

品ノ賣主カ賣買代價ノ支拂ハル、迄ハ賣買物品ヲ差押ヘ之ヲ占有スルヲ得ル是ナリ而シテ此差押ハ何人モ侵害スルヲ得サル所謂對世權ナリト言フヲ得ヘシ然レトモロイド、コーポルン氏曰ク差押ハ單ニ物品ノ占有ヲ維持スルノ權利ニシテ占有ヲ失フト同時ニ其權利ヲモ共ニ失フモノニシテ再ヒ取戻シ得サル所ノモノナリ抵當契約ノ場合ニハ質入主ハ質取主ニ差押權ヨリ一層廣大ナル權利ヲ與フルモノニシテ返濟期限來ルモ質入主ニ於テ之ヲ受戻サ、ルトキハ全ク自己ノ所有ニ歸スルヲ得ルモノナリト終リニ臨ミ尙ホ一ノ方法ヲ述ヘンニ其ハ所有權ハ勿論占有權ヲモ義務者ニ存スル方法ニシテ書入質ト名クル所ノ者是ナリ此方法ハ期限來リ尙ホ負債ヲ拂フ能ハサルトキハ其書入物件ヲ賣却シテ支拂フノ約束ナリトス即チ羅馬法ノ所謂(Hypotheca)是ナリ又書入質ノ依テ起ル源ハ裁判所ノ判決或ハ相互ノ承諾等ニ依ルモノトス乍併法律ニ於テ一ノ契約ニ含蓄セラレ別ニ明約セサルモ尙ホ此權利ノ附帶セルモノト見做ス場合アリ例ヘハ小作人ノ財產ニ對スル地主ノ權利ノ如キモノ是ナリ而シテ地主ハ其財產第三者ニ移ルモ追求スルヲ得ルナリ此小作人ノ財產ニ於ケル地主ノ權利ハ後來漸々擴張シテ如何ナル

權利者ニテモ義務者ノ財產ヲ差押ヘ賣却シテ以テ己ノ權利ヲ満足セシムルコトヲ得ルニ至レリ則チ相互ノ承諾ニ依リテ占有權ヲ移シ或ハ所有權ヲ移ス等ノ不便ノ方法ニ依ラサルモ此方法ニ依リテ單ニ負債ノ抵當トナスヲ共諾スレハ十分權利者ハ保護ヲ受クルヲ得ルニ至レリ而シテ此方法ハ動産不動産何レニモ適用シ得ヘシ此權利ハ往々裁判所ノ命令ニ依リテ起ルコトアリ佛古代法ニテハ只裁判所ノ判決アレハ此權利ヲ生スルモノニシテ別ニ一ノ手續ヲモ要セサリシカ現行ノ民法ニテハ判決ニ基キ書入質ト爲スコトヲ登録簿ニ登記セサルヘカラサルコト、ナレリ英法モ亦然ルモノトス又羅馬法ニテハ執行スル迄即チ現ニ占有スル迄ハ此權利ナシトセリ元來書入質ハ所有權ハ勿論占有權ヲモ義務者ニ存スルモノナルカ故ニ權利者ニ取リテハ二點ノ不利益アリ則チ一ハ義務者カ權利者ヲ欺クノ目的ヲ以テ共謀權利者ニ其書入タル物件ヲ引渡シ得ルニアリ又一ハ或ル一物品ヲ書入質ニ取ルニ當テ其既ニ他人ノ抵當トナリ居ルヤ否ヲ充分ニ調査スルヲ得サル是ナリ

右等ノ不便ハ今日ニ在テハ諸國登記法ノ制ヲ設ケテ之ヲ防止セリ登記法制定ノ

國ニ在リテハ凡ソ一切ノ抵當ハ公簿ニ登記スルヲ要シ之ヲ除去若クハ消除スル
 マテハ充分ノ効力ノ存スルモノトス故ニ若シ其抵當物ヲ賣却スヘキ場合ニハ裁
 判所ノ認可ヲ受ケサレハ爲シ能ハサルモノトス
 「モーゲージ」モ亦秘密ヨリ生スル不利ナル點ハ「ハイポセック」ト同一ナリ而シテ英
 國ニ於テハ不動産ニ關シテハ抵當登記ノ制ヲ設ケントシテ今日ニ至ルマテ其目
 的ヲ達シ得サルハ著明ナル事實ナリ動産ノ「モーゲージ」ニ關シテハ(Bill of sale)ト稱
 スル文書ヲ作りテ爲スモノナリ是要スルニ再讓與ノ條件ヲ附シタル讓與ニ外ナ
 ラス尤モ占有ヲ移スニ必要トセス而シテ此讓與ハ詐欺アラサル以上ハ他ノ權利
 者ニ對シテ有効ナルモノナリ例ヘハ旅店主カ器具ヲ一切移動スルコトナクシテ
 抵當ニ入ル、如キ之ナリ

第十九回

千八百五十四年以來ハ賣渡證書(Bill of sale)ハ相當ニ登記スルヲ必要トセリ
 一物品ハ順次數度質入スルコトヲ得ルモノナルヲ以テ數度質入シタル場合ニハ
 何レノ權利ヲ以テ最モ優レルモノト爲スヤヲ定ムルコト甚ダ必要ナリ此事ニ關

シ羅馬法ハ時ノ最モ先ナル者ヲ以テ最モ優ル權利ヲ有スルモノトセリ然レトモ
 此ニハ例外アリテ現實占有ヲ有スル者ハ他人ヲ排斥シテ自己ノ權利ヲ満足セシ
 ムルコトヲ得ルモノナリシモ登記法ノ發布アリシ以來ハ登記日時ノ順序ニ依リ
 テ救正ヲ受クルコトニナレリ則チ質入主數人アルトキハ先ツ第一ノ貸主ノ爲ニ
 償却シ尙ホ殘餘アレハ第二ノ貸主ノ爲ニ償却シ次ニ第三ノ貸主ニ及ヒ順序遞下
 シテ償却スルモノトス

又抵當ナル者ハ他ニ附屬シ居ルモノナレハ抵當ノ權利ヲ移轉セントスルニハ財
 産權ト共ニ移轉セサルヘカラス從テ又本條ノ財産權消滅スルトキハ抵當權モ亦
 消滅スルモノトス又物品ノ消滅スルトキ、所有權ノ債主ニ歸シタルトキ、及期限ノ
 經過シタルトキハ此抵當權亦消滅スルモノトス

第六、他人ヨリ詐欺セラレサルノ權利 以上五項ノ場合ニ於テハ犯權ノ所爲權利
 者ノ意思ニ反シタルモノナレトモ第六ノ場合ニ於テハ表面上損害ヲ受クヘキモノ
 ハ承諾ヲ表シタルモノニシテ既ニ詐欺ヲ知得シタルトキハ正當ノ承諾ナキモ表
 面上ノ承諾アリタルモノナリ即チ詐欺サレサルノ權利ヲ犯サレタルモノナリ而

シテ此權利ノ性質ハ犯權ノ所爲ヲ吟味シテ后知ルヘキナリ然リ而シテ詐欺トハ自ラ眞實ナラサルヲ知リ或ハ眞實ナリト信セサル事柄ヲ述ヘ以テ他人ヲシテ自身ニ不利益ナル決心ヲナサシムルモノト云フヲ得ヘシ而シテ所謂ル詐欺ノ陳述 (Fraudulent representation) ナ分析シテ其要素ヲ舉クレハ左ノ如シ

- 一、事實ノ眞實ナラサルコト
 - 二、陳述ヲナスモノ自カラ眞實ナリト信セサルコト
 - 三、他人ヲシテ之ヲ信任セシムル目的ヲ以テナスコト
- 而シテ凡ソ右ノ陳述ヲナスモノハ其陳述スル事柄ノ不眞實ナルコトヲ知得シ居ルコト又詐欺ヲ爲スノ目的自己ヲ利スルコト又害ヲ與ヘキ惡心アルコトハ詐欺ノ陳述ヲ構成スルニ於テ必要トセサルカ如シ又或ル事件ノ眞偽若クハ狀況ヲ確知セサルモノ其事件ノ眞偽若クハ狀況如何ヲ輕々陳述スルモノハ是自カラ危險ヲ踏ムモノニシテ自己ヲ利シ若クハ他人ヲ欺クノ意思ノ存否ニ係ラス法律上詐欺ノ責ヲ免ル、能ハサルモノトス如何ントナレハ是自ラ其陳述ノ眞實ナルヲ保證スルモノナレハナリ

詐欺ノ陳述ノ最モ普通ノ場合ハ左ノ如シ

甲、自カラ他人ノ代理人ナリト稱シテ爲シタル事柄ヨリ他人ニ損害ヲ與フル場合

乙、第三者ノ信用ニ關シ又ハ正直不正直ニ關シ虚妄ノ陳述ヲナシ之ト取引スルモノニ損害ヲ與フル場合

丙、有妻ノ男子無妻ナリト虚陳シテ他ノ婦女ヲ欺ク場合

丁、相當ノ權力アル旨ヲ虚陳シ以テ其從僕ニ不正ノ所爲ヲナサシムル場合

戊、物品ノ性質危険ノモノナルコトヲ知リナカラ之ヲ通報セスシテ他人ニ托

シタル場合

己、最モ有要ナルハ賣買ニ附屬シテ起ルモノ即チ不實ノ擔保 (Warranty) ナ爲シ

タル場合はナリ

凡ソ不實ノ擔保ハ賣主ニ於テ眞否ヲ知ルト知ラサルトニ係ラス均シク詐欺ト云フヘキナリ何トナレハ買主ハ一ニ賣主ノ擔保ニ依頼シ其物品ハ良非適否ヲ決スルモノナレハナリ

又擔保ハ暗黙ニ存スルコトアリ例セハ見本ニ依リテ賣買シタルモノナルト
キハ其見本ハ賣買物品中ヨリ公平ニ撰ヒタルモノナルコトヲ暗黙ニ擔保ス
ルモノナリ

又商標ノ如キハ一ニ信用ヲ之ニ置クモノタルヲ以テ暗ニ其正當ノ物品ニ帖
附セルヲ擔保スルモノナリトス

以上講述シタル所ヲ以テ私法中ノ對世權ノ概畧ハ說キ了ハリタリト信スルカ故
ニ以下私法中ノ對人權ニ移リ説明スヘシ
抑羅馬法ハ權利ヲ區別スルニ義務ノ範圍ノ廣狹ニ依リ對世權(Rights in rem)ニ相對
シテ Obligation ノコトヲ論セリ而シテ Obligation 中ニハ非行(wrong)ノ前後ニ係ラス
一切ノ對人權ヲ包含スルナリ詳言スレハ契約等ニ依リ生スル對人權モ犯權ノ所
爲アリテ始メテ生スル救濟權モ共ニ含蓄スルモノナリ然レトモ上來余輩ノ採用
シタル類別ハ非行ノ前後ニ因リタルモノナリ犯權ノ所爲ノ前後ニ因リタルモノ
ナリ非行前ニ存スルヲ主質ノ權利トシ非行後ニ生スルモノヲ助質ノ權利トセル
ナリ而シテ既ニ前章ニ於テ主質對世權ヲ述ヘタレハ以下主質對人權ヲ述ヘ次ニ

助質ノ權利ニ及フコト、スヘシ
茲ニ一ノ注意ス可キハ本講ノ所謂主質對人權ハ羅馬法中ノ(Obligations ex contractu)
及ヒ(quasi ex contractu)ニ相應シ余輩ノ救濟權ト稱スルモノハ羅馬法ノ(Obligations ex
Delicto, quasi ex Delicto)及違約ヨリ生スル「チブリゲーション」ニ應スルモノナリ「チブ
リゲーション」ノ範圍ハ余輩ノ本講ニ採用シタル分類法ト異ナルモノナリト雖モ
「チブリゲーション」ノ問題タル羅馬法中重要ノ位置ヲ占ムルモノナレハ羅馬學者
ノ與ヘタル定義ヲ舉ケ以テ其一班ヲ示スヘシ(Paulus)曰ク「チブリゲーション」トハ其
性質上人ノ行爲ニ課スルモノニアラスシテ他人ヲシテ或ルモノヲ與ヘ又ハ供シ又
ハ他人ヲシテ爲サシムルコトヲ云フト今「シヤヌス」ト云フ「法典」ノ與ヘタル定義ヲ
示セハ「チブリゲーション」トハ國法ニ從フテ必然或ルコトヲ致スヘキ法鎖ナリト
云フニアリ又サビニ「氏」ハ曰ク「チブリゲーション」トハ他人ノ行爲ノ一部ニ對ス
ル監理ニシテ(若シ全部ニ對スル監理ナレハ人格ヲ消滅ス)而シテ此場合ニハ其行
爲ノ一部ハ其人ノ自由意思ヨリ奪取シテ自己ノ意思ニ服從セシムルモノナリト
又カント氏曰ク「チブリゲーション」トハ特定ノ行爲ニ關シ自由ノ大法ニ從ヒ自己

ノ意思ヲ以テ他人ノ意思ヲ決セシムル所ノ他人ノ意思ノ占有ナリト又プフター氏ハ曰ク「チブリゲーション」トハ即チ法鎖ニシテ此法鎖ニ依リ一人カ他人ニ或ル行爲ヲ求ムル權ヲ有スルモノナリト又ホルランド氏ハ曰ク「チブリゲーション」トハ其字義ノ示スカ如ク紐鎖ニシテ此紐鎖ニ依リ他人ノ利益ノ爲メ一人カ或ル行爲ヲ爲スヘキモノナリ而シテ如斯束縛ハ或ハ合意ニナリ或ハ合意ニ出テサルコトアルニモセヨ畢竟スルニ何レノ場合モ束縛スルモノハ法律ニシテ又其束縛即チ紐鎖ヲ解ク所ノモノモ法律ナリト

以上述ル所ノ數個ノ定義ヲ分析スレハ左ノ三個ノ主義ヲ得ヘシ即チ

第一 雙務的主義 第二 消極的主義 第三 積極的主義
 ニシテ雙務的主義トハ義務ハ法律上ノ紐鎖ナリト云フモノニシテ消極的主義トハ義務ナリトシテ吾人ニ或ル負擔ヲ課スルモノナリトナスナリホルランド氏ノ主張スル所ノ定義ハ此主義ニ基ケリ又積極的主義トハ權利ヲ與フルト云フ點ヨリ觀察シタルモノニシテサビニー氏カント氏ノ與ヘタル定義ハ此主義ニ基クモノトス又プフター氏ノ與ヘタル定義ハ雙務的及積極的ノ二主義ニ基ケリ

義務中ニハ道德ノ義務ニシテ又法律ノ認ムル所ノモノアリ例ヘハ義務者ニシテ債權ハ既ニ出訴期限ヲ經過シタルモノタルニ氣附カスシテ支拂ヒ後ニ至リ債主ニ訟求ノ權ナケレハ道德上ノ義務ニ外ナラサルヲ悟ルモ法律ハ之カ取戻ヲ許サハルカ如シ

凡ソ法律上義務ヲ權利者ノ方ヨリ見ルトキハ之ヲ對人權ト云フ主質ノ對人權ハ多クハ合意ヨリ成ルモノナレトモ又全ク合意ナクシテ生スル所ノモノアリ例ヘハ親族間ニ於ケル親子ノ關係ノ如キモノ是ナリ而シテ此主質ノ對人權ヲ獲得スルノ方法ニアリ則チホルランド氏ノ說ニ依レハ對人權ハ第一契約ニ依リテ生シ第二法律ニ依リテ生スト然レトモ此區別ハ其當チ失スルモノニ似タリ何ントナレハ既ニ義務ハ法律上ノ法鎖ナルコトヲ暗ニ認ムル以上ハ契約ニ因テ生スル對人權モ亦法律上ヨリ生スルモノト云ハサルヲ得ス故ニ右ノ區別ハ重複ノ嫌ナキ能ハス然レトモホルランド氏ノ說ヲ推スルニ契約ヨリ生スルモノト法律ヨリ生スルモノトノ區別ヲ爲シタルハ直接ニ契約ヨリ生スルモノト然ラサルモノトニ因テ區別ヲ爲シタルモノナルヘシ然レトモ講義ノ便宜上氏ノ區類ニ基キ講進スヘシ

法律ニ依リ生スル主質ノ對人權トハ羅馬法學者ノ所謂准契約ナルモノニシテ之ヲ區別スレハ左ノ如シ即チ

第一、親族權 第二、信託權 第三、功勞上ノ權 第四、職務上ノ權
ノ四種トス次回ニ於テ順チ追ヒ之カ説明ヲ爲スヘシ

第二十回

第一、親族權 即チ家族上ヨリ生スル對人權トハ家族相互ノ間ニ生スル者ニシテ婦ハ夫ニ服從ノ義務ヲ有シ夫ハ婦ニ對シ服從セシムルノ權利ヲ有スルカ如キ是ナリ對人ノ親族權ハ其性質稍畫一ノ明チ欠クモノニシテ是ニ對スル義務モ通例生涯ニ渡ル行狀ニ係ハルモノニシテ一々明舉シ得ヘキモノニ非ス此種ノ權利ハ夫妻ノ關係ヨリ生スルモノナリ以テ最重要ナリトス夫婦間ノ權利義務ハ契約ヨリ生スルモノナリト謂ハンヨリハ寧ロ法律ノ作用ヨリ生スルモノナリトナスヲ以テ穩當ナリトス夫婦ノ關係ハ實ニ契約ニ因リ定マルモノナリト雖モ其夫タリ婦タルノ身分ニ附隨スル權義ニ至テハ法律ノ作用ニ出ツルモノト云フチ得ヘシ結婚ノ契約ニ因リ身分ノ變動ヲ生スルハ恰物件ヲ賣買シテ所有權ヲ移轉スルト

四

五

其趣キ彷彿タリ身分ノ變更ハ契約ニヨリ生スレトモ其身分ノ變更アリタルカ爲ニ生スル所ノ事柄ハ決シテ契約ト云フチ得スト是ホルランド氏ノ述フル所ナリ夫婦ノ權利義務ニ就キ佛法典ハ其第二百十二條ヲ以テ夫婦ハ互ニ貞實ニシテ相扶持スヘキ旨ヲ第二百十三條ヲ以テ夫ハ其婦ヲ保護シ婦ハ其夫ニ聽順スヘキ旨ヲ第二百十四條ヲ以テ婦ハ其夫ト居テ同フシ且夫ノ居住ヲ爲サントスル地ニ隨行スヘシ又夫ハ其婦ヲ引取り己レノ家産ト分限トニ應シ生計ノ爲メ要用ノ諸件ヲ給スヘキ旨ヲ規定セリ又英法ニテハ夫ノ得ル處ノ權利ハ(一)婦ノ同居(二)貞操(三)他人ト姦通セサルコト等ノ權利ニシテ婦ノ有スル權利ハ夫カ姦通シ且ツ非道ノ事柄ヲ爲セシトキハ離婚ヲ許ス等ノ權利ナリ又父子ノ關係ハ父ハ子ヲ教育シ子ハ父ニ從ハサルヘカラサル等ノコトニシテ又後見人ト被後見人トノ關係ハ父子ノ關係ト略ホ同一ノモノナリ

第二、信託ヨリ生スル權利 信託ナル者ハ羅馬法ヨリ傳來セシモノナリトス此信託ヨリ生スル權利ノ事ニ就テハ戶水學士カ既ニ衡平法ニ於テ詳述セラレタルヲ以テ茲ニハ之ヲ畧述スルニ止メテ抑信託トハ兩對手間ノ信任上ニ基ケル委託ノ

謂ニシテ英國普通法ニテハ此信託上ノ權利ハ裁判所ニ訴ヘ之ヲ實行スルヲ得サ
ルモ衡平法裁判所ハ其信託上ノ權利ヲ保護シ之カ救済ヲ與ヘ之カ權力ノ實行ヲ
許スモノナリトス

第三、功勞上ノ對人權 此權利ハ佛國法ニ所謂事務管理ノ類ニシテ羅馬法ニ所謂
(Negotiorum gestor.) 是ナリ

英國法ニ於テ船舶カ大風雨ニ逢ヒタル爲メ其積載セル所ノ荷物ヲ海上ヘ投ケタ
ル際偶々人アリテ之ヲ拾ヒ取りタルモノ相當ノ賠償ヲ爲サシムル如キ或ハ醉人若
クハ瘋癲白痴ノ者ニ衣食等ノ必要品ヲ給セルモノニ賠償ヲ與フルノ制ハ皆本項
ノ性質ヲ具フルモノナリ「ベンザム」氏如斯場合ニ賠償ヲ與フルノ正當ナル理由ヲ
述ヘテ曰ク先ツ賠償ヲ爲ス可キモノト假定セヨ然ルトキハ功勞ヲ受ケタル本人
ニ於テ其賠償金ヲ拂フモ尙ホ利益ヲ得ルナリ然ルニ此等ノ場合ニモ功勞者ニ賠
償ヲ與ヘストセンカ功勞ヲ致シタルモノニ損失アリ而シテ此賠償ヲ與フルノ制
度ハ受償ノ利益ヲ謀リタルモノニ非スシテ勞力ヲ受ケルモノ、爲ナリ又此賠償
ノ制タル豫シメ勞力者ニ勞役ノ徒勞ニ屬サ、ルヲ約シ以テ人類相互ニ救済スル

コトヲ獎勵スルモノナリ又此種ノ對人權ヲ生スルニ就テハ左ノ三箇ノ點ヲ注意
セサルヘカラス

一、僞仁ヲ以テ報勞金ヲ受ケント欲スル射利的ノ扶助ヲ防止スルコト

二、所有者ニ於テ自カラ爲ストキハ廉價ニ爲シ得ヘキ場合ニ故意ニ干涉シ高額
ノ賠償金ヲ得ントスルモノヲ防止スルコト

三、功勞ヲ受ケタルモノ、利益ト勞力者ヘ與フル賠償金ト相償ハサルニ至ラシ
メサルコト

第四、職務上ノ對人權 凡ソ一般ニ何人ト雖モ總テ官吏ニ對シテ自己ノ爲メニ相
當ノ職務ヲ行ハシムルヲ得ルノ權利アリ此權利ハ行政裁判ニヨリ之ヲ實行シ得
ルモノニシテ例ヘハ電信官吏、郡長、登記官吏ノ如キハ若シ不當ノ人民ノ請求スル
所ヲ爲サ、ルトキ若シハ之ヲ爲スヲ拒ムトキハ行政裁判所ニ訴ヘ之ヲ實行シ得
ルカ如キ是ナリ羅馬法ニ於テハ訴訟人ハ裁判官ニ對シテ相當ノ裁判ヲ求メ得ル
ノ權利アリシカ故ニ裁判官ニ於テ賄賂ヲ受ケ或ハ職務上當然知ルヘキ事ヲ忘却
シテ爲サ、ル場合等ニ於テハ訴訟人ハ爲ニ蒙ムリシ損害ノ賠償ヲ請求スルノ權

利アリタリ英國法律ニ依レハ司法ノ職ニ參スルモノハ判事陪審官等何レナルニ
 論ナク苟モ越權ノ事ヲ爲スニ非サレハ其職務ニ付テ出訴セラル、コトナシ
 又人カ業務上義務ヲ負フコトアリ例ハ旅人宿ニシテ相當ノ坐敷ヲ有シ旅客ニ於
 テ相當ノ旅籠料ヲ支拂フトキハ旅人宿ハ必ス宿泊ノ需メニ應セサルヘカラス
 ノ義務アルカ如キ又運送人ハ相當ノ理由ナキ以上ハ決シテ運送ノ需メヲ拒絕ス
 ルヲ得サルカ如キ是ナリ是畢竟社會一般ノ人ニ對シテ職業上ノ義務アレハナリ
 右述フル所ノ權利ニ付キ尙ホ一例ヲ示セハ船主ハ必ス其船中ニ藥劑ヲ貯フルノ
 義務アリトシ若シ此義務ヲ欠キタルカ爲メ損害ヲ蒙ラシムルトキハ賠償ノ責ニ
 任セサルヘカラス又鐵道會社カ必要上ニ於ケル土地買上ノ如キハ假令地主ノ合
 意ナキモ之ヲ買上ルヲ得ル特權ヲ有スルモノアリ(千八百四十五年英國條例英國
 ニテ所謂契約ニ基キタル私犯即チ外科醫カ注意ヲ欠キタル爲メ患者ニ與ヘタル
 損害ノ如キハ往々職業ニ從事スルヨリ生スルモノニシテ契約以外ニ存立スルモ
 ノナリト主張スル人アリ則チ醫師ヨリ藥劑ヲ請ヒ受ケタルトキハ其藥料ヲ支拂
 ハサルヘカラスナルノ義務ハ契約ヨリ生スルモノナレトモ熟練ヲ欠キタル爲メ醫

師カ患者ニ與ヘタル損害ノ賠償ノ如キハ契約ヨリ生シタルモノニアラスシテ契
 約以外其醫業ニ從事スルヨリ生スルモノナリト
 然リト雖モ是等ノ場合ハ契約ヨリ生スル權利ナリト解釋スルヲ以テ穩當トス何
 トナレハ鐵道ノ切手ヲ旅客ノ買得シタル事實ヨリ法律上鐵道會社ニ責任ヲ科ス
 ルモノナルカ故ニ切手ヲ賣リ相當ノ金錢ヲ得タル以上ハ相當ノ注意ヲ用ヒ特定
 ノ方向ニ車ヲ進行スル時ノ事ハ暗々裏ニ約スルモノナレハ其進行ノ中途ニ於テ
 不意ノ事柄アリテ乗客ニ損害ヲ與ヘタルトキ或ハ中途ニ進行ヲ止メテ運行セサ
 ル等ハ皆違約ト見做シ得ヘシ故ニ此等ノ場合ニハ損害ヲ償ハサルヘカラス而シ
 テ此原理ハ醫者ノ場合ニモ適用シ得ヘキモノナレハナリ
 是ヨリ契約ニ依リテ生スル對人權ノコトヲ説明スヘシ曩キニ法業ノ場合ニ於テ
 法律上ヨリ生スル動作ニニアリ一ハ一方ノ意思ヲ以テ爲スモノニシテ一ハ双方
 ノ意思ヲ以テ爲スモノトノ二アルコトヲ述ヘタルカ其双方ノ意思ヲ以テ生スル
 モノヲ契約ト云フ而シテ茲ニ所謂契約ト云フハ最モ廣キ義ノモノナリ
 契約ニ二個ノ意味アリ則チ商店ニ至リ現金ヲ以テ賣買ヲ爲スカ如キ場合ニテ即

坐ニ其効力ヲ盡シ後日ニ殘ルモノナキ場合及將來ニ其効力ヲ及ホス場合はナリ
抑モ意思ノ投合ト同時ニ取引ヲ終結スルコトハ契約ニアラス契約ニハ必ス多少
將來ノ元素ヲ含ムモノナリト云フモノアリ而シテ賣買ハ意思ノ投合ト同時ニ取
引ヲ終結スルモノタレハ單ニ引渡ト云フヘクシテ契約ニアラスト主唱スル學者
往々アレトモ賣買ト雖モ能ク之ヲ分析スルトキハ契約ノ要素ヲ十分具備スルモ
ノナレハ契約ト云フモ敢テ不都合ナキカ如シ以上述フル所ニ依リ考察スルトキ
ハ契約ハ即時ニ終結スルモノト未來ニ終結スルモノトノ二種アリト云フヘシ

第廿一回

是ヨリ進ンテ對人權ヲ將來ニ生スル所ノ契約ノ事ニ就キ説明スヘシ
サピニー氏契約ノ定義ヲ與ヘテ曰ク契約トハ彼我ノ間ニ法鎖ヲ生スル目的ヲ以
テ爲ス所ノ意思ノ結合ナリト又英吉利從來ノ法律ニ依レハ二人ノ合意ニ依リ法
鎖ヲ生スヘキモノヲ契約ト云フカ如シ又キングレー氏曰ク二者同一ノ事物ヲ思
惟シテ其意思ヲ對手ニ通シ之ヲ實行スル相互ノ約束アルトキハ即時二者ノ間ニ
契約ノ組織セラレタルモノナリト又ホルランド氏ハ曰ク契約トハ數人間ヨリ生

スル一致ノ表彰ニシテ一人若クハ數人ニ對シ利用シ得ヘキ對人權ヲ生スルモノ
ナリト茲ニ一ノ注意ヲ要スルハ兩意ノ行爲ト其行爲ヨリ生スル結果トハ之ヲ區
別セサルヘカラス以下説カント欲スル所ノモノハ兩意ノ行爲ヨリ生スル結果ニア
ラスシテ兩意ノ行爲(Twosided act)ナリトス抑英國ニテハ右ノ二者ニ用ユヘキ文字
ヲ區別セスシテ二者共ニ同一ノ文字ヲ使用セリ例ヘハ契約ヲ移轉スト云フカ如
キ是ナリ移轉スヘキモノハ契約ヨリ生スル權義ナレトモ尙之ヲ契約ト云フナリ
羅馬法ハ二者ニ用ユヘキ文字ヲ區分シテ一ヲ「コントラクト」ト云ヒ一ヲ「オブリゲ
ーション」ト云ヒエキス、コントラクトト云フ此契約ノ事ニ就テハ奇怪ノ説ヲ爲ス者アリ曰
ク契約ノ實行ハ決シテ法律ノ關涉スヘキモノニアラスシテ相互ノ名譽相互ノ信
用ニ憑依シ其對手ノ隨意ニ任スヘキモノナリト古代ノ印度法ノ如キ即チ此主義
ヲ採リシモノナリ然リト雖モ今日ノ如キ商業ノ頻繁ナル時世ニアリテハ此主義
ハ到底容レラレサルナリ今日ニ於テハ各國皆共ニ國家ノ是認スル契約ノ履行ハ
國家ノ權力ヲ以テ之ヲ保證スルモノトス然リ而シテ其方法タルヤ國家カ違約者
ノ意思ニ一種ノ壓力ヲ加ヘ受約者ノ意思ニ從ハシムルニアリ乍併此壓力タルヤ

往々違約者ナシテ契約ヲ履行セサルノ意思ヲ生セシムルコトアリ即チ契約ヲ履行セサルモノアルニ際シテハ政府ハ之ニ關涉シテ契約ヲ履行セシムルノ定メナルモ尙ホ頻々違約スル者アルカ爲ニホルムス氏ノ如キハ契約ハ冒險ノ所業ナリト云ヘリ今ホルムス氏ノ云フ所ヲ示セハ契約ヲ爲スハ即チ爲約者カ履行スルカ或ハ違約シテ賠償スルカノ二途ヲ期スルモノニシテ受約者ハ契約通りニ履行ヲ受クル乎違約ノ賠償ヲ受クル乎ノ二途ヲ望ンテ契約スルモノタルニ外ナラサルナリ言ヒ換エレハ履行スルカ又違約シテ賠償ヲ爲スカハ爲約者ノ自由ニ任スルモノナリト云フニアリ然レトモ此說ハ實ニ穩當ナラサルニ似タリ何トナレハ契約ヲ爲スモノハ契約通りニ履行スルヲ目的トセサルモノハ殆ントは無ケレハナリ賠償ト履行トナ同等ノ位置ニ置クノ場合毫モナケレハナリ況ンヤ賠償請求ノ權利ハ違約アリテ始メテ起ル權利ナルニ於テチヤ決シテ同一ニ見做スチ得サルナリボルランド氏此說ヲ評シテ曰ク若シ此說ニシテ可ナラシカ人チ罵詈譏諷スルコトモ損害賠償ヲサヘ甘ンスレハ是亦其自由ナリト云ハサルヘカカラスト思フニホルムス氏ノ唱フル所ノ說ハ畢竟スルニ違約ヲ爲ス者世間非常ニ多キヨリ

如期論結チ生シタルモノナラン

サピニー氏契約ニ要スル元素ヲ掲ケテ曰ク第一對手第二合意第三合意ノ通報第四法律上ノ關係ヲ生スル意思ノ四元素ナカルヘカラストホルランド氏之ヲ評シテ曰ク此サピニー氏ノ掲ケタル契約ノ要素ニ就テハ批難スヘキ點僅ニ一點アルノミ即チ對手ノ意思カ全ク合致セサルヘカラスト云フニアリ此點ハ少シク盡サ、ル所アルニ似タリ則チ契約ハ意思自身ノ結合ト云ハンヨリハ寧ロ意思ノ表彰ノ結合ナリト云フヘシト蓋法律ハ契約ニヨリ彼我ニ生スル所ノ希望ヲシテ空シカラサラシムル爲メ之ヲ實行スルモノニテ其希望タル真意ヲ表スル所ノ所業ヨリ推測スルモノナリト雖モ亦往々真意ヲ表セサル表彰ヨリ推測スルコトモナキニ非ス一例ヲ示セハ一人アリテ他人ト契約シ他人チシテ一致セシムルモ其他人ノ胸底ニハ或ハ最初ヨリ契約ノ事柄ヲ履行セサルノ考ヘアルモ測リ難シ此等ノ場合ニハ表面ニ顯ハル、舉動ト意思トハ符合スト云フチ得サルカ如シ而シテ當場合ハ勿論サピニー氏ノ所謂合意トハ云フヘカラサルモ爾カモ有効ノ契約タリ最初ヨリ履行スルコトヲ期セサルモノハ合意テフ元素カ欠ケ居レハトテ之チ口

實トシ其責ヲ免ル、ヲ得ス又最初ハ履行スルノ意思ナク後ニ至リ履行スルノ意思生スト雖モ最初履行スルノ意思ナカリシトノコトチ口實トシ對手ハ其履行ヲ拒絕スルヲ得サルナリ契約ニ合意ノ必要ナルハ羅馬ノシヤボレナス始メホルムス、アンソンの等諸學者ノ唱導スル所ニシテ大ニ勢力アル說ナリトス晚近此合意ノ事ニ就キ說ヲ爲ス學者アリ則チ契約ニハ眞誠ノ合意ヲ要スルヤ否ノ事ハ契約ノ元素トシテ契約法中ニ於テ討究スヘキモノナルヤ否ノ事ハ始ク措テ論セズ法理學者トシテ論スヘキ問題ナルヤ否モ疑ハシキ程ニシテ中ニハ心理學者若クハ哲學者ノ研究ニ任スヘキモノナリト云フ者アリ今契約ヲ法律ノ沿革上ヨリ觀察スルトキハ古代ニ在テハ嚴格ノ式ニ遵據スルヲ重シ今日ニ至テハ自由意思ニ依據スルヲ重スルコト、ハナレリ羅馬法以來現今歐洲諸國ノ法典ニ於テモ常ニ意思ナル語ヲ用ヒテ其内意ト外部ニ顯ハレタル表彰トノ區別ヲナサス故ニ之ヲ解析スルニ當テハ何レニモ解シ得ヘキナリ又英國法ニ於テモ單ニ合意ト稱スルカ故ニ内部ノ意思ヲ云フモノニヤ又ハ其表彰ヲ云フモノニヤ明瞭ナラス契約ニ要スル所ノモノハ眞ノ合意ニアラスシテ合意ノ表彰ナリトノ說ハビツカード對シエアス

訴件 (Pickard v. Sears) 千八百三十八年ノ訴件ニ起リ千八百五十九年ニ至リコロン
シ對アピントノ訴件ニ於テポロツク氏曰ク凡ソ舉動若クハ言語ニ依リ相當ノ
智識ヲ備フル他人チシテ合意ノ在スルコトヲ推測セシメタルトキハ自ラ其事ヲ
爲スノ意思アルト否トニ關セズ其舉動若クハ言語ヲ發シタルモノハ後日其結果
トシテ生スル相當ニ推測シ得ヘキ責任ヲ免カル、ヲ得スト又其後千八百七十一年
ニスミス對ハースノ訴件ニ於テブラツクバルン氏曰ク相當ノ智識ヲ備フル人ニ
於テ對手ノ發議スル條項ヲ許容セリト信スヘキ舉動ヲ爲シ對手又之ヲ信シテ結
約シタルトキハ眞誠ノ意思如何ニ關セズ其舉動ヲ爲シタル者ハ契約ノ責ヲ辭ス
ルヲ得ス之ヲ要スルニ一例ヲ示セハ甲ガ乙チシテ己ト結約セシムヘキ行爲ニ對
シ法律ノ與フル意義ハ甲ハ眞ニ契約ヲ企望スルモノナリトノ推測ヲ基礎トスル
モノニアラスシテ相當ノ智識ヲ備フル者ガ一ノ舉動若クハ言語ニ依リ合意アリ
ト推定スルヲ得レハ充分ナリトノ意義ニ外ナラサルナリト此等ノ議論ハ能ク眞
誠ノ合意ヲ探究スルハ法學家ノ勉ムヘキ所ニアラスシテ心理學者ノ宜シク研究
スヘキ所ナリ杯云フ問題チ一掃シ數多ノ相反セル判決例ヲ調和セルモノト云フ

ベシ此意思ノ表彰ヲ以テ一要素トナスヘキ說ハ實際上眞理ニ適フモノナリ例ヘ
 ハ住地ノ相異ナル所ノ者カ書信ヲ以テ契約スル場合ニハ承諾者ハ承諾狀ヲ郵函
 ニ投セハ契約ハ成立スルモノナリトスルカ如キ是ナリ此場合ニ於テハ申込者ハ
 申込ヲ對手カ承諾シタルヤ否ハ未タ知ラサルカ故ニ眞誠ノ合意アリシヤ否ヲ知
 ラサルハ勿論ナリ況ンヤ途中等ニ於テ紛失シタル場合等ニ於テモ尙契約成立ス
 ルモノト見做スニ於テナヤ此問題ニ就テ起ル所ノモノハ眞誠ノ合意如何ニハア
 ラスシテ意思ノ表彰ハ交換セラレタルヤ否ヤニアリトス又代理法ニ於テモ本人
 トシテ代理人ノ所爲ニ對スル責任ハ本人カ代理人ヲ管理シ得ル場合ニ止ラス其
 一旦委任シタル代理ヲ解任スルノ通知ヲ爲ス前ハ既ニ本人ニ於テハ代理ヲ解任
 シタルノ意思ナルモ之ヲ免カル、ヲ得ス其本人タルノ責任ヲ免カル、ノ時ハ解
 任ノ通知狀カ代理人ノ手裡ニ落ナタル以後ナリトス依是觀之モ法律ノ要スル所
 ノ者ハ眞誠ノ意思ニアラスシテ外部ニ於ケル意思ノ表彰ナルコトヲ知ルニ足ル
 ヘシ契約ニ錯誤アル場合モ亦其一證ナリ錯誤ヲ爲ス者ハ許諾セストハ法律ノ格
 官ニシテ表面上ノ行爲即チ錯誤ノ爲ニ拂ヒタル金錢等ハ法律上之ヲ取戻シ得今

錯誤ハ何故ニ契約ヲ取消シ得ルヤノ理由ヲ示サシニ錯誤ナル者ハ無形ノ事實ナ
 ル眞誠ノ意思ニ齟齬スル所アルニアラスシテ外部ノ表彰ニ於テ合同一致スル所ナ
 キヲ以テナリ即チ第一契約ノ當時ニ用ヒタル言語ノ無稽ナルコト換言セハ存セ
 サル所ノモノヲ存スルト思惟シ若クハ二者同名ノモノヲ同一ト思惟スル場合等第
 二錯誤ヲ爲シタル對手ノ眞ニ企望スル所ハ他ノ對手ノ之ヲ知り得ヘキ場合例ヘ
 ハ人ヲ取り違ヘタル場合ノ如シ即チ例年取附ケノ氷屋ヘ注文シタルニ其氷屋ハ
 既ニ閉店シテ代テ同業ヲ營ミ居ル他ノ者ヨリ氷ヲ送ルコトアルモ其代價ハ之ヲ
 要求スルヲ得ス要スルニ錯誤ノ場合ニ生スル所ノモノハ一方ノ對手ノ意思ノ表
 彰ハ相當ノ智識ヲ有スル他ノ對手ヲシテ信セシムルニ足ルヘキヤ否即チ前場合
 ニ於テ云ヘハ前ノ氷屋ト代ハリ居ル氷商ハ前ノ氷屋ハ既ニ廢業シテ自己之ニ代
 ハリ居ルコトヲ告知セサルヘカラス然ルニ其事ヲ黙々ニ附シ之ヲ告知セスシテ
 以テ注文シタル所ノ對手ヲシテ前ノ氷屋ナリト信用セシメタルモノニシテ其之
 ヲ信用セシメタル所ノ者ハ決シテ其責ヲ辭スルヲ得サルハ政畧上ヨリ云フモ相
 當ノ事ナリトス故ニ契約ノ要素ハ先ツ以下ノ如ク之ヲ分析スルヲ以テ至當トス

即チ左ノ如シ
 第一對手 第二合意ヲ表スル所ノ兩意ノ行爲 第三契約ノ目的物(適法ニシテ且ツ實際ニ出未得ヘキモノタルヲ要ス) 第四契約スル所行ハ法律上ノ結果ヲ生スヘキモノタルコト 第五其結果トシテ生スル所ノモノハ對手相互ノ結果タルヲ要ス 第六契約ヲ結フ方式及必要ノ條件(契約ノ種類ニ依リ異ナレリ)

第二十二回

第一 對手契約ニ對手ヲ要スルコトハ敢テ議論ヲ要セヌコト、モナリ無形人タル一會社ノ二局ノ間ニ結ビタル契約ハ無効ナリトノ判決例少ナシトセス對手ノコトハ諸君既ニ之ヲ明知シ毫モ疑ナカルヘケレハ贅辨ヲ費ヤサルヘシ
 第二 契約ニハ兩意ノ行爲アルヲ要ス即チ申込承諾是ナリ今此申込并ニ承諾ニ關スル規則ヲ擧クレハ(一)承諾ハ無條件ノモノタラサルヘカラス(二)承諾ハ申込ノ當時ナラサルヘカラス而シテ承諾ハ申込ノ當時ナラサルヘカラストノ事ニ就テ細説スレハ左ノ如シ
 甲、申込ハ何時迄繼續スルモノナルヤノ問題ニシテ其繼續時限ハ時ト場合トニ依

リ異ナルモノニシテ一言以テ之ヲ蔽フ能ハサレトモ英法ニテハ相當ノ時間内獨法ニテハ相當ノ便路ヲ以テ到着スル迄繼續スルモノトス相當ノ便路ヲ以テ到着スル迄トハ第一發目ノ郵便ヲ以テ申込メハ第二發目ノ郵便迄繼續スルチ云フ
 乙、申込ハ申込者ノ死亡ト共ニ消滅スルモノナリ此事ニ就テハ印度契約法ニ依レハ被申込者方ヘ申込者カ死去シタルコトノ通知スル迄ハ申込ハ消滅スルモノニアラスシテ其通知ト共ニ消滅スルモノトス
 丙、遠隔ノ地ニ住スル所ノ者ニ於テ郵便電信等ヲ以テ契約ヲ結ハントスル場合ニハ何時ヨリ契約ハ成立スルモノナルヤノコトニ就テハ以下ノ三説アリ
 第一説、契約ノ成立ハ承諾者カ承諾狀ヲ投函スルヤ否茲ニ發生スルモノニシテ承諾狀カ未タ申込者ニ達スル前ニ於テ既ニ契約ハ成立スト云フニアリ
 第二説、契約ノ成立スルニハ承諾狀カ申込者ニ達スルヲ要ストノ説是ナリ
 第三説、契約ノ成立スルニハ管ニ承諾狀カ申込者ニ達シタル迄ニテハ未タ不可ナリ必ス申込者ニ於テ之ヲ披見セサルヘカラストノ説ナリ
 佛國ノ學者間ニモ種々議論アリテ未タ一定セスメラン氏等ハ承諾狀ヲ投函スレ

ハ茲ニ契約ハ成立スルモノナリト云ヒボナエー氏ノ如キハ申込者ニ於テ對手カ承諾シタルコトヲ知ラササルヘカラスト主張セリ又英法ニ依レハ諸學者討議ノ局今日ノ處ニテハ承諾狀ヲ投函スルヤ否茲ニ契約ハ成立スルモノナリトノ說ニ畧一定セルモノ、如シ

又承諾ハ之ヲ被申込者ノ腦裏ニ於テ密ニ承諾シタルノミニテハ未タ足レリトセス必ス其承諾カ申込者ニ達スルノ方法ヲ爲サ、ルヘカラスト又申込ハ承諾者カ之ヲ承諾シタル以上ハ取消スヲ得サルハ論ヲ竣タス而シテ承諾狀ハ既ニ之ヲ發シタルモ未タ申込者ニ達セサル前ニ取消狀ヲ發シ其取消狀ト承諾狀ト同時ニ申込者ニ達シタルトキハ契約ノ成立ハ爲ニ妨ケラル、モノナルヤ否ハ大ニ疑問ニ屬スル所ナレトモ苟モ取消狀ニシテ寸時ト雖モ後レテ達スルカ若クハ紛失シテ達セサルニ於テハ契約ハ立派ニ成立スルモノトス元來英法ニ依レハ現ニ契約スル時分ニ一方ノ意思カ他方ニ現實到達セサレハ合意ハ是ナキモノナルカ故ニ契約ノ成立スル道理ナキカ如シト雖モ前ニモ説明セル通り遠隔ノ地ニアリテ契約セントスル場合ニハ承諾狀ヲ投函スルヤ否契約ハ成立スルモノトスルカ故ニ例令

未タ先方へ承諾狀ノ到達セサル前ニ取消狀ヲ發スルコトアルモ契約ノ成立ハ毫モ害セラル、コトナシ

丁、前ニ述ヘタル所ハ合意ナキカ故ニ契約ハ成立セサルコトアリドノ事ナルカホルランド氏ノ說ニ從ヘハ意思ノ表彰ニシテ全カラサルトキハ勿論無効ニ歸スルモノナレトモ假令表面上承諾スルコトアルモ尙契約ノ成立ヲ妨ケ契約、爲ニ不利益ヲ蒙リタルモノ之ヲ取消シ得ル(Voidable)事柄アリ

一、詐欺 (Fraud) 茲ニ注意スヘキハ商買カ物品ヲ賣却スルニ當リテ會ニ修飾ノ辭ヲ用ユルノミニテハ未タ以テ詐欺ト爲ス能ハス又其施シタル詐欺騙瞞ハ取引ニ關スル重大ノ點ナルヲ要ス

二、脅迫 (Duress) トハ畏懼ノ念ヲ生セシメ又ハ暴行ヲ以テ對手ヲ強壓スル場合ヲ云フ威壓ハ脅迫ノ一種ニ外ナラス威壓 (Undue influence) トハ父子、後見人被後見人、主僕ノ如キ關係ノ存スル場合ニ上者カ下者ニ勢威ヲ用ユル如キ是ナリ又詐欺並ニ脅迫ハ共ニ第三者ニ對スル所ノモノナラハ敢テ關係ナシトハ英法ノ通則ナリ然レトモ之レ脅迫ノ場合ニハ適用シ難シ何トナレハ脅迫ノ場合ニハ時ト

シテ第三者ニ對スル脅迫ト雖モ其影響ヲ蒙ルコトナシトセサレハナリ即チ取
消シ得ルコトアレハナリ
 戊合意ヲ表彰スル方法ハ必ス他ノ人ニ對スルヲ要スト雖モ文明進步ノ今日ニ於
 テハ必スシモ相對坐シテ合意ヲ表彰セサルヘカラスト云フニアラス媒妁人若ク
 ハ書信等ヲ以テ之ヲ爲スモ敢テ差支ナキモノナリ此媒妁人カ相當ノ權利ヲ委任
 セラレタルトキハ名ケテ代理人ト稱ス代理人本人ノ關係ハ後段ニ之ヲ述フルコ
 ト、爲スヘシ又初メ此代理ノ權利ヲ與ヘスシテ後ニ至リ之ヲ追認スルコトアリ
 又此代理人ヲ撰フニハ別ニ方式テフモノナシト雖モ文書ヲ以テ契約スル代理人
 ナ撰フニハ文書ヲ以テ代理權ヲ與ヘサルヘカラスト其他詐欺條例等ニ定ムル所ノ
 モノニ就テハ其條例ノ指定スル所ニ從フテ代理權ヲ與フヘキモノトス又代理權
 ハ暗黙即チ本人ノ舉動ヨリ委任シタルモノトナルコトアリ故ニ他人ヲシテ自己
 ノ代理人ナリト信セシムルニ足ル所爲ヲ爲シタルニ於テハ其者ハ本人タルノ責
 ナ辭スルヲ得ス例ヘハ船長カ必要ノ場合ニ於テハ自己ノ雇主ノ爲ニ荷物ヲ質
 入シ若クハ賣却スルヲ得ルモノナルカ如シ尤モ必要ヲ感シタリトテ妄リニ權力

ヲ濫用スヘカヲサルハ云フ迄モナキコトナリ又英國ニハ暗黙代理ニ一ノ例外ア
 リテ存セリ即チ夫カ妻ニ對シテ妄リニ品物ノ購賣ヲ禁スルトキハ假令其禁シタ
 ルコトヲ第三者ニ告知セザルモ若シ妻カ妄リニ取引シタルコトアルトキハ夫ハ
 其責ニ任スルニ及ハスト爲シタル判決例アリ然リ而シテ此代理人中ニハ物理代
 人ト稱スルモノト特別代人ト稱スルモノ、二種アリ物理代人トハ一般ノ事務ニ
 對シ權力ヲ委任セラレタル代理人ノ謂ニシテ特別代人トハ特別ノ事務ニ對シ權
 力ヲ委任セラレタルモノナ云フナリ要スルニ特別代理若クハ部理代理ト一般代
 理若クハ物理代理トノ差違ハ其代理權ノ多少ニ過キサルナリ特別ノ禁令ヲ發シ
 テ其權力ヲ制限スルコトアルモ其事柄タル代理事件普通ノ事柄ナルトキハ本人
 ハ第三者ニ對シ其責任アルモノトス代理人ノ爲シタル契約ハ本人ノ爲シタル契
 約モ同一ナリトス又若シ人アリテ他人ノ代理人ナリト詐稱シテ契約スルコトア
 ルモ其契約ハ本人タル者ハ勿論夢ニモ知ラサルコトナルカ故ニ本人ニ對シテ成
 立セサルハ勿論又代理人ニ對シテモ成立セサルモノトス然ラハ此場合ニハ如何
 スヘキヤト云フニ欺カレタル所ノ者ハ詐欺ヲ論據トシテ代理人ナリト詐稱シタ

ル者ヲ相手取リテ出訴スヘキモノナリトス

第三 契約ノ目的物ハ出來得ヘキ事及法律ノ許容スルコトナラサルヘカラス出來得ヘカラサルコトナルトキハ契約ハ無効ナリ苟モ出來得ヘカラサルコトナレハ對手ノ之ヲ知ルト否トニハ毫モ關係セサルナリ又出來得ヘカラサルトハ天然自然ノ理窟ニテハ出來得ヘカラサルコトノミチ云フニアラス實際非常ノ費用又ハ勞力ヲ要スルモノハ出來得ヘカラサルモノト見做スナリ
例ヘハ一ノ金貨ヲ海中ニ落シタルモノアリトセンカ此金貨ヲ拾フコトハ理窟上出來得ヘカラサルニアラサルモ實際非常ノ費用勞力ヲ要スル事柄ナルヲ以テ出來得ヘカラサルコト、見做スナリ

又法律ノ許サ、ル所ノモノハ英國法ニテ之ヲ云ヘハ婚姻媒約ノ契約及官吏カ月給ヲ賣却スル契約ノ如キモノニシテ此等ハ皆政略上ヨリ之ヲ禁シタルモノナリ或ル訴件ニ於テ裁判官ノ云ヘルニハ政略ニ反スルモノハ無効ナリトハ極メテ嚴密ニ解釋スルヲ要ス何トナレハ何人ト雖モ自由ニ契約シ得ル權利ヲ有スルモノニシテ且其範圍ハ廣大ナルモノナルカ故ニ妄リニ政略上ノ理由ヲ濫用シテ契約

ノ自由ヲ制限スルハ輕重ヲ失スルノ憂アレハナリト (Printing company v. Sampson, L. R. Eq. 463) 蓋至言ト云フヘシ

第四、契約ヲ結フニハ自ラ法律上ノ結果ヲ生スヘキ意思ナカラサルヘカラス夫ノ晚餐ヲ喫スル爲メ某料理店ニ會合スルノ約或ハ次ノ日曜日ニ一葉ヲ浮ヘテ隅田川ヲ溯ル約ノ如キハ法律上ニ所謂契約ナルモノニアラサルナリ何トナレハ法律上ノ結果ヲ生スヘキ意思毫モナケレハナリ

第五、合意ノ結果タル必ス相互ノ間ニ法律上ノ關係ヲ生スル處ノモノナラサルヘカラス例ヘハ裁判官カ或説ニ賛成スル如キモノハ合意アルニハ相違ヒナシト雖モ相互ノ間ニ法律上ノ關係ヲ生スヘキモノニアラサルカ故ニ契約トハ稱スルヲ得ス

第六、凡ソ何如ナル契約ニテモ前述ノ五元素ナクンハ決シテ成立スルモノニアラスト雖モ尙ホ茲ニ一ノ備ヘサルヘカラサル所ノモノアリ即チ方式是ナリ有式契約無式契約何レカ先ニ此世ニ發達シタルヤノ事ニ就テハ學者間ニ議論存シ羅馬法學者ハ野蠻未開ノ時代ニハ式ヲ踏ムノ考等ハ更ラニ存セサルモノナルカ故ニ無

式契約先ツ發達シ漸次世ノ開明ニ赴クニ隨ヒテ有式契約始メテ顯ハレタルナリト云ヘリ然レトモ後世多クノ吟味ニ供スヘキ材料ヲ塊集シ著名ナル學者ノ研究シタル結果ニ依レハ社會進步ノ有様タルヤ繁雜ヨリ簡短ニ進ムハ確定不拔ノ原則ニシテ即チ一ノ契約ヲ爲スニモ昔時未開ノ時代ニ繁雜ナル式ヲ踏ムヲ要シタルモ今日文明ノ世トナリテハ進ンテ單ニ合意サヘアレハ契約ハ成立スルコトニナリタルモノニシテ有式契約先ツ發シ而シテ後代ニ至リ無式契約ナルモノ發生シタルナリトノコトナリ蓋シ羅馬法學者ノ稱シテ無式契約ト稱スル所ノモノハ今日所謂契約ニアラスシテ其契約ト稱シ得ヘキニ至リタルハ有式契約ノ發生シタル時ニアルモノナルカ如此式ヲ踐ムコトニ付テハ二大利益アリ即チ一ハ輕卒ニ取引スルノ弊害ヲ防クコトニシテ一ハ後日ニ至リ立證ノ方法ヲ容易ナラシムルニアリ羅馬法ニ稱スル有式口頭契約ナルモノハ人ノ最モ知ル所ノモノナルカ此有式口頭契約ハ此契約ノ發達以前ニ存シタル繁雜ナル有式契約ヨリ進化シ來リタルモノナリ時移リ星變リテ今日トナリテハ契約ヲ結フノ方法愈簡略トナリ單ニ合意サヘアレハ充分ナリトスル傾キ愈盛ナリ尤モ詐欺條例等ノ爲メ又ハ

鄭重ヲ要スル爲ニ文書ニ認ムルヲ要スルモノナキニアラスト雖モ是等ハ特式契約ト稱シテ契約ハ合意アレハ成立ストノ原則ノ例外タルモノナリ而シテ又捺印證書ヲ以テ締結セサルヘカラサル契約等ニ至リテハ有式口頭契約ノ如ク約因ノ如何ハ毫モ之ヲ問フモノニアラスシテ只法律ニ要スル式ヲ踐ミタルヤ否ヲ判斷シテ之ヲ裁判スルモノナリトス尤モ詐欺錯誤等ノ瑕瑾アルトキハ之ヲ理由トシ以テ抗辯ノ材料ト爲シ取消ヲ請求シ得ルノ場合アルハ論ヲ俟タス

第二十三回

今日ハ原因ノコトニツキ説明チナスヘシ佛國ノ法律ニヨレハ或式ヲ定メタルモノ、他ハ佛國法律ニ所謂原因ナルモノサヘアレハ効力アルモノトス借原因トハ如何ナルモノニヤト云ヘハ佛國學者間ニモ未タ其說一定セサルモノ、如シ而シテ英法ニ稱スル約因ナルモノトノ差異及關係ハ全ク羅馬法傳來ノ沿革ニ論スヘキ者ニシアレハ茲ニハ原因ノコトニ就テハ深ク立入り觀察チナサ、ルヘシ英國法ハ捺印証書ノ外ハ苟シクモ約因アラサル以上ハ總ヘテ皆無効ナリトス併シナカラ何人ト雖モ既ニ一旦約束シタル以上ハ履行ノ義務アルハ當然ノコトナルニ

猶ホ約因ヲ必要トスル者ハ理論上ヨリ見ルモ契約ノ沿革ヨリ尋ヌルモ皆是從來
 嚴式ヲ經タル餘弊ニ歸スル如シホルムス氏曰ク契約ヲ成立スルニ合意外ニ求ム
 ル所ノモノハ皆方式的ノモノト云フヘシ故ニ約因モ亦一ノ方式ナリト主張セリ
 ト雖モ現行英法ハ尙ホ約因ナルモノヲ認ムルニヨリ法理上約因ノコトニ就キ二
 三ノ要點ヲ講述スヘシ

英國法ニヨレハ契約ヲ分テ口頭契約或ハ常種契約及特種契約ノ二トス而シテ口
 頭契約ハ必ラスシモ口頭ニテ締結スルモノニアラス苟モ特種契約ニ非サルモノ
 ハ文書ニ認メタルニモ係ラス皆均シク口頭契約ト稱シ約因アリテ始メテ有効ナ
 ルモノナリ判事チンダル氏曰ク約因トハ被告若クハ第三者ノ利益又ハ便宜ヲ得
 ルトコロノ原告ノ行爲若クハ多少ニ係ハラス原告ノ受クル所ノ不便損害或ハ勞
 役ニシテ右等ノ行爲若クハ不便ヲ被告ノ明示又ハ暗黙ノ許諾ヲ以テ原告ハ之ヲ
 行ヒ若クハ受クルトキハ之ヲ約因ト稱スト蓋是レ約因ノ要ヲ得タルモノト云フ
 ヘシ契約上ニ言フ約因ニ就テハ學者間大ニ議論ノ存スルトコロナリト雖モ零
 二要義ニ歸スルモノ、如シ而シテ第一主義ハ約因ハ相應スルヲ要セストノコト

之ナリ然レトモ相應スルヲ要セスト言ヒテハ甚タ語弊アリ唯、外面上不相應ニ見
 ユルコトアルモ法律ハ決シテ其多少ヲ問ハス相應ト看做スモノナリ依テ知ルヘ
 シ此要義ニ據レハ約因ハ相應不相應多少等ハ之ヲ問フモノニアラサルコトヲ第二
 ノ要義ハ約因ニハ多少ノ價值アルヲ要スルトノコトニシテ即チ法律上既ニ負フ
 所ノ義務ノ如キ契約ノ成否ニ係ラス既ニ爲ス可キノ義務アルモノハ約因ニ非サ
 ルナリ又同一ノ理由ニヨリ約因トナルヘキモノハ必ラス現在若クハ未行ノモノ
 ナラサルヘカラス過去ノ事實ハ決シテ約因トナルモノニアラス尙ホ之ヲ簡畧ニ
 言ヘハ一切現在ナラサルヘカラスト言フモ可ナリ何トナレハ未行ノ事柄カ約因
 トナルトハ即チ對手カ現在ノ約束ニ對シ即チ是ヲ約因トシテ或事柄ヲ將來ニナ
 スヘキ現在ノ約束ヲナスモノナレハナリ換言セハ相互ノ約束ハ現在ニ相違ナク
 レハナリ只約束ニヨリテ爲ストコロノ事柄ノミカ未來ニ屬スルモノナレハナリ
 以上述ヘタルトコロハ契約ヲ成立スルニ就テ法律ノ要スルトコロノ元素ナリ此
 他尙ホ契約ノ効力ヲ確實ニナサンカ爲メ對手ニ於テ或ル手續ヲ履行スルコトア
 リ即昔時親戚ノ立合ヲ要シタル如キ今日保證人ヲ立テ若クハ抵當ヲ取ルカ如キ

是ナリ

契約ハ對手間ニ法鎖ヲ生スルモノニシテ從テ之ニ伴フ法律上ノ作用ニヨリ權利義務ヲ生スルナリ契約ノ結果ハ法鎖ニシテ法律ハ對手相方ノ間ニ權利義務ヲ生スベシザム氏曰ク法律ノ作用ニヨリテ權利義務ヲ生シ種々ノ結果ヲ來スハ契約ノ當時ニ豫期ス可キコトニシテ其思慮ノ及ハサル處ヲ補フモノナリト

契約ニヨリ生スル權利義務ハ其性質ニヨリ各異ナリト雖モ其萬般ノ契約ノ主義ハ一ニシテ足ラス今之ヲ舉クレハ 第一、對手ノ數即雙方共ニ一人ナルトキハ之ヲ稱シテ單獨契約ト云ヒ若シ多數ノ對手ナルトキハ之ヲ稱シテ連帶契約ト云フ 第二、履行スヘキ義務ノ相方ニ存スルトキハ之ヲ雙務契約ト云フ一方ニ存スルトキハ之ヲ片務契約ト云フ 第三、有式契約及無式契約 第四、主契約及從契約 第五、恩惠的契約即贈與及射利的契約即相互ノ利益ヲ求ムルモノ 第六、合意ノ外ニ實物ノ引渡ヲ要スルモノト合意ノミニシテ其物ノ引渡ヲ要セサルモノ 第七、委運契約即佛國ニ所謂偶生ノ事柄ニ關スルモノ及否ラサルモノ 第八、條件附帶ノ契約及無條件ノ契約 第九、契約ヨリ生スル利益ノ種類ニ關スル契約即交換

若クハ勞力ト物品トヲ換フル場合等之ナリ此諸種ノ契約ヲ分析スルニハ種々ノ主義アレトモ歐洲各國法典中一定ノ主義ニ由リタルモノナシ然レトモ先ツ茲ニ普通ニ契約ヲ分析スルニハ獨立契約即本契約ト之ニ隨伴シテ生スル附屬契約即從契約ノ二ツニ分ツヲ以テ正當ナリトスルモノ、如シ今茲ニ之ヲ基礎トシ其本契約ノ目的ニ關シテ細分スレハ六種トナル一ニ曰ク讓與契約二ニ曰ク聽許使用契約三ニ曰ク婚姻契約四ニ曰ク勞役契約五ニ曰ク消極ノ勞役契約六ニ曰ク偶生事件ニ關スル委運ノ契約即是ナリ此讓與契約ハ又之ヲ分テ甲乙ノ二類ト爲スヲ得(甲)一方ノ慈惠心ヨリ起ルモノ即贈與契約(乙)相互ノ利益ヲ謀ルタメノモノ即交易契約是ナリ而シテ贈與契約ノ方ハ通例其効力ヲ與フルニハ嚴密ノ式ヲ要スルモノトス羅馬法ニハ此種ノ契約ハ口頭ヲ以テ之ヲ結フヲ許サス即五百ソリダイ以上ハ登記ヲ要スルモノトス又佛國ハ或方式ヲ踏ミ英國ハ捺印證書ヲ以テスルニアラサレハ其効力ヲ有セス又羅馬法ヲ傳承シタル諸國ニテハ慈惠ヲ受ケタルモノカ其恩惠ヲ忘却スルカ如キ不都合ヲ爲ストキハ之ヲ取戻シ得ルモノトス而シテ又贈與者ニモ亦多少ノ制限ナキニアラス即チ己ノ財産ヲ悉皆舉ケテ之ヲ他

人ニ與フルヲ許サ、ルカ如キ又其贈與者ノ債主カ其權力ヲ制限シ得ルカ如キ是ナリ尤モ將來ノ結婚ヲ豫想シテ與フル贈與ハ英國ニ於テハ之ヲ恩惠ト見做サスシテ價值アル約因トス

次ニ交換契約中昔時ニ盛ンニ行ハレタルモノハ物品ト物品トヲ換ユルモノナリシカ後世ニ至リ物品ニ換ユルニ金錢ヲ以テスルコト多分トナレリ是則チ今日ノ所謂賣買是ナリ又此賣買ト云フ中ニモ詐欺條例ニ定メラレタル性質ノ物品ニ就テハ相當ノ儀式ヲ要スルハ無論タリ凡ソ賣買契約ハ賣主買主間ニ合意アリテ且賣買物品ノ代價具ハレハ茲ニ確定スルモノナリ英國ニテハ代價ニシテ後日確定シ得ヘキモノナレハ賣買ノ性質ヲ妨ケストセリ又賣主ハ其代價ノ仕拂ハル、マテハ其物品ヲ差押ヘ置クヲ得ルノミナラス引渡ニ着手シタル以上ニテモ未ダ其物品ノ買手ニ占有セラレサル途中ニ於テハ之ヲ差押ヘ得ルモノトス借契約ニ附從スル擔保ノコトニ就テ一言スヘシ此擔保契約ハ普通賣買契約ニ附隨スルモノナリ而シテ賣主カ其物品ノ所有權并ニ其品質ヲ擔保スルノ大小廣狹ニ付テ種々ノ說ヨリ佛法ハ第一ニ物品ヲ平穩ニ占有シ得ルコト第二表面上顯ハレサル隱密

ノ欠點ナキコト即チ意外ノ欠點ナキコトヲ擔保スルナリ是レ羅馬法ト零ホ同一ナルモノニシテ羅馬法ノ規定ニテハ賣主ハ買主ヲシテ所有者タラシムルコトヲ約スルモノニ非スト雖モ其買品ニ付テ他人ヨリ故障ノ出テサルヲ擔保シ又穩密ノ瑕疵ナキヲ擔保シ其發見シタルトキハ其責ニ任スヘキモノナリ之ニ反シテ英國ニテハ賣手ヲ遇スルコト甚タ寛大ニシテ買手ニ於テ注意スヘシトノ規則ヲ採用セリ故ニ特ニ保證セサル限ハ何時ニテモ保證ノ責ナキモノトス尤モ食物及飲料等ニ就テハ政畧上ヨリ賣手之ニ注意スルノ規則ナリ次ニ聽許使用契約(Permissioe use)ニツイテ説明センニ之ヲ分テ三トス即チ費消契約使用契約有償貸借之ナリ費消契約(Loan for Consumption, or Mutuum)ハ數量ヲ以テ測リ得ヘキ物品ニ適用サル、モノニシテ即チ將來同一ノ物質ナル同一ノ分量ヲ以テ返還スルノ契約ナリトス此費消契約ハ其借受スル物品ハ費消スルモノナレハ所有權ヲ移スモノナリ故ニ讓與契約ニ外ナラスト主張スル學者アリト雖モソハ穩當ナラス何トナレハ費消シタル物品ト同様ノ物品ヲ以テ返還シ又ハ同一ノ物品ヲ返還スルモ可ナリ加之其目的トスル所ハ使用ニアリテ所有權移轉ヲ以テ主眼トスルモノニ非レハナ

此契約ノ目的物ハ金錢ナルコトアリ又ハ物品ナルコトアリ而テ普通利足ヲ附セサル即チ恩惠契約ナリトス併シナカラ利息ヲ取ルハ特別ノ契約ニ基クナリ而シテ諸國皆其利息ノ最高額ヲ規定セリト雖モ元來金錢ノ必要ハ各人ノ位置ニヨリ異ナルモノニシテベンザム氏ノ言ヒタル通り法律ヲ以テ之ニ干涉スルハ其當ヲ得タルモノニアラス故ニ千八百五十四年ニ英國ニ於テハ利息制限法ヲ廢止シタルハ眞トニ然ルヘキコトナリ次ニ使用契約(Commodatum)ノコトニ就テ述ヘンニ使用契約ハ恩惠契約ニシテ最初借リタル所ノ現物ヲ返還セサルヘカラサルナリ而シテ通常使用上ニ起ル破損ニ就テハ責任ナキモノトス尤モ全ク自分ノ利益ノためニスル使用契約ハ大注意ヲ用ヒサルヘカラサルノ規定ナリ次ニ有償契約(Testing)ハ相互ノ利益トナルモノナリ隨テ借主ノ用ユヘキ注意モ普通ノモノニテ足レリトス

婚姻契約ノコトニツキ以下説明ヲ加ヘンニ將來結婚ヲナサントノ契約ト單純ノ婚姻契約トハ大ニ異ナルモノニシテ婚姻契約ハ將來夫タリ妻タルノ權利義務ヲ對手間ニ生スルモノニシテ其契約ヲ履行スルヤ否ヤ直チニ相互ニ身分ノ變換ヲ

生スルコト恰モ賣買契約ト賣買トノ關係ニ於ケルカ如キモノナリ或學者ハ實際ノ婚姻ヲ別テ秘密結婚(Clandestine marriage)正當結婚ノ二トセリ秘密結婚ハ對手相互ノ合意ノミニ基クモノニシテ羅馬法ノ原則即チ合意ハ婚姻ヲ生ストノ原則ヲ採用スルモノナリ耶蘇教國ニテハ相當ノ儀式ヲ踏マサルモノハ不正當ノモノトハ爲セトモ猶ホ有効タルニハ相違ナシ而シテトレントノ會合ニ於テ總テ婚姻ハ僧侶又ハ証人ノ面前ニ於テナサレハ無効ナリトセリ會合前後ニテモ其決議ヲ採用セサル諸國即チ英佛等ニ於テハ秘密ノ結婚ヲ認メタリ即チ其秘密結婚ハ宗教裁判所ニ訴ヘ出テ以テ正當トナスヲ得ヘキナリ將來結婚スルノ契約ハ法律之ニ干涉シテ實行セシムヘキモノナルヤト云フニラチコームノ舊慣ニテハ父カ其女ノ戀慕スル男子ニ對シテ將來其女子ト結婚スルノ契約ヲ爲シタルトキニ男子カ違約スルトキハ之ヲ原由トシテ訴ヘ出ツルヲ得ルモノトセリ羅馬法ニ由レハ結婚ノ前約(Sponsalia)ハ儀式ヲ踏マサレハ其結婚ノ契約ハ結約者ノ意志ニヨリ隨意ニ取消ヲ得ルモノトセリ而シテ既ニ結納ヲ取交ハシタルトキハ違約ヲナシタルモノハ結納ノ二倍ヲ仕拂フヘキモノトス英法ニ於テ違約シタル場合ニ訴

訟ヲ提起シ得ルコト、ナシタルハチャールス一世ノ時ニ始マリタリ其理由トスル所ハ其約因タル空漠タルモノニアラスシテ有價ナルモノナリトスルニ在リ男ヨリ女ニ對スル場合モ亦同一ナリ大陸諸國ニ於テハ如斯違約ノ訴訟ヲ提起スルヲ容易ニ許サ、ルナリ普魯士民法第七十二條ニ據レハ違約ノ場合ニ訴訟ヲ提起スルヲ許ス旨ヲ規定セルモ伊太利民法ハ其第五十三條ニ於テ斷然訴フルヲ許サ、ル旨ヲ記載シ又佛國法ハ之ヲ許サ、ル旨ヲ規定シタル明條ナシ隨テ諸裁判所ノ意見同シカラスト雖モ有力ナル學者ノ說ニヨレハ夫妻ヲ相撰擇スルノ自由ニ法律ノ干涉スルハ公益ニ反スルモノナルカユヘニ原告ニ於テ實際ノ損害ヲ被ムリタルニアラサレハ訴訟ヲ提起スルヲ許サ、ルモノ、如シ是レ民法千六百八十二條ヲ論據トスルモノナリ又壞太利民法第四十五條及第四十六條ノ規定スル處モ略々之ト同シ

次ニ勞役契約中ノ主ナルモノヲ舉ケレハ第一管理契約第二加功契約第三運搬契約第四職業上ノ契約第五代理契約第六組合契約之レナリ此六種ハ何レモ彼我ノ契約次第ニテ有價ニナスモ無價ニ爲スモ一ニ其自由ニ任スルモノナリトス而シ

テ管理契約即無價委託契約 (Deposit) ノ定義ヲ示セハ報酬ナシシテ受托者ノ管理スヘキ物品ノ附托ナリ即チ一例ヲ示セハ訴訟物件ヲ確定スルマテ第三者ニ預クル場合 (Sequestratio) 或ハ火災難船等ノ際ニ荷物ヲ近邊ノ家ニ預ケ又ハ近海ヲ航行シツ、或船舶ニ委ヌル等ノ如キ必要委託ノ場合 (Depositum miserabile or necessarium) 等ノ如キ是ナリ又一般ノ倉庫預リ及宿屋ノ主人カ旅客ノ荷物ヲ預ル等ノコトモ無價委託ノ契約中ニ包含スルモノトス次ニ加功契約即他人ニ屬スル物品ニ勞力ヲ加フル契約ニ付テ言ハシニ無價ニテ他人ノ物質ニ加工スルモノハ一般ニ大不注意アリテ始メテ其責ニ任スル者トス尤モ報酬ヲ與ヘタルトキハ其受托者ノ責任ヲ重カラシムルヲ得ルハ言ニ及ハサルコトニシテ又受托者ハ報酬ノ拂ハル、マテハ其加功シタル物品ヲ差押ヘ置クヲ得ルナリ次ニ運搬契約ノコトニ移ランニ此契約ハ貨物又ハ旅客ヲ運搬スル契約ニシテ其義務ハ通常ノ運搬義務ノ他ニ保護預リノ場合ト同様ノ義務ヲモ負フモノトス英法ニ據レハ一般運搬人ハ荷シクモ通常業務トスル物品ニ就テハ其運搬スヘキ依頼ヲ受ケタルトキハ決シテ之ヲ拒ムヲ許サス尤モ荷車等ニシテ皆悉ク充填サレ居ル場合及危險ノ惧アル物品等ニ就

テハ例外ナルコト無論ニシテ又通常其物品ノ性質ニヨリ彼此運搬料ニ異同アル
ヲ免レス又運搬者ハ暗黙ニ其物品ヲ安全ニ運送スルヲ保證スルモノニシテ天災
ノ他ハ總テ其責任アリ故ニ假令盜マレタルトキ或ハ偶然燒失シタル場合ト雖モ
其責ヲ免レス

第二十四回

運搬者ニ於テ自ラ其責任ヲ廣告シテ勝手ニ之ヲ増減スルコトハ英國ニ於テハ條
例ヲ以テ之ヲ制限セリ尤モ貴重ノ物品ニ付テ發送人ヨリ其價直ヲ告ケ高價ノ運
搬料ヲ拂ヒタルニ非サレハ運搬者ハ其責ニ任セストセリ普通ノ運搬營業者ハ特別
ノ契約ヲ以テ其責任ヲ輕減スルヲ得ルモ鐵道又ハ運河會社等ノ場合ニ在テハ當
ニ發送人カ其契約ニ記名調印ヲ要スルノミナラス其契約タル法廷カ相當ニシテ
正理ニ適シタルモノト認ムルモノナラサルヘカラス殊ニ鐵道會社ニ關シテハ一
千八百五十六年ノ條例ヲ以テ旅客ニ依リ運賃ヲ増減スルコトヲ禁セリ又海運ノ
契約船主及荷主間ノ特約即チ所謂積荷證書ニ依リ定マルモノニシテ此契約ニハ
通常船主ハ其書中ニ天災及海賊等所謂海難ニ對シテハ責任ヲ負ハサル旨ヲ定ム

ニ

ルモノトス又千八百六十二年ノ條例ニテ運搬者ハ一噸ニ付八磅以上ノ責任ヲ負
フコトナク又火災ノ責ニ任セス又特ニ高價ノ運賃ヲ受領シタルニ非サレハ貴重
ノ物品ニ對シテ責任ヲ之ヲ負ハサルモノトス又旅客運送者ハ其安寧ヲ保證スル
モノニ非ス尤モ其怠慢又ハ不熟練ヨリ損害ヲ與ヘタルトキハ其責ニ任スヘキモ
ノナリ無償運搬者ノ責任ハ無償預リ主ノ責任ト同様ナリ
次ニ職業上ニ基ク契約ヲ述ヘンニ上來述ヘ來リタル所ハ要スルニ實物ノ附托ニ
シテ之ニ或ル勞力ヲ用ユルコトヲ要シタルモノナリ以下述ヘントスル所ノモノ
ハ勞力ノ契約ニシテ依頼者ノ爲ニ只勞力スル迄ノコトナリ羅馬法學者ハ單ニ勞
力ヲ費ヤシタルノミニテハ未ダ法廷ノ力ヲ用ヒテ以テ賠償ヲ求ムルノ理由トス
ルニ足ラストセルカ故ニ辯護人哲學者測量家教師等ハ其賃銀ヲ認求スルコト能
ハサリシ又英法ニテハ今日ト雖モ「パリストル」ハ報勞金ヲ認求スル能ハス又近來
マテ醫師亦同様ナリシ而シテ羅馬法ニテ教師哲學者等ニ賃銀ヲ請求スルヲ許サ
ハルハ斯ル勞力ハ無形的ノモノニシテ空漠ナリトノ理由ニ基クカ如シ英法ニテ
「パリストル」ニ其報勞銀ヲ認求スル能ハストセルハ名譽職ト見做スニ依ル又醫師

ニ許サ、リシハ患者ノ貧富ニ依リ施術ノ厚薄アラフコトヲ恐ル、政略上ノ理由ニ基クニ似テ各其根據ヲ異ニセリ何レノ場合ニテモ是等報勞銀ヲ採ラサル所ノモノハ其責任輕ク其報勞金ヲ受クルモノハ己レカ相當ノ熟練ヲ担保スルモノナレハ不熟練ノ點アルトキハ報勞銀ヲ受クルヲ得サルモノナリ今日ノ奴僕ハ昔時ノ奴隸ヨリ變遷シタルモノナレハ隨テ彼我ノ類似ノ形跡今日ニ於テモ尙ホ存スルモノナリ奴僕ハ通常疾病ノ爲メ休職スルコトアルモ其賃銀ハ請求スルヲ得ルモノナリ雇人カ其雇使セラル、ノ事業ニ勞働中損害ヲ受ケ或ハ同一ノ雇主ニ屬シ同一ノ事業ニ係ハル雇人カ過誤懈怠ノ爲メ他ノ相雇人ニ蒙ラセタル損害ハ雇主ニ於テ其責ニ任セストノ規則ハ輒近大ニ修正シ大ニ勞働者ヲ保護セリ千八百八十年即チウイクトリヤ第四十三年四十四年發布ノ條例ニ依レハ雇人ハ第一其雇主ノ事業ニ従事スルニ當リテ其事業ニ關係スル道路機械食物等ニ存スル所ノ欠點ヨリ損害ヲ蒙ムリタルトキ第二雇主ノ委託ヲ受ケタル監督者ノ怠慢ニ依リ損害ヲ受ケタルトキ第三雇主ノ委託セシ監督者ノ命令ニ雇人カ服従スヘキ場合ニシテ其命令ニ服従シタルモ監督者ノ怠慢ヨリ損害ヲ生シタルトキ第四雇人カ其

雇主ノ造リシ規則又ハ細則ニ從ヒ若クハ雇主ノ代理人ノ命令ニ從ヒテ爲シタル行爲又ハ避止ノ爲メ損害ヲ受ケタルトキ第五雇主ノ雇使スルモノニシテ相圖ヲ司トリ又ハ鐵道ノ機關師及列車ノ管理ヲ司トル者ノ怠慢ノ爲メ損害ヲ受ケタルトキ以上五者ノ場合ニハ勞役者若クハ其相續人ハ其雇主ニ對シ恰カモ勞役ニ服セサリシモノカ損害賠償ヲ請求スル場合ノ如ク損害賠償ヲ請求スルヲ得ストセリ言ヒ換ユレハ以上五者ノ場合ニ限リテ勞役者若クハ其相續人ハ損害ヲ請求シ得ルモノトセリ而シテ以上五者ノ場合ニ於テモ尙ホ該條例ノ規定スル所ハ第一前述第一ノ場合ニ於テハ道路機械其他ノ欠點カ雇主若クハ代理人ノ不注意ヨリ出ツルモノナルヲ雇主若クハ代理人ニ於テ之ヲ覺知セス或ハ覺知シテ修覆セサリシトキニ限ルモノトス第二前述第四ノ場合ニ於テハ雇主ノ造リシ規則若クハ細則又ハ代理人ノ命令不完全ナルカ又ハ欠典アリタルトキニ限ル但シ此等ノ場合ト雖モ國務大臣若クハ商務局或ハ政府相當ノ部局又ハ議院ノ制定若クハ認可シタルモノナルトキハ之ヲ不當トシ損害賠償ノ請求ヲ爲スヲ得サルモノトス第三勞役者自カラ欠點アルヲ知リ又ハ雇主或ハ監督者ニ怠慢アルヲ知リナカ

ラ之ヲ相當時間内ニ通知スルコトヲ怠リタルトキハ賠償ヲ求ムルヲ得ス但シ雇主又ハ監督者カ其欠點怠慢アルコトヲ既ニ覺知セルコトヲ知り居リタルトキハ此限ニアラス

次ニ代理契約ヲ述ヘンニ茲ニ所謂代理契約トハ代理者ノ第三者ニ對スル權利義務ヲ云フニアラスシテ本人代理人ノ關係ヲ生スル契約ヲ云フモノニテ其要旨代人カ本人ヲ其委任事件ニ付キ代表スルニアリ

凡ソ一人カ他人ヲ代表スルコトハ法律制度ノ發達シタル後ニ始メテ起ルモノナリ羅馬古法ニ依レハ己レノ事務ヲ他人ニ代表セシムルコトヲ得ルハ只己ノ管理内ノモノ即チ奴隸若クハ未ク自由ヲ與ヘサル子男ノミニ限ルモノトシ其代表ノ効力モ唯本人ニ利益アル事柄ノミトセリ進ンテ己レノ管理外ノ人即チ第三者ニ代表セシムルニ至リシハ漸々其歩ヲ進メタルモノニシテ其始メニアリテハ他人ヲ代表スルハ交誼上ヨリ生スル好意ノコト、セリ而シテ其代表タル素ヨリ無償ナリト雖モ代表者ハ最大ノ注意ヲ用ユヘキモノトシ若シ其代理事件ヲ執行スルニ當リ過失アリタルトキハ當ニ爲ニ損害ヲ償ハサルヘカラサルノミナラス自ラ其

名譽ヲ毀損シタルモノトセリ又本人ハ其事ヲ代理人ニ對シテハ唯代理事件ニ關シテ代理人ノ支拂ヒタル費用ヲ償還スルニ止マルナリ而シテ特約ヲ以テ其勞力ニ對シテ報酬ヲナスコトハ本人代人ノ自由ナリト雖モ其報酬金ニハ特ニ名譽報酬金(Honorarium)ナル名稱ヲ附シテ其体裁ヲ裝ヘリ佛民法千九百八十四條ニ代理ノ定義ヲ與ヘテ曰ク代理トハ一人ヨリ他人ニ己ノ名譽ヲ以テ事ヲ爲スヘキ權利ヲ與フルヲ云フトセリ此代理ナルモノハ商業ノ發達ト共ニ長大足ノ進歩ヲ爲シタルモノニシテ佛民法モ羅馬法ノ如ク恩惠ニ基クモノナリトノ考ヘアリ乍併英國ニテハ殊ニ恩惠ノ意思ヲ顯ハサ、ル限リハ相當ノ報酬ヲナスヘキ默約アルモノトセリ故ニ英佛法律上ノ推測全ク相反スルモノトス何レノ法律制度ニテモ代理事件ヲ執行スルニ當リ生スル代理人ノ負擔シタル處ノ費額ハ之ヲ償フモノトセリ又代理事件ヲ行フニハ冥々ニ充分ノ注意ノ用ユルコトヲ約シタルモノトス又格言ニ代理ハ再ヒスルヲ得ストノコトアリテ決シテ復任スルヲ得ス又代理ヲ任スルニモ特ニ法律規則ヲ以テ其方法ヲ定メタルモノアリ此代理人並ニ本人ノ關係ノ消滅スルハ其本人若クハ代人ノ死去或ハ何レカノ倒産或ハ期限ノ到

來其他代理事業ノ執行濟ミ、代理權ノ取消、代理權ノ放棄等ニ依リ消滅スルモノト
 ス又代理人ノ區別ハ其委任權限ノ範圍ノ大小ニ依リ種々ニ之ヲ分チ得ルモノ
 ナレトモ商業ニ關シ就中要用ナルモノハ委託販賣人(Factors)仲買人(Brokers)保證代
 理(Del credere agent)之ナリ委託販賣人ハ他人ノ物品ヲ自ラ占有シ己レノ名義ヲ以テ
 販賣スルヲ得ルナリ仲買人ハ單ニ賣主買主ノ媒介ヲナスモノナリ保證代理トハ
 普通ヨリ高額ノ賃銀ヲ約因トシテ其買方ノ支拂ヲ賣人ニ對シ保證スルモノナリ
 糶賣人ハ槌ヲ擊下スルマテハ賣手ノ代人ナレトモ槌ヲ下シタル後ハ亦買手ノ代
 理ヲ兼ヌルニ至ルナリ

次ハ組合ノ事ニシテ組合トハ即チ同一ノ事業ヲ數人相合シテ營ミ損益ヲ分配ス
 ルカ爲ニ成立シタル關係ヲ云フモノニシテ組合ニ關スル法理ノ要點ヲ云ヘハ組合
 ハ無形人ナラサルコト組合員ハ相互ニ本人タリ代理人タルノ關係アルコトノ二點
 ナリトス佛民法千八百三十二條ニ組合ノ定義ヲ與ヘテ曰ク組合トハ二人以上ニ
 テ共同ノ事業ヲ營ミ利益ヲ分チタル契約ヲ云フト組合ヲ廣キ意義ヨリ云ヘハ
 三義アリ(一)其組合員悉皆ノ財産ヨリ生スル損益ノ分配ヲ爲スコト(二)單ニ組合員

ノ商業上ヨリ生スル損益ヲ互ニ分配スルコト(三)特別ノ事柄ノミニ關シテ損益ノ
 分配ヲ目的トスルコト佛民法ニ從ヘハ百五十[フランシ]以上ニ渡ル契約ハ文書ニ
 認メサルヘカラストス英法ニテハ一年以内ニ執行シ得サル契約ハ文書ニ認メサ
 ルヘカラサルコトニナリ居レリ又利益ノミノ配當ヲ受ケ損失ハ之ヲ負ハサルノ
 契約ヲ爲ス組合ハ法律之ヲ認メス組合ハ組合員ノ畢生間若クハ定期間ヲ目的ト
 シテ組成スルヲ得又組合ノ消散スル場合ハ(一)組合員一同ノ同意(二)滿期(三)一人若
 シハ數人ノ組合員ノ退社(此場合ニハ退社員ハ他ノ組合員ノ意ニ抗シテ爲スモ差
 支ナシ)(四)組合員ノ死去若クハ破産等ヲ以テ緊要ナルモノトス各組合員ノ義務ヲ
 云ヘハ損益ノ精算ヲ爲スノ義務、充分ノ注意ヲ以テ業務ヲ執ルノ義務アリ又各組
 合員ノ權利ヲ云ヘハ損益ノ分配ヲ受クルノ權利組合ノ業務ノ爲ニ損害ヲ受ケタ
 ルトキハ賠償ヲ求ムルノ權利アルモノトス最終ニ商事ニ關スル組合ノ種類ヲ云
 ヘハ三種アリ(一)合名會社コハ佛法ニ從ヘハ無限責任ノモノタリ(二)信任組合コハ
 元來商人カ他人ノ貨物ヲ他ノ販賣人ニ托シテ其利益ノ分配ヲ受クルモノヲ云フモ
 ノニテ其賣捌ノ衝ニ當ル所ノ者ノ外ニ表面上顯レタル組合員アルモノナリ其賣

捌ノ衡ニ當ルモノ、責任ハ普通ニ無限責任ナリトス匿名組合員ハ有限責任ナリ
 (三)無名組合ニシテ此組合ハ組合ノ名トテハ別ニ出サスシテ其實際ノ事業ヲ名ト
 スル所ノモノナリ即チ水産瓦斯會社等ノ如キモノニシテ組合員各自ノ合意外ニ
 政府ノ許可ヲ得ルヲ要シ又有限責任ニシテ株式ヲ發行スル所ノモノニテ其株金
 以外ノ責ヲ負ハサルモノナリ
 五、消極ノ勞力契約ノコトヲ說カンニ抑消極ノ勞力契約ハ法律ノ許ス所ナルヤ否
 ト云フニ法律ハ約項ノ範圍ノ廣狹ニヨリテ或ハ之ヲ許シ之ヲ許サス要スルニ政
 略上ヨリ自由ヲ束縛スルコトノ少ナキモノハ法律之ヲ認メ自由ヲ束縛スルコト
 ノ多キモノハ法律之ヲ認メサル迄ナリ今其自由ヲ束縛スルコト少ナシトシテ法
 律ノ之ヲ認ム所ノモノ、一例ヲ示セハ甲某トハ決シテ結婚セサルトノ契約ハ之
 レヲ許スモ何人トモ決シテ結婚セスト云フモノハ之レヲ許サ、ル如キ之レナリ」
 六、本頃ニ付テハ口述ノ節遺漏シタル處ヲ補ヒタル所アリ(委運契約ノコトヲ說
 述センニ委運契約トハ佛語ニ之ヲ「コントラ、アリテトワー」ト稱スル所ノモノニシ
 テ條件附帶ノ契約ト類似スルモノナリ委運契約ノコトニ就テハ英法ハ多クハ之

チ賭博ニ類スル契約ナリトシテ之ヲ認メサルモノ、如シ要スルニ委運契約 (Alca-
 bory Contract) ノ名稱ハ英米契約法ニナキ所ニシテ「ホルランド」氏カ佛法ヨリ借リテ
 之ヲ稱セシノ、英米契約法ニ於テ (Magering contract) ト云フモノハ略ホ之ニ該當ス
 ルモノナリ
 佛民法千九百六十四條ニ曰ク偶成ノ事ニ關スル契約トハ其契約ニ關シタル各自
 又ハ其中ノ一人若クハ數人ノ利益或ハ損失ヲ未定ノ事ニ判セシムル相互ノ契約
 チ云フトアンソン氏ハ此定義ヲ評シテ其範圍甚タ廣キニ失シ全ク賭博契約ニ類
 似スルモノナリトシ自カラ定義ヲ與ヘテ曰ク兩對手契約ノ目的豫定ノ未必事件ニ
 憑依シテ其確定セシ場合ニハ單ニ金錢ヲ支拂フチ目的トスヘキナリト第三版ノ同
 氏契約法ニ見ヘタリ第四版ニハ少シク修正シテ金錢其他財産支拂ナリト然レトモ
 古昔ノ定義ハ有條件契約ニ對スル定義ト識別スルノ點ナシ要スルニ有條件契約ト
 委運契約トノ差異トスヘキ所ハ有條件契約ニ在リテハ其條件ノ成否ニ依リ結約
 者ノ一方ニ利益アリテ一方ニ損失アルコトアリ或ハ雙方共ニ利益ヲ受ケ對當地位
 ニアルコトアリ然レトモ委運契約ノ場合ニアリテハ常ニ一方損シ一方益スルノ

場合ノミニシテ双方共ニ利ヲ受ケ對當ノ地位ニアルコトナキニアリ委運契約ノ種類分ケテ爲シテ説述センニ(第一)賭博ニ基ク契約ハ英國ニテモ以前ニアリテハ公益ヲ害シ道德ニ背キ第三者ノ感情ヲ害スルモノニアラサル以上ハ之ニ基テ起訴スルコトヲ許シタリシモ千八百四十五年即チウイクトリヤ八年九年ノ條例ニテ口頭ニ契約スルモ文書ニテ契約スルモ全ク無効ノモノトセリ乍併前述セシ所ニ取除ノモノアリ即チ遊戯ニ係ルモノニシテ特ニ法律ノ認許シタル場合ハ此限リニ非ス佛法モ亦同様例外ノ場合ヲ設ケリ賭博ニ基キ契約中特ニ法律カ有害ナリト認ムルモノノ當ニ其契約カ無効トスルノミナラス其賭博自身ヲ背法ノモノナリトシテ處罰スルコトアリ(第二)富籤ノ如キモ英國ニテハ之ヲ不法トセリ(第三)株式ノ賣買ナルモノハ實際株式ヲ賣買スルモノニアラスシテ相場ノ高低ニ依リ勝敗ヲ決スルモノナルカ故ニ以前ハ之ヲ許サ、リシモ千八百六十年ニ至リテ始メテ其賣買ヲ許セリ(第四)ハ年金ヲ與フルノ契約ハ英佛共ニ許セリ尤モ佛法ハ結契ノ當時目的ノ者疾病中ニテ其疾病ノ爲メ結約ノ日ヨリ二十日以内ニ死シタルトキハ無効トセリ(第五)船主ニ對シ或特定ノ船舶カ特定ノ航海ヲ終リタルトキニ

返濟ヲ受クヘキ條件ヲ附シテ金圓ヲ貸與スルモ亦委運契約ノ一種ナリ又船舶積載ノ貨物ヲ抵當ニシタル場合モ亦委運契約中ノ一ニシテハ其危險多キカ故ニ非常ノ高利ヲ以テ相ヒ償フモノトシテ法律ハ之ヲ許スモノナリ(第六)ハ保險ニシテ即チ保險料ヲ約報トシテ損害ノ生シタルトキ賠償セシムルコト是ナリ海上保險ハ英國ニテハエリサベス女帝ノ時代ヨリ許シ來レリ船舶ノ沈没若クハ破損セシトキ等ハ莫大ノ損害アルモノナルカ故ニ僅々數人ニテ之ヲ負ハンヨリ多數ノ人々ニテ之ヲ負擔スル方非常ニ輕クシテ便利ナリトノ點ヨリ起リタルモノナリ而シテ其船舶ハ必スシモ全体ヲ失却スルニ及ハスト雖モ其損害ノ起因ハ必ラス豫テテ契約セシ海上ノ危難ナラサルヘカラサルナリ

第二十五回

今日ハ附屬契約ノコトニ付テ説明ス可シ
 前回マテ陳述シ來リタル所ノ契約ハ本契約ナリ詳言スレハ獨立シテ存在スル所ノモノニシテ他ノ契約ヲ補助スル所ノモノニ非サルモ本日茲ニ陳ヘントスル所ノ契約ハ一ノ契約ニ附屬シテ其契約ヲ補助スル所ノモノヲ云フ而シテ今之ヲ概

別スレハ六種トナスヲ得即チ(一)保證契約(二)賠償契約(三)質契約(四)担保契約(五)追認契約(六)精算契約是ナリ

一、保證契約トハ他人ノ義務ヲ負担ス可キ從契約ヲ云フモノナリ言ヒ換ユレハ義務者本人ノ契約スルニ當リ自分ニ於テ從トシテ其契約ノ履行ヲ保證スルモノナリ此契約ハ其性質上從タルモノニシテ他ノ契約ニ附屬スルモノナルモ時トシテ其本契約ハ法律上執行ス可ラサルモノナルモ從契約ハ法律上執行シ得可キ場合アリ例ヘハ奴隷ト主人ト契約スルトキハ奴隷ハ主人ニ對シテハ一己人タルノ資格ナキカ故ニ對等ノ契約トナスヲ得サレハ其契約ノ効果ハ道德ノ義務ヲ生スルニ過キスト雖モ羅馬法ニヨレハ其之カ保證人トナリタルモノニ對シテハ法律上執行シ得ルカ如シ又佛法ニテハ幼者カナシタル契約ヲ保證シタルモノアルトキハ其幼者ノナシタル本契約ハ無効ナルモ其之カ保證契約ハ正當ノ義務ヲ負フモノトスルカ如シ又此保證契約ニ有式ト無式トノ別アリ有式即チ式ヲ要スルモノトハ英國ニテ云ヘハ詐偽條例ニ基キタル契約ノ如シ然リ而シテ保證契約ヲ法理上ヨリ觀察シタル要點ヲ舉ケレハ(一)保證人トナリシモノ、責任ハ本契約ノ義

務者ト同一ナルコトアルモ之ヨリ超過スルコトナキヲ以テ原則トス併シナカラ前述タルカ如キ本契約ノ無効ナル場合ニテモ保證契約ハ有効ナル場合ハ或ハ保證者ノ責任本契約ノ義務者ニ超過スルモノナリト云フヲ得可キカ如シト雖モコハ此場合ニ於テハ保證ノ契約ナリト云フハ單ニ名義ノミニ止マリ其實ハ他人ノ德義上ノ義務ヲ原因トシテ自ラ本義務ヲ引受ケタルモノト云フヲ得ヘキナリ(二)保證人ト債主トノ間ニ存スル關係ヲ云ヘハ其義務ハ結約當時ノ條項ニ基クモノナレハ其許諾ナクシテ保證人ニ不利ヲ來シタルトキハ茲ニ全ク保證ノ義務ハ消滅スルモノナリ(三)債主ハ保證人ニ對シテ請求スル前ニ先ツ義務本人ニ請求セサル可ラサルヤト云フニ佛國ニテハ先ツ義務本人ヲ訴フルヲ要シ日本ニテモ亦義務本人ニ先ツ請求スルヲ要ス英國ニテハ何レヲ先トシ何レヲ後トナスモ債主ノ隨意ナリ(四)保證人數人アルトキハ其相互ノ權利義務並ニ本人ニ對スル權利義務ハ如何ナルモノナルヤト云フニ其負担ス可キ程度ノ定メアルトキハ其程度外ニハ更ニ責任ナキヲ以テ若シ其餘分ヲ支拂タルトキハ之ヲ他ノ保證人ヨリ請求スルコトヲ得又保證シタルカ爲メニ當然支拂タル所ノ金額ハ假令本人ヨリ賠償ス

ルノ特約ナキトキニテモ之カ賠償ヲ求ムル權利アルモノトス(五)保證人ノ債主ニ對スルノ義務ハ本人又ハ他ノ保證人カ其義務ヲ尽シ又ハ債主カ其權利ヲ放棄シタルトキニ消滅ス

二、賠償契約モ亦他ノ契約ノ如ク明言シテナスコトアリ又暗黙ニテナスコトアリ即チ前ニ述タル保證契約ノ如ク義務本人カ保證人ニ對シテ保證人ノ履行シタル所ノモノヲ賠償スルノ義務ノ如キ又保證人相互間ニ於テ己ノ負担ス可キ豫定ノ金額ヨリ餘分ヲ支拂タルトキハ其餘分丈ケハ他ノ保證人ヨリ賠償セシメ得ルカ如キハ共ニ皆暗黙ヨリ生スル賠償契約ナリトス又代理人カ代理事件ヲ執行スルニ付テ正當ニ蒙リタル損害ハ本人之ヲ辨償セサル可ラサルカ如キモ亦暗黙ヨリ生スル賠償契約ノ一ナリトス尤モ代人カ不法ノコトヲナシタルカ爲メニ蒙リタル損害ハ本人ニ於テ之ヲ辨償スルノ限ニ非ス是私犯上ノ責任ハ爲害者間ニ共擔分配スル能ハストノ原則ニ基クモノナリ是惡事ニ代理ナシト云フ原則ニ依ルモノナリ

三、質契約ノコトニ付テハ前ニ義務保證ノコトヲ述ヘタル際ニ畧ホ要領ヲ講シ

タレハ茲ニハ唯其要點ノミヲ畧説ス可シ抑々質契約ヲ結フトキハ茲ニ債主ニ對シ一種ノ對人權ヲ生スルモノニシテ即チ借リタル元利金ヲ支拂フトキハ其抵當物件ヲ引渡サシムルノ權利及其抵當物件ハ相當ノ注意ヲ以テ保護セシムルノ權利ノ如キ是ナリ質取主即チ權利者ハ其抵當物件ヲ使用シ得ルヤ否ヤト云フニ特別ノ契約アルニアラサレハ決シテ之ヲ使用スルヲ得ス又保存上費用ヲ要シタルトキハ其費用ハ假令明約ナキモ質入主ヲシテ之ヲ償ハシムルヲ得ルナリ

四、擔保契約トハ對手人カ契約ノ一部分トシテナシタル明言若クハ暗黙ノ陳述ニシテ契約ノ一部ナリト雖モ其目的ニハ從タルモノナリ一方ヨリ云ヘハ擔保ノ契約ハ本契約ニ附隨スル條項ナルカ故ニ其契約ノ物質等ニ付キ述ヘタル陳述ニシテ約束ノ一部ニ非サルモノトハ其間自ラ區別アルモ又他ノ一方ヨリ云ヘハ本契約トハ至極密接ノ關係アルモノニシテ本契約ノ實行セラル、前起ノ條件トナルナリ故ニ其主タル本契約ニ關スルコトナク單ニ擔保契約ノミニ付テ違約ノ訴ヲ受クルコトアルヘキナリ此契約ハ多ク賣買ノ契約ニ附隨シテ起ルモノニテ賣主カ賣買物品ノ權利者タルコト並ニ其品質ヲ擔保スルコト普通ナリ又時トシテ質

貸其他ノ契約ニ附隨シテ起ルコトアリ

五、 追認契約トハ第三者カ代理權ナキ場合ニ於テ恰モ代理權ヲ有スルモノ、如ク或事柄ヲナシ或ハ義務ヲナシタルヲ後日ニ至リ追認シテ其當時ニ代理權ヲ有シテナシタルト同様ノ効力ヲ附スルモノナリ英國ニアリテハ訴訟期限後ノ契約ヲ追認スルニハ文書ニ認メ對手ノ署名スルヲ要ス又一千八百七十五年ノ條例ヲ以テ未丁年者カ其未丁年中ニナシタル契約ヲ追認スルコトハ如何ナル方法ヲ用ユルモ其効力ナシトセリ第三者ノナシタル契約ヲ言語文書若クハ行爲ニヨリ恰モ己ノ爲メニナシタルモノ、如ク後日ニ之ヲ追認スルヲ得ルハ其事件タルヤ本人ト見做サルヘキモノ、爲メニ爲シタル場合ナラサル可ラス換言セハ追認スルコトヲ得ル場合ハ其始メニ代理權ナクシテ行タルモノハ追認後ヨリ之ヲ見レハ恰モ己ノ代人トシテ爲サシメタルカ如キモノナラサル可ラス

六、 精算契約即チ貸借上精算ノ上己ノ負債アルトキハ豫約ナキモ之ヲ拂ヒ又己ニ權利アルトキハ豫約ナキモ請求シ得ル所ノ契約ナリ凡テ是マテ述ヘ來リタル契約ハ前々回及前回等ニ於テ述タル本契約ノ効力ヲ確ムル爲メニ附加スルモノ

ナルカ故ニ本契約ニヨルモ附屬契約ニヨルモ本契約外ノ金額ハ之ヲ請求スルヲ得ス

是ヨリ對人權ノ移轉ニ付講述スヘシ

對人權ハ法律ノ作用又ハ對手ノ所爲ニヨリ移轉スルヲ得ルナリ法律ノ作用トハ即チ法律ニテ豫メ定メタル條件ヲ充タスニ於テハ直ニ移轉スルモノナリ即チ婚姻スレハ婦ノ權義ハ其夫ニ歸スルカ如キ又死者ノ遺產管財人ニ死者ノ權利義務倒産者ノ管財人ニ倒産者ノ權利義務ノ移轉スルカ如キ是ナリ又連帶者ノ一人死去スルトキハ其責任ハ死者ノ相續人ニ移ラスシテ生存者ニ移ルカ如キモ亦其一例ナリ要スルニ親族上ノ關係ヨリ生スル權利義務及特ニ結約者ノ爲人ニ密着スルモノハ移轉スルヲ得ス即チ婚姻契約技術契約ノ如キハ之ヲ移轉スルヲ得スト雖モ其他ノ契約ハ苟モ法律ノ要スル條件ヲ充タスニ於テハ直ニ移轉スルモノトス次ニ對手ノ所爲ニヨリテ移轉スルモノニ付テハ一層嚴密ノ制限アリ古來ノ法律ニテハ一般ニ之ヲ拒ミ移ス可ラサルモノトセリゲーヤス曰ク法鎖ハ如何ナル契約ニ基クモ移轉シ得可キモノニ非スト又英國ノ普通法ニ於テモ訴訟産ハ之ヲ移轉ス

ルヲ得ストセリ世ノ進歩スルニ從ヒ移轉ス可ラストノ規定ハ大ニ不便アルコトヲ感シ爲メニ漸ク其制ヲ弛フルニ至レリ固ヨリ相互ノ承諾ヲ以テ契約ヲ更改スルコトハ古代ト雖モ之ヲナシ得タリシモ此事タルヤ元來移轉ト云フヘキモノニ非サルノミナラス煩ハシキ手數ヲ以テ舊權義ヲ消滅セシメ同一ノ新權義ヲ生スルモノ所謂義務ノ更改ニ外ナラサルナリ此對人權ヲ移スコトヲ許サ、ルノ規定ヲ弛フル最初ノ手段トシテ起リシモノハ第三者ヲシテ其契約ニ基キ前者ノ名義ヲ以テ訴訟ヲ提起スルヲ許シ其得タル所ノ金錢ヲ自分ノ所得ニ歸スルニアリシ此方法ハ羅馬法ニ於テ(Cessio actionum)ト稱セリ而シテ此方法ニ依レハ讓受人ヲ恰モ讓渡人ノ被信託者或ハ代理人タル地位ニ置キシモノナリ然ルニ其後ニ至リ英國ノ衡平法裁判所ニ於テハ羅馬法ニ基テ即チ羅馬法時分ニハ單ニ讓渡人ノ名義ヲ以テナシタリシモノニ基テ自身ノ名義ニテ起訴スルコトヲ許スニ至レリ尤モ讓受ヲナスニ付テハ前權利者ニ約報ヲ與フルヲ要シ又之ヲ義務者ニ報知スルヲ要ス而シテ義務者カ前權利者ニ向テナシ得可キノ抗辯ハ新權利者ニ向テモナシ得可キモノトス是等ノコトハ千八百七十五年ニ發布セラレタル裁判所構成條例

ニヨリ定マレリ而シテ右ノ條令カ規定シタル要領ハ「負債若クハ其他ノ訴訟產ノ權利者カ之ヲ某ニ讓渡スヘキ旨ノ通知ヲ其負債者若クハ訴訟產ノ義務者若クハ其被信託者或ハ讓渡人カ權利ヲ有スルモノニ通知シタル讓渡ハ通知ノ日ヨリ法律上有効ナリ但シ義務者ハ讓受人ニ對シテ前權利者ニ爲シ得ヘキ抗辯ヲ爲シ得ヘシ」ト是ト同様ノ條項ハ歐洲大陸諸國ノ法典ニモ亦是アリ(普魯士民法第一篇第十一章第三百七十六條乃至四百四十四條填土利民法第千三百九十四條乃至第千三百九十六條參照)併シナカラ其對人權中ニテ特ニ條例ニ依テ移轉ノ自由ヲ與ヘラレタルモノアリ海上或ハ生命保險證書積荷證書ニ基ク權利ノ如キモノ是ナリ」茲ニ一ノ注意スヘキハ義務者ハ前權利者ニ對シテ答辯シ得ヘキ所ノモノハ新權利者ニ對シテモ亦答辯シ得ルコトハ一般ノ原則ナレトモコレニハ例外アリ即チ此例外ハ第十四世紀頃ニ起リタルモノニシテ漸々商業ノ進歩スルニ伴ヒ愈發生セリ例外トハ流通證書之レナリ爲替手形又ハ約束手形等或ハ持參人拂ノ流通證書ノ如キハ引渡或ハ裏書等ノ方法ニヨリ義務者ニ通知スルヲ要セスシテ移轉スル所ノモノ多ク又善意ヲ以テ報酬ヲ與ヘテ之ヲ得タル所ノモノハ假令ヒ以前ノ

所持者ニ瑕瑾アルニモセヨ義務者ニ對シ完全ナル權利ヲ有スルモノニシテ且ツ義務者以前ノ權利者ニ對スル答辯ヲ新權利者ニ向テ應用スルヲ得ス或學者ハ此等ノ券ハ商業ノ性質上一ノ動産ト見做スヘキ有形ノ物品ニシテ専ラ簡便ヲ計リテ起リタルモノナリト云ヘリホルランド氏亦此說ヲ可トセルニ似タリ

上來述ヘタル所ハ權利ノ移轉ニ關シタルモノナリ以下義務移轉ノコトヲ一言セシニ義務ハ隨意ニ之ヲ移轉シ能ハサルヲ原則トス契約上ノ義務ニ就テ云ヘハ權利者ハ契約ノ當時ニ義務者タルヘキ者ノ性質其當時ノ情况等ヲ觀察シテ以テ信憑スル所アリシヨリ締結シタルモノナルニ妄リニ義務者ヲ變換スル等ノコトアリテハ權利者ノ迷惑此上モナキニ至ルヲ以テ法律ハ之ヲ許サ、ルナリ一般ノ原則ハ右述フル所ノ如シト雖モ亦例外ナキニアラス即チ英國普通法ニ依レハ地主ト小作人トノ借地約束ニシテ小作人ハ己ノ有スル借地ヲ他人ニ讓リ渡スヲ得而テ其讓受人ハ恰モ元ノ小作人ノ如ク地主ニ對シ起訴スルコトヲ得或ハ起訴セラレヘシ

以下對人權ノ消滅ノコトニ移リテ講述スヘシ

凡ソ對人權ノ消滅スル方法ニ五アリ第一履行第二履行ヲ妨クル事件第三履行ノ代用第四履行ノ免除第五不履行是ナリ

第一履行 契約ヲ履行スルハ對人權消滅ノ正當ナル方法ニシテ之ヲ以テ本體トス又履行ハ必スシモ本人ナルヲ要セス第三者ニ於テ爲シタルモノニテモ之ヲ許スコトアリ羅馬法ニ依レハ負債ハ義務者ニ通知セスシテ第三者カ支拂ヒテモ履行ノ効力アルモノトス

第二履行ヲ妨クル事件ニ七種アリ(一)契約ノ事柄カ特ニ對手ノ爲メ若クハ技術ニ關係スルモノナルトキハ對手ノ死ニヨリテ消滅ス(二)羅馬古法ニ依レハ家族(Pitius familias)ニ對スルノ權利ハ其家族ニ身分ノ小滅(Minima capitis diminutis)ヲ生スルモ尙ホ其權利ヲ相殺スルモノトセリ(三)混合即チ權利者義務者ノ合體スル場合ニシテ例ヘハ甲女カ乙男ニ對シ債權ヲ有スル場合ニ於テ甲女ト乙男ト婚姻セシトキハ乙女ノ有スル權利ハ消滅ス(四)契約ノ目的物件ノ破滅(五)倒産倒産ハ既ニ述ヘタルカ如ク一般相續ノ一原因ニシテ倒産者ニ對シ倒産前ニアリタル權利ハ消滅スルモノトス尤モ其全部若クハ一部ノ消滅スルハ各國法律ニ依テ同様ナラス

(六)契約ニ對シ判決ヲ以テ無効トスルコト(七)法律ノ變化即チ權利者義務者其所屬國ヲ異ニスル場合ニ於テ兩國間ニ戰爭ノ起ルトキハ以前ノ契約ハ消滅スルコトアリ又一時中止スルコトアルモノトス

第三、履行ノ代用(一)ハ提供ニシテ權利者ニ於テ義務者カ義務ヲ履行スルコトヲ承認セサル場合ニ於テ其目的物件ヲ裁判所ニ預クルコトヲ云フモノナリ佛國ニテハ斯ル場合ニ目的物件ヲ預カル所ノ相當ノ官吏アリ(二)ハ和解(Compromise)トハ一部ノ支拂並ニ其殘部ノ義務解除ト相合シタルモノヲ云フナリ而シテ其殘部ノ義務ヲ解除スルノ約束ハ一部ノ支拂ノ有無ニ關セス有効ナルモノナラサルヘカラス多額ノ金圓支拂ノ爲メ小額ノ金圓ヲ支拂フハ多額ノ金圓支拂ノ約報トナルモノニ非ス又滿意トナラザルナリ(三)ハ代償ニシテ即チ金錢ヲ貸シタル者ニ他ノ物品ヲ與ヘテ之ヲ辨償スル所ノ方法ニシテ此場合ニ於テハ其物品ノ價直ハ些少ナルモ權利者カ承認スルキハ充分義務消滅ノ効アリ(四)ハ相殺ニシテ古昔普通法ニテハ凡ソ相殺ヲ許スニハ双方ノ權利ノ性質同様ノモノタルコトヲ要シタルカシヨ(五)第二世ノ第二十二年ニ至リ同性質ノモノニ非サルモ尙ホ之ヲ許スコト、セリ

又何レノ場合ニテモ双方ニ法律上返濟ノ義務アルモノナラサルヘカラス佛民法千二百九十條ニ曰ク互ニ義務ヲ行フ雙方ノ者共ニ知ルコトナシト雖モ法律上ニテ其二箇ノ義務ヲ互ニ相殺スヘシ但シ此場合ニ於テハ其二箇ノ義務生シタル時其高ノ相當ルニ至ル迄互ニ之ヲ相殺スヘシト(五)ハ更改ニシテ新權利者ト新義務者トノ合意ヲ以テ契約ヲ更ニ改メテ締結シ代ヘ前契約ヲ消滅シ新ニ權利ヲ生スルモノヲ云

第四、義務ノ免除トハ契約ニ依テ生セシ權利ヲ放棄シ義務ヲ釋免スルノ謂ナリ凡ソ契約ヲ解除スルニハ契約ヲ生シタルト同様ノ方法ヲ以テセサルヘカラス即チ文書ニテ爲シタルモノハ亦文書ヲ以テ解除セサルヘカラサルナリ羅馬法英法共ニ然リトス法理上ヨリ云ヘハ文書ナルト口頭ナルトヲ問ハス互ニ一致合意アレハ前ノ契約ノ解除セラサルノ理由ナシト雖モ如斯原則ヲ設ケタル所以ハ要スルニ證據ノ點ヨリ觀察シテ一ニ實際上便宜上ニ基キ設ケタルニ外ナラサルカ如シニ第五、違約トハ契約ニ違フノ義ニシテ違約アルトキハ前ノ對人權ハ茲ニ終局シ更ラニ新ニ救濟權テフ對人權ヲ生スルモノナリ

第二十六回

二六四

今日ハ救濟權ノ事ニ移リ講説スヘシ

凡ソ權利ト稱スルモノニシテ其侵犯ヲ受ケタル場合ニ法廷ニ訴ヘ之カ救濟ヲ仰ク能ハサルモノハ吾人法學者ノ所謂權利ニ非サルナリ犯權ノ所爲アレハ必ス救濟ノ權生スルモノナリ茲ニ救濟權ノ發達セシ沿革ヲ述フレハ凡ソ四期ニ分ツテ得ヘシ

第一期 往昔未開ノ時代ニアリテハ素ヨリ被害者ヲ保護スヘキ法律ナキヲ以テ被害者ハ各自ニ其腕力ニ依頼シ自ラ爲害者ヲ強壓シテ賠償セシメ若クハ責罰スルノ外途ナキナリ故ニ爲害者被害者ヨリ強キトキハ被害者ハ救濟ノ法ナク常ニ強者ノ侵犯ヲ甘受シ之ニ枉屈セサルヲ得ス實ニ救濟ノ成否ハ一ニ爲害者ノ強弱ニ依テ定マルモノナリ殊ニ蠻民ノ常トシテ溫柔ノ談判ニ服スヘキモノニアラサルヲ以テ被害者ハ常ニ爲害者ノ覺醒ヲ窺ヒ其不意ニ出テ復讐セシコトヲ圖リ搏撃殺傷ヲ逞フスルニ至ル此時代ニアリテハ救濟ノ方法最モ不備不完ナルモノナリ

二五

二五

第二期 人智少シク進歩スルニ至リ未開ノ人民ト雖トモ搏撃殺傷ノ毫モ損害ヲ賠償スルニ効ナキヲ覺悟シ本期ニ至リテハ被害者各自ニ救濟スルハ尙ホ前期ニ異ナラスト雖トモ爲害者ノ財産ヲ略取シ又ハ爲害者自身ヲ拘留スルハ前期ニ於ケル如ク之レヲ己ノ所有物トナスノ意ニアラスシテ之レヲ質トシテ以テ賠償ヲ求ムルノ手段トナスニ至レリ此救濟法タル未ダ薄弱不備ナルヲ免レスト雖トモ搏撃殺傷シテ以テ復讐スルノ意ヲ變シテ賠償請求ノ手段トナスニ至リタルモノナレハ前期ト逕廷スル處鮮少ニアラサルナリ

第三期 社會漸ク發達シテ治國ノ制度稍々具備スルニ至リ救濟ヲ被害者自身ニ任スルモ能ク其目的ヲ達スヘカラサルノミナラス國家ノ安寧ヲ妨クルノ恐れアルヲ以テ政府ハ規則ヲ設ケテ各自ノ救濟ヲ多少制限スルニ至レリ

第四期 本期ノ救濟法ハ即チ現今文明諸國ニ行ハル、モノニシテ凡ソ救濟ヲ求ムルモノハ一切國家ノ力ニ依頼スルヲ要シ毫モ被害者自身ニ救濟スルヲ許サ、ルニ至レリ即チ裁判所ハ吾人ノ救濟ヲ求ムルノ府ナリ英國ニ於テ地主カ小作人ニ對シ地代延滞ノ場合ニ當テ其家具ヲ差押ユルコトヲ許スハ蓋シ前期ノ遺習ナ

ルヘシ

上陳救濟法發達ノ順序ヲ見ルニ第一第二期ニアリテハ所謂各自救濟ト稱スヘキモノニシテ毫モ國家ノ之ニ干涉スルコトナク第三期ニ至リ初メテ各自救濟ノ其目的ヲ達スヘカラサルノミナラス國家ノ安寧ヲ妨クルコトアルヲ悟リ少シク國家カ干涉ヲナスニ至レリ第四期ニ至リテハ各自救濟ノ全ク不正ナルヲ覺リ且ツ國家ノ生存上各人ノ安寧ヲ保チ社會ノ秩序ヲ維持スルニハ國家自ラ救濟ノ衝ニ當リ之レヲシテ確乎トシテ衝平ヲ保タシムルノ必要ヲ感シ遂ニ各自救濟ヲ許サハルニ至リタルモノナリ

夫レ救濟法ノ目的ハ各人ヲシテ其有スル所ノ權利ヲ享有セシメ之レヲ攪乱シタルモノアルトキハ國家ノ力ヲ應用シテ在來ノ位置(Statu quo ante)ニ復セシムルニアルナリ然レトモ往々末タ攪乱ヲ受ケサル時ニ於テ其攪亂ノ所爲ヲ豫防スルコトナキニ非ス

凡ソ諸文明國カ普通ニ定ムル所ノ救濟ハ左ノ如シ

第一 賠償 (Compensation)

二六六

二六

第二 禁止 (Injunction)

第三 取戻 (Restitution)

第四 履行 (Specific performance)

右四種ノ救濟ハ既ニ諸君ノ熟知セラル、所ナルヘケレハ敢テ多言スルノ必要ナカルヘシ只茲ニ注意スヘキハ凡ソ救濟權ハ主質ノ權利ヲ侵犯セラレテ初メテ起ルヲ通則トスルモノニシテ賠償取戻履行皆然リト雖モ禁止ニ至リテハ決シテ然ルモノニアラス凡ソ禁止ヲ請求スルノ場合ハ權利ヲ侵犯サレタル后ニ非スシテ將ニ侵犯ヲ受ケントスルトキニアルナリ夫レ然リ故ニ禁止ヲ許スノ場合ハ將ニ侵犯セラレントスルノ勢必然ニシテ且ツ一度侵犯セラレ、トキハ他ノ救濟法ヲ以テ在來ノ位置ニ回復シ難キノ場合ナルヲ要スルナリ前ニ述ヘタル通り主質ノ權利ノ内ニハ對人的ノ權利アリ又對世的ノ權利アルモノナリト雖モ救濟權即チ助質ノ權利ニ至テハ十中九ハ皆對人的ノ權利ニシテ對世的ノ權利トテハ殆ソトナシト云フモ不可ナキカ如シ只僅カニ船舶ニ對スル訴訟等ノ場合アルノミ救濟權ノ起ル原因ハ主質ノ權利ノ侵犯ニ基クモノナリ而シテ犯權ノ所爲ハ之ヲ

二七

分テ私犯公犯ノ二トナスヲ得普通ノ説ニ從テ云ヘハ公犯トハ公法ニ規定スル權利ヲ破リ國家ニ損害ヲ與フルノ所爲ニシテ私犯トハ私法ニ規定スル權利ヲ破リテ一己人ニ損害ヲ與フルノ所爲ナリトス學者中往々此公法私法ノ區別ハ其當ヲ得スト批難スルモノアリブラックストーン氏曰ク公犯トハ國家カ直接ニ損害ヲ蒙ムル所爲ニシテ施テ其害ノ間接ニ一己人ニ及フモノヲ云ヒ私犯トハ一己人カ直接ニ損害ヲ蒙ムル所爲ニシテ施テ其害ノ間接ニ國家ニ及フモノヲ云フト云ヘリ要スルニ其所謂間接直接トハ主權者ノ認定次第ニ依ルモノナリト云フヨリ別ニ良キ解釋ヲ與フル能ハサルカ如シ茲ニ云ヒシ所ノ私犯トハ公犯ニ對スル私犯ノコトニシテ英語ニ所謂「トート」ノコトヲ云ヒタルニアラス此私犯ハ再ヒ分テ契約ニ基ク非行ト契約ニ基カサル非行トノ二種トナスヲ得然リ而シテ契約ニ基カサル非行ノ所爲即チ契約外ノ犯權ノ場合ニアリテハ精神上並ニ身体上ノ有様即チ惡意ノ有無等ヲ斟酌スルモノナリト雖モ契約ニ基キタル犯權ノ所爲ニアリテハ單ニ違約ノ有無ニ依リテ損害ノ如何ヲ定ムモノナルカ故ニ意思ノ善惡ハ決シテ間フ所ニアラサルナリ益々世運ノ開明ニ趣クニ從ヒテ古昔ニアリテハ其犯權タル

ヤ唯一己人ヲ害スルノミニシテ國家ハ爲メニ害セラル、コトナシトシタルノ所爲モ今日ハ全ク之ニ反シテ直接ニ害ヲ蒙ムルモノハ國家ニシテ一己人ハ只僅カニ間接ニ害セラル、ノミナリト爲スニ至リ國家ニ害ヲ及ホストノ觀念増加スルモノ、如シ

非行ハ之ヲ五主義ニヨリテ區別スルヲ得ルモノトス即チ左ノ如シ

一、爲害者ノ意思ノ情況ニ依リテ區分スルノ主義ニシテ遺漏怠慢或ハ故意ヲ以テ爲シタル等ノ三場合ナリ要スルニ此主義ハ非行ノ標準ヲ爲害者ノ一身ニ關シテ定ムルモノニシテ今日ハ行ハレサルノ主義ナリ今日ハ亞米利加ノ「ホルムス」氏等ノ唱フルカ如ク社會一般ノ人ノ行狀ヲ以テ其標準ト爲スコト學者ノ稱揚スル所ナリ

二、被害者ノ意思ノ情況ニ依リテ區分スル主義ニシテ抗擊ヲ受ケタルハ其者ノ誘導ニ出テタルヤ否又ハ全ク許容スルノ意思ナカリシヤ否又ハ詐欺ノ爲ニ抗擊ヲ甘ンシタルモノナラサルヤ否等ノ三場合ヲ見テ以テ其責任ノ程度ヲ定ムルモノナリ

- 三、害ヲ爲ス方法ノ輕重ニ依リテ其責任ノ大小ヲ定ムル主義ニシテ即チ其害ヲ爲スノ方法ハ口頭ナリシヤ腕力ナリシヤ又ハ凶器ヲ以テナシタリヤ等ノコトヲ見テ以テ其責任ノ程度ヲ定ムルモノナリ
- 四、被害者ノ損害カ私犯タルノ性質ヲ備フルニ就テ緊要ナルヤ否等ヲ吟味シテ以テ其責任ヲ定ムルノ主義ナリ
- 五、侵犯シタル權利ノ性質ニ依リ其責任ノ輕重ヲ定ムルノ主義ナリ
損害ニハ直接ノ損害及間接ノ損害ノ二種アリテ其直接ノ損害ハ之ヲ稱シテ一般ノ損害ト云ヒ間接ノ損害ハ之ヲ稱シテ特別ノ損害ト云フ其詳細ナルコトハ私犯法ニ於テ諸君ハ既ニ了知セラレタルヘケレハ之ヲ省畧スヘシ
- 救濟權ハ他ニ之ヲ移轉スルコト甚タ困難ナリトス特ニ被害者ニ密接ノ關係アルモノナルトキハ移轉スヘカラサルヲ以テ原則トス
- 救濟權ノ消滅スル場合ハ左ノ如シ
- 一、許容或ハ追認
- 二、義務者ノ倒産

- 三、相殺
- 四、混合、一例ヲ示セハ違約ノ場合ニ於テ後再ヒ違約シタル所ノ事柄ト同一ノ事柄ヲ契約シタルトキハ前ノ契約ヲ破ラレタル爲ニ生セシ救濟權ハ後ノ契約ニ混合セラレテ消滅スルモノナルカ如シ
- 五、禁反言例ヘハ被告人ニ權利アリトノ事ヲ明意若クハ暗黙ノ舉動ニテ確認シタルトキハ後再ヒ訴フルヲ得サルカ如シ
- 六、時効即チ出訴ノ期限ヲ經過シタルトキハ起訴スルノ權ヲ失フモノトス其期限ノ長短等ハ各國其制度ヲ異ニスト雖モ茲ニハ之ヲ畧ス
- 今述ヘタル所ハ救濟權ノ消滅スル場合ナルカ消滅スルニアラスシテ一時中止セラル、場合モアルナリ例ヘハ他ノ裁判所ニ於テ審理中ハ之ト同一ノ事件ハ之ヲ他裁判所ニ提訴スルモ受理セサルカ如キ是ナリ英國ニテ從前普通法裁判所ト公平法裁判所トアリタル時分ニハ普通法裁判所ノ審理中ハ公平法裁判所ハ之ヲ受理セサルモノナリシカ如シ
- 變格ノ權利 以上說キタル所ハ正格ノ人ニ對スル權利ナリシカ之ヨリ變格ノ人

ニ對スル權利ヲ聊カ説明セント欲ス抑變格ノ權利ハ無形人ニ對スルモノニシテ
 又時トシテ自然人ニ對スルコトアルモノナリ
 變格トハ人ニ就テノ事柄ニシテ人ニ自然人ト無形人トアリ無形人タル性質ヲ負
 フニハ何レノ國ニテモ法律ニ依ルヘキモノニシテ自分ノ好ミニ依リ無形人トナ
 ルヲ得サルモノトス無形人ハ前ニモ述ヘタルカ如ク自然人ノミノ集合ヨリシテ
 生スルコトアリ又自然人ト財產ト集合シテ生スルコトアルモノトス勿論無形人
 ハ自然人トハ其性質ヲ異ニスルモノニシテ無形人ト其無形人ノ元素ナル之ヲ組
 織スル所ノ人々トハ全ク格別ノモノナリ故ニ其組成スル人々ノ性質トハ毫モ關係
 ナキモノトス從テ其無形人ノ有スル財產モ全ク其之ヲ組成スル人々ノ財產トハ
 異ナルモノナリ又其代理人タルモノハ無形人組成者ヲ代表スルモノニアラスシ
 テ無形人其人ヲ代表スルモノナリ又無形人ナルモノハ只法律ノ想像上ニ存在ス
 ルモノナルカ故ニ其意思ハ之ヲ組成スルモノ、多數ヲ以テ決スルモノトス又無
 形人ハ其文字ノ示ス如ク一無形ノ人ナルカ故ニ其性質上種々ノ爲シ得ヘカラサ
 ル非行アリ此無形人タル會社ノ制度起リタルコトニ就テダラン氏曰ク近世文明

ノ進歩ニ於テ人間ノ工風中尤モ緊要ノモノハ無形人ノ制ニシテ文明ノ益進ムハ
 全ク無形人ナル會社ノ制定ニ依ルモノナリト蓋至言ナル哉要スルニ今日大事業
 ナ起サント欲セハ一人ノ力能ク之ヲ爲ス能ハス必ス多數ノ力ニ依ラサルヲ得ス
 ト云フニアリ

無形人組成ノ目的ニ八種類アリ即チ左ノ如シ

- 第一ハ政治上ノ目的ニ出ツルモノニシテ市町村制度ノ如キモノ是ナリ
- 第二ハ行政上ノ目的ニ出ツルモノニシテ第一ノモノハ自治スルニ止マリ第二ノ
 モノハ行政上ノ便宜ニ基クノ差アルノミナリ
- 第三ハ職業上ノ目的ニ出ツルモノニシテ例ヘハ醫學協會又ハ貿易商會等ノ如シ
- 第四ハ宗教上ノ目的ニ出ツルモノナリ
- 第五ハ學術技藝上ノ目的ニ出ツルモノナリ
- 第六ハ教育上ノ目的ニ出ツルモノナリ
- 第七ハ慈善救濟ノ目的ニ出ツルモノナリ
- 第八ハ營業上ノ目的ニ出ツルモノナリ

此無形人ト稱スル所ノモノハ以前ハ其制度極メテ簡短ナルモノニシテ其組成スル「メンバ」ハ其無形人ニ附屬スル財産トハ毫モ關係ナキモノナリ一ニ公益ノ目的ヲ計リタルモノニシテ一人ノ利害ニハ敢テ顧着スル所ナカリキ近世ニ至リテ始メテ起生セル尤モ繁雜ナルモノハ商業上ノ目的ニ出ツルモノニシテ是貿易ノ益々繁盛ニ赴クニ伴ヒテ起生シタルモノタリ普通ノ組合ニアリテハ一般ニ組合員ハ其資本ヲ携ヘテ退社スルヲ得又組合ハ法律上一己人ト見認メラレズ又訴フルニモ訴ヘラル、ニモ組合員全体ノ名義ヲ以テセサルヘカラサル等ノ不便アルヲ以テ其根基鞏固ナラズ故ニ大事業ヲナスニ勘ヘズ此等ノ不便ヲ避ケンカ爲ニ彼ノ合本會社ナルモノ起レリ此合本會社ニ最初投入セシ株金ハ之ヲ自由ニ引去ルヲ得スシテ終始同一ノ資金ヲシムルモノナリ而シテ又株ヲ發行シテ之ヲ譲リ渡シ或ハ賣買スル等ノ事ハ其自由ニ任シアルナリ夫此合本會社ハ通常ノ組合ニ比スレハ大ニ便利ヨキモ法律上尙ホ無形人ト見認メラレサルノミナラス其責任モ亦無限ナルノ不便ハ未ダ之ヲ免カル、ヲ得ス故ニ尙ホ此等ノ不便ヲ救ハンカ爲ニシヨ一シ第一世第六年ニ會社條例ニ依リテ結社スルノ外ハ合本會社ヲ造

クルヲ禁セラレタリ此商業上ノ目的ニ出ツル無形人ナル會社ハ通例普通ノ無形人ノ規則ニ從フモノナルモノ今茲ニ其重ナル点ニ就テ説明スレハ此會社ハ確定ノ株主ニ依リテ成立スルモノニシテ株主ハ其投シタル株金以外ニハ毫モ辨償ノ責任ナキモノトス又株券ヲ發行シテ之ヲ賣買スルヲ得又其レヨリ生スル利益ノ配當ニ與カルヲ得ルモノナリ此類ノ無形人會社ハ諸國ノ法律皆共ニ之ヲ見認ムルナリ英國ニテハ二十人以上結社スル所ノモノハ商社條令ニ準據セサルヘカス又七人以上ノ株主ヨリ成立スルモノハ商社條令ニ準據スルヲ得ルナリ
次ニ會社ノ消滅スル順序ヲ云ヘハ左ノ如シ
會社ノ負債ハ先ツ第一ニ資本ヨリ辨償シ資本全体ヲ以テスルモ尙ホ不足ナルトキハ閉社シ倒産スルモノニシテ諸國皆之ヲ管理スル法度アリ而シテ若シ其會社ニシテ無制限ノモノナルトキハ株主ヨリ其不足分ヲ徵收スルモノトス外國ノ會社ト雖モ其本國ノ法律之ヲ無形人ト認ムル相當ノモノナルトキハ無形人ト見做スモノタリ
次ニ會社カ契約スル方式ニ就テ云ヘハ英國ニテハ會社ノ契約ニハ捺印證書ヲ要

ス尤モ極メテ些少ノ事柄タルトキハ此例外ニシテ捺印證書ヲ以テスルニ及ハサルナリ又英國ニテハ無形人タルノ資格ヲ得ル當時ニ目的トシタル以外ノ事柄ハ之ヲ行フヲ得ス若シ之ヲ行ヒタルトキハ其特許狀ヲ沒收スルノ制度ナリトス乍併其職業以外ノモノナリト雖トモ會社ニハ無効ナルモ其會社ヲ組成スル所ノ人ト第三者ニ對シテハ有効ナルモノアリ

次ニ會社ノ權限ニ就テ第一ニ起ル問題ハ會社ニ一度無形人ノ資格ヲ與ヘタルトキハ可成無形人ノ有シ得ヘキ丈ノ權利ハ之ヲ與ヘ明禁セサルモノハ之レヲ許スヘキモノナルヤ否ヤ第二ニ起ル問題ハ他ノ事業ニ涉ルコトハ之ヲ嚴禁スルヤ否ニアリトス千八百四十六年ニ起リタル鐵道會社ニ關スル訴訟事件ニ於テラングデル氏曰ク議院ノ條令ニテ與ヘラレタル特權ハ其特許ノ條件以内ニ在テ實行シ進歩スルヲ得ルノミニシテ之ヨリ以外ニハ決シテ涉ルヲ得スト而シテ今日ノ所ニテハ零ホ此ラングデル氏ノ說ノ如クニ一定セリ若シ會社カ權限外ノ事ヲ爲ス時ニハ會社員全体ノ一致ヲ以テスルモ越權ノ處分ハ會社ニ對シテハ無効ナリ又會社員ノ一致ニアラスシテ多數決ヲ以テスルモノナルトキハ其少數ノモノニ對シテ

ハ亦無効ナリトス

以上述ヘタル所ノ者ハ集合會社ノ事ナリシカ以下單ニ財產等ノミニテ成立スル等ノモノヲ聊カ講述スヘシ

財產ノミニテ成立スル所ノモノトハ即チ遺產ノ如キモノニシテ未ダ相續人ノ定マラサル以前ニ當リテハ一ノ無形人ト見做サル、所ノモノナリ次ハ僧侶帝王ノ如キモノニシテ是レ亦無形人ト見做シ英法ハ之レヲ單純會社ト稱ス乍併其權利義務ニ就テハ毫モ他ノ會社ト異ナル所ナシ

次ハ自然人ニ關スル變格人ノコトニシテ自然人中變格人ト爲ス所ノモノハ左ノ如シ

(第一)ハ男女ノ性ニ依リテ起ル所ノモノ(第二)ハ幼者(第三)ハ父權(第四)ハ結婚(第五)ハ獨身(第六)ハ精神上ノ能力ノ欠典(第七)ハ身体上ノ能力ノ欠典(第八)ハ官職(第九)ハ奴隸(第十)ハ職業(第十一)ハ准死(第十二)ハ私生ノ子(第十三)ハ宗教(第十四)ハ外國人(第十五)ハ敵國人是ナリトス

而シテ第一ノモノハ男子ヨリ女子ニ關係多ク第二ノモノハ廿歲前後ヲ以テ之ヲ

分チ羅馬法ハ幼稚未丁年丁年ノ三期ニ分テリ第三ノ父權モ亦家長權ノ下ニアル者ハ決シテ財產ヲ有スル能ハカリシ尤モ軍功ニヨリテ分捕リタルモノハ之カ例外タリシ第四ノ婚姻ヨリ夫妻ノ干係ヲ生シ契約其他ノ上ニ於テハ大ニ常人間ト異ナル所アリ又妻ハ他人ニ對シテ未婚者ト異ナル所アリ第五ノ獨身ノモノチ變格人ト爲スハ古昔羅馬ニテハ戰爭屢アリシニヨリ獨身ノモノハ人口ヲ繁殖スルコトナキヲ以テ之ヲ變格人トシテ特別ニ規定セリ第六ノ瘋癲ノモノハ法律上ノ適法ノ行爲ヲ爲スヲ得ス適法ノ行爲ヲ爲スニハ必ス後見人ニ依リテ爲スヘキモノナリ對手ニシテ瘋癲タルコトヲ知ラスシテ契約シタルトキハ一部若クハ全部ヲ既ニ履行シタルトキハ有効ナルモ初ヨリ其瘋癲タルコトヲ知リテ契約シタルモノナルトキハ假令一部若クハ全部ハ既ニ之ヲ履行スルモ無効ナリトス第七ノ體格上ノ能力ノ欠典トハ聾者瘖症者等ハ口頭ノ契約ハ之ヲ結フ能ハサルヲ以テ是レ羅馬法ニテ特別ノ法規アリ第七ノ官職トハ帝王ハ惡ヲ爲ス能ハストノ格言ノ如キモノヲ云フ又大臣等其屬官ノ行爲ニ對シテ毫モ責任ナキ等種々ノ變例アリ第九ノ奴隸ハ人間トハ見做サレスシテ物件ト見做サル、モノナルコトハ前々

説明シ來レル通りナレハナリ第十ノ職業トハ軍務ニ從事スル人ニハ特ニ遺囑等ニ就キ特權アルカ故ナリ第十一ノ准死ハ僧侶トナルトキハ恰モ死シタルモトク、如ク見做スヲ以テナリ第十二ノ私生子ニハ無遺囑相續ヲ權ナキヲ以テナリ第十三ノ宗教上トハ宗教ヲ異ニスル爲ニ互ニ契約スルヲ許サズ又同一法律ヲ保護受ケル能ハサル等ノコト(古代ノコトヲ云フモ)ト知ルルニシテナリ以テナリ又ルルメニヤ州猶太教者ニハ不動産所有ノ權ヲモ與ヘザリキ第十四ノ外國人ハ古代ニアリテハ敵視スルノ感アリシヲ以テ第十五ノ敵國人古敵國人トノ契約ハ無効ニ屬シ又其訴訟ハ中止或ハ消滅スル等ノコトアルヲ以テナリ其他夫妻ノ關係アルモノ互ニ遺贈ヲ受ケル能ハス又ハ遺囑ノ證人トナリタルモノ自ラ其遺囑ヲ受ケル能ハサル等一時ノ關係ヨリシテ其權義ニ變例ヲ生スルモノモ亦此變格ノ中ニ屬スルヲ得ヘシハ(遺囑)其各自遺囑ヲ爲シテ其國モ別家トシテ

第二十七回

第十四章 助法論

救濟ノ權利ハ國家以力ヲ仰ヒテ始メテ其功ヲ顯スモ方ナリ國家ヲ力ヲ仰グノ方

法ヲ規定スルモノ即チ助法ト云ヒ或ハ訴訟法ト云フ夫レ然リ故ニ苟モ救済ヲ仰カント欲スルモノハ悉ク國家ノ幫助ヲ仰クヲ以テ常則トナスト雖モ一二ノ場合ニ於テ被害者ニ自ラ救済スルコトヲ許スノ場合ナキニ限ラス之レ蓋シ例外ナリト云フヘシ而シテ此場合ニハ助法ハ其各自救済ヲ許ルスヘキ範圍ヲ限定スルモノナリ其他ノ場合ニ關シテハ助法ハ原被告カ司法ノ機關ヲ利用シ得ヘキ方法ヲ定ムルモノナリ

夫レ訴訟法ハ他ノ諸法ト併立シテ其効用ヲ顯ハスモノナレハ其緊要ナルコト論ヲ竣タスト雖モ殊ニ往時ニアリテハ法律制度中顯著ナル位置ヲ占メタルモノニシテ權利發生ノ沿革ヨリ推究スルモ權利ノ有無廣狹ヲ明確ナラシメタルハ寧ロ助法ノ力ナリト云フヲ得ヘシ故ニ學者往々言ヘルコトアリ法律ハ寧ロ權利ニ關スルヨリハ之カ救済ニ關スルコト多キニ居ルト蓋シ一筆ノ地ハ其境界ヲ以テ成ルト云フモ不可ナキナリ權利ノ在否廣狹ハ實ニ其範圍確定シテ始メテ知ルヲ得ヘキナリ而シテ是レヲ定ムルモノハ助法ニ外ナラス學者カ之レヲ重要視スルモ故ナキニ非サルナリ

凡ソ助法ニ關シテ論スヘキ點ハ一ニ往昔曖昧ノ時代ヨリ所謂訴訟法ナルモノ、生シタル來歴ニ執法者カ訴訟法ノ變更ヲ名トシテ主質ノ權利ニ及ホシタル影響之レナリ然レトモ之レ等ハ主トシテ沿革法理學ニ屬スル問題ニシテ本年ハ最早餘日ナキヲ以テ之レニ論及セサルヘシ
凡ソ助法ノ主トシテ關スル所ハ訴訟當事者ノ權利及ヒ行爲ナリト雖モ裁判所構成方法判事及執行吏ノ職務ノ如キハ密接ノ關係ヲ有スル論題ナリ通常助法中ニ論スヘキ事柄ハ

(一) 訴訟事件ノ管轄ヲ定ムルコト

(二) 訴訟事件ヲ判決スヘキ相當裁判所

(三) 訴訟事件ヲ判定スルニ當リ司法機關ノ運轉

(四) 裁判執行ノ方法

右等ニ關スル諸規則ハ主法ノ場合ニ於ケル如ク先ツ正格ノ人ニ應用スヘキモノニシテ變格ノ人ニ對シテハ多少ノ變更ヲ要スルモノト知ルヘシ
一、訴訟管轄 救済權ハ何レノ法廷ニ於テモ執行シ得ヘキヲ本則トスレトモ之カ

審理上ノ便宜ヲ謀リ各國必ズ管轄區域ヲ定メ相當裁判所ニ出訴スルニ非サレハ救済ヲ與フルコトナシ英國裁判所ハ違約ニ基ク訴訟ヲ續約地違約地若クハ結約者カ何レノ地ニ住居スルニ論ナク出訴人裁判所之ヲ審理スル雖モ離婚ノ訴ニ關シテハ其當事者カ其國內ニ本籍 (Domicils) ナ有スル者ニ非ラサレハ審理セス

二、裁判所 訴訟事件ノ性質ニ依リ各國亦之ヲ管轄スヘキ裁判所ヲ區別セリ商事ニ關スルコトハ商事裁判所ニ屬スヘク海事ニ關スルコトハ海事裁判所ニ屬スヘク又認求金額ノ多寡ニ因リ裁判所ヲ異ニスル所アリ蓋シ斯區別ヲ設クルハ其事件ノ性質ニ依リ判事ニ特別ノ智識ヲ要シ或ハ特ニ其審判ノ迅速ナルヲ要スル等ノ爲メ生スルモノナリ

三、訴訟 相當裁判所ヲ撰定スルハ司法ノ機關ヲ運轉スルニ比スレハ容易ノ事柄ナルノミ凡ソ訴訟ヲ提起シ其事件ノ裁判ヲ得ント欲セハ左ノ數項ノ順序ヲ經ルヲ要ス

(一) 召喚 (Citation) 是レ原告カ被告ヲ法廷ニ出頭セシメ生ずル方法ヲ要ス

(二) 訴訟 (Pleadings) 原告被告出廷シ此ニ於テ原告ハ其認求ノ趣意ヲ裁判官并ニ被

告人ニ通シ被告人ハ之ニ答辯ヲナスモノナリ答辯ノ種類方法等ハ訴訟法ニ於テ諸君ノ知ナル所ナルヘケレバ茲ニ贅言セズ

(三) 審理 (Trial) 之ニ至テ原被告雙方其陳辨スル所ハ眞實ナルヲ證明スル爲メ法律若クハ事實ニ關スル争點ニ付キ交モ證據ヲ提出シ或ハ學說先例ヲ引キ以テ法廷ノ承認ヲ得ント試ムルナリ而シテ凡ソ事件ヲ審理スルニ當テハ判事ハ最モ注意スヘキ原被告雙方ノ争點ヲ一定スルニアリ故ニ審理ノ法規トスル處ハ要スルニ争點ヲ明確一定ナラシメ其論辯ヲシテ枝葉ニ涉ラシムルコトナキニアルナリ

(四) 判決 訴訟事件ヲ判決スルハ其訴訟ニ付テ生シタル争點ニ向テ判決ヲ與フヘキモノニシテ其他ニ及ホサルヲ要ス

凡ソ裁判ノ効力ハ其事件ニ付キ眞原被告間ニノミ効力アルモノニテ裁判ノ効力ノ第三者ニ及ハサルハ法律ノ原則ナリ

又事件ヲ判決スルニ當テハ之ニ關スル訴訟入費ノ負擔者ヲ判定スルヲ要ス而シテ普通敗訴者ヲ負擔者トナスヲ以テ本則トス

(五)控訴(Appeal) 凡ソ控訴ヲ爲シ得ヘキ場合ニ在テ敗訴者ノ控訴ヲナシ得ヘキハ勿論勝訴者ト雖モ判決ニ付テ不服ノ點アルトキハ控訴シ得ルモノト云ハサルヲ得ス

(四)執行(Execution) 執行トハ勝訴者カ相當官吏ノ力ニ頼リテ判決ノ實行ヲ求ムルヲ云フナリ被告人勝訴ノ場合ニハ單ニ訴訟入費ニ對シテノ外執行ヲ求ムルノ必要ナシ又民事ニアリテハ執行ハ訴訟當事者ノ請求アリテ始メテ相當官吏之レヲ行フモノナレトモ刑事ニアリテハ判決執行ハ該當官吏ノ職トシテナスヘキ所ナリ

凡ソ一訴訟事件ニ付テ裁判所ノ職權ヲ以テ其訴訟當事者外ノモノヲ參加セシムルコトナキニ非ス訴件ノ性質上其利害ノ及フ處會ニ當事者ノミナラス社會一般ニ關スルモノナルトキハ裁判所ハ之レヲ相當ノ官廳ニ通知スヘキモノニシテ該官廳ハ公益ノ爲メ其訴件ニ參加スルヲ得ルモノナリ

助法ニ於テモ亦人格ノ正變ニ因リ多少ノ相違ナキ能ハス上來陳ヘタル所ハ正格ノモノニ付テ云ヘルナリ變格者ニ付テノ特例ハ一二ノ例ヲ示スヲ以テ満足スヘ

シ英國ニ於テハ貴族ハ逮捕セラレサルノ特權アリ僧侶モ亦其拜禮ノ爲メ往來スル途中ニ於テハ貴族ト同一ノ特權ヲ有ス又離婚請求ノ訴訟ニ於テ其訴訟當事者ノ一方白痴ナルトキハ他方ノ答辯ノ能力ノ有無ニ關セス訴訟ヲ審理スルモノトス又他人ノ妻ニ對シテ起訴スルトキハ其夫ヲ連帶者トナスヲ要スルナリ

第十五章 公法論

公法ノ性質ニ付テハ既ニ第八章ニ於テ説明シタルヲ以テ之レヲ茲ニ再陳セス前數章ニ於テ採用シタル私法ノ分類法ハ公法ニ付テモ亦適用スルヲ得ヘシ公法中一般社會ノ公安ヲ維持スル爲メ存スルモノ之レヲ主法ト云フヘク之レヲ監護シ之レヲ實踐セシムルモノ之レヲ助法ト名クルヲ得ヘシ其他對世權對人權ノ別主質權助質權ノ別若クハ正格者變格者ノ差違亦公法ニ於テモ視ルヲ得ヘシ如斯私法ノ分類法ハ復タ公法ニ適用シ得ヘシト雖モ其應用ノ便否及ヒ其結果ニ至テ多少ノ相違ナキ能ハス公法各部ノ相關聯スル處學說一定セス而シテ此問題ハ羅馬法學者ノ短所ニシテ近世歐洲大陸ノ學者ノ說ク所モ未タ明確ナクノ嫌ヒナキ能ハスホルランド氏ハ公法ヲ說クニ當テ左ノ數項ニ分類スルヲ以テ可ナ

リトスルカ如シ
 第一 憲法ニ關スル法律ハ公法ニ屬スヘキ論題ヲ包括スルモ以テナリ而シテ
 第二 行政法ニ關スル法律ハ公法ニ屬スヘキ論題ヲ包括スルモ以テナリ而シテ
 第三 刑法ニ關スル法律ハ公法ニ屬スヘキ論題ヲ包括スルモ以テナリ而シテ
 第四 治罪法ニ關スル法律ハ公法ニ屬スヘキ論題ヲ包括スルモ以テナリ而シテ
 第五 國家ヲ一私人ニ准シテ規定スル法律ハ公法ニ屬スヘキ論題ヲ包括スルモ以テナリ而シテ
 第六 第五ニ關スル訴訟手續ニ關スル法律ハ公法ニ屬スヘキ論題ヲ包括スルモ以テナリ而シテ
 右五項中最初ノ四項ハ最モ適當ニ公法ニ屬スヘキ論題ヲ包括スルモ以テナリ而シテ
 此等ノ諸項ヲ私法ノ分類法ニ准シテ彙類スルトキハ多少ノ不便アリト雖モ左
 ノ如クナルヘシ
 公法ニ屬スル法律ハ憲法並ニ刑法ニ於テ規定スルモ以テナリ而シテ
 主質ノ權利ハ憲法行政法並ニ刑法ノ一部ニ於テ規定スルモ以テナリ而シテ
 救済ノ權利ハ刑法並ニ行政法ノ一部ニ於テ規定スルモ以テナリ而シテ
 助法ハ主トシテ治罪法ニ於テ視ルヲ得ルモ以テナリ而シテ
 變格者ニ關スル法律ハ憲法並ニ刑法ニ於テ視ルヲ得ルモ以テナリ而シテ

未項ノ變格者ニ關スル法律ハ公法ニ於テハ特ニ重要ナルモノナリ如何ントナレ
 ハ私法ニアリテハ權利ニ關スル當事者ハ双方常ニ全ク同一ノ地位ヲ占ムルモノ
 ナレトモ公法ニ在テハ兩者ノ地位必ス大ニ相違スルモノナリ即チ一方ハ極メテ
 特異ノ人格ヲ有スル國家ナレハナリ加之公法ニ於テ論スル所ノ權利ノ多數ハ永
 久ニ國家カ權利者トシテ義務者タル臣民ニ對シテ有スルモノナリ然ルニ私法ニ
 アリテハ今日權利者タルモノ明日義務者トナリ其地位ノ變轉スルコト極リナキ
 モノナリ

第五第六ノ兩項ニ於テ論スル所亦公法ニ屬スヘキモノナルヤ疑ヒナシ如何トナ
 レハ之レ國家ノ權利ニ關スルモノナレハナリ併シテ前四項ト相違スル所ハ國
 家ヲ無形人ノ最大ナルモノトシテ論シ爲政者トシテ論セサルニアリ隨テ第五第
 六ノ二項ニ於テ規定スル所ノ規則ハ私法ニ類似スルコト密ナルモノナリ
 前六項ニ付テノ詳論ハ餘日ナキナリ以テ本講ニ於テ企及スヘキ所ニ非ス故ニ以下
 ニ於テハ右各項ノ包含スヘキ論題ヲ簡明ニ掲ケ以テ満足スヘシ

第一 憲法

憲法ハ第一ニ國家ノ中央政權ノ所在ヲ確定スルニアリ即チ國家ノ如何ナル部分ニ主權ノ存スルヤヲ公示スルモノナリ之レヲ換言スレハ政体ノ何タルヲ定ムルニアルナリ

主權ノ所在トシテハ國家ハ無限ノ權力ヲ有スルモノナリ國家ハ法律ノ淵源ナルカ故ニ國家ノ行爲ハ決シテ不法ナルコトナシ故ニ違憲 (Unconstitutional) ナル語ハ嚴密ニ論スルトキハ國家ニ對シテ用ヒ得ヘカラサルナリ違憲トハ主權者ノ委任ヲ受ケタル劣等ノ權力者カ越權ノ行爲ニ對シテ用ユヘキモノナリ例令ハ北米合衆國ノ議會カ制定發布シタル所ノ條令ハ違憲ナルコトアルヘシ如何トナレハ主權者タル合衆國人民ハ或ル制限ヲ定メテ其大統領并ニ議會ニ立法ノ權ヲ委任シ且ツ議會カ制定發布シタル條令カ果シテ委任權外ナルヤ否ヤヲ判定スルノ義務ヲ高等裁判所ニ委任シタルモノナレハナリ然レトモ英國ニアツテハ女王上院及ヒ下院ノ并有スル權力ハ毫モ此ノ如キ制限ヲ被ルコトナシ凡ソ一ノ行爲ハ違憲ナルトキハ必ス不法ナルモノナリ而シテ若シ是レ主權者ノ行爲ナルトキハ違憲ナルコト能ハス又不法ナルコト能ハス主權者ノ行爲ニシテ今日普通ニ違憲ナリト

稱スルモノハ國民ノ希望及ヒ政治上ノ習慣ニ反スル場合ニ云フモノニシテ違憲ナル語ヲ汎意ニ用ユルニ外ナラサルナリ

主權ノ定義ヲ論セントスレハ勢ヒ之ヲ組成スル元素ニ論及セサルヲ得ス主權ヲ分テ立法權行政權及ヒ司法權ノ三者トスルハ先哲「アリストートル」ノ時代ニ已ニ起リ之ヲ詳論シテ其緊要ナルヲ示シタルハ「モンテスキュー」ナリ憲法ハ是等ノ論點ニ就テハ詳細ノ規定ヲナスモノナリ

方今文明諸國ノ憲法カ普通ニ規定スル所ノ事項ハ左ノ如シ

- 一、立君國ニアツテハ踐祚ノ順序方法
- 二、共和國ニアツテハ大統領撰定ノ方法
- 三、帝王及ヒ大臣ノ特權
- 三、議會ノ組織、上院下院ノ組織
- 四、上院下院ノ議員撰擧法
- 五、議會及ヒ議員ノ權力及ヒ特權
- 六、法律制定ノ方法

- 七、各大臣ノ職務及ヒ責任
 - 八、陸海軍ノ組織及ヒ監督ノ方法
 - 九、國家ト宗教トノ關係
 - 十、裁判官及ヒ其特權
 - 十一、地方ノ自治制度
 - 十二、本國ト屬國或ハ殖民地トノ關係
 - 十三、領土ノ境域
 - 十四、歸化ノ方法
 - 十五、兵役其他臣民カ國家ニ對スル責任
 - 十六、撰舉權其他臣民カ國家ニ對スルノ權利
- 以上ハ素ヨリ綱領ヲ示シタルニ過キス各國固有ノ政體習慣等ニ由リ多少ノ相違アルハ論ヲ待タス
- アーレンス氏憲法ノ定義ヲ與ヘテ曰ク憲法トハ國民ノ行爲及ヒ爲政ノ方法ヲ規定スル基本タル制度法律ノ集合體ヲ云フト是レ實ニ其要領ヲ得タルモノト云フ

ヘシ明文憲法ハ佛國革命後歐洲大陸並ニ米國ニ於テ多ク採用スル處ナリ明文憲法ハ通常之ヲ變更スルノ方法ヲ規定シ不文憲法ニ比スルニ其方法難キヲ常トス英國ニ於テハ議會ノ條令ヲ以テ自由ニ憲法ヲ更正シ得ルモノナリ

第二 行政法

憲法ニ於テハ主權ノ諸機關ヲ其靜止ノ狀體ニ於テ示スモノナリ故ニ是レカ活動ノ方法ヲ定ムルモノ無カル可ラス是レ即チ行政法ノ論スヘキ所ナリ「アーレンス」氏行政法ノ定義ニ由レハ行政法トハ憲法ノ範圍内ニ於テ政權ヲ行フノ規則ナリト「ブルンチュリ」氏ハ之ヲ國家カ活動スル方法ヲ規定スルモノナリト云ヒ「ビユ」テル氏ハ是ヲ以テ主權者ノ職務即チ其活動ヲ規定スルモノナリト云ヘリ蓋シ諸氏ノ言フ處其要旨ニ至テハ異ナル所ナク以テ行政法ノ何タルヲ知ルニ足ルヘシ行政法ニ於テ論スヘキ問題ニ附テハ諸說一定セス是レニ廣義ヲ附スルモノハ左ノ五項ヲ以テ行政法ニ屬スヘキモノナリトセリ

(一) 法律ノ制定公布

(二) 國家全体ヲ誘導スル政府ノ行爲

(三)司法事務

(四)國家所屬ノ財産及ヒ之ニ關スル事務ノ管理

(五)國家ノ生存安寧ヲ維持スル爲メ繁雜ナル諸機關ニ由テ行フ所ノ事柄

此ノ如キ事項ヲ行政法ニ於テ論スヘシトスルハ其當ヲ得サルコト明カナリ本講ニ於テ採用シタル公法ノ分類法ニ從ヘハ右ノ第一項ハ當然憲法中ニ屬スヘキモノナリ第三項ノ司法事務モ其裁判所ノ構成ニ係ハル部分ハ憲法ニ屬シ民事訴訟手續ニ關スルモノハ私法中ノ助法ニ屬シ刑罰並ニ治罪ニ關スル部分ハ刑法治罪法ノ規定スヘキ所ナリ而シテ右第四項ノ國財並ニ是ニ關スル事務ノ管理ハ以下ニ於テ論スヘキ公法第五第六項ニ屬ス故ニ茲ニ行政法ニ屬スヘキハ前記第二第五二項ニ過キス

右ノ狹義ニ於テ行政法中ニ論スヘキ事柄ハ

一、徵稅ノ事務

二、海陸軍ノ徵兵、軍備、監督、並ニ造船、築城ニ關スル事項

三、殖民地並ニ附庸國ノ政務

四、諸統計ノ整理、生死者結婚離婚者ノ調査、財産ノ讓與、質入、等ニ關スル事項

五、國民ノ繁榮幸福ヲ増進スル事項

(一)衛生ニ關スル事項

(二)貧民救助並ニ備荒ニ關スル事項

(三)不具者ノ救助

(四)貨幣並ニ度量衡ニ關スル事項

(五)營業監督ニ關スル事項

(六)外國貿易ニ關スル諸報告、銀行、保險會社並ニ一般諸商社ノ監督ニ關スル事項

事項

(七)道路、橋梁、鐵道、河海、電信並ニ郵便ニ關スル事項

(八)燈臺、港灣堤防ニ關スル事項

(九)犯罪ノ捜査罪人ノ監督並ニ警察ノ事項

六、智識並ニ道德ノ進歩ニ關スル事項

(一)諸學校ノ組織、圖書館、博物館等ノコト

(二) 風俗ノ紊亂ヲ監護スルコト

以上ノ事項ハ多少國ニ由テ其趣ヲ異ニシ中央集權ノ政体ニ在ツテハ中央政府之ヲ行ヒ地方自治制ノ行ハル、國ニアツテハ地方廳ノ司トル所ナリ
英國ニ於テ行政規則ニ背ク者アルトキハ些細ノ事柄ニ付テハ治安官之ヲ判定シ重大ノ事件ニ附テハ刑事裁判所之ヲ審理シ稅則ニ關スル事柄ニ附テハ「クイーンズ、ベンチ」裁判所之ヲ管轄ス或ル學者ハ此ノ如キ問題ハ特別ノ裁判所ニ於テ審理スヘシト主張ス「アルシヤ」其他大陸諸國ニ於テハ特別ニ行政裁判所ノ設ケアリ佛國ニ於テハ「コンセイユ、デター」右等ノ事件ヲ管ス海陸軍ノ法規ニ反スル事件ハ各國其海陸軍ノ特別裁判所ニ於テ管轄スルモノトス

第三 刑法

國家ノ職務中最モ緊要ナルモノハ一般社會ニ對スル害惡ヲ禁止シ之ヲ犯スモノヲ責罰シ凡ソ國家カ命令シタル法律規則ニ背反スルモノヲ罰シ以テ社會ノ秩序ヲ保護スルニアルヘシ此點ニ附テハ國家ハ犯行タルヘキ行爲ヲ列舉シ同時ニ其犯行ニ對シテ賦課スヘキ刑罰ヲ示シ以テ國家ノ權力ノ範圍ヲ定ムルモノナリ是

ヲ定ムルモノ即チ刑法ト稱ス
刑法ノ現今ノ体裁ヲ具フルニ至リタルハ近代ニ始リタルモノニシテ往時ニ在ツテハ諸種ノ犯行アル毎ニ特別ノ法律ヲ發シ若クハ行政處分ヲ以テ罰シ又竊盜或ハ殺人ノ如キ公安ヲ害スルコト至大ナルモノト雖モ尙ホ單ニ金錢ヲ以テ賠償シ得ヘキ民事上ノ惡事トシテ論スルノ傾キアリタリ羅馬法ヲ見ルニ今日ヨリ見レハ當然犯罪トシテ論スヘキモノヲ民事上ノ非行トシテ規定セルモノ少カラス「セオドシアス」及ヒ「シヤスタニヤン」法典第九編ニ於テ論シタル刑律ヲ見ルモ其不整ナルコト容易ニ知ルヲ得ヘシ又人ヲ罰責スルノ特權ハ往時ニ在ツテハ單ニ帝王并ニ「コミシヤ」センチュリアターニ屬シ後年ニ至テ元老院モ之ヲ有スルニ至リタリ而シテ此時代ニアリテハ各事件毎ニ是レカ判定チ一裁判官若クハ一体ノ委員ニ委任スルコトヲ常トセリ「メイソ」氏ノ古代法ニ依レハ特種ノ犯罪ヲ審理スル爲メ常置委員 (Quaestiones Perpetuae) ヲ設ルノ法律ハ實ニ紀元前百四十九年ニ發シタル「レックス、カルプルニヤ」(Lex Calpurnia) 法ヲ以テ嚆矢トス而シテ右ノ委員ハ爾後數年間繼續シタルモノナリ其後數人ノ帝王ハ刑罰ニ關スル幾多ノ條例ヲ發シタ

リト雖モ皆古法ヲ襲踏シタルニ過キスシテ條例法規夥多ナリト雖モ主義体裁ニ於テ毫モ秩序ノ見ルヘキモノナク私法ニ就テハ殆ト餘蘊ナク論究シタル學者ノ腦力モ刑律ニ附テハ全ク力ヲ致サ、ルニ似タリ「チユートニツク」人種ノ論スル所モ羅馬古法ノ如ク重大ノ害惡ト雖モ其損害ハ全ク被害者ノミニ止リ爲害者ハ之ヲ金錢ヲ以テ賠償シ得ルモノトセリ其後獨逸學者カ凡ソ害惡ハ官ニ被害者ノミニ止ラス國家自身モ亦其害ヲ受クル所以ヲ明カニ覺悟スルニ至リ刑法ヲ制定スルニ附テ大ニ進歩ヲ致セリ羅馬ノ刑律ハ深ク國情ニ偏スル所アリテ法律的ノ秩序備ハラス故ニ中世ニアリテハ新ニ刑法ヲ制定セントスルモノハ他ニ摸範トスヘキモノナカリシナリ而シテ之カ制定ヲ第一ニ試ミタルモノハ「チヤールス」五世ノ「コンスタチニユーシヨ、クリミナリス、カロリナ」(Constitutio Criminalis Carolina) 是ナリ帝ハ之ヲ以テ全帝國ノ用ニ供セントシタルモノナレトモ十八世紀ノ後半期ニ至ツテ「パヤリヤ」オーストリア及ヒ其他ノ獨逸諸邦ガ各刑法ヲ編纂シタルカ爲メ大ニ其効用ヲ減少セラレタリ然シナカラ是レ獨逸全國ニ對スル最先ノ刑法タルヤ疑ナシ佛國ニ於テハ一千八百十年ニ至テ刑法ヲ制定セリ而シテ歐洲大陸ノ「ラテ

ン人種之ヲ摸倣シタルモノ少カラス英領印度ニ於テハロイド、マコーレー一千八百三十四年ニ刑法ヲ起案シ一千八百六十年ニ之ヲ公布セリ中世以降刑罰ノ主義并ニ犯罪ノ彙類法等深クベツカリアベンサムフオイエバツクミツテルメール等ノ諸氏ニ依テ詳論研究セラレタリ故ニ今日ニ於テハ刑法ニ關スル諸説ハ殆ント何人モ熟知スル所ニシテ刑法ニ用ユル所ノ言語モ略ホ一定セルモノナリ刑罰ニ關スル法律ハ之ヲ分テ主質法及ヒ助質法ノ二トス主質ナルモノ之ヲ刑法ト云ヒ助質ナルモノ之ヲ治罪法ト云フ而シテ茲ニ講究セントスル所ノ者ハ前者ニシテ之ヲ分テ總則及ヒ細則ノ二トス以下其要領ヲ示スヘシ

一、總則

總則中ニ於テ論スヘキ事項ハ凡ソ左ノ如シ

- (一)犯罪ノ性質
- (二)犯罪ノ有意若シハ怠慢ニ由テ爲害者ノ責任ノ多少
- (三)責任ヲ消滅スルノ事實即チ幼年、強迫、白痴、瘋癲、熟醉等ノコト
- (四)犯罪ヲ宥恕スヘキ事實即チ被害者ノ許容、自己防衛適法ノ權力若クハ公安ノ

爲ノ等ノコト

(五)刑罰ノ種類即チ死放逐禁錮苦役笞杖公權ノ剝奪或ハ停止監視或ハ罰金刑罰ノ期滿免除犯罪ノ幫助若クハ教唆未遂犯繼續犯等ノコト

猶ホ総則中ニ論スヘキハ所犯ノ輕重ニ由テ罪ノ區別是ナリ英國刑法ハ罪ヲ分テ「ラエロニー」及ヒ「ミスデミノル」ノ二トシ佛國刑法ハ違警罪(Contraventions)輕罪(Delits)及ヒ重罪(Crimes)ノ三種トス獨逸刑法モ亦佛國ノ如ク Verletzung, Vergehen 及ヒ Verbrechen ノ三種トス

二、細則

刑法ノ細則ニ於テハ犯行ヲ分類シ各犯行ニ就テ賦課スヘキ刑罰ヲ示スモノナリ右ノ犯行ハ直接ニ國家即チ社會ニ對スルモノ及ヒ直接ニ一己人ニ損害ヲ與ヘ間接ニ國家即チ社會ニ害ヲ與フルモノ、二トス

甲 國家即チ社會ニ對スル犯行ハ凡テ左ノ如シ

(一)本國ト外國トノ交誼ヲ毀損スヘキ行爲即チ交際國ノ君主ヲ讒毀シ或ハ其崩御ヲ計謀スル等ノコト

(二)政府ノ顛覆ヲ計畫スル行爲即チ君主若クハ大臣ノ暗殺ヲ謀リ或ハ謀反スル等ノコト

(三)人ノ自由ヲ檢束スル行爲

(四)秩序ヲ紊亂シ靜謐ヲ害スル行爲

(五)官吏其權威ヲ濫用スルコト

(六)適法ノ命令ニ反抗シ若クハ之ニ服從セサルコト

(七)犯罪者ヲ庇保若クハ陷害シ證據ヲ隱匿シ又ハ偽證シ以テ司法ノ事務ヲ

妨害スルコト

(八)生日死日等ヲ偽リ若クハ之ヲ報セサルコト

(九)貨幣度量衡ニ關スル犯罪

(十)信教ニ關スル犯行

(十一)道德ヲ害スル行爲

(十二)健康ヲ害スル行爲

乙 直接ニ一己人ヲ害シ從テ私法ニ於テ救済ノ權利ヲ生シ尙ホ間接ニ社會ニ

害ヲ與フルノ行爲ハ大畧左ノ如シ

- (一) 身体ニ對スル罪即チ殺人、毆打、強姦、不法監禁等ノ行爲
- (二) 他人ノ名譽ヲ毀損スル行爲
- (三) 親族權ヲ犯ス行爲即チ子女ヲ誘拐スル等ノコト
- (四) 占有權及ヒ所有權ヲ害スル行爲即チ竊盜、放火、其他他人ノ財物ヲ毀損スル行爲
- (五) 詐僞ノ事柄

尙ホ一言スベキハ國家ノ財產ニ對スル犯行ハ一己人ノ財產ニ對スルモノト同一ノ條規ニヨル又國家ノ財產ノ或ルモノハ刑法上之ヲ管理スルモノヲ以テ所有者ト見做シ論スルコトナキニ非ス

第四 助質刑法即チ治罪法
 助質刑法即チ治罪法トハ犯罪者ヲ罰スルカ爲メ司法ノ機關ヲ活用スルノ規則ナリ
 犯罪ヲ管轄スル裁判所ハ所犯ノ輕重、犯罪者ノ身分或ハ犯罪ノ性質等ニ由テ之ヲ

異ニスルモノナリ故ニ罪ヲ三等ニ分ツ國ニアリテハ裁判所モ亦從テ三級ニ分ツ
 平常トス英國ノ如ク罪ヲ二等ニ分ツ國ニアリテハ裁判所モ又二等ニ分テリ要ス
 ルニ刑法治罪法ノ關係ハ極テ密接ニシテ殊ニ治罪法ハ刑法ヲ活用スルノ法規ナ
 ルヲ以テ其定ムル所主トシテ刑法ニ準據スルモノトス而シテ犯行ノ輕微ナルモ
 ノニ至テハ實際ノ便宜ヲ計リ裁判ノ方法ヲ大ニ簡畧ニスルモノ無キニ非スト雖
 モ治罪法ニ於テ一般ニ論スヘキ事柄ハ左ノ如シ

一、 犯罪ノ管轄ヲ定ムルコト即チ輕罪ハ輕罪裁判所、重罪ハ重罪裁判所ノ管轄
 ニ屬ストナスカ如キ是ナリ

二、 管轄裁判所ヲ定ムルコト即チ東京輕罪裁判所若クハ横濱輕罪裁判所ニ屬
 ストスルカ如キ是ナリ

三、 犯罪審理ノ手續

- (一) 被告人ハ召喚若クハ拘引
- (二) 被告人ノ豫審之ヲ終結スルニ至テ或ハ之ヲ放免シ或ハ之ヲ公判ニ移ス
- (三) 被告人審理中責付若クハ保釋ニ關スル事柄

(四) 檢察官ノ起訴、被告人ノ答辯

(五) 證據提出ノ手續及ヒ辯護人撰定ノ事柄

(六) 陪審官ノ評決及ヒ裁判官ノ判決

(七) 控訴上告ニ關スル事柄

四、執行 刑ノ執行ハ國家ノ委任ヲ受ケタル相當官吏之ヲ行フ

犯罪者ヲ起訴スルコトハ歐洲大陸諸邦ニテリテハ檢察官之ヲ行ヒ英國ニ於テハ尙ホ羅馬ニ於ケルカ如ク通例被害者ノ勤勉ニ任シタルモノナリ然レトモ犯罪ハ國家ニ害ヲ與フルモノナリトノ觀念方今ニ至テ漸々勢力ヲ得犯罪ノ起訴ヲ單一己人ノミニ任スヘカラサルヲ悟リ檢察官ヲシテ職トシテ起訴セシムルノ主義盛ニ行ハル、ノ傾アリ

第五 國家ヲ一私人ニ准シテ規定スル法律

國家ハ一大無形人トシテ臣民並ニ外國人ニ對シテ數多ノ准權利(Quasi-right)ヲ有シ又彼等ニ對シテ准義務(Quasi-duty)ヲ負ス此等ノ權利義務ハ一己人間ニ於テ私法ノ規定スルモノト大ニ類似スルモノナリ國家ハ其領土ノ最上所有者タルニ係

ラス特ニ大不動産ノ所有者ナルヲ常トス而シテ其不動産ノ所有者タルカ爲メ一己人ニ對シテ地役權ヲ有スルコトアリ又地役ノ義務ヲ負フコトアリ國家ハ諸種ノ建築物ヲ所有ス大ハ宮殿ヨリ小ハ巡查ノ屯所ニ至ルマテ皆國家ノ有ニアラサルナシ又之ニ準シテ許多ノ動産ヲ有ス國家ハ洪大ナル事業ヲ營ミ金錢ヲ貸借シ諸種ノ手形ヲ發シ萬般ノ契約ヲ締結ス國家ハ無形人ナル以テ勢ヒ右等ノ事柄ヲ爲スニ代理者ヲ以テス故ニ其代理者ハ越權ノ處分ヲナシ或ハ詐僞ノ手段ヲ施スコトアルヘシ國家ノ從僕ハ有意若クハ怠慢ヲ以テ一己人ニ損害ヲ被ラスコトアルヘシ國家ハ質取主或ハ質置主トナルコトアルヘシ國家ハ遺囑ヲ受ケ無遺囑ノ場合ニテ相續者無キトキハ自カラ之ヲ相續スヘシ以上ノ諸點ニ就テ國家ノ有スル權利義務ハ一私人ノ有スルモノト差違ナキ能ハス加之普通ノ無形人ノ有スルモノトモ亦相違スルモノナリ特ニ其從僕カ臣民ニ與ヘタル損害ニ對スル責任並ニ時効法ニ關シテハ大ニ相違スル所アリ然レトモ要スルニ國家カ私法中ノ權利義務ニ類似スルモノヲ有スルハ疑フ可カラズ「ホルランド」氏ハ前記ノ如ク之ヲ准權利准義務ト稱スルナリ

第六 第五ニ關スル訴訟手續

已ニ前項ニ於テ述ヘタル如ク國家カ准權利ヲ有スルモノナリトスレハ之ヲ救済スルノ方法則チ助法ナカル可ラス國家カ出訴シ若クハ出訴セラル、ニ當テハ其訴訟手續ハ私法ニ於ケルカ如ク原被雙方ニ同一ナル者ニ非ス之ヲ換言スレハ國家カ訴訟當事者ノ一方ナルトキハ訴訟手續常ニ變格ナルモノナリ而シテ其變格ナル點モ主權者カ原告トナリ若クハ被告トナルニ從テ其趣ヲ異ニス此訴訟ノ性質ハ各國大ニ其制ヲ異コシ英國ニ於テハ古普通法ニ依レハ君主ニ對シテ賠償ヲ求ムルノ方法ハ權利請願及ヒ權利歎願ノ方法ニ依リタルモノナリ事件ニ由テハ「アトルチー、ゼチラル」(Attorney-General)ニ對シテ「チャンセリー」裁判所ニ出訴スルノ法ナリ然ルニ一千八百六十年ニ至リ「ヴヰクトリア」第二十二年及ヒ二十四年條例第三十四章ヲ以テ改定シタル其要領ハ凡ソ權利ノ請願ハ其事件ヲ管轄シ得ヘキ上等裁判所ニ提出スルコトヲ得而シテ女王陛下ノ參酌ニ供スル爲メ之ヲ內務大臣ニ附スヘシ而シテ女王陛下ノ之ヲ適當ナリト認ムルトキハ其權利ノ實行ヲ許容スヘシ其他訴訟入費等ノ點ニ至ルマテ實際差支無キ限リハ普通ノ訴訟ニ准シ

テ取扱フヘキモノトセリ

君主カ其臣民ニ對シテ賠償セシムルノ方法ハ一私人間ノ訴訟手續ヨリハ簡便ナルヲ普通トス

第十六章 國際法論

國際法トハ國家ト國家トノ間ニ存スル權利義務ヲ規定スル法律ヲ云フ而シテ此法律ハ國家ノ權力ヲ以テ支持セサルノ點ニ於テ普通ノ法律ト異ナリ又一己人ニ對スルモノニ非スシテ國家ニ對スルノ點ニ於テ普通ノ道德ト相違スルモノナリ國際法ハ實ニ法理學上終極ノ論題ナリト云フヘシ如何トナレハ國際法上ノ問題ニ就テハ國內法(Municipal Law)ニ於ケルカ如ク確定シタル裁定者ナシ故ニ之ヲ全社會ノ輿論ニ訴ヘテ判定スルカ否ラサレハ爭議ニ係ハル對手自カラ決スルノ外途ナキモノナリ然リ而シテ將來數多ノ國家相合シテ一大國家ヲ組成スルニ至リ從來其間ニ行ハレタル國際法カ一般國法ト其性質同一ナルニ至レハ是レ國際法カ一般國法ノ要素ヲ具備スルニ非スシテ國際法カ變シテ聯邦政府ノ所謂公法トナリタルモノナリ故ニ哲學者カ夢想スル如ク百年ノ後世界各國相聯合シ一大聯

邦ヲ組成スルニ至レハ是レ國際法カ至完ノ位置ニ達シタルノ時期ニ非スシテ國際法カ消滅スルノ時期ナリト云ハサルヘカラス如何トナレハ國際法ナルモノハ一方ニ於テハ國情相類似シ輿論ニ對シテ同一ノ影響ヲ受クル如キ共同利害ノ關係ヲ有シ他方ニ於テハ政治上中央權力者ニ依リ共ニ制御セラレサル國家間ニノミ行ハルヘキモノナレハナリ而シテ如斯數國政治上ノ獨立ヲ保テ社交上ノ感情ヲ同フシタルコト之ヲ歴史ニ徵スルニ二回アルヲ知ルヘシ一ハ甚タ不完全ナカラ古代希臘諸邦ノ間ニ存シタルモノ是ナリ二ハ前者ニ比スレハ大ニ完全ナル有様ニ於テ現今耶蘇教諸國ノ間ニ存スルモノ是レナリ今日耶蘇教國中ノ一邦ニシテ諸國カ承認スル國際法上ノ定説ヲ敢テ公然拒否スルカ如キモノアラサルヘシ恰モ一國內ニ於テ生スル公私ノ權義ニ關スル問題ヲ決スルニ當テハ國內法ノ規定スル所ヲ爭フ可ラサルカ如ク國家間ニ生スル總テノ問題ハ諸國ノ承認スル國際法ニ基キ決スヘキモノナリ抑モ國際法ハ國家間ノ關係ヲ規定スルモノナルカ故ニ公法ノ一部トナスト雖モ國內法中ノ公法ニ近似スルヨリハ寧ロ其私法ニ類スルモノナリ如何トナレハ國內法中ノ公法ニ關スル對手ハ常ニ其位置相違スル

二

モノナリト雖トモ國際法ニアリテハ對手ノ位置常ニ相類似スルモノナリ即チ私法上ノ對手ハ二私人ナルカ如ク國際法上ノ對手ハ二國家ナレハナリ論者或ハ君主并ニ其大使ヲ國際的ノ人ト稱シ或ハ國家カ一私人ト國際的ノ關係ヲ有シ得ルモノナリト論スルモノアレトモ是レ前陳國際法ノ要質ヲ了解セサルニ職由スルモノナリ

三

如斯國際法ハ私法ニ類似スルカ故ニ之ヲ分類スルニ當テモ亦私法ノ分類法ヲ採用シテ便宜ヲ感スルモノナリ則チ國際法ニ主法助法ノ別アリ此法ノ支配ヲ受クヘキモノニ正格變格ノ違アリ又其權利ニ主質權、救濟權、對世權、對人權ノ別アリ夫レ國際法ハ私法ノ規模大ナルモノニ過キスト云フヲ得ヘシ又國際法ハ元來一己人ト一己人トノ關係ニ應用シタル法律的思想ヲ政治的ノ社會ニ應用シタルニ過キサルナリ故ニ國際法ニ於テ論スル所ノ事柄ハ舊來吾人カ私法ニ於テ慣熟スル所ノ事柄ナリ之ヲ詳言スレハ國際法ニ於テハ私法ニ於ケルカ如ク一ニ權利ノ主体トナリ或ハ客體トナル人ヲ論シニ該法ノ認ムル權利ヲ論シ三ニ其權利ヲシテ有効ナラシムル爲メ之ヲ保護スルノ方法ヲ論ス故ニ吾人ハ國際法中ニ人

格法ヲ有ス又權利ヲ確定シ之ヲ説明スル所ノ主法及權利侵犯ノ場合ニ救済ヲ求ムルノ方法ヲ定ムル助法ヲ有ス國際人格法ハ主權國ノ性質並ニ其變休ノ事情ヲ論究シ國際主法ハ一國カ享有スヘキ權利ノ性質起原及消滅ノ事柄ヲ研覈シ國際助法ハ國際上ノ非行ニ對シテ救済ヲ得ルノ方法ヲ定ムルモノナリ又助法ヲ二分シテ一ヲ交戰國間ノ關係ヲ規定スルモノトシ二ヲ各交戰國ト非交戰國トノ關係ヲ規定スルモノトス以上論スル所ニ由リ本章ヲ左ノ四項ニ分テ詳論スヘシ

第一 國際人格法

第二 平時法

第三 交戰法

第四 局外法

第一 國際人格法

國際法ニ於テ人格ヲ有スルモノハ國家ナリホルランド氏曰ク正格ナル國際的ノ人ト稱スルハ實ニ充分ノ國外主權ヲ享有スルノミナラス邦族(Family of nations)ノ一トシテ社會ノ承認スル國家ナルヲ要ス故ニ主權ニ就テ缺點アルカ若クハ所謂邦族

中ニ位置ヲ占ムルコト能ハサルカ爲メ前者ト相違スルモノハ之ヲ變格ナル國際的ノ人ト稱スト

又曰ク第三章ニ於テ已ニ國家ト非政治的社會トヲ區別シ其性質ヲ論セリ又充分ナル國外主權ヲ有スル國家ト否ラサルモノ即チ所謂半主權國(Pris-souverain state)被保護國(Protected state)若クハ附庸國トノ差異ヲ説明セリ茲ニ邦族ト稱スルハ其來歴ニ於テ同質ノ開化ヲ繼受シ道德上并ニ政治上ノ思想ニ於テ同等ノ位置ヲ占ムル所ノ數國ノ集合ヲ云フナリ而シテ其邦族ナル語ハ歐洲各耶蘇教國並ニ米國ニ於テ歐洲人ノ創建シタル諸國並ニ一千八百五十六年巴黎條約以降ノ「オトマン」帝國(Ottoman Empire)ヲ含蓄スルモノト云フヲ得ヘシ而シテ此團欒中ニアリテハ國際ノ法理ニ於テハ諸國同等ナルモノトス此團欒以外ニアリテハ支那若クハ日本帝國ノ如キ富強文明ノ度ニ達シタルモノト雖トモ之ヲ正格ナル國際的ノ人ト考フル能ハスト

ホルランド氏カ前上ノ如キ論斷ヲ爲スモ故ナキニアラサルナリ夫レ國際法ニ於テハ本章ノ初ニ於テ述ヘタル如ク確定ノ裁定者ナシ故ニ國際ノ法規ヲ定メ各國之

ヲ遵奉スヘキモノナリト爲スモ是レ畢竟學者ノ論定スル所ニ外ナラス尙ホ一步
 ナ進メテ論スルトキハ今日ノ所謂國際法ナルモノヲ法律ノ一種ナリト爲スモ又
 道德ノ一種ナリト爲スモ輿論ノ定ムル所即チ學者ノ論斷スル所ニ過キス實ニ輿論
 學說ハ國際法ニ對シテハ尙ホ主權者カ國內法ニ對シテ有スルト同一ノ位置勢力
 ナ有スルモノナリ故ニホルランド氏カ巧ニ邦族ナルモノヲ案出シテ是カ内外ヲ
 以テ國際的人格ノ正變ヲ定メントスルハ素ヨリ其好ム所ニ任スヘシト雖トモ其所
 謂邦族ナルモノヲ單ニ耶蘇教諸國并ニ「オトマン」帝國ニ限リタルノ理由ヲ解スル
 ニ困ムナリ日本及ヒ支那帝國ハ耶蘇教國ニ非サルヲ以テ邦族中ニ入ルヘカラス
 トナスカ「オトマン」帝國多數ノ人民ハ耶蘇教徒ニ非サルニ非スヤ將タ又非耶蘇教
 國ハ其富強文明ノ程度耶蘇教國ニ及ハス故ニ邦族中ニ入ルヘカラスト云フニア
 ルカ然ラハ洋ノ東西宗教ノ異同ヲ以テ區別スヘキニ非スシテ富強文明ノ如何ヲ
 以テ定ムヘキモノナリ之ヲ要スルニ一國ノ富強文明カ國家ノ生存競争ノ間ニ處
 シ能ク他國ノ侵襲ヲ防禦シ獨立シテ國計ヲ營ムコトヲ得ルノ位置ニ達シタルモ
 ノナルヤ否ヤニ依テ國際的人格ノ正變ヲ定ムルヲ以テ至當ナリト信スルナリ

六

今日歐米ノ學者カ國際上耶蘇教國ノミヲ認ムルノ傾向アルハ畢竟文明社會ニ於
 テ先進ノ位置ヲ占メ國際法ニ對シテ裁定者ノ位置ヲ占ムルカ爲メナルノミ
 國家生存競争ノ間ニアリテ充分ノ主權ヲ享有スル能ハス他國ノ保護ヲ仰テ僅カ
 ニ國計ヲ營ムモノ即チ所謂半主權國若クハ被保護國ハ恰モ私法ニ於テ能力ニ欠
 點アリト見做ス幼者被後見者等ノ位置ニ髣髴タルモノナリ又恰モ人類カ出生シ
 丁年ニ達シ次テ死去スルノ順序アルカ如ク國家モ先ツ成立シ次ニ國際法上充分
 ナル位置ヲ得終ニ滅亡スルノ順序アルモノナリ

七

國家成立ノ方法ニ二アリ

一、國家原始ノ成立

國家原始ノ成立トハ舊來邦國ノ存セサリシ所ニ始テ建國スルノ謂ヒナリ

二、國家傳襲ノ成立

國家傳襲ノ成立トハ舊邦ノ認諾ニ由リ若クハ舊邦ノ意思ニ反シテ創立ス
 ルモノヲ云フ而シテ此後段ノ場合ニ於テハ局外ノ諸國カ之ニ一邦國タル
 ノ榮譽ヲ認許スヘキモノナルヤ否ヤノ問題ニ就テ實際上往々困難ヲ感ス

ルコアリ然リト雖トモ何レノ場合ニ在リテモ國際法ノ法理ニ據ルトキハ
新國ノ成立ハ毫モ他國ノ認否ニ關係スヘキモノニ非サルナリ

次ニ國家カ國際法ニ於テ充分ナル位置ヲ占ムルニ至ルハ富強文明適度ニ進歩シ
國內國外ノ主權ヲ充分ニ享有シ以テ一切ノ外邦ト對等ノ交際ヲ爲シ得ルノ場合
ヲ云フ

次ニ國家滅亡ノ方法ハ

一、自然ノ原因

即チ噴火其他天然ノ作用ニ由リ國家ヲ組成スル邦土并ニ人民等一切滅亡
スルカ如キ是ナリ

二、人爲ノ原因

他國ノ侵畧ニ逢ヒ全邦土ヲ掠奪セラレ又ハ政治的ノ關係ヲ解散シタル場
合ノ如キ是ナリ

國家ハ素ヨリ其領土ノ増減政体ノ變更等ニ由テ國家ノ同一ナルコトヲ失
ハス只ポーランドノ場合ニ於ケルカ如ク他國ニ併有セラレ若クハ猶太人

ノ如ク政治的ノ關係ヲ解散シタル場合ニ其同一ヲ失フモノナリ故ニホル
ランド氏ハ國家滅亡ノ問題ハ其領土ノ何レノ國ニ併有セラレタルヤノ問
題ト同一ナリトセリ是レ國家滅亡スルトキハ其領土ハ必ス他國ニ併有セ
ラルヘキモノナリト思考セルニ由ルナリ然レトモ實際前項ノ如ク自然ノ
原因ニヨリ滅亡スルコトアルヘク或ハ國家カ舊來ノ領土ヲ委棄シ若クハ
其政治的ノ關係ヲ解キ自カラ國家タルノ性質ヲ失フコト無キヲ保スヘク
ンヤ

第二、平時法

夫レ平時法トハ國家間爭議ナキ時ニ於テ其効用ヲ見ルモノニシテ即チ國際法中
ノ主法ト稱スヘキモノナリ而シテ其規定スル所ハ國家間ニ存スル所ノ主質ノ權
利及助質ノ權利即チ救済ノ權利是ナリ而シテ前者ニ對世權對人權ノ別アリ後者
ハ通常對人權ノミトス

一 主質對世權

主質對世權トハ國家カ平時ニ於テ即チ侵犯ヲ被ラサル時ニ於テ享有スル

モノニシテ本項ニ論スヘキ事柄ハ私法ニ屬スル問題ト類似スルモノニシテ其問題左ノ如シ

甲、安寧權

乙、榮譽權

丙、所有權

丁、管轄權

戊、在外國ノ臣民ヲ保護スルノ權利

クルーベルホイートン等ノ諸氏ハ右等ノ外尙ホ平等權使節派遣ノ權、商議及締約ノ權等ヲ本項ニ屬スルモノトセリ然レトモ當講ニ於テ採用シタル分類法ニ從ヘハ右等ノ諸權ハ畢竟國家ヲ一無形人ナリトシタル觀念ニ附屬スルモノニ過キサルヲ以テ國際法論ノ第一項即チ人格法中ニ屬スヘキモノナリ

甲 安寧權

國家カ安寧ニ生存スヘキノ權利ヲ有スルハ殆ント説明スルノ必要ナシ之ヲ侵犯スルモノアレハ其生存ヲ完フスル爲メ救濟ノ權利ヲ生スルヤ明カ

乙

榮譽權

榮譽權ノ國家ニ貴重ナルヤ鮮少ニアラス公法學者ゾアツテル氏曰ク一國ノ榮譽ハ國際間ニ於テ是カ輕重ヲ致スヘキ權力ト密接ノ關係ヲ有スルモノナリ外人ノ注意ヲ惹キ隣國ヲシテ敬重セシムルモ此榮譽アルカ爲メナリ赫々タル榮譽ヲ有スルモノハ坐シテ外國君主ノ尊重スル所トナリ外國君主ハ是レカ交誼ヲ求メ其怒ニ觸レンコトヲ恐ル是レト交誼アルモノ及將來其甘心ヲ得ント望ム者ハ其計謀スル所ヲ認容シ之ヲ嫌惡スルモノト雖トモ敢テ敵意ヲ表セサルニ至ルト榮譽權ノ忽カセニス可ラサル推テ知ルヘキナリ

丙

所有權

國際的ノ所有權ハ諸種ノ財産ニ對シテ存スルモノナレトモ特ニ輓近ノ學說ニ於テ國家組成ノ要素ナリト認ムル領土ニ關シテ緊要ナルモノナリ而シテ領土中ニハ山川港灣及環海ヲ包含スルモノナリ而シテ是等ノ所有權

ハ原始及傳襲ノ二途ニ依テ獲得スルヲ得ヘシ原始ノ方法トハ無主物ノ占領 (Occupatio rei nullius) 及附加 (Accession) ニ由テ所有權ヲ得ルヲ云フ又時効ニ依テ獲得スルコトアルヘシ傳襲ノ方法トハ讓與相續及征畧ニ由テ所有權ヲ得ルヲ云フ

國家ハ其領土ニ關シテ所有權ヲ有スルノミナラス隣國ノ領土ニ關シテモ亦一種ノ權利ヲ有スルコトアルヘシ即チ之ニ對シテ質權或ハ地役權ヲ有スルコトアルヘシ

丁 管轄權

管轄權ハ其領土内ニ於テ行ハルヘキモノニシテ所有權ト密接ノ關係ヲ有ス
國家カ其臣民ノ何レノ所ニ在ルニ係ラス之ニ對シテ之ヲ管轄スヘシト云フハ是レ寧ロ國內公法ノ問題ニシテ國際法ノ問題ニ非ス然シナカラ國家カ其國民タルト否ラサルトニ論ナク苟モ其領土内ニ於テ爲ス所ノ行爲ヲ管轄スヘキモノトナスハ國際公法ノ法規ニ由テ之ヲ責罰スルコトヲ適法

トナスモノナリ

所有權及ヒ管轄權ハ其國家ノ領土ヲ以テ境界トナスモノナリト雖トモ二權ノ範圍同一ナリト云フ可ラス如何トナレハ國際ノ習慣ニ依テ管轄權ヲ行フカ爲メニハ人爲ニ所謂領土ヲ伸縮スルモノナレハナリ其伸暢スル場合ヲ言ヘハ國家ノ管轄權ハ總テ其國旗ヲ掲クル船舶ニ對シテハ其國境外ニ於テモ尙ホ及フモノトス又或ル場合ニハ何カナル國旗ヲ掲クルニ拘ラス軍艦ニアラサル總テノ船舶ニシテ其海岸三哩以内ヲ通行スルモノハ其管轄ニ屬スルモノトス又領土ヲ人爲ニ縮少スル場合ヲ言ヘハ國家ノ管轄權ハ所謂治外法權ノ主義ニ依テ制限セラル、モノナリ即チ之ニ由テハ外國君主其使節及ヒ軍艦ハ實際其領土内ニアリト雖モ猶其境外ニアルカ如ク是等ニ對シテハ管轄權ノ及ハサルモノナリ而シテ此治外法權ナルモノハ通常條約ヲ以テ定ムルモノナリト雖モ強盛ノ國ハ往々特別ノ條約ナキモ之ヲ行ヒ以テ野蠻國ニ住スル其國民ニ對シテ管轄權ヲ強行スルモノナリ海賊ノ鎮壓ニ關シテハ各國共同ノ管轄權ヲ有スルコト古來國際法ノ通義

ナリ

戊、在外國ノ人民ヲ保護スル權利

國家ハ管ニ其領土并ニ其國民ニ對シテ侵害ヲ受ケサルノ權利アルノヨリ
ラス尙ホ其國民ハ何レノ場所ニアルニ係ラス外國政府若クハ外國人ヨリ
侵害ヲ受ケサルノ權利アリ

二、主質對人權

國際間ノ主質對人權ハ殆ント一切契約即チ條約(Treaty)ヨリ生スルモノナ
リ

私法ニ於テ契約ノ要素トシテ示シタル(一)對手(二)合意ノ表彰(三)實際出來得
ヘク且ツ適法ナル合意ノ物体(四)法律上有効ナル結果ヲ生スヘキモノナル
コト(五)其結果ハ對手双方ニ關係スヘキコト(六)法式若クハ約因ヲ要スルコ
ト(六)六項中末項ヲ除キテハ均シク條約ニ對シテモ應用スヘキモノナリ勿
論他ノ五項ト雖モ國際法ノ性質上悉ク私法ノ主義ヲ轉用ス可ラス例令ハ
所謂條約ハ普通ノ契約ノ如ク脅迫ヲ論據トシテ之ヲ無効ニスルコトヲ得

ス又交際官ノ行爲ハ普通ノ代理法ヲ適用シテ其君主ヲシテ是カ責ニ任セ
シムル能ハス

條約ハ普通ノ契約ノ如ク本條約及ヒ附屬條約ノ二種トナスヲ得本條約ト
ハ平和同盟讓與等ノ目的ニ出ルモノヲ云ヒ附屬條約トハ書入質若クハ保
證條約ノ如キヲ云フナリ

夫レ國家ハ無形人ナルヲ以テ是カ意思ヲ表彰スルニハ勢ヒ代理者ヲ用
ユルヲ要ス故ニ代理ノ問題ハ國際法中ニ於テ重要ナル位置ヲ領スルモノナ
リ故ニ商議スルノ權又ハ使節派遣ノ權利ヲ以テ特ニ國際的權利ノ列ニ加
フルモノアレトモ是レ謬見ト云ハサルヲ得ス一國自カラ他國ヲシテ其主
唱スル所ヲ承認セシメ若クハ其大使ヲ強ヒテ受ケシムルコト能ハサルカ
故ニ自カラ商議スルノ權或ハ公使派遣ノ權アリト云フヲ得サルモノトス
國際的代理法ハ大使及ヒ其他公使ノ職務及ヒ特權ヲ論シ又交際官ノ性質
ヲ享有セサル領事及ヒ其他ノ代理者ノ事柄ヲ論スルモノニシテ諸交際官
ハ治外法權ノ特權ヲ有シ又犯スヘカラサルモノナリト爲スコトニ付テハ

勢ヒ私法中ニ於テ之ニ照應スヘキモノナシ只國內公法ニ於テ官吏カ其職務ヲ執行スルニ際シ是ヲ保護スルノ條規ニ類似スルモノト云フヘシ

三、國際的救濟權

國際的救濟權ハ其侵犯セラレタル權利ノ性質ニ依テ異ルモノナリ例令ハ其國威ヲ凌辱セラレタルトキハ國旗其他ニ對シテ敬意ヲ表セシメ謝辭ヲ求ムルノ權利アリ領土其他ノ財產ヲ掠奪セラレタルトキハ之ヲ恢復スルノ權利アリ又犯行ノ性質ニ依テハ賠償金ヲ求ムルノ權利アルモノトス

第三、交戰法

國際的助法ハ國際的主法ヲ實行スル方法ヲ規定スルモノニシテ概シテ所謂戰時國際法ニ應スルモノナリ而シテ其爭議ノ對手ニ關スルモノ之ヲ交戰法ト云フ其交戰國ト局外國トノ關係ヲ規定スルモノ之ヲ局外法ト名ツク
侵犯ヲ受ケタル權利ヲ救濟スルノ方法ハ一ニ商議、二ニ裁定者撰定、三ニ他國ノ仲裁ニ依テ其目的ヲ達スルコトヲ得ヘシ若シ是等ノ方法ヲ以テ救濟スルヲ得サル時ハ兵力ニ由ラサル可カラズ而シテ此方法タルヤ勢ヒ各自救濟(Self-Help)ノ性質ヲ帶

フルモノニシテ被害者自身カ其事件ノ判定者ナルヲ以テ之ニ附從スル總テノ不便不利ヲ受クルモノナリ

後段ノ場合ニ於テ犯權ノ所爲單ニ敬禮ニ關スルモノナルトキハ之ヲ救濟スルノ方法ハ被害者ニ於テ是ト同一ノ行爲ヲナスヲ以テ足ルコトアリ又侵犯セラレタル權利一層嚴重ナル時ト雖モ戰端ヲ開カスシテ救濟シ得ルノ方法少シトセス即チ之ヲ責問シ若クハ其港灣ヲ封鎖スル等ノ方法ナリ

戰爭ハ邦國ノ訴訟ナリ而シテ戰爭ハ私法ノ訴訟ノ如ク公然開始ノ通知ヲ爲スヘキモノナルヤ否ヤニ就テハ學說實例共ニ畫一ナル能ハス

戰爭一タヒ開始スルニ當テハ先ツ交戰國間ニ成立スル所ノ條約ニ對シテ其影響スル所ヲ定メサル可ラス而シテ其條約カ開戰ト共ニ無効ニ歸スヘキヤ或ハ猶其効ヲ有スヘキモノナルヤハ其開戰ノ理由ニ依テ相違スルモノナリ又開戰後交戰國內ニ居住スル敵國ノ人民ニ其財產ニ關スル權或ハ消滅シ或ハ交戰中停止シ或ハ依然トシテ繼續スルコトアリ次ニ海陸交戰ノ法規并ニ其財產所有權ニ對スル結果ヲ論セサル可ラス然レトモ上陳ノ各問題ハ皆國際法ノ講義ニ屬スヘキモノナ

レハ茲ニ詳説セス
 交戦ノ法規ニ關スル問題ハ左ノ四項ニ分テ論スルヲ得ヘシ
 (一) 戦闘法即チ軍器、武器、圍城、砲撃、探索、掠奪、償金、囚虜、病院、醫師、死傷者等ニ關スル事項
 (二) 敵國占領中其公私ノ財産ニ對スル處分及ヒ其占領地ノモノニ對スル賦役ノ方法
 (三) 交戦中止ニ關スル規則及ヒ安全通行權囚虜交換等ニ關スル規則
 (四) 戦闘法ニ違背シタルモノヲ責罰スルノ方法
 所有權ニ對スル戦争ノ結果ハ勢ヒ其征畧シタル邦土若クハ攻取シタル財産所有權ノ獲得并ニ敵國ニ對スル負債消滅等ノ結果ヲ來スヘシ
 第四 局外法
 國內法ニ於テ慢リニ他人ノ訴訟ヲ繼受若クハ聲援シ又ハ刑事ノ訴訟ニ關涉スルコトヲ禁スルハ普通ニシテ國際法ニ於テモ是ト類似スル問題ハ要地ヲ占ムルモノナリ交戦者間ノコトニ就テハ古來大ニ研究セラレタリ而シテ前世紀ニ至テ交

戦者ト局外者トノ間ニハ一層遙カニ錯雜セル問題ノ存スルコトヲ知ルニ至レリ此ニ至テ交戦者ノ權利ト局外者カ安全ニ平常ノ事業ニ從事シ得ヘキ權利トヲ調和スル方法ノ必要ヲ感スルニ至レリ交戦國カ局外國ノ人民ト貿易スルノ權利ニ關シテハ舊來論スルモノアリト雖トモ交戦國ト局外國トノ關係ヲ論スルニ至リシハ極メテ輓近ノコトナリ而シテ此問題ハ局外國ノ權利並ニ義務ノ二項ニ分テ論スルヲ最モ便利ナリトス

甲 局外國ノ權利

局外國ノ權利ハ國家本來ノ權利ニ戦争ノ爲メ變更ヲ來シタルモノニシテ大凡ソ以下ノ如シ

- (一) 領土ヲ侵犯セラレサルノ權利即チ其領土若クハ沿海ニ於テ避難其他交戦者ノ管轄權ヲ行ハシメサルコト
- (二) 財産ニ侵犯ヲ受ケサルノ權利即チ其國有ナルト民有ナルトヲ問ハス現ニ交戦國ノ領内ニアル者ト雖トモ之ニ侵害ヲ受ケサルノ權利
- (三) 公認シタル船舶ヲ侵犯セラレサルノ權利

- (四) 交戦國ト國交際ヲ繼續スルノ權利
- (五) 現況ニ徴シテ反民ヲ實際ノ交戦者ト認メ若クハ新主權國ト認ムルノ權利

乙 局外國ノ義務

局外國ノ義務ハ左ノ三項ニ分ツテ得ヘシ

- (一) 國家ニ對スル制限即チ兩交戦國ニ對シテ局外國ハ軍隊、武器、金錢ヲ供給シ若クハ其領土内ヲ通過スルコトヲ許シ若クハ其港灣ヲ開ヒテ交戦ノ目的ヲ幫助スルコトヲ得ス
- (二) 國家カ其人民ノ行爲ヲ檢束スルノ義務即チ國家ハ其國民ニ對シテハ勿論外國人ト雖トモ其領土内ニ居ルモノニ對シテハ交戦國ノ徵兵ニ應シ若クハ交戦國軍艦ノ艦裝ニ從事スル等交戦國ノ行爲ヲ幫助シ其領土ヲ交戦ノ地トシテ使用セシムル等ノ事柄ヲ禁止スルノ義務アリ
- (三) 國家カ其臣民ノ或行爲ニ對シテ交戦國ノ責罰ヲ許容スヘキ義務

局外國臣民ノ行爲ニシテ現ニ交戦國ノ一方ニ有害ナルモノト雖トモ局外國自カラ之ヲ禁止スルノ義務ナシ然レトモ此場合ニ在テハ在外ノ國民ヲ保護スル國家普通ノ權利ヲ放棄シ局外國カ之ニ干涉シ處罰スルコトヲ認許スヘキ義務アリ

多數ノ商業中平時ニ在リテハ毫モ故障ス可ラサルモノト雖トモ戰時ニ於テハ責罰スヘキ犯行トスルモノアリ例令ハ封港ヲ破リ或ハ戰時禁制品ヲ運搬シ或ハ一千七百五十六年ノ戰時法ニ違背スル等ノ如シ又近頃ニ至ルマテハ敵國ノ物品ヲ局外國ノ旗章ニ憑テ運搬スルコト及ヒ或學者ノ說ニ從ヘハ敵國ノ旗章ヲ以テ局外國ノ物品ヲ運搬スルモ又戰時ノ犯行トナセリ

多數ノ學者ハ前述ノ場合ヲ以テ交戦國ト局外國ノ臣民トノ直接ノ關係ナリト論セリホルランド氏ハ此ノ如キ關係ハ國際法ノ認ムヘキ所ニ非ス國際法ノ關スヘキハ全ク國家間ニ存スル權利義務ノミニ係ルモノナリト主張シ國家ト外國臣民トノ關係ヲ規定スル法律

ハ國內公法ノ規定スヘキモノトナスニ似タリ

第十七章 法律適用論

法律ヲ以テ抽象的諸主義ヲ湊合シタル一体ト見做ストキハ其利害ノ關スル所單ニ學理上ニ止ルト雖トモ之ヲ事實ニ適用スルニ當テ始テ其實際ノ價值ヲ生スルモノナリ

法律ヲ實際ニ適用スルニ當テハ其方法并ニ範圍ニ關シテ多クノ問題アリ而シテ之ヲ解説スルニ就テハ他ノ法律規則ノ如ク分析分類シ得ヘキ法規ノ存スルモノアリホルランド氏ハ此法規ヲ論スル法理學中ノ一部ヲ法律適用論ト稱ス凡ソ一團ノ事實ヲ法律ニ從テ整理セントスルニ當テハ左ノ二問題ヲ生スヘシ

- 第一、何レノ國家カ其事實ニ法律ヲ適用スルノ管轄權ヲ有スルヤ
 - 第二、如何ナル法律ヲ適用スヘキヤ
- 第一問ハ即チ相當裁判所ヲ定ムルノ問題ニ係リ第二問ハ相當法律ニ關スルモノナリ
右ノ外或ハ第三問題ト爲スヘキハ法律ノ解釋法是レナリ以下前記ノ問題ヲ私法

公法、及ヒ國際法ニ照シテ其關係ヲ示スヘシ

第一節 私法

第一 相當裁判所

一事件ノ法律上ノ結果ニ就テ爭議アルトキハ先ツ何國ノ裁判所カ之ヲ裁定シ得ヘキヤ換言スレハ何レノ裁判所カ其事件ノ管轄權ヲ有スルヤヲ定ムルヲ要ス而シテ之ヲ定ムルニハ一ニ事實ヲ分類シ二ニ裁判所ヲ區別セサル可ラス而シテ法律上ノ疑問ヲ生スヘキ事實ニ關シテハ前數章ニ於テ其分類法ヲ示セリ而シテ其事件ニ對スル裁判所ヲ分類スレハ左ノ如クナルヘシ

- 一、原告若クハ被告カ定住 (Domicile) スルカ或ハ己レカ服從スル國ノ裁判所 (Forum domicilii, or ligentioe) 若クハ被告人所在地ノ裁判所
- 二、訴訟目的物所在地ノ裁判所
- 三、訴訟ノ目的タル法律的行爲即チ婚姻、賣買、遺囑等ノ起リタル國ノ裁判所

- 四、犯地ノ裁判所
- 五、契約履行地ノ裁判所
- 六、起訴地ノ裁判所

相當裁判所ニ關スル問題ニ就テハ左ノ數例ヲ示スヲ以テ充分トスヘシ英國裁判所ハ離婚ノ訴ニ關シテハ其夫カ英國内ニ本籍ヲ有スルモノニ非サレハ其訴訟ヲ管轄スルコトヲ肯ンセス又英國裁判所ハ契約ニ關シテハ其締約地及ヒ締約者ノ内外ニ關セス之ヲ管轄スト雖トモ佛國裁判所ハ締約者ノ一方カ佛國民ナルカ或ハ佛國ニ定任スルモノニ非サレハ其事件ヲ管轄スルコトヲ得サルモノナリ故ニ裁判所ハ自カラ或事件ニ付テ管轄權ノ有無ヲ判決スルノミナラス尙ホ往々他國ノ裁判所ノ管轄ノ有無ヲ論議スルコトアリ而シテ他國ノ裁判所カ相當ノ管轄權ヲ有シテ下シタル判決ハ外國判決(Foreign Judgement)ノ名稱ヲ以テ之ヲ承認スルコト恰カモ權利ヲ創設スルニ付テ外國ニ於テ起リタル事實ヲ認ムルト同一ナリ

第二 相當法律

相當法律ニ關スル問題ハ相當裁判所ヲ定ムルノ問題ヨリ遙カニ錯雜ス

ルモノニシテ之ヲ決スルニ就テハ左ノ四項ヲ研究セサル可ラス

- 一 法律ノ遠近 (Concetricity)
- 二 時 (Time)
- 三 人種 (Race)
- 四 場所 (Place)

一、法律ノ遠近

凡ソ特別ノ法律ハ一般法律ノ大環内ニ包括セラル、モノナリ故ニ市府ハ嘗ニ其市府自身ノ條例ニ依テ支配セラル、ノミナラス其市府ノ屬スル州縣ノ法律及ヒ其州縣ノ屬スル邦國ノ規則ニ支配セラ、ル、モノナリ而シテ市府民ノ權義ヲ定ムルニ際シテ若シ右三種ノ法律抵觸スルコトアルトキハ近接ノ法律即チ市府ノ條例ニ隨ヒ遠隔シタル州國ノ法律ヲ避クルヲ以テ通則トス

二、時

凡ソ法律ハ既往ニ及ハストノ格言ヨリシテ一ノ事件ニ應用スヘキ

法律ハ新舊何レノ法律ニ由ルヘキヤヲ推斷スルヲ得ヘシト想像スルモノアレトモ是レ一般ノ規則ニ過キスシテ時効若クハ遺囑等ノ問題ニ就テハ變例アルモノナリ

三、人種

法律ノ沿革ニ徴スルニ往時ニ在リテハ法律ヲ一國ノ住民ニ對スルモノトセスシテ一種族ニ屬スル各人ニ對シ若クハ或宗教ノ各信徒ニ對シ其所在地ノ如何ニ係ラス之ヲ適用シタルモノナリ之ヲ法律ノ沿革ニ於テ屬人法ノ時代トス羅馬帝國ノ遺跡ニ依テ蠻民ノ建設シタル政府ハ一地方ニ於テ同一ノ法律ヲ行ヒシモノニ非スシテ各事件ヲ被告人其人ニ屬スル法律ニ從テ裁定シタルモノナリ「ピシヨップ」[アゴバード]氏 (Bishop Agvbard) 曰ク此時代ニアリテハ五人五種ノ法律ヲ奉スルモノ共ニ散策シ或ハ團坐スルヲ見ルヲ得ヘシト一市府ニ於テ「フランク」人「バルガンデイー」人及羅馬人カ各自ノ法律ヲ遵奉シテ生活シタル所アリ又同一ノ現象ヲ英領印度ニ於テ見

ルヲ得ヘシコ「ウエル」氏 (Cowell) 曰ク屬地法ノ觀念ハ近世屬人法ニ次テ起リタルモノニシテ「ヒンドー」人及「モハメッド」人ノ奉スル所ノ法律ハ邦土ノ境界ヲ認メサリシモノナリト在印度ノ英國裁判所ハ印度人或ハ「モハメッド」人ニ對シテハ英領内ニ於テモ其固有ノ法律ヲ適用スルモノナリ

四、場所

近世ノ思想ニ從ヘハ法律ノ制度ハ特殊ノ人種ニ應用スルモノニ非スシテ特定ノ領土内ニ應用スルモノト爲スナリ夫レ國家ハ其領土内ニ於テ獨立ノ國計ヲ營ムモノナレハ其領土内ニ於テ判決スヘキ事件ニ對シテハ毫モ國際法ニ矛盾スルコト無ク自國ノ法律ヲ應用シ得ヘキモノナリ此法律ヲ「レツクス」フ「オーライ」(Lex fori) 即チ裁判所所在地ノ法ト稱シ各國ノ裁判所カ應用シ得ヘキ當然ノ法律ニシテ反對ノ理由アルニ非サレハ必ス適用セラルヘキモノナリ然ルニ文明ノ進歩ト共ニ貿易ノ繁盛ナルニ從テ一ノ行爲ニシテ一領土内ニ於テ

完成スルモノアリ又ハ其一部分他ノ領土内ニ於テ成ルコトアリ又其行爲ヲ爲スモノ其領土内ニ定住スルモノナルコトアリ或ハ單ニ一時通過スルニ過キサルモノナルコトアリ然ルニ右等ノ場合ニ區別ヲナサス嚴格ニ「レツクス、フオーライ」ヲ適用スルハ管ニ不便ヲ感スルノミナラス又公平ノ處置ト云フヘカラス勿論裁判所ハ主權者カ之ニ適用ヲ命ジタル法律ヲ適用スルノ責任アリト雖トモ前顯ノ如キ例外ノ場合ニ「レツクス、フオーライ」ヲ適用スヘシト主權者カ命ジタルモノト爲スノ理由ナシ故ニ此ノ如キ混交シタル事件ニ對シ一般ノ便益ヲ計リ公平ヲ得ヘキ爲メ如何ナル法律ヲ以テ裁定スヘキヤヲ決スルヲ必要トス

凡ツ右等ノ事件ヲ分類スレハ前數章ニ於テ説明シタル分類ノ外ニ出テサルヘシ即チ身分、財産、契約等ノ場合ナラサル可ラス又右等ノ場合ニ應用シ得ヘキ法律ヲ分類スレハ左ノ數種ノ一ニ外ナラサルヘシ

- (一) 事件當事者ノ一方カ服從シ若クハ定住スル國ノ法律
- (二) 訴訟物件所在地ノ法律
- (三) 犯地ノ法律
- (四) 法業成立地ノ法律即チ契約若クハ遺囑等ヲ爲シタル地ノ法律
- (五) 契約履行地ノ法律
- 右五種ノ法律中ニ於テ事件ヲ裁定スル爲メ應用スヘキモノヲ撰定スルノ方法ハ各國其固有ノ法律ニ由テ定ムルモノナリ而シテ此點ニ關シテハ各國ノ成法著シク類似ヲ現ハスモノニテ此等ノ問題ニ關シテハ各國ノ成法ハ外國ノ成法及學說ヲ參酌セントスルノ傾キ盛ンナリ而シテ各國ノ成法并ニ學說相近似スルニ至リタルカ爲メ上陳ノ問題ニ付テハ諸文明國間ニ普通ノ法律存スルモノナリト誤解スルモノアルニ至レリ然レトモ其相近似スルニ至リタルハ多少理論ノ勢力ニ由テ各國習俗ノ漸々近接ヲ來シタルニ外ナラス學者中甚シキモノニ至テハ其意見ト合致セサル國法ハ無効ナリト爲ス

モノアリ其謬見モ亦甚シト云フヘシ
凡ソ私法ニ關スル問題ヲ決スルカ爲メ屬地法ヲ撰定スルコトニ就テ成法ニ於テ
採用シ若クハ學者ノ贊賞スル一体ノ主義ニ與フル所ノ名稱少ナカラス而シテ是
レカ爲メ其論題ノ性質ヲシテ益々不明ナラシムルモノアリ其名稱凡ソ左ノ七種
トス

一、 條例論(Statuta)

往時以太利諸市府民カ其遵奉スヘキ條例ノ彼是ニ就テ論難セルヨリシテ
相當法律ヲ定ムルノ問題ナリ此論旨ニ從テ研究セルモノナリ一千五百四十
五年ハルブリッター氏ノ(De Statutis)一千六百九十八年ジョン、ヅオエット氏ノ著
書、一千八百二十三年ジョン、ヘンリー氏ノ屬人屬物條例論一千八百四十五
年エム、ド、シヤツサー氏ノ屬人屬物條例並ニ國際私法論ノ如キ皆本項ニ屬
スル論著ナリ

二、 法律抵觸論(Conflict of Laws)

法律抵觸論ノ名稱ヲ附シテ相當法律ノ問題ヲ論シタルモノハロツデンプ

三〇

三一

ルグ、ポール、ヅオエット、ヒューメル、ヘルナヤス、ミールン、ハム、リバトモア、ブ
リンクマン、ホアイトン、ストーリー等ノ諸氏ナリ

三、 法律治外効果論(Extra-territorial effect of law)

此名稱ヲ以テ論シタルモノハコーセイヤス、シヤイネマン、シミッド等ノ諸氏
ナリ

四、 法律適用論

此名稱ヲ以テ論シタルモノハオエルス、タツド、ストループ等ナリ

五、 國禮論(Comity)

此名稱ヲ採用スルノ説ハ一國カ外國ノ法律ニ効果ヲ與フルト否トハ素ヨ
リ隨意ナリト雖トモ國交際ニ於テ他國ニ對シ相當ノ禮遇ヲ爲スハ至當ノ
事ニシテ他國ノ法律ニ效果ヲ附スルモ亦敬禮ノ一端ニ過キストナスニア
リサー、ロベルト、フヒリモア氏ノ如キハ其著書ヲ國際私法論又ハ國禮論ト
題セリヒコーメル氏ノ如キモ亦此名稱ヲ採用スルモノナリ

六、 國際私法論(International Private Law)

分析法理學

シヤフナル氏ハ一千八百四十一年ニ於テ私法ニ關シテ相當法律ヲ定ムルノ問題ハ一國カ他國ノ私法ヲ借採スルノ方法ヲ論スルニ過キストノ主意ヲ以テ之ヲ國際私法論ト稱セリ、バー、アツセル、ハマカー、ローラン、フェオーレ等ノ諸氏又此名稱ヲ採用セリ

七、私質國際法論(Private International Law)

此名稱ヲ採用シタルモノハウエストレーキ、フェリックス、ハウス、ブロッシエル、フー、トラネット、等ノ諸氏ニシテ蓋シ其論議スル所ハ邦國間ノ議論ニ非スシテ異國人民間ノ問題ナリト云フニアルカ如シ

以上ノ七名稱中何レカ最モ適當ノモノナルヤヲ見ルニ第一ハ法律上ノ問題ヲ單ニ文理上ノ問題トシテ論スルモノナレハ今日採用スルモノ極メテ稀ナルモノナリ

第二ノ名稱即チ法律抵觸論ニ就テ論者云フモノアリ凡ソ法律ハ決シテ抵觸スヘキモノニ非スト而シテ若シ論者ノ唱フル所國家ノ權力ハ外法ニ由テ排斥セラルヘキモノニアラスト云フニアリトセハ一理ナキニ非ス而シテ國家カ一問題ヲ決

スルニ當テ自國若クハ他國ノ法律ヲ採用シ若クハ諸外國法律中ノ一ヲ撰用スルコトハ素ヨリ其自由ナリト雖トモ此場合ニ於テハ右數種ノ法律ハ自カラ事件裁定ノ衝ニ當ル立法官若クハ裁判所ニ對シテ其優劣ヲ争フモノナレハ此名稱ハ多少其當ヲ得ルモノト云フヘシ勿論是レ主位ノ争ヒニ非スシテ便否優劣ノ争ナリ然レトモ法律抵觸論ノ名稱ハ管轄及ヒ外國判決執行ノ問題ヲ包括セサルヲ以テ未ダ盡シタルモノト云フ可ラス

第三、法律治外効果論ナル名稱ハ勢ヒ各國カ其領土内ニ於テ享有スル完全ナル主權ト兩立ス可ラサル意ヲ表スルヲ以テ非難ヲ免レサルモノナリ

第四、法律適用論ハ本章ニ於テ論スル所ノ總テノ問題ヲ含蓄スルカ爲メ廣漠ニ失スルノ嫌ナキ能ハスト雖トモ其他ニ於テハ故障スヘキ所ナカルヘシト信ス

第五國禮論ナル名稱ヲ非難スルニ當テ凡ソ裁判所カ特別ノ法律ヲ採擇應用スルハ法律上ノ理由ニ依ルモノニシテ禮儀ニ基クモノニ非スト云フモノアリト雖トモ是レ未ダ盡シタリト云フ可ラス如何トナレハ凡ソ裁判所ハ其國法ヲ行フモノナリト雖トモ國家カ其法律ヲ制定スルニ當テハ法律ノ如何ニ由ルモノニ非スシ

テ寧ロ國交際ニ於テ對等ノ禮遇ヲ希望シ若クハ公道ニ準據スルノ主意ヲ以テ制定スルモノナリ故ニ國禮ナル語ハ國家カ彼是ノ法律ヲ採擇スルニ當テ純然タル國際法外ニ於テ參酌スル所アルノ實ヲ表スルモノナリ然レトモ以太利新學派ハ右ノ說ヲ排斥シテ一國カ特別ノ事項ニ就テ外法ヲ適用スルコトハ國際上ノ完全義務ヲ充ダスモノナリト主張スルモノナリ

第六、國際私法論ナル名稱ハ極メテ汎博ナル語ナリト雖トモ一國ノ法廷カ他國ノ法廷ヨリ私法ノ規則ヲ借採スルノ方法ヲ示スノ意ヲ表スルモノトナスヲ得ヘシ

第七、私質國際法論ナル名稱ハ最モ不適當ナリト云フヘシ其文字上ヨリ解スルトキハ國家間ニ行ハル、私法ノ性質ヲ帶ヒタル法律ノ一体ヲ論スルモノト云ハサル可ラス然レトモ是レ決シテ然ラス其名稱ハ或事實ニ對シテ應用スヘキ私法ヲ撰擇スルノ方法ヲ論スルモノトシテ誤用セラレタルカ爲メ大ニ其論題ノ性質ニ就テ誤解ヲ生スルニ至レリ

四十年來私質國際法論ノ名稱ヲ以テ論シ來リタル問題ノ本質ヲ了解セントスルニハ其名稱ニ由テ謬見ヲ生セサルヲ要ス

以上講述セルカ如ク古來種々ノ名稱ヲ附シテ論難セル問題ノ本質ハ或事件ニ對シテ自國若クハ外國ノ法律或ハ又其外國中何國ノ法律カ相當スルモノナルヤ疑ハシキ場合ニ於テ其法律ノ撰擇ニ關シテ一國若クハ數國ニ於テ行ハレ若クハ學者カ一般ニ行ハルヘキモノナリト信スル所ノ規則ノ一体ナリ是ヲ要スルニ相當法律ヲ檢定スルノ規則ニ外ナラス此論題中ニハ相當裁判所撰擇ノ方法及ヒ外國判決効果ノ如何ヲ論スルヲ常トス

此ノ如キ問題ヲ論スルモノナルヲ以テ是ニ適當ノ名稱ヲ附スルハ容易ノ業ニアラス舊稱中ニ於テハ法律抵觸論最モ穩當ナルカ如ク私質國際法論最モ不適當ナルニ似タリ外法適用論或ハ權利ノ治外承認論ノ如キハ敢テ誤解ヲ來スノ恐れナルヘシ特ニ後者ハ法律カ治外ニ於テ効果ヲ得ルカ如ク見ユルハ外法ニ由テ創建確定セラレタル權利ヲ自國ノ法官カ承認スルニ過キサルコトヲ注意スルノ効アリト云フヘシ例令ハ已婚者ノ資格ハ其婚姻ヲ執行シタル圖ノ法式ヲ遵奉シタルモノナルトキハ承認セラルヘク又一國ノ相當裁判所ノ判決ヨリシテ生スル所ノ義務ハ他國ノ裁判所ニ由テ執行セラルヘシ

第三 法律ノ解釋

凡ソ相當裁判所カ相當法律ヲ正シク應用セントスルニハ法律ヲ正當ニ解釋スルヲ要ス故ニ法律ノ解釋ハ前二者ニ從屬スルモノナリト雖トモ法律應用ノ一問題ト云ハサルヲ得ス

法律ノ解釋ヲ分テ左ノ二種トス

(一) 適法解釋 (Legal interpretation) 之ヲ細分シテ確定解釋 (Authentic) 及ヒ通常解釋 (Usual) ノ二トス確定解釋トハ立法者ノ公示スルモノヲ云ヒ通常解釋トハ習慣ヨリ生スルモノヲ云フ

(二) 學理解釋 (Doctrinal interpretation) 之ヲ細分シテ文理解釋 (Grammatical) 及ヒ論理解釋 (Logical) ノ二トス文理解釋トハ言語文章上ヨリ論スルモノヲ云ヒ論理解釋トハ立法者ノ意思ヲ推測シテ論理的ニ論スルヲ云フ論理的ノ解釋ニシテ法律ノ文言ヲ廣義ニ解スルモノ之ヲ廷義解釋 (Extensive) ト云ヒ之ヲ狹義ニ解スルヲ制限解釋 (Restrictive) ト云フ

第二節 公法

公法中特ニ本章ノ目的タル法律ノ適用ヲ研究スヘキハ主トシテ刑法ニ係ルモノナリ

第一 相當裁判所

凡ソ犯罪ヲ處罰スルタメ管轄裁判所ヲ定ムルニハ左ノ數說アリ

- 一、 犯罪者ノ本國ノ裁判所ニ管轄セシムルノ說
 - 二、 犯罪者ノ定住地ノ裁判所ニ管轄セシムルノ說
 - 三、 被害者本國ノ裁判所ニ管轄セシムルノ說
 - 四、 犯罪者逮捕地ノ裁判所ニ管轄セシムルノ說
 - 五、 犯罪地ノ裁判所ニ管轄セシムルノ說
- 右五說中犯罪地ノ裁判所ヲ以テ犯罪者ヲ管轄スヘシトノ說ハ近世ノ主權說ト相合スルカ爲メ他ノ四說ヲ凌駕スルノ傾キアリ方今相當裁判所ヲ定ムルニ就テハ凡ソ四主義アリ以下其要領ヲ示スヘシ

一、 境域主義

此主義ハ犯罪地管轄ノ說ヲ適當ナリトスルモノニシテ其唱フル

所ハ凡ソ國家ハ苟シモ其刑律ニ違犯スルモノニ對シテハ犯罪者ノ陸上ニアルト海上ニアルトニ係ラス又其國民ナルト外國人ナルトニ係ラス總テ其領土内ニ於テ犯シタルモノハ之ヲ管轄スヘキモノナリト云フニアリ

右ノ說ハ其正當ナルコト疑フ可ラスト雖トモ實際犯罪者ヲ責罰スルニ就テハ不適當ナリト云ハサル可カラス何トナレハ犯罪者カ其領土外ニ出テタルトキハ之ヲ處罰スルニ由ナケレハナリ故ニ罪人引渡條約其他ノ方法ニ依テ補翼スルヲ要スルモノナリ

二、對人主義

此主義ノ主意ハ各國其國民ニ對シテハ其所在地ノ如何ニ係ラス國法ニ服從セシムヘキノ權利アリト云フニアリ故ニ此說ニ由ルトキハ其國民カ外國ニ於テ本國ノ法律ヲ犯シタルトキハ其歸國ノ際若クハ其不在中ニ於テモ之ヲ審理シ得ルモノトス此說ハ前記本國裁判所管轄ノ說ニ基ツクモノニシテ英米ニ於テハ境域主

義ノ例外ノ場合トシテ採用スルモノナリ一千八百六十一年ニ於テ英國議院ハ條令ヲ以テ凡ソ英國臣民ハ英國領土ノ内外ニ何レノ場所ニ於テモ謀殺故殺若クハ重婚ノ罪ヲ犯シタルトキ之ニ對シテ公訴セラルヘク又英國若クハ愛蘭土ノ何レノ場所ニ於テモ其被告人ノ逮捕若クハ拘留セラレタル地ニ於テ審理セラルヘシト規定シタリ

歐洲大陸諸國ハ其國民カ外國ニアリテ本國政府ニ背反スルノ所爲及本國ノ貨幣ニ關スル犯罪ヲ罰スルコトニ於テ皆同様ノ規定ヲ爲スト雖トモ其他ノ犯罪ニ就テハ各國大ニ其法規ヲ異ニスルモノナリ一千八百八年ニ制定セラレタル佛國法典第七條ハ外國ニ於テ佛國人カ佛國人ニ對シテ犯シタル犯罪ヲ罰スルモノトセリ獨逸帝國法典第三條第四條ハ在外國ノ臣民ノ行爲其在留國ノ法律ニ觸レ併セテ本國ノ法ニ違フモノハ之ヲ罰ス一千八百六十八年以太利刑法草案第六條第九條及一千八百六十七年澳大利刑法

草案第四條ハ獨逸刑法ト同様ノ規定ヲ設ケタリ但シ以、澳兩國ノ法律ハ犯罪地ノ法律ニ由テ賦課セラルヘキ刑罰ヨリ超過ス可ラサルヲ規則トス一千八百六十一年「パヤリア」法典ハ其臣民ハ其行爲ニ對シテ充分ノ責任アルモノトシ毫モ前條ノ如キ制限ヲ附セス生存主義

三、

此主義ハ歐洲大陸ノ二三ノ邦國ニ依テ採用セラル、モノニシテ或ハ之ヲ准境域主義ト稱ス此主義ノ主意トスル所ハ凡ソ一國ノ裁判所ハ其國ノ生存ヲ維持スルヲ必要ナリトスル場合ニ於テハ當ニ領土外ニ於テ其國民ノ犯シタル所爲ノミナラス外國臣民ノ犯シタル所爲ト雖トモ之ヲ罰スルヲ得ルモノトナスニアリ一千八百六十六年ニ於テ佛國刑法ハ外國人ト雖トモ佛國ノ貨幣若クハ紙幣ニ對シテ犯罪ノ所爲アルモノ任意若クハ罪人引渡條約ニ由テ佛國領土内ニ來ルトキハ之ヲ審理シ處罰スル旨ヲ定メタリ一千八百六十一年ノ「パヤリア」法典ハ尙ホ一歩進ミタルモノニシ

五

テ其第十二條ニ於テ外國人カ外國ニ於テ「パヤリア」臣民ニ對シテ犯シタル所爲ト雖トモ國際條約若クハ國際法ノ主義ニ悖戾セサル以上ハ之ヲ處罰スルモノト規定セリ一千六百六十二年以太利刑法草案第五條第七條及ヒ一千八百七十二年獨逸刑法第四條ハ佛國刑法ト同様ノ規定ヲナセリ

四、共同保安主義

此主義ハ各國ハ一般ノ安寧ヲ維持スルノ權利アルモノトシ何レノ國ト雖トモ犯罪者ヲ逮捕シタルモノハ之ヲ處罰スルノ權利アリト爲スニアリ
海賊ニ對シテハ古來ヨリ是ヲ何レノ邦國ニモ服從セサルモノトシ逮捕國ノ管轄スヘキモノナリトセリ然レトモ或學者ハ此主義ヲ尙ホ廣ク適用センコトヲ主張セリ一千八百六十八年澳大利利刑法草案ハ其第六條ニ於テ國際ノ條約ニ反セサル以上ハ外國人カ外國ニ於テ犯シタル重大ノ所爲ニ對シテハ處罰シ得ルノ法ヲ定

メ又一千八百六十七年以太利刑法草案ハ其第六條ニ於テ犯罪者タル外國人ノ本國政府カ其罪人ノ引渡ヲ拒ミタル場合ニ於テハ之ヲ處罰スル爲メ之ヲ逮捕スル方法ヲ規定セリ

凡ソ國家カ前四主義中ノ一ツ若クハ二三ヲ結合シテ採用スルトキハ是レ管ニ其國家カ或事實ニ對シテ其刑法上ノ管轄權ヲ確定スルノミナラズ同一ノ事實ニ對シテ他國ノ管轄權ヲ承認スルノ結果ヲ來スコトアルヘシ而シテ數國カ或事件ニ就テ共同管轄權ヲ有スルコトヲ承認スルトキハ他國ノ裁判所カ下シタル判決ヲ確定ノモノト見做シ若クハ見做サハルコトアルヘシ英國ノ學者中ニ於テモ外國ノ裁判所ニ於テ無罪ノ宣告ヲ受ケタルモノハ英國法廷ニ於テ之ヲ答辯ノ理由トナスヲ得ルモノナリト主張スルモノアリ

犯罪者タル臣民ヲ他國ノ請求ニ應シテ之ヲ引渡シ若クハ拒否スルコトモ亦前四主義ノ採用ノ異同ニ依テ結果ヲ異ニスヘシ故ニ對人主義ヲ服膺スル歐洲大陸諸國ハ其臣民ノ引渡ヲ拒ムヲ常トシ英國ハ其臣民カ海

外ニ於テ爲シタル所爲ハ罰セサルノ主義ナルヲ以テ他國若シ其引渡ヲ求ムルコトアルトキハ之ニ應スルコトヲ躊躇セサルヘシ

第二 相當法律

相當法律ノ問題ハ刑法ニ關シテハ起ルコト稀レナリ而シテ法律ノ遠近及ヒ時ニ關スル問題ハ往々生スルコトアリト雖トモ人種及ヒ場所ニ關スル問題ハ相當裁判所ノ問題ト分離ス可ラサルモノナリ私法ノ問題ハ屢々定ムルノ効力アル國禮論ノ如キハ刑罪ノ審理ニ關シテハ論スヘキ所ナキカ如シ何レノ國ト雖トモ他國ノ刑法ヲ參照シテ刑ノ輕重ヲ討究スルコト或ハアルヘシト雖トモ他國ノ刑法ヲ行ハント試ムルモノナカルヘシ

刑法ニ關スル裁判所及ヒ法律ニ係ハル問題ハ往々私法ノ該問題ト連結シテ論スルモノアリ國際法ヲ以テ顯著ナルパー氏ノ如キ是レナリ

第三 法律ノ解釋

私法ニ關シテ述ヘタル解釋法ハ又公法ニモ適用スルヲ得ヘシ

第三節 國際法

第一、相當裁判所

國際法ニ關シテハ相當裁判所ノ問題生スヘキモノニ非ス如何トナレハ各國自カラ其裁判官ニシテ又其判決ノ執行者ナルコトハ該法ノ要義ナレハナリ

第二、相當法律

相當法律ノ問題ハ實ニ生スルモノナリト雖トモ國內法ニ關スルモノトハ相違スルモノナリ此問題ニ就テ決スヘキ點ハ國際法ヲ以テ規定スヘキモノナルヤ否ヤ之ヲ換言スレハ其爭議ニ關スル國家ハ國際法上ノ人格ヲ有スルモノナルヤ否ヤ若シ人格ヲ有スルモノナルトキハ其正變如何ヲ定ムルニアルノミ

第三、法律ノ解釋

國內法ニ關シテ述ヘタル解釋ノ方法ハ國際法ノ性質上適用ス可ラサル點ヲ除キ復タ之ニ適用シ得ヘシ

學術上ノ定則若クハ學者ノ所說ハ論理解釋ノ材料ト爲スヲ得ヘク又シエテハ會合若クハ「パリ」條約ニ關スル解釋ハ其會盟諸國ノ決議ヲ以テ確定解釋ニ類スルモノト見ルヲ得ヘシ

14
312₁

終