

### 法政大学講義録

梅, 謙次郎 / 田中, 遜 / 秋山, 雅之介 / 中村, 進午 / 横  
田, 秀雄

---

(出版者 / Publisher)

法政大学

(巻 / Volume)

34

(号 / Number)

1学年の12

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

96

(発行年 / Year)

1906-10-05



三十九年度

法政大學講義錄

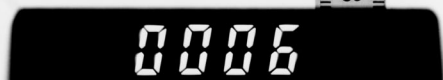
第三十四號

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)  
每月三回 五日、十五日、二十五日發行

明治二十九年十月五日發行

第壹學年ノ十二



三十九年度第三十四號目次

民法物權第一部(自一九七)至(二八) (完)

表紙及七目次 八頁

法學士 橫田 秀雄

民法債權(自一五七)至(二六四) (完)

法學博士 梅 謙次郎

國際公法(平時)(自一五五)至(三一) (完)

表紙及七目次 八頁

法學博士 中村 進午

國際公法(戰時)(自一九三)至(三三) (完)

表紙及七目次 八頁

法學博士 秋山 雅之介

羅馬法(自一三七)至(二六〇)

法學博士 田 中 遜

雜錄 四十年法政大學講義錄〇大審院判例要旨

000  
1926  
1-1-2

0007

三十九年度第三十四號目次

民 法 物 權 第一節 (自一九七) (完) 法學士 橫 田 秀 雄

表紙及ヒ目次 八頁

民 法 債 權 (自一六四) 法學博士 梅 謙 次 郎

國 際 公 法 (平 時) (自一五五) (完) 法學博士 中 村 進 午

表紙及ヒ目次 八頁

國 際 公 法 (戰 時) (自一九三) (完) 法學博士 秋 山 雅 之 介

表紙及ヒ目次 八頁

羅 馬 法 (自一三七) フロートニール 田 中 遜

雜 錄 四十年年度法政大學講義錄○大審院判例要旨

四十年年度 法政大學講義錄

三十九年度講義錄ハ既ニ大部分ノ印刷ヲ終リタルカ故ニ急ニ本月ヲ以テ全部ノ完結ヲ告クヘシ是ニ於テ平四十年年度講義錄ハ從來十一月初旬ノ例ヲ改メテ本月十日ヲ以テ其初號ヲ發刊セントス

一、講義ハ法律科講義ノ筆記又ハ速記ニシテ講師ノ校閲ヲ經タルモノヲ輯録ス

一、紙數ハ之ヲ著シク増加シテ每號二百七十頁内外ト爲シ同時ニ前年度ノ四十五字詰十八行ナリシヲ改メテ四十二字詰十六行ト爲シ其配置ノ疎ニ失セス密ニ過キサルヲ期セリ

一、發行日及ヒ完結期ハ毎月三回十日發行ニシテ滿一今年ヲ以テ必ス完結ス

一、擔任講師ハ知名ノ博士學士數十名ニシテ其分擔左ノ如シ

|      |           |      |    |            |
|------|-----------|------|----|------------|
| 法學通論 | 法學博士 中村進午 | 國際公法 | 平時 | 法學博士 中村進午  |
| 憲法   | 法學士 野村淳治  | 國際公法 | 戰時 | 法學博士 秋山雅之介 |
| 民法總則 | 法學士 鈴木英太郎 | 經濟原論 |    | 法學博士 山崎覺次郎 |
| 民法物權 | 法學士 横田秀雄  | 民法物權 | 二  | 法學士 鈴木喜三郎  |
| 民法債權 | 法學士 川名兼四郎 | 民法債權 |    | 法學博士 梅謙次郎  |
| 刑法總論 | 法學士 泉二新熊  | 民法債權 |    | 法學士 横田秀雄   |

000  
1906  
1-1-2

0000

|       |             |       |             |
|-------|-------------|-------|-------------|
| 商法總則  | 法學博士 志田 御太郎 | 行政總論  | 法學博士 美濃部 達吉 |
| 商法會社  | 法學士 松本 蒸治   | 行政各論  | 法學士 島村 他三郎  |
| 商法商行爲 | 法學士 村上 隆吉   | 民法親族  | 法學士 牧野 菊之助  |
| 商法商行為 | 法學士 松本 蒸治   | 民法相續  | 法學士 牧野 菊之助  |
| 刑法各論  | 法學士 牧野 英一   | 民法手形  | 法學士 青木 徹二   |
| 民事訴訟法 | 法學士 橫田 五郎   | 商法海商  | 法學博士 加藤 正治  |
| 民事訴訟法 | 法學士 岩田 一郎   | 破産法   | 法學博士 加藤 正治  |
| 民事訴訟法 | 法學士 豊島 直通   | 民事訴訟法 | 法學士 松岡 義正   |
| 刑事訴訟法 | 法學士 下村 宏    | 民事訴訟法 | 法學士 板倉 松太郎  |
| 財政學   | 法學士 下村 宏    | 國際私法  | 山口 弘一       |

一、月謝ハ左表ノ如クニシテ校友及ヒ校友ノ紹介ニ依リ又ハ官公署ノ吏員、會社員ニシテ割引券ヲ有スルモノ及ヒ三十九年度校外生ニシテ引續キ校外生タル者ニ限リ下段(特)ノ通り減額ス

|      |       |        |        |
|------|-------|--------|--------|
| 各學年  | 全學年   | (特)各學年 | (特)全學年 |
| 一個月分 | 四拾錢   | 參拾錢    | 八拾五錢   |
| 六個月分 | 貳圓參拾錢 | 壹圓七拾錢  | 五圓     |
| 一年分  | 四圓五拾錢 | 拾壹圓    | 九圓五拾錢  |

●其他詳細ハ載セテ「法政大學講義録一覽」ニ在リ該一覽ハ申込次第直チニ送呈ス

明治三十九年十月 法政大學

一 假令甲乙カ其共有地ヲ分割シテ其一部ヲ所有スルトキハ通行權ハ分割シタル各部ノ爲メニ存續シ甲乙ハ舊ニ依リテ完全ニ通行權ヲ行使スルノ權利ヲ有シ要役地分割ノ爲メニ通行權分割ノ結果ヲ生スルコトナシ又前例ニ於テ丙地ノ所有者カ其土地ノ一部ヲ他人ニ賣却シタル結果丙地分割セラレタル場合ニ於テモ甲乙ノ通行權ハ依然トシテ存續シ甲乙ハ其各部ノ上ニ通行權ヲ行フコトヲ得ヘシ然レドモ此原則ニハ例外アリ地役權カ其性質ニ由リ土地ノ一部ノミニ關スル場合即チ是ナリ此場合ニ於テ地役權ハ唯其部分ノ爲メニ又ハ其負擔ニ於テ存續シ其他ノ部分ハ地役權ノ關係ヲ離脱スルモノトス即チ左ノ如シ

一 地役權カ要役地ノ一部ニ關スルトキ 例ハ境界ヨリ一定ノ距離内ニ於テ竹木又ハ工作物ヲ所有セシメサル地役權ハ要役地ノ隣地ニ接近シタル部分ノ利益ノ爲メ設ケラルルモノナリ故ニ要役地カ隣地ノ境界線ト平行シテ二分セラレタルモノト假定セルトキハ地役權ハ境界ニ接近シタル部分ノ爲メノミニ存シ境界ニ遠カリタル部分ニ付テハ全ク此權利ヲ有セス

二 地役權カ承役地ノ一部ニ關スルトキ 例ハ疎水及ヒ通行ノ爲メニ必要ナル通路ハ一定ノ方向ヲ有シ承役地ノ一小部分ノ上ニ存スルヲ常トス而シテ承役地分割ノ結果此通路ノ經過スル土地ト然ラサルモノトヲ生スルトキハ通路ノ經過スル部分ノミ地役權ヲ負擔シ其他ノ部分ハ之ヲ負擔スルコトナシ又前ニ掲ケタル例ニ於テ承役地カ境界線ト平行シテ分割セラレタルトキハ境界線ニ接シタル部分ノミ地役權ヲ負擔シ其他ノ部分ハ地役權ノ關係ヲ離脱スルモノトス

第二款 地役權ノ種類



民法物權第一編 地役權  
第六百八十二條  
○其他物權ノ種類ハ法律ニ依リテ定ムルモノトシテ、  
一、地役權ハ、他人ノ土地ノ一部ニ對シテ、自己ノ土地ノ利益ニ爲メニ通行權ハ分割シタル各部ノ爲メニ  
存續シ甲乙ハ舊ニ依リテ完全ニ通行權ヲ行使スルノ權利ヲ有シ要役地分割ノ爲メニ通行權分割ノ結  
果ヲ生スルコトナシ又前例ニ於テ丙地ノ所有者カ其土地ノ一部ヲ他人ニ賣却シタル結果丙地カ分割  
セラレタル場合ニ於テモ甲乙ノ通行權ハ依然トシテ存續シ甲乙ハ其各部ノ上ニ通行權ヲ行フコトヲ  
得ヘシ然レトモ此原則ニハ例外アリ地役權カ其性質ニ由リ土地ノ一部ノミニ關スル場合即チ是ナリ  
此場合ニ於テ地役權ハ唯其部分ノ爲メニ又ハ其負擔ニ於テ存續シ其他ノ部分ハ地役權ノ關係ヲ離脫  
スルモノトス即チ左ノ如シ

一 地役權カ要役地ノ一部ニ關スルトキ 例ハ境界ヨリ一定ノ距離内ニ於テ竹木又ハ工作物ヲ所  
有セシメサル地役權ハ要役地ノ隣地ニ接近シタル部分ノ利益ノ爲メニ設ケラルモノナリ故ニ要役  
地カ隣地ノ經界線ト平行シテ二分セラレタルモノト假定セルトキハ地役權ハ經界ニ接近シタル部  
分ノ爲メノミニ存シ經界ニ遠カリタル部分ニ付テハ全ク此權利ヲ有セス

二 地役權カ承役地ノ一部分ニ關スルトキ 例ハ疏水及ヒ通行ノ爲メニ必要ナル通路ハ一定ノ方向  
ヲ有シ承役地ノ一部分ノ上ニ存スルヲ常トス而シテ承役地分割ノ結果此通路ノ經過スル土地ト  
然ラサルモノトヲ生スルトキハ通路ノ經過スル部分ノミ地役權ヲ負擔シ其他ノ部分ハ之ヲ負擔ス  
ルコトナシ又前ニ掲ケタル例ニ於テ承役地カ經界線ト平行シテ分割セラレタルトキハ經界線ニ接  
シタル部分ノミ地役權ヲ負擔シ其他ノ部分ハ地役權ノ關係ヲ離脫スルモノトス

### 第二款 地役權ノ種類



地役權ノ發生原因、權利ノ行ハルル方法其他種種ノ觀察點ヨリ數箇ニ類別スルコトヲ得今

地役權ノ種類ニ付キ從來行ハレタル區別ヲ舉ケレハ左ノ如シ

第一、屬人地役、屬地地役、屬人地役トハ人ノ便宜ノ爲メニ設定セラレタル地役ヲ謂ヒ屬地地役トハ土

地ノ便宜ノ爲メニ設定セラレタルモノヲ謂フ我民法ノ下ニ在リテハ此區別ノ行ハレサルハ前ニ説明セ

ル所ニ由リテ明カナリ

第二、法定地役、人爲ニ依リテ設定セラレタル地役、法定地役トハ法律ノ直接規定ヲ以テ設定シ

タル地役ヲ謂フ相隣者ノ關係ヨリ生スルモノ即チ是ナリ人爲ニ依リテ設定セラレタル地役トハ當事

者ノ法律行為即チ設定行為ヲ以テ設定セラレタルモノヲ謂フ舊民法ニ於テハ此區別ヲ認メタリト雖

モ新民法ハ相隣者間ノ權利關係ハ所有者ノ限界トシテ第三章第一節ニ於テ之ヲ規定シ之ヲ地役ト認

メス故ニ民法ニ認ムル地役ハ設定行為ヲ以テ設定セラレタルモノニ限定セラレルカ故ニ此區別モ亦

行ハレサルモノトス

第三、田野地役、市街地役、此區別ハ羅馬法ニ於テ採用セラレタルモノニシテ田野地役トハ土地ニ關

スルモノヲ謂ヒ市街地役トハ建物ニ關スルモノヲ謂フ此名稱アル所以ハ土地ハ田野ニ多ク建物ハ市

街ニ多キニ由ル通行權、用水權、水道權、牧畜權等ハ田野地役ニ屬シ觀望權及ヒ工作物、竹木ヲ所有セ

シメサル權ノ如キハ市街地役ニ屬ス然レトモ此區別モ亦民法ノ下ニ在リテハ毫モ實用ナキモノトス

第四、積極的地役、消極的地役、積極的地役トハ地役權ノ行使カ地役權者ノ積極的行爲ヨリ成立スル

モノヲ謂フ例ヘハ通行權、汲水權等ノ如シ何トナレハ地役權者カ他人ノ土地ヲ通行シ又ハ他人ノ土

地ニ於テ水ヲ汲ミ取ルハ其積極的行爲ニ外ナラサルヲ以テナリ而シテ此場合ニ於テハ承役地ノ所有

者ハ地役權者ノ積極的行爲ニ對シ何等ノ妨害ヲモ加フルコトナク其行爲ヲ認容スルノ義務ヲ負フモ

ノナルコトハ前ニ説明セル所ナリ消極的地役トハ承役地ノ所有者ニ對シ或行爲ヲ爲スコトヲ禁スル

地役ナリ換言スレハ承役地ノ所有者ヲシテ單純ニ不行爲ノ義務ヲ負ハシムルハ地役ハ消極的地役ナ

リトス例ヘハ窓又ハ椽側ヲ設ケシメサル地役、竹木又ハ工作物ヲ所有セシメサル地役ノ如シ總テ是

等ノ場合ニ於テハ承役地ノ所有者ハ禁セラレタル行爲ヲ爲ササル義務即チ不行爲ノ義務ヲ負フモノ

トス

第五、繼續的地役、不繼續的地役、繼續的地役トハ間斷ナク承役地ノ上ニ行ハルル地役ヲ謂フ詳言ス

レハ承役地カ一旦地役權ノ行使ヲ受クヘキ適當ノ狀態ニ在ルニ於テハ爾後人ノ所爲ヲ要セスシテ自

然ニ且間斷ナク承役地ノ上ニ行ハルル地役ヲ謂フ例ヘハ水道地役ノ如キハ一度水道ヲ敷設シタル後

ハ水ハ其水道ニ依リ間斷ナク要役地ヨリ承役地ニ流下シ之カ爲メ特ニ人ノ行爲ヲ必要トスルコトナ

シ故ニ水道地役ハ繼續地役ナリトス無制限ニ窓又ハ椽側ヲ設ケタル地役、法定ノ制限ニ反シテ竹木又

ハ工作物ヲ所有スル地役及一般ニ消極的地役ハ繼續地役ニ屬ス不繼續的地役トハ地役權ノ行使ニ付

キ其都度地役權者ノ行爲ヲ必要トスルモノヲ謂フ汲水權、通行權等ハ不繼續地役ニ屬ス何トナレハ

地役權者カ汲水、通行等ノ爲メニ通路ヲ開設スルモ地役權ハ當然行ハルモノニ非ス之ヲ行使スル

ニ付テハ特ニ地役權者ノ行爲ヲ要スヘケレハナリ

第六、表現的地役、不表現的地役、表現的地役トハ地役權ノ行使カ外形の標識ニ依リテ表面ニ現ハル

ルモノヲ謂フ例ヘハ無制限ニ窓又ハ椽側ヲ設ケタル地役、建物ノ屋根ヲ境界外ニ突出セシムルノ地

役、地面上ニ露出スル水道ニ據リテ水ヲ通スルノ地役ノ如シ不表現的地役トハ地役權ノ行使カ外形

的標識ニ依リテ表面ニ現ハレサルモノヲ謂フ即チ地下ノ水道ヲ以テ水ヲ通スルノ地役其他一般ニ消極的地役ハ不表現地役ニ屬ス

### 第三款 地役權ノ取得

地役權取得ノ原因ハ之ヲ二種ニ大別スルコトヲ得設定行為及ヒ時效即チ是ナリ  
第一 設定行為 設定行為トハ地役權ノ設定ヲ目的トスル法律行為ノ義ナリ而シテ地役權ノ設定ヲ目的トスル法律行為モ亦之ヲ細別スレハ二ト爲ル即チ契約及ヒ遺言ナリ

甲 契約 土地ノ所有者ハ其相互ノ間ニ於テ任意ニ土地ノ關係ヲ定ムルコトヲ得ヘク兩者間ニ於テ一ノ土地ヲ他ノ土地ノ便益ニ供スルノ契約成立シタルトキハ此契約ハ直ニ地役權ヲ發生スルモノトス蓋シ民法第一七六條ノ規定ハ地役權ノ設定ヲ目的トスル當事者間ノ意思表示ニ全然適用セラルルモノトス

乙 遺言 土地ノ所有者ハ遺言ヲ以テ他人ニ屬スル土地ノ便益ノ爲メニ自己ノ土地ノ上ニ地役權ヲ設定スルコトヲ得此場合ニ於テハ土地所有者ノ遺言ハ其死亡ト共ニ其效力生シ要役地ノ所有者ハ遺言ノ效力ニ依リ承役地ノ上ニ地役權ヲ取得ス

第二 時效 地役權ハ時效ニ因リテ之ヲ取得スルコトヲ得詳言スレハ要役地ノ所有者自己ノ爲メニスルノ意思ヲ以テ二十年間平穩且公然ニ承役地ノ上ニ地役權ヲ行使シタルトキハ其地役權ヲ取得シ地役權行使ノ始善意ニシテ過失ナカリシトキハ十年ノ後此權利ヲ取得スルモノトス要スルニ時効ノ總則ニ關スル民法第一四四條以下ノ規定及ヒ取得時効ニ關スル第一六二條以下ノ規定ハ地役權ノ取

得時効ニ適用セラルヘキモノトス然レトモ民法ハ地役權ノ取得時効ニ關シ第二八三條及ヒ第二八四條ニ於テ特別ノ規定ヲ設ケタリ即チ左ノ如シ

甲 取得時効ノ目的ト爲ルコトヲ得ヘキ地役權 民法第二八三條ニ曰ク「地役權ハ繼續且表現ノモノニ限リ時効ニ因リテ之ヲ取得スルコトヲ得」ト故ニ取得時効ノ目的ト爲ルヘキ地役ハ繼續ノモノニシテ且表現ノモノタルコトヲ要シ不繼續且不表現ノモノハ取得時効ノ目的ト爲ル能ハサルノミナラス繼續ナルモノ不表現ナル地役權及ヒ表現ナルモノ不繼續ナル地役權ハ時効ニ因リテ之ヲ取得スルコトヲ得ス例ヘハ地上ニ露出スル水道ヲ以テ水ヲ疏通スルノ地役權無制限ニ窓又ハ梯側ヲ設ケルコトヲ得ル觀望ノ地役權何レモ繼續地役權ニシテ又表現地役權ナルヲ以テ時効ニ因リテ之ヲ取得スルコトヲ得ヘシト雖モ通行地役權ノ如キハ表現ナルモノ不繼續地役ニ屬シ地下ノ水道ニ依リテ水ヲ通スルノ地役權ハ繼續地役權ナルモノ不表現地役權ニ屬スルヲ以テ時効ニ因リテ之ヲ取得スルコトヲ得ス又消極的地役ハ常ニ繼續地役ナルモノ亦常ニ不表現地役ナルヲ以テ取得時効ノ目的タルコトヲ得タルハ多辯ヲ要セシテ明カナリ

民法カ取得時効ノ目的ト爲ルヘキ地役權ヲ繼續且表現ノモノニ限定シタルハ如何ナル理由ニ基クヤ蓋シ不繼續地役權ハ之ヲ行使スルカ爲メニハ其都度地役權者ノ行為ヲ必要トシ間斷ナク承役地ノ上ニ行ハルヘキモノニ非サルヲ以テ他人カ來リテ此種ノ地役權ニ固有ナル行為ヲ爲スモ土地ノ所有者ハ之カ爲メニ非常ナル煩累ヲ感スルコトナリ從テ土地ノ所有者ハ隣人ニ對スル交誼上ヨリ一片ノ好意ヲ以テ之ヲ認許スルカ如キコトハ往往ニシテ之アリ然ルニ此種ノ地役權モ亦時効ニ因リテ之ヲ取得シ得ヘキモノトスルトキハ土地ノ所有者ハ好意上隣人ニ便益ヲ與フルコトナカルヘク爲メニ相隣



者ノ交際ハ圓滿ヲ缺クノ結果ヲ生ズルニ至ルヘシ又不表現ノ地役權ニ在リテハ地役權ノ行使ハ外形ノ標識ニ依リ表面ニ現ハレサルヲ以テ承役地ノ所有者ニ於テ之ヲ知ラサルコト往住ニシテ之アリ故ニ不表現地役權モ亦時効ニ因リ之ヲ取得シ得ヘキモノトセハ土地ノ所有者ニ對シテ頗ル苛酷ナル結果ヲ生ズルニ至ルヘシ何トナレハ取得時効ハ土地所有者ノ知ラサル間ニ成就シ土地ノ所有者ハ其成就ヲ防クコト能ハサルヘケレハナリ之ニ反シテ地役カ繼續且表現ナルトキハ土地ノ所有者ニ於テ一片ノ好意ヲ以テ之ヲ他人ニ認許スヘキ理由ナク又他人ノ權利行使ヲ認知スヘキハ勿論ナルヲ以テ十年乃至二十年間他人ヲシテ其土地ノ上ニ公然且平穩ニ地役權ヲ行使セシメテ之ヲ妨ケサルハ謂レナクシテ其權利ノ行使ヲ怠リタルモノナレハ之ヲ保護スルノ必要ナキモノトス是レ民法カ繼續且表現ノ地役ニ限リ時効ニ因リテ之ヲ取得スルコトヲ得ヘキモノトセル所以ナリ

乙 共有者ノ取得時効 共有者ノ取得時効ニ關シテハ民法ハ第二八四條ニ於テ特別ノ規定ヲ設ケテリ即チ左ノ如シ

イ 共有者ノ一人カ時効ニ因リテ地役權ヲ取得シタルトキハ他ノ共有者モ亦之ヲ取得ス  
 是レ地役權ノ不可分のナルヨリ生ズル效果ニシテ各共有者ハ其持分ニ付キ一部地役權ヲ取得スルコトヲ得サルヲ以テ共有者ノ一人カ地役權ヲ取得スルニ必要ナル條件ヲ充シタルトキハ其一人ノ行為ニ因リ他ノ共有者モ亦均シク之ヲ取得スルモノトスルカ若クハ他ノ共有者モ皆均シク取得時効ニ必要ナル條件ヲ充スニ非サレハ其中ノ一人ノ行為ハ何等ノ效果ヲ生ゼサルモノトスルカ二者必ス其一ニ出ツルコトヲ必要トス然ルニ地役權ハ土地ノ便益ヲ增加スル權利ニシテ土地所有者ノ擴張トモ看做スコトヲ得ヘキヲ以テ此權利ノ取得ハ共有者全員ヲ利スヘキハ論ラ俟タルヲ以テ

民法ハ共有者ノ利益ヲ保護スルノ精神ヨリ各共有者ハ他ノ共有者ノ爲メニ地役權ヲ行使スルモノト看做シ共有者ノ一人ノ爲メニシタル行為ハ他ノ共有者ノ利益ニ於テ其效力ヲ生ズルモノトセリ  
 共有者ニ對スル時効ハ中斷ハ地役權ヲ行使スル各共有者ニ對シテ之ヲ爲スニ非サレハ其效力ヲ生ゼス(二八四條二項)

此規定モ亦地役權ノ不可分ナルヨリ生ズル效果ニシテ前述ノ如ク民法ハ地役權ノ性質及ヒ共有者相互ノ關係ニ基キ各共有者ハ他ノ共有者ノ爲メニ地役權ヲ行使スルモノトシ共有者ノ一人ノ爲シタル行為ハ他ノ共有者ノ利益ニ於テ其效力ヲ生ズルモノトスル以上ハ縱令承役地ノ所有者カ共有者ノ或者ニ對シテ時効ヲ中斷スヘキ行為ヲ爲スモ他共有者ニシテ依然トシテ地役權ノ行使ヲ繼續シノ時効ノ中斷ヲ受ケサル限ハ其共有者ハ自己ノ爲メ竝ニ他ノ共有者ノ爲メニ地役權ノ取得時効ヲ成就シ得ヘク其共有者ノ地役權取得ハ共有者全員ヲ利スヘキモノト爲スラ正當ナリトス故ニ承役地ノ所有者カ共有者ニ對シテ時効ノ取得時効ノ成就ヲ妨ケントスルニハ地役權ヲ行使スル總テノ共有者ニ對シテ時効ノ中斷ヲ爲スコトヲ必要トス例ヘハ甲乙丙ノ共有者カ各自乙地ノ上ニ觀望地役權ヲ行使スルモノト假定セン此場合ニ於テ乙地ノ所有者カ共有者ノ一人タル甲ニ對シ窓又ハ梯側ニ目隠ヲ附スヘキコトヲ請求シタルトキハ甲ノ取得時効ハ此請求ニ依リ中斷セラルヘキハ論ラ俟タズ然レトモ乙丙ノ時効ハ之カ爲メ毫モ影響ヲ受タルコトナキヲ以テ乙丙ハ全共有者ノ爲メニ觀望地役權ノ取得時効ヲ成就シ得ヘク取得時効ハ甲ニ對スル中斷ニ拘ラス共有者全員ノ爲メニ進行スルモノナリ而シテ共有者ニ對スル時効ノ中斷ハ乙地ノ所有者カ甲乙丙ノ各自ニ對シ前記ノ要求ヲ爲スニ依リ始メテ其效力ヲ生ズルモノトス(二八四條二項)

民法第二八四條ハ「各共有者ニ對シテ之ヲ爲スニ非サレハ」云云ト規定シ專ラ時效ヲ中斷スヘキ承役地ノ所有者ノ行爲ニ著眼シタルモノノ如シト雖モ同條ノ規定ハ亦共有者カ任意ニ地役權ノ行使ヲ中止シ又ハ第三者ノ爲メニ之ヲ妨ケラレタル場合ニ適用スルコトヲ要ス何トナレハ是等ノ事由ハ等シク時效中斷ノ效ヲ生スルノミナラス其間ニ區別ヲ設クヘキ理由ナケレハナリ

時效中斷ノ效力ニ付キ上來説明セル理由ハ亦之ヲ時效停止ノ效力ニ適用スルコトヲ得ヘシ民法カ第二八四條第三項ニ於テ地役權ヲ行使スル共有者數人アル場合ニ於テ其一人ニ對シテ時效停止ノ原因アルモ時效ハ各共有者ノ爲メニ進行スト規定セルハ之カ爲メナリ故ニ地役權ヲ行使スル數名ノ共有者中ニ民法第一五九條ノ身分關係ヲ有スル者アリテ地役權ノ取得時効ハ其共有者トノ關係ニ於テ承役地ノ所有者ノ爲メニ停止セラルルモ之カ爲メ他ノ共有者カ共有者全員ノ爲メニ其取得時効ヲ成就スルヲ妨ケサルモノトス

### 第四款 地役權ノ效力

地役權ノ效力ヲ述フルニハ地役權者ト承役地ノ所有者トニ區別シテ説明スヘシ

第一、地役權者ノ權利

一、地役權者ハ其權利ノ範圍内ニ於テ地役權ヲ行使シ直接ニ承役地ノ上ニ其支配權ヲ及ボスコトヲ得ヘシ而シテ設定行爲ハ地役權者ノ權利ノ範圍ヲ定ムヘキ最重要ナル材料ナリトス例ヘハ水道地役權又ハ通行地役權ニ在リテハ水道又ハ通路ノ通過スヘキ土地ノ部分、其水道通路ノ長短幅員ノ如キハ專ラ設定行爲ノ定ムル所ニ從フヘキモノトス設定行爲ニ此定ナキトキハ地役權者ノ權利ノ範圍ハ

要役地ノ爲メニ存スル地役權ノ性質ニ基キ之ヲ定ムルコトヲ要ス就中民法第二一一條第二二〇條但書ノ原則ハ設定行爲ニ依リ地役權ヲ取得シタル場合ニ之ヲ準用スルコトヲ得ヘシ即チ地役權行使ノ場所及ヒ方法ハ要役地ノ爲メニ必要ニシテ且承役地ノ爲メニ損害最少キモノヲ擇フコトヲ要ス亦時効ニ因リ地役權ヲ取得シタル場合ニ於テハ要役地ノ所有者ノ權利ノ範圍ハ要役地ノ所有者カ地役權取得ノ爲メニ現實ニ爲シ來リタル權利行使ノ範圍ニ從フヘキモノトス

二、地役權者ハ地役權ノ行使ニ必要ナル附隨ノ地役權ヲ行使スル權能ヲ有ス

例ヘハ汲水地役權ニ在リテハ地役權者ハ當然通行權ヲ行使スルコトヲ得何トナレハ通行權ハ汲水權ノ行使ニ必要ニシテ缺クヘカラサルヲ以テナリ然レトモ地役權者カ附隨ノ地役權ヲ行使スルコトヲ得ルニハ其地役權ハ主タル地役權ノ行使ニ必要ニシテ缺クヘカラサルモノタルコトヲ必要トシ單ニ地役權ノ行使ニ便利ヲ與フルモノニ付テハ此效果ヲ生セス例ヘハ通行地役權ハ水道地役權ノ行使ニ便利ヲ與フルハ勿論ナレトモ水道地役權ノ爲メニ必要ナラサルヲ以テ水道地役權ハ當然通行地役權ヲ包含セザルモノトス

附隨ノ地役權ハ主タル地役權ニ從屬シ獨立シテ存在スルコト能ハサルヲ以テ主タル地役權ノ消滅ハ當然附隨ノ地役權ヲ消滅セシムルノミナラス附隨ノ地役權ノミヲ行使シテ主タル地役權ヲ保存スルコト能ハサルヘキハ説明ヲ要セスシテ明カナリ

三、地役權者ハ承役地ニ於テ地役權ノ行使ニ必要ナル工作物ヲ設クルハ權利ヲ有ス然レトモ工作物ノ設置又ハ修繕ノ爲メニ要スル費用ハ自ら之ヲ負擔スルコトヲ要ス例ヘハ地役權者カ承役地ニ於テ自己ノ費用ヲ以テ道路若クハ水道ヲ設クルカ如シ是レ地役權ハ直接ニ承役地ノ上ニ行ハレ承役地ノ所



有者ヲシテ積極的行爲ヲ爲スノ義務ヲ負擔セシメサルヨリ生ズル結果ナリ然レトモ此原則ニハ例外アリ設定行爲又ハ其後ノ特別契約ヲ以テ承役地ノ所有者ニ於テ工作物ノ設置又ハ修繕ヲ爲スヘキコトヲ約シタル場合ニ於テハ特約ノ當事者タル承役地ノ所有者ハ工作物ノ設置、修繕及ヒ其費用ヲ負擔スルノミナラス此義務ハ承役地ノ所有者ノ特定承繼人ニ移轉シ地役權者ハ何人ヲ問ハス承役地ノ所有權ヲ取得シタルニ對シ其履行ヲ求ムルコトヲ得ヘシ蓋シ工作物ノ設置、修繕ヲ要求スル權利ハ其性質ハ一ノ債權關係ニ過キサルモ此債權ハ地役權ニ牽聯シテ密接ノ關係ヲ有スルヲ以テ民法ハ之ヲ地役權ノ一部トシ地役權其モノト等シク何人ヲ問ハス承役地ノ所有者ト爲リタル者ニ之ヲ對抗シ得ヘキモノト爲シタルナリ

右ノ如ク工作物ノ設置及ヒ修繕ニ關スル義務ハ承役地ノ所有權ト共ニ承役地ノ所有者ノ特定承繼人ニ移轉シ承役地ノ所有者ハ要役地ノ所有者ニ對シテ其責ニ任セサルヘカラスト雖モ承役他ノ所有者カ到底其負擔ニ堪ヘサル場合ナシトセス然ルニ承役地ノ所有者ハ地役權者ニ對シテ積極的行爲ヲ爲スノ義務ヲ負ハサルヲ原則トシ工作物ノ設置修繕ニ付キ義務ヲ負擔スルハ一ノ例外タルニ過キサルノミナラス此義務ハ承役地ノ所有者タルカ爲メニ負擔スル義務タルニ外ナラサルヲ以テ承役地ノ所有者ニシテ其土地ノ所有權ヲ拋棄スルニ於テハ其義務ヲ免脱スヘキモノト爲スラ正當ナリトス是レ第二八七條ノ規定アル所以ナリ蓋シ工作物ノ設置修繕ノ義務ヲ以テ承役地ノ負擔ナリトスル以上ハ此義務ハ土地所有權ノ喪失ト共ニ消滅ニ歸スヘキモノトスルハ理ノ當然ナルヲ以テナリ而シテ承役地ノ所有者カ前記ノ義務ヲ免脱スルニハ必スシモ土地全部ノ所有權ヲ拋棄スルコトヲ要セス唯地役權ノ行使ニ必要ナル部分ノ所有權ヲ拋棄スルノミヲ以テ足ル例ハ通行地役權ニ在リテハ承役地ノ

内其道路ニ供セラレタル部分ノ所有權ヲ拋棄スルカカ如シ但其拋棄ハ單純ノ拋棄ニ非スシテ地役權者ノ爲メニスル拋棄タルヲ要ス第二八七條ニ「地役權者ニ委棄シテ下規定セルハ之カ爲メナリ而シテ地役權者ハ承役地ノ所有者ノ權利拋棄ニ因リ當然其部分ノ所有權ヲ取得シ爾後所有者トシテ其部分ノ上ニ權利ヲ行使シ得ヘキヲ以テ之カ爲メ其權利ヲ害セラルルノ虞ナシトス

四 地役權ノ行使ハ要役地其モノノ需用ニ超過スルコトヲ得ス何トナレハ地役權ハ要役地其モノヲ主眼トシテ設定セララルモノナレハナリ故ニ地役權者ハ其地役權ノ附著スル土地以外ノ土地ノ便益ノ爲メニ地役權ヲ行使スルヲ得ス例ハ要役地ノ所有者カ甲地ノ爲メニ用水地役權ヲ取得シタル後更ニ甲地ト乙地トヲ連結シテ甲乙兩地ノ爲メニ其權利ヲ利用シ承役地ノ所有者ニ對シテ兩地ノ需用ニ應スヘキ水量ヲ要求スルコトヲ得ス然レトモ要役地ノ所有者ハ甲地ノ餘水ヲ乙地ニ流用スルハ毫モ妨ナシトス何トナレハ要役地ノ所有者カ甲地ノ需用ニ應スヘキ水ノ分量ヲ引キ來リテ甲地ノ爲メニ之ヲ使用スルヲ得ルハ勿論正當ノ權利ニ基キテ引キ來リタル水ハ要役地ノ所有者ニ於テ任意ニ處分シ得ヘク承役地ノ所有者ノ毫モ關知スヘキ所ニ非サルヲ以テナリ

五 地役權ハ之ヲ設定シタル所以ノ目的以外ニ之ヲ行使スルコトヲ得ス是レ地役權其モノノ性質ヨリ生ズル結果ナリ何トナレハ地役權ハ設定行爲ニ定ムル目的ニ從ヒ一ノ土地ヲ他ノ土地ノ便益ニ供スル權利ニ外ナラサルハナリ例ハ田畑ニ灌溉スルカ爲メニ設定セラレタル用水權ハ之ヲ家用又ハ工業用ニ供スルヲ得ス故ニ用途ヲ限定シテ地役權ヲ設定シタル場合ニ於テハ地役權者カ其用途以外ノ事項ニ付キ其權利ヲ行使セントスルニハ更ニ承役地ノ所有者ノ承諾ヲ經ルヲ必要トス用途ヲ特定セシメシテ地役權ヲ設定シタル場合ニ於テハ要役地ノ所有者ハ之ヲ其土地ノ總テノ用途ニ

供スルコトヲ得故ニ用水ノ目的ヲ定メシテ用水地役權ヲ設定シタルトキハ要役地ノ所有者ハ承役地ヨリ引キ來リタル水ヲ家用タルト農工業用タルトニ論ナク各種ノ需要ニ供スルコトヲ得ヘシ此場合ニ用水カ承役地ト要役地ノ需要ヲ満足スルニ足ラサルトキハ如何ニスヘキヤ第二八四條ハ此場合ニ關スル規定ヲ包含ス今用水地役權ノ性質及ヒ第二八五條ノ規定ニ基キ用水權ニ關スル要役地ノ所有者ト承役地ノ所有者トノ關係及ヒ要役地ノ所有者相互ノ關係ヲ定ムルトキハ左ノ如シ

甲 要役地ノ所有者ト承役地ノ所有者トノ關係

(イ) 承役地ノ所有者ハ用水ノ缺乏ニ對シテ其責ニ任セシムルニ非サルヲ以テナリ故ニ用水カ承役地ノ所有者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リ缺乏シタルトキハ要役地ノ所有者ニ對シテ其不足ヲ補ヒ完全ニ之ヲ使用セシムルノ責任ヲ負フコトナシ但承役地ノ所有者ノ行為ニ因リ其用水ヲ缺乏セシメタルトキハ要役地ノ所有者ニ對シテ其缺乏ヲ補フノ責ニ任スヘキハ論ヲ俟タズ(ロ) 用水カ要役地及ヒ承役地ノ需要ノ爲メニ不足ナルトキハ先ツ之ヲ家用ニ供シテ他ノ用ニ供スヘキモノトス(二八四條一項)所謂家用トハ水ヲ要役地ノ所有者及ヒ其家族ノ飲用又ハ衣服其他ノ物品ノ洗濯用等ニ供スルヲ謂フ蓋シ家用ノ水ハ人ノ生活及ヒ衛生ニ缺クヘカラサルモノナルヲ以テ用水不足ノ場合ニ於テハ先ツ第一ニ各地ノ家用ニ供スヘキモノトセルナリ又他ノ用トハ農工業用ニ供スルノ類ニシテ用水ハ先ツ各地ノ家用ニ供シタル後殘餘アレハ各地ノ農工業用ニ充ツヘキモノトス但當事者間ニ特約アルトキハ之ニ從フヘキハ勿論ナリ

有者ノ權利行使ヲ妨クルヲ得ス從テ用水地役ニ在リテハ承役地ノ所有者ハ用水ノ存スル限ハ要役地ノ所有者カ其土地ノ需用ニ應ジテ其水ヲ使用スルヲ妨クルヲ得サルカ如シト雖モ特約ナキ限ハ承役地ノ所有者ヲシテ其用水ニ關シテ要役地ノ所有者ト同等ノ權利ヲ有セシムルヲ公平ナリトス故ニ用水不足ノ場合ニ於ケル用水使用ノ割合ハ兩地ノ需要ニ應ジテ之ヲ定ムルコトヲ要ス例ヘハ全用水量ヲ二十石トシ要役地ノ家用ニ供スル水ヲ二十石トシ承役地ノ家用ノ爲メニ四石ヲ要スルモノト假定スルトキハ先ツ之ヲ引去リ殘餘ハ十四石ト爲ルヘシ而シテ要役地ニ於テ灌溉スヘキ田面ハ三町ニシテ承役地ノ分ハ四町ナリト假定スルトキハ要役地ノ所有者ハ其中ノ六石ヲ使用シ承役地ノ所有者ハ其八石ヲ使用スルコトヲ得ヘシ

乙 要役地ノ所有者相互ノ關係

(イ) 同一ノ地役ニ關シテ數箇ノ要役地アル場合ニ地役權カ同時ニ設定セラレタルトキハ第二八五條ノ規定ニ從ヒ用水ヲ各地ノ家用ニ供シ然ル後其餘水ヲ其他ノ用ニ供スルノ外用水ノ割合ハ各地ノ需要ニ應ジテ之ヲ定ム蓋シ地役權ハ要役地ノ需要ヲ満足スルカ爲メニ設定セラレルモノナルハ用水地役權カ同時ニ設定セラレ地役權者ノ權利ニ差等ナキ以上ハ用水使用ノ割合ハ各地ノ需要ニ從フヘキハ理ノ當然ナレハナリ(ロ) 地役權ノ設定ニ前後アルトキハ後ノ地役權者ハ前ノ地役權者ノ水ノ使用ヲ妨クルコトヲ得ス(ハ) 地役權ハ一ノ物權ニシテ物權ハ優先權ヲ生スルコトハ先ニ説明セシ所ノ如クナルヲ以テ前ニ地役權ヲ取得シタル者ハ後ニ之ヲ取得シタル者ニ對シ優先ノ權利ヲ有スヘキコトハ多辯ヲ要セスシテ明カナリ故ニ如何ナル場合ニ於テモ後ノ地役權者ハ前ノ地役權者ノ水ノ使用ヲ妨クルコトヲ得ス

前ノ地役權者カ用水ヲ其權利ノ目的タル用途ニ供シタル後ニ於テ其餘水ヲ使用スルコトヲ得ルニ止マル是レ第二八五條第二項ノ規定アル所以ナリ而シテ同條ノ規定ハ承役地ノ所有者カ數人ノ爲メニ順次ニ同一ノ地役權ヲ設定シタル總テノ場合ニ準用セラルヘキモノトス

六、地役權者ハ地役權ノ行使ヲ妨害スル所ノ承役地ノ所有者ニ對シテ地役權ノ確認及ヒ妨害ノ排除ヲ請求スルノ權利ヲ有ス確認訴訟權ト稱スルモノ即チ是ナリ右ノ外地役權者ハ民法第一九七條以下ノ規定ニ則リ地役權ノ行使ノ侵害ニ對シテ占有訴訟權ヲ行使スルコトヲ得ヘシ

第二 承役地ノ所有者ノ權利及ヒ義務

一、承役地ノ所有者ハ、積極的地役ニ關シテハ、要役地ノ所有者カ其權利ノ範圍内ニ於テ爲ス所ノ一切ノ行爲ヲ認容シ其權利行使ヲ妨ケサルノ義務ヲ負ヒ消極的地役ニ在リテハ、禁セラルタル行爲ヲ爲ササルノ義務ヲ負フモノトス但承役地ノ所有者ハ、特約ヲ以テ地役權ノ行使ニ必要ナル工作物ノ設置修繕ヲ負擔スルコトアルハ、前ニ説明セシ所ナリ

二、承役地ノ所有者ハ、地役權者ノ權利行使ヲ妨ケサル限、ハ、其所有地内ニ於テ土地ノ所有者ニ屬スル一切ノ權能ヲ行使スルコトヲ得例ヘハ、承役地カ通行權ヲ負擔スル場合ト雖モ承役地ノ所有者ハ其土地ニ圍障ヲ設タルノ權利ヲ失ハサルモノトス但之カ爲メ通行權ノ行使ヲ妨ケルコトナキヲ要スルハ勿論ナリ承役地ノ所有者ハ又通行ノ用ニ供セラレタル道路ノ上ニ家屋其他ノ建物ヲ築造スルコトヲ得ヘク唯此場合ニ於テハ其道路ニ付キ通行ノ爲メニ必要ナル高サト幅トヲ存シ空氣及ヒ光線ヲ充分ニ供給スルコトヲ要スルノミ加之承役地ノ所有者ハ地役權者ノ權利行使ヲ妨ケサル限、ハ地役權行使ノ

爲メニ承役地ノ上ニ設ケタル工作物ヲ利用スルコトヲ得ヘシ是レ第二八八條ニ規定スル所ナリ故ニ水道地役權、通行地役權等ニ在リテハ、承役地ノ所有者ハ地役權行使ノ爲メニ設ケラレタル水道及ヒ道路ヲ利用シテ自ラ通水通行ヲ然スコトヲ得ヘシ然レトモ承役地ノ所有者カ自己ノ利益ノ爲メニ工作物ヲ使用スル以上ハ其設置及ヒ修繕ニ關スル費用ハ地役權者ト共同シテ之ヲ負擔スルコトヲ要スルハ勿論其負擔ノ割合ハ工作物ニ付キ各自ノ受クル利益ニ應ジテ之ヲ定ムヘキモノトス是レ第二八八條第二項ノ規定アル所以ナリ

地役權ノ行使ニ付キ場所及ヒ方法ノ定アル場合ニ承役地ノ所有者ハ之ヲ變更スルニ付キ正當ノ利益ヲ有シ且其變更カ地役權者ニ不利ナル結果ヲ生セサルトキハ其自己ノ意思ヲ以テ其變更ヲ請求スルコトヲ得ルヤ否ヤ此問題ニ關シテハ舊民法ハ特ニ規定ヲ設ケ承役地ノ所有者ハ此權利ヲ有スルモノトセリ是レ地役權者ノ權利行使ヲ妨ケサル限、ハ承役地ノ所有者ヲシテ其土地ノ上ニ完全ナル支配ヲ行フコトヲ得セシムル精神ニ出ラタルモノナリ佛國民法第七〇三條獨逸民法第一〇二三條ニモ同様ノ規定アリ現行民法ニハ別段ノ規定ナキヲ以テ當事者間ニ於テ定メタル地役權行使ノ方法及ヒ場所ハ相手方ノ承諾アル場合ハ格別其一方ノ意思ヲ以テ之ヲ變更スルコト能ハサルモノト解釋スルヲ相當トス蓋シ地役權ノ行使ニ關スル場所及ヒ方法ハ要役地ノ需要ヲ満足スヘキモノタルト同時ニ又承役地ノ爲メニ損害最少キモノヲ擇フコトヲ要スルハ地役權ト所有權トノ關係ニ於テ須ク遵守スヘキ原則ナルカ故ニ地役權行使ノ方法及ヒ場所ニ付キ何等ノ定ナキ場合ニ於テハ勢ヒ此原則ニ依ラザルヘカラサルハ勿論其方法及ヒ場所ヲ定メタル場合ト雖モ尙ホ此原則ニ基キ之ヲ變更スルコトヲ許スハ事物ノ性質ニ適シ頗ル有益ナリト謂ハサルヲ得ス然レニ民法カ數多ノ前例アルニ拘ラス此規定



ヲ設ケナリシハ此權利ヲ當事者ノ一方ニ與フルニ於テハ當事者ノ一方ハ種種ノ口實ノ下ニ地役權行使ノ方法及ヒ場所ノ變更ヲ試ムルニ至ルヘク之カ爲メ當事者間ニ屢々紛議ヲ生スルノ虞アルカ爲メナリ

三、土地ノ所有者ハ自己ノ土地ノ上ニ地役權ヲ主張シ又ハ之ヲ行使スル第三者ニ對シ其所有權ノ基本トシテ本權ノ訴ヲ提起シ地役權ノ不存在ヲ確定スルノ權利ヲ有ス否認訴權ト稱スルモノ即チ是ナリ土地ノ所有者ハ亦占有ヲ基本トシテ占有ノ訴ヲ提起シ地役權ヲ主張スル第三者ノ侵奪行爲ニ對シテ救済ヲ求ムルコトヲ得ヘシ

### 第五款 地役權ノ消滅

地役權ハ左ノ場合ニ消滅ス

第一、地役權ノ行使カ絕對ニ不能ト爲リタルトキ、承役地カ全部滅失シタルトキハ地役權ハ之ト同時ニ消滅スヘキハ勿論承役地カ毀損シタル場合ト雖モ此毀損ノ爲メニ地役權ノ行使カ絕對ニ不能ト爲リタルトキハ地役權ハ之ト同時ニ消滅ニ歸スヘキモノトス

第二、地役權ト承役地ノ所有權カ混同シタルトキ、要役地ト承役地カ同一所有者ニ歸シタルトキ即チ要役地ノ所有者カ承役地ノ所有權ヲ取得シ又ハ承役地ノ所有者カ要役地ノ所有權ヲ取得シタルトキハ承役地ノ所有權ト之ヲ目的トスル地役權トカ同一人ニ歸スルヲ以テ地役權ハ一般ノ原則ニ從ヒ混同ニ因リテ消滅ス是レ地役權ハ他物權ニシテ何人ト雖モ自己ノ所有物ノ上ニ地役權ヲ有スルコト能ハサルカ故ナリ但要役地又ハ承役地カ數人ノ共有ニ屬スル場合ニ共有者中ノ或者カ同時ニ承役地及

ヒ要役地ノ所有者ト爲ルモ地役權消滅ノ結果ヲ生スルコトナシ何トナレハ此場合ニ於テハ地役權ノ不可分ナルカ爲メ其持分ニ付キ地役權ヲ消滅スルコト能ハサルハ既ニ説明セシ所ノ如クナルヲ以テナリ

第三、承役地ノ占有者カ取得時効ニ必要ナル要件ヲ具備セル占有ヲ爲シタルトキ(二八九條)例ヘハ甲者乙ノ所有地ノ上ニ通行地役權ヲ有スル場合ニ丙者乙ノ所有地ヲ占有シ十年乃至二十年ノ間完全ナル所有者トシテ其占有ヲ繼續シタルトキハ丙ハ其地所ノ完全ナル所有權ヲ取得シ之ト同時ニ其土地ノ負擔セル甲ノ通行權モ亦全然消滅スルモノトス蓋シ地役權ハ土地所有權ノ上ニ存スル權利ナルヲ以テ土地ノ所有權カ第三者ノ取得時効ニ因リテ絕對ニ消滅スルトキハ其上ニ存スル地役權モ亦當然消滅ニ歸ス何トナレハ其地役權ハ要スルニ舊所有權ノ負擔タルニ過キス而シテ第三者ハ時効ニ因リ舊所有者ノ權利ヲ承繼スルモノニ非スシテ別ニ新ニ所有權ヲ取得スルモノナレハナリ故ニ第三者ノ取得時効ハ同時ニ地役權ノ消滅時効ト爲ルモノトス是レ第二八九條ニ規定スル所ナリ

然リト雖モ此原則ヲ絕對ニ適用スルトキハ地役權者ニ頗ル不利ナル結果ヲ生スヘシ何トナレハ第三者カ時効ニ因リ承役地ノ所有權ヲ取得スル場合ニ地役權者ハ所有權ノ取得時効ヲ妨クルノ方便ヲ有セサルヲ以テナリ加之第三者カ承役地ノ完全ナル所有權ヲ取得シテ地役權ヲ消滅セシムルニハ土地ノ完全ナル所有者トシテ其占有ヲ繼續シタルコトヲ必要トシ第三者カ地役權ノ存在ヲ確認シ地役權者ノ權利行使ヲ認容シタルトキハ第三者ハ完全ナル所有權ヲ取得シタルニ非スシテ地役權ニ因リテ制限セラレタル所有權ヲ取得スルニ止マルモノト謂ハサルヲ得ス果シテ然ラハ第三者カ土地ノ完全ナル所有權ヲ取得シ其結果地役權ノ消滅ヲ來スハ地役權者カ其權利ヲ行使セサル場合ニ限定セラル



ルモノニシテ地役ノ消滅ハ結局地役權者カ其權利ヲ行使セサルニ起因スルコトハ他ノ消滅時效ト  
毫モ異ナル所ナシ從テ地役權者カ其權利ヲ行使シタルトキハ地役權ノ消滅時效ハ地役權者ノ利益ニ  
於テ中斷セラルルモノトナスラ正當ナリトス是レ第二九〇條ノ規定アル所以ナリ

第四 地役權者カ二十年間其權利ヲ行使セザルトキハ是レ消滅時效ニ關スル民法第一六七條第二項ノ

適用ナリトス例ヘハ甲者乙地ノ上ニ通行地役權ヲ有スル場合ニ二十年間乙地ヲ通行セザリシトキハ  
甲ノ通行權ハ時效ニ因リ消滅ス而シテ地役權ノ消滅時效ニ付テハ消滅時效ニ關スル一般ノ原則ヲ適  
用スヘキモノトス就中時效ノ中斷及ヒ停止ニ關スル民法總則ノ規定ハ之ヲ地役權ノ消滅時效ニ適用  
スルコトヲ要ス右ノ外尙ホ民法ハ地役權ノ消滅時效ニ關シテ特ニ規定ヲ設ケタリ即チ左ノ如シ

一 地役權ノ消滅時效ニ關スル期間ノ起算點ハ左ノ方法ニ依リ之ヲ定ム

甲 不繼續地役 不繼續地役ニ在リテハ地役權者カ最後ニ地役權ヲ行使シタルトキヲ以テ起算點  
トス例ヘハ汲水地役通行地役ハ何レモ不繼續地役ナルヲ以テ地役權者カ最後ニ汲水又ハ通行ヲ爲  
シタル時ヨリ二十年間其權利ヲ行使セザリシトキハ地役權ハ消滅ス此起算點ハ積極地役中ノ繼續  
地役ニノミ適用セラルルモノニシテ消極地役ニ付テハ絕對ニ之ヲ適用スルヲ得ス何トナレハ消極  
地役ハ常ニ繼續地役ナルヲ以テナリ

乙 繼續地役 繼續地役ニ在リテハ地役權消滅ノ期間ハ地役權ノ行使ヲ妨クヘキ事實ノ發生シタ  
ル時ヨリ進行ス例ヘハ水道地役、無制限ニ竝又ハ操側ヲ設クルノ地役ハ其行使ヲ妨クヘキ事實ノ  
發生即チ水道、竝又ハ操側ノ破壞若クハ閉鎖ニ因リ其進行ヲ開始スヘシ又消極地役ハ總テ繼續地  
役ナルヲ以テ常ニ此原則ノ適用ヲ受クヘキモノトス例ヘハ境界ヨリ一定ノ距離内ニ於テ建物又ハ

竹木ヲ所有セシメサルノ地役權ニ在リテハ消滅時效ハ承役地ノ所有者カ其距離内ニ於テ建物ヲ築  
造シ又ハ竹木ヲ栽培シテ地役權ノ行使ヲ妨ケタル時ヨリ其進行ヲ始ムルモノトス但地役權行使ヲ  
妨クヘキ事實ノ發生カ承役地ノ所有者ニ起因スルト自然ノ出來事其他承役地ノ所有者ノ闕知セザ  
ル事由ニ起因スルトハ之ヲ問フノ必要ナシ何トナレハ民法第二九一條ハ此點ニ付キ何等ノ區別ヲ

設ケサルヲ以テナリ  
二 要役地カ數人ノ共有ニ屬スル場合ニ其一人ノ爲メニ時效ノ中斷又ハ停止アルトキハ其又ハ  
停止ハ他ノ共有者ノ爲メニモ其效ヲ生ス  
地役權ハ不可分ニシテ共有者ノ持分ニ應シ一部消滅スルコト能ハサルハ前述ノ如シ是ヲ以テ要役  
地カ數人ノ共有ニ屬スル場合ニ於テハ地役權ハ共有者ノ持分ニ應シ一部分ツツ別別ニ消滅スルコ  
ト能ハサルハ論ヲ俟タス必スヤ全共有者ニ對シ同時ニ全部消滅スヘキモノト爲ササルヘカラス而  
シテ共有者ノ一人カ時效ニ因リ地役權ヲ取得シタルトキハ他ノ共有者モ亦之ヲ取得スルモノトス  
以上ト同一ノ精神ニ基キ共有者ノ一人カ地役權ヲ保有スル間ハ他ノ共有者モ亦之ヲ失ハサルモノ  
ト爲スラ正當ナリトス故ニ共有者ノ一人ニ付キ時效ノ中斷又ハ停止アルトキハ其中斷又ハ停止ハ

時效ノ成就ヲ妨ク全共有者ハ依然トシテ地役權ヲ失ハサルモノトス  
三 地役權者カ其權利ノ一部ヲ行使セザルトキハ其部分ノミ時效ニ因リテ消滅ス

民法第一六七條第二項ノ規定ハ地役權其モノニ適用シ得ヘキハ勿論地役權ノ範圍ニ付テモ亦之ヲ  
適用スルコトヲ得ヘシ詳言スレハ地役權者カ二十年間不完全ニ地役權ヲ行使シタルトキハ地役權  
者ノ行使セザリシ權利ハ消滅シ地役權ハ其範圍ヲ縮少スル結果ヲ生スルモノトス(二九三條)例ヘ

者ノ行使セザリシ權利ハ消滅シ地役權ハ其範圍ヲ縮少スル結果ヲ生スルモノトス(二九三條)例ヘ



ハ通行地役權者カ徒歩又ハ車馬ニテ承役地ヲ通行スル權利ヲ有スル場合ニ二十年間引續キ徒歩ニテ通行シ車馬ヲ用ヒサリシトキハ地役權者ノ權利縮少シテ徒歩通行權ト爲リ其後ニ於テハ車馬ニテ通行スルノ權利ヲ失フヘシ又地役權者カ五尺ノ幅員ヲ有スル水道ヲ以テ水ヲ通スル權利ヲ有スル場合ニ水道ノ幅員ヲ減シテ三尺トナシ二十年間通水ヲ爲シタルトキハ地役權者ノ權利ハ縮少シテ三尺ノ幅員ヲ有スル水道ヲ以テ通水ヲ爲ス地役權ト爲リ殘餘ノ二尺ニ關スル權利ハ全ク消滅ス又汲水地役權者カ毎日汲水ヲ爲シ得ヘキ場合ニ二十年間隔日ニ水ヲ汲ミタルトキハ其權利ハ隔日ノ汲水權ニ縮少スヘシ

第五 地役權者カ其權利ヲ拋棄シタルトキ 地役權者カ地役權ヲ拋棄スルノ意思ヲ表示シタルトキハ此意思表示ハ一般ノ原則ニ從ヒ地役權ノ消滅ヲ來スモノトス而シテ拋棄ノ意思表示ハ意思表示ノ原則ニ從ヒ明示又ハ默示ナルコトヲ得ヘク又有價ナルコトヲ得ヘシ又地役權ノ拋棄ニ付テハ敢テ承地役ノ所有者ノ承諾ヲ必要トセサルモ拋棄ノ意思ハ承役地ノ所有者ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ要ス終リニ地役權ノ拋棄カ其效ヲ生スルニハ地役權者ニ於テ其權利ヲ處分スルノ能力ヲ有スルコトヲ必要トスルハ説明ヲ要セシテ明カナリ

第六 承役地カ公用ノ爲メニ徵收セラレタルトキ 承役地カ公用ノ爲メニ徵收セラレタルトキハ徵收セラレタル土地ハ地役權ノ目的タルコトヲ得ス蓋シ公有物ハ私權ノ目的タルコト能ハサルヲ以テナリ但地役權者カ地役權ノ消滅ニ對シ賠償ヲ求ムルノ權利アルハ論ラ俟タス

第七 地役權ニ解除條件又ハ終期ヲ附シタル場合ニ其條件又ハ期限カ到來シタルトキ 例ヘハ甲地ノ所有者カ乙ニ對シ乙ノ畢生間乙ノ所有地ノ爲メニ通行地役權ヲ設定シタルトキハ通行地役權者乙ノ死亡ト同時ニ消滅スヘク又乙カ其所有地ヲ他人ニ讓渡シタルトキハ地役權ハ當然解除セラレヘキコトヲモ併セラ約シタルトキハ通行權ハ乙カ其地所ヲ他人ニ讓渡スト同時ニ消滅ニ歸スヘシ

第六款 入會權

入會權トハ一定ノ土地ニ住スル人カ一定ノ山林又ハ野地ニ於テ共同シテ收益ヲ爲スノ權利ナルコト、入會權者カ其共有ノ土地ノ上ニ共同シテ收益ヲ爲スノ權利ヲ有スルトキハ特別ノ慣習ニ從テノ外共有ニ關スル民法ノ規定ヲ適用シテ其相互ノ權利關係ヲ定ムルコトヲ要スルハ前既ニ一言セル所ナリ而シテ入會權カ共有ノ性質ヲ有セサルトキ即チ入會權者カ他人ノ所有ニ係ル土地ノ上ニ入會權ヲ有スルトキハ其權利關係ハ地役權ニ類似スルモノナリ何トナレハ此種ノ入會權ハ土地ノ上ニ行ハルル權利ナルノミナラス土地ノ便益若クハ少クトモ一定ノ土地ニ住スル人ノ便益ヲ目的トスルモノナレハナリ例ヘハ他人ニ屬スル野地ノ榮草ヲ刈取リ之ヲ田畠ノ肥料ト爲シ又ハ他人ニ屬スル山林ノ落葉枯枝ヲ採取シテ之ヲ薪材トシ家用ニ供スルカ如シ蓋シ入會權ナルモノハ我國古來ノ慣習ニ依リテ認メラレ各地方ニ於ケル住民ノ生活上ノ必要ヨリ生シタルモノナレハ此必要ニシテ存スル限ハ此制度ヲ存置スルノ必要アリ急激ニ之ヲ廢スルハ害アリテ益ナシトス是レ民法ニ於テ入會權ニ關スル舊慣ヲ其儘ニ存シタル所以ナリ而シテ古來ノ舊慣ニ從ヒ入會權ヲ認ムル以上ハ此權利ニ關シテハ先づ第一ニ各地方ノ慣習ニ從フコトヲ要スルハ勿論前述ノ如ク共有ノ性質ヲ有セサル入會權トハ頗ル相似スルヲ以テ地役權ニ關スル規定ハ總テ之ヲ準用スヘキモノトセリ是レ第二九四條ノ規定アル所以ナリ



民法物權(第一部)終

法學士 橫田秀雄 講述

民法物權(第一部) 完

法政大學發行

0021

民法物權(第一部)目次

第一章 物權總論

第一節 物權ノ性質

第二節 物權ノ種類

第三節 物權ノ得喪變更

第一款 物權ノ設定移轉ヲ目的トスル意思表示ノ效力

第二款 不動産ニ關スル物權ノ得喪變更ノ第三者ニ對スル效力

第一項 物權ノ得喪及ヒ變更

第二項 第三者

第三項 物權ノ得喪變更ノ第三者ニ對スル效力

第四項 不動産ノ登記

第三款 動産ニ關スル物權ノ讓渡ノ第三者ニ對スル效力

第四款 混同ニ因ル物權ノ消滅

第二章 各論

第一節 占有權

第一節 占有ノ性質……………四四

第二款 占有ノ種類……………四七

第三款 占有權ノ主體及目的物……………五〇

第四款 占有權ノ得喪變更……………五一

    第一項 占有權ノ取得……………五二

    第二項 代理人ニ依ル占有權ノ取得……………五五

    第三項 占有權ノ喪失……………五九

    第四項 代理占有ニ於ケル占有權ノ喪失……………六二

    第五項 占有權ノ移轉……………六四

    第一 占有權移轉ノ要件……………六四

    第二 占有權移轉ノ效果……………六七

    第三 占有併合ノ要件……………六七

    第六項 占有權ノ變更……………七一

第五款 占有ニ關スル事實ノ推定……………七五

第六款 占有權ノ效力……………七七

第七款 準占有……………七七

第二節 所有權

第一款 所有權ノ性質……………九九

第二款 所有權ノ内容……………一〇一

第三款 所有權ノ目的物……………一〇二

    第一項 目的物ノ性質……………一〇二

    第二項 目的物ニ關スル所有權ノ範圍……………一〇三

第四款 所有權ノ限界……………一〇六

    第一項 公益ニ基ク所有權ノ制限……………一〇六

    第二項 所有者相互ノ利益ニ基ク制限……………一〇八

第五款 相隣者ノ權利……………一〇八

第六款 所有權ノ取得……………一二九

    第一項 先占……………一三〇

    第二項 遺失物ノ拾得……………一三三

    第三項 埋藏物ノ發見……………一三四

    第四項 添附……………一三六

第七款 所有權ノ消滅……………一四五

|                       |     |
|-----------------------|-----|
| 第八款 共有.....           | 一四六 |
| 第二項 共有ノ性質.....        | 一四六 |
| 第三項 共有者ノ持分.....       | 一四七 |
| 第四項 共有物ノ管理.....       | 一四九 |
| 第五項 持分ノ讓渡.....        | 一五二 |
| 第六項 共有物ノ分割.....       | 一五五 |
| 第七項 入會權.....          | 一五六 |
| 第八項 所有權以外ノ財產權ノ共有..... | 一六六 |
| 第三節 地上權.....          | 一六七 |
| 第一款 地上權ノ性質.....       | 一六七 |
| 第二款 地上權者ノ權利義務.....    | 一七〇 |
| 第三款 地上權ノ存續期間.....     | 一七七 |
| 第四款 地上權ノ消滅.....       | 一八〇 |
| 第四節 永小作權.....         | 一八一 |
| 第一款 永小作權ノ性質.....      | 一八二 |
| 第二款 永小作人ノ權利義務.....    | 一八三 |
| 第三款 永小作權ノ存續期間.....    | 一八六 |
| 第五節 地役權.....          | 一八八 |
| 第一款 地役權ノ性質.....       | 一八八 |
| 第二款 地役權ノ種類.....       | 一九七 |
| 第三款 地役權ノ取得.....       | 二〇〇 |
| 第四款 地役權ノ效力.....       | 二〇四 |
| 第五款 地役權ノ消滅.....       | 二一二 |
| 第六款 入會權.....          | 二一七 |

民法物權(第一部)目次終



以上ハ他人ノ物ヲ以テスル履行ニ關スル三段ノ問題ナリ予ハ是マテ動モスルハ金錢ノ例ヲ引キタルモ實際ニ於テ金錢ニ付テハ適用ナシト信ス何トナレハ金錢ニハ目印ナキヲ以テ他人ノ金錢ナルト債務者ノ金錢ナルトヲ區別スルコト能ハス故ニ債務者ハ所有者ニ對シテ支拂フヘキ金額ヲ支拂ハ足レリ所有者モ亦假令目印ヲ附シ置キタルモ金錢異ナルカ故ニ受取ラスト云フカ如キコトナカレハシ故ニ金錢ニ付テハ此問題ヲ生セスト信ス又他ノ商品ニ付テモ最後ニ述ヘタル理由ニ依リ今日ニ於テハ此規定ノ適用極メテ稀ナラント信ス何トナレハ所謂即時時効ニ依リ米ニテモ反物ニテモ或ハ其他ノ物ニテモ多クノ場合ニ於テ債權者ノ所有ト爲ルカ故ニ債權者ニ於テモ之ヲ返還スルコトヲ欲セス又債務者ニ於テモ返還ヲ受クルコトヲ拒ムコトヲ得ヘシ故ニ債務者ハ物ノ所有者ニ對シテ損害賠償ヲ爲スニ止マリ此間ニ於テ他人ノ物ヲ以テ履行ヲ爲シタリト言フカ如キ關係ノ生スルコト極メテ稀ナルヘシ第四七五條ハ規定シテ曰ク

辨濟者カ他人ノ物ヲ引渡シタルトキハ更ニ有效ナル辨濟ヲ爲スニ非サレハ其物ヲ取戻スコトヲ得

ト是レ三段ノ問題中一問題ヲ掲ケタルモノニシテ他ノ二問題ニ付テハ言フヲ俟タストシテ之カ規定ヲ設ケサリキ

以上他人ノ物ヲ以テスル履行ニ關スル一般ノ規定ヲ説明セリ之ニ關スル特別ノ場合ハ次ニ説明セン右ニ述ヘタル如ク債務者カ他人ノ物ヲ以テ履行ヲ爲シタル場合ニ於テハ自己ノ物ヲ以テ更ニ有效ナル辨濟ヲ爲スマテハ前ニ引渡シタル物ノ取戻ヲ爲スコトヲ得ス故ニ此原則ヲ分析セハ第一ニ他人ノ物ヲ以テスル履行ハ眞ノ履行ニ非サルヲ以テ無効ナリ第二ニ其無効タル履行ノ目的物ハ更ニ有效ナル履行ヲ爲スニ非サレハ之ヲ取戻スコトヲ得スト云フニ歸ス此第一ノ點ニ對シテハ前ノ例外アリ即チ他人ノ物ヲ以テスル履行ト雖モ其履行カ有效ナル場合ニシテ第四七七條ノ規定セル所ナリ同條二曰ク  
前二條ノ場合ニ於テ債權者カ辨濟トシテ受ケタル物ヲ善意ニテ消費シ又ハ讓渡シタルトキハ其辨濟ハ有效トス但債權者カ第三者ヨリ賠償ノ請求ヲ受ケタルトキハ辨濟者ニ對シテ求償ヲ爲スコトヲ妨ケス

此事ハ前ニ債務者ノ能力ニ關シテ講述シタル所ノ法理ト同一轍ニ出ワルモノニシテ債權者カ履行トシテ受ケタル他人ノ物ヲ善意即チ他人ノ物タルコトヲ知ラスシテ之ヲ消費シタルトキハ其辨濟ハ有效ト看做サルモノトス例ヘハ其辨濟シタル物カ食物ナリシ場合ニ之ヲ喫シ盡シ金銀、竹木等ナリシ場合ニ之ヲ材料トシテ美術品其他ノ工作物ヲ作製シ若クハ他ニ讓渡シタル場合ノ如シ(金錢ノ移轉ハ通常之ヲ「消費」ト云フト雖モ嚴格ナル理論ヨリ言ヘハ寧ロ「讓渡」ト云フノ至當ナルヲ信ス)是レ債權者ヲ保護スルノ精神ニ出テタルモノニシテ極メテ至當ノ規定ナリト謂ハサルヲ得ス蓋シ此場合ニ其履行ヲ無効ナリトセハ債權者ハ其消費シタル物ノ價其他之ニ因リテ受ケタル利益ヲ返還セサルヘカラサルニ至リ之カ爲メニ一時自己ノ出捐ヲ免レサルノミナラス其評價ヲ爲ス等頗ル煩雜ナル問題ヲ生スヘク若シ又其物件ヲ讓渡シタル後ナリセハ第三者ニ對シ其物ノ返還ヲ請求スルトキハ竟ニ損害ノ賠償ヲ爲ササルヘカラサル等實ニ容易ナラサル迷惑ヲ被ルノ結果ニ歸著スヘシ又其物自體ヨリ觀察スルモ所謂代替物ナル以上ハ必スシモ其辨濟ニ充テタル物ヲ返還セシムルコトヲ要セス寧ロ其履行ヲ以テ有效ト爲シ唯不注意ニ因リ他人ノ物ヲ以テ履行ノ用ニ供シタル辨濟者ノ過失コソ重大ナレハ其過失者ヲシテ物ノ所有者ニ對スル責任ヲ負擔セシメ累ヲ債權者ニ及ホサシメサルヲ便利トスルヲ以テ右ノ規定ヲ設ケ

タルナリニ保護セシムルハ其ノ結果トシテ受ケタル物ヲ其保護ヲ完ウセリ債權者カ損害ヲ受ケルノ虞アル場合トハ主トシテ債權者カ辨濟トシテ受ケタル物ヲ他人ニ讓渡シタル場合ニ於テ其物ノ真ノ所有者カ其權利ヲ失ハサリシトキ是ナリ凡ソ物ノ所有者ハ時効若クハ所謂瞬間時効ニ因リテ其權利ヲ失フ場合ノ外自己ノ意思ニ基カスシテ其權利ニ變更ヲ生スベキニ非サルヲ以テ此所有者カ其物ノ現在ノ占有者タル讓受人(茲ニ謂フ所ノ第三者ニ對シ物ノ返還ヲ請求スルトキハ第三者ハ之カ返還ヲ爲ササルコトヲ得ス而シテ其返還ヲ爲シタル第三者ハ自己ノ直接ノ讓渡人タル債權者ニ對シテ請求權ヲ行使スルコトヲ得ヘク殊ニ賣買ノ場合ニ於テハ買主タル讓受人ハ賣主タル債權者ニ對シテ所謂追奪擔保ノ權利ヲ有スルカ故ニ此權利ノ行使ニ由リ債權者ハ之カ賠償ヲ爲ササルヘカラス然レトモ此債權者ノ爲スヘキ損害賠償ハ素ト債務者カ他人ノ物ヲ以テ履行ノ用ニ供シタル過失ニ基クモノナルカ故ニ結局債務者ヲシテ之ヲ賠償セシメサルヘカラス

右ノ但書ノ適用ハ前例ノ如キ場合ノミニ限ルニ非ス尙ホ極メテ稀ナル場合ヲ想像セハ茲ニ所謂第三者ハ所有者本人ナルコトアリ得ヘシ此場合ニ於テ債權者カ其物ヲ善意ニテ消費シタルトスルハ前ニ述ヘタル如ク債權者ニシテ時効若クハ所謂瞬間時効ニ因リテ其所有權ヲ取得シタル後ニ非サルシ以上ハ理論上其物ノ所有者ヨリ賠償ヲ請求セラルルコトアルヘシ

以上ハ他人ノ物ヲ以テ履行ニ供シタル場合ニ關スル說明ナリ次ニ履行ノ目的ニ關スル最後ノ問題トシテ所謂代物辨濟ニ付キ講述スヘシ

既ニ屢ニ述ヘタル如ク「履行」ト云ヘハ即チ債權ノ目的ノ實行ニ外ナラス故ニ債權ノ目的以外ノ物例ハ金千圓ヲ支拂フヘキ義務アル場合ニ米百石ヲ給付スルモノニ由リテ其義務ヲ履行シタルモノト謂フコトヲ得ス然レトモ當事者ノ協議ニ因リ右ノ場合ニ於テ金千圓ニ代フルニ米百石ヲ以テシタルトセハ其契約ハ固ヨリ有效ナリ而シテ債務者カ其契約ニ從ヒテ米ヲ引渡シタルトセハ是レ即チ學者ノ所謂代物辨濟ナリ勿論辨濟ノ目的ハ管ニ金錢ト米穀トノミニ限ラス如何ナル種類ノモノニテモ不可ナルコトナシ例ヘハ作爲ノ義務ニ代フルニ金錢支拂ノ義務ヲ以テシ或ハ特定物ノ所有權ヲ讓渡ス義務ニ代フルニ作爲若クハ金錢支拂ノ義務ヲ以テスルカ如キ是ナリ

代物辨濟ノ何タルカハ右ニ述ヘタル所ノ如シ尙ホ之ヲ定義のニ言ヘハ代物辨濟トハ債務ノ目的以外ノ給付ヲ爲シテ之ヲ履行ニ充ツル契約ヲ謂フ代物辨濟ノ性質ハ羅馬法以來學者間ニ頗ル議論アル所ニシテ之ヲ大別スレハ少クトモ三説アリ第一、買買説、第二、辨濟説、第三、更改説是ナリ蓋シ羅馬法ニ於テハ行爲ニ付スル所ノ名稱ニ從ヒ或ハ法律上ノ效力ヲ有シ或ハ法律上ノ效力ヲ有セザリキ例ヘハ賣買ハ諸成契約ニシテ辨濟モ通常何等ノ方式ヲ要セザリシモノ「ゾシオ」即チ更改ハ言成契約ナリシカ故ニ代物辨濟ノ如キモ之ヲ以テ賣買若クハ辨濟ナリトスルトキハ法律上ノ效力ヲ有スト雖モ更改ナリトスルトキハ別段ノ方式ヲ要セシヲ以テ代物辨濟ハ之ヲ更改トスルトキハ多クハ其效力ナカリシナリ其他契約ノ種類ノ異ナルニ從ヒ其效力ヲ同シクセザリシハ固ヨリナリ我舊民法ノ如キハ其主義極メテ曖昧ナルカ如シト雖モ其財産編第四六一條ニ「雙方一致ニテ物ヲ金錢ニ、金錢ヲ物ニ又ハ或ル物ヲ他ノ物ニ代ヘテ辨濟シ若クハ辨濟スルコトヲ諾約シタルトキハ原義務ヲ更改シタルトキ其行爲ハ場合ニ因リテ賣買又ハ交換ノ規則ニ從フ」ト規定セルニ據リテ觀レハ規則ハ「賣買又ハ交換ノ規則ニ從フ」モノ



トシタルモ其性質トシテハ更改説ヲ採リタルカ如シ然レトモ若シ代物辨濟ノ性質ヲ以テ更改ナリトシタルハ單ニ机上ノ空論ニ過キストモハ斯ル規定ヲ爲サザリシナルヘシ若シ然リトモハ此規定ハ前後矛盾セルモノト謂ハサルヘカラス要スルニ此規定ハ頗ル曖昧ニシテ若シ之ヲ適用セハ頗ル困難ヲ生スルコトヲ免レザリシ所ナリ

予ハ右ノ第三説即チ更改説ヲ取ル者ニシテ代物辨濟ハ更改ヲ包含スル一種ノ契約ナリト爲スヲ正確ト信ス今左ニ反對説ノ誤謬ナル點ヲ指摘セント欲ス

先ツ賣買説ヨリ論セシニ此説ヲ主張スル論者ト雖モ舊民法ニモ言ヘル如ク場合ニ依リテハ交換ノ法理ニ從フモノト爲ス例ヘハ米百石ニ代フルニ或不動産ヲ以テスルカ如キ是ナリ然ルニ其單ニ賣買トシテ主張スル所以ノモノハ昔時羅馬法ニ於テハ交換ハ契約トシテハ法律上ノ效力ヲ有セザリシヲ以テ強ハテ賣買ニ附會シタルノ結果タラスンハアラス而シテ賣買若クハ交換ナルモノハ如何ナル目的ニテ行ハルカト云フニ例ヘハ賣買ハ買主カ一定ノ金錢ヲ得ルカ爲メニ物品ヲ賣却シテ以テ其權利ヲ買主ニ移轉セントシ買主ハ其權利ヲ得ンカ爲メニ特ニ金錢ヲ出捐スルニ由リテ行ハルモノナリ又交換ハ當事者ノ一方ハ甲ナル物件ヲ欲シ他ノ一方ハ乙ナル物件ヲ欲スル場合ニ一方ハ乙ナル物件ヲ提出シ他ノ一方ハ甲ナル物件ヲ提出シテ物ト物トヲ換フルニ在リテ要スルニ當事者カ互ニ自己ノ欲スル物ヲ得ンカ爲メニ互ニ義務ヲ負擔スル契約ナリ然ルニ代物辨濟ノ場合ニ在リテハ其目的ハ唯一ノ債務ヲ消滅セシムルニ在リ例ヘハ甲カ乙ニ對シテ金千圓ヲ支拂フノ義務ヲ負擔セルモ之カ辨濟ニ充ツヘキ金錢ナキ場合ニ於テ他ニ米百石又ハ乙ノ不動産ヲ所有スルヲ以テ債權者乙ニ向ヒテ千圓ヲ辨濟スル代リトシテ此等ノ物ヲ受納セントコトヲ乞ヒ債權者ハ初メ金錢ヲ受クルノ意思ナリシモ金錢ニテハ容易ニ辨濟ヲ受ク

ルノ見込ナキニ由リ己ムヲ得ス甲ノ哀願ヲ容レ米百石若クハ乙ノ不動産ヲ以テ金千圓ノ支拂義務ニ代ヘシシタルカ如キハ是レ代物辨濟ノ趣旨トスル所ナリ然ルニ之ヲ以テ賣買又ハ交換ナリト云フカ如キハ牽強附會ニ近シト謂ハサルヲ得ス果シテ然ラハ代物辨濟ハ辨濟即チ履行ナルカ曰ク然ラス抑モ辨濟トハ前ニモ述ヘタル如ク債務ノ履行ニシテ債權ノ目的ノ實行ナリ即チ債權ノ目的カ金千圓ノ所有權ヲ移轉スルニ在リトセハ其金千圓ノ所有權ヲ移轉セザレハ履行即チ辨濟ニ非サルコト極メテ明カナリ然ルニ金千圓ヲ支拂フ代リニ米百石ヲ與ヘテ以テ履行ヲ爲シタルモノト謂フコト能ハサルハ既ニ述ヘタル所ナリ此ノ如ク代物辨濟ハ辨濟ニ非ス又賣買若クハ交換ニ非ストモハ其性質更改ナリト云フノ外ナキナリ

更改ニ關スル詳細ナル説明ハ後ニ債務ノ消滅ノ處ニ至リテ論スヘシト雖モ今之カ定義ヲ下セハ更改トハ舊債務ヲ消滅セシメテ之ニ代フルニ新債務ヲ以テスル契約ナリ而シテ其方法種種アリト雖モ目的ヲ變更スル場合モ亦其一種タリ即チ例ヘハ金千圓ノ支拂義務ヲ變更シテ米百石ヲ給付スルノ義務ヲ以テスルカ如キ是ナリ唯普通ノ場合ニ於テハ一旦更改契約成立シテ而シテ後更ニ其契約ノ履行ヲ爲スニ反シテ代物辨濟ノ場合ニ於テハ其履行ヲ即時ニ爲スノ差アルノミ即チ前例ノ場合ニ就テ言ヘハ債務者カ債權者ニ向ヒ金千圓ヲ支拂フ代リニ米百石ヲ給付セントスル旨ヲ告ケ債權者カ之ヲ承諾スルニ及ヒテ一旦米ニ對スル義務ヲ生セシメ而シテ更ニ其義務ヲ履行スルモノナルヲ以テ其前債務カ消滅シテ米百石ノ新債務ニ變シタルハ即チ更改ニシテ直チニ之ヲ履行スレハ代物辨濟ト爲ルモノト謂ハサルヘカラス前掲舊民法財産編第四六一條ニ更改ト看做スト規定シタルハ理論上正鵠ヲ得タルモノト謂フヘシ唯該條ノ末段ニ「賣買又ハ交換ノ規則ニ從フ」トノ蛇足ヲ加ヘタルヲ遺憾トスルノミ新民法ニ於テハ其主



義法文ノ表ニ顯然タラスト雖モ予ハ初ヨリ更改説ノ正當ナルヲ信シ新法典編纂ノ當時ニ在リテモ此説ヲ主張シタルニ他ノ委員ニ於テモ敢テ反對セザリシモ斯ル學理問題ヲ法文ヲ以テ明確ナラシムルノ必要ナルカヘシトノ事ニテ竟ニ法文ヲ以テ明カニスルニ至ラザリキ然レトモ舊法典ノ上ニ於テハ勿論新民法ノ議論トシテモ予ハ第三説ヲ正當ト信ス即チ我新民法第四八二條ニ曰ク

債務者カ債權者ノ承諾ヲ以テ其負擔シタル給付ニ代ヘテ他ノ給付ヲ爲シタルトキハ其給付ハ辨濟ト同一ノ效力ヲ有ス

此ノ如ク「辨濟ト同一ノ效力ヲ有ス」ト規定シ「辨濟ト看做ス」トカ或ハ又辨濟ナリト規定セザリシハ益、以テ辨濟説ヲ採ラザリシコトヲ知ルコトヲ得ヘシ然ルニ論者或ハ曰ハン代物辨濟ハ其性質辨濟ナルヲ以テ此ノ如ク同一ノ效力ヲ有セシムルニ非スヤト然レトモ法律ハ其效力ノミニ付キ特ニ辨濟ト同一ノ視スルノ規定ヲ設ケタルニ據リテ觀レバ却テ其性質ノ辨濟ニ非サルコトヲ證明スヘシ尙ホ予ノ説ノ誤ラサルコトハ諸君カ他日買賣並ニ更改ノ規定ヲ研究セラルルニ及ヒ益、明瞭ト爲ルヘシト雖モ序次之カ説明ヲ爲サンニ更改トハ第五二三條ニ規定セルカ如ク「債務ノ要素ヲ變更スル契約」ニシテ此債務ノ要素中ニ目的ヲ包含スルコト即チ目的ノ變更ニ因ル更改ヲ認ムルコトハ唯リ我民法ノミナラス諸外國法ノ其軌ヲ一ニスル所ナリ(但羅馬法ハ其定義ヲ異ニセル)ミナラス目的ノ變更ヲ許サザリキ)蓋シ代物辨濟ナルモノハ債務ノ要素ヲ變更スルノ契約ニシテ全ク右更改ノ意義ニ適合スルモノナリ又買賣トハ第五五條ニ規定セルカ如ク當事者ノ一方カ或財產權ヲ移轉スル代リニ相手方カ之ニ其代金ヲ支拂フノ契約ナレハ當事者ノ一方ハ必スヤ財產權ヲ移轉シ他ノ一方ハ必スヤ其代金ヲ支拂ハサルヘカラス然ルニ代物辨濟ノ場合ニ於テハ債權者ハ金銭支拂ノ義務ヲ負フコトナク唯其債權ヲ

ヲ受クルヲ見ル我帝國カ其駐在ノ我領事ニ訓令シテ縱令支那人ヨリ此種ノ依頼アルモノニ應スルコトナカルヘシト命令セシハ種種ノ煩雜ヲ被ムルコトアルヲ豫防セシナリ而シテ此等他國人ノ保護タル特別ノ條約ナキ以上ハ全ク道德上ノ行為ニシテ權利ノ非ス又ハ義務ノ非ス

領事ハ駐外臣民ヲ保護ス公使亦然リ而シテ其禁令又ハ命令ニシテ積極又ハ消極ノ衝突アルトキハ如何ニト云フニ先ツ其駐割地ノ最近ナル公使又ハ領事之ヲ保護スヘク駐割地同一ナルトキハ公使ノ指揮ニ待ツヘキモノト是レ便宜ヲ主トスル實際上ノ慣例タリ

領事カ本國人ヲ保護スルノ範圍ハ條約及ヒ國內法ヲ以テ之ヲ定ムルヲ常トス我國內法ハ明治三十二年四月勅令第一五三號ノ領事官職務規則及ヒ明治三十二年三月法律第七〇號ノ領事ノ職務ニ關スル件是ナリ前者ハ主トシテ其行政權ヲ定メ後者ハ主トシテ司法權ヲ規定ス

(第二) 行政上ノ職務

(一) 本國官廳ヨリ請求アルトキハ領事ノ管轄區域内ニ在ル自國民カ如何ナル職務ヲ營ミツツアルヤ其他如何ナル狀態ニアルヤヲ確ムルコト

(二) 管轄區域内ニ在ル自國民ニ旅行券ヲ付與シ又ハ旅行券ヲ審査スルコト 元來此旅行券付與ノ權利ハ國家ノ有スル所ナリ即チ外國ニ赴カントスル者ハ外務省ニ請求シテ之ヲ受クルモノトス然ルニ自國民カ外國ニ在リテ若シ之ヲ紛失シ又ハ始ヨリ本國ニ於テ之カ付與ヲ受ケザリシ者ハ其本國ニ旅行券ヲ請求シ之ヲ取寄スルコト甚タ煩雜ニシテ且困難ナリ是ニ於テカ本國則トシテハ之ヲ公使ニ請求シ其下付ヲ受クルモノナリト雖モ是レ亦其土地ニ公使ノ在ラサルカ又ハ公使館ノ所在マテ遠隔ナル場合ニ於テハ領事之ヲ付與ス又領事ハ本國ヨリ付與シタル旅行券ヲ審査スル權利ア

リ是レ本國ノ付與シタル旅行券ヲ有スル者ニシテ如何ナル目的ヲ有スルヤ及ヒ不法ノ目的ヲ有スル者カ其駐在國ニ在ルコトハ駐在國ハ勿論其旅行券ヲ付與シタル本國ニ於テモ甚タ危險ナルヲ以テ之ヲ審査スルモノトス之ニ反シテ駐在國ノ人民ニシテ領事ノ本國ニ赴ク者ニ對シ領事ハ其旅行券ヲ審査スル權利ヲ有セサルハ勿論ナリ然レトモ若シ其外國人ニシテ之カ審査ヲ領事ニ依頼シ來リタルトキハ固ヨリ之ヲ審査スルモ妨ナシ此點ニ付テハ各國皆殆ト同一ナリ

(三) 本國ノ船舶ニ向テ保護ヲ與フルコト 獨リ商船ノミナラス軍艦ニ對シテモ亦保護ヲ與フ然レトモ前者ニ對シテハ管ニ保護ノミナラス監督權ヲ行フコトヲ得ヘシ

船舶ニ對シテハ領事ノ職務ヲ細別スルトキハ左ノ如シ

(イ) 領事ハ入津シタル商船カ果シテ本國ノ命令ヲ遵守セルヤ否ヤヲ審査ス

(ロ) 領事ハ船長ヨリ報告書ヲ徵シ又船舶ノ港灣出入ノ届出ヲ爲サシム其報告書トハ其船舶ノ航海中ノ事變起生ノ有無等ヲ記載シタルモノヲ謂フ例ヘハ流行病アル土地ヲ經過セザリシヤ否ヤ又ハ海損ナキヤ否ヤ又或ハ航海中外國軍艦ノ捕獲セントスル場合ナカリシヤ否ヤ等はナリ船長ハ此等ノコトヲ詳細ニ記載シ領事ニ報告スヘク又領事ハ之ヲ徵スル權利アリ次ニ船舶ノ港灣出入ノ届出ヲ爲サシムル權利ハ領事規則ニ規定アリ而シテ其届出ノ期間及ヒ之ヲ懈怠シタル場合ニ對シテ罰金ニ關スル詳細ナル規則ハ國法ヲ以テ規定セリ

(ハ) 領事ハ駐在國港灣ニ在ル船舶ニ對シテ警察權ヲ行使スルコトヲ得ル權利アリ然レトモ此警察權ニ關シテハ極メテ狹義ニ解釋スルコトヲ要ス即チ船舶内ニ於テ爲シタル行為ニ限ル從テ船舶カ上陸シタル後ニ爲シタル行為ニ對シテハ領事ハ警察權ヲ有セズ

船舶内ノ行為ト雖モ駐在國家ノ警察權ト低觸スル場合ニ於テハ之カ權利ヲ行使スルコトヲ得ス而シテ領事カ其船舶ニ於テ犯シタル犯罪ヲ取締ル爲メ必要ナル場合ニ於テハ領在國官廳ノ保護ヲ仰クコトヲ得ヘシ又領事ハ船舶ニ健康證書ヲ付與ス健康證書トハ其船舶ニ在ル人民ハ流行病患者ニ非サルコトヲ證スル書類ナリ蓋シ其船舶内ノ貨物ノ出入ニ付キ便利ヲ與フル爲メ之ヲ付與スルモノナリ

(ニ) 領事ハ船員間又ハ船長ト船員トノ争ニ付キ或ハ船長、船員カ犯罪ヲ行ヒタル場合(船舶内ニ於ケル犯罪タルコトハ勿論)ニ於テハ行政上ノ處分トシテ一時的ノ判決ヲ爲スコトヲ得一時的ノ判決トハ假ノ判決ノ謂ナリ從テ裁判所ニ於テ言渡スカ如キ真正ノ裁判ニ非サルヤ勿論ナリ

(ホ) 船長ノ死亡又ハ船長ニ故障アル場合即チ病氣若クハ不在ノ爲メ其職務ヲ執ルコト能ハサル場合ニ於テハ領事ハ新ニ船長ヲ任命スルコト又船舶ニ不幸アルトキハ之ヲ救助スルコト又臨時ニ船舶證書ヲ付與スルコトヲ得ヘシ

(四) 其他領事ハ本國ノ戶籍吏ノ爲スヘキ事務ヲ駐在國ニ於テ行ヒ又人民ニ死亡者アルトキハ其遺産ノ處分ヲ行フ

第二 裁判上ノ職務

領事ハ原則トシテ裁判上ニ對シテ行動スル權ヲ有スルモノニ非ス而シテ之カ例外トシテ真正ナル裁判權ヲ有スル場合ハ即チ領事カ所謂領事裁判權ヲ有スル場合ノミ此領事裁判權ニ付テハ其本國ト駐在國トノ條約ヲ以テ約定スルモノナルコトハ前既ニ説述シタル所ナリ而シテ現今我國内ニハ領事裁判權ヲ認メサルコト竝ニ我國カ外國ニ對シテ領事裁判權ヲ有スルコト等ニ付テモ亦前ニ講述セルヲ



以テ就テ参照スヘシ

次ニ領事ハ非訟事件ニ付キ一種ノ裁判權ヲ行使スルコトヲ得ヘシ是レ固ヨリ純然タル裁判權ニ非スシテ事口行政上ノ處分ナリ左ニ之ヲ分説スヘシ

(一) 外國人ト自國人トノ間ニ締結シタル法律行為又ハ自國人ノ作成シタル證書ヲ公證スルコト領事ノ職務上爲シタル行為ニ付キ公證スルコト又駐在國官廳ヨリ發シタル書類ヲ證明スルコト等是ナリ

(二) 領事ハ自國人民又ハ友親國人民ニシテ保護ヲ受クルコトヲ得ル者ノ婚姻出產又ハ死亡ノ場合ニ之カ證書ヲ作成スル權利ヲ有ス

(三) 自國人民ニシテ駐在國ニ於テ死亡シタル場合ニ於テ職務上必要ナリト認ムルトキハ右死亡シタル者ノ遺產ニ對シテ封印シ之カ總目錄ヲ調製シタル上之ヲ保管スルモノトス

(四) 自國船舶ヲ其駐在國ニ於テ冑却シ又ハ抵當ニ供スル場合ニ於テハ領事之ニ立會ヒ之ヲ公認スルモノトス

#### 第四款 領事ノ特權

領事ノ特權ハ治外法權ニ非スシテ其範圍公使ニ比シテ甚タ狹隘ナリ而シテ英米主義ト大陸主義トノ間ニ大ナル差異アルヲ見ル前者ニ依レハ領事ハ經濟上ノ代表者ニシテ政治上ノ代表者ニ非サルカ故ニ原則トシテ其特權ヲ認メサルノミナラス條約ヲ以テシテモ之ヲ付與シ得ヘキモノニ非ストシ後者ハ其原則トスル所ハ前者ト異ナルナシト雖モ條約ヲ以テ其特權ヲ認ムルコトヲ妨ケスト爲ス日獨條約ノ日白

條約ニ於テモ後ノ主義ニ從ヒテ其特權ヲ認メタリ予ハ理論上及ヒ事實上大陸主義ヲ以テ其當ヲ得タルモノナリト信ス殊ニ英米ニ於テハ前示ノ主義ヲ出張シツツ自國領事ノ外國ニ駐在スル者ニ此特權ヲ受ケシム是レ實ニ專擅ナルモノト謂ハサルヲ得ス

今日條約ヲ以テ認ムル所ノ領事ノ特權ハ各國殆ト大同小異ナリト雖モ概説セハ左ノ如シ  
第一 領事ハ本國主權ノ徽號ヲ使用スルコトヲ得 故ニ領事ハ其領事館ノ門前ニ本國ノ徽章ヲ附スルヲ得又國旗ヲ樹立スルコトヲ得尤モ之ヲ樹立スルノ故ヲ以テ直チニ領事ハ治外法權ヲ有スルモノナリト云フコトヲ得又右ノ故ヲ以テ領事館ハ其本國領土ノ延長ナリト云フコトヲ得又犯人ヲ庇護隱蔽スルコトヲ得サルヤ言フ俟タルナリ

第二 領事ノ記録官文書ハ不可侵ナリ 故ニ駐在國官廳ハ此等ニ對シテ強制的ニ披見、差押又ハ搜索スルコトヲ得サルナリ勿論領事カ此不可侵權ヲ主張スル場合ニ於テハ其文書ノ公私ヲ判然分離シアルコトヲ必要トス私文書ハ之ヲ差押フルコトヲ得レハナリ故ニ領事ハ常ニ之ヲ分離シ置カサルヘカラス次ニ又近來各國ニ於テ締結スル所ノ條約ヲ觀ルニ領事ノ家宅及ヒ事務所ハ不可侵ナリトセリ尤モ此特權ヲ享有スルニハ其住居事務所ヲ領事ノ私用ニ供スヘカラサルコトヲ要スルハ固ヨリ言フ俟タス

第三 民事刑事ノ裁判ニ付テ特別ニ取扱ハル 領事ノ犯罪ニ付テハ特別ノ規則アリ即チ任命領事カ(名譽領事ヲ除外シタルハ)即チ其國人ナルヲ以テ其國ノ主權ニ服従スルハ當然ナレハナリ)駐在國ニ於テ犯罪ヲ行ヒタル場合ニ於テ駐在國ノ重大ナル公ノ秩序ニ關セサル所爲アルトキハ(例ヘハ輕罪、違警ニ服スヘキモノナルモ若シ其犯罪ニシテ駐在國ノ重大ナル秩序ニ關セサルトキハ)例ヘハ輕罪、違警罪ノ如キ)派遣國タル本國之ヲ審理裁判ス尤モ犯罪ナル以上ハ如何ナルモノモ公ノ秩序ニ關セサル

モノナシト雖モ其所爲カ極メテ重大ニシテ之ヲ本國ノ裁判權ニ服セシムルトキハ駐在國ノ安危存亡ニ關スル場合ニ於テ駐在國裁判權ニ服セシムルナリ又民事ニ付テハ任意ノ場合ノ外出廷ヲ強制セラルコトナシ

第四 職務領事ハ身上税、動産税、奢侈税、公共ノ負擔等ヲ免除セラル 此免除ハ國稅タルト市町村稅タルトヲ問ハス然レトモ是レ素ト國際法上ノ原則ニ非ス條約ニ依リテ之ヲ定ムルモノナルヲ以テ若シ兩國間ニ條約ナキトキハ之ヲ免除スルノ限ニ在ラサルナリ又其領事ト雖モ國際法ノ認ムル所ニ從テ商業ヲ營ムトキハ之ニ付テ免稅セラルコトナシ

第五款 領事ノ終了

領事終了ノ原因次ノ如シ

第一 領事カ其官職ヲ失ヒタル場合 本國ヨリ領事タルコトヲ免セラレタル場合及ヒ或特定國ニ駐在スルコトヲ免セラレタル場合ノ兩者ヲ包含ス

第二 領事カ認可狀ヲ取消サレタル場合 領事カ駐在國ニ於テ職務ヲ行フニハ駐在國ノ認可狀ノ付與ヲ受ケサルヘカラサルコト前ニ述ヘタルカ如シ而シテ其認可狀ハ領事カ駐在國ノ政治上ノ事件ニ關シテ不法ノ企圖ヲ爲シ又ハ其安寧秩序ヲ紊ルカ如キ行爲アリタル場合ニ於テ取消サル例ヘハ千八百七十八年ニ於テ獨逸駐在ノ土耳其領事ノ妻ナル者駐在國ニ於テ犯罪ヲ犯シ六個月ノ禁錮ニ處セラレタリシカ其時獨逸國ハ該領事ノ認可狀ヲ取消シタルコトアリキ

第三 領事ノ死亡 是レ當然ノ事理ニシテ別ニ説明スルノ要ナシ

第四 駐在國ト本國トノ間ニ戰爭カ開始シタル場合 此場合ニ於テハ領事ハ依然トシテ其職務ヲ執行スルコトヲ得ス之ニ因リテ當然終了スヘキモノナリ或ハ之ニ反對スル者アリ曰ク戰爭ハ外交上ノ關係ヲ杜絶スルモノナリト雖モ經濟上ノ關係ヲ杜絶スルモノニ非サルヲ以テ依然領事ハ其職務ノ執行ヲ爲スコトヲ得ヘシト然レトモ領事カ經濟上ノ利益ヲ圖ルハ平靜ノ時代ヲ前提トシテ派遣セララルモノナレハ開戦ト同時ニ領事ハ其職務ヲ終了スヘキモノトスルヲ可ナリト信ス但歸國スルニ相當ノ期間内ハ禮儀上其特權ヲ認ムルコト公使ノ場合ト同シ

第五 駐在國又ハ本國ノ滅亡シタル場合 別ニ説明ヲ要セス元來領事ハ本國ノ爲メニ駐在國ニ在リテ經濟上ノ利益ヲ圖ルモノナレハ其一方ノ國家カ滅亡スレハ當然其職務ハ終了スヘキモノトス其他一國內ニ政治上ノ變革アリ其一部分獨立セル場合ニ於テ其部分ニ派遣セラレタル領事ハ當然消滅セサルヲ得ス千八百三十一年白耳義ハ和蘭ヨリ獨立セリ其以前ヨリ派遣セラレタル「アントワープ」駐在ノ露國領事ニ付キ獨立後露國ハ之ヲ以テ當然白耳義ニ對スル領事ナリト主張セシモ白耳義ハ是レ和蘭國ニ對スル領事タリ白國ニ對スル領事ハ其獨立後新ニ派遣セラレサルヘカラスト主張シタルヲ以テ露國ハ遂ニ其意見ヲ採用セリ、

第六章 條約

### 第一節 條約ノ種類

多數學者ノ採用スル所ニ依レハ條約ハ之ヲ分テ政治上ノ條約及ヒ社會上ノ條約ノ二ト爲ス然レトモ「イェリチク」ハ之ヲ政治條約及ヒ行政條約ノ二ト爲シ「マルテンス」亦之ヲ採用ス其他「ストラウフ」ハ條約ヲ分テ國際公法立法條約及ヒ各國發達條約ノ二ト爲シ前者ハ其條約カ國際法タルヘキモノナリト解スルモ予ハ政治條約及ヒ行政條約ノ二ニ區別スルヲ以テ正當ナリト信ス

凡ソ事物ハ其觀察點ヲ異ニスルトキハ種種ニ分類スルコトヲ得ヘシ條約亦然リ(イ)時ヲ標準トシテ之ヲ區別スルトキハ永久條約及ヒ一時條約ト爲スコトヲ得ヘク日清媾和條約ハ前者ニ屬シ日英同盟條約ノ如キハ後者ニ入ル又(ロ)條約ニハ本條約及ヒ假條約ノ區別アリ千八百七十七年ノ「サンスタファン」ノ條約千八百七十一年三月ノ「ヴェルサイユ」條約ノ如キ後者ノ例ナリ又ハ對等條約及ヒ不對等條約ノ區別アリ例ヘハ我舊幕時代ニ於テ歐洲諸國ト締結セシ條約又今日ニ於ケル我國ト朝鮮トノ條約ノ如キ不對等條約タリ又(ニ)片務條約及ヒ雙務條約ノ區別アリ(ホ)戰時條約及ヒ平時條約ノ區別アリ休戰條約ノ如キ開城條約ノ如キハ戰時條約ナリ其他(ヘ)秘密條約及ヒ公開條約ノ區別アリテ秘密條約ニ對シテハ或ハ第三國之ヲ認ムルノ義務ナシト論シ或ハ締結國間ニ於テモ其效力薄弱ナリト解スル者アリト雖モ何レモ不可ナリ又條約ニハ(ト)條件附ノモノアリ無條件ノモノアリ

條約ナル意義ヲ有スル文字其數甚タ多シ之ヲ歐語ニ求ムルニ Treaty = 條約、Agreement、Arrangement、Understanding、Capitulation、Declaratory 等ニ屬ス或ハ政治上ノ事項ノ條約ハ Treaty ト稱シ政治以外ノ條約ハ Convention ナリト云フ者アリ又或ハ Treaty ヲ以テ重大ナル事項ヲ定メタル條約ナリト謂ヒ或ハ一定ノ儀式ヲ履踐シテ締結シタルモノナリトシ或ハ永久持續ノ性質ヲ有スル事項ヲ定ムル條約ナリト解シ

Convention ヲ以テ之ニ反スル條約ナリト説明ス又我國ニ於テモ條約、協商、約定、取極、宣言、議定書等ノ文字アリ然レトモ其名稱ノ異ナルニ從テ其效力ニ強弱ノ差異アルコトナク今日ニ於テハ總テノ名稱ハ自由ニ之ヲ使用スルコトヲ得ルモノニシテ彼是其效力ニ差等ナシ

現ニ日英同盟ノ如キハ Treaty ト云ハスシテ Understanding ト稱スルモ彼我政府乃至内閣ノ變動ハ該條件ノ效力ニ毫モ影響ヲ及ホスコトナク其有効期間内ハ相互ニ履行ヲ請求スルコトヲ得ヘシ

### 第二節 我國ト諸外國トノ條約ノ略史

上古ノ歴史ニ徴スルニ三韓時代ヲ始トシ隋唐時代ニ於テモ既ニ國交際アリ織豊時代ヲ經テ徳川時代ニ至ルモ斷絶スルコトナカリキ然レトモ所謂條約ナルモノヲ見ス其外國ニ對スル意思ノ表示ハ總テ片面的ノモノニシテ今日ノ所謂宣言(Declaration)ナリ蓋シ各國ヲ對等ノ地位ニ置キ修好條約ヲ締結シテ通商航海スルニ至リタルハ進歩セル文明ノ賜ニシテ古代ニ於テハ各國家ニ自己ヲ自尊特立ノ地位ニ置キ他國家ノ國家ノ存立ヲ否認セリ從テ條約ナル雙方的ノ意思表示ヲ見ルニ至ラスシテ自國ノ意思ハ之ヲ片面ニ表示シ他ニ對シテハ宣言シテ許可スルノ狀態ナリキ當時對等條約ナカリシハ之カ爲メナリ

慶長十三年徳川家康呂宋國ノ大守ニ書ヲ送リテ曰ク「從來日本國民ニシテ呂宋國ニ滯留スル者罪ヲ犯ストキハ其國法ニ依リテ處斷セラレサリキ從テ往往相互ノ間ニ紛議ヲ醸生セシコトアリシカ今後ハ隨意其國法ヲ適用シテ處分セラルヘシ云云」ト又同十六年濃比須盤國ト交通シ之ニ書ヲ寄セテ曰ク「二國



之商船往來每歲互可通之時欲開國風耳雖是薄物本國之兵器艦三領其皆具正信可傳說云云ト然レトモ是レ所謂條約ト云フヘキモノニ非ス又慶長十八年八月英國ノ船船我國ニ渡航シ船長ジョーン、サイリス肥前ノ平戸ニ投錨シテ國書及ヒ寶物ヲ獻納セリ其目的トスル所ハ通商航海ヲ開クニ在リキ茲ニ於テ德川幕府ハ御朱印七通ヲ給ヘリ(外交志稿參照)按スルニ朱印ハ文字ノ示スカ如ク朱肉ニ依リ國印ヲ押捺シタルモノニシテ上願ノ儀ヲ許容セルモノナリ然レトモ是レ亦條約ト稱スルコトヲ得ルモノニ非サルヤ勿論ニシテ唯一定ノ事項ニ限リテ之ヲ外國ニ許容セルノミ其後ニ至リテ支那、和蘭、葡萄牙等ノ船船我國ニ來リテ貿易ヲ營ミ德川家光ニ至リ耶蘇教禁斷ノ後特ニ和蘭トノ通商ヲ認許シタリト雖モ總テ從來ノ慣行ヲ認容セシニ過キスシテ條約ヲ締結シ國際間ノ權利義務ヲ基礎トセシモノニ非サリシコト勿論ナリ而シテ我國ト諸外國トノ交通ニ付テハ世世對馬ノ國ノ大守宗氏之ニ當リ韋題庵ナル者ヲシテ彼我ノ國書ヲ敬禮ヲ失ハサル文武ニ書誓ヘシメ各國ヲシテ其自尊ノ體面ヲ傷ハシメサルニ努メタリト云フ尙ホ古代及ヒ中古ニ於ケル此等外交ノ事項ニ付キ精査セントセハ外蕃通書、外交志稿、通商一覽外交、良將達德抄等ヲ參考セラルヘシ

對等條約ノ締結ハ嘉永七年三月(西曆一八五四)米國トノ開港條約ヲ以テ始トス所謂「ペルリ」條約ナルモノ即チ是ナリ其前文ニ曰ク「亞墨利加合衆國ト日本帝國兩國ノ人民誠實不朽ノ親睦ヲ取結ヒ兩國人民ノ交親ヲ旨トシ向後可守箇條相立候タメ合衆國ヨリ全權マツゼツ、カブルス、ペルリ」ヲ日本ニ差越シ日本君主ヨリハ全權林大學頭、井戸對馬守、伊澤美作守、鶴殿民部少輔ヲ差越シ勅諭ヲ信シテ雙方左ノ通取候」ト全文十二箇條ヨリ成リ所謂修好條約ニシテ通商條約ニ非ス次ニ締結セラレタルハ同年四月英國トノ所謂「スチルリング」條約ニシテ其內容ハ大體ニ於テ前示「ペルリ」條約ト差異ナシ唯注

ヘキハ同條約第四條ニ於テ領事裁判權ノ萌芽ヲ發シタルニアアルコト嘗テ說明セシ所ナリ繼テ露西亞トノ下田條約(安政元年)和蘭トノ條約(安政二年)米國トノ下田條約(安政四年)締結セラレ安政五年(西曆一八五八年)所謂五箇國條約ノ締結アリキ是レ嘗テ說述シタル所ニシテ明治三十二年七月マテ繼續實行セラレタルモノナリ五箇國條約ハ米、英、露、蘭、佛ニ對スル條約ニシテ異時各別ニ締結セラレタルモノナリト雖モ其內容大同小異ナルカ故ニ此名アリ今同條約中米國ニ對スルモノニ付キ其內容ヲ摘錄センニ(イ)公使及ヒ領事ノ授受(ロ)日本ト諸外國トノ爭議ニ付キ米國ニ於テ仲裁ヲ試ムヘキコト(ハ)下田港ノ外神奈川、兵庫、新潟ヲ開港スルコト(ニ)稅率ヲ定メ阿片ノ輸入ヲ禁シ(ホ)裁判權ヲ定メ(ヘ)開港場ニ於ケル遊歩規程(ト)信教自由(チ)犯罪人逃亡水夫ノ引渡ヲ定メ及ヒ(リ)此條約ハ其締結後百七十一個月ヲ以テ消滅スルコトヲ定メタリ

慶應二年英吉利、佛蘭西、亞米利加及ヒ和蘭トノ間ニ改稅約書ノ締結アリ全文十二箇條ヨリ成リ我國カ前示五箇國條約ニ於テ定メタル開港場ノ開港ヲ延期スルカ爲メ從前ノ稅率即チ普通必要品ハ一割乃至一割半位奢侈品ハ二割乃至二割半ナリシヲ改定シテ五分位ニ低下シタルニアリ其後明治二年我國ヨリ輸出スル生絲並ニ茶ノ增稅約書ノ締約アリ同年補給、股引減稅ノ儀ニ關スル約定アリ又北獨逸聯邦及ヒ埃太利トノ條約第五條ノ如キハ領事裁判權ニ付テ最モ注意スヘキ規定ナリ

之ヲ要スルニ前示諸種ノ條約中安政ノ五箇國條約、改定稅率ノ約定及ヒ埃太利トノ條約ハ最重要ナルモノナリトス

明治四年ハ安政五年ノ條約ノ滿期ト爲ルノ歲ナリ茲ニ於テ條約改正ノ議起リ右大臣岩倉具視公ヲ以テ全權公使ト爲シ木戸、大久保、山口、伊藤ノ諸氏ヲ副使トシテ歐米諸國ニ派遣シ各國政府ニ協議スル所

アリキ當時岩倉公ノ提案タリシモノノ要綱ヲ摘示スレハ

一 三府五港ニ限リテ内地雜居ヲ許スルコト但其ノ旅行ハ國內至ル所ニ自由ナリ

二 裁判權ハ我國ニ於テ全然之ヲ行ヒ唯上下總テノ裁判所ノ裁判官ニ一定ノ時期間外國人ヲ登用スルコト

三 後日外國裁判官ヲ我裁判所ヨリ退職セシムル以前法典ノ完成ヲ圖ルコト

等ニシテ關稅ニ付テハ何等ノ提案ナカリキ此ノ如クニシテ前後三年間各國ヲ歴巡シテ協定スル所アリシモノトシテ之ニ應スルモノナカリキ

然ルニ間モナク臺灣征伐起リ佐賀ノ亂アリ西南ノ役起リテ内憂交々相繼キ國務多事ニシテ復外交ニ力ヲ須ホルヲ得ス遷延數年ヲ經過セリ明治十一年時ノ外務卿寺島宗則北米合衆國トノ間ニ改正條約ヲ締結シ既ニ批准ヲ經タリキ同條約ニ付テ特ニ注意スヘキハ稅權ノ絕對ノ恢復ナリキ即チ我國ハ北米合衆國ヨリ輸入スル物品ニ國定稅率ヲ課スルコトヲ得トセルモ裁判權ハ之ヲ保留セザリキ蓋シ氏ハ當時我國ニ於テ最モ缺乏スル所ノモノハ財力ニ在リ故ニ先ツ稅率ヲ改定シ財豐ニ國力富ムニ至リテ徐ニ裁判權ノ回復ヲ圖リテ可ナリト云フニ在リキ然ルニ他ノ諸外國之ヲ拒絶シタルヲ以テ同條約第一〇條第一項ノ條件ヲ充タスコト能ハス終ニ其實施ヲ見スシテ止ミス

明治十二年ヨリ同十九年マテハ井上伯ノ外務卿タリシ時代ナリ伯ハ前後四回改正案ヲ立テテ其實施ヲ圖リシモ遂ニ成ラズ今其案ノ概要ヲ示セハ

第一案 法權ノ回復ヲ圖リ稅率ハ之ヲ從前ノ儘ニ委ス

第二案 前示香港案ト其趣意ヲ同シケセリ

第三案 折衷案ニシテ稅率ハ之ヲ從前ヨリモ高クシ法權ハ事項ニ依リテ外國駐在ノ領事ニ委ス

第四案 此案ノ起草ヲ補助セシハ獨逸人「サッペ」(Sappe)ニシテ之ニ依レハ日本ニ輸入スル物品ハ其稅率ハ平均五分ナリシヲ一割ト爲シ奢侈品ニ付テハ二割乃至二割半ヲ課ス又其課稅ノ方法ハ從價稅ニ依ル裁判權ニ付テハ外國人ヲ陪席判事ト爲シ外國人ノ内地雜居ヲ許シ又土地所有權ヲ有スルコトヲ認メ總テ日本法律ノ適用ヲ受ケシム

以上ノ四案何レモ其實施ヲ見スシテ止ミス殊ニ第四案ノ如キハ非常ナル反對アリ朝ニ在リテハ農商務大臣谷干城氏ノ反對アリ野ニ在リテハ殆ト其總テカ此案ニ反對シ佛人「ボアンナード」氏ノ如キモ亦反對者ノ一人ナリキ

明治二十一年二月大隈伯外務大臣ノ職ニ就キ翌年先ツ墨其古トノ條約ヲ締結ス是レ殆ト純然タル對等條約ナリ此機ニ乘シテ諸外國トノ條約ヲ改正セントシ次ノ如キ提案アリ

一 領事裁判權ヲ撤去シ外國人ニ關スル訴訟ニハ外國人(我國ニ於テ之ヲ定ム)タル裁判官ヲ加ヘテ裁判セシム但先ツ法典ヲ改正シ之カ實施ヲ爲スコト

二 内地雜居ヲ許スコト

三 土地ノ所有權ヲ外國人ニ許スコト

等ヲ以テ其骨子ト爲ス而シテ此案ニ對シテハ米、露、獨、英等承諾アリシモ偶、同伯カ刺客ノ襲ヲ所ト爲リシカ爲メニ其實行ヲ見スシテ終リス

明治二十四年ノ外務大臣ハ青木子ナリキ子ハ稅率ニ付テハ一割一分ト爲シ十一年以後更ニ我國ニ於テ隨意ニ定ムルヲ得ルコトトシ裁判權ニ付テハ五年以後ニ於テ内地雜居ヲ許スト同時ニ我國法ノ適用ヲ

爲スヘキコトヲ主張セリ然ルニ夫ハ大津湖南事件ニ付キ其職ヲ辭セシヲ以テ其實行ナカリキ  
榎本子明治二十五年ニ於テ外務大臣ト爲レリ政府ハ條約改正調査委員會ナルモノヲ設ケ伊藤、榎本、井  
上、副島、寺島等ノ諸大臣ヲ加ヘテ之ヲ議シ次ノ如キ案ヲ立テタリ

一 法典ノ實施ヲ圖ルコト

二 條約改正後五年ヲ經テ居留地制度ヲ廢スルコト

三 外國人ニハ土地所有權ヲ與ヘサルモ鐵道ノ敷設ヲ許スコト

四 關稅ハ協定稅率トシテ一割二分ヲ課スルコト

等はナリ然ルニ當時政海ノ風雲霧ナラス子モ亦其職ニ留マルコト能ハサリシヲ以テ遂ニ其案ハ破レタ  
リ

陸奥宗光伯明治二十七年七月ニ於テ外務ニ相タリキ先ツ英吉利トノ條約ヲ改正シテ諸外國ニ及ホシ遂  
ニ積年ノ目的タリシ改正條約ノ成立ヲ見ルニ至リ明治三十二年ヨリ之ヲ實施スルコトト爲リス而シテ  
該條約ハ歐洲ノ諸國總テ同時ニ實施スルコトトシ以テ舊條約トノ關係上或國カ利益ヲ得又ハ不利益ヲ  
被ルナカラシコトヲ圖リ又此等新條約實施ノ前提トシテ法典編纂ヲ約シ以テ外國人カ全然我裁判權ノ  
支配ヲ受クルニ付キ不都合ナカラシメタリ其他附隨ノ條件トシテハ文學美術同盟及ヒ工業財產保護同  
盟ニ加入スヘキコトトセリ此等新通商條約ニ付テ特ニ注意スヘキ諸點ヲ舉クレハ次ノ如シ

一 輸入稅ニ付キ從來平均五分ナリシヲ一割以上ニ上シタルコト

二 法權ニ關シテハ外國ノ人及ヒ物ニ付テ全然裁判權ヲ回復シタルコト

三 従前ノ居留地制度ヲ廢シテ内地雜居ヲ許シタルコト

等是ナリ尙ホ條約ノ正文ニ就テ研究セラレンコトヲ望ム

今通商條約ノ沿革ヲ釋スルニ中古ニ於テハ通商ハ或階級ノ者ノ特權ニシテ此權ハ君主ノ通商特許ニ  
依リテ之ヲ取得シ主トシテ沿岸貿易ナリキ然ルニ亞米利加ノ發見アリテ遠洋航海盛ニ行ハルルニ及ン  
テハ特定ノ個人ヲシテ此事業ニ從事セシムルコト能ハサルニ至リ終ニ特許ヲ廢シテ自由ニ通商スルヲ  
得ルニ至レリ而シテ當時最モ通商航海ノ隆盛ナリシ國家ハ葡萄牙ナリシカ十六世紀ノ後ニ至リテハ和  
蘭之ニ代ルニ至リ十七世紀末ニ至リテハ英吉利之ヲ壓セントシテ英國學者間ニ海洋論ニ付テテ爭議ア  
リシコト嘗テ說明セシカ如シ而シテ英國ニ於テハ千六百五十一年クロンウェルノ時代ニ有名ナル航海  
條例(Navigation Act)ヲ發布シ千六百六十年チャールズ二世ノ時マテ之ヲ繼續シテ和蘭ヲ苦メタリ同  
條例ノ大要ヲ示セハ英國ノ植民地ニ貨物ヲ輸入スルコトハ英船ノミ之ヲ爲ス英船ニ依リサルヘカラス  
出ハ勿論)ヘク又英本國ニ歐洲以外ノ地ヨリ貨物ヲ輸入セントスルニハ必ス英船ニ依リサルヘカラス  
ト和蘭ハ此條例ニ依リテ其通商ニ付キ大打撃ヲ被ムレリ當時佛國モ亦漸次通商航海ヲ盛大ナラシメ獨  
逸ニテハ「ブレメン」「ハンブルグ」ノ二市亦盛ニ海外貿易ニ從事セリ而シテ通商ニ關シテハ自由タル  
ヘク又内外人ヲ同等ニ待遇シテ外國人ノ信教自由ヲ認メ其私有財產ヲ保護シ所謂國庫相續權ヲ廢シ又  
通商ニ關シテ最惠國條款ヲ發達セシメタルハ實ニ第十七世紀ニ於テナリキ  
第十八世紀ニ至リテハ自國ノ外國ニ在リテ通商ニ從事スル者ヲ完全ニ保護センカ爲メニ領事ヲ派遣  
スルニ至リ益々其増進ヲ促セリ

第十九世紀ニ至リ通商ニ關シテハ内外人ヲ同等ニ待遇スルノ主義ハ益々擴張セラレ外國ノ船舶貨物ニ  
付テモ亦同等ノ待遇ヲ與フルニ至レリ而シテ千八百二十六年ニ締結セラレタル英佛間ノ通商條約ハ實



ニ通商ニ關スル模範的條約ニシテ千八百四十年以後ニ至リテハ各國皆之ニ倣フニ至リ最惠國約款ハ茲ニ完全ナル發達ヲ遂ケタリキ我國ト諸外國トノ通商條約モ亦實ニ此進歩セル條約ヲ規準トセルモノナリ

### 第三節 最惠國條款

最惠國條款 (Most favoured nation clause, La clause de la nation la plus favorisée, Die Meistbegünstigungsklausel) ハ或ハ之ヲ最惠國約款ト稱シ相互又ハ片面的ニ第三國ニ與ヘタル且與フルコトアルヘキ權利及ヒ利益ヲ條約締結國ノ他方ニモ亦與フヘシト定メタル條款ヲ謂フ而シテ茲ニ所謂第三國ハ即チ最惠國ナリ

最惠國條款ニハ相互的ナルアリ片面的ナルアリ例ヘハ安政五年ノ日英條約第二三條ニ於テ「日本政府ヨリ向後外國ノ政府及臣民ニ許スヘキ特典アルトキハ貌利太尼亞政府國民ヘモ同様ノ免許アルヘシ」トアルカ如キ又明治二十七年ノ日澳條約第二〇條ニ「日本 天皇陛下他國ノ政府及ヒ其人民ニ與ヘ或ハ爾後與ヘントスル總テ別段ノ免許及ヒ便宜ハ澳地利及ヒ洪噶利政府並ニ其人民ニモ此條約施行ノ日ヨリ免許アルヘキヲ今爰ニ確定セリ」ト云ヘルカ如キハ即チ片面的最惠國條款ナリトス之ニ反シテ雙面的ノ條款モ亦尠シトセズ例ヘハ安政五年ノ日魯條約第一六條ニ「此後他國ノ者ニ許容セル廉ハ猶豫ナク魯西亞國ヘモ免スヘシ、魯西亞ニ於テノ日本人モ同様タルヘシ」トアルカ如キ又明治六年ノ日秘條約第六條ニ「秘魯國政府其官吏及ヒ人民ニ此條約ヲ施行スル日ヨリ日本國 大皇帝ニテ他國ノ政府其官吏及ヒ人民ニ既ニ與ヘ或ハ此後可與總テノ權利、特典、特例、裁判ノ權其他總テノ利益ヲ受クヘキ事ヲ特ニ

茲ニ明述ス、右同様日本政府、其官吏及ヒ人民ハ秘魯國ニ於テ最優待セル他ノ政府官吏及ヒ人民ニ與フル總テノ權利、特典、特例ヲ受クヘシ」ト云ヘルカ如キハ皆相互的最惠國條款ナリトス而シテ相互的ナルト否トハ條約ノ明文ニ依リテ判斷スヘキモノナリ

次ニ最惠國條款ハ獨リ有價的ノモノノミナラス又無價的ノモノアラ又之ヲ廣ク解シテ條件附ノ約款ト無條件ノ約款トニ分ツコトヲ得而シテ明カニ有價的ナルコトヲ定メタル例ハ日、墨條約第五條ニ「兩締盟國ハ其一方ノ領地ニ於テ通商、航海、旅行及ヒ住居ノ事ニ關シ他ノ外國ノ臣民若クハ人民ニ現ニ許與シ若クハ將來許與スヘキ一切ノ殊遇、特權及ヒ免除ハ他ノ一方ノ臣民若クハ人民ニモ之ヲ許與シ而シテ右殊遇、特權及ヒ免除ハ報酬ヲ要セスシテ他ノ外國ノ臣民若クハ人民ニ許與シタルモノニ係レハ又均シク報酬ヲ要セスシテ之ヲ許與シ若シ別段ノ約束ニ依テ許與シタルモノニ係レハ則チ同一ノ約束又ハ之ト同一ノ價值ヲ有スル報酬ニ對シテ之ヲ許與スヘキコトヲ約ス」トアルカ如キ是ナリ

最惠國條款ノ無條件ノ例ハ日英條約第一五條ニ在リ曰ク「兩締盟國ハ其一方ノ通商及航海ヲ他ノ一方ニ於テ總テ最惠國ノ基礎ニ置ク主意ヲ有スルニ因リ通商及航海ニ關スル一切ノ事項ニ關シ其ノ一方ヨリ別國ノ政府、船舶、臣民或ハ人民ニ現ニ許與シ或ハ將來許與スヘキ一切ノ特典、殊遇若クハ免除ハ他ノ一方ノ政府、船舶、臣民或ハ人民ニモ即時ニ且條件ヲ附セスシテ之ヲ許與スヘキコトヲ兩締盟國ニ於テ約定スト又日獨第一六條ニモ亦之ト同一ノ條款アリ然ルニ之ニ付キ大ナル不都合ヲ見ルハ例ヘハ從來日本ニテ英國ヨリ輸入スル葡萄酒ニ割ノ課稅ヲ爲シタルニ其後日本ヨリ佛國へ輸出スル羽二重ニ彼ノ國ニテ一割ノ稅ヲ課シタルニ因リ其報酬トシテ日本ニテ佛國ヨリ輸入スル葡萄酒ニ一割ノ課稅ヲ爲シタリトセハ英國ヨリ輸入スル葡萄酒ニ對シテモ亦佛國ヨリ輸入スル葡萄酒ト同一ノ課稅ヲ爲

スヘキヤ否ヤ當初ヨリ若シ此事ニ付キ何等ノ明文ナキトキハ如何ト云フニ予ハ無條件ナリト斷言セシト欲ス何トナレハ法理上明カニ條件ナキモノナレハナリ然ルニ大隈伯ノ外務大臣タリシ時ニ於テ此問題ヲ發生セシカ伯ハ之ニ對シテ有條件タラサルヘカラストノ判定ヲ與ヘタリ是レ政策トシテハ或ハ有利ナルヘシ然レトモ何等學理上ノ根據ヲ有セサルモノトス

上述ノ如ク最惠國條款ハ權利及ヒ利益ニ付テ條約締結國ハ之ニ均霽スルモノナレトモ反對ニ不利益又ハ義務ニ付テモ均霽スヘキモノナリヤ否ヤト云フニ元來最惠國條款ナルモノハ最惠ノ利益ニ付テ均霽スルヲ其本質ト爲スモノナレハ不利益又ハ義務ニ均霽スルト云フカ如キハ最惠國條款ナル觀念ニ反ス從テ不利益又ハ義務ニ付テハ均霽スヘキモノニ非ス

最惠國條款ハ現ニ第三ニ與ヘツツアルノミナラス將來與フルコトアルヘキ權利利益ヲ包含ス故ニ之ニ依リテ受クヘキ利益ノ條約締結ノ當時ニ在リテハ甚タ曖昧ニシテ果シテ實際其效力ヲ生スヘキヤ否ヤハ一ニ條約締結國ノ他方ト第三國トノ關係ニ因リテ定マルモノナリ即チ主トシテ第三國ヲ前提トスルモノナルカ故ニ時宜ニ依リテハ極メテ廣大ナル範圍ニ及フコトアルヘシト雖モ又永ク其效果ノ現出スルコトナキヲ保スヘカラス是レ最惠國條款ニ對スル第一ノ批難ナリ又最惠國條款ハ自國ト特別ノ關係アル國ノミヲ利スルコト能ハス何トナレハ第三國ハ直チニ其利益ニ均霽スルニ至ルヘク從テ或國ト他國トノ間ヲ疏遠ナラシムレハナリ是レ最惠國條款ニ對スル第二ノ批難ナリ然レトモ第一ノ批難ハ採ルニ足ラス何トナレハ最惠國條款ト雖モ決シテ絕對的ニ不確定ナラサルノミナラス又或一國ノミナラズ採ルヲ被ルモノニ非サレハ此ノ如キハ批難タルノ價值ナクレハナリ況ヤ最惠國約款ナルモノハ條約ノ相手方ニ於テ第三國ノ受クヘキ權利利益ヲ享受スルノ趣旨ニ非スシテ寧ロ第三國ト相互國際法上ノ取扱

ヲ別異ニセサルコトヲ旨トスルモノナルニ於テオヤ又第二ノ批難ハ今日ノ國際團體ハ世界的ナルヲ以テ或一國ニ與ヘタルモノハ亦之ヲ世界萬國ニ許與スヘキヲ以テ趣旨ト爲スモノナレハ之ヲ一ノ批難トシテ見ルノ價ナシ況ヤ近時經濟上ノ利益ハ世界的ニシテ唯或一國又ハ二國ノ間ニ限ラレス終局ヨリ觀レハ一國ノ利益及ヒ進歩ハ他國ノ利益及ヒ進歩ナルニ於テオヤ

或學者ハ最惠國條款ヲ一般ニ廢止スヘシト論スレトモ予ノ考フル所ヲ以テスレハ寧ロ將來益、進歩セシメサルヘカラス例ヘハ彼ノ英國カ葡萄牙ヨリ多クノ葡萄牙輸入シ同時ニ多クノ毛糸ヲ葡萄牙ニ輸出シタリシカ葡國ハ英國ヨリ輸入スル毛糸ニ極メテ輕少ナル稅ヲ課シタルニ因リ英國モ亦相互的ニ葡國ヨリ輸入スル葡萄牙ニ對シテ輕稅ヲ課シタル佛國ハ之ヲ見テ英國ニ對シテ關稅戰爭ヲ開キタルコトアリ是レ實ニ千七百三年ノコトナリキ若シ當時最惠條款ナルモノアリシナラハ斯ル爭ハ起ラザリシナラシ而シテ今日通商貿易ノ事カ殆ト世界のナル所以ハ蓋シ此最惠國條款ナルモノノ存スルニ因ルナラン

最惠國條款ニ依リテ受クヘキ利益ハ請求ニ因リテ生スヘキヤ否ヤ之ニ付テハ二說アリ第一說ハ請求ヲ俟タスシテ利益ヲ與ヘシトスルモノ第二說ハ請求ニ因リテ始メテ利益ヲ與フヘシトスルモノ是ナリ然レトモ予ノ見ル所ヲ以テスレハ此問題ニ於テ先ツ決セサルヘカラスルモノハ所謂利益トハ何ナリヤノ點ナリトス而シテ或事項カ果シテ利益ナリト定マリタル以上ハ必ス之ヲ與ヘサルヘカラス而シテ其利益不利益ヲ決スルモノハ最惠國條款ニ依リ權利ヲ有スル國家ナリ蓋シ甲國ノ利益トスル所ハ必スシモ乙國ノ利益ニ非ス換言スレハ所謂利益ナルモノハ絕對的ノモノニ非スシテ相對的ノモノナレハナリ故ニ最惠ノ利益ニ均霽センコトヲ請求スルニ因リ始メテ其國ノ意思ノ存在スル所即チ利益ヲ存スル所

以テ知り得ヘキヲ以テ最惠國條款ニ依リテ利益ヲ享有セントスル國ハ進ンテ之カ請求ヲ爲ササルヘカ



ラス故ニ予ハ上述第二説ヲ妥當ナリト信ス  
 最惠國條款ハ其性質上通商條約ニ限り均霑シ得ヘシ是レ前述ノ沿革ヨリ考フルモ明カナリ故ニ性質上  
 最惠國條款ノ及フコト能ハサルモノアリ例ヘハ甲國カ乙國ニ土地ヲ割讓シタルニ丙國ハ甲國ト一般ノ最  
 惠國條款ヲ約定セルヲ以テ甲國ニ向テ乙國ニ與ヘタルト同一ノ土地ヲ自國ニモ與フヘシト主張スルコ  
 ト能ハサルカ如キ是ナリ其他同盟條約ノ如キ境界條約ノ如キ皆然リ之ヲ要スルニ通商條約ニ於テ最惠  
 國條款ヲ設ケタルトキハ通商ニ關シテノミ其最惠ノ利益ニ均霑スルコトヲ得ルニ止マリ又縱令事通商  
 ニ關スルモ其條項ヲ包含スル條約以外ノ條約ニ及ハサルモノトス但日西條約議定書ノ如キ特例アルト  
 キハ其條約以外ノ條約ニ及フコトアルハ勿論ナリ

#### 第四節 條約ノ性質

條約トハ國家間ノ意思ノ合致ニシテ文字ヲ以テ現ハサレタルモノヲ謂フ故ニ(イ)文章ヲ以テ示サルル  
 コトヲ必要トシ口頭ノ約束ハ條約ニ非ス又(ロ)國家間ノ意思ノ合致ナルカ故ニ羅馬法王ノ爲ス所ノ約  
 束 (contract) ハ條約ニ非サルト同時ニ一方ノ意思表示モ亦條約ニ非ス而シテ條約ハ一定ノ機關ニ依  
 リテ締結セラル此點ニ付テハ後節ニ詳説スル所アルヘシ

國內私法ノ範域ニ於テ私人相互ニ其契約ニ拘束セララルハ國內法其理由ヲ命スレハナリ各國家カ其條  
 約ニ拘束セララルノ理由モ亦之ニ異ナラス即チ國際法其理由ヲ命スレハナリ而シテ其之カ理由ヲ命ス  
 ルハ國際秩序ノ維持ヲ圖ルニ在リ故ニ何故ニ國家ハ其條約ヲ履行セサルヘカラサルヤハ此理由ヲ以テ  
 説明スルコトヲ得ヘク又之ヲ充分ナリト信ス然レトモ此問題タル古來學者間ニ論争セラレタル所ナル

カ故ニ參考ノ爲メニ二三ノ學說ヲ左ニ紹介セシ

「ヘフテル」氏ノ説ニ依レハ條約ハ國家間ノ意思ノ合致ニ因リテ有效ナリ即チ其國家ハ意思ノ合致ノ繼  
 續ニ限り拘束力ヲ有スルモノトス是故ニ一度合致アルモ其後ニ至リ意思ニ變更ヲ生スレハ其條約ハ  
 途ニ拘束力ヲ失フヘシ契約ニ在リテハ國家カ上長權ヲ有スレトモ條約ニハ此ノ如キ強制力ナキカ故ニ  
 其一方ニシテ其條約ヲ遵守セサルニ至ルトキハ之ヲ自然力ニ任セサルヘカラスト論シ而シテ氏ハ之ニ  
 因リテ生スル損害賠償ハ之ヲ請求スルコトヲ得ヘキモ若シ之ヲ拒絕スルトキハ己ムヲ得サルナリト説  
 明セリ「ヘフテル」氏ノ説ハ要スルニ條約ハ結局自然力ニ在リ故ニ其拘束力甚タ薄弱ナリト云フニ在リ  
 又「ブルメリシク」氏ハ條約カ法律上ノ性質ヲ有スルニハ條約ノ上ニアリテ法律上ノ價值ヲ與フルモノ  
 アル場合ニ限ル而シテ條約ノ上ニ在リテ法律上ノ價值ヲ與フルコトハ一ハ法律共同ヨリ起リ他ハ國家  
 ノ意思發表ヨリ起ルカ故ニ國家カ權利義務ヲ有スルコトヲ發表シタルトキニ其效力ヲ生スヘシ或ハ又  
 ノ宗教上ノ命令ニ因リテ其效力ヲ有ス即チ宗教上ノ命令ハ人間以上ノモノナルヲ以テ人間ハ之ニ服從セ  
 サルヘカラサルナリト然レトモ現今ニ於テハ此説ニ左祖スル者アルヲ見ス又自然法ノ命令ニ因リテ之  
 カ效力ヲ有ストノ説アリ自然法トハ人間以外ニ自然法ナルモノアリト云フニ在リ此説ハ前提ニ於テ自  
 然法説ヲ採ラサレハ之ヲ正當ナリト謂フコトヲ得ス又道德説ニ於テハ國家ハ相互ニ名譽ト地位トヲ重  
 スルモノナルカ故ニ自國ノ名譽ト地位トヲ毀損セサル爲メニ其條約ヲ遵守スルモノナリト云フニ在リ  
 次ニ又「イェリチツク」氏ノ説ニ依レハ條約ノ拘束力ハ國家自ラ自己ノ意思ヲ制限シタルカ故ナリト是レ  
 最近ノ學說ナリ然レトモ予ハ此説ニ服スルコト能ハス何トナレハ此説ニ依レハ始ヨリ此意思アリタル  
 モ後ニ至リ意思ニ變更アリタル場合ニ於テハ當初ノ意思ヲ變更スルコトヲ得サルハ何故ナリヤヲ説明

セサレハナリ又「マルテンヌ」ノ主張スル能力承認説ノ解スル所ニ依レハ外國ノ能力ヲ承認シタルモノナルヲ以テ之ニ從ハサルヘカラス即チ一旦承認シタル以上ハ之ヲ自己ノ自由意思ニ因リテ取消スコトヲ得スト云フニ在リ然レトモ一旦承認シタル以上ハ何故ニ取消スコトヲ得サルヤハ之ヲ説明セス

### 第五節 條約ノ要素

#### 第一 主權

國家カ條約ヲ締結スルコトヲ得ルハ其主權ノ範圍内ニ限ル而シテ主權ノ性質ニ付テハ既ニ詳説シタル所ナレハ茲ニ再説スルノ要ナシト雖モ苟モ國家ナル以上ハ必ス主權ヲ有セサルヘカラス主權ナキ國家ハ國家ニ非ス從テ國際法ノ問題ヲ生セス故ニ茲ニ主權ヲ論スルハ主トシテ一部主權國ニ關スル問題ナリ所謂一部主權國トハ對外主權即チ國際法上ノ主權ニ幾分ノ欠缺アル國家ナリ此ノ如キ國家ハ其欠缺アル部分ニ關スル事項ニ付テハ他國ト條約ヲ締結スルコトヲ得スト雖モ他ノ關係ニ於テハ條約締結ノ權ヲ有スルヤ勿論ナリ例ヘハ甲國ハ乙國ノ承諾ヲ得ルニ非スハ第三國ト同盟條約ヲ締結スルコトヲ得ストスルモ其他ノ條約例ヘハ通商、航海、郵便等ノ條約ノ如キハ第三國ト締結スルコトヲ得ヘシ國際法上ノ主權ハ外國ニ對スル主權ナレハ國內主權ニ付テハ國際法ヲ論スルニ方リ顧慮スルヲ要セス國際法上條約主權ヲ有スルモノハ獨リ國家アルノミ故ニ羅馬法王カ國家ト締結シタル約束ハ條約ニ非ス又甲國ト乙國ノ一私人トノ間ニ成レル約束ハ契約ト云フヘキモ條約ト稱スルコトヲ許サス從テ國際法上ノ問題ト爲ラシ其他兩國ノ君主相互ノ約束例ヘハ婚姻ノ約束ノ如キモ亦條約ニ非ス然レトモ聯邦又ハ合衆國ノ條約主權ニ付テハ研究スルノ必要アリ聯邦國ニ於テハ聯邦國自體ニ於テモ亦各聯邦ニ於

テモ均シク條約ヲ締結スルノ權アリ然レトモ合衆國ニ於テハ獨リ中央主權ノミ此權ヲ有ス換言スレハ合衆國ヲ組成スル各州自體ハ條約主權ヲ有セサルナリ例ヘハ北米合衆國ノ如キ瑞西ノ如キハ其各州又ハ各「カントン」カ條約主權ヲ有スルニ非スシテ唯中央主權ノミ之ヲ有スルニ過キス其他千八百七十年以前ニ於ケル獨逸聯邦諸國間ノ關稅同盟ハ恰モ一ノ國際法ノ主體ナルカ如ク外國トノ間ニ條約ヲ締結シタルヲ以テ露國ノ「マルテンヌ」ノ如キハ之ヲ以テ條約ナリト説明スト雖モ是レ不可ナリ何トナレハ關稅同盟ハ國際法ノ主體ニ非ス從テ外國トノ間ニ爲サレタル合意ハ之ヲ條約ト稱スヘカラサレハナリ

之ヲ要スルニ國家ハ主權ヲ有スルモ主權ヲ有スルモノハ總テ條約ヲ締結スルノ權能ヲ有スルモノニ非ス然レトモ苟モ此權能ヲ有スル國家間ノ合意ハ總テ條約タルモノトス「フルグ」(Fulg)ハ國家ノ破産ナル彼ノ著書中ニ於テ國家カ外國ヨリ借財スル合意ハ條約ニ非スト雖モ之ニ國家主權ノ加ハルカ又ハ第三國之ヲ保證スルトキハ條約タルコトヲ得ト論スト雖モ是レ不可ナリ苟モ雙方ノ主體ニシテ條約締結權アル國家ナル以上ハ其事項ノ如何ヲ區別スルノ必要ナク公法的事項及ヒ私法的事項ノ區分ハ國內法ノ觀念ニシテ國際法ノ間ハサル所ナレハナリ

#### 第二 合意

條約ハ締結ノ權利ヲ有スル者ノ意思ノミヲ以テ成立スルモノニ非ス其意思ヲ一定ノ形式即チ書面ニ依リテ外部ニ表示スルコトヲ必要トス條約ノ正當ニ締結セラルルニハ國家ノ意思ニ關シ意思ノ自由及ヒ意思ノ合致ノ二要素ヲ要ス此第二ノ要素即チ意思ノ合致ニ付テハ國際法上ノ條約ト私法上ノ契約トノ間ニ殆ト差異ヲ見スト雖モ第一ノ要素即チ意思ノ自由ナルコトハ條約ニ於テハ私法上ノ契約ニ比シテ

稍々寛ナル所アリ即チ條約ニ於テハ強暴ニ因リテ締結シタル條約ヲ無効又ハ瑕疵アルモノト爲サス尤モ事實上ノ錯誤ヨリ生シタル條約ハ無効ナリ例ヘハ媾和條約ニ於テ土地ノ割讓ヲ約シタル場合ニ於テ其地圖ヲ誤リタルカ如キハ無効ナリトス強暴ニ因ル條約ハ何故ニ無効ト爲サザレヤノ理由ニ付テハ學者ノ論スル所ノ様ナラス第一説ハ國際法ハ國家カ武力ヲ用フルコトヲ認ムルカ故ニ強暴ヲ加フルハ國際法ノ許容スル所ナリト謂ハサルヘカラス即チ強暴ハ條約ノ無効又ハ瑕疵ヲ成スモノニ非ストノ說ナリ此説ハ「ホール」ノ唱フル所ナリ第二説ハ國家ハ強暴ノ客體タルコトヲ得ス普通國家カ強暴ヲ受ケルト云フハ國家自體ニ對スル強暴ニ非シテ實ハ之ニ關係セル私人ニ對スル強暴ナリ凡ソ國家ニ對スル強暴ハ直接及ヒ間接ノ二ニ區別スルコトヲ得例ヘハ甲國カ其軍艦ヲ以テ現ニ乙國ヲ圍ミタルカ如キハ直接ノ強暴ナルヘク又甲國カ乙國ニ對シテ土地ヲ割讓セシムル軍隊ヲ以テ貴國ヲ亡ホサント云フカ如キハ強暴ノ間接ナルモノナリ此二者ハ共ニ國家ヲシテ痛痒ヲ感セシメスト雖モ若シ代表者ノ一身ニ對シテ強暴ヲ加フルコトアレハ此強暴ニ因リテ締結セラレタル條約ハ無効ナリト第三説ハ國家ハ強暴ヲ加ヘラルモ尙ホ選擇意思ノ自由ヲ有スト此説ニ從ヘハ強暴ヲ加ヘラルモ尙ホ擇一ノ自由ヲ失ハス例ヘハ土地ヲ割讓セザレハ國家ヲ亡ホスヘシトノ脅迫ヲ受ケタル場合ニ於テ國家ハ自國ノ亡滅ヲ賭シテ抗爭スルカ若クハ土地ヲ割讓スルカ其一ヲ擇フノ自由アリト要スルニ此説ハ國家ノ自殺權ヲ認メタルモノナリ是レ「マルテンス」ノ說ク所ナリ第四説ハ一種ノ便宜說ナリ即チ強暴ヲ加ヘタル條約ヲ無効若クハ瑕疵アルモノト爲ストキハ殆ト總テノ條約殊ニ媾和條約ハ悉ク無効又ハ瑕疵アルモノト爲ルヘシ故ニ便宜上強暴ハ條約ノ成立ニ何等ノ影響ヲ及ホスモノニ非スト爲ササルヘカラスト要スルニ今日ニ於テハ強暴ハ私法上ノ契約ニ於ケルト異ナリ條約ニ在リテハ有效ナリト雖モ代表者ノ身上ニ加ヘタル強暴ハ其條約ヲシテ無効ナラシムルコトヲ定説ナルカ如シ故ニ予ハ前掲第二説ヲ以テ可ナリト信ス蓋シ國家ト代表者ノ一身トハ全然別物ナルヘケレハナリ「ホール」カ一人ヲ強制シテ締結シタル條約例ヘハ千八百七年西班牙王「フェルナンド」七世カ那破翁ノ脅迫ニ因リテ王位ヲ退カント宣言シタルカ如キハ國際法上無効ナリト言ヘルハ即チ是ナリ「マルテンス」モ亦君主又ハ締結權ヲ有スル者カ強暴ヲ受ケテ條約ニ署名シタル場合ニハ其條約ハ拘束力ヲ生セスト言ヘリ又俘虜ト爲リタル君主ト雖モ自由ニ其意思ヲ表白スルコトヲ得ルナリ那破翁三世カ「セダン」ニ敗軍ノ後捕ヘラレテ俘虜ト爲リ居リシ時媾和條約ヲ締結スルヲ得サリシハ俘虜タルカ故ニ非シテ本國タル佛國ニ革命起リタルノ結果那破翁ハ佛國帝タルコトヲ得サルモノト看做サレタルカ爲メナリ

第三 代表者

代表者トハ主權ノ委任ニ因リ條約締結ノ衝ニ當ル權限ヲ有スル者ヲ謂フ而シテ此權限ハ一ニ國家ノ國內法ニ依リテ定マル君主專制國ニ於テハ君主自ラ條約ヲ締結スヘク代議政體ノ國ニ於テハ多クハ或形式ニ依リテ制限セラル即チ憲法ニ於テ國會ノ協贊ヲ經ルコトヲ條約締結ノ條件ト爲ス國ニ於テハ固ヨリ此條件ヲ充タスニ非スハ條約ヲ締結スルコトヲ得サルナリ然レトモ國際法ニ於テハ唯完全ナル權限ヲ有スルヲ以テ足レリト爲シ其權限ヲ與フル手續方法等ハ問フ所ニ非ス「イリキマツ」ハ一國ハ條約ノ締結ニ付キ相手國ノ國內法ヲ探究スルノ義務アリヤ否ヤノ問題ニ自問自答シテ曰ク學者或ハ國會ノ協贊ナクシテ爲シタル條約ハ國際法上ニ於テハ有效ナルモ國內法上ニ無効ナリト解スト雖モ是レ不可ナリ凡ソ條約ノ效力ハ國際法ヨリ生ス既ニ條約カ國際法上有效ナル以上ハ他ハ之ヲ問フコトヲ要セス若シ國內法ニ從ヒ其國會ノ協贊ヲ得ルコト能ハサルカ爲メニ之ヲ履行スルコト能ハサルトキハ相手國

ニ對シテ其條約不履行ノ責ニ任スルノミト予ハ此說ヲ以テ正當ナリト信ス  
 條約締結國ノ一方ハ他方ノ代表者カ完全ナル權限ヲ有スルヤ否ヤヲ互ニ調査スルノ權アリ而シテ斯ル  
 調査ハ委任狀ノ交換ニ依リテ之ヲ爲ス若シ其權限ニ満足セザルトキハ交渉談判ヲ爲スコトヲ拒絕スル  
 ノ權アリ之ニ關スル實例古來尠カラスト雖モ今之ヲ略スヘシ彼ノ日清戰爭ノ時即チ明治二十八年二月  
 清國ヨリ媾和ニ關スル代表者トシテ我國ニ來リタル張蔭桓、邵友濂カ我代表者ノ爲メニ談判ヲ拒絕セ  
 ラレタルハ代表者タルニ相當ナル權限ヲ帶有セザリシニ由ルモノナリ  
 國家ノ元首自ラ條約ヲ締結スル場合ニ於テハ前段ニ述ヘタルカ如キ委任狀ノ交換ナルモノヲ要セス蓋  
 シ元首ハ常ニ國家ノ完全ナル代表者ナルカ故ナリ然レトモ元首自ラ條約ヲ締結スルコトハ今日ニ於テ  
 ハ全ク之アルコトナシ

條約ヲ締結スルニ方リ對手國ノ最高權力ノ果シテ何レニ存スルヤ明瞭ナラサル場合アリ例ヘハ叛亂爭  
 位等ノ場合ニ於ケルカ如シ斯ル場合ニ於テハ或ハ積極的ニ或ハ消極的ニ最高權力ノ衝突ヲ見ルヘシト  
 雖モ事實上臣民ノ服從スル所ヲ以テ最高權力ノ存在スル所ト見ルノ外ナシ實例ハ佛國革命ノ時ニ於テ  
 我敵島公使カ其全權委任狀ノ叛逆者タリシ今日ノ共和政府ノ根本ト爲リタル政府ノ大統領ニ捧  
 呈シタルカ如キ是ナリ其他斯ル實例尙ホ尠カラスト雖モ今一之ヲ舉示セス

代表者ノ名稱ハ特派大使ト云ヒ或ハ全權大使ト云ヒ或ハ全權公使、辨理公使若クハ代理公使等ノ區別  
 アレトモ此等ハ權限ノ問題トハ自ラ別ナリ要ハ唯完全ノ權限ヲ有スル者ナレハ可ナリト云フニ在リ名  
 稱ノ如何ハ問フ所ニ非ス而シテ代表者カ充分ノ權限ヲ有スルトキハ條約ニ署名捺印ヲ爲スニ止マリ其  
 條約ヲシテ條約タルノ效力アラシムルニハ別ニ批准ナル方式ヲ必要トス

第四 批准

批准トハ代表者ノ締結シタル條約ノ案文ニ對シテ之ヲ採納スルノ行爲ナリ批准ハ或ハ條約ノ形式の  
 要素ナリト論シ或ハ之ヲ實質的ノ要素ナリト説ク者アレトモ予ハ勿論批准ハ條約ノ實質的要素ナリト  
 思考ス即チ條約ハ批准ニ因リテ始メテ條約タルノ效力ヲ生ス批准ハ國內法上ニ於ケル裁可ト同シ唯法  
 律ニ於テハ之ヲ裁可ト云ヒ條約ニ於テハ之ヲ批准ト稱スルノミ決シテ其實質ノ異ナルニハ非サルナリ  
 批准ハ何人カ之ヲ爲スカハ國內法ノ問題ニシテ國際法ノ問題ニ非ス例ヘハ我國ニ於テハ憲法第一三條  
 ニ於テ天皇ハ……諸般ノ條約ヲ締結スルト明言セルカ故ニ條約締結ノ權ハ天皇ノ大權ニシテ所謂批  
 准ハ締結權ノ一ノ方式タルコト明カナリ夫レ條約ヲ締結スルニ當リテハ必ス元首カ全權大臣ヲ親任シ  
 之ヲシテ條約案ヲ議セシメ鄭重ナル手續ヲ履ミテ全權大臣之ニ署名捺印スルモノナレハ尙ホ批准ナル  
 方式ヲ踐行セザルヘカラスト爲スハ鄭重ニ失スルカ如クナレトモ元來代表者ハ一時國家ヲ代表スルニ  
 過キヤレハ其行爲ヲ以テ直チニ國家ヲ拘束セシムルハ國家ノ安危存亡ヲ以テ悉ク代表者ノ左右スル所  
 ニ委スルモノナルノミナラス批准ヲ爲スニハ議會ノ協贊ヲ經ルコトヲ以テ條件トスル國家ニ在リテハ  
 委任者一人ノ專斷ヲ以テ任シタル代表者ノ行爲ヲ一國ニ係ラシムルハ國家ノ爲メニ極メテ危險ナリト  
 ノ理由ヨリシテ條約ハ必ス批准ヲ要シ批准ナキ條約ハ條約ニ非スト爲ス是レ學說ニ於テモ實際ニ於テ  
 モ何人ト雖モ異議ナキ所ナリ而シテ其批准ハ何人カ之ヲ爲スヘキヤハ全ク國內法上ノ問題ナリト雖モ  
 要スルニ君主國ト共和國トニ依リテ異ナリ前者ニ在リテハ君主之ヲ爲シ國會ノ協贊ヲ經ルヲ要スルト  
 否ラサルトアリ後者ニ在リテハ大統領之ヲ爲シ均シク國會ノ協贊ヲ要ストスルモノト否ラサルモノト  
 アリ

批准ヲ受クヘキ期間ニ付テハ全權大臣ノ豫メ一定ノ期間ヲ設ケ條約ノ末文ニ之ヲ掲クルヲ例ト爲ス此場合ニ於テハ其期間内ニ批准ヲ爲ササルトキハ其全權大臣ノ爲シタル約定ハ事實上當然消滅スヘキモノトス

批准ノ書式ハ一樣ナラスト雖モ條約ノ全文ヲ書シテ之ニ批准ヲ爲ス旨ヲ記スルヲ通例トス然レトモ或ハ略シテ條約ノ首文ト末尾ト年月日トヲ書シテ之ニ批准ノ旨ヲ記スルコトアリ參考ノ爲メ馬關條約ノ批准文ヲ左ニ示サン

天佑ヲ保有シ萬世一系ノ帝祚ヲ踐ミタル大日本國皇帝(御名)此書ヲ見ル有衆ニ宣示ス

朕親シク明治二十八年四月十七日下ノ關ニ於テ帝國全權辦理大臣大清帝國全權大臣ノ記名調印シタル媾和條約及ヒ別約ノ各條目ヲ閱覽點檢シタルニ善ク朕ノ意ニ適シ間然スル所ナキヲ以テ右條約及ヒ別約ヲ嘉納批准ス

神武天皇即位紀元二千五百五十五年明治二十八年四月二十日廣島行在所ニ於テ親ラ名ヲ署シ璽ヲ鈐セシム

御名

御璽

元首ハ批准ヲ批否スルノ權利ヲ有スルヤ否ヤ是レ學者間ニ異論ノ存スル所ナリ然レトモ予ハ之ヲ大別シテ二ト爲スコトヲ得ヘント信ス曰ク代表者其權限ヲ超越シテ條約ヲ締結シタル場合ノ外批准ヲ拒否スルコト能ハスト爲スモノ曰ク批准スルト否トハ元首ノ自由ナリト爲スモノ是ナリ「グロチウス」「ブーフェンデルフ」ノ如キハ前説ヲ主張シ「ビンカーシューク」「ヴァッタル」「マルテンス」(獨人)ノ如キハ後説ヲ主張セリ尙ホ二三ノ學說ヲ左ニ示サン

「クリューベル」曰ク歐洲近世萬民法中ニ全權大臣ニ與ヘタル訓令中批准カ留保セラレタルトキニ限り批准ヲ要ス

「ヘフタル」「フリードリヒ」「フォンマルテンス」モ全權大臣カ訓令ニ背カスシテ爲シタル條約ニモ批准ヲ經スンハ有效ナラスト言ヘリ「カルヴオー」モ亦之ト同説ナリ

「カルナザ」「アマリ」ハ條約ノ批准ハ法律ノ裁可ト同様ナリト言ヘルカ故ニ元首カ之ヲ拒否スルト否トハ全ク自由ナリトノ意味ヲ含メリ

「ホイートン」曰ク批准ナクシテハ條約ノ效力ナシ然レトモ全權大臣ト委任者ト合意シ批准前ニ假條約ヲ實行スルコトヲ許シタルコトアリ(千八百四十年埃及問題及ヒ叙利亞問題ニ付テ英、普、奧、露ノ四國カ各君主ノ命令ニ因リテ批准ナキ間ニ實行ヲ爲スコトヲ得ヘント爲シタルコトアリ)ト雖モ是レ一ノ例外タルノミ以テ原則ヲ變更スルモノニ非ス

「ギゾー」曰ク如何ナル場合ニ於テモ無條件ニ批准ヲ拒否スルノ權利アリ

「リビエー」曰ク理由ナクシテ批准ヲ拒否シタルトキハ賠償ノ責任アリ

「マルテンス」(露人)曰ク批准ヲ拒否シ得ルハ勿論又必ス之ヲ拒否セサルヘカラサル場合アリ即チ代表者カ委任ノ權限ヲ超越シタルカ或ハ國會ノ如キ機關カ其條約ニ協贊セサル場合ノ如シ

批准セラレタル條約ノ交換セラレザルヘカラス是レ蓋シ相手方カ其條約ノ批准セラレタルコトヲ知ラサル間ニ實施セラレルカ如キ奇ナル結果ノ生スルヲ防クニ在リ然ラハ批准セラレタル條約ハ何時ヨリ其效力ヲ生スルヤ或ハ曰ク其批准アリタル時ヨリ生スト或ハ曰ク其批准交換ノ時ヨリ效力カ發生スト然レトモ何レモ不可ナリ蓋シ前述セシカ如ク批准ハ代表者ノ締結シタル案文ニ對シテ之ヲ採納スルノ





條約ヨリ生スル義務ハ其義務國ニ於テ之ヲ履行セサルヘカラス然レトモ國際法上各國家ノ上ニ上長ノ權力者ナキヲ以テ之カ履行ニ付キ其擔保ト爲ルヘキ強制手段アルコトヲ必要トス戰爭ハ實ニ最後ノ強制方法タルヘシト雖モ茲ニ證明セントスルハ戰爭ニ至ラサル強制手段ナリ

第一 宣誓

宣誓トハ必ス條約ヲ履行スヘキコトヲ神明ニ誓フヲ謂フ是レ國際法上ニ於テノミナラス國法上ニ於テハ夙ニ認メラレタル所ナレトモ其實效ヲ奏スルコト甚タ稀ナリ況ヤ施行機關ノ具備セサル國法上ノ宣誓ニ於テオヤ蓋シ宣誓ハ道德心ト宗教心ヲ基礎トスルモノナレハ國家ノ代表者ハ必ス宗教道德ニ厚キヤ否ヤヲ測ルヘカラサルノミナラス其代表者ハ如何ニ宗教、道德ノ心ニ富ミ條約ヲ履行セント欲スルノ心切ナルモ代表者ハ時ニ死亡又ハ國籍喪失等ノ事實ニ因リテ其志ヲ達スルコト能ハサルコトアルヘク而シテ其繼承者ハ果シテ其條約ニ同情ヲ表スヘキヤ否ヤモ亦豫メ測ルヘカラス從テ宣誓ニ依リテ條約ヲ履行スルノ難キコト知ルヘキナリ是レ即チ千七百七十七年「ソロツル」(瑞西)ニ於テ佛蘭西ト瑞西トノ間ニ結ヒタル條約ニ於テ宣誓ヲ爲シタル以來今日ニ至ルマテ全ク其例ヲ見サル所以ナリ尙ホ宣誓ニ付テ一ニノ實例ヲ擧ケンニ宣誓ノ最モ古キ例ハ千五百二十六年ニ於ケル「フランツ」第一世ト「カル」第五世トノ「マドリ」條約ニシテ其後千五百二十九年「カムブレ」條約、千六百四十八年西班牙、和蘭間媾和條約、千六百五十九年「ビレネン」媾和條約、千六百六十八年「アーヘン」媾和條約ニ於テ採用セラレタリト雖モ今日ニ於テハ全ク消滅ニ歸セリ蓋シ宣誓カ條約履行ノ方法タル所以ハ道德上ノ勢力ニ基クト曰ハンヨリハ軍ノ宗教上ノ勢力ニ因リシモノナリ即チ嘗テ羅馬法王ノ勢力ヲ有用タル時代ニ在リテハ此方法ハ屢々行ハレタリト雖モ法王カ其勢力ヲ失フト同時ニ此方法ハ愈々其效用ヲ減スルニ至リシハ以テ其關係ノ存スルヲ證スヘキナリ

第二 人質

人質ニハ片務的ノモノト雙務的ノモノトノ二アリ片務的ノ人質トハ單ニ當事國ノ一方ヨリ他方ニ引渡スニ止マリ對手國ハ之ニ對シテ人質ヲ引渡スコトナキヲ謂ヒ雙務的ノ人質トハ當事國ノ雙方ヨリ互ニ人質ヲ出シテ之ヲ交換スルヲ謂フ古昔ニ於テハ人質ハ盛行ハレタルモ近時ニ至リテハ條約履行ノ方法トシテ全ク其價值ナキニ至レリ蓋シ其理由ニアリ(一)一個人ノ自由ヲ拘束シテ條約ノ履行ニ代ヘ其不履行ノ場合ニ於テ之ヲ殺戮スルモ國家ハ條約ノ履行ヲ得タル程ノ利益ヲ得ルニ難シ(二)一個人ノ身命ヲ棄テテ以テ國家ノ安康ヲ保維スルヲ得ハ愛國者ハ進ミテ身ヲ捨テテ國家ノ爲メニ盡スヘク從テ之ヲ履行ニ代フルノ實益ナシト云フニ在リ

人質ノ衣食住ノ費用ハ其人質ヲ出シタル國家之ヲ負擔スヘキモノトス但反對ノ議論アレトモ予ハ之ヲ採ラス

人質カ逃亡又ハ死亡シタルトキハ權利國ハ更ニ代リノ人質ヲ要求スルコトヲ得ルヤト云フニ人質カ逃亡シタルトキハ義務國ハ更ニ其代リノ人質ヲ引渡スヘキ義務アリト雖モ其死亡シタル場合ニ於テハ即チ目的物ノ滅失シタルモノナレハ義務國ハ何等ノ責任ナシト論シ私法上ノ原則ヲ此場合ニ適用スヘシト然レニ之ニ反對スル者ハ曰ク死亡ハ偶然ノ事實ナリ豫知スヘカラス之ヲ以テ義務ヲ免ルルコトヲ得ヌト然レトモ予ハ信ス人類カ早晚必ス死スヘキコトハ何人モ是認スル所ナリ而シテ人質ノ死亡アルヘキコトハ亦豫知シ得ヘキナリ故ニ權利國ハ此場合ニ於テ更ニ其代リノ人質ヲ要求スルノ權利ナシト人質ノ最新ノ實例ハ千七百四十七年佛英兩國間「エキスラシヤベル」條約ナリ之ヨリ以後ハ全ク其跡

ヲ絶テリ人質ハ何レノ所ニ置クヘキカ又逃亡シタルトキハ如何ニ之ヲ處スヘキカ等ノコトハ必要ナキヲ以テ之ヲ省ク

第三 物上擔保

擔保ニ二種アリ動産ノ擔保及ヒ不動産ノ擔保是ナリ然レトモ動産ヲ以テ條約履行ノ擔保ト爲スハ其例甚タ少シ「ギンテル」ノ國際法(千七百七十八年出版)ニ依レハ波蘭カ其王冠ノ寶玉ヲ普通西ニ質ト爲シタルコトヲ記載セリ恐クハ動産ヲ以テ擔保ト爲シタル例ハ之ヲ外ニシテ亦他ニ求ムヘカラザラン不動産ノ占領ハ戰爭中ニ行ハルヘキハ戰時法ノ講筈ニ讓リ茲ニハ唯條約ノ履行ニ關シテ不動産ヲ以テ擔保ト爲シタル場合ニ付キ一言スヘシ不動産ノ擔保ノ場合ニ於テハ之ニ對スル主權ハ依然義務國ニ存在シ權利國ハ唯一時之ヲ占領スルニ止マレリ然レトモ履行期限到來スルモ尙ホ履行セサルトキハ其不動産上ノ主權ハ義務國ヲ離レテ權利國ニ移轉スルモノナリトノコトヲ約定スルヲ妨ケス從テ權利國ハ爾後之ヲ處分スルノ權能ヲ得ヘシト雖モ若シ其占領中ノ損壞シタルトキハ義務國ハ義務履行ノ後損害賠償ヲ要求スルノ權利ヲ有ス不動産擔保ノ實例ハ古來極メテ多シト雖モ今之ヲ省略シ唯最近ノ一例タル明治二十八年日清媾和條約ノ一箇條ヲ摘記シテ參考ニ資スヘシ即チ同條約第八條ニ曰ク

清國ハ本約ノ規定ヲ誠實ニ施行スヘキ擔保トシテ日本國軍隊ノ一時山東省威海衛ヲ占領スルコトヲ承認ス而シテ本約ニ規定シタル軍費賠償金ノ初回次回ノ拂込ヲ了リ通商航海條約ノ批准交換ヲ了リタル時ニ當リ清國政府ニテ右賠償ノ殘額ノ元利ニ對シ充分適當ナル取極ヲ立テ清國海關稅ヲ以テ抵當トナスコトヲ承諾スルニ於テハ日本國ハ其軍隊ヲ前記ノ場所ヨリ撤回スヘシ若シ之ニ關シ充分適當ナル取極立タサル場合ニハ該賠償金ノ最終回ノ拂込ヲ了リタル時ニ非サレハ撤回セサルヘシ最モ

通商航海條約ノ批准交換ヲ了リタル後ニ非サレハ軍隊ノ撤回ヲ行ハサルモノト承知スヘシ之ニ依リテ土地占領即チ不動産擔保ノ何タルヤヲ知ルヘク併セラテ又如何ナルコトヲ約定スルヲ得ヘキヤヲ知ルニ足ルヘシ

第四 保證

條約ノ履行ヲ最モ安全ナラシムルモノヲ保證ト爲ス條約ノ保證ハ其條約文中ニ於テスルモノト別約ヲ以テスルモノトアリ又單純ニ爲ス保證ト共同保證トノ區別アリ永久局外中立國ヲ保證スルカ如キハ共同保證タリ又千八百八十五年ニ於テ英佛伊露埃土ノ諸國カ埃及ノ外債ヲ保證セシモ又共同保證ノ例ナリ

保證義務ハ何時ヨリ之ヲ履行セサルヘカラサルヤ即チ主タル義務國カ其義務ヲ履行セサルトキハ當然保證國ニ於テ其義務ヲ濟スヘキモノナリヤ否ヤ學者或ハ權利國ノ請求ヲ俟テ始メテ其義務ヲ履行スヘキモノナリト論スト雖モ是レ不可ナリ實際ニ於テハ權利國ヨリ保證義務ノ履行ヲ請求スルナルヘシト雖モ法理上其義務ハ請求ヲ俟タズ主タル義務國ノ不履行ニ因リテ當然生スルモノナリト解スヘシ保證ニハ種種ノ種類アリ或ハ形式上ヨリ之ヲ區別スルヲ得ヘク或ハ實質上ヨリ之ヲ區別スルコトヲ得ヘシ今「リスト」ノ區別ニ依レハ即チ左ノ如シ

- 一 一國ノ憲法ニ關スル保證 例ヘハ千六百四十八年「ウエストファリア」ノ媾和條約ニ於テ佛蘭西及
- 二 領土保全ニ對スル保證 例ヘハ千八百五十六年巴里會議ニ於テ此會議ニ加ハリタル諸國カ土耳其

ノ獨立ヲ保證シタルカ如キ是ナリ  
 三 永久局外中立ニ對スル保證 此種ノ條約ノ最近ノ例ハ千八百六十七年倫敦條約ニ於テ「ルクセンブルグ」ノ永久局外中立ヲ保證シタルモノ是ナリ  
 此種ノ保證條約ノ效果ニ付テハ「マルテンス」及ヒ「ブレンチュリ」等ノ說ニ依レハ保證國數多ナルトキ共同一致ノ保護ヲ與フルコト能ハサルトキハ各國ハ單獨ノ運動ヲ爲スコトヲ得共同保證ノ場合ニ於テハ其保證國ハ共同シテ保證ヲ實行セサルヘカラス然レトモ意見相合セサルトキハ各國ハ各別ニ保護ヲ與フルコトヲ得ヘシト然ルニ「ルクセンブルグ」永久ノ局外中立ノ保證ニ關シテ英國ノ政治家ハ主張シテ謂ラク英國ハ獨リ自ラ之ヲ保證シタルモノニ非サレハ他ノ保證國ト共同シテ運動スヘク自國ノ單獨ニ其保證ヲ實行スルノ責任ナシト「ホール」ハ之ニ反對シテ曰ク此場合ニ於テハ保證國ハ單獨ニ其保證ヲ實行スヘシ若シ然ラサレハ事實上共同シテ保護ヲ與フルコト能ハスト而シテ獨逸多數ノ學者ハ此說ヲ是認セリ然レトモ予ハ此ノ如キ場合ニ於テハ一ニ條約ノ明文ニ依リテ決スヘキモノト信ス即チ保證國カ相一致スルニ非サレハ其保證ヲ實行セストノコトヲ定メサル限ハ各國ハ單獨ニ其保證ヲ實行スルヲ得ヘキナリ

四 他國ノ攻撃ニ對スル保證 例ヘハ千八百七十八年六月四日英國カ土耳其ニ對シテ保證ヲ與ヘ若シ露國カ亞細亞ニ在ル土耳其領ヲ掠奪セントセハ英國ハ土耳其領ヲ保護スヘシト定メタルカ如キ是ナリ  
 五 一切ノ權利ニ對スル保證 例ヘハ千八百五十六年四月十五日ノ條約ニ於テ英、佛、奧ノ三國カ同年三月三十日ノ巴里媾和條約ヲ保證シタルカ如キ是ナリ即チ特別ノ條約ヲ以テ保證ヲ與ヘタルモノニ

シテ從タル條約ナリ故ニ此ノ如キ條約ハ主タル條約ノ消滅ト其運命ヲ同シウスヘキヤ勿論ナリ  
 六 國債ニ對スル保證 例ヘハ千八百八十五年三月十八日ノ條約ニ於テ英、佛、奧、露、伊、土ノ六國カ埃及ノ公債ニ關シテ保證ヲ與ヘタルカ如キ是ナリ此條約ハ此等諸國カ埃及ノ公債ニ對シ三十一萬五千磅ノ歲入ヲ共同且連帶ニテ保證ノ義務ヲ負ヒタルモノナリ  
 上述スル所ニ由テ觀レハ保證ノ内容ハ或ハ一般ニ涉ルモノアリ或ハ特別ノ事項ヲ限ルモノアリ或ハ條件附ノモノアリ或ハ無條件ノモノアリ或ハ永久ニ亘ルモノアリ或ハ一時ヲ限ルモノアリ或ハ片務的ノモノアリ或ハ雙務的ノモノアリ而シテ此等ノ體裁ハ其條約ノ内容ニ依リテ之ヲ判斷スヘキモノトス

### 第七節 條約ノ解釋

條約ノ解釋ハ其締結國家自身ノ爲スヘキ所ニシテ若シ其條約文中ニ特別ノ合意アルトキハ其規約ニ從フヘキコト勿論ナリ  
 條約ヲ解釋スルニ付キ民法上ノ契約ト同一原則ニ從フヘキモノナリヤ否ヤニ付テハ二箇ノ反對ナル學說アリ第一說ニ依レハ二者同一ノ原則ニ從テ決スルコトヲ得ルモノナリト解ス其理由トスル所ハ契約ハ一私人間ニ結ハレ條約ハ國家間ニ於テ定メラルモノナルカ故ニ其當事者ノ性質ヲ異ニスト雖モ其合意タル點ニ於テハ同一ナルヲ以テ同一原則ニ從テ解釋スヘキモノナリト云フニ在リ又第二說ニ依レハ二者ノ解釋ハ同一原則ニ從フコトヲ得スト爲ス即チ其當事者ハ全然性質ヲ異ニスルモノナルカ故ニ縱令合意タル點ニ於テ一致スト雖モ同一原則ニ據テ解釋スルコトヲ得ルモノニ非スト解ス  
 予輩ハ第一說ヲ以テ其當ヲ得タルモノナリト信ス然レトモ其當事者ノ性質ノ異ナルヨリ生スル差異ニ

從テ其解釋ニモ差異ヲ生スヘキハ勿論ナリ而シテ今日ニ於テハ條約ヨリ生スル爭議ヲ防カンカ爲メニ第三國ノ語ヲ以テ別冊ノ條約書ヲ調製シ疑義アルトキハ之ニ依ルヲ常トス又第三國ノ仲裁裁判ニ附スルコトヲ條約中ニ定ムルモノアリ其他常設ノ仲裁裁判所ハ主トシテ條約ノ疑義ニ關スル爭議ヲ裁判スルモノナルモノナルコト後ニ説明スルカ如シ彼ノ明治三十七年十一月二十二日ヨリ和蘭ノ海牙ニ於テ開廷セラレタル仲裁裁判ハ我國ニ於ケル元外國人居留地建物課税ニ關スル國際論爭事件ニ關スルモノニシテ我國ト諸外國トノ間ニ締結セラレタル條約文字ノ曖昧ナルニ基因セシナリ即チ我政府ハ舊條約ニ依リ我國ニ住スル外國人ハ其土地ニ付テハ課税セラルルコトナキモ家屋ニ付テハ租税ヲ納メサルヘカラスト解セシカ該條約タル英國トノ條約ハ Property (財産)ナル文字ヲ用ヒ佛國ニ對シテハ propriétés (不動産)獨逸ニ對シテハ Grundstücke (地所)ナル文字ヲ用ヒ而モ何レモ最惠國條款ニ依リ均霑スルノ規定アルヲ以テ茲ニ疑問ヲ生シタルモノトス而シテ其判決ハ我國ノ敗訴ニ歸シタルコトハ諸子ノ知ル所ナルヘシ

「ホール」ハ條約ノ解釋ニ關シテ數箇ノ原則ヲ建テタリ今參考ノ爲メニ其主要ナルモノ二三ヲ摘示スヘシ

(一) 條約文ハ普通明白ナル意義ニ解釋セサルヘカラス

(二) 條約ノ文言ニ關シテ當事國間ニ意義ヲ異ニスル場合ニ於テハ其適用セラルル國ノ意義ニ依據セサルヘカラス例ヘハ塊地利ヨリ伊太利ニ割讓シタル土地ノ上ニ在ル住民ナル語ニ關シ二者其本國ニ於ケル文字上ノ意義ヲ異ニセシモ其適用ヲ受クル國家ハ塊地利國ナルヲ以テ其國語ノ意義ニ解釋セシカ如キ是ナリ

(三) 一般又ハ特別ノ強制條款ハ一般ノ許可條款ヨリモ重シ

(四) 特別ノ許可條規ハ一般ノ強制條款ヨリモ重シ

(五) 禁止ヲ命スル二箇ノ條款アリテ其一方カ禁止ニ違反スル行爲ニ向テ制裁ヲ付シ若クハ其一方カ特ニ他ノ一方ヨリ制裁ヲ付スルトキハ其嚴ナル條款ヲ以テ重シトス

(六) 時ヲ異ニシテ締結セシ條約相抵觸スルトキハ普通ノ場合ニハ後約ハ前約ニ代ルモノトス而シテ氏ハ各原則ヲ説明シ之ヲ例示シタルヲ以テ尙ホ原文ニ付テ詳細ニ研究セラレンコトヲ望ム

### 第八節 條約ノ消滅

條約ノ消滅ニ付キ學理的系統ニ依リテ説明スル者殆ト之アルナシ一般ノ學者ハ大抵其消滅原因ヲ列舉スルニ過キス或學者ハ事實上ノ原因ニ由ル消滅ト法律上ノ原因ニ由ル消滅トノ二大區別ニ依リテ之ヲ説明シ「イェリチツク」ノ如キハ八種ノ原因ヲ掲ケテ之ヲ説明セリ氏ノ舉ケタル消滅原因ハ左ノ如シ

- 一 履行
- 二 時ノ經過
- 三 告知
- 四 解除條件ノ到來
- 五 合意
- 六 目的物ノ消滅
- 七 主體ノ消滅

八 條約ヲ締結シタル時ノ狀態ニ根本的ノ變化ヲ來セルトキ  
以上列舉シタル所ハ克ク其原因ヲ盡セリト云フヲ得ヘシト雖モ尙ホ條約カ片務ノナルトキハ其權利國  
カ權利ヲ拋棄シタルトキモ亦條約ハ消滅スヘキヲ以テ更ニ此一項ヲ增補セハ則チ完全ナルヲ得ヘキカ  
「グズネル」ハ條約ノ消滅原因ヲ分チテ左ノ五ト爲セリ

- 一 繼續ノ行爲ヲ目的トスル條約ハ其約束ヲ履行シタルトキハ消滅ス
- 二 解除條件附ノ條約ナルトキハ其條件ノ成就ニ因リテ消滅ス
- 三 期間ノ定アルモノハ其期間ノ到來ニ因リテ消滅ス
- 四 片務ノ條約ナルトキハ權利國カ其權利ヲ拋棄シタルトキハ消滅ス
- 五 合意

尙ホ「マルテンス」ノ說ノ如キモ右ト同一ナルヲ以テ之ヲ略ス  
次ニ予ハ上述シタル諸學者ノ說ク所ト異ナリ條約ノ消滅原因ヲ分チテ左ノ三ト爲ス

- 一 合意ニ因ル消滅
- 二 片意ニ因ル消滅
- 三 無意ニ因ル消滅

以下順次之ヲ略說スヘシ

第一原因 條約ハ素ト國家ト國家トノ合意ニ因リテ成立スルモノナレハ亦合意ニ因リテ消滅スヘキヤ  
「言」ヲ俟タス而シテ合意ニ因リテ條約ヲ廢止スル場合ニ於テ其結果縱令第三國ニ不利益ナルコトアル  
モ其第三國ハ之カ取消ヲ請求スルコトヲ得ス何トナレハ第三國ハ其條約ノ當事國ニ非ナルヲ以テナ  
リ「ヴァアテル」ノ例ヲ假リテ說明センニ甲乙兩國條約ヲ締結シテ若シ兩國ヲ攻擊スル國家アルトキ  
ハ共同ニ之カ防禦ヲ努ムヘシト約シタリシニ其後甲乙兩國ハ其條約ヲ廢止スルノ合意ヲ爲シ從テ兩  
國ハ危急ニ迫ルコトアルモ兩國ハ此合意ニ對シテ何等ノ故障ヲ容ルルコト能ハサルナリ  
第二原因 片意ニ因ル消滅ハ更ニ之ヲ分チテ二ト爲ス絕對的片意ニ因ル消滅及ヒ相對的片意ニ因ル消  
滅是ナリ

- (一) 絕對的片意ニ因ル消滅 條約締結國ノ一方ノミカ權利ヲ有スル場合ニ於テ其權利國カ義務ノ  
免除ヲ爲シタルカ如キ是ナリ
- (二) 相對的片意ニ因ル消滅 相對的片意ニ因ル消滅ハ更ニ分チテ(イ)有效期間ヲ定メ得ルモノ及  
ヒ(ロ)有效期間ヲ定メ得サルモノノ二ノ方面ヨリ觀察スルヲ要ス而シテ右(イ)ノ場合ニ於テハ期間  
ノ經過ニ因リテ條約ハ當然消滅スヘキヤ否ヤ「ブルンチニリ」ノ說ニ依レハ有效期間ヲ經過スト  
雖モ條約ノ當事國雙方カ之ニ付テ何等ノ通知ヲモ發セサルトキハ暗黙ニ其條約ヲ繼續スルノ合意アリ  
リタルモノト看做ササルヘカラスト多數ノ學者ハ此說ヲ採用セリ多クノ場合ニ於テハ有效期間ノ滿  
了ニ因リテ其條約ヲ消滅セシメントスルトキハ對手國ノ利益ヲ害セザランカ爲メニ條約ノ明文ヲ以  
テ一定ノ期間内ニ之カ豫告ヲ爲スヘキモノトセリ例ヘハ明治二十七年ノ日英條約第二一條第二項ニ  
「兩締盟國ノ一方ハ本條約實施ノ日ヨリ十一年ヲ經過シタル後ハ何時タリトモ本條約ヲ終了セム  
ト欲スル旨ヲ他ノ一方ヘ通知スルノ權利ヲ有スヘシテ此ノ通知ヲ爲シタル後十二個月ヲ經過シタル  
トキハ本條約ハ消滅ニ歸スヘキモノトス」トアルカ如キ是ナリ故ニ當事國ノ雙方ニ於テ何等ノ通知  
ヲモ爲ササルトキハ其條約ハ當然有效ニ存續スルモノト謂ハサルヲ得ス此條約ハ少クトモ十一年間

ハ有效ニ繼續スヘク此期間ヲ經過スルモ雙方ヨリ何等ノ通知ヲ爲ササルトキハ條約ハ尙ホ有效ニ存  
 續スヘキ精神ナリト信ス此類ノ規定ハ第十九世紀ノ初ニ於テ發達シタルモノニシテ獨リ日英條約ニ  
 於テ見ルノミナラス他ノ條約ニ於テモ亦屢見ル所ナリ是レ蓋シ社會ノ進歩ハ一日モ停マルモノニ  
 非サレハ同一ノ條約ヲ永遠ニ維持スルトキハ種種ノ不都合ヲ生スヘキヲ以テ之ヲ避ケントセルモノ  
 ナリ

又相對の片意ニ因ル消滅ニシテ性質上條約ノ有期ナルコト能ハサルモノアリ即チ上述(ロ)ノ場合は  
 ナリ例ヘハ媾和條約ノ如キハ永久ニ平和ヲ維持センコトヲ目的トスルモノナレハ之ニ有期ノモノア  
 リ得ヘカラサルヤ明カナリ若シ或一定ノ期間ヲ限リテ媾和ヲ爲サントスル條約アリトセハ是レ媾和  
 條約ニ非スシテ休戰條約ナリ又例ヘハ土地割讓條約ノ如キモ期限附割讓ナルモノアルコトナシ蓋シ  
 主權ハ絕對ニシテ無限ナク期限附ノ主權ナルモノアルヘカラス從テ割讓ヲ受ケタル國ハ無限ニ其主  
 權ヲ行フカ又ハ全然之ヲ行ハサルカニ在リ或土地ノ上ニ期限附ニテ主權ヲ行フコトハ到底アリ得ヘ  
 カラサレハナリ上述ノ如ク條約ニハ其性質上期限ヲ附スルコト能ハサルモノアリ此種ノ條約ハ一定  
 シタル期限ノ經過ニ因リテ消滅スルコトナシ唯他ノ理由ニ因リテ消滅スルコトアルノミ

第三原因 當事國ノ意思ニ因ラサル消滅ハ條約義務ノ履行カ法律上又ハ事實上不能ト爲リタル場合  
 ヲ謂フ主體及ヒ目的ノ消滅ハ其主ナルモノナリ例ヘハ或河海ニ關シ航行條約ヲ締結シタル場合ニ於  
 テ其河海カ航行スルコト能ハサルニ至リタルトキノ如キ又例ヘハ三國間ニ同盟條約ヲ結ヒタルニ其  
 内ノ兩國間ニ戰爭ノ起リタルトキハ第三國ノ條約義務ハ全ク消滅ニ歸スヘシ從テ其第三國ハ或ハ局  
 外中立ヲ守ルヲ得ヘク或ハ交戰國ノ一方ニ同盟スルコトヲ得ヘキナリ

條約ハ戰爭ノ開始ニ因リテ消滅スルヤ否キ此問題ニ付テハ締約國間ノ戰爭ノ場合ト締約國一方ト第三  
 國トノ戰爭ノ場合トヲ區別シテ説明セサルヘカラス

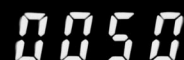
第一 締約國間ノ戰爭ノ場合

古昔ニ於テハ締約國間ニ戰爭起ルニ至ルトキハ總テノ條約ヲ消滅ヲ來スモノナリトセリ是レ戰爭ハ國  
 家間ノ總テノ權利義務ノ關係ヲ絶止スルモノナリトノ思想ニ起因セルナリ然レトモ今日ニ於テハ爾ク  
 絶對的ノ斷案ヲ下スコトナク條約事項ノ如何ニ依リテ或ハ消滅シ或ハ其效力ヲ停止スルコトト爲ス殊  
 ニ戰爭ニ於テ其效力ヲ生スヘキ條約ノ如キハ其消滅ヲ來ササルコト勿論ナリトス

一 效力ヲ停止セラルル條約 開戰ニ因リテ其效力ヲ停止セラルルモ其消滅ヲ來ササル條約ハ政治上  
 ノ條約ニ非サル條約例ヘハ通商航海ニ關スル條約、郵便電信ニ關スル條約等ニシテ此等ノ條約ハ戰  
 爭ノ結了ト同時ニ其效力ヲ復歸スルモノトス

二 戰爭中ニ於テモ尙ホ實行セラルル條約 是レ平時ニ於テハ其效力停止シ戰時ヲ目的トシテ締結セ  
 ラレタル條約ハ之ニ屬ス例ヘハ赤十字條約、陸戰ノ法規價例ニ關スル條約等ノ如シ其他交戰中ニ締  
 結セラルル條約モ亦有效ナリ例ヘハ休戰條約、俘虜交換條約、開城條約ノ如キ是ナリ媾和條約モ亦之  
 ニ屬ス而シテ此種ノ條約中ニハ戰爭終局後其效力ヲ喪フモノアリ又存續スルモノアリ俘虜交換條約  
 ノ如キハ前者ニ屬シ媾和條約ノ如キハ後者ニ屬ス

三 開戰ト同時ニ消滅スル條約 戰爭ノ開始ト同時ニ消滅スル條約ニハ(イ)戰爭ノ原因ト爲リタル條  
 約(ロ)政治上ノ條約及ヒ(ハ)軍事上ノ條約等ヲ包含ス其戰爭ノ原因ト爲リタル條約ノ消滅スルコト  
 ハ勿論ニシテ又戰爭ハ國家ノ政治上ノ軍事上ノ衝突ナルカ故ニ後二者ノ開戰ニ因リ消滅スルコトモ



亦明白ノ理ナリ

第二 締約國一方ト第三國トノ間ノ戰爭ノ場合

是レ即チ戰爭ノ萬國條約ニ及ホス影響如何ノ問題ナリ而シテ締約國ノ一方カ第三國ト戰爭ヲ開示スルモ締約國他方トノ間ノ條約ニ影響セサルヲ原則トス即チ第一ニ説明シタル或ハ交戰國間ニノミ限局セラルル條約ノ效果ナリ然レトモ若シ其條約中ニ特約アルトキハ自ラ別問題ナリトス

### 第七章 國際爭議調和ノ方法

#### 第一節 總論

各國家ハ獨立シテ其上ニ主權國ヲ戴カス各國家ヲ支配シ各國家ヲ強制スル權力者ナキカ故ニ紛争ノ終局ハ之ヲ實力ニ訴フルノ外ナク戰爭即チ是ナリ戰爭ニ關スル國際法則ハ戰時國際法ノ論スル所ニシテ平時國際法ノ講義トシテ茲ニ説明スヘキハ戰爭ノ存廢ニ關スル問題ナリ

戰爭ニ關シテハ古來之ヲ廢スヘシト論スル者ト之ニ反對スル者トアリ勿論如何ナル者ト雖モ好シテ戰爭ヲ企テ人類ヲ慘酷ノ淵ニ陥ルコトヲ主張スルモノアルコトナシ戰爭ヲ廢止シ永久ノ平和ヲ圖ルコトノ不能ヲ前提トシテ戰爭廢止論ニ反對セルノミ今左ニ如何ニ兩者カ論議セラルルヤヲ見ン

第一 永久平和論

古來平和主義ノ論者其人渺シトセス而シテ其最モ古キモノヲ「カント」トス其後英ノ「ミル」獨「ライブニツ」ノ如キ英ノ「ベンザム」ノ如キ近クハ「ローレンス」ノ如キ皆平和ヲ企圖スル有名ノ大家ナリ「ローレンス」ハ其著書中ニ於テ戰爭ノ漸次ニ減少スル原因ヲ揭ケテ曰ク近世社會ノ成立要件ハ(一)商

業(二)耶蘇教(三)民主主義ニ在ルカ故ニ此等ハ少クトモ平和ノ味方タルヲ失ハス換言セハ商業ヲ發達セシメ耶蘇教ヲ普及セシメ及ヒ民主主義ヲ行ハニハ必スヤ平和ト相伴ハサルヘカラス是レ戰爭ノ次第ニ減少スル所以ナリト學者以外ニテモ佛蘭西國王「ヘンリー」四世ノ如キ那翁第三世ノ如キ皆平和論者ニシテ那翁ハ常備兵ヲ撤去スルカ若クハ之ヲ減少スヘキコトヲ主張セリ露國歴代ノ皇帝モ亦平和論ヲ唱ヘ千八百九十九年和蘭海片ニ於ケル萬國平和會議ニ於ケル提案ノ如キハ同國今上皇帝ノ主唱セラレタル所ナリ然レトモ此提案ハ遂ニ行ハレスシテ止ミヌ其他同國ノ「マリノウスキ」(Marinowski)ノ如キハ公使ヲ以テ駐在國ノ狀況ヲ其本國ニ知ラシメ從テ戰爭開始ノ機ヲ與フル者ト爲シ之ヲ全廢シテ永久平和ヲ圖ランコトヲ主張シ米國ノ「ラヴソン」(Layson)ハ戰爭ハ世人普ク其害毒ヲ自覺セサルニ基固スルモノナルカ故ニ之ヲ周知セシムルカ爲メニ國際大學(International university)ヲ創設セサルヘカラスト論スト雖モ何レモ有效ナル方法ニ非ヌ又伊太利ノ「ルヂニ」(Rudini)曰ク歐洲各國ハ其軍備擴張ノ爲メニ非常ナル財政上ノ困難ニ陥リツツアリ是レ兵力ニ優劣ナカラシメンカ爲メニ互ニ競争スルカ爲メナリ去レハ其何レカ一國ニシテ軍備ヲ全廢又ハ減縮センカ他國亦之ニ倣フヘシト玆ニ於テカ伊國議會ハ此意見ヲ提言セシモ遂ニ行ハレザリキ

學會ニシテ萬國平和ヲ企圖スル主要ナルモノニアリハ英國ニ在リテ Arbitration & Peace Associationト曰ヒ主トシテ國家間ノ爭議ヲ仲裁裁判スルヲ目的トシ他ハ大陸瑞西ノ「ベルン」ニ在リテ Societe de Médiat 稱ス前者ハ千八百八十二年ノ設立ニ繫リ後者ハ千八百八十九年ニ其發生ヲ見タリ何レモ其趣旨トスル所ハ萬國ノ平和ヲ圖ルニ在リテ私設ノモノナリト雖モ其勢力甚タ強大ナリ而シテ後者ニ於テラ其會員ノ一部ハ特別ノ會ヲ組織シ各自國ニ於テ軍備擴張ニ關スル經費ノ豫算カ其議會ニ提出セラレタ

ルトキハ之カ否決ニ努ムルコトヲ議シ又其一部新聞雜誌記者ノ會合ニ於テハ各自ノ關係スル紙上ニ於テ常備兵制度ニ反對スルコト及ヒ軍備擴張ヲ否認スヘキコトヲ定メタリト雖モ其效力ノ及フ所甚大ナルモノニハアラサリキ而シテ其協會ノ唱ヘタル所ニシテ最モ注目スヘキ諸點ヲ舉ケレハ各國ノ國會議員ニハ同主義ノ者ヲ選舉スルコト、新聞雜誌ニ之ヲ記載スルコト、教育主義ヲ改メ殊ニ歴史教育ニ關スル教科書ヲ改良シテ國粹ヲ表ハサシムルコト、宗教ノ力ニ依賴スヘキコト、女子ヲ會員ト爲シ大ニ遊説ヲ爲サシムルコト、勞働者社會ニ遊説ヲ爲スコト、其他平時ヨリシテ殺伐疎暴ノ風ヲ矯メ決闘ノ如キ蠻行ヲ禁シテ衷心ニ戰爭ノ不可ナルコトヲ了得セシメ各國ノ經濟上ノ利害ヲ共通ニシ戰爭ノ結果ノ不利益ヲ交戰國以外ニ負ハシムルコトヲ圖ルコト又平和論ノ反對者タル軍人ニ相當ノ生活ノ道ヲ得セシメ其他元首ノ宣戰權ヲ獨占セシメサルヲ圖ルコト等是ナリ

此協會ハ前述シタルカ如ク私會ナリシト雖モ其實效甚大ニシテ各國ノ皇帝及ヒ當局者ニ戰爭ノ避クヘク思ムヘキコトヲ了解セシメ赤十字條約ヲ海戰ニモ適用セシムル動機ヲ與ヘ其他此會ト同一趣旨ノ會合ノ興立ヲ促シタリ而シテ今日實際戰爭ヲ廢止スルニ至ラスト雖モ戰爭ノ方法ヲ慘酷ナラサラシメ常備軍制度ハ主働的ニ攻撃戰爭ヲ爲スヲ目的トスルモノニ非スシテ防衛ヲ圖ルヲ以テ目的トスルモノナルコトヲ知ラシムルニ至レリ

今永久平和論者ノ論スル所ヲ聞クニ概ネ次ノ數點ニアルモノノ如シ

(イ) 各國ニ於テ常備兵ノ擴張ヲ圖ルモノ之ヲ數理的ニ考フルレハ全ク其擴張ヲ爲ササルト異ナル所ナシ何トナレハ總テノ國家ノ競爭シテ等シク其兵力ノ増大ヲ企圖スルモノニシテ數理上等量ノ各ヨリ等量ヲ減シタル差ハ相等シキヲ以テナリ

(ロ) 戰爭ハ二重ノ損害アリ即チ一方ニ於テハ人ヲ不生産のタラシメ他方ニ於テハ生産ヲ害ス  
 (ハ) 戰爭ハ人民ノ生命身體財產ヲ安固ナラシムルモノナリト云フト雖モ全ク反對ノ結果ヲ見ル又或ハ少數ヲ犠牲トシテ多數ノ生命、身體、財產ヲ安全ナラシムルモノナリト言フ者アレトモ戰爭ハ少壯有爲ノ人士ヲ失フコト多ク其妻子及ヒ家族ノ不幸ヲ惹起スルヲ常トス然ルニ尙ホ多數ヲシテ安全ナラシムルト云フヲ得ヘキヤ

(ニ) 戰爭ハ國家ノ自由及ヒ獨立ヲ維持センカ爲メナリト論スル者アレトモ是レ戰爭以外ニ其目的ヲ達スル良法アルヲ知ラサルモノナリ況ヤ之ニ依リテ却テ自由、獨立ヲ失フノ結果ヲ生スルコトアルニ於テオヤ

(ホ) 戰爭ヲ以テ是非曲直ヲ決スルハ幼稚ナル社會ニ於テハ兎モ角モ文明ノ今日ニ於テ尙ホ戰爭ニ依リテ正邪ヲ斷スルハ野蠻ノ遺習ナリ況ヤ正者必スシモ不正者ニ勝ツ能ハス事ノ曲直ト戰爭ノ勝敗トハ固ヨリ何等ノ關係ナキニ於テオヤ

第二 反對論

永久平和論ニ反對スル者ノ議論ノ要旨ハ次ノ如シ

一 永久ノ平和ナルコトハ到底空論ナリ元來人間ハ如何ナル場合ニ於テモ全然衝突ヲ避クルコトヲ得サルモノナリ君臣ノ間ニ於テモ父子ノ間ニ於テモ皆然リ其他各人カ業務ヲ營ムハ皆廣義ノ戰爭ナラサルハナシ政治家カ政治上ノ研究ヲ爲スモ學者カ學理ヲ研鑽スルモ亦皆然リ即チ絕對ニ平和ヲ持續セントスルハ到底不能ニシテ平和モ亦歸スル所程度ノ論ナリ元來事物ハ絕對ニ唯一ノ理論ヲ貫徹スルヲ得サルモノナリ古ハ「パピロン」ニ於テ天ニ達スルノ塔ヲ造ラントシタリシカ塔ノ次第二高クナ



ルニ從ヒテ音信ヲ通スルヲ得サルニ至リ如何トモ爲スコト能ハスシテ止メリト云フ是レ事物ニハ始  
ヨリ一定ノ程度アルコトヲ證スルモノニ非スヤ之ト同シク平和モ亦或一定ノ程度ニ達スレハ戰爭ヲ  
免ルヘカラス

二 戰爭ヲ爲ササレハ國家ノ特性ヲ喪失スヘシ戰爭ハ國家ノ元氣ヲ發揮シ士氣愛國心ヲ養ヒ人民ノ智  
力、體力ヲ盛ニシ文明ノ發達ヲ助クルモノナリ又人間ハ元來爭ノ性質ヲ有スルモノトセハ國家モ亦  
爭ナクシテ止ムヘケンヤ

三 一時戰爭ヲ避クルハ却テ將來ノ大衝突ヲ惹起スル源ト爲ルヘシ或ハ仲裁ニ依リ一時戰爭ヲ中止ス  
ルコトアルモ是レ眞ノ和解ニ非ス眞正ナル和解ヲ爲サシメス又小ナル衝突ヲ爲サシメサルカ爲メ却  
テ將來大ナル衝突ヲ來サシム即チ目前ヲ縫縫シテ大害ヲ貽スノ憂アリ

以上戰爭必要論ト其不必要論トヲ述ヘタリ予ハ戰爭ニ付テ之ヲ是非スルコトナカルヘシト雖モ爲シ得  
ヘケンハ戰爭ヲ避クルヲ以テ可ナリト信ス但戰爭ハ必要ナリヤ否ヤハ國際法上ノ問題ニ非サルナリ

### 第二節 戰爭以外ノ強制手段

前節ニ於テ説明シタルカ如ク戰爭ハ害ノ及フ所大ニシテ利ノ存スル所少シ茲ニ於テカ戰爭以外ノ強制  
手段アリ

戰爭ニ至ラスシテ紛争ヲ終局スルノ方法數多アリト雖モ之ヲ區分シテ次ノ二ト爲スコトヲ得(一)紛争  
國雙方ノ行爲ヲ以テ戰爭ヲ止ムルコト(二)第三國其間ニ介入シテ平和ヲ圖ルコト是ナリ左ニ分説スル  
所アルヘシ

### 第一款 第三國其間ニ介入シテ平和ヲ圖ル場合

第三國カ紛争國ノ間ニ介入シテ平和ヲ圖ル方法左ノ如シ

#### 第一 周旋

周旋 (Good office) トハ第三國カ紛争國ノ間ニ立チテ一方ノ意思ヲ他方ニ通スル方法ナリ故ニ此場合  
ニ於ケル第三國ノ行動ハ一ノ使者タルニ過キス即チ紛争國一方ハ其事件ニ付テ斯ル意見ヲ有ストノコ  
トヲ周旋國タル第三者カ他方ニ通知スルノミナリ千八百五十六年ノ巴里條約ニ依レハ國家間ニ爭議ヲ  
生シタルトキハ開戦前必ス第三國ノ周旋ヲ請ハサルヘカラストシ千八百八十五年ノ伯林條約ニ於テモ  
此方法ニ依ルヘキコトヲ規定ス而シテ周旋ニハ爭議國ノ一方又ハ雙方ヨリ第三國ニ之ヲ依頼スル場合  
ト第三國自ラ進ンテ周旋スル場合トアリ

#### 第二 居中調停

居中調停 (Mediation) ノ場合ニ於テハ第三國ハ進ンテ平和ヲ圖ルノ手段ヲ盡スモノニシテ前ノ場合ノ  
如ク單ニ一方ノ意見ヲ他方ニ通スルモノト異ナル所ナリ而シテ若シ紛議ヲ調和スルカ爲メニ條約ヲ締  
結スルトキハ其紛争ノ調和ニ介入シタル調停國モ亦其當事國トナルモノトス

周旋及ヒ居中調停ニ關シテハ千八百九十九年七月二十九日和蘭海牙ニ於テ締結セラレタル國際紛争平  
和的處理條約第二條以下ニ規定アリ同條約第三條ニ依レハ記名國(此條約ノ記名國ハ紛争國ノ依頼ノ  
有無ニ拘ハラズ紛争以外ニ立ツ一國又ハ數國カ事情ノ許ス限リ自ラ進ンテ周旋又ハ居中調停ヲ紛争國  
ニ提供スルコトヲ有益ト認ムト規定セルカ故ニ第三國ハ自ラ進ンテ此種ノ平和手段ヲ採ルコトヲ得ル

ナリ

第三國ハ紛争國ノ一方又ハ雙方ノ意思ニ反シテ周旋又ハ居中調停ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ニ付  
キ多クノ學者ハ消極的ノ解釋ヲ與フ然ルニ英國ノ「フィリモール」ハ之ニ反シテ曰ク戰爭程世ニ恐ルヘ  
キ害毒アルコトナシ反對論者ハ此場合ニ於テ紛争國ノ意思ニ反シテ爲スハ他國ノ意思ヲ曲クルモノニ  
シテ干渉ナリト論スト雖モ大ナル害毒ヲ救フカ爲メニ小ナル害毒ヲ犯スコト敢テ不可ナルコトナシト  
然レトモ子ハ害惡ノ大小ハ之ヲ比較スルコトヲ得サルカ故ニ氏ノ見解ヲ是認スルコトヲ得サルナリ

第三 仲裁裁判

仲裁裁判ハ裁判ナリ故ニ前二者ト異ナリ必スヤ紛争國ノ依頼ヲ待ツヘク若シ之ヲ待タス自ラ進ンテ行  
動スルトキハ干渉トナルヘシ

仲裁裁判者ハ國家タルコトアリ個人タルコトアリ古昔ニ於テハ羅馬法王ノミヲ以テ判斷者ト定メタリ  
ト雖モ今日ニ於テハ然ラス其例ヲ舉ケレハ

- 1 千八百八十五年ノ西班牙、獨逸間ノ「カロリン」群島事件ニ付テハ羅馬法王其判斷者タリキ
- 2 明治六年日本ト白露トノ間ニ起レル奴隸問題ニ付テハ露西亞皇帝其裁判官タリキ
- 3 「アラバマ」請求事件ニ於テハ英國ヨリ一人、米國ヨリ一人、伊太利ヨリ一人、瑞西ヨリ一人「ブラジ  
ル」ヨリ一人總テ五人ノ「私人」ヲ以テ裁判官トセリ其詳細ニ付テハ拙譯「マルテンス」公法下卷六三  
〇頁以下ヲ參照セラルヘシ

4 又千八百七十四年ノ「ニカラグア」事件ニ付テハ佛國巴里ノ控訴院ヲ以テ判斷者ト定メタリ  
然ルニ千八百九十八年ノ平和會議ノ結果國際紛争平和的處理條約ヲ生シ仲裁裁判ニ二種アルコトヲ認

メタリ即チ一ハ隨意ニ定メタル仲裁裁判官ニシテ他ハ常設裁判所ニ依ルコト是ナリ而シテ仲裁裁判ナ  
ルモノハ法律問題就中國際條約ノ解釋又ハ適用ニ關スル問題ヲ判定スルモノニシテ「ジーボルド」ノ著  
ヲ見ルニ千八百九十七年ノ白耳義ノ「ブルヌセル」ニ於テ開カレタル國際協會ニ於ケル會長ノ報告ニ  
依レハ統計上仲裁裁判ノ爲メニ戰爭ハ漸次減少シツツアリト云フ

國際紛争平和的處理條約ニ依レハ各國家ハ既ニ生シタル紛議又ハ將來生スルコトアルヘキ紛議ノ爲メ  
ニ所謂仲裁契約ヲ締結スルコトヲ得ヘク此條約ハ誠實ニ仲裁宣告ニ服従スルノ約束ヲ包含スルモノト  
ス而シテ仲裁裁判ニ關スル常設仲裁裁判所ハ之ヲ和蘭海牙ニ設置シ其裁判官トナルヘキ人及ヒ裁判手  
續ノ要旨ヲ摘示スレハ次ノ如シ

(甲) 仲裁裁判官 各記名國(二十六個國アリ)ハ國際法上ノ問題ニ付キ堪能ノ名アリテ德望高ク且  
仲裁裁判官ノ任務ヲ受諾スル意アル者四人以下ヲ指定シ仲裁裁判官トシテ名簿ニ記入ス紛争國雙方  
ハ各二名ノ仲裁裁判官ヲ選定シ其仲裁裁判官ハ共同シテ更ニ一名ノ上級仲裁裁判官ヲ選定ス上級仲  
裁裁判官ハ當然裁判長タルヘシ若シ上級裁判官ノ選定ニ付キ投票相半シタルトキハ雙方ノ協議ヲ以  
テ指定シタル第三國ニ其選定ヲ委託スヘク若シ此指定ニ關スル協議成立セザルトキハ雙方ニ於テ各  
異ナリタル一國ヲ指定シ其指定セラレタル兩國ノ協議ヲ以テ上級裁判官ヲ選定スルモノトス

裁判官ノ任期ハ六年トシ再任ヲ妨ケス而シテ仲裁裁判官カ外國ニアリテ其職務ヲ執行スルニ方リテ  
ハ公使ト同一ノ特權ヲ享有スルモノトス

(乙) 仲裁裁判手續 法廷ニ於テ用フヘキ國語ハ仲裁裁判所ノ選定スル所ナリ裁判手續ニハ準備書  
面ノ提出アリ口頭辯論アリ口頭辯論ハ紛争國ノ承諾ヲ經テ爲シタル仲裁裁判所ノ決定ニ依ルノ外之

ヲ公開セザルモノトス。又、口頭裁判官ノ職權ハ、仲裁裁判官ノ職權ニ對シテハ、  
仲裁宣告(判決)ヲ爲ス前ノ評議ハ、總裁判官ノ合議ニ依リ多數決ヲ以テ定マルモノニシテ宣告ハ書面  
ニ作リ各裁判官之ニ記名ス正當ニ言渡ヲ爲シタル仲裁宣告ハ確定ニシテ上告ヲ許サズ即チ仲裁裁判  
ハ始審ニシテ終審タルナリ但紛争國ハ仲裁契約ニ於テ仲裁宣告ノ再審ヲ請求スルノ權利ヲ保留スル  
コトヲ得ルモノトス

紛争國ハ各自國ニ係ル費用ヲ負擔シ且仲裁裁判所費用ヲ等分ニ負擔スルモノトス

尙之ニ關シテハ千八百九十九年ノ海牙會議ニ於ケル決議(國際紛争平和的處理條約)ヲ參照スヘシ

#### 第四 干涉

干涉ニ付テハ之ヲ國家ノ義務ノ一種トシテ論スル者ト之ヲ國家ノ權利ノ一種トシテ說ク者ト又全ク獨  
立ノモノトシテ論スル者トアリ然レトモ近時ニ於テハ干涉ハ爲スヘカラスト說クヲ一般ト爲ス「スト  
ラウフ」氏ハ干涉ノ定義ヲ下シテ曰ク「干涉トハ國際ノ意義ニ於ケル權利ノ爭議ヲ元來此事件ニ加ハラ  
サル主權國カ決定スルヲ云フ」ト此定義ハ極メテ廣汎ナリト雖モ要スルニ權利ノ争ヲ第三國カ解決ス  
ルモノナリト謂フニ在リ而シテ氏ハ更ニ干涉ヲ大別シテ平和的の干涉及ヒ戰爭的の干涉ノ二種ト爲シ前者  
ヲ更ニ分テテ周旋、居中調停、仲裁裁判ノ三ト爲セリ而シテ氏ハ更ニ說明シテ曰ク國際法ハ自助ノ手段  
トシテ戰爭ヲ爲スコトヲ認ム況ヤ干涉オヤ多クノ學者ハ干涉ヲ認メスシテ非干涉ヲ原則ト爲サントス  
レトモ自己ノ信スル所ヲ以テスルハ干涉ヲ以テ原則トスルモ支障ナシ而シテ干涉ノ正當ナル場合ハ  
(一)國際團體ノ權力平均ノ毀害セラレタル場合(二)世界ヲ併合セントスル國家アリタル場合(三)土地  
ノ割讓アリタルカ爲メニ自國ト外國トノ間ニ權力平均ヲ毀損シタル場合等ナリ此等ノ場合ハ皆正當ナリ

ル干涉ノ原因タリ正義及ヒ宗教背反ノ爲メニ干涉スルハ正當ナリト說ク者アレトモ不當タルヲ免レ  
殊ニ宗教上ノ原因ニ由ル干涉ハ英國學者ノ多ク唱フル所ナリト雖モ予ハ之ニ贊同スルコト能ハスト又  
氏ハ共同干涉ニ付テ謂ヘラク共同干涉ハ危險ノ最モ夥キモノナリト

以上ハ「ストラウフ」氏カ「ブルンチユリ」ノ五十年祭ニ臨ミテ演述セシ所ノ大要ナリト雖モ予ノ贊同  
スルコト能ハサル所ナリ予ハ干涉トハ一國カ他國ノ意思ニ反シテ暴力又ハ其他ノ方法ヲ用ヒ他國ノ内  
事又ハ外事ニ關スル主權ノ行動ヲ拘束スル行爲ナリト解ス古昔ニ於テハ若シ自國ノ利益ヲ害セラルル  
惧アル場合ニ於テハ他國ニ干涉スルノ權利アルモノナリトノ說行ハレタリト雖モ今日ニ於テハ國際法  
上干涉ヲ以テ正當ノ行爲ト認ムルコトナク若シ所謂權利侵害ノ結果ヲ生スル場合ニ於テハ其侵害ヲ理  
由トシテ救済ヲ求ムヘキモノトス何トナレハ若シ干涉ヲ認メテ之ヲ適法ノ行爲トナサンカ國家ノ權利  
ヲ侵害スルヲ許容スルコトト爲リ國際法ノ基礎ヲ動搖セシムルニ至レハナリ勿論時ニ之ヲ認ムルノ便  
宜ナルコトトアリト雖モ是レ唯事實論ノミ政治上ノ問題ノミ法律論ニ非サルナリ此ノ如ク干涉ハ國際  
法上認ムル所ニ非サルモ或ハ被干涉國ノ承諾アリ又ハ條約ノ結果干涉ヘキトキハ其干涉ハ適法ナリ  
ト論スル者アリト雖モ是レ誤レリ斯ル場合ニ於テハ前ニ示シタル干涉ノ定義ニ照シテ明カナルカ如ク  
相手國ノ意思ニ反スル拘束ニ非サルカ故ニ之ヲ以テ干涉ト謂フコト能ハス既ニ干涉ニ非ス相手國ノ承  
諾アリ又ハ條約ノ履行ヲ爲スコト勿論適法ノ行爲タルナリ

次ニ「モンロー」ノ原則ヲ一言セン「モンロー」ノ原則トハ千八百二十三年十二月二日北米合衆國大統領  
「ゼームス・モンロー」カ歐洲神聖同盟ノ干涉政略ニ反對シテ宣言セル意見書ナリ而シテ今其宣言ノ要  
旨ヲ略述スレハ其第一ハ主トシテ露國及ヒ英國ニ對シテ爲シタルモノニシテ歐洲諸國カ新ニ殖民地ヲ

亞米利加大陸ニ求ムルハ不當ナリトシ第二ハ西班牙カ亞米利加ニ有スル殖民地ノ既ニ獨立シタルモノニ對シ尙ホ自己ノ權利ヲ主張スルニ對シテ合衆國ノ反對スルコトニ係ル而シテ此事項ニ關シテハ合衆國ハ原則トシテ歐洲ノ政治問題ニ容喙セサルヘキヲ以テ歐洲諸國モ亦亞米利加ニ關シテハ干渉ヲ爲スヘカラスト云フニ在リ此宣言ハ國際法ノ原則ニモ亦合衆國ノ主義ニモ非ス單ニ「モンロー」カ合衆國ノ大統領トシテ自己ノ意見ヲ吐露シタルニ過キス而シテ實際上勢力アル「モンロー」其人ノ發言ナルノ故ヲ以テ世ニ重ンセラレタルノミ其後亞米利加ニ於テハ自國ニ便利ナル場合ニ於テ常ニ此「モンロー」ノ原則ヲ主張シタリキ例ヘハ「バナマ」運河ニ對シテ合衆國ノミカ監督ヲ爲スノ權アリト主張シタルカ如キ是ナリ然レトモ此「モンロー」ノ原則ナルモノハ決シテ國際法ノ理論ニ適シ實際ニ合シタルモノニ非ス何トナレハ如何ナル國家ト雖モ正當ノ理由アルトキハ外國ノ土地ヲ取得シ得ヘキコトヲ認メラルルニモ拘ハラス「モンロー」ノ原則ニ依レハ亞米利加ニ於テハ如何ナル事變起ルモ合衆國以外ノ國家ハ之ニ容喙スルコトヲ許ササルヲ以テ歐洲諸國ハ亞米利加ニ於テハ本來の若クハ傳來的ニモ土地ヲ獲得スルコトヲ得サルヘケレハナリ此點ヨリ觀察スルトキハ此原則ハ「リスト」ノ批評スルカ如ク明カニ國際法ニ違反スルモノト謂ハサルヲ得ス

### 第二款 紛爭國雙方ノ行爲ヲ以テスル場合

第三國ノ介入ヲ待タズ紛爭國ノ行爲ノミヲ以テ戰爭ニ至ラシメサル方法ニニアリ一ハ暴力ヲ用フル手段ニシテ他ハ之ヲ用ヒサル方法ナリ

第一 暴力ヲ用ヒサル方法

此種ニ屬スル方法ニハ相手國ノ權利ヲ是認スルカ如キ又ハ自己ノ權利ヲ拋棄スルカ如キ其他最後ノ通牒 (Ultimatum) ノ如キ其數多シ千八百六十四年普墺兩國ハ Schlesien-Edelstein 問題ニ付キ丁抹ニ對シテ最後ノ通牒ヲ爲シ又明治三十三年ノ北清事變ニ付キ歐洲強國カ清國ニ對シテ最後ノ通牒ヲ爲シ何レモ戰爭ニ至ラスシテ止ミス而シテ通牒後開戰ニ至ルトキハ此通牒ハ一種ノ宣言ノ形ヲ成スモノトス「ハイルボレン」ハ最後ノ通牒ヲ以テ甲國カ乙國ニ對シテ不當ノ行爲ヲ敢行シタル場合ニ於テ乙國ヨリ其行爲ヲ回復セシメンカ爲メニ試ムル所ノ談判ナリト解スト雖モ此見解ノ如クセハ紛爭國一方ニ必ス不正行爲アルコトヲ要スヘク從テ實際ニ照シテ狭キニ失スルモノト謂ハサルヘカラス

最後ノ通牒ニハ日限ヲ附シタルモノト否ラサルモノトアルヘシ若シ之ニ日限ヲ附シタルトキハ他日ノ開戰ノ豫告タルモノトス

第二 暴力ヲ用フル方法

暴力ヲ用フル方法ニ四種アリ左ノ如シ

- (一) 報復 (Retortion) 是レ甲國カ乙國ノ利益ヲ害シタル場合ニ於テ乙國ニ於テ之ト同一ノ方法ヲ以テ甲國ノ利益ヲ害スルヲ謂フ
- (二) 報仇 (Reprisal) 是レ甲國カ乙國ノ權利ヲ害シタル場合ニ於テ乙國ニ於テ之ト異ナリタル方法ヲ以テ甲國ノ權利ヲ害スルヲ謂フ故ニ前者ト異ナル所ハ(イ)ハ利益ノ侵害ナルモ他ハ權利ノ侵犯ナルコト(ロ)ニハ同一ノ方法ヲ以テ報フルニ反シ他ハ異ナリタル行爲ニ出ツルモ可ナルノ差アリ例ヘハ國定稅率ノ場合ニ於テ相手國カ其率ヲ非常ニ増大スルトキハ是レ權利ノ侵犯ナラサルモ利益ノ侵害ナルカ故ニ同一方法ヲ以テ報復スルコトヲ妨ケス而シテ報仇ニハ積極的及ヒ消極的ノ二方法アリ

リ然レトモ相手國ノ權利侵害カ積極ナル場合ニ於テ之ニ報アルニ消極ナルコトヲ妨ケス  
或ハ曰ク報仇ハ戰爭ト異ナルコトナシト然レトモ「リビエル」云フカ如ク戰爭ハ武力ヲ以テ爭フモ  
ノナルニ反シ報仇ハ武器ニ依ラス是レ兩者ノ差異ノ存スル所ナリ而シテ報仇ノ方法トシテ相手國ノ  
代表者ヲ捕縛シタルコトアリ例ヘハ千八百十年露國カ芬蘭土ヲ攻撃セントセシトキ瑞典ハ露國ノ公  
使ヲ逮捕セシカ如キ是ナリ然レトモ今日ニ至リテハ此種ノ報仇方法行ハレサルニ至レリ

(三) 船舶ノ差押(Battle of Sea) 是レ他國ノ暴ニ對シテ自國內ニ在ル船舶ヲ差押フルモノニシテ報仇ノ  
一種ナリ唯普通學者カ之ヲ特別ニ説明スルヲ常ト爲スカ故ニ今茲ニ之ニ倣ヘルノミ而シテ或ハ差押  
フヘキ船舶ハ商船ノミ限ラルルカ如ク説明スル者アリト雖モ予ハ軍艦ニテモ之ヲ差押フルコトヲ  
妨ケスト信ス

兩國間ニ戰爭開始セラルトキハ一方ハ自國港灣内ニ在ル相手國ノ船舶ヲ差押フルコトヲ得ヘシ然  
レトモ是レ戰爭ノ效果ニシテ茲ニ説明スル所ハ平時關係ニ於テノ差押ナリ唯事實上二者ノ差別ヲ立  
ツルコト能ハサル場合アルヲ注意セサルヘカラス

(四) 平時封鎖 是レ平時ニ於テ他國ノ海岸ヲ封鎖スルヲ謂フ故ニ必スシモ常ニ報仇ノ一手段ノミニ  
限ルニ非ス相手國ニ權利侵害ノ事實ナキ場合ニ於テモ之ヲ行フコトアリ或ハ平時封鎖ハ第三國ノ利  
益ヲ害スルコト甚タ大ナルカ故ニ之ヲ行フコトヲ得スト主張シ或ハ他國ノ權利ヲ侵害スルモノナル  
カ故ニ其損害ヲ賠償セサルヘカラスト論スル者アリト雖モ何レモ今日ノ國際法ニ非ス

平時封鎖ハ十九世紀以前ニ之アリシヲ聞カス其最初ノ例ハ千八百二十七年ニ於テ英、佛、露ノ三國カ  
土耳其ノ海岸ヲ封鎖シタル場合ニシテ最近ノ例トシテハ千八百九十六年ノ「クリート」島ノ封鎖ヲ舉

クルコトヲ得而シテ其封鎖ノ要件及ヒ效果ハ戰時封鎖ノソレト同一ナルカ故ニ茲ニ詳述セサルヘシ

### 國際公法(平時) 終



國際公法(平時)目次

緒論

第一章 國際公法ノ觀念

第二章 國際法ト他ノ諸學科トノ關係

第三章 國際法ノ歷史

第四章 國際法ノ淵源

第五章 國際法ノ組織

本論

第一章 國際法ノ主體

第一節 總說

第二節 國家ノ性質

第一款 主權

第二款 土地

第一項 領地主權ノ意義及ヒ其範圍

第二項 領地主權ノ取得

國際公法(平時)

第三項 領地主權取得ノ主體……………六四

第四項 領地主權ノ喪失……………六九

第三款 人民……………七〇

第一項 國籍ノ取得……………七〇

第二項 出生ニ因ル國籍ノ取得……………七一

第三項 歸化ニ因ル國籍ノ取得……………七四

第四項 土地割讓ノ場合ニ選擇ニ因ル國籍ノ取得……………九六

第五項 婚姻ニ因ル國籍ノ取得……………一〇三

第六項 回復ニ因ル國籍ノ取得……………一〇五

第七項 父母ニ伴フ未成年ノ子ノ國籍ノ取得……………一〇八

第八項 妻子ニ因ル國籍ノ取得……………一一二

第九項 認知ニ因ル國籍ノ取得……………一一二

第十項 國籍ノ喪失……………一一三

第十一項 國籍ノ衝突……………一一六

第十二項 國籍ノ效果……………一一八

第二章 國家ノ權利義務

第三節 國家ノ種類……………一三七

第四節 國家ノ成立及ニ滅亡……………一四九

第一款 國家ハ如何ナル人ノ行爲ニ付テ責任ヲ負フヤ……………一五六

第二款 責任解除ノ方法……………一五九

第二節 國家ノ權利……………一六〇

第一款 國家ノ同等權……………一六二

第二款 國家ノ獨立權……………一六八

第一項 司法權ニ對スル例外……………一六八

第一目 治外法權……………一六八

第二目 領事裁判權……………一八〇

第三目 混合裁判……………一八七

第四目 犯罪人引渡……………一九〇

第二項 行政權ニ對スル例外……………一九七

第一目 政治上及ヒ軍事上ニ關スル行政權……………一九七





第二目 交通ニ關スル行政權……………二〇二

第三目 衛生ニ關スル行政權……………二一八

第四目 動植物ノ保存ニ關スル行政權……………二二〇

第五目 學問、技藝ニ關スル行政權……………二二二

第六目 奴隸、貧民ノ保護ニ關スル行政權……………二二三

第三章 國際法上ノ機關……………二二五

第一節 臨時的國際法上ノ機關……………二二五

第二節 常設的國際法上ノ機關……………二二五

第四章 國家ノ權利義務ノ承繼……………二二九

第五章 國家ノ代表機關……………二三三

第一節 外交官……………二三四

第一款 外交官ノ階級……………二三八

第二款 公使ノ授受……………二四二

第三款 公使ノ特權……………二四四

第四款 公使ノ終了……………二四五

第五款 一部外交官……………二四八

第二節 領事……………二五〇

第一款 領事ノ種類……………二五一

第二款 領事ノ接受……………二五三

第三款 領事ノ職務……………二五八

第四款 領事ノ特權……………二六〇

第五款 領事ノ終了……………二六一

第六章 條約……………二六一

第一節 條約ノ種類……………二六二

第二節 我國ト諸外國トノ條約ノ略史……………二六三

第三節 最惠國條款……………二七〇

第四節 條約ノ性質……………二七四

第五節 條約ノ要素……………二七六

第六節 條約ノ履行……………二八五

第七節 條約ノ解釋……………二九一

第八節 條約ノ消滅……………二九三

第七章 國際爭議調和ノ方法……………二九八

國際公法(平時)目次終

第一節 總論……………二九八

第二節 戰爭以外ノ強制手段……………三〇二

第一款 第三國其間ニ介入シテ平和ヲ圖ル場合……………三〇三

第二款 紛争國雙方ノ行為ヲ以テスル場合……………三〇八

危急ノ程度ニ因ルヘク換言スレハ其義務ヲ怠ルヨリシテ結果スル交戰國ノ損害ノ大小ニ因リテ之ヲ酌量シテ定ムヘキコトトシ之ニ反シ英國政府ハ國際慣例上又ハ條約ニ於テ國家カ各場合ニ臨ミテ盡スヘキ義務ノ程度ニ因リテ果シテ中立國ハ一定ノ事件ニ付キ其義務ヲ盡スニ當リ相當ノ注意ヲ爲シタルヤ否ヤヲ決スヘク其慣例若クハ條約ニ於テ程度ノ明カナラサルトキハ正義、平等等國際公法ノ基礎ト爲ルレ道理ニ依リテ之ヲ判定スル外ナシト論セリ然レトモ此英國ノ議論ハ中立國ノ義務果シテ如何ノ問題ニ於テ其義務ヲ盡スノ程度ハ國際公法ノ義務自體ニ依リテ判定スヘシトスルモノニテ其要領ヲ得ス即チ所謂循環論タルヲ免レス又米國政府ノ議論モ中立國ノ義務ヲ知ラントスルニ於テ其義務ヲ盡ササルヨリ生スル未必定ノ結果ヨリ之ヲ判定スヘシトスルモノナルヲ以テ若シ其結果ニシテ幸ニ損害小ナルトキハ中立國ノ責任モ小ニシテ同一ノ事件ニシテ其義務ヲ怠リタル結果ノ不幸ニシテ大ナルトキハ其前ニ廻リテ之ヲ防止スヘキ注意ノ程度モ大ナルヘキモノトスルニ在リテ畢竟行フ能ハサルモノト謂ハサルヲ得ス「セチバ」仲裁者ハ相當ノ注意トハ中立國ノ義務ヲ履行セサルヨリシテ結果スルコトアルヘキ危險ニ比例スヘキコトト爲セリ此論タル稍、正當ナルヤノ觀アリト雖モ實際ニ於テハ愈、不條理ノ解釋ニシテ中立ノ義務ヲ益、不明ナラシムルノ說タルヲ免レス何トナレハ若シ之ヲ正當トスルニ於テハ一戰爭中ニ於テモ中立國ノ地位其他ノ事情ニ因リ其義務ヲ盡ササルヨリシテ交戰國ニ來スコトアルヘキ危險ノ程度ヲ異ニシ更ニ同一國ニ於テモ一戰爭中ニ於テ交戰國間ノ戰鬪進行ノ模様ニ因リ其義務ヲ盡ササルヨリシテ生スルコトアルヘキ危險ノ程度ハ時時刻刻變化セサルヲ得ス然ルニ中立國ハ交戰國雙方ニ平和ノ關係ヲ保護シ戰爭ニ關シテ何タル干與ヲモ爲サス其進行ニ付テモ無關係ナルニ拘ハラス其義務ヲ盡スヘキ注意ノ程度ハ國家ノ位置其他ニ付キ常ニ變化スヘシトスルトキハ國際公法上中立國

ノ義務如何ヲ一定スルコト能ハサルニ至ルヘキヲ以テナリ  
 中立國版圖内ニ於テ交戰國船舶カ敵國船舶ノ爲メ攻撃サレタル場合ニ兵力抵抗ヲ爲ストキハ其被リタル損害ヲ中立國ノ保護ヲ爲サリシテ理由トシテ之ニ賠償ヲ求ムルコト能ハサルコト方今稍ヤ一定シタル所ナリ千八百十四年英米戰爭中米國ノ私船「アームストロング」號ハ葡萄牙港内ニ於テ英國軍艦ノ爲メ破壊セラレタルニ米國政府ハ葡國ニ對シ之ニ保護ヲ與ヘナリシテ理由トシテ損害賠償ヲ請求シ千八百五十二年佛國大統領「ルイ・ナポレオン」ニ其仲裁裁判ヲ依頼シ仲裁者ハ米國ノ請求ヲ不當トセリ其理由タル「アームストロング」號ハ葡國政府ノ保護ニ依頼セス英國軍艦ヨリ短艇ヲ以テ之ニ近キタルモノニ發砲シ自ラ葡國ノ中立ヲ犯シタルニ因リ同國ニ於テ之ヲ保護スヘキ義務ヲ免レタルモノト云フニ在リ此判決ノ理由ハ英國法學者ハ正當トシ米國ニ於テハ之ニ反對若クハ制限ヲ爲サントスルノ傾向アリ而シテ米國國會ハ「アームストロング」號所有者ニ國庫ヨリ賠償ヲ拂フコトヲ決議セリ要スルニ此場合ニ於テハ英、米兩國ノ船舶ト共ニ葡國ノ中立ヲ侵害シタルモノニシテ其不正ノ行爲ニ基ケル損害ニ對シ中立國ヨリ賠償ヲ求ムル能ハストスルニ外ナラス

然レトモ此事件ヲ審ニ研究スルトキハ其判決ハ正當ナレトモ理由ハ完全ナルモノト謂フコト能ハス何トナレハ此事件タル英國軍艦ノ意思如何ナリシヤニ拘ハラズ兵力爭鬪ハ米國船ニ因リテ開始サレタルコト疑ナキヲ以テ英、米船舶共ニ葡國ノ中立權ヲ侵害シタルモノトス而シテ其不法行爲ノ結果タル損害ヲ葡國ニ對シ賠償ヲ求ムル能ハサルハ論ナキ所ナリ然レニ判決ノ理由ニ云ヘル如ク單ニ敵國ヲ攻撃シタル事實アルノミニテハ必スシモ中立國ハ之ニ保護ヲ爲スヘキ義務ヲ免ル能ハスシテ若シ交戰國一方ノ船舶ニシテ中立國領海ニ於テ敵國軍艦ノ攻撃ヲ受ケタルトキ自衛上之ニ抵抗スルハ決シテ中立國ノ主權ヲ侵犯スルノ犯意ナキニ由リテ之ヲ不法ト爲ス能ハサルモノナルヲ以テナリ故ニ交戰國船舶ハ中立國版圖内ニ於テ敵國ノ攻撃ヲ受ケルトキハ固ヨリ中立國政府ニ其保護ヲ依頼スヘシ而シテ中立國ノ之ニ應スルノ意思ナキカ若クハ其保護ヲ與フルノ力ナキニ於テハ自衛上ノ行動ヲ爲シ得ヘキモノトス

交戰國一方ニ對スル戰爭行為ヲ爲スノ準備ヲ中立國版圖内ニ於テ防止スヘキ義務ニ付テハ中立國ハ戰爭ニ使用ノ目的ヲ有スル船舶及ヒ器具等ヲ其版圖内ニ於テ製造シテ自國ヨリ出ツル者ヲ絕對ニ禁止スヘキ義務アリト云フニ非ス固ヨリ此等ノ物件ハ戰時禁制品ナルヲ以テ交戰國ハ其敵國ニ入ラントスルトキ之ヲ捕獲沒收シ得ヘキモノナレトモ中立國ハ其出港ニ關シ何タル義務ヲ有スルモノニ非ス然レトモ軍艦其他ニシテ現ニ行ハレツツアル戰爭ニ使用サルモノノ目的ナルトキハ其出港ヲ防止スヘキ然レトモ意慢又ハ不公平ヨリシテ其出帆ヲ爲スニ至リタルトキハ其結果ニ付キ責任ヲ免ルコト能ハス然レトモ此道理ヲ實際ニ適用スルニ當リテハ最モ困難ヲ極メ千八百六十三年英國法廷ハ「アレキサン德拉」事件ニ於テ判決シタル所ニ依リテ觀ルモ第十九世紀ノ半頃マテハ同國ノ意見トシテ戰爭國ニ適シタル船舶ノ中立國領海ヲ出ツルヤ否ヤ戰國行為ヲ爲シ得ヘキ狀態ニテ出帆スルニ非サレハ中立國ハ之ヲ防止スヘキ義務ナキコトト爲シタルニ既ニ説明シタルカ如ク「アラバマ」事件ニ由リ此意見ハ中立國ノ義務如何ヲ區別スルニ當リ不完全ナルコト明カナルニ至リ又米國ニ於テハ船舶ノ戰爭行為ニ用ヒラルヘキモノト證據ニ依リ認メ得ヘキトキハ中立國ハ其出帆ヲ防止スヘキモノトシ此點ニ關シテ「アラバマ」判決並ニ華盛頓條約ニ就キ議論ノ絶エサル所ニシテ此問題ハ國際公法上未定ノ地位ニ在ルモノトス隨テ各國ハ今日此點ニ付テハ任意ニ之ヲ定メ米國法廷ノ意見ニ依ルトキハ軍艦、兵器ヲ賣買スルノ

意思ニテ中立國ヲ出帆スルハ禁セザル所トシ戰鬪行為ヲ爲スノ意思ヲ以テノ出港ハ中立國ニ於テ禁止スヘキモノトセリ即チ同國法學者「ダナ」ハ之ヲ審ニ說明シテ曰ク中立國版圖内ニ於テ戰時禁制品ヲ製造シ捕獲ノ危險ヲ冒シテ交戰國ノ市場ニ出スハ不法ニ非スシテ交戰國ノ之ヲ捕獲シ得ヘキ權利アルニ過キス然レトモ交戰國一方ニ戰爭上直接ノ妨害ヲ爲ス爲メ又ハ妨害セントスル結果ノ目的ヲ以テ出帆スルハ中立國ニ於テ禁止スヘキ義務ヲ有ストセリ此米國ノ意見ニ據ルトキハ同一物件ノ出港ニ際シ其意思如何ヲ識別スルノ困難アリ加フルニ其物件ヲ賣却スルノ意思ト戰鬪ニ使用スルノ意思ト混同シ居ルコト尠カラズ此點ニ付テハ千八百三十二年「クインシー」事件ニ於テ米國法廷ハ戰鬪行為ヲ爲スヘキ事實上確定シタル意思ト未確定又ハ條件附ノ意思トヲ區別シ「クインシー」氏ノ所有船「ポリバー」號ノ米國ニ於テ製造サレ西印度島ニ航海シ同島ニ於テ「ブラジル」王ノ爲メ戰鬪行為ヲ爲スノ材料ヲ得ントシ米國ヲ出帆セントシタルハ其船舶ノ戰鬪行為ヲ爲スニ關シテハ條件附ノモノナルニ由リ無罪ノ判決ヲ下セリ但シ米國ノ如ク賣買ノ意思ト戰鬪ノ意思トヲ區別シテ以テ中立國ノ義務ヲ判定スルハ最モ困難ニシテ實際行フヘカラサルコトアルニ因リ「ホール」ハ自己ノ意見トシテ船舶ノ構造上主トシテ戰鬪ノ用ヲ爲スヘキモノハ其出帆ヲ禁シ之ニ反シテ主トシテ商業用ニ適スルモノハ戰鬪中交戰國ニ引渡ヲ爲スモ妨ナシトスルヲ以テ國際公法ノ法則ト爲サンコトヲ希望セリ然レトモ此說タル意思如何ヲ區別スルノ困難ナキト同時ニ商船トシテ引渡シタル船舶ノ軍艦其他ニ轉用セラルヘキ弊害ヲ免レス要スルニ此點ニ付テハ確定シタル法則ナク「ホール」ノ說モ一箇ノ私見トシテ見ルヘキナリ

第四章 交戰國ノ中立國民ニ對スル權利

第一節 總則

國際公法ノ果シテ法律ナリヤ否ヤニ付テハ議論ノ存スル所ニシテ其法則ニ違反スル者アル場合ニ於テ制裁力ノ存セザルハ之ヲ法律ト爲スヘカラストスル主ナル論據ト爲ルモノトス然レトモ國際公法ノ法則中ニ付キ此論據ノ例外ト爲リ法則違反ノ場合ニ制裁ノ現存スルモノアリ即チ本章ニ論スヘキ凡テ戰鬪中ニ於テ中立國民ノ行為ヲ拘束スヘキ交戰國ノ權利ニシテ海上ニ於テ中立國民人ニシテ交戰國間ニ於ケル戰鬪ノ權利ヲ侵害スルトキハ交戰國ハ之ヲ逮捕シ自ら處罰ヲ爲シ得ヘク中立國モ之ニ對シテ故障ヲ唱フルコト能ハサルモノトス而シテ交戰國ノ斯ル行為ヲ處罰スルニ付テハ國際公法ノ法則ニ由リ捕獲審檢所ノ裁判ヲ以テシ中立國ト交戰國トノ間ニ於テハ之カ爲メ直チニ外交上ノ問題ヲ惹起スコトナク單ニ交戰國ニ於テ其裁判不當ナル場合ニ際シ之ニ對シテ中立國ハ賠償ヲ請求シ得ヘキニ過キス元來國際公法ハ國家ト國家トノ權利義務ノ關係ヲ定メタル法則ニシテ國家ト箇人トノ權利義務ヲ論スルニ非サルヲ通則トシ國際公法上ノ主體ハ管ニ國家又ハ交戰團體ナルニ拘ハラズ何故ニ本章ニ於テ交戰國ノ中立國民人ニ對スル法則ヲ國際公法中ニ於テ論スルヤト云ハハ戰時禁制品、封港等ニ關シテ承認ニ出テ列國ハ明示又ハ默示ノ同意ヲ以テ國際公法上ノ法則ト認メ公海ニ於テハ船舶並ニ人民ノ行為ハ其本國ニ於テ審理裁判スヘキモノナルニ拘ハラズ列國ノ合意ニ因リ其戰爭ニ關スル一定ノ行為ハ之ヲ各自國ニ於テ審理裁判セシメテ交戰國ノ審理裁判ニ一任シタルニ基クモノトス

## 第二節 中立國人民ノ普通商業

### 第一款 中立國人民ノ財產

交戰國領内ニ於ケル中立國人民ノ財產ハ戰爭ノ普通ノ原則ニ由リ支配セラルヘキモノナレトモ海上ニ於ケル中立國人民ノ商業ニ付テハ中立國財產ノ敵國船舶ニ在ルコトアリ敵國財產ノ中立國船舶ニ在ルコトアリテ交戰國ノ利害關係ト中立國ノ利害關係トハ斯ル船舶並ニ搭載品ノ取扱ニ付キ尤モ錯雜ヲ極メ往來其利害ノ抵觸シ居ルヲ以テ中立國ノ利益ヲ侵害スルコトナクシテ敵國人及ヒ其財產ヲ攻撃スルコト最モ困難トス茲ニ中立國人民ノ普通商業ト云フハ中立國私人ノ船舶及ヒ其搭載品等ニシテ其船舶ノ使用ハ戰時國際公法ノ法則上禁制スヘキモノナラサルトキ又其貨物ハ之ヲ搭載スル船舶ノ戰爭行為ニ何タル關係ヲ有セス又其船舶若クハ貨物ハ其到達地ニ付キ禁制サレ居ラサル商業ヲ意味スルモノニシテ中古以來「コンソラト」<sup>1</sup>、<sup>2</sup>「デル、マール」<sup>3</sup>法典ニ於テハ交戰國ハ凡テ海上ニ於ケル物品所有者ノ敵入ト否トニ據リテ之ヲ捕獲スヘキモノト否トヲ定メタルモノニシテ敵國ノ物品ハ中立國船舶ニ搭載スルトキト雖モ之ヲ捕獲シ其船舶ヲシテ敵物ヲ自國ニ取り安全ナル場所ニ運搬セシメテ之ヲ取得シ船長ハ物品所有者ト其運搬ニ付キ約定シタル運賃ヲ受取り之ニ反シテ中立國ノ物品ハ敵國船舶中ニ在ルトキモ捕獲セラルコトナク單ニ物品所有者ニ於テ其船舶ヲ賠償シテ航海ヲ繼續スルヲ得ヘク若シ其船舶ノ賠償ヲ爲ササルトキハ捕獲者ハ其船舶ヲ自國ニ送致シテ之ヲ取得シ貨物所有者ハ其船舶所有者ニ拂フヘキ運賃ヲ捕獲者ニ拂フヘキモノトセリ而シテ若シ此場合ニ於テ貨物所有者ハ船舶賠償ニ付テ捕獲者ニ對シ満足スヘキ協商ヲ爲サントスルモ拿捕者ニシテ之ヲ拒ムトキハ貨物所有者ハ捕獲者ニ對シ損害ノ賠償ヲ求メ得ヘク又貨物ノ運賃ヲ捕獲者ニ支拂フノ義務ナシトセリ此法則ハ宗教改革ノ頃ヨリシテ歐洲一般ニ行ハレ文明ノ進歩ト共ニ商業ノ隆盛ニ赴キタルニ隨ヒ拿捕シタル船舶其他財產ヲ交戰國ハ裁判シテ其捕獲スヘキモノト否トヲ審理スル爲メ捕獲審檢所ヲ設タルノ義務ヲ諸國一般ニ認メ敵國ノ中立國船舶中ニ在ルトキハ船舶ヲ解放シテ敵物ノミヲ沒收シ其船舶所有者ハ其物品ノ運賃ヲ受ケ之ニ反シテ敵船ヲ捕獲シタルトキハ之ニ搭載ノ中立國財產ヲ解放スルノ法則ハ「グロシユース」<sup>4</sup>「ピンケル」<sup>5</sup>「シヨーク」<sup>6</sup>及ヒ「バテル」<sup>7</sup>ヲ始メ第十八世紀ノ中頃ニ至ルマテノ學者ハ之ヲ唱道シ英國ノ如キモ千八百五十六年ニ至ルマテ此法則ニ準據セリ

斯ク物品所有者ノ敵入ト否トノミニ由リテ捕獲ト否トヲ決スルノ法則ハ商業ノ發達スルニ隨ヒ中立國ノ商業ニ對シ戰爭妨害ヲ減スルノ主旨ヨリシテ變例ヲ生シ單ニ船舶所有者ノ敵入ト否トニ由リテ其搭載品ノ敵物ト否トニ拘ハラス之カ捕獲ト否トヲ定ムヘキ所謂自由船舶自由物、敵船敵物ノ法則ハ第十七世紀中和蘭國ニ於テ主唱セシ所ナリ此法則タル固ヨリ當時國際公法ト爲スヘカヲサリシヲ以テ列國ノ其利益ヲ得ントセハ條約ヲ以テ之ヲ約定スヘキコトト看做サレ千六百五十二年乃至千八百一年ノ間ニ於テ諸國ハ此規定ヲ條約ヲ以テ定メタルモノ多ク又此新法則ト「コンソラト」<sup>1</sup>、<sup>2</sup>「デル、マール」<sup>3</sup>ノ原則ヲ合併シ混同シテ大陸學者中ニ於テハ敵船ニ於ケル中立國ノ貨物ヲ自由トシ中立國船舶中ニ於ケル敵物ヲモ自由ナリト出張シタル者アリ之ニ正反對ニテ佛國ノ如キハ第十六世紀及ヒ第十七世紀ニ於テ時トシテハ敵船ニ於ケル中立國ノ財產並ニ中立國船舶ニ於ケル敵物ヲモ捕獲沒收シ甚シキニ至リテハ佛國「ルイ」十四世ヲ始トシ佛國ハ千六百八十年以後西班牙國ハ千七百四十四年以後千七百四十四年ニ至ルマテ敵物搭載ノ中立國船舶ヲモ其敵物ノ搭載ノ故ヲ以テ沒收シタルコト少カラス斯ク海上捕獲ニ關シテ國

際公法上一定ノ法則確定シ居ラサリシカ爲メ其後諸國ハ各任意ニ之ヲ處置シ其捕獲沒取ヲ國ニ由リテ異ニシ來リタルコトナルカ千八百五十四年英佛兩國ハ露國ニ對スル「クリミア」戰爭中ニ於テ中立國ノ船舶ニ搭載ノ敵物並ニ敵國船舶中ニ在ル中立國物品ヲ沒取セサルコトト爲シ此時ヨリシテ海上捕獲ニ關シテ中世ノ法則ト近世諸國ノ實例トノ間ニ折衷ヲ見ルニ至リ自由船自由物ノ原則ヲ適用スルト同時ニ敵船敵物ノ道理ヲ援用セスシテ敵船中ノ物品ニ關シテハ「コンソラトール、デル、マール」ノ古法則ヲ適用シ其結果トシテ中立國商業ニ最モ重大ナル原則ヲ巴里宣言ニ由リテ設定スルニ至レリ然レトモ此現行法則タル「クリミア」戰爭ニ於テ發明シタルニ非スシテ千七百五十二年「シレシア」負債事件ニ於テ普國ハ英國ニ對シテ其道理ヲ國際公法ノ法則ト主張シタレトモ普國ハ英國政府ノ議論ニ壓セラレ又捕獲ニ關シテ巴里宣言ノ主義ヲ千七百八十二年所謂第一武裝中立及千八百零年第二武裝中立ノ同盟國ノ主張シタル所タリ然ルニ露國「カザリシ」ニ世ノ唱道ニ係ル第一武裝中立ノ宣言ハ千七百八十二年英、米兩國ノ締結條約ニ於テ其實效ナキニ至リ第二武裝中立ニ於ケル同一ノ宣言ハ其主唱者タル露帝「ポール」一世ノ崩御ト共ニ其勢力ヲ失ヒ之ト同時ニ此主義ニ反對セル英國政府ニ於テ中世ノ法則ヲ墨守シ最正ナル態度ヲ盡シタルカ爲メ數箇月ノ後ニ實行ナキニ至リ其後海上捕獲ニ關シテ諸國ノ態度一定シタル所ナカリシカ「クリミア」戰爭ニ於テ英佛兩國ハ此點ニ付キ一致ノ態度ヲ取り同戰爭終了後千八百五十六年四月十六日英、佛、普、奧、露、サルヂニヤ」及ヒ土耳其ノ七國ハ巴里宣言ヲ以テ前ニ述ヘタル四箇條ノ約定ヲ爲シ其第二條ニ於テ局外中立國ノ旗章ヲ掲タル船舶ニ搭載スル敵國ノ貨物ハ戰時禁制品ヲ除クノ外之ヲ拿獲スヘカラサルコト又第三條ニ於テ敵國ノ旗章ヲ掲タル船舶ニ搭載スル局外中立國ノ貨物ハ戰時禁制品ヲ除クノ外ハ之ヲ拿獲スヘカラサルコトトシ北米合衆國、西班牙、墨西哥、ペ

ネジニヤ」及ヒ支那ヲ除キ其他諸國ハ悉ク此宣言ニ加盟スルニ至レリ而シテ米國ノ之ニ加盟セサルノ理由並ニ方今ニ於テハ縱令巴里宣言ニ加盟セサル國家ニ於テモ其加盟セキヲ理由トシテ此原則ノ實行ヲ拒ミ能ハサルニ至リタルノ事由アルコトハ前ニ詳述シタルカ如ク又實例ニ於テモ千八百五十六年以後ノ戰爭ニ於テ此法則ニ反對ノ行爲ヲ爲シタル國ナシ

茲ニ問題ト爲ルハ第二條ニ於ケル中立國船舶中ニ在ル敵國物品ヲ拿捕スルノ妨害ヲ中立國船舶ニ加ヘサルハ巴里宣言ニ由リ中立國ニ與ヘタル特典ナレトモ此點ニ付キ二箇ノ疑問ノ生シ來ラサルヲ得ス即チ第一ハ同宣言ニ加盟セサル中立國ニ對シテ同宣言ニ加盟セル交戰國ハ此特典ヲ與フヘキノナルヤ否ヤニシテ勿論中立國ノ同宣言ニ加盟セサル者ハ此特典ヲ權利トシテ要求スルコト能ハス何トナレハ凡ソ條約ハ締盟國相互間ニ於テノミ拘束力ヲ有スルノミナラス既ニ宣言ノ末條ニ於テ同條約ハ締盟國又ハ之ニ加盟ノ國家間ヲ除クノ外ハ拘束力ナキコトヲ明定セルヲ以テナリ然レトモ巴里宣言ニ加盟セサル國ニシテ自ラ戰爭ヲ爲スニ當リ方今ニ於テハ中立國旗ノ下ニ在ル搭載品ヲ保護セルコト能ハサルノ事情ニ立至リ又之ヲ保護スルノ道理ニ由リ行動スルニ拘ハラス宣言ニ加盟セル國家ノ戰爭ヲ爲スニ際シテ斯ル中立國ニ對シテハ宣言ニ加盟セサルノ故ヲ以テ宣言ノ明文上中立國ニ與ヘタル特典ヲ與ヘス又之ヲ受クル能ハストスルトキハ其中立國ニ於テ自ラ好感情ヲ有スル能ハサルヘキノ由リ列國ノ實例ニ於テモ千八百七十年普佛戰爭中兩國ハ巴里宣言ニ加盟セサル米國及ヒ西班牙國ノ船舶ニ關シテモ同シク此宣言ノ規定ニ依リテ行動セリ更ニ又第二ノ疑問タルヘキハ交戰國ノ一方ハ同宣言ニ加盟シ他ノ一方ハ之ニ加盟セサル者ナルトキハ加盟國ハ敵國ニ對シテ巴里宣言ノ規定ヲ實行スルノ義務アリヤ否ヤノ問題ヲ生スルヲ免レス此點ニ付テモ議論ヲ存スル所ナレトモ前述ノ理由ニ據リ實例ニ於テハ千

八百六十年阿片戰爭ニ於テ英、佛兩國ハ清國ニ對シテ千八百八十五年智利「ペリウ」兩國ノ西班牙國ニ對シテ千八百九十四年日清戰爭中我國ノ清國ニ對シテモ敵國ハ巴里宣言ニ加盟セサルニ拘ハラス同宣言ノ規定ヲ實行シ清國モ亦中立國船舶中ニ於テ我國ノ物品又ハ我國船舶中ニ於ケル中立國ノ物品ヲ捕獲セント企テタルコトナシ

### 第二款 臨檢及ヒ捜査

戰爭中交戰國軍艦ハ敵國ノ軍艦ニ對シテ戰闘ヲ爲シ得ヘキハ勿論敵國ノ私有船舶ハ之ヲ拿捕シ得ヘキハ既ニ述ヘタル所ナリ而シテ海上ニ於ケル私有船舶ニシテ果シテ自國ニ屬スルヤ敵國ノ所有ナルヤ將タ中立國ニ屬スルモノナルヤ判然ナラサルコトアルノミナラス其國籍又ハ國旗ヲ僞ルコトアリ加之中立國ノ船舶ナルコト疑ナキ場合ニ於テモ其到達港ハ封港ヲ破ルノ目的ナリヤ否ヤ戰時禁制品ヲ搭載スルヤ否ヤ又中立違反ノ使用ニ供セラレ居ルヤ否ヤニ付テハ交戰國軍艦ニ於テ一般ノ商船ニ對シ臨檢捜査ヲ爲スヘキ權利ナシトセハ交戰者ハ海上捕獲ノ權利ヲ有スルモ全然無用ニ屬スルノ結果ヲ來スヘク交戰國ノ中立國民ニ對スル權利ヲ論スルモ實用ナキニ至ルヘシ故ニ交戰國軍艦ハ海上ニ於テ自國船舶、敵國船舶ニ付テハ固ヨリ臨檢、捜査ノ權利ヲ有スルノミナラス中立國ノ領海以外ニ於テハ第三國ノ私有船舶ニ對シテ亦其進行ヲ停止スルコトヲ命令シ之ニ臨檢及ヒ捜査ヲ行ヒ其船舶並ニ搭載品ノ果シテ捕獲スヘキ物ナリヤ否ヤヲ檢査スルノ權利ヲ有スル古來ノ慣法ニシテ學者モ之ニ異論アルコトナク諸國一般ニ承認スル所ノ法則トス而シテ此權利ハ單ニ戰爭中ニ限り平時ニ於テハ他國船舶ニ對シテ私權利ヲ有スルコトナク又戰爭中此權利ヲ行フ者ハ交戰國ノ軍艦ニ限り又其臨檢、捜査ヲ受クヘキ者モ

亦第三國ニ對シテハ其私有船舶ニ限り官船ニ及ホスコト能ハスシテ中立國ノ軍艦其他官船ニ對シテ之ヲ行ハントスルハ其國主權ニ對スル大ナル侮辱ニシテ其權利ノ侵害トス而シテ交戰國軍艦ノ臨檢、捜査ヲ爲スニ付テハ中立國ノ船舶モ之ニ服従スヘク若シ抵抗スルニ於テハ其船舶ハ敵國ニ屬スルモノト同一視セラレ沒收ヲ受クヘキモノトス之ニ反シテ敵國商船其他ノ私有船舶ニ臨檢、捜査ヲ爲サントスル場合ニ於テハ其船舶ハ之ニ抵抗スルノ權利ナキニ非スシテ其抵抗ハ爲シ得ヘキモ其方足ラサルニ於テハ之カ爲メ苛酷ナル處罰ヲ受クヘキ危險ハ自ラ伴ハサルヲ得ス凡テ捕獲ニ關シ我國海軍捕獲規程第一條ニ於テモ帝國軍艦ハ敵國若クハ嫌疑アル船舶ノ進行ヲ止メ之ヲ拿捕スルコトヲ得トアリテ交戰國軍艦ハ海上ニ於テ私船ニ遇ヒタルトキハ信號旗又ハ汽笛若クハ空砲ヲ發シテ其進行ノ停止ヲ命令シ若シ停止ヲ肯セス又ハ逃亡セントスルトキ或ハ抵抗シタルトキ若クハ敵國船舶ナルトキハ之ヲ拿捕シ得ヘク又中國ノ商船ハ其中立國ニ屬スルコト並ニ其航海ノ目的ヲ證明スヘキ證書ヲ船中ニ有スヘキヲ以テ海上ニ於テ交戰國軍艦ノ爲メ其進行ヲ停止セラレタルトキハ軍艦ヨリ派遣スル士官ニ其船舶ノ國籍、航海ノ目的及ヒ荷物ノ性質ヲ書類ニ據リ其尋問ニ對シテ證明セサルヘカラス斯ク交戰國軍艦ニシテ私有船舶ノ航海ノ進行ヲ停止シテ其船舶ヲ調査スルヲ臨檢ト曰ヒ斯ル場合ニ當リ尙ホ交戰者ニ於テ疑ヲ招クトキハ其船舶ヲ捜査、檢査スルヲ得之ヲ名ケテ捜査權ト曰フ

交戰國軍艦ノ斯ク臨檢、捜査ヲ行フカ爲メ船舶ニ接近スルニ當リテハ特ニ軍艦ノ國旗ヲ僞リ又ハ國旗ヲ掲揚セサルモ妨ナシト雖モ臨檢捜査ヲ行フニ際シテハ其軍艦本國ノ國旗ヲ掲揚セサルヘカラス又私船ニ停止ヲ命シタル場合ニ於テ之ヲ肯セサルトキハ空砲ヲ發砲シ又ハ實彈ヲ其船體ニ近ク發射シテ其命令ヲ遵奉セシメ得ヘク其他私船ノ進行ヲ停止セシムルニハ如何ナル信號ヲモ用ヒ得ヘキモノナリ而

シテ尙ホ其命令ニ從ハサルトキハ兵力ヲモ用ヒ得ヘキモノトス然レトモ臨檢、搜查ヲ行フニ當リテハ相當ノ禮義ヲ守リ成ルヘク其船舶ノ航海並ニ内部ノ事務ニ妨害ヲ加フルコトハ避ケサルヘカラス而シテ臨檢、搜查ノ結果ニシテ其船舶又ハ積荷ニ嫌疑アルトキハ之ヲ最近ノ自國ノ捕獲審檢所ニ送致シ裁判セシムヘク其審判ニ由リ處罰セラルヘキモノハ沒收セラレ之ニ反シテ十分ノ疑アリタルモ捕獲ト爲ルヘキ證據不十分ナルトキハ放免セラレ船舶ノ抑留及ヒ航海遲延ニ伴フノ費用ハ船主ノ負擔ニ屬シ其拘留引致ニシテ軍艦ノ專横ニ出テ拿捕ノ理由ノ存セサルトキハ軍艦本國ハ其損失ヲ負擔セサルヘカラス要スルニ中立國ノ私有船舶ニシテ拿捕セラルヘキ場合ハ第一、交戰國軍艦ノ臨檢、搜查ニ反抗スルカ第二、其臨檢、搜查ニ依リ船舶ノ不正ノ行爲ニ使用セラレ居ルカ又ハ其搭載品ニシテ捕獲セラルヘキモノナルコト明カナルカ又ハ正當ニ其疑アルトキ第三、船舶ノ書類ニ付キ船舶真正ノ性質ニ不明ナル所アル場合トス

前述ノ法則ニ據リ交戰國モ安全ニ戰時ノ權利ヲ行ヒ得ヘク中立國ノ船舶モ亦不當ナル拘留引致ヲ免ルヘキコトナレトモ近來中立國船舶ヲ保護セントノ熱心ヨリシテ一層嚴ナル制限ヲ臨檢、搜查ノ實行ニ加ヘント主張スル學者ナキニ非ス「ホートフキユ」ノ如キハ臨檢士官ハ船舶ノ記錄書類以外ヲ臨檢スヘカラストシ「ネルトラン」ハ其書類ニ詐偽ノ疑アルトキニ限り其以外ノ處分ヲ爲シ得ヘシトセルモ此等ノ說ハ現行國際公法ノ法則ト看ルヘカラスシテ列國條約ヲ以テスルニ非サレハ其說ヲ實行スルコト能ハス又學理上ニ於テモ苟モ交戰國ニ於テ敵國私有財産又ハ戰時禁制品ヲ捕獲シ得ル權利ノ存在スル間ハ交戰國ヲシテ臨檢、搜查ノ權ヲ十分ニ行ハシメサルニ於テハ捕獲ノ法則ハ自ラ實用ヲ見ルコト能ハサルニ至ルヤ明カナリ故ニ我國海軍捕獲規程第一二條ニ於テモ臨檢、搜查ノ方法ヲ詳細ニ規定シ艦

長ハ船舶ノ拿捕スヘキ疑アル場合ニ限り臨檢員ヲ任命シ臨檢ヲ行フモノトシ其船舶ノ進行中止ヲ命ジ臨檢員ハ先ツ船舶ノ書類ヲ點檢シ書類其他ノ點ニ於テ疑ナシト斷定スルトキハ直チニ放免シ之ニ反シテ疑アリト思考スルトキハ船内ヲ搜查シ閉鎖シタル場所及ヒ器具ハ船長若クハ代理者ヲシテ開カシメ拒ムトキハ臨檢ノ處置ヲ爲スヘシ云云ト規定シ第一二三條ニ於テハ臨檢及ヒ搜查ニ依リ艦長若シ該船ニ嫌疑アリト思考シタルトキハ艦長ヲシテ説明ヲ與フルノ便ヲ得セシメ艦長説明ノ後猶ホ拿捕スヘキ證據アリト信スルトキハ該船舶ヲ拿捕スヘキモノトス拿捕スヘキ證據ト爲ルヘキ事項トハ第一、船ノ性質、裝裝及ヒ積荷第二、該船ノ書類第三、船長及ヒ水夫ノ證言ヲ云フト規定セリ

茲ニ問題ノ存スルハ中立國船舶ノ船長ニシテ臨檢、搜查ニ反抗スル場合ニ於テハ其船舶ノ搭載品ヲモ捕獲シ得ヘキヤ否ヤノ疑問ナリ勿論船長ノ臨檢、搜查ニ反抗スルトキハ其船舶ノ沒收サルヘキコトハ交戰國ノ權利トシテ第三國ノ領海以外ノ海上ニ於テハ總テノ船舶ヲ正當ニ臨檢、搜查スルノ權利アルヲ以テ之ヲ妨害スルノ點ヨリシテ自ラ其違反ノ處罰アルヘキハ論ナシト雖モ之カ爲メ其船舶中ノ搭載品ヲ沒收サルヘキヤ否ヤニ付テハ議論アルヲ免レス此點ニ關シテハ英、米兩國ノ法廷ニ於テハ其處分ニ付キ論究シタルノ實例アリテ兩國共ニ斯ル場合ニ於テハ其搭載品ハ船舶ノ運命ニ伴フモノトシ船舶ノ違反ニ因リ沒收セラルトキハ搭載品ヲモ沒收スルコトト爲シ船員ノ國際公法ニ對スル犯行ハ其保管ノ下ニ居ル財産ハ全然處罰スヘキモノトセリ然レトモ敵國船舶中ニ在ル中立國ノ搭載品ニ付テハ其趣ヲ異ニシテ若シ其船舶ノ臨檢搜查ニ反抗スル場合ニ於テハ英、米兩國ハ互ニ其意見ノ一致ヲ見ル能ハスシテ英國ハ其搭載品ハ船舶ノ反抗ノ爲メニ何タル影響ヲ被ルヘキモノニ非ストシ敵國船長ハ其保管ノ下ニ在ル財産ヲ敵國ヨリ取戻スノ權利ヲ有スルト同等ニ中立國ノ物品所有者ハ其船長ノ敵國軍艦





ニ反抗ヲ豫想セザル所ナリトシ之ニ反シテ中立國民人民ニシテ其物品ヲ敵國ノ軍艦其他武裝ノ商船中ニ搭載スルトキハ其搭載品ハ敵國ノ爲メ保護セラルヘキコトハ容易ニ豫想シ得ヘキニ由リ固ヨリ敵物トシテ沒收セラルヘキモノトセリ然ルニ米國ニ於テハ中立國民人民ノ目的ハ更ニ其物品ヲ運搬スルニ在リテ之ヲ運搬スル船舶ノ武裝スルト否トハ物品所有者ノ關係セザル所ナルカ故ニ其武裝スルト否トニ由リテ捕獲スル能ハストスルニ在リ然レトモ此點ニ付テハ英國ノ意見ハ正當ニシテ武裝ノ敵船中ニ在ル搭載品ハ捕獲セラルヘキカ如シ

臨檢、搜查ニ付キ議論ノ存スルハ中立國船舶カ其國軍艦ノ警護ニ係ルモノニ對シ交戰國軍艦ノ臨檢、搜查ヲ行フコトヲ得ルヤ否ヤノ點ニシテ千六百五十三年英國ト「バルチック」聯合國トノ戰爭中瑞典國女王「クリスチカカ」ハ布告ヲ出シテ自國商船ハ軍艦ノ警護ノ中ニ航海スルヲ得ヘク斯ル場合ニハ警護艦ハ其保護ノ下ニ在ル船舶ノ臨檢、搜查ヲ拒絕スヘキコトヲ訓令シ第十八世紀ノ中頃ヨリシテ此點ニ付キ列國間ノ問題ヲ惹起シタルコト少カラス千七百八十年和蘭國ハ其軍艦ニ命令ヲ下シ中立國軍艦ノ自國船舶ヲ警護シテ航海スルトキハ軍艦ニ於テ其警護スル船舶ニ罪狀ナキコトヲ言明スルトキニ限り之ニ臨檢、搜查ヲ行フヘカラストシ千七百八十一年瑞典商船六艘ノ軍艦警護ニ係ルモノニ對シテ英國軍艦ノ臨檢ヲ試ミタルカ爲メ兩國ノ問題ト爲リ瑞典國ハ之ヲ露國ニ訴ヘ露帝「カザリン」ニ對シテ首唱ニテ第一武裝中立ノ同盟起レリ其武裝中立ノ宣言中ニ於テ軍艦警護ノ下ニ在ル中立國船舶ニ對シテ臨檢、搜查ノ權利ナキコトヲ規定シ諸國ハ條約ヲ以テ之ト同一ノ規定ヲ爲スモノノ多ク米國モ千七百八十二年乃至千八百十年ニ於テ斯ル條約ヲ六箇國ト締結シ大陸ノ學者ハ此臨檢ヲ免除スヘキコトヲ主張スルノミナラス之ヲ國際公法上ノ法則ト論シ英、米學者ハ之ニ反對シ米國學者ノ說ニ依レハ條約ヲ以テ同一ノ規

定ヲ爲スニ非サレハ交戰國ハ決シテ中立國軍艦ノ警護ノ爲メ臨檢、搜查ノ權ヲ失ハサルモノトシ殊ニ英國政府ハ當初ヨリ臨檢、搜查ヲ免除スヘキ條約ヲ他國ト締結シタルコトナク千七百九十八年「マリ」號事件ニ於テハ英國艦隊カ英吉利海峡ニ於テ商船「同國軍艦」ノ警護セルニ拘ハララス之ニ臨檢ヲ試ミタルニ際シ瑞典軍艦ノ之ヲ拒ミタルヲ以テ其商船「マリ」號ヲ拿捕シ單ニ臨檢ヲ拒ミタルノ故ヲ以テ之ヲ沒收セリ尋テ第二ノ武裝中立同盟ハ露國ノ首唱ニテ惹起サレ其宣言中軍艦警護ノ下ニ商船ノ航海スルトキハ其士官ニ於テ商船ノ航海ニ付キ罪狀ナキコトヲ言明スルトキハ之ニ臨檢スルコト能ハストセリ然ルニ千八百十三年及十四年ニ於テ英國ハ武裝中立ノ同盟國タリシ露國、瑞典及ヒ丁抹ハ條約ヲ以テ此等諸國ハ臨檢ノ免除ヲ主張シ得ルト同時ニ英國ハ之ヲ拒絕シ得ヘキモノト規定シタルカ爲メ此點ニ付キ繩盟國各自ノ任意ト爲リ其後方今ニ至ルニ列國ノ慣例一定セス隨テ列國ハ各其政略上任意ニ之ヲ處理スルモノノ如ク英國ハ斷然臨檢、搜查ノ權ヲ主張實行シ佛國ヲ始メ獨、埃、西、伊及ヒ「バルチック」諸國ハ法律ヲ以テ警護軍艦ノ言明ニ信據シ船舶ノ臨檢、搜查ヲ行フヘカラストシ米國ハ中間ニ立テ法理論トシテハ英國主義ニシテ實行ハ大陸主義ヲ採リ警護軍艦ハ其警護ニ係ル船舶並ニ搭載物及ヒ到達港等ノ目錄ヲ備ヘテ之ヲ交戰國軍艦ニ證明スルコトト爲セリ要スルニ中立國商船ヲ軍艦ノ警護スル場合ニ於テ交戰國軍艦ノ之ニ臨檢、搜查ヲ爲スヘカラストスルハ未ダ國際法ノ法則ト爲スコト能ハス又理論上並ニ中立國及ヒ交戰國間ノ利益上ヨリスルモ長日月ノ間ニハ却テ不利ナルモノト謂ハサルヲ得ス然レトモ臨檢免除ニ付キ諸國一般ニ異論ナキ一點ハ中立國軍艦ニ於テ交戰國ノ船舶ヲ警護スルハ別ニ各々ヘカラストモ此場合ニ於テハ其船舶ノ爲メ臨檢、搜查ヲ免レシムルノ理由ナキカ如ク又中立國船舶ノ交戰國軍艦ニ警護セラルルハ中立ノ違反ナルニ由リ縱令其航海並ニ搭載品ニ罪

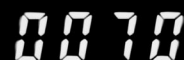
狀ナク單獨ニテ航海スルトキハ拿捕セラルヘカラサルモノモ敵國軍艦ノ警護ノ下ニ在ルノ理由ニ依リ捕獲セラルルノ危險之に伴フヘキモノナリ

### 第三節 封港

#### 第一款 封港ノ性質

封港ハ戰時國際公法中特ニ海上ニ於テノミ交戰國ノ行ヒ得ヘキ權利ニシテ之カ爲メ中立國ノ商業ニ大ナル影響ヲ有スルヲ以テ最重要ナルモノトス凡ソ陸戰ニ於テ軍隊ノ屯在地ヲ許可ナクシテ通行スルハ犯罪トシテ罰セラルトモ敵ノ城堡ヲ包圍スルトキハ城中トモ其以外ノ交通ヲ遮斷スルモノナレトモ海上ニ於テハ軍艦ノ屯在ノ場所ヲ商船ノ通行スルハ決シテ禁スル所ニ非スシテ中立國船船ハ戰爭中交戰國ニ交通通商ノ權利ヲ有ス然レトモ交戰國ハ戰爭ノ權利トシテ軍艦ヲ敵國ノ港灣ニ近ク置キテ其港内其他一定ノ場所ニ對シ諸國船船ノ出入ヲ一切禁止スルヲ得ヘク之ヲ名ケテ封港ト曰ヒ其目的トスル所ハ軍路上其封港シタル地方ヲ降服セシムルニ在ルコトアリ又商業政略上敵國ヲシテ外國トノ商業ヲ遮斷シ之カ爲メ敵國ノ財源ヲ涸渴シ其戰鬪力ヲ減殺スルニ在ルコトアリ而シテ其封港ノ爲メ損害ヲ被ルヘキモノハ管ニ敵國ニ止マラスシテ中立國船船モ其港灣ニ對シテ商業ニ從事スル能ハサルヨリ被ル果スル損害少カラサルモ是レ交戰國ノ戰爭ニ關シテ有スル國際公法上ノ權利ニシテ中立國並ニ其人民モ之ニ對シテ故障ヲ爲スコト能ハサルノミナラス其封港ヲ爲シタル理由ノ當否ニ付テモ容喙スルノ權ナシ然レトモ交戰者ト中立國トハ自ラ封港ニ付キ利害關係ヲ異ニスルヲ以テ古來交戰者ハ時トシテハ敵國ニ於ケル一定ノ港灣ヲ封港スル宣言ノミヲ爲シ又時トシテハ其封港ヲ維持スルニ不十分ナル兵

力ヲ設置シテ封港ノ結果ヲ收メントシ中立國ハ其利益上斯ル宣言の又ハ不完全ナル封港ノ爲メニ其商業ヲ妨害セラレサント欲シ第十八世紀ノ中頃以來此點ニ付テハ屢々國際問題ヲ惹起シ千七百八十年「バルチック」沿海諸國ノ第一武裝中立ニ於テハ封港ハ交戰國艦隊ノ近キ來ル爲メ中立國船船ノ其港ニ入ルニ付キ明カナル危險アル場合ニ非サレハ成立シタルモノト爲サス又封港ヲ爲ス軍艦ノ其港口ニ碇泊スルニ非サレハ封港ト爲ラサルモノトシ又千八百零九年露國ヲ始メバルチック諸國ハ第二武裝中立ノ條約ヲ結ビ封港ノ條件トシテ第一武裝中立ト同一ノ宣言ヲ爲シ加フルニ中立船船ハ總テ封港ヲ行ヒ居ル交戰國軍艦ノ司令官ニ由リ其封港ノ事實ヲ通告セラレ然ル後更ニ其港ニ入ラント企テタル場合ニ非サレハ拿捕サルヘカラストセリ此第二武裝中立ハ露國皇帝「ポール」第二世ノ崩去ト共ニ消滅セルカ其宣言ハ中立國ノ利益ヲ保護スルノ適當ニ失スルモノト謂ハサルヲ得ス之ニ反シテ千八百零六年及ヒ七年英國政府ハ樞密院令ニテ英國商船ノ入港ヲ拒ミ居ル大陸諸港灣ヲ悉ク封港ト宣言シ之ニ對シテ「ナポレオン」第一世ノ伯林及ヒ「ミラン」ニ於ケル宣言ニテハ實際佛國艦隊ハ優勢ナル英國海軍ノ爲メニ拿捕セラルルコトヲ恐レテ公海ニ出ツル能ハサルヲシニ拘ハラヌ英國全島ヲ封港ト宣言セシカ如キハ其封港ノ不法ニシテ中立諸國ハ之カ爲メ非常ノ損害ヲ受ケ北米合衆國ハ特ニ通商上ノ利益ヲ害セラレタルニ由リ英國ニ對シテ斯ル無法ノ封港ニ抗議シ遂ニ千八百一十二年英米戰爭ト爲レリ然ルニ千八百一十五年「ナポレオン」第一世ノ敗北以後ハ其問題ニ付キ諸國モ慮心平氣ニ思考スルニ至リ千八百五十四年「クリミア」戰爭ニ於テハ英佛兩國ハ封港ニ於テ充分ノ兵力ヲ要スヘキ說ヲ採リ遂ニ千八百五十六年巴里宣言ニテ同問題ヲ決定シ同宣言第四條ニ於テ港口ノ封鎖ヲ有效ナラシムルニハ實力ヲ用ヒサルヘカラスト即チ敵國ノ海岸ニ接近スルヲ實際防止スルニ足ルヘキ充分ノ兵備ヲ要スルコトノ規定ヲ爲セリ隨テ其封



港ノ場合ニ由リテハ小ナル軍艦ト雖モ時トシテハ封港ヲ爲スニ付キ大ナル艦隊ト均シク其目的ヲ達スヘキ場合ナキニ非ス畢竟スルニ巴里宣言ニ調印シタル諸國ノ代表者ノ辯明ニ由リテ觀ルモ封港ニ實力ヲ要スルト云フハ其封港ノ場所ヲ通過セント試ムルニハ實際ニ危險ナル兵力アルヲ要スルモノトス。茲ニ注意スヘキハ此宣言ノ規定ハ今日國際公法ノ法則ト爲リ居ルコトナレトモ大陸學者中ニ附會ノ說ヲ爲シテ封港ハ其封港ノ場所ニ對スル敵國ノ版圖權ヲ交戰國ノ取去ルニ過キサカ故ニ敵國領海以外ニ其權利ヲ及ホスコト能ハスト曰フ者ナキニ非ス然レトモ古來實例上並ニ法理上ニ於テ封港ナルモノハ交戰國ノ戰爭行爲ノ一ニシテ之ニ關スル交戰者ノ權利ハ領海以内ニ限ルヘキノ理由ノ存スルコト能ハス特ニ海戰ハ屢公海ニ於テ實行セララルコト多ク之カ爲メ中立國ノ船舶ノ其戰場ニ近クモノニハ危險ヲ與フルハ勿論ナレトモ領海以外ニ於テ中立國船舶ノ航海ニ妨害ヲ與フルノ理由ヲ以テ之ヲ禁シタルモノナク又之ヲ禁スヘキ理由ナキニ由リ唯リ封港ノ權利ニ限リ之ヲ敵國領海以外ニ及ホスヘカラルナルノ道理ノ存スルコト能ハスシテ斯ル學說ハ總テ今日ノ國際公法上認ムル所ニ非ス現今ノ國際公法ニテハ前記ノ如ク巴里宣言ノ文字以外ニ出ヅルモノニ非サルカ如シ封港ニハ軍艦ノ其港口ニ碇泊又ハ常置アルヘキコトヲ要ストスルモノアルカ如キモ是レ學者ノ好奇心ヨリ出テタル一家ノ私言ニシテ國際公法ノ法則ト爲スニ足ラス

### 第二款 封港ノ效力

紙上ノ封港ハ方今認ムル所ニ非ス隨テ有效ナル封港ノ種類ヲ其目的ニ由リテ分類セハ軍略上ノ封港ト稱シテ其地方ヲ降服セシムルヲ主旨トスルモノト商業上ノ封港ト曰ヒテ其地方ニ於ケル敵國商業ヲ妨ケテ其財源ヲ涸ラシムルモノノ二種ト爲スヲ得ヘシ就中敵國商業ヲ妨害スルカ爲メノ封港ニ付テハ近世之ニ反對ノ學說ヲ唱フル者アリテ斯ル封港ニ於テハ實際國ノ之ニ由リ利益ヲ得ルヨリモ寧ロ之カ爲メ中立國ニ加害スルコト一層大ナルニ由リ斯ル封港ヲ是認スヘカラストセリ方今ノ交通通商上ヨリ觀ルトキハ固ヨリ中立國ノ商業交通ヲ妨タルコト大ナルハ事實ナルモ古來諸國ノ實例上商業ノ封港ハ常ニ行ハレ來リタル所ニシテ國際公法上之ヲ正當ニ行ヒ得ヘキコトハ疑ナシ又封港ヲ其通告ノ有無ニ由リテ分類セハ單ニ實力上ノ封港ト他國ニ通告セタル實力上ノ封港ト二種ニ區別シ得ヘシ總テ封港ハ其地ニ中立國ノ商船ハ勿論軍艦ト雖モ出入ヲ禁スルモノナルヲ以テ之ヲ行フハ交戰國主權ノ行使ニシテ政府ノ命令ニ由ルカ又ハ明示若クハ默示ニテ之ヲ行フノ權力ヲ委任サレタル者ニ於テノミ實行シ得ヘキモノニシテ陸軍將帥ハ敵國ノ都市ニ對シ其職權上交通ヲ絶テ得ルト同シク海軍將帥モ亦其職權内ニ於テ敵國ノ港灣ヲ封港スルノ權利ヲ有ス然レトモ本國ヲ去ルコト遠カラシメテ其政府ヨリ特別ノ訓令ヲ受ケ得ヘキ場合ニ於テハ政府ノ訓令ニ基キテ封港ヲ爲スヘク若シ戰爭ノ必要上豫メ其訓令ヲ得サルトキハ國家ニ於テ其行爲ヲ追認スヘキモノトス而シテ如何ナル場合ヲ問ハス封港ヲシテ有效ナラシムルニハ之ヲ實行スルニ兵力ヲ以テスルヲ必要ト爲スニ由リ兵力ノ不充分ナルニ於テハ中立國ハ其封港ヲ認メスシテ自國船舶ノ捕獲沒收ニ對シ賠償ヲ請求シ得ヘキモノトス然ラハ如何ナル程度ノ兵力カ封港ニ必要ナルヤハ全ク事實論ニテ國際公法ニテハ其港内ニ出入セントスルニ付キ明カニ且直接ノ危險アル程度ノ兵力ヲ要スト云フニ過キス

天候又ハ敵艦ヲ追撃スル等ニ因リテ一時封港ヲ行ヒ居ル艦隊ノ兵力カ不充分ト爲ルカ如キハ之カ爲メニ封港ノ效力ヲ中絶スルモノニ非ス加之艦隊ハ必スシモ其港口ニ碇在スルヲ要セスシテ其海岸及ヒ潮

流ノ事情又ハ近傍領土ノ敵地ト否トノ情況等ニ由リテハ其艦隊ノ所在モ自ラ變更シ得ヘキニ由リ「ク  
 リミヤ」戰爭中露國「リガ」港ノ封港ハ英國軍艦一艘ニテ同港ヨリ百二十哩モ隔リタル幅員三哩ナル  
 「ライセルワルト」海峡ニ屯在スルノミナリシカ是レ全ク同港ニ出入セントスル船舶ハ必ス其海峡ヲ通  
 過スヘキモノナリシヲ以テナリ然レトモ斯ル海峡ヲ通過スル船舶ニシテ敵國ノ港灣竝ニ他ノ中立國ノ  
 港灣ニ出入ヲ爲シ得ヘキ場合ナルトキハ固ヨリ其海峡ニ艦隊ヲ置キテ以テ敵國ノ港灣ヲ封港スルコト  
 能ハス米國南北戰爭中北軍政府ノ南軍ニ屬スル港灣ヲ封港スルニ際シテ「リヲ」ノ「ランド」河口ハ米國  
 ト墨西哥國ノ境界ニ横ハリ其河口ヲ通過シテハ墨西哥國ノ「マタラス」港ニモ船舶ノ出入スヘカリシ  
 ニ由リ其河口ヲ封港シ能ハサリシハ其實例タリ又封港ノ效力ハ艦隊ノ兵力ヲ以テ之ヲ實行スル範圍外  
 ニ及ホスコト能ハサルモノトス隨テ封港ヲ破リタル地方ニ對シ若シ内地運河ノ便ニ由リテ船舶ノ出入  
 シ其運河ノ口ハ封港サレ居ラサルトキハ斯ル船舶ヲ罰スルコト能ハス其他封港ハ單ニ艦隊ノミヲ以テ  
 スルニ限ラスシテ艦隊ノ行爲ヲ補助スル爲メ其港口ニ「砂石」船舶、木材、水雷其他ヲ沈ムルモ妨ナシ千  
 八百六十一年米國北軍ノ南軍ニ屬スル「チャレ」及ヒ「サブ」港ヲ封港スルニ際シテ港口ニ船  
 舶ヲ沈メタリシカ英國政府ハ之カ爲メ永ク其港ニ對シテ中立國ノ商業ヲ妨害スルニ至ルヘキノ故ヲ以  
 テ之ニ抗議シタルニ米國政府ハ斯ク船舶ヲ沈メテ港口ヲ塞キタルハ單ニ一時ノモノニシテ戰爭終了ト  
 同時ニ之ヲ去ルヘキヲ以テセリ此事件ハ一時戰爭中ニ限リテ妨害ヲ生スルニ至ルヘキ場合ニ付テハ反對ノ說ヲ懷  
 スル方法ノ爲メニ永久的ニ中立國ノ商業ニ取リテ妨害ヲ生スルニ至ルヘキ場合ニ付テハ反對ノ說ヲ懷  
 タ者ナキニ非ス然レトモ交戰國ハ既ニ敵國ノ港灣、都市ヲモ軍略上ニ由リテハ破壊シ得ヘキ權利ヲ有  
 スルニ由リ獨リ封港ニ付キ永ク中立國ノ商業ヲ妨害スルニ至ルヘキ理由ヲ以テ斯ル行爲ヲ爲シ能ハス

トスヘキ道理ナク現今ノ國際公法上同一ノ行爲ハ之ヲ行ヒ得ヘキハ交戰國ノ權利上疑ナキ所タリ  
 凡ソ封港ハ敵地ニ對シテノミ之ヲ行フヘク自國領土又ハ自國主權ノ行ハルル土地ニ對シテハ封港ノ手  
 段ニ由リテ其地ノ海上交通ヲ遮斷スヘキニ非ス斯ル場合ニ於テ若シ内外船舶ニ向ヒテ其交通ヲ斷タン  
 トセハ内國法ニ依ルヘキモノトス之ニ反シテ自國領土ト雖モ之ニ對シテ主權ノ行ハレサルニ至ル場合  
 ニハ其地ノ海上交通ヲ遮斷スルハ内國法ニテ行フコト能ハスシテ封港ノ手段ニ係ルヘキモノタリ隨テ  
 千八百六十一年「ニューガラナダ」國及ヒ米國ノ内亂ニ際シ英國ハ此道理ヲ主張シ米國政府ノ南軍ニ屬  
 スル諸港ニ對シ又「ニューガラナダ」國ハ反亂者ノ虞アル港灣ニ對シ法律ニ由リ他國船舶ノ出入ヲ遮斷  
 セント企テタリシカ英國政府ハ斷然之ニ反對シ國家ノ其主權ノ行ハルル場所ニ對シテハ其國ノ法律命  
 令ニ由リ内外船舶ノ出入ヲ遮斷スルハ自由ナレトモ反亂者ノ權力ノ下ニ在ルカ又ハ敵軍占領ノ下ニ在  
 ル土地ニ付テハ封港ニ由リテノミ海上交通ヲ遮斷スヘキモノナルコトヲ唱ヘ此理論ハ今日ニ於テ復タ  
 疑ナキニ至レリ之ト同一理由ニ依リ凡テ封港ハ戰爭ノ終局シ又ハ其封港ノ場所ヲ軍隊占領地ト爲スト  
 キハ直チニ其效力ヲ失フヘキモノニシテ戰爭終了ニ於テハ最早敵地タル性質ヲ失ヒ軍隊占領ト爲ルト  
 キハ自國ノ主權ノ之ニ行ハルルニ至ルヲ以テ此場合ニ於テ尚ホ其地ノ海上交通ヲ遮斷セントセハ政府  
 ノ宣言其他法律又ハ命令ヲ以テ之ヲ行フヘキモノナルヲ以テナリ其外封港ハ之ヲ行ヒ居ル政府ノ其艦  
 隊ヲ引揚ケ又ハ其艦隊ノ敵國ノ爲メニ破壞ラレ若クハ追放サレタルカ如キ其封港ノ實力ナキニ至ルト同  
 時ニ終了スヘキモノトス

### 第三款 封港ニ對スル犯罪



國際公法上封港ニ對スル犯罪ヲ組成スルニハ第一、其封港ノ實力ニ出テタルコト第二、其封港ノ事實ヲ船舶ノ知了シタルコト第三、其封港ヲ破リ又ハ破ラントスルノ行爲アルコトノ三要素ヲ必至トスルヲ封港ノ戰爭ニ伴フヘキ必然ノ結果ニ非スシテ交戰國ノ任意ニ之ヲ行ヒ得ヘキモノナルニ由リ特ニ之ヲ破ラントスル犯罪ヲ構成スルニ其船舶ニ於テ封港ト爲リ居ル事實ヲ知リタルコトヲ要スル所以ナリ而シテ其港内ニ在ル船舶人民ハ其封港ノ事實ヲ知了スルモノト看做サレ之カ反證ヲ許ササルモ港外ニ在リテ之ニ入ラントスルモノニ付テハ英、米兩國ノ慣習ニテハ其封港セラレ居ル事實ヲ船舶ニ於テ知了シ居ルコトヲ必要トスルモノニ付キ事實上ノ知了ト推測上ノ知了トヲ區別シ事實上ノ知了ト云フハ船舶ノ封港ニ係ル港灣ニ近キ艦隊ヨリ封港ノ事實ヲ通告セラレ將來之ヲ破ルヘカラサルコトヲ航海記録ニ記入ヲ受ケタル後其船舶ニシテ封港ヲ破ラント企テタルモノヲ犯罪トシテ處罰スルモノタリ之ニ反シ推測上ノ知了ト云フハ封港ノ事實顯著ニシテ商業及ヒ航海者社會ニ知レ涉リタル場合又ハ交戰國ヨリシテ封港ノ事ヲ外交上ニテ中立國政府ニ通告シタル場合ニ於テハ其國民一般ハ其通告ニ由リ封港ヲ知了シタルモノト看做スモノニシテ英國ニ於テハ「ネブチユナス」事件ニ於テ「ストウエル」判事ノ明カニ之ヲ言明シ米國法廷モ南北戰爭中此主義ヲ取リタルトモ華盛頓政府ハ此點ニ付キ其主義一定セスシテ諸國トノ條約ニ於テハ封港ヲ破ラントスルモノハ海上ニ於テ其到達港ノ封港サレタルコトヲ通告サレタルニ非サレハ罰セラルルコトナシト規定シタルモノ多ク千八百七十一年伊國トノ條約ニ於テモ之ヲ規定セリ然レトモ千八百六十一年四月十九日北軍政府ノ大統領「リンコルン」ハ南軍ニ對スル封港ニ於テ之ヲ監督スル軍艦ノ艦長ニ由リ通告ヲ受ケ船舶ノ記録ニ記入シテ後其封港ヲ破ラントスルモノニ非サレハ處罰スヘカラスト布告セルニ拘ハラヌ同戰爭中法廷ハ之ニ解釋ヲ下シ此布告ハ單ニ封港ノ事

實ヲ知了セサリシモノニ適用シ前以テ知了シタルモノハ其知了ハ如何ナル原因ニ由ルト雖モ其船舶ヲ處罰シ之ニ對シテ他國ニ於テモ抗議ヲ爲シタルコトナシ然ルニ佛國ハ事實上ノ知了ノミヲ認メテ推測上ノ知了ヲ認メス西班牙國モ佛國ト同一ノ主義ヲ採リ普國丁抹等ハ英米主義ヲ採レリ佛國主義ニ據レハ凡テ封港ハ諸種ノ原因ニ由リ何時ニテモ解除ト爲ルヲ以テ各場合ニ於テ中立國船舶ハ其港ニ近クニ當リテハ封港ノ現存スルコトニ付キ艦長ヨリ封港ノ通告ヲ受ケ其事實ヲ船舶ノ記録ニ記入セラレ其通告ノ場所並ニ日附ヲモ記シ置キテ後其港ニ入ラントスルヲ處罰スルニ過キス交戰國政府ヨリシテ中立國政府ニ封港ノ通告ヲ爲スコトアルモ寧ロ之ヲ好誼上ノモノト看做シ其違背ノ爲メ其港ニ入ラントスル船舶ニ於テ犯罪ノ有無ニ何タル法律上ノ效果ヲ及ボササルモノトスルニ在リ此英國主義ト佛國主義トノ間ニハ其當否ニ付キ自ラ議論ノ存スヘキコトナレトモ國際公法ニ必要トスル所ハ單ニ封港ニ對スル犯罪ヲ組成スルニハ其船舶ニ於テ封港ヲ知了シ居リタルコトヲ要スルノ一點ニ在リテ如何ニシテ之ヲ知得シタルヤハ論スル所ニ非ス隨テ佛國主義ハ其實行上ニ於テハ最も簡單ナルニ反シ英國主義ハ複雜極ムト雖モ今日交通通信ノ迅速ニシテ頻繁且容易ト爲リタル社會ニ於テハ事實ハ必スシモ封港ノ艦隊ヨリシテ度毎ニ通告ヲ受ケストモ其成立ハ容易ニ敏活ナル商業航海社會ニ於テ知得サルヘキモノナルニ由リ理論上ニ於テハ英國主義ヲ優レリトスヘキカ如シ而シテ英國主義ヲ詳ニ論スルトキハ若シ交戰國ヨリ封港ヲ中立國ニ通告シタルトキハ其事實ヲ知ラサリシ證據ハ船舶ニ於テ提供セザルヘカラス又其通告ナキ場合タハ其通告以前ニ出帆シタル場合ニ於テハ船舶ノ犯罪ニ付キ其事實ヲ知了シタルモノナルコトハ捕獲者ニ於テ捕獲審檢所ニ舉證スヘキモノトスルニ在リテ縱令通告ナキ場合ニ於テモ封港ノ事實ノ商業航海社會ニ知レ涉リ居ル場合ニハ之ヲ知ラサリシトノ舉證ノ責ハ船舶ニ於テ負フ

ヘキモノト爲スニ過キス  
 然レトモ英國主義ニ據ラハ中立國ニ對シ封港ノ通告ノ有無ニ付キ大ナル法律上ノ影響ヲ來スヘク即チ中立國ニ對シ封港ノ通告アルトキハ其人民ハ一般ニ之ヲ知了スルノ推測ニ由リ其船舶ノ封港アレタル港ニ向ヒテ積荷ヲ爲シテ出發スルヤ否ヤ犯罪ノ成立シタルモノニシテ交戰國ハ必スシモ其船舶ヲ封港ノ場所ニ近キ來リテ始メテ拿捕シ得ヘキニ非ス而シテ交戰國ヨリシテ其封港ヲ解除シタル通告ナキ間ハ封港ノ繼續スルモノトノ推測ヲ下スヘキモノトス米國南北戰爭中「チャレストン」港ノ封港ニ於テ北軍艦隊ハ海上ニ於テ戰時禁制品ヲ捕獲スル爲メ五日間其港口ヲ去リ居タルニ米國法廷ハ其間ニ於テモ封港ノ繼續シタルモノトシテ船舶ヲ罰セリ之ニ反シテ封港ノ通告ナキ場合ニ於テハ縱令封港ノ有無ニ付キ疑念ヲ懷キテ出發スルモ其港ニ向ヒタル船舶ハ出帆スルヤ否ヤ犯罪ト爲ルニ非スシテ其港口ニ近キ封港ノ事實ヲ知リテ立退クモ罰セラルルコトナシ要スルニ凡テ封港ニ對スル犯罪ハ其封港ヲ知得シ之ヲ破ラントスルニ於テ始メテ成立スルニ由リ若シ其事實ヲ知リタルトキハ必スシモ其港口ニ近キタル場合ニ於テ拿捕スルコトヲ要セスシテ本國ヨリ之ヲ破ラントシテ以テ出發スルヤ否ヤ捕獲サルヘキモノナリ又封港中ハ其港ヨリ船舶ノ出發スルモ犯罪ナレトモ封港ヲ爲スニ當リ一定ノ時間ヲ限リ其港内ヨリ中立國ノ船舶ノ立退ヲ許スノ慣習近世ニ於テ行ハレ普通其期限ハ十五日間ニシテ丁扶國ハ千八百四十八年及ヒ六十四年ニ於テ英、佛兩國ハ「クリミヤ」戰爭中米國ハ南北戰爭又佛國ハ千八百七十年戰爭中ニ於テ皆十五日間ノ立退ノ時日ヲ與ヘ同時日中ニ自由ニ立退ヲ許シ又其港ノ事情ニ由リテ之ヲ十五日以上ト爲スコトナキニ非ス其他船舶ノ修繕ヲ爲シ居ル等ニテ其猶豫時日内ニ立退クコト能ハサルモノハ特ニ其時間ヲ延期スルコトアリ然レトモ出發スル船舶ニシテ封港以前ニ搭載シタルモノ

ハ之ヲ以テ出發スルヲ得ルモ封港以後ニ搭載シタルモノハ之ヲ以テ出發スルコト能ハスシテ其違反ハ沒收サルヘキモノナリ

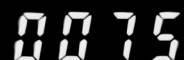
封港ヲ破ルノ犯罪ハ之ヲ破ラント企テタル時ニ成立シ同一航海中ハ繼續スルニ由リ船舶ノ一旦封港ヲ破リタルトキハ歸航ノ途ニ於テモ罰セラルヘシ然レトモ歸航中ニ於テ封港ノ解除ト爲ルヤ否ヤ忽チ其犯罪ハ消滅スルノミナラス若シ封港ヲ破ルノ目的ニテ出帆シタルモノト雖モ航海中本國軍艦其他艇ヲ破ラサルモノヨリシテ其封港ノ解除ト爲リタルノ通告ヲ得タルトキハ其通告ヲ得タルト同時ニ封港ヲ破ルノ罪ハ解除ト爲ルモノニテ其航海ハ無罪ナルモノト看做サレ實際ニ於テ其通告ノ誤謬ナルトキト雖モ之カ爲メ罰セラルルコトナシ其外天災ノ爲メ難破ヲ避ケントシ又ハ糧食缺乏ノ爲メ其港内ニ入りタルトキハ其積荷ニ變更ヲ來ササル以上ハ無事ニ出港シ得ヘシト雖モ其積荷ニ變更ヲ爲ストキハ處罰セラルヘク又中立國ノ軍艦ノ其港ニ出入スルハ今日交戰國ノ禁セサル所ナルモ是レ全ク好誼上ニ出テタルニ止マリ權利ニ非ス其外近來ノ戰爭ニテハ郵便船ハ其港内ニ於テ商業ニ從事セサルノ保證ヲ以テ封港内ニ出入スルヲ許スヲ常トス

封港ヲ破ルノ犯罪ニ對シテハ昔時ハ其海員ヲ獄ニ投シ又ハ死刑ニ處シタルコトアリシカ第十八世紀ニ於テ其價例一變シ現今ニ於テハ船舶及ヒ搭載品ノミヲ沒收スルニ過キス然レトモ其犯罪ハ第一ニ船舶ニ關シ船長ハ船舶所有者ノミノ代人ト看做サレ特ニ荷主ノ之ヲ命シタルモノニ非サレハ荷主ノ代人ト看做サレサルニ由リ若シ荷主ト船舶所有者ト同一人ニ非スシテ其船舶到達地ノ封港ナルコトヲ荷主ノ知ラサルカ若クハ船長ノ航路ヲ中途ニ於テ變更シテ封港ノ場所ニ向ヒタルトキハ單ニ船舶ノミ沒收セラレ搭載品ハ開放サルヘキモノトス之ニ反シテ船舶所有者ト物品所有者ト同一人ナルトキハ其搭載品

ヲモ沒收サルヘク又船舶所有者ト物品所有者ト異ナリタル場合ニ於テモ其船舶到達地ノ封港アリタルコトハ出帆前ニ知レタルトキハ縱令船長ノ航海ヲ變シテ之ニ向ヒタルトキト雖モ其行爲ハ積荷ノ爲メニ爲シタルモノトシ物品所有者モ其實ニ任セザルヘカラス而シテ其物品所有者ニ於テ封港ヲ知ラザリシ界證ノ責ハ荷主ノ負フヘキノタリ

終ニ臨ミ注意スヘキハ連續航海ノ法則ナリ此法則ノ生スルニ至リタルハ佛國革命戰爭中佛國ハ平時ニ於テ南米殖民地ト本國間ノ貿易ヲ他國民ニ禁シタルニ拘ハラズ戰爭中之ヲ中立國民ニ許可シタルヲ以テ千七百五十六年英國軍艦ハ中立國商船ニシテ佛國殖民地貿易ニ從事シタルモノヲ捕獲シ捕獲審檢所ニ於テ敵國固有ノ商業ニ從事シタルノ故ヲ不法トシテ沒收シ此法則ヲ名ケテ千七百五十六年戰爭ノ法則ト謂フ今此法則ノ當否ニ付テハ論スルノ必要ナシ何トナレハ近年歐洲諸國ハ其殖民地貿易ハ平時ニ於テモ他國船舶ニ一般ニ許可スルニ至リ加フルニ千八百五十六年巴里宣言ニ由リ中立國船舶中ニ於テ戰時禁制品ヲ除クノ外ハ敵國ノ商品ヲ搭載スルヲ得サルニ至リタルヲ以テナリ而シテ千七百九十九年ユマニユエル事件ニ於テ英國ハ和蘭商船ニシテ西班牙國ノ沿海貿易ニ從事シタルモノヲ罰シ千七百五十六年ノ戰爭ノ法則ニ由リ沿海貿易ハ各國ニ於テ其國民固有ノ商業ナルヲ以テ商船ニ於テ其沿海貿易ハ諸國民一般ニ行フコトヲ得ヘキ普通ノ商業ナルヘキ證據ノ立タサル以上ハ處罰スヘキノトセリ然ルニ「グリミヤ」戰爭ニ於テハ英國ハ千八百五十四年四月十五日ノ樞密院令ヲ以テ中立國ノ人民及ヒ船舶ハ其戰爭中封港セザル諸港其他ノ場所ハ如何ナル地ニ在ルヲ問ハス自由ニ商業ニ從事スルヲ得ヘシトセルヲ以テ此沿海貿易ニ關シテモ千七百五十六年ノ法則ハ行ハサルコトト爲レリト看ルヲ得ヘシ」千七百五十六年ノ法則ハ千七百九十三年英佛戰爭ニ於テ問題ヲ生シ米國商船ノ佛國本國ト佛國殖民地

ノ商業ヲ爲スニ當リ直接ニ其航海ヲ爲ストキハ敵國ノ商業ニ從事スルノ故ヲ以テ英國軍艦ノ爲メ捕獲沒收サルヘキニ由リ同戰爭中之カ爲メ大ナル損害ヲ被ルヘキヲ以テ米國商船ハ佛國ト其殖民地トノ間ヲ直接ニ航海セシテ殖民地ノ物品ヲ佛國ニ運搬セントスルニ當リ先ツ米國ノ港ニ寄航シ之ニ港稅ヲ拂ヒ又ハ其積荷ノ一部分ヲ陸揚シテ佛國ヘ向ヒ或ハ佛國本國ヨリシテ米國ニ寄港ノ上ニテ殖民地ニ向フカ如キ名義上其航海ヲ交戰國ト中立國トノ間及ヒ中立國ト交戰國殖民地トノ二航海ト爲シ以テ英國ノ捕獲ヲ免レントセルモノニシテ英國法廷ニ於テハ之ヲ連續航海ノ理由ニ據リテ罰シスル航海ハ交戰國ト第三國ノ間並ニ第三國ト交戰國殖民地トノ間ノ二航海ト看做サスシテ其航海ノ目的ヨリ打算シ本國ト殖民地トノ間ニ於ケル商業ニシテ其航海ハ第三國ニ寄航スルモ繼續シタル一航海ト爲シ以テ其船舶ノ捕獲沒收セルモノタリ今日ニ於テハ前述ノ如ク中立國船舶ノ自由ニ敵國ノ荷物ヲ搭載シ得ヘキコト巴里宣言第二條ニ由リ確定セラレ又歐洲大國ハ漸ク其殖民地貿易ヲ自國民ノモノト專有ト爲ササルコトヲ其國法ヲ以テ定ムルニ至レルヲ以テ連續航海ノ法則モ其發生シタル事由ヲ方今失ヒタルモ尙ホ封港ニ對スル犯罪並ニ戰時禁制品ノ犯罪ノ場合ニ於テハ其適用ヲ見ルヘキモノニテ戰時禁制品ヲ交戰國ニ輸入セントスル場合ニ當リ第三國ニ寄航シテ然ル後ニ敵國ニ向フトキハ第三國ヨリシテ敵國ニ赴クノ航海中ニ於テノミ之ヲ拿捕スルヲ要セスシテ第三國ニ航行スル途中ニ於テモ連續航海ノ道理ニ據リテ之ヲ捕獲シ得ヘク又封港ヲ破ラントスル船舶ニシテ第三國又ハ交戰國ノ封港ナキ港灣ニ寄航シテ以テ捕獲ノ危險ヲ少クシ然ル後ニ封港ノ地ニ向フ時ハ其船舶ノ到達地即チ目的トスル所ハ封港ヲ破ラントスルヲ以テ連續航海ノ理由ニ依リ必スシモ其寄港地ヨリ封港ノ地ニ向フノ航海中ニ限りテノミ捕獲トスルヲ行ヒ得ヘキニ限ラス其初ヨリ出帆スルヤ否ヤ捕獲ヲ行ヒ得ヘキノタリ



連續航海ニ付キ議論ノ存スル點アリ米國內亂ニ於テ英國商船ハ南軍支配ノ下ニ在ル土地ニ近キ英國領「プロビデンス」島ノ港其他ニ航海シタルモノヲ拿捕シ就中千八百六十三年「スプリング、ボック」事件ニ於テハ同英船「リバープール」ノ港ヨリ英領「ナッソー」港ニ航海中捕獲セラレ其積荷ノ回送上真正ノ到達地ハ「ナッソー」ニ非スシテ同港ヨリシテ他ノ船舶ニ積込ミ南軍ノ封港ヲ破ラントスルモノナリトノ理由ニ依リ米國地方裁判所ニ於テハ同英船及ヒ積荷ハ連續航海ノ故ヲ以テ沒收シタリシカ高等裁判所ニ於テハ船舶ニ付キ其到達地ノ中立ニシテ其航海證ニ偽ナカリシヲ以テ之ヲ放免セルモ其積荷ニ付テハ其所有者ニ於テ之ヲ「ナッソー」港ヨリ他ノ船舶ニテ封港ノ場所ニ輸送セントノ意思アリタルノ理由ニテ沒收セリ此判決ニ對シテハ異論アル所ニシテ英國ニ於テハ斯ル嚴酷ナル米國ノ行爲ヲ認メス積荷ヲ單ニ不定ノ船舶ニ由リ不定ノ場所ニ不法ニ輸送サルヘキ漫然タル疑ヲ以テ之ヲ罰スルコト能ハサルモノトシ國際法學者モ米國ノ行爲ノ如キハ之ヲ以テ不法ニ中立國ノ義務ヲ加重スルモノトシ千八百八十二年萬國國際法協會ノ委員モ全體ノ一致ヲ以テ「スプリング、ボック」ノ判決ヲ不法ト議決セリ

#### 第四節 戰時禁制品

##### 第一款 戰時禁制品ノ性質

交戰國ハ中立國ノ版圖以外ニ於テ戰闘ノ使用ニ直接ニ供セラレ得ヘキ物品即チ戰時禁制品ノ敵國ニ輸入スルヲ止メ之ヲ捕獲シ得ヘキ權利ヲ有ス然レトモ中立國ノ人民ハ戰爭中ト雖モ平時ニ於ケルカ如ク交戰國雙方ニ對シテ兵器彈藥其他戰闘ニ使用スヘキ物品ノ商業ニ從事スヘカラサルニ非スシテ中立國政府モ其人民ノ此等物品ヲ交戰國ニ賣却輸入スルヲ禁止スヘキ責任ヲ有スルモノニ非ス然レトモ之

同時ニ其人民ノ斯ル戰時禁制品ヲ交戰國ニ輸入スルニ際シ其敵國ノ爲メ捕獲サルルニ當リテハ中立國ハ其人民ノ爲メ交戰國ニ向ヒ其捕獲沒收ニ故障ヲ爲スコト能ハサルモノトス要スルニ中立國政府ノ義務ハ其版圖ヨリシテ武裝ノ遠征ノ出發ヲ禁止シ又其港内ニ於テ交戰國船舶ノ戰闘力ヲ增加スルヲ禦クニ在リテ決シテ其人民ノ兵器其他ノ商業ヲ禁止スヘキニ非ス隨テ千七百九十三年英佛戰爭中米國ニ於テ米國商人ハ佛國政府ノ代理人ニ兵器ヲ賣却セルニ對シ英國政府ノ抗議アリタレトモ米國政府ハ之ニ答ヘテ米國人民ハ常ニ兵器ヲ製造販賣及ヒ輸出スルノ自由ヲ有シ之ヲ以テ日常其人民ノ生計ヲ營ム唯一ノ職業ト爲ス者アリ然ルニ自國ニ無關係ナル戰爭カ遠隔セル他國間ニ行ハルルノ故ヲ以テ米國政府ハ其人民ノ職業ヲ停止シ其生計ノ途ヲ遮絶スルハ道理上立ニ實行上ニ於テ爲シ能ハサル所ナルコトヲ以テセリ然ルニ千八百七十二年「ゼネバ」仲裁裁判所ニ於テハ英國政府モ亦此道理ヲ以テ「アラバマ」其他ノ賠償問題ニ抗辯シ仲裁者モ之ヲ認メ南軍政府ノ代人ヲ以テ英國ニ於ケル兵器ノ講求即チ英國人民ノ南軍政府代理人ニ賣却セル武器ニ付テハ何タル賠償ヲモ英國ヨリシテ米國ニ拂ハシメサルコトセリ凡テ商業國ハ他國間ノ戰爭ニ於テハ戰時禁制品ヲモ其人民ノ交戰國ニ輸入スルノ自由ヲ主張スルニモ拘ハラズ自國ノ戰爭ニ從事スルニ際シテハ他國人民ノ戰時禁制品ヲ敵國ニ輸入スルヲ其政府ニ於テ禁セサルコトヲ抗議シタルコト屢ニシテ「クリミヤ」戰爭中普國ハ東方ノ國境ヨリシテ其人民ノ戰時禁制品ヲ露國ニ賣却輸入スルヲ不問ニ措キ英國政府ノ抗議ヲ反駁シタルニ拘ハラズ千八百七十年戰爭中英國ハ其人民ノ兵器其他ヲ佛國ニ賣却輸入スルヲ禁止セルコトヲ甚シク攻撃シタルハ其一例ナリ更ニ又交戰國モ自ら中立國人民ノ戰時禁制品ヲ賣却シ得ヘキ權利ヲ利用シテ開戰ノ際兵器彈藥ヲ買入ルルニ拘ハラズ敵國ニ於テ中立國ヨリ之ヲ買入ルルニ當リテハ中立國政府ニ抗議ヲ爲スコトナキニ非ス



米國內亂ノ始メ二箇年間ハ北軍政府ハ英國ニ代人ヲ送リテ諸種ノ戰時禁制品ヲ購求セシメタルニ拘ハ  
ラス「アラバマ」事件ニ於テハ南軍ニ對スル英國ノ同一行爲ヲ爲シタルヲ攻撃シ佛國ハ千七百九十五年  
ノ戰爭中英國軍艦カ佛國窮民ニ對シテ食糧ヲ運搬スル中立國船舶ヲ拿捕シタルヲ抗議シタルニ拘ハラ  
ス千八百八十五年佛清事件ニ於テ清國ノ港ニ向ヒ同國人ノ食料ト爲ル米穀ヲ運搬スル中立國船舶ヲ拿  
捕スル權利アルコトヲ主張セリ斯ク實例上時ニ隨ヒ諸國ノ意向一致セサルニ拘ハラス之ヲ要スルニ中  
立國ハ其人民ノ交戰國政府ノ代人ニ兵器其他戰爭用ノ物品ヲ賣却スルコトヲ禁止スルノ義務ナク又交  
戰國ニ於テモ中立國ノ市場ニ於テ斯ル商品ノ購入ヲ爲シ能ハサル理由ナキモノニシテ國際公法ニ於テ  
ハ斯ル物品ヲ交戰國ノ一方ニ輸入セントスルニ際シテ對手國タル敵國ハ其物品ノ敵國ニ屬スルト中立  
國ニ屬スルトヲ問ハズ總令中立國ノ船舶中ニ在ルモ戰時禁制品トシテ捕獲シ得ヘク中立國モ之ニ故障  
スル能ハサル所ニシテ若シ斯ル物品ノ賣買運送ニ關シ強ヒテ中立國政府ニ於テ何タル方法ヲ講スヘキ  
責任アリト假定セハ單ニ其國民ノ利益上其實賣却輸入ハ交戰國ノ對手者ヨリ海上ニ於テ捕獲セラルヘキ  
危險アルコトヲ自國人民ニ知ラシムヘキニ止マル而シテ學者中「ブルンチユリー」等ハ中立國ハ其人民  
ノ戰時禁制品ヲ交戰國ニ賣却運送スルニ付キ其分量大ナラザルトキハ之ヲ平時ヨリノ商業繼續ト看  
ルヘキモ多量ニ戰爭中運送スルハ殊ニ戰爭ノ爲メ其實賣ヲ爲スモノト看ルヘキニ由リ中立國政府モ之  
ヲ禁止スヘキ手段ヲ取り得ヘク又之ヲ義務ト爲サント論シタルトモ其分量ニ付キ果シテ平時商業ノ繼  
續スヘキヤ否ヤヲ區別スルコト能ハス又平時ノ商業ト雖モ會社並ニ物品ノ種類ニ由リテハ未タ必スシ  
モ小ナル分量ノミトスルコト能ハサルモノアリ更ニ又中立國ハ其版圖内ヨリシテ戰時禁制品ノ交戰  
國ニ向ヒ運送ヲ禁止スヘキモノト説ク者アルカ如キハ是レ皆決シテ方今國際公法上中立ノ義務ニ非

ス

### 第二款 戰時禁制品ノ種類

戰爭ノ法則上交戰國ハ海上ニ於テ戰時禁制品ハ中立國私人ニ屬スルモノト雖モ之ヲ捕獲沒收スルノ權  
利アルカ故ニ果シテ如何ナル物品カ戰時禁制品ナリヤヲ確ニ區別スルコト最モ必要トス然ルニ此問題  
ニ付テノ學說並ニ實例上ニ於テ互ニ一致セザル所多ク兵器彈藥ハ戰時禁制品タルコトノミハ一般ニ認  
メラレ疑ナキ所ナリト雖モ其以外ノ物品ニ付テハ議論アルヲ免レス火藥、爆裂藥其他破壞ノ使用ノ物  
品ヲ作ルノ材料ハ兵器彈藥ノ名稱中ニ包含サレテ戰時禁制品タルヘキヤ否ヤニ付テスラ既ニ議論アル  
所トス然レトモ斯ル物品ハ一般ノ學說並ニ實例ニ於テ之ヲ兵器、彈藥ノ名稱中ニ包含スヘキモノト爲  
シ得ヘシト雖モ其他ノ物品ニ關シテハ少クモ一物品ト雖モ戰時禁制品ト爲スヘキヤ否ヤニ付キ學說並  
ニ實例互ニ岐ルル所ニシテ「グロシユース」ハ凡ソ商品ヲ三種ニ分類シテ第一、兵器ノ如ク其性質上直  
接ニ戰闘ノ用ニノミ使用サルヘキ物品第二、書籍、美術品ノ如ク平時ノ用ニノミ供スヘク戰闘ニ不用ナル  
物品第三、糧食ノ如キ戰闘用並ニ平和ノ使用共ニ必要ナル物品ト區別シ戰闘中第一種ハ如何ナル  
場合ニ於テモ戰時禁制品ニシテ第二種ハ決シテ戰時禁制品ト爲ルコト能ハス第三種ニ關シテハ其使用  
ニ由リテ戰時禁制品ト爲ルコト否トアリテ戰闘ニ使用セザル情況ニ由ルヘキモノトセリ此分類ハ大體ニ  
於テ異論ナキ所ナレトモ各物品自體ニ付キ之ヲ觀察スルトキハ此分類ノ何レニ入ルヘキヤ判然セザル  
モノ多ク隨テ其各物品ニ付キ學者ニ由リテ其戰時禁制品ト爲スヘキヤ否ヤノ議論岐レ又國ニ由リテ其  
見解ヲ異ニスル所以ナリ加之同一ノ國ニ於テモ時時場合ニ由リテ其意見ヲ異ニシテ一定セザルモノ多

夕英、米兩國ノ實例ニ付テ之ヲ證スルトキハ航海用具ニ關シテモ千七百九十四年英米條約ニテハ之ヲ禁制品トシ其翌年ニ於テハ米國ハ西班牙國トノ條約ニテ戰時禁制品ノ目次中ヨリ之ヲ削リコトヲ明言シ米國ハ之ニ先チ千七百七十八年佛國トノ條約千七百八十二年和蘭國トノ條約、千七百八十三年瑞典トノ條約ニテモ航海用具ヲ戰時禁制品ト爲サス馬匹ニ付テモ千七百九十四年英米條約ニテハ之ヲ禁制品トセス然ルニ千七百八十二年英蘭兩國條約ニテハ英國ハ之ヲ禁制品ト規定シテ却テ同條約第二四條ニ於テ航海用具ヲ禁制品ニ非スト嚴格ニ明言シ又千七百七十八年佛條約ニテハ馬匹ヲモ禁制品トシテ千八百零年兩國條約ニテハ之ヲ禁制品ニ非ストシ米國ハ千七百八十五年及千七百九十九年普國トノ條約ニテハ牙條約ニテモ之ヲ禁制品トシタルニ拘ハラス千七百八十五年及千七百九十九年普國トノ條約ニテハ禁制品ニ非スト爲シタルカ如ク同一ノ國ニ於テモ其見解一定セザルコトヲ見ルヘキナリ米國ノミニ關シテハ今世紀ノ條約中ニ於テ馬匹ヲ戰時禁制品トシテ航海用具ヲ禁制品ニ非スト爲スノ傾向ヲ有シ英國ハ此點ニ關シテ特更ニ一定ノ方針ヲ採ルコトヲ避ケ居ルモノノ如シ其他歐洲諸國間ニ於テモ禁制品ノ目次中ニ付キ此等物品ニ關シ英米兩國ト同シク一定シタル所ナク學說モ亦甚タ抵觸スルヲ見ル然レトモ一般ニ云ハハ戰時禁制品ニ關シテ二派ノ學說實例アリ一ハ英國派ト稱シ英國ニ於テハ同國政治家並ニ學者ハ古來戰時禁制品ノ種類ヲ多シテ其捕獲ヲ嚴シ佛、獨、伊三國ノ學者ハ其數ヲ減シテ疑ハシキ場合ニハ寬大ノ處置ヲ爲スヘキコトトシ而シテ之ヲ名ケテ大陸派ト云ヘリ米國ハ其中間ニ立チ其條約其他ニ於テハ大陸主義ニシテ特ニ佛國ノ例ニ據リ禁制品ノ數ヲ成ルヘク少クシ法廷學說ニ於テハ英國主義ヲ採レリ今英國主義ヲ明カニセントセハ千八百八十八年同國海軍省ノ爲メニ「ホルランド」氏ノ編集セル同國海軍捕獲審檢法ニ由リテ之ヲ審ニシ得ヘク同氏ハ戰時禁制品ヲ絕對的戰時禁制品ト條

件附戰時禁制品ト二種トシ第一種ニハ一切ノ兵器並ニ兵器製造ノ器械、彈丸、砲藥及ヒ其原料並ニ爆發物、兵士ノ衣服ヲモ包含スルノミナラス陸海軍用具モ亦絕對的禁制品トシテ航海用具ノ機關ハ其一部タリトモ之ヲ包含シ斯ル禁制品ハ敵國ニ向フトキハ一見シテ戰時禁制品トシテ常ニ沒收ヲ免ルルコトナク又條件附戰時禁制品トハ其性質上一見シテ以テ戰時禁制品トスル能ハサルモノニシテ糧食、金貨、石炭、馬匹並ニ鐵道、電信ノ材料等ノ如ク敵國ニ於テ之ヲ戰時禁制品ト爲スル能ハサルモノト明カナル場合ニ限リ戰時禁制品トシテ捕獲サルヘキモノトセリ隨テ此等ノ條件ニ付キ戰時禁制品ハ其到達スル處カ敵國軍艦ナルカ又ハ陸軍屯營地ノ一部ナルトキハ同シク捕獲沒收サルヘキコト明カナリ

此英國主義ニ對シテハ反對ノ說ヲ爲スノ學者多ク就中絕對的ノ反對ヲ唱ヘタル最近ノ學者ノ一人ハ「リチャード、グライン」ニシテ同氏ハ千八百九十三年戰時禁制品論說中ニ於テ戰時禁制品ト爲スヘキモノトナク戰時禁制品ト爲スコト能ハスト主張シ物品ノ全部又ハ其一部ニシテ變更ヲ加フルコト論セリ然レトモ大陸ノ學者中ニ於テモ斯ル極端ノ說ヲ採ルモノ殆ト稀ニシテ「ブレンチユリー」ハ蒸氣機關、馬匹、石炭ノ如キハ戰時禁制品ト爲スニ輸入サルコト明カナルトキハ戰時禁制品タルモノトシ「フテル」モ同說ニシテ「アルトौरン」モ普通ノ物品ト雖モ戰時禁制品タルモノトシ特別ノ場合ニ於テ戰時禁制品ト爲リ得ヘキ說ヲ採レリ但同氏ハ糧食其他日常ノ生活ニ缺クヘカラサル物品ヲ戰時禁制品タル能ハサルモノトシ「クリューベル」モ戰時禁制品タルヤ否ヤ疑ハシキ場合ニハ之ニ伴フ事情ニ由リテ判決スヘキモノトシ此等ノ學說タル悉ク理論上ニ於テハ英國主義ナル條件附戰時禁制品ナルモノヲ絕對的ニ批難スルニ非ス單ニ今日ニ於テハ事實上其戰時禁制品タルヤ否ヤヲ決スル

ノ事情ニ付キ學說並ニ諸國實例及ヒ意向ノ差アルニ過キス然レトモ英國主義ニ由ルトキハ物品ノ性質上其使用ノ目的如何ニ由リテ戰時禁制品ト否トヲ決スヘキ物品ヲ其絕對的禁制品ノ目次中ニ包含スルモノ多ク航海用具ハ其一例ニシテ其物品タル軍艦ニ於テ使用サルヘキト同時ニ商船ニ於テモ必要ナルニ拘ハラズ英國海軍法令中ニ於テハ兵器、彈藥ト同シク其敵國ニ入ルモノヲ沒收スルコトトセルハ大陸主義ノ之ヲ非認スルハ勿論ナリ

戰時禁制品ニ付キ方今ノ始ク不定ノ情態ニ在ル間ハ大戰爭アルニ當リ中立國ト交戰國トノ間ニ於テ其高藥品ニ付キ爭議ノ生スルコトヲ免レス中立國モ之カ爲メ戰端ヲ生スルニ至ルヘク隨テ戰時禁制品ノ種類ニ付テハ列國會議ヲ以テ速ニ決定スルニ至ラシムヘキコトハ國際公法上今日ノ急務トス然レトモ其種類ハ固ヨリ列國間ニ永久ニ確定スル能ハスシテ學術ノ進歩ト其前世紀ニ於テ戰爭ニ必要トセルモノモ方今不用ト爲ルモノアリ又今日戰爭ニ缺クヘカラサルモノモ將來不用ト爲ルコトアルヘキヲ以テ戰時禁制品ノ種類ヲ列國條約ヲ以テ一定シテ其物品ノ目次ハ世ノ進ムニ從ヒ隨時ニ修正ヲ要スヘク例ヘハ石炭ノ如キハクリミア戰争ニ於テ始メテ海上ノ戰爭ニ關シ軍艦ニ使用サレタルヲ以テ其以來之ヲ戰時禁制品トスヘキヤ否ヤノ問題ヲ生シ英國ハ之ヲ戰國ニ使用ノ目的ヲ以テ輸入サル場合ニ禁制品トスヘキ條件附戰時禁制品ト看做シ米國ニ於テモ同一ノ意見ヲ有シ佛國ハ普佛戰爭中ニ於テモ之ヲ戰時禁制品ニ非ストシタルニ拘ハラズ獨逸國ハ同戰爭中戰時禁制品トシテ佛國ニ輸入ヲ禁シ露國ニ於テハ其他ノ歐洲大陸諸國モ英、佛諸國ト同一ノ意見ヲ有シ千八百八十四年亞弗利加西部問題ニ關スル「ブルッセル」府ノ列國會議ニ於テモ「コンゴ」河ノ自由航海ニ付キ石炭ヲ絕對的禁制品ト爲サス日海戰爭ニ於テハ我國ハ英國ト同一ノ見解ヲ採リタルカ如シ

要スルニ諸國ノ實例一定セスト雖モ方今國際公法ノ法則ト爲スヘキ道理ニシテ列國ノ實例並ニ學說ノ全體ノ傾向ニ由リ論スルトキハ前述「グロシユース」ノ說ケル物品ノ種類ニ由リ其性質上直接ニ戰國用ニノミ供スヘキモノハ戰時禁制品タルコト疑ナク其物品ニシテ敵國又ハ敵軍ニ向テ運送スルコトヲ航海中ニ於テ交戰國ノ認メタルトキハ沒收シ得ヘク而シテ其物品ノ種類ハ兵器又ハ其一部並ニ彈丸、彈藥及ヒ其原料ト爲シ得ヘク其外ノ物品ニテハ之ヲ戰國ノ爲メ又ハ其戰國ノ使用ニ輸入スルコト否トニ由リテ對手國ハ戰時禁制品トシテ捕獲スヘキヤ否ヤヲ決スヘキノ外ナク馬匹、石炭、航海用ノ器具ノ如キハ其使用ノ目的ニ依リ戰國ノ用ニ供セントセハ戰時禁制品タルヘク糧食、衣服、貨幣ノ如キモ亦同一ニシテ其輸入ノ目的ニ平和ナル人民ノ需用ヲ充タスニ非スシテ軍用ニ供スルコト明白ナルニ於テハ捕獲沒收サルモノトス隨テ我國捕獲規程第一〇條ニ於テモ第一、兵器、彈藥、爆發物、硝石及ヒ硫黃其他凡テ軍ニ戰爭ノ用ニ供スル物品ハ敵國ノ津港ニ運搬シ若クハ敵ノ陸海軍ニ到達スヘキ一切ノ場合ニ於テ戰時禁制品トスト規定シ此種ノ物品ハ敵國ニ輸入若クハ敵國ノ陸軍又ハ海上ニ於ケル軍艦等ニ輸送スルニ由リテ戰時禁制品ト爲リ第二、糧食及ヒ飲用品、通信、電信架設ノ材料、線、白金、硫酸、亞鉛、ホーラス、カツプス、鐵道布設ノ材料、鐵條、枕木等、石炭、木材等ノ物品ハ敵ノ陸海軍ニ到達スヘキ場合又ハ敵國ノ津港ニ到達スルモノニシテ其到達地如何ニ依リ敵ノ陸海軍ニ供スルモノト認ムヘキ場合又ハ戰時禁制品トスト規定シ此等物品ハ單ニ戰國ニ輸入スルノミニテハ戰時禁制品ト爲サスシテ其到達地ノ敵國陸海軍ニ在ルコトヲ要セリ隨テ戰國ノ使用ニ供セラルルコト明カナルカ又ハ供セラルルモノト認ムヘキ場合ニ限リ戰時禁制品トシ捕獲スヘキモノトセリ

### 第二款 戰時禁制品ニ對スル制裁

中立國船舶ハ自國若クハ他ノ中立國領海以外ニ於テ交戰國軍艦ノ爲メ臨檢査セララルヘキコトハ前述ノ如ク其臨檢査ニ由リテ船舶中ニ戰時禁制品ヲ敵國若クハ敵軍ニ輸送セントスルモノヲ發見サレタルトキハ其物品所有者ハ中立國人民タルト自國人民タルト問ハス軍艦ノ爲メニ拿捕セラレ捕獲審檢所ノ裁判ニ由リ沒收サルヘキモノタリ隨テ中立國船舶中ニ在ル敵國ノ物品竝ニ敵國ノ船舶中ニ在ル中立國ノ物品ハ巴里宣言第二條及ヒ第三條ニ由リ共ニ交戰國軍艦ノ爲メ捕獲ヲ免ルルモノナレトモ此兩條ニ於テモ戰時禁制品ヲ取除トシ荷モ戰時禁制品タル以上ハ之ヲ搭載スル船舶竝ニ其物品所有者ノ如何ニ拘ラス古來戰爭ノ法則ニ由リ拿捕セララルヘク巴里宣言中ニハ特ニ規定セザレトモ戰時禁制品ナル以上ハ中立國ノ所有者ニシテ中立國船舶中ニ在ル場合ニ於テモ捕獲サルヘキモノトス

戰時禁制品ノ犯則ニ付テ注意ヲ要スヘキハ第一、中立國人民ハ其版圖内ニ於テハ縱令交戰國政府ノ代人ニ對シテモ戰時禁制品ヲ賣却引渡ヲ爲スコト自由ニシテ單ニ中立國版圖ヨリシテ之ヲ運送スルヲ以テ捕メテ犯則ト爲ルニ過キス換言セハ消極的ニ之ヲ賣却スルハ不可ナシト雖モ積極的ニ之ヲ運搬スルモノヲ對手國タル敵國ノ沒收シ得ヘキモノトス但戰時禁制品ト雖モ中立國船舶ノ之ヲ搭載スルハ海賊防禦ノ爲メ其他船舶自用ノ必要ニ出ツルトキハ之ヲ沒收スルコト能ハス我捕獲規程第一五條ノ末項ニ於テモ戰時禁制品中其分量竝ニ性質ニ由リ現ニ該運搬船舶ノ自用ニ供スルコト明カナルトキハ戰時禁制品トシテ拿捕スルコトヲ得スト規定セリ第二、其物品ノ敵國又ハ敵軍ニ入ルコト必要ニシテ千七百九十八年「イミナ」號事件ニ於テ英國兩國戰爭中同船舶ハ木材ヲ搭載シテ「アムステルダム」ニ向ヒシカ

航海中同港ノ封港ヲ知リ航路ヲ變シテ「エンプデン」港ニ向ヒタルニ「エンプデン」港ハ中立港タルカ爲メ英國軍艦ノ之ヲ拿獲シタルモノヲ「ストローウエル」列事ハ中立港タル同港ニ對シテハ如何ナル商業ヲモ爲シ得ヘキニ由リ之ヲ放免セリ然レトモ此事件ハ到達地ノ中立港ニシテ其物品ノ中立國市場ニ入ラントスルモノナリシヲ以テ放免ト爲リタルニ過キス若シ中立國ニ入ルト雖モ敵國軍艦ノ使用ニ搭載品ヲシテ其目的ナルトキハ戰時禁制品ト爲ルヘキモノトス此適例ハ千八百十四年「コムメルサン」號事件ニシテ英米戰爭中同船ハ中立國タル瑞典船舶ニシテ愛蘭ヨリ穀物ヲ搭載シテ西班牙國「ビルボア」港ニ向ヒタルニ當時西班牙國港内ニ在ル英國海軍ニ之ヲ引渡スノ目的ナリシヲ以テ米國船舶ノ爲メニ拿捕セラレ「ストロー」列事ハ之カ沒收ノ判決ヲ下セリ要スルニ敵國又ハ敵軍ノ手ニ入ルコト必要ニシテ公海ニ於ケル軍艦ニ糧食ヲ支給スルモ亦戰時禁制品ノ處罰ヲ受クヘク又封港ノ章ニ於テ述ヘタル連續航海ノ道理ハ戰時禁制品ニモ亦適用スヘク而シテ其物品所有者ノ意思如何ニ付テハ「ブレンチュリー」クリン」等ハ戰時禁制品トシテ沒收スヘキヤ否ヤヲ決スルノ大ナル要素ト説キタルニ拘ハラス方今國際公法上之ヲ區別スルノ必要ナク單ニ物品ノ敵軍ノ手ニ入ルヘキ事實アラハ沒收サルヘキモノトス第三ハ戰時禁制品ニ關スル犯則ハ其物品ヲ搭載シテ敵國又ハ敵軍ニ向ヒ出帆スルヤ否ヤ成立スルモノニテ其到達地ニ船舶ノ到リテ積荷ヲ引渡スト同時ニ終了スルモノトス故ニ斯ル船舶ハ其歸港中ニ於テ拿捕サルルコトナシ而シテ其物品ヲ搭載シテ航海中到達地ノ自由港ト變シタルトキ又ハ其到達地ノ降服又ハ割讓ニ由リテ中立ト爲リタルトキハ其犯則モ之ト同時ニ消滅スヘキモノタリ何トナレハ元來交戰國ニ戰時禁制品ヲ輸入スルハ其敵國タル對手者ニ於テ之ヲ禁遏シ其物品ヲ沒收スルノ權利アルニ止マリ中立國人民ハ其捕獲ノ危險ヲ冒シテ其物品ヲ賣却スルコトヲ爲スヘカラサルニ非サルヲ以テナリ

戰時禁制品ニ對スル處罰ハ其物品ヲ沒收スルニ在リテ千七百八十五年米露條約ニテハ單ニ之ヲ拘留ス  
ト規定セシカ諸國ノ容易ニ之ニ倣ハス此條約ハ其後廢棄ト爲レリ又中世ニ於テハ之ヲ搭載スル中立國  
船舶ハ其商業ノ不法タルノ故ヲ以テ沒收セルコトアリシカ第十七世紀以來商業ノ發達ト共ニ其法則モ  
寬大ト爲リ今日ニ於テハ船舶ハ沒收セサルコトト爲レリ然レトモ戰時禁制品ノ所有者ト船舶所有者ト  
同一人ナルトキハ船舶モ亦沒收サルヘク物品所有者ニ於テ船舶ノ一部ヲ所有スルトキハ其部分及ヒ搭  
載品ヲ沒收サルヘシ其理由トスル所ハ若シ一箇人ニシテ不法ノ取引ニ從事スルトキハ其取引ニ關係  
有スル財產全體ヲ沒收サルヘキノ故ヲ以テナリ隨テ船舶所有者ハ他人ノ戰時禁制品ヲ搭載セハ船舶ハ  
缺乏シテ單ニ運賃ヲ失ヒ自己ノ戰時禁制品ヲ搭載セハ物品並ニ船舶共ニ沒收セラレ若シ其所有者カ戰  
時禁制品ノ一部ヲ所有スルトキニ於テモ其船舶モ亦沒收サルヘキノトス又千七百七十八年佛國ハ船  
舶積荷ノ價格四分ノ三カ戰時禁制品ナルトキハ其船舶ハ全體ニ於テ犯罪ノ性質ヲ帶ヒ船舶並ニ戰時  
禁制品ニ非サル殘餘ノ積荷ヲモ沒收シタリシカ此道理ハ佛國學者モ亦認メサル所ニシテ國際公法ノ法  
則トスルコト能ハス然レトモ中立國船舶ニシテ臨檢搜查ヲ免ルル爲メ詐僞ヲ用フルトキハ戰時禁制品  
ノ外ニ船舶ヲモ沒收セラレ又其船舶本國ト交戰國ノ一方トノ條約ニ由リ戰時禁制品トシテ敵國ニ輸入  
ヲ禁シタル物品ヲ輸入セントセハ條約違反ノ故ヲ以テ其船舶モ亦沒收サルヘキハ一般ニ異論ナキ所タ  
リ

茲ニ注意スヘキハ千八百九年米佛條約ニテ中立國船舶中ニ戰時禁制品ヲ搭載シタル場合ニ其物品ノ容量  
大ナラスシテ船長ノ之ヲ交戰國軍艦ニ引渡ヲ拒マサルトキハ軍艦ハ船舶ヲ拿捕スルコトナク單ニ物品  
ノミヲ軍艦中ニ積込ムヘキコトヲ規定シ斯ル規定ハ米國ト南米及ヒ中央亞米利加諸國トノ條約中ニ記

載シタルモノ多シ此方法タル中立國ノ船舶ニ對シテ航海ノ不便ヲ與フルコトヲ除キ國際法協會モ亦之  
ニ贊成ヲ表セルニ拘ハラズ實際捕獲檢所ニ於テ裁判ヲ爲スニ當リ之カ爲メ其審判ヲ非常ニ困難ナラ  
シメ其證據ヲ得ルコト不十分ナル爲メ裁判ノ杜撰ヲ來スノ弊アルニ由リ未ダ同一ノ條約規定ヲ爲スコ  
ト一般ニ行ハレサルノミナラス國際公法ノ物理上之ヲ賞揚スヘキモノニ非ス其外中世以來強買ト稱フ  
ル慣例アリテ交戰國ハ敵國ニ運搬スル普通物品ヲ自國ニ入用ナルノ故ヲ以テ中立國船舶ヨリ強制的  
ニ買取スルコト行ハレ其代價ニ付テハ諸國ノ實例ヲ異ニシ英國ニテハ其物品ノ輸出當時ノ元價ニ加フル  
ニ其運搬ノ費用並ニ其到達港ニ於テ有スヘキ利益ヲ所有者ニ支拂ヒ其價額ハ元價ノ一割トセリ然レト  
モ強買ニ對シテハ學者ノ批難ヲ爲ス者多ク「ラルトーラン」ヲ始メ近世ノ學者ハ之ヲ交戰國ノ權利トセ  
スシテ專口暴行ト爲シ現今國際公法ニ於テハ交戰國ノ中立國船舶ヨリ戰時禁制品タルヘキモノヲ捕獲  
スル代リニ強買ヲ行ヒ得ヘキコトニ付テハ異論ノ存セサル所トス又交戰國ト中立國ノ間ニ於テ一定ノ  
物品ヲ戰時禁制品ト看做スヘキヤ否ヤニ付キ見解ヲ異ニシ條約ヲ以テ其爭論ヲ避ケタル爲メ斯ル物品  
ハ強買シ得ヘキハ均シク議論ヲ試ムルノ餘地ナシト雖モ中立國人民ノ商業ニシテ荷モ戰時禁制品ニ非  
サル以上ハ交戰國ノ封港シ居ラサル地方ニ運搬スレハ決シテ妨害ヲ加フヘカラサルモノニシテ之ヲ強  
買スルハ不法ト爲サルヲ得ス

### 第五節 戰時禁制品ノ事業

交戰國ノ一方ニ對シテ中立國船舶ヲ戰闘ヲ助勢スル使用ニ供スル場合ニ於テハ對手國タル敵國ハ之ヲ  
捕獲沒收シ得ヘク斯ク戰時禁制品ノ船舶使用ヲ以テ戰時禁制品中ニ説明シ又ハ戰時禁制品ノ類似トシテ

論スル學者多シ然レトモ戰時禁制品ニ對スル犯則トハ全ク其性質ヲ異ニシ中立國船舶カ戰時禁制ノ事業ヲ爲ストキハ其到達地ノ敵國又ハ敵軍ト否トニ拘ハラス其船舶ハ沒收セラレ之ニ搭載スル物品モ其所有者ニシテ中立違反ノ使用ヲ知リ又ハ其使用ニ關係ヲ有スルトキハ沒收サルヘキモノトス即チ戰時禁制ノ事業ハ第一、交戰者ノ爲メニ一定ノ信號又ハ使者ヲ運搬スルコト第二、交戰者ノ爲メニ一定ノ信號ヲ傳達スルコト第三、戰爭用ニ供スル一定ノ人ヲ運搬スルコトニシテ我國捕獲規程第九條ニ於テモ「戰時禁制書トハ敵國政府ノ官吏間ニ往復セル一切ノ公文書類ヲ謂フ但シ敵國外交官及ヒ領事官ト本國政府トノ間ニ往復スル公文書類ハ戰時禁制書ト爲スコトヲ得ス」ト規定シ第八條ニハ「戰時禁制人トハ敵兵其他敵國軍事ニ從フ者ヲ謂フ」ト規定セリ茲ニ戰時禁制書又ハ戰時禁制人ト謂フハ其書類又ハ人員ノ戰時禁制タルニ非スシテ其運搬ヲ爲スルヲ嚴罰スルモノトス而シテ外交官又ハ領事官ト本國政府トノ間ニ中立違反ノ使用ニ其船舶ヲ取除キタル所以ハ戰爭中中立國ハ交戰國ト平和ノ國際ヲ維持スルモノナリニ由リ其國際上必要ノ結果トシテ本國政府ヨリ外交官領事官ニ公文書類運搬スルハ必スシモ對手國タル敵國ニ有害タルヘキモノト爲スヘカラサルヲ以テナリ加之近世ノ慣習ニテ郵便物ヲ運搬スルハ決シテ之ヲ差押ヘラレサルノミナラス其校閱ヲ免ルルモノトス又戰時禁制人ト謂フモ交戰國陸海軍ノ軍人ニシテ普通郵船ニ船客トシテ運搬スルハ決シテ咎ムヘカラサルモノナレドモ其軍人ノ資格ヲ以テ交戰國ノ費用ニテ運搬スルハ中立國船舶モ之ヲ行フコト能ハス捕獲沒收サレ得ヘキニ過キス其他戰時禁制ノ使用ハ當ニ此二種ニ止マラス例ヘハ交戰國軍艦ト陸軍トノ間ニ信號ヲ爲シ又ハ使者ヲ運搬シ交戰國ノ爲メ戰爭用ノ海底電信ヲ布設スルカ如キモ戰時禁制ノ使用ニシテ苟モ戰爭中ニ於テ中立國船舶ノ

交戰國一方ニ戰開行爲ヲ便ナラシムル爲メ其政府ノ使用ヲ爲スノ行爲ヲ一切包含シ其犯罪ハ同行爲ニ從事スルノ間ハ繼續シ戰時禁制書又ハ戰時禁制人ヲ運搬シ終ルトキハ其運搬ノ故ヲ以テ罰セラルルモノニ非ス

要スルニ戰時禁制ノ事業ト戰時禁制品ト區別スヘキ點ハ禁制品ニ於テハ普通ノ商品買賣ニテ其犯罪ハ敵國又ハ敵軍ニ入ルノ必要アリ之ニ反シ戰時禁制品ノ事業ニシテハ交戰國一方ニ戰開ノ助力ヲ爲スニ在リテ一ハ其航海自體ハ無罪ニテ一ハ航海其モノノ罪ト爲ルモノトス隨テ到達港ノ如何ハ戰時禁制ノ事業ニテハ論スル所ニ非ス又戰時ニ於テモ禁制品ニテハ其物品ヲ沒收シ特別ノ場合ノ外ハ船舶ヲ罰セサルニ拘ハラス禁制ノ事業ニテハ先づ船舶ヲ沒收シ其積荷ノ所有者カ船舶所有者ナルトキハ詐欺若クハ隱匿ヲ爲シタル場合ニ限リテノミ物品ヲ沒收サルモノトス千八百六十二年十一月米國軍艦ハ英國郵船「トレント」號ヲ「ババナ」及ヒ「ナッソ」ナル兩中立港間ノ普通航海中ニ於テ停止シ南軍政府ヨリ英佛兩國ニ特派セル兩使節ヲ捕ヘ郵船ノ航海ハ繼續セシメ使節兩名及ヒ之ニ伴ヒタル書記官兩名ヲ俘虜トシテ「ボストン」府ニ拘留シタルヲ以テ英國政府ハ同月三十日米國政府ニ對シテ其解放ヲ要請シ兵士ヲ加奈本ニ出シテ兩國ノ爭議ヲ生シ遂ニ米國ハ兩使節ハ「トレント」號ヨリシテ直チニ捕ヘ去ルヘキモノニ非スシテ同船舶ト共ニ相當ニ組織シタル捕獲審檢所ノ裁判ニ引致サルヘキモノナルノ理由ヲ以テ其俘虜ヲ解放スルコトニ同意シ再ヒ「ナッソ」港ニ送致セララルル爲メ兩使節ヲ英國軍艦ニ中立ト否トニ由リテ有罪、無罪ニ存シタリシカ途ニ兩國ノ讓歩ニ由リテ無事ニ終局スルニ至レリ然レトモ素ト「トレント」號ハ南軍政府ノ使節ヲ歐洲ニ運送スルモノナルヲ以テ其使節ノ運送ハ果シテ戰時禁制ノ

事業ナルヤ否ヤノ問題ニ由リ英國軍艦ノ之ヲ捕ヘタルノ不法ナリヤ否ヤヲ決スヘク到達港ノ中立地ナ  
ルヤ否ヤハ決シテ問題ト爲スヘキ性質ニ非ス又縱令南軍政府ヲ假ニ國家ト看做シ其使節ヲ外交官ト看  
做スモ中立國船舶ニシテ交戰國一方ノ費用ヲ以テ其船舶ヲ之ニ使用スルニ非ス單ニ船舶トシテ其外交  
官ヲ搭載スルニ過キサルニ由リ決シテ犯罪ニ非ス若シ又南軍ハ未タ國家ノ承認ナキカ故ニ使節ハ外交  
官ニ非ストセハ則チ北軍政府ハ南軍ノ一人ヲ中立國船舶ノ搭載シタルヲ以テ「トレント」號ヲ處分ス  
ヘキモノニ非サルヤ固ヨリ議論ノ餘地ナキモノトス

國際公法(戰時)終

法學博士 秋山雅之介 講述

國際公法(戰時)

完

法政大學發行

國際公法戰時目次

|                          |    |
|--------------------------|----|
| 第一編 緒論                   | 一  |
| 第一章 戰時國際公法ノ性質            | 一  |
| 第二章 戰爭ノ定義                | 六  |
| 第三章 戰爭ノ主體                | 一一 |
| 第四章 戰時國際公法ノ沿革            | 一八 |
| 第二編 交戰關係ノ法則              | 三三 |
| 第一章 戰爭ノ開始                | 三三 |
| 第一節 總則                   | 三四 |
| 第二節 開戦ノ方式                | 三八 |
| 第三節 開戦ノ時期                | 四二 |
| 第四節 開戦ノ直接效果              | 四五 |
| 第一款 條約ニ對スル效果             | 四七 |
| 第二款 交通通商ニ對スル效果           | 五一 |
| 第三款 内地ニ於ケル敵國人民及ヒ財產ニ關スル效果 | 五五 |



第二章 戰地ニ於ケル敵國人民ニ關スル權利

第一節 總則..... 六一

第二節 戰闘員及ヒ非戰闘員..... 六二

第一款 戰闘員ノ資格..... 六三

第二款 非戰闘員..... 六八

第三節 俘虜..... 七〇

第一款 俘虜ノ性質..... 七〇

第二款 俘虜ノ待遇..... 七三

第三款 俘虜ノ解除..... 八二

第四節 病者、傷者及ヒ死者..... 八九

第一款 病者、傷者ノ地位..... 八九

第二款 病者、傷者及ヒ死亡者ノ待遇..... 九〇

第三章 陸戰ニ於ケル敵國財産ニ關スル權利

第一節 總則..... 九四

第二節 戰利品..... 九五

第三節 軍隊占領..... 一〇〇

第一款 軍隊占領ノ性質..... 一〇〇

第二款 軍隊占領地ノ範圍..... 一〇二

第三款 占領者ノ權利義務..... 一〇三

第四章 海戰ニ於ケル敵國財産ニ關スル權利

第一節 總則..... 一〇九

第二節 戰闘及ヒ巡洋ノ艦船..... 一一一

第一款 捕獲私船..... 一一二

第二款 義勇艦隊..... 一一七

第三節 海上捕獲..... 一一九

第一款 捕獲免除ノ船舶..... 一二一

第二款 私有船舶及ヒ載貨..... 一二五

第一項 拿捕ノ方法及ヒ船舶、載貨ノ國性..... 一二八

第二項 拿捕物ノ處分並ニ共同拿捕及ヒ再拿捕..... 一三三

第四節 捕獲審檢所..... 一三七

第五章 戰闘方法ニ關スル法則

第一節 總則..... 一三九

第二節 敵人ニ對スル加害ノ程度……………一四〇

第三節 非敵意ノ交通……………一五二

第一款 休戰及ヒ停戰……………一五二

第二款 降伏其他軍隊間ノ約定……………一五五

第三款 軍使旗、通行券及ヒ警護……………一五六

第四款 商業ノ免許……………一五八

第六章 戰爭ノ終了……………一六〇

第一節 總則……………一六〇

第二款 媾和條約……………一六一

第三款 媾和條約ノ效果……………一六三

第四款 戰爭行為ノ廢止及ヒ征服……………一六五

第三編 局外中立ノ法則……………一六七

第一章 中立ノ意義……………一七一

第二章 局外中立ノ發達……………一七二

第三章 局外中立國ノ權利義務……………一七三

第一節 總則……………一七三

第二節 中立國ニ對スル交戰國ノ義務……………一七四

第一款 中立國版圖ノ不可侵權……………一七四

第二款 中立ノ規定及ヒ其違反……………一七七

第三節 交戰國ニ對スル中立國ノ義務……………一八一

第一款 戰爭ノ行為ニ干與又ハ助力スヘカラサル義務……………一八一

第二款 中立國版圖内ヲ戰爭行為ノ用ニ供セシメサルノ義務……………一八四

第三款 中立義務ノ不履行ヨリ直接ニ結果スル損害……………一八九

第四章 交戰國ノ中立國人民ニ對スル權利……………一九六

第一節 總則……………一九七

第二節 中立國人民ノ普通商業……………一九八

第一款 中立國人民ノ財産……………一九八

第二款 臨檢及ヒ搜查……………二〇二

第三節 封港……………二〇八

第一款 封港ノ性質……………二〇八

第二款 封港ノ效力……………二一〇

第三款 封港ニ對スル犯罪……………二二三

第四節 戰時禁制品ノ性質……………二二〇

第一款 戰時禁制品ノ種類……………二二三

第二款 戰時禁制品ニ對スル制裁……………二二八

第三款 戰時禁制品ニ對スル制裁……………二二八

第五節 戰時禁制品ノ事業……………二三一

國際公法戰時目次終

及ヒ法官ハ情狀ヲ考察シ此等ノ錯誤モ或場合ニ於テハ(善約契約)承諾ヲ破壞スルニ非サルモ尙ホ瑕疵ヲ與フルモノトシ特ニ保護ヲ加ヘタルコトアリ

(乙) 詐欺(Dolus) 本來市民法ニ於テハ當事者一方カ權詐ノ方法手段ヲ用ヒテ他方ノ承諾ヲ得タルトキニハ其犧牲ト爲リタル者ハ此等ノ理由ヲ以テ甲者ニ對抗スルヲ得サリシカ共和時代ノ末年頃ヨリ法官ハ之ヲ以テ承諾ヲ不完全ナラシメタルモノトシ其債務實行ノ前後ニ在ルヲ分タス防護ノ路ヲ開キ或ハ義務ノ實行ヲ請求セル債權ヲ排斥シ又ハ既ニ實行セル義務ヲ返戻セシムルコトヲ許セリ唯騙詐ノ方法カ第三者ノ行爲ニ出テタルトキハ既ニ與ヘタル承諾ハ當事者間ニ於ケル合意ニ向ヒテ障害ヲ誘起スルコト能ハス

(丙) 暴力(強迫)(Metus) 暴力ニ依リ當事者一方ノ心理ニ畏怖ヲ懷カシムルトキハ隨テ其與ヘタル承諾ハ瑕疵ヲ帶フルモノナルカ市民法ハ之ヲ認メテ有效ノモノトセシモ法官ハ暴力ニ依リ強迫セラレタル者ヲ保護スルコトヲ許セリ暴力或ハ詐欺ニ依リテ得タル承諾ハ其存立ニ於テ甚タ相類似スルモ唯暴力ニ依リテ得タル者ハ縱令第三者ノ行爲ニ因ルモ債務者ハ之ヲ以テ義務ノ實行ニ反抗スルコトヲ得ヘシ

第二節 當事者ノ能力

能力トハ法律行爲ノ上ニ於テ一方ノ主體ト爲リテ現ハレ得ヘキノ狀態ヲ示スモノニシテ普通原則トシテ一切ノ自由人ハ此能力ヲ有スルモノトス然ラハ無能力ハ普通原則ノ上ニ加ヘタル制限ニシテ異常狀態ニ屬ス能力ハ自由人ニ屬スルヲ以テ奴隸ハ全然無能力者タリ若シ自ラ法律行爲ノ上ニ現ハルトキ

羅馬法 物 資產ヲ成スヘキ權利 契約ニ必要ナル要素 當事者ノ能力

ハ其債權者タルト債務者タルト分タス自ラ權利ヲ得喪スルノ能力ナシ唯債權者タル任ニ當ルトキハ之ヨリ生スル權利ハ總テ皆其主人ノ手中ニ落テ債務者ノ任ニ當ルトキハ自ラ義務ヲ負フコト能ハス又主人ニ義務ヲ負ハシムルコト能ハス  
自由人中無能力者タルモノハ後見又ハ財産管理ニ付セラレタル人ナリ癡狂者及ヒ七歳以下ノ小兒ハ事實上意思ノ存セサルカ故ニ無能力タルモ七歳以上ノ小兒ニ於テハ單獨ヲ以テ己ノ地位ヲ善良ナラシムルノ行爲ヲ爲スヲ得例ヘハ債權者タル能力アリ然レトモ後見人ノ補助ナクシテ己ノ地位ヲ惡シカラシムル行爲ヲ爲スヲ得スヲ於テハ初メ年齒ノ如何ヲ問ハス後見人ニ付セラレ其許諾ナクシテ法律行爲ヲ爲スヲ得サリシ後此規則ハ消失シタリ財産管理人ヲ附セラレタル者即チ浪費者、二十五年以下ノ未丁年者ノ如キ共ニ管理人ノ承諾ナクシテ自ラ債務者タルコト能ハス其他家子ハ蕪能力者ノ中ニ算セラレサルヲ以テ債權者タリ債務者タルヲ得唯甲ノ場合ニハ債權ヨリ生スル利得ハ家父ニ屬シ乙ノ場合ニハ自ラ義務ヲ負フモノトス

### 第三節 目的

契約ノ目的ハ債務者ヲシテ或義務ヲ負ハシムルニ在リ此義務ノ狀態ハ千變萬化限ナキカ如クナルモ羅馬ノ法律家カ論究セシ所ニ據レハ三種ニ歸著スルコトヲ得ヘシ曰クダレ(Dare)「アレスタレ」(Praes-tare)「フアヤ」(Fueris)是ナリ(一)「ダレ」(Dare)ハ所有權又ハ物權ヲ移動スルニ在リ(二)「アレスタレ」(Praestare)トハ物權ヲ移轉セシメシテ單ニ物ヲ交付セシムルヲ謂フ(三)「フアヤ」(Fueris)トハ一ノ行爲ヲ爲スヲ謂フモノニシテ又同時ニ消極的行爲即チ不作爲ヲ包含スルモノナリ畢竟スルニ一切ノ債

務ハ作爲又ハ不作爲ニ外ナラス何トナレハ一所有權ヲ以テ債權者ニ移轉スルハ是レ亦一ノ事實ヲ行フモノナリ而シテ物ハ物權ノ直接ナル目的タルモ債權ハ必ス人ノ行爲ヲ要スルモノナルカ故ニ其間接ナル目的ニ過キス

約束セラレタル事實ノ性質トシテ(一)目的ハ出來得ヘキコト(二)正シキコト(三)確定セラレタルコト(四)債權者ニ金錢ヲ以テ評價スヘキ利益ヲ與フルコト(五)債務者カ自己ノ行爲ヨリ成ルヘキコト等ノ條件ヲ必要トス

(一) 約束セラレタル事實ハ出來得ヘカラサルコトヲ以テ目的トスルトキハ債務ハ無効ナリトス而シテ出來得ヘカラサルノ性質ニ絕對的ナルアリ關係のナルアリ甲ハ目的物ノ全ク存在セサルカ或ハ既ニ消失シタルカ如シ又商事外ノ物、神法物又ハ自由人ノ如キ皆法律上取引ノ目的トシテ存在セサルモノナリ乙ハ目的物ノ性質トシテ所有セラレサルニ非スト雖モ債權者カ特別ノ形情ニ依リ之ヲ得ルコト能ハサルニ由ル例ヘハ州ノ大守カ州内ニ在ル土地ヲ得取スル契約ヲ爲スコト能ハサルカ如シ

(二) 約束セラレタル事實ハ正シキ行爲ナルヲ要スルヲ以テ公ノ秩序ニ反シ風俗ヲ擾亂スル行爲ナルトキハ義務ハ有效ナル能ハス若シ契約當時ニ於テ不正ナル行爲ハ縱令後日正シキ事ト爲ルモ契約ハ依然無効タルヲ失ハス何トナレハ其成立ノ日ニ於テ無効ナル義務ハ後日ニ至リ其性質ヲ變スルコト能ハサレハナリ

(三) 義務ノ目的ハ一箇ノ物トシテ確定セラレルカ例ヘハ此馬ト云フカ如ク或ハ一定種類ニ於テ確定セラレルカ例ヘハ一頭ノ牛ト云フカ如ク豫メ制限ヲ立ツルヲ要ス若シ單ニ一ノ動物或ハ麥ト云フカ如キハ債務者ハ動物中ノ何物タルヲ分タス或ハ麥ノ一粒ヲ付與シ義務ヲ完ウスルカ故ニ玩弄ノ契約ニ

過キス隨テ法律上有効タルヲ許サス

(四) 契約ヲレタル事故ハ債權者ノ爲メニ金錢ヲ以テ評價スヘキ利益ヲ有スルヲ要スルヲ以テ若シ債權者ニシテ此利益ヲ有セザルトキハ訴訟ニ依リテ債權者ヲ追訴スルコト能ハス例ヘハ甲者ハ乙者ヲシテ百金ヲ丙者ニ與フルヲ約セシメタルモ丙者ハ自ら此契約ニ據リテ乙者ニ向ヒテ其實行ヲ請求スルコト能ハス何トナレハ羅馬法ノ原則トシテ代表ヲ許ササルヲ以テ甲者ハ丙者ノ爲メニ權利ヲ得ルコト能ハサレハナリ加之甲者モ亦乙者ニ對シ此契約ノ實行ヲ迫ルコトヲ得ス何トナレハ毫モ自己ニ金錢上ノ利益ヲ有セザレハナリ此第二ノ原則ハ羅馬法ニ於テ他人ノ爲メニ爲サシメタル契約ノ無効タル理由ナリ故ニ債權者カ此契約ニ附帶セル條件ヲ以テ自己ニ金錢上ノ利益ヲ生セシムルトキハ契約ハ有效ト爲ル例ヘハ上述ノ場合ニ於テ乙者カ義務ヲ履行セザルトキハ一定ノ賠償ヲ甲者ニ拂フヘキ條件ヲ含著スルトキノ如シ此原則ヨリ他人ノ爲メニ爲サシタル契約ハ總テ無効ト爲ルモ法學者ハ或種ノ契約ニ於テ裁判官ハ金錢ノ利益以外ニ愛情ヨリ生スル利益ヲ以テ契約者ノ意ヲ測リ契約ヲ有效トスルコトヲ許シタリ

(五) 契約シタル事故ハ義務者ノ行爲ヨリ成ルコトヲ要スルヲ以テ他人ノ行爲ヲ以テ契約ノ目的ト爲スコト能ハス故ニ第三者ノ行爲ヲ以テ契約ノ目的ト爲シタルトキハ契約者ハ自ら義務ヲ負フコトヲ欲セザリシモノト看做シ契約ヲ無効トス又第三者ニ於テハ代表ヲ容レサルノ原則ヨリシテ契約ニ於ケルノ行爲ニ因リ負擔ニ當ルコトナシ然レトモ此規則ヲ立テタル理由ノ存スル以外ニ於テハ契約ハ有效タルコトヲ得例ヘハ約束者ニシテ自ら第三者ニ一ノ行爲ヲ爲サシムルコトヲ承諾シタルカ又ハ第三者カ契約シタル事ヲ實行セザルニ當リ賠償ヲ約シタルトキノ如シ

### 附節 理由

茲ニ掲クル理由ナルモノハ羅馬法上或種ノ有形的及ヒ儀式的ノ元素ヲ示シテ呼ビタル所謂市民法上ノ理由 (Causa civilis) ト混淆スヘカラス  
理由トハ當事者カ契約ヲ結フニ直接ナル法律上ノ原因ニシテ即チ承諾ヲ與フル外表ノ道理ナリ換言スレハ當事者ハ何故ニ法律行爲ヲ爲スカノ問題ナリトス理由ハ無償行爲ニ於テハ惠與ヲ爲スニ在リ有償行爲ニ於テハ自ら負ヘル義務ヲ元トシ收メ得ヘキ利益ニ在リ羅馬法ニ於テハ理由ニ對シ一定ノ理論アルコトナク又是ヲ以テ合意ノ有效ニ本然缺クヘカラサル一ノ條件トシテ思考サレサリシモ實際上往來理由ノ存在ヲ請求セリ例ヘハ消費貸借ニ於テ金錢ノ授受ナカリシトキハ物 (Res) ノ交付ナキカ故ニ契約ハ無効ナリト稱シタルカ如シ然レトモ羅馬法ハ儀式的契約ニ於テハ全ク理由ノ存在ヲ認メス唯儀式ノ實行セラレタルトキハ之ヲ以テ義務ノ發生ニ十分ナリトシ當事者ノ意思等ハ更ニ關知セザリシカ此弊ヲ矯正セルハ又法官ノ力ニ由ルモノトス

### 第九章 口頭契約 (Contractus verbalis)

口頭契約ニ於テ一定ノ言辭ヲ以テスル宣言ハ豫メ當事者カ爲シタル合意ノ形式的ナル明言ニ過キスト雖モ是レ實ニ此種ノ契約ヲ指示スル特徴ニシテ若シ此形式ヲ缺クトキハ合意ハ單純ナルバクダ (Baccha) ニ過キスシテ履行ノ義務ヲ生スルコト能ハス蓋シ羅馬人カ用ヒタル口頭契約ニ三種アリ一ヲ「シクシノ・エ・チム」(Sic ut dicitur) 二ヲ「シムス・エ・ラ・ドム」(Sic ut dicitur) 三ヲ「シムス・エ・ラ・ドム」(Sic ut dicitur) 爲ス

嫁資宣言

(一) 「ヂクシオ、ドナス」(Datio dotis)嫁資宣言トハ或人例ヘハ自權者タル女子、其債務者及ヒ其父系ノ尊親カ嫁資契約ノ際ニ用フル方式ニシテ相互ノ答辯ヲ爲サス單ニ一方ノ明言ニ過キス  
解放宣言

(二) 「ジュスジュランドム、リベルチ」(Jusjurandum Libertatis)解放宣言トハ解放奴隸カ主保ニ對シテ爲ス所ノ宣誓ニテ奴隸ハ解放前主人ニ對シ其自由ト爲リタル後一定ノ役務ニ服シ又ハ金錢ヲ提供スヘキヲ誓フモ元來此約束ハ無効ナルヲ以テ解放後更ニ宣誓ヲ爲スモノトス此宣誓ヲ名ケテ「ジュスジュランドム、クベルチ」ト謂フ

(三) 「ステビュラシオ」(Stipulatio) 上説セル二種ノ口頭契約ハ特別ナル場合ニ適用セラレ或人ニノミ爲サレ得ヘキヲ以テ其範域亦狹隘ナルモ第三ノ「ステビュラシオ」ニ於テハ全ク之ニ異ナリ一ノ特別ナル契約ニ非スシテ一切ノ契約ニ向ヒテ應用セラレ得ヘキ一ノ形式ナリトス此種ノ口頭契約ハ要約者ノ間及ヒ諾約者ノ答ヨリ成ルモノナレトモ其儀式ヲ實行スルニ當リ請求セラレタル條件アリ(イ)莊嚴ナル言語ヲ以テノ資問及ヒ返答(ロ)問答兩語ノ相符合スルコト(ハ)問答時ノ同一ニシテ連續スルコト(ニ)場所ノ同一及ヒ當事者ノ列席是ナリ

(イ) 莊嚴ナル言語ヲ以テスル一ノ資問及ヒ返答 古昔ノ羅馬人カ問答ニ用ヒタル語ハ唯一ニシテ「スボンシオ」(Sponsio)ナリ例ヘハ「汝ハ十ヲ與フルコトヲ約スルカ」(Sponsio dare decem?)ト問ヒ「約ス」(Sponsio)ト答ヘタルカ此「スボンシオ」ナル語ハ宗教的ノ性質ヲ有シ純粹ナル市民法ニ屬シ唯リ羅馬人ノミ之ヲ用フルヲ得タルカ後來同一ノ意味ヲ有スル語例ヘハ Promittis? Promitto; Dabis?

Datio 等ノ字ヲ用ヒ又唯リ羅句語ノミナラス或ハ希臘語又ハ他ノ語ヲ用フルモ不可ナキニ至リ隨テ外邦人ト雖モ口頭契約ヲ爲スヲ得ルニ至リタリ而シテ此問答ノ全體ヲ指シ「ステビュラシオ」ト名ク問答ノ順序ハ必ス債權者先ツ問ヲ發シ債務者之ニ答フルヲ要ス若シ問答ノ前後スルトキハ決シテ契約ノ效力ヲ生スルコト能ハス

(ロ) 問答言語ノ相符合スルコト 古代ニ於テハ問答ノ言語ハ必ス同一ナルヲ要シタルモ諸種ノ語ヲ以テ「ステビュラシオ」ヲ爲スヲ得ルニ及ヒテ此規則ハ廢止セラレタリ然レトモ契約ノ基礎タル目的物ニ付テハ必ス問答ノ一致スルヲ要セリ

(ハ) 問答時ノ同一ニシテ連續セルコト 「ステビュラシオ」ニ於テ問答ハ相連合シテ始メテ一ノ法律行爲ト爲ルヲ得ルヲ以テ問答ノ間ニ雜フルニ他ノ行爲ヲ以テスルヲ許サス此規則ハ唯リ茲ニ之ヲ見ルノミナラス又他ノ古代ヨリ傳ハリタル儀式例ヘハ後見、能力補充等ニ於テ見ル所ナリ

(ニ) 場所ノ同一及ヒ當事者ノ列席 「ステビュラシオ」ノ如キ嚴格ナル法律行爲ニ於テ羅馬法ハ其間答ハ同一ノ場所ニ於テシ當事者自ラ之ニ列席スルヲ請求セシハ解シ易キ所ナリ然レトモ此規則ハ當事者ノ爲メニハ不便ヲ與フルコト尠カラス若シ其相會合スルコト能ハサル場合ニハ「ステビュラシオ」ノ契約ハ到底之ヲ爲スコト能ハス又當事者ノ一方ニシテ惡意ナルトキハ當日不在ナリシヲ主張シ契約ノ實行ヲ避クルノ恐アリ是以テ當事者ハ或時代ヨリ其實行セシ「ステビュラシオ」ヲ文書上ニ書シ之ヲ證明スルノ習慣ヲ取り又時トシテハ實際ニ於テ爲サザリシ口頭契約其他ノ附帶ノ條項等之ヲ「ステビュラシオ」問答ノ式ニ從ヒテ文書ニ認メタリ而シテ此等ノ文書ハ反證ノ存セサル間ハ有效ト看做サルルモ若シ當事者一方ニテ當時不在ナリシコトヲ證明セシトキハ無効ニ歸シタルカ「ジュ



ステニアン」帝ハ此ノ如キ債務者ノ惡意ヲ妨ケン爲メ反證ハ必ス文書又ハ離婚者以外ノ證人ナラサ  
ルヘカラサルヲ命シタリ是ヨリ當事者ノ列席ハ不必要ト爲リタルモ亦同時ニ「ステビュラシオ」ハ文  
書契約ト爲リタリ  
上述スル如ク口頭契約ノ目的ハ其實行ニ因リ諾約者ヲ以テ要約者ノ負債主ト爲スニ在リ此儀式ニ依  
リテハ諾約者ハ決シテ要約者ニ對シ義務ヲ負ハシムルコト能ハサルヲ以テ「ステビュラシオ」ハ單  
片務契約ニノミ適用セララルヲ得又其目的ハ或ハ讓與(Dare)或ハ行作(Tracere)タルヲ得ヘキカ故ニ  
廣ク一般ノ合意的義務ノ泉源ト爲ルヲ得タリ

### 第十章 書上契約 (Contractus)

羅馬人ノ習慣トシテ家父ハ必ス一家ノ會計ニ關スル事故即チ收入、支出ハ固ヨリ債權、  
債務等ノ生スルアレハ一一明細ニ之ヲ記入スルヲ常トセリ此帳簿ハ領收及ヒ支出帳(Codices accepti et  
expensae)ト名ケラレ債權、債務等ニ關シテハ其原因、目的物等詳細ニ記載セラレタルヨリ途ニ當事者相  
互ノ承諾ヲ以テ此帳簿ニ記入セラレタルトキハ之ヲ以テ義務ヲ生セシムルニ十分ナリトシ書上契約ナ  
ル一ノ方法ト爲スニ至リタリ

此帳簿(Codex)上ニハ實際ノ授受ヨリ生スル債權モ亦記入ナレタルカ羅馬人ハ之ヲ金錢名目ヨリ生ス  
ル債權(Konon aqarium)ト呼ビ借入人ノ氏名及ヒ金額ノ授受セラレタルヲ記シ貸借ヨリ生スル債權  
ヲ證明スルノ用ニ供シタリ而シテ書上契約ニ於テハ此記入ヲ轉用セシモノニシテ例ヘハ一定ノ金額ヲ  
贈與センコトヲ約シタル單純ナル「バクタ」(Pacta)ニ於テ之ヲ變シテ一ノ書上契約ト爲サントスル

ニハ當事者ハ合意ヲ以テ受贈者ノ帳簿上ニ其消費貸借ノ名ヲ以テ贈與ヲ受クヘキ金額ヲ贈與者ニ授受  
シタルコトヲ記入スルモノトス然ルトキハ贈與者ノ承諾ヲ以テ爲シタル此記入ハ虛構ノ債權ヲ證明シ  
約束者ハ期日ニ至リ其金額ヲ辨償セサルヘカラス此際ニ於テハ債權ハ書上(Ficticia)ニ因リ生スルモノ  
ニシテ之ヲ名ケテ轉記名目(Konon transcriptum)ヨリ生スル債權ト謂フ

此ノ如ク書上契約ハ實際ニ於テ存在セザリシ義務ヲ裝フコトアリ例ヘハ贈與、嫁資設定ニ於ケルカ如  
シ其他ノ場合ニ於テハ既ニ存在セル義務ヲ變更スルカ爲メニ用ヒラルモノニシテ二種アリ第一ハ人  
ニ於テ物ノ轉記(Transcriptio a re in personam)ニシテ賣買、組合等ヨリ既ニ生シタル債權ヲ變シテ書上  
契約ト爲スニ在リ此目的ヲ達センカ爲メニハ債權者タル者ハ先ツ其帳簿上收入(acceptum)ノ條下ニ第  
一ノ契約ヨリ成リタル債權金額ノ領受ヲ記入シ次テ支出(expensae)ノ條下ニ於テ同一金額ヲ負債者  
ノ爲メニ支消シタルコトヲ記入スルモノトス此場合ニ於テハ書上契約ハ二方ニハ虛構ノ辨償、他方ニ  
ハ虛構ノ貸方ヨリ成ルモノニシテ其目的ハ債權ノ性質ヲ變シ訴訟時ニ當リ嚴格ナル訴權ヲ得ルニ在リ  
第二ハ人ヨリ人ノ轉記(Transcriptio a persona in personam)ニシテ債務者ヲ變更スルニ在リ例ヘハ債  
權者丙カ帳簿上ニ其債務者タル甲ヨリ百金ヲ領收シ更ニ乙ノ爲メニ百金ヲ支出シタルコトヲ記入スル  
モノトス此場合ニ於テハ債務者ノ更改ヲ成スモノニシテ其直接ニ金錢授受ヲ省クヲ羅馬ニ於テハ之ヲ  
以テ今日ノ約束手形ニ類セル效用ヲ爲サシメタリ  
書上契約ハ之ヲ口頭契約ニ比シ頗ル簡便ナルヲ以テ共和時代ニ於テハ普ク應用セラレタルモ其後廢棄  
ニ傾キ帝政時ノ末ニハ全ク消失シ羅馬人一般ノ使用セシ帳簿(Codices)ハ唯リ銀行營業者ノミ之ヲ保存  
スルニ終レリ



### 第十一章 實物契約 (Contractus rei)

實物契約トハ物體ノ授受ニ因リ始メテ形成セララル所ノ契約ニシテ四種アリ (一)消費貸借 (Mutuum) (二)使用貸借 (Commodatum) (三)寄託 (Depositum) (四)質 (Pignus) 是ナリ羅馬法ハ之ヲ同一ナル實物契約ニ類別スルモ其性質ニ多少ノ異同アリ殊ニ消費貸借ハ著シク他ノ三種ニ異ナル點アリ

#### 第一節 消費貸借 (Mutuum)

消費貸借ハ當事者ノ一方カ或物ノ所有權ヲ他方ニ讓リ他方ハ同一物ノ同一分量ヲ一方ニ返付スルノ義務ヲ生スル契約ナリ而シテ物 (Res) ハ引渡ニ因リテ其所有權ヲ移轉 (Mutui datio) スルモノニシテ一ハ之ヲ借者 (Accipiens) ト呼ビ他ハ之ヲ貸者 (Tradens) ト呼ブ  
古昔時代ニ於テハ消費貸借ハ専ラ金錢ニ存シタル如ク五人ノ證人ノ前ニ於テスル彼ノ銅片 (Aes) 及び秤衡 (Libra) ノ式ヲ用ヒ當事者相互ノ宣言 (Munus patto) ヲ用ヒ其後始メテ銅錢 (Aes signatum) ノ創製ヨリ金銀貨幣ノ鑄造セララルニ及ヒテモ仍ホ此「ネクソーム」(Nexum) ノ方式ヲ用ヒタルハ其酷烈ナル制裁ヲ利用セントスルニ在リタルカ如シ而シテ此「ネクソーム」ノ式ヲ用フル消費貸借ハ唯リ羅馬人ノミ之ヲ爲スヲ得ヘキカ故ニ其範域狹隘ナルヲ以テ或時代以後ハ單ニ金錢ノ授受ニ因リ返戻ノ義務ヲ生スル契約實用ニ入り途ニ儀式の行爲ノ「ネクソーム」ハ使用外ニ排棄セララルニ及ヒタリ消費貸借ニ於テハ當事者ノ承諾ヲ以テ足レリトセス必ス物體ノ授受ヲ要ス而シテ消費貸借ニ於テ授受セラルヘキ物體ハ羅馬法律家ノ言ニ從ヘハ或ハ秤量セラレ或ハ計算セラレ得ヘキ總テノ物ナルカ故ニ凡ソ世ニ存在

スル物ハ殆ト皆消費貸借ノ目的タルヲ得ルカ如シト雖モ羅馬法律家ハ自ラ此定義ヲ制限シ貨幣、酒、油穀類ノ如キ食料品及ヒ金銀銅等ノ地金ト爲ス是ヲ以テ觀レハ消費貸借ハ種類ヲ以テ定メタル物即チ代替スヘキ物ニノミ適用セラレ箇箇ニ觀察シタル物ニ適用セス是レ其物ノ所有權ヲ移轉シ同一種屬ノ物ヲ返還スル義務ノ性質ヲ表ハス所以ナリ

(一) 羅馬法ニ於テ通常金錢ノ貸借ハ特別ナル徵候ヲ具ヘ第一ニハ無利息ニシテ利息ハ決シテ單純ナル合意即チ「バクタ (Pacta)」ニ因リ之ヲ生スルコト能ハス第二ニハ特定シタル人ハ金錢借受ヲ爲スニ特別ナル無能力者タリ「ウエスバシア (Uesuria)」帝ノ世ニ發セラレタル元老院決議ハ家子ニ金錢ヲ貸スコトヲ禁シ若シ此法律ヲ犯シテ爲シタル貸借ハ無効ニ屬シ家父、家子及ヒ其相續者、擔保者ハ辨償ノ義務ヲ有セス故ニ債權者ハ家子及ヒ其他ノ者ニ對シテ訴訟ヲ提起スルコト能ハス唯家子ハ自然義務ヲ負フノミニシテ若シ自ラ好意ヲ以テ辨償シタルトキハ此辨償ハ有效ニシテ不當利得ト看做サレサルノミ此元老院決議ハ常ニ「マセドニア」ニ元老決議 (Senatus consultis Macedonianis) ト呼ハル通常院決議ハ議案ヲ提出シタル人名ヲ冠スルヲ規則ト爲スモ此法律ニ於テハ特別ニシテ或ハ「マセド」(Macedo) ナル人名ハ一高利貸ノ名ナリト曰ヒ又一説ニ從ヘハ負債ノ辨償ニ苦ミ家父財産ノ讓與ヲ得シカ爲メニ家父ノ生命ニ危害ヲ加ヘタル一家子ノ名ナリト曰フ蓋シ羅馬ニ於ケル家子ハ特有財産ナキカ故ニ信用ヲ得ルコト能ハサルノ理ナレトモ高利貸ハ家父ノ死後辨償スヘキ約束ヲ以テ重大ナル條件ヲ加ヘ家子ニ金錢ヲ貸與スルノコトアリシヨリ途ニ「マセドニア」ニ元老院決議ヲ發スルノ機會ヲ見タルモノナリ又羅馬法ニ於テ家子ノ家父死後ヲ以テ期限トシ金錢ヲ借ルコトノ行ハレシム既ニ此元老院決議ニ先シ「クロテニス」帝ノ世ニ下シタル「法律カ家父ノ死ヲ以テ借金辨償ノ期ト爲スヲ禁セシヲ以テモ知ルヘシ



(二) 金錢貸借ヲシテ有償即チ利息附ナラシメントセハ必ス式ニ從ヒテ別ニ契約ヲ爲スヲ必要トス羅馬法ハ別ニ此利息附貸借ヲ呼ビテ「フエニユス」(Fenus)ト稱シタリ然レトモ此嚴密ナル規則ハ漸次弛緩ニ傾キ遂ニ市及ヒ銀行營業者カ爲セル金錢ノ貸付及ヒ麥等ノ食料物ニ於テハ單純ナル「バクダ」ヲ以テ利息ヲ約スルヲ許セリ利息ノ標準ニ關シテハ既ニ十二銅版法時代ヨリ制限ヲ立テ之ヲ超ユルヲ許サス此標準ハ帝政時代ニハ十二「プロセント」(百分ノ十二)ナリシカ「ジュスチニアン」帝ハ之ヲ減シテ六「プロセント」(百分ノ六)ト爲シタリ

(三) 海運貸借(Nauticum Fenus)トハ海上ノ事業即チ海外諸國ニ於テ商業其他ノ企業ヲ爲サントスル目的ヲ以テ爲シタル金錢ノ貸借ニシテ特別ナル規則ニ付セラレ此金錢又ハ之ヲ以テ購入シタル物品ノ海上ニ於テ遭難ニ因リ消失シタルトキハ債務者ノ義務モ亦同時ニ消滅シ又此貸借ニハ單純ナル「バクダ」ニ因リ利息ヲ生セシムルヲ得タリ其他海商危險ノ賠償トシテ利息ハ法律上ノ標準ニ據リ拘束セラレルコトナカリシカ「ジュスチニアン」帝ハ之ヲ以テ十二「プロセント」(百分ノ十二)ニ制限セリ

### 第二節 使用貸借 (Commodatum)

使用貸借ニ於テハ當事者ノ一方ハ一ノ物ヲ他方ニ交付シ乙者ハ當事者間明白又ハ暗黙ニ和同シタル方法ニ從ヒ物ヲ使用シタル後甲者ニ返付スルノ義務ヲ有スルモノナリ  
使用貸借ニ於テハ借主ハ一定時間物ヲ保存シ使用後同一物ヲ返還セサルヘカラス然ラハ此目的タル物ハ動産又ハ不動産タルヲ分タス有形物タルヲ要シ又物ノ交付ハ消費貸借ノ如ク所有權ノ移動ニ關セス單ニ貸主カ物ヲ使用シ得ルヲ許サンカ爲メ爲シタル交付ニ過キス借主ハ決シテ物上權ヲ得ルコトナシ

故ニ羅馬法ハ此交付ヲ呼ビテ空虛引渡(Vide traditio)ト謂フ此契約ヨリ生スル結果トシテ借主ハ物件ニ對シ善良ナル家父ノ注意ヲ加ヘ契約ノ趣意ニ反スル使用ヲ爲サス一定時ノ後ニ於テ之ヲ返還セサルヘカラス此ノ如ク使用借主ハ確定シタル物ヲ返還スルノ義務アルカ故ニ偶然ノ事變ニ因リ物ノ滅失シタルトキハ其義務ヨリ解除セララル換言スレバ偶然ノ事故ハ貸主ノ負擔ニ屬スルモノナリ其他使用貸借ニ於テハ借主ハ決シテ報償ヲ支辨スルノ義務ナキモノトス何トナレハ元來使用貸借ハ無償ノ法律行爲タルヲ以テ貸金ノ支拂ハ此契約ノ性質ニ反スルモノナリ若シ當事者ニシテ報償ヲ契約シタルトキハ契約ハ使用貸借ノ性質ヲ變更シ賃貸借又ハ他ノ無名契約ヲ成スモノナリ  
使用貸借ニ於テ貸主ハ契約ヲ爲シタル當時ニ於テハ一モ義務ヲ負フコトナシト雖モ契約ノ進行中ニ於テ借主ニ對シ或義務ヲ生スルコトアリ即チ物ノ使用ヨリ生スル費用例ヘハ奴隸ノ食料ノ如キモノノ以外ニ於テ借主カ物ノ保存ノ爲メニ爲シタル費用ヲ支辨セサルヘカラス其他貸主ニシテ詐欺ノ行爲ヲ爲シタルトキハ之ヨリ生シタル損害ヲ賠償セサルヘカラス

### 第三節 寄託 (Depositum)

寄託ノ兩貸借ニ異ナル所ニ領受者(Accipiens)ハ物ヲ保存スルモ自ラ之ヲ利用スルヲ得スシテ寄託者ノ之ヲ請求スルニ應ジ直チニ同物體ヲ返還セサルヘカラスルノ義務アルニ因ル總テ有形上移轉シ得ヘキ物ハ寄託ニ付セララル得ルモノトス故ニ移轉スヘカラスルモノ即チ不動産ハ其外ニ在リ而シテ寄託ニ於ケル實體ノ授受ハ單純ナル空虛引渡(Nuda traditio)ニシテ受託者ハ占有權其他ノ物權ヲ得ス單ニ物ヲ抑留スルニ過キス

寄託契約ヨリ生スル通常ノ結果ハ受託者カ負フ所ノ義務ニシテ之ヲ屢指スレハ物ヲ保存スルノ義務、物ノ保存上ニ犯セル詐欺及ヒ重大ナル過失ニ答フルノ義務、第一回ノ請求ニ應ジ物ヲ返還スルノ義務ナリトス而シテ受託者ハ確定シタル物ノ負債者タルカ故ニ偶然ノ事故ニ因リ物ノ消失シタルトキハ其義務モ亦同時ニ消失シタルモノナリ寄託ハ使用貸借ニ於ケル如ク契約ノ經過中ニ於テ或ハ寄託者ノ義務ヲ生スルコトアリ例ヘハ受託者カ物ノ保存ノ爲メニ爲シタル必要ノ費用ヲ辨償シ又自ラ犯シタル詐欺ニ對シ責任ヲ負ハサルヘカラス本來寄託契約ノ性質トシテ無償ナルヲ以テ報酬ヲ約束シタルトキハ寄託ノ性質ヲ失ヒ他ノ契約ト爲ルモノナリ

寄託契約ノ變態トシテ(一)水火等危殆ノ形勢ニ迫ラレ何人タルヲ擇ハス爲シタル寄託即チ羅馬法註釋者ノ所謂必要寄託或ハ厄災寄託(二)爭論ノ目的タル物ヲ以テ當事者カ第三者ヲ擇ヒテ爭論終結マテ寄託シタル物件保管(Spokenum)(三)不規則寄託ト呼ハレタル金錢ノ寄託ナル三種アリ此三種ノ寄託ニ於テハ寄託ノ原則ハ其趣ヲ變シ適用セラレサルモノナリ

#### 第四節 質 (Pignus)

質ハ債務者又ハ第三者カ債務ノ辨償ヲ確保スル爲メノ物ヲ以テ債權者ニ付與スルコトノ契約ニシテ質權者ハ辨償ヲ受ケタル後之ヲ返還セサルヘカラス質契約ノ目的ハ或ハ動産或ハ不動産タルヲ得ヘク而シテ債權者ハ債務者ヨリ受領シタル質タル物ノ上ニハ所有ノ心素ナキモ占有權ヲ得辨償ヲ得サルノ間ハ之ヲ留置シ或ハ自ラ之ヲ沽賣シテ債務ニ充ツルコトヲ得

羅馬法ニ於テ不動産ヲ以テ質契約ノ目的タルヲ許シタルハ蓋シ今日ノ所謂抵當(Pantebail)ノ羅馬ノ

初代ニハ存在セザリシモ中頃ヨリ採用シタルニ由ルモノナリ而シテ不動産ノ質タルト抵當タルトニ從ヒ其規則モ亦自ラ異ナルモノナリ

質契約ハ貸借、寄託等ニ比シ上説セル點ニ於テハ深ク差異ヲ呈スルモ其實物契約中ニ算セラルル所以ハ他ノ契約ニ等シク義務ノ實物ノ交付ヨリ始メテ其發生シ得ルニ由ル而シテ質ハ確定物上ニ在ルヲ以テ使用貸借及ヒ寄託ニ於ケル債權者及ヒ債務者ノ義務ハ又質ニ於テ其趣ヲ同シウス

#### 第十一章 合意契約 (Contractus consensus)

總テノ契約トシテ當事者ノ合意ナクンハ成立スルコト能ハサルヤ明カナリ然ルニ特ニ合意契約ナル名ヲ以テ或種ノ契約ヲ指示スルハ他ナシ羅馬法ノ原則トシテ單純ナル合意ハ之ヲ「パクタ」ト呼ビ法律上有效ナル行爲タルコト能ハス若シ眞成ナル契約即チ制裁力ヲ具ヘタル法律行爲ヲ爲サントセハ一定ノ形式ヲ履行シ或ハ物體ノ授受ヲ必要トセルコト上ニ見ルカ如シ然ルニ或種ノ契約ニ於テ此等ノ煩雜ナル規則ヲ要セス當事者ノ意思合同スルヤ直チニ完全ナル契約ト爲ルヘキヲ許シ此種ノ契約ヲ指シテ合意契約ナル名ヲ與ヘタリ是ヲ以テ觀レハ合意契約ハ羅馬ニ於テ法律學ノ發達シタル後ニ於テ始メテ現ハレタルモノニシテ古昔ノ法律ニ於テ存セザリシハ多數ノ學者カ唱フル如ク眞實ナル(シ)嚴格法ト呼ハレタル或契約ニ於テハ裁判官ハ訴訟ヲ聽クニ當リ嚴密ニ外表ニ現ハレタル契約文面ニ從ヒ判斷セサルヘカラサルモ合意契約ニ於テハ所謂善意取引(Negotia bona fide)ナルヲ以テ明白ニ約束サレタル所ノミナラス其他當事者ノ眞意ノ在リシ所及ヒ約束時ノ形勢、理由等ヲ検査シ正理及ヒ善意ヲ基礎トシテ判斷ヲ下ササルヘカラス

合意契約ニ四種アリ曰ク賣買曰ク貸貸借曰ク組合曰ク委任是ナリ

第一節 賣買 (Emptio venditio)

帝政時代ノ法律家ニ從ヘハ賣買トハ一ノ合意契約ニシテ當事者ノ一方即チ賣渡者 (Venditor) ハ他ノ一方即チ買受者 (Emptor) ニ對シテ代價タル金錢ヲ得テ一ノ物ヲ渡スコトヲ約シ買受者ハ賣渡者ニ對シテ其代價ヲ拂フコトヲ約スル所ノ合意契約ナリ是ヲ以テ觀レハ賣買契約ハ直接ナル結果トシテ必ス相互間ニ箇ノ義務ヲ生スルモノナリ即チ物ヲ交付スヘキ點ニ於テハ債務者タル賣渡者ハ代價ノ債權者タリ又代價ノ債務者タル買受者ハ物ノ交付ニ於テハ債權者タリ然レトモ當初ノ法律ニ於テハ全ク之ニ異ナリ賣買ハ「マンシバシオ」ノ儀式ヲ實行スルニ非サレハ其效力ナク此式ヲ實行シタルトキハ物及ヒ代價ノ授受ハ終局シ復タ賣買契約ハ問題ト爲ルコトナカリシナリ然レトモ信用ナルモノノ觀念漸ク發達スルニ及ヒ信用ノ賣買即チ同時ニ代價及ヒ物ノ交付ヲ爲サル所ノ賣買ハ世ノ實用ニ入り賣買ト物ノ交付ハ分離シテ各自獨立ノ結果ヲ生スルニ至リ賣買ハ往時ニ於ケル如ク所有權ノ移動ヲ來サスシテ債務ノ原因ト爲リタリ

賣買ニ於テ合意ノ必要ナルハ言ヲ須タス然レトモ合意ニシテ存スルトキハ之ヲ以テ足レリトシ復タ他ノ形式ヲ必要トセス其他賣買ニ於テ本然ナル元素トシテハ賣買スヘキ物及ヒ代價ノ二アリ

(一) 資産ニ入ルヘキモノハ其動産タルト不動産タルトヲ分タス又有體物、無體物ニ論ナク或ハ各箇名義ヲ以テ或ハ一般名義ヲ以テ賣買ニ付スルコトヲ得已ニ開始シタル相續ニ於テハ議論兩岐ニ分レ「サビニアン」派ノ學者ハ賣買ノ目的タルヲ容レス「プロキユリアン」派ノ學者ハ之ヲ容セシモ「ジュスチ

ニアン」時ニハ學者皆下説ヲ採リタリ

物ハ賣買ニ於テ其基礎タル元素ナルカ故ニ物ナクンハ賣買契約ヲ爲スコト能ハス故ニ賣買ノ目的タル物カ實際存セシモ契約當時ニハ已ニ消滅セシトキニハ賣買ハ全然無効タリ

(二) 代價 (pretium) ハ「イ」金錢ヨリ成ルヲ要ス「サビニアン」派ノ學者ハ如何ナル物ト雖モ賣買ノ代價タルヲ得ト主張シ賣買ヲ以テ交換ト混淆シタルモ反對ノ説ヲ主張シタル「プロキユリアン」派ノ意見ハ教科時代ノ末ニハ全ク勝ヲ制シタリ「ロ」代價ハ確定 (certum) セラルルヲ要ス換言スレハ契約時ニ於テ定メラレタルカ然ラサレハ第三者ヲ選定シテ他日之ヲ定メシムルヲ約スルヲ要ス若シ代價ハ當事者一方ノ定ムルニ任シ或ハ他日第三者ヲ選フヘキコトヲノミ約シタルトキハ賣買ハ無効ト爲ス「ハ」代價ハ玩弄的 (Vatum) ナラサルヲ要ス、換言スレハ買受者ハ之ヲ拂ヒ賣渡者ハ之ヲ請求スル意アルヲ要ス若シ然ラサレハ虛構ノ賣買ニシテ實ハ贈與タリ「ニ」代價ハ正當 (iustum pretium) ナルヲ要ス、元來賣買ニ於テハ當事者雙方ハ各自ノ利益ヲ收メンコトヲ力メ賣渡者ハ可及的高價ヲ以テ物ヲ賣ルコトヲ望ミ又買受者ハ可及的廉價ヲ以テ物ヲ得ンコトヲ求ムルハ人情ノ常ニシテ物ノ眞正ナル價值ハ代金ト對合セサルモ賣買契約ニ於テハ影響ヲ蒙ルノ理ナシ故ニ古昔時代ヨリ教科時代ニ至ルマテ不幸ナル賣買者カ金錢ノ必要ニ迫ラレ低廉ナル價ヲ以テ物ヲ賣リ自ラ損害ヲ受クルモノ之ヲ以テ賣買ヲ取消スコトヲ容ササリシカ「テオク」レ「チニユス」皇帝ハ新ニ規則ヲ設ケ若シ賣買代價カ物ノ價值ノ半額ニ達セサルトキハ賣渡者ハ賣買ヲ取消スコトヲ請求スルコトヲ得若シ買受者ニシテ賣買ヲ維持セントセハ正當ナル價ニ足ルマテ遺殘ノ代價ヲ補償セサルヘカラサルコトヲ決シタリ此ノ如キ規則ノ設ケラレタル原因ハ賣渡者ハ厄厄ノ情勢ニ迫ラレ買受者カ命セシ所ノ條件ハ重大ナル損失ヲ招クヘキニモ關セス止ムナク



低價ヲ以テ賣買ヲ承諾シタルモノニシテ公平ノ道義ハ此ノ如ク賣渡者カ他人ノ厄災ヲ機トシテ自己ノ利益ヲ圖ルヲ制止セサルヘカラサルトノ理想ニ在ルモノナリ故ニ買受者ハ代價ノ如何ニ高カリシトモ之ヲ以テ賣買取消ヲ請求スルヲ得ス何トナレハ不幸ニシテ價ヲ論セス物ヲ賣ラサルヘカラサルノ人アルモ價ヲ論セスシテ物ヲ買ハサルヘカラサル不幸ノ人ナケレハナリ  
賣買ハ雙務契約ナルコトヲ西洲英習譯者ハ互ニ義務ヲ負フモノナリ之ヲ別與スレハ賣主ニ在リテハ(一)物ヲ保存シ(二)己ノ有スル權利ノ全部ト共ニ物ヲ買受者ニ交付シ(三)買受者ヲシテ將來平穩ナル占  
有ヲ享受セシムルコト即チ占有ノ擔保ニ任シ追奪及ヒ瑕疵ノ場合ニハ買受者ノ損害ヲ賠償スルニ在リ  
買主ノ義務ハ(一)番事者雙方カ一致セル金額ニ從ヒテ代價ヲ支拂フニ在リ(二)若シ代價支拂ノ遲滞セルトキハ物ノ引渡以後利息ヲ加ヘラルルモノナリ

第二節 賃賃借 (Locatio conductio)

賃賃借ハ一ノ雙務契約ニシテ當事者ノ一方ハ他方ニ對シ一ノ物ノ享有ヲ得セシメ或ハ他方ノ爲メニ或業務ヲ爲スヘキコトヲ約シ他方ハ之ニ對シ代價ヲ支拂フコトヲ約スルモノナリ是ヲ以テ推セハ賃賃借ハ當事者相互間ニ二箇ノ義務ヲ生スルモノナリ就中第一ハ代價ニシテ不變ナルモノ第二ハ他ノ債務者カ爲スヘキ行爲ニシテ數種ノ區別アリ即チ(一)物ノ賃賃借 (Locatio conductio rerum) ニ在リテハ借主カ賃賃借ヲ拂フニ對シ貸主ハ物ヲ使用、享有シ又物ヨリ利益ヲ收ムルコトヲ得セシムルニ在リ(二)事業ノ賃賃借ニ於テハ債務者ハ一定ノ事業ヲ爲スニ在リ而シテ更ニ之ヲ分チテ二種トシ甲ヲ請賃賃賃借 (Locatio conductio operis factendi) トシ一定ノ工事ヲ爲スニ在リ例ヘハ一ノ家屋ヲ建テ一ノ船ヲ造リ或

ハ一ノ貨物ヲ運送スルカ如シ他ヲ雇備賃賃借 (Locatio conductio operatum) トシ當事者ノ一方ハ多少繼續セル間他ノ使役ニ服スルニ在リ近世ノ法律ニ於テハ此等諸種ノ契約ハ特別ナル稱號ヲ有シ獨立シタル契約ナルモ羅馬法ニ於テハ總テ之ヲ賃賃借ニ一括シタリ

此等ノ契約ハ皆物又ハ爲スヘキ工作或ハ役務及ヒ賃金ニ關シ當事者意思ノ合同スルヤ單ニ承諾 (consensus) ヲ以テ形成セラルルモノトス而シテ各自特別ナル規則トシテハ物ノ賃賃借ニ於テハ賃賃借人ノ義務ハ物ヲ他方ニ交付シ契約中其享有ヲ得セシメ其擔保ニ任スルニ在リ而シテ賃賃借人 (Conductor) ノ義務ハ契約ノ定ムル時期毎ニ賃金ヲ拂ヒ物ヲ保存シ善良ナル家父ノ注意ヲ加ヘ契約終結ノ日物ヲ返付スルニ在リ而シテ賃金ハ物ノ繼續セル享有ヲ基礎トスルヲ以テ享有ノ時ニ準シ拂フヘキモノトス故ニ偶然ノ事故ニ因リ將來物ノ享有ヲ繼續スルコト能ハサル場合例ヘハ家屋ノ火災ニ罹リタルトキニ於テハ賃賃借人ハ爾後賃金ヲ負擔セサルモノナリ

事業ノ賃賃借ニ特別ナル規則ヲ掲ケンニ當初ニ於テ羅馬人ハ事業ノ賃賃借ニ於テモ物ノ賃賃借ニ於ケル如ク物ノ交付ヲ以テ其本然ノ性質ト思考シタリ而シテ事業ハ賃賃借人カ交付セラレタル物ノ上ニ加フルニ在リ物ナケレハ賃賃借ナシト思考シ之ヲ名ケテ Locatio conductio operis factendi ト稱シ事業ノ注文者ハ賃賃借人 (Locator) ニシテ事業ヲ請賃ヒタル者ハ賃賃借人 (Conductor) ナリ例ヘハ家又ハ其他ノ建築ヲ爲サシムル爲メ土地又ハ運搬スヘキ貨物ヲ交付シタルトキノ如ク此際ニハ賃賃借人カ賃賃借人 (Locator) ニシテ物ノ賃賃借 (Locatio conductio rei) ニ於ケルトハ全ク反對ナリシ此特異ナル思考ハ雇備賃賃借即チ自由人カ賃賃借ヲ得テ一定ノ使役ニ服スヘキ契約ニ於テ之ヲ變シ物ノ交付ヲ要セサルモノナリ又此雇備賃賃借 (Locatio conductio operatum) ニ於テハ請賃契約ニ異ナリ勞働ヲ供スル者ヲ賃賃借人トシ

貸借ヲ拂フ者ヲ賃借人トセリ

### 第三節 委任 (Mandatum)

委任ハ一人カ無償ヲ以テ他人ノ爲メニ或事務ヲ管理スルコトヲ約スル所ノ契約ナリ社會ノ交通複雜セル土地ニ於テハ或ハ不熟ナル事件ニ對シ或ハ自ら故障ノ存スル場合等ニ於テハ委任契約ニ因リ用ヲ辨スルハ自然ノ必要ナルカ羅馬ノ初ニ於テハ殆ト委任ナル方法ヲ用ヒサリシカ如シ蓋シ是レ羅馬法ノ儀式的ナリシヲ以テ必ス當事者ノ自ら法律行為ニ當ルヲ請求セシト又他ノ形式ヲ要セサル行為ニ於テハ奴隸ヲ用ヒテ權利ヲ得取スルヲ得シト起因スルナラン其後第三者ヲ以テ當事者ニ代リテ事務ヲ辨セシムルニ及ヒ之ヲ以テ合意契約ニ列シタリ

委任ノ元素トシテ(一)受任者(Procurator)カ委任者(Mandator)ノ爲メニ善良ノ風俗ニ反セサル一ノ行為ヲ爲スコトノ義務ヲ負ヒ又此行為ハ委任者ノ爲メニ利益ヲ有スルコトヲ要シ(二)無償ニシテ賃金ノ約束ナク又賃金ヲ拂ハサルヲ要シタリ若シ委任ニシテ有償ナリシトキハ即チ委任ノ性質ヲ失ヒ或ハ賃借或ハ他ノ無名契約ト變シタリ然レトモ羅馬法ハ終ニ此賃金ノ條件ヲ變シ之ヲ以テ委任契約本然ノ性質タルヲ廢シ受任者ハ其功勞ニ對シ報酬ヲ約スルコトヲ許セリ

### 第四節 組合 (Coactas)

組合トハ二人以上數多ノ人カ或物ヲ提出シテ共同ト爲シ一ノ企業ヲ爲サントスルノ契約ニシテ組合ハ羅馬ニ於テハ近世商工業ノ發達セル社會ニ於ケル如ク重要ナルモノニハ非サリシ當初ニ於テハ單ニ組合ヲ以テ友誼上信用ニ依リ成立ツモノトシ所謂權利關係ヲ生セザリシカ如シ後世ニ及ヒ組合間ニ爲シタル契約ハ民法上ノ義務ヲ生スルモノト爲シ合意契約ニ加ヘタルモ仍ホ古昔時代ノ痕跡ヲ印シ特別ナル徵候ヲ呈セリ例ヘハ組合間ノ訴權ハ汚辱ヲ引キ又組合中ノ一人ハ他ニ對シ資力外ニ罰セラルコトナシ等ノ規則ヲ存シタリ

組合ノ成立ニハ必ス組合者カ一定ノ出資ヲ爲スコトヲ要ス此出資ハ或ハ物權、債權或ハ勞働タルヲ得各人各種ノ出資ヲ爲スヲ許ス然レトモ組合者ハ必ス一定ノ出資ヲ要シ若シ出資ナキノ人ヲ包含スルトキハ是レ實ニ贈與行為ヲ爲スモノニシテ有償契約ノ性質タル組合ノ性質ヲ失ハシムルモノナリ組合者ノ各出資ヲ合シテ共同ト爲スハ之ニ據リ一定セル企業ヲ爲シ之ヨリ生スル所ノ利益ヲ分ツヲ以テ通常ノ目的ト爲スモノナリ然レトモ又時トシテハ企業ハ成功ニ達セス各自ノ出資損耗ニ歸スルコトナキニ非ス而シテ利益、損害ノ分配ニ付テハ組合者間ノ契約ニシテ正平ニ反セサル限ハ之ヲ當事者ノ意ニ一任ス故ニ甲者ハ利益、損害ノ三分ノ二ヲ取リ乙者ニハ三分ノ一ヲ歸スルヲ得ヘク此ノ如キ差異ハ出資ノ差異ニ準スルモノト看做ス又甲者ハ單ニ利益ノ分配ニ與リ損害ヲ負擔セサルヲ約スルモ得失計算後純益ノ有無ニ於テスルトキハ有效ナリトス然レトモ甲者ハ組合事務ヨリ生スル一切ノ利益ヲ收メ他ハ一切ノ損害ニ任スルノ契約ハ之ヲ無効ト爲ス此ノ如ク總益ヲ一ニ歸シ總損ヲ他ニ負ハシムルハ羅馬人ノ所謂獅子配分ヲ爲スモノニシテ其組合ハ不正ナルモノトシ獅子組合ノ名ヲ以テ呼ハル若シ組合者間ニシテ損益分配ニ關シ規定スル所ナカリシトキハ各組合者ハ之ヲ等分ス若シ又單ニ利益分配ノミ規定セシトキハ損失ノ負擔亦之ニ準ス又損失分擔ノミニ關シ明カニ約束セシトキハ利益分配ニ準ス

組合ノ終結スル通常ノ原因ハ(一)企業ノ完成セラレタルカ又ハ(二)期限ニ達シタルカ(三)組合資本ノ全ク損失ニ歸シタルトキ又ハ企業ヲ繼續スルヲ許ササル事故ノ發現ニ在ルモノトシテ其他ノ原因ハ羅馬人カ組合ヲ以テ人身觀念(Anthropozonae)即チ相互組合ヲ爲セル人間ノ信用ニ起因セル契約ト爲シタル理由ヨリ來ル例ヘハ(一)組合ノ一人カ中途ニシテ退クトキハ組合ハ終ラ告ク是ヲ以テ組合員ハ何時ト雖モ一人ノ意ニ從ヒテ組合ヲ解散セシムルノ權アリタルハ羅馬古昔ノ法律ヨリ傳來セシモノナリ(二)組合員一人ノ死亡モ亦然ルヲ以テ組合者ハ豫メ此ノ如キ急遽ナル終結ヲ避クル爲メ遺存者間ニ於テ組合ヲ繼續スルコトヲ約スルヲ得然レトモ相續者ヲ加フルヲ許ササルハ契約時ニ於テ組合者ノ相續人ハ不確定ノ人タルヲ以テナリ(三)人格減少(四)組合人ノ資產賣却(Bonorum ventio)即チ破産シタルトキハ之ニ因リテ解散スルモノトス

組合ハ其目的トスル事業ノ廣狹ニ從ヒ或ハ一般名義或ハ各箇名義ノ組合ニ類別セララル(一)各箇名義ノ組合中甲ハ單ニ一回ノ行爲ヲ目的トスルモノアリ例ヘハ物ヲ買ヒ次ニ賣却シテ其利益ヲ分ツモノアリ(Societas alicuius negotiorum) (二)一般名義ノ組合ニ於テハ射利ノ目的ハ各箇名義組合ニ於ケル如ク顯著ナラサルモノナリ組合人ハ現在及ヒ未來ノ財產ヲ合シ相續及ヒ贈與ニ係ルモノヲモ問ハス包藏シテ共同ト爲スコトヲ契約スルトキハ之ヲ總財產組合(Societas totorum bonorum)ト謂フ是レ組合中最モ古昔ヨリ傳ハルモノノ如ク此種ノ組合ハ教科時代ニ於テモ同一ナル主人ニ屬シタル解放奴隸間又ハ同一ナル父ヲ有スル子ノ間又ハ時トシテ夫婦ノ間ニ存セルヲ見ル又第二ハ利得組合(Societas quaerendi)トス利得組合ハ組合契約當時各自ノ所有セル財產及ヒ將來無償ヲ以テ得取スルモノヲ除キ他ノ一切ノ利得ヲ合シ共同ト爲スモノニシテ此等

ノ財產ヨリ生スル收入及ヒ各自ノ勞働ニ因リ得タル財產ヨリ成ル若シ當事者ニシテ此兩種ノ組合中何レヲ形成スルカヲ明カニ規定セザルトキハ利得組合契約ヲ爲シタルモノト推定セラレ總財產組合ヲ作ルニハ必ス之ヲ明記スルヲ要ス

其他組合ハ或ハ無形人ヲ成シ或ハ有形人ヲ成ストキハ組合ハ組合者ノ財產ヨリ獨立シタル財產ヲ有スルモ無形人ヲ成ササル場合ハ之ニ反シテ組合ノ財產ハ共同ナルモ組合者ノ財產ト分別セラレシテ組合ノ權利義務ハ組合員自身ニ屬シ他日組合者ハ相互間之ヲ分配スルノミ

羅馬法ノ原則トシテ組合ハ無形人ノ性質ヲ有セス唯例外トシテ租稅徵收請負業トセル租稅徵收組合(Societas publicanorum)ノミハ無形人ノ資格ヲ有セシハ其政府ニ租稅ノ一部ヲ前納セザルヘカラサルカ故ニ巨大ノ資本ヲ要シ隨テ人身觀念ヨリ生スル結果ヲ避ケザルヘカラサルニ由ル

### 第十三章 無名契約

近世法律ノ所謂無名契約ナルモノハ固有ナル名義稱呼ナキモノヲ總稱シタルモノナレトモ羅馬法ノ所謂無名契約ナルモノハ之ト其趣ヲ異ニシ特別ノ規則ニ適合スヘキ數多ノ契約ヨリ成リ而シテ此等ノ契約中各自固有ノ名稱ヲ有スルモノアリ

無名契約ノ理ハ羅馬法發達ノ盛時ニ於テ成立シタルモノニシテ其理論ノ確定シタルハ教科時代ニ在リトス蓋シ無名契約ナル名目ハ羅馬法ノ本文上ニ於テハ見ル所ニ非ス後世羅馬法ノ註釋者カ付與シタル所ノ名稱ナリトス

無名契約ニハ必ス三種ノ要素ヲ含蓄ス第一ノ要素トシテハ必ス雙務契約即チ一方ノ義務トシ負擔シテ

爲スヘキ供給ハ他方カ負フ所ノ供給ニ依リ對稱セララルヲ要ス而シテ此供給ノ目的ト爲ルハ付與又ハ作爲ニ在ルヲ以テ無名契約ノ範圍ハ物ト物又ハ物ト勞力トノ交換或ハ勞力ト勞力又ハ勞力ト物トノ交換ナル四種ニ屬ス第二ノ要素トシテ無名契約ニ於テハ訴權ヲ生セシムルニハ單純ナル承諾ヲ以テハ之ヲ爲スコト能ハス必ス當事者ノ一方カ其負擔タル事件ヲ實行シタルヲ要ス然ルトキハ始メテ他方ノ約シタル供給ヲ請求スルコトヲ得ルノ權利ヲ生ス是ヲ以テ觀レハ第二ノ要素タル點ハ實物契約ニ類似ス第三ノ要素トシテ契約ハ上述セル條件ヲ充タセル外市民法ニ依リ名目ヲ付セラレタル契約中ニ屬セサルヲ要ス例ヘハ代金ヲ得テ所有權ヲ移轉スルノ所爲ハ賣買ニシテ此契約ニ在リテハ民法ハ一方カ其約東ノ履行ヲ請求スルニハ己ニ對シテ負ヘル義務ヲ果シタルヲ要セス然ラハ無名契約ナルモノハ民法上之ヲ認ムルモ他ノ古昔ヨリ傳ハリタル契約ト異ナリ法律の名目ヲ有セサルモノヲ謂フ無名契約ナル名ノ起ル所以ナリ又羅馬法ニ於テ其歷舉セル契約ヨリ生スル訴權ニモ亦特別ノ名ヲ付シタルカ無名契約ニ於テハ訴權ニモ學術的ノ名ナク此種ノ訴權ヲ總稱シテ事實的の市民法訴權又ハ「アクシオ、プレスクリプチス、ウエルベス」(Civilis actio in factum, actio praescriptis verbis)ト謂ヘタリ

古代ノ法律ニ於テハ無名契約ノ行爲ヲ認メナリシヲ以テ若シ當事者ノ一方ニシテ約束セル目的ヲ實行シ他方ニシテ之ニ應スルヲ欲セサルモ制裁ヲ得ルノ方法ナク其約シタル供給ニシテ勞力ナルトキハ全ク徒勞ニ屬シタルカ唯物ヲ付與シタルトキハ對手者カ不當利ヲ得ルノ結果ト爲ルヲ以テ市民法ハ物ヲ取還スルコトヲ許セリ此ノ如キ不當ノ結果ヲ矯正シ正當ナル保護ヲ加ヘント欲セハ約束ヲ實行シタル當事者ノ一方ニ訴權ヲ與ヘ變シテ變正シ正當ナル契約ノ性質ヲ認メサルヘカラス然レトモ市民法上ニハ曾テ此種ノ契約ナキヲ以テ新ニ訴權ヲ制定スルヲ要ス是レ實ニ法學家ノ泰斗「ラベオ」

雜 錄

○四十年度法政大學講義錄 別欄ニ廣告セルカ如ク本年度ヨリハ從來十一月初刊ノ例ヲ改メテ十月ヲ以テ初號ヲ發刊シ翌年九月ヲ以テ必ス完結セシムルコトト爲シ講義ノ内容ノ極メテ精確ナルヲ期スルハ言フ俟タズ字詰行數ノ配置、紙質印刷ニ至ルマテ十分ノ注意ヲ拂ヒ以テ改善ノ實ヲ擧ケンコトヲ期セリ其詳細ハ載セテ法學志林臨時増刊法政大學講義錄一覽ニ在リ

○大審院判例要旨

○地上權消滅ノ請求 民法第二百六十六條第二百七十六條ニ規定セル土地所有者ノ權利ハ地上權ナル物權其モノヲ消滅セシムルモノニシテ土地所有者ト地上權者間ニ存スル契約關係ヲ解除スル結果地上權ノ消滅スルモノニアラサルヤ明ナリ加之同條ノ權利ハ地上權者カ引續キ二年以上地代ノ支拂ヲ怠リタルトキニ於テ發生スルカ故ニ土地ノ所有者カ其實アリトシテ地上權ヲ消滅セシムルニハ自己ノ意思表示ヲ以テ足レリトセス他ノ物權者タル地上權者ニ於テ之ニ對シテ異議ナク權利ノ行使ニ承服シテ始メテ地上權ハ消滅スヘク若シ夫レ地上權者カ土地所有者ノ要求ニ對シ異議ヲ挾マンカ土地所有者ハ訴求シテ裁判上之ヲ承認セシムルニ非サレハ地上權ノ消滅シタルモノト爲ス能ハサルコトヲ知ルヘシ是レ即チ法文ニ「地上權ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得」トアル所以ニシテ當院判例ノ採用セル解釋

ナリトス乃チ原則決ヲ閱スルニ此規定ニ依リ地主カ地上權ヲ消滅セシムルニハ單ニ地上權者ニ對スル通知ヲ爲スヲ以テ足リ敢テ地上權者ノ承諾又ハ之ニ代ハルヘキ裁判ヲ要スルモノニ非ス而シテ被控訴人カ云云地上權消滅ノ通知ヲ爲シ其通知カ云云控訴人方ニ到達シタルコトハ云云控訴人ノ地上權ハ之ニ因リテ消滅ニ歸シタルモノト判定スルヲ至當トストアリテ民法第二百六十六條第二百七十六條ニ依ル地上權ノ消滅ハ土地所有者カ其通知ヲ爲スヲ以テ足ルト爲シタルハ上告論旨ノ如ク法律ノ解釋ヲ觀リ法則ヲ不當ニ適用シタルモノニシテ破毀ヲ免カレサルモノトス(明治三十九年(一)第一二二號)○登記手續ノ通則及除外例ノ併用 各請求ニ付登記義務者數人アリテ其一部ハ任意上登記申請ヲ爲スコトヲ承諾シ他ノ一部カ之ヲ肯セサルトキハ登記權利者ハ承諾セサルモノノミヲ被告トシ登記申請ノ手續ヲ爲スヘキ旨ノ訴求ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ必スシモ總テノ者ヲ共同被告ト爲スコトヲ要セストハ當院最近判例ノ示ス所ナリ(明治三十九年(一)第一二九號)(本講義錄第七號雜錄參照)

# 法學志林

第十八卷 每月一冊 廿日發行  
 第九號 定價一冊拾貳錢  
 九月二十日 郵稅共(第八十六號)  
 行壹圓貳拾錢

◎志

歐米永久仲裁裁判條約締結ノ顛末 法學士 菊地 駒次  
 動產質權設定者ノ占有權 法學士 橫田 秀雄  
 土地政策ト勞動問題 法學士 梅野 英次  
 日支兩國交際ノ關係 法學士 三上 參次  
 文庫博士 梅野 英次

◎質疑

憲法二題(清水法學博士) 民法三題(橫田法學士、梅法學博士、牧野法學士)  
 商法一題(佐竹法學士) 刑法一題(牧野法學士)  
 民法總則ノ價值 民事訴訟法三題(板倉法學士)

◎判例

大審院判決例十件 法學士 乾 政 彦

◎雜記

報 警兵隊ノ設立○楊公使ノ留學生談○長野縣ノ肝取犯人○阿片ノ毒日本學生ニ傳染ス○民事法律調查會  
 ○存心○警備○軍刑○法改正案○田中正造翁ノ官廳事件○大國民社ノ秩序擾亂及官吏侮辱事件○古賀廉造  
 氏七首ヲ覽ル○不都合ナル雇役ノ合同○一億八千萬圓ノ虧損○盛ナルルムスメノ輸出○電車  
 值上ノ實行○行政裁判所問題ノ沿革

## 發行所

法政大學  
 (電話番町 一七四番)

○其(一)清國大官  
 ○其(二)清國大官  
 ○其(三)清國大官  
 ○其(四)清國大官  
 ○其(五)清國大官  
 ○其(六)清國大官  
 ○其(七)清國大官  
 ○其(八)清國大官  
 ○其(九)清國大官  
 ○其(十)清國大官



法學志林  
臨時增刊  
私立法政大學一覽

- 法政大學摘要
- 法政大學沿革略
- 法政大學學則
- 法政大學試驗規則
- 外國語專修科規則
- 清國留學生法政速成科規則
- 職員
- 大學部專門部及高等研究科擔任講師
- 大學豫科擔任講師
- 外國語專修科擔任講師
- 清國留學生法政速成科擔任講師
- 法政大學校外生規則
- 法政大學校友會規則
- 參照
  - 專門學校令
  - 公立私立專門學校入學規程
  - 專門學校入學者檢定規程
  - 清國人ヲ入學セシムル公私立學校ニ關スル規程
- 雜報
  - 司法改正案ノ提出
  - 國法ノ改正問題
  - 法政大學宿舍
  - 梅博士ノ近狀

◎入用ノ向ハ申込次第送呈ス

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

明治三十九年十月二日印刷  
明治三十九年十月五日發行  
(定價金參拾錢)

編輯兼 發行着 萩原敬之  
東京市牛込區牛込北町十番地

印刷者 重利俊夫  
東京市四谷區四谷左門町五十八番地

印刷所 金子活版所  
東京市芝區明舟町十一番地

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