

モ或ル他ノ方法ニ依リテ強制履行ト同一ノ結果ヲ得ヘキモノナリ若シ夫レ物ノ引渡ヲ目的トスル債務ニ在リテハ常ニ強制履行ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ例ヘハ債務ノ目的カ金錢若クハ特定物ノ引渡ナルトキ債務者カ之ヲ履行セサルトキハ債權者ハ裁判ヲ受ケ執達吏ニ委任シテ債務者ノ財産ヲ差押ヘ債務ノ目的タル金錢若クハ特定物ヲ引渡サシムルコトヲ得ルカ如シ然レトモ債權者ハ必ス強制履行ヲ請求セサルヘカラサルモノニ非サルカ故ニ假令債務ノ性質カ強制履行ヲ許スモ債權者之ヲ欲セサルトキ又ハ強制履行ヲ爲スモ尙ホ損害アリタルトキ又ハ全ク強制履行ヲ爲ス能ハサルトキハ損害賠償ヲ求ムルコトヲ得ヘキナリ

二、損害賠償

損害賠償ノ原因ニアリ一ハ債務ノ不履行ニシテ一ハ不法行爲ナリ債務ノ不履行ニ原因スル損害賠償トハ債務者カ故意又ハ過失ニ因リテ債務ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲サ、ルトキ之ニ因リテ生シタル損害ヲ債權者ニ賠償スルヲ謂ヒ不法行爲ニ原因スル損害賠償トハ或ル人カ故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シ

タルトキ之ニ因リテ生シタル損害ヲ被害者ニ賠償スルコトヲ謂フ嚴正ニ論スルトキハ債務ノ不履行モ亦不法行爲ノ一ナリ故ニ損害賠償ハ總テ不法行爲ニ原因スルモノナリト謂フコトヲ得ヘシ然レトモ債務ノ不履行ハ特ニ債權ヲ侵害スルノ行爲ニシテ通常不法行爲ト名クルモノハ債權以外ノ權利ヲ侵害スルノ行爲ヲ指スモノナリ故ニ此ノ點ヨリ言フトキハ損害賠償ニハ債權ノ侵害ニ原因スルモノト債權以外ノ權利ノ侵害ニ原因スルモノトノ二種アリト云フコトヲ得ヘシ而シテ法律ハ此ノ二種ノ損害賠償ニ關シテ各別ニ規定ヲ設ケタリ是レ立法上之ヲ分別スルヲ以テ其ノ便宜ニ副フモノト爲シタルニ由レリ

先ツ債務ノ不履行ニ原因スル損害賠償ヨリ述ブヘシ此ノ賠償ヲ更ニ分テテ填補賠償及遲延賠償ノ二ト爲ス填補賠償トハ債務者カ債務ノ全部又ハ一部ヲ履行セサルトキ其ノ全部又ハ一部ノ不履行ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スルコトヲ謂ヒ遲延賠償トハ債務者カ全部ノ履行ヲ爲シタルモ唯其ノ期日ニ後レタルトキ其ノ履行ノ遲延ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スルコトヲ謂フ

損害賠償ノ範圍ヲ定ムル標準ハ債務ノ不履行ト損害トノ間ニ原因結果ノ關係ノ

存スルコトヲ必要トスルコト是レナリ故ニ債務ノ不履行アルモ債權者ニ損害ヲ生セサルトキハ債務者ハ之ヲ賠償スルノ義務ナシ又債權者ニ損害アルモ其ノ損害カ債務ノ不履行ニ原因セサルトキハ債務者ハ亦之ヲ賠償スルノ義務ナキナリ然ラハ債務ノ不履行ニ原因スル損害ハ一切之ヲ賠償セサルヘカラサルヤト云フニ必スシモ然ラスシテ法律ハ之ニ多少ノ制限ヲ附セリ即チ通常生スヘキ損害ハ亦之ヲ賠償セシメ特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ハ當事者ノ豫見シ又ハ豫見スルコトヲ得ヘカリシ場合ニ限リテ之ヲ賠償セシムルモノトス而シテ損害ト云フ語ハ受ケタル損失及失ヒタル利益ノ二者ヲ含ム例ヘハ米ノ賣買ニ於テ米百石ヲ金千圓ニテ賣買スルノ契約ヲ結ヒ一定ノ期日ニ引渡スヘキ旨ヲ約セリ然ルニ期日ニ至リ賣主ヨリ之ヲ引渡サス此ノ場合ニ於テ買主ノ受ケタル損失ハ既ニ支拂ヒタル代金契約ノ費用米穀取引ノ準備費等ナリ買主ノ失ヒタル利益ハ引渡ノ期日ニ米價騰貴シテ米百石ノ價千二百圓トナリタルトキハ此ノ千二百圓ヨリ買主ノ受ケタル損失ヲ控除シタルモノナリ此ノ二者ノ合計ハ即チ損害ニシテ是レハ通常生スヘキ損害ナルカ故ニ賣主ニ於テ必ス之ヲ賠償セサルヘカラサルナ

リ然ルニ買主カ同期日ニ其ノ米ヲ第三者ニ賣渡スヘキコトヲ約シ若シ其ノ期日ニ引渡サ、ルトキハ金五百圓ノ違約金ヲ拂フヘキ旨ヲ約セリ賣主ヨリ期日ニ引渡ヲ爲サ、リシカ爲メ買主ハ第三者ニ其ノ違約金ヲ取り去ラレタルトキハ是レ特別ノ事情ニ因リテ生シタル損害ナリ當事者ニ於テ此ノ事情ヲ豫見シ若クハ豫見スルコトヲ得ヘカリシトキハ賣主ハ此ノ損害モ亦之ヲ賠償セサルヘカラサルナリ若シ買主カ賣主ノ不履行ニ因リテ非常ノ損失ヲ受ケタルコトヲ憂ヘ發狂シテ自殺シタルトキハ賣主ハ買主ノ父母妻子ニ對シテ此ノ損害ヲモ賠償セサルヘカラサルヤト云フニ是レハ賠償スルニ及ハス何トナレハ此ノ損害ハ債務ノ不履行ニ原因スルモノニ非スシテ買主ノ身體精神ノ状態ニ原因シ即チ債務ノ不履行ト損害トノ間ニ原因結果ノ關係ヲ存セサレハナリ金錢ヲ目的トスル債務ノ不履行ニ關シテハ法律ニ特別ヲ設ケ債務者ハ賠償トシテ年五分ノ法定利息ヲ支拂フヘキモノトセリ

次ニ不法行爲ニ原因スル損害賠償ヲ述ヘンニ凡ソ不法行爲ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ其ノ損害ヲ賠償セサルヘカラス不法行爲ニ因ル損害賠償ハ獨

リ其ノ行爲ヲ爲シタル者ニ於テ其ノ責ニ任スルノミナラス尙ホ法律ノ制限内ニ於テ自己ノ威權ノ下ニ在ル者ノ所爲及自己ノ占有ニ屬スル物ヨリ生シタル損害ニ就キテモ亦其ノ責ニ任セサルヘカラス即チ父母後見人ハ未成年者又ハ禁治産者ノ第三者ニ加ヘタル損害賠償ノ責ニ任シ主人親方等ハ其ノ雇人職工等カ其ノ職務ヲ行フニ就キテ第三者ニ加ヘタル損害賠償ノ責ニ任シ土地ノ工作物竹木動物ノ占有者ハ此等ノ物ヨリ生シタル損害賠償ノ責ニ任スルモノトス

三、無効、取消及解除

無効トハ或ル行爲カ其ノ效力ヲ生スルニ必要ナル條件ヲ缺クカ爲メ當初ヨリ其ノ效力ヲ生セサルコトヲ謂フ例ヘハ法令ノ規定及公ノ秩序ニ反スル行爲意思ナキ行爲虚偽ノ意思表示又ハ誤錯ニ因ル行爲目的ナキ行爲等ノ如シ
取消トハ或ル行爲カ完全ナル效力ヲ生スルニ必要ナル條件ヲ缺クカ爲メ一旦效力ヲ生スルモ後ニ至リ當事者其ノ他ノ者ノ行爲ニ依リテ其ノ效力ヲ消滅スルコトヲ謂フ例ヘハ無能力者ノ行爲詐僞又ハ強迫ニ因ル行爲債務者カ債權者ヲ害ス

ルコトヲ知リテ爲シタル行爲等ノ如シ此ノ終リノ行爲ノ取消ハ或ハ特ニ之ヲ廢罷ト稱スル者アリ

解除トハ完全ナル行爲カ後ニ或ル事實ノ生スルニ依リテ其ノ效力ヲ失フコトヲ謂フ解除ハ主トシテ契約ニ就キテ言フモノニシテ雙務契約ノ當事者ハ相手方カ其ノ債務ヲ履行セサルトキハ之ヲ理由トシテ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘシ然レトモ夫婦ノ離婚養親子ノ離縁ノ如キモ亦解除ノ一種ナリトス、

四、失權

失權トハ一定ノ原因ノ爲メ權利者カ其ノ權利ヲ喪失スルコトヲ謂フ例ヘハ取得時効及消滅時効ノ結果ニ依リテ權利者カ權利ヲ喪失スルカ如キ善意ノ占有者ニ對シテ占有物ノ權利者カ其ノ權利ヲ喪失シ若クハ其ノ占有物ヨリ生スル果實ヲ取得スルノ權利ヲ喪失スルカ如キ夫カ妻ノ財産ヲ不當ニ管理シテ之ヲ危クシタルトキ其ノ管理權ヲ喪失スルカ如キ親カ親權ヲ濫用シテ之ヲ喪失スルカ如キ後見人相續人カ或ル原因ノ爲メ其ノ權利ヲ喪失スルカ如キ皆是レナリ

五、過料

過料トハ私法中ノ公益規定ニ違反シタルモノカ裁判所ノ宣告ニ依リテ賦課セラ
ル所ノ料金ヲ謂フ過料ハ民事制裁ナルカ故ニ之ヲ納付セザルトキハ強制執行
ヲ受クルコトアルモ刑事制裁タル罰金科料ノ如ク金一圓ヲ禁錮一日ノ刑ニ換算
セラル、コトナシ是レ其ノ相異ナル所ナリ

以上ニ列擧スルモノ、外留置權取戻權占有訴權權利回復等ノ如キ頗ル制裁タル
ノ性質ヲ帶フルモノアリ留置權ハ或ル物ノ占有者カ其ノ物ニ關シテ生シタル債
權ノ辨濟ヲ受クルマテ其ノ物ヲ留置スルノ權利ナリ取戻權ハ賣主カ買主ニ向ク
賣品ヲ發送シタルモ未タ買主ノ占有ニ歸セサル間ニ買主カ破産シ若クハ顯然タ
ル無資力トナリタルトキ賣主カ其ノ賣品ヲ途中ヨリ取戻スコトヲ得ル權利ナリ
占有訴權トハ占有者カ其ノ權利ノ保護ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ謂フ例ヘハ他
人カ占有物ヲ侵奪シタルトキニ之ヲ回收スルカ如キ他人カ占有者ノ土地家屋等
ニ危害ヲ及ホスヘキ工事ヲ爲サントシ若クハ爲シタルトキニ之ヲ豫防若クハ停

止スルカ如キ是レナリ權利回復トハ他人ノ爲メニ權利ヲ侵奪セラレタル者カ之
ヲ回復スルコトヲ謂フ例ヘハ眞ノ所有者カ占有者ニ對シテ其ノ占有物ヲ取回ス
ルカ如キ債務者ニ非サル者カ誤テ債務ノ辨濟ヲ分シタルトキ之ヲ回復スルカ如
キ相續人ニ非サル者カ相續ヲ爲シタルトキ眞ノ相續人カ之ヲ回復スルカ如キ是
レナリ然レトモ此等ハ必スシモ權利侵害ニ起因スルモノニ非スシテ寧ロ單ニ權
利ノ實行ト見ルヲ以テ穩當ナリト爲スカ故ニ一概ニ之ヲ制裁ト稱スルコトヲ得
サルナリ

民事訴訟法中ニ所謂強制執行假差押假處分等ノ如キハ民事制裁ヲ實行スルノ手
段若クハ民事制裁ノ實行ヲ確保スル豫備ノ手段タルニ過キスシテ制裁ニ非サル
コト勿論ナリ恰モ死刑ハ一ノ制裁ナルモ死刑ノ執行ハ即チ制裁ノ實行ニシテ制
裁其ノ物ニ非サルト同一一般ナリ

第二一 刑事制裁

刑事制裁トハ統治權ヲ侵害シタル者カ受クル所ノ責罰ヲ謂フ即チ刑罰ナリ夫レ

統治權ハ國家ノ目的ノ爲メニシテ存ス國家ノ目的ハ各人ヲシテ其ノ本性ヲ全フセシムルニ在リ即チ其ノ秩序安寧ヲ保持スルニ在リ故ニ國家ノ秩序安寧ヲ侵害スルノ行爲ヲ爲ス者ハ統治權ヲ侵害スルモノナリ統治者ハ之ヲ回復スルノ權利ナカルヘカラス是レ刑罰權ノ因リテ存スル所以ナリ刑罰權ハ救濟權ナリ統治權ハ原始權ナリ統治權アリト雖モ其ノ侵害ヲ回復スルコト能ハスンハ其ノ効力ヲ全フスルコト能ハサルナリ故ニ刑罰權ノ目的ハ統治權侵害ノ回復ナリ其ノ基礎モ亦此ニ存ス余輩既ニ曰ク權利ノ目的ハ人ヲシテ各其ノ所ヲ得シムルニ在リト然ルニ刑罰權ノ如キハ人ノ所ヲ得シムルモノニ非スシテ反リテ人ノ所ヲ奪フカ如キノ觀アリ然レトモ刑罰權カ人ノ所ヲ奪フハ即チ人ヲシテ其ノ所ヲ得シメンカ爲メナリ刑罰權全ク行ハレサルニ至リテ刑罰權ハ始メテ其ノ目的ヲ達スルモノト謂フヘシ古人ノ所謂刑ハ無刑ニ期スト云フモノ是レナリ故ニ刑罰權ハ已ムコトヲ得サルノ權利ナリ統治權ノ侵害ヲ回復センカ爲メノ權利ナリ權利ノ中間手段ニシテ其ノ終局目的ニハ非サルナリ然レトモ刑罰權ハ之カ爲メニ決シテ一般ノ權利ノ目的ニ背馳スルモノニハ非サルナリ既ニ統治權ノ存在ヲ否認スルコト

ト能ハサル以上ハ刑罰權モ亦決シテ之ヲ否認スルコトヲ得サルナリ立憲國ニ於テ刑罰ハ法律ニ依ルニ非サレハ之ヲ人民ニ加フルヲ得サルコト通則ナルカ故ニ刑罰ヲ規定スルハ必ス法律ヲ以テセサルヘカラス而モ法律ヲ以テ命令ニ罰則ヲ設クルコトヲ許ストキハ命令ニモ亦罰則ヲ設クルコトヲ得ヘシ例ヘハ我カ帝國憲法ニ於テ日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ逮捕監禁審問處罰ヲ受クルコトナシ(憲二三條)トアルカ故ニ法律ニアラサレハ罰則ヲ設クルコトヲ得ス即チ法律ヲ以テ命令ノ條項ニ違犯スル者ハ各其ノ命令ニ規定スル所ニ從ヒ二百圓以内ノ罰金若クハ一年以下ノ禁錮ニ處ス(明治二十三年九月法律第八十四號命令ノ條項)違犯ニ關スル罰則)ト規定シ更ニ勅令ヲ以テ各省大臣ハ其ノ發スル省令ニ二十五圓以内ノ罰金若クハ二十五日以下ノ禁錮ノ罰則ヲ附シ地方長官及警視總監ハ其ノ發スル命令ニ十圓以内ノ罰金若クハ拘留ノ罰則ヲ附スルコトヲ得ルモノトセリ(同年同月勅令第二百八號省令廳令府縣令及警察令ニ關スル罰則)是ニ於テ刑罰ハ總テノ法令中ニ規定セラル、コトトナレリ

刑罰權ノ基礎ハ統治權侵害ノ回復ニ在ルコト前述ノ如シト雖モ刑罰權ノ基礎ハ

刑罰ヲ定ムル理由及標準トナルモノナルカ故ニ古來之ニ關スル論設甚々多シ今其ノ主要ナルモノヲ擧グレハ贖罪主義復讐主義民約主義利益主義正義主義及正利折衷主義ノ六ト爲ス古代ニ於テ一種族ノ民ハ互ニ連帶責任ヲ負フモノト信シタルカ故ニ其ノ中ノ一人カ罪ヲ犯スコトアルトキハ之ヲ責罰シテ其ノ罪ヲ贖ハシムルニ非サレハ神ノ譴怒ヲ其ノ種族全體ノ上ニ受クルモノトシサテコソ犯罪者ヲ責罰シタルナリケレ之ヲ贖罪主義ト謂フ次テ犯罪人ヲ罰スルハ被害者タル個人若クハ社會ノ爲メニ仇ヲ報スルモノナリトノ思想出テ來レリ此ノ點ヨリシテ復讐主義ヲ細別シテ個人的復讐主義及社會的復讐主義ノ二ト爲ス個人的復讐主義トハ犯罪人ノ爲メ或ル一個人カ害セラレタルトキ社會カ個人ニ代リテ犯罪人ヲ責罰シ被害者ノ心ヲ慰藉シテ報復ノ念ヲ絶タシメ以テ社會ノ秩序安寧ヲ保持スルモノニシテ社會的復讐主義トハ犯罪人カ社會ノ基礎ヲ攻撃スルノ犯行ヲ爲シタルトキ社會カ自己ノ爲メニ仇ヲ報シ其ノ危害ヲ杜絶スルモノナリ復讐主義ハ被害者カ復讐ヲ必要トセザルトキハ又刑罰ヲ施スノ必要ナキカ故ニ此ノミヲ以テ刑罰權ノ基礎ト爲ス能ハザルコト勿論ナリト雖モ刑罰ノ性質中ニ此ノ如

キ旨趣ヲ含ムコトハ蔽フヘカラサルナリ贖罪主義復讐主義ノ時代ニ當リテハ人民尙ホ蒙昧ニシテ風俗亦野蠻ナリシヲ以テ刑罰ノ如キモ亦極メテ峻酷無道ナリシヤ疑フ容レス民約論起ルニ及ヒテ人類ノ尊貴及其ノ平等自由ヲ以テ一切ノ制度ヲ更革スルノ標的トナシタルカ故ニ乃チ之ヲ刑罰ニ應用シテ謂ヘラク人民カ契約ニ依リテ刑罰ヲ定ムルニ當リテハ自己若シ過失アリタルトキハ其ノ過失ニ相當スル刑罰ニ服スルコトハ固ヨリ其ノ承諾スル所ナリト雖モ其ノ過失ニ相當セザル峻酷刑罰ニ服スルコトハ決シテ承諾セザル所ナリ然ルニ現時ノ刑罰ハ甚々殘忍非道ナリ此ノ如キハ契約ノ主旨ニ反スルモノナリ人道ヲ無視スルモノナリ平等自由ヲ侵害スルモノナリト此ヲ以テ一世ヲ風靡シ遂ニ大ニ刑罰ノ制度ヲ釐革スルニ至レリ今日文明諸國ノ刑法カ殘酷野蠻ノ態度ヲ脱シテ仁愛慈悲ノ姿致ヲ有スルニ至リタルハ一ニ民約論ノ功ニ歸セザルヲ得スシテ極力此ノ論ヲ主張シタル者ハベツカリア其ノ人ナリベツカリアハ近世刑法ノ宗祖ナリ民約論カ實際ニ及ホシタル功效ハ此ノ如ク偉大ナリシニモ拘ハラズ理論トシテハ亦頗ル欠點アルコトヲ免レス之ヲ難スル者曰ク人類ニシテ果シテ平等ナラハ國家ハ刑

罰權ヲ有セサルヘシ蓋シ一人カ他人ヲ罰スルコトヲ得ルトキハ是レ既ニ平等ニ非サルナリ若シ一人カ他人ヲ罰スルコトヲ得サルトキハ十人モ亦罰スルコトヲ得ス百人千人モ亦然リ即チ國家團體ニ至リテモ亦人ヲ罰スルコトヲ得サルナリ譬ヘハ猶ホ零ニ幾何ノ零ヲ加フルモ尙ホ依然トシテ零ナルカ如ク一文錢ヲモ有セサル人カ幾百千人集合シタレハトテ一文錢ヲ生セサルカ如シト又曰ク刑罰カ人民ノ契約ニ出テタリトスレハ死刑ノ如キハ如何ニシテ之ヲ説明スルコトヲ得ヘキカ誰レカ余若シ罪行アラハ余ヲ殺ストモ可ナリト契約スル者アラシテ之ヲ契約シタリトスルモ人ノ生命ヲ犠牲トスルカ如キ不法ノ契約ハ當然無効タラサルヘカラスト之ヲ解スル者曰ク犯罪者カ刑罰ニ服スルハ自己ノ意思ニ服従スルモノニシテ他人之ヲ加フルニハ非サルナリ且同一ノ罪ヲ犯ス者ハ何人ト雖モ悉ク同一ノ刑ニ服スヘキカ故ニ萬人平等ノ義ヲ害セサルナリト又曰ク人固ヨリ自己ノ生命ヲ犠牲トスルカ如キ契約ヲ結フ者アルコトナシ然レトモ民約ノ主旨ハ余若シ罪ヲ犯サハ余ヲ殺ストモ可ナリト約シタルニハ非スシテ某々ノ罪ヲ犯ス者アラハ共ニ與ニ力ヲ協ハセテ之ヲ誅戮スシヘト約シタルナリ然ルニ自己

カ偶其ノ罪ヲ犯シテ誅戮ノ目的トナリタルノミ初ヨリ自己ノ生命ヲ犠牲トシタルニハ非ス故ニ民約ハ完全有效ナリト解者ノ言アリト雖モ犯罪者カ刑罰ニ服スルヲ以テ其ノ意思ニ出ツルト爲スハ極メテ不通ノ言ニシテ民約ヲ以テ刑罰權ノ基礎ヲ説明センコトハ大困難ノ業ニ屬スルカ故ニ利益主義正義主義等ノ之ニ次テ起ルアリ利益主義ハ刑罰ヲ以テ偏ニ社會ノ利益ヲ保持スルニ在リトスルモノニシテ社會ノ正當防衛權ヲ以テ刑罰權ノ基礎ト爲スモノ、如キモ亦其ノ一派タリ其ノ言ニ曰ク社會ハ先ツ其ノ生命ヲ保持セサルヘカラスト故ニ社會ノ基礎ヲ攻撃シ其ノ秩序ヲ破壊シ其ノ生命ヲ危殆ニスルカ如キ犯行ヲ爲ス者アリタルトキハ必ス之ヲ除却セサルヘカラスト謀殺犯罪人ヲ死刑ニ處スルモノハ其ノ犯罪人カ更ニ同一ノ罪ヲ犯スノ性質アリテ社會ニ危害ヲ及ボスコト恰モ虎豹豺狼ト一般ナルヲ以テ之ヲ屠戮シテ其ノ罪ヲ再セサラシメンカ爲メナリ故殺犯罪人ニ至リテハ少シク其ノ刑ヲ輕減スヘキノ理アリ何トナレハ此ノ犯罪人ハ更ニ同一ノ罪ヲ犯スノ性質アリト謂フコトヲ得サレハナリ之ニ依リテ言ヘハ發狂若クハ酒醜ニ因リテ人ヲ殺ス者ノ如キモ其ノ屢同一ノ罪ヲ犯スノ危險アルコト有意ノ殺人

者ト異ナル所アラサレハ些モ宥恕ヲ與フヘキノ理ナシ再犯者ニ至リテハ是レ其ノ犯罪ヲ以テ職業ト爲ス者ニシテ其ノ社會ニ有害ナルコト尤モ甚タシ謀殺者ヲ以テ虎狼ニ比スルトキハ竊盜ハ之ヲ狐狸ニ比スヘシ謀殺者ヲ遇スルニ虎狼ヲ以テスルトキハ狐狸ヲ以テ竊盜ヲ待ツハ固ヨリ其ノ宜ナリト其ノ説ヲ推スニ罪ノ有無ハ一ニ其ノ行爲カ社會ニ危害ヲ與フルヤ否ヤニ依リテ之ヲ決シ刑ノ輕重ハ社會ニ與フル危害ノ大小ニ伴フヘシトスルモノナリ故ニ其ノ結果老疾者ヲ遺棄スルカ如キハ社會ニ何等ノ危害ヲ與フルコトナクシテ寧ロ社會ノ經濟上利益アル所ナルカ故ニ罪トシテ罰スルニ及ハス之ニ反シテ過失殺人者ハ謀殺者ト社會ニ危害ヲ與フルコト同一ナルカ故ニ均シク死刑ニ處スヘシト云フコト、ナルヘシ是レ甚タシク人類道德ノ思想ニ反スルモノナリ是ニ於テ正義主義若クハ道德主義ト云フモノ發出ス此ノ主義ニ依レハ人類ニハ理性若クハ本心ト名ツクルモノアリテ直ニ一切ノ善惡ヲ判斷スルコトヲ得又自由意思ト云フモノアリテ善ニ就キ惡ヲ去ルノ選擇ノ能力ヲ具有ス既ニ善惡ノ間ニ選擇スルノ自由アリナカラ善ヲ爲サスシテ惡ヲナストキハ此ニ責任ヲ生ス責任ハ制裁ヲ惹起ス制裁トハ善

ヲ賞シ惡ヲ罰スルコト是レナリ善ヲ賞シ惡ヲ罰スルコト之ヲ名ツケテ絕對的正義ト謂フ惡ヲ罰スルハ刑罰ナリ故ニ曰ク刑罰ハ絕對的正義ニ出ツト即チ此ノ主義ハ罪ノ有無ハ行爲ノ惡ナルヤ否ヤニ依リテ決シ刑ノ輕重ハ惡ノ大小ニ伴フトスルモノナリ故ニ其ノ結果人ノ内心ニ干涉シ心術ノ不正不良ヲモ罰スルコトトナリテ專ラ此ヲ以テ刑罰ヲ定ムルノ標準ト爲スコトヲ得サルヲ以テ乃チ正利折衷主義ト云フモノ出ツルコトアリ行爲者ノ心術ト形迹トヲ別チ心術ハ正義ニ驗シ形迹ハ利益ニ問ヒ心術ハ以テ其ノ善惡ヲ見形迹ハ以テ其ノ利害ヲ判ス即チ心術善ニシテ形迹害ナキモノハ罪ナク罰ナシ心術惡ニシテ形迹害アルモノハ罪アリ罰アリ心術惡ニシテ形迹害ナキモノト心術善ニシテ形迹害アルモノトハ或ハ罪トシ或ハ否ラス此ノ主義ハ多數ノ學者ノ唱フル所ニシテ今日文明諸國ノ刑法ハ大抵此ノ主義ニ本ツクモノナリ我カ現行刑法ノ如キモ亦實ニ此ニ出ツ余輩思ヒラク既ニ刑罰權ノ基礎ハ統治權侵害ノ回復ニ在リトスル以上ハ刑罰ヲ定ムルノ標準モ亦固ヨリ此ニ在リト謂ハサルベカラス唯實際上如何ナル行爲ヲ以テ統治權侵害ノ行爲即チ犯罪トシテ之ヲ罰スヘキヤハ頗ル社會ノ狀態古來ノ經驗等

ニ徴シテ適度ニ之ヲ定メ以テ時所ノ宣シキニ適應セシメサルヘカラス要スルニ
刑罰權ノ基礎ハ確的不易ナルモ其ノ適用ハ變化無量ナリ故ニ刑罰ノ範圍ト種類
トハ偏ニ現行刑法ノ規定ニ依リテ之ヲ知ルノ外アラスシテ理論上預メ之ヲ確定
スルコトヲ得サルナリ

刑罰ノ種類ハ甚タ多ク且古今東西各其ノ方法ヲ異ニシ往々奇怪異常ナルモノア
リ歴史の且比較的ニ其ノ種類方法ヲ詮索センコトハ思フニ法律學中頗ル興味ア
ル研究ナルヘシ窮竟刑罰ハ人類幸福ノ基礎タル生命身體財產名譽自由ノ全部又
ハ一部ヲ剝奪スルモノナルカ故ニ之ヲ分チテ左ノ五類ト爲スコトヲ得ヘシ

(一)生命刑 生命刑トハ罪人ノ生命ヲ剝奪スル刑罰ヲ謂フ即チ死刑ナリ昔時ニ於
テハ磔、車裂、火灸、釜煮、鋸引、高殺、腰斬、斬首、切腹等種々慘酷ノ刑アリタリト雖モ今
日ハ絞殺專ラ行ハレ軍人ノ刑ニハ銃殺アリ米國ノ或ル州ニ於テハ電殺ヲ用フ
ト云フ死刑廢否ノ論ハ刑法學上ノ一大問題ナリ其ノ研究ハ之ヲ讀者ニ委テ余
輩ハ此ニ之ヲ詳論スルコトヲ避クヘシト雖モ余輩ノ意見ヲ一言スレハ死刑ハ
理論上之ヲ廢セサルヘカラサルノ理由アルコトナシ唯實際上之ヲ存スルノ可

否如何ト云フニ在ルノニ歐洲ノ二三國ニ於テハ既ニ死刑ヲ廢止シタルモノア
リト雖モ其ノ結果或ハ重罪犯人ヲ増加スルノ傾向アリト云フ死刑ハ必スシモ
廢スヘカラサルナリ

(二)身體刑 身體刑トハ罪人ノ身體ヲ毀損シ若クハ苦痛ヲ與フル刑罰ヲ謂フ此ノ
刑ハ昔シハ盛ニ行ハレタレトモ今日ハ殆ト行ハレス即チ昔時ニ於テ行ハレタ
ルモノハ手足耳鼻ヲ切斷スルコト黥宮笞杖等ナリモゼスノ經典ニ所謂目ハ目
ヲ以テシ齒ハ齒ヲ以テスト云フ反坐法ノ如キモ亦身體刑ノ一ナリ英國ニ於テ
ハ今日モ尙ホ笞杖ノ刑ヲ存スト聞ク或ハ監獄ノ費用ヲ節減シ及罪惡ノ傳染ヲ
防止スルノ點ヨリシテ笞杖ノ刑ヲ再興スヘキコトヲ主張スル者アリ余輩モ亦
此ノ說ニ贊成スル者ナリ死刑中ノ高殺ハ生命刑ト身體刑トヲ兼ヌルモノナリ
三三財產刑 財產刑トハ罪人ノ財產ヲ剝奪スル刑罰ヲ謂フ即チ罰金科料ノ類ニシ
テ今日モ盛ニ行ハル、所ナリ法律ニ於テ禁制シタル物、犯罪ノ用ニ供シタル物
若クハ犯罪ニ因リテ得タル物ヲ沒收スルカ如キモ亦財產刑ナリ然レトモ罪人
ノ土地家屋ヲ沒收シ又ハ財產ヲ以テ罪ヲ贖ハシムルカ如キハ今日行ハレサル

所ナリ

(四)名譽刑 名譽刑トハ罪人ノ名譽ヲ剝奪スル刑罰ヲ謂フ即チ公權ノ剝奪停止ノ類是レナリ今日文明國ノ法律ニ於テハ名譽刑ヲ主刑トスルモノナク大抵附加刑トシテ之ヲ課セリ昔時ニ於ケル支那ノ髡刑西洋ノ奴隸我カ邦ノ非人手下ノ類亦名譽刑ナリ嘗テ聞ク上杉謙信ノ臣某罪アリテ帶刀ヲ禁セラレタレハ武士ニ取リテ此ノ上モナキ不名譽ナリトシ親族連署シテ切腹ノ刑ニ換ヘラレシトヲ哀願セリト武士ノ帶刀禁止ハ即チ名譽刑ノ一ナリ當時武士道ノ盛ヲ想見スヘシ今日モ軍人ノ刑ニハ之ニ類スルモノアリト云フ棄市梟首等ハ生命刑ト名譽刑トヲ兼スルモノナリ

(五)自由刑 自由刑トハ罪人ノ自由ヲ剝奪スル刑罰ヲ謂フ即チ禁錮禁獄懲役徒刑流刑ノ類ニシテ今日最モ盛ニ行ハル、所ナリ蓋シ自由刑ハ其ノ伸縮自由ニシテ罪ノ輕重ニ從ヒ適度ニ之ヲ課スルコトヲ得ルヲ以テナリ自由刑ハ人身ノ自由ヲ尊重スルノ精神發生シ且富ノ増進シタル後ニ於テ始メテ行ハル、コトヲ得ルモノニシテ其ノ大ニ發達セシハ實ニ近代ノ事ニ屬スルナリ

此ノ外古代ニ於テハ感覺刑トモ稱スヘキ一種ノ刑罰アリタリ即チ罪人ノ感覺ヲ害スルモノニシテ例ヘハ蛇責鐘鼓ヲ以テ睡眠ヲ妨クル刑三族ヲ夷滅スル刑等ノ如キ是レナリ今日文明國ニ於テハ最早此等ノ刑ヲ用非ル處アラサルナリ或ハ正當防衛ヲ以テ刑事制裁ノ一種ト爲ス者アリ蓋シ正當防衛ハ他人ノ不正ノ攻撃ニ對シテ自己若クハ他人ノ身體財產ヲ防衛センカ爲メニ已ムコトヲ得スシテ加害者ヲ殺傷スルノ所爲ナリ凡ソ何人モ自ラ裁判ヲ行フコトヲ得ス權利侵害ノ所爲アリタルトキハ必ス權利保護ノ機關タル裁判所ニ向テ其ノ救濟ヲ請求スヘキモノナリ然ルニ加害行爲カ急劇ニ發シテ裁判所ノ保護ヲ請求スルノ暇アラサルトキハ自己ノ腕力ヲ用非テ其ノ權利ヲ防衛スルハ人類自衛ノ天性ニ出ツルモノニシテ固ヨリ正當トスル所ナリ要スルニ正當防衛ハ所謂權利ノ實行ニシテ一個人カ裁判所ニ代ハリテ直接ニ加害者ニ制裁ヲ加フルモノナルカ故ニ是レ亦刑事制裁ノ一種ト見ルヘシト云フモノナリ然レトモ正當防衛ハ或ハ權利ノ實行ニ非スシテ寧ロ責任ノ免除ト見ルヘキモノナルカ故ニ此ヲ以テ刑事制裁ノ一種トナスハ穩當ナラサルニ似タリ

第三、警察制裁

警察ハ公共ノ安寧秩序ヲ保持スルヲ以テ目的トス警察ニ二種アリ行政警察及司法警察是レナリ行政警察ハ人爲若クハ天然ノ危害ヲ未發ニ防止スルモノニシテ司法警察ハ犯罪ノ搜索證據ノ蒐集等ヲ爲シテ危害ヲ既發ニ鎮壓スルモノナリ司法警察ハ刑事制裁ノ豫備タリ此ニ警察制裁ト云フハ行政警察ノ作用ニ依リテ不法ノ行爲即チ權利侵害ノ行爲ヲ防止スルコトヲ謂フ例ヘハ公安ヲ害スヘキ集會若クハ結社ヲ解散禁止スルカ如キ不法ノ營業ヲ禁止スルカ如キ一定ノ生業ヲ有セス平素粗暴ノ言論行爲ヲ事トシ他人ノ業務自由ヲ妨害シ又ハ妨害セントシタル者ニ對シ豫戒命令ヲ與ヘテ一定ノ期間内ニ適法ノ生業ニ従事スヘキコトヲ命ジ又ハ其ノ妨害ノ所爲ヲ禁スルカ如キ其ノ他人ヲ殺サントシ他人ノ家屋ニ闖入セントスル等刑事上民事上ノ犯罪ヲ爲サントスル者ヲ防止スルカ如キハ皆行政警察ノ職掌ニシテ是レ亦一般人民ニ對スル一種ノ制裁ト見ルヘキモノナリ

第四、行政制裁

行政制裁トハ行政官廳カ違法處分ニ依リテ人民ノ權利ヲ侵害シ又ハ官吏カ服務規律ニ違背シタルトキニ課スル所ノ責罰ヲ謂フ行政官廳ノ違法處分ニ依リテ權利ヲ傷害セラレタリトスル者ハ法令ノ規定ニ從ヒ行政裁判所ニ訴訟ヲ提起スルコトヲ得ヘシ而シテ行政裁判所カ其ノ訴訟ヲ理由アリト認ムルトキハ判決ヲ以テ其ノ違法處分ヲ取消サシムルモノナリ是レ即チ行政官廳ニ對スル一種ノ制裁ナリ又官吏ハ統治者ノ代理人ニシテ其ノ分限ニ於テ統治者ニ對シ特定ノ義務ニ服從スヘキモノナリ然ルニ官吏タル者カ其ノ義務ニ違背シ或ハ職務ヲ曠廢シ或ハ長官ノ命令ニ反抗シ或ハ素行修マラスシテ官吏ノ威嚴ヲ失墜スルカ如キコトアルトキハ行政官司法官武官等各特別ノ懲戒規則ニ從ヒ譴責罰俸免職等ノ懲戒處分ヲ受ケサルヘカラス是レ即チ官吏ニ對スル一種ノ制裁ナリ警察制裁モ亦行政制裁ノ一種ナリト云フコトヲ得サルニ非スト雖モ一般人民ニ對スルモノナルカ故ニ特ニ別種ノ制裁ト爲セリ

第二章 法律

第一節 法律ノ定義

法律トハ人ノ權利ヲ規定スル規則ノ全體ナリ余輩ハ既ニ前編第五章ニ於テ法律ノ目的ハ權利ノ保障ニ在ルコトヲ明ニシ又本編前章ニ於テ權利ノ何物タルカヲ詳論シタルヲ以テ讀者此ノ定義ヲ解スルニ於テ思半ニ過クルモノアラン依リテ余輩ハ簡單ニ之ヲ説明スヘシ

此ノ定義ニ於テ人ト云フハ自然人及法人凡ソ權利ノ主體トナル者ヲ包括ス權利ノ事ハ重テ言ハス唯此ニ一言スヘキコトハ權利ト法律トハ同一體ニシテ進退消長ヲ共ニシ其ノ間ニ前後上下ノ差別ナキコト是レナリ然レトモ若シ人作法ニ就キテ言フトキハ人作法ハ既存ノ權利ヲ認定シ確保スルモノナルカ故ニ權利ハ其ノ前ニ在リ又其ノ上ニ在リト謂フコトヲ得ヘシ但現實的權利ハ人作法ト同一體ヲ成スコト勿論ナリ規則トハ一定ノ順序次第アリテ人ノ行爲ノ規矩準繩トナシモノヲ謂フ法律ト云フ語ハ此等ノ規則ヲ總稱シタルモノナリ故ニ曰ク法律ハ

人ノ權利ヲ規定スル規則ノ全體ナリト

此ノ定義ニ就キテ直ニ起ルヘキ疑問ハ法律ハ誰レカ之ヲ作ルヤト云フコト是レナリ蓋シ此ノ定義ニ於テハ單ニ法律ハ人ノ權利ヲ規定スルモノナリト云フノミニシテ之ヲ規定スル者ハ誰レナルヤヲ明示セス然ルニ法律ハ必ス人ヲ待チテ存シ人ヲ離レテ獨在スヘキモノニ非サルカ故ニ誰レカ之ヲ作ルヤトノ疑問ヲ生スルハ固ヨリ當然ナリ余輩ノ之ニ答フルハ極メテ簡單ナリ法律ハ人ノ作りタルモノニ非ス法律ノ本體ハ人ノ知ルト知ラサルトニ關セス渾然トシテ長ク存スト雖モ其ノ現象ハ人類ニ文野智愚ノ別アルカ爲メ時ト所トニ依リテ異ナレリ法律ハ其ノ初人類ノ間ニ慣習トシテ自然ニ行ハレ又何人ノ命令強制ヲモ待タサリシナリ其ノ後統治者カ成文ノ法律ヲ制作スルニ及ヒテモ亦唯既存ノ慣習ヲ認定シ明確ニシ稍之ヲ裁節スルニ條理ヲ以テシタルノミ慣習ハ固ヨリ統治者ノ作出シタルモノニ非ス條理モ亦豈其ノ創造スル所ナランヤ人心ノ同シク固有スル所ナルノミ故ニ曰ク法律ハ人ノ作りタルモノニ非スト但法律ノ一部ニ就キ且其ノ成立效力ノ點ヨリ之ヲ觀察スルトキハ法律中ニハ固ヨリ人ノ作りタルモノナキニ非

スト雖モ其ノ全般ニ涉リ且其ノ實質目的ノ點ヨリ之ヲ觀察スルトキハ法律ハ決シテ人ノ作りタルモノニ非ス其ノ固有スル所ナリ
 法律ノ定義ニ關シテ今日普通ニ行ハル、モノハ共存説及命令説ナリ請フ聊カ之ヲ評隲セシ

共存説ハ法律ハ人類共同生存ノ必要條件ナリト謂フモノナリ此ノ説ハ法律ノ内容材料ニ就キテ解ヲ下シタルモノニシテ即チ實質上ヨリ法律ヲ觀察シタルモノナリ蓋シ法律ハ人類カ相團聚シテ社會ヲ成シ共同生存ヲ營ムニ於テ必要欠クヘカラサルノ條件ナリ若シ法律カ人々相互ノ關係ヲ規律シ相侵犯セサラシムルニ非スハ各人自家ノ腕力ニ訴ヘテ其ノ利益ヲ主張スヘキカ故ニ社會ハ物質的ニ弱肉強食ノ慘狀ヲ呈シ人類ハ決シテ平和ノ生活ヲ遂クルコト能ハサルヘシ人類カ能ク此ノ不幸ニ免レ共同生存ヲ營ムコトヲ得ル所以ノモノハ偏ニ法律ノ存セルニ因レリト云フモノナリ然レトモ此ノ説ハ種々ノ點ニ於テ缺點アリ先ツ何ヲカ人類共存ノ要件トスルヤ其ノ範圍極メテ茫漠トシテ知り難シ奢侈ヲ禁止シ貧人ヲ救助スルカ如キモ亦安シ人類共存ノ要件ニ非サルコトヲ知ランヤ然レトモ

今日ノ法律ニ於テハ殆ト之ヲ認ムルモノナシ蓋シ法律ノ範圍ハ人ノ權利ヲ定ムルコトヲ以テ其ノ基準ト爲サ、ルヘカラス權利ノ意象ヲ離レテ法律ノ範圍ヲ明ニセシコトハ決シテ爲シ能ハサル所ナリ勿論權利ノ何物タルヤヲ知ルコトモ容易ノ業ニ非スト雖モ未タ人類共存ノ要件ヲ知ルカ如ク困難ナラサルナリ是レ其ノ缺點ノ一ナリ次ニ人類共存ノ要件タルモノハ決シテ一ノ法律ニ止マラサルナリ道德ナリ宗教ナリ政治ナリ農業ナリ其ノ一ヲ欠クトキハ人類ハ決シテ共存ヲ遂クルコト能ハサルトキハ何レカ人類共存ノ要件ニ非スト謂ハンヤ今法律ハ人類共存ノ要件ナリト云フハ譬ヘハ猶ホ米ノ定義ヲ下スニ米ハ人類ノ生活ニ必須ナル食物ナリト云フカ如シ然レトモ人生必須ノ食物ハ決シテ一ノ米ノミニ限ラサルトキハ此ノ定義ノ不完全ナルコト見ルヘシ是レ其ノ缺點ノ二ナリ終リニ法律ハ人類共存ノ要件ナリト云フハ偏ニ法律ノ功效結果ニ就キテ見テ立テタルモノニシテ今日ノ利益主義ノ意象ニ本ツクモノナリ是レ決シテ法律ノ眞旨ヲ得タルモノニ非サズビニ曰ク法律ハ人ノ作りタルモノニ非ス人民ノ間ニ自然ニ發生シタルモノナリト斯ノ言頗ル味フヘシ法律發生ノ太初ニ遡リテ考フルニ法律

ハ恰モ人獸草木ノ偶然世間ニ發生シタルト同シク人民ノ間ニ無意識的ニ慣習トシテ發生シタルモノナルヤ疑フヘカラス後代人ノ知實頗ル開發スルニ及ヒテ之ヲ表彰掲出シテ從テ之カ説明ヲ作りタルノミ譬ヘハ猶ホ飲食ノ如シ人ノ飲食スルヤ其ノ自然ニ出ツ若シ人ノ飲食スルハ人ハ飲食セサレハ生活スルコト能ハサルモノナルカ故ニ思索考究シテ此ノ理由ヲ發見シ乃チ勉勵シテ此ニ從事スルモノナリト云ハ、誰レカ其ノ迂ヲ笑ハサル者アラシヤ法律ノ人間ニ於ケルモ亦此ノ如キノミ人ノ世ニ在ルヤ必ス趨避スル所チキコト能ハス其ノ趨ク所ハ其ノ善ナリト思惟スル所ナリ其ノ避クル所ハ其ノ惡ナリト商量スル所ナリ而シテ善惡ノ意象ハ人性ノ固有スル所ナリ多衆ノ人ノ趨避スル所久キニ及ヒテ慣習ヲ成ス偶之ニ違フ者アレハ衆之ヲ壓服ス是レ洵ニ法律ノ濫觴ナリ其ノ後君長ト云フモノ立ツコトアルニ至リテモ亦之ヲ循行シタルナリ此ノ慣習ニ從フコトカ恰モ人々ノ希望ヲ満足セシメテ乃チ共同生存ヲ遂クルノ結果ヲ生シタルノミ故ニ共同生存ハ末ナリ人性ハ本ナリ人ニ善ヲ善ミシ惡ヲ惡ムノ性情ナクハ何ソ法律ヲ要セシヤ人ニ善ヲ善ミシ惡ヲ惡ムノ性情アルカ故ニ法律アリ法律アルカ故ニ偶然

ニモ共同生存ノ効果アリ而シテ法律カ共同生存ノ効果ヲ收ムルコトヲ得タルモノハ適人ノ善ヲ善ミシ惡ヲ惡ムノ性情ニ投合シタルカ爲メノミ豈人類カ當初ヨリ共同生存ヲ遂クルノ目的ヲ以テ構思結想シテ法律ヲ制作シタリト謂ハシヤ是レ其ノ缺點ノ三ナリ是レ余輩カ共存說ヲ取ルコト能ハサル理由ノ大略ナリ次ニ命令說ハ法律ハ一國ノ統治者ノ命令ナリト謂フモノナリ此ノ說ハ法律ノ外形作用ニ就キテ見ヲ立テタルモノニシテ即チ形式上ヨリ法律ヲ觀察シタルモノナリ其ノ説明ノ大要ニ謂フ統治者ハ一國內ニ於テ最高ノ權力ヲ有スル者ニシテ法律ハ即チ此ノ統治者ノ命令スル所ナリ命令ト云フ語ヲ分析スルトキハ(一)統治者ノ意思ノ發表ナルコト(二)統治者カ被治者ニ對シテ下シタルコト(三)被治者ノ行為ニ關スルコト(四)被治者カ之ニ違背スルトキハ制裁ヲ加フルコトノ四要素ヲ含ムモノナリ故ニ法律ハ統治者ノ命令ナリト云フハ之ヲ詳言スレハ法律ハ被治者ノ行為ニ關スル統治者ノ意思ノ發表ニシテ制裁ヲ以テ之ヲ行フモノナリト云フノ義ニ歸宿スルモノナリト此ノ說ハ其ノ論理最モ嚴正ニシテ殆ト動カスヘカラサルノ觀アリ然レトモ此ノ說モ亦種々ノ點ニ於テ缺點ヲ含有ス先ツ法律ハ統治

者ノ命令ナリト云フトキハ法律ノ一部タル慣習法ハ之ヲ法律以外ニ排却セサルヘカラス慣習法ハ人民ノ間ニ自然ニ發生シタルモノニシテ決シテ統治者ノ命令シタルモノニ非ス是レ其ノ缺點ノ一ナリ次ニ國際法モ亦法律ニ非スト謂ハサルヘカラス何トナレハ國際法ハ國ト國トノ間ニ行ハル、法律ニシテ一國ノ統治者ノ命令シタルモノニ非ス蓋シ一國ノ統治者ハ決シテ他國ノ統治者ニ對シテ命令スルノ權利ヲ有セサルナリ是レ其ノ缺點ノ二ナリ終リニ法律ニハ必ス制裁アリト云フコトモ亦誤レリ前ニモ述ヘタルカ如ク統治者ハ法律ニ違背スルモ制裁ヲ受クルコトナシ然ラハ憲法其ノ他ノ法律ニシテ統治者ノ行動ヲ規定スルモノハ少ナクトモ統治者ニ對シテハ法律ニ非スト謂ハサルヘカラス兒童就學ノ義務ヲ定ムル小學校令モ亦法律ニ非スト謂ハサルヘカラス幼者ハ刑法ノ制裁ヲ受ケサルトキハ幼者ニ對シテハ刑法ハ法律ニ非スト謂ハサルヘカラス國際法ニモ亦確實ニ組織セラレタル制裁アルコトナシ然ラハ國際法ハ此ノ點ヨリモ亦法律ニ非スト謂ハサルヘカラス然ルニ此等ノ法律ヲ擧ケテ法律ニ非スト言フハ極メテ狹隘ノ見ト爲サ、ルコトヲ得ス制裁ハ法律ノ要素ニ非ス其ノ常素タリ苟モ人ノ權

利義務ヲ定ムルモノナランニハ制裁ナシト雖モ尙ホ之ヲ法律ト稱スルコトヲ妨ケサルナリ是レ其ノ缺點ノ三ナリ今法律ハ統治者ノ命令シタル成文法ノミニ限リ慣習法國際法等ハ法律ニ非スト云ハ、命令說ハ洵ニ能ク其ノ論理ヲ貫徹スルコトヲ得ヘシト雖モ此ノ如キハ猥リニ自ラ法律ノ範圍ヲ限制シテ之カ定義ヲ下スモノニシテ頗ル不通ノ論ト謂ハサルコトヲ得ス然ルニ法律ハ人ノ權利ヲ規定スルモノナリトノ定義ヲ取ルトキハ世ノ普通ニ認メテ法律ト爲ス所ノモノ、全體ヲ包擧スルコトヲ得ルトキハ又何ヲ苦ミテカ命令說ノ如キ狹隘不通ナル定義ヲ採用スルノ要アランヤ是レ余輩カ命令說ヲ取ルコト能ハサル理由ノ大略ナリ

共存說及命令說ハ法律ノ定義トシテ今日頗ル有力ナルモノナリト雖モ其ノ誤レルコト右ニ述フルカ如シ其ノ餘學者ノ解說千百管ナラスト雖モ未タ法律トハ人ノ權利ヲ規定スルモノナリト云フカ如キ直截簡明ナルモノヲ見ス是レ余輩カ敢テ此ノ定義ヲ主張セント欲スル所以ナリ

以上ニ論述スル所ノ定義即チ法律ハ人ノ權利ヲ規定スル規則ノ全體ナリト云フ

ハ最モ廣汎ナル意義ニ於テ法律ト云フ語ヲ解シタルモノナリ然レトモ一國ノ成法上ニ於テ法律ト云フトキハ又一種特定ノ意義ヲ有スルモノニシテ專ラ解釋上ノ議論ニ屬スルナリ即チ我カ帝國憲法ニ於テ法律ト云フハ帝國議會ノ協賛ヲ經テ法律ノ名稱ヲ附シテ公布スル天皇ノ命令ヲ指スモノニシテ豫算命令等ノ語ニ對スルモノナリ豫算ハ帝國議會ノ協賛ヲ經テ豫算ノ名稱ヲ附シテ公布スル國家一年間收支ノ概算ニシテ命令ハ帝國議會ノ協賛ヲ經ルコトナク憲法及法律ノ制限内ニ於テ天皇カ自ラ發シ若クハ國務大臣以下ニ命シテ發セシムル所ノモノナリ勅令省令府縣令ノ類即チ是レナリ

憲法上法律ト命令トノ差異ハ之ヲ形式上ニ求ムルコトヲ得レトモ實質上ニ求ムルコトヲ得ス形式上ニ於ケル法律ト命令トノ差異ハ主トシテ制定ノ方法ト效力トノ二點ニ存ス即チ制定ノ方法ニ就キテハ法律ハ帝國議會ノ協賛ヲ經ルコトヲ要スレトモ命令ハ之ヲ要セス效力ニ就キテハ法律ハ命令ヲ變更廢止スルコトヲ得レトモ命令ハ法律ヲ變更廢止スルコトヲ得ス但緊急命令ハ之ヲ例外トス實質上ヨリ法律ト命令トヲ區別セント試ミタル學者多シト雖モ一モ其ノ功ヲ奏シタ

ル者ナシ或ハ曰ク法律ハ臣民公私ノ權利義務ヲ規定スルモノニシテ命令ハ其ノ以外ノ事項ヲ規定スルモノナリト然レトモ法律中ニモ直接ニ臣民ノ權利義務ニ關セサルモノアリ命令中ニモ反リテ之ニ關スルモノアリ例ハ國債募集ノ如キハ敢テ直接ニ臣民ノ權利義務ニ關スルモノニ非スト雖モ必ス法律ヲ以テ之ヲ定メ警察規則ノ如キハ臣民ノ權利義務ニ關スルコト甚タ多シト雖モ通常命令ヲ以テ之ヲ定ム故ニ此ノ說ハ正當ナラス或ハ曰ク法律ハ永久且一般ニ有效ノ規定ニシテ命令ハ之ニ反スト然レトモ法律中ニモ一時且特別ニ有效ノ規定アリ命令中ニモ反リテ永久且一般ニ有效ノ規定アリ例ハ財政上國庫ノ負擔トナルヘキ處分ノ如キハ一時且特別ノモノナレトモ法律ヲ以テ之ヲ定メ官制ノ如キハ永久且一般ノモノナレトモ命令ヲ以テ之ヲ定ム故ニ此ノ說モ亦正當ナラス要スルニ法律ト命令トヲ其ノ規定事項(實質)ニ依リテ區別センコトハ殆ト爲シ能ハサルノ業ナリ唯憲法ニ法律ヲ以テ定ムト規定セル事項例ハ戒嚴ノ要件及效力ヲ定ムルカ如キ日本臣民タルノ要件ヲ定ムルカ如キ納稅兵役ノ義務ヲ命スルカ如キ身體ノ自由財產住所ノ安固言論集會ノ自由其ノ他憲法カ臣民ニ保障シタル權利自由

ヲ制限スルカ如キ裁判所ノ構成ヲ定ムルカ如キハ必ス法律ヲ以テスヘキモノニシテ決シテ命令ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得スト雖モ其ノ他ノ事項ニ至リテハ法律ヲ以テスルモ命令ヲ以テスルモ一ニ立法者ノ自由ニ屬シ其ノ間ニ劃然タル分界ノ存スルコトナシ唯一タヒ法律ヲ以テ定メタル事項ハ又必ス法律ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ變更廢止スルコトヲ得サルノミ

命令ハ之ヲ大別シテ緊急命令及行政命令ノ二ト爲ス緊急命令トハ公共ノ安全ヲ保持シ又ハ其ノ災厄ヲ避クル爲メ緊急ノ必要ニ依リ帝國議會閉會ノ場合ニ於テ發スル所ノ法律ニ代ハルヘキ命令ヲ謂フ緊急命令ハ必ス勅令ヲ以テ之ヲ發ス行政命令ハ更ニ之ヲ別テ執行命令及補充命令ノ二ト爲ス

執行命令トハ法律ヲ執行スル爲メニ發スル所ノ命令ヲ謂ヒ補充命令トハ公共ノ安寧秩序ヲ保持シ及臣民ノ利益幸福ヲ増進スル爲メニ法律ノ曠缺ヲ補充スル所ノ命令ヲ謂フ行政命令ハ或ハ天皇自ラ之ヲ發シ或ハ國務大臣以下ニ命シテ之ヲ發セシム而シテ補充命令ハ通例勅令ヲ以テシ執行命令ハ多クハ閣令以下ノ命令ヲ以テスルモノナリ命令相互ノ效力ノ關係ハ猶ホ法律ト命令トノ關係ニ於ケル

カ如ク勅令ハ以テ勅令以下ノ命令ヲ變廢スルコトヲ得レトモ閣令以下ノ命令ハ以テ上級ノ命令ヲ變廢スルコトヲ得サルナリ法律命令ノ區別種類效力等ハ憲法ノ詳論スル所ナリ

第二節 法律ノ分類

第一款 自然法及人作法(天然法及成法)

自然法ニ就キテハ學者ノ見解區々ニシテ一定セス或ハ法律ノ分類中ニ自然法ノ存在ヲ否認スル者アリ勿論法律ハ統治者ノ命令ナリト云フカ如キ狹隘ノ定義ヲ取ルトキハ其ノ論理ノ結果トシテ自然法ハ法律ニ非スト謂ハサルヘカラス然レトモ余輩ハ法律ハ人ノ權利ヲ定ムル規則ナリトノ定義ヲ取り而シテ權利ノ中ニハ理想的權利ト云フモノアリテ人作法ノ基礎トナルコトヲ認ムルカ故ニ法律ノ中ニモ亦必ス自然法ノ存在ヲ認メサルヘカラス余輩ノ見ル所ヲ以テスルニ自然法ハ理想的權利ヲ定ムル法律タリ立法者ヲ指導スル理想法若クハ道理想法タリ所

謂法理研究法ニ依リテ法律ノ根本原理ヲ定ムルモノタリ然ラハ自然法ハ道德若クハ條理ト至ク同一ナルヤト云フニ決シテ然ラス自然法ハ法律ノ一種ナリ法律ノ範圍ニ限局セラル即チ權利ノ點ヨリ行爲ノ規則ヲ定ムルモノナリ人々ヲシテ其ノ本性ヲ全フセシムルノ點ヨリ法律ノ原理ヲ求ムルモノナリ故ニ道德若クハ條理トハ自ラ相異ナレリ

人作法トハ立法者ノ制定若クハ認定シタル法律ヲ謂フ普通ニ法律ト云フハ偏ニ此ノ人作法ノミヲ指ス以下ノ分類ハ大抵人作法ニ關スルモノナリ自然法ハ人作法ノ上ニ在リ人作法ハ自然法ノ旨趣ニ從テ設爲セラルヘキモノナリ人作法ハ現實的權利ヲ定ムルモノナリ即チ自然法ノ認ムル理想的權利ヲ表彰シ確定シ保障スルモノナリ故ニ人作法トハ自然法トハ決シテ相背馳スヘキモノニ非スシテ必ス相合致スヘキモノナリ自然法ハ以テ人作法ノ説明註脚ト爲スヘキモノナリ一切ノ人作法ニ通シテ其ノ裏面ニ伏在スル所ノモノナリ人作法ノ註釋家カ説明スル理由ノ大部ハ自然法ノ旨趣ニ出ツルモノナリ然レトモ自然法ノミヲ知レハ直ニ人作法ノ全體ヲ知り得ヘシト思フハ大ナル誤リナリ人作法ハ時所ノ宜シキニ應

シテ詳明ニ人事ノ細目ヲ規定セルモノナレトモ自然法ハ唯萬人ノ同シク然リトスル公理ヲ基礎トシテ一定不易ノ大則ヲ論定スルニ過キス自然法ハ法律ノ本體ナリ人作法ハ其ノ現象ナリ故ニ此ノ二者ハ必ス雙舉兼該セサルヘカラサルナリ而シテ自然法ニ牴觸スル人作法ハ惡法ナリ宜シク自然法ノ旨趣ニ從テ更革スヘキナリ然レトモ人作法カ效力アル現行法トシテ存スル間ハ其ノ變廢セラレタル限り必ス之ニ屈從セサルヘカラサルナリ抑モ有形界物質界ニ於テ自然法ノ存スルコトハ何人モ異論ナキ所ナリ然ラハ無形界人事界ニ於テモ自然法ノ存スルコト斷シテ疑フヘカラス但何ヲカ自然法ト爲スヤハ今日未了ノ問題ニシテ學者ノ最モ力ヲ致シテ研究スヘキ所ナリ

第二款 國際法及國內法

國際法ハ萬國間ニ行ハル、法律ニシテ國內法ハ一國內ニ行ハル、法律ナリ國際法ハ法律ナルヤ否ヤハ今日學者間ニ論争アル所ナリ若シ法律ハ統治者ノ命令ナリト云フトキハ國際法ハ固ヨリ法律ニ非ス何トナレハ國際法ハ一國ノ統治者カ

命令シタルモノニ非サルコト勿論ナレハナリ之ニ反シテ法律ハ人ノ權利ヲ定ムル規則ナリト云フトキハ國際法モ亦之ヲ法律ト稱スルコトヲ妨ケス何トナレハ國際法ハ國權即チ一國ノ統治者カ他國ノ統治者ニ對シテ有スル所ノ權利ヲ定ムル規則ナレハナリ國際法ヲ別チテ國際公法及國際私法ト爲シ國內法ヲ別チテ國內公法及國內私法ト爲ス左ニ逐次之ヲ説明スヘシ

甲、國際公法及國際私法

通常此ノ區別ヲ説明スル者乃チ曰ク國際公法ハ國ト國トノ間ノ公益上ノ關係ヲ定ムル法律ニシテ國際私法ハ國ト國トノ間ノ私益上ノ關係ヲ定ムル法律ナリト此ニ公益私法ト云フハ國家ノ利益個人ノ利益ト云フノ意ナリ故ニ國際公法ハ國際間ニ於ケル國家ノ利益ヲ定ムル法律即チ宣戰媾和條約交際等ノ事項ヲ規定スルモノ是レナリ國際私法ハ國際間ニ於ケル個人ノ利益ヲ定ムル法律即チ內國人カ外國ニ在ルトキ若クハ外國人カ內國ニ在ルトキ其ノ身分關係及財產關係ヨリ生スル私權ハ何レノ國ノ法律ニ依リテ支配セラレヤヲ定ムルモノ是レナリ此

ノ説明モ敢テ通セサルニハ非サレトモ公益私益ノ區別本來甚タ曖昧ナルノミナラス國際私法即チ萬國間ニ行ハレテ萬國ノ均シク遵守スル私法ノ存在スト云フコトハ頗ル怪シムヘキ所ナリ余輩察スルニ國際法ト云フ語ハ二様ニ解スルコトヲ得ヘシ一ハ國際間ニ行ハル、法律ト云フノ意ニシテ一ハ國際事項ニ關スル法律ト云フノ義ナリ而シテ國內法ニ對シテ國際法ト云フトキハ勿論第一ノ意義ニ從フヘキモノナリ此ノ意義ニ從ヒハ國際法ハ國際公法ノミニ限ルヘキモノニシテ國際私法ハ國際法ニ非スシテ國內法ノ一種タリ國際公法ハ國權ヲ規定スル法律ナリ各國ノ統治者ノ均シク遵守スヘキ所ナリ故ニ曰ク國際法ナリ國際私法ハ國際的私權ヲ規定スル法律ナリ詳言スレハ內國人カ外國ニ在ルトキ若クハ外國人カ內國ニ在ルトキ其ノ身分關係及財產關係ヨリ生スル私權ハ何レノ國ノ法律ニ依リテ支配セラレヤヲ定ムル法律ナリ國際私法ハ内外交渉的私法事項ニ關スル法律ナリ各國ノ統治者ノ任意ニ制作スル所ナリ國際間ニ行ハル、共通の私法ニハ非ス則チ各國人民カ均シク遵守スヘキ私法ニハ非ス一國內ニ限りテ行ハルル所ナリ唯其ノ規定事項カ同一ナルヨリシテ各國ノ法制大體ニ於テハ自ラ相

一致スルノ傾向アリテ乃チ國際間ニ行ハル、共通の私法ナルカ如キノ觀ヲ呈スト雖モ決シテ然ルニ非ス其ノ細節ニ至リテハ固ヨリ多少ノ相異ナキコトヲ免レサルナリ我カ邦ニ於テハ法例第三條乃至第三十條ノ規定スル所ナリ要スルニ國際私法ハ國際間ニ行ハル、法律ニ非スシテ國際事項ニ關スル法律ナリ故ニ曰ク國際私法ハ國際法ニ非スシテ國內法ノ一種タリ

凡ソ法律ハ大抵一國內ニ行ハル、モノニシテ國際間ニ行ハル、モノハ獨リ國際公法アルノミ其ノ餘ノ法律ニシテ國際間ニ行ハル、モノハ余輩ノ未ダ聞カサル所ナリ然レトモ國內法ニシテ國際事項ヲ規定スルモノハ甚タ多シ例ヘハ憲法中ニ宣戰媾和條約締結ノ事ヲ規定スルトキハ國際事項ニ關スル憲法ニシテ即チ國際憲法ナリ行政法中ニ外國人ノ歸化住居戶籍警察其ノ他ノ事項ニ關シテ特別ノ規定ヲ設クルトキハ國際事項ニ關スル行政法ニシテ即チ國際行政法ナリ刑法刑事訴訟法中ニ外國人ノ犯罪其ノ裁判其ノ他内外交渉の犯罪事項ニ關シテ特別ノ規定ヲ設クルトキハ國際事項ニ關スル刑法ニシテ即チ國際刑法ナリ是レハ皆國內法ニシテ國際法ニ非ス或ハ此等ノ法律ヲ總稱シテ國際公法ト謂フコトヲ得サ

ルニ非サルヘシト雖モ此ノ如キハ普通ニ人ノ言ハサル所ナリ又民法商法民事訴訟法中ノ規定事項ニ關シテ内外交渉の事項ノ特例ヲ規定スルトキハ是レ即チ國際私法ニシテ余輩カ國際私法ト喚做ス所ノモノハ偏ニ之ヲ指シテ言フナリ是レモ亦國內法ニシテ國際法ニハ非サルナリ然ルニ國際私法ヲ以テ國際間ニ行ハルル共通の私法ナリトシ條約其ノ他ノ方法ニ依リテ此ノ如キ私法ヲ設爲スヘシト論スル者アリ將來或ハ國際間ニ行ハル、私法ノ發生スルコトアルヤ否ヤハ余輩ノ豫知スルコト能ハサル所ナレトモ今日此ノ如キ私法ノ存セサルコトハ余輩ノ信シテ疑ハサル所ナリ國際間ニ行ハルル私法ト國際事項ニ關スル私法トハ明ニ之ヲ分別セシムコトヲ要ス今一例ヲ擧ケテ之ヲ説明セン一千八百八十年ノ頃ナリトカ白耳義ノ貴族ノ女子甲某佛蘭西ノ貴族ノ男子乙某ト婚姻ヲ爲シタルニ其ノ後夫婦間ニ不和ヲ生シ夫婦別居ヲ爲セリ然ルニ甲某更ニ獨逸ノ貴族丙某ト再婚セリ佛國ノ法律ニ依レハ夫婦別居ハ單ニ夫婦カ同居ヲ爲サ、ルニ止マリ其ノ他ノ點ニ於テハ夫婦ノ關係依然トシテ存續スルモノト爲スカ故ニ甲某ノ再婚ハ其ノ婚姻ノ無効タルハ勿論重婚罪ヲ以テ罰セラルヘキモノナリ然ルニ獨逸ノ法律

ニ依レハ夫婦別居ハ離婚ト同一ノ效果ヲ生シ全然夫婦ノ關係ヲ解消スルモノト爲スカ故ニ某甲ノ再婚ハ有效ノ婚姻ニシテ勿論重婚トナラス是ニ於テ佛獨兩國ノ學者間ニ劇烈ナル論争ヲ生シ一時ハ之カ爲メニ戰爭ヲ開始スルニ至ランヤモ知レサルカ如キ光景ニシテ人々危虞ノ心ヲ抱ケリト云フ然レトモ兩國ノ制度各相異ナルカ故ニ之ヲ奈何トモスルコト能ハスシテ已メリ見ルヘシ國際間ニ共通ニ行ハル、私法ト云フモノアラスシテ國際事項ニ關スル私法ハ各國ノ任意ニ規定スル所ナルコトヲ唯夫レ此ノ如キ事件ノ生スルハ各國ノ國際事項ニ關スル私法カ相一致セサルノ結果ニシテ甚タシキ不便ナルカ故ニ條約其ノ他ノ方法ニ依リテ之ヲ一致セシメンコトハ極メテ望ムヘキノ事タリト雖モ今日ハ未タ然ルコト能ハサルヲ奈何センヤ之ヲ要スルニ國際私法ハ國際事項ニ關スル國內法ニシテ國際間ニ行ハル、國際法ニハ非ス之ニ反シテ國際公法ハ國際間ニ行ハル、國際法ニシテ國際事項ニ關スル國內法ニハ非サルナリ

乙 國內公法及國內私法

此ノ區別ハ通常單ニ公法及私法ト喚ヒ做ス所ノモノナリ故ニ余輩モ以下國內ノ二字ヲ省キ單ニ公法及私法ト稱スヘシ
公法ハ公權ヲ規定スル法律ニシテ私法ハ私權ヲ規定スル法律ナリ詳言スレハ公法ハ統治者ト被治者トノ間ニ於ケル權利關係ヲ規定スルモノニシテ私法ハ一個人相互ノ間ニ於ケル權利關係ヲ規定スルモノナリ例ヘハ憲法ハ統治權ノ本體及作用ヲ定メ行政法ハ統治者ノ機關タル行政官府若クハ自治體ト人民トノ關係ヲ定メ刑法及刑事訴訟法ハ統治者若クハ其ノ機關タル裁判所ト罪人トノ關係ヲ定ムルモノナルカ故ニ皆公法トス民法及商法ハ夫婦親子債權者債務者ノ如キ一個人相互ノ關係ヲ定メタルモノナルカ故ニ私法ナリ獨リ民事訴訟法ニ關シテハ或ハ之ヲ公法ナリトシ或ハ之ヲ私法ナリトシテ議論一定セス蓋シ民事訴訟法ハ裁判所ト訴訟當事者(原被告)トノ關係ヲ定ムルノ點ヨリ見レハ公法ト稱スルコトヲ得ヘク訴訟當事者相互ノ關係ヲ定ムルノ點ヨリ見レハ私法ト謂フコトヲ得ヘクレハナリ余輩ヲ以テ之ヲ見ルニ民事訴訟法ハ一個人カ其ノ權利ヲ侵害セラレタルトキニ裁判所ニ其ノ救濟ヲ訴求シ裁判所カ之ヲ裁判スルノ手續ヲ定メタルモ

ノニシテ即チ私權ノ保護方法ヲ規定スルモノナルカ故ニ斷然之ヲ私法ノ中ニ列スヘキモノナリ

統治者カ統治者タルノ資格ニ於テ即チ政治ノ目的ヲ達センカ爲メニ一個人ト財產上ノ關係ヲ有スル場合ハ之ヲ公法關係ト見ルヘキカ將タ私法關係ト見ルヘキカ無論公法關係ト見ルヘキモノナリ然レトモ公法關係ト雖モ私法ノ規定ニ從フコトヲ妨ケスシテ此ノ場合ハ一個人相互ノ關係ト至ク同一ナルカ故ニ之カ爲メニ特別ノ規定ヲ設クルコトヲ爲サス便宜上私法ノ規定ニ從フモノトス佛國ニ於テ統治者ト一個人トノ契約ハ特ニ之ヲ行政契約ト稱シ一般ノ民事契約ト別異スルハ最モ其ノ論理ノ正ヲ推サ、ルコトヲ得サルナリ

公法及私法ノ區別ハ唯各科法律ノ大體ノ性質ニ就キテ之ヲ言フノミ若シ仔細ニ法律ノ各條規ニ就キテ點檢スルトキハ公法ノ中ニモ私法ノ規定アリ私法ノ中ニモ公法ノ規定アリテ一樣ナルコト能ハス例ヘハ憲法ニモ私權ニ關スル規定アリ刑法ニモ徵償處分ノ規定アルカ如キ是レ公法中ニ私法ノ規定ヲ含ムモノナリ又民法中ニ法人ト主務官廳トノ關係ヲ規定シ裁判所ト後見人若クハ親族會トノ關

係ヲ規定スルカ如キ是レ私法中ニ公法ノ規定ヲ含ムモノナリ

此ノ區別ノ基礎ニ關シテハ學者間ニ異論アル所ナリ或ハ曰ク公法ハ公益ヲ目的トスル法律ニシテ私法ハ私益ヲ目的トスル法律ナリト然レトモ公益私益ノ區別分明ナラス公益ト私益トハ決シテ相容レサルモノニ非スシテ法律ハ總テ公益私益ヲ増進保護スルコトヲ以テ其ノ目的ト爲スモノナルトキハ此ヲ以テ法律ノ公益ヲ區別センコト難シ或ハ曰ク公法ハ權力關係ヲ規定スル法律ニシテ私法ハ權利關係ヲ規定スル法律ナリト然レトモ法律關係ハ權利關係ヲ以テ一串スヘキモノニシテ若シ法律ノ一部タル公法ニ於テ權利ノ意象ヲ認メサルトキハ法律ヲ解體死滅セシムルモノナルコト前ニ詳論スル所ナルヲ以テ此ノ說モ亦之ヲ採用スルコトヲ得サルナリ

終リニ此ノ區別ノ實用ハ唯立法者カ法律ヲ制作スルニ當リテ規定ノ所屬ヲ定ムルト學者カ法律ヲ研究スルニ當リテ其ノ範圍ヲ限定スルトノ標準トナルニ過キスシテ議論ノ甚タ囂々タルニ似ス又何等ノ實用アルニ非サルナリ

第三款 成文法及不文法

成文法トハ立法者カ文書ヲ以テ公布シタル法律ヲ謂フ今日官報其ノ他ノ文書ヲ以テ公布スル法律命令ノ類皆是レナリ古代文字ノ使用カ十分ニ世間ニ知ラレサルノ時ニ於テハ立法者ハ單ニ言語ヲ以テ其ノ意思ヲ發表シタルコトアリ後世ニ及ヒテモ革命ノ動亂等ノ場合ニ於テ急卒ノ用ニ應センカ爲メ往々此ノ方法ヲ用非タルコトアリト雖モ今日ニ於テハ法律ハ大抵文書ニ記載シテ公布セラル、コト、ナレリ是レ成文法ノ名稱アル所以ナリ

不文法トハ立法者ノ明示若クハ默示ノ認定ニ依リテ法律ノ效力ヲ得タルモノヲ謂フ主トシテ慣習學說裁判例ノ三者ヲ指ス然レトモ外國法若クハ條理ノ如キモ亦不文法タルコトアルヘシ此等ハ固ヨリ文書ニ記載セラル、コトアルモノナリト雖モ當初其ノ法律ノ效力ヲ得ルノ時ニ於テ其ノ事項カ文書ニ記載セラレサルヲ以テ之ヲ不文法トハ稱スルナリ而シテ慣習ハ不文法中最モ重要ノ部分ヲ占ムルモノナルカ故ニ或ハ不文法ヲ稱シテ直ニ慣習法ト爲ス者アリ請フ少シク之ヲ

論セン

慣習

慣習ハ人民公私ノ生活ニ關シ自然ニ其ノ間ニ發生シタル行爲ノ準則ニシテ法律タルノ效力ヲ有シ人民ヲ羈束スルモノナリ古代ニ在リテ一國ノ法律ハ慣習法カ其ノ大部ヲ占メ殊ニ個人相互間ニ於ケル夫婦親子ノ關係相續遺言其ノ他財産ノ取引ニ關スル事項等ハ大抵慣習ニ依リテ定マリタルモノナリ近世立法ノ機關整備スルニ及ヒテ一國ノ法律ハ成文法反リテ其ノ大部ヲ占メ慣習法ハ頗ル其ノ範圍ヲ縮少スルニ至レリ然レトモ社會ノ事情ハ千種萬類ニシテ且變遷窮リナキモノナルカ故ニ成文法ヲ以テ悉ク之ヲ定ムルコトハ到底爲シ能ハサル所ナリ從テ慣習法カ國法ノ一部トシテ永ク存スヘキコトハ決シテ疑ヲ容レサルナリ我カ現行法ハ成文法ヲ以テ慣習カ法律ト同一ノ效力ヲ有スルコトヲ明定セリ然レトモ之カ爲メニ慣習カ變シテ成文法トナリタルニ非ス慣習ハ依然トシテ慣習ナリ換言スレハ慣習ノ效力ヲ認ムルモノハ成文法ナリト雖モ慣習其ノ物ハ成文法ニ非ス時ト所トニ依リテ變遷消長スヘキモノナリ我カ現行法ノ規定ニ依レハ公益ニ

反スル慣習ハ絶對的ニ無効ナリ之ニ反シテ公益ニ反セサル慣習ニ就キテハ之ヲ左ノ三種ニ區別シ其ノ效力稍相異ナレリ

一、法令ノ認メタル慣習(民二一七條二一九條三項二二八條二三六條二六三條二六九條二項二七八條二項二九四條等)

二、法令ニ規定ナキ慣習

三、法令カ其ノ慣習ニ異ナリタル規定ヲ設ケタル慣習

右第一及第二ノ慣習ハ法例第二條ノ規定スル所ニシテ法律ト同一ノ效力ヲ有スルモノナリ第三ノ慣習ハ民法第九十二條ノ規定スル所ニシテ當事者カ之ニ依ルノ意思ヲ有セルモノト認ムヘキ場合ニ限り其ノ效力アルモノナリ

法律ハ右ノ如ク慣習ノ效力ヲ認ムト雖モ慣習カ法律タルノ效力ヲ有スルニハ如何ナル條件ヲ具備スルコトヲ要スルヤニ就キテハ唯公益ニ反セサルコトヲ要スト云フノ外何事ヲモ規定セス故ニ或ル慣習カ果シテ法律ノ認ムル所ノモノニ適合スルヤ否ヤハ全ク事實ノ問題ニシテ裁判官ノ認定ニ任スルノ外ナシト雖モ裁判官カ之ヲ認定スルニハ宜シク從來ノ學說ニ從ヒ其ノ慣習ハ(一)條理ニ反セサル

コト(二)永續シタルコト(三)確實ナルコト(四)法律ノ精神ニ牴觸セサルコト等ノ諸條件ヲ審案シテ其ノ效力ヲ認ムヘキナリ、

學說

學說モ亦慣習ト同シク立法者ノ明示若クハ默示ノ認定ニ由リテ法律タルノ效力ヲ有スルコトアルモノナリ古代ニ於テハ立法者カ直接ニ學者ノ論說ヲ認メテ之ニ法律ノ效力ヲ賦與シタルコトアリ其ノ最モ顯著ナル事例ハ羅馬帝テオドースカ當時ノ碩學パヒニア、ポール、ユルピアン、ガイユス及モデスタン、五氏ノ學說ヲ以テ法律ト同一ノ效力ヲ有スルモノトシ若シ此ノ五人ノ者ノ意見相牴觸シタルトキハパヒニアノ說ニ從フヘシト定メタルト一千四百九十六年西班牙王フエルデナンドカ同シク當時ノ學者バルトール及バルド二人ノ學說ニ法律ノ效力ヲ與ヘタルト是レナリ近世ニ及ヒテハ最早此ノ如キコトアルコトナシ然レトモ有カナル學者ノ論說カ裁判官ニ採用セラレテ法律タルノ效力ヲ有スルコトハ今日モ屢見ル所ナリ故ニ學說モ亦不文法ノ一種ナリトス若シ夫レ立法者カ學者ノ論說ヲ採用シテ法律ヲ制定シタルトキハ是レ其ノ學說ハ全然成文法ト成リ了リタ

ルモノニシテ固ヨリ不文法ニ非サルナリ

裁判例

裁判ハ成文法、慣習學說若クハ條理等ニ依リテ過去ノ事實ニ關スル一個ノ訴訟ヲ
裁判スルモノニシテ其ノ效力ハ單ニ訴訟關係人ヲ羈束スルニ止マリ決シテ將來
且一般ニ對シテ法律タルノ效力ヲ有スルモノニ非ス然レトモ此ニ一ノ裁判アリ
テ其ノ後類似ノ訴訟現出シタルトキハ後ノ裁判官ハ重大ノ理由アルニ非サレハ
必ス前ノ裁判ニ從テ之ヲ裁判スヘシ是ニ於テ裁判カ恰モ法律ト同一ノ效力ヲ有
スルニ至ル裁判例ノ效力ハ國ニ依リテ異ナレリ即チ英米ノ如キ不文法ヲ主トス
ル國ニ在リテハ裁判例ハ成文法ト殆ト同一ノ效力ヲ有スト雖モ歐洲大陸諸國ノ
如キ成文法ヲ主トスル國ニ在リテハ裁判例ニ法律ノ效力ヲ認メス然レトモ英米
ニ在リテモ裁判例ハ成文法ト全ク同一ノ效力ヲ有スルモノニ非ス何トナレハ裁
判官ハ反對ノ慣習若クハ重大ノ理由アリタルトキハ必スシモ裁判例ニ從ハスシ
テ新タル裁判ヲ爲スコトヲ得レハナリ是レ不文法ノ妙用アリトスル所ナリ唯
原則トシテハ裁判例ニ服從セサルヘカラス故ニ英米ニ在リテハ裁判例ハ洵ニ不

文法ノ一種タリト謂フヘシ之ニ反シテ大陸諸國ニ在リテハ裁判例ハ固ヨリ成文
法ト同一ノ效力ヲ有セスト雖モ又或ル場合ニ於テハ殆ト之ト同一ノ效力ヲ有ス
ルコトナキニ非ス即チ成文法カ全ク欠缺セシ場合若クハ成文法カ不明不悉ナル
場合ニ於テ一ノ裁判ハ後ノ裁判ノ標準トナルモノナリ唯原則トシテ裁判例ニ法
律ノ效力ヲ認メサルノミ

成文法及不文法ヲ區別スルノ標準ハ法律成立ノ狀態ノ差異ニ存ス即チ一ハ文法
ヲ以テ公布セラレ一ハ公布セラレサルノ上ニ存ス而シテ不文法モ多クハ文書ニ
記載セラル、モノナルカ故ニ或ハ之ヲ公布法及不公布法ト稱スルコソ穩當ナラ
メト云フ者アリ是レモ亦一說ナリ然レトモ成文法ヲ以テ慣習ノ效力ヲ認ムル場
合ノ如キハ之ヲ不公布法ト謂フコトヲ得ス故ニ余輩ハ姑ク舊來ノ稱呼ニ從フ
此ノ區別ノ實用ハ主トシテ成文法ハ不文法ヲ變更廢止スルコトヲ得レトモ不文
法ハ成文法ヲ變更廢止スルコトヲ得サルト、及不文法ノ效力ハ偏ニ成文法ノ存セ
サル區域又ハ其ノ認メタル區域ニ限ラル、トノ二點ニ存スヘシ又此ノ區別ハ法
律ノ各部ニ存スルモノニシテ憲法民法其ノ他ノ法律中ニモ成文法ノ部分ト不文

法ノ部分ト並存スルモノナリ

第四款 強行法及許容法

強行法トハ或ル行爲ヲ命令シ若クハ禁止スル法律ヲ謂フ強行法ヲ細別シテ命令法及禁止法ノ二ト爲ス命令法ハ積極的ニ或ル行爲ヲ爲スヘキコトヲ命シ禁止法ハ消極的ニ或ル行爲ヲ爲スヘカラサルコトヲ命スルモノナリ例ヘハ租税法徴兵令ノ如キハ命令法ニシテ刑法其ノ他ノ諸罰則ノ如キハ禁止法ナリ強行法ニハ人民必ス服從セサルヘカラス若シ之ニ違背スルトキハ其ノ制裁ヲ受ク許容法トハ人民ノ意思ヲ推測シ其ノ便宜ノ爲メニ設ケタル法律ニシテ之ニ從フト否トハ人民ノ自由ニ屬スルモノヲ謂フ例ヘハ民法及商法中ノ公ノ秩序ニ關セサル規定ノ如キ是レナリ許容法ニハ人民必スシモ服從スルコトヲ要セス唯之ニ服從スルコトヲ欲セサルトキハ必ス其ノ意思ヲ表示セシムコトヲ要ス若シ其ノ意思ヲ表示セサルトキハ法律ノ規定ニ從ヒタルモノト推定セラル、ナリ今、卑近ノ例ヲ擧ケテ之ヲ説明センニ民法ノ中ニ買賣契約ノ費用ハ當事者雙方平分シテ之

ヲ負擔ス(民五五八條)債務ノ履行ハ債權者ノ住所ニ於テス(民四八四條末文)ト云フカ如キ規定アリ此等ノ規定ハ固ヨリ公ノ秩序ニ關セサル規定ナルカ故ニ當事者ニ於テ反對ノ意思ヲ表示スルトキハ之ニ從ハサルコトヲ得ルナリ唯反對ノ意思ヲ表示セザリシトキハ其ノ規定ニ從ヒタリト見做サル、ノミ之ニ依リテ言ヘハ強行法許容法ノ區別ハ法律全體ノ區別ニ非スシテ法律各條規ノ區別ト見ルヘキモノナリ何トナレハ普通ニ許容法ト稱スル民法ノ中ニモ強行法ニ屬スル規定頗ル多クシテ一概ニ之ヲ許容法ナリト稱スルコトヲ得ザレハナリ蓋シ民法中ニハ公ノ秩序ニ關スル規定ト各人ノ私益ニ關スル規定トアリ一ヲ公益規定ト稱シ一ヲ私益規定若クハ解釋規定ト稱ス解釋規定トハ當事者ノ意思ノ解釋推測ニ本ツク規定ト云フノ意ナリ物權親族相續ニ關シテハ公益規定多ク債權殊ニ契約ニ關シテハ私益規定多シ其ノ公益規定ハ即チ強行法ナルカ故ニ何人モ之ニ違背スルコトヲ得スト雖モ私益規定ハ即チ許容法ニシテ人民ノ意思ヲ推測シ其ノ便宜ノ爲メニ設ケタルモノナルカ故ニ之ニ從フト否トハ一ニ人民ノ自由ナリ唯之ニ從ハザラント欲セハ上ニ述ヘタル所ノ反對ノ意思ヲ表示スト云

フ一條件ヲ守ルヘキノミ余輩故ニ曰ク此ノ區別ハ法律全體ノ區別ニ非スシテ法律各條規ノ區別ナリト

或ハ曰ク民法ノ如キハ一般ニ許容法ナリ成程民法ノ中ニハ物權親族相續等ニ關シテ公ノ秩序ニ關スル規定多ク人民ハ必ス之ニ從ハサルヘカラス然レトモ人民カ之ニ從ハサルヘカラスト云フハ唯人民カ物權ヲ設定シ若クハ婚姻及相續ヲ爲ストキニ限ル人民カ此等ノ事ヲ爲サント欲スルトキハ固ヨリ其ノ規定ニ從ハサルヘカラスト雖モ此等ノ事ヲ爲スト否トハ人民ノ自由ニシテ人民ハ必ス此等ノ事ヲ爲サ、ルヘカラサルノ義務アルニ非サルカ故ニ尙ホ許容法ト稱スルコトヲ妨クスト然レトモ既ニ物權ヲ設定シ若クハ婚姻及相續ヲ爲スニ當リテ必ス法律ノ規定ニ從ハサルヘカラストモアリトセハ是レ即チ強行法ニ非スヤ強行法ハ反對ノ意思ヲ表示シテ之ニ違フコトヲ許サ、ルモノナリ許容法ハ反對ノ意思ヲ表示スルトキハ常ニ之ニ從ハサルコトヲ得ルモノナリ民法ノ全體ハ決シテ許容法ニ非サルナリ

此ノ區別ノ標準ハ法律ノ效力ノ差異ニ存ス即チ一ハ人民カ反對ノ意思ヲ表示シ

テ之ニ違フコトヲ許サ、ルモノハ之ヲ許スノ點ニ存ス而シテ此ノ區別ノ實用モ亦偏ニ強行法ニハ人民必ス之ニ服從セサルヘカラスト雖モ許容法ニハ反對ノ意思ヲ表示シテ之ニ從ハサルコトヲ得ルニ在ルナリ

第五款 普通法及特別法

普通法及特別法ヲ區別スルノ標準ハ所ヲ基礎トスルモノ人ヲ基礎トスルモノ及事ヲ基礎トスルモノ、三アリ

所ヲ基礎トシテ此ノ二者ヲ區別スルトキハ普通法ハ國內一般又ハ其ノ大部ニ行ハル、法律ニシテ特別法ハ國內ノ一部ニ行ハル、法律ナリ例ヘハ特ニ北海道沖繩臺灣等ノ地方ニ限リテ行ハル、法律ハ特別法ニシテ其ノ他ノ法律ハ普通法ナリ

人ヲ基礎トシテ此ノ二者ヲ區別スルトキハ普通法ハ國民一般又ハ其ノ大部ニ行ハル、法律ニシテ特別法ハ國民ノ一部ニ行ハル、法律ナリ例ヘハ普通刑法ハ普通法ニシテ陸海軍刑法ハ特別法ナルカ如シ其ノ他華族世襲財產法官吏懲戒令ノ

如キモ亦特別法ナリ

事ヲ基礎トシテ此ノ二者ヲ區別スルトキハ普通法ハ一般ノ事項ヲ支配スル法律ニシテ特別法ハ特別ノ事項ヲ支配スル法律ナリ例ヘハ民法ハ民事ヲ支配スル普通法ニシテ商法ハ商事ヲ支配スル特別法ナルカ如シ

此ノ區別ノ實用ハ主トシテ普通法ト特別法ト牴觸シタルトキハ必ス先ツ特別法ニ從フヘク特別法ニ規定ナキモノニ至リテ始メテ普通法ノ規定ニ從フヘシト云フノ點ニ存ス而シテ特別法ト例外法トハ之ヲ區別センコトヲ要ス例外法モ亦原則法ニ先タチテ行ハル、モノナリト雖モ例外法ハ元來已ムコトヲ得サルノ規定ニシテ立法者ハ成ルヘク原則ノ行ハレンコトヲ欲スルモノナルカ故ニ例外法ハ成ルヘク狹隘ニ之ヲ解釋シ其ノ規定中ニ包含セラレサル所ノモノハ悉ク原則ノ規定ニ從フヘキモノナリ之ニ反シテ特別法ハ或ル特別ノ需用ニ應センカ爲メニ設ケタルモノニシテ必スシモ狹隘ノ解釋ヲ爲スコトヲ要セス例ヘハ商法ハ民法ノ特別法ナルモ其ノ例外法ニ非スト云フハ是ノ謂ナリ故ニ商事ニ關シテハ先ツ商法ノ規定ヲ適用スヘキコト勿論ナリト雖モ商法ノ規定ハ必スシモ狹隘ノ解釋

ヲ施スヲ要セス且商法ニ規定ナキトキニ於テモ直ニ民法ノ規定ヲ適用スヘカラス先ツ商慣習法及商法附屬ノ諸規定ニ從フヘキナリ而シテ此ノ區別ハ絶對的ノモノニ非スシテ雙對的ノモノタルニ過キス故ニ例ヘハ商法ノ如キモ民法ニ對シテハ固ヨリ特別法ナリト雖モ取引所法銀行條例等商事ノ一部ニ關スル法律ニ對シテハ普通法ノ地位ヲ占ムルモノナリ

第六款 固有法及繼受法

固有法トハ其ノ國固有ノ慣習風俗ニ本ツキテ制作シタル法律ヲ謂ヒ繼受法トハ直ニ外國法ヲ採用シ若クハ外國法ニ模倣シテ制作シタル法律ヲ謂フ繼受ノ方法ニ直接繼受及間接繼受ノ別アリ直接繼受トハ直ニ外國法ヲ採用シテ國法ト爲スコトヲ謂フ例ヘハ中世ノ歐洲カ直ニ羅馬法ヲ採用シ近世南獨逸ノ諸邦カ那翁法典ヲ採用シテ國法ト爲シタルカ如シ間接繼受トハ外國法ニ模倣シテ國法ヲ制作スルコトヲ謂フ例ヘハ我カ邦ノ大寶令ハ隋唐律ニ依リ新律綱領ハ明清律ニ倣ヒ今日ノ諸法律ハ大抵歐洲諸國ノ制度ヲ析衷シテ制定シタルカ如シ繼受法ヨリシ

テ母法及子法ノ區別ヲ生ス他國ノ模範トナル法律ヲ母法ト謂ヒ母法ニ依リテ制作シタル法律ヲ子法ト謂フ

穂積陳重博士曰ク世界ノ法律ハ之ヲ大別シテ羅馬法系英米法系回々法系印度法系及支那法系ノ五種トナスコトヲ得ヘシ而シテ我カ邦ノ法律ハ支那法系ヨリ羅馬法系ニ移リタルモノナリト其ノ法系分類ノ當否ハ姑ク舍キ此ノ論ノ如キハ能ク我カ邦法律變遷ノ狀況ヲ概括シタルモノト謂フヘシ

以上ニ列舉シタル法律ノ分類ノ外尙ホ(七)人法及物法(八)屬人法及屬地法(九)主法及助法(一〇)國民法及普通法(一一)指定法及制裁法(一二)新設法及解釋法等ノ區別アリト雖モ餘リ冗漫ニ涉リ且必要ナラサルヲ以テ悉ク省略ニ從フ

第三節 法律ノ制定

此ニ法律ト云フハ專ラ國內法ノ一種タル成文法ヲ指ス何トナレハ國際法及不文法ニハ制定ト云フ事アラサレハナリ本節以下ノ所説ハ大抵成文法ニ關スルモノト知ルヘシ

成文法ヲ制作スル方法ハ各國ノ政體ニ依リテ異ナレリ例ヘハ君主專制國ニ在リテハ王言即チ法ナリ或ハ元老樞密ニ諮詢シテ而ル後ニ法律ヲ制定スルコトアリト雖モ是レ唯君主任意ノ行爲ニシテ法律制定ノ要件ニハ非ス民主共和國ニ在リテハ人民ノ總意即チ法ニシテ又國家ノ元首ノ裁可ニ待ツコトナシ立憲君主國ニ在リテハ國會ノ決議ト君主ノ裁可トヲ經ルヲ以テ法律制定ノ要件トス然レトモ立憲君主國ニ在リテモ或ハ君主ト國會ト共同シテ立法權ヲ行フトスルモノアリ或ハ國會ハ單ニ君主ノ立法權ノ行使ニ參贊スルニ止マルトスルモノアリテ一定ノ通則ナシ茲ニハ唯立憲君主國ニ於ケル法律制定ノ方法順序ヲ略述ス

立憲君主國ニ於テ法律ノ制定ハ大抵提案議決裁可公布及周知期間ノ五段ヲ經テ完了ス

一提案 提案トハ法律案ヲ國會ニ提出スルコトヲ謂フ法律提案ノ權ハ通常君主及國會ニ屬スルモノナリ或ル國ニ於テハ法律提案ノ權ハ專ラ君主ノミニ屬シ國會ハ唯之ヲ可否スルニ止マルトスルモノアリ我カ帝國憲法ニ於テハ法律提案ノ權ハ政府及貴族院衆議院ノ三者ニ屬ス(憲三八條)政府ヨリ提出スル法律案

ハ先ツ貴衆兩院ノ何レニ提出スルモ隨意ナリト雖モ豫算案ハ必ス先ツ衆議院ニ提出スヘキモノトス(憲六五條)議員ノ發議スル法律案及修正ノ動議ハ二十人以上ノ賛成アルニ非サレハ議題ト爲スコトヲ得ス(議院法二九條)兩議院ノ一ニ於テ否決シタル法律案ハ同會期中再ヒ提出スルコトヲ得ス(憲三九條)

提案ノ前ニハ必ス起草アリ起草ハ何人之ヲ爲スト雖モ可ナリ

二、議決 議決トハ國會カ憲法及法律ノ規定ニ從テ法律案ノ可否ヲ確定スル方法ヲ謂フ法律案ヲ議決スルニハ通常之ヲ委員ニ附託シ其ノ審査報告ヲ待チテ之ヲ議決ス議決ヲ分チテ可決及否決ノ二ト爲ス法律案ニシテ可決セラレタルモノハ定案トナリ否決セラレタモノハ廢棄トナル可否ノ決ハ多數決ノ方法ニ由リ可否同數ナルトキハ議長之ヲ決ス議決ハ三讀會ヲ經ルコトヲ要ス三讀會トハ同一ノ法律案ヲ三回反覆シテ審議スルコトヲ謂フ法律案ハ議決ニ依リテ確定シ又之ヲ變更スルコトヲ得ス

三、裁可 裁可トハ君主カ國會ニ於テ可決シタル法律案ニ法律タルノ效力ヲ附與スル方法ヲ謂フ裁可ノ方法ハ通常君主カ其ノ法律案ニ署名鈴璽シ大臣之ニ副

署スルニ在リ副署ハ大臣ノ責任ヲ明ニスル所以ナリ法律案ハ裁可ニ依リテ法律タルノ力ヲ生ス換言スレハ法律案カ變シテ法律トナルナリ君主カ法律案ヲ裁可セサルトキハ之ヲ不裁可トス或ル國ニ於テハ特ニ不裁可ノ方式ヲ定メ一定ノ期間内ニ之ヲ國會ニ通知シ若クハ其ノ再議ニ付ストスルモノアリ我カ帝國憲法ニ於テハ不裁可ノ方式ヲ定メス次期ノ議會マテニ公布セラレサル法律案ハ裁可セラレサルモノトスルナリ(議院法三二條)

四、公布 公布トハ君主カ裁可シタル法律ヲ發表シ官吏ニハ之カ執行ヲ命シ人民ニハ之カ遵守ヲ命スル方法ヲ謂フ法律ハ裁可ニ依リテ完全ニ成立シ法律タルノ效力ヲ有スト雖モ未タ人民ニ對シテ執行力ヲ生セス執行力ハ公布ニ由リテ生スルナリ公布ノ方法ハ古今各國之ヲ異ニセリ或ハ鐘鼓喇叭ノ類ヲ以テ人民ヲ一定ノ場所ニ集メテ之ニ新ニ公布シタル法律ヲ讀ミ聞カセタルモノアリ或ハ市場街頭其ノ他人民輻輳ノ地ニ之ヲ揭示シタルモノアリ或ハ諸官廳ニ備付ケタル公簿ニ之ヲ登錄シテ普ク人民ノ縦覽ニ供シタルモノアリト雖モ近世印刷術ノ開ケシヨリ以來官報ヲ發行シテ之ニ法律ヲ登載スルヲ以テ普通ノ方法

トナスニ至レリ

五、周知期間 周知期間トハ法律公布ノ後ヨリ人民カ遍ク其ノ法律ヲ知リタルモノト推測スルコトヲ得ルニ至ルマテノ一定ノ期間ヲ謂フ法律ハ公布ニ依リテ執行力ヲ生スト雖モ唯公布アリタルノミニテハ人民ハ未タ之ヲ遵守スルノ義務ヲ負ハサルナリ何トナレハ假令法律ノ公布アルモ之ヲ知ルコトヲ得サル間ハ之ヲ遵守セント欲スルモ能ハサレハナリ故ニ法律公布ノ後ニ一定ノ期間ヲ置キテ人民ヲシテ遍ク之ヲ知ラシムルハ固ヨリ至當ノ事タリ然レトモ周知期間ハ人民カ法律ヲ知リタルモノト推測スルコトヲ得ヘキ期間ヲ定ムルニ過キスシテ人民カ果シテ其ノ期間内ニ法律ヲ知リタルヤ否ヤハ問フ所ニ非サルナリ法律一タヒ公布セラレ周知期間ヲ經過シタルトキハ人民ハ既ニ悉ク之ヲ知リタルモノト見做サレ之ヲ遵守スルノ義務アリ假令全ク法律ヲ知ラスト雖モ之ニ違背スルトキハ其ノ制裁ヲ免ル、コトヲ得ス故ニ法語ニ曰ク何人モ法律ヲ知ラスト見做サル、コトナシト

周和期間ヲ定ムルノ方法ニ關シテハ二個ノ主義アリ第一ハ公布ノ法律ヲ登載

シタル官報カ各地方官廳ニ到達シタル後一定ノ期間ヲ經テ實施セラルトスルモノニシテ第二ハ法律公布ノ後一定ノ期間ヲ經テ國內同時ニ實施セラルトスルモノナリ佛國ノ如キハ第一ノ主義ヲ取り白耳義伊太利ノ如キハ第二ノ主義ヲ取レリ佛國法ニ依レハ中央政府所在地及其ノ州内ニ於テハ官報發布ノ後一日ヲ經テ實施セラレ其ノ他ノ各州ニ於テハ巴里ト各州ノ首府トノ距離十「ミリアメートル」我カ二十五里強毎ニ一日ヲ算シ官報到達ノ後同シク一日ヲ經テ其ノ州内ニ實施セララル而シテ巴里ト各州ノ首府トノ距離ハ別ニ表ヲ作りテ之ヲ一定シ十「ミリアメートル」ニ滿タサル分數ハ尙ホ之ヲ一日ニ算入セリ白耳義ニ於テハ法律公布ノ後十日ヲ經テ國內一般ニ行ハル、モノトシ伊太利ニ於テハ十五日ヲ經テ行ハルルモノトセリ此ノ期間ノ差異ハ國土ノ廣狹ニ本ツクモノナリ我カ邦ニ於テ公文式ハ第一ノ主義ヲ取り現行法例ハ第二ノ主義ヲ取レリ公文式ニ依レハ法律ハ官報カ各府縣廳ニ到達ノ後七日ヲ經テ施行セララル而シテ官報カ各府縣廳ニ到達スル日數ハ中央政府ト各府縣廳トノ距離ノ遠近ニ應シ各別ニ之ヲ定ム明治十九年二月勅令第一號公文式一〇條明治十六年五月第

十四號布達官報到達日數然ルニ法例ハ法律ハ公布ノ日ヨリ起算シ滿二十日ヲ經テ之ヲ施行スルモノトセリ(法例一條)故ニ法律ハ公布ノ日即チ官報登載ノ日ヨリ滿二十日ヲ算シ其ノ期間滿了ト同時ニ全國一般ニ行ハル、ナリ
右ハ一般ノ規定ニシテ法律ノ施行期日ニ關シ特別ノ規定ナキ場合ニ於テハ常ニ之ニ從フヘキモノナリ然レトモ若シ或ル法律中ニ其ノ施行期日ニ關シ特別ノ規定ヲ設ケタルトキハ固ヨリ之ニ從フヘキモノナリ而シテ特別ニ施行期日ヲ定ムル方法凡ソ三アリ

(イ) 公布ノ日ヨリ施行スルモノ

(ロ) 別ニ施行ノ期日ヲ定メ其ノ日ヨリ施行スルモノ

(ハ) 施行期日ノ規定ヲ他ノ法令ニ委任スルモノ

周知期間ニ就キテ起ルヘキ問題ハ天災事變ニ依リテ官報カ其ノ到達日數内ニ到達セザルトキモ人民ハ尙ホ之ヲ遵守スルノ義務アルヤ否ヤト云フモノ是レナリ公文式第十一條ニハ實際其ノ到達シタル翌日ヨリ起算シ七日ヲ經テ施行スト規定シタリシモ法例ハ之ニ關シテ何等ノ規定ヲ設ケス余輩ハ天災事變ニ

依リ其ノ法律ノ公布アリタルコトヲ知ラサル人民ハ實際之ヲ知り若クハ知ルコトヲ得ヘカリシトキヨリ遵守ノ義務ヲ負フモノナリト信ス外國ニ在ル日本臣民カ日本法律ヲ遵守スヘキ場合ニ就キテモ亦同一ナリ法語ニ曰ク何人モ不能ノ事ニ拘束セラレスト

佛國法ニ於テハ頒布ト公布トヲ區別ス頒布トハ國ノ元首カ社會ニ對シテ法律ノ存在ヲ證明シ及其ノ執行ヲ命スル方法ヲ謂フ其ノ方法ハ法律ノ前文ニ「共和國大統領ハ元老院及代議院ノ採納シタル左ノ法律ヲ頒布ス」ト記載シ且年月日ヲ記入スルニ在リ公布トハ法律ノ頒布アリタルコトヲ國民ニ通知スル方法ヲ謂フ其ノ方法ハ頒布ノ法律ヲ官報ニ登載シ一定ノ期間ヲ經タル後人民カ悉ク之ヲ知リタリト推測スルニ在リ之ニ依リテ見レハ其ノ所謂頒布公布ハ公布ト周知期間トノ事ニ外ナラス故ニ他ノ諸國ニ於テハ此ノ區別ヲ認メサルモノ多シ

法律制定ノ方法順序ハ大略右ノ如シ約シテ言ヘハ法律ハ提案ニ始マリ議決ニ確定シ裁可ニ完成シ公布ニ依リテ執行力ヲ生シ周知期間ヲ經テ遵守ノ義務ヲ生ス

ルモノト謂フヘキナリ

立憲國ニ於テハ通例法律ト命令トヲ區別ス法律ハ國會ノ議決ヲ經テ發スルモノニシテ命令ハ國會ノ議決ヲ經スシテ君主自ラ之ヲ發シ若クハ大臣以下ニ命シテ發セシムルモノナリ法律ト命令トノ區別ハ各國ノ國法ニ依リテ同シカラス學說モ亦頗ル紛々タリト雖モ制定ノ方法ニ關シテ一ハ國會ノ議決ヲ經ルコトヲ要シ一ハ之ヲ要セサルノ點ハ實ニ此ノ二者ヲ區別スルノ根本的標準タルコトハ前ニ述フル所ナリ余輩カ右ニ述ヘタル法律ノ制定ハ國會ノ議決ヲ經ル法律ニ就キテ言ヒタルモノニシテ命令ノ制定ニハ提案議決ノ手續ヲ要セス但裁可以下ハ多少ノ變更ヲ以テ命令ニモ適用セラルヘシ公文式ニ依レハ勅令ハ內閣ニ於テ之ヲ起草シ又ハ各省大臣案ヲ具ヘテ內閣ニ提出シ閣議ヲ經タル後總理大臣ヨリ上奏裁可ヲ請フテ之ヲ公布シ一般ノ行政ニ係ルモノニハ總理大臣主任大臣俱ニ之ニ副署シ各省專任ノ事務ニ係ルモノニハ主任大臣ノミ之ニ副署ス閣令省令ハ總理大臣又ハ各省大臣カ法律命令ノ範圍内ニ於テ其ノ職權ニ依リ若クハ特別ノ委任ニ依リテ法律勅令ヲ施行シ又ハ安寧秩序ヲ保持スルカ爲メニ發スルモノニシテ各

大臣單獨ノ署名ヲ以テ足ル地方官廳モ亦其ノ職權ノ範圍内ニ於テ命令ヲ發スルコトヲ得即チ警視廳令、北海道廳令、臺灣總督律令及府令、府縣令、島廳令、郡令、區令是レナリ此等ノ命令ハ各其ノ長官之ヲ發ス公布ノ方法ハ勅令閣令省令ハ法律ト同シク官報ニ登載ス地方官廳ノ命令ハ各地方ノ定ムル公布ノ方法ニ從ヒ或ハ公報ヲ發行シ或ハ其ノ他ノ印刷物ニ登載シテ之ヲ公布ス獨リ東京府、警視廳及臺灣總督府ノ命令ノミ之ヲ官報ニ登載スルモノハ便宜ニ出ツルナルヘシ周知期間ニ就キテハ公文式ニ依レハ中央政府ヨリ發スル命令ハ各府縣廳ニ到達シタル後七日ヲ經テ施行セラル、モノトシ地方官廳ノ命令ハ官報ノ到達日數ヲ要スルコトナキヲ以テ公布ノ日ヨリ起算シ七日ヲ經テ施行シ管内ノ官廳役場ニ在リテハ到達シタル日ヨリ起算スルモノトセリ(明治二十六年十月勅令第九十九號)地方官廳ノ發スル命令ノ公布式三條法例ハ獨リ法律ノミニ就キテ規定シ命令ニ就キテハ何等ノ規定ヲ設ケサルカ故ニ法律ハ公布ノ日ヨリ起算シ滿二十日ヲ經テ施行セラル、コト、ナリタレトモ命令ハ依然公文式ニ從フヘキモノナリ故ニ中央政府ヨリ發スル命令即チ勅令閣令省令等ハ其ノ官報カ各地方官廳ニ到達シタル後七

日ヲ經テ行ハル、モノトス然レトモ是レハ法律ニ對シテ權衡ヲ失フノ甚タシキモノナルカ故ニ早晚勅令ヲ以テ法律ト同シク其ノ施行期日ヲ定メラルヘシ而シテ地方官廳ノ發スル命令ハ尙ホ現行法ニ由ルコト、スヘキカ

第四節 法律ノ效力、適用及解釋

第一款 法律ノ效力

法律ノ效力ハ之ヲ分チテ時ニ關スル效力及所ニ關スル效力ノ二ト爲ス凡ソ法律ハ人、物、事ノ三者ヲ支配スルモノナリ而シテ人、物、事ノ三者ハ一定ノ時ト所トニ存ス即チ法律カ一定ノ時ニ存スル人、物、事ヲ支配スルノ點ヨリシテ之ヲ時ニ關スル法律ノ效力ト謂ヒ法律カ一定ノ所ニ存スル人、物、事ヲ支配スルノ點ヨリシテ之ヲ所ニ關スル法律ノ效力ト謂フ

甲、時ニ關スル法律ノ效力

時ニ關スル法律ノ效力ニ就キテハ左ノ三則ヲ設クルコトヲ得

第一則、法律ハ成立ヨリ廢止マテ效力ヲ有ス

第二則、法律ハ成立以前ニ其ノ效力ヲ及ボサス

是レ所謂法律ハ既往ニ遡ラスト云フ有名ナル原則ナリ此ノ原則ハ第一則ヨリ當然流出スル所ナリ何トナレハ法律ハ成立ヨリ效力ヲ有スト云フトキハ成立以前ニ遡リテ效力ヲ有セサルコトハ明白ナレハナリ即チ今日ヨリ施行セララル法律ハ今日以後ノ事ヲ支配スヘキモノニシテ昨日ノ事ニ效力ヲ及ボスヘカラサルナリ此ノ原則ハ此ノ如ク一見甚タ明瞭ナルカ如シト雖モ實際ニ之ヲ適用スルニ當リテハ種々ノ難問ヲ生スルカ故ニ左ニ其ノ要領ヲ條陳スヘシ

一、此ノ原則ハ純理上及實際上正當ナルコト

何故ニ純理上正當ナルヤ未タ存在セサル法律カ效力ヲ有スルコトハ何人モ會得シ能ハサル所ナリ然ルニ法律カ既往ニ遡リテ其ノ效力ヲ生ストスレハ是レ

即チ未タ存在セサル法律カ效力ヲ有スルナリ又法律ハ將來ニ向テ命令シ禁止シ若クハ許容スル所ノモノナリ然ルニ過去ニ向テ命令シ禁止シ若クハ許容スト云フハ是レ亦何人モ會得シ能ハサル所ナリ

何故ニ實際上正當ナルヤ凡ソ秩序アル社會ニ於テ各個人ハ身體財產ノ安固ヲ保チ容易ニ之ヲ擾亂セラル、コトナシ是レ其ノ社會ノ繁榮進歩スル主要ノ原因ナリ然ルニ法律カ既往ニ遡ルトキハ此ノ安固ヲ保ツコト能ハス何トナレハ今日現行ノ法規ニ遵由シテ正當ニ取得シタル權利モ明日突然新タナル法律出テ、既往ニ遡リテ其ノ權利ヲ奪ヒ去ルトキハ是レ恰モ陷穽ヲ設ケテ人民ヲ擠スルト一般ニシテ人民ハ一日モ其ノ身體財產ノ安固ヲ保ツコト能ハサルヘケレハナリ此ノ如キトキハ人々疑懼不安ノ心ヲ懷キテ社會ノ繁榮進歩ハ得テ期スヘカラサルナリ

二、此ノ原則ノ必要ハ舊新二法相牴觸シタル場合ニ生スルコト

舊法ノ時代ニ完了シタル事項ハ舊法之ヲ支配シ新法ノ時代ニ完了シタル事項ハ新法之ヲ支配シ二者互ニ相侵スコトナシ然レトモ舊新二法ノ分界ハ常ニ此

ノ如ク截然タルコトヲ得ス或ル事項ニシテ舊法ノ時代ニ成立シテ其ノ效果ヲ新法ノ時代ニ生スルコトアリ此ノ場合ニ於テ舊新二法全ク同一ナランニハ其ノ何レニ從フモ可ナリト雖モ若シ相牴觸シタルトキハ何レノ法律ニ從テ其ノ事項ヲ支配スヘキヤ舊法ニ依ランカ新法ニ依ランカ是レ即チ困難ノ存スル所ナリ此ノ如キ場合ニ立法者ハ往々經過法ヲ發シテ此ノ場合ニ處スヘキ特別ノ規定ヲ設クルコトアルモノナリト雖モ若シ此ノ如キ法律ノ設ケナキトキハ宜シク之ヲ如何ニスヘキヤ此ノ原則ノ必要是ニ於テ生ス

三、此ノ原則ノ意義ハ法律ハ既往ニ遡リテ一個人ノ利益ヲ侵害スルコトヲ得レトモ其ノ既得權ヲ侵害スルコトヲ得スト云フニ歸宿スルコト

凡ソ法律ハ社會ノ公益ヲ目的トシテ制定セラル故ニ新法ハ舊法ヨリモ最モ能ク社會ノ公益ニ適合セルモノト推測スヘキモノナリ從テ社會ハ一日モ早く新法ノ施行セラル、ヲ以テ其ノ利益トス假令之カ爲メニ一個人ノ利益ヲ侵害スルコトアルモ願ル所ニ非ス何トナレハ一個人ノ私益ハ社會ノ公益ニ讓步セザルヘカラサレハナリ然レトモ社會ノ公益ハ又一個人ノ既得權ニ讓步セザルヘ

カラス何トナレハ既得權ヲ侵害スルトキハ一個人ノ身體、財産ノ安固ヲ妨ク延テ社會ノ大害ヲ醸スヘキコト前ニ述フル所ノ如クナレハナリ故ニ執法者ハ一個人ノ利益ヲ侵害スルコトアルモ躊躇セス新法ヲ適用スヘシ然レトモ新法ヲ適スルカ爲メニ一個人ノ既得權ヲ侵害スルノ結果ヲ生スルトキハ新法ヲ適用セスシテ舊法ヲ適用スヘキモノナリローラン曰ク法律カ人民ノ權利ヲ剝奪スルコトヲ得ルトキハ社會ハ存在スルコト能ハス之ト同シク法律カ人民ノ利益ヲ侵害スルコトヲ得サルコトキハ社會ハ存在スルコト能ハスト

然ラハ利益ト既得權トハ如何ナル差異アルヤ
利益トハ將來ニ於テ權利ヲ得ヘキ單純ノ希望ニシテ他人ノ所爲ヲ以テ之ヲ消滅スルコトヲ得ヘキモノナリ例ヘハ相續人カ有スル財産相續ノ希望ハ被相續人カ其ノ財産ヲ賣却シ贈與スル等ノ所爲ニ依リテ消滅スルコトヲ得ヘシ又時効ニ因リテ所有權ヲ取得スルノ希望モ所有者ノ所爲ニ依リテ之ヲ消滅スルコトヲ得ヘシ此ノ如ク將來ニ於テ權利ヲ得ヘキ單純ノ希望ハ未タ權利トナリタルモノニ非スシテ他人ノ所爲ヲ以テモ之ヲ消滅スルコトヲ得ヘキモノナルカ

故ニ新法カ之ヲ侵害スルモ決シテ不條理ト謂フヘカラサルナリ
既得權トハ既ニ確實ニ一個人ノ有ニ歸シタル權利ニシテ他人ノ所爲ヲ以テ之ヲ奪フコトヲ得サルモノナリ例ヘハ既ニ開始セル相續ニ於テ相續人カ其ノ相續財産上ニ得タル權利ノ如キ又諸種ノ契約即チ賣買貸借贈與等ニ依リテ買主貸主受贈者等ノ得タル權利ノ如キ是レナリ此等ノ權利ハ業ニ既ニ確定シテ權利者ノ有ニ歸シ權利者以外何人モ之ヲ動かスコトヲ得サルモノナルカ故ニ新法モ亦之ヲ侵害スルコトヲ得サルナリ

四、此ノ原則ハ解釋上ノ原則ニシテ立法上ノ原則ニ非サルコト
此ノ原則ハ憲法ノ規定スル所ニ非ス故ニ立法者ヲ羈束スルコトヲ得ス立法者ハ必要アル場合ニ於テハ其ノ效力ヲ既往ニ遡ラシムル法律ヲ制定スルコトヲ得ヘシ蓋シ立法者ハ政治上其ノ他ノ理由ニ因リ既往ニ遡リテ效力ヲ生スル法律ヲ制定スルノ必要ナシトセス憲法ヲ以テ絶對的ニ此ノ種ノ法律ノ制定ヲ立法者ニ禁止スルトキハ實際ニ不便ナルコトアルヘシ故ニ此ノ原則ハ一時北米合衆國及佛國ノ憲法ニ掲ケラレタルコトアリト雖モ其ノ後皆此ノ理由ニ因リ

テ廢止セラレタリ今日ハ既ニ此ノ原則ヲ憲法中ニ規定スルノ國アルコトナシ故ニ此ノ原則ハ唯解釋上ノ原則トシテ執法者カ法律ヲ解釋シ適用スルニ當リテ立法者カ特ニ其ノ法律ノ效力ヲ既往ニ遡ラシムルノ意思ヲ明示シタル場合若クハ其ノ法律ノ性質上當然既往ニ遡ルヘキ場合ノ外ハ此ノ原則ニ服從シ苟モ人民ノ既得權ヲ侵害スルコトアルヘカラスト云フニ過キサルナリ立法者カ既往ニ遡リテ一個人ノ權利ヲ侵奪スルカ如キ法律ヲ制定シタルノ事例ハ甚タ少ナシ余輩ノ知ル所ヲ以テスレハ佛國共和曆二年露月五日及雪月十七日ノ法律ヲ以テ一千七百八十九年七月十五日以後ニ爲シタル相續財産ノ分割ヲ平等ナラシムルコトヲ規定シタルカ如キ其ノ一例ナリ但此ノ法律ハ同年菓月九日ノ法律ヲ以テ改正セラレタリ然レトモ立法者カ既往ニ遡リテ刑罰若クハ義務ヲ免除シ又ハ既往ノ事項ヲ處分スルノ法律ヲ制定スルコトアルハ余輩ノ往々見聞スル所ナリ例ヘハ大赦令ヲ發シテ過去ノ刑罰ヲ消滅セシムルカ如キ或ハ特別ノ法令ヲ出タシテ滯納ノ租稅ヲ免除スルカ如キ或ハ時効ニ罹リテ既ニ消滅セル政府ノ舊債務ヲ償還スルカ如キ是レナリ(明治三十年十一月

法律第五十號家祿賞典祿處分法)要スルニ是レ皆人民ニ利益ヲ與フルモノニシテ其ノ權利ヲ奪フモノニハ非ラサルナリ英國ニ於テ宰相ピットノ死後其ノ債務ヲ國庫ノ負擔ニ歸スルノ法律ヲ發シタルカ如キ佛國ニ於テ一千八百五十四年五月三十一日ノ法律ヲ以テ現ニ准死ノ刑ニ服スル者ヲ免除シタルカ如キ亦同シ之ニ反シテ立法者カ新法ヲ設ク將來ニ向テ舊法ノ定メタル人民ノ權利ヲ制限シ義務ヲ加重スルコトハ立法權ノ當然ノ行使ニシテ立法者ノ自由ニ爲シ得ラル、所ナリ然ルニ往々法律ハ既往ニ遡ラストノ原則ヲ誤解シ一旦法律ヲ以テ定メタル權利ヲ制限シ義務ヲ加重スルコトハ人民ノ既得權ヲ害スルモノトシテ之ヲ爲シ得サルモノ、如ク思惟スル者ナキニ非ス是レ甚タシキ誤謬ナリ立法者ハ既往ニ遡リテ既得權ヲ剝奪スルコトヲモ爲サント欲スレハ爲シ得ラルモノナリ況ヤ將來ニ向テ舊法ノ定メタル人民ノ權利ヲ制限シ義務ヲ加重スルコトハ何等ノ支障ナキ所ナリ例ヘハ國會議員ノ選舉權ヲ有スル者ハ直接國稅十五圓以上ヲ納ムル者ニ限ルトノ法律アリ然ルニ新法出テ、自今二十圓以上ヲ納ムル者ニ非サレハ選舉權ヲ行フコトヲ得スト定メタリトセハ此ノ新法

ハ從來十五圓以上二十圓以下ノ租稅ヲ納メタル選舉人ノ權利ヲ剝奪スルモノナリ然レトモ立法者ハ隨意ニ此ノ如キ法律ヲ制定スルコトヲ得ヘシ又稅率ヲ増加シ若クハ兵役年限ヲ延長シ以テ人民ノ義務ヲ加重スルコトモ爲シ得ヘシ人民ハ從前ノ法律ニ依リテ與ヘラレタル權利ヲ有スルノ既得權アリ又ハ從前ノ法律ニ依リテ命セラレタル義務以上ノ義務ニ服セサルノ既得權アリト主張シテ以テ此等ノ法律ニ服從スルヲ拒ムコトヲ得サルナリ然ラズンハ一旦法律ヲ以テ定メタル人民ノ權利義務ハ永久之ヲ變更スルコトヲ得サルコト、ナリテ立法者ハ殆ト法律ノ改正ヲ爲スコト能ハサルニ至ルヘキナリ

此ノ原則ハ一時頗ル貴重セラレ往々憲法中ニ之ヲ掲クルモノアリタリ蓋シ當時ニ在リテ立法者カ其ノ權力ヲ濫用シテ既往ニ遡ルヘキ法律ヲ頻々制作シテ昨日ノ法律ヲ以テ與ヘタル權利モ今日ノ法律ヲ以テ之ヲ剝奪シテ當初ヨリ之ヲ與ヘサルモノトシ今日ノ權利モ亦明日之ヲ剝奪スルカ如キノ行跡アリテ民心恟々トシテ其ノ堵ニ安スルコト能ハス大ニ社會公共ノ秩序安寧ヲ害スルノ結果ヲ生シタルカ爲メ乃チ此ノ原則ヲ憲法中ニ掲出シテ立法者ヲシテ既往ニ

遡ルヘキ法律ヲ制作スルコトナカラシメタルモノナリ其ノ後一方ニ於テハ社會ノ事情一變シ且人民ノ權利自由ノ思想旺盛シテ假令此ノ原則ヲ憲法中ニ掲クルコトナキモ立法者ハ既往ニ遡リテ人民ノ權利ヲ剝奪スヘキ法律ヲ制作スルノ虞ナキニ至リタルト同時ニ他方ニ於テハ全ク立法者ノ手足ヲ拘束シテ如何ナル場合ニ於テモ絶對的ニ既往ニ遡ルヘキ法律ヲ制作スルコトヲ得サラシムルトキハ反リテ實際ニ不便アルコトヲ免レサルニ至リタルヲ以テ此ノ原則ヲ憲法中ヨリ削除シ法律中ニ規定シテ以テ其ノ適用及解釋ノ準則ト爲シタリ今日文明諸國ノ法律ニ於テハ多少文辭ノ相違アルモ大抵此ノ原則ヲ認メサルモノナシ我カ邦ニ於テモ舊法例第三條ニハ此ノ原則ヲ掲ケタレトモ現行法例ハ之ヲ削除セリ蓋シ既ニ此ノ原則ヲ以テ解釋上ノ原則ト爲ス以上ハ法律ノ性質上既往ニ遡ルヘキモノ及立法者カ施行法等ニ於テ一々既往ニ遡ルヘキ旨ヲ明示シタルモノハ勿論其ノ効力ヲ既往ニ及ホスヘク其ノ他ノ法律ハ既往ニ遡ルヘカラサルコト當然明白ニシテ復タ寸毫ノ疑ヲ容レサルカ故ニ特ニ之ヲ法律中ニ掲クルノ必要ナシトシタルニ因ルナリ故ニ我カ現行法例ニ於テハ此ノ

原則ヲ削除シタルモ固ヨリ此ノ原則ヲ認ムルモノニシテ唯之ヲ法律中ニ掲クルニ及ハスト爲シタルナリ敢テ此ノ原則ヲ否認スルモノニハ非サルナリ然レトモ此ノ原則ヲ自明ノ道理トシテ法律ヨリ削除セラレ、ニ至リタルハ此ノ原則カ一時大ニ貴重セラレ人心ニ沁徹シタルノ結果ニシテ今後久シキヲ經ルニ及ヒテ或ハ此ノ原則カ法律上ニ遺忘セラレ立法及解釋ノ妄濫ヲ生スルニ至ラハ安ソ異日再ヒ此ノ原則ヲ憲法又ハ法律中ニ掲クルノ必要ヲ生スルコトナキヲ知ランヤ

第三則、法律ハ廢止以後ニ其ノ効力ヲ有セス

此ノ原則モ亦第一則ヨリ當然流出スル所ナリ何トナレハ法律ハ廢止マテ効力ヲ有スト云フトキハ廢止以後ニ其ノ効力ヲ有セサルコトハ明白ナレハナリ但第二則ノ結果トシテ或ル場合ニハ新法ノ時代ニ於テモ尙ホ舊法カ其ノ効力ヲ及ホスコトアリテ恰モ舊法カ其ノ廢止以後ニ効力ヲ有スルカ如キノ觀アリト雖モ是レ唯舊法カ其ノ施行中ニ生シタル事項ヲ支配スルニ過キス廢止以後ノ事項ヲ支配スルニハ非サルナリ

乙、所ニ關スル法律ノ效力

所ニ關スル法律ノ效力ニ就キテハ左ノ二則ヲ設クルコトヲ得

第一則、本國法ハ國內全般ニ行ハル

凡ソ一國ノ法律ハ其ノ國內全般ニ行ハル、ヲ以テ原則トス然レトモ或ル場合ニハ本國法カ外國ニ行ハル、コトアリ是レ其ノ例外タリ其ノ場合左ノ如シ

(一)國際公法上治外法權ヲ有スル者即チ帝王大統領公使及其ノ附屬員ハ外國ニ在ル時ト雖モ本國法ニ從フ但此等ノ人モ其ノ特權ヲ濫用シテ其ノ在留國ノ平和ヲ攪亂スルカ如キ舉動ヲ爲シタルトキハ在留國ノ法律ニ依リテ拘束セラレ又帝王カ外國ニ秘密旅行ヲ爲シタルトキ若クハ既ニ位ヲ遜リタルトキハ固ヨリ此ノ特權ヲ享有スルコトヲ得ス然レトモ此ノ終リノ場合ニ於テハ在留國ノ好意ニ依リテ特ニ帝王ノ待遇ヲ爲スコトアリ

(二)治外法權ノ條約アル外國ニ在留スル本國民ハ本國法ニ從フ例ヘハ支那朝鮮ニ在留スル日本人カ日本領事ノ裁判ニ服シ日本法律ノ適用ヲ受クルカ如シ

(三)外國ノ領海内ニ在ル本國軍艦ニハ本國法行ハル但普通ノ商船ハ外國ノ領海ニ在ルトキハ其ノ國ノ法律ニ從ヒ太平洋中ニ在ルトキハ本國法ニ從フ領海ノ區域ニ關シテハ學說甚タ多シト雖モ今日普通ニ行ハル、モノハ海岸ヨリ三海里以内ヲ領海トスルノ說トス但港灣内海等ニ就キテハ特別ノ測量法アリ

(四)外國ノ承諾ヲ得テ其ノ國ヲ通行シ若クハ其ノ國ニ駐屯スル軍隊ニハ本國法行ハル

(五)憲法上國民ノ義務ハ國民外國ニ在ルトキト雖モ或ル範圍内ニ於テ本國法ニ從フ例ヘハ納稅兵役ノ義務ハ國民外國ニ在ルモ尙ホ本國法ノ規定ニ從フカ如シ

(六)外國ノ國際私法ニ於テ其ノ國ニ在留スル外國人ニ其ノ本國法ノ適用ヲ許シタルトキハ本國法外國ニ行ハル例ヘハ日本人ノ在留スル外國ノ國際私法ニ於テ人ノ能力ハ其ノ本國法ニ從フト云フカ如キ規則ヲ設ケタルトキハ日本人ノ能力ニ就キテハ日本法律カ其ノ外國ニ行ハル、カ如シ

第二則、外國則ハ本國內ニ行ハレス

一國ノ統治權ハ其ノ國土内ニ完全ニ行ハレテ外國ノ統治權ヲ排斥スル所ノモノナリ一國ニ二個ノ統治權並存スヘカラサルハ譬ヘハ猶ホ二個ノ物體カ同時ニ同一ノ空間ヲ占有シ能ハサルカ如シ而シテ法律ハ統治者カ國內一般ニ強行スル所ノモノナルトキハ外國法カ本國內ニ行ハル、コトヲ得サルハ固ヨリ言フヲ俟タサル所ナリ然レトモ既ニ第一則ニ於テ見タルカ如ク本國法カ外國ニ行ハル、場合アルトキハ其ノ反對ニ於テ外國法カ本國內ニ行ハル、場合アルコトモ亦之ヲ想像スルニ難カラズ但外國法カ本國內ニ行ハル、ハ本國ノ統治權カ暗黙的若クハ明言的ニ之ヲ認許スルカ爲メニ然ルモノニシテ決シテ外國ノ統治權カ當然本國內ニ行ハル、ニハ非サルナリ即チ第一則ニ列舉シタル場合ノ中一ヨリ四マテハ國際公法ニ屬スルモノニシテ各國ノ大抵暗黙ニ承認スル所ナリ其ノ五ハ國內公法ニ屬シ其ノ六ハ國際私法ニ屬ス今此ノ終リノ場合即チ國際私法ノ規定ニ關シテ少シク述フル所アラン

昔シ羅馬ニ於テハ内外交渉ノ私法的關法即チ羅馬人ト外國人トノ間若クハ外國人相互ノ間ニ起リタル事件ニ就キテハ所謂普通法ヲ適用シ國民法ハ之ニ適

用セザリシナリ國民法ハ羅馬人相互ノ關係ニ於テノミ適用セラレタリ而シテ普通法ハ羅馬附近諸國ニ行ハレタル共通ノ風俗習慣ヲ取リテ制定シタル一種ノ法律ニシテ内外交渉事件ニ限り適用セラレタルモノナリ故ニ羅馬ニ在リテ内外交渉ノ私法的關係ニ就キテハ單純ニ自國法ヲ適用セス又外國法ヲ適用セズ一種特別ノ法律ヲ適用シタルモノト謂フヘシ歐洲諸國草創ノ始ニ際シテハ所謂屬人法主義ニ則トリ法律ハ國人ヲ支配スルモノニシテ國土ヲ支配スルモノニ非ストセリ例ヘハ佛蘭西ノ法律ハ佛蘭西人ノ法律ニシテ佛蘭西國ノ法律ニ非ス故ニ佛蘭西人ハ外國ニ在ルトキト雖モ佛蘭西法ニ從ヒテ其ノ在留國ノ法律ニ從ハサルト同シク佛蘭西ニ在留スル外國人モ各其ノ本國法ニ從ヒテ佛蘭西法ニ從ハサルヲ從テ此ノ時代ニ於テ或ル國カ其ノ國內ニ在留スル外國人ヲ待遇スルハ之ヲ法外人トシテ既ニ自國法ヲ適用セス又其ノ本國法ヲ適用セスシテ全ク法律保護ノ外ニ置キタルモノナリ其ノ後王權ノ強盛トナルニ從ヒ屬地法主義行ハレ一國內ノ人物事ハ悉ク其ノ國法ヲ以テ之ヲ支配スヘキモノトシ又國民分限ノ如何ヲ問ハサルニ至レリ内外交渉事件ニ就キテモ單純ニ

國法ヲ適用シテ毫モ外國法ヲ斟酌スルコトナカリシナリ近世ニ至ルニ及ヒテ此ノ如ク屬地法主義ヲ厲行スルハ頗ル各國民相互ノ利益ニ反スルモノナルコトヲ悟リ苟モ自國ノ權利及利益ヲ害セサル限リハ外國法ノ適用ヲ自國內ニ許スモ妨ケアラストシ各國大抵法律ヲ以テ自國內ニ適用ヲ許ス可キ外國法ノ種類ヲ限定セリ我カ法例ニ於テモ亦外國多數ノ立法例ニ倣ヒ或ル範圍内ニ於テ外國法ノ適用ヲ日本國內ニ許スノ主義ヲ採用セリ其ノ主要ノ規定ハ(一)人ノ能力ハ其ノ本國法ニ從フコト(二)法律行為ノ成立及效力ニ付テハ當事者ノ意思ニ從ヒ其ノ何レノ國ノ法律ニ依ルヘキカヲ定ムルコト(三)動産及不動産ニ關スル物權其ノ他登記スヘキ權利ハ其ノ目的物ノ所在地法ニ依ルコト(四)親族關係及之ニ因リテ生スル權利義務ハ原則トシテ當事者ノ本國法ニ依ルコト(五)相續及遺言ハ被相續人及遺言者ノ本國法ニ依ルコト等是レナリ

第二款 法律ノ適用

法律ノ適用トハ法律ヲ實地ニ運用シテ其ノ效力ヲ現ハスコトヲ謂フ蓋シ法律既

成立シテ效力ヲ有スト雖モ之ヲ行フ者ナキトキハ其ノ用ヲ爲スコト能ハス是レ法律適用ノ必要ナル所以ナリ而シテ法律適用ノ任ニ當ル者ハ行政官及司法官トス行政官ハ國家ノ秩序ヲ維持シ人民ノ幸福ヲ増進センカ爲メニ法律ヲ施行シ又ハ便宜ノ處分ヲ行フ者ナリ司法官ハ法律ニ違背シタル者アリタルトキ又ハ法律上ノ權利義務ニ關シテ爭訟疑議ノ起リタルトキ法律ニ依リテ之ヲ裁判スル者ナリ從來法律ノ適用ト云フ語ハ專ラ司法官ニノミ關スルモノト解釋セラレ法律及學說ニ於テモ亦此ノ意味ヲ以テ規定シ若クハ説明セリ是レ蓋シ刑法民法カ法律ノ主要ナル部分ヲ占メテ行政法ノ未タ發達セザリシ時代ノ思想ニ淵源スルモノナルヘシ今日ハ行政法モ大ニ發達シ苟モ法令ノ存スルモノハ行政官ト雖モ亦必ス之ニ從ハサルヘカラサルナリ故ニ余輩カ左ニ列擧スル法律適用ノ規則ハ主トシテ司法官ニ關スルモノナレトモ多少ノ變更ヲ以テ行政官ニモ適用スルコトヲ得ヘキナリ

第一、裁判官ハ法律ニ明文アルモノハ不正非理ト思料スルモノ之ヲ適用スヘキコト
裁判官ノ職務ハ法律ニ從テ裁判ヲ爲スニ在リ法律ノ善惡ヲ裁判スルモノニ非

ス若シ裁判官カ自己ノ公正適理ナリト信スル所ノ法律ノミヲ適用シテ其ノ不正非理ト認ムル所ノ法律ヲ適用セザルトキハ所謂法律ハ既ニ滅失シテ裁判官ノ良心即チ法律タルニ至ルヘシ是レ司法官ヲシテ立法官ノ職務ヲ犯サシムルモノニシテ其ノ弊害反リテ惡法ノ行ハル、ヨリモ甚ダシカルヘシ法語ニ曰ク惡法モ亦法ナリト故ニ裁判官タル者ハ苟モ明瞭ナル法律ノ存スル以上ハ如何ニ不正非理ナリト信スルモ必ス之ヲ適用セザルヘカラサルナリ

第二、裁判官ハ法律ノ不明ナルトキト雖モ裁判ヲ拒絕スルヲ得サルコト
法律不明ナルトキハ裁判官ハ解釋ノ方法ニ依リテ其ノ意義ヲ確定シ之ニ依リテ裁判ヲ下スヘシ法律ノ不明ヲ口實トシテ裁判ヲ拒絕スルコトヲ得ス法律解釋ノ事ハ次ニ述フヘシ

第三、裁判官ハ法律ニ明文ナキトキト雖モ裁判ヲ拒絕スルヲ得サルコト
法律ニ明文ナキ場合ニ就キテハ刑事ト民事トヲ區別セザルヘカラス刑事ニ於テハ法律ニ正條ナキモノハ何等ノ所爲ト雖モ罰スルコトヲ得ス(刑二條)トノ明文アルカ故ニ法律ニ明文ナキモノハ之ニ依リテ直ニ無罪ノ裁判ヲ下スヘシ比

附援引シテ之ヲ罰スルコトヲ得サルナリ民事ニ至リテハ然ラス法律ニ明文ナキトキト雖モ裁判官ハ原被告ノ爭訴ニ就キテ裁判ヲ下サ、ルヘカラス然ラハ裁判官ハ此ノ場合ニ何ヲ標準トシテ裁判ヲ爲スヘキヤ其ノ標準凡ソ三アリ類似ノ規定慣習及條理即チ是レナリ類似ノ規定トハ其ノ裁判スヘキ事件ト類似ノ事項ニ關スル法律ノ規定ヲ謂フ語ニ曰ク類似ノ規定ハ裁判官ノ羅針盤ナリト故ニ明文ナキ場合ニハ類似ノ規定ニ由ルヲ以テ最モ捷徑ナリトス但裁判官ハ必ス類似ノ規定ニ從ハサルヘカラサルカ換言スレハ裁判官ハ之ニ從フノ義務アルヤ否ヤ之ニ就キテハ亦二ノ場合ヲ區別セサルヘカラス即チ法律カ類似ノ規定ニ從フヘキコトヲ命シタル場合例ヘハ此ノ事ニ就キテハ某ノ事項ニ關スル規定ヲ準用ス(民三五條二項、四一條、二六六條二項、二七三條、四七三條、五五九條等參照)ト定メタルトキハ必ス之ニ從ハサルヘカラス之ニ反シテ法律カ類似ノ規定ニ從フコトヲ命セサル場合ニハ必スシモ之ニ從フコトヲ要セス之ニ從フト否トハ裁判官ノ隨意タルヘシ次ニ慣習ノ事ハ前ニ述ヘタルヲ以テ言ハス終リニ裁判官ハ類似ノ規定又ハ慣習ナキトキト雖モ尙ホ裁判ヲ爲サ、ルヘカ

ラサルカ故ニ此ノ場合ニハ其ノ良心ニ於テ條理ニ適スト思料スル所ノモノニ從テ裁判ヲ爲スヨリ外アラサルヘシ此ノ場合ニ於テ裁判官ハ往々外國法若クハ未タ實施セラレタル法律ノ草案等ニ由リテ裁判ヲ爲スコトアリ例ヘハ中世佛國南部ニ於テ羅馬法ニ從ヒタルカ如キ遵守ノ義務アル法律トシテ之ニ從ヒタルニハ非スシテ記載セラレタル條理トシテ之ニ從ヒタルナリ又我カ邦ニ於テ民法編纂以前ハ佛國民法ニ從ヒ編纂以後ハ未タ實施セラレサルニモ拘ラス之ニ從ヒタルカ如キモ亦記載セラレタル條理トシテ之ニ從ヒタルナリ故ニ裁判官ハ心ス之ニ從フノ義務アルニ非ス之ニ從ハサルモ其ノ隨意タルナリ裁判官ハ法律ニ明文アルトキ裁判ヲ拒絕スルコトヲ得サルハ勿論法律ノ不明不悉又ハ不備ナルトキト雖モ之ヲ口實トシテ裁判ヲ拒絕スルコトヲ得ス若シ之ヲ拒絕スルトキハ裁判拒絕ノ罪ヲ以テ罰セラル(刑二八三條)且之ニ依リテ訴訟當事者ニ損害ヲ加ヘタルトキハ不法行爲ノ原則ニ依リテ損害賠償ノ責ニ任セサルヘカラス(民七〇九條)然ラハ裁判官ハ如何ナル種類ノ訴訟ニテモ悉ク之ヲ受理裁判セサルヘカラサルヤト云フニ是レ亦一概ニ然リト答フルコト能ハス裁判所ノ權

限ハ法律ヲ以テ之ヲ一定スルカ故ニ裁判官ト雖モ亦固ヨリ其ノ權限ヲ踰ニテ裁判ヲ爲スコトヲ得ス唯其ノ權限ニ屬スル事項ニ就キテハ假令是ニ對スル法律ノ規定カ不明不悉又ハ不備ナルモ必ス之ヲ裁判セサルヘカラスト云フニ過キス故ニ此ニ一ノ爭訟事件アリテ其ノ事件ノ裁判ハ如何ナル裁判所ノ權限ニモ屬セサルトキ即チ通常裁判所及特別裁判所ノ權限ニ屬セサルトキハ此ノ事件ハ終ニ裁判ヲ受クルコトヲ得サルヘシ是レ實際上或ハ法律ノ不備ニ本ツクモノナルヘシト雖モ理論上ヨリ言ヘハ此ノ如キ事件ニ對シテハ統治者カ法律上ノ救濟ヲ與フルノ必要ナシト認メタルモノト謂ハサルヘカラサルナリ

法律ノ適用ニ關シテ種々ノ問題ヲ生スト雖モ其ノ主要ナルモノハ裁判官ハ憲法ニ違反スト認ムル法律命令ノ適用ヲ拒ムコトヲ得ルヤ否ヤ是レナリ法律命令カ形式上憲法ニ違反シタル場合ニハ此ノ問題ヲ生セス例ヘハ我カ國法上天皇ノ裁可ナキ法律ヲ公布シ若クハ國務大臣ノ副署ナキ法律勅令ヲ公布シタルカ如キ場合ニ於テハ其ノ法律勅令ハ真正ノ法律勅令ト認ムヘキモノニ非サルカ故ニ裁判官ニ於テ之ヲ適用スルノ權利及義務ナキコト勿論ナリ故ニ本問題ノ生スルハ法

律命令カ實質上憲法ニ違反シタリト認ムヘキ場合ニシテ單ニ裁判官カ之ヲ違憲ト認メタル場合ニ止マルナリ詳言スレハ本問題ハ法律命令カ實質上憲法違反ニ非サルヤノ嫌疑ヲ生シタル場合ニ立法者ハ未タ違憲ナリトシテ之ヲ廢止セサルモ裁判官ハ之ヲ違憲ナリト認メタル場合ニ生スルモノトス例ヘハ憲法ニ於テ法律ヲ以テ定ムヘシトシタル事項ヲ命令ヲ以テ定メタルカ如キ場合ノ如シ之ニ就キテハ固ヨリ異論アルコトナレハ一概ニ論斷スルヲ得スト雖モ余輩ノ見ル所ヲ以テスレハ裁判官ハ違憲ト認ムル法令ノ適用ヲ拒ムコトヲ得ストスルヲ以テ正當ナリト信ス蓋シ憲法ノ規定ニ遵由シテ法律ヲ制定スルハ立法者ノ職分ニシテ裁判官ハ專ラ立法者ノ制定シタル法令ヲ適用スルノ任務ヲ負フ者ナリ故ニ立法者ノ制定シタル法令ハ憲法ニ適合スルモノト推測セサルヘカラス然ルニ裁判官カ其ノ認メテ違憲ト爲ス所ノ法令ハ之ヲ適用セサルコトヲ得ルモノトスルトキハ是レ司法權ヲシテ立法權ヲ侵サシムルモノニシテ立法權ト司法權トヲ分割スルノ主意ニ反ルモノナリ今立法者カ一ノ法令ヲ制定スルハ憲法ニ適スト思惟シタレハナリ然ルニ裁判官ハ此ヲ以テ憲法ニ違フト爲ス是レ憲法解釋ノ牴觸ナリ

此ノ場合ニハ立法者ノ解釋ニ從フヘキカ將タ裁判官ノ解釋ニ從フヘキカ憲法ヲ解釋シテ法令ヲ制定スルハ立法者ノ職分ニシテ裁判官ノ任務ニ非ス然ラハ立法者ノ解釋ヲ以テ正當ト爲スヘキコト勿論ナリ是レ余輩カ上ノ論結ヲ取ル理由ノ要點ナリ

法律ト命令ト抵觸シタル場合ニ於テハ假令後ノ命令カ前ノ法律ニ反スル規定ヲ設ケタルトキト雖モ裁判官ハ斷然トシテ法律ニ依遵スヘキモノナリ蓋シ法律ノ效力ハ命令ノ上ニ在リ命令ヲ以テ法律ヲ變更スルヲ得サルコト立憲國ノ通則憲第九條但書ナルカ故ニ此ノ場合ニハ法律適用ノ當然ノ結果トシテ命令ヲ棄テ、法律ニ從ハサルコトヲ得サルナリ上級ノ命令ト下級ノ命令ト抵觸シタルトキ亦同一ナリトス

第三款 法律ノ解釋

法律ノ解釋トハ法律ノ意義ヲ明ニスル方法ヲ謂フ解釋ノ利弊ハ前ニ述ヘタルヲ以テ此ニハ唯解釋ノ種類ト其ノ規則トヲ略說スルニ止ムヘシ而シテ專ラ解釋ノ

關スル原理ヲ論究スルハ法律解釋學ト稱シ法律學中ニ於テ別ニ一科目ヲ成スモノナリ

甲、法律解釋ノ種類

法律ノ解釋ハ或ハ其ノ效力ニ依リ或ハ之ヲ爲ス人ニ依リ或ハ其ノ方法ニ依リテ之ヲ左ノ數種ニ分類スルニトヲ得

第一、公ノ解釋及私ノ解釋

公ノ解釋トハ其ノ解釋ハ法律ノ真正ナル意義トシテ強行ノ力ヲ有スルモノヲ謂ヒ私ノ解釋トハ其ノ解釋ハ唯道理タルノ力ヲ有スルニ止マリ強行ノ力ヲ有セザルモノヲ謂フ此ノ分類ハ解釋ノ效力ニ本ツクモノナリ

第二、立法解釋司法解釋及學說解釋

立法解釋及司法解釋ハ即チ公ノ解釋ニシテ學說解釋ハ即チ私ノ解釋ナリ此ノ分類ハ解釋ノ效力及解釋ヲ爲ス人ニ本ツクモノナリ
立法解釋トハ立法者ノ下ス解釋ヲ謂フ此ノ解釋ハ通常法律解釋ノ分類中ニ列

舉スル所ナリト雖モ余輩ノ見ル所ニ依レハ所謂立法解釋ハ法律カ特ニ立法者ニ法律解釋ノ權ヲ與ヘ且其ノ解釋ハ法律ノ眞義トシテ人民ニ對シテ強行ノ力ヲ有スルコトヲ定メタル場合ノ外ハ存スルコトヲ得サルモノナリト信ス通常立法解釋ノ例トシテ舉クル所ノモノハ或ハ立法者カ法令中ニ此ノ法令ニ於テ使用スル某ノ文字ハ某ノ意義ヲ有ストノ解釋文ヲ挿入シ或ハ前法ノ意義ヲ確定スルカ爲メニ特ニ解釋法ヲ公布シ或ハ立法者カ法律理由書ヲ發シ或ハ行政官司法官ノ伺ニ對シテ指令ヲ與フル等ノ場合ナリトス今此等ノ諸場合ニ就キテ考フルニ法令中ニ挿入シタル解釋文及特ニ公布スル解釋法ノ如キハ假令其ノ主意ハ法律ヲ解釋スルニ在ルモ是レ即チ法律自體ニシテ之ニ對シテ更ニ解釋ヲ如フヘキモノナリ之ヲ稱シテ法律ノ解釋ト謂フヘカラサルナリ立法者ノ理由書及指令ノ如キハ是レ唯立法者ノ意見ニ止マリ他人ヲ拘束スルノ力アルモノニ非ス行政官司法官及人民ハ必ス之ニ從ハサルヘカラサルノ義務ナシ蓋シ法律解釋ノ權利ハ萬人平等ナリ法律カ立法者ニ法律解釋ノ特權ヲ與ヘタル場合ノ外ハ其ノ解釋ヲ以テ他人ヲ強フルコトヲ得ス然ルニ我カ邦ニ於テハ立

法者ニ法律解釋ノ特權ヲ與ヘタル法律ナキカ故ニ所謂立法解釋アラザルナリ

司法解釋トハ司法官カ裁判ヲ爲スニ當リテ下ス所ノ解釋ヲ謂フ司法解釋ハ特定ノ訴訟事件ニ對シテハ當事者及一般ニ對シテ效力アリト雖モ其ノ他ノ事件ニ對シテハ效力ナシ後ニ生シタル同種類ノ事件ニ對シテモ亦然リ故ニ司法官ハ法律解釋ニ就キテハ自由ニシテ法律ニ特定ノ規則ナキ限りハ他ノ裁判ニ拘束セラル、コトナシ(民訴四五〇條參照)但英米ノ如キ裁判例ヲ以テ法律ト同等ノ效力ヲ有スルモノトスル國ニ在リテハ格別ナリトス既ニ司法解釋アリ行政解釋ナカルヘケンヤ行政官カ法律ニ依リテ處分ヲ爲スニ當リテハ固ヨリ法律解釋ノ事ナキヲ得ス而シテ其ノ效力モ亦殆ト司法解釋ト同シク其ノ處分事項ヲ羈束スヘシ然ルニ從來ノ學者カ專ラ司法解釋ノミヲ舉ケテ行政解釋ヲ舉ケサルモノハ蓋シ行政法ノ發達セザリシ結果ナルヘシ余輩モ亦敢テ異ヲ立ツルコトヲ爲サ、ルノミ

學說解釋トハ學者其ノ他一個人ノ下ス解釋ヲ謂フ學說解釋ハ即チ私ノ解釋ニ

シテ固ヨリ強行ノ力ナシト雖モ若シ其ノ解釋ニシテ道理ニ合シ且法律ノ真義ヲ發揮スルニ足ルモノナルトキハ實際上屢強大ナル勢力ヲ有スルモノナリ

第三、文理解釋及論理解釋

文理解釋トハ法令中ノ文章用語ニ就キテ下ス所ノ解釋ヲ謂ヒ論理解釋トハ法令制定ノ理由其ノ他其ノ法令ニ關スル一切ノ事情ヲ斟酌シテ下ス所ノ解釋ヲ謂フ此ノ分類ハ解釋ノ方法ニ本ツクモノナリ

第四、嚴正解釋及寬大解釋

嚴正解釋トハ法令ノ文面上ニ顯ハレタル意義ヲ固執シ毫モ之ヲ擴張減縮スルコトヲ得サルモノヲ謂ヒ寬大解釋トハ實際ノ事情ニ應ジテ法令ノ意義ヲ擴張減縮スルコトヲ得ルモノヲ謂フ此ノ分類ハ法令ノ性質種類及解釋ノ方法ニ本ツクモノナリ

乙、法律解釋ノ規則

第一、法令ノ解釋ハ先ツ文理解釋ヲ用フヘシ

文章用語ハ思想交通ノ符號ナルカ故ニ法令ノ真義ヲ求メント欲セハ其ノ文章用語ニ就キテ之ヲ求ムルヨリ近切且安全ナルハナシ是レ法令ノ解釋ハ先ツ文理解釋ヲ用フヘシト言フ所以ナリ

第二、文理解釋ニ依リテ法令ノ意義ヲ明ニスルコトヲ得サルトキ始メテ論理解釋ヲ用フヘシ

法令ノ文面上ニ現ハレタル明白ノ意義ヲ措キテ他ノ意義ニ從フヘキモノトスルトキハ是レ其ノ法令ハ人民ヲ欺クモノナリ且其ノ結果或ハ法令ノ全ク豫見セサル論說ヲ作爲シ注釋家カ法律ヲ制定スルカ如キ弊害ヲ生スヘシ故ニ法令ノ意義明白ナルトキハ論理解釋ヲ用フヘカラス唯法文ノ意義不明ナルトキニ於テ始メテ論理解釋ヲ用非其ノ法令制定ノ目的理由及其ノ法令ノ沿革社會ノ狀況等其ノ他一切ノ事情ヲ斟酌シテ其ノ精神ヲ推究スヘキナリ法例舊草案第二十八條ニ曰ク法律明ナルトキハ其ノ精神ヲ推究スルコトヲ口實トシテ其ノ正文ヲ没スルコトヲ得スト從來文理解釋及論理解釋ノ結果相牴觸シタルトキハ文理解釋ニ從フヘキカ將タ論理解釋ニ從フヘキカハ一ノ問題トシテ學者ノ

論争スル所ナリ然レトモ余輩ノ見ル所ニ依レハ此ノ二解釋ノ結果カ互ニ牴觸スルカ如キ場合ハ之ヲ想像スルコトヲ得ス蓋シ文理解釋ニ依リテ法令ノ意義ヲ明知スルコトヲ得ヘキ場合ハ固ヨリ直ニ文理解釋ノ結果ニ從フヘク又論理解釋ノ結果如何ヲ問フノ要アラス之ニ反シテ論理解釋ハ文理解釋ニ依リテ法令ノ意義ヲ明知スルコトヲ得サル場合ニ限リテ之ヲ用フヘキモノナルカ故ニ此ノ場合ニハ亦直ニ論理解釋ノ結果ニ從フヘキノミ余輩故ニ白ク此ノ解釋ノ結果相牴觸スルノ場合アルコトナシト

第三法令中ノ文章用語ハ其ノ制定時代ノ用例ニ從テ解釋スヘシ

文章用語ハ世代ト共ニ變遷スルモノナリ故ニ例ヘハ和船ノミアリタル時代ニ制定シタル法令中ニ用井タル舟ト云フ語ハ蒸氣船ヲ含マサルモノト解釋シ大八車ノミアリタル時代ニ制定シタル法令中ニ用井タル車ト云フ語ハ人力車馬車氣車自轉車等ヲ包含セサルモノト解釋スヘキカ如シ其ノ餘之ヲ以テ類推スヘシ

第四法令中ノ文章用語ハ其ノ法令ノ全體ト關聯シテ之ヲ解釋スヘシ

一字一句ニ就キテハ極メテ巧妙ナル解釋ヲ下スモ之カ爲メニ其ノ法令全體ノ精神ヲ害スルカ如キ結果ヲ生スルトキハ他ノ意義ヲ求メ成ルヘク法令全體ヲシテ效力アラシムヘシ故ニ法文ヲ解釋スルニ當リテハ其ノ前後及他ノ關係アル法令ヲ通覽センコトヲ要ス

第五法令中ノ文章用語ハ平易通常ノ意義ニ之ヲ解釋スヘシ特別ノ理由アルニ非サレハ之ニ特別ノ意義ヲ附スルコトヲ許サス

立法者ノ法令ヲ制定スルヤ徒ニ困難ナル意義ニ於テ文字ヲ使用マルノ理ナシ必ス平易通常ノ意義ニ於テ之ヲ使用シタルモノト爲サハルヘカラス然ルニ甚タシク文字ニ拘泥シテ法令ノ眞義ヲ誤解スルカ如キハ解釋家ノ大ニ注意スヘキ所タリ然レトモ通常ノ意義ニ解スルカ爲メ反リテ其ノ法令カ不正不便等ノ結果ヲ生スルトキハ之ニ特別ノ意義ヲ附スルコトヲ得ヘキナリ

第六學術技藝若クハ商業上ノ用語ハ各其ノ學藝商業等ニ固有ナル意義ニ於テ解釋スヘシ

専門ノ用語ハ専門ノ用例ニ從フニ非サレハ其ノ眞義ヲ知ルコトヲ得ス是レ固

ヨリ言フヲ待タサル所ナリ

第七、法令中ノ用語ノ範圍ニ就キテ疑義アルトキハ寧ロ廣キ意義ニ之ヲ解釋スヘシ但其ノ法令ノ精神上其ノ一方ヲ指スコト明ナル場合ハ此ノ限ニ非ス
例ヘハ法令中ニ人若クハ國民等ノ文字アリタルトキハ男女兩性ヲ包含スルモノト解釋スヘシ然レトモ徵兵令中ニ在ル國民ト云フ文字ハ男性ノミヲ含ムモノト解釋スヘキカ如シ法例舊草案第三十一條ニ曰ク法律ノ區別セサル所ニ區別ヲ爲スヘカラス但法律ノ理由ヨリ生スル必要ノ區別ハ此ノ限ニ非スト

第八、法令ヲ解釋スルニハ其ノ法令ヲ組成スル原則補則例外適用等ノ關係ヲ明ニスヘシ

法令カ一個ノ原則ヲ定ムルニ當リテハ之ニ關スル補則例外適用等ノ條文ヲ設クルモノナルカ故ニ一個ノ原則ニ關スル規定ハ大抵數條ヨリ成ルモノナリ從テ僅少ノ原則ヲ定ムル法令ハ其ノ條數モ亦少ナク多數ノ原則ヲ定ムル法令ハ其ノ條數モ亦多シ法令ヲ解釋スル者ハ先ツ其ノ原則ヲ把握シテ其ノ意義ヲ詳ニシ次テ補則例外適用等ノ條文ヲ順次ニ講究シテ其ノ本末輕重ノ別ヲ明ニス

ヘシ然ラスンハ例外ヲ以テ原則ト誤認シ特別ノ場合ニ適用スヘキ條文ヲ以テ般ノ場合ニ通スルモノト誤解シ徒ニ枝葉末節ニ拘泥シテ法令ノ精神ヲ了解スルコト能ハサルニ至ルヘキナリ

第九、凡ソ例外ハ嚴正ニ解釋スヘシ
法語ニ曰ク立法者ハ原則ヲ欲スト蓋シ立法者カ例外ヲ設クルハ特別ノ事情ニ依リ已ムコトヲ得スシテ之ヲ設クルモノナリ故ニ例外ノ文字ハ成ルヘク嚴正ニ之ヲ解釋シ決シテ敷衍擴張スヘカラサルナリ法例舊草案第三十條ニ曰ク法律ニ例外ノ存セサルトキハ之ヲ補足スルコトヲ得ス但法律ニ存セサル例外ト雖モ他ノ規則ノ適用タルトキハ此ノ限ニ非スト

第十、懲罰ヲ加ヘ又ハ義務ヲ負ハシムル法令ハ嚴正ニ解釋スヘシ
例ヘハ刑法ノ如キハ成ルヘク其ノ意義ヲ縮小シ有罪無罪ノ區別疑ハシキモノハ推測ニ依リテ之ヲ有罪ノ意義ニ解釋スヘカラス又租税法ノ如キ人民ニ義務ヲ負ハシムル法令ハ成ルヘク狹隘ニ解釋スヘキモノナリ

第十一、弊害ノ救濟ヲ目的トシ又ハ權利自由等ヲ賦與スルノ法令ハ寬大ニ解釋ス

是レ人民ヲシテ成ルヘク多ク法令ノ恩惠ヲ受ケシメント欲スルニ外ナラス然レトモ法文ノ意義明白ナルトキハ固ヨリ妄リニ之ヲ擴張スヘキニ非ス唯法文ノ範圍不明ナルトキハ寧ロ廣キ意義ニ從テ之ヲ解釋スヘシト云フノミ

第十二、詐譎ヲ禁止スルノ目的ニ出テタル法令ハ寛大ニ解釋スヘシ

詐譎ハ人智ノ進ムニ從テ益奇巧ヲ極メ立法者ノ豫見セサル詐術ヲ行フニ至ル故ニ成ルヘク法文ヲ擴張シテ種々ノ場合ヲ網羅シ以テ之ヲ防止スルノ目的ヲ達セシムヘキナリ

第十三、法令ノ二義ニ解シ得ヘキモノハ其ノ最モ正理ニ適シ且有效ナル意義ヲ採用スヘシ

立法者ハ不正ノ法令ヲ制定シ又ハ徒法ヲ作ルモノニ非ス故ニ法文ノ二義ニ解シ得ヘキモノハ此ノ規則ニ由ルヘキコト勿論ナリ

第十四、同一ノ法令中ニ存スル同一ノ文字ハ同一ノ意義ニ解釋シ異ナリタル文字ハ異ナリタル意義ニ解釋スヘシ

文字ヲ異ニシテ意義ヲ同フスルハ文章上屢見ル所ナリ然レトモ立法者カ同一ノ法令中ニ同意義ニ解釋スルコトヲ得ヘキ異文字ヲ故ラニ使用シタルトキハ互ニ相異ナリタル意義ヲ有セシムルノ主意ナリト推測スルヲ以テ正當ナリトス

第十五、論理學ニ所謂類推、反求、強理ノ三論法ハ多少ノ斟酌ヲ以テ之ヲ法律ノ解釋ニ用非ルコトヲ得

類推論法トハ裁判スヘキ事件ト類似ノ事項ニ關スル規定ヲ援用スルコトヲ謂フ類推論法ハ寛大解釋ノ場合ニ用非ルコトヲ得ヘキモ嚴正解釋ノ場合ニハ用非ルコトヲ得ス反求論法トハ右ニ行クコトヲ許ストアルヲ以テ左ニ行クコトヲ禁スルノ主意ナリト解釋スルカ如キ論法ナリ反求論法ハ例外ヨリ原則ニ復歸スル場合ニ於テノミ之ヲ用非ルコトヲ得例ヘハ無能力者ハ法律行為ヲ爲スコトヲ得ストアルヲ以テ能力者ハ之ヲ爲スコトヲ得ト解釋スルカ如シ強理論法トハ大ヲ爲スノ權利ヲ有スルモノハ小ヲ爲スノ權利ヲモ有スルモノト解釋シ小ヲ禁スルトキハ大ヲモ禁スルモノト解釋スルカ如キ論法ナリ例ヘハ所有

權ヲ有スル者ハ之ヲ處分スルノ權利ヲモ有スルモノトシ財産ノ管理ヲ禁セラレタルモノハ其ノ處分ヲモ禁セラレタルモノトスルカ如シ強理論法ハ大抵ノ解釋ニ之ヲ用弁ルコトヲ得ヘシ終リニ論理學ニ所謂三段論法カ常ニ法律解釋及判決文ニ應用セラル、コトヲ附言スヘシ即チ解釋ニ於テ法文ハ大命題ニシテ事實ハ小命題ナリ而シテ判決ハ結論ナリ例ヘハ人ヲ殺ス者ハ死刑ニ處ス然ルニ甲某ハ人ヲ殺セリ故ニ甲某ハ死刑ニ處スト云フカ如シ又判決文ニ於テ理由ハ大命題ニシテ事實ハ小命題ナリ而シテ主文ハ結論ナリ唯實際ニ於テハ此ノ如ク簡單ナルコトヲ得スシテ複雑ナル事實ニ數多ノ原則ヲ適用シ且往々其ノ順序ヲ顛倒スト雖モ仔細ニ之ヲ檢スルトキハ常ニ三段論法ニ合スルコトヲ見ルヘシ

第五節 法律ノ廢止

法律ノ廢止トハ法律ノ效力ヲ消滅スルコトヲ謂フ蓋シ社會上ノ事物ハ悉ク生存亡ノ三時期アルモノニシテ法律モ亦固ヨリ之ヲ免ル、コトヲ得ス即チ法律ハ制

作ニ因リテ出生シ(提案議決裁可ハ胎内ノ作用ニシテ公布ハ出生ナリ)廢止ニ因リテ死亡シ出生ヨリ死亡マテノ存在中ニ法律タルノ效力ヲ有ス譬ヘハ猶ホ人カ誕生ヨリ死亡マテノ存在中ニ於テ活動行止スルカ如シ

法律廢止ノ方法ニニアリ明示ノ廢止及默示ノ廢止是レナリ明示ノ廢止トハ立法者カ法律ノ廢止ヲ明言スルコトヲ謂フ例ヘハ新ニ法律ヲ廢シテ前法ノ廢止ヲ明言スル場合ノ如シ默示ノ廢止トハ後法ト前法ト抵觸シタル場合ニ於テ別ニ何等ノ明言ヲ要セス當然前法ノ廢止セラル、コトヲ謂フ其ノ理由ハ立法者カ二種ノ相異ナリタル意思ヲ發表シタルトキハ其ノ最新ナルモノヲ以テ立法者ノ真意ト看做スヘシト云フニ在リ故ニ法語ニ曰ク後法ハ前法ヲ廢スト然レトモ後法ニ依リテ前法ノ廢止セラル、ハ唯後法ト抵觸シタル部分ノミニ止マリ其ノ他ノ部分ハ依然トシテ效力ヲ有スルモノナリ其ノ如何ナル點ニ於テ抵觸アルヤ又其ノ抵觸ニ依リテ前法ノ廢止セラル、ハ如何ナル點ニマテ及フヘキヤハ各場合ニ就キテ縝密ニ之ヲ判斷スルノ外ナシト雖モ概シテ之ヲ言フトキハ後ノ普通法ハ通常前ノ特別法ヲ廢セス但二者全ク相兩立スヘカラザルトキハ此ノ限ニ非ス之ニ反

シテ後ノ特別法ハ當然前ノ普通法中ニ存スル牴觸ノ規定ヲ廢スルモノトス現今ノ法律中往々此ノ法律ニ牴觸スル從前ノ法律ハ之ヲ廢ストノ明文ヲ掲クルモノアリト雖モ是レ全ク贅言ニ屬スルモノナリ
法律ノ廢止ニ關シテハ多少ノ疑問アリ

一、法律ハ反對ノ慣習ニ依リテ廢止セラル、ヤ

慣習法ハ固ヨリ反對ノ慣習ニ依リテ廢止セラルヘキモ成文法ハ決シテ反對ノ慣習ニ依リテ廢止セラルヘカラスナルナリ成文法カ慣習ニ効力ヲ與ヘタル場合ニ於テ其ノ慣習カ消滅シ又ハ變遷シタルトキハ勿論其ノ慣習ノ消滅變遷ヲ認メサルヲ得スト雖モ然レトモ其ノ成文法ハ之カ爲メニ廢止セラレタルモノト謂フヘカラス何トナレハ其ノ成文法ハ元來消滅シ又ハ變遷スルコトアルヘキ慣習ヲ認メタルモノナレハナリ

二、法律ハ長年月間ノ不使用ニ因リテ廢止セラル、ヤ

法律ハ一旦公布セラレ、トキハ永遠ニ其ノ効力ヲ有スルノ推測アルモノナリ故ニ明示若クハ默示ノ方法ニ依リテ廢止セラレサル以上ハ如何ホト長キ年月

間實行セラレストモ之カ爲メ其ノ効力ヲ失フモノニハ非サルナリ或ハ曰ク數百年前ノ法律ニシテ殆ト人ノ記憶ニ存セス之ニ從ハサルヲ不問ニ付スルカ如キ法律ハ是レ亦立法者默示ノ廢止アリタリト見ルコトヲ得ヘキニ非スヤト然レトモ法律ニ違背シタル者アリタルトキ其ノ法律ニ依リテ之ヲ處分セサルハ司法官ノ曠職ナリ立法者カ廢止ノ意思ヲ表示シタルモノト見ルヘカラス即チ默示ノ廢止アリト云フコトヲ得サルナリ

英國ニ於テ一千八百十七年ソルントント云フ男子マリアアストント呼ヘル少女ヲ殺シ其ノ罪狀ハ寧ロ加重ノ情狀アリシニモ拘ハラズ陪審官ニ依リテ無罪ヲ宣告セラレタリ其ノ放免ノ後少女ノ兄ナル者大陸ヨリ歸リ來リテ之ヲ控訴セシニソルントントハ決闘ニ依リテ曲直ヲ斷センコトヲ請求セリ此ノ請求ハ極メテ舊キ判決例ニ本ツキタルモノナリシモ其ノ判決例ハ廢止セラレサリシヲ以テ裁判官ハ之ヲ許サ、ルヲ得サリキ幸ニシテ少女ノ兄ハ敵手ノ劍術ニ長シタル勇者ナルコトヲ知りテ其ノ請求ニ應セサリタリ翌年國會ニ於テ此ノ種ノ判決例ヲ廢止スルノ布告ヲ發シタリ

三、法律ノ規定スル事件若クハ物件消滅シタルトキハ法律ハ自然ニ其ノ效力ヲ失フヤ又新舊二法ヲ調和スル爲メニ公布シタル經過法ハ新法カ全ク行ハレテ舊法ト牴觸スルコトナキニ至ラハ自然ニ其ノ效力ヲ失フヤ

例ヘハ決闘罪ニ關スル法律ハ決闘ト云フ所爲カ全ク社會ニ其ノ迹ヲ絶ツニ至リタルトキハ自然消滅ニ歸スヘキヤ又北海道土地拂下規則ハ北海道ノ土地ヲ悉ク拂下了リタルトキハ自然消滅ニ歸スヘキヤ又新舊刑法比較法ハ舊法ノ時ニ犯シタル罪カ全ク滅了シテ新舊二法ヲ比較スルノ必要止ミタルトキハ自然消滅ニ歸スヘキヤト云フノ類ナリ既ニ法律ハ永久ノ不使用ニ依リテ廢止セラル、コトナシトノ理由ヲ認ムルトキハ此ノ問題ニ對シテモ理論上法律ハ其ノ效力ヲ失フコトナシト答ヘサルヘカラサルナリ然レトモ實際ニ於テ其ノ法律ハ全ク適用セラル、コトアルヘカラサルカ故ニ廢止セラレタルト同一ノ結果ニ歸着スヘキナリ

四、或ル官廳カ廢止セラレタルトキハ其ノ官廳カ存在中ニ發シタル命令ハ效力ヲ失フヤ

例ヘハ太政官カ廢止セラレタルトキ其ノ嘗テ發シタル布告布達ノ類ハ效力ヲ失フヤ拓殖務省カ廢止セラレタルトキ其ノ嘗テ發シタル省令訓令ハ效力ヲ失フヤト云フノ類是レナリ之ニ關シテハ一ノ區別ヲ立テサルヘカラス即チ其ノ官廳ノ存在ト相待チテ離ルヘカラサル命令例ヘハ分課規程ノ類ノ如キモノハ其ノ官廳ノ廢止ト同時ニ當然其ノ效力ヲ失フヘキモノナリ之ニ反シテ其ノ官廳ノ權限ニ屬スル政務ニ關シテ發シタル命令ハ其ノ官廳ノ廢止ト同時ニ其ノ效力ヲ失フヘキモノニ非サルナリ何トナレハ假令其ノ官廳ハ廢止セラレ、モ其ノ政務ハ廢止セラレ、モノニ非スシテ他ノ官廳ニ於テ之ヲ承繼シ施行スルモノナレハナリ若シ夫レ革命ノ場合等ニ於テ前政府ヲ顛覆シテ後政府之ニ代ハリタルトキ前政府ノ嘗テ發シタル法令ハ當然效力ヲ失フヤ之ニ關シテモ少ナクトモ理論上ニ於テハ前政府ノ發シタル法令ハ後政府カ明示又ハ默示ノ方法ニ依リテ之ヲ廢止セサル限りハ依然トシテ尙ホ效力ヲ有スルモノト謂ハサルヘカラサルナリ蓋シ政府ハ變更スルモ國家ノ政務ハ一新スヘキモノニ非サレハナリ

最後ニ立憲國ニ於テハ法律ト命令トヲ區別スルノ常例ニシテ其ノ制作ノ方法及
效力ヲ異ニスルトキハ其ノ廢止ニ就キテモ亦異ナル所ナキヲ得ス即チ法律命令
ハ同等以上ノ效力ヲ有スル法律命令ヲ以テ之ヲ廢止スルコトヲ得ヘシ故ニ法律
ヲ廢スルニハ必ス法律ヲ以テセサルヘカラス命令ヲ以テ之ヲ廢止スルコトヲ得
ス之ニ反シテ命令ハ之ヲ制定公布シタルモノニ於テ隨意ニ之ヲ廢止スルコトヲ
得ルハ勿論法律ヲ以テ之ヲ廢止スルコトヲ得ヘク又上級ノ命令ヲ以テ下級ノ命
令ヲ廢止スルコトヲ得ヘシ而シテ明示及默示ノ廢止方法ハ各種ノ命令ニモ亦固
ヨリ適用セラル、ナリ

第三編 私權及私法

本編ニ於テハ先ツ私權ノ種類ヲ述ヘ次ニ私權ノ所棲タル私法ヲ述フヘシ私權ノ
種類ヲ述フルニ就キテハ之ヲ財產權及人身權ノ二種ニ大別シ財產權ヲ分テテ物
權債權及智能的所有權ト爲シ人身權ヲ分テテ身分權親族權及人格權ト爲シ各其
ノ細目ヲ述ヘ終リニ私法ノ種類タル民法商法及民事訴訟法ノ意義沿革編制等ヲ
略述シ以テ本編ヲ終ハラントス

第一章 私權

第一節 財產權

第一款 物權

物權ハ法律ヲ以テスルニ非サレハ之ヲ創設スルコトヲ得ス我カ新民法ニ於テ物
權トシテ認ムル所ノモノハ(一)占有權(二)所有權(三)地上權(四)永小作權(五)地役權(六)留

置權(七)先取特權(八)質權(九)抵當權ノ九種トス然レトモ物權ノ種類ハ敢テ此ニ盡キ
 タリトスルニ非ス法律ヲ以テ尙ホ此ノ外ノ物權ヲ創設スルコトヲ得ヘシ鑛業條
 例ニ於テ認ムル鑛物探掘權ノ如キハ頗ル物權ニ近似スルモノナリ右ニ舉ケタル
 物權中占有權ハ他ノ物權ノ行使ヨリ生シ他ノ物權ト並存スル一種特別ノ物權ナ
 リ所有權地上權永小作權ハ獨立シテ存スルコトヲ得ルモノニシテ主タル物權ナ
 リ而シテ所有權ハ物權中ノ最モ完全ナルモノニシテ地上權永小作權ハ其ノ支分
 權ト見ルヘキモノナリ地役權ハ所有權ノ從タル物權ニシテ留置權以下ハ債權ヲ
 擔保スル物權ナリ換言スレハ留置權以下ハ債權ノ從タル物權ニシテ之ヲ物上擔
 保ト稱ス蓋シ債權ヲ擔保スルニ人ノ信用ヲ以テスルモノト物ノ價格ヲ以テスル
 モノトノ二種アリ一ヲ對人擔保ト稱ス不可分債務連帶債務保證債務即チ是ナリ
 一ヲ物上擔保ト稱ス留置權先取特權質權抵當權即チ是ナリ以下順ヲ追フテ此等
 ノ物權ノ性質ヲ逐メテ簡單ニ説明スヘシ

(二) 占有權

占有權トハ自己ノ爲メニスル意思ヲ以テ物ヲ所持スルノ權利ヲ謂フ故ニ占有權

ハ心素及體素ノ二要素ヨリ成ル心素トハ自己ノ爲メニスル意思是ナリ自己ノ爲
 メニスル意思ハ所有ノ意思ヨリモ廣シ所有ノ意思ハ自己ノ爲メニスル意思ノ一
 種タリ故ニ例ヘハ所有ノ意思ヲ以テ所有物ヲ所持スルモ固ヨリ占有權ナリ所有
 ノ意思ナク單ニ他人ノ土地ヲ使用スル意思ヲ以テ地上權ノ目的物タル土地ヲ所
 持スルコトモ亦同シク占有權ナリ體素トハ物ヲ所持スルコト是ナリ物ヲ所持ス
 ルトハ有體物ヲ自己ノ威力ノ中ニ置クコトヲ謂フ必スシモ之ヲ把握スルノ謂ニ
 非サルナリ抑モ物ヲ所持スルト云フハ要スルニ權利ノ行使ニ外ナラス然レトモ唯
 單ニ權利ノ行使ト云フトキハ其ノ範圍甚タ廣シ物ノ所持ト云フトキハ有體物ヲ目
 的トスル權利ノ行使ニ限ルモノナリ即チ所有權地上權永小作權留置權質權賃借
 權使用借權等ノ行使是ナリ有體物ヲ目的トセサル權利ノ行使ハ之ヲ準占有ト稱ス
 占有權ハ或ハ所有權ト並立スルコトアリ或ハ地上權其ノ他ノ權利ト並立スルコ
 トアリ占有權ト並立スル權利ヲ指シテ本權ト稱ス本權ト占有權トハ同一人ニ屬
 スルヲ以テ通例トス然レトモ或ル場合ニハ本權ト占有權ト分レテ兩人ニ屬スル
 コトアリ何レノ場合ニ於テモ占有者ハ單ニ占有權ヲ有スルノミニテ十分法律ノ

保護ヲ受クルモノトス

占有權ノ效力ノ主要ナルモノハ(一)占有者ハ反對ノ證據ナキ限りハ本權者ト推定セラル、コト(二)善意ノ占有者ハ其ノ占有物ヲ本權者ニ取回サル、場合ニ於テ果實ヲ取得スルノ權利アルコト(三)善意ノ占有者ハ動産ハ即時ニ其ノ權利ヲ取得シ不動産ハ十年ノ時効ニ因リテ其ノ權利ヲ取得スルヲ得惡意ノ占有者ハ二十年ノ時効ニ因リテ動産不動産ノ權利ヲ取得スルヲ得ルコト(四)占有者ハ占有ノ訴ヲ提起スルヲ得ルコト等ナリ占有ノ訴ヲ分チテ占有保持ノ訴占有保全ノ訴占有回收ノ訴ノ三ト爲ス占有保持ノ訴トハ占有ノ妨害カ現在ニ生シツ、アルトキニ其ノ妨害ノ停止及損害ノ賠償ヲ請求スル訴ヲ言フ例ハ他人我カ山林ニ入りテ樹木ヲ伐採スルトキニ其ノ停止及損害賠償ヲ要求スルカ如シ占有保全ノ訴トハ占有ノ妨害カ將來ニ生セントスル虞アルトキニ其ノ妨害ノ豫防又ハ損害賠償ノ擔保ヲ請求スル訴ヲ謂フ例ハ隣家カ崩壞シテ我カ家屋ヲ壓倒セントスルノ虞アルトキ又ハ隣人カ我カ財産ニ危害ヲ及ホスヘキ營業ヲ爲ストキニ其ノ妨害ノ豫防ヲ請求シ又ハ損害ヲ生シタル場合ニ之ヲ賠償スヘキ擔保ヲ提供セシムルカ如シ

占有回收ノ訴トハ占有ノ侵奪カ過去ニ生シタルトキニ其ノ物ノ返還及損害ノ賠償ヲ請求スル訴ヲ言フ例ハ他人カ謂ハレナク我カ占有物ヲ奪ヒ去リタルトキハ其ノ返還及損害賠償ヲ要求スルカ如シ蓋シ占有者ニシテ同時ニ本權者ナランニハ占有ノ訴ニ由ラス本權ノ訴ヲ起シテ右ノ如キ請求ヲ爲シ得ヘシト雖モ占有ノ訴ハ單ニ占有ノ事實ヲ證明スルノミヲ以テ足レリトスルカ故ニ極メテ容易迅疾ナルニ反シテ本權ハ之ヲ證明スルコト往々困難ナルコトナシトセス且本權者ニ非サル占有者ハ占有ノ訴ニ由ルニ非ザレハ又法律ノ保護ヲ受クルコト能ハサルヘシ是レ占有ノ訴ノ極メテ占有者ニ利便アリトスル所ナリ

(二) 所有權

所有權トハ法令ノ制限内ニ於テ自由ニ所有物ヲ使用收益及處分スルノ權利ヲ謂フ民二〇六條此ノ定義ヲ分析スレハ先ツ所有權ハ物ヲ使用收益及處分スルノ權利ナリ使用トハ物ヲ毀損セスシテ自己ノ用ニ供スルコトヲ謂フ例ハ馬ニ乘リ家屋ニ住居スルカ如シ收益トハ物ノ果實ヲ收取スルコトヲ謂フ例ハ土地ヲ耕作シテ五穀ヲ收穫シ家屋ヲ賃貸シテ其ノ家賃ヲ取ルカ如シ處分トハ物ヲ毀損シ

若クハ其ノ性質ヲ變更スルコトヲ謂フ例ヘハ田園ヲ變シテ池沼ト爲シ家屋ヲ崩壊スルカ如シ或ハ處分ト云フ語ヲ解シテ權利ヲ讓渡シ又ハ拋棄スルノ義ナリトスル者アレトモ誤レリ何トナレハ權利ヲ讓渡シ又ハ拋棄スルコトヲ得ルハ一切ノ財產權ニ共通ナル性質ニシテ特ニ所有權ニ就キテノミ之ヲ掲出シテ言明スルノ要アラサレハナリ使用收益及處分ノ三權ヲ并合スルモノヲ完全ナル所有權ト稱ス或ル場合ニハ使用收益ノ二權ヲ他人ニ與ヘテ所有者ハ處分權ノミヲ有スルコトアリ之ヲ不完全ナル所有權ト稱ス唯處分權ハ所有權ノ精髓ニシテ之ナクンハ又所有權アラサルナリ故ニ處分權ハ決シテ之ヲ他人ニ與フルコトヲ得サルナリ次ニ所有權ハ所有物ヲ使用收益及處分スルノ權利ナリ既ニ所有物ト云フトキナラサルヘカラス他人ノ物ヲ使用收益及處分スルコトヲ得サルナリ又物ト云フトキハ所有權ノ目的ハ有體物ニ限ルコトヲ見ルヘシ權利ハ所有權ノ目的トナルコトヲ得ス故ニ所有權ノ所有權地上權ノ所有權債權ノ所有權ト云フカ如キモノハ決シテ存スルコトヲ得サルナリ次ニ所有權ハ自由ニ物ヲ使用收益及處分スル

ノ權利ナリ自由ニト云フハ所有者ノ意思ニ從テ又ハ他ノ拘束ヲ受クルコトナクト云フノ義ナリ之ヨリシテ所有權ハ排斥的ノ性質ヲ有スルモノナルコトヲ見ルヘシ排斥的ノ性質トハ所有者獨リ專ラ所有權ヲ行使シ他人ヲ排斥シテ之ニ干與セシメサルコトヲ謂フ故ニ二箇ノ所有權カ同時ニ一箇ノ物ノ下ニ並存スヘカラスアルハ譬ヘハ猶ホ二箇ノ物カ同時ニ同一ノ空間ヲ占有スルコト能ハサルカ如シ唯共有ノ事アリト雖モ共有トハ一箇ノ所有權ヲ數人ニテ有スルノ意ニシテ一物ノ上ニ數箇ノ所有權並存スルノ義ニ非サルナリ終リニ所有權ハ法令ノ制限内ニ於テ存スル權利ナリ所有權ハ生命權ト同シク人ノ依リテ以テ世ニ生存スル所ナリ一日所有權ナクンハ人ハ枯死ヲ免レズ是レ所有權ノ神聖ニシテ侵スヘカラスト爲ス所以ナリ故ニ憲法第二十七條ニ曰ク日本臣民ハ其ノ所有權ヲ侵サハルコトナシト其ノ之ヲ保護スル所以ノ意至リテ明白ナリ然レトモ萬人同シク此ノ世ニ棲息スルトキハ各人ノ所有權ヲシテ絕對的無制限ナラシムルコトヲ得ス公益上ノ理由ノ爲メ多少之ヲ制限スル所ナキコトヲ得サルナリ故ニ民法ハ所有權ハ法令ノ制限内ニ於テ存スル權利ニシテ法律命令ヲ以テ之ヲ制限スルコトヲ

得ルモノナルコトヲ明ニセリ即チ所有權ハ法律ヲ以テ之ヲ制限スルコトヲ得ル
ハ勿論警察令ノ如キ命令ヲ以テスルモ尙ホ之ヲ制限スルコトヲ得ルナリ故ニ曰
ク所有權ハ不可侵ノ權利ナルモ無制限ノ權利ニ非サルナリト唯憲法ニ於テハ所
有權ハ法律ノ定ムル所ニ從ヒテ公用徵收等ノ處分ヲ受クルノ外毫モ其ノ享有行
使ヲ制限セラル、コトナシト爲セルニ民法ニ於テハ如何ナル場合ニ於テモ法律
命令ヲ以テ之ヲ制限スルコトヲ得ルモノナリト爲セルハ頗ル憲法ノ精神ニ背戾
スルモノ、如シ蓋シ此ノ問題ハ權利ノ基礎ニ關スル觀念ノ差異ニ依リテ其ノ結
論ヲ異ニスヘキモノニシテ一概ニ論斷スルコトヲ得ス想フニ民法立案者ハ所有
權ハ民法ノ規定ヲ待チテ始メテ生スルモノナリトノ見解ヲ取り憲法ノ保障スル
所有權ハ即チ民法ノ規定スル所有權ナルカ故ニ所有權ハ民法ニ於テ如何ナル態
樣ニモ之ヲ規定スルコトヲ得ヘキモノナリト爲セルモノナラン此ノ見解ハ解釋
上ノ意見トシテハ通セサルニ非サルヘキモ立法上ノ理論トシテ極メテ薄弱ナル
モノナリ其ノ根本問題ニ涉ルノ故ヲ以テ余輩ハ唯此ニ異論アルコトヲ注記スル
ニ止ムヘキナリ

次ニ所有權ノ基礎ハ之ヲ大別シテ事實上ノ基礎及理論上ノ基礎ト爲スコトヲ得
ヘシ

所有權ノ事實上ノ基礎ハ動産ノ所有權ニ就キテハ特ニ言フヘキモノナシ思フニ
人類ハ必ス外物ニ資リテ生活セサルヘカラサルトキハ當初ヨリ飲食衣服其ノ他
生活ニ必須ナル諸物ヲ所有シタルノ事實アリタルヤ明クシ不動産殊ニ土地ノ所
有權ニ就キテハ近世原人學社會學等ノ研究ニ依レハ人類ハ種々ノ變遷ヲ經タル
モノ、如シ概シテ之ヲ言ヘハ最始ニ於テハ土地ノ所有權ト云フモノアルコトナ
シ其ノ後土地ノ所有權發生スルニ及ヒテモ其ノ初メハ村落共有ノ制ナリシナリ
次テ漸ク家産ノ制ニ進ミ終リニ個人所有ノ制ニ推移シタルモノナリ試ミニ略之
ヲ述ヘン蓋シ原人カ山ニ獵シ水ニ漁シ木實ヲ拾ヒ草根ヲ掘リテ以テ其ノ生ヲ營
ムニ當リテヤ土地所有ノ觀念ハ未タ發生セス其ノ自己ノ所有物トシテ所持スル
モノハ唯其ノ捕獲收拾シタル物類ノミナリシナリ其ノ後牧畜制度ノ時代ニ至ル
ニ及ヒテ土地所有ノ觀念ハ漸ク其ノ萌芽ヲ發セリ此ノ時ニ於ケル土地所有ハ唯
一部落ノ牛羊カ遊息スル土地ノ範圍ニ止マリ其ノ疆域ニ關シテ他部落ト爭鬪ス

ルコトハ往々ニシテ之アリシ所ナレトモ一個人カ土地ノ一部ヲ專有スルノ觀念ハ尙ホ未タ生セサルナリ蓋シ此ノ觀念ハ牧蓄ノ生活ト全ク相容レサルモノナルヲ以テナリ其ノ後漸ク土地ヲ耕作スルノ習ヲ生シ此ニ耕作制度ノ發生ヲ見ルニ至レリ此ノ時代ニ於テモ土地ハ一部落若クハ一民族ノ共有ニシテ耕作地、牧場、森林等皆其ノ共同ノ使用ニ屬セリ其ノ後耕作地ヲ區劃シ抽籤ニ依リテ之ヲ各家ニ配當シ一定ノ期間之ヲ專用セシムルノ習ヲ生スルニ至リシモ土地ノ所有權ハ依然トシテ團體ニ屬シ一定ノ時期ニ於テ各家ノ土地ヲ悉ク收納シテ配當ヲ更新シタルモノナリ是レ現今魯國ノ村落ニ行ハル、所ナリタシトノ紀事ニ依レハ羅馬帝政時代ニ於ケル日耳曼民族ノ慣習モ亦此ノ如クナリシナリ次テ定期ニ土地ヲ配當スルノ習漸ク消滅シ各家族カ嘗テ配當ニ依リテ受ケタル土地ハ其ノ專有ニ歸スルニ至レリ最後ニ個人ノ世襲的土地所有權現出スルニ至リシモ其ノ初メハ尙ホ種々ノ制限拘束ヲ受ケシナリ今日ノ民法カ規定シ吾人カ目撃スル所ノ絶對的個人所有權ノ如キハ非常ニ長キ發達ノ結果ニシテ比較的ニ近世ノ事ニ屬シ決シテ彼ノ一派ノ學徒カ想像スルカ如ク人類カ國家ヲ成シテヨリ以來全ク今日

ト同一ノ個人ノ土地所有權存在セシニハ非サルナリ願フニ土地所有權ノ如キハ人類任意ノ制作物ニ非スシテ一方ニ於テハ經濟上ノ必要ニ原ツキ他方ニ於テハ人類正義ノ觀念ニ本ツキ自ラ然ラサルヲ得サルモノアリテ全世界ノ人民悉ク同一ノ階段變遷ヲ經過シタルモノナルヤモ未タ知ルヘカラス但或ハ希臘羅馬ノ如ク歴史時代ノ初期ニ於テ夙ク既ニ個人土地所有ノ制度發達シ其ノ前代ニ於テ果シテ村落土地共有ノ制度アリシヤ否ヤ杳トシテ識リ難キモノアリ(是レ正ニ學者間ニ爭フ存スル所ニシテ自耳義ラブレールノ如キハ希臘羅馬ノ古代ニモ村落土地共有ノ痕迹ノ證スヘキモノアリト云ヒ佛國フユステル、ドクラーンデユノ如キハ希臘羅馬ニ於テハ最始ヨリ個人土地所有ノ制度ニシテ村落土地共有ノ制度ナシト云ヘリ)或ハ魯國瑞西瓜哇ノ如ク村落土地共有ノ制度ノ尙ホ今日ニ遺存スルモノアリ其ノ餘ノ諸國ニ至リテハ今日ハ大抵個人所有ノ制度ニ到着シタリト雖モ團體共有ノ事跡ノ徵スヘキモノアリ例ヘハ英國ノ如キ今日ニテモ少ナクトモ制度上タケハ國土ハ君主ノ所有權ニ屬シ地主ハ君主ノ分配ニ依リテ之ヲ占有スルモノト爲スナリ支那ノ古代ニハ井田ノ制アリ普天之下莫非王土ト云フハ今日

ニ於テモ尙ホ認めラル、所ナリ我カ邦ニ於テモ王朝ノ時ニ班田ノ制アリ國土ハ天皇ノ有スル所ト爲セシヤ明ナリ封建ノ世ニ及ヒテモ諸侯ハ國君ノ土地ノ一部ヲ支配セシニ過キスシテ農民ハ皆小作人タリシナリ明治維新百度歐米ニ模倣シ其ノ六年地券ノ制ヲ定ムルニ及ヒテ個人ノ土地所有權此ニ始メテ確立スルニ至レリ余輩ノ聞ク所ニ依レハ越後及日向ノ邊隅ニハ地券制定ノ後迄モ尙ホ定期ニ土地ヲ村民ニ分配スルノ習アリシト云フ個人ノ土地所有權ハ今日一般ニ認めラル、所ナリト雖モ此ノ制度ノ完全ニシテ永續スヘキモノナルヤ否ヤハ頗ル疑フヘシ將來土地所有權ノ制度ハ如何ニ變更スルヤ又如何ニ變更セシメサルヘカラスアルヤハ是レ正ニ學者經世家ノ深思熟慮ヲ要スル所ナリ

(イ) 占有說

此ノ說ハ所有權ノ基礎ハ無主物占有ニ在リト爲スモノナリ蓋シ原始社會ニ在リテ一切ノ物未タ定主アラス此ノ時ニ當リテ人アリテ先ツ一物ヲ占有スレハ其人ト其ノ物トノ間ニ格段ノ關係ヲ生シ無主物カ其ノ性質ヲ變シテ有主物即チ附

有物トナルト謂フモノナリ然レトモ此ノ說ハ動産ノ所有權ニハ或ハ適用セラルヘキモ土地ノ所有權ニ至リテハ斷シテ之ヲ適用スルコトヲ得ス何トナレハ土地ハ太初ヨリ以來村落民族若クハ國家ノ所有ニ屬シテ嘗テ無主物タルコトアラサレハナリシセロソ曰ク譬ヘハ猶ホ觀劇場ノ如シ衆人此ニ來リテ各一席ヲ占ム其ノ占有スル所ノ處ハ即チ其ノ人ノ所有ナリト此ノ言誤レリ觀客ノ占有スル所ハ膝ヲ容ル、ノ地ニ過キスシテ且一時此ニ居ルニ止マレリ是レ豈以テ永遠且廣大ノ所有權ヲ説明スルニ足ランヤ且占有說ノ誤レル所以ノ理尙ホ二端アリ一ハメーンノ論證スル所ニシテ其ノ言ニ依レハ占有ヲ以テ所有權取得ノ原因ト爲スハ個人所有權ノ制度確立シ萬物殆ト其ノ定主ナキモノナキニ至リタル後ニ於テ偶無主ノ物アリタルトキ先ツ之ヲ占有シタル者ニ其ノ所有權ヲ與ヘテ以テ萬物ヲシテ定主アラシメ且以テ益個人所有權ノ制度ヲ確定シタルモノナリト云フモノ是レナリ一ハ占有ハ偶然ノ事實ニシテ以テ所有權ノ理論上ノ基礎ト爲スヘカラス必スヤ占有ノ事實ニ先タチ且優ル所ノ理論ナカルヘカラス即チ土地所有權ノ如キハ理論上萬人ノ共有ニ屬スヘキモノニシテ決シテ個人ノ專有ヲ許スヘキモノニ非ス單

純ナル占有ノ事實ハ決シテ此ノ理論ヲ傾覆スルノカアラスト云フモノ是レナリ

(ロ) 勞力說

此ノ說ハ所有權ノ基礎ハ勞力ニ在リト爲スモノナリロツク曰ク身體ハ各人ノ所有ナリ身體ノ勞力手腕ノ作業モ亦然リ之ニ依リテ取得シタルモノハ何人モ之ヲ爭フコト能ハサルヘシ然レトモ各人カ外物ヲ取得スルニ當リテハ其ノ需要ノ外ニ出ツヘカラス若シ之ヲ過クルトキハ是レ他人ノ物ヲ取得スルナリ他人ヲ害スルナリ即チ公正ノ義ニ反ス各人ハ其ノ勞力ニ依リテ其ノ生活ニ必須ナル外物ヲ取得スル天與ノ權利アリ然レトモ各人ノ權利ハ平等ナラサルヘカラス故ニ動産ニ在リテハ無益ニ之ヲ暴殄スルコトナキノ限度ニ於テ之ヲ享用スルコトヲ得ヘク土地ニ在リテハ各人カ自ラ耕作シ得ル領域ヲ限リトシ且他人ニモ其ノ要スルタケノ土地ヲ遺留スルノ條件ニ於テ之ヲ享用スルコトヲ得ヘシト言何ソ明晰ナルヤ余輩モ或ル度マテハ亦勞力カ所有權ノ正當ノ基礎タルコトヲ信スル者ナリ然レトモ所有權ノ基礎ハ獨リ勞力ノミニ止マルモノト謂フヘカラス果シテ所有權ノ基礎ハ勞力ノミニ在リト爲ストキハ勞力者ニシテ其ノ勞力ノ結果ヲ享受スル

能ハサルハ不當ナルト同シク勞力ヲ爲サシテ他人ノ勞力ノ結果ヲ享受スルハ更ニ不當ナリト爲サルヘカラス今夫レ他人ノ土地若シクハ材料ニ加工シタル者ハ唯損害要償ノ權利若クハ加工物擲去ノ權利ヲ取得スルニ過キスシテ其ノ土地若クハ材料ノ所有權ヲ取得スルコト能ハサルナリ是レ勞力カ所有權ヲ生セザルモノニシテ不當ナルカ如シト雖モ各國法律ノ大抵規定スル所ナリ之ニ反シテ土地ノ賃貸人カ賃借人ノ勞力ノ結果タル賃貸地ノ増價額ヲ取得シ又ハ小作料ヲ増加スルカ如キハ是レ勞力ニ依ラスシテ所有權ヲ取得スルモノニシテ甚タ不當ナルカ如シト雖モ亦各國法律ノ大抵認容スル所ナリ且所有權ノ基礎單ニ勞力ノミニ在リト爲ストキハ勞力ノ報酬ニ超過スル取得ハ不當ノ利得ト爲サルコトヲ得ス相續人ノ權利ハ如何ニシテ之ヲ説明シ得ヘキヤ老幼癡疾ノ者ハ窮竟所有權ヲ取得スルコト能ハスト斷セサルヘカラス故ニ勞力說モ未タ以テ正醇ニシテ瑕疵ナキモノト謂フコトヲ得サルナリ

(ハ) 契約說

社會ハ契約ニ本ツクト云フ說ヲ唱フル論者ハ所有權ノ基礎モ亦契約ニ在ルコト

ヲ主張セリ其ノ説ニ曰ク凡ソ地球上ノ萬物ハ社會ノ共有ニ屬ス然レトモ社會即チ所有者カ自己ニ屬スルモノ、一部ヲ其ノ社會中ノ一人ノ私有ト爲スコトニ同意スルトキハ其ノ私有者ハ全社會ニ對シテ其ノ物ヲ保有スルノ權利アリ故ニ所有權ハ社會ト其ノ社會中ノ一人トノ契約ニ本ツクモノナリト然レトモ所有權カ果シテ契約ニ本ツクモノナルトキハ先ツ所有權發生ノ時此ノ契約ノ嚴存シタルコトヲ証明セサルヘカラス然ルニ此ノ證明ハ甚タ不確實ナリ且夫レ權利ハ正義ニ根本スルモノニシテ契約ニ基因スルモノニ非ス契約カ能ク權利ヲ設定スルコトヲ得ル所以ノモノハ其ノ正義ニ適合スルカ爲メナリ契約ニシテ正義ニ適合セザランカ千ノ契約アリト雖モ決シテ權利ヲ設定スルヲ得サルナリ然ラハ所有權ノ基礎ヲ論スルニ當リテモ唯其ノ正義ニ適合スルヤ否ヤヲ看得セハ足レリ又契約ノ有無ヲ問フノ要アラサルナリ故ニ此ノ説モ未タ以テ正確ト爲スコトヲ得ルナリ

(三) 法定説

此ノ説ハ凡ソ權利ハ法律ノ創定スル所ナリトノ説ヲ取ル者ノ齊シク唱フル所ナリ

リボツシユニ曰ク假リニ政府ナジト想像セハ土地及一切ノ財産ハ空氣光線ト同レク萬人ノ共有ニ屬シ何人モ特別ノ權利ヲ有スルコトナク人々力爭取得スルノ外アラサルヘシ然ルニ規律アル政府ノ存スル處ニ在リテハ各個人ハ何物ヲモ占有スルノ權利ヲ有セス是レ所有權ノ依リテ生スル所ニシテ一般ノ權利モ亦皆官權ヨリ出ツトロベスピエール曰ク所有權ハ各人カ法律ニ依リテ保障セラレタル財産ヲ受用スルノ權利ナリトベンザム曰ク余カ或ル物ヲ余ノ所有トシテ受用スルコトヲ得ル所以ノモノハ偏ニ法律ノ之ヲ保障スルニ賴レリ所有權ハ法律ト共ニ生シ法律ト共ニ死ス法律以前ニ所有權ナク法律以後ニ所有權ナシト佛國ラブレール曰ク社會カ土地ノ所有者ヲ保護スルノ時ニ至ルマテ土地ノ所持ハ單個ノ事實ニシテ人々其ノ隨力ニ依リテ之ヲ防護シタルノミ法律ハ單ニ所有權ヲ保護スルモノニ非スシテ之ヲ創設スルモノナリ所有權ハ自然的ノモノニ非スシテ社會的ノモノナリトマインツ曰ク現今歐洲全土ヲ分領スル羅馬、日耳曼及スラップノ三法制ニ於テハ所有權ヲ以テ絶對的ニ國家ヨリ發出スルモノナリト爲スナリト其ノ餘諸家之ニ類スルノ言甚タ多シ今煩ヲ避ケテ一々之ヲ摘載セス抑モ所有權

ハ果シテ法律ノ創定スル所ナルカ夫レ法律ハ如何ニ萬能ノ力アリトスルモ未ダ嘗テ存在セサルモノヲ新タニ作り出ダスコト能ハサルナリ所有權ノ類モ亦多シ個人ノ所有權アリ一家ノ所有權アリ部落ノ所有權アリ且昔シハ主人ハ奴隸ヲ所有スルノ權利ヲモ有シタルナリ法律カ所有權ヲ規定セントスルニ當リテハ宜シク何ノ依據スル所ナルヘキヤ必スヤ先ツ所有權ノ如何ナルヘキモノナルヤヲ審明セサルヘカラサルナリ見ルヘシ所有權ノ觀念ハ之ヲ規定スル法律ノ前ニ存セサルヘカラサルコトヲ夫レ事物ニ正邪アリ制度ニ善惡アリ正邪善惡ハ事物制度ノ固有スル所ナリ法律ノ之ヲ宣言スルヲ待チテ然ル後ニ始メテ判明スト爲スニハ非サルナリ譬ヘハ猶ホ二ト二ト合シテ四トナルハ之ヲ言明シテ然ル後ニ始メテ眞實ト爲スニハ非サルカ如キト一般ナリ惟レ權利モ亦然リ世間豈正義善道ニ背反スル權利ト云フモノアラシヤ唯人智ノ矇昧ナル或ハ之ヲ認識スルコトアリ或ハ否ラサルコトアリ甚ダシキハ之ヲ侵害スルノ制度ヲ設爲スルコトナシトセス然リト雖モ權利ノ權利タルハ依然タリ人間制度ノ之ヲ認識スルト侵害スルトニ依リテ増損變易スル所アラサルナリ古ヨリ今ニ至ルマテ人類ノ存スル處國家

ヲ構造シ法律ヲ設爲セサルハナシ是レ其ノ最モ能ク人類ノ理性的需用ニ適應シ其ノ發達ヲ助成スルヲ以テナリ權利ノ本旨實ニ此ニ存ス凡ソ法律ニシテ能ク此ノ本旨ニ適合スルモノハ善法タリ正法タリ此ノ本旨ニ適合セサルモノハ惡法タリ邪法タリ吾人ハ正義善道ノ觀念ヲ有ス此ノ觀念ハ法律ノ作出スル所ニ非サルナリ故ニ吾人ハ能ク法律ノ上ニ立チテ其ノ正邪善惡ヲ判別スルコトヲ得ルナリ今若シ權利ハ法律ノ創定スル所ナリト云フトキハ一切ノ法律ハ悉ク正善ニ適合スルモノナリト謂ハサルヘカラス果シテ然ラハ劫奪ナリ奴隸ナリ沒収ナリ凡ソ非理不道ノ行カータヒ法律ニ依リテ規定セラルトキハ忽然トシテ變シテ悉ク正善ノ行トナルナリ其ノ最モ權利ノ本旨ニ反スル所ノモノカ眞誠ノ權利ト成リ了ルナリ天下決シテ此ノ如キノ道理アルヘカラス抑モ人間界ノ法則ハ物質界ノ法則ト同シカラス今夫レ水蒸シテ氣トナリ氣冷テ雲雨雪霰トナル是レハ一定不易ノ法則ニシテ人力ノ得テ左右スル所ニ非サルナリ若シ之ヲ更革セント欲スル者アラハ夸父ノ日影ヲ追フカ如ク兒童ノ紅霓ニ趨ルカ如ク狂ニ非サレハ愚ナリ人間界ノ法則ハ然ラス若シ其ノ不正邪惡ナラハ之ヲ改善スルコトヲ妨グス是レ

吾人ノ日常目撃スル所ニシテ社會ノ進歩スル所以ナリ一旦成立シタル法度ハ永久更革スヘカラスト云フハ萬々此ノ理アルコトナシ而モ何ニ由リテカ之ヲ更革セント云ハ、亦唯權利ノ本旨ニ從フノミ故ニ曰ク權利ハ法律ノ制定スル所ニ非ス法律カ權利ノ本旨ニ從ヒテ制作セラルルノミ余輩ハ法定說ヲ目シテ皮相淺薄ノ見ナリト爲スニ躊躇セサルナリ

(ホ) 經濟說

ロスシエル、ミル、クルセル、スヌイユ等一派ノ經濟學者ハ所有權ヲ以テ自然ノ必要ニ本ツクモノトシ此ノ獎勵ノ具アルニ非サレハ人類ハ勞動貯蓄ヲ爲スコトナカルヘシト謂ヘリアドルフ、ワグネルハ此ノ主義ヲ名ツケテ自然經濟說ト爲セリロスシエル曰ク人類カ自由ナルニ非サレハ其ノ勞動カ生産ノ極度ニ達スルコト能ハサルト同シク資本モ亦自由ナル私有制度ノ下ニ非サレハ十分ニ其ノ生産力ヲ選フスルコト能ハサルナリ誰レカ將來ノ使用收益ヲ豫期スルニ非スシテ資本ヲ貯蓄スル者アランヤ然ラスンハ直ニ消耗シ去ルヘキノミトミル曰ク土地所有權ニシテ正當ナリトセハ其ノ理由ハ之ヲ勞力說以外ニ求メサルヘカラス夫レ土地

地ハ人類ノ創作スル所ニ非スシテ天ノ萬人ニ賦與スル所ナリ然ルニ一個人カ其ノ一部ヲ專有スルハ一見甚タ不當ナルカ如シ然レトモ一個人カ土地ヲ專有スルハ獨リ之ヲ有スル者ノ利益タルノミナラス又之ヲ有セサル者ノ利益タルナリ蓋シ國家人類ノ大利益ハ土地ヲシテ成ルヘク多ク食物其ノ他人生ノ必須物ヲ生セシムルニ在リ而シテ此ノ結果ヲ得ンカ爲メニハ各人ヲシテ多量ノ勞力ト資本トヲ土地ニ投入セシメサルヘカラス然ルニ經驗上多數ノ人類ハ公衆ノ爲メニスルヨリモ寧ロ自己及子孫ノ爲メニ多量ノ勞力ト資本トヲ用フルコト明ナリ故ニ大ニ生産ヲ獎勵センカ爲メニハ各人ヲシテ土地ヲ專有セシメ他ノ攪亂ヲ受クルコトナク十分ニ土地ノ利益ヲ收取セシムルヲ正當トス個人所有權ヲ説明スルノ理由之ヲ措キテ將タ何クニカ之ヲ求メント流石ハ經濟大家ノ言人ヲシテ其ノ平正明白ナルニ歎服セシム果シテ所有權ノ基礎ハ社會ノ公益ニ在リトセハ公益ニ合セサル現在ノ制度ハ漸次之ヲ更革スルコトヲ妨ケス是レ經濟說ノ認容スル所ニシテ又其ノ效用アル所ナリ然レトモ個人ノ土地所有權ハ土地ノ生産ヲ獎勵スルカ爲メニ必要ナリト謂フハ誤レリ國家都邑若クハ大地主ノ所有ニ屬スル土地ニ

シテ小作人ノ耕作ニ委テ毫モ土地ノ生産耕作ノ發達ヲ減損セサルハ今日明白ノ事實ニ非スヤ若シミルノ言ノ如ク土地ノ個人所有權ヲ認ムルハ所有者ヲ刺衝シテ耕作改善ノ熱心ヲ生セシムルニ在リトセハ所有權ハ必ス之ヲ耕作者其ノ人ノミニ許與セサルヘカラスシテ土地貸借ノ制度ハ之ヲ禁止セサルヘカラス何レノ場合ニ於テモ國民經濟發達ノ結果タル地價ノ増加額ニ對スル地代ハ自ラ耕作ヲ地主ニ與ヘスシテ國家ニ收納セサルヘカラスナルノ結果トナルヘシ故ニ經濟說モ亦未タ以テ所有權ノ基礎ヲ説明スルニハ足ラサルナリ

(一) 人性說

此ノ說ハ所有權ヲ以テ人類ノ天性ニ本ツクト爲スモノナリ即チ所有權ハ人類自然ノ權利ナリト謂フモノナリアーレンスノ言最モ明快ト爲ス其ノ言ニ曰ク所有權ハ各人ノ生活及發達ノ條件ナリ此ノ權利ハ人性其ノ物ニ根源シ原始的及絶對的ノ權利ニシテ占有勞力若クハ契約ノ如キ外形ノ所爲ニ因リテ生スルモノニ非ス此權利ハ直ニ人性ヨリ流出スルモノナルカ故ニ此ノ權利ヲ有センカ爲メニハ單ニ人類タルノミヲ以テ足レリトボルタリ曰ク所有權ハ自然ノ權利ナリ此ノ變

利ノ根源ハ吾人ニ存スト若シ人類ニ外物ヲ所有スル自然ノ權利ナシトセハ人類ハ世ニ生存スル權利モナカルヘシマルサス曰ク自然ノ饗宴ニ於テハ無産ノ人ノ爲メニ設ケラレタル座席アルコトナシ此ノ人ヤ實ニ地球上ノ贅客タリ自然ハ其ノ速ニ此ノ土ヲ立ち去ルヘキコトヲ命シ且自ラ此ノ命令ヲ執行スルニ躊躇セザルナリト嗚呼何ソ其ノ言ノ忍ヘルヤ人心アル者誰レカ之ヲ聽キテ戰慄セザランヤ余輩ハ窮竟人性說ヲ以テ最モ正醇ナリト信ス遂ニ卑見ヲ述フルコトヲ得ン夫レ人如何ニシテ此ノ世ニ生レ何カ爲メニシテ生存スルヤ余得テ之ヲ知ラサルナリ然レトモ人既ニ天地ニ視息スル以上ハ必スヤ外物ニ資リテ生活セサルヲ得ス今余一椀ノ飯ヲ食ヒ一杯ノ水ヲ飲ミ一領ノ衣ヲ纏ヒ一字ノ屋ニ住ス是レ皆余ノ生ニ缺クヘカラサルナリ若シ之ヲ缺カンカ余ハ忽チニシテ餓死センナリ死ハ人ノ免レサル所ナリトスルモ桎梏シテ死スルハ正命ニ非サルトキハ餓死亦豈人ノ正命ナラシヤ天地ノ間飲食ノ物全ク盡キ此ニ於テ餓死センハ固ニ已ムヲ得ス然レトモ未タ此ノ境ニ到ラサル間ハ外物ニ資リテ生ヲ營ムハ是レ人ノ本性ナリ既ニ外物ニ資リテ生存スル以上ハ必スヤ所有ノ事ナキコトヲ得サルナリ若シ人

ノ世ニ在ルコト猶ホロビンソクルーソーノ絶海ノ孤島ニ索居スルカ如クハ身邊ノ物悉ク取りテ自ラ奉スルコトヲ得ヘケンナリ然レトモ人ハ必ス群ヲ成シテ生息セサルヘカラサルトキハ身外ノ萬物己ノ意ニ任シテ專恣ニ采取スルコトヲ得サルヤ明クシ此ニ一群ノ人アリ其ノ住居ニ相應スヘキ一定ノ土地アリ衣食住ノ物悉ク充足シタラシニハ是レ極樂園ナリ又何等ノ困難事アルコトナシ然レトモ社會ノ光景ハ常ニ此ノ如キコト能ハス近世科學者ノ言ニ依レハ飲食ノ物ハ二倍數ヲ以テ増加シ人類ハ自乘數ヲ以テ繁殖スト果シテ然ラハ後世人ト人ト相食ムニ至ルハ蓋シ免カルヘカラサルノ數ナリ令、餓死ニ瀕セル二人ノ者アリテ一櫛ノ肉片以テ此ノ二人ノ者ノ饑ヲ療スルニ足ラストセン此ノ時ニ當リテ其ノ雙方カ身ヲ殺シテ仁ヲ成ス底ノ人ナラシニハ必スヤ互ニ相讓リテ寧ロ死ストモ獨リ之ヲ食フニ忍ヒサラン若シ又普通人ナラシニハ之ヲ等分ニ折半スヘキカ若シ又殘忍無情禽獸ノ如クナラシニハ一方ノ強者ハ必ス他方ノ弱者ヲ殺シ其ノ肉ヲ併セテ之ヲ食フヘシ古往今來仁者極メテ少ナク普通人モ亦甚タ稀ニシテ禽獸ノ類天地ニ充滿スルトキハ人ノ外物ヲ爭ヒ相殺シテ已ムコトナキモノ固ヨリ怪ムニ

足ラサルナリ然レトモ強者常ニ強者タルコトヲ得サルトキハ是レ適ニ生ヲ養フ所以ノモノヲ以テ互ニ其ノ生ヲ殘害スルナリ其ノ愚妄固ヨリ言フヲ待タス而シテ強者少シク其ノ慾思ヲ節適シテ外物ノ分配ヲ平均セハ必スシモ萬人ノ生活ニ缺クル所アラサルナリ是ニ於テ人命ヲ恤ヒ人窮ヲ哀ム底ノ聖者出ツルコトアリテ衆ニ語ケテ曰ク平和ノ勤勞ニ依リテ取得セル外物ヲ所有セヨ相攘奪殘害スルコト勿レト所有權ノ濫觴ハ想フニ應ニ此ニ在ルヘシ故ニ所有權ト云フトキハ他ノ國家ノ制度ト同シク既ニ人類ノ需用ヲ制限スルノ意ヲ含ム各人ヲシテ平等ニ外物ヲ資用セシメントスルノ意ヲ含ム弱肉強食ヲ防止スルノ義ヲ有ス人類ヲシテ平和ノ生活ヲ爲サシメントスルノ義ヲ有ス即チ所有權ハ絶對的無制限ナル權利ニ非サルナリ然ラハ各人ハ凡ソ幾何ノ物ヲ所有セハ可ナリトセンカ其ノ制限ノ標準如何是レ洵ニ知リ易カラサルナリ然レトモ各人ハ苟モ現實的物質的ニ他人ヲ害スルコトナクハ其ノ智力富力腕力ヲ盡シテ自由ニ外物ヲ取得シ所有スルコトヲ得ルモノトセハ其ノ結果又必ス貧富ノ懸隔ヲ生スヘシ是レ正ニ今日ノ狀事ニシテ所有權ノ意義目的ニ悖戾スルモノナリ當初人類ノ強存弱滅ヲ防止セン

カ爲メニ生シタル所有權ハ今ヤ反リテ強者ヲ保護シテ弱者ヲシテ衣食ノ資ナカラシムルニ至レリ余輩ハ今日ノ所有權カ其ノ形狀範圍效力ニ於テ大ニ變革スル所ナカルヘカラサルコトヲ信スル者ナリ

以上ニ列擧スル諸說ハ要スルニ皆個人ノ所有權ヲ是認スルモノナリ唯其ノ基礎トスル理由互ニ相異ナルノミ然ルニ此等ノ諸說ニ反對シテ個人ノ所有權ヲ非認スルノ論說亦甚タ多シ其ノ所說或ハ激烈ナルモノアリ或ハ温和ナルモノアリテ一様ナラスト雖モ社會主義共產主義ノ徒ハ大抵個人ノ所有權ヲ非認スルモノナリ彼ノフルードンカ所有權ハ盜賊ナリト絶叫シタルハ奇矯ノ語トシテ久シク人口ニ膾炙スル所ナリスペンサーハ其ノ著社會平權論ニ於テ土地私有ノ不正非理ナルコトヲ論道セリヘンリーヂョーヂハ今日ノ貧富懸隔社會軋轢ヲ救済スルモノハ土地國有ノ策ヨリ好キハナシト爲シ此ノ目的ヲ遂行センカ爲メニ著述演說結社等有テユル手段ヲ盡シツ、中道ニシテ斃レニキ、白耳義經濟大家ラヅレーハ所有權及其ノ原形ト題スル一大冊子ヲ著ハシタルカ其ノ目的トスル所ハ單ニ村落土地共有制ノ善美ヲ證明スルニ在リ大意ニ謂フ土地所有ノ制度ハ全地球ノ人民悉ク同一ノ階段ヲ經テ發達シタルモノナリ而シテ村落土地共有ノ制ハ最モ人生ノ自然ニ適合シタル制度トシテ或ル時代ニ於テ何レノ國ニモ行ハレタル所ナリ今日モ魯西亞、瑞西、瓜哇ニ於テハ尙ホ此ノ制度ニ遵由セリト此等ノ諸國ニ於ケル村落土地共有制ヲ詳叙シ一村ノ間、乞丐ナク盜賊ナク疫癘災害ナク其ノ民皞々如トシテ擊壤鼓腹ノ樂ヲ享クルノ狀ヲ描畫スル處眞ニ縹渺トシテ上界仙人ノ國土ノ如ク讀者ヲシテ恍惚トシテ慕望愛悅ノ心ヲ生セシム斯クアリテユソ人生ノ目的ニモ副フヘク又謂フ土地私有ノ制度ハ全ク文明ノ變態タル希臘羅馬ノ遺制ニシテ人生ノ自然ニ背反スルモノナリ希臘羅馬ニ在リテモ其ノ初代ニ當リテハ尙ホ村落共有制ノ行ハレタルモノナリ其ノ他ノ諸國ニ至リテハ此ノ制度ノ行ハレサル處アルコトナシト古今東西ノ事例ヲ援引シテ一々之ヲ證明シ人ヲシテ其ノ材料ノ豐富ナルニ驚瞠セシム乃チ日本支那ノ制度ノ如キモ粗漏ニハアレト亦之ヲ引證セリ自ラ言フ材料蒐集ノ爲メニ三十年ノ歲月ヲ費セリト嗚呼人生ヲ憂恤シ眞理ヲ愛好スルコト此ノ如クニシテ始メテ學者ノ本分ニ負カスト謂フヘシ佛國經濟學者ルロアボーリユーハ自由主義ノ人ナリ共產主義ト題スル書ヲ著ハ

ク同一ノ階段ヲ經テ發達シタルモノナリ而シテ村落土地共有ノ制ハ最モ人生ノ自然ニ適合シタル制度トシテ或ル時代ニ於テ何レノ國ニモ行ハレタル所ナリ今日モ魯西亞、瑞西、瓜哇ニ於テハ尙ホ此ノ制度ニ遵由セリト此等ノ諸國ニ於ケル村落土地共有制ヲ詳叙シ一村ノ間、乞丐ナク盜賊ナク疫癘災害ナク其ノ民皞々如トシテ擊壤鼓腹ノ樂ヲ享クルノ狀ヲ描畫スル處眞ニ縹渺トシテ上界仙人ノ國土ノ如ク讀者ヲシテ恍惚トシテ慕望愛悅ノ心ヲ生セシム斯クアリテユソ人生ノ目的ニモ副フヘク又謂フ土地私有ノ制度ハ全ク文明ノ變態タル希臘羅馬ノ遺制ニシテ人生ノ自然ニ背反スルモノナリ希臘羅馬ニ在リテモ其ノ初代ニ當リテハ尙ホ村落共有制ノ行ハレタルモノナリ其ノ他ノ諸國ニ至リテハ此ノ制度ノ行ハレサル處アルコトナシト古今東西ノ事例ヲ援引シテ一々之ヲ證明シ人ヲシテ其ノ材料ノ豐富ナルニ驚瞠セシム乃チ日本支那ノ制度ノ如キモ粗漏ニハアレト亦之ヲ引證セリ自ラ言フ材料蒐集ノ爲メニ三十年ノ歲月ヲ費セリト嗚呼人生ヲ憂恤シ眞理ヲ愛好スルコト此ノ如クニシテ始メテ學者ノ本分ニ負カスト謂フヘシ佛國經濟學者ルロアボーリユーハ自由主義ノ人ナリ共產主義ト題スル書ヲ著ハ

シ其ノ半部ニ於テ獨逸社會主義ノ首領カル、マルクスノ資本論ヲ駁撃シ其ノ半部ニ於テラブレールノ土地共有説ヲ非難セリ資本論ハ姑ク舍カン、土地共有説ニ關シテ言フコトアリ曰ク果シテ土地共有ヲ以テ眞理ト爲サハ獨リ之ヲ村落共有ニ限ルノ道理アルヘカラス全國全洲全地球皆然ラサルヘカラス佛人ハ其ノ國土ヲ專有スルコト能ハサルト同シク獨人澳人英人モ亦皆然リ然ラハ全歐洲ハ之ヲ歐人ノ共有ト爲サハルヘカラス然レトモ歐人モ亦其ノ國土ヲ專有スルコト能ハサルカ故ニ亞細亞亞非利加亞米利加ノ人ト同シク全地球ヲ共有セサルヘカラス獨リ之ノミナラサルナリ後來若シ諸星球ト相交通スルニ至ラハ此ノ地球ハ又吾人住民ノ專有スルコトヲ許サス諸星球ノ人ト之ヲ共有セサルヘカラスナルト論ノ深刻犀利ナルコト寧ロ此ノ如キアランヤ夫レラブレール、ロア、ポリトユーハ共ニ歐洲ノ鉅匠ナリ其ノ相對スルヤ雄大ノ論精銳ノ筆眞ニ所謂龍犀虎擲天地皆震フノ概アリ余輩ハ此ノ論場ノ偉觀ヲ詳叙シテ讀者ニ紹介スルノ餘地ナキコトヲ憾ム

(三) 地上權

地上權トハ他人ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲メ其ノ土地ヲ使用ス

ルノ權利ヲ謂フ地上權ハ從來地借ト稱シ他人ノ土地ヲ借り受ケテ之ニ家屋庭園ヲ築造シ住居若クハ營業ノ用ニ充テタルモノニシテ東京大坂等ノ大都會ニハハルシキ以來行ハレタル所ナリ

(四) 永小作權

永小作權トハ二十年以上五十年以下ノ期間ヲ以テ小作料ヲ拂ヒテ他人ノ土地ニ耕作又ハ牧畜ヲ爲スノ權利ヲ謂フ永小作權ハ從來永小作若クハ永代小作ト稱シ專ラ耕作ノ目的ヲ以テ地主及小作人ノ間ニ存立シタルモノナリ小作料ノ支拂及永小作權ノ消滅ニ關シテハ地主及小作人ノ間ニ屢激烈ナル爭論ヲ生セシ所ナルヲ以テ我カ新民法ハ頗ル舊慣ヲ斟酌シテ適當ノ規定ヲ設ケタリ新民法施行以前ヨリ存立セシ永小作權ハ其ノ施行ノ日ヨリ五十年ヲ超ユルコトヲ得サルモノトス

(五) 地役權

地役權トハ當事者カ定メタル目的ニ從ヒ他人ノ土地ヲ自己ノ土地ノ便益ニ供スル權利ヲ謂フ故ニ他人ヲ自己ノ土地ノ便益ニ供スル權利例ヘハ隣人ヲシテ自家ノ土地ヲ掃除セシムル權利ノ如キハ地役權ニ非サルナリ又他人ノ土地ヲ自己ノ

便益ニ供スル權利例ヘハ隣地ニ入りテ狩獵ヲ爲ス權利ノ如キモ亦地役權ニ非サルナリ而シテ地役權ノ目的ハ當事者ノ隨意ニ定ムルコトヲ得ル所ニシテ種々無量ナリト雖モ其ノ主要ナルモノハ隣地ヲ通行スルノ權利隣地ノ井水ヲ汲取スルノ權利隣地ニ家屋竹木ヲ築栽セシメサル權利ノ如キ是ナリ是レ皆他人ノ土地ヲ自己ノ土地ノ便益ニ供スルモノナリ地役權ハ所有權ノ從タル物權ニシテ所有權ナクシテ地役權獨リ存スルコトヲ得サルナリ

(六) 留置權

留置權トハ他人ノ物ノ占有者カ其ノ物ニ關シテ生シタル債權ノ辨濟ヲ受クルマテ其ノ物ヲ留置スル權利ヲ謂フ例ヘハ他人ノ馬ヲ預カリタル者カ預ケ主ヨリ其ノ飼養料ヲ辨濟スルマテハ馬ノ返却ヲ拒ムコトヲ得ルカ如シ留置權ハ其ノ名稱ノ如ク單ニ他人ノ物ヲ留置スルノ權利ニ止マリ其ノ物ノ占有ヲ失フトキハ留置權直ニ消滅スルモノトス故ニ留置物ヲ賣却シタルトキハ留置權者ハ其ノ代金ニ就キテ他ノ債權者ニ先タテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得サルナリ留置權ト頗ル相肖テ稍相異ナルモノアリ依リテ此ニ附記ス即チ取戻權是ナリ取

戻權トハ賣主カ賣品ヲ買主ニ送付シ其ノ物カ未タ買主ノ占有ニ移ラサル中ニ買主カ破産シ若クハ破産ノ虞アルトキハ賣主ニ於テ途中ヨリ其ノ物ヲ取戻ス權利ヲ謂フ留置權取戻權ハ共ニ或ル債權者ヲ保護スルカ爲メニ與ヘタル權利ナリ

(七) 先取特權

先取特權トハ特定ノ原因ヨリ生シタル債權ヲ有スル債權者カ債務者ノ財産ニ就キ他ノ債權者ニ先タテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クル權利ヲ謂フ故ニ先取特權者ハ債務者カ債務ヲ履行セザルトキハ法律ノ區別及方式ニ從ヒ其ノ財産ヲ差押ヘ之ヲ競賣シテ其ノ代金ノ中ヨリ他ノ債權者ニ先タテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クルコトヲ得ルナリ先取特權ヲ分チテ一般ノ先取特權動産ノ先取特權不動産ノ先取特權ノ三種ト爲ス一般ノ先取特權トハ債務者ノ總財産ノ上ニ行ハル、モノニシテ左ノ原因ヨリ生シタル債權ヲ有スル者ニ屬ス(一)葬式ノ費用(二)シテ左ノ原因ヨリ生シタル債權ヲ有スル者ニ屬ス(一)不動産ノ賃賃借(二)旅店ノ宿泊(三)旅客又ハ荷物ノ運輸(四)公吏ノ職務上ノ過失(五)動産ノ保

存(六)動産ノ賣買(七)種苗又ハ肥料ノ供給(八)農工業ノ勞役即チ是ナリ不動産ノ先取特權トハ債務者ノ特定不動産ノ上ニ行ハル、モノニシテ不動産ノ保存、工事及賣買ヨリ生シタル債權ヲ有スル者ニ屬ス

(八) 質權

質權トハ債權者カ其ノ債權ノ擔保トシテ債務者又ハ第三者ヨリ受取リタル物ヲ占有シ且其ノ物ニ就キ他ノ債權者ニ先タテテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クル權利ヲ謂フ質權ヲ分チテ動産質權不動産質權及權利質權ノ三種ト爲ス流質契約ハ法律ノ禁スル所ナリ不動産質權ハ十年以上ノ期間ヲ以テ設定スルコトヲ得サルナリ

(九) 抵當權

抵當權トハ債權者カ債務者又ハ第三者ヨリ占有ヲ移サスシテ債務ノ擔保ニ供シタル不動産ニ就キ他ノ債權者ニ先タテテ自己ノ債權ノ辨濟ヲ受クル權利ヲ謂フ抵當權ノ目的物ハ不動産ニ限ルコト及其ノ目的物ノ占有ヲ債權者ニ移サル、コト是レ其ノ質權ト異ナル所ナリ同一ノ不動産ノ上ニ數個ノ抵當權ヲ設定シタルトキハ其ノ抵當權ノ順位ハ登記ノ前後ニ依ル即チ第一ニ抵當權ヲ登記シタル債

權者カ先ツ抵當不動産ノ代金ニ就キテ其ノ債權ノ辨濟ヲ受ケ尙ホ殘餘アルトキニ第二以下ノ抵當權者順次ニ其ノ債權ノ辨濟ヲ受クルモノトス抵當不動産ヲ取得シタル第三者ハ或ハ不動産ノ代價ヲ抵當權者ニ辨濟シテ抵當權ヲ消滅セシムルコトヲ得ヘク或ハ一定ノ金額ヲ提供シテ之ヲ消滅セシムルコトヲ得ヘシ此ノ終リノ方法ヲ滌除ト稱ス第三取得者カ辨濟又ハ滌除ヲ爲サ、ルカ爲メ抵當不動産カ競賣ニ附セラル、トキハ第三取得者ハ競買人ト爲リテ之ヲ自己ニ競落セシムルコトヲ得ヘシ

以上ニ列記シタル物權中留置權先取特權質權抵當權ノ四權ハ債權ヲ擔保スル物權ナリ故ニ其ノ擔保スル債權消滅スルトキハ此等ノ物權モ之ト共ニ消滅ス是レ其ノ相同シキ所ナリ而シテ其ノ相異ナル所ハ先ツ原因ニ就キテ留置權先取特權ハ法律ノ規定ヨリ生シ質權抵當權ハ主トシテ契約ヨリ生ス次キニ目的ニ就キテ留置權ハ動産不動産ノ上ニ存シ先取特權質權ハ總財産ノ上ニ存シ抵當權ハ動産ノ上ニノミ存ス終リニ效力ニ就キテ留置權ハ留置物ノ占有中ハ他ノ三權ニ優リ先取特權ト動産質權ト競合スルトキハ動産質權者ハ動産ノ先取特權者ノ第一

順位ニ在ル者ト同一ノ權利ヲ有シ不動産保存及工事ノ先取特權ハ適法ニ登記シタルトキハ抵當權不動産質權ニ先タチ其ノ他不動産賣買ノ先取特權不動産質權及抵當權ハ登記ノ順位ニ從ヒ前者ハ後者ヲ制スルモノトス

第二款 債權

債權ハ或ル人ヲシテ或ル事ヲ爲シ又ハ爲サ、ラシムルノ權利ナリ
債權ノ目的ハ債務者ノ行爲ニ在リ債務者ノ行爲ト云フトキハ物ノ所有權其ノ他ノ權利ヲ移轉スルコト及或ル事ヲ爲シ若クハ爲サ、ルコトヲ包含ス故ニ通俗的ニ債權ノ目的ヲ列擧スレハ(一)物(二)權利(三)作爲(四)不作爲ノ四者トナルヘシ債權ノ目的タル物ハ(一)存在シ若クハ存在シ得ヘキ物ナルコト(二)讓渡スコトヲ得ヘキ物ナルコト(三)確定シ若クハ確定シ得ヘキ物ナルコトノ三條件ヲ備フルコトヲ要ス債權ノ目的タル行爲モ(一)可能ナルコト(二)合法ナルコト(三)債權者ニ或ル利益ヲ與フルコトノ三條件ヲ備フルコトヲ要ス債權ノ目的ハ通例金錢ニ見積ルコトヲ得ヘキモノナレトモ決シテ之ノミニ限ルニハ非サルナリ

債權ノ效力ハ債務者ヲシテ其ノ本旨ニ從ヒタル履行ヲ爲サシムルニ在リ若シ債務者カ其ノ債務ヲ履行セザルトキハ債權者ハ裁判所ニ請求シテ債務者ヲ強制シテ履行セシムルコトヲ得ヘク或ハ不履行ニ原因スル損害ヲ賠償セシムルコトヲ得ヘシ強制履行及損害賠償ハ債權ノ效力中ノ最モ著大ナルモノナリ
債權ノ當事者ハ或ハ債權者債務者各一人ナルコトアリ或ハ債權者數人ニシテ債務者一人ナルコトアリ或ハ債權者一人ナルコトアリ或ハ債權者數人ナルコトアリ數人ノ債權者又ハ債務者アル場合ニ於テ債權ハ其ノ數人ノ債權者間ニ債務ハ其ノ數人ノ債務者間ニ平等ニ分割セラル、ヲ以テ原則トス此ノ原則ニ對シテ三個ノ例外アリ不可分債務連帶債務及保證債務是ナリ不可分債務トハ債務ノ目的カ其ノ性質上又ハ當事者ノ意思表示ニ因リテ分割スルコトヲ得サルモノヲ謂フ連帶債務トハ多數債務者ノ一人カ恰モ唯一人ノ債務者ノ如ク債權者ニ對シテ債務ノ全部ヲ負擔スルモノヲ云フ保證債務トハ主タル債務者カ其ノ債務ヲ履行セサトキニ之ヲ履行スルモノヲ謂フ此ノ三者ヲ對人擔保ト稱ス人ヲ以テ債權ヲ擔保スルノ義ナリ

債權ハ他ノ財産權ト同シク之ヲ讓渡スコトヲ得ルヲ以テ原則トス債權ノ讓渡ハ當事者間ニ在リテハ何等ノ方式ヲモ要スルコトナシト雖モ第三者ニ其ノ效力ヲ對抗センカ爲メニハ指名債權ノ讓渡ニ在リテハ讓渡人カ之ヲ債務者ニ通知シ又ハ債務者カ讓渡人ニ對シテ之ヲ承諾スルコトヲ要シ指圖債權ノ讓渡ニ在リテハ其ノ裏書ヲ爲スコトヲ要ス無記名債權ノ讓渡ハ動産ト同シ債權ノ讓渡ニ此等ノ方式ヲ要スルモノハ不動産ノ讓渡ハ登記ヲ爲シ動産ノ讓渡ハ引渡ヲ爲スニ非ザレハ第三者ニ對抗スルコトヲ得サルト全ク同一ノ主旨ニ出ツ指名債權トハ債權者ノ確定シタルモノヲ謂フ即チ普通ノ債權ナリ指圖債權トハ債權者又ハ其ノ指圖人ニ辨濟スヘキモノヲ謂フ爲替手形約束手形貨物引換證預證券及質入證券船荷證券ノ類是ナリ無記名債權トハ債權者ノ確定セサルモノヲ謂フ無記名公債證書小切手鐵道切符酒切手ノ類是ナリ

債權ハ(一)辨濟(二)相殺(三)更改(四)免除(五)混同(六)履行ノ不能(七)取消(八)解除(九)消滅時效等ニ因リテ消滅ス辨濟ハ債權ノ本旨ニ從ヒタル履行ニシテ債權消滅ノ通常且當然ノ方法ナリ相殺トハ二人相互ニ債權者トナリ雙方ノ債權カ同種ノ目的ヲ有シ

且辨濟期ニ在ルキ其ノ對償額ヲ消滅スルコトヲ謂フ世俗ニ所謂差引勘定ナリ更改トハ當事者カ契約ヲ以テ新債權ヲ舊債權ニ代フルコトヲ謂フ免除トハ債權者カ其ノ債權ヲ拋棄スルコトヲ謂フ混同トハ兩立スヘカラザル債權者及債務者ノ資格カ同一人ニ集合スルコトヲ謂フ

債權發生ノ原因ハ通常之ヲ分テテ(一)契約(二)事務管理(三)不當利得(四)不法行爲及(五)法律ノ直接規定ノ五ト爲ス

契約ハ債權ノ原因中最モ重要ナルモノナリ從來ノ通説ニ依レハ契約トハ債權ヲ生スル合意ナリ故ニ此ノ説ニ依レハ債權ノ移轉變更消滅ヲ目的トスル合意ハ契約ニ非サルナリ又物權ヲ目的トスル合意ハ總テノ場合ニ於テ契約ニ非サルナリ此等ノ合意ハ單ニ合意ト稱シテ契約ト謂ハス此ヲ以テ契約ト合意トヲ區別セリト雖モ本來契約ト合意トヲ區別スルハ何等ノ實用アルニ非ス故ニ近來ハ契約ト云フ語ノ意義ヲ擴張シ契約トハ私權ノ設定移轉變更消滅ヲ目的トスル二人又ハ數人ノ意思ノ合致ナリト云フ者多シ余輩モ亦姑ク此ノ説ニ從フ

契約ノ分類ハ(一)雙務契約及片務契約(二)有償契約及無償契約(三)諾成契約要物契約

及要式契約(四)主たる契約及從たる契約(五)有名契約及無名契約等トス
契約ハ法律行爲ノ一ナリ故ニ法律行爲ノ成立ニ必要ナル條件ハ契約モ亦固ヨリ
之ヲ具備セサルヘカラス而シテ特ニ契約ノ成立ニ必要ナル條件ハ合意ナリトス
合意ハ申込及承諾ノ合致ナリ契約ハ合意アリテ始メテ成立ス合意ハ契約ノ根礎
ナリ合意ナクレハ契約ナシ

契約ノ效力ノ主要ナルモノハ(一)雙務契約ノ當事者ハ通常雙方同時ニ其ノ債務ヲ
履行スヘキコト(二)特定物ヲ以テ雙務契約ノ目的トナシタル場合ニ於テ其ノ物カ
債務者ノ責ニ歸スヘカラサル事由ニ因リテ滅失又ハ毀損シタルトキ其ノ損失ハ
債權者ノ負擔ニ歸スルコト(三)第三者ノ爲メニスル契約ハ其ノ第三者カ債務者ニ
對シテ契約ノ利益ヲ享受スル意思ヲ表示シタル時ヨリ效力ヲ生スルコト等ナリ
トス

契約ノ解除セラル、場合ハ(一)當事者カ契約ヲ以テ解除ノ條件ヲ定メタルトキ(二)
相手方カ其ノ債務ヲ履行セザルトキ(三)債務者ノ責ニ歸スヘキ事由ニ因リテ契約
ノ履行カ不能ト爲リタルトキ(四)其ノ他法律カ各契約ニ就キテ當事者ノ一方ニ解

除權ヲ與ヘタルトキ等ナリトス

民法ハ有名契約ノ種類十三ヲ掲ケ各之ニ關スル特別ノ規定ヲ設ケタリ即チ(一)贈
與(二)買賣(三)交換(四)消費貸借(五)使用貸借(六)質貸借(七)雇傭(八)請負(九)委任(一〇)寄託(一
一)組合(一二)終身定期金(一三)和解是ナリ此ノ外商法ニモ(一)交互計算(二)匿名組合(三)
運送(四)保險(五)會社(六)手形等ノ特別ナル有名契約ノ規定アリ

左ニ此等ノ契約ノ定義ヲ列記スヘシ

贈與トハ當事者ノ一方カ自己ノ財産ヲ無償ニテ相手方ニ與フル意思ヲ表示シ相
手方カ之ヲ承諾スル契約ヲ謂フ

買賣トハ當事者ノ一方カ或ル財産權ヲ相手方ニ移轉スル義務ヲ負擔シ相手方カ
其ノ代金ノ支拂ヲ負擔スル契約ヲ謂フ

交換トハ當事者カ互ニ金錢ノ所有權ニアラサル財産權ヲ移轉スル契約ヲ謂フ
消費貸借トハ當事者ノ一方カ相手方ヨリ金錢其ノ他ノ物ヲ受取り種類品等及數
量ノ同シキ物ヲ返還スル契約ヲ謂フ

使用貸借トハ當事者ノ一方カ相手方ヨリ或ル物ヲ受取り無償ニテ使用及收益ヲ

爲シタル後其ノ物ヲ返還スル契約ヲ謂フ

貸貸借トハ當事者ノ一方カ相手方ニ或ル物ノ使用及收益ヲ爲サシメ相手方カ之ニ其ノ賃錢ヲ拂フノ契約ヲ謂フ

雇傭トハ當事者ノ一方カ相手方ノ爲メニ勞務ニ服シ相手方カ之ニ其ノ報酬ヲ與フル契約ヲ謂フ

請負トハ當事者ノ一方カ或ル仕事ヲ完成シ相手方カ其ノ仕事ノ結果ニ對シテ之ニ報酬ヲ與フル契約ヲ謂フ

委任トハ當事者ノ一方カ法律行爲ヲ爲スコトヲ相手方ニ委託シ相手方カ之ヲ承諾スル契約ヲ謂フ

寄託トハ當事者ノ一方カ相手方ヨリ或ル物ヲ受取り之ヲ保管スル契約ヲ謂フ

組合トハ各當事者カ出資ヲ爲シテ共同ノ事業ヲ營ムノ契約ヲ謂フ

終身定期金トハ當事者ノ一方カ自己相手方又ハ第三者ノ死亡ニ至ルマテ定期ニ金錢其ノ他ノ物ヲ相手方又ハ第三者ニ給與スル契約ヲ謂フ

和解トハ當事者カ互ニ讓歩ヲ爲シテ其ノ間ニ存スル爭ヲ止ムル契約ヲ謂フ

交互計算トハ商人間又ハ商人ト商人ニ非サル者トノ間ニ平常取引ヲ爲ス場合ニ於テ一定ノ期間内ノ取引ヨリ生スル債權債務ノ總額ニ付キ相殺ヲ爲シ其ノ殘額ノ支拂ヲ爲ス契約ヲ謂フ

匿名組合トハ當事者ノ一方カ相手方ノ營業ノ爲メニ出資ヲ爲シ其ノ營業ヨリ生スル利益ヲ分配スル契約ヲ謂フ

運送トハ運送人カ荷送人ヨリ或ル物ヲ受取り之ヲ荷受人ニ送達シ又ハ旅客ヲ運送シ荷送人荷受人若クハ旅客カ之ニ報酬ヲ與フル契約ヲ謂フ

保險トハ當事者ノ一方カ相手方ニ對シテ或ル事故ヨリ生スル損害ヲ填補シ又ハ或ル人ノ生死ニ關シテ一定ノ金額ヲ支拂ヒ相手方カ之ニ其ノ報酬ヲ與フル契約ヲ謂フ

會社ハ商業ヲ目的トスル社團法人ニシテ手形ハ或ル金額カ無條件ニテ支拂ハルヘキ指圖式又ハ無記名式ノ信用證券ナリ此ノ二者ハ其ノ結果ヨリ見レハ法人又ハ證券ナリト雖モ其ノ原因ヨリ見レハ共ニ當事者間ノ契約ヨリ生スルモノナリ故ニ亦有名契約ノ一種ト見ルコトヲ得ヘキナリ

契約ニ次キテ債權ノ原因タルモノハ事務管理ナリ事務管理トハ義務ナクシテ他人ノ爲メニ事務ヲ管理スルコトヲ謂フ事務管理ヨリシテ本人ト管理者トノ間ニ權利義務ノ關係ヲ生スルモノナリ例ヘハ或ル人カ失踪者ノ財産ヲ管理シ債權者カ債務者ノ財産ヲ管理シ共有者カ共有財産ヲ管理スルカ如シ
次ニ不當利得トハ法律上ノ原因ナクシテ他人ノ財産又ハ勞務ニヨリ利益ヲ受ケ之カ爲メニ他人ニ損失ヲ及ホスコトヲ謂フ不當利得ヲ爲シタル者ハ之ヲ返還セサルヘカラス其ノ最モ著シキ場合ハ債務者ニ非サル者カ誤リテ債務ヲ辨濟シタル場合ナリトス

次ニ不法行爲トハ故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害スルコトヲ謂フ或ハ之ヲ民事犯又ハ私犯ト稱ス不法行爲ニ依リテ他人ノ生命身體財産名譽自由ヲ侵害シタルモノハ其ノ損害ヲ賠償セサルヘカラサルナリ

終リニ法律ノ直接規定ヨリ債權ヲ生スルコトアリ例ヘハ善意ノ占有者カ果實ヲ取得スルノ權利近親カ扶養ヲ受クルノ權利相隣者間ノ權利等ノ如シ

第三款 智能的所有權

智能的所有權トハ學者又ハ發明者等カ其ノ智能的製作物ノ發行又ハ製作等ニ關スル利益ヲ專有スルノ權利ヲ謂フ例ヘハ著作權特許權意匠權商標及商號專用權等ノ如シ此等ノ權利ハ他ノ財産權ト同シク相續讓與ノ目的トナルモノナリ是レ余輩カ財産權ノ一種トシテ此ニ之ヲ掲出シタル所以ナリ抑モ法律カ特ニ此等ノ權利ヲ保護スル所以ノモノハ學者發明者等ノ利益ヲ保護シテ世間ニ有用ナル著書機械等ノ製作ヲ獎勵センカ爲メナリ蓋シ學者發明者等カ一ノ著述ヲ爲シ又ハ一ノ機械ヲ發明スルニ當リテヤ經營慘憺之カ爲メニ心身ヲ勞シ財産ヲ費スコト其ノ幾何ナルヤヲ知ルヘカラス漸クニシテ其ノ功ヲ奏シ之ヲ世ニ公ニスルニ及ヒテ世間爭テ之ヲ模擬製作シテ廉價ニ之ヲ販賣スルコトヲ得ルトキハ學者發明者等ハ之カ爲メニ分厘ノ利益ヲモ受クルコト能ハスシテ期年ノ辛勞ハ無報酬ニ歸シテ己マントス勿論良心ノ満足世間ノ感謝名譽等無形ノ利益ハ之ヲ受クルコトヲ得ヘクシテ或ハ之ノミヲ以テ満足スル者モアルヘシト雖モ人悉ク聖人ニ非

サルトキハ此ノ如キハ決シテ學者發明者等ノ勤勞ヲ獎勵スル所以ニ非ス是レ特ニ法律カ一定ノ條件ヲ定メテ此等ノ權利ヲ保護スル所以ナリ我カ現行法ニ依レハ文書演述圖書彫刻模型寫真其ノ他文藝學術若クハ美術ノ範圍ニ屬スル著作物ノ著作人ニシテ法定ノ條件ニ從ヒ其ノ登録ヲ受クルトキハ一定ノ年限著作人及其ノ相續人ニ於テ其ノ發行又ハ興行ニ關スル利益ヲ專有スルコトヲ得ヘシ之ヲ名ツケテ著作權ト謂フ特許權意匠權商標及商號專用權ニ至リテモ亦略同シ特許權トハ特許ヲ受ケタル發明ニ限り其ノ發明ノ物品ヲ製作使用販賣若クハ擴布スルコトヲ得ルノ權利ヲ謂フ意匠權トハ工業上ノ物品ニ應用スヘキ形狀模様色彩又ハ其ノ結合ニ係ル新規ノ意匠ノ案出者又ハ其ノ承繼人カ法定ノ條件ニ從ヒ其ノ登録ヲ受ケテ之ヲ專用スルノ權利ヲ謂フ商標トハ商人カ其ノ商品ヲ表彰スルカ爲メニ用フル標記ニシテ商號トハ商業上各商人ヲ表彰スル名稱ナリ此ノ二者ハ之ヲ登記スルトキハ一定ノ年間若クハ一定ノ地域内ニ於テ之ヲ專用スルノ權利ヲ有スルナリ

第二節 人身權

第一款 身分權

親族關係ヨリ生スル權利ヲ總稱シテ身分權又ハ親族權ト謂フ身分權ノ種類ヲ説明スルニ先タチテ此ニ親族關係ノ概略ヲ一言スヘシ而シテ余輩ハ專ラ我カ新民法ノ規定ニ依リテ之ヲ述ヘント欲ス

民法ニ於テ親族トハ血統及婚姻ノ關係ニ依リテ相聯結スル人ヲ謂フ親族相互ノ關係ヲ指シテ親族關係ト謂フ親族ノ範圍ハ(一)六親等内ノ血族(二)配偶者(三)三親等内ノ姻族トス血族トハ血統ノ相聯結スル人ヲ謂フ親子兄弟ノ如シ配偶者トハ夫婦ノ一方ヨリ他方ヲ指シテ謂フ姻族トハ夫婦ノ一方ト其ノ配偶者ノ血族トノ間相互ヲ指シテ謂フ例ヘハ妻ノ父母兄弟ハ夫ノ姻族ニシテ夫ノ父母兄弟ハ妻ノ姻族ナリ而シテ夫ノ血族ト妻ノ血族トノ間ニハ法律上親族關係ナシ親族ノ連絡ヲ指シテ親系ト謂フ親系ヲ分チテ直系及傍系ノ二ト爲ス直系トハ彼ヨリ此ニ直下スル者ノ親系ヲ謂フ例ヘハ祖父母父母子孫等ノ如シ傍系トハ彼ヨリ此ニ直下セ

スシテ同始祖ニ出ツル者ノ親系ヲ謂フ例ヘハ兄弟姉妹伯叔父姑甥姪從兄弟姉妹等ノ如シ直系ヲ分チテ直系尊屬及直系卑屬ノ二ト爲ス直系尊屬トハ自己ノ出ツル所ノ親族ヲ謂フ祖父母父母等ノ如シ直系卑屬トハ自己ヨリ出ツル所ノ親族ヲ謂フ子孫曾孫等ノ如シ二人ノ親族間ニ存スル距離ヲ親等ト謂フ親等ハ親族間ノ世數ヲ算シテ之ヲ定ム直系親ノ親等ヲ定ムルニハ其ノ一人又ハ配偶者ヨリ他ノ一人ニ至ルマテノ世數ニ依ル例ヘハ父ト子トハ一親等ニシテ祖父ト孫トハ二親等ナリ父ト子ノ配偶者トノ間祖父ト孫ノ配偶者トノ間亦同シ其ノ餘之ニ準ス傍系親ノ親等ヲ定ムルニハ其ノ一人又ハ配偶者ヨリ同始祖ニ遡リ同始祖ヨリ他ノ一人ニ下ルマテノ世數ニ依ル例ヘハ兄弟ノ親等ヲ計ルニハ兄弟ノ一人ヨリ其ノ同始祖ナル父ニ遡リテ一等ヲ數ヘ父ヨリ他ノ一人ニ下リテ一等ヲ加フ故ニ兄弟ハ二親等ナリ兄弟ノ配偶者ト兄弟トノ間亦同シ從兄弟ノ親等ヲ計ルニハ從兄弟ノ一人ヨリ其ノ父ニ遡リテ一等ヲ數ヘ更ニ同始祖ナル祖父ニ遡リテ又一等ヲ數ヘ同始祖ヨリ伯叔父ニ下リテ一等ヲ加ヘ更ニ他ノ從兄弟ニ下リテ又一等ヲ加フ故ニ從兄弟ハ四親等ナリ伯叔父姑ト甥姪トノ間ハ從兄弟ノ間ヨリ一等少ナキカ

故ニ三親等ナリ其ノ餘之ニ準ス夫婦ハ親族ナルモ其ノ間ニ世數アラサルカ故ニ親系及親等ナシ是レ親族關係ノ概略ナリ

親族關係ト家族關係トハ同シカラス家族關係ハ一家内ニ於ケル戸主ト家族トノ關係ナリ戸主トハ一家ノ長ヲ謂ヒ家族トハ戸主ノ親族ニシテ其ノ家ニ在ル者及其ノ配偶者ヲ謂フ(民七三二條)故ニ親族ニシテ家族タラサル者アルト同シク家族ニシテ親族タラサル者アルコトヲ得ルナリ例ヘハ戸主ノ兄弟姉妹カ養子縁組又ハ婚姻等ニ因リテ他家ニ入りタルトキハ既ニ其ノ家族ニ非サルナリ之ニ反シテ戸主ノ從兄弟カ其ノ家ニ在ルトキハ是レハ戸主ノ親族ニシテ且其ノ家族タリ然ルニ其ノ從兄弟ニ配偶者アルトキハ此ノ配偶者ハ戸主ノ家族ナルモ其ノ親族ニハ非ス何トナレハ戸主ト其ノ從兄弟ノ配偶者トハ四親等ノ姻族ニシテ民法上親族ノ範圍外ニ在ルモノナレハナリ此ニ戸主ノ家ニ在ルト云フハ戸主ト戸籍ヲ同ノスルコトヲ謂フナリ民法カ其ノ第四編ヲ親族ト題スルモ其ノ規定スル所獨リ親族關係ニ止マラスシテ家族關係ヲモ規定スルモノハ便宜ニ出ツルナリ

家族關係及親族關係ヨリ生スル權利ノ主要ナルモノハ戸主權、夫權、親權、後見人、

權後見監督人ノ權、親族會員ノ權、扶養ヲ受クルノ權、相續權、受遺權等ナリトス。後見人後見監督人親族會員相續人受遺者ハ必スシモ親族ニ限ルモノニ非スシテ親族以外ノ人ト雖モ此等ノ資格ヲ有スルコトヲ得ヘシ然レトモ此等ノ資格ヲ有スル者ハ通例親族タルコト多シ故ニ此等ノ人ノ權利カ親族關係ヨリ生スト云フモノハ唯大體ニ就キテ言フノミ又戶主、夫、親等ハ獨リ家族、妻子等ニ對シテ權利ヲ有スルノミナラス又義務ヲモ負フモノナリ故ニ既ニ戶主權、夫權、親權ヲ認ムルトキハ其ノ反面ニ於テ家族ノ義務妻ノ義務子ノ義務アルコトハ勿論ナレトモ戶主、夫、親モ亦家族、妻子ニ對シテ義務ヲ負フトキハ其ノ反面ニ於テ家族、妻、子權ヲ認メサルコトヲ得サルナリ。家族、妻子カ戶主、夫、親ニ對シテ權利ヲ有スルコトハ眞實ナレトモ法律ハ特ニ之ニ家族、妻、子權ノ名稱ヲ附セスシテ戶主權、夫權、親權ノ制限又ハ附隨トシテ之ヲ規定ス。故ニ余輩モ亦特ニ之ヲ掲出スルコトヲ爲サ、ルナリ。凡ソ以上ノ諸權利ハ民法親族編及相續編ノ規定スル所ナリ。此ニ一々其ノ要略ヲ説明スヘキ筈ナレトモ余輩ハ姑ク其中ニ就キテ戶主權、夫權、親權及相續權ノ梗概ヲ述フルニ止ムヘシ。

(甲) 戶主權

戶主及家族ノ關係ヲ規定スルハ我カ民法ノ特創ニシテ近世ノ外國民法ニ存セザル所ナリ。隱居、養子、縁組、家督、相續等ハ皆戶主權ヲ認ムルノ結果ニシテ要スルニ家族制度ノ主旨ニ出ツルモノナリ。

戶主權取得ノ原因ハ家督相續、一家創立、分家、廢絶、家再興トス。

戶主ノ權利ハ其ノ家ノ氏ヲ稱スルノ權利(民七四六條)家族ノ居所ヲ指定スルノ權利(七四九條)家族ノ婚姻又ハ養子縁組ニ同意ヲ與フルノ權利(七五〇條、七四一條)家族ノ入籍、離籍ニ同意シ及其ノ他家相續、分家、廢絶、家再興ニ同意スルノ權利(七三五條、七三七條、七三八條、七四三條)家族ノ後見人又ハ保佐人トナルノ權利(九〇三條、九〇九條)親族會ノ招集ヲ請求シ其ノ會員トナリ及親族會ニ意見ヲ述フルノ權利(民九四四條、九四五條、九四八條)家督相續人ノ廢除及指定ノ權利(九七五條、九七九條)家督相續人トナルノ權利(九八五條)家族ノ禁治產、準禁治產ノ宣告ヲ請求スルノ權利(七條、二三條)等トス。

家族ノ權利ハ其ノ家ノ氏ヲ稱スルノ權利(民七四六條)戶主ノ扶養ヲ受クルノ權利

(七四七條九五五條)自己ノ名ニ於テ得タル財産ヲ特有財産トスルノ權利(七四八條)等トス東洋ニ於テハ昔シヨリ子婦無私財ト云ヘル原則ニ本ツキ家族ノ特有財産ヲ所有スルコトヲ許サスシテ一家ノ財産ハ悉ク戸主ノ所有ニ屬スルモノトナシタルニ今新民法カ明ニ此ノ權利ヲ認メタルモノハ漸ク家族制度ヲ破壊スルノ一楔子タルヘシ

戸主權喪失ノ原因ハ戸主ノ死亡、隱居、國籍喪失、戸主カ婚姻又ハ養子縁組ノ取消ニ因リテ其ノ家ヲ去ルコト、女戸主ノ入夫婚姻又ハ入夫ノ離婚及廢家トス民九六四條七五二條七六二條)隱居ハ一方ニ於テ戸主權喪失ノ原因タルト同時ニ他方ニ於テハ家督相續開始ノ原因タリ隱居者ハ之ニ因リテ戸主權ヲ喪失シテ新戸主ノ家族トナリ家督相續人ハ之ニ因リテ家督ヲ相續シテ隱居者ノ權利義務ヲ承繼ス然レトモ隱居者ハ死亡者ニ非サルカ故ニ戸主權ヲ喪失スルモ人格ヲ喪失スルモノニ非ス故ニ隱居者ノ一身ニ專屬スル權利義務ハ隱居ノ後ト雖モ依然トシテ隱居者ニ屬シ相續人ニ移轉セス即チ生命身體名譽自由ノ諸權、夫權親權等ハ勿論其ノ他隱居者其ノ人ノ學術技藝ニ關スル契約上ノ權利義務例ハハ教師トナリテ學術

ヲ教授シ畫工トシテ繪畫ヲ製作シ技師トシテ家屋ヲ建築スル契約上ノ權利義務ノ如キハ尙ホ隱居者ニ屬スルモノトス唯戸主權ハ隱居者ヨリ新戸主ニ移轉スルモノナルヤ將タ新戸主ハ相續ヲ爲スト同時ニ新ニ之ヲ取得スルモノナルヤハ稍ハ疑問ニ屬スト雖モ戸主權モ亦人身權ノ一ナルカ故ニ之ヲ他人ニ移轉スルコトヲ得サルモノトスルヲ以テ正當ナリトス隱居者ハ獨リ其ノ一身ニ專屬スル權利義務ヲ保有スルノミナラス乃チ財産ト雖モ確定日附アル證書ヲ以テスルトキハ亦之ヲ留保スルコトヲ得ヘシ但家督相續ノ特權ニ屬スル系譜祭具及墳墓ノ所有權及家督相續人ノ遺留分ニ屬スル財産ハ必ス之ヲ相續人ニ讓渡サルコトヲ得ヘシルナリ又隱居者ハ隱居ノ後ニ於テモ新ニ種々ノ權利義務ヲ有スルコトヲ得ヘシ即チ自己ノ名ニ於テ財産ヲ取得シ特有財産トシテ之ヲ所有スルコト婚姻ヲ爲スコト戸主死亡ノ場合ニ再相續ヲ爲スコト他家ノ相續ヲ爲スコト養子トナリ又ハ養子ヲナスコト後見人トナルコト契約上各種ノ權利義務ヲ有スルコト文武官其ノ他公職ニ就クコト等皆之ヲ爲スコトヲ得ルナリ但隱居者カ養子ヲ以テ家督相續人ト爲シタル場合ニ於テハ爾後之ニ對シテ離縁ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ス是

レ家族カ戸主ヲ廢立スル顛倒ノ舉措ナカラシメンカ爲メナリ
人類ノ團體モ亦多シ上國家ヨリ下會社組合ノ類ニ至ル然レトモ未タ家族團體ノ
自然的ナルカ如キハアラス夫レ人生レテ男女配合ノ事ナキコト能ハス乃チ夫婦
アリ既ニ夫婦アレハ其ノ必然ノ累果トシテ親子ノ關係ヲ生ス夫婦親子相團結シ
テ此ニ一家ヲ成ス天下寧ロ此ノ結合ヨリモ自然的ナルモノアランヤ然レトモ家
カ單ニ自然的ノ結合タルニ止マリ法律上ノ制度ト爲ラサルニ於テハ此ニ之ヲ論
スルノ必要ナシト雖モ古來ノ立法者家ニ就キテ規定スル所甚タ多シ余輩嘗テ家
ノ法律上ノ沿革ヲ案シテ以爲ヘラク古今來家ハ第一期公法上ノ制度第二期私法
上ノ制度第三期事實上ノ制度ノ三期ヲ經過スルモノニシテ歐洲ニ於ケル家ハ既
ニ其ノ第三期ニ到達シ我カ邦ノ家ハ方ニ第二期ノ終末ニ在ルモノナリト蓋シ家
カ天地開闢ヨリ法律上ノ制度トナルノ時マテニ經過シタル時間ハ極メテ悠久ニ
シテ其ノ幾何ナルヤヲ測度スヘカラスト雖モ家カ法律上ノ制度トナリタルハ其
ノ構造基礎既ニ頗ル整備シタルノ時ニ在ルヘシ是ノ時ニ當リテ家ハ恰モ自治法
人タル町村ノ如ク戸主ハ之ヲ統轄スルノ公吏タリ外ニ對シテハ家ヲ代表シテ租

稅ヲ納メ兵役ニ服シ其ノ他ノ公務ニ參與スルノ權利及義務ヲ有シ内ニ對シテハ
家ノ元首トシテ家族ヲ統治シ家産ヲ管理スルノ職分ニ任ス故ニ法律上ノ人格ヲ
有スルモノハ獨リ戸主ノミニシテ家族ハ未タ獨立ノ人格ヲ有セサルナリ之ヲ第
一期家カ公法上ノ制度タルノ時代ト爲ス其ノ後ニ至リテ戸主ハ猶ホ家族ヲ監督
保護シ其ノ婚姻養子縁組ヲ許諾シ及其ノ養育教育ヲ負擔スルノ權利及義務ヲ有
スト雖モ是レハ唯戸主家族相互ノ私法上ノ關係ニ止マリ公法上ニ在リテハ戸主
家族全ク平等ニシテ各獨立シテ納稅兵役ノ義務ヲ履踐シ公務ニ參與スルノ權利
及義務ヲ有ス故ニ私法上ニ於テハ家族ハ戸主ノ監護ニ服スト雖モ公法上ニ於テ
ハ家族カ反リテ優等ナル官職ニ任シ戸主ニ指揮命令スルノ權利ヲ有スルコトナ
シトセス加フルニ家族カ其ノ勞力ニ依リテ取得シタル財産ハ其ノ特有財産トシ
テ之ヲ所有スルコトヲ得ヘシ之ヲ第二期家カ私法上ノ制度タルノ時代ト爲ス其
ノ後ニ至ルニ及ヒテ家ハ法律上ノ制度トシテハ全ク消滅シ唯事實上ノ制度トシ
テ存スルノミ即チ夫婦親子兄弟其ノ他ノ親族姻族カ一屋宇ノ下ニ共同ノ生活ヲ
營ムコトアリト雖モ是レハ唯事實上ノ現象ニシテ法律ハ此ノ現象ヲ認メテ家ニ

一定ノ地位資格ヲ賦與スルコトナシ故ニ法律ノ眼中家アラサルナリ此ノ時代ニ於テハ法律上住所アリテ家ナシ親族アリテ家族ナシ夫婦親子其ノ他親族相互ノ關係アリテ戸主家族ノ關係ナシ出生婚姻死亡ヲ證明スル身分證書アリテ家ノ存在ヲ公證スル戸籍ナシ之ヲ第三期家カ事實上ノ制度タルノ時代ト爲ス而シテ第一期第二期ハ又之ヲ總稱シテ家制(家族制)ノ時代ト謂ヒ第三期ハ之ヲ稱シテ人制(個人制)ノ時代ト謂フ家制トハ家ヲ以テ社會構成ノ本位ト爲スノ謂ニシテ人制トハ人ヲ以テ社會構成ノ本位ト爲スノ謂ナリ家制ニ於テハ最モ家ノ繼續ヲ重スルカ故ニ其ノ結果トシテ著妾養子縁組隱居家督相續等ノ制度ヲ認ムト雖モ人制ニ於テハ通常此等ノ制度ヲ認メサルナリ家制ト人制トノ得失ハ俄ニ概言スヘカラズ家制ノ弊トスル所ハ主トシテ戸主カ其ノ權力ヲ濫用シテ家族ノ自由發達ヲ妨害スルニ在リ其ノ利トスル所ハ戸主ヲシテ家族ヲ扶養セシメ以テ社會ニ無告ノ窮民ヲ生スルノ端ヲ塞キ且諺ニモ將門將ヲ生スト云フカ如ク家ヲ重スルノ精神ヨリシテ名家ノ子孫ヲシテ祖先ノ勳業ヲ追念シテ感奮興起ノ心アラシメ家名ヲ汚サンコトヲ恐レテ痛ク自ラ檢束セシメ以テ英豪ノ材ヲ生シ以テ世道ヲ扶植ス

イニ在リ人制ノ利弊ハ正ニ之ニ反ス故ニ曰ク其ノ得失俄ニ概言スヘカラスト之ヲ歴史上ノ事實ニ徵スルニ歐洲ニ在リテ家制ノ最モ圓滿ニ發達セシハ羅馬ナリトス然レトモ羅馬ノ家制ハ偏ニ私法上ノ制度ニ屬シテ公法上ノ制度ニ屬スル家制ハ既ニ亡失シテ殆ト其ノ痕跡ヲ認ムヘカラス唯社會學者古代法學者等ノ揣摩ノ見ニ依リテ僅ニ希臘羅馬ノ初代ニ公法上ノ制度タル家ノ存在セシコトヲ想像スルノミ中世ニ及ヒテ戸主權ノ濫用奴隸制度ノ廢止自由思想ノ發達其ノ他種々ノ原因ニ依リテ家制頗ル頽廢シタリト雖モ近世ニ至ルマテ尙ホ職業組合等ノ形狀ニ於テ多少其ノ遺風ヲ傳ヘタリキ然ルニ佛國大革命ノ亂起リ一切ノ舊物ヲ破壞スルニ及ヒテ家制全ク廢滅ニ歸シ人制擅場ノ世トハナレリ故ニ歐洲ノ現狀ニ於テ家ハ法律上何等ノ地位資格ヲモ有セサルナリ我カ邦ニ在リテ家制ハ蓋シ源平以降武門武士ト名ツクル無數ノ豪族カ各地方ニ萌生シタルニ始マリ徳川氏ノ世ニ至リテ最モ完成シタルモノナリ我カ邦ノ家制ハ寧ロ公法上ノ制度ト見ルヘキモノニシテ戸主ハ獨リ内ニ對シテ家族及家産ヲ統轄セシノミナラス外ニ對シテ一切ノ公務ヲ負擔シタリシナリ明治維新百度西洋ニ模倣スルニ及ヒテ家制モ

亦頗ル毀損セラレタリト雖モ數百年ノ慣習ハ一朝ニシテ廢絶スルコトヲ得ス民法ニ於テモ尙ホ家ノ存在ヲ認メ戸主家族ノ關係ヲ規定シ從テ養子縁組隱居家督相續等ノ制度ヲ認メ妾ノ身分ハ之ヲ認メスト雖モ庶子ノ身分ヲ認ムルカ故ニ蓄妾ノ制度モ亦暗黙ニ認許スル所ナリ而シテ戸籍法ハ人民ノ身分ヲ證明シ其ノ屬籍ヲ確定シ行政管轄ノ基礎トナルモノニシテ頗ル公法ニ交渉スルモノアリト雖モ戸主家族ノ關係ハ私法上ノ關係ニ止マリ納稅兵役ノ義務ヲ履踐シ選舉權被選權ヲ行使シ文武官其ノ他ノ公職ニ任用セラル、カ如キ公法上ノ關係ニ至リテハ戸主家族ノ間何等ノ等差アラサルヲ以テ余輩ハ我カ邦今日ノ家制ハ偏ニ私法上ノ制度ニ屬スルモノナリト信スルナリ而シテ家カ法人ニ非サルコトハ法律ノ規定ニ依リテ明ナリ唯夫レ我カ社會進步ノ劇甚ナル稍モスレハ直ニ人制ニ接近スルノ觀ナキニ非ス余輩故ニ曰ク歐洲ニ於ケル家ハ既ニ第三期即チ人制時代ニ到達シ我カ邦ノ家ハ方ニ第二期即チ家制時代ノ終末ニ在ルモノナリト若シ我カ家制ヲシテ公法上ノ制度ニ屬セシメハ余輩ハ公法ノ所ニ於テ或ハ町村ニ次キテ之ヲ論スヘキナレトモ我カ家制ハ私法上ノ制度ニ屬スルコト上述ノ如クナルヲ以

テ此ニテ附説スト

(乙) 夫權

夫權ハ婚姻ノ效果ノ一タリ男女婚姻ヲ爲ストキハ夫婦タルノ身分ヲ取得シ其ノ間ニ權利義務ノ關係ヲ生ス而シテ夫ノ權利ハ概シテ強大ニシテ妻ノ權利ハ弱小ナリ即チ夫ハ妻ノ法律行爲ヲ許可スルノ權利妻ヲシテ同居セシムルノ權利妻ノ財産ヲ管理スルノ權利妻ニ先ダチ子ニ對シテ親權ヲ行フノ權利重要ノ家事ヲ裁決處分スルノ權利等ヲ有ス此等ノ權利ヲ總稱シテ夫權ト謂フ夫レ公權ハ通例男子ノ專有スル所ニシテ女子ノ關與スルコトヲ得サル所ナルカ故ニ男女不平等ナリ之ニ反シテ私權ニ關シテハ男女平等ヲ原則トス然ルニ女子カ一タヒ人ノ妻トナリテ夫婦ノ關係ヲ生スルトキハ忽チ不平等トナリテ夫權ニ屈從セサルヘカラス而シテ此ノ夫婦不平等ノ原因ヲナスモノハ婚姻ノ制度ナリ女權擴張ノ論者及社會主義ノ徒ハ頗ル之ヲ不當トシ夫婦ノ權利ヲシテ絶對的ニ平等ナラシムヘコトヲ主張シ甚タシキハ婚姻ノ制度ヲ全廢スヘシト論スルニ至ル余輩ヲシテ少シク婚姻ノ何物タルカヲ述ヘシメヨ

婚姻ノ定義ニ關シテハ諸家ノ説甚々多シ今其ノ二三ヲ擧クヘシボルタリ曰ク婚姻ハ男女カ人類ヲ繼續シ及共同ノ運命ヲ分擔シテ生活ノ苦患ヲ支持センカ爲メニ相援助スルノ目的ヲ以テ解消スヘオラサル繩鎖ニ依リテ連結スル正當ノ組合ナリト漢太利民法ニ曰ク婚姻ハ異性ノ二人カ解消ス可カラサル共同生活ヲ營ミ兒子ヲ造殖シ之ヲ養育シ及相互ニ扶持スヘキノ意思ヲ適法ニ宣言スル契約ナリトアーレンス曰ク婚姻ハ異性ノ二人間ニ其ノ道德上精神上及肉體上ノ生活及之カ結果タル一切ノ關係ヲ完全ニ共通スルノ目的ヲ以テ形成セラレタル結合ナリトボーシール曰ク婚姻ハ契約ニ非サルナリ婚姻ハ男女ノ結合ヨリ自然ニ生出スル義務ヲ相互ニ認了シ及之ヲ履踐スルコトヲ要式的ニ約束スルモノナリトボードリーラカンチーヌリー曰ク婚姻ハ異性ノ二人カ新タナル親族ヲ創設シ及相互ニ救助ヲ與フル二個ノ目的ヲ以テ爲シタル正當ノ結合ナリト余輩ハ今一々之ヲ評論スルコトヲ爲サス直ニ余輩ノ正當ナリト信スル定義ヲ掲ケテ略之ヲ説明スヘシ曰ク婚姻ハ人類ノ天性ニ本ツキ且法律ノ條件ヲ具ヘタル男女ノ結合ナリト夫レ婚姻ハ祖先ノ血統ヲ繼續スル所以ナリ子孫ヲ蕃殖セシムル所以ナリ精神上

ノ愛情及肉體上ノ情慾ヲ満足セシムル所以ナリ夫婦協力シテ以テ一家ノ經濟ヲ扶殖スル所以ナリ男女各貞節ヲ守リテ以テ個人及社會ノ道德ヲ高潔ナラシムル所以ナリ凡ソ是レ皆婚姻ノ目的效果ニシテ人類ノ天性ニ原本スルニ非サルハナシ故ニ曰ク婚姻ハ人類ノ天性ニ本ツキタル男女ノ結合ナリト然レトモ單ニ男女ノ間ニ肉體上精神上又ハ財産上ノ結合アリタルノミニテハ未タ以テ婚姻ト稱スヘカラス必スヤ法律上ノ諸條件ヲ具備シタルモノナラサルヘカラス蓋シ婚姻ハ獨リ夫婦及其ノ親族ノ利害ニ關係スルノミナラス又大ニ社會ノ利害ニ關係スルモノニシテ夫婦ノ關係明白ナラサルトキハ人類道德ノ壞亂スルニ論ナク乃チ父子ノ關係確定セス從テ母ノ懷胎中若クハ分娩後之ヲ保護シ及其ノ子ヲ養育スル者アラサルヘシ此ノ如クハ人類社會ノ進步發達ハ到底望ムヘカラス此ノ點ヨリ言フトキハ婚姻ハ一家及社會ノ基礎ナリト云フモ決シテ誣言ニ非ス是レ古來ノ立法者カ婚姻ニ干涉シ之ニ對シテ種々ノ制度ヲ設ケ條件ヲ定ムル所以ナリ唯其ノ制度條件ハ時ト所トニ依リテ多少ノ相違ナキニ非スト雖モ亦自ラ一致スル所アリ而シテ婚姻ハ必ス此等ノ規定ニ適合シテ然ル後ニ始メテ法律上婚姻タルノ

效果ヲ生スルコトヲ得ルモノナリ故ニ曰ク婚姻ハ法律ノ條件ヲ具ヘタル男女ノ結合ナリト

婚姻ハ契約ナルヤ否ヤ此ノ問題ハ契約ト云フ語ノ意義如何ニ由リテ決セラルヘキモノナリ若シ契約ト云フ語ヲ狹義ニ解釋シテ契約トハ債權關係ヲ生セシメントスル二人以上ノ意思ノ合致ヲ謂フトスルトキハ婚姻ハ契約ニ非サルコト明クシ何トナレハ婚姻ハ當事者間ニ債權關係ヲ生セシムルモノニ非サレハナリ之ニ反シテ若シ契約ト云フ語ヲ廣義ニ解釋シテ契約トハ法律上ノ效力ヲ生セシメントスル二人以上ノ意思ノ合致ヲ謂フトスルトキハ婚姻モ亦明ニ契約ノ中ニ包含セラルヘシ何トナレハ婚姻ハ法律上ノ效力ヲ生セシメントスル異性二人ノ意思ノ合致ニ外ナラサレハナリ然レトモ債權關係ノ原因タル通常ノ契約ト身分關係ノ原因タル婚姻トハ其ノ態様大ニ相異ナルモノアリ即チ通常ノ契約ニ關スル法律ノ規定ハ大抵私益ニ關スルモノナルカ故ニ當事者ハ反對ノ意思ヲ表示シテ之ニ從ハサルコトヲ得ヘシト雖モ婚姻ニ關スル法律ノ規定ハ公益ニ關スルモノナルカ故ニ當事者ハ必ス之ニ從ハサルコトヲ得ス是レ其ノ相異ナル第一點ナリ通

常ノ契約ニ在リテハ當事者ハ大抵利益ノ一部ヲ交換スルモノナリト雖モ婚姻ニ在リテハ夫婦ハ其ノ利益ノ全部ヲ交換シ若クハ之ヲ共有スルモノナリ是レ其ノ相異ナル第二點ナリ通常ノ契約ニ在リテハ當事者ハ終身ノ自由ヲ拘束スルコトヲ得スト雖モ婚姻ニ在リテハ夫婦ハ終身ノ自由ヲ拘束スルモノナリ是レ其ノ相異ナル第三點ナリ但シ通常ノ契約モ婚姻モ法律行為ノ一種ニシテ且雙對行為即チ廣義ニ於ケル契約ナルコトハ其ノ同シク然ル所ナリ

右ニ述フル所ハ婚姻ノ現在ナリ詳言スレハ現今文明諸國ノ法制ニ於ケル婚姻ノ定義及性質ナリ然レトモ婚姻ノ過去即チ其ノ沿革ハ常ニ此ノ如クナリシニハ非ス又婚姻ノ將來即チ其ノ得失ニ關シテハ從來哲學者社會學者等ノ間ニ異論アル所ニシテ婚姻ノ制度ハ現在ノ狀況ニテ永續スルヤ否ヤハ一ノ疑問ナリ請フ左ニ婚姻ノ沿革及其ノ得失ニ關スル議論ノ梗概ヲ略叙スルコトヲ得ン

近世原人學者ノ研究ニ依レハ古來男女ノ關係ハ雜婚、血族相婚、自由婚、一夫數妻婚等ノ階段ヲ經テ今日ノ一夫一妻婚ニ到着シタルモノナリト云フ但之ニ關シテハ學者ノ間固ヨリ異論アルコトヲ免レス殊ニ人類ノ始ニ當リテ雜婚ノ風習一般ニ

行ハレタリトスルノ説ニ對シテハ痛ク之ヲ排斥スル者アリ蓋シ雜婚ノ論者カ有カナル憑據トシテ援用スルモノハ女系親ノ制度ナリ此ノ制度ニ於テハ親族關係ヲ定ムルニ女子ノ血統ヲ本トシテ子ノ親族ハ唯母ノ親族ノミニ止マリ父ノ親族トハ何等ノ關係ナシ此ノ制度ハ現ニ澳大利亞亞米利加之土人及其ノ他ノ人民中ニ行ハル、所ナリト云フ此ノ事實ヨリ推論シテ原始社會ニ在リテ女子ハ男子ノ共有ニシテ男女自由ニ會合シ且其ノ關係モ一時ニ止マリ子ハ唯母アルヲ知リテ父アルヲ知ラザリシモノナリト云ヘリ而シテ更ニ近時ノ發見ニ依レハ雜婚ノ中ニモ制限的雜婚アリ即チ一部落内ノ男女相互ノ間ニ於テハ嚴ニ會合ヲ禁シ甲部落ノ男子ハ乙部落ノ女子ヲ以テ其ノ共有ト爲シ乙部落ノ男子ハ甲部落ノ女子ヲ以テ其ノ共有ト爲スモノナリ之ヲ稱シテ外婚ト謂フ此ノ習俗モ現ニ澳大利亞ニ行ハルト云フ之ヲ排斥スル者曰ク猩々ノ如キ高等動物ニ於テモ既ニ牝牡ノ關係ハ極メテ嚴正ニシテ永續スルモノアルヲ見レハ動物界ノ靈長タル人類ニ於テ此ノ事ナシト謂フヘカラス雜婚ノ如キハ人智頗ル發達シ風俗ノ壞亂シタル後ニ生スルモノニシテ原始社會ニ於テハ反リテ此ノ事ナシ且男子ハ常ニ優等ノ地位ヲ

占メテ女子ヲ壓服スルモノナルカ故ニ男系親ノ制度カ反リテ廣ク行ハレタルモノナリ女系親ノ制度ハ全ク例外ニシテ此ノ制度ハ男女婚姻スルヤ男子其ノ家ヲ去リテ女子ノ家ニ入ルノ風俗ニ本ツクモノナリ故ニ其ノ結果トシテ子ハ唯母ノ親族ヲ知リテ父ノ親族ヲ知ラサルノミ此ヲ以テ雜婚ノ憑據ト爲スコトヲ得サルナリ男系親ノ制度ニ在リテハ女子其ノ家ヲ去リテ男子ノ家ニ入ルナリ何レノ制度ニ依ルモ男女ノ關係ハ當初ヨリ嚴正ニシテ今日ノ婚姻ト甚タ相異ナラサルナリト余輩ハ寧ろ難者ノ言ニ左袒スルモノナリ余輩ノ聞知スル所ヲ以テスレハ雜婚ノ如キハ或ル種族或ル時代ニハ果シテ行ハレタル所ニシテ今日モ野蠻人民ノ間ニ尙ホ存スルハ眞實ナリ然レトモ是レハ特殊ノ現象ニシテ之ヲ一般ニ推及シテ全世界ノ人民悉ク此ノ段階ヲ經テ發達シ來リタルモノナリト論斷スルハ謬妄ノ甚タシキナリ雜婚ノ如キ陋俗ハ大抵未開ノ民カ開明ノ民ト交通シ開明ノ民ノ亂行ヲ見テ相背イテ之ニ倣ヒ乃チ此ノ畜生道ニ墮落スルモノナリト云フ是レ人道ノ邪徑ナリ其ノ壞亂ノ兆候ナリ決シテ其ノ正路ニハ非サルナリ血族相婚自由婚ニ至リテモ亦相同シキナリ一夫數妻婚ハ今日世界ノ大部分ニ行ハル、モノナ

リ「モルモン」宗徒ノ如キハ多數ノ妻ヲ愛養スルヲ以テ上帝ノ意ニ副フモノト爲シ
 勉メテ之ヲ獎勵スト云フ甚タシキハ南米土人ノ酋長中ニハ七千人ノ妻ヲ有スル
 者アリト傳フ秦ノ始皇帝カ三千ノ寵愛ヲ阿房宮ニ鎖シ三十六年見ユルコトヲ得
 サル者アリキト云フモ之ニ比スレハ尙ホ遜色アルヲ見ルナリ乃チ善妻ノ習俗ノ
 如キモ亦一夫數妻婚ノ變態ナリ豈管一夫數妻婚ノミナランヤ西藏及或ル野蠻人
 民ノ中ニハ數夫一妻婚ノ行ハル、所アリ是レ蓋シ女子ノ不足ニ原因スルモノナ
 リ西藏ニ於テハ大抵數人ノ兄弟一人ノ妻ヲ有シ夫ハ順次交替シテ數月間諸方ニ
 行商スルモノナリト云フ嚴ニ一夫一妻婚ノ主義ヲ把握スルモノハ歐米ノ文明諸
 國ナリ唯其ノ完全ニ實行セラル、ヤ否ヤハ尙ホ疑問ニ屬ス然リ而シテ一夫數妻
 婚ノ公然認許セラル、國ト雖モ實際ニ之ヲ行フ者ハ少數ナル富豪ノ人ニ止マリ
 大多數ノ民ハ一夫一妻ヲ守リ或ハ生活ニ困難ナルカ爲メ若クハ女子ノ欠乏セル
 カ爲メ獨身ニ終ル者アリト云フ故ニ余輩ノ意ニ謂ヘラク一夫一妻ハ天下ノ通義
 ナリ古ヨリ今ニ至ルマテ人間ノ大多數カ遵踏シテ敢テ愆ラサル所ノ大法ナリ願
 フニ男女室ニ居リ子ヲ長シ年ヲ老ヤスハ洵ニ人性ノ自然ニ出テ、已ムコトヲ得

サルモノナリ余輩ハ多少嚴格ナル婚姻ノ制度具備スルニ非スシテ能ク久シク生
 存スル民族アルコトヲ想像スル能ハサルナリ多數ノ民族中ニハ或ハ劣情ニ制セ
 ラレ難婚ノ如キ邪徑ニ彷徨スル者アラン然レトモ遠カラスシテ人道ノ正路ニ復
 スルニ非ザレハ亡滅踵ヲ廻ラサスシテ至ルヘシ何トナレハ是レ人性ノ自然ニ反
 スレハナリ若シ夫レ婚姻ニ關スル制度禮法ハ時ト所トニ依リテ多少相異ナルモ
 ノナクンハアラス然レトモ是レ其ノ末節ノミ其ノ本根タル男女室ニ居ルノ大倫
 ニ至リテハ古今ニ亘リ東西ニ通シテ變易スル所アラサルナリ然ルニ婚姻ノ是非
 ヲ議スル者古今其ノ人ニ乏シカラス試ニ其ノ一斑ヲ記センカ
 プラト^ンノ共同主義ニ依レハ國民中農商工ノ三階級ニ屬スル者ハ毎年抽籤ノ方
 法ニ依リテ男女ノ配偶ヲ定メ一年後更ニ抽籤ヲ行ヒテ之ヲ變更ス而シテ抽籤ヲ
 掌理スル吏員多少ノ詐謀ヲ用弁テ男女ノ年齡體貌ヲシテ相恰當セシム兒子ハ國
 家保母ノ職ヲ置キテ之ヲ養育ス其ノ羸弱ナル者及四十歳以上ノ婦女ノ擧ケタル
 者ハ之ヲ殺ス兒子ハ固ヨリ其ノ父母ノ誰レタルヤヲ識ラサルナリトトマス、モリ
 ユスハ彼ノ有名ナル「ユートヒ」^(舊名「夢想」)「國」ト譯スニ於テ敢テ親族ノ制度ヲ排斥セザレト

モ唯婚姻ノ一條件トシテ婚姻ヲ爲サントスル者ハ必ス先ツ重厚ナル老婦人ノ
會ヲ得テ相會見シ裸體トナリテ相互ニ對手ノ全身ヲ検査スヘキモノト爲セリ其
ノ言ニ曰ク今人一匹ノ馬ヲ買ハントスルニモ限ナク其ノ身體ヲ検査シ其ノ缺點
ヲキコトヲ認メテ而ル後ニ之ヲ購フニ非スヤ然ルニ終身ノ生活ヲ共ニスヘキ夫
若クハ妻ヲ選擇スルニ當リテ單ニ其ノ聲聞面貌ニ依リテ之ヲ決スルハ何ソ其ノ
戻レルヤト亦奇ト謂フヘシカンパチルラーハ其ノ著日輪國ニ於テ曰ク吾人ハ家
屋妻子ヲ有スレ所有權ノ思想ノ發達スル所以ニシテ又利己心ノ生スル根源タ
リ即チ富者ハ利勢ヲ以テ世人ヲ傾動シテ其ノ子孫ノ地ヲ爲サンコトヲ欲シ貧者
ハ貪慾ニ耽リ險惡ヲ行ヒ誠實ヲ裝フノ人トナルナリトヂヤンメリエー曰ク各人
ハ自由ニ婚姻スルコトヲ得ヘシ其ノ之ヲ厭フニ及ヒテヤ亦自由ニ分離スルコト
ヲ得ヘシ兒子ハ國家ニ於テ之ヲ負擔スヘキナリトモレルリーハ其ノ著自然法典
ニ於テ曰ク十五歳ヨリ十八歳マテノ者ハ婚姻ヲ爲スノ義務アリ婚姻後十箇年間
ハ之ヲ解消スルコトヲ得ス其ノ後ハ之ヲ斷絶スルコトヲ得ヘシ五歳以上ノ兒子
ハ公費ヲ以テ之ヲ養育ストブリツソ一曰ク汝美物ヲ見テ之ヲ悦ブノ念中ニ勤ク

コトアラハ宜シク之ヲ愛スヘキノミ飢エテ食ヒ渴シテ飲ム是レ所有權ノ權ヲ可
ラサル所以ナリ相愛スレハ夫婦タリ風情既ニ竭キテ忽チ又相別ル亦何ノ顧諱ス
ル所カ之アラントロバートオーヅハンフリーエーセンシモン派ノ徒亦略同一ノ
意見ヲ懷抱ス嗚呼是レ人類ノ尊ヲ貶シテ禽獸ノ界ニ落在セシムルモノニ非スシ
テ何ソヤ若シ夫レ今日ノ社會主義ノ徒ニ至リテハ言辭此ノ如ク尙莽ナラスシテ
婉稍曲ノ態アリト雖モ亦現行ノ婚姻制度ニ嫌焉タラサルモノナリ彼ノ完全社會
主義ノ著者ブノアマーロンノ言ニ徴シテ略其ノ婚姻ニ對スル意向ヲ知ルコトヲ
得ヘシ其ノ言ニ曰ク職工社會主義ノ徒ハ悉ク婦女ヲ獨立セシムルコト及兒子ノ
養育教育ヲ國家ノ負擔ニ歸セシムルコトニ同意スル者ナリ其ノ將來ノ婚姻ニ對
スル意見ハ未ダ一定セスト雖モ大抵自由婚姻ヲ認メ夫婦ノ感情消磨シタルトキ
ハ亦自由ニ離婚スルコトヲ得シメ唯夫婦ノ一方ノ意思ニ出テ、離婚ヲ爲ス場合
ニ於テハ他ノ一方ニ對スル道德上ノ義務ヲ敬重セシメ又何レノ場合ニ於テモ兒
子ニ對スル道德上ノ義務ヲ商量スヘキモノト爲セリトチエルニシユヅスキーハ
其ノ著ハス所ノ小説中ニ虛無主義ノ家庭ヲ描叙セリ曰ク

ロプーコツフ(夫ノ名)及ヅエラ(妻ノ名)ハ各一室ヲ有シ其ノ相往來スルヤ猶ホ外人ヲ訪フカ如シ戸ヲ叩キテ入室ノ許可ヲ請フ入レト云ヘハ則チ入り否ト云ヘハ則チ退却シテ又之ヲ強非サルナリ二室ノ中間ニ共同ノ一室アリ是レ即チ夫妻カ飲食ヲ共ニスル所ニシテ其ノ隨意ニ出入スルコトヲ得ル所ナリ二人相遇スルヤ兄妹親朋ノ如シ狎昵逆悟ノ態アルコトナシ各衣襟ヲ正シ裝飾ヲ施スコト外聞ニ出ツルトキノ如シ二人隨意ニ外客ニ接遇シ及之ヲ訪問スルコトヲ得通信モ亦分別シテ相干渉スルコトナシ各其ノ宜シク告クヘシト思量スル所ノモノヲ相互ニ告語スルノミ其ノ以外ニ及フコトナシ唯虚言ハ汚辱ノ所行トシテ各深ク之ヲ戒ムルナリ其ノ遇合モ全然自由ナルカ故ニ其ノ分離モ亦當然ノ事變トシテ怪マサルナリ其ノ相分離セントスルヤ單ニ之ヲ他ノ一方ニ豫告スルノミヲ以テ足ル既ニ分離スト雖モ其ノ交際ハ依然トシテ斷絶セザルナリ之ニ反シテ二人愛思ノ最モ濃厚ナルヤ其ノ結合極メテ緊密ニシテ進退舉措恰モ同一體ヲ成スナリ然レトモ虛無主義ノ綱領タル男女間法律上及道徳上ノ平等ハ之カ爲メニ嘗テ變更セラル、コトナシ之ニ依リテ見レハ婚姻ニ關スル將泰

ノ制度ハ全ク自由主義ニシテ人類ハ自ラ其ノ行動ノ得失ヲ判斷シ苟モ他人ノ自由幸福ヲ侵害セス又譎詐ノ術ヲ使用セサル限りハ其ノ願慾ノ正當ナル満足ヲ追求スルコトヲ得ヘキナリ

今日ノ社會主義ノ徒カ稱道スル婦女ノ獨立ト云フモノハ正ニ此ノ如キヲ謂フナリ抑モ上來叙述スル所ニ依リテ之ヲ察スルニ社會主義ノ徒カ現行ノ婚姻制度ニ不滿ナルモノハ其ノ男女ノ間際ヲ正スコト頗ル嚴ニシテ其ノ自由ヲ拘束スルコト甚タ過キタリト爲シテ稍之ヲ緩和シテ其ノ自然ニ近カラシメント欲スルニ出ツルナリ即チ自由離婚ヲ伴フ所ノ自由婚姻ノ制度ヲ設立セント欲スルモノナリ歐洲ニ在リテモ伊太利、白耳義、ルーマニー、デユネー、ブノ如キハ稍此ノ思想ニ接近シタル制度ヲ設ケタリト雖モ未タ以テ其ノ希望ヲ滿タシムルニ足ラサルナリ觀リテ本邦ノ現狀ヲ觀ルニ婚姻離婚共ニ極メテ自由ニシテ恰モ社會主義ノ徒ノ夢想スル制度ニ適合スト謂フヘシ余輩ハ平生此ノ男女ノ關係ノ濁穢脆弱ナルコトヲ慨シ其ノ幾分ニテモ清白鞏固ナランコトヲ冀幸シ世論モ亦婦女ノ地位ノ上進ヲ稱道シ蓄妾ノ廢止ヲ呼號スル者アリ乃チ新民法ノ如キモ固ヨリ未タ歐洲ノ峻

嚴ニ及ハスト雖モ又果シテ我カ國情民俗ニ投合スルヤ否ヤヲ知ラスト雖モ亦頗ル此ニ留意シ處女寡婦ハ全ク男子ト同等ノ私權ヲ享有スルモノトシ唯嫁シテ人ノ妻トナルヤ一家ノ秩序ヲ維持スルノ點ヨリシテ妻カ或ル重要ナル法律行為ヲ爲スニハ夫ノ許可ヲ受クルコトヲ要スルモノトセリト雖モ夫ハ妻ヲ同居セシムルノ義務アルモノトシ夫婦ハ相互ニ扶養ヲ爲スノ義務アルモノトシ且離婚ニ至リテハ夫婦ノ協議ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ得ト雖モ其ノ協議調ハサルトキハ法律ニ特定セル原因ノ具存スルニ非サレハ其ノ一方ヨリ之ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得サルモノトセリ新民法ハ大ニ婦女ノ利益ヲ保護スルモノニシテ歐洲ノ制度ニ近接スルハ蔽フヘカラサル所ナリ想フニ立法者ノ理想ハ必ス當ニ此ニ在ルヘシ然ルニ歐洲ノ社會主義ハ反リテ其ノ制度ヲ嫌忌シ本邦ノ現狀或ハ寧日本邦民法施行以前ノ狀態ノ如クナランコトヲ欲スルモノニ似タリ嗚呼人其ノ屠ル所ニ満足スルコト能ハスシテ常ニ不平缺望ノ念ヲ懷クハ其ノ常情ナリ而シテニヒ理想ノ地ニ到達スルヤ又復タ不滿ノ心ヲ生ス之ニ依リテ看レハ本邦ノ制度非カ歐洲ノ制度是カ均シク得テ知ルヘカラサルナリ

ガストンベルグユレハ其ノ著政治原論ニ於テ婚姻ノ沿革ヲ論シテ曰ク婚姻ノ過去ニ於ケル一夫數妻婚ヨリ現今ノ一夫一妻婚ニ進ミ將來自由結婚ニ變遷スヘキモノナリ一夫數妻婚ハ家族制度ト相伴フモノニシテ家長ハ多數ノ妻妾子女奴婢ヲ蓄ヘテ之ヲ統轄シ甚タシキハ其ノ上ニ生殺與奪ノ權ヲ有シ官權ハ毫モ一家内ニ干涉スルコトナカリキ是レ家族制度最盛ノ候ナリ此ノ時ニ當リテ妾及庶子ハ公然トシテ世間ニ横行セリ一夫一妻婚ニ及ヒテ家族制度ハ頗ル其ノ勢力ヲ失ヒ遂ニ個人制度ニ其ノ地步ヲ讓ルニ至レリ蓋シ一夫一妻婚ニ在リテハ家族ノ數自ラ多數ナルコト能ハス從テ家長ノ權力大ニ減退シ官權一家内ニ干涉シテ各人ノ權利ヲ保護スルニ及ヒテ家族ハ又家長ノ保護ヲ受クルコトヲ要セス是ニ於テ家族制度全ク廢滅ニ歸セリ一夫數妻婚ノ時代ニ於テハ男子ハ悉ク妻ヲ有スルコト能ハサリシヲ以テ女子ノ需用甚タ多ク男子ハ其ノ妻ト爲サントスル女子ノ父ニ多クノ貨財ヲ贈與スルニ非サレハ之ヲ得ルコト能ハサリシナリ然ルニ一夫一妻婚ニ及ヒテハ女子ノ需用大ニ減シ男子ハ何物ヲモ與ヘスシテ之ヲ貰ヒ受クルコトヲ得ルニ至レリ且戰爭疾病等ノ爲メ男子ヲ失フコト女子ヨリモ多ク加フル

ニ妻ヲ養フノ困難ヨリシテ獨身ノ生ヲ營ムノ男子増加スルニ至リテ女子カ夫ヲ得ルコト頗ル困難トナレリ是ニ於テ曩キニ男子カ其ノ妻ノ父ニ贈與シタルモノハ女子カ嫁資トシテ之ヲ夫ニ贈與セサルヘカラサルコト、ナリ嫁資多キモノハ能ク人ニ嫁スルコトヲ得ト雖モ嫁資少ナキモノ若クハ之ナキモノハ終身人ノ妻トナルコトヲ得サルニ至レリ故ニ婚姻ハ甚タ困難トナリシモ妻ノ地位ハ反リテ之カ爲メニ著シク上進セリ即チ昔シハ妻タル者夫ノ使役タルニ過キサリシト雖モ今ハ夫ト對等ノ地位ヲ占ムルニ至レリ獨リ之ノミナラサルナリ多額ノ嫁資ヲ持參シタル妻ハ往々夫ヲ奴使シ夫婦尊卑ノ別全ク顛倒スルモノアルニ至レリ且昔シハ妻タル者大抵無智無産ナリシヲ以テ能ク夫ニ服從シ貞節ヲ守リタリト雖モ今ハ妻ニシテ智識財産共ニ夫ヲ凌駕スル者アルカ故ニ夫婦ノ間風波爭鬪ノ端滋々多シ是ニ於テ離婚ノ必要益生ス人或ハ曰ク離婚ハ婚姻ノ神聖ヲ害スルモノナリト余輩ハ將ニ言ハントス離婚ハ婚姻ノ神聖ヲ保ツ所以ナリ何トナレハ夫婦相疾忌シ到底共同ノ生活ヲ營ムコト能ハサルニ至リタルトキハ夙ク其ノ關係ヲ解消シ更ニ幸福ナル婚姻ヲ爲スニ如カサレハナリ故ニ離婚ハ成ルヘク之ヲ自由

ナラシメサルヘカラス自由離婚ハ自由婚姻ニ進ムノ道程ナリ何ヲカ自由婚姻ト謂フヤ謂フコト勿レ男女任意ニ會合スルノ謂ナリト余輩ノ所謂自由婚姻トハ夫婦カ自由ノ契約ヲ以テ一切婚姻中ノ關係ヲ定ムルコトヲ得ルノ謂ナリ即チ婚姻中ニ於ケル夫婦ノ財産ノ關係ハ勿論生兒ノ教育其ノ他婚姻ノ存續期間等ヲ定メ若シ一方カ其ノ約款ヲ履行セサルトキハ恰モ普通ノ雇傭契約ノ類ト同シク他方ニ於テ之ヲ解除スルコトヲ得又損害賠償ヲ求ムルコトヲ得ヘシ要スルニ夫婦ヲシテ自由ニ婚姻ノ様式ヲ定メ之ニ從テ婚姻ヲ爲サシムルモノナリ果シテ此ノ如クンハ今日婚姻ヲ爲スコトヲ得サル獨身ノ男女ヲシテ一定ノ期間ヲ定メテ容易ニ婚姻ヲ爲スコトヲ得シメ彼ノ處女カ誤テ私生ノ子ヲ産シテ母子共ニ非常ノ苦境ニ陷ルカ如キノ弊ナカラシムルコトヲ得ヘシ且之ヲ今日ノ趨勢ニ察スルニ男女ノ別ヲ正スコト復タ往日ノ如クナラス青年ノ男女任意ニ徵逐遇合スルノ俗沼々トシテ風ヲ成ストキハ自由婚姻ニ傾嚮スルノ兆此ニ見ルヘシトガストン、ヘルヂユレーノ言ヲシテ果シテ誤リナカラシメハ歐洲ノ制度ハ一夫一妻婚ヨリ將ニ自由婚姻ニ移ラントスルモノナリ之ニ反シテ本邦ノ制度ハ今ヤ一

夫數妻婚ヨリ漸ク一夫一妻婚ニ進マントスルノ際ナルトキハ其ノ相距ルコト甚
 タ遠シト謂フヘシ且余輩ハガストン、ベルヂユレーノ論ニ由リテ大ニ感スルモノ
 アリ果シテ或ル一派ノ原人學者カ唱道スル如ク婚姻ハ雜婚ヨリ一夫數妻婚ヲ經
 テ今日ノ一夫一妻婚ニ到達シタルモノナリトスレハ安ソ知ランヤ今日ノ一夫一
 妻婚カ一轉シテ自由婚姻トナリ自由婚姻カ更ニ一轉シテ太初ノ雜婚ニ復歸セサ
 ルコトヲ蓋シ循環ハ宇宙ノ大則ナリ婚姻ノ制度モ或ハ獨リ此ニ免ル、コトヲ得
 サルヘシ然レトモ余輩又之ヲ聞ク婚姻ノ難易ハ生活ノ難易ニ伴フ故ニ生活ノ極
 メテ容易ナル野蠻國ニ在リテハ男女ノ關係極メテ整正ニシテ且極メテ清白ナリ
 野蠻國ニ於テハ二十歳前後ノ男女ニシテ夫婦タラサルモノナシ半開國ニ至ルニ
 及ヒテ生活稍、困難ニシテ婚姻亦稍、困難ナリ從テ男女ノ關係稍紊亂セリ若シ夫レ
 文明國ハ生活最モ困難ニシテ通常人ハ容易ニ婚姻ヲ爲スコトヲ得ス其ノ能ク婚
 姻ヲ爲ス者モ大抵三四十歳ノ後ニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得ス風俗壞亂シテ人
 禽獸ニ近シト果シテ然ラハ文明ハ人類ノ災害ナルカ將タ今日ノ文明ハ人事ノ變
 態ニシテ其ノ正經ニ非サルカ

終リニ離婚ハ婚姻ヲ解消スルノ方法ナリ離婚ニ關シテハ禁止離婚制限離婚及自
 由離婚ノ三主義アリ禁止離婚ノ主義ハ絶對的ニ離婚ヲ禁止スルモノニシテ耶蘇
 舊教國ニ行ハレタル所ナリ蓋シ婚姻ハ神ノ結ヒタルモノニシテ人意ヲ以テ解ク
 ヘカラスト云フ經文ノ旨趣ニ本ツクモノナリ佛國ノ如キハ數年前マテ此ノ主義
 ヲ把持シタリト雖モ今日ハ之ヲ廢止セリ其ノ餘ノ諸國ニ於テ今日尙ホ此ノ主義
 ヲ採用スルモノアルヤ否ヤヲ知ラス制限離婚ノ主義ハ法律ヲ以テ離婚ノ原因ヲ
 特定シ此ノ原因アルモノニ限リテ離婚ヲ許スモノナリ歐洲諸國ハ大抵此ノ主義
 ヲ取レリ自由離婚ノ主義ニハ二種ノ別アリ一ハ夫婦ノ一方殊ニ夫ノ自由意思ニ
 依リテ離婚ヲ爲スモノナリ是レハ半開國以下ニ行ハル、所ニシテ從前我カ邦ニ
 於テ夫カ其ノ妻ヲ離別セントスルニ當リテ妻ノ意思如何ヲ問ハス甚タシキハ其
 ノ號泣哀訴スルニモ拘ハラス世俗ニ所謂去狀若クハ三行半ト云フモノヲ交付シ
 テ之ヲ追逐シタルカ如キ是ナリ一ハ夫婦雙方ノ自由ノ合意ニ依リテ離婚ヲ爲ス
 モノニシテ今日ハ未タ絶對的ニ此ノ主義ヲ實行スル國ナシ我カ新民法ニ規定ス
 ル協議上ノ離婚ト云フモノ頗ル之ニ近シ我カ新民法ハ固ヨリ制限離婚ノ主義ヲ

取ルモノナリ而シテ離婚ヲ分チテ協議上ノ離婚及裁判上ノ離婚ノ二ト爲ス協議上ノ離婚トハ夫婦ノ協議ニ依リテ婚姻ヲ解消スルコトヲ謂フ其ノ條件ハ唯或ル場合ニ父母ノ同意ヲ得ルト及戸籍吏ニ届出ヲ爲ストニ在リ夫婦ノ一方カ離婚ニ同意セサルトキハ裁判上ノ離婚ヲ爲スノ外ナシ裁判上ノ離婚トハ法律ノ特定セラル離婚ノ原因アル場合ニ限り夫婦ノ一方ヨリ裁判所ニ請求シ其ノ裁判ニ依リテ婚姻ヲ解消スルコトヲ謂フ故ニ離婚ハ従前ニ比シ頗ル困難トナレリ外國ノ民法ニ於テハ唯裁判上ノ離婚ノミヲ認メテ協議上ノ離婚ヲ認メサルモノ多シ之ヲ數年前ノ統計ニ徴スルニ歐洲ニ於テ離婚ノ最モ少ナキハ愛蘭土ナルヘシ愛蘭土ニ於テハ婚姻一萬ニ對スル離婚一之ニ次クモノハ佛國ニシテ一萬ニ對スル十英國ハ十四普國ハ十五ノ比例ナリ以上ハ概シテ耶蘇舊教ノ行ハル、國ナリ離婚ノ最モ多キハ漢堡^{ハンブル}ニシテ婚姻一萬ニ對スル離婚五百三十之ニ次クモノハ瑞西ニシテ一萬ニ對スル四百七十二ナリ此等ノ國ハ耶蘇新教ノ行ハル、所ナリ我カ邦ノ離婚數ハ明治二十九年末ノ統計ニ依レハ同年ニ於ケル婚姻總數五十萬一千七百七十七ニシテ離婚ノ總數十一萬五千六百五十四タリ之ヲ萬分比例ニスレハ婚姻一

萬ニ對スル離婚二千三百〇五ナリ我カ邦離婚ノ多數ナルカ如キハ世界各國殆ト希ニ見ル所ナリ是レ或ハ男女關係ノ紊亂スルニ因ルカ抑モ人生ノ大事タル婚姻ノ初始ヲ慎マサルニ因ルナリ此ノ如キハ法律ノ力ノ得テ控制スル所ニ非ス偏ニ社會道德ノ上進ニ待ツノ外アラサルナリ

(丙) 親權

夫婦アリテ而シテ後ニ親子アリ親子ヲ別チテ實親子及養親子ノ二ト爲ス實親子ハ自然ノ作用ニ依リテ親子ノ關係ヲ生スルモノニシテ養親子ハ法律ノ擬制ニ依リテ實親子ニ非サル者ノ間ニ實親子間ニ於ケルト同一ノ關係ヲ生スルモノナリ實子ヲ別チテ嫡出子及私生子ノ二ト爲ス嫡出子トハ婚姻シタル男女即チ夫婦ノ間ニ生レタル子ヲ謂ヒ私生子トハ婚姻セサル男女即チ夫婦ニアラサル者ノ間ニ生レタル子ヲ謂フ私生子ヲ更ニ別チテ庶子及單純ノ私生子ノ二ト爲ス庶子トハ父ノ認知シタル私生子ヲ謂ヒ單純ノ私生子トハ母ノミノ認知シタル私生子俗ニ所謂^{アノコ}父無子^{アノコ}ヲ謂フ是レハ父ナキニ非サルナリ父ノ知レサルナリ父ノ知レサルニ非ス父ノ認知セサルナリ養子ニモ單純養子婿養子夫婦養子遺言養子等ノ別アレ

トモ養子タルノ身分權利ニ至リテハ同一ナルヲ以テ一々之ヲ説明セス
 子ハ實子ナルト養子ナルトヲ別タス成年ニ達セス且獨立ノ生計ヲ立テサル間ハ
 親權ニ服從セサルヘカラス親權トハ父又ハ母カ其ノ家ニ在ル未成年ノ子若シク
 ハ未タ獨立ノ生計ヲ立テサル成年ノ子ノ身體ヲ監督シ財產ヲ管理スル權利ノ全
 體ヲ謂フ故ニ親權ヲ別チテ子ノ身體ニ對スル權利及子ノ財產ニ對スル權利ノ二
 ト爲スコトヲ得ヘシ身體ニ對スル權利ハ子ヲ監護教育シ必要ノ場合ニハ子ヲ懲
 戒シ其ノ居所ヲ指定シ志願兵及營業ヲ許可スルニ在リ財產ニ對スル權利ハ子ノ
 財產ヲ管理シ又其ノ財產ニ關スル法律行為ニ付キテ其ノ子ヲ代表スルニ在リ親
 權ハ通常父之ヲ行フ父アラサルトキハ母之ヲ行フ父母共ニ在ラサルトキハ後見
 人ヲシテ親權ノ事ヲ攝行セシム故ニ曰ク後見ハ親權ノ延長ナリト然レトモ後見
 人ハ父母ノ其ノ子ニ慈愛アルカ如キニアラスシテ往々被後見人ノ幼弱無知ナル
 ヲ利シテ私曲ヲ行ヒ其ノ財產ヲ騙取スルカ如キノ弊害ナキコトヲ保セス故ニ法
 律ハ最モ嚴密ニ其ノ職務ヲ規定シ後見監督人ヲ附シテ其ノ行為ヲ監視セシメ且
 後見人カ或ル重大ナル行為ヲ爲スニハ必ス親族會ノ同意ヲ受ケシメ以テ被後見

人ノ利益ヲ保護スルニ於テ遺算ナキコトヲ期セリ但後見人ハ獨リ父母ナキ未成
 年者ノ爲メニ存スルノミナラス禁治產者ノ爲メニモ存スルモノナリ

(丁) 相續權

相續トハ相續人カ被相續人ノ權利及義務ヲ承繼スルコトヲ謂フ相續ヲ爲スノ權
 利即チ相續權ナリ相續人ハ被相續人ノ親族タルコトヲ以テ原則トス間々被相續
 人ノ親族ニ非サル者カ相續人タルコトアリト雖モ是レハ例外タリ相續權ハ原則
 トシテ親族關係ヨリ生スルモノナリ是レ余輩カ相續權ヲ以テ身分權ノ中ニ列ス
 ル所以ナリ我カ新民法ニ依レハ相續ヲ別チテ家督相續及遺產相續ノ二ト爲ス家
 督相續トハ戸主ノ權利及義務ヲ承繼スルモノヲ謂ヒ遺產相續トハ家族ノ權利及
 義務ヲ承繼スルモノヲ謂フ但被相續人ノ權利及義務ニシテ其ノ一身ニ專屬スル
 モノハ相續人之ヲ承繼スルコトヲ得サルナリ概シテ之ヲ言ヘハ人身權ハ之ヲ相
 續スルコトヲ得サルモ財產權ハ之ヲ相續スルコトヲ得ルモノトス然レトモ財產
 權ノ中ニテモ被相續人ノ終身ヲ期シテ設定シタルモノ又ハ被相續人ノ人物技藝
 等ヲ目的トスルモノハ相續人ニ移轉スルコトナシ又人身權ノ中ニテモ人格權ハ

絶對的ニ相續人ニ移轉セスト雖モ身分權ノ中戸主權ハ家督相續人ニ移轉スルモノナリ但嚴正ニ論スルトキハ家督相續人ハ前戸主ノ有セシ戸主權ヲ承繼スルモノニ非スシテ家督相續ニ依リテ戸主タルノ身分ヲ取得スルト同時ニ新タニ之ヲ取得スルモノナリ唯前戸主ノ有セシ戸主權ト相續人ノ取得スル戸主權ト全ク同性質ナルカ故ニ恰モ之ヲ承繼スルカ如キノ觀ヲ呈スルノミ

家督相續ノ原因ハ(一)戸主ノ死亡隱居又ハ國籍喪失(二)戸主カ婚姻又ハ養子縁組ノ取消ニ因リテ其ノ家ヲ去ルコト(三)女戸主ノ入夫婚姻又ハ入夫ノ離婚是ナリ遺產相續ノ原因ハ家族ノ死亡ノミナリ家督相續人及遺產相續人ノ順位ハ法律ニ之ヲ一定セリ而シテ其ノ大ニ相異ナル一點ハ家督相續ニ於テハ長子相續主義ヲ取り遺產相續ニ於テハ分頭相續主義ヲ取りタルコト是ナリ其ノ理由ノ要點ハ家督相續ハ戸主權ノ相續ニシテ家ノ繼續ヲ主眼トナスモノナルカ故ニ其ノ財產ハ宜シク之ヲ長子一人ニ與フヘシ之ニ反シテ遺產相續ハ單ニ財產ノ相續ノミナルカ故ニ宜シク之ヲ數人ノ子ノ間ニ均ニ分配スヘシト云フニ在リ被相續人ハ戸主タルト家族タルトヲ分タス遺言ヲ以テ死後ニ對シテ其ノ財產ノ全部又ハ一部ヲ處

分スルコトヲ得ヘシ然レトモ法律上特定セル相續人ニ對シテハ其ノ財產ノ半額若クハ三分ノ一ヲ遺留セサルヘカラス殊ニ系譜祭具及墳墓ノ所有權ハ家督相續人ニ於テ之ヲ取得スルノ特權アルモノニシテ必ス之ニ與ヘサルヘカラサルナリ相續ノ效力ハ相續原因ノ發生ノ時即チ相續開始ノ時ヨリ發生スルモノナレトモ家督相續人ハ其ノ相續ヲ戸籍吏ニ届出テ、身分登記簿及戸籍簿ニ其ノ登記ヲ爲サ、ルヘカラス是レハ身分及戸主ノ變更ヲ公告セシムル所以ナリ相續人ナキ財產ハ國庫ニ歸屬ス故ニ國庫ハ最終ノ相續人ナリ且國庫ハ登録稅ノ名義ノ下ニ於テ家督相續人又ハ遺產相續人カ其ノ相續シタル地所建物又ハ船舶ノ登記ヲ請フトキハ法律ノ定ムル所ニ從ヒ時價相當價格千分ノ二乃至千分ノ十ノ金額ヲ徵收スルモノトス之ニ依リテ言ヘハ國庫ハ常ニ相續人ト相並ヒテ相續財產ノ一部ヲ相續スルモノト謂フヘキナリ

相續權ノ基礎ニ關シテハ議論頗ル多シ今一々之ヲ詳叙スルコトヲ得ス普通說ノ大要ニ謂フ相續人カ相續權ヲ有スル所以ノモノハ被相續人ハ其ノ所有財產ヲ自由ニ處分スルコトヲ得ヘキモノニシテ其ノ死後ハ之ヲ其ノ相續人ニ與フルノ意

思フ有シタルモノト推測スヘキコト當然ナルト及相續人ハ通常被相續人ノ財産ニ依リテ扶養セラル、者ナルカ故ニ被相續人ノ死後ハ其ノ財産ヲ取得セシメサルヘカラストノ二個ノ理由ニ本ツクモノナリト之ニ反對スル者ハ曰ク凡ソ人ノ權利ハ其ノ死亡ト同時ニ一切消滅スヘキモノニシテ死後ニ對シテ之ヲ有スルコトヲ得ヘカラスト然ルニ被相續人カ其ノ死後其ノ財産ヲ相續人ニ與フルコトヲ得ルハ是レ死者カ財産權ヲ有スルモノニシテ不條理ノ甚タシキモノナリ又相續人ハ被相續人ヨリ扶養ヲ受クルノ權利アリト云フモ是レ亦被相續人ノ生存中ニ止マリ被相續人ハ其ノ死後マテモ扶養ノ義務ヲ負擔スヘキモノニ非サルナリ故ニ死者ノ財産ハ全ク無主物ニシテ先占者ニ歸屬スルカ然ラスンハ國庫ニ歸屬スヘキモノナリ相續人若シ獨立ノ生活ヲ爲ス能ハサルモノナランニハ其ノ生活ニ必要ナル財産ヲ分與スルモ可ナリト是レハ絶對的ニ相續權ヲ否認スルモノニシテ頗ル極端ナリ其ノ稍穩和ナル者ニ至リテハ相續權ハ直系卑屬ニ止マリ直系尊屬及傍系親ニ及フヘキモノニ非スト論スル者アリ社會主義ノ一派ナル土地國有論者ノ如キハ此ヲ以テ漸ク土地ヲ國有ト爲スノ手段ト爲サント欲スルモノナリ又

經濟學者中ニハ所有權ノ基礎ヲ以テ單ニ勞働ニ在リト爲シ相續人ハ何等ノ勞働ナクシテ居然トシテ財産ヲ取得スルノ理アルヘカラスト雖モ被相續人ハ其ノ勞働ニ依リテ得タル財産ヲ子孫ニ傳ヘント欲スルハ普通ノ人情ナルカ故ニ相續權ノ基礎ハ偏ニ被相續人ノ意思ノ推測ニ存スルモノナリトシ此ノ點ヨリシテ相續人ノ利益ノ爲メニ設ケタル遺留分ノ制度ヲ全廢スヘシト論スル者アリ又國家カ相續稅ヲ徵收スルコトニ就キテ或ル學者ハ近世ノ國家ハ所有者ニ代ハリテ其ノ子弟教育ノ費用ヲ負擔スルコト、ナリタルカ故ニ其ノ財産ノ一部ヲ相續スルモノナリト説明スル者アレトモ是レハ決シテ正當ノ見解ニ非スシテ寧ロ近世ノ國家ハ相續權否認ノ說ニ傾向シテ相續權ノ一部ヲ剝奪スルモノナリト見ルヲ以テ正當ナリトス要スルニ相續權ノ得失ニ關シテモ將來大紛爭ノ發起スルヲ見ルヘキナリ

第二款 人格權

(甲) 生命權

生命ハ肉體ト精神トノ連鎖ニシテ萬事ノ基本ナリ故ニ生命ヲ保全スルノ權利ハ爾餘凡百ノ權利ノ因リテ出ツル所ナリ然ルニ生命權ノ認メラレタルハ所有權等ニ比シテ頗ル後世ニ屬スルモノニシテ夫親主人カ妻子奴隸ニ對シテ生殺ノ權ヲ有セシコトハ諸國大抵近世マテ存セシ所ナリ

國家カ人ノ生命ヲ保護スルニ就キテ設爲スル方法一ニシテ足ラス國家先ヅ刑法ニ依リテ他人ノ生命ヲ害シタル者ハ謀殺故殺誤殺ノ區別ニ從ヒテ之ヲ處罰ス吾人カ生命ノ權利ヲ有スルモノハ偏ニ此ノ刑法ノ保護アルニ由レリ生命權ハ出生ニ因リテ始メテ生スルモノニ非ス母ノ胎内ニ懷妊シタル時ヨリ既ニ此ノ權利ヲ有スルモノナリ是レ刑法ニ於テ墮胎ノ罪ヲ規定スル所以ナリ其ノ他刑法ニ於テ健康ヲ害スル罪トシテ阿片烟ヲ製造販賣シタル者飲料水ヲ汚穢シタル者傳染病豫防規則ニ違背シタル者危害品及健康ヲ害スヘキ物品製造ノ規則ニ違背シタル者健康ヲ害スヘキ飲食物藥劑ヲ販賣シタル者私ニ醫業ヲ爲シタル者等ヲ罰スルモノモ亦人ノ生命ヲ保護スルノ主旨ニ出ツ國家カ埋葬規則水害豫防規則道路橋梁船舶鐵道ノ取締規則等諸般ノ行政法規ヲ設クルノ主旨モ亦同一ナリトス

自殺ハ自己ノ生命權ヲ拋棄スルノ行爲ナリ或ル學說ニ依レハ自殺ハ獨リ道徳上ノ本分ニ背クノミナラス又法律上ノ義務ニ反スルモノナリト云ヘリ其ノ理由トスル所ハ各人ノ死生ハ人類ノ存亡ニ影響スルモノニシテ各人任意ニ其ノ生命ヲ戕賊スルコトヲ得ヘカラス故ニ國家ハ自殺ヲ企ツル者アルトキハ之ヲ禁止スルノ處分ヲ施シ自殺ヲ幫助シタル者ハ刑法ニ於テ之ヲ處罰ス自殺ハ法律ノ否認スル所タルコト此ニ見ルヘシト云フニ在リ然レトモ自殺ヲ企ツル者ヲ禁止シ自殺ヲ幫助シタル者ヲ責罰スルハ是レ唯自殺ノ企圖ヲ禁止シ自殺ノ幫助ヲ責罰スルノミ自殺ハ決シテ之ヲ禁止スルコトヲ得ス又之ヲ責罰スルコトヲ得サルナリ今夫レ公然他人ノ面前ニ於テ自殺ヲ企ツル者アルトキハ能ク之ヲ禁止スルコトヲ得ヘケン然レトモ隱晦幽密ノ地ニ於テ自殺ヲ行フ者アルトキハ如何ニシテ之ヲ抑遏スルコトヲ得ヘキカ故ニ自殺ヲ禁止スルハ公然ノ自殺ノミニ限ル而シテ公然ノ自殺ヲ禁止スルハ唯其ノ所爲カ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルカ爲メノミ是レ自殺ヲ禁止スルモノニ非スシテ其ノ公然ヲ禁止スルナリ秘密ノ自殺ハ之ニ禁止スルコトヲ得サルナリ若シ夫レ既ニ自殺ヲ遂ケタル者ニ至リテハ之ヲ責

罰セント欲スルモ亦固ヨリ能ハサル所ナリ故ニ自殺ハ法律ノ禁止シ若クハ責罰
 スル所ニ非ス法律ノ問ハサル所ナリ法律ノ問ハサル所ハ各人ノ自由ナリ故ニ自
 殺ヲ爲スト否トハ各人ノ自由タリ法律上各人ハ自殺ヲ爲スヘカラサルノ義務ア
 ルコトナシ然ラハ各人ハ自殺ヲ爲スノ權利アルカト云フニ是レ亦然ラス自殺ハ
 法律ノ問ハサル所ナリ故ニ各人ハ自殺ヲ爲スノ自由アリ然レトモ自殺ハ法律ノ
 保護スル所ニ非ス故ニ各人ハ自殺ヲ爲スノ權利アルコトナシ此ニ自由ト云フハ
 法律上ノ意義ニ從ヒ義務ナキノ田地ヲ指シテ謂フ若シ道德上ノ意義ニ從ヒ自由
 トハ人カ其ノ本心ニ從テ行動スルノ謂ナリト爲ストキハ人ハ自殺ヲ爲スノ自由
 モナシト謂ハサルヘカラス此ノ身ハ父母ノ遺體ナリ家國及人類ノ一員タリ一身
 ヲ遇スルコト安ソ爾ク暴慢ナルヘクンヤ故ニ自殺カ道德上ノ本分ニ背反スルコ
 トハ明白ナリ譬ヘハ猶ホ所有權ノ如シ所有者ハ其ノ所有物ヲ無益ニ毀滅スルコ
 トヲ得ヘシ是レ其ノ自由ナリ法律ノ禁セサル所ナリ然レトモ是レハ所謂天物ヲ
 暴殄スルモノニシテ道德上ノ本分ニ背反スルモノナリ故ニ所有者ト雖モ無益ニ
 其ノ所有物ヲ毀滅スヘカラス況ヤ生命ノ貴重ナルニ於テオヤ要スルニ法律上人

ハ自殺ヲ爲スノ權利ナシ又自殺ヲ爲スヘカラサルノ義務ナシ唯自殺ヲ爲スノ自
 由アルノミ然レトモ道德上ヨリ言ヘハ人ハ自殺ヲ爲スノ自由モアルコトナシ自
 殺ハ道德上ノ本分ニ反スルモノナリ
 他人ノ生命權ヲ侵害シタル者ハ獨リ刑事上ノ責任ヲ負フノミナラス又民事上ノ
 責任ヲモ負フモノナリ即チ他人ノ生命權ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ被害者ノ
 父母妻子カ受ケタル財産上ノ損害ヲ賠償スヘキハ勿論其ノ精神上ニ受ケタル苦
 痛ヲモ之ヲ金錢ニ評價シテ賠償セサルヘカラサルナリ但死亡者ハ權利ノ主體ナ
 ルコトヲ得ス故ニ生命權ノ侵害ニ原因スル損害要償權ハ被害者ノ父母妻子ニ屬
 スルモノニシテ被害者其ノ人ニ屬スルモノニハ非ス換言スレハ生命權ノ侵害ハ
 被害者ノ生命ニ就キテ利益ヲ有スル者ノ損害ヲ賠償スルモノニシテ被害者其ノ
 人ノ損害ヲ賠償スルモノニハ非サルナリ所有權侵害ノ場合ニ所有者カ直チニ其
 ノ損害ノ賠償ヲ要求スルモノト頗ル其ノ趣ヲ異ニスルナリ(民七〇九條、七一一條)
 次ニ生命權ヨリシテ正當防衛權、他人ノ救助ヲ受クルノ權、他人ノ物ヲ奪取シ若ク
 ハ他人ヲ殺害スルノ權等ヲ生ス生命權侵害ノ行爲カ急迫ニシテ我彼ヲ殺スニ非

サレハ彼必ス我ヲ殺サントスルカ如キ場合ニ於テハ自家ノ生命權ヲ保全センカ
爲メニ他人ヲ殺傷スルコトアルモ亦誠ニ已ムヲ得サル所ニシテ是レ即チ正當防
衛權ナリ各人ハ自家ノ勤勞ニ依リテ生活ヲ營マサルヘカラサルコト勿論ナリト
雖モ幼弱老衰ノ爲メ又ハ意外ノ事情ノ爲メ生活ノ必須物ヲ得ルコト能ハサル場
合ニ於テハ近親、戸主、市町村府縣郡又ハ國ニ於テ之ヲ救助セサルヘカラス是レ生
命權ヨリシテ他人ノ救助ヲ受クルノ權ヲ生スルモノナリ、或ル人カ天災又ハ意外
ノ變ニ因リテ其ノ生命ニ直接ノ危害ヲ受クタル場合ニ於テハ自家ノ生命權ヲ保
全スルニ必要ノ限度内ニ於テ他人ノ物ヲ奪取シ若クハ他人ヲ殺害スルモ刑法ハ
之ヲ罰セサルナリ例ヘハ戰爭洪水等ノ爲メ食物ヲ失ヒ一食ヲ得サレハ餓死セン
トスルトキ他人田野ノ產物ヲ擲リ食フカ如キ又ハ難破船ヨリ溺没シタル數人カ
一片ノ板子ヲ爭ヒ他人ヲ死ニ致スカ如キ是ナリ是レ生命權ヨリシテ他人ノ物ヲ
奪取シ若クハ他人ヲ殺害スルノ權ヲ生スルモノナリ但シ他人ノ救助ヲ受クルノ
權他人ノ物ヲ奪取スルノ權等ハ果シテ正當ニ之ヲ權利ト稱スルコトヲ得ヘキヤ
否ヤ疑ナキニ非スト雖モ姑ク此ニ列記シテ讀者考究ノ資ト爲スノミ

終リニ死刑ハ人ノ生命權ヲ剝奪スルノ刑罰ナリ、人ヲ殺ス者ハ死ス他人ノ生命權
ヲ侵害シタル者ハ自家ノ生命權ヲ犠牲トセサルヘカラス、死刑ハ生命權ヲ保護
センカ爲メニ生命權ヲ剝奪スルモノナリ刑罰ノ目的ヲシテ單ニ罪人ヲ懲治シ世
間ヲ脅懾スルニ止マラシメハ死刑ヲ用フルモ不可ナル所ナシ然レトモ刑罰ハ罪
人ヲシテ其ノ非行ヲ悔改シ罪障ヲ消滅セシムルヲ以テ要旨ト爲ストキハ死刑ハ
全ク此ノ主旨ニ反スルモノナリ是レ從來刑法家ノ間ニ死刑廢止論ノ囂々タル所
以ナリ

(乙) 身體權

身體權ハ身體ノ完具ヲ保全スルノ權利ナリ他人ノ身體權ヲ侵害シタル者ハ刑事
上及民事上ノ責ニ任スヘキモノトス他人ノ身體權ヲ侵害シタル者カ民事上ノ責
ニ任スルハ恰モ財產權侵害ノ場合ト同シク直接ニ被害者ニ對シテ其ノ損害ヲ賠
償スヘキモノトス故ニ被害者ハ加害者ニ對シテ損害要償權ヲ有スルモノニシテ
生命權侵害ノ場合ニ於テ被害者カ損害要償權ヲ有セスシテ被害者ノ父母妻子カ
之ヲ有スルモノトハ頗ル其ノ趣ヲ異ニスル所ナリ

刑法ニ於テ墮胎ノ罪健康ヲ害スル罪ヲ規定シ其ノ他國家カ衛生ニ關スル諸般ノ設備ヲ爲スモノハ生命權ヲ保護スルト同時ニ身體權ヲモ保護スルモノナリ健康ニ害アル工場住居ヲ禁止シ勞働時間ヲ制限スルカ如キモ亦此ノ主旨ニ出ツルモノナリ

權利ハ人ト人トノ間ニ存ス各人ハ自己ニ對シテ權利義務ヲ有スルコトナシ故ニ自己ノ身體ヲ毀傷スルハ各人ノ自由タリ然レトモ兵役忌避ノ目的ヲ以テ身體ヲ毀傷シタル者ハ刑法上ノ制裁ヲ免ル、コト能ハス是レハ兵役ノ義務ヲ逃レンカ爲メニ身體ヲ毀傷シ以テ國家ノ徵兵權ヲ侵害スルヲ以テナリ譬へハ猶ホ債務者カ債務ノ履行ヲ免レンカ爲メニ其ノ目的物ヲ毀滅シタル場合ニ債權者ニ對シテ損害賠償ノ責任ヲ生スルカ如キト一般ナリ故ニ自己ノ身體ヲ毀傷シタルカ爲メ刑罰ヲ受クルコトアリト雖モ此ヲ以テ直ニ各人ハ自己ニ對シテ義務ヲ負フモノナリト論斷スルコトヲ得サルナリ

昔時ハ刑罰ノ中、笞杖黥劓刑宮等ノ如キ罪人ノ身體ヲ毀傷スルモノアリタリト雖モ今日ハ大抵廢止セラレタリ、罪人ノ飲食ヲ減スル刑罰モ亦然リ

(丙) 名譽權

名譽ハ人類ノ尊貴ノ表章ナリ名譽ハ人カ依リテ以テ外ニ對シテハ其ノ面目ヲ保持シ内ニ對シテハ其ノ自重心ヲ満足セシムル所以ナリ名譽ハ生命財產ト同シク人ノ幸福ノ一部ヲ成スモノナリ故ニ國家ハ法律ニ依リテ之ヲ保護スルノ道ヲ設ク即チ他人ヲ誹毀侮辱シテ其ノ名譽ヲ毀損シタル者ハ刑法ニ依リテ罰セラル、ノ外民法ニ依リテ損害賠償ノ義務ヲ命セラルモノトス唯夫レ名譽ハ無形ノ實物ニシテ之ヲ金錢ニ見積ルコト極メテ困難ナルカ故ニ名譽毀損ノ賠償ハ必スシモ金錢ヲ以テセスシテ名譽ヲ回復スルニ適當ナル處分ヲ以テスルコトアリ例へハ新聞紙ニ謝罪文ヲ廣告セシムルカ如シ是レ一般ノ賠償方法ニ對シテ特異ノ例ヲ成ス所ナリ(民七二三條)

名譽ハ如何ナル人ト雖モ之ヲ有セサルハナシ然レトモ人ノ階級地位等ニ依リテ多少相異ナレリ即チ男子ノ名譽アリ女子ノ名譽アリ官吏軍人政治家等ノ名譽アリ一人一家一町村一國民ノ名譽アリ但此等ノ名譽ハ法律ニ依リテ保護セラル、モノト否ラサルモノトアリテ一様ナラス死者ト雖モ亦名譽ヲ有ス故ニ死者ヲ誹

毀侮辱シタルトキハ其ノ遺族ニ於テ之カ回復ヲ要求スルコトヲ得ヘシ然レトモ死者ハ權利ノ主体タルコトヲ得サルカ故ニ名譽權及損害要償權ヲ有スルコトナシ唯死者ノ名譽ヲ毀損シタルカ爲メ其ノ遺族ノ名譽權ヲ侵害スルノ結果ヲ生シ乃チ遺族ヨリ損害賠償ヲ要求スルモノナリ遺族カ死者ニ代ハリテ其ノ名譽權侵害ノ回復ヲ要求スルニハ非サルナリ恰モ生命權侵害ノ場合ニ於テ死者ノ遺族カ損害賠償ヲ求ムルト同一一般ナリ

各人ハ他人ニ對シテ自己ノ名譽ヲ承認スヘキ積極的行爲ヲ要求スルノ權利ヲ有スルカ將タ單ニ自己ノ名譽ヲ毀損セサル消極的行爲ヲ要求スルノ權利ヲ有スルニ止マルカ一般ノ場合ニ於テハ各人ハ唯他人ヲシテ自己ノ名譽ヲ毀損セザラシムルノ權利ヲ有スルニ過キス然レトモ或ル場合ニ於テハ他人ヲシテ積極的行爲ヲ爲サシムルコトアリ例ヘハ兵卒ハ士官ニ對シテ敬禮ヲ行ハサルヘカラサルカ如シ

(丁) 自由權

自由トハ各人カ他ノ制縛ヲ受クルコトナク自己ノ意思ニ從テ行動スルノ謂ナリ

而シテ自由權トハ法律カ此ノ無制縛ノ狀態ヲ保護シタルモノナリ蓋シ自由ニハ法律ノ保護スルモノアリ法律ノ干涉セサルモノアリ法律ノ禁止スルモノアリ法律ノ保護スル自由ハ正理ニ合シタル自由ナリ例ヘハ人身ノ自由言論ノ自由信教ノ自由等ノ如シ是レ即チ自由權ナリ法律ノ干涉セサル自由ハ必スヤ正理ニ合セスト雖モ法律ニ於テ特ニ之ヲ制縛スルノ必要ナシト認メタルモノナリ例ヘハ自殺ヲ爲シ眠食坐臥ヲ爲スノ自由ノ如シ是レハ單純ノ自由ニシテ自由權ニハ非サルナリ法律ノ禁止スル自由ハ正理ニ背反スルモノナリ例ヘハ人ヲ殺シ財ヲ奪ヒ姦淫ヲ契約スルカ如シ人ハ刑辟ニ觸レ縲綈ニ罹ルノ羞辱ヲ顧ミスンハ此ノ如キ行爲ト雖モ之ヲ爲サント欲スレハ固ヨリ自由ニ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ是レハ法律ノ禁スル所ナリ各人ハ事實上此ノ如キ行爲ヲ爲スノ自由アルモ法律上其ノ自由アラサルナリ之ニ依リテ見レハ所謂自由權ト云フモノハ正理ニ適シ公益ニ合シタルノ自由ニシテ法律ノ特ニ保護シタルモノナルコト知ルヘシ道德上ヨリ言フモ自由ハ各人カ自己ノ本心ニ從テ行動スルノ謂ニシテ私慾ニ從テ不法ノ行ヲ爲スハ決シテ自由ニ非ス乃チ自殺ヲ爲シ放蕩ニ耽リ人ヲ殺シ財ヲ