

第四十號

6 7 8 9 40 1 2 3 4 5 6 7 8 9 5

始



法學博士 中村進午 著

法學

通

論

東京 巖松堂書店 發兌

### 法學通論第三十四版序

凡ソ法學ノ研鑽ニ志ス者必ス先ツ之カ通論ノ門ニ入ラサルヘ  
カラス。唯「法學通論」ナル廣汎巨大ノ門戸ニ包含スヘキ内容ノ如  
何、之カ説述ノ順序、之カ解明ノ難易、之カ資料ノ疎密等ニ至リテ  
ハ法學ノ大家ニシテ尙ホ且之ニ艱ム所、況ンヤ遲鈍、著者ノ如キ  
ニ於テチヤ。而シテ敢テ自ラ省ミルニ吝ニシテ指テ此編ニ染メ  
テ以來、星霜ヲ閱スルコト茲ニ十有七、版ヲ重ヌルコト既ニ三十  
有四ニ及ベリ。今新ニ稿ヲ改メ、足ラサルヲ補ヒ謬マレルヲ正シ  
テ之ヲ梓ニ上ス。完キヲ求メント欲スト雖モ得ヘキニ非サルヤ  
論ナシ。唯初學ノ人此書ニ依リテ楷梯ノ始ヲ踏ミ法學ノ何タル  
ヲ會得シ、法的生活ノ一端ヲ窺フニ資スル所アラハ著者ノ望ハ  
盡セリ。其乏シキ、其誤マレル、其疑ハシキニ至リテハ讀者ノ批判

ト識者ノ是正トニ俟ツコト切ナリ。

大正十五年四月

著者序ス

# 法學通論目次

## 第一編 總論

第一章	法學	一
第二章	法學通論	二
第三章	法律ノ字義	三
第四章	法律ノ發生	四
第五章	法律ノ目的	五
第六章	法律ト道德	六
第七章	法律ト經濟	一
第八章	法律ト宗教	三
第九章	法律ノ維持	四
第十章	法律ノ效用	六
第十一章	法律制定ノ手續	九

第一節 狹義ノ法律ノ制定……………一九  
法律案ノ提出 法律案ノ議決 法律案ノ裁可

第二節 命令ノ制定……………二三  
普通命令 緊急命令

第三節 自治體條例及規則ノ制定……………二五

第十二章 法律ノ解釋……………二六

第一節 汎論……………二六

第二節 學理的解釋……………二八  
制限解釋 擴張解釋 補充解釋

第三節 強制的解釋……………三三  
立法的強制解釋 司法的強制解釋 行政的強制解釋

第十三章 法律ノ分類……………三七

第一節 一般法、特別法……………三七  
土地ヲ本トスル一般法及特別法 人ヲ本トスル一般法及特別法 法律關係ヲ本トスル一般法及特別法

第二節 成文法、不文法(慣習法)……………四一

第三節 強制法(命令法及禁止法)、任意法……………四四

第四節 實體法、形式法(手續法)……………四九

第五節 固有法、繼承法……………五〇

第六節 公法、私法……………五一

第七節 國內法、國際法……………五五

第十四章 法律ノ淵源……………五六

第一節 慣習……………五六

第二節 學說……………六三

第三節 條理……………六四

第四節 條約……………六五

第五節 判決例……………六六

第六節 宗教……………六七

第七節 外國法……………六八

第十五章 法律ノ公布及施行期限……………六九

第十六章 法律ノ制裁……………七五

第一節 公法上ノ制裁……………七六  
刑罰法上ノ制裁 死刑 身體刑 自由刑 財産刑 名譽刑 行政法上ノ制裁

第二節 私法上ノ制裁……………八〇

損害賠償 權利ノ回復 直接履行 行爲ノ中止、廢止、強制 無效 取消及解除權 人格ノ剝奪 親族法上又ハ相續法上ノ權利ノ剝奪

第十七章 法律ノ變更及廢止……………八三

第十八章 法律ノ效力ノ及フ範圍……………八五

第一節 時ニ關スル效力……………八五

第二節 人、物及場所ニ關スル效力……………八八

第十九章 法律ノ執行……………一〇五

第二十章 法律學ノ分類……………一〇七

第二十一章 法律上ノ權利及義務……………一二二

第一節 權利ノ性質……………一二二

第二節 權利ノ種類……………一二五

第三節 權利ノ主體……………一二〇

第一款 自然人……………一二〇

第二款 法人……………一二三

第三款 人ノ分類……………一二三

第四節 權利ノ客體……………一二二

第五節 法律上ノ義務……………一三五

### 第二編 各論

第一章 憲法及皇室典範……………一三七

第一節 概論……………一三七

第二節 天皇……………一三八

天皇ノ憲法上ノ地位 天皇ノ大權 皇位ノ繼承

第三節 攝政……………一四一

第四節 臣民ノ權利義務……………一四三

第五節 國務大臣……………一四五

第六節 樞密顧問……………一四六

第七節 帝國議會……………一四七

帝國議會ノ組織 帝國議會ノ召集、開會、閉會、停會、休會及衆議院ノ解散 議院及議員ノ權利

第八節 會計……………一六〇

第九節 憲法ノ改正……………一六二

第二章 裁判所(裁判所構成法)……………一六三

第三章 行政法……………一六八

第一節 總論 ..... 一六八

第二節 官治行政 ..... 一六九

第一款 官廳及官吏 ..... 一六九

第二款 中央官廳 ..... 一七二

內閣、內閣總理大臣 各省大臣 其他ノ中央官廳

第三款 地方官廳 ..... 一七四

府縣知事、警視總監 北海道廳長官、支廳長 樺太廳長官、支廳長 朝鮮總督、道知事、  
府郡、郡守、島司及島支廳長 臺灣總督、州知事及廳長 關東長官及民政署長 南洋廳長官  
及支廳長

第三節 自治行政 ..... 一八一

第一款 自治ノ觀念 ..... 一八二

第二款 府 縣 ..... 一八三

第三款 市町村 ..... 一八七

第四節 行政訴訟及訴願 ..... 一九四

第五節 行政行爲 ..... 一九七

第六節 行政各論 ..... 一九七

第一款 內務行政 ..... 一九七

第一項 警察行政 ..... 一九七

集會及結社 兇器危險物及風俗ノ取締 出版 戰時及事變ニ於テ取締

第二項 福利行政 ..... 二〇四

衛生 交通 其他ノ福利行政

第二款 軍務行政 ..... 二〇六

兵役 軍事負擔

第三款 財務行政 ..... 二一〇

第四款 外務行政 ..... 二二二

第四章 刑法 ..... 二二三

第一節 刑法ノ觀念 ..... 二二三

第二節 犯罪 ..... 二二三

犯罪ノ構成 犯罪ノ種類

第三節 刑罰 ..... 二二三

刑罰ノ種類 刑罰消滅ノ原因 刑ノ執行猶豫及假出獄

第四節 各罪ノ規定 ..... 二二七

第五章 民法 ..... 二三八

第一節 總則 ..... 二二九

第一款 人(自然人) ..... 二二九

第二款 法人 ..... 二二三

第三款 物 ..... 二二五

第四款 法律行為 ..... 二二六

    法律行為之要素 ..... 代理 無效及取消 法律行為之附款 條件 期限

第五款 期間 ..... 二四三

第六款 時效 ..... 二四六

第二節 物權 ..... 二四六

第一款 總論 ..... 二四八

第二款 占有權 ..... 二五一

第三款 所有權 ..... 二五一

第四款 借地權(地上權、永小作權) ..... 二五二

第五款 地役權 ..... 二五三

第六款 地上擔保權(留置權、先取特權、質權、抵當權) ..... 二五四

    概念 留置權 先取特權 質權 抵當權

第三節 債權 ..... 二五九

第一款 總論 ..... 二五九

債權之概念 債權之目的 債權之效力 多數當事者之債權 債權之讓渡 債權之消滅

第二款 契約 ..... 二六六

第一款 契約總論 ..... 二六六

    契約之意義 契約之種類 契約之成立 契約之效力 契約之解除

第二款 契約各論 ..... 二七一

    贈與 買賣 交換 消費貸借 使用貸借 貸貸借 雇傭 請負 委任 寄託

    組合 終身定期金 和解

第三款 事務管理 ..... 二八一

第四款 不當利得 ..... 二八三

第五款 不法行為 ..... 二八四

第四節 親族 ..... 二八六

第一款 總說 ..... 二八六

第二款 戶主及家族 ..... 二八九

    家 戶主及家族之權利義務

第三款 婚姻 ..... 二九〇

    婚姻之沿革 婚姻之要件 婚姻之無效及取消 婚姻之效力 婚姻之解消

第四款 親子 ..... 三〇九

    實子 養子



第五款 親 權 ..... 三〇九

身上權 財產權

第六款 後見人及保佐人 ..... 三一〇

第七款 親族會 ..... 三一五

第八款 扶 養 ..... 三二四

第五節 相 續 ..... 三二六

第一款 相續ノ概念 ..... 三二六

第二款 家督相續 ..... 三二八

第三款 遺產相續 ..... 三三〇

第四款 相續ノ承認及拋棄 ..... 三三三

第五款 相續財產ノ分離 ..... 三三四

第六款 相續人ノ曠缺 ..... 三三五

第七款 遺 言 ..... 三二六

第八款 遺留分 ..... 三二九

第六章 商 法 ..... 三三一

第一節 概 說 ..... 三三一

第二節 總 則 ..... 三三一

第一款 法 例 ..... 三三一

第二款 商 人 ..... 三三二

第三款 商業登記 ..... 三三二

第四款 商 號 ..... 三三三

第五款 商業帳簿 ..... 三三四

第六款 商業使用人 ..... 三三四

第七款 代理商 ..... 三三五

第三節 會 社 ..... 三三六

第一款 總 論 ..... 三三六

第二款 合名會社 ..... 三三七

第三款 合資會社 ..... 三四〇

第四款 株式會社 ..... 三四〇

第五款 株式合資會社 ..... 三四五

第六款 外國會社 ..... 三四六

第四節 商行爲 ..... 三四六

第一款 總 則 ..... 三四七

第二款 賣 買 ..... 三四九

第三款 交互計算 ..... 三五〇

第四款 匿名組合 ..... 三五二

第五款 仲立營業 ..... 三五二

第六款 問屋營業 ..... 三五二

第七款 運送取扱營業 ..... 三五三

第八款 運送營業 ..... 三五四

物品運送 旅客運送

第九款 寄託 ..... 三五六

第十款 保險 ..... 三五七

保險ノ觀念 損害保險 生命保險

第五節 手形 ..... 三六三

第一款 總論 ..... 三六三

第二款 爲替手形 ..... 三六六

振出 裏書 引受 擔保請求 支拂 償還請求 保證 參加 拒絕證書 爲替手形ノ覆本及贖本

第三款 約束手形 ..... 三七七

第四款 小切手 ..... 三七七

第六節 海商 ..... 三七九

第一款 船舶及船舶所有者 ..... 三七九

第二款 船員 ..... 三八一

船長 海員

第三款 運送 ..... 三八四

物品運送 旅客運送

第四款 海損 ..... 三八六

第五款 海難救助 ..... 三八七

第六款 船舶債權者 ..... 三八八

第七章 民事訴訟法 ..... 三八九

第一節 總論 ..... 三八九

第二節 裁判所 ..... 三九〇

第三節 訴訟當事者 ..... 三九一

第四節 訴訟手續總論 ..... 三九二

第五節 通常訴訟手續 ..... 三九三

第一款 第一審ノ訴訟手續 ..... 三九五

第二款 上訴審ノ訴訟手續 ..... 三九六

第三款	再審手續	三九九
第六節	特別訴訟手續	四〇〇
	督促手續 證書訴訟、爲替訴訟 公示催告手續	
第七節	強制執行	四〇一
<b>第八章 刑事訴訟法</b>		
第一節	總論	四〇四
第二節	裁判所	四〇五
	裁判所ノ管轄 裁判所職員ノ除斥、忌避及回避	
第三節	訴訟當事者	四〇六
第四節	犯罪ノ搜查及公訴	四〇七
	捜査機關 告訴、告發及自首 現行犯 公訴	
第五節	保全處分及證據方法	四一〇
	總論 押收及搜索 召喚狀、勾引狀、勾留狀 保釋及責付 被告人ノ訊問 證人訊問 鑑定	
第六節	豫審	四一五
	總論 豫審終結	
第七節	公判	四一六

第八節	上訴	四一九
	控訴 上告 抗告	
第九節	確定判決	四二二
第十節	再審及非常上告	四二二
第十一節	裁判ノ執行	四二四
<b>第九章 國際公法</b>		
第一節	國際公法上ノ權利主體	四二五
第二節	國家ノ種類	四二七
第三節	國家ノ權利義務	四二八
第四節	國家ノ代表機關	四三一
第五節	條約	四三三
第六節	國家間爭議ノ調和	四三五
第七節	戰爭	四三六
第一款	戰爭開始ノ直接效果	四三七
第二款	交戰者、非交戰者	四三九
第三款	俘虜	四四〇

第四款 間 諜 ..... 四四一

第五款 軍 使 ..... 四四二

第六款 傷者、病者、難船者、死者 ..... 四四二

第七款 敵ノ財産 ..... 四四三

第八款 占 領 ..... 四四四

第九款 攻圍、砲擊及降伏 ..... 四四五

第十款 害敵手段 ..... 四四六

第十一款 海戰法規 ..... 四四八

第十二款 中 立 ..... 四五〇

第十三款 休 戰 ..... 四五一

第十四款 戰爭ノ終了 ..... 四五二

**第十章 國際私法** ..... 四五三

第一節 國際私法ノ意義及性質 ..... 四五三

第二節 牴觸關係 ..... 四五三

國籍ノ牴觸 住所ノ牴觸 法律ノ牴觸

第三節 國際民法 ..... 四五六

第一款 能 力 ..... 四五八

第二款 親族關係 ..... 四五九

婚姻及離婚 親子 扶養義務 一般的補充規定 後見及保佐

第三款 物 權 ..... 四六三

第四款 債 權 ..... 四六四

第五款 相 續 ..... 四六六

第四節 國際商法 ..... 四六六

第一款 手 形 ..... 四六七

第二款 海 商 ..... 四六八

第三款 會 社 ..... 四七〇

〔追補〕 陪審法 ..... 四七三

—(目次終)—

改訂  
法學通論

第一編  
總論

第一章 法學 (Jurisprudence) (Die Rechtswissenschaft)

法學トハ法ニ關スル學問ト云フ意義ナリ。

法トハ準則 (Norm) ノ義ナリ。準則トハ一定ノ原因ニ對シテ一定ノ結果ヲ必然ニ伴フコトナリ。然レトモ本書ニ於テ説明スル所ノ法トハ國家ノ法ヲ指スニ過キス。國家ノ法トハ國家ナル團體生活ニ於ケル行爲ノ準則ト云フコトナリ。

學トハ異中ニ同ヲ發見シテ之ヲ全體ニ聯結スルコトナリ。其方法ノ演繹的ナルヤ將タ歸納的ナルヤハ問フ所ニアラス。

法學トハ國家ナル團體生活ニ於ケル行爲ノ準則ニ關シ異中ニ同ヲ發見シ之ヲ其全體ニ聯結スルコトナリ。換言スレハ法ニ關スル同種類ノ知識目的物ヲ秩序的ニ攻究スルコトヲ謂フ。

## 第二章 法學通論 (Encyclopedia of Jurisprudence)

法學通論トハ法ニ關スル學問ノ全般ニ通スルコトヲ研究スルノ義ナリ。換言スレハ法ノ知識ヲ一瞥ノ下ニ全部總觀スルヲ意味ス。法學通論ヲ研究スルニ當リテハ須ラク二個ノ方法ヲ併セ用ヒサルヘカラス。一ハ普通一般ニ凡百ノ法ニ通スル原則ヲ研究スルモノニシテ、他ハ特殊ノ法ノ一個一個ニ付キ其概觀ヲ窺ヒ知ルヘキコト是ナリ。特殊ノ法ヲ個々ニ研究スルモ法理ノ本源ヲ知ルコトヲ沒却シ或ハ法ノ全體ニ通曉スルノ知識ニ乏シキトキハ細目ヲ知ルノ密ナルニ失シテ綱要ヲ逸スルノ恐アリ。又法學ノ全體ヲ總括的ニ理會スルモ各別ニ互ル所ノ法ヲ知ラサルトキハ本幹ヲノミ是レ窺ヒテ枝葉ノ詳細ヲ盡スコト能ハス爲メニ徒ニ疎大ニ失シ且實用ニ遠カルノ恐アリ。是レ法學通論ヲ研究セント欲スル者カ叙上二箇ノ方法ヲ併セ用フルノ要アル所以ナリ。

## 第三章 法律ノ字義

爾雅ノ釋詁ニ「法ハ常ナリ」トアリ。即チ第一章ニ述ヘタルト同シク廣義ニ於テ行爲ノ準則トシテ常ニ據ルヘシト云フコトナリ。常ヲ失フヘカラス、規ヲ逸スヘカラストノ意味ナリ。訓シテ法ト云ヒ動詞トシテ讀メハ「ノリトル」又ハ「ノツトル」トナル。釋名ニ「法ハ逼ナリ其志ニ從フヲ欲セサルナ

クンハ逼正シテ限ル所アラシムルナリ」トアリ。蓋シ人ノ行爲ヲ制限スト云フコトナリ。書經ニ「五虐ノ刑ヲ作ツテ法ト曰フ」トアルハ一ハ法ノ意義ヲ狹ク見タルモノニシテ、他ハ古ノ法的觀念カ刑事ヲ主トシタルコトヲ知ルノ材料ト爲スヘシ。

律ニ付テハ同シク爾雅ノ釋詁ニ「律ハ法ナリ又常ナリ」トアリ、釋名ニハ「律ハ累ナリ人心ヲ累シテ放肆ナルコトヲ得サラシムルナリ」トアリ。我儘勝手ヲ爲サシメヌ様ニセヨト云フ意ナリ。訓シテ「トトノウ」ト讀ムハ秩序ノ紊レントスル又ハ既ニ亂レタルヲ整頓スルト云フ心ナリ。釋名ニ「令ハ(命令ナリ)領ナリ之ヲ理領シテ相犯スコトヲ得サラシムルナリ」トアリ、自己ノ領分ヲ守リ他人ノ權利ヲ侵害スヘカラスト云フ意ナリ。

要スルニ法ト云ヒ律ト云ヒ令ト云フ文字ハ相異ナルト雖モ意義ハ盡ク相通セリ。羅旬語ニ *Lex* 佛語ニ *Dharm* 獨語ニ *Das Recht* ト云フ、皆正義ト法律トノ意義ヲ含ム。英語ニ *Law* ト云フモ亦「斯クノ如クセヨ」トノ意味ナリ。

大寶年間ニ出シタルハ律ト令トニシテ、律ハ多ク禁止法ニシテ刑罰法ナリ、令ハ多ク命令法ニシテ民事法ナリ。外ニ格ト式トアリテ手續法ニ關スルコトヲ定メタリキ。此時代ニ於テ「法」ノ字ヲ使用セス。聖德太子ノ制セラレタル憲法ハ今日ニ謂フ所ノ憲法ニモアラス又法律命令ニモアラス。北條氏カ御成敗式目ト稱シタル貞永式目及足利氏ノ建武式目竝ニ兩者ノ追加ハ皆朝廷ヲ憚カリ「律」ヲモ

「令」ヲモ避ケタルナリ。徳川幕府ニハ禁中諸法度、公家諸法度、武家諸法度アリ、農工商ヲ律スルニハ百箇條アリ、其他御定書、御觸、高札等種々ノ名稱アリキ。明治ニ至リテ新律綱領、改定律例ヲ定メ内ニ名例律、職制律、戶婚律、人命律、闘毆律、罵詈律、訴訟律、受贓律、詐偽律、犯姦律、雜犯罪律、捕亡律、斷獄律ヲ網羅セリ。明治十三年刑法ヲ制ス。是レ維新後法律ノ固有名詞ニ法ノ字ヲ付シタルノ濫觴ナランカ。

憲法ニ法律トアルハ狹義ニシテ必ラス帝國議會ノ協贊ヲ經天皇ノ御裁可ヲ得タルモノニ限ル。憲法第五條ノ「立法權」ト云フハ「法律」制定ノコトナリ。第六條ニ「天皇ハ法律ヲ裁可シ云々」トアリ、第十四條第二項ニ「戒嚴ノ要件及效力ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム」トアリ、第二章以下ノ諸條ニ「法律」トアルハ皆是ナリ。吾人カ普通ニ法律ト稱スルハ廣義ニ用フルモノニシテ狹義ノ法律ヲモ命令ヲモ悉ク包含スルモノナリ。

#### 第四章 法律ノ發生

令ノ義解ノ序ニ「刑名ハ天地ト俱ニ興リ法令ハ風霜ト竝ヒ用ヒラル」トアリ。法律ハ發生スルモノニシテ作ラレタルモノニアラス。作ラレタルヲ以テ發生セリト信スルコト至當ナルカ如キモ發生スルカ故ニ作ラレルナリ。例ヘハ筈ハ發生スルナリ、作ラレタルニアラス。立法者カ法律ヲ作ルト云フ

ハ其實發生スルカ故ニ作ラサルヲ得サルナリ。換言スレハ作ルコトヲ強制セラルルナリ。立法者ハ神ナリヤ人ナリヤ君主ナリヤ人民ナリヤト云フカ如キ問題ニ對シテ如何ナル答ヲ與ヘテモ可ナルモノナリ。蓋シ時代ノ觀念又ハ其國ノ國體或ハ政體ノ如何ニ依リ其間ニ種々ノ變化異同アレハナリ。法律ノ發生ハ其必要ニ迫ラレタルノ結果ナリ。其必要トハ法律カ發生スヘキ必要ト云フコトナリ。其必要ハ人類ノ權力的共同團體生活ニ基ク。人類カ共同生活ヲ爲ストキハ互ニ利害ノ衝突ト利害ノ共通トヲ惹起スヘク、利害ノ衝突多クシテ共通ノ少キモノハ其團體ヲ維持スルコト困難ナリ。利害ノ共通多クシテ衝突少キモノハ其團體ノ生存スルコト安固ナリ。斯ノ維持ノ困難ヲ除去シ斯ノ生存ノ安固ヲ確保スルニ權力ノ保護ニ依頼セントスルノ觀念カ即チ法律ノ發生スル本源ナリ。立法者ハ其本源ニ促カサレテ法律ヲ作ルナリ。刑名カ天地ト俱ニ興ルト云フハ即チ是ナリ。

#### 第五章 法律ノ目的

法律ノ目的ハ國家ノ生存ヲ安全ニスルニ在リ。國家ノ生存ヲ安全ナラシメントセハ必ス先ツ各人ノ利益ヲ保護セサルヘカラス。各人ノ利益カ衝突スルコトアラハ國家ハ此衝突ヲ緩和センカ爲ニ多數人ノ利益ニ適スル法律ヲ出ササルヘカラス。

故ニ法律ノ目的ヲ達スルノ手段ハ團體ヲ組成スル各員ノ行爲ノ衝突ヲ防クヲ以テ最トス。而シテ法

律ノ目的ハ一定ノ程度マテ各人ノ自由ヲ束縛スルニ依リテ初メテ貫徹セラルルモノナリ。一方ニ於テ自由ヲ束縛スレハ他方ニ於テ之ヲ保護スルナリ。良薬口ニ苦キカ如シ。又人ヲ毆打シ傷害スル者ヲ罰スト云フトキハ是レ毆打者傷害者ノ自由ヲ束縛スルモノナリ。然レトモ被毆打者被傷害者ヲ保護スルト同時ニ加害者ノ暴行ヲ抑制シテ以テ團體多數者ノ自由ヲ保護スルナリ。即チ加害者ノ自由ヲ束縛スルハ是レ一般人ノ自由安全ヲ保護スルニ缺クヘカラサル必要ニ迫ラレタルノ結果ナリ。保護ヲ受クル者多クシテ束縛ヲ受クル者少キニ至ラハ該團體ノ秩序安全カ維持セラルヘキコト當然ナリ。カント(Kant)カ法律ノ目的ヲ達スルノ方法ヲ述ヘテ「一人ノ放肆ト他人ノ放肆トヲ調和セシムルニ在リ」ト云ヒ、ベンザム(Bentham)カ「最多數ノ最大ノ幸福ヲ得セシムルニ在リ」ト云ヒ、韓非カ「家ニ常業アラハ飢ユト雖モ餓セス國ニ常法アラハ危シト雖モ亡ヒス」ト云フ、皆是ニ由テ秩序ノ維持ヲ圖ルト云フニ外ナラス。

## 第六章 法律ト道德

國家ハ法律ノカノミヲ以テ安泰トナルモノニアラス。然レトモ道德ノカノミヲ以テモ亦安泰ナルコトヲ保證シ得ルモノニアラス。書經ニ「刑罰ハ世ヲ治ルノ藥石ニシテ德教ハ平ヲ興スノ梁肉ナリ、夫レ德教ヲ以テ殘ヲ除クハ是レ梁肉ヲ以テ病ヲ理スルナリ、刑罰ヲ以テ平ヲ理スルハ是レ藥石ヲ以

テ供養スルナリ」トアリ。一言ニ纏メテ云ヘハ法律ハ藥ナリ、道德ハ食物ナリト云フニ歸ス、寔ニ金言ナリ。赤子正書ニ「刑法アツテ仁義ナキコト久シケレハ則チ民怨ム、民怨メハ則チ怒ル、仁義アツテ刑法ナケレハ則チ民慢ル、民慢レハ則チ姦起ル」ト。法律ト道德トノ兩者ハ共ニ國家ノ安全ニ必要ナリ。法律ノ内容ト道德ノ内容トハ時トシテ同一ナルコトアレトモ、内容ニ一致スル所アルヲ以テ兩者カ同一ナリト速斷スルコト能ハス。又内容ニ異ル所アルヲ見テ全ク別個ノ用ヲ爲スモノナリト誤解スヘカラス。

道德ハ意思アル行爲ヲモ、意思ナキ行爲ヲモ共ニ之ヲ問ヒ、更ニ進ンテ意思ノミヲモ問フモノナレトモ、法律ハ第一ニ意思アル行爲ヲ問ヒ、第二ニ意思ナキ行爲ヲモ時トシテ問フコトアリ。然レトモ意思ノミヲ問フコト決シテ之レ無シ。例ヘハ他人ノ財物ヲ盜マントスルノ意思ノミ存在スルモ、豫備ノ行爲ニモ著手ノ行爲ニモ現ハレサル限リハ法律ノ之ヲ問フコト無キカ如シ。而カモ道德ハ斯ル意思ヲ有スルコトノミヲモ惡トスルナリ。以上ハ是レ法律ト道德トノ實質ノ差別ナリ。而シテ法律カ目的ヲ達スル手段ト道德カ目的ヲ達スル手段トノ間ニモ亦差異アリ、前者ハ之ヲ制裁スルニ國家權力タル強力ヲ用フレトモ後者ニ於テハ國家權力タル強力ヲ用フルコトナシ。

古ニ於テハ法律ト道德トノ間ニ區別ヲ設ケス、兩者共ニ國家及其他ノ團體又ハ個人ノ存在ヲ安全ニシ國家ノ秩序ヲ維持センカ爲メニ必要ナルモノト認メラレタリ。故ニ例ヘハ古ノ羅馬ニ於テフラト



11、シセロノ如キ哲學者間ニ認識セラルルニ至リタルハスピノザ、ブーフエンドルフ以後ニ在リ。今兩者ノ關係如何ニ付テ重ナル學說ヲ擧クレハ左ノ如シ。

**第一說** 法律ト道德トハ全ク別物ナリ。法律ハ總テ主權者ノ意思ヨリ來ルモノナレトモ道德ハ主權者ノ意思ヨリ出ツルモノニ非ス。道德ニ適シタル法律モ道德ニ背キタル法律モ共ニ法律タルヲ失ハス。法律カ道德ニ適合スルコトアルモ之ヲ以テ兩者カ同一ノモノト稱スルコト能ハスト云フニ在リ。

**第二說** 此說ハ等シク兩者ノ發生シタル本源ヨリ視察シテ以テ兩者ノ相異ル所ヲ示スモノナリ。即チ法律ハ人ノ作りタルモノニシテ隨テ人ノ意思ヲ以テ其存廢ヲ自由ニスルコトヲ得ヘシト雖モ道德ハ自然ニ存在スルモノナルカ故ニ人間ノ意思又ハ人間ノ力ヲ以テ之ヲ左右スルコトヲ得スト云フニ在リ。

**第三說** 道德ハ内部ノ強制ニシテ法律ハ外部ノ強制ナリト云フニ在リ。蓋シ人ノ意思ヲ抑制スルモノハ道德ニシテ人ノ行爲ヲ抑制スルモノハ法律ナリト云フノ意味ナリ。故ニ此說ニ依レハ他人ノ物ヲ盜マサルヘシトノ考ヲ起サシムルモノハ道德ニシテ、他人ノ物ヲ盜ムコトナカラシムルモノハ法律ノ力ナリト云フナリ。

**第四說** 此說モ亦兩者ノ目的ヨリ區別ヲ立ツヘシトシタルモノニシテ、法律ハ消極的ノ目的ヲ有

シ道德ハ積極的ノ目的ヲ有スルモノナリ。即チ法律ハ人ニ危害ヲ與ヘサルコトヲ趣意トシ道德ハ人ヲ益スルコトヲ目的トスト云フナリ。然レトモ法律ニモ積極的ノモノアリ道德ニモ消極的ノモノアルカ故ニ此說ハ必スシモ正確ニ非ス。

**第五說** 法律ハ神ヨリ一個人ニ下シタル命令ニシテ道德ハ神ヨリ公衆ニ下シタル命令ナリト。然レトモ法律ニモ公衆ノ守ルヘキモノアリ道德ニモ亦一個人ノ遵フヘキモノアルカ故ニ此區別ノ標準モ亦正鵠ヲ得タルモノニ非ス。

**第六說** 法律ハ人ヲ國民トシテ支配シ道德ハ人ヲ個人トシテ支配ストノ說ナリ。例ヘハ日本ノ法律ト云ヘハ日本人ヲノミ支配スルモノナレトモ、道德ト云ヘハ日本人ノ上ニモ外國人ノ上ニモ將タ何レノ國ニモ屬セサル人ノ上ニモ行ハルヘキモノナリト云フニ在リ。此說ノ缺點ハ道德ニモ或國家ヲ限リ或社會ヲ限リタルモノアルコトヲ忘却シタルノ點ニ存ス。道德ト雖モ個人ニ對シ國民トシテ支配スルモノアリ。例ヘハ我カ徳川時代ニ於テ武士カ或ル場合ニ切腹セサルヘカラサリシカ如キハ日本國民ヲ限リテ行ハレタル道德ナリ。又法律ト雖モ何レノ國ノ國民ナルヤヲ問ハス一般ニ支配スルモノアリ。例ヘハ民法ノ如キハ人ヲ國民トシテ支配スルモノニ非スシテ人ヲ個人トシテ支配スルモノナリ從テ自國國民ノ上ニモ及ヒ内國ニ在ル外國國民ノ上ニモ及フモノナリ。

**第七說** 法律ハ時ト場所トニ依リテ變更スルモノナレトモ道德ハ永久ニ又何レノ處ニ於テモ一定

不易ナリト。然レトモ道德ト雖モ時ト場所トニ依リテ變更スルモノナルカ故ニ此點ニ於テ此說ハ弱點ヲ有ス。

法律ト道德ト相背馳スルコト極メテ多シ。而カモ之ヲ見テ法律ハ常ニ惡的ナリト速了スヘカラス。道德ノ力ヲ以テ國家ヲ安全ニスルノ目的ヲ達スルコト能ハサルトキハ法律ノ力ヲ藉リテ道德ノ足ラサル所ヲ補填スルコト極メテ必要ナルハ何人モ首肯セサルヘカラサル所ナルヘシ。法律カ道德ト背馳スル規定ヲ有スルコトヲ現行ノ法文ニ付テ二三摘出スヘシ。

刑法第三十七條 自己又ハ他人ノ生命、身體、自由若クハ財産ニ對スル現在ノ危難ヲ避クル爲メ已ムコトヲ得サルニ出テタル行爲ハ其行爲ヨリ生シタル害其避ケントシタル害ノ程度ヲ超エサル場合ニ限り之ヲ罰セス但其程度ヲ超エタル行爲ハ情狀ニ因リ其刑ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得

前項ノ規定ハ業務上特別ノ義務アル者ニハ之ヲ適用セス

此ノ如キ規定ハ道德ニ反スルコト明白ナリト雖モ、急迫ノ場合ニ強者ノ權利ヲ保護シテ國家ヲ強盛ナラシメンカ爲メ已ムヲ得スシテ定メタル所ナリ。

民法第六十七條 債權ハ十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス

債權又ハ所有權ニ非サル財産權ハ二十年間之ヲ行ハサルニ因リテ消滅ス

民法第二百四十條 遺失物ハ特別法ノ定ムル所ニ從ヒ公告ヲ爲シタル後一年內ニ其所有者ノ知レ

サルトキハ拾得者其所有權ヲ取得ス

此等ノ法文モ道德ト相容レサル所ナレトモ、自己ノ權利ノ主張又ハ行使ニ怠慢ナル者ヲ排シ自己ノ利益ノ主張又ハ行使ニ熱心ナル者ヲ保護シ以テ國家ノ財力ノ根蒂ヲ強固ニスルノ必要上萬已ムヲ得サルニ出テタルモノナリ。

法律ニ適合スルヤ背馳スルヤヲ判定スルコトハ比較的容易ニシテ、且判定者其人ノ設ケラルルモノナレトモ、道德ニ至リテハ第一ニ或行爲カ道德ニ適スルヤ否ヤ其實質ニ付テ多大ノ疑アルヘク、第二ニ或行爲カ道德ニ適スルヤ否ヤヲ判定スル的確ノ機關ノ存スルコトナク甚タ空漠ナル場合ヲ多シトナス。

## 第七章 法律ト經濟

各人カ經濟上ノ安固ヲ得ルコトハ是レ亦國家ヲ安全ニスルコトノ一箇ノ基本ナリ。法文ノ規定スル所カ各人ノ經濟上ノ安固ヲ害スルノ結果ヲ惹起スルコトナキニシモアラス。故ヲ以テ法律ハ權利者ト義務者トノ間ニ生活上中庸ヲ採リテ其安全ヲ保護スルニ努ムルコト頗ル切ナリ。法定利率ヲ設ケルコト、均シク法定利率ヲ設ケナカラ民事ニ於テ之ヲ五分ト爲シ商事ニ於テ之ヲ六分ト爲スカ如キ、

夫婦ノ法定財産制ヲ設クルカ如キ、取消權ヲ與フルカ如キ、皆右ニ述ヘタル趣意ニ副ハシメンカ爲ナリ。民法第四百一條第一項ニ

債權ノ目的物ヲ指示スルニ種類ノミヲ以テシタル場合ニ於テ法律行爲ノ性質又ハ當事者ノ意思ニ依リテ其品質ヲ定ムルコト能ハサルトキハ債務者ハ中等ノ品質ヲ有スル物ヲ給付スルコトヲ要ス

トアルカ如キハ立法者苦心ノ跡ヲ窺フニ餘リアリト謂フヘシ。民法第二百四十六條ニ

他人ノ動産ニ工作ヲ加ヘタル者アルトキハ其加工物ノ所有權ハ材料ノ所有者ニ屬ス但工作ニ因リテ生シタル價格カ著シク材料ノ價格ニ超ユルトキハ加工者其物ノ所有權ヲ取得ス

加工者カ材料ノ一部ヲ供シタルトキハ其價格ニ工作ニ因リテ生シタル價格ヲ加ヘタルモノカ他人ノ材料ノ價格ニ超ユルトキニ限り加工者其物ノ所有權ヲ取得ス

トアルニ徵スルモ亦立法者カ如何ニ各人ニ經濟上ノ安固ヲ與ヘントスルノ意ヲ體シタルヤヲ知ルニ足ルヘシ。質權、抵當權、留置權、先取特權ト云フカ如キ擔保權ヲ與ヘタルモノモ亦此趣旨ニ出テタルニ外ナラス。左ニ掲クル民法第五百三十一條ノ規定ノ如キ亦其一部面ヲ見ルニ餘リアリ。

廣告ニ定メタル行爲ヲ爲シタル者數人アルトキハ最初ニ其行爲ヲ爲シタル者ノミ報酬ヲ受クル權利ヲ有ス

數人カ同時ニ右ノ行爲ヲ爲シタル場合ニ於テハ各平均ノ割合ヲ以テ報酬ヲ受クル權利ヲ有ス但報酬カ其性質上分割ニ不便ナルトキ又ハ廣告ニ於テ一人ノミ之ヲ受クヘキモノトシタルトキハ抽籤ヲ以テ之ヲ受クヘキ者ヲ定ム  
前二項ノ規定ハ廣告中ニ之ニ異リタル意思ヲ表示シタルトキハ之ヲ適用セス

## 第八章 法律ト宗教

宗教ハ信仰ヲ基トナシ、法律ニハ信仰ノ分子ナシ、是レ兩者ノ異ル所ナリ。然レトモ兩者ノ間ニ關係ノ存スルコトハ爭フヘカラス。宗教ト法律トノ關係カ密接ナルノ根本ハ國權の強力ニ浮沈アルヲ以テ神佛ノ力ヲ以テ國權の強力ニ威力ヲ附セントシタルニ起因スト見ルヲ得ヘシ。我國ノ古ニ於テハ祭政一致ナリシニ非スヤ。歐羅巴ニ於テハ古代ヨリ中世ニ至ルマテ法律ハ神ニ依リテ制定セラレタリトシタルニ非スヤ。今日ニ於テハ信仰ヲ主トスル宗教ノ領分ト國民的行爲ノ準則タル法律ノ領域トノ間ニハ嚴然タル區別アリト雖モ、之ヲ以テ今日ノ法律カ宗教ト無關係ナリト主張スルコトヲ得ス。西班牙、葡萄牙等ノ法律ニ於テ離婚ヲ禁スルハ宗教上ノ理由ニ出テタルノ名殘ナリ。日本、支那等ノ養子ノ制度ハ多ク源ヲ祖先ノ祭祀ヲ子孫ヲシテ行ハシメントスルノ主意ニ發シタリ。刑法第百八十八條ニ「神祠、佛堂、墓所其他禮拜所ニ對シ公然不敬ノ行爲アリタル者ハ六月以下ノ懲役若ク

ハ禁錮又ハ五十圓以下ノ罰金ニ處ス」説教、禮拜又ハ葬式ヲ妨害シタル者ハ一年以下ノ懲役若クハ禁錮又ハ百圓以下ノ罰金ニ處ス」トアルハ宗教ニ關スルコト最モ大ナル規定ノ一ニシテ、民事訴訟法第五百七十條第十號カ「神體、佛像其他禮拜ノ用ニ供スル物」ノ差押ヲ禁シ國稅徵收法第十六條第四號カ「祭祀禮拜ニ必要ナリト認ムル物及石碑墓地」ノ差押ヲ禁スルカ如キ、皆法律カ如何ニ宗教上ノ物ヲ重シタルカヲ知了スルノ材料ト爲スニ足ルヘシ。尙ホ警察犯處罰令第二條第九號第三十三號、刑事訴訟法第一百七十六條第三項、監獄法施行規則第八十二條第二項ヲ參照スヘシ。

### 第九章 法律ノ維持

第四章ニ述ヘタルカ如クニシテ發生シタル法律モ其力ヲ及ホスニ堪ヘスシテ消滅スレハ法律ナルモノノ價值ハ存スルコトナカラシ。是ニ於テカ法律ヲシテ安全ニ行ハレシメ長ク其命脈ヲ保チ完全ニ其效ヲ奏セシメンコトヲ冀ハサルヲ得サルヘシ。古ニ於テハ法律ヲ維持スルコトヲ自助ノ力ニ任シタリ。自助ノ力トハ法律上ノ保護ヲ受タヘキ者カ自己ノ獨力ヲ以テ自己ヲ防衛スルニ委スルコトヲ謂フ。例ヘハ日本ノ古代及戰國時代ニ於ケル探湯ノ制度ノ如キ、英國ニ於テ他人ヨリ民事上ノ損害ヲ被リタル者カ國家ノ公力ヲ藉ラスシテ加害者ノ家畜ヲ略取スルコトヲ得タルカ如キ、日耳曼人種ノ法律ニ於テ原被兩造ヲシテ火上ヲ歩マシメ火傷セサル者ヲ正シト爲シタルカ如キ若クハ原被兩造

ヲ水中ニ投シテ長ク水中ニ隠レタル者ヲ直者ト爲シタルカ如キ、決闘ヲ認メタルカ如キ、復讐ヲ許シタルカ如キ皆是ナリ。自助ノ餘痕ハ今日ノ法律ニ於テモ尙ホ殘存シ、刑事ニ於テハ被害者ノ正當防衛ヲ認ムルカ如キアリ、民事ニ付テハ國家ノ公力ヲ藉ラスシテ質權、抵當權、留置權ノ行使ニ依リ權利ノ救濟ヲ得セシムルカ如キ蓋シ顯著ナルモノナリ。

今日ニ於テハ法律ノ維持ヲ外部ノ力ニ委シ法律ハ國家權力ノ強制ニ依リテ初メテ維持セラルルモノナリト説ク者比々皆是ナリ。余惟フニ國家權力ノ強制ハ所謂外部ノ強制ニシテ只形式上ノ強制タルニ過キス。刑罰ヲ受ケンコトヲ恐レ又ハ執達吏ニ依リテ執行ヲ受ケンコトヲ憂フルカ爲メニ法律ニ違反セザラントコトヲカムル者ハ寧ロ少ク却テ他ノ理由ニ基キテ法律ニ從フ者多カルヘシ。所謂他ノ理由トハ自ラ法律ニ從フヲ以テ正當ナリ便利ナリ利益ナリト自覺スルヨリ出ツルコトヲ謂フ。他人ノ物ヲ盜マハ罰セラルルカ故ニ盜マサルヘシト考フル者ヨリハ他人ノ物ヲ盜ムハ不當ナルカ故ニ盜マサルヘシト考フル者却テ多キヤ必セリ。我輩ハ此思想ヲ名ツケ内部ノ強制ト云フ。蓋シ内心ニ制セラルトノ意味ナリ。内部ノ強制ハ前ニ述ヘタル個人間ノ利害共通ノ考ヨリモ發生ス。物ヲ盜ミ又ハ借リタル財産ヲ返濟セス物ヲ買ヒテ代價ヲ支拂ハサルカ如キ物ヲ賣リテ品物ヲ引渡ササルカ如キハ皆利害ノ衝突ヲ來ス所ノ源ナリ。自己カ他人ノ物ヲ盜ミテ利益ヲ感スルノ念ハ他人ヨリ自己ノ物ヲ盜マレテ不利ヲ感スルノ念ニ依リテ減退或ハ消滅スヘク、自己カ他人ヨリ借リタル物ヲ返ササル

ノ便益ハ他人カ自己ノ貸シタル物ヲ返ササル不便ニ依リテ了知セラルヘシ。是レ蓋シ人ニ利害共通ノ念ノ發起スル所以ニシテ、此思想ノ發達ハ即チ内部ノ必要ナリ。此内部ノ必要ニ制セラレ此強制ニ追ハレテ法律ニ從ヒ此内部ノ強制ニ驅ラレテ人ヲシテ法律ニ服從セシム。彼ノ強行力ヲ用ヒテ法律ニ從ハシムルカ如キハ抑モ末ナリ。法律カ強制力ニ依リテ維持セラルルモノナリトノ説ハ絕對ニ之ヲ否認スヘカラスト雖モ、強制力以外ニ法律ヲ維持スルノ力ナシト信スルハ大ナル誤解ナリ。若シ強制力カ法律ヲ維持スル唯一ノ力ナラハ法律ハ強制ノ力ヲ強クスルニ依リテ最モ善ク行ハルヘキ筈ナルモ、實際ニ於テハ苛酷ナル法律ハ却テ行ハレ難キニアラスヤ。呂氏春秋ニ「令苛則不聽禁多則不行」ト云フカ如キハ此意ニ外ナラス。

而シテ此内部ノ強制ハ各人自ラ己レヲ正クシ又他人ヲ信用スルコトノ二者ニ依ツテ維カル、故ニ誠實及信用ハ法律維持ノ父母タリ法律カ維持セラルルニ由リテ信用及誠實ハ全シ。即チ信用及誠實ハ内部ノ強制ノ原因ト爲リ又結果ト爲リ互ニ相循環シテ法律ノ維持ニ資スルモノナリ。

## 第十章 法律ノ效用

法律ハ非違ヲ除カンコトヲ希望スレトモ、法律アルカ爲ニ一切ノ非違カ除カルニアラス、又一切ノ非違ヲ制裁シ得ルモノニアラス。淮南子ニ「制刑而無刑」トアルハ刑ハ無刑ヲ期ストノ意味ナリ。

管子ニ「有刑ヲ以テ無刑ニ至ル者ハ其法易クシテ而シテ民全シ」トアルモ亦一ノ期待ノミ必到ニハアラス。例ヘハ生命、身體、名譽、財産等ノ保障アルモ生命、身體、名譽、財産ハ必ス害セラレサルニアラス。刑法カ犯罪者ヲ罰スルコトヲ定ムルハ反面ヨリ見レハ犯罪者アルコトヲ豫想セルナリ犯罪者ヲ皆無ニスルノ力カ刑法ニ存在スルニハアラス。加之ナラス刑法ハ國家權力カ必シモ絕對ニ被害者ヲ保護スルコトヲ可能トセスシテ被害者カ進ンテ自己固有ノ力ヲ用フルコトヲ認容セリ。刑法第三十六條ノ所謂正當防衛ノ場合即チ是ナリ。

急迫不正ノ侵害ニ對シ自己又ハ他人ノ權利ヲ防衛スル爲メ已ムコトヲ得サルニ出テタル行爲ハ之ヲ罰セス

防衛ノ程度ヲ超エタル行爲ハ情狀ニ因リ其刑ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得

斯クマテニ個人ノ自力ヲ用ヒシムルモ尙ホ且此場合ニ於テ被害者ノ力カ加害者ノ力ニ劣ルトキハ被害者ハ遂ニ侵害ヲ餘儀無クセラルヘク、加害者カ後ニ至リ捕ヘラレテ處罰セラルルモ、被害者ノ既ニ被リタル損害ハ復舊セラルルニアラス。死者ハ法律ノ力ニ依リテ甦ルコトナシ燒失シタル家屋ハ國權ノ力ヲ以テ燒失以前ノ狀態ニ復スルコトナシ。況ンヤ犯罪者カ永久ニ知レサルコトアリ、又知レタルモ捕ヘラレサルコトアルニ於テヤ。法律ノ威力亦疑ハシキカナ。

民事ニ付テ研究セン。假ニ例ヲ金錢ノ消費貸借ニ取リテ説明スヘシ。茲ニ債務者アリ債權者ノ督促

ニ遭テ辨濟ヲ爲ササルヲ以テ債權者ハ返還ヲ裁判所ニ訴ヘタリトセン。而シテ裁判所ノ判決アリタルニ拘ラス債務者カ債務ノ辨濟ヲ爲ササルトキハ民事訴訟法ノ規定ニ依リ債務者ノ財産ヲ差押フルコトト爲ルヘシ。然ルニ債務者カ無一物ナルトキハ如何ニスヘキカ、縱令無一物ナラストモ其有スル所ノ財産カ悉ク民事訴訟法第五百七十條ニ該當スル差押禁止物ノミナルトキハ如何。債權者ハ持久耐忍シテ債務者カ財産ヲ所有スルノ機ヲ待ツツアル間ニ左ノ事情ノ何レカ一ニ遭遇シタルトキハ債權者ハ遂ニ救濟ヲ受クルノ途ナクシテ了ルヘシ。

第一ノ場合ハ債務者カ相續人ナクシテ死亡シタルトキナリ。第二ノ場合ハ債務者カ死亡シテ相續人アルモ其相續人カ相續ノ限定承認ヲ爲シ、而シテ被相續人(死亡シタル債務者)カ毫モ財産ヲ遺ササルシ場合ナリ。相續ノ限定承認ニ關スルコトハ民法第一千二十五條ニ規定セリ。

相續人ハ相續ニ因リテ得タル財産ノ限度ニ於テノミ被相續人ノ債務及ヒ遺贈ヲ辨濟スヘキコトヲ留保シテ承認ヲ爲スコトヲ得

故ニ前掲假定ノ例ニ於テ被相續人(死亡シタル債務者)カ多少ナリトモ財産ヲ遺シ置カハ相續人カ限定承認ヲ爲スモ債權者ハ多少ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ヘキモ、之ニ反シテ若シ全クノ無財産ニシテ死亡シタル場合ニハ債務者ハ千ノ法律アリト雖モ何等ノ満足ヲ得ルノ餘地ナシ。是ニ於テ民事ニ於テモ法律ハ權利者ニ自己固有ノカヲ用ヒシムルコトヲ許可セリ、擔保權即チ是ナリ。

法文ニ「不可抗力」ト云フコトアリ、法律ノ不萬能ヲ一言ニ表示シタル妙味アル文字ナリ。法律ノ力ヲ以テ雷雨風霜ヲ絶無ニスルコト能ハス、叡山ノ僧ハ尙ホ拒クヘシ鴨川ノ水ハ法律ノ力ニ藉リテ絶無ニスルコトモ氾濫セシメサルコトモ能ハサルヘシ。

## 第十一章 法律制定ノ手續

法律ノ制定ハ國ノ異同ニ依リテ差異アリ又時代ノ推移ニ伴ヒテ其手續ヲ異ニス。君主一人ノ意思ト行爲トニ因テ法律ハ制定セラルルモノナリト爲セル時代アリ、或ハ人カ神ノ意思ヲ承ケテ法律ヲ制定スト考ヘタル時代モアリ。今日ニ於テモ一般ニ觀察スレハ立憲君主國ノ法律制定ノ方法ハ專制君主國ノ法律ノ制定ト異ナリ、又君主國ノ法律制定ハ共和國ノ法律制定ト異ナリ、又均シク同一國體ノ國ニ於テモ必シモ常ニ其制定ノ方法ヲ同フスト云フコト能ハス。從テ概括的ニ之カ説明ヲ試ンコトハ到底爲シ能ハサルノ業ナリ。然レハ茲ニハ我國現行ノ法制ニ基キ其制定ノ方法ヲ述フルニ止メントス。(附言ス、我國憲法實施以前ニ於ケル法律制定ノ方法ハ又今日ニ於ケルモノト相異ナリタルコトヲ忘ルヘカラス)

### 第一節 狹義ノ法律ノ制定

法律ニ狹義ノモノト廣義ノモノトアリ。狹キ意義ニ於ケル法律トハ我國ノ憲法ニ於テ用ヒタル法律ナル文字ヲ謂フ、即チ今日ニ在リテハ議會ノ協賛ヲ得タル後裁可ヲ經テ發布シタルモノニ非サレハ之ヲ憲法上ノ意義ニ於ケル法律ト稱スルコトヲ得ス。之ニ反シテ狹義ノ法律ヲ除キタル一定ノ國家意思ノ表示モ亦狹義ノ法律ト相併セテ廣キ意味ノ内ニ包含セラルルモノナリ。例ヘハ勅令、閣令、省令、府縣令、警視廳令、臺灣總督府令、樺太廳令、關東廳令、朝鮮總督府令ノ如キハ悉ク廣義ノ法律ト稱スルヲ得ヘキモノナリ。本節ニ述フル所ハ狹キ意義ニ於ケルモノニ限ル。

我國ニ於テ立法權カ君主ニ專屬スルコトハ憲法第五條ニ「天皇ハ帝國議會ノ協賛ヲ以テ立法權ヲ行フ」トアルニ依リテ明白ナリ。議會ハ協賛權ヲ有スルニ止マリ決シテ立法權ヲ有スルニ非ス。或外國ニ於テハ君主ト議會トカ共同シテ法律ヲ制定スルモノナリトノ制度ヲ採ル者アリト雖モ我國ノ憲法ニ於テハ決シテ此ノ如キコトヲ認メス。

今法律制定ノ手續ニ關スル順序ヲ擧クレハ左ノ如シ。

### 第一 法律案ノ提出

法律案ノ提出トハ將ニ制定セントスル法律ノ草案ヲ議會ニ提出スルコトヲ云フ。法律案提出ノ權利カ何人ニ屬スルカ又何等ノ團體ニ屬スルカハ一ニ各國ノ法律ニ依リテ定マル。我國ニ於テハ政府、貴族院、衆議院ノ三者カ法律案ヲ提出スルノ權利ヲ有スルコト憲法第三十八條ニ「兩議院ハ政府ノ

提出スル法律案ヲ議決シ及々々法律案ヲ提出スルコトヲ得」ト規定スルニ依リテ明ナリ（英佛獨等ノ諸國ニ於テハ以上ノ外ニ君主、大統領ハ勿論議員モ亦此權利ヲ有ス）。議案ノ提出ハ衆議院、貴族院何レヲ先ニスルモ可ナリ。但シ豫算ニ限り先ツ衆議院ニ提出スヘキモノトス（議院法五三條參照）。議員ハ二十人以上ノ贊成ヲ得テ法律案ヲ出サントスルノ動議ヲ爲スノ權利アルノミ。從ツテ議員カ議會ニ出ス所ノ案ハ法律案ニ非スシテ法律案ヲ作ラントスルノ案ナリ。政府ハ其提出シタル議案ヲ修正又ハ撤回スルコトヲ得ヘシ。

### 第二 法律案ノ議決

法律案ノ議決トハ提出セラレタル法律ノ草案ヲ法律ト爲スヘキヤ否ヤヲ議會ニ於テ議定スルヲ謂フ。政府ノ提出シタル議案ハ議院ノ提出シタル議案ニ先チテ議定セサルヘカラス。

議決ノ法式ニ付テハ議院法第二十七條ニ「法律ノ議案ハ三讀會ヲ經テ之ヲ議決スヘシ但シ政府ノ要求又ハ議員十人以上ノ要求ニ因リ議院ニ於テ出席議員三分ノ二以上ノ多數ヲ以テ可決シタルトキハ三讀會ノ順序ヲ省略スルコトヲ得」ト規定ス。第一讀會ニ於テハ提出セラレタル法律案ノ全體ヨリ見テ該法律案ヲ法律トシテ出スヘキ必要アリヤ否ヤヲ議決スルモノナリ。政府提出ノ議案ハ必ス委員ヲシテ之ヲ審理セシム。但シ政府ノ要求ニ由リ委員ノ審査ニ付セサルコトヲ得ヘシ（議院法二八條參照）。反對ニ議院提出ノ法律案ハ委員ノ審査ニ付セサルコトヲ妨ケス。從ツテ政府ヨリ法律案ノ提出

セラレタルトキハ第一讀會ハ之ヲ委員ノ審査ニ付スヘキモノナルヤ否ヤヲ決定スルモノナリ。第二讀會ハ法律案ノ各條ニ付キ之ヲ審議シ其正スヘキハ之ヲ正シ補フヘキハ之ヲ補ヒ削ルヘキハ之ヲ削ル。第三讀會ハ第二讀會ニ於テ審議シタル法律案全體ノ上ヨリ見テ其可否ヲ決ス。然リト雖モ第三讀會ニ於テモ尙ホ修正ノ權利ヲ有ス。凡テ否決セラレタル議案ハ同一會期內ニ於テ再ヒ提出スルコトヲ許サス。乙議院ニ於テ甲議院ヨリ移シタル議案ニ修正ヲ加ヘタルトキハ之ヲ甲議院ニ回付スヘシ。甲議院ニ於テ乙議院ノ修正ニ同意スルトキハ之ヲ奏上スルト同時ニ乙議院ニ通知スヘク、若シ之ニ同意セサルトキハ兩院協議會ヲ開クコトヲ求ムヘシ。兩院協議會ハ兩議院ヨリ各々十人以下同數ノ委員ヲ選舉シ會同セシム。委員ノ協議案成立スルトキハ議案ヲ政府ヨリ受取り又ハ提出シタル甲議院ニ於テ先ツ之ヲ議シ次ニ之ヲ乙議院ニ移スヘシ(議院法五五條五六條)。

### 第三 法律案ノ裁可

法律案カ協賛ヲ得タルトキハ最後ニ議決シタル議院ノ議長ヨリ國務大臣ヲ經由シテ之ヲ奏上スヘシ(議院法三一條)。此法律案ヲ法律ト爲スヘシトノ意思ヲ主權者カ一定ノ形式ヲ履ミテ表示スルコトヲ裁可ト云フ(憲法六條參照)。我憲法上主權者ハ議會ト協議シテ裁可スルモノニ非ス。裁可ハ主權者ノ獨立ノ權利ナリ。又主權者ハ議會ト共同シテ立法權ヲ行フモノニ非ス。故ニ議會カ毫モ修正ヲ加フルコトナクシテ議決シタル議案ヲモ主權者ハ之ヲ裁可セサルコトヲ得ルモノナリ。

裁可ニ要スル一定ノ形式ハ主權者ノ署名鈐印是ナリ(多クノ國ニ於テハ之ニ加フルニ國務大臣ノ副署ヲ要スト爲ス、副署ヲ要セストスルハ只英國アルノミ)。主權者若シ法律案ヲ法律トスルコトヲ許ササルトキハ之ヲ不裁可ト云フ。不裁可ハ一定ノ形式ヲ履ミテ之ヲ表示スル國アレトモ我國ニ於テハ憲法上不裁可ノ形式ニ關スル規定ナキカ故ニ只裁可ナキトキハ之ヲ不裁可ト見ルノ外ナシ。蓋シ議院法ハ裁可ノコトニ關シ第三十二條ニ於テ「裁可セララルモノハ次ノ會期マテニ公布セララルヘシ」ト規定スレトモ不裁可ノコトヲ規定セサレハナリ。法律案ハ裁可ニ依リテ法律タルノ效力ヲ有スルモノナレハ之ヲ變更廢止スルニハ法律ノ變更又ハ廢止ニ必要ナル手續ヲ爲ササルヘカラス。

## 第二節 命令ノ制定

### 第一 普通命令

命令ノ制定ハ君主ノ大權ニ屬シ議會ニ關係アルコトナシ。我憲法第九條ハ「天皇ハ法律ヲ執行スル爲メニ又ハ公共ノ安寧秩序ヲ保持シ及臣民ノ幸福ヲ増進スル爲メニ必要ナル命令ヲ發シ又ハ發セシム但シ命令ヲ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得ス」ト規定セリ。以テ命令制定權カ天皇ニ專屬スルコトヲ知ルヘク、又命令ニハ執行命令ト獨立命令トノ二種アルコトヲ知ルヘシ。執行命令トハ法律ヲ執



行センカ爲メニ發スル所ノ命令ニシテ、獨立命令トハ公共ノ安寧秩序ヲ保持シ又ハ臣民ノ幸福ヲ増進センカ爲メノ命令ナリ。此二個ノ命令ハ天皇自ラ之ヲ發シ又ハ天皇カ機關ニ命シテ之ヲ發セシム。天皇自ラ發スルモノヲ勅令ト云ヒ、總理大臣ノ發スルモノヲ閣令、各省大臣ノ發スルモノヲ省令、朝鮮總督ノ發スルモノヲ朝鮮總督府令、臺灣總督ノ發スルモノヲ臺灣總督府令、北海道廳長官ノ發スルモノヲ北海道廳令、府縣知事ノ發スルモノヲ府縣令、北海道支廳長ノ發スルモノヲ北海道支廳令、警視總監ノ發スルモノヲ警視廳令、樺太廳長官ノ發スルモノヲ樺太廳令、關東長官ノ發スルモノヲ關東廳令、南洋廳長官ノ發スルモノヲ南洋廳令ト云フ。以上二種ノ命令ヲ名ケテ普通命令ト云フ。前ニ掲ケタル憲法第九條但書ノ規定ニ依リテ、命令ノ力カ法律ノ力ニ劣ルモノナルコトヲ知ルヘシ。

## 第二 緊急命令

緊急命令カ何ノ爲メニ發布セラルルヤ及其發布カ亦天皇ノ大權ニ屬スルコト憲法第八條ノ左ノ規定ニ依リテ明カナリ。

天皇ハ公共ノ安寧ヲ保持シ又ハ其災厄ヲ避クル爲メ緊急ノ必要ニ由リ帝國議會閉會ノ場合ニ於テ法律ニ代ルヘキ勅令ヲ發ス

此ノ勅令ハ次ノ會期ニ於テ帝國議會ニ提出スヘシ若シ議會ニ於テ承諾セサルトキハ政府ハ將來

ニ向テ其ノ效力ヲ失フコトヲ公布スヘシ

緊急ノ必要アル場合ニ發スルモノナルヲ以テ世ニ普通之ヲ緊急勅令又ハ緊急命令ト稱ス。議會開會ノ場合ニ於テハ議會ニ提出シテ協贊ヲ求ムヘキモノナルヲ以テ特別ニ此種ノ命令ヲ發スルノ必要ヲ認メス。然レトモ次回ノ議會ニ提出シテ之ヲ保存セシムヘキヤ否ヲ決セサルヘカラサルハ理ノ當然ナリ。然シテ縱令議會ノ承諾ナシトスルモ從來爲シタル行爲ハ決シテ無効ニ非ス、只將來ニ於テ緊急勅令トシテ存在スルコト能ハサルノミ。緊急命令ハ法律ト衝突シテ法律ニ勝ルコトヲ得ヘシト雖モ、普通命令即チ執行命令及獨立命令ハ之ニ依リテ法律ヲ變更廢止スルコトヲ得ス。故ニ普通命令ハ唯普通命令ヲ變更又ハ廢止スルコトヲ得ルニ止マルノミ。勅令制定ノ手續ハ內閣ニ於テ案ヲ作ルカ又ハ各省大臣案ヲ具ヘテ之ヲ內閣ニ提出シ、內閣ニ於テ之ヲ議決シ總理大臣ヨリ之ヲ上奏シ裁可ヲ得テ始メテ命令タルノ效力ヲ有ス。

## 第三節 自治體條例及規則ノ制定

自治體條例モ亦極メテ廣キ意義ニ於ケル法律ノ内ニ包含セラルヘキモノナリ。而シテ自治體條例トハ自治體ノ事務及自治體ノ住民ノ權利義務又ハ自治體ノ事務ニ關シ自治體ヨリ發スル法規ナリ。規則トハ自治體ノ營造物ニ關シテ定メタル法規ナリ(市制一二條、町村制一〇條)。尙ホ自治體ノ如何ナルモ

ノナルヤハ第二編各論第三章行政法ノ第三節ニ於ケル解説ヲ参照スヘシ。

## 第十二章 法律ノ解釋

### 第一節 汎論

法律ノ解釋ニ二個ノ方法アリ、一ヲ學理的解釋ト云ヒ、他ヲ強制的解釋ト云フ。學理的解釋(Interpretatio doctrinalis)トハ單ニ學問上ヨリ見テ此ノ如ク解釋スヘシト云フニ過キサシモノナルカ故ニ、人カ一般ニ學理的解釋ニ從フヘキヤ否ヤハ全ク其任意ナリ。故ニ法律ハ却テ學者其他ノ人々カ下セラル學理的解釋ヲ以テ非ナリトスルコトアルヘシ。之ニ反シテ強制的解釋(Interpretatio legalis)トハ法律カ法律ノ力ヲ以テ強制的ニ斯ク解釋セサルヘカラスト命スルモノナリ。法律ノ力ヲ以テ強制的ニ解釋スルモノハ即チ一個ノ法律ナルカ故ニ之ニ從ハサルトキハ法律ニ違反シタルモノニシテ從ツテ一定ノ制裁ヲ受クルコトアルヘシ。

法律ハ解釋ヲ要セスシテ分明ナルモノニ非ス。蓋シ或ハ立法者ノ不注意ヨリ疑ヲ生スルコトアルヘク、或ハ法律ノ明文ニ誤脱アルニ因リテ疑ヲ生スルコトアルヘク、或ハ法律カ社會ノ進歩ニ伴ハサルカ爲メニ疑ヲ生スルコトアルヘク、又或ハ立法者ノ不注意モナク明文ニ誤脱モナキモ單ニ之ニ對シテ疑義ヲ生スルコトアルヘケレハナリ。

要スルニ法律ノ疑義ニハ左ノ二種アリ。

#### 一 法律ノ文字ニ明カナル疑アル場合

#### 二 法律ノ文字ニ疑ナキモ其意義本質ニ付テ疑アル場合

第一ニ關スル例ヲ舉クレハ法文ニ「條理ニ依ルヘシ」トノ規定アルトキ條理トハ何ソヤテフ疑ヲ生シ憲法第五十八條ニ所謂「裁判官」トハ司法裁判所ノ裁判官ノミニ限ルモノナルカ或ハ行政裁判所ノ評定官其他裁判權ヲ有スル領事等ヲモ包含スルヤノ疑ヲ生シ、警察犯處罰令第三條第二號ノ「公衆ノ目ニ觸ルヘキ場所」トハ何ソヤ、「袒裼裸裎」トハ何ソヤノ疑ヲ生スルカ如シ。

第二ニ關スル例ヲ舉クレハ或ル法律カ強制的ノモノナルヤ將タ任意的ノモノナルヤ不明ナル場合アルカ如ク、舊刑法ニ於テ電氣ヲ竊カニ盜ム者ハ刑法ノ竊盜罪ヲ以テ罰スヘキヤ否ヤ不明ナリシカ如シ。

此ノ如ク一法出ツル毎ニ疑義百出シ、如何ナル法律ト雖モ何等ノ解釋ヲ要セスシテ分明ト爲リタルモノ古今絶エテ之アルコトナカリキ。然レハ普魯士ノフリードリヒ大王ノ如キハ嘗テ法律ヲ發シテ法律ノ解釋ヲ爲スコトヲ嚴禁シタリト雖モ解釋ヲ制止スルコト到底不能ノ業ニテアリキ。而シテ法律ノ疑義ヲ決定スル者ハ獨リ立法者、裁判官、行政官、學者、實際家等ニ限ルモノニ非ス、一般ニ國民ハ又法律ノ解釋ヲ忽セニスヘカラス。何トナレハ法律ノ解釋如何ニ由リテ個人ノ權利義務ニ至

大ノ影響ヲ及ホスモノナレハナリ。

## 第二節 學理的解釋

學理的解釋ヲ分チテ二ト爲ス、文理解釋 (Grammatical Interpretation) 及論理解釋 (Logical Interpretation) 是ナリ。文理解釋又ハ文法解釋トハ文字ノ意義ニ依リ竝ニ文章ノ意義ニ依リテ法文ノ意義ヲ明カニセントスルモノニシテ、論理解釋トハ直接ニ文字又ハ文章ノ意義ニ拘ハラス法文ノ論理的關係ヨリ法律ノ意義ヲ明カニセントスルモノナリ。文理解釋論ヲ主張スル者ハ曰ク、文章ノ意味ハ文字以外ニ存スルモノニ非スシテ一ニ文字ニ依リテ表彰セラルルモノナリト。然レトモ單ニ文字ノミニ拘泥シテ文字以外ニ存スル意味ヲ度外ニ措カントスルハ決シテ當ヲ得タルモノニ非ス。吾輩ノ見ル所ヲ以テスレハ(一)法ノ解釋ニハ先ツ文字ヲ見ルヘシ、何トナレハ文字ハ意義ノ代表者ナレハナリ。毫モ文字ニ注意セスシテ法文ヲ解釋セントスルハ是レ決シテ法文ノ解釋ニ非ス。(二)而シテ此解釋ハ法律上ノ術語ノ意義ニ解釋スヘキモノニシテ故ラニ特殊ノ異ナリタル意義ニ解釋スヘカラス。(三)法文中ノ文字ハ該法律カ制定セラレタル時代ニ使用シタル文字ノ意義ニ解釋スヘシ。既ニ文字ニ從ツテ解釋シタル後ニ於テハ論理上ヨリ解釋ヲ下スヘシ。即チ(一)法律ノ目的カ那邊ニ存スルヤヲ見サルヘカラス。例ヘハ何人ヲ保護センカ爲メニ發シタルモノナルカ、如何ナル弊害ヲ矯正

センカ爲メニ發シタルモノナルカ、如何ナル利益ヲ得セシメンカ爲メニ發シタルモノナルカヲ討究セサルヘカラサルカ如シ。(二)法律制定ノ當時ニ於ケル國家ノ狀態社會ノ狀態ヲ察セサルヘカラス。蓋シ法律ハ社會上經濟上政治上等ノ事項ト相關聯スルモノナレハナリ。然レトモ文字ト論理トハ必シモ常ニ相一致スルモノニ非スシテ文字ト論理トカ相背馳スル場合ニハ忽チ解釋ニ困難ナル問題ヲ生スヘシ。此ノ如キ場合ニ於テハ論理解釋ニ重キヲ置カサルヘカラス。何トナレハ解釋ハ立法ノ眞意ヲ知ランカ爲メニスルモノニシテ立法者ノ意思ヲ曲クルモ文字ニ從フヘシトノ理由存スルコトナケレハナリ。

學理的解釋ハ文理解釋、論理解釋ノ二ニ分ツノ外尙ホ歴史解釋、系統解釋等ノ區分ヲ設クル者例ヘハサヴヒニーノ如キ者アリト雖モ、吾輩ハ此等ノ區別モ亦論理解釋ノ内ニ包含セラルルモノナリト信ス。

論理解釋ヲ小分シテ左ノ三種トスルコトヲ得ヘシ。

### 第一 制限解釋 (縮小解釋) (Interpretatio restrictiva)

制限解釋トハ法律ニ定メタル文章字義廣漠ニ失スルトキ之ヲ縮小シテ解釋スルモノヲ謂フ。例ヘハ大正三年法律第十四號賣藥法ナルモノアリト雖モ、所謂「藥」ナル文字ノ意義ハ廣キニ失セリ。水モ藥ナルヘク酒モ米モ或ル意味ニ於テ藥ナリト解釋スルコトヲ得ヘシ。明治四十五年內務省令

第二號中ノ「毒藥劇藥」ナル文字亦然リ。又例ヘハ民法第二百七條ニ「土地ノ所有權ハ法令ノ制限内ニ於テ其土地ノ上下ニ及フ」トアレトモ上下ニ無限ニ及フモノナリト解釋スルコトヲ得サルカ如ク、憲法第五十八條第二項ニ「裁判官ハ刑法ノ宣告又ハ懲戒ノ處分ニ由ルノ外其職ヲ免セラルルコトナシ」トアル裁判官ヲ裁判所構成法上ノ裁判所ノ判事ト解釋スヘキカ如シ。

### 第二 擴張解釋 (Interpretatio extensiva)

擴張解釋トハ法律ニ定メタル文章字義狹隘ニ失シ立法者ノ言ハント欲シタル所ヲ盡スコト能ハサルトキ之ニ廣キ意義ヲ附加シテ解釋スルモノヲ謂フ。要スルニ元來法文ノ字義中ニ包含セサル事項ヲ附加シテ解釋スルモノナリ。例ヘハ「公園内ニ於テ樹木ヲ折リ取ルヘカラス」トノ揭示ニ對シ竹ハ樹木ニ非スト雖モ均シク折リ取ルヘカラスト解釋スヘキカ如ク「魚鳥ヲ捕フヘカラス」トノ揭示ニ對シ龜ハ魚鳥ニ非スト雖モ之ヲ捕フヘカラスト解釋スヘキカ如シ。

### 第三 補充解釋 (又ハ補正解釋) (Interpretatio critica)

補充解釋トハ立法者カ無學ナルカ又ハ不熟練ナルカ爲メニ自己ノ言ハントスル所ヲ誤リ自己ノ定メントスル所ヲ盡サスシテ立法シタル場合ニ於テ之ヲ其儘ニ解釋スルトキハ立法者ノ眞意ニ反スルコト極メテ明カナリ。又社會ノ進歩ニ由リ當然補正スヘキ場合ノ生スルコトアリ。斯ルトキニ於テハ之ヲ補正シテ立法者ノ眞意ニ協ハシメンコトヲ望マサルヘカラス。例ヘハ羅馬ノ「アクイ

リヤ法」ハ甲カ乙ノ所有スル有體物ヲ毀害シタルトキハ乙ハ甲ニ對シテ損害ノ賠償ヲ請求スルノ權利ヲ認メタルモノナルカ、後ニ至リテハ身體ニ毀害ヲ受ケタル者モ亦之カ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシト爲シタルカ如ク、又羅馬ニ於テ敵ノ俘虜ト爲リテ死シタル者ノ財産ハ無主物ト見做シ相續ノ目的ト爲ササリシカ、後ニ至リテ之ヲ改メテ相續ノ目的物ト爲ルモノナリト解釋シタルカ如シ。

民法第二百三十三條第二項ニ「隣地ノ竹木ノ根カ疆界線ヲ踰ユルトキハ之ヲ截取スルコトヲ得」ト規定スルノミニシテ其截取シタル根ノ所有權隣地ノ所有者ニ屬スルカ將タ截取者ニ屬スルカ不明ナルカ故ニ之ヲ補足シテ解釋スルノ要アリ。又國籍法第十五條第一項ニ「日本ノ國籍ヲ取得スル者ノ子カ其本國法ニ依リテ未成年者ナルトキハ父又ハ母ト共ニ日本ノ國籍ヲ取得ス」トアリテ其所謂「取得ス」ハ任意ナリヤ強制ナリヤ不明ナルカ故ニ之ヲ補足シテ解釋スルノ必要アリ。然レトモ他ノ方面ヨリ見テ補正解釋ヲ爲スノ弊害ヲ擧クレハ之カ爲メニ却テ立法者ノ眞意ヲ枉クルノ恐ナキヲ保セス。故ヲ以テサヴロニー、ヴァンゲロー諸氏ノ如キハ此ノ如キ解釋ヲ許サスト爲シ解釋ニ依リテ法文ノ意義ヲ變更スルハ不可ナリト云ヘリ。補正解釋ヲ許ササルヘカラストノ說ハ法律ハ文字ヲ見ルヲ主トスルモノニ非スシテ立法者ノ意思ヲ見ルコトヲ主トスルモノナリト云フニ在リ。若シ補正解釋ヲ爲スコトヲ許サストセハ制限解釋ヲモ擴張解釋ヲモ爲スコトヲ得サル

ヘシ。立法者カ誤リテ法文ヲ設ケタルコト極メテ明白ナル場合ニ於テ補正解釋ヲ許サストスレハ到底立法者ノ誤謬ヲ救フコト能ハサルヘシ。補正解釋ヲ許ストキハ立法者ノ意思ニ反シテ法律ヲ解釋シ適用スルノ恐アリト云フ者アレトモ、立法者カ誤リタルコト極メテ明白ナル場合ニ於テ補正解釋ヲ爲スハ寧ロ立法者ノ眞意ニ協ヒタルモノナリ。然レトモ此解釋ハ充分ニ意ヲ用ヒテ爲スヘキモノニシテ輕々ニ許スヘキモノニ非ス。

學理的な法律解釋ノ原則トシテ附記スヘキモノアリ。

(一) 法文ニ用ヒラレタル文字明瞭ナラサルトキハ之ヲ寬大ニ解釋スヘシ。法語ニ「法律ノ區別セサルモノヲ區別スヘカラス」ト云フハ是ナリ。故ニ法律ノ文面中ニ或ル文字ノ用ヒラルトキ故ラニ之ヲ嚴肅ニ解釋スヘキモノニ非ス。例ヘハ「人」ト云ヘハ自然人ヲモ法人ヲモ共ニ包含スルカ如ク又老弱男女ヲ併セ稱スルモノト解釋セサルヘカラス。又廣ク「車」ト云ヘハ特別ノ規定ナキ限リハ馬車ヲモ人車ヲモ併セ稱スルモノト解釋スヘク、只馬車、牛車、自轉車、自動車等ト分チテ特別ノ規定ノ設ケラレタル場合ニ初メテ特殊ノ意義ニ解スヘキモノナリ。

(二) 特別ノ權利法、懲罰法、義務法、變則ハ嚴肅ニ解釋スヘシ。蓋シ此等ノ法律ハ皆個人ノ權利義務ニ重大ナル影響ヲ及ホスモノナレハナリ。

### 第三節 強制的解釋

強制的解釋トハ國家權力ヲ以テ從ハシムヘキ解釋ヲ謂フ。強制的解釋ヲ分チテ立法的強制的解釋、司法的強制的解釋、行政的強制的解釋ノ三ト爲ス。

#### 第一 立法的強制的解釋（立法解釋）

立法的強制的解釋トハ立法者カ法律ノ文面ニ依リテ法律ノ意義ヲ解釋スルモノヲ謂フ。此解釋ハ「ザヴェーニ、デルンブルヒ其他ノ學者ノ悉ク認ムル所ニシテ、特ニ「ザヴェーニ」ノ如キハ立法解釋ハ法律ヲ以テ法律ヲ解釋スルモノナルカ故ニ是レ解釋ト云フヘキモノニ非ス其解釋シタルモノノ自身カ寧ロ一個ノ法律ナリト云ヘリ。氏ノ說ハ即チ解釋自身カ效力アルモノニ非スシテ法律トシテ公布シタルモノナルカ故ニ其法律自身カ法律トシテノ效力ヲ有スルニ過キス、故ニ人民ノ之ニ從フハ解釋ニ從フニ非スシテ法律自身ニ從フモノト云フノ意ナリ。

立法解釋ノ方法ヲ分チテ三個ト爲ス。

(一) 法令ヲ發シテ解釋スルモノ。例ヘハ刑法施行法第二十九條第三十條第三十一條ヲ以テ舊刑法ノ重罪、輕罪、違警罪ヲ解釋シタルカ如シ。今「デルンブルヒ」ノ著書ニ從ヒ此種ニ屬スル適例ヲ舉ケン。千八百七十八年十月二十一日ノ法律ニ依リテ與ヘラレタル委任ニ依リ伯林ノ警視總監ハ

國會ノ開會中ニ於テ社會黨ノ國會議員ヲ伯林ヨリ退去セシメントシタリ。是ニ於テ警視總監ハ果シテ此ノ如キ權限ヲ有スルカ若クハ此命令ヲ奉セス退去ヲ肯ンセサル議員カ處罰ヲ受クヘキヤノ問題ヲ生シタリ。當時裁判官ハ警視總監ノ處置ヲ是認シタルカ其判決未タ確定セサルニ先チ千八百八十年五月三十日ノ法律ヲ以テ千八百七十八年十月二十一日ノ法律ヲ解釋シテ此法律ハ國會ノ開會中ハ議員ニ適用スルモノニ非スト定メ問題ハ茲ニ終局ヲ告ケタリ。

(二) 同一法令中ニ解釋ヲ加ヘタルモノ 例ヘハ民法第一編第三章ニ「物」トアリテ第八十五條ニ

「本法ニ於テ物トハ有體物ヲ謂フ」ト規定シ以テ物トハ何ソヤヲ解釋シタルカ如ク、無盡業法第一條ニ「無盡ト稱スルハ一定ノ口數ト給付金額トヲ定メ定期ニ掛金ヲ拂込マシメ一口毎ニ抽籤入札其他類似ノ方法ニ依リ掛金者ニ對シ金錢ノ給付ヲ爲スヲ謂フ無盡類似ノ方法ニ依リ金錢又ハ有價證券ノ給付ヲ爲スモノ亦同シ但シ賭博又ハ富籤ニ類似スルモノハ此限ニ在ラス」ト解釋シタルカ如ク、民法第七百二十五條ニ於テ親族ヲ解釋シテ「六親等内ノ血族、配偶者及三親等内ノ姻族」ト爲セルカ如ク、商法第四條ニ於テハ「商人」ヲ解釋シテ「本法ニ於テ商人トハ自己ノ名ヲ以テ商行為ヲ爲スヲ業トスル者ヲ謂フ」ト規定スルカ如ク、古物商取締法第一條ニ「古物商トハ主トシテ一度使用シタル物品若クハ其物品ニ幾部ノ手入ヲ爲シタルモノヲ賣買交換スルヲ以テ營業ト爲ス者ヲ謂フ」トアルカ如ク、牛乳營業取締規則第一條ニ於テ「本則ニ於テ牛乳ト稱スルハ販賣ノ用ニ供ス

ル全乳及脫脂乳ヲ謂ヒ乳製品ト稱スルハ販賣ノ用ニ供スル練乳及粉乳ヲ謂フ」ト定ムルカ如ク、下水道法第一條ニ於テ「本法ニ於テ下水道ト稱スルハ土地ノ清潔ヲ保持スル爲メ汚水、雨水疏通ノ目的ヲ以テ布設スル排水管其他ノ排水線路及其附屬裝置ヲ謂フ」ト規定セルカ如ク、漁業法第一條第一項ニ「本法ニ於テ漁業ト稱スルハ營業ノ目的ヲ以テ水産動植物ノ採捕又ハ養殖ヲ業トスルヲ謂フ」ト定メタルカ如シ。

(三) 伺ニ對シ指令ヲ以テ解釋スルモノ 例ヘハ地方ノ縣廳ヨリ内務省ニ向テ伺ヲ爲シ之ニ對シテ指令ヲ下スカ如キ一種ノ解釋ト見ルヘキモノナリ。

立法解釋ニ關スル原則トシテ舉クヘキモノ三アリ。(第一)立法解釋ハ既往ニ遡ラス。即チ解釋シタル法律ノ發布セラレタル以後ノ事ニ關シテノミ解釋ノ效力ヲ有ス。(第二)立法解釋ハ一個ノ法律ナルカ故ニ一切ノ人民、裁判官及行政官ヲ拘束ス。(第三)立法ニ參與シタル者カ立法ノ評議ニ際シ發シタル意見及其後ニ於テ表示シタル意見ハ決シテ強制的解釋力ヲ有スルモノニ非ス。蓋シ此種ノ意見ハ國家ノ意思ニ非スシテ立法ニ參與シタル人夫レ自身ノ私見ニ過キサレハナリ。

## 第二 司法的強制解釋(司法解釋)

司法的強制解釋トハ裁判官カ法律ノ適用ヲ爲スニ當リ換言スレハ裁判官カ判決ヲ下スニ當リテ或ル法文ニ對シ爲ス所ノ解釋ナリ。裁判官ハ判決ヲ下スニ當リテ法律ノ解釋ニ付テ立法者ノ意見ヲ問フ

ノ必要ナク上官ノ意見ヲ問フノ必要モナク自己ノ知識ト學力トニ依リテ自己ノ意見ノ儘ニ解釋スヘキモノナリ。而シテ判決ヲ受クル者ハ裁判官カ爲シタル此解釋ニ從ハサルヘカラス。裁判官ハ立法解釋ニハ拘束セラルルモノナレトモ行政解釋ニハ拘束セラルルモノニ非ス。是レ行政官ト司法官カ全ク其職務ノ範圍ヲ異ニスル結果ナリ。

次ニ司法解釋ハ一般ノ人民竝ニ他ノ裁判所ヲ拘束スルモノニ非ス。故ニ各裁判所ハ同一法文ニ關シ同一ノ解釋ヲ下ササルヘカラサルノ義務ナシ。只裁判所構成法第四十六條ニ「大審院ニ於テ裁判ヲ爲スニ當リ法律ノ點ニ付テ表シタル意見ハ其訴訟一切ノ事ニ付キ下級裁判所ヲ羈束ス」トアルヲ以テ法律上ノ點ニ付テ大審院カ下シタル意見ニハ下級裁判所タルモノ之ニ從ハサルヘカラス。是レ法律ヲ統一センカ爲メニ設ケラレタル規定ナリ。尙ホ民事訴訟法第四百五十條ニ「事件ノ差戻又ハ移送ヲ受ケタル裁判所ハ上告裁判所ノ爲シタル法律ニ係ル判斷ニシテ判決ヲ破毀スル基本ト爲シタルモノヲ以テ新ナル辯論及ヒ裁判ノ基本ト爲ス義務アリ」トアルカ故ニ此點ニ付テハ上告裁判所ノ下シタル解釋ト異ナリタル解釋ヲ下スコトヲ許ササルナリ。

### 第三 行政的強制解釋（行政解釋）

行政的強制解釋ハ行政官カ法律ヲ施行スル爲メニ爲ス所ノ解釋ナルカ故ニ、只其施行ノコトニ付テノミ效力ヲ有スルニ止マリ他ノ點ニ付テ效力ヲ有スルモノニ非ス。又行政的強制解釋ハ裁判官ヲモ立法者ヲモ拘束スルコトナシ。之ニ依リテ拘束ヲ受クル者ハ唯下級ノ行政官及右ノ解釋ノ結果トシテ執行ヲ受クル所ノ人民アルノミ。

## 第十三章 法律ノ分類

### 第一節 一般法、特別法（通法及特法）（General Law, Special Law）

一般法及特別法ノ區別ハ法律ノ行ハルル範圍ノ廣狹ニ因リテ生スルモノナリ。一般法トハ凡テノ範圍内ニ行ハルル法律ヲ謂ヒ、特別法トハ特種ノ範圍内ニ行ハルル法律ヲ謂フ。這ノ所謂範圍ナルモノノ中ニハ（一）法律ノ行ハルル土地ノ範圍（二）法律ヲ遵奉スヘキ人ノ範圍（三）法律ヲ適用スヘキ法律關係ノ範圍ノ三種アリ。時ノ範圍ニ關シテハ第十五章ニ説述スヘキヲ以テ茲ニ省略ス。

#### 第一 土地ヲ本トスル一般法及特別法

此區別ニ於ケル一般法トハ一國內何レノ土地ニモ行ハルル法律ヲ謂ヒ、特別法トハ一國ノ或ル地方ヲ限リテ行ハルル法律ヲ謂フ。例ヘハ日本全國ニ行ハルル法律ハ一般法ニシテ臺灣ノミニ行ハルル法律ハ特別法ナリ。日本全國ニ行ハルル行政執行法ハ一般法ニシテ神奈川縣ノミニ行ハルル警察令ハ特別法ナリ。外國ニ於ケル例ヲ取レハ英吉利ノ本國竝ニ殖民地、海外領地ニ通シテ行ハルル法律ハ一般法ナリ。英國ノミニ行ハルル法律若クハ或ル殖民地ノミニ行ハルル法律或ハ海外

領地ノミニ行ハルル法律ハ特別法ナリ。舊獨逸帝國全體ニ行ハルル法律例ヘハ獨逸ノ憲法、刑法ハ一般法ニシテ、嘗テ普魯西ノミニ行ハレタル民法、「バイエルン」ノミニ行ハルル國籍法ノ如キハ特別法ナリ。

一國ニ行ハルル法律ト他國ニ行ハルル法律ト同一ナルコトアルモ之ヲ以テ一般法ナリト稱スルコト能ハス。一般法、特別法ノ區別ハ一個ノ主權ノ下ニ於テノミニ立ツルモノニシテ二個以上ノ主權ノ下ニ行ハルル法律ニ於テ立ツル區別ニ非サレハナリ。詳細ニ言ヘハ法律制定者カ一定ノ範圍内ヲ限リ行フヘシトノ意思ヲ以テ制シタルモノニ非サレハ認メテ一般法、特別法ト爲スコトヲ得ヘキニ非ス。土地ニ關スル特別法ニ對シテ更ニ特別ノ法規ヲ設クル場合アリ。例ヘハ監獄法ニ對シテ臺灣監獄令アリ、戶籍法ニ對シテ朝鮮戶籍令アルカ如シ。

### 第二 人ヲ本トスル一般法及特別法

此區別ニ據レハ凡テノ人ニ遵奉ノ效力ヲ及ホスモノハ一般法ニシテ、特別ノ人ニ遵奉ノ效力ヲ及ホスモノハ特別法ナリ。而シテ其所謂特別ノ人トハ其職業、身分、地位、能力等ニ依リテ異ナルモノナリ。例ヘハ皇族ノ婚姻ヲ定メタル法律(皇室典範三九條四〇條四一條四四條)軍人ノ婚姻ヲ定メタル法律ノ如キハ特別法ナリ。官吏服務紀律ノ如キハ官吏ノミニ對スル法律ナルカ故ニ特別法ナリ。華族世襲財產法、華族戒飭令ノ如キハ華族ノミニ關スル法律ナルヲ以テ特別法ナリ。陸軍刑法、

海軍刑法ノ如キハ陸軍及海軍ノ軍人軍屬ヲ支配スルノ法律ナルヲ以テ人ヲ本トスル特別法ナリ。憲法、民法、民事訴訟法、刑事訴訟法、戶籍法ノ如キハ凡テ一般法ナリ。一般法ノ中ニ於テ特別ノ人ニ關スル規定ヲ設クル場合アリ。例ヘハ民法中ニ在リテ未成年者、白痴者、浪費者ニ關スル規定ヲ設クルカ如シ。然レトモ之ヲ以テ民法ハ特別法ナリト稱スルコトヲ得ス。

人ヲ本トスル特別法ヲ二種ニ分チテ一ヲ利得特別法トシテ他ヲ不利得特別法トスル者アレトモ是レ單ニ利得ヲ受クルヤ否ヤノ事實ヨリ見タル區別ニシテ學理上重キヲ置クニ足ラス。

### 第三 法律關係ヲ本トスル一般法及特別法

此區別ハ法律ヲ一般ノ法律關係ニ對シ適用スルカ將タ特種ノ法律關係ニノミニ適用スルカニ因リテ生スルモノナリ。故ヲ以テ此區別ハ絕對的ノモノニ非スシテ相對的ノモノナリ。即チ或ル法律ハ或ル他ノ法律ニ對シテ特別法ナルモ更ニ他ノ特別法ヨリ見レハ一般法ナルコトアリ。例ヘハ商法ト云ヘハ商事ニ關スル法律ナルカ故ニ特別法ナリト雖モ之ヲ保險業法ニ付テ見レハ保險業ノコトノミヲ定メタルモノナルカ故ニ保險業法ハ商法ヨリ見レハ特別法ニシテ商法ハ一般ノ法律關係ヨリ見レハ特別法ニシテ保險業法ヨリ見レハ一般法ナルカ如シ。

以上三種ノ區別ニハ必シモ判然タル限界ヲ立ツルコトヲ得ヘキモノニ非ス。例ヘハ土地ニ據ル特別法ニシテ併セテ人ニ據ル特別法ナルコトアリ。例ヘハ何々縣湯屋取締規則ト云フカ如シ。次ニ又人



ニ據ル特別法ニシテ併セテ法律關係ニ據ル特別法ナルコトアリ。例へハ或ル法律關係ヲ爲ス人ヨリ特ニ租稅ヲ徵收スルコト彼ノ酒造稅法ノ如キ是ナリ。外國人ノ遺產ノ保存處分ニ關スル手續(明治三十二年七月司法省令第四十號)外國艦船乘組員ノ逮捕留置ニ關スル援助法(明治三十二年三月法律第六十八號)ノ如キ亦是ナリ。

世ノ進歩ニ伴ヒテ特別法カ一般法ニ變スル場合モアリ又一般法カ變シテ特別法ト爲ル場合アリ。特別法カ一般法ニ變スル場合ハ其人、其土地、其法律關係ニ特別法ヲ布クノ必要ナキニ至ル爲メナリ。又特別法ヨリ生スル弊害ヲ矯メンカ爲メニ一般法ト爲スコトアリ。例へハ北海道及沖繩縣ニ徵兵令ヲ及ホササリシ特別法ノ廢止セラレテ今日ニ於テハ兩地共ニ徵兵令ヲ布クノ一般法カ行ハルル如ク、維新後僧尼ノ婚姻ヲ禁シタル法律カ止ミテ一般法ト爲リタルカ如ク、又斬捨御免ノ特別法カ止ミタルカ如シ。

一般法ノ分レテ特別法ト爲ルハ或ル土地或ル法律關係ニ向ツテ特別ノ法律ヲ適用スルノ必要ヲ生スルノ結果ナリ。風俗公安ノ爲メニ或ル警察規則ヲ發スルカ如キハ皆世ノ變遷進歩ニ伴フテ生スルモノナリ。例へハ臺灣、樺太、朝鮮カ日本ノ領地ト爲リタルニ因リテ臺灣、樺太、朝鮮ニ限り行ハルル特別法ヲ設クルノ必要ヲ生シ、無線電信ノ發明アリタルト共ニ無線電信ニ關スル法律ヲ生シ、自動車ノ生スルト共ニ自動車取締規則生シ、汽車設ケラレテ鐵道條例生シ、外國人ノ入り込ムト共ニ

外國人ニ關スル許多ノ特別法ヲ生スルカ如シ。

一般法特別法ヲ區別スル實益ハ其效力ノ優劣如何ニ在リ。即チ特別法ハ一般法ニ勝ツト云フ原則アリテ、同一ノ事實ニ關シ一般法ト特別法トノ兩者ノ間ニ衝突ヲ生スルトキハ其效力ハ必ス特別法ニ依リテ制セララルモノナリ。例へハ何人ト雖モ年齢二十歳ニ達シタルトキニ兵役ニ服スルノ義務アリト定ムルハ一般法ニシテ何々ノ學校ニ在學スル者ハ二十八歳ニ至ルマテ徵兵ヲ猶豫スト云フハ特別法ナリ。此場合ニ於テハ特別法ノ方優勝スルモノニシテ或ル男子カ二十歳ニ達シタル場合ニ於テ其或ル種類ノ學校ニ在學中ナルトキハ特別法ニ依リテ猶豫ヲ受クルカ如シ。

然レトモ特別法ハ一般法ニ勝ツトノ原則ニハ例外アリ。原則上若シ或ル一般法カ特別法ニ勝ツノ效力アル場合ニ於テハ特別法ハ一般法ニ勝ツコト能ハス。例へハ勅令タル特別法ト法律タル一般法トカ衝突シタルトキニ在リテハ此一般法ハ特別法ニ勝ツカ如ク、裁判所構成法ト憲法トカ衝突シタル場合ニ於テハ憲法勝ヲ制スルカ如シ。又後法ハ前法ニ勝ツトノ原則アルカ故ニ前ニ特別法ノ設ケアルモ後ニ至リ一般法ヲ制定シテ前ノ特別法ヲ破ルコトヲ得ヘキモノナリ。

## 第二節 成文法、不文法(慣習法) (Written Law; Unwritten Law)

成文法不文法ノ區別ハ法律ノ形式ニ依リテ立テタルモノナリ。成文法トハ制定發布シ文書ニ記

載シタルモノニシテ、不文法トハ文書ニ記載スルコトナク唯認定ニ因リテ法律タル效力ヲ有スルモノヲ謂フ。而シテ茲ニ所謂記載トハ單ニ何等ノ意味モナキ記載ニ非スシテ法律タルノ效力アルモノトシテ記載シタルト否トニ因リテ區別ヲ生スルナリ。例ヘハ不文法ナリト雖モ人ノ覺書トシテ記載セラレタルモノアリ或ハ學者ノ手ニ依リテ記録セラレタルモノアリ又裁判官ノ手控トシテ書留メラレタルモノアラン。然レトモ此等ハ法律トスルノ意思ヲ以テ記載シタルモノニ非ス又法律タルノ力ヲモ有スルモノニ非サルカ故ニ之ヲ成文法ナリト云フコトヲ得ス。

法律ノ進歩發達ノ例ニ徴スルニ、法律ハ凡テ不文法ヨリ成文法ニ移ルヲ以テ原則ト爲ス。或ハ法律ナキ地ニハ裁判ナシト主張スル者ナキニアラスト雖モ大ナル誤謬ナリ。法律殊ニ成文法ハ慣習竝ニ裁判ヨリ後レテ發達シタルモノニシテ古ニ於テハ或ル一ノ行爲アル毎ニ其各個ノ場合ニ付テ君主又ハ會長カ判決ヲ與ヘタルモノニシテ君主ハ決シテ豫メ法律ヲ制定シ置キ而シテ其規定ニ該當スル事件ノ起リタルトキニ法律ヲ適用シテ裁判ヲ下シタルモノニ非ス。只慣習又ハ判決例ノ集リタルモノノ進ミテ成文法ト爲レルニ過キサレナリ。今日ニ於ケル現象ヲ見レハ裁判官ハ刑事ニ關シ法律ノ明文ナキ場合ニ判決ヲ下スコト能ハサルモノナリト雖モ、發達セサル時代ニ於テハ裁判官ハ刑事ト民事トヲ問ハス法律ナキニ拘ラス判決ヲ下シタルモノナリ。

斯ノ如ク法律ハ不文法ヨリ成文法ニ進ムモノナリト雖モ此原則ニハ勿論例外アリ。先ツ第一ニ此原則ニ正反對ヲ爲ス場合トシテ一國ノ成文法カ其國ノ不文法ト爲ル場合アリ。例ヘハ佛國ニ於テ革命ニ因リテ從來ノ成文法カ不文法ト爲リタルカ如キ、又北亞米利加合衆國カ獨立戰爭ノ結果トシテ英國ヨリ分レテ獨立國ト爲リタル場合ニ英國カ從來北亞米利加合衆國ニ對シテ發シタル法律ノ不文法ト爲リシカ如キ是ナリ。一國ノ成文法カ他國ノ不文法ノ源ト爲ル場合アリ、又一國ノ成文法カ他國ノ成文法ノ源ト爲ル場合アリ、例ヘハ羅馬法カ英佛獨等ニ繼承セラレタルカ如シ。羅馬テフ國家ハ決シテ英佛獨等ニ向ツテ法律ヲ發シタルモノニ非ス、只英佛獨等ノ諸國カ羅馬法ノ規定ヲ條理ナリトシテ自國ニ適用シタルニ過キス。尙ホ一國ノ不文法カ他國ノ不文法ト爲ルコトモアリ。其凡ユル場合ヲ列舉スレハ左ノ數種ニ歸ス。

- 第一 一國ノ不文法カ進ミテ其國ノ成文法ト爲ルコトアリ
- 第二 一國ノ成文法カ其國ノ不文法ト爲ルコトアリ
- 第三 一國ノ成文法カ他國ノ不文法ノ源ト爲ルコトアリ
- 第四 一國ノ成文法カ他國ノ成文法ノ源ト爲ルコトアリ
- 第五 一國ノ不文法カ他國ノ不文法ノ源ト爲ルコトアリ
- 第六 一國ノ不文法カ他國ノ成文法ノ源ト爲ルコトアリ

慣習及判例ノ外ニ學者ノ説カ一國ノ法律(不文法又ハ成文法)ノ源ト爲ル場合アリ。例ヘハ羅馬ノテ

オドシウス帝カガユウス、バビニヤン、パウル、ウルピヤン、モテスチススノ五法律家ノ學說ニ法律ノ效力ヲ與へ、若シ此等五人間ニ説ヲ異ニスルトキハウルピヤンノ説ニ從フヘシト爲セルカ如キ是ナリ。成文法ト不文法トヲ比較スルニ各々一得一失アルヲ免レス。不文法ニ於テハ成文法ノ如ク立法者ノ意思ニ由ルニ非スシテ實際ノ慣例乃至條理ニ基ツキ且世ノ變遷ト推移スルコトヲ得ルカ故ニ、若シ裁判官其人ヲ得レハ好結果ヲ來スヘキモ、之ニ反シテ裁判官カ方正ナル者ニ非サレハ成文法ナキカ爲メニ却テ法律ヲ濫用シ罪人ヲ曲庇シ無辜ヲ陷擠スルコトアルヘシ。成文法ハ此弊ヲ矯ムルニ於テ最モ適當ナルモノナリ。苟クモ法律ノ明文アルトキハ權利義務ノ存スル所確實ニシテ曖昧ナラサルカ故ニ裁判官如何ニ偏頗ノ思考ヲ有スルモ法文ヲ托ケテ判決ヲ下スコト能ハス。而シテ若シ成文法ニ缺點アルトキハ之ヲ改正スルコト容易ノ業ナルヘシ。然リト雖モ翻テ考フルニ成文法ニモ亦全ク何等ノ弊害何等ノ缺點ナキヲ保スルコト能ハス。即チ成文法アルトキハ裁判官ハ文字ニ拘泥セシメラルルノ恐アリ事情ヲ斟酌シテ判決ヲ下スコト能ハサルヘシ。尙ホ爾餘ノ弊害ハ法文アルモノニ限リテ裁判ヲ下スコトヲ得ルモ法文ノ規定ナキコトニ付テハ如何ニ不都合ナル行爲ヲ爲シタル者ヲモ處罰スルコト能ハサルコト是ナリ。故ヲ以テ成文法時代ニ於テハ惡意アル者ハ法文ノ缺點ヲ探索シテ法網ヲ脱スルノ危險アリ。

成文法ト不文法トノ二者同時ニ存在スルトキハ成文法ニ從フヘキモノナリ。蓋シ成文法ハ確的ニシ

テ不文法ハ比較的ニ不確實ナレハナリ。原則上然ルヘキハ論ヲ俟タサル所ニシテ尙ホ我法律モ成文ニ此主義ヲ表シセリ。即チ明治八年第三百三十八號布告裁判事務心得第三條ニ「民事裁判ニハ成文アルモノハ成文ニ從ヒ成文ナキモノハ慣習ニ從ヒ慣習ナキモノハ條理ニ從フ」トアル是ナリ。刑事ニ付テハ成文ナキトキハ處罰スルコト能ハス。故ニ特ニ「民事裁判ニハ」ト限リタルナリ。慣習カ公認セラルルトキハ是レ即チ不文法ナリ。慣習モナキトキハ裁判官ハ自己ノ心的解意ニ依リテ條理即チ正道ニ協ヘリト認ムル所ニ從ヒテ判決ヲ下スヘシト云フナリ。商法第一條ニ「商事ニ關シ本法ニ規定ナキモノニ付テハ商慣習法ヲ適用シ商慣習法ナキトキハ民法ヲ適用ス」トアルハ商不文法ハ商成文法ニ劣レトモ而モ民法ノ成文ニハ優ルコトヲ定メタルモノニシテ偶々以テ或ル成文法カ凡テノ不文法ニ勝ツモノナルコトノ例外ヲ示スニ足ルヘク、民法第二百十七條、第二百十九條、第二百二十八條、第二百六十三條、第二百六十九條、第二百七十七條、第二百七十八條皆參照スヘキ條文ナリ。尙ホ法律カ當事者ノ意思ニ委セ成文法アルニ拘ラス成文法ニ從ハシメスシテ不文法ニ從ハシムルコトヲ得ヘシト規定スルモノアリ。民法第九十二條ニ「法令中ノ公ノ秩序ニ關セサル規定ニ異ナリタル慣習アル場合ニ於テ法律行爲ノ當事者カ之ニ依ル意思ヲ有セルモノト認ムヘキトキハ其慣習ニ從フ」トアルカ如キハ著シキ適例ナリ。事ハ公ノ秩序ニ關セサルコトヲ要スルカ故ニ例ヘハ當事者ノ間ニ收入印紙ヲ貼付セサルコトヲ約スルカ如キコトアルモ決シテ之ニ從フコトヲ許ササルナリ。之

ニ反シテ債務ノ履行ハ債權者ノ住所地ニ於テスルヲ原則トスレトモ債務者トノ合意ニ依リテ其他ノ場所ヲ履行地トスルコトヲ妨ケス。何トナレハ此ノ如キハ毫モ公ノ秩序ニ關セサルコトナレハナリ。

### 第三節 強制法（命令法及禁止法）任意法

(Absolute Law, Imperative Law, Prohibitive Law; Dispositive Law)

強制法トハ當事者ヲシテ其意思ニ依リ法律ノ適用ヲ變更左右スルコトヲ得セシメサル法律ニシテ其然ラサルモノハ任意法ナリ。

元來法律ナルモノハ私人ノ意思ヲ以テ左右スルコト能ハサルモノナルカ故ニ此點ヨリ言ヘハ任意ナルモノナキカ如ク見ユレトモ、法律ノ適用ヲ受クルト否トニ當事者ノ幾分ノ意見ヲ加ハラシムルコトヲ得ルモノヲ名ケテ任意法ト云ヒ、全ク當事者ノ意思ヲ加ハラシムルコト能ハサルモノヲ名ケテ強制法ト云フナリ。任意法ノ場合ニ於テモ一度ヒ法律行為ヲ爲ストキハ勿論其法律ニ服從セサルヘカラス。此方面ヨリ見レハ任意法モ亦強制法ナリ。然レトモ法律カ或ル法律行為ヲ爲スト否トヲ一私人ノ自由ニ委スコトアリ。此場合ニ於テ人民ハ其ノ法律行為ヲ爲スト否トノ自由ヲ有ス。故ニ之ヲ名ケテ任意法ト云フ。例ヘハ租稅ヲ納メ又ハ兵役ニ服スルコトヲ命スル法律ノ如キハ強制法ニシテ、犯罪者ヲ處罰スル刑法ノ如キモ亦然リ。之ニ反シテ或人カ遺產相續ヲ爲スト否トハ其人ノ任意

ナリ。民法第九十二條ニ「法令中ノ公ノ秩序ニ關セサル規定ニ異ナリタル慣習アル場合ニ於テ法律行為ノ當事者カ之ニ依ル意思ヲ有スルモノト認ムヘキトキハ其慣習ニ從フ」ト定ムルヲ見レハ明カニ任意ノ範圍ノ廣大ナルヲ窺フニ足ルヘシ。要スルニ法律行為ニ或ル範圍ヲ定メ其範圍内ニ入ラサルモノハ法ノ適用ヲ受ケスシテ可ナリトスルモノハ任意法ニシテ、初メヨリ絶對的ニ從ハサルヘカラストスルモノハ強制法ナリ。

公法ハ強行法ニシテ私法ハ任意法ナリト解釋スル者アレトモ是レ誤謬ナリ。何トナレハ公法ニシテ任意ナルモノアレハナリ。例ヘハ選舉法ハ公法ナレトモ選舉權ヲ行使シテ投票ヲ爲スト將タ選舉權ヲ拋棄スルトハ選舉權ヲ有スル者ノ任意ナレハナリ。又私法ニシテ必シモ任意的ナラサルモノアリ。例ヘハ禁治產者カ禁治產ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ自己ノ任意ニ依リテ之ヲ拒ムコト能ハス又自己ノ任意ニ依リテ之ヲ解クコト能ハサルカ如シ。

強制法ハ之ヲ分テテ命令法 (Imperative Law) 禁止法 (Prohibitive Law) ト爲スコトヲ得ヘシ。或ル事ヲ爲スヘシト積極的ニ命令シタル法律ハ命令法ニシテ、或ル事ヲ爲ス勿レト消極的ニ命令シタル法律ハ禁止法ナリ。例ヘハ租稅ヲ納メヨト云フハ前者ニ屬シ、人ヲ殺傷スル勿レト云フハ後者ニ屬ス。人或ハ禁止法即チ或ル事ヲ爲ス勿レト云フコトハ即チ或ル事ヲ爲ササル事ヲ爲セト云フコトナルカ故ニ禁止法ハ即チ命令法ナリト云フト雖モ、若シ斯ク言ハハ命令法即チ或ル事ヲ爲セト云フハ即チ

或ル事ヲ爲ササルコトヲ爲ス勿レト云フコトナルカ故ニ命令法ハ即チ禁止法ナリト云フニ歸著スヘシ。命令法ニ反シタル者モ禁止法ニ違反シタル者モ共ニ法律ニ違反シタルノ責ヲ負フコトハ即チ一ナリ。

禁止法ヲ設ケタルニ拘ラス禁止ニ從ハサル者ニ刑法上何等ノ制裁ヲモ加ヘス且民法上其行爲ヲ無効トセサルモノアリ。例ヘハ債權者ト債務者トノ間ニ合意ニ依リテ利息制限法ノ利率以上ノ利子ヲ支拂フモ法律ハ之ヲ問フコトナク唯此事件カ裁判上ノ問題ト爲リタル場合ニ裁判所ハ當事者ヲシテ利息制限法ノ利率マテ引下ケシムルニ過キササルノミ。古代羅馬ノ法律ニ他人ニ多額ノ贈與ヲ爲スヘカラスト定メタルコトアリ。然レトモ多額ノ贈與ヲ爲シタル者アルトキハ法律ハ之ヲ無効トスルコトモナク又贈與ヲ爲シタル者及贈與ヲ受ケタル者ニ刑罰ヲ科スルコトモナク唯贈與ヲ受クヘキ者カ贈與ヲ爲スヘシト約シタル者ヲ相手取りテ裁判所ニ請求ヲ爲シタル場合ニ裁判所カ之ニ救済ヲ與ヘサルニ止マリキ。法令違反ノ行爲ノ效果トシテ(一)公法上處罰シ私法上無効トスルモノアリ(二)公法上處罰シ私法上問題ノ生セサルモノアリ(三)公法上處罰シ私法上取消シ得ヘシトスルモノアリ(四)公法上無制裁ニシテ私法上取消シ得ヘシトスルモノアリ(五)公法上制裁ヲ加ヘス私法上一定ノ制裁(例、損害ノ賠償)ヲ加フルモノアリ。

#### 第四節 實體法、形式法(手續法) (Materielles Recht; Formelles Recht)

實體法トハ權利義務ノ實質ヲ定メタル法律ナリ。形式法トハ實體法ヲ補助スル法律ニシテ即チ主トシテ權利義務ヲ實施スル手續ヲ定メタル法律ナリ。例ヘハ民法ハ實體法ニシテ民事訴訟法ハ形式法ナリ。憲法ハ實體法ニシテ議院法、選舉法ノ如キハ形式法ナリ。刑法ハ實體法ニシテ刑事訴訟法ハ形式法ナリ。行政法ハ實體法ニシテ行政裁判法ハ形式法ナリ。

畢竟スルニ實體法トハ個人相互ノ權利義務ノ關係個人ト國家トノ關係ヲ定メタルモノニシテ、形式法トハ此實體法ヲ施行スルコトヲ定メ又ハ實體法ニ從ハサル者ニ對シテ加フル制裁ノ事ヲ定メタル法律ナリ。或ル人ハ實體法ニ定メタル權利ヲ侵シ義務ヲ怠リタル場合ニ之ニ對スル制裁ヲ加フル方ヲ規定シタルモノノミヲ形式法ナリト云フト雖モ、形式法ノ範圍ハ決シテ斯ル狹隘ナルモノニ非ス。例ヘハ如何ナル手續ニ依リ訴訟ヲ提起スルカ或ハ裁判ニ不服ナルトキニ幾日以内ニ上訴スヘシト云ヒ或ハ何々裁判所ノ判決ハ幾名ノ裁判官ノ合議ニ依リテ下ササルヘカラスト定メタルカ如キモ亦形式法ナリ。然レトモ總テノ法律ハ必シモ單ニ實體法ノ分子ノミヲ含ムト限ルモノニ非ス又形式法ノ分子ノミヲ含ムト限ルモノニ非ス、實體法、形式法兩者混淆ノモノアリ、實體法中ニ手續又ハ裁判ニ關スル規定極メテ多キヲ見テ知ルヘシ。

## 第五節 固有法、繼承法 (Jus proprium, Jus receptum)

固有法トハ模範ヲ外國ニ取ルコトナク自國ノミノ地勢、人情、風俗、習慣、氣候等ヲ基トシテ作り又ハ自國ノミノ人情、風俗、習慣、氣候等ニ依リテ發達シタル法律ナリ。繼承法トハ模範ヲ外國ニ取り外國法律ニ倣ヒテ作りタル法律ナリ。而シテ其模倣ノ程度如何ハ敢テ問フ所ニ非ス。或國ニ於テハ外國ノ法律ヲ其儘翻譯シテ自國ノ法律トスルコトアリ、例ヘハ白耳義ノ如キハ佛國ノ「ナボレオン」民法ヲ翻譯シテ之ヲ發布シ法律タル效力ヲ有セシメタルモノニシテ、法律ニ疑義アルトキハ佛蘭西民法ニ依ルヘシトノ規定アリ。此ノ如キハ純乎タル繼承法ナリ。繼承法ニシテ唯外國法ノ精神ノミヲ採リタルモノアリ、又或ル外國法ノ形式ノミヲ採リタルモノアリ。我舊刑法ハ佛蘭西法ノ繼承ナリキ。現行ノ民法ハ最モ多ク獨逸ノ民法ヲ繼承シタルモノナリ。

法律ノ繼承ニ因リテ子法母法ノ區別ヲ生ス。繼承セラレタル法律ハ母法ニシテ繼承シタル法律ハ子法ナリ。例ヘハ羅馬法ハ希臘法ニ對シテ子法ニシテ、希臘法ハ羅馬法ニ對シテ母法ナリ。今日ノ歐洲各國ノ法律ハ子法ニシテ羅馬法ハ之ニ對シテ母法ナリ。又日本ノ法律ハ或部分ハ歐洲諸國ノ法律ニ對シテ子法ニシテ、歐洲各國ノ法律ハ羅馬法ニ對シテ子法ナルヲ以テ、羅馬法ヨリ見レハ日本ノ或部分ノ法律ハ子法ナリ。羅馬法ハ日本ノ或部分ノ法律ヨリ見テ母法ノ母法ナリ。斯ノ如キ繼承ヲ

名ケテ間接繼承ト云ヒ、子法カ母法ニ對スルノ關係ヲ名ケテ直接繼承ト云フ。固有法ト繼承法トヲ區別スル實益ハ繼承法ニ疑アル場合ニ母法ノ精神ヲ見テ之ヲ解釋スルコトヲ得ルノ點ニ在リ。故ニ子法ヲ研究セント欲スル者ハ更ニ其源ニ溯ツテ母法及母法ノ母法ヲ研究スルコトヲ要ス。

古ハ各國ノ法律多クハ固有法ノミナリシカ、今日ノ如ク交通頻繁ナル時代ニ於テハ如何ナル國家ト雖モ純然タル固有法ノミヲ有スルモノハ極メテ稀ナリ。然リト雖モ又悉ク外國ノ法律ノミヲ模倣シテ毫モ自國ノ固有ナル分子ニ重キヲ置カサル法律モ亦殆ト稀ナリ。例ヘハ我國ニ於テハ民法ノ中親族相續ニ關シテハ固有法ノ分子多ク、其他ノ部分ニ付テハ繼承法ノ分子多キカ如シ。

## 第六節 公法、私法 (Public Law; Private Law)

公法私法ノ區別ハ法律ノ實質上ノ性質如何ヲ見テ立テタルモノナリ。此區別ノ標準ハ學者ニ依リテ見ル所ヲ異ニス。

第一說 公法ハ公益ニ關スル法律ニシテ私法ハ私利ニ關スル法律ナリト。此說ハ羅馬ノウルピアン (Ulpian) ノ考ニ出テタルモノニシテ、其後ノ學者殊ニ獨逸學者ハ此說ヲ採ル者甚タ多シ。例ヘハウルピアンハ「羅馬ノ國事ニ關スルコトヲ規定シタル法律ハ公法ニシテ一人ニ關スルコトヲ規定シタル法律ハ私法ナリ」ト云ヘリ。故ニ此說ニ據レハ國家ト犯罪者トノ關係ヲ規定シタル法

律及選舉法ノ如キハ公法ニ屬シ、賣買貸借ノ關係、親族ノ關係、相續ノ關係ヲ規定シタル法律ノ如キハ私法ニ屬スルモノナリ。而シテ此說ニ據ラントセハ公益ニ關スル事件ト私益ニ關スル事件トヲ明瞭ニ區別シ得ルノ標準ヲ見出ササルヘカラス。然レトモ或ル關係ハ單ニ公益ニノミ關スルモノニ非スシテ併セテ私益ニモ關シ、又或ル關係ハ私益ニ關スルト同時ニ併セテ公益ニ關スルル一個ノ事件ニシテ單純ノ公益ニノミ關シ又ハ單純ノ私益ニノミ關スルモノハ殆ト之アラサルナリ。例ヘハ強盜ノ如キハ國家ノ利益ニ關スルモノナリト云フモ強盜ニ因リ直接ニ損害ヲ被ル者ハ寧ロ一個人ナリ、然ラハ是レ併セテ私益ニ關スルモノニ非スヤ。又學者カ私益ニ關スルモノナリト指摘スル所ノ貸借ノ如キハ當事者ノ私益ニ關スルコト勿論ナリト雖モ併セテ公益ニモ關スルモノナリ、何トナレハ債務者(金錢ヲ借りタル者)ニシテ借りタル金錢ヲ返濟セサル者アルトキハ一國ノ經濟ヲ紊亂シ爲メニ國家ノ生存維持ヲ危殆ナラシムルコト多ケレハナリ。英國ノオースチン(Austin)獨逸ノイヤーリッダ(Thiering)ノ如キハ「公益ハ常ニ集合シタルモノナリ」ト唱ヘ、公益私益ニ依リテ公法私法ノ區別ヲ立ツルノ誤謬ナルコトヲ論セリ。或ル請求權ヲ民事上ノ訴訟ニ依リテ請求シ得ヘキモノハ私法ナリト云フ者アレトモ、此ハ絕對ニ私法ノ性質ヲ知り得ヘキ解義ニ非ス。何トナレハ私法上ノ權利關係ナルカ故ニ民事訴訟ニ依リテ救濟セラルルモノニシテ、民事訴訟ニ依リテ救濟セラルルカ故ニ私法ナリト云フハ一種ノ循環論法ニ陥ルモノナレハナリ。是ニ於テカ

一種ノ折衷論者ハ「直接ニ公益ニ關スルコトヲ規定シタルモノハ公法ニシテ私益ニ關スルコトヲ規定シタルモノハ私法ナリ」ト云ヘリ。然レトモ所謂直接間接ナルコトノ區別明白ナラサルカ故ニ此說モ亦決シテ穩當ナラス。

## 第二說

法律ノ應用ヲ權利者ニ委スルモノヲ私法ト云ヒ、其然ラサルモノヲ公法ト云フ。換言スレハ一個人カ自己ノ自由ニ拋棄スルコトヲ得ヘキ權利ヲ定メタル法律ハ私法ニシテ、拋棄スルコトヲ得サル權利ヲ定メタルモノハ公法ナリト云フニ在リ。此說ニ依リ例ヲ擧クレハ貸借關係ヲ定メタル法律ハ私法ナリ、何トナレハ貸主ハ借主ニ對シ自己ノ權利ヲ拋棄スルコトヲ得レハナリ。之ニ反シテ刑法ノ如キハ公法ナリ、何トナレハ人ヨリ傷ケラレタル者ハ自己ノ任意ニ加害者ヲ宥スコト能ハサレハナリ。此說ヲ採ル者ハゲルベル(Feibel)ノ如シ。然レトモ此區別モ亦完全ナラス。何トナレハ公權(選舉權、親告罪ニ對スル告訴權ノ如キ)ト雖モ拋棄スルコトヲ得ヘキモノアレハナリ。獨逸ノイヤーリッダハ曰ク「私權ノ侵犯ト戰フハ權利者カ自己ニ對スル義務ナルノミナラス併セテ共同團體ニ對スル義務ナリ云々、一個人ハ其權利ヲ防禦スルト共ニ法律及共同團體ノ秩序ヲ保全スヘキモノナリ」ト。此言ハ私權ト雖モ之ヲ拋棄スルコトヲ得サルモノナリト云フ意ナリ。故ニ此說ニ依レハ益々以テ公法トノ區別ハ拋棄シ得ヘキ權利ニ關スルモノナルト否トニ依リテ判定シ得ヘキモノニ非サルナリ。現ニ私法上ノ權利ニシテ拋棄スルコトヲ得サルモノアリ、

例へハ戸主權、親權、夫權ノ如シ。若シ此等ノ權利ノ拋棄ヲ許サハ爲メニ一家ノ秩序ヲ害シ延テ一國ノ秩序ヲ害スルノ虞アルヘケレハナリ。

第三說

國家ト人民トノ關係ヲ規定シタルモノハ公法ニシテ、人民相互間ノ關係ヲ規定シタルモノハ私法ナリト。英國ノホルラント(Holland)獨逸ノフレンチュリ(Francia)佛國ノブラヂエフォデレ(Pratier-Fotave)ノ如キハ皆此說ヲ固持セリ。此標準ニ依ル區別モ亦完全ナリト云フコトヲ得ス、何トナレハ國家ト人民トノ關係ト人民ト人民トノ關係トハ之ヲ明カニ區別スルコト能ハスシテ、人民相互間ノ關係カ國家ニ關係スルモノ極メテ多ク又國家ト人民トノ關係カ併セテ他ノ人民ニ關係スルモノ亦極メテ多ケレハナリ。例へハ選舉法ノ如キハ人民ト他ノ人民トノ關係ヲ規定シタル法律ナレトモ公法ニ屬シ、人民カ國家ノ募集シタル公債ニ應ジ之ニ因リテ權利義務ノ關係ヲ生スルカ如キハ人民ト國家トノ關係ナレトモ之ヲ私法トスルカ如シ。又民事訴訟法ノ如キハ人民ニ對シテ訴フル手續即チ訴訟手續ニ關スルコトヲ規定シタルモノナレトモ今日ノ學者ハ之ヲ公法ニ編入スルカ如シ。

第三說ニモ亦一種ノ折衷說アリテ「直接ニ國家ト人民トノ間ノ關係ヲ規定シタルモノハ公法ニシテ直接ニ人民相互間ノ關係ヲ規定シタルモノハ私法ナリ」ト云ヘリ。然レトモ此區別ノ曖昧ナルハ猶ホ第一說ニ於ケル折衷說ノ曖昧ナルカ如シ。

第四說

人民カ國家ノ一員トシテ爲ス所ノ關係ヲ定メタル法律ハ公法ニシテ、人カ社會ノ一員トシテ爲ス所ノ關係ヲ定メタル法律ハ私法ナリト。此說ハ重ニ獨逸學者ノ採ル所ニシテギルケ、ツヴェニー、ブフター、アルント、アーレンス等ハ皆此說ノ支持者ナリ。此說ハ法律ハ國家ナキ所ニ存在スルモノニ非ス、社會ノ一員トシテ或ル行爲ヲ爲シタルトキ之ヲ支配スル法律ナシトノ議論ニ依リテ破ルコトヲ得ヘク、又或ル行爲カ社會ノ一員トシテノ行爲ナルカ將タ國家ノ一員トシテノ行爲ナルカヲ判斷スルコト能ハサルハ此說ノ大ナル缺點ナリ。加之、國家ノ秩序ニ關スルコトカ併セテ社會ノ秩序ニ關スルコト頗ル多カルヘシ。例へハ殺人ノ行爲ノ如キハ國家ヨリ見ルモ社會ヨリ見ルモ共ニ其秩序ヲ害セラレタルモノナリト云ハサルヘカラス。

第五說

權力關係ヲ定メタルモノハ公法ニシテ、權利關係ヲ定メタルモノハ私法ナリト(茲ニ所謂權力關係トハ一人カ他人ニ對シテ服從スル關係ヲ意味シ權利關係トハ人カ他人ニ對シテ對等ニ駢立スル關係ヲ意味ス)云ヒ、レーニング及メルケルノ如キハ此說ヲ採ル。此說ノ缺點ヲ擧ケレハ下ノ如シ。總テ權利ナルモノハ國內法ニ在リテハ國家ノ權力アリテ初メテ發生スルモノナルカ故ニ、所謂權利關係ト權力關係トハ決シテ離ルヘカラサルモノナリ。加之、若シ服從關係即チ權力關係ヲ規定シタル法律ヲ公法ナリトセハ親權ハ親カ子ニ對スル權利ニシテ子カ一身上及財産上其親ニ服從スヘキコトヲ定メタルモノナルカ故ニ親權ノコトヲ規定シタル民法ハ公法ナリト云ハ



サルヘカラス、雇人ト雇主トノ關係ヲ規定シタル法律モ雇人カ雇主ニ服従スル關係ヲ定メタルモノナルカ故ニ公法ナリト云ハサルヘカラス。又對等ノ關係ヲ定メタルモノハ私法ナリト云ハハ選舉權、被選舉權ノコトヲ規定シタル選舉法モ亦選舉人ト被選舉人トノ間ノ對等ノ關係ヲ規定シタルモノナルカ故ニ之ヲ私法中ニ編入セサルヘカラサルニ至ラン。

**第六說** 國家カ國家自身ノ行爲ヲ定メタル法律ハ公法ニシテ、國家カ私人ノ行爲ヲ定メタル法律ハ私法ナリ。例ヘハ國家カ壯丁ヲ徵集スル徵兵令、租稅ヲ徵收スル各種ノ稅法、犯罪者ヲ處罰スル刑罰法、議員ヲ選舉セシムル選舉法ノ如キハ公法ニシテ、貸借、賣買等ノ如キ關係ヲ定メタルモノハ一個人カ如何ナル行爲ヲ爲シテ可ナルカ如何ナル不作爲ヲ爲スヘキカヲ定メタルモノナルカ故ニ私法ナリ。我輩ハ此說ヲ以テ最モ穩當ナル區別ノ標準ナリト認ム。

### 第七節 國內法、國際法 (Internal Law; International Law)

上叙第一節ヨリ第六節ニ至ルマテノ區別ハ國內法上ノ區別ナレトモ、本節ノ區別ハ法律全體ヲ最モ該博ニ見タル區別ナリ。國內法ハ國家内部ノ事件ニ關シ、國家ノ行爲又ハ私人ノ行爲ヲ規定シタル法律ナレトモ、國際法ハ國家ト國家トノ間ノ關係ヲ規定シタル法律ナリ。

私人及國家ノ需用カ單ニ國內ニ於テ充タサル場合ニ於テハ國內法ノ規定ノミヲ以テ満足スヘシト

雖モ更ニ進ンテ需用カ國內ノ小範圍ニ於テノ供給ニ依リテ足ラサル場合ニ於テハ初メテ國際法規ノ必要ヲ促スニ至ルモノナリ。國際法カ國家間ニ衝突ノ觀念ヲ棄テテ平和的ノ觀念ヲ生スルヨリ起リタルモノナルコトハ猶ホ國內法カ個人ニ衝突ノ觀念ヲ棄テテ平和的ノ觀念ヲ生セルヨリ起リタルカ如シ。換言スレハ國內法カ利害ノ共通ヨリ起リタルト等シク國際法モ亦利害ノ共通ヨリ起リタルモノナリ。然レトモ國內法ト國際法トノ區別ノ主要ナルモノ三アリ。

**第一** 國家間ノ上ニ主權者ナキコト、從ツテ國際法ハ國內法ノ如ク主權者ヨリ命令若クハ認定セラレタルニ因リテ效力ヲ生スルモノニ非スシテ各國間ノ合意ニ因リテ初メテ各國カ之ニ拘束セララルノ效果ヲ生スルノミ。

**第二** 國際法上ノ自助ニハ保證ナシ、例ヘハ戰爭ノ如シ。之ニ反シテ國內法上ノ自助ニハ國家充分ニ保證ヲ與フ、例ヘハ正當防衛ニ依リテ人ヲ殺シタル者カ處罰セララルコトナキカ如シ。

**第三** 國內法上ノ執行機關ハ極メテ善ク發達セリト雖モ、國際法上ノ執行機關ハ未タ極メテ幼稚ナリ、例ヘハ國內法ニ於テハ犯罪者アルニ當リ之ヲ處罰スルノ機關充分ナレトモ、國際法ニ於テハ一國カ他國ニ對シ不法ノ行爲ヲ爲シタル場合ニ之ヲ罰シ又ハ之ニ賠償ヲ爲サシムルノ方法確然タラサルカ如シ。

## 第十四章 法律ノ淵源 (Source of Law)

法律ノ淵源トハ法律ノ據リテ生スル材料ト云フ意ナリ。從來法律ノ淵源ナル語ハ種々ノ意味ニ用ヒラレタリ。例ヘハ法律ハ如何ニシテ生スルヤノ原因即チ法律ハ神ノ意思ニ因リ出テタルモノナリト云ヒ、或ハ君主ノ意思若クハ人民ノ總意ニ出テタルモノナリト云ヒ、而シテ之ヲ指シテ法律ノ淵源ナリト云ヒタル者アリ。又法律ノ淵源トハ法律關係ノ原因ナリト見タル者アリ、例ヘハ契約不法行為不當利得等ヲ以テ法律ノ淵源ナリト云ヒタルカ如シ。然レトモ斯ノ如キハ只法律關係ノ原因ニシテ法律ノ淵源ニハ非ス。法律關係ハ法律アリテ後始メテ保護ヲ受クルモノナレハ此保護ヲ受クル關係ヲ以テ法律ノ淵源ナリト云フハ誤レリ（法律ナクンハ事實上ノ契約アルモ之ヨリ法律上所謂權利義務ノ關係ヲ生スルモノニ非ス）。次ニ法律ノ知識ヲ得ヘキ淵源ヲ指シテ法律ノ淵源ナリト云フ者アリ、例ヘハ學者ノ著書ヲ指シテ法律ノ淵源ナリト云ヘルカ如シ。以上ノ如ク數種ノ用例アレトモ、余輩ノ茲ニ所謂淵源トハ「法律ト爲ル材料」ヲ指スモノナリ。余輩ハ法律ノ淵源ヲ區別シテ（一）慣習（二）學說（三）條理（四）條約（五）判決例（六）宗教（七）外國法ノ七種ト爲ス。左ニ節ヲ別テ之ヲ説明セン。

## 第一節 慣習

慣習トハ人民カ長ク遵據スル所ノ行為ノ標準ト云フコトナリ。最モ注意ヲ要スヘキハ慣習トハ慣習トノ區別是ナリ。慣習カ法律ト爲ラサル以上ハ單純ナル慣習ニ過キスシテ、法律タルノ效力ヲ得タルトキニ限リ初メテ之ヲ慣習法ト云フモノナリ。故ニ慣習ハ法律ノ淵源ナレトモ慣習法ハ法律ノ淵源ニハ非ス、慣習法ハ寧ロ法律其者ナリ。但シ慣習法カ成文法ノ淵源トナルコトハ則チ之アリ。今慣習ノ種類ヲ擧クレハ左ノ如シ。

## 第一 一般慣習、局地慣習

此區別ハ慣習ノ行ハルル土地ヲ本トシテ立テタルモノナリ。一般慣習トハ全國一般ニ行ハルル慣習ヲ謂ヒ、局地慣習トハ或ル地方ノミニ行ハルル慣習ヲ謂フ。交通不便ノ時代ニ於テハ一般慣習極メテ少ク局地慣習甚タ多シ。

## 第二 普通慣習、特別慣習

此區別ハ慣習ヲ行フ人ノ種類ヲ標準トシテ定メタルモノナリ。普通慣習トハ總テノ人ニ行ハルル慣習ニシテ、特別慣習トハ或ル種ノ身分、狀態、地位等ニ在ル人ニ行ハルル慣習ナリ。例ヘハ商慣習ハ商人ノ間ニ行ハルル慣習ナルカ如シ。

## 第三 記録慣習、不文慣習

此區別ハ慣習カ文書ニ記載セラレタルト否トヲ標準トシテ立テタルモノナリ。慣習ハ文書ニ記載

セラレタルノ故ヲ以テ法律ト爲ルモノニ非ス。慣習ハ此場合ニ於テハ單ニ慣習トシテ記載セラレタルニ過キス。例ヘハ獨逸ノ「サクセンスピーゲル」ノ如シ。從ツテ之ヲ法律トスルニハ法律タルノ效力ヲ與フル特別ノ手續ヲ履マサルヘカラス。

慣習カ法律ニ非サルハ以上ニ述フル所ニ依リテ明カナリ。然ラハ慣習カ何時ニ慣習法ト爲ルヤハ大ナル問題ナリ。慣習カ慣習法ト爲ルノ標準ヲ定ムルニ付テ夥多ノ學說アリ。今左ニ其最モ重ナルモノヲ列記説明スヘシ。

(一) 人民確信說 此說ニ依レハ人民カ從來慣習トシテ行ヒタル行爲ヲ法律トシテ自ら遵守スルニ至リタル時ニ慣習法ト爲ルト云フナリ。此說ハ法律ハ人民ノ總意ニ出テタリトノ議論ヨリ隨ツテ生シタルモノナリ。故ニ法律カ人民ノ總意ニ出テタルモノニ非ストスレハ此說ハ當然破壞セラレヘク、加之、人民カ或ル慣習ヲ法律ナリト確信シタリヤ否ヤハ如何ニ説明ヲ與フヘキカ、又慣習ヲ法律ナリト確信シタル時トハ抑モ如何ナル時ヲ云フカ、凡テノ點ニ付テ極メテ曖昧ナルヲ免カレス。

(二) 主權者認定說 此說ハ主權者カ慣習ヲ暗黙ニ認定シテ法律タルノ效力ヲ與フル時ヲ標準ト爲シ其時ヨリ之ヲ法律ト爲スヘシト云フナリ。故ニ若シ主權者カ明示ニ認定スレハ慣習ト爲ラスシテ成文法ト爲ルナリ。此ノ說ハ暗黙ノ認定ナルコトヲ根本ト爲スト雖モ、文字ノ示スカ如ク所

謂暗黙ナルカ故ニ何時認定シタルヤ遂ニ明白ナルコト能ハサルノ缺點アリ。

(三) 永續慣行說 此說ニ依レハ永續シテ行ハルルトキニ初メテ法律ト爲ルト云フナリ。然レトモ此說ハ單ニ永續ト云フ不定ナル事實ヲ根本トシタルモノニシテ一定ノ期間ヲ附シタルモノニ非サルヲ以テ極メテ曖昧ナリ。加之、其慣習カ何時ニ始マリタルヤスラ不定ナルヲ以テ此說モ亦決シテ鞏固ナルモノニ非ス。

(四) 裁判所認定說 此說ニ依レハ或ル慣習ニ付テ當事者ノ間ニ訴訟ヲ起シ裁判所ニ判定ヲ請フニ當リ裁判所カ此慣習ヲ法律ナリト認定セハ之ニ由リテ法律タル效力ヲ得ルモノナリト。英國ノ學者ニ此說ヲ採ル者頗ル多シ。然レトモ若シ斯ノ如キコトヲ認ムヘシトスレハ是レ裁判官ニ立法權ヲ與ヘタルモノニシテ、裁判官ハ慣習ニ非サルモノヲ取リテ法律トスルノ弊ニ陥ルコトヲ免レサルナリ。

(五) 條件充實說 此說ニ依レハ法律ヲ以テ慣習カ法律ト爲ル條件ヲ定メ、慣習ニシテ此條件ヲ充タサハ之ヲ法律ト爲スヘシト云フナリ。此說ノ缺點ハ其所謂條件ナルモノカ時ニ由リ所ニ由リ又人ニ由リテ異ナルノ點ニ在リ。英國ニ於テハ之カ條件トシテ(一)古ヨリ行ハルルコト(二)繼續シテ行ハルルコト(三)爭又ハ疑ナク行ハルルコト(四)確定シタルコト(五)強制力ヲ有スルコト(六)條理ニ適スルコト(七)法律又ハ其他ノ慣習法ニ背馳セサルコトノ七種ヲ定ム。然レトモ此條

件ハ法律ノ定メタルモノニ非スシテ裁判例ニ依リテ定マリタルモノナリ。次ニ獨逸ノデルンブル  
ヒ(Derlinburg)ハ慣習カ法律ト爲ル條件トシテ(一)同一ノ行爲ナルコトヲ要ス(二)多年ノ慣習ナ  
ラサルヘカラス(三)法律上ノ慣習ナラサルヘカラス(四)人民一個ノ慣習ナルト人民ノ團體慣習ナ  
ルトヲ問ハス(五)善良ノ風俗、完全ナル理性ニ反スヘカラストノ五項ヲ列擧セリ。

古ニ於テハ慣習法ヲ以テ完全ナル法律ト爲シ慣習法ト成文法トハ同一ノ效力ヲ有スルモノト看做シ  
成文法ヲ以テ慣習法ヲ變スルコトヲ得ヘク又慣習法ヲ以テ成文法ヲ變スルコトヲ得ヘシトセリ。然  
ルニ近世ニ至リテハ慣習法ハ成文法ヲ變更又ハ廢止スルコトヲ得ヘキモノニ非ストセリ。何トナレ  
ハ成文法ハ人民ノ權利義務ヲ確カメンカ爲ニ國家カ進ンテ制定シタルモノナルニ慣習法ハ裁判官ノ  
認定ニ由リテ生スルモノナレハ一ニ裁判官ノ意見ニ依リテ法律タルノ效力ヲ生スルモノナルカ故ニ  
慣習法ヲ以テ成文法ヲ變更廢止スルコトヲ得ルトセハ人民ノ權利義務ハ裁判官ノ意思ニ依リテ左右  
セラルルノ恐アレハナリ(前章第二節參照)。

次ニ生スル問題ハ裁判官ハ慣習法ヲ知ルノ義務アリヤ否ヤ是ナリ。裁判官ハ自國ノ法律ヲ知ルノ義  
務アリ而シテ慣習法ヲ知ラサルヘカラサルヤノ問題ハ說ノ岐ルル所ナリ。プフター(Prüfer)云ヘル  
コトアリ、裁判官ハ法律ヲ知ルノ義務アリ慣習法モ亦法律ナリ故ニ慣習法カ裁判上明カナラサル場  
合ニハ裁判官ハ職權ヲ以テ之ヲ調査セサルヘカラスト。獨逸ノ民事訴訟法第二百六十五條ハプフ

ターノ考ト反對ノ規定ヲ設ケタリ。曰ク「裁判官ハ獨立シテ慣習法ヲ調査スルノ權アレトモ裁判官  
若シ慣習法ヲ知ラサルトキハ當事者ヨリ之ヲ證明セサルヘカラスト。尤モ裁判官ハ當事者ノ證明  
セル事實ヲ慣習法ト見ルヘキヤ否ヤハ全ク隨意ナリ。余輩ハ慣習モ等シク法律ナルノ故ヲ以テ裁判  
官ハ慣習法ヲ知ラサルヘカラストノ考ヲ有ス。例ヘハ我國ノ法例第二條ニ「公ノ秩序又ハ善良ノ風  
俗ニ反セサル慣習ハ法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ及ヒ法令ニ規定ナキ事項ニ關スルモノニ限り  
法律ト同一ノ效力ヲ有ス」トアリ。此法文ニ依レハ慣習ハ法律ト同一ノ效力ヲ有スルコト勿論ナリ。  
從ツテ裁判官カ之ヲ知ラサルヘカラサルハ當然ノ理ナリ。而シテ我日本ノ狀態ニ於テハ慣習カ成文  
法ニ勝ツコト能ハサルハ明瞭ナリ。況ンヤ慣習カ狹義ノ法律即チ議會ノ協賛ヲ經タル法律ヲ變更廢  
止スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ヲ生スヘキ餘地ノ存スルモノアランヤ。

## 第一節 學說

學說トハ學者カ法律ニ法理上ノ見解ヲ下シタル意見ナリ。法律ニ不法ナル所アル場合或ハ其法律ノ  
是非善惡ヲ論スル場合ニ於テハ學者ハ自己ノ學說ヲ發表シテ法律ノ缺點ヲ補ヒ法律ヲ解釋スルニ裨  
益スルコト多シ。學說カ法律ノ淵源ト爲ルハ此點ニ在ルモノニシテ、國家又ハ立法者ハ學者ノ所說  
ヲ參考ニ供スルノミ。學說ハ學說其者トシテハ決シテ法律ト爲ルモノニ非ス。即チ學說カ法律ト同

一ノ力ヲ得ルニハ國家ノ權力カ學說ニ法律タルノ力ヲ與ヘタル場合ニ限ル。學說ニハ直接ニ法律ノ淵源ト爲ルモノト間接ニ法律ノ淵源ト爲ルモノトアリ。學說カ直接ニ法律ノ淵源ト爲リタル場合トハ例ヘハ羅馬ノテオドシウス (Theodosius) 第二世カ當時ノ法律ノ大家タルパピニアヌス (Papinianus)、パウルス (Paulus)、ガイウス (Gaius)、ウルピアヌス (Ulpianus)、デモステヌス (Demosthenes) ノ說ニ法律タルノ效力ヲ與ヘタルカ如キ是ナリ。尙ホ羅馬ノユスチニアン帝カ二十九大法律家ノ學說ヲ集メテ「デグスター」法典ヲ作り之ニ法律タルノ效力ヲ與ヘタルコトアリ。學者ノ說ノ直接ニ法律ト爲リタルコトハ近世ニ於テハ見サル所ナリ。故ニ近世ニ於テ學說カ法律ノ淵源ト爲ルハ皆間接ノ方法ニ依ルモノナリ。唯學說カ間接ニ法律ノ淵源ト爲ルコト即チ立法ノ參考トナルコトハ既往ニ於テモ現在ニ於テモ多々之アリ。將來亦之アルヤ必セリ。

### 第三節 條理

條理トハ自然ノ道理ト云フコトニシテ正義又ハ正道ト云フト其義ヲ一ニス。前ニ述ヘタルカ如ク我國ノ明治八年ノ裁判事務心得ニハ「法律ニ明文ナキトキハ慣習ニ從フヘク慣習ナキトキハ條理ニ從フヘシ」トノ規定ヲ設ケタリ。又或國ノ法律ニ於テハ「法律ニ明文ナキトキハ自然法ニ從フヘシ」ト規定セリ。自然法ト云フモ條理ト云フモ同一ノ意義ナリ。

抑モ條理又ハ自然法ト云フカ如キコトハ極メテ不分明不確定ノモノナリト雖モ、若シ此種ノ規定ヲ設ケサルトキハ裁判官ハ常ニ法律ニ明文ナキノ理由ヲ以テ裁判ヲ拒絕セサルヘカラサルノ不都合ヲ生スヘシ。而シテ以上述ヘタル所ハ裁判官カ法律ヲ解釋適用スルニ當リテ條理ヲ基トスヘキコトヲ說キタルニ過キサレトモ、立法者カ法律ヲ作ルニ當リテモ亦條理ニ據ラサルヘカラス。何トナレハ條理ハ其時代ニ於テ其國家ニ在リテハ國家的拘束ヲ作ルノ標準ト爲ルモノナルヲ以テナリ。若シ立法者カ法律ヲ作ルニ當リ條理ニ據ラスシテ可ナリトスルトキハ立法者ハ悖理橫暴ノ法律ヲ制定シテ國家ノ秩序ヲ紊スノ虞アリ。加之、法律制定ノ準則ニ迷フノ惧アルヘシ。

### 第四節 條約

條約トハ國家ト國家トノ間ノ文書ニ表示シタル契約ナリ。一國カ他國ト條約ヲ締結スルモ締結國雙方ノ人民ハ此條約ヲ遵奉セサルヘカラサルノ義務アルモノニ非ス。條約ハ國ト國トノ間ニ存スル契約ナルカ故ニ條約ニ拘束セラルル者ハ唯國家アルノミ。然レトモ條約ハ單ニ國家ノミヲ拘束スルモノナリトシテ人民ヲシテ條約ノ實質ニ從フコト無カラシメハ國家ハ到底條約國ニ對シテ完全ニ條約上ノ義務ヲ履行スルコト能ハサルヘシ。故ニ國家ハ一方ニ於テ外國ト條約ヲ締結スルト同時ニ他方ニ於テハ國內ニ對シ條約ヲ發布スルモノナリ。而シテ其條約ヲ法律トシテ發布スルカ命令トシテ發

布スルカ將タ條約其者トシテ發布スルカノ如キハ敢テ問フ所ニ非ス。各國國內法ノ採ル所ノ主義ニ一任シテ可ナリ。兎ニ角何レカノ方法ニ依リテ發布セラレタル場合ニ於テハ人民ハ當然此條約ニ從ハサルヘカラス。然レトモ人民カ此條約ニ拘束セララルト云フコトハ決シテ條約其者即チ國家ト國家トノ約束ニ拘束セララルニ非ス。此場合ニ於テハ條約カ法律ノ淵源ト爲リ人民カ條約テフ法律ノ一淵源ヨリ生シタル法律ニ拘束セララル義務ヲ負ヒタリト云フニ過キス。

### 第五節 判決例

判決トハ裁判官カ或ル特定ノ係争事件ニ關シテ當事者ニ向ツテ下シタル判定ヲ謂フ。裁判官カ判決ヲ下スニハ必ス法律ニ依ラサルヘカラサルモノナレトモ法律ニ明文ノ缺ケタルトキハ條理又ハ慣習ニ依ラサルヲ得ス。社會ハ日々ニ進歩スルモノナルヲ以テ一度制定シタル法律ト雖モ社會日進ノ狀態ニ適セサルニ至ルコト極メテ多シ。此場合ニ於テハ法律ノ明文ハ社會ノ進歩ニ比シ後レタルモノナリ。斯ル時ニ於テハ條理、慣習又ハ裁判例ニ依リテ法律ノ源ヲ作ルノ必要アリ。何レノ國ノ法律ト雖モ凡テ完全無缺ナリト云フコトナシ。今日ニ於テハ多クノ國ニ於テ成文法律ヲ作り又ハ法典ヲ作りテ權利義務ニ關シ明細ナル規定ヲ設クト雖モ、然モ尙ホ不備ノ點アリテ人民カ時トシテ不羈放肆ノ行爲ヲ爲スコトアリ、或ハ行爲ノ準則ニ迷フコトアルハ免レサル事實ナリ。是ニ於テ法律ノ明

文ナキコトニ關シテ裁判所カ下シタル判決ノ集マレルモノ即チ裁判例ハ屢々其後ニ制定セララル法律ノ淵源ト爲ルコトアルモノナリ。

法律ハ裁判官ヲ拘束スルモノナリト雖モ判決例ハ裁判官ヲ拘束スルモノニ非ス。多クノ場合ニ於テ裁判官ハ判決例ニ遵據スト雖モ其判決例カ學理ニ反シ條理ニ反スト考フレハ後ノ事件ノ起リタルトキニ當リテ前ノ判決例ニ從フコトヲ要セス。裁判官カ判決例ニ拘束セラレサルハ獨リ下級又ハ同級ノ者ノ下シタル判決例ニ服從セスト云フコトヲ意味スルノミナラス上級ノ裁判所カ下シタル判決例ニモ拘束ヲ受ケスシテ可ナルモノナリ。尤モ英國、米國ノ主義ニ於テハ上ニ述フル所ト反對ニシテ裁判官ハ裁判例ニ拘束セララルモノトシ下級ノ裁判所ハ上級ノ裁判所ノ判決例ヲ守ラサルヘカラストセリ。元來判決例ナルモノハ統一セサルヘカラサルモノナリ。何トナレハ一國ノ裁判所ニシテ同一ノ事件ニ關シテ異ナリタル判決ヲ下シタルトキハ之カ爲メニ國權ノ統一ヲ害シ裁判所及裁判官ノ威嚴ヲ失ハシメ又人民ノ權利及財産ヲ不完全ナラシムルモノナレハナリ。

### 第六節 宗教

祭政一致ノ時代ニ於テハ宗教ヲ以テ政治ト同一ナリト考ヘ又宗教ハ即チ法律ナリト信セラレタリキ。蓋シ法律ハ神ノ意思ニ出タルモノナリトノ思想行ハレタルヲ以テナリ。從ツテ此時代ニ於テハ宗教

ヲ以テ國家ヲ統治スルモノトシ、宗教ハ當然ニ法律ノ淵源タルモノナリ。例ヘハ希臘ニ於ケル「ライカルガス」ノ法典、亞拉比亞ニ於ケル「マホメット」ノ法典、印度ニ於ケル「メニユー」ノ法典、猶太ニ於ケル「モゼス」ノ法典ノ如キ皆是ナリ。近時ニ至リテハ宗教カ法律ノ淵源ト爲ルコトハ殆ント之無キニ至リタリト雖モ尙ホ今ニ至リテ其痕跡ヲ留ムルモノ無キニ非ス。例ヘハ佛國ニ於テ千八百八十五年ニ至ルマテ離婚ヲ禁シタル理由、現今ニ於テ西班牙、葡萄牙等カ離婚ヲ禁スル理由ノ一端ハ神ノ結ヒ付ケタルモノナルカ故ニ人カヲ以テ之ヲ解クヘカラスト云フニ在リ。又彼ノ家督相續ノ制度ノ如キハ一面ヨリ見テ祖先ノ祭祀ヲ絶タシムヘカラスト云フ宗教上ノ理由ニモ胚胎スルモノナリ。

### 第七節 外國法

外國法カ內國法律ノ淵源ト爲ルハ法律繼承ノ結果ナリ。然レトモ外國法カ內國法ノ淵源ト爲ルト云フハ決シテ外國法カ直接ニ自國法ト爲ルトノ謂ニ非ス。如何ナル國家モ外國法ニ從ハサルヘカラストノ義務アルニ非サルカ故ニ國家ハ外國法ヲ適用スルモノニ非スシテ國家カ外國法律ト類似又ハ同一ナルモノニ自國主權ノカヲ以テ自國法律タルノ效力ヲ與フルニ迫ンテ始メテ自國ノ法律ト爲ルモノナリ。今日ノ如ク世界ノ交通頻繁ナル時代ニ於テハ外國法カ內國法ノ淵源ト爲ル場合甚タ多シ。此點ニ付テハ前章第五節ニ述ヘタル固有法及繼承法ヲ參照スヘシ。

## 第十五章 法律ノ公布及施行期限

法律カ法律タルノ效力ヲ生スルハ裁可ニ在リ。裁可トハ國家主權者ノ肯定ノ義ナリ。法律ノ公布ハ之ニ依リテ單ニ人民ニ對シテ法律ヲ遵奉スルノ義務ヲ負ハシムル時期ヲ示シ又ハ官吏ニ對シ之ヲ執行セシムルノ時期ヲ示スモノナリ。獨逸ノイニールンダカ「法律ハ公布ニ因リテ法律タルノ效力ヲ生ス」ト云ヘルハ只獨逸憲法上ヨリノ見解ニシテ之ヲ以テ世界各國ノ法律ニ通スル學理ナリト云フコトヲ得ス。英國ニ於テハ國民ハ悉ク立法權ニ參與スルカ故ニ法律ハ公布ヲ要セスシテ法律トシテ執行スルノ效力ヲ生スルモノナリトノ主義ヲ採レリ。我國ノ憲法ト異ナル所ナリ。

法律ノ公布ハ國家機關カ天皇ノ命ニ從ヒテ之ヲ爲スモノナリ。憲法第六條ニ「天皇ハ法律ヲ裁可シ其ノ公布及執行ヲ命ス」トアルニ徵シテ明カナリ。公布セラレタル法律ハ何時ヨリ施行セラレヘキヤニ付テハ法例第一條ニ規定スル所ニシテ即チ左ノ如シ。

法律ハ公布ノ日ヨリ起算シ滿二十日ヲ經テ之ヲ施行ス但法律ヲ以テ之ニ異ナリタル施行時期ヲ定メタルトキハ此限ニ在ラス

臺灣、北海道、沖繩縣其他島地ニ付テハ勅令ヲ以テ特別ノ施行時期ヲ定ムルコトヲ得

右ノ規定ニ依リ法律ハ一般ニ公布ノ日ヨリ滿二十日ヲ經テ實際ニ行ハルモノナリ。例外トシテ公

布ノ當日ヨリ行ハルルモノアリ、大正三年八月二十三日ノ獨逸帝國船舶拿捕免除ニ關スル件ノ勅令ノ如シ。又二十日ヲ過キテ尙ホ一定ノ時ノ後ニ初メテ行ハルルモノアリ、現行ノ民法、刑法ノ如キ皆然リ。地方官廳ノ發スル命令、關東州ニ於テ適用スル法律命令ノ如キハ其官廳ニ到達シタル翌日ヨリ起算シ、日ヲ經テ施行スルモノトス(明治二十六年勅令第九十九號)(明治四十年二月勅令第十一號)。其他皇室令、勅令、閣令及省令ハ別段ノ施行時期アル場合ノ外公布ノ日ヨリ起算シ滿二十日ヲ經テ之ヲ施行シ(明治四十年二月勅令第六號公式令二條參照)軍令ハ公布ノ當日ヨリ施行スルモノトス(明治四十年軍令第一號)。今我國明治ノ初年ヨリ今日マテノ法律施行時期ニ關スル沿革ヲ舉クレハ左ノ如シ。

(一) 明治六年二月第六十三號太政官達 自今布告發令毎ニ人民熟知ノ爲メ凡ソ三十日間便宜ノ地ニ於テ揭示セシメ候事

(二) 明治六年第二百十三號 到達ノ上三十日揭示ノ後ハ其管下一般ニ之ヲ知り得タルモノト看做ス

(三) 明治七年第四十八號達 諸布告到達日限ノ翌日ヨリ騰寫日數二十日ヲ除キ其翌日ヨリ三十日ヲ經過スルトキハ一般ノ人民地方便宜ノ方法ヲ設ケ施行致スヘシ

(四) 明治十六年第十四號(是レ單ニ官報到達日數ヲ規定シタルモノナリ)

(五) 明治十九年勅令第一號公文式第十條 凡ソ法律命令ハ官報ヲ以テ布告シ官報各府縣廳到

達日數後七日ヲ以テ施行ノ期限トス但官報到達日數ハ明治十六年五月二十六日第十四號ノ布達ニ依ル

(六) 明治二十三年十月六日法例第一條 法律ハ公布アリタル日ヨリ滿二十日ノ後ハ之ヲ遵守ス可キモノトス但法律ニ特別ノ規定アルモノハ此限ニ在ラス

法律ヲ如何ナル國ノ文字ニ依リテ發布スヘキヤハ各國各特別ナリ。我國ニ於テハ普通假名交リ文ヲ用フレトモ局地的ニ朝鮮ニ於テハ朝鮮諺文ヲ併用スルコトアリ、臺灣ニ於テハ曾テ臺灣語ヲ併用シタリ。外國ニ於テハ一國內ノ各地言語ヲ異ニスルコト多キヲ以テ數箇ノ語ヲ用ヒテ法律ヲ公布スルコト稀ナリト爲サス。例ヘハ瑞西ニハ瑞西語ナキヲ以テ佛、獨、伊三國ノ文字ヲ用ヒ、奧地利ニ於テハ獨逸語ヲ用ヒ、白耳義ニ於テハ佛語ヲ用フ。法律ノ文字ト裁判上ノ用語トハ相異ナルヲ妨ケス。

我國ニ於テハ裁判上ノ用語ハ日本語ニ限ルモノトス(裁判所構成法第一一五條、例外ハ同法第一一八條)國民ハ法律不知ノ理由ヲ以テ法律ノ遵奉ヲ肯セサルノ抗辯ヲ爲スコト能ハス。此原則ヲ名ケテ「法ノ不識ハ宥サス」ト云フ。何トナレハ或人因果シテ發布セラレタル法律ヲ知リタルヤ否ヤハ到底之ヲ證明スルコト能ハサレハナリ。刑法第三十八條第二項ニハ「法律ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯ス意ナシト爲スコトヲ得ス但情狀ニ因リ其刑ヲ減輕スルコトヲ得」ト規定シタルカ如キハ斯ノ旨意ヲ明示シタルニ他ナラス。我國ニ於テハ法律ニハ公布アルノミナリト雖モ、佛白等ノ諸國ニ於テハ法律ノ



頒布ト公布トノ間ニ嚴然タル區別ヲ爲セリ。頒布トハ法律ノ存在スルコトヲ明カニシ且之カ執行ヲ命スル行爲ニシテ、公布トハ之ヲ人民ニ告知スル方法ナリ。即チ法律カ執行力ヲ生スル時ト遵奉ノ義務ヲ生スル時トヲ區別シタルモノナリト雖モ、此區別ハ實益ナキカ故ニ多數國家ノ採用セサル所ナリ。今日ニ於テハ法律ハ悉ク之ヲ公布スルモノナリト雖モ、孰レノ國孰レノ時代ニ於テモ之ヲ公布シタルモノニ非ス。例ヘハ希臘ノ法律ハダイオニシヤスノ時ニ至リテ始メテ公布セラレ、羅馬ノ法律ハ十二銅律ノ時ニ至リテ始メテ公布セラレタリ。我國ニ於テハ聖德太子ノ憲法、徳川時代ノ百箇條ノ如キハ皆之ヲ公布シタルモノニ非ス。例ヘハ百箇條ノ奥書ニハ「右ノ趣上聞ニ達シ相定メ候其係リ役人ノ外他見アルヘカラサルモノナリ云々」トアリ。此ノ如ク法律ヲ公布スルコトナカリシハ法律適用ノ便ヲ保タンカ爲メナリ。古ニ於テ法律不公布ノ重ナル原因ハ恐クハ立法者ト人民トノ知識甚シク懸隔シ法律ヲ發布スルモ人民ノ之ヲ解スル者ナカリシカ故ナルヘシ。

然ルニ因襲ノ久シキ人民ノ知識カ進步スルニ至リテモ立法者ハ法律ヲ公布スルコトヲ好マス行政官モ亦法律ヲ公布セサルヲ以テ便宜ナリト爲シタリ。故ニ此時代ニ於テハ法律ハ人民ヲ統治センカ爲メニ單ニ官吏ニ對シテ發シタル法令ニ過キサリシナリ。世ノ漸ク進步スルニ隨ヒ人民ハ法律ノ公布ナクンハ自己ノ權利義務ノ存スル所ヲ確ムルコト能ハサリシヲ以テ國家ニ對シ法律ノ公布ヲ強請セリ。例ヘハ羅馬ノ十二銅律ノ如キハ人民ノ強請ヲ容レテ主權者カ公布シタルモノナリ。法律ノ公布

ナキトキハ獨リ人民ノ權利義務カ安固ナラサルノミナラス統治者カ權力ヲ擅ニスルノ恐アリ、又人民カ卑屈ニ流ルルノ弊アリ爲メニ國家ノ發達ヲ妨クルコト少シト爲サス。

以上述ルカ如ク法律ハ古ニ在リテハ之ヲ公布セサルヲ例トシタレトモ、主權者カ之ヲ公布スルヲ却テ便益ナリト思考スル場合ニ於テハ故ラニ之ヲ公布シタルコトアリ。例ヘハ徳川時代ニ於テ故ラニ或ル法律ヲ「高札」トシテ道路ニ掲ケタルコトアルカ如ク、或ハ「御觸」トシテ觸レ行キタルコトアルカ如シ。法律ヲ公布スル方法ハ時代ニ依リ又國ニ依リテ同一ナラス。茲ニ古來用ヒラレ來リタル公布ノ方法ヲ舉クレハ左ノ如シ。

(一) 朗讀法 古ニ於テハ國民ノ知識極メテ幼稚ニシテ立法者カ制定シタル法律ヲ國民ノ解讀スルコト能ハサリシヲ以テ國民ヲ集メテ法文ヲ讀聞スノ習アリタリ。且讀聞セタル法律ヲ永ク記憶セシメンカ爲メニ法文ニ韻ヲ踏ミタルモノ印度、暹羅等ノ法律ニ於テ數々見ル所ナリ。此朗讀ハ成ルヘク人民ノ多數集合スル場所例ヘハ神社、寺院、市場、劇場、港津等ニ於テ之ヲ爲スヲ例トセリ。又此等ノ場所ニ於テセサルモ鳴物ヲ鳴ラシ多數ノ國民ヲ集メ法文ヲ讀聞セタルノ例多シ。佛國第一共和時代ノ實例、我國大寶年間ノ律令ノ如キ皆然リ。

(二) 登録法 登録法トハ一定ノ場所ニ法文ヲ備ヘ置キテ人民ノ來リテ閱覽ヲ望ム者ニ之ヲ示ス方法ナリ。此方法ハ人民カ文字ヲ解スルニ至リテ初メテ生スルモノナリ。然レトモ此方法ハ故ラニ

或場所ニ赴キテ特ニ法文ヲ讀ムニ非サレハ知ルコト能ハサルモノナルヲ以テ極メテ迂遠ノ方法ナリ。又人民ヲシテ普ク知ラシムルニ足ルヘキ好手段ト稱スルコトヲ得ス。

(三) 揭示法 揭示法トハ文字ノ示スカ如ク一定ノ場所ニ法文ヲ揭示スル方法ナリ。揭示法ハ一般ノ法律ニ付テモ多クノ便宜アリト雖モ殊ニ或特別ノ場合ニ特別ノ事柄ニ付テ之ヲ爲スノ必要アリ。例ヘハ銃獵ヲ禁セントスル場所ニ銃獵禁制ノ揭示ヲ爲スカ如ク、通行ヲ禁セントスル場所ニ往來止ノ揭示ヲ爲スカ如シ。我國ニ於テハ往昔所謂「高札」ト稱スル路傍榜示ノ方法行ハレタルモ、明治七年第八號ノ達ニ依リテ一般ノ法律ヲ揭示スルノ制ハ廢セラレタリ。而モ尙ホ特別ノ事項ニ付キ特別ノ場所ニ法律ヲ揭示スルコトハ今日ニ於テ盛ニ行ハレツツアリ。例ヘハ「車馬通行止メ」ノ揭示ヲ其場所ニ爲スカ如ク、又「此土手ニ登ルヘカラス」トノ揭示ヲ其場所ニ爲スカ如ク、塵埃棄ツヘカラス」ノ揭示ヲ其場所ニ爲スカ如シ。

(四) 回送法 回送法トハ少數ノ法律文ノ寫本ヲ作りテ町村區等ノ内ニ各戸ニ次ヲ逐ヒテ回付スルノ方法ナリ。此方法ハ徒ラニ多クノ時日ヲ費スノ缺點アリ。

(五) 配達法 配達法トハ謄寫又ハ印刷ノ手段ニ依リ各戸ニ就キ其法文ヲ配達スルノ方法ナリ。尤モ國內ノ總テノ家ニ配達スルノ制度ヲ採リタルモノハ未タ聞カサル所ニシテ多クハ一定ノ部數ヲ限リ之ヲ配達シタリ。例ヘハ千八百七年ノ英國ノ公布法ハ一般ノ法令ハ五千五百部ヲ印刷シテ

之ヲ配達シ特別ノ法令ハ三千部ヲ印刷シテ之ニ關係アル者ニ配達シタリ。

(六) 官報公布法 此ハ國家カ官報ヲ發行シテ之ニ掲載スルヲ以テ公布ノ式ト爲スノ方法ナリ。官報公布ノ事ハ明治四十年勅令第六號公式令第十二條ヲ以テ規定シタルモノニシテ、此方法ヲ採ルト雖モ必スシモ國民カ悉ク事實上法文ヲ見ルモノナリト云フコト能ハス。然レトモ他ノ方法ニ比シテ比較的ニ完全ナルモノナルカ故ニ多クノ國家ニ於テ此方法ヲ採用セリ。將來ニ於テハ或ハ國家カ官報ヲ各戸ニ配布シ總テノ國民ヲシテ法律ヲ知ラシムルノ便ヲ與フルコトナキニシモ非サルヘシ。

## 第十六章 法律ノ制裁

法律ノ制裁トハ法律ノ與フル惡報ナリ。善報ハ之ヲ制裁ト云ハス。故ニ法律カ時ニ賞ヲ與フルコトアリト雖モ是レ制裁ニ非ス。法律カ或ル行爲ニ制裁ヲ與フルハ法律ノ遵奉ヲ確實ナラシメンカ爲メナリ。極言スレハ國家ノ秩序ヲ維持センカ爲メナリ。然レトモ法律ハ制裁アルカ爲メニ行ハルルモノナリト考フルハ誤解ナリ。制裁ノ伴ヘル法律アリト雖モ或ル行爲ヲ爲シタル者カ事實上其法律ニ服従スルコトヲ免カレ又ハ制裁ヲ脱スルコトアリ。制裁ナキ法律ト雖モ個人ノ之ニ服従スルモノ極メテ多シ。法律ノ制裁ハ國ニ依リ又時代ニ依リテ其種類ヲ異ニスト雖モ現今一般ニ行ハルル所ノモ

ノヲ大別スレハ公法上ノ制裁ト私法上ノ制裁トノ二者ト爲ル。公法上ノ制裁ノ最モ多クハ刑事上ノ制裁ニシテ、私法上ノ制裁ノ最モ多クハ民事上ノ制裁ナリ。

## 第一節 公法上ノ制裁

公法上ノ制裁トハ國家機關ノ請求ヲ待チテ法律ノ違反者ニ加フル惡報ナリ。

### 第一 刑罰法上ノ制裁

(一) 死刑 死刑ハ人ノ生命ヲ斷ツヲ以テ目的ト爲シ、徒ラニ苦痛ヲ與フルコトヲ目的トスルモノニ非ス。改悛ヲ冀フカ爲メニモ非ス懲戒ノ爲メニモ非ス却テ唯社會、國家ニ危害ヲ及ホス者アルトキハ之ヲ社會ヨリ遠サケ以テ永久ニ害ヲ免カレシメントスルノ趣旨ニ出ツルモノナリ。今日一般ニ行ハル死刑ノ方法ハ絞殺、斷首、銃殺、電氣殺ノ四者ニ過キス。古ニ於テハ磔殺、焚殺、鋸引、車裂等アリタレトモ今日ニ於テハ殘酷ノ嫌アルト生命ヲ斷ツ目的上不必要ナルトノ故ヲ以テ之ヲ採ラス。又古ニ於テハ梟首、曝屍、棄市等ノ方法アリタレトモ死後ニ凌辱ヲ加フルノ必要ナキヲ以テ今日ノ文明國ニテハ之ヲ採用セス。

死刑廢止ヲ實行スル國アリ。瑞西ノ或「カントン」及濠洲ノ如シ。死刑廢止論者ノ根據トスル所數多アリ、曰ク「生命ハ神ノ與フル所ナルカ故ニ人ヲシテ人ノ生命ヲ奪ハシムルハ不當ナリ」又曰ク

「死刑外ニ人ヲ社會ヨリ遠サクルノ方法備ハラサルニ非ス終身監獄ニ拘禁スルトキハ能ク此目的ヲ達スルニ足ルヘシ何ヲ苦ンテ殺戮スルコトヲ須ヒンヤ」ト。反對說ヲ唱フル者ハ曰ク「終身監獄ニ拘禁スルモ尙ホ脱獄ノ恐ナキヲ保セス」又曰ク「國家カ其費用ヲ以テ犯罪者ヲ終身扶養スルトキハ國庫ノ負擔重クシテ良民ハ租税ノ負擔ニ耐フルコト能ハサルヘシ」ト。之ヲ實際ニ徵スルニ死刑ヲ保存スル國多クシテ死刑ヲ廢止セル國甚タ尠シ。然レトモ立法論トシテ死刑ノ存廢ハ尙ホ充分ニ之ヲ討究スルノ餘地アリ。何トナレハ死刑ニ處セラルヘカリシ者モ後ニ至リ全ク悔悟改悛シテ社會國家ノ害ヲ醸ササルノミナラス世ヲ利シ國ヲ益スルノ民ト爲ルコトアリ得ヘケレハナリ。

(二) 身體刑 身體刑トハ身體ニ苦痛ヲ與フル刑罰ナリ。古ニ於ケル劓刑、刖刑ノ如キ今日或國ニ行ハル管刑、杖刑ノ如キ是ナリ。身體刑ヲ加フルノ趣意ハ苦痛ヲ與ヘテ犯罪者ヲ懲ラシメ若クハ更ニ一般ニ之ヲ公示シテ他人カ犯罪者ニ倣フコトヲ防カントスルモノナリ。

苦痛ヲ與フルヲ主意トセサル身體刑アリ。例ヘハ黥刑(入墨)ノ如キ、頭髮ニ一種ノ特徴ヲ付スルカ如シ。初ハ犯罪者カ他人ニ苦痛ヲ加ヘタル反坐トシテ斯ル刑罰ヲ科シタルモノナレトモ、後ニ至リテ人ノ身體ニ特徴ヲ付シテ以テ嘗テ處罰セラレタルコトアリテフコト且何處ニ於テ處刑セラレタルヤヲ知ルニ容易ナラシメ社會一般ノ人ヲシテ該犯罪者ノ前ニ自ラ戒メシメントスルヲ目的トスルニ至レリ。然ルニ今日ニ於テハ此特徴ヲ付スルコトヲ否認スル學者多ク、又此種ノ刑罰ヲ

設クル國ナシ。蓋シ之カ爲メニ犯人ヲシテ自暴自棄ニ陥ラシメ正業ニ就クコトヲ得セシメサルノ虞アルヲ以テナリ。

(三) 自由刑 自由刑トハ人ノ自由ヲ束縛スル刑罰ナリ。自由刑ハ同時ニ身體ニ苦痛ヲ與フルコトアレトモ、身體ニ苦痛ヲ與フルコトヲ主意トセスシテ却テ自由ヲ拘束シテ社會ニ害ナカラシメ之ニ加フルニ精神上ノ苦痛ヲ感セシムルヲ主意トスルモノナリ。自由刑ノ種類ハ國ニ因リテ異ナルト雖モ、我現行刑法ノ科スル所ハ左ノ如シ。

(甲) 懲役 懲役トハ監獄ニ拘留シ定役ニ服セシムルモノナリ。懲役ニ有期ト無期トアリ、有期ハ一月以上十五年以下トス(刑法一二條)。

(乙) 禁錮 禁錮ハ監獄ニ拘留スルノミニシテ定役ニ服セシムルコトナシ。禁錮ニモ亦無期ト有期トアリ、有期ハ均シク一月以上十五年以下トス(同一三條)。

懲役モ禁錮モ加重シテ二十年ニ及ハシムルコトヲ得ヘク、又減輕シテ一月以下ニ降スコトヲ得ヘシ(同一四條)。

(丙) 拘留 拘留ハ一日以上三十日未滿拘留場ニ拘留スルモノナリ(同一六條)。

(四) 財産刑 財産刑トハ犯罪者ノ財産ヲ沒收スル所ノ刑罰ヲ謂フ。夫ノ犯罪ノ用ニ供シタル器具ヲ沒收スルカ如キ、犯罪ニ因リテ得タル物ヲ沒收スルカ如キ、法律上ノ禁制品ヲ沒收スルカ如キ、

其他罰金科料ノ如キ皆財産刑ニ屬ス。古ニ於テハ贖罪ナル制度アリテ死刑、身體刑、其ノ他ノ刑罰ニ對シ金錢ヲ徵シテ犯罪者ノ刑ヲ免除シタルコトアリト雖モ、今日ニ於テハ斯ル方法ヲ用ヒス。一般ニ財産刑ハ之ヲ科セラルル者ノ貧富ニ應シ痛痒ヲ感スルコト相異ナルカ故ニ決シテ公平ナル處罰方法ナリト稱スルコトヲ得スト雖モ、身體刑、自由刑ノ如キモ亦必シモ公平ナルモノニ非ス。罰金ハ二十圓以上ト爲シ科料ハ十錢以上二十圓未滿トス。罰金ヲ完納スルコト能ハサル者ハ一日以上一年以下之ヲ勞役場ニ留置シ、科料ヲ完納スルコト能ハサル者ハ一日以上三十日以下之ヲ勞役場ニ留置ス(同一五條一七條乃至一九條)。

(五) 名譽刑 名譽刑ニハ名譽ヲ中止スルモノト剝奪スルモノトノ二種アリ。官吏ト爲ルコトヲ許サス、選舉權、被選舉權ヲ中止スルカ如キ、華族ノ禮遇停止、官位勳章ノ褫奪ノ如キ是ナリ。

### 第二 行政法上ノ制裁

行政法上ノ制裁ハ(一)對人強制(二)對物強制(例ヘハ國稅徵收法ノ規定ニ依リ租稅滯納者ノ財産ヲ競賣ニ付スルカ如シ)(三)過料(行政執行法五條參照)(四)取消(例ヘハ上級官廳カ下級官廳ノ命令ヲ取消スカ如シ)(五)停止及禁止(例ヘハ營業ヲ停止又ハ禁止スルカ如シ)(六)免官(七)罰俸(八)譴責(九)停職又ハ免職(例ヘハ公證人、小學校長及小學教員ニ對スルモノノ如シ)等トス。

## 第二節 私法上ノ制裁

私法上ノ制裁ハ私人ノ請求ヲ待チテ國家カ或ル法律ノ違反者ニ加フル惡報ナリ。

### 第一 損害賠償

故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スルノ責任アリ(民法七〇九條二〇〇條)。此點ニ於テ損害ノ賠償ハ不當利得ニ對スル返還義務ト異ナル所ナリ。不當利得ノ場合トハ民法第七百三條ニ「法律上ノ原因ナクシテ他人ノ財產又ハ勞務ニ因リ利益ヲ受ケ之カ爲メニ他人ニ損失ヲ及ホシタル者ハ其利益ノ存スル限度ニ於テ之ヲ返還スル義務ヲ負フ」ト云フ場合ナリ。損害賠償ハ單ニ財產權ヲ害シタル場合ノミナラス、他人ノ身體、自由、名譽、節操等ヲ害シタル場合ニ於テモ生スヘキ義務ナリ。損害ノ賠償ハ金錢ヲ以テスルヲ原則トス(民法四一七條七二三條)。但シ他人ノ名譽ヲ毀損シタル者ニ對シテハ裁判所ハ被害者ノ請求ニ因リ損害賠償ニ代ヘ又ハ損害賠償ト共ニ名譽ヲ回復スルニ適當ナル處分ヲ命スルコトヲ得(民法七二三條)。損害賠償ノ責任ヲ負ハシムヘキ行爲ノ態樣及責任ノ歸屬ニ關スル詳細ハ各論第五章民法第三節債權第五款不法行爲ノ部ヲ參照スヘシ。

### 第二 權利ノ回復

權利ヲ有スル者カ他人ノ爲ニ自己ノ權利ヲ妨害セラレタルトキハ其權利ヲ回復スルコトヲ得民法第二百條第一項ニ「占有者カ其占有ヲ奪ハレタルトキハ占有回收ノ訴ニ依リ其物ノ返還……」ヲ請求スルコトヲ得」トアルカ如キ是ナリ。

### 第三 直接履行

直接履行トハ權利者カ義務者ヲシテ直接ニ義務ヲ履行セシムルコトヲ謂フ。例ヘハ某俳優カ技藝ヲ演スルノ契約ヲ爲シタルニ拘ラス之ヲ履行セサリシ場合ノ如キ、某書家カ揮毫ヲ爲スヘキ契約ヲ爲シタルニ拘ラス之ヲ履行セサリシトキノ如キ、金錢ヲ以テスルモ性質上償フコト能ハサルヲ以テ直接ノ履行ヲ爲サシムルモノナリ。直接履行ハ尙ホ權利者ノ満足ヲ買フニ足ラサルコト屢々之アリ。前例ニ於テ俳優カ熱心ニ技ヲ演セサルカ如キ書家カ精神ヲ籠メテ揮毫スルコトヲ欲セサル場合ノ如キ是ナリ(民法四一四條)。

### 第四 行爲ノ中止及廢止並ニ行爲ノ強制

行爲ノ中止トハ非權利行爲ヲ繼續シテ行フコトヲ止ムルヲ謂ヒ、行爲ノ廢止トハ非權利行爲ヲ全ク廢止セシムルコトヲ謂フ。半ハ築キタル煙突ノ工事ヲ中止セシムルカ如キ、隣家ノ井泉ヨリ水ヲ引カントスル工事ヲ中止セシムルカ如キハ前者ニ屬シ、既ニ築キタル煙突ヲ撤去セシムルカ如キハ後者ニ屬ス。或ル行爲ヲ強制的ニ爲サシムルトハ新聞紙ニ謝罪ノ廣告ヲ爲サシムルカ如シ。

廣ク行爲ト稱スル内ニハ勿論不行爲ヲモ包含ス。例ヘハ或ル商賈ヲシテ或ル物品ヲ販賣セシメサルカ如ク、或ル藝人ヲシテ或ル演藝ヲ爲サシメサルカ如ク、競業ヲ爲サシメサルカ如シ（商法三二條六〇條）。

### 第五 無效

無效トハ或ル行爲ニ法律上ノ效力ヲ發生セシメサルコトヲ謂ヒ、即チ法律上該行爲ノ存在ヲ認めサルモノナリ。法律ノ禁スル行爲ヲ約シタル場合ノ如キ然リ。例ヘハ賭博、賣淫ヨリ生スル金錢ノ請求ノ如キ、届出ナキ婚姻、當事者ノ意思ナキ婚姻等ノ如キ是ナリ（民法九〇條七七八條）。無効ノ行爲ハ追認スルモ效力ヲ生スルコトナシ。

### 第六 取消及解除權

取消トハ或行爲カ取消權ヲ有スル者ニ依リテ取消サレタルトキハ其以後ニ於テ效力ヲ失フヲ謂フ。如何ナル人カ如何ナル行爲ニ對シテ取消權ヲ有スルヤハ各法律ノ定ムル所ニ從フ。取消サレタル行爲ハ取消サレタル以後ニ於テ無効ナルモノナルカ故ニ其行爲ノ成立シテヨリ取消サレタルマテノ間ニ於テハ勿論有效ナリ。例ヘハ父母ノ承認ヲ得シテ爲シタル婚姻カ父母ノ取消ニ因リテ無効ト爲ルカ如シ（民法一二二條一二條一六條七八〇條七九二條）。解除權トハ一方カ義務ノ履行ヲ爲ササル場合ニ相手方カ契約ヲ解除スルコトヲ得ルノ權利ヲ謂フ（民法五四〇條以下）。

### 第七 人格ノ剝奪

古ニ於テハ人格ヲ剝奪シタルコトアリ。我國ニ於テ良民ヲ賤民トシタル如キ、古代ノ羅馬ニ於ケル *capitis diminutio maxima* ノ如キ是ナリ。現在ニ於テ之ナシ。只法人ニ解散ヲ命スルコトハ則チ之アリ（民法七一條、商法四七條四八條）。

### 第八 親族法上又ハ相續法上ノ權利ノ剝奪

例ヘハ親權ヲ奪ヒ（民法八九六條）相續權ヲ奪フ（同九六九條九七五條）カ如シ。

## 第十七章 法律ノ變更及廢止

法律ノ變更トハ從來ノ法律ニ法律タルノ效力ヲ失ハシメ之ニ代ヘテ他ノ法律ヲ制定發布スルヲ謂ヒ、之ニ反シテ法律ノ廢止トハ從來ノ法律ニ其效力ヲ失ハシメ之ニ代ハルヘキ他ノ法律ヲ制定發布セサルモノヲ謂フ。是ニ由リテ之ヲ觀レハ法律ノ變更モ亦狹義ニ於ケル法律ノ廢止ナリ。

法律ニハ有効期限ヲ定メタルモノト之ヲ定メサルモノトアリ。前者ハ其期間ノ經過ト共ニ當然消滅スルモノナリト雖モ後者ハ國家カ之カ廢止スヘキ特別ノ意思ヲ表示セサル限りハ永久ニ其效力ヲ有スルモノナリ。前者ノ例ヲ舉クレハ向後五箇年間地租ヲ増スト云フカ如キ又向後三箇月間通行ヲ禁止スト云フカ如キ是ナリ。之ニ反シテ憲法ノ如キ又民法ノ如キ其他一般ノ法律ハ概ネ其有効期間ヲ

定メサルモノナリ。法律ハ國家カ之ヲ廢止スルノ意思ヲ表示シタルトキハ當然廢止セララルル（國家ノ意思ニ因ル廢止）モノナリト雖モ、尙ホ其他國家カ之ヲ廢止スルノ意思ナキモ當然消滅スル場合アリ（國家ノ意思ニ因ラサル廢止）。例ヘハ北海道ノミニ行ハルル法律ハ北海道カ地震ノ爲メ海中ニ陷没シタルトキニ其效力ヲ失フカ如キ是ナリ。戰爭中ヲ限リトセル中立ニ關スル法律カ外國間ニ戰爭ノ終結シタルトキニ當然其效力ヲ失フカ如キ亦然リ。

法律廢止ノ方法ニ二種アリ、一ハ明示ノ廢止ニシテ他ハ默示ノ廢止ナリ。明示ノ廢止トハ國家カ明カニ法律ヲ廢止スルコトヲ公示スルヲ謂ヒ、默示ノ廢止トハ前法ヲ廢止スルノ意思ヲ表示セサルモ前ノ法律ト相容レサル法律ヲ發布シタル場合はナリ。而シテ其兩立セサル部分カ前法ノ一部分ノミニ止マルトキハ前法ノ一部分ノ廢止ニ止リ、其兩立セサル部分カ前法ノ全部ニ亘ルトキハ前法ノ全部ノ廢止ト爲ルモノナリ。例ヘハ外國人ニ土地所有權ヲ與フルコトヲ禁止スル法律アリトシ而シテ後此法律ヲ廢止セスシテ外國人ニ土地所有權ヲ與フルコトヲ許ストノ新法ヲ發布シタル場合ノ如シ。此原則ヲ名ケテ「新法ハ舊法ニ優ル」ト云ヒ、或ハ「後法ハ前法ニ勝ツ」ト云フ。多クノ場合ニ於テハ其法令ノ前文又ハ條文ノ中ニ於テ從來ノ法律ヲ廢止スルコトヲ定ム。例ヘハ現行刑法ノ前文ニ於テ「明治十二年第三十六號布告刑法ハ此法律施行ノ日ヨリ之ヲ廢止ス」トアリ、刑事訴訟法第六百十五條ニハ「明治二十三年法律第九十六號刑事訴訟法及刑事略式手續法ハ之ヲ廢止ス」トアリ、治安警察

法第三十三條ハ「集會及結社法ハ之ヲ廢止ス」ト定メタリ。

新舊二法ノ時代ニ跨ル行爲ニ新法ト舊法ト孰レヲ適用スヘキカニ付テハ過渡的法律ヲ設クルカ或ハ新法中ニ過渡の規定ヲ置キテ之ヲ決定スルモノナリ（刑法六條、刑事訴訟法六一六條、刑法施行法、民法施行法等）。尙ホ法律ノ變更及廢止ニ關スル原則トシテ擧クヘキモノアリ。後ノ法令ヲ以テ前ノ法令ヲ廢止又ハ變更セントスルトキハ必ス前法ト同一以上ノ效力ヲ有スルモノヲ要スルコト是ナリ。例ヘハ法律ヲ變更廢止スルニハ法律ヲ以テシ勅令ヲ變更廢止スルニハ勅令ヲ以テスルカ若クハ夫レニ超ユル力ヲ有スル所ノ法律又ハ憲法ヲ以テセサルヘカラサルカ如シ。

## 第十八章 法律ノ效力ノ及フ範圍

法律ノ效力ノ及フ範圍ヲ分チテ三種トス。（一）法律ノ時ニ關スル效力（二）法律ノ場所ニ關スル效力（三）法律ノ人及物或ハ事柄ニ關スル效力是ナリ。

### 第一節 時ニ關スル效力

法律ノ時ニ關スル效力トハ法律ハ何時ヨリ效力ヲ生シ何時マテ效力ヲ有スルヤノ問題はナリ。法律ノ效力ハ其始期及其法律ノ繼續スル時期ノ二種ニ分類スルコトヲ得。而シテ前者ニ關スル問題ハ法

律ノ裁可、公布又ハ施行期限ニ關スル問題ニシテ前ニ第十五章ニ述ヘタル所ナルヲ以テ再ヒ茲ニ贅セス。又後者ニ關スル事項ニ付テモ前ニ第十七章ニ於テ述ヘタルヲ以テ茲ニ再說スルノ要ナシ。唯一ノ攻究スヘキコトハ左ニ掲クル法律ノ遡及力ニ關スル問題はナリ。

「法律ハ既往ニ遡ル效力ヲ有セス」トハ羅馬法以來ノ原則ナリ。然レトモ此原則ハ決シテ立法上ノ原則ニ非スシテ法律適用上ノ原則ナリ。詳シク言ヘハ既往ニ遡ル效力ヲ有スル法律ヲ制定スヘカラスト云フコトニハ非スシテ其法律制定以前ノ事實ニ其法律ヲ適用スヘカラスト云フコトナリ。或時代ニ在リテハ此原則カ立法者ヲモ拘束スト解シタルコトアリ、即チ國家ハ既往ニ遡ル法律ヲ制定スルコトヲ得スト爲シタル時代アリ。學說上ニ於テ之ヲ主張スル者ハ佛國ノコンスタンノ如シ。同氏曰ク「既往ニ遡ル法律ハ法律ニ非ス、何トナレハ既往ニ遡ル法律ハ悉ク暴逆ノ大ナルモノナレハナリ云々」ト。然レトモ既往ニ遡ル法律ヲ制定シ却テ人民ノ負擔ヲ輕減シ又ハ犯罪ニ對スル刑罰ヲ輕減シ缺點アル法律ヲ補充スルカ如キコトアルヲ以テ、既往ニ遡ル法律ハ凡テ暴逆ナリト云フコトヲ得ス。況ンヤ之ヲ以テ暴逆ナルカ故ニ法律ニ非スト云フニ於テオヤ。

隨ツテ既往ニ遡ルヘキ效力ヲ有スル法律ノ發布セラレタル場合ニ於テハ裁判官ハ斯ル法律ノ適用ヲ拒ムコトヲ得ス。實例ニ付テ述フレハ第十八世紀ノ末ニ佛蘭西ニ於テ共和第二年四月二十日ヲ以テ私生子ニ嫡出子ト同等ノ權利ヲ與フヘシトノ法律ヲ發シ、此法律ハ共和第一年四月十四日以後ニ生

レタル總テノ私生子ニ適用スヘシト定メタルコトアリ。此ノ如キ法律ハ法律ノ明文ニ既往ニ遡ルコトヲ掲ケタルモノニシテ苟モ國家權力カ適法ニ發動シタルモノナル以上ハ之ヲ無効ナル法律ナリト爲スコトヲ得ス。故ニ裁判官ハ右ノ如キ法律ノ適用ヲ拒ムコトヲ得ス、又行政官モ此ノ如キ法律ノ執行ヲ拒ムコト能ハサルナリ。

尙ホ法律ノ明文ニ既往ニ遡ルヘキコトヲ記載セサルモ之ヲ既往ニ遡ラシメスンハ其法律ノ效力ヲ奏スルコト能ハサルコトアリ。又其法律ノ目的ヲ達スル能ハサルコトアリ。例ヘハ奴隸ノ賣買ヲ禁止ストノ法律發セラレタリトセンニ、是レ將來ニ於テ奴隸ヲ作ルコトヲ禁スルト同時ニ過去ニ於ケル奴隸ヲ解放ストノ意味ヲ含ムモノナリ。即チ當然既往ニ遡リテ既往ノ奴隸ヲモ廢止スルモノナリ。又或ル法律ヲ解釋センカ爲メニ他ノ法律ヲ制定スルコトアリ。此ノ如キ解釋法律ハ既往ニ遡リテ效力ヲ及ホサシムルニ非サレハ意味ヲ爲ササルヘシ。

以上述フル所ノ理由ニ因リ例ヘハ獨逸民法ノ起草者ハ法律ノ中ニ法律ハ既往ニ遡ル效力ヲ有セストノ原則ヲ掲クル必要ナシト斷言シタリ。

新法時代ノ行爲ニハ新法ヲ適用シ舊法時代ノ行爲ニハ舊法ヲ適用スヘキコト勿論ナリト雖モ、新舊二法時代ニ跨ル行爲ニ付テハ新法ヲ適用スルモ舊法ヲ適用スルモ多クノ不都合ヲ生スルモノナルカ故ニ、立法者ハ斯ル時ニ際シテ特ニ經過法(過渡法)ヲ發シ又ハ法文中ニ經過規定ヲ設クヘキモノナ



リ。今刑法ニ付キ例ヲ擧クレハ、舊法時代ニ發覺シタル犯罪カ新法時代ニ判決セラルトキハ新舊  
二法何レヲ適用スヘキヤヲ定ムルカ如キハ一ノ經過の規定ナリ。又民法ニ付テ例ヲ擧ケンニ、舊法  
ノ定ムル所ト新法ノ定ムル所トカ民法上ノ時効ニ付キ相異ナレトキハ孰レノ法律ヲ適用スヘキカ  
ヲ定ムルモノ即チ經過の規定ナリ。法律ノ變更セラルルニ方リ新ニ別個ノ經過法ヲ發スルヨリハ新  
法中ニ經過の規定ヲ設クルモノ事實ニ於テハ多キニ居ル。新舊兩法ノ時代ニ跨リタル行爲ニ付テハ  
總テ此種特別ノ法律又ハ特別ノ條文ニ從フモノナリ。實例ニ付テ云ヘハ民法施行法、商法施行法ノ  
如ク又刑法施行法ノ如シ。

## 第二節 人物及場所ニ關スル效力

古代ニ於テハ法律ハ絕對ニ屬人的ニシテ自國ノ法律ハ外國ニ在ル外國人ニ及フモノニ非サルハ勿論  
内國ニ在ル外國人ニモ及フモノニ非ストセリ、之ヲ名ケテ法ノ屬人主義ト云フ。換言スレハ一國ノ  
法律ハ自國ノ人民ノミニ追隨スルモノニシテ自國人ハ外國ニ在住スルノ故ヲ以テ外國ノ法律ニ服從  
スルモノニ非スト爲セリ。例ヘハ古代ノ猶太、亞刺比亞、土耳其、羅馬ノ法律ノ如キ皆是ナリ。然ル  
ニ中世ニ至リ或ハ國法ヲ以テ或ハ條約ヲ以テ之カ例外ヲ認ムルニ至リタリ。然レトモ尙ホ原則トシ  
テハ外國人ハ内國ニ來ル場合ニ内國ノ法律ニ依リ無權利ナリト爲セリ。今屬人主義ノ缺點タル一例

ヲ擧ケンニ、甲國人カ乙國ニ於テ乙國ノ秩序ヲ紊亂シタルニ拘ラス乙國ノ法律ヲ以テ罰スルコト能  
ハストセハ乙國タルモノ之カ爲メニ國權ヲ毀損セラルルコト少カラサルヘク又甲國人乙國人ニ對シ  
債務ヲ負ヒ之ヲ辨濟セサルモ乙國ノ法律ニ從ハストセハ乙國ノ秩序ハ之カ爲メニ紊亂セラルヘシ。  
是ニ於テ中古ニ至リ屬地主義ナルモノ生シタリ。此主義ハ一國ノ内ニ在ル者ハ其内國人タルト外國  
人タルト又内國人ノ有スル物タルト外國人ノ有スル物タルト問ハス悉ク其土地ノ主權ニ服從シ人  
ノ所在地又ハ物ノ所在地ノ法律ノ下ニ立ツヘキモノナリト爲セリ。例ヘハ外國人ト雖モ内國ニ來ル  
トキハ内國法ニ服從スヘク一旦去リテ外國ニ赴クトキハ内國ノ法律ニ從ハスシテ直チニ外國ノ法律  
ニ從フモノト爲セリ。此ノ如ク屬地主義ノ行ハルルニ至レハ(一)封建制度ノ結果トシテ土地ト人  
民トノ關係カ頗ル緊密ナルニ至リタルト(二)各國ノ國民カ處々ニ遍歷スルヲ止メ一定ノ土地ニ固著  
シ之ト共ニ土地ノ重ンスヘキコトヲ覺知シ一定ノ土地ヲ基トシテ命令者ト服從者トノ關係ヲ結付ク  
ルニ至リタルトニ由ルモノナリ。屬地主義ノ結果トシテ或國家ノ權力ノ下ニ服從スヘキ者ハ左ノ三  
種ト爲レリ。

第一 内國ニ於ケル總テノ自國國民

第二 内國ニ於ケル總テノ外國人

第三 外國人ニ屬スルト内國人ニ屬スルトヲ問ハス苟モ内國ニ存在スル總テノ物件

前ニ述ヘタルカ如ク法ノ絶對的屬人主義ニ從フトキハ其人ノ所在地ノ秩序ヲ害シタル場合ニ於テモ所在地ノ國家ハ之ヲ處理スルコト能ハサルノ缺點ヲ有シ、又絶對的屬地主義ニ依レハ國民タルノ特性ヲ沒了シ人ノ本國ノ風俗慣習等ヲ阻礙スルノ虞アリ。例ヘハ甲國人カ本國ノ氣候風俗等ニ基キ既ニ婚姻ヲ爲スノ能力アルニ拘ラス乙國ニ赴キタルカ爲メニ乙國ノ法律ニ於テ結婚年齡ニ達セストノ理由ニ依リ婚姻ヲ許ササルトキハ事實上心身ノ發達シテ婚姻ヲ爲スニ適セル者ノ婚姻ヲモ禁スルノ弊アルヲ免レサルヘシ。是ニ於テカ近世ニ至リテハ屬地主義ヲ根本ト爲シ之ニ加味スルニ屬人主義ヲ以テセリ。今日ノ法律ノ主義ハ屬地屬人混淆主義ニシテ、其混淆ハ屬地主義ヲ根本ト爲シ屬人主義ヲ之ニ加ヘタル混淆主義ニシテ、各國概ネ然ラサルハナシ。例ヘハ我刑法カ內國ニ於ケル犯罪ヲモ外國ニ於ケル犯罪ヲモ或ハ外國人ニ付テ或ハ日本人ニ付テ共ニ處罰スルコトヲ定ムルカ如シ(刑法一條二條三條參照)。

今ヤ屬地屬人混淆主義ニ依リテ法律ノ支配ヲ受ケ、或モノハ屬地ト爲リ或モノハ屬人ト爲ル。其最モ重ナルモノヲ舉クレハ(第一)治外法權(第二)領事裁判權(第三)能力(第四)親族關係及親族上ノ權利義務(第五)相續及遺言(第六)國民タル特性ニ關スルコト(第七)動產不動產(第八)法律行爲(第九)刑罰法(第十)行爲ノ方式(第十一)出生ノ血統主義及出生地主義ノ十一ト爲ル。

### 第一 治外法權

治外法權ハ屬地主義ニ對スル例外ニシテ治外法權ヲ受クル甲國ノ人又ハ物ハ乙國ニ在ルモ乙國ノ法律ニ服從セサルモノナリ。君主、大統領、公使、軍艦、軍隊ノ如キハ皆本國ノ政治上又ハ軍事上ノ代表者ナルカ故ニ若シ此等ノ者ニシテ滞在國ノ主權ニ服從スルトキハ充分ニ又安全ニ本國ヲ代表スルノ行爲ヲ爲スコト能ハサルヲ以テ屬地主義ノ例外ヲ認メラレタルナリ。

### 第二 領事裁判權

領事裁判權トハ甲乙兩國間ニ締結セル條約ノ結果トシテ甲國ノ國民カ乙國ニ在ルモ乙國ノ裁判權ニ服從セスシテ甲國ヨリ乙國ニ派遣セル所ノ領事ノ裁判權ノ下ニ服從スルヲ謂フ。例ヘハ日本ニ於テ歐羅巴諸國カ安政五年ヨリ明治三十二年七月ニ至ルマテ此權利ヲ有シタルカ如ク、又現今日本カ支那及暹羅ニ對シテ此權利ヲ有スルカ如シ。是レ亦治外法權ト同シク屬地主義ノ例外ヲ爲スモノナリ。

### 第三 能力ハ其人ノ本國法ニ從フヲ原則トス

能力トハ人カ權利ヲ享有シ又ハ之ヲ行使スル法律上ノ資格ヲ謂フ。普通ニ能力ト云ヘハ後者ノミヲ指シ之ヲ行爲能力ト云フ。能力ハ本來本國ノ人情、地勢、氣候、風俗、慣習等ニ依リテ支配セララルモノナルカ故ニ、例ヘハ日本ノ法律ハ二十歳ニ達スル者ヲ以テ成年トスルカ故ニ二十一歳ヲ以テ成年トスル國ニ赴クモ日本人ハ苟クモ二十歳以上ナラハ二十一歳未滿ナリト雖モ成年ナリ。未

成年者ノミナラス妻、被後見人、禁治産者等皆然リ。然レトモ權利能力ニ付テハ屬地主義ヲ採ルモノナリ。例ヘハ或外國カ奴隸制度ヲ認メ本國ニ於テ奴隸ト爲レル者カ他國ニ赴クトキハ其他國ハ之ヲ奴隸ト看做スコトナキカ如キ即チ是ナリ。我國ノ法例第三條ノ第一項ニ「人ノ能力ハ其本國法ニ依リテ之ヲ定ム」トアルハ行爲能力ヲ指シタルモノナリ。例外トシテ第二項ニ「外國人カ日本ニ於テ法律行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ其外國人カ本國法ニ依レハ無能力者タルヘキトキト雖モ日本ノ法律ニ依レハ能力者タルヘキトキハ前項ノ規定ニ拘ハラズ之ヲ能力者ト看做ス」ト定メ第三項ニ於テ親族法又ハ相續法ノ規定ニ依ルヘキ法律行爲及外國ニ在ル不動産ニ關スル法律行爲ニ付テハ第二項ノ例外規定ヲ適用セサル旨ヲ規定シタルヲ以テ此等ノ場合ハ本國法ニ依リ能力ヲ定ムヘキモノトス。禁治産ニ付テハ法例第四條第一項ニ「禁治産ノ原因ハ禁治産者ノ本國法ニ依リ其宣告ノ效力ハ宣告ヲ爲シタル國ノ法律ニ依ル」トアリ、而シテ其第二項ニ於テ日本ノ裁判所カ外國人ニ對シテ禁治産ノ宣告ヲ爲スノ要件ヲ定メ「日本ニ住所又ハ居所ヲ有スル外國人ニ付キ其ノ本國法ニ依リ禁治産ノ原因アルトキハ裁判所ハ其者ニ對シテ禁治産ノ宣告ヲ爲スコトヲ得但シ日本ノ法律カ其ノ原因ヲ認メサルトキハ此限ニ在ラス」ト爲セリ。準禁治産ハ本來禁治産ト其ノ性質ヲ異ニスルモノニ非ス單ニ其ノ程度ヲ異ニスルニ過キササルヲ以テ法例第五條ハ準禁治産ノ原因效果等總テ禁治産ノ規定ヲ準用スヘキ旨ヲ定メタリ。失踪ニ付テハ第六條ニ「外國人ノ生死

カ分明ナラサル場合ニ於テハ裁判所ハ日本ニ在ル財産及ヒ日本ノ法律ニ依ルヘキ法律關係ニ付テノミ日本ノ法律ニ依リテ失踪ノ宣告ヲ爲スコトヲ得」ト定ム。

第四 親族關係及親族上ノ權利義務

是レ亦屬地主義ノ例外ニシテ本國法ニ從フモノナリ。其二三ノ例ヲ舉クレハ左ノ如シ。

(一) 婚姻及離婚 婚姻ノ實質上ノ要件ハ國籍ヲ同ウスル者ニ付テハ各其本國法ニ從ヒテ之ヲ定メ、國籍ヲ異ニスル者ニ付テハ各當事者ノ本國法ニ從ヒテ之ヲ定ム。又離婚ニ付テハ離婚ノ原因タル事實ノ發生シタル當時ニ於ケル夫ノ本國法ニ依リテ之ヲ爲スモノナリ。此ノ如クセサルトキハ夫カ離婚ニ關シテ自己ニ利益アル法律ヲ有スル國家ニ國籍ヲ轉スルノ虞アルヲ以テナリ。但シ離婚ノ原因タル事實カ日本ノ法律ニ依ルモ離婚ノ原因タルトキニ非サレハ離婚ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ス(法例一三條一六條參照)。又婚姻ノ效力ニ付テハ夫ノ本國法ニ依ルヘキモノナリ(法例一四條第一項參照)。例外トシテ外國人カ日本ノ女戸主ト入夫婚姻ヲ爲シ又ハ日本人ノ婿養子ト爲リタニトキハ婚姻ノ效力ハ日本ノ法律ニ依ル(同條第二項)。

(二) 親子 子ノ嫡出ナルヤ否ヤハ其出生ノ當時母ノ夫ノ屬シタル國ノ法律ニ依リテ之ヲ定ム(法例一七條)。私生子認知ノ要件ハ其父又ハ母ニ關シテハ認知ノ當時父又ハ母ノ屬スル國ノ法律ニ依リテ之ヲ定メ其子ニ關シテハ認知ノ當時子ノ屬スル國ノ法律ニ依リテ之ヲ定ム(法例一八條)。

養子縁組ノ要件ニ關シテハ同國籍者間ニ養子縁組アリタルトキハ本國法ニ從ヒ、異國籍者間ニ養子縁組アリタルトキハ各當事者ノ本國法ニ從フ。即チ養親ト爲ルノ要件ハ養親ト爲ラントスル者ノ本國法ニ從ヒ、養子ト爲ルノ要件ハ養子ト爲ラントスル者ノ本國法ニ從フ(法例一九條參照)。

次ニ親子間ノ法律關係ニ付テハ父ノ本國法ニ依リ若シ父ナキ者ニ付テハ母ノ本國法ニ依ル(法例二〇條參照)。

(三) 扶養義務 同國籍者間ノ扶養義務ニ關シ外國ニ在リテ問題ヲ生スルトキハ其人ノ現在地法ニ依ラスシテ本國法ヲ適用スルヲ以テ正當トス。次ニ異國籍者間ノ扶養義務ニ付テハ我法例第二十一條ニ依レハ扶養義務者ノ本國法ニ依リテ之ヲ定ムトアリ。此條文ハ扶養義務ノ有無及實質ハ扶養ノ請求ヲ受ケタル者ノ本國法ニ依リテ之ヲ定ムト解釋スヘキモノナリ。

第五 相續及遺言

相續ハ被相續人ノ本國法ニ從ヒ、遺言ハ遺言者ノ本國法ニ從フ。是レ一國ノ相續、遺言及遺贈ニ關スル法律ハ本國人ヲ目的トシテ規定シタルモノナレハナリ。法例第二十五條ニハ「相續ハ被相續人ノ本國法ニ依ル」トアリ、又第二十六條ノ第一項ニハ「遺言ノ成立及ヒ效力ハ其成立ノ當時ニ於ケル遺言者ノ本國法ニ依ル」トアリ。而シテ此原則ハ獨リ我カ法例ノ採用スル所ナルノミナラス一般ニ各國ノ法律ニ於テ認ムル所ナリ。

第六 國民タル特性ニ關スルコトモ亦屬人主義ニ依ル

例ヘハ官吏ト爲ルノ權利ノ如キハ國民タル特別ノ資格ニ屬スルモノナルヲ以テ決シテ之ヲ自國ニ在ル外國人ニ許スヘキモノニ非ス又兵役ノ義務ノ如キモ決シテ之ヲ外國人ニ負擔セシムヘキモノニ非ス。之ニ反シテ私權ニ關スルコトハ內國人ニ對シテモ外國人ニ對シテモ均シク之ヲ許可スヘキモノナリ。何トナレハ私權ハ人カ人トシテ生存スルニ缺クヘカラサル權利ナレハナリ。政治上ノ權利、軍事上ノ權利ヲ外國人ニ與ヘサルコトニ關シ參照スヘキ我邦ノ法律ハ衆議院議員選舉法、府縣制、市制、町村制、徵兵令、陸軍將校分限令、海軍將校分限令等ナリ。

第七 動產不動産ノ物權ニ關スルコト及登記スヘキ權利ハ物ノ所在地法ニ從フ

此原則ハ我法例第十條ニ於テ規定スル所ナリ。故ニ日本人カ伊太利ニ於テ土地ヲ所有スルトキハ其土地ノ物權ニ關スルコトハ日本ノ法律ニ從ハスシテ土地ノ所在地タル伊太利ノ法律ニ從フヘキモノナリ。動產ニ關スル物權ニ付テモ亦同シ。尤モ此說ニハ種々ノ反對說アリ。動產ハ所有者ノ本國法ニ從フヘク不動産ニ付テノミ其所在地法ニ從フヘシトノ說ハ其最モ重ナルモノナリ。英吉利ノ判決例ノ如キハ從來ニ在リテハ此說ニ從ヒタルモノ頗ル多カリキ。此說ノ根據次ノ如シ。

(甲) 動產物權ヲ所在地法ニ從フモノトセハ一ノ所有者カ數國ノ動產ヲ有スル場合ニ一々其所在地法ニ從ハサルヘカラサルノ不便アリ。

(乙) 動産ハ性質上常ニ所在地ヲ變更スルモノナリ。然ルニ若シ所在地ヲ變更スル毎ニ準據スヘキ法律ヲ異ニスルトセハ右ノ動産ニ關シテ日毎ニ法律ヲ異ニスルノ結果ヲ生シ一般人民ノ爲メニ大ナル不便ヲ來スヘシ

以上ノ反對說ニ對シ動産ト雖モ所在地法ニ依ルヘキモノナリトノ說モ亦多クノ根據ヲ有ス。若シ所有者ノ本國法ニ依ルヘキモノトセハ國籍ヲ異ニスル兩者カ財產ヲ共有スルトキハ其共有者ノ孰レノ本國法ニ依ルヘキヤ不明ナリト云フカ如キハ其最モ重ナルモノナリ。一個ノ動産ニ付キ國籍ヲ異ニスル數人カ所有權ヲ爭フ場合ノ如キ亦然リ。

#### 第八 法律行爲

法律行爲ノ成立及效力ハ當事者ノ意思ニ依リ何レノ法律ニ從フヘキカヲ決セシムヘキモノナレトモ、若シ當事者間ニ何等合意ナキトキハ行爲地ノ法律ニ從フヲ以テ原則トス。例ヘハ日本人カ亞米利加ニ於テ英吉利人ト契約ヲ爲シタルトキハ日本ノ法律ニモ從フコトナク、又英吉利ノ法律ニモ從フコトナクシテ契約締結地カ亞米利加ナルノ理由ヲ以テ亞米利加ノ法律ニ從フヘシト云フニ在リ。我法例第七條モ亦同趣旨ノ規定ヲ爲ス。

契約ニ行爲地法ヲ適用スヘシトノ說ニ對シ種々ノ反對說アリ。例ヘハ伊太利民法第十條ニ於テ「當事者カ同國人ナルトキハ其本國法ニ從フヘシ」ト定ムルカ如キ其一ナリ。此他契約ニハ履行ヲ重スヘキモノナルカ故ニ履行地法ニ從フヘシトノ說アリ。又契約ニハ債權者ヲ重スヘキモノナルカ故ニ債權者ノ本國法ニ從フヘシトノ說アリ。又之ト正反對ニ債務者ノ本國法ニ從フヘシトノ說アリ。或ハ訴訟地法ニ從フヘシトノ說ナキニ非ス。然レトモ當事者ノ意思ヲ推測スルトキハ行爲地法ニ從フニ在ルコト一般ナリトノ理由及行爲地法ハ契約ニ最モ多クノ關係ヲ有シ且契約者ニ有利ナリトノ理由ヲ以テ多少ノ缺點アルニ拘ラス契約地法說即チ行爲地法說ハ一般ニ行ハル。法例第十一條第二項ニ「事務管理、不當利得又ハ不法行爲ニ因リテ生スル債權ノ成立及ヒ效力ハ其原因タル事實ノ發生シタル地ノ法律ニ依ル」ト規定セルハ準契約ニ付テモ亦行爲地法ニ依ルトノ意ナリ同條第二項ハ其例外ニシテ「前項ノ規定ハ不法行爲ニ付テハ外國ニ於テ發生シタル事實カ日本ノ法律ニ依レハ不法ナラサルトキハ之ヲ適用セス」ト規定セリ。

#### 第九 公序良俗ニ關スル法特ニ刑罰法

總テノ人ハ其現在地ノ刑罰法ニ從フコトヲ免ルル能ハス。何トナレハ犯罪ヲ爲シタルトキハ犯罪地ノ安寧秩序ヲ害スルモノナレハナリ。例ヘハ和蘭人カ日本ニ於テ竊盜ヲ爲シ其和蘭人ナルカ故ニ日本ノ刑罰法ニ從ハサルノ權利ヲ有スト主張スルコト能ハス、故ニ曰ク刑罰法ハ屬地法ナリト。此ノ如ク刑罰法ハ屬地法ナリト雖モ併セテ屬人的ノ性質ヲ有セシムルコトヲ妨ケス。凡ソ一國ノ秩序ニ關スル事ニ付テハ純然タル屬地主義ヲ採ルモノナリ。何トナレハ斯ル事柄ニ關シテ他國ノ

法律ニ從ハシムルトキハ之カ爲メニ自國ノ存立ヲ危ウスルノ虞アレハナリ。刑法カ屬地法ナルカ如キ其適例ナリ。尙ホ我法例第三十條ニ「外國法ニ依ルヘキ場合ニ於テ其規定カ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルトキハ之ヲ適用セス」と規定セルカ如キモ亦此趣意ニ出テタルモノナリ。

第十 法律行爲ノ方式ニ付テハ總テ行爲地法ニ從フ

此原則ヲ名ケテ「場所ハ行爲ヲ支配ス」ト云フ。此原則ハ總テノ行爲ヲシテ行爲地ノ法律ニ從ハシムヘシト云フニ非スシテ唯行爲ノ方式ニ關シテノミ行爲地ノ法律ニ從ハシムヘシト云フモノナリ。而シテ各國ノ法律皆之ヲ採用セサルハナシ。蓋シ若シ行爲ノ方式ハ行爲地法ニ依ラストスルトキハ或行爲カ形式上ノ要素ヲ充タササルノ理由ヲ以テ成立スル能ハサル場合アルヘケレハナリ。例ヘハ日本人カ佛蘭西ニ於テ婚姻ヲ爲スニ當リ日本ノ文字ヲ以テ佛蘭西ノ戶籍吏ニ届出ヲ爲スモ該戶籍吏ハ其何ノ意味タルヲ解セサルカ故ニ届出ノ方式ハ佛蘭西ノ法律ニ從ハシムルカ如シ。此原則ハ強制的ノモノナリヤ將タ任意的ノモノナリヤノ疑問アリ。若シ之ヲ強制的ノモノナリトスルトキハ本國法ニ從フコト能ハサルノ不便アルヲ以テ任意的ノモノナリト解釋スルノ穩當ナルヲ信ス(法例八條一三條參照)。

第十一 出生ニ因ル國籍ノ取得

出生ニ因リテ國籍ヲ與フル場合ニ血統主義ヲ採リ其父又ハ母ノ國籍ニ從ハシムヘシトスルモノアリ、是即チ屬人主義ニシテ、之ニ反シ出生地主義ヲ採リ父母ノ如何ヲ問ハス出生地ノ國籍ヲ與フヘシトスルモノアリ、是即チ屬地主義ナリ。現今多數ノ國ニ於テハ血統主義ヲ採用シ、血統ノ明カナラサル場合ニ限り始メテ屬地主義ヲ採用シ出生地ノ國籍ヲ與フヘキモノトス。我邦ノ國籍法ノ如キハ即チ出生ニ關シ血統主義ヲ本則トシ之ニ出生地主義ヲ加味シタル一種ノ折衷主義ヲ採用シタリ。亞米利加ノ諸國ニ於テハ出生地主義ヲ採ル。若シ或國カ絕對ノ血統主義ヲ採用シ又或國カ絕對ノ出生地主義ヲ採用スルトキハ其結果トシテ一人ニシテ二箇以上ノ國籍ヲ有スル者ヲ生シ又一人ニシテ一箇ノ國籍ヲモ有セサル場合ヲ生スルニ至ルヘシ。故ニ此點ニ關シテハ各國同一ノ法制ヲ採ルヲ以テ最モ便宜トス。我國ノ現行法ニ依リ出生ニ因リテ日本人ト爲ル者ハ左ノ如シ。

(一) 父カ日本人ナルトキハ其子ハ日本人ナリ。

(二) 父不明ナルカ又ハ無國籍人ナルモ母カ日本人ナルトキハ其子ハ日本人ナリ。

(三) 懷胎ノ時ニ父カ日本人ナリシトキハ此父カ入夫ノ離婚又ハ養子ノ離縁ニ因リテ日本ノ國籍ヲ失ヒ子ノ出生シタル時ニ父カ外國ニ國籍ヲ有スルモ其子ハ日本人ナリ。

(四) 父母共ニ知レサルモ日本ニ於テ生レタル子ハ日本人ナリ。

(五) 無國籍人ヨリ生レタルモ其生レタル地カ日本ノ版圖ナルトキハ其子ハ日本人ナリ。

場所ニ關スル問題ニ付テハ法律ハ全國ニ行ハルルヲ以テ原則ト爲スト雖モ、時トシテ特定ノ場所ニ

對シテノミ特別ノ法律ヲ行フコトアリ。我國ニ於テ臺灣ノミニ關シ特別ノ法律ノ行ハルルカ如キハ其顯著ナル例ナリ。殖民地ヲ有スル國家ノ法律ニハ此種ノモノ最モ多シ。又人ニ關スル問題ニ付テモ均シク特別ノ人ニ付テ特別ノ事項ヲ規定スルモノアリ。故ニ唯何等ノ特別規定ナキ場合ニ於テノミ法律ハ國家ノ總テノ場所ノ上ニ總テノ人ニ對シテ行ハルルモノナリ。

以上述ヘタル所ニ依リ人及場所ニ關スルコトハ説明シ了レリ。以下法律ノ時ト場所トノ效力ニ併セ關聯スル事項ニ付テ二三ノ問題アリ。(第一)場所ヲ異ニスル者ノ間ニ契約ヲ結ヒタルトキ即チ隔地者間ノ契約ハ何レノ時ニ成立スルモノナルヤ、(第二)法律ヲ異ニスル地ニ在ル者ノ間ノ契約ハ何レノ國ノ法律ニ從ヒテ成立スルモノナルヤ、(第三)刑法上ノ行為ニ付キ其犯罪ノ原因ト結果トカ國ヲ異ニシテ生シタルトキハ其犯罪ハ何レノ國ノ法律ニ從ヒテ決スヘキモノナルヤ、即チ是ナリ。左ニ順次之カ説明ヲ爲スヘシ。

第一 隔地者間ノ契約ハ何レノ時ニ成立スルヤ

隔地者間ノ契約ハ何レノ時ニ成立スルモノナルヤハ當事者雙方ノ意思ノ合致ニ依リテ定ムヘキモノナリ。然レトモ若シ當事者ノ意思カ合致セサル場合又ハ不明ナル場合ニ於テハ如何ナル時ニ契約ヲ成立セシムヘキヤハ法律ヲ以テ豫メ規定シ置カサルヘカラス。之ニ關シテハ種々ノ學說アリ。

第一說 申込者カ承諾者ヨリ承諾ノ通知ヲ受ケテ承諾アリタルコトヲ知リタル時ニ成立ストノ說

此說ハ當事者間ニ先ツ意思ノ合致アリテ其意思ノ合致カ申込者ニ知レサル間ニ契約ヲ成立セシムヘシトスルトキハ承諾者ヲ拘束スルコト酷ニ失ストノ理由ニ基因ス。然レトモ若シ此說ニ從ヒ承諾者ノ承諾カ申込者ニ通知スルコトヲ要ストセハ更ニ申込者カ承諾者ノ承諾ヲ與ヘタルコトヲ知リタルコトヲ承諾者カ知ラサルヘカラスト云フニ歸スヘク、契約ノ成立ハ際涯ナク不能ト爲ルヘシ。苟クモ契約ノ申込アリテ之ニ承諾アリタルトキハ當事者間ニ既ニ意思ノ合致アリタルモノナルカ故ニ此合致ヲ申込者ニ通知スルノ必要ナカルヘシ。

第二說 申込者ニ對シテ承諾者カ承諾ヲ爲シタルトキハ之ト同時ニ契約ハ成立ストノ說 此說ノ

根據ハ契約ノ成立ニハ當事者間ニ意思ノ合致アリヤ否ヤヲ見ルノ外ナシト云フニ存ス。然レトモ此說ノ弊害亦決シテ尠カラス。例ヘハ一旦承諾ノ書面ヲ認メ終リタルトキハ其書面カ申込者ニ達セサルニ先チ電報ヲ以テ之ヲ取消スモ尙ホ契約破毀ノ結果ヲ生スルノ虞アレハナリ。承諾者カ毫モ申込者ノ利益ヲ害セサルニ拘ラス承諾者ヲ拘束スルコト此ノ如ク甚シキハ何等ノ理由モ無ク又何等ノ實益モ無キモノナリト謂ハサルヘカラス。

第三說 申込者ニ對シテ承諾者カ承諾ヲ爲シ而シテ承諾ノ通知ヲ發シタル時ニ契約ハ成立ストノ

說 我民法ハ第五百二十六條ニ於テ「隔地者間ノ契約ハ承諾ノ通知ヲ發シタル時ニ成立ス、申込者ノ意思表示又ハ取引上ノ慣習ニ依リ承諾ノ通知ヲ必要トセサル場合ニ於テハ契約ハ承諾ノ意思

表示ト認ムヘキ事實アリタル時ニ成立スルト規定セリ。是即チ第三說ノ主義ヲ採用シタルモノナリ。然レトモ此說モ亦多クノ缺點ヲ免レス。第一ノ疑問ハ承諾ノ通知ヲ發シタル時トハ如何ナル時期ヲ指スヤ不明ナルコト是ナリ。例ヘハ從僕ニ命シテ郵便函ニ投セシメンカ爲メニ書面ヲ從僕ニ交付シタル時ニ契約ハ成立スルカ從僕カ之ヲ郵便函ニ投シタル時ニ成立スルカ或ハ郵便局カ之ヲ發送シタル時ニ成立スルカ不明ナルカ如シ。尤モ此事ニ關シテハ敢テ正確ナラサル標準ナリト雖モ、自己ノ管理ヲ脱シタル時ヲ以テ發信ノ時ト看做スヘシトノ解釋アリ。第二ノ缺點ハ或ル場合ニ承諾者カ申込者ニ對シテ何等ノ損害ヲ加ヘサルニ尙ホ契約破毀ノ責ヲ負ハサルヘカラサルコト是ナリ。例ヘハ一旦承諾ノ郵便ヲ發シタルモ後ニ至リテ不承諾ノ電信又ハ電話ヲ通シ該電信カ郵便ニ先チテ申込者ノ知ル所ト爲リタル場合ノ如シ。要スルニ第二ノ缺點ハ第二說カ有スルモノト全ク同一ナリ。

**第四說** 申込者カ承諾者ヨリ承諾狀ヲ受取リタル時ニ契約ハ成立ストノ說 申込者カ承諾狀ヲ受取ラサルモ承諾者ノ承諾アリタル以上ハ申込者ト承諾者トノ間ニ意思ノ合致アリタルモノナリ。然レハ此點ヨリ觀察シテ第四說ハ否認セサルヘカラス。申込者カ承諾者ノ承諾ヲ知ルコトヲ要ストスルトキハ第一說ト均シク何等ノ根據ヲモ有セサル說ナリト云フヘク、從ツテ第四說ハ以上述ヘタル諸說中最モ理由ニ乏シキ學說ニシテ採ルニ足ラサルモノナリ。

**第二** 法律ヲ異ニスル地ニ在ル者ノ間ノ契約ハ何レノ國ノ法律ニ從ヒテ成立スルモノト爲スヘキ

ヤ

凡テ同國籍者間ニ於ケルト否トヲ問ハス法律ヲ異ニスル地ヲ隔テテ契約ヲ爲ストキハ其契約ハ何地ノ法律ニ從ヒテ成立スヘキモノナルヤ。申込者カ申込ヲ爲シタル國ノ法律ニ從フヘキカ將タ承諾者カ承諾ヲ爲シタル國ノ法律ニ從フヘキカ若クハ其他ノ國ノ法律ニ從フヘキカ。例ヘハ日本人甲カ絹一萬「メートル」ヲ賣却ヲ天津ヨリ發信シテ英國人乙ニ申込ミタリ、乙ハ佛蘭西ニ於テ甲ヨリ申込狀ヲ受取リ獨逸ニ赴キテ承諾狀ヲ認メ露國ニ赴キテ之ヲ郵便函ニ投セリ而シテ申込者甲ハ此承諾狀ヲ米國ニ於テ受取リタリト假定センニ、此契約ハ日本ノ法律ニ從ヒテ成立スルカ或ハ支那、英國、佛國、獨國、露國、米國ノ内何レノ國ノ法律ニ從ヒテ成立スヘキカ。我法例ハ第九條第二項ニ於テ「契約ノ成立及ヒ效力ニ付テハ申込ノ通知ヲ發シタル地ヲ行爲地ト看做ス若シ其申込ヲ受ケタル者カ承諾ヲ爲シタル當時申込ノ發信地ヲ知ラサリシトキハ申込者ノ住所地ヲ行爲地ト看做ス」ト規定セリ。要スルニ我法例ノ主義ハ法律ヲ異ニスル地ニ在ル者ノ間ノ契約ハ申込ノ發信地ノ法律ニ從ヒテ成立ストノ主義ヲ採用シタルモノナリ。此ノ如キ主義ヲ採リタル理由ハ申込者及承諾者雙方ノ利益ヲ圖ラントスルニ出テタルモノナリ。承諾者ハ申込者カ申込ヲ爲シタル法律ニ從ヒテ其契約ノ成立スルコトヲ覺悟スルカ故ニ申込地ノ法律ヲ調査シテ其諾否ヲ決スルノ便アリ。若シ承諾者カ承諾ノ通知



ヲ發シタル地ノ法律ニ從ヒテ契約ノ成立スルモノトセハ申込者ハ承諾書カ何レノ國ヨリ發セラレタルヤヲ知ラサルヘカラス。而シテ申込者ハ之ヲ知ルコト困難ナルカ故ニ自己ノ知ラサル法律ニ拘束セラルルノ虞アルモノナリ。從ツテ我法例ノ主義ハ今日ニ於テ各國ノ認ムル所ナリ。故ニ前掲ノ例ニ於テ日本人カ佛蘭西ニ在ル英國人ニ對シ絹一萬「メートル」ノ賣却ヲ申込ミ、申込狀ヲ受取リタル英國人カ承諾狀ヲ英吉利ヨリ發シタルト佛蘭西ヨリ發シタルト將タ爾餘ノ諸國ヨリ發シタルトニ拘ラス又申込者カ承諾狀ヲ日本ニ於テ受取リタルト米國其他ノ國ニ於テ受取リタルトヲ問ハス申込地カ天津ナルノ故ヲ以テ此契約ハ支那ノ法律ニ從ヒテ成立スルモノナリ。

隔國者間ノ契約ハ其契約者ノ國籍ヲ見テ同國籍者間ノ隔國契約ト異國籍者間ノ隔國契約トノ二種ニ區別シ同國籍者間ノモノニハ其本國法ヲ適用シ異國籍者間ノモノニハ行爲地法ヲ適用スヘシトノ學說及實例アリ。伊太利民法第十條ノ如キハ現ニ「債權ノ存在及ヒ效果ハ契約成立地ノ法律ニ從フ外國人タル契約當事者同一ノ國籍ヲ有スルトキハ其本國法ニ從フ如何ナル場合ニ於テモ先ツ當事者ノ欲シタル法律ヲ適用スヘシト規定セリ。我カ舊法例第五條ニ於テモ「他國ニ於テ爲シタル合意ニ付テハ當事者ノ明示又ハ默示ノ意思ニ從ヒテ何レノ國ノ法律ヲ適用スヘキヤヲ定ム、當事者ノ意思分明ナラサル場合ニ於テハ同國人ナルトキハ其本國法ヲ適用シ又同國人ニ非サルトキハ事實上合意ニ最大ノ關係ヲ有スル地ノ法律ヲ適用ス」ト規定シタリ。然レトモ今日ニ於テハ以上ノ如キ區別ヲ認

メス。

第三 犯罪ノ行爲ト結果トカ國ヲ異ニシテ生シタルトキハ其犯罪ハ何レノ國ノ法律ニ從ヒテ決スヘキヤ又何國ノ裁判權ニ屬スルヤ

例ヘハ甲國人カ乙國ヨリ發砲シテ丙國ニ在ル丁國人ヲ殺シタル如キ場合ニハ何レノ國カ裁判管轄權ヲ有シ又何レノ國ノ法律ニ從ヒテ裁判スヘキヤト云フニ在リ。此事ニ關シテ或ハ犯罪ノ原因ヲ與ヘタル國カ其法律ニ從ヒテ裁判スヘシト云ヒ、或ハ犯罪ノ結果ヲ生シタル國カ其國ノ法律ニ從ヒテ裁判スヘシト云フ。予ハ加害者及被害者ノ何國ノ人タルトヲ問ハス凡テ犯罪ノ結果ヲ生シタル國ノ裁判所カ其國ノ法律ニ從ヒテ裁判スヘキモノナリト信ス。何トナレハ未タ犯罪ノ結果ノ生セサルニ拘ラス之ヲ犯罪ナリト云フコト能ハサルヘケレハナリ。

## 第十九章 法律ノ執行

憲法第六條ニ「天皇ハ法律ヲ裁可シ其公布及執行ヲ命ス」トアリ。是ニ由リテ法律ノ執行ハ天皇ノ大權ニ屬スルコトヲ知ルニ足ルヘク、而モ天皇自ラ執行セラルルニ非スシテ國家ノ或機關ニ對シテ執行ヲ命セラルルモノナルコトヲ知ルニ足ルヘシ。其所謂機關ハ司法官ナルコトアリ、又行政官ナルコトアリ、各機關ハ互ニ其與ヘラレタル權限内ニ於テ執行ヲ爲スヘキモノナリ。故ニ司法官ト行政

官トハ互ニ其權限ヲ侵スヘカラス、又司法官相互ノ間ニ於テモ行政官相互ノ間ニ於テモ其權限ヲ侵スヘカラス。例ヘハ農林省カ内務省ノ權限ヲ侵スヘカラサルカ如ク、大審院カ區裁判所ノ權限ヲ侵スヘカラサルカ如シ。

權限カ互ニ衝突スルコトアリ。衝突ニ積極的ノ衝突ト消極的ノ衝突トアリ。二者カ己レノ管轄ナリト爭フハ前者ニシテ、何レモ己レノ管轄ニ非スト爭フハ後者ナリ。我國ニ於テハ諸省ノ間ニ主權限ノ爭議アルトキハ内閣ノ閣議ヲ經テ決定スヘキモノトス（内閣官制五條六條七條參照）。外國ニ於テハ特ニ權限爭議ヲ裁決スル裁判所ヲ設クルモノアリ。

行政官カ法律ヲ執行スルト裁判官カ法律ヲ執行スルトノ間ニハ大ナル差異ノ存在スルモノアリ。裁判官ハ請求ヲ受ケサレハ裁判ヲ爲スコトヲ得ス。請求ヲ爲ス者ハ民事ニ於テハ原告ニシテ刑事ニ於テハ檢事ナリ。右ノ原則ヲ名ケテ不告不理ノ原則ト云フ。然ルニ行政官ハ何人ノ請求ヲ受ケルコトナキモ尙ホ法律ヲ執行スヘキモノナリ。例ヘハ盜賊カ或家ニ忍ヒ入ラントスル場合ニ警察官若シ之ヲ見ハ何人ノ請求ヲモ埃タスシテ之ヲ捕フヘキモノナルカ如シ。裁判官ハ又請求ヲ受ケタル事件以外ノコトニ付テ裁判ヲ爲スヘキモノニ非ス。例外トシテ裁判所カ自ラ進ンテ職權ヲ以テ爲シ得ヘキコトアリ、例ヘハ會社カ本店ノ所在地ニ於テ登記ヲ爲シタル後六箇月内ニ開業ヲ爲ササルトキハ裁判所ハ職權ヲ以テ解散ヲ命スルコトヲ得ルカ如シ（商法四七條）。

裁判官ノ爲ス執行ト行政官ノ爲ス執行トノ間ニ尙ホ一個ノ差異アリ。憲法第五十七條ニ「司法權ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」トアレトモ行政官カ法律ヲ執行スルハ天皇ノ名ニ於テ行フモノニ非サルコト是ナリ。尙ホ裁判官カ法律ヲ執行スルニハ特種ノ形式ニ從フヘキコトヲ命スルノ法文アリ。書記ノ立會ヲ要スルコト、判決ハ文書ニ記載セサルヘカラサルコト、或裁判所ハ合議セサルヘカラサルコト等是ナリ。又裁判官ハ一旦確定判決ヲ經タル事件ニ付キ再ヒ審理スルコトヲ得ス。之ヲ名ケテ一事不再理ノ原則ト云フ。其例外ハ再審ノ場合ニシテ刑事訴訟法第四百八十五條以下、民事訴訟法第四百六十八條第四百六十九條ニ定ムル所ナリ。

法律執行ノ任ニ當ル者カ法律ノ違法ナルヲ理由トシテ之カ執行ヲ拒ムコトヲ得ルヤノ問題アリ。法律カ實質上違法ナリヤ適法ナリヤハ立法權ニ屬スル問題ナルカ故ニ裁判官又ハ行政官ハ之ヲ審査シテ之カ執行ヲ左右スルノ權限ヲ有スルモノニ非スト思惟ス。然レトモ若シ法律カ法律タルノ形式ニ違ヘルコトアラハ是レ取りモ直サス法律タルノ要素ヲ缺ケルモノニシテ即チ法律ニ非サルカ故ニ之ヲ執行スヘキ義務ハ發生スヘキモノニ非ス。例ヘハ御璽ノ鈐セラレサルモノノ如ク又國務大臣ノ副署ナキモノノ如シ。

## 第二十章 法律學ノ分類

第一 土地ヲ本トスルモノ

此分類法ニ依レハ法律學ヲ一般法學、局地法學ノ二種ト爲スコトヲ得ヘシ。一般法學トハ世界萬國ニ通スル法律ノ學問ヲ謂ヒ、局地法學トハ一國又ハ一地方ニ限ル法律ノ學問ヲ謂フ。此區別ハ英國ノ學者ベンザム、オースチン等ノ採リタル所ニシテ、各國ノ法律ニ共存スル通素ヲ見出シテ法律學ヲ研究スルニ極メテ必要ナルモノナリ。

第二 時ヲ本トスルモノ

此分類法ニ依レハ法律ハ現行法學、非現行法學ノ二種ト爲スコトヲ得。ベンザムノ所謂古代法學、現在法學ノ區別是ナリ。此分類ハ據リテ以テ將來ニ於ケル立法ヲ爲スニ極メテ重要ナルモノナリ。然レハ此分類ニ依リテ當ニ現在及過去ノ法律ヲ論究スルニ止マルノミナリト考フルハ失當ナリ。

第三 法律現象ノ範圍ヲ本トスルモノ

此分類ニ依レハ法律學ヲ普通法學、特別法學ノ二種ト爲スコトヲ得。普通法學トハ法律現象ノ總テヲ基トシテ研究スルモノナリ。例ヘハ法學通論、法律哲學ノ如キ即チ是ナリ。之ニ反シテ特別法學トハ特別ノ法律現象ニ付テノミ研究スルモノヲ謂フ。例ヘハ刑法上ノ權利カ如何ナル性質ヲ有スルモノナルカ行政法上ノ義務カ如何ナル性質ヲ有スルモノナルカ民法上ノ賣買カ如何ナル性質ヲ有スルモノナルカヲ研究スルカ如シ。

第四 法律研究ノ主義ニ依ルモノ

(甲) 自然法學 自然法學說ヲ採ル者ハ、宇宙ノ間ニ先天的ニ法律上ノ原理原則ナルモノ存在シ立法者カ法律ヲ制定スルニハ自然ノ命スル所ニ從ハサルヘカラス隨テ學者ハ自然ニ存在スル原理原則ヲ研究スヘシト云フニ在リ。尤モ自然法學ヲ説ク者ト雖モ必スシモ同一ニ非ス、之ヲ分テハ大體ニ於テ左ノ三種ト爲スコトヲ得ヘシ。

(イ) 純粹自然法學說 純粹自然法學說中ニモ種々ノ分派アリ。神學派ノ如キハ其一ニ屬ス。此學派ノ唱フル所ハ立法者ハ神ノ意思ヲ承ケテ法律ヲ制定スルモノニシテ神ノ意思以外ニ法律ナシト云フナリ。神學派ニ反對スル純粹自然法學說ハ法律カ神ノ命令ニ由ルモノナリト云フコトヲ認メスシテ唯漠然自然法ナルモノアリト云フナリ。要スルニ純粹自然法學說ハ人間ノ意思身體等以外ニ自然ニ法律カ存在スルモノナリト云フナリ。

(ロ) 理性學說 此學說ニ依レハ人間ニ理性ナルモノ存在シ是非曲直ヲ別ツカ故ニ理性ノ命スル所ニ從ヒテ行フヘキハ之ヲ行ヒ理性ノ命スル所ニ從ヒテ行フヘカラサルモノハ之ヲ行ハサルヘシト云フナリ。

(ハ) 人性學說 此說ニ依レハ人間ノ性質ハ先天的ニ法律ヲ左右シ得ヘキモノナリト云フナリ。故ニ此說ノ理性說ト異ナル所ハ人性カ總テ法律ヲ左右シ得ヘキモノト云フノ點ニ在リ。

(乙) 註釋法學 註釋法學トハ或法律ノ文字意義ヲ解釋シテ之ニ依リテ其間ニ法律ノ原理原則ヲ發見セントスルモノナリ。古代ヨリ現時ニ至ルマテ苟モ法律ノ在ラン限リ註釋法學ハ常ニ存在スルモノナレトモ、單ニ註釋ノミニカメテ他ノ方面ヨリ解釋スルコトヲ怠ルハ不當ナリ。日本ニ於テモ徳川時代ニ於テ解釋法學ヲ專トシタルコトアリ。百箇條ノ解釋ニ汲々タリシトキノ如キ即チ是ナリ。歐羅巴ニ於テ註釋法學ノ最モ盛ナリシハ第十二世紀ノ初ヨリ第十三世紀ノ末ニ至ルマテニテアリキ。註釋法學ノ缺點ヲ舉クレハ徒ニ法ノ文字ニノミ拘泥シテ法理ノ原則ヲ研究スルヲ怠ルコト及現行ノ法律ヲ研究スルニ急ニシテ法律ノ改正及發達ニ意ヲ用フルコト稀ナルノ點ニ在リ。其他法律ヲ歴史的二研究スルヲ怠ルカ如キモ亦註釋法學ノ一ノ缺點ナリ。要スルニ註釋法學ノ盛ナル時ハ法律ノ進歩ヲ妨クルノ虞アルモノナリ。例ヘハ佛蘭西ニ於テナポレオン一世カ「ナポレオン」法典ヲ作りタル結果トシテ學者モ人民モ一般ニ法理ノ研究ヲ怠リ唯法文ノ解釋ノミニカメタルカ爲メニ却テ法律學ノ進歩ヲ妨ケタルノ形跡アルカ如シ。

(丙) 分析法學 分析法學トハ法律ノ要素ヲ取りテ之ヲ分析シ其原理ヲ見出しテ法律ヲ研究スルモノナリ。例ヘハ賣買トハ如何ナルモノナルカヲ研究センカ爲メニ賣買ヲ分析シテ當事者タル賣主ト買主ト目的物トアリテ一方ノ當事者タル賣主カ他方ノ當事者タル買主ヨリ金錢ノ支拂ヲ受ケテ目的物ノ所有權ヲ移スノ意思アルコトヲ要ストスルカ如シ。

(丁) 歴史法學 歴史法學トハ法律上ノ現象ヲ沿革的二調査シテ之ニ依リテ法律ノ原理原則ヲ究メントスルモノナリ。蓋シ現象ノミヲ觀テ或事ヲ判定スルトキハ偏頗ニ流レ易キカ故ニ之ヲ既往ノ事實ニ徴シテ研究セハ始メテ完全ナル原理原則ヲ見出し得ヘシト云フナリ。此說ヲ唱ヘタル者ハ英吉利ノベーカー、佛蘭西ノボーダン、獨逸ノライブニッツ等ナリ。獨逸ニ於テ法典編纂ヲ爲スヘキヤ否ヤニ關シ嘗テ爭ノ起リタルハ即チ歴史法學說ト非歴史法學說トノ衝突ニテアリキ。

(戊) 比較法學 比較法學トハ世界各國ニ存在スル法律或ハ一國內ニ在ル各地方ノ法律ヲ對照シ依リテ以テ法律ノ原理原則ヲ研究セントスルモノヲ謂フ。例ヘハ憲法ヲ研究セントスル者カ專制君主國ノ憲法ト立憲君主國ノ憲法ト共和國ノ憲法トヲ比較シ其各者ニ通スル原理原則ヲ見出サントスルカ如シ。比較法學ノ研究ヲ唱ヘタル者ハ伊太利ノビコーニシテ、之ヲ實際ニ行ヒタル者ハ佛蘭西ノモンテスキューナリ。古ニ於テ法律ノ比較的研究ノ行ハレサリシ原因ハ交通ノ不便ナリシカ爲メナリ。然ルニ汽車汽船等ノ發明アリシヨリ内外ノ往來頻繁ト爲リ通商貿易隆盛ナルニ至リ、他ノ學問ト等シク法律學ノ比較的研究モ亦漸ク盛ナルニ至リ、比較法學會ノ如キモノスラ設ケラルルニ至リタリ。

比較法學ヲ別チテ左ノ三種ト爲ス。

(イ) 法系的比較法學 法系的比較法學トハ世界各國ノ法律ノ發生シタル源ニ溯リ其各系統ニ

如何ナル法理上ノ差異アルヤヲ對照シテ研究スルモノヲ謂フ。

(○) 國家的比較法學 國家的比較法學トハ各國特有ノ風俗、慣習、氣候ノ差異ヨリ觀テ研究スルモノヲ謂フ。

(ハ) 人種的比較法學 人種的比較法學ハ獨逸ノ學者ボスト、英吉利ノ學者メイン等ノ盛ニ唱道シタル所ナリ。古ノ法律ハ多クハ屬地主義ニ非スシテ屬人主義ナリ。所謂屬人トハ國人ニ屬スルモノニ非スシテ人種ニ屬スルモノナリシカ如シ。然ルニ生存ノ必要上國家カ形成セラルルニ至リ、メインノ言フカ如ク法律ハ人種法ノ境ヲ脱シテ國家法ニ移リタルモノナリ。故ヲ以テ法律ノ最モ遠キ本源ヲ探ラント欲セハ須ラク法律ノ根本タル人種法ニ依リテ之ヲ比較的ニ研究セサルヘカラス。

## 第二十一章 法律上ノ權利及義務

### 第一節 權利ノ性質

權利ハ法律ノ製造物ナリ、法律ナキ所ニ權利ナシ。自然ノ權利ト云フカ如キ天赋人權ト云フカ如キ男女同權ト云フカ如キ權利ハ決シテ法律上ヨリ觀察シタル權利ニ非ス。又權利ト法律トハ相隨伴スルモノナリ。何トナレハ法律カ或ル人ニ對シテ保護ヲ與フルトキニ於テ始メテ或人ノ權利ト爲ルモ

ノナレハナリ。外國ノ語ニ於テ權利ナル文字ト法律ナル文字ト全ク同一ナルコトハ之カ爲メナリ。法律ト權利ト同一ナルカ如ク權利ト義務トハ亦同一ナリ。權利ハ主觀的ニ觀察シタルモノニシテ義務ハ客觀的ニ觀察シタルモノナリ。權利カ先ニ生シタリヤ法律カ先ニ生シタリヤノ問題カ無意味ナルハ君主制ニハ君主カ先ニ生シタリヤ人民カ先ニ生シタリヤト云フ問題ノ無意味ナルト同一ナリ。權利ニ關シテ由來異ナリタル三個ノ說アリ。

第一說 權利ハ自由ナリトノ說即チ權利自由說 此說ニ依レハ權利トハ法律カ人ノ自由ニ行動スル所ノ限界ヲ定メタルモノトシ人カ與ヘラレタル自由ノ範圍内ニ於テ行動ヲ爲スハ即チ權利ニシテ此範圍ヲ超エテ行動ヲ爲スハ即チ非權利ナリトスルニ在リ。

第二說 權利ハ利益ナリトノ說即チ權利利益說 此說ハ英國ノ實利主義ヲ唱フル多數ノ學者ノ唱道スル所ニシテ、獨逸學者ニモ亦之ヲ唱フル者多シ。例ヘハイエーリングハ權利トハ法律ノ保護セル利益特ニ訴權ニ依リテ保護セラレタル利益ナリトス。メルケル及英國ノベンザムモ亦此說ヲ採レリ。

第三說 權利ハ力ナリトノ說即チ權利力說 此說ニ依レハ法律ハ或團體中ノ強者ノ作レルモノニシテ強者カ其力ニ依リテ與ヘタルモノ即チ權利ナリト云フモノナリ。權利カ或人ノ力ヲ制限スルモ亦力ノ作用ナリ事實上ノ暴力ヲ排斥スルモ亦力ニシテ力夫レ自身カ一個ノ權利ナリト。權利カ

カナリト云フ説ニハ更ニ小分シテ權利ハ神ノ與ヘタルカナリト云フ説ト、主權者ノ與ヘタルカナリト云フ説ト、權利ハ人民全體ノ與ヘタルカナリト云フ説トノ三個アリ。左ニ權利ノ定義ヲ示スヘシ。

權利トハ法律ノ保護ニ因リテ生スル所ノ意思附帶ノ行爲、又ハ意思ノ附帶セサル行爲ノ強制ノ根本ニシテ自己以外ノ人又ハ團體ニ對スルモノナリ。

今此定義ヲ分析スレハ

第一 權利ハ保護スルモノナリ法律以外ノ權利ハ茲ニ所謂權利ニ非ス

第二 權利ハ強制ナリ是レ權利カ法律ノ保護ニ因リテ生スル結果ナリ

第三 權利ハ行爲ノ強制ナリ

第四 權利ハ自己以外ノ人又ハ團體ニ對スルモノナリ

乃チ權利ハ物自身ニ對スルモノニ非ス。而シテ權利カ人ニ對スル場合ニハ或ハ或特定ノ人ニ對スルコトアリ、或ハ一般ノ人ニ對スルコトアリテ其何レナルヲ問ハサルナリ。又古キ説ニ從ヘハ人ニ對スル權利ト物ニ對スル權利アリト稱シテ之ヲ對人權、對物權ノ二ニ分チタルコトアレトモ、人ト物トノ關係ハ權利ノ關係ニ非ス、或人カ物ニ對シテ所有權ヲ有スト云フハ其物自身ニ對スル權利ニ非スシテ他ノ人ニ對スル權利ヲ謂フモノナリ。例ヘハ某者ノ所有物タル馬匹ノ逃逸スルコトアルモ此事實

ノミヲ以テ未タ直チニ何人ニ對シテモ權利ノ發生セサルカ如シ。

權利保護ノ手段ハ法律上ノ救濟殊ニ訴訟ナリ。訴訟トハ權利ノ侵害ニ對シ裁判所ノ力ニ依リテ權利ノ力ヲ喚起スルコトヲ謂フ。權利ヲ保護スルニハ法律ノ力ヲ藉ルコトヲ普通トスレトモ時トシテ自助ノ力ヲ用フルコトヲ許スコトアリ。但シ自助ノ力ヲ用フルモ亦法律ノ力ニ依リタルノ結果ニ非スンハアラス。何トナレハ法律カ許スニ非サレハ自助ハ認めラルルモノニ非サレハナリ。

### 第二節 權利ノ種類

權利ノ種類ノ重ナルモノヲ舉クレハ左ノ如シ。

#### 第一 主タル權利、從タル權利

主タル權利トハ獨立ニ存在スル權利ニシテ、從タル權利トハ他ノ權利ニ附帶スル權利ナリ。此區別ハ權利カ如何ナル效力ヲ有スルヤヲ見ルノ點ニ於テ必要ナリ。例ヘハ債權ハ主タル權利ニシテ質權、抵當權、留置權ノ如キハ從タル權利ナリ。官吏ト爲ル權利ハ主タル權利ニシテ俸給ヲ受クル權利ハ從タル權利ナリ。而シテ主タル權利ノ消滅スルト共ニ從タル權利ハ消滅シ、之ニ反シテ從タル權利消滅スルモ主タル權利ハ之カ爲メニ當然消滅スルモノニ非ス。

#### 第二 公權、私權

公權、私權ノ區別ハ何人カ公權ヲ有シ又私權ヲ有スルコトヲ得ルヤノ實益ノ必要ヨリ出テタルモノトス。例ヘハ民法カ外國人ニ私權ヲ享有セシムルコトヲ規定スルモ或ル權利カ公權ナリヤ私權ナリヤヲ區別スルコト能ハサレハ之ヲ外國人ニ與ヘテ至當ナリヤ否ヤ判然タル決定ヲ與フルコト能ハサルカ如シ。是ニ於テ公權、私權ヲ區別スル標準ニ關シテ數多ノ學說アリ。今其最モ重ナルモノヲ擧クレハ左ノ如シ。

(一) 公法ニ於テ規定シタル權利ハ公權ニシテ、私法ニ於テ規定シタル權利ハ私權ナリ。例ヘハ刑法上ノ權利ハ公權ニシテ民法上ノ權利ハ私權ナリト云フ說ナリ。然レトモ此標準ハ未タ必スシモ當ヲ得タルモノニ非ス。何トナレハ憲法ノ如キ公法ニ於テ人カ所有權ヲ侵サレサルノ權利其居宅ヲ侵サレサルノ權利ノ如キ私權ニ關スルコトヲモ定ムルコトアリ又破産法ノ如キモノニ於テ詐欺破産ヲ爲シタル者ニ公法上ノ權利ヲ與フルコトヲ止ムルコトアレハナリ。

(二) 公權トハ國家ト人民トノ間ノ關係ヲ定メタル權利ニシテ、私權トハ人民相互間ノ關係ヲ定メタル權利ナリト説ク者アリ。然レトモ人民ト國家トノ間ノ關係ニシテ私權ニ關スルコトアリ。例ヘハ請負契約ノ如シ。又人民相互間ノ關係ニシテ公權ニ關スルコト例ヘハ議員ノ選舉ノ如キコトアルカ故ニ、未タ此說ヲ以テ完全ナル區別ノ標準ナリト云フコトヲ得ス。

(三) 公益ニ關スル權利ハ公權ニシテ、私益ニ關スル權利ハ私權ナリトノ說アリ。此說ハ其根本

タル何カ公益ニ關スル權利ニシテ何カ私益ニ關スル權利ナルヤノ點ニ於テ既ニ不明ナリ。

(四) 吾輩ノ採ル所ノ標準ニ依レハ、公權トハ國家カ人民ニ對シ直接ニ國家ノ秩序ニ關スルコトニ付テ與ヘタル權利ニシテ、私權トハ國家カ人民ニ對シ直接ニ國家ノ秩序ニ關セサル事柄ニ付テ與ヘタル權利ヲ謂フ。

### 第三 特定人ニ對スル權利、一般人ニ對スル權利(或ハ對人權、對世權)

此區別ハ權利對抗者ヲ本位トスルニ職由ス。例ヘハ賣主カ買主ヨリ代價ヲ受クルノ權利ノ如キハ買主ナル特定ノ人ニ對スル權利ナリ。之ニ反シテ自己ノ所有權ヲ侵サシメサルノ權利、自己ヲ侮辱セシメサルノ權利ノ如キハ總テノ人ヲシテ侵サシメス又侮辱セシメサルノ權利ナルカ故ニ之ヲ對世權ト云フ。尤モ特定ノ人ニ對スル權利ニ付テモ第三者ハ之ヲ尊重スルノ義務アルモノナリ、故ニ特定ノ人ニ對スル權利ハ同時ニ一般ノ人ニ對スル權利ト爲ルモノナリ。然レトモ一般ノ人ニ對スル權利ハ未タ必スシモ特定人ニ對スル權利ト爲ルモノニ非ス。此區別ヲ設クルノ實益ハ人カ何人ニ對シテ或行爲又ハ不行爲ヲ強ユルコトヲ得ルヤノ點ニ在リ。

### 第四 普通權、特別權

普通權トハ一般ノ法律ニ依リテ總テノ人ニ與ヘラレタル權利ニシテ、特別權トハ特別ノ法律ニ依リ或人ニ限リテ與ヘラレタル權利ナリ。例ヘハ何人モ自己ノ生命ヲ害セラレサル權利ヲ有スルカ

如キハ普通權ニシテ、或學生ハ徵兵延期ノ權利ヲ有スト云フカ如キ、爵位アル者ハ一定ノ手續ヲ履ミタル後ニ非サレハ勾引セラルルコトナシト云フカ如キハ特別權ナリ。

第五 個別權、共同權

個別權トハ單獨ナル人ニ屬スル權利ニシテ、共同權トハ唯一ナル目的物ニ對シテ多數ノ人ノ有スル權利ナリ。例ヘハ或人カ單獨ニ家屋ヲ有スルカ如キ權利ハ個別權ナリ。甲ト乙トカ一個ノ家屋ノ上ニ共同ニ權利ヲ有スルカ如キ、著者ト書店トカ共同シテ或書籍ノ版權ヲ有スルカ如キハ共同權ナリ。此區別ハ或ル權利ヲ何人カ行使シ得ヘキヤ又如何ニ行使シ處分スヘキヤノ實用上ヨリ見テ必要ナルモノナリ。

第六 財產權、非財產權

此分類ハ權利ノ内容タル利益ヲ標準トスルモノナリ。財產權トハ經濟上ノ利益ヲ目的トスル權利ヲ謂フ。或ハ民法第六百六十七條同第三百九十九條ヲ理由トシテ反對說ヲ主張スル者アレトモ余ハ採ラス。之ニ屬スル權利ハ次ノ四者ナリ。

- (イ) 物權 物權トハ或ル特定物ニ付キ直接ニ一定ノ利益ヲ享受スルコトヲ内容トスル權利ナリ。所有權、抵當權ノ如シ。
- (ロ) 債權 債權トハ他人ニ對シテ一定ノ作爲又ハ不作爲ヲ要求スル權利ナリ。貸金返還請求

權ノ如キ其適例ナリ。

- (ハ) 無體財產權 無體財產權トハ智能的產出物ヲ目的トスル權利ヲ謂フ。著作權、特許權ノ如シ。

- (ニ) 社員權 社員權トハ社團法人ノ社員カ其法人ニ對シテ有スル地位ヲ客體トスル權利ヲ謂フ。非財產權トハ人格又ハ身分ト不可離ノ關係ヲ有スル權利ニシテ、之ニ屬スルモノハ次ノ如シ。

- (イ) 人格權 人格權トハ個々ノ人的利益ヲ目的トスル權利ヲ謂フ。身體、自由、名譽ヲ目的トスル權利ノ如キ是ナリ。

- (ロ) 親族權 親族權トハ親族關係ヨリ生スル權利ヲ謂フ。戶主權、親權、扶養ヲ受クル權利ノ如シ。

- (ハ) 相續權 相續權トハ相續開始後相續人ノ有スル權利(民法九九六條第一〇九〇條)及相續開始前ニ於テ相續人タルヘキ人ノ有スル權利(民法九七三條九七四條等)ヲ謂フ。

第七 支配權、請求權、形成權(抗辯權)

權利ノ作用ニ基ク分類ナリ。(イ)支配權トハ他人ノ行爲ヲ介セスシテ權利ノ客體ヲ直接ニ支配スル權利ヲ謂フ。物權、無體財產權ノ如シ。(ロ)請求權トハ他人ノ行爲不行爲ヲ要求スル權利ヲ謂フ。



債權ハ其主要ナルモノナリ。(ハ)形成權トハ一方的意思表示ニ依リ權利ヲ發生消滅又ハ變更セシメ得ル權利ヲ謂フ。例ヘハ取消權、解除權、選擇權ノ如キハ之ニ屬ス。抗辯權トハ請求ヲ一時拒絕スル權利ニシテ形成權ノ一種ナリ。例ヘハ同時履行ノ抗辯權、保證人ノ催告及檢索ノ抗辯權ノ如シ。

### 第三節 權利ノ主體

權利ノ主體ハ人ナリ。一般ニ權利ノ主體ナリト云フト雖モ如何ナル者ニ權利ヲ享有セシムルヤハ國家ノ任意ナリ。故ニ人トハ國家カ認メテ權利ノ主體ト爲シタルモノナリト云フヲ至當トス。

#### 第一款 自然人

自然人ニ關シテハ(第一)人トハ何ソヤ(第二)何時ヨリ人ナリヤ(第三)何處ニ於テ人ナリヤノ三個ノ問題ヲ研究スルコトヲ要ス。

自然人未タ必スシモ法律上ノ人ニ非ス。故ニ自然人ニシテ國家カ之ヲ法律上ノ人ト爲ササル者アリ。古ニ於テ認メラレタル奴隸ノ如キハ即チ是ナリ。又外國人ハ其自然人ナルニモ拘ラス内國ニ於テ之ヲ人ト視サリシカ如キコトアリキ。尤モ今日ノ法律ニ於テハ自然人ヲ權利ノ主體ナリトセサルコトナシ。奴隸ヲ認ムルコトハ萬國ノ禁スル所ナリ。而シテ自然人トハ何ソヤト云フコトハ法律上ノ問

題トシテ決定スヘキニ非スシテ寧ロ人類學上若クハ其他ノ科學ニ於テ決スヘキコトナリ。人類學ニ於テ人ナリト認メタル者ハ即チ法律上ノ自然人ナリ。

羅馬ノ古ノ法律ニ於テハ母體ヨリ分離シタルコト換言スレハ出生シタルコト、出生後生存シタルコト、鬼兒(モンストルム)ニ非サルコトノ三個ヲ以テ人タルノ要件ト爲シタリ。然レトモ出生シタルニ非サレハ之ヲ人ト謂ハスト云フコトハ何ヲ人ト謂フカノ問題ニ非スシテ何時ヨリ人ナルヤノ問題ニ歸ス。胎兒カ人ニ非スト云フコトハ胎内ヲ出ツル時マテ人ニ非スト云フコトナリ。尤モ各國ノ法律ニ於テ或ル特殊ノ事項ニ關シ胎内ノ子ヲ既ニ生レタルモノト看做シテ之ニ人タルノ權利ヲ與フルコトアリ。例ヘハ我カ民法第七百二十一條ニ「胎兒ハ損害賠償ノ請求權ニ付テハ既ニ生レタルモノト看做ス」トアルカ如キ、又同第九百六十八條ニ「胎兒ハ家督相續ニ付テハ既ニ生レタルモノト看做ス」トアルカ如キ死體ニテ生レタルトキハ之ヲ適用セス」ト規定スルカ如キ其他民法第六十五條ノ規定ノ如キ是ナリ。刑法ニ於テ墮胎罪ノ規定アルハ明カニ出生セサル者ヲ人ト見サルノ證據ナリ。

出生シタル後生存シタルコトヲ要ストハ獨リ羅馬ノ古法カ採リタル所ナルノミナラス普魯西、奧太利等ノ法律ニ於テモ出生シタル後聲ヲ發シタルコトヲ要ス或ハ眼ヲ開キタルヲ要スト云フカ如キ規定ヲ設ケタルコトアリ。然レトモ此要件モ亦等シク人トハ何ソヤト云フコトヲ定メタルモノニ非ス

シテ、人ニシテ出生シタル後生存シタルコトヲ要スト云フニ過キス。若シ然ラストセハ出生シテ後生存シタル犬猫牛馬ノ子モ亦人ナルカ如ク解セラレハナリ。

次ニ鬼兒ニ非サルコトヲ要スト云フコトモ亦人ニシテ鬼兒ナラサルコトヲ要ストノコトナルカ故ニ鬼兒ニ非サル者ハ皆人ナリト云フコト能ハス。詳言ズレハ鬼兒ニ非サル人ニ非サレハ權利ノ主體ニ非スト云フニ歸著ス。又古ノ學者或ハ人ノ子ハ人ナリトノ説ヲ爲シタル者アリト雖モ、人ノ子ニシテ人ニ非サルナキニシモアラス。又人ノ子ハ人ナリト云フト雖モ其人ヲ生ミタル者カ如何ニシテ人ナリヤト云フコトハ竟ニ不明ニ了ルヘシ。

最後ニ何處ニ於テ人ナリヤハ自然人ニ關シテハ今日ニ於テ問題ト爲ラス。一國ニ於テ人ナル者ハ他國ニ於テモ亦當然之ヲ權利ノ主體ト爲ササルヘカラス。外國人ヲ奴隸トスルカ如キハ今日ノ法律ノ許ササル所ナリ。但法人ニ付テハ此問題ハ最モ多クノ趣味ヲ有ス。

### 第二款 法人

法人トハ人ノ集合又ハ物ノ集合カ法律ノ規定ニ依リテ權利ノ主體タルコトヲ許可セラレタルモノナリ。如何ナルモノヲ法人ト爲スカハ各國ノ國法カ定ムル所ニシテ法人ハ法律ノ擬制ニ依リテ人ト看做サレ、之カ爲メニ始メテ權利ノ主體タルニ過キス（此擬制説ニ對シテ法人實在説ナルモノアリ其他法人不存在説アリ）。法律ハ國境內ヲ限トシテ行ハルルヲ原則ト爲スカ故ニ、一國ニ於テ法人タル

コトヲ認許セラレタル者モ他國ニ赴キテ亦當然法人ナリト云フコト能ハサルハ自明ノ理ナリ。尤モ國內法ニ於テ外國ノ法人トスルモノヲ法人トスヘシトノコトヲ規定スルモノアリ、又條約ニ依リテ外國法人ヲ內國法人ト爲スヘシト約定スルモノアリ（民法三六條參照）。

法人ニ關スルコトハ各論第五章第一節第二款ノ説明ヲ見ルヘシ。

### 第三款 人ノ分類

人ハ法律上能力ヲ有スルモノナリ。能力トハ人カ權利ヲ享有シ又ハ行使スル法律上ノ資格ナリ。能力ヲ分チテ權利能力、行爲能力ノ二種トス。權利能力トハ人タルノ權利ヲ享有シ義務ヲ負フノ法律上ノ資格ニシテ行爲能力トハ適法ノ行爲ナルト不法ノ行爲ナルトヲ問ハス其行爲ニ私法上ノ效果ヲ伴ハシムル資格ヲ謂フ（以上第十八章參照）。人ノ存在ト權利能力トハ法律上必スシモ一致スルモノニ非ス何トナレハ自然人ニ在リテハ人存在スルモ必シモ權利能力アリトセサレハナリ。然レトモ法人ニ在リテハ苟モ其存在スル以上ハ當然權利能力ヲ有スルモノナリ。

自然人ハ其生理上ノ必要其他百般ノ狀態ニ依リテ法律上ノ效果ニ差別ヲ及ボスモノナリ。例ヘハ年齡ニ依リテ成年者ト未成年者トノ權利義務ニ關スル區別ヲ爲シ、未成年者ニハ後見人ヲ附シ又十七歳未滿ノ者ニハ兵役ニ服スルノ義務ヲ負ハシメサルカ如ク、又婚姻シタルト否トニ依リテ權利義務ヲ異ニシ有夫ノ婦ハ夫ノ許可ヲ得サレハ或財產ノ取得及讓渡ヲ爲スコトヲ得ス又夫婦雙方ハ婚姻ノ

解消セサルニ他人ト婚姻スルコトヲ得サルカ如シ。其他心神ノ耗弱ナルヤ健康ナルヤニ因リ又嫡出子ナルヤ私生子ナルヤニ因リテ權利義務ヲ異ニスルモノナリ。

人ニ内國人ト外國人トアリ。我國ニ於テハ憲法第十八條ニ「日本臣民タルノ要件ハ法律ノ定ムル所ニ依ル」ト規定シ明治三十二年ノ國籍法ヲ以テ日本臣民タルノ要件ヲ定メタリ。外國人トハ日本人以外ノ總テノ人ヲ謂フ。此意味ニ於テハ何國ノ國籍ヲモ有セサル者即チ無國籍人モ亦外國人ナリ。一般的ニ外國人カ日本人ト爲ル原因ハ左ノ如シ。

- 第一 出生ニ因リテ日本人ト爲ル者
- 第二 歸化ニ因リテ日本人ト爲ル者
- 第三 婚姻ニ因リテ日本人ト爲ル者
- 第四 入夫婚姻ニ因リテ日本人ト爲ル者
- 第五 嘗テ日本人ナリシ者カ一旦外國人ト爲リ更ニ復歸シテ日本人ト爲ル者
- 第六 養子縁組ニ因リテ日本人ト爲ル者
- 第七 認知ニ因リテ日本人ト爲ル者
- 第八 外國ノ土地カ日本ニ讓渡サルルニ因リ其地ノ人民カ日本人ト爲ル者、外國カ日本ニ併合セラレタルニ因リテ該外國人カ日本人ト爲ル者

第九 外國人タル夫カ日本人ト爲リタルニ因リ其妻カ日本人ト爲ル者

第十 外國人タル父母カ日本人ト爲リタルニ因リ其子ニシテ未成年ナル者カ日本人ト爲ル者

出生ニ因リテ日本人ト爲ル者ノコトハ第十八章第二節第十一ニ於テ既ニ説了セリ。歸化ニ因リテ日本人ト爲ル場合トハ外國人カ自己ノ志望ニ因リテ日本ノ國籍ヲ取得スルコトヲ謂フ。而シテ外國人カ日本ニ歸化スルニハ下ノ要件ヲ具備セサルヘカラス。即チ(一)滿二十年以上ニシテ本國法ニ依リ能力ヲ有スルコト(二)歸化前引續キ五年以上日本ニ住所ヲ有スルコト(三)品行方正ナルコト(四)獨立ノ生計ヲ營ムニ足ルヘキ資産又ハ技能アルコト(五)其人カ無國籍人ナルカ又ハ日本ノ國籍ヲ取得スルニ因リテ本國ノ國籍ヲ失フヘキコト(六)内務大臣ノ許可ヲ得ルコト是ナリ。然レトモ日本ニ特別ノ關係ヲ有スル者ニハ以上ノ要件ヲ輕減セラル。即チ(イ)父又ハ母ノ日本人タリシ者(ロ)妻ノ日本人タリシ者(ハ)日本ニ於テ生レタル者(ニ)引續キ十年以上日本ニ居所ヲ有スル者(ホ)外國人ノ父又ハ母カ日本人ニシテ其外國人カ現ニ日本ニ住所ヲ有スルトキ(ヘ)日本ニ特別ノ功勞アル外國人(ト)日本ノ國籍ヲ取得シタル外國人ノ妻ノ七者ノ中(イ)(ロ)(ハ)ノ場合ハ現ニ日本ニ住所ヲ有スルトキハ五年以上住所ヲ有スルコトヲ要セス引續キ三年以上日本ニ居所ヲ有スルヲ以テ足ル。但シ(ハ)ノ場合ニ於テ其父又ハ母モ亦日本ニ於テ生レタル者ナルトキハ三年以上日本ニ居所ヲ有シタルコトヲ要セス。(ニ)ノ場合ハ現ニ日本ニ住所ヲ有スルヲ以テ足ル。(ホ)ノ場合ニハ品行端正ニシテ國籍ヲ

有セス又ハ日本ノ國籍ノ取得ニ因リテ其國籍ヲ失フヘキトキハ他ノ條件ヲ要セス。(ヘ)ノ場合ハ歸化ノ許可ヲ爲スニ勅裁ヲ要スルノ外他ノ條件ヲ要セス。(ト)ノ場合ハ無條件トス。何レノ場合ニモ現ニ外國人ノ妻タル者ハ夫ト共ニスルニ非サレハ歸化スルコトヲ得サルノミナラス内務大臣ノ許可ナクシテ歸化スルコトヲ得ス。歸化ノ條件ハ唯其歸化ヲ許可シ得ルニ必要ナル條件タルニ過キス。故ニ内務大臣ハ自由裁量ニ依リ許可ヲ決ス。

婚姻ニ因リテ日本人ト爲ル場合トハ外國人タル女子カ日本人タル男子ト婚姻スルニ因リテ日本人ト爲ルコト是ナリ。日本人タル女子カ外國人タル男子ト婚姻スルトキハ該外國人ハ日本人ト爲ラスシテ却テ該日本人タル女子ハ外國人ト爲ル。外國人タル男子カ日本人タル女子ト婚姻スルトキハ其男子ハ日本人ト爲ル

嘗テ日本人タリシ者カ一旦外國人ト爲リ更ニ復歸シテ日本人ト爲ルニハ歸化ノ如キ困難ナル要件ノ具備ヲ要セス。蓋シ元來カ日本人ナリシヲ以テナリ。此種ノ者ヲ小別シテ二ト爲ス。(一)ハ外國人ト婚姻シ之カ爲メニ日本ノ國籍ヲ失ヒ外國人ト爲リタル者ニシテ、此ノ如キ者ハ右婚姻ノ解消後日本ニ住所ヲ有スルトキハ内務大臣ノ許可ヲ得テ日本ノ國籍ヲ回復スルコトヲ得。(二)ハ自己ノ志望ニ依リ又ハ父母若ハ夫ニ從ヒテ日本ノ國籍ヲ失ヒ外國人ト爲リタル者ニシテ、此ノ如キ者ハ日本ニ住所ヲ有スルトキハ内務大臣ノ許可ヲ得テ日本ノ國籍ヲ回復スルコトヲ得ルナリ。

日本人ノ養子ト爲ルコトニ因リテ日本人ト爲ルモノニ關シテハ特別ノ説明ヲ要セス。

認知ニ因リテ日本人ト爲ルトハ日本人タル父又ハ母カ外國人タル未成年ノ子ヲ自己ノ子ナリト認ムルニ因リ日本人ト爲ルコトヲ謂フ。但シ右ノ未成年ナル子カ外國人ノ妻ニ非サルコトヲ要ス。何トナレハ外國人ノ妻ヲ認知シテ日本人ト爲ストキハ妻ヲシテ其夫ト國籍ヲ異ニスルノ結果ヲ生セシムレハナリ。

外國ノ領土カ日本ニ讓渡セララルルニ因リ其地ノ人民カ日本人ト爲ルコト及外國カ日本ニ併合セラレタルニ因リテ該外國人カ日本人ト爲ルコトニ付テハ我國籍法ニ規定セサル所ナリト雖モ、實例ヲ舉クレハ臺灣カ日本ノ領地ト爲リタルニ因リ臺灣ニ住メル支那人カ日本人ト爲リタルカ如キ、朝鮮カ日本領地ト爲リタルニ因リ朝鮮人即チ舊韓國人カ日本人ト爲リシカ如キ是ナリ。

外國人タル夫カ日本人ト爲リタルトキハ其妻モ亦日本人ト爲ル。此ノ如クセサレハ夫婦國籍ヲ異ニシ爲メニ夫婦雙方ノ屬スル國家カ夫ト婦トノ權利義務ニ關シテ衝突シタル規定ヲ有スルノ虞アレハナリ。外國人タル父又ハ母カ日本人ト爲リタルトキハ其子ニシテ未成年ナル者ハ日本人ト爲ル。但シ此規定(國籍法一五條)ハ任意的ノモノナリト解釋セラル。

日本人カ日本ノ國籍ヲ喪失スル原因左ノ如シ。

第一 日本人タル女子カ外國人タル男子ト婚姻シ夫ノ國籍ヲ取得スルトキハ日本ノ國籍ヲ失フ。

第二 自己ノ志望ニ依リ外國ノ國籍ヲ取得セハ日本ノ國籍ヲ失フ。

第三 日本ノ國籍ヲ失ヒタル者ノ妻及子カ其者(夫又ハ父母)ノ國籍ヲ取得シタルトキハ日本ノ國籍ヲ失フ。此規定ハ離婚又ハ離縁ニ因リテ日本ノ國籍ヲ失ヒタル者ノ妻及子ニハ之ヲ適用セス。但シ妻カ夫ノ離縁ノ場合ニ於テ離婚ヲ爲ササルトキハ此限ニ在ラス。又子カ父ニ隨ヒテ其家ヲ去リタルトキモ亦此限ニ在ラス。

第四 日本人タル子カ認知セラルルニ因リテ外國ノ國籍ヲ取得シタルトキハ日本ノ國籍ヲ失フ。但シ日本人ノ妻、入夫又ハ養子ト爲リタル者ハ此限ニ在ラス。

第五 日本ノ土地カ外國ニ讓渡サレタルトキハ其地ノ日本人ハ日本ノ國籍ヲ失フ。

第六 婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ日本ノ國籍ヲ取得シタル者ハ離婚又ハ離縁ノ場合ニ於テ其外國ノ國籍ヲ有スヘキトキニ限り日本ノ國籍ヲ失フ。

第七 勅令ヲ以テ指定スル外國(アメリカ合衆國、アルゼンチン、ブラジル、カナダ、チリ、ペルー)ニ生レタルニ因リテ其國ノ國籍ヲ取得シタル日本人ハ命令ノ定ムル所ニ因リ日本ノ國籍ヲ留保スルノ意思ヲ表示スルニ非サレハ其出生ノ時ニ遡リテ日本ノ國籍ヲ失フ。

右ノ規定ニ依リ國籍ヲ留保シタル者又ハ勅令指定前ニ生レタルニ因リ其國ノ國籍ヲ取得シタル日本人カ當該外國ノ國籍ヲ有シ且其國ニ住所ヲ有スル場合ニ其志望ニ依リ日本ノ國籍ヲ離脱ス

ルトキハ日本ノ國籍ヲ失フ。

第八 外國ニ生レタルニ因リ其國ノ國籍ヲ取得シタル者ニシテ「第七」ニ該當セサル者カ該外國ニ住所ヲ有シ内務大臣ノ許可ヲ得テ日本ノ國籍ヲ離脱スルトキハ日本ノ國籍ヲ失フ。

日本人ニシテ日本ノ國籍ヲ喪失スルコトヲ得サルモノ左ノ如シ。

第一 滿十七年以上ノ男子ハ既ニ陸海軍ノ現役ニ服シタルカ又ハ之ニ服スル義務ナキニ非サレハ日本ノ國籍ヲ失ハス。但「第七」「第八」ニ該當スル場合ハ此限ニ在ラス。

第二 現ニ文武ノ官職ヲ帶フル者ハ其官職ヲ失ヒタル後ニ非サレハ日本ノ國籍ヲ失ハス。

内國人ト外國人トヲ區別スルノ實用ハ其權利義務ノ差異如何ヲ知ルノ點ニ在リテ存ス。今其重ナルモノヲ列舉スレハ左ノ如シ

第一 甲國人乙國ニ在リト雖モ是レ一時ノ現象ニ過キス、縱令永久ニ乙國ニ居住セント欲スルモ乙國ヨリ拒絶セラルルトキハ乙國ヲ退去セサルヘカラス。之ニ反シテ甲國人ハ甲國ニ滞在シ甲國內ニ生活スルノ權利ヲ有ス。即チ國家ハ外國人ノ内國ニ在ル者ヲ追放スルノ權利ヲ有シ外國人ヲ内國ニ入レサルノ權利ヲ有スト雖モ、自國人ヲ國外ニ放逐スルコト能ハス。又自國人カ外國ヨリ自國ニ歸來スルヲ防止スルノ權利ヲ有セス。歷史上ノ事實ニ照スニ國家カ自國ノ國籍ヲ有スル者ヲ國外ニ追放シタルノ例ニ乏シカラス。古代竝ニ中世ニ在リテハ勿論近時ニ於テモ亦佛國カ自國ノ

貴族ヲ追放シタルカ如キ、葡萄牙カドン、ミゲールヲ追放シタルカ如キ其顯著ナルモノナリト雖モ是レ現時ノ法理ノ認メサル所ナリ。

**第二** 國家ハ自國人ニ對シ或ル特殊ノ行爲ヲ要求スルノ權利ヲ有ス例ヘハ兵役ニ服セシメ又或ル種ノ租稅ヲ納付セシムルカ如キ是ナリ。此ノ如キ義務ハ外國ニ赴クモ消滅スルモノニ非ス。

**第三** 國家ハ自國人ニ對シテハ其外國ニ在ル者ト雖モ之ヲ保護スルノ權利ヲ有ス。即チ外國ニ在ル自國人民ハ本國ノ保護ヲ受クルモノナリ。此保護ヲ與フル者ハ公使、領事、軍艦等ナリ。例ヘハ危難アルトキ之ヲ庇保スルカ如キ難破船ヲ救助スルカ如キ婚姻、相續其他一切ノ私法的行爲ニ付キ公證ヲ與フルカ如キ皆是ナリ。而シテ何レノ國ノ法律ニ於テモ此種ノコトハ細密ニ規定スルヲ例トス。第三國カ甲國ニ在ル乙國人民ヲ保護スルハ決シテ權利ノ問題ニ非スシテ特別ノ條約又ハ依頼ヲ俟チテ然ル所ナリ。

**第四** 國家ハ自國人ヲシテ忠實ニ且從順ナラシムルノ權利ヲ有ス。外國人モ亦他國ニ滞在スル間ハ滞在國ニ從順ナラサルヘカラサルノ義務アリト雖モ、政治上軍事上ノ權利義務ニ關シテハ之カ例外タリ。其他ノ事件ニ付テモ外國人ハ只滞在ノ間ノミ滞在國ニ服從スヘキニ過キスシテ內國人ノ如ク出テテ外國ニ在ルトキニ於テモ亦此種ノ服從義務アルモノニ非ス。此外自國人ノ一身上ノ事項ヲ定ムルノ權利ハ本國ノミ之ヲ有ス。要スルニ內國人ハ凡テノ事ニ關シテ內國ノ法律ニ絕對ニ

服從スルモノナリト雖モ、外國人ハ或ル關係ニ付キ又或ル場合ニ於テノミ內國ノ法律ニ服從スルニ過キサルナリ。

**第五** 私權ニ付テハ各國ノ制度ニ依リ多少ノ差異アリト雖モ、我國ノ法律ハ今日多數ノ國家カ採ル所ノ主義ト同シク内外人平等主義ヲ採用セリ。但シ法令又ハ條約ニ於テ禁止セル場合ハ此限ニ在ラス(民法二條)。外國人カ政治上ノ權利ヲ享有スルコト能ハサルハ原則トシテ當然ナリト雖モ、尙ホ衆議院議員選舉法、府縣制、治安警察法等ニ於テ之ヲ規定セリ。私權ニ付テ外國人ノ享有スルコト能ハサル最モ重ナルモノヲ舉クレハ、日本銀行、橫濱正金銀行、農工銀行等ノ株主、取引所ノ會員又ハ取引員ト爲ルノ權、辯護士ト爲ルノ權、船舶所有權、鑛業人ト爲ルノ權、砂鑛採取ノ權、水先案内人ト爲ルノ權等はナリ。

#### 第四節 權利ノ客體

人ノ生命、身體、自由、名譽、節操等皆權利ノ客體ナリ。然レトモ權利ノ客體中最モ主要ナルモノハ即チ物ナリ。我カ民法ニ於テハ物トハ有體ノ物ニ限ルコトヲ規定セリ。然レトモ廣ク論スルトキハ有體以外ノ物ヲモ物ト云フヲ穩當トス。物ニハ左ノ如キ重ナル區別アリ。

##### 第一 動產、不動產

動産トハ其所在ヲ變更スルコトヲ得ヘキ物ヲ謂ヒ、不動産トハ一定ニシテ動かスコトヲ得目的トセサル物ヲ謂フ(民法八五條參照)。例ヘハ下駄ノ如キハ動産ニシテ土地ノ如キハ不動産ナリ。家屋其他ノ建物ノ如キハ其所在ヲ變更スルコトヲ得ヘキ物ナリト雖モ土地ニ附着シテ離スコトナキヲ目的トスルモノナルカ故ニ通常之ヲ不動産ノ中ニ算入ス。動産、不動産ヲ區別スルノ實益ハ兩者其取扱ヲ異ニスルノ點ニ在リ。例ヘハ不動産ニ登記アレトモ動産ニ之ナキカ如ク、不動産ハ抵當權ノ目的物ト爲レトモ動産ハ然ラサルカ如シ(民法一七七條一七八條)。

### 第二 融通物、不融通物(讓渡スコトヲ得サル物)

融通物トハ取引ノ目的物ト爲ルコトヲ得ル物ニシテ、不融通物トハ取引ノ目的物ト爲ルコト能ハサル物ヲ謂フ。例ヘハ羅馬法ニ於ケル神物(レン、サクレー)ノ如キ月日ノ如キ海洋ノ如キ空氣ノ如キ道路ノ如キ皆不融通物ナリ。之ニ反シテ酒、味噌、机、硯ノ如キハ皆融通物ナリ。法律カ官ノ許可ナクシテ賣買讓與スルコトヲ禁スル物アリ、毒藥、爆發物、煙草、樟腦ノ如キ是ナリ。然レトモ此等ハ絶對ニ非ス。風俗ヲ壞亂スルノ惧アル猥褻ノ圖畫ノ如キハ制限ヲ加フルモ取引ノ目的物トスルコト能ハサルモノナルカ故ニ不融通物ナリ。

### 第三 主物、從物

主物トハ獨立シテ用ヲ爲ス物ニシテ、從物トハ他ノ物ニ附帶シテ初メテ用ヲ爲ス物ナリ。民法第

八十八條第一項ニ「物ノ所有者カ其物ノ常用ニ供スル爲メ自己ノ所有ニ屬スル他ノ物ヲ以テ之ニ附屬セシメタルトキハ其附屬セシメタル物ヲ從物トス」トアルハ是ナリ。例ヘハ金庫ハ主タル物ニシテ其鍵ハ從タル物ナリ。又蚊帳ハ主タル物ニシテ其釣手ハ從タル物ナリ、瓶ハ主タル物ニシテ其栓ハ從タル物ナリ。此二者ヲ區別スルノ實用ハ主タル者ニ關スル法律行爲ハ特別ノ合意ナクシハ從タル物ニ及フノ點ニ在リ(民法八七條三項)。主物ト從物トハ必ス異ナリタル物ナラサルヘカラス、一物ノ中ニ包含セラレル物ハ從タル物ニ非ス。例ヘハ箆筒ノ抽斗ハ箆筒ノ從タル物ニ非ス、梅ノ實ハ梅ニ對シテ從タル物ニ非ス、元金ノ利子ハ元金ニ對シテ從タル物ニハ非サルナリ。

### 第四 特定物、不特定物(民法四〇〇條四〇一條)

性質、數量及種類ノ同一ヲ目的トスル物ハ不特定物ニシテ、然ラサル物ハ特定物ナリ。例ヘハ漠然ト米一升、麥三合ト云ヘハ不特定物ナレトモ、現ニ此米櫃ノ内ニ在ル米ト云ヘハ特定物ト爲ルヘク、又祖先ノ系圖、名將ノ甲冑ノ如キハ決シテ他物ヲ以テ之ニ代フルコト能ハサルモノナルカ故ニ特定物ナリ。故ニ物ノ此區別ハ契約ノ履行ノ場合ニ於テ實用ヲ見ルモノナリ。例ヘハ米一升ヲ借リテ之ト同性質、同種類ノ米一升ヲ返還スルコトヲ妨ケサルカ如シ。民法第四百條ニ「債權ノ目的カ特定物ノ引渡ナルトキハ債務者ハ其引渡ヲ爲スマテ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ其物ヲ保存スルコトヲ要ス」トアリ。故ニ不特定物ニ付テハ善良ナル管理者ノ注意ヲ用フルコトヲ要セサルナリ。

**第五 可分物、不可分物**

分割シテ獨立物ト爲シ得ヘク又其價格ヲ減殺スルコトナキ物ハ可分物ナリ。例ヘハ綿、酒ノ如シ。分割シタルカ爲メニ其物ノ本質ヲ失ヒ其價格ヲ減殺スルモノハ不可分物ナリ。例ヘハ寫眞、生牛、生馬、寶石等ノ如シ。故ニ此兩物ノ區別ハ物質上ヨリ見テ分ツヘキト否トニ依リテ立テタルモノニ非ス

**第六 消費物、非消費物(民法五八七條)**

消費物トハ一時ノ使用ニ因リテ消滅シ又ハ變形スル物ヲ謂フ。例ヘハ魚、鳥、菓物、煙草ノ如シ。非消費物トハ一時ノ使用ニ因リテ消滅シ又ハ變形セサル物ヲ謂フ。例ヘハ家屋、鐵砲、船舶ノ如シ。此兩者ノ區別モ亦契約ノ履行ノ場合ニ多クノ實用アリ。

**第七 有體物、無體物(民法八五條、刑法二四五條)**

有體物トハ空間ニ存在シテ人目ニ觸ルル財産(財産トハ金錢上ノ價ヲ有スル權利ノ總體ナリ)ト目物ヲ謂ヒ、無體物トハ然ラサルモノヲ謂フ。例ヘハ盆ノ如キハ有體物ニシテ瓦斯、電氣ノ如キハ無體物ナリ。此兩者ノ區別ハ法律ノ適用ヲ異ニスルノ點ニ存ス。例ヘハ有體物ハ差押ノ目的物ト爲スコトヲ得レトモ無體物ハ然ラサルカ如シ。

**第八 有主物、無主物(民法二三九條)**

有主物トハ現ニ或人ノ權利ノ下ニ立チツツアル物ヲ謂ヒ、無主物トハ現ニ何人ノ權利ニモ屬セサル物ヲ謂フ。無主物ト雖モ其性質ヲ變シテ或人ノ權利ノ下ニ立チタルトキハ變シテ有主物ト爲ルモノナリ。例ヘハ空中ニ飛翔スル鳥、海中ニ游泳スル魚ハ無主物ナレトモ、若シ何人カ之ヲ捕獲スルトキハ有主物ト爲ルカ如シ。

**第九 元物、果實(民法八八條八九條)**

物ノ產出物ヲ果實ト云ヒ果實ヲ生スル物ヲ元物ト云フ。例ヘハ果樹ノ實、貸金ノ利息ハ果實ニシテ其果樹、貸金ハ元物ナリ。果實ニ天然果實、法定果實ノ二種アリ。天然果實トハ物ノ用方ニ從ヒ收取スル產出物ナリ。例ヘハ米ノ如ク、鶏卵ノ如シ。法定果實トハ物ノ使用ノ對價トシテ受クヘキ金錢其他ノ物ヲ謂フ。例ヘハ家賃ノ如シ。天然果實ハ其元物ヨリ分離スル時ニ之ヲ收取スル權利ヲ有スル者ニ屬シ、法定果實ハ之ヲ收取スル權利ノ存續期間日割ヲ以テ之ヲ取得ス。

**第五節 法律上ノ義務**

義務トハ法律ノ強制ヲ受ケテ行爲又ハ不行爲ヲ爲スヘキコトヲ謂フ。此定義ハ義務ヲ獨立ニ觀察シタルニ因リテ生スルモノナリ。若シ義務ヲ權利ニ繋ラシメテ定義スルトキハ「義務トハ權利ニ服従スル強制ナリ」ト謂フコトヲ得ヘシ。



## 第二編 各論

### 第一章 憲法及皇室典範

#### 第一節 概論

憲法トハ國家ノ組織ト國家ノ直接機關ノ權限トヲ定メタル法規ニシテ、皇室典範トハ皇室内部ノ事ニ關スル法規ナリ。

國家ヲ國體上ヨリ區別スルトキハ即チ統治權カ何人ニ存スルヤノ點ヨリ見テ君主國、民主國、君民同治國、民主立君國ト爲スコトヲ得ヘシ。君主國トハ統治權カ君主ニ屬スル國家ヲ謂ヒ、民主國トハ統治權カ人民ニ屬スル國家ヲ謂ヒ、君民同治國トハ主權カ君主ト人民トニ屬スル國家ヲ謂フ。統治權カ如何ナル機關ニ依リテ行使セラルルカ(如何ナル方法ニ依リテ運用セラルカ)ノ點即チ政體ヨリ區別スルトキハ立憲國及專制國ト爲スコトヲ得ヘシ。我國ノ如キハ即チ立憲君主國ナリ。蓋シ君主カ統治權ヲ行使スルニ關シ如何ナル機關ニ由ルヘキカノ制限ニ從フモノナレハナリ。斯ル制限無キ國家ヲ專制政體ノ國家ト云フ(憲法五條五五條五七條)君主國ニハ尙ホ世襲君主國ト選舉君主國トノ二種アリ。實質ハ其名ノ示ス所ノ如シ。我

國ハ立憲的世襲君主國ナリ。

## 第二節 天皇

### 第一 天皇ノ憲法上ノ地位

天皇ハ統治權ノ總攬者ナリ。天皇ノ意思ハ憲法ノ範圍内ニ於テ國家意思ト見ラル。外國ニ於テハ君主ト議會トカ共同シテ統治ヲ爲スコト英吉利ノ如キモノアリ。又希臘、白耳義ノ如キ君主ト議會トカ共同シテ統治權ヲ總攬スルモノトシ且其統治權ハ國民ヨリ出ツト爲スモノアリト雖モ、我國ノ憲法ハ嚴ニ此種ノモノト區別セサルヘカラス(憲法四條)。天皇ハ神聖ニシテ侵スヘカラサルモノナルカ故ニ天皇ハ如何ナル行爲ニ付テモ何等ノ責任ヲ負フコトナク又法律ニ依リテ處罰ヲ受クルコトアルヘカラス(憲法三條)。

### 第二 天皇ノ大權

天皇ハ大權ヲ有ス。大權トハ議會ノ協贊ヲ經スシテ爲スコト即チ親裁ノ權利ヲ指稱ス。此權利ハ憲法第五條乃至第十六條ニ掲クル所ニシテ左ノ如シ。

- (一) 宣戰講和ノ權(二三條)
- (二) 陸海軍統帥ノ權(二一條)陸海軍ノ編制及常備兵額ヲ定ムルノ權(二二條)

- (三) 戒嚴宣告ノ權(二四條)
- (四) 條約締結ノ權(二三條)
- (五) 帝國議會ノ召集、閉會、閉會、停會及衆議院ノ解散ヲ命スルノ權(七條)
- (六) 法律ヲ裁可シ公布セシメ執行セシムルノ權(六條)
- (七) 命令制定ノ權(八條九條)
- (八) 官制制定、文武官任免及其俸給ヲ定ムルノ權(一〇條)
- (九) 爵位、勳章其他ノ榮典ヲ授與スルノ權(一五條)
- (十) 大赦、特赦、減刑及復權ヲ命スルノ權(一六條)

### 第三 皇位ノ繼承

國家一日モ元首無カルヘカラス、故ニ皇位ノ缺ケタルトキハ直チニ之ヲ充タササルヘカラス。之ヲ名ケテ皇位ノ繼承ト云フ。皇位ノ繼承ハ之ヲ辭スルコトヲ許サス。外國ニ於テハ女子ニ皇位ヲ繼承セシムルモノアリ。英吉利、和蘭ノ如キハ即チ是ナリ。我國ニ於テハ男系ノ男子ニ限り皇位ヲ繼承スルコトヲ許スカ故ニ男系ノ女子及女系ノ男子及女子ハ繼承權ヲ有セス(憲法二條典範一條)。皇位繼承ノ順序ハ左ノ如シ。

#### 一 皇長子

- 二 皇長子ナキトキハ皇長孫
  - 三 皇長子又ハ其子孫ナキトキハ皇次子及其子孫
  - 四 皇子孫皆在ラサルトモハ皇兄弟及其子孫
  - 五 皇兄弟及其子孫ナキトキハ皇伯叔父及其子孫
  - 六 皇伯叔父及其子孫ナキトキハ其以上ニ於テ最近親等ノ皇族而シテ皇兄弟以上ハ嫡出ヲ先ニシ庶出ヲ後ニシ又長ヲ先ニシ幼ヲ後ニス(典範四條乃至八條)。
- 右ノ順序ハ繼承者ニ不治ノ重患又ハ重大ナル事故アル場合ニ皇族會議及樞密顧問ニ諮詢シ其順序ヲ換フルコトヲ得ヘシ。繼承ノ順序ヲ換フト云フコトハ繼承ノ資格ヲ喪失シタルニ非サルコトヲ注意スヘシ(典範九條)。
- 皇位ノ喪失ト繼承トノ間ニハ寸隙ナキモノト見ルヘシ。蓋シ若シ然ラストセハ瞬時ト雖モ國家ニ統治權ノ總攬者ナク、從テ國家ハ一時元首ノ欠缺ニ因リテ滅亡シタルモノト爲ルヘケレハナリ。「君主ハ死セス」國王ハ死セス」ト云フカ如キ法律上ノ格言ハ此意味ヨリ出ツ。先帝胎兒ヲ遺シテ崩御スルモ胎兒ハ天皇ニ非ス。
- 天皇カ即位式ヲ行フハ皇位ヲ嗣キタルカ爲メニシテ即位式ヲ行フコトニ因リテ皇位ヲ嗣クニ非ス(典範一條)。

### 第三節 攝政

攝政ハ天皇カ未成年ナルトキ又ハ久キニ互ル故障ニ由リ大政ヲ親ラスルコト能ハサルトキ之ニ代リテ統治權ヲ行使スルモノナリ。天皇未成年ナルトキ即チ十八歳未滿ナルトキハ常ニ攝政ヲ置キ、久キニ互ルノ故障ニ由リ大政ヲ親ラスルコト能ハサルトキハ皇族會議及樞密顧問會議ニ依リテ攝政ヲ置クコトヲ定ム。

攝政ハ決シテ天皇ノ後見人ニ非ス。後見人ハ一人ノ機關ニシテ財產權及個人權ヲ代表スルモノナレトモ攝政ハ統治權ヲ行使スルモノナレハナリ。攝政ハ又保佐人ニモ非ス將タ代理人ニモ非ス。皇室典範第二十六條ニ太傅ノコトヲ規定スト雖モ、太傅ハ唯天皇ノ養育教育ニ關スル事項ヲ掌ルノミニシテ統治權ニハ何等ノ關係ヲ有セス。太傅ヲ定ムルハ先帝ナリ。先帝之ヲ定メ置カサレハ攝政ヨリ皇族會議及樞密顧問ニ諮詢シテ之ヲ選任ス。攝政及其子孫ハ太傅ト爲ルコトヲ得ス(典範二十六條乃至二十九條)。

攝政ハ天皇ニ代テ統治ヲ爲ス(憲法一七條二項)ト雖モ唯一個ノ制限ハ憲法第七十五條ニ「憲法及皇室典範ハ攝政ヲ置クノ間之ヲ變更スルコトヲ得ス」トアルコト是ナリ。攝政ハ唯大權ヲ行フノミナラス統治權ヲ行フモノナリ。從テ攝政ハ天皇ト均シク神聖ニシテ侵スヘカラサルモノナリト解釋セサル

ヘカラス。

攝政カ其職ヲ止メタル後ニ於テ攝政在任中ニ爲シタル行爲ニ關シ責任ヲ負ハシムルコトヲ得ルカ。ゲオルグ、マイヤー及ザイデルノ如キハ之ヲ肯定スレトモ、我憲法ニハ何等ノ規定ナク、攝政令第四條ニハ「攝政ハ其任ニ在ル間刑事ノ訴追ヲ受クルコトナシ」トアリ。

次ニ攝政ト爲ルコトヲ得ル資格ニ付テ説明セン。凡ソ攝政ト爲ルノ要件二個アリ。(一)皇族タルコト(二)該皇族ハ成年以上ナルコト是ナリ。皇太子又ハ皇太孫ハ滿十八歳ヲ以テ成年トスト雖モ爾餘ノ皇族ハ凡テ二十歳ヲ以テ成年トス。

皇族中攝政ト爲ルノ順序ハ(第一)皇太子(第二)皇太孫(第三)皇太子又ハ皇太孫ナキカ又ハ之アルモ未成年ナルトキハ皇位繼承ノ順序ニ從ヒ皇族タル男子(第四)皇后(第五)皇太后(第六)太皇太后(第七)皇族タル女子トス。但シ皇族タル女子カ攝政ト爲ルニハ(甲)未タ婚嫁セサルカ(乙)同族ニ嫁シテ配偶者ヲ失ヒタルカ(丙)異族ニ嫁シテ後皇族ニ復シタルカノ何レカニ該當スルコトヲ要ス。

叙上ノ順序ニ付キ其人ニ故障アルトキハ皇族會議及樞密顧問會議ヲ經テ之ヲ變更スルコトヲ得ヘシ。最近親ノ皇族未タ成年ニ達セサルカ又ハ其他ノ事故ニ由リ他ノ皇族カ攝政ニ任シタルトキハ後ニ至テ最近親ノ皇族カ成年ニ達シ又ハ其事故既ニ除クト雖モ皇太子及皇太孫ニ對スル外、攝政ヲ讓ルコトナシ(典範二四條)。

攝政終了ノ原因ハ左ノ如シ。

(一) 天皇ノ崩御

(二) 攝政ノ薨去

(三) 天皇カ成年ニ達シタルトキ又ハ久キニ互ル故障ノ除カレタルトキ 天皇カ成年ニ達シタルヤ否ヤハ明瞭ナル事實ナレトモ故障ノ除カレタルヤ否ヤハ不明ナルカ故ニ是レ亦皇族會議及樞密顧問會議ニ依リテ之ヲ決スヘキモノト解スヘシ。

(四) 攝政自身ニ故障ヲ生シタルトキ 此場合ニ於テハ皇族會議及樞密顧問ノ會議ヲ經テ之ヲ決ス(典範二五條)。

(五) 女子タル攝政カ婚嫁シタルトキ 婚嫁ハ攝政終了ノ原因ト爲ルカ故ニ婚嫁ヲ爲スニハ皇族會議及樞密顧問ノ會議ヲ經サルヘカラス。

(六) 皇太子又ハ皇太孫カ未成年ナルカ又ハ故障アルニ因リ其次位ノ者カ攝政ト爲リタルニ皇太子又ハ皇太孫カ成年ニ達シタルカ又ハ故障ノ除カレタルトキ

#### 第四節 臣民ノ權利義務

普通ノ用語ニ於テハ人民ト稱スレトモ憲法ノ用語ニ於テハ臣民ト云フ。臣民トハ君主國ノ國民ノ總

體ナリ。臣民ハ國家ヨリ保護ヲ受ルノ權利ヲ有シ又國家ニ絶對ニ服従スヘキ義務ヲ負フ。憲法カ臣民ノ權利トシテ擧ケタルモノ左ノ如シ。

- (一) 文武官ト爲ルノ權(一九條)
- (二) 居住及移轉ノ自由(二二條)
- (三) 言論出版ノ自由(二九條)
- (四) 集會結社ノ自由(二九條)(治安警察法)
- (五) 請願權(三〇條)(議院法六二條乃至七一條、請願令)
- (六) 法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權(二四條)(裁判所構成法)
- (七) 住所不可侵、不搜索ノ權(二五條)
- (八) 信書祕密ノ權(二六條)(郵便法四四條)
- (九) 逮捕、監禁、審問、處罰ヲ受ケサルノ權(二三條)
- (十) 所有權不可侵ノ權(二七條)
- (十一) 信教自由ノ權(二八條)

以上ノ權利ハ一般法律ノ規定ニ依ルノ外特ニ明治十五年布告第三十六號戒嚴令ニ依リテ制限ヲ受クルモノナリ。

臣民ノ義務ハ一般ニ述フレハ絶對ニ國家ニ服従スヘキコト、法令ヲ遵守スヘキコトナリ。憲法カ特ニ義務トシテ臣民ニ命スル所ハ兵役ニ服スヘキコト(二〇條)及租稅ヲ納ムヘキコト(二一條)ノ二者ナリ。

### 第五節 國務大臣

憲法第五十五條ニ「國務各大臣ハ天皇ヲ輔弼シ其ノ責ニ任ス」トアリ。國務大臣ハ概ネ行政各部ノ長官タリト雖モ、行政各部ノ長官タル大臣ノ外別ニ國務大臣ヲ置クコトヲ妨ケス。内閣官制第十條ニ「各省大臣ノ外特旨ニ依リ國務大臣トシテ内閣ニ列セシメラルルコトアルヘシ」トアルハ是ナリ。閣議ニ參與セサル大臣即チ宮内大臣及内大臣ハ國務大臣ニ非ス。各大臣トアルハ大臣皆單獨ニ責ニ任スルノ意ナリ。責ニ任スルハ統治權ノ總攬者タル天皇ニ對シテ責ニ任スルモノト解スルヲ至當トス。從テ如何ナル方法ニ依リテ責ヲ負ハシムルカハ天皇ノ意思如何ニ在リ。

國務大臣カ責ニ任スルノ形式ハ副署ヲ爲スニ在リ。國務大臣ハ副署ヲ拒ムコトヲ得ルヤ否ノ問題アリ。此問題ニ對シテ「元首若シ憲法違反ノ行爲ヲ爲シタリトセハ其行爲ハ元首ノ行爲ニ非スシテ一個人ノ行爲ナリ國務大臣ハ元首ノ行爲ニ副署スヘキ義務アレトモ一個人ノ行爲ニ副署スヘキ義務ナシ」ト説明スルコトボルンハツクノ如キ者アレトモ、我輩ハ寧ロ消極論ヲ採ル。抑モ元首ノ行爲カ違憲ナルヤ否ヤハ果シテ何人ノ決スヘキ所ナルカ。若シ國務大臣之ヲ判別スルコトヲ得ヘシトセハ

國務大臣ハ元首以上ノカヲ有スルコトト爲ルヘシ。或行爲カ憲法違反ナルカ否ハ一ノ解釋論ニシテ其解釋ヲ爲スノ最高ノ權利ハ元首ニ屬スルコト明ナリ。

### 第六節 樞密顧問

憲法第五十六條ニ「樞密顧問ハ樞密顧問官制ノ定ムル所ニ依リ天皇ノ諮詢ニ應ヘ重要ノ國務ヲ審議ス」ト規定セリ。樞密顧問ノ國務大臣ト異ナル所ハ各樞密顧問官カ天皇ノ諮詢ニ應フルニ非サルコト及諮詢ヲ待チテ後初メテ意見ヲ奉ルノ二點ニ存ス。

樞密顧問カ諮詢ニ應シテ審議スヘキ事項左ノ如シ(樞密院官制六條)

- (一) 皇室典範ニ於テ其權限ニ屬セシメタル事項
- (イ) 皇位繼承ノ順序ヲ變更スル場合
- (ロ) 攝政ヲ置ク場合
- (ハ) 攝政ノ順序ヲ變更スル場合
- (ニ) 攝政カ太傅ヲ選任スル場合、同シク太傅ヲ退職セシムル場合
- (ホ) 土地物件ヲ世傳御料ニ編入スル場合
- (ヘ) 皇室典範ヲ改正又ハ増補スル場合

- (ト) 王ヲ華族ニ列セシムル場合、王ヲ華族ノ家督相續人ト爲シ又ハ華族ノ養子トスル場合
- (チ) 皇族ヲ臣籍ニ下ス場合
- (リ) 元號ヲ勅定スル場合
- (二) 憲法ノ條項又ハ憲法ニ附屬スル法律勅令ニ關スル草案及疑義
- (三) 戒嚴ノ宣告
- (四) 緊急勅令ノ制定及緊急勅令ニ依リ財政上必要ノ處分ヲ爲スコト、罰則アル勅令ノ制定
- (五) 列國交渉ノ條約及約束
- (六) 樞密院ノ官制及事務規程ノ改正ニ關スル事項
- (七) 前諸項ニ掲クルモノノ外臨時ニ諮詢セラレタル事項

### 第七節 帝國議會

#### 第一 帝國議會ノ組織

帝國議會ハ國家ノ一機關ナリ。其組織ニ付テハ我國ハ貴族院、衆議院ノ兩院制度ヲ採ル(憲法第三三條)外國ニ於テハ一院制度ヲ採ルコト獨逸ノ如キモノアリ。貴族院ハ貴族院令ニ依リ左ノ數者ヲ以テ組織ス(憲法第三四條、貴族院伯子男爵議員選舉規則、貴族院多額納稅者

議員互選規則及同施行細則並貴族院帝國學士院會員互選規則。

(一) 皇族タル男子ニシテ成年以上ノ者悉皆

(二) 華族

甲 滿三十歳以上ノ公侯爵悉皆 但シ勅許ヲ得テ議員タルコトヲ辭スルコトヲ得ルト共ニ辭シタル後勅命ニ依リ再ヒ議員ト爲ルコトヲ得。

乙 伯子男爵滿三十歳以上ノ者ハ各々其ノ同爵ノ互選ニテ七箇年ノ任期ヲ以テ議員タリ。其數ハ伯爵十八人、子爵及男爵ハ各六十六人トス。

伯子男爵議員ノ選舉ハ七月十日東京ニ於テ行ハル。投票ハ記名、連記ノ制ヲ採リ且ツ一定ノ事由アル場合ニハ同爵中ノ他ノ選舉人ニ投票ヲ委託スルコトヲ得ルモノトス。

華族ニシテ左ノ者ハ貴族院議員ノ選舉權及被選舉權ヲ有セス。

一 瘋癲、白癡ノ者

二 身代限ノ處分ヲ受ケ負債ノ義務ヲ免レサル者

三 刑事ノ訴ヲ受ケ勾留又ハ保釋中ニ在ル者

四 此外神官、神職其他諸宗ノ僧侶又ハ教師ハ選舉人タルコトヲ得ルモ被選舉人タルコトヲ得ス。

(三) 勅選議員

甲 國家ニ勤勞アリ又ハ學識アル男子ニシテ滿三十歳以上ノ者カ勅任セラレタルトキハ終身貴族院議員タリ。其數ハ百二十五人ヲ超ユヘカラス。而シテ本號ノ議員身體又ハ精神ノ衰弱ニ因リ職務ニ堪ヘサルニ至リタルトキハ貴族院ニ於テ其ノ旨ヲ議決シ上奏シテ勅裁ヲ請フヘキモノトス。

乙 滿三十歳以上ノ男子ニシテ帝國學士院會員タル者ノ中ヨリ四人ヲ互選シ其ノ選ニ當リ勅任セラレタル者ハ其會員タル間七箇年ノ任期ヲ以テ議員タリ。之カ選舉ハ帝國學士院規程ニ定メタル各部ニ於テ各二人ヲ互選スルモノトス。互選資格ヲ有スル者ハ選舉ノ期日(九月二十日)ノ三十日前ヨリ其ノ日迄引續キ帝國學士院會員タル者タルコトヲ要ス。互選人ハ選舉會場ニ於テ選舉管理者ノ交付シタル投票用紙ニ其ノ選舉ニ於ケル議員ノ定數以下ノ被選舉人ノ氏名ヲ自ラ記載シテ投函スヘキモノナリ。然レトモ互選人東京府ノ外ニ居住スルニ因リ又ハ公務若ハ疾病傷痍ニ因リ選舉ノ當日選舉會場ニ至ルコト能ハサルトキハ郵便ニ依リ投票スルコトヲ得。尙投票ハ一人一票ニ限リ且無記名トス。而シテ有效投票ノ最多數ヲ得タル者ヲ以テ當選人トス。但シ其選舉ニ於ケル議員ノ定數ヲ以テ總被選舉人ノ得票總數ヲ除シテ得タル數ノ四分ノ一以上ノ得票アルコトヲ要ス。而シテ當選人ナキトキ其他特定ノ場合ニ於テハ再選

舉ヲ行フヘク、又議員ニ關員ヲ生シタルトキハ貴族院議長ヨリ其旨ヲ上奏シ勅旨ヲ以テ補闕選舉ヲ行フヘキコトヲ命ス。補闕議員ハ其ノ前任者ノ殘任期間在任スルモノトス。

丙 互選ニ因ル多額納稅者議員ハ北海道各府縣内ニ於テ土地又ハ商業工業ニ付キ最多額ノ直接國稅ヲ納ムル三十歳以上ノ男子百人中ヨリ一人又ハ二百人中ヨリ二人ヲ互選シテ當選勅任セラレタル者ハ七箇年ノ任期ヲ以テ貴族院議員ト爲ル。其總數ハ六十六人以内トシ、北海道各府縣ニ於ケル定數ハ通常選舉毎ニ人口ニ應シ勅令ヲ以テ指定セラル。

貴族院多額納稅者議員ノ互選資格ヲ有スル者ハ互選人名簿調製期日即チ選舉ヲ行フ年ノ六月一日迄引續キ一年以上北海道又ハ各府縣ニ於テ本籍ヲ定メ住居シ多額ノ直接國稅ヲ納メ仍引續キ居住及納稅スル者タルコトヲ要ス。而シテ互選人ヲ定ムルニ當リ納稅額同シキトキハ年齢ノ多キ者ヲ取リ年齢モ亦同シキトキハ地方長官抽籤シテ之ヲ定ムヘキモノトス。互選人名簿ハ選舉ヲ行フ年ノ六月一日ノ現在ニ依リ地方長官ノ調製スル所ニシテ八月三十一日ヲ以テ確定ス。選舉ハ投票ニ依リ九月十日之ヲ行フ。投票ハ一人一票ニシテ自書且無記名トス、尙ホ選舉ニ關シテハ衆議院議員選舉法中罰則規定ノ準用アリ。當選人ハ有效投票ノ最多數ヲ得尙法定ノ最少限ヲ下フサル得票アルコトヲ要ス。而シテ當選人ナキトキ其他一定ノ場合ニ於テハ更ニ選舉ヲ行ヒ又議員ニ關員ヲ生シタルトキハ補闕選舉ヲ行ハサルヘカラス、補闕議員ノ任期ハ前議員ノ殘任期間ナリ。

當選人ト雖モ選舉ノ期日後ニ於テ互選人タルコトヲ得サルニ至リタルトキハ其當選ヲ失フ。

多額納稅者ニシテ議員ノ互選人タルコトヲ得サル者次ノ如シ。

- 一 禁治產者及準禁治產者
  - 二 破產者ニシテ復權ヲ得サル者
  - 三 六年ノ懲役又ハ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタル者
  - 四 刑法第二編第一章第三章第九章第十六章乃至第二十一章第二十五章又ハ第三十六章乃至第三十九章ニ掲クル罪ヲ犯シ六年未滿ノ懲役ノ刑ニ處セラレ其執行ヲ終リ又ハ執行ヲ受クルコトナキニ至リタル後其ノ刑期ノ二倍ニ相當スル期間ヲ經過スルニ至ル迄ノ者 但シ其期間五年ヨリ短キトキハ五年トス。
  - 五 六年未滿ノ禁錮ノ刑ニ處セラレ又ハ前號ニ掲クル罪以外ノ罪ヲ犯シ六年未滿ノ懲役ノ刑ニ處セラレ其執行ヲ終リ又ハ執行ヲ受クルコトナキニ至ル迄ノ者
  - 六 陸海軍軍人ニシテ現役中ノ者(未タ入營セサル者及歸休下士官兵ヲ除ク)及戰時若ハ事變ニ際シ召集中ノ者又ハ兵籍ニ編入セラレタル學生生徒及志願ニ依リ國民軍ニ編入セラレタル者
- 但シ本號ノ規定ハ陸軍各部依託學生生徒、海軍軍醫學生、藥劑學生、主計學生、造船學生、造船學生、造兵學生並海軍豫備生徒及海軍豫備練習生ニハ適用ナキモノトス。



七 衆議院議員選舉法第三十七條ニ依リ選舉權及被選舉權停止中ノ者  
 貴族院ノ議長及副議長ハ議員中ヨリ七箇年ノ任期ヲ以テ勅任セラル。  
 貴族院議員カ禁錮以上ノ刑ニ處セラレ又ハ破産ノ宣告ヲ受ケ確定シタルニ由リ勅命ヲ以テ除名セ  
 ラレ及院内ノ懲罰ニ依リ除名スヘキモノト議決セラレ議長ヨリ上奏シテ勅裁ヲ經タル者ハ再ヒ勅  
 任セラルルマテ議員タルコトヲ得ス。有爵議員及勅選議員ノ辭職スルコトヲ得レトモ、皇族ハ明  
 文ナキヲ以テ議員タルコトヲ辭スルヲ得ス。

衆議院ノ組織ハ衆議院議員選舉法(大正十四年五月五日法律第四七號)ノ定ムル所ナリ。國ニ依リテ何人モ  
 選舉權ヲ有ストスルモノアリ、之ヲ普通選舉ト云フ。一定ノ資格要件殊ニ財產ヲ有スルコトヲ要ス  
 トシ其財產ハ多クハ納稅額ヲ標準トスルモノアリ、之ヲ制限選舉ト云フ。我國ニ於テハ普通選舉  
 ノ制ヲ採用シ、選舉人名簿調製ノ期日即チ毎年九月十五日迄引續キ滿一年以上其ノ市町村内ニ住  
 居ヲ有シ同期日ニ於テ年齡滿二十五歲以上ノ男子タル帝國臣民ニシテ法定ノ缺格原因ナキ者ハ總  
 テ選舉權ヲ有スルモノトス。普通選舉ノ制ハ善ク議員公選ノ本旨ニ適合スヘシト雖モ又弊害ノ之  
 ニ伴フコトナキヲ保セス。仍テ選舉法ハ選舉ニ關シテ詳密ナル規定ヲ設クルト共ニ違反者ニ對シ  
 テ嚴罰ヲ科シ以テ其弊ナカラシムコトヲ期シタリ。  
 又選舉ニ直接選舉ト間接選舉トノ二者アリ。直接選舉トハ國民ヨリ直チニ議員ヲ選ムモノヲ謂ヒ

間接選舉トハ國民ヲシテ先ツ議員選舉人ヲ選舉セシメ此議員選舉人ヲシテ更ニ議員ヲ選舉セシム  
 ル方法ヲ謂フ。我國ニ於テハ前者ヲ採レリ。又何人カ何人ヲ選舉シタルヤヲ明ニセンカ爲メニ選  
 舉人ヲシテ記名セシムルモノアレトモ、我國ニ於テハ秘密選舉ノ主義ニ從ヒ無記名投票ノ方法ヲ  
 採ル。連記投票ノ方法ヲ採ラスシテ單記投票即チ一票一人主義ヲ採用セリ。又強制選舉主義ニ依  
 ラスシテ任意選舉主義ニ從ヒ選舉人選舉ヲ爲ササルモ之ニ法律上制裁ヲ附スルコトナシ。選舉人  
 ハ選舉ノ當日自ラ投票所ニ到リ投票ヲ爲スヲ以テ本則トスレトモ勅令ノ定ムル事由ノ存スルトキ  
 ハ特別ノ方法ニ依ルコトヲ得ルモノトス(衆議院議員選舉法施行令二六條參照)。而シテ又選舉人名簿ニ登  
 録セラレサル者ハ該名簿ニ登録セラルヘキ確定ノ判決書ヲ所持シテ選舉ノ當日投票所ニ到ル者ヲ  
 除クノ外投票ヲ爲スコトヲ得ス、選舉人名簿ニ登録セラレタル者ト雖モ之ニ登録セラルルコトヲ  
 得サル者ナルトキ又ハ選舉ノ當日選舉權ヲ有セサル者ナルトキ亦然リトス。  
 選舉人名簿ハ毎年九月十五日ノ現在ニ依リ市町村長之ヲ調製シ十二月二十日ヲ以テ確定ス、其效  
 力ハ次年ノ十二月十九日迄繼續ス。其確定前ニハ一定ノ縦覽期間(十一月五日ヨリ十五日間)アリ  
 其期間内ニ於テハ選舉人ハ市町村長ニ修正ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘク、又申立ニ對スル市町村長  
 ノ決定ニ不服アル申立人又ハ關係人ハ市町村長ヲ被告トシテ地方裁判所ニ出訴スルコトヲ得。而  
 シテ其判決ニ對シテハ控訴ヲ許ササルモ大審院ニ上告スルコトヲ得ルモノトス。

選舉ニハ總選舉、再選舉、及補闕選舉ノ別アリ。總選舉ハ議員ノ任期滿了シ又ハ議會カ解散ヲ命セラレタルニ依リ議員全部ヲ改選スル場合ニ行フモノナリ。再選舉ハ下記ノ事由ノ一ニ該當スル場合ニ之ヲ行フ、但シ更ニ選舉ヲ行フコトナクシテ當選人ヲ定メ得ルトキハ此限ニ在ラス。(イ)當選人ナキトキ又ハ當選人其選舉ニ於ケル議員ノ定數ニ達セサルトキ、(ロ)當選人當選ヲ辭シタルトキ又ハ死亡者ナルトキ、(ハ)當選人選舉ノ期日後ニ於テ被選舉權ヲ有セサルニ至リタルトキ、(ニ)選舉又ハ當選ノ效力ニ關スル訴訟ノ結果當選人ナキニ至リ又ハ當選人其ノ選舉ニ於ケル議員ノ定數ニ達セサルトキ、(ホ)議員候補者ノ爲支出セラレタル選舉運動ノ費用カ法定ノ制限額ヲ超エタルニ依リ訴訟ノ結果當選無効ト爲リタルトキ、(ヘ)當選人其ノ選舉ニ關スル罪ヲ犯シ刑ニ處セラレ又ハ選舉事務長選舉法第百十二條又ハ第百十三條各號ノ罪ヲ犯シ刑ニ處セラレタルニ依リ當選無効ト爲リタルトキ是ナリ、以上ノ事由議員ノ任期ノ終ル前六箇月以内ニ生シタルトキハ再選舉ヲ行ハス。補闕選舉ハ同選舉區内ニ於テ闕員ノ數二人ニ達シタル場合ニ行フモノトス。當選人タルニハ有效投票ノ最多數ヲ得且其選舉區内ノ議員ノ定數ヲ以テ有效投票ノ總數ヲ除シテ得タル數ノ四分ノ一以上ノ得票アルコトヲ要ス。若シ得票數同シキトキハ年齢ノ多キ者ヲ取り、年齢モ亦同シキトキハ選舉會ニ於テ選舉長抽籤シテ之ヲ定ムヘキナリ。但シ法定最少限以上ノ得票者ニシテ當選人ト爲ラサリシ者選舉ノ期日後ニ於テ被選舉權ヲ有セサルニ至リタルトキハ之ヲ

當選人ト定ムルコトヲ得ス。當選人定リタルトキハ選舉長ハ直ニ當選人ニ當選ノ旨ヲ告知スヘク、當選人其告知ヲ受ケタルトキハ當選ヲ承諾スルヤ否ヤヲ選舉長ニ届出サルヘカラス。當選人當選ノ告知ヲ受ケタル日ヨリ二十日以内ニ當選承諾ノ届出ヲ爲ササルトキハ其當選ヲ辭シタルモノト看做サル。

議員ノ任期ハ總選舉ノ期日ヨリ起算シテ四年ナリ。但シ議會開會中ニ任期終ルモ閉會ニ至ル迄尙ホ在任スルモノトス、補闕議員ノ任期ハ其前任者ノ殘任期間ナリトス。

改正法ニ於ケル議員ノ定數ハ總員四百六十六人ナリ。

被選舉人ハ帝國臣民タル滿三十歳以上ノ男子ニシテ法定ノ除斥原因ナキコトヲ要ス。

尙ホ選舉權ヲ有セサル者及被選舉權ヲ有セサル者ハ衆議院議員選舉法第六條第七條及第三百二十七條ニ依レハ左ノ如シ。

- 一 禁治產者及準禁治產者
- 二 破產者ニシテ復權ヲ得サル者
- 三 貧困ニ因リ生活ノ爲メ公私ノ救助ヲ受ケ又ハ扶助ヲ受クル者
- 四 一定ノ住居ヲ有セサル者
- 五 六年ノ懲役又ハ禁錮以上ノ刑ニ處セラレタル者

六 刑法第二編第一章第三章第九章第十六章乃至第二十一章第二十五章又ハ第三十六章乃至第三十九章ニ掲クル罪ヲ犯シ六年未滿ノ懲役ノ刑ニ處セラレ其執行ヲ終リ又ハ執行ヲ受クルコトナキニ至リタル後其刑期ノ二倍ニ相當スル期間ヲ經過スルニ至ル迄ノ者 但シ其期間五年ヨリ短キトキハ五年トス。

七 六年未滿ノ禁錮ノ刑ニ處セラレ又ハ前號ニ掲クル罪以外ノ罪ヲ犯シ六年未滿ノ懲役ノ刑ニ處セラレ其執行ヲ終リ又ハ執行ヲ受クルコトナキニ至ル迄ノ者

八 華族ノ戸主

九 現役陸海軍軍人(未タ入營セサル者及歸休下士官兵ヲ除ク)及戰時又ハ事變ニ際シ召集中ノ陸海軍軍人

十 兵籍ニ編入セラレタル學生生徒(衆議院議員選舉法施行令第三條ヲ以テ定ムル者ヲ除ク)及志願ニ依リ國民軍ニ編入セラレタル者

十一 選舉ニ關スル罪(同法第一百一條乃至第三百二十五條)ヲ犯シタル者ニシテ罰金ノ刑ニ處セラレタル者ニ在リテハ其裁判確定後五年間、禁錮以上ノ刑ニ處セラレタル者ニ在リテハ其裁判確定ノ後刑ノ執行ヲ終ル迄又ハ刑ノ時効ニ因ル場合ヲ除クノ外刑ノ執行ノ免除ヲ受クル迄ノ間及其後五年間、禁錮以上ノ刑ニ處セラレタル者ニ付キ其裁判確定ノ後刑ノ執行ヲ受クルコトナキ

ニ至ル迄ノ間停止セララル。但シ本號ニ該當スル者ト雖モ何レモ情狀ニ因リ裁判所ハ刑ノ言渡ト同時ニ本號ヲ適用セス又ハ其期間ヲ短縮スル旨ヲ宣告スルコトヲ得ルモノトス。然レトモ右

(五)ニ該當スル者ニハ本號ノ適用ナシ(同法一三七條)。

次ニ被選舉權ノミヲ有セサル者ハ同第五條第二項第八條乃至第十一條ニ依リ左ノ如シ。

一 選舉期日ニ於テ年齡滿三十年ニ達セサル者

二 選舉事務ニ關係アル官吏及吏員但シ其關係區域内ニ限ル

三 在職ノ宮内官、判事、朝鮮總督府判事、臺灣總督府法院判官、關東廳法院判官、南洋廳判事、檢事、朝鮮總督府檢事、臺灣總督府法院檢察官、關東廳法院檢察官、南洋廳檢事、陸軍法務官、海軍法務官、行政裁判所長官、行政裁判所評定官、會計檢查官、收稅官吏及警察官吏

四 國務大臣、内閣書記官長、法制局長官、各省政務次官、各省參與官、内閣總理大臣秘書官及各省秘書官ヲ除クノ外在職中ノ官吏並待遇官吏

五 現ニ北海道會議員又ハ府縣會議員タル者

六 現ニ貴族院議員タル者(憲法三六條)

七 歸化人、歸化人ノ子ニシテ日本人ト爲リタル者及日本人ノ養子又ハ入夫ト爲リタル者(國籍法

一六條)

右(四)、(五)、(六)ニ該當スル者ハ唯現在ノ職務ト議員ト相兼スルコトヲ得サルニ過キス、從テ當選ヲ承諾スルニハ現職ヲ辭スルコトヲ要シ、現職ヲ保持セントスルトキハ其當選ヲ辭セサルヘカラス。而シテ官吏カ當選ヲ承諾スルニハ本屬長官ノ許可ヲ受クルコトヲ要ス。衆議院議員ノ終了ハ(一)衆議院ノ解散(二)議員ノ死亡(三)除名(四)辭職(五)滿期(六)資格喪失是ナリ。

第二 帝國議會ノ召集、開會、閉會、停會、休會及衆議院ノ解散

議會ノ召集ハ毎年之ヲ爲スモノニシテ(憲法四一條)議員タル各個人ニ對シテ爲スモノニ非ス、一般ニ對シテ爲スモノナリ。普通ノ召集ノ外ニ臨時召集ナルモノアリ。憲法第四十三條第一項ニ「臨時緊急ノ必要アル場合ニ於テ常會ノ外臨時會ヲ召集スヘシ」トアル是ナリ。又衆議院ノ解散アリタルトキハ新ニ議員ヲ選舉セシメ解散ノ日ヨリ五箇月以内ニ議會ヲ召集ス。議員ハ開會ニ因リテ初メテ議員タルノ行動ヲ爲スコトヲ得。開會アルモ議員總數ノ三分ノ一以上ノ出席者アルニ非サレハ議事ヲ開クコトヲ得ス(憲法四六條)。議事ノ可否ハ過半數ヲ以テ之ヲ決シ可否同數ナルトキハ議長ノ意見ニ從フ(同四七條)。議事ハ公開スルヲ常トスレトモ其院ノ議決ニ依リテ秘密會ト爲スコトヲ得(同四八條、議院法三七條)。閉會トハ天皇ノ大權ニ依リテ議院ノ爲ス行動ヲ止ムルコトヲ謂フ。故ニ閉會後ニ於テハ議事ヲ開

クコトヲ得ス又議決ヲ爲スコトヲ得ス。閉會ノ效力ノ例外トシテ議員ハ閉會ノ場合ニ於テモ議案ノ審査ヲ爲スコトアリ(議院法二五條)。

停會トハ天皇ノ大權ニ依リテ單ニ議事ヲ停止スルコトヲ謂フ。何ノ爲メニ停會スルヤハ法律問題ニ非スシテ寧ロ事實問題ナリ。停會ニ關スル制限ハ議院法第三十三條第一項ニ「政府ハ何時タリトモ十五日以内ニ於テ議院ノ停會ヲ命スルコトヲ得」ト定ムルヲ以テ十五日以上停會ヲ命スルコト能ハサルコト是ナリ。文中政府カ停會ヲ命ストアレトモ政府ハ勿論天皇ノ命ニ依リテ停會ヲ命シ得ルニ過キサルナリ。

休會トハ議院カ自ラ議事ヲ停止スルヲ謂フ。休會ノ理由ハ法律問題ニ非スシテ事實問題ナリ。休會ト停會トノ差異三アリ。(一)休會ハ議院ノ任意ニ爲ス所ナレトモ停會ハ天皇ノ命令ニ因ル。(二)休會ノ場合ニ於テハ委員會ノ會議ヲ許スト雖モ停會ノ場合ニ於テハ如何ナル會議ヲモ爲スコト能ハス。(三)休會ハ兩院個々別々ニスルコトヲ得レトモ停會ハ兩院必ラス同時ニセサルヘカラス。解散トハ衆議院議員ノ任期ヲ短縮シテ其以後ニ於テ議員タルノ資格ヲ消滅セシムルコトヲ謂フ。貴族院ニハ解散ナシ。衆議院ノ解散アリタルトキハ貴族院ハ當然停會スルモノナリ(憲法四四條二項)。然レトモ此場合ノ停會ハ普通ノ停會ト異ナリ次ノ召集後解散前ノ議事ヲ繼續スルモノニ非スシテ全ク新ニ議事ヲ開クモノナリ。

第三 議院及議員ノ權利

議院ノ權利ハ(一)上奏權(憲法四九條)(二)請願書ヲ受クルノ權(同五〇條、請願令)(三)議院内部ニ關スル規則制定權(同五一條)(四)政府ニ建議スルノ權(同四〇條)(五)提案權(六)法律案及豫算ノ議決權(七)質問權(八)協贊權(同三七條)(九)緊急勅令承諾權(同八條二項)(十)豫算外支出承諾權(同六四條)(十一)調査權(十二)議院内ノ警察權(十三)議員ノ資格審査權(十四)議員懲罰權(十五)請暇及辭職許可ノ權(十六)議員ノ逮捕ニ承諾ヲ與フルノ權(十七)政府ヨリ各種ノ報告ヲ受クルノ權(憲法七三條)是ナリ。尙ホ貴族院ハ(イ)天皇ノ諮詢ニ應ヘ華族ノ特權ニ關スル條規ヲ議決スルノ權(ロ)選舉ニ關スル爭訟ヲ判決スルノ權(ハ)貴族院令ノ改正又ハ増補ニ付キ議決スルノ權ヲ有ス。(憲法五二條)(二)議員ノ權利トシテハ下ノ數者アリ。即チ(一)議員ハ院内ニ於テ發言ノ自由ヲ有ス(憲法五二條)(二)議員ハ現行犯又ハ内亂外患ニ關スル罪ヲ犯シタル場合ノ外ハ議院(該議員ノ屬スル院)ノ承諾ナクシテ逮捕セラルルコトナシ(憲法五三條)(三)議員ハ歳費及旅費ヲ請求スルノ權利ヲ有ス(四)政府ニ對シ質問ヲ爲スノ權(五)議案及上奏建議案ヲ發議スルノ權(六)無賃ニテ國有鐵道ニ乘車スルノ權(議院法一九條ノ二)等ナリ。

第八節 會計

國家ノ歳出、歳入ハ毎年豫算ヲ以テ帝國議會ノ協贊ヲ經ヘシ。憲法上ノ大權ニ基ケル既定ノ歳出及法律ノ結果ニ由リ又ハ法律上政府ノ義務ニ屬スル歳出ハ政府ノ同意ヲ得ルニアラザレハ帝國議會ハ之ヲ廢除又ハ削減スルコトヲ得ス。豫算ノ款項ニ超過シタル支出アルトキ又ハ豫算ノ外ニ生シタル支出アルトキハ後日ニ至リ帝國議會ノ承諾ヲ求メサルヘカラス。豫算ハ先ツ衆議院ニ提出スヘシ(豫算先議權)。豫算中ニ二種ノ豫備費ヲ設ク。第一豫備金ハ避クヘカラサル豫算ノ不足ヲ補フモノ、第二豫備金ハ豫算外ニ生シタル必要ノ費用ニ充ツルモノナリ(憲法六二條乃至六九條)。

公共ノ安全ヲ保持スル爲メ緊急ノ需用アル場合ニ於テ内外ノ情形ニ因リ帝國議會ヲ召集スルコト能ハサルトキハ勅令ニ依リ財政上必要ノ處分ヲ爲スコトヲ得。此場合ニ於テハ次ノ會期ニ於テ帝國議會ニ提出シテ其承諾ヲ求メサルヘカラス(同七〇條)。

帝國議會ニ於テ豫算ヲ議定セザリシカ、又ハ議定シタルモ豫算カ不成立ニ了リタルトキハ政府ハ前年度ノ豫算ヲ施行スヘシ(同七一條)。歳出歳入ノ決算ハ會計検査院之ヲ検査確定シ其検査報告ト共ニ帝國議會ニ提出スヘシ(同七二條)。

國庫ノ收入ハ(一)國有財産ヨリ生スルモノ(二)官業ヨリ生スルモノ(三)國債(四)罰金科料(五)租稅(六)手數料(七)使用料ナリ。租稅ヲ課シ及稅率ヲ變更スルニハ法律ヲ以テ定メサルヘカラス。但シ報償ニ屬スル行政上ノ手數料及其ノ他ノ收納金ハ法律ヲ以テ定ムルコトヲ要セス(同六二條)。

### 第九節 憲法ノ改正

憲法改正ノ發議權ハ天皇ニ專屬ス。天皇ハ憲法改正ノ議案ヲ帝國議會ノ議ニ付スヘク、此場合ニ於テハ兩議院ハ各々其總員ノ三分ノ二以上出席スルニ非サレハ議事ヲ開クコトヲ得ス。而シテ出席議員ノ三分ノ二以上ノ多數ヲ得サレハ改正ノ議決ヲ爲スコトヲ得ス(憲法七三條)。

攝政ヲ置クノ間ハ憲法及皇室典範ヲ變更スルコトヲ得ス。皇室典範ヲ以テ憲法ヲ變更スルコトヲ得ス(同七四條七五條)。

## 第二章 裁判所 (裁判所構成法)

裁判所トハ司法權ノ行動ヲ爲ス官衙ナリ。司法トハ權利ヲ保障スル爲メノ統治權ノ行動ニシテ裁判所カ天皇ノ名ニ於テ之ヲ爲スモノナリ(憲法五七條)。法令ノ規定ハ一般ニ亘ルモノナレトモ裁判所ノ判決ハ其效力ヲ特定ノ人ヲ限リトシテ及ホスモノナリ。要スルニ司法トハ裁判所カ特定ノ事實ニ關シ請求ヲ俟チテ法規ヲ適用スルコトヲ謂フ。

所謂裁判所ナルモノニ普通裁判所ト特別裁判所トアリ。普通裁判所トハ一般ノ人及事項ニ效力ヲ及ホスモノニシテ、特別裁判所トハ特別ノ人及事項ヲ限リテ效力ヲ及ホスモノナリ。特別裁判所ハ陸海軍軍法會議、行政裁判所、捕獲審檢所、領事裁判所、少年審判所、朝鮮總督府裁判所、臺灣總督府法院、關東廳法院、南洋廳法院是ナリ。憲法第五十八條ノ第二項ニ「裁判官ハ刑法ノ宣告又ハ懲戒ノ處分ニ由ルノ外其ノ職ヲ免セラルルコトナシ」トアルハ裁判所構成法ニ由ル裁判官ノミノ權利ヲ認メタルモノト解釋セラレ、此等特別ノ裁判所ニ關スルコトハ別ニ法律ヲ以テ定ム(憲法六〇條)。

我國ニ於ケル普通裁判所ハ大審院、控訴院、地方裁判所、區裁判所ノ四ニシテ、上ノ三者ハ合議制ニシテ大審院ハ五人、控訴院及地方裁判所ハ三人ノ合議ヲ以テ決シ、區裁判所ハ單獨制ヲ採ル。單獨制ヲ採ルトキハ偏頗ナル裁判官カ偏頗ノ裁判ヲ爲シ又ハ誤謬ヲ來シ易ク或ハ賄賂ノ爲メニ動カサルルカ

如キ弊害アレトモ良裁判官ヲ得ルトキハ善ク責任ヲ重ンシ事ニ當ルノ利益アリ又經費ヲ節減スルノ便アリ。合議制ヲ採レハ各裁判官カ單獨ニ重キ責任ヲ負フコトナキカ故ニ何レモ不熱心ト爲ルカ如キ憂アリ又經費ヲ要スルコト多キニ過キ時日ヲ費スコト久シキニ彌ルノ虞アリト雖モ能ク單獨制ニ於テ見ル所ノ弊害ヲ防遏スルノ利益アリ。今各裁判所ノ管轄權限ノ大略ヲ舉クレハ左ノ如シ。

第一 區裁判所

(甲) 民事(舊成法一四條)

- 一 千圓ヲ超過セサル金額又ハ價額千圓ヲ超過セサル物ニ關スル請求
- 二 價格ニ拘ラス左ノ訴訟
  - イ 住家其他ノ建物又ハ其ノ或部分ノ受取、明渡、使用、占據若クハ修繕ニ關リ又ハ賃借人ノ家具若クハ所持品ヲ賃借人ノ差押ヘタルコトニ關リ賃借人ト賃借人トノ間ニ起リタル訴訟
  - ロ 不動産ノ經界ノミニ關スル訴訟
  - ハ 占有ノミニ關スル訴訟
  - ニ 雇主ト雇人トノ間ニ雇期限一年以下ノ契約ニ關リ起リタル訴訟
  - ホ 左ニ掲ケタル事項ニ付キ旅人ト旅店若クハ飲食店ノ主人トノ間ニ又ハ旅人ト水陸運送人トノ間ニ起リタル訴訟

- 1 賄料又ハ宿料又ハ旅人ノ運送料又ハ之ニ伴フ手荷物ノ運送料
- 2 旅店若クハ飲食店ノ主人又ハ運送人ニ旅人ヨリ保護ノ爲メ預ケタル手荷物金錢又ハ有價物
- 三 破產事件

(乙) 刑事(同一六條)

- 一 拘留又ハ科料ニ該ル罪
- 二 短期一年以上ノ懲役又ハ禁錮ニ該ル罪ヲ除ク外有期ノ懲役若クハ禁錮又ハ罰金ニ該ル罪(但シ豫審ヲ經サルモノニ限ル)

(丙) 非訟事件ニ付テハ左ノ如シ(同一五條、非訟事件手續法及各種登記法)

- 一 不動産及船舶ニ關スル權利關係ノ登記
- 二 商業登記
- 三 未成年者、瘋癲者、白痴者、失踪者其他法律又ハ判決ノ結果禁治產者ト爲リタル者ノ後見人又ハ財産管理人ノ監督

第二 地方裁判所

(甲) 民事(同一六條)

- 一 第一審トシテハ區裁判所ノ權限ニ屬セサル事件及控訴院ノ權限ニ屬セサル凡テノ事件
  - 二 第二審トシテハ區裁判所ノ判決ニ對スル控訴及區裁判所ノ決定及命令ニ對スル抗告
- (乙) 刑事(同二七條)。

- 一 第一審トシテハ區裁判所ノ權限ニ屬セサル凡テノ事件及大審院ノ特別權限ニ屬セサル事件
- 二 第二審トシテハ區裁判所ノ判決ニ對スル控訴及大審院ノ權限ニ屬スルモノヲ除ク外區裁判所ノ決定及命令ニ對スル抗告

(丙) 非訟事件

區裁判所ノ決定及命令ニ對スル抗告(同二九條)

第三 控訴院(同三七條)

- 一 地方裁判所ノ第一審ノ判決ニ對スル控訴
- 二 大審院ノ權限ニ屬スルモノヲ除ク外地方裁判所ノ第一審トシテ爲シタル決定及命令ニ對スル抗告
- 三 皇族ニ對スル民事上ノ訴訟ニ付第一審及第二審ノ裁判權ハ東京控訴院ニ屬ス(同三八條)

第四 大審院(同五〇條)

- 一 終審トシテ

イ 上告

ロ 地方裁判所ノ第二審トシテ爲シタル決定及命令竝ニ控訴院ノ決定及命令ニ對スル法律ニ定メタル抗告

ハ 地方裁判所又ハ區裁判所ノ爲シタル上告棄却ノ決定ニ對スル抗告

二 第一審且終審トシテ

イ 刑法第七十三條、第七十五條及第七十七條乃至第七十九條ノ罪竝ニ皇族ノ犯シタル罪ニシテ禁錮以上ノ刑ニ處スヘキモノノ豫審及裁判

ロ 衆議院議員選舉法第八十一條、第八十三條、第八十四條ニ定ムル訴訟ノ裁判

ハ 皇族ニ對スル刑事訴訟ハ軍法會議ノ裁判權ニ屬スルモノヲ除クノ外大審院ノ管轄ニ屬ス

(皇室裁判令一八條)

此外臺灣總督府法院ニ付テハ明治三十一年七月律令第十六號臺灣總督府法院條例ヲ見ルヘク、關東廳法院ニ付テハ明治四十一年九月勅令第二百十二號關東州裁判令ヲ見ルヘク、朝鮮總督府裁判所ニ付テハ明治四十二年十月勅令第二百三十六號朝鮮總督府裁判所令ヲ見ルヘク、南洋廳法院ニ付テハ大正十一年三月勅令第三百三十三號南洋群島裁判令ヲ見ルヘク、皇室裁判所ニ付テハ大正十五年十二月皇室令第十六號皇室裁判令ヲ見ルヘシ。



## 第三章 行政法

## 第一節 總論

## 第一 行政ノ觀念

行政トハ官廳カ國家元首ノ監督ノ下ニ法律命令ヲ執行センカ爲メノ行動ナリ。他ノ文字ヲ以テ表ハセハ立法機關及司法機關以外ノ機關カ國家ノ機關トシテ元首ヨリ命セラレタル權限ヲ行使スルモノ即チ行政ナリ。故ニ天皇ノ大權ニ屬スルコトハ廣キ意味ニ於テハ行政ナリト稱スルコトヲ得ヘシト雖モ、狭キ意義ニ於テハ行政ニ非サルナリ。何トナレハ大權作用ハ天皇ノ直接ノ行動タル政務ナレハナリ。或ル論者ハ國家ノ行動ヲ立法、行法ノ二種ニ分チ三權分立說(立法、司法、行政)ヲ採ラス。故ニ若シ此論者ノ說ク立法、行法ノ二種ニ分ツトキハ行政ハ行法中ニ入ルヘキモノニシテ且行法中ヨリ司法ヲ除去シタルモノナリ。

## 第二 行政組織

行政ニ官治行政(一名國家行政)ト自治行政トアリ。前者ハ國家カ官廳ニ命シテ行ハシムル行政ヲ謂ヒ、後者ハ國家カ或ル團體ニ人格ヲ與ヘ其隨意ニ權利ヲ定メ機關ヲ設クルコトヲ許シ以テ自由ニ行動セシムル行政ヲ謂フ。又觀察ノ方法ヲ異ニシテ中央行政ト地方行政トニ區別スルコトヲ得。

## 第二節 官治行政

## 第一款 官廳及官吏

官治行政ノ行動ニ關スル機關ヲ官廳ト云フ。官廳ハ自己ノ權利ヲ行フニ非スシテ國家ノ權力ニ關スル行動ヲ爲スモノナリ。故ニ官廳ノ行動ハ之ヲ權限ト稱シ權利ト稱セス。

官廳ハ外部ニ對シテ國家ノ意思ヲ決定的ニ表示スルモノニシテ此意思決定力ナキ者ハ官廳ニ非ス。官廳ハ一人又ハ數人ニ依リ組織セラル。内閣ノ如キハ即チ後者ノ場合ナリ。又其權限カ一區域ニ限ラルモノアリ。之ヲ地方官廳ト稱シ其區域ノ制限ナキモノハ之ヲ中央官廳ト稱ス。

官廳ヲ組織スル人ヲ官吏ト稱ス。官吏ノ性質ハ國家ノ命令ニ出ルモノナリ。然レトモ國家ハ個人ヲ強制シテ官吏ト爲スコトヲ得ルモノニ非ス。先ツ個人ノ意思ヲ問ヒ官吏ト爲ルノ意思アルコトヲ確カメ而シテ後初メテ任命シテ行政ノ事務ヲ執ラシムルモノナリ。

官吏ハ官吏服務紀律ニ從ハサルヘカラス。即チ(一)忠順勤勉ヲ盡スコト(二)職務上ノ事ニ付キ本屬長官ノ命令ヲ遵守スルコト(三)職務ニ關シ他人ノ贈遺ヲ受クルヲ得サルコト(四)外國ノ元首又ハ政府ヨリ勳章、榮賜、俸給、贈遺ヲ受クルニハ天皇ノ裁可ヲ要スルコト(五)所屬官吏ヨリ贈遺ヲ受クヘカラサルコト(六)官吏モ其家族モ本屬長官ノ許可ヲ受ケサレハ商業ヲ營ムヲ得サルコト(七)本屬長

官ノ許可ヲ得サレハ本職ノ外ニ給料ヲ得テ他ノ事務ヲ行フヲ得サルコト(八)官廳ノ工事ヲ請負フ者官廳ノ爲替方又ハ出納ヲ引受クル者、官廳ノ補助金ヲ受クル起業者、官廳ノ用品ヲ調達スル者、官廳ト諸般ノ契約ヲ結フ者ヨリ饗酬ヲ受クルヲ得サルコト(九)本屬長官ノ許可ヲ得サレハ職務ヲ離レ又ハ職務上居住ノ地ヲ離ルル能ハサルコト(十)本屬長官ノ許可ヲ得サレハ營利會社ノ社長又ハ役員ト爲ルコト能ハサルコト(十一)官ノ祕密ヲ守ルヘキコト等(官吏服務紀律參照)是ナリ。在職中ノ官吏及待遇官吏ハ國務大臣、内閣書記官長、法制局長官、各省政務次官、各省參與官、内閣總理大臣祕書官、各省祕書官ヲ除クノ外衆議院議員ヲ兼ヌルコトヲ得ス。府縣ノ官吏、檢事、警察官吏、收稅官吏ハ地方議會ノ議員タルコトヲ得サルモノトス。

官吏カ職務上ノ義務ニ違反シタルコトノ結果ハ下ノ制裁ヲ受ク。即チ(一)懲戒ヲ受クルコト(二)刑事上ノ制裁ヲ受クルコト(三)民事上ノ制裁ヲ受クルコト是ナリ。懲戒ノ方法及種類、懲戒ノ機關ニ付テハ文官懲戒令、其他各種ノ官吏ニ特別ナル懲戒令ヲ見ルヘク、刑事上ノ制裁ニ付テハ刑法、陸軍刑法、海軍刑法、其他特別ナル刑罰法規ヲ見ルヘシ。

官吏カ違法ノ處分ヲ爲シテ私人ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ於テ其官吏ハ民事上ノ責任ヲ負ヒテ之カ損害ノ賠償ヲ爲スヘキモノナリヤ否ヤニ付テハ從來種々ノ學說アリ。然レトモ我國ニ於テハ左ノ三ノ場合ニ限リ特ニ明文ヲ設ケタルカ故ニ其他ノ場合ニ付テハ損害賠償ノ責ナキモノト解釋セサルヘカ

ラス。

(一) 公證人法第六條 公證人カ其職務ノ執行ニ付キ囑託人其他ノ者ニ損害ヲ加ヘタルトキハ其損害カ公證人ノ故意又ハ重大ナル過失ニ因リテ生シタル場合ニ限リ之ヲ賠償スルノ責ニ任ス。

(二) 戶籍法第四條 市町村長カ其職務ノ執行ニ付キ届出人其他ノ者ニ損害ヲ加ヘタルトキハ其損害カ市町村長ノ故意又ハ重大ナル過失ニ因リテ生シタル場合ニ限リ之ヲ賠償スル責ニ任ス。

(三) 不動産登記法第十三條 登記官吏カ其職務ノ執行ニ付キ申請人其他ノ者ニ損害ヲ加ヘタルトキハ其損害カ登記官吏ノ故意又ハ重大ナル過失ニ因リテ生シタル場合ニ限リ之ヲ賠償スル責ニ任ス。此規定ハ非訟事件手續法第一百五十七條ニ依リ商業登記ニ準用セラル。

官吏カ個人ニ對シテ爲シタル不法ノ行爲ニ關シ官吏ヲ機關トシテ使用スル所ノ國家カ賠償ヲ爲スヘキヤモ亦一ノ問題ナリ。民法第七百十五條ニ「或事業ノ爲メニ他人ヲ使用スル者ハ被用者カ其事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス云々」トアレトモ民法ノ規定ハ國家ト官吏トノ間ノ關係ニ類推適用スルコトヲ得サルモノナルヲ以テ此規定アルカ爲メニ國家ニ賠償ノ責アリト云フコト能ハス。尤モ特ニ法文ノ上ニ於テ國家カ個人ニ賠償スヘキ旨ヲ定メタルモノニ付テハ其責アルコト論ヲ俟タス。例ヘハ郵便法第三十三條ノ規定ノ如シ。

官吏ハ位階ヲ受クル權(叙位條例)勳章ヲ受クル權、官吏タル分限ヲ保有スルノ權(文官分限令、陸軍將校分限

令、海軍將校分限令、俸給、實費ノ辨償、恩給、遺族扶助料ヲ受クルノ權利ヲ有ス（大正一二年四月法律四八號恩給其他關係法令參照法）

### 第二款 中央官廳

#### 第一 內閣、內閣總理大臣（內閣官制參照）

內閣ハ國務大臣ヲ以テ組織シ內閣總理大臣ヲ各大臣ノ首班トシテ機務ヲ奏宜シ旨ヲ承ケテ行政各部ノ統一ヲ保持セシムルモノナリ。

必ス閣議ニ付スヘキ事項ハ左ノ如シ。

- 一 法律案及豫算案
- 二 外國條約及重要ナル國際條件
- 三 官制又ハ規則及法律施行ニ係ル勅令
- 四 諸省ノ間主管權限ノ爭議
- 五 天皇ヨリ下付セラレ又ハ帝國議會ヨリ送致スル人民ノ請願
- 六 豫算外ノ支出
- 七 勅任官及地方長官ノ任命及進退
- 八 主任大臣ヨリ內閣總理大臣ニ提出シ閣議ヲ求メタル事件

九 軍機軍令ニ係ルコトニシテ內閣ヘ天皇ヨリ下付セラレタル件

十 土地收用及使用ノ認定ヲ爲スコト

內閣總理大臣ハ行政各部ノ處分又ハ命令ヲ中止セシメ勅裁ヲ待ツコトヲ得ヘク、又行政一般ニ關スル勅令ニ副署スヘク又閣令ヲ發スルコトヲ得。之ニ附スルコトヲ得ヘキ罰則ハ省令ニ同シ。

又總理大臣ハ所轄ノ各機關ヲ監督シ、部下ノ官吏ヲ統督ス。但シ判任官以下ノ進退ハ書記官長之ヲ專行ス。

#### 第二 各省大臣（各省官制通則及各省官制參照）

各省トハ外務、內務、大藏、陸軍、海軍、司法、文部、農林、商工、逓信、鐵道ヲ謂フ。各省大臣ハ其省ノ事務ヲ擔任シテ其責ニ任ス。各省大臣若シ其主任ノ事務ニ付キ法律命令ヲ制定變更廢止セントスルトキハ案ヲ具シテ閣議ニ提出スヘシ。各省大臣ハ其主任ノ事務ニ付キ省令ヲ發スルコトヲ得ヘク、其命令ニハ法律ヲ以テ特ニ規定セラレタル場合ノ外百圓以內ノ罰金若ハ科料又ハ三月以下ノ懲役、禁錮若ハ拘留ノ罰則ヲ附スルコトヲ得（明治二三年勅令二〇八號）。各省大臣ハ又其主任ノ事務ニ付キ警視總監、北海道廳長官、府縣知事ヲ監督シ又此等ノ者ニ指令又ハ訓令ヲ發スルコトヲ得ヘク、又此等ノ者カ發シタル命令又ハ爲シタル處分カ成規ニ違ヒ公益ヲ害シ又ハ權限ヲ犯スモノアリト認ムルトキハ之カ停止又ハ取消ヲ命スルコトヲ得。各省大臣ハ奏任官ノ進退及所部ノ官吏ノ叙位

叙勳ニ付テハ内閣總理大臣ヲ經テ上奏シ、判任官以下ノ進退ニ付テハ之ヲ專行ス。

### 第三 其他ノ中央官廳

其他ノ中央官廳トシテハ樞密院、會計検査院、行政裁判所アリ。樞密院ニ付テハ既ニ第一章中ニ之ヲ述ヘタリ。行政裁判所ニ付テハ後ニ行政訴訟及訴願ニ付キ述フル所ヲ參照スヘシ。

會計検査院ハ天皇ニ直隸シ國務大臣ニ對シ特立ノ地位ヲ有シ官金ノ收支、官物及國債ニ關スル計算ヲ検査確定シ以テ會計ヲ監督スル合議制ノ機關ナリ。院長、部長及検査官ヲ以テ會計検査官トシ書記官、副検査官及書記、技手ヲ以テ補助機關トス。検査官ハ司法官ト同一ナル分限上ノ保障ヲ有シ、刑事裁判又ハ懲戒裁判ニ因ルニ非サレハ其意ニ反シテ退官、轉官又ハ休職ヲ命セララルコトナシ。

會計検査院ハ三部ニ分レ部長一人、検査官四人ヲ以テ各部ヲ構成シ、其議事ハ部會議又ハ總會議ノ議決ニ依リテ之ヲ決ス(憲法七二條、會計検査院法參照)。

## 第三款 地方官廳

### 第一 府縣知事(地方官制參照)

府縣知事ハ其職務ノ全部ニ付テハ内務大臣ノ指揮監督ヲ承ケ各省ノ主務ニ關スル各部分ニ付テハ各省大臣ノ指揮監督ヲ承ケ法律命令ヲ執行シ部内ノ行政事務ヲ管理ス。故ニ府縣知事ノ職權ハ其

管轄スル所ノ範圍ヲ限リトシテ一切ノ事務ヲ行フニ在リ。而シテ知事ハ部内ノ行政事務ニ付キ其職權又ハ特別ノ委任ニ依リ管内一般又ハ其一部ニ府縣令ヲ發スルコトヲ得ヘク、之ニ五十圓以内ノ罰金、拘留又ハ科料ノ罰則ヲ附スルコトヲ得。知事ノ補助機關トシテハ書記官、地方事務官、地方警視、地方小作官、地方技師、屬、視學、警部、小作官補、警部補、通譯、技手等アリ。

府縣ノ事務ハ之ヲ内務、警察、學務ノ三部ニ分テ、各部長ハ知事ノ命ヲ承ケ部下ノ官吏ヲ指揮監督シ所部ノ事務ヲ掌理ス。而シテ部長ハ書記官ヲ以テ之ニ充ツ(府縣ニ依リ産業部ヲ設ク)。

知事ハ所部ノ官吏ヲ監督スルノ權限ヲ有シ、支廳長、警察署長又ハ市町村長ノ處分カ成規ニ違ヒ公益ヲ害シ又ハ權限ヲ犯スモノアリト認ムルトキハ之ヲ取消シ又ハ停止スルコトヲ得ヘシ。知事ハ又職權ニ屬スル事務ノ一部ヲ支廳長、警察署長又ハ市町村長ニ委任スルコトヲ得。

非常急變ノ場合ニ臨ミ兵力ヲ用フルノ要アルカ又ハ兵備ヲ要スルトキハ知事ハ師團長ニ移牒シテ出兵ヲ請フコトヲ得ヘク(但シ東京府知事ヲ除ク)、又災害警防若クハ取締上必要アル場合ニ於テ應援ノ爲メ他ノ廳府縣長官ニ協議シテ警察官吏ノ派遣ヲ求ムルコトヲ得。

島地其他交通不便ノ地ニ支廳長ヲ置クコトヲ得。支廳長ハ地方事務官ヲ以テ之ニ充テ、知事ノ指揮監督ヲ承ケテ法律命令ヲ執行シ部内ノ行政事務ヲ掌理シ部下ノ官吏ヲ指揮監督シ又行政事務ニ付テハ其部内ノ町村長ヲ指揮監督ス。若シ町村長ノ處分カ成規ニ違ヒ公益ヲ害シ又ハ權限ヲ犯ス