

法政大学講義録

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

(出版者 / Publisher)

法政大学

(巻 / Volume)

10

(号 / Number)

1学年の4

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

123

(発行年 / Year)

1914-01-10

法政大學講義錄

大正三年度 第一學年 第四號

(大正三年度第十號)



0126

大正三年度第一學年第四號目次

法學通論 (頁八九) 故法學博士 梅謙次郎 講述
 法學士 牧野英一 補述

民法總則 (頁一五三) 故法學博士 梅謙次郎

民法總則 (頁四〇) 法學士 鳩山秀夫

民法債權 (頁五七) 法學博士 橫田秀雄

刑法總論 (頁四二) 法學士 牧野英一

國際公法(戰時) (頁四九) 法學博士 秋山雅之介

090
1914
1-1-4

ニ於テハ民法中ニ規定セズシテ全ク別段ノ法律ニ讓ツタ、ソレダカラ是ハ「單行法」ト言ヘル、併シ或ハ又之ヲ「特別法」ト云フテモ宜イ、「特別法」ト云ヘバ或限定セラレタル事項ニ特別ナル法律デアル、即チ不動産登記法ハ不動産ノ登記ト云フコトニ特別ナル事項ノ規定シタモノダカラ「特別法」ト言ヘル、併シ兩者ノ範圍ノ全ク同ジカラザルコトハ二ノ例ニ依リテ分ル、例ヘバ商法ハ特別法デアルト云ヘル、即チ民法ニ對シテ言フト是ハ特別法、併シ誰モ「單行法」トハ言ハナイ、商法ハ誰デモ法典ト云フナゼ法典カト云ヘバ其中ニハ商業登記ノコトモアル、商業帳簿ノコトモアル、商業使用人ノコトモアル、代理商ノコトモアル、會社ノコトモ、組合ノコトモ、賣買ノコトモ、寄託ノコトモ、運送ノコトモアレバ又保險ノコトモアル、手形ノコトモアル、海商ノコトモアルト云フ風ニ非常ニ多クノ事項ヲ網羅シテ之ヲ集積シテ居ルカラ是ハ何入ト雖モ法典デアルト言フ、併シ特別法デアル、ダカラ此場合ニハ單行法デハナイガ特別法デアルト謂ハネバナラヌ

之ニ反シテ例ヘバ民法ノ第七〇九條ニ不法行為ニ因ル損害ノ賠償ニ關スル規定ガアル、「不法行為」ト云フハ他人ノ權利ヲ侵害シ、是ニ因リテ損害ヲ加ヘタル場合ニ加害者ガ其賠償ノ責ニ任ジナクレバナラヌト云フコトデアル、ソレガ第七〇九條ニ規定シテアル、然ルニ一ツノ法律ガ出テ、其法律ニ依ルト云フト此不法行為ノ責任ト云フモノハ失火ノ場合ニハ適用シナイト云フコトデアル、尤モ重大ナル過失ガアツタトモハ此限ニ在ラズトアル、サウ云フ規定ガ出来テ

法學通論 法律ノ類別 性法、制定法

0127

ソレハ「特別法」ト云フテ云ヘナイコトハアリマセヌガ、普通是ハ「單行法」ト謂フ、其事柄ヲ法典ノ中ニ規定セズシテ單獨ノ法律ヲ以テ之ヲ規定シタト云フ方カラ單行法ト言ヘル、此類ノ事ハ他ニ許多アルノデ、要スルニ單行法ト特別法トハ少シク意味ガ違フ、併ナガラ時トシテハ同ジ意味ニ使フ、サキノ不動産登記法ノ例ノ如クデアル、併シ其範圍ハ何レモ不明デア

ル
 法典主義ト非法典主義即チ單行法主義トハ成文法主義ニ慣習法主義ト同ジヤウニ學者ノ説ヲ分ケテ居ル、例ヘバ獨逸ニ於テ慣習法ヲ主トスル方ノ學者ハ同時ニ單行法主義デアアル、ドウ云フコトカト云フト、此等ノ學者ハ成ルベク慣習法ニ依ルガ宜シイト云フ意見テスカラ、一朝ニシテ法典ノ如キ概括的ノモノヲ拵ヘテ、慣習法ノ全部ヲ殆ド釘附ケトシテ成文トスルト云フコトハ甚ダ宜シクナイ、若シ成文ノ必要アルナラバ先ヅ其最モ必要ナル部分丈ケラ成文トシタラ宜カラウ、即チ單行法ヲ以テ之ヲ規定シタナラバ宜カラウ、例ヘバ民法ニ屬スル事項デモ「民法」ト云フヤウナ範圍ノ廣イ法典ヲ作ラズシテ或ハ賣買ニ關スル單行法ヲ作ル、或ハ貸貸借ニ關スル單行法ヲ作ル、或ハ能力ニ關スル單行法ヲ作ルト云フ風ニシタ方ガ宜シイト、斯ウ云フ意見、現ニ此學派ニ屬スル學者デ名高イ人ノ一人、即チ獨逸法律史ノ大家タル「ブルシナイ」ナドト云フ人ハ類ニサウ云フ説ヲ唱ヘテ日本デモサウ云フ風ニヤウテ貫ヒタイナドト云フ希望ヲ述ベタ

コトガアル、我邦ニ於テモ十餘年前マデハ此法典主義、非法典主義ト云フモノガアツテ、其非法典主義ノ中ニハ絶對ニ成文ヲ不可トスル者モアリマシタケレドモ、併シ單行法ヲ作ルコトニハ多クハ反對デナカッタ、時ノ政府ハ法典主義ヲ取ツテ類ト法典ヲ作ツタ、民法、商法、民事訴訟法ナドヲ作ツテ出シタ、ソレニ對シテハ民間ニ非常ナ反對ガアツテ遂ニ法典ノ延期ト云フ説ガ出テ、其延期説ガ多數ヲ占メラ帝國議會ニ於テ兩院トモ之ニ同意シテ遂ニ御裁可ニ爲ツタノデアル、ソレガ爲メ明治二十三年ニ發布ニ爲ツタ民法、商法ハ皆其施行ヲ延期セラレテ、且法典調査會ニ於テ之ヲ改止シテ、サウシテ又新シキ法典ガ出來タ、併ナガラ當時ハ法典ノ延期ノ主唱者ハ所謂非法典論者デ、法典ヲ作ルノガ宜シクナイト云フ意見カラ出タノデアリマスケレドモ、其賛成者ノ中ニハ眞ノ延期論者、即チ當時ノ法典ハ其當ヲ得ザル所多キニ由リ之ヲ改メテ他ノ是ヨリモ良キ法典ヲ作ツテ、ソレヲ施行スル方ガ宜シイト云フ意見ノ人が多カッタ、遂ニ其意見ガ行ハレテ初ノ法典ハ施行セラレナカッタケレドモ亦之ニ代ル法典ガ施行セララルコトニナリマシタカラ彼ノ非法典論者ハ竟ニ敗北ニ了ツタト謂ハナケレバナラヌ、
 此議論ハ矢張り獨逸ニ於テハ「サグヴェー」ト「チボー」ノ議論デアツテ、他ノ各國ニモ多少之ニ關スル議論ハアル、故ニ我邦ニ於テ此論ノアツタノハ決シテ無理デハアリマセヌガ併シ私ノ思フニハ矢張り法典ヲ作ツタ方ガ宜シイ、ソシテ今ノ通りニ法典ヲ作ツタ方ガ宜イカ、ドウカト云フコトニナルト疑問デアアル、即チ今ハドウカト云フト、民法、商法、民事訴訟法、刑法、

刑事訴訟法ガアル、オウシテ破産法ト云フモノハ前ニハ商法ノ一部ヲ成シテ居ラタガ、今ハソレガ舊商法ノ一部トシテ尙ホ存シテ居ル、併シ近キ將來ニ於テハ獨立ノ法律ト爲ラテ出ルダラウト思フ、ソレハ法典カドウカト云フ問題ガ起リマスガ、兎ニ角獨立ノ法律ト爲ラダラウト思フ、之ヲ商法ノ一部トシタト云フコトハ其當ヲ得ナカッタト私ハ思フ、尙ホ後ニ論ジマスケレドモ民法ト商法ト各、獨立ノ法典トシタト云フコトモ私ヲ同意シ兼スルコトデアアル、併シ兎ニ角法典ヲ作ルト云フコトハ必要デアルト私ハ思フ、即チ國法ノ主義ヲ一貫スル爲メニハ成ルベク相牽聯シタル問題ハ一ツノ法典ト爲シテ併セテ之ヲ規定スル方ガ宜シイ、其方ガ主義ガ貫徹致シマスカラ法律ヲ適用スル上ニ於テ概シテ結果ガ公平ニ爲リ、之ヲ施行スル者ガ餘程便利ヲ感ズルコト疑ナイト思フ、成程反對ノ非法典論者ノ方ニモ稍ヤ理由ノアリサウナトヲ言フ、ソレハ何デアアルカト云フト、大ナル法典ヲ一時ニ制定スルト云フトニナルトナカナカ事業ガ大キイ隨ッテ一遍法典ヲ編纂スルト云フト之ヲ改ムルコトハナカナカ困難デアアル、一部ヲ改ムル爲メニモ全部改メネバナラヌヤウニナルカラナカナカ骨ガ折レル、隨ッテ大概ノコトハマアマア改メズニ辛抱レヤウト云フコトニ爲ラテ、詰リ法律ノ進歩ヲ妨グルト云フノガ一ツノ重モナル理由ト爲ラテ居ル、尙ホ附加ヘテ言フニハ法典ナドト云フモノガ出來ルト云フト、單ニ其解釋ノミニ汲汲トシテ居ラテ、法律ノ學問ノ進歩ヲ妨グル、法典ト云フモノガナカレバ各種ノ事項ニ付テハ假ニ成文ガアルトシテモソレ等ヲ一貫スル所ノ法理ト云フモノハ學者ガ之ヲ研

究スルニ依ラテ始メテ明カニ爲ルカラ矢張り學者ノ研究ニ待ツコトガ多イ隨ッテ法律學ガ進歩スル、之ニ反シテ法典ト云フモノガ出來テ居ルト云フト一貫シタル理論ハチヤント法典ノ中ニアル、縱令ソレガ明カニ書イテナクテモ解釋上自ラ出ルヤウニ爲ラテ居ル、ソレダカラ詰リ法典ノ解釋サヘウマクシテ往ケバソレ澤山デアアルト、斯ウ云フコトニ爲ル、ソレガ學問ノ進歩ヲ妨グル、第一ニハ法律其モノノ進歩ヲ妨ケ、第二ニ法律ノ學問ノ進歩ヲ妨グルト、斯ウ云フコトニ爲ル、是ハ多少ハ理由ガアル、マルキリ理由ガナイトハ私ハ言ハス、如何ニモ數百條乃至數千條ヨリ成立ラテ居ル所ノ法典ヲ改正スルノハ僅ニ數十條ヨリ成立チタル所ノ單行法ヲ改ムルヨリ事實困難デアアル、佛蘭西ノ法典ハ百年前ニ出來タノデアアル、ソレハ多少改マラテ居ル、能ク外國ノ人が百年前ノ法典ガ其儘行ハレテ居ルナドト言フガ、ソレハ事實ニ相違スルノデ改マラテハ居ルガ、併シ其改正ハ聊カ運通タルコトヲ免レナイ、改メテモ宜サウナコトガ其儘ニ爲ラテ居ル部分ガ随分多イ、又學者ガ法典ノ解釋ノミニ汲汲トスルト自然法律ノ大原則ヲ研究スルト云フコトガ疎ニ爲ルト云フ弊ハアル、即チ法典ガ出來ルト其解釋ニ忙シクナル爲メ法典ノ大原則ヲ研究スルト云フ人が減ラテ來ル、併シ私ノ思フニハ決シテソレハ心配スルニハ及バヌ、成程法典ガ出來ルト云フト改正ガ單行法ヨリ困難デアアルトハ事實デアアルケレドモ、併シ全ク改正ガ出來スノデハナイ、矢張り必要ガアレバ改ムル、佛蘭西ノ法典デモ民法ナドハ改マラテ居ル

部分が少イガ、併シ數ヘトゲテ見レバ隨分多ク改マツテ居ル、刑法ノ如キハ七十年程以來殆ド全部改マツタ、商法モ其大部分ハ今日デハ皆改マツテ居ル、サウ云フ風ニ矢張り佛蘭西ノ法典デアツテモ改マツテ居ル、唯併ナガラ佛蘭西法典ハ我ノ眼カラ見テ改正ガ餘リ遅イ、モウ少シ早ク改メテモ宜イデアラウト思フコトガアル、ソレガ爲メ先年民法修正委員會ト云フモノガ組織セラレテ爾來引續キ其事業ヲ進捗シテ居ル、外國デハ露西亞ノ如キハ常ニ法律ノ改正ヲ掌ルベキ役所ガアツテ、ソコデ毎年法律ノ改正ニ從事シテ居ル、ケレドモ元來マダ十分ニ開ケナイ國柄ノコトデスカラ其割合ニ法律ガ進歩ハシテ居リマセヌケレドモ其外ニ近來、西班牙、葡萄牙等ニ於テ改正ノ方法ヲ制定シテ居ル、ソレハドウデアアルカト言フト、先ヅ西班牙ニ於テハ一ノ委員局長タヤウナモノガ出來テ、其處ニハ固ヨリ法律ノ専門家ガ集メテアル、而シテ大審院、控訴院其他ノ裁判所ニ於テ年々取扱フタ事件ニ付テ法律ノ不備、缺點ヲ感ジタモノガアツタラバソレヲ毎年集メテ司法大臣ニ報告スル、司法大臣カラ之ヲ委員會ヘ廻ス、サウシテ一定ノ年數ヲ經タ後十年ト爲ツテ居ツタト思ヒマスガ、ソレ等ノ意見ヲ集メテ、サウシテ必要ナル改正ヲ施スト云フ仕組デアル、私ハ必ズシモ西班牙ヤ葡萄牙ノ眞似ヲ集メテ、サウシテ必要ナルマセヌガ、稍ヤサウ云フヤウナ方法ガ宜カラウト思フ、我邦デハ隨分法律ヲ改ムルコトハ何トモ思ハナイ、動モスレバ朝令暮改ノ弊ガアリマスガ、併シソレデモ法典ト爲ルト容易ニ手ヲ著ケルコトハ出來マセヌカラ、割ニ之ヲ改メヤウト云フ意見ガ出ルコトガ少イヤウデス、又勿論

輕重ニ深クモ研究セズ、經驗モセズシテ改正スルコトハ朝令暮改宜シクナイコトデアル、殊ニ法典ノ如キハ相牽連シタル多クノ事項ニ通ジテ規定ガ設ケテアルカラ、濫ニ其一都ヲ改正致シマスト云フト、忽チ不權衡ヲ結果ヲ生ジマスニ因ツテ容易ニサウ云フトハ出來マセヌ、併ナガラ時勢ニ合ハナイモノガアツタナラバソレハ改メナケレバナラス、就中我法典ハ條約改正トノ關係等ニ因ツテ餘程急速ニ出來タ、ダカラ缺點ノ多キコトハ固ヨリ其所デアル、況ヤ外國ノ多クノ法典ノ如ク從來行ハレテ居ツタ慣習ヲ新ニ法律トシタト云フノデナクシテ多クハ外國ノ法律ヲ模範トシテ且我邦ノ國情ヲ考ヘテ大抵推測ニ依ツテ設ケタル規定デアル、之ヲ實際ニ行フテ見テハ國情ニ合ハヌ、時勢ニ適セヌト云フモノガ少クナイノハ固ヨリデアルト思フ、ダカラソレハ大ニ改メネバナラス、即チ愈、國情ニ適セヌ、愈、時勢ニ合ハナイト云フコトガ分ツタラバソレハ速ニ改メネバナラス、ソレガ爲メニハ矢張り西班牙等ニ於ケルガ如キ機關ヲ設ケル必要ガ私ハアラウト思フ、其機關ニ於テハ必ズシモ五年トカ十年トカ云フ年限ヲ定ムル必要ハナカラウト思ヒマスガ、兎ニ角改ムベキハ改ムルト云フ爲メニ必要ナル調査ヲ爲スト云フコトガ宜カラウト思フ、其役所デハ裁判所、辯護士等ノ意見ヲ集メテソレヲ參考シ又一方ニ於テハ外國ノ法律モ年々進歩シテ行クノデスカラ外國ノ新シイ法律又ハ學說等ヲ研究シテ、サウシテソレヲモ參考シテ愈、時勢ニ合ハヌ、國情ニ適セヌト云フ見極メガ附イタナラバ急ナルモノハ一箇條ヤ二箇條デモ改メヤウシ、又左マデ急ヲ要セヌモノハ數年ノ後、十數年ノ後ニ一括シテ之ヲ

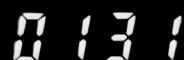
改メ、全部改メナクテモ其中ノ一章、一節ヲ改メテ行クト云フコトニナレバ決シテ法律ノ進歩ヲ妨グルト云フコトハナイデアラウト斯ウ私ハ思フ、明治四〇年四月勅令第一三三號ヲ以テ司法大臣ノ監督ノ下ニ法律取調委員會ト云フモノガ出來テ學者、實際家ヲ集メ此事業ニ従事スルコトトナタ、今實際ニ其仕事ヲヤチテ居ルガ、願ハクハ之ヲ常設ノモノトシテ今一層規則正シク調査スルコトニ爲ラタラヨカラウト思フ、ソレカラ法律ノ學問ノ進歩ヲ妨グルト云フコトデアリマスガ、ソレハ學者ノ重立ツタ者ノ研究方法如何ニ依ルノデス、總令法典ガ出來マシテモ學者ガ學問ノ價值ト云フコトヲ十分ニ知ラタナラバ單ニ法典ノ解釋ノミニ止マラズ立法論モ研究シヤウシ、又種種之ニ關スル直接ノ實用ナキ學科モ研究スルデアラウ、今日ノ歐羅巴諸國ハ大抵皆法典國デアリマスケレドモソレガ爲メ各國ニ法律學者ガナイト云フ譯デハナイ、法律ハ矢張り各國トモ進歩シテ行ク、適ニ佛蘭西ノ法律學ガ比較的進歩ガ鈍カッタト云フコトハ事實デアル、ソレ故ニ法律デハ最モ進ンデ居ルト稱セラレタ佛蘭西ガ今日デハ動モスレバ獨逸ニ一籌ヲ輸セナケレバナラヌ有様デアルガ、ソレハ偶然ノ事實ト私ハ見テ居ル、偶然佛蘭西ノ法律家ニ大家ガ久シク出ナカッタ、十九世紀ニ於テハ法律家デ眞ニ大家ト稱スベキ者ハ出ナカッタ、之ニ反シテ獨逸ニハ眞ニ大家ト稱スベキ「イヘリング」、「ゾンドシャイド」、公法ノ方デ言ヘバ「グナイスト」ト云フヤウナ人が續續出タ、ソレ故ニ大變ニ法律學ノ進歩ヲ助ケテ、遂ニ從來先輩タリシ所ノ佛蘭西ヲ凌グニ至ラデアリマス、ケレドモ此ノ如キ大家ガ出レバ總令法典ガアツテモ

進歩スル、大家ガ出ナケレバ總令法典ハナクテモ進歩セヌ、是ハ仕方ガナイ、例ヘハ英國ニ法典ハナイガ、近來ハ餘リ法律ノ大家ガ出ナイヤウデアルカラ隨テ現在ノ法律學ノ程度ニ於テハ公平ナル眼ヲ以テスレバ佛蘭西ノ獨逸國ニハ確ニ劣ラ居ルト謂ハナケレバナラヌト思フ、先刻モ申ス通り幾分カ法典ノ解釋ト云フコトニ汲汲トスル爲メ立法論其他法律ノ大原則ヲ研究スルト云フコトガ疎ニナリ易イト云フコトハ認メテ居ル、併シソレハ比較論ニ過ギヌノデア

第二節 國法、國際法

此區別ハ學者ニ依ツテ二様ニ觀察ヲ致ス、或ハ法律ノ淵源ヨリ觀察シテ此區別ヲ立テル、其說ニ依ルトハ性法學者ト非性法學者ニ依ツテ定義ガ違フ、先ヅ性法學者ニ言ハセルト「國法」ト云フハ「一國內ニ於テ定マリタル法律」ト云フデアリマセウ、之ニ對シテ「國際法」ハ「二國以上ノ間ニ定マリタル法律」ト云フデアリマセウ、併シ法律ノ淵源ヨリ觀察シテ國法、國際法ノ別ヲ立テルノハ非性法學者デアル、ソレデスカラ非性法學者ハ通常此ノ如キ定義ヲ下サヌ、非性法學者ヨリ申セバ「國法」トハ「一國ノ主權者ガ直接又ハ間接ニ定メタル法律」デアルト、國際法「トハ」二國以上ノ主權者ガ直接又ハ間接ニ定メタル法律」デアルト、斯様ニ申ス、今

法學通論 法律ノ類別 國法、國際法



ツノ區別ノ仕方ハソレハ法律ノ内容カラ觀察ヲ致ス、サウスルト「國法」トハ「一國內ノ事物ニシテ他國ノ土地若クハ人民ニ關係ナキモノヲ規定スル法律」デアアル、トハ「二國以上ノ間ノ關係又ハ二國以上ノ土地若クハ人民ニ關係スル事項ヲ規定スル法律」デアアルト、斯ウ云フノデス、即チ一國內ノ事物ヲ規定スル法律デハナイ、必ズ二國以上ニ亙リテ居ル此二種ノ觀察ノ仕方ガアル、第二ノ觀察ノ仕方ハ古クカラ行ハレテ居ルノデアリ、第一ノモノハ近來多ク獨逸ノ學者ガ唱フル所デアアル

此二種ノ觀察ノ著シク異ナル點ハ國際私法ト云フモノハ國法ト見ルカ、國際法ト見ルカト云フ問題デアアル、即チ國際法ト見ナイ人ナラバ「國際私法」ノ名ヲ成ルベク避ケナケレバナラス管デアアル、ソレデスカラ國際私法ハ國際法ニ非ズト云フ學者ハ何トカ之ニ代ル名ヲ用ヒヤウト云フノデ、法律紙觸法トカ或ハ涉外關係法トカ種種ナ窮シタ名稱ヲ試ミントスル者ガアル、併シ一般ノ名稱ハ「國際私法」デアアル、即チ法律ノ淵源カラ云ヘバ國際私法ハ國法デアアルト云フ、其理由トスル所ヲ聞クト所謂「國際私法」ナルモノハ決シテ二國以上ノ主權者ガ定メタモノデハナクシテ一國ノ主權者ガ自由ニ定メタモノデアアル、例ヘバ我邦ノ國際私法ノ原則ハ我法例ノ第三條以下ニ規定シテアル、即チ我日本帝國ノ主權者ガ規定シテ法律ダカラソレハ國法デアルト斯ウ云フヤウニ云フノデス、ソレカラ法律ノ内容ヨリ觀察シテ定義ヲ下ス者ハ國際私法ハ即チ國際法デアアルト云フ、即チ是ハ二國以上ノ土地又ハ人民ニ關係スル事項ヲ規定スル法律デ

アル、故ニ國際法デアアルト云フ、私思フニハ假第一ノ觀察點ニ依ラテ果シテ國際私法ガ國法デアアルカ、ドウカハ多少ノ議論アルベキ事デアアル、成程大部分ハ國法デアアルト云ヘマセウ、併シ國際私法ノ中ニハ往往往條約ニ依ラテ定マルモノガアル、我邦ニハマダ其例ガ少イ、併シ是カラ追追其例ガ出來テ來ルグラウト思フ、又出來テ來ルコトヲ望ム、國際私法問題モ成ルベク條約デ極メル方ガ宜イ、サウスルト是ハ縱令法律ノ淵源ヨリ觀察シタ所ガ國法デアアルトハ云ヘナイト思フ、成程反對論者ハ、ソレハ條約ヲ定メルコトガアラウトモ條約ガ直チニ法律ト爲ルノデハナイ、矢張りソレヲ一國ノ主權者ガ採用シテ別ニ法律ヲ作ルデアラウト斯ウ申ス、併シ私ハ一旦條約ガ適法ニ成立シタ以上ハ縱令之ヲ國內ニ施行スルニ付テ別段法律ガ出來ナクテモ國民ハ矢張り之ヲ守ラネバナラヌト考ヘル、此主義ニ付テハ議論ハアルケレドモ我邦デハ既ニ政府及ビ議會ノ認ムル所ト爲ラテ居ルト思フ、即チ公ニ認メラレテ居ルト言フテ宜カラウト思フ、ソレダカラ國際私法ト雖モ必ズシモ國法デアアルト云フコトハ縱令第一ノ觀察點ニ依ルモ言ヒ難イデアラウト思フ、況ヤ私ハ第一ノ觀察點ヲ取ルヨリモ第二ノ觀察點ヲ取ル方ガ穩當デア

ルト思フ、其理由ハ二ツアル

一ツハ我我ノ如ク性法ヲ認ムル者ハ法律ノ淵源ヨリ觀察スルト云フノガ甚ダ穩ナラヌコトニナル、前ニ申シタ通り強ヒテ言ヘバ一國內ニ於テ定マタル法律ガ國法デアアテ、二國以上ノ間ニ定マタル法律ガ國際法デアアルト云ヘマスケレドモ、抑モ天ノ理、人ノ性ニ基イテ定マル所

ノモノデアアルカラ多クハ國ノ内外ノ間ハヌモノデアアツテ、淵源ヨリ觀察スルト云フコトノ當ラナイコトガ多イ、之ニ反シテ法律ノ内容ヨリ觀察スレバ一國內ノ事物ト二國以上ニ關スル事物トハ明カニ區別スルコトヲ得ルノデアアルカラ我ノ如ク性法ヲ認ムル學者ニハ第二ノ觀察點ガ穩デアアルト謂ハネバナラヌ

第二ニハ法律ノ淵源ヨリ論ズルトキハ凡ソ二國以上ノ條約ヲ以テ定ムルモノハ皆國際法デアアルト謂ハナケレバナラヌケレドモ從來ノ慣例上條約ヲ以テ定メテモ單ニ一國內ノ事物ニ限ルコトガアル、其著シキモノヲ言ヘバ關稅ノ如キモノデアアル、我邦ノ今日ノ關稅ハ條約ニ依ツテ定マツテ居ルモノガ多イ、故ニ法律ノ淵源カラシテ云ヘバ我邦ノ關稅法ハ國際法ニ屬スルモノガ多イト謂ハナケレバナラヌガ、是ハ普通ノ國際法ノ觀念ニ反スル、サウ云フモノヲ一般ニ國際法トハ云ハヌ、法律ノ淵源ヨリシテ國法、國際法ノ區別ヲ爲ス學者ト雖モ曾テ之ヲ國際法デアアルト云フコトハ聞カヌ、成程ソレ等ノ學者ハ條約ニ依ツテ定マツタルコトト雖モ更ニ國法ヲ以テ之ヲ定ムルニ非サレハ國民ノ自由義務ヲ生ゼスト云フ說ヲ取ルカモ知レマセヌガ、ソレハ前ニ論ジタ所ニ依ツテ私ハ當ラナイト思フテ居ル、ノミナラズ現ニ我邦ニ於テハ關稅ニ關スル條約モ唯條約トシテ公布ニハナツタガ、之ガ爲メニ法律又ハ特別ノ勅令モ何ニモ出ハセヌ、然ラバ若シ法律ノ淵源カラ言フナラバ少クモ我邦ノ關稅法ハ條約ヨリ生ジテ居ルト謂ハナケレバナラヌ(全部デアアリマセヌ、條約國ニ對スルモノ丈デアアルガ、ソレガ多數デアアル、條約國ト云フヲモ支

那ナドハサウデナイ、歐米諸國デアアル)ソナラバ關稅ガ條約ニ依ツテ定マルト云フコトガ日本ニ特別ノ事カト言ヘバ決シテサウデナイ、不幸ニシテ我歐米諸國トノ條約ハ他ノ事ハ對等デアアルケレドモ關稅ニ付テハ遺憾ナガラ不對等デアアル、我邦ニ或貨物ヲ入レルコトニ付テハ稅率ガ定マツテ居ルガ、我邦カラシテ對手國ニ或商品ヲ入レルコトニ付テハ稅率ガ定マツテ居ラス、此點丈ハ不對等デアアル、歐米諸國ノ通商條約ハサウデナイ、例ヘバ佛蘭西カラ獨逸(或商品ヲ入レルトキニハ幾ラノ稅ヲ課スル、獨逸カラ佛蘭西(或商品ヲ入レルトキハ幾ラノ稅ヲ課スルト、斯ウ云フコトニ爲ツテ居ル、各國皆此ノ如キ條約ガ存シテ居ルノデ、關稅ニ付テ何等ノ條約モナイト云フ國ハ寧ロ文明國ニハ少イ、大抵條約デ極ツテ居ル、ソレモ皆國際法ダト謂ハナケレバナラヌ、ソレハ從來ノ一般ノ觀念ニ全ク反スルコトデアアルカラ私ハ矢張り是マデノ一般ノ慣例ニ從ツテ法律ノ内容ヨリ國法、國際法ノ區別ヲ觀察スル方ガ穩當デアアルト思フ

サテ是マデハ國際法ト云フモノヲバ矢張り法律デアアルトシテ論ジテ居ルガ、學者ニ依ツテハ國際法ハ法律ニ非ズト云フコトヲ唱ヘル、今其理由ヲ聞タト云フト、第一ニハ是ハ主權者ノ命令デナイ、如何ニモ其通りデス、國際法ト云フモノハ對等ノ國ガ互ニ約束ラシテ極ムルカ然ラズンバ其間ノ慣習ニ依ツテ極マルト云ヒマスケレドモ、直接又ハ間接ニ或主權者ガ命令スルト云フコトハナイ、對等國ノ間ニ命令ト云フコトハ有り得ヌコトデアアル、ソレガ一ツノ理由、今一

ツニハ制裁ガナイト云フ、國內ノ法律ナラバ或者ガソレヲ犯スト云フト裁判所ニ訴ヘテ甚シキハ刑罰ヲ科スルト云フヤウナ制裁ガアルケレドモ、國際法ニハサウ云フコトハナイ、ソレダカラ是ハ法律デナイト、斯ウ云フノガ國際法ハ法律ニ非ズト云フ説ノ根據ノヤウデアアル私ハ此説ヲ採用スルコトハ出來ナイ、先づ第一ニハ豫メ法律ノ定義ヲ論ズルニ當リテ主權者ノ命令トカ制裁トカ云フモノハ法律ノ要素デナイト云フコトヲ私ハ論ジテ居ル、故ニ此一ツノ理由デモ既ニ國際法ハ法律ニ非ズト云フ説ヲ論破スルニ足ルトハ思ヒマスケレドモ、尙ホ進ンデ論ズレバ、第二ニ成程國際法ハ主權者ノ命令トハ云ヘナイケレドモ併シ主權者ガ定メタモノデアルトハ言ヘル、此命令説ハ近頃大分學者間デモ命令ト云フテハ穩デナイト云フコトヲ唱ヘル者ガアルヤウデスカラ「命令ト云フコトハ云ヘナイニシテモ」定メタトハ云ヘル、國內ノ法律ハ一ノ主權者ガ定メルノデアアルガ、國際法ハ二人以上ノ主權者ガ定メルノデアアル、併シ各主權者デアアルノダカラ主權者ガ定メタルモノニハ相違ナイ、第三ニハ性法論カラ言ヒマスルト主權者ガ定メタト云フコトガ云ヘナクテモ差支ナイ、否事實上カラ言ヒマスルト國際法ハ主權者ノ定メタルモノデアルト言ヒ得ル部分ハ寧ロ少ナイノデアアル、條約ヲ以テ定メタ部分ハ主權者ノ定メタ部分デアアル、慣習法モ或ハ主權者ガ定メタト云ヘルガ、併シ大部分ハ寧ロ性法ニ依テ定マル、「ドロシユス」ガ殆ド始メテ國際法ト云フモノヲ論ジタノデアアルガ、此「ドロシユス」ガ殆ド始メテ性法ト云フモノヲ論ジタノデアアル、即チ「ドロシユス」ハ性法ニ基イテ國際

法ト云フモノヲ論ジタノデアアル、其後國際法學者ハ性法ニ依テ種種ノ意見ヲ主張シテソレゾレ實際ニ行ハレテ居ルノデアアル、今日デモ條約デ定マコテ居ルコト、又ハ先例ノアルコトヲ除ク外ハ矢張り性法ニ依テ國際法ノ問題ヲ決スルノ外ハナイ、故ニ國際法學者ハ性法ヲ否認スルコトハ殆ド出來ヌノデアアル、即チ我我ノ如ク性法ノ存在ヲ認ムル者ハ國際法ノ一大部分ハ性法ヨリ成立ツ即チ主權者ガ定メタト云フコトハ必要デナイト斯ウ言ヒ得ラルルノデアアル、終ニ第四ニハ國際法ニ制裁ガナイト云フノハ甚ダ誤ッタ説デ、國際法ト雖モ悉ク制裁ガアル、其制裁ノ最モ強力ナルモノハ干戈デアアル、是ハ法律上ノ制裁トシテハ甚ダ如何ハシク思ハレマスケレドモ國法ニ付テモ半開ノ社會ニ在リテハ矢張り此戰鬪ト云フモノガ一ノ法律上ノ制裁デアッタ、我邦デモ多分サウデアッタラウト思ハレマスケレドモ研究ガ未ダ届キマセスカラ正確ナルコトハ分リマセヌガ、歐羅巴ノ歴史ニ付テ考ヘテ見ルト云フト疑ナキ事實デアアル、社會ノ未ダ進歩セザル時代ニ在リテハ私鬪ト云フモノガ即チ法律上ノ一ツノ制裁デアッタ、其遺習トシテ今日矢張り果シ合(「ヂュエル」)ト云フモノガ存シテ居ル、此「ヂュエル」ト云フモノハ法律ハ之ヲ認メナイ、寧ロ國ニ依リテハ之ヲ罰シテ居ル、ケレドモ昔ハ法律的ノモノデアッタ、デスカラ果シ合ト云ヘバ唯殺合フト云フ意味デハナイ、ソレニハソレゾレ方式ガアツテ、其方式ヲ履マナケレバ果シ合ニナラス、方式ヲ履マズシテ事實上ノ果シ合ヲ致シマスレバソレハ國ニ依リテハ謀殺トシテ論ズル、純然タル果シ合モ謀殺トシテ論ズル國モアルケレドモ、ソレハ謀

終ニ臨ンデ國法ト云フ文字ノ意味ニ付テ一言致シタイコトガアル、ソレハ外デハアリマセズガ、私ガ前ヨリ「國法」ト稱シ來タルモノハ或ハ國內法ト申シテモ宜シイ、一國ノ法律ト云フ意味デアル、然ルニ近來我邦ニ於テ「國法」ト云フ字ガ他ノ意味ニ使ハレル、ソレハ獨逸語ノ「スターツレヒト」(Staatsrecht)ト云フ字ノ翻譯トシテ使ハレル、ソレハ今日始マツタコトデモナイ、獨逸學者ハ餘程前カラ此言葉ヲ用ヒテ居ル、唯獨逸學者ガ勢力ヲ占メタノガ比較的新シイカラソレデ此言葉ガ比較的新シク思ハレテ居ル、是ハ一國ノ法律ト云フ意味デハナクテ國ニ關スル法律ト云フ意味デアル、私ハ寧ロ國事法トカ或ハ國家法トカ譯シタ方ガ宜イト思フ、「國家法」ト云フノハ餘リ面白イ言葉デハナイガ、併シ其方ガ分リ宜イカモ知レス、是ハ雖テ論ズベキ公法ノ中デ直接ニ國ニ關スル法規式ヲ意味スル、此言葉ハ殆ド獨逸ニ於テノミ行ハレテ居ル言葉デアル

以上ヲ以テ國法、國際法ノ御話ヲ終リマシタ

第三節 公法、私法

此區別ハ全ク法律ノ内容ヨリシテ觀察シタルモノデアル、如何ナルモノヲ「公法」ト云フカ、如何ナルモノヲ「私法」ト云フカト云フ公法、私法ノ定義ニ付テハ從來學者間ニ非常ニ議論ノアルコトデアル、殆ド學者毎ニ其定義ヲ異ニシテ居ル、併シ私ガ最モ穩當ナリト信ズル所ノ定

義ニ依レバ第一、公法トハ「國及ビ其一部ガ其資格ニ於テ行動スル場合ニ關スル法律」デアルト言フテ宜カラウト思フ、國ガ行動スルト言ヘバ或ハ租稅ヲ徵收スルトカ、或ハ徵兵ノ仕事ヲスルトカ戰爭ヲスルトカ、條約ヲ結ブトカ、ソレハ皆國自分ガスル行動デアル、「其一部」ト云フノハ有形及ビ無形ニ於テ之ヲ觀察シナケレバナラヌ、有形ニ於テハ例ヘバ地方團體ト云フモノハ矢張り國ノ一部デアル、無形ニ於テハ國ノ種種ノ機關デアル、司法行政各部ノ働ハ是ハ矢張り國ノ働ト言ヘル、何モ裁判所ト云フ法人ガアルノデハナシ、何何省ト云フ法人ガアルノデハナイハ、デスカラ、ソレハ矢張り國ノ働デアル、ケレドモ例ヘバ商業會議所ト云フモノガアル、是ハ一ノ法人デアル、其職務ハ如何ト云フニ成程一方ニ於テハ或地方ノ商人ノ利益ヲ圖ルト云フコトガアリマスケレドモ、ソレニシテモ私人ノ利益ヲ圖ルノデハナイ、寧ロソレハ見様ニ依ツテ利益ヲ圖ルノデアル、況ヤ商業會議所ノ職務ハソレバカリデハナイ、寧ロソレハ見様ニ依ツテハ附隨ノ目的デアル、國家ノ商業全體ニ付テ其繁榮ヲ圖ル、其利益ヲ進ムルト云フコトデアルノデスカラ是ハ一ノ公ノ機關、即チ國家ノ機關デアル、無形ニ言フタナラバ國ノ一部デアル、我邦ニハ一體サウ云フモノハ少イ、マダ商業會議所以外ニ於テ明カニ無形ノ國ノ一部デアルト云ヘルモノガアルカ、ドウカハ疑問デスガ、外國ニハ随分サウ云フモノガアル、例ヘバ官立ノ學校ト云フモノモマダ日本デハソレガ法人ト爲ツテ居ラス、併シ外國デハ隨分法人ト爲ツテ居ル例ガ多イ、若シ是ガ法人ト爲ツテ居ルト是レ亦國家ノ無形ノ一部デアル、教育ト云フ國家ノ

仕事ノ部分ニ付テ働クモノデアアツテ矢張り國家ノ一部デアアル、總テサウ云フ有形、無形ノ一部ガ「其資格」即チ國ノ資格又ハ國ノ一部ト云フ資格ニ於テ行動スル場合ニ關スル法律ヲ「公法」ト謂フノデアアル、ナゼ斯様ナコトヲ言フカト云フト、此點ガ最モ議論ノアル一ツノ點ニスケレドモ、國又ハ其一部デモ往住ニシテ私人ト同一ノ資格ニ於テ行動スルコトガアル、例ヘバ國ガ必要ガアツテ土地ヲ買フト云フ、サウスルト土地ノ所有權ト云フモノハ國家ガ之ヲ有スル場合デモ一私人カ有スル場合デモ原則トシテハ同ジデアアル、登記モシナケレバナラヌ、又其權利ノ範圍モ同ジデアアル、又ソレニ關スル賣買ト云フ契約ヲ結ブト云ヘバ此賣買モ矢張り民法ノ賣買ニ關スル規定ニ依ル、成程公法上國ガ賣買ヲスルニ付テ特別ナルコトハ固ヨリアルガ、ソレハ競賣ニ依ラナケレバナラヌトカ、或ハ特別ノ場合ニ限リテ隨意契約ガ出來ルトカ云フキウナコトデアアル、ソレヲ除イテハ矢張り民法ニ依ラナケレバナラヌ、此場合ニハ民法ガ公法ト爲ルト云フ譯デハナイノデ、ソレハ私人ト同一ノ資格ニ於テ國ガ行動スルノデアアル、ソコカラシテ「國及ビ其一部ガ其資格ニ於テ」ト云フコトガ必要デアアル、例ヘバ國ノ組織ニ關スル法律、憲法ノ如キ此定義ヲ稍ヤ事實ニ當嵌メテ論ジテ見ルト云フト、例ヘバ國ノ組織ニ關スル法律、憲法ノ如キハ重モニソレデアアル、併シ府縣制、郡制、市制、町村制ノ如キ又ハ各種ノ官制ノ如キ内閣官制、各省官制、地方官官制ノ如キ官制、或ハ裁判所構成法ノ如キハ皆國ノ組織ニ關スル法律デアアル(皆ト云フテ一箇條モ殘リナクト云フ意味デハナイ、今後申スコトモ是マデ申シタコトモ具體的

法律例ヘバ「裁判所構成法」ト云フ名ノ附イテ居ル法律ニ「憲法」ト云フ名ノ附イテ居ル法律ガ全部學理的ノ或種類ノ法律ニ屬スルト云フコトハ言ヘナイ、況ヤ國ノ組織ノ規定ト云フテモソレバカリデハナイ、外ノ事モ規定シテアル、唯主トシテ如何ナル種類ニ屬スルカト云フノデアアル)ソレカラ國ト人民トノ關係、是ハ例ヘバ刑法ノ如キ、人民ガ或行爲ヲ爲スト云フト國ガ罰スル、是ハ國ト人民トノ關係ヲ示シタモノ、行政法デモサウ云フモノガ深山アル、例ヘバ土地收用法、或場合ニ私人ノ財産ヲバ國家ガ取上グル、即チ國ト人民トノ關係、ソレカラ國ト國トノ關係、是ハ國際公法、ソレガ皆公法ノ下ニ含マレテ居ル、ソレハ皆定義ニ當マル、「國及ビ其一部ガ其資格ニ於テ行動スル場合ニ關スル法律」

第二ハ私法、其定義ハ「同國ノ若クハ國ヲ異ニセル人民又ハ人民ト同一ノ資格ニ於テ行動スル國若クハ其一部ノ間ノ關係ヲ規定スル法律」デアアル、普通ノ私法ハ皆同國ノ間ノ人民ノ關係ヲ規定シタルモノデアアル、併シ「國際私法」ト云フト主トシテ國ヲ異ニセル人民ノ間ノ法律デアアル、ソレカラ先刻申シタ通りニ國又ハ其一部ト雖モ私人ト同ジ資格ニ於テ行動スル場合ガアル、土地ヲ買フトカ金ヲ借りルトカ云フキウナ場合ハ皆一私人ト變ルトコトハナイ、サウ云フトキハ矢張り民法其他ノ私法ノ規定ニ從フ、此公法、私法ノ區別ハ羅馬法以來各國ニ於テ一般ニ行レテ居ル區別デアアル

第一編 公法

第一款 公法

先づ第一ニ公法ト云フモノヲ細別致シヤシテ第一ニハ國際公法、第二ニハ憲法、第三ニハ行政法、第四ニハ刑法ニ分タウト思フ

第一 國際公法

是ハ「二國以上ノ間ノ關係、又ハ一國ノ主權ノ全部若クハ一部ガ他國ノ土地若クハ人民ニ及ブ範圍ヲ規定スル法律」デアル、國際公法ハ通常國ト國トノ關係ヲ定ムルモノデアル、甲國ノ代表者ガ乙國ニ對シテ爲シタル行爲ガ如何ナル程度ニ於テ甲國ノ權利義務ヲ生ズルカ、戰爭ノ場合ニ交戰國ハ互ニ如何ナル權利義務ガアルカ、中立國ハ如何ナル權利義務ガアルカト云フヤウナコトハ皆國ト國トノ關係、併シ一國ト他國ノ人民トノ關係モ亦所謂國際公法ノ中ニ這入ル、其重モナル場合ヲ云ヘバ國際刑法ノ如キ、甲ノ國ニ於テ乙ノ國ノ人民ガ犯罪ヲ行フタ場合ニハドウスルカ、或ハ甲ノ國ハ乙ノ國ニ於テ犯罪ヲ行フタ者ガ來タラバドウスルト云フヤウナコトガ所謂國際刑法デアル、其中ニハ犯罪人引渡ト云フ問題モ這入ル、此等ハ矢張り國際公法ニ屬スル、併シ通常ハ別ニ「國際刑法」ト云フテ他ノ狭イ意味ニ於ケル國際公法ト區別致シマス、ケレドモ學理上ハ矢張り國際公法デアルト云マコトハ言ヘキ、
第二 憲法

其定義ハ大變議論ガアル、併シ私ガ下サントスル定義ハ「主權ノ所在及び其作用ノ原則、就中直接ノ立法ニ關スル事項ヲ定メタル法律」デアルト云フノデアル、例ヘバ我邦ニ於テハ主權天皇ニ在リト云フ、是ハ憲法上ノ原則、佛蘭西ナラバ主權國家ニ在リト云フ、或ハ國民ニ在ルト云フ、ソレハ學說ニ依テテ違フガ、兎ニ角ソレガ憲法上ノ原則、獨逸帝國ノヤウナ所ハ主權ガ各聯邦ニ在ルト謂ハナケレバナラヌデアラウ、併シ其主權ニハ多少ノ制限ガアル、英國ノ如キハ主權ガ君主及び國會ニ在ルト云フノガ正シイノデスケレドモ我邦デハサウ云フコトハナイ、併ナガラ法律又ハ豫算等ハ帝國議會ノ協賛ヲ經ナケレバナラヌト云フコトガ矢張り憲法上ノ原則デアル、是ハ我邦デハ詰リ主權ノ作用ニ關スル一ノ制限デアルト謂ハナケレバナラヌ、尤モ私ガ謂フ所ノ「憲法」ハ例ヘバ帝國憲法或ハ或國ノ「憲法」ト名クル法律トハ違フ、學理上ノ憲法デアル、通常帝國憲法ヲ首ト致シテ或國ノ憲法ト稱スル法律ハ必ズシモ私ノ定義ニ合ハナイ、即チ學理的憲法以外ノコトヲ所謂「憲法」ニ掲グルコトモアリ、又學理的憲法ニ屬スルコトヲ所謂「憲法」ノ中ニ規定シナイデ他ノ法律ヲ以テ規定スルコトモアル、是ハ實際ノ便宜ニ從フノデアッタ、ソレガ惡イト云フノデハナイガ、兎ニ角學理ニハ合ハヌト云フコトニ爲ル、例ヘバ我邦ノ帝國憲法ニ付テ言フテ見テモ學理的憲法以外ノ規定ヲ含ンデ居ル、例ヘバ彼ノ憲法第二章ニ規定シテアル「臣民ノ權利義務」ト云フモノハ大抵は憲法の規定デハナイト私ハ思フ、アレハ或ハ私法ニ屬スルモノモアル、或ハ行政法ニ屬スルモノモアル、例ヘバアノ中ニ

日本臣民ハ文武官ニ任ゼラルルコトガ出来ル云フコトガ書イテアル、是ハ行政法ノ問題、或
 「日本臣民ハ兵役ノ義務ヲ有ス」トアル、是モ行政法ノ問題、「日本臣民ハ納税ノ義務ヲ有
 ス」トアル、是モ行政法ノ問題、「日本臣民ハ居住及移轉ノ自由ヲ有ス」是ハ私法ノ問題、「日本臣
 民ハ法律ニ依ルニ非スシテ逮捕監禁審問處罰ヲ受クルコトナシ」是ハ廣イ意味ニ於ケル刑法ノ
 問題、「日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハルルコトナシ」是モ半ハ廣
 イ意味ニ於ケル行政法ノ問題、半ハ私法上ノ問題、「日本臣民ハ其ノ許諾ナクシテ住所ニ侵入セ
 ラレ及搜索セララルコトナシ」是ハ私法ノ問題、「日本臣民ハ信書ノ秘密ヲ侵サルルコトナシ」
 是モ私法ノ問題、「日本臣民ハ信教ノ自由ヲ有ス」是モ私法ノ問題、ソナハ風ニ「臣民ノ權利義
 務」ト云フ所ニ規定シテアルコトハ多クハ憲法の規定デハナイ、唯此規定中デ明カニ憲法規定
 デアルト云ヘルノハ或事柄ヲ法律ヲ以テ定メナケレバナラヌト云フコトガ規定シテアル
 「法律ニ依ルニ非スシテ」ト云フ風ニ法律ヲ以テ定メナケレバナラヌト云フコトガ規定シテアル
 ル、其範圍丈ニ於テハ憲法の規定デス、如何ナルコトヲ法律デ定メナケレバナラヌカト云フコ
 トハ憲法の規定デアル、併シ此等ノ規定ハソレヲ注トシテ規定シテアルノデハナイ、其條項ニ
 ハ何何ノコトヲ定ムルニハ法律ヲ以テスト云フコトハナイ、何何ノ權利ヲ有シ何何ノ義務ヲ有
 スト云フ、其方が主ニ爲ラテ居ルカラソレハ憲法の規定デハナイ、而シテ其界限ハ風ニ「風ニ」

之ニ反シテ又帝國憲法中ニ學理的憲法ニ屬スル事柄ヲ除イテアル、例ハ皇位繼承、ソレカラ
 攝政、此等ノコトハ皆憲法上ノ問題デ、外國ノ憲法ニハ大抵規定シテアル、寧ロソレガ一番初
 ニ規定シテアル、然ルニ我邦ノ憲法ニハ是ガ規定シテナイ、是ハ皇室典範ニ譲ララル、隨テ
 皇室典範ノ一部分ハ學理的憲法デアルト言ヘル、ソレカラ議院法、衆議院議員選舉法、貴族院
 令ナドト云フヤウナモノモ學理的憲法ニ屬スルモノデアルト言ヘル、外國デハ多クは憲法ノ
 中ニ規定シテアル、ソレデスカラ私ノ定義ハ帝國憲法ト較ベテ見ルト合ハナイ、又何レノ國ノ
 憲法トモ合ハナイ、ケレドモ學理的此ノ如キモノデアルト思フ

ソナラバナゼ帝國憲法ガ學理的區別ニ範圍ヲ異ニシテ居ルカト云フト、是ハ大ニ理由ノアル
 コトデ、必ズシモ立法者ハ學理的區別ニ依ラナケレバナラヌト云フコトハナイ、先ヅ「臣民ノ
 權利義務」ト云フモノヲナゼ帝國憲法ノ中ニ規定シタカ、是ハ私ノ思フニハ外國ノ沿革上ノ理
 由ニ依ラタモノデアラウ、外國ノ憲法ニハ大抵是ガ規定シテアル、ソレハナゼデアラウカ、歐
 米諸國ノ憲法ト云フモノハ皆君主ガ暴政ヲ施シテ人民塗炭ノ苦ニ堪ヘナイ餘リ、或ハ革命ノ騷
 亂ヲ起シ其他人民ガ君主ニ迫ラテ將來ハ暴政ヲ施サナイト云フ約束ヲシテ貰ヘナケレバナラヌ
 ト云フノデ竟ニ「憲法」ト云フ書キ物ヲ公布セシムルニ至ラタナラザル、歐米諸國ノ憲法ト云フ
 モノハ大抵皆サウデアアル、稀ニサウ云フノデナケレバ或國ノ君主其他ノ政府ガ暴政ヲ施シタ爲
 メニ其政府ヲ顛覆シ若クハ其羈絆ヲ脱シテ新ニ政府ヲ立テルニ至ラテ又候暴政ヲ施ス政府ガ出

ヲハナラヌカラ憲法ト云フ書キ物ヲ作テ豫メ之ヲ防グト云フノデアル、例ヘバ亞米利加ガ獨立シタトキニ憲法ヲ作リタノハ多分サウ云フ意味デアラウト思フ、サウ云フ意味合カラ出來テ憲法デアアルカラシテ臣民ノ權利義務ヲ定ムルト云フコトガ寧ろ憲法ノ重モノナル一ツノ目的デアアル、例ヘバ日本臣民ハ均シク文武官ニ任ゼラルル權利ガアルト云フコトガ書イテアル、今日デハ何ノ必要モナイコトノヤウダガ是ハ社會ニ階級ノ存シテ居、タノヲ其階級ヲ打破シタトキニハ必要デアアル、日本デモ封建時代ニハ士族デナケレバ或職務ヲ行フコトハ出來ヌ、士族ノ中デモ或階級ノ者デナケレバ或重要ナ職ニ就クコトガ出來ヌト云フコトガアル、外國デモ皆其通り、ソレヲ國民ハ國法ノ前ニハ皆同等デアアルト云フ主義ヲ採用シテ斯ウ云フコトヲ書イタノデアアルニ兵役ノ義務ヲ有スル是ハ義務ヲ有スルト云フコトヲ憲法デ極メル必要ナチイケレドモ、濫ニ兵役ニ就カセラレテハチラヌト云フノデ、即チ法律デ以テ一定ノ條件ヲ定メル、今一ツハ是モ國民ガ皆兵役ノ義務ヲ負ラノデアア、或階級ノ者次ケガ軍人ト爲ルケデハナイ、日本デモ封建時代ニハ士族ト云フモノガ軍人ト爲ラテ兵役ノ義務ヲ勤メル、其代リ平生遊ンデ居、チモ常祿ト云フモノガア、チ食フニ困ラヌ、斯ウ云フコトハ止メテ仕舞フト云フ其二ツノ意味ヲ含ム、其他之ニ準ズルンデ皆暴政ニ對スル豫防デアアル、ソレデ之ヲ憲法ニ書イタケレドモ學理的カラ言、チ見ルトソレハ憲法上ノ問題デハナイ、我邦ニ於テハ右様ノ沿革ガナオカラ或ハ此憲法第二章ノ規定ハ殆ド其必要ガナカ、チカモ知レヌト思フ、唯併シ此等ノ臣民ノ權利義務ト

云フモノヲバ重シナケレバナラヌト云フ所カラ此等ノ大原則ハ一片ノ法律ヲ以テ左右スルコトハ出來ヌ、是ハ憲法ノ規定デア、テ之ヲ改ムルニハ非常ニムズカシイ條件ヲ要スル、帝國憲法ノ第七三條ニ依レバ憲法ノ改正ハ必ず勅命ヲ以テ其議案ヲ提出セラルル、ダカラ議員ナドカラ他ノ法律案ノヤウニ提出スルコトハ出來ナイ、ソレカラ其議決ハ兩議院ニ於テ各、其總員ノ三分ノ二以上出席シナケレバ議事ヲ開クコトガ出來ヌ、而シテ出席議員ノ三分ノ二以上ノ多數ヲ得ナケレバ決議ガ出來ナイト云フコトニ爲ラテ居ルカラ非常ニ鄭重ナモノニ爲ラテ居ル、詰リ此大原則ハ容易ニ動カヌコトハ出來ヌモノデアアルト云フコトヲ明カニスル爲メニ特ニ之ヲ憲法中ニ規定シタルモノト云フテ宜カラウト思フ

ナテ又皇位繼承、攝政ナドニ關スル事柄ヲナゼ憲法中ニ規定セズシテ皇室典範中ニ規定シタカト云フト是ハ又我邦ノ國體カラシテ之ヲ必要トシタノデアアル、我邦ハ世界無比ノ萬世一系ノ皇統ヲ戴イテ居ルノデアアルカラ人民ガ選舉ニ依リテ君主ヲ定メタトカ或ハ「憲法」ニ依リテ君主ヲ定メタトカ云フトハマルデ趣ガ違フ、況ヤ共和國ナドト云フモノトハ比較スルコトガ出來ナイ、ソレデ此皇位繼承、攝政ナドト云フ皇室ノ事ハ一切帝國議會ヲシテ豫メ容レシメザル精神デアアル、法律ヲ豫算ニ付テハ帝國議會ノ協賛ヲ經ルト云フコトハ天子ノ思召デ特ニサウ云フヤウニ御定メニ爲ラタ、併シ皇室内部ノ事ニハ干渉セシメナイト云フ精神デ出來テ居ル、ソコデ皇室典範ノ中ニ規定シテ憲法ノ中ニハ規定シナイ、憲法第二條ニ「皇位ハ皇室典範ノ定ムル所

ニ依リ皇男子孫之ヲ繼承スルトアル、ソレカラ帝國憲法ノ第七四條ニ「皇室典範ヲ改正ハ帝國議會ノ議ヲ經ルヲ要セス」ト斯ウ云フコトニ爲ラテ居ル
 ソレカラ又議院法、衆議員議員選舉法、貴族院令ナドハナセ帝國憲法ノ中ニ入レナカッタカ、外國デハ多ク遺入ラテ居ルノニナセ入レナカッタカト云フト、是ハ時勢ノ必要ニ應ジテ改正ヲ容易クスル爲メデアル、帝國憲法ノ箇條ハ先刻申上ゲタキヤウニ非常ニ鄭重ナル條件ヲ以テデナケレバ改正ハ出來ヌ、帝國憲法施行以來既ニ二十年ノ星霜ヲ經テ居ルケレバナラス、現ニ衆議院ラレス、所ガ議院法其他ノモノハ隨分時勢ノ必要ニ應ジテ改正シナケレバナラス、現ニ衆議院議員選舉法ノ如キハ全部明治三十三年ニ改正ニ爲ラテ居ル、議院法モ既ニ改正セラレタ點モアリ、貴族院令モ時時改正ノ必要アリト云フコトヲ聞ク、又既ニ改正セラレタ點モアル、ソレデ此等ノモノハ他ノ法律、勅令ト同ジヤウニ容易ク改正ノ出來ルヤウニ態ト憲法ノ中ニ入レナイノデアルト思フ、ダカラ此等ノ便宜上ノ理由カラ學理ト合ハナイ所ノ法律ガ出來テ居ル、決シテソレガ必ズシモ惡イトハ言ハナイ

第三 行政法

是モ人人ニ依ラテ大變定義ガ違ヒマヌガ、私ノ定義ニ「主權ノ作用ヲ掌ル機關ノ組織及ビ職務並ニ國ト國ノ一部トノ間又其各部相互ノ間又ハ刑法ヲ除ク外國若クハ其一部ト人民トノ間ノ關係ヲ規定スル法律」デアル、「主權ノ作用ヲ掌ル機關」ト言ハバ國務大臣ヲ首ト致シ或ハ司法機關即

チ裁判所、或ハ地方團體モ亦其中ニ遺入ルト思フガ、ソレ等ノモノノ組織及ビ職務、是ハ行政法ノ最モ重モナル部分ト云フテモ宜カラウト思フ、其外ニ又國ト國ノ一部トノ間ノ關係、國ト地方團體即チ府縣、郡、市、町村等トノ關係又ハ國ト商業會議所トノ關係、又其各部相互ノ間ノ關係、府縣ト郡、市、町村トノ關係、或ハ市、町村ト他ノ市、町村トノ關係、又ハ國若クハ其一部ト人民トノ間ノ關係、土地收用法ノ如キ、國ガ公益ニ基イテ人民ノ財產ヲ取上ゲルコト等ヲ規定スル、或ハ國ガ公ノ必要ニ基イテ租稅ヲ徵收スルノデアルカラ、稅法ノ如キハ無論行政法デス、ソレカラ府縣、市、町村ノ如キモノガ府縣稅、市町村稅ノ如キモノヲ取立テルト云フヤウナコトハ皆行政法デアル、即チ成文ノアルモノデ具體的ニ例ヲ示シマスト、例ハ内閣、各省、地方官等ノ官制、ソレカラ裁判所構成法、或ハ行政裁判法トカ訴訟法トカ或ハ地方制度タル府縣制、郡制、市制、町村制或ハ土地收用法、鑛業法、諸稅法即チ地租條例、登錄稅法、印紙稅法、所得稅法、營業稅法等デアル、此等ノモノハ玆ニ所謂行政法ニ屬スル、裁判所構成法ハ行政法ニ入レナイモノガアリマスケレドモ理論上ハドウシテモ行政法デアル、畢竟スルニ我「行政法」ト稱スルモノハ公法ノ中デ國際公法、憲法ソレカラ懸テ論ズベキ所ノ刑法ノ三ツヲ除イタモノニ爲ラ仕舞フ

第四 刑法

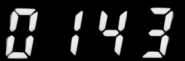
此「刑法」ト云フノハ廣イ意味デ、狹イ意味ノ刑事訴訟法ト別ニ云フ所ノ「刑法」デハナイ、

ルト建物ノ所有權ニ付テハ一人ノ建物ノ所有權ト同ジコトデアアル、コレハホンノ一ツノ例デ
 債權ニ付テ言フテ見テモ其他ノ權利ニ付テ云フテ見テモ總テ同ジコトデアアル
 著作權、特許、意匠、商標ノ權利(商標ガ商人ニ屬スル場合ニ於テハ商法ノ一部ヲ成スベキモ
 ノトモ謂ヘル)ノ如キ、矢張り是ハ原則トシテハ民法ニ屬スルモノデアアル、此等ノモノヲ特ニ私
 法ノ一分科トシテ商法ナドト竝ニ稱スルコトハ出來マスケレドモ、若シ之ヲ獨立ノ一分科トシ
 ナケレバ矢張り此等ノモノハ民法ニ屬スルモノデアアル

第二 商法

「商法」トハ「私法中商事ニ關スル特別ノ規定」ヲ謂フノデアアル、我邦ノヤウニ商法ト云フ法典
 ガアラウトモナカラウトモ、學理上ニ於テハ「商法」ト云フ區別ヲ爲スコトハ出來ルノデアアル、
 唯私ノ信ズル所ニ據レバ民法ト商法トヲ區別スルコト云フコトハ是ハ歐羅巴ノ沿革上ヨリ來リタ
 モノデアリテ、學理上之ヲ分ツト云フコトハ其當ヲ得ナイト私ハ思フ、先ヅ其當ヲ得ナイト云
 フ理由ヲ申上ゲマスルト商事ト云フモノノ範圍ガ頗ル曖昧デアアル、各國ニ於テ商事ノ範圍ヲ定
 ムルニ付テハ隨分學者及立法者ガ苦心ヲシテ居ル、併ナガラ其苦心ハ結局水泡ニ屬シテ學理
 的標準ヲ定ムルコトガ出來ス、ソレデ各國大抵皆商事ノ範圍ハ列舉のニナリテ居ル、純然タル
 抽象的範圍ヲ定メテ居ル例ハ私ハ知ラス、或ハ私ノ寡聞ノ致ス所カモ知ラスガ私ハ知ラス、皆
 列舉のニナリテ居ル、唯列舉ガ細カニナリテ居ルカ、又ハ概括的ニ列舉シテアルカト云フ丈

ノ違ヒデアアル、私ノ思フニハ是ハキウアルベキコトデアアル、全ク抽象的ニ「商事ト云フモノハ
 此ノ如キモノデアアル」トハツキリ定メルコトハ出來スノデアラウト思フ、試ニ我商法ノ規定ニ
 依リテ考ヘテ見ルト、我商法ハ固ヨリ列舉主義ヲ取リテ居ルカラ抽象的ニ規定ヲ設ケテ居ルノ
 デハナイ、併ナガラ學者ガ試ニ抽象的定義ヲ下サウト思フテモ下スコトハ出來スノデアラウト
 私ハ考ヘル、例ヘバ手形行爲ト云フモノハ何人ガ之ヲ爲ストモ又如何ナル目的ヲ以テ之ヲ爲ス
 トモ皆商行爲トナル、例ヘバ私ガ金ヲ銀行ニ預ケテ居リテ之ヲ引出スニ小切手ヲ發行スル、サ
 ウスルト云フト是ハ商行爲ニナル、サウカト思フト鑛山業ヲ營ム者、是ハ隨分利益ノアルモノ
 ト聞イテ居ル、其代リ損失ノアル山モアルガ、足尾銅山ナドハナカナカ儲カルサウデス、併ナ
 ガラ我商法ニ依レバ、鑛山業ハ商行爲ニハ屬セス、普通ノ觀念ノ商ト云フ方カラ致スト除程ヲ
 カシイコトデ、鑛山業ハ金ガ儲カル、私ガ手形ヲ發行シテ所ガ金ガ儲カラナイ、然ルニ私ガ手
 形ヲ發行シタノハ商行爲ニナリテ、鑛山業ハ商行爲ニハナラス、ソナラ經濟的意味カラ致ス
 ト云フト「商」ト云フモノハ工業ヲ含マヌ、經濟上ノ商業ト云フモノハ流通ト云フ中ニ這入
 ル、所ガ法律デ以テ商行爲トカ商業トカ云フモノノ中ニハ製造業ト云フモノガ矢張り這入リテ
 居ル、經濟的ニ言ヘバ製造業ハ工業デアリテ商業デハナイ、ダカラ經濟的意味ニ依ルコトモ出
 來ス、段段論ジ詰メテ見ルト法律上ノ商行爲トカ或ハ商業トカ云フモノハ學理的ニ説明スルコ
 トハ始メ出來ヌ、ソレ故ニ私ノ記憶ニ依ルト云フト何處ノ國デモ商行爲若クハ商業ノ範圍ト云



フモノハ皆列舉のニナリテ居ル、是ガ商事ト云フモノノ範圍、從テテ商法ノ範圍ト云フモノノ全ク人爲的デアリテ自然的デナイト云フコトノ證據デアル

ソレカラ第二ニハ通常「商法」ト云フ法典ニ規定シテアル事柄ハ所謂「商行爲」若クハ「商業」ニ特別ナル事ノミデハナイ、我商法ニ付テ言フテ見ルト商會社ト規定ガアル、チヨット考ヘテ見ルト「商會社」ト云フノハ商行爲ヲ業トスル所ノ社團デアルト書イテアルカラ是ハ全ク商事ニ特別ナルモノデアルヤウニ見ユル、焉ゾ知ラン此規定ハ民法ノ規定ノ結果トシテ商行爲ヲ目的トセズトモ凡ソ營利ヲ目的トスル所ノ社團ヲ法人トシヤウト云フ場合ニハ常ニ適用セラレベキモノデアアル、即チ民法ノ第三五條ニ明文ガアル「營利ヲ目的トスル社團ハ商會社設立ノ條件ニ從ヒ之ヲ法人ト爲スヨトヲ得」前項ノ社團法人ニハ總テ商會社ニ關スル規定ヲ準用ス、是ニ因リテ所謂商會社ノ規定ト云フモノハ決シテ商會社ニ特別ナルモノデナクテ、營利ヲ目的トスル一切ノ社團ガ法人トナル場合ニハ皆適用サルモノデアアル、從テテ今申シタ營業會社デモ漁業會社デモ、農業會社デモ又養蠶業會社デモ皆法人トスル場合ニハ商法ノ規定ニ依ル

ソレカラ我商法典ニハ(外國デモ大抵サウデスナレドモ)「海商」ト云フ一編ガ設ケテアル、標題カラ見ルト云フト「海ノ商ヒ」ト云フカラ無論是ハ商事ニ關スルモノデアルト、斯ウ謂ハナケレバナラス、又中ノ規定ヲ見テモ其一番初ノ箇條ニ此事ガ明カニナリテ居ル、即チ第五

三八條ニ「本法ニ於テ船舶トハ商行爲ヲ爲ス目的ヲ以テ航海ノ用ニ供スルモノヲ謂フ」トアル、併ナガラ是ガ船舶法ノ規定ニ依リテ總テノ船舶ニ準用サレテ居ル、船舶法ノ第三五條ニ「商法第五編ノ規定ハ商行爲ヲ爲ス目的ヲ以テセサルモ航海ノ用ニ供スル船舶ニ之ヲ準用ス」トアル、是ニ依リテ見ルト、海商ニ關スル部分モ決シテ商事ニ特別ナルモノデナクテ、殆ド總テノ船舶ニ適用セラレベキモノデアアル、商法中ノ最も重モナルモノノ一ニ例ヲ申上ゲテモ既ニサウデアアル、シテ見ルト商法ノ實質ガ特別ノ規定デアルト云フコトハ出來ナイ、成程中ニ全ク特別ナモノモアル、例ヘバ商業登記、商號、商業帳簿、是ハ全ク商業ニ特別ナモノデアアル、併シソレ等ノ少數ノモノヲ除イテハ必ズシモ商事ニ特別ナモノデアルト云フコトハ申サレヌ、又現行法ニ於テハ商事ニ特別ナルモノトナリテ居リテモ、理論上ニ於テモ又實際上ニ於テモソレヲ商事ニ特別ナルモノトシナケレバナラスト云フ理由ハナイ

故ニ民法ト商法ト云フモノヲ分チテ私法ノ細別ト爲スト云フコトハ理論上ニ於テ其當ヲ得ナイト云フコトヲ私ハ豫テ考ヘテ居ル、然ルニ歐羅巴ニ於テハドウデアアルカト云フト法典國ニ於テハ大抵皆民法ト商法トヲ分ケテ居ル、佛蘭西デモ獨逸デモ西班牙デモ葡萄牙デモ、白耳義ハ佛蘭西ノ法典ガ其儘行ハレテ居ルカラ勿論ノ事、伊太利デモ其他小國デモ大體皆サウデアアル、是ハ私ノ信ズル所ニ據レバ全ク沿革上ノ理由ニ依リタモノデアアル、而シテ先ヅ初ニ佛蘭西ガ民法ト商法トヲ別ナ法典ト致シタノデアアル、法典ニ於テハ佛蘭西ガ最も先進國デアアルカラ(佛蘭西

法典ヨリ前ニ法典ハアツタケレドモ法典ノ分類ヲ致シマシテ民法、商法、刑法、民事訴訟法、刑事訴訟法トシ、名ケテ五法典ト申シマシタ。是ハ佛蘭西ガ原トデ、ソレヲ獨逸デモ伊太利デモ和蘭デモ何處デモ皆真似テ法典ヲ造ツタ。佛蘭西ニ於テ民法、商法ヲ分ツテ二法典ト爲シタト云フコトガ他ノ國ニ於テ之ヲ分ツタ實際上ノ理由トモナラズ居ルデアラウト思ヒマスガ、併シ歐羅巴全體ニ付テ沿革上ノ理由ガアルト思フ、即チ歐羅巴ノ民法ハ今日ニ至ルマデ實ハ羅馬法ノ糟粕ヲ嘗メテ居ルト云フテモ殆ド宜イ位デ、民法上ノ原則ハ今日尙ホ羅馬法ノ原則ニ依リテ居ル、細目ニ至ラテハ大ニ異ナラ居リ、又著シク進歩シタ跡モナイコトハナイケレドモ概シテ之ヲ言ヘバ歐羅巴ノ法律ト云フモノハ矢張り羅馬法ノ主幹ニ據リテ居ル、民法ハ確ニザウデアアル、所ガ其羅馬法ノ民法ト云フモノハ比較的ニ進歩シタモノニハ相違ナカクタルデアリマスケレドモ、動モスルト形式ニ拘泥シ、サウシテ羅馬法ハ商業ガ餘リ振ハナカクタルデスカラ商業上ノ便利ト云フヤウナコトハ眼中ニ措カズシテ法律ガ出來テ居ル、從テ類ル迅速ナコトガ多イ、商業ノ如ク迅速ヲ貴ブモノニハ不適當ナル事柄ガ隨分尠カラヌ、其上ニ封建時代ニハ諸侯ガ隨分暴政ヲ施シタモノデアラツテ、隨テ裁判ナドト云フモノモ動モスレバ偏頗ニ流レタ、法律其物ガ商業ニ適セザルコトガ多イ上ニ裁判ガ必ズシモ公平デナク、又其手續モ必ズシモ迅速ニ運ブト云フ譯ニハイカヌカラ商業ガ稍々進歩スルニ至ラテハ到底此ノ如キコトニ安ンジテ居ル譯ニイカナイ、ソコカラ致シマシテ民法上ニ於テハ羅馬ノ原則ニ從ラテ殆ド差支ガナカクタルデアアルク

レドモ、商業上ニ於テハドウモ羅馬ノ原則ニ依ルコトガ出來ヌ、又裁判モ普通ノ裁判官ニ裁判シテ賈フト云フコトガ甚ダ不利益デアル、ソコデ商業ノ中心トナラ居ル地方ニ於テハ自ラ商業上ノ慣習法ト云フモノガ出來ヌ又裁判所モ特ニ商事裁判所ト言フモノヲ設ケ、諸侯若クハ帝王ノ普通ノ裁判所ト異ナツタル専門ノ裁判所ヲ設ケルト云フコトニナツタ、ソレガ爲メニハ商人共ガ諸侯ニ賄賂ヲ贈ラタリ何カシテヤトサウ云フ特權ヲ得タ、ソコカラ致シマシテ、商法ト云フモノハ民法トハ自ラ異ナツタル發達ヲ致シタ、イツシカ民法ト商法ト遠フモノデアルト云フヤウナコトニナラテ來タ、サウシテ商事裁判所ニ於テハ舊民法ヲ適用セズシテ商法ヲ適用スルト云フコトニナツタ

佛蘭西ニ於テハ千六百年代ニ於テ「ルイ」十四世ノ時代ニ勅令ヲ以テ殆ド「法典」ト稱シテ宜シイモノガ出來タ、現ニ學者ハ之ヲ「法典」ト稱シテ居ル、勅令ノ名ハソレヲ商令ト云フゾデアアル、併ナガラソレヲ一般ニハ「サヅワリ」法典ト云フ、ナゼカト云フト其勅令ノ重モナル起草者ガ「サヅワリ」ト云フ一ノ商人デアッタ、或ハ商人法トモ云フ、其外ニ尙ホ「海商法」ト稱シテ宜シイモノガ殆ド同時ニ出來マシタ、即チ二ツノ勅令ガ出マシタ、殆ド二ツノ法典ト云フテ宜シイ、佛蘭西ノ今日ノ商法典ト云フモノハ其二ツノ勅令ニ依ラタ所ガ多イ、海商法ノ如キハ殆ド全部「ルイ」十四世ノ勅令ニ依ラタモノ、當時ハ歐羅巴デ以テ佛蘭西ガ一番進歩シタ事ニ於テ進歩シテ居ラタモノデスカラ他ノ國ニハ此ノ如キ進歩シタ法律ハナカク、其後成文

ニ依テ民法、商法ナドガ極クタ、民法ハ概シテ羅馬法ヲ適用シタガ、商法ハ「ルイ」十四世ノ二ツノ勅令ニ依ッタノデアアル、サウ云フ風ニ西洋デハ沿革ガアツテ、今日ニナツテモ自ラ商法ト云フモノヲ別ニシナケレバナラヌト云フヤウナ殆ド先天ノ考ガアル、商事裁判所ト云フモノハ随分多数ノ國ニアル、其組織ハ違ヒマスガ、兎ニ角多クノ國ニアル、ソレハ皆沿革上ノ理由ニ依ッタモノト思フ

我邦ノ如クサウ云フ沿革ノナイ國デ、今新ニ法典ヲ作ルト云フノニ民法ト商法ト分ケテ二ツノ法典ニシタト云フノハ私ハ確ニ失策デアッタと思フ、況ヤ商事裁判所ナドト云フモノヲ設ケヤウト云フノハ途方途轍モナイト云フヲ宜シイ位デ、歐羅巴ニハ特別ノ沿革ガアルカラ巴ムコトヲ得ズ今日存シテ居ル、併シソレハドチラカト云フト、段段無クナル方ニ傾イテ居ルト私ハ思フ、日本ニハサウ云フ沿革モナイノニ唯歐羅巴ノ真似ヲシテ商事裁判所ヲ置カウナドト云フコトハ言語道斷ナコトデアル

此民法ト商法ヲ區別シナイデ二ツノ法典トスルト云フコトハ現ニ瑞西ニ於テ實行シテ居ル、「瑞西債務法」ト云フ瑞西聯邦ニ共通ナル法律ガアル、瑞西ト云フ國ハ獨逸見タヤウニ聯邦ニナテ居テ、サウシテ州ガ多ク集マツテ一ツノ聯邦國ヲ成シテ居ル、其聯邦國ノ法律ト云フモノガ一部分行ハレ、他ノ一部分ハ各聯邦、各州ノ特別法ガ行ハレテ居ル、聯邦民法ト云フモノハ出來タガ、マダ施行サレズ、併ナガラ聯邦ニ共通ノ債務法ト云フモノハアル、是ハ殆ド民法ト云

テ宜イ、成程親族、相續ナドノ事ガナシ、ソレカラ不動産ニ關スルコトハナイケレドモ其外ノ事ハ殆ド皆含マレテ居ル、其債務法ニハ通常民法及ビ商法ニ規定シテアルコトガ皆集マテアル

ソレカラ法典ハアリマセヌクレドモ英國ニ於テハ民法、商法ノ區別ハ致シマセズ、而モ商業ニ於テハ英國ハ世界ニ冠タル國デアアル、ソレデスカラ民法ト商法ト區別スルト云フノハ歐羅巴大陸ノ沿革ニ依ツテ起ッタモノデアツテ學理的理由ハ私ハナイト信ジテ居ル、成程商法ヲ別ニシナケレバナラヌト云フ論者ハ種種ノ理由ヲ提出スル、例ヘバ或法理學者ハ凡ソ物ハ單純ヨリ複雜ニ移ル、或ハ混同ヨリ分派ニ移ルト、斯ウ云フコトヲ言フ、成程ソレハサウデセウ、ソロカラ同ジ私法デモ之ヲ民法ト商法トニ分ケルノガ一ツノ進歩デアルト云フ、私ハ之ヲ信ジナイ、成程適當ナル方法ヲ以テ分派ヲ成スト云フコトハ進歩デアルケレドモ民法ト商法ノ區別ノ如キハ決シテ進歩トハ云ハレナイ、例ヘバ契約ノ中デモ保險契約ト云フヤウナモノハ餘程他ノ契約ト越テ異ニシテ居ルカラト云フノデ保險ニ關スル特別ノ規定ヲ設ケル、又ハ手形ニ關スルモノハ他ノ法律行爲トハ餘程越テ異ニシテ居ルカラト云フノデ特別ノ規定ヲ設ケル、ソレハ一ツノ法典ノ中ノ一章又ハ一編トシテモ宜シ、特別ノ法律トシテモ宜イ、要スルニ斯様ナルモノニ付テ特別ナル法律ヲ設ケルト云フノハ進歩デアルト思フ、保險業ガ進歩シ、手形ノ使用ガ頻繁ニナツテ來レバ勢ヒ此等ニ關スル特別ノ規定ノ餘程複雑ナルモノガ出來ナケレバナラヌカラ、爲

ニ特別ナル法律ヲ作ルモ宜シ、例ハ獨逸ニハ手形法ト云フ法典ガアル、又縱令法典ヲ別ニシナイマデモ例ハ保險ニ關スル特別ノ編ナリヲ設ケテ規定スルト云フノハ必要デア
ル、ケレドモ民法ト商法ヲ分ツト云フガ如キハ初ニ申上ゲタ如ク學理上ノ境界ト云フモノガナ
イ、隨テ之ヲ以テ進歩ト爲スノハ誤ラテ居ルト思フ、寧ロ瑞西債務法ノ如ク之ヲ併セテ規定
スルト云フ方が私ハ進歩デアルト思フ、又假ニ法典ニシテ置クトモ民法ノ規定ト商法ノ規
定トガ段段近寄テ來ルト云フノハ各國ノ傾向デアアル、例ハ獨逸ノ舊商法ニハ今日デハ民法
ノ中ニ規定シテアルコトガ澤山進入ヲ居ラタ、所ガ民法ト云フモノガ出來ルト云フトソレ等
ハ皆民法ノ中ニ收メテソレヲ商法カラ削ツタ、即チ言葉ヲ換ヘテ言フト一旦商法ニ於テ採用シ
タ所ノ原則ヲ一般ノ規定トシテ民法ニ採用シタ、此傾向ハ餘程著シイノデ、或商法學者、即チ
今佛蘭西ノ巴里ノ大學ノ商法ノ教授ヲシテ居ル「タレル」ト云フ人ナドハ常ニサウ云フ、商
法ハ侵略的法律デアルト云フ、ソレハドウ云フ意味カト云フト商法ノ規定ハ初ハ商事ニ特別ナ
モノデアッタノガ、段段總テノ場合ニ行ハルコトニナツテ、詰リ民法一般ノ規定トナルト云
フ傾向アル、ト云フコトヲ言フテ居ル、是ハ全クノ事實デアアル、隨テ「商法」ト云フ商事ニ特
別ナル規定ト云フモノノ範圍ハ寧ロ狭クナルノデ、從來商法ノ規定トシテ居ラタモノモ矢張り
民法ノ規定トナツテ仕舞フ、即チ此兩者ノ岐ルル所ガ段段少クナツタ、其方が却テ進歩デア
ルト思フ、即チ進歩ノ點ヨリ言ヘバ之ヲ二ツ併セル方が最も進歩シタノデアルト思フ、

尙ホ商法ヲ特別ニ致シマスル理由トシテ普通學者ノ唱フ所ニ據レバ商事ハ迅速ヲ貴ブ、手間
ヲ入レレバ商機ヲ失フテ仕舞フ虞ガアルカラ迅速ヲ貴ブ、或ハ商機ヲ失ハナイマデニモ資本
運轉ト云フコトヲ最も速ニ致シマスレバソレ丈ケ利益ガ多イ、詰リ商業ハ迅速ヲ貴ブト云フノ
ガ能ク學者ノ言フコトデ其爲メニ商法ニハ何事モ迅速ニ運ブヤウニ規定ガ出來テ居ル、ケレド
モ此迅速ヲ貴ブト云フコトハ必ズシモ商業ニ限ルコトデナカラウト思フ、世ノ中ガ進歩スルニ
從ツテ、農業ニ於テモ工業ニ於テモ其他ノ事柄ニ於テモ皆成ヘク迅速ニ事ヲ運ブノガ宜シト
云フコトニナル、何モ商業以外ノ事ハ緩慢デ宜シト云フコトハ決シテナイ、世ノ中ガ進歩ス
ルニ從ツテ「時ハ是レ金ナリ」ト云フテ皆迅速ヲ貴ブト云フコトニナル、
今一ツノ理由ハ商業ハ信用ヲ重ンズル、商法ニハ特ニ信用ヲ重ンズル趣意ノ規定ガナクテハナ
ラヌト云フコトヲ言フ、是モ何モ商業ニ限ルコトデハナク、農業ニ於テモ工業ニ於テモ將タ其
他ノ事業ニ於テモ信用ヲ重ンジナケレバ到底進歩シタ社會ノ取引ハ出來ナイ、ソレダカラ何モ
信用ヲ重ンズルノハ商業ニ限ルト云フコトハナイ、斯様ニ考ヘテ見ルト云フト詰リ商法ヲ特別
ノ法典トシテ置ク又ハ之ヲ私法ノ特別ノ分科トシテ置クト云フコトハ甚ダ理由ニ乏シイコトニ
ナツテ來ル、故ニ私ハ學理上ニ於テモ又實際ニ於テモ民法ト商法ヲ分タナイ方が宜イト思フ、
我邦ノ法典ハ隨分急イデ編纂シタモノデアアル、ソレデ初ハ民法ヲ佛蘭西人ノ「ボワソナード」
氏ニ頼ミ、商法ヲ獨逸人ノ「ロニスレル」氏ニ頼ンデ起草シテ貰ッタ、是ガ既ニ大ナル間違デ、

民法ト商法トガ全ク別ノ手デ出来テ居ル爲メニ非常ナク矛盾ヲ來シテ居リタ、然ルニ是ハ殆ド施行セラレヌデ皆延期セラレタ、商法ノ一部ハ多少ノ修正ヲ加ヘテ施行セラレマシタケレドモ其他ハ皆施行セズシテ延期セラレタ(明治三十一年七月ヨリ翌三十二年六月マデ名義上施行セラレテ居リタケレドモ實際始ド行ハレナカッタ)、之ニ代ルベキ法典ハ明治二十六年以來法典調査會ニ於テ出来マシタガ、其時ニ若シ自由ニ法典ヲ編纂スルコトガ出来タラバ私ハ他マデ民法、商法ヲ一ツニシテ規定シタイト思フテ居リタノデスケレドモ、條約改正等ノ關係デ非常ニ急イダモノデスカラ前ニ二ツノ法典トナリテ居ルモノヲ併セテ一ツノ法典トスルノハ又一層困難ガ多イノデ始息ナガラ矢張り民法、商法ヲ別ナ法典トシテ規定スルコトニナッタ、尤モ私ハサウ云フ意見デアッタガ、他ノ人ハ悉ク同一ノ意見デアッタカドウカ保證シマセス、兎ニ角私ハ民法ト商法ト分ツコトニ同意シタケレドモ學者トシテハ是ハ寧ロ遺憾デアッタト云ハナケレバナラヌ、他ノ事情ガナカッタラ民法、商法ヲ併セテ一ツノ法典トシナケレバナナカッタト思フ、何卒將來ニ於テ此法典ヲ改正スル機會ガアッタラバ二ツノモノヲ一ツニシテ規定セラルル様ニ致シタイト思フノデアアル

第三 民事訴訟法

私ガ此處デ「民事訴訟法」ト申スノハ廣イ意味デアッタ、寧ロ民事手續法ト申シタ方が宜イカモ知レスト思フ、即チ其定義ハ「私法關係ニ付キ裁判所ノ干與ヲ請フ手續ヲ定メタル法律」デア

アル

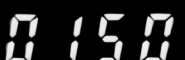
「民事訴訟法」ト云フ文字ヲ斯様ナル廣イ意味ニ隨分用フル、併シ或ハ「民事手續法」ト申シタ方が宜イカモ知レスト思フ、狭イ意味ニ於テハ「民事訴訟法」ト云フモノハ係争事件又ハ訴訟事件ニ關スルモノノミヲ謂フ、此「訴訟事件」ト云フノハ非訟事件ニ對シテ云フノデ、訴訟事件ト非訟事件トハ如何ナル點ニ於テ違フカト云フコトハ隨分學者間ニ議論ノアル問題デ、佛蘭西ニ於テモ獨逸ニ於テモ訴訟法學者ガ深ク研究シテ居ル問題デアアルガ、當事者ノ一方ノ主張ニ對シテ之ヲ争フコトアルベキ相手方アル事件ハ訴訟事件デアリ其他ノモノハ非訟事件デアルト謂ハナケレバナラヌ、例ヲ申上ゲマスルト甲、乙ノ間ニ争ガアッタ其争ヲ決スル爲メニ裁判所ニ出ル、ソレハ訴訟事件デアアル、之ニ反シテ別ニ争ハナイノデアアルガ例ハ後見人ヲ選ブニ付テ親族會ヲ招集シナケレバナラヌト云フト其親族會ヲ裁判所ニ於テ招集シテ貰ハナケレバナラヌト云フノデ其招集ヲ請求スル、此等ハ非訟事件デアアル、別ニ争ハナイ、併シ裁判所ノ干與ヲ經ナケレバ出来ヌコトデアアルカラソレデ裁判所ニ請求スル、之ニ反シテ訴訟ナラバンレハ争ガアルノデ、即チ甲ガ乙ニ對シテ或權利ヲ主張スル、乙ガ之ニ對スル義務ヲ履行シナイカラソレデ裁判所ニ訴ヘテ其裁判ヲ求ムルト云フノガ訴訟事件デアアル、細目ニ涉ルト隨分ムヅカシイ問題ガアッタ例ハ破産事件ト云フモノハ訴訟事件デアアルカ、非訟事件デアアルカト云フコトガ今以テ問題デアアル、併シ今日ノ有力ナル學說ニ據ルト破産事件ハ訴訟事件デアアルト云フコトニ

ナツテ居ル、ナウ云フモノニ付テハ多少議論ガアリマスケレドモ要スルニ一方ノ主張ヲ争フ相手方アルベキモノト然ラザルモノト云フノガ根本ノ區別デアラウト私ハ思フ
 シヨデ此狭イ意味ノ「民事訴訟法」ト云フ方カラ申スト「民事訴訟法」ト名ケル法典ニ規定シテアルコトハ勿論、尙ホ其外ニ「人事訴訟手續法」ト云フ法律ガアル、ソレカラ私其ノ信ズル所デハ「破産法」、ソレ等ノモノガ狭イ意味ニ於ケル民事訴訟法デアル、尤モ破産ノ規定ノ一部ハ寧ロ實體法デアツテ、訴訟法デハナイノデスケレドモ併シ其規定ノ大多數ハ民事訴訟法ニ屬スルモノデアルト思フ、ソレカラ廣イ意味ニ於ケル「民事訴訟法」寧ロ「民事手續法」ト云フタ方ガ宜イカモ知レヌガ、其中ニハ「非訟事件手續法」ト云フ法律モ遺入ルシ、ソレカラ「競賣法」ト云フモノモ遺入ル、ソノナモノガ皆廣イ意味ノ民事訴訟法、若クハ民事手續法ノ中ニ遺入ル、此等ノモノハ果シテ公法ナリヤ私法ナリヤト云フコトガヤカマシイ問題デアアル
 獨逸ニ於テハ今日ハ公法論ガ多數デアアル、多數ノ學者ハ皆民事訴訟法ハ公法デアルト申ス、其理由ヲ釋スレバ民事訴訟法ハ人民ガ法律ノ保護ヲ求ムル權利ノ側カラ觀察シテ居ル、各人ガ其私權ノ伸張ニ付テ國法ノ保護ヲ仰グ、裁判所ニ依ツテ其伸張ヲ圖ル、即チ言葉ヲ換ヘテ言ヘバ各人ガ裁判所ニ向ツテ或權利ノ實行ヲ求ムルト云フコトニ關スル規定デアアルカラ即チ是ハ公法デアアル、前ニ申シマシタ「國ガ其資格ニ於テ行動スル場合ニ關スル法律」デアアル、即チ裁判所ト云フモノハ國ノ一ツノ機關デアアル、デ其國ガ裁判所ト云フ機關ニ依ツテ各人ノ權利ヲ保護シテ

ヤルト云フコトニ關スル法律デアルカラ公法デアルト、斯ウ云フヤウナ側カラ云ツテ居ル、若シ之ヲ公法ノ細則ニ付テ何レノ部類ニ屬スルモノカト云ヘバ無論行政法ニ屬スルモノト謂ハナケレバナラス、即チ主權ノ作用ヲ掌ル機關ノ職務ニ關スル法律デアアル、裁判所ノ職務ト云フ方カラ云ヘバソレニナル、或ハ人民ガ裁判所ニ向ツテ或事ヲ請求スル權利又ハ裁判所ガ人民ニ向ツテ或事ヲ命令スル權利ト云フ側カラ云ヒマスト國ト人民トノ間ノ關係ヲ定メタル法律デアルト謂ハナケレバナラス、何レノ點カラ見テモ行政法デアアル、此事ハ獨逸ノ學者モ認メテ居ルノデ例ヘバ「フキツチング」ト云フ人ハ廣イ意味ノ行政法ノ中ニ民事訴訟法ト云フモノハ含まレテ居ルト云フコトヲ云ツテ居ル、公法說ヲ取レバ必ズサウデナケレバナラスト私ハ思フ
 佛蘭西ニ於テハ之ニ反シテ私法說ガ多數デアアル、是ハ觀察點ガ違フノデ、人民ガ裁判所ニ訴ヘルト云フコトハ詰リ其私權ヲ伸張スル一ノ方法ニ過ギナイ、債權者ガ執達吏ヲ債務者ノ許ニ遣シテ催告ヲ爲スト云フノモ、裁判所ニ訴ヘテサウシテ其履行ヲ求ムルト云フノモ同ジコトデア
 ル、詰リ債權者ガ債務者ニ向ツテ其權利ヲ主張スルノデアアルガ、其方法ハ自分ガ自ら行ツテ催促ヲシテモ宜シ、辯護士ヲ頼ンデ催促ヲシテモ宜シ、執達吏ヲ頼ンデ催促ヲシテモ宜シ、裁判所ヲ頼ンデ催促ヲシテモ宜イト、斯ウ云フヤウニ人民ノ權利ニ關スル問題デアルト、斯ウ云フ風ニ見テ居ル、ソレカラシテ是ハ私法デアルト云フ
 前ニチヨット申上ゲタカト思フガ瑞西ノ「ロガエン」ト云フ人ノ名高イ著書ガアル、其著書ハ

佛蘭西文デ書イテアルケレドモ中ニ參考シテアル本ハ却テ獨逸ノ本ガ多イ位、瑞西人ハ大抵佛蘭西ノ著書ト獨逸ノ著書ト兩方參考シテ居ル、ロガエンハ學者デスカラ無論兩國ノ著書ヲ參考シテ、サウシテ本ヲ書イテ居ル、其中ニ公法、私法ノ問題モ餘程詳シク又巧ニ論ジテ居ルガ、畢竟スルニ此「ロガエン」ト云フ人ハ民事訴訟法ハ私法デアルト云フ説ヲ取ツテ居ル、註私ノ思フニハ孰レモ理由ガアルノデ、必ズシモ獨逸ノ學者ノ説ガ誤ラテ居ル、佛蘭西ノ學者ノ説ガ誤ラテ居ルトハ云ヘヌト思フ、動モスルト獨逸ノ學者ハ佛蘭西ノ私法説ハ誤ラテ居ルト曰フ、況ヤ日本ノ所謂「獨逸學者」ハ固ヨリ佛蘭西ノ學説ヲ知ラヌ人ガ多イカラ私法説ハ誤ラテ居ルト云ヒマスケレドモソレハ狭イ量見デ私ハサウ云フコトハ容易ニ言ヘルモノデナイト思フ、詰リ觀察點ガ違フ、裁判所ノ仕事ト云フ方ニ重キヲ置ケバ無論是ハ公法ト謂ハナケレバナラス、併ナガラ人民ノ權利ヲ行フト云フコトニ重キヲ置クト私法ト謂ハナケレバナラス、ドチラニシテモ實ハ宜イ、極メヤウ次第デアアル、我邦ニ於テ立法者ガ如何ナル説ヲ取ツタカ、公法説ヲ取ツタカ、私法説ヲ取ツタカト申シマスルト私ハ我邦ノ立法者ハ確ニ私法説ヲ取ツタト謂ハナケレバナラスト思フ、外ニモ證據ハナイトハ云ヘマセヌガ、併シ其一ツノ證據、而シテソレハ爭フベカラザル證據ト私ハ信ズルノデアアルガ、ソレハ民法ノ第一二條第一項ノ第四號ニ「訴訟行為ヲ爲スコト」ト云フノガアル、茲ニ「左ニ掲ケタル行為」ト云フ、是ハ法律行為デアルト云フコトハ何人モ疑ハナイ、ソレハ第四條ニハ「法律行為」ト書イテアリマスカラ、ソレ

カラアトバ「行為」ト書イテアル、併シ皆法律行為ノ意味デアルト云フコトハ何人モ疑ハヌヤウデス、然ルニ民法ニ謂フ所「法律行為」ト云フモノハ私法的ノモノデアラテ私ハ之ヲ「私法的意思表示」ト云フ定義ヲ下シマスガ、人ニ依ラテハ「私法上ノ效力ヲ生ゼシムル」ト云フ定義ヲ下シマス、ドチラニシテモ觀念ハ同ジコトデ、要スルニ是ハ私法的ノモノ、其中ニ訴訟行為ト云フモノガアル、訴訟行為ト云フモノハ先ヅ訴ノ提起ト云フモノ、ソレカラ被告人トナラソレニ答辯ヲ爲ス、其答辯ト云フモノ、其他上訴デアルトカ、取下デアルトカ皆訴訟行為、公法説ニ據ルト私法的ナル法律行為ト云フモノデナイト謂ハナケレバナラス、ケレドモ我民法デハ法律行為ト見テ居ル、然ラバ矢張り私法的ノモノデアアル、訴訟行為ガ私法的ノモノデアルナラバ訴訟行為ニ關スル法律ガ民事訴訟法デアルカラ民事訴訟法ハ私法デアルト謂ハナケレバナラス、尤モ法典ノ規定ト云フモノハ主トシテ便宜上出來テ居ルモノデアラテ、學理ニ拘泥スルモノデアリマセヌカラ「民事訴訟法」ノ中ニモ純然タル公法ノ規定ハ數多アル、併ナガラ多數ノ規定ハ私法デアルト斯ウ云ハナケレバナラス、而シテ私ハ我邦ノ立法者ノ主義即チ訴訟行為ヲ法律行法ト見テ、從テ民事訴訟法ヲ私法ト見タト云フ主義ガ寧ロ公法説ヨリハ穩當デアルト思フ、其理由ハ一ツニハ民事訴訟法ガ行政法デアルト云フコトハ從來我邦ニ行ハレテ居ル普通ノ言葉ノ意味ニ反スル、民事訴訟法ガ行政法デアルト云ヘバ素人ハ勿論法律家ト雖モチヨト驚クデアラウト思フ、併シ公法説ヲ取レバ勢ヒサウ見ナケレバナラス、ソレカラ第三



ニハ當事者ガ訴訟行爲ヲ爲ス場合ニ裁判所ヲ相手方ト見レバ公法的行爲ニナル、裁判所ニ向テ或事ヲ爲ス、或ハ裁判所ガ當事者ニ向テ或事ヲ爲スト云フカラソレデ公法的行爲ニナル、即チ裁判所ノ職務デアルトカ又ハ裁判所ト人民トノ間ノ關係デアルト云フノダカラソレデ公法ニナル、併ナガラ私ハ裁判所ヲ當事者ノ相手方ト見ルハ其當ヲ得ナイト思フ、右様ト觀察點カラ致シマヌルト從來學者モ爭ハナイ所ノ民法、商法ノ規定デモ矢張り公法ニ屬スルト云ハナケレバナラヌコトガ多イデアラウト思フ、例ヘバ婚姻デアアル、婚姻ハ我民法ニ於テハ届出ニ依ッテ成立スルト云フコトニナツテ居ル、届出ト云フノハ誰ニ届出ヲ爲スノカ、戶籍吏ニ届出ヲ爲スノデアアル、戶籍吏ト云フノハ言フマデモナク公法上ノ機關デアアル、婚姻ノ届出ト云フモノハ若シ戶籍吏ヲ相手トシタナラバドウシテモ公法的ノモノト謂ハナケレバナラヌ、隨ッテ婚姻ハ届出ニ依ッテ成立スルト云フカラ婚姻其物ハ公法的ノモノデ、私法的ノモノデハナイト謂ハナケレバナラヌ、裁判所ガ公法的機關デアアルカラソレニ依ッテ爲ス所ノ事柄ガ公法上ノ行爲デアルト云フナラバ戶籍吏モ公法上ノ機關デアアルカラソレニ依ッテ爲ス行爲モ公法的行爲ト謂ハナケレバナラヌ、即チ婚姻ハ公法ニ屬スルモノト斯ウ謂ハナケレバナラヌ、其他隱居、養子縁組、協議上ノ離婚、離縁ナドモ皆届出ニ依ッテ爲スモノデアアル、然ラズンバ離婚、離縁ハ訴訟ニ依ッテ爲スノデアアル、訴訟ニ依ッテ爲ス場合ニハ因ヨリ民事訴訟法ニ屬スルカラ問題ヲ問題デ決スルヤウニナルガ、ソレヲ除ケバ皆届出ニ依ッテ爲ス、即チ戶籍吏ニ届出ヅルニ依ッテ爲ス、此

法文ニ「得」トアル、是ハ裁判所デ禁治産又ハ準禁治産ノ宣告ヲ爲スコトガ出来ルト云フコトヲ定メタダケデアアル、然ラバ裁判所ハ如何ナル場合ニ其宣告ヲ爲スカト云フコトハ詰リ裁判所ノ職務上ノ問題デ、其必要アル場合ニ宣告ヲ爲スト云フトニナル、サウシテ禁治産ノ場合ノ如キハ苟モ「心神喪失ノ常況ニ在ル」ト云フコトガ證明セラレタナラバ殆ド禁治産ノ必要ナルコトハ明カデアアル、之ニ反シテ心神耗弱者、聾者、啞者、盲者又ハ浪費者デアルト云フコトノ證明ガアツタモ先刻以來申ス通り必ズシモソレヲ準禁治産者トシナクトモ宜シイ、其必要ノナイト云フコトモアリ得ルカラソコハ裁判所ガ能ク自己ノ責任ヲ以テ區別シナケレバナラヌ

第二ニ準禁治産宣告ノ請求者、是ハ禁治産ノ請求者ト同一デアアル

第十三條 第七條及ヒ第十條ノ規定ハ準禁治産ニ之ヲ準用ス

唯此場合ニ於テ保佐人ハ矢張り適用ガナイ、保佐人ハ準禁治産者ニ付テノミ存スルノデアアルカラ新ニ準禁治産ノ宣告ヲ爲ス場合ニハマダ保佐人ハナイ

第三ニハ準禁治産宣告ノ手續、是ハ人事訴訟手續法ノ第六十七條ニアル、原則ハ禁治産ト同ジコトデアアル、準禁治産ニ關スル手續ニハ本章ノ規定ヲ準用ス

右ガ準禁治産ノ宣告ノ御話、次ハ第二、準禁治産ノ效力

準禁治産ノ效力ノ第一ハ保佐人ヲ置クト云フコトデアアル、此事ハ民法第十一條ニ明文ガアル、而シテ此保佐人ハ如何ナル者ガ之ニ當ルカト申スト第九百九條ニ「前七條ノ規定ハ保佐人ニ之



ヲ準用ス」トアル、此七條ト云フノハ即チ「親權ヲ行フ父又ハ母ハ禁治産者ノ後見人ト爲ル」トアルカラ詰リ是ガ準禁治産者ノ保佐人ト爲ル「妻ガ禁治産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ夫其後見人ト爲ル夫ガ後見人タラサルトキハ前項ノ規定ニ依ル」トアル、是モ矢張り準禁治産者デアレバ夫ガ保佐人ト爲ル「夫ガ禁治産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ妻其後見人ト爲ル妻カ後見人タラサルトキ又ハ夫カ未成年者ナルトキハ第一項ノ規定ニ依ル」、「前二條ノ規定ニ依リテ家族ノ後見人タル者アラサルトキハ戶主其後見人ト爲ル」、「前三條ノ規定ニ依リテ後見人タル者アラサルトキハ後見人ハ親族會之ヲ選任ス」トアル、此等ノ者ガ保佐人ト爲ルノデアアル

次ニハ準禁治産者ノ能力ノコトデアアル、此能力ニ關シテハ民法第十二條ニ明文ガアル

第十二條 準禁治産者カ左ニ掲ケタル行爲ヲ爲スニハ其保佐人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

一 元本ヲ領收シ又ハ之ヲ利用スルコト
 二 借財又ハ保證ヲ爲スコト
 三 不動産又ハ重要ナル動産ニ關スル權利ノ得喪ヲ目的トスル行爲ヲ爲スコト
 四 訴訟行爲ヲ爲スコト
 五 贈與、和解又ハ仲裁契約ヲ爲スコト
 六 相続ヲ承認シ又ハ之ヲ拋棄スルコト
 七 贈與若クハ遺贈ヲ拒絶シ又ハ負擔附ノ贈與若クハ遺贈ヲ受諾スルコト

八 新築、改築、増築、又ハ大修繕ヲ爲スコト
 九 第六百二條ニ定メタル期間ヲ超スル貸借ヲ爲スコト
 十 裁判所ハ場合ニ依リ準禁治産者カ前項ニ掲ケタル行爲ヲ爲スニモ亦其保佐人ノ同意アルコトヲ要スル旨ヲ宣告スルコトヲ得

前二項ノ規定ニ反スル行爲ハ之ヲ取消スコトヲ得

此規定ニ依レバ先ヅ第一ニ原則ハ如何カト云フニ準禁治産者ハ原則トシテ能力ヲ持ツテ居ルノデアアル、併シ第二ニ例外トシテ第十二條第一項ニ掲ゲタル法律行爲ヲ爲スニハ保佐人ノ同意ヲ得ナケレバナラス、詰リ此行爲ハ何レモ財産上重要ナル行爲デアアル、ソレ故ニ特ニ保佐人ノ同意ヲ必要トシテアル

先ヅ第一ニ「元本ノ領收」ト云フノハ例ヘバ貸金ノ元金ヲ受取ルト云フヤウナノガ主タルモノデアラ、其他此類ノモノヲ含ム、又ハ之ヲ利用スルコト、是ハ受取リタ金ヲ銀行ニ預ケテ置クカ、公債ヲ買フカ、又ハ或會社ノ株式ヲ買フト云フヤウナコトデアアル、ソレカラ「借財」借財ト云フノハ普通ノ意味ニ於ケルガ如ク金錢其他之ニ準ズベキモノヲ消費借スルノデアアル、金ヲ借リル者ハ其金ヲ消費スル爲メニ借リルノデアアル、ソレト同ジヤウニ金錢ニ準ズベキ物ヲ消費借スルノモ借財デアアル、近頃ノ裁判例ニ借財ノ中ニハ凡ソ債務負擔ノ行爲ハ皆含ムナドト云フコトガアルケレドモ、ソレハ誤リテ居ルト思ヒマス、ソレカラ「保證ヲ爲スコト」是ハ人ノ保

證人ニ立ツコト、次ニ「不動産ニ關スル權利ノ得喪ヲ目的トスル行為ヲ爲スコト」是ハ不動産ノ所有權ヲ讓渡シ若クハ讓受ケルト云フコト、ソレカラ地上權、永小作權等ヲ設定シ又ハ其設定ヲ受ケル、其他不動産質若クハ抵當權ノ設定ヲ爲スコト、又ハ設定ヲ受ケルコト云フモノガ皆此中ニ這入ル、ソレカラ「重要ナル不動産ニ關スル權利ノ得喪」ト云フ中ニハ金錢上ノ權利ニ關スルコトガ皆含マルル、例ヘバ新ニ或債務ヲ負擔スル場合ニ於テモ其金額ガ大ナル場合ニ於テハ詰リ金錢ト云フ不動産ノ額ガ多イ爲メニ所謂重要ナル不動産ト爲ル、其重要ナル不動産ニ關スル權利ノ得喪ニ關スルモノトナルカラ即チ此第三號ノ中ニ含マルルノデアル、或ハ公債、株式等ニアツテモ畢竟公債ノ償還セラルル場合ニハ金錢ヲ受取ルベキデアツテ、即チ矢張り金錢ト云フ不動産ニ關スル權利デアアル、其額ガ多クレバ即チ重要ナル不動産デアアル、株式ニ付テモ其權利ノ畢竟ノ目的ハ利益ノ配當及ビ會社解散ノ場合ニ於テ殘餘財産ノ分配トシテ或金額ノ配當ヲ受クルニ在ル、矢張り其金額ガ多クレバ重要ナル不動産ト爲ル、從テ之ニ關スル株式ト云フモノハ矢張り重要ナル不動産ニ關スル權利ト爲ル、斯様ニ不動産又ハ重要ナル不動産ニ關スル權利ノ得喪ヲ目的トスル行為ハ保佐人ノ同意ヲ得ナケレバナラス、次ハ「訴訟行為」訴訟行為ハ法律行為ヲリヤ否ヤト云フコトハ學者間ニ議論ガアツテ、是ハ法律行為ニ非ズトスル學者ガ随分多イ、併シ我民法ニハ之ヲ法律行為トシテアル、訴訟行為ハ總テ皆保佐人ノ同意ヲ得ナケレバナラス、次ニ「贈與、和解又ハ仲裁契約」贈與ハ全ク贈與者ニ於テハ不利益ナル行為デアアル、和解又ハ

仲裁契約ハ必ズシモ不利益トハ限リマセヌガ、随分危険ナ行為デアアル、ソレ玆ニ列舉シテアル「相續ヲ承認シ又ハ之ヲ拋棄スルコト」相續ト云フモノハ利益ナルモノモアルケレドモ不利益ナルモノモ亦少クナイ、資産ガ少クシテ負債ノ多イ相續デアレバ不利益デアアル、故ニ承認及ビ拋棄トモ皆保佐人ノ同意ヲ要スル、ソレカラ「贈與若クハ遺贈ヲ拒絶シ又ハ負擔附屬贈與若クハ遺贈ヲ受諾スルコト」贈與、遺贈ト云フモノハ通常受贈者若クハ受遺者ニ利益ヲ與フルノミノモノデアアル、ソレヲ拒絶スルト云フノハ詰リ不利益デアアル、ソレカラ贈與、遺贈ノ中ニハ負擔附屬ノモノガアル、是ハ負擔ノ多少ニ依ツテ利益ナルコトト不利益ナルコトトアル、此等ノモノハ随分財産上危険デアアルカラ特ニ保佐人ノ同意ヲ得ルヲ必要トシテ居ル「新築、改築、増築又ハ大修繕ヲ爲スコト」之ニ付テ一言辯ジテ置クノハ、此建築若クハ修繕ヲ爲スト云フコトハ是ハ法律行為デハナイ、法律行為デナケレバ保佐人ノ同意ヲ得ルコト云フコトハナイ、ソレデ此規定ノ意味ハ正確ニ言ヘバ新築、改築、増築又ハ大修繕ニ關スル法律行為ヲ爲スト云フ意味ニ識マナケレバナラス、第九ハ「第六百二條ニ定メタル期間ヲ超ユル賃貸借ヲ爲スコト」此期間ハ詰リ賃貸借ト云フモノハ餘リ期間ガ長クレバ當事者ノ爲メニ非常ニ不利益ナル結果ヲ生ズルコトガアリ得ル、ソレデ期間短ク定メテ其短イ範圍ノモノハ詰リ輕イ行為デアアル、學者ノ普通通謂フ所ノ管理行為デアアルト云フコトニナツテ居ル、其期間ヲ超ユル賃貸借ハ法律ノ眼カラ見ルト輕微ナル行為デアアル、利害ノ少イ行為デアアル、ソレヲ超ユル期間ノ賃貸借ハ利害ノ關

スル所被^レ大ナルモノデアル、即チ所謂處分行為ト視ルベキモノデアルト、斯ウ云フコトニ見テ居ル、要スルニ茲ニ列舉シテアル所ノ行為ハ財産上利害ノ關スル所大ナル所ノモノデアツテ從テ準禁治產者ノ如ク精神ノ不完全ナルモノハ自己ノ獨斷ヲ以テ爲スルハ危險デアルカラ特ニ保佐人ノ同意ヲ得ナケレバナラヌトナツテ居ル

是ガ一般ノ原則ニ對スル例外デアルガ、茲ニ第三ト致シテ同ジ準禁治產者ノ中デモ特ニ能力ノ足ラナイ者ガアル、別段ニ無能力ナル準禁治產者ト云フモノガアル、ソレハ第十二條ノ第二項ニ規定シテアルモノデアルニ、裁判所ハ場合ニ依リ準禁治產者カ前項ニ掲ケサル行為ヲ爲スニモ亦其保佐人ノ同意アルコトヲ要スル旨ヲ宣告スルコトヲ得」ト云フノデアル、是ハ心神耗弱者ノ中ニモ餘程精神ノ不完全ナル者ガアツテ、禁治產ノ宣告ヲ受ケサス程ノモノデハナイケレドモ併シ始下總テノ法律行為ヲ爲スニ適セヌト云フ者ガアリ得ル、ソレカラ不具者即チ聾者、啞者ナドノ中ニ全ク世間ノ事ガ分ラヌト云フ者モアリ得ル、浪費者ノ中ニモ甚シキハ全ク財産ノ管理ヲ爲スコトノ出來ナイ者モアリ得ル、サウ云フ場合ニハ今列舉シタモノダケデハイカス、此外ニマダ普通通謂フ所ノ「管理行為」ニ屬スルモノガ隨分利害ノ關係ニ於テ重要ナル結果ヲ惹起スカラ特ニ裁判所デ以テソレ等ノ行為ヲ爲スコトモ矢張り保佐人ノ同意ヲ得ナケレバ出來ヌト云フコトニ定ムルコトガ出來ル、此第十二條第二項ノ場合ハ法文ニハ唯漠然ト「準禁治產者カ前項ニ掲ケサル行為ヲ爲スニモ亦其保佐人ノ同意アルコトヲ要スル旨ヲ宣告スルコトヲ得」

トアルガ、是ハ前ニ列舉シテアル以外ノ法律行為ヲ爲スニ付テ總テ無能力デアルト云フ宣告ヲ爲スコトシカ出來ヌノカト云フト、私ハサウデハナイト思フ、此中ニハ隨分法律行為ノ種類ヲ限ツテ、或種類ノ法律行為ハ出來ルガ或他ノ種類ノ法律行為ハ出來ナイト云フ風ニ定ムルコトモ矢張り出來ルト思フ、ソレハ「前項ニ掲ケサル行為ヲ爲スニモ亦其保佐人ノ同意アルコトヲ要スル云云」トアルカラ決シテ他ノ總テノ法律行為ヲ爲スニ保佐人ノ同意ヲ要スルト云フ意味ニハ解セラレヌノデアル、此事ハ人事訴訟手續法ノ規定ニ依ツテ明カニナツテ居ル

以上ノ能力ニ關スル規定ニ反シテ準禁治者ガ法律行為ヲ爲シタラバ、言葉ヲ換ヘテ言ヘバ保佐人ノ同意ヲ要スル場合ニ其同意ナクシテ之ヲ爲シタナラバ其法律行為ハ取消シ得ベキモノデア

ル、本條第三項ニ之ヲ規定シテ居ル

準禁治產者ノ能力ニ關スル第四ノ點ハ遺言ニ關スルコトデアル、遺言ニ關シテハ既ニ論ジテ爾他ノ無能力者ニ關スルガ如ク苟モ年齢十五年以上ニ達スレバ何人ト雖モ有效ニ遺言ヲ爲スコトガ出來ルト云フコトガ第六十二條ニ定メテアル、第四條、第九條、第十二條及第十四條ノ規定ハ遺言ニハ之ヲ適用セヌ」トアル、ソレデスカラ準禁治產者ト雖モ遺言ハ自由ニ之ヲ爲スコトヲ得ル、元來遺言ナルモノハ神聖ナルモノデアル、一方ニ於テハ人ノ將ニ死セントスル其言ハ善シ、即チ人ガ遺言ヲ爲ス場合ニハ其意思ハ神聖デアルト云フノト他ノ一方ニ於テハ若シ之ヲ許サヌト云フト本人ノ死亡後ニ於ケル財産ノ處分ニ關シテ自己ノ思フ儘ニ之ヲ定ムルコト

ガ出来ナイ、即チ自己ハ應テ死亡スルノデアルカラ後日之ヲ爲サウト云フコトハ出来ナイ、生前行為ナラバドウシテモ保佐人ガ同意セヌトキハ準禁治産ノ宣告ヲ取消ガアツテカラ後ニナツテ出来ル、所ガモウ死亡スルト云フ場合ニハ其違ガナイ、併ナガラ遺言ハ他人ガ代フテ之ヲ爲スト云フコトハ何レノ國ノ法律ニ於テモ認めナイ、ソレ故ニ是ハ準禁治産者ト雖モ自由ニ爲スコトヲ得ルト云フコトニナツテ居ル

終ニ準禁治産者ノ能力ニ關シテノ第五、追認ノ催告ノ事ヲ一言致シマス

無能力者ノ行為ニ付テ相手方ガ追認ノ催告ヲ爲スコトヲ得ルコトハ既に申上ダタ、先ヅ第十九條第一項ノ規定ハ一切ノ無能力者ニ關スルコトデアアルカラ準禁治産者ニ付テ特ニ申上グル必要ハナイ、其他ノ事ハ同條ノ第四項ニ規定シテアル

準禁治産者及ヒ妻ニ對シテハ第一項ノ期間内ニ保佐人ノ同意又ハ夫ノ許可ヲ得テ其行為ヲ追認スヘキ旨ヲ催告スルコトヲ得、若シ準禁治産者又ハ妻カ其期間内ニ右ノ同意又ハ許可ヲ得タル通知ヲ發セサルトキハ之ヲ取消シタルモノト看做ス

即チ準禁治産者ニ就テハ準禁治産ノ取消ノナイ中ニ仍ホ相手方ハ催告ヲ爲スコトガ出来ル、元來準禁治産者ハ總テノ法律行為ヲ爲スコトガ出来ヌト云フノデハナイ、特ニ定メタル重大ナル法律行為ニ付テノミ保佐人ノ同意ヲ要スルト云フコトニナツテ居ルノデアアルカラ、相手方ガ其法律行為ヲ追認スルヤ否ヤト云フ催告ヲ致シテモ、其催告ヲマルデ知ラヌデ居ル、又ハ之ニ關ス

ル利害ヲバ全ク辨識スルコトガ出来ヌト云フ程ノ者デハナイ、故ニマダ準禁治産者デアル期間ニ仍ホ相手方カラ追認ヲ爲スヤ否ヤト云フ催告ヲ爲スコトガ出来ル、而シテ若シ相手方ガ定メタル相當ノ期間内ニ準禁治産者ガ何等ノ返事モ發シナカッタナラバドウナルカト云フニ、ソレハ其行為ヲ取消シタルモノト看做ス、即チ準禁治産者ハ保佐人ノ同意ヲ得ナケレバ其法律行為ヲ十分有效ニ爲スコトハ出来ヌ、所デ其同意ヲ得ズシテ爲シタル法律行為ニ對シテ相手方ガ之ヲ追認スルヤ否ヤト云フコトヲ準禁治産者ニ申遣ハシタルトキニ準禁治産者ハ固ヨリ答フルコトガ出来ル、而モ仍ホ答ヘナカッタト云フトキニハ初ノ行為ヲ無効ト爲スノ外ハナイ、ナゼト云フト法律上保佐人ノ同意ヲ得ナケレバ其行為ハ完全ニ成立シナイト云フコトニナツテ居ルノニ其同意ヲ得ヤウトシナイト云フトキハ詰リ其法律行為ノ利益ヲ拋棄スルト云フ意思デアアルモノト見ナケレバナラス、又保佐人ニ向ツテ同意ヲ求メタケレドモ保佐人ガ同意ヲシナカッタト云フトキニハ固ヨリ初カラ法律上ノ條件ヲ具ヘザル所ノ法律行為デアアルカラ是ガ取消サルコト云ブノハ當然デアアル、要スルニ此場合ニ於テハ準禁治産者ガ一存デ有效ナル返答ヲ爲スコトハ出来ヌノデアアルカラ若シ其返答ヲ發シナケレバソレハ其法律行為ヲ追認シナイ意思デアアル、又ハ追認スルコトニ付テ保佐人ガ同意シナイ場合デアアル、從テ是ハ取消シタルモノト看做スノガ至當デアアルト云フノデアアル

民法總則 總則 相続ノ主體 自然人

其原因ハ禁治產ノ場合ト變ハルコトハナイ、即チ禁治產ニ付テ民法第十條ニ「禁治產ノ原因止ミタルトキハ裁判所ハ第七條ニ掲ケタル者ノ請求ニ因リ其宣告ヲ取消スコトヲ要ス」トアル、此第十條ガ第十三條ニ於テ準禁治產ニ準用シテアル、
 第十三條、第七條及ヒ、第十條ノ規定ハ準禁治產ニ之ヲ準用ス、
 即チ準禁治產ノ原因タル心神ノ耗弱、聾、啞、盲又ハ浪費ト云フモノガ止ンダナラバ固ヨリ準禁治產ノ取消ヲシナケレバナラス、第二ニ此取消ノ請求者ハ誰デアル、是ハ矢張り禁治產ノ取消ノ請求者ト大體同ジデアル、ソレハ第七條ニ列舉シテアル「心神喪失ノ常況ニ在ル者ニ付テハ裁判所ハ本人、配偶者、四親等内ノ親族、戶主、後見人、保佐人又ハ檢事ノ請求ニ因リ云云」トアル、是ガ第十條ニ準用シテアッタ、而シテ其第十條ガ第十三條ニ於テ準禁治產ニ準用シテアル、唯茲ニ實際適用ノ始ドナイモノハ後見人デアル、普通ノ場合ニ於テハ準禁治產者ニ後見人ト云フモノハナイ、從テ後見人ノ請求ニ因リテ準禁治產ガ取消サルト云フコトハアリ得ナイ、併シ稀ナ場合ヲ想像致シマスルト未成年者ガ準禁治產ノ宣告ヲ受ケテ而モ未成年ノ中ニ又其取消ヲ受クルコトニナツタト云フ場合ダケニハ後見人ガ此取消ヲ請求スルト云フコトガアリ得ル、但後見人タルベキモノハ通常矢張り保佐人ト爲ルノデアルカラ別段ニ此適用ノアルコトハ減多ニナイデアラウト思ヒマス、

是ハ人事訴訟手續法ニ規定シテアル、人事訴訟手續法ノ第六十七條ノ第一項ニ依レバ「準禁治產ニ關スル手續ニハ本章ノ規定ヲ準用ス」トアッタ、本章ノ規定ト云フノハ即チ禁治產ニ關スル規定デアル、詰リ禁治產ノ取消ニ關スル規定ガ準禁治產ノ取消ニモ概ル、唯茲ニ一ツ特別ナルコトヲ言フト、準禁治產其物ノ取消ニ付テハ禁治產ト同ジコトデアルガ、第十二條第二項ノ規定ニ依リテ普通ノ準禁治產者ヨリモ無能力ノ程度が大クナツテ居ル場合ニ其全部又ハ一部ヲ取消ストキニハドウナルデアルカト云フコトニ付テ第六十八條ノ規定ガアル「準禁治產ノ取消ヲ申立ツルコトヲ得ル者ハ民法第十二條第二項ノ規定ニ依リテ爲シタル宣告ノ取消又ハ變更ヲ申立ツルコトヲ得此場合ニ於テハ準禁治產ノ取消ニ關スル規定ヲ準用ス」是ハ普通ノ準禁治產者ヨリモ實際ノ能力ノ足ラス者デアル、ソレデ總テノ法律行爲ニ付テ保佐人ノ同意ヲ要スルト云フコトニスルコトモアラウシ、ソレカラ或範圍ノ法律行爲、例ヘバ或金額ヲ限トスル所ノ法律行爲ニ付テハ保佐人ノ同意ヲ要スルト云フコトニ裁判所デ定ムルコトガ出來ル、之ヲ精神ノ有様ガ良クナツタカラ、ト云フノデ取消スコトガアル、第十二條第二項ノ規定ニ依リテ普通ノ準禁治產者ヨリ多ク無能力デアルト定メラレテ居ッタ者ガ全ク普通ノ準禁治產者ト爲ルコトモアリ、ソレカラ一旦ハ總テノ法律行爲ニ付テ保佐人ノ同意ヲ要スルトナツテ居ッタモノノ或金額以上ノモノ其他一定ノ標準ニ依リテ定メラレタル範圍内ノ法律行爲ニ限リテ保佐人ノ同意ヲ要スルト云フコトニ定ムルコトガ出來ル、尙ホ想像シテ見ルト云フト初ハ或範圍ノ法律行爲ニ限

ヲテ保佐人ノ同意ヲ要スルトシタモノヲ更ニ進ンテ總テノ法律行為ニ付テ保佐人ノ同意ヲ要スルト云フコトニ定ムルコトモ出來ル、ソレガ所謂變更デアル、此事ハ民法ニハ規定シテアリマセケレドモ人事訴訟手續法ニ規定シテアル

以上ニテ準禁治産ノ御話ヲ終リマシタ、ソレト同時ニ精神ニ因ル無能力ノ事ヲ終リマシタ、是ヨリ行為能力ニ關スル第三、婚姻ニ因ル無能力ノ事ヲ申上ゲマス

婦女ハ古ハ婦女トシテ無能力デアッタモノデアル、是ハ殆ド開ケナイ法律ニ於テハ普通デアル、歐羅巴デモ近年マデ婦女トシテ無能力デアルト云フ主義ヲ採用シテ居タ國ガアル、併シ今日デハナクナリマシタ、今日デハ婦女ガ單ニ婦女トシテ無能力デアルト云フコトハ文明國ニハナイ、併ナガラ妻ハ無能力デアル、ソレハ夫權ヲ重ンズル爲メデアル、蓋シ一家ハ詰リ夫婦カラ成立ツモノデアル、成程家族制ノ存シテ居ル國ニ於テハ人爲的ニ家ト云フモノガ形造ラレテ居ル、併シ自然ノ家ト云フモノハ詰リ夫婦ト其間ノ子カラ成立ツノデアル、然ルニ何人カ主宰者ガナケラネバ一家ノ平和ヲ保ツテ行クコトハ出來ス、ソレニハ誰ガ主宰者ニ爲ルカト云ヘバ隨分野蠻若クハ未開ノ國、時代ニ於テハ妻ノ權ガ盛デアッタ例モアル、併シ文明國ニ於テハドウシテモソレハ夫ガ主宰者デナクテハナラス、ソレハ經驗上カラ來テ居ル、主宰者ト爲ルニハ概シテ女子ヨリモ男子ノ方ガ適シテ居ル、ソレデアアルカラ夫ノ方ガ主宰者トナラナケレバナラス、サウナツテ見ルト所謂夫唱婦隨ト云フコトガドウシテモ一家ノ平和ヲ保ツニ付テ必要デアル、是ニ

於テ夫權ト云フモノヲ認メナケレバナラス、之ヲ認メルニ於テハ妻ガ或法律行為ヲ爲スニ付テ自儘ニ之ヲ爲シテ宜シイカ、ソレトモ夫ノ許可ヲ受ケナケレバナラスカト云フ問題ガ起ル、是マデ歐羅巴諸國ニ於テ普通ニ行ハレテ居ル所ニ依レバ妻ハ無能力デアリ、即チ夫ノ許可ヲ得ナケレバ或法律行為ヲ爲スコトガ出來スト云フコトニナツテ居ル、唯其中デ原則トシテ總テノ法律行為ヲバ夫ノ許可ヲ受ケテ爲スベキモノトシテ居ル例ト、ソレカラ或種類、特ニ重大ナル種類ノ法律行為、其重大ト云フコトハ必ズシモ財産上ニ於テ重大ト云フバカリデハナク、矢張り夫婦ノ關係上カラ重大ナル法律行為例ヘバ妻ガ其身體ニ羈絆ヲ受クベキ——人ノ雇人ト爲ルトカ云フヤウナ法律行為ヲ爲ス場合ニハ是非夫ノ許可ヲ受ケナケレバナラスト云フコトニナツテ居ル例トアル、今日ノ傾向ハ階段特定ノ法律行為ニ付テノミ夫ノ許可ヲ要スルト云フコトニナル傾デアアル、併シ國ニ依ツテハ妻ヲ無能力者トセス、例ヘバ獨逸——獨逸ノ新民法ニ於テハ妻ハ無能力者トハナツテ居ラスケレドモ矢張り民法ノ規定ニ依ツテ見ルト其妻ハ種種ノ場合ニ於テ夫ノ許可ヲ受ケナケレバナラスト云フコトニナツテ居ルカラ無能力者テナイト云フノハ殆ド有名無實デアアル、例ヘバ身體ニ羈絆ヲ受クベキ法律行為ヲ爲ス場合ノ如キハ矢張り獨逸ニ於テモ夫ノ許可ヲ得スケレバナラス、ソレカラ財産上ノ法律行為ニ付テモ妻ノ財產ニ普通ノ財產ト特別ノ財產トノ區別ガアツテ普通ノ財產ニ付テハ矢張り妻ガ夫ノ許可ヲ受ケナケレバソレニ關スル法律行為ヲ爲スコトノ出來ス場合カ多イノデアル、尙ホ英國ニテハ妻ハ無能力者テナイト云フ

コトヲ言フ人モアルケレドモ、ソレハ私ノ調ベタ所デハ少シ間違テ居ル、矢張り原則トシテハ無能力者デアルト云フタ方ガ正シト思ヒマス、要スルニ歐羅巴デハ妻ガ無能力デアルト云フ方ガ一般ノ原則デアルト云フテモ宜カラウト思ヒマス、サテ我邦ニ於テハ維新前ニ於テハ斯様ナル問題ハ起ラナカッタ、ナゼ起ラナカッタカト云フト、第一、妻ハ家族デアアル、家族ハ民法上ニ於テハ殆ド人格ガナイ、其上婦女ト云フモノガ總テ男子ヨリモ一層人格ヲ認メラレテ居ラナカッタノデアアル、是ハ維新前ト申シテ太古カラ維新前マデサウデアッタト云フ譯デハナイ、却テ太古ハウヰナカッタ、武家時代ニナツテモ鎌倉時代ニハサウデナカッタ、重モニ徳川時代ニナツテサウデアアル、維新後ニナツテハ段段西洋ノ法律思想ガ這入ツテ參リ又一方ニ於テハ家族制モ幾分カ變遷ヲシマシテ、ソレカラ又女子ノ人格ニ付テモ變遷ヲシタ、其結果トシテ女戸主モ一般ニ認メルヤウニナリ、ソレカラ又家族ト雖モ原則トシテ財產權ノ主體ト爲ルコトガ出來ルト云フヤウニナツテ來タカラ法律問題トシテハ民法施行前ニ於テ妻ガ如何ナル存様ニ在、タカト云ヘバ私ハ全然有能力デアッタト云フテ宜カラウト思フ、即チ妻ノ財產ニ付テハ妻ハ自由ニ處分、管理スルコトガ出來、ソレカラ其他ノ法律行為ト雖モ自由ニ之ヲ爲スコトヲ得タト云フテ宜カラウト思フ、ケレドモ幸ニシテ斯様ナル問題ガ裁判所ノ問題ト爲ルコトハ極メテ少カッタ、若シ是ガ屢々裁判所ノ問題ト爲ルヤウデアッタラバ到底其儘デハイカナカッタノデアラウト思フ、民法ニ於テハ此問題ヲ明カニスル必要アリト認メテ竟ニ歐羅巴ノ一般ノ例ニ倣フテ妻ハ無能力

ト致シマシタ、唯併ナガラ一般ニ無能力トセズシテ或法律行為ニ付テ無能力、即チ夫ノ許可ヲ得ナケレバナラヌト云フコトニナツテ居ル、先ヅ原則ハ民法ノ第十四條ニ規定シテアル

第十四條 妻カ左ニ掲ケタル行為ヲ爲スニハ夫ノ許可ヲ受クルコトヲ要ス

一 第十二條第一項第一號乃至第六號ニ掲ケタル行為ヲ爲スコト

二 贈與若クハ遺贈ヲ受諾シ又ハ之ヲ拒絕スルコト

三 身體ニ羈絆ヲ受クヘキ契約ヲ爲スコト

前項ノ規定ニ反スル行為ハ之ヲ取消スコトヲ得

先ヅ妻ノ能力ハ準禁治産者ノ能力ト餘程似テ居ル、ナゼカト云ヘバ第十二條ト云フノハ準禁治産者ノ能力ヲ定メタル規定デアアル、其規定ガ殆ド皆此處ニ倣ルノデアアル、併ナガラ聊カ異ナル所ガアル、先ヅ第十二條ノ第一項第一號乃至第六號、是マデハ少シモ變ハルコトハナイ、詰リ此等ノ行為ハ財産上重要ナル行為デアアル、ソレニ付テハ準禁治産者モ保佐人ノ同意ヲ得ナケレバナラスシ妻モ夫ノ許可ヲ得ナケレバナラスト云フコトニナツテ居ル、ケレドモ其他ノ行為ニ付テ聊カ違フ、先ヅ第一ニハ贈與及ビ遺贈ニ付テ準禁治産者ハ贈與若クハ遺贈ヲ受諾スルコトハ原則トシテ保佐人ノ同意ヲ要スルコトトナツテ居ラス、ナゼカト云ヘバ是ハ財産上利益ノミアラテ損ノナイ行為デアアル、未成年者デサヘモ法定代理人ノ同意ヲ得ナクテ出來ルト云フコトニナツテ居ル、唯負擔附ノ贈與若クハ遺贈ヲ受諾スル場合ニ特ニ保佐人ノ同意ヲ必要トシテア

ル、コレハ負擔ガ動モスルト贈與若クハ遺贈ノ目的ヨリモ重イコトガアルカラザアル、之ニ反シテ妻ニ付テハ一切ノ贈與若クハ遺贈ヲ受諾スルニ夫ノ許可ヲ要スルトナリテ居ル、是ハ同ジ無能力デアアルケレドモ準禁治産者ノ無能力ト妻ノ無能力トハ其理由ヨリ異ニシテ居ル結果デア
ル、甲ハ智能ガ不完全ナル爲メ財産上自己ニ不利益ナル行爲ヲ爲ス虞ガアル爲メニ無能力ト爲
テ居ル、乙ハ原則トシテ智能ハ不完全ナル者ト見テ居ラス、其證據ニハ處女若クハ寡婦ハ完全
ナル能力者ニ爲テ居ル、而シテ夫ノアル妻ダケガ無能力ト爲テ居ル、處女ヨリハ概シテ人
ノ妻タル女子ノ方ガ智能ハ發達シテ居ル、然ラバ妻ノ無能力ト云フモノハ決シテ智能ノ發達ノ
足ラザルガ爲メデハナイ、唯夫權ヲ全ウスル爲メデアアル、ソコカラ致シテ同ジ無能力者デア
テモ規定ガ違フ、ソレデ今問題トナリテ居ル贈與若クハ遺贈ニ付テモ準禁治産者ハ財産上ノ不
利益ヲ被ムラナケレバ宜イト云フノデアアルガ、妻ハサウデナイ、假令財産上利益デアツテモ夫
ヲ見レバ其妻ガ他人ノ贈與、他人ノ遺贈ヲ受クルト云フコトハ大ニ調ベナケレバナラス、時
シテハソレガ妻ノ義務ヲ盡スコトニ妨トナル原因デアアルカモ分ラヌ、ソレデアアルカラ斯様ナル
コトハ總テ夫ノ許可ヲ受ケナケレバナラス、此點ガ一ツ違フ、今一ツ違フノハ準禁治産者ガ身
體ニ羈絆ヲ受クベキ法律行爲ヲ爲ス場合ニ於テモ特ニ保佐人ノ同意ヲ受クルコトハ必要デナ
イ、何トナレバ準禁治産者ハ概シテ財産上ノ不利益ヲ受ケナケレバ宜イカラデアアル、所ガ妻ハ
ドウデアアルカト云フト夫ト同居ノ義務ガアル位ノモノデアリテ、其身體ノ動作ニ付テハ夫ノ旨

ニ隨ハナケレバナラス、然ルニ身體ニ羈絆ヲ受クベキ契約例ヘバ雇傭契約ナドヲ致シマスルト
夫ノ命ニ隨ハントスレバ契約違犯ヲシナケレバナラス、契約ヲ守ラウト思ヘバ勢ヒ妻トシテノ
義務ヲ盡スコトガ出來ヌト云フ結果ヲ生ズル虞ガアル、故ニ豫メ夫ノ許可ヲ受ケナケレバナラ
スト云フコトニナリテ居ル、尙ホ其外ニ第十二條第一項ノ第八號、新築、増築、改築又ハ大修
繕ヲ爲シ、第九號、貸借ヲ爲ス事ハ本來性質上管理行爲デアアル、左マデ重大ナ事トハ法律ガ
見テ居ラス、故ニ妻ハ財産上ノ能力ガ事實上足ラナイノデナイト云フノデ此等ノ事マデ夫ノ許
可ヲ受ケヌデモ宜イト云フコトニナリテ居ル

是ガ妻ノ能力ニ關スル原則デアアル、之ニ對スル例外ガ二ツアル、第一ノ例外ハ民法第十五條ニ
規定シテアル

第十五條 一、種又ハ數種ノ營業ヲ許サレタル妻ハ其營業ニ關シテハ獨立人ト同一ノ能力ヲ有
ス

此例外ハ例外ニシテ例外ニ非ズト云フテモ宜イ、即チ或營業ノ許可ヲ爲ス場合ニ於テハ概括的
ニ許可ヲ與ヘタルデアルト見ナケレバナラス、唯併ナガラ此場合ニハ夫ガ濫ニ其營業ニ關スル
行爲ノ中デ或行爲ヲバ許サナイト云フコトハ出來ヌ、普通ノ概括的許可ナラバソレガ出來ル、
例ヘバ私ガ旅行ヲスル場合ニ私ノ妻ニ向テ留守ノ間總テノ法律行爲ヲ爲スニ付テ私ノ許可ヲ
得ナクテモ宜シイト、斯ウ云フ許可ヲ與フルコトハ出來ル、併ナガラ私ガ旅行先カラアアハ

言ヲ置イタケレドモ不動産ヲ讓渡ス場合ニハ特ニ手紙ヲ以テ許可ヲ乞フテ來イト言フテヤル、
ソレハ有效、然ルニ此營業ノ許可ノ場合ニハサウ云フコトハ出來ナイ、荷モ營業ヲ許可シタ場
合ニハ其妻ハ獨立人ト同一ノ能力ヲ有スル、其中デ不動産ニ關スル行為ダケハ特ニ夫ノ許可ヲ
得ナケレバナラヌト云フヤウナ制限ヲ設クルコトハ出來ヌ、
第二ノ例外ハ民法第十七條ニ規定シテアル所デア
第十七條 左ノ場合ニ於テハ妻ハ夫ノ許可ヲ受クルコトヲ要セス
一、夫ノ生死分明ナラザルトキ
二、夫ヲ遺棄シタルトキ
三、夫ヲ禁治産者又ハ准禁治産者ナルトキ
四、夫ヲ癡癪ノ爲メ病院又ハ私宅ニ監置セラルルトキ
五、夫ヲ禁錮一年以上ノ刑ニ處セラレ其刑ノ執行中ニ在ルトキ
六、夫婦ノ利益相反スルトキ

ホ夫ノ許可ヲ要スルト云フコトハ却テ其當ヲ得ナイ、就中夫婦ノ利益相反スル場合ノ如キハ強
ヒテ夫ノ許可ヲ必要トスルトシタナラバ實際ニハ出來ナクナル、サウスルト夫如何ナル不
ノ行為ヲ爲シテモ之ニ對シテ妻ハ救済ヲ求メルコトガ出來ナイト云フ結果ニ爲ル、ナゼカト云
フト夫ガ任意ニ妻ノ要求ヲ容レナイトキニハ甚ダ忌ムベキコトデアアルケレドモ詰リ裁判所ニ
訴ヘルノ外ハナイ、裁判所ニ訴フルト云フノハ訴訟行為デアラハ原則トシテ夫ノ許可ヲ受
クベキデアアル、ソレニ夫ノ許可ヲ要スルト云フコトニナラバ夫ハ多分許可シナイデアラウト思フ、其
デハ夫ハドシナ惡イ事ヲシテモ宜イト云フコトニナラバ仕舞フカラドウシテモ許可ヲ要セスト
シナケレバナラス、ソレ等ノ理由デ此第十七條ノ場合ニハ夫ノ許可ヲ要セストナラテ居ル
第三ノ例外ハ民法第六十二條、遺言ニ關スル規定デアアル、同條ニ依レバ「……第十四條ノ規
定ハ遺言ニハ之ヲ適用セス」トアルカラ其遺言ガ假令第十四條ニ列舉シタル行為ニ關スル場合
ト雖モ妻ガ遺言ヲ爲スニハ夫ノ許可ヲ要セスト云フコトニナラテ居ル
以上ガ妻ノ能力ニ關スル一般ノ規定デアアル、是ニ依ラテ見ルト妻ノ能力ハ餘程準禁治産者ト似
テ居ルカラ妻ハ果シテ準禁治産ノ宣告ヲ受クル場合ガアルカドウカト云フ疑方起ルケレドモ
ソレハ無論デアアル、能力ノ原則ニ付テモ準禁治産者ト妻トハ餘程違フカラ其點ニ於テモ妻ヲ準
禁治産者トスル必要ガアルガ、尙ホ其上ニ只今申立ダタ例外ノ場合、例ヘバ第十七條ノ場合ノ
如キ若シ妻ガ準禁治産ノ宣告ヲ受ケタラバ矢張り保佐人ノ同意ヲ得ナケレバナラヌトデアアル、



唯妻ノ保佐人ハ原則トシテ夫デアル、併シ第十七條ノ場合ニ於テハ夫ガ保佐人ト爲ルコトノ出來ス場合ガ多イ、左スレバ他ノ者ガ保佐人ト爲ル、ソレデ鬼ニ角妻ヲ華察治産者ト爲スト云フ必要ハ随分多イコトデアラウト思ヒマス、外國ニ於テモ其例ガ決シテ乏シクナイ、是ガ妻ノ能力ニ關スルコトデアリマシタガ、之ニ關シテ特ニ注意スベキ點ガ三ツアル、其注意スベキ第一ノ點ハ夫ノ許可ノ取消デアル、夫ハ一旦許可シタル後ト雖モ其許可ヲ取消スコトガ出來ル

第十六條 夫ハ其與ヘタル許可ヲ取消シ又ハ之ヲ制限スルコトヲ得、但其取消又ハ制限ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
例ヘバ夫ハ一旦ハ或法律行為ヲ妻ニ許シテモアトカラソレヲ許シタノガ惡イト思フタラバ取消スコトガ出來ル、或ハ妻ノ或財産ヲ讓渡スコトヲ夫ガ許シテ、併シアトカラ考ヘテ見ルト除リソレヲ安ク賣クテハイカスト云フノデ價ハ例ヘバ一萬圓以上ニ賣ラナケレバナラヌト云フガ如ク之ヲ制限スルコトモ出來ル、尙ホ概括的許可ニ至ラハ大ニ制限ノ必要アルコトガアルデアラウト思フ、例ヘバ夫ガ妻ニ對シテ管理行為ダケノ許可ヲ與フル、而シテアトカラ妻ノ實際ノ財産管理ノ模様ヲ見テ是ハサト許シ過ぎタト思フカラソレヲ取消スコトモ出來ルシ、又ハ其中デ同ジ管理行為ト云フテモ金額百圓以上ノ行為ハ特ニ許可ヲ要スルト云フガ如ク之ヲ制限スルコトガ出來ル、尙ホ營業ノ許可ト雖モ亦之ヲ取消スコトガ出來ル、營業ノ許可ハ今申シタヤ

ウナ概括的許可ヨリモウ一層概括的ノ許可デアルカラ何時デモ取消スコトガ出來ル、尙ホ之ヲ制限スルコトガ出來ル、此制限ト云フノハ營業ニ關スル法律行為ノ中デ借財ヲ爲スコトハ出來ス、不動産ヲ賣ルコトハ出來スト云フヤウナ制限ハ出來ナイト思ヒマス、ソレハ此場合ニ於テハ或法律行為ノ許可デナイ營業ノ許可デアル、ダカラ營業夫レ自身ヲ制限スルコトハ出來ルケレトモ營業ニ關スル或法律行為ノ制限ハ出來ス、例ヘバ營業ガ廣ク總テノ商業ヲ爲シテ宜シイト云フ許可ヲ與ヘテ置イタノヲ或種類ノ例ヘバ魚屋ナラ宜シイトカ、呉服屋ナラ宜シイト云フヤウニ制限スルコトハ出來ル、同ジ呉服屋ノ中デモ初ハ卸賣、小賣共ニ許シテ居ラタノヲドウモ小賣ハ適セヌト云フノデ小賣ダケハ制限スル、要スルニ營業ノ範圍ヲ制限スルコトハ出來ル、此事ハ許可ノ性質カラモ分リマスケレドモ尙ホ第十五條ノ規定カラモ分ル、一種又ハ數種ノ營業ヲ許サレタル者ハ其營業ニ關シテハ獨立人ト同一ノ能力ヲ有ストアル、ソレデスカラ此規定ヲ變更スルコトハ出來ス、尙ホ此取消又ハ制限ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ナイトナクテ居ル、是ハ必要ナル規定デアルト思ヒマス、然ラズシハ第三者ノ意外ノ損失ヲ被ムル虞ガアル、成程他ノ無能力者ニ付ラハ斯ウ云フ規定ハナイ、即チ他ノ無能力者ニ付テハ效力ハ絶対的デアアル、サウシテ唯リ此妻ダケニ付テ此規定ノアルノハドウデアアルカト云フ疑ガ起ルカモ知レヌケレドモソレハ同ジ無能力者デモ性質ガ違フカラ仕方ガナイ、妻ノ無能力ハ單ニ夫ノ權ヲ全ウスル爲メデ、妻夫レ自身ガ法律行為ヲ爲スニ必要ナル智識ヲ具ヘナイト云フノデ



ハナク、只其法律行為ハ夫ガ考ヘテ不利益ト思フト云フダケノコトデアアル、之ニ比較シテ視ル
ト、善意ノ第三者ガ其取消又ハ制限ヲ知ラズニ或法律行為ヲ爲シタノガ、取消サレタ結果、無
效ト爲ルト云フコトハ意外ナル損失ヲ被ムルト云フコトニナル、其利害ヲ比較シテ見タナラハ
寧ロ第三者ヲ保護スル方ガ必要デアアル、之ニ反シテ他ノ無能力ノ場合ハ本人ノ保護シナケレバ
ナラヌ、斯ウ云フ譯デ自ラ違フテ居ル、殊ニ妻ニ付テハ特定ノ法律行為ノ許可ノ取消、制限モ
アル

次ニ妻ノ無能力ニ關シテ注意スベキ第二ノ點ヲ御話致シマス

ソレハ未成年ノ夫ハ法定代理人ノ同意ヲ得ナケレバ妻ノ行為ヲ許可スルコトガ出來スト云フコ
トデアアル、民法ノ第十八條ニ之ヲ規定シテ居ル

第十八條 夫ハ未成年者ナルトキハ、第四條ノ規定ニ依ルニ非サレハ妻ノ行為ヲ許可スルコト
ヲ得ス

此規定ハ第十七條第三號ノ場合ト較ベテ論ズル必要ガアラウト思フ、前ノ規定ニ依レバ夫ガ禁
治產者又ハ華禁治產者デアアル場合ニハ妻ハ夫ノ許可ヲ受ケズトモ自由ニ一切ノ法律行為ヲ爲ス
コトガ出來ルト云フコトニナツテ居ル、然ルニ夫ガ未成年ノ場合ニハ矢張り夫ノ同意ヲ得ナケ
レバナラスト云フノハ前後權衡ヲ得ザル嫌ガアリハセスカト云フノガ一ツノ問題デアアル、是ハ
立法論トシテハ大分疑ハシイ問題デアッタノデス、唯我民法ニ於テ此二ツノ場合ヲ區別シテ一

ハ全ク夫ノ許可ヲ要セズ、一ハ矢張り夫ノ許可ヲ要スルト致シマシタ理由ハ、先づ第一ニ夫ノ
未成年ノ場合ハ原則トシテ妻モ未成年デアアル、故ニ到底其妻ハ自己ノ自由ノ意思ヲ以テ法律行
爲ヲ爲スコトハ出來ヌ、矢張り其法定代理人ノ同意ヲ得ナケレバナラス、サウスルト云フト法
定代理人ノ同意ヲ得レバ夫ノ欲セザル行為デモ出來ル、即チ此點ニ於テハ夫ノ權力ト云フモノ
ガ全ク行ハレズシテ却テ法定代理人ノ權力ガ全然行ハルルト、斯ウ云フコトニナル、ソレハ甚ダ
面白カラヌコトデアアル、其位ナラドウセ妻ハ自由ニハ出來ヌノデスカラ矢張り其法定代理人ノ
許可ノ上ニ夫ノ許可ヲ要スルト云フコトニシテ宜カラウ、而シテ夫ハ自己ノ爲メニスル法律行
爲ト雖モ未成年者デアアル以上ハ其法定代理人ノ同意ヲ得ナケレバナラスカラ、妻ノ行為ニ許可
ヲ與フル場合ニ於テモ矢張り其法定代理人ノ同意ヲ要スルト云フノガ當然デアアル、併シソレダ
ケノ條件デ夫ノ許可ヲ要スルト云フコトニシナケレバナラスト云フノガ第一ノ理由デアッタ、
ソレカラ第二ハ禁治產、華禁治產ト云フノハ概シテ言ハバ精神ノ狀態カラ來テ居ルノデ長ク繼
績スルヲ常トスル、イツ是ガ能力者ト爲ルカト云フコトハ分ラヌ、之ニ反シテ未成年ト云フノ
ハ必ズ限ガアル、殊ニ結婚年齡ト云フモノガ極メテアルカラ實ハ夫ガ未成年デアアル間ト云フノ
ハ僅ナ間デアアル、先ヅ民法ノ最低年齡ガ滿十七年デアアル、デスカラ結婚年齡ニ達スルヤ否ヤ、
結婚ヲシタト云フテモ三年ヨリ長クハナイ、而シテ其間ハ妻ガ成年者デアアルナラバ全ク何人ノ
許可モ受ケズニ出來ル、假令未成年者デアッタモ少クモ夫ノ許可ト云フモノガ其間ハマルキリ

イラナイ、サウシテ二三年經ツト云フト又夫ノ許可ヲ受ケナケレバナラヌトシタカラバ奇妙ナ
 コトニナル、同ジ法律行為ヲ同ジ人が爲スノニ矢張り妻ト云フ資格ヲ持ツテ居ルニ拘ハラズ初
 ノ間ハ夫ノ許可ヲ受ケナクテ出来ル、少シ立ツト夫ノ許可ヲ受ケル、ソレハ餘程面白クナイ、
 ソレヲ避ケ得ラルルナラバ避ケタ方が宜カラウ、サウシテ夫ガ法定代理人ノ許可ヲ得テ爲スコ
 トニナレバソレデ差支ナイ、終ニ第三ニハ成程無能力者ト云ヘバ同ジモノノヤウダケレドモ大
 變遠フ、禁治産者ト云ヘバ通常ハ氣違ヒ、稀ニ本心ニ復スルコトガアルト云フテモソレハ例外、
 ソレノ許可ヲ要スルト云フヤウナコトハ殆ド想像ガ出来ヌ、成程ソレノ法定代理人ノ同意ヲ要
 スルト云フコトハソレハ定メテ定メラレヌコトハナイガ、ソレデハ最早夫ガ許可スルノデハナ
 イ、本條ノ場合ハ未成年ノ場合トハ云ヒナガラ夫ガ許可スルノデアル、唯ソレニ法定代理人ノ
 同意ガ加ハルト云フダケデソレハ大變遠フ、妻ハ精神上ニ不完全ナ所ガアルト認メテ居ルノデ
 ハナイ、唯夫ガアルカラ夫ノ命ニ從ハナケレバナラヌト云フノデ夫ノ許可ヲ要スルト云フノデ
 アル、未成年ノ夫ガ許可シヤウト思ヘバ、法定代理人ニ相談シテ許シテモ宜イデセウガ、法定
 代理人ガソレハ止メタ方が宜カラウト云フノト全ク法定代理人ガ許否スルノトハ大變遠フ、次
 ニ禁治産者ハドウカト云ヘバ是ハ色色ナ者ガアルカラ一概ニハ申サレヌガ、浪費者、驕トカ
 座トカ云フヤウナ者ハ概シテ云フト財産上ノ利害ヲ見ルコトニ於テハ餘程不完全ナ者デアアル、
 又ソレデナケレバ禁治産者トシテナイ筈デアアル、所ガ未成年者ニ付テ云ヘバ既ニ女房ヲ持ツ

ハアラヌシテ其效力發生要件ニ過キス而シテ其效力發生要件タルヤ表意者タル人ニ關係ナクシ
 テ成立シ得ルモノナルヲ以テ法律ハ發信後ノ死亡又ハ能力喪失ハ意思表示ノ效力ヲ妨クルコト
 ナシトナセリ(民九七條二項五二五條)

七 意思表示ノ相手方カ之ヲ受ケタル時ニ無能力者ナリシトキハ其意思表示ハ如何ナル效力ヲ
 生スルカ、意思表示ノ受領ハ意思表示ノ到達ト其意義ヲ同シウス唯之ヲ受領者ノ方面ヨリ見テ
 受領トイフニ過キサルヲ以テ受領ヲ以テ法律行為トナスハ非ナリ、從テ受領能力ニ法律行為能
 力ニ關スル規定ヲ適用スルコト能ハス、然レトモ之レカ爲メニ受領ニ如何等ノ能力ヲ必要トセ
 ストスルハ誤ナリ、蓋シ到達ハ相手方カ了知シ得ヘキ状態ニ置カレタリト謂ナルヲ以テ、相
 手方ニ於テ了知ノ能力ヲ缺クニ拘ハラヌ到達アリトナスコトヲ得サルカ故ナリ、之レカ故ニ法
 律ハ特ニ意思表示ノ受領ニ付テ其能力ヲ規定セリ、大體ニ於テ、法律行為能力ト似タルモ亦其
 間ニ差異ナキニアラス今之ヲ分説セン

(1) 未成年者ハ一般ニ受領能力ヲ有セス(民九八條一項)故ニ未成年者ニ對シテ意思表示ヲ爲
 サントスル者ハ其法定代理人ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ要ス然レトモ未成年者自身ニ對シテ爲シ
 タル意思表示モ全然效力ヲ有セサルニアラス唯表意者ノ方面ヨリ之カ有效ヲ主張シ得サルノ
 故、未成年者ノ方面ヨリハ其有效ヲ主張シ得ヘクハ又無効ヲ主張シ得ヘシ、此原則ニ對シテ民
 法四條一項但書、五條及七六條ハ例外ヲナス、即チ之等ノ場合ニ於テハ未成年者ニ對スル意思

表示モ完全ナル效力ヲ有ス、尙未成年者ニ對スル意思表示ヲ其法定代理人カ了知シタル時モ例外トシテ了知ノ時ヨリ意思表示ノ效力ヲ生ス(九八條但書) 意思表示到達ノ時ヨリ效力ヲ生スルニアラサルヲ注意セサルヘカラス

未成年者ノ法定代理人カ了知スルコトナクシテ未成年者カ成年ニ達シタル時ハ如何、成年ニ達シタルノミニテ當然未成年中ニ受ケタル意思表示カ效力ヲ生スヘキ理由ナシ、然レトモ成年者トナリタル後之ヲ了知スレハ了知ノ時ヨリ效力ヲ生スルモノト解ス、法定代理人カ了知シタルト同一ノ效力ヲ附シテ支障ナケレハナリ

(2) 禁治産者モ亦一般ニ受領能力ヲ有セス、而シテ其法定代理人カ禁治産者ニ對スル意思表示ヲ了知シタル場合ニ了知ノ時ヨリ效力ヲ生スヘキハ未成年者ノ場合ト異ルコトナシ(民九八條)

(3) 雖禁治産者及ヒ妻ハ完全ナル受領能力ヲ有ス、コレ法律行為能力ト大ニ異ル所ナリ 此他受領ノ當時偶々受信者カ意思能力ヲ缺クモ隔地者ニ對スル意思表示ハ其效力ヲ妨ケララルコトナシ、例ヘハ意思表示到達ノ當時受信者カ偶偶睡眠中ナル場合ノ如シ、禁治産宣告ニ至ラサル一時の心神喪失ノ如キ亦然リ、對話者間ノ場合ニハ了知ヲ要件トスルカ故ニ常ニ必ラス意思能力ヲ備ヘサルヘカラス(五五條)

第五款 意思表示以外ノ要素

以上分説シタル當事者、目的、意思表示ノ三者ハ畢竟意思表示ニ歸スヘキモノニシテ意思表示以外ニ存スルモノニアラス、此他尙法律行為ノ一般要素トシテ擧クヘキモノアリヤ否ヤ、法律行為ノ本質ニ付キ意思表示説ヲ探レハ此問題ハ固ヨリ消極ニ答ヘカラス、法律行為ノ本質ニ付キ所謂法律事實説ヲ探ルトスルモ、學者カ所謂意思表示以外ノ要素トスルモノハ總テ皆特別要素ニ外ナラサルカ故ニ一般要素トシテ掲クヘキモノナシ

第四節 法律行為ノ不成立及ヒ成立ノ瑕疵

第一款 汎論

一、法律行為ハ意思表示ヲ以テ本體トナス、而シテ其意思ト表示トノ間ニ齟齬ヲ生シタル場合ニ何レヲ基本トシテ意思表示ノ效力ヲ定ムヘキヤニ付キ意思主義、表示主義及ヒ折衷主義ノ三主義アルコトハ前節既ニ之ヲ説ケリ茲ニハ我民法ヲ始メ獨佛英語國ノ立法例カ多少其間差異ノ存スルモノアリト雖モ大體ニ於テ折衷主義ニ從ヒタルノ理ヲ説明セサルヘカラス、

按スルニ折衷主義ナルモノハ便宜ノ爲メニ起リタルモノニシテ理論ノ爲メニ生シタルモノニアラス、意思表示ノ效力ニ關スル所謂折衷主義亦然リ、而シテ此場合ニ於ケル所謂便宜ハ當事者雙方ヲ適當ニ保護セントスル公正衡平(Searchlight's Justice, equity)ノ觀念ニ基ケルモノニ外ナラス、若シ理論ヲ貫徹センカ、法律カ法律行為ニ效果ヲ認ムルハ法律的效果ヲ發生セントスル

民法總論 法律行為ノ不成立及ヒ成立ノ瑕疵

當事者ノ意思ヲ認知保護センカ爲メナリ、此意思ト齟齬シタル表示ハ如何ナル場合ニ於テモ效力ヲ有スヘカラス、然レトモ若シ此ノ如クシテハ相手方ノ利益ヲ如何、自ラ窺知リ能ハサル表意者ノ意思ニ支配セラレテ、自ラ認知シ得ヘキ外部ノ表示ニ何等ノ信ヲ置クヲ得サルニ至ラン、以テ取引ノ安全ヲ維持スルコト能ハス、然レトモ若シ反對ノ極端ニ走り、所謂表示主義ヲ貫徹シテ表示ハ常ニ必ラス其取引上定マレル意義ニ從ヒテ絕對ニ效力ヲ有スルモノトナサンカ、詐欺強迫ヲ受ケタル者モ單ニ不法行為上ノ損害賠償請求權ヲ有スルニ止マリテ其法律行為ニ拘束セラレサル可ラス、重大ナル錯誤ニ陥レル者モ亦同シク法律上ノ拘束ヲ受クルニ至ル、錯誤、詐欺等ノ結果ヲ以テ總テ之ニ陥リタル者ノ責ニ歸スルハ難キヲ人ニ責ムルモノト言ハサル可ラス、此ノ如ク兩主義各其理由アルカ故ニ茲ニ其間ニ衡平ヲ保タンカ爲メニ折衷主義ナルモノ生シタルナリ、即チ絕對ニ意思ノミヲ標準トシテ眞意ノ存否ヲ全然度外ニ置クモノニアラス、其間ヲ折衷シ或ハ原則トシテ意思主義ニ依リ、眞意ヲ伴ハサル或表示ヲ有效トスルノ例外ヲ認ム、或ハ表示主義ヲ原則トシテ眞意ヲ伴ハサル或場合ヲ無効トスルノ例外ヲ認ム、我民法ハ即チ此主義ニ依レリ、而シテ折衷主義ノ内之ヲ獨逸民法ニ比スレハ意思主義ニ傾ケルヲ見ルヘシ

二、意思ト表示ト齟齬スル場合ハ之ヲ二大別スルヲ得ヘシ、一ハ表意者カ其齟齬ヲ知りタル場合ニシテ心裡留保ト虚偽表示ト之ナリ、他ノ一ハ表意者カ其齟齬ヲ知ラサル場合ニシテ錯誤

之ナリ、其時ト同シク誤認ハ其時ト同シクニ表意者カ其眞意ニアラサルコトヲ知リテ眞意ニアラサル意思表示ヲナスコトヲイフ、之ヲ心裡ノ留保ト稱スルハ表意者自身ノ意思中ノミニ於テ其表示セル意思カ眞意ニアラサルコトヲ留保スルカ故ナリ、從テ心裡留保ノ成立センカ爲メニハ二個ノ要件アリ

一、心裡ノ留保 (Reservatio mentalis, Mentalreservation) トハ表意者カ其眞意ニアラサルコトヲ知リテ眞意ニアラサル意思表示ヲナスコトヲイフ、之ヲ心裡ノ留保ト稱スルハ表意者自身ノ意思中ノミニ於テ其表示セル意思カ眞意ニアラサルコトヲ留保スルカ故ナリ、從テ心裡留保ノ成立センカ爲メニハ二個ノ要件アリ

(イ) 表示セル所カ眞意ト符合セザルコト、例、贈與ノ意ナクシテ物ヲ與フトイフカ如シ

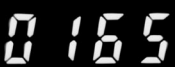
(ロ) 表意者自ラ其表示ノ眞意ニ合セザルコトヲ知レルコト、此故意ナクハ縱令過失アルモ錯誤ハ成立シ得ヘシ、心裡留保ハ成立スルヲ得ス、又故意ハ表意者一方ノミニ存スルコトヲ要ス、相手方ニ於テ之ヲ知ルコトヲ妨ケスト雖モ相共ニ眞意ニアラサル意思表示ヲナサントノ通謀アリテ其效力ヲ失フヘキモノトナセリ、詐欺及ヒ強迫之ナリ、以下款ヲ分チテ之ヲ説明セント欲ス

第二款 心裡ノ留保

一、心裡ノ留保 (Reservatio mentalis, Mentalreservation) トハ表意者カ其眞意ニアラサルコトヲ知リテ眞意ニアラサル意思表示ヲナスコトヲイフ、之ヲ心裡ノ留保ト稱スルハ表意者自身ノ意思中ノミニ於テ其表示セル意思カ眞意ニアラサルコトヲ留保スルカ故ナリ、從テ心裡留保ノ成立センカ爲メニハ二個ノ要件アリ

(イ) 表示セル所カ眞意ト符合セザルコト、例、贈與ノ意ナクシテ物ヲ與フトイフカ如シ

(ロ) 表意者自ラ其表示ノ眞意ニ合セザルコトヲ知レルコト、此故意ナクハ縱令過失アルモ錯誤ハ成立シ得ヘシ、心裡留保ハ成立スルヲ得ス、又故意ハ表意者一方ノミニ存スルコトヲ要ス、相手方ニ於テ之ヲ知ルコトヲ妨ケスト雖モ相共ニ眞意ニアラサル意思表示ヲナサントノ通謀アリ



ルヘカラス、通謀アラハ、次款ニイフ虚偽表示トナル以上二個ノ要件ヲ具フレハ、其真意ニアラサル意思表示ヲ爲スニ至リタル理由ノ如キハ、毫モ間フ所ニアラス、或ハ相手方ヲ害スルノ意思ナルコトアルヘク、或ハ誹謗ニ出ツルコトアルヘシ

二、心裡ノ留保ハ、原則トシテ意思表示ノ效力ヲ妨クルコトナシ（民九三條）蓋シ法律行為ノ性質論ヨリイフトキハ、表示セラレタル所ハ、真意ニアラサルカ故ニ意思表示ノ效力ヲ害スルモノトナスヘキカ如キモ、相手方保護及ヒ一般取引ノ保護ヨリイフトキハ、表意者ニ保護スヘキ理由ナクシテ表示ノ效力ヲ左右スヘキニアラサルカ故ナリ、之ヲ錯誤ト對比スレハ、表意者ヲ保護スルノ理由ナク、從テ特ニ相手方保護ノ理由アルヲ知ルヘシ、然レドモ此原則ニ對シテハ、一、例外アリ、即チ相手方アル意思表示ニ於テ其相手方カ表意者ノ真意ヲ知り又ハ之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシトキハ、其意思表示ハ無効トス（民九三條但書）相手方保護ノ理由存セサルカ故ニ法律行為ノ性質ニ從ヒ真意ニ基カサル意思表示ヲ無効トスルモノナリ、此無効ハ、之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗シ得ヘキヤ否ヤ、爭アリト雖モ九四條第二項ノ如キ規定ナキカ故ニ解釋論トシテハ、積極說ヲ採ル、相手方ニ於テ表意者ノ真意ヲ知り若クハ知り得ヘカリシ事實換言スレハ、相手方ノ惡意若クハ過失ハ、證明ヲ要スル事實問題ナリ、而シテ其舉證ノ責任ハ、表意者ニ存スルモノトス

心裡留保ノ結果真意ニアラサル表示カ效力ヲ有スルコト以上述べルカ如シ、從テ裏面ニ存スル真意ハ法律上何等カ效力ヲ有スルモノニアラス、表示ナキ意思ハ法律上效力ヲ有スルコト能ハサ

三、心裡留保適用ノ範圍ハ、相手方アル意思表示ニ限ルコトナシ、但シ其例外ノ適用ハ、相手方アル場合ニ限ルコト勿論ナリ

第三款 虚偽表示

一、虚偽表示 (Simulation, Scheingeschäft) トハ、相手方ト通應シテ爲シタル真意ニアラサル意思表示ヲイフ、從テ次ノ要件ヲ備ヘサルヘカラス

- (1) 表示セル所カ真意ト符合セザルコト
 - (2) 表意者自ラ其不一致ヲ知レルコト
 - (3) 相手方カ其不一致ヲ知レルコト
 - (4) 表意者相手方間ニ真意ニアラサル意思表示ヲナスコトニ付キ意思ノ合致アルコト、此最後ノ點カ即チ虚偽表示ニ特殊ナル要件ナリ、前三者ヲ備フルモ此第四ノ要件ヲ備ヘサレハ、心裡留保ノ一場合トナルニ過キス、所謂通應トハ、真意ニアラサル意思表示ヲナスニ付キ雙面的ニ意思ノ合致アルコトヲイフ
- 以上ノ四要件ヲ具備スレハ、虚偽表示ハ成立ス、其他ニ何等ノ要件ナシ、從テ虚偽表示ヲ爲ス理由ノ如キハ、虚偽表示ノ成立ニ何等ノ影響ナシ、或ハ何等ノ法律行為ヲモ爲ス意思無クシテ虚偽

表示ヲナスコトアルハ、或ハ異種又ハ異條件ノ法律行為ヲ爲ス意思ヲ有スルコトアルヘシ、或ハ他人ヲ害スル意思ヲ有スルコトアルヘク、或ハ此ノ如キ意思ヲキコトアルヘシ、債權者ヲ害スル目的ヲ以テスル財産隱匿、選舉資格、被選舉資格、取締役タル資格ヲ得ンカ爲メニスル財産讓渡ノ假裝、登記料ヲ減スル目的ヲ以テ賣買價額ヲ偽ルカ如キ者此例ナリ、
 二、虛偽表示ハ無効ナリ（民九四條）真意ニ對シテハ表示ナク、表示ニ對シテハ真意ナク、而シテ心裡留保ノ場合ノ如ク相手方保護ノ必要ナキカ故ニ理論ニ從ヒテ無効トナシタルナリ、但シ其無効ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルヲ許サス、蓋シ第三者ハ假裝ノ意思表示ヲ有效ト信スルコトアルヘク、其信ニ基キテ法律行為ヲ爲スコトアルヘキカ故ニ若シ虛偽表示ノ無効ヲ善意ノ第三者ニ對抗シ得トスレハ第三者保護ノ立法精神ニ背馳スルカ故ナリ、善意ノ第三者トハ例ハ假裝ノ意思表示ヲ真意ニ基クモノト信シテ假裝ノ讓受人ヨリ權利ヲ讓受ケタル者ノ如キヲイフ、對抗ノ意義ニ付テハ既ニ之ヲ述ヘタリ、問題アリ、虛偽表示ニ基キテ表意者カ爲シタル給付ハ虛偽表示無効ノ理由ニ基キテ其返還ヲ請求スルヲ得ヘキカ、民法七〇八條ノ適用ヲ受ケル場合多カルヘシ、

三、虛偽表示カ異種又ハ異條件ノ法律行為ヲ爲ス意思ヲ以テナサレタル場合ニ其隱匿セラレタル法律行為（Disguised Rechtsverkehr）ハ效力ヲ有スルカ、虛偽表示ニ隱匿セラレタルノ理由ニヨリ當然無効トスヘキニアラス然レトモ之ヲ爲スノ真意アリタルコトノミニヨリテ當然效

力ヲ有スヘキニアラス、虛偽表示ヲ以テ此真意ノ表示ト見ルヲ得ヘキ場合ニハ其效力ヲ有スヘキナリ、但シ當該ノ法律行為ニ要スル成立要件ヲ具備セサルヘカラサルハ勿論ナリ、但シ其有效ナル場合ニ於テモ善意ノ第三者ニハ之ヲ對抗シ得サルナリ、

四、虛偽表示ノ適用範圍ハ反對證書ヲ以テ本證書ノ效力ヲ變更又ハ消滅セル場合ニ限ルコトナシ故ニ佛民法舊民法カ之ヲ證據問題ニ限リタルハ狹キニ失ス

五、虛偽行為ト區別セサルヘカラサルハ、信託行為（Fiduziarischer Vertrag）ナリ、後者ハ當事者カ真意ヲ以テ締結スル契約ナリ、但シ之ニ制限ヲ付シ一方ノ當事者（受託者）ハ其契約上與ヘラレタル權利ヲ全然行使セサルカ若クハ唯一部分ノミ行使スヘシトナスモノナリ、行使シ得サル權利ヲ讓渡ストイフハ無意味ナルカ如キモ決シテ然ラス、對内關係ト對外關係トヲ分離シ對外關係ニ於テハ讓渡アリ、對内關係ニ於テハ讓渡ナシトスルモノナリ、此兩面ヲ分離スル所カ信託ノ妙味ニシテ外部ニ對スル關係ニ於テハ受託者ノ權利ヲ大ニシテ活動ノ範圍ヲ廣汎ナラシメ、内部ニ對スル關係ニ於テハ債務關係ニヨリテ信託ニ背カサラシメントスルモノナリ、其虛偽表示ト異ルハ對外關係ニ於テノ法律的效果モ當事者カ真ニ發生セシメント欲スルモノナルニヨリテ明ナリ

第四款 錯誤

一、汎ク錯誤(erro, error, Irrtum, mistake)トハ認識ト對象トノ不一致ヲ總稱ス、換言スレハ事實ノ不知若クハ誤信ナリ、例ヘハ牛ヲ以テ馬ナリトシ、賣買ヲ以テ贈與ナリトシ、銅瓶ヲ以テ金瓶ナリトナスカ如シ

錯誤ノ效果ハ刑法民法ノ兩方面ニ跨ル、刑法ニ於テハ罪トナルヘキ事實ノ錯誤ハ犯意ヲ阻却ス、民法ノ方面ニ於テハ或事ヲ知ルト知ラサルトノ區別即チ善意惡意ヲ區別スルノ標準トナリ、或ハ法律行為ヲ組成スル意思ノ欠缺ヲ生ス、本款ニ於テハ法律行為不成立ノ一種トシテ錯誤ヲ説明スルモノナルカ故ニ單ニ最後ノ點ニ付テノミ錯誤ノ效果ヲ論スルモノナリ、而シテ此效果ハ錯誤ノ民法上ノ效果トシテ最も重要ナルモノナルハ言フヲ俟タス

二、錯誤ニヨル意思表示トハ錯誤ノ結果知ラスシテ意思ト表示トノ間ニ齟齬ヲ生シタル意思表示ヲイフ、例ヘハ牛ト信シテ馬ヲ買フカ如シ、其意思(牛ヲ買フ意思)ト表示(馬ヲ買フ表示)トノ間ニ齟齬ヲ生シ真意ニ對シテハ表示ナク、表示ニ對シテハ真意ナキハ心理留保ト異ルコトナシ、唯其齟齬ニ付キ表意者ニ認識ナキ點ニ於テ兩者ヲ區別ス

三、錯誤ニハ事實ノ錯誤ト法律ノ錯誤トヲ區別スルヲ常トス、錯誤ノ對象カ事實ナリヤ法律ナリヤニヨル區別ナリ、例ヘハ牛ヲ馬ト誤ルハ前者ニシテ賣買ヲ消費貸借ト同一ナリト誤ルハ後者ナリ、兩者ノ區別ハ刑法ノ範圍ニ於テ重大ナル關係ヲ有スルモ民法ノ範圍ニ於テハ重要ナルモノニアラス、或ハ「法律ノ不知ハ宥恕セス」トノ格言アリ、法律ノ錯誤ハ法律行為無効ノ理

由トナルコトナシト主張スル者アリト雖モ其誤謬ナルコトハ今日一般ニ認メラルルニ至レリ、前記ノ格言ハ法律ハ之ヲ知ラサルニ因リテ適用ヲ免レストノ謂ニシテ、法律ヲ知ラサルニ拘ハラス總テノ場合ニ於テ之ヲ知レルモノト同一ニ取扱フトノ謂ニアラス、單ニ法律ノ適用ノミニ關スルナリ、之カ故ニ近世ノ法律ハ一般ニ法律ノ錯誤ニ對シテモ救済ヲ與フ、唯法律ノ錯誤ハ當事者ノ重大ナル過失トナルコト多カルヘキカ故ニ民法九五條末文ノ適用ヲ受クルコト多カルヘキノミ

錯誤ハ又之ヲ法律行為其モノニ關スル錯誤ト法律行為ノ緣由ニ關スル錯誤トニ區別スルヲ常トス、而シテ錯誤カ法律行為ノ成立ニ影響ヲ及ボサンカ爲メニハ其緣由ニ關スル錯誤タルノミヲ以テ足ラス、法律行為其モノニ關スルヲ必要トスト論スルヲ常トス、所謂法律行為ノ緣由ニ關スル錯誤トハ法律行為ヲ爲スニ至リタル理由ニ付キ錯誤ノ存シタル場合ニシテ例ヘハ帽子ヲ盜マレタルカ故ニ新シキ帽子ヲ買ヒタルニ其實當キ忘レタルニ過キサリシ場合ノ如シ、此區別ハ從來一般ニ認メラレタル所ナリト雖モ近時或ハ之ニ反對シテ所謂緣由ニ關スル錯誤ト法律行為ノ自體ニ關スル錯誤トハ其分界明確ナラス心理的ノ標準ヲ以テ之ヲ區別スルハ分類トシテ明確ナルモノニアラストナスモノアリ(例ヘハ民法原論三六一頁)然レトモ錯誤カ法律行為ノ效力ヲ左右スルハ其行為意思ヲ阻却スルカ故ニシテ行為意思ヲ成立スルニ至ラシメタル動機ニ變動ヲ生セシメタルニ止マル場合ニハ理論上法律行為ノ效果ニ影響アルヘカラサルカ故ニ尙緣由ニ關

スル錯誤ヲ區別スルヲ適當ト信ス、金ナルカ故ニ買フトイフ場合ト銅ナレトモ從來所有シタル銅瓶カ破壊シタルカ故ニ買フトイフトハ其間ニ差異アルコト明ナリ、但シ縁由ト雖モ例外トシテ法律行為ノ成立ニ影響アルコトアリ、法律行為ノ當事者カ之ヲ以テ條件トナシタル場合、錯誤カ詐欺ニ基ケル場合即チ之ナリ

法律行為自體ニ關スル錯誤ハ表示ノ錯誤ト表示ノ内容ニ關スル錯誤トニ區別スルコトヲ得、前者ハ表示ノ行為ヲ誤ルモノニシテ即チ表示意思ナキモノナリ例ヘハ書損ノ如シ、表示意思ナク從テ行為意思ナキモノナレハ其行為ハ無効ナリ、表示ノ内容ニ關スル錯誤トハ表示ノ意義ヲ誤リタル爲メ或ハ表示ノ對象タル事實ヲ誤信シタル爲メ其内容ニ付キ法律行為意思ヲ有セザル場合ニシテ例ヘハ「シャンペン」ト「シャンペンサイダー」ト同一ナリト信シタルハ表示ノ意義ヲ誤リタルニ基ク表示ノ内容ニ關スル錯誤ニシテ「シャンペン」ト「サイダー」トハ異レルモノナルヲ知ルモ其場合ニ或酒瓶ヲ見テ「サイダー」ナリト信シテ「シャンペン」ヲ注文シタルハ事實ノ錯誤ニ基ク表示ノ内容ノ錯誤ナリ其效果ニ付テ更ニ詳説セザルヘカラス、此點ニ關シテハ四、錯誤ノ法律行為ニ及ホス效果ニ付テハ古來諸國ノ立法例ニヨリテ異レリ、此點ニ關シテハ如何ナル錯誤カ法律行為ノ成立ニ效果ヲ及ホスカノ問題ト其效果アリトセラレタル錯誤ハ如何ナル效果ヲ有スルカノ問題ト區別シテ考察セザルヘカラス、(甲) 如何ナル錯誤ハ法律行為ノ成立ニ影響ヲ及ホスヤ

此點ニ關シテハ古來諸國ノ立法例及ヒ學說區々ナリト雖モ其總テノ錯誤ヲ以テ法律行為ノ成立ニ影響ヲ及ホスモノトナササルノ點ニ於テ一致セリ、唯重要ナル錯誤ニ付キテ表示意思無効若クハ取消シ得ヘキモノトスルノ效果ヲ認ムルニ止ム、唯其如何ナル錯誤ヲ以テ所謂重大ナル錯誤トナスヘキカニ付テ主義ノ岐ルルナリ

客觀主義ニヨルモノハ錯誤カ法律行為ノ如何ナル部分ニ付テ生シタルカニヨリテ其錯誤ノ重大ナリヤ否ヤヲ決セント欲ス、羅馬法、佛、英ノ法律ハ此主義ニヨルモノニシテ試ニ羅馬法ニ於テ法律行為ヲ無効トシタル錯誤ノ種類ヲ擧ケレハ(Terror in personae)人ニ關スル錯誤(Terror in negotio)法律行為ノ種類ニ關スル錯誤(Terror in Corpore)目的物ノ同一ニ關スル錯誤(Terror in Substantia)物ノ品質ニ關スル錯誤)之ナリ、而シテ最後ノモノハ時トシテ法律行為ヲ取消シ得ルモノトスルニ止メタリ、此ノ如ク法律行為ノ如何ナル部分ニ付キ錯誤ノ存スルカニヨリテ錯誤ノ效力ヲ一定セントスルモノハ即チ客觀主義ナリ

客觀主義ニ對シテ主觀主義ヲ採ルモノアリ即チ錯誤ノ重大ナリヤ否ヤヲ決スルハ一ニ當事者ノ意思ニヨルヘシトナスモノナリ換言スレバ當事者ノ意思ニ於テ重要ナリトナシタルノ點ニ付テ錯誤アラハ之ヲ以テ重大ナル錯誤ナリトナス、獨逸ノ普通法學者ニシテ此主義ヲ採リタル者アリ

更ニ兩主義ヲ折衷シテ一般ノ見ル所即チ取引ノ通念ニヨリテ錯誤ノ重大ナリヤ否ヤヲ決セ

トスル主義アリ、一般主義トイフコトヲ得ヘシ、獨逸民法一八九條第一項ニ「表意者カ事情ヲ知り且合理的ニ判斷シタルトキハ其意思表示ヲ爲サザリシト認ムヘキトキハ云々」トイヘルハ一見主觀主義ニ據リタルカ如キモ、合理的ニ判斷シ得ル人ヲ以テ標準トシタルモノナルカ故ニ一般主觀主義ヲ採リタルモノトイフヘシ、此主義ハ具體的各個場合ニ付キ取引上ノ一般觀念カ當該ノ錯誤ヲ重大ナリト見ルヤ否ヤヲ以テ標準トスルモノニシテ當事者ノ意思ノミヲ標準トスルモノニアラサルカ故ニ實際ノ結果ニ付テハ具體的客觀主義ト稱フルモノト多ク異ル所ナシ

我民法九五條ニハ法律行為ノ要素ニ錯誤アリタルトキハト謂ヘリ、所謂要素ノ意義如何語簡ニシテ意ヲ盡サス、其解釋ニ付テ諸說紛々タル亦怪シムニ足ラザラントス

要素ニ關スル錯誤トハ法律行為ノ成立ニ必要ナル要素即チ其成立要件ニ關スル錯誤トイフ意義ニ解スヘカラサルハ明ナリ、蓋シ成立要件ハ當事者ノ意思表示、目的ノ三者ニシテ意思表示ニ關スル錯誤トイフハ意義ヲナササレハナリ

所謂要素ノ錯誤ノ意義ニ關シテハ數説ヲ區別スルヲ得ヘシ

(1) 法律行為ノ目的ニ關スル錯誤ノ謂ナリトスルモノハ梅博士、原理三六九頁以下ニ其説ノ大要ニ曰ク、法律行為ノ要素トハ廣義ニ於ケル法律行為ノ目的是ナリ、蓋シ法律行為ハ一定ノ目的ヲ有スル意思表示ナルカ故ニ目的ノ外意思モ亦其要素ナリトイフヲ得ルニ似タリト雖モ目的

ハ畢竟意思ノ内容ニ過キサルカ故ニ目的ノ外意思モ亦其要素トナス必要ナシ、殊ニ錯誤ノ場合ニ於テハ恰モ意思アリシヤ否ヤカ問題ナルヲ以テ意思ヲ以テ要素トシ、之ニ錯誤アリトイフハ無意味ナリ、故ニ意思ヲ含マス、又當事者モ要素ナリトナスモノアレトモ當事者ノ如何ハ通常問フ所ニアラサルカ故ニ一般ニ之ヲ以テ要素トナス能ハス、其特ニ當事者ノ誰ナルカラ必要トスル場合ハ當事者カ目的ニ包含セララルル場合ニシテ從テ目的以外ニ當事者ヲ要素トナスノ必要ナシ、例ヘハ現金買買ニ於テハ當事者ノ何人タルカハ目的ニアラス要素ニアラス、買主ハ或物ヲ買フヲ以テ法律行為ノ目的トスルモノニシテ或人ヨリ或物ヲ買フヲ以テ其目的トスルモノニアラス、之ニ反シテ或物ヲ與ヘントスル時ハ其與ヘラルル人カ重要ナリト雖モ此場合ニハ偶々或人ニ或物ヲ與フルコトカ目的トナルモノニシテ目的ノ外ニ當事者カ要素タルニアラスト

此見解ハ理論上法律行為ノ目的ナル語ヲ其内容ト解シ而シテ法律行為ニ影響ヲ及ボスヘキ錯誤ハ常ニ此目的ニ關スル錯誤トナスモノナルヲ以テ固ヨリ誤リタルモノニアラスト雖モ何カ法律行為ノ目的ナリヤ、換言スレバ當事者又ハ目的物ノ性狀カ果シテ法律行為ノ内容ナリヤ即チ目的ナリヤハ如何ナル標準ニヨリテ決スヘキカ、客觀主義何レノ標準ニヨリテ之ヲ決スヘキヤノ標準ヲ示ササルノ點ニ於テ缺點ヲ有スルモノト信ス

(2) 客觀主義ヲ採リテ羅馬法英法佛法ノ如ク錯誤ノ存シタル法律行為ノ部分ニヨリテ其重要ナリヤ否ヤヲ決セントスルモノアリ然レトモ錯誤ノ重大ナリヤ否ヤハ具體的各個場合ニ付テ之

ヲ決スヘキ所ニシテ概括的ニ之ヲ定ムルハ當ラ得タルモノニアラス
 (3) 同シク客觀主義ヲ探ルモ具體的各個ノ場合ニ付キ取引上ノ觀念ヲ以テ重大ナリヤ否ヤヲ決
 セントスルモノアリ(松岡義正、民法論、四六〇頁) 普通ノ知識經驗ヲ有スル人カ行為者トナ
 ラハ之ヲ以テ、重大ナル錯誤トナシタリヤ否ヤヲ以テ決セントスルモノナリ、以上ノ主義ニ比
 シテ進歩シタル主義ナルモ當事者ノ主觀ニ於テ之ヲ重要トナシタリヤ否ヤヲ全然無視シテ可ナ
 リトセハ當ラ得タルモノトイフヘカラス

(4) 主觀客觀兩標準ヲ採用シ客觀的標準ヲ以テ主觀的標準ヲ制限セントスルモノアリ、(富井政
 章、民法原論三六四頁)
 余ハ此最後ノ說ニ從ハント欲ス、蓋シ錯誤ニヨリ法律行為ヲ無効トスルハ意思ノ欠缺ヲ來タス
 カ故ナリ表示意思アルモ行為意思ナシト認メラルルカ故ナリ、故ニ先ツ主觀的標準ニヨリテ其
 表意者カ其誤リタル認識ヲ有シタル事實ヲ重大ト見タルヤ否ヤヲ決定セザルヘカラス然レトモ
 此主觀的標準ノミニヨルハ表意者ノ保護ニ厚キニ失スルヲ以テ其重大ト見做シタル點ハ、取引ノ
 通念上又重大ト認メラルヘキモノナリヤ否ヤヲ標準トセザルヘカラス、換言スレハ具體的各個
 ノ場合ニ於テ表意者カ重大トナシタル事項ニ付キ錯誤アリシヤ否ヤ、其重大トナシタルハ取引
 ノ通念ニ一致スルヤヲ以テ標準トナサント欲ス
 以上ノ標準ヲ採ル結果トシテ錯誤ノ重大ナリヤ否ヤハ抽象的劃一的ニ之ヲ決定スルコト能ハス

以下參考ノ爲メニ取引ノ通念上重大ナル錯誤ト認メラルヘキモノヲ例示スレハ次ノ如シ、
 (イ) 法律行為ノ性質又ハ種類ニ關スル錯誤(error in negotio)例ハハ老衰ノ爲メニ視力衰弱シ
 タル者カ保證債務ノ證書ナリト信シテ爲替手形ニ署名スルカ如シ(例、Forster v. Mecklinn)
 法律行為ノ目的トセル法律上ノ效果ニ差異ヲ生スルヲ以テ一般ニ重大ナル錯誤ト認メラル
 (ロ) 目的物ノ同一ニ關スル錯誤(error in corpore)例ハハ甲カ其所有ノ馬池月ヲ賣ラント欲
 シ、今其厩ニ繋カレタル馬ハ池月ナリト信シテ厩ニ繋カレアル馬ヲ賣ラント約シタルニ其厩
 ニハ他ノ馬カアリタルカ如シ

(ハ) 當事者ノ同一ニ關スル錯誤(error in persona)當事者ノ何人ナルヤハ通常ノ取引ニ於テ多
 ク問フ所ニアラサルカ故ニ此錯誤ハ一般ニ重大ナル錯誤ニアラス、然レトモ法律行為ノ性質上
 當事者ノ何人ナルヤニ付キ重キヲ置クコトアリ、贈與、免除、信用賣買、消費貸借ノ如キニア
 リテハ取引ノ通念上當事者タル人ニ重キヲ置クモノナリ、其如何ナル場合ニ當事者タル人ニ重
 キヲ置クカハ上ニ示セル標準ニ從フ
 (ニ) 目的物ノ品質ニ關スル錯誤(error in substantia)此點ニ就テハ古來頗ル議論アリ、例ハハ
 純金ト信シタル瓶ノ銅瓶ナリシ場合或土地カ平地ナリト信シタルニ崖地ナリシ場合、畫家ト信
 シタル某ノ畫家ニアラサリシ場合ノ如シ、ザビニー(Cozybany)以來獨逸學者ノ通説ニヨレハ物
 又ハ當事者ノ根本的性質ニ關スル錯誤ニシテ日常取引ノ觀念ニ從ハハ物ノ類目ヲ異ニスルカ又

ハ別種ノ人ト見ルヘキ場合ニハ之ヲ物ノ同一ニ關スル錯誤ト同ニ視ス(シトナセリ)此點ニ付テハ反對説アリ、物及ヒ人ノ品質ニ關スル錯誤ハ單ニ法律行為ノ緣由ニ關スル錯誤ニシテ法律行為其モノニ關スル錯誤ニアラストスルモノ之ナリ然レトモ物及ヒ人ノ品質性狀カ取引ノ通念上重大ナル場合即チ其性狀ヲ存否ニヨリテ物ノ種類ヲ異ニスト認ムヘキ場合ニハ當事者ノ法律行為意思ト其性狀ヲ備ヘタル物ヲ買フニ存シ其性狀ヲ備フルト否トニ拘ハラス一般ニ其種類ノ物ヲ買フトイフニアラサルヲ以テ之ヲ法律行為其モノニ關スル錯誤ト見サレヘカラス、要之、當事者又ハ物ノ性狀ニ關スル錯誤ニテモ取引ノ通念上尙重大ナル錯誤ト見做スヘキ場合存スルモノト信ス

法律行為ノ成立ニ影響アルヘキ錯誤ハ以上列舉シタル所ニ限ルコトナシ以上ノ列舉ハ固ヨリ制限列舉ノ意ニアラス、重大ナリヤ否ヤヲ具體的ニ取引ノ通念ニヨリテ定ムヘシトスル當然ノ結果トシテ物ノ數量、履行ノ場所、從物ノ給付ノ如キモ特別ノ事情ノ下ニ重大ナル關係ヲ有スルコトアリ

(乙) 錯誤ハ如何ナル效果ヲ有スルヤ 蓋シ獨逸民法我民法共ニ折衷主義ヲ採ルモノナリト雖モ我民法ハ意思主義ニ傾キタルカ故ニ錯誤ハ意思欠缺ヲ生スルヲ理由トシテ法律行為無効ノ原因トナシ、獨逸民法ハ表示主義ニ傾キタルカ故ニ取消アリテ始メテ法律行為ハ其效力ヲ失フヘキモノトシタルナリ、無効ト取消トノ性質及ヒ效力ノ差異ハ後章ニ讓ル

我民法ハ錯誤ノ效果トシテ單ニ法律行為カ無効ナルヘキコトヲ規定スルニ止ム、其無効ナルノ結果當事者間ニ如何ナル法律關係ヲ生スヘキカハ全ク一般ノ原則ニ讓レリ、一般ノ原則ニヨリテ之ヲ解スレバ錯誤者ニ過失アリタル場合ト過失ナカリシ場合トヲ分チ、前ノ場合ニハ不法行為ニ關スル民七〇九條ノ原則ニヨリテ損害賠償ノ義務アルヘク、後ノ場合ニハ損害賠償ノ義務ヲ生セス、錯誤ニヨリテ無効トナリタル法律行為ニ基キ利得ヲ受ケタル者ハ不當利得返還ノ義務ヲ有スルハ多ク言フヲ俟タス

ヲ以テ法律行為無効ノ原因トナス(民九五條)蓋シ獨逸民法我民法共ニ折衷主義ヲ採ルモノナリト雖モ我民法ハ意思主義ニ傾キタルカ故ニ錯誤ハ意思欠缺ヲ生スルヲ理由トシテ法律行為無効ノ原因トナシ、獨逸民法ハ表示主義ニ傾キタルカ故ニ取消アリテ始メテ法律行為ハ其效力ヲ失フヘキモノトシタルナリ、無効ト取消トノ性質及ヒ效力ノ差異ハ後章ニ讓ル

我民法ハ錯誤ノ效果トシテ單ニ法律行為カ無効ナルヘキコトヲ規定スルニ止ム、其無効ナルノ結果當事者間ニ如何ナル法律關係ヲ生スヘキカハ全ク一般ノ原則ニ讓レリ、一般ノ原則ニヨリテ之ヲ解スレバ錯誤者ニ過失アリタル場合ト過失ナカリシ場合トヲ分チ、前ノ場合ニハ不法行為ニ關スル民七〇九條ノ原則ニヨリテ損害賠償ノ義務アルヘク、後ノ場合ニハ損害賠償ノ義務ヲ生セス、錯誤ニヨリテ無効トナリタル法律行為ニ基キ利得ヲ受ケタル者ハ不當利得返還ノ義務ヲ有スルハ多ク言フヲ俟タス

錯誤カ法律行為無効ノ原因タル一般ノ原則ニ對シテハ例外アリ即チ表意者ニ重大ナル過失アリタルトキハ表意者自ら其無効ヲ主張シ得サルコト之ナリ(民九五條但書)不法行為ニ基ク損害賠償ノ義務ノミヲ以テシテハ相手方ノ保護ニ十分ナラストナシ、其損害ノ原因ヲ除去スルニ趣旨ヲ以テ無効ヲ主張スル權利ヲ與ヘサリシテハ、所謂重大ナル過失(Gründe)トハ輕過失ニ對スルモノニシテ善良ナル管理者ノ加フル注意ヲ怠リタル場合ヲ輕過失トイヒ、通常人ノ加フル注意ヲ缺キタル場合ヲ重過失トイフ

民法總論 法律行為ノ不成立及ニ成立ノ瑕疵

第五款 詐欺

一 汎ク詐欺 (Betrug, arglistige Täuschung, dol, fraud, delus) トイフキハ他人ヲシテ錯誤ヲ生セシムルコトヲ目的トスル故意ノ行為ヲ總稱ス。例ヘハ鍍金セルモノヲ純金ナリト偽ルカ如シキイデハ故意ヲ以テ其欺詐ノ主眼ヲ轉セシムルコトナリ (以て其欺詐ノ主眼ヲ轉セシムルコトナリ) 詐欺ノ效果ハ民法刑法ノ兩方面ニ跨ル。刑法ニ於テハ詐欺ヲ爲シタル者ヲ以テ國家社會ヲ害シタリトシテ公法的關係ニ於テ其行為ヲ罰スルナリ、民法ニ於テハ詐欺ヲ爲シタル者ト詐欺ヲ受ケタル者トノ私法的關係ニ於テ詐欺ヲ受ケタル者ノ利益ヲ保護セント期ス、兩者ハ其觀察點ヲ異ニシ從テ其法律關係ヲ異ニス。法律關係ノ異ニシハ、例ヘバ詐欺ノ主眼ヲ轉セシムルコトナリ、一ハ詐欺ニ因リテ意思表示ヲ爲シタル者ニ其意思表示ノ取消權ヲ與ヘテ其意思表示ニヨリテ法律上拘束ヲ受クルコト無カラシムルコト之ナリ、他ノ一ハ詐欺ヲ爲シタル者ヲ不法行為者トナシテ之ニヨリテ損害ヲ受ケタル者ニ對シ損害賠償ノ責ニ任セシムルコト之ナリ、兩者相俟テテ詐欺ヲ受ケタル者ノ保護ヲ全クス、茲ニ論セントスルモノハ其前者ニ限レリ。其表示主義ニ關シテハ、例ヘバ、詐欺ニ因リテ意思表示ヲ爲シタル者ニ其意思表示ニ基キ詐欺ニ因ル意思表示トハ相手方又ハ第三者ノ故意ノ行為ノ爲メニ錯誤ニ陥リ其錯誤ニ基キ詐欺ニ因ル意思表示トシテ、從テ錯誤ナルコトヲ要シ、錯誤ニ因リテ意思表示ヲ爲シタル者ト爲シタル意思表示ヲ要ス、從テ錯誤ナルコトヲ要シ、錯誤ニ因リテ意思表示ヲ爲シタル者ト

ヲ要シ、錯誤ハ相手方又ハ第三者カ故意ニ事實ヲ虛シタルコトニ基キコトヲ要ス、今之ヲ分說スルコト次ノ如シ。一、錯誤ノ原因ハ、事實ノ錯誤ニ付テ生ズルコトナリ、二、錯誤ノ種類ハ、(1) 錯誤ヲ生ズルコトヲ表意者カ錯誤ニ陥ルニアラザレハ詐欺ニヨル意思表示アルコトヲ得ス故ニ民法上未遂ノ詐欺アルコトナシ、從來既ニ錯誤ニ陥レル者ニ對シテ詐欺ヲ爲スコトヲ得ルヤ、單ニ人カ錯誤ニ陥レルヲ奇貨トシテ之ニ乘スルハ未ダ詐欺ニアラス、然レトモ其錯誤ヲ大ニシ、其錯誤ヲ確實ナラシメ、取引上告タルノ義務アルニ拘ハラズ錯誤ニ陥レルコトヲ告ケザルハ詐欺ナリ、例ヘハ銅瓶ヲ金瓶ナリト疑ヒツツアル者ニ金瓶ナリトイフハ詐欺ナリ、(2) 錯誤ニ因リテ意思表示ヲ爲シタルコト、換言スレハ法律行為意思ヲ決シタル理由カ錯誤ニ以上ノ如ク民法上詐欺ハ必ラス錯誤ヲ生ズルコトヲ要スルモ其錯誤ハ所謂要素ノ錯誤ナルコトヲ要セス、特ニ所謂線由ノ錯誤ニ付テ詐欺ノ規定ノ適用アルナリ、錯誤ノ點ノミニ於テ無効ナル意思表示ハ詐欺ノ點ニヨリテ取消シ得ヘキモノトスルノ要ナシ、(3) 錯誤ニ因リテ意思表示ヲ爲シタルコト、換言スレハ法律行為意思ヲ決シタル理由カ錯誤ニ存スルコトヲ要ス、極メテ輕微ナル點ニ付テ詐欺アリ錯誤ヲ生シタルニ止マリ、其錯誤カ法律行為意思ヲ決定スルニ付キテ理由トナルコト無カリシトキハ詐欺ハ意思表示ノ效力ニ影響ナシ例ヘハ下婢雇入ノ雇傭契約ヲ爲ス場合ニ其年齡、教育、兩親ノ關係等ヲ聞キタルニ下婢カ其年齡ヲ二年偽リタリトスルモ、雇主カ其年齡ノ差異ニ拘ハラズ下婢ヲ雇入ルヘカリシトキハ詐欺ニヨリテ意思表示ヲ取消スコトヲ得ス而シテ其錯誤ニ因リテ意思ヲ決定シタルヤ否ヤハ純然タル



事實問題ニシテ各場合ニ付キテ決スルノ外ナキモ、取引ノ一般觀念上其錯誤ニ因リテ決意シタリト認メ得ヘキ場合ニハ特ニ之ヲ證明スルコトヲ要セス、
 (B) 錯誤ハ相手方又ハ第三者ノ故意ノ行為ニ基キタルコト、更ニ分説スレハ錯誤ハ相手方又ハ第三者ノ行為ニ基キタルコト及ヒ相手方又ハ第三者ノ故意ニテ其行為ヲナシタルコトヲ要ス、
 (イ) 相手方(又ハ第三者以下同シ)ノ行為ニ基キタルコトヲ要ストハ、敢テ相手方ノ積極舉動ヲ要ストノ謂ニアラス、沈黙即チ消極舉動ニヨリテモ時ニ詐欺ヲナシ得ルコトアリ、人ハ一般ニ告タルノ義務ヲ有スルモノニアラサルカ故ニ沈黙カ常ニ詐欺トナルコトナキハ勿論ナリト雖モ意思表示ハ明示タルコトヲ要セサルカ故ニ沈黙カ或ル意思ノ表示ト認メ得ヘキ場合ニハ默示ノ行為ニヨル詐欺アリトイフヘシ例ヘハ「此金瓶ハ何圓ナリヤ」トノ問ニ對シ「其瓶ハ十圓ナリ」トイフカ如シ、金ナリト明示セスト雖モ金ナリト默示アリタリトイフヲ得、通常説明セララル所ニヨレハ法律上若クハ取引ノ一般觀念上相手方ニ通知スヘキ義務アル場合ニ於テ之ニ違反シテ告ケサルハ詐欺トナルモノトス、結果ニ於テ誤ナキモ義務違反ナルカ故ニ詐欺トナルニアラスシテ、義務違反ヲナササルヲ常態トスルカ故ニ告ケサルハ事實相違ノ暗黙ノ意思表示アルモノト認メ得ヘキカ故ナリ(富井、原論三七五頁、松岡、民法論、四六五頁參照)コトイフハ行爲トハ單純ナル意見ノ發表ヲ包含セス、事實ニ付テ誤リタル明瞭若クハ暗黙ノ表示ヲナスコトヲイフ、例ヘハ此繪畫ハ探幽ノ筆ナリトイフニ當リ單ニ探幽ノ筆ナリト信スルトキハ其意見

誤レリトスルモ詐欺ニアラス

(ロ) 相手方ニ故意アルコトヲ要ス、故意ニ基カスシテ錯誤ヲ生シタル場合ニハ詐欺ニアラス、英法ニテハ之ヲ誤示(misrepresentation)ト稱シ單純ナル錯誤ト區別スルモ民法ニ於テハ此區別ナシ、故意トハ表意者ヲシテ錯誤ニ陥ラシメントスルノ意思アリ、錯誤ニヨリテ法律行為意思ヲ決セシメントスルノ意思アルコトヲイフ、然レトモ相手方ヲ害セントスルノ意思ヲ要セサルハ勿論、自己又ハ第三者ヲ利セントスルノ意思モ亦必要ナシ、例ヘハ東京鐵道會社ノ重役カ會社ノ株ノ買入ヲ他人ニ薦メンカ爲メニ既ニ市有ニ付テ會社重役ト市長トノ間ニ協議成立セリト僞ルカ如キハ重役カ之ヲ薦ムルニ當リ株ヲ購入スルモ損失ナシト信スルモ尙詐欺ニヨル意思表示ナリ

以上ノ三要件ヲ具フルニアラサレハ詐欺ニ因ル意思表示ハ成立セス、從テテ刑法上詐欺トシテ罰セラルヘキモノニテモ民法上詐欺トナラサルコトアリ、未遂ノ詐欺ノ如シ、又民法上詐欺ニヨル意思表示トナルモ刑法上詐欺取財トナラサルコトアルハ勿論ナリ、例ヘハ財物奪取ノ手段トナラサル場合ノ如シ、即チ刑法上ノ詐欺ト民法上ノ詐欺トハ其成立ニ付テ別個ニ考ヘサルヘカラサルナリ、尙ホ詐欺ヲ爲シタル者カ意思表示ノ相手方ナルコトハ詐欺ニヨル意思表示成立ノ要件ニアラサルコト後ニ述フルカ如シ
 三 詐欺ニ因ル意思表示ハ之ヲ取消スコトヲ得(民九六條一項)即チ詐欺ヲ為シ之ニ因リテ生

シタル錯誤カ所謂要素ニ關スルモノニアラサルモ、詐欺ヲ理由トシテ法律行為ヲ取消スコトヲ得ルナリ、其取消權ヲ有スル者ハ詐欺ニ因リ意思表示ヲ爲シタル者ニシテ其相手方ニアラサルコト勿論ナリ(民二〇〇條)

詐欺ニ因ル意思表示ハ一般ニ取消スコトヲ得ルモ、尙ホ取消ヲ俟タズシテ無効ナルコトアリ、即チ詐欺ニ因リ要素ノ錯誤ヲ生シタル場合之ナリ、然レトモ此場合ハ詐欺アルカ故ニ無効ナルニアラスシテ錯誤ノ點ニ付キテ無効ノ結果ヲ生スルナリ

詐欺ニ因ル取消ハ錯誤ヲ理由トスルヤ、詐欺ヲ理由トスルヤヲ争フ者アリ、然レトモ單純ナル錯誤ヲ理由トスルニモアラス(故ニ緣由ノ錯誤ニテモ可ナリ)單純ナル詐欺ヲ理由トスルニモアラス(錯誤ヲ生セサルヘカラス)詐欺ニ因リテ錯誤ヲ生シタルコトカ即チ意思表示取消ノ原因ト言ハサルヘカラス

法律行為取消ノ效果ニ付テハ第七節第二項ニ於テ論スル所ナルカ故ニ茲ニ述ヘス、唯其詐欺ニ因ルモノニ特殊ナルハ其取消ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗シ得サルコト之ナリ換言スレバ取消原因ノ存スルコトヲ知ラサル第三者ニ對シテハ取消ノ效果ヲ主張スルコトヲ得サルナリ(民九六條三項)例ヘハ相手方ノ詐欺ヲ受ケテ之ニ物ヲ讓渡シ、相手方更ニ之ヲ第三者ニ讓渡シタル場合ニ若シ第三者カ先ノ讓渡行為ノ詐欺ニ基キタルコトヲ知ラサルトキハ表意者ハ相手方トノ間ノ行為ヲ取消シ得ルモ之ヲ理由トシテ第三者ヨリ物ノ返還ヲ請求シ得サルカ如シ

四 詐欺ニ因ル意思表示ニ於テ詐欺ヲ行ヒタル者カ相手方タルヲ要セサルハ上一言シタルカ如シ、此原則ハ相手方ナキ行為例ヘハ遺言相續ノ承諾等ニ付テハ例外ナク適用セラルルモ、相手方アル法律行為ニ付テハ例外アリ、即チ相手方アル意思表示ニ付キ第三者カ詐欺ヲ行ヒタル場合ニ於テハ相手方カ其實ヲ知リタルトキニ限り、其意思表示ヲ取消シ得ルモノトナス(民九六條二項)換言スレバ相手方カ詐欺アルコトヲ知ラサルトキハ取消スコトヲ得サルナリ、蓋シ詐欺ヲ受クルハ必ラスシモ過失ナリト見ルコトヲ得サルモ善意ノ相手方ノ利益ヲ犠牲ニシテ之ヲ保護スヘキニアラサルヲ以テナリ、唯相手方善意ノ場合ニハ自ら詐欺ヲ利用シタルモノニシテ之ヲ保護スルノ理由ナキカ故ニ表意者ニ取消權ヲ與ヘタルナリ獨逸民法ハ相手方カ善意ナルモ過失アル場合ヲ惡意ナル場合ト同一視セリ(同法一二三條)尙ホ相手方カ表意者ノ詐欺ニ罹レルコトヲ知レル場合ト單ニ錯誤ニ陷レルヲ知レル場合トハ之ヲ混同セサルコトヲ要ス

五 詐欺カ刑法上ノ詐欺タル場合ニハ單ニ取消ノ原因タルノミナラス法律行為ヲ無効ナラシムト主張スル學者アリ、我大審院モ嘗テ此說ヲ採レリ、問題ハ詐欺取財ニ因ル贓物返還ノ場合ニ起ル、取消說ヲ採レハ先ヲ取消ヲナスニアラサレハ返還請求ヲナスヲ得ス、且善意ノ第三者ニ對抗シ得サルノ制限アリ、無効說ヲ採レハ此ノ如キ制限ナク、且當然返還ノ請求ヲ爲シ得ルコトトナル、余ハ取消說ノ正當ナルヲ信シテ疑ハス(富井、原論、三七六頁、三十六年五月十二日大審院刑事聯合部判決)蓋シ民事詐欺ト刑事詐欺トハ其成立ニ付テモ相一致セサルコト諒カ

ラス、同一ノ行為カ刑法上詐欺ニシテ且民法上詐欺ニ因ル意思表示ナル場合ニ於テモ其内容ト
 スル法律關係カ一ハ公法關係ニシテ一ハ私法關係ナリ、公法關係成立スルカ故ニ私法關係成立
 セサルノ理ナシ、公法上ニ於テ犯罪ナルモノヲ私法上ニ於テハ有效トナシ或ハ取消シ得ヘシト
 ナスモ何等法理上妨タル所ナシ、即チ刑事上詐欺取財ナル場合ニモ其私法上ノ效果ハ民法ニ從
 ヲテ決スルナリ、無効説ヲ採ル者ハ種種ノ理由ヲ提出スルモ皆誤レリ、或ハ犯罪行為ト法律行
 爲トハ觀念上相容レストスルモノアリ然レトモ國家カ犯罪行為ヲ認ムルハ之ニヨリテ犯人ニ制
 裁ヲ加フルニアリ、法律行為ノ效力ヲ認ムルト否トハ何等制裁ノ問題ト關係ナシ、或ハ法律行
 爲ノ内容ハ適法ナルヘシ、犯罪行為ハ違法ナルカ故ニ無効ナリト、然レトモ之レ亦誤レリ手段
 ノ違法ハ目的ノ違法ト異レリ、若シ手段カ違法ナラハ法律行為ハ無効ナリトセンカ、詐欺強迫
 ニ基ク意思表示ハ常ニ無効ナリトイハサルヘカラス、天下豈此ノ如キ理アランヤ

第三款 強迫 *metus, Drohung, menaces, duress or coercion.*

一 汎ク強迫トイフトキハ不法ニ害惡ヲ示シテ畏怖ヲ生セシムル總テノ行為ヲイフ、其效果カ
 民法刑法ノ兩方面ニ跨ルコト、民法上ノ效果カ不法行為上ノ損害賠償ト法律行為ノ效力ニ關ス
 ル影響トニ分類シ得ヘキコトニ付テハ詐欺ト異ルコトナシ

強迫ニ因ル意思表示トハ相手方又ハ第三者ノ爲シタル強迫ニ基キ法律行為意思ヲ決定セラレタ

- ル意思表示ヲイフ、從テ不法ニ害惡ヲ示サレタルコトヲ要シ、之ニヨリテ畏怖ヲ生シタルコト
 ヲ要シ、畏怖ニ因リテ意思表示ヲ爲シタルコトヲ要ス、之ヲ分説スレハ次ノ如シ
- 1) 表意者ニ畏怖ヲ生シタルコトヲ要ス、民法ハ害惡ヲ示スコトヲ不法トシテ不法行為者ニ制
 裁ヲ加フルモノニアラサルヲ以テ害惡ヲ他人ニ示スノミニシテ尙ホ畏怖ヲ生セサルモノハ意思
 表示ノ效力ニ影響ヲ及ホスコトナシ、從テ未遂ノ強迫ナルモノナシ
 - 2) 畏怖ニ因リテ意思表示ヲナシタルコトヲ要ス、單ニ畏怖ト意思表示トアルヲ以テ足レリトセ
 ス、畏怖シタルコトカ意思表示ヲナシタル理由ナルコトヲ要ス、尙ホ意思表示ヲナシタルコト
 ヲ要スルカ故ニ絶對的暴行 (*vis absoluta*) ニ因リテ強力ヲ加ヘテ法律行為ノ外形ヲナサシムルモ
 強迫ニ因ル意思表示ニアラス、カクノ如キ場合ニハ法律行為意思ヲ缺知スルモノナレハ取消シ
 得ヘキモノニアラスシテ無効ナリ、強迫ニヨル意思表示ト言ハシカ爲メニハ法律行為意思ハア
 リ、而シテ法律行為意思ヲ決シタルコトカ畏怖ニ基ケルコトヲ要スルナリ
 - 3) 畏怖ハ、不法ニ害惡ヲ告知スルニ因リテ生シタルコトヲ要ス、更ニ之ヲ分類シテ説明スレハ
 (イ) 害惡ノ種類ハ問フ所ニアラス、外國ノ立法例ニハ強迫ノ原因タルヘキ害惡ノ種類ヲ法律
 上一定シタルモノアレトモ、我民法ハ何等害惡ノ種類ニ付テ制限ヲ設ケサルヲ以テ苟モ表意者
 ニ畏怖ヲ生セシムルニ於テハ如何ナル種類ノ害惡ニテモ可ナリ、生命身體ニ對スル害惡ノミナ
 ラス、名譽財産ニ對スル害惡ニテモ可ナリ、自己ニ對スル害惡ノミナラス、自己ノ親族友人ニ

對スル害惡ニテモ可ナリ、要ハ唯畏怖ヲ生セシムル害惡タラハ足ルノミ、客觀のニ於テ危險重大ナルコトモ亦必要ニアラス、コレ民法カ主觀の標準ヲ採リタル結果ナリ

(ロ) 害惡ハ不法ナルコトヲ要スルヤ、相手方カ法律上許サレタル行為ヲ爲シタル場合ニ表意者ニ於テ畏怖ヲ生シタリトスルモ、之カ爲メニ相手方ヲ犧牲トシテ表意者ヲ保護スヘキ理由ナキカ故ニ、害惡ハ不法ナルコトヲ要スルモノト解ス、例ヘハ債權者カ債務者ニ向ヒ辨濟ヲ爲ササレハ強制執行ヲ爲スヘシトイフハ當然不法ニアラス、假令當事者カ強制執行トイヘル聲ニ畏レテ辨濟シタリトスルモ其辨濟ハ完全ニ有效ナリ、此ノ如ク不法ナルコトハ強迫ニヨリテ意思表示ノ取消權カ生スル要件ナルコト明ナリト雖モ、唯問題トナルハ如何ナル場合ニ強迫ハ不法ナルカノ點ナリ、余ハ次ノ如ク解セント欲ス、先ツ手段カ不法ナル場合即チ告知セラレタル害惡其モノカ不法ナル場合ニハ強迫ハ常ニ不法ナリ、之ニヨリテ達セントスル目的カ許サレタル行為ナルト否トヲ問ハス、例ヘハ殺人、毆打ヲ以テ強迫シテ金錢ヲ贈與セシメ債務ヲ支拂ハシムルカ如シ、此最後ノ點ニ付テハ異說アリ、目的カ適法ナルトキハ手段カ違法ナルモ違法ニアラストスル學者アルモ(例ヘ富井、原論三八四頁、松岡、四七二頁)(Gosack, Orms)余ハ爲シ得ヘキ行為ト雖モ、法律ハ如何ナル手段ヲ以テモ之ヲ爲スコトヲ許スニアラス、金錢債務ヲ支拂ハサル場合ニ債權者ノ家ニ至リテ其金錢ヲ奪取シ、所有物ヲ返還セサル場合ニ之ヲ奪フカ如キハ皆不法ナリ、之ト同シク不法ナル手段ヲ用フレハ不法ナル強迫トナルモノト解ス(同說Engel)

cerus ; Planck) 次ニ害惡其モノハ不法ニアサルモ其害惡ニヨリ法律行為意思ヲ決定セシムルコトカ不法トナルコトアリ、例ヘハ犯罪ノ告訴權ヲ有スル者カ一定ノ金額ヲ贈與セサレハ告訴ヲ爲スヘシトイフハ告訴ヲ爲スコト其モノカ不法ナルニアラサルモ其害惡ヲ告知シテ法律行為意思ヲ決定セシムルコトカ不法ナルカ如シ

(4) 畏怖ニ因テ法律行為意思ヲ決定セシメントスル故意ニ基クコトヲ要ス、故意ノ意義ニ就テハ詐欺ニ付テ述ヘタル所ヲ参照セヨ、約言スレハ畏怖ヲ生セシメントスルノ意思アリ畏怖ニヨリ法律行為意思ヲ決定セシメントスルノ意思アルヲ要スルモ損害ヲ與フルノ意思ヲ要セサルナリ、故意ヲ要スルカ故ニ偶然ニ他人カ畏怖ニ陥レルヲ利用スルモ強迫トナラス、例ヘハ水火ノ難ニ際シ、救助ノ爲メ非常ナル報酬ヲ約スルカ如シ、立法論トシテハ議論アルヘキモ、解釋論トシテハ特ニ其實質ヲ利用シテ當事者カ強迫ヲ爲シタルカ或ハ畏怖ノ爲メ辨識力ヲ失ヒタル場合ニアラサレハ意思表示ヲ有效トナスノ外ナシト信ス(富井、原論三八四頁参照)然レトモ上述ノ故意ハ必スシモ表意者ノ相手方ニ存スルコトヲ要セス、法律ハ強迫ニ付テハ詐欺ノ場合ノ如ク強迫ヲ爲ス人ニ付テ何等ノ制限ヲ置カス、何人カ爲シタル強迫ニテモ同一ノ效力ヲ有スルモノトシタルカ故ニ如上ノ故意モ亦其強迫者ニ存スルヲ以テ足り必ラスシモ表意者ノ相手方ニ存スルコトヲ要セス

以上ノ要件ヲ具備スレハ民法所謂強迫ニ因ル意思表示アリ、此要件ヲ備ヘサレハ此ノ如キ意思



表示アラス、故ニ其成立ト否トハ刑法上ノ犯罪ノ成立ト何等ノ關係ナキコト明ナリ、
 二 強迫ニ因ル意思表示ハ之ヲ取消スコトヲ得（九六條一項）其取消ニ付テハ詐欺ノ場合ト異
 リ何等ノ制限ナシ、即チ第三者ノ強迫シタル場合ト相手方ノ強迫シタル場合トニヨリテ效果ニ
 差異ナク、又第三者ニ對スル效力ニ付テモ制限ヲ受クルコトナシ、之レ詐欺ニ陥ルハ多少ノ不
 注意ト認め得ヘキモ、畏怖ニ陥ルハ何等答ムヘキ無キヲ以テ第三者ノ利益ヲ犧牲ニシテ之ヲ保
 護シタルナリ、尙ホ強迫ニ因リ損害ヲ受ケタル者カ強迫者ニ對シ不法行為上ノ損害賠償請求權
 ヲ有スルハ詐欺ノ場合ト同シク、強迫ニ因リ意思ノ欠缺ヲ生シタル場合ニ意思表示カ無効ナル
 ハ上ニ説明セルカ如シ、此最後ノ場合ハ強迫ニ因ル意思表示トイフヘキニアラサレハ、強迫ニ
 因ル意思表示ハ取消シ得トイヘル原則ニ對シテ例外ヲ爲スモノニアラス、
 三 英法ニハ強迫ニ似テ異レルモノアリ、不當ノ威迫（undue influence）ト稱スルモノ之ナリ、
 父母、後見人等カ子、被後見人ニ對スルカ如ク、通常意思ノ自由ヲ妨害スヘキ權力服從關係ア
 ル場合ニハ特ニ強迫ノ事實ナキモ強迫アリタルト同一ニ取扱フモノトス、我民法ハ事實上害惡
 ノ通知アリ畏怖ヲ生スルニアラサレハ、假令自由意思ヲ阻害スヘキ狀況アルモ、以テ法律行為
 成立ノ瑕疵トアサス、大陸ノ法制亦然リ

第五節 代理

第一款 代理ノ性質

代理（Selbsterfüllung, Repräsentation）トハ自己ノ意思表示ニヨリテ他人ノ爲メニ第三者ト法律
 行為ヲ爲シ又ハ他人ノ爲メニ第三者ヨリ意思表示ヲ受ケ之ニヨリテ他人ト第三者トノ間ニ法律
 關係ヲ成立セシムルコトヲイフ、從テ代理ノ成立センカ爲メニハ常ニ三人ノ當事者アリ、三種
 ノ法律關係ヲ生スルコトヲ要ス、例ヘハ甲カ乙ヲ代理シテ丙ト法律行為ヲナストキハ甲乙丙間ニ
 ハ本人代理人間ノ關係、甲丙間ニハ本人相手方間ノ關係、乙丙間ニハ代理人相手方間ノ關係ヲ
 生ス、而シテ代理ハ本人相手方ニ直接ノ法律關係ヲ生スルコトニ其本體ヲ存スルモノトス、今
 其性質ヲ分説スレハ次ノ如シ

(1) 代理ニ於テ意思表示ヲ爲ス者ハ代理人自身ナリ、此點ニ於テ代理人ハ使者ト異ル、使者ハ
 自己ノ法律行為意思ヲ表示スルニアラスシテ主人ノ意思ヲ取次クモノナリ、從テ錯誤、心理留
 保、善意、惡意等ノ問題ハ一ニ主人ニ付テ之ヲ決ス、代理人ハ之ニ反シ自己ノ意思ヲ表示シテ
 本人ノ爲メニ法律行為ヲナスモノナリ、事實上自己ノ意思タルニ止マラスシテ法律上モ亦代理
 人自身ノ行為タルナリ從テ錯誤、詐欺、強迫、善意惡意等ノ問題ハ一ニ代理人自身ニ付テ之ヲ
 決ス、本人ノ意思狀態ハ問フ所ニアラサルナリ（民一〇一條一項）但シ此原則ニ對シテハ我民
 法上一ノ例外アリ、即チ特定ノ法律行為ノ代理ニ付キ代理人カ本人ノ指圖ニ從ヒテ其行為ヲ爲

シタルトキハ本人ハ自ら知リタル事情及ヒ過失ニヨリテ知ラザリシ事情ニ付キ代理人ノ不知
 及ヒ無過失ヲ主張シ得タルコト之ナリ即チ本人ノ惡意又ハ過失ハ一般ニ影響ナシト雖モ、代理
 人カ本人ノ指圖ニ基キテ特定行為ノ代理ヲ爲シタルトキハ本人モ亦其行為ニ關係シ之ヲ監督シ
 タルモノナルカ故ニ例外トシテ法律行為ニ影響アリトシタルモノナリ、此條文ハ我民法カ代理
 人行爲說ヲ採リタルコトヲ示スモノトイフヘシ、代理ノ場合ノ意思表示カ代理人自身ノ意思表
 示ナル結果トシテ代理人ハ意思能力者ナルコトヲ要ス、使者ハ必ラスシモ意思能力者タルコト
 ヲ要セザルナリ、民法一〇二條ハ代理人カ行為能力者タルヲ要セザルコトヲ言ヘルノミ
 以上ノ如ク代理ノ場合ノ意思表示ハ代理人自身ノ意思表示ナリトスル說ヲ代理人行為說トイ
 フ、此說ハ近世學者間ノ多數說ニシテ又我民法ノ採用スル所ナリ、然レトモ此點ニ付テハ反對
 說無キニアラス、本人行為說及ヒ共同行為說之ナリ、本人行為說トハ代理人ノ爲ス意思表示ハ
 或ハ事實上本人ノ意思表示ナリトナシ(事實の本人行為說)或ハ法律上本人ノ行為ト擬制スルモ
 ノトナス(擬制的の本人行為說)モノナリ「サグイニ」ヲ始メトシ有力ナル學者ノ之ヲ稱ヘタル
 者アルモ探ルニ足ラス、經濟上本人ノ意思表示ト同一ノ效果ヲ生ストイフヲ誤リテ法律上本人
 ノ意思表示ナリトシタルモノナリ、若シ本人ノ意思表示ナラハ意思表示ニ影響アル善意惡意詐
 欺強迫等ノ問題ハ直接ニ行為ノ成立ニ關係ナキ本人ニ付テ之ヲ決定セザルヘカラサルノミナラ
 ス、法定代理ニ付テハ本人カ意思無能力者ナルコトヲ妨ケザルカ故ニ如何ニシテ意思無能力者

ノ代理人ニ依ル意思表示カ有效ナルキヤ説明スルコト能ハス、其他諸種ノ不都合ヲ生ズルナリ、
 共同行為說トハ獨逸ノ「ミッタイス」(Mitig)氏及ヒ其他ノ學者ニ依リテ主張セラルル所ニシ
 テ代理ニ於ケル意思表示ハ本人及ヒ代理人ノ共同行為ナリトスルモノナリ、即チ本人ノ行為ハ
 其授權行為ニシテ授權行為ト代理人ノ意思表示ト相合同シテ代理行為カ成立ストナスモノナ
 リ「デルンブルヒ」氏モ後ニ此說ニ從ヘリ、委任代理カ委任者ノ意思ニ基クモノナルハ明ナリ、
 然レトモ此意思ハ代理ニヨリテ成立スル法律行為ヲ組成スル意思ニハアラス、唯代理權ヲ成立
 セシムル意思ナリ故ニ代理權サヘアラハ此意思ナクトモ代理行為ハ成立ス、法定代理ノ場合ノ
 如シ、故ニ本人ノ意思ヲ代理ニ於ケル意思ノ組成分子トナスハ誤レリ「蘭人ハ士與限保衛」(The
 agents, Wards, Emancipans)多數學者ノ採ル所ナリ、即チ法律行為ヲ成立セシムル當事者ト之ニヨ
 リテ效力ヲ受クル當事者トヲ分別シ、代理人ヲシテ本人ヲ代表シテ自ら意思表示ヲナサシムル
 モノナリ、蓋シ法律行為ト其效力トヲ分別スルハ代理ノ本體ナリ法律的效果ハ法律カ或ル事實
 ニ附着スルモノナルカ故ニ必スシモ之ニ直接ノ原因ヲ與ヘタル者ニ法律的效果ヲ附着スルコト
 ヲ要セス、事實ハ甲者カ成立セシメタルニ拘ハラズ、其效果ハ乙者ニ及ハシムルハ法律ノ自由
 ニ定メ得ル所ナリ、之レ即チ代理ノ本體ニシテ代理人ヲシテ本人ニ就テ直接ノ效果ヲ生ズル意
 思表示ヲ爲シ得シムルコトニ代理ノ意義ハ存スルモノナリ、本人ニ就テ直接ノ效果ヲ生ズルノ

理ヲ説明センカ爲メニ、事實ヲ惹起シタル者即チ意思表示ヲ爲シタル者モ亦本人ナリトイフハ法律的效果ノ性質ヲ解セサルモノナリナリ、其效果ハ、（イ）本人ニ歸スルモノ、（ロ）本人ノ自由意思表示ヲ爲ス者ハ代理人ナリト雖モ直接ニ其效果ヲ受クル者ハ却テ本人自身ナリ、直接ニトイフハ法律的效果カ先ツ代理人ニ付テ生シ更ニ之ヲ本人ニ移轉スル義務ヲ生スルニアラス、始メヨリ本人カ相手方ニ對シテ權利者トナリ義務者トナルモノナリ、此點ニ於テ所謂間接代理ト異ル）

直接ノ效力カ本人ニ及フ結果ハ左ノ二點ニ於テ表ハルモノナリ、（イ） 權利能力ノ存否ハ本人ニ付テ之ヲ決セザルヘカラス、例ハ外國人ハ土地所有權ノ取引ヲ代理人ヲシテ爲サシムルコトヲ得ス、（ロ） 行爲能力ハ本人ニ付テ存スルコトヲ要セス、又代理人ニ付テ存スルコトヲ要セス、代理人ニ付テ之ヲ要セザルハ行爲ノ結果ハ直接ニ本人ニ及ヒ代理人ニハ直接ノ利害ヲ及ホサザルヲ以テナリ、本人ニ付テ行爲能力ヲ要セザルハ自ら意思ヲ表示スルモノニアラザルハナリ、（三） 法律行爲ニ關スルニ示ハ本人又ハ代理人、其國籍ニ依リテ決セザルモノナリ、然レトモ一〇八條一三條代理カ法律行爲ノニ關スルコトニ付テハ民法ニ特別ノ明文ナシ、然レトモ一〇八條一三條以下ニヨリテ間接ニ之ヲ知り得ルノミナラス代理ノ性質上亦法律行爲ニ限ラザルヘカラス、其

理由ヲ約言スレハ代理ハ行爲ヲ成立セシメタルモノト行爲ニ付テ效力ヲ受クル者トテ分別スルモノナリ、從テ其效力ハ法律カ與フルモノナラザルヘカラス、事實上ノ效果ハ行爲者ニ接着シテ分別スルコトヲ得ス、法律カ效力ヲ與フル者ノ中行爲ヲ成立セシメタル者自身ニ其效果ヲ及ホスコトカ其行爲ノ性質上缺クヘカラサルモノ即チ不法行爲ニ付テハ代理ヲ許スコト能ハス、尙ホ代理ハ他人ノ爲メニスル意思ノ效力ヲ認ムルモノナレハ意思ヲ條件トシテ法律カ效力ヲ與フルモノ即チ法律行爲ニ限ラザルヘカラス、從テ講義ノ代理、園遊會出席ノ代理トイフハ無意味ナリ

（四） 他人ノ爲メニスル意思アルコトヲ要ス
代理ハ他人ノ爲メニスル意思ノ效力ヲ認ムルモノナルカ故ニ其本人ノ爲メニスル意思ハ表示セラルルヲ要スルコトヲ原則トス（民九九條）法律行爲ノ相手方ヲシテ法律行爲ノ當事者ヲ知ラシメンカ爲メニモ亦本人ノ爲メニスルコトヲ示スヲ要スルナリ、本人ノ爲メニスルコトヲ示ストハ唯自己カ法律行爲ノ當事者ニアラザルコトヲ告グルノミニアラシテ特定ノ本人ノ爲メニスルコトヲ示スノ謂ナリ、外國ノ立法例ニ於テハ多ク本人ノ名ニ於テトイヘリ、同様に意義ナルモノ本人ノ爲メニスルコトヲ示ストイヘルハ明示ナルコトヲ要セザルノ意ナリ、代理人カ本人ノ爲メニスルコトヲ示サシテ意思表示ヲ爲シタルトキハ其效力如何、相手方トノ間ニ意思ノ齟齬ヲ生スルモノニシテ純理ヨリ言ヘハ無効ナルヘキモ法律ハ代理人自己ノ爲メニ意思表示ヲ爲シ



タルモノト見做セリ相手方及ヒ第三者ハ之ヲ代理人自身ノ爲メニシタルモノト信スルノ外ナキカ故ナリ

以上ノ原則ニ對シテハ例外アリ、代理人ニ於テ本人ノ爲メニスルコトヲ示ササルモ、相手方ニ於テ其本人ノ爲メニスルコトヲ知り又ハ知り得ヘカリシ場合ニハ代理ハ有效ニ成立シ本人ニ對シテ直接ニ效力ヲ生スルモノトス(一〇〇條但書)蓋シ此場合ニ於テハ代理人ハ本人ノ爲メニスル意思ヲ有シ、相手方モ亦本人ト法律行為ヲ爲スノ意思ヲ有スト認ムヘキカ故ニ其意思ニ從ヒテ本人ヲ直接ノ當事者トナシタルナリ、之ノ故ニ本人ノ爲メニスル意思アルコトハ代理成立ノ絕對的要件ナルモ、之ヲ示スコトハ絕對的要件ニナラサルコトヲ知ルヘシ、尙ホ商法二六六條ハ商行為ニ付テ更ニ著シク例外ノ範圍ヲ擴張セリ

(5) 代理ノ有效ニ成立センカ爲メニハ代理權ノ存スルコトヲ要ス 法律カ無權代理ヲ認メ法律行為當時ニ代理權カ存在セサルモ事後ノ追認ニヨリ有效ナル代理ノ成立ヲ認メタルカ故ニ代理權ノ存在ハ代理ノ成立ニ必要ナラスト疑フモノアルモ、事後ニ追認ヲ要スルコト追認ハ代理權ノ存在ト見做サルルコトハ代理權ノ存在カ代理成立ノ要件ナルカ故ナリ、尙ホ代理權ニ付テハ款ヲ改メテ説明スヘシ

要之、代理トハ甲乙間ノ法律關係ニ基キ乙カ甲ノ爲メニスル意思ヲ示シテ丙ト法律行為ヲ爲スニヨリ直接ニ甲丙間ニ法律關係ヲ成立セシムルコトヲイフナリ

第二款 代理ヲ許ササル法律行為

羅馬法ニ於テハ一般ニ法律行為ノ代理ヲ許スコトナカリキ、奴隸制度及ヒ家族制度ノ結果奴隸及ヒ家子ニヨリテ日常ノ法律行為ヲナスニ不便ヲ感セザリシカ故ナリトイフ、羅馬ノ末期ニ及ビテハ此原則ニ多少ノ例外ヲ見ルニ至レリ

近世ノ法律ニ於テハ一般ニ法律行為ノ代理ヲ許ス、奴隸制度家族制度ノ破レタルモ其理由ノ一ナルヘシト雖モ、人事ノ複雜ニ赴ケルコト、取引ノ敏活ヲ要スルコト、亦其重要ナル理由ナルヘシ、我民法ニ於テモ亦此一般ノ趨勢ニ從ヒ汎ク一般ノ法律行為ニ付テ代理ヲ認メタリ、然レトモ法律行為ノ性質上代理ノ觀念ヲ容レ難キモノ無キニアラス、親族法上ノ法律行為、例ヘハ婚姻、養子縁組、離婚、離縁其他相續ノ承認、拋棄、遺言ノ如キハ之ナリ、尙ホ法律ノ特別ノ禁止ニヨリ代理ヲ許ササルモノアリ、民法第一〇八條ハ此ノ如キ禁止ノ内一般ノ適用ヲ有スルモノナリ、即チ法律ハ當事者雙方ノ代理人トナリ、又ハ一ノ法律行為ニ於テ相手方ノ代理人トナルコトヲ禁ス、自己カ自己ト法律行為ヲナシ、同一ノ權利ニ付キ權利者義務者ノ資格ヲ一身ニ收ムルハ理論上ノ不能ナリ、然レトモ代理ハ本人ヲ法律行為ノ當事者トスルモノナレハ當事者雙方ノ代理人トナリ、又ハ相手方ノ代理人トナルハ理論上ノ不能ニアラス、然レトモ法律行為ノ雙方ノ當事者ハ其利害ノ關係ヲ異ニスルコト多ク、從テ同一人ヲシテ雙方ノ代理ハタラシム



理權カ代理人ノ意思ニ基カサルモノヲ法定代理トイフ。說アレトモ皆採ルニ足ラス。前者ハ民事訴訟法ニ於テハ辯護士代理ノ外其例ナク、後者ハ代理權成立ノ原因ヲ代理人ノ意思ニ求ムルモノニシテ之ヲ本人ノ意思ニ基クノ正當ナルニ若カス。

(三) 消極代理

他人ヲ代理シテ自ラ法律行為ヲ爲ス場合ハ前者ナリ、(九九條一項)他人ノ爲メニ第三者ヨリ意思表示ヲ受ケル場合ハ後者ナリ、(同條二項)使者カ口頭ニテ返答ヲ受ケル權限ヲ有スル場合ハ後者ノ例ナリ、但シ使者カ更ニ相手方ノ使者トナル場合ハ之レト異ル。

(四) 消極代理、無權代理
代理權ノ有無ニ基ク區別ナリ、真正ノ代理ト稱スヘキモノハ前者ニ限ル、然レトモ代理權ナクシテ代理行為ヲナセル場合ニモ法律ハ之ニ付テ規定ヲ設ケル必要アルカ故ニ便宜ノ爲メ無權代理モ代理ノ節中ニ規定セリ。

(五) 一般代理、特別代理
代理權ハ之ニ付テ規定ヲ設ケル必要アルカ故ニ便宜ノ爲メ無權代理モ代理ノ節中ニ規定セリ。又、代理人ノ權限ハ之ニ付テ規定ヲ設ケル必要アルカ故ニ便宜ノ爲メ無權代理モ代理ノ節中ニ規定セリ。

第四款 代理權

一 性質、自己ノ意思表示ニヨリ他人ニ就テ直接ニ法律上ノ效果ヲ生セカ爲メニ兩者、間

ノ行為ヲ爲シ了リタルトキハ其鑑定ハ此ニ全ク確定シ其鑑定シタル物件ハ爾後債權ノ目的物トナルモノトス例ヘハ債權者ノ住所ニ於テ債務ヲ履行スヘキ場合ニ債務者カ給付スヘキ物件ヲ債權者ノ住所ニ持參シテ之ヲ提供シ又ハ履行ノ場所カ債務者ノ住所ナルトキハ物件ヲ選定準備シタル上其受取方ヲ債權者ニ催告シタルトキハ其物件ハ爾後債權ノ目的物トナルモノナリ蓋シ債務者カ給付スヘキ物件ヲ選定シタル上給付ヲ爲スニ付キ自己ノ義務ニ屬スル一切ノ行為ヲ爲シ了リタルトキハ義務ノ履行ニ關シテハ履行ト同視セララルヘキモノナレハ履行即チ引渡シノ場合ト等シク其物件ヲ以テ債權ノ目的トナシ債權者ヲシテ之ニ關スル危險ヲ負擔セシムルヲ相當トス是レ第四百一條ノ規定アル所以ナリ
債務者カ債務ノ本旨ニ從ヒ履行ノ提供ヲ爲シ債權者ヲ履行受取ノ遲滯ニ付シタルトキハ前記ノ要件ハ常ニ具備スルモノナリ而シテ債務者カ鐵道船舶其他運送業者ノ手ヲ經テ目的物ヲ履行地ニ送付スル場合ニ於テモ目的物カ履行地ニ到達シ債權者ニ對シテ履行ノ提供ヲ爲シタル場合ニ於テ其目的物ハ始メテ確定スルモノニシテ送付ト同時ニ此效果ヲ生スルコトナシ何トナレハ債務者ノ義務ハ送付ト同時ニ完了スルモノニアラス債務者ハ尙ホ履行地ニ於テ目的物ヲ債權者ニ引渡スノ義務ヲ負フヲ以テナリ然レトモ債務者ノ住所ニ於テ履行ヲ爲スヘキ債務ニ付キ其債務者カ債權者ノ依頼ニ應シ前同一ノ方法ヲ以テ目的物ヲ他ノ場所ニ送付スルカ如キ場合ニ於テハ債務者ハ送付ト共ニ其義務ニ關スル行為ヲ爲シ了リタルモ

民法總論

債權關係

債權ノ內容

債權ノ目的

フト謂フコトヲ得ヘキヲ以テ此場合ニ於テハ目的物ハ送付ト共ニ確定スヘキモノトス
 前掲第二ノ場合ニハ債權ハ目的物ヲ引渡シ因リテ消滅シ第三ノ場合ニ於テハ債權ノ目的
 タル物件ハ確定スルト同時ニ其債務ハ爾後其特定シタル物件ヲ目的トシテ不特定物ノ債務ハ此
 時ヲ以テ特定物ノ債務ニ轉換シ特定物ノ債務ニ固有ナル原則ヲ適用ラ受クヘキモノトス

第四 混合的不特定物ノ給付
 單ニ物件ノ種類ヲ指示シテ目的物ヲ定ムル純然タル不特定物ノ債權ノ外ニ物ノ所在其他物ノ
 類別以外ノ特徴ヲ以テ物ヲ指定シ其物ノ一定ノ數量ヲ以テ目的物トスル債權アリ例ヘハ債務
 者カ其倉庫内ニ多量ノ米ヲ貯藏スル場合ニ債權者ニ對シテ其倉庫内ノ若干石ヲ引渡スコトヲ
 約スルカ如シ此債權ハ特種ノ債權ニ屬スルヤ若シ否ラサレハ何種ノ債權ニ屬スヘキヤニ付キ
 學者間ニ議論アル所ナリ即チ或者ハ特定物ノ債權ナリト云ヒ或者ハ不特定物ノ債權ナリト云
 ヒ或者ハ選擇債權ナリト云ヘリ民法ハ此點ニ付キ別ニ規定スル處ナキヲ以テ解釋上多少ノ疑
 ヲ生スヘキモ結局理論上ヨリ此問題ヲ解スルノ外ナシトス例ヘハ當事者ノ主眼トスル所ハ倉
 庫内ノ米其物ニ在リテ債權者ハ倉庫内ノ米ノ何レノ部分ヲ以テ給付ヲ受クルモ毫モ不可ナシ
 トスル場合ニ於テハ債權ノ目的タル給付ハ具體的ニ確定セシテ倉庫内ノ米ハ即チ當事者ノ
 指定シタル特徴ニ該當スル所ノ物件タルニ過キス隨テ債務者ハ倉庫内ノ米ニ付キ任意ニ給付
 スヘキ米ヲ選定スルコトヲ得ヘシ唯此場合ニ於テハ債務者カ選定權ヲ行フコトヲ得ヘキ物件

ノ範圍極メテ狹少ニシテ債務者ハ具體的ニ確定セル一團ノ物件ニ付キ選定ヲ爲スコトヲ要ス
 ルノミ然レトモ之カ爲メニ其債權ハ特定物ノ債權ナリト謂フコトヲ得ス何トナレハ債務者ノ
 給付スヘキ物件ハ具體的ニ確定セズ之ヲ確定スルニハ選定ノ作用ヲ必要トスルヲ以テナリ之
 ニ反シ當事者ノ目的トスル所具體的ニ分割シタル倉庫内ノ米ノ一部ニアルトキハ不特定物ノ
 債權ナリト謂フコト能ハサル可シ何トナレハ不特定物ノ債權ハ物ノ種類又ハ特徴ヲ以テ包括
 的ニ目的物ヲ指定スルヲ本質トスルモノナルニ此場合ニ於テハ現實ニ目的物ヲ指定シタルモ
 ノナレハナリ例ヘハ倉庫内ノ米ヲ具體的ニ三分シ其三分シタル一部分ヲ引渡スコトヲ約シタ
 ルト假定スルトキハ債務者ハ倉庫内ノ米全部ニ付キ選定ヲ爲スコトヲ得ス必キ具體的ニ分
 割シタル三個ノ部分ニ付キ選擇ヲ爲スコトヲ要スルヲ以テ債權ノ目的ハ分割シタル各部分ノ
 上ニ存在シ其債權ハ特定物ヲ目的トスル選擇債權ノ種類ニ入ル可キモノトス之ヲ要スルニ當
 事者カ具體的ニ確定セル物件ノ一部ヲ給付スルコトヲ約シタル場合ニ給付スヘキ部分モ亦具
 體的ニ確定スルトキハ其債權ハ特定物ノ債權ナリ之ニ反シ當事者カ給付スヘキ部分ヲ特定
 セサルトキハ債務者ハ其物件中ヨリ任意ニ給付スヘキ物件ヲ選定スルコトヲ得ヘキ其債權ハ
 即チ不特定物ノ債權ノ種類ニ入ルヘキ者トス然レトモ右ノ場合ニ於テ當事者カ具體的ニ確定
 シタル一團ノ物件ヲ更ニ具體的ニ分割シタル部分ニ付キ其一ヲ選擇シテ給付ヲ爲スノ意思ヲ
 有スルトキハ其債權ハ選擇債權ナリトス

第四款 金錢ノ給付

第一項 金錢債務ノ性質

債權ノ目的中重要ナル地位ヲ占ムルカ爲メ且固有ノ規則ニ服従スルカ爲メ特ニ之ヲ論スルヲ必要トスル他ノ給付アリ金錢ノ給付即チ是ナリ蓋シ金錢ノ給付ハ當ニ給付中ニ於テ最重要ナル地位ヲ占ムルノミナラス債權ノ目的タル其他ノ給付ニシテ金錢上ノ價值アルモノハ場合ニ從ヒ總テ金錢ノ給付ニ變スルモノナリ民法ハ第四百二條以下ニ於テ金錢ノ給付ニ關スル規定ヲ設ケタリ

金錢即チ貨幣ハ物ノ價格ノ標準トナリ且物ノ價格ニ代用セラルル物ヲ云ヒ金錢ノ債權トハ其目的金錢ノ給付ニアルモノヲ云フ蓋シ貨幣ハ二種ノ性質ヲ有スルモノニシテ其一ヲ米穀其他ノ商品ト等シク有價ノ動產物タルノ性質トシ他ノ一ヲ物ノ價格ヲ代表スルノ性質トス金錢トハ即チ貨幣ヲ物ノ價格ヲ代表スルノ性質ヨリ觀察シタル名稱ナルヲ以テ金錢債務ノ價格ノ觀念トシ分雖スヘカラナル關係ヲ有スルト同時ニ價格ヲ代表スルモノ即チ支拂ノ具トシテ貨幣ノ給付ヲ目的トスルノ債務ハ其貨幣ノ内國通貨タルト外國通貨タルト將々又單ニ取引上ニ於テ流通スル貨幣タルトヲ問ハス總テ金錢債務中ニ包含セラルルモノトス故ニ此種ノ債務ニ關シテハ金錢債務ニ固有ナル諸般ノ原則ヲ適用スヘキモノトス

貨幣ハ之ヲ二種ニ大別スルコトヲ得通用貨幣及常用貨幣是ナリ通用貨幣ハ通貨貨又ハ法定貨幣ト稱シ國家カ其領土内ノ取引ノ爲メニ鑄造スル所ノ貨幣ニシテ強制的ニ通用スルモノヲ云フ通用貨幣鑄造ノ權ハ國家ニ屬シ國家ハ特定ノ物件ヲ選定シテ之ヲ貨幣トシ其國內ニ通用セシム而シテ貨幣トシテ用ヒラルル所ノ物件ハ貴金屬ニシテ貨幣タルニ適當ナル特性ヲ具備スルコトヲ必要トス此點ニ付キ各國ノ幣制ハ區區ニシテ一定セサルモ之ヲ金貨本位制ト銀貨本位制ト金銀兩本位制ニ區別スルコトヲ得ヘシ我國ニ於テハ數年前迄ハ金銀兩本位制ナリシカ現今ノ貨幣法ニ依リ金貨本位國トナリタリ即チ金ノ一定ノ量目ニ關シ名稱ヲ附シ是ヲ貨幣ノ本位トナス而シテ貨幣ノ種類ハ正貨ハ五圓金貨、十圓金貨、二十圓金貨ノ三種トシ補助貨トシテ銀貨白銅貨青銅貨ノ三種アリ又金貨ハ制限ナク通用シ補助貨ニ付キテハ銀貨ハ十圓迄白銅貨ハ五圓迄青銅貨ハ一圓ヲ限リトシテ強制通用ノ效力ヲ有スルモノトス(貨幣法)通用貨幣ノ外ニ實際ノ取引上ニ於テ流通スル貨幣アリ之ヲ常用貨幣又ハ自由貨幣ト稱シ而シテ是等ノ貨幣ハ強制的ニ流通スルモノニアラスシテ其通用ハ只取引上ノ便益ニ基ツクモノニ過キス朝鮮支那ノ或ル地方「シンガポール」等ニ於テ日本ノ金銀貨ノ常ニ流通スルカ如シ且支那ノ内地ニ於テハ此種ノ貨幣頗ル多シ又制限額ニ超過セル補助貨ハ常用貨幣トシテ流通スルモノニシテ此種類ニ入ル可キモノトス貨幣ニ關シテハ三種ノ價格ヲ區別スルコトヲ得第一名價第二實價第三市價是ナリ名價即チ額面ノ價格トハ貨幣ノ表面ニ表示セラレタル價格ナリ五圓金貨、十

圓金貨、五十錢銀貨ト謂フカ如シ實價トハ貨幣中ニ含蓄スル所ノ純粋ナル金屬ノ價格ヲ云フ即チ五圓金貨七圓金貨等ニ含蓄セル所ノ純金ノ價格ニシテ此價格ハ普通額面價格ニ下ルト雖モ其差異ハ極メテ輕微ナリトス市價トハ貨幣カ實際取引上ニ於テ有スル所ノ價格即チ貨幣ノ購買力ヲ云フ

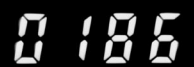
今此三種ノ價格ノ關係ニ付キ一言センニ貨幣ノ骨子トモ云フヘキモノハ實價ニシテ貨幣カ其效用ヲ完ウスルコトヲ得ルヤ否ヤハ實ニ其實價如何ニアリトス故ニ額面額ト實價ト略ホ同一ナルトキハ市價モ亦額面價格ト平衡ヲ保ツヘシト雖モ若シ實價著シク減少スルトキハ忽チ市價ニ影響シ市價ト額面價格ト懸隔シ貨幣ハ其效ヲ完ウスルコトヲ得サルヘシ何ントナレハ一方ニ於テ貨幣ハ一定不變ノ標準タルカ爲メニハ額面價格ヲ以テ強制的ニ通用スヘキモノタルコトヲ要スルト同時ニ他方ニ於テ正當ノ標準タルカ爲メニハ額面ノ價格ト市價ト同一ナラシムルノ必要アリ而シテ此二者ノ間ニ差異ヲ生ルニ於テハ貨幣ハ最早正當ノ標準タル本質ヲ失フニ至ルヘケレハナリ

第二項 金錢債務ノ辨濟ニ關スル一般ノ原則

民法第四百二條ニ「曰ク債權ノ目的物カ金錢ナルトキハ債務者ハ其選擇ニ從ヒ各種ノ通貨ヲ以テ辨濟ヲ爲スコトヲ得」ト此規定ト貨幣法第七條ノ規定トヲ參照スル時ハ左ノ結果ヲ生スヘシ一 債權ノ目的カ金錢ノ給付ニアルトキハ其辨濟ハ内國ノ通貨ヲ以テ之ヲ爲スヘキモノトス是レ通貨ノ本質ヨリ生スル當然ノ結果ナリ蓋シ國家カ貨幣ヲ鑄造スル所以ノ第一目的ハ實際ノ取引ニ於テ之ヲ各種ノ支拂ニ用ヒシムルニテリ故ニ當事者間ニ特約ナキ限りハ債務者ハ常ニ通貨ヲ以テ辨濟ヲ爲スノ義務アリ債權者モ亦通貨ノ支拂ヲ拒絶スルコトヲ得サルハ論ヲ俟タス通貨ノ強制通用ノ主タル效力ハ實ニ此點ニアリテ存スルモノナリ而シテ現行貨幣法ニ依レハ金貨ハ制限ナク通用シ補助貨ハ法律ニ定ムル額マテ通用スルヘキコトハ前ニ一言セザルシ故シ補助貨ニ付テハ制限外ノ支拂ハ債權者ノ承諾アル場合ニ限ルヘキハ勿論ナリトス

二 債務者ハ給付ス可キ貨幣ノ種類ヲ任意ニ選定スルコトヲ得

貨幣ニハ五圓十圓二十圓等ノ種類アレトモ是レ其實際ノ便宜上ヨリ數種ノ貨幣ヲ設ケタルマテニ過キスシテ各種ノ貨幣ハ何レモ同一ノ標準ニ基ツキテ鑄造セラレ等シク貨幣トシテ通用スルモノナレハ債務者ハ二十圓ノ債務ヲ支拂フニ五圓金貨四枚ヲ以テスルト十圓金貨二枚ヲ以テスルト若クハ二十圓金貨一枚ヲ以テスルトハ一ニ其自由ノ權内ニ在リ債權者ハ或ル種類



ノ貨幣ニアラサレハ之ヲ受取ラサル旨ヲ主張スルヲ得ス蓋シ五圓金貨四枚ト拾圓金貨二枚ト
 貳拾圓金貨二枚トハ法律上全ク同一價格ヲ有スルモノト看做ササルモノナリトス故ニ此點モ
 亦貨幣ノ性質ヨリ生スル結果ナリトス
 債權者ハ貨幣ノ額面價格ヲ以テ辨濟ヲ受タルコトヲ要ス
 國家カ通貨ヲ鑄造スル所以ノ第二ノ目的ハ金錢ノ支拂ニ關シテ一定不變ノ標準ヲ設クルニア
 リ而シテ此目的ヲ達スルニハ通貨ヲシテ常ニ取引上ニ於テ一定ノ價格ヲ保有セシムルヲ必要
 トス貨幣ノ額面價格ハ即チ此價格ヲ表示スルモノニシテ實際ノ取引上ニ於ケル金錢ノ支拂ハ
 常ニ此價格ニ準據ス可キモノトス故ニ當事者ハ貨幣ノ實價カ額面ノ價格ニ相違スルヲ理由ト
 シテ其換算ヲ要求スルコトヲ得サルモノトス
 金錢ノ給付ニ關スル前掲ノ原則ヨリ左ノ結果ヲ生ス
 一 法律ノ規定ニ基ツク金錢ノ給付及判決ヲ以テ言渡ス金錢ノ給付ハ常ニ額面價格ニ基ツキ各
 種ノ通貨ヲ以テ支拂ヲ爲スヘキモノトス蓋シ是等ノ場合ニ於テハ金錢ノ額ハ必ス通貨ヲ以テ
 之ヲ表示スルコトヲ要スルノミナラス其支拂ニ關シテモ亦一ニ貨幣法ノ規定ニ準據スヘキモ
 ノトス例之ハ損害ノ賠償ヲ目的トスル所ノ金錢ノ給付ハ常ニ通貨ヲ以テ其額ヲ表示シ貨幣ノ
 實價又ハ市價ノ變動如何ニ拘ラス其額面價格ニ從ヒ各種ノ通貨ヲ以テ之カ支拂ヲ爲スカ如シ
 債權額ヲ表示スルニ外國ノ通貨ヲ以テシタル場合ニ於テモ別段ノ意思表示ナキ限りハ其支

拂ハ一般ノ原則ニ從ヒ通貨ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ蓋シ當事者カ外國ノ通貨ヲ以テ債權
 額ヲ指定シタルトキハ當事者ハ外國ノ通貨ヲ以テ支拂ヲ爲スノ意思ヲ有スルモノト認メ得ヘ
 キカ如シト雖モ民法ハ單ニ此一事ノミヲ以テ當事者間ニ外國通貨ヲ以テ支拂ヲ爲スノ特約ア
 リタルモノト推測セズ隨テ債務者ハ當事者間ニ於テ必ス外國ノ通貨ヲ以テ支拂ヲ爲スヘキ旨
 ノ明約若クハ默約アリタル場合ニアラサレハ外國通貨ノ支拂ヲ強要セラルルコトナシ換言ス
 レハ指定セラレタル外國通貨ヲ以テ支拂ヲ爲スト一般ノ原則ニ從ヒ內國ノ通貨ヲ以テ支拂ヲ
 爲ストハ一ニ債務者ノ權内ニアリテ債權者ハ內國ノ貨幣タルト外國ノ貨幣タルトニ論ナク指
 定セラレタル金額ニ相當スル價格ヲ受取ルコトヲ得ルヲ以テ充分ナリトシ債務者ニ對シテ外
 國通貨ノ支拂ヲ強フルコトヲ得ス然レトモ此場合ニ於テハ債權者ハ外國ノ通貨ヲ以テ表示セ
 ラルルカ故ニ內國ノ通貨ヲ以テ支拂ヲ爲スニハ之ヲ換算スルノ必要ヲ生ス可シ民法第四百三
 條ハ即チ此點ニ關スル規定ヲ合著スルモノナリ此規定ニ依ルトキハ換算ハ履行地ニ於ケル爲
 換相場ヲ標準トシテ之ヲ爲ス可キモノトス例之ハ債權額五千弗ニシテ支拂ノ場所ハ橫濱ナリ
 ト假定スルトキハ先ツ橫濱ニ於ケル一圓ト一弗ノ爲替相場ヲ調査スルコトヲ必要トス今假ニ
 此相場ハ一弗ニ付二圓ナリトスルトキハ債務者ハ日本金貨一萬圓ヲ債權者ニ支拂ヲ要ス
 ハ當事者カ特種ノ通貨ヲ以テ債權ノ目的トナシタル場合ニ於テ其貨幣カ強制通用ノ效力ヲ失
 ヒタルトキハ債務者ハ常ニ他ノ通貨ヲ以テ支拂ヲ爲スヘキモノトス是レ民法第四百二條第二

項ニ規定スル所ナリ蓋シ此場合ニ於テハ支拂フヘキ貨幣ノ種類ニ關シ何等ノ約束ナカリシト
同一ノ結果ニ歸着スルヲ以テ一般ノ原則ニ依リ他ノ通貨ヲ以テ支拂フ爲スヘキモノトス當事
者カ外國ノ通貨ヲ以テ支拂フ爲スコトヲ約シタル場合ニ於テ若シ外國ノ通貨カ全ク流通セザ
ルニ至リタルトキハ債務者ハ第四百二條第二項ノ場合ト均シク一般ノ原則ニ戻リ內國ノ通貨
ヲ以テ支拂フ爲ス可キモノトス

第三項 當事者間ノ特約

通貨ノ強制的效力ハ(第一)通貨ハ其種類ノ如何ヲ問ハス萬般ノ取引ニ關シ支拂ノ方法トシテ
流通スヘキコト(第二)通貨ノ市價ノ變動ニ拘ハラス常ニ額面ノ價格ヲ以テ流通スヘキコトノ
二點ニ存ス茲ニ於テ左ノ問題ヲ生ス可シ即チ通貨ノ強制通用ニ關スル前記ノ原則ハ絕對的ナル
ヤ詳言スレハ當事者ハ其意思表示ヲ以テ此原則ヲ覆スコトヲ得サルヤ若クハ反對ニ於テ強制通
用ハ當事者ノ意思表示ナキ場合ニ適用セラルヘキ一般ノ原則タルニ過キスシテ當事者ハ當然之
ニ異リタル意思ヲ表示シ其相互ノ關係ヲ定ムルコトヲ得ルヤ例之ハ當事者ハ有效ニ特種ノ通貨
ヲ以テ支拂フ爲スコトヲ約シ又ハ外國貨幣ヲ以テ支拂フコトヲ約シ或ハ又通貨ノ支拂ニ付キテ
額面ノ價格ニ依ラスシテ債權成立ノ當時ト辨濟ノ當時ニ於ケル市價ノ變動ニ從ヒテ支拂フヘキ
金額ヲ換算スヘキコトヲ約スルコトヲ得ルヤ

此問題ニ關シ新民法ト舊民法ハ全ク其主義ヲ異ニセリ舊民法ノ基本トスル所ハ各種ノ貨幣ヲ設
ケ之ニ強制通用ノ效力ヲ與フル所ノ貨幣法ハ公安ニ關スル法律ニシテ其規定ハ公ノ秩序ニ關ス
ル故ニ當事者ハ其意思ヲ以テ之ヲ左右スルコトヲ得ス若シ夫レ當事者ニシテ其自由ノ意思ヲ以テ
此等法律ノ規定ニ反對スルコトヲ得ヘシトセンカ法律ノ規定ハ全ク空文トナリ立法者カ通貨ヲ
設ケ之ニ強制通用ヲ與ヘタル所以ノ經濟上ノ目的ヲ達スルコト能ハサルニ至ルヘシト云フニア
リ故ニ舊民法ニ於テハ貨幣ノ額面價格ヲ變更スルノ約束ヲ認メサルハ勿論特種ノ貨幣ヲ以テ支
拂フ爲スヘキ約束ハ其貨幣ノ內國貨幣タルト外國貨幣タルトニ論ナク總テ禁シタリ新民法ハ之
ニ異ナリ當事者カ其意思表示ヲ以テ支拂ニ充ツヘキ貨幣ノ種類ヲ指定シタルトキハ其貨幣ハ內
國貨幣タルト外國貨幣タルトヲ問ハス常ニ其意思ニ從フヘキモノトセリ故ニ新民法ノ主義ニ依
ルトキハ通貨ノ強制的通用ハ絕對的ニ外國貨幣ノ通用ヲ禁シ若クハ如何ナル場合ニ於テモ債權
ノ辨濟ヲ或種類ノ貨幣ニ限定シ又ハ額面價格ニ依ラスシテ市價ニ依ルノ契約ヲ許サルノ意義
ヲ有セス唯タ當事者間ニ特約ナキ限り各種ノ通貨ハ制限ナシニ通用スヘシトノ意義ヲ有スルニ
過キサルモノナリ蓋シ通貨ニシテ既ニ特約ナキ場合ニ於テ強制通用ノ效力ヲ有スル以上ハ此一
事ノミヲ以テ貨物ノ交換上ニ至大ノ便益ヲ與フルノミナラス充分ニ取引上ノ秩序ヲ維持スルヲ
得ヘシ何トナレハ此場合ニ於テモ通貨ノ支拂ノ普通方法タルヲ失ハサルカ故ニ一般ノ取引ハ通
貨ニ依テ運轉シ得ヘケレハナリ故ニ當事者カ特種ノ貨幣ヲ以テ債權額ノ支拂フ爲スヘキコトヲ

約シ若クハ通貨ノ額面價格ニ依ラス市價ニ基ツキ之カ支拂ヲ爲スヘキコトヲ約定シタルトキハ其約束ハ有效ニシテ債權ノ辨濟ハ其約束ニ基ツキ之ヲ爲スヘキモノトス而シテ此特約即チ特種ノ貨幣ヲ以テ債權ノ目的トナスノ意思ハ必スシモ之ヲ明示スルコトヲ要セス債權成立當時ニ於ケル諸般ノ事情ニ依リ當事者ニ此意思アリタルコトヲ推知シ得ヘキトキ即チ當事者間ニ暗黙ノ意思表示アリタルトキハ其意思表示ハ充分ニ效ヲ生スヘシ尤モ此種ノ特約ニ付キ明確ノ意思表示ヲ必要トスル國アレトモ我民法ハ別ニ何等ノ制限ヲ設ケサルヲ以テ前記ノ如ク解釋スルヲ相當トス

甲 特種ノ通貨ノ給付ヲ目的トシタル場合

甲乙ニ對シ十圓金貨ヲ以テ金壹萬圓ヲ支拂フコトヲ約シタルトキハ甲ハ指定セラレタル通貨即チ十圓金貨ヲ以テ支拂フ爲スノ義務アリ是レ第四百二條第一項後段ニ規定スル所ナリ但シ債權ノ目的タル特種ノ通貨カ強制通用ノ效ヲ失ヒタルトキハ債權者ハ他ノ通貨ヲ以テ支拂フ爲ササルヘカラス蓋シ債權ノ目的カ特種ノ通貨ノ給付ニアルトキハ其通貨カ強制通用ノ效ヲ失ヒタルトキト雖モ其貨幣ニシテ存在スル以上ハ債務者ハ尙其貨幣ヲ給付シテ其義務ヲ免ルルコトヲ得ヘキカ如シト雖モ當事者ノ目的トスル所ハ通貨トシテ流通スル所ノ貨幣即チ金錢ノ給付ニアリテ貨幣其物ノ給付ニアラサルヲ以テ目的物タル貨幣カ強制通用ノ效ヲ失ヒ通貨トシテ市場ニ流通セサルニ至リ金錢タルノ性質ヲ失却シタル時ハ債務者ハ最早其貨幣ヲ給付

シテ其義務ヲ免カルルコトヲ得ス果シテ然ラハ其給付ハ不能ノモノトナリ債務者ハ給付ノ義務ヲ免ルヘキヤ此點ヲ決スルカ爲メニハ須ラク金錢ノ給付ヲ目的トスル所ノ債權ノ性質ニ付研究スルヲ要スルノ金錢ノ債權ハ價格ノ給付ヲ目的トスルモノニシテ其辨濟ハ之ヲ代表スル貨幣ヲ給付シテ之ヲ爲スヲ本質トス而シテ當事者カ特種ノ通貨ヲ以テ債權ノ目的トスルトキ金錢ノ債權ニ付其辨濟ニ充ツヘキ貨幣ノ種類ニ關スル一ノ特約ヲ附加シタルモノニ外ナラスシテ金錢ノ債權ハ此特約ノ爲メ毫モ其本質ヲ變セサルモノトス故ニ債權ノ目的タル特種ノ通貨カ強制通用ノ效力ヲ失ヒ其給付不能トナルモ金錢ノ債權ハ依然トシテ存在シ其ノ本質ハ之レカ爲メ毫モ影響ヲ受タルコトナク唯タ此場合ニ於テハ特約ノ目的カ特種ノ通貨ノ給付ナルヲ以テ其特約ハ全然消滅シ給付スヘキ通貨ノ種類ニ付恰モ何等ノ特約ナカリシト同一ノ結果ヲ生スルニ過キス故ニ債務者ハ一般ノ原則ニ戻リ他ノ通貨ヲ以テ支拂フ爲スノ義務アルモノトス是レ第四百二條第二項ノ規定アル所以ナリ

乙 外國ノ通貨ノ給付ヲ目的トシタル場合

一 一般ニ外國通貨ノ給付ヲ目的トシタル場合
甲、乙ニ對シ米貨一萬弗又ハ英貨千磅ヲ米貨又ハ英貨ヲ以テ支拂フコトヲ約シタルトキハ甲ハ其選擇ニ從ヒ米國又ハ英國ニ於テ流通スル各種ノ通貨ヲ以テ支拂フ爲スコトヲ要ス是レ第四百二條第三項ニ規定スル所ナリ蓋シ當事者カ金錢ノ債權ニ關シ單ニ外國ノ通貨ヲ以

テ支拂ヲ爲スヘキコトヲ約シタルトキハ當事者ノ主眼トスル所ハ外國ノ通貨ニ在リ何等ノ貨幣タルヤハ之ヲ問ハサルモノト推測スルヲ得ヘシ若シ夫レ當事者ニシテ特種ノ貨幣ヲ目的トシタルモノトセンカ當事者ハ特ニ其貨幣ヲ指定スヘキヲ當然トス既ニ之ヲ指定セス故ニ貨幣ノ種類ノ何タルヤハ之ヲ問ハサルモノト推測スルヲ當然トス且外國通貨モ亦普通同一ノ標準ニ基ツキテ鑄造セララルルニ依リ其種類ノ何タルヲ問ハス總テ同一價格ヲ有スルモノト認ムルコトヲ得ヘシ左スレハ何種ノ貨幣ヲ以テ辨濟ヲ受クルモ債權者ニ取リテ毫モ利害ノ關係ナキモノトス

外國ノ通貨ノ給付ヲ以テ債權ノ目的トシタル場合ニ於テ債務者ニ許スニ其外國ニ於ケル各種ノ通貨ヲ以テ支拂ヲ爲スコトヲ以テスルハ一ニ當事者ノ意思ノ推測ニ出テタルモノニシテ第四百二條第一項ノ場合ノ如ク通貨ノ強制適用ノ結果ニアラサルヲ以テ此場合ニ於テハ專ラ當事者ノ意思ニ基ツキテ其相互ノ關係ヲ定ムルコトヲ要ス

□ 特種ノ外國通貨ノ給付ヲ目的トシタル場合

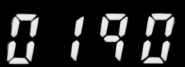
債權ノ目的カ特種ノ外國通貨ノ給付ニアル場合ニ於テハ債權者ハ指定セラレタル外國通貨ヲ以テ支拂ヲ爲スコトヲ得スレ第四百二條第一項但書及ヒ同第三項ノ規定ヨリ生スル結果ナリ例之ハ當事者カ佛國ノ二十五「フラン」ノ貨幣ヲ以テ金一萬「フラン」ヲ支拂フコトヲ約シタルトキハ債務者ハ其約束ニ從ヒ二十五「フラン」ノ貨幣四百枚ヲ以テ之カ支

拂ヲ爲スコトヲ要ス

債權ノ目的タル特種ノ外國通貨カ強制適用ノ效ヲ失ヒタルトキハ債務者ハ其通貨ヲ以テ支拂ヲ爲スコトヲ得ス此場合ニ於テハ債務者ハ他ノ外國通貨ヲ以テ支拂ヲ爲スヘキモノトス(第四百二條第三項)蓋シ此場合ニ於テハ當事者ノ目的トスル所ハ外國ノ通貨就中特種ノ外國通貨ノ給付ニアリト推測シ得ヘキヲ以テ法律ハ特種ノ目的タル通貨ノ給付カ不能トナリタルトキハ他ノ外國通貨ヲ以テ支拂ヲ爲スヘキモノト規定シタルモノナリ然レトモ當事者カ之ニ異ナリタル意思ヲ表示シタルトキハ之ニ從フヘキハ勿論ナリ

第四項 貨幣ノ給付

特種ノ通貨ヲ以テ支拂フヘキ純然タル金錢ノ債權ノ外ニ或種類ノ貨幣ノ一定ノ數量ノ給付ヲ目的トスル債權アリ例之ハ貨幣ノ見本トシテ内外ノ通貨ヲ蒐集セントスル人カ各種ノ貨幣ヲ買入ルル場合ノ如シ是レ一種ノ不特定物ノ給付ニシテ其債權ハ不特定物ノ債權ナリトス又特定ノ貨幣ヲ特定物トシ其給付ヲ約スル場合アリ例之ハ甲者前配ノ目的ヲ以テ乙ノ現ニ所持スル特定ノ外國貨幣ヲ讓受タルコトヲ約スルカ如シ此場合ニ於テ甲ノ債權ハ特定物ノ給付ヲ目的トスルモノニシテ所謂特定物ノ債權ナリトス故ニ第一ノ場合ニ於テハ前ニ述ヘタル不特定物ノ債權ニ關スル原則ヲ適用シ第二ノ場合ニ於テハ特定物ノ債權ニ關スル原則ヲ適用スヘキモノニシテ上來



説明セル金錢ノ債權ニ關スル原則ヲ適用スルコトヲ得ス例之ハ金錢ノ債權ニ在テハ其目的タル
 特種ノ通貨ノ給付カ不能トナリタルトキハ債務者ハ常ニ他ノ通貨ヲ給付スルコトヲ要スルモ前
 二欄ノ場合ニ於テハ給付ノ不能ハ債權ヲ消滅セシメ債務者ハ給付ノ義務ヲ免カルカ如シ要ス
 ルニ債務者カ純然タル金錢即チ價格ノ給付ヲ目的トスル債務ヲ負擔シタルトキハ金錢債權ニ關
 スル前記ノ特別規則ヲ適用スルコトヲ要シ債務者カ特種ノ商品トシテ或通貨ヲ給付スルハ債務
 ヲ負擔シタルトキハ純然タル特定物又ハ不特定物ノ債務ニ關スル原則ヲ適用スヘキモノトス而
 シテ當事者カ貨幣ノ給付ヲ約シタル場合ニ債權ノ目的タル給付ハ純然タル金錢ノ給付ナルヤ若
 クハ商品タル貨幣ノ給付ナルヤハ契約當時ニ於ケル當事者ノ意思如何ニ因リテ定マルモノトス

第五款 利息ノ給付

利息ノ給付モ亦債權ノ目的タル給付中ニ於テ特別ノ性質ヲ有スルヲ以テ特ニ之ヲ説明スルヲ必
 要トス以下利息ノ種類利息ノ額及ヒ重利ノ各項ニ分チテ説明スヘシ

第一項 利息ノ性質

利息ハ債權者カ債務者ヨリ給付ヲ受クヘキ元本(金錢又ハ其他ノ代替物)ヲ債務者ニ使用セ
 シムルノ對價トシテ元本ノ額ト其使用ノ時限ニ比例シテ債務者ヨリ受取ル同種類ノ物ヲ云フ

利息ハ四個ノ條件ヲ具備スルコトヲ必要トス即チ左ノ如シ

一 利息ニハ利息ノ因チ生スル主タル債權アルコトヲ必要トス

例之ハ貸金ノ利息ハ金錢ノ給付ヲ目的トスル貸金債權ヨリ生スルモノトス

二 主タル給付ノ目的物即チ元本ハ金錢又ハ代替物タルコトヲ要ス

例之ハ債務者カ金百圓又ハ米百石ヲ給付スヘキ場合ニ債權者ニ對シ年一割ノ利息即チ金十圓
 又ハ米十石ヲ支拂フコトヲ約スルカ如シ若シ主タル給付カ不代替物ナルトキハ債務者カ其使
 用ノ對價トシテ金錢其他物ヲ給付スルモ其金錢物品ハ利息ニアラス例之ハ家屋ノ對價トシテ
 金錢ヲ支拂フ場合ニ其金錢ハ利息ニアラスシテ借貸ナリ

三 利息ハ元本ト同種類ノ物ナルコトヲ要ス

例之ハ金錢ノ債權ニ在テハ其利息ハ金錢タルコトヲ必要トシ米穀ノ債權ニ在リテハ其利息ハ
 等シク米穀タルコトヲ要スルカ如シ故ニ債權者カ金錢ヲ使用スル對價トシテ債務者ノ爲メニ
 勞役ニ従事スルコトヲ約シ又ハ債權者ニ住家ヲ給與スルコトヲ約シタル場合ニ其勞役又ハ住
 家ノ給與ハ原本使用ノ對價ナルモ所謂利息ニ非サルナリ

四 利息ハ元本ノ額ト元本使用ノ時限ニ比例シテ支拂フヘキモノタルコトヲ要ス

利息ハ元本ノ額ト元本使用ノ時限ニ比例シ元本使用ノ期限内時ノ經過ニ從テ繼續シテ生スヘ
 キモノタルコトヲ要シ此性質ヲ有セサル元本使用ノ對價ハ利息ニアラス例之ハ一年ヲ期限ト

シテ金一萬圓ヲ貸與シ其對價トシテ金千圓ヲ支拂フコトヲ約シタル場合ニ其千圓カ元本ノ額ト其使用ノ日時ノ割合ニ依リ定メタルモノナルトキハ純然タル利息ナルモ元本ノ額並ニ使用ノ日時如何ニ拘ハラズ一括シテ該金額ヲ支拂フヘキモノナルトキハ單純ナル報酬ニシテ利息ニアラス

利息ハ金錢ノ債權ヨリ生スルヲ通例トシ其他ノ代替物ニ付テ之ヲ約定スルコトハ極メテ稀ナリ故ニ金錢ノ利息ハ利息中ノ最重要ナルモノニシテ法定利息ハ總テ金錢ノ利息ナリ而シテ又金錢ノ利息中ニ在テ特ニ重要ノ地位ヲ占ムルモノハ貸金ノ利息トス

第二項 利息ノ種類

債權ハ當然利息ヲ發生セサルヲ以テ利息ニハ之ヲ發生スル所以ノ原因ナカルヘカサルコトハ前述ノ如シ其原因二アリ一ハ當事者ノ意思表示他ハ法律ノ規定是ナリ而シテ前者ヲ約定利息ト謂ヒ後者ヲ法定利息ト謂フ利息ハ又填補利息ト遲延利息ト二種ニ區別スルコトヲ得ヘシ填補利息トハ債務者カ元本使用ノ對價トシテ債權者ニ支拂フヘキ利息ヲ謂ヒ遲延利息トハ債務者カ金錢債務ノ履行ヲ遲延シタル場合ニ損害賠償トシテ支拂フヘキ利息ヲ謂フ例之ハ甲カ明治三十五年一月一日ヲ以テ金千圓ヲ乙ヨリ借用シ年一割ノ利子ヲ附シ明治三十五年六月三十日ニ元利金ヲ返済スヘキコトヲ約シタルト假定セシニ甲カ支拂フヘキ一月ヨリ六月迄ノ利子ハ元金千圓ヲ

使用スルノ對價ニシテ所謂填補利息ナリ然レトモ甲元金千圓ノ返済ヲ遲延シタルトキハ甲ハ乙ニ對シ損害ノ賠償トシテ約定利率一割ニ相當スル金額ヲ支拂ハサルヘカラス(民法第四一九條)蓋シ履行遲延ノ場合ニ於テ債務者ノ支拂フヘキ金額ハ其實損害賠償金ナルモ法律ハ填補利息ノ場合ト等シク約定利率又ハ法定利率ニ基キ其額ヲ定ムルヲ以テ實體ニ於テハ利息ト異ナルコトナシ是レ遲延利息ノ名稱アル所以ナリ而シテ余カ今ヨリ説明セントスル所ノモノハ填補利息ノミニ關スト雖モ其性質ノ許ス限リハ之ヲ遲延利息ニ適用スルコトヲ要ス尙ホ遲延利息ニ關シテハ後ニ至リ損害賠償ニ付キ講述スルニ當リ説明スヘシ

甲 約定利息
當事者ハ金錢又ハ代替物ノ給付ニ對シテ利息ヲ付スヘキコトヲ契約スルコトヲ得此契約ハ普通二個ノ約束ヲ包含ス即チ利息ヲ付スルノ約束及ヒ利率ニ關スル約束是ナリ利息ヲ付スルノ約束ナキトキハ債權ハ利息ヲ發生セサルモ利率ニ關スル約束ノ缺乏ハ利息ノ發生ヲ妨ケス唯

タ此場合ニ於テ利息ハ法定利率ニ依ルヘキノミ
イ 利率 利率ハ一定ノ時限ヲ標準トシテ元本ニ對スル比例ヲ以テ之ヲ定メ其時限ハ日月又ハ年トシ其比例ハ通常十分比例又ハ百分比例トス例ヘハ年一割若クハ五分ト云フカ如シ又其他ノ方法ヲ以テ其比例ヲ示スコトアリ即チ一日金百圓ニ付キ五錢ト云フカ如シ要スルニ一定ノ時限ニ應シ元本ニ對スル比例ヲ示スコトヲ要ス

口 利息ノ計算 利息ノ計算ニ付キテハ利率ヲ定ムルニ日ヲ以テシタルトキハ利息ハ元本使用ノ日數ニ應ジテ計算シ月ヲ以テ定メタルトキハ使用日數ニ應ジテ計算シ一月未満ノ日數ニ付キテハ一週月ノ日數ト使用ノ日數トノ割合ニ應ジテ之ヲ計算ス年ヲ以テ利率ヲ定メタルトキハ前同ノ方法ニ從ヒ元本使用ノ年數日數ニ應ジテ計算スヘキモノトス但シ當事者カ之ニ異ナル意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從フヘキハ勿論ナリ例之ハ年ヲ以テ利息ヲ定メタル場合ニ一年ヲ十二個月ニ區分シテ利息ノ計算ヲ爲シ年又ハ月ヲ標準トシテ利率ヲ定メタル場合ニ一月未満ノ日數ハ總テ一月トシ又ハ一月未満ノ日數ハ計算セサルコトトシ或ハ又十五日以上ノ日數ハ計算スルモ其以下ハ計算セサルコトヲ約スルカ如シ

ハ 利息ノ支拂ノ時期 利息支拂ノ時期ハ契約ヲ以テ定ムルヲ通例トス當事者カ其時期ヲ明示セザリシトキハ債權發生當時ノ諸般ノ情況ニ依リ當事者ノ意思ヲ探究スルコトヲ要ス例之ハ元本返還ノ時期カ數年後ニアル場合ニ月ヲ以テ利息ノ割合ヲ定メタルトキハ當事者ハ毎月利子ヲ支拂フノ意思ナリト推測スルヲ得ヘク年ヲ以テ之ヲ定メタルトキハ年ノ終リニ之ヲ支拂フノ約ナリト推測スルカ如シ而シテ總テノ場合ニ於テ取引上ノ慣習ハ此意思ヲ確ムヘキ重要ノ材料トナルモノナリ然レトモ支拂時期ニ關スル當事者ノ意思全ク不明ナルトキハ利息ハ元本ト同時ニ支拂フコトヲ要ス

ニ 利息ノ請求 利息支拂ノ時期カ元本支拂ノ時期ヨリ短キ間ハ債權者ハ債務者カ利息ノ支

拂ヲ遅延スルニ於テハ元本ニ先チ延滞利息ヲ請求シ得ヘキハ勿論ナリトス利息支拂ノ時期カ元本返還ノ時期ト同一ナルトキハ又ハ元本辨濟ノ期限到達ノ際ニ延滞利息アリタルトキハ債權者ハ元本ト利息トヲ併セテ請求スルヲ原則トス然レトモ債權者カ便宜上先ツ元本ヲ請求シ然レ後別ニ利息ヲ請求スルハ毫モ妨ケナシ蓋シ利息ノ債權ハ一面ニ於テハ元本ノ債權ニ附隨シ之ト一體ヲ成スト雖モ一面ニ於テハ元本ノ債權トノ關係上發生原因ヲ異ニスル獨立ノ債權ナルヲ以テ別箇ノ訴ヲ以テ之カ辨濟ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノトナスヲ正當ナリトス

ホ 利息ノ支拂ヨリ生ズル取得時効 債權者カ債務者ヨリ利息ヲ領收スルハ即チ其利息ノ因テ生ズル主タル債權ノ行使ニ外ナラス是ヲ以テ債權者カ平穩且公然ニ利息ノ領收ヲ繼續スルトキハ時効ニ關スル一般ノ原則ニ從ヒ主タル債權及利息ノ債權ヲ併セテ取得スルモノトス其期間ハ善意ニシテ過失ナカリシ債權者ニ在リテハ十年トシ惡意ノ債權者又ハ善意ナルモ過失アリシ債權者ニ在リテハ二十年トス

乙 法定利息

法定利息ハ法律ノ直接規定ニ因由ス而シテ是等規定ハ民法中數个處ニ散見シ多クハ當事者ノ意思ノ推測ノ不當利得又ハ損害賠償ノ觀念ニ基ツクモノナリ今其二三ノ例ヲ舉クレハ延滞債務者ノ出捐ニ關スル規定、保證人ノ出捐ニ關スル規定代理人後見人ノ立替金ニ關スル規定不當

利得金ノ返還ニ關スル規定ノ如シ約定利息ニ關スル原則ハ之ヲ法定利息ニモ適用スルコトヲ得但シ法定利息ハ發生以後時ノ經過ト共ニ繼續シテ生スルモノニシテ其利率ハ常ニ法定利率ニ依ルモノトス

第三項 利率

利率ハ之ヲ二種ニ區別スルコトヲ得一ヲ當事者ノ意思表示ニ基ツクモノ、即チ約定利率トシ他ノ一ヲ法律ノ規定ニ基ツクモノ、即チ法定利率トス

一 法定利率

此利率ハ年五分ニシテ民法第四百四條ニ規定セリ即チ利息ノ額ニ付キ別段ノ意思表示ナキ總テノ場合ニ適用セラルヘキモノニシテ法定利息ハ常ニ法定利率ニ依ル蓋シ法定利率ハ金錢ノ取引上ニ於テ普通行ハルル利率ヲ標準トス而シテ利率ナルモノハ主トシテ金錢ノ需要供給ト債務者ノ信用トニ依リテ定マルモノナレハ時ト場合ニ依リ高低アリト雖モ平均上ヨリ觀察スルトキハ必ス一定ノ標準アリ法定利率ハ即チ此標準ニ基ツキタルモノナリ而シテ我國ニ於テハ金錢ハ通常ノ利用方法ニ依レハ平均年五分ノ利益ヲ生スルカ故ニ之ヲ以テ普通ノ利率ト認メ當事者ニ於テ明約ナキ總テノ場合ニ依據スヘキ標準ト爲シタルモノナリ然レトモ利息ノ額ハ前示ノ如ク金錢ノ需要供給ト債務者ノ信用ノ厚薄ニ依ルモノナリ以テ當事者各場合ニ

付キ法定ノ制限内ニ於テ其利息ヲ定ムルハ隨意ニシテ當事者カ別段ノ意思ヲ表示シタルトキハ其意思ニ從フヘキハ勿論ナリトス

二 約定利率

當事者ハ金錢又ハ代替物ノ債權ニ關シ利息ヲ付スヘキコトヲ約スルト同時ニ其利率ヲ定ムルコトヲ得然レトモ是カ爲メ當事者ハ法定ノ制限ヲ超越スルコトヲ得サルモノトス
利息ノ制限ハ債務者ヲ保護スルヲ以テ目的トシ羅馬法以來何レノ國ニ於テモ行ハレ來リタルモノニシテ宗教法ノ如キハ刑罰ヲ付シテ絕對ニ利息ヲ禁シタリ然レトモ元本使用ノ對價トシテ利息ヲ支拂フノ正當ナルハ別段説明ヲ要セザルノミナラス其額ハ一ニ金錢ノ需要供給ト債務者ノ信用即チ元本ノ返還ニ關スル危險ノ程度ニ依リテ定マルヘキモノナレハ法律ヲ以テ利息ヲ禁シ又ハ其額ヲ制限スルハ經濟上ノ原理ニ戾ルノミナラス却テ債務者ニ不利ナル結果ヲ生シ何レノ國ニ於テモ利息ノ禁止又ハ制限ニ依リテ企圖セル目的ヲ達スルコト能ハサリキ近代之至リテハ信用制度ノ漸次ニ發達スルニ從ヒ一般ニ利息ノ制限ヲ解クノ傾向ヲ生スルニ至レリ獨逸ニ於テハ利率ハ原則トシテハ無制限トシ只債務者ノ窮迫ニ乘シ又ハ其無思無慮ヲ奇貨トシテ適當ノ利息ヲ貪ルハ善良ノ風俗ニ反スルモノトシテ絕對ニ之ヲ禁スルノ制ヲ採用ス我國ニ於テハ明治十年九月十二日布告第六十六號ヲ以テ利息ノ額ヲ制限シタリ是レ即チ現行利息制限法ニシテ此布告ニ依ルトキハ百圓未満ハ年二割百圓以上千圓未満ハ一割五分千圓

以上ハ一割二分トナセリ故ニ當事者ハ常ニ必ス前掲制限内ニ於テ利率ヲ定メサル可ラス但シ約定利率カ此制限ヲ超過スルトキハ其約束ハ全部無効トナラヌシテ唯ダ制限ニ超過シタル部分ノ其効ヲ生セサルモノトス例ハ金五十圓ニ對シ年三割ノ利息ヲ約シタルトキハ債務者ハ之ヲ制限額ニ引直シ年二割ノ利率ヲ支拂フノ義務アルモノトス

第四項 重利

重利トハ利息ニ利息ヲ付スルコトヲ云フ例ハ債權額百圓ニシテ利率ヲ年五分トズルトキハ利息ハ一年五圓ニシテ更ニ之ヲ元金ニ組入レ百五圓トシ翌年ヨリ之ニ對シ年五分ノ利息ヲ付スルカ如シ今此方法ヲ以テ毎年利息ヲ元金ニ組入レ之ニ利息ヲ付スルトキハ元金ハ十四年ヲ以テ二倍ノ額ニ達スヘク若シ利率一割トズルトキハ七年ヲ以テ同額ニ達ス又前例ノ如ク毎年利息ヲ元金ニ組入ルルコトトセシテ毎月又ハ每週之ヲ元金ニ組入レ利息ヲ付スルコトトスルニ於テハ債權額ハ忽チ巨額ニ昇ルヘシ茲ニ於テ羅馬法以來何レノ國ニ於テモ債務者ヲ保護スル爲メ嚴ニ重利ヲ禁シ若クハ之ヲ制限シ舊民法モ亦佛國民法及ヒ伊太利民法ノ主義ニ則リ重利ヲ制限スルノ主義ヲ採用シタリ然レトモ重利ノ契約ハ毫モ公ケノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサルヲ以テ我民法ハ契約自由ノ原則ニ從ヒ當事者カ任意ニ重利ヲ約シタルトキハ其意思ニ依ルヘキモノトシ債務者ヲ保護スルノ政策ヲ放棄シタリ蓋シ利息ノ制限ニシテ存スル限リハ當事者カ重利ヲ

約スルモ急激ニ債務者ノ負擔ヲ加重スルノ結果ヲ生セサルヲ以テ其約束ニ效ヲ與フルモ之カ爲メ重大ナル弊害ヲ生スルノ恐ナシトス加之當事者カ利息ニ利息ヲ付スヘキコトヲ約セサルトキト雖モ債務者カ利息ノ支拂ヲ延滞シ債權者ヲシテ之ヲ利用スルコト能ハサラシムルハ條理ニ反スルヲ以テ法律ハ債權者ニ許スニ其一己ノ意思ヲ以テ延滞利息ニ利息ヲ生セシムルノ權利ヲ以テス民法第四百五條ノ規定即チ是ナリ此規定ニ依ルトキハ當事者間ニ約束ナキ場合ニ於テ利息

カ利息ヲ生スルニハ左ノ二條件ノ具備スルコトヲ必要トス
第一 利息カ一ヶ年分以上延滞シタルコトヲ要ス 例ハ債務者カ毎年利率一割ヲ支拂フヘキ場合ニ於テ債務者カ利息支拂ノ時期ニ之カ支拂ヲ爲ササルトキ又ハ毎日若クハ毎月利息ヲ支拂フヘキ場合ニ滿一ヶ年間利息ノ支拂ヲ怠リタルトキハ之ヨリ以後債權者ハ其延滞利息ヲ元本ニ組入レ利息ヲ生セシムルコトヲ得

第二 債權者ハ延滞利息ノ支拂ヲ催告スルコトヲ要ス 利息カ一年以上延滞スルモ債權者ハ當然之ヲ元金ニ組入レ之ニ利息ヲ付スルコトヲ得ス之ヲ元金ニ組入ルルニ先チテ其支拂ヲ債務者ニ催告スルコトヲ要ス是レ債務者ヲ保護スルノ精神ニ出タルモノナリ即チ債權者ヲシテ催告ヲ爲サシムルハ債務者ヲ警告スル所以ニシテ債務者ハ此催告ニ依リ延滞ノ利率ヲ元本ト合體シテ利息ヲ生スヘキコトヲ確知スヘキヲ以テ債務者ニシテ此不利益ナル結果ヲ豫防セント欲スルトキハ債權者ニ對シ延滞利息ヲ返濟セサルヘカラス然ルニ債務者カ此催告アルニ拘ハ

ラス依然トシテ其利息ヲ支拂ハサルニ於テハ之ヨリ生スル結果ハ債務者ニ於テ甘諾セザルヘカラサルハ勿論ナリトス

第六款 撰擇給付

第一項 撰擇給付ノ性質

○撰○擇○給○付○ハ○債○權○ノ○目○的○タ○ル○給○付○カ○數○個○ノ○給○付○中○ヨ○リ○其○一○ヲ○選○擇○ス○ル○ニ○依○テ○定○マ○ル○モ○ノ○ヲ○云○フ
○換○言○セ○ハ○選○擇○給○付○ニ○在○リ○テ○ハ○特○定○セ○ル○數○個○ノ○給○付○中○ニ○於○テ○其○一○ヲ○選○擇○シ○テ○之○ヲ○債○權○ノ○目○的○ト
○ス○モ○ノ○ナ○リ○從○來○ノ○立○法○及○ヒ○學○說○ハ○此○種○ノ○權○利○關○係○ヲ○專○ラ○債○務○者○ノ○側○面○ヨ○リ○觀○察○シ○選○擇○債○務○ト○稱
○シ○來○リ○タ○ル○所○ナ○リ○例○ヘ○ハ○甲○乙○ニ○對○シ○其○所○有○ノ○地○所○若○ク○ハ○家○屋○ヲ○讓○渡○ス○ル○コト○ヲ○約○シ○タ○リ○ト○假○定
○セ○ン○ニ○甲○乙○間○ノ○契○約○中○ニ○ハ○地○所○ノ○讓○渡○ト○家○屋○ノ○讓○渡○ト○ノ○獨○立○セ○ル○二○個○ノ○給○付○ヲ○含○蓄○ス○ル○コト○明
○カ○ニ○シ○テ○此○二○個○ノ○給○付○中○選○擇○權○ヲ○有○ス○ル○者○ニ○於○テ○何○レ○カ○其○一○ヲ○選○擇○ス○ル○ト○キ○ハ○債○權○ノ○目○的○タ○ル
○給○付○ハ○茲○ニ○全○ク○確○定○ス○ル○モ○ノ○ト○ス

○選○擇○債○務○ニ○在○テ○ハ○債○務○者○ハ○數○個○ノ○給○付○中○ニ○於○テ○其○一○ヲ○選○擇○シ○テ○給○付○ヲ○爲○ス○ノ○義○務○ヲ○負○フ○ヲ○以○テ
○此○債○務○ノ○成○立○ニ○ハ○箇○箇○別○別○ニ○指○定○セ○ラ○レ○タ○ル○二○個○以○上○ノ○獨○立○ナ○ル○給○付○アル○コト○ヲ○必○要○ト○ス○ル○ハ
○明○カ○ナ○リ○然○レ○ト○モ○其○給○付○ハ○二○個○以○上○アル○ノ○ミ○ヲ○以○テ○足○ル○モ○ノ○ニ○シ○テ○債○務○者○ノ○選○擇○ス○ヘ○キ○給○付○ノ
○數○并○ニ○其○給○付○ノ○種○類○如○何○ハ○此○債○務○ノ○成○立○ニ○何○等○ノ○影○響○ヲ○及○ホ○ス○コト○ナ○シ

○選○擇○債○務○ノ○性○質○ニ○關○シ○テ○ハ○學○者○間○ニ○議○論○アル○所○ニ○シ○テ○或○學○者○ハ○不○確○定○ノ○給○付○ヲ○目○的○ト○ス○ル○單○一
○ノ○債○務○ナ○リ○ト○云○ヒ○或○學○者○ハ○相○互○條○件○ニ○係○ル○數○個○ノ○條○件○附○債○務○ナ○リ○ト○謂○ヒ○又○或○學○者○ハ○二○個○以○上
○ノ○給○付○ヲ○目○的○ト○セ○ル○確○定○ノ○債○務○ニ○シ○テ○其○目○的○ノ○履○行○カ○條○件○ニ○係○ル○モ○ノ○ナ○リ○ト○謂○ヘ○リ○余○ハ○左○ニ○余
○ノ○信○ス○ル○所○ニ○從○ヒ○選○擇○債○務○ノ○性○質○ヲ○說○明○ス○ヘ○シ

一 選擇債務ハ確定ノ成立スル所ノ債務ナリ

○甲○乙○ニ○對○シ○其○所○有○ノ○牛○若○ク○ハ○馬○ヲ○讓○渡○ス○ル○コト○ヲ○約○シ○タ○ル○ト○キ○ハ○甲○ノ○負○擔○ス○ル○所○ノ○債○務○ハ
○選○擇○債○務○ナ○ル○コト○明○カ○ナ○リ○而○シ○テ○甲○ハ○此○契○約○ニ○依○リ○テ○確○定○ノ○二○羈○束○セ○ラ○レ○其○債○務○ハ○契○約○ト○同
○時○ニ○成○立○ス○ル○モ○ノ○ニ○シ○テ○條○件○附○債○務○ニ○於○ケ○ル○カ○如○ク○不○確○定○ナ○ル○成○立○ヲ○有○ス○ル○モ○ノ○ニ○ア○ラ○ス○蓋
○シ○前○例○ニ○於○テ○甲○カ○乙○ニ○對○シ○テ○現○實○ニ○爲○ス○ヘ○キ○給○付○ハ○未○タ○確○定○セ○ス○即○チ○甲○カ○牛○ヲ○給○付○ス○ル○ヤ○若
○ク○ハ○馬○ヲ○給○付○ス○ル○ヤ○ハ○未○確○定○ナ○リ○故○ニ○甲○ハ○牛○ヲ○給○付○セ○サ○レ○ハ○馬○ヲ○給○付○セ○サ○レ
○ハ○牛○ヲ○給○付○ス○ヘ○シ○ト○謂○ヘ○ル○相○牽○連○ス○ル○二○個○ノ○停○止○條○件○附○債○務○ヲ○負○擔○セ○ル○ヤ○ノ○觀○ナ○キ○ニ○非○ラ○ス
○ト○雖○モ○甲○乙○間○ノ○此○契○約○中○ニ○ハ○一○ノ○確○定○不○可○動○ノ○點○ア○リ○テ○債○務○者○ハ○此○點○ニ○於○テ○確○定○ノ○二○羈○束○セ
○ラ○ル○モ○ノ○ナ○リ○他○ナ○シ○甲○カ○牛○ヲ○給○付○ス○ル○カ○馬○ヲ○給○付○ス○ル○カ○此○二○者○ノ○中○ニ○付○キ○必○ス○給○付○ヲ○爲○サ
○サル○ヘ○カ○ラ○サ○ル○コト○即○チ○是○ナ○リ○故○ニ○債○務○者○タル○甲○カ○結○局○爲○ス○ヘ○キ○給○付○ハ○未○定○確○ナ○レ○ト○モ○債
○務○者○ハ○現○在○ニ○於○テ○給○付○義○務○ヲ○確○定○ノ○二○負○擔○ス○ル○ヲ○以○テ○其○債○務○ハ○現○在○ニ○於○テ○確○定○ノ○成○立○ス○ル○モ
○ノ○ト○謂○ハ○サ○ル○ヘ○カ○ラ○ス○是○レ○不○特○定○物○ノ○債○權○ト○趣○同○ウ○ス○ル○所○ナ○リ○何○ト○ナ○レ○ハ○不○特○定○物○ノ○債○權

ニ在リテハ債務者ノ現實ニ爲スヘキ給付ハ確定セザレトモ此不確定ハ毫モ債務ノ成立ヲ妨クルコトナキヲ以テナリ只タ不特定物ノ債務ニ在テハ債務者ハ同種類同特徴ノ物件中ヨリ給付スヘキ物件ヲ選擇シテ給付ヲ確定シ選擇債權ニ在ツテハ指定セラレタル數個ノ給付中ヨリ一ノ給付ヲ選擇シテ債權ノ目的タル給付ヲ確定スルノ差異アルノミ然レトモ債務者カ一定ノ範圍内ニ於テ給付義務ヲ負擔シ其意思ヲ以テ債權者ニ爲スヘキ給付ヲ確定スルノ作用ハ此二者間ニ毫モ差異ナキモノト謂ハサルヘカラス是レ選擇債務ノ性質ヲ決スヘキ重要ノ點ナリトス要スルニ選擇債務ハ數個ノ給付中ニ於テ其一ヲ選擇シテ給付ヲ爲スノ義務ヲ債務者ニ負ハシムルノ債務ニシテ債務ハ現在ニ於テ確切ニ成立シ債務者ノ現實ニ爲スヘキ給付ノ不確定ナルコトハ毫モ債務ノ成立ヲ妨クルコトナシ而シテ選擇債務ヲ以テ單純ニ數個ノ條件附債務ノ互ニ相牽連シタルモノトナスハ當事者ノ意思ト選擇債務ノ性質トニ反スルモノト謂ハサルヲ得ス何トナレハ此說ハ數個ノ給付中ニ於テ必ス其一ヲ選擇シテ給付ヲ爲スヘキモノトスル當事者ノ意思ヲ度外ニ置キ一定ノ範圍内ニ於テ給付義務ヲ負擔セシムル所ノ選擇債務ノ本質ヲ無視シタルモノニ外ナラサルヲ以テナリ

二 選擇債務ハ一個ノ給付ヲ目的トスル所ノ債務ナリ

選擇債務ニ在テハ債務者ノ選擇スヘキ數個ノ給付ハ個個別別ニ指定セラレ債務者ハ其中ノ一ヲ選擇シテ給付ヲ爲スコトヲ要スルハ前既ニ一言セザル所ナリ故ニ債務者ハ重複ノ債務ニ於ケルカ如ク併合的ニ數個ノ給付ヲ爲スノ義務ヲ負フモノニアラスシテ數個ノ給付ニ付キ擇一の給付ヲ爲スノ義務ヲ負擔シ單ニ指定セラレタル給付中ノ或モノヲ爲スノミヲ以テ足ルモノトス蓋シ選擇債務ハ一種ノ不確定ノ債務ニシテ債務者カ數個ノ給付中ニ於テ何レノ給付ヲ爲スヘキヤハ全ク不確定ノ事ニ屬スト雖モ債務者ハ常ニ必ス其中ノ一個ニ付キ給付ヲ爲ササル可ラサルヲ以テ債權ノ目的ハ結局給付中ノ一個ニ歸一確定スヘキハ多言ヲ要セスシテ明カナリ然レトモ選擇債務ハ其未タ單純債務ニ變セザルニ當テハ抽象的ニ一個ノ給付ヲ目的トシ其一ノ個ノ目的ハ選擇ニ因リ具體的トナルト同時ニ單純債務ニ變スルモノトス唯タ選擇債務ニ在リテハ當事者ハ債權ノ目的トシテ債務者ノ選擇シ得ヘキ數個ノ給付ヲ個個別別ニ指定シ債權ノ目的ヲ其中ノ一個ニ歸一セシムルモノナルカ故ニ指定セラレタル各給付ハ何レモ債權ノ目的トナリ得ヘキモノニシテ債權ノ目的カ給付中ノ一個ニ歸一セザル間ハ債務者ハ何レノ給付ニ付キテモ確切ニ約束セラレサルト同時ニ又何レノ給付ニ關シテモ約束セラレ得ヘキ地位ニ在ルモノト謂ハサルヲ得ス換言スレハ各給付ハ未必的ニ債權ノ目的ヲ成シ債務者ハ各給付ニ關シテ未必的ニ約束セラレルモノナリ是レ選擇債務ハ任意債務ト異ナルノ點ナリトス即チ選擇債務ニ在テハ數個ノ給付ハ何レモ債務ノ目的トナリ得ヘタ選擇ノ作用ニ依リ債務ノ目的ハ其中ノ一個ニ歸一確定スト雖モ任意債務ニ在テハ數個ノ給付中ニ於テ債務ハ單ニ其中ノ一個ノミヲ目的トシ他ノ給付ヲ爲シテ債務ヲ免カルルノ權能ヲ有スルニ過キス隨テ債權者ハ常

ニ必ス債務ノ本來ノ目的タル給付ヲ債務者ニ求ムルコトヲ要シ其給付ニ代ヘテ他ノ給付ヲ債務者ニ求ムルコトヲ得ス換言スレバ他ノ給付ハ選擇債務ニ於ケルカ如ク債權ノ目的トナリ得ヘキモノニアラサルヲ以テ如何ナル場合ニ於テモ債權ノ目的カ其給付ニ歸一確定スルコトナシトス

第二項 選擇權

選擇債務ニ關シ何人カ選擇ヲ爲スヘキヤニ付キ當事者カ別段ノ意思表示ヲ爲サザリシトキハ選擇權ハ債務者ニ屬ス蓋シ債權ノ目的タル給付カ不確定ナルトキハ此不確定ハ常ニ債務者ヲ利スルモノニシテ債務者ハ苟クモ驅束ヲ受ケサル限りハ自由ナルヘキコトハ前ニ一言セル所ナリ而シテ選擇債務ニ在リテハ債務者ハ數個ノ給付中ニ於テ其一ヲ爲スノ義務ヲ負フモノナレハ苟クモ其範圍ヲ脱セサル限りハ任意ニ其給付ヲ選擇スルノ自由ヲ有スヘキモノトス故ニ選擇權ヲ有スル者ハ債務者ナルヲ原則トスレトモ當事者カ債務者以外ノ人ヲシテ選擇ヲ爲サシムヘキコトヲ約シタルトキハ其ノ契約ハ勿論有效ニシテ當事者間ニ特約アリタルトキハ之レニ從フモノトス而シテ當事者間ニ特約アルトキハ債權者ニ於テ選擇ヲ爲シ又ハ當事者以外ノ第三者ニ於テ之レヲ爲スコトヲ得

第三項 選擇債務ニ關スル給付ノ確定

選擇債務ニ在テハ債務者ノ義務ニ屬スル給付ハ不確定ナレトモ其給付ハ確定シ得ヘキモノニシテ早晚確定スルノ時期アルコトハ論ヲ俟タス而シテ其給付ノ確定ト同時ニ選擇債務ハ單純債務ニ變スヘキコトモ亦明確ナリトス
選擇債務ニ於テ債權ノ目的タル給付カ確定シタルトキハ其確定ハ債權發生ノ時ニ溯リテ其效力ヲ生ス是レ民法第四百十一條ノ規定ヨリ生スル結果ニシテ同條ハ單ニ選擇ニ關シテノミ規定シタルト雖モ選擇以外ニ於テ給付ノ確定シタル總テノ場合ニ準用スヘキモノトス故ニ此規定ニ依ルトキハ債權ハ當初ヨリ確定シタル給付ヲ目的トシタルト同一ノ結果ヲ生スルモノナリ蓋シ債務關係發生ノ當時ニ於テ當事者ハ債權ノ目的タルヘキ給付ヲ個個別別ニ指定シタルモノナレハ選擇ニ依リテ其給付ノ確定スルト同時ニ其債務ハ始メヨリ其給付ヲ目的トシタルモノトナスハ選擇債務ノ性質ニ適スルノミナラス給付ノ確定ヲ既往ニ溯ラシムルトキハ當事者ハ成ルヘク速カニ給付ヲ確定シテ其地位ヲ簡明ナラシムルコトニ留意スヘク債務關係ヲ速カニ簡明ナラシムヘキ制度ハ常ニ取引上ノ觀念ト實際ト需要ニ適合スルモノナリ是レ民法カ獨逸民法其他多數ノ立法例ニ倣ヒ選擇ノ效力ヲ既往ニ溯ラシムル所以ナリ但シ是カ爲メ第三者ノ既得權利ヲ害スルコトヲ得サルハ勿論ナリ選擇債權ニ關スル給付ハ左ノ場合ニ於テ確定スルモノトス

常ニ債務者ニ於テ選擇ヲ爲シテ債權ノ目的タル給付ヲ確定シカ履行ヲ爲スヘキモノト
 是レ選擇債務ノ本質ナリトス而シテ當事者カ第三者ヲシテ選擇ヲ爲サシムルハ選擇ニ關
 シテ一ノ特約ヲナスモノニ過キスシテ此特約アルカ爲メ選擇債務ハ其本質ヲ變スルコトナ
 シ故ニ選擇權ヲ行フヘキ第三者カ選擇ヲ爲ササルトキハ選擇ニ關スル特約ハ其效ヲ失ヒ恰
 モ特約ナカリシト同一ノ效果ヲ生スヘキヲ以テ一般ノ原則ニ復リ債務者ヲシテ選擇權ヲ行
 ハシムルモノトス

當事者カ第三者ニ選擇ヲ爲サシムルハ普通其一身ニ着眼シタルモノト推測シ得ヘキヲ以テ
 第三者カ死亡スルトキハ其相續人ヲシテ其選擇ヲ爲サシムルコトヲ得ス故ニ此場合ニ於テ
 モ選擇ニ關スル特約ハ無効ニ歸スヘキヲ以テ第三者カ選擇ヲ拒ミタル場合ト等シク債務者
 ヲシテ選擇ヲ爲サシムヘキモノトス第三者カ疾病其他ノ理由ニ依リ選擇ヲ爲スコト能ハサ
 ルニ至リタル場合ニ於テモ亦然リトス

二 給付ノ不能

債權ノ目的タルヘキ給付カ始メヨリ不能ナルコトアリ又ハ債權發生ノ後ニ至リ不能トナルコ
 トアリ民法第四百十條ハ此場合ニ關スル規定ヲ含有ス

債權ノ目的タルヘキ給付中始メヨリ不能ナルモノアルトキ又ハ後ニ至リ不能トナリタルモノ
 アルトキハ其給付ハ債權ノ目的タルコトヲ得サルヲ以テ債權者ハ其給付ヲ求ムルノ權利ナク

債務者モ亦之カ給付ヲ爲スノ義務ナシトス故ニ此場合ニ於テハ債權ハ單ニ殘存セル給付ニ付
 キテ存在スヘキモノトス即チ甲乙ニ對シ其所有ノ地所若クハ家屋ヲ讓渡スルコトヲ約シタル
 場合ニ家屋カ約束ノ當時既ニ燒失シ又ハ其後ニ至リテ燒失シタルトキハ乙ノ債權ハ土地ノ讓
 渡ノミヲ以テ目的トナスモノニシテ單純ノ債權トナルヘシ但シ殘存セル給付カ尙二個以上存
 在スルトキハ債務者ハ其中ニ付キ債權ノ目的タル給付ヲ選擇セサルヘカラス我民法ハ多數立
 法ノ例ニ則リ所謂集合主義ヲ採用シ債權ノ目的ハ殘存セル給付ニ集合スヘキモノトナセルハ
 最も多クノ場合ニ於テ契約ノ成立ヲ希望スル當事者ノ意思ニ適合スヘキヲ以テナリ

民法第四百十條第一項ノ規定ハ給付カ當事者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リ不能トナリタ
 ル場合ハ勿論給付ノ不能カ選擇權ヲ有スル者ノ所爲ニ基因スル場合ニモ適用セラルヘキモノ
 トス何トナレハ第四百十條ハ其第一項ニ於テ一般ニ給付ノ不能トナリタル場合ニ關スル規定
 ヲ設ケ而シテ第二項ニ於テ單ニ選擇權ヲ有セサル者ノ過失ニ基因スル場合ノミヲ除外シタル
 ヲ以テナリ蓋シ選擇權ヲ有スル者ハ數個ノ給付中ニ於テ任意ニ債權ノ目的タル給付ヲ選擇ス
 ルノ全權ヲ有スルモノナレハ給付中ノ或モノカ其所爲ニ因リテ不能トナリタル以上ハ其給付
 ヲ債權ノ目的ヨリ除外シ殘存セル給付ニ付キ選擇ヲ爲スコトヲ得セシムルモノナリ

民法第四百十條第一項ノ規定ハ給付カ選擇權ヲ有セサル當事者ノ過失ニ因リテ不能トナリタ
 ル場合ニ適用スルヲ得ス是レ同條第二項ノ規定スル所ナリ故ニ前例ニ於テ選擇權ヲ有スルモ

ノハ乙ニシテ甲其過失ニ依リ家屋ヲ燒失セシメタリト假定スルトキハ甲ノ過失ハ乙ノ選擇權ヲ害スルコトヲ得ス隨テ乙ハ任意ニ家屋ニ代ヘテ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ

第七款 任意給付

債務者カ債權者ニ對シテ或給付ヲ爲スノ義務ヲ負フ場合ニ他ノ給付ヲ爲シテ其義務ヲ免脱スルコトヲ得キトキハ他ノ給付ハ即チ任意ノ給付ニシテ此場合ニ於ケル債權者ノ義務ヲ稱シテ任意債務ト云フ例之ハ甲乙ニ對シ其所有ノ家屋ヲ讓渡スヘキコトヲ約シ同時ニ甲ノ都合ニ依リ其家屋ニ代ヘテ代金八百圓ヲ乙ニ支拂フコトヲ得ヘキ旨ヲ約スルカ如シ而シテ甲ハ此契約ニ因リ乙ニ對シテ家屋若クハ其代金ヲ給付スルノ義務ヲ負フニ依リ選擇債務ニ頗ル類似スルモノナリ然レトモ此類似ハ只表面ニ止リ其實質ニ至リテハ全ク相違スルモノナリ即チ選擇債務ニ在リテハ債權ハ同時ニ數個ノ給付ヲ目的トスルモ債務者カ何レノ給付ヲ爲スヤハ初メヨリ確定セス選擇權ノ行使給付ノ不能ニ因リテ始メテ確定スルモノナリ之ニ反シテ任意債務ニ在リテハ債權ノ目的タル給付ハ一ニシテ債權發生ノ當時既ニ確定シ債務者ハ唯タ其給付ニ代ヘテ他ノ給付ヲ爲シ以テ其義務ヲ免脱スルコトヲ得ルニ止マリ他ノ給付ハ債權ノ目的ヲ成ササルモノナリ換言スレバ任意債務ハ代物辨濟ノ權能ヲ債務者ニ附與シタル一ノ債務タルニ過キス即チ前例ニ於テ債權ハ當初ヨリ家屋ノ讓渡ノミヲ目的トシ債務者タル甲ハ其選擇ニ依リ家屋ノ讓渡ニ代ヘテ代金

ヲ給付スルノ效力ヲ享有スルニ過キス此三個ノ債務ノ間ニ右ノ如キ本質上ノ差異アルヲ以テ之ヨリ生スル所ノ效果モ亦自カラ異ナラザルヲ得ス今一二ノ要點ヲ擧クレバ選擇債務ニ在リテハ債權ノ目的タルヘキ給付中始メヨリ不能ナルモノアルトキハ債權ハ當ニ殘存セル給付ノ上ニ存スルコトハ既ニ述ヘタル所ナルモ任意債務ニアリテハ主タル給付カ始メヨリ不能ナルトキハ債權ハ不能ノ給付ヲ目的トスルニ依リ絕對ニ成立セザルモノトス隨テ債務者ハ主タル給付ニ代ヘテ他ノ給付ヲ爲スノ義務ナシ又選擇債務ニ在リテハ債務者カ選擇權ヲ有スルトキハ給付中ノ或モノカ債務者ノ過失ニ因リテ不此トナリタルトキハ其給付ハ債權ノ目的ヨリ除外セラレ債權ハ當然殘存セル給付ノ上ニ存スト雖モ任意債務ニ在リテハ主タル給付カ債務者ノ過失ニ依リテ不能トナリタルトキハ債權ハ依然トシテ不能トナリタル給付ヲ以テ目的トシ唯タ其給付ハ不能トナリタル爲メ損害賠償ノ給付ニ變スルニ止マル故ニ債務者ハ主タル給付ニ代ヘテ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘク債務者ハ其ノ選擇ニ從ヒ主タル給付ニ代ヘテ損害ヲ賠償シ若クハ他ノ給付ヲ爲シテ其義務ヲ免脱スルコトヲ得ヘシ

第三節 債權效力

第一款 總論

債權ハ特定ノ人即チ債權者カ特定ノ人即チ債務者ヲシテ特定ノ事ヲ爲シ又ハ爲サザラシムルノ



權利ニシテ債務者ハ法律上其事ヲ爲シ又ハ爲ササルノ羈絆ニ服從スルコトハ債權ノ性質ヲ論スルニ當リ既ニ説明セル所ナルヲ以テ債權者ハ債務者ニ對シ債權ノ目的タル行爲ヲ爲シ又ハ之ヲ爲ササルコトヲ要求スルノ權利ヲ有スルハ勿論債務者カ其要求ニ對シ任意ニ義務ヲ履行セザルトキハ債權者ハ裁判所ニ出訴シ公力ヲ假リテ強制的ニ履行ヲ爲サシムルノ權利ヲ有スルモノニシテ債權ノ主タル效力ハ實ニ此點ニ在リテ存スルモノナリ何トナレハ若シ債權者ニシテ此權利ナシトセシカ債權者ハ債務者カ任意ニ履行ヲ爲ス場合ハ格別意思ナキ債務者ヲ制御シテ債權ノ目的タル行爲ヲ爲シ又ハ爲ササルコトヲ得サルヲ以テ債權者ハ多クノ場合ニ於テ債權ヲ創設シタル所以ノ目的ヲ達スルコト能ハサルヘク債權ハ充分ニ其效用ヲ爲ササルニ至ルヘクレハナリ凡ソ私法上ノ權利ハ其種類ノ何タルヲ問ハス侵害ヲ受ケタル場合ニ其侵害ニ對スル救済ヲ裁判所ニ求ムルノ權利即チ訴權ヲ包含スルヲ以テ本質トスルモノニシテ債權ハ債權者カ債務者ヲシテ特定ノ事ヲ爲シ又ハ爲ササルシムルノ權利ナルニ依リ債務者カ債務ノ本旨ニ從ヒ履行ヲ爲ササルハ即チ債權者ノ權利ヲ侵害スルモノニ外ナラサルヲ以テ債權者ハ此權利侵害ニ對シ裁判所ニ助力ヲ求メ債務者ヲ強制シテ其債務ノ履行ヲ爲サシムルノ權利ヲ有スヘキハ勿論ナリトス故ニ債權ハ其本質上強制履行ヲ裁判所ニ求ムルノ權利ヲ包含スルモノニシテ之ヲ以テ債權ニ關スル債權者ノ主タル權利トス

然レトモ債務ノ直接履行ハ事實上不能ナルコトアリ又ハ事實上可能ナルモ法律カ其強制履行ヲ許ササルコトアリ或ハ直接履行ハ事實上法律上可能ナルモ債務者カ履行ヲ遅延シタル爲メ債權者ハ其企圖シタル目的ヲ達スル能ハサルコトアリ或ハ又直接履行ニ依リ債權者ハ尙ホ其目的ヲ達シ得ヘシトスルモ履行遅延ノ爲メ多少ノ損害ヲ被ルコトアリ故ニ強制履行ノ權利ノミニテハ未タ以テ債權者ノ權利ヲ充分ニ保護スルニ足ラサルモノトス是ヲ以テ債務者カ履行ノ不能遅延又ハ不完全ニ對シテ責任ヲ負フヘキ總テノ場合ニ於テ法律ハ債權者ヲシテ債務者ニ對シ履行ノ不能遅延又ハ不完全ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得セシム蓋シ此場合ニ於テモ債權者ハ債權ノ侵害ニ對スル救済ヲ求ムルモノニ外ナラスシテ債權ハ其本質上損害賠償ノ訴權ヲモ包含スルモノナリ故ニ損害賠償ノ訴權ハ直接履行ノ訴權ト共ニ債權ノ效力ヲ成スト雖モ債權者ハ直接履行ノ訴權カ充分ニ其效用ヲ爲ササル場合ニ於テ始メテ之ヲ行使スルコトヲ得ヘキヲ以テ直接履行ノ訴權ニ對シテ之ヲ債權者ノ從タル權利ト稱ス

債權ノ本質ヨリ生スル前記二個ノ訴權ノ外ニ法律ハ債權者ニ附與スルニ其債權ヲ保全スルニ必要ナル他ノ權利ヲ以テセリ即チ債務者カ故意又ハ怠慢ニ因リテ自己ノ權利ヲ行使セザルトキハ債權者ハ債務者ニ代リテ其權利ヲ行使スルコトヲ得是レ他ナシ債務者カ其權利ヲ行使ストトキハ債務者ノ財産ニ影響ヲ及ホスヘク而シテ債權者ハ其權利ノ實行上債務者ノ財産ノ増減ニ付キ重大ナル利害ノ關係ヲ有スルヲ以テナリ又債務者カ債權者ノ權利ヲ害スヘキ行爲ヲ爲シタルトキハ債權者ハ其權利ヲ保全スルカ爲メ其廢絶ヲ求ムルノ訴權ヲモ有スルモノナリ故ニ債權者



ハ、權利保全ヲ目的トスル所ノ前掲二個ノ權利モ亦債權ノ效力中ニ列スヘキモノニシテ本節ニ於テ之ヲ論スルヲ必要トス

第二款 債務者ノ遲滞

債務者カ或時期ニ給付ヲ爲スノ義務アル場合ニ給付ヲ爲サスシテ其時期ヲ徒過シタルトキハ其債務者ハ遲滞ニ在ルモノトス而シテ遲滞ハ債務者ヲシテ債務不履行ノ責ニ任セシメ重要ナル法律上ノ效果ヲ生スルヲ以テ先ツ之カ要件ヲ示シ然ル後其效果ニ論及スルコトヲ要ス

第一項 遲滞ノ要件

- 一 債務者カ遲滞ニ在ルニハ左ノ條件ノ具備スルコトヲ必要トス
 - 一 有效ナル債務アルコト
- 二 債務者カ履行スルノ責任ヲ負ハサルヲ以テ是カ爲メ遲滞ノ責ニ任スルコトナシ
- 三 債務者カ債權ノ目的タル給付ヲ爲スヘキ時期ヲ徒過シタルコト
- 四 債務者ノ履行ニ關シテハ三个ノ時期ヲ區別スルコトヲ得債權者カ履行ヲ請求シ得ヘキ時期債務者カ遲滞ニ在ルニハ左ノ條件ノ具備スルコトヲ必要トス
 - 一 債務者カ遲滞ニ在ルカ爲メニハ債務者ニ於テ履行ヲ爲スノ義務アル完全ナル債務アルコトヲ前提要件トシ債務カ法律上成立セザルトキ又ハ取消サレタルトキハ債務者ハ債權者ニ對シテ債務ヲ履行スルノ責任ヲ負ハサルヲ以テ是カ爲メ遲滞ノ責ニ任スルコトナシ

義ヲ主張スル吾人ノ立脚點ヨリスルトキハ到底是認スル能ハサル所ノモノナリ

二 主觀說 曰ク苟モ社會ノ安寧ニ對シテ危險ナル性格ヲ有スルモノアラバ社會ハ侵害ヲ受クルコトヲ俟タスシテ之カ防衛ノ途ヲ講セサルヘカラス隨テ刑事責任ヲ發生セシムルニハ一定ノ行爲ヲ必要トセス苟モ惡性ヲ證スルニ足ルヘキ程度ノ事實アラハ則チ是ルト

三 折衷說 客觀說ノ特色ハ個人ノ利益ヲ主張スル點ニ在リ主觀說ノ特色ハ社會ノ利益ヲ主張スル點ニ在リ折衷說ハ個人ノ自由ト社會防衛ノ必要トヲ調和セントスルモノナリ曰ク刑罰ハ犯人ノ惡性ニ依リテ裁量セラルヘキモノナリト雖モ犯人ノ惡性ハ犯人ノ行爲ニ依リテ始メテ之ヲ檢定シ得ルモノナリ惡性ノ標識タルヘキ行爲ハ豫メ一定シタル態様ヲ有スルモノニ非スト雖モ豫メ之ヲ一定スルニ非サレハ裁判官ハ任意ニ其標準ヲ求ムルノ結果裁判ノ錯誤專斷ヲ來スノ虞アルヘシ故ニ豫メ一定ノ標準ヲ定メ裁判官ハ此限界ヲ超エテ犯人ノ惡性ヲ探究スヘカラスト爲

スルニ刑罰ノ方法ヲ以テセスト云フニ止マル

犯罪ノ主觀的要件ハ又之ヲ稱シテ責任ノ要件ト稱ス所謂責任ノ觀念ニ關シテハ學說相分ル

一般ノ學說ニ從フトキハ責任トハ一定ノ人格ト一定ノ行為及ヒ結果トノ間ニ存スル一定ノ法律上ノ聯絡ニシテ此聯絡アリテ始メテ法律ハ其行為ヨリ發生スヘキ一定ノ法律上ノ效果ヲ其人格ニ附着セシムト解セラル換言スレハ責任トハ法律上其行為及ヒ結果ヲ以テ其人ノ行為及ヒ結果ト認ムルコトヲ得ル關係ニシテ獨逸ニ於ケル通説ハ之カ要件ヲ別チテ責任能力及ヒ責任條件(犯意及ヒ過失)ト爲ス但佛國ノ學說ハ此要件ヲ數ヘテ第一辨別、第二犯意及ヒ過失、第三自由意思ノ三トス所謂辨別ハ責任能力ニ該當シ犯意及ヒ過失ハ即チ責任條件ナリ自由意思ナル觀念ヲ以テ主觀的條件ニ數フヘキヤ否ヤハ主トシテ緊急避難(現七五條)ノ性質如何ニ歸ス後段緊急行為ニ關スル說明ヲ見ヨ

予罪ハ責任ノ觀念ニ關スル如上ノ通説ヲ採ラス後段責任能力ニ關スル說明ニ於テ之ヲ詳論スヘシ

二 犯意及ヒ過失 責任能力者ノ行為カ犯罪ト爲ルニハ惡性カ先ツ其意思ニ表現スルコトヲ必要トス之ヲ犯意及ヒ過失ト爲ス行為ノ原動力タルヘキ意思カ惡性ノ表現ト爲ルニハ二種ノ態樣アリ一ハ一定ノ事實ノ認識ナリ(犯意)一ハ一定ノ事實ノ不知ナリ(過失)犯罪ハ原則トシテ犯意ヲ必要トシ過失ヲ例外トス而シテ責任ノ輕重ハ犯意ヲ重トシ過失ヲ輕トス

犯意トハ行為ノ反社會性(危險性及ヒ違法性)ヲ知テ而モ行為ヲ敢テスルノ意思ナリ過失トハ注意ノ義務ニ違背シテ犯罪事實ノ認識ヲ缺ク場合ヲ謂フ民法ニ於テハ故意(即チ刑法ノ犯意)ト過失トヲ區別スルコトナキモ刑法ニ於テ此區別ハ甚タ重大ナル實益ヲ有ス

第二章 犯罪ノ主體、客體及ヒ行為

第一 主體

犯罪ハ行為ナリ行為ノ主體ハ人ナリ人ニ自然人ト法人トアリ

犯罪ノ主體ハ又刑罰ノ主體ナルコトヲ原則トス然レトモ一ハ行為ノ主體ニシテ一ハ法律上ノ負擔ノ主體ナルカ故ニ刑罰ノ主體ハ當然常ニ犯罪ノ主體ナリト謂フコトヲ得ス舊刑法ハ屢、他人ノ行為ニ付キ刑事責任ヲ生スル場合ヲ認ム特別刑法條ニ稅法ニ其例ヲ見ルコト多シ

例ヘハ酒造稅法第三二條ニ曰ク「酒類ヲ製造スル者又ハ之レヲ販賣スル者ノ代理人、戶主、家族、同居者、雇人其ノ他ノ從業者ニシテ其ノ業務ニ關シ此ノ稅法ヲ犯シタルトキハ其ノ製造者又ハ販賣者ヲ處罰ス」ト此種ノ規定ハ諸種ノ稅法ニ殆ト常見ル所ナリ

此規定ニ付テ疑問トナルハ此規定ニ依テ其製造者又ハ販賣者カ酒造稅法違犯トシテ處罰セラルルノ外向キ違犯者自體カ酒造稅法違犯トシテ處罰セラルヘキヤ否ヤノ點ナリ大審院ハ製造者又ハ販賣者ノミヲ罰スヘキモノニシテ違犯者自體ハ之ヲ罰セラルノ法意ナリト決セ



リ(明治三十九年八月二十八日判決)ニモ、蓋シ禁錮ノ主體ト爲ル問題ト爲ルハ法人ニ犯罪能力アリキ否キヲ點

ナリ 自然人ハ一定ノ要件ノ下ニ常ニ犯罪ノ主體ト爲ル問題ト爲ルハ法人ニ犯罪能力アリキ否キヲ點

自然人カ犯罪ノ主體トナルノ要件ハ所謂責任能力ノ要件ナリ後段責任能力ノ條下ヲ見ヨ

法人ノ犯罪能力ニ付テハ小幡法學士著日本刑法論總則再版第八九頁以下、岡田博士著刑法

講義第一九頁以下、泉二法學士「大審院判例ノ趨勢(犯罪ノ主體、法人ノ犯罪能力)」(法

學協會雜誌二四卷二號)ヲ見ヨ

刑法典ハ法人ヲ處罰スルノ規定ヲ設ケス蓋シ刑法ハ各種ノ犯罪ニ對シ多クハ生命刑、自由刑

等ノ自然人ニ對シテノミ執行セラルヘキ刑罰ヲ科スルノミナラス罰金刑ト雖モ不納ノ場合ニ於

テハ換刑處分トシテ犯人ノ自由ヲ拘束スル旨ヲ規定スルヲ以テ(舊二七條、新二八條)法人ハ

其規定以外ニ在ルモノト認マサルヘカラス然ラハ法人ノ代表者カ罪ヲ犯シタル場合ニ於テハ之

ヲ如何ニ處分スヘキカ

若シ法人ヲ以テ犯罪能力アルモノト解シ法人ノ代表者ノ行為ハ法人其者ノ行為ナリト解ス

ルトキハ犯罪ハ法人ニ在リト謂ハサルヘカラサルヘク而シテ法律ノ規定ニ於テ法人ヲ處罰

スル途ナキトキハ終ニ法人ノ代表者ハ爲シタル犯罪ヲ律スル能ハサルニ至ルヘキナリ

法律ハ特ニ法人ヲ罰スル旨ノ規定ヲ設ケタルコトヲ例ヘバ電信法第四二條ノ如シ此ノ如キ場合

ニ於テ其處罰ノ法理ハ如何ニ之ヲ解スヘキカ

法律ハ特ニ法人ヲ罰スル旨ノ規定ヲ設ケタルコトヲ例ヘバ電信法第四二條ノ如シ此ノ如キ場合

ニ於テ其處罰ノ法理ハ如何ニ之ヲ解スヘキカ

法律ハ特ニ法人ヲ罰スル旨ノ規定ヲ設ケタルコトヲ例ヘバ電信法第四二條ノ如シ此ノ如キ場合

ニ於テ其處罰ノ法理ハ如何ニ之ヲ解スヘキカ

法律ハ特ニ法人ヲ罰スル旨ノ規定ヲ設ケタルコトヲ例ヘバ電信法第四二條ノ如シ此ノ如キ場合

ニ於テ其處罰ノ法理ハ如何ニ之ヲ解スヘキカ

法律ハ特ニ法人ヲ罰スル旨ノ規定ヲ設ケタルコトヲ例ヘバ電信法第四二條ノ如シ此ノ如キ場合

ニ於テ其處罰ノ法理ハ如何ニ之ヲ解スヘキカ

法律ハ特ニ法人ヲ罰スル旨ノ規定ヲ設ケタルコトヲ例ヘバ電信法第四二條ノ如シ此ノ如キ場合

ニ於テ其處罰ノ法理ハ如何ニ之ヲ解スヘキカ

法律ハ特ニ法人ヲ罰スル旨ノ規定ヲ設ケタルコトヲ例ヘバ電信法第四二條ノ如シ此ノ如キ場合

ニ於テ其處罰ノ法理ハ如何ニ之ヲ解スヘキカ

法律ハ特ニ法人ヲ罰スル旨ノ規定ヲ設ケタルコトヲ例ヘバ電信法第四二條ノ如シ此ノ如キ場合

ニ於テ其處罰ノ法理ハ如何ニ之ヲ解スヘキカ

法律ハ特ニ法人ヲ罰スル旨ノ規定ヲ設ケタルコトヲ例ヘバ電信法第四二條ノ如シ此ノ如キ場合

ニ於テ其處罰ノ法理ハ如何ニ之ヲ解スヘキカ

法律ハ特ニ法人ヲ罰スル旨ノ規定ヲ設ケタルコトヲ例ヘバ電信法第四二條ノ如シ此ノ如キ場合

ニ於テ其處罰ノ法理ハ如何ニ之ヲ解スヘキカ

法律ハ特ニ法人ヲ罰スル旨ノ規定ヲ設ケタルコトヲ例ヘバ電信法第四二條ノ如シ此ノ如キ場合

ニ於テ其處罰ノ法理ハ如何ニ之ヲ解スヘキカ

法律ハ特ニ法人ヲ罰スル旨ノ規定ヲ設ケタルコトヲ例ヘバ電信法第四二條ノ如シ此ノ如キ場合

於テハ其犯罪カ輕罪ナルトキハ五百弗以下重罪ナルトキハ五千弗以下ノ罰金ニ處ス組合ニ
 我民法ハ不法行爲ニ關スル法人ノ責任ニ關シ一般ノ規定ヲ爲セリ即チ第四四條ニ曰ク
 「法人ハ理事其他ノ代理人カ其職務ヲ行フニ付キ他人ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責任ニ任ス」
 ト面シテ商法ハ之ヲ商會社ニ準用セル(商六二條、一七〇條二項) 罰金ニ關
 蓋シ法人ノ本質ニ關スル學說ニ種種アリ別チテ三種トス法人擬制說、法人否認說及ヒ法人實在
 說是ナリ

法人ノ本質ニ關スル學說ニ就テハ法學士杉山直治郎氏ノ「法人人格ノ觀念」ト題スル論文
 (法學志林二三號乃至二二號所載)ヲ参照尚ホ富井博士著民法原論第一卷第一八六頁以下ヲ
 見ヨ 擬制說ニ從フトキハ法人ニハ犯罪能力ナシ法人ノ代表者カ犯シタル罪ハ代表者自身ノ行爲
 法人擬制說ニ從フトキハ法人ニハ犯罪能力ナシ法人ノ代表者カ犯シタル罪ハ代表者自身ノ行爲
 ナリ又法律カ法人ヲ罰スルハ一ノ擬制タルニ過キサザルナリ
 法人否認說ニ二種アリ其一ハ法人ヲ以テ個人ノ權利義務カ集合的狀態ニ在ルモノト爲ス說ナリ
 其二ハ法人ノ權利義務ヲ以テ主體ナキ權利義務ト爲ス說ナリ何レノ說ニ從フモ法人ノ代表者ノ
 行爲ハ代表者自身ノ行爲ニシテ法人ノ處罰ハ第一ノ說ニ據ルトキハ數人ノ個人ニ對シ集合的ニ
 刑罰ヲ科スルモノナリ第二ノ說ニ據ルトキハ主體ナキ刑罰ヲ認ムルモノナリ 法人實在說ニ對シ
 法人實在說ニ二種アリ其一ハ法人ヲ以テ有形的實在物ナリトス(法人具象體說) 其二ハ法人ヲ

以テ無形的實在物ナリトス(法人抽象體說) 前者ニ從フトキハ法人ノ機關(代表者)ノ行爲ハ
 法人其者ノ行爲ニシテ法人ノ處罰ハ法人カ自己固有ノ行爲ニ基キテ責任ヲ負擔スルニ外ナラザ
 ルナリ後者ニ從フトキハ法人ノ代表者ノ行爲ハ代表者其者ノ行爲ニ外ナラス法人ノ處罰ハ法人
 カ其代表者タル他人ノ行爲ニ基キテ責任ヲ負擔スルモノタルナリ

予輩ハ現行法ノ解釋上抽象的實在說ヲ採ラントス蓋シ法律ハ法人ノ代表者ヲ以テ其代理人ナリ
 ト爲セハナリ(民四四條、五四條)隨テ法人ニハ犯罪能力ナシト解シ特別ノ明文アル場合ニ限リ
 テ刑罰ヲ受クヘキモノナリト解ス即チ法人ノ代理人(代表者)カ犯罪ヲ爲シタル場合ニ於テハ
 其代理人ハ常ニ其固有ノ行爲ニ因リテ刑事上ノ責任ヲ負擔スヘクシテ特ニ法律カ法人ヲ罰スル
 旨ノ規定ヲ爲シタル場合ニ於テ法人ノ外實ニ其代理人ヲ罰スヘキヤ否ヤハ各法規ノ精神ニ從テ
 決スヘキ問題ナリトス

大審院ハ稍、擬制說ニ近キ口吻ヲ以テ法人ニ犯罪能力ナシト決セリ即チ漁業組合ノ代表者
 カ誣告ヲ爲シタル案件ニ於テ誣告ノ責任ハ法人タル組合ニ在ラスシテ代理人自體ニ在リト
 セリ其理由ニ曰ク「抑モ誣告ハ一ノ犯罪ナルヲ以テ誣告ニ對シテ刑事上ノ責任ヲ負フニハ
 必スヤ犯罪ノ主體タルノ能力ナカルヘカサルハ論ヲ俟タサル所ニシテ此能力ヲ有スル者
 ハ有形人タルコトヲ要シ法人ハ無形人ニシテ唯其目的ノ範圍内ニ於テ人格ヲ享有スルニ過
 キサルヲ以テ犯罪ノ主體タル能力ヲ有セザルヲ原則トシ法律ノ明文ヲ以テ特ニ犯罪ノ主體
 刑罰總論 犯罪論ノ主體、客體及ヒ行爲 四九

トシタル場合ニ非サレハ刑事上ノ責任ヲ負ハサルノミナラス此場合ト雖モ財產刑其他法人ノ性質ト相容ルヘキ刑罰ニ服從スルニ止マリ如何ナル場合ト雖モ體刑ヲ科スヘキ犯罪ノ主體タルコト能ハサルヘキハ法人其者ノ性格ニ於テ毫無疑ヲ容レル所ナリ故ニ漁業組合ノ名ヲ以テ爲シタル漁業權侵害ノ告訴カ誣告ニ出テタル場合ニ法人タル組合カ體刑ヲ科スヘキ誣告罪ノ主體トシテ刑罰ノ制裁ヲ受クヘキ限リニアラサルハ多辯ヲ要セスシテ明カナリ云云(中略)夫レ斯ノ如ク法人タル漁業組合ハ其名ヲ以テ爲シタル誣告ニ對シ刑事上ノ責任ヲ負ハサルモノトスルトキハ現ニ誣告ヲ爲シタル代表者ニ於テ刑事上ノ責任ヲ負フヘキモノニシテ其誣告カ法人タル組合ノ事業トシテ組合ノ名ヲ以テ爲サレタルノ事實ハ其罰責ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ云云(明治三十六年六月三十日判決)ト

法律カ法人ニ責任ヲ認メタル場合ニ於テ法人ノ代理人モ亦其行為ニ付テ責任アリヤ否ヤノ問題ハ民法第四四條ノ適用ニ關シテ實際問題トナレリ東京控訴院ハ之ニ對シ「法人ハ實在ノ組織體ニシテ法律ノ擬制ニ依リ存在ヲ認メラルルモノニアラス公益法人ノ理事商會社ノ會社ヲ代表スル社員若シクハ取締役ハ法人ノ代理人ニアラスシテ法人ノ機關ナリ株式會社ノ取締役カ會社ノ目的ノ範圍内ニ屬スル業務ヲ執行スルハ取締役ノ行為ニアラスシテ會社ノ行為ナルヲ以テ取締役カ會社ノ業務ヲ執行スルニ際シ過失ニ因リ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ取締役個人ノ不法行為ニアラスシテ會社ノ不法行為ナリトス商法第七十條第二

項第六十二條民法第四十四條第一項ハ右法理ニ基キ株式會社ニ責任能力アルモノト解スルキナリト判決シタルモ大審院ハ之ニ對シ「株式會社ナル法人ハ其性質ノ如何即チ法律ノ假設ヲ俟タスシテ現實ニ存在スルモノ學說ノ所謂實在ナルト將テ法律ノ假設ヲ俟テ始メテ存在スルモノ學說ノ所謂擬制ナルトヲ問ハス會社ノ理事カ其職務ヲ行フニ當リ他人ニ加ヘタル損害ニ對シテハ會社其責ニ任スヘキハ民法第四十四條第一項ノ明定スル所ナルヲ以テ更ニ説明ヲ要セス然レトモ同條第一項ハ會社ト其理事カ職務ヲ行フニ付キ損害ヲ加ヘタル被害者トノ法律關係ヲ規定シタルニ過キスシテ不法行為ヲ爲シタル理事ト其被害者トノ法律關係ヲ規定シタルモノニアラス故ニ該條ノ規定アルヲ以テ直チニ不法行為ヲ爲シタル理事ハ何等ノ責任ナキ者ト斷定スルコトヲ得ス而シテ右理事ト被害者トノ法律關係ニ至リテハ不法行為ノ一般ノ原則ノ除外例ト爲スヘキ理由ナキヲ以テ右一般ノ原則ナル民法第七百九條ニ則リ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル理事ハ被害者ニ對シ賠償ノ責ニ任スヘキハ多言ヲ俟タスシテ明ナリ(明治三十九年十月三日判決)ト爲セリ予輩ハ法人ノ本質ニ關シ抽象的實在說ヲ探ルカ故ニ此大審院ノ論結ニ贊同スルモノナリ

只刑事法規カ法人ニ責任ヲ認ムル場合ニ於テ法人ノ外其代理人ニ責任アリヤ否ヤハ各種ノ法規ニ就テ各別ニ論定セサルヘカラス而シテ同機ノ問題ハ法律カ雇人ノ同居人等ノ犯罪ニ付テ責任ヲ負擔セシムル場合ニ其責任者ノ外尙ホ行為者ニ責任アリヤ否ヤニ關シテモ起リ



得ルナリ此後者ニ付テハ酒造税法ノ解釋上判例カ消極説ヲ採レルコト既ニ述ヘタリ此前者ニ付テモ現行ノ諸法規ノ解釋トシテハ消極説ヲ採ルヲ妥當ト信ス何トナレハ法人ヲ處罰スルノ現行法規ハ皆所謂取締的性質ヲ有スルモノニシテ所謂警察罰ニ屬スルモノナレハナリ法人ノ本質ニ關スル理論ハ今尙ホ學者間ニ歸一スル所ナシ隨テ法人ノ代表者カ其資格ニ於テ爲シタル犯罪ニ關スル鑛歴ノ方策ヲ論スルニ方リテ法人ヲ其犯罪行為ノ主體ナリト觀スルカ或ハ法人ヲ其犯罪ノ原因タル一ノ社會的事實ナリト認ムヘキカハ一ノ重要ナル問題ナリト加之法人ノ發達スルニ隨伴シテ其弊害ノ發生スルハ之ヲ疑フヘカラス其弊害ノ一タル犯罪ニ關シテ適當ナル鑛歴方法ヲ講セントスルニハ法人ノ實體ニ關スル更ニ深刻ナル研究ヲ俟タルヘカラス

民法商法ハ法人ニ關シテ種種監督的ノ規定ヲ爲ス(民六七條、七一條、商四八條)此等ノ規定ハ形式的ノ意義ニ於ケル刑罰ニ非サルコト勿論ナリト雖モ其實質ニ於テ一ノ刑罰ト認ムヘキモノナリヤ將タ一ノ警察的處分ト認ムヘキモノナリヤハ重要ナル問題ナリ

從來法人ニ關スル取締ノ問題ハ行政法上ヨリ觀察セラレ隨テ責任問題トシテ觀察セラルル所ナカリキ是レ從來ノ學說カ一ニ擬制説ヲ根據トシ法人ヲ以テ本來虛無ノモノナリトシタルニ因ル然レトモ法人ニ對スル制裁ハ其性質ニ於テ一ノ人格ニ對スル法益ノ剝奪ナルカ故ニ之ヲ一般刑罰ト全ク異ナレルモノト解スルハ立法上果シテ妥當ナリヤ疑アリ況ヤ法人實在說漸ク勢ヲ得タルノ結果法人ニ固有ナル存在ト利益トカ漸ク認識セラルルニ至リシ今日

ニ於テオヤ

法人ニ關シテ具體的實在說ヲ採リ法人ニ固有ナル意思アリトノ見解ヲ採ル場合ニ於テモ法人ノ意思ハ個人ノ意思ノ單純ナル總計ニ非サルコトヲ注意セザルヘカラス換言スレハ法人ノ意思能力及ヒ其活動ハ其代表者ノ意思能力及ヒ其活動ト分離シテ觀察セザルヘカラサル社會心理ノ問題ナリ隨テ代表者カ犯罪行為ヲ爲シタリトノ單純ナル前提ヲ以テ直チニ法人ニ犯罪アリト認ムルコト難ク又代表者ノ行為カ犯罪ニ非サル場合ニ於テモ法人ノ行為トシテ之ヲ觀察スルトキハ一ノ犯罪トシテ取扱ヘサルヘカラサル場合アルヘシ現ニ法人監督權ノ作用(民七一條、商四八條)ノ如キハ此見地ヨリ始メテ之ヲ説明スルコトヲ得ルナリ即チ法人ノ代表者ノ行為カ個別的ニ觀察シテ犯罪ナラストスルモ法人ノ行為トシテハ公益ニ反スルモノアリト認ムル場合ニ於テハ監督權者ハ法人ニ對シテ解散ナル重大ノ制裁ヲ科スルヲ得ルナリ

如上ノ見解ハ立法論ニ屬ス而シテ此立法上ノ問題ニ對シ法人ノ本質ニ關スル現代ノ理論ハ未タ十分ニ解答スル所ナキナリ

尙ホ法人ノ犯罪ト關聯シテ研究スヘキハ團體(群集)ノ犯罪ナリ團體ノ犯罪ニハ其團體カ犯罪ヲ目的トシテ組織セラルルモノナル場合ト團體ノ成立カ犯罪發生ノ原因トナリタル場合トノ區別アリ然レトモ何レノ場合ニ於テモ團體ノ犯罪ノ犯人ノ犯罪ノ總計ト認ムヘカラ

ス團體心理ニ基キ特別ニ研究スヘキ問題ナリトス此點ハ近時大ニ學者ノ注意ヲ惹ク所トナ
リシモ研究未タ進捗セズ從テ立法例モ未タ多ク發達セズ

第二 客體

犯罪ノ客體ナル語ニ二義アリ一ハ被害法益ノ義ナリ一ハ被害者ノ義ナリ

犯罪ハ法益ニ對スル侵害ナリ法益ヲ分チテ二種トス一ハ人ニ專屬スルモノニシテ例ヘハ生命、
身體、自由等ノ如シ一ハ人ニ專屬スルニ非サルモノニシテ例ヘハ財產、風俗、一般ノ信用等ノ
如シ各種ノ犯罪ニ付テ其被害法益ノ何タルカヲ定ムルハ其犯罪ノ觀念ヲ定ムル所以ナリ

法益ヲ人ニ專屬スルモノト否トノ二種ニ區別スルコトハ廣ク認メラルル所ニシテ其實用ハ
主トシテ法益ノ個數ヲ計算スル場合ニ於テ之ヲ見ル即チ通説ニ依レハ人ニ專屬スル法益ニ
付テハ人毎ニ法益ノ成立アリトセラルルカ故ニ二人ヲ殺シタルトキハ二個ノ人命ヲ奪ヒタ
ルモノト解セラルルニ反シ人ニ專屬スルニ非サル法益例ヘハ財產ニ就テハ其所有者其他ノ
利害關係人カ數人アル場合ニ於テモ其法益ハ包括シテ之ヲ一個ノモノト認メ得ルモノトセ
ラレ數人ノ財物ヲ竊取スルモノ一個ノ財物ヲ竊取シタルモノト解セラルル但此通説ニ對シテハ
異論アリ一罪數罪ノ區別ヲ論スル條下ニ讓ル

犯罪ニ因テ侵害セラルル法益ノ何タルカハ往往ニシテ甚々明瞭ナラス而モ被害法益ノ何タ
ルカハ犯罪ノ罪質ヲ定ムル上ニ於テ必要ナル關係ヲ有スル事項ナルヲ以テ刑法各論ニ於テ

ハ特ニ此點ヲ詳論スルヲ常トス
被害者ハ犯罪ニ因テ損害ヲ被リタル人ナリ被害者ハ告訴權ヲ有ス又賠償請求權ノ實行ニ關シテ
特別ノ便宜ヲ有ス

被害者ハ告訴權ヲ有ス(刑訴四九條) 告訴人ハ告訴事件カ檢事ニ於テ起訴スヘカラルルモ
ノト認メラレタルトキ其處分ノ通知ヲ受クルノ權ヲ有ス(刑訴六五條) 是レ其處分ニ付キ
抗告ヲ爲スノ機會ヲ得セシムル爲メナリ(裁審一四〇條)

明治二十三年法律第二八號第一條ハ法律ヲ以テ組織シタル議會ニ對シ公然侮辱シタル者ノ
處分ニ關シ議會ノ告訴ヲ俟テ 其罪ヲ論スト規定ス尙ホ刑法ハ死者ニ對スル 誹毀罪ヲ認メ
(舊三五九條、新二三〇條)又胎兒ハ墮胎罪ニ關シテ保護セラルル法益ナリトスル說アリ然
レトモ以上ノ場合ニ於ケル議會、死者又ハ胎兒ハ被害者タルカ如シト雖モ人ニ非サルカ故
ニ被害者ニ非ス

被害者ハ民法ノ規定ニ基キ犯人ニ對シテ贓物ノ返還及ヒ損害賠償ノ請求ヲ爲スノ權ヲ有ス
(刑訴二條)而シテ其主張ハ通常ノ場合ニ於テハ民事訴訟法ノ規定ニ從ヒ民事裁判所ニ向テ
之ヲ爲スヘキモノトス然レトモ民事訴訟法ノ規定ハ甚々煩雜ナルモノナルヲ以テ法律ハ犯
罪ニ基ク被害者ノ權利ヲ保護スルカ爲メニ二個ノ特例ヲ設ケタリ其一ハ現行法第四八條ニ
規定セラルル所ノモノニシテ即チ同條後段ニ曰ク「若シ贓物犯人ノ手ニ在ル時ハ請求ナシ

ト雖モ直チニ之ヲ被害者ニ還付ス」ト故ニ此場合ニ於テハ私訴ヲ提起スルノ要ナキナリ但
新刑法ニハ此規定ナシ恐ラクハ別ニ其規定ヲ設タルノ趣旨ナルヘシ其二ハ所謂附帶私訴ニ
シテ即チ犯罪ニ基ク贓物ノ還給及ヒ損害ノ賠償ノ請求ハ犯罪ニ對スル刑事ノ訴訟(公訴)
ニ附帶シテ刑事裁判所ニ提起スルコトヲ得ルナリ(刑訴四條) 刑事裁判所ニ於テハ民事訴
訟法ニ規定セラレル煩雜ノ手續ヲ踐ムコトナクシテ之ヲ審理スルノミナラス當事者ハ訴訟
用紙ヲ貼用スルノ義務ナキヲ以テ費用ノ點ニ於テモ大ニ利益アリトス

第三 行為ノ觀念

一 行為ノ觀念

犯罪ハ行為ナリ行為ハ意思ノ發動ニ因ル人ノ舉動ナリ
(甲) 行為ハ人ノ舉動ナルカ故ニ單純ナル意識上ノ作用ハ之ヲ行為ト稱スヘカラス犯罪ノ決意
ヲ爲スハ心理上ノ活動ヲ爲スモノナリト雖モ身體ノ舉動ニ現ハレナルカ故ニ之ヲ行為ト稱
スヘカラス

(乙) 行為ハ意思ノ發動ニ因ルヲ要スルカ故ニ單純ナル生理的又ハ機械的ノ強制ニ因ル身體ノ
舉動ハ之ヲ行為ト稱スヘカラス
故ニ行為ナル觀念ハ二個ノ要件ヲ必要トスルモノナリ其一ハ主觀的の要件ニシテ即チ意思發
動ナリ其二ハ客觀的の要件ニシテ即チ身體ノ舉動ナリ

(一) 古キ刑法ニ於テハ單純ナル決意ヲ以テ犯罪ナリトシタルコトアリ現代ノ刑法ハ犯罪ヲ以テ
常ニ一ノ行為ナリトス

(二) 機械的の強制ニ基クノ行為トハ甲カ乙ノ手ヲ捉ヘテ其手ヲ利用シ以テ丙ヲ毆打シタリト謂フ
カ如キ場合ナリ乙カ丙ヲ毆打シタルハ機械的の強制ニ因ルモノナリ生理的の強制ニ基クノ行為
トハ所謂反射運動ノ如キ是ナリ即チ外來ノ刺激ニ應ジテ無意識ニ爲ス所ノ舉動ナリ所謂夢
中ノ行為ノ如キハ生理的の強制ニ基ク行為ナリ將タ知覺精神ヲ喪失セル者ノ行為ナリヤニ
關シ疑アリ

意思發動ハ又之ヲ行為ノ意識又ハ行為ノ自覺ト稱スルコトヲ得ヘシ意思發動ニ因ラサル行
爲ハ自然界ノ現象ト全ク區別スル所ナキヲ以テ之ヲ人ノ行為ト稱スヘカラスナルナリ
諸種ノ特別法(殊ニ税法)カ刑法不論罪ノ規定ヲ適用セスト規定スルハ單ニ犯罪ノ成立上犯意
ヲ要セストノ意ニ解スヘタ意識ヲ要セサルモノト解スヘカラス

諸種ノ税法カ不論罪ノ規定ヲ適用スヘカラストスルノ結果舊刑法第七五條及ヒ第七七條ノ
規定ハ其等ノ税法違反ニ適用ナキコトナル而シテ第七五條第一項ニ關シテハ機械的及ヒ
生理的ノ強制ヲ規定シタルモノナリト解スル説アリ又第七七條第一項ニ關シテハ行為ノ意
識ヲ規定シタルモノナリト解スル説アリ然レトモ意識ヲ缺クノ舉動ハ人ノ行為ト認メ能ハ
サルカ故ニ予輩ハ税法ヲ以テ無意識舉動ヲモ處罰セントスルモノナリト解スル能ハス隨テ

其他種種ノ特別法ハ其所定ノ届出ヲ爲ササルコトヲ以テ犯罪トスルコト多シ
問題ト爲ルハ不作爲ニ因ル作爲犯(不純正不作爲犯)アリヤ否ヤノ點ナリ多數ノ學者ハ之ヲ認
ム而シテ其要件トスル所ヲ見ルニ作爲ノ義務アル者カ若シ其義務ヲ履行シタリシナランニハ其
犯罪事實(殊ニ結果)ヲ生セザリシナルヘシト認マラルル場合ニ其義務ノ不履行即チ不作爲ハ
茲ニ犯罪ト爲ルトセラル

例ヘハ母ハ子ヲ養育スル義務アリ而モ此義務ヲ履行セシテ哺乳セザリシ爲メ其子終ニ死
亡シタリトセヨ母ハ哺乳セザリシト不作爲ニ因リテ殺人罪ナル作爲犯ヲ犯シタル者ナリ
又汽車ノ信號手ハ線路ニ危険アルトキ其信號ヲ爲スノ義務ヲ有ス而モ此義務ヲ履行セスシ
テ其信號ヲ爲サザリシ爲メ汽車顛覆シタリトセヨ信號手ハ信號ヲ爲サザリシト不作爲ニ
因リテ汽車顛覆ナル作爲犯ヲ犯シタル者ナリ

何カ故ニ此ノ如キ要件アルトキハ不作爲ハ犯罪トナルヤ學者或ハ不純正不作爲犯ナルモノ
ノ成立ナシト説クモノアリ而シテ其理由トスル所ハ不作爲ニ因リテ結果ヲ惹起スルコトハ
理論上想像スルコト能ハサルカ故ニ然リト云フニ在リ然レトモ近時多數ノ學者ハ或ハ不作
爲ニ因果關係アリト主張シ或ハ法律上不作爲ト同視スヘキ關係アリト主張シ以テ不純正不
作爲犯ノ成立スヘキコトヲ主張ス詳細ハ因果關係論ノ條下ニ讓ル尙ホ不純正不作爲犯ノ要
件ニ關シテモ異論アリ後段行為ノ違法性論ニ讓ル(岩井法學士著「不作爲犯論」參照)

不作爲ニ原因力アリヤ否ヤハ一ノ疑問ナリ然レトモ作爲、不作爲ノ區別ハ原因力ノ有無ニ因ル
モノニ非ス

作爲、不作爲ノ區別ハ原因力ノ有無ナリト説ク者アリ予輩ハ探ラス予輩ハ先ツ行為ノ積極
的若クハ消極的性質ニ基キテ作爲、不作爲ヲ區別シ次ニ原因力アリヤ否ヤヲ論セントス
不作爲ニ因ル作爲犯ヲ認メ得ルカ如ク理論上又作爲ニ因ル不作爲犯ヲ認メ得ヘシ故ニ作爲犯、
不作爲犯ノ觀念ハ通常ノ場合ニ於テ犯罪カ作爲若クハ不作爲ヲ其内容ト爲スノ點ニ在リ

作爲、不作爲ノ區別ヲ否認スル人アリ然レトモ予輩ハ此區別ヲ爲スコトヲ以テ不當ナリト
信スル能ハス然レトモ作爲犯、不作爲犯ノ區別ハ理論上必スシモ明確ナル區別アルモノト
信スル能ハサルナリ

作爲ニ因ル不作爲犯ト信スル場合ハ例ヘハ甲者カ戸籍法其他ニ規定セラルル届出ノ義務ヲ
履行セントスルニ方リ乙者之ヲ妨害シテ其届出ヲ爲サザラシメタルカ如キ場合ナリ乙者ハ
其妨害行為ニ因リテ「甲者カ其届出ヲ爲サス」トノ犯罪事實ヲ發生セシメル者ナリト信ス
ルナリ尙ホ甲者カ其所有地内ニ遺棄セラレタル幼者アルコトヲ知リテ之ヲ扶助セントスル
場合ニ乙者カ之ヲ妨害シテ其扶助ヲ爲ス能ハサラシメタル場合モ之ニ屬スルモノト認ムル
コトヲ得ヘシ(舊三四〇條參照)

第三章 犯罪ノ主觀的要件

第一節 責任能力

第一 觀念

刑事責任ヲ以テ道義的責任ナリト爲ス說ト社會的責任ナリト爲ス說トアリ

責任ナル語ハ種種ノ意義ヲ有ス第一ニ義務、制裁若クハ負擔ノ義ナリ第二ニ一定ノ法律的效果ヲ負擔セサルヘカラサル法律上ノ地位ノ義ナリ前者ハ客觀的ニ法律上ノ效果其者ヲ責任ト稱シ後者ハ主觀的ニ其效果ニ對スル地位ヲ責任ト稱ス

茲ニ刑事責任ナル語モ之ヲ客觀的ニ論スルトキハ刑罰ノ義ナリ之ヲ主觀的ニ論スルトキハ刑罰ヲ受ケサルヘカラサル法律上ノ地位ナリ而シテ責任ナル語ハ更ニ第三ノ意義ヲ有シ學者多クハ此法律上ノ地位ヲ生スヘキ主觀的要件ヲ指稱シテ責任ト爲ス即チ此意義ニ於テハ責任トハ第一及ヒ第二ノ意義ニ於ケル責任ノ原因若クハ要件ナリト謂フコトヲ得ヘシ

犯罪ヲ以テ正義ニ違反スルノ行爲ナリトスル學派ハ犯罪ニ基ク刑事上ノ責任ヲ解シテ道義的責任ナリト爲ス而シテ責任能力者ノ行爲ハ道義的ニ責任ヲ生スヘキモノナルモ無能力者ノ行爲ハ道義的ニ到底責任ヲ生スヘキ餘地ナキモノナリト爲シ此點ヨリシテ責任殊ニ責任能力ノ意義ヲ說カントス之ニ反シテ社會ノ利益ナル觀念ヲ基本トシテ犯罪ノ性質ヲ論スル

者ハ刑事責任ヲ解シテ社會ニ對スルノ責任ニ過キスト解シ此見地ヨリ責任及ヒ責任能力ノ觀念ヲ説明セントス

道義的責任ナリトスル說ハ所謂責任能力者ノ行爲ヲ以テ其行爲(其他ノ客觀的事實)ト其人格トノ間ニ實質上特別ナル關係(聯絡)アルモノト爲シ法律上ノ見解ニ於テハ能力者ノ行爲ヲ以テノミ其人ノ行爲ト認ムヘキモノナリトス此見解ニ依レハ責任能力ハ或ハ自由意思(獨刑五一條)ヲ意味シ或ハ是非ノ辨別(佛刑六六條、獨刑五六條、五七條)ヲ意味スルモノナリト謂フコトヲ得ヘシ但近時ノ學說ハ寧ロ常態的意思ナル觀念ヲ以テ之ニ代ヘントスルモノノ如シ而シテ此意味ニ於テハ責任能力ハ意思能力若クハ犯罪能力ナリ

岡田博士ハ責任ナル觀念ヲ解シテ物心兩界ノ聯絡ナリト說カル(刑法講義八二頁以下)是レ從來廣ク認メラルル所ノ説明ニシテ此見解ニ從フトキハ所謂無能力者ノ行爲ハ法律上自然界ノ現象ト同視スヘキモノニシテ以テ人ノ行爲ト稱スヘカラサルコトナリ

蓋シ從來ノ思想ニ據ルトキハ人ハ一定ノ年齢ニ到達シ精神上特別ナル障礙ナキ限りハ是非辨別ヲ具有スルニ至リ且此辨別ノ命スル所ニ從ヒ其意思ヲ決定スルノ自由ヲ有スル者ナリトセラル若シ此見解ヲ正當トスルトキハ此辨別心ト此自由トヲ有スル者ノ行爲ヲ以テ他ノ無能力者ノ行爲ニ比シ實質上特別ナル性質ヲ有スルモノトナシ之ヲ以テ責任ノ基本トスルコト必スシモ不當ナリト爲ナス然レトモ予輩ハ此見解ニ對シ二個ノ疑問ヲ有ス其一ハ自由

意思ナル觀念アリ近世ノ自然科学ハ自由意思ナル觀念ヲ事實ニ反スルモノナリト爲スカ故ニ予輩ハ先ツ此點ニ於テ從來ノ通説ニ反對セザルヲ得ス其二ハ無能力者ノ處遇ニ關スル通説ノ地位ナリ通説ハ無能力者ヲ以テ刑法上全然無責任トナシ其行爲ヲ以テ自然界ノ不可抗力ト同視スト雖モ現代ノ思想ハ全ク之ニ反シ犯罪ヲ惡少年ニ對シテモ之ニ相當スル各種ノ方法ヲ強制シテ其侵害の行爲ニ對シ社會ヲ防衛セントスサレハ通説ハ犯罪狂、惡少年ニ對スル此強制の方法ノ根據ヲ説明スルニ足ラサルナリ

近時ノ自然科学カ自由意思ナル觀念ヲ排斥スルニ至リシ結果一派ノ學者ハ常態の意思論ナルモノヲ主張スルニ至レリ蓋シ意思ハ外來ノ刺激ニ對シテ常ニ必然のニ其作用ヲ爲スモノナリト雖モ外來ノ刺激ニ對スル其作用カ常態のナルモノト非常態のナルモノトノ差異アルコトハ之ヲ認メザルヘカラス是ニ於テ「リスト」氏ハ此常態の意思ヲ以テ刑事責任ヲ負擔スヘキ能力ナリトシ責任能力者トハ精神ノ成熟シ且健全ナル者即チ正則ニ(常態のニ)決意シ得ヘキ者ナリトセリ(獨逸刑法論二九二頁)「プリンス」氏又之ニ和シ刑事責任ノ心的要素タル意思ハ意思自體ノミニテハ十分ナラス當ニ中庸ノ普通人即チ正則ニ(常態のニ)自己ノ行爲ヲ支配スルニ足ルノ意思ヲ謂フト爲セリ(最近刑法論二一五頁)此説明ハ現行法ノ解釋トシテハ或ハ適當ナルヘキモ何カ故ニ普通人ノミ刑事責任ヲ負擔セザルヘカラサルカノ理由ヲ説明スルナク又犯罪狂及ヒ惡少年ニ施スヘキ強制方法ノ理論の根據ヲ説明ス

ルニ足ラサルモノアリト思惟スルカ故ニ予輩ハ之ヲ探ラヌ

社會の責任ナリトスル説ハ所謂責任能力者ノ行爲ト所謂無能力者ノ行爲トノ間ニ實質上ノ差異ヲ認ムルコトナク苟モ社會ノ一員トシテ法益ノ分配ニ與ル者ハ又自己ノ行爲カ社會ノ利益ヲ侵害スル場合ニ於テ常ニ其責ニ任セザルヘカラサルモノトス此意味ニ於テ責任能力ナル觀念ヲ定メントスルニハ唯犯罪ノ效果タル刑罰ノ方面ニ其標準ヲ求ムルノ外ナシ故ニ學者或ハ威嚇性ヲ以テ責任能力ナリト解ス予輩ハ之ヲ刑罰適應性ナリト稱セントス即チ所謂無能力者ハ之ニ刑罰ヲ科スルモ以テ刑罰ノ效果ヲ改ムル能ハサルカ故ニ之ヲ刑法ヨリ除外スルノミ換言スレハ責任能力ハ犯罪能力ニ非シテ寧ロ刑罰能力ナリ

犯罪狂、惡少年モ亦社會ニ對シテ侵害の行爲ヲ爲ス者ナルカ故ニ社會防衛ノ必要ヨリ言フトキハ犯罪狂、惡少年等ノ行爲ト能力者ノ行爲トノ間ニ區別ヲ認ムル根據ナキナリ然レトモ刑罰ナル方法ヲ以テ犯罪狂、惡少年ヲ遇スルハ徒ニ勞シテ其效ナシ是ニ於テ刑罰ヲ科スルコトニ因リテ刑罰ノ目的ヲ達シ得ヘキ犯人ノ能力ヲ責任能力ナリト爲サントスルナリ此の意味ヨリ言フトキハ責任トハ物心兩界ノ聯絡ニ非シテ能力トハ刑罰ニ對スル適應性ナリト謂ハサルヘカラサルニ至ル

責任能力ヲ解シテ威嚇性ナリトスル説アリ威嚇性ナル譯語ハ甚タ妥當ヲ缺ク實ハ刑罰ニ依リテ威嚇シ得ヘキ性質ノ意味ナリ此説ハ責任能力ヲ犯罪ノ方面ヨリ觀察セシテ刑罰ノ方



面ヨリ觀察シタル點ニ於テ予輩ノ採ル所ナリト雖モ刑罰ノ作用ヲ以テ單ニ威嚇ト解スル點ニ於テ予輩ハ之ニ與セス故ニ予輩ハ別ニ刑罰適應性ナル語ヲ用ヒントスルナリ
法學協會雜誌第二五卷第一號及ヒ第一二號所載抽稿「責任及ヒ惡性」參照
行為カ無責任タルニハ行為カ責任無能力ニ原因スルコトヲ要スルヤ否ヤ將タ單ニ無能力者ノ行為タルヲ以テ足ルカ
責任能力ヲ犯罪能力ナリトスル點ヨリ言ハハ行為カ其無能力ニ基因スルコトヲ必要トスヘシ然レトモ責任能力ヲ刑罰能力ナリトスル點ヨリ言ハハ單ニ無能力者ノ行為タルヲ以テ足ルト謂ハサルヘカラス

抽稿刑法時事觀法學協會雜誌第二五卷第一一號所載第一五八七、一五八八頁參照

責任能力ニハ程度ノ差等ヲ認ム得ルモノナリヤ否ヤ又其程度ノ差異ハ當然刑罰ノ差ヲ生スヘキモノナリヤ

從來ノ通説ハ能力ニ程度ノ差等ヲ認ム即チ精神成熟ノ程度如何ハ能力ノ不完ニ影響ヲ及ボスモノナリト謂フナリ(岡田博士刑法講義第九七頁、泉三法學士「刑法改正案ニ於ケル未成年者ノ刑事責任」法學新報一七卷三號所載)

精神成熟ノ程度ニ差等アルコトハ予輩モ亦之ヲ認ム然レトモ精神成熟ノ差等ハ何カ故ニ所謂物心兩界ノ聯絡ニ差等ヲ生スルモノナリヤ又物心兩界ノ聯絡ニ差等ヲ生スルトキハ何カ

故ニ刑罰ニ差等ヲ生セサルヘカラスルヤ是レ通説ノ説テ未タ明カナラサル所ナリトモ責任能力ヲ以テ刑罰能力ナリトスルノ予輩ノ立脚點ヨリ論スルトキハ能力ハ有無其二ヲ出テス殊ニ通常限定能力者ナリトセラルル少年犯ノ如キニ向テハ刑ヲ輕減スヘキニ非サルノミナラス却テ長期ノ刑ヲ科シ救養的方法ヲ施ササルヘカラストセラルルコト現時ノ通説ナリト

舊刑法ハ年齡ニ關シテ限定能力時期ヲ認メ知覺精神ニ關シテ之ヲ認メス新刑法ハ年齡ニ關シテ之ヲ認メスシテ心神喪失ノ外心神耗弱ヲ認ム惟フニ理論ノ統一ヲ缺ク

抽稿刑法時事觀法學協會雜誌第二五卷第一一號第一五八九頁

責任能力ハ行為ノ時ニ之アルヲ要シ又行為ノ時ニ之アルヲ以テ足ル
舊刑法「罪ヲ犯ス時知覺精神ノ喪失」云云(舊七八條)「罪ヲ犯ス時滿十二歲」云云(舊七九條)ト規定シ新刑法ハ「心神喪失者ノ行為」云云(新三九條)「十四歲ニ滿タル者ノ行為」云云(新四一條)ト規定ス何レモ責任能力ハ行為ノ時ニ之アルコトヲ要シ又之アルヲ以テ足ルノ意ナリ

疑ニ疑アリ若シ責任能力ヲ解シテ刑罰能力ト爲スニ於テハ能力ノ有無ハ犯罪行為ノ當時ニ就テ定ムヘキニ非スシテ受刑ノ時ニ付テ定ムヘキニ非サルカノ點ナリ二點ニ別テ考ヘサルヘカラス第一ニ受刑ノ當時能力ナキ者ニ向テハ宜シク執行ヲ延期スヘシ現行監獄則ニ



其規定ナキハ明カニ缺點ナリ第二ニ行為ノ當時能力ヲ缺ク者ニ付テハ一ノ區別ヲ爲ササルヘカラス先ツ精神ノ不成熟又ハ障礙ニ因ル行為ニ付テハ刑罰ヲ以テ之ヲ律スルモ其效ヲ收ムルコト難キヲ常トス此ノ如キ場合ニ於テ無能力者ノ行為ヲ無罪トスルコトハ固ヨリ當然ナリ唯問題ト爲ルハ犯人カ能力ヲ回復スルノ後之ヲ罰スルコトニ因テ刑罰ノ效果ヲ收メ得ルモノト認メラルル場合ニ於テモ尙ホ其行為ヲ無罪トスルノ理由ナリ故ニ學者或ハ無罪タルヘキ無能力者ノ行為ハ其無能力ニ基因スルコトヲ要スト説クヲ見ル亦一理ヲキニ非ナルナリ唯無能力者ハ之ヲ過スルニ刑罰ヲ以テスヘキニ非ストノ觀念ヲ貫クノ結果裁判宣告ノ前後ニ依リテ或ハ無罪トナリ或ハ有罪トナルモノトスルコトハ一般ノ秩序上適當ノ方法ニ非サルカ故ニ結局其行為時ノ精神状態ヲ以テ有罪、無罪ノ標準ト爲シ以テ公平ヲ維持スルコト又止ムヲ得サルナリ

第二 年齢

幼者ヲ以テ無責任トスルハ一般ノ立法例ナリ唯全責任ト無責任トノ間ニ所謂限定能力ノ時期(過渡時期)ヲ認ムヘキヤ否ヤ及ヒ一定ノ時期(疑問時期)ニ付テハ能力ノ有無ニ付キ裁判所ヲシテ判断セシムヘキヤ否ヤニ關シ議論アリ

限定能力ノ時期トハ一定ノ年齢ノ者ニ向テ刑ヲ減輕スルノ時期ナリ現行法ニ於テハ十二歳以上十六歳以下ノ者ニ向テハ二等ヲ減シ(舊八〇條二項)十六歳以上二十歳未満ノ者ニハ

一 等ヲ減ス(舊八一條)トスルカ如シ

疑問時期トハ又相對的能力ノ時期ト謂フ責任能力アリヤ否ヤヲ裁判所ニ於テ審案スルノ時期ナリ裁判所ニ於テ能力アリト認定セララルトキ始メテ能力アルモノトセララルカ故ニ之ヲ相對的能力ノ時期ト謂フナリ舊刑法ニ於テハ十二歳以上十六歳未満ヲ此時期ト爲ス(舊八〇條一項)之ニ反シテ十二歳未満ノ者ニ對シテハ法律上全然無能力トセララルカ故ニ(舊七九條)之ヲ絕對的無能力ノ時期ト謂フ

舊刑法ハ年齢ニ關シテ四分主義ヲ採リ(舊七九條乃至八一條、但違警罪ニ就テハ三分主義ヲ採ル舊八三條)所謂過渡時期及ヒ疑問時期ヲ認ム新刑法ハ之ニ反シテ二分主義ヲ採リ(新四一條)過渡時期及ヒ疑問時期ヲ認メス寧ロ一定ノ標準年齢以下ニ於テ能力ノ有無ニ付テハ裁判所ノ判定ニ一任スルヲ可トスヘキニ非サルカ

舊刑法ハ刑法上人ノ一生ヲ四期ニ別ツコト次ノ如シ

- 一 十二歳未満——絕對無能力
- 二 十二歳以上十六歳未満——能力ノ有無ヲ審案シ能力アリト認ムルトキハ二等ヲ減ス
- 三 十六歳以上二十歳未満——一等ヲ減ス
- 四 二十歳以上——全責任

違警罪ニ付テハ十二歳未満ヲ無責任トシ十二歳以上十六歳未満ヲ一等減トシ十六歳以上ヲ

全責任トス

新刑法ハ十四歳ヲ標準トシテ其未滿ヲ絕對無責任トシ其以上ヲ全責任トス

新刑法ノ規定ニ付テ立法上議論ヲ生スヘキモノ二點アリ其一ハ新刑法カ疑問時期ヲ認メナ

リシコトノ當否ナリ其二ハ十四歳ナル標準カ果シテ當ヲ得タリヤ否ヤノ點ナリ此點ニ付テ

參考ト爲ルハ佛刑法ノ規定ニシテ同刑法ハ十八歳ヲ標準トシテ其以上ヲ全責任トシ其未滿

ニ於テハ能力ノ有無ヲ審案スルコトトナス(佛六六條)但佛刑法ハ從來ハ十六歳ヲ標準年

齡ニシタルモ一九〇六年四月十二日ノ法律ヲ以テ之ヲ十八歳トシタルナリ而シテ佛刑法ハ十

八歳以下ノ者ニシテ能力アリトセラレタル場合ニ於テハ其十六歳未滿ノ者ニハ刑ヲ減輕シ

テ十六歳以上ノ者ニハ全責任ヲ科スルコトト爲ス

我民法ハ未成年者ノ意思能力ノ有無ヲ年齡ニ依リテ制限スルコトナク一ニ裁判所ノ判定ニ

任セタリ即チ民法第七一二條ニ曰ク「未成年者カ他人ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ於テ其行爲

ノ責任ヲ辨識スルニ足ルヘキ知能ヲ具ヘザリシトキハ其行爲ニ付キ賠償ノ責任ニ任セス」

責任年齡ニ關スル立法例ハ甚タ區區タリ最モ錯雜ナルハ伊太利ノ五分主義及ヒ我舊刑法ノ

四分主義ナリ最モ簡單ナルハ佛刑法及ヒ我新刑法ノ二分主義ナリ

一般ノ趨勢ハ責任年齡ヲ高ムヘシト主張ス蓋シ幼者ハ以テ教フヘク以テ罰スヘキニ非サレハナ

リ

新刑法カ絕對無能力ヲ十四歳トシタルハ舊刑法ノ十二歳ニ比シテ二年ヲ高メタルモノナリ

然レトモ舊刑法ノ下ニ於テ裁判所カ實際履行シツツアル所ハ舊刑法第八〇條ヲ利用シテ十

六歳未滿ノ者ヲ殆ト總テ無責任トスルニ在リ故ニ實際上ノ見地ヨリスルトキハ新刑法ハ舊

刑法ニ比シテ責任年齡ヲ低メタルモノナリト謂ハサルヘカラス

未成年ノ者ニ對スル自由刑ノ執行ハ殆ト何等ノ效果ヲモ收ムル所ナキノミナラス殊ニ短期

自由刑ノ執行カ寧ロ常ニ有害ノ結果ヲ生シツツアルハ明白ナル事實ナリ故ニ未成年者ニ關

シテハ出來得ル限り之ヲ無責任トシ他方ニ於テ感化ニ關スル法律ニ基キ長期ノ矯正方法ヲ

講スヘシトスルコト最近一般ノ輿論ナリトス

老若ヲ以テ無責任ト爲ササルハ近世刑法ノ通例ナリ故ニ心神喪失若クハ心神耗弱ニ關スル一般

規定ニ依リテ之ヲ處遇スヘキモノトス

責任年齡ニ關シテ特ニ參照スヘキ論文次ノ如シキニ開カシテ精神科ノ諸書ヲ參照ス

岡田博士「刑事上責任年齡ニ就テ」(國家學會雜誌一九卷四號)

小河博士「未成年犯罪者ノ刑罰責任能力ニ就テ」(法曹記事一七卷一號、三號)

第三ニ心神喪失ニ對シテ責任ノ減輕ノ點ニ對シテ參照スヘキ論文次ノ如シキニ開カシテ精神科ノ諸書ヲ參照ス

知覺精神ノ喪失(舊七八條)即チ心神喪失(新三九條)ハ病理的ナルト心理的ナルト先天的ナル

ルト二時的ナルト永久的ナルトヲ區別スルコトナシ

精神障礙ニ基テ刑事上ノ無責任ヲ表示スル爲メ舊刑法ハ「知覺精神ノ喪失ニ因テ是非ヲ辨別セザル者」ナル語ヲ採用セリ（舊七八條）是レ從來廣ク各國ノ刑法ニ用ヒラレタル語ニシテ刑事責任ノ道義的責任トシタル從來ノ學說ニ基クモノナリ新刑法ハ辨別ナル語ヲ避ケテ心神喪失ナル語ヲ採レリ（新三九條）是レ一方ニ於テハ必スシモ從來ノ學說ヲ固守スルニ非サルコトヲ明カニスルト同時ニ又民法ノ用語（民七條）ト統一ヲ圖ランカ爲メナリ心神喪失ハ必スシモ精神病ナルコトヲ要セザルナリ問題ト爲ルハ催眠中ノ精神狀態ナルカ予輩ハ之ヲ以テ心神ノ心理的喪失ナリト解セントス

民法ニハ心神耗弱者ニ對スル保護ノ方法アリ（民一一條）刑法ニ於テモ所謂限定責任能力者ニ刑ヲ減輕スベシトノ論アリ新刑法ハ之ヲ認メ心神耗弱者ノ行爲ハ其刑ヲ減輕スト爲セリ

民法ニ於テハ心神耗弱者ヲシテ準禁治產者ト爲セリ刑法ニ於テモ心神耗弱者ヲ普通ノ成年犯罪者ト同一ニ處遇スヘカラサルコトハ未成年犯罪者ヲ成年犯罪者ト同一ニ處遇スヘカラサルト同シ唯心神耗弱者ニ對シテハ其刑ヲ減輕スルノミヲ以テ其犯罪鎮壓ノ目的ヲ達シ得ヘシト爲スハ予輩ノ贊同スル能ハサル所ナリ

空戸源藏氏「精神耗弱者ノ刑法上ノ取扱ニ關スル問題」（日本法政新誌九卷八號）
自ラ心神喪失ヲ招キテ罪ヲ犯シタル者ノ處分如何
例ハ殺人犯ニ於テ人ニ向ヒ刀ヲ下スノ行爲ハ心神喪失中ノ行爲ナリト雖モ其手下スノ

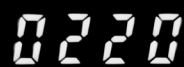
ニハ義和團ヲ忠良ノモノトシテ其勳平ヲ爲ササルコトニ決定シ匪徒ノ勢力猖獗ト爲ルニ及ヒ列國軍艦ハ太沽ヨリ水兵ヲ上陸セシメ之レヲ北京ニ送リテ其公使館ヲ保護シ又清國軍艦ハ白河ニ在リタル諸國ノ砲艦ヲ攻撃シ政府ハ諸國公使ニ公文ヲ以テ平和ノ破裂シタル旨ヲ報シ同時ニ其退去ヲ命シタルニ公使ハ途中ノ危險ヲ慮リテ之ヲ拒絕シ六月二十一日清國政府ハ戰爭ノ宣言ヲ發シ聯合軍ハ七月十四日天津ヲ攻落シテ北進シ八月十四日北京ヲ陷落シテ各公使館ヲ擁護セリ此戰鬪ヲ戰爭ト爲スヘキヤ否ヤハ困難ナル問題ニ屬スト雖モ清國政府ノ態度ハ終始一貫セス七月十八日以來ハ時トシテ保護スルノ態度ヲ探リ九月七日ノ上諭ニ於テハ其爭鬪ヲ清滿地方官ノ措置其當ヲ失シタルニ出テタルモノトシ諸國ニ對スル戰爭ト看做ササルコトヲ聲明シ又列國ハ常初ヨリ公使館ヲ救護スル自衛行爲ト爲シタルモノニシテ遂ニ清國モ其擾亂ヲ助勢シタル官吏ヲ悉ク犯罪者トシテ處刑シタルカ故ニ北清事件ノ實質ハ戰爭ナルコト疑ナシト雖モ其關係諸國ハ悉ク之ニ戰爭ノ名義ヲ下サスシテ終局シタルニ由リ國際公法ニ於テモ事實ニ反シテ之ヲ戰爭ナリト謂フヲ得サルカ如シ然レトモ戰爭ヲ開始スルノ意思實行ハ必スシモ雙方ニ存在スルコトヲ要セス其一方ニ於ケル戰爭ヲ爲スノ意思實行ノミニシテ足ルヘク一八一三年「エリザ・アン」號事件ニ於テ英國判事「スト・ウ・エル」ハ戰爭ハ關係國孰レニ於テモ宣戰ナクシテ成立シ得ヘク其一國カ爲シタル宣戰ハ對手國ニ於テ之ヲ任意ニ承諾スルカ若クハ拒絕シ得ヘキ單純ナル申込ニ非サルカ故ニ其宣戰ヲ爲シタル一方ニ取リテハ戰鬪ノ成立セザリシ事實ヲ理由トシテ戰爭ノ

國際公法戰時 支那戰時ノ法則 戰爭ノ開始 總論

成立シ居ラスト云フコトヲ許サスト判決シタルハ至論ト謂ハサルヘカラス
 戰爭ニ於テ交戰者ト爲ルモノハ必スシモ之ヲ惹起シタル國家間ノミニ止マラス第三國モ交戰國
 ノ一方ニ兵力其他ヲ以テ加擔スルトキハ等シク敵國關係ニ立ツモノトスル戰爭ノ同盟ハ開戰
 ニ際シ第三國ノ任意ニ依リテ生スルコトアリ又戰爭前ヨリ成立スル同盟條約ノ結果ニ出ツルコ
 トアリ戰爭ニ關スル國家間ノ同盟條約ニハ攻撃同盟、防禦同盟及ヒ攻守同盟ノ三種アリテ就中
 防禦同盟ノ實例ハ最も多キコトナレトモ攻撃ノミヲ目的トスル同盟條約ハ極メテ尠ク且他國ヲ
 故ナクシテ攻撃スルハ國際公法ノ法則ニ反スルカ故ニ斯ル同盟條約ハ正當ニ效力ヲ有スルモノ
 ト看做スヘキモノニ非ス現今伊埃獨三國同盟、露佛同盟及ヒ日英同盟ハ其用語ノ差異アルニ拘
 ラス實質ニ於テハ悉ク攻守同盟ニ屬シ其各同盟國間ニ於テ一國カ一定ノ場合ニ於テ他國ヨリ攻
 撃ヲ受ケ又ハ他國ヲ攻撃スルトキハ他ノ一方ハ之ト同時ニ其戰爭ニ從事スルコトヲ約シタルモ
 ノニシテ其條件ハ各條約ノ規定ニ依リ同シカラス明治三十五年一月三十日締結ノ日英同盟協約
 ニ於テハ我國カ韓國ニ於テ有スル政事上商業上及ヒ工業上ノ格段ナル利益及ヒ日英兩國カ清國
 ニ於テ有スル利益ニ關シ之ヲ擁護スルノ必要上同盟國ノ一方カ第三國ト戰爭スルトキハ他ノ一
 方ハ嚴正中立ヲ守ルヘシト雖モ其同盟國ノ對敵國ニ他國カ加ハリテ戰爭スルトキハ日英兩國ハ
 其ニ其戰爭ニ從事スヘキコトト爲シタリシカ明治三十八年八月十二日締結ニ係ル日英同盟協約
 ニテハ東洋ノ事情カ日露戰役ノ爲メ一變シタルヲ以テ前協約ノ範圍ヲ擴張シ東亞及ヒ印度地域

ニ於ケル全局ノ平和ヲ確保シ清國ノ領土保全及ヒ同國ニ於ケル列國ノ商工業ニ對スル機會均等
 主義ヲ確實ニスルト共ニ東亞及ヒ印度地域ニ於ケル兩國ノ領土權ヲ保持シ其本國特殊ノ利益ヲ
 防護スルヲ目的トシ第二條ニ於テ兩締約國カ他ノ一國又ハ數國ノ爲メ攻撃ヲ受クルカ又ハ一國
 若クハ數國ノ侵略ノ行動ニ依リ日本國ニ取リテハ韓國其他東亞地域ノ領土權又ハ特殊ノ利益防
 護ノ爲メ又英國ニ取リテハ印度地域ノ領土權又ハ特殊ノ利益防護ノ爲メ交戰ニ至リタルトキハ
 他ノ一方ハ直ニ其同盟國ニ援助ヲ與フヘキコトヲ約定シタルモノニシテ同約定ノ有効期間ハ十
 年トシ其期間滿了後ト雖モ締盟國ノ何レヨリモ其廢棄ノ通告ヲ爲ササルトキハ其通告ヲ爲シタ
 ルトキヨリ一年間效力ヲ有ストセリ

今斯ル戰爭ノ同盟條約カ存在スルトキハ其條約ノ範圍内ニ於ケル戰爭ニ其一國カ從事シタルト
 キ他ノ同盟國ハ如何ナル場合ニ於テモ之ニ與ミスヘキヤ又其對敵國ハ開戰ト同時ニ斯ル同盟國
 ヲモ敵國ト看做シテ之ヲ攻撃スヘキモノナリヤト云ハハ必スシモ然ラス何トナレハ總テ同盟條
 約ハ戰爭ノ正當ナル場合ニ限リテノミ其態度ヲ其ニスヘキ暗黙ノ條件アルモノト解釋セラレ其
 戰爭ノ原因カ果シテ正當ノモノナルヤ否ヤハ各同盟國ニ於テ自ラ之ヲ判定シテ自國ノ進退ヲ決
 スルノ外ナシ此故ニ同盟國ノ一方カ他國ト戰爭ヲ爲ス場合ニ於テハ他ノ一方ハ條約ノ明文ニ從
 ヒ之ニ應援スルヲ普通トスト雖モ同盟國ナルカ故ニ必スシモ敵國ナリト爲ス能ハサル所以ニシ
 テ其同盟國カ當初ヨリシテ戰爭ノ原因ニ關シ共同ノ態度ヲ採リタル場合ノ外ハ對手國ニ於テハ



實際開戦ニ際シテ敵國ト同盟ヲ爲シ居ル國家カ果シテ其同盟條約ニ基キテ戰爭ヲ爲スカ又ハ同盟條約ニ背キテ局外中立ニ立ツヤヲ自ラ決スルヲ見ルヘク其戰爭ニ與ミスルニ非サレハ之ヲ敵國ト爲ス能ハス之ニ反シ同盟條約ノ有無ニ拘ラス戰爭ニ於テ敵國ニ與ミシ戰爭行爲ニ助力ヲ爲スモノハ悉ク敵國ノ地位ニ立ツモノトス又第十九世紀ニ至ルマテハ局外中立ノ一種トシテ不完全中立 (Imperfect Neutrality) ナルモノヲ認メ戰爭前ヨリ豫メ條約ヲ以テ一定ノ兵士若クハ金銀其他戰爭ノ資料ヲ交戦國ニ給與スルモ其以外ノ援助ヲ之ニ提出セサル間ハ局外中立タルコトヲ妨ケスト看做サレタリシカ今日ニ於テハ斯ル行爲ハ中立義務ノ違反ニシテ對手國ハ其國ヲ敵國ト同一視スルヲ得ヘシ

第二節 開戦ノ方式

戰爭ノ開始ニ於テ交戦國ハ互ニ敵國ニ對シテ戰爭ノ開始ヲ通知スルヲ國際公法上必要ト爲スマヤ否ヤニ付テハ學說ノ歧レ來リタル所ニシテ今日ニ於テハ敵國ニ對シテハ其通知ヲ必要ト爲ササルノ說一般ニ行ハルルニ至レリ今其實例ニ就テ觀ルニ希臘羅馬ニ於テハ開戦ニ先タテ使節ヲ敵國ニ送リテ自國ノ要求ヲ同國ニ提起シ其結果ニ於テ愈々戰爭ト決定スルトキハ其開始ヲ嚴格ナル方式ヲ以テ敵國ニ通告セラレ殊ニ羅馬ニ於テハ「フシヤル」法ニ其方式ヲ規定シ「フシヤル」併ノ長ヲ使節ト爲シテ對手國ニ派遣シ以テ自國ノ要求ヲ同國ニ爲サシメタル後三十三日間ニ滿

足ナル回答ヲ得サルトキハ同使節ハ其不正ヲ神祇ニ訴ヘ羅馬人ハ之ニ對スル方法ヲ講スルナルヘシトノ一言ヲ遺シテ其國境ヲ去リテ羅馬ニ復命シ政府ニ於テ開戦ニ決スルトキハ同一使節ハ再ヒ敵國ノ國境ニ至リテ開戦ヲ言渡スト同時ニ手槍ヲ敵國ノ領土内ニ投付ケ之ニ依リテ開戦ト爲リ此方式ヲ終ルマテハ羅馬人ハ決シテ他國ヲ進撃スルコトナク「ゾアタル」ハ此嚴格ナル羅馬ノ開戦ニ關スル方式ヲ評シテ同國カ其後強大ニ赴キタル基礎ナリト云ヘリ又中世騎士制度ノ行ハレタルトキニ於テモ使節ヲ敵國ニ派遣シテ開戦ヲ通告シテ敵ヲ攻撃スルハ不名譽ト爲シ其使節ハ勇名アル將士ヲ以テ其任ニ當ラシムルノ慣習アリテ一三六九年佛王「シャルル」五世カ英國ニ開戦ノ使節トシテ宮廷ノ從僕ヲ送リタルハ英國王ニ侮辱ヲ加ヘタルモノト看做サレタリシカ封建制度ノ衰頹ト共ニ使節ヲ以テ敵國ニ通告ヲ爲スノ方式ハ自ラ廢セラレ一六三五年佛王「ルイ」十三世ノ西班牙國ト開戦ニ當リ使節ヲ「ブルノセル」二府ニ派遣シ一六五七年瑞典國王カ丁扶國ニ使節ヲ送リタルハ開戦ヲ通告スルニ使節ヲ用ヒタル最後ノ實例トス「グロッシュ」ハ開戦ノ通告 (Denuncatio Belli) ヲ必要ト説キタルニ拘ラス第十七世紀ノ戰爭ニハ實際通告ヲ爲サスシテ戰爭ト爲リタル實例少カラス瑞典王「ガスタヴ」ハアドルフ「ス」ハ防禦戰爭ニ於テハ敵國ノ宣言若クハ公然ナル戰爭行爲ニ依リ敵國自ラ戰爭ヲ先ツ開始スルモノナルカ故ニ此場合ニハ敵國ニ對シテ開戦ヲ通告スルノ必要ナシトシ諸國モ之ヲ認メタリト雖モ國家ハ自國ノ尊嚴ヲ維持スル爲メ又ハ其臣民ニ對スル命令トシテ普通斯ル場合ニ於テモ

開戦ヲ通告又ハ宣言シ來リ又「ウェストフアリア」媾和條約以後ハ歐洲諸國ニ公使ヲ駐劄カ一
ト爲リタル爲メ通告ヲ爲ス場合ニ於テモ特ニ使節ヲ派遣セシメテ單ニ其地ニ駐在ノ外交官ヲ以
テ爲サシメタルコト多ク何等ノ通告ナクシテ開戦シタルトキハ媾和條約ヲ以テ通告前ノ俘捕
物ヲ返還シタルコトアリシカ第十八世紀ノ初ヨリシテ開戦通告ノ慣習ハ廢セラレ第十九世紀ニ
於テモ六十以上ノ戰爭及ヒ報仇アリタルニ拘ラス第十八世紀以來開戦ヲ通告シテ戰爭ト爲リタ
ルノ實例ハ最モ少ク一八七〇年普佛戰爭ニ於テ佛國カ伯林府ニ於ケル代理公使「ベルンスドル
フ」伯ヲシテ開戦ヲ普國政府ニ通告シ一八七七年露土戰爭ニ於テ露國政府ハ露都在留ノ土國
大使ニ開戦ノ通告ヲ爲シ一九〇四年二月六日我政府カ栗野公使ヲシテ露國外務大臣ニ對シ外交
關係ヲ斷絶シ露國ノ爲メ侵害セラレタル我國ノ既得權及ヒ正當利益ヲ擁護スル爲メ必要ナル獨
立行動ヲ取ルコトヲ通告シタルハ開戦ニ關シテ豫メ其意思ヲ對手國ニ通告シタル最近ノ實例ト
ス

佛國革命戰爭前百五十年頃ヨリシテ特ニ使節ヲ對手國ニ派遣シテ開戦ノ通告ヲ爲スノ慣例ハ全
ク廢レタルト同時ニ交戰國ハ宣戦(Declaration)ヲ爲スノ慣習ヲ生シ又敵國ニ對シ使節ノ特派ト否
トニ拘ラス何等開戦ノ通告ヲ爲スノ必要ナシトスルニ至リタルトキニ於テモ國家カ宣戦ヲ以テ
開戦ノ事實ヲ第三國並ニ自國人民ニ周知セシメ列國ニ對シテハ宣戦ノ應本ヲ送リ之ニ依リテ自
國カ開戦シタルハ正當ナルコトヲ説明スルコトト看做サレ此道理ハ第十八世紀中ニ行ハレ「ヴ
テル」モ宣戦ヲ必要ト説ケリ然レトモ之ニ例外ノ戰爭ナキニ非スシテ當時ノ戰爭ニ於テモ宣戦
又ハ他ノ宣言(Declaration)ヲ爲スニ先チ開戦シ時トシテハ全ク宣戦ナクシテ戰爭ニ至リタル
コトアリ一七四七年佛王「ルイ」十四世ハ宣戦ナクシテ和蘭ニ攻入り一七五六年五月及ヒ六月
ニ於テ英佛兩國ハ開戦ノ宣言ヲ爲シタルトモ同戰爭ハ二年前ヨリ亞米利加大陸ニ於テ兩國殖民
地間ニ開始セラレ居リ又第十九世紀ニ於テモ一八一二年英米戰爭ハ米國ノ其港内ニ在ル英國船
ヲ拿捕シ加奈太ニ軍隊ヲ進メラ戰爭ヲ開始シ一八五四年「クリミア」戰爭ニ於テハ英露兩國ノ
大使カ各駐劄國ヲ退去スルニ先チ英國海軍ハ開戦ノ訓令ヲ以テ黑海ニ入りタルカ如キ實例少カ
ラス

國際公法上開戦ヲ敵國ニ對シテ通告スルコト若クハ宣戦ヲ爲スヲ必要トスルヤ否ニ付キ有力ナ
ル學者ノ説ヲ見ルニ「グロシユース」「ヅァテル」ヲ始メ第十七世紀及ヒ第十八世紀ノ學者並ニ第
十九世紀ノ學者「オートフイユ」「カルグォー」ハ開戦ハ方式ノ如何ニ拘ラス敵國ニ對シテ通告ス
ルコトヲ必要トシ「ホキートン」「クリューベル」「フイリモル」及ヒ「ホール」ハ如キハ開戦ヲ敵
國ニ通告スルハ不可ナシト雖モ其通告ヲ爲スヘキコトヲ國家ノ義務トスルコト能ハストシ就中
「クリューベル」「トウキス」「フイリモル」等ハ敵國ニ通告スルハ國家ノ義務ニ非サレトモ第三
國及ヒ自國人民ニ對シ宣戦其他ノ宣言ヲ以テ開戦ヲ公ニスヘキモノトセリ斯ル通告及ヒ宣戦ノ
必要ト否トニ付テハ既ニ實例ニ於テ一定シタル所ナク又學者ノ説モ一定セザルニ拘ラス近世ノ

實例ニ於テハ開戦ヲ豫メ敵國ニ通告スル慣習ハ一般ニ廢レ之ヲ爲シテ不可ナシト雖モ列國ノ交
通關係カ學術ノ進歩ニ伴ヒ非常ニ迅速且容易ナルニ至リタル今日ニ於テハ戰争ノ起ラントスル
際シ當事國間ニ於テ相互ニ開戦ノ通告ヲ爲サズトモ之ヲ知ラセザルノ理ナク加フルニ平時國
家間ニハ外交官ヲ相互ニ派遣駐劄セシメアリテ戰争ハ當事國間ニ於ケル談判ノ後ニ出テ其談
判ニ於テモ列國間ノ國際關係カ複雜ト爲リタルガ爲メ容易ニ戰争ヲ開始スルコト能ハスシテ其
葛藤ヲ平和ニ終局スルノ途カ絶エタルニ於テ甫メテ開始スルヲ普通ト爲スカ故ニ斯ル場合ニハ
敵國モ開戦ヲ熟知シ居ル所ニ屬シ管ニ之ニ對シテ其通告ノ必要ナキノミナラス偶々之ヲ爲スハ
敵國ヲシテ戰争ヲ準備セシムルノ時間ト機會トヲ與フルニ過キタルニ由リ開戦通告ヲ特派ノ使
節ニ依ルト駐劄外交官ヲ以テスルトニ拘ラス決シテ之ヲ交戰國ノ義務トスルコトハ學術上及ヒ
今日ニ於ケル實際ニ鑑ミ之ヲ認ムルコト能ハス

然レトモ第三國並ニ自國人民ニ對シテ開戦ヲ周知セシムルカ爲メ宣言ヲ爲スハ今日
一般ニ行ハルル所ニシテ學者中之ヲ爲スラ必要トセザル者アリト雖モ開戦ト共ニ第三國及ヒ其
人民ハ交戰國ニ對シ又交戰國ノ人民ハ敵國及ヒ中立諸國ニ對シテ取引關係上其權利義務ニ大ナ
ル影響ヲ被ルヲ以テ國家カ開戦ノ事實ヲ速ニ發表スルハ管ニ交戰國カ有スヘキ德義上ノ責任ナ
ルノミナラス國際公法上ノ義務ト看做サル所トス而シテ宣言ハ必スシモ戰争前ニ
爲スコトヲ要セス時トシテハ之ヲ爲スノ暇ナクシテ戰争ヲ開始スルコトアルカ故ニ宣言戰ノ有無

ニ由リ交戰國間ハ勿論第三國ニ對シテモ戰争ノ開始ニ付キ差異アルニ非ス單ニ自國人民及ヒ第
三國ノ便益上宣言其他ヲ以テ成ルヘク速ニ開戦ノ事實ヲ知ラセシムヘキモノニシテ若シ開戦ノ
前ニ之ヲ爲ササルトキハ戰争ト爲リタル後速ニ之ヲ公示スヘキモノトス

第三節 開戦ノ時期

戰争ニ於テハ戰争開始ノ時期ヲ明確ト爲スノ必要アリ何トナレハ開戦ト同時ニ交戰國間並ニ交
戰國ト中立國トノ間ニ於テ戰時ニ關スル特別ノ權利義務關係ヲ生スルヲ以テナリ凡テ開戦ノ時
期ニ關シテハ諸國カ其國內事項ヲ處理スルニ付國法ヲ以テ如何ニ其時期ヲ定ムルモ全く其自由
ニ屬シ我國ニ於テモ明治十五年八月第三十八號布告ヲ以テ「凡ソ法律規則中戰時ト稱スルハ外
患又ハ内亂アルニ際シ布告ヲ以テ定ムル者トス」ト規定シ又憲法第十三條ノ規定ニ於テモ戰
宣シ云云トアリテ各國カ國內關係ノ事項ニ付キ戰時ト云ヒ又ハ戰争ノ時期ト云フハ其各國ノ法
規ニ依ルノ外ナシト雖モ國際公法ニ於テ戰時ト云フハ國際公法ノ主權間ニ於ケル戰争ニ限リ其
開始ノ時期ハ交戰國間ニ於テ開戦ノ意思ニ出テタル公然敵意ノ行為アルニ於テスルモノトス隨
テ宣言其他開戦ニ關スル宣言ヲ兵力ヲ交フル以前ニ爲ストキハ其宣言其他ノ開戦ニ關スル言明
ハ即チ開戦ノ意思ノ表明ニシテ公然敵意ノ行為ト爲スヘキニ由リ少クモ同國ニ取リテハ其發表
ノ時期ヲ以テ直チニ開戦ノ時期ト看ルヘク又實際兵力ヲ交ヘタル後ニ於テ宣言アルトキハ其效

カハ以前ニ週リ宣戦ヲ爲シタル當時ヨリシテ交戦國タル效力ヲ有スルモノトス又斯ル場合ニ於テハ第三國又ハ其人民カ戰爭ト爲リタル事實ヲ知ラスシテ損害ヲ招クコトアルモ所謂天災(Force majeure)ニ屬シ國際公法上ノ慣例トシテ之ニ故障ヲ唱フルコト能ハス

近世ノ實例ニ於テ開戦ノ時期ト爲リタルモノヲ舉ケレバ千七百九十二年英佛戰爭ハ英國政府ヨリ佛國公使ニ退去ヲ命ジシト同時ニ英國公使カ佛國ヲ退去シタルト同時ニ開戦ト爲リ一八一二年英米戰爭ハ米國國會ニ於テ開戦ノ議決ヲ爲スヤ否ヤ直ニ戰爭ト爲リ一八三八年佛墨戰爭ハ佛國艦隊カ墨西哥港ヲ封鎖シタルニ由リテ開始シ千八百四十六年米墨戰爭ハ係争地ナル「テキサス」州ニ於テ兩國ノ陸軍カ砲火ヲ交ヘタルニ由リ開戦ト爲リ米國政府ハ其報告ニ接シテ開戦ヲ追認シタルモノトス又一八五四年「クリミア」戰爭ハ英國カ開戦ヲ宣言シテ起リ一八六六年普埃戰爭ハ兩國共ニ宣言ヲ以テシ一八七〇年普佛戰爭ハ一八七七年露土戰爭ハ通告ニ由リテ開戦ト爲リタルコト前述ノ如シ而シテ日清戰爭開戦ノ時期ニ付テハ議論アリタル所ナレトモ我國カ宣戦ノ詔勅ヲ公ニセラレタルハ明治二十七年八月一日ナリシニ拘ラス戰爭行為ハ七月二十五日高陸號ニ於ケル清國兵士ノ發砲ニ對シ浪速艦カ之ヲ砲撃シタル當時ヲ以テ開戦ノ時期ト看做スヘク隨テ宣戦ノ詔勅ノ效力ハ七月二十五日高陸號砲撃ノ當時ニ遡ルモノトス之ニ附帶シテ問題ノ生スヘキハ高陸號ト浪速艦ト兵火ヲ交フルニ至ルマテハ日清兩國間ニ戰爭ノ關係未タ成立セザリシモノナルカ故ニ其當時友誼國タル英國ノ商船高陸號ヲ我海軍カ沈没シタルハ不法ニアラザル

ヤ否ヤニ在リ此點ニ付テハ當時英國ニ於テモ問題ト爲リタル所ナリシガ我海軍ノ行為ハ決シテ不法ト爲スコト能ハス何トナレハ其數日前既ニ朝鮮國ノ内政改革ニ付キ日清兩國間ニ於ケル平和的談判ハ北京ニ於テ破レ清國ハ新ニ二千名ノ兵士ヲ朝鮮ニ送り我國モ七月二十三日軍艦ヲ派遣シタルニ由リ高陸號轟沈ノ當時マテハ未タ砲火ヲ交フルニ至ラザリシモ兩國間ノ事情ハ開戦ニ迫リ將ニ開戦ニ至ラントスルノ状態ニ在リタルヲ以テ高陸號ノ轟沈ハ戰爭開始ニ伴フヘキ必然ノ行為ニ屬シ固ヨリ清國ニ對シテ適法ノ行為ナルカ故ニ英國モ之ヲ咎ムル能ハサルノミナラズ戰爭中若クハ戰爭ノ將ニ破綻セントスル時機ニ際シ其交戦國ト爲ラントスル一方ニ對シテ兵士ノ運搬其他戰略上ノ便宜ヲ與ヘ居ル者ハ第三國ハナルト否トヲ問ハス其行為ニ伴フノ結果ヲ免ルルコト能ハス隨テ其結果タル損失ハ本人ニ於テ豫期シタルト否トニ關セズ又行為ノ性質ヲ當時詳カニシ居リタルト否トヲ問ハス其救済ヲ求ムルノ途ナク其行為ニ依リ便益ヲ受ケタル國カ之ヲ賠償スルハ自由ナリト雖モ決シテ對手國ニ向ヒ救済ヲ求ムルコト能ハス何トナレハ高陸號ノ場合ニ徴スルモ斯ル時期ニ際シ偶々清國兵士ヲ搭載スル船舶カ第三國人民ノ所有ナルノ故ヲ以テ我國ハ之カ爲メ開戦シ能ハス又其船舶ノ敵兵ヲ攻撃シ能ハスト爲スヘキ理由ノ存スルコトナキノミナラス却テ斯ル場合ニ於テ其攻撃ヲ爲ナスシテ我國ニ於ケル作戦上多大ナル損害ヲ忍ブヘキ國際公法上ノ義務ナキヲ以テナリ此故ニ同事件ニ於テモ高陸號所有ノ商會ハ英國政府ノ通告ニ基キ同船舶ノ備船者タル清國政府ニ對シ損害賠償ヲ求ムルコトト爲レリ

國際公法戰時 交戰關係ノ法則 開戦ノ直接效果

前述シタル所ト同一理由ニ依リ日露戰爭ニ於テ兩國陸海軍カ砲火ヲ交ヘ戰闘ト爲リタルハ明治三十七年二月八日我艦隊カ旅順港外ニ於テ露國艦隊ヲ攻撃シタル時ニ在ルコト明白ナレトモ二月六日ニ於テ我政府ハ華彼得堡駐留帝國公使ヲシテ露國政府ニ對シ從來ノ外交談判ヲ停止シ我政府ハ自ら其侵迫ヲ受ケタル地位ヲ鞏固ニシ且之ヲ防衛スル爲メ益々帝國ノ既得權及ヒ正當利益ヲ擁護スル爲メ最良ト思惟スル獨立ノ行動ヲ採ルコトノ權利ヲ保留スルコトヲ公然露國政府ニ通告シ二月五日ヲ以テ露國商船ヲ捕獲シ露國軍艦ヲ攻撃スル爲メ我軍艦ハ佐世保港ヲ出發シタルノ事實アリ若シ其戰闘開始ノ命令ヲ以テ我軍艦カ佐世保港ヲ出發シタルモ其後實戰ナキトキハ固ヨリ日露兩國間ニ戰爭アルコトナクシテ止ムヘキカ故ニ我軍艦ノ出發ヲ以テ直ニ開戦ト爲スヘカラスト雖モ二月八日ノ海戰ニ依リテ戰爭ト爲リタル以上ハ此戰爭開始ノ時期トシテハ二月十一日ノ開戦詔勅公布ノ當時ナリト云フヘカラス又二月八日ノ海戰ヲ以テ交戰權行使ノ有效時期即チ茲ニ所謂ル開戦ノ時期ト爲スヘカラスシテ少クモ二月六日果野公使ヨリ露國政府ニ對スル獨立行動ノ通告ハ戰爭ヲ開始スルノ意思ニ出ラタル公然敵意ノ行爲ナルカ故ニ日露戰爭開始ノ時期即チ交戰權行使ノ有效時期ハ明治三十七年二月六日ナリト云ハサルヘカラス之ヲ要スルニ交戰國間ニ於テ戰爭開始ノ時期ハ開戦ノ意思ニ出ラタル公然敵意ノ行爲アリタル時期ニ於テシ其敵意ノ行爲ヲ爲スニ付キカ爲メ第三國又ハ其人民ノ損害ヲ被ルモ咎ムヘカラスル場合ハ如何ナル時期ナリヤト云ハハ當事國ノ開戦ニ迫リモ兵力ヲ交ヘサルモ實際交戰國タルヘ

キ態度ニ在ルトキニ限ルモノトス

第四節 開戦ノ直接效果

交戰國間ニ於ケル開戦ノ效果 交戰國タル國家相互間ト局外中立ナル第三國ト交戰國トノ間ニ於ケルモノノ二種アリテ此二種中ニ就キ之ヲ細別セハ前者ニ關シテハ交戰國政府相互間ニ於ケルモノト交戰國政府ト敵國人民又ハ交戰國人民間ニ於ケル效果ノ兩種アリ又後者ニ於テモ中立國ト交戰國ノ政府相互間ニ於ケルモノト交戰國ト中立國人民又ハ中立國ト交戰國人民間ニ於ケルモノノ二種アルモノト然レトモ中立國ニ關スル事項ハ局外中立ノ編中ニ之ヲ説明スヘク本編ニ於テハ交戰國間ノ關係ヲ説明スヘキカ故ニ交戰國政府及ヒ其人民間ニ關スル事項ヲ茲ニ記述スヘシ就中本節ニ於テハ其效果トシテ開戦ニ直接必然ナルモノニ止メ戰地ニ於ケル作戦ニ伴フヘキ效果ハ別ニ詳説スヘシ

開戦ト共ニ國家並ニ其國民ハ互ニ敵國及ヒ敵人ノ關係ニ立テ條約其他國家ノ關係並ニ敵國人民及ヒ財產ニ對シテ戰時ニ限リ特別ノ關係ヲ生スルモノトス此點ニ付キ有力ナル一派ノ學說トシテ國際公法ハ素ト國家ト國家トノ關係ノモヲ論シ國際公法上ノ戰爭モ國家間ノ爭鬪ニ止マリ交戰國人民間ノ爭鬪ニ非ストシ人民ノ資格ニ付キニ權ノ見解ヲ下シ一面ニ於テハ國家ニ關係ナク身財財產ヲ有スル一私人ト看做シ他ノ一面ニ於テハ國家ヲ組成スル一員トシテ戰爭ニ當リ其實

行ノ資料ヲ給ヘルカ又ハ直接ニ戰鬪行爲ニ助力シ若クハ之ニ使用セララルモノト爲シスル戰爭
 行爲ニ關係スル者ノ外ハ其身價財產ハ戰爭ニ無關係ナリトスルニ在リ此說タル「ルーン」ノ民
 約說ニ於テ甫テ唱ヘラレタル所ニシテ一八〇一年佛國捕獲檢所ノ判事「ボルトリス」ノ判決ニ
 於テ戰爭ハ國家ト國家トノ關係ニシテ個人ト個人トノ關係ニ非ス二箇以上ノ交戰國間ニ於テ其
 國ヲ組成スル私人ハ單ニ一定ノ事情ノ下ニ於テ敵タルニ過キス即チ私人ハ人類ナルカ故ニ敵ニ
 非ス國民ナルカ故ニ敵ニ非ス單ニ兵士タルカ故ニ敵ナリト説キ「フテル」「ブルンチユリ」「
 イオレ」等大陸學者ハ此道理ヲ尊信シ之ヲ國際公法ノ原則ノ如ク唱フルモノ少カラズ然レトモ
 此學說ハ一ノ謬說タルヲ免レス何トナレハ若シ此說ヲ正當ト爲ストキハ戰爭ニ於テ國家ハ戰爭
 ヲ爲スモ普通人民ハ平和ノ關係ヲ有スヘキニ由リ戰鬪員以外ナル敵國人民ノ生命財產並ニ其通
 商交通ニ對シテハ直接又ハ間接ニ何等戰爭ノ影響ヲ之ニ及ホス能ハスシテ交戰者ハ如何ナル場
 合ニ於テモ其生活ヲ紊スノ權利ナシト謂ハサルヘカラス然レトモ國際公法ノ理論上並ニ列國ノ
 實例ニ之ヲ徵スルトキハ決シテ然ラスシテ國際公法ニ依テ凡テ國民ハ國家ナル政治的團體ノ一
 員トシテノ外ハ何等ノ資格ヲ有スル能ハサルニ拘ハラズ此學說ハ既ニ國家ニ關係ナキ一私人ト
 看做スノ點ニ於テ其論據ヲ誤リ又實際軍隊カ敵地ニ侵入スルニ當リテハ其住民ヲ軍隊管轄ノ下
 ニ置キ軍隊ノ安全及ヒ成功ニ必要ナル如何ナル行爲ヲモ占領地ニ於テ自由ニ之ヲ行ヒ得ヘク敵
 國ノ城壘ヲ攻撃スルニ當リテハ城中ノ人民ヲ念頭ニ置カスシテ砲撃ヲ行ヒ作戰ノ必要上嘍、城

壘以外ノ民家ニ發砲シ占領地内ニ於ケル普通人民ニ對シテハ發及ヒ取立金ヲ命ジ或ハ人民ヲ
 使役シ車馬船舶ヲ收メテ軍隊ノ使用ニ供シ鐵道、電信、運河等ヲ軍事上ニ專用シ其人民ノ職業ヲ
 紊リ交通通商ヲモ杜絶スルノミナラス地方ノ裁判權ヲモ中止スルカ如キ斯ル行爲ハ戰爭ニ直接
 ノ必要アルモノアリ又必要ナラサルモノアレトモ現行國際公法ニ於テ何レモ之ヲ適法トスル所
 ニシテ若シ個人ハ敵人ニ非ストハ道理ヲ正當トセハ斯ル行爲ハ決シテ是認スヘカラサルコト疑
 ナシ加之此學說ヲ正當トセハ海上ニ於テ敵國人民ノ私有ニ係ル船舶及ヒ載貨等ハ之ヲ捕獲スル
 コト能ハサルヘク更ニ又敵國軍隊カ自國ニ侵入スルトキハ兵籍ニ在ラサル人民ハ之ニ反抗スル
 ノ權利ナク其反抗ハ國際公法上ノ犯罪ト看做スヘキニ至ルヘシ是レ全ク事理ニ反シ實際ニ背キ
 大陸學者中ニ於テモ「マルテンス」「クリューベル」等ノ如キハ此學說ヲ採ラサルノミナラス「ケ
 ント」「マンニング」「トウキス」「フリモル」「ハレック」「ホール」等近世ノ諸大家モ亦此說ニ反
 對セリ要スルニ此學說タル現行國際公法上認ムヘカラサル所ニシテ第十九世紀以來此學說ノ爲
 ノ戰爭行爲ニ大ナル改良ヲ來シタルカ如キ觀アレトモ畢竟スルニ近世社會ノ進歩ト共ニ戰爭ノ
 法則モ漸ク寛大ニ赴キ來リタル結果トシテ偶、此學說ノ社會ニ歡迎セラレタルニ過キ要スル
 ニ國際公法ニ於テ戰爭ハ國家間ニ於ケル政事的ノ爭ニシテ其國家カ互ニ敵國ト爲ルト同時ニ之
 ヲ組成スル國民ハ互ニ敵人ノ地位ニ立ツコト明カニシテ其個人ハ縱令兵士トシテ戰鬪ニ從事ス
 ル場合ニ於テモ單ニ國家ノ命令ニ依リテ殺傷ヲ爲スニ止マリ敵國國民相互間ニ於テハ素ト私ト

仇怨アルニ非サルヲ以テ其目的以外ノ不必要ナル暴力ヲ社會ノ許ササルニ至ラタルニ外ナラス(國際公法) 其目的以外ノ不必要ナル暴力ヲ社會ノ許ササルニ至ラタルニ外ナラス(國際公法)

第一款 條約ニ關スル效果

開戦ノ爲メ交戰國間ノ條約並ニ交戰國雙方カ他國ト共ニ締結シ居ル諸條約ニ付果シテ如何ナルモノカ無効トナリ又如何ナルモノカ戰爭中ト雖モ效力ヲ有シ更ニ如何ナルモノカ戰爭中其實行ヲ中止シテ媾和ト同時ニ當然其效力ヲ回復スヘキヤノ問題ハ學者中議論アル所ニシテ「ヴァテ」及ヒ「ケント」ハ豫メ戰爭中效力ヲ有スヘキコトヲ當事國カ明言シ置キタルモノノ外ハ交戰國間ノ一切ノ條約ハ無効ト爲ルモノトシ「ホキートン」及ヒ「マルテンス」ハ土地ノ割讓、國境ノ規定或ハ土地ニ附滯スル使用權ノ規定ノ如キ其性質上永久ノ條件ハ戰爭ニ由リ無効ト爲ルコトナク假令其實行ヲ中止スルコトアルモ戰爭ノ終局後ニ於テ更ニ約定ヲ以テ其效力ヲ變更スルニ非サル以上ハ當然效力ヲ回復スヘク通商航海條約ノ如キ永久ノ性質ヲ有セサル條約ハ悉ク開戦ニ由リ無効ト爲ルモノトシ「トウキス」及ヒ「アリモル」其他英米法廷ニ於テモ永遠ニ且ルヘキ條約ハ開戦ニ依リ消滅セサルヲミナラス戰爭中ト雖モ效力ヲ中止スルコトナシトノ説ヲ持シ又「ヘンデル」及ヒ「カルヴギー」及ヒ「アルンテュリ」ハ凡テ條約規定ニシテ平和ノ繼續間ニ限り有效タルヘキモノ換言セハ其規定カ性質上戰爭ト兩立セシムル開戦ニ依リ當然無効ト爲スヘキ

理由ノ存セサルモノハ開戦ニ因リテ消滅又ハ中止ト爲ルモノニ非ス此故ニ同盟條約ノ如キ政略上ニ關スル諸條約ハ開戦ニ由リ消滅スト雖モ通商條約、郵便電信ノ條約並ニ之ト同一ノ性質ヲ有スル條約ハ戰爭中單ニ其實行ヲ中止シ平和ノ回復後ニ於テ當然效力ヲ復舊シ領土ノ割讓國境ノ規定ノ如キ永久ノモノハ戰爭中ト雖モ效力ヲ有スルコトトシ「ウオーカー」及ヒ「ローレンス」モ通商郵便等ノ條約ニ付テハ戰爭中ニ限リ單ニ其效力ヲ中止スルモノト爲セリ 開戦ノ條約ニ對スル效果ニ付キ學說ニ異同アルハ前述ノ如シ之ヲ近世ノ實例ニ徵スルニ「クリミヤ」戰爭後一八五六年巴里條約ニ於テ交戰國ハ戰爭前ニ成立シタル諸條約ハ新ナル條約又ハ約定ヲ以テ改正若クハ修正スルマテハ戰爭前ト同一ノ效力ヲ有スヘキコトヲ特別ニ規定シテ以テ其效力ヲ繼續シ一八五九年伊奧兩國間ノ媾和條約ニ於テハ戰爭前ノ諸條約ノ效力ニ付キ何等ノ規定ヲキコトヲ特別ノ規定ヲ以テ明言シ埃佛條約ニ於テハ戰爭前ノ諸條約ノ效力ニ付キ何等ノ規定ヲ爲ササリシニ拘ハラス其條約ハ戰爭後兩國間ニ實行セラレ一八六六年伊奧兩國ノ維納媾和條約ニ於テハ戰爭前ノ諸條約ハ更ニ效力ヲ有スヘキコトヲ特別ナル規定ヲ置キ一八七一年佛獨兩國間ノ「フランクフポート」條約ニ於テ兩國間ニ於ケル通商航海ノ諸條約並ニ關稅、鐵道、版權及ヒ罪人引渡ノ條約ヲ回復スヘキ規定ヲ爲シタルノミニテ其他ノ條約ニ付テハ何等ノ規定ヲ爲ササリシニ拘ハラス其效力ヲ繼續シ日清戰爭ニ於テハ開戦ニ由リ兩國間ノ條約ハ全然無効ト爲リタルモノトシ馬關條約第六條ニ於テ兩國間ノ一切ノ條約ハ交戦ノ爲メ消滅シタレハ云ト規定シテ

新ニ通商航海其他ノ條約ヲ締結シ明治三十八年九月五日日露媾和條約第十二條ニ於テモ日露通商航海條約ハ戰爭ノ爲メ廢止セラレタルヲ以テ日本帝國政府及ヒ露西亞帝國政府ハ現下ノ戰爭以前ニ效力ヲ有シタル條約ヲ基礎トシテ通商航海條約ヲ締結スヘキコトヲ明記シ明治四十年新ニ兩國間ニ通商航海條約ヲ締結セリ

前述ノ如ク開戦ノ條約ニ及ホスヘキ效果ハ學說並ニ實例ニ於テ未タ一定セサル所アリト雖モ國際公法ノ學理ヨリ論究セハ先ツ條約ヲ交戰國間ノミニ於ケルモノト交戰國雙方カ第三國ト共ニ締結シタルモノトノ二種ニ大別シ更ニ各條約ノ性質ニ付キ戰爭ノ爲メ無効ト爲ルモノト中止ト爲ルモノト及ヒ戰爭中其效果ヲ有スルモノトヲ甄別セサルヘカラス

甲 列國條約

第一 交戰國雙方カ第三國タル諸國ト共ニ締結シタル條約ニシテ戰爭カ條約ノ規定ニ如何ナル直接ノ影響ヲモ有セサルモノハ戰爭ノ爲メ其效力ニ變更ナシ例ヘハ一八六六年普奧戰爭ニ於テ兩國ハ一八五六年三月巴里條約ヲ以テ土國及ヒ其屬國ニ關スル事項ヲ他國ト共ニ約定シタレトモ其戰爭ノ原因ハ東方問題ニ關係ナカリシ故ニ巴里條約ハ同戰爭中ト雖モ效力ヲ繼續シタルカ如シ

第二 列國條約ノ規定カ其性質上戰爭中ニ於テ單ニ其實行ヲ爲シ得ヘカラサルモノハ其效力ヲ中止シ平和回復ト共ニ之ヲ復舊スヘシ郵便、電信ニ關スル列國間ノ條約ノ如キハ戰爭中交戰國ハ其相互間ノ交通通商ヲ斷絶セラルルカ故ニ其條約ノ實行ヲ爲シ能ハサルヲ以テ之ヲ其效力ヲ中斷スト雖モ平和克復ト共ニ自ラ效力ヲ回復スルハ其一例ナリ

第三 列國條約ニシテ戰爭ノ原因カ其規定ト矛盾シ戰爭ノ結果ハ之ヲ變スヘキモノナルトキハ開戦ト共ニ少クモ交戰國間ニ在リテハ其條約ハ效力ヲ失ヒタルモノトセサルヲ得ス何トナレハ此種ノ條約ハ第一種及ヒ第二種ノ條約ト同シク交戰國ハ第三國ト締結シタルモノナルカ故ニ交戰國雙方又ハ一方ノミニ任意ヲ以テ變更又ハ廢棄シ得ヘカラスト雖モ戰爭開始ノ爲メ交戰國間ニ在リテハ事實上遵守シ得ヘカラサルモノト爲リタルヲ以テナリ一八七七年露土戰爭ニ於テ兩國ハ一八五六年巴里列國條約ノ締結國ナル七國中ニ在リタリシニ拘ラス同戰爭ハ巴里條約ノ規定ヲ動カシ露土兩國間ニハ「サン、ステファン」媾和條約ヲ締結スルニ至リタルハ其一例ナリ但此新條約ニ付テハ英國ヲ始メ巴里條約ノ締結國カ之ニ故障ヲ唱ヘ一八七八年伯林會議ヲ以テ新ニ條約ヲ締結シテ其局ヲ結ヘリ

第四 列國條約ニシテ戰爭ノ行爲ニ關スル條約例ヘハ巴里宣言、赤十字條約、陸戰ノ法規慣例ニ關スル條約ノ如キハ戰爭中ト雖モ之ヲ遵守スヘタ又其性質上戰爭中ニ於テ甫メテ其實行ヲ見ルヘキモノトス

乙 交戰國間ノモノ條約
第一 領土割讓、境界ノ劃定又ハ獨立ノ承認ノ如キ永久の性質ヲ有スルモノハ戰爭進行ノ結果

ニ於テ變更セズ又當事國カ別ニ條約ヲ以テ之ヲ變更セザル限リハ開戦ニ依リテ何等ノ影響ヲモ受クルコトナシ此問題ハ一八一二年英米戰爭カ兩國間ニ存在シ來リタル條約ヲ無効ト爲スヘキヤ否ヤノ紛議ニ於テ充分ニ討究セラレタル所ニシテ米國政府ハ一七八三年英國カ米國ノ獨立ヲ承認シタル條約其他ノ條約カ戰爭ノ爲メニ無効ト爲ラザルコトヲ主張シ國境ノ劃定其他國權ニ關スル規定若クハ戰爭行爲ニ關スル諸條約ハ戰爭ノ爲メニ無効ト爲ルモノニ非ス然ラズシテ一七八三年ノ條約ヲ以テ英國カ米國ノ獨立ヲ承認シ及ヒ國境ヲ劃定シタル規定モ開戦ニ因リ無効トナリタルモノトセハ一八一二年ノ戰爭ヲ以テ米國ハ百ヒ建國以前ノ地位ニ立戻リ獨立若クハ革命ノ名義ヲ以テ其戰爭ヲ爲スモノト看ルヘキ不當ノ論結ヲ生スヘシト論シ此理論ハ一般ニ是認セララルル所ナリ

第二 修好條約、同盟條約、保證條約其他國家ノ政略上ニ關スル諸條約ハ其性質上兩國間ノ戰爭ト兩立セザルカ故ニ開戦ト同時ニ消滅スヘキモノナルコトハ多言ヲ要セスシテ明カナリ
 第三 交通通商ニ關スル諸條約例ヘハ通商航海條約ノ如キハ戰爭中其實行ヲ爲ス能ハサルコト疑ナシ然レトモ戰爭ニ因リ消滅スヘキヤ將タ單ニ其效力ヲ中止シ平和ノ回復ト同時ニ當然復舊スヘキヤニ付テハ學說並ニ實例ニ於テ未タ一定セザル所ナリ然レトモ此等條約ノ性質タル素ト平和ノ時ニ限り雙方ノ便宜ニ基キタル規定ニシテ永久の性質ノモノニ非ス然ルニ開戦ト共ト兩國ノ平和關係ハ破レタルモノナルヲ以テ其條約成立ノ條件タル平和ヲ失フノミナラス戰爭ノ結

果ニ於テハ兩國ノ地位及ヒ相互ノ關係ニ差異ヲ生シ戰爭前ノ條約約定ヲ其儘ニ實行シ能ハサルコト多キカ故ニ此等諸條約ハ其效力ヲ中止スト爲スヨリモ寧ロ開戦ニ因リ消滅ストノ説カ却テ其當ヲ得タルカ如ク若シ媾和ノ際同條約ヲ引續キ實行セントセハ更ニ之ヲ繼續スヘキ特別ノ規定ヲ爲スヘク日清戰爭及ヒ日露戰爭ニ於テ當事國雙方ノ採リタル見解モ之ト同一ニシテ近世ノ戰爭ニ於テモ之ト異リタル實例ハ前述ノ如ク稀ナリトス

第四 交戰國間ノミノ條約ト雖モ戰爭行爲ニ關スル條約例ヘハ戰時禁制品其他海上捕獲ニ關スル條約若クハ戰爭中ニ締結スヘキ陣中規約ノ如キハ固ヨリ戰爭中ニ限り其實行アルモノニ屬シ其平時ニ於テ締結シタルモノト雖モ性質上戰爭ノ場合ヲ豫期シテ其行爲ニ關スル規定ヲ爲シ置キタルモノナルカ故ニ開戦ニ因リテ甫メテ其實行ヲ見ルヘク開戦ノ爲メ決シテ無効ト爲ラザルコト疑ナシ

第二款 交通、通商ニ對スル效果

開戦ト共ニ交戰國ハ互ニ敵國ト爲ルヲ以テ兩國間並ニ其人民間ノ平和的の交通關係ヲ斷絶スルヲ原則トス隨テ交戰國ハ開戦ト同時ニ兩國間ニ於ケル國交上ノ官吏タル外交官及ヒ通商上ノ官吏タル領事官ヲ互ニ敵國ヨリ召還シ若クハ敵國ノ此等官吏ニ退去ヲ命シテ兩國ノ平和的の友誼ノ關係ヲ全ク斷チ戰爭中ハ兩國人民相互間ノ交通、通商並ニ其同事業其他平時ニ於テスヘキ一切ノ

行爲ヲ禁スルモノトス然レトモ交戰國ハ其主權ノ作用ニ由リ自國ノ便宜上自國人民若クハ敵國人民ニ交通通商ヲ許シ得ヘカラサルニ非サルヲ以テ往々戰爭中ト雖モ一般ノ通商ヲ許可シ又ハ一定ノ場所ヲ限リ或ハ物品ヲ限リ或ハ一部ノ人民若クハ會社ヲ限リ敵國トノ商業ヲ許スコトアリテ之ヲ許可スルト否トハ全ク交戰國ノ任意ニ在ルモノトス隨テ其政府ヨリ明カニ許可アルカ又ハ特別ノ免許ヲ有スル場合ニ非サレハ兩國人民間ニ於テ戰爭中商業其他ノ取引ヲ爲スハ總テ不法ニ屬シ開戦前ニ結ビタル契約ニシテ一定ノ期日ニ履行スヘキコトヲ必要條件トスルモノハ其他戰爭ノ爲メ其契約ノ目的物ヲ失フカ如キ偶々戰爭ノ爲メニ履行スヘカラサルニ至ルモノハ其契約消滅シ戰爭前ヨリ成立スル組合其他商業上共同ノ事業ハ當事者間ニ繼續シテ戰爭中履行スルコト能ハサルノミナラス戰爭後ニ於テハ其事業ノ進行上當事者モ戰爭前同一ノ地位ヲ保テテ之ヲ繼續スル能ハサルニ至ルヘキヲ以テ開戦ニ由リ當然解散シ又戰爭中ハ兩國ニ在ル人民相互間ノ契約其他一切ノ訴訟ハ法廷ニ提起スルコトヲ許ササルニ由リ戰爭前ニ於ケル契約其他ノ事件ニシテ開戦ノ爲メ履行スヘカラサルニ至ルモノヲ除クノ外ハ戰爭中單ニ其效力ヲ中止シ媾和ト共ニ之ヲ回復シ戰爭中兩國ニ於ケル人民間ニ結ビタル契約ハ假令平和ノ後ニ於テ實行スヘキモノト雖モ悉ク無効トシ假令第三國人ノ手ヲ經テ之ヲ取結フモ均シク不法ニシテ其違犯ノ財產ハ沒收セラレ戰爭中敵人又ハ其財產ヲ保險スルコト交戰國人民間ニ爲替手形ヲ組ムコト敵國ノ手形其他ノ證券ヲ買入ルルコト資本ヲ敵國ニ注入スルコト等ハ凡テ不法トス

今此點ニ關スル理由ヲ明瞭ナラシムル爲メ米國法廷ノ有名ナル一判決ヲ舉クレハ一八一四年「ラビット」號事件アリ開戦前米國紐育ノ一商人カ英領地方ニ於テ物品ヲ買入レ之ヲ兩國ノ境界ニ横ハル英領ノ一小島ニ運搬シ置キタルニ開戦ト爲リタルヤ否キ其所有者ノ代理人ハ米船「ラビット」號ヲ雇ヒテ其物品ヲ取寄セタリシカ其船舶ハ米國船ニテ物品ハ既ニ開戦前ヨリ米國人ノ所有ト爲リ居タルニ拘ラス敵國ト交通ノ故ヲ以テ米國法廷ハ之ヲ沒收セリ其判決ノ理由トシテ凡テ商業ナル平和的關係ハ國家間ノ戰爭ト兩立スルコト能ハス此場合ニ於テハ商取引又ハ契約ヲ戰爭中敵人ト爲シタルニ非サレトモ國際公法並ニ國家ノ政略上ニ於テ戰爭中敵國トノ交通ヲ斷絶スルノ精神ハ交戰國間ニ於ケル一切ノ交通ヲ斷絶スルニ在リ若シ開戦前ニ買入レタリトノ故ヲ以テ開戦後敵國ヨリ其物品ヲ輸入シ得ヘシトスルニ於テハ之カ爲メ甚シキ弊害ヲ來シ敵國人ト諸紳ノ詐欺ノ不法ノ商業ヲ營ムノ手段ト爲ルニ至ルヘシトセリ斯ク敵國並ニ敵人間ニ交通取引ヲ嚴禁スルノ原則ニ付キ例外ト爲ルハ交戰者間ニ於ケル俘虜ノ交換又ハ軍使等戰爭ノ結果ニ出テ其必要ニ基キ斯法上認メラレ居ル交通又ハ契約ハ戰時ノ法則上遵守スヘキモノニシテ人民間ノ契約モ拿捕物ノ賠償若クハ俘虜カ敵國ニ於テ爲シタル生活費用ノ契約ノ如キハ總テ有效ニシテ戰爭中ト雖モ法廷ノ保護ヲ受クルコトヲ得ルモノトス

交戰國政府間ニ交通關係ヲ斷絶スルハ一般ニ異論アルコトナク戰爭中其交渉ヲ要スルコトアルトキハ第三國政府ニ依頼シ其外交官ノ手ヲ經由シテ敵國政府ト交渉スルカ又ハ軍使ヲ以テ交戰

國軍隊ニ直接ノ交涉ヲ爲スル途アルニ過キス然レトモ人民間ニ於ケル交通、通商ヲ禁スルノ法則ニ付テハ英、佛、米、蘭、西等ノ諸國ニ於テハ常ニ之ヲ勵行シ來リタルニ拘ラス交戰國人民ハ其勵行ニ關シ却テ不便ヲ感スルコト少カラサルト同時ニ交戰國政府ニ於テモ之ヲ許シテ政略上ニ關係ナキコトアルノミナラス其許可ヲ爲スハ却テ自國ニ取リ便益ト爲ルコトアルカ故ニ往往人民ノ通商ヲ許可シタルノ實例少カラズ隨テ法學者中此原則ニ反對ヲ唱ヘ「マルテンス」、「フテル」等ノ如キハ交戰國人民間ニ於テ交通、通商ノ自由ヲ原則トシ唯國家カ特ニ法令ヲ以テ禁止スル範圍内ニ於テノミ之ヲ自由ニ非ストシ「ブルンチユリト」ハ軍隊占領地ノ人民ニ限リ交通、通商ノ自由ヲ有セザレトモ開戦ハ交戰國人民間ニ一般ノ交通ヲ禁セザルモノト爲シ「カールグエー」ハ人民間ノ交通、通商ヲ禁スルハ戰爭ノ原則ナレトモ此原則ハ嚴酷ニ失シ近世戰爭ノ實例ヲ見ルモ其原則ハ既ニ陳腐ニ屬シタルモノト論シタルカ如キ開戦ノ效果トシテ通商、交通ヲ禁制スル範圍ヲ縮小セントシタル者アリ此等學者ノ理由トスル所ヲ見ルニ戰爭ハ國家間ノ關係ニシテ個人間ノ關係ニ非ス而シテ通商ハ個人的ノ事項ニ屬スルニ由リ開戦ハ直ニ人民間ノ通商ヲ禁スルノ效力ナク唯國家ノ政略上ヨリ之ヲ禁シ得ヘキ一原因タルニ過キストスルニ在リ然レトモ戰爭ハ交戰國人民ヲ敵人ト爲スニ非ストノ學說カ法理上並ニ列國ノ實行上價值ヲ有セザルハ既ニ述ヘタル所ニシテ現行法ニ於テハ國家カ特ニ交通、通商ノ許可ヲ與ヘザル限リハ敵國トノ交通、通商ヲ不法ト云ハザルヲ得メ我海上捕獲規程第三六條ニモ「敵國又ハ敵人ト通商

又ハ通商スルノ意志ヲ以テ航行スル帝國船舶ニ之ヲ拿捕スルコト未ダ開戦ノ事實ヲ知ラズ又ハ帝國政府ノ特許ヲ受ケタル船舶ハ此ノ限外ニ在ラス」規定第四一條モ「敵國又ハ敵人ト通商シ又ハ通商スルノ意志ヲ以テ航行スル帝國船舶ニ之ヲ沒收ス」ト規定セリ」然レトモ然レトモ戰爭中兩國人民間ニ於ケル書ヲ交通ハ交戰國ニ於テ之ヲ禁スルノ必要ナキニ由リ管ニ交戰國政府ハ近世ノ戰爭ニ於テ兩國人民間ノ交通、通商ヲ特ニ許可シタルコト多ク一八五四年「クリミヤ」戰爭ニ於テハ佛國ハ布告ヲ以テ露國ト電信ノ交通ヲ開キ露國政府ハ政治上ニ關スル人民間ノ發信ハ郵便局ニ於テ其受理ヲ爲スコトヲ禁シタルト同時ニ佛露兩國間ニ商業上ノ通信ヲ爲シ得ルコトヲ公認シ英佛兩國ハ封鎖セザル露國港灣ニ中立國ノ船舶ヲ以テ戰時禁制品以外ノ商業ヲ營ミ得ヘキコトヲ自國人民ニ許可シ露國モ兩國ノ商品カ中立國船舶ニ由リテ自國ニ輸入セラルルコトヲ公許シ又一八六〇年阿片戰爭ニ於テ英佛兩國ハ清國ニ對シ通商ノ公許ヲ宣言シタルハ其適例ニシテ此等ノ場合ニ於テハ交戰國ノ政略上敵國トシテ交通、通商ヲ其人民ニ禁スルノ必要ナキノミナラス之ヲ禁スルハ却テ不利益ナリシニ由リ國家カ特ニ之ヲ許可シタルニ過キス日露戰爭ニ於テハ明治三十七年二月十日內務省訓令第一號ヲ以テ我政府ハ各府縣ニ命令シ露國臣民ニシテ帝國ニ在ル者ハ其在留又ハ退去ヲ自由ニ爲シタルト同時ニ新ニ渡來スル者トシテ否マスト言明シタレドモ兩國間ノ通商ヲ許サズルノ形積ナシ」等々ハ會議文ハ一編軍隊占領地ニ關シテハ國家又ハ司令官ヨリ特別ヲ許可スルニ非サレム敵國地方ト交通、通商ヲ

嚴禁スルヲ原則トスルコトハ一般ニ異論ナキ所ニシテ其許可アル場合ニ限ラズ他ノ敵國地方及ヒ其人民ト交通、通商ヲ營ミ得ヘク敵國ノ一地方ヲ限リ又ハ物品ヲ限リ若クハ會社又ハ一部ノ人民ヲ限リテ之ヲ許可シ時トシテハ其交通、通商ノ方法並ニ時間等ニ制限ヲ置キテ之ヲ許スコトアル場合ニ於テハ嚴正ニ其許可ノ條件ヲ遵守スルニ非テハ不法トス

第三款 内地ニ於ケル敵國人民及ヒ財産ニ關スル效果

前ニ述ヘタル所ヘ交戰國ノ一方ト他ノ一方トノ相互關係ニ於ケル交通、通商ノ關係キシテ開戦ノ際交戰國カ自國ニ在留スル敵國人民ノ待遇並ニ其人民ト内國人民トノ間ニ於ケル關係ハ之ヲ特別ニ論セサルヘカラス此點ニ關シ現行法ノ慣例トシテハ敵國人民ノ善良ナル行為アル間ハ戰爭中内地ニ在留ヲ許スヲ普通トシ其在留ヲ許カレタル敵國人民ハ内國人民ト交通、通商ヲ禁セラルルコトナク又國家カ其人民ニ退去ヲ命スル必要アルトキハ其財産ヲ繼テ歸國シ得ヘキ相當ノ時間ヲ與ヘサルヘカラス

ス其人民ヲ追放シ又ハ拘留シ得ヘシ「ダロシキ」ハ開戦ノ際内地ニ於ケル敵國人民ハ之ヲ俘虜ト爲シ得ヘキコトトナシタレトモ商人ニ限ラテハ其業務ノ性質上兩國間ニ於ケル相互產物ノ有無ヲ相通シテ兩國ノ利益ヲ進ムルモノナルカ故ニ中世ニ於テモ開戦ノ際敵國ノ商人ヲ拘留セシメテ退去セシムルノ慣例ヲ生シ又第十七世紀以後ニ於テハ諸國ハ條約ヲ以テ雷ニ商人ノニ限ラス一般ノ敵國人民ニ對シテモ一定ノ時間ヲ與ヘテ退去セシムルコトヲ約定シタルコト多ク第十八世紀ノ初ヨリ漸ク自國內ニ在ル敵人ヲ條約ノ有無ニ拘ラズ俘虜ト爲ササルコトト爲リ「ヴァテール」ハ開戦ノ際其退去ニ必要ノ時間ヲ與ヘキ理由トシテ國家カ當初其國內ニ外國人ノ入り來ルコトヲ許シタルハ暗黙ニ之ニ保護ヲ與ヘキ理由トシテ國家カ安全ヲ保證シタルニ依ルト爲セリ然レトモ此理由ノ當否ハ暫ク措キ第十八世紀ノ後半以來事實上開戦ノ際内地ニ在留セル敵國人民ヲ拘留シタル唯一ノ實例ハ一八〇三年那破翁カ英國ノ行ヒタル不法行為ノ報仇トシテ佛國ニ在留シ居タル十八歳以上六十歳以下ノ英國人ヲ俘虜トシタルノ事實アルニ止マリ此行為ハ一般ノ批難アル所ニシテ又報仇ニ出タルモノナルカ故ニ一般法則ノ例外ト看做スヘキモノトス然レトモ國家カ其必要ニ基キ豫ノ期限ヲ定メテ敵國人民ニ退去ヲ命シタル場合ニ於テ其退去ヲ爲ササルトモ若クハ一定ノ敵國人民ノ行為カ自國ニ利益ナルトキ若クハ軍入其他戰爭ニ直接關係アル敵國ノ有力者ニシテ其歸國ハ戰爭上自國ニ甚シキ不利益アルトキハ交戰國ノ政略上其歸國ヲ妨ゲ得ヘシ但シ自國ニ駐シタル敵國ノ外交官ヲ拘留シ得ヘカラサルハ自ラ其例外ナ

國際公法概論 交戰關係ノ法則 戰爭ノ開始 開戦ノ直接效果

加之至世ニ於テハ敵國人民ニ退去ヲ爲サシムル慣例ニ一歩ヲ進メ非常ノ場合ニ於テハ其退去ヲ命シ得ヘク特別ノ理由ナキ限リハ其人民ノ平穩ニシテ善良ノ行爲ヲ爲スル間ハ自國ニ在留ヲ許スコト普通ト爲レリ此慣例ノ生シタルハ一七五六年英佛戰爭中英國ガ佛國人民ニ對シ其留ヲ續ク許可シタルヲ始トシ那破翁戰爭以後ニ於テハ假令條約ニモ堪合ニ於テモ交戰國ノ國法ヲ以テ敵國人民ニ在留ノ許可ヲ爲スニ至レリ然レトモ其在留ヲ許スニ付テハ善良ノ行爲ヲ爲スル間ヲ條件トス日清戰爭ニ於テ我國ハ明治二十七年八月四日ノ勅令ヲ以テ清國人民ニ對シ其留戰爭ニ於テハ明治三十七年二月十日內務省ノ訓令ヲ以テ露國人民ニ對シ其善良ナル行爲アル間我國ニ在留ヲ許可シタルハ其一例ナリ此故ニ現行法ニ於テハ國家ハ如何ナル場合ニモ敵國人民ハ在留ヲ當然ニ留セシムヘキ義務アリト爲ス能ハスシテ國家ハ政治上必要アルトキハ敵國人民ハ在留ヲ拒絶シ得ヘク一八七〇年八月佛國政府ハ獨逸國人民カ本國軍隊ニ内應スルノ嫌疑アリタルカ故ニ巴里及ヒ「セイ」地方ヨリ三日間ノ猶豫ヲ以テ全然佛國ヲ退去スルカ文ハ「ロアキル」河以南ニ退去スヘキコトヲ命シ其強制的ナル退去ニ關シテ何等ノ損害ヲモ賠償シタルコトナシ、内地ニ在ル敵國ノ財產ハ敵國政府ニ屬スルモノト人民ニ屬スルモノト二種アリテモナラズ其財產ノ性質ヨリシテ動產ト不動産ノ區別アリ就中政府ハ他國ニ於テ土地其他ノ不動産ヲ有スル私人ノ資格ニ於テスルヲ普通トシ國家ハ資格ニ於テ有ル不動産ノ開戦ニ先テ之ヲ引去ルコト

ヲ注意スルカ故ニ實際問題ト爲レド少ク若シ開戦後敵國ノ艦船其他敵國政府ニ屬スル動產カ内地ニ在ルトキハ之ヲ沒收シ得ヘシ之ヲ對スル唯一ノ例外ハ公使館及ヒ領事館ノ建物並ニ其書類圖書美術品ノ如キハ戰地ニ於テネラ交戰國ハ之ヲ沒收スヘカラサルノ義務アルカ故ニ内地ニ於テモ亦之ヲ沒收スルコト能ハス之ニ反シ敵國人民ニ屬スル財產ニシテ内地ニ在ルモノニ關シ一八五五年英國大憲章ニハ自國ニ在ル敵國人民並ニ財產ノ待遇ニ付キ敵國領土内ニ於ケル自國人民及ヒ其財產ニ關スル敵國政府ノ處置ト同一ノ行爲ヲ爲スヘキコトト規定シタルニ拘ラス近年ニ至ルマテ英國ノ採リタル方針ハ敵國ノ行爲如何ニ拘ラス開戦ノ際自國港内ニ在ル敵國ノ私有財產ヲ沒收スルコトトシ其他ノ歐洲諸國ニ於テモ第十五世紀以來敵國人民ヲシテ其財產ヲ持テテ退去セシムルノ條約其數ヲ加ヘ第十七世紀ニ於テハ斯ル條約ナクシ其待遇ヲ與ヘタル慣例ヲ生シタルト雖モ是レ全ク内地ニ存在スル敵國人民ノ財產ニ止マリ海上ノ財產即チ自國港内ニ在ル船舶及ヒ載貨ハ近年ニ至ルマテ英國ト同シク其抑留沒收ヲ爲シタルモノトス、戰時内地ニ在ル敵國人民ヲ俘虜トシタル時代ニ在リテハ其所有ノ不動産及ヒ動產ヲ沒收シタルシカ一七一三年「エドレタド」條約ニ於テ不動産ハ返還スヘキ規定ヲ爲シ「グロタル」ハ其收入ノ没收シ得ルモノ不動産自體ヲ沒收シ能ハスト説キ其慣例ハ第十八世紀後半ニ於テ一般ニ行ハルシカ更ニ戰爭中敵國人民ノ在留ヲ許可スル慣例ヲ生シ其一般ノ財產モ之ニ妨害ヲ與ヘサルコトト爲リタル今日ニ於テハ不動産ノ所有者タル敵國人民ハ内地ニ在ルトモ否テモ拘テテ其收入ノ

モ沒收スヘカラナルコトト爲リタルカ故ニ一八六一年南北戰爭ニ於テ南軍政府ハ北軍諸州ニ屬
 スル人民ノ財産ヲ沒收シタルハ近世ニ於ケル唯一ノ例外ニシテ一般ノ慣例ニ反スルモノトス
 然レトモ動産ニ關シテハ那破翁戰爭ノ終ニ至ルマテハ商品ト否トニ拘ラズ交戰國ハ之ヲ沒收シ
 タルコト少カラナリシカ一八五二年露土戰爭ニ先チ露國ハ土國ニ對シ相互主義ニ基キテ敵國ノ
 私有船舶ヲ領海ヨリシテ無事ニ退去セシメ一八五四年クリミア戰爭ニ於テモ英佛兩國ハ共同
 ノ宣言ヲ以テ露國船舶ノ退去ニ付キ六週間ノ猶豫ヲ與ヘ露國モ亦兩國船舶ニ對シテ同一ノ期間
 ノ猶豫ヲ以テ退去ヲ許可セリ此「クリミア」戰爭ニ於ケル英佛兩國ノ行爲ハ交戰國ニ於テ開戰ノ
 際自國領海内ニ在ル敵國ノ船舶ヲ抑留沒收セザル現行法ノ濫觴ニシテ元來内地ニ於ケル敵國ノ
 私有財産ヲ沒收スルハ敵國ヨリ拿捕物トシテ取得スヘキ財産ノ數ヲ増加スルニ止リ戰爭ノ目的
 ニ直接ノ必要ナキカ故ニ學者ノ批難スル所ニ屬シ現今ニ於テハ敵國ノ私有船舶及ヒ戰貨ニシテ
 開戰ノ際内地ニ在ルモノヲ沒收シ得ヘキ古來ノ權利ハ尙ホ存在スルキ將タ全然消失シタルモノ
 ナリヤハ一疑問ニ屬スト雖モ假令其權利ノ消滅セザルモノトスルニ於テモ其適用ハ實際寬大ニ
 赴キ那破翁戰爭以後之ヲ實行シタルハ單ニ南北戰爭ノ場合アルノミニシテ敵國人民ニ在留ノ權
 續ヲ許ストキハ其財産ヲモ保護シ退去ヲ命スルコトアルトキハ其財産ヲ携帶又ハ處分シテ退去
 ヲ爲スニ相當ナル時間ヲ與フヘキコトト爲リタルト同時ニ船舶ニ關シテモ普通之ニ退去ヲ命シ
 其船舶ノ到達地ニ到ルニ必要ナル時日迄其拿捕ノ猶豫ヲ與フルヲ常トス米西戰爭ニ於テ米國政

府ハ一八九八年四月二十六日ノ布告ヲ以テ開戰ノ際自國領海内ニ在ル西國船舶ニ對シテハ五月二
 十一日迄退去ノ猶豫ヲ與ヘ開戰前ニ外國港ヲ出發シテ米國港ニ來航中ノモノハ入港ノ上退去ス
 ルコトヲ許シ西國政府ハ米國船舶ニ五日間ノ猶豫ヲ與ヘ日露戰爭中我國ハ明治三十七年二月九
 日ノ勅令ヲ以テ帝國港灣内ニ在ル露國商船ニ對シ二月十六日迄ノ猶豫期間ヲ與ヘテ退去ヲ許シ
 二月九日以前ニ外國港ヲ出發シテ來航中ノモノハ帝國港灣ニ入り貨物ヲ陸揚シテ退去スルコト
 ヲ許シタルハ其實例ナリ
 敵國若クハ其同盟國ノ政府又ハ人民ニ對シテ有スル交戰國若クハ其人民ノ負債ニ付キハ歐洲古
 代ノ慣習ハ開戰ト同時ニ均シク之ヲ沒收シ得ヘキモノトシ「グロシュトス」「プロフェソドルフ」
 「ペンケルシノーグ」等モ其沒收ノ權利ヲ認メタリシカ「グアナル」ノ著書ニ於テハ敵國政府並
 ニ人民ニ對スル負債ニ關シテハ歐洲中既ニ之ヲ沒收セザル慣習ヲ生シ各國政府ハ此慣習ヲ遵守
 スヘシトノ確信ヲ以テ貸借ヲ爲シタルニ拘ラズ開戰ニ依リ之ヲ沒收スルハ列國ニ對シ自國ノ信
 用ヲ破ルルノ行爲ト看做ササルヲ得スト論シ「ユネタゴン」及ヒ「マルチンズ」モ同一ノ說ヲ唱ヘ
 就中政府ハ敵國人民ニ對スル公債ヲ沒收スルハ其國ノ信用ヲ審シ永遠ノ不利益ナルミナサズ
 現ニ慣例ニ由リ沒收スヘカラナルコトト爲リタル今日ニ於テハ管ニ之ヲ沒收シ得ヘカラサルノ
 ミナラス戰爭中ト雖モ其約定ニ係ル利子ヲモ支拂フコトト爲レリ但シ戰爭中ハ固ヨリ其支拂
 實行ヲ爲ス能ハサルニ因リ平和ニ至リテ其拂渡ヲ爲スモノトスニ至ルニ至テハ「二十五年日露戰爭」

此問題ニ付、葛藤ハ生シタル所、有名ナル「倫敦商人」ノ負債事件ニシテ、一七二五年日耳曼皇帝ハ「シレンヤ」州ノ收入ヲ振當トシ、倫敦商人ヨリ三百萬「ポンド」ヲ借入レタリシカニ、一七四二年普國王ハ英國「シレンヤ」州ノ保護ヲ受ケ、同州ニ關スル負債ヲ普國ニ於テ負擔スルコトト爲シ、然ルニ一七四四年英國ハ佛國及西國ニ對シテ戰爭ヲ搭載シタル普國船ヲ捕獲シタルガ故ニ、普國政府ハ英國人民ニ對スル「シレンヤ」州ニ關スル該負債ヲ沒收シタルニ因リ、兩國ノ爭議ト爲リ、英國政府ハ吾來國家ノ私人ニ對スル負債ヲ沒收スルノ慣例ナキトテ論シ、其沒收ヲ信用ノ破壞ト爲シ、此點ニ付テハ、普國政府モ反抗スル能ハスシテ、同負債ヲ英國商人ニ返濟スルコトトシ、英國政府ハ其抑留シタル普國ノ船舶中無事ナルモノヲ解放シ、又戰時禁制品以外ナル普國人民ノ財產ヲ沒收シタル損害三萬磅ヲ賠償シ、テ其局ヲ結ヘリ、此事件ニ於テ英國ヨリ普國政府ニ提出シタル答辯書ハ、大法官「マンズフィールド」等ノ起草ニ係リ、當時ニ於テ海上捕獲法ヲ正格ニ言明シタル點ニ於テ有名ナル「モニナラス」交戰國間ノ負債ヲ沒收スヘカラス、但シ「明確ニシタル」實例トシテ有力ナルモノヲ例示スルニ入リ、實例ニ依リ「英國」及「佛」西等古來有力ナリシ歐洲諸國ハ一般ニ戰爭ニ於テ敵國ノ債權ヲ沒收セザルノ主義ヲ採リ、殊ニ英國ニ於テハ、開戰ニ際シ、自國港灣内ニ於テ敵國ノ財產ヲ沒收スル原則ヲ採リタルニ拘ラズ、元來同國ノ商業國ナル故、判例以テ交戰國間ノ負債ヲ無効ト爲スニ於テハ、自國ノ損害少カラサルニ由リ、負債ノミニ付テハ、債權上之ヲ沒收スルコトヲ裁ルモノ、自國ノ主義シテ戰爭ノ債權ノ履行ヲ中

止シ講和ト共ニ其效力ヲ回復スルノ說ヲ採レ、一八〇七年英國トテ、抹國トテ戰爭ニ於テ開戰ニ先テ英國ハ自國港内並ニ公海ニ於テ、丁抹國ノ船舶載貨ヲ捕獲シ、之ヲ沒收シタルヲ以テ、丁抹國政府ハ自國人民ノ英國人民ニ對スル負債ヲ悉ク沒收シ、之ヲ政府ニ納ムヘキ勅令ヲ發シ、タリシカ平和ノ後、英國人民ハ丁抹國人民タル債務者ニ對シテ、其負債ヲ返濟スヘキ訴訟ヲ爲シタルニ、英國法廷ノ判決ニ於テ、丁抹政府ノ勅令ハ百餘年來ノ列國慣例ニ違反シ、國際公法ニ矛盾スルノ理由ヲ以テ、其勅令ハ負債請求ニ對スル抗辯ト爲ス能ハストセリ、但シ此判決ハ學者ノ批難スル所トス、何トナレバ、固ヨリ負債ノ沒收ハ國際公法ニ違反スルコト論ナシト雖モ、開戰ニ先テ敵國ノ財產ヲ沒收モ亦均シク國際公法上許ササル所ニシテ、英國ハ丁抹國ノ財產ヲ不法ニ沒收シ、ナカラ、丁抹國カ負債ヲ沒收スル權利ナシトスルハ、自家撞着ノ論タルヲ以テ、ナリ、隨テ今日ニ於テハ、敵國ノ財產ハ債權ト均シク沒收スヘカラサルコト疑ナク、若シ敵國ニ於テ不法ノ行為ヲ爲スニ於テハ、報仇手段トシテ、敵國ノ財產又ハ債權ニ對シテ、差押若クハ沒收ヲ爲シ得ヘカラサルノ理由ナキカ如シ

第二章 戰地ニ於ケル敵國人民ニ關スル權利

第一節 總論

戰爭ノ遂行ニ關スル一切ノ行為ヲ交戰者カ行ヒ得ヘキ場所ハ、公海又ハ交戰國雙方ノ版圖内ニ限リ、交戰者ハ中立國ノ領土及ビ領海ニ於テハ、戰爭ニ關スル如何ナル行為ヲモ爲スコト能ハス又戰



地ニ於ケル敵國人民ニ關シ昔時歐洲ノ戰争ニ於テハ交戦國人民ニシテ苟モ兵器ヲ執リ得ヘキ者ハ軍籍ニ在ルト否トニ拘ラス悉ク敵國人民ニ對シテ加害ノ行為ヲ爲シ得ルコトトシ殊ニ敵軍カ自國ニ侵入スル場合ニ於テハ其防禦ノ戰争ニ從事シタルモノトス加之第十八世紀ノ學者中「ピンケルシューク」「ウルフ」如キハ敵人ニ對シテ如何ナル加害ヲモ爲シ得ヘク其生命財產ニ對シ無制限ニ加害行為ヲ爲シ得ルヲ原則トスト説キタルニ拘ラス「グロシュース」及ヒ「グワテル」ハ博愛主義ニ基キ敵國民ノ戰闘ニ從事スル者ニ對シテスラ寛大ノ行為ヲ主張シ社會ノ進歩ト共ニ自ラ此道理ハ勢力アリ有スルニ至リ現今ニ於テハ交戦國カ敵國ニ對シテ行ヒ得ヘキ兵力上ノ加害ハ戰争ヲ惹起シタル政治上ノ目的ヲ達スルニ必要ナル程度内ニ於テスヘク其目的ヲ達セントスルニハ敵國ノ兵力抵抗ヲ除去スルニ在ルカ故ニ必要上兵器ヲ執リテ戰闘ニ從事スル敵人ヲ殺傷シ若クハ之ヲ捕ヘテ俘虜ト爲シ得ヘキト同時ニ兵器ヲ以テ抵抗スルコト能ハサルカ若クハ抵抗ヲ爲ササル者ヲ殺傷又ハ虐待スルヲ得ス換言スレハ敵國ノ兵力抵抗ヲ除クノ手段ニ於テ直接且必要ナル程度ヲ超過スル戰闘力ノ使用ハ盡ク不法トスルニ至リタルモノニシテ無寧ノ敵國民民ヲ殺傷シ又ハ虐待スルノ行為ハ敵國ヲ戰慄セシメテ我要求ヲ容レシムルノ方法トシテハ雷ニ間接ナト看做シ得ヘカラサルニ非スト雖モ斯ル行為ハ我要求ヲ容レシムルノ方法トシテハ雷ニ間接ナルノミナラス之カ爲メ敵國民民ノ激昂ヲ惹起シ一層劇烈ナル抵抗ヲ結果スルコトアルヘキカ故ニ決シテ戰争ノ目的ヲ達スルニ付キ確實ノ手段ト看做ス能ハサルヲ以テ自ラ之ヲ不法トス更ニ

又兵器ヲ執リテ抵抗スル者ニ付テモ國家ハ其個人ニ對シテ仇怨ノ關係ナキカ故ニ其抵抗力ヲ防クニ必要ナル程度以外ノ加害ハ現行法上之ヲ是認スルコト能ハサルモノトス

第二節 戰闘員及ヒ非戰闘員

現行法ニ於テ交戦國人民ノ運命ニ取リテ最モ大ナル關係アルノミナラス交戦國ノ戰闘力ニ大關係ヲ有スル最モ重要ナル區別ハ交戦國人民中ニ於ケル戰闘員ト非戰闘員ト資格トス羅馬ニ於テハ其國法ヲ以テ兵士ノ宣誓ヲ爲シタル者ノミ戰争ニ從事シ得ヘキコトト爲シタリシカ中世ニ入リテハ一般人民ト戰闘員ノ區別アリタルコトナシ然ルニ第十七世紀以來文明諸國ニ於ケル中央集權ノ結果トシテ軍隊ノ組織カ整頓スルニ伴ヒ國民中ニ就キ戰争ニ從事スルモノト否トヲ區別スルニ至リ今日ノ戰争ハ「ブルセル」宣言ノ總則中ニ規定セルカ如キ「二箇ノ獨立國間（單獨又ハ同盟國ト共）及ヒ其武裝シテ整頓シタル兵力間ニ於ケル公争」ニシテ非戰闘員タル一般人ハ兵器ヲ執リテ戰争ニ從事スルヲ許ササルト同時ニ敵國軍隊ノ爲メニ濫ニ其生命、名譽及ヒ財產ニ加害セラルルコトナク戰闘員ニ限リテハ兵器ヲ以テ敵軍ヲ攻撃シ又ハ之ニ抵抗スルヲ得ヘク此戰闘ノ結果トシテ殺傷セラレ又ハ俘虜トセラルルコトアルト同時ニ敵國ノ將士ヲ殺傷シ若クハ之ヲ俘虜トシ得ヘク其敵軍ノ爲メニ俘虜トセラルルトキハ相當ノ待遇ヲ受クヘキ權利ヲ有スルモ非戰闘員ニシテ敵軍ニ兵力抵抗ヲ爲ストキハ犯罪者トシテ處刑セラルルモノトス

國際公法戰争 交戦關係ノ法則 戰地ニ於ケル敵國人民ニ關スル權利 戰闘員及ヒ非戰闘員 八三

第一款 戰闘員ノ資格

戰闘員トハ交戰國ノ人民ナルト否トヲ問ハズ本人ノ任意ニ出ツルト國家ノ強制ニ基クテ拘ラス戰爭ニ於テ交戰國ノ軍隊トシテ政府ノ命令又ハ認可ニ依リ兵器ヲ操リテ直接又ハ間接ニ戰闘ニ從事スル者ノ總稱ニシテ之ヲ分類セハ左ノ三種ト爲シ得ヘシ、實ニ第一ニ此ニ於テ、

第一 正規兵

交戰國ノ陸軍及ヒ海軍ノ將校及ヒ兵士ニシテ常備、豫備、後備又ハ國民軍ニ屬スルノ區別ナク苟モ身ヲ軍籍ニ置キ其職務ニ依リ政府ノ命令ノ下ニ兵器ヲ操リテ戰闘ヲ爲ス者ハ盡ク正規兵ト名ケ海軍ノ將士ハ陸上ニ於テ戰闘ヲ爲ス場合ニ於テモ戰闘員ノ資格ヲ有スルト同時ニ陸軍ノ將士カ海上ニ於テ敵國軍艦ヲ攻撃シ又ハ防禦ヲ爲ストモ戰闘員ノ資格ヲ失ハズ此故ニ海軍及ヒ陸軍ハ内國軍制上ノ區別ニ止リ戰闘員ノ資格ハ海陸共通ナルモノトス然レトモ海上ノ戰闘行爲ハ軍艦其他ノ官船ヲ以テノミ之ニ從事スヘキ制限アルカ故ニ其説明ハ海戰ニ於テスヘシトス又戰闘國ノ兵役ハ各國ニ於ケル國法ノ差異ニ基キ其資格ヲ本國人民ニ限ルコトアリ外國人ノ入隊ヲ許スコトアリ又本國人民中ニ於テモ常備其他ノ兵役者ニ限リ戰闘ニ際シテ志願兵ヲ之ニ編入スルコトヲ許ササルコトアリ或ハ瑞西國及ヒ米國ノ如キ常備兵ヲ置カサルカ又ハ其兵數ヲ少クシ戰爭ニ際シ一般人民ヨリ募集スル民兵ヲ以テ軍隊ヲ組織スルコトアリ此等軍制ノ差異ハ各國

ノ任意ニ屬ス又何レノ國家モ其人民ニ對シ他國ノ軍隊ニ入籍スルヲ禁ムルヲ普通トスト雖モ其禁止ヲ爲スト否トハ亦各國ノ任意ニシテ苟モ戰爭ニ於テ敵國軍隊ニ屬スル者ハ外國人ト雖モ敵國ノ戰闘員ト看做シ自國人民ニシテ敵國軍隊ニ加ハリ自國ニ抗敵スル者即チ自國ノ犯罪者ヲ除クノ外ハ總テ敵國戰闘員タルノ待遇ヲ受ケ其捕ヘラレタルトキハ總テ俘虜ノ取扱ヲ受クヘキモノトス

中世ニ於テハ傭兵ナルモノ存在シ交戰國ハ金錢ヲ以テ第三國ノ兵士ヲ雇入レ之ヲ自國ノ戰爭ニ從事セシメ瑞西國ノ如キハ一八五九年伊太利半島ノ戰爭ニ於テモ傭兵トシテ自國兵士ヲ交戰國ニ貸與シタル所ナリシカ現今ニ於テハ中立國ノ義務トシテ其兵士ヲ交戰國ニ貸與スルコト能ハス又交戰國モ自國內ニ在ル他國ノ人民ヲ強制的ニ軍隊ニ編入スルコト能ハサルヲ原則トス但シ外國人民カ其任意ニ依リ交戰國ノ軍隊ニ加ハラントスルトキ又ハ本國ニ於テ許可スルトキハ傭兵トシテ入隊ニ使用シ能ハサルニ非ス日清戰爭ニ於テハ外國人民ノ我國軍隊ニ編入若シハ傭兵トシテ入隊ニ使用シタル者多數ナリシニ拘ラス我國政府ニ於テハ之ヲ斥ケタリト雖モ清國ハ獨逸國軍人ノ如キ他國ノ人民ヲ軍隊ニ編入シタルハ其實例ニシテ斯ル場合ニ於テハ其個人ハ固ヨリ中立國タル本國ノ保護ノ下ニ立ツコト能ハスシテ對敵國ハ之ヲ敵國ノ戰闘員ト看做スヘキモノトス英米兩國其他陸軍ノ比較的ニ小ナル國ニ於テハ平時ニ於テモ其軍制上民兵ヲ陸軍ニ附屬セシメ

國際公法(戰時) 交戰關係ノ法則 戰地ニ於ケル敵國人民ニ關スル權利 戰闘員及ヒ非戰闘員 八五

隨時之ニ訓練ヲ施シ戰爭ニ使用スルモノナルカ故ニ斯ル兵士ハ戰闘員ノ資格ヲ有スルコトモ疑ナク陸戰ノ法規慣例條約第一條ニ於テモ「民兵又ハ義勇兵團ヲ以テ軍ノ全部又ハ一部ヲ組織セサル民兵國ニ於テハ之ヲ軍ノ名目ニ包含ス」ト規定セリ然レトモ交戰國陸軍ノ一部ヲ組織セサル民兵又ハ義勇兵ニ付テハ嘗テ議論アリタル所ニシテ戰爭ニ際シ交戰國政府カ普通人民ニ許可ヲ與ヘテ特別ノ兵團ヲ作ラシメ之ニ民兵又ハ義勇兵ノ名稱ヲ付シテ戰闘ニ利用シ得ヘキヤ若クハ人民カ政府ノ許可ニ基カス任意ニ集マリテ兵團ヲ組織シ敵軍ニ抵抗スルトキハ戰闘員ト看做スヘキヤ否ヤハ問題ト爲リ第十五六世紀ノ戰爭ニ於テハ交戰國ノ君主カ開戦ニ際シ宣言其他ノ布告ヲ以テ其人民ニ海上並ニ陸上ニ於テ兵器ヲ操リテ敵國ニ對シ戰闘シ得ヘキ許可ヲ與ヘタリシカ其後漸次ニ各國陸軍ノ整頓スルニ從ヒテ進撃的ノ戰爭ハ必ズ正式ノ軍隊ヲ以テノミ之ヲ行セ軍ニ防禦的ノ戰爭ニ於テ不規則ナル兵士ヲ用ユルニ至リ第十八世紀ノ初ニ於テハ陸上ノ戰爭ハ總テ正式ナル軍隊ニ依リテノミ行ハレ普通人民ノ兵力抵抗ヲ爲スハ假令政府ノ許可ニ基キタル場合ト雖モ戰闘員ト看做ササルコトト爲レリ然ルニ佛國革命戰爭及ヒ那破翁戰爭中ニ於テ普、佛、露ノ諸國ハ正式ノ軍隊以外ニ民兵其他不規律ノ兵士ヲ使用シ人民ノ兵力抵抗ヲ獎勵スルニ至リタルモノニシテ普佛戰爭中佛國カ一八七〇年七月十七日陸軍大臣ノ訓令ニ依リ組織シタル義勇兵及ヒ同年八月二十九日特別法律ニ依リ組織シタル國民軍ヲ獨逸國ハ戰闘員ト看做サス同國ハ其陸軍ニ訓令シテ外部ノ徽章ヲ以テ兵士タル資格ヲ表彰セサル一切ノ兵士ニシテ獨逸軍隊ニ兵

力抵抗ヲ爲ス者ハ死刑ニ處スルコトトシ佛國政府ハ之ニ抗議シテ同國義勇兵ハ一定ノ服裝ヲ爲シ又袖ニ赤條ノ徽章アルカ故ニ戰闘員ノ資格ヲ有スト論シタルニ對シ獨逸ハ佛國ノ農夫モ同一ノ服裝ヲ爲ス者アリ又赤條ノ徽章ハ遠方ヨリ看別シ得ヘカラサルカ故ニ戰闘員ト爲スコト能ハスト主張シ遂ニ佛國政府モ同九月二十九日及ヒ十月十一日ノ勅令ヲ以テ義勇兵ノ服裝ヲ改メ小銃ノ到達距離ニ於テ兵士タル徽章ト識別シ得ヘキモノヲ附著スヘキコトト爲セリ

一八七四年「ブルッセル」會議ニ於テ歐洲中大ナル陸軍ヲ有スル諸國ハ成ルヘク戰闘員ノ範圍ヲ縮小セントシ之ニ反シ陸軍ノ兵力カ小ナル諸國ハ其利益上一般人民カ敵國軍ニ反抗スルコトヲ望ムカ故ニ民兵義勇兵ヲ始メ一般人民ト雖モ國防ノ爲メ戰闘ニ從事スル者ヲ戰闘員ト看做スヘキコトヲ主張シ其討議ノ結果トシテ同宣言第九條ニ左ノ條件ヲ提起セリ

戰闘ノ法規及ヒ權利義務ハ獨リ之ヲ軍ニ適用スルノミナラス左記ノ條件ヲ具備スル所ノ民兵義勇兵團ニモ亦之ヲ適用ス

- 第一 部下ノ爲メニ責任ヲ負フ者其頭ニ在ルコト
- 第二 遠方ヨリ看別シ得ヘキ固著ノ徽章ヲ有スルコト
- 第三 公然武器ヲ携帯スルコト
- 第四 其動作ニ於テ戰闘ノ法規慣例ヲ遵守スルコト

以上ノ條件ハ民兵、義勇兵ヲ戰闘員ト看做スヘキヤ否ノ問題ニ關スル現行法ニシテ陸戰ノ法規

慣例條約第一條ニモ同一ノ規定アリ。隨テ此條件ニ依ルトキハ戰闘員ノ資格ヲ存スヘキ民兵又ハ義勇兵ハ第一條件トシテ島合ノ團體ナルカ又ハ人民個個ノ兵力抵抗ナルコトヲ許サスシテ其團體ヲ統御指揮スル將校若クハ首長ノ存在シテ本國ノ爲メニ戰闘ニ從事シ其團體ノ行動ニ付指揮者ハ之カ責任ヲ有シ又指揮者ノ行爲ニ付テハ國家ハ責任ナルコトヲ自ら必要トシ第二條件トシテ民兵、義勇兵ハ正規兵ノ如ク必スシモ一定ノ軍服ヲ着用スルコトヲ要セザレトモ少クトモ遠方ヨリ肉眼ヲ以テ其兵士タルコトヲ看別シ得ルニ足ルヘキ一定ノ徽章ヲ衣服及ヒ帽子等ニ附着スルコトヲ要ス何トナレハ斯ル徽章ナキコトハ對敵國軍隊ニ於テ之ヲ普通人民ノ區別シ能ハサルヲ以テ往々其間違ヨリ生スヘキ自己ノ危險若クハ不利益ヲ獨リ受クヘキモノニ非サルカ故ニ斯ル徽章ヲ有セザルモノハ之ヲ戰闘員ト看做シテ待遇スヘキ義務ナキヲ以テナリ加之徽章ハ固着シ居ルコトヲ必要トスルカ故ニ民兵、義勇兵カ隨意ニ之ヲ除去リ又ハ適宜ニ之ヲ附着シ得ヘキモノナルヲ許サス又第三條件トシテ其兵士ハ公然兵器ヲ操リテ戰闘スルコトヲ必要トシ本國ノ爲メ其戰爭ヲ遂行スルノ公然ナル目的及ヒ手段ニ出ツヘク單ニ自己ノ利益ノ爲メ戰亂ニ乘シテ財物ヲ掠メ又ハ個人ノ宿怨ヲ遂行スルカ爲メナルモノハ固ヨリ之ヲ戰闘員ト爲サザルベシナラス陰險的ニ兵力抵抗ヲ爲ス者ハ戰闘員ノ待遇ヲ受ケルコト能ハス更ニ又第四條件トシテ其兵士カ戰闘ニ關スル行動ハ悉ク國際公法ノ法規ニ依ルヘク野蠻的ニ戰闘方法若クハ詐欺手段ニ出ツルトキハ戰闘員ノ資格ヲ有セズ民兵又ハ義勇兵ニシテ此四條件ヲ悉ク具備スルトキハ始

メテ戰闘員ト認ムヘク其條件ノ一タリトモ之ヲ缺クコトアルトキハ戰闘員ノ待遇ヲ受ケルコト能ハス入以テ對敵國人民ノ權利ヲ侵害スルハ其間違ヤシキ事ナリ

第三 地方防禦兵ノ區別

普通人民ニシテ兵力抵抗ヲ爲ス者ヲ戰闘員ト看做スヘキ他ノ一種ハ交戰國一方ノ軍隊カ他方一方ノ交戰國ニ侵入スルニ當リ其侵略ヲ受ケントスル地方ノ人民カ其土地ヲ敵軍ノ手ニ委ヌルニ忍ヒス兵器ヲ操リテ之ニ對抗スルコトアリ斯ル場合ニ於テ其戰爭ノ運命ニ大關係アル敵軍カ占領ニ其地方ノ歸スルヲ座視スルニ忍ヒス愛國心ノ熱情ヨリシテ自然ニ兵器ヲ操リテ集合シ敵軍ニ對抗スル者ヲ戰闘員ニ非ストノ故ヲ以テ強盜ト同一視シ之ニ不名譽ノ刑罰ヲ科スルハ其情ニ於テ憐ムヘキ所アルカ故ニ「プロテクトセル」宣言第十條ニ左ノ規定ヲ爲セタリ

「未タ占領セラレザル地方ノ人民ニシテ敵ノ接近スルニ當リ第九條ニ從ヒテ編制スルノ暇ナク自然武器ヲ操リテ侵入軍隊ニ抵抗スル者ニシテ戰闘員ノ法規例ヲ遵守スル者ハ交戰者ト看做スヘシ」

此規定ハ「オクタヌフオード」陸戰法規及ヒ平和會議陸戰法規例條約第二條ニ於テモ之ト同一ノ規定アリ隨テ斯ル人民ノ兵力抵抗ニ付テハ民兵、義勇兵ニ必要ナル第一及ヒ第二ノ條件則チ其兵團ヲ指揮スル責任者又ハ一定ノ徽章ヲ着スルコトヲ必要トセス然レトモ公然武器ヲ携帯シ戰闘ノ法規例ニ依リ動作ヲ爲ス者ナルコトヲ必要トス但シ「プロテクトセル」宣言及ヒ陸

戰ノ法規例ニ關スル第一回平和會議ノ條約ノ明文ニハ公然兵器ヲ操リテ戰闘ニ從事スヘキ明
 文ナシト雖モ其兵器ヲ操リ敵對スルノ方法ハ固ヨリ公然ナルヘキコトヲ必要トスルカ故ニ第二
 平和會議ニ於テハ前條文ヲ修正シ公然兵器ヲ操ルノ文字ヲ加ヘ益其ノ意義ヲ明ニセリ
 茲ニ注意ヲ要スルハ地方防禦兵ニシテ戰闘員ト看做サル場合ハ敵軍ノ爲メ未ダ占領セラレ
 ル地方ナルコトヲ要ス敵軍ノ接近シ之カ爲メ侵入セラレントスル地方ナルモ其手ニ陥リテ占領
 ト爲ラサル地方ニ於テ其人民ノ兵力抵抗ナラサルヘカラス何トナレバ若シ敵軍ノ爲メ其地方ノ
 占領セラレタル後ニ於テ居住ノ人民カ占領軍隊ニ對抗スルハ戰闘員ノ待遇ヲ受クルコトナク占
 領者ハ之ヲ犯罪者トシテ軍法又ハ刑法ニ照シテ處罰シ得ヘキモノナルヲ以テナリ

第二款 非戰闘員

戰闘員以外ナル一切ノ交戦國ノ人民ハ悉ク非戰闘員ニシテ又屢々之ヲ受働の敵人ト稱ス第十八
 世紀以後ニ於テハ兵士以外ノ普通人民ハ戰爭中ト雖モ生命、身體ニ付キ敵意ノ加害ヲ受クルコ
 トナク又其財產ハ陸上ニ於テ假令戰地ニアルモ尊重セラレヘキモノトス米國陸軍訓令第二十
 五條ニ「近世歐洲ノ人民及ヒ同人民カ地球上他ノ部分ニ於テスル規律正シキ戰爭ニ於テハ敵國ノ
 無辜ナル人民ヲ保護スルコトヲ法則トシ私人關係ヲ案ルハ其例外ナリ」ト規定シ陸戰ノ法規
 例條約第四十六條ニ於テモ「家族ノ名譽及ヒ權利、個人ノ生命及ヒ私有ノ財產並ニ宗教ノ信仰及

ヒ其ノ遊行ハ之ヲ尊重セサルヘカラスシテ私有財產ハ之ヲ沒收スルコトヲ得ス」ト規定シ又第
 四十七條ニ「掠奪ハ嚴禁ス」ト特ニ規定セリ
 非戰闘員ハ假令軍隊ニ附屬シテ其一部ヲ成ス場合ト雖モ其非戰闘員タル資格ヲ失フコトナシ隨
 テ非戰闘員トシテ有スヘキ權利義務ニ變更アルコトナシ此故ニ陸海軍ノ經理官其他行政官及ヒ
 通信者、嚮導者、酒保、用達人ノ如キハ軍隊ノ一部ヲ組成スルニ拘ラス非戰闘員ナルカ故ニ自
 ラ兵器ヲ操リテ戰闘ニ從事セザル以上ハ非戰闘員ノ待遇ヲ受クヘク若シ戰闘ニ從事スルトキハ
 犯罪者トシテ敵國ノ爲メ處刑セラルモノトス然レトモ凡テ非戰闘員ノ生命、身體及ヒ財產ヲ
 尊重スヘキ原則ハ之ニ故意ノ加害ヲ禁スルニ止リ軍隊ニ隨行スル者カ戰闘ノ爲メニ間接ニ受ケ
 タル損害ハ固ヨリ咎ムルコト能ハス加之私有財產ヲ不可侵トシ又ハ之ヲ尊重スヘキ原則ニハ大
 ナル例外アリ即チ軍隊ハ其占領地ノ人民ニ對シテ徵發及ヒ取立金ヲ命スルノミナラス戰闘ノ必
 要上戰地ニ於ケル私人ノ財產カ破壞、燒却又ハ蹂躪セラルルコトアルハ固ヨリ免ルヘカラスシ
 テ「トウ・ス」ハ其著國際公法ニ於テ私有財產ヲ不可侵トスルノ原則タル畢竟スルニ程度ノ問
 題ニ屬シ若シ此原則ヲ絕對のナリトセハ到底作戰動作ハ行ハルヘカラスニ至ルヘシト論シ陸
 戰ノ法規例條約第二十三條末項ニ於テモ「戰爭ノ必要上萬已ムヲ得サルノ外又ノ財產ヲ破壞
 シ又ハ押取スルコト」ヲ禁シ第二十二條ニ「防禦セサル市府、町村落、居宅又ハ建物ヲ攻撃又ハ
 砲撃スルヲ禁ス」トシ又防禦アル市府ノ攻撃ニ付テモ第二十六條ニ「攻擊軍隊ノ司令官ハ強襲

場合ノ外砲撃ヲ始ムル前ニ其旨ヲ官廳ニ通告スル爲メ總テ其權内ニ屬スル一切ノ手段ヲ施ス
ヘキモノトス」ト規定シタルハ悉ク故意及ヒ不必要ノ加害ヲ之ニ與フルコトヲ禁シタルニ止リ
戰闘ニ伴フ間接ノ損害並ニ作戰上已ムラ得サル場合ニ於テ之ニ加害スルハ妨ナシ要スルニ交戰
國軍隊ハ敵國ノ非戰鬥員カ軍隊ニ反抗スルカ又ハ軍隊ノ戰鬥ニ關スル動作ヲ妨害セサル限リハ
殊更ニ之ニ故意ノ加害ヲ爲スヘカサルノミナラス却テ其人民ノ生命、身體、財産及ヒ名譽ヲ
保護スヘキ義務アルモノトス

第二節 俘虜

第一款 俘虜ノ性質

古代ニ於テハ敵人ノ人格ヲ認メナリシカ故ニ戰爭ノ俘虜ハ之ヲ捕ヘタル個人ノ所有トシ其捕獲
者ハ之ニ對シ生殺與奪ノ自由ヲ有シタルヲ以テ奴隸トシテ終身之ヲ使役スルハ其生命ヲ奪ハツ
ルカ故ニ寧ロ寛大ノ行爲ト看做サレ俘虜ハ賣買、贈與ノ目的物ト爲リ一四四一年當時仁君ト稱
セラレタル佛國王「シャルル」第七世スラ英國人ノ俘虜ヲ裸體トシ鎖ヲ以テ其頸ヲ繫キ巴里市
中ニ驅シテ之ヲ賣却シ其殘餘ハ手足ヲ縛シテ之ヲ「セイン」河ニ投棄シタルコトアリテ俘虜ヲ
奴隸ト爲スノ慣習ハ第十八世紀ノ初ニ至ルマテ存續セリ然ルニ一面ニ於テ中世騎士制度ノ發達
ニ際シ戰闘ニ於テ生擒シタル者ヲ奴隸トシ終身之ヲ使役スル代リニ金錢ヲ以テ自ら賠償セシム

ルノ慣行ヲ生シ當初其約定ハ捕獲者ト俘虜トノ間ニ於ケル個人的ノモノナリシカ第十四世紀以
後ニ於テハ戰爭後國王カ敵國ヨリ自國人民ノ俘虜ヲ賠償シタルコト多ク第十七世紀ニ入りテハ
國家間ノ條約ヲ以テ其代價ヲ定メ之ヲ賠償スルコト行ハレ又此賠償ノ慣例起リタルト殆ト同時
ニ交戰國ハ互ニ俘虜ヲ交換シテ歸國セシムルノ慣行ヲ生シ賠償ト交換トヲ同一條約中ニ規定セ
ラレタルコト尠カラズ斯ル條約ノ最後ノモノハ一七八〇年英佛條約ニ於テ將官ハ兵士六十名ト
交換シ兵士一名ノ賠償額ヲ一磅トセリ然ルニ「ヴァテル」ノ著書以來俘虜ニ關スル慣例ハ非常ニ
寛大ニ赴キ同氏ノ言ニ敵國ニシテ兵器ヲ捨テ身體ヲ自國ニ委ネタル者ハ其以後ノ行爲ニ於テ之
ヲ殺戮シ得ヘキ權利ノ發生スルカ又ハ死刑ニ該當スル犯罪アリタルニ非サレハ其生命ヲ奪ヒ又
ハ奴隸ト爲スコト能ハスト説キ總テ俘虜ハ之ヲ拘留シ得ヘキモ虐待スヘキモノニ非ス俘虜モ亦
人類ニシテ就中不幸ナル者ナリト説キ此道理ハ其後漸次ニ列國ノ認ムル所ト爲リタルモノトス
現今國際公法ニ於テ俘虜ノ性質ヲ約言スレハ總テ俘虜ハ國家ノ俘虜ニシテ之ヲ捕ヘタル個人又
ハ軍隊ニ所屬スヘキモノニ非ス又決シテ犯罪人ニ非サルカ故ニ敵國ニ對スル復讐ノ目的物ト爲
スコトヲ許サスシテ俘虜ハ敵國ノ戰鬥員其他敵軍ニ從屬スル個人ニシテ降服若クハ捕獲ニ依リ
テ自國ノ權力ノ下ニ入りタル無辜ノ敵人ト看做シ仁愛ノ心ヲ以テ待遇セラレヘキモノト爲レリ
戰爭ニ於テ俘虜ト爲シ得ヘキ人員ヲ舉クレハ左ノ如シ

第一 總テ戰闘ニ於テ正當ニ殺傷シ得ヘキ者即チ一切ノ戰闘員ハ悉ク之ヲ俘虜ト爲シ得ヘク就

中病者ノ負傷者ハ其取扱ニ關シ一八六四年又ハ一九〇六年「ジュネヴ」條約ノ規定ヲ遵守ス
ヘキモノナレドモ俘虜タルコトヲ失ハス」ハ云ハレタリ

第二 非戦闘員ハ原則トシテ之ヲ俘虜ト爲スヘカラスト雖モ素ト敵人ヲ俘虜トシテ戰爭中自國
ニ拘留シ置クハ敵人ニ加害シ得ヘキ原則ヲ適用上最モ寛大ノ行爲ナルカ故ニ戰鬥ノ進行上其作
戰ニ關シ一定ノ非戦闘員ヲ拘留シ置クコトカ戰爭ノ目的ヲ遂行スル上ニ於テ自國ニ必要アルカ
若クハ便宜ナルカ又ハ其拘留カ敵國ニ取リテ不利益ト見ルヘキトキハ之ヲ俘虜ト爲シ得ヘシ此
故ニニモ戰中非戦闘員ノ權利ハ其對敵國ノ關係ニ關シテ限リテ行使スルコトナリ

(一) 敵國ノ君主、皇族、政府ノ高官、外交官其他特別ノ事情ニ因リ戰爭ニ關シテ敵國ノ有
力者ト認ムヘキ者、其捕獲スルハ又ハ其對敵國ノ關係ニ關シテ其生命ヲ保全スルコト又
ハ(二) 兵器ヲ操リテ戰鬥ヲ爲ササルモ軍隊ニ使用セラレ其作戰動作ヲ補助スル者例ヘハ陣中
交ノ警察、裁判ヲ行フ官吏軍吏其他軍隊ノ行政ニ關スル官吏、輕氣球乘者、軍隊嚮導者、通信
員、電信郵便ノ技術者等ノ如シ但軍隊ノ一部ヲ組成スル陸軍病院、戰地假病院若クハ綑帶所
又ハ病院船ノ醫員其他之ニ附屬ノ人員ハ赤十字條約ノ規定及ヒ赤十字ノ原則ヲ海戰ニ應用ス
ル條約ノ規定ニ因リ俘虜ト爲スコト能ハス

(三) 商船ノ船員ナル敵國人民ハ敵國海軍ノ必要ニ從ヒ何時ニテモ其軍艦ニ轉用セラレ又諸
國ニ於テハ國法ヲ以テ之ヲ徵用スルコトト爲シ居ルカ故ニ敵國海軍ノ補充ヲ防キ其戰時方

弱ムルノ必要上之ヲ俘虜ト爲シ得ヘシ一七五三年英國ハ佛國商船ノ水夫一萬二千人ヲ俘虜ト
爲シタルカ爲メ佛國ノ海上戰鬥力ニ一大打擊ヲ與ヘタルハ其一例ナリ又一八七〇年普佛戰爭
中佛國ハ獨逸商船ノ水夫ヲ俘虜トシタルニ普國ハ之ニ抗議シ其水夫ヲ直チニ解放スルニ非サ
レハ報仇ヲ爲スヘキコトヲ以テシ其理由トシテ商船ノ水夫ヲ俘虜ト爲スノ目的ハ敵國人民カ
私船ヲ以テ捕獲ヲ行フ者ヲ滅却スルニ在リ然ルニ佛國及ヒ普國ハ共ニ一八五六年巴里宣言ノ
締約國ニシテ私船ヲ拿捕ノ用ニ供セサルコトト爲シ居ルカ故ニ兩國間ニ於テハ商船ノ水夫ヲ
俘虜ト爲シ得ヘキ理由ナシトシ佛國政府ハ之ニ答ヘテ交戰國カ敵國商船ノ水夫ヲ俘虜ト爲シ
得ヘキ慣習法ノ存在ハ古來爭フヘカラサル所ニシテ巴里宣言ノ規定ニ關係ナク商船ノ水夫ヲ
俘虜ト爲シ得ヘキ理由ハ何時ニテモ其水夫ヲ海軍ニ轉用セラレ得ルニ在ルコトヲ以テセリ之
ヲ要スルニ商船ノ水夫ハ一般ノ非戦闘員トハ特別ノ性質ヲ有シテ恰モ非戦闘員ト戦闘員トノ
中間ニ立ツモノト見ルヘク其水夫ハ戰爭中自ラ進テ敵軍ヲ攻撃シ能ハスト雖モ其商船ノ捕獲
ヲ防禦スルカ爲メ敵國艦船カ其拿捕ヲ行ハントスルニ際シテハ兵力抵抗ヲ爲シ得ヘク其兵力
抵抗ノ爲メ一般非戦闘員ノ場合ノ如ク處刑セララルコトナシ此故ニ日露戰爭中我艦ニ於テハ
海軍ノ拿捕シタル露國商船ノ船員及ヒ中立國商船ノ船員ニシテ露國臣民タル者ヲ俘虜トセテ
軍ニ露國船員中同國海軍將校タル者三名ノミヲ俘虜ト爲シタルニ止リタルハ戰爭ノ慘害ヲ成
ルヘタ非戦闘員ニ及ボサタル寛大ノ處置ナリトモ露國ニ於テハ之ニ反シ其拿捕シタル我國商

船員ノ大多數ヲ俘虜トシタルハ嚴酷ナル處置ナルコト疑ナシト雖モ決シテ不法ト云フヘカハ
ズニ戰時海軍中隊醫官軍醫等ハ赤十字條約第九條ニ「傷者及病者ノ收容、輸送及七治
(四) 說法者及ヒ醫師等ニ關シテハ赤十字條約第九條ニ「傷者及病者ノ收容、輸送及七治
療並ニ衛生上ノ移動機關及ヒ固定營造物ノ事務ニ専ラ従事スル人員軍隊附屬ノ救法者ハ如何
ナル場合ニ於テモ尊重保護セラルヘク敵手ニ陥ラタルトキト雖モ俘虜トシテ取扱ハルコト
ナシ」ト規定シ在ルカ故ニ交戰國ノ陸軍ニ屬スル病院綱帶所等ノ醫師其他ノ事務員ハ假令之
ヲ捕獲スルモ決シテ俘虜ト爲スコト能ハス又海戰ニ於テモ平和會議ノ決議ニ係ル赤十字條約
ノ原則ヲ海戰ニ應用スル條約第一條乃至第三條ニ依リ交戰國ノ軍用病院船又ハ交戰國若クハ
中立國ニ於ケル個人又ハ公認セラレタル救恤協會ノ費用ヲ以テ機裝シタル病院船ニシテ其
屬國ヨリ官ノ命令ヲ付シ交戰國ニ豫メ通知シアル船舶内ニ在リテ救法、醫療及ヒ看護ニ従事
スル人員ハ俘虜ト爲スコト能ハサルノミナラス同條約第七條ノ規定ニ依リ交戰國ノ軍艦其他
ノ官船又ハ一般ノ私有船舶カ敵國ノ爲メ捕獲セラレタル場合ニ其艦船内ニ在リテ救法、醫療
及ヒ看護ニ従事スル人員モ均シク俘虜トセラルコトナシ然レトモ說法者若クハ醫師ニシテ
陸戰ニ於テ戰地假病院又ハ陸軍病院ニ屬セス若クハ赤十字社ノ如キ公認セラレタル救恤協會
ノ職務ニ従事スルコトナク單ニ個人ノ資格ヲ以テ軍隊ニ従事シ居ル者ハ俘虜ト爲シ得ヘキヤ
否ヤニ付テハ議論アリタル所ナレトモ古來斯ル人員ヲ俘虜ト爲スヘカラストル法則ハ亦十

第二款 俘虜ノ待遇

字條約及ヒ平和會議ノ條約ノ規定ヲ除ク外ハ存在シタルコトナキカ故ニ此等條約規定ノ範圍
外ニ在ル者ハ自ラ俘虜ト爲シ得ヘキカ如シ然レバ戰時公法ニ依リテ本國ヨリ交戰國
ニ送付スルハ其國ノ義務ナリトモ戰時公法ニ依リテ本國ヨリ交戰國ニ送付スルハ其國ノ義務ナリトモ
俘虜ノ待遇ニ關スル原則トシテ俘虜ハ總テ國家ノ俘虜ナルカ故ニ國家ノ權力ヲ以テスルニ非テ
レハ捕獲者ニ於テ任意ニ之ヲ解放シ能ハサルト同時ニ國家モ亦國際條約若クハ慣例ニ反シテ任
意ノ待遇ヲ之ニ爲スコト能ハス凡テ戰爭中自國ニ俘虜ヲ抑留シ置クハ敵國ニシテ其人員ヲ使用
スルコト能ハサランシメ又俘虜自體ヲシテ其本國ノ職團方ヲ増加スル行爲ヲ爲スコト能ハサラン
ムルト同時ニ自國ニ於テモ敵國ノ俘虜ヲ使用シテ自國ノ兵力ヲ増加スルコト能ハサランシムル
ニ在リテ俘虜ハ國家ノ權力ノ下ニ在ル罪ナキ敵人ナルカ故ニ人道ヲ以テ待遇スヘク單ニ其逃亡
ヲ防キ戰爭ノ終局迄無事ニ之ヲ抑留シ得ヘキ範圍内ニ於テ其身體ノ自由ヲ拘束シ得ヘキニ過キ
ス事ハ相違ニシテ其權利ノ制限、軍用機關ニ關シテハ其權利ノ制限、軍用機關ニ關シテハ其權利ノ制限、
俘虜ノ逃亡ヲ豫防シ之ヲ安全ニ抑留シ得ヘキハ交戰國ノ絕對權利ニ屬シ俘虜ハ之ヲ捕獲シタ
ル軍隊ヨリ本國ニ護送スルカ又ハ戰地ヨリ隔タリタル場所ニ護送シ抑留國陸軍ノ法律規則並ニ
其ノ令ニ服從セシメ得ヘク陸戰ノ法規條約第八條ニ「俘虜ハ之ヲ其權内ニ屬セシメタル國
ノ陸軍現行法律規則及ヒ命令ニ服從スヘシ護送ニ從順ノ行爲アルトキハ俘虜ニ對シテ必要ナル
國際公法(戰時) 交戰關係ノ法則 戰地ニ於ケル戰俘人民ニ關スル權利 俘虜 九七

嚴重手段ヲ施スコトヲ得」ト規定シ抑留ノ安全ニ必要ナル程度以外ニ於テ其自由ヲ拘束セラレ
 度待ラ受クルコトナク又其抑留ヲ安全ニスル必要ナル程度以内ナル拘束ニハ俘虜ニ於テモ之ニ
 服従スルノ義務アルモノトス此故ニ俘虜ヲ脅迫シテ敵軍ノ兵力、敵軍ノ位置又ハ作戰ノ計畫等
 フ言明セシムルコト能ハス又其携帶ノ財産モ本國政府ニ屬スルモノハ之ヲ沒收シ得ヘシト雖モ
 私有ノ財産ニシテ兵器、馬匹、軍用書類等戰用ノ物件ヲ除ク外ハ其所有ヲ保護セラレ戰爭終
 了其他俘虜ノ歸國スル場合ニ於テ之ヲ返還スヘキモノトス
 俘虜ノ抑留所ニ付テハ其安全ヲ圖ルカ爲メ逃亡ヲ防クニ必要ナル拘束ヲ爲シ得ルノミナラス其
 監督ヲ容易ナラシムル爲メ市邑、城塞、陣營其他一定ノ場所ニ留置シ或ハ一定ノ疆界以外ニ出
 テサルヘキ義務ヲ之ニ負ハシメ得ヘシト雖モ己ムヲ得タル保安手段ニ出ツル外ハ之ヲ幽閉ス
 ルコト能ハス（陸戰ノ法規慣例條約第五條參照）シテ其取締上一定ノ場所ニ抑留シ又ハ其居留
 及ヒ散步ノ場所ヲ限局シ得ヘシト雖モ逃亡ヲ企ツルカ又ハ逃亡ヲ爲スノ虞アルカ若クハ犯行ア
 ラタル場合ニ非サレハ之ヲ獄中ニ投シ又ハ禁錮スルヲ許サズ其收容所ノ如キモ成ルヘク清潔ニ
 シテ健康ヲ害スルノ憂ナク又軍人ノ名譽ヲ保護スルノ必要上之ヲ監獄其他罪人拘留所ニ接近セ
 シメ以テ普通罪人ト同一視セララルノ嫌アル取扱ヲ避クヘキモノトス
 俘虜抑留中ニ於ケル衣食住其他生活ノ費用ハ抑留國ニ於テ負擔シタルコトアリ本國ヨリ支拂ヒ
 タルコトアリテ此問題ノ詳細ハ交戰國間ノ約定ニ因リ決定セララルコトアレトモ第十八世紀ニ

於テハ總テ之ヲ本國ヨリ支給シ戰爭中又ハ戰爭後ニ於テ其費用ヲ計算シ本國ヨリ支拂フコト一
 般ノ慣例ト爲リ本國ヨリ其取極ヲ爲ササルハ國家ノ恥辱ト看做サレタリシカ現今ニ於テハ此慣
 例カ一變シ交戰國ハ自國ノ費用ニテ俘虜ヲ給養スヘキコトト爲リ陸戰ノ法規慣例條約第七條ニ
 於テ「政府ハ其權内ニ在ル俘虜ヲ給養スヘキ義務アリ交戰國間ニ特定ノ協定キ場合ニハ食料、
 醫具及ヒ被服ニ關シ俘虜ハ之ヲ捕獲シタル政府ノ軍人ト對等ノ取扱ヲ受クヘシ」ト規定シ其給
 養ニ關シテ兩國間ノ特定ノ約定アルトキハ固ヨリ其規定ニ從フヘシト雖モ然ラサルトキハ自國
 ニ於ケル同一階級ノ軍人ニ相當スル給養ヲ爲スヘク俘虜ノ身分階級ニ應ジ各々之ニ相當ノ待遇
 ヲ與フヘキモノトス又俘虜ノ生活費用ヲ各交戰國ノ負擔ト爲スニ至リタルハ戰爭中若クハ戰爭
 後ニ於テ其相互國間ニ於テ之ヲ計算スルノ煩ヲ省キ其費用ハ戰爭終了ニ際シ戰敗國ヨリ支拂フ
 ヘキ價金其他講和條約ノ條件ノ取極ニ因リテ互ニ辨濟セラルヘキモノト看做サルルニ在リトス
 然レトモ講和ノ際價金其他ノ條件ヲ定ムルニ付キ特ニ俘虜ノ生活費用ヲ明細ニ計算シテ價金中
 ニ算入スルニ非スシテ單ニ講和條件ノ取極ニ於テ其費用ヲ包含セラレ居ルモノト看做サルルニ
 過キス然レトモ「ボーツマス」條約ニ於テハ日露戰爭中其各國ニ抑留シタル敵國俘虜ノ給養費
 ヲ互ニ計算シテ相互國ニ辨濟スヘキモノト爲シタル如キ講和條約ヲ以テ特別ノ規定ヲ置キタル
 場合ニハ締約國ハ固ヨリ其條項ヲ遵守スヘク斯ル規定ヲ講和條約中ニ設クルト否トハ亦當事國
 ノ任意ニシテ決シテ海牙條約又ハ國際法ノ法規ニ違反スルモノニ非サルト同時ニ講和條約ニ於

テ其費用ノ計算ヲ特ニ規定セサルトキハ俘虜ノ給養費ハ其講和條約ノ取極ニ依リ自ラ辨濟アリ
 タリト看做サルルモノトス
 交戰國ハ時トシテ俘虜ニ衣食住ノ費用ヲ支給スルノ外金銀上ノ手當ヲ爲シタルコトナリ一七九
 三年佛國政府ハ法令ヲ以テ敵國ノ俘虜ニ對シ其階級ニ相當スル佛國將士ト同一ノ手當ヲ與フル
 コトトシ一八七〇年佛國ハ一八五九年二月六日ノ法律ニ基キ獨逸人ノ俘虜ニ對シ一箇月毎ニ四
 磅乃至十三磅十志ヲ將校ニ與ヘ兵士ニハ一日毎ニ七「サンチム」年ヲ給シ獨逸國ハ佛國將校
 ノ俘虜ニ對シ一箇月ニ付キ一磅十六志乃至三磅十五志ノ手當ヲ給與シ日露戰役中佛國ハ俘虜取
 扱細則ニ依リ露國俘虜ノ衣食住ヲ悉ク官費ト爲シタルノ外同細則第二十一條ニ依リ俘虜將校ニ
 ハ被服補修及ヒ消耗品定額ノ名義ヲ以テ將官同相當官ニハ一箇月二十五圓佐官同相當官ニハ十
 圓尉官同相當官ニハ六圓准士官同相當官ニハ五圓ヲ支給シタルハ其實例ナリ然レトモ國際公法
 ノ原則トシテハ俘虜ノ健康及ヒ名譽ヲ害セサル範圍内ノ給養ヲ爲スヘキニ止リ其以外ニ金錢上
 ノ手當ヲ與フル義務ナク斯ル優待ヲ爲スハ各交戰國ノ任意ニ在ルモノトス又陸戰ノ法規慣例條
 約第十七條ニ於テ「俘虜將校ハ本國ノ規則ニ其規定アルトキハ俘虜ノ地位ニ在リテ給與セラ
 ルヘキ給料ヲ受クルコトヲ得但シ右ハ其本國政府ヨリ償還スヘキモノトス」ト規定シ俘虜カ抑留
 中其本國政府ヨリ支給セラルヘキ給料ヲ支拂フ抑留國政府ヨリ受ケ得ヘキモノトシ其支拂ニ付
 テハ平和克復後特別ニ計算シテ本國政府ヨリ返還スルコトト爲シタルハ米國陸軍訓令「ブル

セル」宣言及ヒ「オックスフォード」陸戰法規ニ其規定ナク又實際列國間ニ其慣例ノ存在シタ
 ルコトナキカ故ニ現行國際公法ノ法則ニ非スシテ平和會議ノ條約ノ結果ニ出テ締盟國ニ限リ條
 約上ノ義務トシテ之ヲ遵守スヘキニ過キス

交戰國ハ俘虜ヲ勞役シ得ヘキヤ否ヤニ付テハ議論アリ「カルグラー」ハ強制的ノ勞役ヲ否認シ
 テ俘虜ノ自由ニ干渉スルモノトシ抑留國ハ自國ノ兵士ニ對シテ斯ル勞役ヲ與ヘサルヲ普通トス
 ルカ故ニ俘虜ニ勞役ヲ強制シ能ハサルモノトセリ然レトモ「ヘフタル」ヲ始メ多數ノ學者ハ之
 ニ反對ノ意見ヲ有シ俘虜ヲシテ何等ノ業務ヲモ執ラシムルコトナク永ク給養シ置クハ社會一般
 ノ不利益ニシテ又戰敗國ハ之カ爲メ講和ノ際諸種ノ不利益ナル負擔並ニ戰爭ノ莫大ナル費用ノ
 外ニ於テ俘虜ノ衣食住ノ費用ヲモ加ヘ其負擔ヲ重スヘキカ故ニ俘虜ニ相當ノ勞力ヲ與ヘテ生活
 ノ費用ヲ補助セシメ得ヘク俘虜自身ニ於テモ亦相當ノ業務ヲ得テ賃銀ヲ取得スルハ却テ抑留中
 ノ無聊ヲ慰ムヘキカ故ニ交戰國ハ當ニ勞務ヲ俘虜ニ命シ得ヘキノミナラス抑留國政府ヲ取締規
 則ニ反セサル以上ハ俘虜自ラ進テ賃銀ヲ得ヘキ業務ヲ求メ得ヘシト陸戰ノ法規慣例條約第六
 條ノ規定ノ如ク國家ハ俘虜ヲ其階級及ヒ技能ニ應ジ勞務者トシテ使役スルコトヲ得但シ其勞務ハ
 過度ナルヘカラス又一切作戰動作ニ關係ヲ有スヘカサルコトハ一般ニ是認セラレ來リタル所
 ナリ此故ニ俘虜ヲ地方ノ警察其他作戰動作ニ關係ナキ事業ニハ用ヘ得ヘシト雖モ本國ノ戰爭行
 爲ヲ妨害スルカ又ハ自國ノ戰闘力ヲ直接ニ増加スル業務ニ使役スルコト能ハサルヲミナラス俘

虜ノ地位、階級又ハ能力、體力ニ注意シ其勞務ノ爲メ名譽ヲ傷ケ若クハ健康ヲ害スルニ至ラシムルコト能ハス加之其勞務ヲ與フルニ付テモ成ルヘク俘虜自身ノ利益ト爲ルヘキモノヲ與ヘ斯ル勞務ナキ場合ニ於テ始メテ強制的無報酬ノ勞力ヲ命シ得ヘキモノトス

「俘虜ハ公衛一個人又ハ自己ノ爲メニ勞務ヲ爲スコトヲ許可セラルルコトアルヘシ國家ノ爲メニスル勞務ハ内國陸軍軍人ヲ同一勞務ニ使役スル場合ニ適用スルト同一ノ割合ニテ賃銀ヲ給スヘク他ノ公衛又ハ一個人ノ爲メニスル勞務ニ關シテハ陸軍官衛ト協議ノ上條件ヲ定ムヘシ」ト規定シテ無報酬ノ勞務ヲ俘虜ニ命スルコト能ハサルコトトセリ此規定ハ「ブルノセル」宣言其他ニ存在セシテ從來ノ法則ニ非ザルカ故ニ單ニ條約上ノ義務トシテ締盟國ハ之ヲ遵守スヘク又何レノ場合ヲ問ハス俘虜ノ得タル賃銀ハ其抑留中ノ艱苦ヲ輕減スルノ用ニ供スヘク又其金額中ヨリ給養ノ費用ヲモ控除シタル後尙ホ殘餘アルトキハ解放ノトキ本人ニ交付スヘキモノトス俘虜ノ勞役ニ關シテハ日露戰爭中帝國政府ノ制定ニ係ル俘虜勞役規則ヲ參照スヘシ

日露戰爭中我國ハ前述ノ原則ニ基キ明治三十七年二月十四日陸軍省達第二十二號ヲ以テ俘虜取締規則ヲ制定シ各軍隊ノ捕獲シタル俘虜ハ内國ニ後送セシメ之ヲ松山、九龜、姫路、福知山等氣候ノ溫和ナル地方ニ收容シ其收容所ハ俘虜ノ健康名譽ヲ害セス且逃走ヲ防止スルニ足ルヘキ陸軍建築物又ハ寺院其他ノ家屋ニ開設シ其給養ニ付テハ同一階級ナル我軍人ノ給養ニ準シテ之

ヲ官給シ就中糧食ニ付テハ彼我慣習ノ同一ナラサル所アルヲ慮リ我軍人ヨリモ多額ノ費用ヲ支出シ將校ハ別室ニ置キヲ兵士ト其待遇ヲ異ニシ炊事及ヒ掃除ノ外ハ俘虜ニ勞務ヲ強制シタルコトナキノミナラス最モ其衛生ニ注意シ抑留中屢々收容所外ニ散步ヲ爲サシメ殊ニ俘虜將校同相當者ニ對シテハ一定ノ宣誓ヲ以テ自由散步及ヒ民家居住ヲ許可シ負傷者又ハ疾病ニ罹リタル者ハ收容所附屬ノ病室又ハ陸軍豫備病院ニ於テ治療ヲ加ヘ死亡者ハ其階級ニ應ジ相當ノ禮儀ヲ以テ我政府ノ費用ヲ以テ陸軍埋葬地内ニ埋葬セリ

俘虜ニシテ犯罪アリタル者ハ其罪科ニ相當スル刑罰ヲ免ルルコト能ハスシテ其氏名階級ノ訊問ニ對シテハ誠實ニ答フヘク虛偽ノ陳述ヲ爲シタルトキハ一般俘虜ニ對スル待遇ノ一部ヲ之ニ與ヘサルコトヲ得ヘク取締ノ規則又ハ命令ニ從ハサルトキハ嚴重ノ手段ヲ之ニ施シ得ルノミナラス俘虜中斯ル行爲アリタルトキハ其犯罪者ヲ處罰スルニ止マラスシテ犯罪者ト其ニ抑留シ在ル他ノ俘虜ニ付テモ同一行爲ヲ爲スコトヲ豫防スルカ爲メ其監督上嚴重ノ手段ヲ取り得ヘシ更ニ又俘虜ノ待遇ハ戰爭ニ關スル俘虜タル資格ニ伴フヘキモノナルカ故ニ個人ノ刑法上ノ犯罪ハ俘虜タルノ故ヲ以テ其處罰ヲ免ルル能ハス此故ニ戰爭前ニ抑留國ニ於ケル刑法上ノ犯罪アルカ又ハ戰爭中國際公法上ノ犯罪アルカ若クハ俘虜ト爲リタル後ニ於テ犯罪アリタルトキハ之ヲ處罰シ得ヘク我國ニ於テハ陸海軍刑法ニ依リ軍法會議ニテ俘虜ノ犯罪ヲ審理處刑スルコトト爲リ居レリ但シ俘虜ノ單獨ニ逃走ヲ企ツルハ國際公法上之ヲ犯罪ト爲スコト能ハスト雖モ俘

勝ノ共謀ニ因ル逃走ハ抑留國ニ於テ處罰シ死刑ヲモ之ニ科シ得ヘシ何トナレハ俘虜ノ共謀ニ依ル反抗又ハ逃走ハ抑留者ニ取リ最モ危險ニシテ若シ之ヲ不名譽ナル犯罪トシテ處罰スルコトヲ許ササルトキハ容易ニ多數ノ俘虜ヲ安全ニ保管シ能ハスシテ俘虜ノ監督ニ關スル法則ハ殆ント實用ナキニ至ルヘキヲ以テナリ然レトモ其單獨ナル逃走ニ於テモ抑留國ハ其逃走ヲ妨グルニ付テハ絕對的ノ權利アルカ故ニ追捕者ハ逃走ヲ妨グノ必要上如何ナル手段ヲ執ルモ不可ナク兵器ヲ用ヒテ之ヲ遮リ其結果トシテ之ヲ殺傷スルモ妨ナシ此點ニ付テハ日露戰役中我政府ノ制定シタル俘虜取扱規則同細則及ヒ俘虜處罰ニ關スル法律ヲ參照スヘシ

俘虜降人ニシテ犯罪ナキ者ハ殺傷シ能ハサルヲ原則トシ兵器ヲ捨テ又ハ自衛ノ手段盡キテ降ヲ乞ヘル敵兵ヲ殺傷スルコト能ヘス(陸戰ノ法規慣例條約第二三條)然ルニ第十八世紀ノ終ニ至ルマテハ少數ノ兵士カ城塞ニ據リテ敵ノ大軍ニ反抗スルトキハ其敵抗ハ到底望ナキ戰闘ヲ繼續シテ單ニ敵軍ヲ惱マヌノ行爲ニ過キサルノ故ヲ以テ其降伏ヲ許サス又降伏シタル者ハ悉ク殺戮スルノ慣例アリタリシカスル道理ニ背キ人情ニ反シタル慣例ハ少クモ第十九世紀ノ初ニ於ケル那破翁戰争以後ハ行ハレサルコト爲レリ何トナレハ少數ノ兵士ヲ以テ敵ノ大軍ニ頑固ナル抵抗ヲ爲スハ必スシモ望ナキ戰闘ヲ繼續シ不必要ナル殺傷ヲ爲スニ限ラヌ往往之カ爲メニ其本國ノ運命ヲモ挽回スルコトアル最モ勇敢ナル行爲ニシテ軍隊ノ本國ニ對スル責任ヲ忠實ニ盡スモノナレカ故ニ其抵抗ハ寧ロ賞賛スヘキ行爲ニ屬シ其敵抗ス爲メ之ヲ虐待スルハ人情ニ反スルヲ

法學志林

第十五卷 每月一回廿日發行
 第十二號 定價一冊金拾五錢 第百七十二號
 十二月廿日 發售 郵稅 金壹錢

◎ 志 林

債務者及第三者ノ共同行爲ニ因ル損害ノ賠償責任
 合 致 論 (承前) ドクトルユーリス 神 戶 寅 次 郎

「バルカン」半島紛争史 (承前)

二重抵當ノ刑法上ノ責任 法學士 寺 田 精 一

物權ノ種類ト慣習法 法學士 吉 野 作 造

外國貨幣偽造罪ノ客體ノ範圍 法學士 牧 野 英 一

二罪ノ一ノ判決カ控訴審ニ於テ主文ニ掲ケラレ 法學士 板 倉 松 太 郎

ナル場合ニ於テ上告裁判所ヨリ其事件ノ移送ヲ 法學士 三 浦 信 三

受ケタル裁判所ノ審理範圍 法學士 牧 野 英 一

特赦ノ效力發生時期 法學博士 清 水 澄

非理法權錄(五) 其他 判例、雜報、記事、第拾五卷總目錄

◎ 法 質 疑 錄 典

◎ 散 錄

發 行 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

有 法 政 大 關 學

校外生規則摘要

- 一 十个月以上本大學ノ校外生タル者ニシテ本大學ニ入學スル者ハ入學金ヲ免除ス
- 一 講義錄ノ講習ヲ終リタル者ハ校外生修業證書ヲ請求スルコトヲ得但手料金貳拾錢ヲ納ムヘシ
- 一 校外生月謝ハ左ノ如シ
 - 一 一个月分 各學年 金四拾錢 金學年 金壹圓
 - 一 六個月分 各學年 金貳圓壹拾錢 金學年 金五圓五拾錢
 - 一 一學年分 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錄ヲ郵送スルヲ以テ別ニ領收證ヲ交付セズ若シ相當ノ日時ヲ過キテ講義錄ノ到達セサルトキハ其旨本大學ニ通知スヘシ
- 一 校外生ハ講義錄中ニ疑義アルトキハ講義錄ノ番號、科目、頁數及ヒ疑問ノ要點ヲ記載シ本大學編輯局ヘ宛テ郵送スヘシ
- 一 質疑通信ノ文意解シ難キモノ主言明瞭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錄ニ登載スヘシ

◎注意

送金ハ可成振替貯金ヲ以テセラレタシ振替貯金ニ依ルトキハ送金費少ナク安全ニシテ且便利ナリ又送金ノ節ハ修業ノ學年ヲ記載アリタシ

振替口座東京「三二九四番」

大正三年一月九日印刷
大正三年一月十日發行

(定價金五拾錢)

編輯兼 發行所 鹽野彦太郎
東京市小石川區林町十六番地

印刷者 金子鐵五郎
東京市赤坂區新町五丁目四十二番地

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

東京市豊町區富士見町六丁目十六番地

發行所

私立法政大學

電話番町(一七四番) 四六六二番