

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

PDF issue: 2025-07-17

日本法令講義

上林, 敬次郎 / 秋月, 佐都夫

(出版者 / Publisher)

和佛法律學校

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

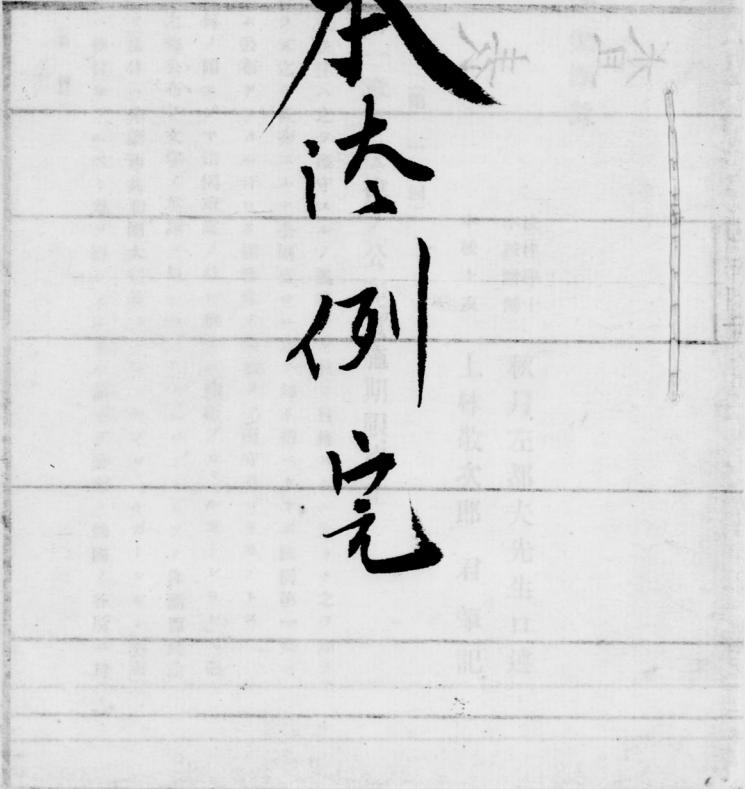
和佛法律學校講義錄 / 和佛法律學校講義錄

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

43



0197

期布法律ノ公
期限、實施及施行
止

日本法例講義

本校講師　秋月左都夫先生口述

本校々友　上林敬次郎君筆記

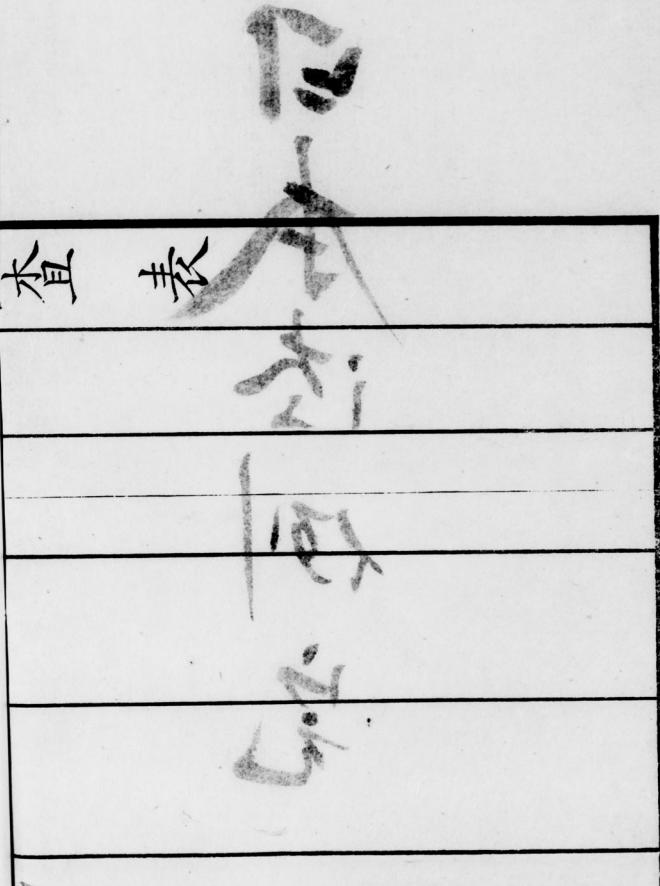
(第一回)

第一章 法律ノ公布、實施期限、廢止

知ラサル人法律ハ之ヲ遵守スルノ義務ナシ故ニ實施スルニ先タチ之ヲ知ラシ
メザル可ラズ之ヲ發布スルモ全國直チニ之ヲ知リ得ベカラズ法例第一條ニ其
期限ヲ定ム公布アリタル日ヨリ満廿日ノ後始メテ遵守スヘキモノトス
公、布トハ何ノ謂ヒゾヤ法例草案ノ註ニ依レハ佛語「ロミュルガーチヨン」ノ義ナ
リ憲法第六條公布ノ文字ノ英譯ヲ見ルモ「ブロミュルガートアリ佛蘭西民法第
一條ニ曰ク法律ハ佛蘭西共和國大統領ノナシタル「ブロミュルガーシヨン」(公布)ヲ
以テ全國ニ執行セラルベキ力ヲ得ルモノトス而シテ公布ノ佛國フ各所ニ於テ

(法例)

一



知リ得ラルヘキ時ヨリ執行セラルヘキモノトス(即チ人民之ヲ遵守スルノ義務アリ)政府所在ノ縣内ニ於テハ公布ノ日ヨリ滿一日ノ后ハ之ヲ知リタルモノト推定ス云々

白耳義國ニモ那波烈翁法典行ハルレドモ同國ニ於テハ千八百四十五年二月廿八日ノ法律ヲ以テ第一條ヲ改メタリ全法第二條ニ曰ク「法律ハソノ公布ノ后直ニ官報ニ掲載スベシ中略法律ハ「ビューリカーシヨン」(公示ノ日ヨリ滿十日ノ后ハ全王國ニ於テ遵守スヘキモノトス但シ法律ヲ以テ特別ニ其期限ヲ定メタルトキハ此限ニアラズ」

佛語辭典ニハ「ブロミュルカーシヨン」トハ儀式ヲ以テ法律ヲ公ケニスルコトアリ法律學者多クハ法律執行ノ命令ナリトノ定義ヲ下ス「メルレン」ハ國王ガ社會ニ向テ法律ノ存在ヲ証シ而シテソノ執行ヲ命スコレヲ「ブロミュルガーシヨン」ト云フト云ヘリ「ボードリ、ラカンチネリ」ハ曰ク「ブロミュルガーシヨン」ハ法律ノ出生証書ナリト云フヲ得ベシ之ニ依テ法律ノ存生ハ確實トナリ而シテ服從セシムル力ヲ得ルナリト

法律出生シタリ、ノ人証書アリ然レトモ公衆ハ未タ之ヲ知ル能ハズ故ニ白耳義法ハ之ヲ官報ニ掲載スルコトヲ命ズ官報ノ即日國中ニ頒布スル能ハザルヲ虞リテ尙ホ十日間實施ノ猶豫ヲ與フコノ十日ハ官報掲載ノ翌日ヨリ起算ス佛民第一條ニモ同シク實施猶豫期限ヲ示スト雖トモ公布ノ日ヲ知ラシムルノ方法ヲ設ケズ故ニ公衆ハ起算ノ日ヲ知ル能ハズ從テ遵守ノ義務ノ生スルゾ日ヲ知ルニ由ナシ依テ特別法律ヲ以テ法律ヲ官報ニ掲載スヘキコトヲ制定ス我法律第一條モ佛民法第一條ト同シク二十日ヲ起算スルノ時ヲ示スモ公衆ヲシテノ時ヲ知ラシムルノ方法ヲ示サズ別ニ之ヲ定ム即チ公文式十九年二月二十四日勅令第一號第十條ニ凡ツ法律命令ハ官報ヲ以テ布告シ官報各府縣到達日數ノ後七日ヲ以テ實施ノ期限トナス云々官報到達日數ハ十六年五月二十六日太政官布達ニ規定アリ法例實施ノ曉ハ府縣ノ遠近ニ從テ實施猶豫期限ニ長短ノ差アルコトナク法律カ官報ニ掲載セラレタル日ヨリ滿二十日ノ后日本全國ニ實施セラルベキモノナリ

本條但書ニ法律ニ特別ノ規定アルモノハ此限ニアラストアリ至急ヲ要スルト
(法例)

キハ二十日ノ期限ヲ短縮スルコトアルヘシ又種々ノ事情アリテ公布ヲ急ニシテ實施ヲ緩フスルヲ要スルコトアルベシ現ニコノ法例ヲ始メトシ民法商法等公布二十三年ニ在ルモ明年一月ヨリ始メテ實施セラル、モソナリ日本全國人民法律遵守ノ義務ノ生スルハ人民盡ク之ヲ知リタル筈ナレバナリ實際之人ヲ知リタルヤ否ヤハ知ル可ラズト雖トモ法律上カク推定スルナリ人毎ニ之ヲ知ラシムルノ方法ヲ盡スハ實地出來可ラザルノコトナリ若シ又法律ヲ知ラザリシ者ニハ之ヲ遵守スルノ義務ヲ免スルトキハ法律ハ有レトモ無キニ均シキノ結果ニ至ルベシ故ニ相當ノ期限ヲ定メコノ期限ニ至レバ人民一般之ヲ知リタルモノト推定ノ之ヲ遵守セシムルハ實ニ已テ得ザルニ出ツ然レドモ行政官ハ便宜ノ方法ヲ設ケテ以テ出來ルタケ法律ノ周知ヲ圖ルハ望マシキヨトナリ】前ニ述ル如ク遵守猶豫期限ニ達スレバ法律ヲ知ラザリシ爲メ之ヲ免ル、ヲ得ス然レトモ一地方一般ニ實際之ヲ知リ得ザルノ事情アリシナラハ如何此地方ノ人民ニモ尙ホ本條ヲ其儘適用ス可キヤ例へば九州一圓若クハ對馬暴風雨ノ爲メ本島トノ交通絶ヘタル時ノ如キ又叛民若クハ外敵カ一地方ヲ占領シタル場

合ノ如キ是ナリ本條ノ推定容易ニ之ヲ動ガス可也ニアラズト雖トセ極メテ明了疑フ可ラザルノ反證アルモ尙ホ毫モ托クル能ハザルモノニ非ズ前舉ノ場合ノ如キハ爭フ可カラザルノ反證アリ佛民法ニハ公布ハ知リ得ラル、時ヨリ云云又公布ハ知ラレタリト推定ス等ノ文字アルヲ以テ立論ノ好根據アリ我法例ニハ是等ノ文字ナキモ苟モ推定トスル以上ハカク論斷スルヲ得ヘキナリコレ却テ立法者ノ意志ノ在ル所ナルベシ

一地方ノ叛民又ハ外敵ニ占領セラレタル場合ニ於テハコノ地方ニハ暫ク主權及バサルナリ他ノ事故ノ爲メ法律ノ達スル能ハザル場合ニ於テモ同シク立法者ノ權柄ノ加ハル能ハザルナリト云フヲ得ベシルモノ新法ヲ知ラズシテ五十圓ノ貸借ヲ證スルノ證書ヲ作ラザリシモ舊法ニ依リ尙ホ人證ヲ許ス可キナリ

憲法上ノ議論ヲナス可キ場所柄ニハアラザレドモソノ第六條ハ本條ニ關係ア

ルヲ以テ少シク之ヲ講究せん其文ニ曰ク「天皇ハ法律ヲ裁可シ」其公布及執行ヲ命スト公、布ハ佛語ノ「プロミュエルガーリヨン」ナル詞ニ當ルトスレバ「公布」ノ二字既ニ執行ヲ命スルノ意ヲ有ス兎ニ角別ニ執行ヲ命スルノ要ナキヲ知ル可シ左スレバ更ニ執行ヲ命スルヲ要セズ及、執行ノ三字ハ之ヲ冗文ナリト云ハザルヲ得ズ之ヲ單ニ「公ニスル」ノ意味ニシテ佛語ノ「ビュブリカーシヨン」ニ相當スルモノトセシカ公文式第十條ニ「布告」ノ文字アリソノ佛語ノ「ビュブリカーシヨン」ニ當ルコト疑フ容レズ加之ソノ第一條ニ「公布」ノ文字アリ「公布」ト「布告」ト同一ニアラザルコト明了ナリ又執行命令ハ應ニ「布告」ノ前ニ在ルヘキコトナルヲ以テ文字ノ順序上然ル可ラズ甚外コノ條文ノ解釋ニ苦シム

憲法制定ニ當リ參照セラレタルベシト信スル所ノ歐洲二三國ノ憲法ノコレニ關係アルモノヲ譯シテ参考ニ供ス

獨乙帝國憲法第十七條 帝ハ法律ヲ公布(「プロミュエルガーリヨン」)布告シ(「ビュブリカーション」)及ソノ執行ヲ監ス

合普漏生王國憲法第四十五條 上證「王ハ法律ヲ布告シ及ソノ執行ニ必要ナル」

命令ヲ發ス

白耳義憲法第六十九條 王ハ法律ヲ制可シ及公布ス

伊太利憲法ハ白耳義憲法ニ同文

注意スヘキコトハ右列記ノ憲法皆ナ「公布」ス「布告」アリ「公布」セシム又ハ「公布」

ヲ命ズト云ハズ

イヅレヲ見ルモ「執行ヲ命スト」ノ文ヲ見ズ或ハ獨帝國憲法ノ執行ヲ監ストノ意味ニ解シテハ如何ト思ヘトモヨリ文法上許サルノ解釋ナリ又憲法有効以前ニ屬スルモノトハ雖モ法例民商法等ヲ布告セラルマトキ朕……ヲ裁可シ之ヲ公布セジム此法律ハ……ヨリ施行スヘキコトヲ命ストノ上諭文アリ「施行ト執行ノ差ハアレトモ同一義タル」ハ論スル迄モナシ又憲法實施前ニ出テアリトハイヘ既ニ發布ノ後ニアリ故ニ憲法ニ合ハザルコトヲセラレタリトモ思ハズ茲ニ疑フ述べ諸君講法ノ資ニ供シト欲ズ國へ向ふ將來ニ何事モ難スル法律ハ廢止法律ヲ廢スルニハ法律ヲ以テセザル可ラズ法律ヲ制スルノ權アルモノ獨リ之ヲ廢スルノ權アリ

明文ヲ以テ廢スルアリ又默示ヲ以テスルアリ
 一ノ法律ヲ以テ明カニ一ノ法律ヲ廢シタルトキハソノ効果ノ及フヘキ區域ハ
 ソノ之ヲ廢スルト云フ文言ニ依テ定マルナリ例へば何ノ法律ノ何條ヲ廢スル
 ト云フトキハソノ條ノミ廢セラル、モナリ
 新舊二法相抵觸シテ並ヒ行ハル、コトヲ得サルトキハ舊法ノ新法ト並ビ行ハ
 レザル分ハ廢滅ニ歸ス之ヲ默示ノ廢止ト云フ此場合ニ於テハ廢止ノ効果ハ唯
 並ヒ行ハレ得サル分ノミニ及ブ立法者一事ニ關シ前後同シカラザルノ意思ヲ
 表スルトキハ後者ヲ採ルヘキハ當然ノコトナリ
 法律ノ末段ニ「此法律ニ抵觸スルノ法律ハ廢滅ニ屬スト云フ」如キ條文ヲ附スル
 コトアリコレ默示ノ廢止ノ原則ヲ明記シタルニ過キス殆ンドソノ用ヲ見ス
 法律ソノ公布後ニ成リタル反對ノ習慣ニ依テ變更廢止セラルト得ベキヤ又
 久シク執行セザレハ遵守セシムルノ力ヲ失フモノナリヤ憲法第三十七條ニ「凡
 テ法律ハ帝國議會ノ協賛ヲ經ルヲ要ストアリ又同第六條ニ「天皇ハ法律ヲ裁可
 シ云々トアリ是ニ由テ視レハ議會議決シテ天皇裁可シ玉ハサレバ法律トナル

ヲ得ズ左スレハ習慣ハ何程スキ經ルモ、其儘ニテ法律トナルヲ得ザルナリ法律
 人習慣ノ上ニ在ル疑フ可ラズ習慣カ法律トナリ得ベキ國ニ於テハ習慣ヲ以テ
 法律ヲ廢スルコトヲ得ベキナリ久シク外適用セザルノ法律ハ廢滅ニ歸セサルハ
 習慣ヲ以テ法律ヲ廢スルヲ得ズトノ原則ノ結果ナリ今一例ヲ舉ケテ之ヲ説カ
 ン日本民法離婚ニ關スル規則アリ然ルニ不思議モ離婚ヲナスコトナキニ至
 リ久シクコレニ關スル法律ヲ用井ザリシニ四五十年ヲ經テ離婚ノ訴ヲ起シタ
 リト仮定セシニ久シクコレニ關スルノ法ヲ適用セサリシ爲メコレニ關スル規
 則ヲ遵奉スルノ義務ナシト云フヲ得ス離婚セサル人習慣ヲ以テ法律ヲ廢スル
 ハ結果ニ至レバナリ既テ該國イホナカニ謂ヘ能キ事大ニ通じテ其國ニ居リ然ル人
 由ベシニイヘ出來ハ莫大ニ有スル事也大ニ通じテ該國ニ該學者ニ該國ニ該
 指教ヘシモ既テイホナカニ謂ヘ能キ事大ニ通じテ其國ニ居リ然ル人

第二章 法律人効力

(第一回)

第二條ニ「法律ハ既往ニ過ル効力ヲ有セズ」トアリコレ前條ニ就テ述ベタル所ノ法律ハソノ知ラレタルトキニ始メテ遵守セラルモノトス知ラザルノ規則ニ循效力スルコトハ出來ベカラザルコトナレバナリ」トノ原則ノ結果ニ過ギズ

既往ニユキハ人意ヲ以テ如何トモスル能ハザルナリ法律モ亦タ然リ然ルニ人ノ所爲ニシテ即時ニ完成スルモノモソノ法律ノ効果ノ生スルハ數日數月或ハ數年ノ后ニ在ルコトアリ例ヘバ人アリ隣家ノ墙壁ヲ破壊スルノコト即時ニ終ルモノノ結果トシテ損害ヲ償フノ義務生ス即チ負債生スコレヲ償却スルコドハ數日又ハ數月ノ后ニアリ得ベキナリ又例今日買賣ノ契約ヲナスソラ執行ハ即時ニナサキルコトアリ契約ハ舊法ノ下ニ在テ之ヲナン新法ノ時代ニ至ルマテ之ヲ執行セザリシナラバソノ効果ヲ定ムルニ於テ新舊二法中何レヲ適用スペキヤ他ニセコノ類ノ問題起ルベシコレ本條ノアル所以ナリ或ルコトヲナシタリ而シテソノ時ノ法律ニ依レバ有効ナルモ新法ニ依テ之ヲ無効トスレハ

コレ法律ヲ以テ既往ニ屬スル所爲ノ法律上ノ効果ヲ變更スルナリ然ルトキハ此ノ所爲ヨリ生スル所ノ権利ヲ害スルコトアリ若シコノ権利ヲ侵害スルトキハコノ法律ハ既往ニ過ルノ効力ヲ有ス云フナリ國民分限親屬姻屬ノ關係ヨリ生シタル所ノ人權及ヒ財產上ノ諸權ニシテ既ニソノ資產中ニ入リソノ資產ヲ組成シ最早何人ノ意ヲ以テスルモ之ヲ奪フ能ハサルモノハ之ヲ既得權ト云ト故ニ未必權モ亦タ既得權ナリ未必條件ノ成否ハ當事者ノ意ヲ以テ之ヲ如何トセスル能ハス不定ナル未來ノ出來事ニ依ルモノナリ

現行ノ法律ニ據レハ或ル權利ヲ得ルノ望ミアルモ未タ以テ既得ノ權トナスヲ得ス期望ニシテ如何ニ之ヲ達スルニ近キゼノト雖トモ未タソノ資產ニ入ラス故ニ隨意ニ之ヲ處分スルヲ得サル間ハ尙ホ期望タルヲ免レス而シテ期望ハ必ス常ニ達スヘキモノニアラス失望ノ恐レノ伴ハサル期望ハアラサルナリ故ニ法律ヲ以テ期望ヲ奪フモコレ既得ノ權ヲ侵害スルニ非ス例ヘハ現行ノ法律ニ據テ甲者アリ乙者死亡スレハソノ家督又ハ遺產ヲ相續スル筈ナリ然ルニ法律變更ノ爲メ乙者ニ相續スルノ資格ヲ失フタリトセンニ是レ人ノ利益ヲ害シタ

リト云フヲ得ベキモ権利ヲ害シタリト云フヲ得ザルナリ
抑モ法律ハ國家ノ爲メニ設タルモノナリ故ニ國家ノ利益ヲ司ル所ノ立法者ハ
新法ノ直チニ全ク實行セラルゝコトヲ欲スルハ勿論ナリ舊法ニ不可ナル所ア
レバコソ新タニ法律ヲ出シタルモノナリト云ハザルヲ得ザレバナリ幾分カ利
益ヲ害スルコトアルモ顧ミルニ違アラザルナリ故ニ私益ハ公益ニ對シテ頭ヲ
下ケザル可ラズ然レドモ公益ナレバトテ一個人ノ既ニ得タル權利ハ之ヲ重ン
セザル可ラス否ラサレバ大ニ一個人ノ身分財産ヲ擾亂シテ却テ還タ一國ノ利
益ヲモ害スルニ至ルローラン氏云ヘルコトアリ法律ヲ以テ國民ノ權利ヲ奪フ
トキハソノ國家存立スル能ハス然レドモ法律ハ國民ノ私益ヲモ如何トモスル
能ハザルトキハ均シク國家滅亡スルニ至ル云々ト權利ト純然タル利益ノ輕重
以テ見ル可シ

人ノ能力ハ之ヲ既得權ト云フヲ得可キヤ否ラス凡ソ社會ニ生存スルモノハ其
天然ノ自由ヲ全ク享有スル能ハス常ニ法律ヲ以テ幾分カ之ヲ縮減セラルゝモ
ノナリ故ニ國民ノ享有シ得ヘキ自由ノ廣狹ハ素ヨリ一定不變ノモノニアラス

コトニ付テモ同様ナリ
但シ法律ニ依リ能力ヲ有シタル時ニ或ル法律上ノコトヲ爲シ權利又ハ義務コ
レヨリ生シタリトセンニ此ノ權利義務ハ新法ニ依テ増減變更セラルヘキモノ
ニアラス例ヘバ新民法ニ依レバ男子ハ滿十七歳ニ達スルレバ結婚スルコトヲ得
ルナリ今後法律改正セラレテ滿廿歳ヲ結婚年齢ト定メメリト假定セシニ新民
法ノ未タ改正セラレサル前ニ既ニ十七歳ニ達シタルモノ結婚スルノ能力ヲ失
フヘキハ前ニ論スル所ノ如シ然レトモノノ間ニナシタル結婚ハ有効ノモノナ
リ又例ヘハ滿廿歳ヲ以テ丁年ト定メタルトキ廿歳ニ達シタルモノ契約ヲナシ
タリ其後滿廿五歳ヲ以テ丁年ト定ムルモ既ニ爲シタル契約ノ成立效果ニ至リ

テハ毫モ變更スルコトナシ

(法例)

契約其他法律上ノ行爲ニシテ繼續効果ヲ生スルモノアリ法律ヲ以テソノ公布以前ニ生シタル効果ヲ變更スルモ尙ホコノ法律ハ既往ニ遡ルノ効力ヲ有スト云フ可キナリ例ヘバ貸借利息ヲ規定スルノ法律出ヅソノ公布以前ノ利息ノ此ノ法律ヲ適用スルモ尙ホ既往ニ遡ルモノト云フ可シ況シヤソノ以前ノ利息ニ及ブニ於テヲヤ賃貸借時効等ニモ此原則ヲ同様ニ應用スヘキナリ法律ハ既往ニ溯ルノ効力ヲ有セストノ原則ハ法理上ヨリ觀テ當サニ然ルヘキモノナリ又國家平靜人民安堵ノ上ヨリ考フルモ實ニ必要ノモノナリ若シコノ原則ニシテ全ク行ハレサラシメバ如何ニ完全ナル法律ノ生命財產ヲ保護スルモ決シテ賴ミトスルニ足ラサルナリ

コノ原則ノ貴キコト此ノ如シ然レトモコレ日本憲法ニ定ムルモノニアラヌ予ガ知ル所ノ外國ニ於テモ皆然リコレ立法者ノ必ス奉セサル可ラサルノ原則ニアラスコレ法官カ法律ヲ執行スルニ方リテ遵フヘキノ原則タリ故ニ立法者ハ之ニ反スルノ條文ヲ設置スルモ憲法ヲ破ルニアラス然レトモコノ原則ニ背クハ雅惡ニ已ムヲ得サルノ時ニ於テスヘキナリ立法者ハ決シテソノ自由ヲ濫用ス

可ラサルナリ佛朗西大革命時代ノ立法者コノ點ニ於テ小心ヲ缺キ正當ノ度ヲ超ヘタルノ責ハ辭ス能ハザルナリ今日禁セザルノ所爲モ明日ノ法律ヲ以テ之ヲ禁シ刑ハ昨日ノ所爲ニ及ブ此ノ如キ有様ナレバ生命財產安全ナル能ハス人心拘々其堵ニ安シセズトハコノ時代ノ有様ヲ云フモノナランコノ弊ヲ正サント欲シテ其後憲法ヲ以テ立法者ガソノ制定スル所ノ法律ノ効力ヲシテ既往ニ及バシムルコトヲ禁シタリ一時ノ大弊ヲ救濟セシ爲メニハ或ハ已ムヲ得サルコトナリシナラン然レトモコレ他ノ極端ニ走リタルモノト云フ可シ既往ヲ制スルノ法律ヲ設クルハ正義人道上時ニ或ハ己ムヲ得ザルコトアルヲ忘ル可ラザルナリ

第二條ノ原則ノ適用ニ於テ亦例外ナキニアラス抑モ國家ノ目的ハ正道ヲ行フニ在リ而シテ法律ハ公義(ジユースチース)ノ文ニ顯ハレタルモノニシテ而シテソノ上官能ニシテ他ニ之ヲ制スルモノナシ立法者ハ亦タ國家ノ目的ヲ達スルノ最良制度最好手段ヲ判定スルノ全權ヲ掌握ス是故ニ法律ヲ以テコノ制度ハ正義

ニ反シ正道ニ背クコトヲ公示シ而シテ直ニ之ヲ全廢スヘキノ號令ヲ下タスヲ
得此類ノ法律ハ嚴正ニ之ヲ執行シ毫モ違フ能ハザルモノトス獨リコノ制度ガ
破壊セラル、ノミナラスコレヨリ生スル所ノ権利モ俱ニ消滅ニ屬スルモノナ
リ既得ノ權モ顧ル所ニアラス立法者正道ニ反スルモノトシテ既ニコノ制度ヲ廢
レタル上ハ一二ノ人人ノ爲ミニソノ存スルヲ許スヲ得ベキノ理ナシ明治五年十
月二日布告第二百九十五號ニ云ク「人身ヲ賣買致シ終身又ハ年期ニ限り其主人
ノ存意ニ任セ虐使致候ハ人倫ニ背キ有マシキ事ニ付古來制禁ノ處從來年期奉
公等種々ノ名目ヲ以テ奉公住爲致其實賣買全様ノ所業ニ至リ以テノ外ノコト
ニ付自今可爲嚴禁事」ト其末文ニ「娼妓藝妓等年季奉公人一切解放可致右ニ付テ
ノ貸借訴訟總テ不取上候事」トアルヲ以テコノ法律ノ効力ノ既往ニ過ルハ疑ナ
キコトナリ立法者明文ヲ以テ之ヲ定メタルナリ然レトモ縱令ヒコノ明文ナキ
モヨノ種ノ法律ハ既往ニ溯ルヲ得ヘキモノナリ同八年八月十四日布告第一百一
十八號ニ云ク「金錢貸借ニ付引當物ト致候ハ賣買又ハ讓渡ニ可相成物件ニ限リ
候ハ勿論ニ候處地方ニ寄リ間ニハ人身ヲ書入致候者モ有之哉ノ趣右ハ嚴禁ニ

候條云々コノ布告中ニハ明文ナキモ既往ニ溯ルノ効力ヲ有スルモノナリ故ニコ
ノ布告以前ニ係ルノ人身書入モ無効トナルモノナリ我國維新ノ後封建ノ制度
ヲ廢セラル、ヤ大名士族等ガソノ文武ノ常職ヲ解カル、ト同時ニソノ世祿其
他ヨノ制度ニ伴フ所ノ諸權ヲ失フハ封建制度ヲ廢スルノ一令ニテ充分ナルノ
理ナリ

此ノ種ノ法律ハ常ニ正義ニ合フヤ又タ一制度廢止ノ爲メ既得權ヲ失フモノニ
ハ相當ノ賠償ヲ與フヘキニアラズヤトノ問題ハコレ民法上ノコトニアラス立
法及ヒ政治上ノ問題ナリ我國封建制度ヲ廢セラレシモ依然大名士族ニソノ世
祿ノ幾分ヲ與ヘタリコレ政治上ノ都合ニ出テシモノナリ

第二條ノ原則ノ應用

コノ原則ノ應用ハ多端ナリ又困難ナリ故ニ新タニ法律ヲ定ムルニ當テハツチ
應用ノ要則ヲ舉示スルハ望マシキコトナリ我法例理由書ニ云ク上署此規則ノ
適用ニ付テハ實際無數ノ混雜ヲ生セリ佛國ニ於テハ裁判例ニ依リ法律ノ効力
ヲ既往ニ及ホス場合ト否ラサル場合トヲ漸ク確定スルニ至リタレトモ我國ノ

法律ノ完全ナルヲ要スルヲ以テ此原則ノ適用ヲ規定スルハ必要ナル可シ且
ツ世人ハ此規則ヲ文字ノ如ク了解シ妙シク其利益ヲ害スルアレバ法律ノ効力
ヲ既往ニ及ホスモノト謂ヒ非難駁撃シテ止マサルナリ下界ト草案ニハ應用ニ
關スル條四アリ今ソノ一ヲモ存セス法律ハ甚タ詳細ナラサル可ラサルモノニ
アラス詳細カルモ却テ弊ナキニアラスト雖トモ既ニ成文律ヲ制スル上ハ強チ
簡短ヲ貴フヘキニアラス故ニ原則ニ於テ草案理由書ニ左祖スレトモ出來タル
コトハ論スルモ說ナシイサコノ原則ノ應用ヲ試ミン
コレヲ應用スルニ當リ常ニ心頭ニ置クヘキコトハコノ法律ヲ其儀ニ適用スレ
ハソノ結果ハコノ法律ノ公布以前ニ既ニ取得シタルノ權利ヲ侵害スルヤ否ヤ
ヲ吟味スルコトナリ法律ハ天下ヲ横行スルノ權柄アレトモ唯既得權ノ領内ニ
ハ踏込ム能ハサルナリ既得權ノ力此ノ如シト雖トモ公義正道ヲ直接ノ目的ト
スル法律ニハ勝ツ能ハサルナリ人身賣買ヲ禁スル法律ノ如キ是レナリ

第三回

人ノ身分又ハ能力ニ關スル法律、資產ニ關スル法律、證據方式諸般ノ手續等ニ關

スル法律ニ付テ序ヲ追ア之ヲ研究セシ

能力ニ關スル法律
身分ニ關スル法律
スル法律
身分又ハ能力ニ關スル法

身分ニ關スルノ法舊法ニ從テ取得シタルノ身分ハ其后ノ法律ヲ以テコレヲ
取得スルノ條件ヲ變更スルコトアルモ之ニ依テ失フコトナシ例ヘハ歸化、結婚、
養子、嫡出子トナスコト、私生子ノ認知等ハコノコトヲナシタル時ノ法律ニ依テ
シト欲スルモノ法律ニ從ヒ其手續ヲ終リ未タ許ヲ得サル前ニ法律ノ改正アリ
タル場合又結婚ニ關スル人事編第四十三條以下ノ手續ヲナシ未タ結婚ノ成立
ニ至ラザルトキ法律ノ改マリタル場合等ノ如キ是レナリ
私生子ヲ認知スルコトヲ許スノ法アリタル時代ニ生レタル私生子ハ爾後法律
ヲ以テ之ヲ禁スルモコノ私生子ハ既ニ認知セラルゝノ權ヲ得タルモノニシテ
コノ權ハソノ身分ノ一部分ヲ成スモノナリトノ說アレトモコレ誤謬ナリ
離婚ニ關スル法律ハ前述ノ公ノ秩序ニ關スルモノニシテ第二條ノ原則ノ及フ

能ハサルノ法律ニ屬ス故ニ結婚ヲナストキノ法律ノ如何ヲ問ハス離婚ヲ許ス
モ許サルモノ總テ新法ヲ適用スヘキナリ

能力ニ關スルノ法。能力ハ權ニアラス故ニ法律ニ依テ既ニ能力ヲ有スルモ既得ノ權ニアラサルナリ法律ハ常ニ能力ノ廣狹ヲ變スルヲ得ル所以ノ理由ハ既ニ前段ニ述ヘシ所ナリ今尙ホ他ニソノ理由アルコトヲ述ヘン蓋シ能力ニ關スル法律ノ目的ハ概シテソノ人ヲ保護スルニ在リ然ルニコレニ關スルノ法律ヲ改正スルハ舊法ニ定ムル所ノ保護ノ方法不充分ナレバナリ人民ハ法律ノ保護ヲ受ケサルノ權ヲ取得シタリト云フヲ得ルノ理アランヤ加之此種ノ法律ハ公益益ヲ主トスルモノナリ私益ハ公益ニ勝ツ能ハサルナリ遺言結婚ノ能力夫ノ權又妻タルモノ、能力等ニ關スルノ法皆ナ新法ニ依ルモノナリ但シ能力ヲ有スル時代ニ於テ既ニ爲シタルコトヨリ生シタル權利ハ之ヲ侵害スルヲ得ス
財產ニ關スル法
契約ノ成立ノ條件ハ契約ヲナシタルトキノ法ニ依ル契約ハ成立サヘスレハ直ニコレヨリ權利ノ生スルモノナリコノ權利ハ契約成立ノ條件ヲ變更スル

所ノ新法ノ爲メニ侵害セラル可ラス例ヘバ民法財產篇第三百二十一條第二項ニ相續ニテ受ク可キ財產ヲ讓渡ス合意ハ其相續ヲ遺ス可キ人ノ承諾アリト雖モ之ヲ爲スコトヲ得ス「自由ヲ常則トナシ制限ヲ例外トナス」ノ原則ニ依レバ民法實施以前ハ未タ受ケサルノ相續ニ付テノ契約モ有効ノモノナリト云ハサルヲ得ズ左スレバ民法實施ニ至ルト雖トモソノ以前ニナシタルカヽル契約ヲ無効トナスヲ得サルナリ又例ヘハ目下贈與ハ要式ノ契約ニ非ズ新民法ニ依レバ契約ノ効果モ同シクコレヲナシタル時ノ法律ノ支配ヲ受クルモノナリ契約ノ第三百五十條普通合意ニ必要ナル條件ノ外公正證書ヲ要スルナリ即チ要式ノ契約ナリ民法實施以前ニ係ル贈與ノ成立不成立ノ訴訟カソノ實施後ニ起ルコトアルモ之ヲ證スルノ公正證書ナキカ爲メ無効ナリトナスヲ得ザルナリ未タ知ラザルノ法律ニ規定スル義務ニ服從スルハ出來可ラザルコトナリ法律ヲ成立セシトキハコレヨリ生スルノ權利モ既ニ取得シタルナリ又當事者ハ契約ヲナストキノ法ニ從ヒ契約ヨリ生スル所ノ義務ニ服從スルノ意ナリシナリ未タ知ラザルノ法律ニ規定スル義務ニ服從スルハ出來可ラザルコトナリ法律ヲ以テ契約ノ効果即チ相互ノ權利義務ヲ規定スル概ネ當事者ヲシテ契約中ニ一

々之ヲ規定スルノ煩ヲ避ケシメンガ爲メナリ故ニ當事者ハ契約ヲ以テ法律ニ規定スル所ノ効力ヲ變更増減スルヲ得ルナリ然ラバ契約中別ニ規定セザルハニニ法律ニ依ルノ意ナリト推定セサル可ラズ法律ハ公ノ秩序ニ關スルモトヲハ格別ソノ他ノ場合ニ於テハ契約ヲ以テ定メタルコトヲ恣ニ左右スル能ハサルモノトス故ニ契約ノ効果ハソノ權利ニ關スルモノト義務ニ關スルモノトヲ問ハス總テ契約ヲ爲シタル時ノ法律ノ規定スル所ニ依ル可キナリ若シ新法ヲ以テ之ヲ變更スルトキハ債務者ノ義務ヲ重クスルニアラハ乃チ債權者ノ權利ヲ侵害スルノ結果ヲ見ルヤ必セリ

契約ノ廢罷解除セ亦タ舊法ニ依ル故ニ舊法ニ規定シタル解除ノ或ル原因ヲ新法ヲ以テ之ヲ廢スルコトアルモ尙ホ舊法ヲ援用シテコノ解除ヲ求ムルヲ得ルナリ若シ之ニ反シテ新法ヲ以テ新タニ解除ノ原因ヲ設クルモ之ヲ引テ舊法時代ノ契約ノ解除ヲ求ムルヲ得サルナリ契約解除ノコトヲ法律ヲ以テ規定スルハツノ効果ニ於ケルカ如ク概子當事者ノ明約スルノ煩ヲ省カンガ爲メナリ財產取得編第百九十三條ニ依レバ無期年金權契約ノ債務者カ二ヶ年間年金ノ辨

濟ヲ缺キタルトキハ元金辨償ノ義務アリ即チ年金契約ノ債權者ハ廢罷ヲ請求スルヲ得ルモノナリ

若シコノ條ヲ改メテ債權者ハコノ場合ニ於テ年金契約ノ廢罷ヲ求ムルヲ得サルモノトスルモ舊法時代ニナシタル契約ナレバ尙ホコノ條ヲ援用スルヲ得ルナリ

前述契約ノ効果ニ關スル原則ノ准契約、犯罪、准犯罪(財產編第三百六十一條以下參觀ヨリ生スル所ノ權利義務ニモ適用スルモノトス他人ノ過失ノ爲メニ損害ヲ受ケタル者ハソノコトノアリタルトキ直ニ損害ヲ償ハシムルノ權ヲ得タルモノナリ

相續。被相續人カ未タ死亡又ハ隱居セサル限りハ相續人ハ未タ相續ノ上ニ權利ヲ取得セサルナリソレ迄ハ唯期望ヲ有スルニ過キス故ニソノ以前相續ノ歸屬ヲ規定スルノ法ヲ變更シタルトキハ相續人ハ舊法ヲ援引シテソノ權利ヲ主張スルヲ得サルナリ若シ之ニ反シテソノ法律ノ改正ハ被相續人ノ死亡又ハ隱居ノ後ニ係ルトキハ相續人ノ權利ハ舊法ニ依テ定マルモノナリ故ニ相續權ノ

コトニ付テハ常ニ被相續人ノ死亡又ハ隠居ノ時ノ法律ヲ適用スルモノトス。遺贈。遺贈ハ遺言者隨意ニ之ヲ廢罷スルノ権ヲ有ス財產取得編第三百九十九條遺言者ノ死亡ニ依テ始テ成立確定スルモノナリ受遺者ソノ以前ニ遺贈財產ニ權利ヲ有スルコトナシ故ニ遺言者及ヒ受遺者ノ能力ハ遺言者ノ死亡ノ時ノ法ニ依ルモノナリ能力ハ既得權ニ非ラサレトセ其時有スル所ノ能力ヲ用ヰテナシタルコトヨリ生シタルノ權利ハ新法ヲ以テ之ヲ侵害ス可ラサルコトハ前ニ述ヘシ所ナリ然ルニ遺言者ノ死亡前ハ受遺者ノ權未タ生ゼサルヲ以テ新法ノ規定ズル所ニ從ハサル可ラス遺言者ノ能力ハソノ遺言ヲナス時ニ於テ必要ナルノミナラス亦ソノ死亡ノ時ニモナカル可ラサルコトヲ忘ル可ラス遺言中ノ條款ノ有効無効ニ付テモ亦タ遺言者ノ死亡ノ時ノ法律ヲ適用スルモノナリ

遺贈ヲナスコトヲ得ルノ財產ノ部分ノコトニ付テハ既ニ遺言ヲナシタル後ニ法律ヲ以テ之ヲ増シ或ハ減シ又ハ之ヲ全廢スルコトアルモ常ニ遺言者死亡ノ時ノ法律ヲ適用スルモノナリ

然リト雖トモ遺言ヲ以テ遺贈シ得ル部分ヲ或ル人ニ與ヘタルニ新法ヲ以テコノ部分ヲ増シタルコトアリト假定セシニ此場合ニ於テハ實際遺言者ノ意ノ所在ヲ吟味セサル可ラス遺言者ハ法律ノ許ス限りハ之ヲ與フルノ意ニアラスシテ唯ニ舊法ノ定メタル遺贈シ得ル部分ノミヲ與フルノ意ニハアラサリシヤアラス財產取得篇第三百八十三條八十六條參觀ニアラス所有權、地役、抵當先取特權等ノ物權ノ成立授受ニ關スル法ハソノコトノ間フヲ要ス但シコレ遺言解釋ノコトニシテ法律ノ時ニ關スル効力如何ノ問題アリタルトキノモノヲ適用ス先占添附ニ關スル法モコノ部類ニ屬ス財產取得篇第二條以下參觀。

新規ノ法定抵當又ハ先取特權ヲ創制スルノ法律ハ既成ノ行爲ニ適用セス唯コノ法律公布以後ノモノニ適用ス新法ヲ以テ既得ノ順位ヲ奪フヲ得サルナリ。但シ抵當ノ保存及使用ノ爲メ新法ノ命スル所ノ條件及ヒ方式手續ハコノ法以前ニ成立シタルモノニモ適用ス毫モ既得權ヲ侵害スルコトナシ

行爲ノ方式ハ總テ行爲ノアリタル時ノ法律ニ合フトキハ有効ナリ未タ法律ノ定メサルノ方式ヲ履ムハ出來可カラサルノコトナリ。訴訟手續ニ付テモ訴訟ヲナストキノ法ニ從フ裁判所構成ニ關スルモノモ亦然リ既得權ヲ害スト云フヲ得ズ况シヤコレ等ニ關スル法律ハ公益ヲ主トスルモノナルニ於テヲヤ。

強制執行モ現行ノ法ニ依テ行フヘシ訴訟手續ニ付テ述ブル所ノ理由ニ全シ證據ヲ立ツルノ方法ハ證明セント欲スルノ事ヲナシタルトキノ法律ニ從フ未來ノ法律カ制定スル所ノ方法ニ從テ證據ヲ立ツルコトハ出來ヘカラザルコトナリ。證據編六十條ニ依レバ五十圓以上ノコトヲ證スルニハ書付ノ證據ヲ要ス目下此ノ如キ制限ナシ然ルニ民法實施ノ日ニ至リ三四年前ニナシタル五十圓以上ノ貸借ニコノ條ヲ適用スルハ實ニ無理ノ甚シキナリ抑既得權ヲ侵害ス可ラサルヲ云フモ若シコレヲ證明スルノ方法ニ付テ當時ノ法律ヲ適用セザルトキハ既得權ノ保護モ有名無實ナルベキノミ。

時効ハ我新民法ニ依レバ證據ノ一方法ニ屬ス證據編八十九條ヲ見ル可シ那破時効ハ我新民法ニ依レバ證據ノ一方法ニ屬ス證據編八十九條ヲ見ル可シ那破

烈翁法典ニ依レバコレ財產ヲ取得シ又ハ義務ヲ免ルゝノ方法ナリ(ソノ第二千二百十九條ヲ見ヨ)立法上ノ議論ハ暫ク措キ時効ヲ證據ノ方法トスルモ通常證據方法ニ異ナリコレ法律上ノ推定ナリ八十九條法律ノ効力不及既往ナル原則ノ應用如何既ニ完成シタル時効ハノトノ取得タルト免責タルトヲ間ハスコレ既得權ナリ故ニソノ完成ノ后ニ至リ時効ノ條件ヲ改ムルノ法律出テ而シテコレニ依レバ未タ完成スルヲ得ザルモノナルモ最早コレニ因テ動カサル、コトナシ然レハ未タ完成ニ至ラスシテ尙ホ進行中ナル時効ハ將サニ完成ニ至ラントシタルモノト雖トモ新法ニ定ムル所ノ條件ヲ具フルヲ要ス未タ既得ノ權ナク唯期望ニ止リシヲ以テナリハ不成立トスル者也。又ハ、
舊法ノ時効ヲ以テ取得スルヲ許サマリシ財產ヲ新法ヲ以テ之ヲ許シ又之ニ反シテ以前時効ヲ以テ得ラルヘキ財產ヲ新法ヲ以テ之ヲ許サルコトアルヘシ但新法ノ出テタルトキ既ニ完成シタル効力ハ之ヲ如何トモスル能ハサルナリ

第二節 一個人ノ契約ヲナシ及ビソノ財產ヲ

處分スルノ自由ニ關スル法律ノ効力

第二條ヨリ今第十五條ニ飛ヅソノ譯ハソノ間ノ條ハ内外法律ノ紙觸ヲ規定スルモノニシテ即チ國際私法ナリ故ニコレハ一ト東ニシテ後ニマリス混雜ヲ避クルノ便アリト思ヘバナリ。第十五條ニ云ク「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ關スル法律ニ紙觸シ又ハ其適用ヲ免レントスル合意又ハ行爲ハ不成立トス」入々意ノ儘ニ契約ヲ結ヒ又ハ他ノ行為ヲナスニ勝手ナリト雖トセ公益故ニコレヲ害スルコトハ出來サルナリ故ニコレニ關スルノ法律ハ契約ヲ以テ之ニ背クヲ得ス憲法コレニ附屬スル施政ノ大綱ヲ規定スル所ノ法律行政ニ關スル法律刑法及ヒ治安ニ關スル法律等コノ部類ニ属ス。民法中ニセ亦政治道徳其他一國ノ利害ニ關スルノ條アリ立法者ハ一ニコレヲ明示セス之ヲ定ムルハ法律學又裁判例ニ属スルゴトナリ然レトモコレ民法講義擔任ノ諸師ニワゾ場所々々ニテ示サルヘキコトニシテ今茲ニ一々舉示スルヲ要セサルナリ。

(第四回)

然レトモ茲ニソノ總則ヲ説クハ不用ニアラサルヘシ
公ノ秩序ト云ヒ善良ノ風俗ト云フ孰レモ耳新シキ言ヒ様ニシテ一讀便チ外國ノ熟語ノ反譯タルヲ知ルベシ法例第十五條ハ佛朗西民法前加篇第六條ヨリ來リシモノタルコト疑フ可ラサルナリ佛國法學者中ニモ公ノ秩序善良ノ風俗ノ定義ニ付テハ種々ノ説アリコトタル人々ノ感情ニ問フヘキコトニシテ定義ヲ下シ得ヘキコトニアラストノ説ヲナスマノアルニ至ル然レトモカク云ヒ去テ定義ヲ下ストヲ務メザルハ法律學者ノ本分トシテ殘念ナルコトナリ今順ヲ追テノノ意義ヲ説カシ

公ノ秩序ニ關スル法律

公ノ秩序トハ如何ソノ定義ニ吟味ハ之ヲ措キ法律上公益ト云フ義ナリ一國ノ公益ヲ謀ルノ法律ハ即チ公ノ秩序ニ關スル法律ナリ人或ハ云ハシ抑法律ヲ設クルハ公益ノ爲メニ非スシテ何ゾ然ラバ何レノ法律カ公ノ秩序ニ關スルノ法律ニアラザラント誠ニ然リ公益公益固ト分離シ得ヘキモニアラズ國ヲ成ス

所ノ人民各個ノ利益ヲ害シテ而カモ一國ノ公益ヲ謀ラント欲スルハ出來ヘキコトニアラス私益集リテ公益トナルモノナレハナリ然レトモ立法者法ヲ制スルニ當リソノ直接ニ着眼スル所一般ノ利害ニ在テ人民銘々ノ利害ハ暫ク第二段ニ置クコトアリ即チ一般ノ利ヲ思フテ少數人民ノ利害ヲ顧ミルニ違アラザルコトアリ之ヲ公ノ秩序ニ關スル法律ト云フ若シ之ニ反シテ直接ノ目的ハ人民個々ノ利益ニ在ルトキハコレヲ私益ニ關スルノ法律ト云フ既ニ述べシ如ク所謂ル公法ナルモノハ皆ナ公ノ秩序ニ關スル法律ニシテ之ニ抵觸シ又ハソノ適用ヲ免レントスル合意ハ概シテ不成立トス例へハ甲某乙某ト約シテ云ク若シ議員選舉ニ當リ我ニ投票セハ金若干ヲ與フベシトヨ投票ノ有効無効ヲ定ムルハ撰舉法ノ知ル所ニシテ茲ニ論スベキニアラス民法上ニテコノ約束ハ成立タザルナリ撰舉法ニ抵觸スルノ約束ナレバナリ又例へハ甲某所得税ヲ免レン爲メ其所有田地ノ幾分ヲ乙某所有ノ表向キトシソノ報酬トシテ毎年金若干ヲ乙某ニ與フルノ約ヲナスコレ不成立ノ約束ナリ所得稅法ノ適用ヲ免レントスルノ約束ナレバナリ又例へハ地租ハ地主ノ納ムヘキモノナリ然ルニ土地貸借ノ契約

ヲ以テ借地人ノ負擔トセリト假定センニコノ契約ハ政府ニ對シテハ不成立ニシテ收稅官ハ地主ヲシテ納稅セシムルヲ得ルナリ但シ到底何レノ負擔ニ歸スヘキヤハ双方相談ノ上勝手ニ規定スルヲ得ルハ勿論ナリ

裁判管轄ヲ規定スルノ法モ亦タ公ノ秩序ニ關スルノ法ナリ故ニソノ法ニ反シテ始審ヲ經スシテ控訴ヲ受クヘキ裁判所ニ直ニ訴訟ヲ提起セントノ約束ヲナスヲ得ズ又例へバ金額百圓以上ノ訴訟ヲ區裁判所ニ提起スルノ約束ヲナスヲ得ズ裁判所構成法十四條參觀是等ノ契約ハ法例第十五條ニ依リ皆ナ不成立ナリ然レトモ當事者ノ約束ヲ以テ裁判管轄規則ニ依ラサルヲ得ル場合アリ被告人住所ノ裁判所ニ訴訟ヲ提起スルヲ通則トス然レトモ當事者ハ約束ヲ以テ他ノ裁判所ヲ選フヲ得ルナリ(民事訴訟法第廿九條以下參觀)何トナレハ此管轄規則ハ被告人ノ利益ヲ思フテ設ケタルモノナレハ被告人ハ必シシモ之ニ從フヲ要セズ若シ必ス之ニ從ハシメントスルトキハソノ利益ヲ思テ却テ之ヲ害スルコトアルヘシコレ豈立法者ノ意ナランヤ

民法商法ハ概言スレハ私益ヲ重モナル目的トスルノ法律ナリ故ニ之ニ反スル

ノ合意及ヒ行爲ハ概シテ有効ナリ契約ニ關スル條文ノ如キ多ク一個人ノ便利ヲ謀リテ定メタル者ナリ如何ナル便利ナルコトモ之ヲ強ユルトキハ却テ不不便ナルコトアリ例へハ雙務契約ハ一方ノ者之ヲ履行セサルトキハ他ノ一方ハ之を解除ヲ求ムルヲ得ルモノナリ財四百廿一條然レトモコレ當事者ノ意ヲ推測シテ定メタルモノナレハ當事者之ニ反スルノ約束ヲナスヲ得ルナリ財產編第四百廿二條ニ之ヲ明言スル故最モ明カナリ但シコノ條ナキモ當事者ノコノ權ヲ有スルハ疑フ可ラザルコトナリ財產ハ契約ノ目的物ニシテ人民契約ニ就テ有スル自由ノ區域ハ極テ廣キモノナリ故ニ財產ニ關スル法ニ反スルノ契約又ハ行爲ヲナスノ自由アルハ原則ニシテ之ヲ制限スルハ例外ナリソノ一二ノ例ヲ舉ケンニ共有着ハ常ニソノ其有財產ノ分割ヲ要求スルノ權アリ之ニ反スルノ契約ハソノ効ナシ財三十九條又法定相續人アルトキハ財產半額以上ノ遺贈ヲナスヲ得ス財取三百八十三條又質物ハ裁判上ノ評價ナクシテ債權者ノ有ニ歸スルヲ得ズコレニ反スルノ契約ハ無効ナリ(債務第百十三條百三十條參觀)

人ノ身分能力ニ關スル法ハ公ノ秩序ニ關スルノ法律中ニ包容セシムルヲ得ヘ

キモ我法例ハ之ヲ第十六條ニ特記シ且ツ第十五條ノ制裁ト少異アリ第十五條ノ制裁ハ不成立ニシテ第十六條ノ者ハ無効ナリ財產編第三百四條乃至第三百廿六條及同第五百四十四條乃至第五百五十九條ヲ視テ以テ其差異ヲ知ルヘシ)例へハ親權ハ父之ヲ行夫人百四十九條夫婦間ノ約束ヲ以テ母之ヲ行フコトト定ムルヲ得ズ又親子間ノ約束ヲ以テ子ノ自治產ヲ許スヲ得ズ是等ノ約束ハ皆ナ無効ナリソノ有効ナラサルコト明文ナシト雖トモ法例第十六條ニ依テカク判定スルヲ得ルナリコレ皆ナ身分能力ヲ規定スルノ法律ナレバナリ

善良ノ風俗ハ公ノ秩序中ノモノナリ故ニ公ノ秩序ト云ヘバ善良ノ風俗ヲ特舉スルニ及バザルナリ佛國法ニハ唯法文ヲシテ一層明瞭ナラシメン爲メ附記シトアレドセ又時ニハ外ニ顯ハレタル行狀ノ謂ヒナリ風俗ハ一國或ハ一地方一タルモノナリトノ說アリ我國文章上亦タ同様ノ入用アリシヤ否ヤハ知ラザレドモ注意迄ニ一言ノ述フベキコトアリ

般ニ就テ云フモノニシテ即チ個人行狀ヲ總括シタルノ稱ナリ佛國法ニテハ寧ロ個人行狀ノ意味ニ用井タリト解スル方文章上穩當ナルモ法律ハ道義ノ著書ニアラザレバ一人ノ行狀中唯社會ヲ紊亂スルニ足ルヘキモノヲ制止セントノ主意タル論ヲ俟タス故ニ法律ノ支配スル所ノ風習ハソノ一般ニ係ルモノニ限レリ左スレハ風俗ナル語ヲ用ユルハ至當ナリ
善良ノ風俗ニ關スル法律ハ人ヲシテ善キコトノ風習ヲ守ラシメ而シテ惡シキコトノ風習ニ染ムコトヲ避ケシムルノ法律ナリ刑法ノ如キ即チコノ法律ナリ父母若クハ後見人ニシテ拾六歲ニ滿タサルノ婦女ヲシテ賣淫ノ業ヲナサシムルコトヲ約諾スルコトハ刑法第三百五十二條ノ犯罪ニ屬スヘシ故ニソノ不成立タルコト論ヲ俟ダサルナリ若シ滿十六年以上ノ婦女自ラ若干ノ金額ヲ得テ賣淫ノ業ヲナサンコトヲ約シタルトキハ如何コレ刑法ノ禁スル所ニアラズ然レトモ民法上之ヲ有効トシテ司法權ハ之ニシノ保護ヲ與ヘテ可ナリヤ法律ノ之ヲ禁スルナシ故ニコノコトタル善良ノ風俗ヲ害スルモノタル勿論ナレトモ善良ノ風俗ニ關スル法律ハ之ヲ犯スコトナシ故ニ法例第十五條ニ依テ之ヲ不成立ノ

合意トナスヲ得サルナリ財產篇第三百四條ニ眞實且合法ノ原因ヲ合意成立ノ條件中ニ算入ス合法ノ原因トハ法律ノ許ス原因ノ謂ヒナルベキヤ法律ノ許サ、ルヨトハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ關スルモノナリ公ノ秩序ニ關スル法律ヲ犯スノ合意ニ付テハ法例第十五條ノ在ルアリ重テ之ニ付テ云々スルノ用アルヲ見ス寧ロ入用アル方ニ法律ヲ解釋スルコト法文解釋ノ法ナリ佛國民法千三百十三條ニ通例不合法又ハ不適法ト譯スル語ヲ解釋シテ曰ク契約ノ原因ハ法律ヲ以テ禁止シタルコト若クハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルモノ之ヲ不合。モ原因ト云フ我立法者モ此ノ意味ヲ以テ合法ナル語ヲ用井タルモノナルヘシト思ハルカク解釋スルトキハ善良ニ關スル法律ニ觸ル、コトナクトモ苟クモ善良ノ風俗ニ反スルヲ以テ前述ノ合意ハ財產編第三百四條ニ依テ不成立ナリ

何ニ依テ風俗ノ良否ヲ判斷スヘキヤ即チ善良風俗ノ定義ハ如何道義ニ合フモノハ良之ニ合ハサルモノハ否ラスコレ疑フ可ラサルノ點ナリ然ルニ今日道義ニ就テ一定ノ說ナシ教法ニモ種々アリ儒アリ佛アリ基督教アリ儒佛基又數派

ニ分ル所謂ル哲學ナルモノニ依ランカソノ派亦數十二下ラス各ソノ派ノ説ク所ヲ固ク執テ他ハ妄見ナリトシテ之ヲ排撃シ殆ント氷炭相容レサルノ有様ナリ裁判官如何ナル規矩ヲ用井テ以テ事ノ良風俗ニ合スルト否ヤト判知スルヲ得ヘキヤ裁判官ノ依ルヘキ一定ノ規則ナキヤ曰ク有リ道義ハ一定不變ノモノナリ道義ハ進歩スヘキモノナリ時代ニ從テ道義變スト云フハ謬ナリ道義進歩スルニアラス人ノ智識ノ進歩スルナリ然レトモ知ラサルモノハ無キカ如シ道義セ進歩改良ヲ經ヘキモノナリト云フモ實際已ムヲ得サルコトナリ故ニ暫ク一步ヲ讓テ道義モ變スヘキモノナリトスルモ一時代ニハソノ道義アリコレヲ以テ良風俗惡風俗ヲ判断スルノ定規トナスヘシ何ヲ以テソノ時ノ道義ハ茲ニ在リト云フヲ得ヘキヤ人々具有スル所ノ良心ノ判断ニ從フ可シ六ヶシク理屈ヲ云ヘハ良心ノ命スル所ノ良心ノ制止スル所ハ漠然把捉ス可ラサルモノ、如シト雖トモ何レノ時代ニ於テモ人々ノ共ニ認ムル所ノ道義ナルモノ有テ存ス常ニ一二ノ異説ヲ唱フル者ナキニ非サルモコレハ顧ミルニ足ラサルナリコノ共ニ認メ一般ニ奉スル所ノ道義ナルモノハ人々ソノ良心ノ指示ニ因テ之ヲ知ル

ソレ程ノ良心ヲ具ヘサルノ法官ハ之ヲ良法官ト云フヲ得ス法官ノ撰ミヲ慎マサル可ラサル所以ノ一ナリ

(第五回)

第三章 法律ノ適用

裁判官ハ規則ニ從テ提起スル所ノ訴訟ハ盡ク之ヲ裁判セサル可ラス法律明瞭ナラサルノ故ヲ以テ裁判ヲ拒ムヲ得スコレ至當ノコトナリ法律時ニ或ハ明瞭ナラスコレ裁判官ヲ設クル所以ノ一ナリ裁判官ヲシテソノ終身研究スル所ノ學問ヲ應用シテ以テ法律ヲ解釋セシメント欲スルナリ法律ニシテ明々暦々一点ノ疑ナカラシメハ殆ント裁判官ノ用ナキニ至ラン訴訟ノ起ルハ多クハ法文ノ意味ヲ確知スル能ハサルニ依ル法律ニ據テ訴訟ヲ断スコレ裁判官ノ職務ナリ法文ノ明確ナラサルノ故ヲ以テ裁判スルコトヲ拒ムトキハ即チ司法權ナキナリ國家一日司法權ナキトキハ國家ノ秩序ヲ保ツ能ハサルナリ争ヲ斷スルニ應ニ如何ナル方法ニ依ルヘキヤ当事者ノ自カラ裁判ヲ下スニ任センカコレ彼

等ノ慾ヲ肆ニセシムルナリ即チ暴力ヲ逞フセシムルナリ一國ノ紀綱忽チ壊レテ遂ニ滅亡スルニ至ラン然ラハ裁判官ハ立法權ニ向テ解釋ヲ乞ハンカコレ立法人ヲシテ裁判官ノ職ヲ行ハシムルナリ立法者ヲシテ法律ヲ解釋セシムルノ

場合ナキニ非サレトセコレ特別ノ場合ニ限ル

法律ノ不備ナルトキ即チ或ル事件ニ法律ニ明文ナキトキモ尙ホ裁判官ハ裁判ヲ爲サル可コス法律不備フルトキハ法律ニ欠缺アルナリ即チ法律ナキニ均シキナリ法律ナキモ何故ニ裁判官ハ裁判ヲ下サハル可ラサルカ一見スレハ裁判官ハソノ職掌外ニ出ツルモノ、如シ裁判官ノ職掌ハ法律ヲ適用スルニ在ルニアラスヤ法律ナキニ裁判ヲナスハ裁判ヲナスト同時ニ法律ヲ作ルニアラスヤ此場合ニ於テハ裁判官ハ立法者ニ欠缺アルコトヲ告知シテ之ヲ補フノ法律ノ出ツルヲ待ツ方政權分離ノ原則ニ合フニアラサルカ

佛國ニ於テ革命以前法律ニ不明不備ノ點アルトキハ裁判所ハ當事者ヲシテ王ニ向テ法律ノ解釋ヲ乞ハシメタリ革命中ノ法律ニシテ不明ノ法文アレハ裁判官ハ必ス立法者ニソノ解釋ヲ乞フコトヲ命シタルモノアリ後段ニ於テコノ法

律ノ目的ハ何レニ在リシカヲ説クヘシ裁判官ハコノ法律ヲ濫用シテ少シク法文ニ疑ハシキコトアレバ直ニ立法者ニ向ツテソノ解釋ヲ乞ヘリカクノ如クスルトキハ訴訟ノ進行ヲ中斷スルノ不都合アリ而シテコレ殆ンド立法權ヲシテ司法權ヲ代リ行ハシムルナリ立法權ハ革命亂雜ノ間三大權ニ已ニ集ムルニ至レリコレ大ニ害ヲナセリ故ニ前加篇第四條ヲ設ケテコノ害ヲ防カシコトヲ期セリヨノ條ハ法例第十七條ト殆ント同文ニシテ唯ソノ制裁ヲ示シタルノミ此ノ如ク法律ノ不明不備ノ爲メ訴訟ヲ中斷シテ立法者ノ解釋ヲ與フルヲ待チシハ裁判ヲ拒ムニ同シ右ノ如ク立法者ニ送附スルコトニ付テ法律ヲ設ケタリシコレ適々ソノ弊害ヲ更ニ甚シカラシムルニ足リシノミ何トナレハ立法者ヲリ故ニコノ法律ハ法律ニシテ又裁判ノ性質ヲ兼有スルナリ事件起リテ后ニ作リタル法律ナルカ故ニソノ公平疑フベシ而シテソノ効力ハ常ニ既往ニ溯ルモノナリ法律ノ効力ヲシテ既往ニ溯ラシムルノ害トソノ正義ニ反スルコトハ第

二條ニ就テ既ニ述ベタルヲ以テ今茲ニ再言セズ況シテ裁判ノ性質ヲ有スルニ於テハソノ害ノ大ナル多辯ヲ待タズシテ知ル可キナリ法律ノ解釋又ソノ欠缺補充ニ付テ裁判官カ立法者ニ依頼スルノ弊ハ實ニ争フ可ラザルナリ裁判官ハ法律ナシトテ裁判ヲ拒絶ス可ラズ法律ヲ以テ生シ來ルヘキ争ヲ盡ク逆睹シテ判定スレハ到底出來可ラザルノコトナリ若シコレ爲シ得ヘキノコトナラハ裁判官ハ不用ナリ銘々法典ヲ披見セハ直ニソノ判決ヲ見出ス可シコレ爲シ得ヘカラサルノコトナリコレ裁判所ノ設ケアル所以ナリ然レトモ法律ナキトキト雖モ裁判官ハ判決セザル可ラストノ規則モ亦コレニ伴フノ弊ヲ有ス裁判官ヲシテ立法者ノ職ヲ行ハシムルノ憂ナキニアラスヤ左スレハ尙ホ立法司法兩權ノ混淆アルヲ免レザル可シ此批難ニ對スルノ答種々アリ或ハ云フ法律不明ナルトキハソノ文意ヲ探求ス可シ若シ法律ニ欠缺アルトキハ慣習又ハ條理ニ問フテ判決ス可シ條理ハ自然法ノ指シ示ス所ナリ裁判官ガ慣習ニ循由スルトキハ裁判官ハ法律ヲ制定スルニ非ス慣習モ亦タ明定ノ條規ナルヲ以テ裁判官ノ之ヲ適用スル猶ホ法律ヲ適

用スルカ如シ然レトモ條理即チ自然法ニ由ルノ場合ハ之ニ異ナリ自然法ハ何處ニモ書付ケタルモノナシ人或ハ云ハシ裁判官ハ之ヲ作ルニ非ス自然法ハ固ヨリ有ルモノナリ裁判官之ニ由テ判決スルノミ自然法ハ判決ニ先テ存スルナリ何處ニモ明記シタルコトナキモ各個ノ良心ニ膨シ付ケアルニアラスヤ誠ニ然リ然レハ立法者ノ法律ヲ制定スルニ當テモ別ニ作爲スル所アルニ非斯既ニ存スル所ノ條理ヲ明カニ述フルニ過ギス故ニ裁判官カ法律ナキトキニ争ヲ断スルトキハソノ爲ス所ハ立法者ノ爲ス所ニ異ナラス彼先ツ條規ヲ定メ然ル后之ニ由テ起リタル争ヲ判決スルナリ唯ソノ異ナル所ハ判決ハ當事者及ヒツノ事件ニ限リソノ効力ヲ有シ法律ハ人民一般ノ循守スヘキモノニシテ將來起ルヘキ争ハ皆ナ之ニ由テ判決スヘキモノナリ

故ニ法律ニ欠缺アリトモ裁判官ハ必ス判決セザル可ラザルコトトナシタルハ法律ノ不備ヨリ來ル所ノ不都合ヲ兩ナカラ避クルヲ得ス唯ソノ一ヲ避クルノミ立法者ガ訴訟ヲ判決スルノ弊ハナキモノ裁判官ノ時ニ立法者トナルノ不都合ハアルナリ佛國立法者ハ二害ノ中ソノ小ナル者ヲ採ラント欲シテ佛國民法前

篇第四條ノ如ク定メタリ裁判官ノ了見ニ一任スルノ判決固ヨリ憂フ可キコトアリト雖モ裁判官尙ホ小心ニ條理ノ在ル所ヲ求メ大ニ注意ヲ加フルコトアリ而シテ判決ハ破毀セラル、コトアリ又懲戒法ノ有ルアリ獨立ニシテ曾テ他ニ向テ責任ヲ有モザル大權即チ立法權ノ專斷ニ比スレハツノ弊ハ遙ニ小ナリ佛民法第四條ノ起因此ノ如シ我法例第十七條ヲ設ケシモ佛國民法制定者ト同様ノ憂慮ヲ懷キタルモノト知ルヘシ

規則ニ從テ訴訟ヲ提起シタルトキ三ノ場合アリ

第一 提起シタル訴訟ノ場合ニ適用スヘキ明且正確ナル法文アリコノ場合ニ於テハ裁判官ハコノ法文ヲソノ儘ニ適用セサル可ラズソノ正義ニ協フヤ否ヤヲ問フ可ラズ又ソノ憲法ニ合フヤ否ヤモ吟味ス可ラズ裁判官ハ法律ニ循由シテ判決ヲ下ス可キナリ法律ヲ批判スヘキ者ニアラズ

第二 法律ニ提起シタル事件ニ適用ス可キ明條ナシコノ場合ニ就テハ既ニ論スル所アリタリ故ニ再言セズ

第三 法文不明ナリコノ場合ニ於テハ裁判官ハ法律ヲ解釋セザル可ラズ即チ

第四章 法律ノ解釋

法文ノ意味ヲ究明指定シテ以テ事件ニ當テハメザル可ラズ法律解釋ノ方法ハ下段ニ説ク可シ

本章ノ解題

法律ノ意味ヲ明ニシテ而シテ其及フ可キ區域ヲ定ムルコレ法律ノ解釋ナリ法律解釋ノ必要ハ唯法律ノ完全ナラザルヨリ起ルニ非ズ法律ノ性質然ラシムルナリ若シ法律ノ不完全ナルヲ以テ解釋ヲ要スルモノナラハ解釋ヲ用フルニ及バザル様ニ法律ヲ制定シ得ルコトヲ庶幾ヒ得ベシ哲學者中カハル空望ヲ懷キ居タルモノアリシ立法者中ニモ亦此ノ如キ人アリシ奇恠ト謂フ可シ羅馬帝ジウスチニアンハ裁判例諸學說ヲ編成シ殆ンド法典ヲ作リシ所ノ法律ノ大家ニシテ今日ニ至ルマテ法律家ノ尊崇シテ措カザル程ノ人ナリ此帝右ノ編纂ヲ了ヘタトキ法律ノ學問ハ茲ニ盡キ此上ニ一モ加フベキナク又損ズ可キナシト信ゼリ故ニ後世大膽ノ學者輩ガ解説ヲ口實トシテゾノ作爲セシ所ノモノヲ毀損センコトヲ虞リテ一切註釋ヲナスコトヲ禁シタリ此ノ世ノ中ニ起リ得ヘキ場合ヲ盡

タ豫見シテ法ヲ設ケ得ルニ非レバ解釋ヲ要セサル法律ヲ作ル能ハザルナリコレ
到底出來ヘキコトニ非メ歐洲ニ於テ數百年以來ノ實驗ノ之ヲ証スルアリ蓋レ
法律ハ唯一般ニ就テ規則ヲ設ケ得ベキモナリ故ニ法律ニ定ムル所ノ一般ノ原
則ヲ實際生シ得ベキ殊別ノ場合ニ適用スルニハ當ニ法律ヲ解釋スルノ必要アリ
ノ種類

法律解釋ノ種類
法律ノ解説ヲ大別シテ二種トス私ノ解釋及ヒ公ノ解釋是レナリ
私人解釋ハ法律學者代言人等ノ如キ私人ノ爲スモノニシテ唯條理トシテ權力
ヲ有スルノミ
又之ヲ細別シテ裁判上ノ解釋及ヒ立法上ノ解釋トス
裁判上ノ解釋ハ裁判所ノ爲ス所ニシテ當事者ハ訴訟トナリタル事件ニ就テハ
之ニ服從セサル可ラス

立法上ノ解釋ハ人民一般之ニ服從セサル可ラサルモノナリコノ解釋ハ理論上
應ニ立法者ノ爲ス可キモ人ナリト雖モ佛國ニ於テハ一世那破烈翁ノ時代參事

院下君主コノ權ヲ有セリ若シ或ル場合ニ於テハ必スコノ解釋ニ依ラサル可ラ
サルモノトスルトキハ其弊甚シ目下佛朝西白耳義ニ於テセヨレヲ隨意トセリ
コノ解釋ノ入用アルハ或ル法文ノ解釋區々々ニシテ爲メニ絶ヘス訴訟ノ起
ルコトアル場合ナリ

法律解釋上由ルヘキノ規則

其公法タルト私法タルトヲ問ハズ總テ法律ヲ解釋スルニ於テ由ルヘキノ規則
アリ

我法例草案ニハ法律解釋ニ關スル規則アリ成法ニハコレヲ省ク蓋シコノ規則
ハ學說ノ定ムル所ニ任スルノ意ナリシナラン佛國民法前加篇ニコノ規則ナシ
全レク草案ニ載セタルモノヲ刪除シタルナリ歐洲諸國ノ法律多クハコノ規則
ヲ示ス

法律解釋者就中裁判官ノ役ニアリ第一法律ノ眞意ヲ究明スルコト第二法律ニ
定メタルノ原則ヲ法律ガ豫見セザリシ事件ニ適用シテ以テ法律ノ欠缺ノ爲メ
ニ生シタル争ヲ斷スルコトナリ

第一法律ノ真意ヲ究明スルノ要則左ノ如シ
 解釋者ハ法文明了ナルトキハ第一ソノ文義ニ依ラザル可ラズ法律ノ精神ヲ探
 求スルヲ口實トシテ法文ノ意ヲ届ルヲ得ザルナリ
 然レドモ法律ノ文義ニノミ依ル可ラザル場合アリ法文ガ立法者ノ真意ヲ言ヒ
 顯ハサルコトアリコノ場合ニ於テハ立法者ノ真意ヲ探リ法律ノ精神ヲ求メ
 テ之ニ從フ可シコノ場合ニ限り法律ノ文義ヲ捨テソノ精神ヲ取ルヘキナリ
 但シ先ツ果シテ文義ノ精神ニ合ハサルコト判然証明セラルコトヲ要ス
 法律ノ意味明了ナラサルトキハ解釋者ハ左ノ方法ヲ以テ真意ヲ求ム可シ
 其一不明了ハ法文ト同シキ事類ニ關スル法條ト比照ス可シ同事ニ關スル法
 律ノ法條又ハ同一ノ事柄ニアラサルモ類似ノ事柄ニ關スル法律ノ條文ハ彼此
 脊絡ヲ通シテ恰モ一体ヲナスモノナリ故ニ解釋者ハ彼此比照參觀相背戾セサ
 ラシムルヲ要ス

其二解釋スヘキ法文ノ根原ニ溯ヘラ要ス舊法ノ文ヲ其儘採用ヒタルトキ
 ハ立法者ハ尙ホ舊法ニ於テ有セシ意味ヲ存スルノ意ナリシナルヘシ

第三草案及ヒソハ法律トナル迄議事問答報告ノ類即チ下調ヘヲ参考スヘシ
 コレ實ニ屈強ノ解釋ノ具ナリ然レトモコレヲ以テ法律ノ公ノ解釋ト思フ可ラ
 ス特ニ佛國ニ於テハ大ニソノ信據ス可ラサルノ理由アリ我六法ハ議會開設前
 ノ制定ニ係ルヲ以テ下調ヘニ關スルノ書類ハ完備セサル可シ但シ問答錄アリ
 ト聞ケハツノ公ケニナリタル時ハ草案理由書ト俱ニ大ニ解釋者ノ便利トナル
 ヘシ

第四解釋ニ從テ生スル所ハ法律ノ結果ヲ審定スヘシ可成ハ結果ヨキ方ニ解
 釋スルヲ要ス但シコノ法ニ依ルニハ大ニ小心ヲ要スルナリ結果ノ爲メニ法律
 ノ真意ヲ害スルコトアル可ラス

第五法律ハ精神ヲ問フ可シ即チソノ理由ト目的ヲ求ム可シ下調書類及ヒ
 法律ノ由來リシ本源中ニ之ヲ求ム可シ日本民法ノ條文中ソノ源ヲ佛國民法
 ニ取ルモノ甚タ多シ

法律ノ包含即チソノ及フヘキ區域ヲ定ムルニハ重モニ法律ノ精神ヲ問フヲ要
 斯刑事ヲ除テハ法律ハ文言ニ包含セサルモ其精神ニ包容スル場合ニハ盡ク適

用スヘキモノナリ之ニ反シテソノ精神ニ於テ許サヘル場合ニハ其文言ニ包含スルモ適用ス可ラサルナリ

(第六回)

第五章 邦土ニ關スル法律ノ効力

コレ法律ノ効力ニ關スルコトニシテ第二章中ノ一節トスヘキコトナレトモコレ後段ニ譲ルノ理由ハ同章第二節ノ始メテ之ヲ述ヘタリコレ法例十七條中十二箇條ニ涉リテ規定セラレタル事項ニシテ重要ノ事ナルニ依リ之ヲ一章トナス

我法律カ國內ニ在ル所ノ日本臣民ハ盡ク之ヲ支配スルハ論ヲ俟タヌ又法律ノ種類如何ヲ問ハサルナリ一切臣民ヲ服從セシムルヲ其持前トス然ルニ人常ニ其國境内ニ住ス或ハ國外ニ遊歴シ或ハ外國ニ住居ヲ定ムルコトアリ又外人ノ本邦ニ來リ住スル者渺カラス二問題コレヨリ生ス

第一問題 去テ外邦ニ在ルノ日本人ハ尙ホ日本法律ノ支配ヲ受クヘキカ換言

此セハ外國ニ在ル日本人モ尙ホ日本法律ヲ遵奉スヘキモノナリヤ此モ日本ニ在ル外人ハ日本法律ニ服從スヘキヤ將タ各々ソノ本國ノ法律ノ支配ヲ受クヘキモノナリヤ此モ外人者ハ日本法律ノ支配ヲ受クヘキモノナリヤ此二問題ノ意ヲ約スレハ法律ハ人ニ追隨スルヤ將タソノ効力ハ國境ニ止ムモ此ニ在ル者ハ盡ク之ヲ支配スルヤト云フニ在リ人ニ追隨スルテ外國ニ到ル國境内ニ在ル者ハ盡ク之ヲ支配スルヤト云フニ在リ人ニ追隨スルテ外國ニ到ル法律アリ第一類又否ラサルモノアリ(第二類トハ近世歐洲ノ學者ノ共ニ唱フル所ニシテ實際モ亦タ然リ唯如何ナル法律ハ第一類ニ屬シ如何ナル法律ハ第二類ニ屬スルヤニ至フテハ法律學上ノ變遷アリト雖トモ今之ヲ茲ニ述ヘス三四回ノ講義ヲ以テスルモ尙ホ盡ス能ハサルヘシカゝル詳細ナルコトハ講スベキ場所ニアラズ然リト雖トモ今日尙ホ多クノ學者ノ採ル所ノ者ハ「スター」主義ナリス「タチユ」ハ茲ニ於テ法律ト云フ意味ナリソノ說ニ曰ク「スター」タチユ、レ・エル「管物法」ハ國境ヲ出テス而シテ國境内ニ在ル者ハ内外人ヲ問ハス悉クソノ支配ヲ受ク「ス

タチュ、ベルノネル^{管人法ハ正ニ之ニ反ス管人法ハ人ノ到ル所ニ追隨ス管物法トハ物ヲ規定スルヲ、ソノ重モナル目的トスルノ法律ノ謂ヒナリ管人法トハ直接ニ人即チ人ノ身分能力ニ關スル法律ヲ云フ、此モ大體モ通ニシテ主權モ此原則甚^タ明了ナリト雖トモソノ適用ニ至クテハ甚^タ困難ニシテ且ク混雜ヲ極メ問題トシテ一致ノ說アルモノ殆ントコレナキ有様ナリ爲ミニ原則ノ真正ヲ疑フモノ有ルニ至レリ蓋シ財產ハ人ノ爲ミニ存ス人ハ主ニシテ財產ハ從タリ人ヲ以テ土地ノ附屬視シタルハ封建制度ノ認見ノミ故ニ總テ法律ハ人ノ爲ミニ設ク法律トシテ人ヲ重モナル目的トセザルモノ有ルコトナシ夫ハ兎モ角モ人ヲ離レテ法律ナキハ勿論ナリ人ニ關係ナキ財產ナク又財產ニモ間接直接ニ些少ノ交渉ナキ法律ナシ例ヘハ身分ニ關スルノ法律、親屬ノ關係ヲ規定スルノ法律ノ如キ一見スレハ唯人ニ關スルノ法律ニ^テ所謂ル管人法ノ尤モオルセノナリ然ルニ尙ホ財產ニ關係アリ故ニ法ノ管人管物タルヲ區別スルハ實際ニ於テ甚^タ困難ナルコトアリ例ヘハ相續法ノ如キ又妻カワノ夫ノ財產上ニ又被後見人カ後見人ノ財產上ニ有スル法定ノ抵當ヲ規定スル法律ノ如キ是レ管}

人法ナリヤ將^タ管物法ナリヤ議論固チ々々ナリコレ基礎ノ不定ナルニ依ル不^シ定ナル基礎ニ依テ法律ノ屬人屬地ヲ分ツハ出來ヘキ事ニアラス基礎既ニ確定モノニアラス、ソノ應用ニ至クテ一致ヲ見サルハ驚クニ足ラサルナリ。日本耳曼ノ蠻民羅馬帝國ヲ蹂躪シテ始シト全土ニ散在セリ此ノ時ニ方リテゴノ蠻民ハ到ル處ニノ所屬部落ノ法律ニ從ヘリ法律ハ盡ク屬人ニシテ屬地ノモノナカリキ其ノ後封建ノ時代ニ至リテハ反對ノ極端ヲ採リテ法律ハ皆ナ屬地ノモノトセリ此ノ兩主義ノ孰レニ依ルモ内外法律ノ抵觸ノ生スヘキ管ナ

之ヲ換言スレハ總テ法律ヲシテ無制限ナル屬人又ハ屬地ノモノタラシムルトキハ内外法律ノ抵觸ノ生スルコトナシ國際私法ハ私益ニ關シテ屬人、主權ト屬地、主權トハ衝突ヲ解クノ法ナリトノ定義ヲ下ス人ニ追隨スルノ主權ヲ屬人主權ト云ヒ國境内ニ在ルモノハ人ト物トヲ問ハス盡クソノ威力ヲ及ホシ而シテ國境ヲ出テサルノ主權ヲ屬地主權ト云フ例ヘハ茲ニ日本人ニシテ佛國ニ在クテ結婚スルモノアリ日本ノ法律ニ依ルヘキカ將^タ佛國ノ法律ニ依ルヘキカ即チ日本

ノ屬人主權ト佛國ノ屬地主權トノ間ニ衝突アリコレ兩主權ノ存スルアレハナ
 リ若シ法律ハタゞ、屬人ノ性質ノミヲ有スルトスレバ此場合ニ於テ唯日本法ノ
 ミ支配スペキ咎ニシテ佛法ノ關スル所ニアラズ若シ屬地ノ性質ヲ有スルトス
 レバ日本法ハ日本外ニソノ効力ヲ及ホスモノニアラサルヲ以テコレ獨リ佛法
 ノミ關知スヘキコトナリ日佛法律ノ抵觸ノ生スヘキ咎ナシ好シテ抵觸ヲ生セ
 シム可キニアラサルモ事物ノ性質ヲ察シ、國家ヲ重ンシ而カセ各國並立シテ相
 害セサラントズルトキハコレ實ニ己ムヲ得サルコトナリ若シ法律ヲシテ屬人
 ノモノトシ而シテ毫モ制限ナカラシメハ外人來テ我國ノ大禁ヲ犯スモ如何ト
 モスル能ハサルナリ國ノ存立安全得テ保ツヘカラス然レドモ唯屬地ノモノト
 スルトキハ諸權利ノ享有行使地ヲ轉スル毎ニ變更シテ不定ノ有様ニ陷ルコレ
 大ナル不便ニシテ古代既ニコノ不都合感シタリ而シテヨレ人ヲシテ土地ノ
 附屬トスルモノニシテ事理ニ合ハス法律ハ人ヲ目的トスルモノニアラスヤ故
 ニ總テ法律ハ屬人ノ性質ヲ有スヘキモノナリ
 屬地主義屬人主義共ニ眞理ノ一元素ヲ有スト雖トモ兩ツナカラ誤リタルノ原

限第一ノ制

則ナリ兩主義ヲ調和シテ始メテ眞ノ原則ヲ得ルナリ
 前ニ述ヘシ如ク法律ハ元來屬人ノモノナリ唯外國ハ公益ハ制限ヲ受クヘシ公
 益ニ關スル法律ハ屬地法ナリ苟モノ邦土内ニ在ルモノ皆ナゾノ支配ヲ受ク
 コレ第一ノ制限ナリ方式ハコレヲナス場所ハ法律ニ從スコレ第二ノ制限ナリ
 第三ノ制限ハ人々ノ意思コレナリ
 故ニ人外國ニ在ルモ其本國法ハソノ人ニ追隨シテ之ヲ支配スルヲ原則トス但
 シソノ所在國ノ公ケノ秩序即チ公益ニ關スル法律ハ遵奉セサル可ラス然レト
 モ公ケノ秩序ヲ區別スルヲ要ス國民ノ必ス遵奉セサル可ラサルノ法律ハ公
 秩序ニ關スルノ法ナリ刑罰法、行政法ノ如キ無論コノ部類ニ屬ス私法中亦タ公
 ノ秩序ニ關スルノ法アリ例へハ所有權ヲ規定スルノ條項身分能力ニ關スル
 法ノ如キコレナリ然ルニ身分能力ニ關スルノ法ハ恰モ屬人法ナリトナス所
 モナリ日本新民法ニ依レハ満二十歳ヲ以テ成年ノ期トス佛國ニ於テ満廿一
 歳ナリ佛人ハ合意其他ノ方法ヲ以テスルモコノ規則ノ適用ヲ免ルゝヲ得サル
 ナリ然レトモ日本人ハ佛國ニ在ルモ満二十歳キ至レハ成年者タリ佛國ノ公益

六之ニ依テ害セラル、ナシ元來年齢ニ依テ能力ヲ制限スルハソノ國民ヲ保護シ從テ一國ノ利益ヲ圖ルノ主意ニ出ツルモノニシテ他國人民ノコトハ關リ知ル所ニアラサルナリ公ノ秩序ニシテ外國法律ノ適用ニ依テ害セラル、モノアリ之ニ國際公秩ノ名稱ヲ附シテ他ト區別ス不動產授受ノ登記ニ關スルノ法所有權ヲ規定スルノ法ノ如キ是レナリ英國ニハ登記ノ制ナシ然レトモ英人ノ我國ニ於テ不動產ヲ買フタル者ハ之ヲ登記セサレハ第三者ニ向テ無効ナリコレ一般信用ヲ進ムルノ法ニシテ一國ノ富ヲ圖ルノ法律ナリ外人若シ之ヲ遵奉スルノ義務ナク本國法ヲ援用スルヲ得ルトスルトキハ此法例ハソノ目的ヲ達スル能ハサルナリ故ニ知ルヘシ國際公秩ハ常ニ國內公秩莫ニヨリ國內公秩ハ常ニ國際公秩タラス即チ國際公秩ハ國內公秩ノ一部分タルヲ知ルヘシ

國際公秩ノ何モノタケラ說キソノ如何ニ法律屬人ノ原則ノ適用ヲ制限スルヤヲ示シタリ今國際公秩ノ領域ヲ明定スヘシ

如何ナル場合ニ於テ外國法ノ適用ヲ制限スヘキヤ

外國ニ在テソノ權利ヲ行ハント欲スル者ハ其國ノ大憲タル諸法律ニ從ハサル

可ラサルハ論ヲ俟タス邦國ノ成立統治ノ事ヲ定メ主權ノ行使ヲ規定シ國民ノ權利ヲ明カニシ而シテコレニ制限ヲ置ク等ノ事ハ皆ナ憲法ノコトナリ此諸般ノ大則ハ最モ國家ノ組織ニ關スルモノニシテ一個人特ニ外人ノ抗スルヲ得ヘキモノニ非ス自己ノ屬人法ニ據テ以テソノ國民ノ有セサル權利ヲモ請求スルヲ得サルナリ故ニ公權ニ就テハ外人ハ内國人ト同様ノ制限ヲ受ケサル可ラス外人ハソノ本國法ヲ援テ以テ身体ノ自由出版ノ自由集會ノ自由等ノ制限ヲ免ルヽヲ得ス而シテ土地ノ制度ニ關スルノ法ノ如キモ公法中ニ算スヘキモノナリ邦土ハ不動產ノ集リテ成リタルモノナレハ其所有者ノ國籍如何ニ拘ハラズ刑罰ノ性質ヲ有スルノ諸法律ハ同シク國際公秩ニ關スルモノナリ抑刑罰ナルモノハ主トシテ國ノ風教ヲ維持スルニ在リコレ國ヲ保ツノ具ニシテ且ツ幾分カ正當防衛ノ性質ヲ有ス一人盜ニ遭フコレ取リモ直サヌ國家ヲ傷害シタルナリ苟セ國ヲ傷害スルコトアレハ其事主何レノ國籍ニ屬スルヤヲ問フヲ須矣ス

ツノ事主ヲ罰スヘキナリ而シテソノ其國ノ法律ヲ以テ之ニ擬スヘキナリ何トナレハコレソノ國ニ必要ナル法律ナレハ外國ノ法律ハ各其國ニ通スヘキモ、ノ他國ニ通スヘキヤ否オハ知ル可ラズ或ハ重キニ失ミ或ハ軽キニ失スルノ患ナキヲ期ス可ラサレハナカニ特々國法ノ外如何ナル法律ハ上ニ列舉スル所ノ國家紀綱ニ關スルノ諸法律及ヒ刑罰法ノ外如何ナル法律ハ國際公秩ニ關スルモノナリヤ何ニ依テソノ之ヲ知ルヲ得キヤコレ裁判官ノ判定スヘキコトニ屬ス而シテ裁判官ハコレヲ判定スルニハ立法者カ或ハ條項ヲ判定スルニ當リ目的トセシ所ヲ常ニ念頭ニ置カサル可ラス若シソノ目的ハ公益ニ存シ而シテ外國法律ノ適用ニ依テヨノ公益カ害セラルト觀タルトキハ外國法ニ依ラス國法ニ依テ争フ断セサル可ラサルナリ國家ノ利益ニ就テハ立法者ハ誤見ヲ有スルコト徃々ニシテコレアリ經濟道義宗教上ニ於テ屢見ル所ナリ穀物輸出ハ國害ナリト思ヒシハ獨リ我國ノ經濟家ニ止マヌス歐洲ニ於テセカク思ヒシナリ朝鮮支那ニ於テ今日尙ホコロ謬見ヲ有スルモノ甚タ多キカ如シ朝鮮ニ於テ此項ニ至ル迄防穀令ノ出フルコト屢ナリ我國ニ於テモ大体穀

物ノ輸出ハ禁制ナリシゴノ誤見タル近日之ヲ疑フモノモ殆ントナキ程ナレトモ若シコノ禁制ニシテ今日尙ホ存スルコトアラハ公益ニ關スルノ法律トシテ之ヲ取扱ハサル可ラズ或ル宗教ヲ禁スル法律ノ如キ異教信徒ノ取扱ニ關スル法律ノ如キ立法者ノ誤見ニ出ツルモノ少カラズ却テ公益ヲ害スルノ實アルコトモ有リ得ベキコトナレモコノ法ノ存スル限りハ公益ニ關スル法律トシテ之ヲ適用セサル可ラズ上ニ述ル所ノ原則ハ法例第十四條ノ明カニ認識スル所ナリ然レトモ公ハ秩序上ニ述ル所ノ原則ハ法例第十四條ノ明カニ認識スル所ナリ然レトモ公ハ秩序ナリト云フ可シコノ点ニ就テ白耳義民法草案ハ我法例ニ比シテ大ニ詳カナリ依テ第十四條ヲ解釋適用スルニ當リ幾分カ資益スル所アルベキヲ思ヒコノ條、

ニ相當スル所ノ白草案第二十六條ヲ茲ニ譯出ス
第二十六條 社會ノ權利ニ關スル諸法律ハ合意ノ場所當事者ノ國民分限及ヒ財產ノ性質ノ如何ニ拘ハラズ之ヲ適用ス(蓋シコノ場合ニ於テハ常ニ白耳義

法ヲ適用スルノ謂ヒナリ。之ニ並置シテ人権者ニ與スル事
 第二十六條(第七回)。國本の御大尉ハ公意ニ應付御事務ニ
 此ノ規則ハ左ノ法律ニ適用スル者也。此ノ規則ハ國本の御事務ニ
 第一公法及ヒ刑法ニ屬スル諸法律ト資本主義者ニ適用スル者也。
 第二善良ノ風俗ニ關スル諸法律及財産權ニ適用スル者也。
 第三相續ノ事ニ付テノ政治上特權ヲ廢スルノ諸法律也。
 第四時効ヲ規定スル諸法律但シ得權時効ハ財產所在地ノ法律免責時効ハ
 義務ノ生シタル地ノ法律ノ規定ヲ受ク。
 我法例草案第二十條ハ第三項ノ相續云々ヲ保安ニ係ル法律トシタルノミニテ
 他ハ草案ノ二十六條ニ異ナル所ナシ。
 右四項ニ列舉スル所ノ法律ハ例トシテ唯重要ナルモノニシテ限
 定スルノ主意ニアラス。列舉スル例詳ハ則チ詳ナリ然レトモ未タ盡セリト云フ
 可ラス故ニ右列舉外ノ事項生スルトキハ第一項ノ原則ニ歸リテ社會ノ權利ニ
 關スルヤ否ヤヲ研究セサル可ラス然ルニ是レ甚ダ困難ナルコトニシテ明切ナ

定義ヲ得ル能ハス。此證書ヲ憑用シテ起業者等之
 法律上ノ行為ヲ解剖スレハ二箇ノ元素アルヲ見ル可シ一ハ内部ノ元素ニシテ
 行為ノ成立ニ必要ナル條件ヲ包含ス合意ニ於テハ當事者ノ能力ヲノ承諾及合
 意ノ目的ゾノ原因ノ如キヨノ内部ノ元素ニ屬スル元素ニシテ
 行為ゾノモノニハ關係ナク唯爭ヒノ起リタルトキソノ証明ヲ便スルヲ目的ト
 スルモノナリ或ハ書付或ハ公吏ノ臨席或ハ公示ノ方法ノ如キ是レナリ。
 右第二ノ元素之ヲ方式ト云フ。場所ハ方式ヲ支配ス即チ方式ハ之ヲナス。場所ハ
 法律ニ從フト。古來ヨリノ原則ナリ我法例第九條ハ此原則ニ基ヒテ設
 ケタルモノナリ公正證書及ヒ私署證書ハ方式ハ之ヲ作ル國ハ方式ニ從フトア
 リ例ヘハ英人ト佛人トノ間ニ獨逸ニ在ル不動產賣買ノ契約ヲ爲ス而シテ伊太
 利ニ於テ證書ヲ作ル此場合ニ於テ證書方式ハ伊太利ノ法律ニ合フトキハコノ
 證書ハ有効ナリ即チ證據ノ書付トナルナリ證書ハ無効ナルモ合意ハ必スシセ
 無効ナルニアラサルハ論ヲ俟タス。下ニシテ爰文友良或モ子人保重ヘテ人保土
 方式ニ種々アリト雖トモ茲ニ證書ノ方式ト云フハ證據ノ力ヲ與ス者ノ方式即

チ爲信方式ト云フモノナリ例ヘハ公正證書ニ就テハ明治十九年八月十一日法律第二號公證人規則第三十八條以下ニシノ方式ヲ規定ス一人若クハ二人以上ノ立會證人ヲ要ス又證書ヲ作リタル年月日及ヒ場所ヲ記入スルヲ要スル等ノ如キ是レナリ私署證書ニハ此ノ如キ方式ヲ要セサルモ證據編第二十一條ニ雙務契約ヲ、證スル證書ニハ反對ノ利益ヲ有スル當事者間ニ正本二通ヲ作り且ツ之ニ署名捺印スルヨトヲ要ストアリ法、ハ何故ニ證書ハ有効ノ爲メニ方式ヲ命スルヤコレ證書ハ法廷ニ於テ事ヲ證スルノ用ニ供スルモノナルヲ以テナリ證書ハ司直ソコトニ於テ實ニ重要ノモノナリ是故ニ證書カ法律上ノ行爲ノ證據トナルニハ、或ル方式ニ從テ之ヲ書可キコトヲ法律ニ於テ定ムコレ此確切ニ事ヲ證セシメン爲メナリ故ニ方式ハ極メテ大切ナルモノナリ方式ノ法律ニ合フト否ヤトハ證書ノ効力ノ有無即チ證據トナルト否ラサルトニ依テ分ル所ナリ而シテ證書即チ書面證據ノ如何ニ依テ訴訟ヲ裁判スルヨト通常ナリ何故ニ證書ハ方式ハ之ヲ作ル場所ノ法律ニ從フヤ

第一必要ヨリ生スルノ理由アリコレ一同異存ナキノ點ナリ外國人日本國ニ在サテソノ本國法若クハ財産所在地ノ法律ニ從フハ實際出來可ラサルコト甚タ多シ故ニ日本人外國ニ在ツテ日本ノ法律ニ依ル能ハサルコトモ亦タ屢コレアル可キコトナリト知ル可シ日本ニ於テハ佛國ニ於ケルカ如ク公正證書ヲ作ルハ重モニ公證人ノ職ナリ然ルニ獨乙ニ於テハ概シテ裁判所ノ職掌トス普漏生法ニ依レハ遺言ハ法廷ニ於テ之ヲナス可キ規則ナリ日本ニ於テハ然ラス公證人ニ面前ニ於テ之ヲ爲スキコトナリ普漏生人日本ニ在ツテ法廷ニ於テ遺言ヲ爲サント欲スルモ出來可ラサルコトナリ裁判官ハソノ管轄外タルノ言渡シヲナスヘキコトナリ故ニ普漏生人カ日本ニ於テ公證人ノ面前ニ於テ遺言ヲ爲シタルトキハコノ遺言ヲ證ヲ爲サント欲スルトキハ其國ノ法律ニ循由セサルヲ得サルナリスルノ公正證書ハ有効ノモノニシテ遺言モ從テ有効トセサルヲ得スヨレ實際已ムヲ得サルコトナリコレト同シ譯ニテ日本公證人ナキ國ニ在ツテ遺言ヲ爲サント欲スルトキハ其國ノ法律ニ循由セサルナリ

ヲ作ルニ當リ實際筆ヲ執ル者ハ誰ツ當事者ゾ躬カラスルコトハ稀レニシテ多
クハ黒人即チ公證人代言人代書人ノ如キ者ニ依頼スルモノナリ然ルニ彼等ソ
ノ職ヲ行フ國ノ法律規則ヲ知ルノミ他國ノコトハ知ラサルヲ常トス而シテ當
事者ハ多クハ何レノ國ノ法律ヲモ知ラサルナリ故ニ依頼ヲ受ケタル公證人若
クハ代言人ハ其國ノ法律ニ據テ證書ヲ作ルハコレ亦タ實際上ノ必要ト云ハサ
ル可ラス

此ノ如クシテ作リタル證書ハ到ル處證據トナラサル可ラス否ラサレハ民事上
ノ行爲ハ安全ナルヲ得サルナリ云々トボルアリスハ云ヘリ「ヨーロッパの法」
必、要ハ唯一ハ理由ナリヤコノ問題ハ其影響スル所甚タ大ナリ何者必要止ム
トキハコレヨリ生スル所ノ規則モ同時ニ其適用ヲ失フモノナレハナリロトラ
ン氏ノ説ニ依レハ唯必要ノミコノ規則ノ根據ニアフスコレ亦タ條理ニ基ツク
モノナリ其説ニ曰ク「證書ノ方式ノ目的ハ何ニ在リヤコレ詐欺其他不正ナル外
力ヲ防遏シテ當事者ノ意思ノ自由發表ヲ保護スルニ在リ此目的ヲ達スルニ最
モ便利ナリト信スル所ノ方式ヲ制定スルハ各國立法者ノ事ナリ公正證書ニ在

ツテハ立會證人ノ資格ハ甚タ大切ナルコトナリ而シテ立會證人タルノ資格ヲ
有スルニ必要ナル條件ヲ定ムルハ其國ノ立法者カ最モ適當ナルコトハ勿論ナ
リ私署證書ニ就テハ法律ハ唯手署ノミヲ命スルヲ常トス日本ニ於テハ捺印佛
民法第千三百廿六條我證據編第廿三條之ニ相當スニ依レハ債務者カ證書ノ本
文ヲ自書セサルトキハ手署ノ外金額又ハ數量ヲ自書スルヲ要スコレ捺印白紙
濫用ニ對スルノ保護ニシテ證書ヲ正確ナラシムルノ規則ナリ是等ノ保護ノ規
則ヲ定ムルハ其國ノ立法者ニ勝ル者ナシ何者コレ各國人民ノ道義心ノ如何ヲ
視テ定ム可キコトナレハナリアルレン曰ク「各國證書ノ爲信方式證據ノ力ヲ與
フル方式ヲ指スニ付テ各國ソノ法律アリ而シテコノ法律ハ盡ク別々ノ理由ニ
基ツクコノ事ニ就テハ立法者ハソノ國民ノ智識道德ヲ視察シテ一々規定スル
モノナリ故ニ證書ノ爲信方式ニ關スル法律ハ總ヘテ各地ニ特別ニシテ且ツ純
然タル地方限リノ理由ニ基ツク故ニ證書ヲ作ル地ノ法律ノミ獨リソノ正確ヲ
保證シ得ヘキナリト

其地ノ方式ヲ履ミタルトキハ證書ハ當事者ノ意思ノ確實ナル發表ナリト推定

セガレ可及ス旗ニ此証書ハ何處ニ到着キ證據トカルニ賣モトナリ若シ之等反
映テ其地ノ方式ニ合ハサルトキハコノ證書ハ當事者ノ意思ヲ發表シタルモノ
ト看做シ又得ス故ニ種處ニモ信ヌ爲スチ得ス是レ場所ハ方式ヲ支配スト云
フ法謬ノ意味ナリ、餘言次第ニ關ヘシ略解ニ附記シ母國ニシテ此ニ論
前述ノ理由アルニ依リ證書ハ其公正タリト私署タルトヨ間ハス之ヲ作セ國ノ
法律キ從フ可半生看ト否然レトモ當事者ハ必ス、コハ規則ニ從ハサル可ラサル
ヤ或ハメ在日本法ニ從スモ勝手ナリヤ由レ別問題ニシテ種々ノ説アリト雖ト
モ法例第九條分類ニ此問題ニ答スシテ公吏ナリヤ非ヌ必ス證書ヲ作ム國人法
公正證書ニ關シ殆ント疑ヲ容ル、キコトニ非ヌ必ス證書ヲ作ム國人法
律ニ從ハサル可ラ不公正證書ハ當事者ノ作セモニ非ヌシテ公吏ノ手ニ成ル
モナリ公吏有作弊矣、モニ非サレハ其證書ハ公正ノ公正タル所以ノ性質
ヲ具フル能ハス方式名正否付キ責任ヲ有スル者ハ公吏ナリ而シテ公吏ハ外
國法ヲ適用スル人義務ナキノミたゞス外國法ノ定ムル所ニ從テ證書ヲ作ルト
キハヨヒ公正證書ニ非ヌ必ス式證書ノ方式ハ公私秩序ニヨトニシテ當事者ノ

意思ヲ以テ左右シ得ヘキコトニアヴァス證書ノ方式ハ其ノ輕重ニ於テ訴訟手續
ト異ナル所ナシト云フゼ過言ニアラサル要シ裁判官ハ如何ナル場合ニ於テモ
外國人訴訟手續ニ依ルヲ得サルナリ、開示、取扱、開示、取扱、開示、取扱、開示、取扱
公正證書ニ付テハ此ノ如シ然レトモ私署證書ニ付テハ如何孰レノ國々法律ニ
從フモ當事者ノ自由ナリヤ、其證書ニ關スル其證書ニ關スル其證書ニ關スル其證書ニ關
日本人ガ日本ニ於テ作ル證書ハツノ方式日本法ニ合ハサル可ラサルハ勿論ナ
リ法律ハ證書ノ方式如何ヲ契約ノ規定ニ一任セス即チ當事者ノ意思ニ委セシム
テ公益ノ命ヌ所ニ從フテ之ヲ規定ス故ニ一個人ノ意ニ任セテ左右スルヲ得サ
ルコトド知ル可シヨノ點ニ付テ内外人ノ差別ヲナスヘキニ非ス外國人ハツノ
屬人法即チ本國法ヲ援用スルヲ得サルナリ何者ツノ本國法ハ證書ノ方式ト些
少ノ交渉アルコトナシ方式ノ如何ハ全ダ地方ヲ情況ニ依ルモリナルハローラ
ン氏及モジルレンノ説ヲ引テ上既ニ述ヘタルカ如クナリ故ニ證書ハ方式ハ當
事者ノ意思ニ委スヘキセナリ非ス又ソラ属人法ニ依ルヘキモハニセナリス、
ハ地ハ法律ヲ適用スムヨドナリタルレシ文白ク證書ヲ爲信方式ニ付テツツ

地ノ法律ヲ採テ他ノ法律ヲ採ラサルハ唯便利上ノ理由ニ依ルモノニ非ラス云ハソノ地ノ法律カ證書ニ生命ヲ與フルナリ故ニヨレニ種々ノ規則ヲ設ケソノ方式ヲ規定スル如キモ亦コノ法律ニ屬ス

然レトモ反對ノ説ハ却テ多數ヲ占ム其説ニ曰ク場所ハ方式ヲ支配ストノ規則ハ要スルニ一個人ノ爲メニ採用シタルゼノナリ而シテ各々ソノ利益ノ爲メニ設ケラレタルコトヲ拠棄スルヲ得ルハ普通ノ原則ナリコレ便益上ノ問題ナリ然レトモ便益ハ必從ヲ命スルモノニアラス云々イカニモ便益ハ此規則ノ發生ニ與ツテ大ニ力アルコトハ疑ナキヨドナリ然レトモ便益ニ基ツクノ故ヲ以テコノ規則ニハ從フト否ヤトハ任意ナリト云フヲ得ス民法ニ於テ從否任意ナルハ唯當事者ノ意思ニ委スルノ規則ニ限ル其他ハ然ラス何者立法者ノ此種ノ規則ヲ設タルヤ當事者ノ意思ヲ豫見スルニ過キス故ニ反對ノ意思ヲ表示スルトキハ之ニ敬重セサル可ラス證書ノ方式ニ關スル規則モ同様ナリヤ此間ハ意味ナキモノニ屬ス方式ハ當事者ノ意思ヲ推測豫見シテ設置シタルモノニ非ラサレハナリ立法者ハ一個人カ之ニ循由スヘキコトヲ命令ス其國民ニ就テハ勿論

ナリ外國人ニ就テモ亦タ然リト云フヲ得ヘシ屬人法ハ方法ト何ノ交渉關係アラサレハナリ

(第八回)

唯便利ノ点ヨリ觀ルモ上ニ論スルガ如クナラザル可カラズ證書ノ方式ヲ任意ナリト云フコレ取りモ直サズ當事者ノ意思ニ一任スルナリ即チ方式ニ就テソノ從フ所ノ法律ヲ選擇スルヲ得セシムルナリ一人ノ外國人又ハ國藉ヲ同フスル外國人ノ間ニ作ル證書ナレバコノ選擇モ出來ベキコトナレトモコレ甚タ稀ニ起ルヘキコトナリ内國人カ外國法ニ從テ證書ヲ作ルコトヲ許スヘキヤコレ受取リ難キ説ナリ證書ノ證明スル契約執行ノ地又ハ證據トシテ之ヲ用フヘキ地ノ法律ニ從フヲ許ストノ説モアレトセ此ノ主義ヲ採ルトキハ實際ノ面側混雜甚タシ却テ便利ヲ重ンズルノ主意ニ反スツハ地ノ法律ニ從フベキコトヲ命ズルコト尤モ混雜ヲ避クルニ適ス故ニ便利ナリ

此ニ由テ之ヲ觀レハ地方ノ法律ハ必ス方式ヲ支配スルコト法理ニ適ヒ實際ニ於テモ便利ナリ且ツ既ニ述ヘシ如ク吾法例モヨノ主義ヲ採リ第九條第二段ノ

或ル場合ニ於テ外國人カノノ本國法ニ從フヲ除ス或ル場合ニ於テノ既然リト
スレバ其他ノ場合ニ於テハ必ラスソノ場所ノ法律ニ從ハサル可ラザルコト、
知ル可シ今外國人ガソノ本國法ニ從フヲ得ル場合即ハチ例外ノ場合ヲ舉示セ
シ、
内國人ニ關係ナキ場合ニ於テハ當事者ハソノ循由スル所ノ法律ヲ撰擇スルヲ
得ルハ解スペキコトナリトノコトヲ前段ニ述べタリ一人ニテ證書ヲ作ルトキ
又ハ二人以上ニ關係スルモコレ皆同國人ナルトキコノ二ツノ場合ニ過ギズ一
人ニ證書ヲ作ルハ多クハ遺言ノトキナリ又當事者ノ一方ノ意思ヲ發表スルノ
行爲ヲ證スルノ證書モコノ部類ニ屬ス無効契約追認ノ如キ當事者一方ノ意思
ヲ發表ナリ、
此例外ノ理由ハ何ニ在リヤ私署證書ニ於テ方式上之ヲ作ル場所ハ肝要ワコト
ニアラス證書中ニ之ヲ記スルコトモ必要ナラサル程ノコトナリ此場合ニ於テ
私署證書ハ外國人ノ本國ニ於テ作リタルモノト看做ス
若シ當事者ハ國民分限ヲ異ニスルトキハ此例外ノ中ニアラス此場合ニ於テハ

當事者孰ヘノ本國法ヲ適用スヘキヤ此ヲ取テ彼ヲ捨テヘキ謂ハレナシ當事者
本意思ヲ依ルヲ得ス何者證書ノ方式ハ當事者ノ意思ニ「任スヘキコトニ非ラ
ス國籍ヲ同ニスル者ニメ本國法ニ從フヌ許シタルハ證書ハソノ本國ニ於テ
作リタリト看做セハナリ故ニ當事者國籍ヲ異ニスルトキハ場所ハ方式ヲ支配
ス、トハ通則ヲ適用スヘキ大抵般ニ、
外國人カ外國ニ於テ證書ヲ作ルトキ若シコノ證書ハ日本ニ於テ使用スヘキモ
ハナレハ其方式ハ日本法律ニ依ルヲ得ヘキヤイハ此種事例ハ甚く多く見
有効ト認識スルヲ得ルが如クハ然レバ亦反對ノ説ナキ半非ス其説ニ曰ク當事者ノ内
者多數ヲ占ムルカ如シ然レバ亦反對ノ説ナキ半非ス其説ニ曰ク當事者ノ内
心ヲ吟味スルハ甚く而倒ノコトカリ吟味スモソノ正確ナシコトヲ知ルハ甚
若シ日本法律ノ適用スヘキ、
此證書ハ場所ハ方式ヲ支配スル原則ニ從ヒ尙ホ有効トスヘキヤ否ト云フ學
者多數ヲ占ムルカ如シ然レバ亦反對ノ説ナキ半非ス其説ニ曰ク當事者ノ内
心ヲ吟味スルハ甚く而倒ノコトカリ吟味スモソノ正確ナシコトヲ知ルハ甚

難シ若シ外國ニ於テ作リタル證書ノ効力ヲ判定スル毎ニ當事者ノ内心ヲ探ラサル可ラザルコト、スレハ混雜ヲ極メ又證書ヲ有スルモ外國ニ於テ作リタル證書ノ方式ハ場所ノ法律ノ規定ニ從フトノ規則モ半ハ其用ヲ失フニ至ルヘシ云々又或ハ曰ク法律ノ許スコトヲ爲ストキハ惡計ノ有無ヲ問ハス故ニ其人地ノ方式ニ從テ作リタル證書ハソノ何處ニ於テ作リタルヲ問ハス信ヲ爲スヘキナリ云々コレ總ヘテ惡計ヲ以テ爲シタルコトハ無効ナリトノ論斷ニ答フルモノナリ之ニ答フルノ說ニ曰ク此ノ批難ヲ爲ス者ハ爲信方式ノ性質及ビ場所ハ方式ヲ支配スナル金言ノ條理上ノ根據ニ頼着セサルモノノ如シ抑方式ナルモノハ立法者カ意ニ任せテ勝手ニ規定スルモノニアラス國民ノ道義心風俗ヲ察シ國家ノ公益ヲ思フテ定ムル所ノモノナリ法律ノ精神ヲ問フトキハ日本ニ在ル日本人ハ日本法律ヲ遵奉セサル可ラス若シ其他邦ヲ去ルハ立法者カ人々ヲソシテノ意思ヲ充分ニ發示セシムルニ最モ適當ナリト信シテ定メタル方式ヲ免

レンガ爲ソナラバ是レ即チ法ヲ犯スナリ、方式ヲ定ムルハ元來詐欺ヲ防クカ爲メナリ然ルニヨノ方式ヲ免レ、カ爲メ他邦ニ往クコトアラバ惡計ト云ハズシテ何ゾ、故ニ惡計ハ總テノ行爲ノ完全ヲ傷クトノ原則ヲ茲ニ適用スペキナリ云々右兩說ノ可否ハ暫ク諸君ノ判断ニ任ス可シ、然レトモ法例ノ採ル所ハ如何法例ハソノ證書ノ證スル所ノ行爲ノ要式ノモノナルト否ラザルトニ依テ區別スルガ如シ、要式ノ行爲ニ非ザルトキハ之ヲ證スルノ證書ノ方式ニ就テハ前記第一説ヲ採リタリト考ヘラル、其理由ハ要式ノモノニ就テハ第十條ニ明定スルモ第九條ノ通常行爲ニ就テ默過スルハ第十條ノ規定ニ反スルノ規定ヲ採リタルト論斷セザルヲ得ズ即チ通常ノ行爲ニ就テハ之ヲ證スルノ證書ノ方式ハ苟モ之ヲ作ル國ノ法律ニ合フ、トキハコノ證書ハ常ニ有効ナリ、之ヲ作ル國ノ法律ニ非レバ行爲ハ成立セザルナリ、通常ノ行爲ニ就テハ前舉ノ之ヲ作ル國ノ法律ニ從フトノ原則ヲ認許スルモノト雖トモ要式ノ行爲ニ就テハソノ方式ハ必ス

當事者ノ本國法ニ從フヲ要スト云フモノアリ覓モ角議論アル問題ナリ第十條ニ明定スル所以ナリ
 前ニ述ブル如ク要式行爲ニ於テハ方式ハ成立ノ要素ナリ行爲就中合意ハ當事者ノ意思ヲ以テ勝手ニ規定スルヲ得ルモノナリト雖モ或ル行爲ニ定リタル方式ヲ履マシムルハ要スルニ公益ノ爲メナリ例へハ贈與ノ如キ慈善ノ爲メニスルセノナレハコレ甚タ好ミスヘキコトニシテ法律ハ之ヲ制ズルヲ要セサルノミ却テ獎勵スヘキモノナリト云フモ可ナリ、然レトモ奸人ニ欺カレ或ハ痴情ニ迷ヒテ贈與スル如キコト今日往々見ル所ナリ、而シテ正當ノ家族ハ爲メニ大ナル迷惑ヲ蒙ルコトアリ獨リ家族ノミツノ弊ヲ受クルニ非ス贈與者自ラモ後日大ニ悔フル程ノ困難ニ陥ルコトアリ故ニ嚴重ナル方式ヲ設ケテ成ルヘク輕舉ヲ豫防セントヲ要ス期ノ如キノ事由アルヲ以テ外國ノ方式ニ從ハ尙ホ有効トスルノ不可ヲ疑フモノアルナリ然レトモ若シ必ス本國ノ法律ニ從ハシメント欲スルトキハ外國ニ於テハ要式ノ行爲ハ爲スヲ得サルコトアルヘシ、イカニ保護ノ爲メ公益ノ爲メトハ云ヘ、カクテハ餘リ甚シキナリ故ニ要式ノ行爲ト

第三制限

雖トモ之ヲ爲ス國ノ法律ニ從フトキハ方式ハ有効トスルコトニ定メタルナリ行爲ハ効力ニ至テハコレ別問題ナリ、コレ他ノ原則ニ照ラシテ判定ス可キコトナリ、合意ニ就テハ合意ノ規則アリ遺言ニハ遺言ノ規則アリ要スルニ第十條ノ規定ノ廣狹ハ第九條ニ異ナルコトナキナリ、第九條モ唯方式ノコトヲ云フモノニシテ第十條モ亦タ然リ

當事者ハ意思ハ法律ハ人ニ追隨ストノ原則ハ第三ハ制限ナリ

内國法ニ於テモ契約ニ就テハ成ルヘク當事者ノ意思ニ任スルヲ常則トス、内外法律抵觸ノ場合ニ於テモ亦タ然リ、故ニ法律ハ人ニ追隨スルコトヲ規則トスルセ若シ當事者ハ反對ノ意思ヲ示ストキハコレニ從フヘキナリ(但シ公益ニ關スルコト及ヒ方式ニ關スル所ノコトハ前述ノ規則ニ從フヘキハ勿論ナリ)人アリ佛國ニ於テ契約ヲナス而シテ契約ニ關スル規則ハ英國法ニ從フヘキコトヲ明言ス、然ルトキハ此意思ニ從ハサル可ラス一個人カ勝手ニソノ服從スル所ノ法律ヲ定ムルハ一見スルトキハ一個人ノ意思ヲ立法者ノ意思ノ上ニ置クカ如シト雖トモ少シク思慮スルトキハ容易ニ其然フサルヲ知ル可シ、法律中契約ニ關

スルノ規則ハ多クハ當事者ノ意思ヲ豫メ推測シテ定ムルモノニシテ要スルニ
人々毎一事々詳細ニ契約ヲ以テ規定スルノ煩雜ヲ省カシカ爲ナリ故ニ法律ニ
定ムル所ノ事ト雖モ契約ヲ以テ規定シタリト看做スモ可ナリ此理ヲ了解スル
トキハ當事者ノ意思ヲ以テ從フ所ノ法律ヲ撰ムハ毫毛怪ムニ足ラス便利ノ爲
メニ設クリハ規定ハ便利ノ爲メニハ之ニ依ラサルヲ得ル即チ便利ハ之ヲ強フ
ルヲ得ズトノ原則ニ依ルモ亦タ此ノ如ク決定セザル可ラズ(法例第五條參看)
契約ヲ以テ明カニ定メタル場合ニ於テハ疑フ容ルベキコトナシ默示ノ場合ニ
於テモ亦タ然リ然レトモ或ハ當事者ノ意思此点ニ就テ明了ナラザルコトアフル
ベシ此場合ニ於テハ如何コノ場合ニ於テモ出來ルタケ當事者ノ意思ヲ探求ス
ルヲ要ス

律ニ從フ、コレ尙ホ當事者ノ意思ハ多分カクアラン實際カクアルベキ苦トノ推定ナリ契約ノコトニ於テ立法者ガ當事者ノ意思ヲ重ンズルコト以テ見ル可キナリ第五條第二項參看

我法例ニ於テハ此ノ如ク明定スト雖トモ、コノ點ニ就テハ歐米實地家及ヒ學者ノ說種々アリ、就中當事者ノ意思分明ナラザルトキハ契約ヲ爲ス地ノ法律ニ從フトノ說最モ多數ヲ占ムルガ如シ、吾法例ノ規定スル所ハ當事者ノ意思ヲ重ンズルトノ主意始終貫徹シテ法理ニ合ヒ毫モ批難スベキ所ナキガ如シト雖モ熟々實際ヲ考フルニ縱令ヒ同國人ナリトテ久シク外國ニ在ルトキハ却テ居住スル國ノ法律ニ從フノ意思ナルコト多カルベシ、況シヤ前段方式ニ關シテ述ヘタル如ク契約ヲ爲スニ當テハ自分ノ一丁簡ニテ之ヲナスコト稀レニシテ多クハ代理人代書人若クハ公證人等ノ如キ所謂黒人ニ依頼スルモノナリ現ニ是等ノ人ハ外國ノ法律ニ通セサルヲ通常トス故ニ法例第五條第二項ハ或ハ實際ニ合ハザルノ恐ナキカ暫ク疑ヲ存シテ諸君ノ攻究ノ料トス

ト答フルノ外ナシ遺贈モ人ノ意思ニ表發ナリ唯契約ニ異ナルノ點二人以上ノ
意思ノ合スルコトナキノミ吾法例ハ明定セザルモ條理上契約ト區別スルノ謂
レナシ

以上述ベシ所ヲ約説セシニ法律ハ人ニ追隨スルヲ原則トス唯三種ノ例外アリ
第一公益ニ關スル法第二方式ニ關スル法第三一個人ノ意思コレナリ
吾法例モ亦タ此主義ヲ取ルヤ否ヤ公益ニ關スルノ法ハ人ニ追隨セサルモノア
ルハ第十四條ニ依テ見ルヘシ第九條以下ヲ見ルトキハ方式ニ關スルコトハ大
体右ノ所説ニ合フコトヲ知ルニ足ル而シテ一個人ノ意思ヲ敬重スルノ主意ハ
第五條ニ明ナリ獨リ法律ハ人ニ追隨スト云フ原則ハ何ノ處ニ之ヲ見ルヤコレ
ニ關シテ法例中一般ノ原則ヲ置カスコレ怪ムニ足ラス法律ハ實事ヲ規定スル
モノニシテ空シク原則ヲ示サス彼此比較照合シテ一定ノ原則ヲ採り出スハ學
者ノ任ナリ法例ハ其第三條ニ於テ身分能力ノコト及ヒ親屬ノ關係ノコトニ關
スル法律ハ人ニ追隨スヘキヲ云フ其第四條第二項ニ於テ相續遺贈ニ就テモ亦
タ然リ然ルニ第四條第一項ニ云ク動産不動産ハ其所在地ノ法律ニ從フト之ヲ

換言スレハ動産不動産ニ關スル法即チ財產ニ關スル法ハ財產所在地ノ法律ヲ
適用スルノ謂ヒナリ財產ニ關スル法トハ如何民法中間接カ直接ニ財產ニ關係
ナキノ條項殆ントアルコトナシ身分能力ニ關スル條項ト雖トモ尙水財產ニ關
係アリ然ルニ身分能力ハ常ニ當事者ノ本國法ニ依テ支配セラル、モノナリ財
產授受ニ關スル法即チ財產取得編ノ條項ノ如キコレ財賄差ニ關スルノ法ナリト
スルモ相續遺贈ノコトニ付テハ第四條第二項ノ明定アリ賣買交換會社等コレ
盡ク契約ナリ故ニ契約ニ關スル法ヲ適用スヘキナリ而シテ契約ニ就テハ何レ
ノ國ノ法律ヲ適用スヘキヤ第五條之ヲ明定ス然ラハ第四條第一項ノ目的トス
ル所ハ何レニ在リヤコトニ尋ヌルニ一個人ノ權利ノ目的物タルモノヲ定ムルノ法
即チ融通物不融通ノ規定又財產ノ上ニ設置シ得ヘキ權利ノ種類ヲ定ムルノ法
タトヘハ所有權ヲ許スヘキヤ(コレ奇怪ノ疑問ニ似タレトモ今日社會學派中所
有權ヲ廢スヘキコトヲ主張スルコトアリ)用益權ハ如何地役ハ如何又財產取得
ノ方法ニ就テ先占ハ所有權ノ原因トナリ得ヘキヤ英國ニ於テハ之ヲ許ス可
聞ク相續遺贈ハ如何社會黨中所有權ヲ認ムルモノト雖トモ相續遺贈ノ許ス可

ラサルヲ主張スルモノ多シ又遺贈ハ自由ナルヘキカ將タ制限ヲ置クヘキカ英
國ニ於テ全ク自由ナリ佛國ニ於テハ制限アリ吾新民法ニ於テ亦々然リ時効ハ
如何又擔保ノコトニ於テ不動産質ヲ許スヘキヤ抵當質物ハ債務者ソノ義務ヲ
履行セサルトキハ債權者ハ勝手ニ之ヲ賣拂ヒ又ハ之ヲ自分ノ所有トナスヲ得
ルヤ第四條第一項ハ是等ノ問題ニ答フルモノナリ然レトモ此諸問題ハ要スル
ニ公益ニ關スルコトナリ公益ニ關スル法ノ人ニ追隨セサルコト即チソノ屬地
法ナルコトハ第十四條ニ之ヲ明定ス同條ハ獨リ動產不動產ニ關シテ云フニア
ラズ一般ニ就テ之ヲ規定ス故ニ第四條第一項ハ第十四條ト重用ヲナスモノニ
シテ之ヲ不用ノ條項ト云フモ可ナルガ如シ

前述ノ余ノ説ヲシテ誤ラザラシメバ内外法律ノ抵觸ヲ解クニ法律隨人ノ原則
ニ依ルハ毫モ差支アルコトナシ法例中此原則ヲ示スノ條項アルニ非ザルモ若
シコノ原則ノ適用ニ障碍ヲナスノ條項ナキ時ヘコノ原則ヲ採ツテ可ナリカヽ
ル原則ヲ見出シテ法律ヲ解釋適用スルハ法律學ニ屬ス法律ノコトニアラズ法
律學者ノ任ニシテ立法者ノ任ニ非サルナリ試ニ第四條第一項ヲ前ニ述ブル如

ク片付ケ而シテ法律隨人ノ原則ト三個條ノ例外ヲ以テ内外法律ノ抵觸ヲ解ケ
實際多少ノ困難ナキニアラサルモ立脚地ノ堅固ナルヲ覺フヤ必セリコレ此原
則ノ法理ニ合フカ故ナリ

第四條第一項ハカク片付クルハ余リニ法文ヲ蔑視スルノ嫌ナキニ非ヌコレ決
シテ輕々シク爲スベキコトニ非ズ况シヤ淺學寡聞ノ余ノ如キニ於テヲヤ然レ
トモコノ條項ノ不用ナリト信スル所以ハ既ニ述ベタルガ如シ吾新法典ノ解釋
尙ホ初步ナリ諸君ト共ニ不斷研究シテ進マバ或ハ今日ノ所説ノ誤謬ヲ覺知ス
ルコトアラン

以上準則ヲ説キ了レリ以下ソノ應用ヲ示スヘキナレトモ既ニ述ヘタルガ如ク
第三條ヨリ第十四條迄ハ所謂ル國際私法ニ屬ス然ルニ國際私法ハ當校講義科
目中別ニ一科ヲ爲スマ以テ茲ニハ其概要ヲ示スヲ以テ足レリト信ス殊ニ學識
經驗ニ富ム黒川氏ノ受持ヲ聞ケバ重複ハ愈々無益ナリ

法例講義

法例

鑽種及	水理	山姿	鎮脉	縣國郡 區村字	鑽山
			橫方位	堅方位	

山	水	火	土	金	木
金	水	火	土	木	金
火	木	水	土	金	火
土	火	木	水	金	土
木	金	火	水	土	木

0239