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

PDF issue: 2024-07-27

法政大學講義録

横田，秀雄 / 秋山，雅之介 / 牧野，英一 / 梅，謙次郎

(出版者 / Publisher)
法政大學
(巻 / Volume)
1
(号 / Number)
1学年の1
(開始ページ / Start Page)
1
(終了ページ / End Page)
117
(発行年 / Year)
1913-10-10

東京政大學講義錄

大正三年度 第一學年 第一號

（大正三年度第一號）

0257

法政大學講義錄

大正三年度 第一學年 第一號

（大正三年度第一號）

0258

大正三年度 第一學年 第一號目次

法學通論（自一至四八）　故法學博士 梅謙次郎講述　法學士 牧野英一補修

民法總則（自第一章至第三章）（自一至四八）　故法學博士 梅謙次郎

民法物權（自一至四〇）　法學博士 横田秀雄

刑法總論（自一至四〇）　法學士 牧野英一

國際公法（平時）（自一至四八）　法學博士 秋山雅之介

○雜報　○判檢事辯護士試驗問題

090
1914
1-1-1

法學通論

故 法學博士 梅謙次郎講述
法學士 牧野英一補修

第一章 法律ノ定義

私ノ定義ハ「法律トハ人類ガ社會ノ一分子トシテ由ラザルベカラザル道ヲ謂フ」ト云フノデアル、此定義ハ近來我國ニ於テ一般ニ行ハレテ居ル定義トハマルデ違フノデス、我國ニ於テハ近來ハ非性法說ガ流行ッテ居ル、然ルニ私ノ定義ハ性法ノ存在ヲ認メテ居ル者デアル、ソレデ定義ガマルデ違フノデ、此性法ト云フノハ或ハ自然法トモ謂ヒマス、或ハ又理想法トモ謂フ、之ニ付テハ色色沿革モアルコトデアリマスケレドモ、ソレハ省イテ申シマスマイガ、兎ニ角廣イ意味ニ於テ「性法」若クハ「自然法」ト云フノモ「理想法」ト云フノモ同ジコトデアルノデス、即チ人ノ天性或ハ社會ノ自然ノ道理ト云フモノニ基イテ一ノ理想ヲ定メル、法律ト云フモノハ斯クアルベキ筈ノモノト、斯ウ理想ヲ一ッ極メルノデス、其法律ノ理想、ソレガ「性法」トモ謂

0259

ハレルシ「自然法」トモ謂ハレル、又「理想法」トモ謂ハレル、學者ニ依ッテ或ハ「性法」ト曰ヒ或ハ「理想法」ト曰フ、歐羅巴ノソレニ當ル言葉ハ即チ羅甸語デ「ジュス、ナトゥレ」(jus naturae)或ハ「ジュス、ナトゥラレ」(jus naturale)、是ハ羅馬ノ法律書カラ使ッテアル語デス、ソレカラ佛蘭西デハ「ドロワー、ナチュレル」(droit naturel)獨逸デハ「ナトゥルレヒト」(Naturrecht)、此言葉ガ言ハバ羅馬カラ今日ニ至ルマデ用ヒラレテ居ル言葉デアル、此外ニ「理想法」ト譯スベキ字ガ佛蘭西デ「ドロワー、イデヤル」(droit idéal)或ハ「ドロワー、ラションネル」(droit rationnel)、獨逸デモ「イデヤルレヒト」(Idealrecht)或ハ「フェルヌンフトレヒト」(Vernunftrecht)併シ狹イ意味ニ於テハ違フ、即チ人ニ依ッテハ「性法」ノ言葉ヲ避ケテ「理想法」ト云フ字ヲ使フノデス、其狹イ意味ノ理想法カラ言フト、ソレニ相對シテ謂フ所ノ「性法」ト云フノハ、人ノ性ニ基キ自ラ定マリタル萬古不易ノ法律デアル、是ガ從來ノ性法ノ普通ノ定義デアルノデス、所ガ之ニ對シテ「理想法」ト云フ言葉ヲ擇ブ人ハ三ツノ理由デ性法ト云フ言葉ヲ避ケテ性法ト云フヨリハ理想法ト云フ方ガ宜イト云フ、第一ハ獨逸ノ名高イ「カント」、「フヰヒテ」抔ノ說ナンデス、其說ニ據ルト法律ハ人ノ性ニ基クト云フケレドモサウ云フモノデハナイ、人ノ性デナクシテ實際ノ道理ダ、實地ノ道理ニ基クモノデアルト云フヤウナ所カラ性法ト云フ言葉ハ惡イ、寧ロ理想法ト言ッタ方ガ宜イト斯ウ云フコトヲ言フノデス、第一ノ種類ノモノハ是ハ佛蘭西ノ「フイエー」抔ト云フ人ガ主張致シマシタ所デ、ソレハ所謂「性法」ハ萬古不易ノ法律デアルト云フノデ古モ其通リデ宜カッタシ今日モ其通リデ宜シイ、又將來モソレデ宜イノデアル、言葉ヲ換ヘテ言フト所謂「性法」ナルモノハ今日直チニソレヲ何處ノ社會ニ持ッテ行ッテ適用シテモ差支ナイモノデアル、否適用セネバナラヌ筈ノモノデアルト斯ウ云フ風ニ言フ、ソレガ誤ッテ居ル、現在直チニソレヲ行フト云フコトハ出來ヌ、唯將來ノ理想ニ止マル、ドウゾ此ノ如クアリタイト云フ理想、我我ハ其理想ニ成ルベク近ヅイテ往クヤウニ努メンケレバナラヌ、併シ今直グソレヲ行フト云フコトハ無理デアル、ソレダカラ「性法」ト云フヨリハ「理想法」ト言ッタ方ガ宜イト、斯ウ云フノデス、ソレデ「ドロワー、イデヤル」ト斯ウ言ッタ方ガ宜イト云フノデス、ソレカラ第三ノ說ハ是ハ私抔ノ信ズル所ノ說デアルガ、私抔ノ信ズル所デハ性法ノアルト云フコトハ認メルケレドモソレガ萬古不易デアルト云フコトハ少シ語弊ガアル、大原則ハ萬古不易デアルケレドモ其適用ニ至ッテハ時ト處トニ依ッテ異ナルノデアル、法律ト云フモノハ社會ヲ支配スベキモノデアル、今私ノ申シタ定義ニモ人類ガ社會ノ一分子トシテ由ラザルベカラザル道デアルト云フカラ社會ト云フモノヲ基礎トシテ居ル、ソレデアルカラ社會ノ有樣ニ依ッテ適用スベキ法律ガ是非變ラナケレバナラヌ、ソレガ即チ道理デアル、ソレガ即チ人ノ性ニ適ッタモノデアリ自然ノ法ニ適ッタモノデアル、ダカラ社會ノ開化ノ程度ガ若シ之ヲ數デ量ルコトガ出來ルナラバ、五ツノ度ニ達シテ居ルナラバ其五ツノ度ニ適スル法律デナケレバナラヌ、十ニ達シテ居ルナラバ十ノ程度ノ法律デナケレバナラヌ、開化ノ度ノ五ツノ

モノニ、進ンダ十ノ程度ノ法律ヲ適用シヤウト思ウテモ適用スルコトハ出來ナイ、强ヒテ適用スレバ害ノミ有ッテ益ハナイ、サウ云フコトハ理想デハナイ道理デモ何デモナイ、又社會ノ程度ガ十ニ達シテ居ルノニ五ツノ程度ノ幼稚ナルモノデハ到底社會ヲ支配スルコトハ出來ナイ、故ニ社會ノ程度ニ應ジタル法律ガ即チ理想ニ適シテ居ルノデス、丁度五ツ丈ケノ程度ノ社會ニハ五ツ丈ケノ程度ノ法律ガ理想デアル、十ノ程度ノ社會ニハ十ノ程度ノ法律ガ理想デアル、ソレハ即チ理想法デアル、成程法律ノ原則ノ中ニハ萬古不易ノモノハ固ヨリアルノデス、ダカラ私ハ性法論者ノ言フコトガ全然誤ッテ居ルトハ言ハヌ、萬古不易ノモノノアルコトハ後ニ申シマス、ケレドモソレハ唯原則ノミデアッテ其適用ニ至ッテハ社會ノ進度ニ應ジナケレバナラヌ、隨ッテ國ニ依リ時世ニ依ッテ法律ハ變ッテ往カナケレバナラヌト云フノデアル、ソレダカラソレハ「理想法」ト云フノガ當ルノデ「性法」ト云フ古來ノ名稱ヲ用フルト云フト動モスレバ誤解ヲ招ク、現ニ嘗テ或學會デ性法說ヲ唱ヘマシタガ、其時ニ反對ノ人ガソレデハ「性法」ト云フ名ヲ用フルノガ惡イト、斯ウ云フ批難ヲサレタノデス、私ハ惡イトハ思ハヌガ此ノ如ク誤解ガアル位ナラ「理想法」ト云フ文字ヲ使ッタ方ガ宜シイト斯ウ思フノデス、デ兎ニ角名ハ何レノ名ヲ用ヒテモ後ニ說明スル制定法、即チ主權者ガ直接又ハ間接ニ定メタモノノ外ニソレニ關係ナクシテ自然ニ法律ノ原則ト云フモノガアルト云フコトヲ認メテ居ル點カラ申スト「性法」ト云ハウガ「自然法」ト云ハウガ將タ「理想法」ト云ハウガ同ジコトデアル、此等ノ學說ヲ名

ケマシテ理想派ト謂フ、是ニ反對スル學派ガ歷史派ト謂フノデス、此歷史派ト謂フノハ比較的新シイ學說デ、今日デハ獨逸デ是ガ最モ勢力ガアルノデス、而シテ我日本ニ於テハ獨逸ノ學派ガ一番勢力ガアリマスカラ、日本デハ此歷史派ノ人ガ多イノデス、尤モ歷史派ノ人ガ悉ク獨逸學者デハナイ、是ハ今獨逸デ一番盛ニ行ハレテ居リマスケレドモ、寧ロ古イコトヲ云フト英吉利ノ方ガ古イノデス、元祖ト云フ名ヲ付ケルノハ如何カ知リマセヌケレドモ、寧ロ元祖ハ英吉利ニ在ルト言ッテ宜シイ位ニ思フ、唯獨逸デハ「ヘーゲル」以來有名ナ學者ガ澤山出テ此說ヲ主張シタモノデスカラソレデ獨逸ニ於テ最モ勢力ガアル、「ヘーゲル」ノハ今日ノ歷史派ノ言フ說トハ違フヤウデアリマスケレドモ、併シ獨逸ニ於テハ確ニ「ヘーゲル」ガ歷史派ノ先驅トナッタノデアル、此歷史派ノ言フ所ハドウデアルカト云フト、法律ト云フモノハ歷史ノ產物デアル、歷史ガ自ラ生ミ出スモノデアル、一定ノ理想ヲ頭ニ描イテサウシテ「アブストラクト」即チ抽象的法律ヲ作ラウト思フテモサウ云フコトハ出來ルモノデナイ、法律ト云フモノハ決シテサウ云フ風ニ觀察スルコトハ出來ヌモノデアル、隨ッテ眞ニ「法律」ト名クベキモノハ制定法即チ主權者ガ直接又ハ間接ニ定メタモノデアル、ソレノ外ニ「法律」ト稱スベキモノハナイ、各人ノ腦髓デ斯ウ云フモノガ法律デアルト云ッテモソレハ法律デモ何デモナイト、斯ウ云フノデアル、デ此學派ハ一切性法トカ理想法トカ云フモノハ認メヌノデアリマス(「ヘーゲル」ハ仍ホ理想ヲ認ムルノデアルガ「サヴィニー」以下ノ歷史派學者ハ一切之ヲ認メヌノデアル)、ケレドモ私ハ

此學派ニ服スルコトハ出來ヌ、少クモ此學說ヲ採ラナイ理由ガ三ツアル

先ヅ第一ニハ如何ニ歷史ニ依ッテ法律ガ變ッテ往クトハ言ヒナガラ萬古不易ノ大原則ト云フモノガ自ラアルノデス、如何ナル古キ時代ニ於テモ今日ニ於テモ又東西孰レノ國ニ於テモ變ラナイモノガアル、例ヘバ人ヲ殺スト云フコトハ原則トシテ何處ノ法律デモ禁ジテ居ル、ドンナ野蠻ナ國ノ法律デモ人ハ殺シテ差支ナイモノデアルト云フ法律ハ無イ、ソレハ或場合ニハ殺シテモ宜イト云フコトニ爲ッテ居リマスケレドモ、原則トシテ殺シテ宜イト云フコトハ無イ、是ハ其筈デス、人類ガ社會ヲ組ンデ生活ヲスルノハ如何ナル目的ヲ有ッテ居ルデアラウカ、皆生生ノ道ヲ全ウスル、先ヅ以テ自己ノ存在ト云フコトヲバ保ッテ往カウ、尙ホ進ンデ自己ノ存在ヲ延長シ、サウシテ子孫ヲ貽シテ即チ子孫ヲシテ益〻繁昌セシメル、社會ガ進メバ種種無形ナ慾望モ出テ來マスルケレドモ、如何ナル幼稚ナ社會デモ生存ノ慾望丈ケハ天然ニ存シテ居ル、又ソレガ天道デアル、說明ハ如何ニ說明スルカソレハ學說ニ依ッテ違ヒマスケレドモ事實ハ確ニ之ヲ認メテ居ルニ違ヒナイ、然ラバ人ヲ殺スト云フコトハ丁度ソレニ正反對ノ事柄デアルカラドウシテモ是ハ禁ゼナケレバナラヌ筈ナンデス、又ソレヲ禁ゼナカッタナラバ社會ノ維持ト云フモノハ出來ナイ、互ニ相殺シテ差支ナイモノデアルトナレバ段段社會ノ分子ガ減ッテ來テ到頭强イ者ガ一人ニ爲ッテ仕舞フカモ知レナイ、ソレデハ社會ノ維持ガ出來ヌカラドウシテモ人ヲ殺シテハナラヌト云フ原則ハドンナ幼稚ナ社會ニデモ必ズ存シテ居ル、況ヤ文明ノ社會ニ於

テハ尙更存シテ居ル、ソレカラ所有權ト云フ觀念デスガ、是ハ法理學者ノ間ニ非常ニ議論ノアル問題デスケレドモ、私ノ思フニハ全ク所有權ノ觀念ノ無イ社會ト云フモノハナカラウト思フ、成程土地ノ所有權抔ニ付テハ其發達ガ大變ニ手間ガ要ル、今日文明國ト稱シテ居ル國ノ中ニモマダ土地ノ所有權ニ付テハ最後ノ進化ヲシナイ國ガアルノデス、我日本ノ領土內デモ臺灣ノ如キハ土地ノ所有權ニ付テ最後ノ進化ヲシテ居ラヌ、併シ所有權ト云フ名ハ吾吾ガ勝手ニ付ケタ名デ、其權利ノ範圍トカ性質トカ云フモノモ吾吾ガ勝手ニ定メタモノデアル、兎ニ角或物ハ或人ニ屬シテ居ルト云フ觀念丈ケハ土地ニ付テモ幼稚ナ時代カラ存シテ居ルノデス、能ク法理學者ハ申シマス、土地所有權ノ進化ハ初ハ一國ノ共有、ソレカラ一種族ノ共有、一家族ノ共有、ソレカラ終ニ箇人ノ專有即チ純然タル所有權ト云フモノニ移ッテ行クト斯ウ云フ風ニ法理學者ハ說ク、何時モサウ云フ風ニ規則立ッテ進化ハシマセヌガ、先ヅ大體サウ云フヤウナ順序デ進化シテ行クコトハ各國ノ歷史ガ證明シテ居ル、日本モサウデアル、歐羅巴モサウデアル、即チ歷史ノ根本ノ全ク異ナッタ國柄ニ於テモ同ジ進化ノ道ヲ通ッテ居ル、ケレドモ共有ト云フ時カラシテ所有權ノ觀念ハアリ又共有ト云フコトサヘモ判然ト極ッテ居ラヌ時代デモソレデモ少クモ占有ト云フコトハアル、現在甲ノ占領シテ居ル土地ヲ乙ガ勝手次第ニ耕シテモ宜イ侵シテモ宜イト云フ法律ハ何處ニモアリハシナイ、サウ云フ事ヲスルト直チニ喧嘩ニ爲ル、極ク幼稚ナ時代ニ於テハサウ云フ時ニハ私鬪ヲシテモ宜イモノダト爲ッテ居ル、併シ土地ノ所有權ニ付テ

0262

ハ進化ガ鈍イカラ、尙ホ議論ノ餘地ガ存スルデアラウト思ヒマスガ、動産ノ所有權ニ至ッテハ殆ド議論ノ餘地ハナカラウト思ヒマス、ドンナ野蠻ナ時デモ甲ガ骨ヲ折ッテ山カラ野猪ヲ一疋捕ヘテ來タ、ソレヲ乙ガ故ナク奪取ッテ食ベテ仕舞ッテ宜シイト云フヤウナ法律ハ何處ニモアリハシナイ、是レ既ニ少クモ動産ニ付テハ所有權ト云フモノヲ認メテ居ルノデアル、而シテ幼稚ナル法律ニ於テハ理論ガ發達シテ居マセヌカラ、言葉其他言葉ノ出テ來ル根本ノ思想ト云フモノガ今日ノ學理カラ見ルト極メテ不規則デアル、ソレダカラ所有權ヲ認メルト云フ代リニ多クハ人ノ物ヲ奪フ勿レト云フ、人ノ物ヲ奪フ勿レト云フコトハ即チ所有權ヲ認メルト云フコトデアル、或ハ人ヲ殺ス勿レト云フノモマダ幼稚ナ言ヒ方デ人ノ生命權ヲ認メルト云フ方ガ正確デアルカモ知レヌガ、人ノ生命權ヲ認メルト云フコトヲ今日デモ分リ善ク人ヲ殺ス勿レト云フノデス、今日デハ所有權ノ觀念ガ非常ニ發達シテ居ルカラ、人ノ物ヲ奪フ勿レト云フノハ如何ニモ一足飛ナ言ヒ方デ、其前ニ人ノ所有權ヲ認メルト、斯ウ云フコトヲ言ハナケレバナラヌヤウデアル、併シ幼稚ナ時代ニハ人ノ物ヲ奪フ勿レト云フノガ丁度所有權ヲ認メナケレバナラヌト云フコトニ歸著スルノデス、ソレカラ又借リタ物ハ返サナケレバナラヌ、斯ウ云フコトヲ能ク言フノデスガ、是ハドンナ幼稚ナ社會デモ言フノデス、甲ガ骨ヲ折ッテ山カラ捕ヘテ來タ野猪ヲ今日ハ他ニ食物ガアルカラ食ハヌデモ宜イト云ッテ蓄ヘテ置ク、隣家ノ乙ハ丁度食物ガ無クッテ困ッテ居ル、ソコデ甲ニ賴ンデドウゾ其野猪ヲ自分ニ貸シテ呉レ、明日ハ自分ガ山ニ行ッテ捕ヘテ來タ返スト云フノデソレヲ借リテ食ベル、此場合ニドンナ幼稚ナ國ノ法律デモ此約ヲ違ヘテモ宜シイ、翌日ニ爲ッテ返サナクテモ宜シイト云フ法律ハアリハシナイ、必ズソレハ返サナケレバナラヌ、種種ノ契約ノ法律其他ノ債權法ト云フモノハ皆ソレカラ出テ來ル、借リタ物ハ返サナケレバナラヌト云フ觀念カラ出テ來ル、皆同ジコトデス、サウスルトデス、法律ノ大原則ト云フモノハ萬古不易ノモノデアルト言ッテ差支ナイ、其類ノ事ハ枚擧ニ遑アラズ、唯濫用　違フ、例ヘバ人ヲ殺ス勿レト云フ原則、ソレハ萬古不易デアッテモ原則ニ例外ガアル、モッ今日デハ先ヅ或重キ犯罪ヲ行ウタ者ハ國家ガ之ヲ殺シテモ宜イト云フヤウナ例外ガアル、モット野蠻ナ話ハ戰爭ノ場合ニハ人ヲ殺シテモ宜イト、斯ウ云フ野蠻ナ法律ガ今日デモ尙ホ存シテ居ル、ソレガ社會ガ幼稚ナルニ從ッテ例外ガ多イノデス、臺灣ノ生蕃抔ハ祭ノ時ニ人ヲ殺シテ所謂「生贄」ニスル、其土地ノ慣習法デハ故ナク殺スノハ無論不法デアルケレドモ此ノ如キ並當ナル理由ノアル場合ニハ殺シテモ宜シイト爲ッテ居ル、ソンナ事ハ進化シタ社會ニハナイ、ソレカラ死刑デモ非常ニ減ッテ行ク、遂ニハ無クナルカモ知レヌ、或ハ同ジ殺スト云ッテモ殺ス方法ガ違フ、昔ハ慘殺ヲシタ、今カラ四十年計リ前マデハ磔、火炙ト云フモノガ法律ニ置イテアッタ、斬罪ハ私共デサヘモ見タ、維新後暫クノ間盛ニ行ハレタモノデアル、サウシテ梟首、首ヲ晒シタ、ソレハ維新ノ初マデハ盛ニ行ッタモノデアル、其外幼稚ナル時代ニハ私鬪ト云フモノガ許シテアル、マア果シ合ノヤウナモノデス、西洋ノ果シ合ハ文明ノ花抔ト云ッタ人ガアル

0263

タヤウデスガ是ハ怪シカラン話デ、アレハ野蠻ノ遺習デアル、ソレハ疑ハナイ、昔法律ガ不備デ國家ガ各人ノ權利ヲ十分ニ保護シテヤルコトノ出來ヌ時ニ據ナク自衛ノ法トシテ果シ合ヲ行ッタモノデ、今日ノ國際法ガサウデス、國際法ノ制裁ト云フモノハ果シ合、ソレデスカラ今日ハ借リテ返サヌト云ッテモ外ニソレヨリ腕力ノ強イ國ガナイト見遁シテ仕舞フ、國際法ニハ借リタ物ハ返サンケレバナラヌト言ッテアルケレドモ制裁ヲ加ヘルト云フト果シ合、果シ合ヲスルニハ此方ガ強クナイト負ケル、權利ガアッテモ負ケテハ損デスカラ容易ニ人ガ手ヲ出サヌ、幼稚ナ時代ハ一國内モ其通デアッタ、其結果ハ私鬪ニ依ッテ人ヲ殺スト云フコトヲ許シタ、其類ノ事ハ枚擧ニ遑アラヌノデ、詰リ適用ガ時世ニ依ッテ大變ニ違フ、所有權ニ付テハ先刻申シタヤウナ譯デ、土地所有權ノ沿革ガ、ドノ位社會ノ進度ニ應ジテ所有權ノ有樣ガ異ナラナケレバナラヌカト云フコトヲ證明シテ居ル、殊ニ債權法即チ債權債務ノ關係ヲ定ムル法律ノ如キハ是ハ時世ニ依ッテ非常ナ進化ヲシテ居ルノデス、極ク近イ例ヲ申スト日本ノ維新前ノ債權法ト云フモノヲ歐羅巴ノ文明國ニ於テ普通行ハレテ居ル所ノ債權法ト較ベテ見ルト云フト實ニ天地ノ違ヒ、是ハ社會ノ進度ニ應ジテ變ラナケレバナラヌモノデアルカラ斯ク違フノデス、其所ガ私共ノ主張スル所ノ理想法トソレカラ「グロシュス」以來所謂「性法學者」ガ普通唱ヘル所ト違フノデス、併シ大原則ハ萬古不易デアルト云フコト丈ケハ如何ナル學派デアッテモ性法論者ハ皆之ヲ言フ、其點ガ歴史派ト違フ、而シテ此點ハ確ニ性法學派ノ言フ所ガ事實デアルト思フ

ソレカラ第二ニハ何カ一ツ茲ニ「理想」ト云フモノガナカッタラバ物ノ改良、進歩ト云フコトハ無イ筈デス、改良、――良ト云フケレドモドウ云フノガ良デアル、進歩、――ドウ云フノガ進デアルカ、良否、進退ト云フノハ何ニ依ッテ之ヲ云フ、必ズ一定ノ理想ガアッテ其理想ノ方ニ近寄ルノガ改良デアリ進歩デアルダラウ、是ハ何事ニ付テモサウデアルガ、法律ニ於テモ亦然リ、然ルニ彼ノ歴史派ナル者ノ言フ如ク、法律ニ理想抔ハナイ、唯歴史上ノ必要カラ自然ト生ジテ來ルモノデアルト云フナラバ、法律ノ改良、法律ノ進歩ト云フコトハ言ハレナイ、サウ云フ事ハ無イト言ハナケレバナラヌ、改良モ進歩モナイ唯自ラ變ッテ往クノデアルト斯ウ言ハナケレバナラヌ、ケレドモ眞逆サウ云フコトハ言ハレマイ、希臘、日耳曼ノ古イ時代ニ行ハレテ居ッタ法律ガ段段改良セラレテ今日ノ文明ノ法律ト爲ッタノデス、段段進歩シテ今日ノ域ニ至ッタノデアル、其事ハ歴史派ノ學者ト雖モ皆認メル、ドウ云フノガ進ンダノデアルカ、ドウ云フノガ改良デアルカト云フコトハ事實ニ於テ認メテ居ルト思ヒマス、故ニ言ハズ語ラズノ間ニ理想ト云フモノハ矢張リ持ッテ居ルニ違ヒナイ、歴史派ノ學者デモ或ハ東洋ノ法律ハマダ進マストカ或ハ南洋ノ法律ハ極メテ幼稚デアルトカ云フコトヲ言フノデス、ソレハ一定ノ理想ガアッテ其理想ノ方ニ近ヅクノガ進歩シタノデアル、成ルベク近寄ルヤウニスルノガ改良デアルト云フコトヲ一般ニ認メテ居ルカラデアルト言ハナケレバナラヌ、故ニ歴史ガ實際人類ノ進化

ヲ證明シテ居ルノデアル、其進化ノ有樣ハ歷史ニ依ッテ見ナケレバ知ラレナイ、過去ノ事ハ歷史ニ依ッテノミ之ヲ知ルコトガ出來ル、是ニ依ッテ將來ヲ推セバ人類ノ進歩ノ極致ト云フモノハ是レデアルト云フコトガ分ル、ソレガ即チ理想デアル、ソレハ理想ノ最モ大ナルモノデ事事物物ニ理想ガアル、法律ニ付テ言ッテ見テモ今日ハ今日丈ケノ理想ガアル、即チ日本ナラ日本ノ今日ノ此社會ニ於テハドウ云フ法律ガ一番良イ法律デアルカ、若シ理想通リニ法律ヲ作ルコトガ出來得タラドウシタラ宜カラウカト云フノガ是ガ矢張リ理想學派ノ言フ所ノ理想法デアル、故ニ吾吾ノ目カラ見ルト「最後ノ理想」ト云フモノト「現在ノ理想」ト云フモノト二ツアル、「最後ノ理想」ト云フモノハ變ラナイ、甲ノ言フ所ト乙ノ言フ所ト異ナルナラバソレハ意見ノ違フノデドッチカ誤ッテ居ルカ或ハ兩方トモ誤ッテ居ルノデアル、併シ抽象的ニ言ッテ見ルト必ズ一ツノ理想ガ天然ニ在ル、人類ニ自然ニ存シテ居ル、吾吾ハ申合ハサズ、又殆ド不知不識ニ其理想ノ方ニ近付イテ行ッテ居ルノデス、國ニ依ッテハ理想カラ遠ザカッテ行ク國ガアルノデスガサウ云フ國ハ亡ビテ仕舞フ、ソレ故ニ段段國人ノ幸福ガ增シテ行キ、サウシテ國ノ勢力――マー今日デハ國ノ勢力ト言ハナケレバナラヌ、行ク行クハサウ云フ事ハ無クナルベキダガ今日ハ國ノ勢力ガ段段張ラレテ往クノハ理想ノ方ニ近付イテ行クノデアル、俗ナ言葉デ言ヘバ最モアノ國ガ開ケテ居ルト斯ウ云ッタナラバソレハ理想ノ方ニ近寄ッテ居ル國デアルト言ハナケレバナラヌ、最モ進歩シタル法律ト云フノハ取リモ直サズ最後ノ理想ニ最モ近寄ッテ居ル

所ノ法律デアルト斯ウ言ハナケレバナラヌ、併シ今日ハ今日丈ケノ理想ガアル、此社會ノ法律ハドウアルベキカ、ソレニモ矢張リ理想ガアルト、斯樣ニ私ハ思フノデス

第三ニハ此事ガ實際最モ必要カモ知レヌ、歷史派ニ據ルト云フト制定法ノ外ニ法律ナシト斯ウ云フノデス、主權者ガ直接、間接ニ定メタモノノ外ニハ法律ハナイ、サウスルト制定法ニハ足ラヌ事ガ毎度アル、主權者ガ定メルト云ッテモ不完全ナ人類ガ矢張リ極メルノデスカラ氣ノ付カヌコトガ澤山アル、法律ニ惡イ規定ノアルノハ珍シクナイガソレハ仕方ガナイトシテモ、マルデ氣ノ付カナイ事ガアル、氣ノ付カナイ事ガ事實ニ於テ現ハレテ來タラドウスル、數年前マデハX光線ナドト云フモノハナカッタ、人ガ知ラナカッタ、ダカラ法律ハサウ云フモノヲ見テ居ラヌ、若シ是カラ何カ法律問題ガ起ッタラドウ決スルノデアルカ、X光線カラ法律問題ガ起ッタト云フコトハ日本ニ於テハ聞カナイ、ケレドモ自動車ドウニ付テハソロソロ問題ガ起ッテ居ル、能ク人ガ近頃馬ノ附カナイ馬車ガ流行ルト斯ウ云フ、馬ノ附カナイ馬車、――ソレハ馬車デハナイ、其自動車ニハ馬車ノ規定ガ適用サレルカドウデアルカ、「馬車」ト云ヘバ馬ガアッテコソ馬車ダケレドモ馬ガナケレバ馬車デハナイ、ソレハドウスル、過去ノ事ヲ以テ將來ヲ推スト類似ノ問題ハ澤山起リサウニ思ハレル、例ヘバ電話デスナ、日本デモ今日ハ電話ト云フモノガ非常ニ盛ニ行ハレテ便利デアリマスガ、是ハ何年ニナルカ數ヘテ見マセヌケレドモ至ッテ新シイコトデス、西洋デモ新シイコトデス、ソレダカラ大概ノ國ノ法律ニ電話ト云フモノハ見テ居ラ

ヌ、之ニ付テ問題ガ起ッタラドウスル、其他電氣作用ニ付テ色色ナ適用ガアルノデス、或ハ電氣ヲ盜ム者ガアル、嘗テ事實上ノ大問題ト爲ッタ電氣泥棒、アレハ大審院デハ遂ニ竊盜ヲ以テ論ジタ、サウ云フモノガ出テ來タラドウスル、電燈モ昔ハナカッタ、ソレ所デハナイ佛蘭西ノ法典ト云フモノハ百年前ニ出來タ、其當時ニハマダ生命保險ト云フモノガ實際ナカッタ、ソレデスカラ生命保險ハ種種雜多ノ法律關係ヲ生ズル事柄デスガ法律ニマルデ見テナイ、ソレカラ汽船、汽車杯ト云フモノハ其時ニハナイ、サウ云フ物ハマルデ見テナイ、況ヤ電氣ノ働デアル所ノ電信デアレ、電燈デアレ、電話デアレ、サウ云フモノハ無論見テナイ、既往ニ遡ッテ見ルト佛蘭西ニサウ云フコトガアルカラ將來ニ於テ各國ニ皆サウ云フ事ノアルノヲ豫期セネバナラヌ、サウ云フ時ニハドウナル、佛蘭西ガ百年前カラ今日マデ法律ヲ改メナイデ來テ居ルノハ餘リニ呑氣デアルカモ知レマセヌケレドモ、併シ實際ソレデ差支ナク行ッテ居ル、ドウスルノデアルカ、ソレハ佛蘭西デハ性法ヲ認メテ居ルカラ、マルッ切リ制定法ニ於テ規定ノ無イ事ガ出テ來テモ性法デ以テ問題ヲ解イテ行ケル、ソレダカラ實際差支ナイ、若シ制定法ノミデ性法ハ無イモノデアルト云フコトニ爲ッタナラバ法律ノ改マルマデ適用スベキ法則ト云フモノハ無イト言ハナケレバナラヌ、所ガ若シ問題ガ起ッテ爭ガ裁判所ニ出テ來タラバドウスル、何處ノ國ノ裁判所デモ苟モ文明國ニ於テハ爭ガ事實ニ於テ生ジソレガ法廷ノ問題ト爲ッタ以上ハ之ヲ決シナイト云フコトハ出來ヌ、成程刑法ナドニ付テハ律ニ明文ナキハ罰セヌ、ソレダカラ新シイ犯罪ガ

出テ來ルト律ニ明文ガ無イカラ無罪ト、斯ウナル、ソレダカラ電氣ノ犯罪ナドニ付テハ大審院ノ判決例ハ兎ニ角、律ニ明文ナキガ故ニ無罪ト云フ說ガ立ツ、ケレドモ民法上ノ問題デハサウハ行キマセヌ、ドッチカニ權利ガアル、義務ガアルト云フコトヲ認メナケレバナラヌ、權利ガアルカ無イカ分ラヌカラ裁判セヌト云フコトハドウシテモ言ハレマセヌ、ソレハ各國皆許シテ居ラナイ、歷史派ノ學者ト雖モソレデ宜シイトハ決シテ言ハヌ、ソレダカラ歷史派ノ最モ跋扈シテ居ル獨逸デモソレハ決シテ許サナイ、爭ガ裁判所ニ出テ來タナラバソレハ是非決シナケレバナラヌ、甲ガ權利アリトシテ訴ヘタ時ニ此問題ニ付テハ成文ガ無イカラシテ裁判シナイトカ、或ハソレダカラ原告ノ訴ヲ取上ゲヌト斯ウ云フコトハ言ハレヌ、ドウ云フ譯デ其權利ガ無イカト云フコトヲ明言シナケレバナラヌ、又訴ヲ採用スルニハ斯ウ云フ譯デ權利ガアルト云フコトヲ言ハナケレバナラヌ、何ニ依ッテソレヲヤルカ、ドウシテモ性法ヲ認メナケレバ實際ノ捌キガ付カヌ筈デアル、成程此點ニハ歷史派ノ學者ガ餘程苦心ヲ致シマシテ或ハサウ云フ場合ニハ國法ノ大原則ニ依ッテ決シテ宜シイト云フヤウナコトヲ言フノデス、是ガ即チ暗ニ性法ヲ認メテ居ルト云ッテモ宜イノデ、生命保險ト云フモノヲ立法者ガマルデ知ラヌ、ソレニ付テハ何等ノ規定モ設ケテ置カヌ、然ルニ生命保險ニ當惑ルベキ大原則ガ存シテ居ルト云フコトハ性法ヲ措イテドウシテ言ヘルカ、成程ドウ云フモノガ性法デアルカト云フコトヲ究メル材料ハ現ニ行ハレテ居ル成文法ノ中デ最モ道理ニ適ッタト思フモノガ即チ性法デアルト云フコトハ言ヘル、ソ

レト同ジ道理ニ依ッテ新シイ問題ヲ判斷シテ行クト云フコトハソレハ差支ナイ、ソレハ則チ私共ノ謂フ所ノ性法デアルノデス、追追御話ヲ致シマスルケレドモ文明國デハ大抵ノ問題ハ既ニ成文法デ定マッテ居ルノデス、成文法デ定マッテ居ラナケレバ慣習法デ定マッテ居ル、兎ニ角制定法デ定マッテ居ルノデス、ソレデスカラ今日デハ性法ニ依ッテ決シナケレバナラヌト云フヤウナ問題ト云フモノハ滅多ニ起ラヌ、故ニ詰リ制定法ノ規定ト云フモノハ多クハ性法ニ適ッテ居ル、理想法ニ適ッテ居ル、ダカラ我理想法ハ此處デアルト言ッテ矢張リ制定法ト同一ノ原則ヲ採用シテモソレハ差支ナイ、ケレドモソレハ制定法デハナイ矢張リ性法ト云フカ理想法ト云フカ兎ニ角制定法以外ノモノデス

之ヲ要スルニ歴史派ハ近來中中勢力ガアル、近頃佛蘭西ナドモ少シハ靈食シテ居ルノデス、日本ナドハ殆ド全部是ニ打破ラレテ居ル、近頃幸ニ大分若イ人ニ又吾吾ト同論ノ人ガ出テ來マシタ、ケレドモ、マダ微微タルモノデアル、ソレハ「ヘーゲル」、「サヴ*ニー」ノ如キ大學者ガ出テ其學說ヲ巧ニ主張シタ、ソレデ勢力ガアルノハ無理ナラヌト思フ、不幸ニシテ理想派ノ方ニハソレ程ノ大學者ガ餘リ出ナイ、併シ兎ニ角斯クマデニ勢力ヲ占メル學派デスカラ根據ハアルニ違ヒナイ、總テノ學問ノ研究、就中法律ノ如キ社會ノ學問ハ歴史上ノ事實ニ基イテ研究シナケレバ正確ナルコトヲ得ナイ、昔ノ多數ノ性法學者見タヤウニ信仰ヲ土臺トシテサウシテ神樣ガ斯ウ云フ事ヲ言ッタトカ、耶蘇ガ斯ウ云フ事ヲ言ッタトカソレヲ土臺トシテサウ云フ議論ヲ

立テテモサウ云フ議論ハ根據ガ弱イノデアルガ、歴史上ノ事實ニ基イテ立テタ理窟ハ根據ガアッテ堅イノデス、私共ハ矢張リソレデナケレバ可カヌト思フ、人類ノ進ンデ行ッタ跡ヲ見テサウシテ矢張リ同ジ方向ニ進ムモノデアルト想像スルヨリ外仕方ハナイ、ソレガ進化デアルト言ハナケレバナラヌ、故ニ研究ノ方法トシテ歴史派ハ確ニ多數ノ理想派ヨリハ進ンデ居ル、ソレハ私モ認メル、唯其方法ト目的トヲ誤ッタモノト思フ、歴史ニ依ッテ理想ヲ探ルノガ本當ノ研究デアルノニ到頭方法ニ限局セラレテ仕舞ッテ目的ハナイコトニナル、是ガ即チ歴史派ノ誤デアル、方法トシテハ歴史ニ依ラナケレバナラヌ、ソレニ依ッテ理想ヲ見出サナケレバナラヌト斯ウ私ハ思フ、デ斯ノ如キ理由ニ基イテ私ハ理想說ヲ唱ヘテ居ル、理想說ハ今日少クモ我國ニ於テハ少數デアル、西洋デハマダ中中少數デハアリマセヌ、數カラ言ヘバ矢張リ多數デセウガ、日本デハ極メテ少數デアル、ケレドモ理想說ヲ私ハ唱ヘテ居ル、歐羅巴デハ獨逸ニ於テハ歴史派ガ最モ跋扈シテ居ル、英吉利モ概シテ歴史派若クハ之ニ類スル實學派ト云フノガ跋扈シテ居ル、理想派ノ勢力ノアルノハ矢張リ佛蘭西、伊太利、瑞西ナドデアル、瑞西ハ少クモ半分ハ矢張リ理想派ガ勢力ヲ占メテ居ル、デ私ハ兎ニ角多數、少數ニ拘ハラズ理想派ガ正シイト思ウテ居ル、ソレデ法律ノ定義モ自ラ我國ノ學者ノ多數ノ下ス定義トハ違ッテ居ルノデス、此定義ニ付テ假ニ理想法ノ存在ヲ認メヌトシテモ、通說ト爲ッテ居ル定義ニハ往往誤ガアルカラ其事ヲ一二辯シテ置カウト思フ

諸君ガ外ノ本ナドデ能ク御覽ニナルダラウト思フノハ、「法律ハ主權者ノ命令デアル」ト謂フ定義デアル、是ハ歴史派ノ人ガ能ク云フコトデ、法律ハ主權者ノ直接又ハ間接ノ命令デアルト謂フノデアル、此命令ト云フ言葉ハ確ニ狹イト私ハ思フ、成文法ニ付テハ多クハ言ヘル、併シ慣習法ニ付テハ言ヘナイ、慣習法ハ主權者ガ命令シテ始メテ法律ニ爲ルノデナイ、寧ロ被治者ノ間ニ於テ實際ニ行ハレテ唯主權者ガ其效力ヲ認メルマデナノデアル、特ニ命令スルト云フコトハドウシテモ當ラヌノデアル、ソレ故ニ「命令」ト云フ言葉ハ第一ニ慣習法ニ之ヲ嵌メルノガ無理デアル、第二ニハ法律ノ中ニハ主權者自身ガ守ランケレバナラヌ法律ガアル、憲法ノ如キサウデアル、憲法ト云フ法律ハ主權ヲ行フニ付テノ條件ヲ定メタモノ、英國、佛國等ノ如ク詰リ國民ノ代表者ガ定メタ憲法或ハ國民ノ代表者ト君主トノ間ニ契約シタル所ノ憲法ハ尙更デアルガ、主權ノ所在如何ヲ問ハズ主權者ガ矢張リ是ニ依ッテ束縛セラレル、英國ノ如キハ君主モ束縛セラレル、國民全體モ束縛セラレル、佛蘭西ノ如キハ君主ハナイガ國民全體ガ皆束縛セラレル、啻ニ此等ノ國柄ニ於テノミナラズ我國ノ如キ欽定憲法デアッテモ矢張リ是ハ主權者ヲ束縛スルモノデアル、我國ノ主權ハ申スマデモナク天皇ニ在ル、併シ此天皇ハ矢張リ憲法ニ從ッテ其主權ヲ御行ヒニナル、所ガ此等ノ法律モ命令ト云フノハ當ラヌ、己ニ己ガ命令スルト云フコトハナイ、ソレデスカラ例ヘバ憲法ノ如キモノハドウモ此定義ノ中ニハ這入リ兼ネル、故ニ「命令」ト云フ字ハ法律一般ノ定義トシテ其當ヲ得マイト思フ、或ハ規則トカ何トカ云フ字ヲ使ッタラ宜イカモ知レヌ、第二ニマア通說ト爲ッテ居ル定義ノ中ニ制裁ノ必要ト云フコトヲ加ヘル人ガアル、隨分是ハ廣マッテ居ルノデス、法律ニハ必ズ制裁ガアルト謂フノデス、此說モ私ハ誤ッテ居ルト思フ、第一ニハ法律ノ中ニ制裁ノ無イモノガアル、進步シタ法律ニハ少イ、ケレドモ幼維ナ法律ニハ最モ多イ、制裁ノ無イ法律ハ古イ例ヲ探ルニ及バヌ、現行ノ法律デモ外國ノ民法ニハ夫婦互ニ貞操ヲ守ル義務ヲ負フト云フコトガ書イテアル、是ハ珍シクモナイ能ク有ル規定デス、夫婦互ニ貞操ヲ守ル義務ガアルト云フコトハ誠ニ尤ナコトデ其通リデナクテハナラヌガ、制裁ハドウデアル、歐羅巴デモ近來大分之ニ關スル思想ガ進步シマシテ、男子モ女子モ共ニ婚姻ノ後ハ貞操ヲ守ラネバナラヌ、ソレヲ守ラヌト云フト或ハ離婚ノ制裁ガアル、或ハ刑罰ノ制裁ガアル、女子ニ付テハ是ハ疑ハナイ、ソレコソ殆ド各國且如何ナル時代ニ於テモ認メテ居ル、女子ガ貞操ヲ破レバ刑ニモ處セラレルシ固ヨリ離婚ノ原因トモ爲ル、未開ノ時代或ハ半開ノ時代ニハ非常ニ殘酷ナ制裁マデ加ヘタ、ケレドモ男子ニ付テハドウデアル、男子ニ付テハ今日デハ女子ト全ク同ジデナイニシテモ兎ニ角刑法ノ制裁モアリ離婚ト云フ民法上ノ制裁ノアル處モアリマスケレドモ、以前ニハ大抵男子ニハ制裁ノ無イノガ原則ニ爲ッテ居ッタ、例ヘバ妻以外ノ婦人ヲ同一ノ家ニ入レテ即チ妻ノ住ウテ居ル家ニ入レテ貞操ヲ破ルト制裁ガアル、併シ其場所以外ニ於テ貞操ヲ破ッタノハ無制裁ト云フ法律ガ隨分廣ク行ハレテ居ッタ、サウ云フ時代ニ（今日デモサウ云フ規定ノ存シテ居ル國ハ幾ラモアル）民法ニハ何ト書イテアル、

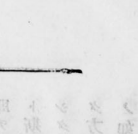
夫婦互ニ貞操ヲ守ル義務ヲ負フト書イテアル、此等ハ少クモ男子ニ付テハ無制裁ノ規定、我國ニ若シモサウ云フ規定ガアッタナラバ實ニ滑稽ニ近イノデ、我國デハ男子ニ付テハ全ク無制裁、刑法上ノ制裁ハ勿論民法上ニ於テモ全ク制裁ハ無イ、ソレニ夫婦互ニ貞操ヲ守ル義務ヲ負フト書イタラ餘程滑稽ニ近イノデアル、民法ノ草案ニハサウ云フコトガ書イテアッタガ其代リ夫ガ之ヲ破ッテモ離婚ノ原因ト爲ルトシテアッタ、併シ無制裁ノ規定ノ例ハ外ニモ幾ラモアルノデス、併シ明カニ法律ニソレガ規定シテアル以上ハ此部分丈ケハ法律デナイト云フコトハ言ヘナイ、矢張リソレハ法律ニ違ヒナイ、ソレデスカラ制裁ガナケレバ法律デナイト云フコトハ少シ狹過ギルト私ハ思フ、今一ツノ理由ハ矢張リ主權者ノ守ルベキ法律デス、之ヲ主權者ガ守ラナカッタト云ッテモ制裁ノ付ケヤウガナイ、主權者ガ守ラヌトキニハ何處ニ向ッテモ訴ヘルコトハ出來ヌ、憲法上ノ規定ガ總テ無制裁デアルトハ申シマセヌ、憲法ノ規定ノ多數ハ或ハ主權者ガ或者ニ對シテ命ズル、或ハ主權ヲ持ッテ居ル一部ノ者ヲ束縛スル（是ハ日本デハナイ）ト云フヤウナ規定ガアルノデス、サウ云フノハ皆制裁ガアル、ケレドモ主權者ノミヲ束縛スル規定、主權者全部ヲ束縛スル規定ニ至ッテハ、若シ主權者ガ之ヲ守ラヌト云フトキハ奈何トモスルコトガ出來ナイ、ソレ故ニ此ノ如キ事ハ輕々シク言フベキコトデハアリマセヌケレドモ、憲法ノ出來タ當時ニ隨分世ニ暴論ヲ吐ク者ガアッテ、我國ノ憲法ハ欽定憲法デアルカラ若シ主權者ガ其規定ヲ不便ナリトスレバ何時能メテモ差支ナイト、斯ウ云フ事ヲ言ッタ者ガ幾ラモアル、ソレハ法律論デハナイ、此ノ如キ事ハ能ク「クーデター」ト申シテ法律以外ノ問題デアル、唯不幸ニシテサウ云フ事ガアッタト假定シタラ制裁ハ無イ、事實上ノ制裁ハアルカモ知レヌガ法律上ノ制裁ハ無イ、事實上ノ制裁ヲ制裁ト云フナラバ道德上ニモ制裁ガアル、事實上ノ制裁ハ何ニデモアルガ法律上ノ制裁ハ無イ、故ニ法律上ノ制裁ト云ケモノヲ法律ノ要素トシテ論ズルノハ私ハ誤ッテ居ルト思ヒマス

以上ヲ以テ先ヅ法律ノ定義ハ終ッタモノト致シマシテ、是ヨリ說明スル事ハ總テ此定義ヲ段段明カニシテ行ク事デス

第二章　法律ト道德トノ關係

是ハ昔カラ名高イ問題デアルガ、何ガ道德デアルカト云フコトヲ先ニ極メテ掛ラヌト云フト問題ノ決シヤウガナイ、或ハ人人デ多少其「道德」ト稱スルモノガ違フデアラウト思フ、支那デモ能ク違フ、韓退之ノ「原道」ノ論ナドヲ御讀ミニ爲ッタ方ハ支那デモ「道」ト云フコトノ意味ガ學派ニ依ッテ違ッテ居ッタコトガ分ル、況ヤ今日ノ我國ニ於テハ西洋ノ學問ヲシタ人ノ中デモ各々師トスル所ニ依ッテ說ク所ガ違フデアリマセウガ、尙ホ其上ニ日本ニハ漢學者モアリ神道學者、佛學者、耶蘇敎者モアル、ソコデ各々道トスル所ガ違ヒマセウカラ、所謂「道德」ナルモノハ何デアルカト云フコトハ人人デ違フダラウト思フ、デ私ハ具體的ニ斯ウ云フモノガ道

德デアルト云フコトハ今云ハヌ、是ハ假ニ私ノ意見ヲ云ッタ所デソレト法律トノ關係丈ケヲ論ジテモ餘リ益ハ無イ、道德ニ付テ私ト少シデモ違ッテ居ル觀念ヲ持ッテ居ル人ニハモウ私ノ意見ハ役ニ立タヌ、故ニ此處デハ抽象的ニ如何ナル學說、如何ナル主義ニ依ラウトモ多分一致スルコトガ出來ルダラウト思フ所ヲ私ハ道德トシテ說ク、ソレハ人ノ由ルベキ道ト謂フノデアル、ドウ云フノガ人ノ由ルベキ道カト云フコトハ爭ガアルケレドモ、ドンナ學說ニ依ッテモ人ノ由ルベキ道ガ無イト云フコトハナイ必ズアル、ソレガ即チ私ノ謂フ所ノ「道德」デアル、是ガ先ヅ西洋ノ言葉デ云ヒマスルト「エチーク」ニ當ルノデス、是ハ希臘語カラ來テ居ルノデスガ希臘語ハ私ハ知ラヌガ、羅甸語デ「エチカ」、佛蘭西語デモ「エチーク」、獨逸語デモ「エチック」、此「エチーク」ト云フモノヲ私ハ先ヅ「道德」ト名ケテ居ル、即チ人ノ由ルベキ道デアル、是ハ極メテ廣イモノデアッテ此中デ色色ト分ケテ論ジナケレバナラナイト思フ、法律モ矢張リ道德ノ中デアル、即チ「法律」ト云フノハ初ノ定義ニ依ッテ御覽ニナルト分ルノデ、人類ガ社會ノ一分子トシテ由ラザルベカラザル道ト云フノデ極ク範圍ガ狹イ、第一ニ「社會ノ一分子トシテ」ト云フコトガアルノデス、社會ノ分子トセズシテ單ニ自己ノ一身上ノ關係ト云フ場合ニハモウ法律ノ適用ハナイ、「道德」ト云ヘバサウ云フモノマデモ含ム、或惡イ事ヲ思ウテハナラヌト云フヤウナコトガアル、又其獨ヲ愼ム、獨デ居ッテモ行ハナケレバナラヌ道ト云フモノガアル、ソレハ社會ニ何等ノ關係ガナクテモ行ハナケレバナラヌノデアル、ソレカラ「由ラザルベカラザル道」ト謂フコト、單ニ「由ルベキ道」トハ言ハナイ、即チ社會ノ維持ノ爲メニ必要ナルト云フコトヲ此中ニ含ム、由ラズニハ居ラレヌト云フコトデス、由ッタ方ガ宜イト云フモノハ這入ラヌ、トコロガ道德ト言ヘバソレモ皆這入ル、ソレデスカラ道德ハ範圍ノ廣イモノデ、サウシテ法律ト云フモノハ範圍ノ狹イモノデアル、先ヅ是丈ケハ違フ、ソンナラバ法律ニ對スルモノハ何デアラウ、是モ文字ハ符牒ト思ウテ聽イテ下サラヌト可カヌガ、先ヅ私ハ倫理ト名ケル、普通デモ矢張リ斯ウ云フ場合ニ「倫理」ト云フ語ヲ使フヤウデスカラ滿更ラ私ノ自分一人リ極メデハナイ積リデス、「倫理」ト云フノハ羅甸語ノ「モラリス」、是ハ一體「モラリス、バルス、フヰロゾフヰエ」ト云フノガ本當ナンデスケレドモ、單ニ「モラリス」トモ言ハヌコトハナイ、ソレデ佛蘭西デ「モラール」、英吉利デ「モーラル」ト言ヒマスガ獨逸デハ「ジッテンレーレ」ト謂フノデアル、倫理ト云フ方ハ先ヅ法律ニ對シテ言フコトガ出來ル、是ハドウ云フモノデアルカト云フト完全ナル人ノ道ヲ言フノデアル、即チ倫理ニ最モ適ウテ居ルト云フノハ即チ完全ナル人ノ道ニ適ウテ居ルノデアル、故ニ道德ヲ全ク行フト云フコトガ即チ倫理ニ適フト斯ウ云フコトニ歸著スルノデス、此方ハ法律ノ命ゼザル事モ矢張リ命ズルノデス、サッキ申シタ社會ノ一分子トシテデナイ事モ命ズルシ、又由ッテモ由ラナイデモ濟ムヤウナ事デモ由ッタ方ガ宜イト云フモノハ倫理ノ方デハ命ズル、若シ之ヲ形ヲ以テ現ハスコトデ出來ルナラバ圖ノ如キモノデアル



倫理ト云フモノハ圖ノ全體ニ適フモノデ、道德ト云ヘバ其一部モ言ヒ得ラレルシ全部モ言ヒ得ラレルト、斯ウ廣イモノト私ハ考ヘテ居ル、例ヘバサッキ例ニ出シタヤウナ他人ノ生命ヲ重ンジナケレバナラヌト云フヤウナコトハ矢張リ社會ノ一分子トシテサウ云フ事ハ必要デアル、外ニ誰モ居ラヌトシテモ其殺サウト云フ人トソレカラ其本人ト必ズ二人アル、其間ニ社會ヲ組ンデ居レバコソ殺スガ宜イトカ殺サヌガ宜イトカ言フコトガ起ル、是ハ矢張リ社會ノ一分子トシテノ問題、言葉ヲ換ヘテ言フト其者ヲ殺スト云フコトヲ法律ガ許スナラバ社會ハ維持ガ出來ヌノデス、ソコデ法律ガ之ヲ許サヌ、ソレカラ他人ノ物ヲ盜ム勿レト云フノモ同ジコトデス、ソレヲ許シテハ國ノ維持ガ出來ヌ、人カラ物ヲ借リタラ返サネバナラヌト云フノモ同ジコトデアル、ソレカラ「由ラザルベカラザル」ト云フノハソレヲシナケレバマルデ社會ヲ維持シテ行クコトガ出來ヌカラ即チ其社會ノ分子タル各人ガ到底社會ノ分子トシテ生存シテ行クコトガ出來ナイ、ソコデ人ヲ殺シタ者ハ仕方ガナイカラ死刑其他ノ刑罰ニ處スル、又人ノ物ヲ奪ッタ者モ相當ノ制裁ヲ受ケル、借リテ返サヌ者モ制裁ヲ受ケルト斯ウ云フコトニナル、ソレダカラ是非ソレニハ由ラナケレバナラヌ、假ニ直接ノ制裁ハ無イトシテモサウ云フコトデハ社會ノ維持ガ出來ヌカラ法律ハ之ヲ命ジテ置クノデス、之ニ反シテ法律以外ノ道德、即チ法律ハ命ジテ居ラヌケレドモ道德ノ他ノ部分ニ於テ命ジテ居ルモノヲ申スト、啻ニ人ヲ殺シテナラナイノミナラズ人ヲ助ケナケレバナラヌ場合ガ幾ラモアル、路ヲ歩イテ居ル其路ノ端ニ川ガアルソレヘ人ガ過ッテ落チタ、法律ノ方デハソレヲ助ケナケレバナラヌト云フコトハ命ジテ居ラナイカラ、法律ノ上カラ言ヘバソレヲ看テ默ッテ通リ過ギテ仕舞ッテモ宜シイ、ソレヲ掴マヘテ牢ニ入レルト云フ譯ニハイカヌ（野蠻ナ法律ニハ斯樣ナ事モアッタヤウデアルケレドモ）、損害賠償ヲ請求スルト云フ譯ニハイカヌ、ソレハ何故デアルカト言ヘバ社會ノ生存ノ爲メニサウ云フ事マデモ命ジテ置カナイデモ宜イ、ドウモ怪我デ以テ死ヌ者モアリ病氣デ以テ死ヌ者モアル、ソレガ矢張リ他ノ社會ノ一分子ニ時トシテハ自分ノ生命マデ賭シテ助ケナケレバナラヌト云フ義務ヲ負ハセル必要ハナイ、ソレダカラ制定法デモ理想法デモソレヲ命ゼヌ、ケンドモ倫理カラ言ッタラドウデス、ソレハ是非助ケナケレバナラヌ、己ノ力ニ及バヌノナラバ力ノ及ブ人ヲ呼ンデ來テサウシテ共ニ俱ニ助ケナケレバナラヌ、サウシナケラバ完全ナル人ノ道トハ言ヘヌ、又啻ニ人ノ物ヲ奪ハヌノミナラズ倫理ノ上カラハ時トシテハ人ニ己ノ財產ヲ與ヘナケレバナラヌ、例ヘバ自分ノ家ノ前デ乞丐ガ空腹ニナッテ倒レタ、ソレヲ唯見テ知ラヌ顏ヲシテ居ッテモ法律上ハ何等

ノ制裁ハナイ、ソレハ矢張リサッキト同ジ理窟デ社會ノ生存ノ爲メニ社會ノ各分子ニソレ丈ケノ義務ヲ負ハセル必要ハナイ、制定法モ理想法モ命ジナイ、此點ニ付テハ議論ハアリマスケレドモ私共ハサウ思ヒマス、併シ倫理ノ上カラ言ヘバドウデアル、其時ニ救ハナケレバ完全ナル人ノ道トハ言ヘナイ、故ニ此ノ如キ人ニハ食物ヲ與ヘル介抱ヲシテヤルト云フコトガ倫理ニ適ウテ居ル、又法律上ハ所謂契約ヲ結ンダ場合ニソレヲ履行スルト云フ義務ハ負ハセルケレドモ、例ヘバ人事ニ付テ口約束ヲスル、貴方ヲ斯ウ云フコトニ致シマセウト、ソレガ人ノ一身ニ關スル事ノ如キハ多クハ法律上ノ問題トハナラヌ、サウ云フ約束ヲシテ履行シナイカラト云ッテモ法律ハソレニ制裁ハ付セヌ、是ハ社會ノ維持ノ爲メニサウ云フモノニ國家ガ干渉スルノハ却テ宜クナイト見テ居ル、サウ云フ事柄ハ任意ニナスノハ宜イケレドモ國家ノ力デ以テ直接ニ强制スルノハ却ッテ害ガアルト見テ居ルカラ決シテ制定法モ理想法モソレニ付テハ制裁ヲ付セヌ、併ナガラ倫理ノ上カラ言ヘバ無論ソレハ守ラナケレバナラヌ、信義ヲ守ルト云フコトハ徹頭徹尾人ノ爲サナケレバナラヌ道デアル、即チ縱令法律上ノ責任ハナイトモ是非ソレヲ行ハナケレバナラヌ、ソレ故ニ法律ノ命ズル事ト倫理ノ命ズル事トハ廣狹ノ差ガ非常ニアル、法律ノ命ゼザル事デ倫理ノ命ズルコトガ非常ニ多イ、併ナガラ能ク人ガ法律ト道德ト相抵觸スルトカ、倫理ト法律ト相抵觸スルトカ云フコトヲ言ヒマスケレドモソレハ誤デアルト思ヒマス、彼ノ圖ニ示セル如ク法律ガ道德ノ外ニ食ミ出シ、倫理ノ範圍ヲ脫スルト云フコトハ決シテナイ、チョット御聽

キニナルト云フト大變ニ誤ッタ議論ノヤウニ聞エルカモ知レヌ、試ニ日日、新聞ナドニ出テ居ル事實ヲ御覽ニ爲ッテモ親ガ子ヲ訴ヘ子ガ親ヲ訴ヘルト云フヤウナ訴訟ガ不幸ニシテ隨分アル、多クハ財產上ノ利害ノ爲メニサウ云フ訴ガ起ル、或場合ニハ法律ガソレヲ許シテ居ル、ソレダカラ法律上當然ノ事ヲシテ居ルト云フ風ニ見エル、所ガ倫理ノ側カラ見ルトソレハ甚ダ不當テアル、財產ノ爲メニ親ガ子ヲ訴ヘルト云フノハ不慈ノ親、殊ニ子ガ親ヲ訴ヘルニ至ッテハ不孝ノ極デアルト、斯ウ云フ感ジヲ起ス、故ニ或司法官ノ如キハ職務ヲ行フニ付テ能クサウ云フコトヲ言フサウデス、是ハ少シ出過ギテ居ルト思フ、成程チョット見ルト法律ト倫理若クハ道德ト抵觸シテ居ルヤウデアルケレドモ、私ハ抵觸ト云フモノデハナイト思フ、倫理ノ命ジテ居ル所ハ多イノデス、多イノデアルガ其倫理ノ命ジテ居ル事ヲ全部スルノガ完全ナル人デアルケレドモ一部分シテ居レバ法律ニハ適フ、一部分シテ居ルノハ全部デナイト云フコトハ言ヘルケレドモソレダカラシテ倫理ニ反シテ居ルトハ言ヘナイ、是ハドウ云フ意味デアルカト云ヘバ、完全ナル人類トシテハ法律ノ命ジテ居ル事ヨリ多クノ事ヲ爲サネバナラヌ、隨ッテ法律ノ許シテ居ル事デモシテハナラヌト云フコトガアル、言葉ヲ換ヘテ言フト法律ノ許シテ居ル事デモ倫理ハソレヲ爲サザルコトヲ命ズルコトガアル、此場合ニ於テ法律ノ許シテ居ルコトヲ爲スト云フト、ソレハ先刻申シタヤウニ法律ノ範圍ハ狹イモノデアルカラ、倫理ノ方ガ許サザル事ヲシテモ法律ノ上デハ宜イト斯ウ云フコトニナル、所ガソレハ倫理ノ方カラ言ッテ見ルトソレヲ爲サザ

ル方ヲ可トスルト云フコトニナル、コレガ澤山アルノデス、ソレデスカラソレヲ皆倫理ノ命ズル通リニスレバソレデ完全ナル人ト言ヘルケレドモ、其一部ヲ行ウタ丈ケデハマダ十分ニ倫理ニ適ッタモノトハ言ヘナイ、ソレダカラソレハ牴觸スルト云フモノデハナイ、法律ノ許シテ居ル事即チ法律ノ命ゼザル事柄ハソレハ法律ノ範圍デナイ、ソレヲ倫理ガ命ジテ居ル、命ジテ居ルノヲシナイナラバ倫理ニ反スル、併シ法律ニ牴觸シテ居ルノデハナイ、法律ガ之ヲ爲セヨト云ッタナラバ始メテ牴觸スル、法律ガ子トシテ父ヲ訴ヘヨ父トシテ子ヲ訴ヘヨト云ッタナラバ牴觸スル、法律ハ斯樣ナル場合ニハ訴ヘルナトハ云ハヌ、訴ヘルコトヲ許シテ居ル、併シ倫理ノ方カラ言フトソレハ訴ヘナイ方ガ宜シイト斯ウ云フノデス、併シソレナラバ何故ニ其場合ニ法律ハ訴ヘルコトノ出來ルヤウニ爲ッテ居ルカ、倫理デ訴ヘナイ方ガ宜シイト云フノナラバナゼ法律デモソレヲ禁ゼヌカ、斯樣ナル場合ニハ訴ヲ起シテハナラヌ、例ヘバ親ガ子ノ財產ヲ横領シテモ子ハソレヲ裁判所ニ爭ッテハ可カヌト斯ウ云フ風ニ何ゼ定メヌノデアルカ、ソレハ大ニ理由ガアル、若シ法律ガ此ノ如ク親ハ子ノ物ヲ如何ニ横領シテモ裁判所ニ訴ヘルコトガ出來ヌ、子ガ親ノ物ヲ如何ニ勝手ニシテモソレヲ裁判所ニ訴ヘルコトガ出來ヌトナッタラ、ソレデハ社會ノ維持ガ出來マセヌ、ソレデスカラ飽マデモ法律ハ子デアラウガ親デアラウガ所有權ト云フモノハ必ズ之ヲ尊重シテ行カナケレバナラヌト、斯ウ云フ風ニ規定シテ置カネバナラヌ、一且サウ極メル以上ハソレニ制裁ヲ付シテ置カヌト人ガ守ラヌ、ソレ故ニ裁判所ニ持ッテ來レバ取上ゲテヤルゾト、斯ウ云フ風ニ規定シタ、併シ畢竟法律ニ於テ望ムノハ親ガ子ノ財產ヲ自由ニスル、子ガ親ノ財產ヲ勝手ニスルト云フコトノナイヤウニト云フコトデアル、ソレハ矢張リ倫理デモ希望シテ居ル、故ニ倫理ガ十分ニ行ハレルトキニハサウ云フ問題ハ起ッテ來ナイ等ナンデス、子ガ親ノ財產ヲ横領スル、親ガ子ノ財產ヲ横領スルト云フノハ必ズ少クモ一方ガ倫理ニ反シタコトヲシテ居ルノデアル、ソレハ法律ニモ反シテ居ル、法律ノ禁ジテ居ルコトデ倫理ノ許シテ居ル事ナドト云フモノハ決シテナイノデス、例ヘバ乞食ニ物ヲ遣ルコトヲ禁ズル法律ガアル、日本デモ地方ニ依ッテサウ云フ例ガアルカト思ヒマスガ、外國ニハ能クアル、警察命令ヤ何カデ以テ少クモ或條件ノ下ニ於テノミ之ヲ許スコトガアル、サウ云フ場合ニハ倫理ハ乞食ニ物ヲ與ヘルコトヲ命ズルカト言ヘバ決シテ命ジハシナイ、ソレ故ニ倫理ト法律ト牴觸スルト云フノハソレハ牴觸デハナイ、法律ハ許シテ居ッテモ倫理デ以テ禁ジテ居ルト云フコトガアルノデス、殊ニ親子ノ間ノ關係デ申シマシテモ若シ極端ナ場合デアッテ親ガ子ノ財產ヲ横領シタ爲メニ子ガ到頭生活モ出來ヌ、子ガ親ノ財產ヲ横領シテ、爲メニ親ガ生活モ出來ヌト云フ程ノ極端ニ爲ッテ來テ、サウ云フ事ガ不幸ニシテ頻繁デアルト假定シタナラバ、果シテ如何ナル場合ニ於テモ訴訟ヲ起サヌト云フノガ倫理即チ完全ナル人ノ道ニ適ウタモノデアルヤ否ヤト云フコトハ問題ダラウト思ヒマス、唯ソレガ爲メニ生活ガ出來ヌト云フコトデモ何デモナイ、慾心デ少シデモ餘計金ガ欲シイト云フノデ、親タル道、子タル道ヲ忘レテ法廷ニ爭フト云フヤ

0273

ウナコトハ善イ事トハシナイ即チ完全ナル人ノ道トハシナイ、故ニ先ヅ以テ法律ノ禁ジテ居ルコトト倫理ノ命ジテ居ルコトト相反スル、或ハ倫理ノ禁ジテ居ルコトヲ法律ガ却ッテ命ジテ居ルト云フコトハ決シテナイト云フコトヲ私ハ斷言シマス、唯法律ノ禁ジテ居ルモノノ中ニ倫理ガ命ジテ居ルヤウニ見エルノハチョット先刻例ニ出シタ乞食ノ場合、或ハ又極端ナ場合ニ於テ自殺ノ幫助ヲ爲スト云フヤウナコトガ或倫理カラ言フタナラバ却ッテ倫理ノ理窟ニ適ッテ居リハセヌカト云フ疑ノ起ルヤウナ場合ガアル、其類ノ事ハ幾ラモアル、併シ私ハソレヲ倫理ガ命ズルト云フコトハ決シテナイト思フ、何ゼナイカト言ヘバ人類ハ社會ヲ組ンデ生活スベシト云フコトガ即チ矢張リ人道ナンデス、道德ナンデス、倫理上ニ於テモ人ハ社會ノ分子デアル社會ヲ組ンデ居ルベキ動物デアルト云フコトハ認メテ居ル、若シ然ラバ社會ノ維持ニ必要ナル道ト云フモノハ倫理上ニ於テモ必要デアル、故ニ法律ノ命ジテ居ル事ヲスルト云フノハソレハ決シテ倫理ニ悖ル氣遣ヒハナイ、先ヅ理想法カラ言ヘバ無論サウデス、制定法ハ時トシテ理想法ニハ合ハヌコトガアル、ソレダカラ一國ノ現在ノ法律ト云フモノハ時トシテ理想ニ合ハヌコトガアル、其場合ニハ倫理カラ云フト法律ニ反シタ事ヲシテモ宜カラウ、其方ガ却ッテ倫理ニ適フダラウト、斯ウ云フ事ヲ能ク言フ、言葉ヲ換ヘテ言ヘバ現在ノ法律即チ制定法デハ社會ノ維持ニ必要トシテ定メテアルコトガ一ツアル、併シ是ハ理想カラ言ヒ性法カラ言ッテ見ルト寧ロ反對デアル、法律ノ命ジテ居ル事ヲシナイ方ガ却ッテ社會ノ維持ノ爲メニ宜シイト云フ說ヲ少數カ多數カノ人ガ申スコトガアル、ソコデ倫理ヲ敎ヘル者ガ自分ノ考デハ此法律ノ命ズルコトハ却ッテ惡イ、社會ノ維持ノ爲メニ却ッテ害ガアルト斯ウ思フ、其場合ニ於テソレヲ守ラナクテモ宜イデハナイカ、法律ニ反シタ事ヲスルガ却ッテ倫理ニ適ヒハセヌカト斯ウ云フ疑ガ起ル、併シ決シテサウ云フコトハナイ、苟モ社會ヲ組ンデ生活スルト云フコトガ人道ニ必要デアルナラバ其社會ヲ支配スベキ法律ト云フモノガナケレバナラヌ、其法律ガ制定法デナクシテ單ニ理想法ニ止マッテ居ッタナラバ各人ノ理想ガ違ヒ得ルカラドレガ法律カ分ラナイ、ソレデ甲ガ己ハ理想上、性法上此ノ如クアルベキモノデアルト信ジテ其通リスル、裁判官タル乙ハ其理想ト違フタ理想ヲ持ッテ居ル、故ニ是ハ不法デアル違法デアルト云ッテ制裁ヲ加ヘルト云フコトガアッタナラバ實際安ンジテ社會ヲ組ンデ居ラレルモノデナイ、ソレダカラ制定法ト云フモノハ必要デ是ハ是非出來ル、一旦出來タ以上ハソレガ適法ノ方法ニ依ッテ改メラルルマデハ矢張リ理想ニ適ッタモノト看做シテソレニ從ッテ往カナケレバ依ルベキ標準ガ無イ、ソレデナケレバ社會ノ維持ガ矢張リ出來ヌデス、ソレデスカラ縱令惡法デアルト思フテモ制定法ニハ從ッテ行カナケレバナラヌ、此處ガ同ジ法律ト言ッテモ制定法ト理想法ト大變ニ違フ所デ、其事ハ後ニ委シク論ジヤウト思フ、サウシテ見ルト矢張リ倫理ト云フモノハ理想法ニ反シテナラヌノハ勿論、制定法ガ假ニ理想法ト異ナッタ場合ニ於テモ之ニ反シタ事ヲシテハナラヌ、ドンナ場合デモ法律デ命ズルコトガ却ッテ倫理ニ依ッテ禁ゼラレテ居ル、法律ノ禁ズル事ヲ却ッテ倫理ガ命ズルト云フヤウナコ

0274

トハ決シテナイノデス、唯法律デ許シテ居ル事デモ倫理デ以テ爲シテハナラヌト斯ウ云フコトガアル、ソレダケ倫理ノ命ジテ居ルコトガ多イ、或ハ法律デハ別ニ命ジテハ居ラヌ丸切リ法律ハ關係シテハ居ラヌ、ソレヲ倫理ノ方デ命ズルト斯ウ云フコトガアル、決シテ抵觸ト云フコトハナイト思ヒマス、唯人類ハ法律ノ命ズル丈ケノ事ヲ爲シ法律ノ禁ゼザル事ハ皆之ヲ爲スト云フヤウナ方針ヲ執ッテ居ッタナラバ人トシテハソレハ極メテ不完全ナ人デアッテ斯樣ナル人ハ輿論ガ必ズ之ヲ攻擊スルデアラウ、故ニ人トシテハ法律ノ命ズル所、法律ノ禁ズル所ノ外ニ或事ヲ爲シ或ハ之ヲ爲シテハナラヌト云フコトヲ考ヘナケレバナラヌ、ソレガ法律ト道德若クハ倫理トノ關係デアラウト私ハ思フ

第三章　法律ト政治トノ關係

政治ト云フコトノ觀念ハ學派ニ依ッテ餘程違フデアラウト思フ、通常ノ觀念カラ致シマスルト「政治」ト云フコトハ國ト云フ觀念ヲ基礎トスルノデス、「國」トハドウ云フモノデアルカト言ヘバ是モ人人デ說ク所ヲ異ニシテ居ルケレドモ先ヅ一定ノ土地ト人民トノ團體ニシテ一定ノ主權ニ從フモノデアルト言ッタラバ略ボ誤ガナカラウト思フ、是ハ今日ノ社會デ言ヘバ無論「政治」トハ「國」ト云フ觀念ヲ離レルト云フコトハ出來ヌカラ宜シイノデアルガ、併シ吾吾ハ廣ク「政治」ト云フコトヲ論ズルニ付テハ極メテ幼稚ナル社會ト又十分ニ發達シタル社會トヲ考ヘテ論ジナ

ケレバナラヌ、サウスルト極メテ幼稚ナル社會ニ在ッテハ未タ「國」ト云フコトガ言ヒ難イ、「主權」ト云フモノガ判然ト認メラレテ居ラナイ時代ガ極ク幼稚ナトキニアル、又土地ノ一定シナイ時代モアル、ソレデモ此「政治」ト云フモノハアリ得ル、又社會ガ十分ニ進歩シタナラバ「國」ト云フモノガ無クナルベキデアルト思フノデス、實際ソレマデニ進ミ得ルヤ否ヤハ問題デアルケレドモ少クモソレガ理想デアルト思フ、今日ノ「國」ト云フモノガ段段合併シテ遂ニ一ツノ社會ヲ成シテ仕舞フト云フノガ理想デアルト思フノデス、サウスルト「國」ト云フコトガ少クモ今日ノ觀念ニ從ヘバ無クナル、故ニ此「國」ト云フ言葉ヲバ政治ノ基礎トスルノハ或ハ當ラナイト云フコトガ言ヘマス、併シナガラ今日謂フ「國」ト云フモノハ或ハ餘リ狹隘ナル思想ニ基イテ居ルノデアリハシナイカ、獨逸學者ハ「國」ノ觀念ト「社會」ノ觀念トヲ區別シタノガ「ヘーゲル」ノ功績デアルト云フノデ今日ハ非常ニ國ト社會トノ區別ト云フコトニ重キヲ置イテ居ルノガ常デアリマスケレドモ、竊ニ疑フニハ、既往ニ於テハ今日ノ國ヨリ餘程組織ノ不完全ナル、即チ今日ナラバ「國」ト言ヘヌヤウナモノガアッタ、ソレモ廣イ意味ニ於テ「國」ト稱シテ宜シクハナイカ、又將來世界一國ト爲ルト云フヤウナ場合ニ矢張リソレヲ「國」ト稱シテ宜シクハナイカ、斯樣ニ考ヘテ見ルト「國」ト云フ文字ノ意味ガ大ニ廣ク爲ッテ來ルノデス、サウスレバ「政治」ト云フモノニ付テ國ノ觀念ヲ基礎ニ置クト云フコトハ無論誤ッテハ居ラヌノデス、併シ普通ノ意味ニ於テハ「國」ト云フ言葉ハ狹キニ失スルカラ或ハ「社會」ト云フ言葉ヲ用ヒタ方ガ宜イカモ知レヌト思

0275

フ、サウスレバ政治ハ社會的獨立團體ノ發達ヲ圖ルタメ最良方法ヲ取ル術デアル、是ト法律トノ關係如何ト云フニ類ル法律ト倫理トノ關係ニ類シテ居ルノデス、デ法律ト云フモノハ人類ガ社會ノ分子トシテ由ラナケレバナラヌ、若シソレニ由ラナケレバ社會ノ維持ガ出來ヌト云フ所ノ道デアル、故ニ畢竟ハ政治ノ目的モ法律ノ目的モ同一デアルト言ッテ宜イノデアルケレドモ唯範圍ニ廣狹ガアルノデス、先ヅ法律ノ方ガ概シテ言フト狹イ、政治ノ法ガ廣イ、法律ハ社會ノ維持ニ必要ナル範圍ニ於テ或事ヲ定メル、併シ政治ハソレ以上ニ於テ即チ社會ノ維持ト云フガ如キ狹イ範圍デナイ、人類ノ理想ヲ實行スル爲メニ出來得ル限ノ事ヲ爲スベキモノデアル、此意味ニ於テハ丁度倫理ト法律トノ關係ノ如ク政治ノ方ガ廣イノデス、唯或意味ニ於テハ法律ノ方ガ廣イト言ヘルノデス、ソレハドウ云フ譯カト云フト政治ハ主宰者ノ行爲ノミニ關スル即チ普通ノ言葉デ言フト治者ノ行爲ノミニ關スル、法律ハ治者、被治者、俗ナ詞デ言ヘバ政府ノ爲スコトモ人民ノ爲スコトモ皆支配スルノデス、公法ハ主トシテ主宰者ノ行爲ニ關スルケレドモ私法ハ被治者ノ行爲ニノミ關スル、尙ホ公法中ニモ被治者ノ行爲ニ關スルモノモ亦少カラヌ、ソレヲ思フト法律ノ範圍ガ政治ノ範圍ヨリ廣イノデス、唯併ナガラ間接ニハ其主宰者ノ行爲タル政治モ矢張リ被治者ノ行爲タル法律上ノ動作ヲ目的トシナケレバナラヌ、即チ被治者ノ私法上ノ行爲ト云フモノガ間接ニ矢張リ主宰者ノ行爲ニ關スルノデス、其點ニ於テハ縱令私法ト雖モ政治ト何等ノ關係ヲ持タヌトハ言ヘナイ、例ヘバ利息制限法ト云フモノガアル、是ハ私法デ

アルコトハ蓋シ何人モ疑ハヌデアラウト思フ、即チ被治者ノ行爲ヲ支配スル所ノ法律デアル、併シ是ガ政治上何等ノ關係モ持タヌカト言ヘバ大ニ關係スルノデス、即チ國家ノ經濟上ノ働ニ就テ利息制限法ガ必要デアルカドウカト云フコトハ矢張リ一ノ政治問題ト爲ル、主宰者即チ治者ガ社會ノ利益ノ爲メニ此ノ如キ法律ヲ設クルコトガ善イカ惡イカト云フヤウナ問題ガ起ッテ來ル、ソレ故ニ概シテ之ヲ言ヘバ政治ノ範圍ハ法律ノ範圍ヨリ廣イノデス、但其法律ガ政治ノ制限ト爲ルト云フコトガアル、ソレハ丁度法律ガ倫理ノ制限ト爲ルト同ジコトデアル、一旦法律ト云フモノガアッテ是ニ定マッテ居ル事ハ、政治家ガ縱令政治ノ目的ニ於テハ法律ニ定メタル事柄ヨリモ異ナッタル行爲ヲ爲シタ方ガ利益デアルト信ジテモ法律ノ存シテ居ル間ハ必ズ之ヲ守ラナケレバナラヌ、法律ガ政治ノ爲メニ利益デアルト信ジタナラバ適當ノ方法ヲ以テ之ヲ改メルハ固ヨリ宜イケレドモ法律ノ存シテ居ル間ハ之ヲ犯スコトハ出來ヌ、而シテソレガ矢張リ政治上ニ於テモ必要デアルノデス、若シ政治家ガ法律ヲ守ラナイデモ宜イ、社會ノ爲メ國ノ爲メニ法律ヲ守ラナイ方ガ利益デアルト信ジタナラバ法律ヲ守ラナイデモ宜イト斯ウ云フ事ヲ言フヲ正シイトシタナラバ、被治者ニ於テモ法律ニ定メテアル事ガ確ニ社會ノ爲メニ不利益デアル之ヲ犯シタ方ガ却ッテ利益デアルト信ジタナラバ矢張リ犯シテモ宜イト云フコトガドウシテモ出テ來ネバナラヌ、法律ト云フモノハ社會ヲ組立ッテ居ル所ノ總テノ分子ヲ束縛スル性質ノモノデアルカラ、治者ガ之ヲ犯シテ宜イト云フノナラバ被治者ニ限ッテ之ヲ守ラナケレバナ

0276

ラヌト云フフコトハナイ、ソレデハ殆ド「法律」トハ言ヘナイノデアル、勿論社會ノ幼稚ナル時ニ在ッテハ政治機關モ單純デアリ又法律制定ノ方法モ單純デアリマスルカラ其區別ガ餘程困難デアルケレドモ理論ニ於テハドンナ幼稚ナ社會デモ同ジデアルガ、殊ニ進歩シタル社會ニ於テハ政治機關モ複雜ト爲リ又法律制定ノ方法モ矢張リ複雜ト爲ッテ參リマスルカラ此關係ハ最モ明カニ爲ッテ來ルノデアル、之ヲ要スルニ政治ノ目的カラ申シマシテモ一旦定マッタル所ノ法律ハ其改正ノアルマデハ政治家ト雖モ必ズ之ヲ守ラナケレバナラヌ、此意味ニ於テ政治ハ法律ノ束縛ヲ受ケル、其點ハ丁度倫理ガ法律ノ束縛ヲ受ケルノト同ジコトデアルト私ハ思フ、是ガ法律ト政治トノ關係デアル

第四章　法律ト經濟トノ關係

經濟ト云フ文字ハ殆ド「政治」ト云フ文字ト同ジ文字デアラウト思ヒマスケレドモ、今日一般ニ謂フ所ノ「經濟」ハ即チ富ニ關スル顯象ヲ講究スル學問ト云フコトデアルノデス、富ガ如何ナルモノデアルカト云フ事ニ付テハ議論ガアリマスルガ、ソレハ姑ク經濟學ノ講義ニ讓ッテ置イテ兎ニ角國ノ富ニ關スル學問ガ經濟デアルト云フコト丈ハ疑ノ無イコトデアルノデス、是ト法律トノ關係如何ト云フコトヲ論ジヤウナラバ、元來經濟ハ詰リ政治ノ一部デアルノデス、ソレ故ニ政治ト法律トノ關係ト餘程似テ居ルノデアル、單ニ其點カラ見タナラバ詰リ經濟ト法律トノ關係ハ政治ト法律トノ關係ト同ジコトデアルガ、唯其範圍ガ政治ヨリ狹イ丈ケソレ丈ケ法律トノ關係モ狹イノデアルト斯ウ言ハナケレバナラヌヤウデアリマス、デ私ガ此處ニ論ジヤウト思云フノハ最早其政治ノ一部ト云フ點カラセズシテ尙ホ進ンデ實際ノ必要上カラ論ジヤウト思フ、サウスルト經濟ト云フモノガ常ニ立法ノ理由ト爲ラナケレバナラヌ、成程廣ク言ヘバ法律ハ政治上ノ便益ヲ考ヘテ設ケナクテハナラヌト斯樣ニ申シ得ラレマスルケレドモ、單ニ政治ト言ヘバ頗ル範圍ガ廣イ丈ケソレ丈ケ漠然トシテ居ルガ經濟丈ケニ就イテ言ッテ見ルト云フト自ラ其範圍ガ明カニ爲ッテ居ルデアラウト思フ、即チ立法者ハ常ニ經濟上ノ利益ト云フモノヲ考ヘナケレバナラヌ、公法ハ勿論ノコトデアルガ私法ニ於テモ亦サウデアル、私法ハ多ク公平ヲ旨トスルト申シマスケレドモ決シテ公平ノミデハ可カヌノデス、必ズソレト同時ニ經濟ノ事ヲ考ヘネバナラヌ、吾吾ヲシテ言ハシムレバ私法ガ何ゼ公平ヲ旨トセナケレバナラヌカト言ヘバソレデナケレバ社會ノ平和ヲ保ツコトガ出來ヌカラデアル、即チ公平モ亦社會ノ利益ト云フ最後ノ目的ノ爲メニ貴イノデアッテ公平ソレ自身ノ爲メニ法律ガ出來テ居ルトハ言ヘナイト私ハ思フ、若シ然リトセバ社會ノ維持、――而シテ社會ヲ維持スルニハ必ズ社會ガ進歩發達シテ行カナケレバナラヌ、進歩發達シナイモノハ必ズ退歩シテ終ニ亡ブルニ至ル、――其社會ノ維持ニハ姑終經濟ト云フコトヲ眼中ニ置カナケレバナラヌ、ソレカラ民法デモ商法デモ皆經濟ト云フモノガ立法ノ理由ト爲ラナケレバナラヌ、然ラバ立法者ハ必ズ經濟ノ思想ヲ持テ居ラナケレバナラヌト

0277

云フコトニナル、ソレカラ又反對ニ經濟學者ガ經濟ノ原理ト云フモノヲ研究シテ色色ノ經濟上ノ利害、得失ト云フモノヲ論ジマシテモ多クハ法律ニ依ッテソレガ實際ニ働イテ來ル、即チ經濟ノ原理ト云フモノハ法律ニ依ッテ應用セラルルコトガ多イ、悉ク法律ヲ以テ之ヲ應用スベシトハ言ヒマセヌケレドモソレガ多イノデス、獨逸ノ如キハ經濟ノ原理ヲバ殆ド總テ法律デ實際ニ應用シヤウト努メテ居リマスガ、獨逸ノ如キ果シテ其當ヲ得テ居ルカドウカハ問題デアルケレドモ併シ經濟ノ原理ヲ實際ニ應用シヤウト思ヘバ多クハ法律ノ力ヲ借ラナケレバナラヌト云フコト丈ハ事實デアル、其結果ト致シマシテ第一ニ經濟學者ハ必ズ法律ヲ知ッテ居ラネバナラヌ、隨分日本ノ經濟學者ノ中ニハ法律ハ少シモ知ラナイ人ガアル、サウ云フ人ハ西洋ノ經濟書ヲ讀ンデ西洋ノ經濟學者ガ自國ノ法律ヲ基礎トシテ立論シテ居ルモノヲ其儘日本ニ於テ取次イデ論ジテ居ルノデアル、或ハ日本ノ現行ノ法律ヲ知ラズ既ニ法律ニ定マッテ居ル事ヲマダ定マラヌカノ如クニ論ジ又定マッテ居ラヌ事ヲ或ハ定マッテ居ルカノヤウニ論ズル人ガ幾ラモアルソレ等ハ總テ法律ヲ知ラナイ罪デアッテ苟モ深切ナ經濟學者ハ矢張リ法律ヲ知ッテ居ラネバナラヌ、西洋デモ佛蘭西抔デハ經濟學者ニ法律ヲ知ラヌ者ガ往往ニシテアルノデス、併シ近來ノ新シイ經濟學者ハ大抵法律家カラ出テ居ル、獨逸デハ經濟學者ト言ヘバ殆ド必ズ法律家デアルト言ッテモ宜シイノデス、此二者ハドウシテモ相待ッテ離ルベカラザルモノデアル、即チ第一ニハ經濟學者ガ現行法ノ規定ヲ能ク知ッテ若シ經濟上カラ觀察シテ現行法ニ缺點ガアルナラソレヲ

改ムルコトヲ努メネバナラヌ、即チ此此ノ規定ハ經濟上不利益デアルカラ速ニ改ムル方ガ宜イト、斯樣ナル事ヲ論ズルノガ經濟學者ノ務デアル、第二ニハ縱令經濟學者ガ其經濟上ノ理論カラシテ種種ノ意見ヲ懷イテ居ッテモ之ヲ實行シヤウト云フニハ是非トモ法律ノ力ヲ借ラナケレバナラヌノデアルカラ、ソレニハ現在ノ法律ガドウ爲ッテ居ル、此法律ヲ斯樣ニ改ムルガ宜イト云ッテ經濟上ノ議論ガ實際ニ行ハレル、或ハ新ニ法律案ヲ設ケヤウト云フトキニハ詰リ現行法ト相待ッテ其目的ヲ達セラルルヤウニ案ヲ立テンケレバナラヌ、ソレニハ現行法ヲ知ッテ居ラナケレバナラヌ、總テ此等ノ點ヲ考ヘテ見ルト經濟學者ハ法律ヲ知ッテ居ラネバナラヌト云フコトガ出テ來ル、ソレカラ次ニハ法律家モ亦經濟ノ道ヲ知ッテ居ラナケレバナラヌ、ソレハ第一ニハ若シ法律家ガ立法者ノ地位ニ立ツ場合ニ於テハ常ニ經濟上ノ見地ヲ離レテハナラヌ、經濟上カラ觀察シテサウシテ社會ニ利益ト爲ルベキ法律ヲ作ルト云フコトヲ努メナケレバナラヌ、第二ニハ法律ノ解釋ヲ司ル者、實際カラ言ヘバ司法官デアラウトモ行政官デアラウトモ將タ辯護士デアラウトモ法律ヲ解釋シテ行ク上ニ於テ矢張リ經濟上ノ知識ヲ有ッテ居ラナケレバナラヌ、如何トナレバ立法者ガ經濟上ノ見地ヨリ設ケテ居ル所ノ規定ガ多クアルニ違ヒナイカラソレヲ解釋スルニモ矢張リ同一ノ見地カラ解釋シナイト往往ニシテ誤ッタル解釋ヲ爲ス、近來動モスルト裁判ノ中ニ甚シク實際ノ必要ニ合ハナイ所ノモノガアルノデス、此等ノ中ニハ或ハ裁判官ガ經濟上ノ知識ニ乏シイ爲メ法律ノ眞意ヲ解スルコトガ出來ナカッタト云フモノガ

アリハシナイカト思フ、此點カラ致シテ法律家ハ經濟學ヲ知ッテ居ラナケレバナラヌ、即チ法律學ト經濟學トハ互ニ相待ッテ離ルベカラザルモノデ、例ヘバ數學ト法律學トノ違ヒノヤウナ全ク緣ノナイモノデハ決シテナイト思フ、是ガ實際上ニ於テ法律ト經濟トノ關係ト云フベキモノデアルト思フ

第五章　法律ハ學ナリヤ術ナリヤ

此問題ハ古イ問題デアル、或ハ陳腐ノ問題ト言ッテモ宜イカモ知レヌ、併シ隨分廣ク知レ渡ッテ居ル問題デ或ハ法律ハ學ニ非ズ術ナリト云フコトヲ左モ卓見ノ如ク唱ヘテ居ル學者ガ幾ラモアルノデス、私思フニ是ハ法律ト申シマシテモ其研究スル方向ニ依ッテ「學」ト云フベク又「術」トモ云フベキデアラウ、試ニ所謂法理ト云フモノヲ究メ古ヨリ各國ノ法律ハ如何ナル方向ニ進ンデ行クカ、又國國ノ風俗、人情ガ異ナルニモ拘ハラズ斯ク斯クノ原則ハ何レノ國ニモ行ハレテ居ル、又ハ斯ク斯クノ原則ハ國國デ以テ違フ、ソレハ如何ナル理由デ違フデアラウカト云フヤウナ、所謂「法理」ト云フモノヲ究メルト云フヤウナコトハソレハ決シテ術デハナイ所謂「學」ト云フベキモノデアル、尙ホ或制度ノ沿革ヲ調ベテ事實ヲ究メルト云フコトモ矢張リ術デハナイ學デアルト私ハ思フ、其他或問題ニ關スル現在ノ法律ガ如何ニ爲ッテ居ルカト云フコトヲ調ベル、或ハ各國ノ法律ヲ比較シテ現在諸國デ以テ如何ニ規定シテアルカト示フヤウナコトヲ調

ベル、サウ云フヤウナコトハ皆學デアル術デハナイト思フ、之ニ反シテ法律ノ解釋ヲ定メル、又ハ其法律ノ適用ヲ爲ス、司法官ヤ辯護士ノヤウニ之ヲ事實ニ當嵌メル、或ハ立法ノ事業ニ從フ、新ニ法律ヲ作ル、現行ノ法律ヲ改正スルト云フヤウナコトハ是ハ無論術デアル、畢竟學ト術トノ區別ハ先ヅ從來ノ普通ノ意味ニ於テハ學ト云フ方ハ單ニ物ノ眞實ヲ知ルト云フヲ目的トシテ居ル即チ多クハ物ノ道理ヲ究メルノデアル、術ト云フ方ハ或目的ニ達スル爲メニ如何ナル方法ヲ採ルベキカト云フコトヲ究メルノデス、即チ法律ノ解釋ヲ定メルト云フコトノ如ク法律ノ眞意ヲ探ッテサウシテソレヲ實際ニ適用スルコトノ出來ルヤウニ如何ナル道ヲ通ッテ此意味ヲ定メテ行カナケレバナラヌカト云フコトハ是ハ術デアル、況ヤ直チニ之ガ適用ヲ爲スト云フコトハ疑モナク術デアル、又法律ヲ作ルト云フノモ其通リデ、或社會ニ最モ有益ナル最モ其社會ノ必要ニ應ジタル法律ヲ作ラウト云フ目的ノ爲メニ種種ノ調査ヲ爲ス、如何ナル言葉ヲ以テシタラバ其意味ヲ能ク言表ハスカト云フヤウナコトヲ能ク考ヘルカラソレハ術デアル、之ニ反シテ古今ノ法律ノ變遷ヲ究メ或ハ之ニ依ッテ一定ノ法律ノ理想ヲ探ル、又ハ事實上法律ガ如何ナル發達ヲ爲シタカト云フコトヲ見テ隨テ將來ノ法律ノ發達ノ有樣ヲ想像シテ行ク抔ト云フヤウナコトハ總テ學ニ屬スルモノデアルト云フコトハ殆ド疑ナイト私ハ思フ、蓋シ此問題ノ起ッタノハ主トシテ極端ナル歷史派ノ學者ガ法律ト云フモノハ唯事實ニ於テ存スルマデノモノデ、理論上斯クアルベキ即チ斯ク斯クノ事ガ法律ノ理想デアル抔ト云フヤウナ一貫シタ理窟ト云フ

モノハナイ、唯現在ノ法律又ハ或時代ノ法律ノ解釋ヲ定メル或ハソレガ適用ヲ考ヘルカ、然ラズンバ爰ニ法律ヲ制定スルト云フソレ等ノ事ノ外ニ法律ノ目的ハナイ、ソレ等ハ皆術デアルカラ、法律ハ術ナリト云フ說ガ往往ニシテ勢力ヲ占メテ居ルヤウデアリマスケレドモソレハ誤ッテ居ルト思フ、私ハ前ニ論ジタ如ク性法若クハ理想法ノ存在ヲ信ジテ疑ハヌ者デアルケレドモ、假ニ歷史派ノ說ニ依ッテ見テモ矢張リ法律ノ中ニ學ニ屬スル部分ト術ニ屬スル部分トアルト思フノデス、併シ是ハ初ニ申シタ通リ實ハ陳腐ナル問題デアルト言ッテ宜カラウト思フ、私ノ思フニハ總テノ學問ハ分ッテ見ルト云フト種種ノ働カラ成立ッテ居ルモノデアルト言ハナケレバナラヌ、試ニ瑞西ノ「ロガェン」ト云フ人ノ說ニ依ッテ見ルト凡ソ總テノ學問ニハ必ズ五ツノ階段ガアル、其五ツト云フノハ第一ハ私ガ名ケテ想ト云フモノデアル、「想」ト云フノハ思想ノ想デアル、之ヲ「ロガェン」ハ「フォンクション、クレヤトリース」ト申シマシテ直譯ニ致シマスルト是ハ「創造ノ働キ」ト云フコトデアル、併シ尙ホ「ロガェン」ハ此文字デ十分ニ其思想ヲ言表ハシテ居ラヌト考ヘタカ又「イマジナシヨン、デレグレー」ト曰ッテ居ル、是ハ直譯ニ致シマスルト「不規則ナル想像」トナル、是ハ矢張リ「想」ト譯シタ方ガ稍ヤ當ルダラウカト思ヒマス、ドウ云フモノカト云フト是ハ論理ノ力ヲ藉ラズシテ偶然人ノ頭ニ浮ンダ觀念デアル、ダカラ想ノ階段ニ於テハ人間ガマダ理窟ヲ考ヘルト云フコトハナイ、單ニ是ハ斯ウ云フモノ、アレハアア云フモノト云フ觀念ヲ多クハ慣習ニ依ッテ得ルノデス、ケレドモソレヲ先ヅ頭ニ偶

然考ヘルノデス、ソレカラ第二段ニ於テハ私ガ名ケテ識ト云フモノデス、之ヲ「ロガェン」ハ「フォンクション、イストリーク」、直譯ニ致シマスルト「歷史ノ働キ」ト云ッテ居ル、ケレドモ「イストワール」トカ「ヒストリー」トカ云フ字ヲ「歷史」ト譯スノハ十分ニ當ラヌト思ヒマス、「ロガェン」ノ說ニ依ルト過去、現在、未來ノ事實ヲ知ルコトデアルト云フノデス、詰リ歷史ト通常譯シマスルノガ事實ノ續キヲ謂フノデアルカラ西洋ノ言葉デ言ッテ見ルト必ズ過去ト云フ意味ニ爲ルノデハナイ、現在モ矢張リ歷史ノ中ニ這入ルノデス、ソレダカラ「歷史」ト云フヤウナ字ヲ使ウテハ寧ロ著者ノ趣意ニ違フノデ私ハ學識ノ「識」ノ字ヲ使ハウト思フ、即チ事實ヲ識ルト云フノデス、ソレカラ第三ニハマアノ學ト譯シマスモノ、ソレヲ「ロガェン」ハ「フォンクション、ド、ラ、シヤンス、プュール」或ハ「テオレマチーク」ト曰ッテ居ル、是ハ直譯ニ致スト「純然タル學問若クハ科學ノ働キ」ト譯シマスカ、私ハ餘リ「科學」ト云フ譯ハ當ラヌト思ヒマスケレドモ廣ク行ハレテ居ル所カラ云フト科學デス、ソレカラ「テオレマチーク」ト云フノハ私ハ「定理推究」トデモ譯サウカト思フ、ソレハ論理ニ基イテ或前提ノ下ニ動スベカラザル所ノ結論ヲ爲スノデアル、即チ定理推究トデモ言ハウカト思フノデスケレドモ、詰リ是ハ論理ノミニ依ル働デアル、即チ論理ノ力ニ依ッテ必然動カスベカラザル所ノ道理ヲ發見スルノ働ナンデス、語ヲ換ヘテ言ヘバ第一ノ働ノ想ニ依ッテ或觀念ガ頭ニ浮ブ、ソレカラ進ンデ實際ノ事實ガドウデアルカ、過去、現在、未來、——未來ハドウシテモ想像ニ屬スルノデ

アルカラソレハ果シテ識ト云フコトガ言ヘルカドウカハ問題デアルケレドモ、――少クモ過去、現在ノ事實ヲ調ベソレヲ基礎トシテ「シャンス、プュール」(純然タル學問)ノ働ヲ爲ス、即チ前提カラシテ論理ノ力ニ依ッテ一定ノ動カスベカラザル所ノ結論ヲ爲ス、ソレカラ第四ガ術ト私ガ譯スルモノデアル、「フォンクション、ド、ラール」(術ノ働キ)、ソレハ一定ノ目的ニ達スル爲メ如何ナル方法ヲ採ルベキカト云フコトヲ究メルノデアル、多クハ「シャンス、プュール」、私ガ名ケテ「學」ト云フモノノ力ヲ藉リテサウシテ或目的ニ達スル方法ヲ究メル、是ハ理論カラ必然ノ結果ヲ惹出スト云フ方デナクシテソレヲ詰リ實際ニ應用スルト云フコトデアル、第五ガ評デス、「フォンクション、クリチーク」(批評ノ働キ)マア名ケテ「評」ト云フ、是ハ一定ノ理想ヲ標準トシテ或事柄ガ其理想ニ適スルヤ否ヤト云フコトヲ究メル、就レ是ハ「シャンス、プュール」私ガ名ケテ「學」ト云フモノノ力ヲ藉ランケレバナラヌコトデアルケレドモ、例ヘバ術ノ力デ或方法ヲ見出シテモ其方法ガ善イカ惡イカト云フコトハ多クハ此「フォンクション、クリチーク」評)デ以テ究メル、是ガ學問ノ最後ノ働デアルト云フコトヲ言ッテ居ル、「ロガェン」ニ言ハセルト總テノ學問ガ皆此五ツノ階級ヲ經ルモノデアル、初ニハ種種ノ偶然ノ觀念ガ頭ニ浮ブ、ソレカラ今度ハ過去、現在等ノ事實ヲ調ベル、ソレカラ其偶然得タル觀念及ビ調査シテ知リ得タル所ノ過去、現在等ノ事實ニ基イテソレヲ前提トシテソレカラ論理ノ力デ以テ必然ノ結果ト云フモノヲ考ヘ出ス、ソレハ「學」デス、ソレカラ今度ハ一定ノ目的ニ達スル爲メ

其論理ニ依ッテ得タル所ノ事柄ヲ實地ニ應用スル方法ヲ研究スルノデス、ソレカラ最後ニソレガ能ク理想ニ適シテ居ルヤ否ヤ、完全ナル方法ト云ヘルカドウカト云フコトヲ評デ以テ究メル、法律モ亦此五ツノ階級ヲ經ルモノデアルト云フノデアル、私ハ此ノ如ク學問ヲ五段ニ分ツト云フコトガ必要デアルヤ否ヤ、或ハ若シ分ッタナラバモット細カクモ分タルルカモ知レヌト思フノデスケレドモ、少クモ「ロガェン」ノ曰フ如クニ之ヲ五ツノ階級ニ分ツト云フコトハ決シテ誤ッテハ居ラヌト云フコトヲ信ズルノデアル、假ニ之ヲ基礎トシテ考ヘテ見ルト總テノ法律ノ問題ガ皆此五ツノ階級ヲ經ルト云フコトガ斷言出來ル、ドンナ問題ヲ持ッテ來テ是ニ當嵌メテ見テモ皆嵌マルノデス、一ツ例ヲ設ケテ御話ヲシテ見マスルト、賃借權ト云フモノガアル、誠ニ各國共ニ頻繁ナモノ、賃借權ト云フノハ甲ガ乙ノ所有ニ屬スル所ノ物ヲ借リテサウシテソレヲ使フ權利、ソレニ付テハ一定ノ借賃ヲ拂フ、一定ノ借賃ヲ拂ウテ乙ノ物ヲ使用スル權利デアル、是ハ各國共ニ最モ頻繁ナモノデ諸君ノ中ニハ損料ヲ出シテ本ヲ借リテ讀ンデ居ル人モアルカモ知レヌ、其權利ハ一ツノ賃借權デアル、ソレカラ家ヲ借リテ住ンデ居ル人モアルカモ知レヌガソレハ立派ナ賃借權デアル、ソレカラ隨分諸君若クハ諸君ノ親類ノ中ニ小作料ヲ出シテ他人ノ田畑ヲ耕作シテ居ル人ガアルデアラウガ其權利ハ即チ賃借權、斯樣ナル「賃借權」ト云フモノハ之ヲ學理的ニ云フト取リモ直サズ賃貸人(貸主)ガ賃借人ニ對シテ物ノ使用、收益ヲ爲サシムル義務ヲ負フモノデアル、即チソレニ對スル權利デアル、此點ハ疑ノナイ點ナンデス、各國

0281

ノ法律デ皆サウ云フコトニ爲ッテ居ル、即チ是ガマア一ツノ想デス、賃貸人ガ賃借人ニ物ノ使用、收益ヲ爲サシムル義務ヲ負ウテ居ル、ソレニ對スル權利ヲ賃借權ト言ッテ居ルト云フコトガ頭ニ浮ブノデス、ソレカラ今度ハ別ナ事ノヤウデアルケレドモ物權トハドウ云フモノデアル、物權ト云フモノハ定義ハ人人デ違ヒマスケレドモ普通ニ行ハレテ居ル定義ヲ言フト、物權トハ物ノ上ニ直接ニ行ハルル所ノ權利デアル、サウ云フ事ヲ本デ讀ムカ何カシテ是ガ頭ニ浮ブ、ソレカラ今度ハ債權トハドンナモノカ、債權トハ一定ノ人ノ行爲ヲ要求スル權利デアル、マア斯樣ナ種種ノ事ガ頭ニ這入ル、ソレハ本ヲ讀ンデ知ルカ人ニ聞イテ知ルカ兎ニ角サウ云フ事ガ頭ニ這入ルノデス、ソレガ所謂「想」、賃借權ハ斯ンナモノ、物權ハ斯ンナモノト云フコト、所デ偖テ此賃借權トハドウ云フモノデアルカト云フコトヲ尙ホ進ンデ調ベルニ付テハ例ヘバ各國ノ法律ヲ調ベル羅馬デハドウ爲ッテ居ル、即チ此賃借權ト云フモノハ物權デアルカ債權デアルカ、羅馬法デハ之ヲ債權ト見テ居ル物權トハ見テ居ラス、外ノ國デハドウカ、普漏西デハ獨逸帝國ノ民法ガ施行セラルルマデハ物權ト見テ居ル、外デハドウカ、墺太利デハ不動產ノ賃借權ニ限ッテ矢張リ物權ト見テ居ル、是ハ現在モ尙ホサウデアル、佛蘭西デハドウカ、佛蘭西デハ學者間ニ議論ガアルガ併シ普通說ニ據レバ是ハ物權デナイ債權デアルト云フコトニ爲ッテ居ル、其他ノ諸國ハドウデアルカト云フトソレハ大抵皆物權トハ見ナイ債權ト見テ居ル、此ノ如キ過去、現在等ノ事實ヲ調ベル、ソレガ「ロガェン」ノ謂フ所ノ「フランクション、イストリーク」ノ働デ即チ「識」デアル、尙ホ進ンデ今度ハ賃借權ト云フモノハ日本ニ於テモ又各國ノ法律ニ於テモ賃貸人ヲシテ一ノ債務ヲ負ハシムルモノデアル、委シク言ヘバ賃貸人ハ賃借人ニ對シテ物ノ使用、收益ヲ爲サシムル義務ヲ負フモノデアル、然ルニ物權ト云フモノハ物ノ上ニ直接ニ行ハルル權利デアルト云フカラ權利ヲ行使スルニ付テ他人ノ行爲ヲ要セヌモノデアル、否權利ノ目的ノ中ニ他人ノ行爲ト云フモノハ含マヌモノデアル、所有權ハ物權デアル、其所有權ト云フノハ色色定義モアリマスケレドモ要スルニ所有者ガ所有權ノ目的物ニ付テ自分ノ思フ存分ナル行爲ヲ爲スコトガ出來ル、ソレガ爲メニハ人ノ行爲ハ少シモ要ラヌ、所ガ今ノ賃借權ト云フノハ賃貸人ヲシテ或事ヲ爲サシムルト云フ權利デアル、即チ賃貸人ノ行爲ト云フモノガ其要素ニ爲ッテ居ル、サウスルト物ノ上ニ直接ニ行ハルル權利デハナウテ賃貸人ニ對スル權利ニ爲ル、ソレヲ物權ト云フノハドウモ物權ノ定義ニ合ハナイ、即チ之ヲ物權トスルト云フコトガ理論ニ合ハヌ、賃借權ノ性質ガ誤ッテ居ラナケレバ物權ノ性質ガ誤ッテ居ル、若シ然ラズンバ賃借權ト云フモノハ物權デナイト云フコトガ「ロジック」ノ上カラ出テ來ル、ソレナラバ債權デアル、債權ハ或人ノ行爲ヲ求ムルコトヲ目的トシテ居ル、即チ今ノ場合ニハ賃貸人ノ行爲ヲ求ムルコトヲ目的トシテ居ルカラ是ハ寧ロ債權デアル、此等ノ事ハ即チ論理ノ力デ以テ必然カスベカラザルコトヲ考究スルノデアルカラ所謂「學」、所謂「シャンス、ブェール」ノ働キ、所デ今度ハ少クモ不動產ノ賃借權ハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトガ出來ヌト

云フト實際不便デアル、先刻ノ例デ甲ガ乙ノ所有ニ係ル不動産ヲ借貸ヲ出シテ借リテ居ル、或ハ建物ナラバソレニハ少クモ數月若クハ數年ノ間住マハウト云フ積リデ借リタ、土地ナラバ或ハ耕作ノ爲メニ少クモ一年間借リテ居ッタ、或ハ三年、五年借リテ居ッタ、兎ニ角或時期ノ間借リテ居ラヌト云フト役ニ立タヌト云フ場合ニ、偶然所有者ガ變ッテ、貸主ガ都合ニ依ッテソレヲ第三者ニ賣拂ッタト云フトキニ若シ借主ニ向ッテ忽ニ立退キヲ命ズル、忽ニ土地ヲ返セト言ッタナラバ借主ハ非常ニ困ルデアラウ、不動産ノ賃貸借ノ如キハ實際上便宜ナモノデ成ルベクソレガ都合好ク行ハレナケレバナラヌニ、所有者ノ變ッタトキニハ詰リ賃借權ト云フモノガ效ガ無ク爲ッテ仕難フト云フヤウデハ安心シテ人ニ物ヲ借リテ居ル譯ニハ行カヌ、隨ッテ賃貸借契約ト云フモノガ圓滿ニ行ハレヌ、ソレハ經濟上、社會ノ必要上望マシカラヌコトデアル、ドウゾ借主ガ安心ヲシテ借リテ居ルコトノ出來ルヤウニナル方ガ望マシイノデス、左レバト云ッテ今ノ場合ノ第三者タル買主ガ丸切リ知ラナイ所ノ賃借權ヲ對抗セラルルト云フコトデハ又大變ナ迷惑ヲスルコトガアル、今ノ例ニ於テ乙ガ丙ニ其所有ニ係ル不動産ヲ賣ラウト云ッタトキニ甲ガ其不動産ヲ借リテ居ルト云フコトヲ知ラナイデ丙ガ直グニ自分デ住ハウ或ハ自ラ田畑ヲ耕作シヤウト云フ考デ買取ッタ、然ルニ甲ガ其土地ヲ借リテ居リ、其家屋ヲ借リテ居ッテ直チニ立退キヲ命ズルコトガ出來ナイ、直チニ其土地ヲ取返シテ自ラ耕作スルコトガ出來ヌト云ッタラバ買主ハ意外ノ損失ヲ被ルコトガアルデアラウ、ソレデハ又不動産ノ取引ト云フモノガ安全

民法總則

故　法學博士　梅　謙次郎講述

諸論

緒論トシテ民法ノ範圍ヲ說明シマス、法律ヲ分類シテ性法ト制定法トニシマスガ民法ニ就テハ第一ニ制定法カ存シテ居ル、今日ノ我邦ニ於テハ民法ニ付テ性法ヲ適用スヘキ場合ハ殆ドナイト思ヒマス大抵成文法若クハ慣習法ニ依ッテ定ッテ居ルト思ヒマス殊ニ今日デハ主トシテ成文法ガ行ハレテ居ル即チ「民法」ト云フ法典ガ存シテ居ル慣習法ノ餘地モ極メテ少イノデアル、性法トハ自然法或ハ理想法トモ云フモノデアル定義ヲ下スナラバ「天ノ理、人ノ性ニ基キ自然ニ定マリタル法律」デアル、性法ノ今日必要ナノルハ第一ニ立法ノ標準トシテデアル新ニ法律ヲ制定スルニ當リ又現行ノ法律ヲ改正スルニ當リ如何ナル標準ニ依ルベキカト云フコトヲ此性法ニ問ハナケレバナラヌ第二ニハ制定法ニ全ク缺ケテ居ルコトガアル、適用スベキ規定ガナケレバ其時ニハ性法ニ據ラナケレバナラヌ、是ガ我邦ノ現行法デ云フト條理ト云フモ

0283

ノデアル、「成文アルモノハ成文ニ依リ成文ナキモノハ慣習ニ依リ慣習ナキモノハ理ニ依條ル」ト云フコトガ明治八年第百三號布告裁判事務心得第三條ニアル、民法施行ノ際是ハ廢セラレテ居ラヌ、其「條理」ト云フノガ此性法デアル、唯併ナガラ茲ニ大ニ注意ヲ要スルコトハ制定法ノアル場合ニ於テハ必ス制定法ニ依ラナケレバナラヌトイフコトデアル、現在ノ規定ガ性法ニ合ハナイカラ之ニ依ラナクテモ宜イト云フヤウナコトハ決シテ言ッテハナラヌ、而シテ今日ノ文明社會ノ如ク大抵ノ事ニ制定法ノ存シテ居ル國柄デハ減多ニ性法ノ必要ヲ感ジナイ、ソレデ今日非性法論者即チ性法ノ存在ヲ否認スル論者ガ多クアルノダラウト思フ、併ナガラ現ニ文明國ノ一タル佛蘭西ナドニ於テハ制定法ガ頗ル不備デアル爲メ、勢ヒ性法ニ依ラネバナラヌ場合ガ存外多イノデス

次ニ第二ニハ民法ハ國法デアル、無論國際法デハナイ、成程「民法」中ニ多少ノ國際私法ニ關スル規定モナイデハアリマセンケレドモ殆ドナイト云ッテ宜シイ、多少國際私法ノ問題トナルベキモノハ例ヘバ婚姻ニ關シテ第七百七十七條、第七百九十五條、ソレカラ遺言ニ關シテ第千八十六條、ソレモ純然タル國際私法ノ問題デハアリマセヌガ稍〻國際私法ノ問題ニ牽連シテ居ル、其他ハ全ク純然タル國法ノミデアル

第三ニハ民法ハ私法デアル、成程多少公法ト牽連シタル問題ハアル、例ヘバ法人ノ設立ニ關シテ主務官廳ノ許可ヲ得ナケレバナラヌト云フコトガアルガ、主務官廳ノ許可ト云フモノハ無論公法的ノモノデアル、併シ概シテ之ヲ言ヘバ私法デアル、但所謂「民法」ハ私法ノ原則ヲ定メタモノデアル、ソレ故ニ商事ニ特別ナル商法ハ別ニ法典ガアリ、從テ民法ト云フ科目ノ中ニハ含マレテ居ラヌ、ソレカラ又所謂無形財產權ト云フモノガアル、著作權、特許、意匠、商標ノ類、此類ノモノハ本來ハ私法ニ屬スルモノデアルケレドモ、行政法ト密著ノ關係ヲ持ッテ居ルガ故ニ是モ民法ノ講義ノ中デハ說カヌ

第四ニハ民法ハ實體法デアル、手續法ハ概シテ含マレテ居ラヌ、成程稀ニ多少ノ手續法ガアルニハ相違ナイ、例ヘバ遺言ノ方式ナドガ定メテアル、是ハ理論カラ言ヘバ手續法デアル、其他裁判所ニ訴ヲ起スベキ場合ナドニ付テハ多少ノ手續規定ガアリマスルケレドモ、概シテ言フト手續規定ハ民法中ニハナイ、從ッテ此講義ニ於テモ手續法ノ事ハ實體法ヲ理解スルニ必要ナル範圍內ニ於テノミ說クノデアッテ概シテ手續法ハ說カヌ

第五ニ民法ハ普通法ニ屬スルモノデアル

第六ニ民法ハ命令法ト隨意法トノ二ツヲ含ンデ居ルガ、併シ隨意法ノ方ガ多數デアル、命令法ハドチラカト云ヘバ少イ方デアル

扨ッ是ヨリ「民法」ト云フ法典ノ御話ヲ少シ申上ゲマス、此法典ハ五編ヨリ成立ッテ居ル、第一編ヲ總則ト云ヒ、第二編ヲ物權ト云ヒ、第三編ヲ債權、第四編ヲ親族、第五編ヲ相續ト云ヒマス、此編別ハ舊民法トハ少シ違ッテ居ル、舊民法モ同ジク五編ヨリ成立ッテハ居リマスルガ、

0284

其第一ハ人事編、第二ガ財產編、第三ガ財產取得編、第四ガ債權擔保編、第五ガ證據編トナッテ居ル、新民法ニ於テハ人事編ノ中デ一部ハ總則ニ於テ規定シ、一部ハ親族編ニ規定シテ居ル、ソレカラ財產編ヲ二ツニ分チテ物權ト債權トニシテ居ル、尙ホ所謂財產取得編ト云フモノハ物權ノ取得ニ關シテハ物權編ニ規定シ、債權ノ取得ニ關シテハ債權編ニ規定シテ居ル、債權擔保モ同ジコトデ、其債權的關係即チ債權ノ擔保ノ中ニ保證、連帶ノ如ク債權關係ヲ生ズルニ止マルモノハ之ヲ債權編ニ規定シテ居ルシ、ソレカラ所謂物上擔保ハ之ヲ物權編ニ規定シテ居ル、ソレカラ證據編ノ規定ハ全部之ヲ民法ニハ揭ゲナイ、其一部ハ民事訴訟法ニ於テ規定スベキモノトシテ居ル

扨テ此現行ノ「民法」ト云フ法典ノ編別ガ果シテ其當ヲ得タルモノナルヤ否ヤト云フコトニ付テハ私ハ少シク意見ガアル、法典調査會ニ於テモ大ニ主張致シマシタガ、不幸ニシテ少數デ採用セラレナカッタ、私ノ考フル所デハ理論上ニ於テモ又法文ノ體裁上ニ於テモ第一編ヲ總則トスルノハ宜シイケレドモ、第二編ハ親族トシナケレバナラヌト云フ考デアル、其理由ハ外國デハ民法ト云フモノハ殆ド財產法デアルト云フ觀念ヲ持ッテ居ル、從テ財產ノ方ガ主デアルト見ラレテ居ルカラ親族ノ規定ヨリモ財產ニ關スル規定ヲ前ニ置クト云フコトガ多少理由アルガ如クニ見ラレテ居ル、尤モ羅馬ニ於テハ例ヘバ「ジュスチニヤン」ノ「インスチトゥート」ニモ矢張リ親族ニ關スルコトガ首ニアッタ、佛蘭西民法デモ矢張リ親族ニ關スルコトガ首ニアル、

唯獨逸ニ於テハ所謂「パンデクテン、システム」(Paudekten System)ト云フモノガアッテ、ソレニハイツモ物權及ビ債權ガ親族ヨリモ前ニナッテ居ッテ現行ノ獨逸民法ニ於テモ第一編ガ總則、第二編ガ債權、第三編ガ物權、第四編ガ親族、第五編ガ相續ト云フ風ニナッテ居ル、併ナガラ民法上ノ問題トシテハ詰リ親族上ノ規定ト財產上ノ規定トアルガ、少クモ我邦ノ國情カラ考ヘテ見ルト財產ヨリハ親族上ノ關係ガ重イノデアル、故ニ民法ニ於テモ第二編ヲ親族トスル方ガ穩當デアルト豫、思ッテ居ル、然ルニ現行民法ニ於テハ獨逸ノ所謂「パンデクテン、システム」ヲ採用致シマシテ矢張リ財產ニ關スル規定ヲ親族ヨリモ前ニ置イタト云フコトハ多少遺憾ニ存ジマス唯「パンデクテン、システム」ニ於テ物權ト債權ト孰レヲ先ニスベキカト云フコトハ獨逸デモ議論ガアル、學者ノ多數ハ是マデ物權ヲ先ニ論ジテ居ル、例ヘバ第一編總則、第二編物權、第三編債權ト云フ風ニシテ居リマスルガ、現行ノ獨逸民法ニ於テハ竟ニ債權ヲ物權ヨリモ先ニスルヤウニナッテ、即チ第一編總則、第二編債權、第三編物權ト云フ風ニナッテ居ル、是ハ些細ナ問題デ深ク論ズル必要モナカラウト思フ、私ハ矢張リ物權ヲ前ニシタ方ガ宜イト思フノデスガ、只今ノ親族ト財產ト孰レヲ先ニスルカト云フ程ノ重大ナル問題トハ思ハヌ、

試ニ私ガ民法ノ編纂ヲスルナラバ第一編ヲ總則トシ、第二編ヲ親族トシ、第三編ヲ財產ト致シテ其中ニ物權、債權ト云フモノヲ併セテ論ズル、ソレカラ第四ヲ相續スルト云フ風ニシタイト思フ唯併ナガラ是ハ理論上若クハ法文ノ體裁上カラ論ジタコトデアッテ講義ノ便宜カラ申シマ

スルト矢張リ親族ハ後トニシタ方ガ都合ガ好イ、其譯ハ親族權ノ規定ハ財産權ニ關スル一般ノ規定ヲ心得タ上デナイト分リ惡イコトガ多イ、左レバコソ佛蘭西ニ於テハ法典ハ初ニ我現行民法ノ親族編ニ規定シテアルコトガアルニモ拘ハラズ近來ノ佛蘭西ノ大學ノ課程ニ於テハ矢張リ親族ニ關スルコトハ後トヘ廻スコトニナッテ居ル、講義ノ順序トシテハ其方ガ私ハ便利デアルト思フ、理論ト講義上ノ便利トハ自ラ違フ、ソレ故ニ講義ノ便利カラ申シマスルト第一編ヲ總則トシ、第二編ヲ財産編トシテ、其財産編ノ中デ第一ヲ物權トシ、第二ヲ債權トシ、第三ヲ擔保トスル、即チ舊民法ニ謂フ所ノ物上擔保――留置權、先取特權、質權及ビ抵當權ノコトヲ論ズル、是ハ債權ノ擔保デアルカラ債權ノコトヲ能ク心得テカラデナイト分ラヌ、ソレダカラ是ハ講義ノ順序トシテハ後トニ廻シタ方ガ宜イ、其次ニ第三編親族、第四編相續ト云フコトニシタ方ガ宜イト思フ、相續編ハ我邦ニ於キマシテハ之ヲ最後ノ編トスルノガ最モ其當ヲ得テ居ル、ナゼカト云フト我邦ニハ家督相續ト遺産相續トアッテ、戶主權ト云フ所謂親族權ノ相續ト、ソレカラ財産ノ相續ト二ツヲ含ンデ居ル、故ニ親族權ト財産權ト總テ心得テ居ル者デナケレバ相續ノ事ハ分ラナイ筈デアル、獨逸ナドデ相續編ヲ一番後トニシタト云フコトハ理論上カラ言フト多少批難ガアルカモ知レヌト思フ、何トナレバ歐羅巴ノ相續權ト云フモノハ皆財産上ノ權利デアル、ソレデ理論カラ言ッタラバ或ハ佛蘭西民法若クハ我舊民法ノ如ク財産取得ノ方法トスル方ガ其當ヲ得テ居ルカト思フ、ケレドモ我邦ニ於テハ相續ハ必ズ一番終リニシナケレバナラヌ、

何トナレバ家督相續ト遺産相續トアルカラデアル

第一編　總則

扨テ第一編ノ總則ト云フモノハ三ツノ問題ヲ規定シテ居ル、第一ニハ私權ノ主體、第二ニハ私權ノ客體、第三ニハ私權ノ得喪デアル、此中デ私ノ擔任部分ハ初ノ二ツ即チ私權ノ主體ト私權ノ客體デアル

第一章　私權ノ主體

私權ノ主體ハ常ニ人デアル、決シテ無機物ハ勿論禽獸ノ如キ人類以外ノ動物ガ私權ノ主體トナルト云フコトハナイ、唯併ナガラ純然タル人（即チ之ヲ學者ガ自然人ト申シマス）ト法人トノ區別ガアル、法人ト云フモノハ本來人デナイノデスケレドモ、法律ガ人ニ非ザルモノニ人格ヲ認メテ居ルノデアル

第一節　自然人

是ガ法典ニ單ニ人ト云フモノデアル、自然人ノ名ニ付テ學者ニ依ッテハ彼此論ジマスケレドモ、私ハ自然人ト云フ名ガ決シテ不當デハナイト思フ、自然ノ人ニ相違ナイカラ自然人ト云ッテ宜

イト思フ、又西洋ノ學者モ此ノ如キ名ヲ用ヒテ居ル者ガ多イ

第一節自然人ヲ四款ニ分チテ、第一款ヲ權利能力、第二款ヲ行爲能力、第三款ヲ特別身分、第四款ヲ住所ト致シマス

第一款　權利能力

此權利能力ナル言葉ハ獨逸ノ學者ガ重モニ用フル所ノ言葉デアル、極メテ便利ナル言葉デアルカラ私モ此言葉ヲ用フルノデアル、併ナガラ法文ノ言葉ト致シテハ權利ノ享有ト云フ文字ガ使ウテアル、民法ノ一番首メ第一編第一章第一節ニ「私權ノ享有」トアル第一條ニモ「私權ノ享有ハ云云」トアル、是ハ舊民法ニモ用ヒラレテ居ル言葉デアッテ、從來我邦ニ於テハ一般ニ用ヒラレテ居ル言葉デアル、原トハ佛蘭西語カラ來テ居ル、「權利ノ享有」トハ詰リ權利者ト爲ルコトデアル、權利ノ主體ト爲ルコトデアル、普通ハ權利ヨリ生ズル利益ヲ受クルコトデアルト言ヒマス、併シ私ハ豫テ權利ハ必ズ利益ヲ與フルモノデナイト云フ意見ヲ持ッテ居マスカラ、利益ト云フ言葉ハ成ルベク避ケタ方ガ宜イト思フ、即チ「權利能力」トハ權利ノ主體ト爲ル資格若クハ力デアル

今日ノ法律デハ如何ナル人ト雖モ人ハ皆權利能力ヲ持ッテ居ルノガ普通デアル、唯公權ニ付テハ種種ノ制限ガアリマシテ權利能力ヲ有セザル者ガ隨分多イ、或ハ外國人ハ權利能力ヲ持タヌトカ、或ハ未成年者ハ權利能力ヲ持タヌトカ云フガ如ク隨分制限ガ多イ、ケレドモ私權ニ關シテハ昔ハ隨分制限ガ多カッタノデアルケレドモ、今日ハ殆ド其制限ガナイ、何人ト雖モ私權ヲ享有スルト云フガ本則デアッテ又ソレガ普通デアル、併ナガラ古ヘノ事ヲ考ヘテ見ルト必ズシモサウデハナイ、隨分人ヲ財產ノ如ク見テ居ッタ時代ガ各國共ニアル、即チ奴隸ト云フモノハ何レノ國ニ於テモアッタヤウデアル、我邦ニ於テモ昔ハ奴隸ト云フモノガアッタト思ハルル、例ヘバ人買ノ話ト云フモノガ今以テアル、ソンカラ現ニ人ノ市ノ立ッタト云フコトモ事實ニ於テアル、人ヲ買フ或ハ人ノ市ト云フモノガアルト云ヘバ人ヲ財產ノ如ク見テ居ッタ時代ガ必ズアッタラウト思フ、然ラバ是ハ奴隸デアル、殊ニ今ノ如キヲ見テモ奴婢ト云フモノガアル、ソレハ成程純然タル奴隸デハナイ、併ナガラ詰リ奴隸ト普通人トノ間ノモノデアル、矢張リ半分ハ財產ノヤウニ見ラレテ居ル、ソレデスカラ今日ノ言葉デ言ヘバ財產ニ相當スベキモノノ中ニ必ズ此奴婢ト云フモノガ這入ッテ居ル、併シソレハ昔ノ話デ、今日デハ無論奴婢ト云フモノハナイ、況ヤ奴隸ハナイ、存外西洋デハ此奴隸ト云フモノガ長ク存ジテ居リマシテ、例ヘバ歐羅巴ニ於テハ前世紀ノ始、千八百二十年頃マデハ確ニ奴隸ガアッタ、ソレカラ亞米利加ニ於テハ彼ノ名高イ南北戰爭ト云フモノハ詰リ奴隸制度ニ關スル戰デアル一方ハ奴隸ヲ廢シヤウト云フシ、他ノ一方ハ奴隸ヲ廢セヌト云フコトカラ戰ガ起ッタ、併シ奴隸ヲ廢シヤウト云フ方ガ勝チマシタカラ其結果北米合衆國ニハ奴隸ト云フモノガナク

0287

ナッタ、故ニ文明國ニ於テハ今日ハ最早奴隷ハナイ、併シ極ク近クマデ例ヘバ亞米利加ノ事ヲ考ヘテ見ルト半世紀前（千八百六十五年）マデハ確ニ奴隷ガ存シテ居ッタ、我邦ニ於テハ奴隷ハ殆ド最早其歴史サヘモ明カナラヌ位ニ古イコトデアルケレドモ、併ナガラ奴隷ニ類スル事柄ハ現ニ仍ホ存シテ居ル、就中維新前ニハソレガ著シク存シテ居ッタ、ソレハ何デアルカト云フト例ヘハ娼妓ト云フモノハ餘程人身賣買ニ類シタルモノデアル、成程名義上ハ前借金トカ何トカ云フガ詰リ或金額ノ爲メニ娼妓ハ自由ヲ奪ハレテ、其間自己ノ意思ニ拘ハラズ或苦シイ勤ヲシナケレバナラヌ、成程内務省令ガ出テ自由廢業ト云フモノヲ認メルコトニナリマシタケレドモ併シ其自由廢業ト云フモノモ名ノ如ク自由デナイノデ、隨分種種ノ困難ガアル、尚ホ藝妓ナドニ付テモ矢張リ類似ノ事ガアッテ殆ド人身賣買ニ類スル事ガ行ハレテ居ル、併ナガラ維新前ハ尚ホソレヨリモ甚シカッタノデ、ソレデ維新後ニナッテ種種ノ法令ガ出テ居ル、先ツ明治三年八月十三日ニ布告ガ出タ、ソレハ

各港在留ノ支那人共竊ニ童男女ヲ買取リ海外ヘ可運越好計相企候者有之既ニ捕押ニ相成候ニ付追テ嚴重ノ御處置可有之候得共元來外國ヘ御國民賣渡シ候儀ハ第一御國體ニ於テ不相濟事ニ候間向後地方官ニ於テ管内屹度取締相立教育行屆候樣厚ク相心得可申此旨相達候事

トアル、ソレカラ兎角此布告ガ實際ニ行ハレナカッタモノト見エテ明治五年第五十五號布告ニ『各港在留ノ支那人共我窮民ノ幼兒ヲ買取候義ニ付テハ去庚午八月中相達候得共未タ右樣ノ所業致候者モ有之哉ノ趣畢竟内國人ヨリ賣渡シ候故支那人ニ於テモ買取本國ヘ運行販賣スルニ至候次第ニテ御國禁ヲ犯シ不容易儀ニ付向後右等不心得ノ者於有之ハ嚴重處置ニ可及候間地方官ニ於テ管内取締厚ク可加教育候事

トアル、是ハ重モニ支那人ガ（今デモ時ニ行ハレルガ）子供ヲ買ッテ歸ルコトニ付テノ布告デアル、所ガ内地ニ於テ行ハルルモノ、主トシテ娼妓ニ付テ明治五年第二百九十五號布告ト云フモノガ出タ（是ハ民施九、一項一號ヲ以テ廢止セラレタモノデアル）

一人身ヲ賣買致シ終身又ハ年期ヲ限リ其主人ノ存意ニ任セ虐使致シ候ハ人倫ニ背キ有マシキ事ニ付古來制禁ノ處從來年期奉公等種種ノ名目ヲ以テ奉公住爲致其實賣買同樣ノ所業ニ至リ以ノ外ノ事ニ付自今可爲嚴禁事

一農工商ノ諸業習熟ノ爲メ弟子奉公爲致候儀ハ勝手ニ候得共年限滿七年ニ過ク可カラサル事（民六二二六條一項ニハ此年限ヲ十年トセリ）

但雙方和談ヲ以テ更ニ期ヲ延ルハ勝手タルヘキ事

一平常ノ奉公人ハ一ケ年宛タルヘシ尤モ奉公取續候者ハ證文可相改事（民六二二六條、六二七條ヲ以テ改正）

一娼妓藝妓等年季奉公人一切解放可致右ニ付テノ貸借訴訟總テ不取上候事

右之通被定候條飽度可相守事

0288

之ニ伴ウテ明治五年ノ司法省第二十二號達ト云フモノガ出タ

本月二日太政官第二百九十五號ニ而被仰出候次第ニ付左ノ件件可心得事

一人身ヲ賣買スルハ古來制禁ノ處年季奉公等種種ノ名目ヲ以テ其實賣買同樣ノ所業ニ至ルニ付娼妓藝妓等雇人ノ資本金ハ贓金ト看做ス故ニ右ニヨリ苦情ヲ唱フル者ハ取糺ノ上其金ノ全額ヲ可取揚事

一同上ノ娼妓藝妓ハ人身ノ權利ヲ失フ者ニテ牛馬ニ異ナラス人ヨリ牛馬ニ物ノ返辨ヲ求ムルノ理ナシ故ニ從來同上ノ娼妓藝妓ヘ借ス所ノ金額竝ニ賣掛滯金等ハ一切債ルヘカラサル事

但本月二日以來ノ分ハ此限ニアラス

一人ノ子女ヲ金談上ヨリ養女ノ名目ニ爲シ娼妓藝妓ノ所業ヲナサシムルモノハ其實際上則チ人身賣買ニ付從前今後可及嚴重ノ處置事

是ハ名高イ法令デアリマスガ、實際ハ殆ド行ハレズ、今日ノ娼妓、藝妓ト云フモノモ同一ノ有樣デアッテ名義丈ケガ變ッタノデアル、ソレカラ尙ホ明治八年第百二十八號布告ト云フモノガアル『金錢貸借ニ付引當物ト致候ハ賣買又ハ讓渡ニ可相成物件ニ限リ候ハ勿論ニ候處地方ニ寄リ間ニハ人身ヲ書入致候者モ有之哉ノ趣右ハ嚴禁ニ候條此旨布告候事

但期限ヲ定メ工作使役等ノ勞力ヲ以テ負債ヲ償フハ此限ニアラス

斯樣ナル譯デ兎ニ角法律ノ上ニ於テハ我邦デハ奴隷制度ハ勿論、多少之ニ類スルモノハ總テ認メナイト云フコトニナッテ居ル、從ッテ今日デハ人ハ總テ權利ノ主體ト爲ルコトガ出來ル、即チ權利能力ヲ持ッテ居ルノガ原則、奴隷ナドハ權利能力ヲ持タナイノガ原則デアッタガ、サウ云フモノハ認メナイ、唯多少ノ例外ハアル、昔ノ事ヲ云フト羅馬、日耳曼等ニ於テハ其制限ガ最モ多カッタノデアルガ、其後歐羅巴ノ中古以後ニ於テモ準死ト云フモノガ認メラレタ、其準死者ト云フモノハ詰リ權利能力ガナイト云フコトニナッテ居ッタ、其原因ハ第一ニハ刑罰、是ハ至ッテ近クマデ歐羅巴デハ行ハレテ居ッタモノデ、例ヘバ佛蘭西ニ於テハ千八百五十四年マデ行ハレテ居ッタ、刑罰ノ結果デ準死ト云フコトニナルト、詰リ財產上ノ權利能力ガ全クナクナッテ仕舞フ、「プロイセン」デモ千八百四十八年マデハ存シテ居ッタ、佛蘭西ニハ今日仍ホ其準死ニ代ルモノトシテ無償ニテ財產ノ處分ヲ爲シ又ハ財產ノ取得ヲ爲スコトヲ禁ズルト云フコトガ刑罰トシテアル、ソレカラ第二ニハ宗敎上ノ事デ、何ト譯シテ宜イカ譯語ニハ困リマスガ純然タル僧侶トハ少シ違フ、行者ト云フノモドウカト思フ——ガ詰リ通常僧侶ト云フト所謂衆生濟度ト云フコトヲ目的トシテ宗敎ヲ弘メルト云フ方ニ努メルモノデアルガ、今言ハント欲スル所ノモノハ唯己ノ行ヒヲ濟マスノデアル、詰リ世間ヲ離レテ宗敎上ノ行爲ヲ爲ス者デアル、サウ云フモノハ財產上ノ權利ヲ失ッテ仕舞ッテ其財產ハ皆寺ノ物ニナッテ仕舞フト云フコトニナッテ居ッタ、此事タルヤ歐羅巴デハ洵ニ近クマデ行ハレテ居ッタ、例ヘバ獨逸ニ於テハ今ノ獨逸民法ノ行ハルルマデ即チ千九百年マデハ仍ホ是ガ存シテ居ルト云フ說ガアッタ、例ヘバ

0289

「デルンブルヒ」ノ如キ仍ホ是ガ存シテ居ルト言ッテ居ッタ、併シ今日ハ最早無イト云ッテ宜カラウト思フ、唯今日仍ホ存スルモノハ刑罰ノ結果トシテ公權ノ剝奪及ビ停止ト云フモノデアル、是ハ我邦ニモアッタシ各國皆大抵アル、我邦ニ於テハ舊刑法ノ第三十一條乃至第三十四條ニアル、此公權剝奪ト云フモノハ「公權」ト申スカラ私權ニハ關係ガナイヤウデアルガ、併ナガラ私權ニモ矢張リ關シテ居ル、舊刑法第三十一條「剝奪公權ハ左ノ權ヲ剝奪ス、一國民ノ特權、二官吏ト爲ルソノ權、三勳章年金位記貴號恩給ヲ有スルノ權、四外國ノ勳章ヲ佩用スルノ權、五兵籍ニ入ルノ權、六裁判所ニ於テ證人ト爲ルノ權但單ニ事實ヲ陳述スルハ此限ニ在ラス、七後見人ト爲ルノ權但親屬ノ許可ヲ得テ子孫ノ爲メニスルハ此限ニ在ラス（是ハ少シ民法ト主義ニ於テ牴觸シテ居マス）、八分散者ノ管財人ト爲リ又ハ會社及ヒ共有財產ヲ管理スルノ權（例ヘバ會社ノ取締役ナドニ爲ルコトガ出來ナイ）、九學校長及ヒ教師學監ト爲ルノ權」、ソレカラ三十三條ニ公權停止ノコトガアル、「禁錮ニ處セラレタル者ハ別ニ宣告ヲ用ヒス現在ノ官職ヲ失ヒ及ヒ其刑期間公權ヲ行フコトヲ停止ス」トアル、併シ新刑法ニ於テハ之ヲ廢シテ、唯施行法ニ於テ從來ノモノニ關スル規定ヲ設ケテ居ル（刑施五、一八、一項、一九、二項、三四、三六、三七）、尙ホ其外ニ例ヘバ外國人ハ或權利能力ヲ持タヌ、一ツノ例ヲ言ヘバ土地ノ所有權ヲ有スルコトガ出來ナイ、或ハ或種類ノ人ハ後見人ト爲ルコトガ出來ナイ、或ハ遺言ノ證人若クハ立會人ト爲ルコトガ出來ナイトカ云フヤウナコトモ矢張リ是モ權利能力ノ制限デアル、ソレ等ノ事ハ追追ト

諸君ノ御承知ニナルコト、就中外國人ノ權利能力ノ事ハ後ニ辯ジマス

第一段　權利能力ノ終始

此原則ハ極メテ明瞭ナルモノデアル、即チ人ニ非ザレバ權利能力ナシト云フノデアリ、人ハ通常皆權利能力ヲ持ッテ居ルト云フノデアルカラ人ト云フモノガアレバ權利能力ガアルシ、ソレガナケレバ權利能力ハナイ、權利能力ノ終始ト云ヘバ始ハ出生デアッテ終ガ死亡デアル、出生ニ因ッテ人ト云フモノガ始リ、死亡ニ因ッテ、人ト云フモノガ終ルノデアル、權利能力モ是ニ因ッテ終始スルト云フコトハ疑ナイ、唯併ナガラ第一ニ生理上カラ言ヘバ胎兒ト云フモノガアル懷胎ノ始カラシテ人ト云フモノガアル、故ニ或ハ懷胎ノ始カラ既ニ權利能力ガ始リハセヌカト云フ疑ガ起ル、ソレカラ死亡ニ付テモ昔ハ今申上ゲタ通リ準死ナドト云フモノガアッタガ、今ニシタ所デ死亡前ニ例ヘバ隱居ナドト云フコトガアル、是ガ或ハ權利能力ノ喪失ノ原因ト爲リハセヌカ、ソレカラ失踪ト云フコトガアル人ガ行方知レナクッテ數年ヲ經ルト失踪ノ宣告ト云フモノヲ爲ス、サウスルト實際ハ生キテ居ッテモ法律デハ死ンダ者ト看做サレテ權利能力ヲ失フコトニナル、ソレ等ヲ考ヘテ見ルト權利能力ノ終始ノ問題ハチヨット考ヘタ程ヤサシイモノデハナイ先ヅ權利能力ノ始時ヲ論ジヤウト思フ

原則ハ出生ノ時カラ始マル、是ハ民法ニ明文ガアル

第一條　私權ノ享有ハ出生ニ始マル

成程理論上カラ言ヘバ懐胎ノ始カラ人ト云フモノハ生ズルト云ヘマスケレドモ併シ法律上カラ云ヘバ權利ノ主體ハ獨立ノ存在ヲ持ッテ居ラナケレバナラヌ、胎兒ハ未ダ獨立ノ存在ヲ持タヌ母ノ體内ニ在ル、ソレ故ニ是ハ法律上カラ見レバ母ノ身體ノ一部ニ過ギヌ、出生ノ時カラ始メテ獨立ノ存在ヲ有スモノデ其時カラ始メテ權利能力ヲ持ツ、此事タルヤ言フ俟タヌヤウデアル、所ガナカナカサウデナイ、外國ニ於テハ往往ニシテ胎兒ノ權利能力ヲ認メテ居ル、例ヘバ羅馬法以來「胎兒ハ其利益ニ關シテハ既ニ生マレタルモノト看做ス」ト云フ格言ガアル、此原則ハ現ニ舊民法ニ於テ採用シテ居ル所デアル、舊民法人事編第二條ニ「胎内ノ子ト雖モ其利益ヲ保護スルニ付テハ既ニ生マレタル者ト看做ス」ト書イテアル、是ハ重モニ獨逸ニ於テ行ハレタ、獨逸ハ日耳曼法ノ本國ノヤウデスケレドモ實際ハ羅馬法ガ最モ餘計ニ行ハレテ居ル、却ッテ佛蘭西ナドヨリモ獨逸ノ方ガ羅馬法ノ主義ヲ餘計ニ行ッテ居ル點ガ鮮カラヌ、此點モ却テ獨逸ニ於テハ羅馬法ノ主義ガ行ハレテ居ッタ、即チ今ノ獨逸民法ノ施行前ニ在ッテハ「プロイセン」「バイエルン」「サクソン」即チ獨逸ノ聯邦ノ中デ最モ大ナル國ノ法律ニ於テハ皆此羅馬法ノ主義ガ行ハレテ居ッタ、ソレカラ墺地利、瑞西ノ聯邦中デ「ツューリヒ」即チ最モ重モナル州ノ一ツデ民法ニ付テハ有名ナ「ブルンチュリー」ガ起草シテ其儘行ハレタ所ノ民法ガ存シテ居ル國（今ハ少シ改メラレタケレドモ大體矢張リ前ノ通リ）ソレカラ和蘭等ニ於テハ現ニ羅馬法ノ主義ガ其儘行ハレテ居ル、最モ甚シキハ總テノ點ニ於テ原則トシテ胎兒ハ既ニ生マレタルモノト看做スト云フ主義ノ行ハレテ居ッタ處ガアル、現ニ行ハレテ居ル處モアル、ソレハ瑞西ノ多クノ州ニ於テサウデス「ベルヌ」「ルツェルヌ」「ゾロトゥルヌ」「アールガウ」「フリブール」ナド云ヤウナ瑞西ノ重モナル州ニ於テハ利益、不利益ト云フコトヲ言ハズ胎兒ハ總テ既ニ生マレタルモノト看做スト云フ原則ガ行ハレテ居ル（瑞西新民法三一、二項ニモ此主義ヲ執ッテ居ル）、所ガ是ハ私其ノ思フニハ甚ダ不當ナル主義デアッテ、法律上ニ於テハ母體ノ一部タル胎兒ガ權利能力ヲ持ツト云フコトハ到底認ムルコトハ出來ナイ、假ニ利益ニ於テノミト言フノハ猶更所ガ矢張リ採用ノ出來ナイ所ノ主義デアル、否理論カラ言ヘバ利益ニ於テノミト言フノハ猶更誤ッテ居ルト思フ、ソレハ甚ダ不公平ナコトデ、利益ニ於テ權利能力ヲ認メルナラバ不利益ニ於テモ之ヲ認メナケレバナラヌ、サウシナケレバ不公平デアルケレドモ、サウナレバ事實ニ於テハ愈〻此原則ノ其當ヲ得ナイト云フコトガ分ルデアラウト思フ、マダ生キテ生マルルカドウカ分リモセヌモノヲ既ニ權利ノ主體ト爲スト云フコトハ是ハ甚ダ穩ナラヌコトデアル、ソレ故ニ我新民法ニ於テハ一切此等ノ主義ヲ採ラヌ、即チ原則ハ飽クマデ胎兒ニハ權利能力ヲ認メナイ、獨立ノ存在ヲ有スル所ノ出生後ノ人デナケレバ權利能力ヲ有セヌト云フコトヲ民法第一條ニ於テ明カニシテ居ル、此事タルヤ偶然獨逸民法モ同樣デアル、獨逸ノ帝國民法ニ於テハ矢張リ羅馬法ノ格言其他或國ニ行ハルル所ノ胎兒ノ權利能力ト云フモノハ原則トシテ認メナイ、唯例外トシテ、胎兒ノ權利能力ヲ認メルト云ッテハ專ロ語弊ガアルノデスガ、胎兒ヲ既ニ生マレ

タルモノト看做スト云フ場合ガアル、ソレハ丁度我民法ト獨逸民法ト同ジニナッテ居ル其第一ハ不法行爲ニ因ッテ生ジタル損害ノ賠償ヲ求ムル權利ニ付テ胎兒ヲバ既ニ生マレタルモノト看做シテ居ル（七二一條）、是ハ必要デアル、例ヘバ子ガ胎内ニ在ル中ニ惡漢ガ其父親ヲ殺シタ、此場合ニ於テ子ハ不法行爲ニ因ル親ノ死亡ニ付テ損害要償權ヲ持ツト云フ原則ヲ認メテ居マス、胎兒ハ未ダ權利能力ヲ持タヌト云コトニナルト、特別ノ明文ガナケレバ其胎兒ガ生マレテカラ後自己ノ生マレナイ先ノ父ノ死亡ニ付テ損害賠償ヲ求ムルト云フコトハ出來ナイ筈デアル、何トナレバ其死亡ノ當時ニ於テハマダ權利能力ヲ持ッテ居ラヌ、權利能力ヲ持ツヤウニナッテカラハ既ニ父ハ存在シテ居ラヌカラデアル、所ガ實際ニ於テハソレハ甚ダ不都合デアッテ、若シ父ガ其惡漢ニ殺サレナカッタナラバ子ハ父母ノ下ニ樂シキ成長ヲ爲シタノデアラウシ、又十分ナル教育ヲ受ケタデモアラウ、然ルニ惡漢ガ父ヲ殺シタ爲メニ生マレナガラ孤兒デアル、不幸ナル生活ヲ爲シ且動モスルトソレガ爲メニ完全ナル教育ヲ受ケルコトガ出來ナイト云フヤウナコトニナルカラ詰リ其胎兒ハ父ノ殺サレタト云フコトニ因ッテ損害ヲ受ケル、ソレデドウシテモ損害賠償ヲ求ムル權利ヲ認メナケレバナラヌト云フノデ此場合ニハ特ニ「胎兒ハ既ニ生マレタルモノト看做ス」ト云フ規定ガアル

ソレカラ第二ニハ相續權ニ關シテデアル、家督相續ニシロ、遺產相續ニシロ、兎ニ角被相續人ガ死亡スルトキニ既ニ其妻ガ妊娠デアッタ、所ガ其子ノ生マレナイ中ニ父ガ死ンデ仕舞ッタ、相續ト云フ以上ハ必ズ被相續人ノ死亡ノ時ニ相續人ガナケレバナラヌ、左モナケレバ間ガ絶エルカラ相續ト云フモノハ無イ筈デアル胎兒ニ權利能力ガナイト云フコトヲ絶對ニ適用シマスト勢ヒ其胎兒ハ相續ガ出來ナイ、サウスルト動モスレバ他人ガ相續スル、或ハ遠イ親類ガ相續スル、ソレカラ日本デハ男子相續ト云フ主義ヲ取ッテ居ル（少クモ家督相續ニ付テハ）、然ルニ餘義ナク女子ガ相續スルトカ云フヤウナ不幸ナル結果ヲ生ズル、ソレデ此場合ニハ特ニ胎兒ヲ既ニ生マレタルモノト看做シテ相續權ヲ與フル（第九六八條、ソレカラ遺產相續ニ付テハ第九九三條）第三ニハ受遺權即チ遺贈ヲ受クル權――遺贈ト云フノハ遺言ニ因ッテ贈リ物ヲ爲スノヲ謂フ、私ガ死ヌ場合ニ、死デカラ後私ノ財產ノ全部又ハ一部ヲ或者ニ與フルト云フコトヲ遺言シテ置ク此場合ニ遺言ノ利益ヲ受クル權利ヲ有スル者ハ原則トシテハ私ノ死亡ノ時ニ生存シテ居ラナケレバナラヌ、併ナガラ胎兒ハ既ニ生マレタルモノト看做シテ其時ニ懷胎サレテ居タ者ハ宜シイト云フコトニナッテ居ル（一〇六五條）

勿論總テ此等ノ場合ニ於テ胎兒ガ死ンデ生マレタナラバ固ヨリ權利能力ハナイケレドモ若シ無事ニ生マレタナラバ既往ニ遡ッテ權利ヲ持ツト云フコトニナル

此等ノ場合ニ於テハ胎兒ノ權利能力ヲ認ムル必要ガアルケレドモ、其他ノ場合ニ於テハナイ、却テ其他ノ場合ニ於テ胎兒ノ權利能力ヲ認メテ置クト頗ハシキ問題ガ起ルバカリデアルト思

0292

フ、尤モ權利能力デハアリマセヌガ胎兒ガ多少法律上ノ問題トナル場合ハ外ニモアル、今說明ヲスル譯ニモイカズ且純然タル權利能力デハアリマセヌカラ此處デ申上グル必要モナイカラ申上ゲマセヌケレドモ、箇條丈ケ御參考ノ爲メニ申シテ置ク、例ヘバ民法第七百三十四條、第八百三十一條第一項、ソレカラ國籍法第二條ナドニ胎兒ニ關スル規定ヲ存ジテ居ル

次ニ權利能力ノ終時ノ御話ヲ致シマス

原則トシテハ權利能力ハ死亡ニ因ッテ終ハル、此事ハ獨逸民法ノ草案ニハ明カニ規定シテアッタケレドモ、私共ノ考ヘタニハ死亡ニ因ッテ權利能力ガ終ハルト云フコトハ言フヲ俟タナイ、苟モ人ガ權利ノ主體デアルト云フ以上ハ人ガ無クナレバ其主體ガ無クナル、從ッテ權利能力モ消滅スルト云フコトハ敢テ言フヲ俟タザル所デアル、ソレデ我民法ニハ此事ハ規定シナカッタ然ルニ獨逸ニ於テモ其後草案ガ議院ニ出マシタトキニ其聯邦議院デ以テ先ヅ民法ノ草案ヲ議シタ時ニ權利能力ハ死亡ニ因ッテ消滅スルト云フコトヲ削ッタ、察スルニ我我ノ考ト同ジ理由デアッタラウト思ハル、ソレガ爲メ今ノ法文ハ我民法ノ第一條ト獨逸民法ノ第一條ガ餘程能ク似テ居ルガ爲メニ、動モスルト我民法ノ第一條ハ獨逸民法ノ第一條ヲ見テ書イタモノダラウナド云フコトヲ言ヒマスガ、サウ云フ譯デハナカッタ原則トシテハ死亡ニ因ッテ權利能力ガ消滅スルコトハ疑ヒガナイケレドモ、是ニハ例外ガアル、ソレ故ニ猶更此ノ如キ規定ヲ置カヌ方ガ却テ宜シイ

其例外ハ所謂失踪ト云フモノデアル、是ハ各國其主義ガ一樣デアリマセヌガ、之ヲ大別致シマスルト失踪ハ死亡ヲ推定セシメナイ、長ク失踪ノ有樣ガ續イテモ本人ガ死亡シタモノトノ見ナイト云フ主義ト、一定ノ年數ヲ經レバ死亡シタル者ト看做スト云フ、即チ死亡ノ宣告ノ主義ト二通リアル、外國ノ重モナル例ヲ申上ゲマスルト死亡ヲ推定セザル主義ノ方ハ例ヘバ佛蘭西、伊太利、和蘭、ソレカラ白耳義ハ佛蘭西ノ民法ガ其儘行ハレテ居ル、先年白耳義民法草案ト云フモノガ出來マシタガ、其草案ニモ矢張リ同一ノ主義ヲ取ッテ居ル、我舊民法ニモ矢張リ同一ノ主義ヲ取ッテ居ル、要スルニ是ハ佛法系ノ主義デアル

第二ノ主義ハ死亡ノ宣告ヲ爲ス主義——或人ガ一定ノ期間生死不分明デアルトキニハ死亡ノ宣告ヲ爲ス、此主義ハ概シテ獨法系ノ國ニ行ハレテ居ル主義デアル、即チ獨逸、墺地利、瑞西、西班牙ナドガ此主義ヲ取ッテ居ル、民法モ亦此主義ヲ取ッタ

是ヨリ失踪ニ關シテ失踪宣告前ノ規定ト、失踪ノ宣告ニ關スル規定ト二段ニ分ッテ論ジヤウト思フ

先ヅ第一、失踪ノ宣告前ノ規定

是ハ最モ廣イ規定デアッテ、總テノ不在者ニ關スルモノデアル、即チ畢竟失踪ノ宣告ヲ受クベキ者及ビ之ヲ受ケザル者總テ「不在者」ト稱スベキ者ニハ皆嵌ル、而シテ其不在者トハ如何ナル者デアルカト云ヘバ從來ノ住所又ハ居所ヲ去リタル者ハ皆此不在者デアル、例ヘバ私ガ是マデ

0293

東京ニ住居シテ居ッタ、全ク住所ヲ變ズルノナラバソレハ不在者デハナイケレドモ、サウデナク唯旅行スル、サウシテ暫ク他所ニ居ルト云フノハ皆不在デアル、此不在者ノ中ニハ二種アッテ其生存シテ居ルコトガ分明ナル者ト、ソレカラ生死ノ不明ナル者トアル、例ヘバ私ガ東京ニ住所ヲ持ッテ居リナガラ暫ク用ガアッテ大阪ニ行ッテ居ルト云フノハソレハ生存シテ居ルコトノ分明ナル者デアル、之ニ反シテ夜逃ゲヲシタ、イツノ間ニカ身ヲ隱シタト云フヤウナ者ハ生死不明ナル者デ所謂不在者ノ中ニハ此二者ヲ含ム、之ニ關スル規定ハ概シテ同ジデ、違フ所ハアルケレドモ同ジコトガ多イ

先ヅ第一ニハ此等ノ不在者ノ財産ノ管理ニ付テ必要ナル處分ヲ爲スコトガアル、即チ本人ガ居ラヌ其留守ニ於テ財産ガ不安全ノ地位ニ在ル、而シテ利害關係人ガ此財産ヲ安全ノ有樣ニ置キタイト云フコトガアル、其利害關係人ハ或ハ推定相續人デアルコトモアル、或ハ債權者デアルコトモアル、此等ノ者ガ若シ其財産ガ無クナレバ自分等ノ利害ニ關スルカラ特ニ必要ナル處分ヲ求ムルコトガアル、是ガ民法第二十五條竝ニ第二十六條ニ規定セラレテ居ル、詰リ必要ナル處分ト云フコトノ重モナルモノハ管理人ノ選任デアル、其財産ヲ管理スベキ人ヲ選ブノデ、ソレハ裁判所ニ請求シテ裁判所デ適當ナル人ヲ選ブノデアル、尤モ場合ニ依ッテハ裁判所ハ必ズシモ管理人ヲ選ブトハ極ッテ居ラヌ、先ヅ適當ナル管理人ヲ見出スマデ財産ノ封印ヲ命ズルコトモアリ、ソレカラ又其財産ガ金錢其他銀行等ニ寄託スルニ適スルモノデアルナラバ速ニ其寄託ヲ命ジテ別ニ管理人ヲ選ブ必要ノナイト云フコトモアル、或ハ其財産ガ保存スルコトノ出來ナイモノデアッテ速ニ之ヲ賣却シテ其金錢ヲ銀行等ニ預ケテ置クト云フコトモアル、此等ノ場合ニ於テハ管理人ヲ選バスシテ單ニソレ等ノ處分ヲ命ズルコトモアル

第二十五條　從來ノ住所又ハ居所ヲ去リタル者カ其財産ノ管理人ヲ置カサリシトキハ（特ニ管理人ヲ選ンデ置ケバ裁判所ガ干渉スル必要ハナイ）裁判所ハ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ其財産ノ管理ニ付キ必要ナル處分ヲ命スルコトヲ得本人ノ不在中管理人ノ權限カ消滅シタルトキ亦同シ

是ハ本人ガ管理人ヲ選ンデ置イタケレドモ留守ノ中ニ其管理人ガ死亡シタトカ又ハ辭任シタト其他ノ理由ニ因ッテ管理人ガ權限ヲ失フコトガアル、サウ云フトキニハ代ッテ財産ノ管理ヲ爲スベキ者ガアリマセヌカラ矢張リ裁判所ニ於テ必要ナル處分ヲ命ズルコトガ出來ル本人カ後日ニ至リ管理人ヲ置キタルトキハ裁判所ハ其管理人カ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ其命令ヲ取消スコトヲ要ス

是ハ當然ノ事デ、本人ガ自己ノ信任スル管理人ヲ定メタトキニハ裁判所ガ干渉ヲ爲ス必要ハアリマセヌカラソレデ以前ニ處分ヲ命ジテ置イテモ其處分ハ取消サナケレバナラヌ

第二十六條　不在者カ管理人ヲ置キタル場合ニ於テ其不在者ノ生死分明ナラサルトキハ裁判所ハ利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ管理人ヲ改任スルコトヲ得

0294

是ハ生死ノ不分明ナル者ニ付テノミ適用ノアルコトデスガ、不在者ガ管理人ヲ置イタケレドモ其生死ガ不分明デアル——夜逃ヲスルトキ管理人ヲ置クコトハ出來ナイデセウガ、適用ノ多イ場合ハ管理人ヲ定メテ置イテ旅行ヲシタ、併ナガラ旅行先ハ分ラヌ、詰リ何處ニ居ルカ或ハ生キテ居ルカ、死ンダカ分ラヌト云フ時デアル、サウ云フ場合ニハ假令管理人ガ不當ノ事ヲ爲シ又ハ甚シキ不正ナ事ヲ爲シテモ本人ハ知ラナイ、本人ガ生キテ居ルカ、死ンデ居ルカ分ラナケレバ之ヲ知ラスル途モナイ、而シテ其相續人タルベキ者若クハ債權者等ハ若シ其財産ガ減レバソレ丈ケ自分ガ損害ヲ受ケルノデアルカラ此時ニ唯手ヲ袖ニシテ傍觀シテ居ラナケレバナラヌト云フコトハナイ、ソレデ其利害關係人若クハ檢事——檢事ハ總テノ場合ニ於テ公益ノ代表者デ現在自己ノ利益ヲ保護スルコトノ出來ナイ者ヲ助ケ、サウシテ間接ニ公益ヲ保護スル者デアル、ソレデスカラ利害關係人若クハ檢事ノ請求ニ因ッテ其不適任ナル管理人若クハ不正ナル事ヲ爲ス管理人ヲ改任スルコトガ出來ル、是ガ第一財産ノ管理ニ付キ必要ナル處分ノ事デアル

第二ニハ愈〻財産ノ管理ニ著手スルト云フ場合ニ於テ財産目錄ノ調製其他種種必要ナル處分ヲ爲スコトガアル、之ニ付テハ第二十七條ノ明文ガアル

第二十七條　前二條ノ規定ニ依リ裁判所ニ於テ選任シタル管理人ハ其管理スヘキ財産ノ目錄ヲ調製スルコトヲ要ス但其費用ハ不在者ノ財産ヲ以テ之ヲ支辨ス

裁判所デ選任スル所ノ管理人ハ申スマデモナク最モ忠實ニ管理ノ職務ヲ盡サナケレバナラヌ、ソレニ付テハ財産ノ目錄ヲ調製シテ置カナケレバ初メドレ丈ケノ財産ガアッタカト云フコトガ分ラヌ、初ニ是丈ケノ財産ガアッテ、ソレノ管理ノ仕方ガ宜カッタカラ今是丈ケノ財産ガアル、管理ノ仕方ガ惡カッタカラ是丈ケニ減ッテ居ルト云フコトガ後日分ラヌケレバ管理人ノ責任ヲ明カニスルコトハ出來ヌ、ソレデ此財産目錄ノ調製ト云フコトハ最モ必要デアル

ソレカラ不在者ガ自ラ定メテ置イタ管理人ニ付テモ本人ガ生死不分明ノ場合ニハ矢張リ同樣ノ必要ガアル、何トナレバ此場合ニハ本人ガ自ラ管理人ヲ監督スルコトガ出來ナイ、或ハ死ンデ居ルカモ知レヌ、ソレ故ニ利害關係人ハ矢張リ目錄ノ調製ヲ命ジテ貰ッテ、後日管理ノ不當ガアルカ、ドウカト云フコトヲ確メル手立ヲ拵ヘテ置カナケレバナラヌ、ソレデ第二十七條第二項ノ規定ガアル

不在者ノ生死分明ナラサル場合ニ於テ利害關係人又ハ檢事ハ請求アルトキハ裁判所ハ不在者カ置キタル管理人ニモ前項ノ手續ヲ命スルコトヲ得

是ハ目錄調製ノ事デアルガ、此他ニモ矢張リ必要ナル行爲ハアル、例ヘバ其財産ノ中ニ或會社ノ株ガアル、其會社ハ世ノ中ノ信用ヲ失ッテ、日ニ日ニ其價ガ下ルト云フトキニハ速ニソレヲ賣却シテ仕舞フ方ガ利益デアル、寧ロサウシナケレバ其株式ト云フモノハ全ク價ヲ失ッテ仕舞フカモ知レヌ、又財産ノ種類ニ依ッテハ長ク保存スルコトガ出來ナイ、飲食物ハ勿論其他ノ商品デモ保存ノ困難ナルモノガアル、サウ云フモノハ速ニ賣却シテサウシテ寧ロ代價ヲ銀行等ニ

0295

預ケテ置イタ方ガ安全デアル、サウナケレバ寧ロ財產ガ實際無クナルト云フコトガアル、總テソレ等ノ事ハ管理人トシテシナケレバナラヌコトデアルガ、若シ管理人ガ其注意ヲ怠タッテ居ル場合ニハ裁判所ヨリシテ之ヲ命ジナケレバナラヌ、ソレデ第二十七條第三項ノ規定ガアル

右ノ外總テ裁判所カ不在者ノ財產ノ保存ニ必要ト認ムル處分ハ之ヲ管理人ニ命スルコトヲ得

第三ニハ管理人ノ權限ノ問題デアルガ、管理人ハ如何ナル權限ヲ持ッテ居ルカ、不在者ガ定メテ置イタ所ノ管理人デアレバ自ラ其權限モ定ッテ居ル筈デアル是ハ總テノ委任ノ場合ニ於ケルト同ジコトデアル、唯本人ガ特ニ其權限ヲ定メテ置カヌケレバ民法第百三條ノ規定ニ依ッテソレハ所謂管理行爲ノミヲ爲ス權限ガアルト云フコトニナル裁判所ニ於テ選ンダル管理人ハドウカト云フニ是モ矢張リ原則トシテハ第百三條ニ定メタル權限ガアル、併シ實際ニ於テハ往往其權限ヨリモ外ノ行爲ヲ爲ス必要ノアルコトガアル例ヘバ不在者ノ財產ノ中ニ或會社ノ株式ガアル、ドウモ其會社ノ株式ハ不利益デアル、ソレヨリハ他ノ會社ノ株ヲ買ッタ方ガ利益デアルト思フ、是ハ所謂管理行爲デハナイ併ナガラ時トシテソレガ甚ダ必要デアル、ソレカラ又不在者ノ財產ニ屬スル所ノ不動產ガアル、其不動產ヲ隨分高價ヲ以テ買ヒタイト云フ者ガアル、ソレデ賣ッタ方ガ確ニ利益デアルト云フヤウナ場合、是ハ固ヨリ所謂管理行爲デハアリマセヌカラ通常ハサウ云フコトハ出來ナイ、併シ本人ノ利益デアルト云フコトハ疑ガナイト云フコトガアル、凡ソ此等ノ場合ニ於テハ特ニ裁判所ノ許可ヲ得テ爲スコトガ出來ル

第二十八條　管理人カ第百三條ニ定メタル權限ヲ超ユル行爲ヲ必要トスルトキハ裁判所ノ許可ヲ得テ之ヲ爲スコトヲ得……

是ハ裁判所ニ於テ選任シタル管理人ニ付テハ最モ當然ノ事デアルガ、尙ホ不在者ガ自ラ定メテ置イタ管理人デアッテ而モ其權限ガ定ッテ居ル場合、ソレハ特ニ契約デ定メテ居ル場合モアリ、又ハ法律ノ規定ニ依ッテ管理行爲丈ケヲ爲ス權限ヲ有スルト云フ場合モアル、總テソレ等ノ場合ニ於テ原則トシテ本人ノ承諾ヲ得ナケレバ權限外ノ行爲ヲ爲スコトノ出來ヌノハ勿論デアルガ、併シ本人ガ生死不分明デアルト云フトキニハ本人ノ承諾ヲ得ルコトハ出來ナイカラ、此場合ニハ矢張リ裁判所ノ許可ヲ得テ權限外ノ行爲ヲ爲スコトガ出來ル

……不在者ノ生死分明ナラサル場合ニ於テ其管理人カ不在者ノ定メ置キタル權限ヲ超ユル行爲ヲ必要トスルトキ亦同シ

終ニ第四ニハ管理人ノ權利義務ノ事ガ規定シテアル

第二十九條　裁判所ハ管理人ヲシテ財產ノ管理及ヒ返還ニ付キ相當ノ擔保ヲ供セシムルコトヲ得

裁判所ハ管理人ト不在者トノ關係其他ノ事情ニ依リ不在者ノ財產中ヨリ相當ノ報酬ヲ管理人ニ與フルコトヲ得

不在者ノ財產ノ管理人ハ頗ル責任ノ重イモノデアルト云フコトハ以上論ズル所ニ依ッテ御分リ

0296

デアラウト思フ、不在者ノ財産ノ全部ヲ管理シテ居ル者デアルカラ、管理ガ其當ヲ得ナケレバ財産ガ損害ヲ受ケル、甚シキハ管理人ガ横領スル虞ガアル、ソレ故ニ裁判所ニ於テ必要ト認メル場合ニ於テハ相當ノ擔保ヲ供セシムルコトガ出來ル、危險デアルト思ウタラバ管理人カラ供託ヲ爲サシムルコトモ出來ルシ、質權ヲ設定セシムルト云フコトモ出來ルシ、抵當權ヲ設定セシムルト云フコトモ出來ル、或ハ保證人ヲ立テシムルト云フコトモ出來ル、其代リニ管理人モ此ノ如キ重イ責任ヲ負フコトデアルカラ場合ニ依ッテ報酬ヲ求ムルコトガ出來ナケレバナラヌ、是ハ必ズ報酬ヲ與ヘルト云フコトニハナッテ居ラヌ其譯ハ此管理人ニハ多ク親族ナドガ選バル、近イ親類ナドナラバ、報酬ヲ貰フト云フコトハナイコトデアル、殊ニ推定相續人ナドハ畢竟自己ノ利益ノ爲メニ管理人トナッテ居ルノデアルカラ無論報酬ナドヲ受クルコトハ出來ナイ、ソコハ裁判所ガ管理人ト不在者トノ關係其他ノ事情ニ依ッテ之ヲ與フルト與ヘナイトヲ極メル——其他ノ事情ト云フノハ例ヘバ管理人ガ貧乏人デアル、之ニ反シテ不在者ハ資産家デアルト云フヤウナコトモ矢張リ「其他ノ事情」ノ中ニ這入ル

以上ハ失踪ノ宣告前ノ規定デアル次ニ論ズベキハ失踪ノ宣告ニ關スル規定デアル、之ニ付テハ第一、失踪ノ要件ト云フモノヲ論ジナケレバナラヌ、ソレハ民法第三十條ニアル

第三十條　不在者ノ生死カ七年間分明ナラサルトキハ裁判所ハ利害關係人ノ請求ニ因リ失踪ノ宣告ヲ爲スコトヲ得

戰地ニ臨ミタル者沈没シタル船舶中ニ在リタル者其他死亡ノ原因タルヘキ危難ニ遭遇シタル者ノ生死カ戰爭ノ止ミタル後船舶ノ沈没シタル後又ハ其他ノ危難ノ去リタル後三年間分明ナラサルトキ亦同シ

此期間ハ國國デ違フノデス、尤モ軈テ論ズベキ失踪ノ效力如何ニ因ッテ自ラ年限ニモ長短ガアル、民法施行前ニ在ッテハ三十六箇月ト云フノガ原則トナッテ居ッタ、即チ滿三年ソレハ永尋ト卓シテ今日ノ失踪トハ效力ガ大變違フケレドモ先ヅ廣イ意味ニ於ケル失踪デアル、併ナガラ此ノ如キ短キ期間ヲ原則トシテ採用シテ居ル國ハ私ハ知ラヌ、多分ナカラウト思フ、殊ニ失踪ノ效力ヲ軈テ論ズルガ如ク死亡ノ推定ト云フコトニスルト期間ガ餘リ短クテハ甚ダ不當ナル結果ヲ生ズルカラ勢ヒ期間ヲ長クシナケレバナラヌ——無論民法施行前ノ失踪ハ死亡ノ推定ヲ效力トシテ居ルモノデハナカッタ、——ソレデ獨逸ナドノ例ニ依ッテ我民法ノ草案即チ政府案ニハ「十年」ト云フコトニナッテ居ッタ、ソレヲ衆議院ニ於テ「七年」ニ短縮致シタノデアル、併シ私共ノ思フニハドウモ七年ハ短イ、失踪ノ效力ガ、從來ノ永尋同樣ノモノデアルナラバ十年ハ長イカモ知レヌケレドモ、死亡ノ推定ト云フ效力ヲ生ズルモノデアルナラバ十年デモ或ハ短クハナイカト云フ虞ガアル、殊ニ我邦ニ於テハ從來モ隨分海外ニ出ヅル者ガアッタガ近來益〻海外ニ出ヅル者ガ多クナッテ、今後ハ愈〻是ガ多クナラナケレバナラヌ、サウスレバ隨分危險ヲ冒シテ遠隔ノ土地ニ旅行スル者モ出來ヲ參ルカラ長キ間音信ヲ絶ッテ居ッタ者ガ再ビ現ハレ出ヅル

0297

ト云フコトガ頻繁デアラウト思フソレデドウモ七年ハ短イト私ハ思フ、此期間ガ短キニ失シテ居リハセヌカト思フ證據ハ我邦ニハ失踪ノ宣告ノ取消ト云フモノガ非常ニ頻繁デ、殆ド毎日ノヤウニ官報ニ出テ居ル、所ガ聽テ論ズル如ク失踪ノ宣告ノ取消ト云フモノハ一旦死亡ト云フコトニナッテ法律上ノ人格ヲ失ッタ者ガ復タ人格ヲ得ルト云フノデスカラ容易ナラヌコト、ソレガ毎日ノ官報ニ出ルヤウデハ甚ダ因ッタコトデアラウト思フ、是ニハ失踪ノ宣告ヲ輕卒ニ爲スト云フコトモアラウケレドモ、或ハ期間ガ短キニ失シテ居ルカト思フ（尤公示催告ヲ用ヒズシテ失踪ヲ宣告シタル場合モアルカラ之ガ爲メニモ取消ガ多イノデアラウ）

例外ト致シテ戰地ニ臨ミタル者、沈沒シタル船舶中ニ在リタル者其他死亡ノ原因タルベキ危難ニ遭遇シタル者ハ三年ト爲ッテ居ル、是ハ多クノ場合ニ於テ直チニ死亡シタノデモアラウト推測スルコトガ出來ル、戰地及ヒ船舶沈沒ノ場合ノ外死亡ノ原因タルベキ危難ト云フノハ例ヘバ先年ノ美濃、尾張ノ大地震ノ場合ノ如キデ人ガ澤山死ンダ、サウ云フトキニ見エナクナッタ人ハ多分其時ニ死ンダデアラウ、或ハ又大火デアッテ多クノ人ガ燒死ンダト云フトキニ見エナクナッタト云フ者デアルナラバ多分其者モ燒死ンダデアラウト推測ガ出來ル、併シ其當時見エナイ者デモ暫クシテ還ッテ來ルコトモアルカラ三年ハ待ツ、三年待ッテ還ラヌケレバ最早死ンダ者ト見ル尙ホ此「生死不分明」ト云フコトハ事實問題デアッテ畢竟裁判官ノ認定ニ任ズル外ハアリマセヌガ、何人モ其生キテ居ルト云フ消息ヲ聞カナイノガ詰リ生死不分明ト云フコトニナル

第二ニハ失踪ノ效力――之ニ付テハ死亡ヲ推定スル主義ト然ラザル主義トアルケレドモ我民法ハ之ヲ推定スルト云フ主義ヲ取ッタ、即チ失踪ノ效力ハ死亡ノ推定デアル、ソレ故ニ獨逸ナドデハ死亡ノ宣告ト云フ詞ヲ使ヒマスガ、我民法ニハ矢張リ舊民法ノ言葉ヲ用ヒテ「失踪ノ宣告」ト云ッテ居ル

第三十一條　失踪ノ宣告ヲ受ケタル者ハ前條ノ期間滿了ノ時ニ死亡シタルモノト看做ス

唯何レノ時ニ死亡シタルノデアルカト云フコトニ付テ非常ニ主義ガ分レテ居ル、外國ニ行ハレテ居ル主義ニハ四ツアル、此主義ハ必ズシモ死亡ノ推定ヲ爲スト否トニハ拘ハラヌ、佛法系ノ國國ニ於ケルガ如ク、縱令死亡ノ推定ヲ爲サズトモ一定ノ時期ニ於テ死亡ニ準ズベキ效力ヲ生ゼシムル、例ヘバ假ニ相續ヲ爲サシムルト云フヤウナコトガアルノデスカラドウシテモ時期ヲ定メナケレバナラヌ從テ此時期ニ付テ四ツノ主義ガアル

第一ノ主義ハ最後ノ音信ノ時ト云フノデアル、最後ノ生キテ居ッタト云フコトノ證據ノアルトキ、「音信」ト云フ字ハ不正確デスケレドモ「音信」ト云フ字ガ使ッテアル例ヘバ或人ガ最後ニ手紙ヲ出シタノハイツデアル、其後ハ生キテ居ルカ死ンデ居ルカ分ラヌ、或ハ又最後ニ他ノ人ガ面會シタノハイツデアルガ、ソレカラ後ハ誰モ面會シタ人ハナイト云フヤウナノデアル、此主義ヲ採用シテ居ルノハ多ク佛法系ノ國國デ、即チ舊民法ニモ採用シテ居リマス、佛國西、伊太利、和蘭、瑞典民法、白耳義民法草案ナドガ之ヲ採用シテ居ル、此主義ハ私ハ確ニ採用ノ出來ナイ主義デア

ルト思フ、殊ニ死亡ノ推定ト云フ主義ヲ取ッタ以上ハ到底之ニ依ルコトハ出來ナイ、カゼト云フニ最後ノ音信ノ日ト云フノハ確ニ生キテ居ッタト云フ證據ノアッタ日ヲ以テ死亡シタル時ト看做スト云フコトハ事實ニ反シ又理論ニモ反シテ居ル、稀ニハソレカラ直グニ頓死スルト云フコトモアルケレドモサウ云フコトハ滅多ニナイノデアル

第二ニハ失踪ノ宣告ノ日又ハ其宣告ノ裁判ガ確定シタ日、是ハ細カク言フト二ツニ分レル、宣告ノ日ト云フノトソレカラ愈〻確定シタ時、ソレニ付テ上訴ノ出來ナクナッタ時ト云フノデアル、此第二ノ主義ヲ採用シテ居ルノハ例ヘバ墺地利、西班牙、瑞西ノ中デ「グラウブュンデン」、ソレカラ獨逸民法ノ出來ナイ中ニハ普蘭西「バイエルン」其他多數ノ獨逸聯邦ノ法律ハ皆此主義ヲ取ッテ居ッタ、ソレデ獨逸民法モ第一ノ草案ニハ矢張リ此主義ヲ取ッタ、此主義ハチョット考ヘルト最モ理論ニ適シテ居ルヤウニ思ヘル、抑〻失踪ノ宣告ナルモノハ必ズ裁判所ノ裁判ヲ要スルノデ裁判ノアルマデハ縱令如何程年數ガ立ッテモ失踪ト云フモノハナイ、然ラバ裁判所ノ裁判ニ依ッテ失踪ト云フコトハ定マル、故ニ其カラ死亡ノ推定其他失踪ノ效力ガ生ズルト云フノガ至當デアルト云フノデ、理論上ノ議論ト致シマシテハ最モ强力ノヤウニ見エル（唯宣告ノ時カラ效力ヲ生ゼシムルカ或ハ上訴ガ出來ナクナッテカラ效力ヲ生ゼシムルカト云フコトハ是ハ枝葉ノ論デアル）、去ナガラ實際ニ於テハ頗ル不公平ナル結果ヲ生ズル、失踪ハ多ク利害關係人ノ請求ニ依ッテ爲スノデアル、我民法デハ明カニ「利害關係人ノ請求ニ因リ」ト爲ッテ居ル、其利害關係人ト云フモノハ場合ニ依ッテ早ク失踪ノ害告ノアルコトヲ利トスルコトモアリ又ハ遲ク其宣告ノアルコトヲ利トスルコトモアル、是ハ外ノ事ニ付テモ利害ガアルケレドモ相續ニ付テ考ヘテ見テ最モ著シイコトデアル、相續權ハ相續開始ノ時ニ確定スル、ソレマデハ確定ノ權利ト云フモノハナイ、從テ相續開始ノ時ガ早イノト遲イノトデハ相續人ガ違フコトガ多イ、即チ失踪ノ權力ハ死亡ノ宣告ニ類似スル、若クハ之ニ均シイ結果ヲ生ズルト云ヘバ、其效力ノ生ズル時ノ早イノト遲イノトデハ相續人ガ違ヒ得ル、例ヘバ私ニ甲乙二人ノ子ガアル、ドチラモ男子ト假定シマセウ、兩人共生存シテ居ル中ニ私ガ死キバ無論其長男ノ甲ガ相續スル、併シ若シ長男ガ死亡シテ後ニ私ガ死亡スレバ次男乙ガ相續スルカラ此失踪ノ場合デモ失踪ノ效力ガ長男ノ生存中ニ生ズレバ長男ガ相續スル、ソレカラ死亡シテカラ生ズレバ次男ガ相續スル

一旦長男ガ相續シテカラ後ニ次男ガ相續スルト云ヘバ長男ノ債權者ガ相續財產ニ付テ權利ヲ行フ、デスカラ次男ガ相續スルトキニハ財產ガ無クナッテ居ルカ、又ハ大ニ減ジテ居ルカモ知レヌ、之ニ反シテ直チニ次男ガ相續スレバ長男ノ債權者ハ相續財產ニ付テ權利ヲ行フコトハ出來ナイ、故ニソレハ效力ニ於テ大變ナ違ヒガアル、ソコデ失踪宣告ノ日若クハ宣告確定ノ日ト云フコトニナルト隨分弊害ガ行ハレル、今ノ場合ニ長男ハ失踪ノ條件ガ滿チテ居ルト云フコトニ氣ガ附カヌデ居ル、次男ハ氣ガ附イテ居ル、此場合ニ長男ガ病氣デ死ニ掛ッテ居ルト云フト、次男ハ失踪ノ條件ノ滿チテ居ルコトヲ祕シテ置イテ、長男ガ死ンデカラ失踪ノ宣告ヲ請求スル、サ

0299

ウスルト云フト次男ガ相續スル、逆マニ長男ガソレヲ知ッテ居ルト自分ガ死ナナイ中ニ早ク失踪ノ宣告ヲシテ置イテ貰ハウト斯フ云フコトニナル、詰リ惡ク言ヘバ狡猾ノ者ガ得ヲスルト云フ譯ニナル、其他ノ場合ヲ想像シテモサウデスガ、今ノ場合一ツヲ想像シテ大變ナ利害ガアル、加フルニ裁判所ノ仕事ハ隨分裁判官ノ勤怠ニ依ッテ早ク宣告ガアッタリ遲ク宣告ガアッタリスル、尤モ裁判官ノミニハ依ラヌ、辯護士ノ勤怠ニ因ルコトモ多イ、兎ニ角當事者以外ノ者ノ勤怠ニ因ッテ宣告ノ時期ガ早カッタリ遲カッタリスル、サウ云フコトハ甚ダ不公平デアル、ソコデ此第二ノ主義ハ我民法ニ於テ採用シナカッタ

第三ノ主義ハ是ハ公示催告期間滿了ノ日、失踪ノ宣告ヲ爲ス手續ハ人事訴訟手續法ニ極ッテ居ル、從テ此處デハ論ジマセヌケレドモ、其手續ハ主トシテ「公示催告」ノ方法ニ依ルト云フコトニナッテ居ル、人事訴訟手續法第七十條ニ「失踪ノ宣告及ヒ其宣告ノ取消ニハ以下數條ニ定メタルモノノ外民事訴訟法第七百六十五條乃至第七百七十五條ノ規定ヲ準用ス」トアル其第七百六十五條以下ノ規定ト云フモノハ詰リ公示催告ノ規定デス、第七百六十五條ニハ「公示催告ノ申立ハ書面又ハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得云云」トアル、ソレデ第三ノ主義ハ「公示催告ノ期間滿了ノ日」ト云フノデアル、「公示催告」ト云フノハ一定ノ期間ノ中ニ其人ガ生キテ居ルコト其他ノ消息ヲ申出デロト云フ催告ヲ爲スノデアッテ、其期間ガ滿了シテモ誰モ何トモ言ッテ來ナケレバ、ソコデ失踪ノ宣告ヲ爲スコトニナル、其滿了ノ日ヲ以テ死亡ノ日ト看做スト云フノデアル、是ハ獨逸ノ民法施行前ニ獨逸聯邦中ノ少數ノ國ニ於テ行ハレテ居ッタ、多數ハ今申シタ通リ第二ノ主義ヲ取ッテ居ッタ、此主義ハ幾分カ前ノ主義ヨリモ實際ニ於テハ宜シイ、即チ期間ガ滿了シテカラ後失踪ノ宣告ヲ爲スマデノ時期ニ付テハ裁判所ノ勤怠其他ノ理由ニ因ッテ或ハ後レルコトガアルケレドモ期間滿了ノ日ハ幾分カ裁判所ノ勤怠等ノ結果ヲ受クルコトガ少イト云フコトカラ第二ノ主義ヨリハ幾分カ弊ガ少イ、併ナガラ矢張リ失踪ノ宣告ノ請求ト云フモノヲシナケレバ公示催告ト云フモノハナイカラ其請求ヲ爲スニ付テ不公平ト云フコトハサッキ申上ゲタ通リデアル、其上ニ理論カラ言フト是ガ最モ據リ所ガ少イデアラウト思フ、失踪ノ宣告即チ死亡ノ推定ト云フモノハ裁判所ノ裁判ニ依ッテ定マルト云フ理論カラ言ヘハ第二ノ論ハ夠ニ間然スル所ノナイヤウニ思ヘルケレドモ公示催告期間滿了ノ日ト云フノニソレ程ノ據リ所ハナイ、成程其期間ガ滿了シタト云フ以上ハ裁判所ハ失踪ノ宣告ヲシナイト云フ譯ニハイカヌ、裁判所ハ是ニ因ッテ羈束セラルルト云フコトハアルケレドモ、併シソレヲ言ヘバ寧ロ法律ニ定メタル條件ガ具ハリ即チ原則トシテ七年、例外トシテ三年ト云フヤウナ其期間ガ滿了スレハ當然失踪ノ宣告ヲシナケレバナラヌ、公示催告ハ唯一ノ手續ニ過ギヌ、詰リ生死ガ不分明デアルト云フケレドモ公示催告ヲ爲シテ見ヌト云フト果シテ生死ガ不分明デアルカ、ドウカ分ラヌト云フガ爲メニ此公示催告ヲ爲スノデアル、成程第三十條ニハ「失踪ノ宣告ヲ爲スコトヲ得」トアルカラ、裁判所ハ期間ガ滿了シテモ失踪ノ宣告ヲシナクテモ宜イカト云フ疑ヲ起ス

者ガアルカモ知レヌガ、法律ニ裁判所ガ「何何ヲ爲スコトヲ得ル」ト書イテアルノハ詰リ裁判所ノ職務ヲ定メタモノデ、ソレガ必要ガアレバソレヲシナケレバナラヌノデアル、事柄ノ性質ニ依ッテ（後ニ論ズベキ能力ニ關スル規定ナドニ於テモ矢張リ同樣デスガ）得」ト書イテアッテモ職務上ソレヲシナケレバナラヌ場合ガアルシ、又裁判所ノ見込ニ因ッテ選擇シナケレバナラヌ場合ガアル、所ガ失踪ノ場合ノ如キハチヤント生死不分明七年以上トカ三年以上トカ定メテアッテ其條件ガ具ハッテ居レバ裁判官ガ斟酌ヲ爲ス餘地ハナイ、斯ウ云フ場合ニハ苟モ利害關係人ノ請求ガアル以上ハ而シテ法律上ノ條件ガ總テ具備シテ居ルト云フコトヲ認メタ以上ハ是非宣告ヲシナケレバナラヌ、コー羈束セラルルト云フ方カラ云ヘバ寧ロ法律上ノ條件ノ具備シタルトキト謂ハナケレバナラヌ、此「公示催告期間滿了ノ日」ト云フノハ理論カラ言ッテ見テモ、實際カラ言ッテ見テモ最モ據リ所ガ少イ

終ニ第四ノ主義ハ即チ期間滿了ノ日——七年トカ三年トカ生死不分明ノ期間滿了ノ日ト云フノデアル、此主義ヲ採用シテ居ルノハ獨逸民法施行前ニ於テハ「サクセン」民法、ソレカラ瑞西「ツューリヒ」ノ民法、ソレカラ現行ノ獨逸民法、第一草案ニハ第二ノ主義ガ取ッテアッタケレドモ、第二草案以後ニ於テハ矢張リ此主義ヲ取ッタ、尤モ獨逸ハソレガ原則デアッテ、其外ニ例ヘバ裁判所ガ特ニ死亡ノ日ヲ定メタル場合ニハ其日トカ其他種種ノ例外ガアリマスケレドモ詰リ原則ハ「期間滿了ノ日」ト云フコトニナッテ居ル、我民法ニ於テモ此主義ヲ取ッタ、其理由ハ

ドウデアルカト云フト、理論ニ於テモ是ハ說明ガ出來ル、詰リ法律ガ此期間滿了スルマデハ死亡シタモノト看做サヌ、裏面カラ言ヘバソレマデハ生キテ居ルモノト看做スト云フノデアル、サウスレバ期間ガ滿了シタトキニ死亡シタモノト看做スト云フノハ理論ニ於テモ十分說明ノ出來ルコトデアル、實際ニ於テモ民法ハ七年又ハ三年ノ法定ノ期間ヲ過グレバモー死ンダモノト看ルト云フノデスカラ、即チイツ死ンダト云フコトハ明カデナイガ其期間ヲ過ギタ者ハ總テ死ンダモノト看ル、サウスレバ彼ノ最後ノ音信ノ日ト云フガ如ク確ニ生キテ居ッタ時ヲ死ンダ時ト看做スト云フノト違ッテ稍〻事實ニモ近クナッテ來ルノデアル、況ヤ實際ノ弊害ノ方カラ言フト是ニハ弊害ノアリヤウガナイ、如何ニ早ク失踪ノ宣告ヲシテモ如何ニ遲ク失踪ノ宣告ヲシテモ同ジコトデアル、詰リ生死不分明ノ期間ガ七年以上デアルカ又ハ三年以上デアルカト云フコトニ止マル、故ニ我民法ハ此主義ヲ採用シタ

是ヨリ失踪ニ關スル第三ノ點、失踪ノ取消ノ御話ヲ致シマス

失踪ハ死亡ノ推定デアルト云フコトハ既ニ申上ゲマシタガ、併シ是ハ一ノ推定ニ過ギヌノデアルカラ實際生存シテ居ル者ヲ失踪者トシテ宣告スルコトモアリ、又ハ失踪ノ宣告前夙ニ本人ガ死亡シテ居ッタト云フ證據ガ後日ニ於テ現ハルルコトモアル、此等ノ場合ニ於テハ失踪ノ宣告ハ如何相成ルモノデアルカト云フコトガ問題デアル、多數ノ立法例ニ於テハ唯事實問題デアル即チ法律ノ推定ニ反對ノ事實ガ現ハレバ失踪ノ宣告ハ自ラ效力ヲ失フノデアルト云フコトニ

0301

ナッテ居ル、ケレドモ之ニ對シテハ隨分反對論ガアッテ、第一、失踪ノ宣告ガ事實ニ違ウテ居ルト云フコトハ法律上イツ明カニナルノデアルカ、當事者間ニ爭ノアル場合ニ於テハ勢ヒ裁判所ヲ煩ハサナケレバナラヌ、併ナガラ普通ノ裁判ニ於テハ其效力ハ當事者間ニ止マルノデアルカラ、甲ナル者ガ失踪ノ宣告ヲ受ケテ、ソレニ對シテ乙ナル者ガ其宣告ガ誤ッテ居ルト云フコトヲ主張スル、或ハ甲自身ガ其事ヲ主張スル、併ナガラ現ニ失踪者ノ財產ヲ占有シテ居ル所ノ丙ニ向ッテ之ヲ主張スルト云フトキニハソレハ甲又ハ乙ト丙トノ間ニ於テノミ定マルノデアル、若シ丁ガ出テ來ルト矢張リ失踪ノ宣告ト云フモノガ效力ヲ持ッテ居ルコトニナル、ソレ故ニ寧ロ失踪ノ宣告ノ取消ト云フモノヲ形式的ニ裁判所ニ於テ爲スト云フコトガ必要デアル、就中理論ニ於テモ一旦國家ガ或人ヲ死亡者ト認ムルト云フ宣告ヲシタ以上ハ、而シテソレハ或時期ニ於テ死亡シタル者ト認ムト云フコトニ定ッタノデアルガ、其裁判ガ事實ト違ウテ居ルト云フナラバ矢張リ同一ノ形式ヲ以テ前ノ裁判ヲ取消シテ事實ヲ明カニスルト云フ方ガ宜シイ、サウスレバ此取消ナルモノハ丁度失踪ノ宣告ガ一切ノ人ニ對シテ效力ヲ有スルガ如ク取消モ亦一切ノ人ニ對シテ效力ヲ生ズルカラ是ニ因ッテ前ノ宣告ガ誤ッテ居ルト云フナラバ此宣告ガ全ク無效ニ歸シテ仕舞フノデアル、此理論カラ我民法ニ於テハ失踪ノ宣告ハ其取消ガナケレバ效力ヲ失ハナイト云フコトニナッテ居ル立法論トシテハ私ハ大ニ疑ヲ持ッテ居ルケレドモ兎ニ角サウ云フ理論デ我民法ハ規定シテ居ル

第三十二條　失踪者ノ生存スルコト又ハ前條ニ定メタル時ト異ナリタル時ニ死亡シタルコトヲ證明アルトキハ裁判所ハ本人又ハ利害關係人ノ請求ニ因リ失踪ノ宣告ヲ取消スコトヲ要ス

此取消ハ果シテ如何ナル效力ヲ有スルカ、就中此取消ガ既往ニ遡ッテ效力ヲ持ツカ又ハ將來ニ向ッテノミ其效力ヲ有スルカト云フコトガ問題デアル、將來ニ於テ失踪ノ宣告ガ取消ニ因ッテ全ク其效力ヲ失フコトハ是ハ疑ガナイガ、單ニ將來ノミニ止マルカ、又ハ既往ニ遡ルカト云フト之ニ付テハ法律ニ何等ノ規定モアリマセヌカラ從テ多少ノ疑ヲ生ズルノデスガ、私顯フニ是ハ原則トシテ既往ニ遡ルノデアル、取消ト云フモノハ時トシテ既往ニ遡リ、時トシテ將來ニ向ッテノミ效力ヲ生ズルノデアル、例ヘバ法律行爲ノ取消ノ如キハ原則トシテ既往ニ遡ルト云フコトガ規定シテアル（一二一條）、其他ノ場合ニ於テハ取消ガ如何ナル效力ヲ有スルカト云フコトハ特ニ定メタハナイ、例ヘバ夫ガ妻ノ法律行爲ニ關スル許可ヲ取消スト云フコトガアル、或ハ未成年者ノ法定代理人ガ其未成年者ノ或營業ヲ爲スコトヲ許可シテ後ニ其許可ヲ取消スト云フコトガアル即チ民法第六條及ビ第十六條、ソレカラ法人ノ許可ノ取消ト云フモノガアル、是ハ第六十六條第一項ノ第四號及ビ第七十一條、此等ノ取消ハ疑モナク將來ニ向ッテノミ其效力ヲ生ズル、是ハ多分議論ハ起ルマイト思フ、ソレ故ニ取消ト申セバ必ズ既往ニ遡ルトカ又ハ既往ニ遡ラヌトカ云フコトハ申サレナイ、其場合ニ依ッテ違フ、失踪ノ取消ニ付テモ何等ノ特別規定ハナイ、サウシテ見ルト是ハ其場合ノ性質ヲ考ヘナケレバナラヌ、失踪ノ取消ガ效力ヲ既往

0302

ニ遡ラシメナイト云ヘバ非常ナ結果ヲ生ズル、先ヅ現ニ生キテ居ル者ガ誤ッテ失踪ノ宣告ヲ受ケタトキニハ假令後日其取消ヲ爲シテモソレマデハ死亡シタル者ト法律上看做サルルト云ヘバ假ニ民法上ノミカラ觀察シテモ其者ノ爲シタル一切ノ法律行爲ハ無效デアルト謂ハナケレバナラナイ、即チ法律上人格ノ無イ者、既ニ死亡シタ者デアルカラ、ソレガ或法律行爲ヲ爲スト云フコトハ出來ヌ筈デアル、併シ生キテ居ルノデスカラ盛ニ法律行爲ヲ爲スデアラウト思フ、ソレガ皆無效ニ爲ルト云フコトデアルナラバ非常ナコトデ、ソンナコトガアルナラバ特ニ規定ガナケレバナラヌ、規定ガナケレバサソ云フ結果ヲ惹起スベキ筈ハナイ、尙ホ民法ノ明文ニ依ッテモ略ボ立法者ノ意思ヲ推測スルコトガ出來ル、ソレハ嚮テ說明スベキ所ノ第三十二條第一項ノ但書及ビ第二項ノ規定デアル、ソレデ兎ニ角私ハ此失踪ノ取消ハ原則トシテ既往ニ遡ルノデアッテ、一旦ハ死亡ノ推定ヲ生ジテ居ッタケレドモ此推定ハ取消ニ因ッテ消滅スルノデアルト、斯ウ考ヘルノデアリマス、其結果ハドウデアルカト云フニ先ヅ失踪者ガ失踪宣告ノ後爲シタル一切ノ法律行爲ハ有效デアルト云フコトデアル、尙ホ他人ガ失踪者ヲ既ニ死亡シタル者ト看做シテ爲シタル所ノ法律行爲又ハ其原因ニ因ッテ得タル所ノ財產等ハ本來云ヘバ總テ元ニ復セナケレバナラヌ、即チ失踪者ガ現ニ生キテ居ルナラバ他ノ者ガ失踪者ノ財產等ニ付テ爲シタル法律行爲ハ效力ヲ生ズルコトハ出來ヌ、ソレカラ失踪ノ宣告ノ結果ニ因ッテ他人ガ失踪者ノ財產ヲ取得シタナラバ其財產ハ全部失踪者ニ還サナケレバナラヌ、否當然其財產ハ失踪者ノモノデアルト、斯ウ謂ハネバナラヌ、私ハ矢張リ原則ハサウデアルト云ッテ宜カラウト思フ、唯法律ニ於テハ善意者ヲ保護スル爲メニ種種ノ規定ヲ設ケテ居ル

先ヅ第一ニハ善意者ガ爲シタル法律行爲ハ有效デアルト云フコトニナッテ居ル、即チ第三十二條第一項ノ但書ニ

但失踪ノ宣告後其取消前ニ善意ヲ以テ爲シタル行爲ハ其效力ヲ變セス

此結果ト致シマシテ例ヘバ失踪者ノ相續人ガ正當ニ相續ヲシタト思ッテ相續財產ヲ他人ニ讓ル、其上ニ地上權抵當權ノ如キ物權ヲ設定スル、又ハ之ニ付テ賃貸借契約ノ如キ行爲ヲ爲ス、此等ノ行爲ハ理論カラ言フト相續人ニ非ザル者ガ爲シタル行爲デスカラソレハ失踪者ニハ對抗ガ出來ナイ筈デアルガ、ソレデハ實際困ルカラ善意ニシテ爲シタモノナラバソレハ矢張リ法律上有效トスルト云フコトデアル、矢張リ此規定ノ結果ト致シマシテ是ハ明文アッタ方ガ猶ホ宜イカモ知レマセヌガ、我邦ニハ明文ガアリマセヌガ多分疑ハナカラウト思フ、失踪者ノ配偶者——夫デアラウトモ妻デアラウトモ其配偶者ガ失踪者ハ死亡者ト看做サルルカラ鰥寡ニナッタ積リデ他ノ者ト再婚スルソレカラ後ニ前ノ配偶者ガ歸ッテ來ルト云フヤウナ場合ニ於テモ苟モ善意ニテ第二ノ結婚ヲ爲シタナラバ其婚姻ハ有效デアル、法律上重婚ト看做サルルト云フコトモナシ、詰リ絕對ニ有效デアルト謂ハナケレバナラヌト思ヒマス、唯此「善意ヲ以テ爲シタル行爲」ト云フノハ當事者ガ二人以上アル場合ニ於テ一方ガ善意デ他ノ一方ガ惡意デアルトキニハドウ

ナルデアラウカト云フ疑ガアル、法文ニハ單ニ「善意ヲ以テ爲シタル行爲」トアルノミ、私ハ此解釋トシテハ苟モ當事者ノ一方ガ善意デアレバ此但書ガ嵌ル、即チ「其效力ヲ變セス」デ、是ニ對シテハ失踪ノ取消ガ其效力ヲ及ボサヌト思フ、ソウナケレバ善意者ガ意外ノ損害ヲ被ムル、恰モソレヲ避クルガ爲メニ此但書ノ規定ガアル

第二ニハ失踪ノ宣告ニ因ッテ財產ヲ得タル者、ソレハ重モニ相續人、ソレカラ又若シ失踪者ガ失踪前ニ既ニ遺言ヲ爲シテ置イタナラバ其遺言ニ因ッテ財產ヲ得タル者、即チ受遺者、其他或人ノ死亡ニ因ッテ財產ヲ得ベキ者ガアレバソレヲ含ムガ、要スルニサウ云フモノハ如何ニスベキカト云フト第三十二條第二項ニ之ヲ規定シテ居ル

失踪ノ宣告ニ因リテ財產ヲ得タル者ハ其取消ニ因リテ權利ヲ失フモ現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テノミ其財產ヲ返還スル義務ヲ負フ

一旦相續人ト爲リ、受遺者ト爲リ其他失踪ノ宣告ノ結果デ失踪者ガ死亡者ト看做サレタルガ故ニ財產ヲ得タル者ハ其宣告ガ取消サルルト云フト多クハ其財產ヲ返サナケレバナラヌ、即チ眞ノ相續人デナカッタト云フコトニナル、又ハ遺贈ガ未ダ效力ヲ生ゼヌト云フコトニナル、併ナガラ此失踪ノ宣告ト云フモノハ裁判所ニ於テ鄭重ナル手續ヲ履ンデ爲シタルモノデアッテ法律上ハ一旦之ヲ死亡者ト看做シタノデスカラ後日ニナッテカラ其消費シタルモノマデ返還シナケレバナラヌト云フト、詰リ法律ガ何ノ某ハ既ニ死亡シタルモノデアルト云ッタニ拘ハラズ實際其法律ノ認定ガ誤ッテ居ッタ爲メニ意外ノ損失ヲ被ムル者ガ出來ルト云フコトニナル、故ニ此場合ニ於テハ「現ニ利益ヲ受クル限度ニ於テノミ其財產ヲ返還スル」コトヲ要スルト云フコトニナッテ居ル、即チ相續人ガ相續ヲシテカラ後其財產ヲ浪費シタ又ハ意外ノ事實ニ因ッテ損失ヲ被ッタト云フ場合ニハ殘ッテ居ル財產ダケ返セバ宜イ、況ヤ相續ノ後天災ニ因ッテ消滅シタルモノハ無論返スニ及バヌ、是ガ即チ第三十二條第二項ノ規定ノ意味デアル

第二段　外國人ノ權利能力

之ニ付テハ第一ハ何人ガ外國人デアルカト云フコトト、第二ニ外國人ノ權利如何ト云フコトヲ論ジナケレバナラヌノデアル

第一　何人ガ外國人デアルカ

此問題ハ餘程ムヅカシイ問題デアル、國法問題トシテモムヅカシイ問題デアルガ就中國際法問題トシテムヅカシイ問題デアル、ナゼデアルカト云フニ、各國各、自國ノ人民ノ分限ト云フモノヲ定メテ居ル日本ハ日本デ定メテ居ル、英吉利ハ英吉利デ定メテ居ル、而シテ其規定ガ全ク同一デナイ、故ニ往往ニシテ衝突ガアル、例ヘバ日本ノ法律デハ日本人ト看テ居ルモノガ英吉利ノ法律デハ英吉利人デアル又ハ日本ノ法律デハ日本人デナイ即チ其精神ハ寧ロ英吉利人デアルト云ッ積リデ、日本人デナイト極ッテ居ルケレドモ英吉利ノ法律デハ矢張リ英吉利人デナイ其精神ハ寧ロ日本人デアルト云フコトガアル、是ハ二ツ以上ノ主權ノ衝突デ此問題ヲ決スルコ

0304

トハ寔ニ困難デアル、而シテ此國際問題、何人ガ內國人デアルカ外國人デアルカト云フ問題ハ種種ノ場合ニ於テ必要デアル、就中國際私法ニ付テ最モ必要デアル、國際私法ニ於テハ例ヘバ身分、能力ノ問題ノ如ク本人ノ本國法ニ據ルベキ場合ガ數多アル、然ルニ若シ本國ガ明カデナカッタナラバ餘程困ル譯デアル、是ニ於テ或ハ其問題ハ矢張リ國際私法ノ問題デアルカラ國際私法ノ原則ニ依ッタラ宜カラウ、即チ或人ガ何レノ國籍ニ屬スルカト云フコトハ身分ノ問題デアル、ソレデアルカラ身分法ノ一般ノ規定ニ依ッタラ宜カラウト、斯フ云フカモ知レヌ、所ガソレガ出來ナイ、人ノ身分ニ關スル法律ハ本國法ニ依ルトアル、其本國法ハト云フト其本國法ハ人ノ身分ダカラ其身分ヲ定ムベキ法律ニ依ルト云フノデアルカラ、是ハ所謂「輪回論法」ニナル、甲ノコトガ分ラヌカラソレヲ決スルニハ乙ニ依ルト云フ、乙ノ方デハ此乙ノ問題ヲ決スルニハ甲ニ依ルト云ッタラ際限ガナイ、私共ノ信ズル所ニ據レバ此問題ハ畢竟事件ノ起ッタ國ノ裁判所ガ自國ノ法律ニ依ッテ決スルノ外ハナイ、日本ニ於テ問題ガ起ッタラバ日本ノ法律ニ依ッテ決スルノ外ナイ、英吉利ニ於テ問題ガ起ッタラバ英吉利ノ法律ニ依ッテ決スルノ外ナイ、尙ホ理窟ヲ附ケテ見ルト此ノ如キコトハ國ノ基礎ヲ成スベキ問題デアッテ最モ公安ニ關スル問題デアルカラ所謂公安法ハ裁判所所在地ノ法律ニ依ルトシテモ是非サウナケレバナラヌ、何トナレバ國ト云フモノハ土地ト人民トヨリ成立ツモノデアッテ、其人民ハ誰デアルカト云フコトハ詰リ國ノ基礎タル問題デアルト謂ハナケレバナラヌ、此原則ハ大抵一般ニ認メラレテ居ル、即チ我邦ニ於テハ總テ明治三十二年法律第六十六號國籍法ニ依ラナケレバナラヌ、唯併ナガラ其法律ノ結果トシテ、否各國ノ類似ノ法律ノ結果トシテ本國ノ明カナラザルモノガ必ズ出來ル、ソレハ第一ニハ重國籍ヲ持ツ者、第二ニハ無國籍ノ者デアル

重國籍ハドウシテ出來ルカト云フト日本ノ法律デハ日本人ト見、ソレカラ英吉利ノ法律デハ英吉利人ト見ルト云フ場合ガ先ヅ一ツノ場合、此場合ニハ今ノ裁判所所在地ノ法律ニ依ルト云フ方カラ言ヘバ若シ問題ガ日本デ起レバ日本人ト見ル、英吉利デ起レバ英吉利人ト見ルト云フコトニナラナケレバナラヌノデスケレドモ、時トシテハ第三國ニ於テ問題ガ起ル、即チ英吉利ノ法律ニ依レバ英吉利人デアリ佛蘭西ノ法律デアレバ佛蘭西人デアルト云フ問題ガアル、而シテ日本ニ於テ問題ガ起ッタラドウスル、日本ノ法律ハ單ニ日本人タル資格ダケヲ定メテ居ル、ソコデ甚ダ困ル問題ニナル、我邦ニ於テハ國際私法ノ問題ニ付テダケデハアルケレドモ、法例ニ規定ガアル、唯其規定ガ不完全デアル、ソレガ爲メ此問題ヲ總テ決スルコトハ出來ヌ、其規定ハ法例ノ第二十七條第一項ニアル

當事者ノ本國法ニ依ルヘキ場合ニ於テ其當事者カ二個以上ノ國籍ヲ有スルトキハ最後ニ取得シタル國籍ニ依リテ其本國法ヲ定ム但其一カ日本ノ國籍ナルトキハ日本ノ法律ニ依ル

即チ其國籍ガ日本ノ法律ニ依レバ日本人デアル、ソレカラ英吉利ノ法律ニ依レバ英國人デアルト云フ場合ニハ日本人トシテ取扱フ、併ナガラ日本ニハ關係ガナイ、英吉利人デアルカ、佛蘭西

0305

人デアルカ分ラヌト云フトキニハ最後ニ取得シタル國籍ヲ以テ本國トスルト云フノデアル、此規定ハ忍ハ明カニ不完全デアルト云フコトヲ認メル、先ヅ第一ニ同時ニ取得シタル國籍デアッタラドウデアル、即チ出生ノ際取得スル國籍ノ異ナルコトガアル、其方ガ寧ロ多イデアラウカト思フ、今日ノ國籍法ノ主義ハ尠クモ二ツアル、一ツハ出生地主義、生國主義ト云テモ宜イ、今一ツハ血統主義――生國主義ト云フ方ハ極端ヲ言ヘバ親ハ何處ノ人デアラウトモ苟モ日本デ生マレタ者ハ日本人デアルト云フ主義、ソレカラ血統主義ト云フノハ假令日本デ生マレテモ親ガ英吉利人ナラバ其子モ英吉利人デアルト云フノデス、是ハ全ク正反對ノ主義デアル、此場合ニ於テハ即チ甲ノ國ノ法律ニ依レバ生國主義デ、其國ニ生マレタ者ハ總テ甲國人デアルトシテアル、然ルニ乙ノ國ニ於テハ血統主義デ假令外國ニ生マレタ者デモ乙ノ國ノ人ノ子デアルナラバ乙ノ國ノ國籍ヲ持ツトナッテ居ルト忽チ衝突ヲスル、生レルト直グ重國籍ヲ持ツコトニナル、ソレハ法例ノ第二十七條ニ規定シテナイ、ソレ故ニ此場合ニ於テハ如何ニスベキカト云フコトヲ必ズ決シナケレバナラヌ、私ノ信ズル所ニ據レバ此場合ニハ詰リ我國籍法ノ原則ヲ適用スルノ外ナイ、成程我國籍法ハ直接ニハ我國人デアルカ外國人デアルカト云フコトダケシカ極メテ居ラヌケレドモ、ソレガ最モ正當ナル主義デアルト認メテ居ルニ相違ナイ、ダカラ今ノヤウナ場合ニハ矢張リ此主義ニ依ッテ詰リ我國籍法ハ血統主義ヲ採用シテ居リマスカラ今ノヤウナトキニハ血統主義ヲ取ッテ、問題ノ人ハ乙國人デアルト見ナケレバナラヌト思フ、之ニ付テハ或ハ住所地ノ人ト見ナケレバナラヌト云フ說モアルケレドモ私ハソレヲ取ラヌ、ソレハ何等ノ據リ所モナイ、法例ニ於テモ國籍法ニ於テモ何等ノ據リ所モナイ說デアルカラ私ハ取ラヌ、ソレカラ今一ツ此規定ガ不完全デアル若クハ不穩當デアルト思フノハ「最後ニ取得シタル國籍ニ依ル」ト云フコトハ何ノ理由ッテサウデアルカ、是ハ蓋シ國籍ナルモノハ各自ノ意思ニ因ッテ取得スルノデアル、故ニ始メニ取得シタル國籍ハ後ニ他國籍ヲ取得スルニ因ッテ自ラ之ヲ拋棄シタルモノデアル、ソレデ最後ノ國籍ヲ取ルノデアルト、斯ウ云フ趣意ニ相違ナイケレドモ私ノ思フニハソレガ誤ッテ居ル、國籍ハ必ズシモ本人ノ意思ニ因ッテ取得スルトハ限ッテ居ラヌ、成程或條件ノ下ニ本人ノ意思ニ因ッテ國籍ヲ轉ズルコトハ認メテ居ルケレドモ、國籍ノ變更ノ場合ニハ常ニ本人ノ意思ニ因ルト云フコトデハ決シテナイ、我邦デモサウデアルガ、外國デモサウデアル、然ラバ本人ノ意思ニ因ラズシテ取得シタル國籍ニ付テ云テ見レバ其前後ニ依ッテ優劣ノアルベキ筈ハナイ、甲ノ國ノ法律デハ矢張リ甲國ノ人ト見テ居ル、然ルニ或事實ガ生ジタル爲メ乙ノ國ノ法律デハソレヲ乙國ノ人ト見ルト、斯ウ云フコトガアルトスル、此場合ニ我邦ニ於テ何故ニ乙國ノ法律ヲ目安トシナケレバナラヌカ、我邦ノ法律カラ見レバ甲ノ國ノ法律モ外國ノ法デアル、乙ノ國ノ法律モ外國ノ法律デアル、其法律ノ效力ニ優劣ノアルベキ筈ハナイ、然ルニ甲ノ國デハ其國ノ人ト見テ居ル、乙ノ國デハ乙ノ國ノ人ト見テ居ルト云フトキニナゼ日本ハ乙ノ國ノ人ト見ナケレバナラヌカ、何等ノ理由モナイ、併シ是ハ立法論デアッテ、

0306

サッキ申シタヤウニ同時ニ甲乙二國ノ國籍ヲ取得シタ場合ハ是ハ法例ニ規定ガナイカラ自由ニ意見ヲ立テルコトガ出來マスガ、甲ノ國ノ國籍ヲ先ニ取得シテ後ニ乙ノ國ノ國籍ヲ取得シタ場合ニハ此第二十七條ガアルガ爲メ少クモ國際私法ノ問題ニ付テハ此規定ニ依ラナケレバナラヌ、尙ホ是ハ舊法例ノ規定ト同ジコトデス、舊法例ノ第八條第二項ニ詰リ此ノ通リ規定ガアル第二ニハ無國籍ト云フコトガアル、是ハ何レノ國籍ノ人カ分ラヌト云フ場合モアルケレドモ、矢張リ法律ノ抵觸ノ爲メ無國籍ノ結果ニナルコトガアル、我邦ノ法律デモ外國人ト見テ居ル、而シテ其精神ハ詰リ英國人ト爲ルベキ者デアルカラト云フノデ外國人ト見テ居ル、英吉利ノ法律デハ之ニ反シテ、日本人デアルベキモノト云フ精神カラシテ之ヲ外國人ト見テ居ル、サウスルト詰リ日本カラモ外國人ト見テ居ル、英吉利カラモ外國人ト見ラルル、他ニ關係ノ國ガナイトスレバ畢竟其考ハ無國籍ト云フコトニナル、ソコデ法例ノ第二十七條第二項ニ規定ガアル

國籍ヲ有セサル者ニ付テハ其住所地法ヲ以テ本國法ト看做ス其住所カ知レサルトキハ其居所地法ニ依ル

是ハ舊法例ノ第八條第一項ニ矢張リ同樣ニナッテ居ル、是ハ私モ外ニ仕樣ガナイ、是ガ穩當デアラウト思フ、以上ハ國法私法ダケニ付テ規定ニナッテ居ル所デアル、他ノ問題ニ付テハ滅多ニ是ガ面倒ナル關係ヲ起サヌシ、國際私法ニ於テ最モ是ガ困難ナル問題デアルカラ規定シテアル

民法物權（自第一章至第六章）

法學博士　横田秀雄講述

本講義ニ於テハ第二編物權、第一章總則、第二章占有權、第三章所有權、第四章地上權、第五章永小作權及ヒ第六章地役權ヲ說明スルヲ目的トス

第一章　物權總論

第一節　物權ノ性質

物權ハ物ヲ支配スル權利ナリ詳言スレハ物權ハ有體物ヲ直接ニ權利者ノ意思ニ服從セシムルモノニシテ權利者ハ其意ノ欲スル所ニ從ヒ權利ノ目的タル有體物ヲ支配スル法律上ノ能力ヲ有スルモノナリ蓋シ物權ノ種類ハ一ニシテ足ラス其內容モ亦隨テ區區ナリト雖モ直接ニ物ノ上ニ行ハレ物ヲ支配スルノ權利タルハ一ニシテ唯其支配ノ方法、範圍ニ差異アルニ過キス此ノ如ク物權ニ在リテハ權利者ト權利ノ目的タル物トノ間ニ直接ノ關係ヲ生スルヲ以テ此權利ニ付テハ特

0307

定ノ對手人ナルモノアルコトナシ換言スレハ權利者ハ他人ノ行爲ヲ介セスシテ直接ニ權利ノ目的タル物ヲ支配スルコトヲ得ヘク唯權利者以外ノ人ハ其何人タルヲ問ハス物ニ對スル權利者ノ行爲ニ干渉シテ其行爲ヲ妨クルコトヲ得サルノミ故ニ物權ハ特定ノ人ヲシテ特定ノ行爲ヲ爲スノ義務ヲ負ハシムルモノニ非スシテ唯一般ノ人ヲシテ物ニ對スル權利者ノ行爲ヲ侵害セサル消極的義務ヲ負ハシムルニ止マルモノトス

債權ハ之ト異ナリ特定ノ人ヲシテ特定ノ事ヲ爲シ又ハ爲ササラシムルノ權利ナルヲ以テ常ニ必ス特定ノ對手人アルコトヲ要シ其目的トスル所モ亦對手人即チ債務者ノ行爲ニ在リテ物ト直接ノ關係ヲ有スルコトナシ是レ債權ヲ稱シテ對人權又ハ人ヲ支配スルノ權利ナリト云フ所以ナリ故ニ債權關係ニアリテハ債務者ニ於テ權利ノ目的タル行爲、不行爲ノ義務ヲ負フト同時ニ當事者以外ノ一般ノ人ニ於テ此權利關係ヲ侵害セサルノ消極的義務ヲ負フモノトス

之ヲ要スルニ物權ハ物ヲ目的トシ債權ハ行爲ヲ目的トス又物權ハ對世的效力ノミヲ生シ債權ハ對人的效力ト對世的效力トヲ併セ生スルモノトス

吾人ノ享有スル所ノ私權ハ之ヲ二箇ニ大別スルコトヲ得身分權及ヒ財產權即チ是ナリ是レ方今普通ニ行ハルル所ノ權利ノ類別ナリ所謂身分權トハ人ノ身分上ノ位置ヨリ生スル私權ニシテ之ヲ人格權及ヒ親族權ノ二ト爲スコトヲ得ヘシ人格權トハ人類固有ノ性格ヨリ生スル私權ニシテ吾人ノ生命、身體、名譽、自由、姓名、尊稱等ニ關スル權利ヲ稱シ親族權トハ人ノ親族關係ヨリ生スルノ私權ニシテ戶主ト家族ノ關係ヨリ生スル戶主權、親子ノ關係ヨリ生スル親權、夫婦ノ關係ヨリ生スル夫權ノ如キモノヲ云フ財產權ハ處分シ得ヘキ利益ヲ目的トスル權利ニシテ物權ハ債權及ヒ智能權ト共ニ此種ノ權利ニ屬スルモノナリ

右權利ノ類別中人格權ハ人タルノ性格ヨリ生シ人タルノ資格ト分離スヘカラサル關係ヲ有スルヲ以テ吾人人類ハ當然此權利ヲ享有スルト同時ニ之ヲ拋棄シ之ヲ讓渡スルコト能ハサルモノナリ是レ人格權ノ特質ナリ親族權モ亦人ノ身分關係ヨリ生シ人ノ身分ト分離スヘカラサル關係ヲ有シ之ヲ拋棄シ之ヲ讓渡スルコト能サルハ人格權ニ同シ物權ハ全ク之ト異ナリテ吾人ハ物權ヲ有スルコトアリ又ハ有セサルコトアリ之ヲ有セサルモ人タル身分ニ毫モ缺クルコトナク又之ヲ享有スルニ人タル身分ニ附加スルコトナシ唯此權利ヲ有スルニ因リ吾人ノ本來享有セル能力ハ一層其範圍ヲ擴張スヘキノミ且物權ニシテ既ニ人タル身分ト分離スヘカラサル關係ヲ有セサル以上ハ一旦取得シタル後之ヲ拋棄シ之ヲ讓與スルコトヲ得ヘキハ論ヲ俟タス換言スレハ物權ニ在リテハ法律ニ依リ保護セラルル利益ハ權利者ニ於テ隨意ニ處分シ得ヘキモノトス是レ物權ハ處分シ得ヘキ利益ヲ目的トスル權利トシテ財產權ノ一種ニ屬シ債權ト其性質ヲ同シウスルノ點ナリトス

物權ハ物ノ上ニ直接ニ行ハルル權利ナルヨリ左ノ效果ヲ生ス

第一　物權ニハ權利ノ目的タル特定ノ有體物アルコトヲ必要トス　我民法ニ在リテ物ト稱スル

ハ有體物（動產、不動產）ノミヲ謂ヒ物權ハ直接ニ物ノ上ニ行ハルル權利ナルヲ以テ其存立ニハ特定ノ有體物アルコトヲ必要トス何トナレハ物權ノ目的ハ有體物タルコトヲ要スルハ勿論權利者ト有體物トノ間ニ直接ノ關係ヲ生スルニハ其有體物ノ特定スルコトヲ要スルハ論ヲ俟タサルヲ以テナリ債權ハ之ニ異ナリ權利ノ目的タル有體物アルコトヲ必要トセサルノミナラス偶〻有體物ノ給付ヲ目的トスル場合ト雖モ權利ノ目的ハ有體物其物ニ在ラスシテ對手人ノ行爲ニ在ルモノナリ是レ物權ト債權トノ異ナル第一ノ點ナリトス

第二　物權ハ物上請求權ヲ生ス　物權ニハ特定ノ對手人ナク唯一般ノ人ヲシテ不行爲ノ義務ヲ負ハシムルニ過キス而シテ之ヲ侵害スル者アルニ當リ始メテ特定ノ人ニ對シテ行爲、不行爲ヲ要求スルノ權利ヲ生スルモノナリ即チ物權ヲ有スル者ハ場合ニ從ヒ侵害者ニ對シテ目的物ノ返還、原狀回復、妨害排除、損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ物上請求權又ハ物上訴權ト稱スルモノ即チ是ナリ是レ成立ノ始ヨリ特定ノ人ニ對シテ行爲、不行爲ヲ要求スル權利タル債權ト異ナル所ナリ

第三　物權ハ追及權ヲ生ス　吾人ノ有スル所ノ權利カ物權ナルトキハ權利ノ目的タル物カ轉轉シテ何人ノ手裡ニ歸スルモ其物ニ追隨シテ權利ヲ行フコトヲ得ヘシ之ヲ稱シテ追及權ト謂フ例ヘハ甲、一ノ家屋ヲ所有スル場合ニ乙其家屋ヲ冒認シ自己ノ所有家屋ナリトシテ之ヲ丙ニ賣却シ丙更ニ之ヲ丁ニ賣却シ丁モ亦之ヲ戊ニ賣却シ戊之ヲ占有スト假定センニ家屋ノ眞正ノ所有者タル甲ハ追及權ノ作用ニ依リ戊ニ對シテ其權利ヲ主張シ其取戻ヲ請求スルコトヲ得ヘシ尙ホ他ノ一例ヲ擧クレハ甲、乙ニ對シテ金一萬圓ノ債權ヲ有シ其債權ノ擔保トシテ乙ノ所有ニ係ル地所ノ上ニ抵當權ヲ設定シタル後乙其地所ヲ丙ニ賣却シタルトキハ甲ハ地所ノ所有者ノ更迭ニ拘ハラス其權利ヲ主張シ該地所ノ上ニ抵當權ヲ行フコトヲ得ヘシ

之ニ反シ吾人ノ有スル權利カ債權ナルトキハ對手人タル債務者ニ對シテノミ其權利ヲ行フコトヲ得ヘク債務者以外ノ人ニ對シテ之ヲ行フコトヲ得ス例ヘハ甲、乙ニ對シテ越後米百俵ヲ賣渡スコトヲ約シタルトキハ乙ハ甲ニ對シテ其引渡ヲ求ムルノ權利ヲ有スルヤ明カナリ此場合ニ於テ甲其所持ノ越後米ヲ丙ニ讓渡シ其引渡ヲ了シタルトキハ乙ハ丙ニ對シテ其引渡ヲ求ムルコトヲ得ス何トナレハ乙ハ債權者トシテ債務者タル甲ニ對シテ米ノ引渡ヲ爲サシムルノ權利ヲ有スルニ止マリ債權者ニ非サル丙ニ對シテハ何等ノ請求權ヲモ有セス又米其物ニ付キ權利ヲ有セサルヲ以テナリ

第四　物權ハ優先權ヲ生ス　吾人カ或物ノ上ニ物權ヲ有スルトキハ後ニ至リ第三者ハ最早同一物ノ上ニ同一ノ物權又ハ吾人ノ物權ト相容レサル權利ヲ取得スルコトヲ得ス故ニ同一物ノ上ニ時ヲ異ニシテ數箇ノ物權カ設定セラレタルトキハ其優劣ハ設定ノ前後ニ依リテ定マルヘキモノニシテ前ニ設定セラレタル權利ハ後ニ設定セラレタルモノニ優先スルヲ原則トス優先權ト稱スルモノ即チ是ナリ例ヘハ（一）甲カ一ノ地所ヲ所有シ乙ノ爲メニ其地所ノ上ニ用水

0309

地役權ヲ設定シタル後更ニ丙ノ爲メニ同一地所ノ上ニ用水地役權ヲ設定シタルトキハ前ニ設定セラレタル乙ノ地役權ハ後ニ取得シタル丙ノ地役權ニ優先スヘキモノトス何トナレハ乙ハ完全ニ地役權ヲ取得シ此地役權ハ丙ニ於テ之ヲ尊重セサルヘカラス隨テ丙ハ乙ノ地役權ヲ負擔シタル地所ノ上ニ地役權ヲ取得シタルニ過キスシテ乙ノ地役權ヲ無視シテ完全ナル地役權ヲ行使スルコトヲ得サレハナリ（二）甲、乙ニ對シ借用金ノ擔保ト爲シ其家屋ヲ抵當ニ供シタル後更ニ丙ヨリ金圓ヲ借用シ同一ノ家屋ヲ抵當ト爲シタリト假定スレハ前ニ設定セラレタル乙ノ抵當權ハ後ニ設定セラレタル丙ノ抵當權ニ優先スヘキモノトス隨テ乙先ツ其家屋ノ上ニ抵當權ヲ實行シ其債權ノ完全ナル辨濟ヲ受ケタル後ニ非サレハ丙ハ該家屋ニ付キ其抵當權ヲ行フコトヲ得ス

債權ハ之ニ異ナリテ其效力同等ニシテ何レノ債權モ優先ノ利益ヲ享受セサルヲ原則トス隨テ物權ノ如ク其發生ノ前後ニ依リ强弱ヲ異ニスルコトナシ例ヘハ甲、乙ヨリ金千圓ヲ借用シタル後更ニ丙ヨリ金千圓ヲ借用シタリトセン乙及ヒ丙ノ債權ハ其效力ニ於テ全ク同等ニシテ其間毫モ差異ナク前ニ發生シタル乙ノ債權ハ後ニ發生シタル丙ノ債權ニ對シ優先權ヲ享受スルコトナシ故ニ同一債務者ニ對シテ數名ノ債權者アルトキハ各債權者ハ他ノ債權者ニ拘ハラス自己ノ債權ノ履行ヲ債務者ニ求ムルコトヲ得ヘク其債權發生ノ日時如何ヲ顧慮スルノ必要ナシ隨テ各債權者カ其債權ニ付キ滿足ヲ得ルト否トハ一ニ債務者ニ對スル請求ノ遲速如何ニ係

ルモノナリ但債務者カ無資力ト爲リ其財產ヲ差押ヘテ之ヲ賣却シ總債權者ニ配當スル場合ニハ其賣却代金ハ債權發生ノ日時如何ニ拘ハラス債權額ニ應シテ之ヲ債權者間ニ分配スヘキモノトス是レ債權同等ノ原則ヨリ生スル結果ニシテ債務者ノ總財產ハ總債權者ノ共同擔保ナリトハ結局此意義ニ外ナラス

之ヲ要スルニ物權ハ直接ニ物ヲ支配シ債權ハ物ト何等直接ノ關係ヲ有セスシテ對手者ノ行爲ヲ目的トス而シテ此兩者間ニハ原則上前述ノ如キ效力ノ差異アリト雖モ此原則ハ絕對的ニ之ヲ適用スルコトヲ得ス例ヘハ物權ハ其成立ト同時ニ追及權及ヒ優先權ヲ生スルヲ本質ト爲スモ物權者ハ常ニ必ス此權利ヲ行フコトヲ得ス即チ民法第一七七條及ヒ第一七八條ノ規定ヨリ生スル結果トシテ物權ノ設定、移轉アリタル場合ニ物權ノ取得者ハ不動產ニ關スル物權ニ關シテハ登記手續、動產ニ關スル物權ニ關シテハ引渡ヲ爲スニ非サレハ第三者ニ對シテ其權利ヲ主張スルコトヲ得ス又他方ニ於テ賃借權ノ如キハ本來一ノ債權ニ過キサルモ之ヲ登記スルニ於テハ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘク且特定物ヲ目的トスル債權ハ直チニ物權ヲ生スルヲ以テ特定物ニ關スル債權ト物權トハ理論上ニ於テハ其效力ヲ異ニスルモ實際上ニ於テハ其效力殆ト相等シキニ至レリ然レトモ特定物以外ノ給付ヲ目的トスル債權ト物權トノ間ニハ常ニ上述ノ如キ性質及ヒ效力ノ差異アリトス

第二節　物權ノ種類

物權ハ物ノ上ニ行ハルル權利ニシテ多少永續スヘキ性質ヲ有シ目的物ノ存スル限ハ何人ニ對シテモ之ヲ行フコトヲ得ヘク又物ハ動產タルト不動產タルトニ論ナク一國ノ富ト密接ノ關係ヲ有スルヲ以テ物權ニ關スル制度ハ常ニ一國ノ經濟ニ重大ナル影響ヲ及ホスモノナリ就中土地ハ物權ノ設定ニ適シ土地ノ上ニ種種ナル負擔ヲ加フルコトハ古來其例ニ乏シカラスト雖モ土地ハ殖產興業ノ用ニ供セラレ國ノ一大富源ヲ成スモノナレハ各人ヲシテ土地ノ永久ノ負擔ト爲ルヘキ物權ヲ濫ニ設定スルコトヲ得セシムルニ於テハ一國ノ經濟上頗ル危殆ノ結果ヲ生スルニ至ルヘキハ賭易キノ道理ナリ故ニ方今何レノ國ニ於テモ債權ノ創設ニ付キ當事者ニ完全ナル意思ノ自由ヲ認許スルニ反シ物權ノ創設ニ關シテハ嚴格ナル制限ヲ設ケ法律ニ認ムルモノノ外ハ當事者ノ意思ヲ以テ隨意ニ之ヲ創設スルコトヲ得サルモノト爲セリ

我國ニ於テ從來認メラレタル物權ハ其數甚タ多カラス永小作權、地役權、質權ハ一般ニ行ハレ來リシ所ニシテ其他地方ニ依リ下草苅取權、見繼山仕立權、入會權等ノ名稱ノ下ニ土地ニ關スル物權アリ歐洲諸國ニ於テハ中古以來時ノ需用ト各人ノ意向トニ因リ土地ニ關シテ無制限ニ種種ナル物權ヲ創設シ物權ノ種種頗ル多ク何レノ土地モ多數ノ物權ヲ負擔シ完全ナル所有權ハ殆ト稀ナルニ至レリ土地ヲ利用スルノ途啓ケス土地ニ關スル取引極メテ緩漫ナル時代ニ在リテハ

斯ル事態モ左マテ一國ノ經濟ニ影響ヲ及ホスコトナカリシト雖モ社會漸ク進歩スルニ從ヒ漸次ニ物權濫設ノ弊害ヲ感知スルニ至レリ即チ一方ニ於テハ土地ニ關スル取引ノ頻繁ト爲ルト同時ニ無制限ニ物權ノ設定ヲ許スハ取引ノ安全ヲ害スルコト大ナリ何トナレハ土地ノ買受人ハ往往ニシテ買受ノ當時知ラサリシ種種ノ物權ヲ買受ノ後ニ至リテ發見シ不測ノ損害ヲ被ムルコトアルヘク然ラサルモ土地カ種種ノ物權ヲ負擔スルトキハ其土地ヨリ生スル利益ハ數人ニ分配セラレ且其相互ノ關係錯雜スルニ因リ土地ニ關スル取引ハ容易ニ行ハレサルヲ以テナリ又他方ニ於テ土地カ多クノ物權ヲ負擔スルトキハ之ニ改良ヲ加ヘ之ヲ利用スルコトハ到底望ムヘカラス何トナレハ土地カ完全ニ或權利者ノ支配ニ歸スルニ因リ其權利者ハ土地ノ永久ノ利害ヨリ打算シ諸般ノ改良ヲ加ヘ之ヨリ生スル利益ヲシテ益〻大ナラシムルヲ得ヘキモ土地カ同時ニ數人ノ支配ヲ受クルニ於テハ各自其利益ヲ異ニシ專ラ其一己ノ利害ニ從ヒテノミ動作スヘク何人モ土地永久ノ利害ニ著眼セサルヘキヲ以テナリ此ノ如キハ一國ノ經濟ニ於テ不利ナルコト論ヲ俟タス是ニ於テ近世ニ至リ何レノ國ニ於テモ物權ノ種類ヲ限定シ濫ニ之ヲ創設スルコトヲ禁シ從來行ハレタル物權中其國ノ需要ニ缺クヘカラサルモノノミヲ存シ國ノ經濟上有害ナルモノハ悉ク之ヲ廢止スルニ至レリ我國ニ於テ從來行ハレタル物權ノ種類ハ歐洲ニ於ケルカ如ク多カラス隨テ此點ニ關スル弊害モ亦著大ナラスト雖モ一切ノ疑問ヲ豫防スルカ爲メ文明國ノ立法主義ニ則リ物權ノ種類ヲ制限スルノ制ヲ採用シ民法及ヒ其他ノ法律ニ定メタルモノノ外ハ之ヲ創設スルコ

トヲ得サルコトトセリ舊民法モ亦同一主義ヲ採用シ物權ノ種類ヲ列記シタレトモ明文ヲ以テ一般ノ原則ヲ示スコトヲ爲ササリシカ新民法ニ物權編ノ冒頭ニ於テ特ニ之カ規定ヲ設ケタリ故ニ當事者カ其意思ヲ以テ物ニ關スル權利ヲ設定スルモ其權利カ法律ニ認ムル物權ノ種類ノ一ニ該當セサルニ於テハ其權利ハ一ノ物權トシテ法律ノ保護ヲ受クルコト能ハサルモノトス

我民法ニ認メラルル物權ハ之ヲ三種ニ區別スルコトヲ得所有權、他物權及ヒ占有權即チ是ナリ」

第一　所有權　物權中最モ完全ナルモノヲ所有權トス何トナレハ所有權ハ總テノ關係ニ於テ其總テノ方法ヲ以テ物ヲ支配スルノ權利ナレハナリ是レ所有權ヲ釋義シテ物ニ關スル總括的支配權ナリト謂ヒ又ハ完全ナル物權ナリト謂フ所以ナリ故ニ權利ヲ所有スル者即チ物ノ所有者ハ其意ノ欲スル所ニ從ヒ權利ノ目的タル物ヲ使用、收益、處分スルト物ノ上ニ完全ナル支配權ヲ有スルモノナリ然レトモ物ニ關スル完全ノ支配權タル所有權ハ第三者ノ權利ニ依リテ制限セラレ所有權ノ目的タル物カ一若クハ二以上ノ關係ニ於テ所有者以外ノ人ノ支配權ノ服從スルコトアリ斯ル場合ニ於テハ同一物カ同時ニ所有者ト其他ノ權利者ノ支配ヲ受ケ所有者ハ完全ナル支配權ヲ有セサルコトト爲ルヘシト雖モ他ノ權利者ノ支配權ハ要スルニ所有權ニ制限タルニ過キサルヲ以テ第三者ノ支配權カ消滅スルト同時ニ所有者ハ其權利ノ目的タル物ノ上ニ再ヒ完全ナル支配權ヲ回復スルモノナリ

第二　他物權　所有權以外ノ物權ハ單ニ或關係ニ於テノミ物ヲ支配スルノ權利ニシテ他人ノ所有物ノ上ニ行ハルル權利タルニ過キス而シテ此等ノ物權中ニハ或ハ所有者ノ權利ヲ制限シ所有者以外ノ人ノ利益ノ爲メニ所有者ノ權利行使ヲ制限スルノミヲ以テ目的トスルモノアリ例ヘハ地上權若クハ永小作權ノ如キハ土地ノ所有者ニ屬スル土地ノ使用、收益ノ權利ヲ地上權者若クハ永小作人ニ歸セシメ質權若クハ抵當權ノ如キハ所有者ニ屬スル處分權ヲ質取主若クハ抵當權者ニ歸セシメ消極的地役權ノ如キハ地役權者ノ利益ノ爲メニ土地所有者ノ權利行使ヲ制限スルニ止マル之ヲ要スルニ所有權以外ノ物權ハ總テ他人ノ所有ニ屬スル物ノ上ニ行ハルル權利ナルヲ以テ之ヲ他物權ト稱シ又ハ或關係ニ於テノミ物ヲ支配スルノ權利ナルヨリ之ヲ不完全ナル物權ト謂ヒ所有權ト區別スルヲ通則トス地上權、永小作權、地役權、先取特權、留置權、質權及ヒ抵當權ハ此種ノ物權ニ屬ス

第三　占有權　占有權モ亦物ヲ所持スルノ權利トシテ直接ニ物ヲ目的トシ一ノ物權ナリト雖モ他ノ物權ト稍〻其性質ヲ異ニシ物權中特別ノ地位ヲ占ム蓋シ所有權及ヒ他物權ハ物ヲ支配スルノ權利ナルヲ以テ所有權又ハ他物權ヲ有スル者ハ其意ノ欲スル所ニ從ヒテ權利ノ目的タル物ヲ支配スル法律上ノ能力ヲ有スト雖モ權利者ハ其權利ノ本質ニ從ヒ現實ニ物ヲ支配スルコトアリ又ハ之ヲ支配セサルコトアリテ現實ニ之ヲ支配セサルモ此事實ハ其權利ノ存立ニ毫モ影響ヲ及ホスコトナシ占有權ハ之ニ異ナリテ物ノ占有即チ吾人カ現實ニ物ヲ支配スルヨリ發生スル所ノ權利ニシテ物ヲ占有スルト同時ニ此權利ヲ取得シ其占有ヲ失フト共ニ此權利ヲ喪

失シ占有ト占有權トハ分離スヘカラサル關係ヲ有スルモノナリ是レ占有權ハ物權中ニ在リテ特種ノ權利ニ屬スト云フ所以ナリ而シテ占有權トノ關係上所有權及ヒ他物權ヲ稱シテ本權又ハ實體上ノ權利ト謂フ

物權ハ又主タル物權及ヒ從タル物權ニ區別スルコトヲ得主タル物權トハ獨立シテ存在スルモノヲ謂フ所有權、地上權、永小作權等ノ如シ從タル物權トハ他ノ權利ニ附從シテ存在スルモノヲ謂フ所有權ニ附從スル所ノ地役權及ヒ債權ノ擔保トシテ之ニ附從スル所ノ質權、留置權、先取特權等ノ如シ

民法ニ認ムル所ノ物權ハ所有權、占有權、地役權、地上權、永小作權、質權、留置權、抵當權及ヒ先取特權ノ九種ニシテ入會權モ亦習慣上ノ物權トシテ民法ニ認メラルル所ナリ右ノ外特別法ニ於テ認ムル物權アリ例ヘハ鑛業權、永代借地權ノ如シ舊民法ニ於テハ用益權、賃借權、住所權、使用權等ノ物權ヲ認メタレトモ現行民法ハ總テ之ヲ廢シ賃借權ハ普通ノ債權ト爲シ之ヲ登記スルニ於テハ物權ト等シク第三者ニ對抗シ得ヘキモノトセリ

第三節　物權ノ得喪變更

物權ノ得喪變更ヲ生スル原因ニハ種種アリ此等ノ原因中二以上ノ物權ニ共通ナルモノアリ又或物權ニ固有ナルモノアリ取得原因中最モ重要ナルモノヲ物權ノ設定、移轉ヲ目的トスル當事者ノ意思表示トシ占有、時效、法律ノ規定モ亦物權取得ノ原因ト爲ル物權ノ消滅ニ關シテモ亦數多ノ原因アリ權利ノ拋棄、目的物ノ滅失、消滅時效、混同、第三者ノ取得時效其他一般ニ第三者ノ原始取得ハ其最モ重要ナルモノニ係リ公用徵收、沒收ノ宣告、法律ノ規定、占有ノ喪失、存續期間ノ滿了モ時アリテ物權消滅ノ原因ト爲ル右ノ外所有權ニ固有ナル得喪ノ原因アリ添附、先占、遺失物ノ拾得、埋藏物ノ發見ハ所有權取得ノ原因ニ屬シ野生ノ動物ノ所有權ハ其動物カ天然ノ自由ヲ回復スルニ因リテ消滅スルモノトス

物權取得ノ原因ハ之ヲ二種ニ區別スルコトヲ得原始取得及ヒ繼承取得即チ是ナリ原始取得トハ其名稱ノ示ス如ク根原的ニ物權ヲ取得スルノ謂ニシテ新ニ自家固有ノ物權ヲ取得スルヲ謂フ取得時效、先占、添附等ノ如シ故ニ原始取得ノ場合ニ於テハ權利ノ目的タル物件カ他人ノ權利ノ目的タリシヤ否ヤハ毫モ物權取得者ノ權利ニ影響ヲ及ホスコトナシ繼承取得トハ他人ニ屬スル權利ノ全部又ハ一部ヲ繼受シテ物權ヲ取得スルヲ謂フ當事者ノ意思表示ニ基ク物權ノ設定及ヒ移轉ハ總テ此種ノ取得原因ニ屬ス而シテ繼承取得ニ在リテハ物權取得者ノ權利ハ原權利者ノ權利ヲ基本トシ其全部又ハ一部ヲ繼受スルモノニ外ナラサルヲ以テ原權利者ノ有セシ權利如何ハ常ニ物權取得者ノ權利ニ重要ナル關係ヲ有スルモノナリ何トナレハ何人ト雖モ自己ノ有ヒサル權利ヲ他人ニ讓渡スコト能ハサルハ法學上ノ原則ナルヲ以テ物權取得者カ其物權ヲ取得スルニハ物權ヲ設定、移轉シタル原權利者ニ於テ現ニ其權利ヲ有シタルコトヲ前提要件トシ物權取得

者ハ唯原權利者ノ有セシ權利ノ範圍内ニ於テ物權ヲ取得スルニ過キサルヲ以テナリ物權ノ存立ニハ常ニ必ス權利ノ主體タル權利者アルコトヲ必要トスルモ權利者ノ何人タルヤハ概シテ物權存立ノ要件ニ非ス例ヘハ甲、或物ノ所有權ヲ有スル場合ニ其所有權ハ甲ノ歸屬ヲ離レテ乙ニ移轉シ順次ニ丙、丁ニ移轉スルコトヲ得ヘシ故ニ所有權ノ繼承取得ニ在リテハ所有權ハ一所有者ヲ離レテ他ノ所有者ニ歸シ其相互ノ間ニ所有權ノ得喪アルモ舊所有權消滅シ新所有權發生スルニ非ス同一ナル所有權ニ付キ權利者ニ更迭ヲ生シタルニ過キサルモノトス換言スレハ同一ノ所有權ハ歸屬權利者即チ所有者ノ更迭ニ拘ハラス依然トシテ存續スルモノナリ他ノ物權ニ付テモ亦然リトス之ニ反シ甲ノ所有ニ屬スル物ニ付キ乙カ時效ニ因リテ所有權ヲ取得シタルトキハ甲ノ所有權ハ絶對的ニ消滅シ新ニ別異ナル乙ノ所有權カ發生スルモノナリ故ニ乙ノ取得時效ハ一見甲、乙間ニ所有權ノ移轉ヲ生シタルモノノ如クナルモ消滅シタル甲ノ所有權ト發生シタル乙ノ所有權トハ全ク別物ニシテ乙ノ所有權ハ甲ノ所有權ノ繼續シタルモノニ非サルヲ以テ甲、乙兩者間ニハ權利ノ承繼移轉ノ關係ナシトス其他ノ原始取得ノ場合皆同一ナリトス

物權ノ得喪變更ノ原因ハ各物權ヲ論スルニ當リテ各別ニ說明スヘク茲ニハ民法ノ物權編總則ノ規定ニ從ヒテ物權ノ得喪變更ニ關スル最モ重要ナル原則ノミヲ說明スヘシ蓋シ此等ノ原則ハ其適用ノ範圍極メテ廣キヲ以テ總則トシテ之ヲ規定シ之ヲ說明スルヲ必要ナリトシ有益ナリトスルヲ以テナリ即チ予カ今ヨリ講述セントスルハ第一、物權ノ設定移轉ヲ目的トスル意思表示

（即チ物權的契約）ノ效力、第二、物權ノ得喪變更ノ第三者ニ對スル效力、第三、物權ノ混同ナリトス

第一款　物權ノ設定、移轉ヲ目的トスル意思表示ノ效力

物權ノ設定及ヒ移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニ因リテ其效力ヲ生ス是レ民法第一七六條ニ規定スル所ナリ故ニ當事者ノ一方ハ相手方ノ爲メニ物權ヲ設定シ又ハ移轉スルノ意思ヲ表示シ相手方カ權利者ト爲ルノ意思ヲ表示シタルトキハ何等ノ方式ヲモ要セス其意思表示ノミニテ相手方ハ直チニ物權ヲ取得スト云フニ在リ例ヘハ甲、乙ニ對シテ其所有ノ家屋ヲ讓渡スコトヲ約シタルトキハ甲、乙間ノ契約ハ直チニ其效力ヲ生シ乙ハ即時ニ家屋ノ所有權ヲ取得スルカ如シ但此原則ハ物又ハ權利カ讓渡人ニ屬スル場合ノミニ適用セラルヘキモノニシテ他人ニ屬スル物又ハ權利ニ關シテ物權ノ設定又ハ移轉ヲ約シタル者ハ相手方ヲシテ其物權ヲ取得セシムルノ債務ヲ負フニ止マリ其契約ハ直チニ物權ヲ發生スルコトナシ不特定物ノ讓渡ヲ約スル場合亦同シ民法第一七六條ハ物權的契約ノ效力ヲ規定シタルモノナリ蓋シ物權的契約ノ效力ニ關シテハ羅馬法以來種種ノ主義行ハレ且方今各國其法制ヲ異ニスル所ナリト雖モ要スルニ佛蘭西主義ト獨逸主義ヲ二箇ニ大別スルコトヲ得ヘシ予ハ此點ニ付キ物權的契約ノ效力ニ關スル沿革、佛蘭西主義、獨逸主義並ニ物權的契約ニ關シテ古來行ハレタル主義ニ區別シテ說明スヘシ

0314

第一　物權的契約ノ效力ニ關スル沿革　物權ノ設定及ヒ移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニ因リテ效力ヲ生スルモノトセルハ意思表示ノ效力ニ關スル近代ノ法律思想ニ依據シタルモノナリ原始社會ニ在リテハ一般ニ形式ヲ重ンシタルヨリ所有權ノ移轉ヲ目的トスル法律行爲ノ如キモ亦當事者ノ意思表示ノミニ因リテハ未タ完全ニ其效力ヲ生セス常ニ一定ノ形式ヲ履行スルコトヲ必要トシタリ蓋シ此時代ニ在リテハ形式ノ履行ハ一ハ當事者ノ意思表示ヲ明瞭ナラシメ一ハ一般ノ人ヲシテ所有權ノ移轉アリタルコトヲ知ラシムルノ目的ニ出テタルモノニシテ羅馬ニ於テハ所有權ハ目的物ノ引渡ニ因リ始メテ相手方ニ移轉スヘキモノトス就中伊太利ニ在ル不動產ニ關シテハ嚴格ナル儀式ノ履行ヲ必要トセリ其後引渡ノ形式ハ漸次簡易ト爲リ現實ノ引渡ノ外ニ尙ホ假想ノ引渡ヲ認許シタリ例ヘハ廣漠ナル地面ノ引渡ニ付テハ賣主カ高地ヨリ買主ニ之ヲ指示スルノミニテ引渡アリタルモノト看做スカ如シ之ヲ稱シテ長手ノ引渡ト謂フ又別ニ手短ノ引渡（簡易ノ引渡）ナルモノアリ例ヘハ買主カ既ニ貸借、寄託又ハ其他ノ名義ヲ以テ目的物ヲ占有スルトキハ原則ヨリ云ヘハ買主ヨリ其物ヲ賣主ニ返還シ更ニ賣主ヨリ買主ニ引渡スコトヲ必要トスルモ此場合ニ於テハ二重ノ引渡ヲ省略シ賣買契約ノ成立ト同時ニ賣主ヨリ買主ニ引渡アリタルモノト看做スカ如シ又賣主カ賣買後其物件ヲ買主ヨリ借用セントスルカ如キ場合ニ於テハ一旦買主ニ物件ヲ引渡シ更ニ買主ヨリ賣主ニ引渡スノ手續ヲ省略シ賣主カ爾後借用名義ニテ其物ヲ占有スルノ意思ヲ表示スルノミヲ以テ二重ノ引渡アリタルモノト看做セリ之ヲ占有ノ改定ト稱ス

右ノ如ク羅馬ニ於テハ所有權ノ移轉ニ付テハ現實ノ引渡又ハ假想ノ引渡ヲ必要トシ引渡アルマテハ讓渡人ハ依然トシテ其所有權ヲ保有スルヲ以テ更ニ之ヲ第三者ニ讓渡スコトヲ得ヘク第三者其引渡ヲ受ケタルトキハ完全ニ所有權ヲ取得シ前ノ讓受人ハ前所有者ニ對シテ損害賠償ノ權利ヲ有スルニ過キサリキ

所有權ノ移轉ニ關スル羅馬法ノ原則ハ羅馬法ヲ繼受シタル歐洲諸國ノ立法ニ於テ一般ニ採用セラレ就中佛國ニ於テハ所有權ハ引渡ニ因リテ移轉スルモノトシ且引渡ニ付テハ現實ノ引渡ト假想ノ引渡ト竝ヒ行ハレタルモ後ニ至リ物ノ讓渡ヲ爲スノ際證書中ニ目的物件ハ讓渡人ノ占有ヲ離脫シテ讓受人ノ占有ニ歸シタル旨ノ一ノ條款ヲ記載シ引渡ノ手續ヲ全然省略スルノ慣習ヲ生スルニ至レリ又不動產ノ讓渡ニ關シテハ佛國ノ北部ニ於テ其引渡ニ付キ特別ノ慣習行ハレ當事者ハ相當官吏ノ面前ニ於テ物件ノ占有ヲ移轉スル旨ヲ申告シ之ヲ公簿ニ登錄シ此方式ノ履行ニ因リ所有權ヲ移轉スルコトト爲セリ是レ佛國ニ於ケル登記法ノ淵源ナリトス獨逸諸邦ニ於テモ亦古來物件ノ移轉ニ付テハ其原因タル法律行爲ト方式トヲ具備スルヲ必要トセリ且其方式ニ付テハ區區ニシテ一定セス普漏西ニ於テハ羅馬法ニ於ケルカ如ク引渡即チ占有ノ移轉ヲ以テ普通ノ方式ト爲セルカ其後ニ至リテ土地ニ關スル取引ニ付テハ登記ハ引渡ト同一ノ效力ヲ有スルモノトシ遂ニ不動產ニ關スル物權ノ讓渡ニ付テハ一般ニ登記ヲ以テ必要

ノ方式ト爲スニ至レリ

上來說明シタルカ如ク羅馬法以來何レノ國ニ於テモ物權ノ設定、移轉ニ付テハ原因タル法律行爲ト一定ノ方式トヲ必要トシタルモノナリ羅馬法以來ノ沿革ニ依ラスシテ全ク新主義ヲ採用シ物權ハ何等ノ方式ヲ要セス單ニ當事者ノ意思表示ノミヲ以テ之ヲ設定シ之ヲ移轉スルコトヲ得ヘシト云ヘル原則ヲ定メタルハ佛國ニシテ此原則ハ其和八年霜月十一日ノ法律ヲ以テ宣言セラレ更ニ民法ニ於テ確認セラレタルモノナリ而シテ此主義ハ伊太利及ヒ獨逸ノ或部分ニ於テ採用セラレ我國ニ於テモ舊民法ニ於テ此主義ヲ採用シ所有權ノ移轉ニ關シテ特ニ此原則ノ適用ヲ示シタルカ現行民法ハ一般ニ物權ノ設定及ヒ移轉ニ付キ包括的ニ之カ規定ヲ設ケタリ

第二　佛蘭西主義　此主義ノ基本トスル所ハ當事者ノ意思ニ在リ蓋シ當事者カ其自由ノ意思ヲ以テ相互ノ關係ヲ定メタルトキ其意思ニ從フヘキハ近世ニ於ケル私法上ノ大原則ナリ故ニ當事者ノ一方カ自己ノ處分權ニ因リテ物權ヲ設定シ又ハ移轉スルノ意思ヲ表示シ他ノ一方カ其權利ヲ取得スルノ意思ヲ表示シタルトキハ當事者ノ意思表示ハ直チニ其效ヲ生シ相手方ハ其權利ヲ取得スヘキヲ當然トス何トナレハ權利ハ本來無形ノモノナルカ故ニ其設定、移轉ヲ當事者ノ意思ノミニ繫ラシムルハ敢テ理論ニ牴觸スル所ナケレハナリ現ニ債權ハ當事者ノ意思ノミヲ以テ之ヲ創設スルコトヲ得ルハ何人モ疑ヲ容レサル所ニシテ此點ニ付キ物權ト債權ト

ノ間ニ區別ヲ設クヘキ理由ナキナリ然レトモ此原則ハ絕對的ニ之ヲ適用スルコトヲ得ス何トナレハ物權ハ直接ニ物ノ上ニ行ハルル權利ニシテ何人ニモ對抗シ得ヘキカ故ニ若シ當事者ノ意思ノミニテ物權ヲ設定シ又ハ移轉シ得ヘシトスルトキハ之カ爲メ善意ノ第三者ヲ害シ延テ取引ノ安全ヲ害スルニ至ルヘケレハナリ例ヘハ甲、乙ニ對シ其所有ノ家屋ヲ讓渡スコトヲ約シタリト假定スルトキハ甲、乙間ノ契約ハ直チニ其效力ヲ生シ乙ハ家屋ノ所有權ヲ取得スヘシ乙既ニ其家屋ノ所有權ヲ取得シタル以上ハ何人ニ對シテモ其權利ヲ主張スルヲ得ヘキハ勿論ナリ然ルニ其後ニ至リ甲更ニ丙ニ對シ同一ノ家屋ヲ賣渡スコトヲ約シ丙ハ甲、乙間ノ讓渡ヲ知ラスシテ家屋ノ代金ヲ支拂ヒ之ヲ買取リ其引渡ヲ受ケタリトセン乙ハ丙ニ對シ其權利ヲ主張シ其取戻ヲ要求スルコトヲ得ヘキハ勿論ナルニ由リ丙ハ其家屋ノ代金ヲ支拂ヒ其引渡ヲ受ケタルニモ拘ハラス眞正ノ所有者タル乙ヨリ其家屋ヲ回復セラルルニ至ルヘシ但丙ハ甲ニ對シテ賠償ヲ求ムルノ途ナキニ非スト雖モ其權利ヲ二重ニ讓渡スカ如キ不正ノ徒ハ資力ナキヲ常トスルヲ以テ丙ハ結局其損失ヲ免ルルヲ得サルヘシ且物權ノ設定、移轉ハ當事者ニ於テ之ヲ秘スルコトアリ然ラサルモ之ヲ熟知スルコトハ實際ニ於テ頗ル困難ナリトス故ニ當事者ノ意思ノミニテ物權ヲ設定又ハ移轉シ得ヘキモノトシ何等ノ制限條件ヲ設ケサルニ於テハ奸惡ナル所有者ハ二重若クハ三重ニ物權ヲ讓渡シテ善意ナル第三者ヲ欺キ以テ不正ニ金錢ヲ騙取スルノ方便ト爲スヘク何人モ物權ノ設定若クハ移轉ヲ目的トスル所ノ取引ノ危險ナルヲ覺

0316

リ容易ニ其取引ニ從事セサルヘシ故ニ此弊害ヲ豫防スルカ爲メ一方ニ於テハ不動產ニ關スル物權ノ設定、移轉ハ凡テ公簿ニ登記シテ之ヲ公示シ公衆ヲシテ一般ニ不動產ニ關スル權利ノ狀態ヲ熟知セシムルト同時ニ物權ノ設定及ヒ移轉ハ登記ヲ經ルニ非サレハ第三者ニ對抗スルコト能ハサルモノト爲シ又他ノ一方ニ於テ動產ノ讓渡ハ引渡アルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコト能ハサルモノナリトセリ是ニ於テ物權ノ讓受人ハ不動產ニ關シテハ登記簿ニ依リテ目的物タル不動產ノ狀態ヲ熟知スルコトヲ得ルカ故ニ安全ニ取引ニ從事スルコトヲ得ヘク隨テ後日ニ至リ其權利ヲ奪ハルルノ恐ナシ又動產ニ關シテハ讓受人ハ讓渡人カ現ニ其目的物ヲ占有スルヤ否ヤヲ確認シタル上取引ニ從事スヘキヲ以テ其利益ハ充分ニ保護セラルヘシ』之ヲ要スルニ佛蘭西主義ハ原則トシテ物權ノ設定及ヒ移轉ハ當事者ノ意思表示ノミヲ以テ其效力ヲ生スルモノト爲シ唯第三者トノ關係ニ於テハ登記又ハ引渡ノ手續ヲ爲ササルトキハ之ヲ對抗スルコト能ハサルモノト爲セリ此原則ハ上來說明セルカ如ク當事者ノ意思表示ヲ重ンスル近代ノ思想ニ基キタルモノナレトモ學理上及ヒ實際上ヨリ種種ノ批難ヲ免ルルコト能ハス即チ（第一）物權ハ物ノ上ニ行ハルル支配權ナレハ之カ成立ト同時ニ何人ニ對シテモ此支配權ヲ對抗シ得ヘキ效力ヲ具有セサルヘカラス然ルニ今若シ物權ハ其成立ノ要素ニ非サル或行爲（登記又ハ引渡）ニ因リ始メテ第三者ニ對抗シ得ヘキモノトセンカ物權ハ其本質タル絕對的效力ヲ生セサルヲ以テ名アリテ殆ト其實ナキニ至ルヘシ是レ物權ノ本質ヲ毀損スルモノニ非スシテ何ソヤト此批難ハ學理上ノ批難トシテ實ニ正當ナリ蓋シ物權ハ凡テノ人ニ對抗シ得ヘキ權利ナレハ其成立ト同時ニ此效力ヲ有セサルヘカラス而シテ當事者ノ意思ノミニテハ此ノ如キ絕對的ノ效力ヲ有スル權利ヲ創設シ得ヘカラストセハ當事者ノ意思ハ到底物權ヲ成立セシムル力ナキモノト論結セサルヘカラス故ニ此主義ハ物權ノ本質ニ關スル學理ヲ犧牲ニ供シタルモノナルコトハ爭フヘカラサルナリ（第二）此主義ニ依ルトキハ重複ノ物權ヲ免ルルコトヲ得ス何トナレハ物權ノ讓渡アリタル場合ニ讓受人ト讓渡人トノ間ニ於テハ讓受人ハ常ニ權利者ナリト雖モ第三者ニ對スル關係ニ於テハ登記又ハ引渡ノ結了スルマテハ讓渡人ハ依然トシテ其權利ヲ保有シ第三者ハ有效ニ其權利ヲ讓受クルコトヲ得ヘケレハナリ而シテ重複ノ物權ハ實際ニ於テハ往往混雜ヲ來シ困難ナル問題ヲ惹起スルコトアルヘシト是レ實際上ノ批難ニシテ佛蘭西主義ニ此缺點アルコトモ亦爭フヘカラサル所ナリ

第三　獨逸主義　獨逸主義ハ我民法其他佛國法系ノ立法主義ト異ナリテ物權ノ設定及ヒ移轉ニ關シテハ當事者ノ意思表示ノ外ニ不動產ニ付テハ登記動產ニ付テハ引渡ヲ了スルニ非サレハ其效力ヲ生セサルモノト爲セリ故ニ此主義ニ依ルトキハ當事者カ物權ヲ設定又ハ移轉スルノ意思ヲ表示シタルトキハ此意思表示ハ單ニ當事者ノ一方ヲシテ登記又ハ引渡ニ因リ他ノ一方ニ物權ヲ取得セシムルノ債務關係ヲ創設スルニ止マリ直チニ物權ヲ生セサルモノトス是レ原始社會ニ於ケル如ク徒ニ方式ヲ重ンスルノ精神ニ出テタルモノニ非スシテ別ニ理由アリテ存

0317

スルモノナリ(第一)物權ノ設定及ヒ移轉ニ付テ登記又ハ引渡ヲ必要トスルハ獨逸ノ大部分ニ於ケル古來ノ慣習ニシテ此制度ヲ維持スルハ一ハ沿革上ノ理由ニ基クモノナリ(第二)此沿革上ノ理由アルノミナラス尚ホ學理上及ヒ實際上ヨリモ亦此主義ノ正當ナルコトヲ主張シ得ヘシ即チ物權ハ既ニ說明シタルカ如ク絕對的權利ナルカ故ニ其成立ト同時ニ此性質ヲ有セサルヘカラス又他ノ一方ニ於テ物權ノ設定及ヒ移轉ハ第三者ノ利害ニ重大ナル影響ヲ及ホスヲ以テ第三者ノ利益ヲ保護シ物權ニ關スル取引ヲ安全ナラシムルノ必要アリ而シテ此二箇ノ要件ヲ充タスカ爲メニハ始ヨリ登記又ハ引渡ヲ以テ物權ノ設定及ヒ移轉ノ要素ト爲スヲ必要ト爲ス斯クスルニ於テハ意思主義ニ於ケルカ如ク物權ノ本質ヲ傷クルノ虞ナク又方式主義ニ於ケルカ如ク充分ニ第三者ノ利益ヲ保護スルコトヲ得ヘシ加之此主義ハ物權ヲ統一スルノ利アリテ實際ノ適用モ亦頗ル簡便ナリトス獨逸主義ノ根據トスル所ハ實ニ此點ニ在リ

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

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

甲　絕對主義　此主義ニ依ルトキハ物權ノ得喪變更ハ何等ノ方式ヲ要セス單ニ當事者ノ意思表示ノミニテ總テノ人ニ對シテ其效ヲ生スルモノトス但絕對的ニ此主義ヲ採用シタル國ナシ唯佛國ニ於テ千八百五十五年ノ登記法發布前殆ト十年間不動產ニ關スル或種類ノ法律行爲ニ一分部行ハレタルコトアリ然レトモ前既ニ說明シタルカ如キ弊害ヲ生シ終ニ前記登記法ノ發布ヲ促スニ至レリ

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

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

甲　引渡主義　此主義ハ物權ノ設定、移轉ハ當事者ノ意思表示ノ外物ノ引渡アルニ非サレハ其效ヲ生セストスルモノニシテ羅馬法其他諸國ノ古代法ニ於テ動產、不動產ノ別ナク一般ニ行ハレタリ但不動產ニ關シテハ現今此主義ヲ採用スル國ナシ動產ニ關シテハ方式主義ヲ採用スル國ニ於テハ一般ニ此主義ニ依ル所アリ

乙　登記主義　此主義ハ登記ヲ以テ物權ノ得喪變更ノ要件トスルモノニシテ方式主義ヲ採用

スル國ニ於テ不動產ニ關シテ一般ニ行ハルル所ナリ

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

物權ノ得喪變更ニ付テハ古來種種ノ主義行ハレタレトモ方今採用シ得ヘキモノハ前ニ述ヘタル佛蘭西主義ト獨逸主義ノ外ニ出テサルヘシ而シテ社會現今ノ狀態ヲ觀察スルニ獨逸主義ノ根據トスル所ノ物權ノ本質ニ關スル思想ト佛蘭西主義ノ根據トスル所ノ自由意思ノ觀念トハ物權ノ得喪變更ニ關スル制度ニ於テ之ヲ併立セシムルコトヲ得ス如何ナル制度ヲ採用スルモ何レカ其一ヲ犧牲ニ供セサルヘカラス要ハ國情ニ最モ適切ナル制度ヲ採用スルニ在リ我國從來ノ制度ハ專ラ佛國主義ニ則リ實際ノ取引モ亦此主義ニ依リ來リタルヲ以テ現行民法ト等シク從來ノ制ヲ變更セサリシモノナリ但何レノ主義ヲ採用スルモ其結果ハ殆ト同一ニ歸著スヘシ何トナレハ我民法ハ意思主義ニ基キ登記又ハ引渡ヲ以テ物權ノ得喪變更ノ要件ト爲ササルモ此手續ヲ等閑ニ付スルニ於テハ第三者ノ爲メニ其權利ヲ奪ハルルノ危險アルヲ以テ利害關係人ハ單ニ意思表示ノ效力ノミニ依賴スルコトナク速ニ登記又ハ引渡ノ手續ヲ結了スルコトニ注意スヘシ是ニ於テ實際ノ引渡ニ於テハ登記又ハ引渡ハ恰モ物權ノ得喪變更ノ要件タルカ如ク重要視セラルルニ至ルヘキヲ以テナリ予ハ今ヨリ第三者ニ對スル關係上ヨリ物權ノ得喪變更ノ效力ヲ說明スヘシ

第二款　不動產ニ關スル物權ノ得喪變更ノ第三者ニ對スル效力

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

0319

金ノ抵當ニ供シタルニ乙之ヲ登記セサル間ニ甲其家屋ヲ丙ニ讓渡シタルトキハ乙ノ抵當權ハ之ヲ丙ニ對抗スルコト能ハサルカ如シ

民法第一七七條ノ規定ハ其關係稍〻錯雜セルヲ以テ十分ニ之ヲ了解セシメンニハ少シク說明ヲ要ス例ヘハ第三者トノ關係上登記ヲ必要トスル物權ノ得喪變更トハ何ヲ云フヤ第三者トハ如何ナル人ヲ指スヤ物權ノ得喪變更ハ登記ヲ爲スニ非サレハ如何ナル場合ニ於テモ第三者ニ對抗スルコト能ハサルヤノ問題ヲ生スヘシ予ハ第一七七條ノ意義ヲ明確ナラシムルカ爲メ第一、物權ノ得喪變更、第二、第三者、第三、第三者ニ對スル物權ノ得喪變更ノ效力ヲ各項ニ分チテ說明シ最後ニ不動產ノ登記ニ付キ一言スヘシ

第一項　物權ノ得喪及ヒ變更

此點ニ付キ登記ヲ要スル物權ノ種類ト登記ヲ要スル事項トニ分チテ說明セン

第一　登記ヲ要スル物權ノ種類

登記ヲ要スル物權ハ一、所有權、二、地上權、三、永小作權、四、地役權、五、先取持權、六、不動產質權、七、抵當權トス（登一條）

以上七種ノ物權ノ得喪變更ハ之ヲ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルカ爲メニハ登記ヲ爲スコトヲ必要トナス是レ他ナシ此等ノ權利ハ權利者ニ於テ現實ニ物ヲ占有スルト否トニ拘ハラス存立スルモノナレハ登記ヲ以テ之ヲ公示スルニ非サレハ其所在ヲ認ムルコト能ハサレハナリ之ニ反シ占有權ト留置權トハ等シク物權ナレトモ其權利ノ性質上登記ヲ必要トセス何トナレハ占有權ト謂ヒ留置權ト謂ヒ皆權利ノ目的タル物ヲ現實ニ占有スルヨリ生スル權利ニシテ占有ヲ離レテ此權利ノ存在ヲ認ムルコトヲ得ス隨テ第三者ハ占有ニ依リ權利ノ所在ヲ認知シ得ヘキカ故ニ登記ヲ以テ之ヲ公示スルノ必要ナケレハナリ又入會權ハ我民法ニ於テ認メラルル慣習上ノ物權アルモ登記法ハ之ヲ登記スヘキ物權中ニ揭ケサリシヲ以テ其得喪ハ之ヲ登記スルニ由ナシ隨テ入會權ニ付テハ權利ノ得喪ハ之ヲ第三者ニ對抗スル爲メ登記ノ手續ヲ爲スコトヲ要セサルモノト斷定セサルヲ得ス然レトモ立法上ヨリ論スルトキハ入會權ニ付テモ亦登記手續ヲ爲スノ必要アリ登記法ニ之ヲ揭載セサリシハ恐クハ之ヲ遺脫シタルモノナルヘク立法上ノ缺點タルヲ免レス

第二　登記ヲ要スル事項

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

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

（二）物權ノ移轉　即チ既ニ存在セル物權ニ付キ單ニ權利者ニ變更ヲ生スル場合ニシテ同當

ニ物權ノ喪失ト物權ノ取得トヲ生スルモノナリ所有權其他ノ物權ノ讓渡ハ此種類ニ屬ス

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

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

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

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

以上列擧シタル物權ノ得喪變更ハ其效力ヲ生スルト同時ニ登記法ニ定ムル手續ニ從ヒ當事者ノ承諾又ハ其承諾ニ代ヘキ判決ニ基キ之カ登記ヲ爲スヲ原則トス換言セハ物權ノ得喪變更ニ付キ確定ノ登記ヲ爲スニハ第一、物權ノ得喪變更カ現ニ其效ヲ生シタルコト第二、當事者ノ承諾又ハ其承諾ニ代ヘキ判決アルコトヲ必要トス然レトモ右ノ要件ヲ具備セサル場合ニ於テモ亦登記法ハ利害關係人ニ許スニ假ニ之カ登記ヲ爲シ其權利ヲ保全スルコトヲ以テス假登記ト稱スルモノ即チ是ナリ此假登記ハ後ニ至リ利害關係人ヨリ要件ノ具備ヲ俟チテ確定ノ登記ヲ爲ストキハ物權ノ得喪變更ハ第三者トノ關係上假登記ノ日ニ遡リテ其效ヲ生スルモノトス例ヘハ甲、乙ニ其所有ノ家屋ヲ讓渡シ一个年ノ後其所有權ヲ移轉スヘキコトヲ約シタリト假定センニ乙ハ此約束ニ因リ直チニ所有權ヲ取得セス換言スレハ此約束ハ直チニ權利ノ移轉ヲ生セサルモノニシテ乙ハ唯甲ニ對シ所有權ヲ移轉セシムヘキ請求權ヲ有スルニ過キス然レトモ登記法ハ乙ヲシテ假ニ其請求權ヲ登記スルコトヲ得セシム故ニ乙ノ權利ハ登記ヲ爲スト同時ニ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘシ又甲、乙ヨリ其家屋ヲ買取リ所有權ヲ取得シタル場合ニ乙、甲ノ請求ニ應シ登記手續ヲ爲ササルトキハ甲ハ乙ニ拘ハラス假登記ヲ申請シテ其權利ヲ保全スルコトヲ得ヘシ不動產上物權ノ得喪變更ヲ生スル原因ハ其種類極メテ多シ其最モ重要ナルモノヲ當事者間ノ意思表示トス右ノ外所有權ノ喪失ハ行政處分ヨリ生スルコトアリ土地收用ノ如シ或ハ又裁判所其他ノ官廳ノ競賣處分ニ基因スルコトアリ先取特權ハ特種ノ債權ヨリ生シ又抵當權、時アリテ裁

0321

判ヨリ生ス（八〇三條）其他遺言、相續、時效、添附ノ如キ亦不動產上物權ノ得喪ノ原因ニ屬シ不動產ノ有形的滅盡及ヒ變更ハ其上ニ存スル物權ノ消滅又ハ變更ヲ來スモノトス又他方ニ於テ不動產ニ關スル物權ノ得喪變更ハ當事者間ノ權利關係ニ由來スルモノト然ラサルモノトニ區別スルコトヲ得ヘシ法律行爲ニ基ク物權ノ得喪變更ハ凡テ第一種ニ屬シ其時效、添附ヨリ生スルモノ及ヒ不動產ノ滅失、變形ヨリ生スルモノハ第二種ニ屬ス而シテ第三者トノ關係上登記ヲ必要トスルモノハ第一種ノ得喪變更ナリトス

當事者間ノ意思表示ヨリ生スル物權ノ得喪變更ハ第三者トノ關係ニ於テ登記ヲ必要トスルコトハ多辯ヲ要セスシテ明カナリ民法ハ其第一七六條ニ於テ「物權ノ設定及ヒ移轉ハ當事者ノ意思表示ノミニ因リテ其效力ヲ生ス」ト規定シ直チニ第一七七條ニ於テ「不動產ニ關スル物權ノ得喪變更ハ登記法ノ定ムル所ニ從ヒ登記ヲ爲スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」ト規定シタルカ故ニ第一七七條ノ規定ハ正ニ意思表示ニ因ル物權ノ得喪變更ニ適用セラルヘキモノト解釋スヘキハ理ノ當然ナルヲ以テナリ然レトモ第三者トノ關係ニ於テ登記ヲ必要トスルモノハ此種ノ得喪變更ニ限ルモノト解スヘカラス物權ノ得喪變更カ直接ニ當事者ノ意思表示ニ緣由セサルモ當事者間ノ權利關係ニ基因スルトキ即チ原權利者ト取得者トノ間ニ權利承繼ノ關係アルトキハ第三者ノ利益ヲ保護スルカ爲メ之カ登記ヲ爲スコトヲ必要トス何トナレハ總テ此等ノ場合ニ於テハ第三者ハ原權利者ト權利承繼者トノ間ニ於テ物權ノ得喪變更アリタルコトヲ知ラスシテ其不動產ニ關スル取引ヲ爲シ意外ノ損失ヲ被ルノ危險アルヲ以テ登記ニ依リテ其不動產ニ關スル權利關係ヲ知ラシムルノ必要アルヲ以テナリ

死亡ニ因ル相續ハ家督相續ト遺產相續トヲ論セス登記ノ必要ナキモノトス何トナレハ相續ノ場合ニ於テハ相續人ハ家督相續人ノ人格ヲ其儘ニ繼承スルモノニシテ法律上同一人ト看做サルルニ依リ被相續人ノ死亡ト同時ニ被相續人ノ一切ノ權利ハ相續人ノ權利ト爲リ且第三者ハ最早被相續人ト取引ヲ爲スコトナキカ故ニ登記ノ有無ハ毫モ其利害ニ影響ヲ及ホスコトナキヲ以テナリ

隱居相續ノ場合ニ於テモ亦相續人カ被相續人ノ權利ヲ當然承繼スルコトハ死亡相續ノ場合ト異ナルコトナシ然レトモ其死亡相續ト異ナル點ハ被相續人ハ尙ホ生存シテ法律行爲ヲ爲スコトヲ得ルニ在リ是ニ於テ相續人ノ權利ト相續後ニ至リ隱居者ト取引シタル第三者ノ權利ト抵觸スルノ結果ヲ生スルコトアルヘシ故ニ此場合ニ於テモ第三者ノ權利ヲ保護スルカ爲メ相續人ヲシテ權利ノ移轉ヲ登記セシムルノ必要アリトス何トナレハ第三者ハ權利移轉ノ登記アルマテハ隱居者ヲ以テ正當ノ權利者ナリト信シ其權利ニ關シテ隱居者ト取引ヲ爲スヘケレハナリ

遺言ニ因ル物權ノ移轉ニ關シテハ舊民法ハ登記ノ義務ヲ免除シタリ其理由トスル所ハ受遺者ハ多クノ場合ニ於テ遺言ノ存在ヲ知ラサルカ爲メ速ニ登記手續ヲ爲スコト能ハサルヘシ又他ノ一方ニ於テ相續人ハ遺言ヲ隱蔽シ遺言ノ目的タル權利ヲ第三者ニ讓渡スノ虞アリト云フニ在リ然レトモ此場合ニ於テモ第三者ノ利益ヲ保護スルノ必要アルヲ以テ一般ノ原則ニ從ヒ權利ノ移轉

0322

ヲ登記セシムルヲ必要トス

不動產上物權ノ原始取得ハ取得ノ始ヨリ絕對的ニ其效ヲ生シ何人ニ對シテモ之ヲ主張スルコトヲ得ヘシ蓋シ民法第一七七條ハ「物權ノ得喪變更」ト前提シ一見物權ノ得喪變更ハ其何タルヲ論セス總テ登記ヲ必要トスルモノノ如シト雖モ同條ニ「第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」トアルヲ以テ當事者アル場合即チ特定セル人ト人トノ間ニ於テ物權ノ得喪アリテ其中ノ一人カ他ノ一人ノ權利ノ全部又ハ一部ヲ繼承スル場合ヲ豫想シタルモノト解釋セサルヘカラス然ルニ原始取得ニ在リテハ當事者ト稱スヘキモノナク又權利繼承ノ關係ナケレハ民法第一七七條ノ規定中ニ包含セラレサルコト明カナリ且不動產上物權ノ原始取得ハ物ノ附合、繼續シタル占有等ヨリ生シ登記ノ有無ニ因リ其效力ヲ異ニスヘキ性質ノモノニ非ス故ニ原始取得ニ關シテハ登記ヲ以テ第三者ニ對スル權利主張ノ條件ト爲スコトヲ得ス

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

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

第二項　第三者

物權ノ得喪變更ニ關スル第三者ノ意思ヲ示スニ先チ當事者、承繼人及ヒ第三者ノ區別ニ付キ一言セン

一　當事者　當事者トハ自身又ハ其代理人ニ依リ或法律行爲ニ干與シタル者又ハ權利ノ得喪變

0323

更アリタル場合ニ之ト直接ノ利害關係ヲ有スル者ヲ謂フ例ヘハ甲、乙ニ對シ其所有ノ家屋ヲ賣却スルコトヲ約シタルトキハ甲ト乙トハ其契約ノ當事者ニシテ其家屋ノ所有權移轉ノ當事者ナルカ如シ

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

一般承繼人ハ其先人ノ人格ヲ繼承スルヲ以テ先人カ其權利ヲ擴張シタルトキハ此擴張ハ承繼人ヲ利シ先人カ其權利ヲ減縮シタルトキハ此減縮ハ承繼人ヲ害ス蓋シ一般承繼人ハ法律上先人ト同一人タルカ如ク看做サルルニ因リ權利ノ得喪ニ關シテ先人ノ爲シタル一切ノ行爲カ相

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

ナリ

三　第三者　第三者ニハ廣狹二樣ノ意義アリ狹義ノ第三者ハ當事者又ハ當事者一方ノ承繼人ニ非サルモノヲ謂フ例ヘハ甲、乙ニ對シ其家屋ヲ抵當トシ更ニ之ヲ丙ニ賣渡シタリト假定セン ニ玆ニ各〻獨立セル二箇ノ法律行爲アルコト明カナリ今抵當權設定ノ行爲ヲ基本トシテ觀察スルトキハ當事者ハ甲、乙ニシテ此行爲ニ對スル丙ノ地位ハ承繼人ノ地位ナリ第三者ノ地位ニ非ス何トナレハ丙ハ當事者ノ一人タル甲ノ權利ヲ承繼スルモノナレハ賣買前其家屋ニ關シテ爲シタル甲、乙間ノ契約ハ丙ノ權利ニ影響ヲ及ホスヘキヲ以テナリ又家屋ノ所有權移轉ヲ基本トシテ觀察スルトキハ甲、丙ハ當事者ニシテ乙ハ第三者ナリ何トナレハ乙ハ抵當權設定後ニ爲シタル甲、丙間ノ契約ニ何等ノ關係ヲ生セス隨テ其契約ハ乙ノ權利ニ消長ヲ來ササルヲ以テナリ要スルニ或法律行爲ニ付キ當事者以外ノ者カ第三者タリヤ否ヤハ其法律行爲ヨリ生スル權利關係カ當事者一方ノ權利承繼ノ關係上ヨリ其者ノ權利ニ影響ヲ及ホスヤ否ヤニ因リテ定マルヘキモノトス

第三者ナル語ヲ廣義ニ解スルトキハ當事者及ヒ其一般承繼人以外ノ總テノ人ヲ意味ス故ニ前例ニ於テ乙ハ甲、丙間ノ賣買ニ關シテ第三者タルノミナラス丙モ亦甲、乙間ノ抵當權設定ノ行爲ニ關シテ等シク第三者ナリトス民法第一七七條ニ所謂第三者ハ即チ廣義ノ第三者ナリ故ニ物權ノ得喪變更ハ當事者及ヒ其一般承繼人ノ間ニ於テハ當然其效ヲ生スルモ其以外ノ人ニ

對シテ之ヲ主張スルコトヲ得ルニハ登記ヲ必要トスルモノナリ例ヘハ甲其家屋ヲ乙ニ賣渡シタリト假定スルトキハ甲、乙及ヒ其各自ノ相續人ハ第三者ニ非ス隨テ其相互ノ關係ニ於テハ所有權ノ移轉ハ絕對的ニ其效ヲ生シ之カ爲メ登記手續ヲ履行スルコトヲ必要トセス故ニ乙ハ甲及ヒ其相續人ニ對シテ登記ノ有無ニ拘ハラス其權利ヲ主張スルコトヲ得ヘク甲又ハ其相續人カ更ニ其家屋ノ所有權ヲ丙ニ賣渡シタルトキハ他人ノ所有權ヲ冒認シタルモノトシテ刑法ノ制裁ヲ受ケサルヘカラス但相續人カ所有權移轉ノ事實ヲ知ラサリシトキハ刑事上ノ責任ナシト雖モ不行爲ヨリ生スル賠償ノ責ヲ辭スルコトヲ得サルヘシ之ニ反シ丙ハ第三者ナルヲ以テ乙ハ登記ヲ爲シタル上ニ非サレハ丙ニ對シテ其所有權ヲ主張スルコトヲ得ス

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

ルヤ否ヤハ之ヲ問ハサルモノト解釋スルヲ正當ナリト信ス

第三項　物權ノ得喪變更ノ第三者ニ對スル效力

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

一　物權ノ得喪變更ハ登記ヲ經ルニ非サレハ第三者ニ對シテ之ヲ主張スルコトヲ得ス　不動產上物權ノ得喪變更ハ第三者即チ當事者及ヒ其一般承繼人以外ノ人ニ對シテハ登記ニ因リ始メテ之ヲ對抗シ得ヘキモノナルコトハ既ニ說明シタル所ニ依リテ明カナリ而シテ第三者カ其不動產ニ付キ或權利ヲ讓受ケタルモノナリヤ否ヤ第三者カ自ラ其權利ヲ登記シタリヤ否ヤハ此原則ノ適用上ニ毫モ影響ヲ及ホスコトナシ例ヘハ甲カ乙ニ其地所ヲ賣渡シタル後更ニ同一地所ヲ丙ニ賣渡シタリト假定シ乙、丙共ニ登記ヲ爲ササル場合ニ乙ハ其權利ヲ丙ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス然レトモ丙ハ其權利ヲ乙ニ對抗スルコトヲ得ヘキヤ蓋シ乙ノ權利ニシテ丙ニ對抗シ得ヘカラサルコト前述ノ如クナル以上ハ反對ニ丙ハ其權利ヲ乙ニ對抗シ得ヘキカ如シト雖モ乙モ亦甲、丙間ノ所有權移轉トノ關係上第三者ノ地位ニ立ツモノナレハ丙モ亦其權利ヲ登記スルニ非サレハ第三者タル乙ニ對シテ之ヲ主張スルコトヲ得サルモノトス物權ノ得喪變更ハ登記ヲ經ルニ非サレハ第三者ニ對シテ之ヲ主張スルヲ得サルコトハ前述ノ如シ然ラハ第三者カ物權ノ得喪變更ヲ是認シ之ヲ自己ノ利益ノ爲メニ主張スルコトハ妨ナキヤ否ヤ例ヘハ甲、乙ニ家屋ノ所有權ヲ讓渡シ未タ登記ヲ爲ササル前ニ於テ其家屋ヲ丙ニ貸與シタリト假定センニ丙ハ乙ヨリノ家屋明渡ノ請求ニ對シ乙ノ所有權ヲ否認スルノ權利ヲ有スルヤ明カナリ此場合ニ於テ丙ハ甲ヨリノ家屋引渡ノ請求ニ對シ甲、乙間ノ所有權移轉ヲ認メ甲ノ所有權ヲ否認スルコトヲ得ヘキヤ民法第一七七條ニハ「之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」トアリテ其所謂「對抗スルコトヲ得ス」トハ第三者ノ不利益ニ於テ之ヲ主張スルコトヲ得サルノ意ナルハ文理上毫モ疑ヲ容レサル所ナリ果シテ然ラハ此規定ノ反面ニ於テ第三者カ自己ノ利益ニ於テ之ヲ主張スルハ妨ナシトノ意味ヲ含蓄スルモノト謂ハサルヲ得ス若シ夫レ第一七七條ノ趣旨ニシテ此ノ如クナリトセンカ實際上頗ル奇怪ナル結果ヲ生スルニ至ルヘシ即チ先ツ第一ニ起ルヘキ問題ハ第三者カ自己ノ利益ニ於テ物權ノ得喪變更ヲ主張シタル場合ニ當事者ハ尙ホ第三者ニ對シテ之ヲ對抗スルコトヲ得サルカ又第三者カ或關係ニ於テ一旦物權ノ得喪變更ヲ主張シタル以上ハ最早總テノ關係ニ於テ之ヲ否認スルノ權利ヲ失フヤ否ヤニ在リ此問題ニ付テハ第三者カ一旦物權ノ得喪變更ヲ認メタル以上ハ第三者トノ關係ニ於テハ物權ノ得喪變更ハ絕對ニ其效ヲ生スルモノトスルハ頗ル公平ニシテ實際上甚シキ困難ヲ生セサルモ此ノ如ク物權ノ得喪變更ノ效力ヲ第三者ノ認否ニ繫ラシムルニ於テハ或者ハ之ヲ是認シ或者ハ之ヲ否認スルハ必然ニシテ物權ノ效力ハ愈〻相對的ト爲リ其本質ハ益〻毀ケラル

0326

ルノ結果ヲ生スヘシ若シ又第三者ハ常ニ物權ノ得喪變更ヲ主張スルコトヲ得レトモ第三者ニ對シテハ絶對ニ之ニ對抗スルコトヲ得サルモノトスルトキハ極メテ不公平ナルノ結果ヲ生スルノミナラス同一ノ權利關係ニ付キ一面ニ於テハ效ヲ生シタルモノトシ他ノ一面ニ於テハ效ヲ生セサルモノト爲スノ不條理ニ陷ラサルヘカラス故ニ何レノ點ヨリ觀察スルモ物權ノ得喪變更ハ當事者カ第三者ニ對シテ之ヲ主張スルト第三者カ當事者ニ對シテ之ヲ主張スルトニ從ヒ其效力ヲ異ニスルモノト爲スハ斷シテ不可ナリトス然レトモ是レ自ラ立法論ニ屬シ解釋論トシテハ第一七七條ノ文理極メテ明確ニシテ疑ヲ挾ムノ餘地ナキヲ以テ前示ノ如ク斷定スルノ外ナシトス

二　不動產ニ關スル物權ノ得喪變更カ第三者ノ權利ト牴觸スルトキハ其優劣ハ登記ノ前後ニ依リテ定マル　例ヘハ甲、乙ニ其地所ヲ丙ニ讓渡シ更ニ同一地所ヲ丙ニ讓渡シタル場合ニ乙カ丙ニ先チ其所有權移轉ノ登記ヲ爲シタルトキハ乙ハ完全ニ地所ノ所有權ヲ取得シ丙ニ對シテ之ヲ主張スルコトヲ得ヘシ之ニ反シ丙カ乙ニ先チ所有權移轉ノ登記ヲ爲シタルトキハ其地所ノ所有權ハ丙ニ歸シ丙ハ乙ニ對シテ其權利ヲ主張スルコトヲ得此場合ニ於テハ乙、丙ノ權利ハ絶對的ニ兩立スヘカラサルヲ以テ一方カ其權利ヲ登記シタルトキハ他ノ一方ハ最早其權利ヲ登記スルコトヲ得サルハ勿論ナリトス然レトモ甲其地所ヲ乙ニ抵當ト爲シタル後丙ニ其地所ヲ賣渡シタリト假定スルトキハ乙先ツ其抵當權ヲ登記シ其後ニ至リ丙其所有權ヲ登記スルコト

刑法總論

法學士　牧野英一講述

緒論

第一章　刑法ノ基礎觀念

何カ故ニ犯罪ナル一定ノ行爲ニ對シ刑罰ナル制裁ヲ科スルカ此問題ニ對スル解答ハ舊刑法ノ母法タル佛刑法編纂ノ當時（一八一〇年）ト新刑法ノ成立スルニ至リタル二十世紀ノ現代（一九〇七年）トノ間ニ著シキ差異ヲ存スルヲ見ル

近世ノ文明ハ佛大革命ニ初マル（一七八九年）殊ニ法律ニ就テ之ヲ見ルニ公法ニ於テハ近世ノ制定憲法ノ起源ヲ爲スモノハ佛大革命ノ人權宣言ナリト謂フコトヲ得ヘク私法ニ於テハ近世ノ民法法典ノ起源ヲ爲スモノハ那破翁ノ「コード、シヴイル」（民法法典）ナリト謂フコトヲ得ヘシ刑法ノ部內ニ於テモ中世渾沌トシテ無主義ナリシ刑罰組織ニ一大改革ヲ與

0327

〈理論ニ基ク一定ノ制度ヲ創定シタルハ實ニ佛刑法ニ在リトス爾來各國皆其刑法ヲ定ムルニ方リテ範ヲ佛刑法ニ採リ我明治十三年第三六號布告ノ舊刑法モ一ニ佛刑法ニ據テ編纂セラレタル所ナリトス然レトモ十九世紀ノ中葉ニ方リテ一般科學界ヲ震動セシメタル原則ノ發見アリ爾來佛大革命ニ依リテ完成セラレタル近世文明ハ全ク面目ヲ一新セサルヘカラサルニ至レリ其原則トハ即チ所謂進化論ノ唱導ニシテ初ハ單ニ生物學上ノ原則ナリトセラルルニ過キサリシモ久シカラスシテ社會ニ關スル諸科學ニ就テモ進化論ヲ基礎トスルノ說明漸ク勢力ヲ占メ隨テ今日ニ在リテハ刑法理論ノ說述舊時ニ比シテ全ク趣ヲ異ニスルニ至レリ進化論ノ梗概ニ就テハ理學博士丘淺次郎氏著「進化論講話」及ヒ「進化ト人生」トヲ見ヨ

第一　報復主義ト目的主義

報復主義ノ要旨ニ曰ク犯罪ハ正義ニ違反スルノ行爲ナリ隨テ之ニ對シテ刑罰ヲ科スルハ純理上當然ノコトナリ換言スレハ刑罰ハ犯罪ニ對シ正義ノ要求ニ基キテ加フル所ノ報復ナリト之ニ反シテ目的主義ノ要旨ニ曰ク刑罰ハ犯罪ナル一定ノ侵害的事實ニ對シテ社會ノ安寧幸福ヲ保全スルヲ目的トスルモノナリ換言スレハ刑罰ハ犯罪ニ對シ社會ノ必要ニ基キテ加フル所ノ防衛手段ナリト前者ニ就テハ純理主義、絶對主義等ノ名稱アリ後者ニ就テハ利益主義、相對主義等ノ名稱アリ蓋シ歐洲中世ノ錯雜ナル刑事現象ニ對シテ大打擊ヲ加ヘ近世ノ刑法法理ヲ組成シテ以テ刑事制度ノ改革ヲ成サシメタルハ純理論ノ功ニ歸セサルヘカラサル所ナリト雖モ近時ノ趨勢ハ之ヲ捨テテ漸次防衛主義ニ移ルニ在リ前者ハ刑事上ノ責任ヲ以テ道義的責任ノ一種ナリトシ之ニ基キテ幼者、精神病者ノ無責任ナル理由ヲ辯明セントス後者ノ理論ヲ採ル者ハ刑事上ノ責任ヲ以テ社會ニ對スル責任ナリトシ惡少年、犯罪狂ト雖モ社會ノ防衛上必要ナルトキハ之ニ對シテ强制的ノ手段ヲ施シ以テ懲治監置ノ方法ヲ採ラサルヘカラストシ所謂懲治監置ノ制度ハ廣義ニ於ケル刑事責任ニ外ナラスト爲ス

此兩說ノ爭ハ通常刑罰權ノ根據如何トノ問題トシテ研究セラルル所ナリ從來一般ノ思想ハ法律ノ根據ヲ正義ノ觀念ニ在リト爲シ殊ニ刑法ノ範圍ニ在リテハ此觀念ニ重ヲ置クコト殊ニ甚シカリキ而シテ社會カ犯罪ニ對シテ强制手段ヲ加ヘ犯人ニ向テ利益ヲ剝奪スルハ罪惡必罰ナル自明ノ原則上當然ノコトナリトセラレタリ此說ニ從フトキハ如何ニ重大ナル害惡ヲ社會ニ與フル者ト雖モ正義ニ違反セサル以上ハ社會ハ之ニ對シテ鎭壓手段ヲ加フルノ權ナク又彼ノ幼者及ヒ犯罪狂ノ如キハ是非ノ辨別ヲ缺ク者ニシテ正義ナルヲ基礎トシテ觀察スルトキハ全ク之ヲ觀過セサルヘカラサルモノナルカ故ニ之ヲ無罪ト爲ササルヘカラスト爲セリ然レトモ進化論ノ研究漸ク其歩ヲ進ムルニ至リ社會上ノ現象ハ一ニ社會發達ノ便宜ニ依リテ變遷向上スルモノナルコト明カナルニ至リ所謂正義ナル觀念ヲ以テ學理上ノ觀念トシテハ頗ル漠然ナルモノナリト爲スニ至レリ刑事上ノ現象ノ如キモ社會カ犯罪ナル侵害

0328

行爲ニ對シテ自己ヲ保全スル爲メニ反擊ヲ加フルノ謂ニ外ナラサルカ故ニ刑法上ノ理論ニ於テモ罪惡必罰ナル原則ヨリ寧ロ社會防衛ナル原則ヲ基礎トスヘク而シテ此意味ヨリスルトキハ惡少年ノ如キ犯罪狂ノ如キハ極力之ニ對スルノ鎮壓方法ヲ講セサルヘカラサル所ナリト雖モ只彼等ニ對シテハ懲治監置ナル方法ヲ以テスヘク所謂刑罰ナル制度ヲ以テスルハ到底鎮壓ノ目的ヲ達スル所以ニ非サルカ故ニ刑法上之ヲ無罪トスルニ過キストセラル而シテ懲治監置ノ如キハ强制的ニ之ヲ科スル必要アルカ故ニ實質的ニ謂フトキハ之ヲ刑罰ト稱スルモ亦不可ナキ所ナリト雖モ只形式上之ヲ區別スルニ過キストセラル折衷說ヲ唱フル者アリ其要旨ニ曰ク刑罰ハ社會ノ防衛ノ爲メニ之ヲ科スルモノナリト雖モ正義ニ違反セサルノ行爲ニ對シテハ之ヲ科スヘカラス即チ正義ノ要求スル所ト社會防衛ノ必要トヲ參酌シテ刑罰ノ根據ト爲ササルヘカラスト蓋シ目的主義、利益主義ニ據テ刑法ヲ說クノ必要ナルコトハ近時一般ニ認メラルルニ至リタルモ單ニ社會ノ利益ヲ基礎トスルカ如キハ刑法ノ威嚴ニ關スル所少カラサルカ故ニ尙ホ正義ノ觀念ヲ加味シテ以テ法律ノ神聖ヲ保持セントスルナリ予輩ハ苟モ社會防衛ノ必要アル場合ニ於テハ行爲カ所謂正義ノ觀念ニ違反スルト否トヲ區別セス嚴重ニ之カ鎮壓ヲ爲スヲ可ナリト信スル者ニシテ此ノ如クニシテ社會生活ノ秩序ヲ保持スルハ法律當然ノ作用ナリト認ムルカ故ニ之ニ依リテ刑法ノ威嚴、神聖ニ影響アルモノト思惟スル能ハサルナリ

第二　事實主義ト人格主義

從來報復主義ヲ採ル者ハ多ク犯罪ノ輕重ヲ以テ實害ノ大小ニ因ルモノトシタリ故ニ偶發的ノ犯罪ト雖モ重大ナル結果ヲ發生セシメタルトキハ重キ刑罰ヲ科セサルヘカラサルヘク如何ニ執拗ナル犯人ト雖モ其結果ニシテ微小ナランカ刑罰モ亦輕キヲ以テ足ルトセラレタリ例ヘハ舊法ニ於テハ殺人犯ハ常ニ死刑若クハ無期徒刑ヲ以テ之ヲ律シ（舊二九二條、二九四條）竊盜ハ常ニ禁錮四年以下ヲ以テ足ルトシ（舊三六六條）其執拗ナル累犯者ト雖モ尙ホ之ニ一等ヲ加重スルニ過キサルカ故ニ常ニ五年ヲ超ユルコトナシ（舊九二條、九八條）之ヲ事實主義ト稱ス現代ノ思潮ニ於テハ則チ然ラス刑罰ノ輕重ハ必スシモ事實ノ大小ニ因リテ定マルヘキニ非ス寧ロ犯人ノ犯罪性（惡性）ノ如何ニ基クヘキモノニシテ例ヘハ輕微ナル實害ヲ生セシメタルニ過キサル者ト雖モ習慣性ノ犯人ニ對シテハ嚴密ナル態度ヲ採ラサルヘカサルニ反シ重大ナル實害ヲ生セシメタル者ト雖モ一時性ノ犯罪現象ニ就テハ寬大ナル處分ヲ以テ之ヲ遇セサルヘカラスト爲ス新刑法ノ旨趣ハ一ニ茲ニ出ツルモノニシテ竊盜ノ累犯ハ懲役二十年ニ上ルコトヲ得セシムルニ對シ（新二三五條、五七條）殺人ノ責任ハ懲役三年ニ下リ（新一九九條）之ニ酌量減輕ヲ加フルトキハ一年六月ノ短キニ至ル（新六六條）此ノ如キハ其罪ヲ見ルヨリモ寧ロ其人ヲ見ルモノニシテ之ヲ人格主義ト稱ス前者ヲ稱シテ客觀論ト爲シ後者ヲ稱シテ主觀論ト爲ス

理論上ヨリ之ヲ論スルトキハ報復主義ハ必スシモ事實主義ト一致スルモノニ非ス何トナレ

0329

ハ正義違反ノ程度ハ必スシモ實害ノ大小ニ依テ測定シ得ヘキモノニ非サレハナリ例ヘハ同シク人ヲ殺シ財ヲ竊ム者ニ在リテモ其動機如何ハ其行爲ノ道德的價値ニ重大ナル影響ヲ及ホスヘキモノナレハナリ然リト雖モ沿革上此兩者ハ相一致シ報復論ハ恰モ事實主義ト異名同體ナルカ如クニシテ今日ニ至レリ

目的主義ト人格主義ニ就テモ亦然リ社會防衛ノ必要ニ基キテ刑罰ヲ裁量スヘシトノ理論ハ當然犯人ノ惡性ニ依テ刑ヲ定ムヘシトノ論結ヲ生スルモノニ非ス刑罰ハ時ニ所謂一般的威嚇ヲ目的トシ惡性低度ノ者ト雖モ其生シタル實害ノ性質ニ依リテハ尙ホ之ニ重大ナル制裁ヲ科シテ一般社會ヲ警戒スル必要アルコトアリ現時ニ於テハ警察ノ取締上或ハ租稅ノ徵收上此方法ヲ用フルコト少カラスト云フ例ヘハ所謂稅法違犯ニ關シテハ刑法不論罪ノ規定ヲ適用セスト規定スルモノ多シ（例ヘハ酒造稅法三一條）即チ犯意ナキ者又ハ幼者、知覺精神喪失者ニ就テモ稅法違犯ノ制裁ヲ科スルナリ但此ノ如キハ現代ノ刑事組織上全ク例外ニ屬スル所ニシテ實際上目的主義ト人格主義トハ相一致スルヲ見ル

人格主義ハ今日ニ於テハ最早覆スヘカラサル原則ナリ即チ刑罰ハ犯罪事實ニ因リテ定マルヘキモノニ非スシテ犯人ノ性格ニ因リテ定マラサルヘカラス故ニ同一犯罪ニ在リテモ犯人ニ因リ大ニ其刑罰ヲ異ニセサルヘカラサルカ故ニ此主義ヲ稱シテ亦刑罰ノ個別主義ト稱ス』

一派ノ學者ハ刑罰ノ個別主義ヲ認ムルモ尙ホ正義主義、報復主義ヲ捨ツルコトヲ肯ンセス

或ハ曰ク刑罰ノ輕重ハ社會防衛ノ必要ニ因リ測定セラルヘキモ刑罰ヲ科スルヤ否ヤハ正義違反ノ有無ニ因リテ判定セサルヘカラスト又他ノ一派ノ學者ハ曰ク正義違反ノ程度ハ客觀的ノ事實ニ因リテ定マルヘキニ非ス故ニ犯人ノ動機其他ノ事情ヲ案シテ正義ニ違反スルノ大小ニ基キ刑罰ノ裁量ヲ爲スヘク而シテ刑罰ヲ科スルヤ否ヤハ社會ニ實害又ハ危險ヲ與ヘタリヤ否ヤニ因リテ定メサルヘカラスト蓋シ正義ト利益トヲ折衷セントスル說ハ現代ニ於テハ比較的ニ廣ク採用セラルル所ノ議論ナリト雖モ苟モ社會防衛ニ必要ナル以上ハ行爲カ正義ニ違犯スルト否トヲ論セス之ニ對シテ鎭壓ノ方法ヲ講スルノ必要アルヤ論ナク若シ正義ヲ尊重スルノ結果社會ノ秩序安寧ヲ顧ルコトヲ要セスト論定スルニ於テハ正義ハ社會ノ爲メニ存スルモノニ非スシテ社會ハ寧ロ正義ノ爲メニ存スルモノタルニ終ラン予輩ハ社會有テ然ル後ニ正義アルコト人間有テ然ル後ニ衞生ノ道アルカ如シト信スルモノナルカ故ニ正義ノ爲メニ社會ヲ顧ミサルノ論ヲ以テ本末ヲ顚倒スルモノト認メサルコトヲ得サルナリ』

予輩ハ必スシモ正義ノ觀念ヲ無視スルモノニ非ス否寧ロ正義ノ觀念ハ社會ノ動力ノ最モ主要ニシテ且尊重スヘキモノタルコトヲ認ムト雖モ漠然タル常識ニ訴ヘテ以テ正義ノ科學的觀念ト爲スコトハ深ク愼マサルヘカラス加之法律ノ範圍內ニ於テハ暫ク正義ノ觀念ヲ其領域外ト爲スモ必スシモ法律ヲ解スルニ困難ナリトセス法律ハ社會ノ爲メニ存シテ社會ノ安寧秩序ヲ維持シ其向上發達ヲ圓滿ナラシムヘキノ資料ナリ從テ法律ノ基礎觀念トシテハ社

0330

會ノ利益ナル觀念ヲ其出發點ト爲スヲ以テ足レリト信ス

正義ナル觀念ト利益ナル觀念トノ間ニ調和ヲ圖ラントスルノ論者カ今日ニ於テ學者ノ多數ヲ占ムルノ事實ハ現代ノ學界カ一ノ過渡時代ニ在ルコトヲ證スルモノナリ然レトモ折衷ノ學說カ說テ往往其理義ヲ貫徹スル能ハサルハ屢〻見ル所ノ現象ナリ予輩ハ寧ロ正義ナル觀念ト利益ナル觀念トハ相折衷シテ考察スヘキ二個ノ觀念ニ非スシテ科學的ニ正確ナル意義ニ於テハ全然同一ナル觀念ノ兩面ニ過キサルモノナリト信スト雖モ緒論ニ於テ之ヲ詳說スルハ聽講者ノ思想ノ錯雜ヲ來ス虞アリト認ムルカ故ニ之ヲ後日ニ讓ル

第三　民事責任ト刑事責任

不法ナル行爲ハ多クハ同時ニ二面ノ責任ヲ生ス其一面ハ所謂民事責任ナリ其他ノ一面ハ所謂刑事責任ナリ

民事責任ノ本旨ハ損害賠償ナリ其目的ハ不法行爲ニ因リテ生シタル損害ヲ補塡シ以テ社會ノ水平ヲ恢復スルニ在リ故ニ其基本ハ客觀ノ實害ニシテ其客體ハ過去ノ事實ナリ

刑事責任ノ本旨ハ刑罰ナリ其目的ハ不法行爲ニ因リテ生シタル社會上ノ不安ヲ排除シ以テ社會ノ水平ヲ維持スルニ在リ故ニ其基本ハ主觀ノ惡性ニシテ其客體ハ未來ノ危險ナリ

故ニ不法行爲ハ必スシモ常ニ此兩個ノ責任ヲ生セス又一方ノ責任ノ大小ハ必スシモ他方ノ責任ノ輕重ニ關係スルコトナシ

沿革ヲ論スルニ歷史上民事責任ノ起源ト見ルヘキモノト刑事責任ノ起源ト見ルヘキモノトハ同一ニ歸著スルヲ見ル即チ古代ニ於テハ復讎及ヒ償金ノ制度ハ民事上ノ制裁ノ方法タルト同時ニ又刑事上ノ制裁ノ方法タリシナリ此兩者ハ古代ニ於テハ全ク區別セラルルコトナク其後ニ至リテ兩者相別ルルニ至リシ後ト雖モ損害賠償中屢〻刑罰ノ分子ヲ包含シ刑罰中又損害賠償ノ分子ヲ認ムルコト多カリキ然レトモ社會ノ秩序整頓シ國家權力確立シ公私法ノ區別判明スルニ及ヒテヤ現代ノ文明諸國ハ個人間ノ關係ニ於テ滿足ヲ得セシムル方法ト一般社會ノ秩序ヲ維持スル手段トノ間ニ明白ナル差異ヲ設ケ以テ民事責任ト刑事責任トヲ全ク分離スルニ至レリ

蓋シ損害賠償ハ不法ナル行爲ニ因リテ生シタル損害ヲ補塡シテ以テ社會ノ不平均ヲ其經常ナル狀態ニ復歸セシムルヲ目的トスルモノナルニ反シ刑罰ハ法規ノ違反者ニ特別ナル苦痛ヲ科シテ不法ナル行爲ヲ將來ニ向テ鎭壓セントスルモノナリ固ヨリ損害賠償ナル制裁ハ其反面ニ於テ不法ナル行爲ヲ鎭壓スルコトアルヘク刑罰モ亦被害者ノ感情ヲ融和シテ以テ賠償ノ效果ヲ生スルコトアルヘシト雖モ此ノ如キハ制度ノ反面的若クハ間接的ノ作用ニシテ制度本來ノ趣旨ト爲スヘキモノニ非サルナリ

民事責任ト刑事責任トカ全然區別セラルルニ至リシ結果トシテ今日ニ於テハ民法上ノ不法行爲ト犯罪トノ間ニ構成要件ノ差異ヲ認ムルコト甚タ大ナリ不法行爲ニ於テハ故意ト過失

0331

トノ間ニ輕重ノ差ヲ認ムルコトナキモ犯罪ニ於テハ其故意ニ出ツル場合ヲ罰スルヲ原則トシ過失ヲ罰スルハ寧ロ稀ナル例外ナリトス一般ノ趨勢ヲ言ヘハ民事責任ニ就テハ本人ノ主觀ニ重ヲ置カス專ラ其行爲自體ニ付テ責任ノ基本ヲ定メ（民事責任ノ客觀論）刑事責任ニ就テハ本人ノ客觀ニ重ヲ置カス專ラ其意思自體ニ付テ責任ノ基本ヲ定ムルヲ近時ニ於ケル學說ノ多數トス

民事責任ニ就テ今日尙ホ故意的加害ト過失ニ因ル加害トヲ區別スル學說及ヒ法制ナキニ非ス例ヘハ英法及ヒ獨逸民法第八二六條ノ如シ（二上法學士「故意的加害」法學協會雜誌二三卷一〇號）佛國ノ學說ニ於テハ故意ト過失トヲ區別セサルハ勿論故意若クハ過失ノ有無ニ關セスシテ單ニ行爲其モノニ注目シ以テ不法行爲ノ性質ヲ論セントスル者甚タ多シ（拙稿「民事責任ノ基礎トシテノ過失ノ觀念」法學協會雜誌二三卷八號）

若シ夫レ刑事責任ノ主觀論ニ至リテハ予輩カ漸次講述セントスル所ノモノナリ其理論上及ヒ解釋上ノ價値ハ今尙ホ學者ノ論議スル所ナリト雖モ一般ノ趨勢カ大體ニ於テ之ヲ是認シツツアルノ事實ハ爭フ可カラス

第四　刑法及ヒ刑法理論ノ進化

社會ノ進化ハ制度ヲシテ反射的ヨリ自覺的ナラシム社會ノ活動ハ外界ノ刺戟ニ對スル自然的反動ヨリシテ漸次自己生存ノ必要ヨリ打算シタル反省的行動ニ移ル

社會ノ進化ハ制度ノ分化ヲシテ漸次細緻ナラシム社會ノ需要カ複雜ナルヲ致スニ從ヒ各種ノ制度ハ其固有ノ目的ニ從テ其固有ナル客體ト作用トヲ有スルニ至ル

社會ノ進化ハ猶ホ人身カ小兒ヨリ成長シテ壯年ト爲リ老者ト爲ルニ比スルヲ得ヘシ小兒カ石ニ躓クヤ直ニ其石ヲ打ツテ自ラ心ヲ慰ム是レ寧ロ小兒ノ本能的活動ニシテ小兒ハ決シテ自ラ考慮シテ之ヲ爲スニ非サルナリ此ノ如キ活動ハ之ヲ反射的作用ト稱スルコトヲ得ヘシ然レトモ社會ノ進化スルニ至ルヤ社會ハ單ニ反射的ニ其行動ヲ爲スニ止マラス又理論ニ訴ヘ實驗ニ徵シテ將來ノ方針ヲ定ム而シテ進化カ其歩ヲ進ムルニ從ヒ此自覺的ノ分子ヲ加フルコト益〻多シ

社會未タ進化セサルトキハ之ヲ坊間ノ商店ニ徵スルモ農ハ商ヲ兼ネ商ハ工ヲ兼ヌルヲ通常トス然レトモ漸次農工商互ニ相分岐シ其農或ハ工商ノ中又各種ノ專門ヲ生ス社會ノ制度亦之ニ同シ初ハ單一ナル機關及ヒ作用ニ依リテ萬般ノ需要ヲ充タシタルコトヲ得タルモ現代ノ文明諸國ニ於ケル制度ハ事務ノ態樣、目的ノ異同ニ從テ分業益〻精密ナルヲ致ス

社會ノ進化ハ社會自體ノ生存ト其組成分子タル個人ノ生存トヲ調和スルヲ以テ其理想ト爲ス隨テ社會上ノ制裁ハ團體生存ニ必要ナル最大限度ニ及ヒ個人自由ノ剝奪ヲ最小限度ニ止ム

社會ト個人トハ人生ノ兩面ナリ個人ナクシテ社會ノ成立ナク社會ナクシテ個人ノ生存ナシ兩者其一ヲ離レテ人生ナルモノヲ想像スルコトヲ得ス然レトモ社會ノ利益ハ往往ニシテ個

人ノ利益ト爲ラス個人ノ利益ハ往往ニシテ社會ノ利益ト爲ラス是ニ於テカ社會ト個人ト相衝突スルノ事例ヲ見ルコト尠カラストス

刑法ハ恰モ此衝突ヲ規定スルモノノ一ナリ由來學說及ヒ實際ハ或ハ社會ヲ偏重シタルコトアリ或ハ個人ヲ偏重シタルコトアリ然リト雖モ現代ノ學說及ヒ實際ハ此兩者ノ調和ヲ以テ制度進化ノ產物ナリト解ス是ニ於テ一方ニ於テハ社會ハ其生存ニ必要ナル限リハ遺憾ナク其防衛ノ策ヲ施スト同時ニ他方ニ於テハ社會ハ其必要ヲ越エテ其制裁ヲ加フルコトヲ避ケ以テ個人ノ利益ヲ保護セントス此理想ヲ達スルニハ先ツ各種ノ制度ニ付キ其精神目的ヲ論シテ自覺的ニ其作用運行ヲ定メサルヘカラス次ニ各種ノ制度ヲ其目的ニ從ヒテ相分岐セシメ一方ト他方ト相混淆牽引スルコトヲ避ケシメ以テ各自其固有ノ領域ヲ守ラシメサルヘカラス換言スレハ社會制度ノ進化ニ關スル二個ノ原則即チ反射的ヨリ自覺的ニ遷移シ且漸次相分化スルノ事實ハ社會ト個人トノ調和ヲ理想トスルモノナルコトヲ看取スルコトヲ得ヘシ

此ノ如クシテ社會的反射運動ノ遺物タル報復主義ハ自覺的ナル目的主義ニ變セリ民事責任ト刑事責任トハ全ク相分離シタリ而シテ刑法理論ノ基礎ハ客觀主義ヨリ主觀主義ニ轉シ刑罰ヲシテ最モ適切ナラシムルト同時ニ又最モ緩和ナラシム

報復主義ハ其原始的狀態タル復讐ニ就テ之ヲ見ルニ明カニ反射作用ナリ近世ノ報復論ハ十八世紀ノ哲學ニ胚胎シテ十九世紀ノ前半紀ニ勢力アリシ所ナルモ要スルニ此反射作用ニ理論的說明ヲ附加セント試ミタルモノノミ目的主義ハ先ツ社會ノ本體ト制度ノ目的トヲ論シテ犯罪ノ觀念ヲ定メ刑罰ノ裁量ヲ爲サントスルモノナルカ故ニ之ヲ自覺的社會制度ト稱スルコトヲ得ヘシ是レ社會進化ノ第一則ニ適合スルモノナリ

民事責任ト刑事責任トハ其目的ヲ異ニスルモノナルカ故ニ互ニ之ヲ相分岐セシメサルヘカラス若シ此兩者ヲ混淆折衷スルトキハ之ヲ民事責任ヨリ見ルトキハ完全ニ其目的ヲ達スルコト能ハス之ヲ刑事責任ヨリ見ルトキハ又防衛ノ手段ヲ遺憾ナカラシムルコトヲ得ルモノニ非ス而モ之ヲ民事責任ノ方面ヨリ見ルトキハ之ニ附加セシメラレタル刑罰的分子ハ無用ノ贅物ニシテ之ヲ刑事責任ノ方面ヨリ見ルトキハ之ニ包含セシメラレタル賠償的分子ハ一個ノ蛇足タルニ終ル故ニ此兩者ヲ區別シテ互ニ其精神ヲ貫徹セシムルト同時ニ又其贅物蛇足ヲ除去スルハ明カニ社會進化ノ第二則ニ適合スルモノナリ

刑法ノ人格主義ハ惡性ニ從テ刑罰ヲ裁量セントスルモノナルカ故ニ社會防衛ノ點ヨリ謂ヘハ其目的ヲ完全ニ遂行スルモノト謂フコトヲ得ヘシ而シテ實害ノ大小ヲ眼中ニ置カサルノ結果實害大ナルモ惡性低度ノ者ニ對シテハ刑罰ヲ減輕又ハ免除スルカ故ニ不必要ナル刑罰ヲ科スルノ弊ヲ避クルコトヲ得ルナリ是レ明カニ個人ノ利益ヲ尊重スルモノニシテ即チ社會進化ノ理想ニ適合スルモノト謂ハサルヘカラス

0333

如上ノ議論ハ尚ホ刑法ノ沿革及ヒ刑法理論ノ沿革ニ徵シテ更ニ之ヲ證明スルノ必要アリ故ニ次章以下暫ク此兩個ノ沿革ヲ略述セント欲ス

第二章　刑法ノ沿革

刑法ノ沿革ハ國ニ依リテ固ヨリ差異アルヲ免レスト雖モ比較研究上大體ノ趨勢ヲ案スルトキハ之ヲ四期ニ大別スルコトヲ得ヘシ第一ハ報復時代ナリ第二ハ威嚇時代ナリ第三ハ博愛時代ナリ第四ハ科學時代ナリ而シテ此變遷ハ同時ニ歐洲ニ於ケル刑法ノ沿革ヲ示スモノナリ

刑法ノ沿革ヲ探究スルコトハ刑法ノ基礎觀念ヲ定ムルニ就テ重要ナル事項ナリトス蓋シ刑法ノ基礎觀念ニ關スル諸種ノ學說ハ常ニ刑法ノ沿革ト密接ナル關係ヲ有スレハナリ予輩ハ具體的ニ各國刑法ノ沿革ヲ說クノ煩ヲ避ケ唯茲ニ刑法發展ノ大勢ヲ述ヘテ刑法ノ基礎觀念ニ關スル予輩ノ立脚地ヲ論證スルノ資ト爲サントス

第一　報復時代

原始的社會ニ於ケル刑罰ノ關係ハ之ヲ家ノ對內關係ト對外關係トニ區別シテ觀察スルコトヲ得ヘシ而シテ其對內關係ニ於テハ家長ハ其家族ニ對スル支配權ノ作用トシテ懲戒ヲ施シタリト雖モ近世刑法ノ發達ハ寧ロ其對外關係ニ基因ス即チ家族相互ノ間又ハ個人相互ノ間ニ於テ一方カ他方ノ攻擊ニ對スル反動トシテ行ハレタル復讐ハ之ヲ刑法ノ第一期ト見ルコトヲ得ヘク此時代ニ於テハ未タ賠償ト刑罰トノ間ニ區別ナシ蓋シ報復ノ觀念ハ生物自衛ノ本性ニ基ク自然ノ現象ニシテ社會ノ原始的狀況ニ於ケル制裁ノ方法ハ一ニ此思想ニ據ルモノナリ

原始的時代ニ於ケル復讐ハ之ヲ現代ノ刑罰制度ノ起源ト認ムヘキモノナルト同時ニ又現代ノ損害賠償ノ起源ト認ムヘキモノナリキ蓋シ當時ニ於テハ未タ公法ト私法トノ分化ヲ見ルコトヲ得サリシナリ社會ノ組織漸ク堅固ナルヲ致スヤ社會ノ中央權力ハ被害者ニ代リテ此復讐ノ權ヲ行フコトトナリ初ハ反座法ナルモノノ一般ニ行ハルルコトヲ見タリ反座法トハ生命ヲ害シタル者ニ對シテハ生命ヲ以テ報イ身體ヲ傷害シタル者ニ對シテハ傷害ヲ以テ報ユルノ制度ナリ反座法一轉シテ償金制トナル償金制トハ加害者ヨリ被害者ニ財物ヲ交付シテ復讐ヲ免ルルノ制ナリ初ハ君主カ當事者ニ此賠償ヲ奬勵スルニ止マリシカ漸次之ヲ强制スルコトトナリ後ニハ君主其償金ノ一部ヲ自己ノ手ニ收ムルコトトナリ終ニハ君主ニ於テ償金ノ全部ヲ壟斷スルニ至リテ茲ニ償金ハ罰金トナリ別ニ被害者ニ賠償請求權ノ認メラルルコトトナリ刑事ノ關係ト民事ノ關係トハ漸次分離スルニ至レリ

參照鵜澤博士「復讐ニ就テ」(國家醫學會雜誌二五七號)

第二　威嚇時代

國家ノ成形カ漸次其步ヲ進ムルニ至リテ此反動的作用ハ個人ヨリ國家ニ移リ復讐ノ權ハ君主之

0334

ヲ私人ヨリ收メテ別ニ私人ニ求償ノ權ヲ認ム此時期ニ於ケル刑法ノ特色ハ刑罰ノ峻酷ナルニ在リ蓋シ國家ハ其存立未タ固カラス未タ個人ヲ顧ルノ遑ナキカ故ニ其秩序ヲ亂ルノ行爲ニ對シテ峻刑ヲ科シ社會ヲ威嚇シテ以テ自己ノ保全ヲ計ラントスルナリ

民事ト刑事トカ多少分離スルニ至リ君主カ復讐ノ權ヲ個人ヨリ移シテ自己ニ收メタルト同時ニ歐洲ノ中世ニ於テハ經濟狀態ノ進歩ト共ニ社會各員ニ財產ノ不平等ヲ生シ犯罪人カ無資產ナルノ結果償金即チ財產刑カ其效果ヲ得ル能ハサルニ至リシ爲メ君主ハ終ニ犯人ノ身體ニ苦痛ヲ科シテ公安維持ノ手段ト爲スニ至レリ蓋シ社會ノ中央權力カ稍〻其勢ヲ得ルニ至ルモ團體ノ結果未タ今日ノ如ク强固ナルヲ得サル時代ニ於テハ社會ノ組織ヲ維持スルニ急ナルカ爲メ其秩序ヲ害スルノ行爲即チ犯罪ニ對シテハ嚴重ニ之ヲ處罰シ以テ一般人民ヲ威嚇スルノ必要アリシナリ尙ホ當時ニ於テハ個人ノ權利自由ニ關スル觀念未タ發達セサリシカ故ニ豫メ如何ナル行爲ヲ犯罪ト爲シ又之ニ如何ナル刑罰ヲ科スルヤヲ定ムルコトナク一ニ裁判官ノ認ムル所ニ從テ隨時ニ非違ヲ處罰シタルカ故ニ往往ニシテ刑罰カ不公平ナリシヲ免レサリキ（罪刑擅斷主義）

第三　博愛時代

國家ノ成形其體ヲ成スヤ個人ノ充實漸ク其歩ヲ進ム個人充實シテ個人ノ覺醒アリ個人覺醒シテ個人主義ノ勃興アリ是ニ於テカ個人ノ權利自由ヲ尊重スルノ義行ハレ社會ハ個人ノ爲メニ存ス

ノ狀態ナリトセラルルニ至ル此時代ニ於ケル鎭壓ノ手段ハ一般ニ緩和ナルヲ致シ專ラ博愛ヲ主トスルニ至ル

社會カ其發達ヲ進メ國體ノ結合力カ其强固ヲ增スニ至ルヤ社會ノ活動ハ自己ノ生存ニ其力ヲ致スノ外更ニ其組成分子タル個人ノ利益ヲ充實セシメントスルニ至ル即チ歐洲ノ中世ヨリ近世ニ涉ル沿革ハ經濟ノ發達、文藝ノ進歩ニ於テ甚タ著シキモノアルコトヲ示ス

個人充實シテ其財力ニ於テ富ミ其智力ニ於テ進ムモノアランカ個人ハ茲ニ覺醒シテ自己ノ獨立ナル地位ヲ知得スルニ至ル是ニ於テ政治上ニ於テハ十八世紀末ニ於テ有名ナル佛大革命ト爲リ君主ノ暴虐打破セラレテ所謂立憲制度ナルモノ認メラルルニ至リ個人ノ權利及ヒ自由ニ關スル思想大ニ發達スルニ至レリ

之ヲ刑法ノ領域ニ就テ見ルニ中世ノ峻酷ナル刑罰制度ハ茲ニ廢止セラルルニ至リシノミナラス所謂罪刑擅斷主義ヲ捨テテ所謂罪刑法定主義ヲ採用シ如何ナル行爲ヲ以テ犯罪ト爲シ之ニ如何ナル刑罰ヲ科スヘキヤハ豫メ法律ニ於テ之ヲ明カニスヘシト主張セラルルニ至ル

殊ニ當時ハ社會契約說ナルモノ行ハレ社會ハ個人ノ契約ニ依リテ個人ノ爲メニ存立スル一ノ狀態タルニ過キストセラレ隨テ社會カ個人ニ對シテ刑罰ヲ科スルハ一ノ例外的現象ニシテ可及的之ヲ避ケサルヘカラストセラレタリ

博愛時代ノ沿革ハ畢竟十八世紀ノ哲學ニ由來スルモノナリ隨テ刑法ハ此時代ヨリ一定ノ理

論的體系ヲ有スルニ至レリ加之無益ナル峻刑ヲ廢止セラレタルハ疑モナク一ノ進歩ナリシト雖モ單ニ刑罰ヲ寛和ニスルヲ以テ足レリトシタルカ故ニ十九世紀ノ全體ニ付テ考フルトキハ此改革ノ爲メニ社會ノ犯罪人ハ別ニ減少スル所ナク累犯者ノ如キハ寧ロ其數ヲ增加シタリ是ニ於テカ刑事制度ハ又一轉化スルニ至レリ

第四　科學時代

近世科學ノ進歩ハ團體ノ獨立ナル實在ヲ認メテ其存立ヲ尊重スルト同時ニ生物學的及ヒ社會學的研究ニ因リテ犯罪ノ本質及ヒ其鎮壓ノ方法ヲ明カニシ刑事組織ハ自ラ一種ノ特色ヲ具有スルニ至ル此時代ノ特色ハ刑罰寛嚴ノ調和ニ因リテ個人ノ利益ヲ尊重スルト同時ニ社會防衛ノ方法ヲ遺憾ナク遂行セントスルニ在リ

團體ヲ以テ單ニ個人ノ爲メニ存在スル一ノ狀態ナリト爲サス團體ハ又自己固有ノ存在ト發展トヲ有スルモノナリトノ思想ハ現代ニ至リテ新ニ理解セラルルニ至レル所ナリ即チ社會ハ一ノ有機體ニシテ刑罰ハ社會カ自己防衛ノ爲メニ犯人ニ對シテ加フル所ノモノナルコト明カニセラルルニ至リ刑法ノ基礎觀念ハ著シク面目ヲ改ムルニ至レリ

加之生物學及ヒ社會學ノ進歩ト共ニ犯罪モ亦一ノ生物的及ヒ社會的現象ナリトセラルルニ至リ犯罪ノ撲滅ハ犯罪ノ生物的及ヒ社會的原因ニ遡リテ之ニ方策ヲ施ス所ナカルヘカラストセラレ玆ニ刑事政策ナル問題ヲ生スルニ至レリ

刑事政策ノ本旨ハ刑罰ヲ以テ社會防衛ノ手段ナリト爲スニ在リ故ニ社會ノ防衛ニ必要ナル限リハ個人ニ對シテ峻酷ナル手段ヲ施スヲ避ケサルナリ然レトモ不必要ナル刑罰ハ斷シテ之ヲ避ケサルヘカラサルカ故ニ常ニ之ヲ必要ナル程度ニ止ムルノ結果場合ニ依リテ刑罰ハ著シク寛和ナルヲ致スコトアリ例ヘハ同一ノ犯罪事實ニ關スル場合ト雖モ累犯者ニ對シテハ嚴ニ偶發的犯人ニ對シテハ寛ナルカ如シ此ノ如クシテ個人ノ利益ト社會ノ利益トヲ調和セントスルヲ現代刑事組織ノ特色ナリトス

第五　概觀

復讐及ヒ威嚇ノ二期ニ於ケル刑事組織ハ共ニ反射的制度ナリ博愛及ヒ科學ノ二期ニ於テハ之ヲ復讐及ヒ威嚇ノ二期ニ於ケル刑事組織ハ共ニ反射的制度ナリ博愛及ヒ科學ノ二期ニ於テハ之ヲ自覺的制度ナリト稱スルコトヲ得ヘシ

復讐及ヒ博愛ノ二期ハ個人ヲ以テ其制度ノ本位トシ威嚇時代ハ社會ヲ以テ其制度ノ中心トス而シテ此三者ニ共通ナル特質ハ其報復的ナルノ點ニ在リ科學時代ニ至リテ始メテ社會ト個人トノ對立アリ制度始メテ目的主義ヲ基本ト爲ス

近世科學時代ノ刑法ハ自覺的ニシテ且目的主義ナルヲ特色トス而シテ社會ト個人トヲ調和セントスルヲ本旨トス

拙稿「民事責任ト刑事責任トノ差異ヲ論シテ刑法ノ基礎觀念ニ及フ」(法學志林明治四〇年九卷一〇號)ヲ參照セヨ尙ホ刑法ノ沿革ニ付テハ最近刑法論(ブリンス)氏原著勝本勘三郎、

淺見倫太郎兩氏譯）第一六頁以下及ヒ穗積（陳重）博士刑法進化ノ話（東洋學藝雜誌八五號及ヒ八六號）ヲ見ヨ

第三章　舊派及ヒ新派

第一　舊派（クラシック派）

犯罪及ヒ刑罰ニ關シ理論的ノ考察ヲ爲スニ至リシハ刑法ノ博愛時代ニ始マル

刑法學ノ鼻祖ハ伊太利ノ「ベッカリヤ」（一七三八年――一七九四年）ナリ此ハ其著「犯罪及ヒ刑罰論」（一七六四年出版）ニ於テ社會契約說ヲ主張シ刑罰權ハ社會ノ各員カ社會ニ讓與シタル防衛權ニ外ナラス其權ハ正義ト社會ノ必要トヲ其限度トスルモノニシテ刑罰ハ一般ノ安寧ヲ維持スルニ止ムヲ得サル限度內ニ於テノミ正當ナリト爲シ之ニ基キテ當時ノ刑罰ノ險酷ニ過クルコトヲ非難シ刑罰ハ犯人ノ一身ニ止マルヘク又罪刑ノ間ニ其權衡ヲ得セシムヘキ旨ヲ論セリ尙ホ「ベッカリヤ」ニ付テハ法律學士古賀廉造氏『「ベッカリヤ」ノ經歷及ヒ其學說ノ大要』（法學志林明治三八年七卷九號及ヒ明治三九年八卷五號）ヲ參照

蓋シ十八世紀ノ哲學ハ個人論及ヒ自由論ヲ以テ其骨子トスルモノナリ個人論トハ個人ノ實在ヲ認ムルモ個人以外ニ社會ナルモノカ固有ノ存立ヲ有スルコトヲ否認シ社會ハ單ニ個人ノ爲メニ存スル狀態タルニ過キストスルモノナリ自由論トハ人類ノ意思ヲ以テ自由ナル活動ヲ爲スモノト爲シ吾人ハ理性ノ命スル所ニ從ヒ任意ニ其行動ヲ爲スコトヲ得ルモノナリト爲スナリ此理論ハ當時ノ君主ノ暴虐ニ對シテ起リ社會契約說ト爲リ佛大革命ト爲リ人權宣言ト爲リ以テ十九世紀ノ新生面ヲ開ケリ所謂舊派ノ學者ハ畢竟此十八世紀ノ哲學ヲ基礎トスルモノニシテ犯罪及ヒ刑罰ニ對スル觀念ハ一ニ報復主義及ヒ客觀主義ナリ其要旨ニ曰ク

（一）凡ソ人ハ或一定ノ年齡ニ達スルトキハ特ニ精神ニ異狀ヲ有スル者ノ外皆理性ニ從テ行動スルノ自由ナル意思ヲ有ス

（二）犯罪ハ人カ理性ニ從テ行動スルノ自由ナル意思ヲ有スルニ拘ハラス理性ノ要求ニ反シテ爲シタル行爲ナリ

（三）犯罪ハ自由意思ノ產物ニシテ人ハ平等ニ自由ナル意思ヲ有スルカ故ニ之ニ科スヘキ刑罰ハ犯罪ノ性質ニ從テ之ヲ定ムルコトヲ得

（四）故ニ犯罪ハ一ノ單純ナル法律的現象ニシテ一定ノ犯罪アラハ之ニ伴フ一定ノ刑罰ヲ科スルヲ以テ足ル

舊派ノ功績ニ著シキモノ二アリ其一ハ近世刑法ニ統一シタル體系ヲ與ヘタルコトナリ其二ハ犯罪ヲ一ノ事實トシテ觀察シ之ヲ分析解剖シテ種種ノ制度ニ對シ其定義及ヒ區別ヲ明カニシタルコトナリ第一ノ功績ハ既ニ歷史上ノ事實ニ屬スト雖モ第二ノ功績ハ現代ニ於テ尙ホ大ニ其實益ノ存スル所ナリ

第二　新派

十九世紀ノ中葉ニ至リテ進化論ノ研究興ル新派ノ主張ハ進化論ヲ刑事現象ニ適用スルニ在リ而シテ其論旨ハ一ニ目的主義、主觀主義ニ存ス曰ク

(一)　各人ハ平等ニ自由ナル意思ヲ有スルモノニ非ス人ノ意思ハ其箇人ノ性格（人類的原因）ト外界ノ狀況（社會的原因）トニ因リテ一定セラレ自ラ一ノ必至的法則ニ支配セラルルモノナリ

(二)　故ニ犯人ノ本質ハ寧ロ其個人的若クハ社會的原因ノ如何ニ存スルモノト謂ハサルヘカラス

(三)　犯罪ニシテ社會的原因ニ由來スルモノハ社會ノ改良ニ依リテ之カ撲滅ヲ圖ラサルヘカラス其個人的原因ニ由來スルモノハ其病理的ナルモノト習慣的ナルモノト及ヒ偶發的ナルモノトヲ區別シテ論スルノ必要アリ

(四)　刑罰ハ犯人ニ對シテ社會ヲ防衛スル手段ノ一種ナリ而シテ刑罰ハ犯人ニ科スルモノナルカ故ニ犯人ノ個人的性格ニ基キテ裁量セラレサルヘカラス

新派ノ功績ハ犯罪ノ自然科學的性質ヲ明カニシタル點ニ在リ之ヨリシテ近時ノ刑事問題ハ法律問題タルノミナラス又一ノ政策問題トナレリ近時ニ至リ犯罪撲滅ニ關スル種種ノ方策カ案出セラルルニ至リタルハ一ニ新派諸學者ノ功ニ歸セサルヘカラス

新派ノ主張ハ一ニ伊太利「ロムブロソー」（一八三六年――今現ニ「トリノ」醫科大學ノ教授ナリ）ノ研究ニ由來ス氏ノ著「犯罪人」（一八七六年出版）ハ此新思潮ノ起源ヲ成シタルモノナリ今日ニ於テハ「ロムブロソー」氏ノ所說ヲ採ラサルモノ多シト雖モ刑法ノ新理論ヲ一カ氏ニ負フ所多キハ固ヨリ疑フヘカラス

勝本博士「刑法ニ對スル舊學派ト新學派トノ比較及其應用ニ就テ」（監獄協會雜誌明治四〇年二〇卷三號）、同博士「改正刑法ノ大體ニ付テ」（京都法學會雜誌明治四〇年二卷九號）、拙稿「刑法新派ノ基礎ヲ論ス」、法學志林明治三七年六四號）、最近刑法論三三頁以下、獨逸刑法論（「リスト」原著、吾孫子、乾兩氏譯）一二九頁以下參照

第三　刑事學ノ二學派

犯罪ノ原因ヲ論シテ人類學的ナルモノニ重ヲ置キ主トシテ之ヲ研究スルモノヲ刑事人類學派トス多ク南歐ニ行ハルル研究ニシテ所謂伊太利學派ハ此派ノ中心ヲ成スモノナリ伊太利學派トハ此派ノ主張ヲ爲ス者カ多ク伊太利ニ起リタルカ故ニ其名アリ其機關トシテ一八八五年以來時時刑事人類學萬國會議ヲ開ク

最近ノ刑事人類學萬國會議ハ一九〇五年羅馬ニ開設セラレタリ其記事ハ揭ケテ法學協會雜誌明治三九年第二四卷第九號ニ在リ（安達峯一郎氏「第六回萬國刑事人類學會ノ報告」）犯罪ノ原因ヲ主トシテ社會的ノ方面ニ求ムルモノヲ刑事社會學派トス多ク北歐ノ學者カ採ル所

0338

ノ研究方法ナリ刑事人類學派ニ對シテ起レリ此派ノ機關トシテハ萬國刑事協會アルモノアリ一八八九年「リスト」「ハメル」及ヒ「プリンス」三氏ニ依リテ設立セラレタル所ニシテ時時萬國會議ヲ開ク

最近ノ會議ハ一九〇五年漢堡ニ開カレタリ其記事ハ掲ケテ法學協會雜誌明治三九年第二四卷第八號ニ在リ（拙稿「漢堡ノ國際刑事協會大會」）

此外國際監獄會議ナルモノアリ公ノ性質ヲ有スルモノニシテ各國政府ノ代表者ヨリ組織ス一八七二年以來時時開設セラル刑事制度ノ發展ニ關シ常ニ重大ナル貢献ヲ爲シツツアリ

最近ノ會議ハ一九〇五年「ブタペスト」ニ開カレタリ同會議ノ性質ニ付テハ法學博士小河滋次郎氏著監獄學第三一頁、同氏著獄事談第一頁以下、法學士谷野格氏著監獄學第七〇頁以下ヲ見ヨ

第四章　罪刑法定主義

第一　法定主義ト擅斷主義

法律ニ正條ナキモノハ何等ノ所爲ト雖モ之ヲ罰スルコトナシ舊刑法ハ明文ヲ以テ之ヲ定メタリ（舊二條）

中世ノ威嚇主義ハ又同時ニ擅斷主義ヲ採用シタリ博愛時代ノ個人論ハ其刑罰組織ヲ緩和ニスル

ト同時ニ所謂罪刑法定主義ヲ明カニシ之ヲ法律ノ明文ニ載セテ以テ裁判ノ專斷ヲ排セリ今ヤ新刑法ハ之ヲ自明ノ原則ナリトシテ法文ニ掲クル所ナシ

沿革ニ徵スルニ文化發達セサル時代ニ在リテハ明文ヲ以テ豫メ犯罪及ヒ刑罰ヲ定ムルコトナク如何ナル行爲ヲ以テ犯罪ト爲シ之ニ如何ナル刑罰ヲ科スヘキヤハ國家ノ首長又ハ之ヲ代表スル裁判官ノ任意ニ定ムル所ナリキ固ヨリ古代ニ於テモ刑法ノ正條ナカリシニ非スト雖モ皆大體ノ原則ヲ定ムルニ止マリシカ故ニ實際ノ適用ニ於テハ擅斷主義ニ據ルモノナリキ

罪刑法定主義ハ擅斷主義ノ結果トシテ生シタル裁判官ノ不公平ナル處置ニ反對シテ主張セラレタルモノナリ而シテ其理由トスル所ハ豫メ犯罪及ヒ刑罰ヲ指示セスシテ人ヲ處罰スルハ個人ノ自由ヲ不當ニ侵害スルモノナリトセラルルノ點ニ在リ然レトモ社會ノ事情ハ複雜ヲ極ムルノミナラス又絶エス變遷シツツアルモノナルカ故ニ豫メ犯罪及ヒ刑罰ヲ一定スルハ非違鎮壓ノ方法ヲシテ遺憾ナカラシムル所以ノモノト謂フヘカラス隨テ此點ヨリ見ルトキハ理想ハ寧ロ擅斷主義ニ在リト謂ハサルヘカラス唯總テノ裁判官ニ公平賢明ナルヲ望ムハ到底不能ノコトナルヲ以テ或程度内ニ於テハ豫メ罪刑ノ關係ヲ一定シテ裁判官ノ專斷ヲ防ク必要アルナリ加之犯罪ノ種類ニ依リテハ法律カ之ヲ禁スルニ非サレハ社會一般カ必スシモ之ヲ罪惡トセサルモノアルカ故ニ此等ノ犯罪ニ付テハ豫メ之ヲ法律ニ明示シテ民衆ニ

行不行ノ標準ヲ與フル必要アリ

法定主義ノ適用ニ付テハ立法例ニ依テ差異アリ或者ハ裁判官ニ刑ノ裁量自由ヲ認ムルコト狹ク或者ハ甚タ廣シ舊刑法ハ寧ロ狹キニ過クトシテ非難セラレタリシカ新刑法ハ寧ロ廣キニ失ストシテ非難セラルルカ如シ勝本博士「刑法瑣言」(法學志林明治四〇年九卷一一號)及ヒ同博士「改正刑法ノ大體ニ就テ」(京都法學會雜誌明治四〇年二卷九號)ヲ見ヨ岡田博士著刑法講義第二一頁以下參照

第二　刑法ノ解釋

法律ハ文理解釋ノ外又論理解釋ニ依リテ正文ノ意義ヲ或ハ擴張シ或ハ縮少セサルヘカラス論理解釋中法律ノ發達ニ多大ノ影響ヲ與フルモノヲ類推解釋ト爲ス

刑法ハ類推解釋ヲ許サストスルヲ通說トス而シテ其理由トスル所ハ一ニ罪刑法定主義ニ由來ス然レトモ類推解釋モ亦論理的解釋ナルカ故ニ論理ノ許容スル範圍內ニ於テハ刑法ニ於テモ之ヲ認メサルヘカラス

法定主義カ擅斷主義ノ反動トシテ起リタル當時ニ於テハ一般ノ風潮ハ官吏ノ行爲ニ對シテ個人ノ利益ヲ保護スルニ汲汲タリシヲ以テ刑法ハ個人ノ權利自由ニ對スル例外的ノ法律ナリトセラレ隨テ最モ嚴格ニ解釋シ可及的狹義ニ解釋セラルヘキモノナリトセラレタリ然レトモ法律ヲ解スルニ方リテ常ニ嚴格ナラサルヘカラサルコトハ獨リ刑法ニノミ限ルヘカラス法律ハ總テ之ヲ嚴格ニ解セサルヘカラサルナリ若シ嚴格ニ解セサルヘカラスト云フコトヲ以テ刑法ノ文字ヲ常ニ狹義ニ解セサルヘカラストノ意義ヲ有スルモノナリト爲サンカ沿革上ノ理由ハ是アリト雖モ到底現代ノ思想ニ適合セサルモノナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ現代ノ思想ニ於テハ刑法ハ社會カ自己ヲ防衛スル爲メニ自ラ制定スル所ノモノナルヲ以テ刑法ノ解釋ハ個人ノ利益ノ爲メニ左右セラルルコトナク一ニ社會ノ維持發達ヲ目標トシテ其用語ノ意義、規定ノ趣旨ヲ定メサルヘカラサレハナリ

刑法モ亦論理解釋ニ依リテ或ハ正文ノ意義ヲ擴張スルヲ要スルコトアリ或ハ之ヲ縮少スルヲ要スルコトアリ而シテ論理解釋ニ二種アリ一ヲ演繹的解釋トシ一ヲ歸納的解釋トス此等ノ方法ハ社會ノ事情ト法規ノ趣旨トヲ對照シテ正文ヲ其文理ヨリ離レテ解釋セントスル場合ニ應用セラルル所ニシテ所謂類推解釋ハ一ノ論理解釋ニ外ナラサルナリ

類推解釋トハ法律カ或一定ノ事項ニ對シテ設ケタル規定ヲ他ノ相類似スル事項ニ適用スルコトヲ謂フ元來成文法ハ法規ヲ固定セシメ法律ノ發達ヲシテ社會ノ發達ニ伴フ能ハサラシムルノ弊アルモノナリト雖モ尙ホ彈力ヲ有セサルニ非ス而シテ成文法ヲシテ多少ノ彈力ヲ有セシムル所以ノモノハ一ニ類推解釋ノ效ニ歸セシメサルヘカラス由來通說ハ類推解釋ヲ以テ刑法ノ解釋上許サルヘカラサル所ナリトスト雖モ類推解釋モ亦一ノ論理解釋ナル以上ハ之ヲ應用シテ刑法ヲ犯罪ノ進化、社會ノ發展ニ隨伴セシムルコト必スシモ不當ナルコト

ニ非サルノミナラス又實ニ必要ナルコトナリトス民法其他ノ法規ニ於テ類推解釋ヲ許ス場合ニ於テモ其應用ハ一ニ論理ノ許容スル範圍内ニ限ラルヘク此點ニ付テハ刑法ト民法其他ノ法規トノ間ニ何等ノ差異ヲ認ムヘキニ非サルナリ

唯刑事ト民事トノ間ニ一ノ重要ナル差異アリ民事ニ付テハ明治八年第一〇三號布告裁判事務心得第三條ニ「成文アルモノハ成文ニ依リ成文ナキモノハ慣習ニ依リ慣習ナキモノハ條理ニ依ル」トアリテ成文以外ニ所謂條理ナルモノノ適用ヲ許スモ刑事ニ於テハ此事ナシ而シテ此所謂條理ナルモノハ多ク類推的方法ヲ以テ論證セラルルモノナルカ故ニ此點ニ於テ類推的方法ノ應用ハ刑事ヨリ民事ニ於テ廣シト謂フコトヲ得ヘシ

類推解釋ハ之ヲ許ササルモ勿論解釋ハ之ヲ許ストスルヲ通說トス例ヘハ甲乙二個ノ場合ノ性質全ク同一ニシテ而モ甲ノ場合ハ乙ノ場合ニ比シテ一層其理由ニ重キヲ加フヘキ事由アリ而シテ乙ノ場合ニ對スル刑罰法令アリテ甲ノ場合ニ對スル明文ナキ場合ニ於テハ乙ノ場合ニ關スル法文ニ依リ甲ノ場合ヲモ處分スルコトヲ得ト謂フカ如シ

岡田博士著刑法講義第二五頁以下、泉二法學士「かりはるにや刑法法典ト新學理、第一、刑法解釋ノ原則」(日本法政新誌明治三八年九卷九號)、拙稿「犯罪ノ進化ト刑法ノ解釋」(同誌九卷八號)參照

第五章　刑法ノ意義

第一　社會學トシテノ刑法及ヒ法律學トシテノ刑法

犯罪ト刑罰トノ關係ヲ自然的現象トシテ觀察シ其法則ヲ研究スル方面ヨリ見ルトキハ刑法學ハ一ノ社會學ナリ此點ヨリ見ルトキハ犯罪ハ社會ニ對スル侵害ニシテ刑罰ハ此侵害ニ對スル反動作用ナリ

犯罪ト刑罰トノ關係ヲ法律的現象トシテ觀察シ其規範ヲ研究スル方面ヨリ見ルトキハ刑法學ハ一ノ法律學ナリ此點ヨリ見ルトキハ犯罪ハ一ノ法律的事實ニシテ刑罰ハ之ニ對スル法律的效果ナリ

法則ト規範トハ「アル」ト「ベキ」トノ差ナリ即チ一般ノ見解ニ依ルトキハ法則ハ現實ノ事實ヲ說明シ一定ノ事實ト他ノ一定ノ事實トノ間ニ存スル因果關係ヲ示スモノナルモ規範ハ理想ヲ論スルモノニシテ人ハ斯クセサルヘカラス斯クアラサルヘカラストト論スルモノナリ故ニ一ハ自然的ノモノナリト謂フコトヲ得ヘク他ハ之ヲ人爲的ノモノナリト稱スルコトヲ得ヘシ一ハ事實ヲ記載及ヒ說明スルモノナルモ他ハ一ノ事實ノ價値ヲ定ムルモノナリ

法則ト規範トハ實質上果シテ差異アルモノナリヤ否ヤニ關シ議論アリ(丁酉倫理會講演集三八號所載文學博士桑木嚴翼氏「法則ト規範」尙ホ之ニ對シ同講演集四四號ニ中島德藏氏

0341

ノ所說アリ五一號ニ文學士吉田醉致氏ノ所說アリ）或ハ之ヲ以テ全然其性質ヲ相異ニスルシ或ハ之ヲ實質的ニ同性質ノモノナリト解ス予輩ハ玆ニ法則ト規範トノ哲學モノト上ノ性質ヲ論セント欲スルモノニ非ス唯社會上ノ現象ハ之ヲ或ハ法則ノ方面ヨリ觀察シ或ハ規範ノ方面ヨリ研究シ得ルモノナルコトニ付テ疑ヲ容ルヘカラス

從來刑事現象ハ單ニ之ヲ法則ノ方面ヨリ研究セラルルニ止マレリ蓋シ規範ナル觀念ハ意思ノ自由ヲ其前提トスルモノナルカ故ニ意思自由論ヲ基本トシタル從來ノ研究カ規範ノ研究ヨリ外ニ出ツル能ハサリシハ固ヨリ當然ナリトス然レトモ人間及ヒ社會ニ關スル自然科學的ノ研究其歩ヲ進ムルニ至リテヤ意思必至論ノ主張セラルルト同時ニ社會現象モ亦一ノ自然現象ニ外ナラストセラレ此方面ヨリ刑事現象ノ法則的研究大ニ勃興スルニ至レリ所謂新派ノ主張ハ一ニ其基礎ヲ刑事現象ノ法則的研究ニ置クモノニシテ所謂刑事社會學及ヒ刑事人類學ハ何レモ此法則ヲ研究スルモノニ外ナラサルナリ學者或ハ之ヲ稱シテ刑法ハ社會的科學ナリト謂フ

然レトモ法律ヲ以テ吾人ノ行爲ノ規範（準則）ナリト觀察シ其解釋ヲ爲スノ點ヨリ見ルトキハ刑法ハ一ノ規範的科學ナリ學者或ハ之ヲ法律的科學ト稱ス而シテ予輩カ本講義ニ於テ論セントスル所ハ主トシテ刑法ノ規範的方面ナリトス

最近刑法論第一五頁參照

第二　刑事法及ヒ刑法

廣ク刑事法ト稱スルトキハ種種ノ法規ヲ包含ス

一　司法警察ニ關スル法規

二　刑事裁判所構成法

三　刑事訴訟法

四　刑事實體法即チ刑法

五　刑ノ執行ニ關スル法規（殊ニ監獄法）

從來司法警察ニ關スル事項及ヒ行刑ニ關スル事項ハ刑事ノ研究ヨリ除外セラレタルノ傾アリ蓋シ此兩者ハ直接ニ司法ノ領域ニ屬セサルヲ以テ三權分立ノ思想ノ餘波刑事ニ關スル法規ト全ク分離シテ觀察セラレ學者多クハ刑事裁判所構成法、刑事訴訟法及ヒ刑法ヲ概括シテ刑事法ト稱ス

從來刑法ノ研究ト獄制ノ研究トハ全ク別途ノモノトセラレ刑法ハ之ヲ法學トシテ研究シタルモ獄制ノ研究ハ之ヲ行政ニ屬スルモノナリトシテ法學者ヨリ度外視セラレタルノ傾アリ蓋シ三權分立ノ思想ハ司法ト行政トノ分離ヲ其重要ナル論點トシタルカ故ニ司法官ト司獄官トハ全ク分離セラレ我邦ニ於テモ近年ニ至ルマテ監獄局ハ內務省ニ屬シタリ其司法省ニ屬スルニ至リシハ近ク明治三十二年以降ノコトトス

然リト雖モ現代ノ裁判官ハ刑法ナル犯罪辭書ニ就テ之ニ規定セラレタル一定ノ刑ヲ發見シ

之ヲ宣告スルヲ以テ任務終レリトスルカ如キ機械的ノ使命ヲ有スルモノニ非ス司獄官モ亦裁判所ノ宣告シタル刑ニ基キテ犯罪人ヲ單ニ一定ノ時日ノ間拘禁シ期至レハ則チ之ヲ解放スルカ如キ單純ナル職責ヲ有スルニ止マルモノニ非ス當ニ互ニ氣脈ヲ通シ社會ノ事情、犯人ノ個性ニ鑑ミテ刑ノ裁量及ヒ其執行ノ方法ニ思ヲ致シ以テ刑法ノ目的タル社會防衛ノ趣旨ヲ貫徹スルニ努メサルヘカラス

司法警察ニ付テモ亦同シ司法警察ノ當局者ハ司法ノ當局者ト其聯絡ヲ全フスルコトニ依リテ初メテ犯罪鎮壓ノ本旨ヲ貫クコトヲ得ヘシ故ニ內務省ニ屬スル司法警察官ヲ司法省ノ管轄ニ移シ之ヲ檢事ニ隷屬セシムヘシトノ論アリ蓋シ刑事訴訟法ニ於テ檢事ハ司法警察官ニ命令ヲ下スノ權ヲ有スト雖モ一ハ司法省ニ一ハ內務省ニ屬スルカ故ニ其命令權ノ運用ハ實際ニ於テ時トシテ圓滿ヲ缺クヲ免レサレハナリ但司法警察ハ實際上行政警察ト分離シ難キモノアルカ故ニ司法警察ノ機關ヲ全然檢事ノ隷屬ニ歸セシムルコトハ今直チニ實行スル能ハサル所ナルヘシト雖モ之ヲ分離スヘシトノ議論ヲ生シタル所以ノモノハ社會カ司法ト行政トノ不當ナル分離ニ對シ漸次覺醒シツツアルノ證左ナリト謂フコトヲ得ヘシ

予輩ノ本講義ニ於テ論セントスル所ハ刑法ニシテ刑事法ニ非ス刑法トハ刑事ニ關スル實體法ニシテ即チ如何ナルモノヲ以テ犯罪トナシ且之ニ如何ナル刑罰ヲ科スヘキカヲ定ムル法規ナリ之ニ對シテ刑事法ニ屬スル他ノ四種ノ法規ハ犯罪ヲ檢舉シ之ヲ審判シ之ニ刑罰ヲ執行スルコトニ關スルモノナルカ故ニ之ヲ刑事手續法ト稱スルコトヲ得ヘシ但一般ニ刑事手續法（又ハ刑事形式法）ナル語ハ之ヲ狹義ニ解シテ刑事訴訟法ノ義ニ用フ

岡田博士刑法講義第一頁以下參照

第三　實質的刑法及ヒ形式的刑法

刑事責任ニ關スル實體的規定ハ之ヲ實質的意義ニ於ケル刑法ト謂フコトヲ得ヘシ然レトモ法律ハ一定ノ刑事制裁ヲ稱シテ特ニ刑罰ト爲スカ故ニ（舊七條乃至九條、新九條）此所謂刑罰（即チ形式的意義ニ於ケル刑罰）ニ關スル實體的規定ヲ稱シテ形式的意義ニ於ケル刑法ト謂フコトヲ得ヘシ

刑法法典ノ總則ハ形式的刑法ニ關スルモノニシテ廣ク實質的刑法ニ及フモノニ非ス

刑法法典ハ其舊法ニ於テハ十九種ノ刑罰ヲ規定シ其新法ニ於テハ七種ノ刑罰ヲ規定ス此ノ如ク特ニ刑罰ト稱セラルルモノノ外其實質ニ於テ刑事制裁ニ屬スルモノハ之ヲ行政法、民法、商法、訴訟法等ニ於テ之ヲ見ルコトヲ得ヘシ民法、商法ニ規定セラルル過料ノ制度ノ如キ其著シキモノト見ルヲ得ヘク其他所謂警察罰、行政執行罰及ヒ秩序罰ト稱セラルルモノニシテ其刑名ノ所謂刑罰ニ入ラサルモノ甚タ多シ學者多クハ刑罰ト其他ノ罰トノ間ニハ實質上ノ差異アリト說クト雖モ又其差異ナシト說クモノアリ予輩ハ此等ノ諸罰ヲ以テ其實質ニ於テハ何等ノ差異ナク唯刑法總則ノ適用ヲ受クルト否トノ點ニ於テ形式上ノ差異アル

0343

ニ過キスト解ス（法學協會雜誌明治三六年二一卷四號所載清水澄氏官吏責任論五一二頁及ヒ同博士著憲法論三版八七八頁以下參照）

第四　普通刑法ト特別刑法

刑法法典ノ總則ハ刑事ニ關スル普通法ナリ（舊五條、新八條）故ニ刑法ノ總則ハ刑罰法令ニ特別ノ規定ナキ限リハ常ニ補充的ニ其適用アルモノナリ但或種ノ特別法ハ明白ニ刑法總則ノ規定ヲ除外スル旨ヲ明カニシ不論罪、減輕、再犯加重、數罪俱發ノ例ヲ適用セスト規定スルモノアリ主トシテ警察法及ヒ財政法ニ於テ之ヲ見ル（例ヘハ酒造稅法三一條）

普通法トハ或事項、或人又ハ或場所ニ付テ一般的ニ規定ヲ成スニ對シ特別法トハ普通法カ規定スル所ノ事項、人又ハ場所ノ一部ニ於テ特別ナル規定ヲ成スモノナリ

特別法ニ規定ナキ點ニ付テハ普通法ハ當然適用セラルヘキモ特別法ニ特別ノ規定アル場合ニ於テハ特別法ヲ適用スヘクシテ普通法ヲ適用スヘカラス即チ特別法ト普通法トノ關係ヲ稱シテ「特別法ハ普通法ニ勝ツ」ト謂フ

刑法法典ノ總則ニ對シ刑法法典ノ其他ノ規定即チ所謂各論的規定ハ特別法ナリト謂フヲ得ヘシ尙ホ刑法法典以外ニ於テ各種ノ法令ハ其法規違反ニ對シテ刑罰ヲ科スル旨ノ罰則ヲ定ムレ是レ即チ特別刑法ナリ

第五　刑法ノ定義

刑法トハ犯罪ナル一定ノ行爲ニ刑罰ナル法律的效果ヲ付與スルコトヲ定ムル法規ナリ

岡田博士曰ク「刑法トハ犯罪ト刑罰トヲ定メタル法令ヲ云フ」（刑法講義一頁）「リスト」曰ク「刑法トハ犯罪ナル事實ニ刑罰ナル法律的效果ヲ付スルヲ以テ目的トスル國家的法規ノ全體ナリ」（獨逸刑法論一頁）「ガロー」曰ク「刑法トハ社會的刑罰權ノ行使ノ準則タル法律規定ノ全體ナリ」ト

故ニ刑法學ノ一半ハ犯罪學ナリ犯罪トハ刑罰法令ニ列擧セラレタル行爲ニシテ犯意若クハ過失ヲ伴フ責任能力者ノ違法行爲ナリ

故ニ刑法學ノ他ノ一半ハ刑罰學ナリ刑罰トハ國家カ犯罪ニ對スル制裁トシテ犯人ニ科スル法益ノ剝奪ナリ

犯罪及ヒ刑罰ノ定義ニ關スル說明ハ犯罪論及ヒ刑罰論ニ讓ル

故ニ刑法ハ公法ナリ刑法ハ國家ト犯人トノ關係ヲ規定スルモノナレハナリ固ヨリ犯罪ハ個人ニ對スル義務ノ違反ヨリ生スルコトアリト雖モ其違反ヨリ生スル處罰上ノ關係ハ公的ニシテ私的ニ非ス親告罪ノ制度ニ於ケル告訴ハ單ニ訴追要件タルニ止マリ犯人ト告訴人トノ間ニ何等ノ法律關係ヲ認メタルモノニ非サルナリ

刑法カ公法タルコトニ付テハ學者ノ異論ヲ聞カス例ヘハ所有權ハ私權ナリ然レトモ之ヲ侵害シテ竊盜ノ行爲ニ出ツルトキハ一方ニ於テハ私的ナル民事責任ヲ生シ他方ニ於テハ公的

0344

ナル刑事責任ヲ生ス即チ侵害セラレタル所有權ハ私權ナルモ之カ刑事責任ニ關スル規定カ公的ナルニ於テ些ノ非論理的ナルコトナシ親告罪トハ告訴ヲ待チ始メテ處分シ得ルノ罪ナリ然レトモ告訴ハ單ニ告訴權者カ國家ニ對シテ犯罪ノ訴追ヲ求ムルノ行爲ニ過キスシテ告訴權者カ犯罪者ニ對スル請求權ノ主張ニ非サルナリ

第一編　犯罪論

第一章　總論

第一節　犯罪ノ定義

第一　實質的定義

現代ノ法制ニ於テ犯罪ノ通有性トセラルル所ノモノヲ列擧スルトキハ犯罪トハ刑罰法令ニ列擧セラレタル行爲ニシテ犯意若クハ過失ヲ伴フ責任能力者ノ違法行爲ナリ

最モ簡單ニ犯罪ノ定義ヲ擧クルトキハ犯罪ハ刑罰ヲ制裁トセル不法行爲ナリト謂フコトヲ得ヘシ蓋シ法律ニ違反スルノ行爲ニ對シテハ其制裁種種アリ而シテ其制裁中刑罰ヲ科スル所ノモノ即チ犯罪タルナリ然レトモ此ノ如キ定義ハ以テ犯罪ノ內容實質ヲ說明スル能ハサルヲ以テ玆ニ犯罪ノ一般通有性ヲ擧ケテ以テ犯罪ノ定義ト爲スナリ但此定義ニ就テ注意スヘキハ此定義ハ一般犯罪ノ基本的性質ヲ擧ケタルモノタルニ止マリ必スシモ總テノ犯罪ニ適合スルモノニ非サルコトナリ即チ刑罰ヲ制裁トセル不法行爲ハ時トシテ必スシモ此定義ニ揭ケタル諸種ノ性質ヲ具有セサルコトアルモ但ソハ例外的現象タルニ過キサルナリ

此定義ヲ分解スルトキハ次ノ如シ

(一)　犯罪ハ行爲ナリ　近世ノ刑法ハ單純ナル心理狀態ヲ罰スルコトナシ

(二)　犯罪ハ責任能力者ノ行爲ナリ　故ニ幼者、心神喪失者ノ行爲ハ罪ト爲ラス

(三)　犯罪ハ犯意若クハ過失ヲ伴フ行爲ナリ　原則トシテハ犯意アルコトヲ必要トス但例外トシテ過失ヲ罰ス

(四)　犯罪ハ違法行爲ナリ　即チ正當防衛、緊急避難等ノ行爲ハ罪ト爲ラサルナリ

(五)　犯罪ハ刑罰法令ニ列擧セラレタル行爲ナリ　即チ犯罪ハ刑罰ノ制裁アルモノタルコトヲ要シ尙ホ各種犯罪ノ內容ハ各種刑罰法令ノ指示スル所ニ依リテ定マルナリ

岡田博士曰ク犯罪トハ刑罰法令ニ列擧セラレタル行爲ニシテ有責違法ノ擧働ナリト（刑法講義一三頁）此定義ハ一般ニ採用セラルル所ノモノナリ即チ通說ハ予輩ノ所謂「責任能力」ト「犯意及ヒ過失」トヲ合一シテ之ヲ責任若クハ有責ナル單一觀念ト爲スモノナルモ予輩ハ通說ノ所謂責任ナル觀念ニ左袒セサルモノナルカ故ニ多少用語ヲ異ニスルナリ後段責任能力ニ關スル說明ヲ參照セヨ

第二　形式的定義

0345

犯罪トハ刑罰ヲ制裁トセル不法行爲ナリ之ヲ形式的ニ解スルトキハ犯罪ハ刑罰トシテ刑法カ規定シタル所ノ制裁（形式的意義ニ於ケル刑罰）ヲ科スル行爲ニ限ル即チ形式的意義ニ於ケル刑法ニ規定セラルルモノ是ナリ

第二節　犯罪ノ觀念

第一　犯罪ノ本質

犯罪ノ本質ヲ論スルニ二種ノ觀察點アリ第一ハ先ツ犯罪ノ觀念ヲ定メテ後刑罰ノ觀念ニ及ハントスルモノナリ第二ハ刑罰ノ觀念ヲ定メテ後犯罪ノ觀念ニ及ハントスルモノナリ前者ハ曰ク犯罪アルカ故ニ茲ニ刑罰ヲ科スルナリト後者ハ曰ク刑罰ヲ科スルカ故ニ不法行爲ハ茲ニ犯罪トナルト

前者ノ觀察點ヲ採ル者ハ所謂自然犯罪ト法定犯罪トヲ區別スル點ニ於テ其特色ヲ有ス蓋シ時代ノ一般道義心カ排斥スル所ノ行爲ハ自然犯罪ナリ之ニ反シテ法律カ刑罰ヲ科スルニ因リテ始メテ犯罪トセラルル所ノモノハ法定犯罪ナリ

自然犯罪ナル觀念ハ自然法ナル觀念ニ由來ス但近世ニ至リ自然法ナル觀念ハ大ニ學者ノ非難ヲ受タル所ナリト雖モ自然犯罪ナル觀念ハ伊太利學派ノ學者ニ依テ維持セラレタリ固ヨリ自然法ナル觀念ノ破レタルト共ニ自然犯罪ナル觀念モ自然ノ理法上存在スル犯罪ナリトハセラレサルニ至リタルモ尚ホ社會一般ノ道德的觀念ニ因リテ排斥セラルルモノハ其實質ニ於テ當然犯罪タルモノナリト解シ犯罪ノ社會學的及ヒ人類學的研究ヲ爲ス者ハ其研究ヲ此種ノ犯罪ノ範圍ニ限ル

法規ノ運用上ニ於テモ自然犯罪ト法定犯罪トノ間ニハ重要ナル差異アリ即チ通說ニ從フトキハ自然犯罪ニ於テハ犯人カ之ヲ禁スルノ法規アルコトヲ知ラサルモ尚ホ之ヲ罰スヘク法定犯罪ニ於テハ犯人カ其法規ヲ知ラサルトキハ其刑ヲ減輕又ハ免除スヘシトセラルルナリ

（新三八條三項）最近刑法論第一〇九頁以下參照

後者ノ觀察點ヲ採ル者ハ刑罰ヲ以テ目的ナリト爲サス以テ一ノ手段ナリト爲ス點ニ於テ特色ヲ有ス刑罰ノ本旨ヲ稱シテ犯人ヲ社會ニ同化セシムルニ在リト爲シ由テ以テ刑罰ノ種類及ヒ作用ヲ發達セシメタルハ實ニ其功ナリ

後者ハ一般不法行爲中唯刑罰ナル制裁ヲ以テ律スヘキモノヲ以テ犯罪ナリト解シ刑罰ハ畢竟不法行爲ヲ鎭壓スルノ方法ナリト說クカ故ニ刑罰ノ改良如何ニ依リテハ從來刑罰ヲ以テ鎭壓スル能ハサリシ不法行爲ニ對シテモ尚ホ其新方法ヲ以テ律スルコトヲ得ヘシト爲シ茲ニ刑罰ノ進步發達ヲ促スニ至レリ

蓋シ犯罪ハ其本質ニ於テ公益ヲ害スルモノナリト雖モ時代思想ノ認ムル所ヲ超エテ處罰スルトキハ却テ刑ノ目的ヲ達セサルコトアリ而モ又刑罰ノ發達ハ刑罰ニ因テ社會ノ同化作用ヲ受クヘ

0346

キ行爲ノ範圍ヲ擴大シ結局刑罰ヨリ由來スル損害カ犯罪ヨリ由來スル損害ニ均等スルニ至リテ止マル是ニ於テカ廣ク實質的ニ刑事責任ト見ルヘキモノノ中ニ形式的意義ニ於ケル刑事責任アリ所謂形式的刑事責任ノ中ニ刑事犯ト行政犯トノ區別ヲ生スルナリ

最モ廣義ニ解スルトキハ刑事責任ヲ以テ律スルモノハ若犯罪ナリ而モ此間ニ種種ノ形式的區別ヲ設クル所以ノモノハ一ニ犯罪ニ關スル以上ノ二個ノ觀察點ヲ調和スルノ趣旨ニ出ツ所謂自然犯罪ト見ルヘキモノハ之ヲ刑事犯ト稱ス刑事犯ノ外尙ホ之ニ準スヘキ法定犯罪ヲ政犯ト稱シ之ヲ一括シテ所謂形式的意義ニ於ケル刑罰ヲ科スルナリ其他ノモノニ對シテハ行之ニ刑事責任ヲ科シテ而モ刑罰ト稱スルコトヲ避クルハ之ヲ刑罰ト稱スルコトカ社會ヲシテ其制裁ノ過酷ナルコトヲ感セシメ其結果却テ制裁ノ效果ヲ收ムル能ハサルニ至ルコトヲ慮レハナリ

第二　何カ故ニ犯罪ハ科刑ノ要件ナリヤ

一　客觀說　從來一般ニ行ハレタル學說ニ從フトキハ社會ハ個人ノ行爲カ社會ノ利益ヲ害スルニ於テ始メテ之ニ對シ制裁ヲ科スルノ權アルモノト解セラレ犯人ノ惡性如何ニ大ナリトスルモ外部ノ行爲ニ現ハレサル以上ハ國家ハ之ニ干涉スルコトヲ得ストセラレタリ

此學說ハ心理ノ狀態ヲ以テ法律ノ領域ニ屬セサルモノト解シ法律ハ唯外部行爲ヲ支配スルモノナリトノ觀念ニ由來スルモノナリ是レ舊派ノ主張スル所ナリト雖モ主觀主義、人格主

國際公法(平時)

法學博士　秋山雅之介講述

緒論

第一章　國際公法ノ性質

第一節　法律上ノ地位

法律ヲ大別シテ國內法及ヒ國際法ノ二種ト爲シ得ヘシ國內法ハ各國主權者ノ制定又ハ認定シタル法規ニシテ自國ノ人民及ヒ自國領域內ニ關スル事項ヲ規定シ其ノ法律規則ハ他國ノ版圖內ニ於テ效力ヲ有セサルヲ通則トス然ルニ列國ノ對立シテ其相互間ノ交通頻繁ト爲ルニ從ヒ第一ニハ一國ト他國間、第二ニハ一國ト他國人民間、第三ニハ一國人民ト他國人民間ニ於テ權利義務ノ關係ヲ生ス此等三種ノ權利義務關係ヲ處理スル爲メ國際法研究ノ必要ヲ生ス

0347

歐米一般ノ學者ハ國際法ヲ分チテ國際公法及國際私法ノ二種トシ又之ニ國際刑法ヲ加ヘテ三種ニ分類スル者アリ然レトモ國際私法ト謂フハ個人ノ權利義務關係カ數國ノ法律規則ニ關係アル場合ニ於テ其何レノ法規ニ依リ之ヲ處理スヘキヤヲ論究シ國際刑法ニ於テハ個人ノ犯罪行爲又ハ所在其他ノ個人關係カ二國以上ニ關係ヲ有スル場合ニ於テ其關係國ハ之ヲ如何ニ處理スヘキヤヲ論定スルモノニシテ此等諸點ニ關シ文明諸國ニ於テハ各自國ノ便宜及諸國共通ノ公益上ヨリ制定シタル國法又ハ國際條約ノ規定アリテ列國間ニ一種ノ慣例法ト見ルヘキモノアルカ故ニ之ヲ國際私法又ハ國際刑法ト名ケテ國際法ノ一部ト爲スニ外ナラサレトモ國際私法ニ於テ論究スル法則ノ大部分ハ決シテ國家ノ行爲ヲ拘束スルモノニ非ス又其法則中ニ於テ他國ニ對スル國家ノ行爲ヲ拘束スルモノハ當然國際公法ニ屬スヘキモノナルカ故ニ有力ナル學者中ニ於テモ國際私法ハ之ヲ國際法ノ一部ト爲サスシテ「法律ノ抵觸」ト名ケタルモノ少カラス之ニ反シ國際公法ハ國家相互間ノ權利義務關係ヲ規律シ其法則ニ違反スル國家アルトキハ他國ハ之ニ對シテ其法則ノ履行ヲ要請シ又强行シ得ヘキモノトス之ヲ要スルニ國際刑法ナル法則ノ一部ハ國際私法ニ屬シ他ノ一部ハ國際公法ノ部類ニ入ルヘキモノナルト同時ニ國際私法ハ一種ノ科學ニシテ之ヲ法律トスルモ國內法ノ一部ト見做スヘキカ故ニ嚴格ニ言ハハ國際法ナル名稱ハ國際公法ニ限ルモノトス

國際公法ハ法律ナリヤ否ヤニ付テハ學者間ニ議論アレトモ法律ナル術語ノ意味ハ英法學者「オースチン」ノ見解今日ニ於テハ正鵠ヲ得タルモノノ如シ同氏ノ說ニ依レハ法律トハ一般概括的ノ意義ヨリセハ意識者カ其權力ノ下ニ在ル意識者ヲ指導スル爲メ設定シタル人類行爲ノ法則ナリトシ就中眞正ノ法律ト謂フヘキモノハ政治上優者タル主權者カ政治上劣者タル人民ニ下シタル命令ニシテ其遵守ヲ强制スルモノナリトシ法律トハ第一命令ナルコト、第二命令ニ伴フ惡報即チ制裁アルコト、第三服從ノ義務アルコトヲ法律ノ三要素ト爲セリ此「命令」ナル用語ニ付テハ近世ノ學者中古來諸國ニ於ケル法律發達ノ歷史又ハ慣例法等ノ事實ヲ引證シテ之ヲ攻擊非難スルモノアリト雖モ要スルニ法律トハ成文法ト不文法ノ別ナク人類ノ政治的團體中ニ行ハルル規則ニシテ其團體ニ於ケル主權カ之ニ法力即チ强制的ナル遵守ノ義務ヲ付シタルモノナルコト疑ナシ從テ其法則ノ履行ニ付テハ强制力ノ伴フコトヲ必要トシ現今法律ノ宗敎及道德ト區別シ得ヘキ主要ナル點ハ此强制力ノ有無ニ存スルニ外ナラス

然ルニ國際法ニ於テ各獨立國ハ自主平等ナルカ故ニ其間ニ政治上優等者及劣等者ノ區別ナク各國ハ其行爲ニ關シテ決シテ他國ノ拘束ヲ受クヘキモノニ非ス此故ニ國家間ニ行ハルル法則モ之ニ法力ヲ付シ其遵守ヲ獨立國ニ强制スルモノナキカ故ニ國際公法ハ法律ニ非ストノ論結ヲ來ササルヲ得ス從テ「オースチン」ハ國際公法ヲ以テ憲法及行政法ト同シク公認セラレタル道德ト看做シ國際法ト言ハスシテ國際道德ト稱スヘキモノナリト論結セリ

然レトモ國際公法ハ道德ノ分類中ニ入ルヘキモノニ非ス何トナレハ法律トシテ國際法ノ存在ヲ

0348

認メサル極端論者ト雖モ國際關係ヲ研究スル科學ノ存在シ得ヘク又現ニ存在スルコトニ付テハ異論ナシ其科學ハ全然法律上ノ論據ニ基クノミナラス現今文明諸國間ニハ國際公法ナル法則ノ存在シ古來有力ナル慣例條約等ニ依リ國家行爲ノ法則ト認メラレ列國ハ常ニ之ニ違反セサルコトヲ努メ又國際紛爭ノ生スル場合ニハ慣例條約等ニ照シ其法則ニ基キ法律的ニ其事件ヲ處理セムトスルコト恰モ國內法ニ於ケルト異ナル所ナク純然タル法律思想ヲ以テシ道德上ノ感想如何ハ外交政略トシテハ愼重ナル考慮ヲ要スヘキモノナレトモ國際法ニ於テハ決シテ問ハサル所ナルヲ以テ憲法行政法ノ一部ハ其性質上强制力ヲ缺キ居ルニ拘ラス法律ノ分類中ニ之ヲ入ルルト等シク國際公法モ亦一種ノ法律トシテ論究セサルヘカラス

第二節　國際公法ノ定義

國際公法トハ文明諸國一般ノ承認ニ依リ國家相互ノ關係ニ於テ遵守セラルル國家行爲ノ法則ナリト定義シ得ヘシ此定義ニ基キ國際法ノ性質ヲ說明セハ左ノ如シ

第一　文明國間ニ行ハルル法則ナリ

國際法上ノ法則ハ素ト歐洲耶蘇教國間ニ發生シ其諸國間ニ行ハレタル故カ昔ノ學者中ニハ之ヲ耶蘇教國又ハ歐洲諸國間ノ法律ナリト看做シタルモノアレトモ一八五六年巴里條約ニ於テ異宗教國ナル土耳其國ヲ國際法及歐洲協調ノ利益ヲ享有スルモノト規定シテ以來國際法ノ行ハルル

範圍ハ列國間ニ於ケル交通通信ノ發達ニ伴ヒ擴張シ南北亞米利加及東洋ノ諸國モ其範圍ニ入リタルカ故ニ今日ニ於テハ事實上其適用ヲ歐洲又ハ耶蘇教國ニ限ラサルコト疑ナシ然レトモ國際法ハ文明國間ニ行ハルルモノナラサルヘカラス然ラハ如何ナル程度ノ文明アリテ國家ハ國際法ノ團體中ニ入リ得ヘキヤト言ハハ何人モ其程度ヲ抽象的ニ答フルコト能ハサルヘシ古來印度及支那ノ文明墨西哥又ハ秘魯ノ文明乃至希臘羅馬ノ文明ノ如キ互ニ系統ヲ異ニスル文明アリテ之ヲ比較シ其程度優劣ヲ測定シ能ハサルノミナラス同一系統ヲ有スル諸國ノ文明ニ付テモ其文明ノ程度ヲ量定シテ文明國ト非文明國ヲ區別シ易カラス然レトモ國際法ノ行ハルル國家ハ未開國又ハ野蠻國ナルヘカラサルコト疑ナシ何トナレハ亞弗利加洲又ハ大洋洲ニ於ケル野蠻人團體ノ如キハ國際法ノ法則ヲ履行スルノ意思ナシ假令其意思アリトスルモ其法則ヲ實行スルノ能力ナキカ故ニ野蠻人未開人ノ團體ハ自ラ國際法ノ行ハルル列國團體中ニ在リト云フコト能ハスシテ文明國ノ斯ル團體ニ對スル關係ニ付テハ國際法ノ適用ナキモノト言ハサルヲ得ス之ヲ要スルニ國際法ノ行ハルル團體中ニ在ル國家ハ或ル程度ノ文明ヲ有スルコトヲ必要トシ少クモ其國家自ラ國際法ヲ遵守シ得ヘキ能力ヲ有シ且自ラ其法則ニ依リ行動シ他ノ諸國モ亦文明國團體中ノ國家トシテ之ニ對スルモノナラサルヘカラス國家カ此ノ如キ關係ヲ有スルニ至リ始メテ國際法ノ行ハルル國家團體中ニ入ルモノト謂フヘキナリ

第二　文明國一般ノ承認ニ係ル法則ナリ

0349

此法ノ始祖タル「ヒューゴー、グロシュース」以來第十八世紀末ニ至ル迄ノ學者ハ殆ント悉ク自然法又ハ神法ヲ此法ノ基礎トシ國際關係ニ付一定不變ノ法則カ社會ニ存在スルモノト思考シ之ヲ歸納的ニ發見シ又演繹的ニ敷衍シテ國家行爲ノ法則ト爲シタリシカ第十九世紀ニ入リ此觀念ハ一變シ少クモ一八四四年「ヘフテル」ノ著書ニ於テ國際法ヲ諸國一般ノ慣習及默諾ニ依リタル法則ト爲シタル以來昔日ノ如ク理想上一定不變ノ法則カ社會ニ存在スルコトヲ認ムルコトナク又假令其存在スルコトヲ認ムルトスルモ斯ル空想上ノ法則ヲ以テ列國間ニ行ハルル國際法ト看做シ能ハサルカ故ニ現今ニテハ國際法ヲ以テ事實上列國間ニ承認セラレ且實行セラルル法則ト爲シ其法則ハ文明社會ノ進化ニ依リ變遷シ來リ又將來變遷スヘキノミナラス現今ニ於テモ變遷シツツアルモノト看做サルルニ至レリ

國際法ハ自主平等ナル獨立諸國間ニ行ハレ各獨立國ハ自國以外ニ政治上優等ナル何等ノ權力ヲモ認メサルカ故ニ其諸國一般ノ行爲ヲ拘束スル國際法ノ法則ハ文明諸國一般ニ於テ自ラ遵守ヲ承認シタルモノナラサルヲ得ス然ラハ諸國一般ノ承認トハ絶對ノモノナリヤ殆ント一般ニ文明諸國間ニ行ハルル慣習ニシテ假令一國タリトモ之ニ反對ノモノアリトセハ其以外ノ諸國ハ國際法トシテ實行スルニ拘ラス其法則ヲ國際法ト看做スコト能ハサルヤト謂ハハ必スシモ然ラス國際法ニ必要トスル諸國一般ノ承認トハ必スシモ一國ニテモ其承認ニ例外ナキコトヲ要スルニ非ス文明諸國ヲ通シ其法則ノ實行ヲ明示又暗默ニ承認シテ一般的ノ法則ト爲リ假令同意ヲ爲ササル國ト雖モ他國ニ對スル同一事項ニ付テハ其慣例ニ準據セサラントスルモ實行上爲シ能ハサルニ至ルトキハ其慣例ハ國際法ノ法則ト看做シ得ルモノトス

第三　國家行爲ニ關スル法則ナリ

國際法ハ國家ノ對外關係ヲ規律シ國家カ他國ニ對シテ有スル權利義務ヲ規定スルモノニシテ一國ト他國人民又ハ一國人民ト他國人民トノ權利義務ヲ論スルモノニ非ス然レトモ國際法ニテハ曾ニ諸國政府間ノ直接交渉ニ關スル事項ヲ規定スルノミナラス他國人民又ハ無籍人民若シ他國ノ財産等ニ關スル國家ノ行爲ヲ規定スル故ニ「ウストレーキ」カ國際公法ノ定義ヲ下シテ國家カ他ノ諸國ト自國臣民ニ非サル私人トヲ問ハス自國以外ノモノニ對スル關係ヲ支配スル法則ノ集合ナリト云ヘルハ國際法ニ包含スル法則ノ內容ヲ詳述シタルモノト謂ヒ得ヘシ但シ國際法ノ主體即チ人格者換言スレハ其法則ニ依リ權利義務ヲ有スヘキモノハ國家ニ限リ國際法ハ國家相互間ノ關係ヲ規定シ國家カ他國ニ對スル行爲ノ法則ナルコト疑ナシ

第三節　國際法ノ基礎

國際法ハ神法又ハ自然法ノ如ク永久不變ノ法則ニ非サルコト前述ノ如シ然ラハ其法則ノ根據トスル所ハ何處ニ在リヤ換言スレハ列國ハ如何ナル觀念ニ基キ一定ノ法則ヲ國際法トシテ承認實行スルモノナリヤト言ハハ列國ヲ通シテ如何ナル時代如何ナル國民ト雖モ遵守スヘキ一定不變

ノ法則カ社會ニ存在スルコトハ容易ニ首肯スルコトヲ能ハサルト同時ニ一時代一社會ニ於テ道理上行爲ノ善惡正邪ヲ區別シ得ヘキ標準ノ存在スルコト疑ナシ隨テ其法則ノ根據ハ國內法ノ根據ト同シク常識ナリト斷言シ得ヘシ常識トハ其時代其社會ニ於ケル道德宗敎學術乃至社會萬般ノ事物ニ鑑ミ其文化ノ程度ニ應シテ生シタル道理上ノ觀念ニシテ此觀念ニ依リ諸國間ノ慣習先例ニ照シ國家行爲ニ關シテ善惡正邪ノ岐ルル所ハ國際法上權利義務ノ存スル所ナラサルヲ得ス此故ニ國際法ノ法則ハ道理ニ背馳セサル慣例ヲ集合シテ建設シタル樓閣ノ如ク其地盤ト爲リ居ルモノハ其當時其社會ニ於ケル常識ナルカ故ニ社會ノ發達文明ノ進歩ト共ニ世人ノ常識ニ變遷ヲ來シ之ト共ニ國際法ノ法則モ自ラ變遷ヲ免カレサルモノニシテ現在ニ於テモ變遷シツツアル所以ナリトス國際法ハ强制力ナキニ拘ラス如何ナル理由ニヨリ獨立國ニ行ハルルヤト謂ハハ文明諸國ハ之ヲ承認シテ自ラ遵守スルニ依ルコトナレトモ抑モ又之ヲ承認シテ遵守セサルヲ得サル理由アルニ依ルモノトス換言セハ獨立國ハ外部ヨリ其法則ヲ强制セラレサルモ自ラ之ヲ承認セサルヲ得サルノミナラス進ミテ之ヲ承認シテ自ラ之カ遵守ヲ努ムヘキ理由ハ存スルヲ以テナリ何トナレハ第十七世紀以來海陸交通通商ノ便利ヲ加ヘタル今日ニ於テハ何レノ國ト雖モ他國人民ト自國人民トノ交通通商關係ヲ避クルコト能ハス假ニ鎖國主義ヲ採ルモノアリトスルモ其國是ヲ實行スルニ付テハ忽チ外國政府及外國人民トノ交涉ヲ爲ササルヲ得ス其交涉ニ於テ國交ヲ拒絕シ交通通商ヲ防止セムトセハ之カ爲メ非常ノ準備ト實力トヲ必要トシ宇內諸國ニ對シテ鎖國ヲ行ハムトスルニハ如何ナル國ト雖モ其國力全部ヲ傾注スルモ到底目的ヲ達シ得サルコト疑ナシ況ンヤ人類一般ノ幸福ニ基キ外部ヨリ隣交通商ヲ迫ルモノアルコト明カニシテ其場合ニ當リ假令內國人ノ之ニ應セムトスル者絕無ナリトスルモ其國ハ遂ニ鎖國シ得サルニ至ルヘシ此故ニ現社界ノ諸國中他國ト交通セサルモノナク既ニ交通關係アル以上ハ其關係ヲ規律スヘキ法則ノ自ラ發生セサルヲ得サル所以ニシテ古來法律ナキ社會アリタルコトナク又社會ニ法律ナクンハ親子夫婦ノ相互間ニ於テスラ其生活關係ノ保障シ得ヘカラサルカ故ニ列國間ニ於テモ其行爲ニ付國際法ノ存在シ又存在セサルヲ得サル所以ナリ加之其法律ハ列國共通ノ利益ニ基カサル限ハ獨立國一般ヲ通シ其承認實行ヲ見ルコト能ハサルノ理ニシテ實際ニ於テモ其共通ノ利益ニ基キ居ルカ故ニ何レノ國モ其法則ヲ承認シ文明國團體ノ一員ト爲リテ其利益ヲ享有スルコトヲ得策トシ又之ヲ承認セサルトキハ諸國一般ノ非難ヲ來シ自ラ文明國團體以外ニ立チテ其利益ヲ喪失スルニ至ルカ故ニ文明國ハ自ラ進ンテ其法則ヲ承認スル所以ナリ

國際法ハ如何ナル程度ニ於テ國家行爲ヲ拘束スルヤト言ハハ苟モ國家カ文明國團體間ニ介在スル以上ハ其團體ニ在ル必要條件トシテ其國ノ一切ノ行爲ハ國際法ノ拘束ヲ受クヘク假令國內法規定ニ於テ適法トスル行爲ト雖モ國際法ニ矛盾スル限ハ他國ニ對シ內國法ヲ理由トシテ其違反ノ責ヲ免ルルコト能ハス米國ニ於テハ獨立戰爭ノ際一七八一年十二月四日ノ國會ニ於テ同國ハ國際法ノ法則ヲ認メ歐洲一般ノ慣例ニ從ヒ之ヲ履行スルコトヲ宣言シ米國法律家ノ意見ニ依レ

0351

ハ同國ニ於テ國際法カ國內法ニ對スル關係ハ猶ホ米國憲法カ各州ノ法律ニ對スルト同一ナリトスルコトニ一致シ國際法ノ法則ハ立法府ノ手ヲ經スシテ米國全體ヲ拘束シ國法ノ解釋ニ關シテモ列國共通ノ法則慣例並道理ニ違反スルモノハ成ルヘク之ヲ避クヘシ內國ノミニ關係スル法令ト雖モ明ニ反對ノ條文ナキ限ハ國際法ニ準據シテ解釋スヘキモノトシ此見解ハ今日國際法學者ハ勿論文明諸國一般ノ是認スル所トス

獨リ英國ニ於テハ同國法學者「ブラックストオン」カ國際法上ノ法則ノ全部ハ英國ニテハ普通法ニ依リ適用セラレ其法則ハ國法ノ一部ト看做サルヘキモノナリト說キタルニ拘ラス一八七六年「フランコニヤ」號事件ニ於テ領海三浬ナル國際法ノ適用ニ關シ法廷ハ國會ノ法律ヲ以テスルニ非サレハ領海ニ關シ其管轄ヲ三浬トスル國際法ノ法則ヲ認メサルコトヲ判決シタリ故ニ一八七八年英國國會ハ領水管轄法ヲ制定シ英國ノ領海ハ國際法ニ依リ沿岸ヨリ三浬ナルコトヲ規定シ「メイン」ノ說キタル所ニ依レハ英國法廷ハ此法律ニ依リテ國際法ヲ實行セサルヲ得サルニ至リタルモノトシ現今ニ於テハ英國法廷モ國際法ニ準據スルコトト爲リタルハ明治二十五年千島艦事件ニ於テ英國法廷ハ國內法ハ國際法及條約ニ矛盾セサル範圍ニ於テ解釋適用スヘキモノトシ我政府ノ勝訴ト爲シタルニ依ルモ明ナリ故ニ我國ニテモ開國以來平時ト戰時ヲ論セス自ラ進ンテ國際法ヲ嚴正ニ遵守シ其發達ヲ促シ列國モ亦我國ヲ待ツニ文明國團體ノ一員トシ來リタルカ故ニ我國ハ文明國團體中ニ在ル必要條件トシテ其法則ハ別ニ立法ヲ要セス我國家行爲ヲ拘束スルカ故ニ其法則ノ實行ヲ務ムヘキモノハ曾ニ外交機關ニ止マラス立法行政及司法ノ三機關ニ於テモ同一ナラサルヲ得ス

第二章　國際法ノ淵源

第一節　淵源ノ意義及效力

國際法ハ文明諸國間ノ慣例法ニシテ其法則ヲ知悉セムトセハ其法則ノ淵源即チ出所ニ遡リテ之ヲ詳ニセサルヘカラス但シ國際法ノ淵源ナル文字ニ付テハ學者中見解ヲ異ニシ或ハ諸國ノ承認ヲ淵源トスルモノアリ自然法、任意法等ヲ淵源中ニ包含シタルモノアレトモ諸國ノ承認ハ法則ノ出所如何ニ拘ラス之ニ依リ法力ヲ有スルニ至ルヘキ關門ニシテ其法則ノ成立要件ニ屬ス自然法任意法ノ如キハ今日之ヲ法則ノ流出シタル源泉ト認ムルコト能ハス又道理若ハ良心等ヲ淵源中ニ數ヘタル學者アレトモ道理又ハ良心ノ如キハ多數ノ學者カ國際法ノ基礎ヲ人情、正義、平等、便宜等ト云ヒ余ハ之ヲ常識ナリト云ヒタル如ク其法則カ諸國ノ承認ヲ得ルニ至ルノ理由又ハ原因ト看做シ得ヘキモノニシテ法則ノ出所ニ非ス要スルニ淵源トハ其法則ト爲リタル慣例ノ出所ヲ意味シ其法則ヲ明ニスル材料ト爲ルヘキモノニシテ「ウルセイ」ハ淵源ナル文字ヲ用ヒス國際法如何ヲ知得スヘキ補助ト名ケ「ホール」ハ其法則トシテ承認セラレタルコトヲ明ニスル證據ト唱ヘタリ

0352

國際法ノ法則ハ其淵源如何ニ依リテ效力ヲ異ニスルコトナシ然ルニ歐洲大陸諸國ノ學者ハ其國內法カ主トシテ成文法ニ屬シ判決ノ效力ニ重キヲ措カサルカ故ニ國際法ニ付テモ諸國ノ實例ヨリモ寧ロ條約及著書等ニ重キヲ措キ英米法學者ハ其國內法ノ大部分カ法廷ノ判決例ヨリ成立シ成文法ト爲リ居ルモノ少キカ故ニ國際法ヲ論スルニ方リテモ同一筆法ニ出テ學說及條約ヲ輕視シテ諸國ノ實例及判決ニ重キヲ措クノ傾向アリ然レトモ條約ヲ始メ學說慣行乃至法廷ノ判決等ハ均シク國際法ノ法則カ流出スヘキ淵源ノ一ニ屬シ其相互間ニ輕重ノ區別ナク如何ナル淵源ヨリ生スルニ拘ラス諸國一般ニ其慣例ヲ國際關係ノ法則トシテ承認實行スルニ至リテ甫テ斯法ノ一部ヲ爲スモノニシテ既ニ斯法ノ一部ト爲リタル法則ナル以上ハ其效力ニ大小ノ差異アルコトナシ但シ國家間ニ行ハルル禮儀ヲ直ニ國家ノ權利義務ニ關スル法則ノ如ク論スル學者アリト雖モ國際禮儀ハ外交上ニ於テハ重大ナル關係アルコト勿論其慣行ハ國家ノ權利義務ニ關スル法則ト爲ルコトアルニ拘ラス國交上ノ敬意、便宜又ハ好誼ニ關スル禮儀上ノ規則ハ必スシモ國際法ノ一部ト看做スヘキモノニ非ス

第二節　淵源ノ種類

淵源ノ種類ニ付テハ學者ニ依リ分類ヲ異ニシ最近ノ著書中「ポンフィス」「オツペンハイム」等ハ之ヲ慣例及條約ノ二種ト爲セリ此分類ハ必スシモ不當ナリト謂フコト能ハサレトモ總テ國際法ノ法則ハ慣例法ナル故ニ其法則ヲ研究シ之カ應用ヲ誤ラサラムトスルニハ須ラク其慣例又ハ慣行ハ如何ニシテ發生シ又如何ニ實行セラレ來リタルヤヲ知リテ以テ其法則ノ意義適用ヲ明ニスルヲ要スルカ故ニ更ニ其慣例ノ出所ニ遡ルノ必要アリ因テ余ハ國際法ノ淵源ヲ左ノ七種ト爲シタル所以ナリ

第一　學說

法學者ハ諸國間ノ慣行等ニ注意シ之ニ關スル意見ヲ發表シ其意見ハ學者ニ依リ異同ナキニ非サレトモ諸學者ヲ通シテ一致スルモノ亦多ク學者一般ニ異論ナキ道理ハ諸國モ之ヲ輕輕ニ付シ去ルコト能ハス其所說ハ漸次ニ斯法ノ法則ト爲ルコト少カラス「グロシユース」ノ說キタル所以ハ國際法ノ基礎ヲ爲シ「ヴァテル」ノ學說ハ第十八世記後半ニ於ケル諸國ノ行爲ヲ左右スルニ至リタルハ其一例ナリ

第二　國際慣行

國際關係ニ於テ當初一國又ハ諸國カ同一行爲ヲ反復スルニ依リテ生シタル慣例法ハ現行法ノ大部分ヲ占メ斯ル慣行カ列國ヲ通シ明示又ハ暗默ニ承認實行セラルルニ至ルトキハ國際法ノ原則又ハ法則ト爲ルモノトス例ヘハ十字軍以來地中海沿岸諸都市間ニ行ハレタル慣行ハ第十四世紀「コンソラトー、デル、マール」法典ヲ組成シ其法則ハ海上捕獲ニ關スル斯法ノ基礎ト爲リノ近クハ日露戰役中上海、桑港、比律賓等ニ逃走シタル露國軍艦カ戰役終了ニ至ルモ武裝解除ノ

0353

條件ヲ以テ碇泊ヲ許サレタル行爲ハ今後ノ法則ト爲ラムトスルモノノ如シ

第三　國際條約及列國會議ノ決議

條約、約定、協約、宣言、議定書又ハ外交文書等其名稱ノ如何ニ拘ラス平時若ハ戰時ニ於テ二箇以上ノ國家間ニ文書ヲ以テ一定ノ行爲又ハ不行爲ヲ約定シタルモノハ國際法ニ於テ總テ條約ト稱シ其規定中ニハ國際法ノ法則ニ直接關係ヲ有セス單ニ締約國ノ双方ノ便宜ニ出ツルモノ多キト同時ニ國際法ノ法則ヲ言明シ變更シ又ハ新ニ法則ト爲サムトスル事項ヲ規定スルコトアリ其規定ハ固ヨリ締約國ノミヲ拘束スルニ止マレトモ多數ノ諸國カ其條約國ト爲リ若ハ其規定ニ準據シテ行動スルトキハ之カ爲メ在來ノ法則ヲ一變スルニ至ルモノニシテ一八五六年巴里宣言以來列國條約ニ依リ斯法ニ大ナル改善ヲ來シタルハ其實例ナリ加之列國會議ノ決議ニ依ル事項ハ條約ト爲ラサル場合ニモ諸國カ其規定ニ準據シテ行動シ終ニ斯法ノ一部ヲ爲スコトアリ一八七四年「ブルッセル」宣言、一八六八年赤十字條約追加條款ノ如キハ其一例ナリ

第四　各國ノ法令并訓令

諸國ハ國法ヲ以テ通商航海等外國ニ關聯スル事項ヲ規定スルカ故ニ其適當ナル規定ハ他國モ之ニ倣ヒ又國際間題ノ生スルトキハ對手國ハ屢其規定ヲ引用シテ自己ノ主張ヲ辯護シ其規定ノ法理又ハ法則ハ諸國ニ傳播シテ國際法ノ一部ト爲ルコトアリ一六八一年一月佛國「ルイ」十四世ノ海上勅令及一八六三年米國陸軍訓令ノ如キハ共ニ一國ノ法令又ハ訓令ナルニ拘ラス現行海上捕獲及陸戰法規ノ基礎ト爲リタルハ其一例ナリ

第五　國際裁判所及各國法廷ノ判決

第十九世紀以來盛ニ行ハルルニ至リタル仲裁裁判所ニ於テハ紛爭國間ノ條約ヲ以テ其事件ヲ第三者ノ裁判ニ依賴シ其判決ニ依リ同紛爭ヲ終局スルコトナルヲ以テ其選定ニ當リタル仲裁裁判官ハ愼重ニ其紛爭事件ヲ審査シ國際法ノ法則ヲ研究シテ之カ適用ヲ誤ラサルコトヲ努ムルカ故ニ其判決ノ理由ハ往往斯法ノ發達ヲ促スコトアリ一八七二年「アラバマ」事件ニ關スル「ジェネヴァ」仲裁裁判ノ判決ハ中立國ノ權利義務ニ關スル法則ヲ改善シ一八九三年巴里仲裁裁判ニ依リタル「ベーリング」海漁獵問題ハ公海ノ漁業ニ關スル法則ヲ明ニシ其進歩ヲ促シタルハ之カ一例ナリ又各國ノ法廷ニ於ケル判決ハ外國若ハ外國人ニ關係ヲ有スルコト多ク其判決ノ理由ハ國際問題ニ於テ屢〻對手國ノ引用スル所ト爲リ之カ爲メ國際法ノ發達ヲ促スコトアリ一八一二年米國高等裁判所判事「マーシャル」ノ判決ハ軍艦ノ特權ニ關スル現行法ノ基礎ヲ作リタルハ其一例トス殊ニ捕獲審檢所ニ於テハ戰時ノ拿捕ニ關シ國際法ヲ適用スル法廷ナルカ故ニ其判決ハ此法則ノ淵源ト爲リタル實例甚タ多シ

第六　外交文書竝國際間題ニ關スル政治家及法律家ノ意見

國際紛爭ニ方リ當事國ハ學識及經驗アル自國法律家ノ意見ヲ徵シテ外交文書ヲ作ルヲ常トスルカ故ニ國際法ノ法則ニ付其國ノ見解ヲ明カニシ疑アル點ヲ改善スルコトアリ一七五二年「シレ

シヤ」負債事件ニ關シ英國判事「マンスフィールド」等ノ作製シタル報告書ハ海上捕獲ニ關スル當時ノ法則ヲ明確ニシタルモノト看做サレ又國際問題ニ關シ各國政府ニ於テ公ニシタル國會ニ對スル報告書等ハ斯法ノ有力ナル材料ニシテ其淵源ト爲リタルモノ少カラス

第七　外交ニ關スル歷史

國際法ハ諸國ノ慣例ヲ基礎トシ其慣例ヲ知ラムトセハ歷史上ノ事實ニ徵スル外ナシ國際事件ニ直接關係ヲ有セサル學者カ冷靜ナル頭腦ニテ諸國ノ行爲ヲ記載シ其慣例ノ成立及法則ノ解釋適用ヲ明カニシ國家行爲ノ標準ヲ指示シタル事實ハ斯法ノ改善ヲ促スコト多ク「グロシユース」ノ著述ニ於テ斯法ノ基礎ヲ置キタルハ悉ク歷史上ノ事實ヲ根據トシ第十八世紀末以來實例派ニ屬スル諸學者ハ悉ク歷史ヲ基礎トシテ論述シタルモノトス

第三章　國際公法ノ沿革

第一節　名稱

國際法ノ原則ハ羅馬ニ於ケル「ジユス、シヴィル」「フェシヤル」法及「ジェンシヤム」法ヨリ來リタル所多ク又羅馬ノ「ジェンシヤム」法即チ萬民法ハ希臘學者ノ唱ヘタル自然法ニ依リ發達シ自然法ト萬民法トハ羅馬法學者ニ依リ同一物ト看做サレタルコトアルカ故ニ「グロシユース」モ一八二五年ノ大著述『戰爭及平和ノ法』ニ於テ國際公法ヲ萬民法ト名ケタリ其後斯法ヲ自然法「フエシヤル」法又ハ萬民法ト稱シ稀ニ「ジユス、シヴイル」ト唱ヘタルモノアリ然レトモ希臘及羅馬時代ニハ國際法ト名クヘキモノナシ羅馬ノ「ジュス、シヴイル」即チ國法ハ羅馬人種ニ固有ナリシ私法ニシテ國際法ニ非サルハ勿論「フエシヤル」法ハ羅馬國ニ於ケル對外關係ヲ規律シタルモノナレトモ當時諸國ノ承認遵守シタルモノニ非スシテ他國行爲ノ如何ニ拘ラス羅馬人ハ自己ノ宗教的觀念ニ基キ獨リ自ラ遵守シタル法則ナリ

「ジユス、ジエンシヤム」即チ萬民法ハ羅馬國版圖ノ擴張ニ從ヒ其版圖內ニ於ケル羅馬人以外ノ人民間及其人民ト羅馬人間ノ契約賣買其他諸般ノ取引關係ニ付テハ「ジユス、シヴイル」ヲ之ニ適用シ能ハサリシカ故ニ羅馬國ノ裁判官ハ其場合ニ於テ其訴訟當事者タル人民間ニ共通ナル慣例及法則ニ基キ當該事件ヲ審判シ斯ル判例ハ遂ニ萬民法ナルモノヲ發生シ「グロシユース」ハ主トシテ此法ノ原則ヲ引用シテ國際法ノ基礎ト爲シタレトモ是固ヨリ羅馬國內ニ於テ互ニ人種ヲ異ニシ又ハ羅馬人種以外ノ諸人民ヲ支配シタル法則ニシテ國際法トハ全ク其性質ヲ異ニセリ

自然法トハ希臘哲學者ノ唱ヘタル哲理ニテ同哲學者ハ精神界及物質界ヲ通シ唯一ニシテ廣大無邊且單純ニ萬有ヲ包含スヘキ大法カ宇內ニ存在スルモノト思考シ若シ世上ノ複雜ナル事物ノ爲メ其大法ノ運用ニ妨害ヲ受ケサルトキハ此大法ニ依リ世界ノ事物ハ一層單調ニシテ人類ノ生活モ一層高尙ナルヘシト想定シ其自然法如何ヲ研究發見シ之ニ從ヒ生活セムト努メ羅馬帝國創立

以來三百年平和時代ノ法律學者ハ此哲學ヲ尊信シタル結果トシテ自然法ノ哲理ヲ羅馬法ニ注入シ「ジユス、シヴイル」ニ比シ遙ニ單純ニシテ諸國民ニ普通ナル萬民法ヲ目シテ自然法ノ道理ニ符合シ人類一般ニ共通ナル法則ト看做シ自然法即チ萬民法ナリトノ見解ヲ採リ「グロシユース」モ又自然法ヲ基礎トシタル國際公法ヲ「ジユス、ジエンシヤム」即チ萬民法ト名ケタレトモ國際法ハ國家間ノ生活關係ヲ規律シ諸國ノ承認ニ出テタル法則ナルニ反シ萬民法ハ羅馬ノ國內法ニ止リ羅馬ニ於ケル諸人民ノ私權關係ヲ規定シタルモノナリシカ故ニ國際法ヲ「ジユス、ジエンシヤム」即チ萬民法ト名クルノ不當ナルト同時ニ現行國際法ハ自然法若ハ性法ノ觀念ニ基キ居ラサルヲ以テ之ヲ自然法ト名クヘカラサルコト疑ナシ

一六三六年英法學者「セルデン」ハ其論文ニ於テ偶〻國際法ヲ國民間法ト稱シ一六五〇年英國「オツクス、ホード」大學教授「ヅーチ」ハ其著書ニ於テ萬民法ノ名稱ヲ排斥シテ國民間法ト稱シタリシカ一七八〇年乃至九〇年英法學者「ゼレミー、ベンザム」ニ至リ其著述シタル道德及立法論ニ於テ現今行ハルル國際法(International law)ナル名稱ヲ作製シテヨリ以來此名稱ハ佛獨其他ノ諸國語ニ直譯セラレ廣ク行ハルルニ至レリ但シ獨逸國法學者ハ今日ト雖モ萬民法ノ直譯ナル名稱ヲ用フルモノ多ク佛國ニ於テモ條約文等ニハ此名稱ヲ用フルコト少カラス

第三節　法則ノ沿革

國際法ハ歐洲耶蘇教國ニ發生シタル法則ニシテ國家間ニ其實行ヲ見ルニ至リタルハ一六四八年「ウエストファリヤ」講和條約以後ニ屬ス歐洲古代ニ於テモ隣交又ハ戰爭ニ關シテ多少ノ慣行アリシコトハ東洋諸國ニ於ケルト同一ニシテ現行法ノ一部ト爲リタル慣例ノ起原ハ古代ニ存スルコトナレトモ現行法ノ如ク領土主權ノ觀念ヲ基礎トシ獨立平等ナル國家間ニ其權利義務ヲ規定スル法則トシテハ三十年戰爭後歐洲耶蘇新舊教諸國間ニ國力均衡ヲ生シ其諸國間ニ締結スルニ至リタル「ウエストファリヤ」條約ニ於テシ其後第十七世紀末ニ於ケル佛國王「ルイ」十四世及第十九世紀初ニ於ケル「ナポレオン」一世ノ爲メ歐洲諸國ノ國力均衡ヲ失ヒタルニ際シテハ國際法ノ法則モ蹂躙セラレ爾來列國間ニ國力均衡ヲ失ハムトスル虞アルトキハ列國ニ於テ同盟等ノ方法ニ依リ其均衡ノ維持ニ努メ來リタル所ニシテ國際法ノ法則ハ列國間ノ國力均衡ニ依リテ發生シ之ニ依リ發達シ又其均衡ニ依リ其發達ヲ保障セラレ居ルモノトス今其法則ノ發生及發達ニ關スル歷史ノ大要ヲ擧クレハ左ノ如シ

國際法ノ基礎ト爲リタル慣例ハ古代ノ歷史ニ徵シ得ヘシト雖モ總シテ古代ノ人民ハ同一ノ宗教及神祇ヲ拜スル同人種及同血族ノ集合ナルコトヲ其社會成立ノ基礎トシ國語法律竝道德ハ同人種ノ固有ニシテ國際的共通ノ利害關係ヲ有スル諸國民カ同一法律ノ下ニ立チ得ルカ如キ觀念ナク猶太人ハ唯一ナル神ヲ有スルコトヲ自負シ異宗教ナル他人種ヲ卑ミ之ニ對シテハ平和關係ヲ有スヘカラサル敵ナリト思惟シ其戰爭ハ殘酷ヲ極メ當ニ其勇者ヲ殺傷スルニ止マラス敵人ノ民

0356

家ニ入リテ老弱男女ヲ殺戮シ奴隷ノ取扱ハ稍寛大ナリシト雖モ他人種ニ屬スル者ヲ自己ト同一地位ニ在ルモノト認メタルコトナク敵人ノ財産ハ固ヨリ沒收シ得ヘキモノト爲シ又希臘時代ノ文化ハ他人種ニ優越シタルカ故ニ希臘人ハ他人種ノ團體ヲ自己ヨリ當然劣等ナルモノトシ外國ヲ敵國トシ他國ノ國權及外人ノ人格ヲ認メタルコトナク野蠻人外國人及敵人ノ名稱ハ全然同一意義ニ使用セラレ其財産ハ正當ナル分捕品ト思考シ之ニ對スル海賊行爲ハ寧ロ名譽ノ事業トシテ奬勵セラレタリ然レトモ紀元前三三八年ニ於テ「マセドニヤ」カ希臘諸國ヲ統一スルニ至ル迄ハ同國ハ同一神祇ヲ拜スル同一人種ヨリ成ル多數ノ自由都市ニ分立シ其諸都市間ニ於テハ第一戰爭ハ豫告ナクシテ開始セス、第二使節ハ不可侵トシ、第三戰死者ノ埋葬ヲ妨ケサルコト、第四寺院ニ隱匿シタル者ヲ殺傷スヘカラサルコト、第五戰爭ノ俘虜ハ交換又ハ償還シ得ルコト第六神聖ノモノニ對シテ罪アル者ヲ埋葬セサルコト、第七神託ヲ求メ又ハ演武場、禮拜場等ニ至ルコトヲ妨碍セサルコトノ慣例アリテ之カ爲メ國際法ノ起原ハ希臘ニ在リトスル學者アリト雖モ右等慣例ハ悉ク宗教的觀念ニ基キ同一人種間ニ其共同禮拜ヲ保護スル目的ニ出テ其慣例ハ神祇ニ對スル宣誓ニ依リテ行ハレ且其制裁ハ事實上有力ナリシモノニ非ス加之當時諸都市間ノ關係ハ常ニ均等ヲ缺キ希臘ノ歴史ハ悉ク其覇權爭奪ノ戰爭ヲ以テ充タレ戰爭行爲ハ實際殘酷ヲ極メ其諸都市間ニ權利義務ノ觀念存在シタル事實ナシ

羅馬國ニ於テハ希臘ト同シク同一神祇ヲ拜スル同人種ノ團體ニシテ外國人ヲ野蠻人ト看做シ之ニ對シテハ常ニ敵國ノ位置ニ立チ其國權及人格ヲ認メタルコトナク苟クモ條約關係ヲ有セサル限ハ羅馬國ノ版圖内ニ入リタル外國人ヲ奴隷トシ其財産ヲ沒收シテ捕獲者ノ所有ト爲シ單ニ使節ニ限リテノミ不可侵ノ待遇ヲ之ニ與ヘタルニ過キス但シ羅馬國ノ他國ニ對スル關係ハ「フエシヤル」ト稱スル僧侶二十人ヨリ成ル團體ニ依リ「フエシヤル」法ト名クル法則ニテ支配セラレ戰爭ノ宣言及開始條約ノ締結並使節ノ不可侵ハ其事項ヲ此團體ニ於テ取扱ヒ他國ト戰爭ヲ爲スニハ第一羅馬ノ領土ヲ侵害シタルコト第二使節ノ特權ヲ侵害シタルコト、第三條約ノ破約ヲ爲シタルコト、第四戰爭ニ於テ條約國カ敵國ニ對シテ援助ヲ與ヘタル場合ニ限ルコトトシ又其戰爭ハ相手國ニ於テ相當ノ救濟ヲ爲ササル場合ニ限ルモノトシ羅馬國カ戰爭ヲ開始セムトスルトキハ先ツ「フエシヤル」僧侶ヲ使節トシテ對手國ニ對シ救濟ヲ求メ三十三日間其回答ノ猶豫ヲ與ヘ對手國ニ於テ其請求ニ應セサルトキハ「フエシヤル」僧侶ノ首長ヲ國境ニ派遣シテ對手國ノ領土内ニ手槍ヲ投シ此方式ニ依リテ開戰シ其戰鬪行爲ニ關シテハ何等ノ法則ナク殘酷ヲ極メタリト雖モ戰爭終局ハ第一講和條約ニ依ルカ、第二降服ニ依ルカ、第三占領ニ依ルヘク降服ノ場合ニハ敵人ノ生命及財産ヲ奪略セサレトモ占領ノ場合ニハ如何ニ之ヲ處分スルモ羅馬人ノ自由ト爲セリ要スルニ羅馬國ニ於テハ「フエシヤル」法アリ又軍人トシテ宣誓セサル者ヲ軍隊ニ編入セサルコト等ヲ規定シタル戰爭法アリタレトモ此等法規ハ全然宗教上ノ觀念ニ基キタルト同時ニ其法則ハ羅馬人カ神祇ニ對シテ之ヲ守リ自國人ノ法律トシテ遵守シタルニ過キスシテ

他國ニ對スル權利義務ノ法則ト看做シタルモノニ非ス

紀元前二七年帝國創立以來羅馬國ハ當時ノ文明國全體ヲ漸次ニ併呑シ其版圖ハ歐洲全部並亞細亞及亞弗利加ニ跨リ羅馬國以外ニハ「ライン」、「ダニューブ」兩河ノ外ニ在リタル野蠻人ノ存在シタルニ止リシカ故ニ此宇内一帝國ニ於テハ國際法ノ發生スヘキ餘地ナク其野蠻人ニ對スル戰爭ニ付テハ何等ノ法則慣例ナク其目的トシタル所ハ啻ニ敵兵ヲ害スルニ止ラス敵ニ屬スル一切ノ物件ヲ滅盡スルニ在リ紀元後三九五年帝國ハ二箇ニ分立シ西帝國ハ四七六年北方蠻族ノ爲メニ亡滅セラレ當時東帝國ハ依然トシテ宇内主權者ノ名義ヲ有シタレトモ歐洲中原ニ割據シタル諸蠻族ハ其支配ヲ受ケタルコトナク四百年間歐洲ハ所謂暗黑時代ト爲レリ

紀元後八〇〇年「シャルレマン」帝カ歐洲ヲ統一シテ神聖羅馬帝國ヲ創立シ法皇自ラ之ニ帝冠ヲ授ケテヨリ歐洲ハ再ヒ一帝國ト爲リタルト同時ニ法皇カ精神界ノ最高權者ト爲リタルカ故ニ當時亦國際法ノ必要ナク其發生ノ餘地ヲ止メサリシカ封建時代ノ發達ト共ニ皇帝ノ命令漸次ニ諸侯ニ行ハレサルニ至リテ諸侯ハ漸ク獨立ノ姿ト爲リ相互間ニ戰爭ノ絶ヘタルコトナク其行爲ハ過酷ヲ極メタリシカ耶蘇教ノ普及ニ依リ諸國ハ共同シテ異宗教ニ當リタルカ爲メ法皇ハ列國盟主ノ位置ヲ占メ宗教法ヲ制定シテ歐洲全土ニ對シ其命令ヲ下シ之ニ依リ當時ノ戰爭行爲ヲ稍〻輕減スルヲ得タリ然ルニ法王政治ノ腐敗ト共ニ第十二三世紀ニ於ケル十字軍ノ結果トシテ諸國民ハ世界的智識ヲ得タルト同時ニ封建制度ノ衰頽シテ國家組織ノ發達ト爲リ更ニ十字軍ノ爲メ地中海沿岸諸都市間ニ通商交通ノ關係ヲ生シ第十五世紀末米大陸ノ發見及東印度航路ノ開拓ニ依リ世界的通商ノ端緒ヲ開キ第十六世紀ニ於ケル宗教改革ニ於テ法皇及皇帝ハ其權力ヲ失墜シテ列國間ノ宗教戰爭ニ加ハリ終ニ「ウエストファリヤ」條約ニ於テ諸國ハ宗教ノ自由ヲ認メ「グロシュース」ノ公ニシタル國際法ノ實行ヲ見ルニ至レリ

「グロシュース」ノ著述中ニ說キタル法則ハ第十世紀「ボロナ」大學ニ於テ研究ヲ始メ第十二世紀頃ヨリ歐洲諸國ニ傳播シタル羅馬法及宗教改革ニ至ル迄歐洲耶蘇教諸國ニ實行セラレタル宗教法ノ法則並耶蘇教典ノ教旨ヲ引用シタルノミナラス海上法ニ關シテハ第八世紀以來希臘諸都市間ニ行ハレタル「ローデス」法アリテ羅馬國モ之ヲ繼承シ十字軍以後ニ於テハ第十二世紀ノ編纂ニ依ル佛國「オレロン」法アリ北海沿岸諸都市ノ通商上慣例トシテハ「ダム」法アリ和蘭北方乃至「バルチック」海諸都市間ニ於テハ「アムステルダム」法等アリ又瑞典ノ一都市ニ制定セラレ「ライン」河以北ニ一時廣ク行ハレタル「ウキスビー」法アリ殊ニ有名ナルハ第十四世紀ノ編纂ニ係ル地中海諸都市間ニ行ハレタル法則ニシテ「コンソラトー、デル、マール」法アリテ商業及航海ニ關スル慣行並戰時ニ於ケル交戰者及中立者ニ關スル事項ヲ規定シ「グロシュース」ハ此等法則ヲ引用シタルハ勿論同氏以前ニ於テモ國際法ノ一部ニ關シテハ「ヴイクトリヤ」、「ドミニコ、ソトー」、「シュワレッ」、「アヤラ」等諸法學者ノ著述アリ就中有名ナルハ英國「オクスフォード」大學教授「アルベリカス、モンチリス」カ一五八九年ニ公ニシタル戰爭法ニシ

テ「グロシユース」モ之ヲ引用シタルコト少カラス要スルニ「グロシユース」ヲ以テ斯法ノ始祖ト看做ス所以ハ領土主權ヲ基礎トシ其所謂自然法ノ法理ニ依リ平時及戰時ヲ通シ獨立國間ノ生活關係ニ於テ遵守スヘキ法則ヲ大成シタルニ外ナラス

「グロシユース」ノ說キタル法則ノ全部ハ「ウエストファリヤ」條約後諸國間ニ直ニ承認實行セラレタルニ非ス寧ロ法律問題ノ生スル每ニ其著述ハ諸國政府ニ依リ參照セラレ多數ノ場合ニ於テ其法則ノ正當ト認メラレタルカ故ニ當時唯一ナル有力ノ著述ト思考セラレタルト同時ニ其法則ハ屢〻違反セラレタリト雖モ諸國ハ決シテ之ニ違反スト謂ハスシテ却テ其違反ノ己ムヲ得サル事情ヲ辯疏シタルカ故ニ其法則ハ諸國ノ準則ト爲リタルモノトス一面ニ於テハ「グロシユース」ノ說キタル以外ノ法則モ時勢ノ要求ニ應シ漸次ニ發生シテ一層完全ナル法則ト爲リタルモノニシテ「ウエストファリヤ」條約ニ依リ瑞西及和蘭ノ獨立シ日耳曼帝國ノ下ニ在リタル三百五十五箇國ハ領土主權ノ基礎ニ依リ平等トシテ事實上獨立ト爲リ同世紀後半ニ於テ佛王「ルイ」第十四世ノ英國其他諸國ニ對スル戰爭ハ一七一三年及ヒ一四年ノ「ユートレクト」條約ヲ以テ歐洲ノ平和ヲ恢復シ次テ露國「ピーター」大帝ノ瑞典ニ對スル戰爭ハ一七二一年兩國ノ媾和ニ依リ露國ハ遂ニ大國ニ列シ此時期ニ於テ「グロシユース」等ノ說キタル公海ノ自由及中立船ニ對シ交戰者ノ臨檢及搜索權ハ承認セラレタルモノトス

一七四〇年普國「フレデリック」大王ノ即位ヨリシテ墺國ニ對スル戰爭起リ英佛蘭等ノ諸國ハ其戰爭ニ加ハタリシカ同戰爭ノ結果トシテ普國ハ大國ニ列シ一七八〇年第一武裝中立ハ中立法ノ發達ヲ助ケ一七八三年米國モ英國ヨリ獨立セリ次テ一七八九年乃至一八一五年佛國革命戰爭及「ナポレオン」戰爭ニ依リ國際法ハ甚シク蹂躪セラレタリシカ一八一五年「ヴィヤナ」列國公會ニ於テ歐洲諸國ハ國力均衡ヲ恢復シタルト共ニ歐洲諸大河ノ自由航行ヲ認メ外交官ノ階級ヲ一定シ奴隸商業ノ禁止ヲ認メタリ先ニ此公會後露、墺、普ノ三大國ハ神聖同盟ヲ結ヒテ歐洲諸國及南米諸國ニ於ケル民權主義ノ內亂ニ干涉シ英國ヲ除クノ外歐洲諸大國ハ其同盟ニ加擔シタリシカ英國政府ノ强硬ナル反對ニ加ヘ一八二三年米國大統領「モンロー」ノ米大陸ニ對スル歐洲諸國ノ干涉ニ反對シタルカ爲メ該同盟ノ勢力ニ頓挫ヲ來シ一八三〇年希臘國及白耳義國ノ獨立ヨリシテ其同盟ノ勢力ハ事實上消失セリ

一八五三年露土戰爭ニ次キ露國ニ對シ英佛兩國及「サルジニヤ」國ハ土耳其國ヲ助ケテ二年間ニ亘リタル「クリミヤ」戰爭ヲ惹起シ一八五六年巴里公會ニ依リ英、佛、露、墺、「サルジニヤ」土耳其及普國間ノ條約ニ依リ歐洲ノ平和ヲ恢復シ同年四月十六日巴里宣言ヲ以テ私船ノ拿捕ヲ廢止シ封鎖ノ條件ヲ定メ敵船內ノ中立貨物及中立船內ノ敵物ヲ捕獲セサルコトヲ規定シ國際法ニ一新紀元ヲ與ヘタリ其後一八五九年伊、墺戰爭アリテ一八六四年赤十字條約ノ締結ト爲リ一八六三年乃至六五年南北戰爭ノ爲メ海上捕獲法ニ改良ヲ來シタルト同時ニ陸戰ノ法規ニ關スル米國陸軍訓令ヲ生シ同戰爭後米國ハ大國中ニ列シ一八六六年普、墺戰爭ニ依リ日耳曼聯邦解散

0359

シテ普國ハ北獨逸諸國ノ盟主ト爲リ一八六六年歐洲諸國ハ彼得堡宣言ヲ以テ四百「グラム」以下ノ爆烈彈使用ヲ禁止シ一八七〇年普佛戰爭ニ於テ佛國敗北ノ結果トシテ伊國ハ法皇領ヲ併合シテ其地位ヲ鞏固ニシ一八七一年倫敦會議ニ依リ大國間ニ條約ノ效力ニ關スル事項ヲ規定シ一八七四年諸國代表者ハ有名ナル「ブルッセル」宣言ニ調印セリ

一八七一年以來著名ノ事實ハ一八七七年「バルカン」半島問題ニ付露國ハ同半島ニ於ケル耶蘇教徒ヲ助ケテ露土戰爭ヲ惹起シ翌年「サンステファノ」媾和條約ヲ締結シタリシカ英國ノ干涉ニ依リ歐洲大國ハ伯林會議ニ於テ「バルカン」問題ヲ解決シ一八九七年「クレート」島ノ內亂ニ依リ希土戰爭アリ一八四九年日清戰爭アリ次テ我國ハ歐米諸國ト條約ヲ改正シテ領事裁判制度ヲ撤廢シ一八九八年米西戰爭ノ結果ハ巴里條約ヲ以テ玖巴島ノ獨立シタルト共ニ米國ハ西班牙國ヨリ比律賓島ノ割讓ヲ受ケ一九〇〇年南阿戰爭ニ依リ英國ハ「トランスヴァール」及「オレンジ」自由國ナル兩國ヲ併合シ同年清國ニ於テ團匪事變アリ一九〇四年及一九〇五年日露戰爭アリ同戰爭ノ結果トシテ我國ハ世界ノ大國中ニ列シ明治四十三年即チ一九一〇年八月二十二日韓條約ニ依リ韓國ヲ併合セリ

列國間ノ關係ハ第十九世紀後半以來頗年進歩シ之カ爲メ交通通商ニ關スル諸種ノ條約ヲ生シ一八七五年萬國電信同盟條約、一八七八年萬國郵便條約、一八八三年工業所有權保護條約、一八八六年著作權保護條約ヲ締結シ一八八八年「コンスタンチノープル」條約ヲ以テ「スエズ」運河ニ關スル國際法上ノ地位ヲ定メ一八九〇年「ブルッセル」條約ヲ以テ亞弗利加洲ノ奴隷商業ヲ根絶スヘキ規定ヲ設ケ一八九九年第一平和會議ニ於テハ國際紛爭平和的處理條約、陸戰ノ法規慣例ニ關スル條約及「ジエネヴァ」條約ノ原則ヲ海戰ニ應用スル條約並戰鬪行爲ニ關スル三宣言ヲ締結シ一九〇六年赤十字條約ノ改正アリ一九〇七年第二平和會議ニ於テハ第一平和會議ノ三條約ニ修正ヲ加ヘタル外國際捕獲審檢所設立ニ關スル條約ヲ始メ陸戰及海戰ニ關スル十種ノ條約及一宣言ヲ締結シ且第三平和會議ヲ七年後ニ開會スルコトト定メ一九〇九年倫敦宣言ヲ以テ海上捕獲ニ關スル大陸主義ト英米主義ノ法則ニ關スル調和的規定ヲ爲シタル如ク近年國際法ノ法則ハ列國會議ニ依ル條約ヲ以テ著シク其發達ヲ促サルルニ至レリ

本論

第一編　國際法ノ主體

第一章　總則

國際法ノ支配ヲ受ケ其權利義務ヲ有スヘキ人格者即チ國際法ノ主體ハ文明社會ニアル獨立國ナルヲ原則トスト雖モ完全ナル獨立國以外ノ國家ニ對シテモ幾分ノ制限ヲ以テ此法ノ適用アルノミナラス一國內ノ內亂者ニ關シテモ本國又ハ第三國ヨリ之ヲ交戰者ト承認スル時ハ其團體ヲ交戰團體ト稱シ同團體ハ其承認ヲ與ヘタル國家ニ對シ戰爭行爲ニ關シテ此法ノ支配ヲ受クル故ニ

國際法ノ主體ハ主權國及ヒ其主權ノ完全ナラサル一部主權國幷交戰團體ノミニ限ルモノトス

學者中國際法ハ各人信仰ノ自由ヲ尊重スル故ニ羅馬法皇ハ議院政治ヲ行ヒ宗務ニ關スル最高權ヲ行使シ身體上ノ不可侵權ヲ有シ其代表者ハ之ヲ接受スル國ニ於テ國家間ニ於ケル公使館又ハ外交官ノ資格及特權ト殆ト同一ノ尊敬及保護ヲ受クルヲ以テ羅馬法皇ヲ此法ノ主體トスルアリ然レトモ羅馬寺院ハ舊教信者ヲ支配スル宗教上ノ團體ニテ法皇ハ其首長ニ止リ一八七〇年ノ伊國カ羅馬ヲ併合シテ以來寺院ハ一定ノ領土ヲ有スル政治的團體ニアラサル故國家ニアラサルハ勿論法皇ハ宗教ヲ國教トスル條約ヲ締結シテ使節ヲ交換シ舊教國ニテハ法皇ニ上席其他慣例ニヨル名譽ヲ與ヘ舊教國以外ニ於テモ舊教信者統轄上ノ利害關係ニ基キ一定ノ名譽特典ヲ之ニ與ヘ特ニ伊國ハ一八七一年ノ法律ニヨリ法皇ハ他國ト使節ヲ交換シ公使館ニ關スル權利及法皇ノ治外法權等ヲ認メ居レトモ之レ全ク伊國ノ國法ニ止リ又舊教國其他ニ於テ法皇ニ與ヘ居ル特典及特權ハ其各國ニ於テ任意ニ規定シ得ヘキ內國法若ハ政治上ノ關係ニ外ナラスシテ法皇及羅馬寺院ハ現今國際法上獨立ノ位置ヲ有セサルカ故ニ之ヲ此法ノ主體ト見做スコト能ハス

教國カ政治ト商業上經濟上其他一定ノ目的ヲ以テ同盟又ハ聯合ヲナスモ之ヲ組成スル各國カ國際法上ノ人格ヲ失ハサル時又ハ如何ナル團體ト雖モ本國トノ關係ニ於テ國家ヨリ獨立シタル土地人民及主權ヲ有セサル限リハ此法ノ主體ト見做スコト能ハス例セハ一八一八年以來日耳曼諸國ノ關稅同盟ハ普國ニ於テ其牛耳ヲ取リ一八四一年乃至六七年普國カ同盟諸國ノ名義ヲ以テ他國ト條約ヲ締結シタル同盟ハ此法ノ主體ニアラス又一八五六年以來英、佛、普、露、墺、及土國ハ「ダニユーブ」河ノ疏通工事ヲ起ス爲メニ其代表者ヲ以テ歐洲委員團體ヲ組織シ一八六五年委員ノ制定シタル規則ヲ認可シテ其團體ヲ獨立トシ翌年同河ノ設備工事ヲ中立トシ團體ハ獨立ノ徽章ヲ使用シ一八六八年五大國ノ保證ヲ以テ公債ヲ募集セルカ此團體モ此法ノ主體ニアラス「ローレンス」ハ一六六一年乃至一七七三年英國政府ノ認可ニヨリ獨立國ト等シキ權力ヲ有シ土人ニ對シ立法行政ノ全權ヲ行ヒ一八五八年ニ廢止セラレタル英國東印度會社幷近年英獨等ノ大國カ亞弗利加洲ニ設ケタル特許會社ノ如キ本國政府ノ認可ニヨリ土人トノ關係ニ於テ如何ナル權利利益ノ權力ヲモ有シ得ヘク宣戰講和ヲモ土人ニ對シテ任意ニ行フカ故ニ之ヲ此法ノ主體ト見做スヘキモノト說ケルモ斯ル會社ノ支配スル土地ハ本國領土ニシテ其會社ハ本國政府ノ特許上組織セラレ其委任ノ權限內ニ於テ土人ニ對シ政權ヲ行ヒ之カ存廢ハ本國ノ手中ニアルノミナラス他ノ文明國ニ對シテ本國政府ハ同團體ノ行爲ニツキ責任ヲ免ルルコト能ハサルカ故ニ國際法上本國ヨリ獨立ノ地位ヲ有セス從テ斯法ノ主體ト云フコト能ハサルナリ

學者中個人ヲ斯法ノ主體トナスアリ就中「ビリモ」及「ヒステル」ハ主權者及外交官ヲ主體トナセシモ現行法ニテハ主權者ハ其國ノ內外ニ對スル最高權力ノ代表者ト見做サレ外交官ハ本國主權ヲ代表スルニ過キサルカ故ニ此說ハ一般ニ否認スル所ナレトモ「ウエストレーキ」及「ローレンス」ハ文明社會ノ個人ヲ斯法ノ主體トシ「ローレンス」ノ言ニヨレハ例ヘハ戰時ニ於テ交

戰者カ陸上又ハ海上ニ於ケル敵國財產ヲ適法ニ捕獲スル時ハ其財產所有者タル個人又ハ會社ハ國際法ノ法則ニヨリ同財產ヲ沒收セラレ中立國ノ個人及會社モ國際法上戰時禁制品封鎖等ニ關スル法則ノ支配ヲ受クヘク又個人ハ不法ノ戰鬪者トシテ處刑セラルルコトアリ更ニ平時ニ於テモ個人ハ海賊トシテハ如何ナル國ノ軍艦モ之ヲ逮捕處刑シ得ルカ故ニ國家カ他國人民ニ對シ其個人タル資格ニ於テ之ト直接交涉スル場合ニハ其當時其法則ノ範圍ニテ個人又ハ會社ハ斯法ノ主體タルモノトシ「ウエストレーキ」モ同一意見ニテ海賊及封鎖違反者ノ如キモノヲ此法ノ主體ナリト說ケリ然レトモ此說タル國際法ノ主體ナル意義ヲ根本的ニ誤リタルモノト言ハサルヲ得ス何トナレハ此法ノ人格者即チ主體トハ獨立シテ其法則ノ權利ヲ有シ義務ヲ有スヘキモノナルカ故國家カ其法則ノ實行上直接ノ關係ヲ有シ個人カ其影響ヲ受ケタルノミニテハ之ヲ主體ト云フコト能ハス從テ國家ハ公海ニ於テ海賊ヲ逮捕處刑シ得ヘキ權利ヲ有スレトモ海賊ハ國家ニ對シテ何等ノ權利ヲ有セサルト同時ニ何レノ國ノ軍艦ニヨリテモ逮捕處刑セラルヘキ義務アルコトナク戰時禁制品封鎖其他海上捕獲ノ場合ニ於テ交戰國ハ敵國人民又ハ中立國人民ニ對シ又平時ニ於テモ他國人民乃至無籍人民ニ對スル直接行爲ニツキ國家ハ國際法上一定ノ權利義務ヲ有スレトモ友誼國敵國又ハ中立國ノ個人若ハ個人團體ハ本國ヨリ獨立ニ他國ニ對シテシカモ之ト同一位置ニ於テ如何ナル權利義務ヲモ有スル能ハス其權利ト稱シ義務ト唱フルモノノ實質ハ本國ノ權利義務ニ外ナラサルカ故ニ國家カ其法則ニ違反スル時ハ被害者ノ本國ハ被害人民ノ代理トシテニアラス自國ノ權利トシテ其救濟賠償ヲ求メ加害國モ同國ニ對スル義務トシテ之ニ應スヘキモノナルカ故ニ學理上其權利義務ハ決シテ國家カ個人ニ對シテ又個人カ國家ニ對シテ之ヲ有スルニアラス反テ文明國相互ノ關係上國家カ他ノ文明國一般ニ對シテ有スル權利義務ニ外ナラス

第二章　國家

第一節　國家ノ性質

現行國際法ニ於テ國家トハ人類ノ政治的團體ニシテ一定ノ領土ヲ有シ其團體ノ行爲ニツキテハ外部ヨリ拘束ヲ受ケサルモノナリト定義シ得ヘシ此定義ニ依リ國家ノ性質ヲ說明セハ左ノ如シ

第一　人類ノ政治的團體ナルヲ要ス

國家ハ人類ノ團體ナルカ故ニ個人ニテハ國家ヲナサス國家カ國民ヲ悉ク失フ時ハ亡滅スルコト論ヲ俟タス加之其團體ハ政治的組織ヲ有スルコトヲ必要トシ人類集合體ト雖モ無政府ノ狀態ニテ無謀ノ狀態ナル時ハ國家ヲナサス現今諸國ニ於ケル猶太人若クハ「ジプシー」民族ノ集團未開地ニ於ケル野蠻人又ハ盜賊海賊ノ集合體ハ政治的團體ナラサルカ故ニ國家ヲナス能ハス何トナレハ國際法ニ所謂國家ハ他國トノ關係ニ於テ權利義務ヲ履行シ得ヘキ保證アルコトヲ要ス故ニ人類團體ト雖モ政治的組織ノ永續スヘキ狀態ヲ有スル必要アルヲ以テナリ而シテ他國ニ對シ權

0362

利義務履行ノ保證アル團體タルニハ其團體ニ主權ノ存在スルコトヲ必要トス主權トハ其國ヲ統治スル最高權力ニシテ其主權ノ所在ハ各國ノ歷史ニ依リ君主自ラ總攬スルアリ人民ノ手ニ主權ノ存在スルモノアリ君主ト人民ト共同ニ之ヲ有スル如キ異同アレトモ國際法ニテハ主權ノ所在如何ヲ問フ必要ナク單ニ國家トシテハ其對外關係ニ於テ團體ヲ代表シ斯法上ノ權利義務ヲ實行シ得ヘキ主權ノ存在ヲ必要トス

一八五一年伊國法學者「マンシニー」ハ國家ノ要素トシテ自然的地形ニヨリ民種及ヒ民族ヲ同一ニシ言語慣習風俗ノ同一ナルヨトヲ要ストシ當時ノ政治家ハ此說ヲ利用シ一八六〇年乃至六一年「サルジニア」國ハ伊太利半島諸國ヲ統一シ佛國ハ伊國ヨリ「サボイ」及「ニース」ノ兩州割讓ヲ受ケタリ然レトモ「ホレデ」ノ言ヘル如タ土地自體ニ境界ナキ故一切ノ境界ヲ自然的トナスニアラサレハ如何ナル境界モ自然的ニアラサルヘク又人種民族ニツキテモ近世諸國ハ外國人ノ歸化ヲ許スカ故ニ一國ヲ組織スルニハ人民ノ種族言語慣習等ノ異同ヲ問ハサルノミナラス英國ノ如キハ現今三民族ヨリ成リ同國版圖內ノ印度人其他無數ノ異人種ハ本國人民ヨリ反テ多數ヲ占メ米國、露國、墺國、土國ノ人民ハ建國以來數多ノ人種民族ヨリ成立スルト同時ニ同一民族ノ居住スル土地ト雖モ「ポーランド」人ノ如キハ普墺露三國ニ分割セラレ其國民トナリ居ルヲ以テ見ルモ此說ハ斯法上是認スル能ハス又學者中國家ヲ組織スルニハ之ヲ組織スルニ十分ナル事因ヲ要ストナスモノアレトモ斯法上其事因ヲ一定シ能ハサルノミナラス實際獨立ナル政治的組織ヲ有スル團體ナル以上ハ其國ノ成立ニ必要ノ事因ヲ有スルコトヲ前提トスル故ニ之カ事因ヲ一定スルノ必要ナシ斯法上苟モ獨立ナル政治的團體ナル限リハ人民ノ多少ト土地ノ廣狹ヲ論セス等シク國家ニシテ歐洲中「アンドラ」共和國ハ百七十五方哩人口五千二百餘人「サンマリノ」共和國ハ三十八方哩人口一萬一千人陸軍將校三十八人兵員九百五十人「モナーカ」國ハ八方哩人口一萬五千ヲ有スルニ過キス

第二　一定ノ領土ヲ有スルコトヲ要ス

現行法ハ領土主權ヲ基礎トスル故國家タル人類ノ團體ハ一定ノ領土ヲ有スルヲ必要トス然レトモ羅馬ノ法學者「シセロ」以來中世ノ終ニ至ル迄國家ノ觀念ニ土地ヲ必要トセスシテ國家トハ寧ロ同一人種及ヒ民族ノ團體ニ對スル名稱トシ中世始メ北方獨逸民族ノ南進シテ現今歐洲諸國ノ基礎ヲ置キタルニ方リテモ其土地ハ種族ノ共有ニシテ佛國王ヲ「フランク」王ト稱シ英國王ヲ「サキソン」王ト稱ヘタルニ徵スルモ領土ニ重ヲ置カサリシコト明白ナリ然ルニ封建時代ニ於テ斯ク民族ノ團體ハ各一定ノ土地ニ割據シ第十六世紀ニ入リテハ民主ハ民族ノ首長トシテヨリモ寧ロ一定ノ領土ヲ所有スルモノト見做サルルニ至リ恰モ其時代ニ國際法發生シタル故國家ニハ必然領土ノ觀念之ニ伴ヒタルニ外ナラス然ルニ文明ノ進歩ニ從ヒ諸國ハ爭フヲ自國ノ富强ヲ謀リ國ノ强弱ハ國民ノ貧富ニヨリ土地ハ國ノ富源トナリタルカ故ニ自ラ領土ノ重キヲ加ヘ歐洲中領土ヲ有セサル國家ナキト同時ニ土地トシテ何レノ國ニモ屬セサルモノナキニ至リ終ニ現

0363

今ニテハ世界中何レノ文明國ニモ屬セサル土地殆ト皆無ナル狀態ニ推移シタルヲ以テ假令學理上國家ニハ土地ヲ絶對的ニ必要トセス領土ヲ有セサル人民團體ト雖モ古代ニ於テハ國家ヲナシ得タル事實アルニ拘ハラス今日國家ト言ヘハ領土ヲ有セサルナク領土ナキ人民團體ハ獨立ノ政治的組織ヲ有シ能ハサルヲ以テ自ラ國家ヲ爲シ得サルニ至レリ

第三　團體ノ組織ニ付キテハ外部ヨリノ拘束ヲ受ケサルヲ要ス

國家ナル政治的團體ハ內部ニ於テ自由ニ其政治ヲナシ外部トノ關係ニ於テハ自主獨立ニシテ他國ヨリ其行爲ヲ拘束セラレサルコトヲ必要トス換言スレハ國家カ其內部ニ對スル主權ノ完全ヲ缺ク時ハ國家存立ノ基礎ヲ失ヒ外部ニ對スル主權ノ行使ニツキ完全ノ自由ニ缺クル時ハ之ヲ獨立ナル國家トナシ能ハス然レトモ國力ニ强弱アルカ故ニ國家ハ一時他ノ强國ノ勢力ノタメ自己ノ意思ニ反シテ行動スルコトアレトモ其國力ノ不權衡ヨリ生スル現象ハ之カタメ對外關係上主權全部ノ行使ヲナシ能ハサルカ少クトモ自國ノ任意ニテハ其行使ヲ恢復シ能ハサル場合ノ外ハ國家ノ成立ヲ害セサルノミナラス他國トノ條約等ヲ以テ自ラ主權行使ノ一部ヲ制限スルモ之カタメ獨立國タルニ妨ナシ例セハ安政年間乃至明治初年ニ締結シタル我舊條約ニハ領事裁判ノ制度アリテ外國人ニ對シ我國裁判權ヲ行使セサルコトトナシタルモ之カタメ我國ハ獨立ナル主權自體ヲ一部タリトモ喪失シタルニアラサルハ勿論同條約ハ明治五年以後ハ我國ノ提議ニヨリ改正ヲ行フヘキコトヲ明文中ニ規定シタルカ故ニ永久的ノモノニアラス又現行條約ニテモ英佛獨

三國ト關稅目ヲ協定シ元來獨立國ノ課稅ハ自國ノ法律ヲ以テ自由ニ規定シ得ヘキ主權ノ行使ニ條約上ノ制限ヲ置キ加フルニ開港場ニ於ケル居留他永代借地權ヲ認メ其課稅ヲ免除シ更ニ沿海貿易ハ獨立國ノ獨占權ナルニ拘ハラス大阪新潟及ヒ夷港間ヲ除ク外開港場相互間ノ外國貿易ヲ外國船ニ許シタルハ我國主權ノ制限ナレトモ之カ爲メ吾カ完全ナル主權國タルコトヲ害セス是等ノ規定ハ其有效期間ヲ十二年ニ限レル故明年以後改正セラルヘキモノトス

右ト同一理由ニヨリ露國ハ一八五六年假條約ニヨリ國境ニ軍艦ヲ置クコト及其海岸ニ兵器廠ヲ設クルコトヲ禁止サレ一八七一年倫敦條約ニヨリ其制限ヲ免レタレトモ之カ爲メ其期間獨立國タル資格ニ缺クル所ナク明治三十八年講和條約ニヨリ日露兩國ハ樺太島及其附近ノ島嶼ニ砲壘其他軍事上ノ工作物ヲ設ケス宗谷海峽及韃靼海峽ノ自由航海ヲ妨害スヘキ軍事上ノ措置ヲ取ラサルコトトシ露國ハ日本海「オロツク」海及「ベーリング」海ニ沿ヒタル沿岸漁業權ヲ我國民ニ讓與シタルモ其主權ヲ傷クルコトナシ又土國及「バルカン」半島諸國幷清國遼羅國波斯國ハ他國トノ條約ヲ以テ今尙領事裁判制度ヲ存スルモ其規定ハ元ト自國ノ任意ニ締結シタル條約ニ基クカ故ニ外部ヨリノ拘束ニ出テタルモノトナスコト能ハス

第二節　國家ノ種類

國家ノ分類ニ付キテハ其觀察點如何ニヨリ單獨國及ヒ連結國ノ二種トシ又君主國及ヒ共和國等

ニ區別シ得ヘキモ國際法ニテハ對外主權ノ關係ヲ基礎トスル故ニ一切ノ國家ヲ分チテ一部主權國及ヒ屬國ニ大別セサルヘカラス就中屬國ハ宗主國主權ノ下ニアル團體ナルカ故ニ嚴正ニ言ヘハ國家ト云フコト能ハス

國家ノ勢力ニ大少强弱アリ第十九世紀以來歐洲一般ニ關スル事項ハ英佛普墺露ノ五大國ノ協調ニヨリテ決定シ一八七〇年來伊國モ之ニ加ハリ此六大國ニテ解決シタル事項ニハ他ノ小國ニ於テ之ニ違由スルノ現狀ヲ呈シ又西半球ニ於テハ北米合衆國ハ其諸國ノ牛耳ヲ取ルヲ以テ「ローレンス」ハ國家ノ分類ニ大國小國ノ區別ヲナシ一定ノ事項ニツキテハ大國ハ小國ニ比シ一層大ナル權利若クハ權力ヲ有ストナシタレトモ此分類ハ國際法ニ於テ是認スル能ハス又緩衝國又緩衝地ト稱スルハ一定ノ地方若クハ國家カ他國間ニ介在シテ其衝突ヲ未發ニ防クノ地位ニアルヲ意味シ例セハ明治三十六年日露戰爭中露國ノ提案ニハ韓國領土中北緯三十九度以北ヲ中立地帶トシ兩國共ニ之ニ軍隊ヲ入レサルコトトナサントシ我國ハ韓國滿洲ノ西側各五十「キロメートル」ヲ中立地帶トナサントシタル如キ條約ヲ以テ其權力ヲ直接ニ及ホササル空地ヲ設ケテ國境ノ紛爭ヲ未發ニ防キ又ハ一八一五年歐洲諸國ハ瑞西國一八三一年白耳義國ヲ永久中立國トシ獨佛等諸大國ノ紛爭ヲ未發ニ防クヘキ緩衝國ナシタルハ其一例ニシテ緩衝國ハ斯法上國家ノ分類ニアラス

第一　主權國

主權國トハ其國內外ノ關係ニ於テ完全ナル行爲ノ自由ヲ有シ其主權ニヨリ國內ヲ統括シ他國トノ關係ニ於テハ自國以外ニ政治上優等者ヲ認メス他ノ主權國ト獨立平等ノ地位ニ立ツ其國ノ組織ハ單獨國ト連結國トニ拘ラス其政體如何ニ關係ナク其國ノ中央權力ハ各國憲法ニヨリ一人若ハ數人ニアルト人民全體ニアルトヲ問ハサレトモ外國ニ對シテハ唯一ノ主權及ヒ其主權ノ代表者ヲ有シ內政ニ關スル主權ノ行使ハ立法司法行政上最高無限ナルモノトス

現今主要ナル主權國ハ亞細亞洲ニテハ日本、清國、波斯、暹羅ノ四國歐洲中ニ二十一個國米大陸ニ十七個國亞弗利加洲ニ「アビシニヤ」「亞比利亞」「モロッコ」ノ三國アリ其主權國中ニ付キ內外關係ニ於テ全國ヲ通シ其組織ノ單一ニシテ一系統ナル政治機關ヲ有スル單獨國ニ付キテハ說明ノ要ナキモ二箇以上ノ國カ其元首ヲ同一ニシ又ハ對外關係ニ於テ同一ノ中央政府ヲ有シナカラ其內國組織ハ格別ニシテ獨立ノ政治機關ヲ有スル連結國ニ付キテハ左ノ數種トナシ得ヘシ

一　君主連合國

學者一般ニ國家ノ連合ヲ分テ人的連合及ヒ政的連合ノ二種トセリ政的連合ハ眞正連合、物質的連合幷聯邦及合衆國ヲ總稱シ永久的ニ國家ノ連合ヲ意味スレトモ人的連合即チ君主連合國ハ二箇以上ノ主權國カ一時其君主ヲ共同ニスルニ止リ其連合ヲ組成スル各國ハ個個獨立ノ主權國タルヲ失ハサルカ故ニ決シテ國家ノ聯合ニアラス

君主聯合ノ期間ハ一君主ノ終身トナスアリ一王黨ノ繼續トナスアリ其條件一樣ナラサルモ永久

的ニ同一君主ヲ戴クニアラサルノミナラス聯合期限内ニ於テモ其政府ハ全然互ニ獨立シテ政務ヲ行ヒ其相互間ニ於テ條約ノ締結其他獨立國間ニ於ケル一切ノ關係ヲ有スルコト恰モ他國ニ對スルト何等ノ差ナシ「ナポレオン」戰爭中英佛二國ハ互ニ敵國ナリシニ拘ラス英國ト君主聯合國タリシ「ハノバー」大君主ハ佛國ニ對シテ平和關係ヲ有シタリ一七一四年乃至一八三一年英國ト「ハノバー」國トハ君主聯合國タリ一八一五年乃至五七年間普國王カ瑞西聯邦ノ一ナル「ノウシャテル」州ノ君主ヲ兼ネ一八一五年乃至一八九〇年和蘭王カ「ルキサンブルヒ」大公ヲ兼ネ一八八五年「ベルリン」條約ニヨリ白耳義王「レオポルト」二世カ「コンゴー」自由國ノ君主ヲ兼ネ一九〇八年ニ至ルマテ君主聯合國タリシハ其實例ナリ

二　眞正聯合國

眞正聯合トハ二個以上ノ國カ其相互間ニ於ケル別個ノ國家タル關係ヲ有シナカラ他諸國トノ關係ニ於テハ一主權國トシテ存在スルヲ云フ眞正聯合國ト君主聯合ノ差異ハ二者共ニ君主國ニアリテハ同一君主ヲ有スルコト及相互關係ニ於テ別個ナル政府ヲ有スルコトハ同一ナレトモ眞正聯合ハ國家ノ永久連結ニシテ一時元首ヲ同一ニスルモノニアラス又對外關係ニ於テ君主聯合ノ各國ハ各別ニ主權國タル行動ヲナスニ反シ眞正聯合ハ聯合全體カ一主權國タルカ故ニ其聯合ヲ組成スル各國　國際法上個個ノ主權國ト見ル能ハスシテ單ニ一部主權國ニ止ルモノトス現今墺太利匈牙利及一八一五年乃至一九〇五年間ノ瑞典那威ハ眞正聯合ノ實例ニテ那威國ハ瑞典ト同一地位ヲ保チ各各別箇ノ國會及憲法法律ヲ有シ其財政ヲ別ニシナカラ永久的ニ連結シテ瑞典王冠ヲ戴キ其斷絶ノ時ハ兩國共同シテ更ニ君主ヲ選定スヘキコトトシ宣戰講和條約及外交關係ニ關スル事項ヲ兩國選出ノ委員會合シテ決定スルコトトナシタリシカ最近數年來外交關係ニ於テ紛爭ヲ生シ那威國ハ外交官及領事官ヲ各別ニ派遣セントシ一九〇五年瑞典國トノ分離ヲ國會ニテ決議セル結果兩國ハ分離條約ヲ締結シテ別レテ獨立國トナリ墺太利國ハ一八六七年ノ憲法以來個個ノ憲法、國會、政府ヲ有スルモ兩國國會ノ選定スル代表者ハ帝國内閣ト共ニ兩國ニ共通ナル外交海軍事務ヲ司リ貨幣財政郵便電信關稅鐵道等ニ關スル事項ハ全然中央政府ニ於テ處理シ外國ニ對シ兩國ハ一主權國タル關係ヲ有セリ

學者中眞正聯合ノ外ニ物質的聯合ヲ認メ二國以上カ同一主權ノ下ニ立チ其聯合ヲ組成スル各國ハ合同ニヨリ各自ノ國家タル資格ヲ喪失シ別個ナル内國及外國關係ヲ有セサルモノトス其適例トシテ英蘭蘇格蘭愛爾蘭ノ三國カ聯合シテ今日ノ英國ヲナスカ如シトセリ

然レトモ此レ所謂聯合カ一國ヲ組成スルニ至リタル歷史的事實ニ止リ國際法ノ所謂聯合國ニアラス英國ハ中世ニ於テ四箇國ニ分レ居リシカ英蘭國ハ一六三五年「ウエールス」ヲ征服シ一七〇七年蘇格蘭ト合シテ大不列顛トナリ一八〇〇年愛爾蘭ト併合シテ今日ノ聯合王國ト稱スルニ至リタレトモ現今其諸國ヲ通シテ同一主權者及同一政府ノ下ニ立チ對内對外主權ノ關係上純然タル單獨國ナルカ故ニ聯合王國ト稱スルハ歷史上ノ名稱ニ過キス又「フィンランド」ハ一八〇九年

0366

露國ノタメニ征服セラレ其許可ヲ以テ依然瑞典憲法ヲ繼續シテ國會ヲ有シ露國皇帝ハ「フィンランド」大公ヲ兼テ總督ヲ置キ上院議長トシテ最高權ヲ行ヒ特別ナル課稅貨幣及稅關ヲ有シ陸軍組織ヲ露國ト別ニセル故學者中之ヲ露國ノ眞正聯合國トナシタルモノアレトモ同國ハ全然露國皇帝ノ下ニアリ其政府ノ許可ヲ得其認可ノ範圍內ニテ獨立ノ內政ヲナシタルニ止リ露國ノ屬國ナルカ故ニ決シテ眞正聯合ニアラス一九〇五年勅令ニ依リ露國ハ「フィンランド」ノ自國領土ナルコトヲ明ニセリ

三　聯邦

聯邦トハ二個以上ノ國カ互ニ同等ノ地位ヲ有シナカラ組織シタル政的聯合ノ一ニシテ其各國ハ互ニ共通ノ利益ヲ保護シ內部及外部ニ對スル獨立ヲ相互的ニ保證スルヲ目的トシ其各國ハ國內ニ對シテ完全ナル主權ヲ行使シ聯邦組織ノ爲メ毫モ制限ヲ受クルコトナキト同時ニ對外關係ニ於テハ聯邦條約若ハ憲法ニ規定セル聯邦組織ノ目的ニ反セサル限リ各國自ラ外交ヲナシ他國ト條約ヲ締結シ外交官ヲ交換シ聯邦全體ニ共通ノ問題ハ各國ヨリ選出スル代表者ヨリ成ル中央政府機關ニ於テ決定スルモノニテ其諸國ヲ總合シタル政治的團體ヲ聯邦ト稱ス

聯邦ノ實例ハ一八二〇年乃至一八六〇年ノ日耳曼聯邦トス同聯邦ハ普墺兩國ヲ始メ舊日耳曼帝國ニ屬シタル獨立國三十八個ヨリ成リ其內外ニ對シ各自國領土ノ安全ヲ互ニ保證スルヲ目的トシ各國代表者ヨリ組織スル會議體ヲ「フランクホルト」ニ置キ聯邦ヲ通シ宣戰媾和及同盟ヲ結フノ權並ニ聯邦全體トシテ他國ト外交官ヲ交換シタルト同時ニ各國モ亦自國ノミニ關シテ他國ト外交ヲナスノ權利ヲ保留シ聯邦全體又ハ聯邦各國互ニ有害ノ條約ヲ締結スル能ハス聯邦カ他國ト戰爭ノ場合ニハ聯邦各國ハ敵國ト私ニ協議ヲナシ又ハ之ト媾和又ハ休戰ヲナスヘカラスト

此聯邦ハ普墺戰爭ノ結果解散シ一八六七年日耳曼諸國及自由都市ヲ合シ二十五個ノ聯合ナル北獨逸聯邦ヲ組織シ普國ハ其牛耳ヲ取リ他國ニ對シテ聯邦全體ヲ代表シ一八七一年普佛戰爭ノ結果トシテ其聯邦ハ獨逸帝國トナレリ

又瑞西聯邦ハ當初十三州ノ聯邦タリシカ一八四八年ノ憲法ニヨリ純然タル合衆國トナリシ故ニ現今ニテハ聯邦ノ名義ノミヲ有スルニ過キス又北米合衆國ハ一七七六年同國獨立ノ宣言以來一七八七年ノ憲法制定ニ至マテ十三州カ聯邦ノ狀態ヲナシタリシカ憲法制定後ハ合衆國トナレリ

「ローレンス」ハ聯邦ノ中央政府ハ聯邦條約ニヨリ之ニ委任シタル對外主權ノ一部ヲ行使スルニ止リ主權ノ全部ヲ行使セス又聯邦ノ各國モ中央政府ニ委任シタル一部ノ主權ヲ自ラ行使セサル故ニ聯邦ハ其全體トシテモ又其各國ニツキテ見ルモ之ヲ完全ナル主權國ト見ル能ハス共ニ一部主權國ナリト云ヘリ然レトモ聯邦ノ各國ハ對外及ヒ對內主權ヲ完全ニ有シ其主權ハ最高無限ニシテ其主權以上ニ中央主權ノ存在スルコトナク單ニ對外主權一部ノ行使ヲ聯邦ノ中央機關ニ委任シタルニ過キス而カモ其機關ハ各自ノ代表者等ヨリ行使ヲ以テ組織シタル會議體ニシテ其決定

ハ各國ニ於テ之ヲ實施スヘキ義務アルニ止リ其會議體ハ直接ニ各國ノ內政ヲ支配スルニアラサルカ故ニ倘國家間ノ攻守同盟ト實質上大差ナシ從テ其各國ハ主權國トナスノ外ナク又聯邦全體ヲ一國トシテ考フル時ハ中央機關ニ於テ其主權ノ一部ヲ行使シ爾餘ノ部分ヲ各國ニ於テ行使スルモ聯邦全體トシテハ主權ニ缺クル所ナキカ故ニ是亦主權國ト見ルヘキモノトス

四　合衆國

合衆國トハ二箇以上ノ國家カ結合シテ最高權力ヲ有スル中央政府ヲ設定シ同政府ハ聯合諸國ニ共通ナル內政ヲ行フト共ニ對外主權ノ全部ヲ行使スルニ反シ之ヲ組成スル各國即チ各州ハ憲法ニ依リ對外主權ヲ有セサルカ又ハ其全部ノ行使ヲ自ラ爲シ能ハサルモノニシテ國際法ヨリ論スレハ合衆國全體ヲ一主權國ト看做スト同時ニ之ヲ組成スル各國ハ國家ニ非サルカ又ハ一部主權國タルモノトス

合衆國ノ實例ハ北米合衆國、瑞西聯邦、獨逸帝國「メキシコ」、「ブラジル」及「ベネジュエラ」國ニシテ就中北米合衆國ハ現今四十五州及十一地方ヨリ成リ「コロンビヤ」地方「ワシントン」市ニ中央政府ヲ有シ同國主權ノ代表者及行政長官トシテハ人民ノ選出ニ係ル大統領アリ中央政府ハ各州人民ノ選出スル代議士ヲ以テ組織スル議院及各州選出ノ代表者ヨリ成ル上院アリ最高司法府トシテハ合衆國一般ノ關係及外國關係ノ事件ヲ處理スル高等裁判所アリ中央行政府ハ憲法上合衆國全體ニ共通ナル租稅、陸海軍ヲ有シ同國ト外國トノ間並ニ各州相互間ノ通商、郵便、

電信、鐵道ニ關スル事項、條約ノ締結、宣戰、媾和、外交官其他外國ト一切ノ交涉事項ヲ處理シ各州ハ中央政府ノ下ニ立チテ中央政府ニ於テ管理セサル事項ニ付立法司法及行政ノ權ヲ有スルモノトス

五　永久中立國

永久中立國トハ他諸國トノ條約ニ依リ他國ヨリ兵力攻擊ヲ受クル場合ノ外他國ニ對シテ戰爭ヲ爲サス又國防ノ爲メヲ除クノ外ハ平時戰時ヲ問ハス他國ト戰爭ヲ開クニ至ルヘキ事項ニ關シ一切關與セス又他國ハ同國ニ對シ戰爭ヲ爲ササルト同時ニ之ヲシテ戰爭ニ關與セシメサルコトヲ保障セラルル國ヲ謂フ

永久中立國ハ國防以外ノ場合ニ他國ト戰爭ヲ爲サス又戰爭ト爲ルヘキ事項ニ關與スヘカラサル點ニ於テ主權國タル權能ノ一部ヲ永久的ニ行使セサルノミナラス寧ロ其行使ヲ爲ササルコトヲ目國成立ノ條件ト爲スカ故ニ「ローレンス」ハ永久中立國ヲ一部主權國ト爲セリ然レトモ戰爭ヲ爲サス他國モ之ヲシテ戰爭ニ關與セシメサルノ條約規定ハ締約諸國間ノ保障ニ止リ自國モ任意ニ條約ヲ以テ斯ル主權ノ一部ヲ行使セサルコトヲ約シタルノ結果ニシテ其永久的ニ行使セサル主權ノ一部ハ他ノ諸國ニ於テモ之ヲ有セス同國ニ對シテ戰爭ヲ爲シ得ヘキ主權ノ一部ヲ失ヒ居ルコトナルカ故ニ若シ永久中立國ヲ完全ナル主權國ニ非ストセハ他ノ諸國モ亦同國ニ對シテハ少クトモ其主權ノ行使ニ付キ缺クル所アリト爲ササルヘカラス隨テ此見解ハ一部主權國ノ性

質ヲ誤解シタルニ依ルモノト謂ハサルヲ得ス何トナレハ一八五六年巴里條約ニ依リ露國ハ黑海ニ軍艦ヲ置クコト能ハス其沿岸ニ造兵廠ヲ設置スルコトヲ禁セラレタリシカ故ニ露國ハ其主權ノ一部ヲ條約ニ依リ當時永久的ニ制限セラレタルニ拘ラス何人モ露國ヲ當時一部主權國ト爲ササリシ以上ハ永久中立國モ亦一部主權國ト謂フヘカラス要スルニ被護國及眞正聯合ノ各國ノ如キ一部主權國ニ於テハ其外交權ヲ自ラ行使セサルト同時ニ保護國又ハ中央政府ニ於テ之ヲ行使スルニ拘ラス永久中立國ニ於テハ戰爭ニ關與セサル條約上ノ制限ヲ除クノ外一切ノ外交ハ自國ノ手ニ於テ處理スルコト毫モ他ノ主權國ト異ナルコトナク又條約上自國ノ行使セサル主權ノ一部ハ他ノ諸國ニ於テモ自國ニ對シテ永久的ニ其行使ヲ禁セラレ居ルモノトス

現今ノ永久中立國ハ瑞西、白耳義及「ルキサンブルヒ」ノ三國トス瑞西國ハ「ウエストフアリヤ」條約ニ依リ獨立シ佛國革命戰爭迄其中立ヲ維持シ「ナポレオン」戰爭中普佛墺三國軍隊ノ侵入スル所ト爲リタリシカ一八九五年「ヴキヤナ」條約ヲ以テ永久中立國トセラレ爾來同國モ亦其永久中立ヲ自ラ維持シ一八七〇年普佛戰爭中四十八時間內ニ四萬ノ兵員ヲ國境ニ出シテ國防ニ從事セシメ戰爭中佛國軍隊ノ同國ニ入リタルモノヲ戰爭ノ終了迄自國內ニ收容シタル如キ未タ曾テ其中立ヲ破ラレタルコトナシ又白耳義國ハ和蘭ト共ニ「ネザランド」國ヲ爲シタリシカ一八三〇年白耳義人ハ獨立ヲ企テ其戰爭中英佛普墺露ノ五大國ハ倫敦會議ヲ以テ白耳義ヲ獨立國ト爲シテ其永久中立ヲ保障セリ然ルニ和蘭國トノ戰爭ハ一八三〇年迄繼續シタルヲ以テ同年五大國ト和蘭國間及五大國ト白耳國間並ニ和蘭國ト白耳義國間ノ三條約ヲ以テ其永久中立ヲ約定セリ「ルキサンブルヒ」國ハ一八一五年以來日耳曼聯邦ノ一國トシテ和蘭國ト君主聯合國ヲ爲シ一八六六年迄普國軍隊ハ其首都ニ潛在シタリシカ同年佛國ヨリ撤退ヲ迫マラレ一八六七年六大國間ノ倫敦條約ヲ以テ之ヲ永久中立國ト爲セリ又現今白耳義國ノ殖民地ナル亞弗利加「コンゴー」ハ一八八五年伯林會議ニ於テ永久中立國トセラレ白耳義王「レオポールト」二世ノ統治ノ下ニ置カレタリシカ一九〇八年白耳義國ハ同國ヲ合併シタルヲ以テ國家タル資格ヲ失ヒタレトモ伯林條約ニ於テ「コンゴー」及「ナイジャー」兩河ノ浸潤地ヲ不可侵トシ之カ爲メ舊「コンゴー」國全部ハ中立地ナルカ故ニ今日ニ於テハ白耳義國ノ一部トシテ其地域ハ依然永久中立ナルモノトス

第二　一部主權國

一部主權國トハ對外關係ニ於テ主權ノ一部ヲ他ノ政治的團體ニ掌握セラレ自國ニ於テ之ヲ有セサルカ又ハ永久的ニ其行使ヲ自國以外ノ政治的團體ニ委任シテ自ラ其行使ヲ爲ササルカ又ハ永久的ニ其行使ヲ爲スノ權能ナキ國ト定義シ得ヘシ隨テ自國ハ他國ノ爲メニ掌握セラレサルカ又ハ行使セラレサル主權ノ一部分ノミヲ行使スルニ止リ其自國ニ於テ行使スル主權ノ範圍內ナル行爲ニ付テハ斯法ノ支配ヲ受ケ其範圍內ニ於テノミ國際法ノ主體タルモノトス學者一般ニ之ヲ半主權國ト稱スレトモ此名稱ハ「ローレンス」ノ言明シタル如ク主權ヲ二箇ニ等分シテ其一半ヲ所有又ハ行使スルカ如キ嫌アルカ故ニ寧ロ一部主權國ト稱スルコト適當ナルヘシ但シ「ローレ

ンス」ハ一部主權國ノ定義トシテ其國內及爲政者ニ於テ對外一部主權ノミヲ有シ其殘餘ハ他ノ政治的團體ニ依リ行使セラルルカ又ハ全然其行使ヲ停止セラルルモノヲ謂フト爲シタレトモ此定義ハ廣キニ失シテ其當ヲ得ス何トナレハ一部主權國ニ於テハ全然有セサルカ又ハ行使ヲ永久的ニ停止セラレタル一部ノ主權ハ必スヤ他ノ政治的團體ニ於テ行使スルコトヲ必要條件ト爲スカ故ニ前述ノ如ク何人モ主權國トシテ疑ヲ有セス又一部主權國ト爲スヘカラサル永久中立國及聯邦若ハ聯邦ノ各國ヲ同氏ハ一部主權國ト爲スノ謬見ニ陷リタルモノノ如シ

一部主權國ノ實例ハ眞正聯合國及合衆國ヲ組織シタル各國並ニ被護國ニシテ眞正聯合國及ヒ合衆國ハ各其全體トシテ完全ナル主權國ヲ爲シ之ヲ組成スル各國及各州ハ元ト獨立國トシテ完全ナル主權ヲ有シ其對內主權ノ大部分ハ自ラ之ヲ掌握スルニ拘ラス對外主權全部ノ行使ヲ相互間ノ約定即チ聯邦又ハ合衆國憲法ニ依リ永久的ニ中央政府ニ一任シタルモノニテ自ラ之ヲ行使シ能ハスト雖モ中央政府ニ一任セサル範圍ノ事項ニ付テハ直接ニ他國ト交涉シ得ルヲ以テナリ又被護國トハ其對外主權ノ行使ヲ條約ヲ以テ永久的ニ他國ニ一任シ其國ノ保護ニ依リ自國ノ存立ヲ繼續スル國ヲ謂ヒ其保護ヲ爲ス國ヲ保護國ト稱ス保護國カ被護國ニ對スル權利行使ノ條件ハ單ニ被護國ノ外交關係ノミニ止ルコトアリ其內政ニ關與スルコトアリテ兩國相互間ノ關係ハ總テ當事國間ノ條約ヲ以テ規定スヘク國際法上其程度ニ付一定シタル所ナシト雖モ要スルニ被護國トシテハ其國カ決シテ保護國ニ服從シ之カ一部ト爲リタルニ非ス其保護ナル點ハ他國ヨリ敵

意ノ行爲ヲ被ルコトナカラシメ又ハ其行爲アル場合ニ於テ自國成立ノ安全ヲ害セラルルコトナカラシムルニ在リ故ニ被護國ノ外交ハ普通保護國ノ手ニ於テ處理スト雖モ兩國ハ全然別國ナルカ故ニ其相互間ノ權利義務關係ハ條約ノ規定ニ依リテ一定シ互ニ其權限ヲ超過スルコトヲ許サス保護國カ權限ヲ超過スルトキハ被護國ニ於テ其保護ヲ拒絕シ得ヘク又保護ヲ受ケサル點ニ付テハ對外關係上自由ニ行動シ保護國カ他國ト戰爭ノ場合ニ於テモ被護國ハ局外中立ノ地位ニ立チ得ルモノトス

現今歐洲ノ被護國ハ「アンドラ」共和國カ佛西兩國ノ被護國タリ「サンマリノ」共和國カ伊國ノ保護ノ下ニ立チ又「モナコ」國ハ一八一五年以來「サルデニヤ」國ノ被護國タリシカ一八六一年「ロカブリユナ」及「マントンス」二地方ヲ伊國ノ承諾ナクシテ佛國ニ割讓シタルハ伊國ノ保護ヲ脫シタルモノト解釋シ得ヘク其後同國ハ關稅電信郵便等ニ關シ他國ト自由ニ條約ヲ締結シ居ルカ故ニ今日ニ於テハ主權國ト見ルノ外ナシ又歐洲以外ニ在リテハ現今安南王國、「カンボヂヤ」王國及「チユニス」王國カ佛國ノ被護國タリ亞弗利加洲ノ「トゴランド」及南洋中ノ「マーシャル」群島カ獨逸國ノ保護ヲ受ケ玖巴共和國カ米國ノ保護ノ下ニ立チ「ユガンダ」及「ナイジヤー」王國及埃及國カ英國ノ被護國タルハ其實例トス

近世大國カ未開國ニ對シ其野蠻人ノ團體ト約定シテ之カ存立ヲ保護シ之ニ被護國又ハ被護地ノ名稱ヲ付スルモノアレトモ其團體ハ國家ニ非サルカ故ニ被護國ト稱スルヲ得ス又從來大國ノ被

護國ニ對スル政策トシテ當初之ニ保護ヲ加ヘ其存立ヲ保障シ漸次ニ之カ内政ニ關與シ自國ノ權力ヲ扶殖シテ遂ニ領土ト爲スヲ普通トスルカ故ニ右等被護國ノ如キ虚名ヲ有シナカラ實質上殖民地ト異ナラサルモノ少カラス

朝鮮ハ明治四十三年八月二十二日ニ締結シタル日韓併合條約ノ締結ニ至ル迄我國ノ被護國ニシテ明治三十七年二月日韓議定書三十八年十一月日韓協約ニ依リ我國ハ韓國領土ノ保全ヲ保障シ同國ノ外交ハ總テ我國外務省ニ於テ管理シ京城ニ統監ヲ置キタルコトナリシカ併合條約ニ依リ純然タル我國領土ノ一部ト爲レリ

第三　屬國

屬國又ハ從國ト稱スルハ他國ノ主權ニ服從關係アル政治的團體ナルカ故ニ嚴正ニ謂ハハ國家ニ非スシテ其國ニ對シテ主權ヲ有スル國ヲ主國ト稱ス然レトモ國際關係ハ劃一的ノモノニ非サルカ故ニ屬國ニ對シテ主國ノ權力ノ及ハサルモノアリ又ハ屬國ト雖モ主國ノ寛典ニ依リテ他國ト通商上ノ取極ヲ爲シ他國ノ領事官ニ自國ノ商業ニ關スル事項ヲ依頼スル如キ主權國ノ爲スヘキ行爲ノ一部ヲ自由ニ行フモノアリ斯ル場合ニハ主國ノ權力ノ及ハサル範圍又ハ主國ヨリ許サレタル範圍内ニ於テ他國ト直接ノ交渉ヲ爲シタル事項ニ付テハ主國ニ於テ其責ヲ免ルルコト能ハサルト同時ニ屬國モ亦其事項ニ關シテ斯法ノ支配ヲ受クルモノトス

埃及ハ土國ノ屬國ナレトモ一八三一年埃及王ノ土國ニ對スル叛亂ニ際シ英墺普露ノ四大國カ之

雜錄

●第一回判檢事試驗問題

○民　法

一、時效ニ因ル不動産所有權ノ取得ヲ第三者ニ對抗スルニハ登記ヲ要スルヤ

二、雙務契約當事者ノ一方ハ相手方ノ債務ノ履行受領ニ付遲滯ノ責ニ任スヘキ時ト雖同時履行ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ルヤ

○民　訴　法

一、反訴ヲ提起シ得ヘキ場合如何

二、證書訴訟ニ於ケル缺席判決ヲ説明スヘシ

○刑　法

一、犯罪構成要件タル違法ノ性質ヲ論スヘシ

二、文書ノ僞造變造及毀棄ヲ區別スル標準ヲ説明スヘシ

○刑　訴　法

一、告訴權ノ發生及消滅ヲ論スヘシ

二、刑ノ言渡ヲナシタル缺席判決ニ對シ檢事控訴ヲ爲シタル後被告人故障ヲ申立テタルトキハ第一審及第二審ノ裁判所ハ如何ナル取扱ヲ爲スヘキヤ

○商　法

一、質入證券所持人ノ權利ヲ説明スヘシ

二、支拂擔當者ノ記載シアル手形ノ特質ヲ論スヘシ

○國際私法

一、公海ニ於テ國籍ヲ異ニスル船舶カ衝突シタル場合ニ於テ其損害賠償ノ責任ハ何國ノ法律ニ依リテ之ヲ定ムヘキヤ

二、婚姻ノ無效又ハ取消ハ何國ノ法律ニ依リテ之ヲ定ムヘキヤ

○國際公法

一、國家ノ承認ト交戰團體ノ承認トノ差異ヲ論スヘシ

二、領事官ノ職務ヲ説明スヘシ

○憲　法

一、裁判ノ對審判決ノ公開ヲ論スヘシ

二、住所ノ不可侵トハ何ソヤ

○行　政　法

一、官吏任命ノ性質ヲ論スヘシ

二、納稅義務ノ發生及消滅ヲ論スヘシ

0371

●辯護士試驗問題

○民　法

一、擔保ノ目的ヲ以テ爲シタル賣買ノ效力ヲ說明スヘシ

二、當事者ノ一方カ其眞意ニ非サルコトヲ知リテ婚姻ノ意思表示ヲ爲シタル場合ニ於ケル婚姻ノ效力如何

○民事訴訟法

一、中斷シタル訴訟手續ノ受繼ヲ說明スヘシ

二、附帶控訴ノ成立要件及其消滅原因ヲ說明セヨ

○刑　法

一、刑法ニ於ケル同一ノ罪名ノ意義ヲ說明シ連續犯ヲ論スヘシ

二、死者ノ名譽ヲ毀損スル罪ノ成立ヲ論スヘシ

○刑事訴訟法

一、公訴ニ於ケル訴訟能力ヲ說明スヘシ

二、私訴ノ性質ヲ說明シ併セテ公訴ノ被告人以外ノ者ノミニ對シテ私訴ヲ提起スルコトヲ得ヘキヤ否ヤヲ論スヘシ

○商　法

一、金錢以外ノ財產ヲ以テスル株式ノ引受ヲ論スヘシ

二、同一ノ目的ニ付キ爲シタル數個ノ保險契約ノ效力ヲ說明スヘシ

○憲　法

一、棄例官ノ憲法上ノ地位ヲ論スヘシ

二、法律ト命令トノ關係ヲ問フ

○行政法

一、行政官廳ノ意義ヲ說明スヘシ

二、行政罰ノ性質ヲ論スヘシ

○國際私法

一、詐欺又ハ強迫ニ因ル意思表示ノ效力ハ何國ノ法律ニ依リ之ヲ定ムヘキヤ

二、法定代理人ノ權限ハ何國ノ法律ニ依リ之ヲ定ムヘキヤ

○國際公法

一、平時封鎖ヲ論スヘシ

二、開戰ノ交戰國間ノ條約ニ及ホス影響ヲ論スヘシ

法學志林

第十五卷第九號
九月二十日發行

毎月一回廿日發行
本號ニ限リ一冊
定價金二十五錢
郵稅金一錢五厘

第百六十九號

學長推戴特別號

●混藏倉庫寄託論　法學博士　松本烝治

●財產權ニ對スル强制執行ニ關スル重要問題　法學士　板倉松太郎

●社會連帶論ニ就テ　法學博士　織田萬

●善意占有ニ於ケル善意ノ意義　法學士　乾政彥

●商業使用人ノ保護　法學士　吾孫子勝

●民法小史　法學博士　岡村司

●刑罰ト保安處分トニ就テ　法學士　牧野英一

●第三者ノ過失ニ因リ保險ノ目的ニ生シタル損害賠償請求　法學博士　加藤正治

●利息ノ法律的制限　法學士　三潴信三

●刑法總則所謂沒收ノ目的物ニ就テ　法學博士　勝本勘三郎

發行所　東京市麴町區富士見町六丁目十六番地

一手販賣所　東京市神田一ツ橋通町　有斐閣　法政大學

0372

法政大學講義錄　大正三年度（第一號）

校外生規則摘要

一　十个月以上本大學ノ校外生タル者ニシテ本大學ニ入學スル者ハ入學金ヲ免除ス

一　講義錄ノ講習ヲ終リタル者ハ校外生修業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

一个月分　各學年　金四拾錢　全學年　金壹圓
六个月分　各學年　金貳圓參拾錢　全學年　金五圓五拾錢
一个年分　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錄ヲ郵送スルヲ以テ別ニ領收證ヲ交付セス若シ相當ノ日時ヲ過キテ講義錄ノ到達セサルトキハ其旨本大學ニ通知スヘシ

一　校外生ハ講義錄中ニ疑義アルトキハ講義錄ノ番號、科目、頁數及ヒ疑問ノ要點ヲ記載シ本大學編輯局ヘ宛テ郵送スヘシ

一　質疑通信ノ文意解シ難キモノ主旨明瞭ニシテ解答ヲ要セスト認ムルモノハ解答ヲ付セス

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錄ニ登載スヘシ

◎注　意

送金ハ可成振替貯金ヲ以テセラレタシ振替貯金ニ依ルトキハ送金費少ナク安全ニシテ且便利ナリ

振替口座東京『三二九四番』

大正二年十月九日印刷
大正二年十月十日發行
（定價金五拾錢）

東京市小石川區林町十六番地
編輯兼發行者　鹽野彦太郎

東京市赤坂區新町五丁目四十二番地
印刷者　金子鐵五郎

東京市赤坂區新町五丁目四十二番地
印刷所　金子活版所
（電話新橋三四九三番）

東京市麹町區富士見町六丁目十六番地
發行所　私立　法政大學
電話番町（一七四番　四六六二番）

0373