囚人ヲ殺サシムルニ非スヤ然ルニ世ノ學者之ヲ目シテ不正ト爲サス」ト然レトモ是レ大ニ誤レルノ論ナリ刑法上ノ犯罪ハ惡事ヲ犯セル罪人ナリ其死刑ハ明カニ法律ニ依リテ命セラレタル所ナリ正不正ノ理既ニ判然タルモノニシテ不正ノ結果トシテ刑ヲ受クヘキコト當然ナリ然ルニ戰爭ノ場合ニ於テハ交戰國ノ各自ハ各自ヲ正トナシ正不正ノ別未タ判然タラス兩者各〻其見ル所ヲ以テ正當ト爲スニ當リ之ヲ決スヘキ共同上長權ヲ有セサルノ極戰爭ニ訴フルモノナルカ故ニ戰爭ニ從事スル人民ヲ以テ直チニ犯罪者ニ比シ惡事ヲ爲シタル不正ノ徒ト見ルハ法理ニ於テ誤レリト謂フヘシ」ト

右「ビンケルシェック」ノ說ヲ反駁シタル「フィリモアー」ノ言フ所ハ實ニ其當ヲ得タリト雖モ氏ノ揭ケタル戰爭ノ三要素ニ付テハ尙ホ精確ナラサルノ點アリ即チ權利ノ保護ヲ以テ要素ト爲シタルコト是ナリ此權利保護ヲ要素ト爲セルハ「ヴァッテル」「ホルツェンドルフ」等古來學者ノ唱フル所ナリト雖モ是レ戰爭ノ實際ニ合セサルノ論ナリ今此說ヲ批評シ併セテ前節ニ列擧セル諸多ノ疑點ヲ解決センカ爲メ戰爭ノ性質ヲ分析研究セントス

第一款　戰爭ハ單ニ權利保護ヲ要素ト爲サス

權利ノ保護カ戰爭ノ要素ニ非サルコトハ既ニ六十年ノ昔ニ於テ「マンニング」氏ノ唱ヘタル所ナリ氏曰ク「ヴァッテル」氏ハ戰爭ヲ定義シテ强力ニ依リ吾人ノ權利ヲ執行スル狀態ナリト言ヘリ然レトモ不幸ニシテ古來ヨリノ戰爭ハ權利保護ノ爲メニ爲ササルモノ多クシテ此定義ヲシテ成立セシムヘキ實例ノ少キヲ憾ムト實ニ「マンニング」氏ノ言ヘル如ク古來ノ戰爭ハ或ハ政略ノ爲メ又ハ宗教教旨ノ爲メ若クハ王室ノ關係等ノ爲メニセルモノ多キハ歷史ノ證明シテ餘アル所ナリ故ニ權利ノ保護ヲ以テ戰爭ノ要素トスルハ戰爭ノ實際ニ適合セス

第二款　戰爭ハ單ニ交戰國間ノ關係ナリヤ

戰爭ヲ以テ兩者間ノミノ關係ナリト說クハ「グロチウス」氏等ノ意見ニシテ此見解ニ從ヘハ私人間ノ爭又ハ國內ノ爭鬪ヲモ戰爭ト看做スニ至ルヘク從テ國際法上正確ニ戰爭ト稱スヘカラサルモノヲモ包含

0317

セシメ戰爭ニ因リテ生スヘキ第三國ノ權利義務ノ關係ヲ無視スルコトトナラン「ドウィス」氏ハ此點ニ關シテ說明シテ曰ク戰爭ノ狀態一タヒ兩國間ニ起ルトキハ特別ナル權利義務ノ關係ヲ交戰國間ニ惹起スノミナラス又中立國ニ對シテモ平時ニ存在セサル義務ヲ負ハシム此交戰國間及ヒ交戰國ト中立國トノ間ニ存スル權利ヲ根據トシテ戰爭ヲ觀察スルトキハ戰爭ナル名稱ハ之ヲ濫用スヘカラサルモノトス從テ「グロチウス」氏ノ說ノ如ク國內ノ私鬪ヲモ戰爭ト看做スハ其當ヲ得スト

(註)「ウェストレーキ」氏曰ク戰爭ニ至ラサル國際爭議ハ第三國ニ關係ナクシテ決定セラル然レトモ二國間ニ戰端ヲ開クヤ交戰國以外ノ世界ノ諸國ヲ擧ケテ中立國トシテ戰爭ニ關係ヲ有スルニ至ラシムト是レ戰爭ト國際爭議强硬的解決手段トノ大差ナリ

第三款　戰爭ハ爭鬪ノ行爲其モノナリヤ將タ狀況ヲ謂フヤ

戰爭ヲ行爲ト看做スト狀況ト看做ストノ差異ノ結果ハ極メテ大ナリ若シ戰爭ヲ行爲其モノト爲ストキハ其行爲ノ規則ハ單ニ爭鬪ニ關スル法規ト爲リ又斯ル爭鬪ニ關スル法規ノミヲ戰時國際法ト爲ストキハ戰時國際法ノ範圍ハ狹少ト爲リ中立法規ヲ含マサルコトト爲ルヘシ然レトモ予ノ見ル所ヲ以テスレハ戰爭其モノハ行爲ナリ而シテ此戰爭ナルモノハ前既ニ述ヘタル如ク交戰國間及ヒ第三國ニ異常ナル關係ヲ生セシム而シテ此關係ニ關スル規則ヲ戰時國際法ト稱ス故ニ戰爭其モノハ狀況ニ非スシテ戰爭ノ結果トシテ狀況ヲ生シ此狀況ニ關スル規則カ即チ戰時國際法タルモノナリ

第四款　戰爭ハ主權國間ノミノ爭鬪ニ限ラス

「ワイルドマン」及ヒ「マンニング」ノ如キ又ハ北米合衆國ノ野戰訓令ノ如キハ戰爭ヲ以テ主權國間ノ爭鬪ニ限レリ然レトモ是レ大ニ誤レル見解ナリ何トナレハ國際法上交戰團體ト認メラルルモノハ等シク國際法ニ從ヒ戰爭ヲ爲シ得ヘケレハナリ

第五款　戰爭ハ兵力ヲ以テ行ハレ其兵力ハ正當ナル權利ニ基クコトヲ要ス

抑モ戰爭ハ兵力ヲ以テ行ハレサルヘカラス然ルニ多數學者ハ戰爭ヲ以テ力ノ爭ナリトセリ然レトモ此力ナル語ハ其意義極メテ空漠ニシテ誤解ヲ來シ易シ例ヘハ法ノ力、主權者ノ力等ハ共ニ是レ力ニシテ力ナル語ハ此等ノ總テヲ包含ス然ルニ戰爭ハ此ノ如キ無形的ノ力ノ爭ニ非スシテ必スヤ兵力ヲ以テスルモノナラサルヘカラス若シ無形ナル力ノ爭ヲ以テ尙ホ戰爭ト云ハハ國際爭議ノ解決手段モ亦之ヲ戰爭ナリト謂ハサルヘカラス元來戰爭ナル文字ノ語源ヲ究ムルニ兵器ノ意ヲ離レス古說ニ German ハ軍人ノ意味ヲ有スト云フ其故ハ Ger ハ Wehr ニシテ伊太利語ニ於テ Guer ナリ是レ伊、佛國人ハ We ナル音ヲ發スルコト能ハサルヨリシテ Wehr ヲ Guer ト發音シタリ然シテ此 Wehr ハ兵器ヲ意味ス此「ウェル」ヨリ英語「ワー」ト爲リ「ゲル」ヨリ佛語「ゲール」ト爲ル然ラハ佛語ノ Guerre (戰爭) 英語ノ War (戰爭) ハ共ニ兵器ノ意義ニ外ナラス此ノ如ク戰爭ナル文字ノ由來ヲ研究スルトキハ各國共ニ兵器ノ意味ニ基カサルナシ以テ其兵力ノ爭タルヲ知ルニ足ラン

兵ノ正當ナル權力ニ基クコトヲ要スルハ「ハーグ」ノ陸戰ニ關スル法規慣例條約第一編第一章ニ明カナリ此點ハ尙ホ後ニ說明セン

0318

第六款　戰爭ハ原因ヲ問ハス

「アイヤラ」ノ言フ所ニ依レハ正當ノ戰爭トハ正當ノ原因ヲ有スルコトヲ意味スルニ非ス正當ノ婚姻、正當ノ年齢等ノ語ニ於ケルト同シ法律上ノ要件ヲ充タスヲ以テ正當ノ戰爭トヲ爲ス換言スレハ原因ノ如何ヲ問ハス執行ノ際適當ノ條規ニ遵由スルヲ以テ正當ノ戰爭トヲ爲スト然ルニ後「ゼンチリス」ハ之ニ反對シテ曰ク戰爭ノ正否ハ戰爭ノ原因ノ正否ト分ツヘカラスト此說ニ依レハ戰爭ハ其勝敗前ニ於テ既ニ正、不正ノ判定ヲ受クヘキモノニシテ從テ戰爭ノ結果ニ因リテ定マル所ノ正、不正ト矛盾スルコトアルヲ免レス又今日戰爭法ノ原則ニ依レハ交戰國ハ其雙方共ニ正當ノ權利トシテ交戰權ヲ執行スルコトヲ認ム而シテ此認定ヲ爲スニハ少クトモ交戰國雙方ヲ等シク正當ト假定スルコトヲ要ス若シ戰因ノ正否ヲ以テ戰ノ正否ヲ分タハ不正義ナル戰因ヲ有スル交戰國ハ其權利トシテ交戰權ヲ執行スル能ハサルニ至ルヘシ是ニ由テ之ヲ觀レハ戰爭ナルモノハ其原因ノ正不正ヲ問フモノニ非サルコト明カナリ

第七款　戰爭ハ單ニ國家ト國家若クハ交戰團體トノ關係ニシテ個人ト個人トノ關係ニ非ス

戰爭ハ國家若クハ交戰團體間ノ關係ニシテ個人ト個人トノ關係ニ非サルコト明瞭ナリ此點ニ付テハ寸毫ノ疑ヲ挾ムヘキ餘地ナシト雖モ交戰國家ト其對手國臣民トノ間ニハ如何ナル關係ノ存スルヤニ付テハ古來種種ノ異論存シ尙ホ一箇ノ問題ナリトス今此問題ノ沿革ヲ稽フルニ中世ニ於テハ此點ニ付キ何等ノ疑ヲ存セサルモノノ如ク臣民ハ當然戰爭ノ當事者ト看做サレ各交戰國ノ臣民ハ其對手國ノ敵タル

ノミナラス各交戰國臣民相互間ニ於テモ亦敵對ノ關係アルモノトセリ殊ニ封建時代ニ於テハ君主臣民間ノ主從關係ハ一層此觀念ヲ深クシ其結果交戰行爲ノ慘酷ヲ來シ殺戮、掠奪其他暴虐ノ手段ハ其極度ニ達シタリシカ第十八世紀ノ央ニ在リテハ戰爭ニ關スル習慣其面目ヲ改ムルト共ニ其反動トシテ臣民ノ地位ニ關シテ他ノ極端ナル議論ヲ見ルニ至レリ即チ夫ノ民約說ヲ以テ有名ナル「ルーソー」ノ言フ所ニ依レハ戰爭ハ人ト人トノ關係ニ非スシテ國家ト國家トノ關係ニ過キサルカ故ニ交戰國家ト其對手國臣民トノ間ニハ何等ノ關係存スルコトナシトセリ而シテ其說ノ論據トスル所ハ元來國家ト個人トハ其性質ヲ異ニシ其間何等ノ關係アルコトナシ個人カ國家ノ戰爭ニ參與スルハ敢テ臣民若クハ個人トシテ之ニ參與スルニ非ス唯兵卒トシテ偶然ニ然ルノミ從テ對手國ハ其臣民ヲ目スルニ敵ヲ以テスルヲ得スト云フニ在リ然レトモ此論據ヨリシテ國ト個人間ニ何等ノ關係ナシト云ハントセハ其當然ノ推論トシテ國家ト其國臣民トノ間ニモ亦何等ノ關係ナシトノ論決ヲモ是認セサルヘカラス然レトモ是レ國家成立ノ根本的理論ニ矛盾スヘキヲ以テ此論旨ヨリシテハ交戰國家ト對手國臣民トノ間ニ何等ノ關係ナシトノ斷定ヲ得ル能ハサルナリ且臣民若クハ個人トシテ戰爭ニ參與スルニ非スシテ唯偶然ニ兵卒トシテ戰鬪ニ從事スルノミニ過キストセハ古來ヨリ現今ニ至ルマテ正當トシテ認メラルル所ノ兵卒以外ノ非戰鬪員ニ對スル徵發、課金等ハ皆不法ノモノト爲リ遂ニハ戰鬪ノ行ハレサルコトト爲ルヘシ是レ戰爭行爲ヲ前提トシテ主張スヘキノ議論ニ非ス又所謂大陸派タル佛國ノ「ボルタリス」ノ說ニ曰ク戰爭ハ國家ト國家トノ關係ニシテ個人ト個人トノ關係ニ非スト而シテ交戰國家ト其對手國臣民トノ關係ニ付テハ何等ノ說ク所ナシ故ニ此說ハ疑義ニ對シテ何等ノ解決ヲ與ヘサル極メテ不完全ノ議論ト謂ハサルヘカラス然レトモ實際上ノ適用ニ關シテハ甚タ便利ナリ何トナレハ或時ハ敵ト看做スヲ得ヘク又或時

ハ敵視セサルヲ得ヘケレハナリ此ノ如ク佛國ノ學者ハ或ハ戰爭ヲ以テ國ト國トノ關係ナリトシ又或ハ國ト國トノ關係ニシテ國ト個人トノ關係ニ非スト言ヘリ佛國ニ於テ何故ニ斯ル所說ノ行ハルルヤハ全ク政略上ノ理由ニ因ル即チ當時佛國ハ其海軍ニ於テ敵國タル英國ニ對シ甚タ遜色アリ而シテ英國ハ其長所ヲ利用シテ屢、佛國商船ヲ拿捕シ且英國ハ敵國商船ノ乘組員ヲ捕虜トシテ拘留スルノ主義ヲ實行セリ是レ佛國ノ大ニ苦ム所タリ是ニ於テカ前述ノ主義ハ英國ノ主義ヲ否認スルノ便利アルノ故ヲ以テ那翁一世ノ利用スル所ト爲リ戰爭ハ國家ト國家トノ關係ニシテ國家ト個人トノ關係ニ非ス從テ私人ハ國家ノ交戰ニ拘ハラス之ヲ捕虜トスルコトヲ得スト唱道セリ然レトモ此那翁ノ說ハ謬レリ商船ノ乘組員ヲ捕虜ト爲シ得ヘキハ國際法上ノ原則ニシテ既ニ普佛戰爭ノ際ニ於テ是認セラレタル先例アルノミナラス學說及ヒ立法例共ニ敵國商船ノ乘組員ヲ捕虜ト爲シ得ヘキコトヲ是認ス現ニ日露間ノ戰爭ニ於テモ我國ハ露國義勇艦隊ニ屬スル元露國海軍士官タリシ乘組員ノミヲ捕虜トセリ而シテ其以外ノ乘組員ニ及ハサルハ敢テ前揭ノ原則ヲ否認シタルニ非スシテ唯我國ノ任意ニ捕虜ト爲ササルニ因ルノミ又英國ニ於テハ擧國一致此原則ヲ奉シ「ホルランド」モ亦此說ヲ採レリ然ルニ佛國ハ前述セル如キ政略上ノ理由ヨリ之カ反對ヲ唱ヘタルモノトス次ニ獨逸ノ戰時公法ノ大家「リューデル」ハ曰ク戰爭ハ國ト國トノ關係ニシテ個人ト個人トノ關係ニ非スト雖モ國ト國トカ交戰ノ關係ニ立ツトキハ一私人ヲシテ或特別ノ地位ニ置ク即チ敵ニ對シテ特別ナル義務ヲ負フ換言セハ交戰權ノ使用ニ對シ之ニ應スルノ義務ヲ負フト而シテ敵國ヨリ此人民ヲ見ルニ如何ナル性質ヲ以テスヘキヤニ付キ之ニ受働的ノ敵ナル名稱ヲ以テシタリ然レトモ此受働的ノ敵ナル名稱ノ意味極メテ不明瞭ニシテ普通ニ所謂敵ナル意味ト如何ナル區別アリヤ明カナラス「ウェストレーキ」之ヲ反駁シテ曰ク交戰國ノ臣民カ敵國ニ對シテ或義務ヲ負フトノ觀念ハ誤アリ何トナレハ交戰國ノ臣民カ敵國ノ徵發、取立金等ニ應スルハ是レ敢テ義務タルカ故ニ非ス即チ交戰國臣民カ敵國ニ對シテ服從スルハ義務ニ基クニ非ス從テ之ヲ拒否スルモ義務違犯ト爲ルコトナシ占領軍カ占領地ノ人民ニ對シテ服從ヲ要求スルヲ得サルハ今日ニ於テ國際法上ノ原則タリ從テ交戰國臣民ハ其對手國ニ對シテ服從義務ヲ負フコトナシ今若シ交戰國臣民カ占領軍ニ抵抗セリトシテ「リューデル」ノ說ニ依レハ是レ即チ義務ニ違反セルモノト爲ルヘキモ今日ノ國際法ハ之ヲ以テ義務違犯トセス又犯罪人ト爲サス占領地ノ人民カ其本國ノ爲メニ起テ占領軍ヲ襲フハ國家觀念トシテ却テ賞スヘキモノトセサルヘカラス故ニ占領地ノ人民カ占領軍ニ服從スルノ義務アリトスルハ誤謬ノ見解タリト「ウェストレーキ」ノ說ニ依レハ戰爭ハ國ト國トノ關係ナリ然レトモ個人ハ交戰國ノ交戰資格ニ感染シテ敵性ヲ負フニ至ルカ故ニ對手國ハ之ヲ敵ニ準スルモノト看做スコトヲ得ヘキモノトセリ畢竟スルニ戰爭ハ國家ト國家トノ關係ナリ然レトモ戰爭ノ結果中立國臣民若クハ交戰國臣民ニ對シテ特別ナル權利義務ヲ與フルモノナリ

要スルニ個人ヲシテ或地位ニ置クハ戰爭ノ結果ニシテ一ノ狀態ナリト謂ハサルヘカラス戰爭ハ國家間ノ爭鬪ニシテ個人ノ爭鬪ニ非ス然レトモ個人ハ之カ爲メニ特別ナル地位ニ立ツニ至ルモノトス

第二章　戰爭ノ開始

戰爭開始ノ形式及ヒ開始ノ時期如何ハ國際法上重要ナル事項ニシテ交戰國及ヒ中立國ニ對シ異常ナル權利義務ヲ發生セシムルノ基點ト爲ルモノナリ從テ古來此點ニ關シテ議論紛糾尙ホ其一致ヲ缺ケリ今之ヲ戰爭開始ノ沿革及ヒ戰爭開始ノ時期ノ二項ニ分テ略述スヘシ

0320

第一節　戰爭開始ノ沿革

上古即チ希臘及ヒ羅馬ノ時代ニ於テハ戰爭ノ開始ニハ宣言ヲ要ストノ觀念ヲ有セリ而シテ其宣言ノ方法ハ軍使ヲ敵國ニ遣ハシ戰爭開始ノ旨ヲ報告セシメタルナリ羅馬ニ於テハ「フェシアール」ト云ヘル僧侶ヲシテ宣言ノコトヲ司ラシメタリ其方法ハ國際間ニ爭議ノ起リタルヤ先ツ權利ノ侵害ニ對スル補償ヲ對手國ニ要求シ三十三日内ニ其回答ヲ求ム若シ對手國カ其求ニ應セス又ハ其要求ノ拒絶セラルルトキハ「コミチャトリビュータ」會ニ於テ戰否ノ決議ヲ爲シ其會ニ於テ開戰ノ決議アルトキハ「フェシアール」僧ハ國境ニ赴キ敵國ノ領地ニ向テ鎗ヲ投シ其鎗ノ敵地ニ立ツヲ以テ開戰ノ形式ト爲ス此觀念ハ元來羅馬人カ諸事項ニ關シテ形式ヲ重ンスルノ特性ヨリ發生シタルモノナルカ降テ中古ニ迨ヒテ之ニ加フルニ武士道ノ觀念ヲ以テ豫告ナクシテ敵ヲ討ツハ卑怯ノ所爲ナリトシテ戰爭ノ開始ハ必スヤ開戰ノ宣言ヲ要スルモノト爲セリ此ノ如ク戰爭ノ開始ニ其宣言ヲ要ストノ主張ハ古來ヨリ存スルモノナリト雖モ實際ニ於テハ開戰ノ宣言ナクシテ戰爭ノ開始シタルコト屢〻ニシテ宣言ノ實例ハ千六百五十七年ニ至ルマテ實際ニ行ハレタリト雖モ同年瑞典王カ軍使ヲ遣ハシ「コッペンヘーゲン」ニ對シテ開戰ヲ宣言セルヲ以テ最終ノ實例トス第十七世紀以後ニ於テハ學說トシテハ「グロチュース」ヲ初メ其他學者ノ多クハ宣言必要ノ論ヲ唱ヘタルモ實際ニ於テハ此說行ハレサルノミナラス却テ無宣言ノ戰爭ノミ行ハレタリ英國「モーリス」ノ言フ所ニ依ルニ（「モーリス」氏著「無宣言ノ敵對」四頁乃至六頁）千七百年以降千八百七十年ニ至ル百七十一年間ニ起リタル百十七回ノ歐洲戰爭中其宣言ヲ爲セルハ僅ニ十回ニ過キスシテ宣言ヲ爲サス實戰ヲ以テ戰爭ヲ開始シタルハ百七回ノ多キニ達スト尙ホ之ヲ分類セハ左ノ如シ

四十一回ハ襲擊ニ始マル
十二回ハ挑戰者タルノ名義ヲ避ケンカ爲メ宣言ヲ爲サス
十二回ハ地方的ノ戰爭ニシテ國トシテ宣言セス
九回ハ敵ノ襲擊ヲ加ヘントスルヲ偵知シ敵ニ先ンシ襲擊シタルニ始マル
十六回ハ其戰爭ノ性質上眞正ナル戰爭行爲ニ達セス單純ナル抗敵行爲ニ過キサリシモノ
四回ハ戰爭ノ餘波ヲ他國ニ及ホシ實際ニ戰爭ヲ爲スニ至ラシメタルモノ
五回ハ第三國カ交戰國ニ援助ヲ與ヘタルノ結果戰爭ニ參加スルニ至リタルモノ
其他ハ殖民地ノ爭ニ係ル

又之ヲ國別ニセハ其豫告ナクシテ開戰シタルモノ次ノ如シ

英國ハ三十回
佛國ハ三十六回
露西亞ハ亞細亞ニ對スルモノヲ除キ七回
普漏西ハ七回
墺地利ハ十二回
北米合衆國ハ五回

尙ホ右ニ反對ノ例ヲ擧クレハ千八百七十年ノ普佛戰爭、千八百七十七年ノ露土戰爭等アルノミ然ルニ此露土戰爭ニ付テハ學者ニ依リ或ハ之ヲ豫告ナキ戰爭ノ部類ニ加フル者アリ

0321

第二節　戰爭開始ノ時期

前述セル如ク戰爭ハ其宣戰ノ布告ヲ要セスシテ開始シ得ルモノトセハ如何ナル事實ノ存スルヲ以テ戰爭ノ開始ト看做スヘキヤ此點ニ關シテ學說多岐ニ亘ル或ハ曰ク實戰ニ因ルト或ハ曰ク戰爭ノ宣言ニ因ルト或ハ曰ク公使ノ引揚ヲ以テ其時期ト爲スト又或ハ曰ク捕獲アルニ因リ開始スト又ハ外交談判ノ破裂ヲ以テ其時期ト爲スト或ハ又當事國一方ノ出軍ヲ以テ開戰時期ヲ決スヘシト此ノ如ク開戰ノ時期ニ關シテハ諸說相對峙シ其一致ヲ見ス

實戰ニ先チテ宣戰ノ布告アリタル場合ニ其最初ノ宣戰ヲ以テ戰爭ハ開始シ得ルモノトス之ヲ先例ニ徵スルニ「エリザ、アン」號事件ニ於テ「サー、ウィリヤム、スコット」ノ判決スル所ニ依レハ一國ノ爲ス戰爭ノ宣言ハ他國ノ隨意ニ拒ミ得ル決鬪狀ノ如キモノニ非ス一方カ一タヒ之ヲ發スルトキハ之ニ因リテ交戰狀態ヲ成立セシムルモノナリト(故ニ開戰ト戰爭ノ終局トハ非常ナル相違アリ戰爭ノ終局ハ交戰國カ媾和條約ニ依リ合意ヲ爲シ且雙方ノ批准アルヲ要ス)

次ニ戰爭ハ實戰ニ因リテ開始スルモノト爲ス場合ニ於テ如何ナル事實ヲ以テ實戰ト見ルヘキヤ此點ニ付テモ學說亦一致セス或ハ相手國ノ船舶ヲ捕獲スルコトニ因リテ開始スト說ク者アリ(ホルランド)又一方ノ軍隊カ對手國ノ領土內ニ侵入スルノ事實ヲ以テ實戰ト看做スノ先例アリ(例ヘハ千七百十五年英國カ突然瑞典ノ土地ヲ侵略セルヨリシテ此二國間ニ戰爭ノ開始シタル如シ)又兩交戰國ノ軍隊軍艦カ互ニ砲火ヲ交ヘタルニ因リテ開戰セル場合アリ(日清戰爭カ豐島沖ノ海戰ニ始マリタルカ如シ)又對手國ノ官有船舶ヲ捕フルコトニ因リテ實戰的ニ戰爭開始セラレタリト爲ス場合アリ(日露戰爭ノ開始ニ關スル予ノ意見ハ此部ニ屬ス)又一方ノ軍隊ノ出發ヲ以テ戰爭ノ開始ト爲ス說アリ(日清戰爭ノ開始時期ニ對スル有賀博士ノ說)又外交談判破裂ノ場合ニ最後ノ通牒ヲ交付スルニ因リ戰爭開始スト見ル者アリ(日露戰爭ニ關スル寺尾博士ノ所說)此等ノ諸說ハ皆實戰ヲ以テ戰爭ノ開始スルモノト爲ス點ニ於テ相一致スト雖モ果シテ如何ナル事實ノアルヲ以テ實戰アリタルモノト看做スヘキヤニ付キ各〻其見解ヲ異ニスルモノナリ

前述セル如ク公使ノ引揚又ハ外交談判ノ破裂ヲ以テ戰爭開始ト看做スコト日露戰爭ニ對スル我國政府ノ主張ノ如キアリト雖モ此說ノ採ルニ足ラサルコトハ元來戰爭ナルモノノ性質ハ兵力ノ使用ヲ以テ其要素トスヘキ理由ヨリシテ極メテ明瞭ナリ又兩國軍隊若クハ軍艦間ニ砲火ノ交換アリタルトキハ戰爭ノ開始スヘキモノナルコトヲ何人モ否認セサル所ナラン然レトモ總テノ戰爭ハ兩國軍隊若クハ軍艦ノ砲火ヲ交フルコトニ因リテ開始セラルト云フハ必スシモ其議論ノ實際ニ合セサルコト明カナリ又對手國ノ船舶ヲ拿捕スルコトニ依リテ戰爭ヲ開始ストノ說(立學士ノ說)ハ國際先例ノ證明セサル所タルノミナラス却テ斯ル捕獲ニ對シテ賠償ヲ爲シ其局ヲ結ヘル實例ノ存スルヲ憾ム要スルニ戰爭ナルモノハ一方カ其兵力ヲ他方ノ軍隊、領土、國有船舶ニ加フルコトニ因テ開始セラルルモノニシテ前述セル領土侵入、公船ノ拿捕竝ニ對手國軍隊ニ對スル强力ノ應用等ハ共ニ實戰的開戰ト看做スコトヲ得ヘキナリ

第三節　戰爭開始ノ實例

第一　日清戰爭ノ開始

日清戰爭ノ開始ニ關シテハ內外學者中種種ノ異說アルヲ以テ今其有力ナルモノ二三ヲ略述批評シ最後

0322

ニ予ノ所信ヲ述ヘントス

一　七月二十三日ヲ以テ戰爭ノ開始シタルモノトスル說　是レ我國陸軍當局者ノ主張シタル所ニシテ七月二十三日ニ我艦隊カ佐世保軍港ヲ出發シタル日ヲ以テ開始期ト爲スモノニシテ其理由トスル所ハ清國ハ我國ヨリノ最後ノ要求ヲ拒絕シタルニ依リ我國ハ之ニ對シ爾後單獨ニ朝鮮改革ノ事ニ當ルヘク且事ノ玆ニ至リシハ其責清國ニ在ル旨ヲ申込ミ而シテ之ニ次テ清國ハ兵員ヲ派出シ我國モ亦之ニ對シ七月二十三日ヲ以テ艦隊ヲ出發セシムルニ至レリ是レ即チ兩國間ニ於ケル平和ノ關係ノ破レテ相互ニ敵對ノ姿勢ヲ採ルモノニシテ此時ニ於テ戰爭狀態ヲ成立スルモノナリ故ニ此狀態ノ始期即チ我艦隊ノ佐世保軍港ヲ出發シタル七月二十三日ヲ以テ戰爭開始ト爲スヘキコト明カナリト然レトモ此說ハ戰爭ノ準備ト戰爭ノ行爲其モノトヲ混同シタルモノニ非サルナキカ試ニ若シ我艦隊カ出發後第三國ノ調停ニ因リ紛議ノ解決シタリト假定セハ如何此說ヨリスレハ一旦開戰シテ更ニ平和關係ノ克復シタルモノト謂ハサルヘカラス又我國ト清國トハ其出兵時ノ相異ナレルノ結果此說ニ依ルトキハ一戰爭ニ對シ二ノ開始期アリト謂ハサルヘカラス豈奇ナラスヤ蓋シ當局者カ此說ヲ採ルニ至リシ原因ハ實際ノ必要ニ强ヒラレタルニ因ル當時之ヲ以テ戰爭開始ノ時期ト爲スニ非サレハ朝鮮ニ於ケル戰死者其他ノ論功行賞及ヒ軍事行政上戰時法規ニ依ルヲ得スシテ實際上ノ取扱ニ差支ヲ來スノ困難アリタルニ由ルモノニシテ法理ヨリモ寧ロ實際ノ必要ニ出テタルノ說ナリ我國ノ學者中ニテハ有賀博士此說ヲ採レリ

二　八月一日ヲ以テ開始期トスル說　此說カ八月一日ヲ以テ開始期トスルハ同日ニ於テ我國ノ宣戰布告アリタルニ因ルモノニシテ此論者ハ宣戰ノ布告ヲ以テ戰爭開始期トスルニ非サレハ宣戰ノ布告ハ何等ノ意味ヲ爲ササルヘシト主張ス大陸學派ノ「クリーン」等此說ヲ採ル然レトモ此說ノ採ルニ足ラサルコトハ前節ニ於テ既ニ詳說シタル所ノ如シ

三　七月二十五日豐島沖ニ於ケル高陞號ノ臨檢ヲ以テ開始期トスル說　此說ハ夫ノ「ホルランド」ノ主張スル所ニシテ豐島沖海戰ノ際我軍艦浪速カ高陞號擊沈前同號ニ對シテ行ヘル臨檢即チ强力ニ依ル命令ノ行使ニ因テ開始セラレタルモノトスルニ在リ是レ氏カ高陞號ヲ以テ清國ノ官船ト誤解シタルニ因ルモノニシテ事實ニ誤アリ同號ハ清國船ニ非スシテ「ジャーデン、マゼリン」會社ノ船舶ナリ然ラハ此誤リタル事實ヲ基礎トセル氏ノ說ノ謬レルコトハ自ラ明カナラン縱令高陞號ヲ以テ清國船ナリトスルモ未タ以テ氏ノ說ヲシテ正當ナラシムルヲ得ス蓋シ捕獲カ戰爭開始ノ原因タルヤ否ヤニ付テハ之ヲ實例ニ徵スルニ千七百五十五年英佛爭議ノ際英ノ「ポスカウエンカ」ハ佛船二隻ヲ捕ヘタリ當時英國ハ此捕獲ニ因リ戰爭ノ開始スルモノト主張シ佛ハ之ヲ否認セリ蓋シ捕獲ハ戰爭ノ開始ニ依リ行使シ得ヘキ交戰權ノ一部ニシテ開戰ノ一結果ニ過キス戰爭開始ノ原因ニ非サルニ依ル又千八百六年「キラソ」ニ派遣サレタル英ノ艦隊ハ同地ニ於テ其要求ノ拒絕セラルルヤ同地ニ在ル船舶ヲ捕ヘタルモ後遂ニ謝罪スルニ至レリ此ノ如ク戰爭ノ開始ニ先チ商船ヲ拿捕シタルノ實例ナキニアラサルモ其事實ヲ以テ戰爭ノ開始シタルモノト認メラレタルコトナシ否却テ之ニ對シテ謝罪シタルノ實例アリトス故ニ縱令高陞號ヲシテ清國船タリシトスルモ之カ拿捕ニ因リ戰爭ノ開始シタルモノトスルヲ得ス從テ氏ノ說ハ事實ヨリスルモ法理ヨリスルモ共ニ誤アリトス

予ハ日清戰爭ヲ以テ實戰ニ因テ開始セラレタルモノト解ス即チ豐島沖ニ於ケル日清兩國軍艦ノ間ニ交ヘタル砲戰ニ因リ戰爭狀態ノ成立シタルモノトス而シテ此海戰ハ七月二十五日午前七時五十二分ニ開

0323

カレ之ト同時ニ日清間ニ戰爭ノ關係ヲ生シタルモノトス而シテ高陞號ノ臨檢若クハ擊沈ノ如キハ其結果タル交戰權ノ行使ニ係ル事實タルモノトス

茲ニ一言高陞號ノ轟沈ニ關シテ論センニ高陞號ハ英國船ナリ然ルニ日清兩國間ニ戰爭狀態ノ成立スルト同時ニ之ヲ擊沈シ得ルハ如何ナル理由ニ依ルヤ「ウエストレーキ」曰ク中立國ハ開戰ノ通知ヲ受クルノ權利アリ此通知ニ依リテ中立義務ヲ生ス而シテ高陞號ハ其出帆當時ニ於テハ開戰ノ事實ヲ知ラサリシト雖モ豐島沖ニ於テ日本軍艦浪速號ノ士官ヨリシテ開戰ノ通知ヲ受ケタルモノナルカ故ニ茲ニ於テ中立義務ヲ生スト然レトモ予ノ信スル所ヲ以テスレハ中立國ハ開戰ト同時ニ其開戰ノ事實ヲ知ルト知ラサルトヲ問ハス等シク中立義務ヲ負フモノナリ何トナレハ法理上中立義務ハ戰爭開始ト同時ニ發生スルモノニシテ事實上此義務ヲ遵守スルハ其事實ヲ知リタルトキヨリトス故ニ事實トシテハ知リタル時以後ナリト雖モ法理上ニ於テハ戰爭開始ノ時ニ在リトス然レトモ是レ未タ廣ク行ハレサル說ニシテ一般ニ行ハルルハ「ウエストレーキ」ノ所說ナリ

而シテ高陞號ハ臨檢ニ抵抗シ且其抵抗ノ程度非常ニ高カリシヲ以テ日本ハ英國ノ商船カ敵國軍隊ノ爲メニ橫領セラレ日本軍艦ニ抵抗シタルモノトシテ優ニ擊沈ノ理由アルモノトス

商船擊沈ノ條件ハ(1)根據地ノ遠キコト(2)兵員ヲ分派セハ自己兵員ノ不足ヲ生スルコト(3)遷延スルトキハ再捕獲ニ遭フノ惧アルコト(4)船體ノ小ニシテ航海ニ堪ヘサルコト等ナリ此點ニ付テハ我國モ英國モ又大陸諸國モ皆同一主義ヲ認ム唯露國ハ其船舶カ引致スル價値ナキトキニ於テモ亦擊沈スルヲ得ルモノトス而シテ其如何ナル場合ヲ以テ價値ナシトスルヤニ付テハ一言之ニ及ハス

日露ノ兩國戰端ヲ開キテ後我金州丸ノ轟沈セラルルヤ世人之ヲ以テ高陞號ト同一ニ看做スモノ多シ是レ同號ノ乘組兵員ノ發砲ヲ以テ高陞號ニ於ケル清兵ノ抵抗ト同一視スルニ依ル然レトモ金州丸ハ日本ノ御用船ニシテ日本ノ監督士官ノ指揮ノ下ニ航行シタルモノナリ其船舶ノ性質夫ノ高陞號ト同シカラス高陞號ハ臨檢ニ應セス之ニ抵抗シ我命ニ從ハス已ムヲ得ス擊沈シタルモノナリ然ルニ金州丸ハ之ニ反シ初メ露國軍艦ハ金州丸ニ兵員ノ乘組居ルヲ知ラス轟沈ノ爲メ爆發藥ヲ裝置セントシテ其士官兵員等カ同船ニ赴キタル際始メテ日本兵員ノ乘組ミ居ルヲ知リ倉皇去テ其軍艦ヨリ砲擊シテ轟沈シタルモノナルカ故ニ露國ノ意ハ其兵員ノ乘組有無ニ關セス擊沈セントシタルモノニシテ夫ノ抵抗ノ結果已ムヲ得ス擊沈シタル高陞號事件ト同一視スルヲ得ス

第二　清佛戰爭ノ開始

清佛戰爭ハ多クノ著書ニ於テ之ヲ戰爭トセス又臺灣ノ封鎖モ亦平時關係ナリトセリ然ルニ英佛兩國政府ノ公文書（英國青書佛國黃書）ニ徵スルニ初ハ戰爭ト爲ササリシカ後ニ至リ戰爭トシテ認メタリ從テ世人或ハ戰爭ナリト云ヒ又ハ戰爭ニ非スト云ヒ若クハ中途ヨリ戰爭ニ變シタルモノナリト云フ者アリ予ハ之ヲ以テ當初ヨリ全ク戰爭ナリト信ス何トナレハ佛國カ其當初ニ於テ戰爭ト爲ササリシハ是レ國際法上ノ理由ニ由ルニ非スシテ全ク實際上ノ必要ニ由リタルナリ即チ若シ之ヲ戰爭ナリトスルトキハ石炭、兵器等ヲ戰時禁制品トセラレ便利ヲ缺クカ故ニ之カ便宜ヲ圖ルカ爲メニハ戰爭ニ非スト認ムルノ必要存シタルナリ尙ホ他ノ一理由ハ當時佛國內閣ハ非常ニ動搖ヲ極メタルカ故ニ豫算ヲ戰時豫算ト爲ストキハ內閣ノ運命ニ拘ハルヘキ事情アリタルヲ以テ努メテ戰時タルノ名義ヲ避ケントシタルニ由ル然ルニ其後ニ至リ臺灣及ヒ南清ヨリスル米穀ノ輸送ヲ杜絕シ以テ清國ヲ困ムルノ手段トシテ米ヲ差押ヘ且臺灣ニ對シテ封鎖ヲ行フノ必要ヲ感シタリ然ルニ當時封鎖ハ戰時ニ非サレハ行フコトヲ得スト

0324

シ且米ヲ差押ヘンニハ戰爭狀態ノ存在ヲ認メ米ヲ戰時禁制品トスルノ外アラス是ニ於テ曩ニ戰爭ニ非スト認メタルニ反シ飜テ之ヲ戰爭ナリト云フニ至レリ此ノ如ク其戰爭ニ非スト云フモ亦戰爭ナリト云フモ共ニ是レ實際上ニ於ケル便宜ニ出テタルモノニシテ法理上ノ理由ニ依ルニ非ス故ニ予ハ佛國カ福州ニ於テ砲擊ヲ爲シタルニ因リ清佛二國間ニ戰爭ノ開始シタルモノナリト認ム

第三　日露戰爭ノ開始

日露戰爭ノ開始ニ關シテハ前既ニ其大要ヲ說述シタルカ故ニ重ネテ之ヲ再說スルノ必要ヲ見ス唯之ニ關シテ問題トナリタルハ戰爭行爲ニハ豫告ヲ要スルヤ否ヤニシテ露國ハ盛ニ我國カ豫告ナクシテ戰鬪ヲ開始シタルヲ批難セントシ又本年九月九日「エディンバラ」ニ於ケル國際法學會ノ議題ト爲リ非常ナル論戰ヲ鬪ハシ我國カ宣戰ヲ爲サスシテ突然戰鬪ヲ開キタルヲ批難シタル者アリタリ然レトモ開戰ニ其豫告ヲ要セサルノ理論及ヒ實例ハ前既ニ詳述セル所ニシテ由テ以テ其批難ノ當ラサルヲ知ルニ足ラン

第三章　戰爭開始ノ直接效果

第一節　戰爭ノ國際條約ニ及ホス影響

第一款　交戰國及ヒ第三國ノ當事者タル條約ニ及ホス戰爭ノ影響

戰端一タヒ開カハ條約ノ或モノヲ廢止セシメ又ハ其效力ヲ停止セシム而シテ如何ナル場合ニ之ヲ廢止シ如何ナル場合ニ之ヲ停止スヘキカノ區別ニ關シテハ學說實例共ニ一致セス今此問題ヲ研究セントスルニ當リテハ條約ヲ二大別シテ交戰國ト中立國トカ共ニ當事者タルモノ及ヒ交戰國間ノ條約トスルヲ要ス又前者ハ更ニ之ヲ二大別シテ列國間ノ大條約及ヒ普通ノ條約トス此大條約ハ歐洲列國ノ組織、土地分配等ニ關シテ締結シタルモノニシテ普通條約トハ列國間ノ郵便、電信其他日常ノ必要ニ關シテ締結シタル條約ナリ以下之ヲ分說セン

第一　列國大條約

甲　戰爭ノ原因ト關係ナキモノ　例ヘハ東方問題ヲ解決セル千八百五十六年ノ巴里條約ノ當事者タル普漏西、墺地利ノ二國ハ千八百六十六年ニ交戰國ト爲リタリ然レトモ此戰爭ハ東方問題ニ關係ナク單ニ「ゼルマン」ニ關セシモノナルカ故ニ千八百五十六年ノ巴里條約ニ對シテハ何等ノ影響ヲ及ホサス普、墺二國ハ共ニ其條約ニ拘束セラレタリ

乙　戰爭ト條約トハ關係ナキモ戰爭ノ結果トシテ交戰國ヲシテ條約ノ一部ヲ履行スルヲ得サラシムルトキ　例ヘハ佛國ハ千八百五十六年ノ巴里條約ニ依リ土耳其ノ獨立及ヒ領土ノ保全ヲ保證セシモ千八百七十年獨逸ノ攻擊ヲ被ムリ此保證ノ責ヲ全ウスル能ハサル場合ノ如キ此條約上ノ義務ハ廢棄セシニハ非サレトモ實行セラレスシテ停止中ト看做サルルナリ又此種ノ條約ニ關シテハ他ノ中立國ハ平時ニ於ケルト更ニ異ナルモノナキナリ

丙　條約ニ基キ戰爭ノ起リタル場合　例ヘハ千八百五十六年巴里條約ノ當事者タル露土兩國ハ千八百七十七年ニ於テ東方問題ニ關シテ交戰セリ此際ニ於テ此戰爭ノ同條約ニ及ホス影響如何此問題ヲ決定スルニハ唯露土以外ノ條約國ノ意嚮ニ依ルヘキモノニシテ之ヲ支配スヘキ一定ノ原則アルコトナ

0325

シ現ニ千八百七十七年及ヒ千八百七十八年ノ露土戰爭ノ場合ニ於テモ諸他ノ條約國ハ總テ中立ノ態度ヲ採レリ

第二　列國間ノ普通條約

此條約ハ其目的ノ如何ニ依リ其結果ヲ異ニスルモノトス例ヘハ交戰國ト中立國トノ間ニ成立セル同盟條約ノ如キハ此交戰國二國間ノ開戰ニ因リテ全ク廢棄セラルルモノトス又通商條約及ヒ郵便電信ニ關スル條約ノ如キハ交戰國間ニ於テハ停止セラルヘキモ中立國ニ對シテハ有效ニ存續ス又捕獲ニ關スル條約ノ如キハ交戰國間及ヒ交戰國ト中立國トノ間ニ於テ其效力ヲ有スルモノトス

第二款　交戰國間ノ條約ニ及ホス戰爭ノ影響

第一　「パクタ、トランシトリヤ」トハ一ノ行爲又ハ數行爲ノ繼續セル行爲ニ依リ締結セラレタル條約ニシテ一旦締結セル以上ハ永久ニ效力ヲ有スルモノナリ例ヘハ國境條約、土地割讓條約、獨立承認條約等ノ如キモノニシテ戰爭ハ此等ノ條約ニ影響ヲ及ホサス

第二　同盟條約ハ當然廢止セラルルモノトス

第三　通商條約、犯罪人引渡條約ノ如キハ戰爭ニ因リテ廢止セラルヘキモノナリヤ將タ效力ノ停止ニ過キサルヤニ付テハ學說先例共ニ一定セス然レトモ「ローレンス」ノ說明スル所ニ依レハ一般ノ傾向ハ此等ノ條約ハ戰爭ニ因リ消滅セルモノト見スシテ停止セラレタルモノト爲ス從テ平和條約締結ノ後ニ於テ新通商條約ヲ取結ハサルモ又舊條約ノ復活ヲ宣言セサルモ以前ノ條約カ當然其效力ヲ回復スヘキモノト見ルヘキナリ然レトモ日淸戰爭終了ノ際ニ於ケル平和條約ノ如キハ此主義ニ依ラスシテ新ニ通商航海條約ヲ締結スヘキコトヲ規定セリ

第二節　戰爭開始ノ通商ニ及ホス效果

兩國開戰ニ際シテハ互ニ其駐劄公使ヲ引揚クルニ至ルヲ以テ兩國間ノ交通ハ遮斷セラレタルモノト見又領事ヲ引揚クルカ故ニ兩國間ノ通商關係モ杜絕スルモノト見サルヘカラス然レトモ交戰國間ノ個人ハ互ニ通商ヲ爲スコトヲ得サルモノナリヤ否ヤノ點ハ大疑問ノ存スル所ニシテ之ニ關シ相反對セル二ノ學派アリ第一派ハ曰ク兩國開戰後ハ原則トシテ兩國民ノ通商交通ヲ許サス故ニ特別ノ許可アルモノノ外ハ禁示ヲ待タスシテ禁止セラレタルモノト見ルヘシト第二派ハ曰ク戰爭ハ國家間ニ成立スレトモ個人ト個人トノ間ニハ敵對關係ナシ故ニ開戰ノ事實ハ直チニ兩國民間ノ通商ヲ停止スヘキモノニ非ス唯特ニ國家ノ禁止セルモノニ限リ禁止セラレタルモノト見ルノ外ナシト次ニ此二派ヲ解說セン

第一　通商禁止說　此說ハ特ニ英派ノ主張スル所ニシテ大陸ニ於テモ佛蘭西、和蘭及ヒ西班牙等ニ勵行セラレ現今ニ在リテハ慣行上最モ勢力アル原則ナリトス即チ前述セル如ク個人間ノ通商交通ハ開戰ト共ニ停止セラルルヲ原則トスルカ故ニ國家ノ特ニ許可セルモノニ限リ場合ニ依リテ一般ノ通商又場合ニ依リテ一定ノ場所、一定ノ物品又ハ一部ノ人若クハ會社ヲ限リテ通商ヲ許可スルノ外ハ之ヲ禁止セルモノト見ルナリ故ニ戰爭中兩國個人ノ互ニ爲セル取引又ハ平和回復後ニ實行スヘキ條件附ノ契約ニテモ一切無效トシ敵人又ハ其財產ヲ保險スルコト、交戰國人民間ニ爲替手形ヲ組ムコト、敵國ノ手形ヲ買入ルコト、資本ヲ輸入スルコト等苟モ許可セラレタルモノニ非サレハ戰爭中ハ一切禁止セラレタルモノト看做ス又第三國ノ手ヲ經テ敵國ト通商スルカ如キ間接ノ取引モ亦禁止セラ

0326

レタルモノトス

第二　通商自由說　此說ハ大陸中獨逸ニ於テ有力ナル一部學者ニ依リテ唱道セラル「ヘフテル」ノ如キハ交戰國人民間ニ於テハ通商ノ自由ヲ原則トシ唯國家カ特ニ法令ヲ以テ禁止セルモノノミ自由ニ非スト爲ス其理由トスル所ハ二アリ即チ戰爭ハ國トノ國トノ關係ニシテ個人ト個人トノ間ノ事件ニ非ストハ其一ニシテ他ノ一ハ元來國際間ニ於テハ通商ノ自由ヲ原則トスヘシ通商ノ自由ハ人類ノ天然ニ享有スル所ニシテ戰時ニ至リ急ニ消滅セスト云フニ在リ此說ハ漸漸勢力ヲ得ルノ傾向アレトモ未タ實際上ノ勢力ヲ有セス

第三節　開戰ノ人ニ及ホス效果

第一　自國人ニ及ホス效果　戰端一タヒ啓クトキハ交戰國人民ハ分レテ戰鬪員非戰鬪員ノ二ト爲ル此戰鬪員ト非戰鬪員トノ區別ニ關シテハ多數學者ノ採ル所ト海牙ノ陸戰法規ニ定メラレタル分類トノ間ニ異ナル所アリ一般學者ハ交戰國ノ人民ヲ分テ直接ニ戰鬪ニ從事スル者ヲ戰鬪員ト爲シ其他ノ人民ハ老幼婦女ヲ合セテ之ヲ非戰鬪員ト爲セリ然ルニ海牙ノ條約ニ依レハ交戰者ハ戰鬪員及ヒ非戰鬪員ヨリ成立シ得ト規定シ其非戰鬪員トハ從軍記者、從軍僧侶、酒保、人夫等ヲ指スモノト爲セリサレハ前ノ分類法ニ依ルトキハ老幼婦女ハ非戰鬪員ニ包含スレトモ後ノ分類法ニ依ルトキハ之ヲ非戰鬪員ニ含マサルモノトス

此外開戰ノ結果トシテ自國人ハ分レテ禁制人、非禁制人ト爲ル然レトモ其詳細ニ至リテハ後ニ本論ニ於テ研究スルカ故ニ茲ニハ之ヲ略ス

第二　內國ニ在ル敵國臣民ニ及ホス效果　開戰ノ曉ニハ敵國ニ在留セル自國人民ヲ召還スルハ其本國ノ權內ニ屬ス然レトモ此場合ニ敵國ハ其一方ノ敵國人民ヲ抑留スルコトヲ得ルカト云フニ此抑留ノ權ハ條件附ニシテ其敵國人ノ歸朝カ其國ノ存在ニ妨害ト爲ル場合ハ之ヲ抑留スルコトヲ得ルモノトス此敵國人ノ抑留ニ關シ極端ナル例ハ千八百三年那破烈翁一世カ佛國在留ノ英國人ニシテ年齡十八歲以上六十歲以下ノ者ヲ俘虜トスト宣言シ千八百十四年マテ實際之ヲ拘留セリ即チ有名ナル那破烈翁抑留令是ナリ此ノ如キ極端ナル主義ハ次第ニ穩和ニ傾キ交戰國一方ニテハ敵國臣民カ軍事ノ祕密ヲ漏洩セラレンコトヲ恐レ一定ノ時期ヲ定メテ之ヲ其本國又ハ他國ニ出テ行カシメ若シ出テ行カサル場合ニハ之ヲ處罰シ或ハ强テ之ヲ追放シ又ハ反對ニ之ヲ抑留セシ等ノ諸場合アリテ原則一定セス最近ノ先例ニ依ルモ其主義ノ一致セサルコトヲ示セリ例ヘハ千八百七十年普佛戰爭ノ際ニ佛國ハ其國內ニ在ル普國臣民ヲ國境外ニ放逐シタルコトアリ之ニ反シテ千八百七十七年露土戰爭ニ當リ露國ハ土耳其人ヲシテ其現行法規ノ保護ノ下ニ引續キ在留シテ平和ノ營業ニ從事スルコトヲ許シタルカ如キコトアリ而シテ最近ニ於ケル學說上ノ一般傾向ハ敵國人ト雖モ引續キ平和的事業ニ從事セント欲スルトキハ其在留ヲ許スヘシトスルニ在ルカ如シ

「バッテル」ノ言フ所ニ依レハ國王カ戰ヲ宣言スルモ敵國人民ヲ抑フルヲ得ス而シテ其退去ニハ必要ナル時日ヲ與ヘサルヘカラス何トナレハ當初其國內ニ外國人民ノ入リ來ルヲ許ストキ暗ニ保護ヲ與ヘ歸國ニ關シ安全ナラシムルコトヲ保證シタルモノナリト

「ピット、コペット」ハ曰ク英國ニ於テハ四世紀ノ昔ヨリ市場條例ナルモノアリテ開戰ノ際ハ外國商人ノ四十日以內ニ貨物ヲ携帶シテ英國ヲ去リ必要ナル場合ニハ期間ヲ延長スルコトノ規定アリ之ト類

0327

似ノ慣例ハ他ノ諸國ニモ行ハレ六个月ヨリ一个年ニ亘ル間ノ期限ヲ以テ護衛ヲ附シテ退去セシムルノ特權ヲ條約中ニ規定スルコトモアリ又千七百九十五年ノ英米條約ニ依レハ戰爭ノ際兩國ノ臣民カ苟モ犯罪ヲ爲ササル限ハ在留シテ其商業ヲ繼續スルノ特權ヲ有スルヲ得ルコトノ規定ヲ爲セリ云云』之ヲ要スルニ最近ノ法理ニ依レハ敵國人民ハ交戰國一方ニ平和的ノ事業ヲ營ム範圍内ニ於テ引續キ在留スルコトヲ認メ退去セント欲スル者ニハ一定ノ猶豫期間ヲ與フルコトヲ認ムルカ如シ

交戰國一方ニ在留スル敵國臣民ノ裁判權ハ如何ト云フニ英國ノ法規ニ依レハ敵國臣民ハ一方交戰國ノ裁判ヲ仰クノ權ナシトセリ然ルニ日本ニ於テハ之ト正反對ノ主義ヲ採リ敵國臣民ト雖モ日本ニ在留スル以上ハ日本ノ裁判權ノ下ニ立ツヘキモノトセリ

此在留敵國臣民ノ保護ニ關スル日本ノ法規ハ日清戰爭ト日露戰爭トノ間ニ形式上非常ナル差異アルナリ然レトモ其主義ニハ變動アリシニ非ス日清戰爭ノ際ハ明治二十七年八月八日ノ勅令ニ依リテ清國臣民ハ引續キ從來居住ヲ許サレタル場所ニ於テ身體財產ノ保護ヲ受クルコトヲ得ト爲シ帝國裁判所ノ裁判權ニ服從スヘキコトヲ規定シ又清國臣民ニシテ引續キ在留セント欲スル場合ニハ此勅令發布ノ日ヨリ二十日以内ニ其住所職業氏名ノ登錄ヲ爲スコトヲ要シ府縣知事ハ此等ノ清國臣民ニ與フルニ登錄證書ヲ交付スヘキコトト爲シ斯ル登錄ヲ請ハサル清國臣民ハ之ヲ版圖外ニ放逐スヘキモノトセリ而シテ既ニ登錄ヲ經テ在留ヲ許サレタル者ト雖モ帝國ノ利益ヲ侵害スルノ行爲アル者、犯罪ノ所爲アル者、秩序ヲ紊亂スル者、又ハ以上ノ嫌疑アル者ハ之ヲ帝國版圖外ニ退去セシムルヲ得ルコトト爲シ又新ニ我國ニ入リ來ラントスル清國臣民ハ内務大臣ノ特許ヲ得ルコトヲ要スト爲セリ日清戰爭ノ際ハ此ノ如ク詳細ナル勅令ニ依リテ在留清國民ノ件竝ニ新來ノ清國臣民ニ關スル件ヲ規定セラレタルカ日露戰爭ノ際ニハ此等ノ件ニ關シテ明治三十七年二月九日内務大臣ノ訓令アリタルノミ該訓令ハ日清戰爭ノ際ニ於ケル勅令ノ如キ詳細ノ規定ヲ爲サスシテ單ニ内務大臣ヨリ府縣知事ニ對シテ露國臣民カ依然在來ノ權利ヲ保護セラルヘキモノナルコトヲ注意スルニ止メタリ以上ノ如ク日清戰爭ノ際ハ勅令ヲ以テシ日露戰爭ノ際ハ府縣知事ニ對スル内務大臣ノ訓令ニ止マリタルコト其間ニ形式上非常ノ差異アルカ如キモ大體ノ原則ハ同一ニシテ日露戰爭ノ際ニ執リシ處置ハ日清戰爭ノ際ニ採リタル主義ヲ改メタルニ非ス予ノ見ル所ヲ以テスレハ日露戰爭ノ際ニ我國ノ執リタル形式ハ一歩ヲ進メタルモノナリト信ス

我國ハ開戰ノ結果トシテ敵國臣民ノ在留ニ關スル處分ヲ爲スニ當リ大體ノ原則ヲ一貫スルニ拘ハラス何故ニ前ニハ勅令ヲ以テ緻密ナル規定ヲ爲シ後ニハ訓令ニ依リ簡單ナル規定ニ出タリシカ而シテ其後ノ手段ヲ以テ何故ニ法理上一歩ヲ進メタルモノト爲スヘキカ其理由ノ說明ハ蓋シ重要ナル事ニ屬スルヲ以テ其大要ヲ左ニ叙述スヘシ

日露戰爭ノ際ハ日清戰爭ノ際ニ比シテ形式モ内容モ共ニ之ヲ簡單ト爲シタルハ要スルニ繁ヲ避ケテ輕便ヲ圖リタルカ故ナリ加之平時ニ於テ外國人ノ享有スル權利ハ戰爭ノ爲メニ特ニ之ヲ否認スル場合ノ外之ヲ規定スルノ必要ナシ然ルヲ開戰ノ後ニ於テ更ニ露人ノ權利ノ享有ヲ說クハ徒ニ二重ノ手續ヲ爲スモノナリ又登錄ニ關シテハ事實上平時ヨリ在留者ノ姓名ヲ帳簿ニ記載シ置クヲ以テ開戰ノ後特ニ之ヲ登錄スルノ必要ナク唯退去者ノ姓名ヲ帳簿ヨリ削除スレハ足レリ又治安ヲ妨害シ風俗ヲ壞亂スル類ノ外國人ヲ放逐スルハ特別ノ法規ヲ待タスシテ當然之ヲ實行シ得ルモノナレハ其規定ノ不必要ナルハ勿論之カ爲メ却テ誤解ヲ招クノ虞ナシトセス何トナレハ開戰ノ場合ニ特ニ法令ヲ發シテ敵國臣民ノミヲ放逐スト爲スハ敵國以外ノ外國人ハ縱令前ノ如キ不正行爲アル者ト雖モ之ヲ放逐シ得ルノ限ニ在ラ

0328

ストノ疑ヲ容レ得ヘケレハナリ

我國ハ未タ外國人放逐ニ關スル法律ナキモ歐米諸國ハ法律ヲ以テ之ヲ規定スルモノアリ現ニ露國ハ之ニ關スル法律ヲ有ス我國ハ法律ナキモ其法律ノ精神ヲ實行セリ即チ行政處分トシテ排斥スヘキ理由アル外國人ヲ排斥シツツアルナリ

最後ニ入國拒絶ノ件ハ事實ニ於テ行ハレサルコトナリ即チ敵國人民モ容易ニ中立國船舶ニテ領海ニ入ルコトヲ得ヘク既ニ入リタル敵國人ヲ拒絶スルハ入國ノ拒絶ニ非スシテ敵國人退去ニ外ナラス又斯ル場合ニハ寧ロ領海ニ入リ來レル敵人ヲ排斥スルヨリモ之ヲ抑留スルヲ國防上安全ト爲スコトモアリ故ニ此點モ日露戰爭ノ際ニハ日清戰爭ノ場合ノ其モノヲ襲踏セサリシナリ

第四節　開戰ノ際自國港灣ニ在ル敵國ノ商船ト開戰ノ事實ヲ知ラスシテ自國港灣ニ入リ來ル敵國商船ニ及ホス開戰ノ效果

嚴格ナル法理ニ依レハ交戰國ノ一方ハ開戰ノ際其領海ニ在ル他方交戰國ノ商船ヲ拿捕スルノ權ヲ有ス又開戰ノ事實ヲ知ラスシテ自國ニ入リ來ル敵國商船ヲ拿捕スルコトヲ得ルモノトス而シテ斯ル嚴格ナル法理ヲ適用シタル先例ヲ見出スコト難カラス例ヘハ「ジョンマーガレット」號事件ノ如キ是ナリ然レトモ輓近ノ慣行ニ依レハ斯ル船舶ニ對シテハ寛大ナル處置ヲ爲シ其拿捕ヲ免除シタルノ例ナキニ非ス其實例次ノ如シ

第一　「クリミヤ」戰爭ノ際ニ於ケル實例　「クリミヤ」戰爭ノ開始スルヤ英佛兩國ハ露國商船ノ英佛ノ諸港ニ在ルモノニ對シ其船貨ヲ處分シテ退去スル爲メ六週間ノ猶豫ヲ與ヘタリ又英國ハ此特典ヲ一層擴張シテ此命令發布ノ日ニ先チ外國諸港ヲ發シタル各露國船ニモ亦適用シ此等船舶カ英國各港ニ入港シテ荷卸ヲ爲シタル後封鎖中ニ非サル露國ノ諸港ニ歸ルコトヲ許シタリ

第二　普佛戰爭ノ際ニ於ケル實例　普佛戰爭ノ際ニハ三十日ノ猶豫期間ヲ與フルコトト爲セリ此際普國ハ更ニ一歩ヲ進メ敵國ニ屬スル私船ト船貨トノ捕獲ヲ全然免除センコトヲ宣言シタリシモ佛國ハ斯ル宣言ヲ爲ササリシカ故ニ後日普國ハ其宣言ヲ取消シタリ

第三　日露戰爭ニ於ケル實例　日露戰爭ニ關シテハ日本ノ勅令ヲ引用スルヲ得ヘシ即チ明治三十七年二月九日發布セル勅令第二〇號ハ露國商船ノ拿捕ヲ猶豫スヘキコトヲ規定セリ其第一條ニ依ルニ開戰ノ際帝國港灣內ニ在ル露國商船ハ二月九日ヨリ二月十六日マテニ該港灣ニ其貨物ヲ陸揚シ又ハ船積シテ帝國ヲ去ルコトヲ得ト規定セリ又其第二條ニハ帝國ヲ去リタル露國商船ハ帝國官憲ノ證明シタル船舶書類ニ依リ前條ノ期限前ニ（二月十六日前ニ）其貨物ヲ陸揚シ又ハ船積シテ帝國港灣ヲ發航シ該港灣ヨリ其最近本國港、租借港又ハ到達港ニ到ルノ途中ナルコト明カナルモノニ限リ之ヲ拿捕セス但一旦本國港又ハ租借港ニ立寄リタル場合ハ此限ニ在ラスト規定シタリ次ニ第三條ニ於テハ二月九日以前ニ帝國港灣ニ向テ外國港灣ヲ發航シタル露國商船カ帝國港灣ニ入リ其貨物ヲ陸揚シテ帝國ヲ去ルヲ得ルコトヲ規定セリ又第四條ニ於テハ輸出禁止品、戰時禁制品及ヒ戰時禁制書ヲ搭載セル露國商船ニ關シテハ拿捕ヲ免除セサル旨ヲ規定シタリ

右ノ勅令ニ於テハ二月九日以前ニ日本ヲ出發シタル船舶ニ關スル條項ヲ缺ケリ是レ英國ノ「ローレンス」氏等ノ右勅令ヲ不完全ナリト批難シタルノ一點ナリ然レトモ我立法者ハ決シテ斯ル重要ナル

0329

點ヲ見落シタルニ非ス蓋シ二月九日前ニ日本ヲ出發シタル船舶ハ開戰前ニ出發シタルモノナルカ故ニ縱令兵器彈藥等ヲ搭載スルモ時正ニ平時ニ屬スルヲ以テ之ヲ禁制品トシテ取扱ヒ其船舶ノ出航ヲ差止ムルコト能ハス然ルニ斯ル船舶ハ之ヲ拿捕スルヲ以テ帝國ノ利益ト爲シ特ニ此點ヲ除キ以テ拿捕免除ノ範圍中ニ入レサリシナリ即チ立法者ハ斯ル船舶ヲ拿捕セントスルノ精神ナリトス

抑モ開戰ノ際ニ於ケル敵船ノ拿捕免除ニ關シ國法ヲ以テ之ヲ規定シタルモノナキヤヲ繹ヌルニ米國ノ海軍法規第一五條ハ明カニ此場合ヲ規定セリ而シテ此第一五條ハ實ニ我國勅令第二〇號ノ標準タリシナリ故ニ今參考ノ爲メ左ニ之ヲ揭ケントス

宣戰ノ布告前ニ合衆國法權ノ港ヲ出帆シタル敵國商船ハ戰時禁制品ヲ搭載セス又敵國ノ用ニ供セラレサル時ニ限リ自由ニ其到達港ニ入ルコトヲ得(中略)戰爭開始ノ際合衆國法權內ノ敵國商船ハ戰爭開始後三十日內ニ貨物ヲ積載シ自由ニ其目的地ニ出帆スルコトヲ許ス但戰時禁制品ヲ搭載シ又ハ敵國ノ軍用ニ供セラルヘキ場合ハ此限ニ在ラス(中略)戰爭開始前合衆國法權ノ港ニ向ヒ外國ヲ出帆シタル敵國商船ハ其目的地タル港ニ入リ貨物ヲ卸シ直チニ封鎖サレサル港ニ出帆スルコトヲ許スヘシ

第五節　戰爭ノ外國公債ニ及ホス效果

戰爭ハ外國公債ヲ消滅セシムルモノニ非ス換言スレハ甲國カ乙國ヨリ負債ヲ爲セルニ際シ甲乙兩國カ開戰セリトノ理由ニ因リ甲國ハ其債務ヲ免ルルコト能ハス此法理ヲ說明スルニ有名ナル先例トシテ露・國和蘭國事件ヲ引照スルコトヲ得

千八百十四年歐洲戰爭ノ結局後英國ハ該戰爭ノ終ニ當リテ其嘗テ占領セシ和蘭ノ屬地ト殖民地トヲ永久保有スルヲ承認セシムルノ報酬トシテ露國カ該戰爭中和蘭ト契約シタル國債ノ半額ヲ自ラ辨償スヘキコトヲ約セリ此協議ハ千八百十五年五月十九日ノ條約ニ依リ確定シタルカ其中ニ(一)白耳義諸州ノ主權和蘭王ノ手ヲ離ルルトキハ英國ハ該債金ノ辨償ヲ止ムヘキコト(二)兩締約國即チ露英間ニ戰爭起ルモ此國債ノ辨償義務ハ消滅セサルコト等ノ規定アリ其後千八百三十年白耳義ノ和蘭ヨリ分離セルニ當リ英露二國ハ更ニ新條約ヲ締結シテ前條約ノ目的ヲ敷衍シ之ニ依テ英國ハ白耳義ニ關スル諸問題ニ付キ英國カ歐羅巴ノ均勢ヲ維持スルニ必要ト認ムル政略ヲ露國ニ於テ是認スルコト竝ニ英國ハ露國ノ爲メ和蘭ニ對スル國債ノ一部分ヲ引繼キテ辨償スヘキコトヲ約セリ然ルニ其後「クリミヤ」戰爭ノ開クニ及ヒ英國國會議員ハ一ノ動議ヲ發シテ曰ク露國ハ維也納會議ノ規約ニ違背シタルヲ以テ英國ハ宣シク和蘭ニ對スル國債ノ辨償義務ヲ廢棄スヘシト然ルニ此動議ハ主トシテ英國カ露國ト開戰シタルニ乘シテ露國ト正當ニ約シタル負債ノ辨償義務ヲ廢棄スルハ英國ノ名譽ヲ毀損スヘシト云フ理由ニ依リテ否決セラレタリ此國債事件ニ關シ「ビット、コベット」ノ論スル所左ノ如シ

本件ニ於テ注意スヘキハ此ニ戰爭ノ爲メニ辨償ヲ中止セサルノ特約アルコト是ナリ然レトモ此ノ如キ特約ノ存セサル場合ニモ一交戰國又ハ他交戰國ノ個人ニ對シ起シタル所ノ公債ノ利子ハ之ヲ支辨スヘキモノニシテ戰爭ノ爲メニ此責任ヲ消滅セシメ若クハ中止セシムルモノニ非サル原則ヲ存スルハ明瞭ニシテ各資本家カ個人トシテ記名シタル公債ノ場合ニ於テ通常發行スル所ノ證券ノ流通的性質ト國家ノ信義ヲ維持スルノ必要トハ皆本原則ヲシテ有力ナラシムルモノナリ又今日ニ於テ一國家カ他國家ヨリ公債ヲ負フカ如キコトハ容易ニ之ナカルヘキコトナリト雖モ假ニ此ノ如キ場合アラシメンカ其辨償カ縱令自國ノ危險ヲ增シ又敵國ノ軍資ヲ多クスルノ恐アルモ一國ハ其名譽上辨償ノ義

0330

務ヲ負ハサル、カラス外國債ハ屢、第三國ニ依リ保證セラルルコトアリ例ヘハ千八百五十五年英、佛兩國カ土耳其ノ五百萬磅ノ公債利子ヲ保證シ千八百八十五年英、佛、獨、墺、伊、露、土ノ諸國カ條約ヲ締結シ埃及ノ爲メニ土耳其カ募集スル五百萬磅ノ公債ノ利子ヲ保證シタルカ如キ是ナリ此ノ如キ場合ニ戰爭カ國債ヲ起シタル國家ト之ヲ保證シタル國家トノ間ニ破裂スルコトアラハ保證國カ其條約ニ拘束セラルヘキハ勿論ノコトナリト信ス云云

此「ビット、コベット」ノ說ニ對シテハ反對ノ餘地アリト知ルヘシ

第六節　戰爭ノ私債ニ及ホス效果

戰爭ヲ理由トシテ交戰國政府ハ敵國私人カ自國人ノ上ニ有スル私債ヲ沒收スルコト能ハス又自國私人ハ敵人ニ負フ債務ヲ免ルル能ハス唯戰爭中ハ債務履行、利子支拂ヲ中止スルノミ然ルニ此ニ一ノ奇異ナル事實アリ即チ「ウォルフ」對「オックスホルム」ノ事件ト稱スルモノ是ナリ此事件ノ原告人「ウォルフ」ハ丁抹ノ出生ニシテ英國ニ歸化シ且英國ニ居住シ茲ニ合資會社ヲ組織シテ商業ヲ營ミシカ被告「オックスホルム」ハ丁抹ノ臣民ニシテ丁抹ニ居住シ上記ノ合資會社ニ對シ負債ヲ有シタリ此負債辨償ニ關シ訴訟ノ起リタルニ當リ千八百七年丁抹ト英國トノ間ニ戰爭起リタリ然ルニ丁抹政府ハ命令ヲ發シテ丁抹人カ英國臣民ニ辨償スヘキ負債ハ之ヲ英國人ニ支拂ハスシテ丁抹ノ國庫ニ辨償スヘキコトヲ命セリ是ニ於テ「オックスホルム」ハ此命令ニ從ヒ該金額ヲ丁抹政府ニ納メタルニ戰後ニ至リ其負債ノ爲メ再ヒ英國ニ於テ訴訟ヲ提起セラレタリ此裁判ノ判決ニ依レハ丁抹政府ノ命令ハ全ク國際法ノ原則ニ戻ルモノニシテ負債ヲ沒收スルノ權利ハ「ヴァテル」ノ學說ニ基キ之ヲ主張スルモノナルヘケレトモ「グロチュ

此種ノ財貨ニ對スル需要增加スルトキハ劣等ノ土地ヲ用ヒ又ハ遠方ヨリ之ヲ輸送スルノ必要ヲ生シ隨テ其生產費增加スルカ故ニ其價格ハ次第ニ騰貴スヘシ而シテ人口ハ年年增加スルモノナルカ故ニ農產物ノ價格ハ上騰ノ傾向ヲ有スヘキモノトス然レトモ實際其上騰ヲ抑制スル原因ナキニ非ス例ヘハ英、獨等ノ農業ハ到底其增加セル人口ヲ維持スルニ足ルノ食物ヲ生セサルカ故ニ之ヲ自然ニ放任セハ穀物ノ價格ハ非常ニ騰貴スヘキナリ然ルニ其然ラサル所以ノモノハ米、露等ヨリ之ヲ輸入スレハナリ又砂糖ノ價格ノ低落セルカ如キハ製造法ノ改良與リテ大ニ力アルモノトス其他農業上ノ改良進步ハ農產物ノ生產費ヲ減シ交通機關ノ進步ハ運搬費ヲ減スルカ故ニ價格ノ騰貴ヲ抑制スルノ力アルモノトス斯ノ如ク種種抑制ノ原因アリト雖モ要スルニ農產物ノ價格ハ次第ニ騰貴スヘキモノタリ

以上第二節乃至第四節ニ於テ陳述セルハ財貨ノ價格ニ關スル原則ニシテ一ノ市場ニ於テ自由競爭十分ニ行ハルルニ於テハ財貨ノ價格ハ此原則ニ依リテ定マルヘキナリ而シテ實際財貨ノ賣買セラルル價格ノ往往此原則ニ反スルノ觀アル場合アルハ風俗、慣習又ハ賣買者ノ錯誤、怠慢等ノ原因ニ基クモノニシテ自由競爭カ未タ十分ニ行ハレサルニ因ルナリ然レトモ社會ノ進步スルト共ニ右ニ述ヘタル如キ原因ハ次第ニ減少シ而シテ交通ノ便開ケ交易ノ區域擴張シ交易ヲ欲スル者、交易ヲ目的トスル者益、多キヲ加ヘ財貨ノ價格ハ其變動ノ程度ヲ減少スル傾向アルモノトス

第三章　貨幣

第一節　貨幣ノ起源

交易ノ濫觴、其發達ノ順序ハ曩ニ述ヘタル如クニシテ其初期ニ於ケル交易ノ性質ヲ考フルニ各人カ交

0331

易ニ依テ得ント欲スル財貨ハ直接ニ自己ノ欲望滿足ニ供スルモノトス然レトモ自己ノ與ヘント欲スル財貨ヲ以テ直チニ自己ノ要スル財貨ヲ得ルハ決シテ容易ニ非ス第一ニ欲望ノ互ニ相投合スルコト甚タ少ク第二ニ縱令欲望ハ相投合スルモ其數量ノ符合スルニ至リテハ殆ト稀ナリ第三ニ或種類ノ財貨ハ之ヲ分割スルト共ニ大ニ其價値ヲ減スルモノトス而シテ此等ノ不便、障害ノ存スル限ハ交易ノ發達期スヘカラスト雖モ一種ノ財貨自ラ現出シテ交易ノ媒介ヲ爲シ以テ右ニ述ヘタル不便、障害ヲ除去スルニ至ル是レ即チ貨幣ノ濫觴ナリトス

當時尙ホ未開ノ時期ナリト雖モ財貨ノ種類ハ決シテ一二ニ止マラサルナリ而シテ其中ニ就キ一種ノ財貨カ他ヲ排シテ貨幣ト爲ルハ如何ナル原因ニ基クヤ墺地利ノ經濟學者「メンガー」曰ク「財貨ノ有スル交易力ニ差異アレハナリ」ト

抑、未開ノ時代ニ於テハ交易ノ區域固ヨリ狹隘ナリ雖モ既ニ交易ノ行ハルルニ於テハ數多ノ財貨中他ノ財貨ニ比シ人人ノ之ニ對スル欲望强クシテ其數量比較的ニ小ナルモノアラン而シテ此財貨ヲ有スル者ハ他ノ財貨ヲ有スル者ニ比シ交易ヲ行フニ當リテ便利ナル地位ヲ占ムルニ至ラン之ヲ換言スレハ此種ノ財貨ヲ有スル者ハ他人ヨリ自己ノ要スル財貨ヲ得ルコト容易ナラン是ニ於テ交易力ノ小ナル財貨ヲ有スル者ハ其財貨ヲ以テ直チニ其要スル財貨ヲ得ンヨリハ先ツ交易力ノ大ナル財貨ニ換ヘ之ニ依テ其要スル財貨ヲ得ルノ安全ニシテ且經濟的ナルヲ悟ルニ至ル是ヲ以テ最大ノ交易力ヲ有スル財貨ハ之ヲ以テ自己直接ノ欲望滿足ニ供セントスル者ノミナラス之ニ依テ更ニ他ノ財貨ヲ得ントスル者モ亦之ヲ欲望スルニ至ル此方法ノ實際有利ナルヲ悟ル者ハ其始ニ當リテハ社會一部ノ人ニ止マルヘシト雖モ此方法ノ實際有利ナルニ於テハ他人モ之ニ倣ヒ遂ニ一般ノ慣習ト爲リ即チ自己ノ欲望滿足ニ供セサモ其財貨ニ依リ何時ニテモ他ノ財貨ト交易シ得ルカ故ニ財貨又ハ勤勞等ニ對スル報酬トシテ何人モ之ヲ受取ルコトヲ躊躇セサルニ至ルヘシ是ニ於テ此財貨ハ交易ノ媒介ニ供セラレ以テ貨幣ト爲ルナリ

數多ノ財貨中一種ノ財貨ヲ自ラ選ハレテ貨幣ト爲ルハ右ニ述ヘタル如シ而シテ種種ナル財貨カ貨幣トシテ用ヒラレタルヲ見ル

第一　獸皮ノ貨幣　狩獵時代ニ於テ普ク貴重セラルルハ獵獲セル野獸ナレトモ其肉ハ之ヲ蓄フヘカラス然ルニ獸皮ハ久シク之ヲ蓄藏シ得ヘク又衣服ノ料トシテ價値ヲ有スルカ故ニ草昧ノ民族獸皮ヲ以テ貨幣ト爲シタル例證少カラス

第二　家畜ノ貨幣　牧畜時代ニ於テハ牛、羊等ノ家畜最モ尊重セラレ且讓渡ニ便ニシテ多年保存シ得ルヲ以テ貨幣トシテ通用セルコト其例少カラス又奴隷ノ使役行ハレタル時代ニハ奴隷モ交易ノ媒介トシテ用ヒラレタルコトアリ

第三　農產物ノ貨幣　轉住ノ風習衰ヘテ農業漸ク行ハルルニ及ヒ農產物ヲ以テ貨幣ト爲セル場合多シ

第四　服飾ノ貨幣　身體ヲ裝飾スルハ人類ノ一大欲望ナリ而シテ裝飾物ハ久シキニ堪ヘ且普ク人ニ貴重セラレ又容易ニ移轉スヘキヲ以テ自然貨幣ト爲ル

第五　製造品ノ貨幣　例ヘハ布帛ノ如キ是ナリ

第六　金屬ノ貨幣　以上列記セルカ如ク貨幣トシテ用ヒラレタル財貨ハ其種類少カラスト雖モ最モ廣ク貨幣トシテ用ヒラレタルハ金屬ナリ而シテ金屬中最モ貨幣ニ適スルハ金銀トス其然ル所以ハ後節ニ之ヲ說明スヘシ

0332

第二節　貨幣ノ職務及ヒ此職務ヲ盡スニ必要ナル條件

前節ニ述ヘタル如ク貨幣ハ交易ヲ媒介スルカ爲メニ始メテ現出セルモノナルカ故ニ貨幣第一ノ職務ハ交易ノ媒介ヲ爲スニ在ルハ言フヲ俟タス

貨幣第二ノ職務ハ價格ノ共同標準タルニ在リ抑〻貨幣ハ數多ノ財貨ト交易セラルルカ故ニ財貨交換ノ比例ハ自ラ貨幣ヲ以テ之ヲ表示スルニ至ル而シテ貨幣ハ猶ホ分數ノ加減ニ於ケル同分母ノ如ク諸種ノ財貨ノ價格ヲ貨幣ニ對スル價格ニ換算シテ以テ其比較對照ヲ容易ナラシム若シ此ノ如キ共同ノ標準ナク事事物物互ニ比較セハ其煩雜殆ト忍フ能ハサルナリ例ヘハ茲ニ一百種ノ財貨アリ相互ノ交換比例ヲ知ラント欲セハ四千九百五十回比較ノ勞ヲ取ラサルヘカラス然ルニ貨幣ニ依テ之ヲ對照セハ僅ニ一百回ニシテ足レリ且今日人人カ損益ノ計算ヲ正確、緻密ニ爲シ得ルハ貨幣ヲ以テ價格ノ共同標準ト爲セハナリ

貨幣第三ノ職務ハ價格ノ本位タルニ在リ社會漸ク進歩スルニ從ヒ信用取引即チ貸借ノ慣習起ルニ至ル貸借ハ多クハ同種ノ財貨ヲ以テ償還スルモノニシテ例ヘハ穀物ヲ借ル者ハ穀物ヲ以テ返濟シ利息モ亦穀物ヲ以テ償フモノトス而シテ償還ノ時期ニ當リ其財貨ノ價格下落スルニ於テハ貸者ハ損失ヲ招キ價格上騰スルニ於テハ借者其害ヲ被ムルナリ又數種ノ財貨ヲ借ラントスルニ當リ一人ニ就テ總テ之ヲ借リ得ルコト難シ是ニ於テ世人普ク之ヲ欲望シ且其價格ノ變動最モ少キ一種ノ財貨ヲ擇ヒテ之ヲ貸借セハ右ニ述ヘタル不便ヲ減スルコト大ナリ而シテ此資格ヲ有スルモノハ通常其社會ニ行ハルル貨幣ニシテ貨幣ハ又價格本位タルノ職務ヲ負フニ至ル曩ニ述ヘタル如ク價格ハ一種ノ關係ニ外ナラサルヲ以テ何物ト雖モ他物ニ對シテ常ニ一定ノ價格ヲ有スル能ハスト雖モ貨幣ハ交易力ノ最大ナルモノニシテ世人ノ一般ニ欲望スルモノナレハ價格ノ變動ハ他ノ財貨ニ比シ必ス少シ

右ニ述ヘタルハ貨幣ノ最モ重要ナル職務ニシテ第一ハ貨幣ノ原始的職務トモ稱スヘキモノナレトモ社會ノ進歩スルニ隨ヒ其必要ノ程度ノ減スルモノトス第二第三ノ職務ニ至リテハ益〻其必要ヲ加フルモノニシテ殊ニ第三ノ職務ヲ以テ然リトス

右ニ掲ケタル三種ノ職務ニ次テ屢〻貨幣ニ附隨シ來ル職務アリ即チ片務給付ニ供セラルルコト及ヒ價値ノ貯藏ニ用ヒラルルコト是ナリ例ヘハ贈遺、納稅、損害賠償、過料等ハ多クハ貨幣ヲ用フ又財産ヲ貯蓄セントスルトキ或ハ之ヲ携帶シテ旅行セントスルトキ或ハ之ヲ遠方ニ輸送セントスルカ如キ場合ニ於テハ通常貨幣ヲ用フルヲ以テ最モ便利ナリトス何トナレハ貨幣ハ其交易力大ナルカ故ニ今日之ヲ貯ヘテ後日之ヲ出スモ他物ニ交換スルコト甚タ容易ナリ又他所ニ之ヲ持去ルモ容易ニ他物ト交換シ得レハナリ

一種ノ財貨カ貨幣ト爲リテ以上述ヘタル職務ヲ盡サントスルトキハ種種ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス而シテ此等ノ條件ヲ具備スルコト最モ多キモノヲ以テ完全ナル貨幣ト爲ス其條件ハ左ノ如シ

第一　價値ヲ有スルコト　貨幣ハ他ノ價値アル財貨ト交換スヘキモノナルカ故ニ自ラ亦價値ヲ有セサルヘカラス前節ニ列擧セル種種ノ貨幣ヲ見ルニ一トシテ價値ヲ有セサルモノナク貝殼ノ如キモ裝飾物トシテ價値ヲ有シ其他牛畜、穀物、獸皮等ニ至リテハ各〻其效用ニ應シテ價値ヲ有スルヤ明カナリ凡ソ一種ノ財貨ニシテ貨幣ト爲ルトキハ之カ爲メニ其價値ヲ高ムルハ明白ナル事實ニシテ今日金ノ價値大ナルハ貨幣トシテ用ヒラルルコト甚タ多ケレハナリ然レトモ金ハ貨幣トシテ用ヒラレサルモ仍ホ大ナ

0333

ル價値ヲ有スルモノトス

第二　携帶運搬ニ便ナルコト　貨幣ノ有スル價値ハ其容積及ヒ重量ニ比較シテ適當ナル比例ヲ保ツコトヲ要ス即チ大ニ失スルモノハ携帶運搬ニ便ナラス又小ニ失スルモノハ紛失ノ憂アリ昔「スパルタ」ニ於テ用ヒラレタル鐵錢ノ如キハ今日ノ經濟社會ニ適セサルコト論ヲ俟タス又牛畜、穀物ノ如キ皆携帶ニ便ナラサルナリ之ニ反シテ金銀ハ此條件ヲ具備スルコト大ナリト雖モ小貨幣ト爲スニハ其價値高キニ失スルカ故ニ他ノ金屬ヲ用ヒサルヲ得ス

第三　毀滅セサルコト　貨幣ハ賣買、貸借ノ媒介トシテ人人ノ間ニ輾轉シ又價値ノ貯藏トシテ保存セラルルモノナルカ故ニ容易ニ毀滅セサルコトヲ要ス而シテ金銀ハ能ク此條件ニ適合スル性質ヲ有ス

第四　品質ニ精粗ナキコト　貨幣タルモノハ品質優劣ナクシテ其量同シケレハ其價値モ亦同シキヲ要ス而シテ金銀ハ其產地ヲ同シウセサルモ一度精錬ヲ經ルトキハ其品質ニ差異ナシ

第五　分割シ得ヘキコト　茲ニ分割シ得ヘキト云フハ分割スルモ其價値ヲ減セサルヲ謂フ例ヘハ金剛石ノ如キモ非常ナル力ヲ用フレハ之ヲ碎クコトヲ得ヘシ然レトモ其碎片ノ價値ハ之ヲ合スルモ到底全形ノ價値ニ比較スルヲ得サルナリ然ルニ金屬ニ至リテハ一度之ヲ分割スルモ溶解シテ再ヒ舊ニ復スルコトヲ得ルカ故ニ分割ノ爲メニ其價値ヲ減スルコト極メテ少シ

第六　認識シ易キコト　認識シ易キトハ容易ニ之ヲ認メテ他ノ諸物ト識別シ易キヲ謂フ若シ授受ノ際一一其品質ヲ精査スルコトヲ要セハ其煩殆ト堪フヘカラス且其善惡ヲ分ツニ多少ノ鑑識ヲ要セハ常ニ欺カルル者アルヘキナリ

第七　價格ノ變動少キコト　貨幣タル財貨ニシテ價格ノ變動激甚ナランカ價格ノ本位タルコトヲ得ス而シテ價格ノ一定不動ハ到底之ヲ望ムヘカラサルカ故ニ價格ノ變動最モ少キ財貨ヲ擇ヒテ貨幣ト爲ササルヘカラス抑〻價格變動ノ原因ハ或ハ財貨自身ニ存スルコトアリ或ハ財貨ノ外部ニ存スルコトアリ茲ニ價格ノ變動ト言ヘルハ外部ニ起因スル價格ノ變動ヲ謂フニ非ス即チ外部ニ起因スル價格ノ變動ハ無數ノ財貨ニ於ケル需要供給ノ關係ヨリ來ルモノナルカ故ニ一低一昇靜定スル時ナシト雖モ自己ニ起因スル變動ニ至リテハ其高低ノ程度甚タ緩漫ナルモノアリ而シテ金銀ハ此條件ヲ具備スルコト最モ大ナリトス何トナレハ數百年來採掘セル分量ハ漸次蓄積シテ非常ノ巨額ニ上レルヲ以テ年年ノ產出額ニ增減アルモ金銀總額ノ價格ニ影響ヲ及ホスコト甚タ少ケレハナリ

第三節　貨幣制度

金屬殊ニ金銀カ貨幣タルニ最モ適スルコトハ前節ニ述ヘタル如シ然レトモ地金ノ形體ヲ以テ之ヲ適用セシムルトキハ授受ノ際一一品質ヲ檢シ重量ヲ秤ラサルヘカラサルカ故ニ不便少カラス是ヲ以テ古代既ニ貨幣鑄造ノ術起リ貨幣ノ輕重、品質ヲ一定シテ其流通ヲ容易ナラシメタリ

之ヲ東西諸國ノ歷史ニ徵スルニ古來貨幣製造ノ權ハ一國若クハ一地方ノ統治者之ヲ掌握セルヲ以テ常例トス蓋シ私人ニ貨幣ノ製造ヲ許ストキハ種種ノ貨幣現出シテ其品質、重量ノ均一ヲ失シ粗惡ナルモノ却テ專ラ流通スルニ至レハナリ又貨幣ノ製造ヲ以テ一ノ財源ト爲シ其發行セル貨幣ニ不當ノ價格ヲ付シテ通用セシメタルコト古來少カラス人民ヲシテ不廉ナル製造手數料ヲ納メシメタル場合亦稀ナラサルナリ而シテ貨幣ノ製造、發行ヲ以テ財源ニ充ツルハ今日ノ國家ノ行フヘキコトニ非スト雖モ第一ノ理由ニ依リ貨幣製造及ヒ發行ノ權ハ國家之ヲ有セサルヘカラサルナリ然ルニ國家ノ職務ヲ能フ限リ

0334

狹隘ナラシメントスル者ハ貨幣製造ノ事業モ亦私人ノ經營ニ放任スヘシト論スル者アリ例ヘハ「スペンサー」ノ如キ是ナリ此等ノ論者ハ彼ノ「グレシャム」ノ法則ヲ忘却セルモノニシテ若シ貨幣製造ノ事業ヲ擧ケテ人民ノ手ニ任セハ粗惡ノ貨幣ヲ造リ廉價ニ之ヲ賣リ遂ニ至良ノ貨幣ヲ驅逐スルヤ必セリ故ニ貨幣ノ製造、發行ハ國家之ヲ司リ所謂貨幣制度ナルモノヲ設ケサルヘカラス而シテ貨幣制度ノ基礎ハ如何ナル金屬ヲ以テ本位貨幣ト爲スカヲ定ムルニ在リトス

抑、貨幣ヲシテ至大ノ流通力ヲ得セシメント欲セハ國家ハ之ニ與フルニ强通力ヲ以テセサルヘカラス即チ一種若クハ數種ノ金屬ヲ選ヒテ本位貨幣ヲ造リ金額ノ多少ヲ論セス取引上之カ受納ヲ拒ムコトヲ得サラシムルヲ要スルナリ例ヘハ現今我國ノ本位貨幣ノ如シ即チ我貨幣法第七條ニ「金貨幣ハ其ノ額ニ制限ナク法貨トシテ通用ス」トアルカ如シ

本位貨幣ヲ定ムルニ通常二種アリ單本位制・兩本位制是ナリ單本位制ハ本位貨幣ヲ一種ノ金屬ニ限ルモノニシテ金ヲ選フトキハ金本位ト稱シ銀ヲ選フトキハ銀本位ト名ク兩本位制ニ於テハ通常金銀ノ二金屬ヲ選ヒテ同時ニ本位貨幣ト爲シ其間ノ比價ハ法律ヲ以テ初ヨリ之ヲ定メ市場ニ於ケル比價變動スルモ兩種ノ貨幣ハ常ニ法定ノ比價ヲ以テ通用スルモノトス

無限ノ强通力ヲ有スル本位貨幣ヲ定ムルトキハ人民ニ與フルニ所謂自由製貨ノ權ヲ以テセサルヘカラス即チ何人ト雖モ本位貨幣タルヘキ地金ヲ造幣局ニ輸納スルトキハ無手數料若クハ少額ノ手數料ヲ以テ之ヲ本位貨幣ニ製造スルノ求ニ應セサルヘカラス此ノ如ク人民ニ自由製貨ノ權ヲ與フル所以ハ他ナシ若シ本位貨幣ノ製造額ヲ全ク政府ノ意思ニノミ任セハ本位貨幣ノ數量不足ヲ來シ爲メニ貨幣ノ價格ト地金ノ價格トノ間ニ著シキ差異ヲ生スルコトアレハナリ然レトモ現今金銀兩本位制ヲ採用セル諸國ハ皆銀貨ノ自由製造ヲ許サス蓋シ銀貨ノ下落激シキヲ以テ若シ銀貨ノ自由製造ヲ許ストキハ忽チ銀貨ノ漲溢ヲ來シ金貨ハ全ク其跡ヲ絕ツニ至レハナリ又金本位制ヲ採用セル國ニシテ仍ホ本位銀貨ノ通用ヲ許スモノアリ此ノ如ク金銀兩本位制ニシテ銀貨ノ自由製造ヲ禁止シ金單本位ニシテ本位銀貨ヲ有スルモノハ或ハ之ヲ跛行本位制ト稱ス而シテ現今歐米諸國ノ貨幣制度ハ此名稱ヲ免レサルモノ多シ

金本位制ニ於テハ勿論銀本位制ニ於テモ亦小額ノ取引ノ爲メニ價格ノ小ナル貨幣ヲ製造發行スル必要ヲ見ルナリ此貨幣ハ補助貨幣ト稱シ本位貨幣ノ如ク完全ナル强通力ヲ有セス支拂ニ供シ得ヘキ額ニ制限アリ例ヘハ我國ニ於テハ銀ノ補助貨幣ハ十圓マテ、白銅及ヒ青銅貨ハ一圓マテヲ限リ法貨トシテ通用スルナリ而シテ補助貨幣ハ其大小宜キヲ得サルトキハ授受、携帶ニ不便ナルカ故ニ廉價ナル金屬ヲ以テ之ヲ製造シ銀ヲ用フルトキハ本位貨幣ニ比シ量目ヲ減シ品位ヲ劣等ニシ法定ノ價格ハ初ヨリ市場ノ價格ニ比シテ高キヲ要スルカ故ニ補助貨幣ハ私人ノ求ニ應シテ之ヲ製造スルモノニ非サルナリ

貨幣制度ハ本位貨幣ノ選定ニ依テ其基礎定マルト雖モ貨幣ノ製造發行ニ關スル規定ヲ設ケテ始メテ之ヲ實施スルコトヲ得ルナリ其要點ヲ擧クレハ左ノ如シ

第一　本位貨幣タルヘキ金屬ヲ以テ價格ノ單位ヲ定ムルヲ要ス　例ヘハ我貨幣法第二條ニ「純金ノ量目二分ヲ以テ價格ノ單位ト爲シ之ヲ圓ト稱ス」トセルカ如シ

第二　貨幣ノ品位ト量目トヲ定メサルヘカラス　純金銀ハ共ニ柔軟ニ過クルヲ以テ他ノ金屬ヲ加ヘテ適當ノ硬度ヲ得セシムルヲ要ス例ヘハ我金貨幣ハ純金九百分、銅一百分ヨリ成ルモノニシテ此品位ハ諸國ノ採用スル所ナリ品位ノ定マルト共ニ貨幣每片ノ量目ヲ定メサルヘカラス此二者定マリテ始メテ貨幣ノ每片相等シキヲ得然レトモ實際每片ノ品位、量目毫モ差異ナキヲ期シ難キカ故ニ品位、量

0335

目ニ關スル公差ナルモノヲ規定シ此公差ヲ越ユルモノハ初ヨリ發行セサルモノトス

第三　流通貨幣ヲシテ法定ノ量目以下ニ至ラサラシムルコトヲ要ス　貨幣ヲ始メテ發行スルニ當リテハ公差ヲ超ユルコトナシト雖モ輾轉流通スルトキハ磨損ノ爲メニ多少其量目ヲ減少スルモノトス而シテ其磨損ノ量大ナルトキハ貨幣ノ名稱上ノ價格ト實際ノ價格トノ間ニ著シキ差ヲ生スルヲ以テ本位貨幣ハ其通用最輕量目ヲ定メ其以下ニ下ルモノハ之ヲ除去スル方法ヲ講セサルヘカラス例ヘハ我貨幣法第一條ニ於テ金貨幣ノ通用最輕量目ヲ定メ而シテ同法第一二條ニ「金貨幣ニシテ磨損ノ爲メ通用最輕量目ヲ下ルモノ……ハ其ノ額面價格ヲ以テ無手數料ニテ政府ニ於テ之ヲ引換フヘシ」ト規定セル如キ是ナリ

第四　私人カ本位貨幣ノ製造ヲ請求スルニ當リ手數料ヲ徵收スルヤ否ヤヲ定メサルヘカラス　若シ多額ノ手數料ヲ徵收スルニ於テハ是レ即チ自由製貨ノ權ヲ害スルモノナルカ故ニ現今ニ於テハ諸國多クハ僅少ナル手數料ヲ徵收シ或ハ全ク手數料ヲ徵收セス

其他貨幣ノ製造ニ關シテ注意スヘキハ貨幣ノ種類、貨幣ノ算則、貨幣ノ形狀及ヒ大小是ナリ即チ貨幣ノ種類ハ多キニ過キス又少キニ失セサルヲ要シ貨幣ノ算則ハ通例十進一位ノ法ヲ用フルモノトス又形狀ハ鑄造、剝竊及ヒ自然ノ磨損ヲ防クコトニ注意シ大小ハ共ニ其當ヲ失セサルコトヲ力ムヘキナリ

第四節　貨幣ノ價格

貨幣ノ價格トハ貨幣カ他ノ財貨ニ對スル交換比例ニシテ即チ貨幣ノ購買力ヲ謂フ故ニ貨幣ノ價格ハ一定ノ場所、一定ノ時ニ於テハ一定スト雖モ場所ヲ異ニシ時ヲ同シウセサルトキハ差異、變動アルヲ免レス同一額ノ貨幣ニシテ其價格昨日高クシテ今日低ク甲ノ地ニ大ニシテ乙ノ地ニ小ナルコトアルモノトス而シテ彼ノ財貨ノ價格ナルモノハ貨幣ヲ以テ表示セルモノナルカ故ニ貨幣購買力ノ大小高低ハ財貨ノ價格ニ因テ之ヲ知ルコトヲ得ルナリ

今市場ニ於テ財貨ノ價格ノ變動スル所以ヲ見ルニ其原因財貨ニ存スル場合ト貨幣ニ存スル場合トアリ而シテ第一ノ場合ハ既ニ第二章ニ述ヘシ如ク財貨ノ需要供給ノ關係ニ因ルモノニシテ吾人カ日日目擊スル所謂物價ノ高低ナルモノハ其原因財貨ニ存スルコト多シトス然レトモ物價ノ變動ニシテ貨幣ニ基因スルコトアルハ之ヲ理論ニ照ラスモ亦之ヲ實際ニ徵スルモ爭フヘカラサル事實ニシテ此原因ヨリ生スル物價ノ變動ハ其勢力通常緩慢ニシテ世人ノ注意ヲ惹クコト少ク且數多ノ財貨ニ比較シテ始メテ變動ノ程度ヲ概測シ得ルモノトス本節ニ於テ說明セントスル貨幣ノ價格ハ其變動ノ原因貨幣ニ存スルモノニ限ル

貨幣ノ價格モ亦需要供給ノ關係ニ由リテ定マルモノトス例ヘハ今日ノ貨幣ノ價格ハ今日以前ニ於ケル貨幣ノ需要額ト其流通額トノ關係ヨリ生セサルモノニシテ明日ニ至リ貨幣ノ需要額低ニ增加シ而シテ流通額ノ增加之ニ伴ハサルトキハ貨幣ノ價格ハ次第ニ上騰スヘク之ニ反シテ流通額增加スルモ需要額ノ增加之ニ應セサルトキハ貨幣ノ價格ハ低落ヲ來スモノトス

一國ニ於ケル貨幣ノ需要額ハ到底之ヲ精細ニ計算スルコト能ハス經濟上及ヒ其他ノ狀況ニ依リテ各國貨幣ノ需要額ヲ異ニスルノミナラス同一國ニ於テモ常ニ多少ノ變動ナキヲ得ス然レトモ一國ニ於ケル貨幣需要額ノ大小增減ハ左ニ述フルカ如キ原因ニ因リテ影響セラルルモノトス

第一　貨幣ヲ使用スル取引ノ多少　貨幣ヲ使用スル取引ノ多少ハ開化進步シ分業行ハルルニ隨ヒテ增

0336

加スルモノトス例ヘハ奴隷制度廢セラレテ自由勞働之ニ代リ自產自費ノ風習衰ヘテ他人ノ生產セル財貨ヲ消費スル程度昇進スルトキハ貨幣ヲ要スルコト多キヲ致サザルヲ得ス故ニ未開國ト開化國トヲ比較セハ後者ノ貨幣需要額ハ前者ヨリモ大ニシテ地方ト都會トヲ比スルモ亦同一ノ現象ヲ見ル

第二　貨幣流通ノ遲速　苟モ一家ヲ構成シ又ハ一事業ヲ經營スル者ハ諸種ノ支拂ニ應スルカ爲メニ常ニ多少ノ貨幣ヲ自ラ保管スルモノトス所謂手許有金ナルモノ是ナリ而シテ人人カ一定ノ期間例ヘハ一箇月若クハ一箇年間ニ於テ收入及ヒ支出スル貨幣ノ合計額ハ縱令相等シキ場合ニモ貨幣出入ノ狀態ニ從ヒテ手許有金ニ大小ノ差異ヲ生ス例ヘハ每日一圓ノ賃錢ヲ得テ直チニ之ヲ消費スル職工モ一箇月ニ一回三十圓ノ俸給ヲ受領シ而シテ之ヲ一箇月ノ經費ニ充ツル官吏モ一箇月間ニ於ケル收支ノ總額ハ相同シト雖モ前者ニ於テハ手許有金一圓ヲ超ユルコトナク後者ニ於テハ手許有金一旦ハ三十圓ニ達シテ漸次減少スルモノトス此ノ如ク貨幣ノ出入共ニ頻繁ニシテ一箇處ニ永ク停滯スルコトナキトキハ之ヲ稱シテ貨幣ノ流通迅速ナリト曰ヒ然ラサル場合ニハ名ケテ貨幣ノ流通緩漫ナリト曰フ而シテ人人ノ保管スル手許有金ノ大小ハ一國ニ於ケル貨幣需要額ニ影響ヲ及ホスモノトス即チ手許有金トシテ停滯スル貨幣多キトキハ實際支拂ニ用ヒラルル貨幣減少スルカ故ニ貨幣ノ需要額增加シ人人ノ有スル手許有金少キトキハ反對ノ結果ヲ生ス而シテ之ヲ實際ニ徵スルニ農家ハ貨幣ノ出入緩漫ニシテ隨テ一時ノ手許有金多ク之ニ反シテ商工業者ハ貨幣ノ收支頻繁ナルヲ以テ手許有金ヲ要スルコト比較的小額ニシテ都府ト地方トヲ比較シ人口ノ稠密ナル國ト其稀薄ナル國トヲ對照スレハ貨幣ノ流通ハ前者ニ於テ急速ナルヲ見ルナリ又貨幣ヲ遠隔ノ地ニ送ルニ際シ其途中ニ在ルニ當リテハ固定スルコト手許有金ニ異ナラサルヲ以テ輸送ニ要スル時日多キハ手許有金ノ多額ナルト同一ノ結果ヲ生スヘシ故ニ運輸機關ノ進

歩ハ貨幣流通ノ速力ヲ增ス所以ナリトス

第三　信用制度利用ノ程度　右ニ述ヘタル如ク一國ニ於ケル貨幣ノ需要額ニ對シ直接ニ影響ヲ及ホスモノハ貨幣ヲ使用スル取引ノ多少ト貨幣流通ノ遲速是ナリ而シテ貨幣ヲ使用スル取引ヲ比較的減少シ且貨幣ノ流通ヲ迅速ナラシムルモノハ信用制度ナリトス例ヘハ甲、乙、丙、丁自ラ其手許有金ヲ保管スルトキハ各〻二百圓ヲ要シ總額八百圓ハ常ニ停滯スルニ反シ若シ甲、乙、丙、丁各〻百五十圓ヲ銀行ニ預ケ入ルルトキハ銀行ハ此預金ノ過半ヲ使用スルヲ以テ手許有金トシテ停滯スル貨幣ハ減少スルモノトス而シテ銀行ニ於テ預金者ノ數增加スルトキハ貨幣ノ出入減少シテ帳簿上ノ決算即チ振替ナルモノ增加スルカ故ニ銀行カ預金ヲ運用シ得ヘキ割合ハ必ス上騰スルナリ更ニ一歩ヲ進メ數多ノ銀行カ中央銀行ニ其手許金ノ一部ヲ預ケ入ルルトキハ中央銀行ハ又此預金ノ一部ヲ運用シ諸銀行間ニ於ケル貸借ヲ中央銀行ノ帳簿上ニ於テ決算セハ貨幣ヲ節約スルコト決シテ尠少ナラサルナリ加之手形、小切手、保證準備ヲ以テ發行セル銀行券等ハ皆諸種ノ支拂ニ用ヒラレ貨幣ノ需要額ヲ減スルコト大ナリ試ニ英佛ヲ比較スルニ英ノ人口ハ佛ヨリ多キコト二百萬、商工業ノ發達ハ英國遙ニ佛國ヲ凌駕スルニモ拘ハラス英國ニ存在スル貨幣ノ總額ハ佛國ノ貨幣存在額ノ半ニモ滿タスト云フ而シテ其然ル所以ハ主トシテ英國ニ於ケル信用制度ノ發達ニ歸セサルヘカラサルナリ

次ニ貨幣ノ流通額ニ增減ヲ來ス原因ヲ見ルニ

第一　貨幣ノ原料タル貴金屬ノ產出額ハ各國ノ貨幣流通額ニ影響ヲ及ホスモノニシテ金銀ノ產出多ケレハ貨幣ノ流通額自ラ增加スルモノトス然レトモ一箇年ニ於ケル金銀ノ產出額ハ古來蓄積セル世界ノ金銀存在額ニ比シ甚タ少ク且年年產出スル金銀ハ悉ク貨幣ト爲ルモノニ非ス又貨幣磨損ノ爲メニ既存

0337

ノ金銀多少減少スルカ故ニ常ニ之カ補充ヲ要スルナリ是ヲ以テ年年ノ產出額ニ依リテ世界ニ於ケル貨幣ノ增加スル速力ハ寧ロ緩漫ナリトス

第二　貴金屬ハ裝飾、工藝ノ目的ニ使用セラルルコト少カラス　既存ノ貨幣ヲ鎔解シテ此用ニ供スレハ貨幣ノ流通額ヲ減シ直チニ地金ヲ用フルトキハ貨幣流通額ノ增加ヲ妨クル所以ナリ次ニ金銀ノ貯藏モ亦然リトス即チ印度、支那等ニ於テハ財寶トシテ金銀ヲ祕藏スル風習盛ニ行ハレ之カ爲メニ貴金屬ノ二國ニ吸收セラルルノ額少カラストス　又文明國ニ於テモ戰爭、革命又ハ恐慌ノ起リタルトキハ貨幣ヲ貯藏スル者少カラス是レ即チ直接ニ貨幣ノ流通額ヲ減スルモノト謂フヘキナリ

第三　一國ニ於ケル貨幣流通額ノ增減ニ至大ノ影響ヲ及ホスモノハ國際貸借ノ關係ナリトス國際ノ貸借ハ財貨ノ輸出入ヲ始トシテ債券、株式等ノ賣買、外債ノ募集、償却及ヒ利息ノ支拂、資本ノ放下、運賃、利潤ノ受拂等ノ原因ニ基クモノニシテ多クハ爲替作用ニ依リ決算スト雖モ金銀ノ出入ヲ生スル場合少カラス而シテ貴金屬輸入セラルルトキハ貨幣ノ流通額ヲ增加シ之ニ反シテ貴金屬流出スルトキハ貨幣ノ流通額減少スル結果ヲ生ス

以上列舉セルカ如キ原因ニ因リ貨幣ノ需要額及ヒ流通額ハ增減伸縮スルモノニシテ二者ノ比例變更スルコトナクンハ貨幣ノ價格ハ變動スルコトナシト雖モ需要額比較的增加スレハ貨幣ノ價格ハ上騰シ比較的減少スレハ貨幣ノ價格ハ低落ヲ來スヘキモノトス貨幣價格ノ高低ハ他ノ財貨ノ價格之ヲ表示スルモノニシテ貨幣ノ價格ニ變動ヲ生スレハ他ノ財貨ノ價格ハ反比例ヲ以テ上下スヘシ然レトモ貨幣ノ需要額ト流通額トノ關係變更スルニ當リ其影響ハ直チニ全國ニ波及シ且同一ノ程度ヲ以テ各種ノ財貨ノ價格ヲ變動スルモノニ非ス其影響ハ先ツ一國經濟界ノ一部ニ起リ漸次ニ他ノ方面ニ及フモノトス例ヘハ從來專ラ金融市場ニ於テ貸付資本ニ用ヒラレタル貨幣ノ多額外債ノ募集ニ應シ外國ニ流出セルカ如キ場合ヲ見ルニ貸付資本ノ減少ニ因リ先ツ金利ノ騰貴ヲ來シ爲メニ借入資本ニ依賴スル製造家ハ生產費ノ增加ニ苦ミ又借入資本ヲ以テ營業スル商人ハ其購買力ヲ減スヲ以テ製造家ハ速ニ製造品ヲ賣却センコトヲ欲シ商人ハ買人ヲ減スルノ傾向ヲ生シ其結果トシテ製造品ノ價格ハ下落スルニ至ラン是レ固ヨリ一例ニ過キスト雖モ貨幣ニ存在スル原因ノ爲メニ物價ニ變動ヲ生スルハ幾多ノ時日ヲ要シ且其影響ノ程度ハ諸種ノ財貨ニ對シテ同一ナラサルナリ故ニ一ノ原因未タ結果ヲ現ハササルニ當リ反對ノ原因生シテ相抑制スルコトアリ例ヘハ右ニ揭ケタル例ニ於テ貨幣一度外國ニ流出スルモ幾ナラスシテ價金ノ收容ニ因リ巨額ノ貨幣輸入セラルルカ如キコトアラハ貨幣流出ノ影響ハ之カ爲メニ其勢力ヲ失フヘシ

貨幣ノ價格ハ之カ原料タル貴金屬ノ生產費ニ因リテ定マルモノナリト爲ス者アレトモ是レ謬見タルヲ免レス生產費カ直接ノ關係ヲ有スルハ貨幣ノ流通額ナリトス而シテ流通額ニ增減ヲ來スハ間接ニ多少貨幣ノ價格ヲ變動スル所以ナリト雖モ曩ニ述ヘタル如ク金銀年年ノ產出額ハ古來ノ存在額ニ比シ甚タ寡少ナルモノニシテ縱令產出額ノ一部ハ生產費小ナリトスルモ其產出無限ニ增加スルコト能ハス又一金鑛ニ於テ生產費增加スルモ金ノ價格ヲ騰貴セシメテ其生產費ヲ償フニ至ラシムルコト能ハス例ヘハ我國ニ於テハ金一匁ノ生產費五圓ニ達スルマテハ收支相償フト雖モ五圓以上ニ至ルトキハ損失ヲ來スヲ以テ金ノ生產ハ中止セラレ金ノ貨幣ト爲ルコト減少スヘシ之ニ反シテ生產費減少スルトキハ金ノ生產增加シテ其貨幣ト爲ルコト亦多カルヘキナリ此ノ如ク金ノ生產費ハ金貨ノ流通額ニ多少增減ヲ來スヘキ力アリト雖モ貨幣ノ價格ニ對シテハ直接ニ影響スル所ナク金地金ノ生產費如何ニ增加スルモ其價

0338

格ハ貨幣法ニ定ムル價格單位ノ標準ヲ制限トシ又生產費減少スルモ價格單位ノ標準以下ニ下ルモノニ非ス何トナレハ自由製貨ノ權ヲ以テ何時ニテモ之ヲ貨幣ニ製造スルコトヲ得レハナリ若シ若干ノ差異アリトスレハ造貨手數料(之ヲ徵收スル國ニ於テハ)、運賃、保險料、製造中ニ損失スル利子等ニ過キサルナリ

終ニ貨幣價格ノ增減カ社會ニ及ホス影響ニ付テ一言セント欲ス貨幣ノ重要ナル職務ハ價格ノ本位タルニ在ルヲ以テ價格ノ變動最モ少キヲ要スト雖モ多少ノ變動ハ到底免レサル所ナリ而シテ貨幣價格ノ低落ハ先ツ物價ノ騰貴ニ現ハレ爲メニ生產ヲ奬勵シ資本ノ增殖、賃銀ノ上進ヲ來シ次テ消費ノ增大ヲ促スモノトス又債務ノ負擔ヲ輕減シ之カ返償ヲ容易ナラシムルヲ以テ取引自ラ活潑ト爲ルナリ然レトモ債權者及ヒ確定セル貨幣收入ヲ有スル者ハ損失ヲ被ムリ勞働者ノ如キモ賃銀ノ上進、物價ノ騰貴ニ伴ハサレハ則チ被害者ノ地位ニ立ツモノトス之ニ反シテ貨幣ノ價格上騰スルトキハ前述ニ反對ノ結果ヲ來スヘシ若シ貨幣價格ノ變動ニシテ急激ナルトキハ貸借者ハ不當ノ利害ヲ受クルコト甚シク價格下落ノ場合ニハ投機ヲ奬勵シテ經濟界ノ基礎ヲ破壞シ價格上騰ノ場合ハ甚シク產業ヲ萎靡セシム然レトモ貨幣流通額次第ニ增加シ若クハ信用制度發達シテ貨幣ノ需要額漸次ニ減少シ以テ貨幣ノ價格徐徐ニ低落スルハ寧ロ喜フヘキ現象ト謂フヘシ「ジェヴォンス」曰ク「金價ノ下落ハ既ニ獲得セル富ヲ享有セル者ヲ損シ現在富ヲ作リツツアル者ヲ利シ隨テ社會ノ活潑ナル者、熟練ナル者ヲシテ益〻勉勵セシム」ト

第五節　「グレシャム」ノ法則

「グレシャム」ノ法則トハ貨幣ノ流通ニ關スル一ノ重要ナル法則ニシテ、惡貨幣ハ良貨幣ヲ排去シ良貨幣時代ニ於テハ己ニ甚タ稀ニ其適用ヲ見タルノミ主トシテ父權ヲ消滅スルノ目的ニ於テノミ「マンシパシオ」式ヲ採リタルカ「ジュスチニアン」帝ニ至リ其理由ト共ニ消滅セリ

此「マンシピオム」ノ下ニ立テル者ノ狀態ハ奴隸ノ地位ニ近タ此權ヲ有スル者ノ指命ニ服從シ勞働セサルヘカラス而シテ其得ル所ノ財產ハ總テ皆主人ニ歸セリ然レトモ又奴隸ト異ナル點ハ市權及ヒ自由ヲ失ハス隨テ一朝「マンシピオム」權ヨリ解除セラルルトキハ解放奴ニ非サルナリ又賣買セラレタル者ハ五年ニ至リ自然解除セラレ賠償ノ爲メ引渡サレタル者ハ其勞働ニ因リ損害ヲ補充シタルトキハ自由ト爲ルモノトス蓋シ十二銅版法ノ家父ニシテ三回ノ「マンシパシオ」ヲ爲ストキハ父權ハ消滅シテ子ハ自權者ト爲ルコトヲ規定セシハ家父權ノ濫用ヲ制限セシ所以ナリ

第四章　後見及ヒ財產管理

一切ノ羈絆ヲ脫シ權下ニ在ラスシテ資產ヲ享有スルハ唯リ自權者ノミナルカ然レトモ或理由ニ因リテ自ラ資產ヲ治シ之ヲ支配スルコト能ハサル者アリ法律ハ此等ノ人ニ對シ後見及ヒ財產管理ノ制ヲ立テタリ元來應用ハ幼年者、婦女或ハ精神病ノ故ヲ以テ才智ノ效力不完全ナル者ニ在リトス然ラハ後見及ヒ財產管理ノ制ハ不能力者ノ保護ヲ以テ其目的トスルカ如キモ當初ニ於ケル羅馬法ノ精神ハ全ク之ニ異ナリ寧ロ不能力者ノ親族ノ利益ヲ保護センカ爲メ不能力者ノ行爲ヲ制束シ其親族ニ損害ヲ與フヘキ行爲ヲ防遏センカ爲メ設ケラレタルモノナリシカ此ノ如キ精神ハ漸ク世代ト共ニ變更シ遂ニ全然排斥セラレテ法律ハ身體及ヒ精神ノ薄弱ナル者ヲ保護セサルヘカラストノ博愛ナル思想ニ由リ代置セラレタリ而シテ新陳兩思想ノ代謝スルト共ニ後見及ヒ管財規則ノ或モノハ放棄セラレ又或モノハ同時ニ新

0339

創セラレタリ

後見ニ付セラルヘキ者ハ(一)未成年者(二)成年ノ女子是ナリ又財產管理ニ付セラルヘキ者ハ(一)狂者(二)浪費者(三)二十五年以下ノ未丁年者ナリ

第一節　後見 (Tutlre)

第一　未成年者ノ後見

男女兩性ヲ分タス未成年者ニシテ自權者ト爲ルトキハ必ス後見ニ付セラルルモノトス被後見者ハ之ヲ「ピュピリュス」(男)(Pupillus)又ハ「ピュピラ」(女)(Pupilla)ト呼ヒ後見者ハ之ヲ「テュトール」(Tutor)ト呼フ而シテ當初ニ於テハ後見ハ被後見者ノ爲メニスルニ非スシテ市民法ノ所謂親族ノ爲メニ設ケラレタルモノナルヲ以テ幼者ヲシテ親族ノ監督下ニ屬シ財產ヲ麗散シ能ハサラシメントシタルハ理ノ然ラシムル所ナリ故ニ後見ハ宗族中ノ最近者即チ幼年者カ無遺言ニシテ死スルトキハ其相續ヲ受クヘキ者ニ屬シ又古昔ニ在リテハ後見ハ恰モ一種ノ家族權ノ如ク後見人ノ權力ハ法律上別ニ限界ナク又之ヲ監督スル者ナク後見者カ其義務ヲ遵守スルハ單ニ嚴正ナル風俗ニ委セルノミニシテ法律ハ絕エテ後見任務ノ遂行ヲ確保スルコトナカリシカ如シ

後世家父ハ遺言ヲ以テ幼者ノ後見人ヲ指定スルコトヲ得ルニ及ヒ市民法上ノ親族外ニ後見者ヲ選ヒ幼者ノ財產ニ對シ毫モ利害關係ヲ有セサル人ヲ取リ其保護ヲ委シ後見ハ利潤ナキ一ノ負擔ト變シ又時トシテ法官ハ幼者ニシテ親族ナキカ又ハ父ノ遺言ナキトキハ自ラ後見者ヲ任シ或ハ後見者ノ義務ヲ定メ後見ヲシテ確實ナラシムルニ及ヒテ始メテ幼者ノ保護ヲ以テ後見ノ目的ト爲シタリ是レ教科時代以後

ノ後見ニシテ「ジュスチニアン」法典ニ引用セル「セルウィユス」(Servius)ノ定義ニ據リ明カナル所ナリ此定義ニ依レハ後見ハ市民法ニ基キ若年ノ故ヲ以テ自ラ保護スルコト能ハサル自權者ヲ保護スルカ爲メニ選任セラレタル人ニ附託セラレタル權能ナリ

本來後見ハ若年者ヲ保護スルカ爲メニ設ケタルモノナレハ自然ノ道理ニ基キ通民法ニ屬スヘキニ却テ市民法ニ屬シタルハ蓋シ其羅馬ノ公民ノ上ニ他ノ公民カ有スル權能ニシテ公共負擔トシテ思惟セラレ後見人トシテ指示セラレタル者ハ正當ナル理由ナクシテ之ヲ辭スルコト能ハサルニ由ル是ヲ以テ唯リ公共負擔ニ當ルヘキ者即チ男子ノミ後見人タルヲ得タリ唯羅馬法ノ末年ニ至リ母及ヒ祖母ハ或場合ニ於テノミ後見人タルコトヲ許セリ

後見人ハ或義務ヲ負擔スルト共ニ又同時ニ其任務ノ實行ヲ容易ナラシムルカ爲メ或權利ヲ享受ス後見人ハ必スシモ被後見者ノ身體ノ保育ニ當ラスシテ其資產ヲ管理シ之ヲ經營スルノ任ヲ負フモノナリ

後見ノ種類

(一)　遺言ニ因ル後見　遺言ニ因リ後見人ヲ指定スルノ權ハ家父權ノ一部トシテ家父ニ屬シ其死後自權者ト爲ルヘキ者ニシテ現ニ直接ニ家父權下ニ立ツ者ノ爲メニ指定スルモノナリ故ニ此後見付與(Daretutorem)ハ母、母系尊屬及ヒ子ヲ解放シタル父ニハ存在セス又正當婚姻外ノ配偶ヨリ生シタル人ノ上ニハ之ヲ爲スコト能ハサリシ

遺言ヲ以テ後見ヲ指定スルハ一種ノ遺贈ニ類スルノ觀アリ隨テ同樣ノ形式ニ付セラレ又命令的言詞ヲ以テ之ヲ指任セサルヘカラス若シ家父カ式ニ從ヒ遺言ヲ以テ後見ヲ指示セシトキハ其意思ハ嚴ニ遵奉セラレ其選定等ニ關シテハ毫モ法官ノ之ニ容喙スルヲ許サス然レトモ若シ遺言ニ必要ナル形式ニ缺點

アリシカ或ハ父權ヲ有セサル者ニシテ之ヲ爲シタルトキハ後見選定ハ無效ナリキ時世ノ漸ク降リテ頗雜ナル形式主義ハ實用外ニ逐ハレ後見ハ幼者ニ對スル保護ノ方法タルモノナリトノ思想カ舊思想ニ代ルニ及ヒ父權ヲ有セサルモノト雖モ血緣上ノ關係親密ニシテ慈愛ノ情誼疑ヲ容レサル者ニ在リテハ遺言ヲ以テ遺贈ト併セテ後見人ヲ指定スルヲ許シタリ又形式上ヨリ無效ナル遺言ニ因リ指示セラレタル後見ト雖モ裁判官ノ確認ヲ得テ效力ヲ生セシムルヲ得タリ

(二) 宗族(Agnat)及ヒ宗統(Gens)ノ法定後見　十二銅版法ノ規定スル所ニ依レハ若シ家父ノ遺言ニ因リ後見人ヲ指定セサルトキハ宗族ハ當然幼者ノ後見ニ當ルモノトス蓋シ幼者ニシテ無遺言ニシテ死亡スルコトアランカ宗族ハ相續人タル資格ヲ以テ幼者ノ財産ヲ受クヘキ望ニ基キ幼者ノ浪費ヲ監督スルナルヘシ故ニ後見人タル者ハ幼者ノ相續者タルヘキ最近宗族ニ歸スルモノトス此法定後見ハ「ジュスチニアン」帝カ血族ヲ以テ宗族ニ代ヘタルト共ニ消失セリ

(三) 保主ノ法定後見　此後見ハ幼年ノ解放奴ニ適用スルモノニシテ保主又ハ其子孫ハ解放奴ノ相續ヲ受クヘキ權利アルヨリシテ後見人ト爲ルモノナリ又幼年ノ子ヲ父權ヨリ解除セシメタル父モ亦其後見人タリ

(四) 司法官ノ指命ニ因ル後見　此後見ハ一切ノ場合ニ應用セラレ若シ遺言ニ因ル後見人或ハ法定後見人ノ存セサルトキハ幼者ヲ保護スルカ爲メ法官ハ自ラ後見人ヲ指命ス

後見人ノ權能、義務及ヒ其任務

(一) 後見人ノ就職前爲ササルヘカラサル義務　後見人ハ其任ニ從事スルニ先チ第一ニハ擔保ヲ提供セサルヘカラス是レ後見終結ノ日ニ當リ後見決算ノ辨償ヲ確保スルカ爲メナリ而シテ遺言後見及ヒ法官指定ノ後見ニ於テハ擔保ヲ提供スルノ必要ナキハ甲ニ於テハ家父ノ信用、乙ニ於テハ法官ノ後見人ノ身上ニ對シ爲シタル審査ヲ以テ足レリトスレハナリ第二ニハ幼者ノ財産目錄ヲ調製セサルヘカラス後見人ハ姑メテ後見ニ就キタルトキ及ヒ後見中幼者カ財産ヲ相續シタル都度之ヲ作ラサルヘカラス後見決算ノ日財産目錄ノ存セサランカ若シ其原因後見人ノ過失ニ非サル場合ニハ裁判官ハ財産ノ總額ヲ定ムルモノトス若シ之ニ反シ後見人ハ詐欺ノ意ヲ狹ミ故ラニ財産目錄ノ調製ヲ怠リシトキハ被後見人ノ宣誓ヲ以テ其總額ヲ定ムルモノトス故ニ此際ニハ後見人ハ實際領受セシヨリモ過大ノ金額ヲ返償セシメラルルノ危險ニ任ス第三ニハ「ジュスチニアン」帝時代ニハ後見人タルヘキ者ニシテ幼者ニ對シ債權又ハ債務ヲ有スルトキハ豫メ之ヲ法官ニ說明セサルヘカラス何トナレハ此等ノ關係ノ存在ハ後見排除ノ原因タレハナリ第四ニハ後見人ハ法官ニ請ヒテ幼者ノ生活及ヒ教育ニ必要ナル金額ヲ定メシメサルヘカラス

(二) 後見人ノ任務　羅馬法ニ於テハ後見人ハ幼者ノ保育ニ當ラサルヲ以テ幼者ノ住居モ亦後見人ノ家ニ在ラス法官ハ親戚中ノ一人ヲ選定シテ幼者ノ養育ヲ委シ後見人ヨリ其所定ノ費額ヲ供給セシム而シテ通常此任ニ當リシハ生母ナリキ此ノ如ク幼者ノ身體保護ト財産管理トノ分立セラレタルハ古昔ノ法定後見ニ對シ後見人タル親族カ幼者ヲ消失セシメテ其相續ヲ收メントスルノ慾心ヲ防カンカ爲メ取リタル手段ヨリ來ルモノニシテ法定後見ノ廢滅ト共ニ此習慣モ亦消失スヘキ理ナルモ因襲ノ久シキヨリ此兩任務ハ遂ニ後見人ノ任トシテ合一セラレサリシナリ

此ノ如ク後見人ハ幼者ノ身體ニ關係セス單ニ其財産上ノ事故ニノミ從事スルモノタリ其財産管理ノ際ニ於テ爲スヘキ行爲ヲ別チテ二種トス一ヲ後見財産管理(Gestio tutoris)二ヲ後見能力補充(Auctoritas

0341

tutoris)ト謂フ甲ノ場合ニハ後見人ハ自己ノ名義ヲ以テ行動シ幼者ヲ代表セス乙ノ場合ニ於テハ行爲ノ主格ハ幼者ニシテ後見人ハ其能力ヲ補充スルモノナリ

後見財産管理ニ於テハ何人ト雖モ法律行爲ニ於テハ己ノ權下ニ在ル者ニ非サレハ代表セシムルコト能ハストノ羅馬法ノ原則ニ基キ後見人ハ幼者ヲ代表スルコト能ハサルカ故ニ自己ノ名義ヲ以テ幼者ノ財産ヲ經營セサルヘカラス故ニ後見人ハ自ラ義務ヲ負擔シ又權利ノ實任者ト爲リ幼者ハ全ク法律行爲ノ外ニ在リ而シテ後見人ノ權能ノ境界ハ甚タ廣濶ニシテ恰モ被後見者ノ財産ノ所有主タリシカノ如ク總テ幼者ノ利益ヲ以テ目的ト爲ストキハ隨意幼者ノ財産ヲ處理スルヲ得又收入ヲ受領シ負債者ヲ訴追シ有償讓與等ノ行爲ヲ爲スコトヲ得唯後世ニ及ヒ都市及ヒ田舍ノ不動産ヲ讓與スルコトヲ禁セリ

能力補充トハ被後見者カ自ラ爲ス所ノ法律行爲ニ對シ後見人カ自ラ參加シ一定ノ形式ニ從ヒテ幼者ノ能力ヲ補充スルノ意ヲ說明スルモノニシテ法律行爲實行ノ前又ハ後ニ於テ或ハ書狀ヲ以テ與フル所ノ認許ニ非ス後見人ハ必ス幼者及ヒ第三者ト共ニ法律行爲ニ臨席セサルヘカラス又自ラ法律行爲ニ對シ能力補充ヲ爲スコトヲ一定形式ノ言辭ニ從ヒテ陳ヘサルヘカラス此場合ニ在リテハ後見人ハ幼者カ自ラ法律行爲ヲ爲スヲ認ムルモノニシテ法律行爲ヨリ生スル權利義務ハ幼者ヲ以テ主格ト爲シ後見人ハ全ク其外ニ在リ然レトモ幼者カ自ラ法律行爲ヲ爲サンニハ自ラ多少ノ能力ヲ有スルヲ要ス若シ能力ニシテ全然缺乏シ其萠芽タニ存セサランカ後見者ハ絕無ノ能力ヲ補充スルコト能ハサルヤ明カナリ而シテ羅馬法ニ於テハ七歲マテヲ以テ幼兒(Infans)ト呼ヒ毫末ノ能力ヲ認メス故ニ後見人ノ能力補充ヲ與フル者ハ七歲以上ノ幼者ト爲シタリ而シテ或法律行爲ニシテ必ス幼者カ之ニ關與スルコトヲ要スルトキハ後見人ノ能力補充ヲ得テ始メテ之ヲ爲シ得ヘク又此能力補充ハ唯リ後見ニノミ存スルモノナルカ故ニ管財者ハ之ヲ爲スコト能ハス

後見人ハ一人ナルコトアリ又數人ナルコトアリ第二ノ場合ニ於テ數人ノ後見人中一人ノミ管理ノ任ニ當リ他ハ袖手傍觀單ニ名義ヲ守ルノミナルコトアリ又數人等シク管理ノ勞ヲ執ルコトアリ

數人ノ後見人中一人ノミ其任ニ當ルハ通常父ノ遺言ニ因リ之ヲ指示シタルトキニ在リ或ハ又法官ノ數人ノ後見人ヲ指定シタルトキハ擔保ヲ提供スルモノヲ以テ後見ノ任ニ當ラシム其他ノ際ニハ法官ハ數名ノ後見人ヲ招集シ其中ニ就キテ管理スヘキ者ヲ指名ス而シテ此任ニ當ル後見人ハ獨リ財産管理ノ行爲ヲ實行シ他ハ之ニ分與セスト雖モ等シク後見ノ責任ヲ負擔スルカ故ニ管理者ノ行爲ニ對シ監督スルコトヲ要ス然レトモ其義務ハ他ニ附隨スルヲ以テ被後見人ハ管理ニ當レル後見人ノ財産ノ辨償不足ノトキニ非サレハ之ニ對シ訴訟ヲ起スコト能ハス

數人ノ後見人アルトキト雖モ其中一人カ能力補充ヲ與フルニ因リ幼年者ノ行爲ヲ有效ナラシム唯「アドロガシオ」ニハ後見人總員ノ同意ヲ要ス是レ後見ハ「アドロガシオ」ニ依リ終結スルヲ以テナリ若シ數人ノ後見人カ地方又ハ財産ノ種類ニ從ヒ區別ヲ設ケテ管理ノ任ニ當ルトキハ各自管理ノ部分ニ對シテノミ責任ヲ負フモノトス

被後見者ノ法律行爲ヲ爲スハ幼兒(Infans)ノ年齡ヲ超エタルモノニ限ルハ幼兒ニ於テ智能更ニ發達セスシテ能力ノ全ク缺乏スルカ爲メナリ七歲以上ノ幼者ニ對シテハ其狀態較ヤ複雜セリ

古代ニ在リテハ七歲以上ノ年齡ヲ分チテ二ト爲シ幼年者ノ成年ニ近キカ又ハ幼兒ニ近キカニ從ヒ幼兒接近(Infantiae proximus)或ハ成年接近(Pubertati proximus)ノ二種トシ才智ノ發達即チ事實ニ就キ之ヲ區別シ甲者ヲ以テ七歲以下ノ小兒ニ準シ全然無能力ト爲シタルカ此區別ハ消滅シ唯犯罪上ニ於テ

0342

ハ乙者ノミニ責任ヲ負ハシメタリ

七歳以上ノ未成年者ハ唯リ其地位ヲ善良ナラシムルコトヲ得換言スレハ財産取得ノ契約ヲ結ヒ又ハ財産ヲ取得シ又ハ何物タリトモ其資産ニ加フルヲ得ルモノトス然レトモ之ニ反シテ其地位ヲ悪シカラシムルヲ得ス換言スレハ後見人ノ認許ナクシテ義務ヲ契約シ又ハ財産ヲ讓與シ又ハ何物タリトモ資産ヨリ減少スルヲ得ス何トナレハ乙種ノ行爲ニ於テハ利害ヲ比較シ得失ヲ衡量セサルヘカラサルニ僅ニ發生シタルオ智ヲ以テ之ヲ熟察スルコト能ハサレハナリ

此二箇ノ規則ノ適用ハ無償行爲ニ於テハ頗ル單純ニシテ未成年者ハ自ラ贈與者タリシカ或ハ領受者タリシカニ從ヒ其地位ノ善悪ト爲ルハ一見瞭然タルモ有償行爲殊ニ雙務行爲ニ於テハ屢〻同時ニ一物ヲ讓與スルト共ニ他物ヲ領受スルカ故ニ其狀態較ヤ複雜ニシテ若シ兩件ノ規則ヲ適合セント欲セハ此法律行爲ヲ分解シテ二ト爲シ未成年者ニ利スヘキハ之ヲ有效トシ害スヘキハ無效ト爲ササルヘカラサルカ如シ而シテ當初ニハ法律モ亦此ノ如キ解釋ヲ取レルモ之ヨリ生スル結果ハ當事者ノ意思ニ反シ又明カニ公平ヲ蹂躪スルヲ以テ遂ニ未成年者ハ此行爲ニ對シ其維持又ハ取消ノ孰レヲカ選擇スルヲ得ルコトヲ決セリ片務行爲ニ於テハ其效果ヲ分解スルコト容易ナルヲ以テ其地位ヲ良ナラシムル點ヲ有效トシ悪シカラシムル點ヲ無效トセリ例ヘハ貸借ニ於テ未成年者ハ借リタル物ノ所有主ト爲リ返還ノ爲メニハ債務者ト爲ラス然レトモ此決裁ハ公平ニ戻ルヲ以テ「アントニニュスピユス」帝ハ未成年者カ後見人ノ認許ヲ經スシテ法律行爲ヲ爲シタルトキハ自ラ富ヲ增加シタル程度マテ義務ヲ負フコトヲ命セリ

後見ノ終了

雜錄

○雄辯會　其第四回ハ三月十日午後五時三十分之ヲ開キヌ其論題及ヒ論者左ノ如シ

一刑罰權ノ基礎ヲ論シテ司法權ノ擁護ニ及フ　三學年　與川郡次郎

一經濟上ヨリ見タル帝國ノ將來　二學年　繪內藤四郎

一電話ニヨル意思表示　三學年　西村省郎

一貨幣同盟ト刑法ノ將來　三學年　林常藏

一趣味論　三學年　中本吉次郎

一知覺精神ノ喪失トハ何ソヤ　二學年　林茂

一演說ニ就テノ雜感　校友　衆議院議員　立川雲平

○講談會　三月十二日午後一時第一講堂ニ於テ開キヌ之カ筆記ハ他日法學志林ニ掲載セン

一內國商業ト外國貿易　法學士　河津遐

一最近ニ於ケル各國ノ政策　法學士　山內正瞭

一夫婦財產制度　法學博士　梅謙次郎

一國際法ト國內法トノ關係　法學士　山田三良

0343

○大審院判例要旨

○林野ノ共有權ト入會權トノ區別　民法中入會權ニ關スル規定ハ第二百六十三條第二百九十四條ノ外存セサルモ入會權ナルモノハ多數ノ者相共同シテ林野ノ收益ヲ爲スコトヲ得ル特種ノ權利ヲ指稱スルコトハ毫モ疑ヲ容レサル所ナリ然レトモ林野ニ於ケル共同收益ノ事實ハ必スシモ常ニ入會權ヲ成スモノトハ謂ヒ難シ若シ林野ノ地盤ニシテ共同收益者ノ共有ニ屬センカ是レ即チ純然タル土地ノ共有權ナルカ故ニ其毛上ニ付キ共同收益スルハ共有權ノ效力ニ外ナラスシテ民法カ特ニ入會權トシテ各地方ノ慣習ニ從ハシムルモノハ此ノ如キ權利ニ非サルヤ明ナリ之ニ反シテ地盤ハ共同收益者中ノ一二ノ者ニ屬シ若クハ全ク共同收益者以外ノ者ニ屬シ而モ其毛上ニ付テハ多數ノ者相共同シテ收益スル權利ニ限リ共有ノ性質ヲ有スルト否トノ區別ノ下ニ各入會權トシテ法律ノ保護スヘキモノナルコトハ當院判例ノ是認セル見解ナリ故ニ林野ノ共有權ト入會權トハ假令共有ノ性質ヲ有スルモノナリトモ二箇別別ノ權利ニシテ相容ルルコトヲ許ササルモノトス（明治三十八年（オ）第四百六十六號同三十九年一月十九日第二民事部判決）

法學志林

第八卷　第三號　三月二十日發行

毎月一回廿日發行　定價一冊拾貳錢　郵稅壹錢　十冊前金郵稅共壹圓貳拾錢

（第七十九號）

◎志林

（私法上ノ代表ヲ論ス　法學博士　松波仁一郎
親權ト戸主權　法學博士　岡村司
最近判例批評　法學博士　梅謙次郎
（私權ノ保護ニ就テ　法學博士　仁井田益太郎

◎法典疑錄（民法七題（横田學士、梅博士）刑法貳題（牧野學士）行政法壹題（上杉學士）商法壹題（佐竹學士）民事訴訟法壹題（岩田學士）戸籍法壹題（岩田學士））

◎纂論（保險金受取人ノ保護（二）　法學士　佐竹三吾
露西亞皇帝ノ法律上ノ地位　東京帝國大學學生　淺野音四郎

◎散錄（東西南北（其三）　孤平子
警犬事件ト檢事局　公螢概史

◎判例報（大審院判決例十件（曾犬問題○右ニ付○又（檢事正ノ腹案○敢道國有法案○選擧ノ效力ニ關スル異議ノ訴訟○煙草ト眼病○電車賃錢ノ値上○判檢事辯護士試驗ノ外國語試驗延期

◎雜事（校友役員會○春季校友大懇親會○講談會○第四回雄辯會○校友會東北支部總會○東北支部規則中改正○東北支部評議員及委員○實業懇和會○第十九回校友茶話會○上級編入試驗問題○校友異動○圖書貴寄附○寄贈書目○新刊批評○本誌編輯會

發行所　法政大學

0344

法政大學講義錄　第三十九年度　第十六號

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　講義錄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錄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錄ヲ郵送スルヲ以テ別ニ領收證ヲ交付セス若シ發信ノ日ヨリ二十日ヲ過キテ講義錄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ミニ依リ論文試驗及ヒ筆記試驗ヲ施行ス但時宜ニ依リ口述試驗ヲ爲ス

一　前項ノ試驗成蹟優等ナル者ハ本大學ノ學生又ハ聽講生ニ編入シ有志寄贈ノ奬學金ヲ以テ一學年中ノ授業料竝ニ寄宿料ヲ支辨スヘシ

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　校外生ハ講義錄中ニ疑義アルトキハ講義錄ノ番號、科目、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、主旨明瞭ニシテ解答ヲ要セスト認ムルモノハ解答ヲ付セス

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錄ニ登載スヘシ

明治三十九年四月二日印刷
明治三十九年四月五日發行　（定價金參拾錢）

編輯兼發行者　東京市牛込區牛込北町十番地　萩原敬之

印刷者　東京市牛込區矢來町三番地　小宮山信好

印刷所　東京市芝區明舟町十一番地　金子活版所

發行所　東京市麹町區富士見町六丁目十六番地
司法省指定　法政大學
（電話番町百七拾四番）

（明治三十八年十一月九日第三種郵便物認可　毎月三回　五日、十五日、二十五日發行）

0345