

法政大学講義録

横田, 秀雄 / 秋山, 雅之介 / 中村, 進午 / 泉二, 新熊 / 梅, 謙次郎

(出版者 / Publisher)

法政大学

(巻 / Volume)

16

(号 / Number)

1学年の6

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

112

(発行年 / Year)

1907-03-10

四十年度

法政大學講義錄

法政大學發行

第六十號

（明治三十八年十一月九日第三種郵便物認可）

明治四十年三月十日發行

（第一學年ノ六）



四十年年度第十六號目次

民法總則 (自一九一
至二四六)

法學博士 梅謙次郎

民法物權(第一部) (自一七
至二一〇)

法學士 横田秀雄

刑法汎論 (自二〇五
至二四〇)

法學士 泉二新熊

國際公法(平時) (自二〇七
至二六三)

法學博士 中村進午

國際公法(戰時) (自二七
至三〇八)

法學博士 秋山雅之介

雜錄 ○大審院判例要旨

十四條、第二百八十六條、第二百八十八條乃至第二百九十條、第三百五十三條、此等が商人ノ法律行為ニ特別ナル規定デアル、ソレカラ第七ニハ交互計算ノ事デアル、第八ガ匿名組合ノ事デアル、終ニ第九ニハ現行法デハ破産ト云フモノハ商人ニ限ルモノデアル、是ハ多分近イ内改マルデセウ

第四款 住所

先ヅ第一ニ住所ノ定義——住所ノ定義ハ民法第二十一條ニ規定シテアッテ即チ「生活ノ本據」デアル

第二十一條 各人ノ生活ノ本據ヲ以テ其住所トス

此住所ノ定義ニ付テハ色學說モアリ、立法ノ主義モアル、先ヅ之ヲ大別致シマスルト形式主義ト事實主義トデアル、形式主義トハ重モニ届出ニ依ル、本人ガ自己ノ住所ナリトシテ届出デタルモノヲ住所ト云フノヲ本則トシテ取ルノガ形式主義、事實主義トハ届出ノ如何ニ依ラス、從テ届出ト云フモノヲ法律上命ジナイ、サウシテ唯事實ニ依ッテ何處ニ住所ガアルカト云フコトヲ極メル、此「住所」ト云フコトハ法律上人ガ常ニ住ンデ居ル處ト看做シテ居ル場所デアル、民法施行以前ニハ先ヅ形式主義ニ依ッテ居タト云ウテ宜カラウト思フガ、民法ハ全然事實主義ヲ取ッタ、此「生活ノ本據」トハ如何ナルモノデアルカト云フコトハ事實問題デ、一言ニ之

民法總則 總則 私權ノ主體 自然人

ヲ説明スルト云フコトハ出來テ本人ガ或場所ヲ自己ノ生活ノ根據トシテ居ルト云フダケノ事實ガナケレバナラス、併シ之ヲ學理的ニ言フト事實主義トハ云ヒマスケレドモ矢張り事實ニ意思ガ伴ハナケレバナラス、本據トハ何カト云フト、本人ガ其處ヲ根據トシテ居ルト云フコトデア
 ル、ソレニハ意思ガイル、デスカラ意思ト事實ト相伴ハナケレバ生活ノ根據トハ云ヘナイ、一
 二ノ例ヲ申上ゲマス、多數ノ人ニ就テ言フテ見ルト住所ハ直キ分ル、殆ド年中住ウテ居ル處ガ
 アルカラソレハ疑ハシクナイ、併シ書生ノヤウナモノハ能ク住所ガ變ハル、サウシテ隨分其内
 ニハ學問ヲスル前ニ居ッタ所ノ地ニ行クコトガ多イ、サウスルト何處ガ住所カ何處ガ生活ノ本
 據カト云フトコトガ甚ダ分リ惡クナル、又例ヘバ玆ニ商人ガアル、其商人ハ大阪ニモ家ガアル、
 東京ニモ家ガアル、サウ云フ人ハ幾ラモアル、サウシテ東京ニモ隨分長ク來テ居ルコトガアル、
 又大阪ニモ行ッテ居ルコトガアルド、チガ住所カ、是ハナカカ、ムヅカシイ、必ズシモ時ノ長短
 ヲ以テ定ムル譯ニハイカス、其確カナ證據ハ家ハ大阪ニアル人ガ營業ノ都合デ東京ニ來テ宿屋
 ニ居ル、サウシテ一年ノ内八九个月モ居ルト云フ人ガアル、ソレハ如何ニ東京ニ居ル方ガ長ク
 テモ大阪ノ方ガ根據デアアルコトハ疑ナイ、家持ヲテ居ル者モ同ジコトデアアル、宿屋ニ居ッテハ不
 經濟デアアルカラ家ヲ借りテ住フト云フトコトガアル、サウスルト必ズシモ時ノ長短デ東京ガ住所
 デアル、又大阪ガ住所デアアルト定ムル譯ニハイカス、總テノ事情ヲ斟酌シナケレバナラスガ、先
 ヅ私ナドガ主トシテ斟酌シタイト思フノハ家族ハ何處ニ居ルカト云フトコトガアル、家族ガ全部

大阪ニ居ルト是ガ一ツノ推定ノ材料デアラウト思フ、人間ハ獨身テ生活スベキ者デナイ、家族
 ト共ニ生活スベキ者デアアルカラ其人ハ元來大阪ニ住ム人デアアルト推定シナケレバナラス、ケレ
 ドモ是モ絶對ノ標準ニハナラス、營業ノ都合ナドデ妻子ハ田舎ノ親類ナドニ預ケテ自分ハ東京
 デ營業シテ居ルト云フ者ガアルカラ絶對ノ標準ニハナラス、第二ノ標準トナルモノハ財産ノ大
 部分ガ何處ニ在ルカト云フトコトデアアル、ソレ等ノ事ヲ總テ考ヘテ本人ノ意思ヲ推測シ又其事實
 ヲ認定スルノ外ナイ、實際ムヅカシイコトデス、ソレ故ニ形式主義ガ動モスルト行ハルルノデ
 アル、ケレドモ絶對ノ形式主義ハイカヌト云フトコトハ殆ド今日皆認めラレテ居ル、幾ラ届出ヲ
 シテモ何カ都合デ事實ニ違ウタ届出ヲスルカモ知レスシ、實際多イコトヲ言フト初ニハ正シイ
 届出ヲ爲シテ後ニ住所ヲ轉ジタトキニ轉ジタト云フ届出ヲシナイコトガアル、例ヘバ佛蘭西デ
 ハ原則ハ事實主義デスガ矢張り届出ヲスルコトニナツテ居ル、其届出ヲシナイ者ガ十二七八ト
 云フトデアアル、今ノハ東京ト大阪ノ例デスガ、モウ一ツノ例ヲ申上グルト同ジ東京ノ内デモ
 營業所ト本宅ト別ニ持ッテ居ル人ガ幾ラモアル、サウナルトドチラガ住所カト云フトコトガ問題
 トナル、通常ハ本宅ノ方デアラウト思フ、併シ是モ矢張り事實問題デアッテ、本宅デアアルニモ
 拘ハラズ其處ハ都合ニ依ッテ留守居ヲ置イテ營業所ニ家族ト共ニ居ルト云フ者ガ稀ニハアル
 カラサウ云フ場合ニハ營業所ノ方ガ住所デアアルト謂ハナケレバナラス、ソレカラ學生ナドノ生
 活ヲ考ヘテ見マスト地方ノ人ガ學問ヲスル爲メニ東京ニ來テ居ル、此場合ニ何處ヲ生活ノ本據

トスルト云フコトハ餘程ムツカシイ問題デアアル、西洋デハ多クハ田舎ノ方ニ住所ガアルト云フ説ガ行ハルルヤウデスガ、私ハ必ズシモサウハ言ヘヌト思フ、東京ニ出テカラ數年國ニ歸ラタコトモナイ、學問ハ終ハッタケレドモ國ニ歸ラウト云フ意思モナイ人ガアル、サウ云フノハ東京ガ住所、唯イツカラ住所ガ轉ズルト云フコトハソレハ其人ニ就テ論ズル外ハナイ、一般ニ言ヘバ東京ナラ東京ニ長ク住ム積リデヤッタ來タ、サウシテ下宿屋ニ居ル人ハ下宿屋ヲ以テ住所トスルトハ云ヘマスマイガ、小サナ家デモ借リテ自炊デモ何デモシテ東京ニ長ク生活シヤウト云フノナラ其人ノ住所ハ確ニ其時カラ東京デアアル、此事實主義ハ誠ニ漠然トシテ居ルカラソレデ實際困ルト云フノデ反對ガアリマスケレドモ抑、住所ト云フモノガサウ云フモノデアアルカラ仕方ガナイト思フ、

住所ノ定義ニ關シテ説明スヘキコトガ幾ツモアル、第一ハ住所ト本籍トノ區別デアアル、本籍ハ戶籍法ニ規定シテアル、戶籍法ノ第七條ニ「身分登記簿ハ本籍人身分登記簿及ヒ非本籍人身分登記簿ノ二種トシ云云」ト云フモノヲ認メタコトハ是デ分ル、ソレカラ第百七十條ニモ戶籍ハ戶籍吏ノ管轄地内ニ本籍ヲ定メタル者ニ付キ之ヲ編製ス」日本ノ國籍ヲ有セサル者ハ本籍ヲ定ムルコトヲ得ス」ト云フヤウナコトガアル、是ト住所トドウ違フカト云フニ、本籍ト云フモノハ純然タル形式的ノモノデアアル、届出ニ依ッテ定マルモノデアアル、原則トシテハ何人モ既ニ本籍ヲ持ッテ居ルコトヲ前提トシテ居ル、ソコデ第百九十五條ノ規定ガ出來タ「戶籍吏ノ管轄地外

ニ本籍ヲ轉セント欲スルトキハ戶主ヨリ左ノ諸件ヲ具シ戶籍ノ謄本ヲ添ヘテ之ヲ管轄地ノ戶籍吏ニ届出ツルコトヲ要ス云云」ソレカラ第百九十七條ニ新ニ本籍ヲ作ル場合ノ規定ガアル、届出ノ闕漏其他ノ事由ニ因リ本籍ヲ有セス又ハ複本籍ヲ有スル者ハ就籍又ハ除籍ノ届出ヲ爲サントスル戶籍役場ノ所在地ヲ管轄スル區裁判所ノ許可ヲ得テ其届出ヲ爲スコトヲ要ス」ソレダカラ本籍ト云フモノハ何人ト雖モ持ッテ居ルコトニナッテ居ル、是ハ形式ニ依ッタモノデアアル、而ガ住所ハ全ク事實的ノモノデアアルカラ固ヨリ本籍ト合ハザルコトノ多イノハ説明ヲ要セス、而シテ本籍ハ本人カ之ヲ知ラナイコトガアル、サウシテ段段調ベテ見ルト殆ド縁モユカリモナイ處ニ本籍ガアル、例ヘバ田舎ニ行クトキニ面倒ダッタカラ知ッタ人ノ處ニ本籍ヲ置イテ行ッタノガ其儘ニナッテ居ルト云フヤウナコトガアル、私ナドモ國ヲ出テカラ丁度十數年ノ間、國ニハ行カナイ、ソレデモ矢張り本籍ハ國ノ親戚ノ處ニ在ッタ、ソシテヤウナコトガ東京ナドノ人ニハ随分多イ、舊民法ニハ原則トシテ本籍ニ住所ガアルモノトシテ、生計ノ主要地ト本籍地ト異ナッテ居ルトキニハ生計ノ主要地ニ住所ガアルトイフコトニナッテ居ッタ、舊民法人事編第二百六十二條第二(百六條)結果ハ殆ド同ジコトデアアルガ唯證據問題トシテ少シ違フ、新民法ノ如キデアルト云フト住所ガ何處ニ在ルト云フコトヲ主張スル必要ノアル者ガ證據ヲ提出スル、ソレデスカラ本籍ガ何處ニ在ルト云ッテモ住所ガ其處ニ在ルト云フ證據ニハナラス、之ニ反シテ舊民法ハソレガ出來タ、住所ガ何處ニ在ルト云フコトヲ證據立タル義務ノアル者ガ住所ハ何處

何處ニアル、何トナレバ其處ニ本籍ガアルカラト云フ、サスウルト反證ガ舉ガルマデハソレデ十分デアッタ、

第二ニ混スル可カラサルノハ住所ト居所トノ區別デアアル、是等ノ言葉ハ漸ク近頃法律語トシテ定タノデアアル「居所」ト云フモノハ住所ヨリ輕イ、現在「居所場所」ト云フ意味デアアル、法律ニ依ツテハ現住所ト云フ言葉ガ使ツテアル、ソレト同ジコトデス、此分ハ生活ノ本據ト云フ程デナクテモ現在居所ト云フノデアアルカラ丁度先ノ例デ言ツテ見ルト大阪ノ人ガ東京ニ來テ暫ク滞在シテ居所ト云ヘバ其東京ガ居所デアアル、又例ヘハ轉地療養ノ爲メニ東海道ノ何處其處ニ行クト云フ、人ニ就テ見ルト住所ガ東京ニ在ルコトハ疑ナイガ、居所ハ大磯、鎌倉ナドニアアル、居所ノ意味ハソレデ略ホ明カデアアルダラウト思フガ、併ナガラ現在地ト云フノト居所ト云フノハ時トシテ多少異ナルコトガアリ得ル、尤モ「現在地」ト云フ字ガ必ズ一定ノ意味ヲ持ツテ居所ノデアアリマセスカラ法律ニ依ツテハ「現住所」ト云フ意味デ現在地ト云フ言葉ヲ使フコトガアリマサガ、文字カラ言フト現住所トハ意味ガ違フ、現在地ト云フト極端ヲ言ヘバ私ノ現在地ハ今講義ヲシテ居所富士見町六丁目十六番地法政大學ニ在ルガ居所ハ小石川ニ在ル、故ニ居所ト現在地トハ全然違フ、ソレカラ或人ガ用事ノ爲メニ地方カラ東京ニ出テ麴町區ニ宿ヲ取ツテ數日居ル、而シテ一日大宮ニ行ツタ、サウスルト現ニ身體ハ大宮ニ在ルガ大宮ガ居所デアハナイ、居所ハ矢張り東京ニ在ルデアアル、居所ト現在地ト區別ガ疑ハシイコトノアルコトハ免

レナイガ、何レモ事實問題デアアル

第三ニ問題トスベキコトハ我民法ニ於テ住所ハ「一ツシカ認メナイノデアアルカ、數多アルコトヲ認ムルノデアアルカト云フコトデアアル、外國ニ於テハ學者ノ議論ガアツテサウシテ立法例ガ區別ニナツテ居ル、例ヘバ獨逸民法ノ如キハ明カニ二個以上ノ住所ヲ認メテ居ル、ソレデ動モスルト我民法サヘモ住所ノ數多アルコトヲ認メタモノデアアルガ如ク解スル者モ稀ニハアルヤウデスガ、ソレハ確ニ誤ツテ居ルト思フ、我民法ハ「各人ノ生活ノ本據ヲ以テ其住所トス」ト書イテアルカラ是ハドウシテモ各人一ツシカナイト云フコトハ殆ド疑ナイ「本據」ト云フモノガ幾ツモアル筈ガナイ、若シ數多アルコトヲ認ムレバ必ズ獨逸民法ニ於ケル如ク特別ノ規定ヲ要スル、其規定ガ無いノガ一ツデアアルト云フ證據デアラウト思フ、獨逸デハ本據ト云フヤウナ字ハ決シテ使ウテ居ラス、住所ノ定義トモ視ルベキ箇條ハ第七條デスガ、第七條ノ第一項ニ「或場所ニ定住スル者」ト云ツテ居ル、詰リ或繼續シタル時ノ間住ハウト云フ意思ヲ持ツテ居レバソレデ住所ト見ル、ソレハ二個以上アリ得ルト云フ所カラ第二項ニ明文ガアル「住所ハ同時ニ數多ノ場所ニ存シ得ル」トアル、我邦ニテハマルデ定義ガ違ヒマスカラ我邦ノ民法ノ解釋トシテハ必ズ一ツト云フコトヲ意味スル、サウシテ立法論トシテハ其方ガ宜イト思フ、住所ハ法律上許多ノ效力ヲ持ツテ居ルノデアアルガ其住所ガ幾ツモアルト云フコトニナルト何レノ場所ニ於テ其法律上ノ效力ヲ生ズルカト云フコトガ分ラヌ、例ヘバ債務ノ履行ハ債權者ノ住所ニ於テ之ヲ

爲スト云フコトガアル、一ツシカナイモノダカラ債權者ノ方デモ何處デ履行ヲ受ケルト云フコトヲ初カラ知ツテ居ル、債務者ノ方ニ於テモ何處デ履行ヲシナケレバナラヌト云フコトヲ初カラ知ツテ居ル、然ルニ二個以上アルト第一、其悉クヲ知ラスコトガアリ得ル、知ツテ居ツテモ其内ノ何處ニ於テ履行スルカ債權者ハ甲ノ方デ履行シテ貰ヒタイト云ツテモ乙ノ場所ニ持ツテ行クカモ知レス、債務者ハ乙ノ方ニシヤウト云ツテモ甲ノ方デ請求セラルルカモ知レス、ソレデハ折角住所ヲ設ケタ效用ガナクナツテ仕舞フ、訴訟デモ其通りデ一ツナラ訴ヘル方デモ其處デ訴ヘサヘスレバ宜イト云フコトガ分ル、苟モ住所ト云フモノヲ法律ガ認ムル以上ハ一ツト云フコトデナケレバナラス、併ナガラ時トシテハ或事柄ハ住所ニ於テセスデモ居所ニ於テスレバ宜イト云フコトニシテ置ケバ宜イ、ソコデ我法律ハサウ云フ主義ヲ取ツタノデアアルソレカラ第四ノ問題ハ法定住所ノ事デアアル、外國ニハ多クハ法定住所ヲ認メテ居ル、例ヘバ未成年者ハ親權者又ハ後見人ノ住所ニ其住所ヲ持ツテ居ルモノト看做ス、妻ハ夫ト共ニ住所ヲ持ツテ居ルモノト看做ス、軍人ハ何處ト、現ニ獨逸ノ民法ナドニモ其規定ガアル、是ハ一見便利ナヤウデアアルケレドモ一旦住所ニ付テ事實主義ヲ取ツタ以上ハ餘程奇妙ナコトデアルト私ハ思フ、如何ニ夫婦ト雖モ都合ニ依ッテ同居シナイコトガアル、況ヤ親子ニ於テヲヤ、軍人ナドノ如キハ規律ト云フモノガ正シイカラ實際兵營地ニ居ラスト云フコトハナイカモ知レヌケレドモ、ソレナラ憲法法定住所トシテ置カヌデモ事實上其處ニ住所ガアルノデ澤山デアラウ、要ス

ルニ「法定住所」ト云フモノハ外國ニハ其例ガ多イケレドモドウモ理由ガ乏シイ、ソレデ我新民法ニハ之ヲ採用シナカッタ、
 茲ニ居所ガ例外トシテ住所ト看做サルル場合ヲ申上ゲマス、ソレハ二ツアル、一ツハ住所ノ知レナイ場合

第二十二條 住所ノ知レサル場合ニ於テハ居所ヲ以テ住所ト看做ス
 不良ノ徒ナドニナツテ來ルト事實上住所ノナイコトガアル、サウ云フノハ法律上住所ガ知レヌト云フモノデアアル、ソレガサウデナイ立派ニ住所ガアツテモソレガ分ラスト云フコトガアリ得

ル、其時ニハ何カ住所ニ代ハルモノガナクツテハ法律上住所ノ適用ノアルベキ場合ガ總テ如何トモスルコトガ出來ナクナルカラ餘義ナク居所ヲ以テ住所ト看做ス、第二ニハ日本ニ住所ヲ有セザル者ハ日本ニ於ケル居所ヲ以テ住所ト看做ス、是ハ理窟カラ言フトラカシイケレドモ便宜上必要ナコトデアアル

第二十三條 日本ニ住所ヲ有セサル者ハ其日本人タルト外國人タルトヲ問ハス日本ニ於ケル居所ヲ以テ其住所ト看做ス但法例ノ定ムル所ニ從ヒ其住所ノ法律ニ依ルベキ場合ハ此限ニ在ラス

此但書ハナクトモ本來分ルベキ管デスケレドモ文字カラ言フト分ラスカラ書イテアルガ、法例ニハ當事者ノ住所地ノ法律ヲ適用スルト云フコトガ屢アル、此場合ニ於テハ國ガ違ツテ居レ

民法總則 總則 私權ノ主體 自然人

バコソ國際私法ノ問題ガ起ルノデ法例ハ國際私法ニ關スル問題ヲ決シテ居ルノデアルカラ、法例ニ謂フ所ノ「住所」ハ眞ノ住所デアアルコトハ疑ガナイコトデアアル、唯詰リ文字ノ上デ疑ハシイカラ但書ガ加ヘテアル、斯様ナコトハ法例ガ最モ著シイ例デアアルカラ此處ニ法例ノ事ガ書イテアルガ、外ニモアリマス、ソレハ規定ノ性質ニ依ッテ解釋スル外ハナイ、例ヘバ民事訴訟法第十三條第二項ノ「住所」ハ眞ノ住所デアアルコト疑ナイガ、同ジク第六十七條ノ第二項ナドモ眞ノ住所ト解スルノガ穩當デアラウト私ハ思フ、裁判所ハ外國又ハ島嶼ニ於テ住所ヲ有スル原告若クハ被告ノ爲メ特ニ附加期間ヲ定ムルコトヲ得」

以上ガ居所ヲ以テ住所ト看做ス場合、終ニ假住所ノ事ヲ一言致シマス

「假住所」ト云フノハ或事件ニ關シテ住所ナラザル場所ヲ假ニ住所ト看做スノデアアル、是ハ居所デアラウトモ居所デナカラウトモ宜シイ——居所デナイコトガ多イ、例ヘバ辯護士ノ事務所ニ假住所ヲ置クト云フヤウナコトデアアル、此假住所ノ事ハ民法第二十四條ニアル

第二十四條 或行爲ニ付キ假住所ヲ選定シタルトキハ其行爲ニ關シテハ之ヲ住所ト看做ス、此規定ハ廣イノデスカラ訴訟ニモ關スルシ、ソレカラ訴訟外ノ法律行爲ニモ關スル、適用ノ稍多イモノヲ申上ゲマスルト組合ナドデ組合員ガ皆一ツノ土地ニ假住所ヲ定メテ置クト云フコトデアアル、即チ組合ニ關スル事件ニ付テ問題ガ起ッタナラバイツモ例ヘバ東京ノ誰某ノ所ヲ私ノ住所ト見テ與レト云フコトヲ極メテ置ク、是ハ便宜ナコトデ、何カ各組合員ニ通知ヲ爲ス場

合又ハ不幸ニシテ訴訟ノ起ル場合ニ組合員ノ中デ甲ハ長崎ニ居ル、乙ハ北海道ニ居ルト云フヤウデハ困ルカラチャント一ツノ土地ニ皆假住所ヲ持ッテ居ルコトニスル、是ハ外國デハ隨分例ノ多イコトト聞イテ居ル、或ハ賣買ニ付テ、——是ハ例ノ少イ方デセウケレドモ、——主買ガ何處其處ニ假住所ヲ定メテ置クトシタトスレバ、賣主ニ對シテ物ノ引渡ヲ請求スルトキハソレニ向ッテ督促ヲスル、或ハ不幸ニシテ訴訟ノ起ル場合ニハ其處デ訴訟ヲ起スト云フコトニナル、尙ホ民事訴訟法及ビ刑事訴訟法ニ特ニ假住所ニ關スル規定ガアル、民事訴訟法ノ第四百四三條「受訴裁判所ノ所在地ニ住居ヲモ事務所ヲモ有セサル原告若クハ被告ハ其所在地ニ假住所ヲ選定シ之ヲ届出ツ可シ」ソレカラ刑事訴訟法第十八條ニ「訴訟關係人ハ裁判所所在ノ地ニ住セサルトキハ其地ニ假住所ヲ定メ裁判所ニ届出ツ可シ否ラサルトキハ書類ノ送達ナシト雖モ異議ヲ申立ツルコトヲ得ス」トアル

以上ニテ住所ノ定義ヲ終ハリマシタ
次ニ第二、住所ノ實用ハ法律上種種ノ場合ニ於テ必要デアアル、先ツ重モナルモノヲ申スト云フト第一ガ裁判管轄ノ標準トナル、是ハ民事訴訟法第十條及ビ非訟事件手續法ノ到ル處ニア
ル、訴訟ニ於テハ被告デアリマスガ、非訟事件ニ於テモ主タル關係人ノ住所ガ管轄ヲ定ムルコトニナッテ居リマス第二ニハ裁判上ノ期間ニ付テ民事訴訟法第六十七條第二項ニ明文ガアル、「裁判所ハ外國又ハ島嶼ニ於テ住所ヲ有スル原告若クハ被告ノ爲メ特ニ附加期間ヲ定ム

ルコトヲ待^レ第二ニハ債務ノ辨濟ノ場所ハ原則トシテ債權者ノ住所ト云フコトニナツテ居ル、民法第四百八十四條、商法ニモ類似ノ規定ガアル、第二百七十八條、第四ニハ手形關係ニ於テハ住所ノ必要ガ認めラレテ居ルモノガ枚擧ニ違アラズデアツテ、商法ノ手形ニ關スル規定ニハ住所ノ必要ガ認めラレテ居ルモノガ枚擧ニ違アラズデアアル、第五ニハ被相續人ノ住所ガ相續ノ開始地トナル、民法第九百六十五條、サウシテ此相續ノ開始地ハ種種ノ點ニ於テ必要デアアル、矢張り裁判ノ管轄ニモ關係ガアル、第六ニ後見人ガ被後見人ノ住所ノ市又ハ郡以外ニ於テ公務ニ従事スルトキハ是ガ後見解任ノ理由トナル、民法第九百七條ノ第二號、第七ニハ國際私法ニ於テ適用スベキ法律ノ標準ハ當事者ノ住所ニ依ッテ定マル場合ガ頗ル多イ、是モ枚擧ニ違アラズト云ツテモ宜イノデ、一一箇條ハ申シマセヌ、第八ニハ國際法ニ於テ歸化ニ依ッテ日本ノ國籍ヲ取得スルニハ必ズ日本ニ住所ヲ有セネバナラスト云フコトガ原則ニナツテ居ル、其外國籍喪失者ガ日本ノ國籍ヲ回復スルニモ矢張り日本ニ住所ヲ有セネバナラストニナツテ居ル、ソレカラ明治六年第百三號布告、是ガ明治三十一年法律第二十一號ヲ以テ改正ニナツテ居ル、ソレノ第二條第一號ニ外國人ガ日本人ノ養子又ハ入夫ト爲ルニハ一年以上日本ニ住所又ハ居所ヲ持ツテ居ラネバナラストアル、此方ハ必ズ住所デナケレバナラストハナイケレドモ住所又ハ居所ト云フコトニナツテ居ル、此等ガ重モナル場合デアアルガ、此外ニ公ノ書類ニ利害關係人ノ表示ヲ爲ス場合、即チ利害關係人ガドウ云フ人デアアルカト云フコトヲ示スニ付テ大抵住所ヲ記載セシ

ムルコトニナツテ居ル

第二節 法人

法人ニ關スル主義ハ色色アルガ、私ノ信ズル所ニ據レバ「法人トハ自然人ニ非ズシテ權利義務ノ主體タルモノ」デアルト先ヅ法人ヲ分ツテ公法上ノ法人及ビ私法上ノ法人ト致シマス「公法上ノ法人」ト云フノハ公權ノ主體トナルモノノデ、國、府縣、郡、市、町村等ガ其重モナルモノデアアル、而シテ公法上ノ法人ガ同時ニ私法上ノ法人トナルコトガアル「私法上ノ法人」——是ハ「自然人ニ非ズシテ私法上ノ權利義務ノ主體タルモノ」デアアル、私法上ノ權利義務ノ主體トナル結果トシテ一切ノ法律行為ヲ爲スコトモ出來ル、中ニ就テ訴訟ヲ爲スコトモ出來ル、尙ホ此法人ガ如何ナルコトヲ爲シ得ルカト云フコトハ後ニ申シマス私法上ノ法人ヲ細別シテ公法人及ビ私法人トスル、公法人ハ同時ニ公法上ノ法人デアアルケレドモ併シ今ハ民法上カラ觀察シタノデアアル「公法人」トハ「公ノ職務ヲ有スル法人」デアアル、ソレハ今申シタ國、府縣、郡、市、町村、其外例ヘバ商業會議所ト云フモノガアル、是ハ明カニ法人トナツテ居ル、尙ホ市町村内ノ區ト云フモノガ法人ナルヤ否ヤト云フコトハ一ノ疑問デアアル、大審院ノ判決例デハ法人ト見ルト云フコトニナツテ居ルヤウデス、併シ内務省アタリデアアル法人ト見テ居ラス、ソレカラ「私法人」ト云フノハ「公ノ職務ヲ有セザル法人」民法デハ重モ

ニ私法人ニ付テ論ズルモノデア
 別ハ社團法人ニ財團法人ト云フノハ「二人以上ノ共同行為ニ因リテ設立シ且設立者其他ノ人格者ガ法人ノ構成分子ヲ成スモノ」デア
 場合デ、其人ト云フノハ個人デモ又法人デモ宜イ、法人ガ集テ法人ヲ形造ルト云フコトハ固ヨリ出來ル「財團法人」ト云フノハ「一定ノ目的ノ爲メニ供シタル財産ノ主體トシテ設立スルモノニシテ且構成分子タル人格者ナキモノ」デア
 ハ設立者ハ法人ト法律上何等ノ關係ノナイモノデア
 ル所デア
 第二ノ區別ハ公益法人ト營利法人デア
 「公益ノミヲ目的トスルモノ」デア
 「營利法人」トハ「公益ニ關スルト否トヲ問ハズ社員ノ財産上ノ利益ヲ目的トスルモノ」デア
 アル、故ニ單ニ教育ノミヲ目的トシテ居ル法人ナドハ公益法人、併シ假令教育ノ目的ヲ以テシテモ營利ヲ目的トスル者ガ稀ニハアルヤウデス、ソナモノハ營利法人、況ヤ鐵道會社運送會社ナドハ其會社ノ目的ハ公益的ノモノデア
 矢張り營利法人、茲ニ一言諸君ノ注意ヲ促ス必要アルノハ公益法人ノ中ニハ社團法人ト財團法人ノ二種アル、之ニ反シテ營利法人ニハ社團法人シカナイ、ソレデ私ハ「社員ノ財産上ノ利益」

ト云フコトヲ前キニ申シマシタ、ナゼデア
 產ヲ一定ノ目的ニ供シテ法人ヲ設立シテ後ハ最早法人ト共通ノ利益ヲ持ツ所ノ自然人ガナイ、故ニ私益ヲ圖ルト云フコトハアリ得ナイ、法人ノ目的ハ公益ノミヲ圖ルニ在ル、之ニ反シテ社團法人ニアツテハ法人ト其社團ヲ形造ツテ居ル所ノ社員トハ人格ガ全ク別デア
 現ニ獨逸ノ如キハ此公益法人ト營利法人ノ區別ハ單ニ社團法人ニ付テノミ認メテ居ル、實際ハ其通リニ相違ナイ、我邦デモ法律ノ解釋上自ラサウ云フコトニナツテ居ル
 是ヨリ法人ニ關スル三個ノ問題ヲ研究シャウト思フ、第一ガ法人ノ設立、第二ガ法人ノ管理、第三ガ法人ノ解散

第一款 法人ノ設立

之ヲ分テ二段トスル、第一ハ法人設立ノ條件、第二ハ法人設立ノ效力
 先ヅ法人設立ノ條件ヲ申上ゲマス、之ニ付テニツノ大ナル主義ガアル、ソレガ今日學說ヲ二分シテ居ル、尤モ細カク云フト第三主義モアルケレドモ餘リ是ニハ贊成者ガナイカラ特ニ論ジマセス、其ニ大主義ト云フノハ假定說ニ實在說、法人ハ本來存在シナイモノデア
 民法總則 總則 私權ノ主體 法人

モノデアル、之ヲ法律ガ便宜上假定ヲ設ケテ、恰モ其處ニ一ツノ人格ガ存スルガ如ク看做シテ法人ト云フモノヲ認ムルノデアルト云フノガ假定說、ソレカラ實在說ト云フノハ法人ト云フモノハ決シテ法律ガ假定ニ依テ認ムルノデハナイ、實際オウ云フモノガ存在シテ居ルノデアル、ソレニ法律ガ人格ヲ認ムルノデアルト云フノデアル、此外ニ法人ト云フモノハナイ、ソナ名ヲ用フルノガ間違ッテ居ルト云フ說ガアルケレドモ、ソレハ餘リ贊成者モナシ確ニ誤ッタ說デアルト思フカラ別ニ論ゼス、從來ハ假定說ガ廣ク行ハレテ居ッテ殆ド疑ノナイモノトナッテ居ッタ、其主義ハ根據ヲ羅馬法ニ取ッテ居ル、ソレデ獨逸デモ羅馬法學者ハ通常此假定說ヲ取ル、然ルニ近來獨逸ノ日耳曼法學者(一種ノ國粹保存論者)——獨逸ニハ限リマセヌ今日ノ歐羅巴ノ大部分ハ昔日耳曼法ノ支配ヲ受ケテ居ッタ土地デアル、佛蘭西デモ白耳義デモ瑞西デモ皆サウデス、ケレドモ矢張り獨逸或ハ日耳曼ト云フ名ヲ襲ウテ居ルモノガ今日ノ獨逸帝國デアル、自然獨逸ニ於テハ此日耳曼法ト云フモノガ宛モ國粹ノ如ク見ラレテ居ル、羅馬法ガ這入ッテ以來羅馬法ト日耳曼法ハ其進歩ノ程度ニ於テ非常ニ懸隔ガアッタ、マア殆ド我邦ノ維新前ノ法律ト歐羅巴ノ法律位違ッテ居ッタト云テモ宜カラウト思フ、ソレ故ニ丁度我邦ニ於テ歐羅巴ノ法律ガ勢力ヲ占メタヤウナモノデ、歐羅巴諸國ニ於テ皆羅馬法ガ非常ニ勢力ヲ占メタ、動モスルト佛蘭西ナドヨリモ(即チ是ハ羅甸人種ト通常言ハレテ羅馬人ト同人種デアルトサレテ居ルモノデアルガ)日耳曼法ノ本國獨逸ニ於テ羅馬法ガ餘計ニ行ハレテ居ッタ事實ガアル位、所ガ近來

之ニ對スル反動ガ起ッテ先ヅ國粹保存論者トモ謂フベキヤウナモノガ、獨逸ハ獨逸デ日耳曼法ト云フ固有ノ法律ガアル、ソレヲ全ク度外ニ措イテ漫ニ羅馬法ニ心酔スルト云フノハ國體ヲ害フモノデアルト云フヤウナ說ヲ唱へ、ソレガ殊ノ外勢力ヲ持ッテ今日デハ概シテサウ云フヤウナ說ガ勢力ヲ占メテ居ル、ソコデ法人ニ付テモ日耳曼法學者ハ法律ノ假定ト云フヤウナ複雜シタ事ハ無論認メテ居ラス、ソレガ巧ニ唱ヘラレタモノダカラ今デハ却テ其方カ勢力ガアルケレドモ其說ヲ讀ンデ見ルト實ニ牽強附會デ心服スルコトガ出來ス、細カク論ズルト同ジ實在說ノ中ニモ多少論據ハ違ウテ居ルガ先ヅ普通唱ヘル實在說ハ、一體人格即チ權利義務ノ主體ト云フ資格ハ法律ガ認ムルモノデアアル、法律ハ單獨ノ自然人ニ人格ヲ認メヤウトモ又ハ或團體ニ人格ヲ認メヤウトモ其他ノモノニ人格ヲ認メヤウトモ自由デアアル、苟モ實際ノ必要ヲ認メタナラバ其人格ヲ認ムルノデアル、自然人ト雖モ法律上カラ言ヘバ當然人格ガアルトハ云ヘナイト云フノガ此實在說ノ重モナル論據ノヤウデス、ソコカラシテ先ヅ一ツノ茲ニ團體ガアル、國家ハ最も大ナル法人デスガ、一村落デアッテモ又ハ僅カ數人ノ團體デアッテモ一定ノ目的ヲ以テ集ッタモノガ權利義務ノ主體ト爲ルコトガ必要デアアルナラバ法律ハソレニ人格ヲ認ムル、團體夫れ自身ハ法律ガ造ルノデナイ、自然ニ存シテ居ルノデアル、國ハ法律ト云フモノガ存在スルト殆ド同時ニ存シテ居ル、他ノ法人ト雖モ皆同ジコトデアアル、段段法律ガ進歩スルニ從ッテ或ハ會社ナドニ人格ヲ認ムルト云フコトニナル、即チ數多ノ人ガ集ッテソレガ一定ノ目的ヲ持ッテ居ル、

其一定ノ目的ノ爲メニ集ルタ人ニ一ノ人格ヲ與フルノデアルト云フノガ實在ニ說ノ普通ノ說明ノヤウデス、ケレドモ私共カラ見ルトソレハ頗ル分ラナイ話デ、一體權利義務ト云フモノハドウ云フモノデアアルカト云フコトヲ論ズレバ此問題ハ決スルコトガ出來ル、權利ノ定義ハ色色アルガ、私ノ取ル所ノ定義ハ法律ニ據リ他人ニ自己ノ行爲ヲ正當ト認メシムルコトヲ得ルカトイフデアリマス、行爲ニ關スルカデアアル「行爲」ト云ヘバ必ず生物デナケレバナラス、又此行爲ト云フ字ヲ避クル人モアルケレドモ、或ハ「可能力」「能力」「色色ナ字ヲ使ヒマスガ、併シ何レニシテモ暗ニ行爲ト云フモノヲ認メテ居ルノデアラウト思フ、或事ヲ爲シ能フト云フノデ能力トカ可能力ト云フ言葉モ出ル、「爲ス」ト云フコトヲ考ヘテ居ル、爲スト云ヘバ生物デナケレバ爲スト云フコトハナイ、而シテ植物ハ勿論人間以外ノ動物ヲ權利ノ主體トシテ認ムルコトハ文明國ニハナイ、シテ見ルト人ト云フ動物ノ行爲ニ關シテ權利ト云フ問題ガ起ル、義務モ私ハ或行爲ヲ爲スコトヲ強要セラルベキ法律上ノ位置ト定義スル、矢張り行爲ニ關係シテ居ル、況ヤ訴訟ノ如キハ無論行爲デアアル、默ラテ居ラテ訴ガ起ルモノデナイ、デスカラ詰リ人格ト云フモノハ權利義務ノ主體タル資格デ、主體ト云フモノハ行爲ヲ爲スコトノ出來ルモノデナケレバナラス、ソレハ苟モ動物植物ト云フモノヲ除イタナラ人ニ限ル、是ハ疑ノナイコトデアラウト思フ、例ヘバ所有權ハドンナ定義ニ據ラテモ皆行爲ニ關シテ居ル、我民法ニハ「使用、收益及ヒ處分」ト云フ言葉ヲ使ラテ居ル、獨逸ニハ之ヲ概括シタ言葉ヲ使ウテ居ル、所有權ノ定義ハ詰

リ物ニ付テ思フ儘ニ行爲スル權利ト云フノデアアル、ドウシテモ人ヲ前提トシテ居ル、然ルニ所謂法人ナルモノハドンナモノデアアル、先ヅ國ハドンナモノデアアル、國ハ有機體ナドト云フ突飛ナ説ガアツテ、是ガ一時獨逸デ勢力ヲ占メテ居ッタ、是ハ私共カラ見ルト淺薄ナ議論デ國ハ何カラ成立ツカ、是ハ疑ナイ、詰リ國民ト土地カラ成立ツ、所ガ土地ニハ動カ力ナドハアリマセス、國民ガ動クコトガ出來ルダケデアアル、然ルニ國民ト云フモノハ各、獨立ノ人格ヲ持ツテ居ル、國民ノ行動ト云フモノノ外ニ又國ノ行動ト云フモノハ事實ニ於テアリ得ベカラザルモノデアアル、成程國民ガ我邦ノ如ク天子ヲ戴イテ、天子ノ行動ハ取リモ直サズ國ノ行動ト視ルト云フコトニナラテ居ル國モアル、併ナガラ天子ガ國デハナイ、天子ハ國ノ主權者デハアルケレドモ天子夫レ自身ガ國デハナイ、ソレカラ所謂立憲國ニ於テハ議會ト云フモノガアル、又共和國ニハ大統領ガアルガ、是ハ内閣總理大臣ノ少シ地位ノ高イヤウナモノデ、是ハ別段ニ論ズル必要ガナイトスルト議會ト云フモノハナカク、大事ナ機關ニナラテ居ル、其議會ハ國民ガ法律ニ依ラテ選舉シテ、サウシテ國政ヲ議セシムルモノデアアル、其性質ニ付テハ公法學者ノ間ニ議論ガアルガ、要スルニ議會ノ働ト云フモノガ直チニ國家ノ働デハナイ、極ク正直ニ考ヘテ見ルト所謂國家ノ働ト云フノハ國家ノ機關ノ働デアアル、其機關ト云フモノハ己ノ資格ニ於テ働クモノデナイ、即チ自己ノ人格ニ於テ働クモノデナイ、ソレガ國家ト云フ人格ヲ代表シテ働ク、考ヘテ見ルト國家ト云フモノハ詰リ空ナモノ、無形ナモノ、唯想像デ考ヘタモノデアアル、國家夫レ自身

ガドウシテモ働クベキ筈ハナイ、働クモノハ國家デナクシテ國家ノ機關デアル、其機關ハ自己ノ人格ヲ以テ働クノデナクシテ國家ヲ代表シテ居ルモノデアルト云ヘバドウシテモ「フクシヨン」即チ假定ト云フモノヲ爰ニ認めナケレバナラス、所謂人格ト云フモノハ權利義務ノ主體、サウスレバ權利義務ハ常ニ行動ニ關シテ居ル、其行動ト云フモノハ生物デナケレバ出來ス、就中人類デナクテハ出來ス、國ト云フモノハ人類デハナイ、ソレハ人類ノ集リト土地トヲ併セテ之ヲ國ト云フ、而シテ或ハ國民ノ集リタ働ガ國ノ働デアルト云フカモ知レヌガ、是ハ國體ニ依テハ誤ラテ居ルト謂ハナケレバナラス、日本ノ如キハ正ニ誤ラテ居ル、假ニ共和國ノ如キ國柄デ國民ノ働ガ即チ國ノ働デアルト言ヒ得ラルル場合デモ國民ハ各獨立ノ人格ヲ持ッテ居ル、ソレガ其外ニ國ノ人格ノ一部分ヲ代表シテ居ルト云フコトハドウシテモ言ヘナイ、サウスルトドウシテモ是ハ全ク別ナモノデアルト見ナケレバナラス、ソレデ國家有機體説モ下火ニナツタヤツデアル、サウスルト國家ニ付テハ法人實在説ガ當嵌ラナクナツテ來ル、サウスルト外ノ法人ニ付テハ益、當嵌ラナクナツテ來ル、先ツ會社ニ付テ言フテ見ルト社員ガ十人アルトシマス、是ガ一ツノ會社ヲ形造ル、之ヲ法人トスル、成程社員ト云フ人格ハアル、其外ニ會社ト云フ人格ハ自然ニハナイ、自然ニハ十ノ社員ノ各自ノ人格ガアルト云フダケデアル、ソレガ集ッテ或事業ヲ目的トシテ會社ヲ立テル、サウスルト法律ハ是ニ人格ヲ認メル、其人格ト社員各自ノ人格トハ全ク別デアル、各社員ハ單ニ社員トシ又ハ株主トシテハアル、ソレト會社トハ全ク別デア

ル、ソレデ株主ガ會社ニ向ッテ訴ヲ起シタリ會社ガ株主ニ向ッテ訴ヲ起シタリスル、人格ヲ別ニ見テ居ルカラデアル、其十人ノ社員ガ一般ノ外ニ又一ツノ人格ノ十分ノ一ダケヲ持ッテ居ルト云フノハ如何ニモ牽強附會ノ説デアル、成程行動ハ違フ、會社ノ行動即チ社員トシテノ行動トソレカラ他ノ行動トハ違フ、各人ガ澤山ノ種類ノ違フタ行動ヲ爲スノデアル、私デモ法政大學ノ講師トシテノ行動ト唯一個ノ梅謙次郎トシテノ行動トハ違フ、就中官吏ガ官吏トシテノ行動ト私人トシテノ行動トハ違フ、ソレカラ商人ガ營業ヲ二ツ以上持ッテ居ルト、魚屋トシテノ行動ト油屋トシテノ行動トハ違フ、行動ノ種類ガ違フ度ニ人格ガ別デアルト云フナラバ會社ニ限ルコトデハナイ、魚屋ト油屋ヲ二ツ持ッテ居ル、其外ニ家庭ノ一員タル人格ヲ持ッテ居ルト人格ガ三ツニナル、ソレカラ又他ノ會社ノ株ヲ買フト四ツニナル、ソレナコトハ獨立學者ト雖モ認めナイ、然ラバ社員ガ十人デ一ツノ會社ヲ組ンデ居ッテモソレガ爲メニ十分ノ一ノ人格ガ生ズルト云フコトハ認めラレス、ソレデスカラ法人實在説ハ頓ト據リ所ガナイ、如何ニシテ是ガ獨立デ勢力ヲ占メ又我邦ニ於テモ勢力ヲ占メントスルカラ疑フ、就中財團法人ニ至ッテハ殆ど了解ニ苦ム、設立者ハ設立ト同時ニ最早法人ト無關係ニナツテ仕舞フ、サウスルト一定ノ目的ヲ有スル財産ガ其處ニ在ルダケデアル、是ニ何ヲ標準トシテ人格ヲ認メル、何ガ行動スル、マタ財團法人ニ在テハ社員ガ集ッテ或行爲ヲ爲スコトガアル、ケレドモ財團法人ニ至ッテハソレモナイ、全ク法人ノ代表者タル機關ノ行動ヨリ外何ニモナイ、其機關ヲシテ行動セシムル所ノ

基礎タル人格モナイ、之ニ人格ヲ認メル、其人格ガ自然ニ存在スルノデアルト云フコトハ殆ド牽強附會ノ甚シキモノデアル、ソレデスカラ社團法人ニ付テハ實在說ハ詳細シ辯ジテ居ルガ、財團法人ノ事ハテヨット一言極ク簡單ニ論ジテアルノミニ過ギナイ、國家有機體說ガ近頃下火ニナラズヤウニ法人實在說モ亦下火ニナルガラウト思フ

然ラバ假定說ト云フノハドンナモノデアルカ、假定說ハ私ノ思フニハ餘程理ニ合ナクテ居ル、權利義務ハ今言フ通り一人ノ行爲ト云フコトガ主眼トナクテ居ル、サウスルト人デナケレバ本來權利義務ノ主體トナルコトハ出來ス筈デアアル、所ガ實際ソレデハ不便ガ多イ、ソレデ段段法人ト云フモノヲ認ムルニ至ッタ、法人ト云フモノハ人デナイ、從テ本來ハ權利義務ノ主體トナルコトハ出來ス筈ノモノデアアル、寧ロ空ノモノデアアルガ或目的ノ爲メニ假ニ人格者ト認メテ之ニ權利ヲ持タセ義務ヲ負ハスノデアアル、或學者ノ「法人ト云フモノハナイノデアアル、所謂法人ト云フモノハ詰リ一定ノ目的ヲ有スル財産ノ塊ヲ云フノデアアル」ト云フ說ハ事實ニ合ウテ居ルケレドモ、サウ云フテ仕舞フト無主物ニナル、其無主物ニシナイ爲メニ法人ト云フモノヲ法律ノ假定ニ依ッテ認メル、今國ニ付テ云フヲ見ルト國ト云フモノハ人民ト土地トノ塊デアアル、是ハ全ク人爲的ノモノデアアル、其證據ニハモトハ樞太ガ露領デアッタガ今ハ其南半ハ日本領デアアル、サウスルト樞太ハ日本ノ國ノ一部ヲ成ス、其處ニ住シテ居ル人類モ日本國民トナルト云フ譯デアアル、是ハ人爲的ノモノ、サウスルト唯一定ノ土地ト一定ノ人民ヲ一ツノ國ト云フコトニ

人が極メル、併ナガラ土地ハ行動ヲ爲サス、從テ權利義務ノ主體トナラヌ、人ハト云ヘバ無論各人ハ權利義務ノ主體トナリ得ルガ、所謂國ノ行動ト云フモノハ各人ノ行動デナイ、本來ハ國ノ機關ノ行動デアアル、我邦ノ如キ君主國ニ於テハ君主ノ行動ガ常ニ國ノ行動ト看做サルル、而モ「憲法」ト云フモノガ出來テ以來ハ其君主ノ行動ハ憲法ニ依ッテ多少ノ條件ヲ定メラレテ居ル、其條件ノ一ツトシテ帝國議會ノ協贊ト云フモノガアル、サウスルト例ハ法律ニ付テハ帝國議會ノ協贊ヲ經ナケレバナラヌト云フカラ帝國議會ノ意思ト云フモノガ君主ノ意思ニ伴ハナケレバナラヌ、ソレガ合致シタトキニ始メテ國家ノ意思ト云フモノガ定マル、併ナガラ此君主ノ意思及ビ帝國議會ノ意思ト云フモノト國民ノ意思ト云フモノガ同ジカト云フト決シテ同ジデハナイ國民各自ノ意思ハ多クハ別別デアアル、甲ハ其法律ニ規定シタル事ヲ望ム、乙ハサウ云フ事ヲ望マヌ、丙ハ何ニモ分ラヌ、時トシテハ極端ナ場合ヲ云フト國民各自ノ意思ヲ問ウテ見タレバ皆反對カモ知レヌ、ソレデモ君主ノ意思ト帝國議會ノ意思ト合致スルト法律ト云フモノガ出來ル、サウ考ヘテ見ルト所謂國家ノ意思ハ國家ノ機關ノ意思デアアル、其機關ト云フモノハ國自身デハナイ、國ノ爲メニ政治ヲ爲ス職務ヲ持ッテ居ル機關ニ過ギヌ、サウスレバ法律ガ國家ノ意思トシテ見ル所ノモノハ國家ノ機關ノ意思デアッタ、而シテ國家ト云フモノハ意思モ何ニモナイ、唯ソレニ意思ガアルモノノ如ク法律ガ認メル、是ハ公法上ノ話デスガ、ソレヲ私法上カラ言ッテ見テモ其通りデアアル、國家ガ所有權ヲ持ツト云フコトハ無論出來ル、國有財産ト云フモノガア

ル、中ニハ家賃ヲ取テ貸シテ置クモノモアル、所ガ此所有權ヲ行フト云フハ誰ガ行フノデア
 ル、國家ニハ手モナケレバ足モナイ、國家夫レ自身ガ使用、收益、處分ヲ爲スト云フコトハ決
 シテアリ得ナイ、誰ガ爲スカ、ソレハ國家ノ機關ガ爲スノデアアル、機關ハ自己ノ資格ヲ以テ爲
 スノデナイ、唯國家ト云フモノノ代ハリニサウ云フコトヲスルノデアアル、丁度後見人ガ被後見人
 ノ代ハリニ或行爲ヲ爲スヤウナモノ、被後見人ニ人格ガナカッタラ其後見人ノ行爲ト云フモノ
 ハ全ク人格ノナイ者ノ行爲ニナル、ソレト同ジ事デ國家ニ人格ト云フモノヲ認メスト所有權ト
 云フモノハアリ得ナイ、ソコデ國家ニ人格ト云フモノヲ認メル、其國家ハ何處ニ在ルカト云フ
 ト、アリハシナイ無形ノモノデアアル、況ヤ其他ノ法人例ヘバ人ガ十人寄テテ會社ヲ立テタ、本
 來ハ十人ノ人格ノ集リ、昔ハ大抵之ヲ法人ト見ナイ、我邦デモ舊商法ノ施行セラルルマデハ之
 ヲ人格ト認メテ居ラス、唯十人ノ集リト見テ居ル、併ナガラ法律ハ便宜上十人ニ共通ノ一ツノ
 利益（即チ鐵道事業ヲヤルトカ、學校ヲ興ストカ、其十人ニ共通ノ目的ヲ持テテ居ル）即チ事
 業其物ニ人格ヲ認メル、社員ニ人格ヲ認メルノデナイ、社員ハ自ラ人格ヲ持テテ居ル、ソコデ
 十人集テテ會社ヲ立テルト忽チ十一人ノ人格ガ出來ル、十人ノ社員ノ各自ノ人格ニ加フルニ無
 形ナル一ツノ人格、ソレガ會社デアアル、ソレハ唯法律ノ「フクシヨシ」デ何ニモ無イモノヲ有
 ルガ如ク見テ、是ハ會社ト云フ一ツノ人格者デアアルト法律ガ云フカラ皆ソレニ從フ、ソレガ所
 有權ヲ持テテ居リ、債權ヲ持テテ居ルノデアアル、況ヤ財團法人ニ至テハ本來財産シカナイ、

自然ノ有様カラ言ヘバ實ハ無主物、ソレヲ法律ガ例ヘバ教育ト云フ一定ノ目的ノ爲メニ供スル
 ナラバ此ニ一ツノ人格ヲ認メテヤル、無イノダケレドモ在ルト假定シテヤル、サウスルトソレガ
 人格者トナル

此二ツノ主義ハ今日學者間ニ非常ニ説ガアルガ少クモ我民法ニ於テハ假定説ヲ取テテ居ル證據
 ガ私ハアルト思フ、其第一ノ證據トモ謂フベキハ法律ノ規定ガナケレバ法人ト云フモノハ成立
 シナイト云テテ居ルコトデアアル

第三十三條 法人ハ本法其他ノ法律ノ規定ニ依ルニ非サレハ成立スルコトヲ得ス

自然人ニ付テハ斯シナ規定ハナイ、自然人ニ付テハ第一條ニ「私權ノ享有ハ出生ニ始マル」トア
 ル、自然人ガ權利ヲ享有スルニハ法律上ノ人格ヲ有スルコトヲ前提トシテ居ル、所謂法人實在
 説ヲ取レバ法人モ自然人モ同ジコトデナケレバナラス、此處ガ明カニ我立法者ノ假定説ヲ取ッテ
 ト云フ證據デアアルト云テテ宜カラウト思フ、此第三十三條ニ依レバ法律ガナケレバ法人ハアリ
 得ナイト云フコトヲ認メテ居ル、サテ民法施行前疑ノアッタノハ社寺デアアルガコレハ慣習法上
 ノ法人デアアルト云テテ宜カラウト思フ、維新後ニ色色ノ法令ガ出マシテ暗ニ社寺ヲ法人ト見テ
 居ル規定ガアルケレドモ、ソレガ社寺ヲ法人ト見タノダト云フヨリモ寧ロ社寺ハ團ヨリ、法人ナ
 リト前提シテ居ッタモノト云フ方ガ正シデアラウト思フ、ソレデハ本來ナレバ民法ノ法人
 ノ規定ニ從ハナケレバナラスガ、是ニハ種種沿革モアッタテ速ニ民法ノ規定ヲ以テ律スルコトガ

出來スカラ特ニ民法施行法第二十八條ヲ以テ「民法中法人ニ關スル規定ハ當分ノ内神社、寺院、祠宇及ヒ佛堂ニハ之ヲ適用セス」ト云フ規定ヲ置イタ、當時ハ社寺法ト名稱ハ宛ニ角云フモノガ出來ル積リデアツテ、案モ屢、出來タ、議院マデ出タ案モアルケレドモソレハ行ハレナカタ、今日マデ矢張り其儘ニナツテ居ル、此外ノ法人ニ付テハ民法施行前ハ一層不明デアツタガコレハ民法施行法ノ第十九條ヲ以テ決シタ、民法施行前ヨリ獨立ノ財產ヲ有スル社團又ハ財團ニシテ民法第三十四條ニ掲ケタル目的ヲ有スルモノハ之ヲ法人トス云云、是デ確ニ法人ニナツタ、是ノ結果デソレノ法人ニ關スル手續ヲ履ンダ團體ハ澤山アル、本條ニ特ニ「本法其他」ト云フ字ヲ入レタノハ外デハナイ、是ヨリ論ズル所ノ第三十三條以下ノ規定ハ法人ニ關スル原則デアアル、特別規定ナキモノハ皆是ニ依ル、併シ特殊ノ法人ニハ又特殊ノ法令ガアル、國ノ私法上ノ働ニ付テハ、例ヘバ官有財產管理規則トカ其他種種ノ法令ガアル、況ヤ國ノ組織ニ至ツテハ公法ニ依ツテ定メテ居ル、其他府縣、郡、市町村ノ如キモ同様デアアル、ソレカラ純然タル私法上ノモノト雖モ先ヅ最モ廣イモノハ商會社デアアル、商會社ニ付テハ商法ニ特別ノ規定ガアル、ソレカラ尙ホ特別ノ法人ヲ云ヘバ商會社デアアル、商會社ニ付テハ商法ニ特別ノ規定所、產業組合、重要物產同業組合ト云フヤウナモノモアル、サウ云フヤウニ各種ノ法人ニ各特別ノ規定ガアルノデ此等ガ茲ニ謂フ所ノ「其他ノ法律」デアアル、是ヨリ論ズル所ノ單ニ民法ニ規定シテアル所ダケデアアル、コレガ法人ハ假定デアアルトイフ第一ノ點

第二ハ官許又ハ準則ニ依ラナケレバ法人ノ設立ヲ爲スコトハ出來ヌ、是ニモナカケル主義ガアルテ、大別スルト三主義トナル、第一ハ特許主義、此ハ細別スルト三ツニ分レル、其一ツハ國長特許主義、是ハ十八世紀位マデ盛行ハレタ主義デ君主ガ特ニ許サナケレバナラヌト云フノデアアル次ハ法律特許主義、一ツノ法人ヲ設立スル毎ニ一ツノ法律ヲ出シテ是ニ依ツテ特ニ其法人タルコトヲ認メルト云フ主義、我邦デモ此主義ヲ取ツテ居ル例ハアル、例ヘバ日本銀行、橫濱正金銀行ナドハ法律特許主義ニ依ツテ設ケテアルト云フテ差支ナイ、ソレカラ第三ガ官廳特許主義、是ハ最モ廣ク行ハレテ居ルモノデ、十九世紀ニ於テモ非常ニ廣ク行ハレテ居ッタシ、今日仍ホ少クモ或種類ノ法人ニ付テハ是ガ行ハレテ居ル、國長特許主義ハ最モ幼稚ナル主義デ、其考ハ法人ト云フモノハ非常ニ異例デアアル、法律ノ原則ニ合ハナイモノデアアル、國長ガ其國長タル資格ニ於テ特ニ認メレバ宜イガ、左モナケレバ成立ガ出來ヌト云フ所カラ起ツテ居ル、尙ホ附加ヘテ法人ハ隨分危險ナモノダカラ其危險ヲ防グ爲メ即チ危險アリト認メレバ國長ガ許サヌ危險ナシト認ムレバ國長ガ許スル方ガヨイト云フコトモ理由ニ加ハツテ居ル、法律特許主義ハ是ニ較ベルト沿革上ハ新シイケレドモ基ク所ノ思想ハ同ジコトデアアル、之ニ反シテ官廳特許主義ハ單ニ取締上必要デアアル、取締ノ上ニ於テ濫ニ法人ヲ設立スルコトハ許サヌト云フノデアアル、此方ハ今日仍ホ實際ノ適用ヲ見テ居ル、併シ是ハ皆特許主義ノ特許ト云フノハ「各法人ニ付テ「特ニ許ス」ト云フノデアアル、ダカラ取引所ハ法人デアアル、商業會議所ハ法人デアアルト云

フノハ特許主義デハナイ、日本銀行ト云フ一ツノ銀行ガ出來ル、是ハ許ス、何何保險會社ト云フ一ツノ會社ガ出來ル、是ハ宜シト云フテ特ニ許スノデアル

第二ノ主義ハ準則主義、是ハ法人設立ノ條件及ヒ設立後ノ條件等豫メ準則ヲ定メテ置イテ、ソレレニ依ルモノハ法人ト見ル、ソレニ依ラナイモノハ法人ト見ナイト云フ主義デアル、是ハ第一ノ主義ヨリハ餘程進歩シタ主義デアルガ、是ダカラト云フテ彼ノ假定說ヲ拋棄シタノデハナイ、矢張り法律ガ斯ウ云フ規則ニ從フモノハ法人ト見ル、即チ假定スルト云フノデアル、唯所謂實在說ニ據ルト特許主義ト云フモノハ殆ド意味ノナイコトニナル、唯取締ノ爲メニ特許ヲ必要トスルト云フコトハ差支ナイカモ知レヌケレドモ、特許ニ依ラナケレバ創立ガ出來ナイトハ言ヘナイ筈デアル

第三ガ自由主義(自由設立主義)是ハ或ハ最モ進歩シタモノノヤウニ見エルカモ知レヌガ、併シ根本ニ於テ假定說カラ言フト誤ッテ居ル、法人ヲ各人ガ自由ニ設立シテ宜シイ、法律ハ少シモ干渉シナイト云フコトヲ總テノ法人ニ認メルト云フコトニナッタラバ假定說デナクナツテ仕舞フ、併シ所謂實在說ヲ取ル立法例ニ於テモ純然タル自由主義ヲ取ツタ例ハハマダ私ハ聞カヌ、若シサウ云フコトヲ許シタラバ非常ニ弊害ガ多イダラウケレドモ主義トシテハ一ツノ主義ニ違ヒナイ

此ノ如ク三ツノ主義ガアルガ、我法律ハ法人ノ種類ニ依ッテ其取ル所ノ主義ヲ異ニシテ居ル、

先ツ第一、公益法人ニ付テハ官廳特許主義ヲ取ツタ、第三十四條ニ之ヲ規定シテ居ル

第三十四條 祭祀、宗教、慈善、學術、技藝其他公益ニ關スル社團又ハ財團ニシテ營利ヲ目的トセサルモノハ、主務官廳ノ許可ヲ得テ之ヲ法人ト爲スコトヲ得

是ハ公益ノミヲ目的トスル法人デアル、故ニ利益ノミアルモノダカラ自由ニ許シテモ宜イデハナイカト云フ考ガ起ラヌデモナイガ、併シ我立法者ハサウ云フ風ニ見ナイ、世ノ中ニハ名ヲ公益ニ假リテ以テ私益ヲ圖ル者ガ多イ、之ヲ自由ニ設立セシメタナラバ如何ナル詐欺ガ行ハルルカ分ラヌ、サウシテ公益法人ニハ直接ニ私ノ利益ヲ受クベキモノガ居ラス、社團法人デアッタ所ガ社員ノ財産上ノ利益ニハ何等ノ影響モ及ボナス、故ニ社員ガ法人ヲ思フ念ハ概シテ商事會社ノ社員若クハ株主ガ會社ノ利害ニ付テ心配スル程ニハナイ、況ヤ財團法人ニ至ツテハ法律上心配スベキモノガ居ラス、ダカラ法人ノ代表者ガドンナコトヲスルカ分ラヌ、又ドンナ法人ヲ設立スルカ分ラヌ、尙ホ附加ヘテ申スト法人ハ獨立ノ財産ヲ持ツノデアルガ、獨立ノ財産ヲ持ツト云フコトハ法人ト取引ヲ爲ス者ノ爲メニ利益デアルト同時ニ又危險ガ之ニ伴ウテ居ル、即チ法人ノ設立者ハ如何ニ富者デアツテモ、社員ニハドンナ富者ガ居ッテモソレニ對シテ請求ヲ爲スコトハ出來ヌ、從テ此等ノ點カラ公益法人ノ設立ニハ官廳ノ特許ヲ經ルルヲ必要トシテ事ヲ鄭重ニスルコトニナツタ

是ガ公益法人ノ事、第二ニハ營利法人——營利法人ニ付テハ原則トシテ準則主義ヲ取ツテ居ル、

是ハ民法第三十五條ニ明文ガアル

第三十五條

營利ヲ目的トスル社團ハ商事會社設立ノ條件ニ從ヒ之ヲ法人ト爲スコトヲ得

前項ノ社團法人ニハ總テ商事會社ニ關スル規定ヲ準用ス

是ハ皆商法ノ規定ニ依ルコトニナツテ居ル、例ヘバ鑛山會社トカ、農業會社トカ、漁業會社トカト云フモノハ純然タル商事會社デハナイ、而モ矢張り商法ノ規定ニ依ラナケレバ之ヲ法人ト爲スコトガ出來ス、商法ノ規定ニ依ルト即チ準則主義デアアル、準則主義ニ從ツテ合名會社、合資會社、株式會社及ビ株式合資會社ヲ設立スルコトガ出來ル、此四ツノ中ノ一ヲヲ選バナケレバナラス、サウシテ各種ノ會社ニ付テ特別ノ規定ガアル、ソレハ商事會社ノミナラズ總テノ營利法人ガ皆ソレニ依ラナケレバナラス、營利的社團デ之ヲ法人ト見ナイモノハ民法ノ組合ニ關スル規定ニ依テ支配スルケレドモ苟モ法人トスル以上ハ商法ノ規定ニ依ラナケレバナラス、尤中ニハ特別法ノ存スルモノモアル、例ヘバ鐵道ニ付テハ私設鐵道法及ビ鐵道營業法ガアル、ソレカラ保險ニ付テハ保險業法ガアル、ケレドモソレ等ノ特別規定ナイモノハ唯商法ノ規定ニ依ルノミデアアル、ソレハナゼデアラウ、營利法人中デモ公益ニ關スルモノガ尠クナイガ矢張り公益ニ關スル以上ハ特別主義ヲ取ツタ方ガ安全デハナイカ、尙ホ進ンデ論ズレバ會社ノ事業如何ニ拘ハラズ株式會社及ビ株式合資會社ノ如キハ組織上公益ニ關スルコト最モ大ナルモノデアアル、一ノ株式會社ガ破産ヲ爲スト云ヘハ是ガ爲メニ直接、間接ニ損害ヲ被ムルモノハ少カラ

ス、ソレガ延イテ商業其他經濟上ニ少カラザル影響ヲ及ボス、サウ云フモノハ舊商法ノ規定ノ如ク政府ノ特許ヲ要スルトシタ方宜クハナイカト云フ説ガアツテ、現ニ其説ハ嚴羅巴ニモ一時ハ殆ド各國皆行ハレテ居ッタ所デアアル、ケレドモ經驗上下ウモソレハ有害無益デアルト云フコトヲ覺テ竟ニ今日デハ殆ド總テノ國ニ於テ株式會社、株式合資會社等ニモ特許ヲ要セス、純然タル準則主義ヲ取ルコトニナツタ、其理由ヲ簡單ニ言ヘバ一方ニ於テ營利會社ニハ必ず社員ガ殆ド直接ニ會社ト利害ヲ同ジウシテ居ル、是ガ爲メニ始メニ始終監督ヲシテ居ル、苟モ準則ガ其宜シキヲ得テサハ居レバ詰リ自治ニ任シテ置イテモ大ナル危險ハナイ、若シ會社ノ内部ニ不整理ナコトガアレバ忽チ株主カラ攻撃ヲ始メル、調査ヲ始メル、ソレデ自ラ甚シキニ至ラナイ中ニ救濟ヲ爲スコトガ出來ル、之ニ反シテ公益法人ハ法人ト利害ヲ共ニスルモノガナイ、ソレデ動モ社員モ放任シテ餘リ注意ヲシナイ、又ハ財團法人ノ如クマルキリ監督スベキ者ガ居ラス、ソレテ據ナク特許主義ヲ取ルノデアアル、他ノ一方ニ於テハ營利會社ハ私益ヲ圖ルモノデアルト云フト餘リ必要デナイモノヤウニ聞エルケレドモサウデナイ、公益法人ヨリハ尙ホ一層必要ナモノデアアル、殖産、興業ト云フモノガ國家ノ元氣ヲ維持シテ行クノデスカラソレガ與ラナケレバ到底國家ハ繁昌スル譯ニイカヌ、ソレニハ營利會社ト云フモノガ文明國ニ於テハ最モ必要ナルモノデアアル、成程時トシテハ不必要ナ會社ノ與ルコトモアル、寧ロ有害ナル會社ノ與ルコトモアル、ケレドモ概シテ之ヲ言ヘバ世ノ中ノ必要ニ應ジテ與ルモノ、ソレヲ一

政府ガ干渉シテ特許シタ上デナケレバ之ヲ立テタルコトガ出來スト云フコトニナルト動モスルト有益ナル會社ガ之ガ爲メニ妨グラルル、折角有益ナル會社ガ興ラウトシテ居テモ政府ノ役人ガ色ナ故障ヲ言フ爲メニトウト止メテ仕舞フト云フコトモアル、又ハソレガ爲メ手數ヲ要シテ時機ヲ失シテ仕舞フト云フコトモアル、其他細カク言ヘバ色ナ弊害ガアルカラ到底特許主義ト云フモノハ營利法人ニ付テハ有害無益デアルト云フコトガ一般ニ認メラルルニ至ッタ、ソコデ是ハ準則主義ヲ取ッタ、サウシテ商法ニアル會社ノ規定ハ實際商法ニ特別ナルモノデハナクテ、總テノ營利會社ニ通ズルモノデアアルコトニナツテ居ル以上ニテ設立ノ條件ノ第一及ビ第二ヲ論ジ了リマシタカラ次ニ第三、設立行爲ノ御話ヲ致シマ

ス
法人ノ設立行爲ハ社團法人ト財團法人トテ違フ、第一、社團法人ニ付テハ定款ナルモノヲ要スル、其「定款」ト云フハ如何ナルモノデアアルカト云フト、其中ニ記載スベキコトハ民法第三十七條ニ規定シテアル、詰リ法人ノ基礎トナルベキコトヲ總テ記載シナケレバナラスコトニナツテ居ル

第三十七條 社團法人ノ設立者ハ定款ヲ作リ之ニ左ノ事項ヲ記載スルコトヲ要ス

- 一、目的
- 二、名稱

三、事務所

四、資産ニ關スル規定

五、理事ノ任免ニ關スル規定

六、社員タル資格ノ得喪ニ關スル規定

此定款ハ「記載」トアルノデスカラ無論書面デアアル、中ニ記載スベキコトハ右ノ規定ニ依ツテ明カデ在ルガ、中ニ就テ「資産ニ關スル規定」ト云フノハ或ハ法人設立ノ際ニ既ニ一定ノ財産ヲ備ヘテ居ルコトモアル、或ハ設立ノ後社員ガ一定ノ出資ヲ爲スコトモアル、ソレ等ノ事ガ此ニ謂フ所ノ「資産ニ關スル規定」社員タル資格ノ得喪ニ關スル規定」ト云フノハ如何ナルモノガ社員デアアルカ、又如何ナル事情ガ生ジタナラバ社員ガ其資格ヲ失フカ、即チ退社ヲ爲スカト云フヤウナコトヲ云フノデアアル

此定款ノ性質ニ付テハ學者間ニ議論ガアル、或ハ是ハ契約デアアルト云フ、現ニ獨逸ナドデ少クモ會社ノ定款ニ付テハ「グゼールシャフツフェルトラグ」會社契約ト云フ字ヲ使フ、是マデハ定款ハ契約デアアルト云フ説ガ寧ロ多數ヲ占メテ居ッタヤウデアアルケレドモ私ノ信ズル所ニ據レバ是ハ契約デナイ、成程社團法人成立ノ際ニハ必ス一ノ契約ガアルト云フコトハ前提トシテ居ル、即チ二人以上ノ人ガ一ツノ社團法人ヲ設立シヤウデハナイカト云フ約束ガナケレバ是ハ成立セズ、其約束ハ無論契約デアアルケレドモ、其契約ガ此處ニ謂フ所ノ定款デハナイ、此處ニ

謂フ定款ナルモノハ先ヅ定義トシテ申シマシタナラバ「社團法人ノ設立ノ目的トスル所ノ社員ノ共同ノ意思ヲ表示スル書面」デアルト、斯ウ謂ハナケレバナルマイカト思フ、決シテ社員共同ノ契約デハナイ、其行爲ノ種類ヲ申シマスト云フト矢張り是ハ單獨行爲、サウシテ是ハ要式行爲デ、書面ヲ作ラナケレバ成立シナイ所ノモノデアアル、此定款ハ法人成立ノ要素デアアルカラ之ヲ基礎トシテ法人ガ成立シタ以上ハ後日ニ於テ之ヲ變更スルコトハ出來ヌ筈、強ヒテ變更シヤウト思ヘバ必ズ總社員ノ同意ヲ得ナケレバナラス筈、設立ノ際ニモ總社員ノ同意ニ因ツテ成ツタモノデアアルカラ、之ヲ變更スルニモ亦總社員ノ同意ヲ要スル筈、而モ之ヲ變更シタラバ果シテ同一ノ法人ト云ヘルカドウカ、或ハ全ク異ナツタル法人ト謂ハナケレバナラヌカモ知レヌ、少クモ定款ノ中デ極ク重要ナル事ヲ變更スル場合ハサウデアアル、最モ著シキモノハ目的ノ變更ナウ云フ重要ナルコトヲ變更スレバ正ニ法人ノ變更ガアル、即チ前ノ法人ハ消滅シテ又新ナル法人ガ成立スルモノト見ナケレバナラヌト云フ説ガ最モ有力デアアル、少クモ理論上ニ於テハ疑ノナイ所デアアル、目的ノ如キ重要ナル事ヲ變更セラレタナラバ理論上ハ同一ノ法人デハナイ、違フタ法人デアルト謂ハナケレバナラヌケレドモ、ソレハ實際ニ不便ナルコトデアアル、世ノ中ノ事ハ始終變遷シテ參ルノデアアルカラソレニ從ツテ定款モ變更シテ參ラナケレバナラヌ、ソレガ出來ナイト云ツラハ困ル、其度毎ニ法人ハ全ク新ニナルノデアアルト云ヘバ初ノ法人ニ付テ清算ノ手續ヲ爲シ、サウシテ又新ニ設立ノ手續ヲ爲サナケレバナラヌ、如何ニモ煩ハシイ、

動モスルトソレガ新ナル法人ノ設立ノ妨ニナル、故ニ先ヅ以テ定款ハ變更セラレテモ法人ハ變更セラレヌ即チ同一ノ法人デアルト云フコトニセスケレバナラヌ、此事ハ今日デハ少クモ社團法人ニ付テハ一般ニ認メラレテ居ル、民法法人ニ在ツテモ又商會社ニ在ツテモ皆認メラレテ居ル、唯之ヲ變更スルニ如何ナル條件ヲ要スルコト云スコトガ第二ノ問題デアアル、是モ理論カラ言ヘバ全社員ガ同意シナケレバ變更ハ出來ヌ筈デアアル、現ニ商會社ニアツテモ合名會社及ビ合資會社ニ付テハ總社員ノ同意ヲ要スルコトニナツテ居ル、合名會社ニ關スル商法第五十八條ガ合資會社ニ付テ第五條ニ準用シテアル、ケレドモ社團法人ノ中ニハ隨分多數ノ社員ヲ以テ組織シテ居ルモノガアルカラ總社員ノ同意ヲ得ルコトハ困難ナル場合ガ多イデアラウト云フコトヲ豫想シテ民法ニハ總社員ノ四分ノ三ノ同意ト云フコトニナツテ居ル

第三十八條 社團法人ノ定款ハ總社員ノ四分ノ三以上ノ同意アルトキニ限リ之ヲ變更スルコトヲ得但定款ニ別段ノ定アルトキハ此限ニ在ラス

此但書ニ基イテ社團法人ノ中デ社員ノ數ノ少イモノノ如キハ或ハ丁度合名會社、合資會社ニ於ケルガ如ク總社員ノ同意ヲ要スルト云フコトニスルモノモアラウシ、又反對ニ社團法人ノ中デ社員ノ數ノ特ニ多イモノハ過半数ノ同意、其他比較的容易ニ定款ノ變更ヲ爲スコトヲ得ルヤウニ定メルコトガアル、ソレハ定款ノ定ムル所ニ從フコトニナツテ居ル、商法デモ株式會社及ビ株式合資會社ニ在ツテハ定款ノ變更ガ比較的容易クナツテ居ル、容易イノデハナイ、到底總社員

ノ同意ト云フコトハ事實上出來ヌカラ幾分カ實際行ハルルヤウナ條件ヲ定メテ居ルノデアル、即チ株式會社ノ定款ノ變更ニ付テハ商法第二百九條ニ「定款ノ變更ハ總株主ノ半數以上ニシテ資本ノ半額以上ニ當タル株主出席シ其議決權ノ過半數ヲ以テ之ヲ決ス」ト云フコトニナツテ居ル、其外假決議ノ規定モアルケレドモソレハ略ス、ソレカラ株式合資會社ニ付テハ商法第二百四十四條ニ「合資會社ニ於テ總社員ノ同意ヲ要スル事項ニ付テハ株主總會ノ決議ノ外無限責任社員ノ一致アルコトヲ要ス」第二百九條ノ規定ハ前項ノ決議ニ之ヲ準用スレトアル、要スルニ社員ノ數ノ多イ社團ニアツテハ總社員ノ同意ト云フコトハ實際得ラレナイト云フコトヲ立法者ハ見テ居リマス、又民法上ノ社團法人ニ在ツテハ設立ノ際主務官廳ノ許可ヲ要スルコトニナツテ居ルニ依ツテ定款ヲ變更スル場合ニモ亦主務官廳ノ認可ヲ要スルコトニナツテ居ル、是ハ尤モナコトデ主務官廳ガ設立ノ許可ヲ與フルトキニハ主トシテ定款ノ規定ヲ見テ其妥當ナルコトヲ認メテ爰ニ許可ヲ爲スノデアル、然ルニ其定款ヲ主務官廳ノ許可ナク變更スルコトガ出來ルトシタナラバ動モスレバ主務官廳ヲ欺クコトニナル、ソレデ第三十八條第二項ニ左ノ如ク規定シテアル

定款ノ變更ハ主務官廳ノ認可ヲ受クルニ非サレハ其效力ヲ生セス、

右ハ社團法人ノコトデアル、是ヨリ第二、財團法人ノ御話ヲ致シマス

財團法人ノ設立行爲ハ所謂寄附行爲デアル「寄附行爲」ト云フモノハドンナモノデアルカ先ヅ

其内容若干ハ要素ヲ申上グルト第三十九條ニ之ヲ規定シテ居ル

第三十九條 財團法人ノ設立者ハ其設立ヲ目的トスル寄附行爲ヲ以テ第三十七條第一號乃至

第五號ニ掲ケタル事項ヲ定ムルコトヲ要ス

第三十七條ノ第一號乃至第五號ト云フノハ「目的名稱、事務所、資産ニ關スル規定、理事ノ任免ニ關スル規定」デアル、要スルニ定款ニ掲グベキ事柄ト違フノハ唯「社員タル資格ノ得喪ニ關スル規定」ト云フモノノナイダケデアル、財團法人ニハ社員ガナイカラ自ら此違ヒガアル、此寄附行爲ナルモノハ理論カラ言ヘバ書面ヲ以テセズモ宜シイ、定款ハ必ず書面デアル、故ニ「記載」ト云フ、寄附行爲ハ書面ニハ限ラス、故ニ之ヲ「記載スル」トハ言ハヌ、定ムルト云フ、併ナガラ實際ハ大抵書面ガアルダラウト思フ、其譯ハ證據トシテモ書面ニ認メテ置カナケレバナラスバカリデナク主務官廳ノ許可ヲ要スルノニ其手續トシテハ必ず書面ヲ以テシナケレバナラス、日本ノ官廳ハナカナカ口頭ヲ採致シマセズ、デスカラ實際ハ書面ガナケレバナラス、唯併シ理論カラ言ヘバ寄附行爲其者ニハ書面ハイラス

此寄附行爲ハ性質上如何ナルモノデアルカト云フニ是ハ「財團法人ノ設立ヲ目的トスル設立者ノ意思表示デアル」サウ云フト定款トタント違ヒガナイガ、唯定款ノ方ハ社員ノ意思表示デア

者ト云フモノハ法律上法人ト何等ノ關係ヲモ有セザルモノニナル、其處が大變遷ヲ尙ホ茲ニ此寄附行為ガ定款ト違フコトヲ申上ゲルト、第一ニハ定款ハ前ニ申シタ第三十七條ニ揭ゲテアル六ツノ事項ヲ具ヘテ居ラナケレバ全ク無効デアル、法人ノ設立ヲ實行スルコトハドウシテモ出來ス、之ニ反シテ寄附行為ニ在リテハ其中ノ或事柄ヲ定メテ置カナクテモアトカラ補フコトガ出來ル

第四十條 財團法人ノ設立者カ、其名稱事務所又ハ理事任免ノ方法ヲ定メスシテ死亡シタルトキハ裁判所ハ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ之ヲ定ムルコトヲ要ス

詰リ寄附行為ニハ「目的」「名稱」「事務所」「資産ニ關スル規定」及ビ「理事ノ任免ニ關スル規定」ヲ定メナケレバナラヌト云フコトニナリテ居ルケレドモ、實ハ其中デ「目的」ト「資産ニ關スル規定」トヲ定メテサヘ置ケバソレデ法人ハ成立スルコトガ出來ル、他ノモノハ定ッテ居ラヌデモ之ヲ補充スルコトガ出來ル、成程「目的」ト「資産ニ關スル規定」ガナケレバ法人ノ基礎ト云フモノガ全クナイ、何ノ爲メニ法人ヲ設ケル、又財團法人デアアルノニ其財産ガナケレバ財團ト云ヘナイ、其財團ハ今直グニ此ニ存セズトモ少クモソレヲ組成スル方法ハ定ッテ居ラナケレバナラヌ、ソレガ定ッテ居ラヌケレバ法人ノ基礎ガマルデナイ、併シソレダケ定ッテ居レバ他ノ事ハ定ッテ居ラヌデモ宜シイ、成程名稱モ事務所モアトカラ定メラルル、理事任免ノ事ノ如キハ如何様ニモ定メ得ラルル、唯諸君ガ或ハ疑ヲ懷イテソレヲバナベ社團法人ニ付テ

モ同様ニ規定シナイカ、社團法人ニ付テモ「目的」ト「資産ニ關スル規定」サヘ定メテアッタラバ他ハアトカラ補充スルコトガ出來ルト云フコトニナセ極メナカッタデアラウカト曰ハルルデアラウガ、是ニハ大ニ理由ガアル、社團法人ハ社員ガアル、ソレガナケレバ法人ハ成立タタヌ、故ニ其提出スル所ノ書面ガ不完全デアラバ「之ヲ改メテ出セ」ト云フコトガ出來ル、成ルベク名稱ト雖モ事務所ト雖モ他ノ事ト雖モ設立者ヲシテ之ヲ定メシムル方ガ宜シイ、所ガ財團法人ニ在リテハ法人ノ構成分子ガナイ、其寄附者ハ或ハ既ニ死亡シテ居ル、即チ遺言ヲ以テ財團法人ヲ設立スル場合ノ如キハ設立者ハ既ニ死亡シテ居ル、外國デハ其例ガ多イ、日本デモ將來ソレガ多カラウト思フ、又遺言デナク生前處分デ、法人ヲ組成スル場合ト雖モ社員ハナイ、ダカラ其設立者ガ主務官廳ノ許可ヲ得ルマデニ死亡シテ仕舞ヘバモウ設立ハ出來ス、ソレデハ折角財團法人ヲ設立シヤウト云フノデ寄附行為ヲ爲シタノニ残念ナコトニナルカラ既ニ目的ト「資産ニ關スル規定」ガ定ッテ居ラナラバ他ハ裁判所ニ於テソレヲ補フテ宜シイト云フコトニナリテ居ル

今一ツ異ナルコトハ定款ハ變更ガ出來ル、寄附行為ハ變更ガ出來ス、此事ハ隨分世間デ誤解ヲ爲ス人モアリ又意外ノコトニ思フ人ガアルカラ一言辯ジテ置カナケレバナラヌ、理論カラ言ヘバ是ハ斯ウナクテハナラヌ、定款ハ社員ガ作ルモノ其定款ヲ作ッタ所ノ社員ガ矢張り法人ノ構成分子デアアル、故ニ其社員ガ後日之ヲ改ムルコトガ出來ルト云フノハ尤モナコトデアアル、然ル

ニ寄附行爲ノ方ハ法人設立ノ際ニ寄附者ガ意思ヲ表示シテ是ニ因ツテ法人ガ成立スル、其成立ノ後ハ最早寄附者ト法人トノ間ニハ何等ノ法律上ノ關係モナイ、サウスルト寄附行爲ヲ變更シヤウト云ツテモ變更スベキ者ガナイコトニナル、故ニ理論カラ言ヘバ寄附行爲ノ變更ト云フコトハアリ得ベカラザルコトデアアル、又實際ノ必要カラ申シテモ社團法人ハ矢張り社員ノ集會デアツテ、社員總會ト云フモノガ法人ノ事務ヲ行ウテ行クノデアアルカラ定款ノ變更ヲ必要トスル場合ニ其社員總會ガ之ヲ變更スルト云フコトハ尤モデアアルガ、寄附行爲ニ付テハ寄附者ハ法人成立ノ後、曾ニ理論ニ於テ法人ト關係ヲ有セザルノミナラズ實際ニ於テモ原則トシテ關係ヲ持タヌ、然ラバ寄附行爲ヲ變更スルト云ツテ誰ガ變更スル、前ノ寄附者ハ法人ト關係ハ持タヌコトガ實際ニ於テモ多イ、然ルニ其寄附者ガ寄附行爲即チ法人ノ基礎ヲ變更スルコトガ出來ルト云フノモヲカシイ、就中其者ハ既ニ死亡シテ居ルカモ知レヌ、遺言ノ場合ナラバイツモ死亡シテ居ル、相續人ハ成程財産ハ承繼スルガ、ソレガ法人ノ事業ニ付テ被相續人ト同ジ利害ヲ持チ、同ジ公義心ト云フモノヲ持ツカト云フニソレハ必ズシモサウ云フ譯ニイカヌ、然ルニ其相續人ガ被相續人ノ寄附行爲ヲ勝手ニ變ヘルコトガ出來ルト云フコトハドウシテモ認ムル譯ニイカヌ然ラバ理事即チ法人ノ事務ノ管理者ガ之ヲ變更スルコトヲ得ルガ、ソレハ猶更出來ヌ、法人ノ理事ハ唯定款、寄附行爲ニ定ツタ法人ノ事務ヲ執ル者デアアル、ソレガ法人ノ基礎タル寄附行爲ヲ變更スルコトガ出來ルト云フコトハドウシテモ之ヲ認ムル譯ニイカヌ、サウ考ヘテ見ルトド

ウシテモ一般ノ規定トシテ寄附行爲ノ變更ト云フコトハ殆ド有り得ベカラザルコトデアアル、唯實際ハ多少其必要ヲ感ズルコトガアル、中ニ就テ事務所ノ變更トカ、名稱ノ變更トカ、理事ノ任免ニ關スル事柄トカ云フヤウナモノニハ随分變更ヲ必要トスルコトガアリ得ルケレドモ、必要、不必要ト云フコトハ誰ガ之ヲ認定スルカト云ツテ見ルト一般ノ規定トシテドウシテモソレヲ認ムル譯ニイカヌ、唯寄附行爲ニ豫メ變更ニ關スル規定ヲ設ケテ置クコトハ固ヨリ差支ナイ、民法ハ態態サウ云フコトヲ規定シテハ居ラスケレドモ、公ノ秩序ニ關セサルコトハ定款デモ寄附行爲デモ定ムルコトガ出來ルカラ變更ニ關スルコトヲ定メテ置クコトハ少シモ差支ナイ

是ガ定款ト寄附行爲ノ異ナル點デアアル、尙ホ寄附行爲ノ性質ニ付テ一言シナケレバナラスコトガアル、定款ノ性質ニ付テハ大變議論ガアルガ、寄附行爲ノ性質ニ付テハ議論ハ格別ナカラウト思フ、併シ餘程奇妙ナモノデアアルト云フコトハ認メナケレバナラス、定款ノ方ハ假令定款其レ自身ハ契約デナイト云ツタ所ガ兎ニ角社員ト云フモノガ其處ニ居ツテ、ソレノ意思表示デアルト云フカラ實ニ工合ガ宜イ、法人ノ成立ノ場合ニモ社員ハ居ル、ソレガ居ラスケレバ社團法人ハ成立ハシナイ、所ガ寄附行爲ノ場合ニハ愈、法人成立ト云フトキニ寄附者ト云フモノガ居ルカト云フト居ラスコトガアル、遺言ノ場合ナライツモ居ラナイ、サウデナクテモ設立マデニハ寄附者ハ死ンデ仕舞ツテ居ルコトモアル、又假令生キテ居ツテモ寄附者ト法人トノ間ニハ法律上ノ關係ハナイ、ソコデドウモ一體此寄附行爲ト云フモノハ如何ナル性質ノモノデアラウカ

ト云フコトガ疑問トナル、先づ他ノ法律行為ト較ベテ見ルト生前處分デアレバ贈與ニ似テ居ル、甲ガ乙ニ或財産ヲ與フルト云フノト其甲ガ乙ナル法人ガ組織セラレタラバソレニ或財産ヲ與ヘタイト云フノト稍、似テ居ル、ケレドモ是ハ違フ、ナゼ違フカト云フト贈與ハ一ノ契約デアアル、獨逸民法ノ如キハ契約トシテ居ラスケレドモ、我民法デハ確ニ契約デアアル、故ニ寄附行為ヲ假ニ贈與デアルトシタナラバ寄附者ノ意思表示ニ對シテソレヲ受ケル者ハ少クモ居ラナケレバナラス、所ガマダ居ラス、法人ハマダ其時ニハ成立シナイ、主務官廳ノ許可ヲ得テ始メテ成立スル、マダ成立シナイモノデアアルカラソレガ贈與ヲ受ケヤウト云フ意思表示ヲスル氣遣ヒハナイ、併ナガラ餘程贈與ニ似テ居ルト謂ハナケレバナラス、ソコカラ致シテ第四十一條ノ第一項ニ

第四十一條 生前處分ヲ以テ寄附行為ヲ爲ストキハ贈與ニ關スル規定ヲ準用ス

我民法ニハ幸ニ贈與ニ特別ナル規定ト云フモノハ極メテ少イ、中ニハ性質上適用ノナイコトモアル、稍、其適用ノアリサウナコトヲ申シマスト第五百五十一條ニ贈與者ハ原則トシテ擔保義務ガナイト云フコトガアル、其意味ハ贈與ノ目的ト爲シタル所ノ權利ガ贈與者ニ屬シテ居ラナクテモ例ヘバ自己ノ所有物ニ非ザルモノヲ贈與シテモ贈與者ハ善意デアアルナラバ責任ヲ負ハス、サウスルト贈與シタト云ッタケレドモ實際受贈者ハ何ニモ貫ハスト云フコトニナルカモ知レス、ソレデモ仕方ガナイ、又ハ贈與ノ目的物ニ瑕疵ガアツテモ贈與者ガ善意デアアルナラバ責任ヲ負ハス、ソシナコトガ矢張り然ル、寄附行為ノ目的ト爲シタ財産ガ寄附者ニ屬シテ居ラス

トキニモ寄附者ニ責任ガナイ、物ニ瑕疵ガアツテモ責任ガナイト云フコトニナル

是ハ生前處分——今度ハ遺言ノ方、此方ハ餘程遺贈ニ似テ居ル、遺言ハ單獨行為デアアル、遺言者ノ意思ノミデ成立スルモノデアアル、ソレダカラ是ハマダ法人ガ成立シヤウトスマイト效力ヲ生ズルデアラウ、從テ遺贈ト遺言ヲ以テ寄附行為ヲ爲スノト同ジモノデアアルト云フ考ガ起ルケレドモ是レ亦違フ、ソレハ成程遺言ト云フモノハ單獨行為デアアル、遺言者ノ意思ノミデ成立スルコトハ疑ナイケレドモ、少クモ遺言ガ效力ヲ生ズル時、即チ遺言者ノ死亡ノ時ニ受遺者ガ生存シテ居ラナケレバナラス、デスカラ遺言者ノ死亡ノ時ニマダ生マレナイ者ハ受遺者トナルコトハ出來ナイト云フノガ本則、尤モ胎兒ニ付テハ例外ガアル、ソレハ生マレタル者ト看做スト云フノデアアルケレドモ、マダ孕マレモシナイ者デアアルナラバ駄目デアアル、所ガ此法人ノ設立ヲ目的トスル所ノ寄附行為ハ一應ハ胎兒ノ場合ニ似テ居ル、寄附行為ガ土臺トナツテ、ソレニ主務官廳ノ許可ガ加ハレバソレデ設立ガ出來ルノデアアルケレドモ胎兒ハ有形ノ人體デアアルカラ同ジモノデハナイ、サウスルト是ニ遺言ノ規定ヲ直チニ適用スルコトハ出來ス、ソレデ單ニ準用シテアル、第四十二條ノ第二項

遺言ヲ以テ寄附行為ヲ爲ストキハ遺贈ニ關スル規定ヲ準用ス

トアル、遺贈ニ關スル規定ハ數多シアツテ此處ニ之ヲ一枚擧スル違ハナイガ、其中デ稍、著シイ一例ヲ申上ゲマスルト遺留分即チ相續人ニ一定ノ財産ヲ遺シテ置カケレバナラスト云フ

規定ガアル、ソレヲ超ユル遺言ヲ爲シタナラバ其超ル部分ニ付テハ之ヲ取消スコトガ出來ル、
法文ニハ減殺ト云フ字ガ使テアルケレドモ取消ト云フモ宜イ、サウ云フ規定ガ是ニモ概マ
ル、例ヘバ法定家督相續人タル直系卑屬ノアル場合ニ於テハ財産ノ半分ヲ遺サナケレバナラス
ト云フ規定ガアル、此場合ニ半分ヨリモ多クノ財産ヲ寄附行爲ヲ以テ法人ノ財産トシヤウトシ
タナラバ矢張り半分マデニ減ラサルル、サウ云フコトガ當概マ(一一三〇條)
以上ハ法人ノ設立ノ行爲ノ御話デシタ、是ハ法人ノ一般ノコトデアル、即チ内國法人、日本ノ
法律ニ從ウテ法人ヲ設立スル場合デアル、次ニ外國法人ノ御話ヲ致シマス

之ニ關スル法文ハ第三十六條デアル

第三十六條 外國法人ハ國、國ノ行政區畫及ヒ、商社會社ヲ除ク外其成立ヲ認許セス但法律又
ハ條約ニ依リテ認許セラレタルモノハ此限ニ在ラス
前項ノ規定ニ依リテ認許セラレタル外國法人ハ日本ニ成立スル同種ノ者ト同一ノ私權ヲ有
ス但外國人カ享有スルコトヲ得サル權利及ヒ法律又ハ條約中ニ特別ノ規定アルモノハ此限
ニ在ラス

外國法人ニ付テ主義ガ二ツアル、一ハ認許説ト申シマセウカ、ソレハ外國法人ヲバ原則トシテ
認ムルト云フ説、外國ニ於テ法人タルモノハ内國ニ於テモ法人ト認ムルト云フノデアル、ソレ
カラ今一ツハ不認許説ト申シマセウカ、原則トシテ外國ノ法人ハ認マヌト云フ説、此二ツノ主

義ノ孰レヲ取ルカト云フ事ノ前ニ抑、「外國法人」トハ如何ナルモノデアアルカト云フコトヲ一
言スル必要ガアル、例ヘバ外國人ノミニテ我邦ノ法律ニ從ウテ設立シタル法人ハ果シテ外國法
人デアアルカ、ソレトモ内國法人デアアルカ、是ハ内國法人デアアル、假令設立者ガ外國人デアラウ
トモ日本ノ法律ニ依リテ設立シタル所ノ法人ハ總テ内國法人デアアル假令社員ニアラテ社員
ガ總テ外國人デアラウトモ矢張り内國法人デアアル、從テ其内國法人ハ總テ我邦ノ法人ノ如ク例
ヘバ土地所有權ヲ持ツコトモ出來ル、茲ニ「外國法人」ト云フノハ外國ノ法律ニ依リテ設立シ
タル所ノモノデアアル、尙ホ商法第二百五十八條ニ依レバ「日本ニ本店ヲ設ケ又ハ日本ニ於テ商
業ヲ營ムヲ以テ主タル目的トスル會社ハ外國ニ於テ設立スルモノト雖モ日本ニ於テ設立スル會
社ト同一ノ規定ニ從フコトヲ要ス」ト云フ規定ガアル是ニ依リテ會社ハ日本ニ本店ヲ設ケ又ハ
日本ニ於テ商業ヲ營ムヲ以テ主タル目的トスルモノハ皆日本ノ法律ニ從ハナケレバナラスト云
フコトニナラテ居ル、他ノ法人ニ付テハ此ノ如キ規定ガナイカラ詰リ日本ノ法律ニ從ウテ設立
シタル法人ハ内國法人デアアルシ、其他ノモノハ外國法人デアアル

此外國法人ハ内國ニ於テ成立スルモノト認ムベキヤ否ヤト云フコトハ非常ニ議論ノアル問題
デ、又各國ノ法律ガ區區ニ互ヲテ居ル所デアアルケレドモ、一旦法人ニ付テ假定説即チ法人ハ實
際存在セザルモノデアアル、ソレヲ法律デ以テ存在シテ居ル如ク看做スノデアアルト云フ説ヲ取レ
バ此問題ヲ決スルコト極メテ容易イノデアアル、凡ソ法律ノ效力ノ及ブ範圍ハ一國ニ限ルノデア

ル、日本ノ法律ハ外國ニ效力ヲ及ボサス、其代リ外國ノ法律モ日本ニ於テハ效力ヲ有セヌ、或
 程國際私法ノ問題ナドニ於テ或場合ニ日本ノ裁判所デ外國ノ法律ヲ適用スルト云フコトハアル
 ケレドモ、ソレハ外國ノ法律ガ我邦ニ於テ直チニ效力ヲ有スルノデハナイ、我邦ノ法律ニ於テ
 或場合ニ外國ノ法律ニ依ルヲ穩當若クハ便利ト認メテ其法律ニ依ルベキコトヲ定メテ居ルカラ
 デアル、即チ國際私法問題ニ付テハ法例ノ規定ガアルガ爲メニ或場合ニ外國ノ法律ヲ適用スル
 ノデアル、是ハ理論上カラ言ヘバ我邦ノ法律ガ其場合ニ英吉利、佛蘭西、獨逸等ノ法律ヲ適用ス
 ルコトヲ命ジテ居ルノデアル、取リモ直チソレハ矢張り日本法デアル、又條約ノ結果ト致シ
 テ往往外國ノ法律ヲ適用スベキコトガアル、ソレハ所謂領事裁判權(俗ニ謂フ治外法權)ノ結
 果ト致シテ實際外國ノ法律ヲ適用スルト云フコトニナル、我邦ニ於テモ明治三十二年マデハ外
 國人居留地ニ於テ所謂「領事裁判權」ヲ認メテ居ッタノデアル、其結果實際外國ノ法律ヲ適用
 シテ居ッタノデアル、今日デモ我邦ヲ除ク外ノ東洋諸國、支那、朝鮮、暹羅等、ソレカラ歐羅
 巴ニ足ヲ掛ケテ居ッテモ土耳其ナド、此等ノ國ニ於テハ歐羅巴諸國ガ俗ニ謂フ治外法權ヲ行
 クテ居ル、支那、朝鮮ナドニ於テハ我邦モ矢張り之ヲ行ウテ居ル、是ハ外國ニ我邦ノ法律ヲ行
 フ、或ハ歐羅巴諸國ガ東洋諸國ニ其國ノ法律ヲ行フト通常申シマスケレドモ學理上カラ言ヘバ
 矢張りソレハ條約ニ依ッテ東洋諸國ガ歐羅巴諸國ノ法律ヲ適用スルコトヲ定メタノデアル、支
 那、朝鮮ニ於テモ條約ニ依ッテ我邦ノ法律ヲ適用スベキコトヲ定メタノデアル、故ニ其點カラ

言ヘバ矢張りソレハ其國ノ法律デアル、決シテ法律ガ國境ヲ出デテ當然其效力ヲ及ボスト云
 フコトハナイ、是ニ於テ一旦法人假定說——法人ハ法律ガ假ニ定メタノデアル、實際存在スル
 モノデナイト云フ說ヲ取ッタナラバ外國法人ノ內國ニ於テ人格ヲ有セスト云フコトハ明カデア
 ル、外國ノ法律ニ於テハ此ノ如キ人格ヲ認メルケレドモ、內國ニ於テハ認メナイ、否內國ニ於
 テソレヲ認メルト否トノ自由ヲ持ッテ居ル、當然外國ノ法人ガ內國ニ於テ存在スルト云フコト
 ハナイ、是ニ於テ不認許說ガ學理上最モ穩當ナルモノデアルト云フコトニナル、我民法ハ則チ
 此主義ヲ取ッタノデアル、原則トシテハ法人ハ法律ガ作ッタモノデアルカラ外國ノ法律デ作
 タモノガ當然我邦ニ於テ人格ヲ有スルト云フコトハナイ、唯併ナガラ是デハ實際不便デアル、
 先ヅ第一、國——外國ヲ法人トシナカッタナラバ非常ニ不利益ナルコトガ多イ、試ニ日本ガ或
 國ト條約ヲ結ンデ其國カラ債金ヲ取ルト云フ條約ヲ結ビマス、此場合ニ於テ外國ノ法人タルコ
 トヲ認メナカッタナラバ其國ハ債務ノ主體トナルコトガ出來ス、然ラバ假令條約ヲ以テ或債金
 ヲ拂フト申ス約束ヲシテモソレハ法律上無効デアル、人格ノナイ者ノ約束デアルカラ債權債務
 ノ關係ヲ生ゼスト謂ハナケレバナラス、ソレデハ却ッテ我邦ノ爲メニ不利益デアル、其他總ラ
 ノ問題ニ付テ外國ノ人格ヲ認メナカッタナラバ不便ガ甚ダ多イニ依ッテハ是非認メナケレバ
 ナラス

次ニ國ノ行政區畫、日本デ云ッテ見ルト府縣郡、市、町村、是ハ法人ト認メナクテモ非常ニ國

ルト云フコトハナイ、國ヲ法人ト認メナケレバナラス程ノコトハナイ、既ニ日本ニ於テモ府縣制、郡制ノ改正以前ニ在リテハ府縣、郡ノ法人タルヤ否ヤト云フコトハ疑問デアッタ、私ハ法人デアッタト思フケレドモ反對説ガ随分アッタ、又外國ノ例ヲ見テモ此等ノモノガ必ズシモ法人トナラセハ居ラス、其位デアッタ行政區畫ハ必ズシモ法人トシナケレバナラヌト云フコトハナイ、ケレドモ、荷モ本國ニ於テ之ヲ法人トシテ居ルナラバ矢張り我邦ニ於テモ之ヲ法人トスル方ガ便利デアアル、理論カラ言ヘバ一旦一國ノ人格ヲ認ムル以上ハ其一部分タル行政區畫ノ人格ヲ認メタ所デ少シモ差支ナイ、實際ニ於テハ其人格ヲ認ムルノヲ便利トスル場合ガアル、例ヘバ外國ノ府縣、市ナドデ發行スル所ノ公債、ソレヲ我邦ノ人民ガ買受クルコトガアル、此場合ニ於テ外國ノ府縣、市ナドノ人格ヲ認メナケレバ非常ニ不便デアアル、誰ガ債務者デアルカ、債務者ガ分ラヌ、或ハ府縣民全體デアアル、市民全體デアアルト云フコトデアッタソレコソ大變面倒ナ事ニナル

第三ニハ商會社——「商會社」ト云フモノハ矢張り之ヲ法人ト認メナケレバ非常ニ不便ガ多イ、我邦ノ會社モ隨分外國ニ出テ貿易ヲ爲シテ居ル、亞米利加或ハ支那、朝鮮又ハ歐羅巴等ニ出テ商賣ヲシテ居ル、是ガ外國商會社ト取引ヲ爲シタ場合ニ其商會社ガ人格ヲ認メラレヌト云フコトデアッタラバ餘程不便デアアル又外國ノ商會社ガ日本ニ來テ取引ヲシテ居ル、亞米利加、歐羅巴等ノ會社ガ澤山來テ商業ヲ營ンデ居ル、是ガ法人タル資格ヲ認メラレヌト云フ

コトデアアルト頗ル、不便デアアル、例ヘバ外國ノ會社ヲ相手取テ訴ヲ起サウト云フトキニ若シ其會社ノ人格ヲ認メヌト云フコトデアアルト社員全體ヲ相手取ラナケレバナラヌ、株式會社ナラバ株主全體ヲ相手取ラナケレバナラヌ、是非常ニ煩ハシキノミナラズ時トシテハ殆ド不能デアアル、株主ハ大キイ會社デアアルト數國ニ分レテ居ル、ソレヲ皆一度ニ相手取テ訴ヘヤウト思フテモ實際訴ヘルコトハ出來ヌ、殊ニ訴訟ノ當時何人ガ株主デアアルカト云フコトハ動モスルト分ラヌ、假ニ或時期ニ於ケル株主ノ氏名ガ分ッテモ株主ハ日代ハル、其度毎ニ訴訟ノ當事者ガ代ハルト云フコトデハ到底事實ニ於テ訴訟ガ出來ヌ、又外國ノ會社ガ原告トナッテ訴ヲ起スト云フ場合ニモ其社員ガ皆連署シナケレバ訴ガ起セヌト云ッタラバ殆ド訴ヲ起スコトガ出來ヌ、荷モ今日ノ如ク互ニ甲ノ國カラ乙ノ國ニ法人ノ代表者カ出掛ケテサウシテ取引ヲ爲ス時勢ニ於テ此ノ如クデアッタラバ實ニ不便デシヤウガナイ、ソレ故ニ各國ノ法律ニ於テ大抵ハ外國ノ商會社ノ人格ヲ直接又ハ間接ニ認メルコトニナッテ居ル、但商會社デモ本國ニ於テ法人ト認メザルモノハ決シテ我邦ニ於テ法人ト認ムルノデハナイ

此外ノモノ即チ主トシテ所謂公益法人ハ我邦ニ於テハ原則トシテ其人格ヲ認メヌト云フコトニナッテ居ル、其理由ハ一旦假定説ヲ取ッタ以上ハ當然ノ事デアアルト思ヒマス、又實際ニ於テモ所謂「公益法人」ナルモノハ公益上ノ目的ヲ有スルガ爲メニ特ニ其人格ヲ認ムルト云フノデアケレドモ、公益ナルモノハ動モスルト國ニ依ッテ違フ、例ヘバ露西亞數國ニ於テハ其國數タ

ル希臘教ヲ弘メルト云フコトハ固ヨリ公益ヲ助クルノデアル、故ニ其目的ヲ有スルモノハ公益上必要ナモノデ之ヲ目的トシテ法人ヲ設立スルコトガ出來ルト謂ハナケレバナラス、ケレドモ、我邦ニ於テハ此ノ如キ法人ハ動モスルト公益ニ害ノアルコトガアル、或ハ又政治上ノ團體デアツテモ共和國ニ於テ共和主義ヲ鼓吹スル所ノ團體ハ公益上必要ナルモノデアツテ其人格ヲ認ムルト云フコトガ當然デアラウケレドモ、我邦ノ如キ立君國ニ於テハ或ハソレガ有害デアルカモ知レスカラ此ノ如キ法人ノ存在ヲ認ムルコトハ出來スカモ知レス、要スルニ此「公益」ト云フコトハ少クモ今日ノ時勢ニ於テハ國ニ依ッテ異ナル、ソレ故ニ我民法ノ主義ハ即チ原則トシテ外國法人ノ人格ヲ認メヌノデアツテ、其適用ハ主トシテ公益法人ニアル、是ハ學理上ニ於テ其當ヲ得テ居ルノミナラズ實際ニ於テモ穩當ナル主義ト謂ハナケレバナラス、尤モ外國ノ公益法人デモ例ヘバ慈善ヲ目的トシ又ハ學問ノ研究ヲ目的トスルヤウナ法人デアレバソレハ利ノミアツテ害ノナイモノデアルカラ特ニ條約ニ依リ若クハ法律ニ依ッテ其人格ヲ認ムル必要ガアルデアラウト云フノデ第三十六條第一項ノ但書ガアルノデアル

是ハ外國法人ノ人格ヲ認ムルヤ否ヤノ問題デアルガ、尙ホ進ンデ一旦外國法人ノ人格ヲ原則トシテナリ又ハ例外トシテナリ認ムルトシタ以上ハ其權利能力如何ト云フ問題ガアル、此問題モ亦學者間ニ議論ノアル問題デアツテ、各國ノ法律ガ一定セザル所デアアル、或說ニ據レバ一旦外國法人ノ人格ヲ認ムル以上ハ其權利能力ハ本國法ニ依ッテ定メナケレバナラスト云フケレド

モ、私ハ其說ヲ理論上ニ於テ又實際上ニ於テ誤ラテ居ルモノト信ジテ疑ハス、理論上ニ於テハ元元法人ノ人格ヲ認ムルト云フコトハ法律ノ作用デアアル、從テ一旦其人格ヲ認メタト云ウテモ是ガ權利能力ヲ定ムルノハ矢張り一國ノ法律ノ自由デアアル、言葉ヲ換ヘテ曰ヘバ我權利能力ヲ條件トシテ法人ノ人格ヲ認ムルト云フコトガ出來ル、即チ外國法人ノ人格ヲ認ムル場合ニ於テ苟モ人格ヲ認メタ以上ハ其本國ニ於ケル權利能力ヲ當然認メナケレバナラスト云フコトハ決シテナイ、權利能力ヲ定ムルニモ亦矢張り内國法ニ依ル、從テ或法人ノ爲メニ特別ノ規定ガナイナラバ矢張り内國ノ同一ノ種類ノ法人ト同ジ權利能力ヲ持ツト謂ハナケレバナラス、此問題ハ隨分ヤカマシイ問題デアアルガ會社ニ付テハ商法ニ特別ノ規定ガアルカラ深ク論ズルコトヲ要セヌ、其他ノ法人ニ付テ見ルトマダ我邦ニハ規定ノナイコトデアルケレドモ、佛蘭西、獨逸ナドニハ規定ガアリマスガ、凡ソ法人ガ餘リニ多クノ財産ヲ持ツト云フコトハ危險デアアル、是ハ直譯ニ致シマスルト死手財産、普通ノ人間ハ手ガ活モテ居マスカラ動キマス、從テ財産ヲ一旦取得シテモ亦ソレヲ他人ニ讓ル、然ラザルモ之ヲ利用スル、所分或財産ガ法人ノ手ニ歸スルト云フコトモ減多ニナイシ、又ソレヲ利用スルト云フコトモナイ、ソレデ法人財産ノコトデアアル、一箇人デアレバ一時多クノ財産ヲ一手ニ集ムルコトガアツテモソレハ動モスルト又散ズル長ク

一人ノ手ニ財産ヲ集テ居ルト云フコトハ比較的少イ、故ニ其危險モ亦少イ、之ニ反シテ法人ガ多クノ財産ヲ集ムルト云フコトニナルト其手ガ動かヌ代ハリニ普通安全デ、一旦集テ財産ハ動モスルト永久ニ同ジ所ニ存スル、長イ内ニハ是ガ非常ナ勢力ヲ占メル、遂ニ是ガ國家ノ權力ニ抵抗スルガ如キ勢力ヲ持ツコトガアル、即チ一國内ニ又一小國ヲ成スト云フヤウナ有様ニナルコトガアル、宗教團體ナドハ動モスルトサウデアアル、ソレガ財産ガナケレバ危險ハナイ、又經濟上カラ云テ見ルト一ツノ財産ガイツモ同ジ手ニ存スルト云フコトハ概シテ不利益デアアル、國家ノ富ヲ増ス爲メカラ言フト望マシイコトデナイ、所ガ法人ノ手ニ或財産ガ歸スルト容易ニ是ガワキニ出ナイ、從テ其利用ガ十分ニサレズ、即チ如何ナル點カラ見テモ一ノ法人ガ多クノ財産ヲ有スルト云フコトハ公益上望ムベキコトデナイノデ、佛蘭西ニ於テモ獨逸ニ於テモ法人ガ贈與ヲ受クル場合ニハ特ニ政府ノ許可ヲ受ケナケレバナラスト云フコトニナツテ居ル、我邦モ行、ハサウ云フ法律ガ出來ルカモ知レズ、試ニサウ云フ法律ガアルトシテ外國ノ法人ガ我邦ニ來ツテ財産ヲ取得スル、内國法人ナラバ政府ノ許可ヲ得ナイト取得ガ出來ヌ、ソレガ外國法人ハ或ハ本國ニ於テ此ノ如キ許可ヲ要セスカラト云フノデマルデ自由ニ之ヲ取得スルコトガ出來ル、或ハ又日本ニ於テハ許可ヲ得ナイケレドモ既ニ本國ニ於テ許可ヲ得タカラト云フノデ日本デ續續財産ヲ取得スルコトガ出來ルト云フコトデアッタラバ公益上如何デアラウカ、故ニ理論カラ言ツテ見テモ亦實際カラ言ツテ見テモ外國法人ガ一旦我邦ニ於テ人格ヲ認メラレテモ仍

ホ其權利能力ハ我邦ノ法律ニ依ツテ支配サレナケレバナラス、即チ今ノ第三十六條ノ第二項ニ「前項ノ規定ニ依リテ認許セラレタル外國法人ハ日本ニ成立スル同種ノ者ト同一ノ私權ヲ有ス」ト云フノガソレデアアル、唯併ナガラ之ニ二ツノ例外ガ認メテアル、其第一ノ例外ハ外國人ガ享有スルコトヲ得ザル權利ニ關スル、例ヘバ我邦ニ於テハ外國人ハ土地所有權ヲ有スルコトガ出來ヌ、故ニ外國法人モ亦土地所有權ヲ有スルコトガ出來ヌ、同ジ種類ノ内國法人ハ土地所有權ヲ有スルコトガ出來ルケレドモ外國法人ハ出來ナイ、第二ニ法律又ハ條約中ニ特別ノ規定アルモノ、是ハ二通りアルデアラウト思ヒマス、或ハ特別ノ外國法人ノ爲メニ法律ノ明文ヲ以テ若クハ條約ノ規定ヲ以テ外國法人ノ有セザル權利ヲ有セシムルコトガアルダラウト思ヒマス、是ハ就中我邦ニ競爭法人ノナイ場合、——同一ノ種類ノ法人ノナイ場合ニ特ニ法律若クハ條約ヲ以テ別段ノ權利能力ヲ認ムルト云フコトガアルデアラウト思ヒマス、今一ツニハ丁度正反對デ或種類ノ外國法人ハ法律又ハ條約ノ特別規定ニ依ツテ我邦ノ法人ト同一ノ權利能力ヲ持タヌ、ソレヨリモ少イ所ノ權利能力ヲ持ツト云フコトガアルデアラウト思ヒマス、例ヘバ或外國ニ於テ我邦ノ法人ガ少イ權利能力ヲ持ツ場合ニハ矢張り其國ノ法人ハ我邦ニ於テモ同シク少イ所ノ權利能力ヲ持ツト云フコトニスル必要ガアリ得ルノデス

以上ニテ外國法人ノ御話ヲ終ハリソレト同時ニ法人ノ設立ノ條件ヲ説キ終ハリマシタ、次ニ第二、法人設立ノ效力

法人設立ノ效力ハ一言ニシテ之ヲ言ヘバ人格ハ假定ヲ生ズルノデアアル、本來人格ハナイケレドモ人格ノ假定ヲ生ズル、其結果トシテ法人ガ權利ノ主體トナリ義務ノ主體トナル、從テ訴訟ニ於テモ原告、被告トナルコトガ出來ル、此法人ノ人格ハ實際ニ於テ如何ナル必要アルカ、例ヘバ數人相集ッテ一ツノ社團法人ヲ作ル、此場合ニ於テ自然ノ有權ヲ言ヘバ之ヲ十人トシテ其十人ガ集ッテ一ツノ事業ヲ爲スノデアアル、從テ人格ハ十デアアル、其十ノ人格ガ集ッテ種種ノ法律上ノ働ヲ爲スコトハ固ヨリ出來ル、何故ニ此外ニ無形ノ一ツノ人格ヲ認メテ之ヲ法人トシテ權利義務ノ主體ト爲シ、訴訟ノ原告、被告ト爲ス必要ガアルカト云フノガ問題デアアル、或ハ私ガ或財產ヲ此ニ積ンデ此財產ヲ一定ノ目的ノ爲メニ使ヒタイト云フコトガアル、之ガ爲メニハ私自身ガ所有者トナリ居ッテ、サウシテ其目的ニ使ウテモ宜シ、又ハ或人ニ與ヘテサウシテ其者ニ其財產ヲ一定ノ目的ニ使用セシムルト云フコトモ出來ル、然ルニ何故ニ其外ニ全く無形ノ人格ヲ茲ニ認メテ、サウシテソレガ此財產ノ所有者デアアル、其財產ニ關スル義務ヲ是ガ負擔スルノデアアルト云フヤウナコトヲ定ムル必要ガアルカト云フノガ問題デアアル、此必要ニ付テハ世人ハ動モスルト誤解ヲ爲シテ居ルノデアアル、故ニ一度ハ之ヲ明カニシテ置カナケレバナラス、細目ニ涉ッテ論ズル際限モナイガ、最モ重ナル必要ヲ論スルト二方面ニアル、一ツノ方面ニ於テハ先ヅ社團法人ニ付テ論ジテ見ルト此二十人ノ人格ガアル、ソレガ共同シテ一ノ財產ヲ持ッテ居ル、其財產ハ一定ノ目的ニ供シテアル、然ルニ其目的ノ爲メニ十人ノ共同團體ガ種

種ノ取引ヲ爲ス必要ガアル、或ハ一時金ヲ借リルコトモ必要デアラウ、又金ヲ貸スコトモ必要デアラウ、物ヲ買ウテ其代價ヲ拂ハスコトモアラウ、相手方ガ其義務ヲ履行セスコトモアラウ、此等ノ場合ニ於テイツモ其十人ガ當事者デアアル、權利者トシテモ十人ガ權利者、義務者トシテモ十人ガ義務者ト云フコトデハ實ニ不便極マル、訴訟ヲ起スニモ亦訴訟ヲ受クルニモ一十人ガ運署シナケレバナラス、又ハ十人ヲ殘ラズ相手取ラナケレバナラスト云フコトデハ實ニ不便デアアル、ソレガ十人位ナラマダ宜イガ、法人ノ中ニハ百人ヲ以テ組織スルモノモアリ、千入ヲ以テ組織スルモノモアリ、將タ一萬人ヲ以テ組織スルモノモアル、而モ同一ノ土地ニ居レバ宜イガ、其中ニハ幾人カハ東京ニ居リ、幾人カハ大阪ニ居リ、長崎ニ居リ、外國ニ居ルト云フヤウナモノモアリテ其不便實ニ言フベカラズ、當ニ不便ダケナラ宜イガ、時時利害關係人ガ意外ノ損失ヲ被ルコトガアル、十人ノ團體デ以テ組織シテ居ル所ノ或事業ガ非常ニ成功シテウマクイク、金儲ケ事業ナラバ儲カル、又公益事業デアッテモ信用ヲ得テウマク行ッテ居ル、サウスルト世人ガ之ヲ信用スル、金ヲ貸セト云ヘバ貸ス、物ヲ賣ッテモ直チニ代價ヲ取ラウト云ハス、所ガ其社員ノ一人若クハ數人ガ全ク他ノ事業ノ爲メニ失敗ヤスル、破産ヤスルト云フヤウナ場合ニ其團體ノ事業ニ付テ金ヲ貸シタ者、物ヲ賣ッテマダ代價ヲ受取ラヌ者ト云フヤウナ人人ガ其破産ヲ爲シタル所ノ社員ニ向テハ實際請求ガ出來スト云フコトガアリ得ル、サウスルト、假ニ團體ノ財產ト云フモノヲ別ニ計算シテ見タラバ借リタモノヲ皆返シ、買ッタ物ノ代價

ヲ皆拂テモ尙ホ十分餘リアルト云フモノガ社員ノ或者ガ破産ヲ爲シタガ爲メニ或ハ是ガ取ルニ
 ト云フコトガアル、サウ云フコトガアツテハ到底世人ガ之ヲ信用スルコトハ出來ス、此最後ノ點
 ハ我民法ノ組合ニ關スル規定ナドニ於テ餘程矯正シテ居ル、ケレドモ理論ハ全ク其通デアアル、
 ソレカラ財團法人ニ付テ考ヘテ見ルト私ガ或財產ヲ一定ノ目的ノ爲メニ提出シテ自ラ之ヲ用
 ル、若クハ他人ヲシテ之ヲ用ヒシムルト云フコトガアル、此場合ニ於テ財產ノ主體ハ矢張り私
 或ハ私ガ委任シタ人デアアル、故ニ前ニ申シタヤウナ不便ハナイ、其代リ危險ハ一層甚シイ、私
 ガ茲ニ例ヘバ十萬圓ノ金ヲ出シテ一ツノ學校ノ財產トスル、併シ若シ其學校ガ法人デナイナラ
 バ矢張り私ノ財產タカラ幾ラ約束ヲ誰ニ向ツテシタ所ガ私ガ苦シクナクアラバ此財產ヲ使ツテ
 モ仕方ガナイ、或ハ私ハソレヲ使ヒタクナクテモ他ノ事業デ失敗スルト債權者ガ遠慮ナク之ヲ
 差押ヘル、如何トモスルコトガ出來ス、此ノ如キ危險ヲ避クル爲メ、不便ヲ避クル爲メニハド
 ウシテモ之ヲ法人トシテ置カナケレバナラスト云フノガ一ツ、是ハ詰リ法人ト爲シタルガ爲メ
 ニ第三者カ利益ヲ受クル方ノ理由、ソレト殆ド正反對ノ方面ニ付テ考ヘテ見ルト社員ガ茲ニ十
 人集、テ一ノ事業ヲ企テ、其事業ハ全ク各社員ノ他ノ財產關係ト別ニシテ居ル、各、千圓出シ
 テ此ニ一萬圓ノ金ヲ積ンデ之ヲ事業ニ充テテ居ル、各自ハ其殘リノ財產ヲ以テ各、自由ノ行動
 ヲ爲ス、此場合ニ此十人共同ノ事業ナルモノハ各自ガ勝手ニ之ヲ爲スコトハ出來ス、矢張り十
 人共同デ爲サナケレバナラス、多クハ其中ノ或者ニ全權ヲ委テサウシテ之ガ管理ヲ爲サシメ

カ目的物ニ付キ享受シ得ヘキ利益分配ノ割合ニ關スルモノニシテ處分權ノ如キ分割シ得ヘカラ
 ナル權能ハ持分ノ多少ニ因リテ何等ノ影響ヲ受クルコトナシ

共有者ノ持分ハ共有ノ原因ニ由リテ定マル例ヘハ甲乙カ共同シテ一ノ地所ヲ買取り其代金千圓
 ノ内甲、七百圓ヲ出金シ乙、三百圓ヲ出金シ其出金額ニ應シ各自ノ持分ヲ定ムヘキコトヲ約シタ
 ルトキハ甲ハ七分ノ持分ヲ有シ乙ハ三分ヲ有スルモノトス然レトモ乙、甲ニ二百圓ヲ償還シ
 タルトキハ其出金額同一ナルヲ以テ其持分モ亦同一ト爲ルヘシ又遺贈者カ同一物ヲ數人ニ遺贈
 シタル場合ニ於テ受贈者ノ持分ハ遺贈者ノ意思ニ因リテ定マル遺贈相續ノ場合ニ於テハ相續人
 ノ權利ハ法律上同一ナルヲ以テ其持分モ亦同一ナリ然レトモ共有ノ原因ニ由リ反對ノ結果ヲ生
 セサル限ハ各共有者ノ持分ハ均一ナリト推定スルコトヲ得トナレハ共有者カ共有物ニ付キ同
 等ノ權利ヲ有スルハ普通ノ狀態ニシテ其權利ニ差等アルハ寧ロ例外ニ屬スルヲ以テナリ(二五
 〇條)

第三項 共有者ノ權利

共有物ニ關シテ共有者ノ有スル權利ハ所有者ノ權利ニ外ナラス從テ各共有者ハ所有者ニ固有ナ
 ル權能ヲ行フコトヲ得ヘシト雖モ共有者ハ共同シテ物ノ所有權ヲ有スルニ因リ所有權ニ固有ナ
 ル權能ノ行使ハ單一ノ所有者カ所有權ヲ專有スル場合ト少シク其趣ヲ異ニス今共有者ノ權利ヲ

舉クレハ左ノ如シ

第一 共有物ノ使用

各共有者ハ共有物ノ全部ニ付キ其持分ニ應シタル使用ヲ爲スコトヲ得
共有者ハ共有物ノ用方ニ從ヒ其全部ニ付テ使用權ヲ行フコトヲ得而シテ各共有者ハ他ノ共有者
ノ權利ヲ害セサル限ハ他ノ共有者ノ意思如何ニ拘ハラズ其權利ノ範圍内ニ於テ此權利ヲ行使ス
ルヲ得ヘシ例ヘハ甲乙二人ノ家屋ヲ共有スルトキハ甲乙ハ恰モ一家ノ家族タルカ如ク同時ニ
其家屋ニ住居シ任意ニ其全部ヲ使用スルコトヲ得ヘク之カ爲メ他ノ共有者ノ使用ヲ妨ケサルヲ
以テ足レリトス又車馬ノ如キ同時ニ使用シ得ヘカラサル物件ニ付テハ各共有者ハ交代シテ之ヲ
使用スルコトヲ要スルハ勿論ナリトス
舊民法ハ共有者ハ其持分ノ多少ニ拘ハラズ物ノ使用ニ付テハ同等ノ權利ヲ有スルモノト爲シタ
ルモ現行民法ハ共有物使用ノ割合ハ持分ニ從フヘキモノトセリ故ニ共有者ノ持分等シキトキハ
共有者ハ共有物ノ使用ニ付キ同等ノ權利ヲ有シ其持分カ同一ナラサルトキハ各自ノ權利ハ其持
分ノ割合ニ應シテ定マル但實際上各自ノ使用ノ方法ヲ定ムルハ頗ル困難ニシテ此點ハ主トシテ
當事者間ノ協議ニ依リテ定マルヘキモノトス

第二 共有物ノ收益

共有者ハ其持分ノ割合ニ應シテ收益ヲ爲スノ權利ヲ有ス

例ヘハ甲乙二人ノ田地ヲ共有シ其田地ヨリ年米百俵ノ收穫アリト假定セシニ甲乙ノ持分等
シキトキハ各五十俵ヲ所得ト爲シ其持分四分六分ノ割合ナルトキハ甲ハ四十俵乙ハ六十俵ヲ
所得ト爲スコトヲ得ヘシ又其土地ヲ他人ニ貸付ケ賃賃料ヲ受取ル場合ニ其賃賃料ニ對スル各自
ノ權利モ亦其持分ニ應スルモノトス終ニ其田地ヲ賣却シテ代金ヲ領收シタルトキハ其分配ノ割
合ニ付テモ亦同一ノ法則ニ從フ

第三 共有物ノ處分

共有物ノ處分ハ有形上ノ處分ト法律上ノ處分トヲ問ハス共有者一同ノ意思ニ基クニ非サレハ之
ヲ爲スコトヲ得ス
是レ共有權ノ本質ヨリ生スル當然ノ結果ナリ何トナレハ各共有者ノ權利ハ共有物ノ全部及ヒ各
部ノ上ニ存スルヲ以テ共有者ノ同意ナクシテ隨意ニ共有物ヲ處分スルハ他ノ共有者ノ權利ヲ侵
害スルモノナレハナリ是ヲ以テ各共有者ハ他ノ共有者ノ同意ナクシテハ目的物ヲ滅失セシメ又ハ
之ヲ毀損スルコトヲ得サルハ勿論共有物ニ有形的ノ變更ヲ加フルコトハ其變更ノ利害如何ニ拘
ハラズ共有者ノ同意アルニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得ス例ヘハ共有ノ畑ヲ田ト爲シ又ハ共有ノ
木石、金銀等ヲ以テ器物ヲ造ルカ如シ法律上ノ處分行爲ニ關シテハ共有者ノ一人ハ自己ノ意思
ノミヲ以テ共有物ヲ讓渡シ又ハ共有物上ニ地上權、永小作權其他ノ權利ヲ設定スルコト能ハサ
ルノミナラス之ヲ質入シ又ハ抵當ト爲スコトヲ得ス然レトモ共有者カ其一己ノ權利即チ持分ヲ

讓渡シ又ハ其持分ノ上ニ負擔ヲ加フルハ毫モ妨ナシ

共有者ノ一人カ其持分ヲ他人ニ讓渡シタルトキハ讓受人ハ共有者ノ地位ヲ繼承シ其持分ヲ取得シテ共有者ト爲ル又共有者ノ一人カ其持分ヲ抵當ト爲シタルトキハ抵當取主ハ其持分ヲ賣却シ其代價ヲ以テ債權ノ辨濟ニ充ツルコトヲ得

第四 第三者ニ對スル權利

各共有者ハ共有物ノ全部ニ付キ所有權ニ固有ナル權能ヲ行使シ得ヘキヲ以テ共有物ニ關スル第三者ノ干涉ヲ拒絕シ得ルハ勿論共有物ニ對スル第三者ノ侵害行為ニ付キ救済ヲ求ムルコトヲ得ヘシ故ニ各共有者ハ占有者ニ對シテ所有權ヲ主張シ共有物ノ回復ヲ求ムルコトヲ得ヘク共有物カ土地ナルトキハ隣地所有者ニ對シテ相隣者ノ關係ヨリ生スル權利ヲ主張シ又此關係相隣者ノ侵害行為ニ對シテ救済ヲ求ムルコトヲ得ヘシ地役權ニ付テモ亦然リトス

第五 共有者持分ノ増加

共有者ノ一人カ其持分ヲ拋棄シタルトキ又ハ相續人ナクシテ死亡シタルトキハ其持分ハ他ノ共有者ニ歸屬ス例ヘハ甲乙丙ノ三人カ一ノ地所ヲ共有シ各三分ノ一ノ權利即チ持分ヲ有スルモノト假定センニ此場合ニ於テ甲カ其權利ヲ拋棄シ又ハ相續人ナクシテ死亡シタルトキハ甲ノ持分三分ノ一ハ殘存セル共有者乙丙間ニ持分ニ應ジテ分配セララルモノトス是ニ於テ其地所ハ爾後乙丙ノ共有ニ屬シ乙丙ハ各二分ノ一ノ持分ヲ有スルコトト爲ルヘシ若シ其後ニ至リ

乙亦其權利ヲ拋棄シ又ハ相續人ナクシテ死亡シタルトキハ丙ハ地所ノ唯一ノ所有者ト爲リ其完全ナル所有權ヲ取得スヘシ

共有者ノ一人カ其持分ヲ拋棄シ又ハ相續人ナクシテ死亡シタルトキハ其持分ハ無主トナルテ以テ此場合ニ於テハ無主物ノ所有權取得ニ關スル原則ヲ適用シ得ヘキカ如シト雖モ他ニ共有者ノ存スル以上ハ共有物其モノハ無主ニ非ス從テ先占ニ關スル原則ヲ適用スルコトヲ得ス且各共有者カ共有物上ニ一般ノ支配權ヲ有スルハ物カ單一ノ所有者ニ屬スル場合ト毫モ異ナルコトナク唯共有ノ場合ニ於テハ他ニ共有者アルカ爲メニ此支配權ヲ分タサルノミ果シテ然ラハ共有者中ノ一人ノ權利カ消滅シタルトキハ殘存セル共有者ノミニテ共有物ニ關スル支配權ヲ行ヒ得ヘキモノト爲スヲ以テ最能ク共有ノ性質ニ適合シタルモノト謂ハサルヲ得ス是レ民法第二五五條ノ規定アル所以ナリ

第四項 共有物ノ管理

共有物ノ管理ヲ論スルニ當リ予ハ管理ノ方法ト管理ノ費用トヲ區別シテ説明スヘシ

甲 管理ノ方法

管理行為トハ要スルニ民法第一〇三條ニ掲ケタル行為ニシテ(第一)物又ハ權利ヲ保存スルノ行為(第二)物又ハ權利ノ利用改良ヲ目的トスル行為ヲ謂フ

第一 共有物ノ保存行為、保存行為トハ、物ノ滅失、毀損又ハ權利ノ消滅、滅縮ヲ防止スルノ行為ナリ、共有物ノ修繕、廢敗シ易キ物件ノ賣却、共有物ニ關スル第三者ノ取得時効ノ中斷等ハ保存行為ニ屬ス共有物ノ所有權登記モ亦第三者トノ關係上權利保存ノ爲メニ必要ナルヲ以テ一種ノ保存行為ナリ

共有物ノ保存行為ハ各共有者ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得蓋シ保存行為ハ物ノ滅失、毀損又ハ權利ノ消滅、滅縮ヲ防止スルノ行為ナルヲ以テ此行為ノ必要ナルハ明白ニシテ疑ナシ故ニ之ヲ爲スニ付テ敢テ共有者ノ同意ヲ求ムルノ必要ナキノミナス保存行為ニ付テモ亦共有者ノ同意ヲ必要トスルトキハ往往ニシテ其時機ヲ失シ物ノ滅失、毀損權利ノ消滅、滅縮ヲ防止スルコト能ハサルニ至ルヘシ故ニ何レノ點ヨリ見ルモ各共有者ヲシテ其獨斷ヲ以テ保存行為ヲ爲サシムルヲ有益ナリトス

第二 共有物ノ利用、改良ヲ目的トスルノ行為 共有物ノ利用トハ共有物ヲ各種ノ用途ニ供シテ利益ヲ收ムルヲ謂フ例ヘハ共有物カ田畑ナルトキ之ヲ耕作シテ收益ヲ爲シ又ハ之ヲ賃貸シテ其賃金ヲ得ルカ如シ
共有物ノ改良トハ共有物ノ收益又ハ便益ヲ增加スヘキ状態ニ變スルヲ謂フ例ヘハ山林ヲ變シテ田地ト爲シ田畑ニ肥料ヲ施スカ如キ是ナリ
共有者ノ利用改良ヲ目的トスル行為ハ各共有者隨意ニ之ヲ爲スコトヲ得ス總共有者ニ於テ其

同シテ之ヲ爲スヘキモノトス是レ他ナシ物ノ利用、改良ハ各共有者ノ利害ニ關スルノミナラス其方法如何ニ依リ結果ヲ異ニスルヲ以テ其利害得失ハ豫メ共有者間ニ於テ攻究スルコトヲ要シ之ヲ各共有者ノ專斷ニ委スヘカラサルヲ以テナリ而シテ此點ニ付キ共有者間ニ協議調ヒタルトキハ其協議ニ依ルヘキハ勿論ナリト雖モ若シ協議調ハサルトキハ各共有者ノ持分ノ價額ニ從ヒ其過半数ヲ以テ之ヲ決ス例ヘハ甲乙丙丁戊ヲ共有者ナリトシ其持分等シキモノト假定スルトキハ茲ニ所謂過半数ハ頭數ニ依リテ定マル然レトモ其持分等シカラザルトキハ時アリテ反對ノ結果ヲ生スヘシ即チ甲ノ持分ハ十分ノ四、乙ノ持分ハ十分ノ三、丙丁戊ノ持分ハ各十分ノ一ナリトスルトキハ共有物ノ利用、改良ニ付キ丙丁戊ト其意見ヲ異ニシタルトキハ甲乙ノ意見ハ多數ニシテ丙丁戊ノ意見ヲ制スルノ結果ト爲ルヘシ
頭數ニ於テ多數ナル丙丁戊ノ意見ヲ制スルノ結果ト爲ルヘシ
共有物ノ利用、改良ノ爲メ共有物ニ變更ヲ加フルノ必要ヲ生スルコトアリ例ヘハ山林ヲ田畑ニ變スルカ如シ然ルニ各共有者ノ權利ハ共有物ノ全部及ヒ各部ニ及フコトハ共有ノ性質ヲ論スルニ當リ既ニ説明スル所ノ如クナルヲ以テ他ノ共有者ノ同意ナクシテ共有物ニ變更ヲ加フルコトハ他ノ共有者ノ權利ヲ侵害スルモノナレハ共有者ノ一致共同ノ意思ニ基クニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得ス是レ第二五一條ノ規定アル所以ナリ

乙 管理ノ費用

共有物ノ管理ハ共有者共同ノ利益ニ於テ之ヲ爲スモノナルカ故ニ之ニ要スル費用モ亦各共有者ニ於テ之ヲ分擔スルコトヲ要ス是レ民法第二五三條ノ規定アル所以ナリ而シテ同條ヨリ生スル結果左ノ如シ

第一 各共有者ハ其持分ニ應ジテ管理ノ費用ヲ拂ヒ其他共有物ノ負擔ニ任ス各共有者ハ其持分ノ割合ニ應ジテ共有物ヲ使用收益スルノ權アルヲ以テ共有物ノ管理費用及ヒ共有物ノ負擔スヘキ其他ノ費用モ亦持分ニ應ジテ之ヲ負擔スルヲ正當ナリトス而シテ管理ノ費用トハ共有物ノ利用、改良、保存ノ爲メニ必要ナル費用ニシテ其他ノ負擔トハ共有物ニ對スル公租公課ノ類ヲ謂フ

第二 共有者カ一年内ニ管理費用又ハ其他ノ費用ヲ支拂ハサルトキハ他ノ共有者ハ相當ノ價金ヲ拂ヒテ其持分ヲ取得スルコトヲ得 共有者カ其義務タル管理費用又ハ其他ノ負擔ヲ支拂ハサルトキハ他ノ共有者ハ之カ爲メ尠カラサル不便ヲ感スルノミナラス此ノ如キ者ト共同シテ物ヲ所有スルコトノ不利ナルハ論ヲ俟タサル所ナルヲ以テ共有者ノ一人カ一年ノ久シキ間此義務ヲ等閑ニ付シタルトキハ其怠慢ノ制裁トシテ之ヲ共有ヨリ除外シ他ノ共有者ノ利益ヲ保護スルノ必要アリトス而シテ此場合ニ於テハ法律ハ他ノ共有者ニ與フルニ怠慢ノ責アル共有者ノ持分ヲ強制的ニ讓受クルノ權利ヲ以テス然レトモ之カ爲メ其共有者ニ對シ其持分ニ相當スル價額ヲ支拂フコトヲ要スルハ勿論ナリ

民法ハ一〇年ノ起算點ニ付キ別ニ規定ヲ設ケス然レトモ一〇年ノ期限ハ管理費用又ハ其他ノ費用ヲ支拂フヘキ時ヨリ起算スヘキモノトス故ニ支拂ノ時期カ共有者ノ特約又ハ議決ニ依リテ定マルトキハ其時期ヲ起算點トシ租稅ノ如キ支拂時期ノ確定セルモノニ在リテハ其期限ニ依リ其他ノ場合ニ於テハ費用ノ立替ヲ爲セシ者カ其辨濟ヲ請求セシ時ヨリ起算スヘキモノトス

第五項 持分ノ讓渡

共有者ハ他ノ共有者ニ拘ハラス其持分ヲ第三者ニ讓渡スルヲ得ルコト、讓受人ハ持分ノ讓受人ニ依リ共有者ノ地位ヲ繼承スルコトハ前述ノ如シ故ニ新ニ共有者ト爲リタル讓受人ハ前共有者ト等シク所有權ニ固有ナル權能ヲ行使スルコトヲ得ヘキヤ論ナシ然レトモ共有ニ在リテハ共有者ハ共有物ニ關シテ各固有ノ物上ノ權利ヲ有スルノ外共有物ニ付キ共有者相互ノ間ニ債權債務ノ關係ヲ生スルモノナリ例ヘハ共有者ノ一人カ共有物ノ買入代金又ハ其管理費用ノ立替ヲ爲シタル場合ノ如シ而シテ是等ノ債權債務ハ持分ノ讓受人即チ特定繼承人ノ爲メ又ハ之ニ對シテ其效力ヲ生スルヤ否ヤ民法第二五四條ハ共有者ノ一人カ共有物ニ付キ他ノ共有者ニ對シテ有スル債權ハ其特定繼承人ニ對シテモ之ヲ行フコトヲ得ト規定セリ蓋シ共有物ニ關シテ當事者相互ノ間ニ債權債務ヲ生シタル後共有者ノ一人カ其持分ヲ他人ニ讓渡シタルカ爲メ此關係ニ變動ヲ生ス



ルハ共有者ニ頗ル不利ナルヲ以テ特定承繼人カ共有者ノ持分ヲ讓受ケタルトキハ共有物ニ關スル權義關係ニ於テハ全ク讓渡人タル共有者ノ地位ヲ繼承シ持分ノ讓渡ノ爲メ共有者相互ノ關係ヲ變更スルコトナキヲ必要トス是レ共有者カ特定承繼人ニ對シ共有物ニ關シテ生シタル債權ヲ行使スルコトヲ得ル所以ナリ

第六項 共有物ノ分割

共有ハ同一物ヲ數人ノ支配權ニ服從セシメ經濟上不利ナル狀態トシテ永久存続スヘキニ非ス早晩廢止セラルヘキモノナリ共有物ノ分割ハ即チ共有ヲ廢止セシムル所以ノ方法ナリトス予ハ以下共有物分割ノ請求權、分割ノ方法、分割ノ手續及ヒ分割ノ效果ニ區別シテ説明スヘシ

甲 共有物分割ノ請求

各共有者ハ何時ニテモ共有ノ廢止即チ共有物ノ分割ヲ請求スルノ權利ヲ有ス(二五六條) 各共有者ハ何時ニテモ共有物ノ分割ヲ請求スルコトヲ得蓋シ共有ハ共有物ヲ數人ノ意思ニ服從セシムルモノナレハ共有物ノ利用、改良ハ共有者一般ノ意思ニ依ルニ非サレハ爲シ得ヘカラサルコト明カナリ然ルニ實際ニ於テハ共有者ノ意思動モスレハ一致セズ之カ爲メ充分ニ共有物ヲ利用、改良スルコト能ハサル場合多ク從テ共有ハ經濟上頗ル不利益ナル狀態タルヲ免レサルモノトス故ニ此狀態ハ成ルヘク速ニ之ヲ廢止シ目的物ヲ單一ノ所有者ニ服從セシメテ其本然ノ狀

態ニ復歸セシムルノ必要アリ是レ共有者ニ與フルニ何時ニテモ共有物ノ分割ヲ請求スルノ權利ヲ以テセル所以ナリ故ニ各共有者ハ他ノ共有者ノ意思如何ニ拘ハラズ共有ヲ廢止シテ其目的物ヲ分割センコトヲ他ノ共有者ニ求ムルノ權ヲ有シ其請求ヲ受ケタル他ノ共有者ハ分割ノ不利ナルヲ理由トシテ其請求ヲ拒ムコトヲ得然レトモ此原則ニハ例外アリ即チ左ノ如シ

第一 共有物カ其性質上分割ヲ許ササルトキ 數人カ一ノ建物ヲ分有スル場合ニ其建物ノ共用部分ハ分有者ノ共有ニ屬スルコト(二〇八條)境界線上ニ設ケタル界標、圍障、牆壁及ヒ溝渠ハ

相隣者ノ共有ニ屬スルコト(二一九條)ハ前既ニ説明セル所ナリ此二箇ノ場合ニ於テハ目的物ノ共有ハ共有者ノ爲メニ必要ニシテ之ヲ廢止スルハ却テ相互ノ不利ト爲ルヲ以テ共有者ハ此種ノ共有物ノ分割ヲ請求スルコトヲ得ス(二五七條)

第二 共有者カ五年ヲ超エサル期間内分割ヲ爲ササルコトヲ約シタルトキ(二五六條一項後段)共有者ハ何時ニテモ分割ヲ請求スルノ權利ヲ有スルヲ原則トスト雖モ其相互間ニ於テ五年ヲ

超エサル期間内分割ヲ爲ササルコトヲ約シタルトキハ其約束ハ有效ニシテ各共有者ハ其期間内分割ヲ請求スルコトヲ得蓋シ共有ハ物ヲ數人ノ權利者ニ服從セシメ經濟上頗ル不利ナル結果ヲ生スルコトハ前述ノ如シト雖モ又他ノ一方ニ於テ共有者相互ノ爲メ一定ノ期間内共有

ノ狀態ヲ維持スルノ必要ヲ生スルコトアリ此ノ如キ場合ニ於テ當事者カ其期間内分割ヲ爲ササルコトヲ約スルモ其期間ニシテ長キニ失セサル限ハ公益ヲ害スル虞ナキノミナラス却テ當

0301

事者ノ需要ヲ満足スルノ利益アリ是レ民法カ五年間ヲ期限トシテ共有物不分割ノ約束ヲ認許スル所以ナリ故ニ共有者カ五年以内ニ於テ不分割ヲ約スルハ隨意ナリト雖モ之ニ超ユル期間内不分割ヲ約シタルトキハ其約束ハ不法ニシテ何等ノ效力ヲモ生ゼサルモノトス然レトモ共有者ハ豫メ五年ヲ超ユル期間不分割ヲ約スルヲ得サルニ止マリ之ヲ更新スルコトハ毫モ妨ナシトス唯此場合ニ於テモ更新ノ時ヨリ五年ヲ超エサルヲ必要トスルノミ(二五六條一項)

乙 分割ノ方法

共有廢止ノ方法ハ之ヲ三種ニ區別スルコトヲ得現物分割、價格賠償及ヒ賣却代金ノ分割是ナリ
第一 現物分割 現物分割トハ其名稱ノ示ス如ク共有物ヲ現物ノ儘ニテ共有者間ニ分割スルヲ謂フ而シテ分割ニ因リ各自ノ所有ニ歸スヘキ部分ハ其持分ノ割合ニ應ジテ之ヲ定ムルモノトス例ヘハ甲乙丙カ三百坪ノ田地ヲ共有スル場合ニ其持分等シキトキハ其田地ヲ三分シ各自百坪ヲ其所有トナスコトヲ得ヘシ現物ノ分割ハ共有物カ可分物ニシテ分割ノ爲メニ其價格ヲ損スルノ虞ナキ場合ニ於テハ最モ適當ノ方法ナリ

第二 價格賠償 價格賠償トハ共有者中ノ或者ニ於テ共有物ノ全部又ハ一部ノ所有權ヲ取得シ持分ノ割合ニ應ジテ相當ノ價格ヲ他ノ共有者ニ辨償スルヲ謂フ前例ニ於テ田地ノ價格ヲ六百圓ト見積リ甲其全部ノ所有權ヲ取得シ乙丙各自ニ對シ二百圓ヲ賠償スルカ如シ此方法ハ共有者中ノ或者カ共有物ヲ自己ノ所有ト爲スノ意思アリ他ノ者ハ之ヲ欲セサル場合ニ行ハルルモ

ノトス

第三 賣却代金ノ分割 賣却代金ノ分割トハ共有物ヲ第三者ニ賣却シ持分ノ割合ニ應ジ其代金ヲ共有者間ニ分割スルヲ謂フ即チ前例ニ於テ田地ヲ他人ニ賣却シ其代金六百圓ニ付キ甲乙丙各自ニ二百圓ヲ領收スルカ如シ此方法ハ共有物カ分割ニ適セサル場合又ハ共有者カ共有物ヲ自己ノ所有ト爲スヲ欲セスシテ其價格ヲ領收スルヲ必要ナリトシ有益ナリトスル場合ニ行ハルルモノトス

丙 分割ノ手續

分割ノ手續ニ付テハ協議ノ分割ト裁判上ノ分割トヲ區別スルコトヲ得

第一 協議ノ分割 分割ノ方法ニ付キ共有者間ニ協議調ヒタルトキハ其方法ハ一ニ其協議ニ依ルヘキモノニシテ民法中此場合ニ關スル特別ノ規定ナシ故ニ共有者ハ任意ニ現物ノ分割價格ノ賠償又ハ代金ノ分割ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ協議ノ分割ノ行ハルルニハ總テノ共有者ノ同意アルコトヲ必要トシ假令一人タリトモ分割ノ方法ニ付キ不同意ヲ唱フル者アルトキハ

裁判上ノ分割手續ニ依ラサルヘカラス

第二 裁判上ノ分割 分割ノ方法ニ付キ共有者ノ協議調ヒタルトキハ之ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得(二五八條)裁判上ノ分割即チ是ナリ佛國民法及ヒ舊民法ニ於テハ共有者中ニ無能力者アルトキハ必ス裁判上ノ分割ニ依ルヘキモノトセリ是レ無能力者ノ利益ヲ保護スルノ趣旨ニ

0302

出ツ然レトモ無能力者ニハ法定代理人、保佐人、親族會等ノ設アリテ十分ニ其利益ヲ保護スルニ足ルヲ以テ民法ハ共有者中ニ無能力者アル場合ト雖モ必スシモ裁判上ノ分割手續ニ依ルコトヲ要セス無能力者ノ法定代理人及ヒ保佐人ニ於テ法律ニ定ムル條件ニ從ヒ無能力者ヲ代表又ハ保佐シテ他ノ共有者ノ協議上ノ分割ヲ爲シ得ヘキモノトシ唯共有者間ニ協議調ハサル場合ニ限り裁判上ノ分割手續ニ依ルヘキモノトセリ以下此裁判上ノ分割手續ニ付キ説明スヘシ

一 分割ニ干與スヘキ人

(イ) 共有者 共有物ノ分割ハ單ニ共有者中ノ或者ノミニテ之ヲ爲スコトヲ得ス必スヤ總テノ共有者ヲ分割ノ手續ニ參與セシメテ之ヲ爲スコトヲ要ス何トナレハ各共有者ハ分割ニ於ケル當事者トシテ共有物ノ分割ニ付キ直接ニ利害ヲ感スルハ説明ヲ要セスシテ明カナルヲ以テナリ故ニ共有者中ノ或者カ他ノ共有者ヲ分割手續ニ參與セシメシテ分割ヲ爲シタルトキハ其分割ハ他ノ共有者ニ對シ何等ノ效力ヲモ生ゼサルモノトス
(ロ) 利害關係人 分割ニ於ケル利害關係人トハ(第一)共有物ニ付キ權利ヲ有スル者即チ共有物ノ上ニ地上權、永小作權、地役權、留置權、先取特權、質權、抵當權、賃借權ヲ有スル者(第二)各共有者ノ債權者ヲ謂フ是等ノ利害關係人モ亦分割手續ニ干與スルノ必要ヲ感ス何トナレハ分割ヨリ生スル各共有者ノ利害ノ間接ニ是等利害關係人ニ影響ヲ及

ホスヘク分割ノ方法宜キヲ得サルトキハ利害關係人ハ往往ニシテ其利益ヲ害セラルルニ至ルヘケレハナリ故ニ是等ノ利害關係人モ亦特ニ其手續ニ干與セシメ分割ノ方法ニ付キ其意見ヲ陳述スルコトヲ得セシムルハ其利益ヲ保全スルカ爲メ極メテ必要ナリトス是レ民法第二六〇條ノ規定アル所以ナリ然レトモ參加ノ爲メニ要スル費用ハ利害關係人自ラ之ヲ支辨スルコトヲ要シ共有者ラシテ之ヲ負擔セシムルコトヲ得ス何トナレハ利害關係人カ分割ノ手續ニ干與スルハ全ク其己ノ利害ニ基クモノニシテ之カ爲メニ共有者ノ負擔ヲ加重スルハ公平ヲ失スルヲ以テナリ

右ノ如ク利害關係人ハ分割手續ニ參與スルヲ得ト雖モ分割ハ本來共有者間ニ於テ爲スヘキモノニシテ利害關係人ハ分割ニ於ケル當事者ニ非サルヲ以テ共有者ノ如ク常ニ必ス其參加ヲ要スルモノニ非ス唯參加ノ請求アリタル場合ニ其手續ニ干與セシムルノミヲ以テ足レリトス茲ニ於テ左ノ效果ヲ生ス

(一) 利害關係人カ參加ヲ請求セサルトキハ分割ハ共有者間ニ於テ之ヲ爲シ利害關係人ヲシテ特ニ其手續ニ干與セシムルヲ要セス從テ當事者間ニ於テ爲サレタル分割ハ利害關係人ニ對シテ其效ヲ生シ利害關係人ハ其分割ノ自己ニ不利ナル理由トシテ其無效ヲ主張スルヲ得ス但分割カ共有物ノ上ニ權利ヲ有スル者ノ權利ニ影響ヲ及ホスヤ否ヤハ別問題ニ屬シ此點ニ付テハ分割ノ效力ヲ論スルニ當リ後ニ説明スヘシ

(二) 利害關係人カ參加ヲ請求シタルトキハ分割ハ其參加ヲ待テ之ヲ爲スコトヲ必要トシ其參加ヲ待タズシテ分割ヲ爲シタルトキハ其分割ハ之ヲ以テ參加ヲ請求シタル利害關係人ニ對抗スルコトヲ得ス換言スレバ共有物ハ參加ヲ請求シタル利害關係人トノ關係ニ於テハ分割セラレザリシト同一ノ狀態ニ在ルモノトス但參加ヲ請求セザリシ利害關係人ハ分割ノ無効ヲ主張スルコトヲ得サルハ論ヲ俟タス

二

分割ノ方法 裁判上ノ分割ハ二箇ノ方法ニ依リテ之ヲ爲ス現物ノ分割及ヒ競賣是ナリ

(イ) 現物ノ分割 分割ハ現物分割ノ方法ニ依ルヲ通則トス故ニ甲乙丙ノ三人カ一ノ地所ヲ所有スルモノト假定セハ坪數ト價格ト標準トシ其持分ニ應ジテ之ヲ三分スルコトヲ要ス但我民法ニハ別段ノ規定ナキヲ以テ共有物ハ如何ニ分割スヘキヤ又各共有者ハ何レノ部分ヲ取得スヘキヤハ一ニ裁判所ノ自由ナル判斷ニ依リ定マルヘキモノトス

共有者ノ一人カ他ノ共有者ニ對シ共有ニ關スル債務ヲ負擔スルコトアリ例ヘハ共有者ノ一人カ他ノ一人ノ爲メニ管理費用ノ立替ヲ爲シタル場合ノ如シ然レニ共有ニ關スル債務ハ債務者カ共有者トシテ持分ヲ有スルヨリ生スル債務ナレバ債務者ヲシテ其持分ヲ以テ債務辨濟ノ責ニ任セシムルヲ公平ナリトス何トナレハ斯クセザレバ債務者ハ一方ニ於テハ持分ヲ有スル共有者トシテ其負擔ニ屬スル金額ヲ支拂ハサルニ拘ハラス他ノ一方ニ於テハ其持分ヨリ生スル利益ヲ全然享受スルコトヲ得ルノ不公平ナル結果ヲ生スヘケレハ

ナリ是レ民法第二五九條ノ規定アル所以ニシテ同條ノ規定ニ依レバ債權者カ其債權ノ辨濟ヲ受クヘキ方法ニアリ即チ左ノ如シ

(一) 債權者ハ分割ニ際シ債務者ニ歸スヘキ共有物ノ部分ヲ以テ其辨濟ヲ爲サシムルコトヲ得 例ヘハ甲乙丙ノ三人カ一坪一圓ノ地所三百坪ヲ共有シ其持分等シキモノトスルトキハ分割ノ結果各百坪ノ地所ヲ所有スルコトト爲ルヘシ此場合ニ於テ甲ハ乙丙ノ各自ノ爲メニ管理費用ノ立替ヨリ生スル債權十圓ヲ有スルモノトセハ甲ハ乙丙ノ受クヘキ百坪ノ中ヨリ其辨濟ヲ受クルノ權ヲ有シ乙丙ノ各自ヨリ十坪宛ヲ取立テテ自己ノ所有ト爲スコトヲ得ヘシ是ニ於テ甲ハ結局百二十坪ノ分配ヲ受ク乙丙ハ各九十坪ノ分配ヲ受ク

(二) 債權者ハ必要ナル場合ニ於テハ債務者ノ所有ニ歸スヘキ部分ノ賣却ヲ請求スルコトヲ得 例ヘハ前例ニ於ケル債權者甲ハ其債權ノ辨濟ヲ受タルカ爲メ乙丙ノ所有ニ歸スヘキ百坪ノ全部又ハ一部ノ賣却ヲ請求スルコトヲ得即チ場合ニ從ヒ百坪ノ全部ヲ賣却シ

代金百圓ノ中ヨリ十圓ヲ領收スルコトヲ得ヘシ

(ロ) 競賣 共有物カ分割ニ適セザルトキ即チ共有物カ分割ヲ許サザルトキ又ハ分割ノ爲メ其價格ヲ損スルノ虞アルトキハ現物分割ノ方法ニ依ルコトヲ得ス裁判所ハ共有者ノ競賣ヲ命ジ持分ノ割合ニ應ジ競賣代金ヲ其共有者ニ分配スヘキモノトス例ヘハ甲乙丙ノ三人

カ一ノ高價ナル指環ヲ共有スル場合ニ之ヲ現物ニテ分割スルノ不可ナルハ敢テ説明ヲ要セサル所ナルヲ以テ此場合ニハ其指環ヲ競賣ニ付シ其代金ヲ甲乙丙三人ニ分配スルコトヲ要ス而シテ此場合ニ於テモ共有ニ關スル債權ヲ有スル共有者ハ債務者ノ所有ニ歸スヘキ賣却代金中ヨリ其債權ノ辨濟ヲ受クルノ權利ヲ有スヘキハ論ヲ俟タス

丁 分割ノ效果

第一 共有者ハ分割ニ因リ共有物中其所有ニ歸シタル部分ノ上ニ新ニ所有權ヲ取得ス

例ヘハ甲乙ノ二人カ一ノ地所ヲ共有シ之ヲ分割シテ各、其一部ヲ所有スルモノト假定センニ甲ハ其所有ニ歸シタル部分ニ付テハ乙ノ持分ヲ讓受ケテ單獨ノ所有者ト爲リ乙モ亦甲ノ持分ヲ讓受ケテ其取得シタル部分ノ完全ナル所有者ト爲ル故ニ甲乙ハ各、分割ニ因リテ其所有部分ノ上ニ完全ナル所有權ヲ取得スルモノナリ舊民法及ヒ佛民法ニ依レハ分割ハ共有ノ始ニ遡リテ効力ヲ生スルヲ原則トス故ニ前例ニ於テ甲乙ハ各分割ニ因リテ其所有部分ノ上ニ所有權ヲ取得スルニ非スシテ甲乙各自ノ所有部分ハ共有ノ始ヨリ各自ノ所有ニ歸シタルモノト推定セララルモノトス是レ分割ハ權利ヲ移轉スルモノニ非スシテ單ニ權利ヲ宣言スルニ過キストノ格言アル所以ナリ新民法ニハ分割ノ效果ヲ既往ニ遡ラシムル明文ナキヲ以テ各共有者ハ他ノ共有者ノ持分ヲ讓受ケテ新ニ所有權ヲ取得スルモノト解釋セサルヘカラス是ニ於テ左ノ效果ヲ生ス

一 共有物分割前ニ分有者ノ一人ヨリ共有物ニ關シテ權利ヲ取得シタル者ノ權利ハ分割ノ爲メニ毫モ影響ヲ受クルコトナシ 例ヘハ甲乙ノ二人カ一ノ地所ヲ共有スル場合ニ甲其持分ニ付キ丙ニ對シテ抵當權ヲ設定シタルト假定センニ後ニ至リ其地所カ甲乙間ニ分割セララルモノ丙ノ抵當權ハ之カ爲メニ影響ヲ受クルコトナク丙ハ地所ノ全部ニ對シ甲ノ持分ニ應ジテ抵當權ヲ行使スルコトヲ得ヘシ是レ乙ハ分割ニ因リ新ニ其所有部分ノ上ニ所有權ヲ取得シタルモノナレハ其權利ハ先ニ設定セラレタル丙ノ抵當權ヲ動かス能ハサルヘキヲ以テナリ之ニ反シ舊民法ニ依レハ分割ハ既往ニ遡リテ其效力ヲ生スルヲ以テ乙ハ始ヨリ其所有ニ歸シタル部分ノ所有權ヲ有スルモノト推定セラレ此部分ニ對スル丙ノ權利ハ消滅シ丙ハ其部分ノ上ニ抵當權ヲ行フコトヲ得ス

二 各共有者ハ他ノ共有者カ分割ニ因リ得タル物ニ付キ賣主ト同シク其持分ニ應シテ擔保ノ責ニ任ス(二六一條) 各共有者ハ共有物全部ニ付キ權利ヲ有スルモノニシテ共有物ノ分割ハ共有者相互ノ間ニ於テ持分ノ讓渡ヲ爲シ各共有者ヲシテ其所有ニ歸シタル部分ノ完全ナル所有權ヲ取得セシムルモノニ外ナラサルハ前ニ説明セル所ナリ故ニ各共有者ハ賣買ニ於ケルカ如ク他ノ共有者ニ對シ物ノ一部ニ付キ持分讓渡ノ義務ヲ履行セサルヘカラス若シ其有者カ完全ニ此義務ヲ履行セサルトキハ民法第五六一條以下ノ規定ニ依リ其責ニ任スヘキモノトス之ヲ稱シテ擔保ノ責任ト謂フ

擔保、二種アリ、追奪擔保、瑕疵擔保即チ是ナリ、追奪擔保トハ、讓渡人カ讓渡スヘキ權利ノ全部又ハ一部ヲ讓渡スコト能ハサル場合ニ責任ヲ負フヲ謂フ例ヘハ、甲乙二人カ一坪一圓ニ相當スル三百坪ノ地所ヲ分割シタルニ、甲ノ所有ニ歸シタル百五十坪ノ部分ハ其實質ノ所有ナリシカ爲メ、甲ハ丙ヨリ其地所ヲ回復セラレ其所有權ヲ取得スルコト能ハサリシ場合ニ於テハ、甲ハ丙ヨリ目的物ヲ追奪セラレタルモノニシテ乙ハ甲ニ對シ其持分ニ應ジテ追奪ヨリ生スル損害ノ賠償ヲ爲スノ責アリ即チ甲乙ノ持分等シキモノト假定スルトキハ乙ハ其損害ノ半額七十五圓ヲ甲ニ辨償スヘキモノトス

瑕疵擔保トハ物ニ隱レタル瑕疵アルカ爲メ其瑕疵ニ付キ責任ヲ負フヲ謂フ例ヘハ、甲乙ノ二人三百圓ノ價アル牛一頭ヲ共有スル場合ニ共有廢止ノ目的ヲ以テ乙其持分ヲ甲ニ讓渡シ甲完全ナル共有權ヲ取得シタルニ其牛ハ共有廢止前ヨリ疫病ニ罹リタルカ爲メ遂ニ病死シタリト假定スルトキハ疫病ハ隱レタル瑕疵ニシテ乙ハ此瑕疵ニ付キ其持分ノ割合ニ應ジテ其責任ヲ負フモノトス即チ乙ハ甲ニ對シテ三百圓ノ半額百五十圓ヲ賠償セサルヘカラス

第二

共有物ニ關スル證書ハ分割者間ニ之ヲ保存スルコトヲ要ス。共有者カ分割ニ因リ共有物ノ一部ヲ取得シタル場合ニ共有物ニ關スル證書ハ分割者共同ノ利益ノ爲メ分割者間ニ之ヲ保存スルノ必要アリ何トナレハ分割者カ第三者ニ對シ其權利ノ正當ナルヲ證明セントスルニハ其證書ニ據ラサルヘカラサルヲ以テナリ是レ民法第二六二條ノ規定アル所以ナリ而シテ同條

ノ規定ニ依レハ證書ノ保存ニ關シテハ左ノ原則ニ從フヘキモノトス

- 一 各分割者ハ其受ケタルモノニ關スル證書ヲ保存スルコトヲ要ス。此規定ハ共有物ヲ分割シタル場合ニ各部分ニ付キ特ニ證書アル場合ニ適用セラルルモノナリ即チ此場合ニ於テハ各共有者ニ於テ共有物中自己ノ有ニ歸シタル部分ニ關スル證書ヲ受領スヘキハ勿論ナルヲ以テ共有者ヲシテ各自ニ其證書保存ノ責ニ任セシムルモノナリ
- 二 共有者一同又ハ其中ノ數人ニ分割シタルモノニ關スル證書ハ其物ノ最大部分ヲ受ケタル者之ヲ保存スルコトヲ要ス。此規定ハ同一物ヲ數人ニ分割シタル各部分ニ共通ノ證書アル場合ニ適用セラルヘキモノナリ即チ此場合ニ於テハ分割者ニ於テ其證書ヲ分有スルコト能ハサルヲ以テ其物ノ最大部分ヲ受ケタル者ヲシテ證書保存ノ責ニ任セシム蓋シ物ノ最大部分ヲ受ケタル者ハ其證書ノ保存ニ付キ最大ノ利害ヲ感スルヲ以テナリ然レトモ共有物ヲ數人ニ分割シタル結果最大部分ヲ受ケタル者ナキトキハ前記ノ原則ヲ適用スルコト能ハサルヲ以テ證書ノ保存ハ他ノ方法ニ依ラサルヘカラス即チ此場合ニ於テハ分割者ノ協議ヲ以テ保存者ヲ定ムルヲ通則トシ協議調ハサルトキハ裁判所ニ於テ之ヲ指定スルモノトス

三 證書ノ保存者ハ他ノ分割者ノ請求ニ應ジテ其證書ヲ使用セシムルコトヲ要ス。證書ハ分割者共同ノ利益ノ爲メニ之ヲ保存スルモノナルヲ以テ他ノ分割者カ其證書ヲ使用スル必要

アルトキハ證書ノ保存者ハ其請求ニ應シ之ヲ使用セシメサルヘカラサルハ説明ヲ要セスシテ明カナリ

第七項 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ヲ謂フ例ヘハ或村ノ住民カ共同シテ一ノ山林ニ於テ樹木ヲ伐採シ或ハ落葉枯枝ヲ採收シ或ハ其下草ヲ摘取リ或ハ又一定ノ野地ニ於テ雜草ヲ摘取リ若クハ牧畜ヲ爲スカ如シ
入會權ハ他人ノ所有ニ屬スル土地ノ上ニ行ハルルコトアリ此場合ニ於テハ入會權ハ一種ノ地役權ノ性質ヲ有スルモノナリ又入會權ノ目的タル山林又ハ野地カ住民ノ共有ニ屬スルコトアリ民法第二六三條ニ所謂共有ノ性質ヲ有スル入會權トハ即チ此種ノ入會權ヲ指稱セルモノナリ蓋シ入會權ニ付テハ本邦固來ノ慣習アリ其慣習ハ地方ニ依リ異ナルカ故ニ民法ハ入會權ノ制度ヲ維持スルト同時ニ其效力ニ付テハ先ツ第一ニ各地方ノ慣習ニ據ルヘキモノトシ特別ノ慣習ナキ場合ニ於テ共有ニ關スル一般ノ規定ヲ適用スルモノトセリ

第八項 所有權以外ノ財産權ノ共有

共有ニ關スル民法第二四九條以下ノ規定ハ數人カ物ノ所有權ヲ共有スル場合ニ適用セラルルモノナレドモ此規定ハ又數人カ共同シテ所有權以外ノ財産權ヲ有スル場合ニ準用スヘキモノトス何トナレハ數人カ共同シテ一ノ權利ヲ有スル點ニ於テハ二者全ク同一ナルヲ以テナリ是レ民法第二六四條ノ規定アル所以ニシテ共有ニ關スル民法ノ規定ハ版權、礦業權、不可分債權等ニ準用セラルヘキモノトス但權利ノ種類ニ依リ法律又ハ命令、別段ノ規定アルトキハ其規定ニ從フヘキハ勿論ナリ是レ本條後段ノ規定アル所以ナリ

第三節 地上權

第一款 地上權ノ性質

民法第二六五條ニ曰ク地上權者ハ他人ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲メ其土地ヲ使用スル權利ヲ有スト是レ地上權ノ定義ヲ示シタルモノニシテ同條ノ規定ニ依レハ地上權ハ左ノ性質ヲ有スルモノトス

第一 地上權ハ土地ノ上ニ行ハルル權利ナリ 是レ地上權ノ名稱アル所以ニシテ別ニ説明ヲ要セス

第二 地上權ハ他人ノ土地ヲ使用スル權利ナリ 吾人カ他人ニ屬スル土地ノ上ニ工作物又ハ竹木ヲ所有セントスルニハ其土地ヲ使用セサルヘカラス地上權ハ即チ吾人ヲシテ此目的ヲ達スルコトヲ得セシムルモノナリ舊民法ハ地上權ヲ釋義シテ他人ノ土地ノ上ニ竹木ヲ所有スルノ

權利ナリト云ヘリ然レドモ前述ノ如ク吾人ハ他人ノ土地ヲ使用スルニ非ザレハ其上ニ工作物又ハ竹木ヲ所有スルコト能ハサルモノナルヲ以テ此點ニ付テハ新民法ノ規定ヲ適當ナリトス地上權ハ他人ノ所有ニ屬スル土地ノ上ニ行ハルル權利ナルヲ以テ所謂他物權ノ一種ニ屬シ地上權者ハ其權利ノ目的タル事項ニ關シテハ土地ノ所有者ニ屬スル權利ヲ行使シ其欲スル所ニ從ヒ土地ヲ支配スル權利ヲ有ス蓋シ地上權ハ永小作權ト共ニ他物權中最モ強大ナルモノニシテ此權利ノ設定ニ依リ土地利用ノ實益ハ全ク地上權者ニ歸シ所有者ハ空權ヲ有スルニ過キサルモノトス

第三 地上權ハ工作物又ハ竹木ヲ所有スルカ爲メ他人ノ土地ヲ使用スルノ權利ナリ吾人カ他人ノ所有地ノ上ニ地上權ヲ取得スルニハ他人ノ所有地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スルカ爲メナルコトヲ要ス工作物トハ家屋其他ノ建物ハ勿論堤防、地窖等建物以外ノ工作物ヲ包含シ竹木トハ專ラ立樹ヲ指シタルモノニシテ耕作ノ目的ト爲ルヘキ草木類ヲ含著セス故ニ地上權ハ宅地、山林ニ付キ行ハルルモノニシテ田畑ニ付キ行ハレサルコト明カナリ獨逸民法ハ建物ニ關シテノミ此權利ヲ認メ我民法ハ佛國民法ト等シク工作物ト竹木トノ爲メニ此權利ヲ設ケタリ

吾人カ他人ノ土地ニ工作物又ハ竹木ヲ所有セントスル場合ニ其目的ヲ達シ得ヘキ手段尙ホ一アリ土地ノ賃貸借即チ是ナリ蓋シ一方ニ於テ賃貸借權ト他方ニ於テ地上權、永小作權トハ頗ル相類似シ一ハ物權ニシテ他ハ債權ナルノ差異アレトモ其實質ニ至リテハ殆ト同一ナリ蓋シ地上權ト曰ヒ永小作權ト曰ヒ其實質ニ於テハ一ノ借地權ナルモ借地人ノ需用ヲ満足セシムルカ爲メ之ヲ一ノ物權トシテ其權利ヲ鞏固ナラシメタルモノニ外ナラス是ヲ以テ或人カ他人ノ土地ヲ使用スルノ權利ヲ有スル場合ニ其權利ハ地上權ナリヤ將タ賃貸借權ナリヤニ付キ疑ヲ生スルコト往往ニシテ是アリ此ノ如キ場合ニ於テハ權利設定當時ニ於ケル當事者ノ明示又ハ默示ノ意思ニ基キテ疑問ヲ決スルコトヲ要ス就中當事者ノ用ヒタル文詞及ヒ設定セシ權利ノ内容ハ此疑問ヲ決スルニ付キ參照スヘキ重要ノ材料ト爲ルヘシ例ヘハ當事者カ契約中ニ賃貸借ノ文字ヲ用ヒ且契約ヨリ生スル權利カ民法ニ認ムル賃貸借權ト符合スルトキハ其權利ハ賃貸借權ナリト認ムルコトヲ得ヘク之ニ反シテ土地ノ所有者カ家屋其他ヲ建築スルカ爲メ其土地ヲ他人ニ使用セシメ其使用期限ヲ定メス又ハ其期限ヲ二十年以上ニ定メタルカ如キ場合ニ於テハ契約中賃貸借ノ文詞アリトスルモ當事者ノ設定シタル權利ハ寧ロ地上權ナリト推定スルヲ得ヘシ何トナレハ權利ノ内容ヨリ觀察スルトキハ之ヲ賃貸借權トスルヨリモ地上權トスルハ却テ當事者ノ意思ニ適合スヘケレハナリ

地上權ト賃貸借權トハ其實質ニ於テハ略ホ同一ナルモ此二者間ニ數多ノ差異アリ今其最モ重要ナルモノヲ舉ケルハ
一 地上權ハ物權ニシテ賃貸借ハ債權ナリ是レ兩者間ニ存スル根本ノ差異ナリトス是ヲ以テ地

一 上權者ハ所有者ニ拘ハラス直接ニ權利ノ目的タル土地ノ上ニ其權利ヲ行フコトヲ得ルモ賃借人ハ土地ノ所有者ヲシテ其土地ヲ使用セシムルノ債權ヲ有スルニ過キス

二 地上權者ハ所有者ニ對シテ土地ノ修繕ヲ求ムルノ權利ヲ有セサルモ賃借人ハ此權利ヲ有ス

三 地上權ハ之ヲ抵當ニ供スルコトヲ得ルモ賃借權ハ然ラス

四 地上權者ハ任意ニ其土地ヲ他人ニ貸與シ又ハ其權利ヲ讓渡スルコトヲ得ルモ賃借人ハ所有者ノ承諾アルニ非サレハ賃借物ヲ轉貸シ又ハ賃借權ヲ他人ニ讓渡スルコトヲ得ス

五 地上權ノ存續期間ニ付テハ法律上別ニ制限ナシト雖モ賃借借ハ二十年ヲ超過スルコトヲ得ス

六 賃借人カ借賃ノ支拂ヲ延滞シタルトキハ賃借人ハ直チニ契約ヲ解除ヲ求ムルコトヲ得レトモ土地ノ所有者ハ二年以上地代ノ延滞アルニ非サレハ地上權ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得ス

七 地上權ハ一ノ物權トシテ當然之ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルヲ原則トシ唯法律ノ特別規定ニ依リ之ヲ對抗スル爲メ登記ヲ爲スコトヲ要スルノミ之ニ反シ賃借權ハ債權ナルカ故ニ第三者ニ對シテ其效力ヲ及ボササルヲ原則トシ法律ノ特別規定ニ依リ之ヲ登記スルニ因リテ第三者ニ對抗シ得ヘキモノトス然レトモ此點ハ理論上ノ差異ニ止マリ實際ニ於テハ至ク同一ノ結果ニ歸著ス

地上權ハ他ノ物權ト等シク當事者間ノ意思表示ヲ以テ之ヲ設定スルヲ通則トス取得時効及ヒ遺言モ亦地上權取得ノ原因ト爲ル地上權ハ又有價ニテ設定セラルルヲ常トスト雖モ無價ニテ之ヲ設定スルコトヲ得ヘシ且有價ニテ地上權ヲ設定スル場合ニ地上權ノ取得者カ所有權ノ讓渡ニ於ケルカ如ク一時ニ其對價ヲ支拂フコトアリ又ハ賃借契約ニ於ケルカ如ク定期ノ地代ヲ支拂フコトアリ後ノ場合ニ於テハ地代ハ土地使用ノ對價タルノ性質ヲ有シ頗ル賃借借ニ類似スルモノトス

第二款 地上權者ノ權利義務

第一 地上權者ハ土地ノ所有者ニ拘ハラス直接ニ土地ノ上ニ其支配權ヲ行フコトヲ得詳言スレハ地上權者ハ工作物又ハ竹木ヲ所有スルカ爲メニ必要ナル範圍内ニ於テ土地ヲ支配スルノ全權ヲ有シ之カ爲メ地表、地下及ヒ地表ノ上面ニ在ル空間ヲ利用スルノ權ヲ有ス

第二 地上權者ハ所有者ニ拘ハラス其權利ノ範圍内ニ於テ土地ヲ他人ニ貸與シ其權利ヲ他人ニ讓渡シ又ハ遺贈スル權利ヲ有ス何トナレハ地上權ハ一ノ物權ニシテ權利者其人ニ專屬スル權利ニ非サルヲ以テ之ヲ他人ニ讓渡シ又ハ他人ヲシテ之ヲ行使セシムルモ之カ爲メ地上權ノ本質ヲ傷タルコトナケレハナリ地上權者ハ又其權利ヲ抵當ニ供スルコトヲ得(三六九條蓋シ地上權ハ他人ノ所有權ノ上ニ存スル權利タルニ過キスト雖モ所有權ヨリ生スル利益ノ大部分ヲ占ムル所ノ強大ナル物權ナルヲ以テ所有權其モノト等シク抵當權ノ目的タルコトヲ得セシメ



タルモノナリ然レトモ設定行為ヲ以テ地上權者其人ニ專屬セシムルハ毫モ妨ナク此場合ニ於テハ地上權者ハ其權利ヲ處分シ又ハ其權利ヲ以テ他ノ權利ノ目的ト爲スコトヲ得ス

第三 地上權者ハ土地ノ所有者ト等シク相隣者間ノ權利關係ニ服従スヘキモノトス即チ民法第二〇九條乃至第三八條ノ規定ハ地上權者相互ノ間又ハ地上權者ト隣地ノ所有者トノ間ニ之ヲ準用スヘキモノトス(二六七條)是レ他ナシ既ニ説明セルカ如ク地上權者ハ土地ニ關スル實權ヲ掌握スルモノナレハ之ヲ所有者ト同視スルニ非サレハ法律カ一方ニ於テ相隣者ノ權利義務ヲ規定シ又他方ニ於テ地上權ヲ設定シタル所以ノ目的ヲ達スルコト能ハサルヘケレハナリ例ヘハ袋地ノ地上權ヲ有スル者ハ其隣地ヲ通行スルノ必要ヲ感スヘク此場合ニ於テ地上權者カ所有者ト等シク直接ニ通行權ヲ有セサルモノトスルトキハ其權利ハ賃借權ト毫モ擇フ所ナク大ニ其效力ヲ減殺セララルニ至ルヘシ地上權者カ家屋其他ノ建物築造ノ爲メ隣地ヲ使用スルノ必要アル場合ニ於テモ亦然リトス又他方ニ於テ地上權者カ所有者ト等シク相隣者ノ關係ヨリ生スル義務ニ服従セサルニ於テハ地上權者ト隣地所有者トノ關係ハ間接ト爲リ隣地ノ所有者ノ亦少カラサル不便ヲ感スヘシ是レ民法カ土地ノ所有者ニ關スル權利關係ヲ地上權者ニ準用シタル所以ナリ

右ノ如ク相隣者ノ關係ニ關スル民法ノ規定ハ一般ニ地上權者ニ準用セラルヘキモノナリト雖モ民法ハ第二六七條後段ニ於テ第二二九條ノ推定ニ關シ一ノ區別ヲ爲シタリ即チ左ノ如シ

甲 界標、圍障等カ地上權設定前ニ設ケラレタルトキ 此場合ニ於テハ第二二九條ノ推定ハ之ヲ地上權者ニ準用スルコトヲ得ス隣地權ニ關スル本則ニ基キ界標、圍障等ハ土地ノ所有者ト隣地ノ所有者ノ共有ニ屬スルモノト推定スルコトヲ要ス蓋シ地上權設定前ニ設ケラレタル界標、圍障等ハ土地ノ所有者ト隣地ノ所有者ト共同シテ之ヲ設定シタルモノト認メ得ヘク且反證ナキ限ハ土地ノ所有者ハ地上權設定後自己ノ爲メニ共有權ヲ保有スルモノト認ムルヲ穩當ナリトス是レ地上權設定前ニ設ケラレタル界標、圍障ニ付キ地上權者ノ爲メニ

互有ノ推定ヲ爲ササル所以ナリ
乙 界標、圍障等カ地上權設定後ニ設ケラレタルトキ 此場合ニ於テハ第二二九條ノ規定ヲ準用シ地上權者ノ利益ノ爲メニ共有ノ推定ヲ爲スヘキモノトス何トナレハ其界標、圍障ハ土地ノ上ニ實權ヲ有スル所ノ地上權者ト隣地ノ所有者又ハ地上權者ト共同シテ之ヲ設ケタルモノト推定スルハ理ノ當然ナルヲ以テナリ

第四 地上權者ノ權利ノ目的タル土地ニ關シテ第三者ノ干渉ヲ拒絕シ且第三者ノ侵害行為ニ對シテ救済ヲ求ムル權利ヲ有ス此點ニ付キ地上權者ハ何人ヲ問ハス權利ナクシテ土地ヲ占有スル者ニ對シテ土地ノ引渡ヲ請求スルノ權利ヲ有シ隣地ノ所有者ニ對シテ相隣者ノ關係ヨリ生スル權利ヲ主張シ或ハ相隣者ノ關係ニ關スル隣地所有者ノ不當ナル主張ヲ否認スルノ權利ヲ有シ或ハ權利ノ目的タル土地ノ利益ニ於テ存スル地役權ヲ主張シ又ハ隣地ノ所有者ニ對シテ地役



權ノ存在セザルコトヲ主張スル權ヲ有ス

第五 地上權者ハ其權利ノ目的タル事項ニ關シテハ任意ニ土地ヲ支配スルノ權利ヲ有スト雖モ其權利行使ハ常ニ其目的ノ範圍内ニ止マルコトヲ必要トシ所有者ノ承諾アルニ非サレハ此範圍ヲ越ユルコトヲ得ス例ヘハ山林ノ地上權ヲ有スルカ者カ其權利ノ目的タル山林ヲ宅地ニ變

シ又ハ地上權者カ宅地或ハ山林ヲ田畑ニ變更シテ之ヲ耕作ノ用ニ供スルカ如シ又他方ニ於テ地上權ハ有期ノ物權ニシテ早晚消滅スヘキ權利ナルヲ以テ地上權者ハ土地ニ永久ノ損害ヲ生スヘキ變更ヲ加フルコトヲ得ス且權利終了ノ曉ニ於テハ工作物竹木ヲ收去シ土地ヲ原狀ニ復シテ之ヲ所有者ニ返還スルコトヲ要ス

第六 地上權者ハ其權利ノ目的タル土地ノ上ニ存スル工作物及ヒ竹木ヲ處分スル權利ヲ有シ其權利ノ存續期間内ニ於テ之ヲ他人ニ讓渡スルコトヲ得ルハ勿論其權利ノ消滅ニ際シ之ヲ收去スルノ權利ヲ有スルモノトス唯工作物、竹木收去ノ場合ニ於テハ地上權者ハ土地ヲ原狀ニ復スルコトヲ要スルノミ然レトモ此原則ニハ例外アリ土地ノ所有者ハ時價ヲ提供シテ之ヲ買取ルヘキ旨ヲ通知シタルトキハ地上權者ハ正當ノ理由ナクシテ之ヲ拒ムコトヲ得ザルコト即チ是ナリ是レ第二六九條後段ニ規定スル所ニシテ此規定ニ依ルトキハ土地ノ所有者カ竹木及ヒ工作物ニ付キ先買權ヲ行フニハ左ノ條件ヲ具備スルコトヲ必要トス
一 土地ノ所有者カ時價ヲ提供シテ之ヲ買取ルヘキ旨ヲ通知シタルコト 時價トハ時ノ相場ヲ

謂ヒ其相場ハ何レノ時ヲ標準トシテ之ヲ定ムヘキヤノ問題ニ付テハ土地ノ所有者カ地上權消滅後代金ヲ提供シテ買取ノ意思ヲ表示シタルトキナリト解釋スルヲ相當トス而シテ土地ノ所有者カ買取ノ權利ヲ行フニハ相當代價ヲ以テ工作物竹木ヲ買取ルヘキ旨ノ意思ヲ表示シタルノミヲ以テ足レリトセス時ノ相場ニ從ヒ算出シタル代金ヲ民法ノ規定ニ從ヒ地上權者ニ提供スルヲ必要トス即チ所有者ハ民法第四九三條ノ規定ニ則リ其代金ヲ地上權者ノ住所ニ持參シテ其受取ヲ求メ又ハ地上權者カ豫メ其受取ヲ拒ミタルトキハ代金ヲ準備シタルコトヲ通知シテ其受取ヲ催告スルコトヲ要ス此ノ如ク民法カ土地ノ所有者ニ工作物及ヒ竹木買取ノ權利ヲ與フル所以ハ工作物竹木ノ收去ハ多クノ場合ニ於テ工作物竹木ト土地ヲ併セテ毀損スルノミナラス土地ヲ原狀ニ復シ其工作物竹木ヲ他所ニ運搬シ再ヒ之ヲ築造シ栽培スル等少カラサル費用ヲ要シ經濟上頗ル不利ナル結果ヲ生スルヲ以テ寧ロ土地ノ所有者トシテ之ヲ買取ラシメ原狀ノ儘ニテ之ヲ維持スルヲ必要ナリトシ有益ナリトスルヲ以テナリ然レトモ之カ爲メ土地ノ所有者ハ其相當代價ヲ支拂フノ義務アルハ勿論進テ之カ提供ヲ爲スコトヲ必要トス何トナレハ斯クセザルニ於テハ土地所有者ハ單ニ買取ノ意思表示ヲ爲シ其所有權ヲ取得シタル後代金ノ辨濟ヲ遲延シ甚シキニ至リテハ無實力ナルカ爲メ代金ノ辨濟ヲ爲スコト能ハサルカ如キコトアリテ地上權者ニ損害ヲ被ラシムルノ恐アリテ代金ノ提供ハ地上權者ノ權利ヲ保護スルカ爲メニ極メテ必要ナルヲ以テナリ

0311

二 地上權者カ工作物竹木ノ賣渡ヲ拒ムヘキ正當ノ理由ヲ有セサルコト。工作物及ヒ竹木ノ收去ハ經濟上不利ナル結果ヲ生スルヲ以テ法律ハ土地ノ所有者ニ買取權ノ行使ヲ許スト雖モ之カ爲メ地上權者ノ利益ヲ犧牲ニ供スルハ公平ヲ失スルモノト謂ハサルヲ得ス而シテ地上權者カ工作物竹木ノ相當代價ヲ直ニ領收スルトキハ通常損害ナキモノト認メ得ヘシト雖モ時アリテ地上權者ハ竹木工作物ヲ所有者ニ讓渡シテ相當代價ヲ領收スルヨリモ寧ロ其所
有權ヲ保有スルヲ必要ナリトシ有益ナリトスルコトアリ例ヘハ地上權者カ他ノ場所ニ於テ
家屋又ハ建物ヲ築造スル必要アル場合ニ新ニ之ヲ築造スルニハ非常ニ多額ナル費用ヲ要シ
土地ノ所有者ヨリ得タル代金ニテハ到底其目的ヲ達スルコト能ハサル場合又ハ第三者カ高
價ニテ竹木工作物ノ買取ヲ諾シタル場合ニ於テハ地上權者ハ其所有權ヲ保有スルニ於テ利
益ヲ有スヘシ故ニ是等ノ場合ニ於テハ法律ハ地上權者ノ利益ヲ保護スルカ爲メ地上權者ヲ
シテ土地所有者ノ買取ヲ拒ムコトヲ得セシム故ニ地上權者カ竹木工作物ノ收去ニ付キ正當
ノ利益ヲ有スルトキハ土地所有者ハ其買取ヲ強ユルコト能ハサルモノトス
竹木ノ收去ニ關スル前記ノ原則ハ特別ノ慣習ナキ場合ニ適用セラルヘキ一般ノ原則タルニ
過キス從テ之ニ異ナリタル慣習アルトキハ其慣習ニ從フヘキモノトス(二六九條二項)

第七 地上權者カ土地ノ所有者ニ定期ノ地代ヲ支拂フヘキトキハ地上權者ハ左ノ權利ヲ有シ義務ヲ負フ(二六六條)

一 地代ハ金錢ヲ以テ之ヲ支拂フヲ通則トス但當事者ハ金錢ニ代フルニ收穫物ノ一部ヲ以テスルコトヲ得例ヘハ山林ノ地上權ヲ有スル者カ材木若干ヲ以テ地代ニ充ツルコトヲ約スルカ如シ然レトモ地上權ニ關シテハ此種ノ約束ハ稀ニ見ル所ニシテ宅地ニ關シテハ絶無ナリト云フモ敢テ不可ナシトス

二 地代支拂ノ時期ニ關シテハ設定行為ニ定ムル所ノ時期ニ從フコトヲ要ス若シ設定行為ニ此定ナキトキハ第六一四條ノ規定ニ則リ宅地ニ付テハ毎月末山林ニ付テハ毎年末ニ之ヲ支拂フコトヲ要ス然レトモ宅地ニハ別段收穫期節ナキヲ以テ第六一四條後段ノ規定ハ其地代ニ適用スルコト能ハサルヘシ

三 土地ノ所有者ハ民法第三二二條以下ノ規定ニ從ヒ地代ノ債權ニ關シテハ地上權者ノ動産ノ上ニ先取特權ヲ有ス是レ第二六六條第二項ニ地代ニ付テハ貸賃借ニ關スル規定ヲ準用ス
トアル規定ヨリ生スル結果ナリ

四 地上權者ハ不可抗力ニ因リ土地ノ使用ヲ妨ケラレタルトキト雖モ地代ノ免除又ハ減額ヲ請求スルコトヲ得ス 地代ハ貸賃借ノ場合ノ如ク土地使用ノ對價ナルヲ以テ地上權者カ不
可抗力ニ因リ土地ノ使用ニ付キ損害ヲ受ケタルトキハ其損害ノ程度ニ比例シテ地代ヲ免除
シ又ハ之ヲ減額スルハ一見頗ル公平ナルカ如シト雖モ地上權者ハ權利ノ目的タル土地ノ上
ニ物權ヲ有シテ土地ノ所有者ニ拘ハラス直接ニ土地ヲ支配スルノ權利ヲ有スルモノニシテ

地上權カ完全ニ土地ノ使用ヲ爲スト否トハ所有者ノ毫モ關知セサル所ナリ從テ權利ノ目的タル土地ノ使用ニ關スル危險ハ地上權者ヲシテ之ヲ負擔セシムルヲ正當ナリトス是レ民法カ永小作人ニ關スル民法第二七四條ノ規定ヲ地上權者ニ準用シタル所以ナリ

五 地上權者ハ不可抗力ニ因リ引續キ三年以上土地ヲ使用スルコトヲ得ス又ハ五年以上土地ノ使用ヲ妨ケラレタルトキハ其權利ヲ拋棄スルコトヲ得 地上權者ハ如何ナル場合ニ於テモ地代ノ免除又ハ減額ヲ請求スルコトヲ得サルヲ以テ數年間引續キ土地ノ使用ヲ妨ケラレタルトキハ地上權者ハ一方ニ於テハ完全ニ土地ノ使用ヲ爲スコト能ハサルニモ拘ハラス他方ニ於テハ繼續シテ地代ノ全額ヲ支拂フノ義務ヲ負擔シ得失相償ハスシテ非常ナル損失ヲ被ムルニ至ルヘシ是ヲ以テ法律ハ此不公平ナル結果ヲ矯正シ地上權者ノ利益ヲ保護スルカ爲メニ地上權者カ三年以上毫モ土地ヲ使用スルコトヲ得サルカ若クハ土地使用ノ利益カ五年以上引續キ地代ヨリモ少キ場合ニ於テハ其權利ヲ拋棄シ得ヘキモノトシ地上權者ヲシテ其權利ノ拋棄ニ因リ地代支拂ノ義務ヲ免除シテ損失ヲ免ルルコトヲ得セシム蓋シ地上權者ヲシテ容易ニ其權利ヲ拋棄スルコトヲ得セシムルハ所有者ノ利益ヲ害スルニ至ルヘク所有者ハ地上權者カ地代ノ支拂ヲ怠リタル場合ト雖モ直チニ地上權ノ消滅ヲ請求スルコト能ハサルヲ以テ地上權者ト所有者トノ間ニ權衡ヲ維持スルカ爲メ權利ノ拋棄ニ付テモ亦稍、重大ナル損失ヲ必要トシタルモノナリ

責ヲ負フコトナシ

第三十二章 單獨正犯

第一 或者カ犯罪ノ實行者トシテ單獨ニ罪責ヲ負フヘキトキハ之ヲ單獨正犯ト稱ス而シテ單獨正犯 (Allehandler) ハ一人カ其身體ノ活動ノミニ依リ若クハ器具、動物又ハ自然力等ヲ利用シテ直接ニ犯罪ヲ實行スル場合ノミナラス他人ヲ利用スル場合ニ於テモ存在スルコトヲ得ルモノトス

本章ニ於テハ數人カ一罪ノ成立ニ關係スルニモ拘ハラス單獨正犯ヲ存スルニ過キスシテ共犯ノ成立セサル場合ヲ説明シ以テ裏面ヨリ共犯ノ範圍ヲ明確ナラシメンコトヲ期ス

第二 一人カ他人ヲ利用シテ罪素タル行爲ヲ實行セシムル場合ニ於テ利用者ヲ以テ實行者ト看做シ之ニ單獨ノ責任ヲ負ハシムルニ止マリ被利用者カ利用者ト共同シテ刑責ヲ負ハサルトキハ學說上之ヲ間接正犯 (mittelbare Täterschaft) ト稱シ共犯ノ觀念ヲ除外ス

第三 間接正犯ノ存在シ得ヘキ場合ヲ列舉スレハ左ノ如シ

一 一人カ責任無能力者(例ヘハ幼者、精神病者等)ヲ利用シタルトキハ單獨ノ間接正犯ヲ存ス而シテ此場合ニ於テハ其無能力者カ他人ノ目的ノ爲メニ利用セララルト或ハ他人カ無能力者ノ目的ノ遂行ヲ補助スルト同ハス常ニ其責任能力者ヲ以テ間接ノ正犯トス例ヘハ精

刑法論 犯罪 罪罪ノ體裁 共犯 單獨正犯

精神病者ニ他人ヲ刺シシメンカ爲メ刃ヲ與ヘタル者ハ教唆犯ニ非ス又精神病者カ他人ヲ殺害セントシテ追跡スルニ當リ被害者ノ逃避ヲ妨ケ之ヲ殺害セシメタル者ハ從犯ニ非ス何レモ等シク間接正犯ナリ催眠術、魔睡藥若クハ有形無形ノ強制等ニ依リ他人ヲ一時的責任無能力ノ狀態ニ陥レタル後之ヲ利用シタル者亦同シ(註一)

(註一) 自己ノ目的ヲ達スルカ爲メ精神病者ヲ利用シタル場合ニ間接正犯タルコトハ學者間異論ノ存セサル所ナレトモ單ニ精神病者ノ目的ヲ利用シテ之ヲ遂行セシメタルニ過キサル場合ニ付テハ異説アリテ或ハ之ヲ從犯ナリト説明スル學者ナキニ在ラス

二 一人カ犯罪事實ニ付テ觀念ヲ有セサル者ヲ利用シタルトキハ單獨ノ間接正犯ヲ存ス例ヘハ甲者カ乙者ノ所有物ヲ自己ノ所有物ナリト稱シテ丙者ヲ欺キ之ヲシテ其物件ヲ持來ラシメタル場合ノ如キ是ナリ然レトモ被利用者ニ過失ナキコトヲ以テ要件トナスコトヲ得ス其過失アル場合ト雖モ故意ナキ以上ハ尙ホ利用者ヲ以テ單獨ノ間接正犯トナササルヘカラス例ヘハ或者カ看護婦ヲ欺キ醫師ノ處方ニ係ル藥劑ノ代リニ毒藥ヲ患者ニ與ヘシメタルトキハ其看護婦ニ過失アリト雖モ尙ホ之ヲ利用シタル者ヲ以テ單獨ノ間接正犯トナス(註二)若シ夫レ其看護婦ヲ單獨正犯トシテ處罰スルコトヲ得ルヤ否ヤハ自ラ別個ノ問題タリ

(註二) 此點ニ付テハ反對論アリ例ヘハ岡田博士ノ如キハ苟モ被利用者カ歸責能力ヲ有スル場合ニ於テハ間接正犯ヲ認ムルコトヲ得サルモノト説明セラル然レトモ予輩ハ獨逸ノ

多數說ニ贊成スル者ニシテ此場合ニ於テモ間接正犯ヲ認ムルコトヲ妨ケスト信ス

三 被利用者カ他人ヨリ其犯罪ノ手段ノ爲メニ利用セラルルコトヲ認識セル場合ト雖モ當該犯罪ノ正犯トシテ罪責ヲ負フコトヲ得サル者ナルトキハ利用者ヲ以テ間接正犯トス例ヘハ甲者カ兵役ヲ免レンカ爲メ乙者ヲシテ己ノ身體ヲ毀傷セシメタルトキハ乙者カ其情ヲ知りタル場合ニ於テモ甲者ヲ以テ兵役避忌罪ノ間接正犯ト爲ササルヘカラサルカ如シ

四 犯罪カ特定ノ目的ヲ以テ其構成要素トスル場合ニ於テ其目的ヲ有スル者カ斯ル目的ヲ有セサル者ヲ利用シタルトキハ此目的ヲ構成要素トスル犯罪ノ間接正犯ト謂フコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ學說一致セス「リスト」ノ見解ニ依レハ之ヲ積極的ニ決スヘキモノナリトシ「フランク」ノ見解ニ依レハ之ヲ積極ニ決スルトキハ故意アル責任能力者ヲ器械ト爲スコトヲ得ル結果ヲ生スルカ故ニ此論結ハ疑ハシト説明セリ蓋シ前說ヲ以テ正當ナリトス

五 以上(一)及ヒ(二)ヲ説明シタル所ト同一ナル條件ノ下ニ於テ被害者自身ヲ利用スル場合ニ付テモ亦間接正犯ノ觀念ヲ認ムルコトヲ得ヘシ犯人カ自己ヲ責任無能力ノ狀態ニ陥レ以テ其身體ヲ利用スル場合亦同シ

六 他人ノ違法ナラサル行爲ヲ利用スル場合ニ於テモ亦間接正犯ノ成立ヲ認ムルコトヲ得例ヘハ他人ヲ緊急狀態ニ陥レ之ヲ利用シテ罪ヲ犯シタル場合若クハ長官カ屬官ノ職務上ノ服務義務ヲ利用シテ罪ヲ犯シタル場合ノ如キ是ナリ是等ノ場合ニ於テ緊急狀態ニ陥レル者ノ

行為若クハ屬官ノ行為ハ違法性ヲ欠缺スルカ故ニ其者ニ付テ犯罪ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ス然レトモ之ヲ利用シタル者ノ違法ナル行為トシテ犯罪ノ成立ヲ認ムルコトヲ得之ヲ例ヘハ動物ヲ使喚シテ他人ヲ殺傷セシムル場合ニ於テ動物カ違法行為ヲ爲シタリト云フコトヲ得スト雖モ之ヲ利用スルコトヲ違法行為トシテ犯罪ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ルニ同シ

第四 如何ナル犯罪ニ付テモ間接正犯ノ觀念ヲ認ムルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ學者ノ見解一致セス第一說ニ依レハ此問題ヲ積極ニ決定スヘキモノナリト爲ス此見地ヨリ論スレハ精神病ニ罹レル官吏ヲ教唆シテ收賄セシメタル非官吏ノ收賄罪ハ間接正犯ト爲ルコトヲ得ヘク又有夫ノ婦ニ強制ヲ加ヘテ他ノ男子ト通セシメタル男子ハ有夫姦ノ間接正犯ナリト認メサルヘカラサルニ至ルヘシ第二說ニ依ルトキハ直接正犯トシテ犯罪スコトヲ得サル犯罪ハ總テ間接正犯トシテ之ヲ犯罪スコトヲ得スト云フニ在リ此見地ヨリ觀察スルトキハ前例ノ如キ場合ニ付テハ間接正犯ヲ認ムルコトヲ得サルヘシ第三說ニ依ルトキハ此問題ハ之ヲ折衷的ニ論決スヘキモノナリトナス其要旨ニ曰ク凡ソ特別ノ資格ヲ以テ構成要件トスル犯罪ニ在リテハ資格ヲ有スル者カ無資格者ヲ利用シテ間接ニ其罪ヲ犯スコトヲ得ルモ資格ナキ者ハ資格アル者ヲ利用シテ此種ノ犯罪ヲ犯スコトヲ得ス又一定ノ結果ノ發生スルコトヲ以テ犯罪成立ノ主眼ト爲サスシテ一定ノ結果カ如何ナル方法ニ於テ惹起セラレルカヲ以テ其犯罪ノ成立、不成立ノ眼目ト爲ス場合ニ於テハ常ニ間接正犯ヲ存スルコトヲ得ス例ヘハ有夫ノ婦ヲ強制シテ他ノ男子ト姦

淫セシメタル場合ニ於テ其強制者ヲ有夫姦ノ間接正犯ト爲スコトヲ得サルカ如シ然レトモ一定ノ結果ノ發生スル事實ヲ以テ成立要素トスル犯罪ニ付テハ常ニ間接正犯ヲ認ムルコトヲ得從テ例ヘハ女子ハ間接ニ強姦罪ヲ犯スコトヲ得蓋シ強姦罪ハ婦女ノ健康若クハ貞操ヲ侵害スル結果ノ發生スル事實ヲ以テ處罰ノ眼目トナスカ故ニ責任能力ナキ男子ヲ教唆シテ婦女ヲ強姦セシメタル女子ハ強姦罪ノ間接正犯ナリ此他法律ノ規定ニ依リテ間接正犯ヲ認定スルコト能ハサル場合アリ殊ニ其性質上間接正犯タルヘキ場合ヲ法律カ獨立罪トシテ規定シタル場合ニ於テ然リト云フニ在リ

第五 第一說ニ從フトキハ構成要件トシテ一定ノ身分若クハ資格ヲ必要トスル犯罪ト雖モ是等ノ身分若クハ資格ナキ者ニ於テ間接ニ犯スコトヲ得トノ論決ヲ生スルモノニシテ或ハ立法論トシテハ此ノ如キ規定ヲ設クルノ必要アルヘシト雖モ解釋論トシテハ正當ニ非ス蓋シ間接正犯ナル觀念ハ人ヲ器械トシテ自己カ罪ヲ犯スコトヲ指稱スルモノナルカ故ニ他人ノ意思活動ヲ利用スルモ犯罪ノ本人タルヘキ自己ニ於テ法律上必要トスル身分若クハ資格ヲ具備セサルトキハ其犯罪ノ主體タルヲ得サルヘシ第一說ハ此要素ヲ看過スルモノト謂ハサルヘカラス第二說ト第三說トハ或ハ適當ナル解釋ニ依リテ其論結ヲ一ニ歸セシムルコトヲ得ヘシト雖モ學者ノ説明スル所ニ依レハ第二說ニ從フトキハ女子ハ間接ニモ強姦罪ヲ犯スコト能ハサルモ第一三說ニ從ヘハ之ト反對ノ論結ヲ生スル點ニ於テ實際上ノ差異アルモノト解セラルル輩ノ所見



ヲ得ルモノニシテ即チ直接正犯タルコトヲ得ルモノナルカ故ニ又間接正犯タルコトヲ得ル
ルノ理ナシト然レトモ此見解ノ正當ナラザルコトハ次章ニ於テ之ヲ説明スヘシ

第六 間接正犯ニ關聯シテ尙ホ一二說明スヘキ點アリ間接正犯ニ付テハ先ツ犯罪行為ノ時及ヒ

場所ハ何レニ在リヤノ問題ヲ生ス場所ニ付テハ一説ニ依レハ被利用者ノ行為ノ行ハレタル場
所ヲ以テ標準ト爲スヘキモノニシテ他ノ一説ニ依レハ間接正犯カ被利用者ニ意思活動ノ原因
ヲ與ヘタル場所ヲ以テ標準ト爲スヘキモノトセラル予ハ後説ヲ正當ノ見解ナリト信ス犯罪行
爲ノ時ニ付テモ前ト同シク二説アリ第一説ハ被利用者ノ行為ノ時ヲ以テ標準トシ第二説ハ間
接正犯ノ行為ノ時ヲ以テ標準トナスモノナリ此點ニ於テモ予輩ハ第二説ニ贊成ス而シテ此場
合ニ於テハ未遂ノ始期ニ付テ兩説大ニ論結ヲ異ニス例ヘハ或人ニ命シテ人ヲ殺サシメタルニ
其者カ之ヲ實行セザリシ場合ニ於テハ第一説ニ從フトキハ著手未遂犯ヲ構成セザルモ第二説
ニ從ヘハ未遂犯タルヘシ

間接正犯ニ於ケル一罪數罪ノ標準ニ付テモ亦議論アリ例ヘハ或者カ一言ヲ以テ甲乙ノ二人ヲ
煽動シテ各別ノ結果ヲ惹起サシメ若クハ一人ヲ煽動シテ數箇ノ結果ヲ生セシメタル場合ニ於
テハ利用者タル間接正犯ニ一罪ヲ認ムヘキカ將タ數罪ヲ認ムヘキカ予ハ後段ノ見解ニ左祖ス
次ニ或者カ二人以上ノ責任無能力者ヲ煽動シ他人ノ邸宅内ニ入り竊盜ヲ爲サシメタル場合ニ
ハ間接正犯ニ刑法第三六九條ヲ適用スルヲ得ルヤ否ヤノ疑問アリ蓋シ犯人カ十二歳以下ノ者

ヲ同伴シテ共ニ他人ノ邸宅ニ入り物件ヲ竊取シタル場合ニ於テ同條ヲ適用スヘカラサルト同
 シク本問ハ消極ニ決スルヲ可トス然レトモ身體ノ或動作カ特別ノ加重條件タル場合(例ハ
 三六八條)ニ於テ利用者カ被利用者ノ斯ル動作ヲ爲スヘキコトヲ豫見シタルトキハ利用者ニ
 加重ノ罪責ヲ負ハシムルコトヲ得ヘシ
 利用者カ被利用者ニ罪責ヲ負フヘキ故意ノ行爲者ナリト誤信シタル場合ニ於テモ間接正犯ヲ
 存スルヤ否ヤニ付テハ積極消極ノ二說ノ外利用者ヲ以テ過失犯ニ問フヘキモノナリト主張ス
 ル者アリ予ハ積極說ニ左祖ス

第二十三章 共同正犯

第一 共同正犯トハ二人以上ノ者カ共同ノ有責行爲ヲ以テ一罪ヲ實行スルヲ謂フ現行刑法第一
 ○四條ハ此意義ヲ明カニシタルモノニシテ現ニ罪ヲ犯ストハ第一○五條ニ於ケル殺害及ヒ第
 一○九條ニ於ケル幫助ニ對應シ犯罪ヲ實行スルコトヲ意味ス
 共同正犯ハ共犯ノ主タル形式ナリ故ニ之ヲ狹義ノ共犯ト稱ス然レトモ單ニ共犯ト稱スルトキ
 ハ寧ロ狹義ノ共犯ヲ指示スルヲ通例トス

第二 共同正犯ノ客觀的要件トシテハ二人以上ノ有責者カ同一罪ノ構成要素ニ屬スル行爲(實
 行行爲)若クハ之ニ近接スル行爲ヲ共同ニ行フコトヲ要ス而シテ共同實行者ノ各自ハ此種ノ

行爲ノ異ナリタル部分ヲ分擔スル場合(例ヘハ甲ハ丙ニ暴行ヲ加ヘ乙ハ丙ヨリ財物ヲ奪取ス)
 ト同一部分ヲ分擔スル場合(例ヘハ甲乙共犯者カ丙家ニ忍入り甲ハ時計ヲ乙ハ金錢ヲ竊取ス)
 アリ前例ノ場合ニ於テ共同正犯ヲ認ムヘキハ勿論ナリ後例ノ場合ニ付テハ各自單獨正犯タル
 コトヲ待ヘキ要素ヲ具備シ別箇ノ犯罪ヲ構成スルノ觀アリト雖モ一人カ同一家屋内ニ忍入り
 時計及ヒ金錢ヲ竊取シタル場合ニ於テ一罪ヲ認ムルト同シク甲乙二人カ共同シテ單一ナル法
 益ヲ侵害シタルトキハ物件ノ箇數ニ拘ハラヌ同一罪ノ共同實行トシテ共同正犯ノ觀念ヲ存ス
 ルモノトス

共同行爲カ同一罪ノ實行ニ關スルコトヲ要スルカ故ニ數人各別箇ノ犯罪ヲ犯シ又ハ共ニ同一
 罪ノ豫備ヲ爲シ若クハ一人カ實行ヲ爲シ他ノ者カ之ヲ幫助スルニ過キサルトキハ共同正犯ノ
 觀念ヲ存セス

第三 共同正犯ヲ存スルニハ主觀的方面ニ於テ共同行爲者相互間ニ共同犯罪ノ觀念殊ニ自己ノ
 意思實行ト他ノ共同者ノ意思實行トカ相俟テ一罪ノ構成要素ヲ完成スルニ至ルヘキコトノ觀
 念アルコトヲ要ス故ニ過失犯ニ共同正犯ヲ存セス又數人カ同時同所ニ於テ同一法益ニ對シ同
 種ノ犯罪ヲ行フモ共同犯罪ノ觀念ナキトキハ共同正犯ニ非スシテ所謂附帶犯 (Mordthäter
 種)ノ場合ニ屬ス(數人通謀シテ各、別箇ノ犯罪ヲ犯ストキ亦同シ)ルモノニシテ各自單獨正
 犯タリ共同者ノ一方ニ於テ共同犯罪ノ觀念ヲ存シ他ノ一方ニ於テ此觀念ヲ有セザル場合ニモ

亦共同正犯ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ス或ハ反對論ヲ唱フル者アリ(例ハ「ハ」コーレル氏)ト雖モ一方のニ共同正犯ノ觀念ヲ認ムルハ失當ナリ然レトモ共同犯罪ノ相互認識(Mutual Recognition)ハ必スシモ實行前ニ存スルコトヲ要セス豫メ共同犯罪ノ認識ナク實行中ニ於テ共同犯罪ノ相互認識ヲ生スルヲ以テ足ル故ニ所謂相續的共同正犯(Continuous Mittdelerschaft)ナルモノ(例ハ「ハ」甲カ財物盜取ノ目的ヲ以テ乙ヲ醉迷セシメタル後丙ヲ其企計ニ加入セシムルカ如ク一人カ既ニ罪素ノ一部ヲ構成スル行動ヲ終了シタル後相互認識ヲ生スル場合)ヲ認ムルコトヲ得ヘシ加之相互認識ハ必スシモ明示ノ合意通謀ニ依ルコトヲ要セス相互ニ暗黙ノ認識アルヲ以テ足ルモノトス

第四 共同正犯ノ關係ハ意思共通ノ範圍内ニ於テノミ存スルカ故ニ共犯者ノ一人ト他ノ者トカ犯罪事實ニ付テ一部異ナリタル觀念ヲ有スルトキハ其部分ニ付テハ共同正犯ノ關係ヲ存セス犯罪ノ成立上一定ノ目的ヲ必要トスル場合ニ於テ一人カ此目的ヲ有シ他ノ者カ此目的ヲ有セサルトキ亦同シ例ハ「ハ」甲乙共ニ丙ヲ毆打スルニ當リ乙ハ丙ヲ撃時シ甲ハ丙ニ白刃ヲ加フル場合ニ於テ甲ハ殺害ノ意思ヲ有シ乙ハ此意思ヲ有セサルモノトセハ乙ハ甲ノ殺人行爲ニ付テ共同正犯ノ關係ヲ有セスシテ單ニ毆打創傷若クハ毆打致死ノ責ニ任スヘク又甲乙共ニ丙ヲ殺スルニ當リ甲ハ他ノ重罪輕罪ヲ犯スノ便宜ヲ得ントスル目的ヲ有シ乙ハ此目的ヲ有セサルモノトセハ甲ハ第二九六條ニ依リテ處分セラルヘキモ乙ハ第二九四條ノ罪ヲ以テ論セサルヘカ

ラナルカ如シ之ト等シク甲カ豫謀ノ決意ニ基キ乙カ偶然ノ決意ヲ以テ共同シテ丙ヲ殺害シタルトキハ甲ハ謀殺ノ責ニ任シ乙ハ故殺ノ責ニ任スヘキモノニシテ謀殺ニ付テ共犯關係ヲ有セス

第五 個個ノ場合ニ於ケル相互認識ノ一致セル範圍如何ハ事實問題ナリ具體的ノ事狀ニ依リテ決スヘキモノニシテ推定ヲ用フヘキモノニ非ス事實上ニ於テ相互ノ認識カ一致セサル部分ハ所謂過剰(Konsum)ニシテ此部分ニ付テハ之ヲ認識シタル者ノミ責ニ任スルモノトス然レトモ共犯者ノ一人カ故意若クハ過失ヲ要セスシテ刑罰加重ノ事由トナルヘキ結果ヲ惹起シタル場合ニ於テハ過剰ヲ認ムヘキヤ否ヤニ付テ學者ノ見解一致セス一説ニ依レハ此結果ハ共同責任ノ下ニ實行サレタル行爲其モノヨリ發生セルモノナルカ故ニ之ヲ總テノ共犯者ノ責ニ歸セサルヘカラスト爲シ他ノ一説ニ依レハ相互認識ノ一致セサル部分ニ付テ共犯關係ヲ認ムルコトヲ得ス對ニ許スヘカラサルモノニシテ本問ニ於ケル重キ結果ハ之ヲ他ノ共犯者ニ歸スルコトヲ得ト云フニ在リ例ハ「ハ」茲ニ甲乙二人共謀シ乙ハ丙女ヲ脅迫シ甲ハ之ヲ姦淫シタルニ丙女カ爲メニ死亡スルニ至リタリトセン第一説ニ依レハ甲乙共ニ強姦致死ノ責ニ任スヘク第二説ニ依レハ乙ハ丙女致死ノ結果ニ付テハ共同正犯ノ關係ヲ有セサルコトト爲ルヘシ更ニ他ノ一例ヲ按スルニ甲乙二人共謀ノ上丙家ニ至リテ強盜ヲ爲スニ際シ甲ハ暗所ニ丙家ノ襖兒アルヲ知ラスシテ之ヲ踏殺シタリトセハ乙モ亦強盜殺人ヲ以テ論スヘキカ將タ又乙ハ強盜ノ點ニ付テ

ミ責ヲ負フヘキカ爾説各其論結ヲ異ニスヘシ本例ニ於テ甲カ故意ニ釋兒ヲ殺害シタルトキ亦同シ第一説ヲ以テ正當トス

第六 共同正犯者ハ各自ニ正犯トシテ責ニ任スヘキモノナルカ故ニ單獨正犯タルコトヲ得ルモノニ非ラサレハ共同正犯者タルヲ得ス從テ犯罪ノ成立上一定ノ身分其他犯罪主體ノ一身ニ具備スヘキ特別ノ條件ヲ要スル場合ニ於テハ此ノ如キ身分條件ヲ有セサル者ハ有格者ト共同スルモ共同正犯者タルコトヲ得サルモノトス(改正案ハ反對ノ規定ヲ存ス)例ヘハ非官吏ハ官吏ト共同スルモ官吏收賄罪ノ正犯タルヲ得ス刑法第三九五條ノ罪ハ受託者ニ在ラサレハ犯スコトヲ得サルモノナルカ故ニ他ノ者ハ受託者ト共同スルモ本罪ノ正犯タルヲ得ス(明治三十八年第七八九號同年七月六日宣告大審院判決ハ受託者以外ノ者モ受託者ト共謀スルトキハ委託物費消罪ノ主體タルコトヲ得ルモノト爲シタルモ現行刑法ノ解釋トシテハ採用スヘキ見解ニ非ス)又刑法第三四八條ノ罪ハ男子ニ非ラサレハ之ヲ犯スコトヲ得ス從テ女子ハ間接正犯トシテモ同罪ノ主體タルコトヲ得スト解スルモ決シテ不當ニ非ス此前提ニシテ正當ナリトスレハ女子ハ男子ト共同スルモ強姦罪ノ正犯タルコトヲ得スト解セサルヘカラス然レトモ通説ニ依レハ有形上ノ理由ニ基キ單獨正犯タルコトヲ得サルモノハ共同正犯タルコトヲ得ヘク無形上ノ理由ニ基キ單獨正犯タルコトヲ得サルモノハ共同正犯タルヲ得ス故ニ非官吏ハ官吏職罪ノ正犯タルヲ得サルモ女子ハ男子ト共同シテ強姦罪ノ正犯タルコトヲ得ルモノト爲ス

(前説「オルスハウゼン」第四七、第二〇註後説「オルトマン」刑法雜誌「ケリヒツザール」第二二卷三九二頁)

然レトモ一定ノ身分カ刑罰加重條件タルニ過キサルトキハ有格者ト無格者トノ間ニ共同正犯ノ關係ヲ存スルコトヲ得ルモノトス例ヘハ第一六五條、第一六六條等ニ於ケル犯罪ハ事務員ト非事務員トノ共同正犯ヲ成立セシムルコトヲ得ヘク事務員ハ刑ヲ加重セラルルニ過キス要スルニ身分カ刑ノ加重事由タルニ過キサルトキハ身分アル者ト身分ナキ者トノ間ニ共同正犯ノ關係ヲ存シ得ルモノニシテ身分ニ依ル加重ハ之ヲ身分ナキ正犯ニ及ホスコトヲ得サルノミナリ

第七 共同正犯ハ實行行為ニ付テノミ之ヲ認ムルコトヲ得ヘク教唆及ヒ幫助ニ付テハ共同正犯ナシ共同教唆及ヒ共同幫助モ亦其理ニ於テ共同正犯ノ理論ニ異ナル所ナシト雖モ第一〇四條ハ共同教唆及ヒ共同幫助ヲ包含スルモノト解スルヲ得ス反對説ニ依レハ教唆及ヒ從犯ノ處罰ハ主犯ノ成立ヲ以テ條件トスルモ尙ホ「罪」ト稱スルコトヲ得ルカ故ニ第一〇四條ハ是等ノ場合ヲモ包含スルコト疑ナシト爲ス然レトモ現ニ罪ヲ犯スト云フハ犯罪ヲ實行スルノ意ニシテ他人ニ犯罪ヲ教唆シ若クハ他人ノ犯罪ヲ幫助スル場合トハ現行刑法上之ヲ區別スルカ故ニ現行刑法ノ解釋トシテハ前説ヲ可トス

第八 共同正犯ノ關係ハ未遂ノ場合ニモ存在スルコトヲ得ルモノトス而シテ(一)犯罪ノ性質上
刑法論 犯罪ノ體裁 共犯 共同正犯 二一七

若クハ共犯者間ノ特約上各自カ構成要素ヲ全部的ニ分擔實行スヘキ場合ニ於テハ一人ノ行動ハ既遂ト爲リ他ノ者ノ行動ハ未遂ニ終ルコトアリ(例ハ甲乙共謀シテ丙家ニ忍入リ甲ハ既ニ金銭ヲ竊取シ乙ハ衣類ヲ竊取セントスル際家人ニ妨ケラレテ逃走ス)此ノ如キ場合ニ於テハ共犯者ノ總テカ共同犯罪ノ意思アルコトヲ前提トシテ既遂ノ責ニ任セサルヘカラス之ニ反シ總テノ共犯者ノ行為カ何レモ未遂ニ終リタルトキハ各自未遂ノ責ニ任ス(二)純然タル共同正犯即チ共犯者各自カ一部の分擔實行ヲ爲スヘキ場合ニ於テハ共犯者ノ一人若クハ總テカ實行ニ著手シタルモ意外ノ障礙ニ依リ遂ケサルトキハ其時期ニ至ルマテ協力シタル者ハ皆未遂ノ責ニ任スヘキモノトス然レトモ共同犯罪ノ合意特約上實行ノ一部ヲ擔任スヘキ者ハ他ノ者カ實行ニ著手スルト共ニ當然未遂ノ責ニ任スルモノト解スヘカラス犯罪ノ共同實行ヲ謀約シタリト雖モ實行ニ付テ何等ノ協力ヲ爲ササルトキハ正犯トシテ處罰スヘキモノニ非サレハナリ

第九 數人共同シテ一罪ヲ實行シタルトキハ皆正犯トシテ各自ニ其刑ヲ科セラルヘキモノトス故ニ共同正犯者ノ全體ニ對シ常ニ同一罰條ノ適用アリト認ムルヲ得ス寧ロ各自カ單獨正犯トシテ適用ヲ受クヘキ罰條ヲ標準ト爲ササルヘカラス故ニ或ハ各自ニ對シテ適用スヘキ各本條ヲ異ニシ(例ハ一人ニ對シテハ強盜罪ノ法條ヲ適用シ他ノ者ニ對シテハ竊盜罪ノ法條ヲ適用ス)或ハ同一本條ヲ適用スヘキ場合ニ於テモ一人ニ付テハ加重若クハ減輕ノ事由アルモ他

ノ者ニ付テハ此事由ナキ結果トシテ言渡スヘキ刑ノ範圍ヲ異ニスルコトアリ

共同正犯ノ各自カ罪素ノ一部ヲ實行スルニ拘ハラス各自獨立シテ全部ノ刑責ニ任スヘキ理由ヲ求ムレハ各犯人ハ意思共通ノ範圍内ニ於テハ相互ニ他人ノ行為ヲ利用シテ其意思ヲ遂行スルニ因ルモノナリ換言スレハ各正犯カ相互ニ他ノ一方ノ行為ヲ利用スル關係ハ利用者ノ方面ヨリ觀察スルトキハ責任無能力者若クハ人爲外ノ動力ヲ利用シテ其意思ヲ遂行スル場合ト均シク其意思ノ及達セル範圍内ニ於テ全部ノ結果ヲ自己ニ歸スルニ外ナラス

第一〇 共同正犯ニ於ケル犯人ノ數ハ刑ノ輕重ニ影響ヲ及ボササルヲ以テ通例トナス然レトモ多數人ノ協力ハ善事惡事ヲ問ハス諸種ノ關係ニ於テ不可思議ナル大影響ヲ生スルモノナルカ故ニ學說及ヒ立法例ノ趨勢ハ多數共同ノ場合ニ關シテ刑ヲ加重スルニ傾キツツアリ我現行刑法ハ所謂必要の共犯ノ各場合ヲ認ムル第一四五條、第一七一條、第三五六九條、第三七九條等ニ於テ共同正犯ヲ以テ刑ヲ加重スヘキ事由ナリト認ム(之ニ反シ第三〇五條、第三〇六條カ二人以上ノ共同正犯ヲ以テ或點ニ於テ寧ロ減輕ノ理由ト爲スハ頗ル不當ナル規定ナリト謂ハサルヘカラス)而シテ犯人(正犯)ノ多數ニ由リ刑ヲ加重スヘキトキハ教唆者及ヒ從犯ヲ算入シテ多數ト爲スコトヲ得ス犯人ノ單獨ナルヤ多數ナルヤハ現行法ノ趣旨ニ依ルトキハ一ニ實行正犯ノ數ヲ以テ標準トセサルヘカラス(一〇七條)

第三十四章 教唆犯

第一 犯罪ノ教唆トハ故意ニ他人ヲシテ犯罪ヲ生セシメ以テ犯罪ヲ犯スニ至ラシムルヲ謂フ責
任能力者カ他人ニ對シ犯罪(現行刑法ニ於テハ重罪輕罪ニ限ル)ヲ教唆シタルトキハ之ヲ教唆
犯トス故ニ教唆犯ノ成立スルニハ(一)教唆者カ責任能力ヲ有スルコト(二)他人ヲシテ重罪輕
罪ト爲ルヘキ行爲ヲ爲サシムル意思アルコト(三)他人ヲシテ重罪輕罪ヲ犯スノ意思ヲ生セシ
ムヘキ所爲ヲ爲シタルコト及ヒ(四)被教唆者カ教唆セラレタル行爲ヲ爲スノ決意ヲ爲シ其行
爲ヲ實行シ若クハ實行ニ着手シタルコトヲ要ス是等ノ條件中其一ヲ缺クトキハ即チ教唆犯
ヲ存セサルニ至ル

第二 教唆犯ハ共犯ノ一形式ニシテ正犯ニ從タルモノナリ刑法第一〇五條ハ人ヲ教唆シテ重罪
輕罪ヲ犯サシメタル者ヲ亦正犯ト爲ス蓋シ教唆者ハ正犯ノ如ク自ら手ヲ下シテ犯罪ヲ實行ス
ルモノニ非スト雖モ元來犯罪ノ意思ナキ他人ヲ教唆シテ犯罪ノ意思ヲ造形セシムルモノニシ
テ所謂造意者ナルカ故ニ其情狀ニ於テ毫無實行者ト區別スヘキ理由ナキヲ以テ之ヲ正犯トシ
テ處分スルコトヲ規定シタルモノナリ故ニ實行正犯ニ對シテ之ヲ教唆正犯ト稱スルコトヲ得
ヘシ然レトモ罰セラルヘキ教唆即チ教唆犯ハ實行正犯ノ如ク獨立ニ成立スルモノニ非スシテ
實行正犯ノ成立スルト否トニ因リテ其運命ヲ左右セラルル點ニ於テ附隨ノ性質ヲ有スルコト

從犯ト選フ所ナシ故ニ教唆及ヒ幫助(從犯)ヲ合セテ加擔(Tatamine)ト稱ス但加擔ハ廣義ニ
於テ共犯(廣義)ト同意味ニ用キラル

第三 教唆者ハ自己ノ所爲ニ因リ被教唆者カ特定ノ犯罪ヲ犯スノ意思ヲ生シ之ヲ實行スルニ至
ルヘキコトヲ觀念スルコトヲ要ス是レ教唆犯ニ於ケル故意ナケレハ教唆犯ノ成立
ヲ認ムルコトヲ得ス故ニ自己ノ過失ニ出テタル行爲カ偶々他人ノ犯意若クハ過失ヲ惹起スル
原因ト爲ルモ直チニ教唆犯ヲ以テ目スルコトヲ得ス又被教唆者カ教唆ノ故意ノ範圍内ニ屬セ
サル行爲ヲ爲シタルトキハ故意ノ阻却ニ因リ正犯行爲ノ全部若クハ一部ニ對スル教唆關係ヲ
阻却スルコトアリ

第四 教唆ノ手段ハ法律ニ於テ之ヲ限定セサルカ故ニ如何ナル方法ヲ用キルモ妨ナシ例ヘハ贈
物ノ提供若クハ贈與ノ口約、請託、囑託、權威ノ濫用、恐喝、勸告、犯後藏匿若クハ贓物處分ノ豫
約其他苟モ他人ヲシテ任意ニ犯罪ノ決意ヲ爲サシムルニ足ルヘキ一切ノ明示默示ノ手段方法
ハ皆教唆行爲タルヲ得ヘシ然レトモ(一)教唆ハ特定ノ重罪輕罪ニ關スルコトヲ要スルカ故ニ
漠然トシテ特定ノ犯罪行爲ヲ指示スルニ足ラサル手段ハ教唆タルヲ得ス(例ヘハ汝犯罪ヲ犯
サハ金千圓ヲ贈與スヘシトノ申込ハ教唆犯ヲ構成セス)(二)不可抗力ト爲ルヘキ暴行強迫
又ハ故意ヲ阻却スヘキ錯誤ヲ生セシムル所爲ハ教唆行爲タルヲ得ス(三)教唆ハ實行ノ全部ニ
亘ラサルヘカラス若シ他人ヲシテ罪素ノ一部ヲ實行セシメ他ノ一部ヲ自ら實行スルトキハ教

唆犯ニ在ラスシテ共同正犯タルヘシ例ハハ情ヲ告ケ報酬ヲ與ヘテ偽造私印ヲ他人ニ彫刻セシメ自ラ之ヲ使用スル場合ノ如キ是ナリ

第五 被教唆者ハ責任能力者ニシテ且故意ヲ有スルコトヲ要ス責任無能力者ニ對スル教唆ハ教唆犯タルコトナクシテ間接正犯ヲ構成ス故意ナキ者ニ犯罪ノ機會ヲ與フルトキ亦同シ但此場合ニ於テハ被利用者ノ方面ニ過失ノ單獨正犯ヲ存スルコトヲ妨ケス被教唆者ノ故意ハ教唆ヲ認識スルコト及ヒ犯罪ノ意思ヨリ成ル教唆ヲ認識セシテ故意ヲ生シタルトキハ獨立ノ決意ニシテ教唆ニ因ル決意ナリト認ムルコトヲ得ス反對説ハ現行刑法ノ解釋論トシテハ不當ナリ然レトモ教唆ノ當時ニ於テ被教唆者ハ特定ノ人タルコトヲ要セス例ヘハ新聞紙ニ載文ヲ掲載シテ内亂罪若クハ兇徒聚衆罪ヲ不定ノ購讀者ニ教唆スルコトヲ得ヘシ教唆犯ニ在リテモ不確定ノ故意ヲ以テ足ルモノニシテ教唆者ハ何人カ自己ノ教唆シタル犯罪ヲ犯スニ至ルコトヲ觀念シ何人カ此教唆ニ因リテ決意ヲ生シ其犯罪ヲ犯シタルトキハ教唆犯ノ成立ヲ認ムルニ充分ナリ

第六 教唆犯ハ他人ヲ教唆シテ重罪輕罪ヲ犯スノ決意ヲ爲サシムルモノニシテ被教唆者ハ教唆ニ依リ犯罪ノ決意ヲ爲スコトヲ要スルカ故ニ他ノ原因ニ基キ既ニ決意セラル者ニ對シテハ其行爲ヲ幫助スルコトヲ得ヘキモ教唆スルコトヲ得ス既ニ決意シタル者ナルコトヲ知ラスシテ教唆ヲ試ミタルトキハ教唆ノ未遂ニシテ教唆犯ヲ構成スルコトナシ

教唆行爲カ被教唆者ニ犯罪ノ決意ヲ生セシメタリト認ムルニハ教唆行爲ト被教唆者ノ決意トノ間ニ因果ノ關係アルコトヲ要ス換言スレバ教唆ハ正犯ノ原因タラサルヘカラス正犯ハ教唆ノ結果タラサルヘカラサルナリ故ニ甲カ乙ニ殺人ヲ教唆シタルニ何等ノ關係ナキ丙カ殺人罪ヲ犯シタルカ如ク實行行爲ノ條件タラサル教唆ハ教唆犯ヲ構成スルモノニ非ス然レトモ因果理論ノ適用トシテ教唆ハ唯一ノ條件タルコトヲ必要トセサルカ故ニ犯罪ノ傾僻アル者ニ對シテモ教唆ヲ爲スコトヲ得ヘク又報酬ニ對シ犯罪ヲ實行スヘキコトヲ申込ム者ニ對シテモ申込者カ一ニ報酬ノ有無ニ因リ進退ヲ決スヘキ場合ニ於テハ報酬給與ノ約束若クハ報酬ノ提供ニ因リテ教唆犯ヲ構成スヘシ

第七 教唆ハ正犯行爲ニ對スル唯一ノ條件タルコトヲ必要トセサルカ故ニ數人共同シテ一人ヲ教唆スルモ教唆犯ノ觀念ヲ妨ケス法律ハ特ニ共同教唆ノ規定ヲ置カスト雖モ解釋ノ理論上共同正犯ノ觀念ニ準シテ之ヲ説明スルコトヲ得ルモノトス
共同教唆ハ數人ノ行爲カ相合シテ正犯ノ決意ヲ生セシメタルノミナラス教唆者間ニ共同教唆ノ意思アルコトヲ要ス然レトモ共同教唆者全體ノ所爲ハ必スシモ同時ニ行ハルルコトヲ要セシテ時間上相連續スルコトヲ得所謂相續的教唆(continuative Anstiftung)ノ觀念是ナリ之ニ反シ甲者カ乙者ヲ威嚇シテ犯罪ヲ教唆シタルモ未ダ乙者ノ決意ヲ生セシムルニ足ラス其後甲者ニ關係ナキ丙者亦乙者ヲ教唆シ之ヲシテ犯罪ヲ犯スニ至ラシメタルトキハ假令甲者ノ教唆ナ

カヲセハ丙者ノ教唆ノミニテハ成功セサルヘキ關係アリトスルモ甲者ヲ教唆犯トシテ處罰スルヲ得ス何トナレハ甲者ノ行爲ト乙者ノ犯罪決意トノ間ニ於ケル因果關係ハ共同者ニアラザル丙者ノ任意行爲ノ中介ニ依リテ中斷セラルヘケレハナリ然レトモ共同教唆ノ意思ナキ甲乙二人カ同時ニ丙ニ對シテ教唆ヲ爲シタル結果トシテ丙者カ決意ヲ爲シタルトキ(例ヘハ甲乙何レモ某ヲ恨ミ共同ノ意思アルニ在ラスシテ甲乙各自ニ金千圓宛ヲ贈ランコトヲ約シテ丙者ニ某ヲ殺害スヘキコトヲ教唆シタルニ某ハ金二千圓ヲ取得センカ爲メ殺害ノ決意ヲ爲ス)ハ附帶教唆トシテ甲乙各自全部ノ責ニ任セサルヘカラス(オルスハウゼン)反對説)

第八 既ニ説明シタルカ如ク教唆カ未遂ニ終ル場合即チ被教唆者カ犯罪ノ決意ヲ生セス若クハ決意後實行著手以前ニ於テ實行ヲ斷念シタル場合ニ於テハ教唆犯ヲ構成セス之ニ反シ正犯行爲カ未遂犯タルトキハ常ニ教唆犯ノ成立ヲ認ムルコトヲ得ルモノトス然レトモ教唆者カ最初ヨリ正犯行爲ヲシテ未遂ニ終ラシメシコトヲ豫期シテ教唆シタルトキ(例ヘハ教唆者カ正犯未遂ノ程度ニ於テ之ヲ逮捕セシムル意思ヲ以テ教唆シタルトキ)ハ教唆犯ヲ構成スルヤ否ヤニ付テハ場合ヲ分テ説明スルヲ要ス

一 此ノ如キ場合ニ於テ教唆ヲ受ケタル者カ例ヘハ教唆者ノ心底ヲ看破シ寧ロ教唆者ヲ欺罔シテ報酬ヲ受ケンカ爲メ陽ニ教唆事項ヲ遂行センコトヲ裝ヒツツ事ノ未遂ニ終ルヘキコトヲ豫期シテ意思活動ヲ爲シタル場合ニ於ケル如ク最初ヨリ結果ヲ生セシムル意思ナキトキ

ハ犯罪ノ意思アリト謂フヲ得ス從テ未遂犯ヲモ構成スルコトナキカ故ニ又教唆犯ヲ存スルコトヲ得ス(但此ノ如ク教唆ヲ受ケタル者ニ犯罪ノ意思ナキトキハ教唆者ノ方面ニ於テ犯罪ノ既遂ヲ教唆スル意思アリタル場合ニ於テモ等シク教唆犯ヲ構成セス)

二 被教唆者ハ實行ヲ遂クルノ意思アリタルモ教唆者ノ豫期シタル如ク未遂ニ終リタル場合ニ付テハ學說一致セス一説ニ依レハ教唆者ハ被教唆者ノ行爲ヲシテ未遂ノ範圍ヲ超エナラシムルノ自由ヲ有セサルカ故正犯ノ既遂ニ關シテ常ニ少ナクトモ不確定ノ故意ヲ有スト謂ヒ(此見解ハ實際ノ事態ニ反スルモノニシテ探ルニ足ラス)他ノ一説ニ依レハ教唆者ノ故意ハ正犯ノ故意ト等シク實行既遂ニ向ヘルコトヲ要スルカ故ニ本問ノ場合ニハ教唆ノ故意ヲ欠缺スト云ヒ更ニ第三種ノ見解ニ依レハ正犯カ實行ヲ遂クルノ意思ヲ以テ實行ニ著手シタル以上ハ未遂ニ終ル場合ト雖モ尙ホ重罪輕罪タルコトヲ得ルカ故ニ教唆犯ノ成立ヲ認ムルニ妨ナシト主張ス蓋シ第三説ヲ以テ正當ト爲スヘキカ如シ

第九 教唆者ノ觀念ト正犯行爲トノ齟齬カ教唆關係ニ及ホスヘキ影響ハ種種ノ場合ニ付テ之ヲ觀察スルヲ便宜ナリトス

一 正犯カ教唆ニ何等ノ關係ヲ有セサル(全然性質ヲ異ニセル)罪ヲ犯シタルトキハ全然教唆ノ故意ヲ阻却ス例ヘハ竊盜ノ教唆ヲ受ケタルニ賭博罪ヲ犯シ貨幣偽造ノ教唆ヲ受ケタルニ殺人罪ヲ犯シタル場合ノ如キ是ナリ然レトモ正犯カ教唆ニ乘シテ指定ノ範圍ヲ超越スル重

キ罪ヲ犯シタルトキハ教唆者ハ指定シタル罪ニ付テ教唆ノ責ニ任スヘク又正犯カ指定サレタル所ヨリ輕キ程度ノ罪ヲ犯シタルトキハ正犯現ニ行フ所ノ罪ニ付テ教唆關係ヲ存ス例ハハ竊盜ノ教唆ヲ受ケタルニ強盜ヲ爲シ強盜ノ教唆ヲ受ケタルニ竊盜ヲ爲シタルカ如キ場合ニ於テハ教唆者ハ竊盜罪ノ教唆ニ付テノミ處罰セラルヘシ

二 教唆者カ特定ノ方法ヲ指示シタルニ正犯カ之ト異ナリタル方法ヲ以テ罪ヲ犯シタルトキハ教唆者ハ指示以上ノ事ニ付テ責ヲ負ハス又現ニ行ハレタル以上ニ責ヲ負ハス例ハハ拘摸ノ手段ニ依ル竊取ヲ教唆シタルニ正犯カ暴行ヲ加ヘテ財物ヲ強取シタルトキハ竊盜ニ付テノ教唆犯ヲ存シ脅迫ヲ以テ財物ヲ強取スヘキコトヲ教唆シタルニ正犯カ恐喝ヲ以テ財物ヲ強取シタルトキハ恐喝取財罪ニ付テノ教唆犯ヲ存ス然レトモ法律上同價値ナル方法ハ指示シタル所ト異ナル場合ニ於テモ何等ノ影響ナシ例ハハ恐喝取財ノ教唆ニ因リ欺罔取財罪ヲ犯シ文書ニ依ル官吏侮辱ヲ教唆セラレ公然ノ演說ヲ以テ該犯罪ヲ犯シタル場合ノ如キ是ナリ

現ニ行ハレタル犯罪若クハ現ニ用キラレタル手段カ指定サレタル犯罪若クハ指示サレタル方法中ニ包含セラレルルヤ否ヤハ教唆者ノ故意カ少ナクトモ不確定的ニ其犯罪若クハ手段ニモ及ヒタルヤ否ヤニ依リテ決定スヘキ事實問題ニシテ推定問題ニ在ラス然レトモ一定ノ方法ヲ指示シタル以上ハ當然其方法中ニ包含セラレヘキ範圍ノ手段ニ付テ特ニ指示セザルモ

教唆犯タルヘキコト勿論ナリ

三 加重罪ノ場合ニ於テハ正犯モ故意ノ及ハサル重キ結果ニ付テ責ヲ負フカ故ニ基本タル行為ニ付テ正犯カ教唆者ノ指示シタル方法ヲ用キタル以上ハ教唆者モ亦加重罪ニ付テ教唆犯タル責ニ任セサルヘカラス要スルニ加重罪ノ場合ニ於テハ教唆者カ其觀念ノ及ハサル結果ヲ標準トスル罪責ヲ負フモノトス(反對說アリ)

四 目的物ニ關スル齟齬ハ教唆關係ヲ阻却セス例ヘハ甲カ乙ニ對シ丙ヲ殺害スヘキコトヲ教唆シタルニ乙ハ丁ヲ丙ナリト誤認シテ丁ヲ殺シタル場合又ハ甲カ乙ニ對シ丙ノ所持ニ係ル金側時計ヲ竊取スヘキコトヲ教唆シタルニ乙ハ丙ノ銀側時計若クハ其他ノ物件ヲ竊取シタル場合ノ如キハ甲ヲ殺人罪又ハ竊盜罪ノ教唆犯ニ問ハサルヘカラス(反對說多シ)

五 被教唆者カ自ら實行セス更ニ第三者ヲ教唆シテ實行セシメタルトキハ第一ノ教唆ヲ教唆犯トシテ處分スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ學者ノ見解一致セス積極、消極ノ二說アリ蓋シ現行刑法ハ教唆行爲ト正犯ニ於ケル結果トノ間ニ因果ノ連絡ヲ認メスト雖モ教唆行爲ト正犯ノ犯罪決意トノ間ニハ因果ノ關連アルニ在ラサレハ正犯ニ對スル教唆關係ヲ認ムルコト能ハサルハ既ニ述ヘタル所ニキテ此因果觀念ハ正犯ニ於ケル行爲ト結果トノ間ニ於ケル因果觀念ト毫モ異ナル所ナキヲ以テ因果關係中斷ノ觀念モ亦等シク通用スルモノト認メサレヘカラスルカ故ニ最初ノ教唆ト第三者ノ犯罪決意トノ因果連絡ハ最初ノ被教唆者ノ教唆

行為ニ因リテ中斷セラレタリト認ムヘク從テ最初ノ教唆ハ對正ニ對ズル教唆ニ非シテ教唆ニ對スル教唆トシテ現行刑法上無處罰ナリト謂フヲ正當トス然レトモ此場合ニ於テ最初ノ被教唆者カ責任無能力者ナルカ又ハ犯意ナクシテ教唆ノ取次ヲ爲シタル場合ニハ間接教唆ヲ認ムルコトヲ得ヘシ(間接正犯ノ觀念ニ相對ス)我大審院ハ通説ニ從ヒ反對論ヲ採ル(明治三十六年九月二六〇四號同三十七年四月十五日判決及ヒ同三十七年九月二四一號同年十二月二十二日判決參照)

第一〇 教唆犯ハ其成立上正犯ニ附隨ス故ニ正犯ニシテ成立セザルトキハ教唆犯ヲ存セス又一定ノ身分ヲ構成要素トスル犯罪ハ其身分ヲ有スルモノニ在ラサレハ之カ正犯タルヲ得サルニ拘ハラス身分ナキ者ト雖モ正犯ニ附隨シテ教唆犯タルコトヲ得ヘシ然レトモ教唆犯ニシテ成立シタル以上ハ教唆者モ亦正犯ト看做シテ處分ス(第一〇五條ニ「正犯ト爲ス」トアルハ此意味ニ外ナラス)換言スレハ教唆者ハ其故意ノ及ヒタル範圍及ヒ實行正犯ノ行為ノ發展シタル程度ニ於テ恰モ自ら實行ヲ爲シタルカ如ク處分セラルルモノナリ故ニ正犯及ヒ教唆者ノ間ニ於テハ共同正犯相互間ニ於ケルト等シク其一方ニ存スル身上關係ニ基ク加重減輕ハ他ノ一方ニ何等ノ影響ヲ及ホスヘキモノニ非ス刑法第一〇六條ハ正犯ノ身分ニ因リ別ニ刑ヲ加重スヘキトキハ他ノ正犯、從犯及ヒ教唆者ニ及ホスヘカラサルコトヲ規定スルニ過キストハ雖モ所謂身分ハ廣ク各犯人ノ一身上ノ資格及ヒ犯人ト犯罪ノ容體若クハ目的物トノ關係等凡ソ犯人ノ

身上ニ關スル刑ノ加重事由ヲ總稱スルモノト解スルヲ至當トシ又加重ノ場合ト減輕ノ場合トヲ區別スヘキ理由ナク而シテ既ニ教唆者ハ其處分上正犯ト看做サルル以上ハ教唆者ノ身上關係ニ基ク加重減輕ニ付テハ同條ノ適用アルヘキハ當然ナリ是ヲ以テ例ヘハ正犯若クハ教唆者ノ一方ノミニ對シテ再犯加重ヲ爲シ若クハ年齡減等ヲ行フ場合アルノミナラス教唆者ニ對スル本刑カ正犯ニ對スル本刑ト異ナル場合ヲ生スルモノトス例ヘハ甲カ乙ヲ教唆シテ乙ノ父ヲ殺サシメタルトキハ乙ニ付テハ第三六二條ヲ甲ニ對シテハ第一〇五條、第二九四條ヲ適用スヘク之ニ反シ甲カ乙ヲ教唆シテ甲自身ノ父ヲ殺サシメタルトキハ乙ニ對シ第二九四條(若クハ第二九二條)甲ニ對シテハ第一〇五條、第三六二條ヲ適用スヘシ之ト等シク例ヘハ他人ヲ教唆シテ自己ノ外居住者ナキ自己ノ家屋ニ放火セシメタルトキハ被教唆者ニ第四〇二條ヲ教唆者ニ第一〇五條、第四〇七條ヲ適用スヘク又子カ他人ヲ教唆シ親ノ所有物ヲ竊取セシメタルトキハ被教唆者ヲ處罰シ教唆者ハ第一〇五條、第三七七條ニ依リ不論罪トス然リ而シテ教唆者ハ其故意ノ及ヒタル範圍内ニ於テ刑責ヲ負フ結果トシテモ亦教唆者ト正犯ト本犯ヲ異ニスルコトアリ例ヘハ甲カ乙ニ對シ竊盜ヲ教唆シタルニ乙ハ甲ノ豫見セザル暴行脅迫ヲ用キテ財物ヲ盜取シタル場合ニ於テハ甲ハ第一〇五條、第三六六條ニ依リ乙ハ第三七八條ニ依リテ處分ス

第一一 法律カ教唆行為ヲ特ニ獨立罪ト爲シタルトキハ實行行為カ犯罪ヲ構成スルト否トニ論

ナク獨立ニ犯罪ヲ構成スル結果トシテ處罰ニ付テモ總則共犯ノ規定ニ依ルコトナシ例ヘハ自
殺教唆ノ如キ是ナリ

所謂必要の共犯(廣意)ノ場合ニ於テ法律カ一方ノ行為ヲ處罰シ他一方ノ行為ニ科刑セザルト
キハ此行為カ彼ノ行為ニ對シテ教唆ト爲レル場合ニモ之ヲ教唆犯トシテ處分スルヲ得ス例ヘ
ハ官吏ニ對シ贈賄シタル者ハ官吏收賄罪ノ教唆ヲ以テ論スルコトヲ得ス但明治三十四年法律
第三七號讀職法第一條第二項ノ如ク贈賄行為ヲ獨立ノ罪トシテ處置スルノ規定アルトキハ論
外ナリ刑法第二三四條ノ如キ亦同シ

其他刑法第二三〇條ニ於ケルカ如キ特別ノ規定ヲ存スル結果トシテ教唆及ヒ實行ノ所爲カ全然
總則共犯ノ規定ニ依リテ律スヘカラサル場合アリト雖モ此ノ如キ特別規定ニ付テハ茲ニ悉ク
列擧スルヲ得ス

第三十五章 從犯

第一 從犯トハ他人カ犯罪ヲ犯スコトヲ知リテ之ヲ幫助シ其犯罪ヲ容易ナラシムルヲ謂フ而シ
テ從犯ノ觀念ハ理論上違警罪ノ場合ニ付テモ亦想像スルコトヲ得ヘシト雖モ現行法ハ之ヲ重
罪、輕罪ノ場合ニ限リタリ

茲ニ所謂重罪、輕罪トハ刑罰ヲ科セラレタル有責違法ノ行為ヲ指稱スルモノニシテ有責ナラ

サル行為ヲ幫助シタル者ハ間接正犯ヲ以テ論スヘキモ從犯ノ觀念ヲ以テ律スヘキモノニ非ス

第二 從犯ハ正犯ノ行為ヨリ生スル結果ニ對シテ一ノ原因ヲ與フルモノニシテ理論上ニ於テハ
從犯行為ト正犯行為ノ結果トノ間ニ因果關係ノ存在ヲ認メサルヘカラス然レトモ現行法ニ於
テハ從犯ハ他人ノ犯罪ヲ幫助スルニ止マリ自ラ犯罪ヲ犯ス者ニ在ラスト看做シタリ是レ法律
ノ規定ニ基ク例外ナリト謂ハサルヘカラス外國ノ立法例中ニ於テハ我現行法ニ所謂從犯ノ所
爲ヲ以テ等シク正犯中ニ列スルモノアルコトハ既ニ説明シタルカ如シ

第三 幫助ノ行為ハ正犯ノ罪ヲ容易ナラシムヘキ一切ノ豫備行為ヲ包含ス法律ニ於テハ器具ヲ
給與シ又ハ誘導指示スルコトヲ例示スルト同時ニ其他豫備ノ所爲ナル語句ヲ以テ廣ク幫助行
爲ヲ認メタリ故ニ幫助行為ハ必スシモ有形ノ手段タルコトヲ必要トセス精神的ニ幫助ヲ與フ
ルコトヲ妨ケス例ヘハ踰越竊盜ヲ容易ナラシムルカ爲メニ牆壁ニ梯子ヲ架シタル者ハ勿論言
語ヲ以テ目的物ノ所在ヲ教示スルカ如キモ亦從犯タリ法律ニ所謂器具ヲ給與ストハ有形のノ
幫助ヲ例示シ又ハ誘導指示ストハ無形ノ幫助ヲ包含スルコトヲ約シ若クハ贓物ヲ寄藏、
罪ノ決意ヲ有スル者ニ對シ犯罪實行ノ後其隱匿所ヲ給與スルコトヲ約シ若クハ贓物ヲ寄藏、
牙保スヘキコトヲ約スルニ依リテ犯罪ヲ容易ナラシムル如キモ亦幫助行為ニ屬ス其他幫助行
爲ハ積極的ニ犯スコトヲ得ルノミナラス又消極的ニ之ヲ犯スコトヲ得例ヘハ法律上犯罪行為
ヲ防止スヘキ義務アル者カ故意ニ之ヲ防止セサルトキハ消極的ノ幫助ナリト謂フコトヲ得ヘ

シ又或物品ノ監守者カ他人ノ之ヲ竊取スルニ當リ毫モ之ヲ防止セザルトキハ竊盜ノ從犯ヲ以テ論スルコトヲ得ヘシ

第四 從犯ハ教唆ト均シテ他人ノ犯罪ニ加擔スル態様ナリト雖モ其教唆ト異ナル點ハ教唆ニ在リテハ犯罪ノ意思ナキ他人ヲシテ其決意ヲ爲サシムルニ反シ從犯ニ在リテハ既ニ犯罪ノ意思アル者ニ對シ補助ヲ與ヘテ犯罪ヲ容易ナラシムルノ點ニ存ス故ニ犯罪ノ意思ナキ者ニ對シテハ教唆ヲ存スルモ從犯ノ觀念ヲ存スルコトヲ得ス次ニ從犯ノ觀念ヲ存スルニハ從犯者カ他人ノ犯罪ヲ補助シテ之ヲ容易ナラシムルノ意思アルコトヲ必要トスルハ明カニシテ若シ此認識ナキトキハ從犯ノ觀念ヲ存スルコトヲ得スト雖モ正犯ノ方面ニ於テハ從犯者ニ於テ自己ヲ補助スルノ事實ヲ知ルコトヲ必要トセス(教唆ノ場合ニハ正犯カ教唆ヲ認識スルコトヲ要ス)

第五 現行法ハ從犯ヲ以テ共犯ニ於ケル從タル形式ナリトシ之ヲ共同正犯ト區別ス然レトモ共同正犯ト從犯トヲ區別スル標準ニ關シテハ學者ノ見解一致セス其主要ナルモノ三說アリ第一說ニ依レハ共同正犯ニ在リテハ其行爲カ他ノ正犯ノ行爲ト原則上同價值ナルコトヲ要シ從犯ニ在リテハ其價值輕微ナル加擔ヲ爲スニ過キス換言スレハ正犯ハ原因ヲ與フルモノニシテ從犯ハ一ノ條件ヲ與フルモノニ過キス即チ共同正犯ハ結果ニ對シテ共同原因ヲ與ヘ從犯ハ單ニ一ノ條件ヲ與フルモノニシテ教唆ト從犯トノ差異ハ此點ニ求ムルコトヲ得ルノミト爲スモノニシテ其所謂原因ハ最も重要ナル條件ナリ故ニ共同正犯ハ數人ヨリ與ヘラレタル條件カ其一ヲ缺

クトキハ即チ結果ヲ發生セシムルコトヲ得サルカ如キ關係ニ於テ同價值ナルコトヲ必要トスルモノニシテ例ヘハ數人カ一人ノ力ニ及ハサル重キ物體ヲ共同シテ運搬スルカ如キ場合若クハ甲乙ノ二人カ丙ニ對シテ各自一滴ノ毒藥ヲ施用シ丙カ甲乙二人ノ施用シタル毒藥ノ分量ニ依リテノミ死亡シタルカ如キ場合ニ於テ共同正犯ヲ認メ此ノ如キ關係ヲ有セサル條件ハ共同正犯ノ基礎タルコトヲ得サルモノト解ス第二說ニ依ルトキハ共同正犯ト從犯トヲ區別スヘキ標準ハ共犯者ノ行爲カ實行行爲ノ一部ニ屬スルヤ否ヤノ點ニ在ルモノニシテ數人カ實行行爲ヲ分擔シタルトキハ共同正犯ノ觀念ヲ存シ一人カ實行行爲ヲ爲シ他人カ實行行爲ニ屬セサル行爲ニ依リテ之ニ加擔シタルトキハ即チ從犯ナリト爲ス第三說ニ從フトキハ原因ト條件トヲ區別スルコトハ不能ニシテ總テノ條件ハ其價值ヲ同シウスルモノナルカ故ニ共同正犯ト從犯トノ區別ヲ客觀的ノ標準ニ依リテ決セントスルハ不可能ナリ區別ノ標準ハ寧ロ主觀的方面ニ之ヲ求メサルヘカラス即チ正犯ノ意思ヲ以テ行爲ヲ爲ス者ハ共同正犯ナリ正犯ノ意思(animus auctoris)ヲ有スル者ハ其行爲ヲ自己ノ行爲トシテ之ヲ欲シ自己ノ利益ヲ其行爲ニ依リテ追求シ無條件ニ其行爲ヲ爲スノ決意ヲ有ス之ニ反シ從犯ハ從犯ノ意思(animus socii)ヲ以テ行動スルモノニシテ其實行他人ノモノトシテ希望シ他人ノ利益ヲ圖リ正犯者カ其實行ヲ欲スル場合ニ於テノミ之ヲ爲サンコトヲ欲スト云フニ在リ是ニ因リテ之ヲ觀レハ第一說ト第二說トハ客觀方面ニ區別ノ標準ヲ求メ第三說ハ主觀元素ニ依リテ二者ヲ區別セントスルモ

ノナルコトヲ知ルヘシ

第六 第一説ハ原因ト條件トヲ區別セントスルモノニシテ到底維持スルコトヲ得ス第三説ハ其論決ニ於テ甚タシキ不結果ヲ生ス即チ此説ニ從フトキハ犯罪ヲ實行スル者モ亦正犯ナリト云フコトヲ得サル場合アリ例ヘハ犯人カ他人ノ利益ノ爲メニ其犯罪ヲ行ヒタル如キ場合ニ於テ然リトス又同一ナル事情ノ下ニ於テ同一ナル行爲カ犯人ノ意思ニ依リテ或ハ共同正犯トナリ或ハ從犯トナルカ如キ不當ノ結果ヲ生ス例ヘハ他人カ竊盜ヲ爲スニ當リテ屋外ニ瞭望ヲ爲ス者カ自己ノ利益ノ爲メニスル意思アルトキハ共同正犯トナリ實行者ノ利益ヲ補助スルノ意思ナルトキハ從犯ト看做サルヘキカ如キ是ナリ蓋シ現行法ノ解釋トシテハ採用スルコトヲ得ス現行刑法ノ解釋トシテハ區別ノ標準ヲ客觀的要素ニ求ムルヲ以テ至當トス第一〇四條ニ二人以上現ニ罪ヲ犯スト云フハ二人以上共同シテ犯罪ヲ實行スルコトヲ意味シ第一〇九條ニ二人豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助ストハ實行以外ノ所爲ヲ以テ正犯ノ行爲ニ加擔スルコトヲ意味スルモノト解セサルハカラス是レ即チ第二説ト其趣旨ヲ同シウスルモノニシテ實行行爲ヲ分擔スル者ハ共同正犯ニ屬シ實行以外ノ所爲即チ豫備ノ所爲ヲ以テ正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシムル者ハ從犯タリ而シテ一定ノ行爲カ一定ノ犯罪ノ實行行爲ニ屬スルカ將タ豫備行爲ニ屬スルカハ各種ノ犯罪各個ノ場合ニ付テ之ヲ講究セサルヘカラス此標準ニ從フトキハ強竊盜ノ瞭望者ハ常ニ從犯ヲ以テ論スヘク共同正犯ヲ以テ論スルコトヲ得ス何トナレハ瞭望ハ強竊

盜罪ニ於テ爾構成要素ノ一ニ在ラサレハナリ之ニ反シ甲者カ乙者ヲ取押ヘ丙者カ乙者ヲ刃傷シタル場合ニ於テハ甲丙ノ兩者ハ共同正犯ニシテ甲ハ丙ノ犯罪ヲ幫助シタリト云フノ程度ニ止マルモノニ非ス蓋シ殺傷罪ノ如キ場合ニ於テハ殺傷ニ付テノ手段方法ヲ限定セス故ニ被害者ヲ巨大ナル重量ノ物件ニテ壓迫シテ死ニ致スカ如キ其他如何ナル方法ヲ以テスルモ故意ニ殺傷ノ結果ヲ生セシメタルトキハ即チ犯罪ヲ構成スルモノナルカ故ニ被害者ニ對シテ兇刃ヲ加フルカ爲メニ之ヲ取押フルカ如キ亦實行行爲ノ一部ナリト謂ハサルヘカラス所謂結合罪ノ場合ニ於テハ其構成要素ノ一ヲ分擔シタル者ハ常ニ共同正犯ヲ以テ論スルヲ得ルコト疑ナシ例ヘハ一人カ暴行ヲ加ヘ一人カ財物ヲ奪取シタルトキハ之ヲ共同正犯ニ問フコトヲ得ルハ明カナリ

第七 共同正犯及ヒ從犯ノ區別ニ關シテハ以上説明シタル外尙ホ多數ノ學說アリ例ヘハ區別ノ標準ヲ結果ニ對スル影響ノ輕重如何ニ求メントスル者アリ此説ニ依ルトキハ結果ノ發生上重要ナル影響ヲ有スル所爲ハ共同正犯ニシテ單ニ之ヲ容易ナラシムルニ過キサル所爲ハ從犯ナリト謂フニ在リ例ヘハ他人ヲ殺サントスル者ニ凶器ヲ給與スルカ如キハ一ニ場合ニ於テ單ニ結果ノ發生ヲ容易ナラシムルニ過キサルカ故ニ從犯ナリト雖モ對岸ニ在ル被害者ヲ殺サントスル者ニ對シ銃砲ヲ給與スルカ如キハ犯罪ノ實行上必要ナル所爲ナルカ故ニ共同正犯タルコトヲ得ヘク又瞭望ノ如キハ強竊盜ノ實行上必要ナルモノナルカ故ニ共同正犯タリト爲スナ

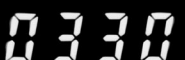
刑法論 犯罪ノ體裁 共犯 從犯

リ蓋シ此見解ハ第一說ト大同小異ニシテ其説明ヲ異ニスルニ過キス此見解ノ基ク所ハ他人ノ犯罪ヲ容易ナラシムルコトハ從犯ノ一要素ナルカ故ニ他人ノ犯罪ヲ容易ナラシムルニ過キサル所爲ナルト其以上ノ影響ヲ有スル所爲ナルトニ依リ區別ヲ認メサルヘカラスト爲スニ在リ然レトモ第一〇九條ニ他人ノ犯罪ヲ幫助シテ之ヲ容易ナラシムルコトヲ必要トスルハ他人ノ犯罪ヲ幫助セントスルモ實際ニ於テ之ヲ容易ナラシムルノ效果ヲ有セサル場合(例ヘハ甲カ丙ヲ殺サントスル乙ニ刀物ヲ給與シタルモ乙ニ於テ之ヲ使用セサル場合)ニ於テハ從犯ナキコトヲ明カニスルノミニシテ從犯行爲ノ實質ハ寧ろ豫備ノ所爲即チ實行ニ屬セサル行爲ナル點ニ存ス他人ノ犯罪ヲ容易ナラシムルコトハ行爲ノ結果タルニ過キス或ハ又精神的ニ媒介セラレタル因果關係ハ從犯若クハ教唆ヲ構成シ物質的ニ媒介セラレタル因果關係ハ正犯ノ基礎タルコトヲ得ルモノト論スル者アリト雖モ從犯ハ精神的ノ幫助ヲ與ヘタル場合ノミナラス物質的ノ幫助ヲ與ヘタル場合ニ於テモ存スルコト明白ニシテ本說ハ採用スルニ足ラス更ニ他ノ一說ニ依レハ區別ノ標準ハ主觀客觀ノ兩元素ニ付テ求ムルヲ要スルモノニシテ正犯ノ意思ヲ以テ實行行爲ヲ分擔シタル者ハ之ヲ正犯トシ正犯ノ意思ヲ有スルモ實行行爲ヲ分擔セス又ハ實行行爲ヲ分擔スルモ幫助ノ意思ヲ有スルニ過キサル者ハ之ヲ從犯ト爲ス然レトモ自己ノ行爲カ一條件ト爲リ當結果ノ發生スヘキコトヲ觀念シテ罪素ニ屬スル行爲ヲ爲シタル以上ハ正犯タルニ充分ニシテ本人カ自己ノ舉動ヲ正犯行爲ナリト判斷スルヤ將タ從犯行爲ナリト信ス

ルヤハ何等ノ影響ヲ生スヘキニ非サルナリ

第八 從犯ハ法律ニ於テ其處分上之ヲ正犯ト看做サス正犯ノ刑ヲ標準トシ之ニ一等ヲ減シテ處分スルヲ原則トシ正犯現ニ行フ所ノ罪從犯ノ知ル所ヨリ重キトキハ唯其知ル所ノ罪ニ照シ一等ヲ減スルモノトス例ヘハ甲ハ乙カ踰越竊盜ヲ爲スモノト信シテ梯子ヲ給與シタルニ乙ハ屋內ニ侵入セラル上強盜ヲ爲シタリトセハ甲ハ踰越竊盜ノ刑ニ照シ一等ヲ減シテ之ヲ處分セサルヘカラスト然レトモ加重罪ノ場合ニ於テハ基本行爲ニ付テ幫助ノ意思アル以上ハ重キ結果ヲ豫見セサルトキト雖モ現ニ行フ所ノ罪ニ從ヒ一等ヲ減スヘキモノトス例ヘハ甲カ乙ノ丙ヲ毆打創傷スルコトヲ知リテ之ニ刀物ヲ給與シタルニ乙カ之ヲ使用シテ丙ヲ斬傷シ遂ニ死ニ致シタルトキハ毆打致死ノ罪ニ照シ一等ヲ減シテ甲ヲ處分スヘキカ如シ此場合ニ於テ乙カ丙ヲ故殺シタルトキト雖モ其處分亦同様ナラン(加重罪ノ場合ニ關シ反對說アリ)

第九 正犯ノ身上ニ於ケル加重減輕ノ事由カ從犯ニ及ハサルト等シク從犯ノ身上ニ於ケル此種ノ事由ハ正犯ト獨立ニ之ヲ認ムヘキモノナルカ故ニ身分ニ因リ刑ヲ加重スヘキ者從犯ト爲ルトキハ其重キニ從テ一等ヲ減シ(例ヘハ甲カ己レノ父ヲ殺害スル乙ヲ幫助シタル場合ニ於テハ第三六二條第一項ノ刑ニ照シ一等ヲ減シテ甲ヲ處分ス)正犯ノ身分ニ因リ刑ヲ減免スヘキトキト雖モ正犯ノ本刑ニ照シ一等ヲ減スルニ過キス(一一〇條參照)然レトモ犯罪其モノニ對著スル減輕事由ハ從犯ニ及フヘキコト勿論ナリ何トナレハ幫助ハ正犯カ現ニ行ヒタル所ニ對



シテノミ影響ヲ及ホスモノニシテ其以外ニ幫助ノ關係ヲ存セザレハナリ第一〇九條ニハ第一〇八條第二號ノ如キ明文カシト雖モ理論上ハ當ニ然ラザルヲ得ズ故ニ例ヘハ甲ハ乙カ持凶器強盜ヲ爲スモノト信シテ凶器ヲ之ニ貸與シタルニ乙ハ持凶器竊盜ヲ犯シタルトキハ甲ノ處分ニ付テモ第一〇九條第三七〇條ヲ適用スヘク第三七九條ヲ適用スルヲ得ヌ又甲カ乙ノ竊盜ヲ幫助シタルニ竊盜未遂ニ終リタルトキハ甲ノ處分ニ付テモ第一一二條ヲ適用セザルヘカラス

第一〇以上説明スル所ノ外教唆犯ニ關スル説明ハ總テ之ヲ從犯ニ準用スルコトヲ得

(丙) 一罪數罪

第三十六章 通論

第一 同一人カ一罪ヲ犯シタル場合ト數罪ヲ犯シタル場合トハ法律上ノ制裁ヲ異ニスルカ故ニ一罪ト數罪トノ區別ヲ説明スルノ必要アリ現行刑法典ハ數罪俱發ヲ一ノ重キニ從テ處斷スルノ主義ヲ採用スルカ故ニ一罪タルト數罪タルトハ實際上ノ效果ニ於テ差異ナキカ如キ觀アリト雖モ特別刑法ニ於テ數罪ニ對シテ刑罰ヲ併科スルノミナラス普通刑法ニ於テモ違警罪ニ付テハ併科主義ヲ認メ又數箇ノ犯罪カ再犯關係ニ在ルトキハ刑罰ヲ加重スルヲ以テ原則ト爲スカ故ニ現行法ノ解釋トシテモ此區別ヲ明カニスルノ必要アリ

第二 一罪數罪ヲ區別スル標準ニ關スル學說ハ極メテ區區ニ亘レリ即チ或學者ハ行為ノ數ヲ標準トシテ罪數ヲ決スヘキモノト爲シ他ノ學者ハ法益ノ數若クハ結果ノ數ヲ標準トシテ罪數ヲ區別セントシ又他ノ學者ハ意思ノ數ニ依リテ標準ヲ定メントス而シテ行為ヲ標準トスル學者中ニテモ行為ニ關スル觀念ヲ異ニスルカ爲メニ同一ノ事實ニ關シテ其論決ヲ同シウセザルヲ見ル

第三 行為ヲ標準トスル學者ノ説明スル所ニ依レハ犯罪ハ行為ナルカ故ニ原則トシテ犯罪ノ數ハ行為ノ數ニ依リテ之ヲ決定セザルヘカラスト謂フニ在リ而シテ行為標準論者中或ハ行為ハ普通ノ觀念ニ於テ之ヲ解釋スヘキモノナルカ故ニ一箇ノ意思活動ヨリ數箇ノ行為ヲ生スルコトヲ得スト爲ス者アリ之ニ反シ法律上ニ於ケル行為ノ觀念ハ自然ノ意義ニ於ケル行為ト異ナリ意思活動ヨリ生シタル結果ノ數ニ依リテ行為ノ一箇ナルヤ數箇ナルヤヲ判斷セザルヘカラス即チ自然ノ意味ニ於テ一行為ナリトスヘキ場合ニ於テモ其行為カ數箇ノ結果ヲ有スル場合ニ於テハ法律上之ヲ數箇ノ行為ナリト謂フヘキモノナリ例ヘハ一箇ノ意思表示ヲ以テ二箇ノ申込ヲ承諾スルトキハ普通ノ意味ニ於テハ一箇ノ行為アルニ過キスト雖モ二箇ノ法律行為ヲ生スルカ如キ是ナリト説明ス又或ハ法律上ニ於ケル行為ハ決心ト結果トヲ以テ成立スルモノニシテ數箇ノ決心ト之ニ相當セル數箇ノ結果アルトキハ舉動カ單一ナルト否トニ拘ハラズ法律上數箇ノ行為アリト説明スル者アリ此ノ如キ異論アル結果トシテ行為ノ數ニ依リテ罪數ヲ



區別セントスル學說中ニ於テモ其論決ニ於テ相同シカラサルモノヲ生スルナリトシテ、
 第四 結果ヲ以テ標準トスル學說ノ要旨ニ曰ク犯罪ノ刑罰ノ制裁ヲ附シタル有責不法ノ行為ガ
 ルヲ以テ此點ヨリ觀察スルトキハ行為其モノヲ以テ犯罪ノ基本トシ犯罪ノ數ハ行為ノ數ニ依
 リテ之ヲ定ムヘキカ如シト雖モ法律カ犯罪者ニ對シテ刑罰ノ制裁ヲ加フル所以ハ其行為カ特
 種ノ法益ヲ侵害スルカ爲メニシテ其行為ヲ爲シタル犯人ヲシテ其行為ヨリ生シタル各箇ノ法
 益侵害ニ對シ其責ニ任セシムルモノニ外ナラス是レ法律カ各箇ノ法益侵害ニ對シテ正條ヲ
 設ケ之ニ固有ナル刑罰ヲ設タル所以ニシテ各箇ノ法益侵害ハ實ニ犯罪行為ノ基本要素ヲ形
 成スルモノト謂ハサルヘカラス故ニ犯罪ノ數ヲ定ムルニハ犯人ノ爲シタル法益ノ侵害カ單一
 ナルヤ否ヤヲ以テ標準ト爲ササルヘカラス加之行為ハ犯人カ其犯罪ノ決心ヲ實行シテ犯罪
 結果ヲ得ルノ手段タルニ過キサルカ故ニ手段ノ單一ナルト否トハ罪數ヲ決スルニ關係ナシ犯
 罪ハ行為ナリト云フハ犯罪行為ト其單位ヲ一ニスヘキコトヲ示スモノニ在シテ犯罪ノ決
 心カ外部ノ行為ニ表ルルコトヲ必要トスルノ主意ヲ示スニ外ナラス現行法ニ於テハ數箇ノ行
 爲ヲ結合シテ一罪ヲ構成セシムル場合アルノミナラス所謂連續犯ノ觀念カ學說上認定セラ
 ルカ如キハ行為ノ數ト犯罪ノ數トカ一致スヘキコトヲ要セサルノ一證ナリト

第五 意思ノ數ヲ以テ標準トスル學說ニ依レハ犯罪ハ犯人ノ非社會的ノ性格ノ發表ニシテ行為
 ハ此性格ヲ表示スル手段タルニ過キス又結果ハ此性格ヲ證明スルノ條件タリト雖モ犯罪ノ本

公使館ニ對スル治外法權ハ獨リ裁判權ノミナラス警察權及ヒ稅權ヲモ包含ス故ニ公使館内ニ
 於テ犯罪アリタルトキハ公使館所在國官憲ハ其犯人ヲ逮捕スルコトヲ得ス必キ先ツ之ニ對
 シテ犯罪人引渡ヲ請求セサルヘカラス然レトモ若シ其犯人ニシテ館外ニ出テタルトキハ直チ
 ニ之ヲ捕縛スルコトヲ得ヘシ其他館外ノ犯罪地ヨリ館内ニ逃ケ込ミタル場合ニモ同一ノ取扱
 ヲ爲スヘキモノトス

公使館及ヒ其敷地ニシテ其公使本國ノ所有權ノ目的タルトキハ當然治外法權ヲ有シ之ニ課稅
 スルコトヲ得サルコト前既ニ說述セリ然レトモ若シ所在國家又ハ一私人ノ所有物ナルトキハ
 理論上課稅スルヲ妨ケス唯現今ノ慣例ハ國內法又ハ條約ヲ以テ之ヲ免稅スルノミ
 然ラハ其課稅物件ノ範圍如何歐洲ノ大都ノ如ク數層ノ高樓ノ第二又ハ第四階目ヲ以テ公使館
 ト定ムルカ如キ場合ニ於テ其敷地ハ如何ナル程度ニ於テ免稅スヘキモノナリヤ理論ヲ貫徹ス
 ルトキハ公使館トシテ使用セラルル室ノ全建物ニ對スル比例及ヒ之ト敷地トノ比例ヲ算出シ
 テ免稅範圍ヲ定ムヘキモノナリト雖モ實際ノ慣行ハ此種ノ煩雜ヲ避ケテ全敷地ニ對シテ租稅
 ヲ免スルコトトセリ

(ロ) 公使ノ財産 學者或ハ公使ノ資格ノ區別シテ治外法權ヲ受クル公使ノ財産ハ其公
 ノ資格ニ於テ有スル物ニ限ルトノ說ヲ爲ス者アリト雖モ予ハ前述セシト同一理由ニ因リテ公
 使ハ其全財産ニ對シテ治外法權ヲ有スルモノナリト解ス而シテ公使ノ財産ハ免稅セラルト雖



モ其範圍ニ付キ議論アリ或ハ一定ノ價額ヲ定メ其以上ノ物品ニ對シテハ租稅ヲ課スル國法ヲ設クルモノアリト雖モ凡ソ公使ハ其本國ニ於ケル身分地位ノ如何ニ依リテ財產ノ多寡一定セズ斯ル財產ノ懸隔ヲ顧ミスシテ免稅物件ノ最高限度ヲ劃スルハ治外法權ヲ認メタル趣旨ニ反ス故ニ今日ニ於テハ一般ニ此種ノ制限ヲ撤去シ主ラ公使ノ德義心ニ委シ職權ヲ濫用シテ關稅ヲ免ルルカ如キコトナカラシメ若シ之ニ反スルカ如キ不徳ノ者アルトキハ公使拒絕ノ原因トシテ本國ノ召喚ヲ促スコトヲ得ルモノト爲ス

(ハ) 公使館員及ヒ從者 此等ノ者ハ公使ノ職務ヲ直接又ハ間接ニ補助スル者ニシテ若シ之ニ治外法權ヲ認メサルトキハ公使ハ其職務ヲ完全ニ行フコト能ハサルヲ以テナリ

然ラハ公使、其補助者、從者等ニシテ公使駐在國ノ臣民ナルトキハ之ニ治外法權ヲ認メサルモノナリヤ否ヤ一方ヨリ見ルトキハ自國臣民ニ對シテ治外法權ヲ認ムルノ理由ナキカ如ク他方ヨリ論スレハ公使ノ性質上之ヲ是認セサルヘカラサルカ如シ此ニ資格ハ如何ニ之ヲ調和スヘキヤノ問題ニ關シテ積極消極ノ二說アリ「ビンケルシエーク」ノ如キハ國家ハ自國人ヲ公使トシテ受クルヲ拒ムコトヲ得ヘシ(此點ニ關シテハ後ニ詳説スル所アルヘシ)然ルニ之ヲ承諾シタル以上ハ同時ニ之ニ治外法權ヲ與フルコトヲモ認メタルモノナリト説明ス予ハ此說ヲ以テ當ヲ得タルモノナリト信ス公使然リ公使館員然リ其從者ニ付テモ同一ニ論決セサルヘカラ

公使館員及ヒ從者ハ治外法權ヲ有スルコト前述ノ如シ然レトモ單ニ公使ニ或補助ヲ與フルノミニシテ公使館ノ職務ヲ執ラサル者ハ此特權ヲ有スルコトナシ例ヘハ公使ニ語學ヲ指導シ其衣裳食品ヲ供給スル者ノ如キハ公使館ノ職務ヲ執ラサル者ナルカ故ニ治外法權ヲ有スルコトナシ

(ニ) 公使ノ家族 公使ノ配偶者、子孫又ハ尊屬等ニシテ公使ニ隨從シテ外國公使館ニ在ル者モ亦治外法權ヲ有ス之ヲ理論上ヨリ論スレハ此等ノ者ハ公使館ノ職務ヲ執ル者ニ非サルカ故ニ之ニ特權ヲ與フルノ必要アルコトナシト雖モ國際禮讓ノ爲メ今日ニテハ一般ニ之ヲ是認スルニ至レリ

治外法權ヲ有スル者カ犯罪ヲ爲シタルトキハ其資格消滅後之ヲ處罰スルコトヲ得ルヤ否ヤ此點ニ關シテハ議論ナキニ非スト雖モ予ハ之ヲ處罰スルコトヲ妨ケスト信ス蓋シ治外法權ハ公使ノ職務執行ヲ安固ナラシメンカ爲メニ司法權及ヒ其他ノ權利ヲ之ニ及ボササルノミ其行爲ハ勿論刑法上ノ犯罪タルヲ失ハス故ニ公使及ヒ其他ノ者カ其資格ヲ保有スル間ノミ治外法權ヲ有スルモノニシテ資格消滅後ハ之ニ對シテ國權ヲ及ボスコトヲ妨ケサルヲ以テナリ

四 領事 領事ハ原則トシテ治外法權ヲ有セサルモノナリ蓋シ國際法上治外法權ヲ有スル者ハ政治上及ヒ軍事上ノ代表者ナルニ領事ハ專ラ經濟上ノ代表者ニシテ其職務ハ本國ト駐劄國トノ間ノ通商貿易ノ盛大ニ至ルコトヲ圖リ其地滞在ノ自國臣民ヲ保護シ及ヒ通商條約ノ正當ニ行ハ

ルルヤ否ヤヲ監視スル者ナレハナリ唯自國ヨリ派遣シタル總領事ニシテ代理公使ノ職ヲ兼スル者ニ付テハ治外法權ヲ與フ然レトモ是レ領事タルカ爲メニ非スシテ代理公使タルヨリ然ルモノト知ルヘシ然レトモ今日ニ於テハ條約ヲ以テ領事、其家族、從者等ニモ治外法權ヲ與フヘキコトヲ定ム日獨領事職務條約ニモ之ニ關スル明文アルヲ見ル(同條約三條)英米ノ主義ニ依レハ領事ハ假令條約ニ依ルモ此權利ヲ有セサルモノトシ從テ英米國駐在ノ外國領事ニハ治外法權ヲ認メス外國ニ駐在スル自國領事ニノミ此權アルモノト爲セルハ甚タ不當ノ處置ナリト謂ハサルヘカラス

五 軍艦 軍艦ノ治外法權ヲ有スル理由ヲ説明スルニ付キ或ハ本國領土ノ浮動ナリ延長ナリト爲ス者アリト雖モ予ハ斯ル擬制說ヲ立ツルノ必要ナキヲ信ス夫レ軍艦ハ本國軍事上ノ代表者ナリ其政治上ノ代表者タル公使ニ治外法權ヲ認ムルノ理由ハ移シテ以テ軍事上ノ代表者タル軍艦ニ此特權ヲ認ムル理由ト爲スコトヲ得ヘシ而シテ軍艦トハ何ソヤノ説明ハ國際法上ノ難問ナリト雖モ便宜ノ爲メニ後節ニ於テ論述スヘシ

軍艦ハ治外法權ヲ有ス其乘組員亦然リ蓋シ乘組員ハ軍艦行動ノ部分ヲ成ス者ナレハナリ而シテ乘組員ハ其軍艦ヲ離レテ上陸スルモ尙ホ治外法權ヲ有スルモノニシテ要スルニ軍艦ハ其乘組員ト合シテ治外法權ヲ有シ其乘組員ト一時離レテ尙ホ此特權ヲ失ハサルモノトス然レトモ之ニ對シテハ反對說アルコトヲ忘ルヘカラス(イ)曰ク乘組員ハ其艦内ニ在ル間ノミ本國ヲ代表スル軍

艦ノ部分ヲ成スモ之ヲ離ルルトキハ治外法權ヲ受クルコト能ハスト是レ英國ノ實際ニ於テ採ル所ノ主義ナリ嘗テ我政府カ英國ニ注文セシ軍艦ヲ受領シテ歸航中地中海ノ英領「マルタ」ニ於テ我水兵上陸シテ暴行ヲ働キ英國官憲ノ捕縛スル所ト爲リ我艦長ハ百方術ヲ盡シテ其釋放ヲ求めシニ許サレス遂ニ其法廷ニ於テ處罰セラレントシタリシカ幸ニ同國總督ハ特赦ヲ發シテ其犯人ヲ放免セリ是レ即チ英國主義ヲ實行シタルモノナリ(ロ)曰ク上陸セシ乘組員ニシテ公用ヲ帶フルトキハ之ニ治外法權ヲ與フヘク私用ニ止マル者ハ此特權ヲ得ス艦長ノ許可ヲ得テ上陸スル者ハ總テ公用ヲ帶フル者ト看做スト(ハ)曰ク服裝ニ依リテ公私ノ用務ヲ決定シ海軍ノ正服ヲ着用スル者ハ公務ヲ帶フル者ナリト(ニ)曰ク後日相當官廳ニ通報シテ其乘組員ノ上陸ノ用務如何ヲ照査シテ決定スヘシト此ノ如ク論議百出未タ國際法上ノ決論ヲ見ルニ至ラスト雖モ凡ソ公務ノ服スル者ハ必ス私ノ資格ヲ有スヘク其兩極端ハ明カニ公私ヲ區別シ得ヘシトスルモ時ニ公私ノ分界ヲ立ツルコト能ハサル場合アリ國際ニ於ケル服務ニ付テ特ニ然リ故ニ予ハ前ニ君主及ヒ公使ニ付テ論決シタルト同一法理ニ從ヒテ苟モ軍艦ノ乘組員タル以上ハ其公私ノ用務ニ區分ヲ設クルコトヲ爲サス其艦内ニ在ルト上陸中ナルト問ハス治外法權ヲ有スル者ナリト解スルヲ正當ナリト信ス

治外法權ヲ有スル者ハ乘組員ナリ便乗者ハ與ラス然レトモ乘組員ニシテ其職務ヲ捨テテ逃亡シタルトキハ此特權ヲ失フニ至ルヘシ而シテ苟モ乘組員タル以上ハ其國籍如何ヲ問フコトナシ蓋

シ此等ノ者ニ治外法權ヲ認メサルトキハ軍事上ノ代表者タル軍艦ノ行動ヲ缺クニ至レハナリ
 軍艦ハ治外法權ヲ有スルモ之ヲ以テ軍艦ハ外國領海ノ如何ナル場所ニモ進入碇泊シ得ルモノナ
 リト速斷スルコト勿レモ公使ハ特權ヲ有スルモ其接受ニ先テ又ハ其以後ニ於テ之ヲ拒絕
 シ得ルカ如ク各國ハ外國軍艦ノ其領海内ヨリ退去スルコトヲ請求スルヲ得ヘシ故ニ所謂治外法
 權ハ異議ナクシテ外國領海内ニ在ル場合ニ於テノミ之ヲ有スルモノトス其假令此要件ヲ充タス
 場合ニ於テモ多數ノ學者ハ軍艦ハ三箇ノ規則ニ服從セサルヘカラスト爲ス曰ク港ノ規則曰ク檢
 疫規則曰ク中立規則是ナリ但檢疫規則ニ付テハ今日ノ實際ヲ見ルニ艦長ニ於テ疾疫者ナキコト
 ヲ證明シタルトキハ之ヲ檢疫セサルコトトセリ租稅ニ關シテハ議論アリ予ハ公使ノ場合ト同一
 ノ理由ニ因リ同一ニ結論スルヲ正當ナリト信ス但軍艦カ商品ヲ搭載セル場合ニハ軍艦ノ性質上
 特別ニ論セサルヘカラスト此點ニ關シ英國學者ハ商品ノ有無ヲ搜索シテ之ヲ發見シタルトキハ課
 稅スルコトヲ得ヘシト論シ埃太利ノ學者ハ此種ノ搜索權ナク從テ課稅權ナシト說明シ又獨逸ノ
 學者ハ斯ル搜索權ナキモ商品ヲ積載セルコト明カナルトキハ課稅スルコトヲ得ヘク不明ナルト
 キハ艦長ニ問ヒ合セテ之ヲ決スヘキモノナリト解ス予ハ最後ノ說ヲ以テ正當ナリト信スト雖モ
 未タ此點ニ關スル國際法ノ原則決定セラレサルナリ
 之ヲ要スルニ軍艦ノ有スル治外法權モ亦原則トシテ司法權ノ例外ヲ成スモノニシテ戰時ニ在リ
 テハ此特權ヲ失フモノトス加之交戰國一方ト中立國トノ關係ハ平時關係ナリト雖モ後者ノ領域

内ニ在ル前者ノ軍艦ハ所謂二十四時間規則ノ適用ヲ受ケ必キヤ同時間内ニ中立國ノ領海ヲ退去
 セサルヘカラスト然レトモ此規則ハ決シテ治外法權ニ反スルモノニ非ヌ何トナレハ唯同時間内ニ
 於テ退去スヘキニ止マリ何等之ニ司法權ヲ及ボスモノニ非サレハナリ而シテ若シ同時間ヲ經過
 スルモ尙ホ退去ヲ背セサルトキハ此特權ヲ失フニ至ルモノトス今此二十四時間規則ノ沿革ヲ釋
 スルニ古代ニ於テハ中立國ニ於テ敵國ノ船舶ヲ拿捕シ其事件確定シタル後二十四時間ヲ經過シ
 タルトキハ其船舶ノ所有權拿捕國家ニ移轉スルコトトセシカ其後此規則變遷シテ今日ニ於テハ
 同時間内ニ中立國又ハ中立地ヲ退去セサルニ至レリ而シテ同規則ハ先ツ英國ニ發達シ獨逸ハ從
 來之ヲ明認セサリシモ先年露艦ノ膠洲灣ニ逃入ルヤ同規則ヲ主張シテ其退去ヲ請求シ佛國ノ如
 キ西米戰爭ニ際シ同國外務大臣ノ發シタル命令ハ交戰國軍艦ノ退去ニ付キ二十四時間ヲ制限
 ヲ明示セサリシモ若シ其軍艦ニシテ拿捕船ヲ牽キ來リタルトキハ二十四時間以内ニ退去スヘキ
 モノトセリ斯クシテ二十四時間規則ナルモノハ今日國際公法上確定セル規定トシテ認メラルル
 ニ至リシナリ

所謂二十四時間規則ナルモノハ前示セル場合ノ外交戰國ノ軍艦又ハ船舶カ中立國ノ港灣ニ在リ
 テ其一方ノ艦船ノ退去後二十四時間ヲ經過セザレハ他方ノ艦船ノ解纜スヘカラサルコトヲ包
 含ス是レ蓋シ中立國ノ領海又ハ其附近ニ於テ交戰ナカラシコトヲ豫防スルニ在リ然レトモ此規
 則ヲ解シテ前ニ其中立港灣ニ入リタル艦船ハ後ニ入リタルモノヨリ二十四時間以前ニ退去スヘ

キコトヲ命スルモノト爲スコトハ不可ナリ入港ノ前後ハ解纜ノ前後ヲ決スル標準ト爲ルコトヲ定ムルモノニ非サルナリ出港ノ前後ハ碇泊セル艦船ノ任意ニ委ヌヘク法ハ唯一ノ退去後他ノ一ノ退去ハ二十四時間後ナルコトヲ要求スルノミ然ルニ清國ハ日露開戦ニ際シ中立規程ヲ發布スルニ付キ此明カナル誤謬ヲ實現セリ其文ニ曰ク「兩戰鬪兵船及軍需運船如同在中國之一口岸内其後到之船應俟前船出口經一晝夜奉有中國云云」ト

六 軍艦ト同一視スヘキ船舶 軍艦ニ在ラスシテ軍艦ト同シク治外法權ヲ有スル船舶アリヤ「マルテンス」ノ如キハ此點ニ關シテ説明ヲ與フト雖モ明瞭ヲ缺クノ嫌アリ先ツ疑ト爲ルハ義勇艦隊ナリ予ハ之ニ付キ此種ノ船舶ハ戰時軍艦トシテ行動スル場合ニノミ治外法權ヲ有スルモノナリト解ス次ニ運送船即チ清國ノ所謂軍需運船ニ關シテモ亦議論アリ我國ニ於テハ彼ノ「トーマス」號事件ニ付テ治外法權ヲ與ヘ之ヲ御用船ト稱ス而シテ所謂御用船タルニハ(イ)政府ノ所有ニ屬スルコト(ロ)軍事上ノ輸送ニノミ使用スルコト(ハ)陸軍ノ將校(及ヒ海軍ノ將校)之ニ乗組ミテ指揮スルコト(ニ)軍人軍屬ノ外便乗者ナキコトノ四條件ヲ要スルモノトセリ

七 軍隊 陸軍ノ軍隊カ外國(交戰國以外ノ)ニ駐屯シ又ハ之ヲ通過スル場合ニハ治外法權ヲ有ス軍隊トシテ治外法權ヲ有スルモノナルカ故ニ個個ノ軍人カ外國ニ在ルノ故ヲ以テ此權ヲ認メラルルコトナシ然レトモ苟モ軍隊トシテ外國領土ニ在ルトキハ其組織部分タル各軍人ハ軍隊ヨリ離レテ自由散策スルカ如キ場合ニ於テモ亦此特權ヲ失ハス

軍隊ニ治外法權アリト云フハ獨リ其身體ニ付テノミナラス携帯セル武器、糧食等ニモ此權利ヲ存ス

交戰國一方ノ軍隊カ中立國ニ途ヲ借り其領土内ニ侵入シ來リタル場合ニ於テハ治外法權ヲ有セサルノミナラス中立國ハ其軍隊ノ武器糧食ヲ奪ヒ之ヲ禁錮スルノ權利義務ヲ有ス是レ此場合ニ於テハ其軍隊カ通過セントスル國ノ許可ヲ得サルノミナラス交戰中中立國內ニ侵入スルヲ得サル義務ヲ破リタルカ爲メナリ斯クシテ中立國ニ止マル軍隊ハ其國家ノ主權ノ下ニ立ツヘキモノナリト雖モ軍事ニ關セサル範圍内ニ於テハ之ニ治外法權ヲ認ムヘキモノナリト信ス

以上治外法權ヲ有スル人及ヒ物ニ付テ略說セリ此等ノ人ハ其特權ヲ拋棄スルコトヲ得ルヤ否ヤ願フニ特權拋棄ニハ總括的拋棄ト部分的拋棄トノ區別アルヘク後者ハ之ヲ認メ得ヘキモ前者ノ拋棄ハ其效ナキモノナリト信ス蓋シ治外法權ヲ認ムルノ理由ハ私的ノ觀念ニ非ス之ヲ與ヘサルニ於テハ其職務ヲ遂行スルコト能ハサルニ至レハナリ果シテ然ラハ特權ノ總括的拋棄ハ此特權ヲ認メタル根本的精神ニ反スヘシ又假令部分的拋棄ノ場合ト雖モ國家ノ直接ノ代表者ニ非サル者ハ直接ノ代表者タル君主又ハ大統領ノ許可ヲ受クルコトヲ要ス

治外法權ヲ有スル人ハ其資格ヲ失フニ因リテ此特權ヲ失フ此場合ニ於テハ同時ニ物モ亦特權ヲ失フニ至ルヘシ又物ニ付テハ其滅失及ヒ此特權ヲ與ヘラルヘキ目的ヲ失フニ因テ治外法權ヲ有セサルニ至ル

第二目 領事裁判權

第一 領事裁判權ノ沿革

領事裁判權ハ近時ノモノト古昔ノモノトノ間ニハ頗ル差異ノ存スルモノアリ抑、領事裁判權ノ制度ハ法ノ屬人主義ヨリ發生シタルモノニシテ其最モ古ク發達シタル所ハ土耳其ナリ土耳其ニ於テ何故ニ領事裁判權ナル制度ノ發達ヲ見ルニ至リシヤ領事裁判權ニ關スル近世ニ於ケル根本的觀念ハ歐米各國カ文明ニ進ミ其制度ノ發達シタルニモ拘ハラズ土耳其ハ依然トシテ進歩ノ域ニ達セス從テ其制度殊ニ裁判官、官廳、法律ノ完全ナルモノヲ有セザルヲ以テ歐米各國ハ本國ヨリ領事ヲ土耳其ニ派遣シ之ニ其居留民ニ對スル裁判權ヲ有セシムルニ至リタルナリ然レトモ往昔ニ於ケル根本的觀念ハ全ク之ニ反ス即チ當時外國人ニシテ土耳其ニ居留スル者多カリシニ土耳其ハ此等ノ外國人ニ對シ自國ノ法律ヲ適用シ又ハ自國ノ裁判所ヲシテ裁判セシムルヲ肯セスシテ自國法律ハ自國ノ土地ニ附著スルモノニ非スシテ自國ノ人民ニ適用スルモノナリ加之自國ハ完全ナル制度及ヒ法律ヲ有スルモノナリト信シ外國人ノ爭訟ヲ裁判シ外國人ニ自國ノ法律ヲ適用スルヲ嫌忌シタリ是ニ於テ各外國人ノ所屬國ハ己ムヲ得ス領事ヲ派遣シ裁判ヲ爲サシムルニ至リタルモノナリ而シテ第一ニ土耳其ト領事裁判權ニ關スル條約 (Capitulations) ヲ締結シタルハ佛蘭西ナリ即チ佛國ハ千五百二十八年、英國ハ千五百八十年、奧國ハ千七百三十年何レモ土耳其

其ニ對シテ領事裁判權ヲ有スルコトノ條約ヲ締結シ波斯ニ對シテハ佛國ハ千七百八年、英國ハ千八百十四年、支那ニ對シテハ英國ハ千八百四十三年、佛國ハ千八百四十四年、露國ハ千八百五十一年何レモ此權ヲ有スルコトノ條約ヲ締結シタリ

次ニ我國ト諸外國トノ間ニ於ケル領事裁判制度ノ沿革ヲ略說セン此點ニ付テハ京都大學教授千賀氏ノ著アリ千八百九十七年ノ出版ニシテ題シテ「日本ニ於ケル現行領事裁判權ノ狀態及ヒ其批評」ト謂フ獨逸文ニシテ沿革ヲ説明スルコト詳細ナリ就テ參考セラルハシ而シテ予ハ便宜ノ爲メ先ツ諸外國カ我國ニ對シテ有セシ領事裁判權ノ沿革ヲ述ヘ次ニ我國カ他國ニ對シテ有スルモノノ沿革如何ヲ見ン

日本ニ對シテ歐米諸國カ明カニ領事裁判權ヲ有スルニ至リタルハ所謂安政二年日蘭條約締結後ノコトナリ其以前ニ於ケル條約ニ於テハ領事裁判權ニ關スル條項ナシ例ヘハ嘉永七年八月(千八百五十四年十月)ノ *Anglo-Japanese* 條約(日英條約)ニシテ「ステルリシグ」ハ英國ノ第三等水師提督ナリキ) 第四條ハ「日本ノ港ニ入津スル英船ハ日本ノ法律ニ從フヘシ船中ノ高官或ハ指揮官右法律ヲ犯ス時ハ其港ヲ鎮シ其以下ノ人々之ヲ犯ス時ハ其船ノ指揮官ニ引渡シ罰ヲ加フヘシ」ト規定シ安政元年十二月(千八百五十五年二月)ノ日露通好條約第八條ニ「魯西亞人ノ日本國ニ在ル日本人ノ魯西亞國ニ在ル是ヲ待ツコト緩優ニシテ禁錮スルコトナシ然レトモ若シ法ヲ犯ス者アラハ是ヲ取押ヘ處置スルニ各其本國ノ法度ヲ以テスヘシ」ト規定セリ故ニ所謂領事裁判ナル

モノ存セザリキ其始メテ之ヲ認メタルハ安政二年十二月ノ日蘭條約第二條ナリ曰ク「和蘭人日本ノ掟ヲ犯シ候ハハ出島(長崎近傍ノ一小島ナリ)在留高官ノ者ヘ爲知可申候ハハ同人ヲシテ和蘭政府ヨリ其國法通り戒メ申候事」ト而シテ所謂五箇國條約ハ安政五年(千八百五十八年)ニ北米合衆國ト六月十九日、露國ト七月十一日、和蘭ト七月十日、英國ト七月十八日、佛國ト九月三日ニ各別ニ締結シタルモノニシテ日英條約第六條ハ「親利太尼亞人日本人ニ付テ訴フヘキ事アラバ「コンシタル」館(The Consulate)ニ趣キ其旨ヲ告クヘシ「コンシタル」吟味ノ上實意ニ處置スヘシ萬一差掛リ日本人ヨリ親利太尼亞人ニ付テ「コンシタル」へ訴ラ爲スコトアル共又「コンシタル」實意ニ處置スヘシ若シ「コンシタル」是ヲ處置シ難キトキハ日本司人(Japanese authorities)ヘ申立俱ニ吟味シ當然ノ判斷ヲ爲スヘシ」ト規定セリ而シテ此等ノ條約ハ概ネ刑事事件ニノミ關係スルヲ以テ其後各國ト民事事件ニ付テモ條約ヲ結ヒタリト雖モ未ダ不完全タルヲ免レザリシヲ以テ明治二年ニ至リ埃地利トノ間ニ條約ヲ締結シテ詳細ナル規定ヲ設ケタリ其第五條ニ依レハ

- (1) 日本ニ在ル埃地利匈牙利人間ノ相互ノ訴訟事件ハ同國領事之ヲ裁斷ス
- (2) 日本ニ在ル埃地利匈牙利人ト外國人トノ間ニ相互ノ訴訟事件ハ前者ト後者トノ本國ノ條約ニ依リテ決定セラレ
- (3) 埃地利匈牙利人原告ニシテ日本人被告タル訴訟ニ付テハ我國裁判所之ヲ裁斷ス

(4) 日本人原告ニシテ埃地利匈牙利人被告タルトキハ後者ノ裁判權ニ服ス
又刑事事件ニ付テハ同條約第六條ニ之ヲ定ム而シテ他ノ諸外國ハ此條約ニ均霑セルヲ以テ當時我國ニ於ケル外國ノ領事裁判權ノ一般制度ト見テ可ナリ然レトモ此條約ハ其規定スル所各國臣民間ノ關係ニ止マリ國家又ハ政府ニ對スル關係ヲ定メザリシヲ以テ明治二十五年千島艦隊「ラベンナ」號事件起リ何レノ國家之ヲ裁判スヘキヤラ定メスシテ終局セシコトハ前ニ說明セリ其後支那トノ間ニ相互條約ヲ締結セシノミナリシカ明治二十六年ニ至リ葡萄牙先ツ領事裁判權ヲ失ヘリ即チ當時同國人ニシテ我國ニ在留スル者僅ニ三人ニ過キザリシヲ以テ同領事ハ其事務ヲ西班牙國領事ニ依嘱シテ我國ヲ退去シ我政府ハ之ヲ同國カ我國ニ對シテ有セシ領事裁判權ヲ拋棄シタルモノト看做セリ次ニ布哇ニ對シテハ明治二十七年四月ノ勅令ニ依リテ領事裁判權ヲ撤退シタルコトヲ明示シ又明治二十八年ノ日清媾和條約後清國ハ我國ニ對シテ有セシ領事裁判權ヲ失ヘリ之ヨリ先キ「メキシコ」ハ明治二十二年ノ日墨修好通商條約ニ依リテ我國トノ間ニ對等條約ヲ結ビ相互ニ領事裁判權ヲ認メタルニ至レリ
其後明治三十二年ニ至リテ諸外國ノ我國ニ對スル領事裁判權ハ全然撤去セラレタリ其詳細ナル沿革ハ後ニ讓ルヘク我國ハ改正條約實施前滿一十年ニ法典ヲ完成スヘキコト及ヒ工業財産保護同盟、著作權保護同盟ニ加入スヘキコトノ二條件ヲ充タシ今日ニ於テハ我國ニ對シテ領事裁判權ヲ有スル外國ナキニ至レリ

次ニ我國カ外國ニ對シテ有スル領事裁判權ノ沿革ヲ釋スルニ太古ノコトハ漠トシテ攷フヘカラ
 スト雖モ概ネ屬地主義ナリシカ如シ然レトモ降テ德川氏ノ時代ニ至リ家康カ慶長十三年呂宋ノ
 國ニ宛テタル書面ヲ見ルニ「近年其國ニ在ル日本人惡逆ヲ爲スノ輩ハ呂宋ノ法度ノ如ク成敗セ
 ラルヘク候日本ニ於テ隔心ナシ此印札ニ委セ申附ケラルヘキナリ依而狀如件」トアリ之ニ依テ
 考フルニ此以前ニ於テハ日本人ニシテ呂宋國ニ在留スル者ハ其國法ノ司配ヲ受ケナリシコトヲ
 推知スヘク法ノ屬人主義行ハレタルヲ見ル而シテ今日我帝國ハ支那、朝鮮及ヒ暹羅ニ對シテ領
 事裁判權ヲ有ス然レトモ此等ノ國ハ我國ニ對シテ此種ノ權利ヲ有セサルナリ即チ朝鮮ニ對シテ
 ハ明治九年二月ノ修好條約第一〇款ニ「日本國人民朝鮮國指定ノ各國ニ在留中若シ罪科ヲ犯シ
 朝鮮國人民ニ交渉スル事件ハ均シク朝鮮國官員ノ審斷ニ歸スヘシ若シ朝鮮國人民罪科ヲ犯シ日
 國人民ニ交渉スル事件ハ均シク朝鮮國官員ノ查辦ニ歸スヘシ尤モ雙方トモ各其國律ニ據リ裁判
 シ毫モ回誤祖庇スルコトナク務メテ公平允當ノ裁判ヲ示スヘシ」ト規定シ明治十六年七月ノ日
 韓貿易規則第四二款ノ最惠國約款ニ依リ我國ハ朝鮮ニ對シテ諸外國ト同一ノ權ヲ有スルニ至リ
 又支那ニ對シテハ明治四年ノ條約第八條ニハ相互的ニ領事裁判權ヲ有セシカ日清戰爭後明治二
 十九年十月日清通商航海條約第三條ニ於テ我國ノミ彼國ニ對シテ此權利ヲ有スルコトト爲レリ
 又暹羅ニ對スル領事裁判權ハ條件附ノモノニシテ明治三十二年二月ノ條約議定書ノ定ムル所ナ
 リ即チ同國カ民法(婚姻法及ヒ相続法ヲ除ク)民事訴訟法、刑法、刑事訴訟法及ヒ裁判所構成法ヲ

實施スルニ至ルマテ我國ハ之ニ對シテ領事裁判權ヲ有スルモノトス而シテ民法中婚姻法及ヒ相
 續法ヲ除キタルハ此種ノ法規ハ專ラ自國臣民ノミニ適用スルコトヲ目的トスルモノナレハナリ
 然レトモ婚姻法ト規定シテ親族法ト爲ササルハ狹隘ニ失スルモノト謂フヘシ

第二 領事裁判權ノ内容及ヒ裁判所ノ組織

凡ソ各國家ハ獨立ニシテ其領土内ノ人及ヒ物ヲ支配ス故ニ假令外國人ト雖モ其領域内ニ入り來
 ルトキハ之カ法律ニ服從スヘキヲ原則トス領事裁判權ハ實ニ之カ例外タリ而シテ此例外ハ條約
 ヲ俟テ始メテ存スルモノニシテ其範圍モ亦條約ノ明示スル所トス然レトモ國際法上一定セル領
 事裁判權ノ内容トシテ決定セラレタルモノナキカ故ニ各條約ニ付テ見ルノ外ナキナリ今左ニ我

國カ外國ニ對シテ有スル領事裁判權ノ内容如何ヲ略述スヘシ
 領事裁判權ノ内容ニ付テハ明治三十二年三月法律第七〇號領事官ノ職務ニ關スル件ニ於テ之ヲ
 規定ス即チ領事ハ法令、條約及ヒ慣例ニ牴觸セサル範圍ニ於テ地方裁判所及ヒ區裁判所ノ職務
 ヲ行フモノニシテ其裁判ハ輕罪ニ限リ之ヲ爲シ豫審ヲ須フルコトナシ其控訴及ヒ抗告ハ長崎地
 方裁判所又ハ同控訴院ノ管轄スル所トス又重罪ハ領事ニ於テ其公判ヲ爲スコトヲ得ス重罪ノ豫
 審ヲ爲シタルトキハ長崎地方裁判所之カ公判ヲ爲スヘキモノナリ然レトモ一定ノ場合ニ於テハ
 外務大臣ハ其事件ヲ管轄スヘカラサルコトヲ領事官ニ命シ且被告人ヲ内國ノ監獄ニ移送セシム
 ルコトヲ得ルモノトス而シテ領事官ノ爲ス裁判ニ於テハ領事官ハ其館員又ハ警察官ヲシテ檢

事、裁判所書記又ハ執達吏ノ職務ヲ行ハシムルモノナリト雖モ書記ニ付テハ之ヲ爲スヘキ官吏ナキトキハ領事官ニ於テ其管轄區域内ニ在留スル帝國臣民中ヨリ選任シテ臨時其職務ヲ行ハシムルコトヲ得ヘク執達吏ニ付テハ自己ノ責任ヲ以テ自ラ適當ト認ムル者ニ臨時其職務ノ執行ヲ委任スルコトヲ得ヘシ又何人ニテモ一定ノ場合ノ外ハ領事官ノ許可ヲ得テ訴訟代理人又ハ辯護人タルコトヲ得ヘシ然レトモ通常裁判所ニ於ケル忌避又ハ回避ニ關スル規定ハ領事官ニ付テハ適用ナキモノトス(同法六條乃至一七條)然ラハ領事官ハ本國ノ政治上ノ代表者ニ對シテ裁判權ヲ行フコトヲ得ルヤ例ヘハ公使等ノ犯罪ニ付キ裁判權ヲ有スルヤ否ヤ領事官ノ職務ニ關スル件第一〇條ハ此問題ニ對シテ答フルモノニ非ス此コトタル嘗テ事實トシテ現ハレタルモ我政府ハ領事ノ裁判權ハ國民ノミニ關シ國家ノ代表者ニ及フモノニ非スト決定セリ

次ニ領事裁判所ノ構成ニ付テ説明センニ之ニ三主義アルヲ見ル英國主義、佛國主義及ヒ露國主義即チ是ナリ

(一) 英國主義 通シテ四審ナリ領事ニ於テ三審ヲ爲ス即チ第一審ハ領事之ヲ爲シ二人又ハ三人ノ陪審官ヲ置ク管轄區内ノ英國人中ヨリ選舉セラルル所ナリ第二審モ亦領事之カ裁判官ニシテ五人ノ陪審官アリ第三審ハ刑事ニ付テハ法律ノ點ニ付テノミ裁判シ民事ニ付テハ金額二百五十弗以上ノ訴訟ニ付キ管轄權ヲ有ス極東ニ於テハ上海ニ此種ノ裁判所ヲ設ク又第四審ハ終審ニシテ英本國ニ其裁判所アリ

(二) 佛國主義 通シテ三審ナリ領事ハ第一審ノ裁判ヲ爲スノミ終審ハ巴里ニ於テ行ハルル即チ第一審ハ純然タル領事裁判ニシテ領事之カ裁判官タリ又之ニ二人ノ陪審官ヲ附スルモノニシテ管轄區内ノ佛國人中ヨリ選舉セラルル次ニ第二審ハ二種アリ一ハ土耳其及ヒ波斯ヲ管轄スル第二審裁判所ニシテ「エキス」ノ裁判所ナリ他ハ朝鮮、支那、暹羅ヲ管轄スルモノニシテ「セ」ノ「ジュニス」ノ裁判所ナリ而シテ各種ノ犯罪ノ管轄ヲ見ルニ違警罪ニ付テハ領事ノ裁判ヲ以テ終審トシ輕罪及ヒ重罪ニ付テハ其豫審ノミ第一審裁判所之ヲ管轄シ其公判ハ前示二箇ノ控訴院ノ一ノ管轄ニ屬ス

(三) 露國主義 露國ニ於テハ波斯ニ對スルモノト土耳其ニ對スルモノトノ間ニ差別アリ(一)波斯ニ對シテ有スル領事裁判ハ三審ヨリ成ル第一審ハ領事又ハ公使之ヲ裁判ス兩者共ニ二人ノ陪審官ヲ要スト爲ス公使裁判ハ他國ニ其例ヲ見サル所ナリ第二審ハ公使總テ之ヲ裁判シ終審ハ本國ニ於テ之ヲ行フ而シテ支那、朝鮮ニ對スル領事裁判組織モ亦之ニ依ルモノトス(二)土耳其ニ於ケル裁判ハ之ヲ領事裁判ト云フコトヲ得ヌ即チ同國ニ在ル露國人ニ對シテハ駐土公使館員ニ於テ委員會ヲ設ケ以テ裁判スルモノナルカ故ニ之ヲ公使官裁判ト稱スルノ外ナキモノトス

此ノ如ク領事裁判所ノ組織ニハ三主義アリト雖モ我國ノ諸外國ニ對スル裁判組織ハ大體ニ於テ第二ノ佛國主義ニ倣ヘルモノト見テ大過ナカルヘシ

第三目 混合裁判

混合裁判トハ一國ノ裁判所ノ裁判官中ニ外國人ヲ混シテ裁判スルヲ謂フ或ハ之ヲ國際裁判ト稱スル學者ナキニ非スト雖モ國際裁判ナル名稱ハ夫ノ國際間ノ爭議ヲ決スル仲裁裁判ト混同シ易キカ故ニ混合裁判ナル名稱ヲ採用スルヲ可トス而シテ混合裁判ノ制度カ其國ノ司法權ノ制限ナル所以ノモノハ如何ナル國家ト雖モ自國人ノミヲ以テ組織シタル裁判所ニ於テ裁判スルノ權利アリテ外國人ヲシテ裁判ニ干與セシムル義務ナキモノナルニ國際法上斯ル義務ヲ負ヘルハ即テ主權行為ノ自由ニ對スル一例外タガ

混合裁判ノ制度ハ通常ハ條約ニ依リテ定メラルルモノニシテ或國ノ法律制度完備セズ其裁判不公平ニ陥ル惧アル場合ニ於テ生ス現今此制度ヲ有スル國ハ土耳其及ヒ埃及ナリ南洋「サモア」(Samoa)ニ於テ嘗テ存在セシ裁判制度ハ寧ロ外國人單獨裁判所ニシテ所謂混合裁判ニ非ス而シテ同國ハ其後英、米、獨ノ爲メニ分割セラレテ消滅シタルカ故ニ茲ニ説明スルノ要ナシ

第一 土耳其ニ於テハ千八百四十七年以來商事及ヒ刑事ニ關スル事件ハ此國際裁判所ニ於テ之ヲ管轄スルモノト爲セリ即チ歐洲人ト土耳其人トノ間ニ起リタル商業上ノ訴訟及ヒ歐洲人ノ犯シタル犯罪事件ハ之ヲ此國際裁判所ニ屬セシム而シテ其裁判所ハ第一審、第二審共ニ「コンスタンチノーブル」ニ在リ其裁判所ヲ構成セル裁判官ハ歐洲人半數、土耳其人半數ヲ以テ組

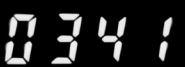
織スルコト爲リ居レリ

第二 埃及ニ於テハ千八百六十七年、千八百六十九年、千八百七十年、千八百七十三年ノ前後四

回ノ條約ヲ以テ國際裁判所ヲ設置スルコト爲レリ而シテ千八百七十三年ノ條約ニ於テハ佛、英、獨、澳、伊ノ各國相會合シテ埃及ニ於ケル國際裁判所構成法ヲ制定シタリ其裁判所ハ當初五ヶ年間繼續ノ豫定ヲ以テ成立シタルモノナリシモ其後漸次延期シテ千八百九十九年マテ之ヲ存置スヘキコトノ條約ヲ爲セシカ其期限到來前千八百八十五年ノ條約ヲ以テ永久存置セシムヘキコトヲ各國間ニ約定シタリ裁判所ノ構成ヲ見ルニ其第一審裁判所ハ三箇アリ即チ「アレキサンドリヤ」「カイロ」「イスマイラ」ニ在リ而シテ其裁判官ハ歐洲人四人、埃及人三人ヲ以テ組織スルモノトス次ニ其控訴裁判所ハ「アレキサンドリヤ」ニ在リテ歐洲人七人、埃及人四人ヲ以テ組織セリ又此裁判官ニ歐洲人ヲ任命スルハ埃及王ナリト雖モ之ヲ發議スルハ歐羅巴各國ナリトス即チ歐羅巴各國ノ同意ヲ得テ埃及王之ヲ任命スルモノナリ

次ニ其裁判所ノ權限ヲ舉クレハ左ノ如シ

- (一) 民事ニ關スル事件ニ付テハ(イ)埃及國ニ在ル不動産又ハ其不動産ニ關スル權利關係ノ目的ト爲リタル爭議(ロ)外國人ト他ノ外國人間ノ一切ノ爭議(ハ)外國人ト埃及人トノ間ニ生シタル一切ノ爭議ハ混合裁判所ノ管轄スル所ナリ
- (二) 刑事ニ關スル事件ニ付テハ(イ)違警罪ノ全部(ロ)混同裁判所ニ對スル重輕罪(ハ)混合



裁判所ノ裁判官ニ對スル重輕罪(ニ)同裁判所ノ判決ノ執行ヲ妨害セントスル重輕罪(ホ)同裁判所ノ裁判官カ職務執行ニ關シテ犯シタル重輕罪ハ混合裁判所ノ管轄スル所ナリ
其他同國ニ於テハ同國人間ノ爭訟及ヒ刑事事件ヲ裁斷スル國內裁判所アリ或外國人間ノ爭訟及ヒ刑事事件ニ付テハ領事裁判所アリ其司法制度ノ紛糾錯綜セル此ノ如ク甚シキハ實例稀ナル所ナリ

混合裁判所ニ於テ適用スル法律ハ同國固有ノ法律ニ非ス前示條約締結國ノ編纂セシ埃及法典(Codex Egyptian)ニ從テ裁判スヘキモノトス

我國ニ於テモ嘗テ此制度ヲ設ケントノ計畫アリシコト大凡三回アリシモ遂ニ其實行ヲ見ルコトナクシテ止メリ今其沿革ノ大要ヲ摘録セシニ

- 一 明治四年ノ條約改正案ニ依レハ東京ニ一大裁判所ヲ設置シ外國人ヲ裁判官トシテ加フルコトトセシモ遂ニ條約ト爲ラザリキ
- 二 明治十三年以後同十九年ノ間ニ於テ時ノ外務大臣井上伯ノ作製シタル案モ亦確定條約ト爲ラザリキ

三 所謂大隈案ナルモノハ條約改正後十二年間外國人ヲ裁判官トシテ加ヘ其裁判官ハ外國人ヲ一旦日本ニ歸化セシメ日本人ト爲シテ混合裁判所ノ裁判官ト爲ス制度ナリシカハ是レ亦確定實行セラレザリキ

或特定ノ事件ニ付テハ往往混合裁判ニ類スルモノアルヲ見ル即チ外國領事ト日本ノ官吏トノ立會ニ依リテ裁判スル方法ニシテ明治四年ノ日清條約第八條ハ民事事件ニ付キ同第一三條ハ刑事事件ニ付テ之ヲ規定ス然レトモ所謂立會ハ寧ロ豫審ノ一種ニシテ混合裁判ニ非ス是レ全ク法律思想未タ發達セス司法行政ノ區域明瞭ナラザリシカ爲メニ生シタル制度ナリ

第四目 犯罪人引渡

犯罪人引渡トハ犯罪人カ外國ニ逃亡シタル場合ニ於テ其者ヲ處罰スル權利ヲ有スル國家カ犯人ノ現在スル國家ニ對シテ之カ引渡ヲ請求シ其引渡ヲ受クルコトヲ謂フ而シテ其請求ヲ受ケタル國家ニ於テ其犯人ヲ處罰スルノ權アルト否トハ敢テ問フコトナシ國際上此種ノ犯人ノ引渡ヲ認ムルニ至リタル理由ヲ釋スルニ凡ソ國際團體ヲ組成スル分子國家ノ秩序ヲ紊亂スル者アルトキハ爲メニ國際團體其モノノ秩序ヲ紊スニ至ルヘク此社會共同ノ平和ノ破壞者ヲ抑壓スルハ全世界ノ爲メニ必要ナリト云フニ出ツ從テ理論上ヨリ決論スルトキハ苟モ或國家内ニ於テ犯罪行為ヲ爲シ逃亡シテ外國ニ在ルトキハ之ヲ發見シタル國家ヨリ進ンテ之ニ對シテ處罰權ヲ有スル國家ニ引渡スヘキカ如シト雖モ今日ノ國際法ハ未タ此理論上ノ結果ヲ採用スルニ至ラス犯罪人引渡ハ特別ノ條約ニ依ルヘク此犯罪人引渡條約ノ當事國間ニノミ引渡ノ權利義務アルモノトセリ

今日此種ノ條約ニ關スル各國ノ狀態ヲ見ルニ未タ一般的ノ世界條約ナルモノナキノミナラス各國ノ間ニ於テモ其數多カラス我國ノ如キハ北米合衆國トノ間ニ於テ明治十九年ニ締結シタルモノアルノミ其他明治二十三年ニ締結セラレタル日本朝鮮兩國通漁規則ニ於テ「此規則ニ據テ處分スヘキ者ハ日本國海濱ニ於テハ日本地方裁判所ノ裁斷ニ歸シ朝鮮國海濱ニ於テハ其地方官ヨリ最寄日本領事官ニ告訴シ其裁斷ニ歸スヘシ」(同規則一)條ト規定スルモ是レ人及ヒ場所ニ關シテ制限アルノミナラス寧ロ領事裁判權ノ附加的條項ト見ルヘキモノナルカ故ニ犯罪人引渡條約ニ非ス又明治二十九年ニ締結セラレタル日清通商條約第二四條ニ依レハ「清國ニ在ル日本人ニシテ罪ヲ犯シ又ハ負債ヲ辨償セスシテ詐欺逃亡シタル者カ清國ノ内地ニ逃レ清國臣民ノ住居若クハ清國船舶中ニ潛伏スルトキハ清國官吏ハ日本領事ヨリ請求次第日本官吏ニ之ヲ引渡スヘシ」ト規定ス然レトモ此引渡ハ片務的ニシテ我國ハ清國ニ對シテ同一ノ事情ノ下ニ之ヲ引渡スノ義務ナキノミナラス犯罪以外ノ民事上ノ債務者ニ付テモ引渡義務ヲ彼ニ負ハシムルモノニシテ一種ノ引渡條約ナルヘキモ所謂犯罪人引渡條約ニハ非ス然レトモ明治三十年ニ締結セラレタル日西修好交通條約議定書第六條ニ於テハ「兩締盟國ハ相互ニ犯罪人引渡ニ關スル特別條約ヲ締結スルコトニ同意ス尤モ該條約ノ締結ニ至ルマテハ該事故竝ニ民事事件ニ關スル要求ノ執行ニ付キ締盟國ノ一方ハ他ノ一方ニ對シ最惠國ニ既ニ許與シ若クハ將來許與セラルヘキモノト同一ナル權利及ヒ特權ヲ許與スヘキモノトス」ト規定スルカ故ニ實際ニ於テハ米國及ヒ西班牙

ノ兩國ニ對シテ此種ノ條約ノ存スルモノト知ルヘシ而シテ後ニ說明スヘキ最惠國約款ニ依ルモ他ノ諸外國ハ之ニ均霑スルコトヲ得ス何トナレハ條約上ノ權利利益ノ均霑ハ通商航海條約中ニ規定セララルモノニシテ其效力ハ通商上ニ限ラレ犯罪人ノ引渡ニ及ハス故ニ假令日西條約ノ如ク通商條約中ニ此種ノ事項ヲ規定スルモ他國ハ爲メニ犯罪人ノ引渡ニ關シテ均霑スルモノニ非サルナリ

如何ナル種類ノ犯罪人ヲ引渡スヘキハ國際法上定マレル原則ナク各自ノ條約ニ依リテ規定スヘキモノトス然レトモ自國人及ヒ政治上ノ犯罪人ハ之ヲ引渡ササルコト今日國際法上一定セル所ナリ

第一 引渡スヘキ犯罪ノ種類 引渡スヘキ犯罪ハ重大ナルモノニ限ラル違警罪及ヒ輕微ナル輕罪ノ如キハ之カ引渡ノ必要ヲ見サレハナリ日米犯罪人引渡條約第二條ハ謀殺、謀殺未遂犯其

他ノ殺人罪ヲ始トシ十四類ノ犯罪ニ付テ引渡スヘキモノトセリ

第二 自國人 自國人カ外國ニ於テ罪ヲ犯シ自國ニ逃亡シ歸リタル場合ニ在リテハ其外國ノ請求ニ接スルモ之ヲ引渡サスト爲ス其理由ハ(一)自國人カ外國ノ裁判權ニ服從スルハ是レ自國獨立ノ主權ヲ侵害スルモノニシテ自國ハ之ヲ審問處罰スヘク他國ニ引渡スノ必要ナシ(二)外國ヲ信用セサルニ基クモノトス然ルニ近來ニ至リテハ各國間ニ於ケル交通頻繁ト爲リタル結

果其制度モ殆ト各國完全ノ域ニ進ミタルヲ以テ從前ノ如ク外國制度ヲ嫌忌スルノ觀念ヲ脱シ

漸ク外國ノ制度、法律、裁判官ヲ信用スル至リ今日ニテハ各國相互ノ條約ヲ視ルニ自國人ハ之ヲ引渡サスト約定シアルニモ拘ハラヌ又一方ニ於テハ之ヲ引渡スコトアルヘキ旨ヲ定メタルモノアリ今其規定ヲ比較スルニ

(イ) 國法ヲ以テ自國人ヲ引渡サスト規定シテカラ條約ヲ以テ引渡スコトアルヘキヲ定ムルモノアリ瑞西ノ如キ之ニ屬ス

(ロ) 國法及ヒ條約ヲ以テ引渡スヘキ場合アルコトヲ定ムルモノアリ英國ノ如キ之ニ屬ス
(ハ) 條約及ヒ國法ヲ以テ引渡ササルコトヲ定メツツ引渡ヲ至當ト認ムルトキハ之ヲ引渡スコトヲ得ト爲スモノアリ日米條約ノ如キ之ニ屬ス(同條約七條)

(オックスフォード)ニ於テ開カレタル國際法協會ノ決議ニ依レハ同一法系ノ刑法ノ行ハルル國家間ニ於テハ自國人ト雖モ引渡スヘキモノナリト爲ス

第三 政治上ノ犯罪人 政治上ノ犯罪人ハ原則トシテ引渡ヲ爲ササルモノトス其故ハ各國ハ皆各、異ナリタル政體ヲ有スルヲ以テ各國其政治上ノ犯罪ヲ異ニスルハ當然ノコトニシテ又一國政治上ノ秩序ヲ紊亂スルモノハ未タ必スシモ他國ノ政治上ノ秩序ヲ紊亂スルモノニ非サレハ一國ノ政治上ノ犯罪人ハ必スシモ他國ノ政治上ノ犯罪人ナリト云フコトヲ得スシテ却テ其行爲ハ他國ヨリ見レハ尊敬スヘキ行爲タルヲ得ヘキコトアリ然ルニ此者ヲ引渡スヘシト云フハ引渡ノ本旨ニ違フ是レ政治上ノ犯罪人ハ引渡ササルヲ原則ト爲ス所以ナリ然レトモ予ノ信

スル所ニ依レハ政治上ノ犯罪人ハ總ラ全世界ノ秩序ヲ傷害セサルモノナリト云フコト能ハヌ彼ノ無政府黨、虛無黨ノ如キハ其行フ所實ニ世界ヲ通シテ其平和ヲ破壞スル者ナリ故ニ本問題ハ之ヲ區別シテ前者ニ付テハ引渡スコトナク後者ハ之ヲ引渡スヘキモノナリト爲スヲ以テ正當ナリト信スルモ今日ノ國際法ハ未タ此區別ヲ立ツルニ至ラス我邦ニ於テモ米國トノ引渡條約ニ於テハ政治上ノ犯罪者ハ引渡サスト規定シ又千八百九十二年「ジュネーブ」ニ於テ開キタル國際法協會ノ議決ニ於テモ政治上ノ犯罪人ハ引渡ササル旨ヲ約定シタリ

次ニ其犯罪ノ果シテ政治上ノ犯罪ナリヤ將タ又常事犯罪ナリヤノ區別ハ如何ナル標準ニ依リテ之ヲ定ムヘキヤハ甚タ困難ナル問題ナリ然レトモ其目的ノ如何ニ依リテ之ヲ決定セサルヘカヲサルモノトス例ヘハ國事犯罪目的トシテ竊盜シタル者ハ竊盜ヲ手段トスルモノナルカ故ニ之ヲ常事犯罪ト見スシテ國事犯罪ト見ルヘキカ如シ我邦カ米國ト締結シタル引渡條約ニ於テハ此點ニ關シ何等ノ規定ヲ見サルモ獨逸ト瑞西トノ引渡條約第四條ニ於テハ此點ニ關シ規定ヲ設ケタリ而シテ其約定中ニ原則トシテ政治上ノ目的ヲ有スル犯罪ハ引渡ノ原因トナラサルコトヲ定メタリ而シテ千八百八十一年露國ニ於テ國際法會議ヲ開キ其際未遂、豫備、共犯ヲ問ハス謀殺及ヒ毒殺ヲ犯ス場合ニ於テハ政治上ノ目的ノ爲メニ爲シタルモ之ヲ常事犯罪トナスヘシトノ議論アリタルモ遂ニ成立セザリキ

犯罪人引渡ノ手續ハ請求ヲ爲ス國家ト之ヲ受クル國家トノ外交上ノ交渉ニ依ルモノニシテ直接國際公法(平時) 本論 國家ノ權利義務 國家ノ權利

ニ甲國ノ司法官ヨリ乙國ノ司法官ニ之カ請求ヲ爲スコトヲ得ス而シテ若シ事急遽ヲ要シ證據書類等ヲ被請求國ニ送致スル暇ナキ場合ニ於テハ電報ノ便ニ藉ルコトヲ得ヘク被請求國ニ於テ其請求ニ付キ疑ノ點アルトキハ證據ノ到着スルマテ犯罪人ヲ留置スルコトヲ得ヘシ而シテ引渡ノ費用ハ條約ノ定ムル所ナリト雖モ多クハ請求ヲ爲ス國家ノ負擔ニ歸スヘキモノトス

犯罪人引渡ニ附加シテ説明スヘキハ逃走海員ノ引渡ナリ此種ノ引渡ニ付テハ概テ通商條約中ニ之ヲ定ムルヲ常トス(日英一四條、日米一三條、日露一三條、日獨領事職務條約七條等)若シ其逃亡者ニシテ軍艦ノ乗組員ナルトキハ是レ一ノ犯罪ニシテ其引渡シタルヤ犯罪ノ引渡ナリト雖モ由來私船ノ所有者ト其海員(船員)トノ法律關係ハ一種ノ雇傭契約タリ航海業務ニ從事スル債權債務ノ關係タリ從テ海員ノ逃走ハ債務ノ不履行タリト雖モ決シテ犯罪ニ非ス故ニ之カ引渡ハ犯罪人ノ引渡ニ非スシテ航海ノ安全ヲ企圖スル必要ヨリシテ其引渡ヲ約定スルノミ通商條約中ニ規定スルノ理由知ルヘキナリ而シテ逃走海員ニシテ若シ自國人ナルトキハ之ヲ引渡ササルコト犯罪人引渡ノ場合ト異ナルコトナシト雖モ其理由ニ至リテハ同シカラス蓋シ自國人ニシテ其債務ヲ履行モスシテ逃走スル者アル場合ニ於テ之ヲ引渡スコトナク不當ニ之ヲ庇隱スルノ理由ナシ即チ刑法ノ範圍ニ於テハ或ハ外國ノ法律ヲ信用セサル場合アルヘシト雖モ私法特ニ債務ノ關係ニ於テハ東西古今ヲ通シテ不易ノ原則多シ然ルニ其債務ヲ履行セサル自國人ヲ引渡ササルハ全ク理論上ノ根據アルニ非スシテ慣習ニ基クモノナリト解スルノ外ナカルヘシ

逃走海員引渡ノ手續ハ條約ニ依リ多少ノ差異アリ今、日獨領事職務條約ヲ見ルニ海員ノ逮捕ヲ求ムルニハ領事ニ於テ或船舶ノ乗組員ナルコトヲ判明ナラシムヘキ公文書ヲ添ヘ書面ヲ以テ駐在國ノ當該官廳ニ依頼スヘク又當該官廳ハ右逃走者ヲ搜索逮捕スルニ必要ナル援助ヲ領事官ニ與ヘ其國ノ獄舎ニ投シ領事官ニ於テ之ヲ送還スルノ便ヲ得ルマテ其依頼ニ應ジ領事官ノ費用ヲ以テ獄舎ニ留置ス然レトモ逮捕ノ日ヨリ六個月以内ニ領事官ニ於テ送還ノ便ヲ得ザルトキハ右逃走者ヲ放免シ而シテ同一ノ事件ニ關シテ再ヒ逮捕スルコトヲ得サルモノトセリ又逃走者ニシテ若シ其搜出セラレタル國ニ於テ重罪又ハ輕罪ヲ犯シタルトキハ其事件ヲ管轄スル當該裁判所ニ於テ判決ヲ下シ之ヲ執行シタル後ニ非サレハ領事官ノ處分ニ任セサルモノトス(同條約一七條)其他日白領事職務條約第一二條ニ於テモ亦殆ト之ト同様ナル規定ヲ設ク

次ニ軍艦内ニ起リタル犯罪ニ付テモ我帝國ノ主義ニ從フトキハ我國法ヲ以テ支配スヘキモノニシテ犯罪人ノ引渡請求ハ軍艦ヨリ爲スヘキモノトス是レ明治三十一年五月二十七日發布ノ軍艦外務令第一三條乃至第一五條ノ規定スル所ナリ

犯罪人引渡ノ原因ハ其處罰ノ原因ト一致セザルヘカラス從テ左ノ結果ヲ生ス

(イ) 甲犯罪ニ付キ引渡ヲ請求シ乙犯罪トシテ之ヲ處罰スルコトヲ得ス但若シ其引渡ヲ爲シタル國ノ承諾アルトキハ此限ニ在ラス

(ロ) 常事犯トシテ引渡ヲ受ケタル後政治犯トシテ之ヲ處罰スルコトヲ得ス而シテ此點ニ付テ

ハ假令引渡ヲ爲シタル國ノ承諾アルモ政治犯トシテ處罰スルコトヲ得ス何トナレハ法理上自
己ノ有セサル權利ヲ他人ニ與フルコトヲ得サルモノニシテ政治犯人トシテ引渡スコトハ引渡
ヲ爲ス國家ノ爲シ得サル所ナレハナリ又犯人ノ承諾アルモ同一ノ論決ヲ生ス何トナレハ犯罪
人ハ引渡ノ客體ニシテ其主體ニ非サレハナリ

一 犯罪人カ同時ニ二箇以上ノ國家ニ對スル犯罪ヲ爲シタルトキハ何レニ對シテ引渡ヲ爲スヘキ
ヤ予ハ(一)最先ノ請求國ニ引渡スヘク(二)同時ニ請求アル場合ニ於テハ引渡條約アル國ニ先
引渡スヘク(三)條約國同時ニ請求スルトキハ引渡ヲ爲サントスル國家ノ任意判斷ニ從フヘキモ
ノナリト解ス

次ニ一犯罪人カ時ヲ異ニシ二以上ノ國家ニ對シテ犯罪ヲ爲シタルトキハ何レニ對シテ引渡ヲ爲
スヘキヤ此問題ニ關シテハ次ノ數說アリ

- 第一 最先ニ犯罪アリシ國家ニ先ツ引渡スヘシトノ說
- 第二 最後ニ犯罪アリシ國家ニ先ツ引渡スヘシトノ說
- 第三 其中ニ自國ニ對スル犯罪アルトキハ先ツ之ヲ處罰ストノ說
- 第四 引渡ヲ爲サントスル國家ト距離ニ於テ最モ近キ國家ニ引渡スヘシトノ說
- 第五 最モ重キ犯罪アリシ國家ニ引渡スヘシトノ說
- 第六 最モ先ニ引渡ノ請求ヲ爲シタル國家ニ引渡スヘシトノ說

左ニ此等ノ諸說ヲ批判シ最後ニ予ノ最モ正確ナリト信スル所ヲ説述セン

第一說ノ根據ハ最先ニ犯罪アリタル國家ハ最モ長ク其秩序ヲ亂サレタルモノナリト云フニ在リ
ト雖モ是非ナリ時ノ經過ハ公訴ノ時效及ヒ刑ノ時效ヲ完成セシムルモノニシテ此點ヨリ論ス
ルトキハ最先ニ犯罪アリタル國家ヨリモ寧ロ最後ニ犯罪アリタル國家ニ引渡スヘキモノナリ故
ニ時ヲ主眼トシテ立論スルトキハ第二說可ナリ又第三說ハ自國ニ對スル犯罪ヲ最先ニ處罰スル
權利アリト論スルモ是レ徒ニ利己ニ過キ更ニ法理上ノ根據ナキ說ナリト謂ハサルヘカラス次ニ
第四說ハ距離近キ國家ニ引渡スヘキモノトセハ其遠隔ナルモノニ比シテ逃亡其他ノ危險少ナシト
云フニ在リト雖モ是レ亦便宜ト云フノ外他ニ何等ノ根據ヲ發見セサルナリ又第六說ハ請求ノ時
ノ前後ニ依リテ決スルモノニシテ最先ノ請求者ハ最先ニ引渡ノ請求ヲ受クル權利ヲ生スルモノ
ナリト云フニ在リ終ニ第五說ハ有力ナル說ナリト雖モ犯罪ノ輕重ハ各國法律ノ異ナルヨリシテ
之カ鑑別甚タ難シ而シテ予ハ以上諸說ノ中第六說ノ最モ正當ニシテ法理ニ適合スルモノナルコ
トヲ信ス均シク時ヲ標準ト爲スモ第二說ノ如ク犯罪ノ時ヲ標準ト爲スハ決シテ適當ナル見解ニ
非サルナリ數國ヨリ同時ニ請求シタルトキハ最モ重ク罰スル國家ニ引渡スノ至當ナルヲ信ス
右ノ場合ニ甲國ニ於テ其犯人ヲ處罰シ之ヲ解放シタルトキハ乙國ハ又自國ニ對スル犯罪ニ付テ
處分スルコトヲ妨ケス丙、丁、戊國各之ヲ處罰スルトキハ犯人ハ輕微ナル犯罪ノ爲メニ畢生纏繞
ノ身タルヲ免レスト雖モ其結果ハ主權獨立ノ當然ノ成行ニシテ國內法上ニ於テモ往往發生スル

所ノ現象ナリ然レトモ之ヲ國際法ノ上ヨリ論シ且實際ニ適合セシムルカ爲メニハ條約ヲ締結シテ其數罪中ノ最モ重キモノヲ處分シ終リタルトキハ餘罪ニ付キ其責ヲ免レシムルコト可ナルヘシ然レトモ今日ノ國際法ハ未タ此點ニ關スル法規ヲ立ツルニ至ラス

第二項 行政法ニ對スル例外

國家ハ原則トシテ自由ニ其國內ニ行政スルコトヲ得ヘシト雖モ絕對的ニ各國カ自由ノ行動ヲ探ルトキハ權利利益ノ衝突ヲ來スヤ必セリ是レ茲ニ行政權ノ例外ヲ認メサルヘカラス所以ナリ

第一目 政治上及ヒ軍事上ニ對スル行政權

政治上及ヒ軍事上ノ行政權ノ例外トシテ論スヘキモノ少カラスト雖モ茲ニハ其主要ナルモノニシテ掲クヘシ

第一 或國家ヲ保護スヘキ場合

國家カ或他ノ國家ヲ保護スヘキ條約ヲ締結シタル場合ニ於テハ保護ヲ受クヘキ國家ハ其宗主權國ノ訓示スル所ニ服從スヘク保護ヲ與フヘキ國家ハ其條約ニ從テ之ヲ輔導誘掖セサルヘカラス而シテ宗主國ト保護國トノ關係ハ既ニ說述セシ所ナリ

永久局外中立國ハ宗主國ヲ有セサルカ故ニ一部主權國ニ非スト雖モ其行政權ハ保護權ト同シク

制限セラル

第二 土地割讓ノ場合

此點ニ付テハ前ニ說明シタルカ故ニ茲ニ重ネテ述ヘス

第三 地役アル場合

學者或ハ此種ノ地役ヲ稱シテ國際地役ト謂フ然レトモ獨逸ノ學者ハ國際地役ナル文字ヲ認メス其理由ニ曰ク地役ハ私法上ノ物權ニシテ私權關係ナリト雖モ所謂國際地役ナルモノハ決シテ私法上ノ關係ニ非ス故ニ之ヲ指シテ國際地役ナリト云フハ其當ヲ得スト予ハ獨逸學者ト同シク其名稱ノ失當ナルヲ批難スト雖モ其實質ノ存在ヲ否認セス去レト今適當ナル名稱ヲ見出スコト能ハサルヲ以テ始ク普通ノ用例ニ從ヒテ此名稱ヲ用フヘシ

國際法上ノ地役ノ内容ハ私法上ノ地役ト異ナルコトナク即チ地的地役タリ而シテ地役關係ノ發生原因ニハ自然的ニ生スルモノト條約ニ依ルモノトアリ(イ)例ヘハ瑞西ノ如キ四隣外國ヲ以テ圍繞セラルル國家カ其公使ヲ日本ノ如キ遠地ニ差遣スル場合ニハ自然ノ必要上其外國ノ土地ヲ通過セサルヘカラス(ロ)條約ニ因リテ生スル地役ハ積極的ノ性質ノモノト消極的ノモノトアリ千八百七十七年ノ條約ニ於テ「ルーマニア」カ露國ノ軍隊ノ通過ヲ許可セシカ如ク自國カ爲スヘキ必要ナキニ進テ其義務ヲ負フニ至ルモノハ前者ニ屬シ「ルクセンブルヒ」カ自國內ニ城塞ヲ築カサル條約ヲ結ヒシカ如ク自國家カ爲シ得ルコトヲ爲ササル義務ヲ負フニ至ルモノハ後者ニ屬

ス
地役ハ要役地ニ附随スル義務ニシテ換言スレハ人的ニ非スシテ地的ノモノナルカ故ニ承役地國家ノ滅亡ハ地役ノ消滅ヲ來スコトナク新國家ハ依然舊狀ニ於テ此義務ヲ負フモノトス

第四 同盟アル場合

是レ國家ノ軍事上ノ行政權ニ加ヘタル制限ナリ即チ總テノ國家ハ外國ニ對シテ戰爭ヲ爲シ又ハ爲ササルコトヲ得ルモノナリト雖モ時トシテハ一國カ戰爭セハ必ス之ニ加擔スヘク或ハ必ス中立ヲ守ラサルヘカラサル義務ヲ負フモノニシテ是レ同盟條約ノ結果ナリ

同盟條約ハ種種ノ標準ニ依リテ之ヲ分類スルコトヲ得ヘシ或ハ(イ)攻撃同盟、防禦同盟及ヒ攻守同盟ト爲スコトヲ得ヘク或ハ(ロ)全部同盟及ヒ局部同盟ト爲スコトヲ得ヘク或ハ又(ハ)平時同盟及ヒ戰時同盟ト爲スコトヲ得ヘシ夫ノ明治二十七年日韓ノ同盟條約カ清國ニ對スルコトヲ定メタル如キハ局部的ニシテ戰時同盟ナリ又三國同盟、露佛同盟及ヒ日英同盟等ハ平時同盟ニ屬ス

同盟國ノ權利義務ノ範圍ハ條約ニ依リテ定マルモノナリト雖モ同盟國ノ一方カ相手國ト媾和ヲ爲シ又ハ爲ササルトキハ同盟國ヘ他方モ亦之ト進退ヲ同シツセサルヘカラス是レ此種ノ條約ノ性質上當然生スル所ノ結果ナリ其他同盟條約ノ消滅、一般ニ條約トシテ生スル權利義務等同盟ニ特別ナラサル點ニ付テハ一般條約ノ法理ニ依リテ決スルモノトス

日英同盟ノ性質ハ防禦同盟ニ非ス又攻守同盟ニモ非スシテ一種特別ナル性質ヲ有スルモノナリトス即チ同盟國ノ一方カ外國ヨリ攻撃セラレタルトキハ他ノ一方ハ必ス中立ヲ守ルヘク又同盟國ノ一方カ甲國ト戰爭ヲ開キタルニ乙國カ甲國ヲ助勢スル場合ニ於テハ同盟國ノ他ノ一方ハ其交戦セル同盟ニ加勢スヘキコトヲ定ム而シテ同盟條約ニハ戰爭ニ加勢スヘキ軍隊ノ數等ヲ定ムルヲ常トスルモ日英協約ニハ之ニ關スル規定ナシ而シテ此條約ノ效力ヲ有スル間ハ之ト抵觸スル他ノ同盟條約ヲ締結スルコト能ハサルヘシ今左ニ參考ノ爲メ日英協約ノ本文ヲ掲クヘシ

日英協約

(明治三十五年一月三十日英京龍動ニ於テ締結セラレタルモノ)

第一條 兩締約國ハ相互ニ清國及韓國ノ獨立ヲ承認シタルヲ以テ該二國孰レニ於テモ全然侵略的趨向ニ制セラルコトナキヲ聲明ス然レトモ兩締約國ノ特別ナル利益ニ鑑ミ即チ其ノ利益タル大不列顛國ニ取リテハ主トシテ清國ニ關シ又日本國ニ取リテハ其清國ニ於テ有スル利益ニ加フルニ韓國ニ於テ政治上並ニ商業上及ヒ工業上格段ニ利益ヲ有スルヲ以テ兩締約國ハ若シ右等利益ニシテ別國ノ侵略的行動ニ因リ若クハ清國又ハ韓國ニ於テ兩締約國孰レカ其臣民ノ生命及ヒ財產ヲ保護スル爲メ干渉ヲ要スヘキ騷擾ノ發生ニ因リテ侵迫セラレタル場合ニハ兩締約國ハ孰レモ該利益ヲ擁護スル爲メ必要缺クヘカラサル措置ヲ執リ得ヘ

キコトヲ承認ス

第二條 若シ日本國又ハ大不列顛國ノ一方カ上記各自ノ利益ヲ防護スル上ニ於テ別國ト戰端ヲ開クニ至リタル時ハ他ノ一方ノ締約國ハ嚴正中立ヲ守リ併セテ其同盟國ニ對シテ他國カ交戦ニ加ハルヲ妨クルコトニ努ムヘシ

第三條 上記ノ場合ニ於テ若シ他ノ一國又ハ數國カ該同盟國ニ對シテ交戦ニ加ハル時ハ他ノ締約國ハ來リテ援助ヲ與ヘ協同戰闘ニ當ルヘシ講和モ亦該同盟國ト相互合意ノ上ニ於テ之ヲ爲スヘシ

第四條 兩締約國ハ孰レモ他ノ一方ト協議ヲ經スシテ他國ト上記ノ利益ヲ害スヘキ別約ヲ爲ササルヘキコトヲ約定ス

第五條 日本國若クハ大不列顛國ニ於テ上記ノ利益カ危殆ニ迫レリト認ムル時ハ兩國政府ハ相互ニ充分ニ且ツ隔意ナク通告スヘシ

第六條 本協約ハ調印ノ日ヨリ直ニ實施シ該期日ヨリ五箇年間效力ヲ有スルモノトス若シ右五箇年ノ終了ニ至ル十二箇月前ニ締約國ノ孰レヨリモ本協約ヲ廢止スルノ意思ヲ通告セザルトキハ本協約ハ締約國ノ一方カ廢棄ノ意思ヲ表明シタル當日ヨリ一箇年ノ終了ニ至ル迄ハ引續キ效力ヲ有スルモノトス然レトモ右終了期日ニ至リ同盟國ノ一方カ現ニ交戦中ナルトキハ本同盟ハ講和結了ニ至ル迄當然繼續スルモノトス

今日現存スト稱セラルル有名ナル同盟條約ハ日英同盟ノ外ニ前示セル三國同盟及ヒ露佛同盟ナリ其由來ニ付テハ後ニ詳述スルノ機會アルヘク茲ニハ其内容ヲ概説セン

獨逸、奧太利、伊太利ノ三國同盟ハ千八百八十八年二月三日ニ公然發表セラレタリ其大要ヲ摘示スレハ獨逸兩國ハ其一方カ露國ノ攻撃ヲ受クルトキハ共同戰闘ニ從事スヘク若シ露國以外ノ國家ト戰争スルトキハ他方ハ好意ノ中立ヲ守ルヘシ然レトモ後ノ場合ニ於テ若シ露國ニシテ當該國ニ援助ヲ與ヘンカ同盟國ノ他方ハ一方ヲ助ケテ共同戰闘ニ從フヘシトセリ而シテ伊太利ハ此二國同盟ニ加入シ伊埃間ノ條約及ヒ伊、獨逸ノ條約ニ依リテ茲ニ三國同盟成立セルナリ而シテ其後英國ハ地中海ニ關シテ伊太利ト條約シテ間接ニ之ヲ保護スルカ故ニ其實四國同盟ト爲レリ然レトモ英伊條約ノ期限タル六年ハ既ニ過キ其内容亦祕密ナルカ故ニ今日尙ホ有效ナルヤ否ヤハ疑問ナリ

露佛同盟ハ三國同盟ニ對シテ起レリ然レトモ其内容ハ祕密ニ屬シ之ヲ知ルニ由ナシ從テ或ハ其存在ヲ疑フ者尠カラス

第二目 交通ニ關スル行政權

如何ナル國家ト雖モ何等ノ制限ナクシテ自國內ニ交通機關ヲ設置スルコトヲ得ヘシト雖モ國際法上他ノ權利ニ制限ヲ受クルト同シク交通ニ付テモ亦次ニ説明スルカ如キ制限ヲ受クルモノト

第一 郵便

國家カ郵便ニ付テ受タル制限ニ二種アリ一ハ或特定ノ國家ヨリ受タル制限ニシテ二ハ萬國一般ニ受タル所ノ制限ナリ

一 或特定ノ國家ヨリ受タル制限 此種ノ制限ハ概テ慣例上ヨリ來ルモノニシテ或國カ郵便制度ヲ自由ニ設置スル程ニ其行政完備セストノ理由ヲ以テ他國カ其國ニ自ラ郵便制度ヲ設クルモノナリ

明治ノ初年我邦ニ於テハ萬國郵便同盟條約ニ加入セザリシヲ以テ我國ヨリ諸外國ニ向ヒ郵便物ヲ差出ヌ場合ニ於テハ特ニ之ニ關スル我邦ノ郵便機關ノ設備ナク勢ヒ他ノ方法ニ依ラサルヘカラスシテ諸外國モ尠カラサル不便ヲ感シタルヲ以テ遂ニ我國内ニ各國ノ郵便局ヲ設置セリ即チ此各國ノ郵便局ニ郵便物ヲ委託シ以テ郵便物ノ往復ヲ爲スコトヲ得タリ例ヘハ我國ヨリ英國ニ向ケ郵便物ヲ差出サントスル場合ニ於テハ之ヲ我國内ニ在ル英國郵便局ニ委託セルカ如シ然レトモ英國ニ向ケ郵便ヲ出ス場合ニ必スシモ之ヲ英國郵便局ニ委託セサルヘカラサルニ非スシテ其他ノ佛國又ハ獨逸國郵便局ニ委託スルモ亦發信者ノ自由ナリ而シテ何レノ場合ニ於テモ其委託スヘキ國ノ郵便切手ヲ貼用スヘキハ言フ俟タス然レトモ今日ニ於テハ我國ハ既ニ萬國郵便同盟ニ加入セルヲ以テ前述シタルカ如キ煩雜ナル手續ヲ爲サスシテ諸外國ニ對

シ郵便物ヲ差出ヌヲ得ルコトト爲レリ即チ我國ヨリ諸外國ニ發送スヘキ郵便物ハ一括シテ之ヲ便船ニ搭載セシメ送付スルコトヲ得而シテ其便船ハ我國ノ便船ナルト外國ノ便船ナルトヲ問ハス此ノ如クシテ宛名國ノ郵便局ニ其郵便物到着スルトキハ普通ノ内國郵便物ノ如ク取扱ヒ之ヲ送達スルモノトス而シテ現今ニ於テモ此萬國郵便同盟ニ加入セサル國家ナキニ非ス即チ土耳其ノ如キハ依然トシテ上述シタルカ如キ方法ニ依リテ諸外國ノ郵便局ヲ其國內ニ設置セシム又我國カ支那、朝鮮ニ於テ郵便局ヲ設クルハ從來歐米諸國ノ我國ニ於ケルカ如キ關係ト同一ナルモノトス故ニ我國ハ支那、朝鮮ヲシテ交通ニ關スル主權ヲ制限セシメタルモノナリト謂フヘシ

二 萬國一般ニ受タル所ノ制限 是レ萬國郵便同盟條約ニ基因ス抑、同條約ノ成立セザリシ以前ニ於テハ郵便ニ關シ各國間ニ特ニ條約ヲ以テ約定セルノミナリシカ千八百七十四年ニ至リ次ノ二十一箇國ノ間ニ郵便一般同盟條約ヲ成立セシメタリ即チ英吉利、佛蘭西、獨逸、埃地利、北米合衆國、白耳義、丁抹、希臘、伊太利、露西亞、土耳其、瑞典、挪威、和蘭、葡萄牙、埃及、西班牙、ルネタセンブルヒ、ルーマニヤ、セルビヤ」是ナリ然レトモ此條約、唯短年月間其效力ヲ有シタルニ過キス其後千八百七十八年一月一日巴里ニ於テ各國代表者會合シテ萬國郵便同盟條約ヲ約定シ總テノ文明國皆此條約ニ加盟セリ其後千八百八十五年、千八百九十一年、千八百九十七年等此條約ニ追加及ヒ改正ヲ爲サンカ爲メ會議ヲ開キタリ而シテ支那、

朝鮮及ヒ「オレンジ」國力之ニ加入シタルハ千八百九十七年以降ニ在リ然レトモ朝鮮ノ如キハ名義上之ニ加盟シタルノミニテ實際ニ於テハ何等加盟ノ實ヲ擧ケス此郵便同盟ハ其中央事務所ヲ瑞西「ベルン」ニ設置シ此條約ニ加入シタル國ニ對シテ報告ヲ爲シ又其事務所ニ納付スヘキ費用ヲ取立ツルノ事務ヲ管掌セリ其費用ノ點ニ付テハ同盟各國ヲ數等ニ分チテ之カ支出額ヲ定ムルコトトセリ而シテ此事務所ヲ瑞西ニ設置シタルハ此事務所カ萬國共同ノ平和の利益ニ關スルモノナルカ故ニ戰時ニ於テモ亦此等ノ利益ヲ圖ルノ必要アルヲ以テ永久局外中立國タル瑞西ニ設置スルコトト爲シタルモノナリ

此萬國郵便同盟ノ約定シタル主要ナルモノハ封書、葉書、往復葉書、印刷物見本等ニ關スル事項ニシテ此條約ニ付キ一大進歩トシテ見ルヘキハ此等同盟各國ニ送ルヘキ郵便物ニ對シ其距離ノ遠近ヲ問ハス郵稅ヲ同一ニシタルコト是ナリ尤モ此約定ニ對シテハ各國間ノ特別條約ヲ以テ變則ヲ定ムルコトヲ得ザルニ非ザルヲ以テ此條約ニ加入シタル國家ト雖モ亦他ノ國家ト特別ナル他ノ條約ヲ締結スルコトヲ妨クルモノニ非ス例ヘハ獨逸間ノ條約ノ如シ此同盟ニ加入シタル諸國ノ郵便物ニ對シテハ通過ノ手数料ヲ課セザルモノトス又此條約ニ於テ書留郵便、代金引替小包郵便、新聞雜誌ノ郵便購求等ノコトヲモ定メラレタリ

第二 電信

電信ニ關シテハ歐洲大陸諸國ノ間ニ條約ヲ以テ定メラレタルモノ數多アリト雖モ其一般諸國ニ通スルモノハ千八百八十五年五月十七日巴里ニ於テ締結セラレタル一般電信同盟條約ヲ以テ始トス而シテ此條約ト郵便同盟條約ト相異ナル所ハ郵便ニ關シテハ其距離ノ遠近ヲ問ハス其郵稅ヲ同一ニセリト雖モ電信ハ其距離ノ遠近ニ由リテ其電信料ニ差異ヲ設ケタルコト是ナリ而シテ其中央事務所ハ前ノ郵便同盟ノ場合ト同シク瑞西ノ「ベルン」ニ設置セリ其後千八百九十五年(明治二十八年)ニ至リ電信料ヲ畫一ニセントコトヲ議定スル爲メ匈牙利ノ「ベスト」ニ於テ列國會議ヲ開キタルモ遂ニ成立ヲ見スシテ止ミタリ

海底電信ニ付テハ千八百八十四年巴里ニ於テ海底電線保護條約ヲ締結シ又此條約ノ附則ヲ定メタリ本條約ハ同年十一月ニ之ヲ議定シ翌年三月ニ其宣告ヲ公布シタリ此條約ニ與リタル主ナル國ハ獨逸、奧地利、佛蘭西、英吉利等ナリトス後ニ至リ日本モ亦之ニ加入セリ又千八百八十八年五月一日ニハ數國ノ領地、殖民地ニ連ル海底電線ノコトニ關スル條約ヲ締結セリ此條約ハ沿岸海ニ適用スヘキモノニ非スシテ公海ニ於テノミ適用スルコトトセリ何トナレハ沿岸海ハ其國家ノ主權ノ及フヘキモノナレハナリ又此條約ハ平時ニ於テノミ適用スヘキモノニシテ戰時ニ於テハ之ヲ適用セスト定メタリ然ラハ戰争アリタルトキハ此海底電線ヲ切斷スルコトヲ得ルヤ否ヤハ此點ニ關シテハ學說區區タリシカ千九百二年九月白耳義ノ「ブリュクセル」ニ於テ開カレタル國際法協會ハ此問題ヲ解決シテ左ノ如ク決議シタリ

(イ) 交戰國間ノ海底電線ハ之ヲ切斷スルコトヲ得ルモ中立國ヲ通過スルトキハ其間ノ電線ハ

之ヲ斷フコトヲ得ス

(ロ) 中立國間ノ電線ハ之ヲ切斷スルコトヲ得ス

(ハ) 中立國ト交戰國トノ間ノ電線ニ付テハ交戰國ハ自國ノ領海内ノモノノミヲ切斷スルコトヲ得ルモ封鎖セラレタル公海内ニ於テハ之ヲ切斷スルコトヲ得ス

(ニ) 中立國ハ海底電線ヲ切斷スルコトヲ得ルモ交戰國ノ一方又ハ他方ヲ助ケルコトヲ得ス(ホ) 此規定ハ海底電線カ國家ノ有タルト私人ノ有タルトヲ問ハサルモノトス

平時ニ於テ若シ海底電線ヲ故意又ハ過失ニ因リテ切斷シタル者ハ國法ニ依リテ處罰セラルヘキモノナリ而シテ軍艦ハ此等ノ電線ヲ監督スルモノナルヲ以テ若シ其切斷ヲ企ツル嫌疑者アルヲ發見シタルトキハ之ヲ逮捕スルコトヲ得ヘキナリ然レトモ國法ニ依リテ之ヲ處罰スルハ一ニ其船舶所屬國ノ權限ニ屬スルヲ以テ其處罰ハ之ヲ所屬國ノ裁判所ニ請求セサルヘカラス又同條約ニ依レハ之ニ加入シタル各國ハ海底電線ヲ保護スルカ爲メニ國法ヲ制定スヘキ旨ヲ規定ス

第三 電話

電話ニ關シテハ未タ各國家間ニ於テ萬國電話同盟條約ノ如キモノヲ締結シタルコトナシ然レトモ歐洲諸國ニ於テハ各國間ニ之ニ關スル條約ヲ締結シタルコトアリ即チ佛蘭西、瑞西間ノ條約ノ如キ千八百九十五年和蘭、白耳義間ノ條約ノ如キ及ヒ白耳義、獨逸間ニ於ケル條約ノ如キ是ナリ

第四 鐵道

鐵道ニ付キ各國カ條約ヲ以テ約定スルコトヲ得ルハ固ヨリ多言ヲ俟タサル所ナリ元來鐵道カ一國內ニ布設セラレタル場合ニ於テハ其國家政權ノ支配ニ屬セシムルヲ得ルコトハ勿論ナリト雖モ今日ノ如ク交通日ニ頻繁ナルニ至リテハ各國間ニ鐵道ヲ聯絡セシメ一國ノ列車カ外國ニ赴クノ必要アルコト屢々之アリ是レ茲ニ鐵道ニ付テ說明セントスル所以ナリ

一國ノ列車カ他國ニ赴ク場合ニ關シ最モ重要ナル問題ハ稅關ニ關スルコト是ナリ國家ハ他國ノ列車カ自國內ヲ通行スルコトヲ禁止スル權利ヲ有スルカ故ニ他國ノ列車ヨリ其運搬スヘキ人及ヒ荷物ヲ卸シテ之ヲ自國列車ニ乗換ヘシムルコトヲ得ルモノナリト雖モ今日ニ於テハ此ノ如キ煩雜ナル手續ヲ省略シ他國列車カ直チニ其儘通過スルコトヲ拒マズ從テ起ルヘキ問題ハ其通過ニ關スル運賃ノ點ナリトス例ヘハ伊太利ノ列車カ獨逸ニ赴カントセハ伊太利ヲ發車シ瑞西ヲ通過シテ而シテ獨逸國ニ入ルモノニシテ即チ三箇國ノ國境ヲ經過セサルヘカラス此場合ニ於テ其運賃ハ如何ニ計算スヘキヤト云フニ其國境毎ニ之ヲ支拂フヘキモノニ非スシテ運賃ノ全部ハ發車シタル伊太利ニ於テ受取ルモノナルカ故ニ通過スル各國ハ其割合ニ應ジテ之カ支拂ヲ受ケサルヘカラス從テ一之カ詳細ナル計算ヲ爲スノ必要アルヲ以テ之カ爲メ特ニ其事務所ヲ瑞西國「ベルン」ニ設置セリ之ニ關スル條約ハ千八百九十年十月十四日ヲ以テ佛蘭西、獨逸、和蘭、白耳義、伊太利、埃地利、露西亞、瑞西、ルクセンブルヒ」ノ九箇國間ニ締結セラレタルモノニシテ全

部六十箇條ヨリ成レリ而シテ此條約ニ英吉利ノ入ラサルハ其國境ヲ接セサルヲ以テナリ其後千八百九十三年及ヒ千八百九十五年ニ至リ此條約ノ附加條款ヲ定メ千八百九十七年(明治三十年)丁抹モ亦此條約ニ加入セリ此條約ニ規定セル重要ナル事項ハ(一)「ベルン」ニ中央事務所ヲ設置スルコト(二)國家間ニ鐵道ノ運送ニ關シ爭議ヲ生シタルトキハ事務所カ仲裁者トナルコト(三)一國カ請求スヘキ運賃ヲ取次ヲ事務所ニ於テ爲スヘキコト此運賃ノ取次ニ付テハ其事務所カ請求シ又ハ支拂フヘキモノニ非スシテ事務所ハ支拂ノ義務アル會社ニ命令ヲ下シ其會社ヨリ之ヲ受取ルヘキ權利アル會社ニ支拂ハシムルモノトス(四)其計算期ハ毎月一回又ハ二回ナルコト(五)支拂フヘキ會社ニシテ其支拂ヲ拒絕シタル場合ニ於テハ果シテ其拒絕ノ理由アリヤ否ヤハ事務所ニ於テ決定スヘキコト(六)支拂フヘキ會社カ命令ヲ受ケタル後二週間ヲ經過スルモ尙ホ之ヲ支拂ハサルトキハ其國家ニ對シテ請求スルコトヲ得ルモノナルコト(七)鐵道カ官設ナルトキハ國家ニ對シテ其請求ヲ爲スヘク若シ六週間何等ノ通知ナキトキハ其支拂ヲ默諾シタルモノト看做スコト(八)以上ノ諸事項ニ關シテ爭ヲ生シタルトキハ事務所ハ會社ニ仲裁者ト爲ルノミナラス裁判者ト爲ルヘキコト等是ナリ

以上述ヘタル外、國ト國トノ間ニ締結シタル條約ハ許多アリ「サンゴタル」ノ鐵道ハ「アルプス」山ヲ貫通シテ伊太利ヨリ瑞西、獨逸ニ通スルモノナリ此鐵道ニ付テハ獨逸、伊太利、瑞西ノ三箇國間ニ條約成立セリ此條約ハ千八百六十九年十月十三日瑞西「ベルン」ノ會議ニ於テ伊太利、

瑞西ノ間ニ締結セラレタルモノナリシカ其後千八百七十一年十月二十八日獨逸ニ加入シ鐵道創設費用トシテ二千萬「フラン」ヲ支出スルコトセリ然ルニ千八百七十八年三月ニ至リ更ニ一千萬「フラン」ヲ増加シ合計三千萬「フラン」ヲ支出スルコトセリ而シテ瑞西ハ此事務ニ關スル一切ノ主權ヲ有スルモノト定メ尙ホ此鐵道ヨリ七「パーセント」以上ノ利益ヲ得ルニ至リタルトキハ此條約ノ加盟國ニ其利益ヲ分配スヘキモノトセリ獨逸カ此ノ如ク多額ノ費用ヲ支出シテ此條約ニ加入シタル所以ヲ述ヘンニ獨逸ハ地理上海洋ニ依ルニ非サレハ伊太利ヲ始メ地中海沿岸諸國ニ赴クコトヲ得ス而シテ海洋ヲ通過スルニ付テハ多クノ日子ヲ徒費スルヲ以テ寧ロ此條約ニ加入シ三千萬「フラン」ヲ支出スルモ陸路鐵道ニ依ルノ却テ利益アルヲ以テナリ尙ホ此條約ハ列車ヲ如何ニシテ連鎖スルヤ又稅關ハ如何ニスルヤ等ノ事項ニ付キ約定シタリ鐵道ニ關シテハ我日本國ハ何等ノ國際關係ヲ惹起スルコトナシ何トナレハ他國ト陸上ニ於テ境界ヲ接セサレハナリ而シテ彼ノ京釜鐵道ハ我國私人ノ設計所有ニ係リ且韓國ハ我國ノ一部主權國ナルカ故ニ該鐵道ニ關シテハ國內法的ノ觀察ヲ爲セハ足レリ

第五 通商

古代ニ於テハ各國ハ概テ鎖港主義ヲ採用シ外國トノ交通ヲ杜絶セリト雖モ今日ニ於テハ絕對的ニ外國ト交通セサル國家ナク自由ニ通商貿易ヲ爲スコトヲ得ヘシ故ニ之ヲ條約ノ歴史ニ徵スルニ各國ノ交通ハ修好條約ニ始マレリ即チ鎖國ヲ以テ國是ト爲シ攘夷ヲ以テ國防ナリト思惟セシ

時代ヨリ互ニ修好スルニ至リシカ今日ニ在リテハ修好ヲ原則トシ鎖國主義ハ全然其根ヲ絶テタルヲ以テ茲ニ通商條約ノ發達ヲ見ルニ至レリ而シテ該條約中ニハ通常(イ)締結當事國人民ノ住居ノ自由(ロ)生産及ヒ製造貨物ノ輸出入ノ自由及ヒ(ハ)關稅ニ關シテ規定ス然レトモ各國間ノ輸出入ハ其輸出シ又ハ輸入スル物ノ性質ヨリ又ハ時ニ付キ若クハ場所ニ付キ一定ノ制限アルモノトス例ヘハ(イ)國家ノ公ノ秩序ニ反スル物ノ輸入、其國家ノ專賣品ノ輸入、其國家ノ人民ノ健康ヲ害フ物ノ輸入(例ヘハ支那カ阿片ノ輸入ヲ禁シタルカ如キ)又ハ善良ノ風俗ヲ紊ル物品ノ輸入ヲ禁スルカ如キ或ハ又伊太利カ其國ノ特質タル美術品ノ保存ノ爲メニ古奇物ノ輸出入ヲ禁スルカ如キハ物ノ性質ヨリ來ル制限ナリ(ロ)又戰爭ノ繼續中石炭ノ輸出ヲ禁シ「ベスト」流行中綿花ノ輸入ヲ禁スルカ如キハ時ニ關スル制限ナリ而シテ(ハ)軍港ニ於テ物品ヲ輸入スルコトヲ禁スルカ如キ場所ニ關スル制限ハ概テ軍事上ノ必要ヨリ來ル而シテ物品ノ輸出入ニ附帶シテ説明スヘキハ關稅ナリ

國家ハ輸出品及ヒ輸入品ニ對シテ租稅ヲ課スルコトヲ得而シテ租稅徵收ノ方法ニニアリ一ヲ國定稅率(General tariff)ト謂ヒ二ヲ協定稅率(Conventional tariff)ト謂フ前者ハ其國ノ法律ヲ以テ一般ニ輸出入ノ物品ニ課スルモノニシテ後者ハ條約ヲ以テ或特定ノ國ト協約シテ定ムル方法ナリ而シテ我國ハ開國以來協定稅率ヲ採用シ嘗テ明治十一年ニ於テ日米條約ハ國定稅率ヲ定メタルモ遂ニ實施ニ至ラスシテ止ミタリ或ハ條約ヲ以テ稅率ヲ協定スルハ國權ノ制限ナリト論ス

ル學者アリト雖モ偏狹ノ誹ヲ免レズ協定稅率ヲ行フノ結果ハ國際間ノ交誼ヲ圓滑ニスルノ利益ナルモノナリ其他協定稅率ニ對シテ種種ノ批難ヲ試ムル者アリト雖モ協定稅率其モノカ不可ナルニ非スシテ唯我國カ諸外國ニ對シテ協定稅率ヲ課スルニ拘ハラズ諸外國カ日本ヨリノ輸出品ニ對シテ國定稅率ヲ課スルノ點カ公平ヲ失スルノミ

以上二箇ノ方法ハ各別ニ及ヒ同時ニ之ヲ採用スルコトヲ得ヘク又二者何レカ一方ニ依ルコトカ他方ニ依ルヨリモ多ク又ハ少キトキハ其何レカニ依ルコトヲモ條約ヲ以テ定ムルコトヲ得ヘシ』租稅ヲ課スルノ標準ハ從價稅又ハ從量稅ノ何レカニ依ル從價稅ニ付テノ價ハ何地ノ何時ノ價格ニ依ルヤハ條約ヲ以テ定ムルモノナリ而シテ日英追加條約ハ此點ニ關シ本稅目ニ從ヒ輸入物品ニ課スヘキ從價稅ハ其物品ノ仕入地產出地若クハ製造地ニ於ケル原價ニ其仕入地、產出地若クハ製造物ヨリ仕向港ニ至ルマテノ保險料及ヒ運送賃ヲ加ヘ又手数料アルトキハ之ヲモ加ヘテ算定スヘキモノトスト規定セリ而シテ此方法ニ依ルニ付テハ狡猾ナル商人ノ不正行爲ヲ防クカ爲メニ種種ノ方法ヲ採用ス或ハ稅關官吏ヲシテ其物品ニ付テ調査セシメ或ハ廉價ニ過クル物ハ官ヲシテ買取ラシメ又ハ多クノ鑑定人ヲシテ其價格ヲ鑑定セシメ其最高價格ヲ標準トシテ課稅スルアリ然レトモ各一得一失アルラ免レズ又從價稅ヲ課スルニ付キ金錢ヲ以テセシテ物品ヲ以テスルモノモアリ次ニ從量稅ハ物品ノ量ニ從テ課稅スルモノナルモ先ヅ價格ヲ定メ一定ノ價格アル物ノ量ニ從テノ方法ナリ而シテ此方法モ亦從價稅ト同シク缺點アルモノニシテ容量大ナル

物ノ容器等ヲモ計算シテ課税スルハ甚タ不公平タルヲ免レス今日ニ於テハ或ハ前者ヲ採用スル國アリ後者ヲ採用スル國アリ

輸出入ノ租税ニ附加シテ説明スヘキハ所謂通過税ナリ通過税ニ二種アリ一ハ内國ノ國境マテ來リ其税關ニ於テ關稅ヲ課セラレタルモノカ更ニ内地ニ入ルニ關シテ課セラルモノニシテ二ハ一國ヨリ他國ニ行ク場合ニ於テ經過スル間ニ課スルモノナリ而シテ何レノ場合ニ於テモ此種ノ税ハ之ヲ課セサルヲ原則トス然レトモ内地生産ノ物品ニ課税セラルコト甚シキニ至ルトキハ爲メニ外國ヨリノ輸入品ニ壓セラレ外國生産家ノ爲メニ其利益ヲ獨占セラルルニ至ルコトアルヘシ故ニ日英條約ノ議定書ノ如キハ精糖ニ關シテ規定ヲ設ケ内國稅ヲ増率スルトキハ輸入品ニモ同率ノ課稅ヲ行フコトヲ定ム又後者即チ狹義ノ通過税ニ關シテハ其物品ノ其地ニ於テ使用又ハ消費セララルコトナキヲ證明セサルヘカラス英國ノ如キハ之カ證明ニ代ヘテ先ツ課稅シ他日國境ヲ退去スルニ當リテ其税金ヲ返還スルカ或ハ税關ノ倉庫ニ寄托セシムルカ何レカノ方法ヲ採ルコトト爲ス又我國ト諸外國トノ條約ニ於テハ物品ノ見本ニ付キ通過稅ヲ課セサルコトヲ定ム

次ニ交通ノ要具タル船舶ニ付キ説明スル所アルヘシ

船舶ハ之ヲ種種ニ分類スルコトヲ得英國學者ハ之ヲ公船(public vessels)及ヒ私船(private vessels)ニ區分シ獨逸學者ハ之ヲ軍艦及ヒ商船ノ二ト爲ス然レトモ前者ハ所謂公私ノ意義不明ナルノ嫌

アリ後者ハ船舶全體ノ分類ニ非スシテ部分的分類タルノ缺點アリ從テ獨逸學者ハ或船舶ハ之ヲ軍艦ニ準シ他ノ船舶ハ之ヲ商船ニ準シテ其缺點ヲ補正シ英國學者ハ大體ニ於テ政府ノ所有ニ屬スルト否トヲ標準トシテ其公私ヲ分タントセリ顧フニ英國主義ノ如クスルモ政府ノ所有ニ係ル船舶ニシテ私用ニ供セラルルモノアルヘク獨逸主義ノ如クスルモ如何ナル船舶ヲ以テ軍艦ニ準スヘキモノト爲スヤヲ知ルコト難シ今試ニ「フェルバー」大佐(Radler)ノ著書ニ依テ之ヲ見ルニ

(一) 商船タルニハ左ノ條件ヲ具フルコトヲ要ス

(イ) 内國ニ於テ建造セラレタルコト

(ロ) 船舶所有者ノ獨逸人タルコト

(ハ) 船長ノ獨逸人タルコト

(ニ) 船舶ノ登記アリ且實際ト一致スルコト

(ホ) 船長タル免許狀ヲ有スルコト

(二) 軍艦タルニハ左ノ條件ヲ具フルコトヲ要ス

(イ) 軍艦旗及ヒ司令旗ヲ掲揚スルコト

(ロ) 艦長ニ於テ其軍艦タルコトヲ表證シ得ルコト

(ハ) 本國君主ヨリノ命令ヲ受ケタルコト
以上ノ要件ヲ標準トシテ或ハ軍艦ニ或ハ商船ニ準セントスルモノナルモ予ハ其論據ノ甚タ薄弱

ナルヲ見ル

船舶ハ動産ナリト雖モ其國籍ヲ表彰スルニ便スルカ爲メ人ト同シク之ニ國籍ヲ與フルコト近時各國ノ認ムル所ニシテ其國籍ハ各國法規ヲ以テ之ヲ規定セリ我國ニ於テハ明治三十二年三月法律第四六號船舶法第一條ヲ以テ之ヲ定ム然レトモ假令國法ニ於テ國籍ヲ付與スルモ他國ニ於テ之ヲ認メサルニ於テハ何等ノ效力ナキヲ以テ屢、通商條約ヲ以テ締結國一方カ締結國他方ノ船舶ニ自國ノ船舶ト同一ノ待遇ヲ與フルコトヲ約定スルノ必要生スルコトアリ例ヘハ日英條約第一三條ニ「本條約ニ於テハ日本國ノ國法ニ從ヒ日本國船舶ト見做サルヘキ一切ノ船舶ハ之ヲ日本國船舶ト認メ又大不列顛國ノ國法ニ從ヒ大不列顛國船舶ト見做サルヘキ一切ノ船舶ハ之ヲ大不列顛國船舶ト認ムヘシ」トアルカ如キ是ナリ尙ホ日本ト諸外國トノ條約ニ於テモ凡テ斯ル條款アリ然レトモ此方法ニ依ルモ尙ホ國籍ニ付テ積極又ハ消極ノ衝突ヲ生スルヲ免レス例ヘハ我船舶法第一條第三號ハ日本ニ主タル事務所ヲ有スル法人ニシテ其代表者ノ全員カ日本臣民ノ所屬スル船舶ヲ日本船舶トシ通商條約ニ依リテ英國其他ノ外國モ亦之ヲ日本船舶ト認ムト雖モ若シ英國其他ノ外國ニ於テ其國ニ事務所ヲ有スル法人ニシテ其社員ノ一人又ハ數人カ其國ノ臣民タルモノ所有ニ屬スル船舶ハ之ヲ其國ノ船舶トストノ規定アリテ通商條約ノ結果我國ニ於テハ其船舶ヲ以テ英國又ハ其他ノ外國ノ船舶ナリト認ムトセハ其船舶ハ同時ニ日本船舶タリ又外國ノ船舶タル結果ヲ生スルヲ以テナリ然レトモ今日ニ於テハ未タ此缺點ヲ補フヘキ條約ナ

シ

船舶ノ國籍ヲ表彰スル方法ニ二アリ一ハ國旗ニシテ他ハ船舶國籍證書ナリ國旗ヲ以テ國籍ヲ表彰スルハ最モ簡便ナル方法ナレトモ之ニハ往往詐欺ノ行ハルルコトアルノミナラス時ニ確實ヲ保シ難キコトアルヲ以テ國旗ノ外ニ尙ホ國籍證書ヲ付與シ國旗ハ以テ外部ニ對シテ國籍表彰ノ用ニ供シ國籍證書ハ以テ其實質ヲ表彰スルノ具ト爲ス

予ハ船舶ヲ分類シテ國家ヲ代表スルモノト然ラサルモノト二ト爲スヲ正當ナリト信ス即チ代表權ノ有無ヲ標準トスルモノニシテ所有權ノ何人ニ屬スルヤノ私法的觀念ヲ容レサルト同時ニ既ニ其意義ノ明確不變ナル軍艦又ハ商船アルカ如クナスノ獨斷ヲ爲ササルナリ而シテ船舶ハ其航行地ノ如何ニ依リテ適用スヘキ國際法規ヲ異ニス自國領海内ニ在ル時其一ナリ外國領海内ニ在ル時其二ナリ公海ニ在ル時其三ナリ故ニ船舶ニ關スル研究ハ次ノ表ノ如キ順序ヲ採ルヲ便ナリトス

自國領海内(國家ヲ代表スル船舶)

國家ヲ代表セサル船舶

外國領海内(國家ヲ代表スル船舶)

國家ヲ代表セサル船舶

公海(國家ヲ代表スル船舶)

國家ヲ代表セサル船舶

而シテ代表船舶ハ治外法權ヲ有スルニ反シ非代表船舶ハ之ヲ有スルコトナシ

第一 公海ニ在ル國家ヲ代表セサル船舶

公海ニ在ル船舶ハ自國ノ國權及ヒ其裁判權ニ服従スルノ外如何ナル國ノ法令ニモ服従スルヲ要セス蓋シ公海上ニハ如何ナル國家モ主權ヲ及ホスヘキモノニ非サレハナリ獨リ一國ノ船舶ノ單獨行爲ニ付テ然ルノミナラス他國ノ國籍ニ屬スル船舶ニ對シテ違法ノ行爲ヲ加ヘタル場合ト雖モ其國家ハ公海上ニ於テ司法權若クハ警察權ヲ行フコトヲ得ス換言スレハ其國家ハ權力ヲ以テ之ニ對抗スルコト能ハス唯實力ヲ以テ之ヲ救済スルノ外ナキノミ例ヘハ日本船ト英國船ト公海上ニ於テ衝突シタルトキハ何レノ國ノ法律ニモ從フコトヲ要セサルヲ原則ト爲ス然ルニ或學者ハ曰ク此場合ニ於テハ其公海ニ最モ近接セル港ヲ有スル國ノ法律ニ從ハシムヘキモノナリト然レトモ此說ノ採ルニ足ラサルコト辯ラ俟タス但特別ノ條約アル場合ニ於テハ固ヨリ條約ニ從フヘキコト論ナキナリ

上述ノ原則ニ對シテハ次ノ例外アリ

(第一) 甲國ノ船舶ニ在ル乘組人中ニ乙國ノ領地若クハ領海ニ於テ犯罪ヲ行ヒタル者アルトキ

ハ其船舶カ領海ヲ越エテ公海ニ出ラタルトキト雖モ乙國ハ之ヲ追跡シテ其犯人ヲ逮捕スル權利ヲ有ス

此場合ニハ左ノ四條件ヲ必要トス

一 自國ノ領域ニ於テ犯罪ヲ爲シタルコト

二 自國ノ領海ヨリ追跡ヲ始メタルコト

三 繼續シテ追跡シタルコト

四 其行爲カ他國領海内ニ於テ爲サレサルコト

但甲國ノ船舶カ無事ニ公海ヲ通過シテ本國ノ領海又ハ第三國ノ領海ニ逃ケ入りタルトキハ乙國ハ之ヲ追及スルノ權利ヲ失フモノトス

此例外ハ國安ノ必要上ヨリ起リタルモノナリ最初海上國際法ニ於テ有名ナル「ベレルス」等之ヲ主唱シ千八百九十五年三月巴里ノ國際法協會及ヒ同年十月開會セル「ブリュクセル」ノ同會議ニ於テ之ヲ認メタリ其實際ニ現ハレタル例ハ明治二十八年ニ起リタル「テールス」號事件ナリ其實質ノ大要ハ臺灣カ我國ノ版圖ニ歸シタル後劉永福カ日本ノ軍隊ニ抵抗シタルモ力盡キテ英艦「テールス」號中ニ遁逃セシヲ以テ我軍艦八重山之ヲ追跡シテ臨檢ヲ行ヒタルニ犯人ハ艦内ニ在ラザリキ尙ホ疑フヘキ所アルヲ以テ再ヒ追跡シテ之ヲ臨檢シタルニ初ノ如クナリキ是ニ於テ英國ハ八重山ノ處置ヲ以テ國際法違反ナリト主張シ我國ハ之ニ對シテ損害賠償ヲ爲スコトトセリ

(第二) 海賊ヲ追及スル場合 海賊ニ付テハ「リビエー」ノ定議ニ依レハ「公海ニ於テ他人ノ勳產ヲ掠奪スルノ意思ヲ以テ強方ヲ用ヒテ他船ヲ攻撃スルモノヲ謂フ」ト言ヒ「フェルバ」ハ

國際公法(平時) 本論 國家ノ權利義務 國家ノ權利

「國家ノ許可ヲ得スシテ收益ヲ目的トシテ海上ニ於テ爲ス暴力ナリ」ト言ヘリ然レトモ前者ニ於テ「動産ノ掠奪」ヲ其要件トセルハ不可ナリ何トナレハ單純ナル暴行ヲ爲スモノモ亦之ヲ海賊ト爲スニ於テ妨ケル所ナケレハナリ又後者ニ於テ「收益ノ目的」ヲ其要件ト爲スモ可ナラス何トナレハ單ニ攻撃ヲ爲ス目的ヲ有スルモノモ亦之ヲ海賊ト爲スニ於テ妨ケレハナリ又「リビエー」ハ「他船ヲ攻撃スル」コトヲ要スト爲スモ是レ狭キニ失スルノ嫌アリ海底電線ノ切斷、竊取モ亦海賊行爲ナレハナリ故ニ予ハ次ノ定義ヲ下シテ海賊ノ意義ヲ定メントス

海賊トハ公海ニ於テ本國ノ委任ナク暴力ヲ加フル行爲ナリ

海賊ハ公海中ニ於ケル行爲ナリ領海内ニ付テハ其領海ニ對シテ主權ヲ有スル國家ニ於テ之ヲ處分スヘク所謂海賊ニ非ス公海中ノ行爲ナルカ故ニ何レノ國家モ之ニ對シテ其權力ヲ及ホスコトヲ得ヘシ而シテ海賊ハ何レノ國籍ヲモ有セサルモノニシテ若シ國籍ヲ有スル船舶カ海賊ヲ行フトキハ同時ニ其國籍ヲ喪失スルモノトス是レ萬國カ海賊ニ對シテ其權力ヲ行フコトヲ得ル所以ナリ

次ニ海賊ト同視スヘキモノニ付テ説明セン其第一ハ戰時ニ私船ヲ以テ拿捕スル場合ニシテ千八百五十六年ノ巴里宣言ノ定ムル所ナリ此點ニ付テハ戰時國際法ノ講義ヲ參照スヘシ其第二ハ國籍ヲ有セサル船舶ニシテ所屬國家ヲ知ルコト能ハス非行アリタル場合ニ於テ責任ヲ負フヘキ國家ナケレハナリ其第三ハ奴隸賣買ヲ爲ス者アル場合ニシテ奴隸賣買ニ付テハ千八百九

十六年ノ「ブルユクセル」條約ニ依リテ絕對ニ禁止スル所ナリ是レ海賊ト同シク國際法上ノ犯罪ト看做スコトヲ得ヘク從テ如何ナル國ノ船舶ト雖モ奴隸賣買ヲ爲ス者アルトキハ之ニ侵入スルノ權利アリトス

海賊ハ之ヲ捕ヘ及ヒ裁判ス其管轄權ニ付テハ異説アリ或ハ之ヲ捕ヘタル船舶ノ屬スル國家ニ裁判權アリトシ或ハ最初船舶ノ到著シタル國家ニ此權アリト論ス予ハ捕ヘタル船艦ノ屬スル國家ニ裁判權アリト思惟ス海賊ノ掠奪シタル物件ハ原所有者ニ返還スヘキモノナルモ其原所有者ノ不明ナル場合又ハ掠奪シタル金錢ヲ以テ他ノ物品ヲ購買シタルカ如キ場合ニハ總テ其軍艦ノ屬スル國家ニ沒收スルモノトス又其乘組員ニ對シテハ若シ海賊ヲ處罰スル特別ノ明文ナキトキハ強盜其他ノ罪名ヲ付シテ其責任ヲ定ムルコトヲ得ヘシ

第二 公海ニ在ル國家ヲ代表スル船舶

其主要ナルモノハ軍艦ナリ而シテ代表船舶ハ公海ニ於テ海賊ヲ捕ヘ私裝捕拿船ヲ捕獲スルコトヲ得是レ非代表船舶ノ有セサル權利ナリ

代表船舶若シ海賊行爲ヲ爲シタルトキハ如何ニスルヤト云フニ海賊ハ何レノ國籍ヲモ有セサルヲ前提トス然ルニ代表船舶ハ其行爲ノ不法ナル場合ニ於テモ所屬國家ノ國籍ヲ失フモノニ非スシテ依然代表船舶タリ從テ他ノ國家ノ代表船舶ニ於テ之ヲ海賊トシテ捕フルコトヲ得是レ亦非代表船舶ト異ナル所ナリ然レトモ其所屬國家ハ監督不行盾ヲ理由トスル責任ヲ免ルルコト能

ハス
代表船舶ハ公海上ニ於テ儀式上ノ特權ヲ有ス非代表船舶ヨリ先ツ旗ヲ出シテ禮シタル後之ニ答禮スルヲ以テ足り若シ君主又ハ大統領ヲ載セタル代表船舶ナルトキハ答禮スルノ必要ナキモトス

第三 外國領海内ニ在ル國家ヲ代表セザル船舶

非代表船舶ハ外國領海内ニ於テ總テ其滞在國ノ國權ニ服從セザルヘカラス然レトモ

(一) 條約ヲ以テ例外ヲ定メタル場合アリ例ヘハ日獨領事職務條約ニ依レハ日本官憲力獨逸船ノ日本ニ來レルモノヲ搜索スルニハ獨逸領事ノ立會ヲ要シ我船舶ノ彼地ニ在ルモノニモ同様ナリトセルカ如キ是ナリ

(二) 刑事事件ニ關シテハ外國ノ國家ヲ代表セザル船舶ノ船員相互間ノ爭議等例ヘハ日本ノ領海ニ於ケル佛國商船ノ乗組員ノ鬭爭ノ如キモノニ付テハ日本ノ主權ヲ及ホスコトナク其本法ニ依ラシム但事自國ノ公安ニ關スルトキハ其國法ヲ適用スルモノトス然レトモ此規則ハ條約ニ特約アル場合ニ限り之ヲ適用スヘク若シ何等ノ明文ナキトキハ原則ニ復歸シテ滞在地ノ國法ヲ以テ處分ス(以上ノ例外ヲ以テ治外法權ト稱スルハ不可ナリ)

外國ノ沿岸通過ノ場合ニ於テハ沿岸國ハ之ニ對シテ主權ヲ及ホスコトナク司法權ハ勿論租稅徵收ノ義務ヲモ負擔スルコトナキナリ

第四 外國領海内ニ在ル國家ヲ代表スル船舶

此問題ニ付テハ前ニ治外法權ノ章下ニ於テ説明セシカ故ニ茲ニ再說セス但代表船舶ニシテ外國領海内ニ於テ其公安ヲ知り暴行ヲ働クトキハ滞在セル國家ニ於テ之ヲ抑留スルコトヲ得(ヘシ所謂治外法權ハ絕對的ノモノニ非サルナリ

第五 自國領海内ニ在ル自國船舶

此場合ニ於テハ代表船舶タルト非代表船舶タルトヲ問ハス國際法上ノ問題ヲ生スルコトナク說明スルノ必要ナシ

第三目 衛生ニ關スル行政權

衛生ニ關スル國家ノ行政權ニ對スル一ノ制限トモ云フヘキハ國境附近ニ於テハ外國ニテ免許セラレタル醫師、產婆ヲ自國內ニ於テ營業セシメツツアルコト是ナリ又檢疫ナルモノハ今日一般ニ行ハルル所ニシテ自國ニ於テ制定シタル檢疫ニ關スル法律ヲ外國ノ船舶又ハ汽車等ニ適用スルモノナリ檢疫ノ目的ハ外國ノ交通機關ヲ内地ニ接近セシメサルニ在リ即チ隔離ニ因リテ其目的ヲ達セントスルナリ此方法ニ依リテ目的ヲ達シタル最古ノ事件ハ十四紀ノ中葉ニ於テ起リタリ當時土耳其ニ於テハ「ペスト」病流行シ蔓延傳染ノ惧アリシヲ以テ伊太利ノ「ヴェニス」ニ於テハ檢疫隔離ノ方法ニ依リテ土耳其ノ病毒輸入ヲ拒キ以テ實效ヲ奏スルコトヲ得タリ

國際公法(平時) 本論 國家ノ權利義務 國家ノ權利

千八百五十六年那翁三世ノ發議ニ因リ巴里ニ國際衛生會議ヲ開キ千八百五十七年國際衛生條約ヲ締結セリ然レトモ遂ニ之カ批准ヲ見ルニ至ラス其後屢、同會議ヲ開キタルモ一回モ締結ノ運ニ至ラザリシカ千八百九十二年一月「ヴェニス」條約ヲ締結セリ而シテ此條約ハ完全ニ成立スルコトヲ得タリ然レトモ其條約ノ關係スル所ハ單ニ埃及「スエズ」運河ノミニシテ之ニ署名シタル國家ハ佛、奧、獨、露、白、蘭、希、丁、英、西、土、瑞典、諾威是ナリ

千八百九十三年ニ於テ「ドレストン」ニ萬國衛生會議ヲ開キ歐洲ニ於ケル「コレラ」撲滅ニ關スル事項ヲ約定セリ其約定事項ノ重要ナルモノハ旅行者ノ身體及ヒ其荷物ヲ取締ルニ在リ而シテ此條約ニ加盟スル國家ハ其國內ニ「コレラ」ノ發生アリタルトキハ他ノ同盟各國ニ之カ通知ヲ爲スノ義務ヲ負ヒ其患者ノ總テノ物品ハ之ヲ處置スルコト此等ノ爲メニ他人ノ旅行ヲ阻害セザルコト又海上ノ交通ニ關シテハ病船、無病船、嫌疑船等ニ分チ病船ハ之ヲ抑留スルコト、嫌疑船ハ消毒セシムルコト、無病船ハ其通行ヲ自由ナラシムルコト等是ナリ

千八百九十四年伊太利「ヴェニス」ニ於テ「ベスト」ヲ撲滅スルノ目的ヲ以テ各國相會合セリ此會合ヲ見ルニ至リタル所以ハ印度「ボンベイ」ニ於テ「ベスト」病發生シ猖獗ヲ極メタルヲ以テ其歐羅巴ニ侵入スルヲ防止セントスルニ出テタルモノナリ其約定中ノ主要ナル事項ハ其第一編ニ歐洲以外ニ起リタルトキ其發生ヲ各國ニ通知スルコト其發生地ヨリ來リタル者ニ對シテハ入津ヲ禁止スルコト、其發生地ヨリ出帆スル船舶ニ對シテハ充分ナル監督ヲ爲スコト等ヲ定メ第二編ニ

立金ハ賦課シ得ヘキカ如シ終ニ注意スヘキハ陸戰ノ法規慣例條約第二六條ニ於テ攻撃軍隊ノ指揮官ハ砲撃ヲ始ムル前ニ其場所ヲ砲撃スル旨ヲ其地ノ官廳ニ通告スヘキコトト爲シタルハ決シテ如何ナル場合ニ於テモ斯ル豫告ヲ爲スヘキ義務アルニ非ス畢竟其豫告ヲ爲スハ同地ニ於ケル非戰闘員ヲシテ砲撃前無事ニ避難セシムルニ在レトモ苟モ敵國ノ防守アル場所ヲ攻撃スルニ先チ斯ル豫告ハ軍略上自國ノ不利益ニシテ爲スヘカラサルコトナリ又其攻撃ヲ行フニ當リ戰闘ノ進行上之ヲ爲サントスルモ其違ナキコトアリテ其豫告ヲ爲スコトハ獎勵スヘキ行為ナルニ拘ハラス之ヲ交戰者ノ義務ト爲スコト能ハサルカ故ニ不意ニ攻撃スルカ如キ強襲ノ場合ヲ同條ニ於テ除外シタルノミナラス然ラサル場合ニ於テモ指揮官ノ權内ニ於テ之ヲ爲シテ支障ナシト認ムル範圍ヲ超エサル程度ニ於テ其豫告ヲ爲スコトヲ努ムヘキニ過キス

第六 助命セザル宣言 第十七世紀以後ヨリシテ戰勝軍ハ戰敗者ニ對シ其生命ヲ救助スルノ義務アルモノト認メラルルニ至リタルニ拘ハラズ小ナル城壘ニ據リ到底對抗スヘカラサル大軍ニ向ヒテ頑固ナル抵抗ヲ爲シテ以テ進軍ヲ妨ケタルトキハ其城中ニ在リテ防守シタル者ノ生命ハ救助スヘカラスト看做サレタル古來「ナボレオン」戰争ノ當時ニ至ルマテ一般ニ是認セラレ來リタルカ如シ今其法則ノ理由トシタル所見ルニ斯ル抵抗ハ防守者ノ本國ニ益ナクシテ徒ラニ敵軍ニ對シテ無益ノ殺傷ヲ繼續スルニ止マルカ故ニ之ヲ嚴罰スルニ在リトス然ルニ世ノ進歩ト共ニ不完全ナル城壘ヲ堅ク守リタルノ故ヲ以テ其生命ヲ救助セザルノ行為ハ人情ニ反ス

國際公法(戰時)

交戰關係ノ法則

戰闘方法ニ關スル法則

敵人ニ對スル加害ノ程度

ルモノナルト同時ニ歴史ニ就テ觀ルモ小軍ヲ以テ城壘ヲ固守スルハ必スシモ無益ナル殺傷ヲ繼續スルニ限ラスシテ之カ爲メニ國家ノ運命ヲ挽回シタルコト渺カラス隨テ「ヴァテル」ハ此法則ヲ排斥シ如何ナル場合ヲ問ハス兵器ヲ捨テタル敵人ハ他ニ犯罪アル者ヲ除クノ外殺戮スヘカラスト論シ現今ニ於テハ降服スルモ其生命ヲ助ケサルヘキ宣言ヲ敵軍ニ對シテ爲スハ不法ト看做ササルコトト爲リ「アルツセル」宣言竝ニ陸戰ノ法規慣例條約第二三條ニ於テモ兵器ヲ捨テ又ハ自衛ノ手段盡キテ降ヲ乞ヘル敵兵ヲ殺傷スルコト助命セサルノ宣言ヲ爲スコトトヲ嚴禁セリ

然レトモ茲ニ所謂助命ノ恩典ヲ拒ムヘカラストスルハ如何ナル場合ニ於テモ敵國戰闘員ノ生命ヲ救助スヘシト云フニ非スシテ自國軍隊ノ事情ニ於テ之ヲ救助スルトキハ自國軍隊ニ來スヘキ危險アリテ其危險ハ急遽必然且至大ニシテ他ニ之ニ代フルノ方法ナク又他ノ手段ヲ揮フノ暇ナキ場合ニ於テハ自衛上之ヲ殺傷シ得ヘキ場合アルコトハ既ニ述ヘタル所ナリ隨テ助命セサルノ宣言ヲ禁スルハ斯ル非常ノ場合及ヒ報仇ニ出ツル場合ハ自ラ例外ニ屬シ豫メ一般的ニ敵人ヲ助命セサルノ宣告ヲ爲スヘカラスト云フニ過キス

前述ノ六種ノ方法ハ戰闘ノ方法トシテ絶對的ニ禁止スル所ナレトモ詐略ヲ用フルト間諜ヲ使用スルトハ決シテ禁スル所ニ非ス左ニ之ヲ分説セン

第七 詐略 友誼國間ニ於テ一舉一動互ニ誠實信義ヲ以テ實際スヘク之ヲ缺クトキハ友誼ヲ保持シ得ヘカラサルカ故ニ平時國際公法ニ於テハ詐欺詐術ヲ絶對ニ禁スト雖モ戰時ニ於テハ互ニ自國ノ防衛ト戰爭ノ成效ヲ期スルノ必要ニ基キ敵軍ノ缺點ト不幸トヲ利用スルノ已ムヲ得サル事情アルカ故ニ戰闘方法ニ詐略ヲ用フルハ決シテ禁スル所ニ非ス陸戰ノ法規慣例條約第二四條ニ於テモ

奇計並敵情地形探知ノ爲必要ナル手段ノ行使ハ適法ト看做スト規定セリ此故ニ戰爭ニ於テ敵軍ヲ詐リテ其發砲ノ方向ヲ誤ラシメ其他其攻撃ヲ無効ナルニ歸セシメ又ハ敵軍ヲ詐リ誘ヒ不意ニ攻撃シテ進退ヲ失ハシメ之ヲ殺傷又ハ降服セシムル如キハ禁スル所ニ非ス然レトモ戰爭法上ノ慣例トシテ特種ノ行爲又ハ徽號ハ特定ノ意義ヲ有シ戰闘中兩軍ノ交戰交通若クハ協議ニ必要ノモノアリ列國ノ條約ヲ以テ一定ノ人員又ハ物件ヲ人類一般ノ爲メ保護スルコトアリ軍隊旌、軍使旗又ハ赤十字旗等ノ如キ是ナリ然ルニ此等ノ行爲ヲ裝ヒ又ハ徽號ヲ用ヒテ敵軍ヲ欺クハ嚴禁スル所ニシテ軍隊旌又ハ休戰旗ヲ濫用スルハ間諜ト看做サレ病院若クハ其附屬員ニシテ或ハ赤十字旗ヲ軍隊ノ輸送、兵器、彈藥ノ運搬ニ用ヒテ其攻撃ヲ免レントシ或ハ之ヲ病院綑帶所以外ノ建築物ニ濫用シ又ハ赤十字臂章ヲ病者、負傷者ノ救護ニ從事セサル者ニ於テ携帶スル如キハ國際公法又ハ條約ノ違反ナルカ故ニ犯罪トシテ嚴ニ處罰セラ

第八 間諜 間諜トハ「ブルッセル」宣言第一九條ニ定義セルカ如ク敵軍ニ通報スルノ意思ヲ以テ交戰者ノ作戦地内ニ於テ秘密ニ行動シ若クハ虛妄ノ口實ヲ稱ヘテ各種ノ情報ヲ收集シ若クハ收集セントスル行為ヲ意味スルモノトス隨テ偵察又ハ斥候ノ如ク戰爭ニ行ハルル普通方法トシテ敵情ヲ探知スルハ間諜ニ非ス此故ニ軍服ヲ著シ軍人タルコトヲ隠スコトナクシテ敵軍ノ作戦地帯ニ入りタル者又ハ軍人ト否トヲ問ハス敵軍ニ信書ヲ傳送スル任務ヲ公然執行スル者又ハ自國軍隊間ノ使者ニシテ誤リテ敵軍ニ入りタル者等ハ間諜ト看做スコト能ハス總テ軍隊ニ於テ間諜ヲ使用スルノ利益ハ作戦上大ナル利益アルヲ以テ古來名將ハ之ヲ使用シタルコト尠カラス軍隊ニ於テ間諜ヲ正當ニ使用シ得ヘキヤ否ヤハ議論アリタル所ニシテ「ヴァテル」ノ説ニ於テハ間諜ハ正當ニ之ヲ死刑ニ處スヘク依リテ以テ間諜ヨリ生スル危害ヲ防クヲ必要トシ且間諜ノ任務ハ詐欺的ナルヲ以テ名譽ヲ重スル者ハ自ラ之ヲ承諾スヘキモノニ非ス又交戰國ノ君主モ特別ノ場合ニ際シ避クヘカラサルニ非サレハ其人民ニ對シテ間諜ト爲ルコトヲ請求スルコト能ハスト説キタレトモ今日ニ於テハ交戰者カ間諜ヲ使用スルハ國際公法上不法ニ非サルコトハ一般ニ認めラルルニ至レリ

歐洲ニ於テハ間諜ハ名譽アル任務ト看做サレ居ラスシテ古來一般ニ賤マレタルモノナレトモ間諜ニ二種アリテ本國軍隊ノ行動ヲ裏切シテ其作戰計畫等ヲ敵國ニ通報スルハ固ヨリ憎ムヘク卑ムヘキ行動ナレトモ國際公法ノ法則トシテハ交戰者ニ於テ其簡人カ敵國人ト自國人又ハ中立國

人ナルトヲ問ハス間諜ノ任務ヲ務ムル者ハ之ヲ利用シ又ハ使用シ得ヘク又自國人ノ危險ヲ冒シ生命ヲ賭シテ間諜ト爲リ自國軍隊ニ大ナル便益ヲ與フヘキ敵軍ノ情報ヲ竊ニ探知スルハ卑ムヘカラサル行為タルノミナラス却テ名譽アル勇敢ノ行為ト爲スヘク「ナボレオン」第一世カ西班牙ヲ侵襲シタルニ際シ敵國ノ多數ノ間諜カ佛國ニ入り居リタルハ以テ西班牙國ノ亡滅ヲ救ヒ歴史ヲ家モ其間諜ノ勇敢ト才徳トヲ賞賛セリ隨テ間諜カ敵軍ノ爲メニ捕ヘラルルトキ「ブルッセル」宣言ニモ規定セル如ク軍法會議ニ於テ死刑ニ處セラルヘシト雖モ國際公法上ノ犯罪ニ非ス單ニ敵國ノ之ヲ捕ヘタル場合ニ於テノミ敵國カ之ヲ犯罪トシテ刑罰シ得ルニ止マリ普通間諜ハ本國軍隊司令官ノ命令ニ出テタルト否トヲ問ハス其任務ニ從事スル者ハ統殺又ハ統殺セラルルモノトス然レトモ其行為カ果シテ間諜タルト否トハ慎重ニ審査セサルニ於テハ弊害アリテ刑罰ニ處スヘカラサル者ヲモ死刑ニ付セラルルノ虞アルカ故ニ必ス先ツ之ヲ裁判シタル後ニ於テ刑罰ヲ行フヘキコトヲ交戰國ノ義務ト爲シ陸戰ノ法規慣例條約第三〇條ニ於テ「現行中ニ捕ヘラレタル間諜ハ先ツ裁判ニ付シタル上ニ非サレハ之ヲ罰スルコトヲ得ス」ト規定セリ加之間諜ハ國際公法上ノ犯罪ニ非サルヲ以テ斯ル刑罰ニ付セラルルニハ必ス現行中ニ捕ヘラレタル場合ニ限ル所以ニシテ其間諜カ一旦其本國軍隊ニ復歸シタル後ニ至リ敵ノ爲メニ捕ヘラルルコトアルモ俘虜ノ待遇ヲ受クヘク其前ニ於テ同人カ間諜ノ行為ヲ爲シタルノ故ヲ以テ如何ナル刑罰ヲモ受クルコトナシ

戰爭中輕氣球ヲ以テ敵軍ノ情況ヲ探知スルコトハ千七百九十四年佛國カ之ヲ用ヒ千八百十二年露國カ之ヲ用ヒテヨリ近來ノ戰爭ニ於テハ盛ニ使用セララルニ至リ千八百七十年普佛戰爭中巴里包圍中佛軍ニ於テハ六十四箇ノ輕氣球ヲ用ヒテ各邦ト聯絡ヲ謀リ「ガソベッタ」ハ之ニ乘シテ包圍ヲ出テ地方ニ於テ義勇兵ヲ募集セリ當時英國人其他ノ中立國人モ輕氣球ニ乘シテ獨逸國ニ捕ヘラレタル者アリテ獨逸國ハ許可ナクシテ自國軍隊ノ場所ヲ輕氣球ニテ通過シタル者ハ何國人タルヲ問ハス自國軍隊ノ事情ヲ敵軍ニ通報スルノ嫌疑ニテ軍法會議ニ付シ問謀トシテ罰セント試ミ軍人カ軍人タルノ身分ヲ隱蔽スルコトナクシテ輕氣球ニ乘シテ敵情ヲ探知スルハ問謀行為ナリヤ否ヤハ戰時ノ問題ト爲リタリシカ「ブルッセル」宣言第二二條及ヒ陸戰ノ法規慣例條約第二九條ニ於テ此點ヲ明カニシ信書ヲ傳達スル爲メ又ハ軍隊間若クハ軍隊ト地方トノ間ニ聯絡ヲ通スル爲メ輕氣球ニテ派遣セラレタル者ハ問謀ト看做スヘカラサルコトヲ規定セリ

第三節 非敵意ノ交通

第一款 休戰及ヒ停戰

休戰ナル名稱ハ之ヲ廣義ニ言ヘハ交戰者雙方ノ合意ヲ以テ戰闘ヲ中止スルモノヲ總稱シ其戰闘ヲ定ムル區域ノ大小又其期間ノ長短ヲ問ハサレトモ之ヲ狹義ニ解釋スレハ其戰闘中止ノ區域ノ小ニシテ期間ノ短キモノヲ停戰ト稱シ其區域ノ大ニシテ政治上ノ意味アルモノヲ休戰ト名ク凡

テ休戰又ハ停戰ニ於テ戰闘行為ヲ中止スルハ交戰國雙方ノ約定ニ因ルヲ要シ其中止ノ範圍ハ軍隊全部ニ涉リ若クハ一部ニ限ルコトアリ全部ニ涉ルハ交戰國間ノ戰闘ヲ一時全ク中止シ其一部ニ限ルモノハ單ニ特定ノ地域内ニ於テ軍隊中特定ノ部隊間ニ戰闘ヲ中止スルモノトス就中其戰闘中止ノ軍隊一部ニ限リ軍隊雙方ノ便宜ニ因リ互ニ負傷者ノ運搬、死亡者ノ埋葬、俘虜ノ交換又ハ軍隊間ノ協議等ノ爲メ小時間一定ノ場所ノ戰闘ヲ中止スルヲ停戰ト謂ヒ之ニ反シ休戰ハ例ヘハ締和條約ノ締結、軍隊ノ降服其他政治上ニ關係ヲ有シ戰闘中止ノ區域大ニシテ其日時ノ長キモノヲ謂フ而シテ全軍ニ涉ルハ休戰ハ國家ノ主權者ノミ之ヲ行ヒ兩國政府ヨリ特ニ命セラレタル者ニ於テ之ヲ協定スヘク陸海軍ノ司令長官ト雖モ其普通ノ職權内ニテハ之ヲ行フコト能ハス從テ陸海軍司令官カ本國主權者ヨリ特別ノ命令ヲ受ケスシテ斯ル約定ヲ爲シタルトキハ主權者ノ追認アルコトヲ必要トシ之ニ反シ一地域ヲ限リ又ハ軍隊一部ニ涉ルノ停戰ハ兩軍指揮官ノ間ニ於ケル協議ニ因リテ自由ニ之ヲ行ヒ得ヘク其效力ハ單ニ指揮ノ下ニ在ル兵士ノミヲ拘束スルニ過キスシテ其指揮ニ屬セサル他ノ部隊ヲ拘束セサルカ故ニ他ノ軍隊ノ行動ニ付テハ何タル影響ヲ及ボスコトナシ

停戰並ニ休戰ハ其ニ約定ニ交戰國ノ批准ヲ要セスシテ其合意アルヤ直チニ效力ヲ有ス又總テ戰闘ノ中止ヲ爲スニ當リテハ其中止間ニ於ケル兩軍ノ行為其他ノ關係及ヒ戰闘ノ中止ヲ實行シ又ハ再ヒ之ヲ開始スル時期等ヲ明カニ協定シ置クノ必要アリ又休戰ノ場合ニ於テ其命令ヲ各軍

ニ傳達スルニハ時日ヲ要スルコトアルヲ以テ休戦開始ノ時期モ自ラ軍隊ノ位置ニ應シ其各部分ニ付キ異ナリタル時日ヲ規定シ得ヘク何レノ場合ニ於テモ交戦者ハ時期ヲ失ハス休戦ヲ關係官衙及ヒ軍隊ニ公然通知ヲ爲スノ義務ヲ有ス又休戦者クハ停戦ニ於テ其終了ニ關スル期限ヲ豫メ定メ置キタルモノハ其期限ノ滿了ト共ニ再ヒ戰闘ヲ開始スルコトヲ得ヘシト雖モ終了期ヲ明定シ置カサルトキハ交戦者一方ノ任意ヲ以テ何時ニテモ再ヒ戰闘ヲ始メ得ヘク此場合ニハ戰争ヲ開クノ通知ヲ敵軍ニ爲セハ足ルモノトス其他交戦者一方ニ於テ停戦休戦ノ規約ニ付キ大ナル違反破約ノ行爲アルトキハ之ト同時ニ他ノ一方ハ其規約ノ條件ヲ履行セサルノ權ヲ有スルノミナラス緊急ノ場合ニハ直チニ戰闘ヲ開始シ得ヘシ然レトモ時トシテハ斯ル規約ノ違反ハ軍隊ノ意思ニ非スシテ簡人カ軍隊指揮官ノ命令ニ違背シタル行爲ニ出ツルコトアルニ由リ對敵者ハ先ツ其破約ニ付テノ理由ヲ詰問シ相當ノ辯解又ハ賠償ヲ爲シ得ヘキ機會ヲ與フルコト必要ニシテ簡人ノ意思又ハ怠慢ニ因リテ約定ニ違反アルトキハ單ニ違反者ヲ罰セシメ之カ爲メ損害アルトキハ賠償ヲ求ムルノ權利ヲ有スルニ過キスシテ休戦又ハ停戦ヲ廢止スルコトヲ得ス

又ハ戰闘中ニ於テ戰闘進行ノ狀態ヲ進捗スルコトナク其戰闘中止當時ノ狀態ヲ存續スヘキコトヲ通則トス然レトモ假令戰闘中ニ於テモ交戦者一方カ他方ニ對シテ禁制シ能ハサル性質ヲ有スル行爲ハ休

戰、停戦中ト雖モ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ例ヘハ包圍ヲ受ケタル城壘ニ於テハ敵ノ砲撃ニ因リテ破壊セラレタル城壁等ヲ修復スルコト能ハサレトモ敵丸ノ達セサル場所ニ防禦ノ工事ヲ起スハ妨ナク休戦中ト雖モ内國ニ於テ軍艦其他戰争用ノ船舶ヲ製造、修繕シ又ハ兵士ヲ募集、訓練シ或ハ戰地以外ニ於テ陸海軍ノ軍備ヲ爲スハ妨ナキカ如シ

休戦中交戦者ノ行爲ニ關シテ殊ニ議論ノ存スルハ包圍ニ係ル場所ニ外部ヨリ糧食ヲ運搬シ得ルヤ否ヤノ問題ニシテ此場合ニ於テ糧食ハ被圍者ニ取リテハ武器ト同シク戰争ヲ繼續スル必要物件ニテ休戦中ト雖モ城中ノ人民ハ之ヲ消費スルハ拘ハラス休戦ハ之ヲ開始シタル當時ニ於ケル兩軍ノ狀態ヲ休戦終了ノ時マテ繼續スルヲ通則ト爲スニ由リ休戦中消費スヘキ糧食ハ外部ヨリ運搬セシムルハ理論上正當ナルカ如ク千八百一年「トレビゾ」休戦ニ於テ伊國兵士ハ毎十日間ノ糧食ヲ城外ヨリ運搬スルコト約定シ其消費高ヲ超過スルコトナキヲ佛國軍隊ニ於テ監督スルコトトシ千八百十三年「ブレスウキヅ」城ニ於テ圍マレタル佛軍ハ五日間毎ニ糧食ヲ歐洲同盟軍ヨリ供セラレタルコトアリ然レトモ休戦中ノ條件ハ交戦者雙方ノ合意ニ出ツヘキモノナルカ故ニ合圍者ニ於テ城中ノ兵士並ニ人民ヲ饑餓ニ瀕セシメ以テ降伏ヲ早メントスルカ如キ攻撃軍ノ軍略ニ依リテハ必スシモ糧食ノ運搬ヲ許スコトヲ承諾スヘキ義務ナク其供給又ハ運搬ニ付キ特別ノ約定ナキ以上ハ合圍者ニ於テ之ヲ拒絕スヘカラサルノ義務ナキコトハ現行法上疑ナク千八百七十年獨逸軍ハ假令制限的ノ時日間ニ充ツヘキ糧食ノ運搬ヲ佛軍ニ拒ミ同年十一月巴里府ヲ

團ミタル獨逸軍ハ二十五日間ノ休戰ニ於テ同期日間城中人民ノ要スル糧食ヲ外部ヨリ運搬スルコトヲ拒絶シタルハ其一例ナリ

第二款 降伏其他軍隊間ノ約定

戰爭ノ開始前又ハ戰爭中ニ於テ交戰者雙方ノ約定ヲ以テ俘虜ノ交換、軍使ノ接受又ハ郵便、電信等ノ交通ニ關シ一定ノ規則ヲ守ルヘキコトヲ規定スルコトアリ此等軍隊間ノ約定ハ其性質上批准ヲ要セスシテ司令官ニ於テ誠實ニ之ヲ遵守スヘク其約定ヲ濫用シテ敵情ヲ探リ又ハ敵國攻撃ノ助ト爲スコト能ハス殊ニ俘虜交換ノ如キハ兩軍ヨリ互ニ自國官吏ヲ對手國ニ派遣シ之ヲシテ其交換ヲ監督シ又其俘虜交換船カ特權ヲ有スルコトハ既ニ述ヘタル所ナリ又戰爭中ニ於テ都市、城砦又ハ一定ノ地方ニ於ケル行政長官若クハ陸海軍ノ本隊又ハ枝隊ニ於テ敵軍ニ抵抗スルノ力足ラサルカ爲メ望ナキ戰爭ヲ繼續シ無益ナル殺傷ヲ避クルコトヲ欲スルコトアルト同時ニ對手軍ニ於テハ其降伏ヲ容レテ兵力ヲ他ノ方面ニ使用スルコトノ利益ヲ收メントスル所ヨリシテ兩軍協議ノ上其降伏ヲ許スコトアリ斯ル場合ニ於テ降伏ノ條件ハ固ヨリ兩軍司令官ノ間ニ於ケル協議ニ依ルヘク降伏地ノ人民保護ニ關スル約定、其信教及ヒ財産ノ安全其他種種ノ特典ヲ定メ兵士ニ付テハ單ニ俘虜トシテ降伏スルカ若クハ軍隊ノ名譽ヲ維持シ軍旗及ヒ兵器等ヲ攜帶シテ本國ニ立退キ又ハ他ノ本國軍隊ニ加ハルコトアリ其條件如何ハ降伏者ノ兵力ト其降服ヲ許

スヘキ軍隊ノ實力ト其當時ノ事情ニ因リテ兩軍ノ任意ニ協定スヘキモノナルヲ以テ自ラ條件ニ緩嚴アルヲ免レス然レトモ降伏ノ條件ニシテ本國ノ憲法其他政治上ニ關係ヲ有セス單ニ軍隊ノ名譽ニノミ關係スル事項ハ司令官ノ職權ニ據リ任意ニ約定シ得ヘキモノナルニ反シ其領土若クハ人民ニ關係アル條件ニシテ政治上ニ影響ヲ有スルモノナルトキハ司令長官ノミニテ之ヲ約定スルハ無效ニ屬シ國家ノ之ヲ追認スルニ非サレハ其實行ヲ爲スコト能ハス加之司令官ノ權限内ニ在ル事項ト雖モ本國政府ノ訓令ニ違反スルモノハ其效力ナキハ論ヲ俟タス

第三款 軍使旗、通行券及ヒ警護

戰闘中交戰者一方ニ於テ白旗ヲ示シタルトキハ對手軍ニ向ヒテ協議ヲ求ムルコトヲ意味スルモノニシテ「ブルッセル」宣言ニ於テモ交戰者一方ノ命令ヲ帶ヒ白旗ヲ立テテ喇叭又ハ軍鼓ノ兵士一名及ヒ旗手ヲ伴フ者ハ軍使旗ヲ有スル者ト認メラレ必要アルトキハ通辯ヲ伴ヒ得ヘク此等ノ人員ハ其ニ不可侵權ヲ有スルモノトセリ隨テ其使者ハ敵軍ヨリ身體上ノ危害ヲ受クルコトナク又俘虜トセラルコトナシ

戰闘中交戰者一方ヨリシテ斯ル軍使ノ派遣ニ付テハ其出發ト同時ニ之ヲ派遣スル軍隊ハ戰闘行為ヲ中止スヘク之ニ對シテ對手軍ハ其軍使ノ來リ得ヘキヤ否ヤニ付キ合圖ヲ爲ササルヘカラスシテ若シ近進スルコトヲ許ストキハ直チニ發砲ヲ停止セサルヘカラス之ニ反シ其軍使ノ接受ヲ

欲セサルトキハ之ニ退クヘキコトヲ表示シ得ヘク然ルトキハ軍使ハ本隊ニ引返ササルヘカラス凡テ軍使ヲ出サントスルニ際シ對手軍ハ必スシモ何時ニテモ之ヲ受クヘキ義務アルニ非ス戰闘ノ狀況ニ因リテハ一定ノ時間内ニ之ヲ受ケサルコトヲ豫メ敵軍ニ通告シ得ヘク斯ル通告ヲ爲シタルカ又ハ軍使ニ退クヘキコトヲ示シタルニ拘ハラヌ猶ホ之ヲ送リ來ラントスルニ於テハ白旗ヲ有スル使者ニ對シテモ猶ホ發砲シ得ヘキモノトス

軍使ハ假令敵軍ニ接受セラルトキニ於テモ固ヨリ敵軍ノ事情ヲ探知シテ本國軍ニ報スルコトヲ許ササルヲ以テ自國軍ニ向ヒ來ルトキハ其對談ノ場所ヲ制限シ或ハ兩眼ヲ蔽フカ如キ自國軍隊ノ事情ヲ知ラシメサルニ必要ノ方法ヲ取り得ヘク軍使ニシテ其特權ヲ濫用スルトキハ司令官ハ一時之ヲ拘留シ得ヘキハ勿論其特權ヲ濫用シテ欺罔ノ行爲ヲ爲シ若クハ其行爲ヲ教唆シタルトキハ嚴罰セラルヘキモノトス又海戰ニ於テハ軍使ハ白旗ヲ立テタル短艇ヲ以テ之ヲ派遣シ對手軍ニ於テハ同一ノ旗ヲ立テタル短艇ヲ送リテ對談ヲ爲スヲ普通トス

通行券トハ軍司令官カ其統帥スル軍隊ノ占領シタル地域又ハ屯在スル場所等ニ對シ一定ノ箇人ニ之ヲ無事ニ通行セシムルコトヲ許可スル書類ニシテ斯ル通行券ハ敵人ニ對シテモ之ヲ交付スルコトアリ然レトモ交戰國カ一定ノ敵人ヲシテ自國ノ版圖又ハ自國軍隊ノ占領地ヲ無事ニ通過セシムルニ付テハ其場所又ハ通行ノ期日等ヲ制限スルヲ常トシ就中自國管轄ノ下ニ在ル領土全體ニ關スルノ許可ハ政府ニ於テノミ之ヲ交付シ軍隊ノ支配ノ下ニ在ル土地ヲ通行スル如ク特別

ノ場合ニ限り特定ノ目的ヲ以テ一定ノ場所ノ通行ニハ政府又ハ軍隊司令官ニ於テ之ヲ許可シ得ヘシ總テ通行券ハ其有効ノ期限ヲ定メタルモノト否トヲ問ハス其攜帶者ニ於テ善良ノ行爲アル間ニ限り之ヲ交付シタルコトヲ條件ト爲スヲ以テ之カ交付ヲ受ケタル指名者其攜帶品並ニ通行ノ目的、場所及ヒ時間等ニ付キ嚴重ニ其條件ヲ遵奉スヘク違反ノ行爲アルトキハ嚴罰ヲ受クヘキモノトス

通行券ハ之ヲ交付シタル事情ニ依リ例ヘハ敵人ニ對シテ自國軍ノ屯所其他ニ來ルコトヲ許シタルトキハ再ヒ同人出發地ニ歸リ行クコトノ許可ヲ與ヘタルモノト解釋セラルヘク其通行券ノ有效ナル間ハ敵人ト雖モ保護ヲ受クヘキモノトス然レトモ素ト通行券ノ交付ハ好意ニ依リ本人ニ於テ其許可ノ場所ヲ通行スル權利ヲ有セザルニ拘ハラヌ之ニ通行ヲ任意ニ許シタルモノナルカ故ニ之ニ與ヘタル政府又ハ軍隊ノ事情ニ因リ其通行ヲ不利益ト認ムルコトアルトキハ何時ニテモ其許可ヲ取消シ得ヘク此場合ニ於テハ攜帶者ハ安全ニ出發地ニ歸リ來ルコトヲ許サルヘキモノトス又通行券ノ效力ハ之ヲ交付シタル者ノ權力カ行ハルル場所ニ限りテ有效ナルニ止マリ一師團ノ司令官カ之ヲ與ヘタル同師團司令官ノ指揮ニ屬スル軍隊ニ限りテ之ヲ侵ササルヘシト雖モ他ノ師團ニ屬スル軍人ヲ拘束スルコトナシ而シテ就レノ場合ヲ問ハス通行券ハ箇人のモノニシテ他人ニ讓與又ハ貸與スルコトヲ得ス

警護トハ交戰者一方ノ軍隊司令官其他將校ヨリシテ自己ノ權力ノ行ハレ居ル範圍内ニ在ル特定



ノ人又ハ物ニ對シテ保護ヲ與ヘ其安全ニ關シ兵士ノ暴行ヲ加フルナカラシムルモノニシテ斯ル箇人ニ對シ戰闘行為ヲ及ホスヘカラサルノ命令書ヲ交付スルコトアリ一定ノ建築物ニ付キ之ニ警護ノ命令書ヲ糊著シテ其保護ヲ公示スルコトアリ又ハ斯ル箇人若クハ物件ニ關シ兵士ヲ以テ警備ヲ爲サシムルコトアリ普通警護ヲ爲ス物件ハ寺院、博物館、圖書館其他ノ公ノ建築物ニシテ時トシテハ私人ノ家屋ニ之ヲ附スルコトナキニ非ス又警護ノ命令書ヲ携帶セシメ若クハ警備ノ兵士ヲ附スルハ自國人又ハ中立國人ニ限ラス時トシテ敵國人ニモ之ヲ附シテ本國ニ送還スルコトナキニ非ス孰レノ場合ニ於テモ警護ニ付テハ之ヲ交付シタル官憲ノ支配ノ下ニ在ル兵士ニ於テ其命令ヲ嚴正ニ遵奉スヘク違反アルトキハ將帥ノ命令ニ違反スルノ故ヲ以テ嚴罰セラルヘキモノニ屬シ又警備ヲ敵人ニ附シタル場合ニ於テハ其兵士ハ敵軍ノ爲メニ攻撃若クハ俘虜トセラ

第四款 商業ノ免許

戰爭中交戰國ハ自國人民若クハ敵國人民或ハ中立國人民ニ對シ一定ノ場所又ハ物品ニ限テ戰爭中禁止シタル商業ヲ營ミ得ルノ免許ヲ爲スコトアリ就中其免許ヲ場所若クハ物品ノ種類ニ特定ノ制限ヲ以テ一般ニ與フルコトアリ又ハ箇人之ニ之ヲ與フルコトアリテ其免許狀中ニ明示スル方法ニ依リテ商業ニ從事スルコトヲ許可スルモノトス斯ク免許ニ基キ其免許アルニ非サレハ營

ムヘカラサル商業ニ從事スル者ニ對シテハ其免許ヲ與ヘタル交戰者ハ之ニ敵意ノ行為ヲ爲スヘカラスシテ其免許ニ係ル商業ニ關シテハ交戰國人民間ニ於テモ契約ヲ結ビ得ヘキハ勿論戰爭中ト雖モ其訴訟ヲ法廷ニ提起スルコトヲ得ルモノトス然レトモ免許ノ效力ハ之ヲ與ヘタル國ヲ拘束スルニ過キスシテ對手國ニ向ヒテ何等ノ效力ナキニ因リ其商業ニ從事スル船舶及ヒ其商業ニ關係アル物品ハ敵國ノ爲メニ捕獲セラルルノ危險ヲ免ルルコト能ハサルハ言フ俟タス

凡テ戰爭中敵國トノ商業ヲ免許スルト否トハ各交戰國ノ任意ニ屬シ一般的ニ其免許ヲ與フルハ戰爭ニ關スル權利上交通通商ヲ遮斷スル原則ノ中止ナルニ外ナラサルカ故ニ斯ル免許ハ交戰國主權者ノミニ於テ之ヲ與ヘ得ヘク普通勅令又ハ軍隊一般ニ對スル勅令ニ依リテ之ヲ與ヘ特種ノ商業又ハ特定ノ人ヲ限リテ免許ヲ爲スモ其箇人ヲ指定セス又交戰國ノ版圖及ヒ占領地ニ付キ一定ノ場所ヲ限定セザルモノハ主權者ニ於テ之ヲ許可スヘキモノトス然レトモ一定ノ場所ヲ限リ特別ノ事情ニ因テハ海陸軍司令官又ハ地方長官ニ於テ軍隊ノ必要若クハ占領地等自己ノ支配ノ下ニ在ル地方ノ必要ニ應ジテハ免許ヲ與フルコトヲアリ此場合ニ於テハ其免許ハ之ヲ與ヘタル者ノ支配以外ノ場所ニ對シテハ效力ナキモノトス例ヘハ米墨戰爭中カリフォルニア州ニ於テ食料缺乏ヲ告ケ又當時其地方ニ米國商船ノ少カリシニ由リ米國太平洋艦隊司令官ハ敵國人ニ商品輸入ノ免許ヲ爲シタルカ如シ凡テ商業ノ免許ハ政府ヨリ出シタル軍隊司令官又ハ地方長官ヨリ爲シタルヲ問ハス其免許ヲ與ヘタル趣旨ニ基キ物品ノ種類、分量又ハ品質並ニ運搬ノ船舶、

國際公法(戰時) 交戰關係ノ法則 戰闘方法ニ關スル法則 非敵意ノ交通

方法、場所、時間等ノ規定アルトキハ嚴正ニ之ヲ遵守スヘク特定ノ人ヲ指定シテ付與シタルトキハ其指定者又ハ代人ノミ之ニ從事シ得ヘク運搬ノ時間ニ關シテモ天災又ハ敵國ノ妨害ニ出テタル場合ノ外之ヲ誤ルトキハ其免許ノ效力ナキモノトス

第六章 戰爭ノ終了

第一節 總則

交戰國間ニ戰爭ヲ終了シテ平和關係ヲ回復スルハ媾和條約ニ依ルコト近世文明國間ニ行ハルル普通ノ方法ナリト雖モ條約ニ依ラスシテ戰爭ノ終了スルコトナキニ非ス即チ交戰國カ互ニ戰鬪行爲ヲ全然廢止スルカ又ハ其一方カ敵國ニ征服セララルル場合トス就中征服ニ於テ交戰國一方ノ全滅スルトキハ戰爭ノ終了スルコト固ヨリ論ナク交戰國間ニ戰鬪行爲ヲ單純ニ廢止シ全ク之ヲ行ハサルニ至ルトキハ之ト同時ニ戰爭ノ終了ト謂ハサルヘカラス又交戰國ニ於テ媾和條約ヲ締結スルトキハ之ト共ニ平和ノ關係ヲ回復スルモノニシテ媾和條約ノ調印アルヤ否ヤ戰爭ニ附隨スル行爲ハ一切繼續スルコト能ハス隨テ交戰國ニ於ケル戰鬪ハ條約調印ト同時ニ廢スヘキノミナラス占領軍ハ其地方ニ對シ徵發取立金ヲ徵收スルコト能ハス又其未納ニ係ルモノニ付テモ之ヲ取立ツルノ權利ナク俘虜モ亦平和克復ト共ニ其資格ノ當然解除ト爲ルコトハ前述ノ如シ但便宜上俘虜ノ歸國ニ付テハ兩國ニ於テ其引渡ニ關スル協議ノ經マラルマテ抑留國ニ於テ之ヲ保管シ

置クハ一般ニ行ハルル所ニシテ妨ナシ又平和回復ト共ニ戰爭中中止セラレタル兩國人民間ノ私權ノ行使ハ悉ク回復シ戰爭前ニ於ケル契約ハ法廷ノ保護ニ依リ履行セララルヘシト雖モ戰爭ノ爲メニ事實上履行スヘカラサルニ至リタルモノハ其履行ヲ要求スルコト能ハスシテ戰爭ハ天災即チ不可抗力ト同一ニ看做サルヘク同一法理ニ基キ一定ノ時間ヲ契約履行ニ付キ約定シタルモノハ戰爭繼續間ノ日時ハ其期限ニ算入セサルモノトス

茲ニ殊ニ注意ヲ要スルハ媾和ヲ爲ス場合ニ於テ交戰國カ媾和條約中ニ反對ノ規定ヲ設ケ置カサル以上ハ其當時交戰國雙方ノ管轄スル土地竝ニ之ニ屬スル物件ハ互ニ自國ノ所有ト爲スノ法則ニシテ例ヘハ占領地ノ處分ヲ媾和條約中ニ特ニ規定セサル場合ニ於テハ悉ク占領國ノ領有ト爲リ動産ニシテ占領軍ニ沒收セラレタル物件ハ固ヨリ其所有ニ歸シ未タ沒收ノ完了セサル物件ハ原所有者ニ回復スルモノトス此法則ヲ名ケテ現有法ト曰フ此法則タル理論上ニ於テハ批難スヘキ點アルヘシト雖モ實際ノ便宜ハ最も多クシテ媾和條約ニ記載セサルカ又ハ交戰國ニ於テ讓與ヲ明言スルコトヲ欲セサル物件ノ所有權ヲ定ムルニ最も便宜ナル法則ナリ然レトモ交戰國雙方ノ意思ニ因リテハ必スシモ此法則ニ依ルコトヲ要セスシテ復原法ニ依リテ平和ノ回復ト共ニ戰爭ノ狀態ニ其物件ヲ回復スルコトト爲スヲ得ヘシ各兩國ノ意思ニ基キ明文ヲ以テ復原法ヲ用ヒタル場合ニ於テハ條約中ニ明言セサル占領ノ土地竝ニ其附屬ノ物件ヲ原所有國ニ返還スルノ意義ニシテ戰爭ノ法則ニ依リテ行ヒタル徵收又ハ損害ヲ本國ニ賠償スルノ意義ニ非ス換言セハ



平和回復ノ當時占領地ニ於ケル狀況ニ變更ヲ加フルコトナクシテ舊國ニ返還スルニ止マルモノトス

第二節 媾和條約

第一款 媾和ノ開始

媾和條約ハ「グァテラル」ノ云ヘル如ク交戰國雙方ノ讓歩ニ因リテ戰爭ヲ終了スルモノニシテ若シ雙方ニ於テ嚴正ニ其權利ヲ主張スルニ於テハ決シテ戰爭ヲ終了スル能ハサルモノトス而シテ媾和條約ニ依リ戰爭ヲ終ルトキハ戰爭ノ原因ト爲リタル問題ヲ之ニ依リテ決定スルノミナラス戰爭中ニ於ケル雙方ノ行爲並ニ戰爭ノ費用及ヒ損害ニ付テモ悉ク條約規定ヲ以テ確定スルモノニテ條約ヲ締結スルハ交戰國雙方ニ於テ全權委員ヲ選定シ以テ其條約ヲ締結スルモノニテ他ノ條約ト均シク兩國主權者ノ批准ヲ要シ批准ニ依リテ始メテ有效ト爲ルモノトス然レトモ條約中ニ戰爭行爲ノ終了ノ時日ヲ特ニ記載セサルトキハ條約調印ト共ニ其行爲ヲ廢棄スヘキ效力ヲ有シ日清戰爭ニ於ケルカ如ク豫メ休戰ノ約定アリタルトキハ論ナシト雖モ特ニ休戰ノ約定ナキ時ニ於テモ其條約調印ト共ニ當然休戰ト爲ルヘキモノタリ何トナレハ若シ條約ノ批准アルトキハ其效力ハ調印ノ當時ニ遡ルニ由リ調印後戰爭ヲ繼續セハ當ニ戰鬪地方ニ不必要ナル損害ヲ與ヘ兵士ヲ無益ニ傷フノミナラス之カ爲メニ條約締結當時ノ事情ヲ變更シ其條約ノ實行ヲ困難ナラシ

ムヘキニ至ルヲ以テナリ又戰爭ノ行ハル場所ノ廣クシテ軍隊屯在ノ場所ニ由リテハ交通不便ノ爲メ迅速ニ媾和ヲ通知スルコト能ハサルコトアリ斯ル場合ニハ豫メ其場所ニ由リ戰爭行爲ヲ廢止スル時期ヲ異ニシ置クコトナキニ非ス斯ル場合ニ於テハ其約定ノ日時マテハ平和ノ事實ヲ知ラスシテ戰爭ヲ繼續スルハ妨ナシト雖モ若シ其期日前ニ於テ公ナル平和回復ノ通知ヲ得タルトキハ其約定ノ期日ヲ待タズ同通知ヲ受領シタルト同時ニ戰爭ヲ廢止スヘキモノトス茲ニ公ナル通知ト云フハ本國政府ヨリ公然ニ軍隊又ハ艦隊司令官等ニ與フル公ノ通告ニテ軍隊ハ自國政府以外ノ關係ヨリシテ平和回復ノ通知アルモ之ニ依リ行動スルノ義務ヲ有セス又艦ニ斯ル通知ニ信頼シテ行動スルハ危險ナルモノトス此適例トシテ千八百一年英佛戰爭ハ「アミアン」條約ニ依リ終了シ印度洋ニ於テハ五箇月間ニ戰爭行爲ヲ終ルヘキコトト爲シタルニ其期限滿了前英船「スワインハード」號ハ印度洋ニ於テ佛國ノ爲メ拿捕セラレタリ此場合ニ於テ其拿捕者ハ英國及ヒ葡萄牙國ヨリシテ戰爭ノ既ニ終了シタル通知ヲ得タルニ拘ハラヌ拿捕ヲ行ヒタルモノナリシカ佛國捕獲審檢所ハ其捕獲ヲ正當トセリ是レ全ク佛國政府ノ公報ナキニ因リタルニ外ナラス

第二款 媾和條約ノ效果

媾和條約ニ於テハ之ニ依リテ交戰國間ニ於テ戰爭發生ノ原因ト爲リタル係争ノ問題ヲ悉ク決定スルヲ普通トスト雖モ時トシテハ其問題ノ多岐ニ亘リテ一時ニ之ヲ處理スルコトノ困難ナル所

ヨリシテ其詳細ノ決定ヲ後日ニ譲リナカラ漫然交戰國間ニ平和ノ回復ニ付テノミ先ツ條約ヲ締結スルコトナキニ非ス千八百十四年英米兩國間ノ「ダント」媾和條約ニ於テ戰爭ノ原因ト爲リタル問題ヲ解決スルコトナクシテ單ニ其戰爭ヲ終了スヘキコトヲ規定シタルハ其一例ナリ然レトモ此ノ如キ實例ハ最モ稀ニシテ普通係争問題ヲ一定シ之ト同時ニ戰爭ノ結果ニ伴フ新狀態ニ附隨スル必要ナル種種ノ約定ヲ爲シ其人民ノ私權ヲ保證シ通商其他國際上ノ關係ヲモ規定スルモノニシテ例ヘハ馬關條約ニ於テ戰爭ノ原因タリシ朝鮮ノ獨立ヲ確定シ臺灣ノ割讓及ヒ償金等ヲ定メ加フルニ兩國間ニ於テ新ニ通商條約ヲ締結スルニ關シテ其基礎ト爲ルヘキ標準ヲ規定セルカ如シ今簡短ニ媾和條約ノ效果ヲ列舉セハ左ノ如シ

(甲) 戰爭前ノ事項ニ關シテハ

第一 交戰國間ニ於テ戰爭ヲ惹起スルニ至リタル問題ヲ絶對的ニ終了シ同一問題ニ付キ兩國ノ爭議ヲ全ク消滅スルモノニシテ普通媾和條約ニ於テハ其條文中ニ締盟國ハ永久ノ平和アルヘキコトヲ明言スルモノトス此永久ノ平和トハ將來如何ナル原因ニ付テモ決シテ戰爭ヲ爲サスト約定シタルニ非スシテ戰爭ヲ開始シタル問題ニ付キ兩國ハ再ヒ戰爭ヲ爲ス能ハスト云フニ過キス就中媾和條約ノ效果ハ其戰爭ヲ惹起スルニ至リタル特定ノ問題ニ限ルヲ以テ締盟國ハ同一種類ノ事件ニ付キ權利ノ侵害又ハ損害ヲ重キテ受クルトキハ其事件タル假令戰爭ト爲リタル問題ト其性質ヲ同シクスルコトアルモ是レ固ヨリ別箇ノ問題ナルヲ以テ更ニ開戰ノ理

0370

由ト爲シ得ヘキモノトス又戰爭前ノ損害其他國家間ノ問題ニシテ戰爭ノ理由ト爲ラサリシモノハ媾和條約ニ關係ナキヲ以テ戰爭終了ニ依リ之ヲ消滅セサルヤ明カナリ

第二 兩國間ニ存在セシ條約其他ノ約定ニシテ其實行カ交戰國ノ一方又ハ雙方ノ戰爭ニ干與シタル爲メ中止ト爲リタルモノハ悉ク回復ス

第三 兩國人民間ノ私權ヲ回復シ戰爭ニ因リテ物質的ニ其實行ヲ爲ス能ハサルニ至ラサルカ又ハ無效ト爲ラサル契約其他權利義務一切ノ關係ハ兩國ノ法廷ニ於テ各々之ヲ保護スルモノトス

(乙) 戰爭中ノ行為ニ關シテハ

媾和條約ハ戰爭ニ關スル事項ニ最終ノ決定ト看做スカ故ニ交戰國一方ノ命令ノ下ニ於テ或ハ戰爭ノ權利ヲ超過シ又ハ其權利ニ關係ナクシテ爲シタル行為ニ付キ媾和條約調印後ニ於テ對手國ハ其政府又ハ人民ノ爲メ斯ル行為ヲ批難シ若クハ之ニ關スル要求ヲ提出スルコト能ハス又時トシテハ戰爭中交戰國政府ノ命令ニ出ラヌシテ人民ノ濫ニ戰爭行為ヲ爲シタル者又ハ其他ノ不正ノ行為アリタル者ナキニ非サレトモ斯ル場合ニ於テモ媾和條約ハ總テ兩國間ニ戰爭ノアリタル感情ヲ塗抹シ其惡感情ヲ一掃スルト同時ニ戰爭ノ熱情ニ伴ヒタル不正ノ行為ヲハ罰セサルモノニシテ媾和條約調印ト共ニ此等戰爭中ノ行為ハ其不正ナルモノト雖モ之ヲ免除スルモノトス之ヲ名ケテ赦免ト稱シ媾和條約締結ニ當然伴フヘキ結果ナレトモ其條約中ニ之

ヲ明定スルヲ普通トス馬關條約第九條第二項ニ於テ日本臣民ニシテ軍事上ノ問謀又ハ犯罪ト認メラレタル者ハ清國ニ於テ直チニ解放スヘキコトヲ約シ清國ハ又交戰中日本軍隊ト種種ノ關係ヲ有シタル清國臣民ニ對シ如何ナル處刑ヲモ爲サヌ又之ヲ爲サシメサルコトヲ約スト規定セルハ其一例ナリ

(丙) 條約締結後ノ行爲ニ關シテハ

締盟國ハ條約締結ト共ニ其平和ヲ回復シ批准ノ效力ハ嗣印當時ニ遡ルモノトス而シテ兩國人民ノ條約締結後ニ於テ平和ノ事實ヲ知ラスシテ戰爭行爲ヲ爲シタルトキハ固ヨリ犯意ナキカ爲メ處刑セラレルコトナシト雖モ國家ハ之ニ對シテ損害賠償ノ責任ヲ免ルル能ハス換言セハ加害國ハ其被害國ニ對シ可成之ヲ原狀ニ回復スヘク損害アルトキハ悉ク賠償セサルヘカラス

第三節 戰爭行爲ノ廢止及ヒ征服

交戰國ニ於テ戰爭行爲ヲ單純ニ廢止シテ戰爭ノ終了スルコトハ古來其例甚タ少ク千七百十六年瑞典國及ヒ波蘭國間ノ戰爭及ヒ今世紀ニ於テ中央亞米利加並ニ南亞米利加ニ於ケル西班牙國殖民地ノ獨立シタル場合ニ於ケル事實ハ其實例タリ即チ亞米利加洲ニ於テ西班牙國ニ叛亂シ獨立ヲ企テタル殖民地ニ對シ同國ハ千八百二十五年以來戰爭行爲ヲ廢止シ中立國及ヒ其人民ニ對シ

テモ中立ノ義務ヲ強制シタルコトナシ然レトモ西班牙國ハ千八百四十年ニ至ルマテハ墨國ヲ除クノ外中央及ヒ南亞米利加諸國ト平和ノ交通ヲ爲シタルコトナク同年ニ於テ勅令ヲ以テ「エタワドル」共和國ノ船舶ニシテ西國版圖ニ入ルコトヲ許可シ又千八百四十四年智利國ノ獨立ヲ承認セリ尤モ智利國ノ船舶ニ對シテハ其三年前ヨリシテ交通ヲ許シ「ヴェネジユエラ」國ノ如キハ千八百五十四年ニ於テ其獨立ヲ承認セリ

斯ク戰爭行爲ノ廢止ニ因リ戰爭ノ終了スルトキハ其終了ノ時期ヲ確知スルコト能ハスシテ永ク交戰國並ニ其人民ハ互ニ對手國ニ於テ戰爭ノ關係ヲ繼續スルヤ否ヤノ疑ヲ有シ中立國及ヒ其人民モ局外中立ノ法則ニ準據シテ交戰國タリシ國家ニ對シ交通關係ヲ爲スヘキヤ否ヤノ疑ヲ免レシテ其不便少カラサルハ明カナリ然レトモ時日經過ノ後ニ於テハ交戰國カ早晚事實上平和ノ狀態ヲ回復スルニ至リ其結果タル媾和條約ニ依リテ戰爭ヲ終了シタルト其效果ヲ一ニスルモノトス但戰爭行爲ノ廢止ニ因リ戰爭ヲ終了スル場合ニ於テハ確ニ平和關係ノ成立スルニ至ルマテハ兩國間ニ戰爭ト爲リタル問題ノ終了シタルモノト爲スヘカラサルニ由リ同一ノ問題ニ付キ何時ニテモ戰爭ヲ新ニシ得ヘキモノナルカ如シ

征服トハ交戰國一方ノ亡滅シテ其領土ハ戰勝國ノ爲メニ奪ハレ其人民モ戰勝國主權ノ下ニ立チテ其國ノ一部ト爲ルモノトス其場合ニ於テ戰勝國ハ其土地ニ對シテ之ヲ自國ノ版圖ト爲スノ意思ト實力トヲ以テ事實上ノ領有ヲ繼續スル狀態ノ存スルヲ必要トス而シテ版圖ト爲スノ意思



ハ之ヲ合併スルノ宣言等ニ依リテ發表セラレ事實上ノ領有ハ其地方ニ對シテ警備ノ行為ニ依リテ明白ト爲ルモノニシテ千八百六十年伊國ノ「シシリア」モデナヲ始メ同半島ノ諸國ヲ征服シ千八百三十年佛國カ「アルゼリヤ」ヲ征服シタルハ其實例ナリ征服ニ付キ有名ナル問題ハ千八百六年「ナポレオン」ノ「ヘッスカーセル」國ヲ征服シテ其土地ヲ「ウエストフアリア」王國ニ屬セシメタルニ「ナポレオン」敗北後ニ於テ「ヘッスカーセル」王ハ再ヒ其領土ヲ回復シタリシカ新政府ハ舊國ヲ繼續シタルモノナリヤ否ヤニ付キ問題ヲ生シ途ニ「プレスロー」大學ニ其審判ヲ求メタルニ同大學ハ判決シテ曰ク「ナポレオン」ノ征服ニ因リ舊國ハ亡滅シテ千八百六年乃至十三年ノ間其土地ハ「ウエストフアリア」王國ト爲リ其間ニ於テ廢王ハ佛國ニ對シ戰爭ヲ繼續シタルモノニ非サルニ因リ新政府ハ舊國ノ相續者ト看做スヘカラストシ此點ニ付テハ學者ノ異論ナキ所ナリ

第三編 局外中立ノ法則

第一章 中立ノ意義

局外中立トハ國家カ交戰國間ノ戰爭ニ付キ孰レノ一方ニモ加擔スルコトナク戰爭中雙方ニ對シテ平和ノ國交ヲ繼續スル狀態ヲ謂フ隨テ局外中立ノ法則ニ付テハ交戰者ノ一方ニ對シ積極的又ハ消極的ニ他ノ一方ニ交戰上ノ利益ト爲ルヘキ行為ヲ爲スコトナク雙方ニ對シ戰爭前ヨリ保持シ來リタル國交ヲ爲スヲ原則トス然レトモ局外中立ノ地位ハ戰時ニ於テノミ存在スルモノナル

ヨ以テ自ラ平時國際法ノ法則ヲ全然之ニ適用シ得ヘキモノニ非ス換言セハ交戰國中中立國トノ權利義務ニ付テハ交戰者カ戰爭ヲ遂行スルニ必要缺クヘカラスト權利ト中立國カ中立ヲ維持スルニ必要ナル諸種ノ法則アルノミナラス平時關係ニ於テハ國家ハ獨立權ノ作用ニ依リ特定ノ國ニ對シ他國ヨリ一層親密ノ交際ヲ爲シ之ニ特別ノ待遇ヲ與ヘ得ヘキモノナレトモ戰時ニ於テハ交戰國雙方ニ對シ嚴格ニ偏重ナキ態度ヲ取リテ其國交ヲ爲スヘキモノトス

凡テ獨立國ハ戰爭前ヨリシテ他國トノ條約ニ因リ其行為ヲ制限セラレ居ラサルニ於テハ他國間ニ於ケル戰爭中ハ局外中立タルヘキ權利ヲ有シ又其義務アルモノニ屬シ反對ノ宣言ヲ爲スニ非サレハ第三國ハ自ラ局外中立タルコトヲ推測スヘキモノトス故ニ日清戰爭ニ際シテモ英、米、伊、丁、葡及ヒ瑞典ノ諸國ハ中立ノ宣言ヲ爲シタレトモ佛、獨、露等ハ別ニ其宣言ヲ爲サス此後ニ於テ獨逸國ハ初メテ中立ノ宣言ヲ爲シタレトモ斯ル宣言ハ之ヲ爲スト否トニ拘ハラズ同國ハ日清戰爭ノ當時ト同シク當然局外中立ナルモノトス又局外中立ト永久ノ中立トハ之ヲ區別セザルヘカラストシテ局外中立ニテハ國家カ他國間ニ戰爭アルニ際シ自國ノ獨立權ニ由リ其戰爭ニ干與スルノ自由ヲ有スルニ拘ハラズ自ラ第三者ノ地位ニ立ツコトヲ意味スルモノナレトモ永久ノ中立トハ國家又ハ一定ノ領土若クハ特定ノ物件又ハ人員ニ付キ列國條約ニ依リテ交戰者カ之ヲ侵スヘカラスト定メタルコトヲ意味スルモノニシテ歐洲中瑞西、白耳義、ルタセンブルヒ」ノ三國及ヒ亞弗利加「コンゴ」國ノ如キハ列國條約ニ依リ永世中立國トシテ他國ノ其領土ヲ侵サ

サルト同時ニ此等諸國ハ戰時ノ平時ヲ問ハス自國ノ安全ヲ防禦スル場合ヲ除キ他國ト戰爭ノ行爲又ハ戰爭ト爲ルヘキ行爲ニ干與スヘカラサルコトト爲リ居ルモノナリ要スルニ永世中立國ハ列國條約ニ依リ獨立權ノ行使ヲ制限シタルモノニ屬シ國際法上主權國ノ特例ト見ルヘキモノトス

又戰爭中獨立國ノ局外中立ニ付キ昔時ノ學者ハ完全中立ノ外ニ不完全若クハ制限的中立ナルモノヲ認メ戰爭前ヨリシテ國家カ一定ノ兵士又ハ作戰ノ資料ヲ交戰國一方ニ貸與若クハ給與シ又ハ交戰上特權ノ利益ヲ其一方ニ限リテ與フルコトヲ條約ヲ以テ約定シタルトキハ開戰後ニ於テ其規定ニ基キ交戰者一方ヲ補助シ得ヘキニ拘ハラズ其他ノ關係ニ於テハ全ク局外中立ノ地位ニ在リ得ヘキモノト爲シタルモノトス然レトモ今日ニ於テハ斯ル不完全又ハ制限的中立ナル國家ノ地位ヲ認メスシテ假令條約ニ依ルモ戰爭中交戰國一方ノ戰爭行爲ヲ助勢スルハ中立ノ違反ニシテ其責任ヲ負ハサルヘカラス

一定ノ場所又ハ物件又ハ人員ニ對シテ戰爭行爲ヲ及ホササルコトヲ列國條約ニ依リ規定シタルモノニ付ラモ時トシテ中立ナル文字ハ之ニ襲用セラレ斯ル場合モ亦均シク永久的中立ニ屬スルモノトス即チ條約ニ基ケル中立ノ場所ハ佛領「サグアイ」州、希臘領「アイオニヤン」島中ノ「コルフ」及ヒ「パキソ」兩島ノ如キモノニシテ「サグアイ」州ハ千八百十五年「ビヤナ」及ヒ「巴里」條約ニ於テ希臘國中立ノ一部ト定メラレ「サルジニヤ」國ノ領土ナリシカ戰爭アルトキハ同國

兵士ハ其境ニ退キ瑞西國ノ兵士ヲ以テ之ヲ護衛スルコトト爲シタリシニ千八百六十年同州ハ伊國ヨリ佛國ニ割讓セラレタリ而シテ千八百八十三年佛國政府ハ「サグアイ」州「ジエネヴァ」府ヨリ近距離ニ於テ砲臺ヲ築カントシタルニ中立地タルノ故ヲ以テ瑞西國ヨリ抗議シ佛國モ其建築ヲ廢止セリ又「コルフ」及ヒ「パキソ」兩島ハ千八百六十四年歐洲大國ノ之ヲ希臘國ニ與ヘタルニ際シ中立地方ト爲シ希臘國モ之ヲ承認セルニ由ルモノタリ

然レトモ此等中立地方ト稱スルモノニ付キ其中立ノ範圍ハ今日甚タ明確ナラスシテ政府ハ其地ニ於テ兵士ヲ募集シ軍用品ヲ徵發シ得ヘキニ由リ敵國ハ戰爭ノ必要上敵意ノ行爲ヲ之ニ及ホシ能ハサルノ理ナキカ如シ之ニ反シ例ヘハ「巴里」條約ニテ「ダニユ」河ヲ中立トシ千八百八十八年蘇士運河ヲ中立トシタルカ如キハ其性質全ク前述セル中立地ト性質ヲ異ニシ其水上ニ於テ戰爭ノ資料ヲ得又ハ之ヲ自國作戰ノ用ニ供スル能ハサルヲ以テ斯ル列國條約ノ規定ハ犯スヘカラサル義務アルコト明カナリ更ニ又列國條約ニ基カスシテ戰爭中交戰國一方ヨリ諸國ニ對シ敵國中立地トシ清國ニ於テ之ニ戰爭準備ヲ爲ササルコトヲ條件トシテ其中立ヲ認メタルハ其一例ナリ然レトモ斯ク列國條約ニ基カス又之ヲ永久的中立ト爲ササルモノハ國際公法ノ法則上之ヲ中立ト認ムル能ハスシテ單ニ交戰國ノ他國ニ對スル保證ニ過キス

一定ノ物件又ハ人員ニ付キ中立ノ文字ヲ用フルハ列國條約ニ依リ戰地假病院及ヒ陸軍病院並ニ

其附屬員等ヲ意味スルモノニシテ其詳細ハ既ニ述ヘタル所ナリ要スルニ中立ノ文字ノ使用ハ諸種ノ場合ニ供用セラルルコトアレトモ本編ニ所謂局外中立ナルモノハ永久ノ中立其他ノ中立ヲ意味スルニ非スシテ獨立國カ戰爭中交戰國ヲ助勢スルノ能力アルニ拘ハラズ其戰爭ニ干與スルコトナク雙方ニ對シ平和ノ國交ヲ爲スノ地位ニ在ルモノナルコトヲ明カニ區別スルコトヲ要ス實際敵意ノ行爲アルニ於テスルコトアレトモ中立國カ交戰國ニ對スル中立關係ノ義務開始ニ付テハ然ラスシテ交戰國ハ友誼國ニ對スル義務トシテ開戦アルヤ否ヤ第三國ニ其開戦ノ事實ヲ通告スヘキモノナルト同時ニ第三國ハ戰爭ノ成立ヲ知ルニ非サレハ局外中立ノ義務ヲ負フモノニ非ス隨テ交戰國ハ開戦ヲ宣言其他ノ方法ヲ以テ諸國ニ之ヲ知ラシムヘキモノニテ開戦ノ事實ヲ爲スハ當ニ德義上ノ義務ナルノミナラス國際公法上ノ義務ト看做サルルニ至レリ然レトモ若シ中立國政府又ハ人民ニシテ戰爭ノ起ラントスルニ際シ交戰國一方ノ爲メニ海陸ノ戰爭行爲ニ關スル準備又ハ補助ヲ爲スカ如キコトアラハ假令其意思ハ戰爭ノ起ラントスルコトヲ知リタルトフ間ハ交戰國ハ未タ戰爭ヲ公ニセサルノ故ヲ以テ既ニ敵國ト爲ラントスルモノトノ關係上斯ル中立國ノ行爲ニ因リ大ナル損害ヲ被ラントスルニ拘ハラズ之ニ對シ敵意ノ行爲ヲ爲スヘカラスナルノ理由ナキニ由リ斯ル行爲ヲ爲ス中立國若クハ其人民ハ速ニ開戦ト爲リタルカ爲メ之ニ伴フノ損害ヲ被リタル場合ニ於ケル其賠償ヲ加害國ニ對シテ求ムルコト能ハス

第二章 局外中立ノ發達

局外中立ナル文字カ國際公法上一定シタルハ千七百五十八年「ヴァテル」ノ著書ニ於テ始マリタルモノニテ斯法上中立ニ關スル事項ハ第十八世紀ノ半頃マテハ其文字ノ確定セサリシヲ以テ觀ルモ其法則ノ發達セサリシヲ知ルニ足ルヘシ然レトモ戰爭ニ於テ交戰國ハ戰爭ヲ爲スノ必要上他國民ノ商業ニ妨碍ヲ加ヘ得ヘキ權利ノ如キハ希臘、羅馬ノ海上法ニ於テモ其跡ヲ止メ中世ニ於テモ實行サレタル慣例ニシテ古代ニ於テハ此權利ハ絕對的ニ行ハレタリシカ商業發達ト共ニ中立國ノ權利ヲ擴張スルニ至リタルモノトス第十七世紀ニ於テハ「グロシュース」ノ著書ニ戰爭ニ於テ中立ノ地位ヲ保ツコト最モ難ク且危險ナルコトヲ說キ第三國ハ交戰者ノ正當ト否トヲ明カニシ不正ノ交戰者ヲ強ムルノ行爲又ハ正當ノ交戰者ノ行動ヲ妨クヘカラスシテ單ニ其正否ニ疑アル場合ニ於テノミ雙方ニ對シ同一ノ待遇ヲ爲スヘキコトヲ說キ今日ニ於テハ交戰者雙方ニ絕對的平等ノ待遇ヲ爲スヘキヲ義務ト爲スニ反シ「グロシュース」ハ不平等ヲ義務ト爲シタルモノトス隨テ第十七世紀ノ中頃ニ於テハ特ニ條約ヲ以テ中立國ノ關係ヲ定ムルニ非サル以上ハ交戰國一方カ中立國領土内ニ於テ兵士ノ募集其他戰團準備ヲ爲スコトヲ許シ時トシテハ中立國ヨリ交戰國一方ニ戰爭ノ材料ヲ與ヘタルコトカラス然ルニ其後ニ至リ中立國政府ヨリ濫ニ交

國際公法戰時 局外中立ノ法則 局外中立ノ發達

戰國一方ニ戰爭ノ補助ヲ爲ス慣例ノ止ムニ至リタレトモ戰爭前ヨリ條約ニ係ルモノハ其規定ヲ履行スルヲ得ヘク「ワフテル」モ亦第三者ヨリ防禦同盟條約ノ故ヲ以テ交戰國一方ニ助勢スルハ其中立タルニ妨ナクシテ依然交戰國雙方ニ對シ平和ノ關係ニ在ルモノトシ條約規定ニ依ルルキハ海軍又ハ軍隊ニ助勢ヲ與フルモ正當ト爲セリ隨テ當時交戰國ノ中立國領内ニ於テ兵士ヲ募リ軍艦ヲ買入レ又ハ艦艇若クハ武裝スルカ如キ行爲ハ固ヨリ不法ト看做サレザリシハ言フヲ俟タスシテ時トシテハ其國ノ許可ナクシテ交戰國ハ此等行爲ヲ爲シ得ヘキモノトセリ然ルニ第十八世紀ノ末ニ於テ「マルテンス」ヲ始メ多クノ學者ハ中立國ヨリ兵士等ヲ送リテ交戰國ヲ補助スルハ中立ト爲スヘカラスト論シ千七百八十八年露國ト瑞典國ノ戰爭ニ於テ丁抹國ヨリ兵士ヲ送リテ露國ニ助勢シタルハ條約ニ基キタレトモ之カ爲メ瑞典國ヨリ激烈ナル抗議ヲ來シ同戰爭ニシテ永ク繼續セハ丁抹國ハ露國ト共ニ瑞典國ニ對シテ敵國ノ地位ニ立ツノ已ムヘカラサルニ至リタリ

第十九世紀ニ至ルマテハ中立國ノ領内ヲ交戰國ノ戰爭ニ使用スルハ尤ムヘカラサルモノト看做サレ其實例尠カラス「ドロシェウス」ハ第三國ニ於テ之ヲ避ケントセハ交戰國雙方ト條約ヲ結ビ其好意ニ因リ自國領内ニ於テ戰鬪行爲ヲ爲スヘカラサルコトヲ約定スルニ如カストシ「ピンケルショーク」モ亦交戰國軍艦カ敵國船ヲ追追シテ中立國領海ニ入ルトキハ其水面ニ於テ之ヲ拿捕シ得ヘキコトヲ説キタレトモ此道理ハ今日ニ於テハ之ヲ認ムヘカラサルニ至レリ又交戰國ト

中立國ノ國家間ニ於テモ局外中立ノ關係生シタルトキニ於テ中立國人民ノ戰鬪行爲ニ從事シ中立國領土ヲ戰爭準備ニ使用スルハ咎ムヘカラサルコトヲ看做サレタリシカ千七百九十三年英佛戰爭ニ於テ華盛頓政府ハ中立義務ヲ嚴正ニ實行スルコトヲ努メ佛國カ米國港内ニ於テ捕獲私船ヲ艦裝シ又領事ヲシテ拿捕品ヲ審判セシメタルニ對シ米國政府ハ之ニ抗議シテ佛國公使ノ召還ヲ請求シ佛國モ之ニ從フニ至リ同年ヨリ千八百十八年ニ至ルマテ米國ハ外國軍隊入籍法ヲ發布シ主トシテ第十八世紀ノ公法學者ノ意見ニ基キ自國民ノ他國間ニ於ケル戰爭行爲ニ干與スヘカラサル法令ヲ發布シタルヨリ局外中立ノ法則ニ付キ大ナル進歩ヲ促シ同戰爭中米國ノ取リタル態度ハ正當ト看做サレ諸國モ之ニ倣フニ至レリ

之ヲ要スルニ局外中立ニ關スル法則ノ發達ハ當初中立國ハ交戰國間ノ爭議ニ付キ正當ト否トヲ區別シ以テ其助勢ノ義務ヲ異ニシ交戰國ハ戰爭中第三國ヲシテ戰爭ニ干與セシメサルコトヲ認メタルハ「ドロシェウス」ノ意見ニテ第十七世紀ニ於テ行ハレ第十八世紀ニ於テハ條約ニ非サレハ六中立國ヨリ交戰國一方ニ助勢スルヲ不正ト認メ又交戰國ハ戰爭上大ナル必要アルニ非サレハ六中立國主權ヲ侵スヘカラストシ第十九世紀ニ於テハ戰爭前ヨリ條約ノ有無ヲ問ハス如何ナル場合ニ於テモ中立國ハ交戰者ニ加勢スル能ヘス又其領土内ノ人民ヲシテ交戰者一方ノ不利益ト爲ルヘキ助勢ヲ他ノ一方ニ爲スコトヲ禁スヘク之ト同時ニ交戰國ニ於テ嚴正ニ中立ノ主權ヲ尊重スヘキコトト爲レリ

第三章 局外中立國ノ權利義務

第一節 總則

中立國ノ權利義務ニ付キ國際公法ニ於テ論スル所ハ中立國ノ交戦國ニ對スル權利義務ナリ又中立國人民ノ交戦國ニ對スル義務アリテ學者中之ラ混同スル者アルハ大ナル誤謬ニ屬ス何トナレハ前者ハ國家間ノ權利義務ニシテ後者ハ中立國人民ノ交戦國雙方ニ對シ其普通ノ商業、封港、戰時禁制品及ヒ中立違反ノ事項ニ關シテ有スル箇人ノ關係ニシテ假令之ニ違反スル者アルモ中立國政府ハ責任ヲ有スルニ非ス單ニ交戦國ハ自ら違反者ヲ逮捕シ捕獲審檢所ニ依リテ之ヲ罰シ得ヘキニ過キス之ニ反シテ本章ニ所謂中立國ノ權利義務ニ關スル法則ハ國家行為ヲ規定スルヲ以テ其違反ハ自ら國家ノ責任ニ屬シ交戦國ト中立國ノ政府間ニ於テ互ニ其救済賠償ヲ爲スヘキモノトス今其法則ヲ説クニ當リ第一、交戦國ノ中立國ニ對スル義務第二中立國ノ交戦國ニ對スル義務トシ之ヲ左ニ説明セシ

第二節 中立國ニ對スル交戦國ノ義務

中立國ニ於テ局外中立ノ義務ヲ犯ササル以上ハ交戦國ハ戰爭行為ノ爲メ其國主權ヲ侵スヘカラルル嚴正ノ義務アルモノニシテ今中立國ノ權利ニシテ交戦國ノ義務ヲ類別スレハ

雜 錄

○大審院判例要旨

○單一ノ決意ニ基ク數箇ノ行為 被告松藏ハ行使ノ目的ヲ以テ明治三十九年八月二日氏名不詳者ヨリ偽造ニ係ル日本銀行兌換十圓券一枚ヲ知情收受シ翌三日居村ニ於テ賣掛代金ノ支拂トシテ進藤一郎ニ交付シタル處偽造券タルコト同人ノ覺知スル所トナリ之カ返戻ヲ受ケタルヨリ犯意繼續シテ更ニ同日被告居宅ニ於テ佐々木孫吉ニ對シ炭代金支拂ノ爲メ之ヲ交付シタルモノナリトアレハ原判決ノ趣旨ハ被告カ當初ハ進藤一郎ノミニ對シ偽造兌換券ヲ行使スルノ意思ナリシモ遂ケサリシヨリ新ニ佐々木孫吉ニ對シ行使ノ意思ヲ起シテ之ヲ行使シタル云フニアラスシテ本件偽造兌換券ヲ行使セントスル一箇ノ決意ニ基キ先ツ進藤一郎ニ對シテ其行使ヲ試ミ次テ佐々木孫吉ニ對シ之ヲ交付シテ其行使ヲ遂ケタリトノ趣旨ナルコト自カラ明カナリ故ニ被告カ當初進藤一郎ニ對シテ本件偽造兌換券ヲ交付シタルハ一箇ノ所爲中ノ第一ノ階段タルニ過キス更ニ佐々木孫吉ニ交付スルニ至レルニ及ンテ行使ナル一箇ノ所爲ヲ完成シタルモノナレハ單一ノ箇ノ既遂罪ヲ構成スルニ過キスシテ既遂罪ト未遂罪トノ二罪ヲ構成スルモノニアラス何トナレハ其所爲タルヤ單一ノ意思ニ基ケル繼續セル一箇ノ所爲ニシテ其侵

害スル法益ノ單一ナルモノナレハナリ(明治三十九年(巳)第一一二二號)
 ○主タル建物ノ朽廢ニ因ル地上權ノ消滅 民法第八十七條第二項ニ從物ハ主物ノ處分ニ隨フ
 トアリテ從物ハ常ニ主物ト運命ヲ共ニス可キモノナルカ故ニ民法施行法第四十四條ニ依リ主
 タル工作物例ヘハ住家ノ朽廢シタルニ因リ地上權ノ消滅スルトキハ其從タル工作物例ヘハ住
 家ニ附隨スル便所ノ殘存スル場合ニ於テモ住家ト共ニ其工作物ノ爲メニモ地上權ノ消滅ス
 可キコトハ上告論旨ノ如シト雖モ倉庫ハ他ノ工作物ノ附隨タラスシテ獨立シテ存在スルコト
 アリ亦他ノ工作物ノ從物トシテ存在スルコトアルモノナルニ本件ニ於テハ係争ノ倉庫カ住家
 ノ爲メニ從タル建物ナルヤノ問題ハ原院ニ提出セラレタル形跡ナキカ故ニ原院力係争ノ倉庫
 ニ對シ住家ト獨立シテ存在セル場合ノ規定ヲ適用シ倉庫ノ存立セル以上ハ地上權ノ消滅セサ
 ルモノト列示シタルハ相當ナリトス又地上權ノ設定セラレタル一ノ地域内ニ主從ノ區別ナク
 箇箇獨立シタル數箇ノ建物存在スル場合ニ於テ各其建物ノ爲メニ分割獨立シテ地上權ノ設定
 セラレタルニアラサル以上ハ其中一ニカ朽廢シタリトテ特約ナキ場合ニ於テハ唯一ノ地上權
 ト看做シ總テノ建物カ朽廢スルニ非サレハ地上權ノ消滅スルモノニ非サルコトハ明治三十三
 年法律第七十二號ノ適用ヲ受タル場合ト否ラサル場合トニ依リ異ナルコトナシトス(明治三
 十三年六月二十八日第三民事部判決)

法學志林

第九卷 每月一冊廿日發行
 第二號 定價一冊拾貳錢
 二月二十日 郵稅壹錢
 發行 壹圓貳拾錢
 (第九十一號)

◎ 志 林
 最近判例批評
 獨逸法ニ於ケル婚姻豫約
 歷史經濟學派ト經濟的史觀
 破產法上相殺權ノ規定ノ適用範圍
 民法四題(横田法學士、牧野法學士)
 民法二題(加藤法學士、佐竹法學士)
 行政二題(島村法學士)

◎ 質法 疑
 典錄
 北海道及樺太紀行
 大審院判決例十六件
 公式令○皇室典範增補

◎ 散
 新判例
 令
 公式令○皇室典範增補
 公式令及皇室典範○刑法改正案ノ貴族院通過○東京商業會議所ノ建議○學童問題ノ其後○足尾銅山ノ大騒擾
 ○信託會社條例內閣○神戶市船便乘規定○韓國ノ貨幣統制○無線電信局新設○長崎構造制限○執照
 ○通商手続規則○外國商船ノ稅及運輸○外國ノ法界事件○南米問題○通關會○視察會及送別會○十日
 會(會費)○校友會○校友會支部分會○校友會支部分會○校友會支部分會○校友會支部分會

◎ 附記 雜 報 錄
 事
 錄
 改正新刑法草案
 東京市麹町區富士見町
 六丁目十六番地
 法政大學
 (電話番町一七四番)

校外生規則摘要

- 一 十ヶ月以上本大學ノ校外生タル者ニシテ本大學ニ入學スル者ハ入學金ヲ免除ス
- 一 講義録ノ講習ヲ終リタル者ハ校外生修業證書ヲ請求スルコトヲ得但手數料金貳拾錢ヲ納ムヘシ
- 一 校外生月謝ハ左ノ如シ
 - 一 各學年 各學年 金四拾錢 全學年 金壹圓
 - 一 六ヶ月分 各學年 金貳圓三拾錢 全學年 金五圓五拾錢
 - 一 一ヶ年分 各學年 金四圓五拾錢 全學年 金拾壹圓
- 一 月謝ヲ納付シタルトキハ講義録ヲ郵送スルヲ以テ別ニ領收證ヲ交付セス若シ發信ノ日ヨリ二十日ヲ過キテ講義録ノ到達セサルトキハ其旨本大學ニ通知スヘシ
- 一 校外生ハ講義録中ニ記載アルトキハ講義録ノ番號科目頁數及ヒ疑問ノ要點ヲ記載シ本大學編輯局ヘ宛テ郵送スヘシ
- 一 質疑通信ノ文意解シ難キモノ主旨明確ニシテ解答ヲ要セスト認ムルモノハ解答ヲ付セス
- 一 質疑中有益ト認ムルモノハ之ニ解答ヲ付シ法學志林又ハ講義録ニ登載スヘシ

◎注意

振替貯金ヲ以テ月謝ヲ納付セラルル向ハ納付ノ程度定額ノ外ニ振替貯金規則ニ依ル登記料金二錢ヲ添ヘ振込マルヘシ

振替貯金口座「三二九四番」

明治三十八年十一月九日第三種郵便物認可

明治四十年三月九日印刷
明治四十年三月十日發行

(定價金五拾錢)

東京市牛込區牛込北町十番地
編輯兼 萩原敬之

東京市四谷區四谷左門町五十八番地
印刷者 重利俊夫

東京市赤坂區新町五丁目四十二番地
印刷所 金子活版所

發行所
私法政大學
電話番町「一七四番」