

inches 1 2 3 4 5 6 7 8
cm 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19

Kodak Color Control Patches

© Kodak, 2007 TM: Kodak

Blue	Cyan	Green	Yellow	Red	Magenta	White	3/Color	Black

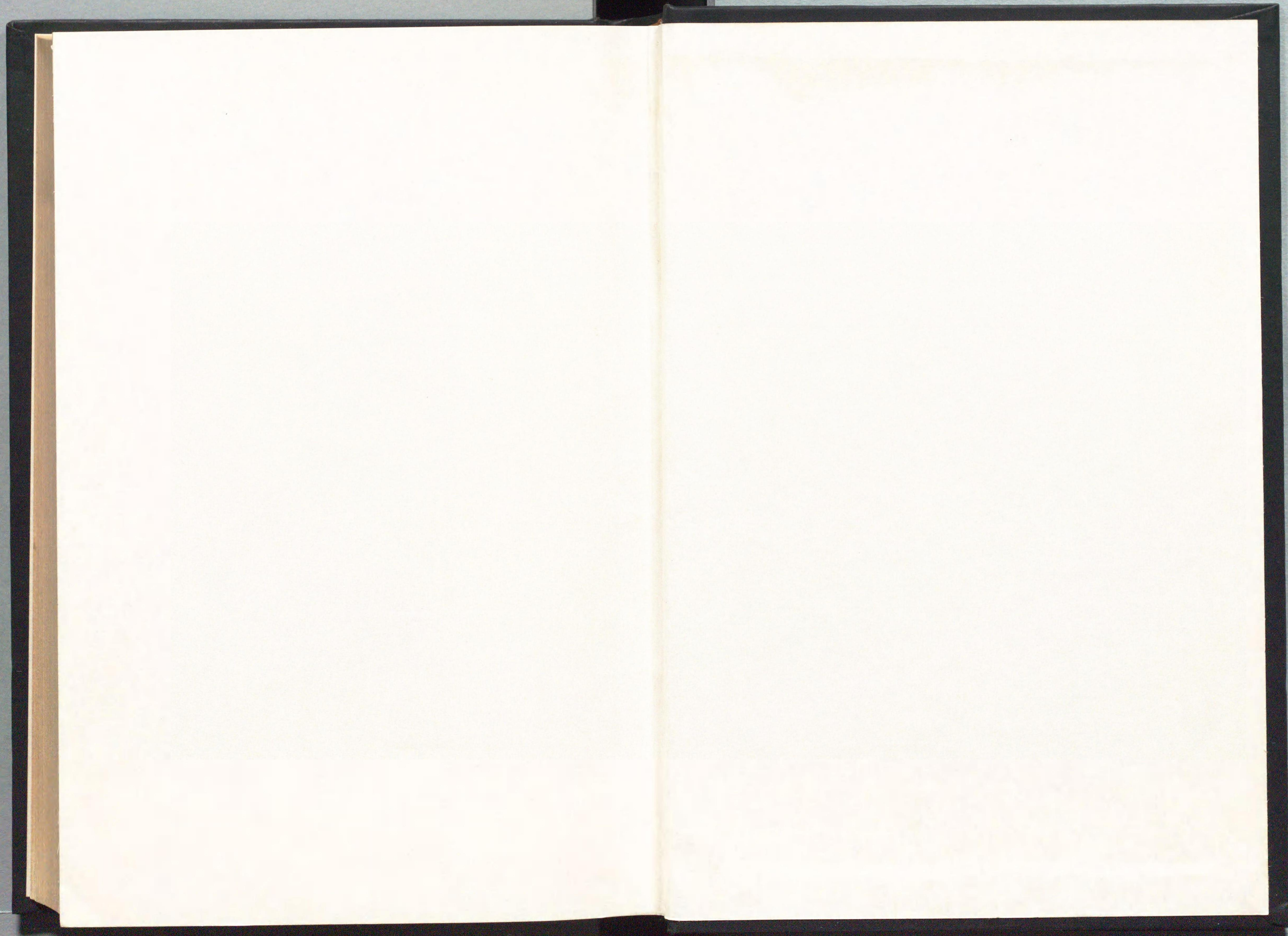
Kodak Gray Scale

© Kodak, 2007 TM: Kodak



A 1 2 3 4 5 6 M 8 9 10 11 12 13 14 15 B 17 18 19







京都帝國大學
法科大學教授

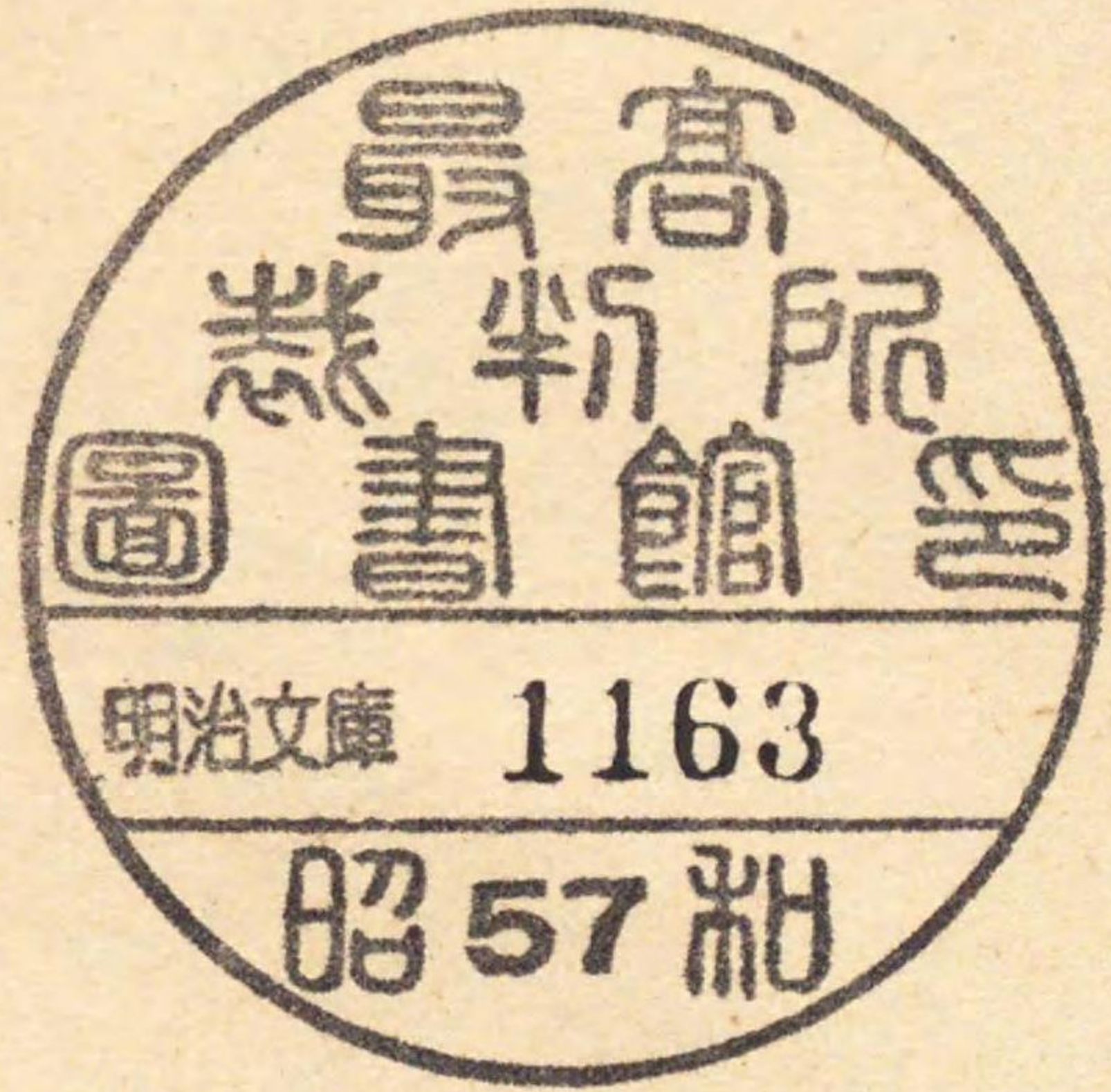
法學通論 全

法學博士 織田 萬著

明治三十八年
第六五号

東京

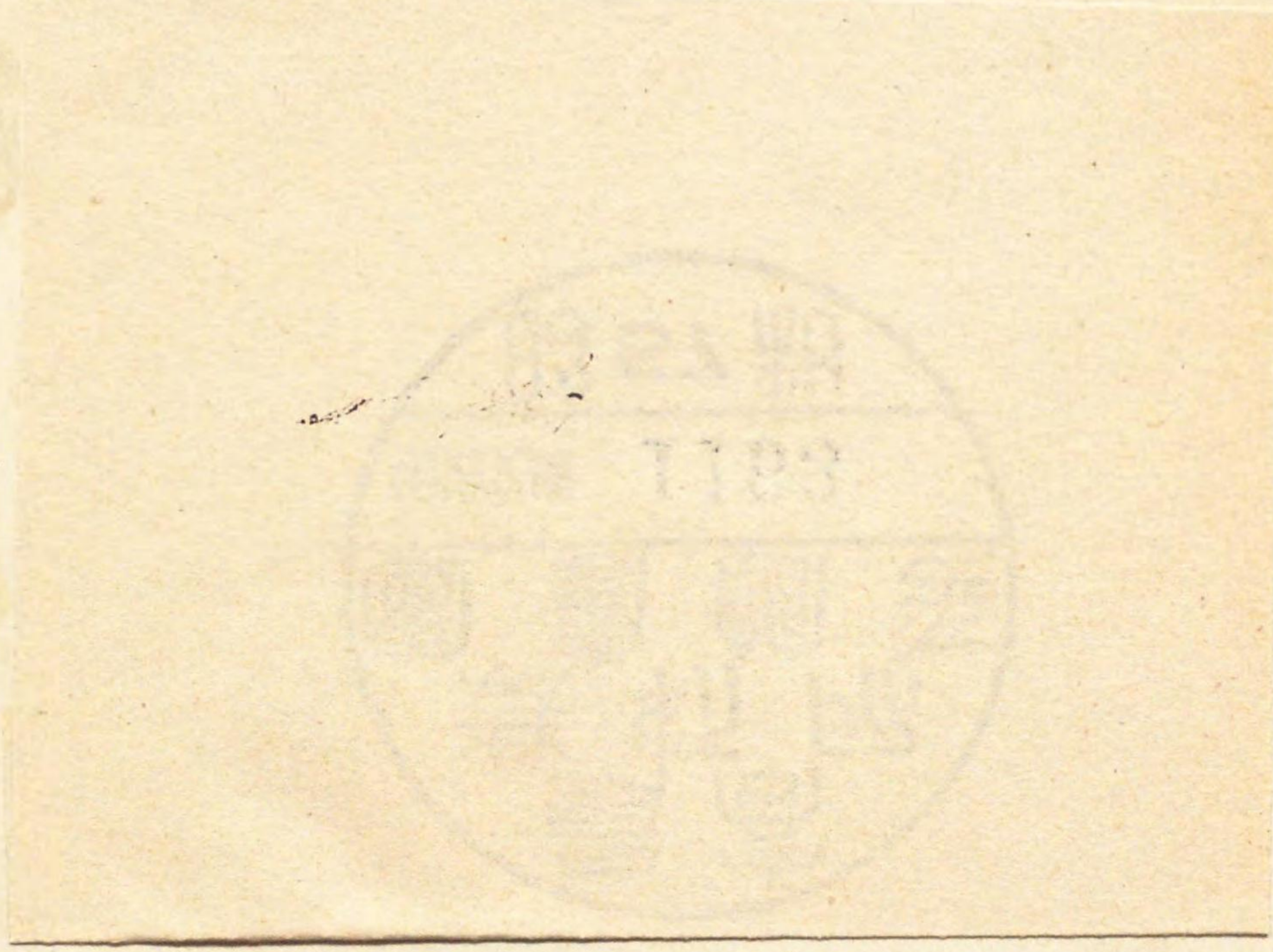
有斐閣
寶文館



自序

本書ノ刊行ハ初學ノ提撕ニ供シ兼ネテ法律思想普及ノ一助トスルノ微意ニ出ツ故ニ勉メテ高尚深遠ノ理論ヲ避ケ平易淺近ノ解説ヲ付セリ唯説キテ詳ナラス語リテ悉サ、ル處アルハ本書ノ如キ著作ノ性質トシテ免ルヘカラス且公務ノ餘業固ヨリ全備ヲ期セス讀者諸君子ノ叱政ヲ得ンコトヲ切望ス

著者ハ本書ニ於テ法律ノ意義ヲ國內法ニ限り國際法ニ説及ハス唯國際法ノ理論ニシテ國內法ノ規定ト相關スルモノハ間之ヲ示セルノミ蓋シ現今ノ時國際法ヲ法律ニ非ストスルハ常理ニ適セサルヘシト雖モ國際法ハ自ラ別途ノ



自序

本書ノ刊行ハ初學ノ提撕ニ供シ兼ネテ法律思想普及ノ一助トスルノ微意ニ出ツ故ニ勉メテ高尙深邃ノ理論ヲ避ケ平易淺近ノ解説ヲ付セリ唯説キテ詳ナラス語リテ悉サ、ル處アルハ本書ノ如キ著作ノ性質トシテ免ルヘカラス且公務ノ餘業固ヨリ全備ヲ期セス讀者諸君子ノ叱政ヲ得ンコトヲ切望ス

著者ハ本書ニ於テ法律ノ意義ヲ國內法ニ限り國際法ニ説及ハス唯國際法ノ理論ニシテ國內法ノ規定ト相關スルモノハ間之ヲ示セルノミ蓋シ現今ノ時國際法ヲ法律ニ非ストスルハ常理ニ適セサルヘシト雖モ國際法ハ自ラ別途ノ

研究ニ屬スルノミナラス初學ノ士ニ於テハ先ツ國內法全體ノ要領ヲ會得スルヲ可トス是レ本書ニ於テ國際法ヲ除外シタル所以ナリ

明治三十四年十二月京都ニ於テ

著者識ス

法學通論目次

緒言

第一卷 總論

第一編 法學

第一章 法學ノ性質

第二章 法學ノ分類

第三章 法學ノ各派

第四章 宇內法制ノ變遷

第二編 法律

第一章 法律ノ定義

第二章 法律ノ彙類

第三章 法律ノ淵源

法學通論 目次

一
七
七
七
一
一
一四
二〇
三〇
三〇
三一
四一
五二

第一節	直接淵源	五三
第二節	間接淵源	五九
第四章	法律ノ效力	六七
第一節	時ニ關スル法律ノ效力	六七
第二節	處ニ關スル法律ノ效力	七六
第三節	人ニ關スル法律ノ效力	八三
第五章	法律ノ變更及ヒ廢止	八七
第六章	法律ノ解釋	九一
第一節	法律解釋ノ必要	九一
第二節	法律解釋ノ種類	九三
第三節	法律解釋ノ規則	一〇〇
第七章	法律ノ制裁	一〇五
第三編	國家及ヒ政權	一一四
第一章	國家ノ意義	一一四

第二章	國家ノ起源	一二二
第三章	國家ノ形體	一三〇
第四章	國家ノ主權	一三五
第五章	主權ノ主體範圍及ヒ機關	一四一
第六章	自治制度	一四四
第四編	權利及ヒ義務	一四七
第一章	權利	一四七
第二章	義務	一六一
第三章	權利ノ主體	一六四
第一節	自然人	一六五
第二節	法人	一七二
第四章	權利ノ客體	一七九
第五章	權利ノ得喪	一八七
第一節	權利ノ發生及ヒ消滅	一八七

第二節 事實……………一九一

第三節 期間及七時效……………二〇七

第四節 證據……………二一三

第二卷 各論

第一編 憲法……………二一七

第一章 天皇……………二一八

第二章 臣民ノ權利義務……………二二〇

第三章 統治ノ機關……………二二三

第四章 統治權ノ形式……………二二八

第二編 行政法……………二三二

第一章 行政行爲……………二三四

第二章 行政組織……………二四〇

第一節 普通行政ト地方行政トノ區別……………二四〇

第二節 普通行政組織……………二四一

第三節 地方行政組織……………二五〇

第四節 特別行政組織……………二五三

第三章 行政裁判……………二五五

第一節 行政訴訟……………二五六

第二節 訴願……………二五八

第四章 權限爭議……………二六〇

第三編 刑法……………二六二

第一章 犯罪……………二六三

第二章 犯罪ノ責任……………二六八

第三章 犯罪ノ體樣……………二七五

第四章 刑罰……………二七九

第五章 刑罰ノ加重減輕……………二八五

第六章 刑罰ノ消滅……………二八九

第四編 民法……………二九二

第一部 物權法……………二九三

第一章 總說……………二九三

第二章 占有權……………二九七

第三章 所有權……………三〇二

第四章 借地權……………三〇八

第一節 地上權……………三〇九

第二節 永小作權……………三一

第五章 地役權……………三一三

第六章 擔保物權……………三一六

第一節 留置權……………三一七

第二節 先取特權……………三一八

第三節 質權……………三一九

第四節 抵當權……………三二一

第二部 債權法……………三二三

第一章 總說……………三二三

第二章 債權ノ原因……………三二五

第一節 契約……………三二六

第二節 事務管理……………三三一

第三節 不當利得……………三三三

第四節 不法行爲……………三三四

第三章 債權ノ效力……………三三六

第四章 債權ノ目的……………三四二

第五章 多數當事者ノ債權……………三四四

第六章 債權ノ讓渡及ヒ消滅……………三四八

第二部 親族法……………三五〇

第一章 總說……………三五〇

第二章 戶主及ヒ家族……………三五四

第三章 婚姻……………三五六

第四章 親子……………三六一

第五章 後見……………三六四

第六章 親族會……………三六七

第四部 相續法……………三六九

第一章 總說……………三六九

第二章 家督相續……………三七一

第三章 遺產相續……………三七七

第四章 遺言……………三八一

第五編 商法……………三八七

第一章 商人……………三八七

第二章 會社……………三九三

第一節 合名會社……………三九四

第二節 合資會社……………三九九

第三節 株式會社……………四〇一

第四節 株式合資會社……………四〇七

第三章 商行爲……………四〇九

第四章 手形……………四二二

第五章 海商……………四三二

第六編 訴訟法……………四四二

第一章 訴訟及ヒ訴權……………四四三

第二章 刑事訴訟法ト民事訴訟トノ關係……………四四八

第三章 裁判所……………四五一

第四章 訴訟手續……………四五五

第一節 第一審ノ刑事訴訟……………四五六

第二節 第二審ノ民事訴訟……………四六三

第三節 上訴及ヒ再審……………四六九

第五章 裁判ノ執行……………四七四

第六章 特別訴訟手續……………四七七

法學通論目次畢

法學通論

法學博士 織田 萬 著

緒言

第一、法學通論研究ノ目的
 法學通論ハ何ノ爲メニシテ學フカ法律ニ關スル一切ハ現象ヲ網羅シテ其原理
 ハ概念ヲ得ント欲スレハナリ。凡ソ一箇ノ學科ヲ把リテ之ヲ攷修セント欲セ
 ハ先ツ初メニ其學科ノ全體ヲ察シテ之ニ關スル原理ノ梗概ヲ知悉シ又其學科
 ノ各部分ノ性質ト其相互ノ關係トヲ明辨スルニ非サレハ各部分ノ細目ニ入り
 精査深覈シテ遺漏ナキニ至ルコト能ハス譬ヘハ堂奧ニ入ラントスル者ハ先ツ

法學通論 緒言

其門ニ就クカ如シ若シ俄ニ大厦宏室ニ入ラハ室房殿廊ノ配置ニ暗ク周章徘徊シテ遂ニ出ツル處ヲ失フニ至ラン。苟モ法學ヲ攷究セント欲スル者ニシテ初メニ法學通論ヲ修メス直ニ民法刑法又ハ行政法ト云フカ如キ一部分ノ智識ヲ得ントセハ管ニ其智識ノ常ニ局所ニ偏倚シテ完全ノ用ヲ爲スノ力ニ乏シキノミナラス或ハ其智識タモ十分ニ獲取スルコト能ハサルヘキナリ是レ法學ニ於テモ爾餘ノ學科ト同シク先ツ其大意ヲ講シ順ヲ追ヒテ各部分ノ仔細ナル研究ニ涉ル所以ナリ。羅馬ノ「イノスチチュート」法典ニ云ヘルアリ曰ク平易ヨリ深遠ニ入り既知ヨリ未知ニ進ムカ爲ニスル指導ノ順次ナリト法學通論攷究ノ目的モ亦蓋シ此ニ外ナラス。

第二 法學通論攷究ノ必要

法學通論攷究ノ目的實ニ前ニ述フルカ如シトセハ其攷究ノ必要ハ又多辯ヲ俟タサルナリ。是故ニ歐米諸國ノ學校ニ於テ法律政治ノ學科ヲ修ムル者ニハ其初メニ法學通論ノ課程ヲ履マシムルモノ殆ト皆然リ。且法律全體ノ概念ハ獨リ法律ヲ學フ者ニ必要ナルニ非ス苟モ一國ノ士民タル者ハ亦宜シク其國法ノ

第二、法學通論攷究ノ必要
法學通論ハ豫備教育トシテ必要ナルノミナラス普通教育

育ノ一部分トシテ必要ナリ

大體ニ通曉セサルヘカラス何トナレハ國民公私ノ生活ハ皆法律ニ統御セラレ生命、身體、榮譽、自由、財產悉ク法律ノ保護ニ賴リテ始メテ安固ナルコトヲ得ヘクレハナリ。羅馬ノ古賢ノ言ニ曰ク吾人ハ法律ニ生活シ法律ニ動作シ法律ニ存在スト一國ノ人民タル者カ其國法ノ範圍ヲ離ル、能ハサルコト天地間ノ萬物カ物理上ノ法則ヲ離ル、能ハサルト何ソ異ナル所アラシヤ。加之方今寰宇ノ大勢ハ立法ヲ以テ治國ノ最大要務トシ權利思想ノ厚薄ハ殆ト國民ノ強弱文野ヲ表スルニ足ルモノアリ。獨逸輓近ノ法學大家イェリシグ氏嘗テ「權利ノ鬭爭」ト題スル小冊子ヲ著ハシテ劈頭ニ平和ハ法律ノ目的ニシテ鬭爭ハ目的ニ達スルノ方法ナルコトヲ疾呼シ以テ大ニ權利思想ノ發揮セサルヘカラサル所以ヲ痛論セリ。顧フニ伸張スヘキノ權利ハ飽マテ之ヲ伸張シ履行スヘキノ義務ハ速ニ之ヲ履行シテ非違悖戾スル所ナクンハ人間處世ノ道ニ於テ或ハ大差失ナカラシカ。然ラハ法學ノ大體ニ通曉スルコトハ特ニ法律專家ノ爲メニ豫備トシテ必要ナルノミナラス國民普通教育ノ一部分トシテ必要ナルモノナリ。竊ニ怪ム我邦從來ノ普通教育ノ制度ニ於テハ專ラ理化算數ノ學ヲ授ク法律ノ

大要ニ至リテハ全然抛擲シ去リテ之ヲ教ヘサリシノミナラス却テ法律智識ノ傳播ヲ以テ國民教育ニ有害ナリトシタルヲ。法律ノ旨トスル所ハ暴ヲ禁シ惡ヲ遏ムルニ在リ難ヲ斷シ紛ヲ解クニ在リ正義ヲ天下ニ施シテ社會ノ平和ト秩序トヲ保ツニ在リ豈道德ヲ戕賊シ廢頽セシメシヤ。道德ハ訓戒シ法律ハ命令ス一ハ人ヲ愛スルノ本務ヲ示シ一ハ人ヲ害セサルノ節制ヲ明ニシ一ハ人生ノ性情ヲ標識シ一ハ國民ノ行爲ヲ規定ス二者各特立ノ目的ヲ有シテ其一ヲ缺クヘカラス。若シ夫レ今世ノ所謂法律家ノ德行如何ハ姑ク之ヲ舍カン假令ヒ之ヲシテ或ハ濫訴健訟ノ弊風ヲ釀シ悖德汚行ノ言フニ堪ヘサルモノアラシムルモ是レ其人ノ罪ノミ法律ノ罪ニハ非サルナリ法律ノ智識ヲ獲得セシカ爲メニ然ルニ非スシテ寧ロ道德ノ教ノ未タ普チカラサルカ爲メニ然ルノミ。

第三 法學通論攷究ノ綱目

第三、法學通論攷究ノ綱目

法學通論ヲ攷究スルノ方法ハ舊來ノ學者各其執ル所ヲ殊ニシ未タ一定セルモノアルヲ見ス。今余輩ハ此ニ一人ノ著作若クハ講義ヲ把リテ之ヲ模型トスルコトヲ爲サス其最モ完備セリト思惟スルモノニ就キテ取捨選擇シ以テ務メテ

總論及ヒ各論

法律ノ全體ニ通スル智識ヲ領得スヘキノ道ヲ啓カントス。故ニ余輩ハ先ツ本論ヲ分チテ二卷トシ第一卷ヲ總論トシテ此ニ法學及ヒ法律ノ全體ニ通スル原理ヲ説キ第二卷ヲ各論トシテ此ニ我邦ハ現行法規ニ依リテ法律各部ノ性質ヲ略述セント欲スルナリ。

第一卷 總論

第一編 法學

第一章 法學ノ性質

法學ノ何タルコトヲ釋定シタル者古來其人ニ乏シカラス然レトモ大抵各自其當代ノ思想ヲ以テ論シタルニ非サレハ多クハ其一流派ノ主義ニ由リテ論シタルニ過キス其共ニ名家ノ攷究ニ成レルモノナルカ故ニ今日ニ於テ敢テ妄ニ其ノ論說ヲ是非スヘカラスト雖モ其ノ善ク一般ニ通シテ簡明平易ナルモノハ罕ナリ。

法學ノ何タルコトヲ知ラント欲セハ先ツ學問ノ何タルコトヲ知ラサルヘカラス。スベンセル氏曰ク學問トハ諸種ノ事物ニ就キテ普通ノ現象ヲ知得スルヲ謂フト蓋シ事物普通ノ現象アルハ其原理ノ由リテ存スル所以ニシテ其原理ノ知識ハ學問ニ依ラサレハ之ヲ獲得スヘカラス覆轉ノ間森羅萬象何ソ限ラム其

學問ノ本意

複雑變幻ナルコト殆ト窮極ナシ豈能ク一々之ヲ知悉シ記憶スルコトヲ得ンヤ
必スヤ各種ノ事物ヲ綜合シテ之ニ貫通スル所ノ原理ヲ顯闡スルコトヲ要ス是
ニ於テカ學問ノ必要生ス。今夫レ庸愚ノ人モ尙ホ雨ノ降り光ノ耀クヲ見水ノ
冷カニ火ノ熱キヲ知ラサルナシ是レ固ヨリ事物ノ知識タルコトハ言ヲ俟タス
ト雖モ唯箇々孤立ノ智識タルニ過キス學問上ノ智識ハ之ニ異ナリ各種ノ事物
ヲ綜合シテ之ヲ彙別類集シタル所ノ智識ナリ。故ニ曰ク學問ハ事物ノ原理ヲ
顯闡スルヲ以テ目的トスト。

法學ノ本義

學問ノ本義此ノ如シトセハ法學ノ性質モ亦自ラ瞭然タラム。蓋シ法律上ノ諸
現象モ亦複雑錯綜シテ一定セス希臘ノドドラコン法典ト今日ノ法典トハ寬嚴ノ
差日ヲ同クシテ論スヘカラス聖德太子ノ十七條憲法ト今日ノ國法トハ疎密ノ
別豈啻ニ霄壤ノミナラムヤ且其時同シト雖モ其地異ナレハ法律隨ヒテ變ス山
川氣候風俗人情皆法律ニ及ホスニ著大ノ影響ヲ以テセサルハナシバスカル氏
曰ク正不正ハ地換ハレハ忽チ變ス緯度三度ノ遠近ハ全ク法律ヲ轉倒スト又以
テ法律上ノ諸現象ノ單一ナラサルヲ推知スヘキナリ。社會尙ホ幼稚ニシテ法

法學ト法術トノ關係

律モ亦從ヒテ簡單ナリシニ當リテハ或ハ一國若クハ數國ノ法律ヲ把リテ悉ク
之ヲ記憶スルモ難カラザリシナラン然レトモ社會ノ益、進步シテ法律ノ益、複
雜ナルニ及ヒテハ一々其法律ノ條規ヲ記憶セント欲スルモ到底人智ノ及フ所
ニ非ス心ス法律上各種ノ現象ヲ綜合シテ之ニ貫通スル所ノ原理ヲ知ラサルヘ
カラス是レ法學ノ必要由リテ生スル所以ナリ。故ニ法學ノ本義ヲ約言セハ法
律ハ原理ヲ攷究スル學問ナリト云フヲ以テ足ル。若シ夫レ一法令一規則ノ格
段ナル條規ヲ知ルモ亦齊シク法律ノ智識タルヘシト雖モ是レ唯一箇單獨ノ智
識ニシテ法學上ノ智識ニハ非サルナリ。

法學ノ本義カ法律ノ原理ヲ攷究スルニ在ルコトハ前章ニ論述セルカ如シ而シ
テ此原理ヲ應用シテ凡百ノ事業ニ施爲スルモノヲ法術トス。蓋シ事物ノ原理
明ナラスンハ之ヲ實地ニ應用シテ誤ナカラント欲スルモ難シ唯其原理ニ於テ
通曉セサルナキヲ以テ其實地應用ノ效果モ亦絶大ナルモノアルコトヲ得電氣
ノ本質ト作用トヲ知悉シテ一條ノ鐵線千里ノ消息ヲ傳フルノ術アルニ非スヤ
熱學ノ原則ヲ探究シテ百尺ノ火輪萬里ノ怒濤ヲ凌クノ技アルニ非スヤ。故ニ

學問ハ本ニシテ技術ハ末ナリ。此二者本末ノ關係ヲ成シ互ニ相扶持スルコトハ法律ニ於テモ亦同シ法學ニ由リテ法律ノ本體ヲ審ニシ法術ニ由リテ法律ノ適用ヲ爲ス訴訟ノ判決又ハ辯護ノ如キ法令ノ起草又ハ編纂ノ如キ皆法術ノ一部分ニシテ先ツ法律ノ原理ニ通セスハ此等ノ事業ヲ完成セント欲スルモ難カルヘシ。然レトモ事物ノ實際ニ考フルニ法術先ニ起リテ法學之ニ次ケルコト、他ノ諸學問ノ發達セル状態ト異ナル所ナシ。蓋シ國家アレハ必ス法律ナキヲ得ス故ニ古代國家ノ組織甚簡單ナリシ時ニ當リテモ法制ノ術ハ尙ホ既ニ備ハレリ苟モ法制ノ術アラハ又必ス之ヲ解釋適用スルノ術ナカルヘカラス是ニ於テ法律家ナル者出テタリ然レトモ當時ノ所謂法律家ハ或ハ先例典故ニ通曉シ或ハ其時代ノ成法ヲ解釋スルニ止マリシノミ乃チ此時代ニハ法術アリテ法學ナカリシコト宛モ算數ノ術アリテ數學ナク養生ノ法アリテ醫學ナカリシト一般ナリ。印度ノマヌー法典希臘ノドラコン及ヒミノスノ法典ノ如キリキエ

世ニ既ニ士ノ職ヲ設ケテ五刑ヲ定メ周ニ及ヒテハ司刑大司冠掌戮等ノ官職秩然トシテ備ハリ春秋戰國ニ至リテハ刑名法術ノ徒李悝韓非商鞅申不害ノ如キモノ輩出シ又我邦ニ於テモ上古既ニ一定ノ法刑アリ中古ニ及ヒテ大寶律以下幾多ノ律令制定セラレ明法博士大判事等法律ニ通達シタル者相踵キテ起リシコトハ史乘ニ徵シテ疑ナシ。而シテ此等ノ時代ニハ何レノ國ニ在リテモ唯法律ノ技術アリテ法律ノ學問存セシコトヲ聞カス以テ法學ニ先チテ法術ノ起リシコトヲ見ルヘシ。故ニ發達ノ順次ヨリ云フトキハ法學ハ寧ロ法術ノ進歩セルモノナリト謂フコトヲ得。

第二章 法學ノ分類

法學ニ於テ探討スル所ノ法律上ノ現象カ極メテ複雜セルコト既ニ前ニ述ヘタルカ如シ故ニ其現象ノ種類及ヒ範圍ニ隨ヒテ法學ノ中ニモ亦幾多ノ支分ヲ生セサルヲ得ス今此ニ其主要ナルモノヲ舉ケン。

第一 法律哲學及ヒ成法學

第一、法律哲學及ヒ成法學

法學通論 第一卷 第一編 第二章 法學ノ分類

法律哲學
ノ性質及
ヒ必要

成法學ノ
性質及
ヒ必要

法學ハ其研究目的ノ程度ニ因リテ法律哲學及ヒ成法學ノ二種ニ區別セラレ。
(一)法律哲學トハ廣ク各種ノ法律現象ニ通シテ其最高原理ヲ研究スル學問ヲ
謂フ。故ニ此種ノ法學ニ於テハ時ノ古今ヲ論セス地ノ東西ヲ問ハス普ク法律
ノ發達變遷スル所以ヲ察シ其原因結果ノ理法ヲ審ニシ以テ法律上一切ノ觀念
ヲ確定スルコトヲ目的トセサルヘカラス。其目的ノ高遠ナルコト此ノ如クナ
ルヲ以テ實地ノ應用トハ頗ル懸隔スル所ナキ能ハス從ヒテ學者ノ言說スル所
或ハ往々空理妄想ニ亘ルモノナキヲ保セス然レトモ法律上ノ最高原理ハ一國
一時代ノ法律現象ニ局促スル者ノ到底探明スルコトヲ得サル所ナレハ別ニ法
律哲學アリテ其探明ニ任セサルヘカラス其一派ノ學說カ缺漏ヲ免レサルノ故
ヲ以テ未タ其研究ノ目的ヲモ排斥スルコトヲ得サルナリ。
(二)成法學トハ或ル國或ル時代ノ法律現象ニ就キテ其理論ヲ研究スル學問ヲ
謂フ。故ニ此種ノ法學ハ法律ノ頗ル進歩シタル時期ニ非サレハ成立セス蓋シ
法律カ宗教若シハ道德ノ常經ト相混同セシ時代ニ於テハ獨立セル成法未タ存
在セサルカ故ニ法律哲學ノ成立ハアリタレトモ成法學ハ到底成立スルコトヲ

得サリシナリ。希臘ノ古ニ在リテプラトニアリストト等ノ諸哲人カ法律ノ
原理ヲ言說セシコト少カラサリシニ拘ハラス成法學ハ羅馬ノ法律家ニ依リテ
創始セラレタルヲ見テ知ルヘシ。而シテ成法學ハ其研究ノ目的法律哲學ノ高
遠ナルニハ若カサレトモ其實地ノ應用ニ資スルコト多シ從ヒテ一國一時代ニ
處シテ法學家ト爲リ法術家ト爲ラント欲スル者ハ必ス其研究ニ從事セサルヘ
カラス。

第二 一〇一般法學及ヒ特別法學

法學ハ其研究範圍ノ廣狹ニ因リテ一般法學及特別法學ノ二種ニ區別セラレ。

(一)一般法學トハ法律全體ニ亘リテ廣ク其觀念ヲ理會スルノ學問ナリ。故ニ
此種ノ法學ニ於テハ法律現象ノ種類ニ拘ハラスシテ或ハ同一ノ現象ヲ綜合シ
或ハ類似ノ現象ヲ比照シ以テ概括的ノ學識ヲ獲得スルヲ主トス從ヒテ苟モ法
學ニ從事セント欲スル者ハ必ス一タヒ一般法學ノ階梯ヲ經サルヘカラス若シ
然ラスシテ直ニ特別法學ヲ攷究セハ到底成效シ難カラシ。

(二)特別法學トハ法律現象ハ或ル特別ナル種類ニ就キテ其觀念ヲ理會スルノ

第二、一
般法學及
ヒ特別法
學
一、一般法學
ノ性質及
ヒ必要

特別法學
ノ性質及
ヒ必要

學問ナリ。刑法ニ關スル現象ヲ網羅シテ其理論ヲ知ルハ之ヲ刑法學ト謂ヒ民法ニ關スル現象ヲ綜合シテ其理論ヲ知ルハ之ヲ民法學ト謂フ憲法學、行政法學、商法學、訴訟法學皆特別法學ナラサルハナシ。此種ノ法學ニ於テハ其研究ノ範圍限定セラル、ヲ以テ其研究ノ結果ハ一般法學ニ比スレハ自ラ精微詳密ナルコトヲ得ヘシ然レトモ之カ爲メニ一般法學ヲ拋棄スヘカラサルコトハ言テ俟タス唯法律現象ノ複雑ナルカ爲メニ一般研究ノ方法ヲ以テ容易ニ其蘊奧ヲ窮ムルコト能ハス故ニ學者ハ大抵一般法學ヲ修メテ後ニ特別法學ニ從事スルコトヲ努ム。

第三章 法學ノ各派

法學ノ各派

法學ノ目的ハ法律ニ關スル原理ヲ研究スルニ在リ故ニ其目的ハ唯一ニシテ分ツヘカラスト雖モ之ニ達スル方法即チ法學研究ノ方法ハ學者ニ從ヒテ揆チ一ニセス是レ法學ノ各派由リテ生スル所以ナリ。此ニ其主要ナルモノヲ大別シテ歸納的研究法ニ依ル學派ト演繹的研究法ニ依ル學派トノ二種トス。

第一 歸納的研究法ニ依ル學派

第一、歸納的研究法ニ依ル學派

歸納的研究法トハ事實ヨリ綜合シ得タル智識ヲ本トシテ學理ヲ研究スルモノナリ此研究法ニ依ル學派ハ又之ヲ左ノ四種ニ細別ス。

(一)註釋法學派

註釋法學派トハ法律ノ文意、字義ヲ解釋スルヲ以テ旨趣トスル學派ニシテ伊國ノイルテリユス氏ヲ以テ其始祖トス。氏ハ第十二世紀ノ頃

ボロナ大學ニ於テ初メテ羅馬法典ノ講筵ヲ開キシカ當時歐洲諸國ノ學生ハ爭ヒテ筵ヲ伊國ニ負ヒ以テ其講說ヲ聽クリ世氏ノ一派ヲ稱シテ註釋派ト云フ。

後ゴドフレヂユス氏モ亦盛ニ羅馬法典ノ註釋ヲ爲セリ世氏ノ一派ヲ稱シテ後註釋派ト云フ。今日ニ於テハ註釋家ハ敢テ一派ヲ爲スニハ至ラザレトモ法律ノ

文字ヲ註釋シテ其意義ヲ研究スルハ法學上固ヨリ必要ナラストセス唯未タ以テ獨立ノ研究法トスルニ足ラサルノミ。

(二)分析法學派

分析法學派トハ法律上ノ觀念ヲ解剖分析シテ其本質ヲ明ニスルヲ主義トスル學派ニシテ英國ノオースチン氏其首唱者タリ。此研究法ハ恰モ化學家カ一箇ノ物質ヲ分析シ以テ其成分ヲ知ルト趣ヲ同クスルモノニシ

テ例ヘハ所有權ニハ占有、使用、收益、處分ノ四元素包含セラルト説キ契約ハ合意ト義務トヲ以テ成立シ合意ハ申込ト承諾トヲ以テ成立スト説クカ如キハ皆此研究法ニ由ルノ結果タリ。英國ノ法學家ハ今ニ至リテ尙ホオースチン氏ヲ祖述スル者尠カラス。

(三)沿革法學派

(三)沿革法學派 沿革法學派トハ法律ハ現象ヲ歴史上ノ事實ニ徴シテ其原理ヲ顯闡スルヲ旨趣トスル學派ナリ。此研究方法ヲ採用シテ最モ盛名アリシハ獨國ノサヴ非ニイ氏トス氏ハ羅馬法ノ沿革ヲ研究シテ法律カ發達物ニシテ製作物ニ非サル所以ヲ唱ヘ以テ大ニチボイ氏ノ獨國法典編纂論ヲ批難セリ。今英獨諸國ノ法學家ニシテ此學派ニ屬スル者甚多シ。

(四)比較法學派

(四)比較法學派 比較法學派トハ各種ノ法律ヲ對比計較シテ其性質ノ異同ヲ辨シ以テ法律ハ原理ヲ探究スルヲ目的トスル學派ヲ謂フ。古ヨリ此方法ヲ以テ法律ヲ攷究セシ者ナキニ非サリシカトモ佛國ノモンテスキュウ氏法律ノ精神ト云ヘル書ヲ著ハシテ比較研究ノ法ヲ採リシニ因リ通常推シテ此學派ノ始祖トスルカ如シ。今佛國ノ學者ハ大ニ此研究方法ヲ採用シ又延ヒテ各國ニ及

フノ傾向アリ。

第二、演繹的研究ニ依ル學派

第二 演繹的研究法ニ依ル學派 演繹的研究法トハ事實ノ經驗ニ由ラス獨斷ノ理論ヲ根據トシテ之ヲ布衍スルモノナリ此研究法ニ依ル學派モ亦之ヲ左ノ二種ニ細別ス。

(一)自然法學派

(一)自然法學派 自然法ナル語ハ希臘ストイック派ノ哲學ニ出テ羅馬ノ法律家カ此説ヲ尊崇シテ法律ヲ説クニ及ヒテ益廣ク世ニ行ハレ以テ今日ニ至レルモノナリ然レトモ其意義ハ學者ノ説ク所ニ依リテ多少ノ差異アリ今其主要ナル學説ヲ指擧セシ。

(イ) 自然法トハ人類自然ノ状態ニ生息スルニ當リテ行ハル、法則ナリ。此説ハルソー氏一派ノ社會契約主義ヲ奉スル學者ノ唱説セシ所ニ係ル所謂自然ノ状態トハ人類ノ未タ社會ヲ組織セサリシ時代ノ状態ニシテ固ヨリ想像ヲ以テ言フモノナリ。

(ロ) 自然法トハ自然カ一切ノ動物ニ賦與セル法則ナリ。此説ハ羅馬ノ法律家ユルピヤン氏ノ首唱セシ所ニシテ後世モンテスキュウ氏ノ自然法ヲ説明セ

シモ亦幾ト此意義ト大差ナキカ如シ然レトモモンテスキュウ氏ノ攷究方法ハ前ニ掲ケタルカ如ク一般ノ自然法學派トハ全ク其趣ヲ異ニスルヲ以テ之ヲ自然法學派トシテ演繹法ニ依ル學派中ニ混入スヘカラス。

(ハ) 自然法トハ上帝ノ指示セル完全ナル法則ニシテ人間ノ理想ヲ以テ之ヲ發見シ得ヘキモノナリ。此說ハ主トシテ神學派法學家ノ唱ヘタル所ナリ。

(ニ) 自然法トハ人ノ稟性ニ基ツケル法則ナリ。獨人クラウゼ氏此說ヲ首唱シアールレンス氏ニ至リテ大成シ盛ニ世ニ行ハレタリ。此學說ノ基ク所ハ實ニ「ストイック」派ノ哲學ニ存ス該派ノ哲學ノ旨意ハ人ノ其稟性ニ從フヲ以テ道ノ大本トスト云フニ在リシナリ故ニ此派ノ學說ハ自然法主義ノ眞諦ヲ傳ヘタルモノト謂ヘシ而シテ世ニ或ハ自然法ナル文字ニ代フルニ性法ナル文字ヲ以テスル所以モ亦職ラ此學說ヲ根據トスルニ由ル。

(二) 哲學法學派 哲學法學派トハ哲學上ノ原則ニ由リテ法律ハ最高原理ヲ闡明スルヲ旨トスル學派ニシテ其淵源スル所極メテ尙シプラトニアリストトノ諸氏カ法律ヲ論シタルカ如キ又シセロン氏カ法律ヲ論シタルカ如キハ皆人

(二) 哲理
法學派

法學研究
ニ最モ適
當ナル方
法如何

ノ理性ヲ本トシ之ニ由リテ法律ヲ觀察セシモノナリ。近世ニ於テ此學派ノ泰斗ト仰カル者ハ獨國ノ碩學カント氏其人ナリ。

法律ニ關スル學派ハ極テ多クシテ一々之ヲ點檢スルコト能ハス唯其大體ニ付キテ彙類スルトキハ以上二大種類ノ學派ニ歸スヘシ而シテ其孰レカ最モ學理ノ眞髓ヲ得ルニ庶幾キヤヲ論定スルハ實ニ從來ノ一大問題ナリ。蓋シ人事ノ複雜ナル物理上ノ諸現象カ一定ノ法則アリテ秩然タルカ如クナラス隨ヒテ其複雜ナル現象ヲ綜合シテ之ニ貫通スル原理ヲ發見スルコトハ甚容易ナラス。

輓近實驗ノ學大ニ起リ生物學ノ發達ト俱ニ社會的學科ニ一大變動ヲ來タシ其一部分タル法學モ亦爲メニ其面目ヲ改メ空理ヲ捨テ、實驗ニ由ルノ趨勢愈著シキカ如シト雖モ兩大派ノ對峙ハ今日ニ於テ毫モ其銳ヲ減スル所ナシ一ハ演繹ノ方法ヲ主トシテ事實ヲ理論ノ下ニ收メントシ一ハ歸納方法ヲ主トシテ理論ヲ事實ニ搜ラントス願フニ此ノ如キハ實ニ一切ノ社會的學問上古今ニ亘レル二大表觀ニシテ固ヨリ互ニ得喪アルヲ免レス學問研究ノ方法ハ必シモ一主義ヲ把リテ之ヲ墨守スルヲ要セス宜シク彼此相採擇シテ其最モ中正ナルモノ

ニ就クヘキニ似タリ。故ニ法學研究ノ方法ハ先ツ歸納的研究方法ニ依リテ原
理ヲ採リ又更ニ演繹的研究法ニ依リテ之ヲ布衍スルヲ可トス若シ其一方ニ偏
セハ議論獨斷ニ流レスンハ必スヤ迂遠ニ失セン是レ豈學理ノ真髓ヲ得ルノ道
ナランヤ。

第四章 宇内法制ノ變遷

法律ニモ
亦優勝劣
敗ノ活劇
アリ

氣候、山川、風土其他一切外圍ノ現象ハ人類ヲ驅リテ幾多ノ民族ニ分別セシメ其
民族ハ甲起リ乙仆レ上下四千有餘年間ニ優勝劣敗ノ跡ヲ歴史上ニ留メタルト
同シク其民族ニ適應シタル法律モ亦各自特性ヲ有シ相互ニ生存ノ競争ヲ爲シ
以テ今日ニ至レリ。之ヲ一國ノ歴史ニ考フルモ古ハ各地特有ノ法律アリテ存
セシモノ今ハ國家ノ統一ニ從ヒテ漸次ニ相致一スルニ至リシナリゾアルテール
氏カ行旅ハ驛馬ヲ換フル毎ニ法律ヲ換ヘサルヲ得スト評セシハ實ニ彼佛國法
典編纂以前ノ狀況ナリシニ非スヤ然ラハ一國內ノ法律モ亦優勝劣敗ノ活劇ヲ
免ル、コト能ハサルヲ見ル。現今列國ノ交通ハ益々繁ク舊時ノ一國內ノ來往ヨ

列國ノ法
律ハ自然
ニ歸一ス
ルノ趨向
アリ

リモ尙一層ノ便ヲ加ヘタレハ列國相互ノ文物制度カ有無相交易セラル、コト
固ヨリ勢ノ免レサル所ナリ而シテ其交通國彼我ノ間文化ノ程度ニ高低アルト
キハ文化高等ノ國ノ文物制度ハ大抵文化低度ノ國ニ轉入セラル、ヲ以テ法律
ノ競争モ亦特ニ著シ是ニ於テカ近世各國ノ法律ハ自然ニ其揆ヲ一ニスルノ趨
向アリ釋教ノ萬法歸一ナル語ハ之ヲ法律上ノ現象ニ轉用スルモ亦蓋シ大過ナ
カルヘシ。今ヤ我邦ノ如キ未タ固有ノ法律ヲ組成スルニ及ハスシテ專ラ諸國
ノ法律ヲ取舍折衷セントスルコトヲ務ムルモノニ於テハ此現象ニ留意スルコ
ト一層切ナラストセンヤ。此ニ古今各國ノ法律ヲ把持シテ一々之ヲ考察スル
ハ固ヨリ容易ナラスト雖モ唯其大體ニ就キテ法律ノ種族ヲ區別シ以テ其盛衰
存亡ノ跡ヲ示サント欲ス思フニ是レ法學通論攷ノ一端トシテ決シテ無益ノ
業ニ非サルヘシ。

第一、印
度族法律

第一 印度族法律

印度ノ法律ハ世界最古ノ法律ニシテ今日ニ於テハ固ヨリ唯古代法トシテ研究
セラル、ニ過キス。此種族ノ法律中最モ著名ナルヲマヌーノ法典トス之ヲ史

乘ニ觀ルニマスーハ天神ノ權現セル者ニシテ其神授ノ法典ハ法典ト云ハソヨ
リハ寧ロ教典ト云フヲ可トス波羅門教ノ旨義ヲ示セルモノハ即チ是レナリ故
ニ其載スル所多クハ宗教上ノ規則ニ屬スレトモインヅース民族ノ古法モ亦之
ニ由リテ見ルコトヲ得。

第二、猶
大族法律

第二 猶太族法律

猶太族法律ハモイスノ經典ニ出ツモイスハイスラエル人(猶太人ノ別名)ノ子ニ
シテ埃及ニ生マレ神託ヲ受ケテ同胞ヲ埃及王ノ殘虐ヨリ救ヒシナイ山上ヨリ
經典ヲ其人民ニ與ヘタリ經典ハ法經(タルミユ)及ヒ教典(エヴァンヅル)ノ二部
ヨリ成ル而シテ其教義ハ埃及ノ宗教ト相關セスシテ寧ロ全然相反スレトモ其
法經ハ或ハ埃及ノ習俗ニ淵源セシモノアラソ。若シ此想像ニシテ誤ラスンハ
廣ク埃及法律ナル名稱ヲ設ケ猶太族法律ヲ其一部分トスルモ可ナリ。

第三、回
々族法律

第三 回々族法律

回々族法律ハマホメツトノ「コラン」ニ出ツ「コラン」トハ阿刺比亞語經典ノ義ニシ
テ全典百十四章ヨリ成ルマホメツトカ神使ヨリ授ケラレタルモノナリ土耳其、

第四、支
那族法律

第四 支那族法律

彼斯、阿刺比亞等ノ諸國ハ皆此種族ノ法律ヲ有ス。

我邦ハ古
來支那族
法律ヲ有
シ近年ニ
至リテ其
系統ヲ異
ニセリ

支那族法律ノ初メハ必スシモ論證セス唐虞三代ノ時ニ於テ制度ノ完備シタリ
シコトハ古典ニ徴シテ知ルヘシ其法典ニ編纂セラレタルハ春秋戰國ノ世ニ魏
ノ李悝カ法經六篇ヲ造リタルニ始マル商鞅之ヲ傳ヘ法ヲ改メテ律トシ其後蕭
何法經ニ倣ヒテ律九篇ヲ作りタリ魏律十八篇晋律二十篇之ニ次キテ成リ隨唐
明清ノ律皆其歷代ノ交迭ニ從ヒテ成レリ。我邦ニ於テモ初メテ法律ノ制定セ
ラレタルハ皆支那ノ法律ニ倣ヒタルモノナリ推古天皇十二年聖德太子憲法十
七箇條ヲ作ル之ヲ國家制法ノ權輿トス天智天皇元年近江令二十二卷ヲ制定シ
文武天皇四年刑部親王藤原不比等等ニ勅シテ律ヲ撰定セシメ翌大寶元年ニ至
リテ成レリ後世殘律トシテ傳フルモノハ元正天皇養老二年ニ不比等カ律令各
十卷ヲ撰ヒタルモノナリ又明法博士阪上明兼ノ撰定セル法曹至要抄アリ我古
代法ハ此等ニ就キテ見ルヘシ。中古ニ貞永式目建武式目アリ近古ニ及ヒ公家
法度武家法度諸士法度御定百箇條アリ明治維新ノ後新律綱領改定律例アリ是

等ハ皆支那族法律ナリ。十五年刑法々典ノ公布セラレタル以後ハ我邦ノ法律ハ全ク其系統ヲ異ニシ左ニ舉クル所ノ二種族ニ屬スルニ至レリ。

第五 希臘羅旬族法律

第五、希臘羅旬族法律希臘ノ古法

希臘法律ノ由來ハ姑ク之ヲ措キテ論セス唯其自ラ一種ノ特性ヲ有セシコトハ明ナルカ如シ。其最モ舊キモノハ詩匠オメルノ集中ニ散見ス其後希臘人ハ各地ニ種々ノ法律ヲ有セリミノス、ドラコン、ソロン、リキユルグ等ノ法律是レナリ而シテ羅馬ノ法律ハ實ニソロンノ法典ニ淵源セリト云フ故ニ此ニ之ヲ一族トス。就中羅馬法ハ法律種族中ノ最モ完全シタルモノニシテ其領分モ亦最モ廣シ今此ニ其沿革ノ大要ヲ揭示セシ。

羅馬法ノ沿革

英國ノ史家ギボン氏ハ羅馬法ノ沿革ヲ分チテ四期トセリ第一期ハ羅馬ノ建國ヨリ十二銅表ノ制定ニ至ル之ヲ不文法ノ時代トス第二期ハ十二銅表ノ制定ヨリ共和政治ノ末ニ至ル之ヲ成文法ノ時代トス此時代ニ於テ有名ナル十二銅表初メテ成リ爾後國會ハ往々成文法ヲ發布セリ第三期ハ帝國ノ初メヨリアレキサンドル、セヴェラス帝ノ世ニ至ル之ヲ成文法發達ノ時代トス此時代ニ於テハ

羅馬ノ文化進歩シテ十二銅表及ヒ其他ノ簡單ナル法律ヲ以テ時勢ノ須要ニ應スルコト能ハサリシカ爲メニ法廷ノ判決例又ハ學者ノ論說ニ由リテ從來ノ成文法ヲ解釋布衍セリ第四期ハアレキサンドル、セヴェラス帝ヨリジュヌスチニヤノ帝ニ至ル之ヲ法典編纂ノ時代トス此時代ニ於テハ羅馬ノ成文法漸ク増加シ法廷ノ判決例學者ノ論說モ亦浩瀚ト爲リシニ因リ之ヲ撰集シテ一部ノ法典ヲ編纂スルニ至レリ。

羅馬法典ノ種類

羅馬法典ハコンスタンテン帝ノ時ニ學者グレゴリヤン及ヒヘルモゼニヤンカ私撰法典ヲ作りタルニ始マル其公ニ編纂セラレタルハテオドール帝ノ法典ヲ以テ嚆矢トス最後ニ最モ著名ニシテ近世法典ノ模範ト爲リタルモノハジュヌスチニヤン帝ノ法典ナリ。同帝ノ法典三アリ一ヲコデツキス「法典」ト云ヒ二ヲ「パノデクタ」又ハ「ヂゼスタ」會典ト云ヒ三ヲ「インスチチュト」教科用典ト云ヒ尙ホ其後ニ編輯セラレタルモノヲ「ノヴェレ、コンスチチュニス」新法ト云フ「コルヒユス」ジュリス、シヴ#リス「國法全典」トハ其總稱ナリ就中後世歐洲諸國ニ繼受セラレテ法典編纂ノ基ヲ開キシハ「インスチチュト」トス該法典ハ他ノ法典浩瀚ニ

近世法典編纂ノ基

ナ開キシ
法典

羅馬法ノ
地歩

第六、日
耳曼族法
律

シテ閱讀ニ便ナラサルカ爲メニ羅馬法ノ綱要ヲ編纂シテ以テ學生ノ提携ニ便ニシタルモノナリ「インスチチュート」ハ教科書ト云フノ義ナリ。

メイン氏曰ク世界ノ著名ナル法律ハ法典ニ始マリ法典ニ終ハルト羅馬法カ十ニ銅表ニ始マリジュスチニヤン法典ニ終ハリタルヲ謂フナリ。羅馬法カ實ニ世界ノ著名ナル法律ナルコトハ多言ヲ俟タス羅馬帝國亡ヒテヨリ既ニ二千餘匝ノ星霜ヲ經タル今日ニ於テ學者カ攷々トシテ亡國ノ法律ヲ研鑽スルヲ以テ考フルモ亦其勢力ノ偉大ナルコトヲ知ルヘシ。イェリソグ氏其所著羅馬法精神論ノ首ニ羅馬法ヲ賞揚シテ曰ク羅馬ハ三タヒ世界ニ號令シ三タヒ世界ヲ統一セリ其盛時ニ當リ武威ヲ以テ萬國ヲ征服シテ國土ノ統一ヲ爲セリ是レ其一ナリ帝國瓦解シテ後尙ホ教法ノ權柄ヲ握リテ宗教ノ統一ヲ爲セリ是レ其二ナリ中世以後歐洲諸國ヲシテ相率非テ羅馬法ヲ繼受セシメ以テ法律ノ統一ヲ爲セリ是レ其三ナリト蓋シ過褒ニ非サルナリ。

第六 日耳曼法律

日耳曼族法律モ亦羅馬法ト共ニ方今ノ文明世界ニ頗ル重要ノ地位ヲ占ム此法

日耳曼法
ノ特色

律種族ノ根本タル日耳曼法ハ羅馬法ノ如ク法典ニ編纂セラレタルニ非スシテ唯慣習法トシテ存セシニ過キス然レトモ其近世諸國ニ波及セシ勢力ハ決シテ羅馬法ニ下ラス。蓋シ近世ノ歐洲人ハ日耳曼人ノ發達セル者ニシテ希臘羅甸人ノ子孫ニ非ス故ニ中世以後羅馬法カ歐洲諸國ニ繼受セラレタルコトノ著大ナルニ拘ラス其繼受ハ特ニ民法及ヒ宗教法ノ部分ニ限り各國固有ノ制度ハ依然トシテ存續セリ現今諸國ハ憲法其他公法上ハ規定ハ多ク日耳曼ノ慣習法ニ淵源スルモノナリ。

日耳曼法
ノ沿革

今此ニ日耳曼法ノ變遷ヲ畧述スレハ羅馬法ニ於ケルト同シク其變遷ノ時期ヲ四段ニ分ツコトヲ得第一期ハ日耳曼人カ初メテ羅馬人ヨリ發見セラレタル頃ヨリ羅馬ノ權力カ日耳曼ノ土地ニ波及シタル時代ニ至ル此時代ノ慣習法ハ羅馬ノ史家タシートノ風土記等ニ依リテ後世ニ傳ハル第二期ハフラン王国ノ時代ニ當ル即チ日耳曼人中最モ發達シタル「フラン」人種カ「ゴール」地方(今ノ佛國)ニ一大王國ヲ建設シタル時代ニシテ此時代ノ慣習法ハ「フラン」人ノ制度史ニ於テ之ヲ究ムルコトヲ要ス第三期ハ「フラン」王國分裂ノ後ヨリ第十五世紀ノ頃ニ至

ル此時代ニ於テハフラン王国ノ制度分レテ一方ニハ獨逸ノ制度ト爲リ一方ニハ英佛二國ノ制度ト爲レリ歐洲ノ中世ト稱スル時代ハ大畧之ニ當ル第四期ハ歐洲諸國カ羅馬法ヲ繼受シタルノ時代ニシテ其繼受ハ民法及ヒ宗教法ノ部分ニ限リ公法上ノ制度ハ固有ノ發達ヲ爲シタルコトハ前ニ述ヘタル如シ爾後ノ沿革ハ近世ノ憲法史ト相聯屬スルモノナレハ今ハ之ヲ省ク。

近世法律ノ種族

以上法律各種族ノ變遷ヲ察スルニ近世ノ法律ハ希臘羅甸族ト日耳曼族トノ相混淆セル法律ナリト謂フモ可ナリ歐洲大陸諸國ノ法律ハ大抵皆然ラサルハナシ唯今尙ホ多少ノ純粹ナル日耳曼族ノ法律ヲ有スルモノハ大陸ニ於テハ露國並ニスカンヂナビヤ諸國ト大陸以外ニ於テハ英米二國トアルノミ。就中英國法ハ日耳曼族中一種ノ勢力ヲ養成シ「アングロサクソン」人種ノ足跡到ル處ニハ漸次ニ之ヲ移栽スルノ勢アリ該國ノ法律ニハ二大種別アリテ一ヲ普通法トシ一ヲ衡平法トス普通法ハ普通法裁判所ニ於テ之ヲ適用シ衡平法ハ衡平法裁判所ニ於テ之ヲ適用ス。而シテ此ニ最モ注意スヘキハ衡平法ノ本質ナリ英國ハ其俗守舊ニシテ容易ニ固有ノ制度ヲ改メス故ニ其歐洲大陸ニ於テ著名ナリシ

英國法ノ特性

羅馬法ノ繼受ニセ未タ嘗テ干與セサリシカ如ク見ユレトモ實際然ラス衡平法裁判所ニ於テ衡平ノ條理トシテ適用スル所ハ羅馬法ノ原則ヲ主トス乃チ大陸諸國ニ於ケルカ如キ直接繼受コソナケレ間接繼受ハ英國ニ於テモ之アリシナリ。然テハ近世主要ナル諸國ハ希臘羅甸族法律ト日耳曼族法律トノ旗幟ノ下ニ自然ニ相合同スト謂ハサルヘカラス。

第二編 法律

第一章 法律ノ定義

法律ノ定義ニ關スル舊來ノ諸説及ヒ批評

第一、宗教主義法學家ノ説

法律トハ何ソヤ是レ法律ヲ學フ者ニ最モ必要ニシテ又最モ解釋シ難キノ問題ナリ古來學者カ法律ノ定義ヲ與ヘタルモノ一様ナラス而シテ今日ニ至リテ尙ホ未タ定論アラズ此ニ先ツ二三ノ主要ナル論說ヲ舉クテ其批評ヲ試ミン。

第一、法律ハ神意ノ直接又ハ間接ニ表章セラレタルモノニシテ正ヲ命シ不正ヲ禁スルノ規則ナリ。此説ハ主トシテ神學派法學派ノ唱フル所ニ係ル。蓋シ國家ハ元來血族ノ團結ニ始マルモノニシテ祖先ノ禮拜ハ其團結ヲ鞏固ニスルカ爲メノ最大要件タリシカ故ニ古代ニ於テ法律ノ淵源ヲ直接ニ神意ニ歸シタルハ東西諸國ノ皆同シキ所ナリ乃チ祖先ノ遺訓先例ハ當時ノ法律ニシテ苟モ血族タルモノハ之ヲ格守シテ敢テ違フコトヲ得サリシナリ。故ニ法律ハ祭祖ノ俗ニ出テタリト云フコトハ近世ノ法史家カ等シク論證スル所ニシテ法律カ直接ニ神授ニ出テタルノ時代アリシコトハ明白ナル事實ナリトス。然レト

第二、道德主義法學家ノ説

モ民智ノ漸ク進歩スルニ及ヒテハ神ニ對スル思想モ亦漸ク高尚ナラサルヲ得ス即チ後世ノ思想ニ於テハ神ハ專ラ抽象的ニ感得セラル、モノナレハ直接ニ法律ヲ制定スルノ理アルコトナシ是レ後世ノ學者ハ法律ヲ以テ神意ノ間接ニ表章セルモノトシタル所以ナリ。

第二、法律ハ人ヲ強要シテ正ニ就カシメ以テ道德ノ及ハサル所ヲ補フノ規則ナリ。此説ハ道德主義ノ學者ノ唱フル所ニシテ古來行ハル、所甚廣シ支那ノ學者カ法律ニ關スル見解ハ概ネ皆然リ。此説ニ依レハ法律ヲ以テ正不正ヲ分別スルノ規則トスルコトハ前説ト異ナル所ナシ而シテ其道德ヲ裨補シテ之ニ悖戻スヘキモノニ非ストスルハ此説ノ主眼タリ。蓋シ今日ノ法律現象ニ就キテ考フルモ法律ハ固ヨリ道德ト相悖戻スルモノニ非サレハ敢テ此説ヲ以テ認マレリトスルヲ得ス然レトモ法律ハ既ニ道德ト其作用ヲ異ニシ且法律ノ規定スル所ハ必スシモ道德上ノ事項ノミニ止マラサルヘシ又焉ソ強ヒテ之ヲ道德ノ範圍ニ入ル、ノ必要アラシヤ。

第三、自由

第三、法律ハ自由ノ大則ニ從ヒテ一人ノ意思ト他人ノ意思トヲ調和セシム

ルノ條件ナリ。此説ハ自由主義ノ學者ノ唱フル所ニシテ其意ニ以爲ラク法律アリテ各人ノ自由意思ニ幾分ノ制限ヲ加フルハ其小ヲ制シテ其大ヲ全クスル所以ナリ無限ノ自由意思ハ各人ヲシテ互ニ相犯シテ自由ナキニ至ラシム法律カ各人ノ自由意思ヲ制限スルハ一般ノ最大自由ヲ得ルノ條件ナリト。故ニ此説ニ依レハ法律ノ手段ハ制限ニシテ法律ノ目的ハ自由ニ在リ。是レ亦大體ニ於テ批難スヘキノ説ニハ非ス然レトモ法律ノ目的ハ何ソ獨リ各人ノ自由ヲ保護スルニ止マランヤ或ハ反テ各人ノ自由ヲ滅絶スルコトアルモ法律ハ則チ法律ナリ。

第四 法律ハ主權者ノ命令スル國民行爲ノ規則ナリ。此説ハ命令主義ノ學者ノ唱フル所ニシテ世上最モ普通ニ行ハル。此説モ亦大體ニ於テハ正當ナラストトセス然レトモ此説ヲ駁スル者ハ思ヘラク成文法ハ外形上主權者ノ命令ナリト謂フコトヲ得レトモ慣習法ハ然ラス或ル事實ノ生シタル場合ニ於ケル先例カ漸次ニ慣習ヲ積成シ後更ニ慣習法ト爲ルニ過キサレハ命令ハ以テ慣習法ノ要素トスヘカラス且一步ヲ進メテ言ヘハ成文法ト雖モ其外形コソ命令ナレ

トモ其實質ハ命令ニ非ラス法律ハ總テ人民ノ意思カ直接又ハ間接ニ發表シタルモノニシテ直接ニ發表シタルモノハ慣習法ト爲リ間接ニ發表シタルモノハ成文法ト爲ルト蓋シ至當ノ批難ト謂フヘキナリ。

第五 法律ハ一國內ニ行ハル、強制的規則ノ全體ナリ。此説ハ強制主義ノ學者ノ唱フル所ニシテ法律ノ實質ニ拘ハラズ唯其外形ノ條件ニ依リテ之ヲ表白セントスルモノナリ。顧フニ前數説ニ比スレハ此説最モ簡明ナルニ似タリ前數説ハ法律ノ淵源若クハ目的ニ就キテハ各其着眼ヲ異ニスレトモ皆其ニ多少ノ強制的ノ元素ヲ認メサルナシ然ラハ法律カ一箇ノ強制的規則ナルコトハ殆ト疑ヲ容ルヘカラス。

法律ノ意義ヲ確定スルノ如何ニ困難ナルカハ以上ノ諸説ニ依リテ略之ヲ察スヘシ余輩ハ此等ノ諸説ニ拘ラス總テ法律ハ如何ナル觀念ノ上ニ成立スルカヲ攷究シテ其定義ヲ與ヘント欲ス而シテ法律ノ淵源目的及ヒ材料ノ如キハ固ヨリ其時代其場處ニ依リテ觀察スヘキモノナレハ初メヨリ一定ナルコト能ハス從ヒテ法律ノ法律タル所以トハ毫モ關係スル所アラサルヘシ故ニ余輩力與ヘ

法律ノ主

義

法律ニ必

要ナル觀

念

(一)法律

ハ規則ナ

トスル定義ハ極メテ簡單ナリ。

法律ハ國家ノ強行スル規則ナリ。

此定義ヲ分析スレハ凡ソ法律ニハ規則、強行及ヒ國家ノ三觀念ノ必要ナルヲ知ル今更ニ此三觀念ニ付キテ少シク説明スル處アラソ。

(一)法律ハ規則ナリ。規則トハ事物一定ハ秩序ヲ謂フ宇宙間ノ森羅萬象ハ皆一定ノ秩序アリテ始メテ成ル語ニ曰ク有物必有則トモンテスキュー氏曰ク法トハ其廣義ヲ以テスレハ事物ノ性質ニ本ツク必要ノ關係ナリト。故ニ日月星辰ノ粲然トシテ麗ルモ草木禽獸ノ雜然トシテ成育蕃息スルモ悉ク自然ノ規則アリテ紊レサルニ由ル而シテ人類カ其共同生活ヲ營ムニ際シテモ亦能ク其相互ノ關係ヲ定メテ以テ行爲ノ準繩トスルモノナカルヘカラス法律ハ則チ其準繩ノ一種ニシテ或ル原因アレハ必ス或ル結果アルコトヲ豫想シ以テ一定ノ秩序ヲ表章スルモノナリ是レ法律カ規則タル所以ナリ。

漢語トシテノ法律ノ意義

爾雅ニ法常也ト云ヒ說文ニ律均布也ト云ヒ唐律疏ニ律者訓詮訓法也ト云ヒ郭璞ノ註ニハ法律皆所以詮量輕重也ト云フヲ見レハ法ト律トハ其字ヲ異ニシテ

(二)法律ハ強制セラルモノナリ

其義ヲ同クシ共ニ天下ノ不一ヲシテ一ニ歸セシムルヲ謂フモノ、如シ尙書大傳ノ註ニモ奉天之大法、法亦律也故謂之爲律也トアリ又說文ノ註ニモ律者所以範天下之不一而歸於一故曰均布也トアルヲ以テ知ルハシ然ラハ法律ナル語ハ支那ニ於テモ一定ノ秩序ヲ表章スルノ意アルコト明ナリ。

(二)法律ハ強行セラルモノナリ。強行トハ人ノ意思ニ關セシテ形體上ノ檢束ヲ與フルノ謂ナリ故ニ若シ一ノ規則ヲ唯自然ニ行ハルマ、ニシ若クハ人ノ意思ニ依リテ之ヲ左右スルニ於テハ強行ノ性質ヲ有スルコトナシ。人類共同生活ノ規則ハ一ニシテ足ラス道德上ノ規則ト云ヒ宗教上ノ規則ト云フモノ皆然リ而シテ此等ノ規則ハ唯人ノ良心ヲ支配スルモノニシテ之ヲ強行スルコトヲ得ス若シ其良心ニ於テ痛苦ヲ感セスンハ形體上ノ檢束ハ之ヲ施スニ由ナシ。然ルニ法律ハ之ニ異ナレリ苟モ法律ノ豫想スル原因アレハ必ス其豫想スル結果ヲ來タサスシテ已マス人ノ財産ニ損害ヲ加ヘテ之ヲ賠償セサラント欲スルモ法律ハ之ヲ宥恕セス人ノ生命身體ヲ傷ヒテ刑罰ヲ免レントスルモ法律之ヲ寬假セス必ス形體上ノ檢束ヲ與ヘテ以テ其目的ヲ達センコトヲ務ム

法律上ノ規則ハ同時ニ道德上ノ規則ニ屬スルモ法律ノ法律タルニハ少シモ關係ナシ例ヘハ人ヲ殺傷スヘカサルハ道德上ノ規則ニ屬セストセス又神祠佛堂ヲ汚損スヘカラサルハ宗教上ノ規則ニ於テモ又必ス之アラン然レトモ刑法ハ人ヲ殺傷スルヲ罰シ神祠佛堂ヲ汚損スルヲ禁スル以上ハ其行爲ハ法律上ノ關係ヲ惹起スルモノナルカ故ニ之ヲ法律上ノ規則トシテ觀サルヲ得ス故ニ法律ノ淵源、目的及ヒ材料ノ如何ハ姑ク之ヲ問フコトヲ要セス其外形ノ條件タル強行力ハ法律カ法律トシテ標榜セララル、所以ナリ。

(三)法律ハ國家ニ於テ始メテ行ハル

是レ實ニ法律ノ特性ニシテ其道德及ヒ宗教ト甄別セララル、所以ハ專ラ此ニ在リ。若シ夫レ法律上ノ規則トシテ制定若クハ認定セラレタルモノカ同時ニ道德上ノ規則ニ屬シ或ハ宗教上ノ規則ニ屬スルモ法律ノ法律タルニハ少シモ關係ナシ例ヘハ人ヲ殺傷スヘカサルハ道德上ノ規則ニ屬セストセス又神祠佛堂ヲ汚損スヘカラサルハ宗教上ノ規則ニ於テモ又必ス之アラン然レトモ刑法ハ人ヲ殺傷スルヲ罰シ神祠佛堂ヲ汚損スルヲ禁スル以上ハ其行爲ハ法律上ノ關係ヲ惹起スルモノナルカ故ニ之ヲ法律上ノ規則トシテ觀サルヲ得ス故ニ法律ノ淵源、目的及ヒ材料ノ如何ハ姑ク之ヲ問フコトヲ要セス其外形ノ條件タル強行力ハ法律カ法律トシテ標榜セララル、所以ナリ。

國家ト社會トノ差別

ラサルモノナリ彼ノ所謂社會ナルモノモ亦人類共同生活ノ一形態タルコトハ論ナシト雖モ單純ナル社會ニ於テハ法律ハ未タ存立スルコトヲ得ス何トナレハ社會ニハ一定ノ政權ナクハナリ。若シ夫レ國家ノ法律上ノ意義ハ後ニ説ク所アリ故ニ此ニ之ヲ省ク唯便宜ノ爲ニ國家ト社會トノ差別ヲ附説スヘシ。

(イ)社會ニハ統一ノ權力ナキモ國家ニハ統一ノ權力アリ。人類生活ノ進歩ハ之ヲ三階段ニ大別ス曰ク個人的生活曰ク社會的生活曰ク國家的生活是レナリ個人的生活ハ生存競争ニ最モ不適當ニシテ人類ノ長ク留マルヲ得サル所トス故ニ社會的生活之ニ次ク然ルニ社會的生活ハ唯孤立離索ノ生活ヲ變シテ共同相濟ノ生活ト爲シタルニ止マリテ弱肉強食ノ弊ハ尙ホ依然トシテ存ス故ニ統一ノ權力ヲ以テ社會ノ秩序ヲ正シ以テ公共ノ安寧幸福ヲ求メサルヲ得ス是ニ於テ國家生活ノ必要起ル然ラハ國家ハ社會アリテ始メテ存スレトモ社會ハ國家ナクシテ存スルコトヲ得。

勝劣敗ノ慘狀ヲ醫シテ個人ノ安寧幸福ヲ保護スルヲ目的トス。

(ハ)社會ハ自由ヲ原則トシ、國家ハ不自由ヲ原則トス。社會ハ自由ヲ原則トスルカ故ニ個人ハ不平等ナリ、社會ニハ個人ノ意思カ活動ノ原力ト爲ルヲ以テ男女智愚賢不肖剛強羸弱各其人ニ相當スル所ノ幾多ノ階級ヲ生ス之ニ反シテ國家ハ不自由ヲ原則トスルカ故ニ個人ハ平等ナリ、國家ハ各個ノ利益ヲ目的トセ

國際法ハ
法律ナル
ヤ否ヤ

スシテ共通ノ利益ヲ計ル。
法律ノ意義果シテ右ニ述フルカ如シトセハ此ニ一疑問ヲ生スルアリ他ナシ國際法ノ性質如何ト云フコト是レナリ。若シ法律ニハ以上三觀念アルコトヲ必要トセハ國際法ハ法律ニ非スシテ唯列國交際上ノ慣例ナリト謂ハサルヘカラス何トナレハ國際法ニハ國家ナル觀念ナク又從ヒテ強行ナル觀念ナケレハナリ故ニ從來學者ニシテ國際法ヲ以テ道德トシ或ハ單純ノ學問トスル者少シトセス。然レトモ余輩ハ敢テ此等ノ說ニ雷同スルヲ欲セス國際上法律ナシト云フノ理ハ余輩モ亦信スル所ナルモ通常國際法トシテ説明セラル、規則ノ大部分ハ余輩ノ所見ニ依レハ國際法ニ非スシテ國法ナリ例ヘハ國際公法上邊海三

國際公法
ノ規則ハ
大體國法
ノ規則ナ

國際私法
ハ國際法
ニ非スシ
テ國法ナ

多數學者
ノ國際法
ニ關スル
見解

里ハ一國ノ領海ナリト云フカ如キ君主、大統領、公使及ヒ其附屬員カ治外法權ヲ有スト云フカ如キハ皆國家カ自己ノ獨立權力ニ依リテ明示又ハ默示ニ認メタルノ結果タルノミ而シテ若シ一旦國際慣例ヲ認メタルトキハ國家ハ國法トシテ自ラ守リ又國民ヲシテ守ラシムルノ義務ヲ生スルハ當然ノ理ナリ。殊ニ國際私法ニ至リテハ國際法ニ非スシテ國法タルコト一層明了ナリ學者往々國際私法ニ附スルニ法律ノ抵觸ナル名稱ヲ以テシ甲乙兩國ノ法律カ相異ナルカ爲ニ其間ニ之ヲ調和スヘキノ原則アルカ如ク説明スル者アレトモ恐クハ誤レリ法律上ノ原則トシテ一國內ニ於テ他國ノ法律ハ一箇ノ事實ニ過キス唯通商來往ノ便宜上列國相互ノ讓歩ヲ爲シテ相互ノ利益ヲ計ラサルヲ得サルカ故ニ身分法ハ本國法ニ從ヒ財產法ハ所在地ニ從フト云フカ如キカ一般ノ國法トシテ認メラル、ニ至リシナリ。

然レトモ現今學者ノ多數ハ國際法ヲ以テ法律ト爲スモノ、如シ。蓋シ四海ノ會同萬國ノ來往今日ノ如ク盛ナルハナシ而テ其間ニ一定ノ條規慣例アルニ非サレハ紛爭相接キ其極橫暴放恣至ラサル所ナク人道ノ大本滅絶シテ蠻野ノ舊

態ニ復歸シ人類ノ不幸之ヨリ大ナルナシ故ニ宇内ヲ打シテ一團トシ大小強弱各其力ニ應シ以テ萬國共同ノ利益ヲ増進スヘキハ自然ノ數ニシテ所謂國際法ノ由リテ存スル所以ナリ。顧フニ古代人々ノ未タ進マサリシ時ニ方リテ法律ノ漸ク發萌セシ狀態ハ國際法ノ現狀ト大差ナカリシナラン則チ國際法ノ存立ハ今日ニ於テ未タ確實ナラサルモ其存立ハ初期ニ在リトスルハ亦敢テ不可ナルコトナシ。且夫レ法律ハ必スシモ主權者ノ命令ニ出ツルニ非スシテ人民ノ慣行ニ依リテ成立シタルモノ多キコトハ既ニ述ヘタリ又法律ハ制裁ニ依リテ強行セラルヘキ性質ヲ有スト雖モ強行セラル、ヲ必トセス法律ニシテ制裁ナキモノ憲法又ハ行政法ノ一部分ノ如キ其例ナシトセス然ラハ獨リ國際法ニ主權者ナク制裁ナキノ理由ヲ以テ之ヲ法律ニ非ストスルハ誤マレリ況ヤ國際法ニ於テモ法規違反ノ爲メニ賠償金ヲ拂ヒ又戰時局外中立ノ義務ニ反シタル船舶力捕獲ヲ命セラル、カ如キハ皆制裁タルヲ失ハサルニ於テヤ唯通常國際法庭アリテ其制裁ヲ強行スルコトナキモ仲裁々判ノ如キハ着々トシテ其實效ヲ奏シ既ニ萬國仲裁々判所ノ常設ヲ見ルニ至レリ。要スルニ國際事件ノ益、複

雜シ益、發達ニ趨クノ今日ニ於テ國際法ノ存立ヲ認ムルハ寧ロ常理ニ適スルモノト謂フヘシ唯此ノ如クナレハ法律ノ意義ハ余輩カ前ニ舉ケタルモノ、如ク狹隘ナルコトヲ得ス廣ク多少強行セラルヘキ社會的關係ヲ定メタル規則ハ之皆ヲ法律ト謂ハサルヲ得サルナリ。

第二章 法律ノ彙類

法律ノ種類ヲ區別スルニハ或ハ其性質目的ニ由リ或ハ其作爲セラル、方法ニ由ル故ニ採ル所ノ標準ヲ異ニシテ同一ノ法律ヲ種々ニ觀察スルコトヲ得今此ニ最モ普通ニ行ハル、彙類ヲ舉ケン。

第一 成文法及ヒ不文法

成文法トハ文書ヲ以テ發布セラレ、法律ニシテ例ヘハ我國ニ於テハ憲法以前ノ布告、布達、憲法以後ノ法律、勅令、閣令、省令、府縣令等皆是レテ成文法ト稱ス。不文法トハ法律ハ效力ヲ有スル時ニ於テ文書ヲ以テ發布セラレ、スシテ暗黙ニ認定セラレタル法律ナリ主トシテ慣習ニ基キテ定マル、モノニシテ慣習法ナル語

ハ常ニ不文法ナル語ト同意義ニ用非ラル。然レトモ古代ノ不文法ハ獨リ慣習
ニ因ルニ非ス又學者ノ論說ニ基キシモ、ハアリ例ヘハ羅馬ノオーギユスト帝カ
當時ノ法律大家ノ學說ニ法律ノ效力ヲ與ヘ又テオドリス帝カバビニヤン、ポー
ル、ユルピヤン、ガイユス、モアスチナス諸氏ノ學說ニ法律ノ效力ヲ附シタルカ如
シ。此ノ如ク學者ノ論說カ古代ニ在リテ直接ニ法律ノ效力ヲ附與セラレタル
ハ專ラ當時立法機關ノ組織未タ十分ナラザリシニ由ル近世ノ進歩セル社會ニ
於テハ學者ノ論說ハ或ハ間接ノ效力ヲ法律ニ及ホスコトナキニ非サレトモ不
文法ノ基ヲ成スカ如キハ固ヨリ之ナキナリ。不文法ハ此外又判決例ニ依リテ
威ルモ、ハアリベンサム氏ハ之ヲ名ツケテ判事制定法ト云ヘリ蓋シ古代ハ立法
機關未タ完備セス法律典章未タ整頓セス故ニ若シ法律ノ明文ヲ以テ判決スヘ
カラサル爭訟屢起ルニ際シ慣習ノ依ルヘキモノナキ時ハ裁判官ハ自ラ公正ナ
リト信スル所ニ隨ヒテ裁判シ後ニ同一又ハ類似ノ爭訟アル毎ニ後ノ裁判官ハ
先例ニ由リテ之ヲ斷スルヲ常トセリ是レ實ニ判決例カ不文法タルノ起源ナリ
トス。近世歐米諸國ニ在テハ英國及ヒ合衆國ノ判決例ハ成文法ト同一ノ效力

ヲ有シ歐洲大陸諸國ニ在リテハ從來公然タル效力ヲ有スルモノニ非サリシカ
現今英國及ヒ合衆國ニ於ケル判決例ノ效力ハ漸次ニ輕ク大陸諸國ニ於ケル判
決例ノ效力ハ漸次ニ重キヲ加フルノ傾向アリ。

第二 公法及ヒ私法

公法及ヒ私法ヲ區別スル標準ニ三アリ或ハ法律ノ目的ヨリシ或ハ法律ノ主體
ヨリシ或ハ法律ノ關係ヨリス。

(一)法律ノ目的ニ由リテ區別スル說 此說ニ依レハ公法ハ公益ニ關スル法律
ニシテ私法ハ私益ニ關スル法律ナリト爲ス羅馬法典第一卷第一章ニユルピヤ
ノ氏カ公法ハ羅馬ノ國事ニ關スル法律ニシテ私法ハ一人ノ利益ニ關スル法
律ナリト云ヒシハ蓋シ此說ノ嚆矢ナラン。今此說ヲ考フルニ穩當ニシテ極メ
テ解シ易キカ如シト雖モ其所謂公益私益ノ區別明確ナルニ非サレハ不可ナリ
而シテ何チカ公益ト謂ヒ何チカ私益ト謂フト云フニ至リテハ未タ何人モ說キ
得テ明快ナルモノアルヲ見ス且法律ノ實際ニ照ラスモ所謂公法例ヘハ刑法ノ
中ニ私益ニ關スル條規少カラス身體財産ニ關スル罪ノ如キハ概テ皆然リ又所

第二説及
ヒ其批評

謂私法例ハ民法ノ中ニ公益ニ關スル規定少カラス公安ヲ害スルノ契約ヲ無
 效トシ倫理ヲ紊ル婚姻ヲ禁スルカ如キ即チ是レナリ故ニ利益ノ公私ヲ以テ法
 律ノ公私ヲ區別スルノ標準ハ陳套ニシテ取ルニ足ラスト謂フヘシ。
 (二)法律ハ主體ニ由リテ區別スル説 此説ニ依レハ公法ハ國家ト一私人トノ
 關係ヲ規定シ私法ハ一人相互ノ關係ヲ規定スト爲ス普通ニ現今ノ學者間ニ
 行ハル、モノハ即チ此説ナリ。例ヘハ憲法ハ國家ト臣民トノ關係ヲ定メ行政
 法ハ國家ノ機關タル行政官廳ト一私人トノ關係ヲ定メ刑法及ヒ刑事訴訟法ハ
 國家ト罪人トノ關係ヲ定ムルカ故ニ皆公法ニ屬シ民法及ヒ商法ハ皆一私人相
 互ノ關係ヲ定ムルカ故ニ私法ニ屬スルモノトス民事訴訟法ハ或ハ私法ニ屬ス
 ト云ヒ或ハ公法ニ屬スト云ヒ學者ノ間ニ疑義存セシ所ナレトモ今日ノ學者ハ
 裁判所ノ訴訟手續ヲ規定スルモノニシテ原告被告相互ノ關係ヲ規定スルモノニ
 非ストシ之ヲ公法ニ編入スル者多シ。然ルニ近來第二説ヲ批難スル者往々ア
 リ以爲ヘラク國家ト一私人トノ關係ハ必スシモ公法ニ屬セス國家ハ財產權ノ
 主體トシテ一個人ト相並ヒテ私法ノ支配ヲ受クルコトアリト第二説ヲ採ル學

第三説及
ヒ其批評

者ハ答ヘテ曰ク此ノ如キ場合ハ國家カ國家トシテ動作スルニ非スシテ私法上
 ノ法人トシテ動作スルモノナリ故ニ國家ニ非スシテ一私人ナリト難者又曰ク
 國家ハ唯一ノ國家ニシテ二様ノ資格アルコトナシ唯國家ハ自ラ好ミテ其權力
 ヲ用非サルカ故ニ特ニ一私人ト平等ニ債權債務ノ關係ヲ惹起スモノナリト。
 顧フニ難者ノ言一理ナキニ非サレトモ之ニ依リテ第二説ヲ議セントスルハ非
 ナリ蓋シ法律上ノ事項ハ多クハ形式ニ依リテ成ルモノニシテ實ニ國家ノミナ
 ラス一個人モ亦官吏タル資格ト一私人タル資格トヲ並有スルヲ妨クス一ノ主
 體ニシテ二様ノ資格ヲ有スルハ法律上毫モ怪ムニ足ラサルナリ。
 (三)法律ハ關係ニ由リテ區別スル説 此説ニ依レハ公法ヲ以テ服從ノ關係ニ
 成ルトシ私法ヲ以テ平等ノ關係ニ成ルトス更ニ之ヲ詳説スレハ一個人ハ國家
 ニ對シテ唯其命令ニ服從スヘキノ權利ハ一個人ノ平等ニ有スル所ニシテ權
 力ハ國家獨リ之ヲ有スルコトヲ得ルカ故ニ公法ノ關係ハ權力關係ニシテ不平
 等ナリ私法ノ關係ハ權利關係ニシテ平等ナリトノ意ナリ。然レトモ平等不平
 等ノ關係ヲ把リテ直ニ法律ノ公私ヲ分ツノ標準トスルハ又實際阻礙ナキ能ハ

ス何トナレハ公法中ニモ平等ノ關係ヲ規定スルモノアリ私法中ニモ不平等ノ關係ヲ規定スルモノアレハナリ例ヘハ公法ノ中選舉權被選舉權ヲ規定セル法律ノ如キ又ハ集會結社言論出版ノ自由ニ對スル憲法上ノ擔保ノ如キハ皆平等均一ニ一個人ノ享有スル權利ヲ保護シタルモノトスレハ不平等ノ關係ヲ規定シタリト謂フヘカラス又父子夫婦ノ關係ノ如キ若クハ雇人ト雇主トノ關係ノ如キ平等ノ性質アルニアラスシテ法律ハ寧ロ自然又ハ人爲ノ不平等ヲ認定シタルニ過キス故ニ第三說ハ斬新ハ則チ斬新ナレトモ論理ニ於テ未タ透徹セサルナリ。

要スルニ公法私法ノ區別ハ羅馬ノ學者ノ考案ニ出テ傳ヘテ以テ今日ニ至レルモ其區別ノ標準ニ就キテハ未タ一定ノモノアルヲ見ス故ニ近來又或ル學者ノ如キハ法律ニ公私ノ區別ナシ法律ハ皆公法ナリト論シテ其紛難ヲ解カントセリ是レ法律ノ性質ヲ表明スルニ於テハ或ハ最モ正鵠ヲ得タルモノナラン然レトモ從來學者カ苦心研究シタル區別ハ未タ輕々ニ抛擲シ去ル能ハサルノミナラス法律ニ公私ノ區別ナシトスルノ論ハ國家ノ權力ヲ過重スル社會主義ノ學

法律ハ皆公法ナリトノ論ニ對スル批評

者カ唱フル所ニ係リ其根底ニ於テ一個人ノ權利ヲ滅絶スルノ嫌アリ容易ニ贊否ヲ表スヘカラス。故ニ余輩ハ法律ニ公私ノ區別ヲ置クト同時ニ以上略說セシ所ニ從ヒ從來ノ通說タル第二說ヲ採ルノ必ラスシモ失當ナラサルコトヲ信ス。

第三 普通法及ヒ特別法

普通法及ヒ特別法ヲ區別スル標準ニモ亦三アリ處ヲ本トスルモノ人ヲ本トスルモノ及ヒ事ヲ本トスルモノ是ナリ。

第三普通法及ヒ特別法區別ノ標準

(一)處ヲ本トスル區別 此區別ハ法律ノ行ハル、土地ノ廣狹ニ由リテスルモノニシテ乃チ普通法トハ全國一般ニ行ハル、法律ヲ謂ヒ特別法トハ國中ノ一部分ニ行ハル、法律ヲ謂フ獨逸帝國及ヒ北米合衆國ノ如キ聯邦制ノ國家ニ於テハ此區別尤モ著シ我邦ニ於テハ北海道、沖繩縣、臺灣等ノ地方ニ限リテ行ハル法律ハ特別法ニシテ其他ノ法律ハ皆普通法ナリ。

(二)人ヲ本トスル區別 此區別ハ法律ヲ遵奉スル者ノ範圍ノ廣狹ニ由リテスルモノニシテ乃チ普通法トハ國民一般ヲ拘束スヘキ法律ヲ謂ヒ特別法トハ國

(二)人ヲ本トスルモノ

民ハ一部分ニハミ施行セラル、法律ヲ謂フ例ヘハ民法ハ國民一般ニ對シテ之ヲ適用スルカ故ニ普通法ニシテ華族世襲財産法ハ獨リ華族ニ對シテノミ之ヲ適用スルカ故ニ特別法タルカ如シ。

(三)事ヲ本トスル區別

此區別ハ法律ヲ適用スル事件ノ範圍ノ廣狹ニ由リテスルモノニシテ乃チ普通法トハ或ル種類ノ事件一般ニ適用セラル、法律ヲ謂ヒ特別法トハ其種類ノ事件中又特殊ナル事件ニハミ適用セラル、法律ヲ謂フ例ヘハ民法ハ一般民事上ノ行爲ヲ規定シタルモノナルカ故ニ普通法ニ屬シ商法ハ特ニ商事ニ關スル行爲ヲ規定シタルモノナルガ故ニ特別法ニ屬ス然レトモ商法モ亦之ヲ其特別法ニ對照スルトキハ一箇ノ普通法ナリ何トナレハ商事ニ關スル特別ノ規定ハ銀行條例、取引所條例等ノ諸法律中ニ存スルモノ少カラサレハナリ。

第四、主法及ヒ助法

第四 主法及ヒ助法

此區別ハベンサム氏ノ創設セシ所ニ係ル佛國ノ法學家ハ主法及ヒ助法ナル語ヲ用非スシテ本體法及ヒ手續法ナル語ヲ用非レトモ其意ハ則チ相同シ。主法

主助法ノ區別ハ法規ノ實質ニ依リテ存ス

ハ法律關係ノ本體ヲ定メ助法ハ制裁ハ手續ヲ定メテ以テ法律關係ヲ完全ナラシムルコトヲ期ス憲法、行政法、刑法、民法、商法等ハ皆主法ニ屬シ刑事訴訟法及ヒ民事訴訟法ハ助法ニ屬ス然レトモ主法中必スシモ本體ノ法規ノミヲ規定セス例ヘハ或ル國ノ憲法ニハ議院彈劾ノ手續ヲ載スルアリ又行政法中ニハ行政訴訟並ニ訴願ノ手續ニ關スル規定アルコト各國大抵相同シ其他民法又ハ商法中ニ證據ノ提出又ハ債務辨濟處分等ノ手續ニ關スル規定アルコト往々ニシテアリ又刑事民事ノ訴訟法ニモ法律關係ノ本體ニ關スル條規全ク之ナキニハ非ス蓋シ一國ノ成法ハ便宜ニ出テ、必スシモ學理ニ據ラサルヲ以テナリ。然ラハ主法及ヒ助法ノ區別ハ要スルニ其法規ノ實質如何ヲ見テ之ヲ判定スルノ外ナキナリ。

第五 強行法及ヒ許容法

凡ソ法律ハ其根底ニ於テハ強行力ヲ有セサルモノナシ然レトモ或ル種類ノ法律ハ直接ニ一個人ノ行爲ヲ命令又ハ禁止シ或ル種類ノ法律ハ一個人ノ便宜ノ爲メ一定ノ範圍ヲ設ク其範圍内ニ於テ各自ノ關係ヲ定ムルコトヲ許ス是レ強

第五、強行法及ヒ許容法ノ區別ノ標準

強行法ノ
二種類

行法ト許容法トノ區別ノ由リテ生スル所ニシテ一、個人ハ意思ヲ容ルハト否ト
ハ即チ此區別ノ標準タリ。

強行法ハ尙ホ之ヲ細別シテ命令法及ヒ禁止法ノ二トス命令法ハ一、個人ニ對シ
テ、或ル行為ヲ爲スコトヲ強制シ禁止法ハ一、個人ニ對シテ或ル行為ヲ爲スナカ
ラムコトヲ強制ス例ヘハ租税法ノ如キハ命令法ニシテ刑法ノ如キハ主トシテ
禁止法ナリ又民法其他特別法ニ於テ禁止法ニ屬スルモノ尠シトセス要スルニ
其法規ノ實質カ積極的ニ或ル行為ヲ命令スルカ若クハ消極的ニ或ル行為ヲ禁
止スルカヲ察シテ此二者ノ區別ヲ定ムヘキモノトス。

許容法ハ
如何ナル
點ニ於テ
許容ナル
カ

許容法ハ一定ノ條件ヲ設ケ一、個人ヲシテ各自ニ其關係ヲ定ムルコトヲ許ス法
律ニシテ其法律ノ範圍内ニ入ルト否トハ固ヨリ人民ノ隨意タリ而シテ一旦其
範圍内ニ入ルトキハ必ス其一定ノ規則ヲ遵守セサルヘカラス要スルニ其法律
ハ範圍内ニ入ルト否トニ於テ一、個人ノ意思ヲ容ル、ノミ其範圍内ニ入りタル
後尙ホ其法律ニ遵由スルト否トニ就キテ一、個人ニ自由アルニ非サルナリ例ヘ
ハ婚姻養子縁組等ノ如キ賣買交換會社代理等ノ如キニ關スル法律ハ皆此等ノ

通常指示
セラル、
他ノ法律
ノ彙類

行為又ハ契約ヲ爲ス者ノ爲メニ設ケタルモノニシテ法律ハ其以外ノ人ヲ拘束
スルコトヲ得ス故ニ之ヲ名ツクテ許容法ト云フ。公法ハ概テ強行法ノ性質ヲ
帶ヒ私法ハ概テ許容法ノ性質ヲ帶フ。
以上法律ノ種類ヲ畧述セリ尙ホ此他普通ニ法律ノ彙類中ニ掲クルモノニ左ノ
數種アリ。

- 第一 國內法及ヒ國際法
- 第二 自然法及ヒ人定法(又ハ成法)
- 第三 固有法及ヒ繼受法
- 第四 母法及ヒ子法

余輩ハ前ニ法律ハ唯國內法ニ冠スル所ノ名目ニシテ國際法ハ真正ノ法律ニ非
スト説クリ故ニ第一ノ彙類ヲ採ラス。自然法ノ何タルコトモ亦既ニ述ヘタリ
乃チ學者カ理想ニ依リテ會得スル所ノ法則ニシテ固ヨリ以テ法律トスヘカラ
ス故ニ第二ノ彙類モ亦之ヲ採ラス。第三第四ノ彙類ハ一國ノ法律ヲ以テ外國
法ニ對照スルニ於テ始メテ生スヘキモノニシテ單ニ國法ヲ觀察スルニ於テ言

説スルノ要ナシ故ニ此ニ之ヲ省キ別ニ後章ニ於テ其理論ヲ明ニスルコトアルヘシ。

第三章 法律ノ淵源

法律ノ淵源
法律ノ淵源ナル語ノ意義

通常法律ノ淵源ト云フ語ノ意義ニ二様アリ或ハ法律ニ由リテ出ル所ノ權力ヲ指スコトアリ例ヘハ上帝若クハ君主ノ意思ハ法律ノ淵源ナリト云フカ如キハ然リ或ハ法律ノ規則ヲ構成スル所ノ材料ヲ指スコトアリ例ヘハ法典又ハ判決例ハ法律ノ淵源ナリト云フカ如キハ然リ。余輩カ此ニ説カントスル所ハ此第二義ニ於ケル淵源ナリ此意義ヲ以テスレハ法律ノ淵源ハ左ノ如クニ大別セラ

淵源ノ二大區別

第一直接淵源 直接淵源トハ淵源其物カ法律トシテ一個人ヲ強制スルノ効カアルモノヲ謂フ例ヘハ刑法々典及ヒ其他各種ノ刑罰法カ刑法ノ淵源ト爲リ民法々典及ヒ其他各種ノ民事法カ民法ノ淵源ト爲ルカ如シ。

第二間接淵源 間接淵源トハ淵源其物ハ法律ニ非サレトモ國家ノ一定ノ行

直接淵源

第一節 直接淵源

爲即チ法制若クハ裁判ニ依リテ法律ノ効力ヲ享受スルニ至ルモハテ謂フ其淵源ノ種類ヲ區別スルニ就キテハ學者ノ見解一樣ナラサレトモ要スルニ宗教慣習條理判決學説及ヒ外國法ノ六種ハ皆均シク間接ニ法律ノ淵源ヲ成スモノトセサルヘカラス。

近世諸國ノ法律制定ニ關スル趨向

法律ノ直接淵源ヲ成スモノハ近世諸國ニ於テハ成文法ヲ主トス不文法ノ範圍ハ社會ノ進歩ニ從ヒテ益々縮少スルモノニシテ從來不文法主義ヲ墨守シタル英國ニ於テスラ近來成文法ノ増加ヲ見ルニ至レリ。蓋シ不文法ノ効力ハ裁判官若クハ行政官ノ認定ニ由リテ始メテ生スルモノニシテ其認定ヲ爲スニ敢テ畫一ノ準繩ナキ以上ハ不文法ハ固ヨリ甚不確實ノ法律タラサルヲ得ス彼ノ英國ノ裁判官ノ如キ老練熟達世界ニ其倫ヲ見スト云フヲ以テシテ尙ホ往々錯誤ヲ免ル、コト能ハス歐洲大陸諸國及ヒ本邦ノ如キ成文法ヲ以テ主義トスルハ決シテ偶然ニ非サルナリ。

成文法完成ノ手續

成文法ヲ完成スルノ手續ハ二段ニ分ル制定及ヒ公布是レナリ。法律ノ制定ト

ハ成文法ヲ編次スルノ手續ヲ謂ヒ法律ノ公布トハ其制定セラレタル法律ニ檢
束力ヲ附スルノ手續ヲ謂フ。

甲、制定

甲 法律ノ制定

成文法ノ制定ハ古今各國必スシモ其例ヲ一ニセス政體ノ異同民智ノ啓否等ニ
由リテ多少ノ差異アリ。現今ノ立憲國ニ於テハ成文法ノ制定ニ一大變遷ヲ生
シタルヲ見ル一定ノ成文法ハ議會ノ議決ニ依リ立法權ノ作用トシテ之ヲ發シ
又一定ノ成文法ハ議會ノ議決ヲ經ス施政權ノ作用トシテ君主若クハ大統領若
クハ行政機關カ之ヲ發スルコトヲ得議會ノ議決ニ付スル成文法ハ之ヲ法律ト
稱シ施政權ノ全權ヲ以テ發スル成文法ハ之ヲ命令ト稱ス故ニ其實質ニ於テハ
齊シク成文法ナレトモ其形式ニ於テ或ハ法律ト云ヒ或ハ命令ト云フ。
成文法ノ形式此ノ如ク異ナレリ故ニ其制定ノ手續モ亦自ラ異ナラサルヲ得ス
法律即チ立法權ニ依リテ制定セラル、成文法ハ必ス立案、議決及ヒ裁可ノ三種
ノ手續ヲ經ルコトヲ要シ命令即チ施政權ニ依リテ制定セラル、成文法ハ必ス
シモ此手續ヲ要セス。

現今ノ立憲國ニ於ケル法律制定ノ狀態

法律及ヒ命令ノ區別制定ノ手續

第一立案

立案トハ法律ノ草案ヲ具フルノ手續ニシテ一切ノ成文法ハ必ス
一タヒ此手續ヲ履マサルヘカラス命令ノ制定ニ於テハ或ハ立案ト確定ト殆ト
相密着シテ其間ニ何等ノ手續ヲ要セサルモノアリ。

第二議決

議決トハ法律ノ草案ヲ討論議定シテ之ヲ可否修正スルノ手續ニ
シテ専ラ形式上ノ法律ニ關シテ之ヲ用ヰルモノナリ命令ノ制定ニ於テモ或ハ
宰臣ノ會議ニ付シ或ハ元勳大老ニ諮詢シテ之ヲ評定セシムルコトアルモ多ク
ハ此手續ヲ要セス。

第三裁可

裁可トハ國家ノ元首君主若クハ大統領カ法律ノ草案ヲ認可シ法
律トシテ發布スルノ意思ヲ表章スルノ手續ニシテ又専ラ形式上ノ法律ニ關シ
テ行ハル命令ノ中ニ就キテモ國家ノ元首カ之ヲ其機關ニ委任セス自己ノ親裁
ニ依リテ發スルモノハ尙ホ此手續ヲ經ルモノトス。

乙 法律ノ公布

法律一タヒ制定セラル、トキハ人民ニ對シテ命令又ハ禁止ノ效力ヲ有ス然レ
トモ人民ヲシテ其法律ヲ遵守セシムルニハ尙ホ一定ノ方式ヲ履マサルヘカテ

乙、公布
法律ノ公布ハ近世
諸國ニ於ケル通則
ナリ

公布ト頒布トノ區別

ス公布トハ即チ此方式ニシテ既ニ完成セル法律ハ檢束力ヲ惹起スカ爲メニハ近世文明諸國ノ通則トシテ此方式ヲ要スルコト、爲レリ。尙ホ公布ノ外ニ頒布ナル手續ヲ認ムルモノアリ佛國ノ如キハ然リ頒布トハ國家ノ元首カ法律ノ存在ヲ證明シ其執行ヲ命スルノ行爲ニシテ公布トハ頒布セラレタル法律ヲ國民ニ通知スル行爲ナリ約言セハ頒布ハ法律ニ付スルニ執行力ヲ以テシ公布ハ國民ニ其ノ法律ヲ遵守スルノ義務ヲ負ハシム。普、英、伊諸國ノ法律ニハ頒布ト公布トヲ別タス又我國ニ於テモ此區別ヲ認メス蓋シ又之ヲ區別スルノ實用ナシ。

公布ノ效力

法律一タヒ公布セララル、トキハ人民ハ必ス之ヲ遵守セサルヘカラス縱令ヒ實際其法律ヲ知ラザリシ確證アルモ人民ハ之ニ由リテ法律遵守ノ義務ヲ免ル、コト能ハス法律ノ格言ニ曰ク法律ノ不識ハ宥恕セスト。

古代ニハ公布セザリシ法律アリ

公布ヲ俟テテ法律ノ檢束力ヲ生スルハ近世文明諸國ノ通則ナリト雖モ古代人智ノ未タ進マザリシ日ニ於テハ法律ハ之ヲ公布セザリシノミナラス却テ秘シテ之ヲ人民ニ示サ、リシモハ極メテ多カリキ。例ヘハ我邦ニ於テ北條氏ノ貞

公布ノ方法

永式目及ヒ徳川氏ノ御定百箇條ノ如キハ皆百官諸僚ノ記憶ニ存シ唯聽訟斷獄ノ準則ト爲リタルノミニシテ曾テ之ヲ普ク下民ニ公示シタルコトナシ御定百箇條ノ奥書ニ右之趣達上聞相極メ候其掛役人ノ外不可有他見トアルヲ見テモ亦古代ニハ公布セラレサル法律アリシコトヲ知ルヘキナリ。蓋シ此ノ如キ歴史上ノ事實ハ特ニ我邦ニ於テ之ヲ見ルノミナラス東西諸國皆其轍ヲ同クスル所ナリ然レトモ古來立法者カ種々ノ方法ヲ用非テ法律ノ公布ヲ計リシモノ亦多シ此ニ古今法律公布ノ方法ノ最モ著明ナルモノヲ舉ク。

第一、朗讀法

朗讀法 古昔人文ノ未タ周テク開ケザリシ時代ニ於テハ法律ヲ文書ニスルモ人民之ヲ讀ムノ力ナキカ故ニ朗讀ヲ以テ公布ノ方法トシ互市ノ日人衆ノ集マル處ニ於テ朗讀シ又ハ寺院ニ於テ説教ノ後ニ朗讀シ又ハ一令下ル毎ニ鐘鼓法螺等ヲ鳴ラシ人民ヲ集メテ之ヲ朗讀セシコトアリキ。

第二、公簿登錄法

公簿登錄法 民智漸ク開ケテ文字ノ使用漸ク盛ナルニ及ヒテハ法文ヲ公簿ニ登錄シテ洽ク民衆ノ縱覽ニ備ヘシコトアリ例ヘハ裁判所其他ノ官衙又ハ寺院ニ公簿ヲ備ヘ一法律成ル毎ニ之ニ登記セシカ如シ。而シテ歐洲ノ古

ニハ殊ニ寺院ニ法律ヲ納メシコト多シ是レ公衆カ大禮拜ノ日又ハ冠婚葬祭ノ時ニ寺院ニ群衆スルカ故ニ法律公示ニ最モ便ナリシノミナラス寺院ハ神聖ノ疆域ナルカ故ニ法律ヲ藏スルニ於テ最モ安全ナリシヲ以テナリ。

第三、揭
示法

第三 揭○示○法○ 揭示法ハ法律ヲ人民輻輳ノ地ニ掲ケテ之ヲ公示スル方法ナリ例ヘハ支那ノ鼎銘ノ律、羅馬ノ十二銅表ノ如キ又我邦ノ高札ノ如キ其他石碑木板等ニ法令ヲ記シ諸官衙ノ門前、國境、船場、街道筋等人民輻輳ノ地ニ法令ノ揭示ヲ爲シタルカ如シ。

第四、廻
達法

第四 廻○達○法○ 印刷ノ術未タ進マサリシ時代ニハ一新法出ツル毎ニ地方ノ官吏カ之ヲ謄寫シテ各部下ノ人民ニ廻達セシコトアリ我德川氏ノ時代ニ屢此公示方法ヲ用非タルカ如シ。

第五、官
報登載法

第五 官○報○登○載○法○ 近世歐米諸國ニ於テハ此方法ヲ以テ法律公布ノ定式トス我邦ニ於テハ明治十六年五月第二十二號太政官達ヲ以テ官報發行ノ事ヲ定メ文書局ヲシテ之ヲ掌ラシメ十八年十二月第七十六號内閣達ヲ以テ文書局ヲ廢シ更ニ官報局ヲ置キ翌年二月勅令第一號ヲ以テ公文式ヲ定ムルニ及ヒ凡ソ

法律命令ハ皆官報ヲ以テ布告スルコト、ハ爲レリ。

第二節 間接淵源

間接
第一、宗
教

第一 宗○教○

人間社會ノ幼稚ナルニ方リテヤ所謂祭政一致ノ時代ニ屬シ宗教カ其社會ニ於ケル最強ノ凝集力ナリシコトハ東西皆其揆ヲ一ニスル所タリ。蓋シ人類カ離群索居ノ生活ヲ舍テ、共同生活ヲ營ムノ初メハ必ス血統ヲ同クスル者相集マリテ共同祖先ヲ禮拜スルニ起ルモノニシテ團體ノ統治ハ其祖先ノ直系ナル宗家ニ歸シ祖先ノ靈ハ長ク宗家ト支族トヲ鑑照保護シ家長カ其家族ニ對シテ與フル所ノ命令ハ一ニ祖先ノ意思ノ存續セルモノナリトセシナルヘシ。故ニ法律ノ淵源ハ古代ニ在リテハ概テ皆祖先敎ニ由來セルモノナルコトハ今代著名ナル法史家ノ皆齊シク論證スル所ナリ。例ヘハ我朝ノ初メ神宮皇居其處ヲ一ニシ齋藏ハ宮中ニ在リテ神物官物ノ別ナク朝政ハ祭祀ヲ主トスルヲ以テ本トシ後近江朝ノ官制ヲ定ムルニ及ヒテモ神祇官ハ百僚ノ上ニ位シ爾來永ク其俗ヲ變セサリキ謂フニ我邦ノ如キ祖先ノ禮拜ヲ以テ建國ノ基礎トセルモノニ於

古代ノ法
律ハ祖先
敎ニ由來
ス

祭政一致
ハ東西皆
揆ヲ一ニ
ス

テハ宗教ノ法律ニ及ホセル影響ハ極メテ尠少ニ非ス。歐洲ノ古代ニ於テモ法律カ祭祖ノ俗ニ淵源セシコトハ希臘羅馬ノ法制ニ觀テ彰明較著ナリ彼ノ羅馬法ニ於テ有名ナルユルピヤン氏カ法學ノ定義ヲ下タシテ法學トハ神事人事ノ智識ニシテ正不正ノ學問ナリト言ヒシヲ見ルモ亦古代ニ於テ宗教カ如何ニ法律ト重大ノ關係ヲ有セシヤヲ知ルニ足ル。又社會稍發達シタル後ニ及ヒテモ立法者ハ法律ノ淵源ヲ神ニ歸シ以テ其尊嚴ヲ増スノ策ヲ取リシコト數之アリマヌーノ法典モイスノ法典又ハ回教ノ經典コラン等皆神授ニ出テタリトシ且其中ニ規定スル事項モ亦多ク宗教ノ經義ニ屬セリ例ヘハマヌーノ法典ニ日出ニ晨起スヘシ日ノ昇ルヲ知ラスシテ寢ニ在ル者ハ食ヲ絶チ且終日讀經スヘシトアルカ如キ是レナリ。社會更ニ進歩シテ宗教ト法律トノ分界明ナルニ至リテモ法律ノ條規ニシテ其源ヲ宗教ニ發セシモノ頗ル多シ例ヘハ家督相續ノ如キ養子縁組ノ如キ皆宗廟ノ祭ヲ絶タサルカ爲メニスルモノナリ近年ニ至ルマテ佛國民法カ離婚ヲ禁セシカ如キハ專ラ加特利克宗ノ教旨ニ由ルモノニシテ又以テ宗教カ法律ノ淵源タリシ好例證ト爲スコトヲ得ヘキナリ。

第二 慣習

凡ソ人類ニハ一箇ノ模倣、倣、傲、心アリテ存ス故ニ一人ノ爲ス所他人之ニ倣ヒ二人三人漸次同一ノ事ヲ反覆續行シ以テ終ニ普通一般ニ行ハル、モノ甚多シ慣習ノ由リテ生スル所以ハ實ニ此ニ在リ而シテ其普通一般ニ行ハル、コト久シキニ及ヒテハ苟モ之ニ背戾スル者アレハ必ス他ノ擯斥、指笑ヲ受クルニ至ル。故ニ慣習ノ發生スルハ固ヨリ一朝一夕ノ事ニ非スト雖モ其一旦發生シタル慣習ハ法律ノ關係ヲ成スコト最モ多シ殊ニ古代文字ノ使用未タ普及セサリシノ時ニ當リテハ今代ノ如ク文書ニシタルノ法律ナク法律ハ皆舊慣先例ノ積成セルモノナリシナリ。

單純ノ慣習ハ人民ノ慣行ニ依リテ存スルノミ其變シテ慣習法ト成ルニハ一種ノ強制力ヲ有セサルヘカサラルコトハ明ナリ。然ラハ單純ノ慣習ハ如何ナル時期ニ於テ強制力ヲ具フルコトヲ得ルカ換言セハ慣習法ハ如何ナル時期ニ於テ成立スルカ是レ特ニ攷察ヲ要スル所ノ問題ナリ。慣習法ノ成立時期ニ關シテ近時最モ有力ナル學說ハ蓋シ獨逸ノ歴史法學派ノ

慣習ノ成立時期

權利固信ノ説及ヒ其批評

法庭認容ノ説及ヒ其批評

唱フル權利固信ノ説ナリトス其意ニ思ヘラク法律ノ基礎ハ人民ノ總意ニ在リ
主權者ハ其總意ヲ取り之ヲ外形ニ表ハシテ法律ト爲スニ過キス而シテ人民ノ
意思直接ニ外形ニ表ハル、トキハ慣習法ト爲リ間接即チ主權者ヲ經テ表ハル
、トキハ成文法ト爲ル故ニ人民ニシテ某ノ慣習ハ法律ナリ之ニ依リテ得タル
利益ハ權利ナリト固信スルニ於テハ慣習變シテ慣習法ト成ルモノナリト然レ
トモ其慣習カ如何ナル時期如何ナル方法ニ於テ直接ニ外形ニ表ハル、ヤト云
フニ至リテハ此ノ説モ未タ盡サ、ル所アリ。英國輓近ノ碩學メイソ氏ハ其著
古代法ニ於テ古代ノ社會ニ法律ノ始メテ發表セシハ立法ニ由ラスシテ裁判ニ
由リシコトヲ論證セリ蓋シ古代立法ノ機關未タ整備セサリシニ方リテ裁判官
カ新ニ法律ヲ制定セシコトハ歷史上疑フヘカラサル事實ナルカ如シ若シ一ノ
爭訟起リテ之ヲ裁斷スヘキノ法律ナキトキハ裁判官ハ必ス慣習ニ從ヒテ裁判
シ其慣習ニ違反シタル行爲ニ加フルニ法律ノ制裁ヲ以テシテ之ヲ強行セリ且
是レ獨リ古代ニ於クル事實ナルノミナラス方今ノ諸國ニ於テ慣習ヲ認容シ之
ニ法律上ノ效力ヲ付スルハ主トシテ裁判官カ其職分トシテ判斷スヘキコト、

第三、條理

條理ハ如何ニシテ法律ノ淵源ト爲ルカ

第三條理

爲レリ故ニ慣習法ノ成立時期ハ裁判官カ一ノ慣習ヲ破リタル者ニ對シテ制裁
ヲ加フルノ時ニ在リト説クハ最モ正鵠ニ庶幾シト謂フヘキナリ。然レトモ慣
習法ハ獨リ裁判官ノ判決ニ依リテ成立ストノミ解スヘカラス行政官カ其職分
ニ依リテ慣習法ヲ認定スルコトモ亦甚多シ何トナレハ行政上ノ處分ハ屢臨機
ニ之ヲ行ヒ必スシモ成文法ニ依ルモノニ非サレハナリ。

法律ハ元ト固定的ノモノニシテ一タヒ定マルトキハ隨時ニ之ヲ變更スルコト
能ハス而シテ社會ノ變遷ハ頻繁ニシテ窮極ナシ故ニ唯一ノ法律ヲ設ケテ窮極
ナキノ變遷ニ應セムトスルモ社會ノ進歩ハ法律ノ釐正ヲ俟タス隨ヒテ爭訟紛
議ノ如キモ既存ノ法律ヲ以テ之ヲ裁判スルコト能ハサルニ至ルハ勢ノ固ヨリ
免カレサル所ナリ。此ノ如キ場合ニ於テ裁判官ハ據ルヘキノ慣習アルトキハ
大概其慣習ニ從ヒテ判決ヲ與フルモノナレトモ尙ホ慣習ノ據ルヘキモノナキ
時ニ際シテモ自ラ條理ナリト思惟スル所ニ從ヒテ判決スルヲ常トス。例ヘハ
羅馬ノ「プレートルカ」ストイック哲學派ノ理論ニ基ツキ萬國法(ジュニス、ゼンシウ

ムヲ以テ自然法ニ適合スルモノトシテ羅馬ノ内國法(ジュス、ジウヰレ)ヲ補正セシ所多カリシカ如キハ條理カ法律ノ淵源タリシヲ見ルニ於テ最モ著名ナル例證タリ又方今英國ノ衡平法裁判所ノ如キモ其實ハ概テ羅馬法ヲ參考シテ裁判スルニ過キサレトモ其起因ハ普通法ノ缺漏ヲ補ヒ條理ニ依リテ訴訟ヲ判決スル實際ノ必要ニ出テタルモノトス。且近世各國ノ法律ハ殆ト完備ノ域ニ進ミタルニモ拘ハラズ民事ノ訴訟ニ關シテハ尙ホ裁判官ニ命スルニ法律ノ明文若クハ慣習ナキトキハ條理ニ由リテ裁判スヘキコトヲ以テセリ。然ラハ條理カ法律ノ淵源タルコトモ亦疑ヲ容レス而シテ彼ノ自然法又ハ性法ナルモノ、存立スル所以モ亦實ニ此ニ存ス蓋シ自然法又ハ性法ナルモノハ法律ノ欠缺ヲ補苴スルカ爲メニ理想ニ依リテ知得スヘキ條理ニ外ナラサレハナリ。

第四 判決

裁判官ノ職務ハ法律ヲ適用スルニ在リテ法律ヲ制定スルコトヲ得ス然レトモ社會ノ事物ハ千態萬狀ニシテ殆ト際限ナキモノナレハ一々之ヲ法律ニ網羅セシコト難シ是ニ於テ裁判官カ慣習又ハ條理ニ從ヒテ裁判ヲ爲スノ必要生スル

コトハ既ニ前ニ述ヘタルカ如シ而シテ其裁判ハ同一又ハ類似ノ訴訟起ルニ際シテ後ノ裁判官カ先例トシテ之ニ準依スルコトハ古來何レノ國ニ於テモ其例證ヲ見ル所ナリ。殊ニ古代立法機關ノ完備セザリシ時代ニ於テ裁判例ニ依リテ法律ノ成立セシコト最モ多カリシハベンサム、メイソ等諸氏ノ論說ヲ以テ明瞭ナリ。

第五 學說

法律ニ關スル學者ノ論說ハ一人ノ私見ニシテ毫モ法律ノ效力ナキコト言テ俟タスト雖モ法律ノ發達ニ就キテ之ヲ察スルトキハ何レノ國ニ於テモ學說カ法律ノ淵源タリシコト頗ル多キニ居ル。而シテ其法律ノ淵源タルニハ二様ノ方法ニ由リタルカ如シ或ハ學者ノ意見カ直接ニ採用セラレテ法律ノ效力ヲ付セラル、コトアリ例ヘハ前ニ擧ケタル羅馬ノテオドールス第二世カ當時五大法律家ノ說ニ法律ノ效力アリトシ又ジュスチニヤン帝カ三十九大家ノ論說ヲ採リテ「チゼスト」法典ヲ編成セシカ如シ或ハ立法者カ法律ヲ制定スルニ方リ又ハ裁判官カ判決ヲ與ルニ方リテ學者ノ論說又ハ著書ヲ參考スルコトアリ是レ學說

近世ニ間
接採用ア
リテ直接
採用ナシ

第六、外
國法

固有法及
ヒ繼受法
母法及ヒ
子法

カ間接ニ採用セラレタル場合ナリ例ヘハポチエ氏ノ著書カ佛國民法編纂ノ參
考ト爲リウヰンドシヤイド氏ノ羅馬法論カ獨逸ノ或ル部分ノ裁判所ニ於テ參
考ニ供セラレタルカ如シ。要スルニ學者ノ論說カ法律ノ淵源タル場合ニハ二
様アレトモ近世ニ至リテハ唯立法又ハ裁判ノ參考ト爲ルニ過キス彼ノ羅馬ニ
於ケルカ如ク直接ニ法律ノ效力ヲ付セラル、コトハ幾ト罕ナリト謂フヘシ。

第六 外國法

世界交通ノ道未タ開ケス各國獨リ其疆域ヲ鎮守スル時代ニ於テハ一國ノ法律
ハ只其風俗民情ニ基ツキテ制定セラル、ノミ文化漸ク進ミテ内外ノ交際漸ク
繁ク貿易通商ノ術益々旺ナルニ及ヒテ外國ノ文物典章モ亦隨ヒテ輸入セラル、
ハ蓋シ自然ノ數ナリ。故ニ文化高度ノ國ノ法律ハ大抵流レテ文化低度ノ國ニ
入り或ハ多少其國法ノ面目ヲ革メ或ハ全ク其國法ニ代ハルコトアリ是ニ於テ
カ一國ノ法律ニ固有法及ヒ繼受法ノ區別ヲ見又子法及ヒ母法ノ名稱ヲ生スル
ニ至ル。固有法トハ其國ノ風土民情舊慣等ニ本ツキテ其根源ヲ外國ニ取ラサ
ル法律ヲ謂ヒ繼受法トハ外國ノ法律ヲ採用シ又ハ外國ノ法律ニ模倣シテ制定

外國法繼
受ノ方法

シタル法律ヲ謂フ子法トハ外國法ニ淵源スル法律ヲ名狀シ母法トハ其淵源タ
ル外國法ヲ名狀スルモノナリ。

外國法繼受ノ方法モ亦別チテ二ト爲スコトヲ得直接繼受及ヒ間接繼受是レナ
リ直接繼受ハ外國ノ法律ヲ純然採用スルモノニシテ中世歐洲諸國カ羅馬法ヲ
採用シ近世南獨逸カ那破崙法典ヲ採用セシカ如キハ然リ間接繼受ハ國法ヲ制
定スルニ方リ外國ノ法律ヲ模範トシ或ハ其體裁ニ倣ヒ或ハ其精神ヲ樹ムモノ
ニシテ例ヘハ我邦ノ太寶律ハ隋唐ノ法律ヲ參酌シ新律綱領ハ明清ノ律令ヲ折
衷シ又現行ノ刑法及ヒ其他ノ新法典ハ其模型ヲ歐米ノ法律ニ取リタルカ如キ
皆間接ニ外國法ヲ繼受シタルモノナリ。

第四章 法律ノ效力

法律ハ如何ナル時、如何ナル處ニ適用セラルヘキカ又何人カ之ヲ遵守スヘキカ
總テ此等ノ問題ヲ包括シテ法律ノ效力ニ關スル問題トス。

第一節 時ニ關スル法律ノ效力

時ニ關スル法律ノ效力第一則

施行期限ヲ定ムル方法及ヒ其比較

施行期限ノ種類

時ニ關スル法律ノ效力ニ就キテハ二箇ノ主要ナル規則ヲ考察スルヲ要ス。

第一 法律ハ公布ノ日ヨリ一定ノ施行期限ヲ經テ之ヲ遵守スルモノトス。

法律ハ公布ニ依リテ拘束力ヲ生スレトモ其遵守ノ效力ヲ生スルニハ通常一定ノ期限ヲ設ク之ヲ法律ノ施行期限ト謂フ其施行期限ヲ定ムル方法ニ二アリ一ハ公布ノ日ヨリ一定ノ期限ヲ經テ全國一般ニ行ハルヘシトスルモノニシテ一ハ立法府所在ノ地ヨリ距離ノ遠近ニ依リ各地施行期限ヲ異ニスルモノナリ。

我公公式ハ第二ノ方法ヲ採リ法例ハ第一ノ方法ヲ採ル。抑モ交通往來ノ便未タ十分ナラス國土境界ノ極メテ廣漠ナル國ニ於テハ各地法律ノ施行期限ヲ異ニスルノ必要ナキニ非ス然レトモ道路開通シ舟車ノ利郵便電信ノ利益昌ナルニ及ヒテハ必スシモ各地一々法律ノ施行期限ヲ異ニスルヲ要セス其公布ノ後一定ノ猶豫期限ヲ設クテ全國一時ニ之ヲ施行シ得ルハ蓋シ事物自然ノ理ナリ故ニ白獨諸國ハ皆新主義ヲ適用シ我邦ノ立法者モ亦法例ニハ之ヲ採レリ。

法律ノ施行期限ヲ分チテ二トス通常施行期限及ヒ特別施行期限是レナリ例ヘハ公公式ニ依レハ官報ノ各府縣到達後七日ヲ經ルヲ通常期限トシ法例ニ依レ

第二則

原則ハ意義一見スレハ明瞭ナレトモ實際疑議多シ

ハ法律形式上ノ法律公布ノ日ヨリ滿二十日ヲ經ルヲ通常期限トスレトモ法律公布ノ當日ヨリ施行スルモノ又ハ法律ニ特ニ施行ノ日ヲ定メタルモノアリ之ヲ特別施行期限トス。此區別ノ實用ハ通常施行期限ハ特ニ其法律ニ明記スル必要ナク特別施行期限ハ必ス其法律ニ明記シ又ハ他ノ法律ヲ以テ特ニ其期限ヲ定メサルヘカラサルニ在リ。

第二 法律ハ既往ニ遡ル效力ヲ有セス。此原則ハ羅馬ノ「コデツキス」法典ニ載セラレシヨリ以來近世諸國ノ法律ニモ皆之ヲ揭ク時ニ關スル法律ノ效力中緊切ニシテ動カスヘカラサルノ原則ト看做サル。蓋シ法律ハ或ル事ヲ命令シ又ハ禁止スルモノトス然ルニ若シ既往ニ遡ル效力アリトセハ法律ハ過去ノ事實ヲ命令シ又ハ禁止スルヲ得サルヘカラス是レ法律未タ存立セサルニ既ニ遵守ノ義務ヲ生スルモノニシテ世固ヨリ此ノ如キノ理アルヘカラス且之ヲ國家ノ公益ニ考フルモ苟モ法律ノ效力ヲ既往ニ及ホスコトヲ許サハ昨日正廉ノ行モ今日ハ變シテ罪惡ト爲リ昨日正當ノ行爲ニ由リテ得タル權利モ今日ハ倏忽ニ消滅スヘシ是レ決シテ公共ノ安寧ヲ保持スル所以ニ非ス故ニ理論上ヨリ見

ルモ公益上ヨリ見ルモ此原則ハ極メテ正當ニシテ其本ツク所ノ理由モ亦至テ
簡單ナルカ如シ然レトモ實際疑議紛生シ前世紀以來學者ノ議論ノ喧雜ナルコ
ト原則ノ一見シテ意議瞭然タルニ似ス余輩ハ今左ニ之ヲ略説セシ。

(一)法律
不溯及原
則ハ立法
上ノ原則
ニ非ス

(一) 法律不溯及ノ原則ハ立法上ノ原則ニ非ス。此理ハ輒近ノ學者カ概テ皆
承認スル所ナレトモ從來ノ學説ト法制トハ往々法律不溯及ノ原則ヲ以テ立法
上ニ推及セシモノナキニ非ス。北米合衆國ノ憲法ハ實ニ之ヲ立法上ノ原則ト
認メタルモノ、嚆矢ナリ該國ノ憲法ハ所謂事後ハ法律ヲ制定スルコトヲ禁セ
リ即チ立法者ニ溯及力ヲ有スヘキ法律ヲ制定スルノ權ナシトセシモノナリ次
キテ佛國共和第三年菓月五日ノ憲法及ヒ那威國ノ憲法ニモ亦法律ハ既往ニ溯
ル效力ヲ與フヘカラサルコトヲ規定セリ。當時學者ノ論説ヲ觀ルモ亦等シク
此ノ原則ノ範圍ヲ擴充シテ立法上ニ及ホセルモノ少シトセス就中佛國著名ノ
憲法論者パンシヤマン、コンスタン氏ノ如キハ法律ノ溯及力ハ法律ヲシテ虐ヲ
爲サシムルノ最モ甚シキモノナリト云ヘリ又同國民法ノ大家デマント氏ノ如
キモ此原則ニ二面ノ效力アリトシテ一面ニハ立法權ノ制限ヲ示シ一面ニハ法

立法上ノ
原則トシ
タル制度
及ヒ學説

律適用ノ準則ヲ定ムト云ヘリ。蓋シ此等ノ學者ハ法律ノ既往ニ溯ラサルハ法
律ノ原質ニシテ若シ法律ニ付スルニ溯及力ヲ以テセハ其原質ヲ褫奪スルモノ
ナリト思惟セシナリ然レトモ立法者ハ國家緊急ノ須要ニ應ジテ既往ニ溯ル法
律ヲモ作ルコトヲ得サルノ理ナク又實ニ之ヲ作ラサルヘカラサルノ責アリ舊
來ノ弊害ヲ蠶革シ既往ノ犯罪ヲ免除シ昔日ノ苛稅ヲ輕減スルカ如キ國家カ既
往ノ事實ニ溯リテ之ヲ措置スヘキノ必要多カラストセス而シテ若シ果シテ既
往ニ溯ル法律ヲ作ルコトヲ得ストセハ立法者ハ法律ノ改正ヲ爲スコト能ハス
シテ已マン且其既往ニ溯ル法律カ苟モ國家人民ノ福利ニ適應セハ其法律ハ之
ヲ良法ト謂ハスシテ將タ何トカ言ハシ然ラハ既往ニ溯ルハ法律ノ原質ニ反ス
トスル説ノ誤マレルコトハ言ヲ俟タス既往ニ溯ル法律ハ良法ニ非スト云フモ
亦未タ妥當ナリトスヘカラス。故ニ曰ク法律不溯及ノ原則ハ立法上ノ原則ニ
非スト。

(二)法律
不溯及ノ
原則ハ法
律適用上

(二) 法律不溯及ノ原則ハ法律適用上ノ原則ナリ。法律適用上ノ原則トシテ
考フルトキハ法律カ既往ニ溯ル效力ヲ有セスト云フハ同一ノ事物ニ關シテ新

ノ原則ナ

原則ノ意
義ニ關ス
ル學說及
ヒ制度

法律ハ何
故ニ既得
權ヲ害ス

舊二法互ニ其規定ヲ異ニスルニ當リ新法ハ其公布以後ノ時ニ於テ效力ヲ有シ
舊法ハ新法以前ノ時ニ於テ效力ヲ有スト云フノ意ノミ即チ舊法ハ既往ノ事ヲ
支配シ新法ハ將來ノ事ヲ支配スト云フ簡單ナル意義ニ過キサレナリ。然レト
モ實際ノ適用ニ至リテハ頗ル困難ヲ感セサルヲ得ス故ニ一般ノ學者ハ說ヲ爲
シテ謂ヘラク是レ法律ハ其效力ヲ既得權ニ及ホサストノ意義ナリト。而シテ
此學說ヲ把リテ法律ノ正條ニ明記シタルハ奧國民法ヲ以テ權輿トス同民法第
五條ニ曰ク法律ハ既往ニ溯ラス故ニ既遂ノ行爲及ヒ既得ノ權利ニ對シテ總テ
無効ナリト然レトモ此規定モ亦未タ完美ナリト謂フヲ得ス既遂ノ行爲ニ法律
ノ效力ヲ及ホサスト云フハ雷ニ贅語タルノミナラス却テ誤謬ヲ招クニ足ルモ
ノナリ何トナレハ法律ノ保護スル所ハ既得ノ權利ノミ凡ソ行爲ハ既遂ノモノ
ナリト雖モ未タ權利ヲ發生スルニ至ラサレハ法律カ之ニ效力ヲ及ホスコトア
ルモ毫モ妨ナケレハナリ。

法律ハ公共ノ利益ニ本ツキテ成ル立者者カ新法ヲ制定スルハ新法カ最モ公共
ノ利益ニ合フトスレハナリ故ニ新法カ舊法ニ比シテ更ニ善美ナルヘキハ普通

ルコトナ
欲セサル
カ

既得權ト
單純ノ利
益トノ差
異

ノ理ナリ從ヒテ新法ノ適用ハ一日モ速ナルヲ要ス假令ヒ個人ノ利益カ之カ爲
ノニ多少ノ傷害ヲ受クルコトアリト雖モ國家ノ公益ヲ枉クルノ理ナキナリ。
然レトモ國家ハ個人カ既ニ過去ニ於テ取得シタル權利ヲモ毀損シテ新法ニ服
從セシムルコトヲ好マス蓋シ個人ノ權利鞏固ナラサレハ國家ハ常ニ紛擾ヲ絶
ツノ期ナク既得ノ權利ヲ毀損スルハ國家ノ一大患害ナレハナリローラン氏曰
ク法律カ個人ノ權利ヲ褫奪スルコトヲ得ハ是レ既ニ社會ナキナリ又社會カ個
人ノ利益ノ下ニ屈服スルコトヲ要セハ是レ亦既ニ社會ナキナリト。然ラハ所
謂權利ト利益トノ間ニ存スル所ノ差異如何利益ハ將來ニ於テ權利ヲ有シ得ヘ
キ希望ニ止マリ未タ特定ノ資産ヲ組成スルニ至ラス他人ノ行爲ニ依リテ消滅
スルコトアリ例ヘハ推定相續人カ遺産ヲ相續シ得ヘキ希望ハ其財產所有者ノ
行爲ニ依リテ消滅スヘク又時効ニ由リ或ル物ノ所有權ヲ取得スルノ希望モ眞
正ノ所有者現出シテ其ノ物ヲ回收スルトキハ之ヲ奈何トモスルコト能ハス故
ニ此ノ如キ將來ノ希望ニ對シテハ新法ハ不利益ナル規定ヲ爲シテ其希望ヲ阻
絶スルモ決シテ不條理ト謂フヲ得ス之ニ反シテ個人ノ享受スル所ノ利益カ既

ニ資産ノ一部分ヲ成シ他人ノ行爲ヲ以テ之ヲ消滅セシムルコト能ハサルトキハ其利益ハ既ニ權利ト爲ル例ヘハ賣買讓與相續凡ソ法律上正當ノ權原ニ因リテ取得セル財産上ノ利益ノ如キハ皆既得ノ權利ニシテ單純ノ利益ニ非ス故ニ法律ハ妄ニ既往ノ事實ニ溯リテ之ヲ傷害スルコトヲ得サルナリ。

法律不遡及ノ原則ハ刑法ニ於テハ全ク適用ノ旨趣ヲ異ニス即チ唯嚴刑ハ既往ニ溯ラスト云フニ過キサレナリ本邦刑法第三條第二項ニ此原則ヲ認ムレトモ第三項ニハ若シ所犯頒布以前ニ在リテ未タ判決ヲ經サル者ハ新舊ノ法ヲ比照シ輕キニ從テ處斷ストアルハ即チ此意ナリ。例ヘハ一ノ犯罪アリテ舊法ハ之ヲ輕罪トシ新法ハ之ヲ重罪トスルトキハ新法ヲ捨テ舊法ニ依リテ之ヲ處斷スヘシト雖モ若シ新法ニ於テハ輕罪ト爲リ舊法ニ從ヘハ重罪ト爲ルトキハ舊法時代ニ犯セル罪ト雖モ新法ヲ適用シテ處斷スヘシ故ニ新法カ從來未タ犯罪ヲ構成セサリシ行爲ヲ罰シ又ハ從來刑罰ノ輕カリシ犯罪ヲ重クセル場合ニハ舊法ニ從ヒテ或ハ無罪ト爲リ或ハ寬刑ニ處セラルヘシト雖モ之ニ反シテ新法ニ於テ犯罪ト爲ラス又寬刑ト爲ルヘキモノハ新法ニ從ヒテ處斷セラル、モノト

ス。蓋シ刑法カ此ノ如ク既往ニ溯リテ無罪ノ行爲ヲ有罪トセス寬刑ヲ變シテ嚴刑ニ處セサルノ理由ハ犯罪人ノ既得權ヲ害セスト云フニ本ツクニ非ス是レ國家ハ慈仁ノミ學者或ハ舊法ノ寬刑ヲ受クルハ犯人ノ既得權ナリト説クモノアレトモ刑法ノ目的ヲ遺忘スルニ非サルヨリハ此ノ如キ孟浪ノ言ヲ爲スコト能ハス刑法ノ目的ハ一ニ國家ノ安寧秩序ヲ維持スルニ出ツ犯罪人ヲシテ國家ノ公力ニ對シテ尙ホ既得權ヲ主張スルコトヲ得シメハ法律ノ硬固ハ其レ將タ如何ニシテカ之ヲ求メン苟モ既得權ヲ害スヘカラスト云フノ理ヲ以テ刑罰ノ處分ヲ論セハ新法ノ刑寬ニシテ舊法ノ刑嚴ナルトキハ犯罪人舊法ニ從ヒテ嚴刑ニ處セラル、ノ權利ヲ有セサルヘカラス故ニ刑法不遡及ノ原則ヲ説クニ既得權ノ有無ヲ標準トスルハ到底條理ノ透徹ヲ缺クモノト謂フヘシ。

以上論述スル所ニ依レハ既得權ノ分界ハ甚狹少ニシテ且普通ノ場合ニ於テハ後ニ出テタル法律ノ爲メニ毀損セラレサルモノナレトモ之ニ對スル例外モ亦少シトセス。然ラハ法律ハ既往ニ溯リテ既得權ヲ害セストノ原則ハ唯法律適用ノ通則タルノミ法律ノ明文又ハ性質ニ依リテ裁判官カ其效力ヲ既往ニ及ホ

ニ關スル
近來ノ立

ス場合アルトキハ此原則ハ適用セララル、コトヲ得ス故ニ索遜民法第二條ノ如キハ此原則ノ範圍ヲ明確ニセシカ爲メ法律ノ明文若クハ其目的ニ依リテ反對ノ規定アルトキハ此限ニ在ラスト附記セリ蓋シ實際ノ必要此ノ如クナラサルヲ得ス而シテ獨帝國民法ハ遂ニ總則中ニ此原則ヲ省キテ載セス我邦ニ於テモ舊法例ニハ此原則ヲ載セタレトモ現行法例ハ之ヲ削除セリ。顧フニ法律ハ其性質ニ從ヒテ或ハ既往ニ溯リ或ハ既往ニ溯ラストセハ其既往ニ溯ル効力アルモノハ溯リ其既往ニ溯ル効力ナキモノハ溯ラスト云フト殆ト擇フ所ナク從ヒテ之ヲ一箇ノ原則トシテ貴重スルハ無用ナレハナリ故ニ其初メハ立法上ノ原則トシテ憲法ニ載セラレ過大ノ尊重ヲ受ケタル原則モ今ハ法律適用ノ原則中ニモ之ヲ數ヘサルニ至レリ僅々一世紀有半ノ間ヲ以テシテ其位置ノ高卑範圍ノ廣狹殆ト霄壤ノ差アルヲ見ル何ソ其レ變遷ノ甚シキヤ。

第二節 處ニ關スル法律ノ効力

屬人法ト
屬地法ト

凡ソ法律ニハ屬人法ト屬地法トノ二種アリ屬人法トハ一國ノ法律カ其人民ニ追隨スルモノニシテ人民ハ何地ニ至ルモ本國ノ法律ニ服從セサルヘカラス屬

法律上ノ
一大變遷

地法トハ一國ノ法律カ其疆土内ニ限リテ行ハル、モノニシテ其疆土内ニ在ル者ハ何國ノ人民タリト雖モ其法律ニ服從セサルヘカラス。古代ノ法律ハ概テ屬人法ニシテ今代ノ法律ハ概テ屬地法ナリ古代ニ於テハ屬人主權行ハレ主權者ハ或ル酋族ノ長ニシテ一國ノ首長ニ非ス羅馬ノ法律ハ羅馬人ノ法律ニシテ羅馬國ノ法律ニ非スモイスノ法律ハ猶太人ノ法律ニシテ猶太國ノ法律ニ非スマス。ローマノ法典ハ巴羅門教徒ニ與ヘラレ、コラン、經典ハ回々教徒ニ與ヘラレタルナリ故ニ古代ハ人ニ依リテ法律ヲ異ニシ法律ハ其人ノ到ル處ニ追隨セリ從ヒテ處ニ關スル法律ノ効力ヲ考察スルノ必要ナカリシナリ。其後國家ハ必ス一定ノ土地區劃ヲ有スル政治的團體タルノ狀ヲ成スニ至リ屬人主權一變シテ屬地主權ト爲リ法律ハ人ニ依リテ異ナルニ非スシテ國ニ依リテ異ナルニ及ヒ始メテ屬人法ノ外ニ屬地法ヲ生シ其範圍漸ク擴張シテ屬人法ノ領域益々縮少スルニ至レリ。是レ古今法律上ノ一大變遷ニシテ又今日ノ法律ニ於テ處ニ關スル効力ヲ説クノ特ニ必要ナル所以ナリ今左ニ其主要ナルモノヲ舉示セン。

第一則

第一 凡ソ法律ハ全國一般ニ行ハル、ヲ通則トス。一國ノ法律ハ其疆域ヲ

處ニ關スル
法律ノ
効力

越エテ行ハレス而シテ其疆域ノ及フ所ハ處トシテ行ハレサルナシ是レ法律ノ處ニ關スル普通ノ原則タリ。然レモ特別ノ場合特別ノ規則アルトキハ本國ノ法律モ外國ニ行ハル、コトアリ外國ノ法律モ本國ニ行ハル、コトアリ又本國ノ法律カ本國內ニ於テ或ル一地方ノ外ニ行ハレサルコトアリ故ニ法境ハ必スシモ國境ト同一ナラス以下ニ掲ケル所ノ規則ハ即チ此通則ノ特例ヲ成スモノナリ。

第二則

第二 特別法ノ區域ハ國境ヨリ狭少ナリ。聯邦組織ノ國ニ於テ此特例殊ニ多シ例ヘハ普國民法ハ普國ノミニ行ハレテ獨逸全國ニ行ハレス新約育訴訟法ハ新約育州ニノミ行ハレテ合衆國全體ニ行ハレサルカ如シ又英國ノ不動產長子相續法ハ特別ノ慣例ナキトキハ全國一般ニ行ハル、モ平分相續法ハ特別法トシテ獨リケンツト州ニノミ行ハレ佛國ニ於テモ法典編纂ノ未タ成就セラレサリシ以前ニハ各地特別ノ地方慣例アリテ行ハレタリ我邦ニ於テモ北海道沖繩縣及ヒ臺灣ニ關スル諸法令又ハ震災地方特別處分法ノ如キ一地方ニ限リテ行ハル、モノ其例少カラス。

第三則

第三 本國ノ法律モ治外法權ノ結果トシテ外國ニ行ハル。治外法權トハ一國カ他國ノ疆域内ニ於テ自國ノ法律ヲ行フコトヲ得ルノ特例ニシテ國際公法上ニ特ニ論究スル所ノ問題ナリ例ヘハ在公使館内ニ本國ノ法律行ハル、カ如キハ條約國カ互ニ治外法權ヲ認ルニ依ルモノニシテ是レ專ラ國家獨立主權ハ必要ニ本ツク法律上ノ擬制ニ出ツ。

第四則

第四 本國ノ法律ハ外國ノ領海ニ在ル軍艦内ニ行ハル。海ニ公海ト領海トアリ公海ハ萬民ノ共用ニ屬シ領海ハ一國ノ權力ノ被及ス可キ範圍ヲ示ス而シテ一國ノ領海ハ海岸ヲ距ル三海里ヲ以テ限度トスルコトハ國際公法ノ原則トシテ各國ノ齊シク承認スル所ナリ。故ニ凡ソ領海ヲ航シ又領海内ニ碇泊スル船舶ハ何レノ國籍ニ屬スルヲ問ハス悉ク其國ノ法律ニ從フヘキモノナレトモ獨リ軍艦ハ然ラス外國ノ領海ニ在ルトキト雖モ亦本國ノ法律ヲ適當セラル、コト、爲レリ是レ亦國家獨立主權ノ必要ヨリ生シタル擬制ニシテ軍艦ハ何國ノ海領ニ在リテモ尙ホ本國ノ土地ト同一視セラル、モノトス故ニ例ヘハ橫濱碇泊ノ英國軍艦内ニ犯罪入アルモ英國ノ法律ニ依リテ之ヲ罰シ日本ノ法律ヲ

以テ之ニ及ホスコトヲ得ス。

第五 普通ノ船舶ハ外國ノ領海ニ在ルトキハ其國ノ法律ニ從ヒ太平洋中ニ在ルトキハ本國ノ法律ニ從フ。前段ニ述フルカ如ク領海ハ國權ノ被及スヘキ邊海ノ區域ヲ示スモノナレハ普通ノ船舶ハ一タヒ他國ノ領海ニ入レハ其國ノ法律ニ支配セラレサルヘカラス何トナレハ普通ノ船舶ハ軍艦ト異ナリテ外國ノ法律ニ服從スルモ之カ爲メニ國家ノ獨立主權ニ害ナクレハナリ。然ルニ領海以外ノ海上ハ一國ノ所領ニ屬スルニ非ス世界ノ人民カ自由ニ來往スルコトヲ得ル所ニシテ之ヲ太平洋ト謂フ太平洋カ法律上ニ所謂公物ノ一種タル所以ハ即チ此ニ在リ故ニ普通船舶ハ其國籍ノ屬スル領海ヲ離ル、モ太平洋中ニ在ルモノハ依然トシテ本國ノ法律ニ從フモノトス。

第六 物ハ其所在地ノ法律ニ從フ。物ニ關スル法律ノ效力ニ付キテハ諸國ノ法制及ヒ學說必スシモ趣チ一ニセス不動産ハ國家獨立主權ノ觀念ニ由リテ內國人ニ屬スルモノハ勿論其外國人ニ屬スルモノト雖モ皆內國法ヲ適用スヘシトスルハ大抵各國ノ同シキ所ナリ故ニ不動産ニ關スル所有權ノ移轉質入抵

當等ハ外國人所有ノモノモ亦其所在地ノ法律ニ從フモノトス唯不動産ノ相續ニ付キテハ近世ノ學說ハ所在地ノ法律ヲ適用セスシテ被相續人ノ本國法ヲ適用スヘシトスルモノ多シ蓋シ相續ハ被相續人ノ人格ノ繼承ニシテ單純ナル財產取得ノ方法ニ非ストスレハナリ。動産ニ至リテハ其性質上所有者ト共ニ轉シテ定處ナキカ故ニ今世紀ノ前半ニ至ルマテハ所有者ノ本國法ニ從フヲ以テ一般ノ通説トセリ然レトモ近世商工業ノ發達ト共ニ動産ノ分量及ヒ價格ノ増加セシニ從ヒ實際ノ必要ハ通常動産所在地ノ法律ヲ適用セサルヲ得サルニ至レリ。而シテ其相續ニ關シテ被相續人ノ本國法ニ從フヲ以テ通説トスルコトハ不動産ノ相續ニ於ケルト同シ。

第七 私法上法律行為ノ成立及ヒ效力ハ當事者ノ意思ニ從ヒテ其適用セラレヘキ法律ヲ定メ契約以外ノ原因ニ因ル債權ノ成立及ヒ效力ハ其原因ノ生シタル國ノ法律ニ從フ。凡ソ法律行為ハ當事者ノ意思表示ニ因リテ成ル故ニ法律上當事者ノ意思ヲ尊重スルヲ原則トス從ヒテ内外交渉ノ法律關係ニ於テモ當事者ノ明示又ハ默示ノ意思ニ從ヒテ其適用スヘキ法律ヲ定ムルモノトス契

約以外ノ原因即チ事務管理不當利得不法行為等ニ因ル債權ハ一定ノ事實アレ
ハ法律上當然ニ生スルヲ以テ性質上當事者ノ意思ニ拘ハルコトヲ要セス故ニ
其原因ノ生シタル國ノ法律ニ從ヒテ其效力ヲ定ムルコトハ現今各國ノ通則ナ
リ。

第八則

第八 法律行為ノ方式ハ其行為ヲ爲シタル國ノ法律ニ從フ。法律ノ格言ニ曰
ク場所ハ行為ヲ支配スト是レ實際ノ必要ニ出タル原則ニシテ若シ其行為ヲ爲
シタル國ノ法律ニ從ハストセハ人或ハ法律上ノ行為ヲ遂クル能ハサルニ至ラ
ン何トナレハ行為ノ方式ハ各國之ヲ異ニシ彼ニハアリテ此ニハナキコト往々
ニシテ然レハナリ。故ニ例ヘハ不動産ノ賣買ニハ登記ヲ要シ又ハ贈與ハ公正
證書ヲ以テスヘシト云フカ如キハ唯其方式ヲ認ムル國ニ於テノミ必要ナレト
モ若シ其ノ方式ヲ認メス又ハ別段ノ方式ヲ認ムル國アラハ其法律ニ從ヘハ足
ル。

第九則

第九 訴訟ハ訴訟ヲ爲ス國ノ法律ニ從フ。故ニ外國ニ於テ爲シタル法律行
爲モ之ヲ日本ノ裁判所ニ訴フルトキハ日本ノ法律ニ從ヒテ訴訟ノ手續裁判執

行ノ方法等ヲ定ムヘキモノトス蓋シ手續ノ差異ハ法律關係ノ本體ニ損益スル
所ナクレハナリ。

第三節 人ニ關スル法律ノ效力

人ニ關ス
ル法律ノ
效力

人ニ關スル法律ノ效力ニ就キテ其主要ナル規則ヲ舉クレハ左ノ如シ。

第一則

第一 凡ソ法律ハ國民一般ニ之ヲ遵守スヘシ。此原則ハ人ニ關スル法律ノ
效力ノ最モ明白ナルモノニシテ別ニ詳説スルヲ要セス以下掲クル所ノ諸規則
ハ皆此原則ニ多少ノ變例ヲ加フルモノト思惟シテ可ナリ。

第二則

第二 特別法ハ或ル一地方ノ人民若クハ或ル種類ノ人民ニノミ行ハル。特
別法ニハ處ヲ本トスルモノト人ヲ本トスルモノトノ二種アルコトハ法律ノ彙
類ヲ説クニ當リテ余輩既ニ之ヲ盡セリ而シテ其共ニ國民ノ一部分ニノミ行ハ
ル、コトモ亦辯明ヲ俟タサルヘシ。

第三則

第三 法律ハ主權者若クハ國家ノ元首ニ其效力ヲ及ボサス。主權者トハ國
家ノ最高權ヲ有スル個人若クハ個人ノ集合體ヲ謂フ主權者ニシテ若シ法律ニ
服從スルノ義務ヲ負フトキハ其尊嚴ヲ保ツ能ハサルコトハ論ナキノミナラス

元來法律ヲ制定シ法律ノ上ニ位スル者安ソ法律ノ支配ヲ受クルノ理アルヘケ
 ンヤ是レ法律カ主權者ニ其效力ヲ及ホサ、ル所以ナリ。唯主權者カ一箇ノ集
 合體ヨリ成ルトキハ其全體カ一人ニ對シテ法律ヲ適用スルコトナキニ非ス是
 レ其全體ハ主權者ナレトモ其一人ハ主權者ニ非サレハナリ然レトモ此ノ如ク
 主權者カ集合體ヨリ成ル場合ニ於テモ其國ノ君主ハ實際主權ノ全體ヲ掌握ス
 ルニ非スシテ尙ホ法律ノ效力ヲ其一身ニ及ホサ、ルヲ原則トス何トナレハ政
 治上君主ハ法律ノ淵源トシテ其尊嚴ヲ墜スコトナキヲ要スレハナリ例ヘハ英
 國ニ於テ主權ハ國王ト上下兩院トノ共掌ニ屬スルニ拘ハラス國王ハ全ク法律
 上ノ責任ヲ有セサルカ如キハ即チ是レナリ。若シ其尊嚴ヲ傷ケサル程度ニ於
 テ法律ヲ適用スルコトヲ得ハ或ハ法律ノ效力ヲ及ホスコトナキニ非ス故ニ例
 ヘハ刑法其ノ他一切懲罰ニ關スル法律又ハ人ノ身分能力ニ關スル規則ノ如キ
 ハ總テ其效力ヲ君主ニ及ホスコトヲ得サレトモ財產上ノ契約及ヒ取引ノ如キ
 ニ關シテハ歐洲諸國ノ制度ハ往々財產法ノ規定ヲ適用スルコト、爲レリ。我
 國ニ於テハ一切ノ法律ニ就キテ別ニ特例ヲ設クルモノナシ故ニ天皇ハ全ク法

律上ノ責任ヲ負ハス。若シ夫レ共和國ノ大統領ハ固ヨリ主權者ニ非ス又君主
 ニ非ス然レトモ國家ノ元首トシテ政治上ノ最高位ニ在ルカ故ニ或ル特殊ノ犯
 罪例ヘハ叛逆ノ罪ノ如キノ外ハ主權者又ハ君主ト同シク法律上ノ責任ヲ歸セ
 サルヲ以テ通則トス。

第四則

第四 外國ニ在留スル國民ハ其在留國ノ法律ニ從フ。凡ソ一國ノ法律ハ其
 境土ニ棲息スル一切ノ人民ヲ支配ス然ルニ人ハ常ニ一定ノ土地疆域ニ生活ス
 ルモノニ非ス或ハ國外ニ漫遊スルコトアリ或ハ國外ニ在留スルコトアリ若シ
 法律ハ人ニ隨フヲ以テ原則トセハ內國人ハ外國ニ在ルトキト雖モ尙ホ內國法
 ニ服從スヘク若シ之ニ反シテ法律ハ國土ニ屬スルヲ以テ原則トセハ內國人モ
 外國ニ在ルトキハ其在留國ノ法律ヲ適用セラルヘシ。而シテ近世ノ法律ハ屬
 地主義ニ依リテ成ルコト前ニ述ヘタルカ如クナルヲ以テ外國ニ在留スル國民
 ハ其在留國ノ法律ニ從フヘキハ近世ニ於ケル國法ノ原則ナリ然レトモ國際上
 ハ便宜ハ此原則ヲ全然適用スルコトヲ許サス故ヲ以テ現今各國ノ法律ハ大抵
 相互ノ讓歩ニ依リテ或ル場合ニ外國法ノ效力ヲ內國ニ認容スルコトアリ左ニ

示ス所ノ三箇ノ規則ハ即チ是レナリ。

第五 人ノ身分及ヒ能力ハ本國法ニ從フ。凡ソ親族ノ關係及ヒ其關係ヨリ生スル權利義務ハ皆身分及ヒ能力ニ關スル法律ノ中ニ規定セラル、モノニシテ大抵其本國ノ氣候、風俗、人情ト密接ノ關係ヲ有ス故ニ其國ニ生マレタル者ヲシテ永ク其國ノ法律ニ從ハシムルハ當然ノ理ナリ近世ノ諸國カ多クハ此原則ヲ認メテ國際ノ便宜ヲ計ルノ趣旨ハ實ニ茲ニ存ス。例ヘハ在留國ノ法律ニ從ヘハ適婚齡ニ達スルモ本國ノ法律ニ於テ未タ適婚齡ニ達セサルトキハ假令ヒ在留國ニ於テ婚姻ヲ爲スモ之ニ依リテ夫婦タル身分ヲ得ルコト能ハス又之ニ反シテ在留國ニ於テハ滿二十五歳ヲ成年トシ本國ニ在リテハ滿二十歳ヲ成年トスルトキハ滿二十歳ニ達セル本國人ハ在留國ニ在リテモ尙ホ民法上ノ能力ヲ有スルコトヲ得。

第六 憲法上國民ノ義務ハ本國法ニ從フ。憲法上國民ノ義務トハ兵役及ヒ納稅ノ義務ナリ其本國法ニ從フハ專ラ國籍ノ關係ニ依ル蓋シ國籍ハ國家ト人トヲ連結スルノ關鎖ニシテ假令ヒ外國ニ在留スルモ國民タル者ハ其關鎖ヲ

絶ツヘカラス從ヒテ國家成立ノ必要上此義務ヲ免ル、コトヲ得サルナリ。

第七 國際公法上治外法權ヲ有スル者ハ外國ニ在ルトキト雖モ尙ホ其本國法ニ從フ。國際公法上ニ所謂治外法權ノ特權ヲ有スル者ハ帝王、大統領、皇族、公使及ヒ其附屬員トス其一般人民ノ外ニ特權ヲ有スルハ專ラ國家獨立主權ノ觀念ニ本ツクコトハ既ニ説ケリ又治外法權ノ特別ノ國際條約ニ因リテ在留人民一般ニ許サル、コトアリ例ヘハ現今我國カ清國及ヒ朝鮮ニ對スル關係ノ如キハ然リ所謂領事裁判ノ制度ハ之カ爲メニ行ハル是レ特別ノ原因ニ因リテ生スルモノニシテ固ヨリ以テ常例ト爲スヘカラス。

第五章 法律ノ變更及ヒ廢止

法律ノ變更トハ舊法ヲ廢シテ更ニ之ニ代ハル、ヘキ新法ヲ設クルヲ謂ヒ法律ノ廢止トハ舊法ヲ廢シテ更ニ之ニ代ハル、ヘキ新法ヲ設ケサルヲ謂フ學理上ハ法律ノ變更モ亦一種ノ廢止ニ過キス唯新ニ舊法ニ代ハル、ヘキ法律ノ制定アルカ故ニ之ヲ變更ト稱シテ單純ノ廢止ト區別スルノミ。

第一、全部ノ廢止及ヒ一部分ノ廢止

法律ノ廢止ヲ分チテ左ノ如クスルコトヲ得。

第一 全部ノ廢止及ヒ一部分ノ廢止。全部ノ廢止トハ法律ノ全體ヲシテ效力ヲ失ハシムルモノニシテ一部分ノ廢止トハ單ニ或ル部分ノ效力ヲ失ハシムルニ止マルモノナリ乃チ此區別ハ舊法廢止ノ範圍如何ニ就キテ設クルモノナリ。

第二、内因ニ因ル廢止及ヒ外因ニ因ル廢止

第二 内因ニ因ル廢止及ヒ外因ニ因ル廢止。内因ニ因ル廢止ハ法律其物ノ内部ニ廢止ノ理由ヲ包含セラル、場合ニ生シ外因ニ因ル廢止ハ立法者ノ意思ニ依リテ現行法律ノ廢止セラル、場合ニ生ス乃チ此區別ハ舊法廢止ノ原因如何ニ依リテ設クルモノナリ。

内因ニ因ル廢止ノ場合

内因ニ因ル廢止ノ場合ハ之ヲ左ノ三種ニ別ツ。

(イ) 法律ニ豫メ實施ノ期限ヲ定メ其ノ期限ヲ經過シテ法律ハ效力ヲ失フ場合。即チ法律ノ明文ニ此法律ハ自今何年間之ヲ施行ストアル場合ニシテ例ヘハ臺灣ニ施行スヘキ法令ノ件ヲ定メタル明治二十九年法律第六十三號ノ如キハ然リ此場合ニハ其施行期限經過シタルトキハ其法律ハ當然廢止ニ歸ス。
(ロ) 法律ノ規定ヲ要セシ、事物ノ消滅セシ、場合。例ヘハ戰時ノ戒嚴宣告ノ如キハ其最モ著シキモノナリ又臨時博覽會事務ノ爲メニ定メラレタル法律カ博覽會ノ終結ト同時ニ其效力ヲ失フカ如キモ亦然リ。

外因ニ因ル廢止ノ場合

キハ其最モ著シキモノナリ又臨時博覽會事務ノ爲メニ定メラレタル法律カ博覽會ノ終結ト同時ニ其效力ヲ失フカ如キモ亦然リ。
(ハ) 經過法カ新法ハ全然實施ニ依リテ自然ニ廢止セラル、場合。經過法トハ舊法ヨリ新法ニ移ルニ方リテ新舊二法ヲ調和スル所ノ法律ナリ例ヘハ明治十四年布告第八十一號ヲ以テ改定律例ノ時代ニ罪ヲ犯シタル者刑法ノ時代ニ發覺スルトキハ新舊二法ヲ照シ輕キニ從ヒテ處斷スヘシト定メタルカ如キハ是レナリ。若シ歲月ヲ經テ舊法時代ノ犯罪人盡ク刑セラレ或ハ死亡シ或ハ時効ヲ經タル後ハ新法カ全然其效力ヲ有スルヲ以テ此ノ如キ經過法ハ自然ニ其效用ヲ失ヒテ廢止ニ歸スルモノトス。

外因ニ因ル廢止ノ場合モ亦左ノ如ク區別スルコトヲ得。

(イ) 明示ノ廢止即チ新法ニ舊法ヲ廢止スルコトヲ明言スル場合。是レ廢止ノ最モ明確ナル場合ニシテ例ヘハ市町村制ニ依リテ從來ノ區町村會法ノ廢止セラレ訴訟法ニ依リテ從來ノ請願規則カ廢止セラレタルカ如キハ皆然リ。現今ノ法律制定ノ方法ニ依レハ舊法廢止ノ明文ハ概テ新法ノ編尾ニ附則ナル表

題ヲ設ケテ其中ニ之ヲ掲クルモノ、如シ。

(ロ) 黙示ノ廢止即チ新法ニ舊法ヲ廢止スルコトヲ明言セサル場合。凡ソ新ニ法律ノ制定アリテ舊法ノ規定ノ全部又ハ一分之ニ矛盾スルトキハ其規定ハ自然消滅ニ歸スルモノタルハ法律學上ノ原則ナリ羅馬法ノ格言ニ曰ク後法ハ前法ヲ廢スト。故ニ此ノ如キ場合ニハ新法ニ於テ舊法ヲ廢止スルノ意思ヲ明示セサレトモ解釋上舊法ハ暗黙ニ廢止セラレタリト看做スコトヲ得然レトモ解釋上固ヨリ疑議ノ生スルヲ免レサルヲ以テ往々適從スル所ニ苦シムコトナキヲ保セス從ヒテ若シ立法ノ完全ヲ求ムルトキハ明示ノ廢止ノ勝レルニ若カス。

法律ハ永遠ニ其效力ヲ有スルヲ原則トス

凡ソ法律ハ一タヒ制定セラレレハ永遠ニ其效力ヲ有スハキモハトス假令ヒ幾多ノ歲月ヲ經テ其實用ヲ見サルモ立法者カ一定ノ方法ニ依リテ其廢止又ハ變更ノ意思ヲ表章セサル間ハ飽マテ法律トシテ有效ナリトセサルヘカラス埃國民法第九條ノ如キハ實ニ此原則ヲ明記セリ然レトモ此原則ハ專ラ近世ノ進歩セル諸國ニ於テ之ヲ適用スヘシ若シ際限ナク之ヲ適用セハ誤謬ヲ免レサラン

例ヘハ我古代法タル聖德太子ノ憲法モ大寶律モ又近クハ徳川氏ノ百箇條モ歷代ノ變遷ニ依リテ自ラ不用ト爲リ今日ニ於テ何人モ其效力アルコトヲ信スル者ナカルヘシト雖モ一定ノ方法ニ依リテ變更廢止セラレタルノ事實ハ固ヨリ之ナカリシナリ。

第六章 法律ノ解釋

第一節 法律解釋ノ必要

法律解釋ノ意義

法律解釋ノ必要

法律ノ解釋トハ法律ノ適用ヲ誤マラサランカ爲メニ其不明不悉ノ意義ヲ確定スル方法ヲ謂フ蓋シ法律制定ノ業ハ固ヨリ容易ナラス假令ヒ學識經驗一世ニ卓絶スルノ人ニシテ之カ編纂ノ任ニ當ルモ之ヲ實地ニ適用スルニ至リテハ多少ノ疑義ナキヲ得ス古ノ立法者カ其立法ノ事業ヲ竣ルヤ衆說ノ紛トシテ却テ法律ノ眞義ヲ亂サンコトヲ憂ヒ其解釋註疏ヲ禁セシコト往々ニシテアリ例ヘハ羅馬ノ儒帝カ「ヂゼスト」法典ノ中ニ法典解釋ノ禁令ヲ設ク普國ノ弗烈利克大王カ其法典ノ註疏ヲ禁止セシカ如キハ其好例證タリ而シテ其禁令ハ常ニ無用

ニ歸シ一モ實際ニ行ハレタルコトナシ佛國法典ノ成ルヤ幾ハクモナクシテ其註解世ニ出テタリ拿破倫帝書ヲ抛テ歎シテ曰ク嗟朕カ法典既ニ廢セリト蓋シ其自以テ完璧ト爲シタル法典モ實際ニ於テ疑義百出スルコトヲ免レサリシナリ又以テ法律解釋ノ如何ニ緊切ナルヤヲ知ルニ足ル。故ニ歐洲諸國ニ於テハ法律解釋ノ方法ヲ講究スルハ殆ト一科ノ學問ト見做サル、ニ至レリ「エルマヌ」チツク「即チ法律解釋學ト稱スルモノ是レナリ。

法律ノ疑義トハ如何ナルモ何ナルカ

法律ノ疑義ハ分チテ二トス曰ク明顯疑義曰ク隱匿疑義是レナリ明顯疑義トハ疑義ハ法文ノ表面ニ顯ハル、モノヲ謂ヒ隱匿疑義トハ法文ノ意義ハ明瞭ニシテ之ニ的當スヘキ事實正確ナラサルモノヲ謂フ若シ文字妥當ナラス語法亂雜シテ法文ノ意義了解シ難キカ如キアラハ是レ疑義カ法文ノ表面ニ存スルモノニシテ明顯疑義ニ屬ス然ルニ法律ノ文章字句ニ於テハ一點ノ疑義ヲ容レサルモ其範圍其本質ニ於テ明確ナラサルモノ例ヘハ官吏瀆職ノ場合ニ官吏ナル文字ハ市町村長ヲモ學校教員ヲモ含ムヤ否ヤ又詐欺取財ノ場合ニ財物ヲ騙取ストアルハ有形ノ財貨ノミヲ指スヤ將タ無形ノ權利ヲモ包容スルヤト云フカ如

法律解釋ノ種類
第一、公正解釋

ク其官吏若クハ財物ナル文字カ通常慣用セラレテ意義瞭然タルニ似ス其範圍其本質ニ於テ疑義ヲ存スルハ皆隱匿疑義ニ屬ス。然ラハ法律ノ疑義ヲ解釋スルニハ苟モ法文ニ脱漏若クハ誤謬ナクシテ文意字義ノ明晰ヲ缺クモノアルトキハ文理又ハ論理ニ由リテ其文字ヲ解シ尙ホ其解シ難キニ於テハ法律ノ起因ヲ尋子或ハ編纂ノ記録ニ徴シテ其意義ヲ釋定シ以テ立法者ノ眞意ヲ知悉センコトヲ要ス。是レ通常裁判官行政官モ亦同シ又ハ學者ノ任務ニ屬ス然レトモ法律ノ疑義ハ到底免ルヘカラサルヲ以テ其解釋ニ付キテハ獨リ裁判官又ハ學者ニ一任セス法律カ自ラ務メテ其疑義ヲ明ニスルコトアリ。

第二節 法律解釋ノ種類

法律解釋ノ種類ヲ大別シテ公正解釋及ヒ私見解釋ノ二トス。

第一 公正解釋

公正解釋トハ其解釋ニ由ル意義カ法律ハ眞正ナル意義トシテ公ノ效力ヲ有スルモノヲ謂フ又之ヲ細別シテ立法上ノ解釋及ヒ裁判上ノ解釋トス立法上ノ解釋トハ法律自ラ法文ノ意義ヲ説明スルヲ謂ヒ裁判上ノ解釋トハ訴訟事件ニ關

甲、立法上ノ解釋

スル、法律ニ付キテ、裁判官ハ與ヘタル解釋ヲ謂フ。
甲 立法上ノ解釋 立法上ノ解釋ヲ爲ス方法ニ種々アリ今其主要ナルモノヲ擧ク。

立法上ノ解釋ヲ爲ス方法

(イ) 法文中ニ解釋ヲ挿入スルコト。此方法ハ何レノ國ニ於テモ大概採用セラル我邦ニ於テモ亦同シ近來ノ立法ニ於テ其例少シト雖モ尙ホ森林法、河川法、砂防法等ノ如キ法文ニ用ヰル文字ニ就キ解釋ヲ付セルモノアリ又舊民法財産編總則ノ如キハ半ハ此解釋ヲ以テ充サレタリ。此方法ヲ以テシタル立法上ノ解釋ハ普通ノ解釋トハ大ニ其趣ヲ異ニシ法律中ノ他ノ條文ト同シク法律トシテ命令セララル、モノニシテ他ノ解釋ヲ以テ之ヲ左右スルコトヲ得サルモノトス故ニ立法者ハ務メテ此方法ヲ採ラサルヲ可トス。

(ロ) 附屬ノ法律ヲ以テスルコト。此方法モ亦普ク各國ニ行ハル、モノニシテ我國ニ於テハ民法施行法ノ如キハ即チ此方法ニ依リテ定メラレタルモノナリ而シテ此方法ヲ以テシタル解釋ノ效力モ亦第一種ノモノト等シク法律ノ他ノ部分ト毫モ異ナル所ナシ。

(ハ) 法律公布ノ時、理由書ヲ付スルコト。此方法モ亦屢採用セララル、モノニシテ我國ニ於テハ市町村制ヲ公布スルニ當リテ其理由書ヲ添附セリ是レ立法ノ精神ヲ知ルニ頗ル便利ナルモノナレトモ理由書ハ法律ニ非サルカ故ニ拘束的ノ效力ヲ有スルコト前二種ノ解釋ノ如クナルコトヲ得ス。

(ニ) 法律中ニ適例ヲ挿入スルコト。此方法ハ我國ニ於テハ未タ其例アルヲ見ス彼ノ英國法律大家ノ立案ニ係ル印度契約法及ヒ印度刑法ハ每條其正文ヲ證明スルニ足ルヘキ適例ヲ示シタルモノトシテ甚著名ナリ。適例ハ元來唯一箇ノ參考ニ過キサレハ此方法ヲ示シタル解釋ハ法律ノ正文ト等シク拘束力ヲ有スト思惟スヘカラス故ニ假令ヒ適例ト同一ノ場合ニ遭遇ストモ裁判官ハ必スシモ其適例ニ拘束セララル、ヲ要セス別ニ殊異ノ解釋ヲ爲スコトヲ得ヘシ。

(ホ) 行政官司法官ノ伺ニ對シテ指令ヲ與フルコト。此方法ハ從來各國ニ於テ採用シタル所ニシテ我國ニ於テモ刑法治罪法ノ公布セラレタル當時ニハ其法文ノ疑義ニ關シテ與ヘタル指令甚多シ。然レトモ指令ハ唯指令ヲ爲ス者ノ意思ヲ發表スルニ止マリ之ヲ以テ真正ナル法律上ノ意義ト看做スヘカラス。

殊ニ國家ノ各機關カ完備セルコト今日ノ如クナルトキニ於テハ司法官ハ獨立シテ法律ノ解釋ヲ爲シ敢テ立法者ノ指令ヲ待タス又立法者ハ唯法律ヲ制定スルニ止マリ其法律ノ適用ニ付キテ何等ノ干涉ヲ爲スコトナシ故ニ今日ニ於テハ此方法ヲ以テ立法上ノ解釋ヲ爲スコトナシ但行政官ニ至リテハ其性質自ラ司法官ト異ナリ上官ノ命ヲ奉シテ法律ヲ執行スルルカ故ニ法律上ノ疑義ニ關シテハ指令又ハ訓令等ノ發セラル、コト極メテ多シ而シテ其指令又ハ訓令ハ行政内部ノ關係ニ屬シ立法部ヨリシテ之ヲ發スルカ如キハ行政官ニ對シテモ亦之アルコトナシ。

乙、裁判上ノ解釋

裁判上ノ解釋ニ關スル近世

乙 裁判上ノ解釋 裁判上ノ解釋ハ立法上ノ解釋ト同シク公ノ效力ヲ有スルコトハ固ヨリ論ナシ然レトモ其效力ハ立法上ノ解釋ニ比スレハ著ク制限セラル、モノニシテ他ノ裁判所ハ勿論同一ノ裁判所ト雖モ一タヒ與ヘタル解釋ヲ後ニ至リテ覆スコトヲ得唯其私見解釋ト異ナリテ公ノ效力ヲ有スルハ則チ其解釋ニ從ヒテ裁判ノ確定スルトキハ又之ヲ破壞スルノ道ナクレハナリ。裁判官カ法律ヲ解釋スルニ當リテ近世ノ文明諸國ハ其職務上ノ標準ヲ明ニセ

諸國ノ原則

(一) 裁判官ハ法律ノ不明不備若クハ欠缺アルヲ口實トシテ訴訟ヲ受理セス又ハ裁判ヲ拒絕スルコトヲ得ス

ノカ爲メニ左ノ二原則ヲ認ム。

(一) 裁判官ハ法律ノ不明不備若クハ欠缺アルヲ口實トシテ訴訟ヲ受理セス又ハ裁判ヲ拒絕スルコトヲ得ス。社會ノ事物ハ錯雜混淆シ千態萬狀ニシテ一様ナラス千里ノ明ヲ具フル者アリト雖モ一々之ヲ洞察シテ法律ノ明文ニ規定スルコト能ハス然ルニ人類ノ社會ニ棲息スルヤ彼此往來交際ノ間ニ爭議屢起リ是非曲直紛トシテ定メ難キコト少カラス而シテ國家ハ一個人ヲシテ自ラ其爭議ヲ決セシムルヲ許サス必スヤ之ヲ國家ノ械關タル裁判官ニ訴ヘテ其判決ヲ待タシム此時ニ於テ若シ裁判官タル者法律ノ不明不備又ハ欠缺アルヲ口實トシテ其訴訟ヲ受理セス又其曲直ヲ判決スルコトヲ拒マハ一個人ハ何ニ由リテカ貴重ノ權利ヲ保全シ身體財產ノ安固ヲ求ムルヲ得ンヤ一個人ノ權利傷害セラレ身體財產ノ安固得テ求ムヘカラスンハ國家疹瘁セサルモノ幾ト希ナリ是レ此規則ノ由リテ設クシタル所以ニシテ且裁判官カ此規則ニ悖戾スルニ當リテハ法律ハ此ニ對シテ相當ノ制裁ヲ施ス所以ナリ。然レトモ裁判官ハ此規則アルカ爲メニ如何ナル場合ニモ必ス裁判ヲ爲シ得ヘシト解スヘカラス何

トナレハ裁判官ノ職權ハ其國ノ憲法及ヒ法律ニ由ラテ一定スルモノニシテ其職權以外ノ事實ニ付キテハ固ヨリ裁判ヲ爲シ得ヘキニ非サレハナリ故ニ例ヘハ我裁判所構成法ニ於テ裁判所ハ民事及ヒ刑事ノ裁判ヲ爲スト定メラレタリトスレハ其以外ノ訴訟例ヘハ行政訴訟ノ如キハ特別ノ委任ナクシテ之ヲ裁判スルコトヲ得ス唯其職權内ニ於テハ法律ノ不明不備又ハ欠缺アルヲ理由トシテ訴訟ヲ受理セス又ハ裁判ヲ拒絶スルコト能ハサルナリ。

(二) 裁判官ハ法律ノ善惡ヲ審判スルノ權ヲ有セス

(二) 裁判官ハ法律ノ善惡ヲ審判スルノ權ヲ有セス。立法者ノ法律ヲ制定スル固ヨリ註誤ナキコトヲ期セス故ニ法律ノ條規ニシテ正理ニ反シ公益ニ悖レルモノ或ハ之アラザラシトモ若シ裁判官ヲシテ法律ノ善惡ヲ審判シ以テ法律ヲ補正スルコトヲ許サハ是レ裁判官ヲシテ立法者ノ地位ニ居ラシムルモノニシテ其危險蓋シ言フヘカラサルモノアラザラシ況ヤ正理ト云ヒ公益ト云フモノハ人々其見ル所ヲ異ニシ敢テ一定ノ繩墨アラザラシニ於テチヤ立法者ニシテ註誤アルヲ免レスムハ裁判官モ亦過失ナキヲ保セス是故ニ裁判官タル者ハ唯法律ノ規定スル所如何ト顧ルノミ善惡ヲ審判スルノ職權アルヘカラス。然レトモ

立法者ト裁判官トノ職務ニ截然タル區分アルハ近世ノ事ノミ法律ノ沿革ニ就キテ察スルトキハ古代立法事業ノ未タ整備セザリシニ當リテハ裁判官カ法律ヲ補正シテ間接ニ法律ヲ創定セシコト尠カラザリシハ既ニ前ニ説ケルカ如シ。メイソ氏カ其所著古代法ニ於テ法律ノ起源ヲ説クヤ之ヲ言語ノ發達ニ考ヘテ頗ル詳密ナルモノナリ以爲ヘラク希臘ニ於ケル法律ノ起源ハ「テミス」ニ在リ「テミス」トハ神ノ裁判ノ義ナリ蓋シ古代ニ在リテハ國王ハ法律ヲ制定スルニ非スシテ爭訟ヲ裁判スルヲ以テ治世ノ最大要務トシ其裁判ハ之ヲ神意ニ本ツクタリ而シテ類似ノ訴訟ハ先例ニ由リテ類似ノ裁判ニ付セラル、カ故ニ「テミス」ナル語ノ複數「テミテス」ハ裁判例ノ義ヲ有シ後ニハ之ヲ「ヂク」トモ稱シ更ニ「ノモス」即チ今日ニ所謂法律ナル文字ヲ生セリ云々ト。

近世ノ立憲國ニ於テハ成文法ノ制定ニ二箇ノ形式アルコトハ前ニ之ヲ述ヘタリ而シテ命令ヲ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得サルハ各國ノ憲法ニ明言スル所ナリ此憲法ノ制限アルニ拘ラスシテ法律ニ牴觸スル命令發布セラレタルトキハ裁判官ハ其命令ノ違法ナルヤ否ヤヲ審判スルノ權ナキコトハ明白ナレトモ

法律解釋ノ結果トシテ法律ヲ取りテ命令ヲ含ツルハ裁判官ノ職權ヲ越エタリト謂フヘカラス蓋シ命令ノ善惡ヲ審判スルニ非スシテ單ニ其適用スヘキノ準則ヲ解釋スルモノナリ。若シ夫レ法律命令カ違憲ナリヤ否ヤノ問題ニ於テハ裁判官ニ於テ之カ審判ヲ爲スノ權ナキコトハ言ヲ俟タサルナリ。

第二私見解釋

第二 〇〇私見解釋。私見解釋トハ其解釋ニ由ル意義カ公ノ效力アルニ非スシテ唯學者一己ノ見解ニ止マルモノヲ謂フ其學者ノ論說トシテ行ハルカ故ニ又之ヲ學理解釋トモ稱ス而シテ其解釋カ著名ナル學者ノ攷究ニ出テタルモノハ實際裁判官又ハ行政官ノ參考ト爲リテ公ニ效力ヲ有スルコトナキニ非サレトモ是レ單ニ裁判又ハ處分ノ資料ト爲ルニ過キス假令ヒ間接ニ公ノ效力ヲ生シタリトスルモ其本質トシテ公ノ效力ヲ有スルニ非ス是レ其遂ニ一己ノ私見ニ止マル所以ナリ唯其レ然リ故ニ其解釋ノ方法若クハ範圍等ニ於テ毫モ制限セラル、所ナク總テ解釋者其人ノ自由ニ存ス。

第三節 法律解釋ノ規則

法律解釋ノ規則

法律ノ解釋ハ人々ノ見解ニ任シ敢テ之ヲ檢束スヘキニ非スト雖モ裁判上並ニ學理上ノ解釋ヲ爲スニ當リテハ自ラ留意スヘキノ規則アリテ存ス今其主要ナルモノヲ略說セソ。

第一則

第一則 法律ノ解釋ハ文理解釋ヲ先ニシ論理解釋ヲ後ニス。文理解釋トハ法律ノ文章字句ニ本ツキテ爲シタル解釋ヲ謂ヒ論理解釋トハ法律制定ノ目的及ヒ其他一切ノ事情ヲ斟酌シテ爲シタル解釋ヲ謂フ共ニ法律解釋ノ方法タリ而シテ元來文字ハ思想ノ標記ナリトスレハ先ツ之ニ依リテ法律ノ精神ヲ察スルヲ當然ノ事トス是レ法律ノ意義ヲ解スルニハ文理解釋ヲ先ニシ論理解釋ヲ後ニスヘキ所以ナリ。

第二則

第二則 文理解釋ト論理解釋ト牴觸スルトキハ論理解釋ニ從フ。文字ハ思想ノ標記ナルカ故ニ法律ノ精神ハ文字ヲ舍キテ他ニ之ヲ求ムヘキモノナキカ如シ故ニ重テ文字ノ上ニ置クハ敢テ不可ナルコトナケレトモ又一方ヨリ考フレハ解釋ノ目的ハ法律ノ眞義ヲ得ルニ在リ文字ニ依リテ其人ノ思想ヲ知ルハ通常ノ事ナレトモ文字ハ往々其思想ヲ表章シ盡サ、ルコトアリ法律ノ眞義ヲ

枉クルモ尙ホ文字ニ依リ解釋スヘシトスルハ恐クハ解釋ノ目的ニ違ハシ故ニ
曰ク文理解釋ト論理解釋ト抵觸スルトキハ論理解釋ニ從フト。

第三則

第三則 法律ノ文字ハ其制定時代ノ用例ニ從ヒテ解釋ス。蓋シ言語ハ時代
ニ依リテ其用例ヲ殊ニスルモノナレハ其時代ノ用例ニ從ハサレハ爲メニ法律
ノ真意ヲ枉クルニ至ルヘシ故ニ例ヘハ馬車ナキ時代ノ車ノ字ハ馬車ヲ含マス
汽船ナキ時代ノ船舶ノ語ハ汽船ヲ含マスト解釋スルヲ要ス。

第四則

第四則 法律ノ文字ハ其法律ノ全文ト關聯シテ解釋ス。何トナレハ若シ孤
立シテ解釋スレハ前後矛盾ノ恐アレハナリ故ニ例ヘハ憲法中ニ載スル政府ノ
文字ハ天皇ヲ含ムカ又ハ國務大臣以下ノ機關ヲ指スカ裁判所ヲモ并稱スルカ
ト云フカ如キ疑義ハ皆憲法ノ全文ニ考ヘテ之ヲ定ムヘキモノトス。

第五則

第五則 法律ノ文字ハ通常ノ意義ニ於テ解釋ス。故ニ特別ノ意義ハ特別ノ
理由アルトキ始メテ之ヲ附スルコトヲ得學問技藝又ハ商工業上ノ用語ノ如キ
其他特別ノ理由アリテ特別ノ意義ニ用非タルモノハ其専門ノ用例若クハ特別
ノ意義ニ從ヒテ解釋スルヲ正當トスレトモ若シ此ノ如キ特別ノ理由ナクハ必

ス之ヲ通常ノ意義ニ於テ解釋セサルヘカラス例ヘハ特許法中ノ特許ナル文字
ハ發明品ノ製作販賣ニ關スル特權ナルコトハ明ナレトモ若シ普通ニ特許ナル
文字ヲ用非ルトキハ總テ特別ノ條件ヲ付シタル官廳ノ許可ノ義ナリト解セサ
ルヘカラス又例ヘハ徵兵令中ニ用非ル國民兵ノ文字ハ一定ノ年齢ニ限レル男
子ヲ稱スルモノナレトモ普通ノ場合ニ國民ト云フトキハ男女老幼ノ別ナキモ
ノト解釋スヘキカ如シ。

第六則

第六則 凡ソ變則ハ嚴密ニ解釋シテ之ヲ布衍セス。變則ハ通則ヲ適用シ得
ラレサル部分ニシテ其部分ハ數多ノ物ノ中僅ニ指示シ得ヘキモノニ限ル故ニ
變則ノ設ケラルハ特殊ノ事情アリテ通則ヲ適用スルコト能ハサルニ本ツク
然ルニ若シ之ヲ布衍セハ變則ト通則トハ其地位ヲ易フルニ至ルノ恐ナキヲ得
ス羅馬法以來此原則ノ樹立セラル所以ハ實ニ此ニ存ス。

第七則

第七則 刑罰ヲ加ヘ又ハ義務ヲ負ハシムル法律ハ嚴密ニ之ヲ解釋ス。此ニ
義務ヲ負ハシムル法律トハ徵兵法又ハ租稅法等ノ如キモノヲ指ス其嚴密ノ解
釋ヲ要スル理由ハ若シ一旦其解釋ヲ違フルニ於テハ義務ノ負擔ニ偏倚ヲ來タ

シ又負擔スヘカラサルニ負擔シ負擔スヘキニ負擔セサルノ弊ヲ生スルヲ以テ
 ナリ刑罰ヲ加フル法律トハ刑法其他刑罰ノ制裁ヲ附シタル法律ヲ總稱ス其解
 釋ヲ嚴密ニスル必要アルハ刑罰ハ總テ人生ノ幸福ヲ剝奪スルモノニシテ其科
 當ヲ慎マサルヘカラサルヲ以テナリ我刑法第二條ニ法律ニ正條ナキモノハ何
 等ノ所爲ト雖モ之ヲ罰スルコトヲ得ストアルハ則チ此意ナリ。
 故ニ刑法其他刑罰法ノ解釋ニハ類推論法(アルギュマン、バル、アナロジイ)ヲ許サス
 民法上ノ解釋ハ之ト相反シ法律ノ規定十分ナラザル場合ニハ類ヲ以テ推スコ
 ト毫モ妨ナシ蓋シ民事ノ裁判官ハ法律ノ明文ナキトキハ慣習ニ依リ慣習ナキ
 トキハ條理ニ依リテ裁判スヘキコトハ近世各國ニ普通ナル法律上ノ原則ナレ
 ハナリ。強理論法(アルギュマン、ア、フォルシヨリ)ハ特ニ民法ニ於テ用ルノミ
 ナラス刑法ニモ亦之ヲ用ルコトヲ得嚴密ノ解釋ヲ要スルノ原則トハ敢テ相
 背馳スルモノニ非ラス例ヘハ道路ニ車ノ通行ヲ禁スト云フトキハ牛馬車ノ通
 行ハ尙ホ一層之ヲ禁スルノ意ナリト解釋スルハ寧ロ正當ノ解釋法ナレハナリ。
 反求論法(アルギュマン、ア、コントラリヨ)ニ至リテハ一切ノ法律解釋ニ於テ容易ニ

之ヲ許スヘカラス若シ右スルヲ許ストアルヲ以テ左スルヲ禁スト解釋スルコ
 トアラハ大ニ法律ノ眞意ヲ誤マルニ至ラン唯例外ノ規則ニ關シ之ヲ反對ニ推
 理シテ普通ノ規則ニ復歸スル結果アルトキハ之ヲ採用スルモ敢テ不可ナルコ
 トナシ例ヘハ官吏ハ商業ヲ爲スコトヲ得ストアルヲ以テ官吏ニ非サル者ハ苟
 モ他ニ特別ノ限制ナキ以上ハ何人ト雖モ商業ヲ爲スコトヲ得ト解釋スルハ不
 可ナキカ如シ。
 以上ハ法律ノ解釋ニ關スル主要ノ原則タリ尙ホ解釋ノ根據ヲ判決例ニ求ムル
 カ如キ子法ノ不明ナルヲ母法ニ依リテ解釋スルカ如キ皆法律解釋上ニ留意ス
 ヘキノ規則ナラサルハナシト雖モ此ニ一々細說セス。

第七章 法律ノ制裁

質 制裁ノ性
 凡ソ制裁トハ規則ニ悖戾シタル者ノ被ムル惡報ヲ謂フ故ニ制裁ハ獨リ法律ニ
 ノミ之アルニ非ス道德ニハ道德ノ制裁アリ宗教ニハ宗教ノ制裁アリ例ヘハ道
 德ノ規則ニ悖リテ惡事ヲ爲ストキハ自己ノ良心ニ苦痛ヲ感シ或ハ他人ノ擯斥

報賞ハ以テ法律ノ制裁トスヘカラス

ヲ受タルカ如キ惡報アリ宗教ノ經旨ニ背キテ信仰ヲ缺クトキハ天堂ニ昇ルコト能ハスシテ地獄ニ墮落スルカ如キ惡報アリ法律ノ制裁ハ即チ法律ノ命令シ又ハ禁止スル所ニ違反シタル者ニ被ムラシムル惡報ナリ。佛國文學院宇彙大全ヲ觀ルニ法律ノ制裁トハ法律カ其實行ヲ確正ナラシムルカ爲メニ設クル苦痛又ハ報償ナリトアリ然レトモ此定義ハ制裁ニハ必ス強制檢束ノ元素ヲ備フヘキノ理ヲ遺忘シタルモノナリ。蓋シ人ノ性情ハ痛苦ヲ避クテ快樂ヲ願フコトベシサム氏ノ言洵ニ當レリ故ニ一國ノ法律ヲ制定シテ其ノ實行ヲ確正ナラシメムト欲セハ亦性情ヲ利用セサルヘカラス然ラハ制裁ハ必スシモ惡報ヲ以テ痛苦ヲ感セシムルノ方法ニ由ラス善報ヲ用非テ人心ヲ誘致スルコト例ヘハ褒賞ノ典ヲ設クテ能ク法律ヲ遵守スル者ヲ賞スルカ如キモ亦法律ノ制裁トシテ不可ナルコトナキニ似タリ然レトモ褒賞ハ國民ニ對シテ強制ノ力ヲ有セス褒賞ヲ好マサル者ハ法律ヲ遵守セサルモ亦奈何トモスヘカラス古ノ立法者或ハ賞罰並ヒ行ヒテ法律ノ遵守ヲ求メシコトナキニ非サレトモ近世ノ法律ハ皆之ニ違反スル者ニ與フルニ苦痛ヲ以テスルヲ見レハ又以テ惡報ニ非サレハ法

法律制裁ノ種類

律ノ制裁トスルニ足ラサル所以ヲ知ルヘシ。法律ノ制裁ヲ分チテ憲法上ノ制裁、行政法上ノ制裁、刑事制裁、及ヒ民事制裁ノ四種トス。從來ノ學者ハ法律ノ制裁ハ刑事制裁ト民事制裁トノ外ニ出テサルモノ、如ク思惟シ其他ノ制裁ハ殆ト之ヲ度外視セリ然レトモ是レ從來ノ法律學ハ主トシテ刑法民法等ノ如キモノヲ以テ研究ノ目的トシタルノ結果ニ過キス苟モ廣ク法律ノ原理ヲ攷察スルニ於テハ刑法又ハ民法ノ範圍ニ偏在スヘカラス從ヒテ制裁ノ種類ノ如キモ亦刑事又ハ民事ノ制裁ノ外ニ尙ホ之ヲ求ムル所ナカルヘカラス余蓋カ別ニ憲法上ノ制裁ト行政法上ノ制裁トヲ設クル所以ノモノハ此二種ノ制裁カ刑事及ヒ民事ノ制裁ト全ク相違セル性質アリテ存スレハナリ。

第一、憲法上ノ制裁

第一 憲法上ノ制裁 主權者ハ法律ヲ制定スル者ニシテ法律ノ上ニ立チ法律ノ拘束ヲ受クルコトナシ隨ヒテ憲法ノ制裁ト雖モ亦主權者ニ及フコトナシ。然レトモ憲法ハ決シテ無制裁ノ法律ニ非ス憲法上ノ制裁ハ即チ大臣責任ノ制度ノ由リテ起ル所ナリ。抑モ大臣ノ責任ニ關スル憲法ノ規定ハ各國一様ナラ

ス又其法理ヲ論スル學說モ亦各人其趣ヲ異ニスルカ如シ蓋シ近世ノ國家ニ於タル一大難問ニシテ學者カ特ニ之ニ關シテ著作セシモノ尠シトセス今一々諸國ノ制度ト學者ノ論說トヲ對比評隲スルカ如キハ姑ク之ヲ舍キ唯一般ノ理論ヲ舉クレハ余輩ハ大臣ノ責任ヲ以テ專ラ大臣カ憲法上ニ有スル職務ニ伴フモノトシ主權者カ無責任ナルカ爲メニ代ハリテ之ニ任スル所以ニ非ストスルモノナリ大臣ノ副署ハ憲法上大臣ノ職務上ノ關係ヲ表明スルモノナリ故ニ若シ大臣ニシテ副署スヘカラサルモノニ副署シタルトキハ大臣ハ其職務ヲ愆マリタルモノナリ既ニ其職務ヲ愆マル又何ソ其責任ナキヲ得ンヤ乃チ憲法ハ大臣ニ對シテ憲法違反ノ制裁ヲ加フルモノナリ。然レトモ憲法ノ制裁ハ一般ノ法律制裁ノ如ク執行機關アリテ之ヲ行フニ非サルカ故ニ確的ニ強制セラル、ヲ得ス北米合衆國ノ違憲裁判制度ノ如キハ特有ノ事ナリ從來ノ學者カ概チ政治上ノ責任トシテ法律上ノ責任トセサルハ之カ爲メナリ。

第二、行政法上ノ制裁

第二 行政法上ノ制裁 行政法上ノ制裁ニハ一人ニ對シテ行政ノ執行ヲ確實ニスルカ爲メノ制裁ト其執行ニ任スル官吏ノ職務ヲ勵行スルカ爲メノ制

裁トアリ。行政ノ執行ヲ確實ニスルカ爲メノ制裁ハ通常之ヲ代執行執行罰及ヒ直接強制ノ三種ニ分ツ代執行トハ特定ノ行爲ヲ爲スヘキ義務アル一私人カ其行爲ヲ爲サル場合ニ行政官廳自ラ之ヲ爲シ又ハ第三者ヲシテ之ヲ爲サシメ其費用ヲ義務者ヨリ徵收スルノ方法ナリ執行罰トハ行爲ノ義務ニシテ代執行ヲ爲スコトヲ得サルモノ又ハ不行爲ノ義務ヲ強制スルカ爲メニ一定ノ科料ニ處スルノ方法ナリ直接強制トハ代執行又ハ執行罰ニ依ルコト能ハス又ハ急迫ノ事情アル場合ニ直接ニ特定ノ行爲又ハ不行爲ヲ強制スルノ方法ナリ。尙ホ此他行政官廳カ或ル行爲ノ無効ヲ宣告シ許可又ハ認可ノ取消ヲ爲スカ如キモ亦皆行政ノ執行ヲ確實ニスルカ爲メノ制裁トス。官吏ノ職務ヲ勵行スルカ爲メノ制裁ハ即チ懲戒處分ニシテ官吏ハ其特別ノ分限ニ應スル特別ノ義務ヲ有スル結果トシテ此特別ノ制裁ニ付セラル。

第三、刑事制裁

第三 刑事制裁 刑事制裁トハ國家ノ要求ニ依リテ刑法其他刑罰法ノ規則ニ違反シタル者即チ犯罪人ニ被フラシムル制裁ヲ謂フ公訴ハ此制裁ヲ要求スル形式ニシテ刑罰ハ此制裁ヲ實行スル方法ナリ公訴トハ刑事訴訟法ノ手續ニ

從ヒテ檢事カ刑事裁判所ニ訴訟ヲ提起スルヲ謂ヒ刑罰トハ刑事裁判所カ之ニ依リテ犯罪人ニ與フル所ノ苦痛ヲ謂フ。刑罰ノ種目ハ千差萬別ニシテ一々枚舉スルニ遑アラズ古代ノ社會ニ遡ルニ從ヒテ種々奇異ノ刑罰アリ羅馬ニ於テハ謀反人ニ羅馬ノ水火ヲ用非ルコトヲ禁シ又ハタルベイヤンノ巖上ヨリ擠陷セシカ如キ又ハ足ヲ傷クル者ハ己レ亦其足ヲ傷ケラレ手ヲ折ル者ハ己レ亦其手ヲ折ラルト云フ反座法ノ如キ或ハ我邦ノ古代ニ行ハレタル盟神探湯ノ如キ皆現今ノ刑罰トハ全ク其狀ヲ異ニセリ。然レトモ要スルニ皆犯罪人ニ苦痛ヲ與フルヲ以テ目的トシ人生幸福ノ基礎タル生命、身體、名譽、財產、自由ノ全部又ハ一分ヲ剝奪スルニ外ナラス故ニ刑罰ノ種目モ亦之ヲ五分シ生命刑、身體刑、名譽刑、財產刑及ヒ自由刑トスルコトヲ得唯古代ノ刑罰ハ多ク峻酷ニシテ例ヘハ生命刑ニ於テ磔、轆、裂、烹、斬、切、腹等アリ身體刑ニ於テ墨、劓、剕、宮、黥、答、杖等アリシノミナラス其罪ハ一人ニ止ラスシテ三族ヲ夷スルカ如キコトアリシカトモ近世ニ至リテハ刑罰益寬トナリ身體ニ關スル刑罰ハ殆ト之ヲ廢シ生命刑モ亦之ヲ用非サル處アリ。今ヤ文明諸國ノ刑罰ハ自由刑其大部分ヲ占ム蓋シ其刑罰執行

ノ方法ニ於テ罪ノ輕重ニ從ヒ伸縮自在ニシテ刑罰ノ目的ヲ達スルニ最モ的切ナルニ由ル現今行ハル、所ノ禁錮、禁獄、懲役、徒流ノ如キハ罪人ノ自由ヲ剝奪スル刑罰ニシテ所謂自由刑ニ屬ス。名譽刑ハ今日之ヲ獨立刑トシテ設クルコト少ク何レノ邦國ニ於テモ概テ之ヲ從刑トセリ財產刑ハ或ハ之ヲ獨立刑トスルコトアリ或ハ之ヲ從刑トスルコトアリ犯罪ノ種類ニ從ヒテ其ノ規定ヲ同クセス。

第四、民事制裁

第四 民事制裁 民事制裁トハ私權ヲ侵害セラレタル者ノ要求ニ依リテ加害者ニ被ラシムル制裁ヲ謂フ私訴又ハ民事訴訟ハ此制裁ヲ要求スル形式ニシテ損害賠償、直接履行權利回復相當ノ處分及ヒ無効ノ宣告等ハ此制裁ヲ實行スル方法ナリ。私訴トハ被害者カ刑事訴訟法ノ手續ニ從ヒ公訴ニ附帶シテ提起スル所ノ私權上ノ訴訟ヲ謂ヒ民事訴訟トハ民事訴訟法ノ手續ニ從ヒテ提起スル所ノ私權上ノ訴訟ヲ謂フ損害賠償ハ加害者ヨリ被害者ニ對シテ其損害ヲ償フカ爲メニ一定ノ金額ヲ收ムルモノニシテ民事制裁中最モ普通ニ行ハレ又最モ便宜ナル方法トス直接履行ハ債務者ヲシテ其負フ所ノ債務其物ヲ實行セシ

ムル方法ニシテ損害賠償ヲ以テ正當ノ救濟法トスルコトヲ得サル場合ニ之ヲ用非權利回復ハ一旦他人ノ爲メニ侵奪セラレタル權利ヲ取回シテ權利者ニ復歸セシムル場合ニ之ヲ行フ相當ノ處分ハ金錢ニ見積ルコトヲ得サル法律關係ヲ實行セシムル場合ニ之ヲ命シ無効ノ宣告ハ適法ノ條件ヲ具ヘサル法律行為ニ對シテ之ヲ爲ス。要スルニ或ハ積極的ノ方法ニ依リ或ハ消極的ノ方法ニ依リテ行ハル、ノ差異ハアレトモ皆共ニ民事上ノ法律ヲ實行シテ一個人ノ權利ヲ確保スルヲ目的トスルモノナリ。

正當防衛
モ亦一種
ノ制裁ト
見做スコ
トヲ得

法律ノ制裁ハ國家カ一定ノ機關ニ由リテ之ヲ行ハシムルモノニシテ各人妄ニ自家ノ腕力ニ任セテ不正ノ行為ヲ防クコト能ハス然レトモ事急劇ニ發シテ國家ノ保護ヲ乞フノ違ナク正當ノ順序ニ由リテ一定ノ制裁ヲ待タント欲セハ竟ニ權利確保ノ目的ヲ失フニ至ルコトアリ此ノ如キ場合ニハ國家ハ一個人ヲシテ自ラ法律ノ制裁ヲ行フコトヲ得シム正當防衛即チ是レナリ。正當防衛トハ不正ノ加害ニ對シテ自己ノ權利ヲ保全スル行為ニシテ自己ノ生命、身體若クハ財産ヲ防衛スルカ爲メ或ル場合ニハ加害者ヲ殺傷スルニ至ルモ法律ハ之ヲ權

利ノ實行トシ加害者ヲシテ惡報ヲ被フルマ、ニセシム故ニ法律上之ヲ特別ノ理由ニ本ツクル一種ノ制裁ト看做シテ可ナリ。

第三編 國家及ヒ政權

第一章 國家ノ意義

國家ナル觀念ト法律ナル觀念トハ常ニ相伴ヒテ離ルヘカラス苟モ國家ナケレハ法律ナク法律ナケレハ國家モ亦存立ヲ全クスルコト能ハス是故ニ法律學ヲ攷究スルノ初メニ於テ國家ノ何タルコトヲ會得スルハ極メテ緊切ナリ。國家ノ性質ヲ論究シタル者古來其數ヲ知ルヘカラス又一々其學說ヲ舉ケテ之ヲ批判スルハ余輩ノ目的ニ非ス唯其主要ナルモノニ就キテ考フルニ學者ノ千言萬語ハ要スルニ具象的ニ國家ヲ觀察スルモノト抽象的ニ國家ヲ觀察スルモノトノ二種ニ出テサルカ如シ。

甲、具象的ノ國家

國家ノ三要素

甲 具象的ノ國家 具象的ニ國家ノ何物タルコトヲ觀レハ國家ハ人類ノ團體タルコトハ言テ俟タス然レトモ人類ノ團體ハ獨リ國家ニ限ラス家族モ人類ノ團體ナリ社會モ人類ノ團體ナリ會社並ニ組合モ人類ノ團體ナリ故ニ國家ノ特色ヲ示サ、レハ國家ノ性質ハ未タ明白ナラス國家ノ成立ニハ左ノ三要素ヲ

必要トス。

(一)人民

(一) 國家ニハ一定ノ人類アルコトヲ要ス。國家ニシテ人類ノ結社的生活ノ一現象タル以上ハ人類ヲ離レテ國家ヲ想像スルヲ得ス國家組織ノ第一要素トシテ人類アルコトヲ認ムルハ理ノ當然ナリ。其要素タル人類ハ國家組織ニ於テ特ニ之ヲ人民ト名ツク。然ルニ一派ノ學說ニ依レハ權力的關係ニ重キヲ置クノ結果トシテ國家ニハ人民アルコトヲ要セストスルモノアリ此說ニ依レハ若シ非常ナル天變地異ニ因リテ一國ノ人民皆死シ君主一人生存スルトキニ於テモ他國人ノ其地ニ移住又ハ歸化セントスルモノアレハ君主ハ之ヲ許否スルノ權アルヲ以テ苟モ其權力ニシテ絶エスンハ國家ハ人民ナシト雖モ尙ホ滅亡セサルコトヲ得ヘシト云フニ在リ。此說カ國家ナル觀念ノ歷史的事實ト全ク相適合セサルハ勿論條理ニ於テモ亦貫徹セサル所アリ所謂君主カ許否ノ權ヲ有ストハ有シ得ヘシトノ假定ニ過キサラン然ラハ若シ其遺存セシ一人カ君主ニ非スシテ其人民ノ一人ナリトシ其一人モ亦他國人ノ歸化移住ヲ許否スルノ權ヲ有シ得ヘシト假定セハ其一人モ又國家ナラサルヘカラス尙ホ一步ヲ進メ

テ二人以上ノ人カ互ニ其權力ヲ有シ得ヘシト假定セハ二箇以上ノ國家ナカルヘカラス天下寧ロ此ノ如キ理アラシヤ此派ノ議論ハ唯奇異ヲ好ミテ益真理ニ遠カルモノト謂ハサルヲ得ス。

(二)邦土

トヲ要スト云フモ亦學者普通ノ見解ナリ。其要素タル土地ハ國家組織ニ於テ特ニ之ヲ邦土ト名ツク。然レトモ歴史上ノ觀察トシテハ聊カ留意ヲ要スルモノアリ即チ古代ノ國家ト今代ノ國家トニ於テ土地ノ要素ニ輕重アルコト是レナリ古代ノ國家ハ必スシモ一定ノ邦土ノ上ニ樹立セラレタルニ非ス又多少一定ノ土地區劃ニ據ルノ觀アリシ時代ニ於テモ其君長ハ其邦土ノ君長ニ非スシテ其人民ノ君長ナリシコトアリ乃チ今代ノ所謂屬地主權ハ未タ此時代ニ行ハレサリキ。故ニ又一派ノ學者ハ國家ノ要素トシテ邦土ヲ認メス國家ノ觀念ヲ專ラ權力的關係ニ求メテ思ヘラク一定ノ領域ハ國家ノ結合ヲ鞏固ニスルコト疑ナクレトモ結合ノ鞏固ナルト否トハ國家ノ國家タルニ影響ナシ唯命令服從ノ關係ハ以テ國家ヲ組成スルモノナリト故ニ此說ヲ推及セハ漂流處ヲ知ラサ

ル遊牧人類ノ結合モ出沒常ナキ海賊ノ團體モ苟モ上命下服ノ關係アラハ之ヲ國家ト謂ハサルヘカラス然レトモ是レ國家ナル觀念ノ實體ト相符合セス人類共同生存ノ或ル進歩シタル時期ニ至リテ國家始メテ生スルモノナルコトヲ度外視スルノ議論ナリ。

(三)主權

ルコトヲ要ス苟モ一定ノ秩序ナクハ假令ヒ一定ノ人類カ一定ノ土地ニ栖息スルモ未タ以テ國家ヲ組織スルニ至ラス而シテ一定ノ秩序ハ一定ノ權力アリテ初メテ存立スルコトヲ得。此權力ハ内民衆ノ安寧ヲ保チ外寇讎ノ凌辱ヲ禦クモノニシテ通常之ヲ主權ト名ツク。若シ此權力ナクハ國家ハ土崩瓦解シテ其存立ヲ完クスルコト能ハス且此權力ハ國家ニ固有ナラサルヘカラス若シ一定ノ人類一定ノ土地アリ又一定ノ權力アルモ其權力ハ他ニ高等ノ權力アリテ之ヲ賦與シ又ハ之ヲ保護スルトキハ其團體ハ以テ國家トスルコトヲ得ス。要スルニ國家ヲ其形象上ヨリ察スレハ一定ノ人類カ一定ノ土地ニ於テ一定ノ固有ナル權力ハ下ニ服従スル團體ナリト云フヲ以テ足ル。然ルニ近來一派ノ

有機體說ノ本旨及ヒ其批評

學者アリテ巧ニ譬喩ヲ以テ國家ノ性質ヲ標識スルヲ見ル有機體說是レナリ此
說ノ旨趣ヲ察スルニ國家ハ人類ノ共同目的ヲ達スルカ爲メニ種々ノ機關ヲ具
ヘ之ヲシテ一定ノ作用ヲ爲サシメ以テ全體ノ存立發達ヲ計リ又隨ヒテ各個人
ノ安寧幸福ヲ保護スルコト宛モ人類其他ノ有機體カ細胞ヨリ成立シ耳目口鼻
等種々ノ機關ヲ具ヘ同時ニ全部ノ發達ト各細胞ノ存在トヲ計ルカ如シト云フ
ニ在リ一見スレハ譬喩極メテ好シ然レトモ譬喩ハ學理ニ非ス譬喩如何ニ巧ミ
ナルモ直ニ以テ國家ノ正當ナル見解ト爲スヲ得ス但國家ノ歴史ニ付キテ考フ
レハ其盛衰存亡ノ跡實ニ一箇ノ有機體ト相同シキモノナキニ非ス故ニ若シ廣
ク社會學若クハ歴史學ヲ講スルカ如キ場合ニハ國家ハ有機體ナリトノ説明ヲ
爲スモ亦可ナラン。

乙、抽象
的ノ國家

抽象的ノ
國家ニ關
スルニ說

乙 抽象的ノ國家 抽象的ノ觀察ト具象的ノ觀察トハ必スシモ相容レサル
ニ非ス有形ノ國家ハ同時ニ之ヲ無形ノ地位ニ置クコトヲ得而シテ法律上ノ見
解トシテハ有形ノ土地人民ヲ離レテ國家ノ法理上ノ地位ヲ定メントコト寧ロ適
當ナリトス。抽象的ニ國家ヲ論スルモノニ二說アリ。

(一) 法人
說及ヒ其
批評

(一) 國家ハ公法上ハ法人ナリ。此說ハ佛獨諸國ノ學者ノ概テ唱フル所ナリ。
蓋シ廣ク法律上ノ觀念ヲ求ムレハ其觀念ハ後ニモ說クカ如ク人物及ヒ法律的
關係ノ三種ニ歸ス即チ或ル權力若クハ權利ノ主體ハ人ニシテ其目的ハ物ナリ
法律的關係トハ法律上人ト人トノ間及ヒ人ト物トノ間ニ於ケル權力若クハ權
利ノ關係ヲ定メタルモノヲ謂フ故ニ國家ノ法律上ニ於ケル性質如何ヲ尋ヌル
ニモ亦此三種ノ觀念中ニ於テスルハ決シテ不當ナルニ非ス。抑モ國家ハ物ナ
リヤト云フニ其權力又ハ權利ノ目的ト爲ルニ非サレハ之ヲ物ト看做スコト能
ハス又固ヨリ人ト人トノ間若クハ人ト物トノ間ノ關係ニ非サルコトモ明ナリ
然ラハ國家ハ人ナリト云フ考ハ甚適當ナリト謂ヒテ可ナリ。是レ羅馬人カ既
ニ二千餘年前ニ於テ夙ニ發揮シタル思想ナレトモ唯一般法律ノ研究カ今日ノ
如ク發達セサリシカ爲メニ其議論未タ盡サ、リシ所アリシノミ而シテ近時ノ
學者カ特ニ國家ヲ公法上ノ法人ナリトスル理由ハ其會社ノ如キ私法上ノ法人
ト異ナリテ私法上ノ權利ヲ享有スルニ非スシテ權力ヲ享有スルニ依ル。或ハ
以爲ヘラシク此說大體ニ於テ法律上ノ見解ヲ誤マレルニ非スト雖モ其法人トス

ル一點ニ至リテハ語弊アルヲ免レスト。蓋シ通常法人ト云フモノハ法律上ノ擬制ニシテ法律ノ認許ヲ待チテ成立スレトモ國家ハ法律ヲ作ルモノニシテ法律ニ依リテ作ラル、コトナケレハナリ然レトモ是レ偏見ノミ國家ハ其權力ニ依リテ他ノ人格ヲ認許スルト同時ニ自己ノ人格ヲモ認ムルモノナリ苟モ其法律上ニ人格ヲ有スル以上ハ之ヲ法人ト云フモ亦何ソ不可ナラン。

(二) 國家ハ權力ハ主體ナリ。此說ハ前說ト其趣旨ヲ同クシ其語辭ヲ異ニスルモノニシテ甚當レリ然レトモ單ニ國家ハ權力ノ主體ナリト云フノミニテハ未タ盡サス權力ノ主體タルモノハ國家ノミニ止マラス府縣郡市町村ノ如キ亦齊シク權力ヲ享有スルコトヲ得故ニ他ノ權力ノ主體ト區別スルカ爲メニ國家ノ權力ノ何タルカヲ察セサルヘカラス。或ル學者ハ國家ノ權力ハ無限ナリトセリ然レトモ權力ノ無限ナラサルモ國家ハ國家トシテ存スルコトヲ得聯邦組織ノ國家ニ於テ應サニ其好適例ヲ見ルヘシ聯邦各國ハ或ル一定ノ事項ニ關シテハ聯邦國家ノ權力ノ爲メニ制限セラル、カ故ニ其各國ノ權力ハ無限ナルニ非サレトモ尙ホ一箇ノ國家タルヲ妨ケサルニ非スヤ。又或ル學者ハ國家ノ權

(一)主體
說及ヒ其
批評

法律上國
家ノ意義
ハ一アリ
テ二ナシ

力ハ全能ナリトセリ然レトモ國家ノ權力ハ事實上ニ於テモ法理上ニ於テモ齊シク全能ナルモノニ非ス事實上國家カ爲シ能ハサル事多キハ論ヲ俟タス法理上ニ於テモ亦然リ乃チ聯邦組織ノ各國ハ聯邦國家ノ爲メニ法律上ノ制限ヲ受クルノミナラス單一組織ノ國家ニ於テモ憲法ノ條規ニ從ヒテ其權力ヲ行フコトハ立憲國家ノ通義ナリトセハ國家ハ全能ナルニ非サルコト明ナリ。然ラハ國家ノ權力ニ何等ノ特色アルカト云フニ唯其權力ノ固有ナルコト是レナリ府縣郡市町村ノ如キカ權力ヲ享有スルハ國家カ立法作用ニ依リテ之ヲ與フルモノニシテ固有ナルモノニ非ス國家ハ立法作用ニ依リテ隨意ニ之ヲ増減變更スルコトヲ得國家ノ權力ハ之ニ異ナリ法律ニ依リテ與ヘラレタルニ非スシテ法律以前ニ存生シ法律ニ制定スルコトヲ得ルモノナリ唯國家ハ固有ノ權力ヲ以テ自ラ其固有ノ權力ヲ増減變更スルコトヲ妨ケサレトモ其増減變更ハ則チ固有ノ權力ノ實行ニシテ他ノ強制ニ從ヒテ之ヲ爲スニ非サルナリ。

以上說ク所ニ依レハ國家ノ意義ハ極メテ簡單ナリト雖モ法理上ノ見解トシテハ之ヲ以テ最モ進歩シタルモノト思惟セサルヲ得ス。現今ノ法理ハ民法上人

ハ何ナリヤトノ疑問ニ對シテ敢テ生物學上若シクハ人類學上ノ研究ヲ假ラス
人ハ權利ノ主體ナリト云フ簡單ナル答辯ヲ以テ足レリトスルト同シク公法上
國家ハ固有ノ權力即チ主權ハ主體ナリト云フノ外又法律上ノ意義ヲ求ムルコト
ヲ要セサルヘシ。故ニ法律上ニ於テハ國家ハ一アリテ二ナシ其君主國ト云ヒ
民主國ト云ヒ貴族制ノ國ト云ヒ議院制ノ國ト云フカ如キ通常世ニ國體ノ區別
トシテ論スルモノハ唯政治上ノ體裁ヲ異ニスルノミ國家ノ意義ハ何レノ時代
何レノ場所ニ於テモ些少ノ變異アルヘカラス。

第二章 國家ノ起源

國家ハ如何ニシテ組織セラル、カ是レ古來學者ノ間ニ疑義ヲ紛起セシ問題ニ
シテ國家起源論トハ即チ此問題ヲ謂フモノナリ。余輩ハ國家ノ起源ヲ攷究ス
ルニ當リテ其原始的起源ト歴史の起源トヲ區別スヘシ。

第一、國
家ノ原始
的起源

第一 國家ノ原始的起源 國家ノ原始的起源ニ關スル議論ニハ二大派アリ
テ存ス曰ク自然構成ノ説曰ク人意構成ノ説是レナリ。

國家起源
論

(一)自然
構成ノ説

(一) 自然構成ノ説 國家カ自然ノ作用ニ依リテ構成セラレタリトノ議論ハ
希臘ノアリストトト氏ニ始マリ近世歴史派ノ學者ニ至リテ最モ其盛ヲ極メタ
リ。此議論ノ古來變遷セシ所ヲ概舉スレハ或ハ神意説ト爲リテ國家ハ直接間
接ニ上帝ノ意思ニ依リテ組織セラルト云ヒ或ハ人性説ト爲リテ人類ハ固有ノ
結社性ヲ有シ國家ハ其天性ニ依リテ組織セラルト云ヒ或ハ腕力説ト爲リテ國
家ハ強者カ弱者ヲ壓服スルニ依リテ組織セラルト云ヒ或ハ進化説ト爲リテ人
類進化ノ必要條件トシテ國家ハ組織セラルト云フ其ノ説ク所ハ異ナレトモ要
スルニ其起源ヲ自然ノ結合ニ歸スルニ至リテハ同シ故ニ之ヲ自然構成ノ説ト
ス。

(二)人意
構成ノ説

(二) 人意構成ノ説 國家ハ人意ノ作用ヲ經テ構成セラレタリトノ議論ハ希
臘ノエビキユル氏ニ始マリ近世自由主義及ヒ民約主義ノ學者ニ至リテ大ニ敷
衍セラレタリ。然レトモ自然構成説ト人意構成説トハ劃然タル分界アリテ存
スルニハ非ス例ヘハグロシュス氏カ人類ハ結社性ノ動物ナリトシテ自然構成
説ヲ採ルト同時ニ國家ハ自由平等ナル人類ノ契約ニ依リテ成レリトシテ人意

構成説ヲ採リ以テ二者ヲ混同シテ其調和ヲ求メントセリ又スベンセル氏カ進
化説ニ本ツキテ國家ハ人類共同生存ノ必要ニ依レル組織ナリトシ國家ノ起源
ヲ以テ腕力ト契約トニ歸スルモ尙ホ腕力ニ因ル國家モ產業ノ發達ニ伴ヒテ契
約ノ思想漸次ニ腕力ノ思想ニ更迭スト説クカ如キモ亦兩説ノ中間ニ位スルモ
ノト謂フコトヲ得。

國家ノ原
始的起源
ヲ論スル
ハ困難ナ
リ

國家ノ原始的組織ハ歷史上ノ事實ニ據リテ論證スルコトヲ得ス故ニ先ツ人類
ノ性情ニ本ツキテ之ヲ致察スルハ蓋シ已ムコトヲ得サルナリ。抑モ人類カ兩
性相結合シテ家族ノ團結ヲ成スハ男女ノ區別カ自然ニ出ツルト等シク人類自
然ノ性情ノ結果ナルコトハ言ヲ俟タス然レトモ國家ノ組織モ亦自然ノ結果ニ
過キスト云フハ恐クハ獨斷ニ失セン人類ノ性情ハ結社のノミナルニ非ス人類
ハ結社のノ性情アルト同時ニ非結社のノ性情アリ同類相集マリ異類相排スル
ハ生物ノ常ニシテ人類結社ノ状態ニ於テモ亦免カルヘカラサルコトハ獨國ノ
碩學カント氏ノ説ク所割切ニシテ替フヘカラスアルフレット、フイエー氏又曰
ク人類ノ結合スルヤ抑壓ト合意トニ依ルコト宛モ物質ノ分子ニ吸引力ト抗拒

人類ハ二
箇反對ノ
性情ヲ有
ス

國家ハ人
類ノ自覺
的結合ナ
リ

柳子厚封
建論中一
節國家ノ
起源ヲ説
キ得テ妙

力トアリテ以テ物質ヲ組成スルカ如シト。故ニ人類ニ結社性アリテ國家ヲ組
織スト云フハ自然構成説中最モ廣ク行ハル、ノ説ナリト雖モ却テ誤謬ヲ含ム
コト多シ人類ハ寧ロ二箇反對ノ性情アリテ相團結スルモノナリトスルヲ得。

然レトモ國家組織ノ起源ハ尙未タ此ノ如ク單簡ニ説了スルヲ得ス思フニ自然
ノ状態ニ依リテ強者カ弱者ヲ服從スルモ國家ハ之ヲ以テ直ニ樹立セラル、ニ
非ス國家ハ單純ナル優勝劣敗ノ關係ヲ排除シテ命令服從ノ平和的關係ヲ保チ
秩序アル人類ノ結合トシテ之ヲ外界并ニ人類ノ他ノ結合ト對立セシムルニ依
リテ成ル乃チ國家ハ人類自然ノ性情ニ依ル結合ナルト共ニ人類ノ自覺的結合
ナラサルヘカラス民約主義ノ學者カ所謂合意若クハ契約ナル文字ヲ機械的ニ
解釋セシテ淡白ニ共同ノ意思ヲ指スモノト解釋シ得ハ其議論ハ恐クハ從來
世上ニ蛇蝎視セラル、カ如キ謬妄ヲ含ムモノニモ非サルヘシ。之ヲ總フルニ
自然構成説ト人意構成説トハ各真理ノ一面ヲ擧ケテ他ノ一面ヲ拋棄スルモノ
ナラサルヲ得ンヤ。唐ノ柳宗元ノ封建論中ニ言ヘルコトアリ曰ク彼其初與萬
物皆生草木榛々鹿豕狃々人不能搏噬而且無毛羽莫自奉自衛苟卿有言必將假物

以爲用者也。夫假物者必爭。爭而巳。必就斷。曲直者而聽命焉。其智而明者。其所伏必衆。告之以直而不改。必痛之而後畏。由是君長政生焉。ト余輩常ニ竊ニ以テ至言ト爲ス。

第二、國家ノ歴史的起源

第二 國家ノ歴史の起源 國家ノ起源ハ其原始ニ於テハ或ハ單純ナリシナルヘシ然レトモ人智ノ發達ハ一切ノ事物ヲ變遷セシムルモノニシテ國家ノ組織モ亦此圈中ヲ脱スルコト能ハス今試ミニ輿地圖ヲ開カハ大小列國ノ東西ニ割據スルヲ見シテ且其歴史ニ就キテ細思セヨ列國カ古來同一ノ國家トシテ存續シタルモノ幾許カアル其幾多ノ變遷ヲ經テ今日ノ複雜ナル國家ヲ組織セシ跡ハ歴然トシテ指示セラルヘシ今其起源ヲ類別スレハ大凡左ノ如シ。

(一) 合同

聯邦及ヒ連合ハ共ニ合同ノ形體ナリ

(一) 合同 列國競争ノ間ニ介シテ國家ノ存立ヲ保ツカ爲メニハ貧弱ナル二國ト爲リ以テ強大國ニ對シテ勢力ノ匹敵ヲ計ルコトアリ此等ノ事實ヲ總稱シテ合同ト云フ。合同ハ又之ヲ二種ニ分ツ聯邦及ヒ連合是レナリ聯邦國家ニ於テハ外部ニ對シテ唯一ノ國家トシテ存立スレトモ内部ニ在リテハ聯邦各國ハ

獨立シテ政治ヲ爲スコトヲ得獨逸帝國、北米合衆國、瑞士國ノ如キハ然リ連合國家ニ於テハ或ハ王位相續ノ結果ニ依リテ同一君主ト下ニ二箇以上ノ國家相合シテ新ニ一ノ國家ヲ設クルモノアリ例ヘハ瑞典、那威又ハ澳大利、洪牙利ノ如キ是レナリ或ハ連合國カ各自獨立ノ體面ヲ失ヒテ内外共ニ唯一完全ナル一新國ヲ成スモノアリ例ヘハ英國及ヒ伊國ノ如キ是レナリ。

(二) 分立

分立ニハ分裂、分離、分封ノ三形體アリ

(二) 分立 此事實ハ前者ト全ク相反シ社會上又ハ政治上ノ理由ニ因リ一國家カ分離シテ新ニ二以上ノ國家ヲ組織スルモノナリ。此原因ニ依リテ國家ノ組織セラル、ニモ亦數種ノ區別アリ或ハ一國家ノ分裂ニ依リテ新ニ數多ノ小國ヲ組織スルコトアリ或ハ一部ノ分離ニ依リテ新ニ一國家ヲ組織スルコトアリ或ハ國土ノ分封ニ依リテ新ニ一國家ヲ組織スルコトアリ分裂ニ依ル國家ハ國家カ統一ノ權力ヲ失ヒ其國家ヲ組織セル各種族各國民カ四分五裂ノ狀ヲ成ス場合ニ生スルモノニシテシヤル、マン王ノフラン王國カ王ノ歿後ニ分裂シタルカ如キハ是レナリ分離ニ依ル國家ハ國土ノ一部分カ全部分ヨリ獨立スル場合ニ生スルモノニシテ和蘭ノ西班牙ニ於ケル希臘、勃爾加里等ノ土耳其ニ於

ケル皆然リ分封ニ依ル國家ハ近時ノ發達セル國家組織ニ於テハ之ヲ見ルコト
罕ナレトモ中古以前國土ヲ以テ君主ノ私有ニ歸シタル時代ニ於テハ君主ハ隨
意ニ國土ヲ分割シテ之ヲ子孫ニ與ヘ若クハ名族ノ絶世ヲ襲カシメテ以テ新ニ
國家ヲ組織シタルコト往々之アリシナリ。

(三) 移植

移植ハ近
代國家ノ
起源ニ非
ス

ヲ設置スルコト其由來スル所久シ。希臘ノ植民地ノ如キハ古代ニ於テ最モ著
カリキ。近世ニ及テ政治上植民地ヲ設クルノ必要起リ各國相競ヒテ其増加ヲ
計レトモ近世ノ植民地ハ國家ノ實力ヲ擴充スルノ目的ニ成リ初メヨリ新ニ國
家ヲ組織スルノ目的ニ出テス唯本國ノ政策其機宜ヲ失フカ又ハ其他ノ原因ノ
爲メニ植民地ノ獨立スルコト例ヘハ北米合衆國ノ如キモノアリト雖モ移植ハ
國家組織ノ起源ニ非ス。古代希臘ノ植民地ノ如キハ全ク其趣ヲ殊ニシ初メヨ
リ新ニ一國家ヲ創立セシムルノ目的ニ出テ其本國ヨリ分離シテ一國家ヲ設シ
ルニ堪フルニ至レハ本國政府ハ容易ニ其獨立ヲ認メタリ故ニ此ノ如キ場合ニ
ハ移植モ亦國家組織ノ源起ト爲ルモノナリ。

緒論

之ヲ要スルニ國家ノ起源ハ頗ル相錯綜セリ精細周匝ノ研究ハ通論ノ目的トス
ル所ニ非ス以上ハ唯其概要ノ摘示ニ過キスト思惟スヘシ。且國家ナル觀念ハ
人類進歩ノ或ル階級ニ至リテ始メテ生スルモノニシテ初メヨリ國家ハ此ノ如
クニシテ組織セラルヘシト云フ原則アルニ非ス太古ノ時代ニハ人類ノ知能ニ
ハ未タ國家ナル觀念ノ自覺セラレサリシ時代アリシコトハ勿論所謂國家ヲ組
織スルニ至リテモ或ハ部落ト稱シ或ハ市府ト稱シ敢テ國家ノ名稱ヲ付シタル
ニ非サリキ。例ヘハ古代希臘ニ於ケル雅典ノ如キ斯巴爾多ノ如キ市府又ハ日
耳曼民族ノ各部落ノ如キハ今日ヨリ考フルトキハ國家ノ體質ヲ備ヘタルモノ
ト謂ハサルヘカラス。故ニ或ル人類ノ團體カ國家ヲ組織スルヤ否ヤト云フコ
トハ固ヨリ今日ノ進歩シタル時代ノ思想ヲ以テ判斷スルモノナリ若シ一種ノ
論者ノ言フカ如ク人類カ果シテ「ユートピア」ヲ組織スルコトヲ得ハ或ハ將來ニ
於テ國家ナル觀念カ吾人ノ腦髓ヨリ離脱シ去ルコトモ亦之ヲキテ期セサルベ
シ。

第三章 國家ノ形體

法律上國家ニ一アリテ二ナキコトハ前ニ述フル所ヲ以テ明ナリ然レトモ若シ其抽象的ノ見解ヲ舍テ、其形體如何ヲ考フルトキハ國家ニ幾多ノ種類ヲ分ツコトヲ得。國家ノ形體ハ之ヲ大別シテ國體及ヒ政體ノ二トス國體トハ國家ノ構成ニ本ツク形體ニシテ政體トハ政治上ハ組織ニ本ツク形體ナリ。

第一 國體

國體上ヨリ國家ヲ區別スルコト左ノ如シ。

第一、國體上區別
甲、單體國家
乙、複體國家

甲 單體國家 單體國家トハ國家カ唯一ノ國家ヨリ成リテ其構成元素中ニ二以上ノ小國家ヲ包含セサルモノヲ謂フ我日本帝國並ニ普佛露等諸國皆是レナリ其唯一ノ國家ヨリ成ルカ故ニ國家ノ主權ハ内外ニ向ヒテ完全ニ行ハレ全國唯一ノ憲法ヲ有シ又一切ノ法律ハ概テ普通法タリ。

乙 複體國家 複體國家トハ國家カ數多ノ國家ノ結合ニ依リテ構成セラレタルモノヲ謂フ即チ其構成元素中ニ二以上ノ小國家ヲ包含スルモノニシテ其

複體國家
ノ二形體

複體國家
ト單純ナ
ル國家ノ
結合トノ
差別

小國家ハ同時ニ各自國家ノ性質ヲ保有スルモノナリ故ニ複體國家ニ於テハ數多ノ單體國家カ合同シテ更ニ一ノ新ナル國家ヲ組織シ其數多ノ單體國家ハ別ニ各單體國家トシテ存立セサルヲ得ス獨逸帝國瑞士聯邦北米合衆國ノ如キハ皆然リ奧太利匈牙利又ハ瑞典那威ノ如キモ亦同シ。然レトモ前者ト後者トハ固ヨリ其結合ノ原因ヲ異ニシ前者ハ各結合國家ノ盟約ニ成リ後者ハ王位相續ハ結果ニ依ル故ニ前者ヲ稱シテ聯邦國家ト云ヒ後者ヲ稱シテ連合國家ト云フ。要スルニ其結合ノ原因ハ異ナレトモ二以上ノ國家ヲ相合シテ一ノ新國家ヲ組織スルニ於テハ同シ從ヒテ此種類ノ國家ニ於テハ全國普通ノ憲法法律アルト同時ニ國內ノ小國家ニ於テモ亦各自特別ノ憲法法律ヲ有スルコトヲ妨ケス。國家ノ結合スル形式ハ一ニシテ足ラス然レトモ單純ノ結合ハ未タ以テ一ノ新國家ヲ組織ストスヘカラス左ニ單純結合ノ主要ナルモノヲ擧ケテ之ヲ複體國家ト對比スヘシ。

(一) 國家同盟ト複體國家トハ差別 等ク是レ國家ノ結合ナレトモ結合ノ結果全ク異ナリ複體國家ハ數國家ノ結合ニ依リテ生シタル一ノ新國家ナレトモ

國家同盟ハ單純ノ結合ニ止マリ之ニ依リテ新國家ヲ組織シタルニ非ス約言スレハ複體國家ハ國法上ノ結合ナレトモ國家同盟ハ國際法上ノ結合ナリ。

(二) 複體國家ト同君國家トハ差別 是レ亦國家ノ結合シタルニ於テハ一ナレトモ結合ノ結果同シカラス同君國家トハ同一ノ君主カ二國以上ノ王位ヲ繼承スルノ結果トシテ一時二國以上ノ結合ヲ生スルモノニシテ唯事實上同一君主ヲ奉戴スト云フニ過キス之カ爲メニ複體國家ニ於ケルカ如キ關係アルコトナシ例ヘハ查理五世ノ代ニ於ケル獨逸、西班牙兩國シヨトシ四世ノ治下ニ於ケル英吉利ハノール二國ノ如キハ然リ若シ其結合一時ニ止マラスシテ永久ニ繼續スヘキ性質ノモノナレハ之ヲ複體國家ノ一種ト見做スヘシ。

第二 政體

政體ノ區別ハ希臘ノ哲人アリストトト氏ノ既ニ創設セシ所ナリ氏ハ主權者ノ數ニ依リテ政體ヲ區別シ國家ニ君主制國家、貴族制國家、民主制國家ノ三種アルコトヲ論セリ此ニモ亦氏ノ區別ヲ標準トシテ政體ヲ觀察セン。

甲 貴族制國家 國民中優等ノ階級ニ在ル者ハ數人カ共同シテ主權ヲ總攬

第二、政體
政體上國家ノ區別
甲、貴族制國家

スルモハ貴族制國家トス故ニ此制度ノ國家ニ於テハ國民ノ階級ナカルヘカラス又其優等ノ階級ニ在ル者カ共同シテ國政ヲ執ラサルヘカラス若シ然ラスシテ貴族中ノ一人カ主權ヲ總攬スルカ如キコトアラハ是レ既ニ君主制ニシテ貴族制ニ非サルナリ。

乙 君主制國家 國家ハ主權カ君主一人ノ總攬ニ歸スルモハ君主制國家トス又更ニ分テ獨裁制君主國及ヒ立憲制君主國ノ二トス前者ハ君主カ自己

乙、君主制國家

ノ自由意思ニ依リテ主權ヲ行フモノニシテ後者ハ君主カ主權ヲ總攬スレトモ其行使ハ憲法ノ制限ヲ受クルモノナリ故ニ主權ヲ總攬スルハ君主一人ノ掌中ニ歸スレトモ其行使ノ條件カ制限セララルト否トニ於テ異ナルノミ。

丙 民主制國家 國家ハ主權カ國民全體ニ歸スルモハ民主制國家トス國民全體トハ事實上ニ於テ言フニ非スシテ法律上ノ解釋ニ於テ言フモノナリ古

丙、民主制國家

代民主國例ヘハ希臘ノ雅典ノ如キニ在リテハ國民全體カ事實上直接ニ國政ニ參與シタレトモ近世ノ民主國ニ於テハ此ノ如キ制度ヲ認メス國民ハ一定ノ代表者ヲ選出シ其代表者ハ國民全體ノ意思ヲ代表ス故ニ直接ニ國政ニ參與スル

近世國家ノ政體ハ複雜ナリニ簡ノ混合政體

議院制國家トハ如何ナルモノナルカ

ニ非スシテ間接ニ參與スルナリ。

アリストト氏ノ區別ハ大體上決シテ不可ナル處ナシ然レトモ國家組織複雜セル今日ニ於テハ單純ノ理論ヲ以テ足レリトスヘカラス以上三種ノ政體ノ外ニ尙ホ一種ノ混合政體アルヲ見ル或ハ君主制、貴族制及ヒ民主制ノ三政體混合スルアリ或ハ君主制、民主制ノ二政體混合スルアリ此等ハ皆國家ノ元首トシテ君主ヲ奉戴スルヲ以テ通常之ヲ君主國ト云フト雖モ理論上ニハ更ニ區別ヲ要ス。君主制、貴族制及ヒ民主制ハ混合政體ハ貴族及ヒ庶民ノ勢力ニ依リテ制限セラレタル君主國ノ變體ニシテ英國ノ政體即チ是レナリ英國ニ於テハ主權ハ君主ニ屬セスシテ君主及ヒ上下兩院ヨリ成立スル所ノ議院ニ在リ故ニ現今ノ學者ハ之ヲ議院制國家ト稱ス尙ホ一步ヲ進メテ論スレハ英國ニ於テハ君主既ニ君主ニ非ス貴族既ニ貴族ニ非ス其君主ト云ヒ貴族ト云フハ唯政治上社會上ノ稱呼ニ過キスシテ皆庶民ノ一種ニ過キストセハ寧ロ之ヲ民主制ノ國家トスルヲ以テ妥當ナリトス此理ノ一層明白ナルハ君主制ト民主制トハ混合政體ニ在リ此政體ニ於テモ國民ノ代表者ハ議院ナリトスレハ政治上ノ實權一ニ議院

ニ存スルカ故ニ之ヲ議院制國家ト云フモ亦可ナリ白耳義ノ政體實ニ之ニ該當ス同國ハ君主ヲ奉戴スルニ拘ハラス主權カ國民ニ屬スルコトハ憲法ノ明記スル所ナリ君主ハ唯君主ノ尊稱ヲ有スルノミニシテ其職分ハ施政長官タルニ止マル故ニ理論上ハ之ヲ民主制國家ノ中ニ編入セサルヘカラス。

第四章 國家ノ主權

主權論ノ起原

主權ノ二箇ノ方面

國家成立ノ一大要素トシテ權力ノ缺クヘカラサルコトハ既ニ之ヲ述ヘタリアリストトト氏カータヒ國家ニ最高ノ權力アルヘキノ理ヲ説キテヨリ以來何人ト雖モ此權力ノ存在ヲ認メサルモノナシ所謂國家ノ主權ト云フモノハ即チ此最高ノ權力ナリ。主權即チ「スーヴレンテー」ナル文字ハ佛人ボトタン氏ノ創設ニ係リ現今各國ノ齊シク流用スル所ナレトモ其用法ハ必スシモ一定セス或ハ時ニ内主權ノ意義ニノミ用非ルコトアリ或ハ全ク之ニ反シテ外主權ノ意義ニノミ用非ルコトアリ或ハ内外主權ヲ兼テ稱スルコトアリ然レトモ通常國家ノ主權ト云フトキ

ハ外部ニ對シテハ他ノ權力ニ服從セス内部ニ對シテハ其國內ニ存在スル一切ノ權力ノ上ニ位スル最高ノ權力ヲ總稱スルモノニシテ即チ内外主權ノ意義ヲ兼ヌルモノトス余輩カ此ニ國家ノ主權ヲ説クモ亦此通常ノ意義ニ於テスルモノナリ。

主權ノ本質

積極的ニ觀察シタル本質

主權カ最高ノ權力タルコトハ明白ニシテ殆ト疑ヲ容レズ然レトモ其最高ノ權力トハ如何ナルモノナルカト云フニ至リテハ從來ノ學者頗ル其見解ヲ異ニセリ。余輩ハ前ニ國家ノ權力ハ無限ニモ非ラス又全能ニモ非ラサルコトヲ説ケリ故ニ國家最高ノ權力タル主權カ決シテ無限全能ニ非サルコトハ茲ニ再説スルコトヲ要セス然レトモ其無限全能ニ非サルコトヲ説クハ唯主權ノ性質ヲ消極的ニ觀察シタル結果タルニ過キス尙ホ之ヲ積極的ニ觀察セサレハ主權ノ性質ハ未タ十分ニ表白セラル、コトヲ得サルヘシ。請フ左ニ之ヲ論ゼン。

第一 主權ハ唯一不可分ノ權力ナリ。故ニ數多ノ權力ノ相聚合セルモノニ非ス學者或ハ立法、行政、司法等ノ權力ヲ以テ主權ノ一部分トシ主權ヲ數多ノ權力ニ分割シ得ヘキカ如ク思惟スルモノアレトモ是レ全ク主權ノ本體ト作用ト

ヲ混同シタルノ誤ナリ。夫レ最高ナルモノハ唯一ナルカ故ニ能ク最高ナリ若シ主權ニシテ分割セラルヘクシハ一國家ニ數多ノ最高ナル權力ノ存スルヲ見ルニ至ラン此ノ如キハ天ニ二日アリト云フト一般ノミ多言ヲ要セスシテ其悖理ノ論タルコトヲ了知シ得ヘシ。

第二 主權ハ普通一般ノ權力ナリ。故ニ主權ノ被及スル所ハ國家ノ全體ニ亘リ敢テ其一部分ニ局在スルコトナシ蓋シ國家ハ主權ノ主體タリト雖モ元來無形ナル故ニ種々ノ機關ヲ設ケ之ヲシテ一定ノ權力ヲ代表シテ統治ノ實ヲ舉ケシム從ヒテ主權ノ作用ハ機關ノ差別ニ依リテ一ナラスト雖モ其機關ノ施設スル所ノ一切ノ行為ハ皆主權ニ淵源セサルナシ。

第三 主權ハ特立固有ノ權力ナリ。故ニ一國ノ主權ハ他國ノ主權ニ對シテ平等ナラサルヘカラス若シ他ノ國家ノ主權ノ爲メニ制御セラレ又ハ他ノ國家ノ主權ニ依リテ賦與セラル、トキハ主權ノ實ヲ失フモノト謂ハサルヲ得ス。』以上ハ主權ノ本體如何ヲ説了セリ余輩ハ更ニ其作用ニ就キテ攷究セサルヲ得ス主權ノ作用トハ國家カ内外ニ對シテ其存立目的ヲ達スルカ爲メニ其權力ヲ

主權ノ作用

從來ノ學說

活動セシムル一切ノ條件ヲ總稱スルモノナリ。

主權ノ作用ヲ立法及ヒ施政ノ三種ニ分ツル現今ノ通說

國家ノ存立目的ヲ達スルノ道ハ極メテ多シ故ニ主權ノ作用モ亦隨ヒテ單一ナルコトヲ得ス主權ノ本體カ唯一不可分ナルト同時ニ其作用カ幾種ノ岐路ニ分別セラル、コトハ蓋シ事理ノ當サニ然ルヘキ所ナリアリストイト氏カ其絶代ノ名著國家論ニ於テ國權ニ立法、行政、司法ノ三元素アルコトヲ論明セシヨリ以來後世ノ學者ハ大抵此區別ヲ認メサルモノナク殊ニ佛國ノモンテスキュー氏カ法律之精神ニ於テ三權ノ分立ハ立憲政體ノ要素ナルコトヲ極論スルニ及ヒテ終ニ主權ハ此三大權ノ聚合物ナリトノ謬說ヲサヘ傳フルニ至レリ。其政權ノ區別ヲ以テ唯作用ノ區別ニ過キストスル學者ニ於テモ其區別ノ方法一様ナラス或ハアリストイト氏ノ分類ニ從ヒテ三種ノ作用アリトシ或ハルイッー氏ノ如ク主權ノ作用ハ唯立法ニノミ存ストシ或ハブルンチュリー氏一派ノ如ク更ニ數種ノ作用ニ細分スヘシトス然レトモ現今歐洲諸國ノ學者ノ通說ハ主權ノ作用ヲ立法及ヒ施政ノ二大部分ニ區別スルニ在リ乃チ此說ニ從ヘハ法律ヲ制定スル主權ノ作用ヲ指シテ立法トシ法律ヲ執行シ又ハ法律ノ範圍内ニ於テ

ナリ

公益ヲ増進スルノ目的ヲ以テ自由ニ活動スル主權ノ作用ヲ施政トシ司法即チ法律ノ適用ヲ專ラトスル主權ノ作用ハ之ヲ施政ノ中ニ編入スルモノナリ余輩モ亦姑ク此通說ニ從フヘシ。蓋シ變遷窮極ナキハ社會ノ狀態ナリ而シテ國家ノ權力ハ此變遷窮極ナキノ狀態ニ應シテ活動ス故ニ主權ノ作用ニハ元來一定ノ形式アルコトナシ昔日ノ國家ト今日ノ國家トニ於テ其主權ノ作用ヲ異ニスルノミナラス今日ノ國家モ亦大小強弱文野ノ差異ニ隨ヒテ其主權ノ作用ヲ異ニセサルヲ得ス然ラハ主權ノ活動スル形式ニ就キテ一々之ヲ列舉セソトハ到底難シ假令ヒ之ヲ列舉シ得ヘシトスルモ何カ故ニ一定ノ形式ニ區別セサルヘカラサルカノ理由ヲ發見スルコト能ハス。余輩ハ今此ニ無用ノ勞ヲ省キテ主權ノ作用ヲ細說スルコトヲ爲サス唯近世文明諸國ニ於テ憲法其他ノ制度並ニ學者ノ論說カ如何ニ主權ノ重要ナル作用ヲ認ムルカヲ察シテ其大綱ヲ概舉スルヲ以テ甘セサルヲ得ス。

主權ノ作用ヲ二分シテ立法及ヒ施政トスルモ又之ヲ三分シテ立法、行政及ヒ司法トスルモ又之ヲ四分シ五分スルモ實際其間ニ劃然タル分界アリテ存スルニ

主權ノ作用ニ關スル別途ノ觀察

第一、法規權

第二、處分權

非ス要スルニ皆形式上ノ區別ニシテ實質ハ互ニ相混同ス故ニ從來因襲セル區別ノ如何ニ拘ハラシテ別ニ實質上ヨリ攷察スルトキハ主權ノ作用ハ左ノ二種ニ分ツコトヲ得ヘシ。

第一 法規權 法規トハ普通一般ノ事實ニ付キテ法律上ノ結果ヲ豫定スルモノナリ故ニ立憲國家ニ於テ立法權ノ作用トシテ發スル法律モ施政權ノ作用トシテ發スル命令モ皆之ヲ總稱シテ法規ト謂フ例ヘハ人ヲ殺ス者ハ死刑ニ處スト云フトキハ特定ノ人カ未タ殺人罪ヲ犯サ、ルニ先チテ死刑ナル法律上ノ結果ヲ惹起スヘキコトヲ豫定シタルニ止マル又例ヘハ各府縣ニ府縣知事一人ヲ置クト云フトキハ特定ノ人カ未タ府縣知事ノ任命ヲ受クサルニ先チテ任官ナル法律ノ結果ヲ惹起スヘキコトヲ豫定シタルニ止マル主權ノ此等ノ作用ハ皆之ヲ法規權トス。

第二 處分權 處分トハ特定ノ事實ニ付キテ法規ハ豫定セル結果ヲ惹起スモノナリ故ニ行政上ノ處分モ司法上ノ裁判モ皆齊シク處分ニ屬ス前例ヲ以テ言ヘハ實際殺人罪ヲ犯シタル者アリシ場合ニ死刑ノ宣告又ハ執行ヲ爲スモ又實際特定ノ人ヲ任用シテ府縣知事ト爲スモ皆特定ノ場合ニ於ケル特定ノ行爲ヲ以テ普通一般ニ豫定セラレタル結果ヲ惹起スモノナリ然レトモ處分ハ必スシモ法規ヲ待チテ行ハル、モノニハ非ス或ル場合ニハ法規ナシト雖モ尙ホ處分ヲ施サ、ルヘカラス蓋シ社會ノ事物ノ煩多ナル一々法規ヲ以テ豫定シ得ヘキモノニ非サレハナリ。

第五章 主權ノ主體範圍及ヒ機關

法律上主權ヲ享有スルモノハ指シテ主權ノ主體ト云フ前ニ一言セルカ如ク法律上ノ解釋トシテハ權利ノ主體ハ人ナリト云フト同シク主權ノ主體ハ國家ナリト云フヲ以テ足ル是レ近世最モ進歩シタル所ノ法理ナリ。故ニ通常學者ハ國家ノ人格ヲ認メテ一個人若クハ一個人ノ團體カ私法上ノ人格ヲ有スルト同シク國家ハ公法上ノ人格ヲ有スト説ク從ヒテ國家ハ其國體及ヒ政體ノ如何ヲ問ハス法律上ノ見解ニ於テハ一ナリ假令ヒ事實上國家カ君主若クハ人民ト相合一スルコトアルモ是レ唯政治上ノ組織ニ於テ然ルノミ抽象的ニ觀察セラレ

主權ノ主體トハ何ソヤ

主權ノ範
圍トハ何
ソヤ
國土及
國境權

タル國家ハ常ニ主權ノ主體トシテ存セサルヘカラス。

主權ノ範圍トハ主權ノ行ハル、限界ニシテ國土及ヒ人民是レナリ。國土トハ主權ノ治下ニ存在スル一定ノ土地ニシテ即チ主權ノ及フヘキ物の範圍ヲ示スモノナリ此點ヨリ觀察シタル主權ノ作用ハ之ヲ國境權ト名ツク。國境權ノ及フ所ハ内ハ國境內ニ住居スル一切ノ人民ヲ統御シ外ハ外國ノ干渉容喙ヲ許サス故ニ甲國人民カ乙國ニ入りテ乙國ノ統治ニ服従スルハ乙國ノ國籍トハ關係ナク唯國境權ノ範圍ニ棲息スルニ由ル而シテ法律上ノ國土ハ必スシモ地理上ノ分割ト相符合スルモノニ非ス一國ノ領海ハ國土ニ非スシテ國土ノ一部分ト見做サレ他國ノ領海ニ在ル軍艦又ハ公海ヲ航スル商船ノ如キモ亦國土ノ一部分ト見做サル。人民トハ國家ノ主權ニ服従スル一定ノ人類ニシテ即チ主權ノ及フヘキ人の範圍ヲ成スモノナリ國家ノ政體ニ從ヒテ或ハ臣民ト云ヒ或ハ國民ト云フ蓋シ臣民ハ君主國ニ於テ稱シ國民ハ共和國ニ於テ稱スルモ其法律上ノ性質ニ於テ毫モ差別アルコトナシ。而シテ其國家ノ權力ニ服従スルニ於テハ内國人民モ内國居住ノ外國人モ同一ナリト雖モ外國人民ハ國境權ノ關係ニ

國籍取得
ノ原因

機關トハ
何ソヤ

於テ内國ノ主權ニ服従シ内國人ハ國籍ノ關係ニ因リテ内國ノ主權ニ服従ス。國籍トハ一國ノ人民タル法律上ノ關係ニシテ其之ヲ取得スル原因ハ親族法上ノ關係及ヒ歸化等是レナリ親族法上ノ關係ハ出生及ヒ婚姻ヲ主トシ子ハ父ノ國籍ニ從ヒ婦ハ夫ノ國籍ニ從フテ原則トス歸化ハ一國ノ國籍ヲ脱シテ他國ノ國籍ヲ取得スル方法ニシテ行政法上ノ規定ニ依リテ國家之ヲ許容スルモノトス而シテ一タヒ國籍ヲ取得シタル結果ハ憲法ニ所謂臣民ノ義務ヲ負ヒ又臣民ノ權利ヲ有ス。

國家ハ主權ノ主體トシテ國土及ヒ人民ノ上ニ統臨スルモノナレトモ元來無形ノ法人タル以上ハ自ラ其主權ヲ行使スルコトヲ得ス故ニ有形ノ人之ニ代ハリテ其主權ヲ行使スルニ非サレハ國家統治ノ實ヲ舉クルコト能ハス是ニ於テ國家ノ機關ナルモノ生ス機關トハ自己固有ノ目的ヲク他人ノ爲メニ他人ノ目的ヲ實行スルハ職分ヲ有スルモノナリ是ヲ以テ國家ノ機關ハ自己ノ職分ノ範圍内ニ於テハ獨立ノ意思ヲ以テ自由ノ行爲ヲ爲スコトヲ得レトモ其行爲ハ自己ノ生存ノ爲メニ非ス國家ノ生存ノ爲メニスルモノニシテ法律上之ヲ國家ノ行

國家ノ元首

立憲國家ノ機關

近世國家ニ於ケル行政上ノ通義

爲ト看做ス。國家ノ機關ノ主タルモノヲ國家ノ元首ト云フ國家ノ元首トハ政治上ノ最高位ニ在リテ主權ノ全部ノ行使ニ與カルモノシテ法律以前ニ固有ノ職分ヲ有スルモノト法律以後ニ法律ノ委任ニ出ツル職分ヲ有スルモノトアリ前者ハ君主國ノ君主ニシテ後者ハ共和國ノ大統領トス主權ノ一部分ノ行使ニ與カル機關ハ國家ノ政體ニ依リテ一ナラス近世ノ立憲國家ニ於テハ議會ヲ立法機關トシ政府ヲ行政機關トシ裁判所ヲ司法機關トシ互ニ獨立ノ權限ヲ有シテ以テ相犯カスコトナカラシムルヲ原則トス。

第六章 自治制度

國家カ權力ノ主體タルコトハ既ニ説述シタル所ニ由リテ明ナリ然レトモ近世ノ國家ハ單一ノ團體ニ非スシテ數多ノ小團體ノ累積セル複雑ノ團體タルヲ常トス其小團體ハ或ハ一定ノ土地區畫ニ依リ或ハ社會上經濟上其他特定ノ關係ニ依リテ成立シ其目的ハ團體各自ノ私益ヲ計ルニ存セスシテ團體ノ公益ヲ計ルニ存ス而シテ國家カ一旦其團體ノ成立ヲ認許スルニ當リテハ國家ノ生存目

自治ノ定義

自治團體ノ種類

第一、地方團體

的ト相悖戻セサル限ニ於テ一定ノ行政上ノ權力ヲ賦與シ其團體ヲシテ命令強制ノ權ヲ行フコトヲ得シム所謂自治制度ノ由リテ存スル所以ナリ。自治トハ地方團體若クハ公共組合カ國家ハ委任ニ依リ固有ノ財産ヲ以テ團體共同ノ事務ヲ處理スルハ制度ヲ謂フ故ニ權力ノ主體ハ獨リ國家ニ止マラス自治團體タル地方團體及ヒ公共組合モ亦一定ノ權力ヲ享有ス從ヒテ若シ公法上ノ人格ヲ樹立スルニ於テハ齊シク之ヲ公法上ノ法人ト謂ハサルヘカラス唯國家ノ人格ハ法律以前ニ存シ自治團體ノ人格ハ法律以後ニ存スルノ差アルノミ。
第一、地方團體、地方團體トハ一定ノ土地區劃ニ本ツキ國家ノ委任ニ依リテ其團體内ノ行政ヲ爲スモノヲ謂フ故ニ地方團體ハ土地區劃ヲ有シテ其權力ハ其區劃ヲ超エス又國家ノ委任ニ依リテ其權力ヲ行フカ故ニ國家カ固有ノ權力ヲ享有スルモノト異ナレリ又其權力ハ單一行政ノ一部分ニ限ルカ故ニ國家カ一切ノ權力ノ淵源タルモノト異ナレリ蓋シ地方團體ハ土地區劃ニ依リテ設ケラル、カ故ニ幾多ノ階級ヲ成スモノナレトモ其階級ノ數ハ各國必スシモ一定セス專ラ其國舊來ノ沿革ト實際ノ政治上ノ理由トニ從ヒテ差異アリ本邦ニ

於テハ府縣郡市町村ハ其權力ノ範圍ハ異ナレトモ等シク地方團體トシテ公法上ノ人格ヲ有ス。

第二、公共組合

第二 公共組合ハ特定ノ公務ハ爲メニ設ケラレタル行政上ノ團體ニシテ土地區劃ハ其組織ノ元素ニ非ス假令ヒ其設立カ土地區劃ニ依ルモ是レ唯組合員ヲ定ムルカ爲メノ標準ニシテ唯一ノ要素ハ組合員タリ且其公務ハ複雑不定ノ公務ニ非スシテ唯商業工業農業衛生賑恤等ト云フカ如キ特定セル一種ノ公務ナリ故ニ學者ハ結社的行政團體又ハ特別行政團體ナル名稱ヲ付シテ以テ地方團體トノ區別ヲ明ニスルコトアリ。

第四編 權利及ヒ義務

第一章 權利

權利ハ法律上最緊ノ觀念ナリ

獨逸ノ大家ライプニツク氏カータヒ法學ハ權利ノ學問タルコトヲ唱說セシヨリ以來權利ナル觀念ハ法律上ノ最モ緊要ナルモノトセラレタリ而シテ學者ノ之ニ對スル見解ハ區々ニシテ定マル所ナシ若シ一々古來ノ學說ヲ列舉セハ殆ト學者ノ頭數ト相匹セシ余輩ハ敢テ一派ノ說ニ偏倚セス此ニ最モ簡明ニ且最モ瑕瑾ナシト信スル定義ヲ與ヘテ之ヲ解説セシ。

權利ノ定義

權利トハ法律ノ許容ニ依リ他人ニ對シテ有スル行爲ノ限界ナリ。

此定義ニ由リテ觀レハ

第一、權利ハ人ト人トノ關係ニ於テ存立スルモノナリ。故ニ人ハ自己又ハ人トノ關係ニ於テ存立スルモノナリ。

第一 權利ハ人ト人トノ關係ニ於テ存立スルモノナリ。故ニ人ハ自己又ハ物ニ對シテ權利ヲ有スルコトナシ其自己ノ身體生命又ハ外物ノ上ニ權利ヲ有スルハ自己ノ身體生命又ハ外物カ權利ノ客體トシテ存スルノミ權利ハ之ヲ他人ニ對抗スルニ非サレハ決シテ存立スルモノニ非ス今余カーノ書籍ノ所有權

ヲ有ストセハ其所有權ハ余カ書籍ニ對シテ之ヲ有スルニ非スシテ他人ニ對シテ之ヲ有スルナリ今余カ生命權ヲ有スルハ余カ自由ニ自己ヲ殺害スルコトヲ得ト云フニ非スシテ他人ヲシテ濫ニ生命ヲ害セシメサルノ權利ヲ有スルナリ。是故ニ權利ハ其性質上必ス義務ト相對立セサルヘカラス其義務ハ必スシモ特定ノ人カ之ヲ負擔スルヲ要セス世上一般ノ人カ之ヲ負擔スル場合ニ於テモ權利ノ權利タルニ妨ナシ。然レトモ法律上義務ハ必スシモ權利ト相對立スルニ非ス權利者ナクシテ義務者獨リ存スル場合ハ公法上ノ關係ニ於テ多ク之ヲ見ル所謂孤立義務ノ生スル所以ナリ。

第二、權利ハ行為ノ限界ノ行爲ノ限界

第二 權利ハ行為ノ限界ナリ。蓋シ任意放縱ノ行為ハ以テ人類ノ共同生活ヲ保持スヘキノ條件トスルヲ得ス故ニ一個人ノ行為ハ必ス多少ノ制限ヲ受ケサルヘカラス權利ハ即チ其行為ノ制限ヲ示スモノナリ而シテ其制限ノ範圍内ニ於テハ固ヨリ自由ノ行動ヲ爲スコトヲ得ルヲ以テ權利者ハ其權利ヲ拋棄シ又ハ之ヲ他人ニ讓與スルモ毫モ妨ナキヲ原則トス是レ其義務ト全ク其性質ヲ異ニスル所以ナリ。例ヘハ余ニ所有權アリト云フトキハ余ハ余カ所有物ヲ使

權利ハ必スシモ利益ノ伴フモノニ非ス

用スルモ又ハ破毀スルモ又ハ他人ヲシテ使用セシムルモ皆余ノ自由タリ又余ニ債權アリト云フトキハ余ハ債務者ヲシテ其債務ヲ辨濟セシムルモ又ハ之ヲ免除スルモ又ハ他人ニ讓渡スモ皆余ノ自由タリ且其權利ヲ行使スルニ當リテハ通常ハ惡意ヲ以テスルモ亦不可ナルコトナシ例ヘハ余カ債務者ノ非常ニ窮乏セルヲ知リツ、尙ホ之ヲ督促スルハ道德上ハ姑ク舍キ法律上ハ毫モ尤ムヘキニ非サルナリ。

凡ソ權利アレハ多少ノ利益之ニ伴フヲ通常トス故ニオーステン氏ハ自己ノ損失ト爲ル權利ハ殆ト想像スヘカラスト云ヒイエリング氏ハ權利ハ法律ノ保護スル利益ナリト云ヘリ然レトモ是レ唯普通ノ現象ヲ觀察シタルニ過キス權利ニシテ利益ノ之ニ伴ハサルモノハ固ヨリ之アリ例ヘハ相續權ハ一箇ノ權利ナレトモ若シ其相續セントスル資産カ被相續者ノ債務ヲ辨濟スルニ足ラサルトキハ其相續權ハ決シテ利益アリト謂フコトヲ得サルヘシ是レ余輩カ從來ノ通説ノ如ク權利ハ利益ナリト説カサル所以ナリ。

第三、權利ハ法律

第三 權利ハ法律ノ許容スル所ナリ。故ニ權利ハ許容セラレタル限界内ニ

ノ許容ス
ル所ナリ

非サレハ存在スルコトヲ得ス縱令ヒ余ニ所有權アリト云フモ若シ法律カ余カ
行爲ニ何等ノ效力ヲ附セス又其所有權ヲ保護シテ他人ノ之ヲ侵害スルコトヲ
禁スルニ非サレハ余ハ實際所有權ヲ有スルニハ非サルナリ。然ラハ權利ナル
文字ノ意義ニハ法律上ニ於テ用ヰルモノト政治上又ハ社會上ニ於テ用ヰルモ
ノトノ間ニ宜シク之ヲ區別スヘシ政治上又ハ社會上權利ト稱スルモノハ若シ
法律ヲ以テ之ヲ許容スレハ此ニ所謂權利ナルモノ生シ若シ法律ヲ以テ之ヲ禁
止又ハ制限スレハ其禁止又ハ制限セラレタル部分ハ此ニ所謂權利ニハ非サル
ナリ。

政治上又
ハ社會上
權利ト稱
スルモノ
ハ法律上
ノ權利ト
區別スヘ
シ
法律ノ觀
念ニ關ス
ル各説

スピノサ氏曰ク魚ノ水中ニ游泳スルハ自然ニ出ツ人ノ世ニ生マル、ヤ必ス權
利ヲ有スルコト猶ホ此ノ如キモノアリト蓋シ權利ノ天賦ニ出ツルコトヲ表
セルモノナリ社會契約ノ説ハ之ニ次キテ權利ハ社會ト各個人トノ契約ニ本ツ
キテ生スル權能ナリトシ自由意思ノ説ハ又之ニ次キテ權利ハ自由意思ヲ有ス
ル個人ノ自由ヲ調和シテ生スル最大自由ナリトセリ然ルニ後ベンサム氏カ法
律以外ニ權利ナシト説クニ及ヒ加フルニオースチン氏カ此説ヲ繼述スルヲ以

法律ハ權
利ヲ許容
スルモ之
ヲ創設セ
ス

テシテ權利ノ觀念ト法律ノ觀念トハ相伴フ者ナルコト大ニ明瞭ナルコトヲ得
タリ。抑モ權利ハ天賦ニ出ツルニ非ス又社會ノ契約ニ本ツクニ非ス又一個人
ノ自由意思ヨリ發スルニ非ス此等ノ數説ハ權利思想ノ發達上固ヨリ許多ノ效
績アリシナルヘシト雖モ唯空漠ニ馳セテ法律上ノ觀念ニ乏シキコト實ニベン
サム氏等ノ難スル所ノ如シ然レトモベンサム氏等カ法律以外ニ權利ナシ權利
ハ法律ヲ俟チテ始メテ生スト云フモ亦恐クハ妥當ナラス法律ハ權利ヲ許容ス
ルモ之ヲ創設セス權利ノ觀念ハ法律アリテ始メテ生スルニハ非ス法律ハ寧ロ
權利ナル觀念ヲ保護シテ之ニ法律上ノ效果ヲ付スルモノナリ。若シ夫レ人性
ノ本相如何ハ哲學上ノ議論ニ屬シ余輩カ容易ニ斷定スルコト能ハサル所ナレ
トモ人類ハ常ニ一種ノ理想ヲ樹立シテ斷ニス其生活ヲ革新シ以テ今日ノ文明
ニ及ヒ尙ホ進ミテ文明ノ極致ヲ得ンコトヲ努ムルノ理ハ蓋シ亦掩フヘカラス
而シテ權利モ亦竟ニ人類カ共同生活ヲ支持スルノ條件トシテ樹立シタル一箇
ノ理想ニ過キス法律ハ古來此理想ニ庶幾センコトヲ欲シテ以テ今日ニ及ヘル
モノナルコトヲ思ハ、權利ハ法律ノ創設ニ依リテ始メテ生スルモノニ非サル

權利ノ分類
第一、公
權及私
權

從來ノ學
說ハ權利
ヲ解スル
コト廣ニ
過キ近時
ノ學說ハ
權利ヲ解
スルコト
狭ニ過ク

ノ理モ亦多言ヲ要セサルヘシ。

權利ハ種々ノ點ヨリ觀察シテ之ヲ分類スルコトヲ得。

第一 公權及私權。人類ノ生活ニ公私二様ノ資格アルヨリシテ其權利ニモ公私ノ差別ヲ生ス公權トハ一個人カ國家ニ對スル公、共、事務ニ就キテ有スル權利ヲ謂ヒ私權トハ一人相互ノ關係ニ於テ有スル權利ヲ謂フ即チ公法上ノ權利例ヘハ官吏ト爲ルノ權利又ハ議員ノ選舉被選舉ニ關スル權利等ノ如キハ公權ニシテ私法上ノ權利例ヘハ親族ノ關係ヨリスル權利及ヒ所有權又ハ債權等ノ如キハ私權ナリ。從來ノ學者ハ一切ノ法律上ノ關係ヲ以テ權利關係ナリトシ租稅ノ賦課徵收ノ如キ刑罰ノ科當ノ如キ皆國家カ一個人ニ對シテ有スル所ノ公權ナリト説ケリ。然レトモ是レ恐クハ至當ノ見解ニ非ス國家ハ其存立目的ヲ達スルカ爲メニ正當ノ權力ヲ行フ者ニシテ一個人カ其權利ヲ行フモノトハ同シカラス權利ハ一個人カ法律上平等ニ享有シ得ヘキ能力ニシテ上命下服ノ關係ニ於テ權利アルコトナシ故ニ從來ノ學者ノ權利ニ對スル見解ハ廣漠ニ過ク。又輒近ノ學者ハ往々權利ハ唯私權アルノミニシテ公權アルコトナ

公權ハ政
權ナリ
言論集會
信教ノ自
由又ハ身
體ノ自由

シト説キ甚シキハ私權ハ悉ク權利ヲ構成スルニ非スシテ唯財產權ノミ真正ノ權利ナリト説ク。然レトモ是レ亦恐クハ正當ノ見解ニ非ス一個人ハ單ニ財產法上若クハ一般私法上ノ關係ニ於テノミナラス公法上ニテモ亦法律ヲ以テ保護セラレタル特定ノ能力ヲ享有スルヲ得ハ之ヲ稱シテ權利トスルコト事理ノ當然ナラスヤ。唯輒近ノ學者ハ或ハ權利ハ各人ノ利益ナリトシ或ハ各人ノ持分ナリトシ其利益其持分ハ皆金錢ニ評價セラレ得ヘキモノナルヲ要ストスルカ故ニ極メテ權利ノ範圍ヲ縮少スルノ傾向アリト雖モ何カ故ニ權利ハ各人ノ利益若クハ持分ナルヲ要スルカ又其利益若クハ持分ハ金錢ニ評價セラレ得ヘキモノナルヲ要スルカ余輩ハ其理由ヲ發見スルニ苦マズンハアラス故ニ輒近ノ學者ノ權利ニ對スル見解ハ從來ノ學者ノ見解廣濶ニ過クルニ反シテ往々狹隘ニ失スルノ嫌アルヲ免カレス。

公權ハ一ニ之ヲ政權ト稱ス政權トハ國家ノ政治ニ參與スル權利ト云フノ義ナリ政權ハ又之ヲ擔保權トモ云フ蓋シ私權ノ存立ヲ鞏固ニシテ各人ノ安寧幸福ヲ完カラシムルニハ政權アリテ之ヲ擔保スルヲ必要トスレハナリ法律上政權

等ハ公權
ニ非スシ
テ私權ナ
リ

義式的ノ
意義ニ於
ケル公權

私權ニ國
民權ト個
人權トノ
別アリ

ハ國籍ヲ有スル者ニ限リテ之ヲ與ヘ外國人民ニハ之ヲ與ヘス故ニ又之ヲ國民
權ト稱スルモ可ナリ。又學者ハ尙ホ廣ク公權ナル文字ヲ以テ總テ公法ニ認メ
ラレタル權利ニ適用スルモノアリ此ニ依レハ言論、集會、信教、自由、又ハ身體ノ
自由等ハ皆之ヲ公權ト稱セサルヘカラス然レトモ是レ唯其享有ノ範圍制限ノ
條件カ公法ニ規定セラレ、ノミ其權利ノ本質ニ至リテハ宜シク之ヲ私權ニ屬
スヘキモノトス。但或ル場合ニハ余輩カ此ニ示セル意義ニ拘ラス公權ノ意義
ヲ形式的ニ定ムルノ必要アリ例ヘハ刑法ニ剝奪公權ト云フカ如キハ是レナリ
其剝奪セラル、公權ノ如何ナルモノナルカハ一ニ刑法ノ定ムル所ニ依リテ見
ルノ外ナキナリ。
私權モ亦之ヲ國民權ト個人權トノ二種ニ分ツコトヲ得國民權ハ內國人民ノミ
之ヲ有スルコトヲ得テ外國人民ニ之ヲ與ヘス個人權ハ之ニ反シテ各國人民普
通ニ之ヲ有スルコトヲ得。然レトモ社會ノ進歩ハ漸次ニ國民權ノ範圍ヲ縮少
シ個人權ノ範圍ヲ増加シ今日ニ於テハ二者殆ト一致シテ區別スル所ナキニ至
レリ是レ職ヲ法律カ屬人主義ヨリ進ミテ屬地主義ト爲リシニ由ル。我民法上

第二、絶
對的權利
及ヒ相對
的權利

絶對的權
利ト相對
的權利ト
ニ關スル

ニ於テモ此區別ハ甚狹小ナレトモ例ヘハ土地所有權、養子權、隱居權ノ如キハ日
本臣民ニ限リテ之ヲ許スモノニシテ即チ國民權ノ性質ヲ有スルモノトス。
第二 絶對的權利及ヒ相對的權利 絶對的權利トハ世上一般ノ人ニ對スル
權利ニシテ相對的權利トハ或ル特定ノ人ニ對スル權利ナリ。例ヘハ所有權ハ
各人カ其所有物ヲ隨意ニ處分スルコトヲ得ル權利ニシテ世人ハ何人ト雖モ之
ヲ侵害スルコトヲ得ス又生命、身體、名譽、自由等ニ關スル權利モ皆絶對的權利ニ
シテ何人モ之ヲ侵害スルコトヲ得ス。然ルニ例ヘハ賣主カ買主ニ對スル代金
請求ノ權利ノ如キ貸主カ借主ニ對スル借金辨濟請求ノ權利ノ如キ皆買主又ハ
借主其人ニ對シテ效力アルノミナレハ之ヲ相對的ノ權利トス又親カ子ニ對シ
夫カ婦ニ對スル權利ノ如キ親族法上ノ權利モ亦特定ナル一人ニ對シテ生スル
ヨリ見レハ同シク相對的ノ權利ナリ。此二種ノ權利ニ付キテハ左ニ二三ノ緊
切ナル原則ヲ舉示セサルヘカラス。
(一) 絶對的權利ニ對スル義務ハ必ス消極的義務ナリ相對的權利ニ對スル義
務ハ或ハ消極義務ト爲リ或ハ積極義務ト爲ル。例ヘハ他人ノ所有權ニ對シテ

ハ世上一般ノ人ハ或ル行爲ヲ爲スコトヲ要セス只之ヲ侵害セサレハ可ナリ故ニ絶對的權利ニ對スル義務ハ消極的義務ナリ。然ルニ相對的權利ニ對スル義務ニ付キテ考フレハ例ヘハ賣主カ買主ニ對スルノ義務ハ物品引渡ノ義務即チ或ル行爲ヲ要スル義務ト爲リ又雇人カ雇主ニ對シテ一定ノ時間一定ノ場所ニ於テ同一ノ營業ヲ爲サルコトヲ約シタルトキハ其義務ハ或ル行爲ヲ要スル義務ト爲ラス故ニ相對的權利ニ對スル義務ハ或ハ積極義務ト爲リ或ハ消極義務ト爲ル。

(二) 絶對的權利、害セラレタルトキハ相對的權利ヲ生ス。例ヘハ所有權ハ絶對的權利ナリ而シテ他人若シ之ヲ害スルトキハ所有者ハ其人ニ對シテ損害賠償ノ權利ヲ行フコトヲ得即チ絶對的權利破レテ相對的權利生スル所以ナリ。

(三) 相對的權利ハ第三者ニ對シテ絶對的權利ト爲ル。例ヘハ甲ナル雇主カ乙者ナル雇人ニ對スル權利ハ相對的權利ナリ然ルニ丙者ハ此二人ノ關係ニ對シテハ第三者タルト同時ニ甲者ノ雇人乙者ニ更ニ多額ノ給料ヲ與ヘテ之ヲ誘惑シ以テ甲者カ乙者ニ對スル使役ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス即チ甲者カ乙者

ニ對スル相對的權利ハ同時ニ第三者タル丙者ニ對シテ絶對的權利ト爲ルモノトス。

第三、人身權及ヒ財產權

人格權及ヒ親族權

物權及ヒ債權

第三 人身權及ヒ財產權 人身權トハ人カ人タルノ位置ニ依リテ生スル權利ニシテ通常金錢上ノ價值ヲキモノトス此權利ハ或ハ絶對的權利ト爲リ或ハ相對的權利ト爲ル絶對的權利ハ人カ一個人タル資格ヲ以テ有スル權利ニシテ生命、身體、名譽、自由等ノ權利ハ皆之ニ屬ス苟モ人類タル者ハ皆此權利ヲ有セサルナシ故ニ或ハ之ヲ天赋權トモ云ヒ又或ハ之ヲ人格權トモ云フ相對的權利ハ親族ノ一人タル資格ヲ以テ有スルモノニシテ身分權又ハ親族權ト云フモノ即チ是レナリ。絶對的權利ハ金錢上ノ價值ヲ生スルコトアレトモ相對的權利ハ全ク其價值ヲ生スルコトナシ。財產權トハ人カ物若シハ他人ノ行爲ニ就キテ有スル權利ニシテ通常金錢ニ見積ラルヘキ價值ヲ有ス又同シク絶對的權利ト爲リ相對的權利ト爲ル絶對的財產權ハ之ヲ物權ト稱シ之ヲ世上一般ノ人ニ對抗スルコトヲ得而シテ其權利ノ客體カ物ナルヲ以テ如何ナル場合ニモ必ス金錢上ノ價值ヲ有ス相對的財產權ハ之ヲ人權又ハ債權ト稱シ特定ノ人

ニ對シテノミ行ハル而シテ其權利ノ客體カ他人ノ行爲ナルヲ以テ近世ノ進歩セル法律ハ必スシモ金錢上ノ價值アルヲ要セストセリ我民法ノ如キモ此意義ヲ取ル。

人身權ト
財產權ト
ノ混合セ
ル權利

人身權財產權ノ差別ノ主要ナルモノハ財產權ハ普通ニ賣買讓與ノ目的ト爲リ人身權ハ賣買讓與ノ目的ト爲ラサルニ在リ何トナレハ人身權ハ其權利者ニ固着シテ其人ト共ニ存亡シ之ヲ授受スルコト能ハサレハナリ。然レトモ法律上人身權ト財產權トノ性質ヲ混有スル一種ノ權利アリ此權利ハ元來權利者固有ノ技能ニ基キテ生スルモノナレトモ財產權ト同シク賣買讓與ノ目的ト爲ルコトヲ得例ヘハ著作權、商標權、意匠權、特許權等ノ如キ是レナリ學者ハ通常此等ノ權利ヲ名クテ精神的所有權若クハ智能權ト云フ。

第四、原
權及ヒ救
濟

第四 原權及ヒ救濟權 原權トハ法律上當然ニ生シ他人カ之ヲ侵害スルコトナクシテ存在スル權利ナリ救濟權トハ他人カ原權ヲ侵害スルコトアルニ由リテ始メテ生スル權利ナリ故ニ原權及ヒ救濟權ハ一ニ第一權及ヒ第二權ト云フ。例ヘハ所有權ハ他人カ之ヲ侵害スルコトヲ待タスシテ法律上當然ニ存ス

ルカ故ニ原權タリ若シ他人之ヲ侵奪シ若クハ侵害スルコトアルトキハ所有者ハ其侵奪者若クハ加害者ニ對シテ其權利ヲ回收シ若クハ損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得此回收權、要償權ノ如キハ他人ノ加害行爲ニ依リテ始メテ生スルカ故ニ原權ニ非スシテ救濟權タリ。

原權及ヒ救濟權ニ關シテモ亦左ニ緊切ナル規則ヲ舉示セサルヘカラス。

(一) 原權破レテ救濟權生ス。例ヘハ原權タル所有權傷害セラレテ救濟權タル損害賠償ノ權利生スルカ如シ是レ原權及ヒ救濟權ノ性質ニ由リテ當然ニ存立スル所ノ規則ニシテ別ニ説明ヲ要セサルヘシ。

(二) 原權カ法律上ノ效力ヲ有スルハ救濟權ノ存スルニ由ル。若シ原權アリテ救濟權ノ之ニ伴フニ非サレハ原權ハ其名アリテ其實ナシ故ニ余カ如何ニ或ル物ノ所有權ヲ有スルコトヲ主張スルモ若シ他人カ之ヲ侵害スル場合ニ法律カ余ニ何等ノ救濟權ヲモ與ヘサルトキハ余ノ所有權ハ畢竟法律上ノ效力ヲ有スルコトヲ得サルナリ。

(三) 凡ソ絶對的權利ハ皆原權ニ屬スレトモ相對的權利ハ或ハ原權ニ屬シ或

原權及ヒ
救濟權ニ
關スル緊
要ノ原則

ハ救濟權ニ屬ス。絶對的權利ハ他人カ初メヨリ之ヲ侵害スルコト能ハサル權利ナレハ其原權ニ屬スルコトハ言テ俟タス相對的權利ノ中ニ就キテハ身分又ハ契約等ヨリ生スル權利例ヘハ夫カ婦ニ對シ要約者カ諾約者ニ對スル權利ノ如キハ原權ニ屬スレトモ不正ノ損害ニ依リテ生スル損害賠償ノ權利ノ如キハ救濟權ニ屬ス。

(四) 原權ハ或ハ絶對的權利タルコトアリ或ハ相對的權利タルコトアリ救濟權ハ常ニ相對的權利タリ。例ヘハ所有權ハ原權ニシテ絶對的權利ナリ又生命身體名譽自由等ニ關スル權利モ皆原權ニシテ絶對的權利ナリ又身分又ハ契約ニ因リテ生スル權利ハ前ニモ述ブルカ如ク原權ナレトモ相對的權利ニシテ絶對的權利ニ非ス故ニ原權ニハ絶對的權利タルモノト相對的權利タルモノトノ二種アリ。然レトモ救濟權ハ元來原權ニ對スル加害行為アリテ始メテ生スルヲ以テ其權利ヲ對抗セラル、人ハ如何ナル場合ニ於テモ特定ノ人ヲラサルチ得ス故ニ救濟權ハ常ニ相對的權利タリ。

第二章 義務

廣義ノ義務

廣ク義務ヲ解スルトキハ人カ自己ニ對シ又ハ他人若クハ外物ニ對シテ有スル責任ハ總テ之ヲ義務ト謂フコトヲ得ヘシ故ニ其包含スル所極メテ廣シ或ハ宗教上ノ義務ト云ヒ或ハ道德上ノ義務ト云ヒ或ハ社會上ノ義務ト云フモ或ル規則ニ遵由シテ行為又ハ不行爲ノ責任ヲ負フニ至リテハ同シ然レトモ法律上ノ義務ヲ解釋スルハ此ノ如ク廣汎ナルヘカラス。

義務トハ法律ノ強行スル各人ノ行為又ハ不行爲ノ責任ナリ。

此定義ヲ分析スレハ

第一 義務ハ責任ナリ。責任トハ何等ノ規則ニ論ナク其規則ニ服從スヘキノ必要ヲ謂フ法律上ノ義務ヲ負フ者ハ苟モ法律ノ制裁ヲ被ラサルコトヲ欲セハ必ス法律ノ命令スル所ヲ爲シ法律ノ禁止スル所ヲ避ケサルヘカラス是レ義務カ責任ナル所以ナリ。

第二 義務ハ行為又ハ不行爲ノ責任ナリ。行為トハ或ル事ヲ爲スヲ謂ヒ不行爲トハ或ル事ヲ爲サ、ルヲ謂フ一ハ積極的ノ責任ニシテ一ハ消極的ノ責任

ナリ法律ハ一個人ニ命令スルニ或ル行為ヲ爲スコトヲ以テシ又或ル行為ヲ爲サ、ルコトヲ以テス故ニ人苟モ法律ノ規定ニ觸レサラント欲セハ其命令スル所ノ行為ハ進ミテ之ヲ爲シ其禁止スル所ノ行為ハ避クテ之ヲ爲サ、ル責任アリ。

第三 義務ハ法律ノ強制スル責任ナリ。前ニモ述ヘタルカ如ク義務トハ總ヘテ或ル規則ニ從ヒテ或ル事ヲ爲シ又ハ爲サ、ルノ責任ナリ而シテ法律上ノ義務ト道德上其他ノ義務トヲ區別スルニハ一ニ其法律ニ依リテ強制セラレ得ヘキヤ否ヤヲ見ル即チ或ル義務ヲ盡サ、ルニ依リテ法律ノ制裁ヲ被ムルトキハ其義務ハ法律上ノ義務タリ。

義務ノ種類モ亦種々ノ點ヨリ觀察スルコトヲ得。

義務ノ分類
第一、積極的義務
及ヒ消極的義務

第一 積極義務及ヒ消極義務 積極義務トハ或ル事ヲ爲スヘキ義務ニシテ即チ行為ノ義務ナリ消極義務トハ或ル事ヲ爲スヘカラサル義務ニシテ即チ不行爲ノ義務ナリ例ヘハ物ノ賣主カ其物ヲ引渡ス義務又ハ買主カ之ニ對シテ代價ヲ支拂フ義務ノ如キハ積極義務ニシテ他人ノ所有物ヲ毀害スルコトヲ得サ

第二、孤立義務及ヒ對立義務

ル義務ノ如キハ消極義務ナリ。凡ソ絶對的權利ニ關シテハ人ハ悉ク消極義務ヲ負ヒ相對的權利ニ關シテハ或ハ積極義務ヲ負フコトアリ或ハ消極義務ヲ負フコトアリ權利ノ種類ヲ説クニ當リテ既ニ之ヲ述ヘタルカ故ニ此ニ贅セス。

第二 孤立義務及ヒ對立義務 孤立義務トハ權利ト相對セサル義務ニシテ對立義務トハ權利ト相對スル義務ナリ蓋シ權利アレハ必ス義務之ニ伴フモノナレトモ義務ハ必ス權利アリテ後ニ生スルニ非ス時トシテハ權利ト相對立セスシテ單獨ノ存在ヲ爲スコトアリ。例ヘハ他人ノ所有物ヲ毀損セサル義務ハ所有者ノ權利ト對立シ負債ヲ辨濟スル義務ハ貸主ノ權利ト對立スレトモ納税ノ義務又ハ兵役ノ義務ノ如キハ之ニ對スル法律上ノ權利ナシ或ハ國家又ハ主權者ヲ指シテ收稅權又ハ徵兵權ノ主體ナリトスル者ナキニ非サレトモ此ノ如キハ以テ權利ト稱スヘカラス權力ノ作用ニ本ツキテ然ルノミ故ニ憲法上ニ所謂臣民ノ義務ノ如キハ之ヲ孤立義務ト稱スルヲ可ナリトス。オースチン氏ハ國家ニ對スル義務主權者ニ對スル義務自己ニ對スル義務及ヒ人類以外ノモノニ對スル義務ヲ以テ孤立義務トシ又一切ノ孤立義務ハ之ヲ破ルトキハ刑事ノ

裁判ヲ喚起スト云ヘリ蓋シ此ノ如ク解説シテ大差ナカル、キカ。

第三、第一義務及ヒ第二義務。第一義務及ヒ第二義務ノ一別ハ宛モ權利ニ原權、救濟權即チ第一權、第二權ヲ區別スルカ如ク一ニ犯行ノ有無ニ由リテ生ス。第一義務トハ即チ原權ニ對スルモノニシテ他人ノ權利ヲ侵害セシテ存スルモノナリ語ヲ換ヘテ言ヘハ他人ノ權利ヲ侵害セサルノ義務ナリ第二義務トハ救濟權ニ對スルモノニシテ他人ノ權利ヲ侵害シテ後ニ始メテ生スルモノナリ語ヲ換ヘテ言ヘハ他人ノ權利ヲ侵害シタル者カ制裁ヲ受クヘキノ義務ナリ。例ヘハ他人ノ所有權ヲ侵害スヘカラサル義務ハ第一義務ニシテ之ヲ侵害シタルニ由リテ生スル賠償ノ義務ハ第二義務ナリ故ニ第一義務破レテ第二義務生スルコト猶ホ原權破レテ救濟權生スルカ如シ。

第三章 權利ノ主體

權利ノ主體トハ或ル權利ヲ享有行使スルコトヲ得ルモノニシテ法律上ニ人ト稱スルハ即チ權利ノ主體ナリ故ニ人類モ權利ノ主體タルコト能ハサレハ法律

上之ヲ人ト稱スルコトヲ得ス例ヘハ奴隸制度ニ於ケル奴隸ノ如キ家族制度ニ於ケル家族ノ如キハ均シク人類ナリト雖モ法律上權利ヲ享有行使スルノ能力ナカリシカ故ニ之ヲ人トスルコトヲ得ス唯現今ノ進歩セル時代ニ於テハ人類ハ法律ノ前ニハ平等ナルヲ以テ原則トシ如何ナル人類ト雖モ權利ノ主體タルコトヲ得ルニ至リシノミ。然レトモ權利ノ主體ハ必スシモ人類ニ限ラス人類ノ團體又ハ物ノ團體モ亦同シク權利ノ主體タルコトヲ得此點ニ於テハ人類又ハ物ノ團體モ亦法律上ノ人ト見做サル、モノナリ法律上人ヲ分チテ自然人及ヒ法人ノ二トスル所以ハ即チ此ニ存ス。

第一節 自然人

自然人トハ一個ノ人類ノ形體ヲ備ヘテ權利ノ主體タルモノヲ謂フ故ニ自然人ハ又之ヲ有形人トモ云フ近世ノ進歩セル法律ニ於テハ自然人ハ皆權利ヲ享有スルノ資格ナキハナシ然レトモ現ニ出生セス又ハ生活セサル者ヲ以テ權利ノ主體トスルコト能ハス從ヒテ自然人ノ發生ニモ一定ノ條件アリテ存ス。

第一 出產 出產トハ人類カ母ノ胎内ヲ出ツルヲ謂フ胎兒ハ母體ノ一部分

近代ノ法律ニ於テハ人類ハ悉ク權利ノ主體タリ

自然人ノ意義

自然人發生ノ條件

第一、出產

タルニ過キサレハ權利ヲ享有スルコト能ハス其胎内ヲ出ツルニ及ヒテ始メテ權利ヲ享有スルコトヲ得ルモノナリ但胎兒ト雖モ法律カ或ル利益ヲ保護スルカ爲メニ一種ノ擬制ヲ設ケテ之ヲ既生兒ニ視ルコトナキニ非ス是レ損害賠償、相續、遺贈等ノ場合ニ生スル特例ナリ。

第二、生命ノ保有

胎兒カ出產スルモ若シ完全ナル生命ヲ以テ生ル、ニ非サレハ權利享有ノ能力ヲ生セス即チ死シテ出產シタル者ハ自然人トシテ生存スルニ非ス唯一箇ノ物質ナルノミ之ニ反シテ完全ノ生命ヲ以テ生レタル幼兒ハ其生活ノ時間ノ長短ニ拘ハラスシテ權利享有ノ能力ヲ具フ。

權利ノ享有及ヒ行使

右二條件ヲ具ヘテ發生シタル自然人ハ當然法律上ノ人格ヲ有シ一般ニ權利ヲ享有スルコトヲ得然レトモ此原則ハ公法上ノ權利ニハ適用セラレス公法上ノ權利ニ就キテハ近世ノ法律ト雖モ何人ニモ無制限ニ之ヲ賦與スルコトナシ其制限ハ主トシテ男女、性、年齡、財產額ノ上ニ設ケラル乃チ女子ハ普通ニ公法上ノ權利ナク又男子モ一定ノ年齡ニ達シ一定ノ租稅ヲ納ムルニ非サレハ其權利ヲ有スルヲ得サルコトハ各國ノ制度ニ多少ノ例外アリ又多少寬嚴ノ度ヲ異ニス

公法上ノ權利ヲ享有スル條件

レトモ要スルニ公法上ノ權利ハ私法上ノ權利ト頗ル其趣ヲ同クセサルモノナリ。

私法上ノ權利ヲ行使スル條件身分及ヒ能力

私法上ノ權利ニ就キテモ人カ其權利ヲ行使スルニ當リテハ更ニ身分ト能力トノ觀念ヲ明ニスルヲ要ス。身分トハ一個人カ社會上又ハ親族間ニ有スル法律上ノ地位ニシテ成年、未成年、夫婦、親子、尊屬、親、卑屬、親等種々ノ區別アリ能力トハ之ヲ汎稱スレハ權利ヲ享有シ並ニ行使スル一個人ノ權能ヲ包容ス即チ能力ニハ權利能力ト行為能力トノ二様アレトモ普通ニ能力ト云フトキハ行能爲力ノ場合ニノミ限ル何トナレハ一個人ノ權利能力ノ有無ハ現今ノ法律ニ於テ之ヲ見ルノ必要ナクハナリ而シテ此普通ニ云フ能力ハ常ニ身分ト直接ノ關係ヲ有スルモノニシテ例ヘハ未成年者、妻、禁治產者、准禁治產者タル身分ヲ有スルモノハ財產上ノ權利ヲ享有スルコトヲ得テ之ヲ行使スル能力ナシ私法上ニ所謂無能力者トハ此ノ如ク權利行使ノ能力ナク又完全ニ行使スルコト能ハサル者ナリ。

無能力者ノ種類

無能力者ヲ分チテ二種トスルコトヲ得一般ノ無能力者及ヒ特別ノ無能力者是

第一、未
成年者

レナリ一般ノ無能力者トハ法定ハ條件ニ依ルニ非サレハ法律行為ハ全部又ハ其重要ナル部分ヲ爲スコト能ハサル者ニシテ未成年者禁治産者准禁治産者妻是レナリ特別ノ無能力者トハ或ル特定ノ行為ヲ爲スコト能ハサル者ニシテ例ヘハ後見人カ被後見人ノ財産ヲ讓受クルコトヲ得ス商業使用人カ主人ノ營業部類ニ屬スル商行爲ヲ爲スコトヲ得サルカ如キハ即チ此類ニ屬ス。尙ホ左ニ一般ノ無能力者ニ就キ少シク説明スル所アラソ。

第一 未成年者 成年未成年ヲ定ムルハ各國ノ氣候風土習俗其他種々ノ原因ニ因ル我國ニ於テハ滿二十年ヲ成年トシ之ニ違セサルヲ未成年トス。未成年者カ法律行為ヲ爲スニハ法定代理人タル父母又ハ後見人ハ同意ヲ得ルコトヲ要ス然レトモ是レニ未成年者ヲ保護スルノ意ニ出ツ故ニ若シ單ニ權利ヲ得又ハ義務ヲ免ルヘキ行為ヲ爲スニハ未成年者ニ損害ナク又從ヒテ之ヲ保護スル必要ナキヲ以テ此ノ如キ行為ハ未成年者獨立シテ之ヲ爲スコトヲ得。

第二、禁
治産者

第二 禁治産者 禁治産ニ關スル規定モ亦各國一ナラス佛伊兩國ニ於テハ成年者又ハ自治産未成年者ニ限り禁治産ニ付セラルレトモ我國ニ於テハ多數

第三、准
禁治産者

ノ立法例ニ倣ヒ成年未成年ヲ問ハス總テ心神喪失ノ常況ニ在ル者ニハ本人其他一定ノ者ノ請求ニ因リ裁判所カ禁治産ヲ宣告スルコトヲ得トセリ。心神喪失ノ常況ニ在ル者トハ瘋癲白痴ノ類ニシテ其常況アル以上ハ時々本心ニ復スルコトアルト否トヲ問ハス若シ本心ニ復スルコトアル者ハ本人自ラ禁治産ヲ請求スルコトヲ得ヘク其他請求ノ權ヲ有スル者ヲ配偶者四等親以內ノ親族戸主後見人保佐人又ハ檢事トス。而シテ禁治産ノ宣告ヲ受ケタル者ハ之ヲ後見ニ付シ其身體ヲ看護シ又其財産ヲ管理セシム。佛國民法及ヒ之ニ倣ヒタル民法ニハ別ニ刑事上ノ禁治産ト稱スルモノヲ認メ重罪ノ刑ニ處セラレタル者ハ當然治産ノ禁止ヲ受クヘキモノトスレトモ我民法ハ之ヲ認メス蓋シ事理ノ當ヲ得タルモノト謂フヘシ。

第三 准禁治産者 心神耗弱者聾者啞者盲者及ヒ浪費者ハ准禁治産者トシテ之ヲ保佐人ニ付スルコトヲ得要スルニ精神上又ハ身體上ノ不具者ヲ保護スルノ目的ニ外ナラス。而シテ保佐人ハ後見人ノ如ク法定代理人タルノ資格ヲ有スルニ非ス唯准禁治産者ノ智能ヲ補足スルカ爲メ重大ナル財産上ノ行為ニ

付キ准禁治産者ノ相談人ト爲リテ同意ヲ與フルニ過キス。重大ナル財産上ノ行爲トハ主トシテ處分行爲即チ權利ノ移轉ヲ生スヘキ行爲ニ關ス管理行爲ハ權利ノ移轉ヲ生セス唯財産ノ保存利用改良ヲ目的トスル行爲ナルヲ以テ准禁治産者カ獨斷ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ妨ケス。

第四、妻

第四 妻。妻ヲ無能力者トスルハ夫權ヲ保護シ一家ノ安寧ヲ計ルノ意ニ出ツ故ニ財産上重大ナル行爲又ハ一家ノ不和ヲ來タシ若クハ妻タルノ義務ヲ盡スニ障礙ト爲ルヘキ行爲ニ付キテハ夫ノ許可ヲ要スルコト、爲レリ其許可ヲ要スヘキ行爲ハ一ニ法律ノ定ムル所ニ依ル即チ妻ハ准禁治産者ト同シク限定的能力ヲ有スル者ナリト謂フヘシ。

住所及ヒ居所

人ハ能力者ト無能力者トヲ問ハス其ノ生活ヲ遂クルカ爲メニ必要ナル一定ノ場所ナカルヘカラス其法律上人カ常ニ存在スト認メラル、場所ヲ住所ト云フ民法ハ各人ノ生活ノ本據ヲ以テ住所トセリ故ニ法律上各人ノ住所ハ一アリテ二アルコトヲ得ス從ヒテ住所ハ居所又ハ現在地ト之ヲ區別スルコトヲ要ス居所ハ人カ多少ノ時間繼續シテ居住スルノ意思ヲ以テ其身體ヲ定置スル場所ニ

住所ノ種類

シテ一人ニシテ數箇ノ居所ヲ有スルコト少カラス例ヘハ別莊又ハ出張所ヲ有スルカ如キハ然リ現在地ハ人カ唯一時其身體ヲ定置スル場所ニシテ隨時變更スルモノナリ。又住所ハ戶籍法ニ所謂本籍地ト同シカラス本籍地ハ即チ一家ノ戶籍ノ屬スル場所ニシテ各人生活ノ本據トハ毫モ關係ナシ又住所ハ市町村制ニ所謂住民籍トモ同シカラス住民籍ハ唯住居ヲ占ムルニ依リテ成立スルモノニシテ住所モ居所モ皆通シテ住民籍ヲ構成スルモノナリ。

住所ニ法定住所ト任意住所トノ二種アリ法定住所ハ法律ノ規定ニ依リテ定マリ濫ニ其變更ヲ許サ、ルモノニシテ例ヘハ家族ノ住所妻ノ住所等ノ如キハ是レナリ任意住所ハ各人カ任意ニ設定シタル住所ニシテ更ニ解説ヲ要セス。又住所ハ之本住所及ヒ假住所ノ二種ニ區別スルコトヲ得本住所ハ一般ノ法律關係ニ於ケル住所ニシテ假住所ハ特定ノ事件ニ關シ選定シタル住所ナリ訴訟ノ場合ニ多シ假住所ノ實用ヲ見ル蓋シ書類ノ送達又ハ諸種ノ通知ヲ爲スニ便益アルヲ以テナリ。

住所ノ法律關係ニ

住所ノ法律關係ニ及ホス效果ハ頗ル大ナリ例ヘハ債務ノ辨濟ハ債權者ノ住所

及ホス效

ニ於テシ相續ハ被相續人ノ住所ニ於テ開始シ訴訟ハ被告ノ住所ニ依リテ裁判管轄ヲ定ムルカ如キ其ノ他諸種ノ場合ニ於テ住所ヲ知ルヘキノ必要極メテ多シ。而シテ若シ住所ハ實際知レサル場合ニ於テハ法律ハ居所ヲ以テ住所ト看做ス。

自然人消滅ノ原因

近代ノ法律ニ於テ唯物理上ノ死亡ヲ以テ消滅ス失踪ノ宣告

法人ノ意義

自然人ノ發生並ニ其法律上ノ地位ハ以上述フル所ヲ以テ大略明ナルヘシ然ラハ其消滅ノ原因如何ト云フニ古代ノ法律ニハ自然人ハ奴隸又ハ刑罰ニ依レル准死ノ爲メニ消滅セシコトアリシカトモ今日ノ法律ニハ自然人消滅ノ原因ハ唯物理上ノ死亡アルノミ。然レトモ一定ノ年限ヲ超エテ生死不明ナル場合ニハ法律カ其人ヲ以テ既ニ死亡セリト看做スコトアリ失踪宣告ノ場合即チ是レナリ失踪ノ宣告トハ人カ其住所又ハ居所ヨリ亡失シテ一定ノ期間(七年間)生死分明ナラサルトキ利害關係人ノ請求ニ依リ裁判所之ヲ爲スモノニシテ其宣告ヲ受ケタル者ハ法律上死亡セルモノト見做サル。

第二節 法人

法人トハ人類ハ團體又ハ物ハ團體ニシテ權利ハ主體タルモノヲ謂フ其一個人

法人ノ享有シ得ヘキ權利

ノ形體ヲ備ヘサルノ故ヲ以テ又之ヲ無形人ト稱シ又其法律ノ擬制ニ依リテ存立スルノ故ヲ以テ又之ヲ擬制人トモ稱ス。而シテ其元來無形ナルヨリシテ其享有スル所ノ權利ハ決シテ自然人ト同一ナルコトヲ得ス語ヲ換ヘテ言ヘハ自然然人ニ固有ナル身分其他人身上ノ權利ハ法人ニ屬スルコトナキナリ。故ニ從來學者カ通常説明スル所ニ依レハ權利ノ主體カ有形人タルト無形人タルトヲ以テ自然人及ヒ法人ノ區別ナリトスレトモ尙ホ一層明確ノ説明ヲ得ント欲セハ況ク權利ノ主體ナリト云フハ不可ナリ法人ハ一切ノ權利ヲ享有スルニ非スシテ唯財産上ノ權利ヲ享有スルニ止マルノミ。然レトモ亦多少ノ例外ナキニ非ス例ヘハ佛國ニ於テハ育兒院ニ兒童後見ノ權ヲ與ヘ慈善組合ヲシテ貧兒ノ親權ヲ行ハシムルカ如キハ法人カ身分權ノ一部分ヲ享有スルモノナリ又英國ノ大學ハ國會議員ノ選舉權ヲ有シ又我市町村制ニ於テモ多額納稅者タル法人カ市町村會議員ノ選舉權ヲ有スルカ如キハ法人カ公權ノ一部分ヲ享有スルモノナリ。

法人發生ノ條件

法人ノ發生ハ自然人ト全ク其趣ヲ異ニス。法人ハ法律ノ規定ニ依リテ初メテ

法人ノ成立ヲ認ムル方法

發生スルモノニシテ若シ法律カ或ル團體ノ人格ヲ認ムルコトナクハ其團體ハ唯單純ナル人類又ハ物ノ集合タルニ過キス。其法人ノ成立ヲ認ムルニハ君主特許主義、法律特許主義、法定準則主義、自由主義ノ四方法アリ我邦ニ於テハ原則トシテ法定準則主義ヲ採リ又或ル場合ニハ法律特許主義ヲ採ル。法定準則主義トハ法律ニ一定ノ條件ヲ定メ或ル團體カ此條件ヲ備ルニ依リテ法人ト爲ルコトヲ得ルモノニシテ例ヘハ會社法ニ於テ法人タル條件ヲ定メ或ル共同組合カ此條件ヲ充タストキハ法人ノ資格ヲ得ルカ如シ法律特許主義トハ法律カ直接ニ法人ノ資格ヲ與フルモノニシテ例ヘハ市町村制、郡制、府縣制ニ於テ市町村郡、府縣ヲ法人トシ商業會議所條例ニ於テ商業會議所ヲ法人トスルカ如シ。法人ノ種類ハ之ヲ左ノ如ク區別スルコトヲ得。

法人ノ種類
第一、公法人

第一、公法人。公法人トハ國家ノ政治組織ノ一部分ヲ爲ス法人ヲ謂フ國家、地方團體、公ノ營造物、公共組合等是レナリ。國家カ法人ナルヤ否ヤニ付キテハ疑義アリト雖モ國家ハ他ノ人格ヲ設定スルト同時ニ自己ノ人格ヲ認ムルコトヲ得ルハ當然ナリ且我現行法ニ於テ國家ヲ法人トシタル場合多シ故ニ解釋論

第二、私法人

トシテモ國家ヲ法人トセサルヲ得ス。地方團體及ヒ公共組合ノ何タルコトハ既ニ之ヲ説ケリ此ニ贅セス。公ノ營造物カ法人タルハ學校、病院、美術館、博物館等カ固有ノ財産ヲ有シ獨立ノ事務ヲ行フ場合ニシテ歐洲諸國ニハ之ヲ認ムルコト多クレトモ我邦ニハ未タ其實例ヲ見ス。
第二、私法人。私法人トハ民法ノ通則ニ從ヒテ組成セラル、法人ヲ謂フ即チ其公益ニ關スルト否トヲ問ハス私法ハノ設定ハ民法ノ通則ニ從ヒ且國家ノ政治組織トハ些ノ關係ナキモノナリ。私法人ハ更ニ之ヲ社團法人及ヒ財團法人ニ別ツ社團法人トハ二人以上ノ人カ共同ノ目的ノ爲メニ設立スルモノニシテ其目的タル事業カ公益ニ關スルト營利ニ在ルトニ依リ公益社團法人及ヒ營利社團法人ノ二トスルコトヲ得例ヘハ祭祀、宗教、慈善、學術、技藝等ニ關スル事業ヲ目的トスル社團法人ハ前者ニ屬シ商事會社ハ後者ニ屬ス。財團法人トハ一定ノ目的ニ供セラレタル無主財産ノ集合ヨリ成立スルモノニシテ例ヘハ寄附金ヲ以テ設立シタル學校、病院等ハ之ヲ財團法人ト爲スコトヲ得財團法人ハ皆公益法人ナリ相續財團、破産財團ノ如キモ法律ハ私益ト共ニ公益ヲ保護スルノ

私法人ノ
設立

意ヲ以テ之ヲ法人トシタルナリ。
 社團法人ノ設立ニハ定款ヲ以テ其組織ヲ定ムルコトヲ要シ財團法人ノ設立ニハ寄附行爲ヲ以テ其組織ヲ定ムルコトヲ要ス定款トハ法人組織ニ關スル條款ヲ定メタルモノニシテ社員相互ノ關係ヨリ見レハ即チ其契約ノ方式ナリ寄附行爲トハ財團法人設立ハ爲メニ自己ノ財產ヲ無償ニテ處分スル單獨行爲ニシテ若シ既ニ設立シタル法人ニ對シテ寄附ヲ爲スハ通常ノ贈與又ハ遺贈ニ屬シ之ヲ寄附行爲ト謂ハス。而シテ我民法ニ於テハ公益ニ關スル社團又ハ財團ニシテ法人ヲ組織スルニハ主務官廳ノ許可ヲ要スルコト、爲レリ又何レノ法人ヲ問ハス總テ私法人ハ其設立ノ日ヨリ一定ノ期間内ニ一定ノ事項ヲ登記スルトコトヲ要ス蓋シ登記ハ法律上ノ公示方法ニシテ法人ノ登記スルハ其存在ト其性質組織トヲ明ニシ且之ヲシテ第三者ニ對シテ有效ナラシムルニ在リ。
 前ニ屢論述シタルカ如ク法人ハ無形人ナルカ故ニ所謂權利能力ヲ有スルニ止マリ行爲能力ヲ有スルコトヲ得ス從ヒテ其權利ヲ行使スルニハ必ス一定ノ機關ヲ設ケテ之ニ任セシメサルヘカラス。此理ヤ公法人及ヒ私法人ニ通シテ異

法人ノ機
關

公法人ノ
機關

私法人ノ
機關

ナル所ナシ然レトモ公法人ハ其政治組織ノ一部分ヲ爲ス結果トシテ機關ノ組織及ヒ權限ニ關スル特別ノ法理アリテ存ス余輩ハ既ニ國家編ニ於テ公法上ノ機關ノ大綱ヲ論シタリ其細目ハ更ニ行政法ニ於テ之ヲ説クヘシ故ニ此ニハ專ラ私法人ノ機關ニ就キテ述アル所アラソ。
 私法人ノ機關トシテ社團法人財團法人ニ通シテ設ケラル、モノヲ業務執行ノ機關及ヒ業務監督ノ機關トス業務執行ノ機關ハ之ヲ理事ト稱シ定款ノ規定又ハ寄附行爲ノ趣旨ニ反セサル限ニ於テ法人ノ業務ノ執行ニ任シ總テ法人ノ事務ニ付キ法人ヲ代表スルノ權限ヲ有ス業務監督ノ機關ハ之ヲ監事ト稱シ法人ノ財產及ヒ業務執行ノ狀況ヲ監査スルノ職務ヲ有ス。而シテ理事ハ法定代理人トシテ必ス之ヲ置クコトヲ要スレトモ監事ハ唯業務監督ノ必要アル場合ニ之ヲ置クコトヲ得。尙ホ社團法人ニ於テハ議決機關トシテ社員ノ總會アリテ法人ノ意思ヲ發表スルニ任ス蓋シ社員合同ノ意思ハ以テ法人ノ意思トスルコトヲ得ヘケレハナリ。總會ノ權限ハ定款ノ制定變更ヲ決議シ理事監事ヲ選任シ其他一切重要ノ事項ヲ決議スルニ在リ其決議ニ於ケル表決權ハ各社員平等ナル

ヲ原則トス。

法人ノ消滅

公法人ノ消滅原因

法人消滅ノ原因ハ一ナラス之ヲ公法人ニ見ルニ國家ノ人格ハ國家ノ滅亡ト共ニ消滅スヘク地方團體公共組合公ノ營造物ノ人格ハ團體ノ廢置ニ依リテ異動アルヘシ然レトモ國家ノ消滅ハ法律ニ於テ論スヘキノ限ニ在ラス其他ノ公法人ノ消滅ハ專ラ行政法ノ規定如何ニ依リテ決スヘキノ事トス。若シ夫レ私法人消滅ノ原因ハ一般ニ之ヲ觀ルコトヲ得乃チ其原因ニハ或ハ法人設立者又ハ社員ノ意思ニ出ツルモノアリ定款又ハ寄附行為ヲ以テ定メタル解散事由ノ發生及ヒ總會ノ決議ニ因リテ法人解散スル場合はレナリ或ハ法人設立者又ハ社員ノ意思ニ出テスシテ法人ノ性質又ハ事業ノ狀況ヨリ自然ニ生シ若クハ國家ノ命令ニ依リテ生スルモノアリ法人ノ目的タル事業ノ成效又ハ成效ノ不能破産及ヒ社員ノ缺亡ニ因リテ法人解散スル場合ハ前者ニ屬シ設立許可ノ取消ニ因リテ法人解散スル場合ハ後者ニ屬ス。

法人消滅後ノ殘務處分

法人消滅スルトキハ法律上財產處分ノ關係ヲ定ムルノ必要生ス蓋シ法人ハ自然然人ト異ナリテ相續人ヲ有スルコトナク且遺言ノ能力ナシ故ニ其遺產ノ處分

公法人ノ財產處分
私法人ノ財產處分

ハ法律ノ規定ニ依ラサルヲ得ス。公法人ノ廢置ニ伴フ財產處分ハ行政法上大抵監督官廳ノ職權ニ屬ス。私法人ノ消滅ニ伴フ財產處分ニハ二様ノ方法アリ若シ法人設立者ニ於テ定款又ハ寄附行為ヲ以テ法人解散ノ場合ニ於ケル財產ハ歸屬ヲ定メタルトキハ之ニ依リテ處分シ又若シ其定アラサリシトキハ法人ハ目的ト類似ノ目的ノ爲メニ其財產ヲ處分スルコトヲ得要スルニ法人設立者ハ意思ヲ尊重スルモノニシテ之ヲ第一ノ方法トス。第二ノ方法ハ法律ノ規定ニ依リテ定マルモノニシテ之ヲ清算ト稱ス清算トハ法人ノ現務ヲ結了シ債務ヲ辨濟シ債權ヲ取立テ殘餘財產ノ分配ヲ爲ス等總テ法人ノ殘務ヲ處理スルノ謂ニシテ其職務ニ任スル者ヲ清算人トス通常法人ノ理事ヲ以テ之ニ充ツルモノナリ。

第五章 權利ノ客體

權利ノ客體ハ物ナリト云フハ通常學者ノ說ク所ナリ然レトモ若シ此物ナル文字ヲ抽象的ニ解釋シ得ルニ於テハ廣ク之ヲ一般ノ權利ニ適用シテ可ナリト雖

權利ノ客體トハ何ソヤ