

### 法政大学講義録

牧野, 英一 / 秋山, 雅之介 / 鳩山, 秀夫 / 横田, 秀雄 /  
梅, 謙次郎

---

(出版者 / Publisher)

法政大学

(巻 / Volume)

4

(号 / Number)

1学年の2

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

112

(発行年 / Year)

1913-11-14

法政大學講義錄

大正三年度 第一學年 第二號

(大正三年度 第四號)



0375

大正三年度第一學年第二號目次

法學通論 (自四八九)

故法學博士 梅謙次郎 講述  
法學士 牧野英一 補修

民法總則 (自第一至第三章)

故法學博士 梅謙次郎

民法債權 (自三三)

法學博士 横田秀雄

民法總則 (自四〇)

法學士 鳩山秀夫

國際公法(戰時) (自四八)

法學博士 秋山雅之介

○雜報 大審院判例

ニ出來ナイ、買取ヲ見テモ或ハ人ニ貸シテアルカモ知レヌ、賣主ニ聞イテ見テモ、賣主ガ囁  
ヲ言フカモ知レヌ、ソレ故ニ此貸借權ト云フモノハ第三者ニ對抗シ得ラルルモノトナラテ居  
テハ又第三者ガ困ルト云フコトガ有リ得ル、成程物權トシテ置ケバ以テ第三者ニ對抗スルコト  
ガ出來ル、オウシテ登記ニ依テ第三者ニ知レルヤウニナラテ居ル、併シ物權ト云フコトハ全  
ノ論理ニ於テ同カスト云フナラ、ドウ云フ方法ヲ採ラ宜イカト云フヤウナコトヲ考ヘルノ  
ハ是ハ「術」デス、ソコデ例ヘバンソレハ譯ノ無イコトデアル、登記ヲ爲サシムルガ宜イ、貸借  
權ハ債權デアルトシテモンレヲ登記セシメル、オウスレバ第三者ハ之ヲ知ル、登記所ヘ行テ  
登記簿ヲ見ルトチャント書イテアル、オウシタナラバ第三者ハ其不動産ヲ買取ル場合ニ是ハ既  
ニ斯ク斯クノ條件ヲ以テ甲ニ貸シテアル所ノ不動産デアルト云フコトヲ知リツツ買ヒマスカ  
ラ、若シソレガ自己ニ不利益ト思ウタナラバ或ハ買ハスカモ知レヌ、或ハ同ジ買取ヲモ價ヲ  
安ク買取ルカモ知レヌ決シテ意外ノ損失ヲ被ル虞ヘナイ、若シ第三者ガ意外ノ損失ヲ被ル虞ガ  
ナイナラバ此ノ如クシテ貸借人ノ權利ヲ保護シ即チ所有者ハ變テモ一旦借受ケタル不動産ハ  
初ノ契約通りニ之ヲ使テ行クコトガ出來ルト、斯ウ云フコトニナリマスルト借主ノ方ハ固ヨ  
リ便利デアアル、是ガ詰リ一舉兩得ノ方法デアラウト云フガ如キハ術デス、フランクシヨン、ド、  
ラトル」ノ方デス、最後ニ「評」——評ニナリマスルト例ヘバ我舊民法ニ於テハ貸借權ハ物權  
トシテアラタ、物權デアアルカラ不動産ニ付テハ矢張り登記スルコトニ爲ル、デ少クモ不動産ニ

法學通論 法律ハ學ナキヤ術ナリヤ

090  
1914  
1-1-2

0376

付テハ結果ハ今申シタノト同ジコトデアアル、併シ新民法ハ賃借權ヲ債權トシテ而モ矢張り登記サセテサウシテ第三者ニ對抗スルコトヲ得ルモノトシテアル、是ハ孰レガ宜シイカト云フノハ評デス、ソコデ其評ニ由テ段段研究シテ言フニハ元來賃借人ノ行為ヲ必要トスル所ノ權利ヲ物權ト云フノハ物權ノ性質ニ合ハナイ、物權ト云フノハ他人ノ行為ヲ要セザル性質ノモノデアアルノニ賃借人ノ行為ヲ要スル場合ニソレヲ物權ト云フノハ理論ニ合ハス、之ニ反シテ新民法ノ規定ノ如キハ矢張り之ヲ債權ト見テ居ルカラ其點ハ能ク理論ニ合フ、サウシテ結果ハドウデアアルカト言ヘバ畢竟同一ノ目的ヲ達スルコトガ出來ル、或ハ債權デアリナガラ之ヲ登記スルト云フコトモ如何デアラウカ、登記シテ之ヲ第三者ニ對抗スルト云フノハ或ハ其當ヲ得ナイコトハナイカ、債權ト云フモノハ其效力當事者間ニ止マルベキ等ノモノデアアルノニソレガ第三者ニ對シテ効ガ有ルト云フノハ不當デハナイカト云フ疑ニ對シテ、ソレハ決シテサウ云フコトハナイ、債權ト雖モ實際ノ必要上カラ之ヲ第三者ニ對抗シ得ラルルモノトスルコトハ少シモ差支ナイ、唯之ニ依テ第三者ノ利益ヲ害サナケレバ宜イカラソコデ登記ヲサス、債權ヲ登記サセテ所ダ少シモ差支ナイ、之ニ依テ第三者ガ豫メ賃借權ノアルコトヲ知ルカラ、爲メニ不慮ノ損失ヲ被ルト云フコトハナイ、詰リ舊民法ノ規定ヨリハ新民法ノ規定ノ方ガ宜シイト、斯ウ云フヤウナノハ評デス、苟モ法律ノ學問ト言ヘバソレ等ノコトヲ皆究ムベキ等ノモノデアアル、成程ソレハ專門ニ依テ其一部丈ケシカ調ベナイ者モアルケレドモ法律學全體ト言ヘバ其五ツノ働ヲ皆

含ンデ居ルノデアアル、先ヅ一通リ、普通ニ人ガ物權ト云フノハドシナモノデアアル、債權ト云フノハドシナモノデアアル、賃借借ト云フノハドシナモノデアアルカト云フコトヲ知ラナケレバナラヌ、ソレカラ各國ノ法律モ調ベナケレバナラヌ、ソレカラソレニ就テ論理ノ力ニ依テ一旦此レ此レノ原則ヲ認メタ以上ハ其結果是非斯ウナラナケレバナラヌト云フ理論ヲ餘程研究シナケレバナラヌ、ソレカラソレヲ實地ニ應用スルコトモ考ヘテバナラヌ、又單ニ目的ヲ達スルカゲニハ適當ナ方法デアツテモ其方法ガ善イカ或ハ他ノ方法ガ宜イカト云フ、或理想ニ基イテ善惡ヲ見究メネバナラヌ、ソレ等ハ皆法律學ノ範圍デアアル、斯様ニ論ジテ見ルト法律ハ學ナリヤ術ナリヤト云フ問題ノ如キハ實ニ幼稚ナル問題デアツテ殆ド問題ニモ爲ラヌト言ツテモ私ハ宜カラウト思ヒマス、唯從來名高イ問題デアアルカラ茲ニ掲ゲテ一通リ論ズル要ガアラウト思ウタマデデアアルノデス

### 第六章 「法律」ナル語ノ種種ノ意義

○法律ト二字續ケテ使ヒマスノハ普通デアリマスケレドモ時トシテハ單ニ法ト云フテ宜シイコトガアルノデス、殊ニ能ク上ニ外ノ文字ヲ附ケテ法ト云ヒマス、民法商法ノ如キ、普通ハ「民法律」「商法律」トハ言ハヌデス、ソレ故ニ本章ノ題ハ「法」若クハ「法律」ナル語ノ意義ト云フ方ガ尙ホ正シイノデアアル、是ニハ先ヅ三ツノ意味ガアルノデス、第一ハ天則トデモ言ヒマセウ

カ天然ノ法則デス、矢張りソレヲ「法」ト云フ、此意味ニ於テハ經濟ノ法則或ハ物理學上ノ法則モ矢張り「法」ト云ヘルノデス、例ヘバ幾何デ言フテ見ルト勾股弦ノ法、或ハ比例ニ於ケル何ノ法、代數ニ於ケル何ノ法ト、矢張り「法」ト云フ字ヲ能ク使フノデス、又使フテ差支ナイ、其トキニハ此「法」ガ極ク廣イ意味デアツテ天然ノ法則トモ云フヤウナ意味デアアル、無論我ガ「法」トカ「法律」トカ云フノハ其意味デハナイ、第二ノ意味ハ即チ私ガ下シタル所ノ定義ニ合フモノデアツテソレガ我ノ普通「法律」ト云フ所ノモノデアアルノデス、其定義ハ人人デ違フケレドモ要スルニ成文法デ言フテ見ルト今日法律トシテ天皇ガ議會ノ協賛ヲ經テ公布セラルル所ノ法律デアツテモ、或ハ勅令トシテ公布セラルル所ノモノデアツテモ或ハ各省大臣ガ省令トシテ出スモノデアツテモ又府縣知事ガ府縣令トシテ出スモノデアツテモ、甚シキハ市町村ニ於テ條例若クハ規則トシテ出スモノデアツテモ、皆我我ノ謂フ所ノ法律デアアル、是ガ法律學界ト云フトキノ「法律」ト云フ意味デ「法」ト云フテモ宜シ「法律」ト云フテモ宜クデアアル、ソレカラ第三ニハ憲法上ノ「法律」是ハ極ク狭イ意味デアツテ多クハ命令ニ對シテ言フノデス、勅令トカ省令トカ云フモノハ此意味ニ於テハ最早法律デハナイ、其狭イ意味ノ法律ト云フノハ如何ニ定義ヲ下シテ宜イカト云フニ私ハ天皇ガ帝國議會ノ協賛ヲ經テ定メタル規則デアルト言ハウト思フ、是ハ憲法ノ第五條ニ「天皇ハ帝國議會ノ協賛ヲ以テ立法權ヲ行フ」ト云フノニ當ル、或ハ其次ノ第六條ニ「天皇ハ法律ヲ裁可シ其ノ公布及執行ヲ命ス」ト云フ場

合ノ「法律」、或ハ憲法ノ第三七條ニ「凡テ法律ハ帝國議會ノ協賛ヲ經ルヲ要ス」ト云フテアル、即チ是ナラズ、此等ノ規定ニ依ツテ見ルト今下シタ定義ガ即チ此狭イ意味ニ於ケル法律ノ正確ナル意義デアルト思フノデス、多少定義ニ付テ議論モアリマスルケレドモ私ハ此定義ハ殆ド動カスベカラザル定義デアルト思ウテ居ル、文字ハ多少違ウテモ意味ニ於テハ斯ク言ハナケレバナラスト思フ、固ヨリ憲法上ノ法律ノコトデアアルカラ憲法ガ違ヘバ法律ノ定義モ從ツテ違フ、各國ニ通ズル所ノ定義ト云フモノハ殆ド下スコトハ出來ナイ、故ニ我國ニ於テハ我國丈ケノ定義ヲ下スコト外ハナイ、之ニ就テ種種ノ問題ガ起ルノデス、其稍ヤ著シイモノ二三ヲ申上グマスルト第一ニハ豫算ハ法律ナリヤ否ヤト云フ問題ガアル、是ハ非常ニ喧シイ問題デアアル、單ニ我國ニ於テ喧シイノミナラズ外國デモ大ニ議論ガアルノデス、私ハ信ズル所ニ據レバ學理上ハ法律デアルト言ヘルト思フ、豫算ハ法律ナリト言フテ宜シイト思フ、即チ豫算ハ固ヨリ天皇ガ御定メニ爲ルモノデアツテ、又帝國議會ノ協賛ヲ經テ御定メニ爲ルモノデアアル、此點ニハ疑ハナイノデス、唯是ガ規則デアアルヤ否ヤト云フコトガ多少疑デアアル、或學者ハ豫算ハ規則デハナイ、單ニ豫計ノ豫測ニ止マルト云フコトヲ申シマス、ケレドモソレハ確ニ誤ツテ居ルト私ハ思フ、單純ナル豫測デハ決シテナイ、即チ原則トシテハ少クモ歳出豫算ニ付テハ豫算ニ定メタル額ヲ超エテ支出ヲ爲スコトハ出來ヌノデス、即チ此レノ費目ニ付テハ此レヨリ多ク支出スルコトハナラヌゾト斯ク定メテアル、即チサウ云フ規則デアアル、或ハ人ニ依ツテハ豫

算ハ毎年之ヲ定ムルモノデアラフテ決シテ將來ノ標準ニ爲ルモノデナイソレヲ規則ト云フノハ其當ヲ得ナイデハナイカト斯ウ云フ論ガアルノデス、ケレドモ規則ノ中ニハ長ク其效力ヲ存スルモノト又其效力ノ極メテ短イモノトアルノデス、如何ニ其效力ガ短クテモ矢張り人民若クハ政府ノ或機關ガ守ルベキ簡條ヲ定メタノハ規則デアアルノデス、即チ豫算ト云フモノハ一年限ノモノデアアルケレドモ其一年間丈ケハ政府ノ役人ガ守ラナケレバナラス所ノ規則デアアル、之ヲ規則ト云フニ少シモ差支ハナイ、斯様ニ論ジテ見ルト云フト豫算ハ學理上法律デアアルト云フコトハ蓋シ疑ガナイト思フ、又外國ニハ明文ヲ以テ豫算ヲ法律トシテ居ル國ガ少クナイノデス、豫算法トカ或ハ財政法トカ稱シテ居ルノデス、サウ云フ國柄ニ於テハ法律ニ非ズト云フコトハ殆ド出來ヌデアアラウト思フ、併シソレデモ學者ハ往往ニシテ學理上ノ性質如何ト云フコトヲ矢張り論ジテハ居ルノデス、ケレドモ私ノ思フニハサウ云フ國柄ニ於テハ最早爭フ餘地ハナイノデアアル、學理上法律タルベキコトハ今論ジタルガ如クデアアテ殊ニ憲法ニ明カニソレヲ「法律」ト名ケテ居ル以上ハ法律デナイト云フコトハ言ヘナイト思フ、我憲法ニハ是ニ關スル明文ガナイ、豫算ハ法律ナリトモナシ法律ニ非ズトモ固ヨリナイ、唯豫算ハ帝國議會ノ協賛ヲ經ベキモノデアアルト云フコト丈ケガ極マツテ居ルノデス、即チ憲法ノ第六四條ニ「國家ノ歳入歳入ハ毎年豫算ヲ以テ帝國議會ノ協賛ヲ經ヘシ」トアル、唯ソレ丈ケデアアルノデス、ソレダカラシテ私ハ學理上法律デアアルト云フコトヲ申シマスキレドモ、併シ明文ガナイカラ矢張り疑ノ餘地ハア

ルト言ハナケレバナラス、現ニ學者間ノ議論ガ分レテ居ルノデス、併シ今日ノ實際ニ於テハ如何ニ之ヲ取扱フテ居ルカ、即チ政府ハ之ヲ如何ニ見テ居ルカ帝國議會ハ之ヲ如何ニ見テ居ルカト云フニソレハ法律デナイト見テ居ル、政府ハ法律ト見ナイカラ之ヲ公布スルニ當テモ「法律」トシテハ公布シナイ矢張り「豫算」トシテ公布スル、ソレカラ議院ニ於テモ憲法若クハ議院法其他兩院ノ規則、貴族院規則若クハ衆議院規則ノ中デ法律ニ關スル規定ヲバ豫算ニハ適用シナイト云フ慣例ニ爲ツテ居ルノデス、例ヘバ法律ハ原則トシテ三讀會ヲ經ナケレバナラスケレドモ豫算ハ三讀會ヲ經ルニハ及バヌト云フガ如ク總テ法律トセズシテ取扱フテ居ル、故ニ學者間ノ議論ハ姑ク措イテ實際ニ於テハ私ノ學理上ノ議論ト云フモノハ採用サレテ居ラスノデス

第二ニハ條約ハ法律ナリヤ否ヤト云フコトガ矢張り一ツノ問題デアアル、私ハ此問題ニ對シテハ斷然條約ハ法律ニ非ズト思フ、ソレハ極ク單純ナ理由デ條約ト云フモノハ一國ガ他ノ國ニ對シテ締結スルモノデアラフテ、狭イ意味ニ於ケル法律ハ主權者ガ國內ニ向テ定ムル所ノモノデアアル、デ一國ガ他國ニ向テ或事ヲ約シタト云フノ直チニソレガ國內ニ於テ政府ノ機關若クハ人民ニ遵奉ヲ命ズル所ノ一ノ法律ト爲ルト云フコトハドウシテモアリ得ヌノデアアル、殊ニ我邦ニ於テハ議會ノ協賛ヲ經ルコトモナイ、故ニ條約ガ直チニ法律デアアルト云フコトハ殆ド問題ニモ爲ラヌデアアラウト思フ、唯併ナガラ條約デ以テ定ムル事柄ハ同時ニ法律ヲ以テ之ヲ定メナケ

レバナラヌカト云フコトガ問題ニ爲ル、言葉ヲ換ヘテ言ヘバ條約ヲ以テ定メタル事ト雖モ特ニ  
 國內ニ於テ法律ヲ制定シテ且憲法ニ定メタル方式ニ依リテ之ヲ公布シナケレバ人民ハソレヲ  
 守ル義務ガナイカ、國內ノ種種ノ政治上ノ機關ト云フモノガソレヲ遵奉スル義務ガナイカト云  
 フコトガ問題デアラウト思フ、是ハ一般ノ學理トシテモ矢張り非常ニ議論ノアル問題デアラ  
 殊ニ我憲法ノ解釋トシテ嘗テ大ニ議論ノアラタ事デアリマス

此問題ハ各國ノ憲法皆一ツデハナイ、多クノ國ニ於テハ少クモ或種類ノ條約ハ法律ニ依ラネバ  
 ナラヌト云フコトガアル、其意味ハ先ヅ法律ヲ以テ定メテ然後デナケレバ條約ガ結バレナイ  
 ト云フコトニナルデアラウト思フ、例ヘバ佛蘭西ノ憲法ニ於テ領土ノ割讓、交換又ハ併有、詰  
 リ自己ノ領土ヲ他國ヘヤル、或ハ領土ノ一部ヲ互ニ交換スルノデアル、佛蘭西ガ獨逸ニ「アル  
 ザース、ローレーヌ」ヲ讓ツタ、或ハ日本ガ樺太ト千島ト交換シタ、アレガ眞ノ交換デアルナ  
 ラバアア云フノガ玆ニ謂フ交換デス、或ハ併有——日本ガ臺灣ヲ支那カラ取ツタ如キ、サウ云  
 フコトヲ目的トスル條約ハ法律ニ依ルニ非ザレバ之ヲ締結スルコトヲ得ナイトアル、此類ノ規  
 定ハ他ニ其例ニ乏シカラヌノデアラツテ、白耳義ノ憲法ニモ「ルムクサンブル」ノ憲法ニモ皆  
 アル、ソレカラソレト違フ或種類ノ條約ハ議會ノ協贊ヲ經ルコトヲ要スルト云フ規定ノ存シテ  
 居ル處ガアル、是ハ佛蘭西ニ於テモ今述ベタルモノノ外ノ或重大ナル條約、ソレハ列舉シテアル  
 ケレドモ細目ダカラ煩ヲ避ケテ述ベヌ、例ヘバ關稅ニ關スルモノトカ或ハ人民ノ私權ニ關スル

モノトカ云フ類ノ條約ハ單ニ議會ノ協贊ヲ經ルコトヲ要スルト書イテアル、此例ハ最も多イ、  
 今申シタ白耳義モ「ルムクサンブル」モ矢張り同様デスガ、其外領土ノ割讓等ニ付テモ矢張  
 リ單ニ議會ノ協贊ヲ經ルコトヲ要スルトシテアル例ガ頗ル多イ、一二ノ例ヲ言ヘバ和蘭デモ獨  
 逸ノ帝國憲法デモ、普瀟西ノ憲法デモ皆サウ云フ風ニ爲ツテ居ル、此等ノ國ニ於テハ憲法ノ規  
 定ニ從ヒ法律ニ依リテ條約ヲ結ンダ場合ハ勿論、——此場合ハ疑ノアラウ等ガナイ、——法律  
 ノ形式ヲ履マズ單ニ議會ノ協贊ヲ經タ場合デアツテモ、ソレカラ憲法上議會ノ協贊ヲ經ルニ及  
 バナイ所ノ條約ニ付テハ君主トカ大統領トカ詰リ國家ノ代表者ガ其權能ニ依リテ條約ヲ締結シ  
 タ場合デアツテモ、此等ノ條約ヲ以テ定メタル事柄ハ效力ニ於テ法律ニ均シイモノデアルト云  
 フコトハ殆ド疑ノナイ點デアル、我邦ニ於テハドウデアルカト云フト、此等ニ關シテ何等ノ明  
 文モナイ、唯天皇ノ大權ノ中ニ條約締結權ト云フモノガアル、憲法第一三條ニ「天皇ハ諸般ノ  
 條約ヲ締結ス」ト云フコトガアル、是ハ大抵各國ノ憲法ニアル規定デスガ、ソレ丈ケデアツテ  
 如何ナル條約ハ法律ニ依ラナケレバナラヌトカ、又ハ帝國議會ノ協贊ヲ經ルコトヲ要スルトカ  
 云フガ如キ規定ハ一モ存セヌノデアル、是ガ外國ノ多數ノ憲法ト違フ所デアアル、ソレガ爲メ議  
 論ガ起リテ條約締結權ノ天皇ニ存スルコトハ憲法ノ明文ニ疑ヲ容レナイ所デアルケレド  
 モ、ソレニハ時トシテ法律ヲ要スルヤ否ヤ、具體的ニ之ヲ言ヘバ例ヘバ條約ヲ以テ關稅ヲ定ム  
 ルニ特ニ法律ヲ制定シナケレバナラヌカドウカ、即チ憲法ノ他ノ規定ニ依レバ關稅ノ必ズ法律

ニ依テ徵收スベキモノデアル、其事ハ一般ノ規定トシテ疑ナイ、先ヅ「臣民ノ權利義務」ノ處デ第二一條ニ「日本臣民ハ法律ノ定ムル所ニ從ヒ納税ノ義務ヲ有ス」ト云フコトガアル、即チ裏面カラ言フト法律ノ定ムル所ニ依ラナケレバ納税ノ義務ハナイト云フコトガ出來ル、ソレカラ尙ホ其外ニ憲法ノ第六二條ニ「新ニ租税ヲ課シ及税率ヲ變更スルハ法律ヲ以テ之ヲ定ム」トアル、次ノ第六三條ニ「現行ノ租税ハ更ニ法律ヲ以テ之ヲ改メサル限ハ舊ニ依リ之ヲ徵收ス」トアル、此等ノ規定ニ依テ見ルト新ニ關稅ノ事ヲ定メルニハ必ず法律ニ依ラナケレバナラヌヤウニ見エル、而シテ今日ハ通常ノ條約ハ大抵皆關稅ニ關スルコトガ重モニ爲テ居ル、我邦ノ通商條約ハ皆サウデアアル、是ハ條約ガ締結セラレテモ尙ホ別ニ法律ヲ以テ其關稅ノ事ヲ定メスケレバ國民ニ納税ノ義務ハナイカト、斯ウ云フノガ一大問題デアッタノデアアル、而シテ多少疑ハシキ問題デアアルコトハ認メネバナラヌノデアアル、條約ハ日本國ガ他ノ國ト約束ヲシタノデアアル、故ニ國民ハ其約束ノミニ依テ或租税ヲ拂フ義務ガアル、即チ納税ノ義務ガアルト云フコトヲ知ル等ガナイ、ソレハ他ノ稅法同様ニ法律ガ出來テ、是ニ依テ租税ヲ徵收スルト云フ方ガ穩當デアアルト云フコトヲ私ハ認メル、現ニ政府ガソレヲシナイノハ或ハ穩當ヲ缺イテ居ルト云ヘルデアラウト思フ、併シ法律論トシテ、即チ憲法ノ解釋トシテハ縱令其法律ハナクモ條約ガ有效ニ成立スル以上ハ之ヲ以テ定メタル關稅ハ我國民モ外國人モ皆之ヲ納メナケレバナラス、其譯ハ天皇ノ條約締結權ニ何等ノ條件ヲ附シテナイ、今申上ゲタヤウニ外國ニハ多ク

其條件ガ附シテアル、我憲法ガ最モ多ク模範トシタ述ノアル普漏西ノ憲法ナドニハ明カニ書イテアル、關稅ニ關スルモノ、其他稍々重大ナル條約ニ付テハ議會ノ協贊ヲ經ベシト云フコトガ明カニ書イテアル、ソレガ我憲法ニハ態態除イテアル、ダカラ議會ノ協贊ト云フコトガ條約ノ成立ノ爲メノ條件トハ爲テ居ラス、故ニ天皇ガ締結セラレタル所ノ條約ハ絕對ニ有效デアアル、外ニ向テモ内ニ向テモ有效デアアル、外ニ向テハ日本國ノ代表者ガ適法ニ締結シタル條約デアアルカラ有效デアアル、内ニ向テハ天皇ガ憲法ノ規定ニ從テ締結セラレタル條約デアアルカラ有效デアアル、有效デアアルトシタナラバ他ノ法律同様國民ハ之ヲ守ラネバナラス、我政府ハ此主義ヲ取テ是マデ歐米諸國ト數多ノ通商條約ヲ結ビマシタガ、一ツモ議會ノ協贊ハ經ス、又條約ニ付テ協贊ヲ經ルト云フコトハ固ヨリイラスコトデアアル、而シテ關稅ニ付テ特ニ法律ヲ制定スルト云フコトモシナオノデアアル、他ノ事柄ニ付テハ條約ノ施行ニ關シテ特ニ法律ヲ出シタモノモアリ、從來ノ法律ヲ改メタモノモアル、併シ關稅其他種種ノ事ニ付テ何等ノ法律モ存セザルモノガアル、而モ其條約ニ定メタル事ハ恰モ關稅法ヲ以テ定メタルト同シヤウニ去ル明治三十二年以來實際ニ行ウテ居ル、之ニ付テ外國人ハ勿論、內國人モ嘗テ異議ヲ挾シタコトハナイ、毎日條約ニ基イテ關稅ヲ納メテ居ル、又議院ニ於テモ一時多少ノ小言ハ申シマシタガ、併シ之ニ對シテ嚴重ナル抗議ヲ試ムルト云フヤウナコトハナカッタ、即チ今日デハ議院モ政府ノ處置ヲ妥當ナリト認メタルモノト言ハレテモ仕方ガナイデアラウト思フ、蓋シ政府デ



ハ日本ノ議會ノ幼稚ナルコトヲ看破シテ居ルカラ、濫ニ條約ノ施行ニ關スル關稅法ナドヲ出シテソレニ議院デ條約ニ背イタ修正ナドヲ爲シ又ハ之ヲ否決シタト云フヤウナ事ガアツタナラ實際甚ダ困難ナル結果ヲ生ズルコトヲ思フタデアラウ、無論此ノ如キ法律ハ天皇ガ御裁可ニナル等ハアリマセスケレドモ、政略上ソレハ甚ダ困ル、ソレデ俗ニ謂フ「觸ラヌ神ニ祟ナシ」デ、ソノナ法案ヲ議會ニ出テヌ方ガ宜イト云フノデ出サナカッタノデアラウト思フノデアアル、兎ニ角以前ニハ唯條約ヲ勅令トシテ公布シタ丈ケデアッタ、此形式モ果シテ當レリヤ否キヲ疑フテ居ッタ、近頃マデハ實際サウ爲ツテ居ッタ、條約ハイツモ無號ノ勅令デ出テ居ッタ、但今日デハ明治四十年勅令第六號ヲ以テ發布セラレタル公式令ノ第八條ニ據リ、條約ハ條約トシテ特別ニ發表セラレルコトニ定マツタ

之ヲ要スルニ條約ナルモノハ形式的法律デナイコトハ固ヨリ疑ノ容レヌケレドモ其效力即チ條約ヲ以テ定メタ事柄ハ苟モ其條約ガ憲法ニ從フテ締結セラレタナラバ、ソレハ法律ニ均シイ效力ヲ有スルト云フコトヲ認メネバナラス、尙ホ進ンデ憲法ニ違反シタ條約ガ果シテ有效ナルヤ否ヤト云フコトサヘモ實際ハ問題ト爲ツテ居ル、サウシテ國際ノ慣例デハ寧ロ有效説ノ方ガ是マデ勝ヲ占メテ居ル、例ヘバ佛蘭西トカ普漏西トカ云フヤウナ國柄デ協贊ヲ經ベキコトヲ議會ノ協贊ヲ經ズシテ締結シタトシタナラバ、其條約ガ有效ナリヤ否ヤ、ソレハ有效デアルト云フ説ガ實際ニハ多ク行ハレテ居ル、併シ私ハソレハ無效デアルト思フ

是ガ狹義ノ法律、即チ憲法上ノ法律ニ關スル問題ノ第二デアアル、第三ノ問題ハ憲法施行前ノ法令ガ性質上如何デアアルカト云フコトデアル

憲法上ニ於テハ法律ト名クルモノト命令ト名クルモノトアル、廣イ意味ニ於テ單ニ法律學ナドト云フトキハ「法律」ニ兩方含ムケレドモ、狹イ意味ノ「法律」ト云フコトニナツテ來ルト命令ト相對スルノデアアル、勅令トカ閣令トカ省令トカ云フヤウナモノハ皆「命令」デス、所ガ憲法施行前ニハ此ノ如キ明確ナル區別ガナカッタ「法律」ト云フ名ハアル、ソレハ餘程前カラアルケレドモ、ソレハ議會ノ協贊ヲ經ルト云フ譯デモナイ隨ツテ中ノ實質即チ内容ヲ見ルト勅令ノ形デ出テ居ルモノガ大變重クテ、比較的ソレヨリ輕イモノガ法律デ出テ居ルト云フコトデアアル、少クモ憲法デ法律事項トシテアルモノ、——法律ヲ以テ規定シタケレバナラスモノトシテアル事項ヲ名クテ法律事項ト云フ、——ソレヲ勅令デ定メテアルモノハ尠クナイ、最モ若シイ一例ヲ申上グマスルト著作權法ニ相當スルモノ、即チ版權條例ガ矢張り勅令デ出テ居ル、其類ノモノガ舊法時代ニハ枚擧ニ違アラズデアアル、況ヤ「法律」ト云フ名稱ノ未ダ定マラザル時ニ於テハ布告ノ名義ヲ以テ極メテ輕微ノコトガ定メテアル、サウカト思フ一片ノ違デアリナガラ今日ナラバ憲法上必ズ法律ヲ以テシナケレバナラスモノガアル、此等ノ事ハ憲法施行後ニハドウナルデアアラウカ、憲法ノ施行ノ爲メニ從來ノ法令ガ效力ヲ失ハナイト云フコトハ憲法ニ明文ガアル、憲法ノ第七六條ニ「法律規則命令又ハ何等ノ名稱ヲ用キタルニ拘ラス此憲法ニ

矛盾セラルル現行ノ法令ハ總テ違由ノ效力ヲ有スレト云フコトガアル。故ニ憲法施行後ニ特ニ改廢セラレナイモノハ總テ效力ノアルト云フコトハ明カデアル。併シ其效力ガ法律ニ等シイカ、命令ニ等シイカト云フコトガ問題デアル。ソレハ憲法ノ明文丈クデハ分クナイ。隨ツテ是ガ非常ニヤカマシイ問題デアル。近來段段新シイ法律ガ出來テ、古イ法令ガ改マツテ行キマスカラ問題ノ價ガ減ツテ行ク。ケレドモ憲法施行當時ニハ總テノ法令ガ皆憲法施行前ニ出來タ法令デアル。名ハ「法律」ト云フカ、「布告」ト云フカ、「達」ト云フカ知ラスガ、皆憲法施行前ニ出來タモノデアル。ソレガドウ云フ效力ヲ有ツカト云フコトガ大切ナ問題デアル。ナゼ大切デアルカト云フト憲法ノ第九條ニ依レバ「天皇ハ法律ヲ執行スル爲ニ又ハ公共ノ安寧秩序ヲ保持シ及臣民ノ幸福ヲ増進スル爲ニ必要ナル命令ヲ發シ又ハ發セシム但シ命令ヲ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得ス」ト云フコトガアル。ソコデ憲法施行後ニ帝國議會ノ協贊ヲ經テ定メラレタル法律ハ命令ヲ以テ之ヲ變更スルコトヲ得ザルコトハ最モ明カニシテ疑ガナイケレドモ憲法施行前ノ法令ハドウデアアルカ、即チ憲法施行前ノ法令ニ矢張り法律ニ等シイ效力ノアルモノガアルナラバソレハ憲法施行後ニ命令ヲ以テ變更スルコトハ出來ヌト云フコトニ爲ル。果シテサウ云フモノガアルカドウカ、若シアルナラバ如何ナルモノガソレデアアルカ、是ガヤカマシイ問題デア

種ノ議論ハアリマスケレドモ私ノ信ズル所ニ據レバ憲法施行前ノ法令中法律ヲ以テ定メネバナラス事柄、即チ所謂「法律事項」ヲ規定シテ居ルモノハ命令ヲ以テ變更スルコトハ出來ナイ、之ヲ變更スルニハ必ズ法律ヲ以テシナケレバナラス、極端ヲ言ヘバ唯一箇條デモ法律事項ニ關スルモノガアレバ其法令全部ガ命令ヲ以テ之ヲ變更スルコトハ出來ナイモノデアルト、斯様ニ解釋ヲスルノガ穩當デアルト思フ、ナゼデアアルカト云フニ抑モ法律ヲ以テ或事項ヲ規定スル命令ヲ以テ或事項ヲ規定スルトハ原則トシテハ天皇ノ隨意デアアル、或事柄ハ法律ヲ以テ規定シテハナラヌト云フ制限ハ一ツモナイ、ダカラシテ天皇ノ思召デドシテ事柄ヲ以テ定メラレテ少シモ差支ナイ、唯憲法ニ於テハ或事柄ニ限ツテ法律ヲ以テ定メネバナラスシテアルカ、其事柄丈クハ命令ヲ以テ定ムルコトハ憲法上出來ナイ、例ヘバ兵役ノ義務ニ關スル事柄、如キ、租税ニ關スル事柄ノ如キ憲法ニソレソレ明文ガアル、斯様ナル事項ニ關スル規則ヲ設ケヤウト思フナラバソレハ是非法律ニ依ラネバナラス、併シ例ヘバ徵兵令デアルトカ、——是ハ今日デハ「徵兵法」ト云ハネバナラスガ、昔ノ時代ダカラ「徵兵令」ト云ウテ居ル、ソレカラ種種ノ税法トカ、ソシテモノノ中ニモ直接ニ兵役ニ關セザルモノ、即チ兵役ノ義務ヲ定メタモノデナイ事柄、例ヘバ其施行ノ手續ニ關スルコト、或ハ税法デモ租税徵收ノ手續ニ關スルコト云フヤウナ事柄ハ憲法上法律ヲ以テ定メネバナラス事柄デハナイケレドモ、ソレモ便宜上併セテ規定シテアル、其他民法ト云フノハ法律ノ最モ重モナルモノノ一ツデアアルガ、民法ニ規定シテアル事柄デモサウデス、悉ク法律ヲ以テシナケレバナラス事柄バカリデハナイ、併シ便宜

上一緒ニ規定シテ居ル、サウスレバハ全部ガ法律デアル、ソレ故ニ其中ノ一箇條ニ「命令」ニ其ノ一箇條ハ所謂「法律事項」ニ關セザルモノト雖モ、其一箇條ヲ改ムルニモ命令ヲ以テスルコトハ無論出来ナイ、若シサウデアルトスルナラバ憲法施行前ノ法令デモ縦令一箇條タリトモ法律事項ガアルナラバ之ヲ假ニ憲法施行後ニ制定シタモノトスレバ其全部ガ必ズ法律ノ形ヲ以テ制定セラルルニ違ヒナイ、而シテソレヲ變更シヤウト云フトキニハ矢張り法律ヲ以テシナケレバナラス、縦令法律事項ニ關セザル箇條ヲ改ムルニモ矢張り法律ヲ以テシナケレバナラス、命令ヲ以テスルコトハ出来ナイ、シテ見ルト初ニ私ノ申シタヤウニ憲法施行前ニハ「法律」ト云ヒ「命令」ト云フテモ其名稱ノ意味ハ憲法ニ於ケル意味ト固ヨリ違フテ居ル、故ニ其内容ヲ見テ今申シタ通り一箇條デモ法律事項ヲ含ンデ居ルモノハ之ヲ法律トシテ取扱ハネバナラス、其他ノモノハ命令ト見テ宜シト、斯ウ云フノガ私ノ意見デアル

初ハ之ニ付テ多少ノ議論ガアッタ、多少ト云フヨリナカク、多クノ議論ガアッタ、併シ幸ニ今日デハ私共ト同意見ガ事實上行ハレテ居ル、ソレデスカラ先ヅ此解釋ガ今日日本ノ公ノ解釋、定説ト云フテモ殆ド宜カラウト思フ、併シ學者ノ中ニハ色色ナコトヲ言フ者ガアル

### 第七章 法律ノ類別

第一ニハ性法、制定法(是ハ人定法トモ云ヒマス)ソレカラ第二ニハ國法、國際法、第三ニハ

公法、私法、第四ニハ實體法、形式法、第五ニハ普通法、特別法、第六ニハ命令法、隨意法之ヲ順ヲ逐ラテ論ジヤウト思フ

### 第一節 性法、制定法

此區別ハ法律ノ淵源ヨリ來テ居ル

#### 第一款 性法

是ハ本講義ノ初ニ於テ論ジタル如ク、或ハ自然法ト云ヒ或ハ理想法ト云フモノデアアル、定義及下スナラバ「天ノ理、人ノ性ニ基キ自然ニ定マリタル法律」デアアル、自然ニ定マルノデアアルカラ詰リ法律ノ淵源カラ來テ居ル、此法律ノ存在ヲ認メネバナラス理由ハ既ニ述ベマシタカラ再ビ茲ニ贅セズ、唯性法ノ今日必要ナルノハ第一ニ立法ノ標準トシテデアアル、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、如何ナル標準ニ據ルベキカト云フコトヲ此性法ニ間ハナケレバナラス、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依ラナケレバナラス、即チ制定法ノ不備ヲ補フノデアアル、是ガ我邦ノ現行法律ニ云フト條理ト云フモノデアアル、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條理ニ依ル」ト云フコトガ明治八年第一〇三號布告裁判事務心得ノ第三條ニアル、民

法施行ノ際ハ廢セラレテ居ラス、其「條理」ト云フガ此性法デアル、唯併ナガラ茲ニ大ニ注意ヲ要スルコトハ凡ソ制定法ノアル場合ニ於テハ（此制定法ト云フノハ今ニ説明シマスケレドモ成文法ト慣習法ト兩方含ム）必ズ制定法ニ依ラナケレバナラス、現在ノ規定ガ性法ニ合ハナイカラニ依ラナクテモ宜イト云フヤウナコトハ決シテ言フハナラス、何トナレバ性法ナルモノハ各人ノ頭ニ存スルノミデアツテ動モスレバ甲、乙其意見ヲ異ニスル、故ニ純理カラ言ヘバ性法ト云フモノガ「正確ナル管デアル、併シソレハドウ云フモノダカ分ラヌ、唯各自ガ其腦裡ニ是ガ性法デアルト云フコトヲ考ヘテ居ルマデデアル、ソレ故ニ若シ制定法ガ存シテ居ルナラバ是ガ其性法ニ副フテ居ルモノ、理想法ニ副フテ居ルモノト看做サネバナラス、制定法ノナイトキ丈ケハ據ロナイカラ實際ノ争ヲ起レバ裁判官ガ自己ノ腦裡ニ存スル性法ヲ標準トシテ裁判ラスルノ外ナイ、ケレドモ制定法ガ存シテ居レバ惡イト思フヲモソレニ從ハネバナラス、確ニ惡イト思フタラバ其改正ヲ促スノハ宜シイ、寧ロソレハ國民ノ義務デアアル、併シ改正セララルマデハ矢張りソレニ從ハネバナラス、私ハ則チソレガ矢張り性法ニ副フタモノデアルト思フ、ナゼカト云フト畢竟法律ノ目的ハ社會ノ維持ト云フコトデアアル、社會ト云フモノハ若シモ各自ノ意見ニ依テ權利義務ヲ定ムルト云フコトデアッタラバ安寧、秩序ヲ保ツテ行クコトガ出來ナイ、假ニ善意デアッタトシテモ甲ノ意見ト乙ノ意見ト違フテ甲ガ權利アリト思フコトヲ乙ハ否認スル場合ニ試ニ裁判所ニ行ツテ争ヲ決シテ實ニ所デ裁判所モ數多イコトデアアル、裁

判官モ絶エズ迭ル、裁判所毎ニ裁判官毎ニマルデ據ルベキ標準ガ違ウテ居ッタラバ安寧、秩序ハ決シテ保テルモノデナイ、ソレガ爲メニ制定法ヲ設ケテ置ク、故ニ其制定法ヲ性法ニ副ラタモノト看做シテ之ニ從フテ行クト云フコトガ社會ノ安寧、秩序ヲ保ツニ必要デアアル、即チソレハ矢張り性法ニ副フテ居ルト言ヘル、ソレデスカラ今日ノ文明社會ノ如ク大抵ノ事ハ制定法ノ存シテ居ル國柄デハ滅多ニ性法ノ必要ヲ感ジナイ、ソレデ今日ノ非性法論者ガ多クアルノダラウト思フ、「グロシユス」ノ時代デアッタラバ蓋シ一人トシテ性法ノ存在ヲ認メナイ者ハナカッタラウト思フ、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アル爲メ、勢ヒ性法ニ依ラネバナラス場合ガ存外多イノデス

### 第二款 制定法

是人定法ト譯スル人多イ、實ハソレデ宜イノデスケレドモ人ニ依ルト神權説、神ガ法律ヲ作ルト云フコトヲ唱ヘル者ガアル、立派ナ學者ニソレヲ唱ヘル者ガアル、ソレ等ノ人ハ人定法ト云フテハ忽チ反對スル、ソレデ種種ノ學說ヲ容ルル餘地ノアルヤウニ態ト「制定法」ト言フテ置ク、是ハ斯様ニ定義ヲ下サウト思フ、「主權者ガ直接又ハ間接ニ定メタル規則」デアアル、斯様ニ申スト初ノ法律ノ定義ト少シ縁ガ遠クナルヤウニ見エル、初ノ法律ノ定義ニハ「人類ガ社會ノ一分子トシテ由ラザルベカラザル道」ト云フテ居ル、主權者ガ定メタル規則デモ社會ノ一分子トシテ

由ラザルベカラザル道ト限リハセムデハナイカト云フ疑ガ起ル、所ガ是ハ第一ニハ主權者ハ畢竟社會ノ利益ト云フコトヲ圖ル丈ケノ職務ヲ持ツテ居ルモノデ、ソレ以外ノ事ヲ爲スベキモノデハナイ、ダカラ主權者ガ定ムルコトハ必ズ人類ガ社會ノ一分子トシテ由ラネバナラスモノトシテ定ムベキモノデアル、併ナガラ實際ニ於テハ或ハ干涉ニ過グルコトモアル、——別シテ半開ノ國柄ニ於テハ……ソレダカラト云フテ守ラナイデモ宜イカト云フト、ソレハ先刻申上ゲタ理由デ矢張り守ラネバナラス、制定法ガ性法ニ違フテ居ルコトハ實際アルカモ知レス、併シソレハ確ナ證據ガナイカラ先ヅ制定法ハ性法ニ副ツテ居ルモノト見ナケレバナラス、ソレデ畢竟制定法ハ主權者ガ直接又ハ間接ニ定メタル規則デアルト斯ク謂ハネバナラスノデアアル、此一直接又ハ間接ト云フコトハ制定法ノ細別ヲ知レバ自ラ明カニナルダラウト思フ、即チ制定法ハ之ヲ細別致シマシテ成文法、不文法ト爲スノデス

先ヅ第一成文法ト云フノハ「主權者又ハ其代理人特ニ其意思ヲ表示シテ定メタル規則」デアアル、今日ノ開ケタ世ノ中デ申スト法律、勅令ハ主權者ガ自ラ特ニ其意思ヲ表示シテ定メタル規則デアアル、之ニ反シテ間合デアルトカ省令デアルトカ其他ノ府令、縣令、郡令、廳令、市町村ノ條例、規則ト云フヤウナモノハ則チ概括的ニ言ヘバ命令デアアル、サウ云フモノハ主權者ノ代理人ガ其意思ヲ表示シタルモノデアアル、皆廣ク若クハ狭キ範圍ニ於テ主權者ノ代理人デアアル、今日ノ如ク秩序立ラタ國ニ於テハ成文法ノ意義ガ誠ニ明瞭デアアル、必ズ官報ナドト云フモノガアツテ或

ハ地方ナラバ矢張り新聞ニ公示スルト云フヤウナ方法ガアツテ書キ物ガ必ズアル、ソレデスカラ西洋デハ此成文法ノ事ヲ直譯ニスルト書イタ法ト云フガ、今日デハ眞ニ「書イタ法律」ト言ヘル、併シ理論カラ言ヘバ何モ書カナクテモ宜イ、苟モ憲法ガソレヲ許スナラバ書カナクテモ口頭デ主權者ガ述べタノデモ差支ナイ、又未開ノ國デハ往住此ノ如クニシテ法律ヲ制定シタルモノデアアル、ソレ故ニ「書イタ法律」ト云フ名、即チ佛蘭西語デ「ドローワー、エクリー」(Droit écrit)、獨逸語デ「ゲシュリーベネス、レヒト」(geschriebenes Recht)ト云フ字ハ當ラナイト云フ説ガ一般ニ學者ノ唱フル所デアアル、併シ普通ニ行ハレラ居ルノハ此言葉デアリマスカラ當ラナイト曰ヒツク多クノ人ガ此言葉ヲ用ヒテ居リマス

第二ニハ不文法——是ハ今日デハ多ク慣習法ト云フノデス、此「不文法」ト云フノハ就中當ラナイト云フ説ガ多イ、此不文法又ハ慣習法ト云フモノハ如何ナルモノデアアルカト言ヘバ「同一ノ事實ヨリ同一ノ關係ヲ生ズルモノトスルコトガ或時期ノ間繼續スル場合ニ於テ主權者ガ直接又ハ間接ニ其法律タル效力ヲ認メタルトキハ之ヲ「不文法」又ハ「慣習法」ト云フ」ト、斯ウ云フ風ニ定義ヲ下スノ外ナイ

此「或時期ノ間繼續スル」ト云フコトガ甚ダ漠然トシテ居ルノデスケレドモ、明カナル標準ガナイカラ勢ヒ斯様ニ漠然タル定義ヲ下サネバナラス、例ヘバ現在問題ト爲ツテ居ル慣習ニ付テ言ツテ見ルト、繼父母ソレニ對スル繼子、其意味ニ付テハ民法三何等ノ規定モナイ、是ハ慣習

ニ依ッテ定マルモノト解セネバナラス、ソコデ此借督ガ如何デアルカト云フ實質的ノ議論ハ姑ク措イテ、極ク疑ナイ場合丈ケニ付テ言フテ見ルト、母親ガ夫ヲ失フタ後更ニ他ノ男子ノ處ニ妻トシテ行ク、其時ニ連子ヲシテ行ク、即チ先夫ノ子ヲ連レテ嫁ニ行クト云フコトガ能クアル、此場合ニ於テ母ノ第二ノ夫ハ即チ子ノ爲メニ繼父デアアル、其者カラ言ヘバ其子ハ繼子デアアル、即チ此間ニハ繼父子ノ關係ガ生ズル、此場合丈ケハ疑ナイ場合、是ハ「繼父」ト云フ字ノ元ノ起リト言フテ宜イ位ナ場合デアアル、即チ今ノヤウナ事實ガ屢、起ル、而シテイツモ其間ニハ繼父子ノ關係アリトシテ居ル、今ノ如キハ非常ナ長イ時期デ支那デモ長イ間行ハレタ、日本ニ來テモ千數百年行ハレテ居ルカラ非常ニ長イコトデアアルガ、必ズシモ千數百年行ハレテ居ラヌデモ宜イ、或時期ノ間繼續シテ居ル、サウシテ主權者ガソレニ法律タル效力ヲ認メレバ宜イ、今ノ例ノ如ク長ク繼續シテ居ラヌデモ宜イ、ソナラドノ位長カッタラ宜イカト云フト一定ノ標準ハナイ、借督ト云フモノハサウ云フモノデアアル、事柄ニ依ッテハサウ屢、生ゼヌコトガアル、年ニ一遍トカ二年ニ一遍トカヨリ生ゼヌヤウナ事柄ガアル、サウ云フ事柄ニ付テハ或ハ五年若クハ十年或ハ二十年ヲ要スル、事柄ノ頻繁ナルト然ラザルトニモ因リ又事柄ノ輕重ニモ因ル、重イ事デアアルト當事者モ重キヲ置クシ主權者又ハ其代表者モ重キヲ置ク、故ニ早ク借督法ガ定マル、兎ニ角稍ヤ長キ年數掛ラヌケレバ其借督ガアルト云フコトハ言ヘナイ、之ニ反シテ毎日生ズルヤウナコト、——商業上ノ取引ナドハサウデス、——サウ云フトニ付テハ同一ノ

事實ヨリ同一ノ關係ヲ生ズルト云フコトガ一年キ二年繼續シテモ既ニ借督法ガ認メラルルト云フコトガアリ得ル、其間イツモ同一ノ事實カラ同一ノ關係ヲ生ジテ居レバ宜イ、ソレデスカラ時期ト云フモノハ豫メ定ムルコトハ出來ナイ

次ニ「主權者ガ直接又ハ間接ニ其法律タル效力ヲ認ムル」ト云フコト、是ガ又非常ニヤカマシイコトデアアル、直接ニ認メタ場合ハ疑ナイ、即チ法文ニ斯ク斯クノ場合ニ於テハ借督ノ效力ヲ認ムルト言フコトヲ明カニ云フ、之ニ一樣アルノデスガ、其一ツノ場合ハ或ハ直接ト言ヒ難イカモ知レヌ、即チ其直接ナル疑ノナイ場合ハ法文ニ是ノ事柄ガ借督トシテ存スルナラバソレニハ法律タル效力ヲ認ムルト特定シテ定ムル場合、其著シキ例ヲ申上ゲマスルト、民法ノ第五二六條第二項ニ「申込者ノ意思表示又ハ取引上ノ借督ニ依リ承諾ノ通知ヲ必要トセサル場合ニ於テハ契約ハ承諾ノ意思表示ト認ムヘキ事實アリタル時ニ成立ス」トアル、契約ト云フモノハ申込ト云フモノニ對シテ承諾ト云フモノノガアツテ、ソレデ始メテ成立スルノデアアル、所ガ此規定ニ依ルト申込ハアツタ、ソレニ對シテ承諾ト云フモノガ明カラサマニハナイ、ケレドモ借督ニ依ッテ承諾ノ意思表示ト認ムヘキ事實ノアツタトキニハソレデ宜シイト云フノデアアル、是ハ法律ガ直接ニ借督ニ法律タル效力ヲ認メテ居ル、一ツノ最モ著シキ例デアアル、此類ノ事ハ許多アル、今一ツ序ニ例ヲ申上グルナラバ商法ノ第二百八十三條ニ「法令又ハ借督ニ依リ取引時間ノ定アルトキハ其取引時間内ニ限り債務ノ履行ヲ爲シ又ハ其履行ノ請求ヲ爲スコトヲ得」ト云フコト

ガアル、債務ノ履行ニ付テハ大抵期日ガアル、イツマデニシナケレバナラヌハ或ハイニ幾日ニ履行ヲシナケレバナラヌト云フヤウニ大抵期日ガアル、所ガ其期日ト云フモノハ原則トシテハ夜ノ十二時マデナラバ宜イ、明治四十二年十月十三日ニ履行スベキモノト云フナラバ、其十三日ノ午後十二時マデニ履行スレバソレデ適法デアアル、所ガ慣習上取引時間ノ定アル場合ガ少クナイ、例ヘバ銀行營業ナドト云フモノハ夜間ハ爲サヌ、銀行ハ或ハ午後三時トカ四時トカニ締メテ仕舞フ、是ニ就テハ法律ノ明文モアルガ(銀行條例六ニ據レバ原則トシテハ三時デアアル)銀行デナクモ會社ノ營業ナドニ就テ言ヘバ普通ノ會社ハ開イテ居ラナイ、矢張り慣習上少クモ日没後ニハ會社ハ開イテ居ラナイ、又ハ地方ニ依テ例ヘバ外國人ノ居留地ナドハ自ラ外國ノ慣習ガ用ヒラレテ居コト、矢張り午後五時トカ六時トカ過ダレバ營業ハシナイ、サウ云フ慣習ノアル場合ニハ其取引時間、四時マデト極テ居レバ四時マデ、五時マデト極テ居レバ五時マデニ履行シナイト最早履行ヲ意タモノニ爲テ仕舞フ、此等ハ明カニ慣習ノ效力ヲ法律ガ認メテ居ル例デアアル、此類ノ規定ハ他ニモ許多アル、是ハ最モ疑ノナイ直接ニ定メテアル場合デアアル、ソレカラモウ一ツ法律ノ明文ノアル場合デアアル直接ト云ヘルカドウカト云フ場合ガアル、ソレノ最モ概括的ノモノハ法例ニ明文ガアル、ソレノ第二條ニ「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル慣習ハ法令ニ規定ナキ事項ニ關スルモノニ限リ法律ト同一ノ效力ヲ有ス」ト云フコトガアル、是ハ人ニ依テ直接ト云フ人ト間接ト云フ人ト二色アルダラウト思フ、直接ト云

フ説ハ兎ニ角法律ノ明文デ明カニ慣習ノ效力ヲ認メテ居ルカラ即チ直接ニ法律タル效力ヲ認メタト言ヘルト、斯ウ云フデアラウト思フケレドモ是ハ間接ト言フタ方ガヨイト思フ、ナゼカト云フト是ニハ概括的ニ或場合ニハ慣習ノ效力ヲ認メルト云フコトガアルケレドモ、如何ナル慣習ニ法律タル效力ヲ認ムルカト云フコトハ定メテナイ、ソレナラ矢張り間接デアアルト言ヘル、併シソレハドナラデモ宜シイ、直接ト見テモ間接ト見テモ矢張り慣習法デアアルカラ兎ニ角此ノ如キ明文ノアル場合ニハ疑ナイ、サウシテ我邦ニハ法例ノ第二條ノ如キ最モ概括的ノ規定ガアルカラ我邦デハ最早如何ナルモノガ慣習法カト云フコトニ付テ少クモ理論的ニハ爭ヲ生ズル餘地ガナイト自分デハ信ズル、唯實際或事柄ガ果シテ慣習法ナリヤ否ヤト云ヘバ、ソレハ今ノ或時期ノ間同一ノ事實ヨリ同一ノ關係ヲ生ズルモノトスルコトガ繼續シテ居ルヤ否ヤト云フ事實問題、即チ寧ロ慣習ガ存スルヤ否ヤト云フコトガ問題ニ爲ル、尙ホ法例第二條ニハ廣ク慣習ト書イテアリマスケレドモ、權利義務ノ關係ニ關スルモノデアルト云フコトハソレハ疑ナイ、若シソレデナイナラバ最早法律上ノ問題デハナイ、ソレ故ニ實際ノ事實問題トシテハ今日尙ホ數多ノ疑問ヲ惹起ス餘地ハ存シテ居ル、是ハ到底仕方ガナイ、唯外國ニ於テハ法例ノ第二條ノ如キ明文ガ多ク存シテ居ラス爲メニ主權者ガ間接ニ認ムルト云フノドウニ云フコトデアラウカト云フコトガ一ノ疑問ト爲テ居ル、學者ニ依テハソレハ裁判所ニ由テ認メネバナラヌト云フコトヲ申ス、詰リ裁判例ガナケレバイカヌト云フコトニ歸著スル、併



シソレハ私ノ思フニハ餘リ狹隘ナ説デアリテ必ズシモ裁判所デナクテモ行政上ノ處分ニ由リテ認  
 メラレテモ差支ナイ、即チ行政官廳ガソレヲ認メタノデアリテモ矢張り主權者ノ代表者ガ認メ  
 タコトニ爲ル、或ハ官廳ガ認ムルコトヲ必要トセスト云フ説モアルケレドモ、私ハ之ヲ取ラス』  
 是ガ先ヅ不文法者クハ慣習法ト云フモノデアリマサガ、之ヲ「不文法」ト云フノハ最も惡イト  
 云フ説ノアル譯ハ慣習法ト云フモノハ必ズシモ書キ物ガナイト云フ譯ニ極テ居ルノデハナイ、  
 第一、學者ガ其慣習法ヲ編纂シテ、サウシテ著書トシテ出スト云フコトハ珍シクナイ、英吉利  
 ノ如ク多ク慣習法ニ依リテ法律問題ノ定マツテ居ル國デハ著者ガ皆慣習法ヲ編纂シテ居ルケレド  
 モ此私著ハ法律上ノ效力ヲ有タヌコトハ疑ナイ、之ヲ以テ不文法ニ非ズト云フ證據ニハ爲ラス  
 ケレドモ、是ヨリモト甚シイコトガアル、往往ニシテ主權者若クハ其代表者ガ公ニ之ヲ編纂セ  
 シムルコトガアル、西洋各國ニ法典ノ編纂セラレナイ前ニハ此ノ如キモノガ盛ニ編纂セラレタ  
 ノデアアル、百年前マデハ西洋各國デハ大抵地方地方ニ依リテ法律ヲ異ニシテ居ッタ、其各地方  
 ガ大抵慣習法ヲ有テ居ッタ、所ガ慣習法ト云フモノハ實ハ餘程不分明ナモノデアアル、故ニ實際  
 疑ハシイ問題ガ起ツテ仕方ガナイ、ソコデ或國ノ君主又ハ諸侯ガ慣習法ヲ編纂セシメタ、殆ド  
 各地ニ皆其慣習法ノ編纂シタノガアル、併ナガラソレハ成文法デハナイ、ナゼ成文法デナイカ  
 ト云フニ是ハ編纂シタ當時ニ於ケル慣習ヲ集メタモノデアアルト云フノデスカラ若シ實際ニ於テ  
 ソレト異ナッタ慣習ノアルト云フコトヲ證明サヘスレバ忽チ其效力ハナクナル、唯裁判官其他

ノ便利ノ爲メニ君主若クハ諸侯ガ編纂セシメタモノデアアル、疑ハシイトキハソレニ據ルト云フ  
 コトニ實際ナル、是ハ公ニ編纂シタル所ノ慣習法デアアル、ダカラ不文法ノ名ハ此ノ如キ場合ニ  
 ハ頗ル其當ヲ缺イテ居ルト謂ハナケレバナラスノデアアル  
 以上ヲ以テ不文法若クハ慣習法ノ御話ヲ終リマシタ

次ニ成文法ト慣習法トニ關スル二三ノ問題ノ御話ヲ致シマス  
 第一ノ問題ハ成文法ト不文法トハ孰レヲ先ニ適用スベキカト云フ問題デアアル、即チ若シ同一ノ  
 事項ニ付テ成文法ト不文法ト存シテ居ルナラバ其孰レヲ適用スベキカト云フコトデアアル、之ニ  
 關スル詳シイコトハ後ニ法律ト慣習トノ關係ヲ論ズルニ當リテ述ベマス積デアリマスケレドモ、  
 一言茲ニ辯ジテ置カナケレバナラスト思フ、是ハ國ニ依リテ其主義ヲ異ニスル、慣習法ヲ主  
 トスル國ニ於テハ成文法ヨリモ先ニ慣習法ヲ適用スルト云フ主義ヲ採用シテ居ル處モアル、併  
 シ我邦ニ於テハ原則トシテハ必ズ成文法ヲ先ニシナケレバナラスノデアアル、ソレハ明治八年第  
 一〇三號布告裁判事務心得第三條ニ明カニナツテ居ル、其規定ニ依レバ「民事ノ裁判ニ成文ノ  
 法律ナキモノハ慣習ニ依リ習慣ナキモノハ條理ヲ推考シテ裁判スヘシト云フコトガアル、先  
 ギ成文ガアレバ成文ニ依ラナケレバナラス、成文ナキ場合ニ於テ始メテ習慣ニ依ルベキモノデ  
 アルト云フコトニ爲テ居ル、此布告ハ私ノ意見ニ依レバ今日尙ホ其效力ヲ存シテ居ルモノト思  
 フ、民法施行法ニ依リテ廢セラレテ居ラズ、他ニ之ニ抵觸スル法律ガアリマセスカラ矢張り是ハ



效力ヲ存シテ居ルト思フ(但法律ト慣習トノ關係ニ付テハ法例第二條ノ規定ト重複スルコトニ爲ルカラ此部分ダケハ實際效力ヲ失フテ居ルト謂フテモ差支ナイ)加之慣習法ニ關シテハ法例ノ第二條ニモ規定ガアリマスガ、ソレモ矢張り同一ノ主義ヲ採用シテ居ル、即チ第二條ニ「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル慣習ハ法令ノ規定ニ依リテ認めタルモノ及ヒ法令ニ規定ナキ事項ニ關スルモノニ限り法律ト同一ノ效力ヲ有ス」ト云フコトニ爲テ居ル、即チ法律ノ明文ヲ以テ特ニ慣習法ノ效力ヲ認めテ居ル場合ハ是ハ論ガナカラウト思フ、或場合ニ法律ノ明文デ慣習ガアレバ其慣習ニ依レト書イテアルナラバ、之ニ付テハ疑ノ存スル餘地ガナカラウト思フ、例ヘバ永小作權ニ關シテ一應ノ規定ガアッタトニ第二七七條ニ「前六條ノ規定ニ異ナリタル慣習アルトキハ其慣習ニ從フ」トアル、此類ノ規定ハ到ル處ニアル、斯様ニ明文ノアル場合ニハ成文ニ依テ慣習ノ效力ガ一般ノ規定ヨリモ先ニ行ハルルト云フコトガ明カデアアルカラ是ハ問題ニハナラス、見様ニ依テハ矢張り成文法デアアルト言ヘル、慣習ガ先ニ行ハルルト云フ成文法デアアル故ニ問題ハ此ノ如キ明文ノナイ場合ニ關シテ起ル、然ルニ法例ノ第二條ニハ法令ニ規定ナキ事項ニ付テハ慣習ガ法律ト均シキ效力ヲ有ツト斯ウ云フコトガ書イテアル、即チ裏面カラ言フト成文ノアルモノハ先ヅ之ニ依ラナケレバナラヌト云フコトガ明カデアアル、商法第一條ニ於テ矢張り此主義ヲ採用セラレテ居リマスガ、併シ商法ノ規定ハ原則ト同時ニ亦一ノ例外ヲ認メテ居ルノデアリマス、商法ノ第一條ニ「商事ニ關シ本法ニ規定ナキモノニ付テハ商慣習

法ヲ適用シ」トアル、之ニ由テ原則ヲ明カニシテアル、本法即チ商法ニ規定ノナイモノニ付テハ商慣習ヲ適用スル、慣習法ヨリハ商法ト云フ成文ノ規定ノ方ガ先ニ行ハルルト云フコトガ明カニシテアル、併シ「商慣習法ナキトキハ民法ヲ適用ス」ト云フコトガアル、民法モ亦一ノ成文法デアアルカラ之ト慣習法ト相對照シテ見ルト慣習法ノ方ガ先ニ行ハルル、ソレハ今ノ原則ニ對スル一ノ例外ト云ハレルノデアアル、併シ後ニ論ズベキ「特別法ハ一般法ニ先ツテ適用セラル」ト云フ原則カラ見レバ此商法ノ規定ハ必ズシモ例外的規定デハナイト言ハレルノデアアル、慣習法ト雖モ商慣習法ハ特別法デアアル、民法ハ成文法デアアルケレドモ併シ一般法デアアル、ソレデ商慣習法ノ方ガ民法ヨリハ先ニ行ハルルト云フコトガ出來ルノデスカラ例外ニシテ例外ニ非ズト言ヘルノデアアル、尙ホ詳シイコトハ後ニ論ジマスカラ此處デハ先ヅソレ丈ケノコトヲ申上ゲテ置キマス

第二ノ問題ハ慣習法ノ證據デアアル、即チ慣習法モ亦一ノ法律デアアルガ、通常法律ノ規定ハ當事者ガ特ニ證據ヲ出サズデモ宜シイノデアアル、法律ハ裁判所ニ於テ知ツテ居ル等デアアルカラ法律ノ或明文ヲ援イテサウシテ或權利ヲ主張スル場合ニハ別ニ之ガ證據ヲ出ス必要ハナイ、然ルニ慣習法ハ如何デアアル、矢張り成文法同様ニ之ヲ援用スル者ニ於テ證據ヲ出ス必要キヤ否ヤト云フガ問題デアアル、是ハ國ニ依ッテ一様デナイ我邦ニ於テハ第一ニ地方慣習法及ビ商慣習法是ハ當事者カラ證據ヲ出サナケレバナラヌ、原告デ之ヲ援用スルナラバ原告ガ此ノ如キ慣習法

ガアルト云フコトヲ證據立テナケレバナラス、被告ガ之ヲ援用スルナラバ被告ノ方デ其證據ヲ出サネバナラス、第二ニ若シ一般ニ慣習法アルナラバ、即チ一地方限リデモナク又商業ニ特別ナル慣習デモナイナラバソレニ付テハ特ニ證據ヲ舉ゲルコトハイラナイト、斯ウ云フコトニ爲テ居ル、而シテ我邦ノ實際ノ有様ヲ言ヘバ全國ニ通ズル慣習法ト云フモノハ極メテ稀、殆ド絶無稀有ト言テ宜イノデスカラ、我邦ニ於テハ慣習法ノ證據ヲ提出スルコトガ必要デアルト云フ主義ヲ採用シテ居ルノデアアルト言テモ宜シイ、是ハ民事訴訟法ノ第二一九條ニアル、地方慣習法、商慣習法及ヒ規約又ハ外國ノ現行法ハ之ヲ證ス可シ云云、原則ハソレデヨイノデアアル、獨逸ノ民事訴訟法ハ是ト聊カ異ナリタル主義ヲ取テ居ル、現行ノ獨逸民事訴訟法第二九三條ノ規定ニ依レバ、慣習法ハ裁判所ニ知レザルモノニ限テ舉證ヲ必要トスルト、斯ウ云フコトニ爲テ居ル、即チ裏面カラ言ヘバ裁判所ニ知レテ居ル慣習法ハ當事者ヨリシテ其證據ヲ提出スルニハ及バヌト云フコトニ爲テ居ル、ソレデスカラ我民事訴訟法ト較ベテ見ルト縱令地方ノ慣習デアラウトモ又ハ商慣習デアラウトモ、裁判所ノ方デ知ツテ居ルナラバ證據ヲ舉ゲナクテ宜シイ、裁判所ガ知ラナイト云フトキニハ特ニ證據ヲ舉ゲネバナラスト斯ウ云フコトニ爲テ居ル、一旦慣習法ノ效力ヲ認メル以上ハ或ハ此獨逸ノ民事訴訟法ノ主義ノ方ガ穩當デアラウカト思フノデアリマス、併シ例ヘバ佛蘭西ナドデハ必ズ慣習ト云フモノハ當事者ヨリ其證據ヲ出サネバナラスト云フコトニ爲テ居ル、尙ホ此問題ニ付テハ或ハ民事訴訟法、誤解シテ、

同法ノ第二一八條ニ「裁判所ニ於テ顯著ナル事實ハ之ヲ證スルコトヲ要セス」トアルカラ、裁判所デ知ツテ居ル慣習ハ證據ヲ舉ゲナクテモ宜シイノデハナイカト云フ疑ヲ起ス者ガアリマスケレドモ、ソレハ誤解デアル、此規定ト同一ノ規定ハ獨逸ニモアル併シ「顯著ナル」ト云フコトハ單ニ裁判所ガ知ツテ居ルト云フコトハ大變ニ違フノデ「顯著」ト云フノハ裁判所ニ於テ一般ニ知レ渡ツテ居ルコトヲ謂フノデス、單ニ裁判所ガ知ツテ居ルト云ヘバ特別ノ事情ニ依テ偶然裁判所ガ知ツテ居ルノデモ宜イ故ニソレハ適用ノ範圍ガ違フ、ソレダカラ獨逸ニ於テモ今ノ簡條ト同一ノ規定ガ存シテ居ル、然ルニモ拘ハラズ慣習法ニ付テ裁判所ニ知レザルモノニ限テ證據ヲ舉ゲルコトヲ必要トスルト云フ特別ノ明文ガアル

是ガ第二ノ問題、即チ慣習法ノ證據ニ關スルモノデアアル、終ニ第三ノ問題ハ即チ成文法ト慣習法トノ得失如何ト云フ問題デアアル、即チ成ルベク成文法ヲ設ケル方ガ宜イカ、ソレトモ成ルベク慣習法ニ任シテ置イタ方ガ宜イカト云フ問題デアアル

之ニ付テハ古來議論ガアツテ随分學者ニ依ツテハ慣習法ノ方ガ宜シイト云フコトヲ申ス、既に十數年前ニ英法學者ノ或ハ多數ト言フテモ宜カッタカト思ヒマスガ、ソレガ成ルベク慣習法ニ依ル方ガ宜シイト云フコトヲ申シタ、今日デモ英法學者ノ中ニハ矢張り其意見ヲ持ツテ居ル者ガアルヤウデス、外國ニモ矢張り此說ハアル、英國ニ於テハ矢張り慣習法ガ主デアツテ成文法ハ寧ロ従タルモノニ過ギヌ、單行ノ成文ハアリマスケレドモソレハ一部ノ特別ナル問題ニ關ス

ル成文デアヲテ、一般ニハ成文ノナイ國チ慣習法ニ依ルモノガ多イ、佛國ニ於テハ百年以來其  
 典モ完備シ、其他何事モ成文ヲ以テ規定スルノヲ本則ト致シマシテ慣習法ハ別段ノ明文ガナケ  
 レバ採用シナイト云フ主義ヲ取ツテ居ル、獨逸ニ於テハドウデアアルカト云フニ、是ハ千九百年  
 マデハ成文ノ存スルモノト存セザルモノトアリ、初ハ成文ノ存セザルモノガ多カッタノデア  
 リマスケレドモ段段成文ガ出來テ、各聯邦ニ於テハ殆ド總テ成文ヲ以テ規定シテ居ルモノモ少  
 カラズアリマシタガ、帝國一般ノ法律トシテハ千九百年マデハ民法ト云フモノハ原則トシテ慣  
 習法ニ從テ居、タト謂ツテモ宜イ、併シソレモ今日デハ最早民法ト云フ法典ガ出來テ今ハ獨  
 逸ハ矢張り成文法國ト謂ハナケレバナラヌノデアアル、併シ以前ニハ隨分議論ノアッタモノデ彼  
 ノ名高キ「サヴキニト」ト「チボト」トノ争ガアッタ、「サヴキニ」ハ成ルベク慣習法ニ依ラナ  
 ケレバナラヌト云ヒ「チボト」ハ成ルベク成文法ニ依ラナケレバナラヌ隨ツテ速ニ法典ヲ編纂  
 シナケレバナラヌト云フ主義ヲ唱ヘタ、其後今日ニ至ルマデ矢張り學者ハ兩派ニ岐レテ居ル、  
 成文法派ト慣習法派ト岐レテ居ル、事實ニ於テハ成文法派ガ勝利ヲ得マシタケレドモ是ハ多少  
 政治的ノ意味モアル、獨逸帝國ト云フモノガ出來テ、帝國ノ統一ヲ圖ル爲メニ帝國一般ノ成文  
 法ヲ制定スル必要ガアッタカラ特ニ成文法派ガ容易ク勝ヲ占メタノデアアルカモ知レヌ、兎ニ角  
 學者ノ間ニハ説ガ兩派ニ岐レテ居ル、其位是ハヤカマシイ問題デア  
 私ハ孰レヲ可トスルカト云フニ矢張り成文法ヲ主トスルノガ宜シイと思フ、決シテ慣習法ヲ度

外ニ措クト云フノデハナイ、如何ニ成文法ヲ制定スルト云フテモ立法者ノ氣ノ附カナイコトガ  
 必ズアル、ソレハ矢張り慣習法ニ依ルト云フノガ適當デアアルと思ヒマスケレドモ、併シ成ルベ  
 ク其慣習法ニ依ラズシテ成文法ヲ支配シテ行クヤウニ努メルノガ宜シイと思フノデアアル、  
 其理由ハ第一ニ慣習法ト云フモノハ殆ド性法ト同ジヤウニ確タル標準ガナイ、甲ガ慣習ナリト  
 稱スルモノガ乙ノ眼カラ見ルト慣習デナイト云フコトガ多イ、我邦ノ裁判例ハ或ハ別段ニ不確  
 定デアアルト言ツテモ宜イカモ知レヌケレドモ同一ノ問題ニ付テ或裁判所ハ右ガ即チ慣習デア  
 ト云ヒ、乙ノ裁判所ハ左ガ慣習デアアルト云フガ如キハ珍シクナイ位デアアル、外國ニ於テモ多少  
 此ノ如キ趣ガアルデアラウト思フ、現ニ英國ノ如ク古來慣習法ヲ主トスル國柄デアアツテ裁判官  
 モ世界ニ稀ナル良イ裁判官ガアリ、辯護士モ世界ニ冠タル辯護士ガ揃フテ居ル國柄デアアツテ、  
 矢張り甲ノ裁判所デ慣習ナリト裁判シタルモノヲ乙ノ裁判所デハ慣習デナイト云ツテ居ルコト  
 ガアル、成程成文法ト雖モ其解釋ニ付テ疑ナキコトハ出來ナイ、矢張り其解釋ニ付テ説ガ岐レ  
 ル、今日ハ各種ノ法典ガ出來テ日向ホ淺イノデ裁判例ノ一定シナイノハ固ヨリ其所デアアルケ  
 ドモ、民法、商法等ノ解釋ニ付テ裁判例ガ區區ニ互ツテ居ルコトハ諸君モ或ハ御承知デアラウ  
 カト思フ、併シ是ハ兎ニ角標準トスベキ成文ガアル、チャント文章ニ書イタモノガアル、故ニ  
 其議論ノ範圍ト云フモノハ法文ノ意味如何ト云フニ過ギナイ、ソレダカラ慣習ノ如クニマルデ  
 永永相容レヌガ如ク見解ノ異ナルコトハ稀デアラウト思フ、況ヤ成文ノ解釋ハ數年乃至十數年

ヲ經レバ自ラ一定スル、我邦ノ例ヲ見マシテ刑法ノ如ク既に二十七年モ行ハレテ居ルヲモ  
 ニ爲リテ來ルト、其解釋が大抵裁判例ヲ種々テ居ル、中ニハ學者が同意シ兼スル裁判例モアル  
 ケレドモ兎ニ角裁判例ハ大抵一定シテ居ル、減多ニ解釋ノ歧レルコトハナイ、外國デモ其通り  
 デ成文ガ施行セラレテヨリ十數年ヲ經レバ大抵其解釋ト云フモノハ一定シテ仕舞フ、佛蘭西デ  
 モ獨逸デモ皆サウデアル、枝葉ノ點ニ付テ多少裁判例ノ異ナルコトハ免レナイ、又稀ニハ裁判  
 例ノ變ルト云フコトモアリマスガ、併シ十數年掛テ一定シタル所ノ裁判例ハ容易ニ變ルモノ  
 デハナイ、之ニ反シテ慣習アラバ假ニ古イ慣習ハ右ノ方デアッタテ近頃ノ慣習ガ左デアルト云  
 ヘバ又變テ行タ、併シソレガ確デアルト宜イガ、或者ガ今日モ右デアルト云ヘバ又議論ニ爲  
 ル、成文ニ較ベテ見レバ據リ所ガ餘程薄弱デアアル、是ガ成文ヲ必要トスル一ツノ理由  
 第二ニハ慣習ノ中ニハ何人ガ見テモ弊害アリト認ムベキモノガアル、例ヘバ民法施行前ニ於テ  
 我邦ノ離婚ニ關スル慣習ノ如キデアアル、民法施行前ニ在ッタハ離婚ガ誠ニ容易ク出來ル、成程  
 法律問題ト爲レバ一方ノ意思ノミデ離婚ヲ爲スコトハ出來ヌ、併ナガラ如何ナル原因ガアッタ  
 ラバ一方ノ意思ノミデ離婚ヲ爲スコトガ出來ルカト云フニ、其原因ハ裁判所デ認メルノデア  
 テ、裁判所ガ尤テ理由ガアルト思ヘバ何時モ離婚ヲ許シテ居ル、此ノ如クデアアルカラ實際ハ大  
 抵一方ノ意思デ以テ離婚ガ行ハレル、妻ノ意思ニ依テ離婚ノ行ハルルコトハ少イガ夫ノミ  
 意思ニ因テ離婚ガ行ハルルコトガ最も多イ、即チ所謂三下り半ノ離婚ト云フモノガ最も廣ク

行ハレテ居ッタ、サレバコン統計ニ據ッテ見ルト民法施行前ニハ全國通ジテ離婚ノ數ト婚姻ノ  
 數ト較ベテ見ルノニ平均離婚ノ數ガ婚姻ノ數ノ四分ノ一ヨリモ少イコトハナイ、動モスレバソ  
 レヨリ多イ、東京ノ如キハナカナカ多イ、斯様ナ國柄ハ今日世界中外ニハナイシ、又昔カラ歴  
 史上何處ニモナカッタラウト思フ、我我ノ聞イタ所デハ會テナイ、故ニ此統計ヲ見ルト云フト  
 外國人ハ實ニ驚入ッテ仕舞フ、斯様ナ國モ世ノ中ニアルモノカト……ソレハ全クノ事實デアアル、  
 即チ是ハ確ニ弊習デアルト云フコトハ殆ド何人モ認メテ居ル、今ノ四分ノ一ト云フノハ戶籍簿  
 ニ登錄シタ丈ケ、其上ニ事實上ノ婚姻ハ法律ガ認メテ居ッテ、少クモ刑事ニ於テハ事實上ノ婚  
 姻ヲ婚姻トシテ或ハ姦通或ハ重婚其他總テ事實上ノ婚姻ニ法律上ノ婚姻ノ效力ヲ有タシテ居  
 タ、民事ニ於テスラモ矢張りソレヲ認メテ居ッタ、今日ニ於テモ民法施行前ノモノニ付テハ其  
 裁判例ガ矢張り行ハレテ居ルヤウニ見エル、其位デアアルカラ戶籍ニ登錄シナイ婚姻ト云フモノ  
 ガ許多アル、之ヲ離婚スル場合ト云フモノハ最も多イ、戶籍ニ登錄シナイ婚姻ト云フモノ  
 ト云フモノ届出ヅルニモ及バナナイ、隨ッテ此ノ如キ場合ニ於テハ全ク一方ノ意思デ離婚ガ出來  
 ル、ソレヲ數タナラバ果シテ婚姻ノ數ノ三分ノ一カ或ハモット多イカ分ラヌ位ノモノデアアル、  
 此弊習ハ改メナケレバナラスト云フコトハ民法施行前ニ於テ識者ノ殆ド一致シテ居ッタ所ノヤ  
 ウデアアル、併シ若シ民法ト云フヤウナ成文ガ出來テ明カニ之ヲ禁ジナイ限ハ容易ニ此弊習ヲ改  
 ムルコトハ出來ナカッタラウト思フ、慣習ノ自然ニ改メルノヲ待ッタラバ何十年掛ッタコトカ

分ラヌ、併シ是ガ弊習デアルト定マツタ以上ハ速ニ改メタ方ガ宜シイ、故ニ民法ノ成文ヲ以テ之ヲ改メタノデアアル、即チ雙方ノ協議ニ依リテ離婚ヲ爲スハ格別、然ラズシテ一定ノ條件ガナケレバ離婚ヲ爲スコトハ出来ナイト、斯ク云フコトニ爲マツタ、斯様ナル場合ニ於テハ成文法ニ依ラナケレバ殆ド仕方ガナイ、是ガ成文法ノ一ツノ必要デアアル  
ソレカラ第三ノ必要ハ殆ド第二ノ必要ト同シキウナ理由デスガ、必ズシモ從來カラ存シテ居ル弊習ト云フ譯デナクテモ、一時必要アツテ生ジタル所ノ慣習、ソレガ必要ハ疾クニ去ツテモ尙ホ實際ニ存シテ居ルト云フコトガ普通デアアル、成文法デ定メタコトデモ、今日ノ時勢ニ必要ナキコトデ仍ホ行ハレテ居ルモノハアルガ、是ハ必要ナキコトヲ知レバ直グ改メルケレドモ慣習ハ初ハ何人モ是ハ必要デアルト思フタモノデモ十數年若クハ數十年ヲ經レバ最早其必要ハナイ、若クハ有害デアルト認メルコトガアル、ソレデモ若シ慣習ニ一任シテ置イタナラバ容易ニ改マル氣道ハナイ、一ツノ例ヲ申上グルト封建時代ニ於ケル戸主權ト云フモノハ實ニ強大ナルモノデアッタ、ソレハ封建時代ニハ正ニ其必要ガアツタノデアラウト思フ、ダカラ是 必ズシモ弊習トハ言ヘナイ、所ガ今日ハ時勢ガ改マツテ封建ハ郡縣ニ變リ且領國主義カラ變ジテ開國主義ニ爲マツテ總テ社會ノ狀態ガ新ニ爲マツテ參マツタ、ソレガ爲メ戸主權ガ從來ノ如ク強大デアツテハ專口社會ノ進歩ニ害ガアル、其事ハ殆ド争フベカラザルコトデアルト私ハ信ズル、併シ慣習トシテハ必要ガ去レバ直グニ改マツテ行クト云フ譯ニハイカヌノデ、既ニ民法施行前マデハ戸主ノ

意思ニ因リテ婚姻デモ養子縁組デモ皆行ハレタノデアアル、即チ戸主ガ不同意デアツタナラバ未  
來永劫婚姻モ出来ヌケレバ養子縁組モ出来ヌ、其代リニ戸主サヘ承知シタラバ本人ノ知ラナイ  
間ニモ婚姻ガ成立シ養子縁組ガ成立スル、ソレハ民法施行前ノ有様デアツタ、所ガ此慣習ハ若  
シ成文ガナカッタラバ何時改マツタカ分ラヌ、自ラ慣習ノ改マルノヲ待ツタラバ今日ハ勿論ノ  
コト尙ホ五年ノ後ニ改マルカ、十年ノ後ニ改マルカ私ハナカナカ五年ヤ十年ノ後ニハ改マラナ  
カッタデアラウト思フ、ケレドモ最早其必要ノナイト云フコトハ殆ド輿論ガ認メテ居ツテ是モ  
民法ノ規定ニ依リテ改メタ、即チ戸主權ハ矢張りマダ認メハスルケレドモ此ノ如キ強大ナルモ  
ノデハナイト云フコトニシタ、今後トモ民法ニ規定シテアル事柄ガ時勢ニ合ハナクナツタラ  
バ之ヲ改ムルコトハ存外容易イデアラウト思フ、却ツテ慣習ニ任シテ置イタラバ容易ニ改マラ  
ヌデアラウト思フ、ソレデアアルカラ寧ロ慣習法ヲ主トスルヨリカ成文法ヲ主トシタ方ガ宜シイ  
ト私ハ思フノデアアル

尙ホ第四ニ我邦ニ特別ナルコトヲ言ヘバ是非成文法ヲ主トシナケレバナラヌ譯ハ我邦ノ慣習法  
ハ維新前ノモノハ今日ハ時勢ガ違フカラ多ク用ヒラレナイ、維新後ノ慣習ト云フモノハマダ日  
ガ淺イカラシテ慣習ト爲ツテ居ラナイモノガ多イ、此場合ニ於テ成文法ヲ作ラヌケレバ實際世  
人ガ標準トスベキ法律ガ殆ド分ラナイ、既ニ民法施行前ニ民法上ノ問題ニ付テハ裁判例ハ一致  
セズ、殆ド據ルベキ法律ガ分ラナカッタノデアアル、ソレ故ニ速ニ成文法ヲ設ケテ各人ヲシテ依

ル所ヲ知ラシムルト云フ必要ガアツタノデアアル。成ルベク成文法ニ據ルト云フ主義ヲ  
 斯様ナル譯デ私ハ特ニ我邦ニ於テハ成文法ガ必要デアアル。成ルベク成文法ニ據ルト云フ主義ヲ  
 取ツタ方ガ宜シト思フ。慣習法主義ノ人ノ言フ所ハ一應尤ニ聞ユルケレドモ、ソレハ却ツテ  
 私ハ實際ニ合ハスト思フ。即チ其言フ所ヲ聞ケバ成文法ハ或人間ガ自己ノ考ニ依ツテ極メタ所ノ  
 規則デアアルカラ果シテソレガ時勢ノ必要ニ應ジテ居ルヤ否ヤト云フコトハ分ラヌ。動モスレバ  
 應ジナイコトガアル。又一且定メタコトハ縱令時勢ガ其必要ヲ認メナイ、寧ロ反對ノ必要ヲ認  
 ムルト云フ場合ニ爲ツテモ矢張り法律トシテ存スルト云フ思ガアル。慣習ハ之ニ反シテ時勢ノ  
 必要ニ應ジテ起ルモノデアアルカラ是ガ時勢ト相背馳スルト云フコトハナシ。若シ背馳スルニ至  
 レバ必ズ新シイ慣習ガ出來テ之ヲ改ムルカラ宜シト云フ。是ハ慣習法論者ノ常ニ言フ所デア  
 リマスケレドモ、ソレハ理論デ、實際ハサウ云フモノデナイト云フコトヲ信ジテ居ル、今申上  
 グタ通り慣習ノ起ルノハ無論時勢ノ必要ニ迫ラレテ起ルニ相違ナイ、併シ一過其慣習ガ出來ル  
 ト必要ガ去ツテモ尙ホ容易ニ之ヲ改ムルコトハ出來ヌ。又慣習ノ中ニハ往往ニシテ人類ノ弱點  
 カラ生ズル慣習モアルノデ、サウ云フノハ寧ロ改ムル方ガ宜シト云フコトモアル、今申上  
 グタ通り、却ツテ成文法ノ方ガ實際上時勢ノ必要ニ應ズルコトガ容易イノデアアルト私ハ思フ  
 以上ヲ以テ成文法、慣習法ノ概略ヲ御話ヲ致シマシタガ、終ニ成文法ノ細別ヲシヤウト思フ  
 成文法ヲ分チマシテ法典ト單行法トニ致シマヌ法典トハ如何ナルモノカ「單行法」トハ如何ナ

ルモノカト云フニ、是ハ頗ル漠然タルモノデアアツテ、正確ナル定義ヲ下スコトハ出來ヌ、強ヒ  
 テ定義ヲ下セバ「法典」トハ「一定ノ廣キ範圍内ノ法規ヲ網羅シテ之ヲ一部ノ公文ト爲シタル  
 モノ」デアアル、例ヘバ民法ト云ヘバ其中ニハ物權ノコトモアレバ債權ノコトモアル、親族ノコ  
 トモアル、相續ノコトモアル、即チ多クノ事柄ヲ網羅シテ、サウシテ之ヲ「民法」ト云  
 フ公文ニ規定シタノデアアル、之ニ反シテ「一定ノ狹キ範圍内ノ事項ヲ規定シタル法律」ヲ「單  
 行法」ト謂フ、例ヘバ不動産登記法ト云ヘバ一ノ單行法デアアルガ、是ハ不動産上ノ權利ヲ登記  
 簿ニ登錄スルコトニ付テノミニ法律デアアル、此ノ如ク限定セラレタル範圍ノ法律デアアル、併シ  
 是ハ誠ニ漠然タルコトデドノ位事項ガ集マツテ居ツタラバ廣キ範圍内ノ法規ト云ヘルカ、ドノ  
 位集メタラバ狹キ範圍ト云ヘルカ、何等ノ標準モナイ、ソレデスカラ我邦ノ現行ノ法律ニ付テ  
 言ツテ見テモ民法、商法、民事訴訟法、刑法、刑事訴訟法、此五ツノモノハ確ニ法典デアアル、  
 尙ホ陸軍刑法、海軍刑法、陸軍治罪法、海軍治罪法ハ何レモ法典デアアルヤウデアアル、併シ其外  
 ノモノニナルト分ラナイ、例ヘバ憲法ハ法典ナルヤ否ヤ分ラナイ、條文ノ數カラ言ヘバ僅ニ七  
 十六條、ソレヨリ條數ノ多イモノハ甚ダ多クアル、而シテ通常法典ト云ハナイ、ダカラ憲法ハ  
 果シテ法典ナルヤ否ヤト云フノハ一ノ議論デアアル、私ハ「法典」ト云フ方ガ宜カラウト思フ、  
 何トナレバ條數ハ僅ニ七十六條デアアルケレドモ中ニ規定セル事柄ハ甚ダ多イノデアアル、天皇ノ  
 統治權ヲ首ト致シ、帝國議會ノ事、其外法律ノコト、租稅ノコト、豫算ノコト、司法權ノコト、

剩へ臣民ノ權利義務ヲ規定シテアル、範圍ガ極メテ廣イノデアアルカラ先ヅ「法典」ト稱シタ  
 方ガ穩當デアラウカト思フ、併シソノナラバ裁判所構成法ハドウデアアルカ、最モ單ニ裁判所ニ  
 關スル法律ト云フタラバ狭イヤウデアアルガ裁判所ニハ區裁判所、地方裁判所、控訴院、大審院  
 ノ別アリ、又其處所ノ職務ニ付テモ民事、刑事ノ訴訟事件並ニ非訟事件ガアル、又職員カラ  
 言ッテ見テモ判事、檢事ノ外裁判所書記モアレバ廷丁モアレバ執達吏モアレバ種種ノモノガ中  
 ニ規定シテアル、故ニ隨分是ハ廣イ事項モ網羅シタモノデアアルカラ法典デハナイカト斯ウ云フ  
 疑ガ起ル、併シ是ハ法典ト見ル人ト法典ト見ナイ人ト孰レガ多イカ隨分問題ダラウト思フ、私  
 ハ「法典」ト稱シテ差支ナイト思フ、併シ之ヲ「法典」ト稱スルコトニナルト、然ラバ、市制、  
 町村制ハ如何、府縣制、郡制ハ如何ト、斯ウ云フヤウニ段段疑ガ廣ク爲ッテ來ルノデアアル、要  
 スルニ法典、單行法ノ區別ト云フモノハ尠クモ學理的ノモノデナク、極メテ漠然タルモノデア  
 ル、併シ慣習上此區別ハ確ニアル

單行法ハ或ハ特別法ト申シマス、併シ單行法ト特別法トハ少シ意味ガ違フ、「單行法」ト云フノハ  
 主トシテ法典ノ中ニ入レルコトノ出來ルモノノ一部分ヲ獨立ノ法律トシテ出スモノデアアル、只  
 今不動産登記法ノ御話ヲ致シマシタガ、是ハ「單行法」ト云フヲ言ヘヌコトハナイ、併シアレハ  
 「特別法」トモ言ヘル、ナゼ「單行法」ト云ヘルカト云フト登記ノ事ハ舊民法ニ於テモ一般ノ原則  
 ハ民法ニ規定シテアル、獨逸ノ民法ニ於テモ一般ノ原則ハ矢張り民法中ニアル、ソレヲ我民法

兎モ角モ重國籍トカ無國籍トカ云フト實際ニ生ズルノハ甚ダ不得策デアアルカラ立法者トシ  
 テハ必ズ重國籍者若クハ無國籍者ヲ生ジナイヤウニ勉メナケレバナラス、其事ハ近來ノ立法者  
 ガ常ニ注意シテ居ル所デアアル、併ナガラ今日ニ於テハ尙ホ此重國籍、無國籍ノ場合ハ常ニ生ズ  
 ルコトニナラテ居ル、ソレハ各國ガ同一ノ主義ヲ取ッテ居ラスカラデアアル先ヅ細カイ點ハ各國  
 殆ド皆違ヒマスケレドモ主義トシテ三ツアル  
 第一ノ主義ハ生國主義或ハ出生地主義デス、此主義ヲ採用シテ居ルノハ現今英吉利、亞米利加  
 亞米利加ハ北亞米利加、南亞米利加トモ多數ノ國ニ於テ此主義ヲ取ッテ居ル、ソレカラ和  
 蘭、葡萄牙、丁抹ナドガ此主義ヲ取ッテ居ル、佛蘭西モ民法ガ出來ル前ニハ矢張り此主義ヲ取ッ  
 テ居ッタ  
 第二ノ主義ガ血統主義是ハ獨逸、奧地利、匈牙利、瑞典、諾威、瑞西「ルーマニヤ」ナドデア  
 ル、羅馬法ノ主義ガ矢張り此血統主義デアアル  
 ソレカラ第三ノ主義ハ折衷主義デ、原則トシテハ矢張り血統主義ヲ取ル、併ナガラ例外トシテ  
 本人ノ選擇ニ因ッテ容易ク生國ノ國籍ヲ取得スルコトガ出來ル、外國人ノ子デモ若シ其生マレ  
 タ土地ノ國籍ヲ取得シタイト云ヘバ直チニ取得スルコトガ出來ルト云フノデス、此主義ヲ取ッ  
 テ居ルノハ、佛蘭西、白耳義、西班牙、伊太利「ルネタチンブル」露西亞、土耳其「ブルガリ  
 マ」、希臘ナドデアアル、重モ佛蘭西法系ノ國デアアル

我現行法ハ第二ノ主義ヲ取ツテ居ル、舊民法ニ於テハ第三ノ主義ヲ取ツテ居ル、此ノ如ク主義ガ分レテ居ルガ故ニ絶エズ國籍ノ衝突ト云フモノガアル、是ハ寔ニ不便ナコトデアルカラドウカ各國成ルベク同一ノ主義ヲ取ルヤウニシタイト思フ、唯併ナガラ第三ノ主義ハ折衷主義デ大變良イヤウデアルケレドモ是ハ一番イカナイ、各國ガ此主義ヲ取ルト云フト却テ衝突ガ多イ、血統主義ヲ取ルニシテモ生國主義ヲ取ルニシテモ第三ノ主義トハドウシテモ衝突シナケレバナラヌヤウニナル、最モ甚シイノハ同ジ第三ノ主義ヲ取ツテモソレデ矢張り互ニ衝突スルコトニナル、到底第三ノ主義ハ採用スル譯ニイカヌト私ハ思フ、尤モソレテ成ルベク衝突シナイヤウニ、詰リ原則ニ對シテ例外ヲ設ケテ衝突ヲ避ケルト云フコトハ全ク出來ヌコトデナシ、現ニ我國籍法ニ於テモ頻ニソレヲ務メテ居ルケレドモ極端ニ外國ノ法律ト衝突シナイヤウニト云フト自國ノ主權ヲ拋棄スルコトニナル、國籍問題ハ詰リ外國ノ法律ニ依ルト云フコトニナル、サウ云フコトハ採用ガ出來ヌ、サウスルト必ズ衝突スルト云フコトニナル

我邦ニ於テハ國籍法ト云フモノガ三十二年ノ法律第六十六號デ出來テ居ル、此國籍法ハ主トシテ公法ニ關スルモノデアアル、或ハ國籍法全體ガ公法デアルト云フテモ宜カラウト思ヒマスガ、少クモ國籍問題ト云フモノハ主トシテ公法問題デアアル、故ニ、私法ニ於テモ非常ニ必要ナル問題デ、國際私法ヲ始トシ尙ホ民法ノ權利能力ノ問題トシテモ矢張り國籍如何ト云フコトガ問題ニナルノデアルケレドモ我民法ニハ是ヲ規定セズシテ國籍法ト云フ特別法ニ讓リテアル、舊民法

ニ於テハ之ニ反シテ民法ノ中ニ規定シテアル、國民分限ト稱シテ人事編ノ第七條乃至第十八條ニ規定シテアル、是ハ外國ニモ例ノアルコトデアリマスガ併シ特別法ニスル方ガ穩デアルト信ジテ新法典ニハ這入ツテ居ラス、獨逸ニ於テモ矢張り是ハ民法ノ中ニ規定シテ居ラス、唯併ナガラ外國人ノ權利能力ト云フコトヲ論ズルニ必ズ如何ナルモノガ外國人デアアルカト云フコトヲ知ラナケレバナラスカラ簡單ニ國籍法ノ規定ノ御話ヲ致シマス

第一ニハ國籍ノ取得、第二ニハ國籍ノ喪失ト二段ニ分ケテ論ジマス

先ヅ國籍ノ取得ノコトヲ申上ゲマス、尙ホ是ガ二ツニ分レマス、即チ國籍取得ノ原因、ソレカラ國籍取得ノ效力

先ヅ第一ニ國籍取得ノ原因ヲ申上ゲマス

此原因ノ第一ハ出生デアアル、而シテ我國籍法ハ血統主義ヲ取ツテ居ル、國籍法ノ第一條乃至第四條ニ之ヲ規定シテ居ルニ第一條、子ハ出生ノ時其父カ日本人ナルトキハ之ヲ日本人トス……；尤モ父母孰レニ依ルカト云フコトハ血統問題トシテモ矢張り攻究スヘキ事柄デアアルケレドモ、多クノ國ニ於テ其父ノ國籍ヲ取得スルトナツテ居ル、就中我國ニ於テハ斯クアルベキコトハ始テ説明ヲ要スマイト思フ、其出生前ニ死亡シタル父カ死亡ノ時日本人ナリシトキ亦同シ、

「第二條、父カ子ノ出生前ニ離婚又ハ離縁ニ因リテ日本ノ國籍ヲ失ヒタルトキハ前條ノ規定ハ懐胎ノ始ニ遡リテ之ヲ適用ス」前項ノ規定ハ父母カ共ニ其家ヲ去リタル場合ニハ之ヲ適用セズ



但母カ子ノ出生前ニ復籍ヲ爲シタルトキハ此限ニ在ラス、大體此規定ハ錯雜シテ居ルガ要スルニ是ハ民法ノ約族編ノ規定ト相竣テ居ル所ノモノデアアル、即チ民法ノ第七百三十四條ニ是ト同一ノ精神ニ出デタル規定ガアル、ソレト相竣テ居ルノデアアル、第三條、父カ知レサル場合又ハ國籍ヲ有セサル場合ニ於テ母カ日本人ナルトキハ其子ハ之ヲ日本人トス、子ハ父ノ國籍ヲ取得スベキダケレドモ父ガ分ラヌ、父ガ分テ居ラモ國籍ヲ有セヌト云フトキハ母ガ日本人ナラ日本人トスル、第四條、日本ニ於テ生マレタル子ノ父母カ共ニ知レサルトキ又ハ國籍ヲ有セサルトキハ其子ハ之ヲ日本人トス、——是ハチコト見ルト生國主義ヲ取ツタヤウニ見エル、併シ立法ノ精神カラ考ヘテ見ルトサウデハナイ、是ハ寧ろ血統主義ノ推定、日本人ノ子ハ日本人デアルト云フノデアアルケレドモ、此子ハ誰ノ子カ分ラヌ、或ハ誰ノ子カト云フコトハ分テ居ルケレドモ父母ハ國籍ヲ有セヌ、或ハ國籍ガ分ラヌト云フノデアアル、サウスルト云フト詰リ無籍者ニスルト何デモナイケレドモ、無籍者ト云フノハ總テノ點ニ於テ困ル、ソコデ成ルベク無籍者ハ皆ヘタクナイノデアアルカラ已ムヲ得ズ日本人トスル、殊ニ父母ノ知レザル子ハ日本デ生マレタ子ナラバ十ノ八九ハ日本人ト思ハナケレバナラヌ、是ハ事實ガ共通リデアラウト思フ、成程日本ニ外國人モ來テ居ル、併ナガラソレハ極メテ少數デアラテ日本人ガ大多數デアアル、ダカラ誰ノ子カ分ラヌト云フノハ日本人ノ子ト見ナケレバナラヌ、ソコデ之ヲ日本人トスルノデアアル、日本デ生マレタカラ假令觀ハ外國人デアラツテモ日本人トスルト云フノデナクシテ日本

デ生マレタノハ多分日本人ノ子デアラウト云フ血統主義カラ來テ居ル、是レ第一ノ原因ノ出生

第二ハ婚姻ニ因テ國籍ヲ取得スル、ソレハ國籍法第五條ノ第一號及ビ第二號ニ規定シテ居ル、  
 「第五條、外國人ハ左ノ場合ニ於テ日本ノ國籍ヲ取得スル、一、日本人ノ妻ト爲リタルトキ、二、日本人ノ入夫ト爲リタルトキ、」是ハ日本ノ國法カラ見ルト當然デアアル、即チ民法ノ規定ニ於テ原則トシテハ「妻ハ夫ノ家ニ入ル」トアル、サウスルト此家ナルモノハ詰リ國籍ノ中ノ小分ケデ、日本ノ國籍ニ在ル者ガ外國ノ家ニ入ルト云フコトモナシ——尤モ歐米諸國ニハ「家」ト云フモノハ今日ハアリマセスクレドモ——又外國人デアリナガラ日本ノ家ニ入ルト云フコトハドウシテモ有リ得ナイ、詰リ家籍ハ國籍ノ小分ケニ過ギヌ、然ラバ妻ガ必ズ夫ノ家ニ入ルト云フノガ本則デアアルナラバ外國ノ婦人ガ日本人ノ妻ト爲テモ必ズ日本人ト爲ラナケレバナラヌ、入夫ハ之ニ反シテ妻ノ家ニ入ル、是モ同様ノ理窟デ、日本人ト爲ラナケレバナラヌ、是ハ民法施行前カラ實際サウナツテ居ル、尙ホ外國人ガ日本人ノ入夫ト爲ルト云フコトニ付テハ特別ノ法律ガアツテ内務大臣ノ許可ヲ得ナケレバナラヌ、ソレハ明治六年第三百三號布告ヲ明治三十二年法律第二十一號ヲ以テ改メマシテ是ニ規定シテ居ル、ソレニ斯ウ云フトガアル、「第一條、日本人カ外國人ヲ入夫ト爲スニハ内務大臣ノ許可ヲ得ルコトヲ要ス」、第二條、内務大臣ハ外國人カ左ノ條件ヲ具備スルニ非サレハ前條ノ許可ヲ與フルコトヲ得ス、一、引續キ一年以上日本

ニ住所又ハ居所ヲ有スルコト、二、品行端正ナルコトトアル、即チ之ニ依ラナケレバナラス第三ハ認知、是ハ國籍法ノ第五條第三號ニ規定ガアル、三、日本人タル父又ハ母ニ依リテ認知セラレタルトキ、是ハ私生子デアルカラ親ガ認知シナケレバ誰ノ子デアルト云フコトガ法律上確定シナイ、ソレデ今マデハ誰ノ子カ分ラヌト云フ者ガ父ガ認知スレバ其父ノ子ト爲ル、母ガ認知スレバ母ノ子ト爲ル、ソコデ其父又ハ母ガ日本人デアラナラバ認知ニ因ッテ其子ガ日本人ト爲ル、是ハ當然ノ事デアアル、尙ホ民法ノ規定ト相對照シテスタナケレバナラスト云フ譯ハ民法第八百三十二條ニ「認知ハ出生ノ時ニ適リテ其效力ヲ生ス」ト云フコトニナツテ居ルノデスカラ父子ノ關係ト云フモノハ生マレタ時カラ此ノ如キモノト云フコトニナル、ソレカラ今一ツハ民法第七百三十三條ニ「子ハ父ノ家ニ入ル」父ノ知レサル子ハ母ノ家ニ入ル、ト斯ウ云フトニナツテ居ル、此二箇條ヲ相對照シテ見ルト民法ノ方デハ生マレタトキニハ父ガ知レナクテモ後日父ガ認知ヲスレハ其子ハ當然父ノ家ニ入ル家ガ國ノ一部デアルト云フ以上ハドウシテモ外國籍ニ在ッタ者デモ日本籍ニ遣入ラナケレバナラス、ソレカラ父ノ知レナイ者デアッテモ母ガ知レレバ母ノ家ニ入ル、即チ母ガ認知スレバ母ノ家ニ入ル、從テ母ガ日本ノ國籍ヲ持ッテ居ルナラバ其子モ日本ノ國籍ヲ持タナケレバナラスト云フコトニナル、唯外國關係ニ於テハ、民法ノ規定ノ一般ノ原則ニ依ッテ是ガ既往ニ適ルトシテ置イテハ種種ナ不便ガアルカラ既往ニ適ルト云フコトハ民法ノ規定ト合ハヌコトデアリマスケレドモ少クモ認知ノ時カラ日本ノ國籍ヲ

取得スル、尙ホ之ニ付テハ第六條ノ明文ガアツテ認知ニ付テ詳シイコトガ定メテアル、第六條、外國人カ認知ニ因リテ日本ノ國籍ヲ取得スルニハ左ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス、一、本國法ニ依リテ未成年者タルコト、二、外國人ノ妻ニ非サルコト、三、父母ノ中先ツ認知ヲ爲シタル者カ日本人ナルコト、四、父母カ同時ニ認知ヲ爲シタルトキハ父カ日本人ナルコト、是ガ國籍取得ノ原因ノ第三デアアル、第四ハ養子デアアル、日本人ノ養子ト爲ッタ者ハ當然日本ノ國籍ヲ取得スル、是ハ國籍法ノ第五條第四號ニアル、四、日本人ノ養子ト爲リタルトキ、養子ガ縁組ニ因リテ養親ノ家ニ入ルト云フコトハ民法ニ明文ノアルコトデ、即チ民法ノ第八百六十一條ニ「養子ハ縁組ニ因リテ養親ノ家ニ入ル」トアル、養親ガ日本人デアレバ其家ニ入ッタ者モ亦日本人デナケレバナラス、日本ノ家ノ中ニ外國人ガ入ルコトハ出來ヌ（法律上ノ家デ、建物ハ何處ニアツテモ宜イ）、唯此養子ノ場合ニハ養子ト爲レバ當然日本ノ國籍ヲ取得スルガ其養子ト爲ルニハ條件ガアル、ソレハ前ニ夫婦婚姻ニ付テ申上テタト同シ明治三十一年法律第二十一號ヲ以テ改正シタル明治六年第三號布告ニ定メラアル、即チ内務大臣ノ許可ヲ得ナケレバナラス、内務大臣ハ引續キテ一年以上日本ニ住所又ハ居所ヲ有スル者ニシテ且品行端正ナル者ニ非ズンバ養子ヲ許可スルコトハ出來ナイ、歸化ハ國籍法ノ第五條第五號ニ規定シテアル、五、歸化ヲ爲シタルトキ、

此歸化ニモンレンレ條件ガアリマシテ、先ツ原則トシテハ第一ニ内務大臣ノ許可ヲ受ケナケル  
 ナラス、國籍法第七條ノ第一項ニ「外國人ハ内務大臣ノ許可ヲ得テ歸化ヲ爲スコトヲ得」トア  
 ル、第二ニハ引續キ五年以上日本ニ住所ヲ有スル者デナケレバナラス、第七條第二項第一號  
 「内務大臣ハ左ノ條件ヲ具備スル者ニ非サレハ其歸化ヲ許可スルコトヲ得ス」、引續キ五年以  
 上日本ニ住所ヲ有スルコト、第三ノ條件ハ同第二號ニアル、二、滿二十年以上ニシテ本國法ニ  
 依リ能力ヲ有スルコト、第四ノ條件ハ同第三號ニアル、三、品行端正ナルコト、是ハ破落戶ノ  
 來ラレヌヤウニスル爲メ、第五ニハ同第四號、四、獨立ノ生計ヲ營ムニ足ルヘキ資産又ハ技能  
 アルコト、是ハ今ノ品行端正ト一ツノ精神ニ基イテ居ル條件、第六ハ同第五號ニ規定スルモノ、  
 「五、國籍ヲ有セス又ハ日本ノ國籍ヲ取得ニ因リテ其國籍ヲ失フヘキコト」、現ニ無國籍者デア  
 ルト云フノナラバ日本ノ國籍ヲ取得致シマシテモ國籍ノ抵觸ヲ來サスカラ宜シイ、又ハ日本ノ國  
 籍ヲ取得スルニ因リテ本國ノ國籍ヲ失フノデナケレバナラス、是ハ何レノ國ニ於テモサウナ  
 テ居ルト云フ譯デハナイ、我邦ニハ第二十條ノ規定ガアル、自己ノ志望ニ依リテ外國ノ國籍ヲ  
 取得シタル者ハ日本ノ國籍ヲ失フ、故ニ外國人ノ本國ニ之ト同シ規定ガ採用サレテ居レバ日本  
 ノ國籍ヲ取得シタル爲メ本國ノ國籍ヲ失フ、其時デナケレバ歸化ヲ許サヌ、清國人ハ澤山近頃  
 歸化致シマスガ、蓋シ清國ノ法律デハ日本ニ歸化シタル者ハ當然清國人デナイト視テ居ルニ違  
 ナイ、ソレダカラ日本デ許ス、是ガ第六ノ條件デアリマシタ、第七ノ條件ハ國籍法ノ第八條ニ

規定スル所デアル、外國人ノ妻ハ其夫ト共ニスルニ非サレハ歸化ヲ爲スコトヲ得ス、人ノ妻ガ  
 自分ノミ歸化ヲシタイト言フテモソレハ許サヌ

以上ハ歸化ニ關スル原則デアリマス、是ニ對シテ例外ガアル、詰リ以上ノ條件ヲ具備セズトモ  
 歸化ノ出來ル場合、第一ハ第九條ニ規定スル所ノモノデアル、左ニ掲ケタル外國人カ現ニ日本  
 ニ住所ヲ有スルトキハ第七條第二項第一號ノ條件ヲ具備セザルトキト雖モ歸化ヲ爲スコトヲ  
 得、引續キ五年以上日本ニ住所ヲ有スルト云フノガ此條件ニ當ル、一、父又ハ母ノ日本人タリ  
 シ者、二、妻ノ日本人タリシ者、三、日本ニ於テ生マレタル者、四、引續キ十年以上日本ニ居  
 所ヲ有スル者、前項第一號乃至第三號ニ掲ケタル者ハ引續キ三年以上日本ニ居所ヲ有スルニ非  
 サレハ歸化ヲ爲スコトヲ得ス但第三號ニ掲ケタル者ノ父又ハ母カ日本ニ於テ生マレタル者ナル  
 トキハ此限ニ在ラス、例外ノ又例外ガ出來テ居ル、氣ヲ附ケテ讀ムバ極ク明瞭デアルカラ別ニ  
 説明ヲ致シマセヌ

第二ノ例外ハ國籍法第十條ニ規定スルモノデアル、外國人ノ父又ハ母カ日本人ナル場合ニ於テ  
 其外國人カ現ニ日本ニ住所ヲ有スルトキハ第七條第二項第一號、第二號及ヒ第四號ノ條件ヲ具  
 備セザルトキト雖モ歸化ヲ爲スコトヲ得、第七條ノ住所ノ條件、能力ノ條件、獨立ノ生計ノ條  
 件ガナクテモ此等ノ者ハ歸化ガ出來ル

第三ノ例外ハ國籍法第十一條ニ規定シテアル、日本ニ特別ノ功勞アル外國人デアル、日本ニ特

別ノ功勞アル外國人ハ第七條第二項ノ規定ニ拘ハラス内務大臣勅裁ヲ經テ其歸化ヲ許可スルコトヲ得、是ハマダ適用ガナカラウト思ヒマスケレドモ、一ツノ例ヲ言フテ見マサルト今日外務省デ使ハレテ居ル「デニン」ナドト云フ人ハ日本ニ特別ノ功勞アル人ダカラ歸化ヲシヤウト言フタラバ此規定ニ依テ多分歸化ヲ許サルデアラウト思フ、ソレカラ今ハ佛蘭西ニ歸リマシタケレドモ「ボワ」ソナド」氏ナドガ歸化ヲシタイト言フタラ矢張り此箇條ニ該當スル者デアラウト思フ、是ガ例外ノ第三

例外ノ第四ハ國籍法第十四條ニ規定シテアル、日本ノ國籍ヲ取得シタル者ノ妻カ前條ノ規定ニ依リテ日本ノ國籍ヲ取得セサリシトキハ第七條第二項ニ掲ケタル條件ヲ具備セサルトキト雖モ歸化ヲ爲スコトヲ得、總テ御話ヲ致シマスケレドモ國籍取得者ノ妻ハ原則トシテハ其ニ日本ノ國籍ヲ取得スルコトニナラバ居ル、ケレドモ例外トシテ日本人ト爲ラヌコトガアル其場合ニ歸化ヲシヤウト云フナラバソレハ詰リ第七條ノ第二項ノ五ツノ條件ヲ總テ具備シテ居ラヌデモ歸化ガ出來ル、即チ住所ノ條件、能力ノ條件、品行ノ條件、獨立ノ生計ノ條件等ガ皆缺ケテ居ラテモ歸化ヲ許ス

以上ハ歸化ノ條件デアリマシタガ、是ヨリ手續ノ御話ヲ致シマス

歸化ノ手續ハ極ク簡單ニナラ居ルノデス、國籍法ニハ歸化其モノノ手續ハ特ニ定メラナイ、唯明治三十二年内務省令第五十一號第二項ニ「本年法律第六十六號ニ依リ歸化ヲ爲シ又ハ國籍ヲ

回復セントスル者ハ其住所ノ地方廳ヲ經由シテ内務大臣ニ願出ツヘシトアル此手續ヲ歸化ヲ願出ツル、ソウシテ條件ガ具備シテ居レバ内務大臣ガ許可スル、ソレデ歸化ソレ自身ガ成立スル併ナガラ尙ホソレヲ官報ニ告示シナケレバナラヌト云フコトニナラ居ル、國籍法第十二條第一項ニ「歸化ハ之ヲ官報ニ告示スルコトヲ要ス」、ダカラ能ク官報ニ此告示ヲ見ル、而シテ此告示ノアルマデハ歸化ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトガ出來ヌトナラ居ル、第十二條第二項ニ歸化ハ其告示アリタル後ニ非サレハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス、當事者ノ國籍ト云フモノハ重要ナル關係ヲ持チマスカラ善意ノ第三者ガ欺カルルコトガナイヤウニ斯ウ云フ規定ガ出來テ居ル

以上ハ歸化ノ御話デ、ソレカ國籍取得ノ第五ノ原因デアリマシタガ、今度ハ第六ノ原因——夫ノ國籍取得、夫ガ日本ノ國籍ヲ取得スルト云フト其妻ハ矢張り日本人ト爲ル國籍法第十三條ニ之ヲ規定シテ居ル、日本ノ國籍ヲ取得スル者ノ妻ハ夫ト共ニ日本ノ國籍ヲ取得ス、例外トシテ第二項、「前項ノ規定ハ妻ハ本國法ニ反對ノ規定アルトキハ之ヲ適用セス」、當然重國籍ヲ生ズルヤウナ規定ハ設ケヌ、唯先ニ申シタヤウニ此場合ニハ容易ク歸化ヲ許シマスカラ歸化ノ結果デ重國籍ニ爲ルコトガアルカモ知レヌ、ケレドモソレハ仕方ガナイ、特ニ本人ガ望メバ許ス、ケレドモ法律ノ結果トシテ當然重國籍ヲ生ゼシムルト云フコトハシナイ

第七ノ原因ハ父母ノ國籍取得デアル、父母ガ國籍ヲ取得スルト其子ハ當然日本ノ國籍ヲ取得ス

ル「第十五條、日本ノ國籍ヲ取得スル者ノ子カ其本國法ニ依リテ未成年者ナルトキハ父又ハ母ト共ニ日本ノ國籍ヲ取得ス」前項ノ規定ハ子ノ本國法ニ反對ノ規定アルトキハ之ヲ適用セス

第八ノ原因ハ國籍回復ノ場合、素ト日本人デアッタ者ガ一時外國ノ國籍ヲ取得シテ居ッタ、ソレガ又更ニ日本人ト爲リタイト云フトキノコトデ、此場合ニハ容易ク日本人ト爲ルコトガ出來ル、之ヲ名ケテ「國籍回復」ト云フ、此事ハ後ニ國籍ノ喪失ニ牽連シテ御話ヲ致シマス、此處デハ唯原因ノ一ツトシテ數ヘテ置ク

以上ハ國籍取得ノ原因デアリマシタ、是ヨリ第二國籍取得ノ效力ノ御話ニ移リマス

原則ハ國籍取得者ハ日本人ト爲ルト云フコトデアアル、其結果トシテ日本人ト同一ノ權利能力ヲ有スル、外國人デアレバ土地所有權ヲ有スルコトハ出來ヌガ、歸化ヲシタリ、其他以上述べタル原因ノ一ツニ因リテ國籍ヲ取得スレバ即日カラ不動産ノ所有者ト爲レル、唯全ク日本人ト同一デナイト云フ例外ガアル、ソレハ第十六條ニ規定シテアル、「歸化人、歸化人ノ子ニシテ日本ノ國籍ヲ取得シタル者及ヒ日本人ノ養子又ハ入夫ト爲リタル者ハ左ニ掲ケタル權利ヲ有セス」、一、國務大臣ト爲ルコト、二、樞密院ノ議長、副議長又ハ顧問官ト爲ルコト、三、宮内勅任官ト爲ルコト、四、特命全權公使ト爲ルコト、五、陸海軍ノ將官ト爲ルコト、六、大審院長、會計検査院長又ハ行政裁判所長官ト爲ルコト、七、帝國議會ノ議員ト爲ルコト、斯ク云フコトニナツテ居ル、併シ此無能力ハ免除セラルルコトガアル、第十七條ニ之ヲ規定シテ居ル、「前條ニ

定メタル制限ハ第十一條ノ規定ニ依リテ歸化ヲ許可シタル者ニ付テハ國籍取得ノ時ヨリ五年ノ後其他ノ者ニ付テハ十年ノ後内務大臣勅裁ヲ經テ之ヲ解除スルコトヲ得」是ガ國籍取得ノ效力

今マデハ國籍ノ取得ノ事デアッタガ、今度ハ國籍ノ喪失ノ事デアリマス、是ニ付テモ喪失ノ原因ト喪失ノ效力トヲ論ジャウト思フ、先ヅ國籍喪失ノ原因

其第一ハ婚姻デアアル、日本人ガ外國人ノ妻トナツタラバ當然日本ノ國籍ヲ失フ、即チ外國人ト爲テ仕舞フ、第十八條、日本ノ女カ外國人ト婚姻ヲ爲シタルトキハ日本ノ國籍ヲ失フ、何處ノ人ニ爲ルカト云フコトハ日本ノ法律デハ極メル譯ニイカス、ソレハ餘所ノ法律デ極マルカ又ハ無國籍者ニナツタラバ前ニシテ付テ中シタコトガ嵌ル

第二ノ原因ハ離婚及ヒ離縁デアアル、第十九條、婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ日本ノ國籍ヲ取得シタル者ハ離婚又ハ離縁ノ場合ニ於テ其外國ノ國籍ヲ有スヘキトキニ限り日本ノ國籍ヲ失フ、是ハ重國籍ノ避ケル爲メニ一ノ條件ガ附シテアル、詰リ離婚、離縁ノ性質上其者ハ日本ノ國籍ヲ失フベキ等デアアル

第三ノ原因ハ外國籍取得、外國籍ヲ取得シタル者ハ其結果トシテ日本ノ國籍ヲ失フ、其場合ハ第二十條ニ規定シテアル、「自己ノ志望ニ依リテ外國ノ國籍ヲ取得シタル者ハ日本ノ國籍ヲ失フ、是ハ重モニ歸化デス、ソレカラ外國ノ法律ニハ往來國籍ノ選擇ト云フコトガアル、是ハ國

國ヲ規定ガ一様デナシ又場合ニ依ッテ條件ガ違ヒマスケレドモ要スルニ日本人ガ外國ニ於テ子ヲ生ンダ場合ニ其子ガ成年ニ達シタラバ日本ノ國籍ト現在居ル所ノ外國ノ國籍ト孰レカヲ選擇スルコトガ出來ルト云フヤウナ規定ガ能ク外國ニハアル、斯様ナル場合ニ於テハ自己ノ志望ニ依ッテ外國ノ國籍ヲ取得シタノデアル、サウ云フ自分ガ望ンデ外國人ニ爲リタイト云フ者ハ日本デハ引止メナイト云フコトニナッテ居ル

第四ノ原因ハ父又ハ夫ノ國籍喪失デアル、第二十一條及ビ第二十二條ニ之ヲ規定シテ居ル、第二十一條、日本ノ國籍ヲ失ヒタル者ノ妻及ヒ子カ其者ノ國籍ヲ取得シタルトキハ日本ノ國籍ヲ失フ、是モ矢張り無國籍ヲ避ケル爲メニ斯ク規定シテアル、第二十二條、前條ノ規定ハ離婚又ハ離縁ニ因リテ日本ノ國籍ヲ失ヒタル者ノ妻及ヒ子ニハ之ヲ適用セス但妻カ夫ノ離縁ノ場合ニ於テ離婚ヲ爲サヌ又ハ子カ父ニ隨ヒテ其家ヲ去リタルトキハ此限ニ在ラス、此規定ハ入夫婚姻或ハ養子縁組ノ場合ニ關スルモノデアル、外國人ガ日本人ノ入夫ト爲リ日本人ノ養子ト爲ルト云フト日本ノ家ニ這入ル、所ガソレガ離婚、離縁ニ因ッテ歸ルト云フト復タ外國人ト爲ル、然ルニ其入夫トソレカラ日本人タル妻トノ間ニ出來タ子ガ父ト共ニ外國人ト爲ルヤウデハ日本ノ家族制カラ言フト不都合デアル、其者ハ或ハ家ノ相續人デアルカモ知レヌ、ソレガ當然外國人ニ爲ッテ仕舞ッテハ困ル、養子ニ付テモ同様デアル、其養子ト日本人ト娶ハシテ、サウシテ子ガ出來タ、不幸ニシテ離縁ニナタケレドモ其子ヲ父ガ連レテ歸ルト云フト或ハ歸取ガ無クナッテ仕舞フト

云フコトニナル、サウ云フコトハ日本ノ親族法ニ於テ認メナイ所デアルカラ國籍法ニ於テモ矢張り認メナイ

第五ノ原因ハ私生子ノ認知デアル、第二十三條、日本人タル子カ認知ニ因リテ外國ノ國籍ヲ取得シタルトキハ日本ノ國籍ヲ失フ但日本人ノ妻、入夫又ハ養子ト爲リタル者ハ此限ニ在ラス、是ハ當然ノ規定デアル、日本人ガ素ト外國人ノ私生子デアッタト云フトキニ其外國人ガ認知ヲ致シマスト必ズシモ外國ノ國籍ヲ取得スルトハ限ラヌケレドモ若シ其親ノ本國ノ法律ニ於テ認知ノ結果、子ガ其國ノ國籍ヲ取得スルト云フコトニナッテ居ルナラバ日本ノ國籍ヲ失ハシムル、唯既ニ日本人ノ妻、入夫、養子ト爲ッテ居ル者ガ當然外國人ニ爲ッテ仕舞フト云フト非常ニ差支ヲ起シマスカラソレハ認メナイ

是ガ國籍喪失ノ原因デアリマシタ、此原因ニ對シテ一ツノ例外ガアル、ソレハ第二十四條ニアル、滿十七歲以上ノ男子ハ前五條ノ規定ニ拘ハラス既ニ陸海軍ノ現役ニ服シタルトキ又ハ之ニ服スル義務ナキトキニ非サレバ日本ノ國籍ヲ失ハヌ、是ハ兵役ノ關係カラ斯ウ云フコトニナッテ居ル、第二項、現ニ文武ノ官職ヲ帶フル者ハ前六條ノ規定ニ拘ハラス其官職ヲ失ヒタル後ニ非サレバ日本ノ國籍ヲ失ハヌ、日本ノ官吏デ居ル者ガ直チニ外國人ニ爲ッテ仕舞フト官職ヲ其儘ニシテ置クコトガ出來ナクナル、ソレデハ大變困ル、必要アリト認メタラバ官職ヲ罷メテ然ル後ニ外國人トスルト云フコトニナッテ居ル、是ガ國籍喪失ノ原因

次ニハ國籍喪失ノ效力、最モ原則ハ極メテ單純デ其者ハ外國人ト爲ル、其結果トシテ總テ外國人ト同一ノ待遇ヲ受タル、外國人ノ享有セザル權利ハ享有シナクナル、尙ホ其者ガ戶主デアラバ家督相續開始ノ原因ト爲ル、此事ハ民法ノ第九百六十四條ノ第一號ニ「戶主ノ國籍喪失」ト規定シテアル、諸リ日本ノ家ノ戶主ハ外國人デアルコトヲ得マセヌカラ、ソレデ當然斯ウ云フ結果ヲ生ズル、例外トシテ普通ノ外國人ト違フ點ヲ申上ゲマスルト、先ヅ素ト日本人デアラバ容易ク國籍ヲ取得スル之ヲ名ケテ國籍ノ回復ト云ヒマス、此國籍回復ニ付テ國籍法第二十五條乃至第二十七條ニ規定ガアルニ「第二十五條、婚姻ニ因リテ日本ノ國籍ヲ失ヒタル者カ婚姻解消ノ後日本ニ住所ヲ有スルトキハ内務大臣ノ許可ヲ得テ日本ノ國籍ヲ回復スルコトヲ得、唯日本ニ住所ヲ持テ居ルト云フノ内務大臣ノ許可ヲ得テ國籍ノ回復ガ出來ル」(第二十六條、第二十條又ハ第二十一條ノ規定ニ依リテ日本ノ國籍ヲ失ヒタル者カ日本ニ住所ヲ有スルトキハ内務大臣ノ許可ヲ得テ日本ノ國籍ヲ回復スルコトヲ得但第十六條ニ掲ケタル者カ日本ノ國籍ヲ失ヒタル場合ハ此限ニ在ラス)、「第十六條ニ掲ケタル者」トハ彼歸化人等デアアル、是ハ普通ノ日本人ト異ナクタル權利能力ヲ持テ居ル者デアアル、ソレガ再ビ日本ノ國籍ヲ失フト云フト今度ハ新ニ歸化ノ方法ニ依テ日本人ト爲ルコトハ出來ルケレドモ回復ハ許サス、第二十七條、第十三條乃至第十五條ノ規定ハ前二條ノ場合ニ之ヲ準用ス、第十三條乃至第十五條ノ規定ハ普通ノ國籍取得ニ關スル規定デス、日本ノ國籍法ニ規定ガアル事トシテハ、

此外ニ尙ホ國籍喪失者ハ普通ノ外國人ト異ナルコトガ一ツアル、ソレハ何デアアルカト云フト外國人ノ有スルコトヲ得ザル權利(土地所有權ノ如キハ其最モ著シキモノデアアル)ニ付テ特別ノ規定ガアル、何等ノ規定モナケレバ斯ウ云フコトニナル、外國人ハ土地所有權ヲ持ツコトハ出來ス、故ニ日本人ガ日本ノ國籍ヲ失テ外國人ト爲レバ其日カラ土地所有權ヲ持ツコトハ出來ス、サウスレバ其土地ハ無主物トナテ民法ノ一般ノ規定ニ依テ國有ニナテ仕舞フ、第二十九條ノ第二項ニ「無主ノ不動產ハ國庫ノ所有ニ屬ス」トアル、ソレハ如何ニモ殘酷デアアル、國籍喪失ト云フコトハ法律ガ認メテ居ル、言ハバ法律ガ國籍ヲ失ハシムルノデアアル、國籍喪失ト云フコトハ法律ノ禁ズルコトデハ無論ナシ、法律ガ之ヲ嫌フテ居ルトモ云ヘナイ、場合ニ依テハ決シテ嫌フテ居ラナイ、然ルニモ拘ハラズ土地ノ所有權ヲ只テ取上グラレテ仕舞フコトハ如何ニモ殘酷デス、之ニ付テハ特別ノ規定ガアル、先ヅ其者ガ戶主デアル場合ニ付テハ民法第九百九十條第二項ノ規定ガアル、國籍喪失者カ日本人ニ非サレバ享有スルコトヲ得ザル權利ヲ有スル場合ニ於テ一年内ニ之ヲ日本人ニ讓渡ササルトキハ其權利ハ家督相續人ニ歸屬ス、戶主ガ日本ノ國籍ヲ失フト云フト前申シタ通り當然家督相續ノ開始ガアル、所ガ此場合ニハ國籍喪失者ハ外ノ財産ハ原則トシテ自分ノ物トスルコトガ出來ルケレドモ土地所有權ハ一年内ニソレヲ日本人ニ讓渡サナケレバ當然家督相續人ノ物トナテ仕舞フト云フコトニナテ居ル、一年ノ猶豫ガ與ヘテアル、是ガ特典デアアル、之ト同シヤウナル規定ガ家族ニ付テモアル、ソレハ明

治三十二年法律第九十四號ニ日本ノ國籍ヲ失ヒタル家族カ日本人ニ非ナレハ享有スルコトヲ得  
ナル權利ヲ有スル場合ニ於テ一年内ニ之ヲ日本人ニ讓渡ササルトキハ其權利ハ國庫ニ歸屬ス、  
此場合ニハ相續人ガ無イカラ一年ヲ過ギテモ仍ホ日本人ニ讓渡サナイ場合ニハ國有トナリテ仕  
舞フト云フコトニ爲ル

以上ニテ國籍法ノ御話ヲ了リマシタ、ソレト同時ニ何人ガ外國人デアルカト云フコトヲ說キ終  
リマシタカラ今度ハ外國人ニ關スル第二點、外國人ノ權利ノ御話ヲ致シマス

未開ノ世ニハ何レノ國ニ於テモ外國人ノ權利ト云フモノヲ認メナイ、外國人ハ殆ド禽獸同様デ  
アル、權利能力ヲ持タナイ、甚シキハ一切ノ人格ヲ認メナイ、極ク野蠻ナ時代ニハ外國人ヲ殺  
シテモ罪ハナイト云フ位ナモノデアッタ、所ガ段段世ノ中ガ開ケルニ從ツテ、原則ハ矢張り外  
國人ハ權利ガナイト云フノデアルケレドモ例外トシテ或權利ヲ認ムルト云フコトニナリタ、就中  
外國人ト交通ヲ爲ス必要ガ起リテ來ルモノデスカラドウシテモサウ云フコトニナラナケレバナ  
ラス、尙ホ進ンデ參ルト云フト今度ハ本則トシテハ外國人ノ權利ヲ總テ認メル、唯例外トシテ  
或種類ノ權利ハ認メナイト、斯ウ云フコトニナル、是ガ今日ノ各國ノ狀態デアアル、尙ホ今日ノ  
傾向ハドウデアアルカト云フト少クモ私權ニ付テハ内外人同等デアアル、外國人モ内國人ト同一ノ  
權利ヲ持ツト云フ主義ニ餘程傾イテ居ル

先ヅ第一羅馬ニ於テハドウデアッタカト云フト、初ハ何處ノ野蠻國ニ於ケルモ同ジヤウニマル

デ外國人ヲ禽獸ノ如ク視テ居ッタケレドモ、他ノ多數ノ國國ヲ併吞シテカラソレ等ノ國ノ人ガ  
皆這入リテ來ルコトニナリ、且自分ノ領分ニナリテ居ナイ國トモ多少ノ交際ヲ爲スコトニナリテ  
來テ段段外國人ニモ相當ノ權利能力ヲ認メルト云フ風ニ傾イテ參リタ、併シ純然タル外國人ニ  
ハ原則トシテハ權利ヲ認メナイコトニナリテ居ッタケレドモ羅馬ガ征服シタ國國ノ人トソレカ  
ラ元カラノ羅馬人トヲ區別シテ此間ニ殆ド今日デ云ヘバ内國人ト外國人トノ間ノ差ノ如キモノ  
ヲ認メテ居リタ、純粹ノ羅馬人ノミニ適スベキ法律トソレカラ他ノ準外國人即チ素ト他國デ  
アッタ所ノ國國ノ人ノ今羅馬ニ征服セラレタ者ニ適用スベキ法律トヲ二種ニ分ケタ、甲ヲ譯シ  
マスルト國民法ト申シマセウカ、ソレカラ乙ヲ萬國法トカ人種法トカ云フ宜カラウト思フ、  
例ヘバ親族法ノ大部分ハ國民法デアアル、又賣買トカ或ハ貸貸借トカ云フヤウナモノハ萬國法ニ  
屬スルト云フヤウナコトヲ申シマス

サテ日耳曼ハドウデアッタカト申シマス、是モ色色沿革ガアツテ初ハ矢張り外國人ヲ禽獸同様  
ニ取扱リテ居リタ、其内ニ段段開ケテ來テ外國人ニモ相當ノ權利ヲ認ムルヤウニナリテ來タガ、  
或ハ各自ノ國法ニ依リテ支配セラルルトイフ主義、即チ現ニ住シテ居ル處ノ法律ニ依ラズシテ  
素ト生マレタル處ノ法律ニ依リテ行クト云フコトニナリテ居リタ時代モアリ、ソレカラ後ニハ正反  
對ニシテ寧ロ法律ハ其土地ノ者ニ適用スルトイフ主義、即チ生レハ何處ノ者デアリテモ現ニ住  
シテ居ル處ノ法律ニ依ラナケレバナラヌト云フ風ニナリタ時代モアル、其沿革ノ詳細ハ略シマ



シテ要スルニ後ニハ日耳曼法モ羅馬法ノヤウナ譯デ、純然タル外國人ト同國人ノ中デ種族ノ異ナル者トヲ殆ド同一ニ取扱フコトニナツタ、丁度羅馬デ純粹ノ羅馬人トソレカラ羅馬ガ征服シタル外國ノ人トヲ分ケテ居、タヤウニ日耳曼法デハ甲ノ種族ニ於テハ甲ノ種族ダケノ者ヲ純粹ノ國人ト見テ同一ノ主權ニ服シテ居ル人民デモ他ノ種族ニ屬スル者ハ外國人同様ニ取扱フヲ居

サテ此羅馬法ト日耳曼法トハ歐米ノ今日ノ法律ノ父ト母見タヤウナモノデア、ソレガ段段混ジ、人種モ混ジタガ法律モ混ジテ今日ノ歐米ノ法律ヲ形造ツテ居ル、其沿革ノ詳細ハ之ヲ略シマスルガ一例トシテ佛蘭西ノ御話ヲシマセウ、蓋シ羅馬帝國滅亡ノ後最モ進歩シテ居ッタノガ佛蘭西デア、タラウト思フ、ソレデ佛蘭西ノ當時ノ制度ト云フモノガ比較的他ノ歐羅巴諸國ヨリモ概シテ進歩シテ居ッタ、ソレガ他ノ國ニモ擴リタモノガ随分多イ、ソレデ各國多少ノ異ナリハアリマスケレドモ、所謂一隅ヲ舉ゲテ三隅ヲ推サシムル譯デ、佛蘭西ニ於ケル民法以前ノ狀態ヲ極ク簡單ニ申上ゲマスルト、先ヅ封建制度ガ當時行ハレテ居ッタ、其封建制度ニ於テハ諸侯ガ數多アツテ、一國ノ中ニ又數多ノ小國ヲ形造ツテ居ッタヤウデア、タコトハ丁度我邦ノ維新前ノ如クデア、故ニ純然タル外國人ト或諸侯カラ見テ自己ノ領分以外ノ佛蘭西人ヲ概シテ同一ニ取扱フヲ居ッタ、サウシテソレ等ノ者ニハ種種ノ重イ稅ヲ課シタリ或ハ或條件ノ下ニ其財產ノ全部又ハ一部ヲ沒收シタリ或ハ外國人ヲ七隸トシタリシタノデア、ソレガ時代

ト其ニ柔イデ參テ十八世紀ニ至ツテハ財產ヲ沒收スルト云フヤウナコトハ段段無クナツテ來テ、多クハ條約ヲ結ビマシテ稅ハ矢張り課シマシタケレドモ一定ノ稅ヲ課スト云フダケデ財產ヲ直接ニ沒收スルト云フヤウナコトハ少クナツタ、尙ホ特別ノ事由ニ依ツテ優遇サレテ居ッタ外國人モアツタ、ソレハ商人トカ職工、學生トカデア、留學生ハ其頃カラ餘程優遇サレテ居ッタ、是ハ佛蘭西ノ御話デア、ソレト類似ノ事ガ歐羅巴各國ニ皆行ハレテ居ッタ、現行ノ外國法ノ御話ヲスルニ當ツテハ先ヅ公權ト私權トヲ分タナケレバナラス、第一ノ公權ノ方ハ是ハ今日ト雖モ外國人ハ享有シナイノガ本則、是ハ荷モ國ガ各獨立シテ居ル以上ハ實ニ已ムコトヲ得ナイ所デアラウト思フ、所謂「公權」ナルモノハ直接ニ國家ノ維持ニ必要ナルモノデア、甲ノ國ト乙ノ國ト常ニ利害ヲ同ジウスルト云フコトハ不幸ニシテ望ムコトハ出來ナク、動モスルト生存競争ノ結果デ戰爭モシナケレバナラス、シテ見レバ外國人即チ動モスルト利害ノ衝突ノアルベキ國ニ屬シテ居ル人、ソレガ國家ノ運命ニ直接ノ關係ノアル所ノ公權ヲ內國人同様ニ享有スルト云フコトハドウシテモ認ムル譯ニイカヌ、故ニ原則ハ何レノ國ニ於テモ外國人ハ公權ヲ享有セズト云フニアル、例ハバ國會或ハ地方議會ノ議員ノ選舉權、被選舉權ハ之ヲ有セヌ、又官吏、公吏ナドニハ外國人ハ爲レヌノガ本則デア、辯護士ニモ爲レナイノガ本則、英吉利デハ爲レル、併シ是ハ殆ド他ニ例ヲ見ヌ所デア、ソレカラ日本ニハ無イモノデア、アルガ歐米諸國ニハ今日仍ホ存シテ居ル陪審員、是ハ素人が裁判ニ立會フノデスガ、其陪審員

ニ爲ルト云フ權利モ大概ノ國デ外國人ニハ認メナイ、司法機關ニタツサハルノデスカラ矢張リ是モ公權、所ガ英國デハ十年以上英國ニ住スル者ニ限リテハ陪審員ニ爲レル、此等ハ多少國國デ異ナル所ガアリマスガ、要スルニ公權ハ外國人ハ享有シナイト云フノガ本則、例ヘバ軍隊ニ入ルコトモ公權デスカラ原則トシテ許シマセヌ

第二ノ私權、是ニ付テハ非常ニ主義ガ分レテ居ル、傾向ハ段段外國人ニ多クノ權利ヲ認メテ殆ド内國人同様ニ其權利ヲ認ムルト云フニアルケレドモ未ダ絕對ニサウナリテハ居ラス、ソコデ各國ノ取ル所ノ主義ガ大變遷フ、是ニ付テハ世界ノ國國ヲ四ツノ種類ニ分チマス、第一ノ種類ハ英米、第二ハ歐羅巴大陸、第三ハ舊西班牙領ノ亞米利加（先ヅ中央カラ南ノ方ノ國國ハ大抵皆サウデアル）、第四ニハ東方諸國

先ヅ第一ノ英米ノ事ヲ申上ゲマス、此種類ニ屬スルモノハ英吉利ト北米合衆國ダケデス、此二國ノ法律ハ他ノ歐米諸國ノ法律ト全ク系統ガ別デアル、ソレデスカラ殆ド總テノ法律ガ皆違フ、外國人ノ權利能力ニ付テモ矢張り特色ガアル、普通法即チ「コンモン、ロー」(是ハ素ト封建法ノ遺物ガ一般ノ法律トナリテ居ルノデアル、ソレデ實言フト非常ニ後レテ居ル)ニ依ルト外國人ハ土地及ビ家屋ノ所有權モ持テズ又其實借權モ持ツコトガ出來ナイト云フノデアル、詰リ不動産ノ權利ハ一切持テズト云フコトニナル、ソレカラ又相續權モ持タズ、即チ相續ヲ爲シ若クハ被相續人ト爲ルト云フ權利ハナイ、詰リ外國人ノ財産ト云フモノハ死スルト云フト沒收ナレ

テ仕舞フ、或ハ英人ガ死ンデ其財産ヲ外國人ガ相續スベキ場合デアルト其相續ヲ許サズシテ沒收シテ仕舞フ、此主義ハ主義カラ言フト十八世紀以前ノ主義デアル、併ナガラソレハ唯主義デ、英吉利ハ理論ヨリ實際ノ方ガ進ム方デスカラ實際ハソナニ後レテ居ル譯デハ決シテナイ、今日デハ動産、不動産ノ權利ヲ得タリ又ハ他人ノタメニ處分シタリスルコトニ付テハ本則ハ内外人同等ニ爲リテ居ル、就中千八百七十年カラサウ云フコトニナリテ居ル(船舶ダケニハ矢張り例外ガアル、是ハ最も多クノ國ニ於テ例外ガアル)、ソレカラ北米合衆國ハドウカト云フト、是ハ各州ノ法律ガ違フ、彼國ハ聯邦デ各州ガ各、獨立ノ法律ヲ持ツテ居ル、ソレデスカラ一般ニドウデアルトハ云ヘナイガ、併シ主義ハト云ヘバ英ノ普通法ガ行ハレテ居ル但其實際ニ就テ見ルト「コンモン、ロー」ヲ守リテ居ル州ト云フノハ僅ニ四ツシカナイ、アトハ皆「コンモン、ロー」ニ依リテ居ラナイ、或ハ無條件デ土地所有權ヲ外國人ニ認メル、ソレガ最も多數デ、十七州アル、或ハ一定ノ條件ヲ以テ之ヲ許ス、其條件ノ種類ガ色々アル、例ヘバ住居ト云フコトヲ條件トシテ居ルモノガ九州、合衆國民ト爲ルト云フ意思ヲ表示スルノガ條件ト爲リテ居ルモノガ六州、マダ合衆國民ニハナラヌケレドモ其意思ガアルト言ヘバ土地所有權ガ持テルノデアル、ソレカラ或大キサノ土地ニ限リテ持ツコトガ出來ルト云フノガ「ペンシルバニー」一州、斯様ナ譯デ英米モ唯今實際ハ餘程進ンデ居ルノデ實ハ恥シイコトデスケレドモ日本ナドヨリモ進ンデ居ル

第二歐洲大陸ノ有様ハドウカト云フト、是ハ三ツニ又細別スルコトガ出來ル、第一ハ條約相互主義、コレハ甲ノ國ト乙ノ國トノ間ノ條約ヲ以テ甲ノ國ノ人ヲバ乙ノ國デ取扱フ約束ノアル範圍ニ於テ甲ノ國ニ於テモ乙ノ國ノ人ヲ取扱フトイフ主義デアル、此主義ヲ日本デハ往往誤解シテ居ル人ガアルガ、此意味ハ、私權ノ中デ當然外國人ノ享有スルコトノ出來ルモノガ大體多クアル、ソレハ問題外デアル、少數ノ權利ダケニ付テ此條約相互主義ヲ取ツテ居ルノデアル、是ニ屬スルモノハ佛蘭西、白耳義、希臘、ルキア、ナドデアル、ソレカラ第二ノ種類ノモノハ法律相互主義、是ハ條約相互主義ト略ボ同ジデ甲ノ國ノ法律ニ於テ乙ノ國ノ者ニテ權利ヲ認ムルトキハ乙ノ國ニ於テモ甲ノ國ノ人ニソレダケノ權利ヲ認ムルト云フノデアル、第一ノ主義ト違フノハ條約ガナクテモ宜イ、其國ノ法律ガサウナツテ居レバ宜イト云フノデアルカラ第一ノ主義ヨリ進ンデ居ル、此種類ニ屬スルモノガ獨逸、埃地利、瑞西、瑞典、セルビヤ、モナコ、ナドデアル、ソレカラ第三ガ内外同等主義、是ハ相互主義ヲ取ラス點カラ見レバ餘程進ンデ居ルニ相違ナイケレドモ矢張り例外ハ認メル、ソレダカラ實際ノコトヲ云フト、第三ノ主義ハ他ノ主義トソレ程マデニ隔リノアルモノデナイ、内外同等主義ハ西班牙、葡萄牙、伊太利、和蘭、丁抹、露西亞、隨分野蠻ナ國デスケレドモ外國人ニ對シテ主義ハ最モ進ンダ主義ヲ取ツテ居ル、ソレカラ「ルイジアナ」尤モ適用ニ至ラテハ露西亞ハ大分制限ガアル、斯様ニ分ケテ見ルト歐羅巴大陸ノ主義ガ三ツニ分レルガ、其實際ノ適用ヲ見ルニ孰レモ畢竟スル所外國人

ニ認メナイ權利ハ定ニ少數デアル、殆ド何レノ國ニ於テモ土地所有權ナドハ矢張り外國人ニ認メル、ソレヲ認メナイ例ハ極ク少數デアル、殊ニ絕對ニ土地所有權ヲ認メナイ日本ノ如キハ最も少數デアル、露西亞ハ或地域ダケニ於テハ土地所有權ヲ外國人ニ認メマセスケレドモ原則ハ矢張り之ヲ外國人ニ認メル

ソレカラ今度ハ第三ノ部類ニ屬スル露西亞領ノ亞米利加(中央亞米利加、南亞米利加ナド)デアル、此等ノ國ハ矢張り本國ノ西班牙ト同等ノ主義ヲ取リマシテ内外同等主義ヲ取ツテ居ル、ソレハ「ブラジル」智利、墨士其、白露、「アルゼンチン」等デアル、此等ノ國ニ於テハ餘程進歩シタ主義ヲ取ツテ居リマシテ、例ヘバ白露ナドデハ外國人ト雖モ白露ニ住所ヲ持ツテ居ルナラバ町村ノ職員トモ爲レル、「アルゼンチン」モ町村會議員タルコトヲ許ス、ソレカラ終ニ東方諸國ノ御話ヲ致シマスガ歐羅巴ノ學者ガ東方諸國ト稱スルモノハ詰リ耶蘇歐國外デアル、ソレダカラ其中ニハ土耳其モ這入テ居ル(土耳其ハ半分歐羅巴デ半分亞細亞)、ソレ等ヲ「東ノ國」ト言フテ居ル、日本ナドノコトヲバ極東ト言フテ居ル、此等ノ國ニ於テハ(日本ハ今別デスケレドモ)法律ノ原則ト云フモノガマルデ違フ、ソレ故ニ彼ノ所謂治外國ニ參ツテ此等ノ國ノ法律ノ支配ヲ受ケルト云フコトハ出來スト云フ、ソレ故ニ彼ノ所謂治外國ニ參ツテ此等ノ國ノ法律ニ從ハズシテ本國ノ法律ニ從フ、サウシテ本國ノ領事ガ裁判ヲスルト云フコトニ

ナリテ居ル(細カイコトハ省キマスケレドモ)其制度ハ土耳其ガ一番始メテソレカラ段段支那、暹羅、緬甸、波斯、ソレカラ朝鮮ナドニ段段之ヲ及ボシテ來タ、日本モ一時此制度ニ從ハシメラレテ居リタガ、明治三十二年以來ハ此羈絆ヲ免レマシタ、今デハ日本ハ歐米諸國ト概シテ對等ノ地位ニ立ツタ(法律上ニ於テハ全ク對等デアルト言フテ宜シイ)即チ極ク一般ニ言ヘバ日本人ガ歐米諸國ニ行ツテ受ケルダケノ保護ヲ歐米人モ日本ニ於テ受ケル、其代リニ又日本人ガ向フノ法律ニ服從スルヤウニ、歐米人モ日本ニ來テ日本ノ法律ニ服從スルト云フコトニナリテ居ル、サウシテ所謂東方諸國、就中清國、韓國ニ對シテハ日本ガ所謂治外法權ヲ行フテ居ル、清國、韓國ニ在ル日本人ハ概シテ其土地ノ法律ノ適用ヲ免レテ日本ノ法律ニ服從シ日本ノ領事ノ裁判權ニ服從シテ居ル、故ニ日本ハ所謂東方諸國ノ中カラハ今日ハ脫シテ寧ロ分類ヲスルト歐洲諸國ト同一ノ主義ヲ取ツテ居ル國ニ屬スルノデアル

以上ニテ外國ニ於ケル外國人ノ權利能力ニ關スル極ク大略ノ御話ヲ致シマシタ

是ヨリ外國人ノ權利ニ關シテ我邦ノ規定ノ御話ヲ致シマス、即チ外國人ノ權利ニ關スル第五段ニナル

我邦ニ於テハ古ハ殆ド外國ト交通ヲ致シマセデシタカラ從テ外國人ガ我邦ニ於テ如何ナル權利ヲ有スルカト云フコトニ付テハ慣習モ定マテ居ラナカッタ、維新前ヨリ段段外國ト交際モ始マリマシタガ、併シ維新前後ノ條約ニ依リマスト云フト第一ニハ外國人ハ居留地以外ニ於テハ殆ド住居モ出來スト云フ有様デ從テ内外人ノ交涉事件ト云フモノガ減多ニ起ラヌ、ソレカラ次ニハ居留地ニ於テハ所謂「治外法權」即チ領事裁判權ノ結果ト致シマシテ我邦ノ法律ハ殆ド行ハレナイ、又國際法ノ一般ノ原則モ適用セラレスト云フ有様デアリマシタカラ當時ニアツテハ外國人ガ我邦ニ於テ如何ナル權利ヲ有スルカト云フコトハ殆ド問題トナラナカッタノデアル、ケレドモ今日ハ既ニ其條約ハ改正セラレマシテ兎ニ角對等條約ガ存シテ居ルノデス、從テ我邦ニ於ケル外國人ノ權利如何ト云フ問題ガ歐米諸國ト同ジヤウニ起ルノデアル、之ニ關シテハ一般ノ通則トソレカラ條約ニ依ル所ト違フテ居ル先ヅ一般ノ通則ヲ申上ゲマス

是ニ付テ公權ト私權トヲ分タナケレバナラヌ

第一 公權

公權ハ原則トシテ外國人ハ之ヲ享有シナイ、此事ハ各國ニ於テ皆認メラレテ居ル所デアル、即チ外國人ハ我邦ニ於テ原則トシテ官吏ト爲ルコトハ出來ナイ、尤モ韓國ノ裁判所及ビ監獄ノ官吏ニハ韓國人ヲ用フルコトヲ得ルコトニナツテ居ル(四十二年統監府告示六六號同年七月十二日覺書ニ)又名譽領事ト云フモノガアツテソレハ外國人ガ勤メテ居ル、ケレドモ是ハ純然タル官吏デハナイ、殆ド官立ノ學校ニ教師トシテ外國人ヲ雇フテ居ルト同ジヤウナ譯デアル、ソレカラ公吏ト爲ルコトハ出來ナイ、併シ此等ニ付テハ明文ノナイモノガ多イノデスガ、明文ハナクマテモサウデアアル、尙ホ明文ノアルモノヲ申上ゲマスト第一ニハ衆議院議員ノ選舉權及ビ

被選舉權ト云フモノハ外國人ニハ認メナイト云フ明文ガアル、即チ衆議院議員選舉法ノ第八條第一號ニ依レバ選舉人ハ帝國臣民ニ限ルト云フコトニナツテ居ル、左ノ要件ヲ具備スル者ハ選舉權ヲ有ス、一、帝國臣民タル男子云云、ト書イテアル、ソレカラ同ジク第十條ニ依レバ被選舉人モ同様デアアル、帝國臣民タル男子ニシテ云云、トアル、次ニハ市町村會議ノ選舉權、被選舉權モ矢張り外國人ハ有セヌト云フ明文ガアル、即チ市制ノ第七條及ビ町村制ノ第七條ニ依レバ公民ハ必ズ帝國臣民ニ限ルト爲テ居ル、而シテ市制又ハ町村制ノ第八條ニ依レバ市町村會議員選舉人及ビ被選舉人ハ公民ニ限ルト爲テ居ル、ソレ故ニ詰リ是ハ帝國臣民ニ限ツテ居ル(市參事會員、町村長、助役ト同様デアアル、市制五四、町村制五三)、第三ニハ府縣會、郡會ノ議員選舉權及ビ被選舉權モ外國人ニハ認メナイ、府縣制及ビ郡制ノ第六條ニ公民ニ限ツテ選舉人及ビ被選舉人タルコトヲ得ルトアル、公民ガ帝國臣民ニ限ル以上ハ詰リ是ハ日本人ニ限ル、第四ニハ商業會議所ノ議員ノ選舉權、被選舉權モ同様デアアル、即チ明治三十五年法律第三十一號商業會議所法第九條第一項ニ依レバ帝國臣民又ハ帝國ノ法律ニ依リ設立シタル法人ノミガ商業會議所議員ノ選舉權ヲ有スルトナツテ居ル、尙ホ法人ニ付テハ合名會社ハ社員ノ半数以上、合資會社及ビ株式合資會社ハ無限責任社員ノ半数以上、株式會社ハ取締役ノ半数以上帝國臣民デナケレバナラヌト云フコトニナツテ居ル、又同一ノ法律第十二條ニ依レバ商業會議所議員ノ被選舉權ハ選舉權ヲ有スル者ニ限ルトナツテ居ル、尙ホ法人ニ付テハ合名會社ハ社員ノ全員、合資

會社尙ニ株式合資會社ハ無限責任社員ノ全員、株式會社ハ取締役ノ全員ガ帝國臣民デナケレバナラヌト云フコトニナツテ居ル、ソレカラ同ジク第十五條第四項ニ依レバ商業會議所ノ特別議員ハ矢張り帝國臣民デナケレバナラヌトアル、第五ニ辯護士ハ矢張り日本人ニ限ル、ソレハ明治二十六年法律第七號辯護士法第二條第一號ニ日本臣民デナケレバナラヌト云フコトガアル、第六ニハ公證人、是ハ明治四十一年法律第五十三號公證人法第十二條第一項第一號ニ「帝國臣民ニシテ云々」トアル、第七ニハ外國人ハ軍隊ニ入ルコトガ出來ヌ、即チ明治二十三年法律第一號徵兵令ノ第一條ニ矢張り日本帝國臣民ニ限ツテ徵兵令ノ適用ヲ受ケルトナツテ居ル、此等ニ依ツテ觀ルト公權ハ概シテ外國人ガ之ヲ有セヌト云フコトガ分ル

第二 私權

之ヲ自主權ト私法權トニ分ツテ論ジマス

第一 自主權

其原則ハ外國人モ之ヲ享有スルト云フノデアアル、第一、身體ノ自由、是ハ外國人ト雖モ享有スルト云フコトニナツテ居ル、其結果トシテ我邦デハ決シテ奴隸ト云フモノハ認メヌ、現ニ維新ノ始ニ於テ白露ノ奴隸ガ横濱ニ來タトキニソレヲ日本デハ矢張り自由ノ民ト認メテ取扱フタコトガアル、外交上ノ問題トナツタケレドモ詰リ日本ガ勝ニナツタ、サウ云フコトガアル位デ、我邦デハ外國人ト雖モ身體ノ自由ヲ認メル、唯併ナガラ全ク日本人ト同一デナイ、即チ犯罪人

引渡ニ關シテハ外國ニ於テ犯罪ヲ行フタ者ガ其國ノ政府カラ引渡ヲ請求セラレタ場合ニ原則トシテハ外國人ニ限リテ其引渡ヲ爲ス、亞米利加人ガ本國デ罪ヲ犯シテ日本ニ來タト云フ場合ナラバ或條件ノ下ニ引渡シマスケレドモ日本人ガ亞米利加デ犯罪ヲ行フタ場合ニハ原則トシテハ渡サス、此事ハ明治二十年勅令第四十二號逃亡犯罪人引渡條例第一條第三項ニ「帝國臣民外人」ト云フコトガ書イテアル(尙ホ日米犯罪人引渡條約七ニモ明文ガアル)、即チ帝國臣民ハ引渡サスト云フコトニ原則ハナラテ居ル、唯例外ガアル、其例外ノ第一ハ「帝國ト請求國トノ犯罪人引渡條約ニ交互其臣民ノ引渡ヲ爲スヘキ條款アルトキ」、詰リ條約デ以テ交互ニ自國ノ臣民ヲ引渡スト云フ約束ノアルトキ、例外ノ第二ハ「犯罪人引渡條約ニ交互ノ任意ヲ以テ其臣民ノ引渡請求ニ應セルコトアルヘキ旨ノ條款アリ且請求國ニ於テ同様ノ場合ニハ自國ノ臣民ヲ引渡スヘキ旨ヲ申出タルトキ」、是ハ條約デ明カニ臣民ヲ引渡スト云フ約束ハシテナイケレドモ、若シ一方デ自國ノ臣民ヲ引渡スベキ旨ヲ申出デテ日本ニ於テモ日本ノ臣民ヲ引渡シテ與レト云フ請求ヲシタナラバ其時ニ限テハ引渡スト云フ此二ツノ例外ヲ除イテハ日本人ハ外國ニ引渡サス外國人ナラ引渡スト云フカラ此點ガ身體ノ自由ニ關シテ内外人異ナル所デアル、第二ニハ宗教ノ自由、此點ハ今日絕對ニ認メラレテ居ル、耶穌教ノ總テノ宗派モ皆認メラレテ居ル、第三ニハ言論ノ自由、是ハ一般ニ認メラレテ居ル、例ヘバ出版ノ自由ニ付テ明治二十六年法律第十五號出版法ニ依レバ内外人全ク區別ナシニ保護セラレテ居ル、又新聞紙ト云フモノハ矢張り内外

人全ク區別ナシニ之ヲ發行シ其他之ニ從事スルコトガ出來ル、唯「帝國領土内ニ居住スル者」ト云フコトガアリマスケレドモ併シ外國人デモ帝國内ニ居住シテ居レバ宜イ、ソレハ明治四十二年法律第四十一號新聞紙法第二條——尤モ前ニハ外國人ハイカストナラテ居ッタガ、明治三十二年法律第五號以來外國人モ從事スルコトガ出來ルコトニナラッタ、此等ノ點ニ付テハ詰リ内外人同等デアルガ、他ニ多少ノ外國人ニ關スル制限ガアル、即チ集會、結社ニ關シテハ明治三十三年法律第三十六號治安警察法ノ第六條ニ依リマスケルト「日本臣民ニ非サル者ハ政事上ノ結社ニ加入シ又ハ公衆ヲ會同スル政談集會ノ發起人タルコトヲ得ス」トアル、是ハ畢竟政權ト關聯シタル問題デアルカラソレデ制限ガアル、第四ハ請願ノ自由、外國人ト雖モ日本人同様ニ請願ガ出來ル、第五、教授ノ自由、外國人モ日本人同様教師トナラテ學術ヲ教フルコトガ出來ル、第六營業ノ自由、一言ニ言ヘバ營業ハ自由デアル

第二ニハ私法權

原則ハ矢張り内外人同等デアル、民法第二條ニ之ヲ規定シテ居ル

第二條 外國人ハ法令又ハ條約ニ禁止アル場合ヲ除ク外私權ヲ享有ス

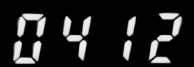
之ニ對シテハ一時非常ニ反對ガアッタ、所謂國粹保存論者ハ頗リト反對ヲシタケレドモソレハ餘程誤ッタ考ヲ持テ居ッタト私ハ思フ、外國人ヲ酷ニ取扱フト云フ考ハ攘夷的思想カラ出テ來ルコトデ半開ノ國ニ於テ行ハルルコトデアラテ我邦モ今日ハ文明國ノ仲間入ヲシタ以上ハ此ノ

如キ思想ガアルベキ管ハナイ、然ルニ相當ノ文明的教育ヲ受ケタ人マデガ之ニ反對ヲシタノハ外國ノ法律ナドヲ誤解シテ居ッタ結果デアラウト思フ、例ヘバ其頃ノ反對論者ノ説ノ中ニハ佛蘭西デサヘモ條約相互主義ヲ採テ居ルノニ日本ニ於テ内外人同等ノ主義ヲ採ルト云フコトハ餘リ行過ヤタコトデアルト云フヤウニ言ッタ者ガアル、此等ハ全ク佛蘭西法ヲ誤解シテ居ル者デ、前ニ申上ゲタ通り佛蘭西デハ大多數ノ事項ニ付テハ内外人同等デアルガ、唯或少數ノ權利ニ付テ所謂條約相互ノ主義ヲ採テ居ルノデアル、其適用カラ申スト日本ハ内外同等主義ヲ取テ居ルトハ云ヒナガラ例ヘバ土地所有權ハ外國人ニ認メスト云フヤウナコトハ佛蘭西ヨリモ後レテ居ル、其位デアアルノダカラ決シテ民法第二條ガ歐米ノ多數ノ國ニ較ベテ行過ヤテ居ルナドトハ言ハレヌノデアアル、幸ニ近來ハ漸ク世人モ此邊ノ事ヲ覺テ來テ餘リ民法第二條ニ反對ヲセヌヤウデス、兎ニ角我民法ハ原則ハ内外人同等ノ主義ヲ採テ居リマス、併ナガラ是ニハ例外ガ許多アル、而シテ其例外ハ法律ヲ以テ定ムルコトハ勿論、命令ヲ以テ之ヲ定メテモ宜シイ、成程日本人ノ權利ニ付テハ概シテ私權ハ憲法ノ保障ガアツテ法律ヲ以テスルニ非ザレバ之ヲ制限スルコトハ出來ヌヤウニナラテ居ルケレドモ外國人ハ我憲法ノ保障ヲ受ケヌカラ從テ命令デモ外國人ノ權利ヲ制限スルコトガ出來ル、尙ホ條約ヲ以テ之ヲ制限スルコトハ固ヨリ出來ルノデアツテ時トシテハ或外國ノ人ニ限ツテ特別ノ理由ニ依ツテ或種類ノ私權ヲ認メナイト云フヤウナコトヲ條約デ定ムルコトガアルデアラウト思フ、詰リ相互的ノ關係カラサウ云フコトニナ

ルコトガアルデアラウト思フ、ソコデ「茲ニ法令又ハ條約ニ禁止アル場合ヲ除ク外」ト云フ文字ガアル

是ヨリ一般ノ法律ヲ以テ外國人ニ認メナイ權利ノ概略ヲ申上ゲヤウト思フ

第一ハ明治六年第百三號布告、是ハ明治三十一年法律第二十一號ヲ以テ改正シタモノデアアル、是ニ依ルト云フト外國人ガ日本人ノ養子又ハハス夫ト爲ルニハ内務大臣ノ許可ヲ受ケナケレバナラス、是ガ日本人ニハ無イ所ノ制限デアツテ詰リ外國人ニ關スル特別デアアル、ソレカラ第二ニ外國人ハ戸主又ハ家族ト爲ルコトハ出來ナイ、例ヘハ民法第九百七十條第一項ニ依レバ法定ノ推定家督相續人ハ家族ニ限ルトナツテ居ル、從テ外國人ハ法定ノ推定家督相續人トハ爲レヌノデアアル、此家族ト云フモノハ戸主ト家ヲ同ジウスルモノデアアルガ、家ヲ同ジウシテ居ツテ而モ子デアツテモ外國人ナラバ法定ノ推定家督相續人ト爲ルコトハ出來ヌ、尙ホ他ノ家督相續人、國籍ヲ異ニスルト云フコトハ有リ得ナイ、ソレ故ニ假令實子デアツテモ而モソレガ例ヘバ獨リ例ヘバ指定家督相續人トカ、選定家督相續人デアツテモ本人ガ歸化其他ノ方法ニ依ツテ日本人トナラナケレバ到底家督相續ハ出來ヌ、是ハ家ノ關係ヨリ生ズル間接ノ結果デアアルカラ或ハ茲ニ掲グル必要ハナイカモ知レヌ、第三ニハ明治六年第十八號布告地所賣入書入規則第十一條ニ依レバ外國人ハ土地ノ所有權、質權、抵當權ヲ有スルコトハ出來ヌ、尤モ是ハ後ニ一言致シマスケレドモ所謂條約ハ條約ニ依ツテ抵當權ダケハ有スルコトガ出來ルヤウニナツテ居ルケレ



ドモ所有權ハ得ラレヌ、第四ニハ民事訴訟法第八十八條ニ依レバ外國人ハ訴訟ヲ提起スルニ付テ所謂訴訟上ノ擔保ヲ供セナケレバナラス、民事訴訟法ニハ保證トアリマスケレドモ要スルニ金ヲ供託スルトカ有價證券、供託スルト云フノデアル、原告又ハ原告ノ從參加人タル外國人ハ被告ニ對シ其求ニ因リ訴訟費用ニ付キ保證ヲ立ツ可シ、唯併シ例外トシテ法律相互ノ場合ニ於テハ此擔保ヲ供サナクテモ宜シイ、或外國ニ於テ日本人モ訴訟ヲ起スニ付テ擔保ヲ供サナクテモ宜シイト云フコトデアラバ其國ノ人ガ日本ニ於テ訴訟ヲ起ストキニモ矢張り擔保ヲ供サナクテモ宜イト云フコトニナツテ居ル、第五ニハ民事訴訟法第九十二條ニ依レバ外國人ハ原則トシテ訴訟上ノ救助ヲ受クルコトガ出來ナイ、貧乏デア。テモ訴訟費用ヲバ國庫カラ立替ヘテ賈フト云フコトハ出來ヌ、併シ是モ矢張り法律相互ノ例外ガアル、外國人ハ國際條約又ハ其屬スル國ノ法律ニ依リ本邦人カ同一ノ場合ニ於テ訴訟上ノ救助ヲ求ムルコトヲ得ルトキニ限り之ヲ求ムルコトヲ得、第六ハ明治三十二年法律第四十六號船如法第一條ニ依レバ外國人ハ日本船舶ヲ所有スルコトハ出來ナイ、日本ノ國旗ヲ掲グル船舶ヲ所有スルコトガ出來ナイ、尤モソレニ付テハ詳シイ規定ガアル、法人ニ付テハ先ニ商業會議所ニ付テ申シタヤウナ細カイ規定ガアル、左ノ船舶ヲ以テ日本船舶トス、一、日本ノ官廳又ハ公署ノ所有ニ屬スル船舶、二、日本臣民ノ所有ニ屬スル船舶、三、日本ニ本店ヲ有スル商事會社ニシテ合名會社ニ在リテハ社員ノ全員、合資會社及ヒ株式合資會社ニ在リテハ無限責任社員ノ全員、株式會社ニ在リテハ取締役ノ

全員カ日本臣民ナルモノノ所有ニ屬スル船舶、四、日本ニ主タル事務所ヲ有スル法人ニシテ其代表者ノ全員カ日本臣民ナルモノノ所有ニ屬スル船舶、第七、明治四十二年法律第十五號遠洋航路補助法第一條ニ依レバ外國人ハ航路補助金ヲ受クル權利ガナイ、即チソレニハ「帝國臣民又ハ帝國臣民ノミヲ社員若ハ株主トスル商事會社ニシテ云云」トアツテ詰リ日本人デナクテハイカスト云フコトニナツテ居ル、尙ホ同ジ法律第十二條ニ依レバ補助航海ニ使用スル船舶ヲ外國人ノ爲メニ處分スルコトヲ禁ジテアル、詰リ裏面カラ言ヘバ外國人ハ補助航海ニ使用スル船舶ヲ讓受クルコトガ出來ナイ、第八ニハ明治二十九年法律第十六號造船獎勵法第一條ニ同様に規定ガアル、帝國臣民又ハ帝國臣民ノミヲ社員若ハ株主トスル商事會社ニシテ云云」トアル、第九ニハ明治三十八年法律第四十號遠洋漁業獎勵法ノ第二條ニ矢張り同様ノ規定ガアル、帝國臣民又ハ帝國臣民ノミヲ社員又ハ株主トシテ帝國法律ニ從ヒ設立シタル法人ニ限ル、トアル、第十二ハ明治二十九年法律第七十號移民保護法第七條ノ一ニ依レバ外國人ハ移民取扱入タルコトガ出來ナイ、即チ「帝國臣民又ハ帝國臣民ノミヲ社員若ハ株主トスル商事會社ニシテ帝國ニ於テ主タル營業所ヲ有スルモノ」デナケレバナラスト云フコトガアル、第十一ニハ明治二十六年法律第五號取引所法第十一條 尤モ明治三十二年法律第五十八號ヲ以テ改正セラレテ居ル、是ニ依レバ外國人ハ取引所ノ會員又ハ仲買人タルコトガ出來ナイ、何トナレバ同條ニ帝國臣民ト限ツテアル、第十二、外國人ハ鑛業ヲ營ムコトガ出來ヌ、ソレハ明治三十八年法律第四



十五號鑛業法ノ第五條ニハ「帝國臣民又ハ帝國法律ニ從ヒ成立シタル法人」トアル、デアルカ  
ラ外國人ハイカス、尙ホ明治四十二年法律第十三號鑛業法第二十三條ニ鑛業法第五條ヲ準用シ  
テ居ル、第十三、外國人ハ日本銀行、橫濱正金銀行ノ株主ト爲ルコトガ出來ナイ、ソレハ明治  
十五年第三十二號布告日本銀行條例第五條ニ「日本銀行ノ株主ハ……日本ハノ外買賣讓與ス  
ルヲ許サス」トアル、又明治二十年勅令第二十九號橫濱正金銀行條例第五條ニ「橫濱正金銀行  
ノ株式ハ日本人ノ外買賣讓與スルコトヲ許サス」トアル

以上ガ先ヅ例外トシテ外國人ガ日本人ノ有スル權利ヲ有セザル場合デアアル、尙ホ此外ニ法例ノ  
規定ニ依リテ外國人ガ本國法ニ依ルベキ場合ニ於テハ詰リ日本法律ノ保護ヲ受ケマセスカラ此  
點ニ於テハ矢張り内外人取扱ヲ同ジウシナイト云フコトガ出來ル

此外ニ多少疑ノアル場合ガアルケレドモソレハ總テ内外人同等主義ヲ取ツテ居ルノデアアル、其  
疑アル場合又列擧シテ見レバ第一、證人トナル權利ハ外國人ニモ之ヲ認メテ居ル、ソレハ民事  
訴訟法第二百八十九條以下、刑事訴訟法第二百二十三條以下ニ於テ内外人ノ區別ヲ一切シナイ、  
ダカラ外國人ト雖モ證人ニ爲レル、ソレカラ民法ニ於テモ遺言ノ證人ニ關シテ第七十四條ニ  
證人ニ爲レナイ者カ列擧シテアルケレドモ其中ニ外國人ハ無イカラ詰リ外國人デモ遺言ノ證人  
ト爲レル、第二ニ外國人ト雖モ後見人、後見監督人、保佐人、親族會員ナドト爲ルコトガ出來  
ル、ソレハ民法ノ第九百八條、第九百九條第一項、第九百十六條、第九百四十六條第三項ナドニ外

國人ハ此等ノモノト爲レスト云フコトハ一切規定シテナイカラ外國人デモ爲レル、第三ニハ訴  
訟上ニ於テ訴訟ハ被告ノ住所ニ於テ起スト云フノガ原則ニナツテ居ル、即チ原告ハ被告ノ裁判  
所ヲ追フルト云フコトデアアル、是ハ羅馬法以來今日各國ニ於テ皆採用セラレテ居ル原則デアアル  
ガ、此原則ハ内國人モ外國人モ同様デアアル、外國人ト雖モ矢張り原則トシテ其住所ニ於テ訴ヘ  
ラルルノデアアル、唯民事訴訟法第十三條ニ依レバ内國ニ住所ヲ有セザル者ハ現在地ニ裁判所ニ  
訴ヘルコトガ出來ルトアル、是ハ矢張り内外人皆適用ノアル規定デアアル、併シ實際ハ外國人ニ  
除計適用ガアル規定デアアル、内國ニ住所ヲ有セザル者ノ普通裁判籍ハ本人ノ現在地ニ依リテ定  
マル、第四、著作權ニ關シテ矢張り内外人同等ニナツテ居ル、明治三十二年法律第三十九號著  
作權法ノ第二十八條ニ内外人同等ニ著作權ノ保護ヲ受クルト云フコトニナツテ居ル、但原則ト  
シテハ帝國ニ於テ始メテ其著作物ヲ發行シタル者ニ限ルコトニナツテ居ル、尤モ此外ニ條約デ  
外國ニ於テ發行スル著作物ヲ保護スルコトガアルトナツテ居ルガ、原則ハサウデアアル、第五、  
特許、意匠、商標、實用新案ニ關シテモ亦同様デアアル、明治四十二年法律第二十三號特許法  
第二十七條、同年ノ法律第二十四號意匠法ノ第二十三條、同年法律第二十五號商標法ノ第二十  
二條、同年法律第二十六號實用新案法第二十一條ニ依レバ大體内外人同等ニナツテ居ルケレド  
モ、唯日本ニ住所又ハ營業所ヲ有セザル外國人ハ原則トシテ此等ノ法律ノ保護ヲ受ケナイコト  
ニナツテ居ル、故ニ此點ハ聊カ違フケレドモ一般ニ言ヘバ内外人同等デアアル、第六、鐵道ノ事、

鐵道ニ付テモ内外人等デアル、即チ明治三十三年法律第六十五號鐵道營業法及ビ同年法律第六十四號私設鐵道法ニ總テ内外人ノ區別ガナイ、外國人デモ鐵道ニ關シテハ全ク日本人同様ノ權利ヲ持ツ、第七、公債ニ關シテモ矢張り内外人同等デアル、是ハ昔ハサウデナカタ、昔ハ外國人ハ公債ガ持テヌト云フコトニナツテ居リタケレドモ今日デハ最早サウ云フコトハナイ、即チ明治八年第九十五號布告新舊公債證書發行條例第六條第一項ニ公債ヲ外國人ノ爲メニ處分スルコトヲ禁ズルト云フ規定ガアツタケレドモ、ソレハ明治二十一年勅令第七十三號ヲ以テ削除シテ仕舞ツタ、サウ云フ譯デ其他ノ公債證書ニ付テモ皆内外人ヲ區別セヌコトニナツテ居ル、明治九年第八號布告金融公債證書發行條例第七條、明治二十二年勅令第六號鐵道費補充公債條例ノ第二條、明治十九年勅令第四十七號海軍公債證書條例第九條、明治十九年勅令第六十六號整理公債條例、明治二十七年勅令第四百十四號軍事情債條例ノ第五條、明治二十九年法律第五十九號事業公債條例ノ第三條、明治三十二年法律第七十五號臺灣事業公債法第七條等ハ全ク内外人ヲ分クヌ、外國人ト雖モ此等ノ公債ヲ有スルコトガ出來ルト云フ精神デ居ルコトハ全ク疑ナイ所デアアル、沿革ヲ申スト始メ許サズシテ後ニ許シタト云フコトニ付テ例ヘバ金札引換公債證書ナドト云フモノガ出マシタ、ソレニ付テ外國人ニモ公債ヲ持タスト云フコトニナツタノデアリマスケレドモ今日デハ最早昔話デアアルカラ申ス必要モナカラウト思フ、尙ホソレ所デハナイ、明治三十二年法律第一百號ヲ以テ國債ヲ外國ニ於テ募集スル場合ニ關スル規定ヲ特ニ

定メテ居ル位デスカラ日本ニ於テ外國人ガ公債ヲ持ツコトガ出來ルト云フバカリデナク進ンデ外國人ニ對シ外國ニ國債ヲ募集スルト云フコトニナツテ居ル、又今日現ニ英國其他ニ於テ募集シタル日本ノ公債ト云フモノガ澤山アル、ソレガ即チ此法律ニ依ツタノデアアル、尙ホ同シ年ノ大藏省令第二十二號ヲ以テ英國倫敦ニ於テ募集スル公債ニ關スル手續、方法ト云フモノガ定メテアル、其位デアツテ今日デハ外國人ト雖モ公債ヲ有スルコトハ全ク自由デアアル、又大藏省證券ニ付テハ明文ガアル、其明文ハ明治十七年第二十四號布告大藏省證券條例ノ第五條ニ明カニ「大藏省證券ハ何人ニテモ授受、賣買スルヲ得」トナツテ居ル、ソレ故ニ是ハ外國人ト雖モ有スルコトガ出來ル

以上ニテ我邦ニ於ケル外國人ノ權利ノ概略ヲ述ベマシタ、但是ハ外國人一般ニ關スル規定デア

ル、此外ニ條約ニ依ツテ一般ノ原則以外ニ權利ヲ有スル者ガアル、ソレハ就中歐米諸國ノ人デア

アル

是ヨリ一言歐米諸國ト縮結シタル條約ニ於テ外國人ガ如何ナル私權ヲ保障セラレテ居ルカト云フコトヲ御話致シマス

條約ハ各國別別ニ締結スルモノデアリマスカラ皆全ク同一デアルトハ申サレヌノデス、各、多少違フテ居ルノデス、併ナガラ所謂最惠國條款ノ結果デ歐米ノ大多數ノ國ノ間ニ於テハ共通ノ關係ヲ持ツテ居リマスカラ、詰リ最モ詳シク規定シテアル所ノ條約、或ハ外國人ニ最モ利益ナ

ル條約ガ殆ド歐米諸國ニ皆行ハレルト云フコトニナル、其點カラ申シマスルト概シテ地地利ノ  
 ガ一番完備シテ居ル、是ガ大國ノ中デハ露西亞ノ分ヲ除イテハ最モ新シイノデアアル、ソレ故ニ  
 其前ニ締結ニナラタ條約ノ中デ缺點ノアルモノハ補フテ詳シク之ヲ規定シテ居ル、殊ニ其前ニ  
 締結ニナラタ條約ノ中デハ獨逸トノ條約最モ完備シテ居ル、而シテ獨逸  
 ノニ詳シイ事柄ガ佛蘭西ノニ粗デアラフ佛蘭西ノニ詳シイモノガ獨逸ノニ亦缺ケテ居ルト云フ  
 コトガアッタ、地地利トノ條約ハ其二ツノモノヲ參考シテアリマスカラ概シテ完備シテ居ルト  
 云フテ宜シイ、先ヅ始メニ兩締盟國ノ一方ノ臣民ガ他ノ一方ノ版圖内ニ於テ如何ナル私權ヲ享  
 有スルカト云フコトニ付テ稍、概括の規定ヲ置イテアル、是ハ何レノ條約モ略ボ同ジデス、其  
 處ニ書イテアル所ニ依レバ何レノ所ニ到リ、旅行シ或ハ居住スルコトモ總テ隨意デアルト云フ  
 コトニナラテ居ル、ソレカラ尙ホ其身體及ビ財產ニ對シテハ完全ナル保護ヲ受ケルト云フコト  
 ガ明言シテアル、故ニ先ヅ此等ノ點ニ付テハ締盟國ノ人民ハ日本ニ於テ内國人ト同様ナル權利  
 能力ヲ有スルト云フノガ本則、尙ホ訴訟ニ付テ内國人ト異ナラナイト云フ明文ガアリマスカラ  
 彼ノ訴訟ニ關スル保證——外國人ガ原告トナラテ訴訟ヲ爲ス場合ニ保證ヲ立テナケレバナラヌ  
 ト云フコトガアル、ソレカラ彼ノ訴訟上ノ救助——貧困ニシテ訴訟費用ヲ負擔スルコトノ出來  
 ス者ハ救助ヲ受ケル、ソレモ外國人ニハ許サヌノガ本則デスケレドモ締盟國ノ人民ハ日本人同  
 様保護ヲ受ケル、其他隨分條約ニハ重複ニ書イテアルコトガ許多アルカラ自然私ノ申スコトモ

重複ニ涉ル嫌ガアルケレドモ成ルベク原文ノ意ヲ害ハヌヤウニ、併ナガラ簡略ニ申上ゲマス、  
 中ニ斯ウ云フコトガ書イテアル、居住權、旅行權及ビ各種動産ノ所有權及ビ適法ニ獲得シ又ハ  
 相續、遺贈或ハ其他ノ方法ニ依ラテ移轉シ得ル所ノ各財產ヲ如何ニ處分スルカニ關シ内國人同  
 様デアルト云フコトニナラテ居ル、尙ホ此等ノ事項ニ關スル租稅モ總テ内國人同様ト云フコト  
 ガアル、ソレカラ宗教ノ自由ヲ認メルト云フコトガアリ、ソレカラ一切日本人ヨリハ多クノ租稅  
 ヲ納メシメスト云フヤウナコトガアル、是ガ第一條ニアリマス、獨逸ノモ地地利ノモ皆第一條  
 ——ソレカラ外國人ハ兵役ノ義務ナク又之ニ代ハルベキ租稅モ拂ハナクテモ宜イト云フコトニ  
 ナラテ居ル、又國ニ依ラテ兵役稅ヲ課スルト云フコトガアル、サウ云フコトガナイト云フコト  
 ヲ互ニ約束シテ居ル、現ニ私ガ佛蘭西ニ留學シテ居ルトキニ佛蘭西ニ於テ兵役稅ヲ外國人ニ課  
 スルト云フ案ガ出來タコトガアルガ、サウ云フコトハ日本人ニ對シテハ出來ヌコトニナル、日  
 本デモ同様ノコトハナイト云フコトヲ約束シテ居ル、ソレカラ通商、航海ノ自由ニ關シテ  
 詳シク規定ガ出來テ居ル、ソレハ「兩締盟國ノ一方ノ臣民ハ他ノ一方ノ版圖内何レノ所ニ於テ  
 モ總テ正業ニ屬スル各種ノ生産物、製造品及貨物ノ卸賣若ハ小賣營業ニ従事スルコトヲ得ヘシ  
 右營業ニ従事スルニ於テ自身ニ之ヲ爲シ或ハ代理人ヲ以テシ又ハ一人ニテ之ヲ爲シ或ハ外國人  
 若ハ内國臣民ト組合ヲ結ヒテ之ヲ爲スモ隨意タルヘク又家屋、店舗、製造所及倉庫ヲ所有シ或  
 ハ之ヲ借ケケ又ハ使用シ且住居、工業及商業ノ爲ニ土地ヲ借受タルコトヲ得、斯ウ云フ風ニ書

イテアル、但シ内國臣民同様其ノ國ノ法律、警察規則及税關規則ヲ遵守スルコトヲ要スルトアル、ソレカラ「諸港及諸河ニシテ外國通商ノ爲メ開カレ又ハ開カルヘキ場所」船舶及貨物ヲ以テ自由ニ到ルコトヲ得且通商、工業及航海ニ關シテ「内國人ト異ナル租稅ヲ拂ハズ唯其國ノ法令ニ從ハナケレバナラヌト云フコトガアル、ソレカラ建物ノ侵スベカラザルコトモ規定シテアル、内國臣民ニ對シ爲シ得ル搜查ノ外建物ノ搜查ヲ許サナイト云フコトガアル、ソレカラ「兩締盟國ノ一方ノ臣民ハ他ノ一方ノ版圖内ニ在リテ總テノ内地通過稅ノ免除ヲ受ケ且庫人、獎勵金、便益及税金拂戻等ノ事項ニ就テハ内國臣民ト均等ノ取扱ヲ享クヘシ」ソレカラ生産、製造又ハ消費ニ對シ内國稅ヲ課スルトキハ同一ノ稅ヨリ重キ稅ヲ課スルコトヲ得ナイ、ソレカラ内國ニ於テ課稅ノナイ場合ニハ輸入品ニ限リテ課稅ヲスルコトハ出來ヌト云フコトガアル、ソレカラ總テ輸出入内外人均等ト云フコトニナリテ居ル、ソレカラ噸稅、港稅、水先案内料、燈臺稅、検査費其他之と同種若ハ之ニ類似ノ税金ニ付キ内國臣民ト同等デアアル、ソレカラ又船舶ノ繫留、貨物ノ積卸ニ付テモ均等、唯沿海貿易ト云フモノガアル、寧ろ「沿岸」ト云フ方ガ正シイデハナイカト思ヒマスガ、條約ノ譯文ニハ「沿海」トアル、沿海貿易ハ内國法ニ依ルト云フコトガアル、唯併ナガラ締盟國ノ船ハ條約期間内是マデノ通り即チ舊條約ノ通り帝國諸開港場間ニ荷物ヲ運搬スルコトヲ許スト云フコトニナリテ居ル、尤モ大阪、新潟、夷港ハ除イテアル、ソレカラ避難寄港ニ付テモ内國臣民同様、唯船舶ノ國籍ハ各國法ニ依ルト云フコトニナリテ居ル、

ソレダカラ日本ノ國籍ヲ有スル船舶ニ付テハ日本人ノミデナクテハナラス、或ハ法人デアルナラバ其代表者ガ全部日本人デナケレバナラヌト云フヤウナ制限ガアル、ソレカラ專賣特許、意匠、雛形、製造標、商標(日本デハ皆特許、意匠、商標及ビ實用新案ノ四ツノ中ニ入レテ居ルケレドモ國ニ依テハ色色ニ分ケテアル)、ソレカラ商社號及ビ商號ノ保護ニ關シ内國人ト同様唯居留地永代借地契約書ヲ依然有效トスルト云フ規定ガアル、サウシテ之ヲ讓渡スコトガ自由デアアル、ソレカラ公共ノ目的ノ爲メニ無料ニテ日本政府カラ貸與シタル地所ハ永代從來ノ儘ト云フコトガアル、此ハ稍、前條約ノ遺物デアアル、此永代借地契約ノ事ニ付テハ非常ナ面倒ヲ問題ガ起リテ、竟ニ明治三十四年法律第三十九號ト云フモノガ出マシタ、是ニ色色規定ガアリマスケレドモ始ノ規定ヲ讀メバ他ハ大凡御推測ガ出來ル位ナモノデス、政府ノ永代借地券ヲ以テ外國人又ハ外國法人ノ爲ニ設定シタル永代借地權ハ之ヲ物權トシ民法中所有權ニ關スル規定ヲ準用スルトナリテ居ル、加之「永代借地權又ハ之ヲ目的トスル權利ニ關スル登記ニ付テハ登録稅ヲ課セス」トアル、是ハ餘程特別ノ取扱ヲ受ケテ居ル、ソレカラ條約ノ本文ニハアリマセスケレドモ日獨議定書ノ第二項ニ獨逸人ノ日本ニ於ケル抵當權ト云フモノガ認めテアル、寧ろ互ニ認めテアルケレドモ必要ハ日本ニ於テアル、——獨逸デハ土地所有權マデ認めテアルカラ、——ソレデ獨逸人ハ日本ニ於テ土地ノ抵當權ヲ持ツコトガ出來ル、而シテ是ハ例ノ最惠國條款ノ結果デ各締盟國ガ皆均霑スル、詰リ各締盟國ノ人民ニハ彼ノ地所質入書入規則第十一條ガア

ルニ拘ハラズ抵當權ダケハ認めル、是ハ條約ニ依テテテ居ルノミナラズ國法ニ於テモ暗ニ之ヲ認メテ外國人ガ抵當權ヲ有スル場合ニ於ケル特別ノ規定ガ出來テ居ル程デアアル、明治三十二年法律第六十七號、「土地ノ抵當權者ナル外國人カ増價競賣ヲ請求スルニハ云云」ノ規定ガソレデアアル、斯様ニ外國人デモ締盟國ノ人民ハ土地ノ所有權者クハ質權ト云フモノハ持テヌガ、抵當權ハ持テル、ソレカラ居留地ノ永代借地權ト云フモノハ殆ド所有權デアアル、サウ云フヤウナ例外ガ認めラレテ居ル、ソレダカラ前ニ我邦ニ於ケル外國人ノ私權ニ關スル一般ノ御話ヲ致シマシタガ、其中デ條約國ノ人民ニハ敬ラヌコトガ大分多クナリテ居ル、詳シイコトニ付テハ大分議論ガアリマスガ今此處デ説明スル限リデハアリマセヌ

### 第二款 行爲能力

行爲能力ト云フノハ重モニ獨逸人ガ用フル言葉ヲ譯シタノデアアル、今日デハ大分我邦ニ於テモ行ハレテ居ル、併シ舊民法ニハ「行爲能力」ト云フ言葉ハ使テナクテ權利ノ行使ト言フ言葉ガ使テアル、此「權利ノ行使」ト云フ言葉ハ多クハ行爲能力ヲ意味シテ居ル、ドウ云フコトカト云フト唯所有者ガ所有權ヲ行使シテ或ハ物ヲ毀シタリ、或ハ使用シタリナドスルノガ所謂「權利ノ行使」ト云フノデナク（或場合ニ於テハサウ云フ意味ニモ使ハヌコトハアリマセヌガ）所有權ニ基イテ其權利ヲ賣ルトカ、贈與スルトカ又ハ其所有權ノ目的タル不動産ノ上ニ地上權ヲ

設定スルトカ又ハソレヲ貸ストカ云フヤウナコトヲ總テ權利ノ行使ト云フコトニ云テ居ル、此末ノ意味ニ於テハ所謂「權利ノ行使」ト云フノハ畢竟法律行爲ヲ爲スコトニ關スルノデ詰リ行爲能力ノ問題ヲ意味シテ居ル

「行爲能力」トハ法律行爲ヲ爲スニ必要ナル法律上ノ資格デアアル、法律行爲ノ何物タルカハ後ニ規定シテアルコトデ、此處ニハ説明致シマセヌケレドモ、要スルニ契約トカ遺言トカ其他法律上ノ效力ヲ生ゼシムルヲ目的トスル意思表示デアアル、之ヲ如何ナル人ガ爲スコトヲ得ルノデアアルカ、如何ナル人ガ之ヲ爲スコトヲ得ザルノデアアルカト云フノガ行爲能力ノ問題デアアルガ、原則ハ有能力、即チ如何ナル人モ原則トシテハ一切ノ法律行爲ヲ爲スコトヲ得ルノデアアル、斯ウ謂ハナケレバナラス、唯例外トシテ無能力者ガ許多アル、我邦ニ於テハ民法施行前ニハ行爲能力ニ關スル——即チ無能力ニ關スル規定ト云フモノガ殆ド皆無デアッタ、成程治罪法ニハ行後ニハ刑事訴訟法トナリマシタガ、治罪法若クハ刑事訴訟法ニ無能力者ト云フ言葉ガ使テアル、蓋シ民法ニ此言葉ヲ用ヒタ始デアラウカト思ヒマス、ソコデ如何ナル者ガ無能力者デアアルカト云フ問題ガ早速起ルカラ治罪法ノ施行ニ先ツテ明治十四年第七十三號布告ガ出マシテ、ソレニ「無能力者——ト云フモノガ別擧シテアル、一、未丁年者、二、妻タル者、三、白痴瘋癲人、四、治産ノ禁ヲ受ケタル者」、此四ツノ者ガ無能力者デアアルト云フコトニナリテ居ルケレドモ、ソレナラ如何ナル程度ニ於テ無能力デアアルカト云フコトノ一ツモ規定シタモノハナイ、ソ

コデ實際困ルコトガ屢、アッタノデス、例ヘバ第一ノ「未丁年者」ニ付テハドウデアアルカト云フト、先ヅ丁年ト云フノハドシナモノデアアルカト云フコトヲ知ラナケレバナラス、此事ダケハ大分古クカラ極マテ居ル、即チ明治九年第四十一號布告ニ丁年ハ滿二十年ト云フコトニナツテ居ル、併シ其能力ニ付テハ別段規定ハナイ、唯後見ニ關シテ多少規定シテアル所ガアルダケデ未丁年者ニ付テハ其戶主ノトキニハ後見人ヲ置クト云フコトニナツテ居ル、——ソレモ必ズデハナイ、——其後見ニ關シテ不完全ナガラ規定ガアル、ソレカラ第二ノ「妻」ニ付テハ何等ノ規定モナイ、ソレカラ第三ノ「白痴癡癩人」是モ能力ニ關シテハ何等ノ規定モナクシテ唯是ニ後見人ヲ附スルコトヲ得ルヤウニナツテ居ル、而シテ其後見人ニ關スルコトハ少シハ規定ガアル、ソレカラ第四ノ「治産ノ禁ヲ受ケタル者」ト云フノハ今日ノ民法デ謂フ所ノ「禁治産デハナイ、是ハ刑法ノ第三十五條ニ規定シテアッタ所ノ禁治産デアアル」「重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ別ニ宣告ヲ用ヒス其主刑ノ終ルマテ自ラ財産ヲ治ムルコトヲ禁ス」トアル、是ハ佛蘭西ノ制度ニ倣ヒタモノデアアルガ、兎ニ角此規定ガアッタ、ソレニ付テ明治十五年司法省丁第四十四號達ト云フモノガアル、是モ頗ル不完全ナモノデ、唯一時ノ必要ニ應ジテ出タル所ノ違デアツテ、此場合ニ於ケル財産ノ管理人ハドウ云フ者デアアルカト云フコトガ極メテアルダケデ、寧ロ能力ノ事ハ規定ニナツテ居ナイ、唯舊民法ニハ是ニ關スル規定ガアリマシタケレドモ是ハ御承知ノ通り施行セラレズニ終ハツタノデアアル、新民法ニ於テハ之ヲ廢シマシタ、民法デ廢シタノデハナイ

ガ、民法デハ之ヲ廢スルコトヲ前提ト致シマシテ何等ノ規定ヲモ置カナカッタ、而シテ民法施行法ノ第十四條乃至第十六條ヲ以テ之ヲ廢スルコト云フコトヲ定メタ、畢竟刑事禁治産者ト云フモノヲ廢シタノデアアル、ソレデ民法施行ノ際ニ現ニ禁治産者デアッタ者ハドウナルカト云フコトダケガ規定ニナツテ居ル、此刑事禁治産ト云フモノハ現ニ佛蘭西ニアツテ其佛蘭西ノ制度ヲ取リタノデアアル、ナゼソレヲ又民法デ廢スルコトニシタカト云フコトニ付テハ多少ノ議論ノアルコトデアリマス、一體刑事禁治産ト云フモノヲナゼ佛蘭西デ設ケテ居ルカト云フト詰リ二ツノ理由ニ基イテ居ル、一ツハ若シ重罪ノ囚徒ガ自己ノ財産ヲ自由ニスルコトガ出来タラバ是ニ因テ囚徒デアリナガラ榮耀榮華ヲスルコトガ出来ダラウト云フコト、ソレカラ第二ニハ若シ有效ニ法律行爲ヲ爲スコトガ出来タラバ監獄吏ヲ買収シテ惡イ事ヲスルデアラウト、斯ウ云フコトカラ來テ居ルノデアアル、其外ニ例ヘバ「ガロー」ナドト云フ人ハ是ハ囚徒ヲ保護スル爲メニ設ケテアル制度ダト申シマスガ、ソレハ保護ノ目的デ此制度ガ出来テ居ルノデナクテ、此制度ヲ認メタ結果必要ナル保護ヲシテ居ルノデアアルト云フコトナルニ過キヌ、ソコデ此二ツノ理由ニ付テ考フルニ文明國ノ監獄ニ於テ如何ニ囚徒ガ契約ノ自由ヲ持ツテ居ッタ所ガ監獄ノ中デ榮耀榮華ヲスル、酒ヲ飲ムトカ樂ヲスルトカ云フコトハ出来ヌモノデアアル、ソレカラ監獄吏ノ買収ト云フコトハ不幸ニシテ偶マニハアルヤウダケレドモ、是モ文明國ニハ滅多ニナイ、又ソレガ實際行ハルルヤウデアレバ、ソレハ例ヘバ現金ヲヤルトカ云フコトヲスルノデ、自分ノ不働

產ヲ貴權ニキラウトカ、自分ガ死ンダバ遺產ヲ全部貴權ニキラウトカ云フヤウナ迂遠ナ方法ヲ用ル者ハ餘リナカラウト思フ、ソレダカラ契約ノ自由ヲ奪フテ置イテモ若シドウカシテ金錢ヲ手ニスルコトガ出來タラバ買收ヲスルコトガ出來ルシ、ソレガ出來ヌケレバ買收ハ容易ニ出來ヌダラウト思フ、詰リ今ノ二ツノ理由ハ今日デハ最早理由ニナラヌノデ佛國ニ於テモ此制度ハ最早廢スベキモノデアルト云フ意見ガ多イヤウデス、ソレヲ我邦ニ於テ一旦採用シタト云フノガ大ナル誤デ、新民法ノ出來ルトキニハ必要ナシトシテ之ヲ廢シテ

民法施行前ニハ以上流ブルガ如キ有様デ能力問題ニ付テハ殆ド無法律デアアル、民法施行後ニナ、テカラ此能力問題ガ明カニ規定セララルコトニナ、サテ此能力——有能力ガ原則デ無能力ガ例外デアルト云フ以上ハ如何ナル者ガ有能力者デアアルカト云フコトハ論ズル必要ハナイ、故ニ無能力者ノコトヲ論ズル其無能力ト云フモノハ獨逸ノ學者ノ分チ方ニ依レバ絕對無能力ト限定能力トアル「絕對無能力」ト云フノハ其人ノ爲シタル法律行為ハ全然無効、即チ法律上ハ一切ノ法律行為ヲ爲スコトガ出來ヌト云フモノデアアル、限定能力」ト云フノハ法律行為ガ一切出來ヌト云フノデハナイ、併ナガラ或者ノ爲シタル法律行為ハ之ヲ取消スコトガ出來ルトカ、又ハ或法律行為ハ之ヲ爲スコトヲ得ナイガ他ノ法律行為ハ出來ルトカ云フヤウニ唯行為能力ノ一部ガ制限セラレテ居ルノデアアル、此絕對無能力者ト云フモノハドウ云フモノデアアルカト云フト、先ヅ意思能力ノ無キ者デアアル、分リヨク言ヘバ意思ノ無イ者、ソレハドウ云フ者カト云フト、

例(ハ幼者、マダ極ク年少ノ者デアアル、四歳ヤ五歳ノ者ナラ疑モナクマダ意思ガナイト謂ハナケレバナラス、ソレカラ白痴、癡癡人、是ハ意思能力ガアリマセス、從テ法律行為ハマルキリ出來ス、絕對無能力デアアル、尙ホ白痴、癡癡ニ非ズトモ一時心神ヲ喪失シ精神ノ錯亂シタ者モ亦同様デアアル、大酒シテ精神ノ錯亂シタ者モサウデアアルシ、一時ヒドク逆上シテ精神ノ錯亂スル者モアル、況ヤ夜寐テ居ル時ハ意思能力ハ無イ、故ニ寐トボケテ契約ヲ結ンダノハ有效カ無効カト云フ問題ガアルガ、ソレハ確ニ無効デアアル、催眠術ヲ掛ケラレテ居ル間ニ爲シタ行為ハドウカ、ソレハ稍、疑ガアル、何デモ醫學者ニ聽イテ見ルト云フト催眠狀態ニ在ル者ハ普通ノ人間デアアル時ノ我ト第二ノ我ト云フモノガアルガ、第二ノ我ニナツテ居ルトキハ他ノ人ガ見テハ同ジヤウニアアルケレドモ同ジ人間デアリナガラ第一ノ我ノ時トハマルデ違ツタ人ノヤウニ頭ガ働イテ居ル、例(ハ第二ノ我ノ時ニシタコトハ第一ノ我ノ時ハマルキリ知ラヌト云フト隨分疑ガアル、私ハ無効デアルト云フ者ヲ持ツテ居ル、法律家ノヤウナ細密ノ區別ヲシナイ者ハサウ云フヤウナモノヲ心神喪失者ト云フノデス、從テ絕對無能力デアアル、獨逸民法ニ於テハ此外ニ第一ニ七歳未滿ノ者ハ總テ絕對無能力デアルトシテアル、最早相當ノ智能ノ發達ヲ爲シテ居テ意思アリト言ヒ得ラルル時ト雖モ七歳未滿ノ者ハ絕對ニ能力ガ無イ者ト法律デ以テ看做シテ仕舞フ又實際意思ナキ者デモ、七歳ニ達スレバ、意思アリト看做スノデアアル、ソレカラ第二ニ禁

治産者、此禁治産者ハ精神病ノ爲メニ禁治産ノ宣告ヲ受ケタ者デアアル、是ハ我民法ニモアル、獨逸ノ禁治産者ノ中デ我民法ニ謂フ所ノ禁治産者ニ相當スル者ハ絕對無能力ト云フコトニナリ、此二ツノ原則ハ我民法ニ於テハ採用シナカッタ、年齢ニ拘ハラズ事實上意思アリト認メ得ラルル者ナラ絕對無能力デハナイ、又年齢ニ拘ハラズ意思アリト認ムルコトヲ得ザル者ハ絕對無能力デアアル、他ノ一方ニ於テ禁治産ノ宣告ト云フモノハ禁治産者ノ行爲能力ヲ絕對ニ奪フモノデハナイ、成程禁治産者ノ中ニハマルデ意思能力ノ無イ者ガアル、サウ云フ者ハ天然ニ絕對無能力デアアル、ケレドモ禁治産者ノ中ニハ或時期ノ間心神ヲ全ク失フテ居ッテ又或他ノ時期ニ於テハ心神ヲ回復シテ居ル者ガアル、間歇的精神病者ガ随分アル、サウ云フ者ハ本心ニ復シテ居ル間ニハ意思能力ガアル、其行爲ハ絕對ニ無効デアアルトハ云ヘナイト云フコトニナリ、居ル、尙ホ詳細ハ後ニ禁治産ヲ論ズルニ至ッテ申上ゲマス

以上ハ絕對無能力者ノ御話デアッタガ、今度ハ獨逸學者ノ謂フ所ノ「限定能力者」即チ我民法ニ謂フ所ノ「無能力者」ノ御話デアアル、我民法ニ於テモ絕對無能力者ハ無能力者ニハ相違ナイケレドモ、是ニ付テハ特ニ規定スル所ハ殆ド無イ、何トナレバマルキ意思ガ無イノデスカラ、事實上法律行爲ヲ爲ス氣遣ガナイ、ソレダカラ問題ガ殆ド起ラヌト云フノデ規定ガ殆ドナイ、特ニ一般ノ規定ノ存シテ居ルノハ無能力者ト云フケレドモソレハ獨逸學者ノ謂フ限定能力者デアアル、無能力ト云フ言葉ノ中ニハ兩方含ンデ居ルガ、規定ノ適用上カラ見ルト最も多クノ場

合ニ於テハ「無能力」ト云フ中ニハ限定能力ノ外ハ含ンデ居ナイ

サテ我民法ニ謂フ所ノ無能力者ノ中ニ一般無能力者ト特別無能力者トアル、一般無能力者ニハ四ツノ種類ガアル、未成年者、禁治産者、準禁治産者及ビ妻、特別無能力者ト稱スルノハ例ヘバ未成年者ト後見人、未成年者ガ未成年ノ間ナラソレハ一般ノ無能力者、所ガソレガ成年ニ達シタル後ト雖モ其後見人トノ間ニ於テハ能力ガ限定サレテ居ル、ソレハ民法ノ第九百三十九條ニ規定シテアル、ソレカラ又破産ノ宣告ヲ受ケタル者——破産者ハ破産債權者（即チ自分ガ破産ヲスル前ニ既ニ債權者トナリ居ッタ者ハ多ク破産債權者デアアル）ニ對抗シ得ラルル法律行爲ヲ爲スコトガ出来ヌ、矢張り行爲能力ガ限定サレテ居ルト謂ハナケレバナラス、是ハ舊商法ノ第九百八十五條ニ明文ガアル、次ニハ夫婦間ハ契約ノ能力ガ限定サレテ居ル、是ハ民法第七百九十二條ニ明文ガアル、之ニ依ルト夫婦間ノ契約ハ何時デモ取消セル、即チ完全ナル能力ガナイ、詰リ夫ハ原則トシテハ完全ナル能力者デアアル、併シ妻ニ對シテダケハ完全ナル契約ガ出来ヌ、外ノ事ガ總テ具ツテ居ッテモ何時デモ取消ノ出来ルト云フ契約シカ出来ヌ、妻ハ或種類ノ法律行爲ヲ爲スニ付テハ夫ノ許可ヲ受ケナケレバナラス、其方カラ言フト特別ノ無能力者デハナイ、ナゼカト云フト何人ト其法律行爲ヲ爲スニモ夫ノ許可ヲ要スル、所ガ此處デ言フ事ハ外ノ人ニ對シテハ出来ルトデモ夫ニ對シテハ完全ニハ出来ナイ、夫トノ間ニ爲シタル契約ナラバ何時デモ取消セル、ドンナ行爲デモ夫ガ許可スレバ出来ル、又利害ノ相反スル場合ニハ



夫ノ許可ヲ要セストナツテ居ルハ、ソレニモ拘ハラズ夫ト爲シタル契約ニ限リテハ勝手ニ之ヲ取消スコトガ出來ルト云フコトニナツテ居ル、詰リ相對的ノ無能力ト云フモノデアル、ソレヲ私ガ特別無能力者ト云フ、併シ此特別無能力者ニ付テハ第一ノ場合ハ是ハ親族編ノ規定、第三ノ場合モ親族編ニ規定ガアル、第二ノ場合ハ破産法ノ規定ガアル、ソレデスカラ此處デ論ズル限デアリマモス、要スルニ此處デハ一般無能力者ダケノコトヲ申セバ宜イ、ソレハ或ハ年齢ノ爲メニ、或ハ精神ノ状態ノ爲メニ、或ハ婚姻ノ結果トシテ能力ヲ制限セラルルノデアル、先ヅ第一ノ年齢ニ依ル無能力ノ事ヲ申シマヌ

理論トシテハ實際マダ意思ガ全ク發達シナイ者即チ法律上意思アリト言ヒ得ラレヌ者ハ絕對無能力デアアルガ、其上ノ者モ意思アリトハ云ヒナガラ不完全デアアル、十四ヤ十五ノ者ノ意思ハ不完全デアアル、ソレモ矢張り事實上完全ナル意思ヲ有スルニ至ラタト認メ得ラルル者ハ完全ノ能力ヲ持ツ、其以下ノ者ハ限定能力ヲ持ツト云フコトニナツテ方ガ理論上ハ一番正當デアアルト謂ハナケレバナラヌヤウデアアル、意思能力ノアリヤ否ヤト云フコトニ付テハ現行ノ民法ニ於テハ事實問題トナツテ居ル、ソレハ實際差支ナイ、ナゼ差支ナイカト云フト、ソルナ五歳ヤ六歳ノ者ガ契約ヲ結ブナドト云フコトハ事實上殆ド想像ノ出來スコトデアアル、若シ契約ヲ結ンダトシタナラバ假令意思能力アリトシテモ未成年者ノ方カラハイツデモ取消セルノデスカラソレデ差支ナイ、成年者ガソルナ小ナナ子供ト契約ヲシテソレテ完全ナル權利ヲ得ヤウト云フ意思ハナ

イ、故ニ其方ハ少シモ保護セヌデモ未成年者サヘ保護スレバ宜イ、併ナガラ其上ニナツテ來ルト餘程ムヅカシイ問題ガ起ル、現ニ民法施行前ニハ我邦ニ於テハ未成年者ノ能力ニ關スル規定ガナカクタカラ全ク事實問題ニナツテ居リタ、私共ノ承知シテ居ル裁判例ニモ十九歳ノ者ガ貸借契約ヲ爲シテソレヲ履行シナイ爲メ債權者カラ訴ヲ起シテ其時ニ其借リタ者ノ方デハ無能力中ニ爲シタ行爲ダカラト云フテ其義務ヲ履行シナイト云フタケレドモトウ、大審院デ義務アリト云フ判決ヲシタ、其判決ガ面白イ、其人ハ當時帝國大學ノ學生デア、テ特待生ニナツタコトガアルヤウナデアアル、ソレデ假令未成年ト云ヒナガラ其位ニ智能ノ發達シテ居ル者ナラ隨分貸借契約ヲ結ブ能力ヲ持ツテ居ルト云フヤウナ判決デア、サウ云フ譯デアリマスカラ詰リ民法施行前ニハ事實問題トナツテ居リタ、所ガ階段世ノ中ガ進歩シテ參ルト云フトサウ云フ不確定ナコトデハ困ル、成程五歳ヤ六歳ノ者デ契約ヲ爲ス者ハ餘リナカラウト思フガ、十六七歳、十八九歳位ノ者トハ契約ヲ爲スト云フコトガナイデハナイ、訴訟トナツタ事件ガ幾ラモア、タ位デス、ソレガ裁判官ノ認定如何ニ依ツテ有效トナツタリ無効トナツタリスルヤウデハ困ル、ソレ故ニ文明國ニ於テハ皆少クモ限定能力ニ關シテハ年齢デ以テ區別ガシテアル、例ヘバ成年、未成年ト云フ風ニチャント年齢ヲ法律デ以テ定メテアル

未成年ト云フ風ニチャント年齢ヲ法律デ以テ定メテアル

歐米ノ現行法ヲ見ルニ獨逸法系ノ法律デハ大抵滿七歳マデヲ幼年トシテ、其マデハ意思能力ノ無イモノトスル、佛法系ノ國國ニ於テハ意思能力ノ有無ノ事實問題トシテアル、成年ト云フモ

ノハ何年ヲ限トスルカト云フコトニ付テハ各國違フテ居ル、例ヘバ瑞西ハ二十年ヲ成年トスル、又婚姻ニ因リテ當然成年ト爲ルト云フ規定ガアル、ソレカラ其次ニハ二十一年、是ガ一番多イ、佛蘭西、獨逸、伊太利、露西亞、英吉利、亞米利加、葡萄牙、瑞典、挪威、墨西哥、ルーマニヤ、希臘、ルルクサンジール、「アレシ」、ナドデアル、白耳義草案ニモ矢張り二十一年トナリテ居ル、第三ニ二十二歳ト云フノガ「アルゼンチン」、第四ニ二十三年ト云フノガ和蘭、西班牙、第五ニ二十四歳ト云フノガ埃地利、匈牙利、尤モ匈牙利ハ婦人ニ限リテハ婚姻ニ因リテ成年ト爲ル、第六ガ二十五歳、ソレガ丁抹ニ智利、今日ハ段段ト二十一歳ト云フ方ニ一致スル傾向ガアル、初ハ外ノ年齢ヲ採用シテ居ッタノガ二十一歳ヲ採用スルヤウニナリタ、此模様デハ日本モ畢竟二十一歳ヲ採用シナケレバナラスカモ知レヌ

是ハ西洋ノ話デスガ、サテ日本、支那ニ於テハドウデアルカト云フト、成程古クヨリ成丁ト云フコトガアル、是ガ稍、今日ノ成年ニ似タモノデハアリマスケレドモ併シ餘程意味ガ違フテ居ル、是ハ公儀ノ夫役ニ出ヅル年デアル、戰爭ガアルナラバ戰爭ニ出ル年、今日デ言フテ見ルト徴兵適齡ノヤウナモノ、平生デモ夫役ト云フモノガアル、サウ云フモノニ此年齢ニナルト使ッタモノデアル、支那ハ漢以後斯ウ云フ成丁ト云フモノガアルヤウデスガ、其年齢ガ非常ニ區區ニナリテ居ル、十五、十六、十八、二十、二十一、二十二、二十三、二十五トアル、是ハ時代ニ依リテ違フ、サウシテ概シテ言ヘバ亂世ニハ成丁ノ年齢ガ低クシテアル、兵隊ノ數ガ多クイ

ルカラ段段若イノヲ取リテ行カナケレバナラス、ソレカラ治世ニハ其必要ガナイカラ段段年齢ガ高クナル、日本デモ令ニ矢張り成丁ノ規定ガアル、ソレハ二十一トナリテ居ル、ケレドモ其後孝謙天皇天平寶字元年ニ二十二歳ト云フコトニナリタ、此日本支那ノ歳ト云フモノハ昔年ヲ以テ數ヘル、一日デモ或年ニ變リテ居レバ一年ト云フ、極端ヲ言フト昨年ノ十二月三十一日夜半前ニ生マレタ者ガ夜半ヲ越スト直グ二年ニナルト云フヤウナ數ヘ方デアル、ソレデスカラ今日ノ二十一年ト云フノハ概シテ言フト二十二ニ當リ、二十ト云フノハ昔ノ二十一ニ當ル

我現行法ハ大體此年齢ニ關スル能力ニ付テ佛法系ノ主義ヲ取リテ居ル、ソレデ意思能力ニ付テハ事實問題トシテ必ズシモ七歳未滿ノ者ハ意思能力ノ無イト云フヤウナ杓子定木ヲ取ラナイケレドモ成年ト云フモノハ矢張り定メテ居ル、成年ハ滿二十年トナリテ居ル、是ハ曩ニ申シタ通り明治九年以來斯様ニ定メテ居リタ、舊民法ノ人事編第三條ニモ矢張り此年齢ヲ採用シ又現行民法ノ第三條ニモ同様ニナリテ居ル

第三條 滿二十年ヲ以テ成年トス

併シ是ハ原則デアリテ、例外ガアル、先ヅ第一ニ皇室典範ノ第十三條ニ依レバ天皇、皇太子、皇太孫ハ十八年ヲ以テ成年トスルト云フコトニナリテ居ル、但此成年ト云フノハ主トシテ公法上ノ成年デアルケレドモ、マルキリ民法上ノ關係ガ無イトハ申セス、ソレハ後ニ特別身分ト云フモノノ御話ヲ致ス時ニ説明シマス、此特別成年ハ今申上ダタ天皇、皇太子、皇太孫ニ限ルノ

民法總則 親權ノ主體 自然人

デ其他ノ皇族ニ付テハ矢張り二十年ヲ以テ成年トスルト云フコトニナラテ居ル、即チ皇室典範ノ第十四條ニ之ヲ規定シテ居ル

第二ニハ婚姻ニ關シテハ別段ノ成年ヲ定メテ居ル、男十七、女十五ト云フコトニナラテ居ル、民七六五條)是ハ通常成年ト云フ言葉ハ用ヒマセヌ、併ナガラ成年ト云フハ完全ニ法律行為ヲ爲ス年齢デアルト云フ意味ナラバ婚姻ト云フ法律行為ニ付テハ此十七、十五ト云フ年齢ガ成年デアルト云フテ宜カラウト思フ、故ニ學者ハ往往ニシテ之ヲ婚姻成年ト云フ、但此年齢ニ達シタ者ガ常ニ自由ノ意思ヲ以テ婚姻ヲ爲スコトヲ得ルカト云フトサウデハナイ、即チ先ヅ普通ノ成年マデハ必ズ何人カノ同意ヲ得ナケレバナラス、父母カ又ハ後見人カノ同意ヲ得ナケレバナラス、其點ハ幾分カ無能力ノ如ク見ユル、ソレカラ二十年ヲ越エテカラデモ父母ノ同意ヲ得ナケレバナラスノガ男子ハ三十年マデ、女子ハ二十五年マデ、サウスルト云フト或ハ寧ロ婚姻ニ付テハ三十年又ハ二十五年マデ未成年デアルト言フテ言ハレヌコトハナイ、併ナガラ此父母若クハ後見人ノ同意ト云フモノハ普通ノ法律行為ニ於ケル法定代理人ノ同意トハ越テ異ニシテ居ルモノデアルカラ、唯是ハ婚姻ニ關スル一ノ條件ト見テ純然タル能力問題トハ見ナイ方ガ私ハ宜カラウト思フ、況ヤ婚姻ニ付テハ家族ハ戸主ノ同意ヲ得ナケレバナラスト云フヤウナコトモアル、此方ハサウスルト生涯婚姻ニ付テ無能力デアルト言フテ言ハレヌコトハナイガ、其誤ヲテ居ルコトハ説明ヲ要セスト思フ

### 民法 債權 (第一章)

法學博士 横田 秀 雄 講述

#### 第一編 債權總則

#### 第一章 債權ノ性質

債權ハ特定ノ人ヲシテ特定ノ事ヲ爲シ又ハ爲ササラムル權利ナリ、此定義ニ依レハ債權ハ左ノ性質ヲ有スルモノナリ

第一 債權ハ特定ノ人ニ對スル權利ナリ

債權ノ成立ニハ權利者ノ外ニ之レト對立スル所ノ始メヨリ特定セル一若クハ二以上ノ人アルコトヲ必要トス詳言スレハ債權ハ權利者ニ對シテ或行為ヲ爲シ又ハ爲ササルノ義務ニ服従スル所ノ始メヨリ特定セル人アルニアラサレハ成立セヌ茲ニ於テ債權ハ特定セル人ト特定セル人トノ間ノ權利關係タルコトヲ知り得ヘク債權ハ即チ此關係ヲ債權者ノ側面ヨリ觀察シタル

民法債權

債權總則 債權ノ性質

名稱ニシテ此關係ヲ權利者ニ對シテ行爲不行爲ノ羈絆ニ服從スル對手人ノ側面ヨリ觀察スル  
 トキハ之レヲ義務又ハ債務ト謂ヒ權利者ヲ稱シテ債權者ト謂ヒ對手人即チ義務者ヲ指シテ債  
 務者ト稱ス故ニ債權者ノ側面ヨリ爲シ又ハ爲サザラシムル權利ハ債務者ノ側面ニ於テハ爲  
 シ又ハ爲サザラシムル義務トナルコト明カナリ羅馬法其他歐洲諸國ノ立法例ハ從來概ネ皆義務ヲ  
 本位トシ義務或ハ債務關係等ノ名稱ノ下ニ此權利關係ヲ規定シ專ラ債務ノ方面ノミヨリ觀察  
 ラ下シ債權ハ却テ之ヲ客位ニ置クノ制ヲ採用シタレトモ近代ニ至リ債權ハ物權ト等シク權利  
 者ニ一定ノ利益ヲ與ヘ其需要ヲ満足スルヲ以テ唯一ノ目的トシ債務者ノ義務即チ債務ハ此目  
 的ヲ達スルニ必要ナル一ノ手段タリ方法タルニ過キストノ觀念漸ク盛シナルニ及ヒ法學者間  
 ニ於テ債權ノ方面ヨリ此權利關係ヲ論シ債權ヲ本位トシ債務ヲ客位ニ置クノ傾向ヲ生スルニ  
 至レリ我民法モ亦タ此一般ノ趨勢ニ從ヒ物權編ノ次ニ債權編ヲ置キ債權ヲ本位トシテ第三百  
 九十九條以下ノ規定ヲ設ケタリ

債權ハ特定ノ人ニ對スル權利ナルヲ以テ所謂對人權又ハ人權ノ一種ニ屬シ此關係ニ於テハ親  
 族權ト其性質ヲ同ウス故ニ或學者ハ民法上ノ權利ヲ區別シテ物權及ヒ人權トシ更ニ人權ヲ區  
 別シテ債權及ヒ親族權(或ハ)トナセリ即チ人權中ヨリ親族權ヲ排除シテ殘存スル所ノモノハ  
 總テ債權トナルヘシ故ニ舊民法ノ如ク單ニ人權ト云フトキハ人ニ對スル一切ノ私權ヲ指稱シ  
 又時トシテハ天賦人權ノ意義ニモ用ヒラルコトアルニ依リ其意義頗ル廣漠ニ失スルノ弊ア

ルヲ以テ新民法ニ於テハ人權中ノ特種ノ權利ナルコトヲ一目瞭然タラシムルカ爲メ債權ナル  
 名稱ヲ用ヒ舊民法ノ用語ヲ襲用セザリシハ其當ヲ得タルモノト謂ハサルヲ得ス

第二 債權ハ特定ノ人ヲシテ或行爲ヲ爲シ又ハ爲サザラシムルノ權利ナリ

債權關係ニ在テハ債權者ハ債務者ヲ制御シテ或事ヲ爲シ又ハ爲サザラシムルノ能力ヲ法律ニ  
 依テ付與セラルルモノトス換言スレハ債權ハ債務者ヲシテ或事ヲ爲サシメ又ハ或事ヲ爲サザ  
 ラシムルコトヲ得ル債權者ノ法律上ノ能力ト債權者ニ對シテ或行爲ヲ爲シ又ハ或行爲ヲ禁止  
 セサル可ラサル債務者ノ法律上ノ羈絆トヲ以テ其實質トスルモノナリ債權者ハ既ニ債務者ノ  
 行爲不行爲ニ對スル法律上ノ能力ヲ有ス隨テ此能力ニ基キ債務者ニ對シテ行爲不行爲ヲ要求  
 スルノ權利ヲ有スルヤ明ケシ即チ債務者ノ行爲不行爲ニ對スル債權者ノ法律上ノ能力ハ債權  
 ノ體ニシテ債務者ニ對スル行爲不行爲ノ要求權ハ債權ノ用タルニ外ナラス蓋シ吾人人類ハ各  
 行爲ノ自由ヲ有シ或事ヲ爲スト爲サザラシムルハ全ク吾人自由ノ權内ニ在リテ敢テ他人ノ牽制容  
 察ヲ許サス又苟クモ他人ノ權利ヲ侵ササル限リハ自己ノ行爲不行爲ニ付キ他人ニ對シテ責任  
 ヲ負フコトナシ約言スレハ吾人々類ハ其相互ノ間ニ於テ私法上各獨立平等ノ關係ヲ有シ他人  
 ノ行爲ニ干渉スルコトヲ得サルト同時ニ自己ノ行爲ニ付テモ他人ノ干渉ヲ容レサルモノト  
 ス債權ハ即チ吾人々類相互間ノ獨立平等ノ關係ヲ破ルモノニシテ特定セル人ト人トノ間ニ於  
 テ債權關係カ一旦創設セラルルヤ直ニ其中ノ一方ハ他ノ一方ノ行爲ヲ支配スルノ權利ヲ取得

シ他ノ一方ハ其對人トノ關係ニ於テ行爲ノ自由ヲ制限セラレ其人ノ爲メニ或事ヲ爲シ又ハ爲ササルヘカラサルノ羈絆ヲ受クルモノナリ詳言スレハ法律ハ當事者ノ一方即チ債權者ニ付與スルニ其本來有セザリシ他人ヲ支配スルノ能力ヲ以テシ對人タル債務者ヲ制御シテ或事ヲ爲シ又ハ爲ササルシムルコトヲ得セシメ其能力ヲ擴張スルト同時ニ他ノ一方即チ債務者ニ命スルニ債權者ノ爲メニ或事ヲ爲シ又ハ爲ササルヘキコトヲ以テシ債務者ノ本來享有セル行爲ノ自由ヲ制限シ其事ヲ爲シ又ハ爲ササルノ羈絆ヲ受ケシムルモノナリ

第三 債權ハ特定ノ人ヲシテ特定ノ行爲ヲ爲シ又ハ爲ササルシムルノ權利ナリ債權ハ人ノ行爲ヲ支配スルノ權利ナルコトハ前述ノ如シ然レトモ其支配權ハ絕對無限ナルコトヲ得ス換言スレハ債務者ノ全身ノ自由ヲ目的トスルカ如キ債權ハ之ヲ創設スルコトヲ得ス例之ハ當事者ノ一方カ他ノ一方ニ對シ其要求スル行爲ハ何事ニ依ラス之ヲ爲スヘキコトヲ約シ又ハ其許諾ヲ得サレハ何事ヲモ爲ササルヘキコトヲ約スルカ如シ抑モ債權關係ニ於テ債務者カ其行爲ノ自由ヲ制限セラルルハ權利ノ性質上免カラル能ハサルノ數ナリト雖モ債務者ノ受クル羈絆ハ單ニ其行爲ノ自由ヲ制限スルニ止マルコトヲ要シ行爲ノ自由ヲ債務者ヨリ剝奪スルノ程度ニ達セサルコトヲ必要トス何トナレハ斯ル重大ナル羈絆ニ服從スル所ノ債務者ハ債權者ノ唯命是レ從ハサル可ラサルニ至リ獨立ノ人格ヲ喪失スルニ至ルヘケレハナリ故ニ債務ノ目的タル行爲ハ常ニ必ラス特定ノモノナルコト即チ債務者ノ受ケヘキ羈絆ハ一定ノ限界

ヲ有スルコトヲ必要トス蓋シ債務者ノ受クル羈絆ニシテ一定ノ範圍ヲ有スルニ於テハ債務者ハ其範圍内ニ於テハ行爲ノ自由ヲ失フモ其範圍外ニ於テハ全然行爲ノ自由ヲ享有シ人格ヲ喪失スルカ如キ憂ハ毫モ之レナキヲ以テナリ

以上説明スル所ニ依リ債權ノ何タルヤヲ知ルコトヲ得ヘシ余ハ今ヨリ更ニ物權ト債權トヲ比較シ其差異ノ要點ヲ示サントス

第一 物權ハ物ヲ支配スル權利ニシテ物ヲ目的トシ債權ハ人ノ行爲ヲ支配スル權利ニシテ人ノ行爲ヲ目的トス是レ此二者間ニ存スル根本的差異ナリ故ニ物權ハ直接ニ物ノ上ニ行ハレ此權利ヲ有スル者ハ其權利ノ目的タル物ニ關シテハ何人ニ對シテモ其權利ヲ主張スルコトヲ得ヘシ之ニ反シテ債權ハ當事者間ノ對人的權利關係ニシテ此關係ヨリ生スルモノハ債務ニシテ行爲ヲ請求シ得ヘキ債權者ノ對人的權利ト債權者ニ對シテ行爲ヲ爲スヘキ債務者ノ對人的義務ニシテ當事者以外ニ其效力ヲ及ホササルヲ以テ債權ノ本質トス物權ト債權トノ間ニ上述ノ如キ本質上ノ差異アルヲ以テ其效果ニ關シテモ亦重要ノ差異アリ以下述フル所ノモノ即チ是レナリ

第二 物權ハ追及權ヲ生スレトモ債權ハ然ラズ吾人ハ所有スル所ノ權利カ物權ナルトキハ權利ノ目的タル物カ輾轉シテ何人ノ手裡ニ歸スルモ吾人ハ其物ニ追隨シテ權利ヲ行フコトヲ得之ヲ稱シテ追及權ト云フ之レニ反シテ吾人ハ有

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

第三 物權ハ優先權ヲ生スレトモ債權ハ然ラス

吾人カ或物ノ上ニ物權ヲ取得シタ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個ノ物權カ設定セラレタルトキハ其強弱ハ設定ノ前後ニ依リテ定マルヘキモノニシテ前キ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レナリ債權ハ之ニ異ナリ其効力ニ於テ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強弱ヲ異ニ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敢テ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満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シ債務者カ無資力トナリ其財産ヲ差押ヘ之レヲ賣却シテ總債權者ニ配當スル場合其他債務者ノ財産ノ總清算ヲ爲ス場合ニ於テ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債權者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産ハ總債權者ノ其同擔保ナリトハ結局此ノ意義ニ外ナラス

債權ノ性質ヲ論スルニ當リテ講究スヘキ一ノ重要ナル問題アリ債權ノ目的タル給付ハ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキモノタルコトヲ必要トスルヤ否ヤ換言スレバ當事者ノ一方カ或事ヲ爲シ又爲ササルコトヲ他ノ一方ニ約スルモ其行爲不行爲カ金錢的ノ價值ヲ有セサルトキハ其約束ハ債權ヲ發生セサルヤ否ヤ即チ是レナリ例ヘバ相隣者ノ一人カ他ノ一人ニ對シテ夜間樂器ヲ弄セサルコトヲ約シタリト假定スルトキハ約束ノ目的タル夜間樂器ヲ爲ササルコトハ要約者ノ爲メニ利益トナルヘキモノ之レヲ金錢ニ見積ルコト能ハサルモノト謂ハサル可カラス既ニ契約ノ目的タル不行爲カ金錢的ノ價值ナキモノトセバ其契約ハ當事者間ニ於テ債權關係ヲ發生セサルヤ否ヤ蓋シ債權ノ目的ハ金錢ニ見積リ得ヘキモノ即チ金錢的ノ價值アルコトヲ必要トスルノ說ハ羅馬法以來唱道セラレタル所ニシテ其法系ニ屬スル立法ハ皆ナ此主義ヲ採用シ佛國民法及之ヲ繼受シタル我舊民法ハ特ニ明文ヲ設ケテ之ヲ規定シタル所ナリ然ルニ近世ニ至リ「ウイノンドシャイド」イ「エリソング」其他ノ諸氏ハ債權ノ目的ハ必スシモ金錢ニ見積ルコトヲ要セサルノ說ヲ唱ヘ此說漸ク學者間ニ勢力ヲ占ムルニ至リ我民法モ亦此新主義ヲ採用シテ民法第三百九十九條ニ於テ特ニ之レヲ規定シタリ羅馬法以來行レタル學說ハ金錢上ノ利益ヲ以テ債權ノ要素トナスニ依リ債權ノ範圍ヲ定ムヘキ明確ナル標準ヲ有スルノ利アリト雖モ確乎タル法理上ノ根據ナク到底近代ノ進歩シタル法律思想ト實際ト需要トニ適合セサルモノナリ抑法律行爲ハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル限りハ當事者ノ意思ニ從ヒ其効力ヲ生セシムルハ近代ニ於ケル立法上ノ大原則ニ

シテ此原則ハ就中債權ヲ發生スル所以ノ法律行為ニ適用セラルヘキモノトス故ニ契約ノ當事者カ真ニ權利者トナリ義務者トナルノ意思ヲ表示シタル以上ハ目的タル給付カ金錢ニ見積リ得ヘキト否トニ論ナク其意思表示ヲ有效ナリトシ法律ノ保護ヲ與フルヲ適當ナリトス且夫實際ノ生活上ニ於テ法律ノ保護ヲ受クヘキモノハ豈唯タ金錢的ノ利益ノミナランヤ吾人ノ生活上ノ需要ヲ満足スヘキ無形ノ利益即チ精神の利益ト雖モ尚ホ法律ノ保護ヲ受ルノ必要アルハ實際ノ生活ニ於ケル吾人日常ノ經驗ニ徴シテ明カナル所ニシテ吾人ノ正當ナル利益ヲ保護スルヲ以テ目的トスル所ノ法律ハ有形無形ノ利益ヲ保護スルコトヲ得テ茲ニ始テ其効用ヲ完ウスルモノト謂ハサルヲ得ス故ニ前例ノ如キ場合ニ於テ隣人間ノ契約ハ之ヲ締結セルニ付キ相當ノ理由(例之ハ安眠者クハ執務ヲアルヘク假令其給付タル金錢的の利益ナク單ニ要約者ノ感情ヲ満足セシムルニ過キサルニモセヨ其約束ニ効力ヲ與ヘ要約者ノ利益ヲ保護スルヲ可ナリトス何トナレハ此契約ハ要約者ノ生活上ノ需要ヲ満足スルヲ以テ目的トシ要約者ニ利益アルハ勿論其性質ニ於テ毫モ不法ノモノニアラサルヲ以テナリ若シ夫レ此場合ニ於テ給付カ何等の利益ヲ有セザルノ故ヲ以テ諾約者ヲシテ任意ニ其約ニ背クコトヲ得セシムルハ決シテ其當ヲ得タルモノト謂フコトヲ得ス故ニ舊民法カ從來ノ學說ヲ採用シタルニ反シテ民法カ新タニ金錢的の利益ヲ債權ノ觀念ヨリ除クコトトナシタルコトハ立法ノ宜シキヲ得タルモノト謂ハサルヲ得ス

上來説明スル如ク債權ノ目的タル給付ハ金錢的の價格アルコトヲ必要トセザルモノトスルトキハ

債權トシテ法律ノ保護ヲ受クヘキ利益ノ範圍ハ漠然トシテ捕捉スルコト能ハサルニ至ルヘク當事者間ノ契約ニシテ苟クモ當事者ノ一方ニ有形無形ノ利益ヲ享受セシムルヲ目的トスルモノハ其利益ノ性質如何ニ拘ハラズ常ニ債權關係ヲ創設スルヤノ疑ヲ生スヘシ然レトモ債權ノ範圍ハ斯クノ如ク漠然タルモノニアラズシテ普通ノ觀念上ヨリ定マレル一定ノ限界アリ他ナシ宗教上ノ信仰、男女再性間ノ愛情、社交上ノ禮儀等ニ關スル事項ハ純然タル道德上風俗上ノ問題ニ屬シ法律上ノ取引關係ノ範圍外ニ在リテ法律行為ノ目的タルコト能ハサルコト是ナリ故ニ假令當事者カ債權關係ヲ創設スルノ目的ヲ以テ此種ノ事項ヲ約スルモ債權者トシテ法律ノ保護ヲ受ク債務者トシテ法律上ノ羈絆ニ服從スルコトナシ

吾人ノ享有スル所ノ私權ハ之レヲ二個ニ大別スルコトヲ得身分權及ヒ財產權即チ是レナリ是レ方今普通ニ行ハ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ヲ謂ヒ更ニ之レヲ人格權及ヒ親族權ノ二ト爲スコトヲ得而シテ右ノ中人格權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謂フ財產權トハ處分シ得ヘキ利益ヲ目的トスル權利ヲ謂フ債權ハ物權及ヒ智能權ト共ニ此種ノ權利ニ屬ス而シテ前記種類ノ權利ノ中人格權ハ人タルノ性格ヨリ生シ人タルノ身分ト分離スヘカラサル關係ヲ有スルヲ以テ吾人人類ハ當





別ナル債權發生ノ原因ト見ルヲ正當ナリト信ス  
以上列舉セル債權發生ノ原因中契約、事務管理、不當利得、不法行爲ニ關シテハ民法債權編第二章以下ニ特ニ規定セラレ時効ニ關シテハ民法總則第六章ニ規定アリ遺言ニ關シテハ相續編第六章ニ規定アリ法定債權ニ關スル規定ハ民法中各所ニ散在ス而シテ是等各種ノ原因ニ付キテハ各其所ニ於テ詳細ニ研究セラルヘキモノニ係リ茲ニ之レヲ詳論スルノ要ナク茲ニハ債權發生ノ原因トシテ單ニ之レヲ指示スルノミヲ以テ足レリトス

### 第三章 債權ノ内容

債權ノ内容ヲ當事者及ヒ目的トス余ハ以下此二者ニ付キ各別ニ説明スヘシ

#### 第一節 債權ノ當事者

茲ニ權利アレハ必スヤ其主體ナカルヘカラス主體ナクシテ獨リ權利ノ存在スヘキニアラサルハ敢テ説明ヲ要セサル所ナリ債權關係ニ在テモ亦然リトス而シテ債權關係ニ在テハ權利ノ主體ハ人ヲシテ或事ヲ爲シ又ハ爲サザラシムルノ權利ヲ有スル所ノ人即チ債權者ナルコトハ既ニ説明スル所ニ依リ明カナルノミナラス債權ハ人ト人トノ關係ナルヲ以テ債權者ニ對シテ或事ヲ爲シ又ハ爲ササルノ羈絆ニ服従スルノ人即チ義務ノ主體タル債務者アルコトヲ必要トスルコトモ亦

自カラ明白ナリトス故ニ債權者ト債務者トハ債權ノ成立ニ缺クヘカラサル要素ニシテ苟クモ其一ヲ缺クトキハ債權ノ成立シ得ヘカラサルハ論ヲ俟タズ即チ此兩者ヲ稱シテ債權關係ニ於ケル當事者トス

債權關係ノ成立ニハ當事者即チ債權者及債務者アルコトヲ必要トスルコトハ前述ノ如シト雖モ一ノ債務關係ハ單ニ同一當事者間ニ於テノミ存立シ得ヘキモノニシテ當事者ノ變更ハ常ニ債務關係ノ消滅ヲ來スヘキモノナルヤ否ヤ此問題ニ關シテハ古代ノ立法ト近世ノ立法ト少シク趣ヲ異ニス羅馬法ノ下ニ在テハ債權ハ特定ノ人ト特定ノ人トノ間ニ存スル權利關係ニシテ此關係ハ單ニ特定ノ人即チ同一當事者間ニ於テノミ存續シ得ヘク當事者ノ變更ハ常ニ債權關係ヲ消滅セシムルノ結果ヲ生スルモノトナセリ例之ハ甲、乙ニ對シ金百圓ノ債權ヲ有スル場合ニ此債權關係ハ甲乙間ニ於テノミ存立スヘク甲乙以外ノ人ノ間ニ存續スルヲ得ス茲ニ於テ丙者來リ乙ノ地位ヲ承繼シテ同一ノ權利ヲ取得セントスルニハ三人承諾ノ上甲乙間ノ債務關係ヲ消滅セシメ新タニ乙丙間ニ於テ債務關係ヲ創設スルコトヲ要ス茲ニ於テ甲カ乙ニ對スル百圓ノ債權ハ消滅シ更ニ乙丙間ニ於テ百圓ノ給付ヲ目的トスル新債權ヲ發生スルモノナリ債權者ノ更替ニ依ル債務ノ更改ト稱スルモノ即チ是レナリ一ノ債權關係ニ付キ債務者ニ變更ヲ生スル場合ニ於テモ亦タ同一ニシテ此變更ハ常ニ舊債權ヲ消滅セシメ新債務ヲ發生スルモノトス然ルニ近代ニ至リテハ專ラ債權其モノノ實質ニ着眼シ當事者其人ニ重キヲ置カサルノ傾向ヲ生

スルニ至レリ即チ債權ハ其實質ヨリ見ルトキハ債權者ニ特定ノ利益ヲ與フル權利ニシテ債權者ノ需要ヲ満足スヘキ特定ノ結果ヲ得ルヲ目的トス果シテ然ラハ此權利ハ甲ニ屬スルト等シク乙丙丁其他何人ニモ歸屬スルヲ得ヘク甲ニ屬スルト乙丙丁ニ屬スルトニ依リ其實質ヲ異ニスルコトナシ何トナレハ甲乙丙丁ハ各此權利ノ作用ニ依リ同一ノ利益ヲ享受シ同一ノ目的ヲ達シ得ヘケレハナリ茲ニ於テ甲ハ其債權ヲ乙ニ讓渡シ乙ハ之レヲ丙ニ讓渡シ丙ハ又丁ニ讓渡スルコトヲ得ルコト所有權ヲ有スル者カ之レヲ他人ニ讓渡ス場合ト異ナルコトナシ故ニ債權讓渡ノ場合ニ於テハ乙丙丁ハ順次ニ甲ノ債權ヲ承繼シタルモノニシテ一旦成立シタル甲ノ債權ハ歸屬權利者ノ變更ニ拘ハラス依然トシテ存在シ債權關係ノ存續ニ付キテハ債權ノ主體タル特定ノ權利者アルノミヲ以テ充分ナリトシ債權者其人ノ同一ナルコトハ敢テ之ヲ必要トセサルニ至レリ是レ方今何レノ國ノ立法ニ於テモ一般ニ認メラルル所ナリ故ニ債權ハ讓渡ノ方法ニ依リ原權利者ヨリ他ノ第三者ニ移轉スルコトヲ得ルヲ原則トスレトモ債權ノ中ニ權利者ノ一身ニ屬シ他人ニ於テ之レヲ繼承スルコト能ハサルモノアリ例之ハ教師僕婢ノ雇傭契約ノ如キハ常ニ當事者其人ノ一身ニ着眼スルヲ以テ此契約ヨリ生スル債權ハ當事者ニ專屬シ當事者以外ノ人ニ於テ其地位ヲ承繼シ其權利ヲ行使スルコト能ハサルノ結果ヲ生スヘシ故ニ此種ノ債權ニ關シテハ債權者ノ變更ヲ許サス隨テ讓渡ノ方法ニ於テ他人ニ移轉スルコト能ハサルモノトス

又債權者ノ側面ヨリ觀察スルニ其負擔スル所ノ債權ハ結局債權者ヲシテ特定ノ利益ヲ享受セシ

其需要ヲ満足スルカ爲メノ手段方法タルニ過キス果シテ然ラハ債務ノ目的タル給付ヲ爲ス者ノ甲タルト乙タルトハ之レヲ問フコトヲ要セス債權者ヲシテ債務ノ目的タル利益ヲ享受セシム其需要ヲ満足スルコトヲ得セシムルヲ要スルト同時ニ此結果ニ歸着スルヲ以テ足レリトス故ニ甲ノ債務ハ乙ニ於テ之レヲ引受ケ債權者ニ對シテ之レヲ履行スルコトヲ得ヘク丙又乙ニ代ハリテ之レヲ履行スルコトヲ得ヘシ此場合ニ於テハ債務ハ其實質ヨリ觀察スルトキハ債權者ノ需要ヲ満足スルノ一ノ手段方法ニシテ債權者ノ更替ニ拘ハラス依然トシテ存在スルモノト論スルコトヲ得ヘシ茲ニ於テ獨逸新民法ハ債務ノ引受ナル名稱ノ下ニ同一債務ヲ移轉ヲ認ムルコト債權ノ讓渡ニ基ツク債權ノ移轉ノ場合ト異ナルコトナシ故ニ獨逸民法ノ主義ニ依ルトキハ債權債務ハ當事者ノ變更ニ拘ハラス存續スルコトヲ得ヘシ換言スレバ當事者ニ變更ヲ生スルモ其變更ノ何レノ側面ニ於テ生シタルヲ問ハス債權關係ハ依然トシテ存立シ得ヘキモノトナルヘシ唯債權者ノ何人タルヤハ債務履行ニ重大ノ關係ヲ有シ隨テ債務者ノ變更ハ債權者ノ利害ニ影響ヲ及ホスヲ以テ債務ノ引受ニ付キテハ常ニ債權者ノ承諾ヲ必要トスルノミ

我民法ハ如何ナル主義ヲ採用シタルヤ民法ハ債權ニ關シテハ一面ニ於テ其讓渡ヲ許スト同時ニ他ノ一面ニ於テハ債權者ノ更替ニ依リ債務ノ更改ヲモ認メタリ故ニ第一ノ場合ニ於テハ債權ハ當事者ノ變更ニ拘ハラス依然トシテ存續シ第二ノ場合ニ於テハ當事者ノ變更ニ依リ債權ハ消滅スルノ結果ヲ生スヘシ即チ我民法ニ依ルトキハ當事者ノ變更ハ必シモ債權消滅ノ結果ヲ生セ

サ、モ、此結果ヲ生、スルコトトナル、ヘシ蓋シ債權ハ常ニ讓渡ノ方法ニ依リテ第三者ニ移轉スヘキモノトス債權者ノ更替ニ因ル更改ナルモノヲ認メサル獨逸民法ト其趣ヲ異ニスル所ナリ又我民法ニ於テハ債務ノ引受ナルモノヲ認メスシテ債務者ノ更替ニ依ル債務ノ更改ヲ認ムルノミ然レトモ我民法ハ債務ノ引受ヲ禁セサルノミナラス一ノ債務關係ニ付キ他人ノ地位ヲ繼承スルコト即チ一ノ債務ヲ存續セシメテ其儘之ヲ甲ヨリ乙ニ移轉セシムルコトハ債務ノ本質ニ反スルモノニアラサルヲ以テ契約ヲ以テ債務ヲ引受タルコトハ我民法ノ下ニ在テモ有效ニ爲シ得ヘキモノト解釋スルヲ正當ナリトス之レヲ要スルニ我民法ニ依ルトキハ當事者ノ變更ハ時アリテ債務消滅ノ結果ヲ生シ時アリテ之ヲ生セサルモノトス尙ホ當事者ニ變更ヲ生スル債權讓渡債務ノ更改ニ付キテハ諸君ニ於テ詳細ニ研究セラルルノ機會アルヲ以テ茲ニ詳論セス

### 第二節 債權ノ目的

債權ノ存立ニハ權利義務ノ主體タル當事者ノ外ニ尙ホ權利ノ目的アルコトヲ必要トス何トナレハ目的ナキ權利ハ到底想像シ得ヘカラサルヲ以テナリ而シテ債權ハ債權者カ法律ニ依テ附與セラレタル能力ニ因リ債務者ニ對シテ要求シ得ヘキ特定ノ行爲（不行爲ヲ包含ス）ヲ以テ目的トスルコトハ債權ノ性質ヲ説明スルニ當リテ既ニ一言セル所ナリ

債權ノ目的タル債務者ノ行爲不行爲ハ總テ債權者ノ生活上ノ需要ヲ滿足スルヲ以テ目的トスルモノニシテ其種類極メテ多ク或ハ有體物ノ讓渡即チ所有權ノ移轉ヲ目的トスルモノアリ物品ノ賣買、贈與、交換ヨリ生スル債權ノ如シ或ハ物ノ使用收益ヲ目的トスルモノアリ貸借契約ヨリ生スル債權ノ如シ或ハ諸般ノ勞役事務ノ管理ヲ目的トスルモノアリ委任契約、雇傭契約ヨリ生スル債權ノ如シ或ハ債務者ノ不作爲即チ債務者ニ對シテ或行爲ヲ禁止スルコトヲ目的トスルモノアリ債務者ノ製造品ヲ債權者以外ノ人ニ賣却セシメサルノ債權、債權者ノ劇場以外ニ於テ演藝ヲ爲サシメサル債權ノ如シ之ヲ要スルニ債權ノ效用ハ債權者ノ生活上ノ需要ヲ充タスヲ以テ唯一ノ目的トスルモノナレハ其目的モ又タ債權者ノ生活上ノ需要ニ應ジテ千差萬別ナリト雖モ結局債務者ノ行爲不行爲ノ外ニ出テサルモノトス

債權ノ目的ヲ與ヘ、爲シ、爲ササルノ三個ニ類別スルコトハ羅馬法以來久シク行ハレタル分類法ナリトス所謂與フルノ債權ハ爲スノ債務中ニ當然包含セラルヘキモノニシテ羅馬法ニ在リテハ此區別ノ實用アリタレトモ今日ハ最早與フルノ債務ト他ノ作爲ノ債務ヲ區別スルノ實益ナキヲ以テ債權ハ債務者ノ行爲不行爲ヲ目的トスト云ヒ終ニ債權ハ債務者ノ行爲ヲ以テ目的トストノ定義ヲ爲スモノアルニ至レリ是レ他ナシ不行爲ハ結局行爲ノ一種ナレハナリ且ツ近代ニ至リ債權ノ目的ヲ指示スルニ專ラ給付ナル語ヲ用フルノ慣習ヲ生シ我民法ニ於テモ債權ノ目的ヲ指示スルニ給付ノ文字ヲ用ヒタル個處頗ル多シ蓋シ給付ナル語ハ獨逸ニ「ライスツング」ト云ヒ佛語ニテハ「プレスタシオン」ト云ヒ他人ノ爲メニスル一切ノ行爲不行爲ヲ意味スルモノナリ

債權ノ目的ノ何タルヤハ以上ノ説明ニ依リ明カナルヲ以テ余ハ今ヨリ債權ノ目的タル給付ノ具備スヘキ要件及ヒ債權ノ目的タル給付中ノ最重要ナルモノニ付キ説明スヘシ

### 第一款 債權ノ目的タル給付ノ要件

債權ノ目的タル給付ノ具備スヘキ要件數箇アリ即チ左ノ如シ

- 第一 債權ノ目的タル給付ハ不能ノモノニアラサルコトヲ要ス
  - 第二 債權ノ目的タル給付ハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサルコトヲ要ス
  - 第三 債權ノ目的タル給付ハ確定スルコトヲ要ス
  - 第四 債權ノ目的タル給付ハ債權者ニ利益ナルコトヲ要ス
- 前記四箇ノ要件ハ主トシテ契約上ノ債權ニ關スルヲ以テ何レノ國ノ立法上ニ於テモ皆契約成立ノ要件トシテ之レカ規定ヲ設ケ學說モ亦タ契約ノ目的ニ關シテ之レヲ論スルヲ通則トス而シテ我民法ニ於テハ此點ニ付キ規定スル所ナク學理上ノ解釋ニ一任スルノ主義ヲ採用シタリ而シテ諸君ハ契約ノ效力ニ關シテ別ニ研究セラルヘシト雖モ債權ノ目的トシテ給付ノ性質ヲ研究スルハ無益ノ業ニアラサルヘシト信スルヲ以テ余ハ此點ニ付キ一言ヲ費スヘシ

### 第一項 不能ノ給付

不能ノ事ハ之ヲ行フコト能ハサルヲ以テ何人モ之レヲ行フノ義務ナシ隨テ不能ノ給付ハ債權ノ目的タルコトヲ得ス法語ニ曰ク不能ニ對シテハ何人モ責任ヲ負フコトナシト即チ此謂ナリ

給付ノ不能ハ種種ノ觀察點ヨリ數個ニ類別スルコトヲ得即チ左ノ如シ

一 絕對的不能關係の不能 絕對的不能トハ給付カ其性質上不能ナルモノヲ謂フ例之ハ不死ノ藥ヲ給與シ泰山ヲ挾ンテ北海ヲ超ユルノ類ヲ謂フ蓋シ絕對的不能ハ給付其モノノ性質ニ基因スル者ナレハ場合ノ如何ヲ問ハス又之ヲ爲スノ任ニ當ル者ノ何人タルヲ論セス常ニ不能ナリトス關係的不能(又ハ相對的不能)トハ給付カ性質上不能ナルモ只タ或場合ニ於テ又ハ或人ニ對シテノミ不能ナルモノヲ謂フ例之ハ特定ノ家屋ヲ賣渡スコトヲ約シタルニ其家屋カ燒失シタル場合又ハ其家屋カ他人ノ所有ニ屬シ之ヲ讓渡スコト能ハサリシ場合ノ如シ蓋シ家屋ノ賣渡ノ其性質ニ於テハ可能ノ事ニ屬スルモ此場合ニ於テハ此家屋ヲ燒失シタルカ爲メ又ハ其家屋カ他人ノ所有ナリシカ爲メニ不能ナルモノナリ即チ其給付カ如何ナル場合又如何ナル人ニモ不能ナルニアラスシテ唯タ或場合又ハ或人ニノミ不能ナルニ過キサルモノトス

二 法律上ノ不能事實上ノ不能 法律上ノ不能トハ給付ノ不能カ有形的ノ事實ニ基因セスシテ法律上ノ障害ニ基因スルモノヲ謂フ法律ニ於テ讓渡ヲ禁シタル物(不融通物)ノ賣渡ヲ約スル場合又ハ甲一ノ物件ヲ乙ニ賣渡スコトヲ約シタルニ其物件ノ乙ノ所有ナリシ場合等ノ如シ事實上ノ不能トハ給付カ有形的ニ不能ナルヲ謂フ不死ノ藥又ハ燒失シタル家屋ヲ賣渡スノ類

ナリ

三 主觀的不能客觀的不能 客觀的不能トハ不能ノ原因カ債權ノ目的タルヘキ給付其モノニ存スルヲ謂フ既ニ燒失シタル家屋ヲ引渡シ又ハ不死ノ藥ヲ給與スルノ類ニシテ既ニ說明セル絶對的不能ハ常ニ客觀的不能ニ屬ス主觀的不能トハ不能ノ原因カ債務者ノ一身ニ存スルモノヲ謂フ無學者カ他人ノ教師トナルコトヲ約シ何等ノ技藝ニ通曉セザルモノカ繪畫ヲ描キ器物ヲ製造シ又ハ演藝ヲ爲スコトヲ約スル場合ニハ債務者ハ其約シタル給付ヲ爲シ得サルモ學術技藝ニ堪能ナル者ハ之ヲ爲シ得ルヤ明カナリ故ニ不能ノ原因ハ即チ債務者ノ一身ニ存スルモノナリ換言スレハ是等ノ場合ニ於テ給付ハ其性質ニ於テハ可能ナルモ債務者ニ於テ爲シ能ハサルニ過キス故ニ主觀的不能ハ常ニ關係的不能ナリトス

債權成立當時ニ存セル客觀的不能ハ常ニ債權ノ成立ヲ妨クレドモ主觀的不能ニ在テハ必ラスシモ此事ナシ例之ハ不死ノ藥ヲ給與シ既ニ消滅シタル家屋ヲ引渡スコトハ給付其物ノ性質上不能ノ事ニ屬シ何人ト雖モ爲シ得ヘカラサルコトナルヲ以テ此種ノ給付ハ到底債權ノ目的タルコトヲ得ス隨テ當事者カ之ヲ約スルモ債權ヲ發生セザルニ依リ債務者ハ其給付ヲ爲スノ義務ナキハ勿論不能ノ給付ニ代ヘテ損害賠償ヲ爲スノ義務ナキモノトス但此種ノ給付ヲ約シタル者ハ場合ニ從ヒ不法行爲ヨリ生スル損害賠償ノ原則ニ基ツキ之カ爲メニ生シタル消極的損害ヲ賠償スルノ責任スヘキノミ所謂消極的損害トハ契約ノ目的タル給付ヲ爲ササルカ爲メニ生シタル損

害ニ非スシテ不成立ナル契約ヲ爲シタルカ爲メニ生シタル損害ナリ例之ハ其契約ヲ爲シタルカ爲メ他ノ有益ナル契約ヲ爲スコトヲ妨ケラレ爲メニ損害ヲ被リタル場合ノ如シ

主觀的不能ハ之ニ異リ例之ハ畫工ニ非スシテ畫ヲ描クコトヲ約シ所有者ニ非サル者カ目的物件ヲ賣渡スコトヲ約シタルカ如キ場合ニ於テハ其給付ハ本來不能ノモノニアラサルヲ以テ諸約者ハ其約束ニ羈束セラレ之レヨリ生スル責任ヲ辭スルコトヲ得ス隨テ此場合ニ於テハ其給付ハ債權ノ目的トナリ得ヘク債權ハ完全ニ成立スヘシ但債權ノ目的タル給付ハ債務者ニ於テ爲シ能ハサルモノナレハ債權者ハ債務ノ直接履行トシテ其給付ハ債務者ニ強フルコトヲ得サルモ債務者ハ不能ノ給付ニ代ヘテ不履行ヨリ生スル全部ノ賠償ヲ爲スノ義務(積極的損害即チ一旦成立シタル債務)アリトス

主觀的不能ノ場合ニ於テハ債權關係ハ完全ニ成立スルモノトシ債務者ヲシテ不履行ノ責任ニ任セシムル所以ノモノハ他ナシ債權ノ目的タル給付ハ假令債務者ニ於テ爲シ得ヘカラザルニモセヨ債務者以外ノ人ニ於テ爲シ得ル限リハ債務者ハ第三者ニ存スル給付能力ヲ利用シテ債權者ヲ満足スルコトヲ得ヘケレハ債權者カ債權發生ノ當時自身ニ給付ヲ爲スノ能力アルヤ否キハ必ラ萬シモ債權關係ノ成立不成立ニ影響ヲ及ホスコトナキヲ以テナリ例之ハ無責力ナル債務者カ百萬ノ金員ヲ支拂フコトヲ約シタル場合ニ債務者ハ第三者ヨリ金員ノ融通ヲ受ケテ辨濟ヲ爲スコトヲ得ヘク債務者カ第三者ノ所有ニ係ル物件ヲ讓渡シタルトキハ其物件ヲ第三者ヨリ買取リテ給

付ヲ爲スコトヲ得ヘク又タ債務者カ特種ノ技能ヲ必要トスル給付ヲ負擔シタル場合ニ此技能ヲ  
 缺クトキハ此技能ヲ具フル第三者ヲシテ給付ノ任ニ當ラシムルコトヲ得ヘシ故ニ是等ノ場合ニ  
 於テ假令債務者ニ給付ノ能力ナシトスルモ其給付ニシテ絕對的ニ不能ナラザル限りハ之レヲ約  
 シタル債務者ハ債權者ヲシテ債權ノ目的タル給付ヲ受クルコトヲ得セシムルノ責任ヲ負フヘキ  
 ハ事理ノ當然ナリトス何トナレハ債務ノ履行ハ必ラスシモ債務者自身ニ爲スコトヲ要セス第  
 三者ニ於テ代リテ爲スコトヲ得ヘク要ハ債權者ヲシテ給付ノ利益ヲ享受スルコトヲ得セシムルニ  
 在ルヲ以テ債務者ニ給付ノ能力ナキカ爲メ債權關係ヲ不成立ニ歸セシムヘキ理由ハ絶ヘテ之レ  
 ナキヲ以テナリ然レトモ債權ノ目的タルヘキ給付ヲ債務者自身ニ爲スコトヲ必要トシ第三者ニ  
 於テ爲シ得ヘカラサル性質ノモノナルトキハ債務者其人ノ身分ハ即チ給付ノ要素ヲ組成スル  
 ヲ以テ債務者ニ給付能力ナキトキハ其給付ハ絕對的ニ不能トナル何トナレハ此給付ハ債務者ハ  
 勿論何人モ爲シ得ヘカラサルヲ以テナリ果シテ然ラハ此場合ニ於テモ不能ノ原因ハ給付其モノ  
 ノ性質ニ存スルモノナレハ客觀的不能ノ一種トシ不能ニ對シテハ何人モ義務ヲ負擔セストノ原  
 則ニ基ツキ債權關係ハ絕對的ニ發生セザルモノトナスヲ正當ナリトス故ニ債務者其人ノ一身ニ  
 着眼シテ締結シタル契約ニ在テハ契約成立當時ニ於テ存スル債務者ノ給付ノ不能ハ當ニ債權ノ  
 發生ヲ妨クルノ效果ヲ生スルモノトス  
 給付ノ不能ハ一時ナルコトアリ永久ナルコトアリ永久の不能ハ當ニ債權成立ノ妨グトナルモ一

時的不能ハ必ラスシモ此結果ヲ生セザルモノトス而シテ給付ノ不能ノ一時ナルヤ永久ナルヤハ  
 不能ノ除去カ事物ノ自然ノ成行ニ從ヒ期待シ得ヘキヤ否ヤニ依リテ定マルヘキモノトス故ニ債  
 權ヲ發生セシムヘキ契約締結ノ當時不能ナル給付其後ニ至リ可能トナリタルトキ例之ハ自己  
 ノ所有地ト共ニ公道ノ一部ヲ讓渡スコトヲ約シタルニ其後ニ至リ政府ニ於テ其公用ヲ廢止シ一  
 私人ニ拂下ケタルカ如キ場合ニ於テ其可能トナリタルハ全ク當事者ノ豫期セザル偶然ノ出來事  
 ニ基因スルトキハ其契約ハ不能ノ給付目的トシタルモノタルコトヲ失ハサルヲ以テ債權ハ成  
 立セス之ニ反シテ給付ノ不能カ履行ノ爲メニ定メラレタル期限ノ到來前ニ除去セラレ且ツ不能  
 ノ除去ハ當事者ノ豫期シタル自然ノ結果ナルトキハ債權ハ成立スヘシ即チ前例ニ於テ當事者カ  
 地所ノ拂下ヲ豫期シテ契約ヲ締結シ履行期ノ到來以前ニ其地所カ拂下トナルトキハ債權ハ完全  
 ニ成立ス故ニ此場合ニ於テハ不能ノ除去ヲ條件トシタル一種ノ停止條件附債權ヲ發生スルモノ  
 ニシテ給付ノ不能カ履行ノ爲メニ定メラレタル期限ノ到來前ニ除去セラレタルトキハ債權ハ條  
 件ノ成就ニ依リテ成立シ履行期限ニ至ルモ其不能カ除去セラレザルトキハ債權ハ條件ノ不成就  
 ニ因リ成立セザルコトトナルヘシ獨逸民法ニハ此點ニ關スル規定アレトモ或民法ハ別ニ規定ヲ  
 設ケスシテ學理上ノ解釋ニ一任シタリ

### 第二項 不法ノ給付

茲ニ所謂不法ノ給付トハ公ケノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル給付ヲ謂フ抑、公ケノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル法律行為ノ無効ナルコトハ方今何レノ國ノ立法ニ於テモ確認セラルル所ノ原則ニシテ此原則ハ又我民法第九十條ニ於テ特ニ規定セラルル所ナリ而シテ債權ノ目的ハ公ケノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサルコトヲ要スト云フモ畢竟右ノ原則ヲ債權ノ目的タル給付ニ適用シタルモノニ過キス然レトモ其所謂公ケノ秩序又ハ善良ノ風俗トハ何ヲ云フヤノ問題ニ付キテハ各國ノ立法ニ別段ノ規定ヲ設ケス各個ノ場合ニ於テ裁判官ノ自由ナル判斷ニ一任シ來リタルモノナリ余ハ今ヨリ余ノ信スル所ニ從ヒ此二者ノ何タルヤヲ説明シ其意義ヲ成ルヘク正確ナラシムルコトニ方ムヘシ蓋シ公ケノ秩序、善良ノ風俗ナル語ハ較、空漠ニ失スルノ嫌アリ隨テ其意義ヲ明確ナラシメ此二者ノ何タルヤヲ一目瞭然タラシムルコトハ至難ノ事ニ屬スルモノナリ

一 公ノ秩序ニ反スル行為 何ヲ公ケノ秩序ニ反スル行為ト謂フ曰ク或行為カ、一國ノ公安、公益ヲ害スルトキハ其行為ハ公ケノ秩序ニ反スルモノナリ

蓋シ國家ノ最大目的ハ之ヲ組織スル所ノ人類共同團體ノ生存ト發達トニアリ而シテ共同團體ノ安全ヲ保持シ敢テ侵害スルコトナカラシムルハ其生存ノ必要條件ニシテ共同團體ノ利益ヲ保護シ之ヲ紊亂セシメサルハ其發達ヲ助成スル所以ナリ故ニ一國ノ公安ヲ維持シ公益ヲ保護スルハ即チ其國ノ秩序ヲ維持スルモノト謂ハサルヲ得ストナレハ秩序トハ凡百ノ事物カ各

其所ヲ得テ整頓セル状態ヲ謂フモノニシテ共同團體ノ公安公益ヲ保全スル所ノ國家ハ共同團體ノ生存發達ノ目的ヲ達スルコトヲ得テ秩序整然タル其本然ノ状態ニ在ルモノナレハナリ凡ソ私法上ノ權利關係ハ元ト個人ノ私益ニ關スルモノナレハ法律ハ其自由意思ニ一任シ個人ヲシテ隨意ニ之レヲ定ムルコトヲ得セシメ敢テ之レニ干渉セズ是レ近代ニ於ケル私法上ノ原則ニシテ古代ノ立法ト大ニ趣ヲ異ニスル所ナリ故ニ此關係ニ在テハ個人ハ大ナル行為ノ自由ヲ享有スト雖モ法律カ其自由意思ヲ認許スルハ畢竟私益ニ關スルカ爲メニ外ナラサルヲ以テ個人ノ自由意思ハ常ニ私益ヲ以テ其自然ノ限界トスヘク此區域ヲ超越シテ公安公益ヲ左右スルコトヲ得サルヲ明カナリ故ニ事公安又ハ公益ニ關スルトキハ個人ノ意思ノ自由ハ茲ニ全ク止息スヘキモノトス蓋シ國家ハ個人ノ集合ヨリ成リ個人ヲ以テ其基礎トスルモ個人ノ集合團體カ一ノ國家ヲ形成スルト同時ニ其集合團體ハ國家トシテ其固有ノ利益關係ヲ有シ其利益關係ハ必スシモ個人ノ利害ト同シカラス而シテ個人ノ利害ト國家ノ利害ト抵觸スルトキハ個人ノ利害ハ國家ノ利害ニ讓ラサルヘカラス何トナレハ國家ノ生存發達ハ之ヲ組織スル所ノ個人ノ生存發達ノ必要條件ナルヲ以テ個人ハ如何ナル場合ニ於テモ國家ノ生存發達ニ必要ナル公

安公益ヲ害スルコト能ハサルヘキハ理ノ當然ナルヲ以テナリ公益ハ私益ヲ害スト言ヘル格言ハ國家ト個人トノ此關係ヲ表明シタルモノニ外ナラス故ニ國家アリテヨリ以來何レノ國何レノ時代ヲ問ハス一國ノ公安公益ニ害アリト認ムル行為ハ刑罰ノ制裁ヲ付シ嚴ニ之ヲ禁シ少ク

モ之等ノ行為ニ對シテハ毫モ法律ノ保護ヲ與ヘサルヲ以テ通義トナセリ但一國ノ公安公益ハ必ラスシモ確定不可動ノモノニアラスシテ其國ノ事情文化ノ程度如何ニヨリ自カラ差異ナキ能ハス且ツ單ニ或一國ノミニ付キテ言フモ公安公益ノ關係ハ時ト場合ニ依リテ異ナルコトアリ例之ハ復讐ヲ公許シテ之ヲ獎勵シタル時代アリ家族ニ對スル生殺與奪ノ權ヲ家長ニ與ヘタル制度アリ不具異形ノ子ヲ殺スコトヲ命令シタル法律アリ老人ノ遺棄ヲ怪マサリシ習俗アリ然レトモ近代ニ在テハ之等ノ行為ハ何レノ國ニ於テモ公安ヲ害スルモノトシ刑罰ヲ以テ嚴ニ之レヲ禁スル所ニシテ奴隸制度ノ一般ニ廢止セラレタルモ僅カニ輓近ノ事ニ屬ス又現時ニ付キテ言フモ或國ハ富強ヲ公許シ或國ハ公益ニ害アリトシテ之ヲ嚴禁シ或國ハ決闘ヲ認許シ他ノ國ニ於テハ刑罰制裁ヲ付シテ之ヲ嚴禁ス又タ家族制度ハ我國ノ秩序ヲ維持スルカ爲メニ必要ナレトモ歐洲諸國ニ於テハ斯ル必要ナク我國ニ於テハ貸座敷營業ハ公ケノ秩序ヲ維持スルカ爲メニ必要ナリトシテ之レヲ公許スルモ歐洲諸國ニ於テハ之ト正反對ニ公ケノ秩序ニ反スルモノトシテ之ヲ許ササルカ如シ故ニ或行為カ公ケノ秩序ニ反スルヤ否ヤ決定セサルヘカラス然レニ一國ノ公安公益ノ關係ハ頗ル複雑ナルヲ以テ之レヲ認知スルノ容易ナラサル場合往々ニシテ之レアルヘク要ハ其國ノ沿革、政治、經濟其他共同團體ノ生存ト發達トニ影響ヲ及ボスヘキ萬般ノ事態ニ通曉スルニ在リ而シテ之レヲ決定スルハ裁判官ノ任務ナルヲ以テ裁判官ハ

此重大ナル任務ヲ果タスカ爲メニハ特別ノ智能ヲ有セサルヘカラサルヤ明カナリ如何ナル行為カ公ケノ秩序ニ反スルヤノ問題ニ關シテ試ニ二三ノ標準ヲ舉グルトキハ左ノ如シ

(一) 法律カ公安公益ヲ保全スルカ爲メニ或行為ヲ禁シ又ハ或行為ヲ命スル場合ニ禁セラレタル行為ヲ爲シ又ハ命セラレタル行為ヲ爲ササルハ公安公益ヲ害スルモノナレハ此ノ種ノ行為不行爲ハ債權ノ目的タルコトヲ得ス例之ハ第三者ノ財産ヲ毀損シ其生命身體ヲ傷害スヘキコトヲ約シタル場合又ハ老幼ヲ扶育スルノ義務アル者カ之レヲ遺棄スルコトヲ約シタル場合ノ如シ而シテ禁止法就中刑罰ノ制裁ヲ付シテ行為不行爲ヲ禁スルモノハ常ニ公ケノ秩序ニ關シ命令法ハ多クノ場合ニ於テ公ケノ秩序ニ關スルモ常ニ必ラスシモ然ラス唯ダ公安公益ノ保全ヲ目的トスルモノノミ此性質ヲ有スルモノナリ而シテ是等ノ法令中ニハ風俗、衛生、警察、國家、經濟、國防軍備ニ關スルモノ大部分ヲ占ム反對ニ於テ法律ノ命スル行為ヲ爲シ又ハ法律ニ禁スル行為ヲ爲ササルコトヲ以テ債權ノ目的ト爲スコトヲ得ス例之ハ何人モ權利ナクシテ他人ノ名譽、生命、身體、財産ヲ毀損スルコトヲ得サルモノニシテ法律ハ他人ノ名譽、生命、身體、財産ニ關シテ吾人ニ不行爲ノ義務ヲ負ハシムルモノナリ故ニ此ノ種ノ不行爲ハ債權ノ目的タルコトヲ得ス換言スレバ當事者カ之ヲ約スルモ債權關係トシテ法律ノ保護ヲ受クルコトヲ得サルモノトス是レ他ナシ債



權ハ債務者カ或事ヲ爲シ又ハ爲ササルノ自由ヲ有スル場合ニ其自由ヲ制限シ其事ヲ爲シ又ハ爲ササルノ羈絆ヲ受ケシムルニ因リテ成立スルモノナルヲ以テ債務者カ既ニ法律上或事ヲ爲シ又ハ爲ササルノ羈絆ニ服從スル以上ハ債務者ハ其行爲ノ自由ヲ享有セサルモノニシテ之ヲ約スルモ之カ爲メ要約者ノ權利ニ毫モ附加スルコトナシ隨テ其行爲ハ債權ノ目的タルコトヲ得サルヤ明カナリ

道徳又ハ風俗ニ於テ爲シ得ヘカラサル行爲及ヒ道徳上風俗上爲ササルヘカラサル行爲モ亦債權ノ目的タルコトヲ得ス例之ハ父母ニ對シ孝養ヲ盡クシ他人ニ對シテ信義ヲ守ルハ所謂道徳上ノ義務ニ屬シ不孝背信ハ背徳ノ所爲トシテ道徳ニ於テ禁セラルル所ノ所業ナリ故ニ父母ヲ冷遇シ他人ヲ欺罔スルカ如キ所爲ハ債權ノ目的タルコトヲ得サルハ勿論父母ヲ冷遇セサルコト或ハ他人ヲ欺罔セサルコトヲ以テ債權ノ目的トナスコトヲ得ス何トナレハ先キ場合ニ於テハ國ノ生存發達ト密接ノ關係ヲ有スル道徳風俗ヲ亂ルノ結果ヲ生スヘク後ノ場合ニ於テハ他人ヲ欺カサルコトハ假令法律上ノ義務ニアラサルニモセヨ各人カ既ニ道徳上ヨリ此義務ヲ負フ以上ハ其當然爲スヘキコトニ屬シ此點ニ付キ爲スト爲ササルノ自由ヲ享受セサルヲ以テ債權ノ目的トナスコトヲ得サレハナリ

(二) 人身ノ自由ヲ過度ニ拘束スヘキ行爲ハ公ケノ秩序ニ反ス蓋シ身體ノ自由ハ各人ノ人格ヲ組成スル一要素ヲ成スハ疑ナシト雖モ各人カ多少身體ノ自由ヲ制限セラルルモ之カ爲メ

獨立ノ人格ヲ失フモノニアラス唯タ其制限ノ過度ナル場合ニ於テ此結果ヲ生スルノミ例之ハ甲乙ニ對シテ其取得スル財產ハ其何タルヲ論セス總テ之ヲ乙ニ讓渡スルコトヲ約シ又ハ乙ノ命スル事ハ何事ニ依ラス之ヲ爲スヘキコトヲ約スルカ如シ是レ他ナシ此種ノ給付ハ之ヲ爲ス者ヲシテ獨立ノ人格ヲ失ハシムルノ恐アリ而シテ各人ヲシテ獨立ノ人格ヲ享有セシムルハ進歩シタル國家ノ生存發達ニ必要ナルヲ以テナリ且ツ此種ノ給付ハ不法ノ缺點アルト同時ニ又不確定ノ給付トシテ債權ノ目的タルコトヲ得サルモノナリ債權者ヲシテ其存續期間ニ於テ無限ナル給付義務ヲ負擔セシムル場合ニ於テモ亦然リトス

(三) 自己ノ生命名譽身體ヲ目的トスル行爲ハ場合ノ如何ニ拘ハラス公ケノ秩序ニ反ス蓋シ是等ノモノハ人タルノ資格ニ缺クヘカラサルヲ以テ人タルノ資格ヲ毀タルニ非サレハ之ヲ以テ債權ヲ發生スヘキ行爲ノ目的トナスコトヲ得ス而シテ各人カ獨立ノ人格ヲ保有スルコトハ國ノ生存發達ノ必要條件ナレハ斯ル行爲ノ公ノ秩序ニ反スルハ敢テ説明ヲ要セサルヲ以テナリ故ニ生存セル人ノ身體ハ全部タルト局部タルトニ論ナク賣買讓與ノ目的タルコトヲ得ス然レトモ死屍又ハ人體ヨリ分離シタル局部ノ賣買讓與ハ必ラスシモ無効ニ非ス例之ハ頭髮ハ人ノ身體ニ附着スル間ハ之ヲ賣買スルコトヲ得サルモ之ヲ切斷シ身體ト分離シタル以上ハ他ノ物件ト等シク之ヲ讓渡スコトヲ得ヘク其給付目的トスル所ノ契約ハ有效ニ債權ヲ發生スヘシ人ノ身體ヨリ分離シタル四肢臟器其他ノ局部及ヒ死屍ノ賣買讓與モ亦タ

善良ノ風俗ニ反セザル限リハ有效ナリ例之ハ醫師カ患者ノ身體ノ一部ヲ切開シタル場合ニ患者カ之ヲ醫師病院又ハ解剖學者ニ贈與若クハ賣却シ又ハ患者カ死亡ノ場合ニ付キ其死體ノ全部又ハ一部ヲ如上ノ者ニ遺贈スルカ如シ之ニ反シテ何等ノ理由ナクシテ之ヲ賣買讓與スルハ善良ノ風俗ニ反スルヲ以テ其賣買讓與ハ無効ニシテ債權ヲ發生セス例之ハ賣藥製造ノ爲メニ死屍ヲ賣買スルカ如シ但シ人身ノ局部ヲ以テ製造セラレタル或種類ノ醫藥醫學上ニ於テ公認セララルニ至リタルトキハ之カ製造ヲ目的トスル身體ノ賣買讓與ハ公益ニ合スルヲ以テ之ヲ有效トセザルヘカラサルハ勿論ナリ

(四) 各人カ或事ヲ爲シ又ハ爲ササルニ付キ法律上決意ノ完全ナル自由ヲ享受セザルヘカラサル場合ニ之ヲ拘束スルハ不法ナリ從テ此種ノ給付ハ債權ノ目的タルコトヲ得ス例之ハ養子縁組、婚姻、離婚其他身分ノ變更ニ關シテハ當事者ニ於テ決意ノ完全ナル自由ヲ有スルコトヲ必要トシ決シテ他ノ拘束ヲ受ヘカラス故ニ是等ノ行爲ニ付キテハ當事者ハ其之レヲ爲ス前ニ於テ幾回其意思ヲ變更スルモ毫モ妨ケナク要ハ之ヲ爲スノ時ニ於テ完全ナル意思ノ自由ヲ享受スルニアリ是ヲ以テ當事者カ此種ノ行爲ヲ豫約シタル場合ニ諾約者カ其自由ノ意思ヲ以テ其約束ヲ踐行スルハ固ヨリ妨ケナシト雖モ諾約者カ其行爲ヲ爲スコトヲ欲セザル場合ニ其履行ヲ強フルハ不法ナリ何トナレハ斯クスルニ於テハ諾約者ノ意思ヲ抑制シ法律ノ要求スル決意ノ自由ヲ諾約者ヨリ剝奪スルノ結果ヲ生スルヲ以テナリ故ニ一般ニ

身分ノ變更ヲ目的トスル契約ハ法律上當事者ヲ羈束セス法律カ公益ニ關スル理由ニ基ツキ或權利ヲ吾人ニ與フル場合ニ其權利行使ヲ制限スル契約モ亦然リ例ヘハ告訴發ヲ爲シ又ハ爲ササルコトヲ約スルカ如シ總テ此種ノ事項ニ關シテハ吾人ハ常ニ爲スト爲ササルノ完全ナル自由ヲ享受シ毫モ他ノ拘束ヲ受タルコトナシト委任契約ヲ取消ササルコトヲ約スル場合亦同シ

終リニ法令ノ規定ニ付キ公ケノ秩序ニ關スル事項ヲ指摘センニ刑罰法ノ目的タル行爲ハ例外ナシニ公ケノ秩序ニ關シ公法ニ規定セル事項禁止法ノ目的タル事項モ亦公ケノ秩序ニ關スル法ハ私法上ノ權利關係ヲ規定セルモノナレハ私益ニ關スル規定大部分ヲ占ムルモ公益ニ關スル規定少シトセス今二三ノ例ヲ舉クレハ時効ニ關スル規定物權ノ種類ヲ限定セル規定(五條)物權ノ存續期間ヲ制限セル規定(水小作權共有)流質契約ヲ禁スル規定所有權ニ關スル規定中境界、袋地、浸水地等ニ關スル制限(其他法律ニ定ムル方法ニ因リテ所有權ノ制限例之)買戻ノ年限ニ關スル規定等ハ多クハ經濟上ノ理由ニ基因シ公益ヲ保護スルヲ目的トスルヲ以テ公ケノ秩序ニ關スル親權夫權戶主權其他親族ノ身分關係ヨリ生スル權利義務ハ公安又ハ公益ニ關スルモノ多キニ居ルヲ以テ親族法ノ規定ハ多クハ公ケノ秩序ニ關スルモノトス相續法ノ規定中ニモ亦此性質ヲ帶フルモノ少ナカラス相續ノ順位、遺留分ニ關スル規定ノ如キ即チ是ナリ

乙 善良ノ風俗ニ反スル行爲 善良ノ風俗ニ反スル行爲トハ其國ノ道德上ノ慣習ト相容レサル

行爲ヲ謂フ故ニ或行爲カ善良ノ風俗ニ反スルヤ否ヤハ主トシテ其國民ノ道德上ノ觀念ヲ基礎トシテ決スヘキモノニシテ一國ノ公安公益上ヨリ觀察シタル公ケノ秩序ニ反スル行爲トハ全ク其觀察點ヲ異ニスルモノナリ蓋シ私法上ノ關係ニ付キテハ法律ハ一般ニ個人ノ自由意思ヲ認メ其行爲ニ效ヲ與ヘテ之ヲ保護スト雖モ法律ノ此保護ハ國ノ道德上ノ觀念ト相容レサル行爲ニ及フコトヲ得ス何トナレハ國ノ道德風俗ハ法律ト相俟チテ國家ノ生存發達ノ必要條件ヲ形成スルモノナレハ國ノ道德風俗ヲ亂ルノ行爲ハ之ヲ保護スルノ必要ナキノミナラス却テ之ヲ禁スルノ必要アルヲ以テナリ蓋シ公ケノ秩序ニ反スル行爲ト善良ノ風俗ニ反スル行爲トハ其觀察點ヲ異ニスルモ其實質ニ於テハ結局同一ナル場合多シ何トナレハ一方ニ於テ一國ノ公安公益ヲ害スル行爲ハ其性質ニ於テ善良ノ風俗ニ反スルヲ常トスルノミナラス地方ニ於テ善良ノ風俗ニ反スル行爲ヲ保護スルハ即チ間接ニ之ヲ獎勵スルモノニシテ之カ爲其國ノ風俗ヲ壞亂シ其結果其國ノ生存發達ヲ害スルニ至ルヘケレハナリ故ニ此二者ハ略ホ同一ノモノト見ルコトヲ得ヘク只吾人カ行爲其物ノ性質ヲ審查スルニ當リ其行爲ハ直接ニ公安公益ヲ害スルモノト認ムルトキハ之ニ付スルニ公ケノ秩序ニ反スル行爲ノ名稱ヲ以テシ之ニ反シテ行爲カ主トシテ道德上ノ觀念ニ反シ公安公益ト直接ノ關係ヲ有セザルトキハ之ヲ稱シテ善良ノ風俗ニ反スル行爲ナリト云フニ過ギス例之ハ人ノ身體ヲ損傷スル行爲ハ公安ヲ害スルコト顯著ナルヲ以テ公ケノ秩序ニ反スル行爲ノ部類ニ入ルヘク私通ヲナシ又ハ妾ヲ蓄フルカ如キ行爲ハ

### 民法總則 (自第四章至第六章)

法學士 鳩山 秀 夫 講述

### 緒言

民法總則第四章乃至第六章ノ部分ハ「權利ノ得喪ヲ表題ノ下ニ研究セラルルヲ常トス、然レトモ亦之ト異リテ「法律事實」ト題スルモノナキニアラス、所謂法律事實トハ後ニ説明スルカ如ク權利ノ得喪變更ノ原因タル事實ノ謂ニシテ民法總則第四章以下ニ規定セル法律行爲、期間、時効ノ如キハ此法律事實ノ一種ニ外ナラサルカ故ニ之等ヲ其儘ニ概括シタル名稱トシテハ法律事實トイフノ外ナキト明ナリ、然レトモ暫ク民法法典ノ形式ヲ離レ實質上ヨリ其組織ヲ觀察スレハ民法總則ハ私權ノ通則ヲ定メタルモノニシテ其第一章第二章ニハ私權ノ主體、第三章ニハ私權ノ客體タル物ヲ規定シタルカ故ニ第四章以下モ亦私權ヲ標準トシテ之ヲ綜合シ私權ノ得喪變更ト題シ其得喪變更ノ原因トシテ法律行爲等ヲ論スルヲ以テ理論上正鵠ヲ得タルモノト信

ス、故ニ今後一年ノ講義ニ對シテ總括的名稱ヲ與ヘントナラハ私權ノ得喪トイフヲ可トス

### 第一章 汎論

#### 第一節 權利ノ取得

一 權利ノ取得トハ權利カ或人格者即チ自然人又ハ法人ト結合スルコトヲ謂フ、換言スレハ或權利ノ主體トナルコトナリ、權利ノ本質論トシテ主體ナキ權利(Subjektio iactio)ナル觀念ヲ認メタル學說ニ從ヘハ權利ノ成立ハ常ニ必ラス權利ノ取得ナラサルヘカラス、反之主體ナキ權利ナル觀念ヲ認ムル學說ニ從ヘハ權利ノ取得ニアラサル成立モ亦觀念上認メ得ルコトナル、余ハ主體ナキ權利ナル觀念ヲ今日ノ法律學上不當ト信スルカ故ニ從テ又權利ノ成立ハ常ニ其取得アリトノ結論ヲ採ル、然レトモ論ヲ倒ニシテ權利ノ取得ハ常ニ其成立ナリト謂ハハ大ナル誤ナリ、今日ノ法學上權利ハ其同一性ヲ失フコト無クシテ其主體ヲ變更シ得トナスカ故ニ從テ權利ノ成立ニアラサル取得ヲ生スルナリ、後者ヲ權利ノ繼受的取得トイヒ之ニ對シテ權利ノ成立タル取得ヲ權利ノ原始的取得ト稱ス

二 權利取得ヲ分テテ原始的取得ト繼受的取得トナス(Originärer, ursprünglicher oder selbständiger Rechtsverwerb 及 a derivativer od. abgeleiteter Rechtsverwerb)兩者區別ノ標準ハ權利ノ取得カ從來權利者タリシ者ノ權利ニ基因スルヤ否ヤ存ス、例ハハ賣買ニ因リ買主カ或物ノ所有

權ヲ取得スルハ賣主カ所有權者タリシカ故ナリ、從テ賣買ヲ原因トスル權利取得ハ繼受的又ハ傳來的取得ナリ反之時效(民一六二條)先占(三三九條)又ハ添附(二四二條)ニヨリテ權利ヲ取得スルハ他人ノ權利ニ根據スルモノニアラサルカ故ニ原始的取得ナリ(注意、時效ノ場合ニハ前權利者アルコトアルモ權利ヲ取得スル者ハ此前者ノ權利ニ關係ナク獨立ノ權利ヲ取得スルモノナルカ故ニ原始的取得ナリ)

原始的取得ト繼受的取得トヲ區別スルノ實益ハ繼受取得ニ因リ權利ヲ取得シタル者(承繼人トイフ)ノ權利ノ存在ハ前權利者(前主トイフ)ノ權利ノ存在ニ其根據ヲ有スルカ故ニ其權利ノ範圍モ亦原則トシテ前主ノ權利ノ範圍ヲ越ユヘカラストノ制限アルコトニ存ス、羅馬人ハ此原則ヲ約言シテ「人ハ其有スル以上ノ權利ヲ他人ニ移スコトヲ得ス」(Keno plus iuris ad alium tran-tere potest quam ipse habet)ト謂ヘリ、此原則ヲ分說スレハ次ノ如シ

- (1) 承繼人カ自己ノ權利ヲ證明センカ爲メニハ權利移轉ノ事實ノミナラス前主ノ權利ヲ併セテ證明スルヲ要ス
- (2) 承繼人ノ權利ハ前主ノ權利ニ優ルヘカラス、從テ前主ノ權利ニ存シタル負擔ハ又承繼人ヲモ拘束スルモノトス、茲ニ所謂負擔ハ物權の負擔(地上權地役權ノ類)ノミニ限レリ、前主カ有セザリシ權利ヲ取得シ得サルコト亦明ナリ
- (3) 前主ノ權利ニ從タル權利ハ之ヲ取得ス

以上ノ原則ハ唯原則タルニ止マレリ、指圖債權(四七二條)無記名債權(四七三條)ノ讓渡即チ繼受ノ取得ノ場合ニハ此原則ノ適用ナキコト法律ノ規定スル所ナリ

三、權利ノ繼受ノ取得ハ更ニ之ヲ二個ノ異リタル標準ニ因リテ分類スルコトヲ得  
(1) 創設的繼受取得 (Konstitutiver Rechtserwerb) ト移轉的繼受取得 (Translativer Rechtserwerb) トノ區別ハ權利カ其儘ニ移轉セラルルヤ否ヤヲ標準トシテ分類シタルモノナリ、所謂創設的取得トハ前主ノ權利ニ基キ其内容ノ一部ヲ新ナル名義ノ下ニ新ナル權利トシテ取得スルコトヲイフ、例ヘハ所有權ニ基キテ地上權、永小作權、質權、抵當權等ヲ設定スルカ如シ、此取得モ亦上ニ説明シタル意義ニ於テ繼受的取得ナリ、何トナレハ基本タル權利(例、所有權)カ成立スルニアラサレハ設定セラレタル權利ハ成立スルコトヲ得ス、又其範圍モ基本タル權利ノ範圍ヲ越ユルコト能ハサルカ故ナリ、所謂移轉的取得トハ之レト異リ前主ノ權利ヲ其儘即チ同一ノ名義ノ下ニ同一ノ權利トシテ承繼スルコトヲ謂フ、例ヘハ賣買ニ依リテ所有權ヲ取得シ、抵當權ヲ讓受クルカ如シ、此二者ノ權利取得ヲ比較スレハ其差異極メテ顯著ナルモノアリ、第一ニ前者ニアリテハ前主ノ權利存續スルモ後者ニアリテハ消滅シ、第二ニ承繼人ノ權利ノ消滅シタル場合ニ於テ前者ニアリテハ前主ノ權利ハ當然膨脹スルモ、後者ニアリテハ此ノ如キコトナシ

(2) 包括名義ニ於ケル取得 (Gesamthchaftsfolge Natverfallsukzession) ト特定名義ニ於ケル取得

(Stamenerbfolge, Singularukzession) トノ區別ハ個々ノ特定ノ權利ヲ取得スルカ、一人ニ屬シタル權利義務ノ全部又ハ一部ヲ財産ノ包括的統一體トシテ承繼取得スルカラ標準トシテ分類シタルモノナリ、賣買ニヨル取得ハ前者ニ屬シ相續ニ因ル取得ハ後者ニ屬ス、即チ兩者ノ差異ハ分量的ニアラスシテ性質的ナリ、我民法ニ於テ包括的取得ノ例トスヘキモノハ唯法定及ヒ遺言ノ相續ト包括遺贈(民一〇九二條)トニ限レリ、然レトモ民法ハ死亡以外ニ家督相續開始ノ原因ヲ認メタルカ故ニ(九六四條)死亡以外ニ包括承繼ノ原因ナシトスルハ誤レリ、此規定ヲ外ニシテ生存者間ノ包括承繼ヲ生スルノ例ハ民法ニ存セス、蓋シ我民法ハ當事者間ノ意思ニヨル義務ノ移轉ヲ許ササルカ故ニ權利義務ヲ一體トシテ移轉スルコトヲ得サルハ言フヲ俟タズ、單ニ權利ノミヲ多數總括シテ讓渡シタルトスルモ之ヲ一個ノ讓渡行為トナスコトヲ得ス、各個ノ權利カ別別ニ讓渡セラルルモノトナスノ外ナシ、從テ債權ト物權トヲ移轉スル場合ニハ各其移轉ノ方式ヲ要スルコト勿論ナリ、商法ニ於ケル會社ノ合併ハ此原則ニ例外ヲナシ自然人ノ相續ニハアラサルモ尙包括承繼ト解スルヲ正當トス(商八二條)

第二節 權利ノ喪失及ヒ變更

一、權利ノ喪失トハ從來權利ノ主體タリシ者カ其權利關係ヨリ離脱スルコトヲ謂フ、即チ權利ノ主體タラサルニ至ルコトナリ、分テテ絕對的喪失ト相對的喪失トナス、絕對的喪失トハ權利

ノ消滅タル喪失ヲイフ、換言スレバ從來ノ權利者カ權利ヲ失フノミナラス他ニ之ヲ繼承シテ權利者トナルモノナキ場合ヲイフ、拋棄、消滅時效ノ完成、債務ノ辨濟等ハ絕對的喪失ノ原因ナリ、相對的喪失トハ權利ノ移轉タル喪失ヲイフ、即チ之ヲ從來ノ權利者ノ方面ヨリ見レハ喪失ニシテ、新權利者ノ方面ヨリ見レハ移轉の承繼、更ニ之ヲ權利自體ヨリ見レハ其消滅ニアラスシテ主體ノ變更ニヨル權利ノ變更ナリ、普通ニ權利ノ喪失ト謂ヒテ其消滅ト對比スルトキハ相對的即チ主觀的喪失ヲ意味ス、問題アリ、永小作權、地上權等ノ消滅即チ創設的繼承取得ニヨリテ取得セラレタル權利ノ消滅ハ絕對的喪失ナリヤ相對的喪失ナリヤ、所有權ノ膨脹スルハ承繼ニアラス、喪失ノ方面ヨリ言ヘハ絕對的消滅ナリ

二、權利ノ變更トハ權利ノ存立ヲ害スルコトナクシテ其存立ノ體様ヲ變更スルコトヲ謂フ、內容ニ關スルモノト主體ニ關スルモノトアリ

(1) 內容ニ關スル變更トハ債務ノ一部免除、添附ニ因ル不動産ノ膨脹ノ如ク權利ノ內容ニ數量的變化ヲ生スルモノト債務者ノ過失ニヨル履行不能ニ因リ特定物ノ給付ヲ目的トスル債權カ損害賠償ノ給付ヲ目的トスル債權ニ變スルカ如ク其給付即チ內容ニ性質上ノ變更ヲ生スルモノトトテ總稱ス、此後ノ點ニ付テハ學說上頗ル議論アリ、其詳細ハ債權編ノ講義ニ讓ルヘキモ今其一端ヲ示セハ、履行請求權ト不履行ニ因ル損害賠償請求權トハ同一請求權ノ內容上ノ變更ナリト解スルヲ獨逸ニ於テモ我國ニ於テモ通説トス(富井政章氏民法原論總論一卷三〇四頁、横田秀

雄氏債權總論三二二頁) 反對說ヲ採ル者ハ我國ニ於テハ川名兼四郎氏(帝國大學講義)獨逸ニ

於テハ「ベルグウツヤ」(Helwig, Anspruch u. Klagrecht S. 97) 氏ナリ、獨逸民法草案理由書ニモ此說ヲ載ス、兩說ハ單ニ理論上異レルノミナラス結果ノ上ニ於テモ大ニ異レリ、時効ノ起算點、擔保ノ關係、損害賠償ヲ請求シ得ル時期ノ如シ、我輩ハ通説ヲ採ル、キスルニ內容ハ權利成立ノ要素ナリト雖モ權利ノ成立要素ノ變更ハ必ラスシモ其同一性ヲ失ハシムルモノニアラサルハ主體ノ變更ニ付テモ之ヲ見ルヘシ、而シテ一ノ基本的法律事實例ヘハ契約ノ締結ニ因リテ生シタル法律關係ニ爾後種種ノ法律事實(例ヘハ履行遲延、履行不能)ノ附加シテ種種ナル影響ヲ及ホシタル場合ニハ尙之ヲ當初ノ法律事實ニ依リテ統括シ同一ノ法律關係トシテ取扱フヲ以テ法律觀念ニ適スルモノト信ス、擔保等ノ關係ヨリ見ルモ此ノ如ク解スルヲ最モ當事者ノ意思ニ適シタルモノトスヘシ

(2) 權利ノ主體ニ關スル變更トハ權利ヲ承繼ヲ權利自體ノ方面ヨリ觀察シタルモノナリ、權利ニハ主體ノ變更ヲ許スモノト之ヲ許ササルモノトニ種アリ、而シテ法律ノ沿革ハ主體ノ變更ヲ爲シ得ヘキ權利ノ範圍ノ擴張ヲ示ス、債權讓渡ノ沿革ノ如キ然リ、主體ニ關スル變更ニハ主體ノ員數ニ變更ナキモノト員數ヲモ變更スルモノトアリ、共同相続ノ如キハ後者ニ屬ス、權利ノ作用ニ關スル變更トハ例ヘハ所有權移轉ノ登記ヲ經サル不動産ニ付キ其登記ヲ爲スニヨリ物權ニ對抗力ヲ生シ又ハ債務者ニ猶豫期限ヲ與フルカ如キヲイフ、最モ廣義ニ於ケル内

容ノ變更ト稱スルヲ得ヘキモ内容自體ト内容自體ニアラサル附隨ノ作用トニ因リテ前者ト區別スルヲ至當トス

三、權利ハ權利者ニ利益ヲ與フルモノトシテ法律カ認メタルモノナルカ故ニ權利ノ性質ノ許ス範圍ニ於テハ權利者自ラ其喪失ヲ惹起コシ得ルコト寧ロ當然ナリ、權利ノ絕對的喪失ヲ目的トスル權利者ノ意思表示ハ之ヲ權利ノ拋棄トイヒ、權利ノ相對的喪失ヲ目的トスル權利者ノ意思表示ハ之ヲ權利ノ讓渡ト謂フ

權利ノ拋棄ハ權利者ノ單獨ノ意思表示ヲ以テ成立ス、此原則ニ對シ羅馬法以來債務ノ免除ニ付キテ例外ヲ認メタルモ我民法ハ之ヲ採ラス(民五一九條)拋棄ノ意思表示カ必ラスシモ明示タルコトヲ必要トセサルハ意思表示一般ノ原則上明瞭ナリ、但シ拋棄ニ特殊ナルハ其意思ハ容易ニ推定シ得ヘカラサルニアリ、拋棄ハ現ニ存スル權利ノミナラス、將來ニ存スヘキ權利ニ付テモ之ヲ爲シ得ルヤ否ヤハ學說上爭アリ、余ハ積極說ヲ採ル(法學志林十一卷二號)讓渡ハ權利ヲ他人ニ移轉スル意思表示ナルカ故ニ常ニ雙方行爲ヲ要ス、未發生權利ノ讓渡ニ付テハ其拋棄ト區別スルノ理由ヲ見ス

### 第三節 法律事實

一、法律ハ一定ノ抽象的事實ニ付テ其法律的效果ヲ規定ス、例ヘハ婚姻、養子縁組等ノ事實ニ

付テ疎ノ夫婦關係ノ成立スヘキコトヲ規定シ、或ハ親子關係ノ成立スヘキコトヲ規定スルカ如シ、故ニ法律的效果即チ權利ノ得喪變更ハ法律ト之ニ該當セル事實トアリテ始メテ發生スルモノト言ハサルヘカラス、此法律ニ規定セラレタル事實即チ權利ノ得喪變更ノ原因タル事實ヲ法律事實又ハ法律上ノ事實(Legal Fact)ト謂フ

二、法律事實ニ伴フ法律的效果ハ法律事實ノ完成セラレタル時以後ニ向テ發生スルヲ原則トナス、例ヘハ人ノ出生ナル事實ハ將來ニ向テ權利主體ヲ成立セシムルカ如シ、然レトモ例外トシテ其完成以前ニ遡リテ效力ヲ有スルコトアリ、前例ニ於テ胎兒カ相續關係、不法行爲ニ因ル損害賠償ノ關係ニ付キ既ニ生レタルモノト見做サルル場合ノ如シ(民九六八條、九九三條、七二一條)之ヲ法律的效果、遡及ト謂フ、法律的效果遡及ノ意義ハ原因タル法律事實カ其成立以前ニ成立シタリトナスニアラス法律ト雖モ固ヨリ事實發生ノ時ヲ左右スルコトヲ得ス、唯法律事實ニ伴フ法律的效果ヲシテ恰モ事實カ既ニ完成シタリシト同一ナラシムルニアリ、法律カ左

右シ得ル範圍ハ法律的效果ノ範圍ヲ出テス

三、法律事實ニハ單一ナルモノアリ、複雑ナルモノアリ、多數結合シテ始メテ一個ノ法律上ノ效果ヲ發生セシメ得ル事實ヲ複雑ナル法律事實ト稱フ、此ノ場合ニ結合スヘキ多數ノ事實ノ内一部カ發生シテ殘餘ノ部分カ未ダ成立セサルトキハ如何ナル狀態ヲ生スヘキヤ、殘餘ノ事實ノ發生カ客觀的ニ確實ナルトキハ權利義務ノ發生ハ既ニ客觀的ニ確實ナリ、殘餘ノ事實ノ發生カ客觀的ニ不確實ナルトキハ權利義務ノ發生スヘキヤ否ヤハ未ダ客觀的ニ確實ニアラス、期限ハ

前者ニ屬シ條件ハ後者ニ屬ス、後章尙詳細ニ論セント欲スル所ナリ  
 四、法律事實ヲ其效果ニ付テ分類スレハ得權事實、喪權事實及ヒ變權事實トナスコトヲ得、權  
 利取得ノ原因タリヤ、其喪失ノ原因ナリヤ、其變更ノ原因ナリヤニヨリテ區別スルモノナリ  
 五、法律事實ノ最重要ナル區別ハ其内容ニヨル區別ナリ、法律事實ノ内容タルモノハ社會百  
 般ノ現象ニシテ固ヨリ千種萬態ナルモ之ヲ二大別スレハ人ノ意思ニ基クモノ即チ行爲ト、意思  
 ニ基カサルモノ即チ狹義ニ於ケル事實トニ區別スルコトヲ得、意思ニ基ク法律事實即チ行爲ハ  
 之ヲ其法律的效果ヲ生スル理由ニ基キテ適法行爲ト不適法行爲トニ分類セラル、不適法行爲ハ  
 法律カ不法ナリト認ムルカ故ニ法律的效果ヲ伴ハシムルモノニシテ更ニ之ヲ刑法上ノ犯罪行爲ハ  
 ト民法上ノ不法行爲トニ分ツ、適法行爲ハ法律ニ於テ不法ニアラスト認メテ之ニ法律的效果ヲ  
 附スルモノニシテ更ニ分テ法律行爲ト其他ノ適法行爲トナス、兩者ノ區別ハ行爲ノ當事者カ  
 其法律的效果ヲ生セシメントスル意思ヲ條件トシテ法律カ之ヲ發生セシメタリヤ否ヤニ存ス、  
 單獨ナル適法行爲例ヘハ事務管理、加工、埋藏物發見等ニアリテ固ヨリ當事者ノ意思ト其意  
 思ノ表示トヲ要スルモ、其當事者カ法律的效果ノ發生ヲ欲シタルコトヲ以テ法律的效果發生ノ  
 要件トナササルナリ獨逸語ノ「レヒツハントルング」(Rechtsbindung)ニ此意義ニ用ヒラルル  
 コトアリ、民法ハ法律事實ノ中ニ就キ最モ廣汎ナル適用ヲ有スル法律行爲ト狹義ノ事實ノ一ニ  
 屬スル時トニ付キテ總則ニ一般の規定ヲ置ケリ、以下章ヲ分テ之ヲ説明セントス、

## 第二章 法律行爲

人類ノ社會ニ生存スルヤ其生存ヲ維持發達センカ爲メニ諸般ノ關係ノ外界ト設定セラルヘカ  
 ス、衣食ノ満足ヲ得ンカ爲メニ自己ノ勞力ノミヲ以テシテハ十分ナラサルカ故ニ財産ノ交換  
 ヲ圖ラサルヘカラス、種族ノ保存ノ爲メニ孤獨ノ生活ヲ送ルコト能ハサルカ故ニ婚姻、養子  
 縁組等ノ關係ヲ結ハサルヘカラス、之等ノ外界トノ關係ハ法律ニヨリ認知保護セラレテ法律關  
 係トナリ之等ノ法律關係ヲ成立、變更、消滅セシムル各人ノ意思表示ハ所謂法律行爲トナル、  
 之レカ故ニ法律行爲ナルモノハ法律カ各個ノ權利主體ニ其法律關係ヲ整理スル力ヲ認メタルカ  
 故ニ存在スルモノニシテ即チ權利主體ノ意思ヲ要素トスル法律事實ニ外ナラス  
 各人ノ意思ニ依リテ整理セラルヘキ法律關係ハ或ハ財産上ノ關係アリ、或ハ身分上ノ關係アリ、  
 其法律關係ヲ異ニスルニ從ヒ之ヲ成立セシムル法律行爲ニモ亦幾多ノ種類アリト雖モ其全體  
 ヲ通シテ適用セラルヘキ一般的原则モ亦之無キニアラス此一般的原则ノ研究ハ從來「フランス」  
 法學者ノ寧ロ忽諾ニ附シタル所ニシテ其法典ニモ契約ニ關シテ一般的原则ヲ規定スルニ止マ  
 リシモ「ドイツ」法學者ハ夙ニ之ヲ研究シテ其新民法ニハ契約單獨行爲ヲ通シテ適用セラルヘ  
 キ法律行爲ノ通則ヲ掲クルニ至レリ、我民法モ亦之ニ倣ヒ總則第四章ニ法律行爲ニ關スル通則  
 ヲ掲ク、法律行爲ニ關スル規定ハ此ノ如キ性質ヲ有スルモノナルカ故ニ總則中最モ困難ナル部



分ニシテ又最モ廣汎ナル適用ヲ有スル部分ナリ

### 第一節 法律行為ノ本質及ヒ分類

#### 第一項 法律行為ノ本質

一 法律行為ノ本質ニ就テハ學者ノ議論一致セス、之ヲ大別スレハ意思表示トシテ法律事實説ト爲スコトヲ得、意思表示説トハ法律行為ヲ以テ「人格者カ私法上ノ效果ヲ發生スルコトヲ欲シタルニ因テ其法律的效果ヲ發生セシムル私法的意思表示」ナリトスルモノニシテ法律事實説トハ如上ノ意思表示其モノニアラスシテ如上ノ意思表示ヲ要素トスル法律事實カ法律行為ナリトナスモノナリ、獨逸ニ於ケル學說ノ近時ノ趨勢ハ法律事實説ニ傾ケルモノノ如キモ我國ニ於ケル現今ノ通説ハ疑モナク意思表示説ナリ、(例、富井政章氏民法原論三一五頁以下)、按スルニ法律行為一般ニ通スル要素トシテハ意思表示ノ外ニ舉クヘキモノナシ(當事者、目的ノ如キハ此場合ニハ意思表示ノ内ニ包含ス)物ノ占有、引渡ノ如キハ單ニ特殊ノ法律行為ニ付キテ必要ナル特別成立要素ニシテ法律行為全部ニ通スルモノニアラス、故ニ法律行為ノ最モ重要ナル要素ハ何ナリヤト問ハハ固ヨリ私法的效果ヲ欲スル意思表示ナリト答ヘナルヘカラス、然レトモ消費貸借(民五八七條)使用貸借(民五九三條)質權設定(民三四四條)等所謂要物契約ニアリテハ私法的效果ヲ生セシメントスル當事者ノ意思表示ノミニテハ法律行為ヲ成立セシムル

コト能ハス物ノ引渡ナル事實モ亦如上ノ意思表示ト共ニ法律行為成立ノ要素ヲ爲スモノナリ、此ノ如キ場合ニ於テ法律的效果ヲ生セシメントスル當事者ノ意思表示ノミカ法律行為ニシテ物ノ引渡ナル事實ハ法律行為以外ニ存スルモノナリト爲スコト能ハス、之レカ故ニ理論ヨリ以テ「私法的效果ヲ生セシメントスル私法的意思表示ヲ要素トスル法律事實」ナリト解スルヲ以テ正鵠ヲ得タルモノト信ス、我民法ハ意思表示ナル語ヲ廣義ニ用ヒ無効ノ意思表示トイヘルト無効ノ行為トイヘルト同一義ニ用フルモ(民九三條以下民一一九條以下参照)之ニ依リテ理論上ノ問題ヲ解決シタルモノトハ解シ難キカ故ニ我民法ノ解釋トシテモ法律事實説ヲ採リテ妨ナキモノト信ス、以上述フル所ニ從ヒテ法律行為ノ定義ヲ示セハ左ノ如シ

法律行為トハ一定ノ私法的效果ヲ發生セシメントスル人格者ノ私法的意思表示ヲ要件トシテ私法的效果ヲ發生セシムル法律事實ナリ

右ノ定義ヲ分解シテ少シク詳細ニ説明セント欲ス

(1) 法律事實ナリ、通説ニ從ヘハ意思表示ナリトイフ、意思表示ノ意義、方法ニ付テハ後章ニ讓ル、法律事實ノ意義ニ付テハ既ニ之ヲ説ケリ

(2) 私法的效果ヲ生ス、法律的效果ヲ生スルモノニアラサレハ法律行為ニアラス例ヘハ散步ノ約束、轉居ノ通知ノ如キハ法律行為ニアラス、法律的效果ノ内特ニ私法的效果ヲ生スルモノニアラサレハ法律行為ニアラス、例ヘハ官吏ノ任命ノ如キハ公法上ノ服務關係ヲ生スルモノナリ

カ故ニ民法ニ所謂法律行為ニアラス、私法的效果ノ範圍ニ付テハ議論アリ狹義ニ解スルモノハ私法法律關係ヲ成立セシムルモノニ限ラントシ廣義ニ解スルモノハ直接ニ法律關係ヲ成立セシメサルモ或ル私法上ノ效果ヲ生スルモノハ尙法律行為ナリト欲ス、余ハ後説ヲ贊ス

(8) 私法的效果ヲ生セント欲スル私法的意思表示ヲ以テ私法的效果發生ノ要件トナス、先ツ私法的意思表示アラサレハ法律行為ノ成立セサルコト明ナリ、私法的意思表示トハ私法的效果ヲ生スル意思表示ノ意義ニハアラスシテ法律行為ノ當事者ノ關係カ平等對峙ナルコト即チ私法のナルコトヲイフ、例ヘハ人事訴訟手續法ニ依ル離婚ノ裁判ハ夫婦關係ノ解消トイヘル私法的效果ヲ生スル行為ナルモ裁判ハ國家人民間ノ公法の權力服從ノ關係ニ於ケル行為ナレハ私法的意思表示ニアラス、即チ法律行為ニアラス、反之同一ノ法律的效果ヲ生スル協議上ノ離婚ハ法律行為ナリ、第二ニ其意思表示ハ私法的效果ヲ發生セント欲スル意思表示ナルコトヲ要ス、此私法的效果ノ發生ヲ欲スル意思カ即チ法律行為ノ本體ヲ爲スモノニシテ之レアルカ故ニ法律行為ニ法律行為ニ與フルモノナリ、此意思ヲ法律行為意思 (Gedankensille) 又ハ Hechtungscharakter (Willie) ト稱ス、例ヘハ贈與契約ニ於テハ相手方ニ無償ニテ或財產ヲ與ヘント欲スル意思之ナリ、此意思ハ之ヲ表示意思 (Erklärungswille) ト區別スルヲ要ス、前例ニ於テハ相手方ニ或財產ヲ與フル旨ノ表示ヲ爲ス意思例ヘハ書面ヲ作成スル意思カ即チ表示意思ナリ、兩者ハ互ニ齟齬スルコトアルカ故ニ其各自ニ區別スヘキ所以ヲ解スルコトヲ得、例ヘハ甲カ乙

ニ金百圓ヲ贈與セントスル意思ヲ有シ其旨ヲ書面ニ記シ署名捺印シテ机上ニ置キ外出シタル留守ニ乙カ甲ノ部屋ニ入り、其證書ヲ擅ニ奪ヒ去レルカ如キ場合ニハ贈與ノ法律行為意思アリトイヘトモ贈與ノ表示ヲ爲ス意思即チ相手方ニ其旨ヲ告グル意思無キカ故ニ法律行為ハ成立セサルナリ、尙表示意思アリテ行為意思無キ場合ニ付テハ後ノ虛偽表示、錯誤ニ因ル意思表示等ヲ参照セヨ

法律行為ノ成立ニハ私法上ノ效果ヲ欲スル行為者ノ意思ヲ必要トスルコト以上述フルカ如シト雖モ其意思ハ如何ナル範圍ニ及フコトヲ必要トスルカ、換言スレバ行為者ハ如何ナル範圍ニ於テ法律的效果ヲ豫見シ之ヲ欲スルコトヲ必要トスルカニ付テ學說頗ル岐ル、例ヘハ賣買ニ伴フ直接ノ效果ハ財產權ノ移轉及ヒ之ニ對スル代金ノ支拂ナリト雖モ法律カ賣買ニ附シタル法律上ノ效果ハ之ニ止マラス、當事者一方ノ不履行ニ基テ解除權、目的物ノ瑕疵、追奪ニ基テ損害賠償ノ請求權ノ如キモ亦賣買ニ伴フ效果ナリ、當事者ハ之等ノ總テニ互リテ認識ト意欲トヲ要スルカ、法律的效果自體ヲ豫見シ目的トスヘシトノ説ト經濟的效果ノ認識意欲ノミヲ以テ足ルトノ説アレトモ、直接ノ法律上ノ效果ヲ認識シ目的トスルヲ以テ必要ニシテ十分ナル要件ト解ス、例ヘハ賣買ニ付テ言ヘハ財產權ノ移轉ニ對スル代金ノ支拂之ナリ

最後ニ法律行為意思ノ存在ヲ條件トシテ法律カ法律的效果ヲ與ヘタルコトヲ要ス、此點ニ關シテ法律的效果ハ當事者カ欲シタルカ故ニ發生ストナス説ト法律的效果ハ法律カ與フルモノニシ

ヲ當事者ノ意思カ發生セシムルモノニアラストノ説トアレトモ法律カ當事者ノ意思ヲ要件トシテ法律的效果ヲ與フトスル説ヲ正鵠ヲ得タルモノト信ス、總テノ法律的效果ハ法律アツテ始メテ生スルモノニシテ其法律行為ニ特殊ナルハ法律行為意思ノ存在ヲ要件トスルニアレハナリ

二、法律行為ナル語ハ以上説明セル所ト稍異レル意義ニ用ヒラルルコトアルヲ注意セサルヘカラス、第一ニ法律ハ法律行為ヨリ生スル法律的效果ノ意義ニ於テ法律行為ナル語ヲ用フルコトアリ、例ヘハ契約ノ解除、婚姻ノ解消トイフカ如シ、契約、婚姻ナル意思表示ヲ撤回スルノ謂ニアラスシテ之等ヨリ生スル法律的效果ヲ撤回シ終了セシムルノ謂ナリ、第二ニ法律ハ無効ナル法律行為、取消シ得ヘキ法律行為ナル語ヲ用フルコトアリ、抑モ法律上ノ效果ヲ生スル行為カ法律行為ナレハ法律的效果ヲ生セサル無効ノ意思表示ハ法律行為ト稱スルヲ得サルノ理ナレトモ用語ノ便宜上尙法律行為ナル文字ヲ用フルナリ、用語ノ爲メニ本體ヲ誤ルコト無キヲ要ス

### 第二項 法律行為ノ分類

法律行為ハ種種ナル標準ニ依リテ分類スルコトヲ得

(一) 一方行為、雙方行為及ヒ共同行為

一方行為 (Einselige Rechtsgeschäfte) トハ當事者一方ノ一個ノ意思表示ノミニテ成立スル法

律行為ヲ謂フ、民法ハ之ヲ單獨行為ト稱ス(民一八條)相手方ニ對スル意思表示ト相手方ニ對セサルモノトアリ、相手方ニ對スル單獨行為トハ其法律行為ニ關係スル當事者二人アリテ其一方ノ當事者カ意思ヲ表示シ相手方ニ於テ之ヲ受領スルコトヲ要スルモノヲイフ、獨逸ニ於テハ受領ヲ必要トスル意思表示 (Empfangsbedingte Willenserklärung) トイフ、催告、相殺、契約ノ申込、承諾、取消、解除、選擇權行使ノ意思表示ノ如キハ其例ナリ、相手方ニ對セサル單獨行為トハ純然タル單獨行為ニシテ相手方ノ受領ヲ待タスシテ成立スル法律行為ヲイフ、例ヘハ財團法人ノ設立ヲ目的トスル寄附行為、相續ノ承認、拋棄、遺言ノ如シ、懸賞廣告カ契約ノ申込ナリヤ、純然タル單獨行為ナリヤニ付テハ議論アリ(民五二九條)相手方アル單獨行為ニ付キ其相手方ノ行方不明ノ爲メ之ヲ爲ヌヲ得ザル場合ニハ如何ナル方法ニ依ルヘキカハ我民法上ノ一疑問ナリ、相手方行方不明ノ爲メ相手方ニ對スル意思表示カ忽チ其性質ヲ變シテ相手方ナキ意思表示ト變スルノ理ナク而シテ我民法ハ特定ノ相手方ニ對スル意思表示ノ代用方法トシテ獨逸民法ノ如ク公示送達ヲ用フルヲ得ヘキコトヲ規定セサルニヨリ之ヲ爲スノ方法無キモノト解スルノ外ナシ

雙方行為 (Zweiseitige Rechtsgeschäfte) トハ我民法ニ於テ契約ト稱フルモノニシテ二人以上ノ相對セル意思表示ノ合致ニヨリテ成立スル法律行為ヲ謂フ、例ヘハ買賣、贈與ノ如シ、其相異ル二個以上ノ意思表示ノ存在ヲ必要トスル點ニ於テ大ニ單獨行為ト異ナル、契約ナル語ヲ以テ

雙方行為ヲ總稱スヘキカ、或ハ雙方行為ノ中ニ就キ特ニ債權債務ノ關係ヲ成立セシムルモノノミヲ指稱スヘキカハ畢竟字義論ニ屬スル便宜ノ問題ナリ、羅馬法ハ後ノ用法ニ從ヒ佛蘭西民法ハ之ニ倣フ、獨逸民法ハ前ノ用法ヲ採リ物權移轉、債權讓渡、親族關係ノ成立ヲ目的トスル法律行為モ均シク契約トイフ、我民法ノ用例ニ就テハ多少議論ノ餘地アルモ學者ハ概ネ皆獨逸民法ト同一ノ用例ニ從ヒタルモノト解ス

共同行為又ハ合同行為トイフハ獨逸ノ「ゲザムトアクト」(Gesamtakt)ノ翻譯ニシテ我民法ノ明文上ニハ用ヒラレサルモ學問上ニ於テハ近時往往用ヒラルル觀念ナリ、二個以上ノ意思表示ノ存在ヲ必要トスルハ契約ノ場合ノ如シト雖モ其二個以上ノ意思表示ハ契約ノ場合ノ如ク異リタル方向ヲ有シ、異リタル内容ヲ有スルニアラス、同一ノ方向ヲ有シ同一ノ内容ヲ有スルナリ、從テ契約ノ場合ノ如ク交錯合致スルニアラスシテ合流スルモノナリ、例ヘハ賣買トイヘル契約ハ賣ルトイフ意思表示ト之レト異レル買フトイフ意思表示トカ異リタル方向ヨリ相交錯シテ合致スルモノナルモ合同行為例ヘハ多數ノ共有者カ共同シテ地役權ヲ設定スル場合ノ如キニアリテハ各共有者ハ同一ノ意思表示ヲ同一ノ方向ニ向ヒテ表示スルモノナリ、法人ニ於ケル總會ノ決議ノ如キ亦然リ、從テ契約ノ場合ト異リ、之レカ爲メニ當事者間ニ法律關係ヲ成立セシムルモノニアラス

二 生前行為、死後行為

生前行為 (negotia inter vivos, Rechtsgeschäft unter Lebenden) トハ生存間ノ行為ノ意義ニシテ死亡ノ際ニ於テ其法律行為ヲ定ムルコトヲ目的トセサル法律行為ヲイフ、日常一般ノ法律行為ハ皆之ニ屬ス、死後行為 (negotia mortis causa, Rechtsgeschäft von Totswegen) トハ法律行為ノ當事者ノ死亡ニ因リテ其法律上ノ效果ヲ生スル法律行為ヲ謂フ、從テ法律行為ノ成立ト其效力發生トハ當然時期ヲ異ニスルノミナラス、其效力發生ノ時ニ於テ其行為ニ依リテ利益ヲ享クル者ノ生存ヲ必要トス、遺言ハ其最重要ナルモノナリ生命保險契約ハ死後行為(又ハ死因行為)ニアラス蓋シ保險金ハ當事者死亡ノ時ニ支拂フヘシト雖モ保險料支拂ハ生存中ニ履行セラルヘキ保險契約ノ效果ナレハナリ

三、有償行為、無償行為

有償行為、無償行為 (Bargeliche und unentgeltliche Rechtsgeschäfte) ノ區別ハ唯財產ノ取得ヲ目的トスル行為ニ限ルモノニシテ其財產取得ニ對價ヲ要スルモノハ有償然ラサルモノハ無償ナリ、賣買ハ前者、贈與ハ後者ニ屬ス

四 要式行為、無式行為

要式行為 (Formale Rechtsgeschäfte) トハ法律行為ヲ組成スル意思表示カ一定ノ方式ニ從ヒテ爲サルコトヲ要スルモノヲ謂ヒ、無式行為トハ其方式ノ如何カ法律行為ノ成立ト關係ナキモノヲイフ、我民法ハ後ニ述フルカ如ク方式自由ノ原則 (Prinzip der Formfreiheit) ヲ採レルカ

故ニ要式行為ニ屬スルモノハ寧ロ稀ナリ、婚姻隱居遺言ノ如キ然リ

五 主タル法律行為、從タル法律行為

從タル法律行為 (Nebenrechtliche Rechtsgeschäfte) トハ其成立ノ爲メニ他ノ法律關係ノ成立ヲ必要トスルモノヲイフ、例ヘハ夫婦財產契約擔保契約ノ如シ、主タル法律行為 (Hauptrechtliche Rechtsgeschäfte) トハ此ノ如キ從屬ノ關係ニ立タル法律行為ヲイフ、從タル法律行為ハ主タル法律關係ノ不成立ニヨリテ其效力ヲ失フカ故ニ區別ノ實益アリ

六 有因行為、無因行為

獨逸ノ學者ハ財產ノ出捐ヲ目的トスル法律行為ニ付キ有因行為 (Kausale Rechtsgeschäfte) ト無因行為 (Abstrakte Rechtsgeschäfte) トヲ區別スルヲ常トス、所謂有因行為トハ財產出捐ノ直接ノ原因ヲ以テ其法律行為ノ一部トナスモノニシテ賣買ニ付タイヘハ財產權移轉ノ義務ヲ負フハ相手方カ代金支拂ノ義務ヲ負フカ故ナルヲ以テ賣買ハ有因行為ナリ、所謂無因行為トハ原因ト獨立シテ財產權ノ移轉ノミヲ内容トスル法律行為ニシテ物權契約ノ如キハ之ニ屬ス、例ヘハ賣買ニ基ク債務辨濟ノ爲メ所有權ヲ移轉シタル場合ニ於テ賣買カ不成立ナルモ所有權ノ移轉ハ其原因ト獨立セルカ故ニ有效ナリ唯不當利得返還ノ義務ヲ成立セシムルニ過キス、所有物返還ノ請求ヲ許ササルモノトナス、我國ニ於テ物權契約ヲ無因行為ナリト解スル學者尠カラズ、按ズルニ財產權移轉ヲ目的トスル法律行為ハ財產權移轉ノ義務ヲ成立スル法律行為ト獨立シテ成

立シ得ヘキカ故ニ此意義ニ於テ財產權移轉ヲ目的トスル法律行為ハ無因行為ナリトイフコトヲ得、債權契約ニ付キ其内容ノ一部ヲ債權成立ノ原因ナリトナシ、原因ヲ包含スル法律行為ナリトスルハ必要ナクシテ紛雜ヲ生スル觀念ナリト信ス (京都法學會雜誌第四卷一號以下所載石坂音四郎氏論文、法律行為ノ原因ト不當利得ニ於ケル法律上ノ原因參照)

第二節 法律行為ノ原素

一 法律行為ノ原素トハ法律行為ヲ組成スル各個ノ分子ヲイフ、其分子ノ全部タル法律行為ニ對スル關係ニ付テ、學者ハ原素ニ次ノ三種ヲ區別ス

(一) 要素 (Essentialia negotii) 法律行為ノ本質ヲ組成スル原素ヲイフ、一般要素ト特別要素トニ岐ル、前者ハ法律行為一般ニ通スル要素ニシテ、其存スルニアラサレハ如何ナル法律行為モ成立シ能ハサルモノナリ、意思表示ノ如キ之ナリ、(第三節ヲ見ヨ) 後者ハ特別ノ法律行為ニ其特徵ヲ與フル元素ニシテ其存セザルニ於テハ其特別ノ法律行為ハ成立スルコト能ハサルモ他ノ別種ノ法律行為ノ成立スルヲ妨ケザルモノナリ例ヘハ財產權ノ移轉ニ對シテ代金ヲ支拂フコトヲ約スル債務契約ハ賣買ナルカ故ニ代金支拂ノ債務ノ存スルコトハ賣買ナル法律行為ノ特別要素ナリ、其存セザルニ於テハ賣買ハ成立シ能ハサルモ贈與ノ成立スルコトヲ妨ケス

(二) 常素 (Naturalia negotii) 各種ノ法律行為ニ通常存スル性質又ハ效力ニシテ當事者ノ意思

ニヨリ之ヲ排除スルヲ得ヘク、而シテ之ヲ排除スルモ其特殊ノ法律行為ノ成立ヲ妨ケサルモノ  
タイプ、賣買ニ於ケル擔保義務ノ如シ

(11) 偶素 Aordentlich negotii) 通常法律行為ノ原素ヲ組織セサルモ、當事者ノ意思ニヨリ之  
ヲ附加スルコトヲ得ヘク、而シテ之ヲ附加シタルカ爲メニ其特殊ノ法律行為ノ性質ヲ變更セザ  
ルモノタイプ、買戻約款、支拂期限、法律行為ノ負擔ノ如シ  
二、茲ニ法律行為ノ原素トシテ要素、常素、偶素ヲ分テルハ各種ノ法律行為ヲ客觀的ニ觀察シ  
テ其組成分子ノ通常有スヘキ價值ニ從ヒ之ヲ區別シタルモノナリ、各個ノ具體的法律行為ニ付  
テ何レノ組成分子ヲ重要トスヘキヤハ之レト異ルコト尠カラサルカ故ニ民法九五條ニ所謂法律  
行為ノ要素トハ茲ニ所謂要素ノ意義ニアラサルヲ注意セサルヘカラス

### 第三節 法律行為ノ一般成立要素

#### 第一款 汎論

一、法律行為ノ一般成立要素ニ付テハ諸種ニ分類シテ觀察スルヲ得ルカ故ニ未タ學者ノ定説  
トシテ擧クヘキモノナシ、然レトモ上ニ説明シタル法律行為ノ定義ニ從ヘバ當事者ノ意思表示  
及ビ目的ノ三者ヲ擧ケサルヘカラス、此他尙法律ノ存スルコトモ亦固ヨリ法律行為成立ノ要件  
ナリト雖モ法律ノ存在ハ總テノ法律事實ニ通スル要件ナルヲ以テ特ニ法律行為ニ付テ擧クルヲ

適當トセス

二、成立要件ト完成要件トハ之ヲ區別セサルヘカラス、成立要件存セザレバ法律行為ハ全然成  
立スルコトナキナリ、完成要件存セザルモ法律行為ハ全然不成立ニアラス、唯瑕疵ヲ伴フノミ、  
病者モ亦人間ナリ、後ニ述フル詐欺、強迫ノ如キハ法律行為ノ瑕疵ヲナスモノニシテ、其存セ  
サルコトハ法律行為ノ完成要件ナリ、成立要件ニアラス、行為能力モ亦然リ、學者或ハ行為能  
力ヲ以テ法律行為ノ要件ニ數アルモノアルモ我民法ノ如ク絕對的無能力者ヲ規定セザルモノニ  
アリテハ行為能力ヲ法律行為ノ成立要件ニ數フルハ誤レリ

#### 第二款 當事者

當事者カ法律行為ノ成立要素ナリヤ否ヤニ付テハ議論アリ、或學者ハ當事者ノ何人ナルカハ意  
思表示ノ效力ヲ定ムルニ付キ必スシモ之ヲ問ハサルカ故ニ、當事者ハ一般の要素ニアラストナ  
ス(原論三二七頁)此論ハ實質上誤レルニアラス、然レトモ當事者ヲ法律行為ノ一般成立要  
素ナリトイフト、特定ノ人カ法律行為ノ當事者タルコトヲ當事者ノ主觀上重要ナラストナスコ  
トアリトイフトハ敢テ矛盾スルコトナシ、蓋シ一般成立要素ナリトハ唯其存スルニ非レハ一  
般のニ法律行為ノ成立ヲ考ヘ得ヘカラストイフニ止マレハナリ、意思表示ナルモノハ人ノ意思  
ノ發表ナルカ故ニ特定ノ人ノ存スルニアラサレハ意思表示アルヘカラス、從テ法律行為ノ存在

スヘカラサルコト明ナリ  
當事者ノ數ハ法律行為ノ種類ニヨリテ異レリ、雙方行為及ヒ相手方ノ受領ヲ必要トスル一方行為ニアリテハ當事者ハ常ニ二人以上ナルコトヲ要ス、純然タル單獨行為ニ付テハ當事者ハ一人ノミナルコトヲ得

### 第三款 目的

一、法律行為ノ目的トハ其内容ヲイフ、當事者カ私法上ノ效果トシテ發生セシメントシタル事項ノ謂ナリ、例ヘハ貸借ニ付テハ借貨ノ支拂ニ對シテ或物ノ使用、收益ヲ爲サシムルノ債務ヲ負擔スルコト之ナリ(民六〇一條)、目的ハ意思表示ノ内容ヲナスモノナレハ實際ノ場合ニ於テハ目的ナキ意思表示ナク、意思表示アリテ目的アラサルコトナク、意思表示ト其目的トハ別個ノ存在ヲ有スルモノニアラサルカ故ニ茲ニ意思表示ト分チテ一ノ成立要素トナスハ畢竟便宜ノ爲メニシテ恰モ意思表示ト言ハハ常ニ或ル權利主體ノ意思表示ナラサルヘカラサルニ拘ハラズ人ヲ意思表示ヨリ分離シ當事者ヲ以テ法律行為成立ノ要件トナスカ如シ、實際ノ場合ニハ個個分離シテ存スルニアラス

二、如何ナル目的ヲ有スル法律行為ハ法律上ノ效力ヲ生スヘキカ、有效ナル法律行為ヲ成立セシメシメシメカ爲メニ目的ハ可能、適法ノ二要件ヲ備ヘサルヘカラス

(甲) 目的ハ可能ナラサルヘカラス、不能ニハ絶對的不能ト相對的不能トノ二種アリ、前者ハ性質上不能ナル事項ニシテ其時代ノ知識ノ程度ヲ以テシテハ何人ニ取リテモ不能ナルモノヲイフ、後者ハ又主觀的不能トイフヲ得ヘク唯其人ニトリテノミ不能ナルヲイフ、泰山ヲ挾ンテ北海ヲ越ユトイフハ前者ナリ、語學ノ素養ナキモノカ通譯ヲナストイフハ後者ナリ、法律行為ノ成立ヲ妨クル不能ハ前者ニ限ル、不能ハ又其不能タル理由ニ基キテ事實的不能ト法律的不能トニ分ツコトヲ得、自然ノ法則上或ル事項ノ發生カ不能ナルハ前者ナリ、法律規定上不能ナルハ後者ナリ、民法其他ノ法律ニ規定セサル物權ヲ設定スル法律行為(民一七五條)兄弟ノ約ヲ結ス法律行為(如キハ後者)例ナリ、何レモ法律行為ノ成立ヲ妨ク

第三者ノ行為ヲ目的トスル法律行為ハ事實上不能ナリヤ否ヤ佛法系ノ民法ニ於テハ一般ニ之ヲ絶對的不能トナスモ誤ナリ、當事者ノ意思解釋上第三者ヲシテ或行為ヲ爲サシムルコトニ努力ヘキ債務ヲ當事者カ負擔シタルモノトシテ有效ト解スヘシ  
不能ト知リツツ當事者カ其行為ヲ法律行為ノ目的トナスハ法律行為意思ヲ缺クモノトシテ無効ナリ、例ヘハ天ニ登ル債務ヲ負擔スルカ如シ

(乙) 目的ハ適法ナラサルヘカラス、目的ノ不適法ナルカ爲メニ法律行為ヲ無効トスヘキ場合ニアリ、法令ニ禁止セル事項ヲ目的トスル場合、公ノ秩序、善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル場合之ナリ

(1) 法令ニ禁止セル事項ヲ目的トスヘカラス 法令中ノ公ノ秩序ニ關スル規定ハ即チ強制的法規ナルヲ以テ當事者ノ意思如何ニ拘ハラズ適用セラルヘキモノナリ故ニ強行の規定ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ハ無効トス、所謂強行の規定ト非強行の規定トノ區別ハ法文上明瞭ナル區別ヲ存セサルコト尠カラス、此ノ如キ場合ニハ各法條ニ付キ其立法ノ趣旨ヲ採リテ之ヲ定ムルノ外ナシ

公ノ秩序ニ關セサル規定ハ其性質上當事者ニ於テ左右スルヲ得ヘキモノナリ、故ニ之等ノ所謂非強行法又ハ任意法ニ異リタル事項ヲ以テ法律行為ノ目的トナストキハ其法律行為ハ有效ナリ(民九一條)例ヘハ金銀債務ニ付テ特種ノ通貨ヲ以テ支拂フコトヲ約スルカ如シ(民四〇三條)公ノ秩序ニ關セサル當事者ノ意思表示ハ有效ナルコト以上ノ如キカ故ニ之等ノ任意法ニ異リタル事實上ノ慣習アリ當事者カ之ニ依ル意思ヲ有セルモノト認ムヘキ場合ニハ其慣習ニヨルヘキコト勿論ナリ(民九二條)茲ニ慣習トイヘルハ法タル慣習ヲ言ヘルニアラスシテ事實上ノ慣習ノ謂ナリ、法タル慣習ハ法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ及ヒ法令ニ規定無キ事項ニ關スルモノニ限ルヲ以テ(法例二條)任意法ト雖モ既ニ法令トシテ現存セル以上ハ之ニ異リタル慣習法ノ成立ヲ許ササルナリ、事實タル慣習ノ效力ハ畢竟當事者ノ意思表示ヲ補充スルニ存シ、而シテ當事者ノ意思表示ハ任意法ヲ排除シ得ルカ故ニ事實タル慣習ハ間接ニ任意法ヲ排除シ得ルモノトス、但シ單ニ事實ニ止マリ法ニアラサルカ故ニ之ニ依ルノ當事者ノ意見ヲ認メ得ヘキ場合ニ

於テノミ其效力ヲ有ス、其意思ノ明示タルヲ要セサルハ勿論ナリ

(2) 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスヘカラス

公ノ秩序(Ordnung public, Öffentliche Ordnung)又ハ善良ノ風俗(Bonnis moeurs, gute Sitten)トハ法令ノ明文ヲ以テ明ニ禁止セサルモ現代一般ノ觀念ニ於テ社會の共同生存ヲ害スルモノト認ムヘキ一切ノ事項ヲイフ、單ニ一個人ノ道德觀念ニ反シ、或ハ一宗教ノ教義ニ反ストイフヲ以テ足ラス、況ク現代ノ一般觀念ヲ標準トシ、而シテ此標準ニ基キテ社會ノ維持發達ヲ害スヘキ事項、社會ノ共同生存ヲ害スヘキ事項ト認ムヘキモノヲ指稱スルナリ、公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ト謂フモ兩者ノ間ニ明確ナル分界アルニアラス法律ハ兩者ヲ以テ相結合シタル一個ノ觀念トナシ唯一ハ國家ノ安寧ヲ基礎トシ一ハ國民道德ヲ基礎トシ兩者ヲ以テ共同生活ノ要件ヲ包括セシメントシタルナリ、其何レカニ反スルニヨリテ法律行為ハ無効トナル、獨逸民法ニ於テハ公ノ秩序ナル觀念ヲ茫漠ニ失スルモノトナシテ法文ニ使用セス單ニ善良ナル風俗トイヘリ(同法一三八條)然レトモ學者ハ單ニ現存セル善良ナル風俗ヲ害スル法律行為ノ意義ニモアラス、又道德ニ反スル一切ノ行為ヲ包含スルノ謂ニモアラス、其效力ヲ認ムル事カ社會ノ健全ナル秩序ト背馳スルモノト解スルモノ多シ

抑モ法律ハ道德ト其分野ヲ異ニスルカ故ニ積極的ニ道德ヲ助長スルハ法律ノ任務ニ屬セスト雖モ、畢竟スルニ兩者共ニ社會共同生存ノ維持發達ヲ目的トスルモノナルカ故ニ道德ニ反スル事



項ヲ目的トスル當事者ノ法律行為ハ社會ノ共同生存ヲ害スルニ至ルコト尠カラス、法律ハ此範圍ニ於テ消極的ニ道德ヲ助クルモノトイフヘシ

公序良俗ノ意義ハ此ノ如ク茫漠タリ、而シテ此規定ノ價值ハ又其茫漠タルノ點ニ存ス、蓋シ社會ハ常ニ進歩發展シ法律ハ之レト歩調ヲ一ニシ難キカ故ニ共同生活ヲ害スルノ事項ヲ一切舉クテ法律ニ掲ケ、強行法規ヲ以テ之ヲ禁止スルハ不能ノ業ニ屬ス、然モ社會ノ共同生存ヲ維持發達スルハ法律ノ任務ナルカ故ニ伸縮自在ナル規定ヲ設ケテ社會ノ共同生存ヲ害スヘキ事項ハ一切之ヲ網羅シ其範圍ハ各場合ニ付キ裁判官ヲシテ適當ニ判斷セシメ以テ社會ノ進歩ト調和セントラ期スルナリ、民法九〇條ハ廣汎ナル範圍ニ於テ裁判官ニ立法權ヲ與ヘタルモノトイフヘシ

公序良俗ノ意義ハ各場合ニ於テ現代國民ノ一般思想ニ基キテ之ヲ決スルノ外無キコト以上ノ如シト雖モ之レカ故ニ公序良俗ノ觀念ヲ以テ法律觀念ニアラストスルハ誤ナリ、或行為カ公序良俗ニ反スルヤ否ヤノ問題ハ法律適用ノ問題ニシテ法律問題ナリ、大審院ニ於テ決セラルヘキ問題ニシテ控訴院ニ止マルヘキ問題ニアラス(拙稿法學志林十一零六號參照)公序良俗ニ反スル事項ノ例ハ頗ル多キモ親權ノ拋棄、土地ノ讓渡ヲ永久ニ禁スルコト、終身營業ヲ爲ササルコト、終身婚姻ヲナササルコトノ如キハ之ニ屬スルコト明ナルモノナリ

三、法律行為ノ目的ハ之レヲ緣由(Beweggrund, Motiv)ト區別セラルヘカラス、緣由ハ法律

行為ヲ爲スニ至リタル理由ニシテ内容ヲ爲スモノニアラス、例ヘハ財產取得ノ目的ヲ以テ婚姻ヲ爲セリトモハ其財產取得ノ目的ハ緣由ニシテ目的ニアラス、商品買入ノ目的ヲ以テ借財ヲ爲セリトモハ商品買入ハ緣由ナルカ如シ、目的ハ同種ノ法律行為ニ付テ同一ナルモ緣由ハ同種ノ法律行為ニ就テモ千差萬別ナリ、緣由ハ法律行為ノ要素ニアラス、從テ其不存在ハ法律行為ノ效力ヲ妨クルコトナク、其不適法ハ法律行為ヲシテ無効ナラシムルコトナシ、相手方ニ於テ當事者カ緣由トシタル事項ヲ如ルモ尙法律行為ノ效力ニ關係ヲ生スルニアラス、唯當事者ノ契約ニヨリ之ヲ以テ法律行為ノ條件トシタルトキハ一般ニ緣由トシテ法律行為以外ニ存スル事項モ法律行為ノ内容ヲ爲スニ至ル、例ヘハ客ニ供セシカ爲メニ魚ヲ買入ルル場合ニ魚商ト特約シ全部ノ内五尾以上ハ客カ五人以上ナラハ買フヘシトナスカ如シ

四、緣由ト區別シテ法律行為ノ原因(cause)ナルモノヲ說ク學者アリ、緣由ハ法律行為成立ノ遠因ニシテ原因ハ其近因ナリト説ク、例ヘハ双務契約ニ付テハ一方當事者ノ債務ヲ負擔スルハ相手方ノ債務ノ原因ニシテ、實踐契約ニ付テハ(消費貸借、寄託)相手方ヨリ給付ヲ受ケタルコト、無償契約ニ於テハ報恩賞功慈善等カ法律行為ノ原因ナリトス、或ハ無償契約ニ付テハ贈與ノ意思カ其原因ナリトナスモノアリ、然レトモ其如何ナル意義タルヲ問ハス、原因ヲ以テ法律行為ノ獨立ノ要素トナスハ誤ナリ、双務契約實踐契約ニ於ケル所謂原因ハ契約ノ内容ナリ、無償契約ニ於ケル贈與ノ意思ハ意思トシテ契約ノ要素ナリ、然レトモ何レモ獨立ノ要素ニアラス

英法ニ於ケル約因(Consideration)ハ特殊ノ意義ヲ有ス、廣義ニ於ケル對價ト解スルヲ正當トス

### 第四款 意思表示

意思表示ハ法律行為ノ本體ナリ、法律行為ハ意思表示ノミニアラストスルノ説ヲ採ルトスルモ  
意思表示カ其最モ重要ナル要素ナルハ爭フコトヲ得ス、蓋シ法律行為ハ當事者ノ意思ニ法律上  
ノ保護ヲ與ヘタルモノニ外ナラザレハナリ  
意思表示ニ付テハ其意義、方法、效力、發生時期、不成立及ヒ成立ノ瑕疵ヲ論セサルヘカラス  
但シ不成立及ヒ成立ノ瑕疵ニ付テハ便宜上節ヲ分チテ之ヲ論セントス

#### 第一目 意思表示ノ意義

一、意思表示(Willenserklärung)トハ法律の效果ヲ生スヘキ意思ヲ外界ニ表彰スルヲイフ、内  
部ノ意思カ外界ニ發表セラレタルモノ之ヲ意思表示トイフ、從テ意思表示成立ノ要件トシテハ  
次ノ三者ヲ舉ケサルヘカラス

(イ) 意思(Wille) 意思ナクシテ存スル表示ハ表示ニアラスシテ單純ナル表示ノ外形ノミ、  
之ニ法律の效果ヲ付スルヲ得ス、故ニ意思能力ヲ有セサル者例ヘハ嬰兒、心神喪失中ノ精神病  
者ノ如キハ意思表示ヲナスコトヲ得ス、又一般ニハ意思能力ヲ具備スル者ニテモ其行為ノ當時

睡眠、抵抗シ得ヘカラスナル強力等ニヨリテ意思ヲ有セサル者ハ意思表示ヲ爲スコト能ハス

(ロ) 表示(Erklärung) 内部ニ存スル意思カ外界ニ表彰セラレサル間ハ法律ハ之ニ何等ノ效  
力ヲ附スルヲ得ス、意思アリ其表示アリテ始メテ茲ニ法律ノ效果ヲ附シ得ヘキ法律事實ヲ生ス、  
然レトモ表示ニハ必スシモ積極的舉動ヲ必要トセス、表示ニハ表示セントスル意思ヲ要ス、此  
意思ヲ表示意思ト稱シテ法律行為意思ト區別スヘキハ既ニ之ヲ述ベタリ

(ハ) 私法上ノ效果ヲ生スヘキモノナルコト、單ニ事實上ノ關係ノミヲ生スヘキ意思表示ハ法  
律上ニ所謂意思表示ニアラス、例ヘハ下婢ニ下駄ヲ出スヲ命スルカカ如シ、然レトモ汎ク意思表  
示トイフトキハ必スシモ法律行為ヲ組成スル意思表示ナルコトヲ要セス

二 意思ト表示トノ二者ヲ以テ法律行為ノ要素トナスハ特定ノ法律行為ニ付キ此兩者存セサル  
ヘカラスナルノ謂ナリ從テ此理論ヲ極端ニ貫徹スレバ意思ト表示ト齟齬シタル總テノ場合ニ於テ  
法律行為ハ成立セサルコトナル、然レトモ諸國ノ法律ハ此結果ヲ不當ナリトシ、之ニ制限ヲ  
附スルヲ常トス、蓋シ第三者ノ認知シ得ヘキハ單ニ外形ニ表ハレタル表示ノミナルカ故ニ、第  
三者ノ認知ルヲ得サル内部ノ意思ニ基キテ外形ニ表ハレタル表示ノ效力ヲ全然左右セシムルハ  
取引ノ安全ヲ害スルカ故ナリ、此點ニ關シテ三主義アリ

(イ) 意思主義(Willenslehre) 「ザウイニ」以來獨逸ノ學者ニモ此主義ヲ採ル者尠カラス、  
眞實ノ意思ニ重キヲ置クモノニシテ假令表示アルモ眞實ノ意思ニ基カサルトキハ效力ヲ有スヘ

カラストナス

(ロ) 表示主義 (Erklärungslehre) 表示ニ重キヲ置ク主義ニシテ、表示ハ假令真意ニ基カザルモ取引ノ通念上定マリタル意義ニ從ヒテ效力ヲ有ス(キモノトナス、獨逸ノ學者中此主義ヲ採ル者アリ)

(ハ) 折衷主義、前二主義ヲ折衷シタルモノニシテ、或ハ意思主義ヲ原則トシテ之ニ表示主義ニ基キタル例外ヲ設ケ或ハ表示主義ヲ原則トシテ之ニ意思主義ニ基キタル例外ヲ設ケ、我民法カ折衷主義ヲ採リ而シテ意思主義ヲ原則トセルコトハ次節ノ説明ニヨリテ明ナルヘシ

### 第二目 意思表示ノ方法

一 意思表示ノ方法ニ付テハ古今ノ法律其主義ヲ異ニス、往古證據制度未タ備ハラサリシ時代ニアリテハ特ニ法律行為ノ形式ヲ重シ一定ノ形式ヲ履踐スルニアラサレハ法律の義務ハ成立セサルモノトナセリ、羅馬法ノ「ステブラチオ」、「マンチパチオ」等ヲ見レハ思半ニ過クルモノアラン、證據制度漸ク完備シ個人ノ信用漸ク發達スルト共ニ取引ノ敏活亦昔日ノ比ニアラサルニ及ビテハ煩雜ナル形式ノ不便次第ニ認識セラレテ先ツ最モ取引ノ敏活圓滑ヲ必要トスル商法ノ範圍ニ於テ形式自由ノ原則 (Prinzip der Formfreiheit) 採用セラレテ此原則ハ民法ニ輸入セラレテ現今ニ於テハ文明國ニ於ケル民法一般ノ原則トナレリ、我民法亦此原則ニ從フ、即チ

原則トシテ意思表示ハ如何ナル方式ニヨリテ爲サルモ其效力ヲ妨クルコトナシ、然レトモ此原則ニハ例外アリ、從テ此點ヨリ法律行為ヲ分類シテ要式行為及ヒ不要式行為トナスコトヲ得

二 要式行為トハ法律行為ノ成立ニ方式ノ履踐ヲ必要トスルモノナリ、而シテ此必要ハ直接ニ法律ノ規定ニ基クコトアリ又當事者ノ意思ニ基クコトアリ、法律カ一定ノ方式ヲ以テ一定ノ法律行為ノ成立要件トナスハ之ニヨリテ輕卒ナル意思表示ヲ豫防シ、法律行為ノ成立、其内容ヲ明確ニシ、法律行為ノ成立ト其成立ニ付テノ準備行為トヲ明瞭ニ區別シ、第三者ヲシテ法律行為ノ成立ヲ認知スルコトヲ得シムル等諸種ノ目的ヲ有ス、而シテ商法ノ手形行為等ニ付テハ權利ノ轉讓ヲ容易ナラシムルモ亦其目的ノ一ナリ、法律ニ於テ方式ノ履踐ヲ必要トシタル行為ハ身分上ノ行為ニ多シ婚姻、養子縁組、私生子認知ノ如キ皆然リ、反之財産上ノ行為ハ殆ント全ク無要式ナリ、唯贈與ニ付キ、口頭ニヨル贈與ハ其履行セラレサル間取消シ得トノ特別規定アルノモ(民五〇條)

法律行為ノ成立ニハ特殊ノ方式ヲ必要トセサルモノ之ヲ三者ニ對抗センカ爲メニ或ル方式ヲ必要トスルモノアリ、登記、引渡、確定日附アル證書ノ作成ヲ必要トスルカ如キ之ナリ(民一七七條、一七八條、三六四條、三七六條、四九七條、四九九條、五一五條、九八八條等) 其法律行為ノ成立ニ付キ法律上利害關係ヲ有スル第三者ヲシテ法律關係ヲ了知スルノ便宜ヲ得シメ以テ不測ノ損害ヲ豫防スルノ目的ニ出ツ

民法總則

法律行為

法律行為ノ一般の成立要素

三 不要式法律行為ニ付テハ其意思表示ノ方法ニ明示ト默示トヲ區別スルヲ常トス、明示默示ノ意義ニ付テハ議論一致セサルモ當該ノ意思ヲ表示スル目的ニ出テタル行為ニヨリ法律行為ノ意思カ表示セラレタル場合ニハ之ヲ明示トイヒ、當該ノ意思表示ヲ目的トセタル他ノ行為ヨリ法律行為ノ意思カ間接ニ推論セラルヘキ場合ニハ之ヲ默示トイフヲ通説トス(原論、三四五頁、平沼、總論、四四七頁、松岡、民法論、四五頁、川名、總論、三三六頁、Einhacourts, S. 329 以下) 如上ノ點ヲ以テ區別ノ標準トスレハ所謂明示ノ意思表示ハ畢竟直接ノ意思表示ニシテ所謂默示ノ意思表示ハ畢竟間接ノ意思表示ナリ、從テ彼ノ用語ヲ避ケテ此用語ニ從フモノアリ(Denkung, I § 98, Comae I, § 86, 平沼、前掲)、用語論ニ歸ス、此以外ノ標準ヲ採ル者ハ或ハ意思ノ表示(Offen)セラレタルハ明示ニシテ、意思ノ實行(Bestehen)セラレタルハ默示ナリトイヒ、或ハ沈黙ノモヲ以テ默示トシ、其他ハ總テ明示ナリトナシ、或ハ耳目ヲ以テ知ルコトヲ得スシテ解釋ニヨリヲ始メテ其意義ヲ解シ得ヘキモノハ默示ナリ然ラサルモノハ明示ナリトス皆採ルニ足ラス

默示ノ意思表示ニハ法律行為意思カ他ノ行為ヨリ論理的ニ推論セラレサルヘカラサルモノト生活ノ經驗上推論スルヲ正當トスルモノトノ別アリ、例ヘハ辨濟期ニ達シタル債權ニ付テ次年度ノ利息ヲ受領スル行為ハ其論理上ノ結果トシテ間接ニ元本ノ履行期ヲ次年度ノ終迄猶豫スルノ意思ヲ包含シ、債權者カ其債權證書ヲ毀滅スルハ生活ノ經驗上債務免除ノ間接ノ意思表示ト見ルヲ正當トス

沈黙(Schweigen)カ間接若クハ暗黙ノ意思表示トナルヤ、若クハ全然意思表示トナラサルヤハ概括的ニ決スヘカラサル問題ナリ、原則トシテハ單純ナル沈黙ハ意思表示ニアラス、例ヘハ契約ノ申込ニ對シ沈黙ヲ保テルモノハ承諾ノ意思表示ヲモ不承諾ノ意思表示ヲモナセルモノニアラス、然レトモ例外トシテ沈黙カ意思表示トナルヘキ三個ノ場合アリ

- (1) 法律ニ於テ沈黙ヲ特殊ノ意思表示ト見做シタル場合、例、民、一九條、一一四條、即チ追認又ハ拒絕ノ意思表示アリタルト同一ノ效果ヲ生スルナリ
- (2) 沈黙ヲ或ル意思表示ト看做スヘキ當事者ノ契約存スル場合、例ヘハ甲乙間ニ契約アリ、甲ヨリ乙ニ商品ヲ送届ケタル場合ニ若シ不用ナラハ三日内ニ返還スヘシト定メタル場合ノ如シ
- (3) 特別ノ取引上ノ慣習アル場合、取引ノ慣習上當事者間ノ法律關係アリ考察シテ返答ノ義務ヲ認ムヘキ場合之ナリ

### 第三目 意思表示ノ效力發生時期

一 意思表示ノ效力發生時期ニ付テ我民法ニ於テハ成立ノ瑕疵ノ後ニ規定セルモ茲ニハ理論上ノ理由ニ基キ本節ニ於テ論セントス

意思表示ノ效力發生時期ニ付テハ相手方アル意思表示ト相手方ナキ意思表示トヲ區別セサルヘ

カラス、而シテ後者ニ付テハ何等特別ノ原因ナクハ意思表示ノ成立ト共ニ效力ヲ生スヘキコト勿論ナリ、前者ニ付テハ意思表示ノ成立シタル時ト相手方ニ於テ了知シタル時又ハ相手方ニ到達シタル時ト時ヲ異ニスルカ故ニ其何レヲ標準トスヘキヤノ問題ヲ生ス、コレ即チ意思表示效力發生時期ノ問題ナリ、而シテ此問題カ契約ノ申込承諾ニ限ラサルハ勿論ナリ

二 相手方ニ對スル意思表示ノ效力發生時期ニ付テハ、隔地者ニ對スルモノト對話者間ノモノトヲ區別スルヲ要ス從テ茲ニ先ツ其意義ヲ決定セサルヘカラス、隔地者(Absende)ト對話者(Absende)トノ區別ハ其字義ニ依レハ法律行為ノ雙方ノ當事者カ同一ノ土地ニ存スルヤ否ヤノ區別ノ如キモ決シテ然ラス、意思表示ノ效力ヲ發生スル時期ニ付テ、隔地者對話者ヲ區別スルモノナルカ故ニ一方當事者ノ意思ヲ表示シタル時ト相手方ノ之ヲ了知シタル時トノ間ニ重要ナル差異ヲ存スルヤ否ヤヲ以テ標準トナササルヘカラス、即チ對話者トハ一方ノ當事者ノ意思表示ヲ直接ニ了知シ得ヘキ關係ニアル者ヲイヒ、隔地者トハ表意者ヨリ直チニ其意思表示ヲ了知シ得サル關係ニアル者ヲイフ、例ヘハ書信、電信、使者ニヨル意思表示ノ如キハ隔地者ニ對スルモノナルコト明ナリ、電話ニヨル意思表示ハ對話者間ノ意思表示ト解スルヲ可トス(獨民、一四七條ハ對話者ニ對スルモノトス)

三 對話者ニ對スル意思表示ノ效力發生時期ニ付テハ民法商法ニ何等ノ規定ナシ(商、二六九條參照)事實上ニ於テハ表示ノ時ト到達ノ時ト了知ノ時トヲ區別スヘカラサルコト多キモ、理

論上ニ於テハ了知ノ時ニスルモノトス、蓋シ相手方ニ對スル意思表示ハ相手方トノ間ニ法律的効果ヲ生スルモノニシテ相手方ニ了知セシメンカ爲メニ意思表示ヲ爲スモノナレハ其了知アリテ始メテ效果ヲ生スヘシトスルコト法理ニ適スルヲ以テナリ、異說アレトモ探ルニ足ラス

四 隔地者ニ對スル意思表示ニ付テハ明確ニ四ツノ時期ヲ區別スルヲ得而シテ其時期ノ何レヲ標準トスルカニヨリ四主義アリ

(イ) 表白主義(Aussendungstheorie)トハ意思カ表白セラレタル時ヲ以テ效力發生ノ時期トスルモノナリ、例ヘハ手紙ヲ書キ終リタル時ノ如シ獨逸ノ普通法學者ニテ之ヲ採リタル者アリ(Handlungsrecht I. § 237; Paulus § 251; Sinteris II. S. 246)

(ロ) 発信主義(Absendungs- od. Übermittlungstheorie)表意者カ意思表示ヲ發送シタル時即チ自己ノ管理外ニ置キタル時ヲ以テ其時期トス、例ヘハ郵便函ニ投入シタル時之ナリ、一般ニ之ヲ採ル學者無キニアラス(Köppen, Dogm. J. 11 S. 373 ff; Schanzl, Dogm. J. 3. S. 258)我民法モ此主義ノ一部ヲ採用セリ

(ハ) 受信主義(Empfangstheorie)トハ相手方カ意思表示ヲ受領シタル時例ヘハ手紙カ相手方ノ家ニ置カレタル時ヲ以テ標準トス、此說ハ日、獨、奧諸國ノ立法例ニ採用セララル所ニシテ獨佛學者ノ多數亦之ヲ採リ(Karlowna Kohler, Demuburg, Wendt, Regelsberger)

(ニ) 了知主義又ハ認知主義(Vernehmungstheorie)相手方ノ了知シタル時ヲ以テ標準トナス、

例へハ手紙ヲ開封、讀了シ其内容ヲ了知シタル時之ナリ(Vangew. Baker, Brigg)以上ノ如ク大體ニ於テ四主義アリト雖モ其根底ニ遡レハ二主義ノ外ヲ出テズ、即チ相手方ニ對スル意思表示ハ表意者ノミニ於テ之ヲ完了シ之ニ法律的效果ヲ生セシムルヲ得ヘキカ、或ハ相手方ニ於テ了知シ又ハ之ヲ了知シ得ルニ至リテ始メテ其效力ヲ生スヘキヤニアリテ二大主義ニ岐ルルナリ、發信主義ハ表白主義ノ實際上ノ缺點ヲ除キタルモノニシテ理論ニ於テハ表白主義ト異ルナク、受信主義モ亦了知主義ニ對シテ同様ノ關係ニ立ツ、從ツテ理論上一方當事者ノ意思決定ノミヲ以テ足レリトスレハ發信主義ヲトルヘク、理論上相手方ノ了知ヲ必要トスレハ受信主義ヲトルヘシ

法律行為一般ニ通スル原則トシテ何レノ主義ヲ採ルヘキカハ古來頗ル議論ノ存スル所ニシテ理論上ノ問題トシテハ今尙決セサル所ナリ、發信主義ヲ採ル者ハ相手方アル意思表示ト雖モ相手方ト表意者トノ雙方行為ニアラスシテ表意者ノ一方行為ナリ、法律ハ表意者ノ意思ニ效力ヲ附スルモノナレハ其意思ヲ確定セラルレハ他ニ何等ノ要件ヲ必要トセスシテ效力ヲ生スヘシトナス、之ニ反シテ受信主義ヲ採ル者ハ相手方アル意思表示ハ固ヨリ表意者一方ノ行為ナリト雖モ純然タル單獨行為ト異リ、其性質上相手方アルモノナリ即チ相手方ニ對シテ表示シ、相手方トノ間ニ法律關係ヲ成立セシメントスルモノナリ、其相手方ノ了知シ得ヘカラサルニ拘ハラズ之ニ效力ヲ附セントスルハ理論上不啻ナリトナス、唯純然タル了知主義ニ從ヒ意思表示ノ效力發

生時期ヲ全然相手方ノ意思ニヨリテ決セシムルモノニシテ、表意者カ其爲シ得ヘキ總テノ手段ヲ盡シタルニ拘ハラズ尙法律上ノ效力ヲ生セストスルハ不當ナルカ故ニ相手方カ了知シ得ヘキ狀態ニ置カレタル時即チ到達ノ時ヲ以テ標準トスルモノナリ

我民法ハ意思表示ノ通則トシテハ受信主義即チ到達主義ヲ採レリ(民九七條)然レトモ此原則ニ對シテハ許多ノ例外アリ、殊ニ契約ノ申込ニ對スル承諾ニ付テノ例外ノ如キハ其適用最モ廣汎ナルモノナリ(民五二六條)尙各個ノ意思表示ニ付キ特ニ發信主義ニヨリタルモノアリ(民一九條、五二二條、五二七條)

到達(Angebot)ノ意義如何、法律ニ之ヲ示ササルモ到達ヲ以テ發生ノ標準トナスハ相手方カ了知シ得ヘキ狀態ニ置カレタルコトヲ理由トスルカ故ニ意思表示ヲ包含セル文書カ相手方ノ所持内ニ置カレタリトノ事實的關係ノミヲ以テアラフシテ通常ノ經過ニ從ヘハ相手方カ其意思表示ヲ了知スルコトヲ得ヘク取引ノ通念ニ從ヘハ之ヲ了知セサルハ相手方ノ過失ト認ムヘキ關係ノ生シタルコトヲ以テ、文書カ相手方ノ所持内ニ置カレタル時ハ通常到達アリトイヒ得ヘキモ相手方不知ノ間ニ其缺ノ中ニ手紙ヲ突込ムカ如キハ到達トイフヘカラス、之ニ反シテ相手方ノ所持内ニ文書カ置カルコトヲ以テ到達アリト言ヒ得ヘキヤ否ヤハ議論アリ、例ヘハ途上相手方ニ逢ヒ之ニ手紙ヲ渡サントシタルニ拒ミテ之ヲ受ケテアリシカ如キ場合ニハ到達アリト言ヒ得ヘキヤ、相手方ヲ了知セシメサルモ了知シ得ル狀態ニ置カハ足ルヲ以テ何等ノ理由ナク

シテ拒絶シタル場合ニハ到達アリタルモノト解ス  
五 到達主義ノ結果、我民法カ意思表示一般ニ通スル原則トシテ到達主義ヲ採用シタル結果ヲ  
舉クレハ左ノ如シ

- (1) 意思表示到達後其取消ノ意思表示到達シ、相手方ハ先ツ取消ノ意思表示ヲ見タリトスルモ取消ハ効ナシ、例ヘハ相手方ノ不在中郵便ニヨル意思表示ト之ヲ取消シタル電報ト到達セル場合ニハ帰宅後先ツ電報ヲ披見スヘキモ其披見ノ前後ニヨリテ效力ヲ決スルニアラス
- (2) 意思表示ノ到達前其取消ノ意思表示到達スレハ取消効アリ、先ノ意思表示ハ効ナシ、到達前ハ表意者ヲ拘束スルノ效力ヲ生セサルナリ、但シ取消ノ意思表示ニ付テモ亦到達主義ヲ適用スヘキカ故ニ始メノ意思表示ニ先ダチテ到達セサルヘカラス、此場合ニ取消トイフハ稍語弊アリ、未ダ有效ナル意思表示ハ成立セサルモノナレハナリ、此ノ如ク意思表示ノ到達前電報急便ノ類ヲ以テ取消シ得ルハ受信主義ノ實際上ノ長所トシテ學者ノ擧クル所ナリ
- (3) 発信後文書ノ紛失等ノ理由ニヨリ到達スルコトナクハ意思表示ハ效力ヲ生スルコト能ハス、故ニ紛失等ノ危険ハ表意者ニ於テ負擔スルモノトス
- 六 表意者カ意思表示ノ相手方ニ到達スル時死亡セルカ又ハ能力ヲ喪ヘル時ハ意思表示ハ其效力ヲ有スヘキカ、発信主義ヲ採レハ此ノ如キ問題ハ生セサルモ到達主義ヲ採レハ到達ト意思表示成立ト其時期ヲ異ニスルカ故ニ此問題ヲ生スルナリ、然レトモ到達ハ意思表示ノ成立要件ニ

## 國際公法(戰時)

法學博士 秋山雅之 介講述

### 第一編 緒論

#### 第一章 戰時國際公法ノ性質

國際公法ハ文明諸國一般ノ承認ニ因リ國家カ相互ノ關係ニ於テ遵守スル行為ノ法則ナリト定義シ得ヘク各獨立國ハ悉ク自主平等ニシテ互ニ自國ヨリ法理上優等ノ地位ヲ有スルモノノ存在ヲ認ムルノ理ナク又斯ル優等者ノ存在スルコトナキカ故ニ文明諸國ヲ支配スル國際公法ハ文明諸國自ラ之ヲ承認シテ國際關係ノ法則ト爲シ各其拘束ヲ受タル所以ニシテ其法則タル古來ノ慣習及ヒ條約ヨリ生シ平時ニ於テ諸國ハ互ニ友誼國トシテ一定ノ法則ノ下ニ立チ又戰爭アル場合ニ於テハ當事國ハ交戰國トシテ互ニ敵國ニ對スルト同時ニ第三國ナル中立國ニ對シ又第三國ハ自

ラ中立國トシテ交戰國雙方ニ對シテ特別ナル法則ノ支配ヲ受クヘキモノトス隨テ國際公法ヲ説述スルニ當リ便宜上之ヲ平時及ヒ戰時ノ二種ニ分類シ平時國際公法ニ於テハ國家相互間ノ平和關係ニ關スル法則ヲ説キ戰時國際公法ニ於テハ交戰國トシテ互ニ敵國ニ對スル交戰關係ノ法則及ヒ交戰國ト中立國トノ關係ノ規律スル局外中立ノ法則ヲ説クヲ普通トス

國際公法ハ諸國ノ內國法ト全ク其性質ヲ異ニシ内國法ハ各國主權者ノ制定若クハ認定ニ係ル法則ニシテ當該國內ニ行ハルル原則トシ其法則ヲ治者タル主權者カ最高無限ノ權力ヲ以テ統治者タル人民ニ對シ強制的ニ執行スルモノナレトモ國際公法ハ文明國タル列國カ自ラ制定又ハ認定スルト同時ニ自ラ遵守スル法則ニシテ國際關係ニ付キ古來法學者ノ唱道シタル道理、慣行等ニ基キ列國ノ實踐シツツアル慣例法ニ外ナラサルカ故ニ列國ヲ通シテ其法則ヲ制定又ハ認定スヘキ一定ノ立法府ナク其法則ヲ諸國ニ對シテ施行スヘキ行政廳ナキノミナラス諸國カ其法則ヲ遵行スルニ當リ國際紛争アルニ際シテハ其爭議ヲ審理シテ之カ曲直ヲ判定シ其判決ヲ執行スヘキ司法機關ナキカ故ニ第十七世紀以來國際公法ハ一科學トシテ存在スルノミナラス現ニ列國間ニ實行サレ來リタルニ拘ラス其發達ハ遲運トシテ諸國ノ內國法ニ比スレハ今日尙ホ不完全ナルヲ免レス其比較的不完全ナル法則ニ依リ複雑ナル國際關係ヲ處理スルニ當リテハ國家間ニ或ハ利害ノ衝突ヲ來シ感情ノ抵觸ヲ生シ權利義務ノ見解ヲ異ニスルコトアリテ社會ノ交通頻繁ト爲ルニ隨ヒ國際紛争ノ件數愈々多キヲ加フヘキハ自ラ免ルヘカラサル所トス斯ル紛争ハ常事國間

ノ外交談判又ハ他國ノ周旋、居中調停若クハ第十九世紀以來盛行ハレタル仲裁裁判ニ依リテ無事ニ終局ヲ見ルコトアレトモ列國ハ素ト自主獨立ニシテ其内政及ヒ外交ニ付テハ漫ニ第三國ノ容喙ヲ許サス第三國モ亦自國ニ取リ何等ノ利害關係ナキ他國間ノ紛争ニ容喙スルノ必要ナキカ故ニ其紛争ニ關シテ常事國ハ自ラ其是トスル所ヲ是トシ其紛争ノ性質ニシテ各自國ニ利害關係ノ多大ナルモノニ付テハ互ニ其主張ヲ曲ケサルコトアリ斯ル場合ニ於テハ紛争國ハ往往兵力ニ訴ヘテスラ其要求ヲ貫徹セント欲シ又斯ル場合ニ其要求ヲ貫徹セントセハ兵力ニ依ルノ外ナキヲ以テ國際公法ニ於テハ戰争ヲ以テ國際紛争ヲ決スルノ最後ノ手段ト看做ササルヲ得ス

國際公法ノ法則ノ總旨トスル所ハ「モンテスキュー」ノ言ヘル如ク諸國カ其現實ノ利益ヲ害セサル範圍内ニ於テ平時ニ在リテハ爲シ得ル限リノ善行ヲ努メ戰時ニ於テハ爲シ得ル限リノ惡行ヲ避ケントスルノ道理ニ基キタルモノニシテ其法則ハ戰争ニ關シテ常ニ敵國ノ關係ニ立チタ臆、羅馬時代ニ於テハ外國人ヲ敵人、野蠻人ト同一視シ外國ニ對シテ常ニ敵國ノ關係ニ立チタル當時ニ於テスラ戰争ニ關シテ人情ニ基キタル諸種ノ法則カ存在シ又中世ニ於ケル地中海沿岸ノ諸都市間ニ行ハレタル海上ノ慣例法ハ海戰ニ關スル現行法ノ淵源ト爲リタルニ拘ラス戰争ニ於テ交戰國ハ兵力ニ訴ヘ其勝敗ハ自國ノ盛衰興亡ニ影響スルコトナルカ故ニ斯ル安危ノ別ル争鬪ニ從事スルニ際シテハ猶ホ個人間ノ格鬪ニ於ケル如ク互ニ自衛排他ニ急ニシテ對敵者ノ生命財產ヲ深ク顧ミルノ逸ナキニ依リ自他ノ權利義務關係ヲ論スル國際公法ノ發達ハ自ラ遲運タ



ルヲ免レサル所以ニシテ斯法ノ始祖タル和蘭國法學者「ヒューゴ・グロシウス」カ「六二五  
年」戰爭及平和ノ法」(De iure Bellacqnae)ト題トスル著書ヲ公ニシ人類社會ニハ自然法ナルモノ  
存在シ各人ハ其法則ノ支配ヲ受クヘク個人ノ集合體タル國家モ其法則ニ據ラサルヘカラスシテ  
其相互間ニ於テモ同法則ヲ遵守スルノ義務アルコトヲ唱ヘ以テ國際公法ノ基礎ヲ置キタルニ當  
リ著者ノ目的トシタル所ハ主トシテ中世以來歐洲ノ戰爭ニ於テ行ハレタル殘忍ヲ慎マシメ戰爭  
ノ害毒ヲ減却セントスルニ在リテ平時ニ於テヨリモ寧ロ戰時ニ當リ諸國ノ行爲ニ關スル法則ニ  
重キヲ措キ同氏前後ノ法學者モ平時ノ法則ヨリ却テ戰時公法ヲ重視シタルニ拘ラス少クモ第十  
八世紀ノ末ニ至ル迄ハ其發達ノ見ルニ足ルモノナク現行戰時國際公法ニ於テスラ古來ノ學說並  
ニ諸國ノ慣例互ニ相違シ其法則ノ一定セサルモノ多ク就中局外中立ニ關スル法則ノ如キハ第十  
九世紀以來ノ發達ニ屬シ之ニ關シテハ學說並ニ慣行ノ確定シ居ラサルモノアリテ殆ント其是非  
ヲ識別スルニ苦ムモノ少カラズ

國際公法ノ法則ハ國家ノ新舊、大小又ハ強弱ニ依リテ其權利義務ニ多少ノ差異アルコトナク交  
戰國間ニ在リテハ戰爭ノ開始ト同時ニ平時ニ於ケル友誼的國交ヲ遮斷シテ互ニ敵國ニ對シ兵力  
ヲ使用シ得ヘキ特別ノ關係ヲ生スヘキモノナレトモ元來人類社會ノ爭鬭ナルガ故ニ假令敵人ニ  
對シテモ幾分ノ好誼ノ存在セザルノ理ナク古來野蠻人間ノ爭鬭ニ於テスラ斯ル好誼ノ存在シタ  
ルコトハ國ノ東西ヲ問ハス時ノ古今ヲ論セス歷史上爭フヘカラルル事實ニシテ斯ル人情ノ發現

ハ人類社會ニ必然律ヒ居ルモノト看ルヘク世ノ文明ニ趨キ人情ノ發達ニ伴ヒ斯ノ如キ行爲ハ自  
ラ戰爭ノ慣例ヲ作り起シ今日ニ於テハ戰爭ニ屬シテ儼然タル慣習上ノ法則カ存在シ苟クモ戰爭  
ノ目的ヲ達スルニ直接ノ關係ナキ殘忍ノ行爲ハ爲スヘカラサルコトト爲リ戰爭ニ於テ兵力ノ使  
用ハ道德ヲ有スル社會ニ於ケル國家ノ性格ニ伴フヘキ制限ノ存在スルニ至リ交戰國ハ互ニ其戰  
争ノ目的ヲ達スルニ必要ナル範圍内ニ於テ強力ヲ用ヒ得ヘキニ過キス而シテ戰爭ノ目的ハ敵國  
ヲシテ自國ノ要求ヲ容レシムルニ在リテ自國ノ要求ヲ容ルルニ至ラシムヘキ強力行使ノ限度ハ  
抽象的ニ一定スルコト能ハス敵人ノ抵抗如何ニ依リ之ニ對シテ暴力ニモ大小ノ差異アルヘキ著  
ナレトモ此點ニ關シテハ國際慣習ヨリシテ列國一般ニ適用シ得ヘキ一定ノ程度ヲ作り起シ敵國  
抵抗力ノ種類及ヒ強弱ニ依リテ戰爭ニ使用スル強力ノ程度ニ差異ナキニ至リ斯ル慣例ハ即チ國  
家間ニ於ケル交戰關係ノ現行法則ヲ組成スルモノトス

局外中立ノ法則ハ前述ノ如ク第十九世紀ニ入りテ發達シタルモノニシテ局外中立(Cauality)  
ナル國際公法上ノ用語ハ一七五八年瑞西國ノ法學者「ヴァテル」ノ著書ヨリシテ甫テ一定シタ  
ルモノトス隨テ其法則ハ戰時國際公法中ニ於テモ今尚ホ幼稚ニシテ國際關係ヲ發達セザリシ希  
臘及ヒ羅馬時代ニ於テハ自國ノ與國ニ非サル外國ハ悉ク敵國ト常ニ思考シタルヲ以テ固ヨリ局  
外中立ノ觀念ナク中世ニ於テハ歐洲全體ヲ通シテ平和ト戰爭ノ關係アリタルノミニシテ一戰争  
ノ起ル毎ニ他ノ諸國ハ其交戰國ノ一方ニ加勢スルニ非サレハ必ス敵國ノ地位ニ立チタルモノナ

リシカ第十六世紀ノ頃ヨリシテ國家間ニ條約ヲ以テ豫メ締約國ハ決シテ其友誼國ニ對スル敵國ヲ助勢セズ又其人民ノ同敵國ヲ援助スルコトヲ妨クヘキ趣旨ノ約定ヲ爲スモノ生スルニ至リ第十六七世紀ニ於ケル戰爭ノ多數ハ海上ニ有力ナル國家間ニ行ハレ海上ノ戰爭ハ陸上ノ戰爭ニ比スレハ第三國ノ交通、通商上其利害ニ一層大ナル關係ヲ有シタルカ故ニ第十八世紀ノ學者ハ局外中立ニ關スル諸問題ヲ研究シ一七八〇年及ヒ一八〇〇年「バルチック」海沿岸諸國ノ武装中立ハ局外中立國ノ權利ヲ主張シ佛國革命戰爭及ヒ那破翁戰爭中米國カ中立國トシテ採リタル強硬ナル態度ニ因リ第十八世紀ニ於テ「ヴァッタル」*Wattal*、*マルテンヌ*等ノ唱道シタル學說ノ實行ヲ見ルニ至リ漸ク其法則ノ發達スルニ至リタルモノトス

然レトモ局外中立ノ法則中第三國カ國家トシテ局外中立ノ地位ニ關スルモノハ近來ノ發達ナルニ拘ラス交戰國カ第三國ニ所屬スル船舶其他ノ財産ニ對スル權利行使ノ慣行ハ中世ニ於テモ地中海沿岸ノ諸都市間ニ行ハレ第十四世紀ノ「コンソラト」*Consolato del mare* (Consolato del mare) 法典ニ於テモ其規定アリ此等ノ法則ハ第十六世紀及ヒ第十七世紀ニ於テ海上ニ有力ナリシ和蘭艦及ヒ其後有力ト爲リタル英國カ或ハ陸軍ノ小ナルニ依リ或ハ地理的關係ヨリシテ常ニ大陸ノ戰爭ニ關シテ局外中立ノ地位ニ立ツコトヲ努メタルカ爲メ其發達ヲ促サレ遂ニ現行ノ法則ト爲リタルモノ多キカ故ニ局外中立法ノ一部ハ其起源ヲ中世ニ發シタルニ拘ラス國家トシテノ局外中立關係ハ僅ニ百餘年以來ノ發達ニ屬ス故此ニ「ホール」*Holl*ノ言ヘル如ク國家ハ第十七世紀ノ中頃以

來戰爭ニ關シテ第三者ノ地位ヲ保チ得ヘク又其地位ニ立ツコトヲ適當ト認ムルニ至リ交戰國ハ五ニ第三國カ自國ノ敵國ヲ助勢スルノ不利益ヲ除カントスルト同時ニ第三國ハ自國ニ關係ナキ他國間ノ戰爭ニ干渉スルノ不利益ヲ認メ戰爭中ト雖モ交戰國雙方ニ對シテ平和ノ交通、通商ヲ繼續スルノ利益ヲ得ントスルニ原因ノ相投合シテ以テ戰時國際公法中第三國ハ局外中立トシテ戰爭以外ニ立ツノ權利義務ヲ認ムルニ至リタルモノトス之ヲ要スルニ局外中立ノ關係ハ第三國カ交戰國間ノ戰爭ニ干渉スルコトナク雙方ニ對シテ平時ノ國交ヲ繼續シ自ラ戰爭ノ進行ヲ妨害セザルト同時ニ交戰國ノ爲メ狠ニ自國ノ利益及ヒ權利ヲ侵害セラレザルノ地位ヲ意味スルカ故ニ局外中立法ノ一部ハ平時ニ於ケル法則ヲ敷衍シテ交戰國中中立國トノ關係ヲ定メ他ノ一部ハ平時ノ法則ト交戰者ノ戰爭遂行ニ必要ナル權利行使ニ關スル法則トノ推測上抵觸シタルモノノ折衷ニ出テ又他ノ一部ハ戰爭中實際諸國ノ利害カ衝突シタル事件ノ結果ヨリ生シタル實例ニ基クモノニ屬シ此等平和關係ノ法則ハ戰爭關係ノ法則ト根本的ニ相容レザル所アルノミナラス戰爭ニ際シ交戰國トシテ敵國ニ對スルモノト中立國トシテ同一國ニ平和關係ヲ有スルモノトノ利害關係ノ互ニ衝突スルコトアルハ自然ノ勢ニシテ其法則ノ折衷ニ出テタル局外中立ノ法則モ亦對然タルコト困難ナルハ言フ俟タス況ンヤ其法則ノ發達ハ日尙ホ淺キカ故ニ實例ト爲ルヘキ諸問題ニ付テモ未ダ議論ノ一定セスシテ先例ノ價值ヲ有スルモノ甚ク尠ク當ニ其諸法則ノ枝葉カ五ニ一定セザルモノ多キノミナラス局外中立ノ法則全體ニ付キ學說ノ傾向モ亦二派ニ岐レハ

中立國ノ便宜ヲ主トシ平和關係ナル國家ノ權利ヲ基礎トシ一ハ戰爭遂行ノ便宜ニ基キ交戰國ノ權利ニ重キヲ措キテ立論スルモノアリ然レトモ中立關係ノ法則ハ古來戰爭ニ關シテ交戰者ハ第三國ニ對シテモ暴力ヲ行使シ來リタル慣例ヲ制限スルニ依リテ發達シタルモノニシテ第十九世紀以來其法則ノ發達ニ關スル傾向モ戰時ニ際シ交戰國ノ權利ヲ限局スルト同時ニ多數ナル中立國一般ノ權利ヲ擴張シ來リタルモノトス

### 第二章 戰爭ノ定義

戰爭ニ關シ古來法學者ノ下シタル定義ハ千差萬別ニシテ

「アルベリカス、ゼンナリス」ハ「正常即チ正式ノ方法ニ依リ兵力ヲ以テスル公然ノ爭ナリ」

「グロシュース」ハ「兵力ヲ以テ其爭ヲ決スルモノノ狀態ヲ謂フ」

「ピンケルシーク」ハ「獨立者ニ於テ其權利ノ主張ニ基キ強力又ハ詐術ヲ以テスル爭ナリ」

「ヅァタル」ハ「吾人カ兵力ニ依リ吾人ノ權利ヲ實行スルノ狀態ナリ」

トシタルカ如キハ悉ク戰爭ノ定義ヲ廣義ニ失シ國際公法ニ於ケル研究範圍以外ナル兵力爭鬪ヲモ戰爭トシテ論定シタルモノトス何トナレハ此等定義ニ依ルトキハ個人間ニ於テ兵器ヲ以テスル爭鬪ヲモ戰爭ノ名義中ニ包含シ得ヘク又現ニ「グロシュース」ハ個人間ノ兵器ヲ以テスル爭鬪ヲモ戰爭ノ定義ノ説明中ニ包含シタルモノナレトモ今日ニ於テハ斯ル個人間ノ兵力爭鬪ハ國家

ノ公安ヲ害スル犯罪ニシテ國內事項ニ止リ之ヲ規律スヘキモノハ各國ノ内國法ニ屬シ國際公法ニ所謂戰爭ニ非ス又近世ノ學者中ニ於テモ

「マッセ」ハ「戰爭トハ爭議ヲ平和的ニ裁判シテ終局セシムヘキ共通ノ政權者ヲ有セサル二國民間ニ於ケル紛爭ヲ兵力ニ依リテ決スルノ方法ナリ」

「フィリモール」ハ「戰爭トハ國家カ事物ノ性情ニ基キ及ヒ何等共通ノ高等法廷ヲモ有セサルヨリシテ其權利ヲ主張及ヒ保護スル爲メ已ムヲ得ス探ルヘキ行爲ニシテ國際的權利ノ實行ナリ」

「ブルンチェリー」ハ「國家又ハ國民カ他國又ハ其人民ニ對シ兵力ヲ使用シテ其權利ヲ尊重セシムル行爲ノ集合ナリ」

「ホキートン」ハ「戰爭トハ獨立ニシテ主權ヲ有スル國家間ニ於テ兵力ヲ以テスル爭ナリ」

「デビス」ハ「戰爭トハ國家間若クハ國家ノ部分間ニ於ケル兵力爭鬪ナリ」

トシタルカ如キ戰爭ノ定義ハ各學者ニ依リ之ヲ異ニシ一定シタルモノナシト雖モ「ローレンス」ハ左ニ如キ簡短明瞭ナル定義ヲ下セリ

戰爭トハ國家間又ハ國家ト其争鬪ニ關シテ國家ノ權利ヲ有スル團體トノ間ニ公然兵力ヲ以テスル爭ナリ

此定義ニ依リ斯法上戰爭ノ性質ヲ分析説明セハ(第一)國際公法ノ主體間ニ於ケル爭ニシテ國

家ト國家トノ間ニ於ケル争鬪ナルカ又ハ國家ト交戦團體トノ間ニ於ケル争鬪ナルコトヲ要シ  
 (第二)公然ノ争鬪タルヘキ必然ノ結果トシテ國家又ハ交戦團體ノ正當權力ニ基キ其命令ノ下ニ  
 行ハルル争鬪ナルコトヲ必要トシ(第三)其争鬪ハ紛争國間ノ紛議ヲ兵力ニ依リテ決セントス  
 ルニ在ルカ故ニ陸海軍ナル一定ノ組織ヲ有スル軍隊又ハ艦隊ヲ以テセサルヘカラス尙ホ之ヲ詳  
 説セハ

第一 戦争ハ國家間又ハ國家ト交戦團體間ノ争鬪ナリ

古來法學者ハ戦争ヲ公戰、私戰、混戰又ハ社會戦争ニ分類シ或ハ進撃戦争、防禦戦争及ヒ補助  
 戦争ニ區別シ又ハ完全戦争及ヒ不完全戦争、適法戦争及ヒ不適法戦争トシテ更ニ其戦争ノ原因  
 ニ關シテ政治上及ヒ宗教上ノ戦争、獨立戦争、干涉戦争等種々ノ區別ヲ設ケタレトモ國際法上  
 斯ル分類ハ今日之ヲ爲スノ必要ナシ然レトモ國際公法ハ領土主權ヲ基礎トスルカ故ニ其分類ノ  
 稍、價值アルモノハ「ツアタル」ノ爲シタル對内戦争及ヒ對外戦争ノ區別トス總テ戦争ハ國內  
 ニ於ケルモノト國外ニ對スルモノトアリテ前者ハ固ヨリ内亂ニ屬シ後者ニ付テハ他ノ國家ニ對  
 スルモノト海賊又ハ野蠻人ノ團體等ニ對スルモノアリ就中海賊又ハ野蠻人ノ團體ノ如キハ斯法  
 上ノ權利義務ヲ有スルモノニ非ス又之ヲ有シ得ルノ性格即チ能力ナキカ故ニ自ラ國際公法ノ主  
 體ニ非ス隨テ此等團體間並ニ國家カ斯ル團體ニ對スル戦争ハ決シテ斯法ニ論スル戦争ニ非ス又  
 總テ國內ノ反亂ハ其國ニ於ケル刑法上ノ犯罪ニ屬シ反亂中ト雖モ外國トノ關係ニ於テハ其團體

ハ依然同國ノ人民ニシテ固ヨリ本國ヨリ獨立シタル斯法ノ主體ニ非サルヲ以テ同戦争ハ内國關  
 係ニ止リ原則上斯法ニ所謂戦争ニ非ス然レトモ其内亂者ヲ本國又ハ第三國ヨリ交戦團體ト承認  
 スルトキハ同團體ハ其承認ヲ爲シタル國家トノ關係ニ於テ戦争行爲ニ關スル國際公法ノ支配ヲ  
 受ケ自ラ戦争法ノ主體ト爲ルカ故ニ國際法ニ論スル戦争ハ國家ト他ノ國家トノ間ニ於テスルカ  
 又ハ國家ト交戦團體トノ兵力争鬪ニ限ル所以ナリ

國家間又ハ國家ト交戦團體間ノ兵力争鬪ナル以上ハ其戦争ノ發生シタル原因如何ヲ問ハス悉ク  
 斯法上ノ戦争トス何トナレハ國家間ニ紛争ノ生スルニ當リテハ其紛議ハ紛争國間ニ於テ先ツ外  
 交談判ニ依リ平和ニ之ヲ處理セントスルニ拘ラス若シ平和ニ其終局ヲ見ルコト能ハサルトキハ  
 前述ノ如ク兵力ニ依リテ之ヲ決スルノ外ナク縱令其紛争ニ於テ紛争國ノ一方カ自國ノ便益上ヨ  
 リ枉ケテ其意見ヲ主張スル場合ニ於テモ其問題ニ關係ヲ有セサル第三國ヨリシテハ狼ニ之ニ容  
 喙スルコト能ハサルノミナラス古來戦争ノ多數ハ其原因最モ錯綜シ居ルヲ常トシテ宣戰ノ文書等  
 ニ於テハ互ニ對手國ノ爲メ自國ノ權利ヲ蹂躪セラレ開戰ノ已ムヲ得サルニ出テタルコトヲ聲言  
 スルヲ普通トスト雖モ其裏面ヲ窺フトキハ却テ權利ノ問題ニ非ス利害又ハ感情ノ衝突其他種々  
 ノ事情ヨリシテ戦争ニ至ルモノ少カラサルカ故ニ其言明ノミヲ以テ容易ニ戦争ト爲リタル原因  
 ノ眞偽及ヒ當否ヲ知ルコト能ハサルカ故ニ國際公法ニ於テ國家カ戦争ヲ爲シ得ヘキ原因ニ付キ  
 一定ノ法則ヲ設クルコト極メテ困難ナルノミナラス假ニ其法則ヲ設定シ得ヘシトスルモ其法則

0465

ニ起因セサル戰爭ヲ爲スモノアルトキハ其原因ノ當否ヲ判定シテ一定ノ法則ヲ強行スルノ機關ナキカ故ニ苟クモ戰爭ノ生スルニ當リテハ國際公法ニ於テハ同戰爭ノ原因如何ニ拘ラス均シク斯法上ノ戰爭ト看做シ交戰者雙方ヲ同一地位ニ置キ各、其戰爭ニ關シテ開戦ノ權利アルモノト看做シ單ニ戰爭ノ進行上其行為ニ關スル權利義務ヲ論定スルノ外ナシトス

然レトモ國際公法ニ於テハ戰爭ノ原因如何ヲ問ハサルノ道理ヲ誤解シテ國家ハ如何ナル原因ニテモ他國ニ對シテ開戦シ得ヘキモノト爲スコト能ハス何トナレハ戰爭ハ國際紛争ヲ決スルノ最後ノ手段ニシテ國家カ何等ノ理由ナク又ハ不正ニ他國ニ對シテ戰爭ヲ惹起スルハ國際公法ノ違反ニシテ斯ル場合ニ於テハ列國一般ノ非難ヲ招キ自國ノ威信ヲ永遠ニ失墜スルノミナラス動モスレハ他國ハ之ヲ干渉ノ理由ト爲シ得ヘン加之國家ハ他國ヨリシテ其權利若クハ利益ヲ不正ニ侵害セラレタル場合ニ於テモ先ヅ成ルヘク平和的ニ外交談判ヲ以テ其救済賠償ヲ求メ戰爭ニ至ラシメスシテ無事ニ其紛争ヲ終局スヘキ手段ヲ講スルノ義務ヲ有スルモノニシテ茲ニ戰爭ノ開始スルトキハ國際公法上交戰者雙方ノ權利行使ニシテ原因如何ヲ問ハスト云フハ既ニ國家間ニ戰爭ノ生シタル以上ハ雙方ニ於テ同シク其戰爭ヲ開始スルノ理由アリタルモノトシ開戦ハ其ニ其權利ノ實行ト看做シ其戰爭中交戰者ノ戰爭遂行ニ關スル權利義務ニ付テハ多少ノ區別ヲ爲サズ雙方ヲ同一ノ地位ニ置キテ論定スルニ過キヌシテ其戰爭中交戰者雙方ハ戰爭ニ關スル國際公法ノ法則ニ依リ行動スヘキコトハ國家カ文明國間ニ介在シ居ルノ必要條件トシテ國際公法ヲ遵

守スルノ義務アルニ依ルモノトス

第二 戰爭ハ公ノ争ニシテ交戰者ノ正當權力ノ命令ニ基カサルヘカラス

戰爭ハ國家間又ハ國家ト交戰團體ノ間ニ於テ戰爭ヲ開始スルノ意思ヲ以テスル兵力ノ争ナルカ故ニ其政治機關ノ正當ナル命令ニ依リ遂行スルニ非サレハ戰爭ニ非ス隨テ二國民カ兵器ヲ操リテ争鬪スルモ戰爭ニ非スシテ斯ル場合ニ於テ其争鬪カ公海ニ於テ二商國ノ船舶間ニ發生シ又ハ無所屬地ニ於テ行ハルトキハ其人民ノ所屬スル各本國ニ於テ之ヲ處理スヘク公海中ニ於ケル一國ノ船舶内若クハ一國ノ版圖内ニ行ハレタルトキハ其船舶又ハ争鬪行爲地ヲ管轄スル國家ニ於テ之ヲ處分スヘク又二商國ノ軍隊若クハ軍艦カ本國ノ命令ニ依ラス司令官其他將士ノ專斷ヲ以テ兵火ヲ交フルコトアルモ之カ爲メ國家間ニ戰爭ノ關係ヲ生セスシテ其將士ノ所屬スル各政府ハ其紛争ヲ平和的ニ處置シ争鬪ノ將士ヲ罰スル行爲ノ爲メ損害ヲ受ケタル國家ニ對シ本國ハ謝罪其他相當ノ救済ヲ爲スノ責任ヲ有スル過キヌ更ニ又紛争國政府ノ命令ニ依リ兵力上ノ戰爭ニ非スシテ報仇及ヒ平時封鎖ノ如キハ國家ノ命令ニ基キ兵力ヲ以テ對手國ヲ攻撃スルコトアレトモ對手國ニ於テ之カ爲メ戰爭ヲ開始セス其加害國ニ於テモ其紛争ヲ戰爭ニ至ラシメスシテ無事ニ終局セシムルカ爲メ對手國ヲシテ自國ノ要求ヲ容レシメントスル強制手段ニ止ルトキハ之ヲ戰爭ト云フコト能ハス

第三 戰爭ハ交戦者間ニ於ケル兵力上ノ争ナルコトヲ要ス

戰爭 (War, guerre) ナル用語ハ素ト日耳曼古代語ナル *Wair* 又ハ *Weltra* ヨリ生シ同語ハ防禦ヲ意味スルト共ニ兵力ヲ以テスルモノナルカ故ニ國家間ノ紛議ニ關シ平和手段ハ強制手段ニ依リ其談判ノ遂行ヲ試ムルモ陸海軍ノ兵力ヲ用フルニ至ラサル間ハ戰爭ニ非ス又戰爭ニ於テハ交戦者間ニ平和的國際關係ヲ絶ツモノナレトモ平和關係ノ杜絶ハ必スシモ戰爭ニ非ス一七九三年露國ハ佛國ニ對スル一切ノ交通ヲ絶チ其條約ヲ廢棄シ佛國船舶ノ自國港内ニ入ルコトヲ禁シ又自國ニ於ケル佛國人民ハ本國ニ於ケル革命主義ヲ否認スル官警ヲ爲シタル者ノ外ハ悉ク國境外ニ追放シタルニ拘ラス 兩國間ニ戰爭ヲ生スルニ至ラス又一八四八年西國內亂ニ際シ同國ハ英國公使カ政府ノ反對黨ニ與シタリトノ理由ヲ以テ同公使ニ退去ヲ命シ英國政府ハ此處置ニ關スル證明ヲ求メ適當ノ證明ヲ得サリシカ故ニ倫敦駐劄ノ西國公使ニ退去ヲ命シ之カ爲メ二年間兩國ハ其國交ヲ絶テタレトモ戰爭ト爲ラサリシハ其適用ナリ要スルモ戰爭ハ國家カ陸海軍ノ兵力ヲ以テ其紛争ヲ決セントシ其結果トシテ平和關係ノ杜絶スルモノナラサルヘカラス

第三章 戰爭ノ主體

戰爭ニ於テ斯法上ノ權利義務ヲ有スルモノハ獨立ナル主權國ニ止ラス被保護國ノ如キモ他國ト

戰爭ヲ爲シ得ヘク苟クモ獨立ノ國家ナル以上ハ他國トノ戰爭ニ於テ均シク斯法ノ支配ヲ受タルモノトス之ニ反シ屬國又ハ合衆國ノ各州ノ如キ主權國ノ一部又ハ其版圖ナル國若クハ殖民地ノ如キ本國領土ノ一部ハ本國ヨリ獨立ナル國際公法ノ主體ニ非サルカ故ニ其本國政府ニ對スル戰爭ノ如キハ國內事項ニ止リ斯法上ノ戰爭ニ非ス又交戦者ノ一方ハ獨立國ナルモ他ノ一方ニシテ野蠻人團體ナルカ如キ國家ニ非サル團體ナルトキハ斯法ノ支配ヲ受タルモノニ非サルコトハ前述ノ如シ此故ニ普通各國ノ國法ニ於テハ內亂ヲモ戰爭ト名ケ我國ニ於テモ明治十五年七月太政官布告第三七號ヲ以テ總テ法律規則中戰時ト稱スルハ外患又ハ內亂アルニ際シ布告ヲ以テ定ムルコトヲ規定シタルカ如ク各國ノ國內法ヲ以テ如何ナル場合ヲ戰時ト稱シ如何ナル争闘ヲ戰爭ト名ケヘキヤハ固ヨリ各國ノ自由ナレトモ其國法上ノ規定ハ國際公法ニ謂フ所ノ戰爭ノ如何ニ關係ナシ

「カルヴスター」及ヒ「デピス」ハ戰爭ノ名稱中ニ内亂ヲモ包含シタルニ拘ラス内亂ハ原則トシテ國內事項ニ止リ斯法ニ於テ其行爲ヲ論定スヘキ戰爭ニ非ス然レトモ内亂者ノ勢力カ強大ナルトキハ本國ニ於テモ悉ク之ヲ刑法ニ照シ犯罪者トシテ處刑スルコトハ言フヘクシテ實際ニ行ハルコト能ハス殊ニ其戰爭ニ關スル行爲カ海上ニ於テ行ハルルトキハ其内亂者カ第三國ノ船舶人民ニ對スル行爲ニ付キ本國政府ハ諸外國ニ對シテ責任ヲ負フコト事實上爲シ得ヘカラサルコトアリ又他國モ斯ル場合ニ於テ事實上本國政府ニカ責任ヲ負シ得ヘカラサルニ依リ本國政府ハ

已ムヲ得ス其内亂者ヲ自ラ交戰者ト承認シ第三國モ亦其任意ヲ以テ本國ノ承認ニ先テ若クハ其承認ノ後ニ於テ斯ル内亂者ヲ交戰者ト承認シ得ヘク斯ル場合ニ於テ其承認ヲ受ケタル團體ヲ交戰團體ト稱ス

本國又ハ第三國カ反亂者ニ對シテ交戰者ノ承認ヲ與フルハ明示ニ依ルコトアリ默示ニ出ツルコトアリテ本國カ之ヲ交戰者ト公然言明シ又ハ第三國カ戰爭中局外中立ノ宣言ヲ爲スカ如キハ明示ノ承認ニシテ默示ノ承認トハ本國カ交戰國間ニ行ハルル如キ國際法上ノ關係ヲ反亂者ニ對シテ生スルカ又ハ第三國カ自ラ中立國タル關係ト看ルヘキ行爲ヲ其團體ニ對シテ爲ス場合トス就中本國ハ反亂者ヲ飽ク迄自國ノ犯罪人ト看做シテ其勢力ヲ削キ以テ速ニ之ヲ鎮定セント勉ムルコト普通ナルカ故ニ容易ニ明示ノ承認ヲ爲ササルヲ以テ其行爲ニ付キ暗黙ノ承認ヲ與ヘタルモノナリヤ否ヤヲ知ルノ必要アルコト多キニ反シ第三國ハ其利害關係上自國ノ態度ヲ明カニスルノ必要ヨリシテ局外中立ノ宣言ヲ以テ明示ノ承認ヲ爲スヲ普通トス而シテ交戰者ノ承認ハ本國ヨリ爲スト第三國ヨリ與フルト問ハス左ノ效果ヲ生スルモノトス

第一 同團體ハ戰爭中承認國ニ對シ戰爭法ニ關スル國際公法ノ主體ト爲リ交戰者タル承認ハ國家トシテノ承認ニ非スト雖モ戰爭行爲ニ關シテ獨立國ノ有スヘキ權利義務ヲ承認國ニ對シテ取得スルモノトス隨テ本國ヨリ承認シタル場合ニハ之ト同時ニ反亂者ハ國法上ノ犯罪者ニ非スシテ敵人タル關係ヲ有シ又第三國カ承認ヲ爲ストキハ其承認ト同時ニ同國ハ局外中立ノ法

則ニ支配セラレ交戰團體ハ交戰國ノ有スヘキ權利義務ヲ同國ニ對シテ有スルモノトス

第二 承認ハ一タヒ與ヘラレタルトキハ關係諸國ノ同意ヲ以テスルニ非サレハ取消スコト能ハス總テ承認ハ承認國ト被承認團體トノ間ノ關係ニ止リ而モ既存國家ニ於テ其承認ヲ爲スト否トハ法理上ヨリ論スルトキハ全ク同國ノ任意ニシテ恩惠ノ行爲ト見ルノ外ナク第三國ヨリ其承認ヲ與フル場合ハ勿論縱令本國ヨリ其承認ヲ爲スモ決シテ他國ニ代リ又ハ諸國ヲ代表シテ其承認ヲ爲スモノニ非サルカ故ニ本國カ之ヲ與フルモ他國ハ同一ノ承認ヲ爲スノ義務ナキト同時ニ他國ニ於テ交戰者ノ承認ヲ爲スモ本國ハ依然其團體ヲ内亂者トシテ待遇シ得ヘシ然レトモ既存國家ヨリ一タヒ其承認ヲ與ヘタルトキハ承認國ハ任意ニ其承認ヲ取消ヲ爲スコト能ハス何トナレハ其承認ノ影響ハ承認國ト團體トノ間ニ止ラス若シ本國カ取消ヲ爲サントセハ其承認ノ爲メ第三國タル諸國及ヒ其人民カ反亂者ニ對シテ有スル權利義務ノ關係ヲ變シテ本國自ラ之ヲ有スヘキ結果ヲ生シ第三國カ自國ノ承認ヲ取消サントセハ反亂者ノ行爲ニ付キ本國ニ再ヒ其責任ヲ負ハシムルニ至ルヘキヲ以テナリ此故ニ本國ト第三國トヲ問ハス承認ヲ取消サントセハ其承認ノ爲メ影響ヲ受テヘキ關係諸國ノ同意ヲ要スル所以ニシテ斯ル同意ハ實際容易ニ行ハルヘキモノニ非ス但シ交戰團體ニシテ本國ノ爲メニ征服セララルニ至ルトキハ交戰者ノ承認モ自ラ消滅スルハ論ヲ俟タス

第三 承認ノ效果ハ之ヲ與ヘタル時日以後ニ向ヒテ效力ヲ有シ國家ノ承認ノ如ク適及力ヲ有セ



ス何トナレハ交戦團體ハ其承認ヲ受クルニ至ルマテハ本國ノ領土及ヒ國民ノ一部ニシテ反亂ハ國內關係ニ止リ本國又ハ第三國ヨリ承認アリテ始メテ國際法上獨立ノ權利義務ヲ有スルモノナルヲ以テナリ

第三國ヨリ他國ノ反亂者ヲ濫ニ交戦者ト承認スルハ其國ノ内政ニ關係スルモノニシテ間接ニ反亂者ノ勢力ヲ援助スルノ結果ヲ生スルカ故ニ本國自ラ承認ヲ與ヘタル後第三國ニ於テ交戦者ノ承認ヲ爲ストキハ本國政府ヨリ之ヲ抗議スルノ餘地ナシト雖モ本國ノ承認ニ先チ第三國ヨリ反亂者ヲ交戦者ト承認スルトキハ本國政府ノ憤怒ヲ來シ抗議ヲ招キ往々其紛議ハ戰爭ト爲ルコトアリ然レトモ第三國ハ必スシモ本國ノ承認アリタル後ニ非サレハ他國內ノ反亂者ヲ交戦者ト承認シ能ハサルニ非ス左ノ三條件ヲ具備スルトキハ本國ノ承認ニ先チ正當ニ其承認ヲ與ヘ得ヘキモノトス

第一 事實上兵力争闘ノ存在シ又繼續スルモノナルヘキコト換言セハ其反亂ハ容易ニ鎮定スヘカラサル状態ナルコト

第二 其團體ニ於テ交戦者ト承認セラレ得ヘキ性質ヲ具備スルコト換言セハ其戰爭ハ本國ト他ノ國家トノ戰爭ト看做サレ得ヘキ程度ニ達シタルコト

第三 承認國カ交通通商上其利害關係ニ於テ反亂者ヲ交戦者ト承認スルノ必要ナル事情アルコト

此第一條件ノ結果トシテ他國ニ於ケル一揆暴動ノ如キ一時的ノ反亂ニシテ容易ニ鎮定シ得ヘキモノナルカ又ハ現ニ戰爭ノ行ハレ居ラサルトキハ第三國ハ交戦者ノ承認ヲ爲スコト能ハス斯ル場合ニ於テハ縱令他ノ二條件ヲ具備スル他國ノ反亂者ニ付テモ第三國ハ其反亂者本國ニ對スル交誼上一時ノ不便利益ヲ忍ハサルヘカラス又第二條件トシテ總テ承認ハ國家ノ承認タルト交戦團體ノ承認タルトヲ問ハス本國ヨリ之ヲ與フル場合ニ於テモ決シテ之ニ國家ノ獨立ヲ與ヘ又ハ戰爭ニ關シテ國家ノ有スヘキ權利義務ヲ取得スルノ性格ヲ交付スル所以ニ非ス却テ其團體ニ於テ斯ル權利義務ヲ有シ得ヘキ性格ヲ具備スルノ事實ヲ認識スルニ止ルカ故ニ交戦團體ノ場合ニ於テモ其團體ノ實質上斯ル性格ナキ以上ハ縱令他ノ條件ヲ具備スルモ第三國ハ決シテ之ニ交戦者ノ承認ヲ爲スヘキモノニ非ス此故ニ反亂者カ一定ノ土地ニ割據シ特別ナル政府ヲ組織シ其團體ヲ代表シテ他國ニ對シ權利義務ノ關係ヲ有シ得ヘキ政治機關ヲ具ヘ兵士ヲ募集シ軍隊ヲ組織シ文明國間ニ行ハルル戰爭ノ法則ニ從ヒ本國政府ニ對シ戰爭ヲ繼續スルトキハ甫テ此條件ヲ充タスヘク更ニ又第三條件トシテ若シ戰爭ノ遂行カ第三國ノ人民及ヒ財產ニ直接ノ影響ヲ生シ其交渉事件ノ繼續發生シテ之ヲ處理スルノ必要アルトキハ此條件ノ存在スルモノトス此三條件ヲ悉ク具備スルトキハ第三國カ假令本國ノ承認ニ先チテ同國ノ内亂者ヲ交戦者ト承認スルモ正當ニシテ本國ハ之ニ抗議スルコト能ハス又抗議ヲ試ムルコトアルモ其抗議ハ斯法上正當ノ理由ナキモノトス

0469



前記三條件中最モ重要ナルハ第三ノ條件ニシテ縱令第一及ヒ第二ノ條件ヲ具フル反亂者ト雖モ其戰爭行為ノ影響カ本國ノ内地ニ限り他國人民ニ直接關係ナキトキハ第三國ヨリ交戰者ノ承認ヲ爲スコト能ハス之ニ反シ若シ戰爭カ自國境界ニ接近シテ行ハレ又ハ海上ニ於テ自國ノ船舶若クハ人民カ内亂者ノ爲メ海上捕獲ヲ行ハルルカ如キ戰爭行為ノ直接ナル影響ヲ被ルトキハ其反亂者ヲ交戰者ト看做スト否ニ付キ大ナル利害關係ヲ有シ交戰者ト看做ササルトキハ之ヲ海賊トシテ處分スルノ已ムヲ得サルニ至ルヘシ然ルニ斯ル團體カ公ナル政治上ノ目的ヲ以テ戰爭ノ法則ニ依リ行動シ居ル場合ニ於テ第三國ハ其反亂ニ關シテ爭鬪者ノ孰レヲ正當ト看做スヘキヤラ判定スルノ地位ニ立タス又其勝敗ハ孰レニ歸スルモ自國ニ直接關係ヲ有セサルニ拘ラス反亂者カ其戰爭ノ遂行ニ必要ナル行為ヲ爲シタル事實ヲ目シテ海賊トシテ處刑スルハ忍フヘカラサルカ爲メ已ムヲ得ス之ヲ交戰者ト承認スルノ必要アリ此問題ハ一八六一年南北戰爭ニ際シ英國カ同年五月南軍政府ヲ交戰者ト承認シタルニ付英米兩國間ニ紛議ヲ生シ其交渉ニ於テ充分ニ討議アリタル所ニシテ英國政府カ交戰者ト承認ヲ與ヘタルハ同戰爭ニ付英國カ海上ノ商業ニ於テ多大ノ利害關係ヲ有シ其關係事件ノ續發シタル事情アリ且北軍政府ノ米國大統領「リンコン」ハ同年四月十九日及ヒ二十七日ノ宣言ヲ以テ南軍ノ諸港ヲ封鎖シ英國ノ宣言ヲ爲シタルヨリ三週間以前ニ於テ南軍ニ對シ封鎖ナル交戰者ノ權利ヲ行使シタルハ南軍ヲ交戰者ト默認シタルモノナルカ故ニ英國ノ承認ヲ與ヘタルノ正當ナルコト一般ニ異議ナキ所トナレリ

叛亂者ヲ交戰者ト認メ得ヘキヤ否ヤニ關シ今日國際公法上未ダ一定セサル事項アリ即チ叛亂者カ一定ノ領土ニ割據スルコトナク單ニ軍艦ノミヲ以テ本國政府ニ反抗スル場合ニシテ一八九一年智利國ノ内亂ニ於テ叛亂者ハ當初軍艦ノミヲ率キテ大統領ニ反抗シタルシカ此反亂ニハ暫クシテ陸軍モ加ハリタルニ由リ始メテ一定ノ土地ニ根據ヲ占メ第三國モ交戰者ト承認ヲ與ヘタルニ反シ一八九三年伯刺西爾國ノ内亂ニ於テハ「メロ」及ヒ「ダガマ」ノ兩將軍カ終始軍艦ノミヲ率キテ政府ニ反抗シタルシニ依リ第三國ニ於テハ其叛亂者カ土地ニ根據ヲ有セサルニ拘ラス交戰者タル承認ヲ之ニ與ヘ得ヘキヤ否ヤノ問題ヲ生シ學說ハ此點ニ付二派ニ岐レ一ハ國際公法ハ凡テ領土主權ノ觀念ト離ルヘカラサルニ因リ土地ニ對シテ政治上ノ權力ナキ團體ハ假令交戰團體タル國家ノ制限尙權利ヲモ之ニ與フルコト能ハストシ一ハ叛亂者カ軍艦ノミヲ以テ戰爭行為ヲ爲スモ中立國ノ交通通商ニ妨害ヲ與フルコトナルカ故ニ第三國ニ於テハ利害關係上其海上ノ商業ニ對スル妨害者ヲ海賊トシテ取扱フカ又ハ其叛亂者ヲシテ第三國ノ利益ヲ妨害スル行為ヲ爲サシメサルヘキ強制手段ヲ執ラサル限リハ之ヲ交戰者ト看做スノ外ナキヲ以テ其承認ヲ與フルノ止ムヲ得サルモノトセリ然レトモ實際ニ於テハ海軍ノミヲ以テ叛亂ヲ繼續スル場合ハ最モ稀有ニ屬シ一八九三年及ヒ四年ニ亘リタル伯刺西爾内亂ノ場合ニ於テハ英米兩國ヲ始メ他國ノ艦隊ハ叛亂者カ「リヲ」港ヲ第三國ノ商業ニ對シテ封鎖スルコトヲ禁シ遂ニ諸國モ交戰者ト承認ヲ爲サスシテ其内亂ハ鎮定セリ隨テ斯ル土地ヲ有セサル叛亂者ヲ交戰者ト承認シ得ヘ

キヤ否ヤノ問題ニ付テハ其法則一定セス今日ニ於テハ土地ニ根據ヲ有セサル叛亂者ハ其戰爭ヲ永續スルコト能ハサルヘキニ由リ容易ニ其承認ヲ爲サスシテ其戰爭ノ局面一轉ヲ俟テテ之ヲ決スルノ外ナキカ如シ

終ニ注意スヘキハ本國ニ對シ叛亂シタル團體ヨリシテ戰爭中其團體ヲ交戰者ト看做サルヘキ承認ヲ自ラ進ンテ他國ニ要求スルノ權利アリキヤ否ヤノ問題ニシテ一部ノ學者ハ其要求ヲ爲スノ權利アリトシ「ヴァテル」、「マルテンス」等第十九世紀ニ至ルマテノ學者ハ叛亂團體ニ於テ獨立ノ宣言ヲ爲ストキハ他國ハ之ニ對シ中立ヲ守ルヘキ義務アリトセリ其理由トシタル所ハ多數人民カ兵力ニ劣ヘ政治上ノ目的ヲ實カントシテ本國ニ對シ戰爭ヲ爲スニ際シテハ本國ト雖モ其人民ヲ悉ク國法ニ照シ犯罪者トシテ處刑スルコトハ實行シ能ハス斯ク本國ニ於テスラ之ヲ刑罰ニ處スルハ人情ニ反シ忍ブ能ハサル事情アルニ拘ラス況シテ其叛亂ノ性質ニ付政府又ハ叛亂者ノ孰レヲ正當ト爲スヘキヤヲ判斷スヘキ地位ニ居ラス且其勝敗ヲ孰レニ決スルモ自國ニ取リテハ何等ノ利害關係ナキ第三國ニ於テ其團體カ戰爭ノ目的ヲ遂行スル爲メ缺クヘカラサル行爲ヲ自國人民ニ加ヘタル事實ヲ目シテ海賊ノ行爲ト見做シ死刑ニ處スルコトハ固ヨリ忍ブヘカラサルトコロナリ果シテ其行爲ヲ海賊ト爲スヘカラストセハ已ムヲ得ス之ヲ交戰者ト承認スルノ必要アリテ斯ル實際ノ事情カ存スルニ於テハ叛亂者ニ於テモ他國ヨリシテ必然與ヘラルヘキ交戰者ノ承認ヲ自ラ進ンテ要求スルノ權利ヲ有スヘキ道理カ國際公法上ニ存在セサルヲ得ストスルニ在

リ然レトモ斯ル事情ノ實際ニ存在スルコトハ爭フヘカラサルコトナルニ拘ラス是レ全ク道徳上ノ觀念ト國際法上ノ法理トヲ混同シタルノ論ニシテ法理上ヨリ論スレハ獨立戰爭ニ從事スル團體ト雖モ交戰團體ノ承認ヲ他國ヨリ得サル限リハ依然其本國ノ人民ニ屬シ本國ヲ離レテ別ニ國際公法上ノ人格ヲ有スルモノニ非サルカ故ニ斯法ニ於ケル何等ノ權利義務ヲモ有スル能ハス此故ニ第三國又ハ本國ニ於テ之ヲ交戰者ト看做シ其承認ヲ與フルト否トハ全ク各國ノ任意ニ屬シ恩惠的ノ行爲タルニ過キスシテ其承認アリテ始メテ其團體ハ國際公法ノ權利義務ヲ有シ得ヘキモノトス此道理ニ依リ縱令反亂團體ニ於テ獨立ヲ宣言スルモ「ヴァテル」、「マルテンス」其他ノ云ヘル如ク其宣言ト同時ニ他國ハ中立ノ義務ヲ負フモノニ非サルコト明白ナリ

#### 第四章 戰時國際公法ノ沿革

國際公法ノ法則ハ諸國間ニ於ケル戰爭ニ關スル法則及ヒ慣例ヨリシテ先ツ發生セリ古代ノ人民ハ何レノ國ニ於テモ悉ク宗教ヲ以テ社會ノ基礎トシ人類相互間ノ關係ハ總テ血屬ニ依リテ區別シ同一宗教ヲ奉スル同一血屬ニ屬セサル者ハ悉ク夷狄ト看做シテ其人格ヲ認ムルコトナク異人種ノ團體ニ對シテハ常ニ敵國ノ態度ヲ有シタル時代ニ於テスラ軍使ノ不可侵其他戰爭行爲ニ關スル法則ノ存在シタルモノトス然レトモ國際公法ハ獨立平等ナル趣旨ニ基ク國家間ニ於テ交通關係ノ發達シ其交通關係ノ増進スルニ隨ヒ異人種及ヒ他國ニ對スル嫌惡心ノ減少シ第十五世紀

以來封建制度ノ衰頹ト共ニ國家組織ノ漸次ニ鞏固ト爲リ軍隊組織モ亦整頓シタルト同時ニ交通ノ發達ニ伴ヒ文明ノ進歩ヲ來シタルカ爲メ國際社會ノ範圍モ擴張シ列國間ニ國力ノ均衡ヲ保ツノ關係モ複雑ト爲リ隨テ國家互ニ其人格ヲ重スルコト大ナルニ至リ自ラ戰爭ノ數ヲ減少シタルノミナラス戰爭ノ場合ニ於ケル國際公法ノ法則モ漸ク發達シ來リタルモノニシテ今斯法ノ發生及ヒ發達ニ關シ古代ノ沿革ヲ略述セハ左ノ如シ

第一期 古代

古代ニ於ケル諸國民ノ歴史ハ異人種間ノ戰爭ヲ以テ充タサレ波斯「アビシニヤ」、埃及等ニ於ケル太古ノ戰爭行爲ハ暫ク措キ今日歐洲文明ノ源泉タル希臘ノ歴史ニ付テ見ルモ同人種カ紀元前二〇〇〇年頃ニ多島海沿岸ニ居住ヲ爲シ「アゼンス」、「スバルタ」等ノ諸都市カ各獨立シテ發達シ紀元前五〇〇年頃ニ波斯國ノ侵襲ヲ受ケ二十年間ノ其戰爭ニ於テ「スバルタ」、「アゼンス」其他ノ希臘人民ハ同盟シテ異人種ナル亞細亞人種ノ攻撃ヲ防キ其後「アゼンス」、「スバルタ」、「セツス」及ヒ「マセドニヤ」等ノ諸州間ニ於テ互ニ勢力ノ盛衰消長アリ相次テ之カ覇權ヲ專ニシタレトモ要スルニ紀元前百四十六年ニ至ル迄ハ同國ノ盛代ニシテ希臘ノ文明ハ此時代ニ發達シ當時他人種ハ文明ノ程度ニ於テ遙ニ劣等ナリシカ故ニ希臘人民ハ他人種及ヒ他國ニ比シ一層優等ナル人種ト自ラ思考シ外人ヲ奴隸視シ他人種ノ諸國ヲ夷狄視シテ外人ノ人格及ハ他國ノ國權ヲ認メヌ野蠻人外國人及ヒ敵人ノ名稱ハ同一意義ニ使用セラレ異人種ノ團體ニ對シテ常ニ

敵國ノ態度ヲ取り希臘ノ諸都市ハ今日諸國ニ於ケル如ク海面ヲ前ニシ丘岳ヲ後ニシタルモノニ非スシテ他人種ノ襲撃ヲ防クカ爲メ普通ハ丘山ニ據リ海上ヲ背後ニシテ設置セラレタルモノナリト云ヘリ隨テ希臘人ハ當時他國人ト其財產トハ正當ナル分捕物ト爲シ得ヘキモノト思考シ波斯戰爭ノ當時「アゼンス」ハ約四百艘ノ海軍ヲ有シ波斯ノ強大ナル海軍ヲ擊退シテ名譽アルモノトシ詩人ノ謳歌シタル所ナレトモ同海軍ハ常ニ海賊ノ行爲ニ從事シ又海賊ノ行爲ハ獎勵サレタルノミナラス總テ古代人民間ニハ公法ト私法トヲ問ハス法律ハ悉ク宗教的ノ觀念ニ基キ殊ニ此觀念ハ刑罰的ノ法律ニ於テ著シク隨テ戰爭ヲモ天ノ裁到ト看做シ戰敗者ハ神ヨリ見捨テラレタル者ト思考シタルカ故ニ之ヲ殺戮スルハ正當トシ降服者ヲ奴隸トシ終身之ヲ虐待スルハ其生命ヲ奪去ルニ比シテ寧ロ寬仁ノ行爲トセリ

然レトモ宗教ト人種ヲ同シクスル希臘諸州間ニ於テハ「アンフヒクシオン」ト稱スル會合アリテ其相互間ノ戰爭行爲ニ付テモ幾分カ人情ニ基キタル慣例カ存在シ第一、戰死者ノ埋葬ヲ妨クヘカラサルコト第二、永久ノ惡感情ヲ避クルカ爲メ戰勝者ハ永續的ナル戰爭ノ紀念碑ヲ造ルヘカラサルコト第三、都市陷落ノトキ寺院ニ隱匿シタル者ヲ殺スヘカラサルコト第四、神聖ノモトニ對シテ罪アル者ハ埋葬セサルコト第五、平時ト戰時ヲ間ハス寺院又ハ僧侶ニ就キ神託ヲ受タルコトヲ妨ケス又演武場若クハ禮拜堂ニ往來スルコトヲ妨害セサルコト等ノ誓約アリテ紀元前四八〇年乃至四三〇年「アゼンス」盛代ナル「五十年平和」ノ當時ニ於テハ其誓約ノ行ハレ

0472

タル形蹟アルノミナラス當時諸州間ノ紛議ヲモ第三者ノ仲裁裁判ニ依リテ決スルコトトシ諸州ノ會合ニ依リテ斯ル規約ヲ執行セラレ又其會合ニ於テ諸州間ノ共同禮拜ヲ保護シ同宗教ノ都市ヲ破壞セサルコト並ニ戰爭ノ際敵人ヲ攻撃スルカ爲メ其飲用水ヲ絶ツコトヲ禁シタルコトアレトモ同會合ノ性質タル全ク宗教的ニシテ「ベロボネシヤ」戰爭ニ於テ「スバルタ」カ霸權ヲ占ムルニ至リテハ武斷主義ト爲リ「セブス」、「マセドニヤ」等トノ戰爭ハ頻年諸州間ノ平和ヲ紊亂シタルノミナラス「アンフホクシヨ」會合ノ誓約ハ實際ニ於テ戰爭ノ慘酷ヲ減却スルノ勢力アリタルニ非ス戰爭行爲ハ最モ殘忍ヲ極メ戰場ニ於テ將帥ノ屍體カ敵人ノ手ニ渡ルトキハ寸斷セラレタルカ故ニ互ニ屍體ヲモ爭奪シ敵人ノ都市ヲ陥ルトキハ兵器ヲ携帶シ得ヘキ男兒ハ悉ク殺戮セラレ婦女小兒ハ分捕物トセラレタル事實アリテ他人種ノ人格及ヒ其團體ノ國權ヲ認メタルノ事蹟ハ固ヨリ存在セス「アリストートル」モ同國人ノ殘忍ノ行爲ヲ非難シタルニ拘ラス其著書「ポリチック」ニ於テ自然ハ奴隸ヲ供給スルカ爲メ野蠻人ヲ作りタルカ故ニ國富ヲ増進スヘキ名譽ナル方法ハ奴隸ヲ作ルカ爲メ野蠻人ニ對シテ戰爭ヲ爲スニ在リト論述シ「プラト」ノ如キモ他人種ヲ奴隸ト看做シ其人格ヲ認メサリシモノトス

紀元前七五三年頃ニ建國シタル羅馬人種ハ同五九〇年ニ至ルマテ七人ノ王ニ支配セラレ此王國時代ニハ他人種トノ關係ハ少カリシカ同人種ノ特性トシテ秩序ヲ愛スルコト並ニ希臘人ト同シク法律其他社會組織ノ基礎ヲ血屬及ヒ宗教ノ觀念ニ取リタルカ故ニ羅馬人種ニ限リテ適用シ神

ヨリ授ケラレタリト看做サレタル國內關係ノ法律ノ外ニ「スマ、ボンビリアス」王カ神ヨリ受ケタリト云ヘル「フエシアル」法「Jus Eoat」ヲ有シ戰爭ノ開始、條約ノ締結及ヒ解釋、使節ノ接受、派遣及ヒ其不可侵等ノコトハ同法ニ依リ「フエシアル」ト稱スル僧侶ノ團體ニ於テ之ヲ司リ此法則ハ共和時代並ニ帝國時代ニモ行ハレタルモノノ如シ隨テ國際公法ノ濫觴ハ羅馬ニ在リトスル學者アルノミナラス第十六七世紀ノ學者ハ國際關係ノ法則ヲ「フエシアル」法ト題シタル學者少カラス然レトモ羅馬人ハ希臘人ト同シク自己以外ノ人類ヲ一等劣等ナルモノト看做シ其人種及ヒ他國ノ權利ヲ認メサリシカ故ニ此等ノ法規ハ異人種ナル他國ト對等トシ其間ニ行ハルヘキ法則ト思考シタルニ非スシテ羅馬人ハ「ハ秩序正シキコトヲ好ミタル」先天的特性ヲ有シタルト「ハ宗教上ノ觀念ニ基キ他人種ト關係ハ神意ニ基クモノトシ宗教上神聖ナル性質ヲ有スルモノト看做シタルカ故ニ之ヲ不可侵トシ條約ノ如キモ對手者ノ權利ヲ尊重スルノ思想ニ出ラタルニ非ス單ニ羅馬國カ神意ト思考シタル觀念ニ依リ嚴格ナル方式ヲ以テ其條約ノ締結ヲ神ニ告ケ宣誓スルニ依リテ之ニ違背ス可ラサルモノト爲シタルニ過キス之ト同シク開戰ニ嚴格ナル一定ノ方式ヲ蹈ミタルモ敵人又ハ敵國ノ權利ヲ尊重スルノ意思ニ非ス却テ其宗教上ノ方式ニ依リ敵人ヲ魔神ノ手ニ投シ又羅馬人ノ神祇ヲシテ敵地ヨリ撤退セシムルノ趣旨ニ出テ又此等法則ノ實行上ニ於テモ今日ニ於ケル國際公法ノ如ク諸國ニ通スルノ法則ニ非スシテ羅馬人ハ敵國ノ斯ル法則ヲ守ルト否トニ拘ハラヌ必ス自ラ之ニ從ヒテ行動スヘキ國內法トシタル



紀元後四七五年ニ當リ北方蠻族ノ南下シテ西羅馬帝國ヲ亡ホシテヨリ歐洲ハ所謂ル時黑時代ニ陥リ多數ノ野蠻人團體ハ其首長ノ統率ノ下ニ亡帝國ノ版圖内ニ割據シ社會ノ情態ハ宗教道德ナキ無規律ト爲リタルカ爲メ公私ノ戰鬥力其團體乃チ個人間一般ニ涉リ絶ユルコトナク其行爲ハ最モ殘忍ヲ極メタリシカ「シャーマン」帝ノ歐洲ヲ統一シテ耶蘇教ノ傳播ヲ勉メタルカ爲メ其結果トシテ諸國ハ異教信者ヲ歐洲ヨリ排斥セントシタルト同時ニ耶蘇教國間ノ感情ヲ融和シ又其教旨トシテ敵人ニ對スル仁愛、失敗者ニ對スル恩惠ヲ以テスルト共ニ虐殺復讐及ヒ貪慾ノ罪科タル觀念ヲ漸次ニ社會ニ注入シ紀元後八〇〇年「シャールマン」ハ羅馬府ノ一シント、ビーター」寺院ニ於テ法王「レオ」三世ノ手ヨリ帝冠ヲ頭上ニ授ケラレ神聖羅馬帝國ト稱スル日耳曼帝國ノ帝位ニ上リ其後歐洲ニ於ケル諸種ノ團體ハ一面ニ於テ皇帝ニ臣從ノ誓ヲ爲シ又一面ニ於テハ法王ニ宗教上ノ官誓ヲ爲シテ帝國ノ關係ニ於テハ皇帝ヨリ個人ニ至ルマテ君臣關係ノ連續的ニ關聯シタル封建制度ト爲リ耶蘇教ノ傳播ト共ニ武人間ニ騎士制度ナルモノヲ發生シ當時戰鬥ノ慣例ヲ大ニ改善シ開戦ハ必ス使節ヲ以テ之ヲ豫告スヘク敵人ヲ不意ニ攻撃スルハ卑怯且ツ不名譽ノ行爲ト思考セラレ敵人ニ對シテ禮儀ヲ守リ戰敗者ニ人情ヲ表シ爭鬪ニ關シテハ信義、名譽及ヒ禮儀ヲ失ハサルノ風ヲ生シ又寺院、學校、婦女子等ヲ保護スルノ慣習モ行ハレタルコトナレトモ此等ノ美風ハ騎士社會ニ於ケル慣習ニ止マリ人類一般ニ其餘澤ヲ受ツタルニ非スシテ普通人民ニ對シテ戰争行爲ハ殘忍ヲ極メ毒藥ヲ兵器、井泉ニ使用シ諸種ノ不必要ナル

殘酷ハ一般ニ行ハレ戰敗國ノ地方ハ兵士ノ單純ナル暴行ノ爲メ荒蕪セラレ殘忍ナル復讐、野蠻的ノ荒蕪及ヒ不必要ナル殘酷ハ中世ヲ通シ戰争行爲ノ常例ニシテ甚シキニ至リテハ騎士ノ標本ト稱セラレタル英國「ブラック、プリンス」ハ一三七〇年「リモゼ」ヲ陥レタルトキ三千人ヲ一時ニ殺戮シ三十年戰爭中ニ於テスラ一六三一年五月十六日埃國將帥「チリー」カ「マクデブルヒ」市ヲ攻陥シタルニ當リ三萬人ノ男女ヲ燒殺セルカ如キ事實アリテ中世ニ於ケル公私ノ戰爭ヲ通シ少クモ第十六世紀末ニ至ルマテ其戰鬥行爲ハ殘忍ヲ極メタルモノトス然レトモ中世ノ封建制度ハ現行國際公法上領土主權ノ基礎ヲ爲シ種族ト其居住スル土地トノ關係ヲ密接ナラシメ一定ノ土地ハ一定ノ所有者タル乙ナル諸侯ノ領域ナルコトノ觀念ヲ生ノ領土ノ所有者ニシテ乙ナル領土ト云ハハ其所有者タル乙ナル諸侯ノ領域ナルコトノ觀念ヲ生スルニ至リ又耶蘇教ノ勢力ハ日耳曼帝國創設以來年月ヲ追テ増進シ「シャールマン」皇帝ノ頭上ニ羅馬帝冠ヲ置キタルハ羅馬法王ニシテ法王ハ世上ニ於ケル神ノ代表者ナリシカ故ニ耶蘇教ノ傳播ト共ニ其勢力ヲ増進シ「シャールマン」帝ノ死後ハ忽チ皇帝ト法王トノ間ニ於テ權力ノ爭ヲ生シ一〇七五年乃至一〇八五年法王「グレゴリー」七世ト皇帝「ヘンリー」四世ノ紛争ヲ始メ一一五九年乃至一一八一年法王「アレキサンデル」三世ト皇帝「フレデリック」一世一二二〇年乃至一二四一年法王「グレゴリー」九世ト皇帝「フレデリック」二世ノ權力角争ハ遂ニ法王ノ勝利ニ歸シ一二〇二年法王「ボニフェウス」八世ニ至リテハ遂ニ全世界ヲ其命令ノ下ニ置クニ

至リ「グレゴリ」九世ノ編纂ニ係ル宗教法(Canon Law)ヲ以テ歐洲諸國ニ於ケル國王以下個人ニ至ルマテ耶蘇教徒ニ關スル宗教上ノ精神上ノ事項ヲ規律シ其紛議ヲ決定シ當時國王ト人民並ニ國王間ノ紛争ヲモ法王ノ決定ニ依リ無事ニ終局シタルコト少カラヌ加之僧侶ノ會合ニ於テハ信徒ニ對スル命令ヲ出シ其暴戾ノ行爲ヲ禁シタルコト多キカ故ニ之カ爲メ中世ニ於テ爾暴行ヲ抑制セラレタル所少カラサリシカ法王ノ政治ハ第十二世紀以來漸ク廢取シタルト同時ニ第十一世紀以來ノ十字軍ニ依リ歐洲社會ニ大改革ヲ惹起セリ

一〇九六年「ビター」ノ主唱ニ係ル十字軍以來一二七〇年ニ至ル前後九回ノ十字軍ニ於テ皇帝並ニ國王ヨリ以下人民婦女ニ至ル迄耶蘇降誕地ナル「ゼリユサレム」ヲ異宗教ナル回教徒ヨリ取戻シ同地ノ參詣ヲ自由ト爲サントシ此企圖ハ十字軍毎回數十萬人ナル耶蘇教徒ヲ驅リテ遼遠ナル小亞細亞ニ向ハシメ法王ハ宗教上ノ權力ヲ利用シテ收入ヲ貪ルカ爲メ之ヲ鼓吹シ國王ハ政略其他ノ事情ニ依リ之ニ赴キ騎士ハ戰爭ノ好奇心又ハ此戰爭ニ於テ罪科ヲ贖フノ意思若クハ名譽心ヲ以テ之ニ向ヒ普通人民ノ多數ハ盲從的ノ宗教熱ニ驅ラレテ其軍ニ從ヒ又時トシテハ真正ナル騎士國王カ宗教的報恩ノ誠意ヲ以テ其戰爭ニ從事シタル者アリ要スルニ十字軍ニ赴キタル者及ヒ之ヲ鼓吹シタル者ノ趣旨ハ千差萬別ナルヘキモ其結果ハ同一ニシテ勇敢ナル武人ハ邊境ニ戰死シ諸侯ハ其戰爭ノ爲メ財寶ヲ蕩盡シ有力ナル臣下ヲ失ヒタルト同時ニ人民ハ世界ノ交通ノ智識ヲ得タルカ故ニ遠征ヨリ歸リ來リタル諸侯ハ貧窮ニ迫リ人民ニ金錢ヲ出サシメ

テ其身體ノ自由及ヒ商業ノ免許ヲ賣リ十字軍ニ赴キタル數百千萬人ノ往復ノ爲メ「ゼノア」、「ヴェニス」、「ピサ」等希臘、伊太利及ヒ小亞細亞ノ諸港ハ進ニ交通通商ノ便ヲ開キテ大商業地ト爲リ海上ノ交通商業ハ地中海西部及ヒ北部ニ傳播シテ第十三世紀及ヒ第十四世紀ニ於テハ「ハンス」同盟「ライン」同盟及ヒ「スウアブ」同盟等「バルチック」海岸ニモ雄大ナル商業同盟ヲ生シ第十一世紀乃至第十四世紀ニ於テ此等海上商業者間ニ通商航海及ヒ戰時ニ於ケル慣例ヲモ生シテ「オレロン」法「ダム」法「アムステルダム」法「アントウエルプ」法「ウイスビー」法「ギドンドラ、マール」法及ヒ「コンソラト」、デルマール」法等ノ諸法典ヲ生シ一四九二年亞米利加發見及ヒ一四九八年東印度航路ノ發見アリテ諸國民ハ世界ノ智識ヲ愈々増進シタルカ爲メ平時諸國ト交通通商ノ利ヲ認ムルト同時ニ十字軍ノ爲メ封建制度ノ衰頹ト共ニ國王ノ管轄權ヲ確實ニシテ國家組織ノ基礎ヲ置キ諸國ハ條約ヲ以テ戰時ニ關スル規定ヲ設クルモノアルニ至リ更ニ第十五世紀ニ於ケル宗教ノ革命ヨリシテ法王ノ權力ハ一頓挫ヲ來シ皇帝及ヒ法王ハ宗教戰爭ノ一方ニ加リテ昔日ノ被治者ニ對シテ戰爭ヲ試ムルノ已ムヲ得サルニ至リタルカ爲メ其尊嚴ヲ失ヒ三十年戰爭ノ結果タル一六四八年十二月二十四日「ウエストフアリア」條約ニ於テ諸國ハ其戰爭ヲ終了シタルト共ニ其相互間ニ信教ノ自由ヲ認メ日耳曼皇帝ノ下ニ立テタル三百五十五箇國ハ悉ク自主獨立トシ新教又ハ舊教ハ何レノ國民モ之ヲ自由ニ奉シ得ヘク之カ爲メ其權利義務ニ差異ナキトシ新教國ナル瑞西及ヒ和蘭ヲ獨立ヲ承認シ佛國ハ「アルサス」州ヲ得瑞典

國ハ「ボメラニヤ」國ヲ取得シテ埃國ノ帝室ハ實力ヲ失ヒ又獨立諸國間ニ自カラ國力均衡ヲ生シ國家ノ基礎ハ甫メテ鞏固ニ赴キタリ其後各國ハ他國ニ對シテ其勢力ヲ維持スル爲メ中央集權ヲ計ルノ結果トシテ常備兵ヲ設置スルノ必要ヲ感シ常備兵ヲ設クルニ付テハ軍隊ノ規律ヲ保ツノ制度ヲ要シ隨テ戰爭ニ於テ戰鬪力ヲ散漫セサルノ必要ヨリシテ兵士單獨ノ亂暴ヲ制スルノ規則ヲ立テ又一方ニ於テハ「グロシュース」以來ノ法學者カ續々輩出シテ戰爭ニ關スル仁義正道ノ行爲ヲ獎勵シ來リタルカ爲メ殘忍苛酷ノ行爲ハ近世社會一般ノ漸ク之ヲ許ササルニ至リテ諸種ノ陸戰慣例ヲ生スルコトト爲レリ然レトモ中世ニ於テハ海上ノ戰爭稀ナリシカ故ニ戰時國際公法中海上ニ關スル法則ノ發達ハ特ニ近世ニ在ルモノトス

第三期 近世

一六二五年和蘭ノ法學者「ヘネーゴト、グロシュース」カ巴里ノ喬居ニ於テ「戰時及ヒ平和ノ法」(De Jure Belli ac Pacis)ト題スル著書ヲ公ニシ國際公法ヲ説述シタルニ當リ同氏ハ國際關係ニ於ケル法則ノ基礎ヲ自然法トシ個人ハ勿論個人ノ集合體タル國家モ此法則ニ依ラサルヘカラスト爲シ其自然法ノ根據トシタル所ハ耶蘇教典及ヒ羅馬萬民法乃至宗教法ニ在リシカ故ニ其唱道ニ係ル理論ハ歐洲諸國ニ於テ一般ニ歡迎スル所ト爲リ又實行上困難ヲ感セサリシモノトス何トナレハ新教者ト舊教者トヲ問ハス自然法ノ下ニ立ツコトハ一般ニ批難アルヘキ理ナク又其道理ハ羅馬法ニ基キ居ルカ故ニ同法ハ第十二世紀中伊國「ボロナ」大學ニ於テ其研究ヲ始メ

タルヨリ以來歐洲諸國ハ其法則ヲ直接又ハ間接ニ繼承シ居タルカ故ニ之ヲ容ルルニ容易ナリシモノトス換言セハ「グロシュース」ニシテ若シ國際公法ヲ唱道スルニ當リ宗教法ヲ直接ニ援用セハ新教國ハ之ヲ蛇蝎視スヘク羅馬法ノ名稱ノ下ニ説述セハ歐洲諸國ハ將ニ神聖羅馬帝國ノ羈絆ヲ脱セントシ字内主權者ノ專權ニ呻吟シ來リタルカ故ニ之ヲ歡迎セサルコト必セリ然レニ自然法ノ名稱ノ下ニ於テ各自國ノ法律ニ於ケル原則ニ遵據スルコトハ何等ノ困難ナキノミナラス其唱道ニ係ル道理ハ該博ナル歷史的ノ引證ニ依リ古來ノ事實ヲ以テ證明セラレ人類一般ノ幸福ヲ目的トシタルモノニシテ當時社會ノ狀態ヲ見ルトキハ宗教戰爭ノ爲メ頻年諸國人民カ其殘忍ナル戰爭ノ苦痛ヲ蒙リタルノ後ヲ受ケ歐洲ヲ通シテ國際關係上諸國ハ一定ノ道理ヲ守リテ猥ニ戰爭ヲ惹起スルコトナク又戰爭行爲ハ成ルヘク宗教熱ニ驅ラレタル當時ノ情況ノ如キ人情ニ反スル殘酷ヲ極ムルコトナキヲ希望シタルニ際會シテ「グロシュース」ノ著書カ公ニセラレタルニ依リ諸國人民ハ之ヲ歡迎セサルモノナク之ヲ尊信スルコト恰モ耶蘇教典ノ如キ觀ヲ爲シタルカ故ニ同書ノ刊行以來僅ニ二十年ノ後ニ於テ其唱道シタル學說ハ諸國間ニ實行ノ法律ト爲ルニ至リタルコト敢テ怪ムニ足ラス

「グロシュース」ハ戰爭法其他ニ關シテ自然法上ノ道理ト諸國ノ實行トヲ區別シ自然法上不正ナルコトハ其不法ナルコトヲ指摘シナカラ諸國ノ慣行上正當ト看做サレ來リタルモノハ國家カ之ヲ行フヲ不法ト爲ササリシカ同氏ノ弟ナル「ブッフエンドルフ」ハ自然法上ノ推理ヲ直ニ諸國



ノ實行スヘキ法則トシテ慣行上ノ不當行爲ヲ認メス「トマシアス」、「バルベイラウツク」、「ブル  
 ラマキー」、「ヘイネシアス」、「ラインヴァル」等ハ此學派ニ屬シテ自然法派又ハ哲學派(L'École  
 de Droik-nature, ou philosophique)ト稱シ之ニ反對シテ「ブーナ」、「ラチヤル」、「モヤル」、「イマ  
 テニス」、「アルプリー」等ハ實行法派(L'École positiviste ou Historico-pratique)ト稱シテ歷  
 史的事實ヲ主トシテ空理ヲ排斥シ又之ニ對シテ調和派(L'École équilibrée)ト稱シテ理論ト實  
 例トヲ調和シタルモノヲ國際公法ト爲スモノ生シ「ビンケルシューク」、「ウルフヴァタル」ヲ  
 始メ第十九世紀初ニ於ケル「クリューベル」、「フタル」、「ブルンチュリー」及ヒ近世ノ學者ノ  
 多數ハ之ニ屬ス然レトモ各學派ノ分界ハ概括的ニ之ヲ區別シ得ヘシト雖モ第十九世紀以來ノ各  
 學者ニ付テ見ルトキハ調和派ニ屬スヘキ者ノ中ニ於テモ理論ニ偏スルモノト實例ニ重キヲ措ク  
 モノトノ二種アリテ各人ニ依リ其傾向ノ差異ヲ容易ニ認メ得ヘキニ拘ラス苟クモ斯法ノ研鑽ニ  
 從事スル者ニシテ一定ノ法則ヲ國外法上ノ法則ナリト責任ヲ以テ言明セントスルニ付テハ諸國  
 ヲ通シテ承認セラレ異論ヲ挾ムノ餘地ナキ法則ナルコトヲ要スルト同時ニ理論上ヨリ其改良ヲ  
 促スコトヲ以テ今日學者ノ責務トセサルヲ得ス

「グロシュース」以來有力ナル學者中其說ノ一世ノ風靡シ斯法ニ大改良ヲ生シタルハ一七五八年  
 ニ於テ國際法(Droit des gens)ヲ公ニシタル瑞西ノ學者「ヴァタル」ニシテ同氏カ始メテ戰爭  
 ニ於テ武器ヲ捨テタル敵人ノ罪ナキ者ヲ殺スラ不法ト論シ勇敢ニ抵抗シタル敵國兵士ヲ其抵抗

ノ故ヲ以テ虐待シ來リタル舊來ノ慣例ヲ非難シ戰爭ハ必要ニ迫リ惹起シタルモノニ非サレハ  
 正當ト爲スヘカラサルコト又敵人ニ加フル強力ハ必要ノ程度ヲ超過スヘカラサル道理ヲ詳細ニ  
 唱ヘテヨリ世人モ漸ク之ヲ認ムルニ至リ殊ニ同氏ノ唱ヘタル局外中立ノ法則ハ其後ニ於ケル  
 「マルテンス」ノ所說ト共ニ大ナル勢力ヲ有シ「ナポレオン」戰爭中米國カ之ヲ主張シ強硬ナル態  
 度ニ出テタルカ爲メ實行ニ至リタルモノトス然レトモ第十七世紀以來歐洲各國ニ於ケル國家組  
 織ノ鞏固ヲ加フルニ隨ヒ列國相互間ニ條約ヲ以テ敵國人民退去ノ規定、封鎖及ヒ戰時禁制品其  
 他海上捕獲ニ關スル事實ヲ定メ又各國ノ國法ヲ以テ國交上ニ關スル規定ヲ設ケ此等ノ規定ハ漸  
 次ニ國際公法ノ法則ト爲ルニ至リ第十九世紀ニ入りテハ軍隊ノ行動、俘虜ノ待遇及ヒ分捕物ノ  
 處分等ニ關スル諸國ノ法規モ精密ト爲リタルノミナラス平時ニ當リ列國共同ノ條約ヲ以テ戰爭  
 行爲ノ改良ヲ圖リ戰爭ニ關スル各國行爲ヲ規律スルノ法規ヲ豫メ約定シテ之カ實行ヲ期スルニ  
 至リタルモノニシテ古來國際公法ノ發達ニ直接ノ影響アリタル有力ナル斯ル法規ヲ列舉セハ  
 第一「コンソラト」、「テルハール」法典(Consolido del mare)此法典ハ第十一世紀以來地中海  
 沿岸ノ商業ニ從事シタル諸都市ニ一般ニ行ハレタル海上商業ノ慣習法ヲ編纂シタルモノニ屬  
 シ學者ニ依リ此法典ノ編纂ハ第十一世紀、第十二世紀又ハ第十三世紀ニ在リトシ一定セス其  
 著者ノ氏名及ヒ編纂ノ年月ハ之ヲ知ルニ由ナシト雖モ第十四世紀ノ編纂ニ係ルモノナルコト  
 ハ多數ノ學者ノ說ヲ所ニシテ同法典以前ニ於テハ海上ノ戰爭モ及諸國人トノ區別ヲ爲

スコトナク交戦者ハ他國ノ船舶及ヒ財産ヲ押取シ海賊ト同一ノ行爲ヲ爲シタルコトナリシカ  
此法典ニテ海上捕獲其他ニ關スル一定ノ法制ヲ規定シ其規定ハ「グロシューズ」其他斯法學者  
ノ援用スル所トナリ一六八一年佛國ノ海上勅令ニ於テモ之ニ遵據シ現行法ヲ基礎ヲ作りタル  
モノトス

第二 一六八一年佛國海上勅令 (Ordonnance de la marine 1681) 此法典ハ佛國ノ國內法ニシ  
テ一六八一年八月佛國王「ルイ」十四世カ佛國海軍ノ行爲ヲ規律スル爲メ發布シタル勅令ニ屬  
シ一七六〇年「ヴァリン」ハ之ニ解釋ヲ施シテ海上ニ關スル國際公法ト稱シ諸國モ其規定ニ遵  
據スルニ至リ英國ニ於テスラ有力ナル法官「ストトウエル」カ其規定ニ基キテ捕獲審檢上ノ  
裁判ヲ下シタルコト頗ル多ク隨テ其規定ハ自ラ戰時國際公法ニ大ナル改良ヲ來シタルモノト  
ス

第三 一八五六年四月十六日ノ「巴里宣言」「クリミヤ」戰爭ノ後英、佛、普、奧、露、サルチ  
ニヤ」及ヒ土國ノ代表者カ巴里會議ニ於テ各本國ノ命令ニ基キ海上ニ關スル要義即チ捕獲私  
船ノ使用禁止、中立國船内ニ在ル敵國ノ貨物及ヒ敵船内ニ在ル中立國ノ貨物ノ捕獲免除並ニ  
封鎖ノ效力ニ關スル四箇條ノ條約ヲ規定シ米國西國其他數國ヲ除クノ外ハ列國悉ク之ニ加盟  
シ我國モ明治十九年十二月二十四日同宣言ニ加盟セリ

第四 一八六三年米國陸軍訓令 米國ニ於ケル南北戰爭ノ初ニ於テ華盛頓政府ハ其軍隊ノ行爲  
ニ關スル法典ヲ設クルノ必要ヲ感シ「フランシス、リュエベル」博士ヲシテ之ヲ編纂セシメ軍  
法會議ヲ贊同ヲ經テ公ニシタルモノニ屬シ其規定ハ百五十七箇條ヨリ成リ當時文明國間ニ實  
行ノ陸戰ニ關スル法規ヲ包含スルノミナラス其適用ヲ明確ナラシメタルカ故ニ文明國行爲ノ  
標準ト看做サルルニ至リタルモノトス

第五 一八六四年八月二十二日「ジュネヴ」條約 伊奧戰爭中「アンリー、ジュナン」ナル瑞  
西國ノ慈善家カ同戰爭ニ於ケル病傷者ノ慘狀ヲ目撃シ戰場ニ於テ其救護ノ不完全ヲ歐洲諸國  
ニ鳴ラシタル結果トシテ伊、佛、白、西等十二箇國ノ代表者ハ「ジュネヴ」府ニ會合シ陸戰  
ニ於ケル病者及ヒ傷者ノ救護ニ關スル法則十箇條ヲ約定シテ列國ノ贊同ヲ求メ其後列國ハ殆  
ト悉ク之ニ加盟シ居ルモノニシテ我國モ明治十九年六月五日ニ於テ加盟シタル亦十字條約ト  
ス此條約ハ締結以來文明諸國間ノ戰爭ニ於テ實行セラレタル所ナレトモ世ノ進歩ニ隨ヒ其規  
定ノ不完全ヲ感シ來リ遂ニ一九〇六年瑞西國「ジュネヴ」府ニ開催セル締約國四十箇國代表  
者ノ會合ニ於テ新條約ノ締結ヲ見ルニ至レリ

第六 一八六八年十月二日「ジュネヴ」條約追加條款 英、佛、奧諸國ヲ始メ歐洲ノ十四箇國代  
表者ハ海戰ニ於ケル病者、傷者ヲ救護スルカ爲メ瑞西國「ジュネヴ」府ニ於テ此條約ニ調印  
シ同條款第一條乃至第五條ハ亦十字條約規定ノ缺點ヲ補足シ第六條乃至第十五條ニハ海戰ニ  
於ケル病者、負傷者ノ救護ヲ規定シ一八八二年米國モ之ニ加入ノ申込ヲ爲シタリト雖モ此條

約ハ諸國ノ批准ニ至ラスシテ止ミタリ然レトモ其規定ノ趣旨ハ列國ノ認ムル所ト爲リ近世ノ戰爭ニ於テ其規定ニ遵據シタルノミナラス一八九九年第一平和會議ニ於テ一八六四年八月十二日「ジュネヅ」條約ヲ海戰ニ應用スルノ條約ノ締結ヲ見ルニ至リタリ

第七 一八六八年十二月十一日聖彼得堡宣言 露國皇帝「アレキサンドル」二世ノ主唱ニ基キ歐洲十九箇國ハ戰爭行爲ノ殘酷ヲ輕減スルカ爲メ代表者ヲ露都ニ派遣シテ會議ヲ開キ十項ノ規定ヲ爲シ四百「グラム」以下ノ爆裂彈ヲ使用スルコトヲ禁止シ此宣言ニハ加盟セザル諸國多數ナルニ拘ラス其趣旨ハ文明國一般ノ遵據スル所ニシテ第一平和會議ニ於テ諸國ノ締結批准スルニ至リタル三宣言モ悉ク其前提文ニ明記スル如ク此宣言ノ趣旨ニ基キタルモノトス

第八 一八七四年「ブルッセル」宣言 有名ナル「ブルッセル」宣言ハ獨佛戰爭ノ後即チ一八七四年七月及ヒ八月ニ於テ露帝「アレキサンドル」二世ノ發議ニ由リ局外中立及ヒ海上ノ戰爭行爲ヲ除クノ外一切ノ戰爭ニ關スル法規ヲ編纂スルノ目的ヲ以テ歐洲五十六箇國代表者カ白耳義國「ブルッセル」府ニ會合シ討議ノ上調印シタルモノニシテ此宣言ハ批准ヲ見ルニ至ラザリシカ爲メ條約ノ效力ヲ有セザレトモ米國陸軍訓令及ヒ「オックスフォード」陸戰法規ト共ニ文明國間ニ於ケル陸戰ニ關スル行爲ノ標準トシテ現行法ト看做サルモノトス

第九 一八八〇年「オックスフォード」陸戰法規 同法規ハ萬國國際法學會ノ決議ニシテ諸國國際法學者ノ討議編纂ニ係ルモノニ屬シ千八百七十九年ノ同學會ニ於テ陸戰ニ關スル國際公

法上ノ法則ヲ編纂スルカ爲メ十五名ノ委員ヲ設ケ翌年九月九日英國「オックスフォード」ニ於ケル同學會ノ會合ニ於テ之ヲ討議ノ上可決シ歐米諸國政府ニ廻付シテ各國ニ於ケル國法ヲ制定スルノ標準ト爲サシメントシタルモノトス同法規ハ八十六箇條ヨリ成リ單ニ學會ノ決議ニシテ學者ノ意見書ト見ルヘキモノナレトモ其實質ハ文明國行爲ノ標準ト一般ニ看做サレ居ルモノトス

第十 一八九九年七月二十九日萬國平和會議最終決議書中「陸戰ノ法規慣例ニ關スル條約」及ヒ「一八六四年八月二十二日「ジュネヅ」條約ノ原則ヲ海戰ニ應用スルノ條約」ノ二條約及ヒ三宣言 露國皇帝「ニコラス」二世ノ發議ニ由リ和蘭國海牙府ニ於テ同年五月十八日ヨリ文明諸國二十五箇國代表者カ國際紛爭ヲ平和的ニ處理シ又兵備ヲ緊縮シ陸戰ノ法規ヲ議定スルカ爲メ會議ヲ開キ其席上ニ於テ討議ノ結果ニ出テタルモノニ屬シ「陸戰ノ法規慣例ニ屬スル條約」ハ六十箇條ヨリ成リ其規定ハ些少ノ變更及ヒ附加ヲ以テ殆ト全ク「ブルッセル」宣言ノ規定ヲ採用シ又「ジュネヅ」條約ノ原則ヲ海戰ニ應用スルノ條約」ハ一八六八年亦十字追加條款ヲ基礎トシ十四箇條ヨリ成リ其他三宣言ハ悉ク一八六八年聖彼得堡宣言ノ趣旨ニ基キタル規定ニシテ其詳細ハ戰闘ノ方法ヲ説明スルニ當リテ所述スヘシ

又第一平和會議ニ於テ  
本會議ハ現今世界ノ重累タル軍備ヲ負擔ヲ制限スルコトヲ以テ人類ノ有形的及ヒ無形的福

利ヲ増進センカ爲メ甚ク望ムヘキモノト認ム

ト決議シ此決議ノ外ニ於テ

第一 本會議ハ「ジュネヅァ」條約ノ改正ニ關シ瑞西聯邦政府ノ爲シタル準備ノ處置ヲ參酌シ該條約ノ改正ヲ目的トスル特別萬國會議ヲ開クノ舉アラムコトヲ希望ス

第二 本會議ハ中立國ノ權利義務ニ關スル問題ヲ次回ノ萬國會議ノ議題中ニ掲ケムコトヲ希望ス

第三 本會議ハ本會ノ審議ニ付セラレタル如キ小銃及ヒ海軍用ノ大砲ニ關スル問題ヲ列國政府ニ於テ攻究シ新式及ヒ新口径ノ銃砲ノ使用ニ付協商ヲ遂クルニ至ラムコトヲ希望ス

第四 本會議ハ列國政府ニ於テ本會議ニ上リタル提議ヲ參酌シ陸海軍ノ兵力及ヒ軍事費豫算ニ關シテ協商ヲ遂ケ得ヘキカラ攻究セラレンコトヲ希望ス

第五 本會議ハ海戰ノ際ニ私有財産ヲ侵害スヘカラサルコトヲ宣言スルヲ旨トスル提議ハ之ヲ後日ノ萬國會議ノ討議ニ付セラレムコトヲ希望ス

第六 本會議ハ軍艦ヨリ港市町村ヲ砲撃スルコトニ關スル問題ヲ規定セントスル提議ハ之ヲ後日ノ萬國會議ノ審議ニ付セラレムコトヲ希望ス

ト決議シ就中第一ハ全會一致自餘ハ諸國ノ代表者中若干ノ乘權ヲ以テ可決セリ

第十一 改正赤十字條約 千九百六年瑞西聯邦政府ノ招待ニ依リ文明國二十五箇國代表者ハ前

記平和會議ノ決議第一ニ基キ赤十字條約ヲ改正スルノ目的ヲ以テ六月十一日ヨリ瑞西國「ジュネヅァ」府ニ會合シ赤十字條約ノ改正ヲ列國委員ノ討議ニ付シ七月四日新條約ヲ締結スルニ至

レリ同條約ハ三十三條ヨリ成リ舊條約ノ缺點ヲ補ヒ從來諸國ノ實驗ニ徴シ批難アリタル條項ヲ削除又ハ修正シ更ニ必要ノ規定ヲ加ヘタルモノニシテ殆ント完全ニ近キモノト云ヒ得ヘク

同條約ニ付テハ總約諸國ニ於テ其後之ヲ批准シ我國ハ明治四十一年三月九日附テ以テ批准セラレタリ

第十二 第二平和會議ノ諸條約及ヒ宣言 一九〇七年露國政府ノ招待ニ依リ文明國四十四箇國代表者カ和蘭國海牙府ニ會合シタル第二平和會議ニ於テハ同年十月十八日附テ以テ戰爭法ニ

關シ左ノ條約ヲ締結セリ

一 戰爭開始ニ關スル條約

二 陸戰ノ法規慣例ニ關スル條約(修正)

三 陸戰ニ當リ中立國及ヒ中立國人ノ權利義務ニ關スル條約

四 開戰ノ際ニ於ケル敵國商船取扱ニ關スル條約

五 商船ヲ軍艦ニ變更スルコトニ關スル條約

六 接觸自發海底水雷ノ敷設ニ關スル條約

七 戰時ニ於テ海軍力ヲ以テスル砲撃ニ關スル條約

八 「ジエネヴァ」條約ノ原則ヲ海戰ニ應用スル條約(修正)

九 海戰ニ於ケル拿捕權行使ノ制限ニ關スル條約

十 海戰ノ場合ニ於ケル中立國ノ權利義務ニ關スル條約

十一 國際捕獲審檢所設立ニ關スル條約

十二 輕氣球ヨリ投射物及ヒ爆發物ノ投下ヲ禁止スルコトニ關スル宣言

右諸條約及ヒ宣言ノ規定ハ大體ニ於テ現行法ニ基キタルモノナリト雖モ之ニ變更ヲ加タル點少カラシテ之カ爲メ直チニ國際法ノ法則ニ變更ヲ來シタルモノト看做シ得ヘカサルモ同條約ノ批准セラレ諸國ニ依リ實行セラルルニ至ルトキハ斯法上ニ多少ノ變更ヲ來スヘシ尙ホ同會議ニ於テ左ノ決議ヲ爲セリ

一 義務的仲裁裁判ノ原則ヲ承認スルコト

二 或種ノ紛議殊ニ國際的條約ノ規定ノ解決及ヒ適用ニ關スルモノハ何等ノ制限ナク義務的仲裁裁判ニ付セラレ得ルモノト宣言スルコト

又希望トシテハ左ノ決議ヲ爲セリ

一 本會議ハ記名諸國ニ對シ仲裁司法裁判所設立ニ關スル附屬條約案ヲ採用シ且判事ノ選任及ヒ裁判所ノ構成ニ付キ合意アリタル上ハ直チニ之ヲ實施セムコトヲ德意ス

二 本會議ハ戰時ニ際シ當該文武官憲ニ於テ交戰國人民ト中立國トノ間ニ平和的關係殊ニ商

工業關係ノ維持ヲ確保シ且之ヲ保護スルコトヲ以テ自己ノ特別ナル義務ナリト爲サムコトヲ希望ス

三 本會議ハ列國カ種別ノ條約ヲ以テ軍事上ノ負擔ニ關シ其領土内ニ居住スル外國人ノ地位ヲ規定セムコトヲ希望ス

四 本會議ハ海戰ノ法規慣例ニ關スル法規ノ制定カ次回ノ會議ノ議題中ニ掲ケラレムコト及ヒ如何ナル場合ニ於テモ列國ハ陸戰ノ法規慣例ニ關スル條約ノ原則ヲ出來得ル限り海戰ニ應用セムコトヲ希望ス

第十三 海戰法規ニ關スル倫敦宣言 一九〇八年英國政府ノ招待ニ依リ海上ニ大ナル關係ヲ有スル日、英、米、獨、佛、伊、埃、露及ヒ西班牙、和蘭ノ十箇國代表者カ倫敦ニ會合シテ海上捕獲ニ關スル法規ヲ討議シ一九〇九年二月二十六日調印シタル宣言ハ封鎖、戰時禁制品、敵ノ幫助、捕獲物ノ破壞、旗章移轉、敵性、護送及ヒ臨檢搜索ニ對スル抵抗等ニ關シ六十七箇條ノ條約ヲ締結セリ同條約ハ大體ニ於テ海上捕獲ニ關スル大陸主義及ヒ英米主義ノ調和ニ出テタルモノニシテ大ナル不都合ナキ規定ナルカ故ニ第二平和會議ノ締結ニ係ル國際捕獲審檢所設立ニ關スル條約ヲ批准セラルトキハ締約國ニ於テハ之ニ批准スヘキハ疑ナカルヘキノミナラス國際捕獲審檢所設立ニ關スル條約ハ不幸ニシテ諸國ノ批准ヲ了セサル場合ニ於テハ此宣言ハ早晚諸國ノ批准ヲ見ルニ至ルヘシ

0482

第二編 交戰關係ノ法則

第一章 戰爭ノ開始

第一節 總則

國家間ノ紛議ヲ決定スヘキ最後ノ手段ハ戰爭ノ外ナシト雖モ古來戰爭ハ悉ク國家間ニ於ケル紛議ノ結果ニ出ツルコトヲ必要トセス一七七〇年普國「フレデリック」大王カ埃國「シレシヤ」州ヲ侵略シタル戰爭ハ同州ノ割讓ヲ受タルカ爲メ普國政府カ派遣シタル使節カ埃國首府ニ到着スル二日前ニ於テ埃國國境ニ對シ普國軍隊カ進入シ埃國政府ハ當初何故ニ普國カ戰爭ヲ開始シタルヤヲ知ラザリシコトアリ又國際紛議ニ於テモ戰爭ハ之ヲ決定スルノ最後ノ手段ナルヘキニ拘ラス實際ニ於テハ斯ル紛議ニ關シ國家間ニ戰爭ハ之ヲ解決スルノ最後ノ手段ト看做シ得ヘキ外交談判ニ盡サスシテ戰爭ト爲リタルコト古來夥シク隨テ一切ノ外交談判ヲ盡シタル後ニ於テ戰爭ト爲ルニ限ラサルモノトス一八九八年米西戰爭ハ同年二月十五日米國軍艦「メイン」カ「ハヴァナ」港ニ於テ艦内ニ起リタル爆發ノ爲メ沈没シタルニ米國ノ輿論ハ之ヲ西國ノ行爲ナリト疑ヒ同紛議ニ於テ西國政府ハ當初ヨリ之ヲ仲裁裁判ニ付セント提議シ米國大統領「マッキンレー」モ該問題ハ平和的談判ニ依リ終局シ得ヘキ餘地アルコトヲ認メ居タルニ拘ラス米國國會ニ於テ「キューバ」島ノ獨立ヲ認メ米國政府ハ西國ヲシテ同島ニ對スル主權ヲ拋棄シ其陸海軍

ヲ同島ヨリ撤退スヘキコトヲ要求スルノ責務アリト決議シ四月二十日大統領モ其決議ニ已ムヲ得ス調印シテ戰爭ニ至リタルハ其一例ナリ之ヲ要スルニ國際紛議ヲ決スル最後ノ手段ハ戰爭ナルコトナレトモ國家カ友誼ニ對スル交誼ニ背キ國際公法ニ違反シテ戰爭ヲ惹起シタル時ニ於テモ斯法上之ヲ戰爭ニ非スト云フコト能ハサルカ故ニ戰爭ノ開始ハ必スシモ國際紛議ノ結果ニ出テサルコトアリ又國際紛議ノ結果ニ出テタル場合ニ於テモ必スシモ其紛議ヲ決セントスル平和的手段ノ盡キタル後ニ於テスルモノニ限ラサル所以ナリ戰爭ニ於テハ必ス平和的國交ヲ斷絶スト雖モ平和關係ノ中斷ハ必スシモ戰爭ニ非サルコトハ前述ノ如シ隨テ戰爭ヲ平和關係ノ代位ナリト爲スノ定義ハ未タ其詳細ヲ盡シタルモノニ非ス又戰爭ニ於テハ必ス兵力ヲ以テ敵國ヲ攻撃スト雖モ報仇及ヒ平時封鎖ニ於ケル場合ノ如キハ兵力ヲ以テ對主國ヲ攻撃スレトモ平和的國際關係ノ斷絶セサル以上ハ戰爭ノ開始ニ非サルコト前述ノ如シ一八八四年及ヒ五年ニ於ケル清佛事件ハ佛國カ東京征討ニ際シ清國ノ兵士カ土人ニ加ハリテ佛國兵ニ反抗シタルカ爲メ佛國政府ハ其取締ヲ清國政府ニ照會シ清國政府ハ之ヲ承諾シテ其實行ヲ爲サザリシカ故ニ佛國艦隊ハ福州造船所ヲ砲撃シ臺灣島ノ一部ヲ占領シタレトモ當初佛國公使ハ北京ニ滞在シ其談判ヲ繼續シ佛國ハ之ヲ戰爭ト看做サザリシカ故ニ多數ノ學者ハ之ヲ報仇トシテ清佛兩國間ノ戰爭ト看做サス但シ此清佛事件カ戰爭ナリヤ否ヤニ付テハ學者間ニ議論アル所ニシテ「コベット」ハ之ヲ戰爭ナリトシ佛國ノ之ヲ戰爭ニ非スト爲シタルハ斯法

0483

上戰爭ノ性質ヲ益々曖昧ニ爲シタルモノト論シタル所ナレトモ少クモ一八八四年同事件ノ初期ニ於テハ清佛兩國間ノ平和的國際關係ハ斷絶シタルニ非サルカ故ニ之ヲ戰爭ト爲スコト能ハスシテ一八八五年二月ニ於テ英國カ之ヲ戰爭ト看做シタルヨリシテ佛國モ亦之ヲ戰爭ト看做スノ態度ヲ採リタルモノトス加之戰爭ノ開始ニ於テハ平和的國際ノ斷絶スルカ爲メ交戰國雙方カ其外交官ヲ敵國ヨリ召還シ若クハ敵ノ外交官ニ退去ヲ命スト雖モ外交官ノ退去ハ必スシモ戰爭ノ開始ト爲スコト能ハサルコトアルノミナラス戰爭中外交官カ敵國ニ留リタルノ實例ナキニ非サルカ故ニ戰爭ハ必スシモ外交官ノ任地ヲ引拂フニ於テセス又平和關係ノ斷絶ヲ以テ直チニ戰爭ト爲スコト能ハサルノミナラス國家間ノ兵力ノ使用ヲ以テ必スシモ戰爭ト爲スコト能ハスシテ必スヤ國家間ニ平和關係ノ斷絶ト兵力ヲ以テ勝敗ヲ決スルノ二者相俟テ始メテ戰爭ト爲ルモノトス

戰爭ハ國家間ニ平和ノ國交ヲ絶テ國際紛争ヲ兵力ニ訴ヘ其勝敗ニ依リテ之ヲ一決セントスルモノナレトモ斯ル意思ヲ實行スルノ事實ハ交戰者雙方ニ存在スルヲ必要トスルヤ否ヤ換言セハ其一方ニ於テハ戰爭ノ開始ヲ宣言シ他ノ一方ハ其争鬪ヲ戰爭ト看做ササルトキハ之ヲ戰爭ト爲スヘキヤ否ヤハ困難ナル一問題ニ屬シ明治三十三年北清事件ニ於テ清國內地ノ義和團カ山東省及ヒ直隸省ノ地方ニ於テ外國人ヲ殺傷シ當初清國政府ハ其團匪ノ剿討及ヒ北京ニ於ケル諸國公使館ノ保護ヲ爲シ五月二十九日ニ於テハ其上論ヲ發シタリシカ次テ同國ノ廟議カ一變シ六月四日

雜

錄

○大審院判例

○法定代理人トノ賣買ニ於ケル買主ノ注意 幼者名義ノ不動產ヲ賣買ニ因リ取得セントスル場合ニ於テハ買主タル者カ幼者ニ代リテ行爲ヲ爲サントスル者ノ法定代理權ニ欠缺ナキヤ否其他權原ニ瑕疵ナキヤ否ニ留意シ口籍簿ノ閱覽等ニ依リテ之カ調査ヲ怠ル可カラサルコトハ一般取引ノ觀念ニ於テ普通注意ヲ用フル人カ其事ニ當リ通常施スヘキ注意ニ屬スルヲ以テ斯カル注意ニ缺クル所アルカ爲メ法定代理權欠缺ノ事實ヲ知ラサリシハ即チ過失タルヲ免カレスシテ民法施行後僅カニ二个月餘ノ日子ヲ經過シ及ヒ買主タル被上告人カ普通ノ農民ニシテ法律知識ニ乏シキノ故ヲ以テ如上普通人ノ用フヘキ注意ヲ缺クモ尙ホ過失ナキモノト謂フコトヲ得ス(大正二年(才)第一三二號 同年七月二日第二民事部判決)

○民法施行前ニ於ケル後見人ノ代表權限 民法施行前ニ於テハ後見人カ被後見人ヲ代表シテ利害相反スル行爲ヲ爲スコトヲ禁シタルノ法令ナシト雖モ後見ノ制度タル民法施行ノ前後ヲ問ハス被後見人ノ利益ヲ保護スルヲ以テ目的トスレハ後見人カ自己ノ利益ヲ計ルカ爲メニ被後見人ノ利益ヲ顧慮セサルノ虞アル行爲即チ兩者ノ利益相反スル行爲ニ在テハ後見人ハ被後見

人ヲ代表スルノ權限ヲ有セス後見人カ被後見人ヲ代表シテ如上ノ行爲ヲ爲シタルトキハ其行爲ハ之ヲ無効トス可キハ後見制度ノ目的ニ鑑ミテ條理ニ適シタルモノトス  
大正二年十月六日第九號問  
年七月三日第一民事部

判決

○放火罪ノ既遂未遂ニ係ル連續行爲 原判決判示事實ニ依レハ被告ハ安藤金次郎及津田宇太郎内縁ノ妻宮原チカノ處置ヲ怨ミ是等ノ住家ヲ燒燬セント欲シ意思繼續シテ最初ニ論旨所掲ノ如ク金次郎方住家西側軒下ノ壁際ニ積ミアリタル古杉葉ニ放火シ續テ其隣家ナル宇太郎方厩舎内ニ積ミアリタル古杉葉ニ放火シ其結果金次郎方ハ茅ノ小部分ヲ燒キタルノミニテ他人ニ消止メラレタルモ宇太郎方ハ厩舎肥料小屋釜屋ノ全部及住家ノ一部ヲ燒燬シタルモノナルヲ以テ金次郎方ノ放火ノ點ノミヲ論スレハ刑法第百八條第百十二條ニ宇太郎ノ放火ノ點ノミヲ論スレハ同法第百八條ニ該當スルモ右ハ單一意思ノ發動ニ基キ數次ニ爲シタル各行爲カ一ハ刑法第百八條放火罪ノ既遂ニシテ他ハ其未遂タルニ止マリ畢竟同一罪名ニ觸ルルモノニシテ連續ノ一罪ヲ組成スルカ故ニ結局連續ノ一罪トシテ被告行爲ノ全體ニ通シテ犯罪ノ既遂ニ關スル刑法第百八條及第五十五條ヲ適用シ處罰スルヲ相當トス  
大正二年七月二十八號  
年八月十二日宣告

# 法學志林

第十五卷 每月一回廿日發行  
第十號 定價一冊金拾五錢  
發售 郵 稅 金 壹 錢

第七十號

## ◎ 志 林

犯罪ノ主觀主義ト刑罰ノ主觀主義  
合 致 論  
勞働效程増進ノ方法  
現代ニ於ケル刑事法學ノ思潮ニ就テ  
政社トハ何ソヤ

## ◎ 法 質 疑 錄 典

二箇ノ轉付命令ヲ受ケタル債務者ノ遲滞ノ責任  
第一回ノ株金拂込ト有價物ノ出資  
缺席判決ニ對スル故障申立後一年以上休止シタ  
ル場合ニ於ケル訴訟ノ運命  
新刑法ト罪刑法定主義  
被告人以外ノ者ニ對スル私訴  
非理法權錄(四)

- |               |               |
|---------------|---------------|
| 法學士 牧 野 英 一   | 法學士 石 坂 晉 四 郎 |
| 法學士 神 戶 寅 次 郎 | 法學士 松 本 丞 治   |
| 法學士 江 木 定 男   | 法學士 板 倉 松 太 郎 |
| 法學士 原 夫 次 郎   | 法學士 牧 野 英 一   |
| 法學士 佐 佐 木 惣 一 | 法學士 清 水 孝 藏   |
|               | 法學士 雨 花 子     |

## ◎ 散 判 例、雜 報

### 發行所 一手販賣所

東京市麴町區富士見町  
六丁目十六番地  
東京市神田一ツ橋通町

### 法政大學 有斐閣



法政大學講義錄 大正三年(第四號)

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 講義録ノ講習ヲ終リタル者ハ校外生修業證書ヲ請求スルコトヲ得但手數料金貳拾錢ヲ納ムヘシ
- 一 校外生月謝ハ左ノ如シ
  - 一 各學年 金四拾錢 金學年 金壹圓
  - 一 一ヶ月分 各學年 金貳圓參拾錢 金學年 金五圓五拾錢
  - 一 六ヶ月分 各學年 金四圓五拾錢 金學年 金拾壹圓
  - 一 一ヶ年分 各學年 金四圓五拾錢 金學年 金拾壹圓
- 一 月謝ヲ納付シタルトキハ講義録ヲ郵送スルヲ以テ別ニ領收證ヲ交付セス若シ相當ノ日時ヲ過キテ講義録ノ到達セザルトキハ其旨本大學ニ通知スヘシ
- 一 校外生ハ講義録中ニ提議アルトキハ講義録ノ番號、科目、頁數及ヒ疑問ノ要點ヲ記載シ本大學編輯局ヘ宛テ郵送スヘシ
- 一 質疑通信ノ文意解シ難キモノ主旨明確ニシテ解答ヲ要セスト認ムルモノハ解答ヲ付セズ
- 一 質疑中有益ト認ムルモノハ之ニ解答ヲ付シ法學志林又ハ講義録ニ登載スヘシ

◎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』

大正二年十一月十三日印刷  
大正二年十一月十四日發行

(定價金五拾錢)

編輯兼 發行所 東京市小石川區林町十六番地  
鹽野彦太郎

印刷者 東京市赤坂區新町五丁目四十二番地  
金子鐵五郎

印刷所 東京市赤坂區新町五丁目四十二番地  
金子活版所 (電話番號三三九三番)

東京市麴町區富十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) 四六二番