

93-68 □



\*1200701744938\*

93  
68 □



始



93-68

法學博士織田萬著

織田萬

增本

訂正  
改版  
法學通論  
全

七高評

寶文館  
有斐閣  
藏版



訂正  
改 法 學 通 論 序

本書ノ刊行カ初學ノ提撕ニ供シ兼ネテ法律思想普及ノ一助ト  
スルノ微意ニ出テタルコトハ第一版ノ序中ニ著者自ラ之ヲ告  
白セリ今ヤ第一版ヲ刊行セシヨリ實ニ年ヲ閱スルコト六、版ヲ  
重ヌルコト九、書肆發售ノ部數蓋シ少シトセス又聊カ著者ノ微  
意ヲ達スルコトヲ得タリ然レトモ顧ミテ思フニ第一版ハ蒼卒  
ノ際ニ起稿シ推敲未タ成ラサリシカ故ニ布置序ナク繁簡宜キ  
ヲ失ヒタルモノアリ加之其後著者ノ思想ニモ自ラ變化ヲ生シ  
法令ノ改正モ亦頗ル著シキモノアリキ是ヲ以テ夙ニ一タヒ改  
訂ヲ加ヘンコトヲ欲シタリシニ遂ニ其暇ヲ得スシテ以テ今日

ニ及ヒ讀者ニ辜負スルコト甚大ナリ是レ實ニ著者カ恐懼シテ措クコト能ハサル所ナリ今夏以來公務小閒ヲ獲タルヲ以テ暇アル毎ニ改訂ニ從事シ數月ニシテ漸ク完了シ此ニ僅ニ積年ノ志望ヲ遂クルコトヲ得タリ而シテ改訂ノ際半ハ新ニ稿ヲ起シ其舊稿ニ據ルモノモ添削加除殆ト完膚ナキニ至レリ故ニ今將ニ上梓セントスル第十版カ舊版ニ比シテ大ニ面目ヲ新ニシ缺漏モ亦尠カラシコトハ著者ノ竊ニ自ラ信スル所ナリ若シ夫レ勉メテ高尚深邃ノ理論ヲ避ケテ平易淺近ノ解説ヲ付セルコトハ舊版ト異ナル所ナシ

二

舊版ニ於テハ國際法ヲ除外セリ是レ其自ラ別途ノ研究ニ屬スルノミナラス初學ノ士ハ先ツ國內法ノ要領ヲ會得スルヲ以テ可ナリト思惟シタレハナリ然レトモ現時國際法ヲ法律ニ非ストスルノ常理ニ反スルコトハ舊版既ニ之ヲ言明セリ殊ニ況ヤ日露戰役以來我國光大ニ揚リ外國トノ交渉日ニ益繁ヲ加フルノ日ニ於テチャ國際法ノ概念ヲ理會スルハ蓋シ又國民ノ義務タラスンハアラス故ニ新版ニ於テハ卷尾ニ添附スルニ國際法ノ解説ヲ以テセリ

法律上ノ専門語ノ主要ナルモノニ就キテ英佛獨ノ三國語若クハ拉丁語ヲ挿入セリ是レ亦舊版ニ見サル所ニシテ著者ノ意ハ專ラ官私立ノ大學豫科等ニ在リテ英佛獨等ノ原書ニ依リ法學ヲ研究セントスル者ノ便ニ供スルニ在リ然レトモ各國既ニ其法律ヲ異ニス故ニ其専門語モ常ニ相該當スルヲ必トセス又其

語源ヲ同クスルモノハ大抵其一ヲ舉ケテ他ハ之ヲ省ケリ要ス  
ルニ主トシテ採録スル所ハ佛獨兩國ノ語ニ過キス讀者請フ之  
ヲ諒セヨ

明治四十年十一月京都ニ於テ

著者識ス

# 目次

緒言

## 第一卷 總論

第一編 法學	一三
第一章 法學ノ性質及ヒ分類	一三
第二章 法學ノ各派	一九
第二編 法律	二六
第一章 法律ノ定義	二六
第二章 法律ノ分類	三三
第三章 法律ノ淵源	四四
第四章 法律ノ成立及ヒ廢止	五〇
第一節 法律ノ成立	五〇

目次

第二節	法律ノ廢止	五九
第五章	法律ノ效力	六四
第六章	法律ノ適用及ヒ解釋	八〇
第一節	法律ノ適用	八〇
第二節	法律ノ解釋	八三
第七章	法律ノ制裁	九三
<b>第三編</b>	<b>國家</b>	九九
第一章	國家ノ性質	九九
第二章	國家ノ構成	一〇四
第三章	國家ノ分類	一一〇
第四章	統治權	一一六
第一節	統治權ノ性質	一一六
第二節	統治權ノ作用	一一九
第三節	統治權ノ主體客體及ヒ機關	一二四

<b>第四編</b>	<b>權利</b>	一二九
第一章	權利ノ性質	一二九
第一節	權利ノ定義	一二九
第二節	權利ノ分類	一三三
第三節	義務	一四二
第二章	權利ノ主體	一四六
第一節	自然人	一四六
第二節	法人	一五三
第三章	權利ノ客體	一六〇
第四章	權利ノ得喪	一六七
第一節	權利ノ發生消滅及ヒ變更	一六七
第二節	事實	一七一
第三節	民法上ノ法律行爲	一七四
第四節	時	一八七

第二卷 各論

第一編 憲法

第五節 證據……………一九二

第一章 天皇……………一九八

第二章 臣民……………二〇一

第三章 統治機關……………二〇八

第一節 帝國議會……………二〇八

第二節 國務大臣及ヒ樞密顧問……………二一一

第三節 裁判所……………二一四

第四章 統治作用……………二一四

第二編 行政法……………二二一

第一章 行政機關……………二二二

第一節 官廳及ヒ官吏……………二二三

第二節 行政官廳……………二二九

第三編 刑法

第三節 公共團體……………二三五

第二章 行政行為……………二四〇

第三章 行政作用……………二四六

第一節 警察權ノ行使……………二四六

第二節 營造物ノ管理……………二五〇

第三節 租稅其他公課ノ徵收……………二五三

第四章 行政救濟……………二五六

第五章 權限爭議……………二六〇

第三編 刑法……………二六四

第一章 犯罪……………二六五

第二章 犯罪ノ體樣……………二七五

第三章 刑罰……………二八七

第四編 民法……………二九二

第一部 物權法……………二九三

目次

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	用益物權	三〇八
第一節	地上權	三〇九
第二節	永小作權	三一一
第三節	地役權	三一三
第五章	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
第二章	債權法	三二二
第一章	總說	三二二

第二章	債權ノ原因	三二四
第一節	契約	三二五
第二節	事務管理	三二三
第三節	不當利得	三三四
第四節	不法行爲	三三五
第三章	債權ノ效力	三三六
第四章	債權ノ目的	三四一
第五章	多數當事者ノ債權	三四三
第六章	債權ノ讓渡及ヒ消滅	三四七
第三部	親族法	三四九
第一章	總說	三四九
第二章	戶主及ヒ家族	三五四
第三章	婚姻	三五五
第四章	親子	三六〇



第五章	後見	三六四
第六章	親族會	三六六
<b>第四部 相續法</b>		
第一章	總說	三六八
第二章	家督相續	三七〇
第三章	遺產相續	三七六
第四章	遺言	三七九
<b>第五編 商法</b>		
第一章	商人	三八四
第二章	會社	三九〇
第一節	合名會社	三九一
第二節	合資會社	三九五
第三節	株式會社	四九七
第四節	株式合資會社	四〇四

第三章	商行爲	四〇九
第四章	手形	四一八
第五章	海商	四二九
<b>第六編 訴訟法</b>		
第一章	訴訟	四三九
第二章	裁判所	四四四
第三章	訴訟手續	四四八
第一節	第一審ノ刑事訴訟	四四八
第二節	第一審ノ民事訴訟	四五九
第三節	上訴及ヒ再審	四五九
第四節	裁判ノ執行	四六三
第四章	特別訴訟手續	四六五
<b>第七編 國際公法</b>		
第一章	國家ノ基本權	四七三

10

第二章	國際條約	四七七
第三章	國際機關	四八二
第四章	國際紛爭	四八六
第一節	平時紛爭	四八七
第二節	戰爭	四九一
第三節	局外中立	四九七

6/19 p.20

訂正  
改版  
**法學通論**

法學博士 織田 萬 著



第一 法學通論ノ目的

法學通論ノ目的ハ法律ニ關スル一切ノ現象ヲ網羅シテ其原理ノ概念ヲ得ルニ在リ凡ソ一個ノ學科ヲ把リテ之ヲ攷究セント欲セハ先ツ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ルニ當リ精細ニ查覈シテ遺漏ナキニ至ルコト能ハス譬ヘハ堂奥ニ入ラントスル者ハ先ツ其門ニ就クカ如シ若シ俄ニ身ヲ大廈ノ中ニ置カハ室房廊廡ノ配置ニ暗ク迷罔徘徊シテ遂ニ出ツル處ヲ

法學通論  
ハ法律ノ  
概念ヲ得  
ルヲ以テ  
目的トス

緒言

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等一部分ノ智識ヲ得ントセハ管ニ其智識ノ常ニ偏倚シテ完全ノ用ヲ爲スノ力ニ乏シキノミナラス其智識スラ猶ホ十分ニ之ヲ獲取スルコト能ハサルヘシ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

## 第二 法學通論ノ必要

法學通論ノ目的前ニ述フルカ如シトセハ其法學ヲ專攻スル者ノ爲メ豫備教育トシテ必要ナルコトハ固ヨリ知ルヘキナリ故ニ歐米諸國ニ於テハ概ネ法律政治ノ學科ヲ修ムル者ニ課スルニ先ツ法學通論ヲ以テセサルハナシ且法學ノ概念ハ獨リ法律ヲ學フ者ニノミ必要ナルニ非ス苟モ一國ノ民タル者ハ宜シク其國法ノ大體ニ通曉セサルヘカラス蓋シ國民公私ノ生活ハ皆直接又ハ間接ニ法律ト相關シ生命、身體、名譽、自由、財產一ニ法律ノ保護ニ賴リテ始メテ安固ナルコトヲ得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其國法ノ範圍ヲ離ルル能ハサルコト天地間ノ萬物カ物理

上ノ法則ヲ離ルル能ハサルト何ソ異ナル所アラン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エリッング Jhering 嘗テ「權利ノ鬭爭 Kampf ums Recht」ト題スル小冊子ヲ著シ開卷第一ニ平和ハ法律ノ目的ニシテ鬭爭ハ此ノ目的ニ達スルノ方法ナルコトヲ喝破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言稍矯激ニ涉ルト雖モ亦自ラ至理タラスンハアラス我至尊ノ教育ニ關シテ下シ給ヒシ勅語ニ曰ク常ニ國憲ヲ重シ國法ニ遵ヒ云云ト然ラハ法學ノ大體ニ通曉スルコトハ特ニ法學ヲ專攻スル者ノ爲メ豫備教育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

## 第三 世界各國法律ノ系統

一國ノ法律ハ固ヨリ一國文化ノ反映ナリ故ニ世界各國皆特別ノ法律アラサルハナシ然レトモ彼我相交リ有無相通スルハ人類自然ノ性ニシテ一國固有ノ文化アルコト鮮ク且其彼我文化ノ流通スル處ハ法律モ亦從ヒテ流通セサルヲ得ス抑モ氣候、山川、風土其他一切外圍ノ現象ハ人類ヲ驅リ分レテ幾多ノ民族タラ

シメ其民族ハ甲起リ乙仆レ上下四千有餘年ノ間優勝劣敗ノ跡既ニ業ニ史上ニ  
 歴史タリ而シテ其民族ニ適應セル法律モ亦自ラ互ニ生存ノ競争ヲ爲シ以テ今  
 日ニ至レリ又之ヲ一國ノ歴史ニ攷フルモ古ハ各地特別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 Vol-  
 taire カ行旅ノ人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  
 ノ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自然ノ淘  
 汰ヲ免ルルコト能ハス現今列國ノ交通益繁ク天涯地角モ亦比隣ノ如シ此時ニ  
 際シテ列國ノ文物制度カ有無相交易セラルルコトハ固ヨリ勢ノ免レサル所ニ  
 シテ若シ彼我ノ間文化ノ程度ヲ異ニセンカ其高キ者ノ文物制度ハ概ネ其低キ  
 者ニ輸入セラルル是ニ於テ法律ノ競争モ亦殊ニ著シ近世各國ノ法律カ自然ニ  
 歸一ニスルノ趨アルモ亦蓋シ偶然ナラス法律ヲ學ハントスル者豈此ニ留意セ  
 スシテ可ナランヤ然レトモ今此ニ古今各國ノ法律ヲ把リテ一一之ヲ考察スル  
 ハ容易ナラス唯其大體ニ就キテ法律ノ系統ヲ區別シ以テ其盛衰存亡ノ跡ヲ示  
 サント欲ス

(一) 印度  
系法律

(一) 印度系法律 印度法ハ世界最古ノ法律ニシテ其最モ著名ナルヲマヌー  
 Manou ノ法典トス稱シテ神授ニ出テタリト爲シ波羅門教ノ旨義載セテ此ニ在  
 リ故ニ法典ト謂ハンヨリハ寧ロ教典ト謂フヲ可トス後世幾多ノ註疏ヲ加ヘ今  
 尙ホ印度半島及ヒ附近ノ島嶼ニ行ハル

(二) 猶太  
系法律

(二) 猶太系法律 猶太系法律ハモイース Moise ノ經典ニ出ツモイースハイスラエ  
 ル人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 Talmud 及ヒ教典 Evengile ノ二部  
 ヨリ成ル其教義ハ埃及ノ宗教ト相關セスシテ却テ相反スレトモ其法律ハ或ハ  
 埃及ノ習俗ニ淵源セシモノアラン今之ヲ詳ニセス

(三) 回回  
系法律

(三) 回回系法律 回回系法律ハマホメット Mahomet ノ「コラン」 Koran 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又稱シテ神授ニ出  
 テタリト云フ土耳其、波斯、阿刺比亞等諸國ノ法律ハ今猶ホ此法系ニ屬ス

(四) 支那  
系法律

(四) 支那系法律 支那系法律ノ初ハ必スシモ論證セス唐虞三代ノ時ニ當リ  
 テ制度ノ完備シタリシコトハ古典ニ徵シテ知ルヘシ其法典ニ編纂セラレタル

我邦ハ古  
來支那系  
法律ナリ  
至近キニ  
シテ其有  
ニ至リテ  
ニシテ其  
ニシテ其  
ニシテ其

(五)希臘  
拉丁系法  
律

ハ春秋戰國ノ世ニ魏ノ李悝カ法經六篇ヲ作リタルニ始ル商鞅之ヲ傳ヘ法ヲ改  
メテ律トシ其後漢ノ蕭何法經ニ倣ヒテ律九篇ヲ編修シタリ魏律十、八篇晉律二  
十篇之ニ次キテ成リ隋唐明清ノ律皆其歷代ノ交迭ニ從ヒテ成レリ我邦ニ於テ  
モ法律ノ初メテ制定セラレタルハ皆支那法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系法律ナリ十五年刑法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スルニ至レリ

(五)希臘拉丁系法律 希臘法律ノ由來ハ姑ク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ーロ Homerノ集

希臘ノ古  
法

羅馬法ノ  
沿革

中ニ散見ス其後希臘人ハ各地ニ種種ノ法律ヲ有セリミノス Minos、ドラロン Dra-  
con、ソロン Solon、クキルダ Kerkiras、Lycurgus 等ノ法律是レナリ而シテ羅馬法ハ實ニソロン  
ノ法典ニ淵源セリト云フ故ニ此ニ之ヲ一系トス就中羅馬法ハ諸法系中ノ最モ  
完全セルモノニシテ其領分モ亦最モ廣シ今其沿革ノ大要ヲ揭示セン

英國ノ史家ギボン Gibbon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往成文法ヲ發布セリ第三期ハ帝國ノ初ヨリアレ  
キサンドル、セザール Alexander Severus 帝ノ世ニ至ル之ヲ成文法發達ノ時代トス  
此時代ニ在リ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、セザール帝ヨ  
リジュスチニヤン Justinianus 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抑モ羅馬法典ハコンスタンチン Constantinus 帝ノ時ニ學者グレゴリヤン Gregorius 及ヒヘルモゼニヤン Hermogenianus カ私撰法典ヲ作りタルニ始リ其公ニ編纂セラレタルハテオドールス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スチニヤン帝ノ法典ナリ帝ノ法典ニアリテ「コデックス」Codex ト云フ法典ノ義ナリニテ「パンデクタ」Pandecta 又ハ「デゼスタ」Digesta ト云フ會典ノ義ナリ三ツ「インスチツチヨネス」Institutiones ト云フ教科用典ノ義ナリ尙ホ其後ニ編輯セラレタルモノヲ「ノヴェレ」Novelle constitutiones 即チ新法ト云フ「コルプス、ジュリス、ジヴェイリス」Corpus juris civilis 即チ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「インスツチヨネス」トス該法典ハ他ノ法典浩瀚ニ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者ナリメイニ Mein 曰ク世界ノ著名ナル法律ハ法典ニ始リ典ニ終ルト羅馬法カ十二銅表ニ始リジュスチニヤン法典ニ終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年ヲ經タル今日ニ於テ學者カ孜孜トシテ之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エリング其所著羅馬法精神論 Geist des römischen Rechts 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キ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

(六) 日耳曼系法律 日耳曼系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系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拉丁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寺院法 Jus canonicus 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ノ憲法其他公法上ノ規定

ハ多ク日耳曼慣習法ニ淵源スルモノナリ  
 今此ニ日耳曼法ノ變遷ヲ略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  
 馬ノ史家タシト Tacitusノ風土記等ニ依リテ後世ニ傳ハル第二期ハ佛蘭克王  
 國ノ時代ニ當ル即チ日耳曼人中最も發達シタル佛蘭克人種カゴール即チ今ノ  
 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佛蘭克人ノ制度史  
 ニ於テ之ヲ究ムルコトヲ要ス第三期ハ該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王國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略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テシ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  
 ハ則チ近世ノ憲法史ト相聯屬スルモノナリ  
 以上各法系ノ變遷ヲ察スルニ近世ノ法律ハ希臘拉丁系ト日耳曼系トノ相混淆

セルモノニシテ私法ハ羅馬法ニ起因シ公法ハ日耳曼法ニ起因スルコトハ歐洲  
 諸國ニ於ケル通態ナリ唯英國トスカンデナヴィヤ諸國トハ羅馬法ノ感化ヲ受  
 ケタルコト他ノ諸國ニ比スレハ稍少シ就中英國法ハ日耳曼法系中一種ノ勢力  
 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  
 リ然レトモ羅馬法ノ勢力ハ英國ニ於テモ亦暗暗ノ中ニ其大ナルモノアルコト  
 ヲ知ラサルヘカラス蓋シ英國法ニハ二大種別アリテ一ヲ普通法 Common Lawト  
 シ一ヲ衡平法 Equity Lawトス而シテ普通法ハ主トシテ日耳曼法ニ出ツト雖モ衡  
 平法ノ原則トスル所ハ大抵羅馬法ニ在リト云フ然ラハ英國法ノ羅馬法ニ於ケ  
 ルヤ大陸諸國ニ於ケルカ如キ直接繼受ノ關係ナキモ間接繼受ノ關係アルコト  
 ハ又疑ヲ容レサルナリ

第四 本書ノ綱目

法學通論攷究ノ方法ハ從來學者各其執ル所ヲ殊ニシ未タ一定ノモノアルヲ見  
 ス今余輩ハ將サニ取舍選擇シテ敢テ一方ニ偏倚セス以テ法學ノ全體ニ通スル  
 智識ヲ啓クコトヲ務メントス本書ハ之ヲ分チテ二卷トシ第一卷ヲ總論ト名ツ

ケ法學又ヒ法律ノ全體ニ通スル原理ヲ説キ第二卷ヲ各論ト名ツケ我邦ノ現行法規ニ依リテ法律各部ノ性質ヲ略述スルヲ以テ趣旨トス一ハ以テ一切ノ法律上ノ現象ヲ理會シ一ハ以テ自國ノ法律ヲ研究スルノ端緒ヲ開カンコトヲ欲スルナリ

解

# 第一卷 總論

## 第一編 法學

### 第一章 法學ノ性質及ヒ分類

法學 Science of law, Science du droit, Rechtswissenschaft ノ何タルコトヲ論ゼシ者古來其人ニ乏カラス然レトモ大抵各其當代ノ思想ヲ以テスルニ非サレハ多クハ其一流派ノ主義ニ由ル共ニ名家ノ論説タルコトヲ失ハサルカ故ニ今日ニ於テ敢テ妄ニ之ヲ是非スヘカラスト雖モ善ク一般ニ通シテ簡明平易ナルモノニ至リテハ蓋シ鮮シ

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 Spencer 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載ノ間森羅萬象何ソ限ラン

學問ノ本意



其複雜變幻ナルコト殆ト窮極ナシ一之ヲ知悉シ記憶スルコト能ハス必スヤ  
 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尚ホ雨ノ降り光ノ耀クヲ見水ノ冷カニシ  
 テ火ノ熱キヲ知ラサルナシ是レ亦其事物ノ知識タルコトハ言フ俟タスト雖モ  
 唯箇箇孤立ノ知識タルニ過キス學問上ノ知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知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ン蓋シ法律上ノ諸現  
 象モ亦錯雜シテ一定セス希臘ノ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  
 ニ霄壤ノミナラン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 Pascal 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顛倒スト又以テ  
 法律上ノ諸現象ノ單一ナラサルヲ推知スヘキナリ抑モ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一國若クハ數國ノ法律ヲ把リテ之ヲ知悉  
 スルモ蓋シ難カラサリシナラン然レトモ社會益進歩シテ法律益複雜ナルニ及  
 ヒテハ一之ヲ記憶セント欲スルモ到底人智ノ及フ所ニ非ス必ス各種法律上  
 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ノ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ノ格段ナル規定ヲ知ルモ亦齊シク法律  
 ノ知識タルヘシ然レトモ是レ唯一箇單獨ノ知識ニシテ法學上ノ知識ニハ非サ  
 ルナリ

法學カ法律ノ原理ヲ攷究スルノ學問ナルコト此ノ如シ而シテ此原理ヲ百般ノ  
 事業ニ應用スルヲ法術 Art du droit, Rechtskunst トス凡ソ事物ノ原理明ナラスンハ  
 之ヲ實地ニ應用スヘカラス唯其原理ニ通曉セサル所ナキ者ニシテ始メテ能ク  
 其實地應用ノ效果ヲ收メテ遺憾ナシ電氣ノ性質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絶海ノ怒濤  
 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

ヲ作シ互ニ相扶持スルコト法律ニ於テモ亦同シ故ニ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明ニスルコトヲ要ス訴訟ノ判決法令ノ起草編纂等皆法術ニ屬ス先ツ法律ノ原理ニ曉通シテ後始メテ之ヲ能クスヘキナリ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既ニ備レリ既ニ法制ノ術アリ安ソ之ヲ解釋適用スルノ術ナキヲ得ンヤ是ニ於テ法曹 Jurisconsulte ナル者出テ當時ノ法制若クハ先例典故ニ通曉スルヲ以テ名アリキ乃チ此時代ニ於テ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其他古代ノ名法甚多ク且當時賢哲ノ士ニシテ法律ノ實務ニ練達シタル者少シトセス支那ニ在リテハ唐虞ノ世既ニ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等相踵キテ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

法學ノ分類

(一) 法律哲學及ヒ成法學

法律哲學ノ性質及ヒ必要

律令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スル者少カラサリシコトハ史乘ニ徴シテ疑ナシ而シテ當時何レノ國ニ在リテモ唯法術アリテ法學存セシコトヲ聞カス又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步セルモノナリト謂フコトヲ得

法學ニ於テ探究スル所ノ法律上ノ現象複雜セルコト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自ラ分類ヲ生セサルヲ得ス今此ニ其主要ナルモノヲ擧ケン

(一) 法律哲學及ヒ成法學 法學ハ其研究目的ノ程度ニ因リテ法律哲學 Philosophie du droit, Rechtsphilosophie 及ヒ成法學 Science du droit positif ノ二種ニ區別セラル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

成法學ノ  
性質及ヒ  
必要

(11)一般  
法學及ヒ  
特別法學

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  
 往往空理妄想ニ涉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ニシテ別ニ法律哲  
 學アリテ其任ニ當ラサルヘカラス一派ノ學說カ缺漏ヲ免レサルノ故ヲ以テ其  
 研究ノ目的ヲ排斥スヘカラス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クハ道德ト相混同セシ時代ニ於テハ獨立セル  
 成法ナシ故ニ獨リ法律哲學アリテ成法學未タ起ルコトヲ得サリシナリ希臘ノ  
 古ニ在リテプラトン Platon アリストト Aristotle 等カ盛ニ法律ノ原理ヲ言說セ  
 シニ拘ラス未タ成法學ヲ唱フルニ至ラス羅馬ノ學者カ漸ク之ヲ創始セシヲ見  
 テ知ルヘシ而シテ成法學ハ其研究ノ目的ニ於テ固ヨリ法律哲學ノ高遠ナルニ  
 ハ若カサレトモ實地ノ應用ニ資スルコト多シ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

(11) 一般法學及ヒ特別法學 法學ハ其研究範圍ノ廣狹ニ因リ一般法學 Gene-

一般法學  
ノ性質及  
ヒ必要

特別法學  
ノ性質及  
ヒ必要

ral jurisprudence 及ヒ特別法學 Particular jurisprudence ノ二種ニ區別セラル一般法學ト  
 ハ法律全體ニ涉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ラス普ク其全體ニ通シ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  
 サルヘカラス特別法學トハ法學現象ノ或ル特別ナル種類ニ就キテ其觀念ヲ理  
 會スルノ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乃チ此種ノ法學ニ於テハ其  
 研究ノ範圍限定セラルルヲ以テ一般法學ニ比スレハ自ラ精緻詳密ナルコトヲ  
 得故ニ法學ノ蘊奧ヲ窮メントスル者ハ先ツ一般法學ヲ修メテ後ニ特別法學ニ  
 從事スルヲ常トス

### 第二章 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唯一ニシテ分ツヘカラス然

法學ノ各  
派

レトモ其目的ニ達スル方法ハ未タ必スシモ其撰ヲ一ニセス是レ法學ノ各派由  
リテ生スル所以ナリ

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 Inductive methode 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實驗學派 Empirisme ト稱シ之  
ヲ左ノ四種ニ細別ス

(一)註釋  
法學派

(一) 註釋法學派 註釋法學派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ネリウス Irnerius ヲ以テ其始祖トスイルネリウスハ第  
十二世紀ノ頃ボロニヤ Bologne 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笈ヲ負ヒ以テ其說ヲ聽ケリ世其一派ヲ稱シテ註釋  
派 Glossator, glossatorum ト云フ後バルツス Baldus バルトルス Bartolus 等モ亦盛ニ羅馬  
法典ノ註釋ヲ爲セリ世其一派ヲ稱シテ後註釋派 Post-glossator ト云フ今日ニ於テ  
ハ註釋家ハ敢テ一派ヲ爲スニハ至ラサ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

(二)分析  
法學派

足ラサルノミ

(二) 分析法學派 Analytical school, école analytique ハ法律上ノ觀念ヲ  
解剖分析シテ以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 Austin 之ヲ大成セ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  
元素包含セラルト說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  
ヲ以テ成立スト說クカ如キハ皆此研究法ニ由ルノ結果タリ

(三)沿革  
法學派

(三) 沿革法學派 Historical school, école historique ハ法律ノ現象ヲ歷  
史上ノ事實ニ徴シテ其原理ヲ顯聞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ィニー Savigny トス其羅馬法ノ沿革ヲ研究  
シ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ー Tribaut ノ獨  
國法典編纂論ヲ批難セシハ法學史上ノ著名ナル事件ナリ

(四)比較  
法學派

(四) 比較法學派 School of comparative jurisprudence, école de droit compa-  
ra 各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ノ原理ヲ探究ス

ルヲ目的トスル學派ニシテ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ユウ Montesquieu カ此方法ニ依リテ著シタル所ノ  
「法律ノ精神」De l'esprit des lois 最モ廣ク世ニ行ハレタルニ因リ通常推シテ此學  
派ノ始祖トス

演繹的研  
究ニ依ル

第二 演繹的研究法ニ依ル學派

演繹的研究法 Deductive methode 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ハ又之ヲ推理學派 rationalisme ト  
稱シ更ニ之ヲ左ノ二種ニ細別ス

(一)自然  
法學派

(一) 自然法學派 School of natural law, école de droit naturel ハ所謂自  
然法ヲ祖述スル學派ニシテ自然法 Jus naturale ナル觀念ハ元來希臘ストイツク  
派 Stoicisme ノ哲學ニ出テ羅馬ノ法律家ニ由リテ廣ク世ニ行ハレタリ然レトモ  
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舉ケン  
(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ル法則ナリ 此説  
ハグロシユス Grotiusヲ首トシ社會契約 Contrat social 論ヲ奉スル者ノ唱道セシ所

ニ係リル Rousseauノ名著ニ依リ一時偉大ノ勢力ヲ有シタリ此説ノ要旨ハ  
所謂自然ノ状態トハ人類カ未タ國家ヲ組織セサリシ時代ノ状態ニシテ其状態  
ニ在リテハ各人ハ皆自由平等ナリ故ニ法律カ其基礎ヲ自由平等ノ上ニ實クハ  
自然ニ適合スル所以ナリト云フニ在リ

(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  
ウルピヤン Ulpianusノ首唱セシ所ニシテ後世モンテスキユウカ自然法ヲ説明セシ  
モ亦幾ト此意義ト大差ナシ然レトモモンテスキユウ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其趣ヲ異ニスルヲ以テ之ヲ自然法學派トシテ  
演繹的研究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 此説ハ神學派 Ecole théologique 法學家ノ唱ヘタル所ニシテ  
就中聖オーギュスタン Augustin 聖トーマダキヤン Thomas d'Aquin 最モ後世ニ著  
ハル

(ニ)自然法トハ人ノ稟性ニ基ケル法則ナリ 獨人クラウゼ Krause 此説ヲ首唱

シアーレンス Ahrens 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哲學ノ旨意ハ人カ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

(一) 哲理  
法學派

(二) 哲理法學派 Philosophical school, école philosophique ハ哲學上ノ原則ニ由リテ法律ノ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尚シプラトン、アリストットル等カ法律ヲ論シタルカ如キ又シセロン Cicero、Johanna 法律ヲ論シタルカ如キハ皆人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ル者ハ獨國ノ碩學カント Kant 其人ナリ

法學研究  
ニ最モ適  
當ナル方  
法如何

法學ノ流派ハ極メテ多クシテ一一之ヲ詳悉スルコト能ハス唯其大體ニ就キテ類別スルトキハ以上二大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ヤ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輒近實驗ノ學大ニ起リ生物學ノ發達ト俱ニ社會的學問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方法ヲ主トシテ事實ヲ理論ニ合セ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顧フニ此ノ如キハ實ニ一切ノ社會的學問上今古ニ亘レル二大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ス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方法ニ依リテ之ヲ布行スルヲ可トス若シ其一方ニ偏セハ議論獨斷ニ流レヌンハ必スヤ迂遠ニ失セン是レ豈學理ノ眞髓ヲ得ルノ道ナランヤ

# 第二編 法律

## 第一章 法律ノ定義

法律ノ定  
義ニ關ス  
ル諸書及  
批詳

(一)宗教  
主義ノ學  
家ノ說

法律ノ何タルコトヲ明ニスルハ法律ヲ學フ者ニ最モ必要ニシテ又至難ノ問題ナリ古來學者カ下ス所ノ法律ノ定義一樣ナラス此ニ先ツ諸說ノ主要ナルモノヲ舉ケテ其批評ヲ試ミン

(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 此說ハ主トシテ神學派法學者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者ハ之ヲ遵守シ敢テ違フコトヲ得サリシナリ故ニ法律カ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ツトシタル時代アリシコトハ明白ナル事實ナリトス然レトモ民智ノ漸ク

(二)道德  
主義ノ學  
家ノ說

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精神ノ感應ニ出ツルモノナレハ神カ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カ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若シ夫レ法律ヲ以テ正不正ヲ分ツノ準則トスルハ固ヨリ至論タルヲ失ハス今之ヲ語源ニ考フルモ拉丁語「*ius*」ハ法律及ヒ正義ノ二義ヲ有シ佛語「*Droit*」獨語「*Recht*」等モ亦皆二義ヲ兼ヌルヲ見ルモ法律カ如何ニ正不正ノ觀念ト密接ノ關係ヲ有スルカヲ知ルヘキナリ

(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 此說ハ道德主義ノ學者ノ唱フル所ニシテ古來行ハル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說ニ依レハ法律ヲ以テ正不正ヲ分ツノ規則トスルコトハ前說ト異ナル所ナシ而シテ其道德ヲ裨補シテ之ニ悖戾スヘキモノニ非ストスルハ此說ノ主眼タリ蓋シ法律ト道德トハ必スシモ相悖戾スルモノニ非スト雖モ自ラ其ノ作用ヲ異ニスルモノアリ道德ハ人ノ性情ヲ陶冶スルヲ主トシ法律ハ人ノ行爲ヲ節制スルヲ主トス道德ハ國家ノ權力ト相關セス

シテ存シ法律ハ國家ノ權力ト相始終ス且法律ノ規定スル所ハ獨リ道德上ノ事  
項ニ止ラサルコトハ實際ニ見テ知ルヘシ又焉ソ強ヒテ之ヲ道德ノ範圍ニ入ル  
ルノ必要アラシヤ

(三)自由主義法學家ノ說

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 此說ハ自由主義ノ學者ノ唱フル所ニシテ其意ニ以爲ク法律アリテ  
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說ニ依レ  
ハ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說ニハ非ス然レト  
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

(四)命令主義法學家ノ說

四法律ハ主權者ノ命令スル國民行爲ノ規則ナリ 此說ハ命令主義ノ學者ノ  
唱フル所ニシテ最モ普通ニ行ハル此說モ亦大體ニ於テハ正當ナラストセス然  
レトモ此說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

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  
カラス又一歩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シ且若シ現今ノ通說ニ從ヒ國際法ヲ以テ法律トスル  
トキハ到底此說ヲ容ルルノ餘地ナカラシ

(五)強制主義法學家ノ說

五法律ハ一國內ニ行ハル強制的規則ノ全體ナリ 此說ハ強制主義ノ學者  
ノ唱フル所ニシテ法律ノ實質ニ拘ラス唯其外形ノ條件ニ依リテ之ヲ表白セン  
トスルモノナリ蓋シ前數說ニ比スレハ最モ簡明ナルニ似タリ然レトモ若シ此  
說ニ依ラハ憲法又ハ行政法ノ一部ノ如キハ法律タル性質ヲ失フニ至ラン何ト  
ナレハ此等ノ法律中ニハ國家カ自ラ其權力ノ行使ヲ制限スルニ止リ其違反ア  
ルモ之ヲ強制スルコトヲ得サルモノ多ケレハナリ且國際法ノ觀念ト相容レサ  
ルコトハ前說ト同シ



法律ノ意義ヲ定ムルノ如何ニ困難ナルカハ以上述フル所ニ依リテ略之ヲ察スヘシ余輩ハ此等ノ諸説ニ拘ラス左ニ自ラ適當トスル所ニ從ヒテ其定義ヲ與ヘントス

法律トハ人類カ政治團體ヲ組織スルニ當リテ必ス遵守スヘキ規則ナリ

此定義ヲ分析スレハ凡ソ法律ニハ規則及ヒ政治團體組織ノ觀念必要ナルコトヲ知ル今少シク之ヲ説明セン

(一)法律ハ規則ナリ、規則トハ事物一定ノ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物アレハ必ス則アリトモンテスキウ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懸レルモ草木禽獸ノ雜然トシテ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一般ノ準則トスルモノナカルヘカラス法律ハ即チ其準則ノ一ニシテ一定ノ社會上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

法律ノ定  
義法律ニ必  
要ナル觀念  
ハ規則ナリ

(二)人類ハ政治團體ヲ組織スルニ當リテ必ス法律ニ遵守セサルヘカラス

(二)人類ハ政治團體ヲ組織スルニ當リテ必ス法律ニ遵守セサルヘカラス  
ハ孤立シテ其生ヲ逐クルコト能ハス故ニ人類アレハ必ス團體アリ社會トハ即チ其團體ヲ總稱スルモノナリ夫レ既ニ團體アリ又焉ソ之ヲ支配スル法則ナキヲ得ンヤ道德ヤ宗教ヤ經濟ノ理法ヤ皆人人相互ノ關係ヲ定ムルノ法則ナラサルハナシ然レトモ此等ノ諸法則ハ社會事物ノ關係ヨリ自然ニ行ハルルモノニシテ政治組織トハ必スシモ相關涉セス獨リ法律ハ然ラス人類ノ團體カ政治組織ヲ爲スニ至リテ始メテ行ハルルモノニシテ又此組織ヲ完クセンカ爲メニハ必ス法律ニ遵守セサルヘカラス蓋シ法律ハ一定ノ權力アリテ之ヲ維持スルヲ要ス一定ノ權力ハ法律ニ由リテ存立シ政治團體ノ組織ト相始終スルモノニシテ内其團體ノ統治ヲ計リ外他ノ團體トノ關係ヲ定ムルハ皆此權力ノ作用ニ屬ス國家トハ即チ人類カ組織スル所ノ政治團體ナリ故ニ法律ト國家トハ相密接シテ離ルヘカラサルモノニシテ法律カ他ノ社會上ノ規則ト異ナル所以ハ一ニ此ニ存ス或ハ法律ノ定ムル所ニシテ道德又ハ宗教ノ規則ト相符合スルモノアラン又法律ハ固ヨリ經濟ノ理法ト背戾スヘカラス然レトモ國家ハ此等社會

上ノ規則ノ中ニ就キ自己ノ權力ニ依リテ維持スルノ必要アリト認メタルモノヲ把リテ之ヲ法律トスルノミ其規則ノ同不同ハ固ヨリ之ヲ問フコトヲ要セサルナリ

前掲ノ定義ニ依リテ觀レハ國際法モ亦法律タルコトヲ妨ケス從來ノ學者ハ國際法カ國內法ト其情形ヲ異ニスルヲ見テ其國際上ノ慣例若クハ道德ニ過キサ  
ルコトヲ論セシモノ少シトセス然レトモ法律ハ獨リ國家ノ内部ニ限り存スヘ  
キノ理アルニ非ス苟モ人類カ國家ヲ組織スルニ當リテ遵守スヘキノ規則タル  
以上ハ其國家ト國家トノ間ニ存スルモノモ亦等シク之ヲ法律トセサルヲ得ス  
蓋シ彼我相交リ有無相通スルハ人類ノ天性ナリ人類既ニ孤立シテ生存スルコ  
ト能ハスンハ國家モ亦孤立シテ生存スルコト能ハス是ニ於テ所謂國際團體ナ  
ルモノ起リ又隨ヒテ其團體關係ヲ定ムル所ノ法則生ス即チ是レ國際法ナリ且  
夫レ法律ハ必スシモ統治者ノ命令ニ出ツルニ非ス人民ノ慣行ニ依リテ成立ス  
ルモノ多キコトハ既ニ之ヲ述ヘタリ又法律ハ多クハ制裁ニ依リテ強行セラル  
ト雖モ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

ス何ソ獨リ國際法カ統治者ノ命令ニ非ス又制裁ナキヲ怪マンヤ况ヤ國際法規  
ニ違反シタルカ爲メニ賠償金ヲ支拂ヒ又局外中立義務ニ反シタル船舶カ捕獲  
セララルカ如キハ皆制裁タルヲ失ハサルニ於テヤ唯國際法庭アリテ其制裁  
ヲ強行スルコトナキモ今ヤ仲裁裁判ノ如キハ着着トシテ其實效ヲ奏シ既ニ萬  
國仲裁裁判所ノ常設ヲ見ルニ至レリ要スルニ國際事件ノ益、複雜シ又益、發達ス  
ルノ今日ニ於テ國際法ノ存在ヲ認ムルハ固ヨリ常理ニ適スルモノト謂フヘキ  
ナリ

### 第二章 法律ノ分類

法律ノ種類ハ其觀ル所ノ標準ニ依リテ幾様ニモ之ヲ區別スルコトヲ得今此ニ  
最モ普通ニ行ハルル分類ヲ舉ケン

#### 第一 成文法及ヒ不文法

成文法 Jus scriptum トハ文書ヲ以テ發布セラレタル法律ニシテ例ヘハ我國ニ於  
テハ從前ノ布告、布達、現時ノ法律、勅令、閣令、省令、府縣令等皆是レナリ不文法 Jus

慣習ニ本  
ツク不文  
法

學說ニ本  
ツク不文  
法

判決例ニ  
本ツク不  
文法

歐米諸國  
ニ於ケル

non scriptum トハ法律ノ效力ヲ有スル時ニ於テ文書ヲ以テ發布セラレズ暗黙ニ其效力ヲ認定セラレタルモノニシテ主トシテ慣習ニ基キテ定マル故ニ慣習法ナル語ハ常ニ不文法ナル語ト同意義ニ用キ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ノアリ例ヘハ羅馬ノオーギヌスト Augustus 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ール Theodorus 帝カバビニヤン Papinianus ホール Paulus ウルビヤン Ulpianus ガイユス Gaius モデスチヌス Modestinus 等ノ學說ニ法律ノ效力ヲ附シタルカ如シ此ノ如キ事實ハ當時立法機關未タ完備セサリシニ由リテ起レルモノニシテ近世ノ進歩セル社會ニ於テハ固ヨリ之ヲ見ルコト能ハス不文法ハ此外又判決例ニ依リテ成ルモノアリベンサム Bentham ハ之ヲ名ツケテ判事制定法 Judge-made-law ト云ヘリ蓋シ古代法律未タ整頓セサルノ時爭訟屢起ルニ際シ法律ノ明文又ハ慣習ノ依ルヘキモノナキトキハ裁判官ハ自ラ公正ナリト信スル所ニ隨ヒテ裁判シ嗣後同一又ハ類似ノ爭訟アル毎ニ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近世諸國ニ在リテハ英米兩國ハ判決例ニ附スルニ成文

判決例ノ  
效力

第二、公  
法及ヒ私  
法ノ區別ニ  
關スル諸  
說

第一說及  
ヒ其批評

法ト同一ノ效力ヲ以テシ歐洲大陸諸國ハ固ヨリ此ノ如キ效力ヲ認ムルコトナシ但現今英米兩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 Jus publicum 及ヒ私法 Jus privatum ヲ區別スル標準ニ三アリ法律ノ目的、法律ノ關係及ヒ法律ノ主體是レナリ

(一) 法律ノ目的ニ由リテ區別スル說 此說ハ法律ノ保護スル目的ノ差異ニ據リ立論スルモノニシテ即チ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云フニ在リウルビヤン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リ今此說ヲ考フルニ穩當ニシテ且平易ナルカ如シ只公益私益ノ區別甚明確ナラサルノミナラス假令ヒ稍明確ナリトスルモ法律ハ大抵公益ト私益トヲ併セテ之ヲ保護スルモノニシテ所謂公法中ニモ私益ニ關スル規定多ク又所謂私法中ニモ公益ニ關スル規定少カラス例ヘハ刑法ハ公法ナレトモ各人ノ身體財產ニ關スル

第二説及  
ヒ其批評

罪ノ規定ノ如キハ主トシテ私益ヲ保護スルノ趣旨ニ出テ又民法ハ私法ナレトモ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル法律行為ヲ無効トスル規定ノ如キハ専ラ公益ヲ保護スルノ趣旨ニ出ツ又親族相續ニ關スル規定ノ如キモ公益ト相關スルモノ甚多シ是レ此説ノ一般ニ批難セラレル所以ナリ

(二)法律ノ關係ニ由リテ區別スル説 此説ハ法律關係ノ性質ヲ解説シ之ヲ以テ區別ノ標準トスルモノニシテ即チ公法ハ服從ノ關係ヲ規定シ私法ハ平等ノ關係ヲ規定ストスルハ其要旨ナリ更ニ之ヲ詳説スレハ個人ハ平等ノ關係ニ於テ相互ニ權利ヲ有スルコトヲ得レトモ國家ニ對シテハ唯其命令ニ服從スヘキノミ是レ國家カ各人ノ上ニ立チテ獨リ權力ヲ有スルニ因ル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權利ト權力トヲ分チ之ヲ以テ公法私法ヲ分ツノ標準トスルハ又實際阻礙ナキ能ハス彼ノ親子夫婦幼者後見人等ノ關係ノ如キハ決シテ平等ニ非スト雖モ其關係カ權利關係トシテ民法ニ規定セラルルハ諸國ノ通義ニ非スヤ又更ニ他ノ方面ヲ視ンカ公法ノ中選舉權被選舉

第三説及  
ヒ其批評

權ニ關スル規定又ハ集會結社言論出版等ノ自由ニ對スル憲法上ノ保障ノ如キハ皆平等均一ニ各人ノ享有スル權利ヲ保護シタルモノトセハ不平等ノ關係ヲ規定シタリト謂フコトヲ得サルニ非スヤ且夫レ國際公法ハ各國家ノ平等關係ヲ規定シタルモノナレハ其性質上私法ニ屬ストセサルヲ得サルニ至ル天下豈此理アルヘケンヤ

(三)法律ノ主體ニ由リテ區別スル説 此説ニ依レハ公法トハ國家ト國家トハ間又ハ國家ト私人トノ間ノ關係ヲ規定スルモノニシテ私法トハ私人相互ノ間ノ關係ヲ規定スルモノナリ現今普通ニ行ハルルハ即チ此説ナリ此説ヲ批難スル者或ハ國家カ財産權ノ主體トシテ個人ト相對シテ私法ノ支配ヲ受クルヲ引證シ私法カ必スシモ私人相互ノ關係ニ限ラサルコトヲ論スルアリ然レトモ其財産權ノ主體トシテノ行動ハ國家カ私人ト同一ノ名義ニ依リテ私法關係ニ加入セル場合ノ行動ニシテ之カ爲メニ毫モ私法カ私人相互ノ關係ヲ規定セル法律タルコトヲ妨ケサルナリ

以上述フル所ニ依レハ第三説ヲ採ルノ最モ穩當ナルコトヲ知ルヘシ而シテ此

區別ノ標準ニ據ルトキハ國際公法ハ國家ト國家トノ關係ヲ定ムルモノニシテ其公法タルコト最モ著明ナルモノトス又憲法ハ國家ト臣民トノ關係ヲ定メ行政法ハ國家ノ機關ト私人トノ關係ヲ定メ刑法及ヒ刑事訴訟法ハ國家ト犯罪人トノ關係ヲ定ムルカ故ニ皆公法ニ屬シ民法商法ハ共ニ私人相互ノ關係ヲ定ムルカ故ニ私法ニ屬ス民事訴訟法ニ至リテハ或ハ私法ニ屬スト云ヒ或ハ公法ニ屬スト云ヒ今尙ホ議論ナキニ非ス若シ訴訟當事者相互ノ關係ヲ規定スルモノトセハ私法ト爲リ若シ裁判所カ私人ニ對シテ執行スヘキ訴訟手續ヲ規定スルモノトセハ公法ト爲ル要スルニ觀察點ヲ異スルニ過キス但現今公法說ヲ採ル者多シ

### 第三 普通法及ヒ特別法

第三、普通法及ヒ特別法ノ標準

普通法 Jus commune 及ヒ特別法 Jus singulare 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レナリ  
 (一)處ヲ本トスル區別 此區別ハ法律ノ行ハルル土地ノ廣狹ニ由ルモノニシテ乃チ普通法トハ全國一般ニ行ハルル法律ヲ謂ヒ特別法トハ國中ノ一部分ニ

(一)處ヲ本トスル

行ハルル法律ヲ謂フ獨逸帝國北米合衆國等聯邦制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

(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民ノ一部分ニノミ行ハル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產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

(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ラル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ノミ適用セララルル法律ヲ謂フ例ヘハ民法ハ一般民事上ノ關係ヲ規定シタルモノナルカ故ニ普通法ニ屬シ商法ハ特別ニ商事ニ關スルモノヲ規定シタルモノナルカ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銀行取引所等ニ關スル

諸法律ハ要スルニ皆商法ノ特別法ナリ

第四 主法及ヒ助法

主法 Substantive Law 及ヒ助法 Adjective Law ノ區別ハベンサムノ創設セシ所ニ係ル佛獨諸國ノ學者ハ此名稱ヲ用キスシテ實體法 Droit matriel, materielles Reult 及ヒ手續法 Droit formel, formelles Recht ト云フト雖モ其意ハ則チ相同シ主法ハ法律關係ノ本體ヲ定メ助法ハ制裁ノ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訟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往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規定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少シ然レトモ或ル種類ノ法律ハ直接ニ個人ノ行爲ヲ命令又ハ禁止シ或ル種類ノ法律ハ個人ノ便宜ノ爲メ一定ノ範圍ヲ設ケ其範圍内ニ於テ各自ノ關係ヲ定ムルコトヲ許ス是レ強行法 Jus cogens ト許容法 Jus dispositivum トノ區別ノ由リテ生スル所ニシテ個人ノ意思ヲ容ルルト否トハ即チ此區別ノ標準タリ強行法ハ之ヲ細別シテ命令法及ヒ禁止法ノ二トス命令法ハ個人ニ對シテ或ル行爲ヲ強制スルモノニシテ禁止法ハ個人ニ對シテ或ル不行爲ヲ強制スルモノナリ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或ル行爲ヲ命令スルカ若クハ或ル行爲ヲ禁止スルカヲ察シテ此二者ノ區別ヲ定ムルノ外ナシ許容法ハ一定ノ條件ヲ設ケ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各人ノ隨意タリト雖モ一旦其範圍内ニ入ルトキハ必ス一定ノ規則ヲ遵守セサルヘカラス要スルニ其法律ノ範圍内ニ入ルト否

トニ於テ個人ノ意思ヲ容ルルノミ其範圍内ニ入リタル後尙ホ其法律ニ違由ス  
ルト否トノ自由アルニハ非サルナリ例ヘハ婚姻養子縁組等ノ如キ又ハ賣買交  
換等ノ如キ事項ニ關スル法律ハ皆此等ノ法律行爲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ケテ許容法  
ト云フ公法ハ概ネ強行法ノ性質ヲ帶ヒ私法ハ概ネ許容法ノ性質ヲ帶フ

第六、國  
内法及ヒ  
國際法

第六 國內法及ヒ國際法

一、國家内ニ於ケル法律ヲ國內法 National law, droit national ト謂ヒ國家ト國家トノ  
間ニ存スル法律ヲ國際法 International law, droit international ト謂フ或ハ對内法對  
外法 Droit interne, droit externe ノ名稱アリ意ハ則チ同シ而シテ國際法カ法律ナリ  
ヤ否ヤニ就キテハ既ニ之ヲ論セリ故ニ今此ニ贅セス  
國際法ヲ分チテ國際公法及ヒ國際私法ノ二種トスルコト國內法ヲ公私二法ニ  
分ツト同シ是レ方今ノ通例ナリ但國際私法ハ國內法ニシテ國際法ニ非ストス  
ル者モ亦少カラス其意ニ謂ヘラク他國ノ法律ハ國內ニ於テハ一箇ノ事實ニシ  
テ何等ノ效力ヲ有セス唯各國相互ノ利益ニ本ツキ一定ノ事件ニ關シテハ他國

國際私法  
ニ關スル  
觀念

ノ法律ニ從フコトアルモ是レ畢竟國內法ノ規定ヲ以テ其效力ヲ認メタルニ因  
ル國內法ヲ外ニシテ別ニ據ルヘキノ國際私法アルニ非スト此說實ニ理アリ現  
ニ我法例ノ如キハ專ラ此目的ノ爲メニ定メラレタリト謂フコトヲ得然レトモ  
若シ更ニ觀察點ヲ異ニシテ考フレハ國際私法ハ國際法タルコトヲ妨ケス蓋シ  
二國以上ノ人民間ノ關係ニ於テ各其國法ヲ異ニシ實際其適用ニ苦ム場合ニ其  
孰レヲ適用スヘキカヲ定ムルハ主トシテ各國共通ノ慣例ト條理トニ本ツクヘ  
キモノニシテ自ラ一定ノ準據法ナキヲ得ス國際私法ノ由リテ生スル所ハ此ニ  
在リ故ニ若シ全ク國際法ノ存在ヲ否認セハ則チ已マン既ニ國際公法アリトセ  
ハ之ト相對シテ國際私法アリトスルハ寧ロ穩當ナラスヤ然ルトキハ一國家ト  
他國家トノ關係ヲ規定スルモノヲ國際公法ト謂ヒ一國家ノ人民ト他國家ノ人  
民トノ關係ヲ規定スルモノヲ國際私法ト謂フ國際公法ハ又之ヲ萬國公法 Droit  
des gens, Völkerrecht ト稱ス

第三章 法律ノ淵源

法律ノ淵源ナル語ノ意義

法律ノ淵源 Source du droit, Rechtsquelle ナル語ニ二義アリ或ハ法律ノ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ヲ以テ法律ノ淵源トスルカ如キハ是レナリ或ハ法律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ヲ以テ法律ノ淵源トスルカ如キハ是レナリ余輩カ此ニ説カントスル所ハ此第二義ニ於ケル淵源ニシテ之ヲ大別スレハ直接淵源及ヒ間接淵源ノ二種トスルコトヲ得

### 第一 直接淵源

法律ノ直接淵源トハ淵源其物カ法律トシテ效力ヲ有スルモノヲ謂フ例ヘハ刑法典及ヒ其他各種ノ刑事法カ刑法ノ淵源ト爲リ民法典及ヒ其他各種ノ民事法カ民法ノ淵源ト爲ルカ如シ而シテ近世諸國ニ於ケル法律ノ直接淵源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彼ノ不文法主義ヲ墨守シタル英國ニ於テスラ尙ホ近來成文法ノ漸ク増加セルヲ見テ知ルハシ蓋シ不文法ノ效力ハ統治者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當リテ敢テ畫一ノ準繩アルニ非ス故ニ固ヨリ成文法ノ確實ナル

淵源ノ二大區別  
直接淵源ノ意義  
近世諸國ニ於ケル直接淵源

ニ若カス近世諸國カ成文法ヲ以テ主義トスルハ決シテ偶然ニ非サルナリ

### 第二 間接淵源

法律ノ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爲即チ立法若クハ裁判ニ依リテ法律ノ効力ヲ有スルニ至ルモノヲ謂フ宗教慣習條理判決學説及ヒ外國法等ハ皆此種ノ淵源ニ屬ス

(一) 宗教 凡ソ國家ノ初ハ所謂政教一致ノ時代ニ屬シ宗教カ其國家ニ於ケ

間接淵源ノ意義  
間接淵源ノ種類  
(一) 宗教  
政教一致ノ時代ニ於ケル法律  
神授ニ出テタリトスル法律  
寺院法  
宗教ニ淵源セル法律ノ規定

ル唯一最強ノ勢力ナリシコトハ東西其授ヲ一ニスル所タリ故ニ古代ニ於テハ法律ハ概ネ皆宗教ニ由來セルモノニシテ宗教カ法律ノ淵源ト爲レルコト極メテ多キハ論ヲ待タス社會稍發達シタル後ニ及ヒテモ立法者カ往往其法律以テ神授ニ出テタリトシ且其法律カ同時ニ經典タリシコトハマヌーノ法典モイスノ法典又ハ回教ノ經典コラン等ヲ見ラ知ルヘシ又歐洲ノ中世ニ於ケル寺院法ノ如キハ專ラ宗教ノ旨義ニ本ツキテ制定セラレタルモノ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規定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又ハ養子縁組ノ如キハ蓋シ祖先ノ廟食ヲ絶タ



サルノ旨ニ出テタル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  
ラ加特利克ノ教旨ニ出ツ又以テ宗教カ法律ノ淵源タルノ好例證ト爲スヘキナ  
リ

(二) 慣習

凡ソ人ハ皆多少ノ模倣心ナキ者ナシ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ルモノ多  
シ習慣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ルコト  
久シキニ及ヒテハ之ニ背戾スル者ハ必ス他ノ擯斥指笑ヲ受クルニ至ル然ラハ  
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  
人類ノ社會關係ヲ拘束スルコト最モ多シ殊ニ古代文字ノ使用未タ普及セザリ  
シ時ニ當リテハ法律ハ皆舊慣先例ノ積成セルモノナリキ文字ノ使用漸ク普及  
シ成文法ノ制定セララルルニ至リテモ其内容ハ多クハ慣習ヲ採用セルモノニ係  
ル故ニ慣習ハ法律ノ淵源中大部分ヲ占ムルモノニシテ其淵源ヲ構成スル方法  
ニハ蓋シ二種アリ一ハ慣習ヲ承認シテ之ニ法律ノ效力ヲ付スルノ方法ニシテ  
是レ慣習法ノ成立スル所以ナリ一ハ慣習ヲ採用シテ之ヲ法文ニ規定スルノ方

慣習ノ發  
生及其  
勢力

慣習カ法  
律ノ淵源  
ヲ構成ス  
ル方法

法ニシテ是レ慣習ヲ基礎トセル成文法ノ制定セララルル所以ナリ我現行法ニ於  
テハ民法ノ親族相續二編ノ如キハ概ネ舊來ノ慣習ヲ採用セルモノナリ

(三) 條理

法律一タヒ定マルトキハ容易ニ之ヲ變更スヘカラス而シテ社會  
ノ變遷ハ頻繁ニシテ窮極ナシ故ニ幾多ノ新生セル爭訟中ニ既定ノ法律ヲ以  
テ之ヲ裁判スルコト能ハサルモノアルニ至ルハ勢ノ當然ナリ此ノ如キ場合ニ  
於テ若シ據ルヘキノ慣習アレハ尙ホ可ナリ若シ然ラスンハ裁判官ハ自ラ條理  
ナリト思惟スル所ニ從ヒテ判決スルヲ常トス彼ノ羅馬ノ「プレトリル」 Praetorカ  
萬國法 Jus gentiumヲ以テ自然法ニ適合スルモノトシテ羅馬ノ國法 Jus civile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ノ如キモ其實ハ概ネ羅馬法ヲ參考スルニ過キ  
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ラ  
ス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スルモノアリ然ラハ條理カ法律ノ淵

條理ハ如  
何ニシテ  
法律ノ淵  
源ト爲ル  
カ

古往今來  
ノ實例

自然法ハ  
即チ條理  
ナリ

源タルコトモ亦疑ヲ容レズ而シテ學者カ自然法ナルモノノ存立ヲ説ク所以モ亦實ニ此ニ存ス蓋シ自然法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

(四)判決

(四) 判決。裁判官ノ職務ハ法律ヲ適用スルニ在リテ之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一一之ヲ法律ニ網羅セン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同シ殊ニ古代立法機關ノ完備セサ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、メイン等ノ論説ヲ以テ明瞭ナリ

(五)學說

學說カ法  
律ノ淵源  
合ハルニ  
據

(五) 學說。學說 Doctrine ハ一人ノ私見ニシテ毫モ法律ノ效力ナキコト言ヲ俟タス然レトモ今法律ノ發達ニ就キテ之ヲ察スルニ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レリ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レタルコト

(六)外國  
法

トアリ羅馬ノテオドール第二カ當時五大法律家ノ説ヲ以テ法律ノ效力アリトシジュスタチニヤン帝カ三十九大家ノ論説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シ又ハ裁判官カ判決ヲ爲スニ方リテ學者ノ論説ヲ參考スルコトアリ是レ學說カ間接ニ採用セラレタル場合ナリ *Pothier* ノ著書カ佛國民法編纂ノ參考ト爲リ *Windseheid* 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近世ニ至リテハ學說ハ唯固ヨリ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レタルコトナシ

(六) 外國法。世界交通ノ道未タ開ケス各國其境域ヲ鎖セル時代ニ於テハ一國ノ法律ハ只其風俗民情ニ基キテ制定セラレルルノミ文化漸ク進ミ内外ノ交際漸ク繁ク貿易通商ノ術益々旺ナルニ及ヒテハ外國ノ文物典章モ亦隨ヒテ輸入セラルルハ蓋シ自然ノ數ナリ故ニ文化ノ進歩セル國ノ法律ハ大抵流レテ文化未タ進マサルノ國ニ入り或ハ多少其國法ノ面目ヲ革メ或ハ全ク之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

固有法及

母法及ヒ  
子法及ヒ

外國法繼  
受ノ方法

名稱ヲ生スルニ至ル固有法トハ專ラ其國ノ民情舊慣等ニ據リ其根源ヲ外國  
取リサル法律ヲ謂ヒ繼受法トハ外國ノ法律ヲ採用シ又ハ之ニ摸倣シテ制定  
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而シテ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 Réception directe 及ヒ間接繼受 Réception indirecte 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  
リ外國ノ法律ヲ摸範トシ或ハ其體裁ニ倣ヒ或ハ其精神ヲ斟ムモノニシテ例ヘ  
ハ我邦ノ大寶律ハ隋唐ノ律ヲ參酌シ新律綱領ハ明清ノ律ヲ折衷シ又民法其他  
ノ新法典ハ其摸倣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 法律ノ成立及ヒ廢止

##### 第一節 法律ノ成立

法律ノ成立ハ其成文法ナルト不文法ナルトニ因リ大ニ其狀態ヲ異ニス故ニ宜  
シク之ヲ區別シテ論述スヘシ而シテ方今立法ノ完備セル時代ニ於テハ不文法  
トシテハ獨リ慣習法 Droit coutumier, Gewohnheitsrecht ノ存スルアルコトハ前ニ述ヘ  
タル所ニ依リ自ラ明ナラシ故ニ今此ニ成文法ノ成立ヲ論シ次ニ慣習法ノ成立  
ニ及ハン

##### 第一 成文法ノ成立

成文法成立ノ形式ニ二様ノ別アリ一ヲ法律ノ制定 Confection du droit, Anfertigung des  
Rechtes ト云ヒ一ヲ法律ノ公布 Publication du droit, Bekanntmachung des Rechtes ト云フ  
(一) 法律ノ制定 法律ノ制定トハ成文法ヲ編次スル形式ニシテ古今各國必  
スシモ其例ヲ一ニセスト雖モ近世ノ所謂立憲國家ニ於テハ其形式ニ一大變遷  
ヲ生シタルヲ見ル即チ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行政權ノ作用トシテ君主若クハ  
大統領親ラ之ヲ發シ又ハ行政機關ヲシテ之ヲ發セシム議會ノ議決ニ附スル成  
文法ハ之ヲ法律 Gesetze, Loi ト稱シ行政權ノ作用トシテ發スル成文法ハ之ヲ命令

法律及ヒ  
命令ノ區

立憲國家  
ニ於ケル  
法律制定  
ノ形式

(一) 法律  
制定

成文法成  
立ノ形式

Verordnung 又ハ規則。Règlement 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又ハ規則ト云フ而シテ命令又ハ規則ハ法律ヲ執行スルカ爲メ若クハ法律ノ範圍内ニ於テ制定セララルコトヲ要シ法律ノ規定ヲ變更スルコトヲ得ス是レ實ニ立憲制度ノ精神ナリ

(二)法律ノ公布  
法律ノ公布ハ近世諸國ニ於テナクハ則

(二) 法律ノ公布 法律一タヒ制定セララルトキハ固ヨリ當ニ拘束力ヲ有スヘシ然レトモ實際ニ其拘束力ヲ生セシムルニハ尙ホ之ヲ一般ニ周知セシムルノ形式ヲ必要トス公布トハ即チ此形式ニシテ近世文明諸國ノ皆均シク認ムル所ニ係ル公布ノ外尙ホ頒布 Promulgation ナル形式ヲ認ムルコトアリ佛國ノ如キハ是レナリ然ルトキハ頒布ハ國家ノ元首カ法律ノ存在ヲ證明シ其執行ヲ命スルノ形式ニシテ公布ハ頒布セラレタル法律ヲ國民ニ通知スル形式ナリ其他ノ諸國ニ在リテハ大抵此區別ヲ認メス蓋シ又實際之ヲ認ムルノ必要ナシ  
法律一タヒ公布セララルトキ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サリシ者アルモ其知ラサリシノ故ヲ以テ遵守ノ義務ヲ免ルルコト能ハス法律上ノ格言ニ曰ク法律ヲ知ラサルコトハ有恕セス Ignorantia juris non ex-

力公布ノ効

古代ニハ公布セザリシ法律アリ

公布ノ方

(イ)朗讀法

Oratio 然レトモ法律カ公布ニ依リテ其拘束力ヲ生スルハ近世文明諸國ニ於ケル通則ナルノミ古代人智ノ未タ進マサリシ時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サリシモノ極メテ多カリキ例ヘハ我邦ニ於テ北條氏ノ貞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ハ蓋シ思半ニ過キン而シテ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種ノ方法ヲ用キテ法律ノ公布ヲ計リシコトモ亦多シ此ニ其最モ著明ナルモノヲ舉ケン

(イ)朗讀法 古昔人文ノ未タ周カラサ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カリシ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

(ロ)公簿  
登録法

(ロ)公簿登録法 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録シテ洽ク民衆ノ縦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集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ニシテ法律ヲ藏スルニ於テ最モ安全ナリシヲ以テナリ

(ハ)揭示  
法

(ハ)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

(ニ)廻達  
法

(ニ)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ハ多クハ此公示方法ヲ用キタルカ如シ

(ホ)官報  
登載法

(ホ)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

慣習法成  
立ノ時期  
ニ關スル  
諸説  
(一)永  
續  
慣  
習  
説

邦ニ於テハ明治十六年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勅令第一號ヲ以テ公文式公文式ハ四十年勅令第六號公式令ヲ以テ廢セラレタリ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ト爲レリ

### 第二 慣習法ノ成立

慣習法成立ノ時期ニ就キテハ學說未タ歸一セス此ニ其概要ヲ示サン

(一)永續慣行説 「インスチテユート」第一編ニ不文法ハ慣行ニ因リ確定セル法ナリ *Lex non scripto est quod usus comprobabit* トアルニ由來セルモノニシテ其趣旨ハ即チ永遠ニ行ハレテ渝ラサル慣習ハ變シテ慣習法ト爲ルト云フニ在リ然レトモ凡ソ慣習ハ皆永續慣行ニ因リテ生セサルハナシ故ニ此説ヲ以テシテハ慣習ト慣習法トノ區別明ナラサルノミナラス又毫モ慣習法成立ノ時期ヲ辨識スルコトヲ得ス

(二)國家  
默認説

(二)國家默認説 此説ニ據レハ慣習カ變シテ慣習法ト爲ルハ國家ノ默認ニ本

ツクモノトス其慣習ト慣習法トヲ區別スルハ前説ニ勝レリ然レトモ其慣習法  
成立ノ時期ヲ辨識シ難キニ於テハ同シ何トナレハ國家カ何時ニ於テ默認スル  
カヲ明ニセサレハナリ

(三)人民確信説

此説ハ沿革派法學家ノ唱フル所ニシテ其意ニ以爲ヘラク法  
律ノ基礎ハ人民ノ總意ニ在リ法律ハ其總意ヲ取り之ヲ外形ニ表式シタルモノ  
ニ過キス其總意直接ニ表式セラルルトキハ慣習法ト爲リ間接ニ表式セラルル  
トキ即チ立法者ニ依リ表式セラルルトキハ成文法ト爲ル故ニ人民カ久シク一  
定ノ慣習ヲ維持シ法律トシテ之ニ拘束セラルルコトヲ確信スルトキハ其慣習  
ハ變シテ慣習法ト爲ルモノナリト其成文法ト慣習法トノ由來ヲ明ニスルハ甚  
可ナリ然レトモ慣習カ直接ニ表式セラルルハ如何ナル時期ニ於テシ又如何ナ  
ル方法ニ依ルカニ至リテハ此説未タ盡ササル所アリ

(四)法庭承認説

此説ハベンサム、オースチン等ノ唱フル所ニシテ裁判所カ慣  
習ヲ適用シテ判決ヲ爲シタルノ時ニ於テ其慣習ハ變シテ慣習法ト爲ルト云フ  
ヲ以テ其趣旨トス蓋シ古代ノ法律カ多クハ立法ニ由ラス裁判ニ由リテ成立シ

(五)法定要件説

タルコトハ掩フヘカラサルノ事實ナルノミナラス現今諸國ニ於テモ若シ慣習  
ヲ認容シテ之ニ法律上ノ效力ヲ付スル場合ニハ裁判所カ職權トシテ之ヲ判斷  
スルノ外ナキカ如シ故ニ此説ハ前數説ニ比シテ最モ簡明ナリト謂フヘシ然レ  
トモ近世立法機關ノ完備セル國家ニ於テハ裁判官カ法律ヲ設クルコトヲ許サ  
ス裁判官ハ只慣習法ノ存在スル場合ニ於テ之ヲ適用スルコトヲ得慣習ヲ變シ  
テ慣習法ト爲スハ決シテ裁判官ノ職權ニハ非サルナリ故ニ此説ハ現今ノ狀態  
ニ適切ナラス

(五)法定要件説

此説ハホルランド Holland ノ首唱ニ係ル其意ハ慣習カ慣習法  
ニ變スルハ其豫メ慣習法ニ必要ナリトシテ定メラレタル條件ヲ完備スルノ時  
ニ在リトスルモノナリ從來慣習法ノ要件ハ英國ニ於テ僅ニ判決例ニ依リテ定  
マレルモノアルノ外、他ニ立法例ノ存スルヲ見サリシヲ以テ此説ヲ批難スル者  
アリシモ近世成文法ノ發達セル國家ニ於テ尙ホ慣習法ヲ認メント欲セハ國法  
カ其要件ヲ定ムルノ適當ナルコトハ固ヨリ論ヲ俟タヌ殊ニ我國法上ノ説明ト  
シテハ此説ヲ採ラサルヲ得ス

法例第二條ニ曰ク公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル慣習ハ法令ノ規定ニ依リ認めタルモノ及ヒ法令ニ規定ナキ事項ニ關スルモノニ限り法律ト同一ノ效力ヲ有スト此規定ニ依レハ慣習カ慣習法トシテ法律ト同一ノ效力ヲ有スルニハ左ノ二條件ヲ必要トス

(一) 公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサルコト 如何ナル慣習カ公ノ秩序ニ反セサルカ又善良ノ風俗ニ反セサルカハ裁判官カ事實ニ依リ認定スルノ外ナシト雖モ苟モ此條件ニ適スル以上ハ其慣習ハ裁判官ノ認定ニ先チ慣習法トシテ存在スルモノトス

(二) 法令ノ規定ニ依リ認めタルモノ又ハ法令ニ規定セサル事項ニ關スルモノナルコト 此條件ハ慣習法カ成文法ニ違反スルコトヲ得サルコトヲ示スト同時ニ慣習法タルヘキ慣習カ法律上ノ慣習タルヘキコトヲ示スモノトス慣習法ハ特定ノ成文法カ或ハ事項ニ付キ慣習ニ依ルヘキコトヲ明言シタル場合若クハ成文法ニ規定ヲ缺ケル或ル事項ニ關シテ一定ノ慣習アリテ其慣習カ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル場合ニ非サレハ成立スルコトヲ得ス而シテ若シ

其慣習カ單ニ道德上又ハ社交上ノモノニ止ラハ如何ニ他ノ條件ヲ具フルモ慣習法ト爲ルコトナカルヘシ

### 第二節 法律ノ廢止

法律ノ廢止及ヒ變更

法律ノ廢止 Abrogation, Abschaffung トハ既ニ成立セル法律ヲシテ其效力ヲ失ハシムルヲ謂フ故ニ法律カ廢止ニ因リテ消滅スルコトハ固ヨリ言ヲ俟タス若シ一ノ法律ヲ廢止シテ更ニ之ニ代フルニ他ノ法律ヲ以テスルトキハ之ヲ法律ノ變更ト謂フ

#### 第一 成文法ノ廢止

成文法廢止ノ場合

成文法廢止ノ場合ハ之ヲ左ノ如ク區別スルコトヲ得

(一) 全部ノ廢止及ヒ一分ノ廢止

(一) 全部ノ廢止及ヒ一分ノ廢止 此區別ハ廢止ノ範圍ニ付キテ設クルモノニシテ全部ノ廢止 Abrogatio トハ或ル成文法全體ヲシテ效力ヲ失ハシムルヲ謂ヒ一部ノ廢止 Subrogatio トハ單ニ其一部分ノ效力ヲ失ハシムルヲ謂フ

(二) 内因ニ因ル廢止

(二) 内因ニ因ル廢止及ヒ外因ニ因ル廢止 此區別ハ廢止ノ原因ニ付キテ設ク

止及ヒ外  
因ニ因ル

内因ニ因  
ル廢止ノ  
場合

ルモノニシテ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ル場合ニ生シ外因ニ因ル廢止ハ立法者ノ意思ニ依リテ法律ノ廢止セラルル場合ニ生ス尙ホ左ニ少シク之ヲ解説セン

(甲)内因ニ因ル廢止 此廢止ノ場合ハ之ヲ左ノ三種ニ別ツ

(イ)法律カ豫メ有効期限ヲ定メ其期限ニ至リ當然効力ヲ失フ場合 即チ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總督ノ發スル律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是レナリ此場合ニハ所定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令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効力ヲ失フカ如キモ亦然リ

(ハ)經過法カ新法ノ全然實施ニ依リテ自然ニ廢止セララルル場合 經過法 *Droit transitoire* トハ舊法ヨリ新法ニ移ルニ方リ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

外因ニ因  
ル廢止ノ  
場合

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或ハ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効力ヲ有スルヲ以テ此ノ如キ經過法

外因ニ因ル廢止ノ場合

ハ自然ニ其効用ヲ失ヒテ廢止ニ歸スルモノトス

(乙)外因ニ因ル廢止ノ場合 此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カ廢止セラレテ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立法例ニ依レハ舊法廢止ノ明文ハ概ネ新法ノ編尾ニ附則ヲ設ケテ其中ニ之ヲ掲クルヲ常トス

(ロ)默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

法律ノ制定アリタルニ際シ既存ノ法律ノ全部又ハ一部カ之ト相抵觸スルトキハ自然消滅ニ歸スルモノタルコトハ法律上ノ原則ナリ格言ニ曰ク後法ハ前法ヲ廢ス *Lex posterior derogat priori* ト故ニ此ノ如キ場合ニハ新法ニ於テ舊法ヲ廢止

新法ニ舊法ニ優ル



法律ハ永  
遠ニ其効  
力ヲ有ス  
トスル原  
則

慣習法廢  
止ノ場合

スルノ意思ヲ明示セサレトモ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義ヲ免レス之カ爲メ往往適從スル所ニ苦ムコトナキ  
ヲ保セス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  
凡ソ法律一タヒ制定セラルルトキハ永遠ニ其効力ヲ有ス假令ヒ幾多ノ歲月ヲ  
經テ其實用ヲ見サルモ立法者カ其廢止又ハ變更ノ意思ヲ明示又ハ默示セサル  
間ハ其効力ヲ失フコトナカルヘシ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步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固ヨリ誤謬ヲ免レス例ヘハ我古代法タル大寶律令其他ノ  
法律モ又近クハ徳川氏ノ百箇條モ歷代ノ變遷ニ因リ自ラ不用ト爲リ今何人モ  
其効力アルコトヲ信スル者ナシト雖モ一定ノ方法ニ依リテ廢止變更セラレタ  
ルノ事實ハ固ヨリ之ナカリシナリ

### 第二 慣習法ノ廢止

慣習法ノ成立既ニ明確ナルコト成文法ノ如クナルコト能ハス故ニ其廢止モ亦  
自ラ明確ナラサルコト多シ今試ニ其廢止ノ場合ヲ舉ケン、

廢止原因  
ニ關シテ  
成文法ト  
慣習法ト  
ノ差存

(一) 全部ノ廢止及ヒ一部ノ廢止 此區別ハ廢止ノ範圍ニ付キテ設クルモノニ  
シテ成文法ニ關シテ述ヘタル所ト同シ  
(二) 内因ニ因ル廢止及ヒ外因ニ因ル廢止 此區別モ亦成文法ニ關シテ述ヘタ  
ルト同シク廢止ノ原因ニ付キテ設クルモノトス内因ニ因ル慣習法ノ廢止ハ其  
多年實用ヲ見サルノ事實アル場合ニ生ス成文法ハ不適用ニ因リテ廢止セラル  
ルモノニ非サルコト前ニ述ヘタルカ如シト雖モ慣習法ハ其趣ヲ異ニス蓋シ慣  
習法ニシテ多年實用ナキハ其淵源タル慣習カ永續セザルノ事實ヲ示スモノモ  
ノナレハナリ外因ニ因ル廢止ノ場合ニハニアリ一ハ新舊慣習法抵觸ノ場合ニ  
シテ一ハ慣習法ト後ニ制定セラレタル成文法トノ抵觸ノ場合ナリ新舊慣習法  
抵觸ノ場合ニハ新舊慣習法ノ發生ニ因リ舊慣習法廢止セラレタリト見ルヲ當然  
トス又慣習法ハ成文法ヲ改廢スルノ力ナシト雖モ成文法ハ慣習法ヲ改廢スル  
ヲ妨ケス故ニ慣習法ニ抵觸スル成文法制定セララルトキハ慣習法ハ之ニ因リ  
テ廢止セラルルモノトス

### 第五章 法律ノ効力

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効力ニ關スル問題トス

#### 第一 時ニ關スル法律ノ効力

時ニ關スル法律ノ効力

時ニ關スル法律ノ効力ニ就キテハ二箇ノ主要ナル原則ヲ考察スルヲ要ス

(一) 法律ハ公布ノ日ヨリ一定ノ施行期限ヲ經テ遵守セラル  
法律ハ公布ニ依リテ拘束力ヲ生スレトモ其遵守ノ効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ター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抑モ交通往來ノ便未タ十分ナラス國土境界ノ極メテ廣キ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ト雖モ舟車ノ利、郵便電信ノ利益盛ナルニ及ヒテハ既ニ其必要ヲ見ス法律ヲ公布シタル後一定ノ猶豫期限ヲ經過セハ全國一時ニ之ヲ

施行期限ノ種類

施行期限ノ種類

施行シ得ルハ蓋シ事物自然ノ理ナリ故ニ近來諸國ハ相踵キテ此新主義ヲ適用シ我邦ニ於テモ亦之ヲ探レリ

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法例及ヒ公式令ニ依レハ凡ソ法律命令ハ公布ノ日ヨリ滿二十日ヲ經テ施行セラルル是レヲ通常期限トス然レトモ亦公布ノ當日ヨリ施行スルモノ又ハ法律命令ニ特ニ施行ノ日ヲ定メタルモノアリ是レヲ特別施行期限トス

第二則

(二) 法律ハ既往ニ溯ル効力ヲ有セス 此原則ハ羅馬ノコテ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掲ケ時ニ關スル法律ノ効力ヲ示セル原則中最モ緊切ニシテ動カスヘカラサルモノト看做サル蓋シ法律カ既往ニ溯ル効力 *Retroactivité, Rückwirkendbarkeit* アリトセハ是レ其未タ存立セサルニ當

原則ノ見ス意、ナレトモ、多シシ

リテ既ニ遵守ノ義務ヲ命スルモノニシテ其條理ニ反スルコト言ヲ待タス且昨是今非人民ヲシテ適從スル所ナカラシムルハ決シテ國家ノ公益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又至テ簡明ナルカ如シ然レトモ實際疑義紛生シ前世紀以來學者ノ議論頗ル喧囂タリ余輩今左

(イ) 法律不溯及ノ原則ハ立法上ノ原則ニ非ス  
此理ハ輓近ノ學者カ概ネ皆承認スル所ナレトモ從來ノ學說ト法制トハ往往此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憲法ハ實ニ之ヲ立法上ノ原則ト認メタルモノノ嚆矢ナリ該國憲法ハ所謂事後ノ法律 Ex post facto law ヲ制定スルコトヲ禁セリ即チ立法者 溯及力ヲ有スヘキ法律ヲ制定スルノ權ナシトスルモノナリ次キテ佛國共和第三年菓月五日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說ヲ觀ルモ亦等シク此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バンジャマンコンスタン Benjamin Constant 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シ法律カ既往ニ溯ラサルハ其本質ニシテ若シ之ニ付スルニ溯及力ヲ以テセハ其本質ヲ褫奪スルモノナリト云ヘリ然レトモ立法者ハ國家ノ須要ニ應ジテ既往ニ溯ル法律ヲ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釐革シ既往ノ犯罪ヲ免除シ昔日ノ苛税ヲ輕減スルカ

立法上ノ原則トシテ及ヒ學說

ニ之ヲ略說セン

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モ尙ホ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之ヲ良法ト謂ハスシテ將タ何トカ言ハン然ラハ既往ニ溯ルヲ以テ法律ノ本質ニ反ストスルノ誤見タルコトハ言ヲ俟タス既往ニ溯ル法律カ良法ニ非スト云フモ亦未タ妥當ナ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

(ロ) 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ハ同一ノ事物ニ關シテ新舊二法互ニ其規定ヲ異ニスルニ當リ新法ハ其公布以後ニ效力ヲ有シ舊法ハ其以前ニ效力ヲ有スト云フノ意ニシテ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ニ歸ス唯實際ノ適用ニ至リテハ頗ル困難ナルモノアリ故ニ一般ノ學說ハ此原則ヲ以テ法律カ其效力ヲ既得權ニ及ホササルノ義ナリトス所謂既得權 Droit acquit, erworbenes Recht トハ特定ノ人カ特定ノ法律行為ニ依リ取得シタル權利ニシテ他人ノ行為ヲ以テ之ヲ消滅セシムルコト能ハサルモノナリ

(イ) 法律不溯及ノ原則ハ立法上ノ原則ニ非ス  
此理ハ輓近ノ學者カ概ネ皆承認スル所ナレトモ從來ノ學說ト法制トハ往往此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憲法ハ實ニ之ヲ立法上ノ原則ト認メタルモノノ嚆矢ナリ該國憲法ハ所謂事後ノ法律 Ex post facto law ヲ制定スルコトヲ禁セリ即チ立法者 溯及力ヲ有スヘキ法律ヲ制定スルノ權ナシトスルモノナリ次キテ佛國共和第三年菓月五日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說ヲ觀ルモ亦等シク此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バンジャマンコンスタン Benjamin Constant 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シ法律カ既往ニ溯ラサルハ其本質ニシテ若シ之ニ付スルニ溯及力ヲ以テセハ其本質ヲ褫奪スルモノナリト云ヘリ然レトモ立法者ハ國家ノ須要ニ應ジテ既往ニ溯ル法律ヲ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釐革シ既往ノ犯罪ヲ免除シ昔日ノ苛税ヲ輕減スルカ

刑法上溯及ノ適用

故ニ例ヘハ婚姻ニ依リテ取得シタル夫權、契約ニ依リテ取得シタル債權ノ如キハ既得權ニシテ法律カ故ナク之ヲ毀損スルハ決シテ社會ノ安寧秩序ヲ保ツ所以ニ非ス若シ夫レ個人ノ利益ハ則チ利益タルモ未タ既得權ヲ構成スルニ至ラサルモノ例ヘハ時効ニ因リ或ル物ノ所有權ヲ取得スル希望又ハ推定相續人カ遺產ヲ相續スヘキ希望ノ如キハ所有者又ハ被相續人ノ行為ニ依リ消滅スヘキモノナルカ故ニ新法ノ規定ノ結果其希望ヲ阻絶スルコトアルモ之ヲ不條理ナリト謂フコトヲ得サルナリ、墺國民法第五條ニ曰ク法律ハ既往ニ溯ラス故ニ既遂ノ行為及ヒ既得ノ權利ニ對シテ總テ無効ナリト蓋シ此學說ヲ把リテ法文ニ明記シタルノ初ナリ然レトモ其法律ノ效力カ既遂ノ行為ニ及ハストセシハ管ニ蛇足ヲ添ヘタルノミナラス却テ誤謬ヲ招クノ恐ア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為ハ假令ヒ既遂ナルモ其猶ホ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ヲ妨ケサレハナリ

法律不溯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サルナリ我舊刑法第三條ニ若シ所犯頒布以前ニ在リテ

法律不溯及ノ原則  
及ノ關係  
ニ關スル  
近來ノ立  
法原則ノ價

未タ判決ヲ經サル者ハ新舊ノ法ヲ比照シ經キニ從テ處斷ストアリ又新刑法第六條ニ犯罪後ノ法律ニ因リ刑ノ變更アリタルトキハ其輕キモノヲ適用ストアルハ即チ此意ナリ故ニ新法カ從來未タ犯罪ヲ構成セサリシ行為ヲ罰シ又ハ從來刑罰ノ輕カリシモノ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ニ處セラルヘキモノハ新法ヲ適用スルナリ而シテ是レ法律カ既得權ヲ害セサルノ趣旨トハ毫モ相關涉セサルコトハ論ヲ俟タスシテ明ナリ

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唯普通ノ場合ニ於テ後ニ出テタル法律ノ爲メニ毀損セラレサルノミ之ニ對スル例外モ亦少シトセス然ラハ法律カ既往ニ溯ルノ效力ヲ有セストノ原則ハ法律適用ノ通則タルニ止リ法律ノ明文ニ依リ又ハ其性質ニ依リテ此原則ノ適用セラレサルコトアルハ毫モ怪ムニ足ラ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ン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此原則ノ價值甚少

キコトヲ見ルヘシ我舊法例ニハ此原則ヲ載セタレトモ現行法例ニ至リテハ之ヲ削除セリ亦宜ナラスヤ

第二 處ニ關スル法律ノ効力

屬人法ト  
屬地法ト  
法律上ノ  
一大變遷ノ

凡ソ法律ニハ屬人法 *Droit personnel* ト屬地法 *Droit territorial* 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屬地法トハ一國ノ法律カ其疆域内ニ限リテ行ハルモノナリ而シテ古代ノ法律カ概ネ屬人法ニシテ近代ノ法律カ概ネ屬地法ナルコトハ留意スヘキノ事トス古代ノ國家ニ於テハ領土ヲ重スルノ念薄ク君主ハ一會族ノ長ニシテ一國土ノ長ニ非ス是レヲ屬人主權ノ時代トス故ニ古代ノ法律ハ人ニ依リテ異ナリ又其人ノ到ル處ニ追隨セリ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一ノ法典ハ巴羅門教徒ノ間ニ行ハレコラン經典ハ回回教徒ニ非サレハ之ヲ奉セサリキ其後國家ハ必ス一定ノ領土ヲ保有スルニ及ヒ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至レリ此ニ於テ始メテ屬人法ノ外ニ屬地法生シ且屬地

處ニ關ス  
ル法律ノ  
効力

第一則

法ノ範圍漸ク擴張シテ屬人法ノ領域益縮少スルヲ見ル是レ古今法律上ノ一大變遷ニシテ又今ヤ處ニ關スル法律ノ効力ヲ説クノ必要ナル所以ナリ

(一)凡ソ法律ハ全國一般ニ行ハル 一國ノ法律ハ其疆域ヲ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ト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ルコトアリ又外國ノ法律モ本國ニ行ハル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カラス以下ニ掲クル所ハ即チ此通則ノ特例ヲ成スモノナリ

第二則

(二)特別法ハ國內ノ一部ニノミ行ハル 聯邦組織ノ國ニ於テ此特例殊ニ多シ例ヘハ普國憲法ハ普國ノミニ行ハレ新約育訟法ハ新約育州ニノミ行ハルルカ如シ又英國ニ於テハ不動產長子相續法ヲ以テ普通法トスルトモ獨リセント州ハ特別法トシテ平分相續法ヲ採ル我邦ニ於テモ北海道沖繩縣及ヒ臺灣ニ關スル諸法令ノ如キ一地方ニ限リテ行ハルルモノ其例少カラス

第三則

(三)一國ノ法律ハ其國ノ領海ニ行ハル 凡ソ海洋ハ世界人類ノ共用スル所ニ

第四則

シテ各國船舶ノ自由航行ニ任スト雖モ若シ一國ノ領土カ海岸ヲ以テ限界トシ其以外ニ國權ノ及フコトヲ許ササルトキハ國家ノ安寧ヲ維持シ難シ故ニ國際法上海ヲ公海 Haute mer 及ヒ領海 Mer territoriale ノ二種ニ分チ公海ハ世界人類ノ共用ニ屬シ領海ハ國權ノ被及スヘキ範圍ヲ示スモノトス而シテ一國ノ領海ハ海岸ヲ距ルコト三海里ヲ以テ限度トスルコトハ國際法上ノ原則トシテ各國ノ承認スル所ナリ從ヒテ一國ノ領海ヲ航シ又ハ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ヲ遵奉スヘキモノトス

(四) 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 Extra-territoriality, Exterritorialité 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權ニシテ國際法上ニ特ニ論究スル所ノ問題ナリ例ヘハ在外公使館内ニ本國ノ法律行ハルルカ如キハ條約國カ互ニ治外法權ヲ認ルニ因ルモノニシテ是レ專ラ國家獨立權ノ必要ニ出ツ

(五) 本國ノ法律ハ外國ノ領海ニ在ル軍艦内ニ行ハル 凡ソ領海ヲ航シ又ハ領海内ニ碇泊スル船舶ハ悉ク其國ノ法律ニ從フヘキコト前ニ述フルカ如シト雖

第五則

モ軍艦ハ獨リ然ラス外國ノ領海ニ在ルトキモ尙ホ本國ノ法律ヲ適用セラル是レ亦國家獨立權ノ必要ヨリ生シタル擬制ニシテ軍艦ハ何國ノ領海ニ在リテモ尙ホ本國ノ土地ト同一視セラルモノトス

(六) 一國ノ法律ハ公海ニ在ル其國ノ船舶ノ上ニ行ハル 前ニ述フルカ如ク領海ハ國權ノ被及スヘキ限界ニシテ普通ノ船舶ハ一タヒ他國ノ領海ニ入レハ其國ノ法律ニ從ハサルヘカラス是レ其軍艦ト異ナリテ國家ノ獨立權ニ害ナケレハナリ然レトモ公海ハ一國ノ領有ニ屬スルニ非ス世界人類ノ自由ニ來往スルコトヲ得ル所ナレハ普通ノ船舶ニシテ公海上ニ在ルトキハ其船籍ノ屬スル國ノ法律ニ從フヘキハ事理ノ當然ナリ

第六則

(七) 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一ナラス不動產ハ國家獨立權ノ觀念ニ由リ其内國人ニ屬スルモノハ勿論外國人ニ屬スルモノニモ亦皆内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產ニ關スル所有權ノ移轉質抵當等ハ外國人所

第七則

有ノモノモ亦其所在地ノ法律ニ從フモノトス唯不動產ノ相續ニ付キテハ近世

第八則

ノ學說ハ所在地ノ法律ヲ適用セスシテ被相続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続人ノ人格ノ繼承ニシテ單純ナル財産取得ノ方法ニ  
 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移シテ定處ナキカ  
 故ニ從來所有者ノ本國法ニ從フヲ以テ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其相續ニ關シテハ被相続人ノ本國法ニ從  
 フヲ以テ通説トスルコト不動産ノ相續ニ於ケルト同シ  
 (八)私法上法律行為ノ成立及ヒ効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効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故ニ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ルコトヲ要セス故ニ其原因ノ生シタル國

第九則

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  
 (九)法律行為ノ方式ハ其行為ヲ爲シタル國ノ法律ニ從フ 法律上ノ格言ニ曰  
 ク場所ハ行為ヲ支配ス *Locus legit actum* ト是レ實際ノ必要ニ出ツル原則ニシテ  
 若シ其行為ヲ爲シタル國ノ法律ニ從ハスンハ人或ハ其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アリ此ニナキコト往往  
 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リ若シ  
 其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  
 (一〇)訴訟手續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  
 所ナケレハナリ

第十則

第三 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

人ニ關スル法律ノ效力

第一則

(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トス。以下掲クル所ハ皆此原則ニ多少ノ變例ヲ加フルモノナリ。

第二則

(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分類ヲ説クニ當リテ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ルコトモ亦辯明ヲ俟タサルヘシ。

第三則

(三) 法律ハ主權者若クハ國家ノ元首ニ其效力ヲ及ホサス。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従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サル所以ナリ。唯主權者カ一個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ハ固ヨリ可ナリ。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

第四則

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且法律ノ拘束ヲ受ケサルヲ原則トス。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有ニ屬スルニ拘ラス國王カ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法律ノ效力或ハ及フコトナキニ非ス。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法律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事項ニ關シテハ君主モ亦民法ノ規定ニ從フヘシトスルハ歐洲諸國ノ通例ナリ。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負ハシメサルヲ常トス。

(四) 外國ニ在留スル國民ハ其在留國ノ法律ニ從フ。近世各國ノ法律カ所謂屬地法ナルコトハ前ニ述ヘタルカ如シ。故ニ一國ノ人民ニシテ外國ニ在留スル者



カ其在留國ノ法律ニ從フヘキコトハ言ヲ待タス然レトモ國際上ノ便宜ハ此原則ヲ全然適用スルコトヲ許サス是ヲ以テ各國ノ法律ハ大抵相互ノ讓歩 Reciprocityニ依リテ外國法ノ效力ヲ内國ニ認容スルコト少カラス左ニ示ス所ハ即チ是レナリ

第五則

(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ラルモノニシテ大抵其本國ノ氣候、風俗、人情等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故ニ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ザ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

第六則

(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税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民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存立ノ必要上此義務ヲ免ルルコトヲ得ス

第七則

(七)國際法上治外法權ヲ有スル者ハ外國ニ在ルモ尙ホ其本國法ニ從フ 國際法上ニ所謂治外法權ノ特權ヲ有スル者ハ君主、大統領、皇族、使臣及ヒ其附隨員、並ニ軍隊トス其一般人民ノ外ニ特權ヲ有スルハ專ラ國家獨立權ノ觀念ニ本ツクテ治外法權ノ特例ハ特別ノ國際條約ニ依リ在留民一般ニ之ヲ與ヘシムルコトアリ例ヘハ現今我國カ清國及ヒ暹羅國ニ對スル關係ノ如キハ然リ所謂領事裁判ノ制度ハ實ニ之カ爲メニ行ハル是レ條約國間ニ文化ノ程度ヲ異ニスルニ因リテ設クル所ノ特例ニシテ通常治外法權ト之ヲ區別シ特許條約 Capitulationト稱ス

領事裁判制度

第六章 法律ノ適用及ヒ解釋

廣義ニ於  
ケル法律  
ノ適用

近世國家  
ノ特色

法律ノ執  
行ト法律  
ノ適用

### 第一節 法律ノ適用

法律ノ適用トハ法律ヲ實地ニ應用スルヲ謂フ蓋シ法律ノ定ムル所ハ吾人ノ社會關係上或ル事實アラハ或ル結果ヲ生スヘキコトヲ豫想シタルニ過キス特定ノ場合特定ノ事實ニ對シテ其豫想ノ結果ヲ惹起シ以テ法律ノ效力ヲ完カラシムルハ一ニ法律ノ適用ニ待タサルヘカラス故ニ廣ク法律ノ適用ト云フトキハ裁判官ト行政官トヲ分タス皆均シク之ヲ掌ルノ職務アリト謂フコトヲ得レトモ近世諸國ニ於テハ後ニモ説クカ如ク劃然此二者ノ職務ヲ分ツヲ以テ主義トシ行政官ハ法律ノ執行 Execution, Ausföhrung ヲ掌リ裁判官ハ法律ノ適用 Application, Anwendung ヲ掌ルモノトス即チ行政官ノ職務ハ公安ヲ保持シ又ハ公益ヲ増進スルカ爲メニ法律ノ命スル所ヲ實行シ及ヒ其範圍内ニ於テ便宜事ニ從フニ在リ裁判官ノ職務ハ之ニ反シ法律上ノ紛争ヲ生シタル場合ニ法律ヲ解釋シ其紛争ヲ決斷シテ以テ法律ノ實行ヲ維持スルニ在リ故ニ均シク法律ノ適用ニ任スト云フト雖モ其間自ラ職務ノ差異アルコトヲ察セサルヘカラス

裁判官ノ  
職務ニ關  
スル原則

官ハ不明  
ノ不備  
備アルハ  
口實トシ  
テ訴訟ヲ  
受理セズ  
又ハ拒絶  
トナス

裁判官ト行政官トノ職務ノ差異此ノ如シ而シテ近世諸國ハ尙ホ裁判官ノ職責ヲ明ニセンカ爲メ左ノ二大原則ヲ認ム

(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ズ又ハ裁判ヲ拒絶スルコトヲ得ス 社會ノ事物ハ錯雜混淆シ千態萬狀ニシテ一様ナラス限アルノ法規ヲ以テ窮ナキノ事物ニ應セントス其能ク情ヲ盡ササルコトアルハ蓋シ恠ムニ足ラス然レトモ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訴訟ヲ受理セズ又曲直ヲ判決スルコトヲ拒マハ國家カ司直ノ官ヲ設ケテ人民ノ私闘ヲ許ササルノ趣旨ハ自ラ沒了セスンハアラス是レ此原則ノ設ケラレタル所以ナリ然レトモ此原則ノ意ハ裁判官カ如何ナル事件ニ付キテモ必ス裁判ヲ爲シ得ヘシト云フニ在ルニ非ス何トナレハ裁判官ノ職權ハ其國ノ憲法及ヒ法律ニ由リテ一定スルモノニシテ其職權以外ノ事件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

(二) 裁判官ハ善悪ヲ審判スル有セシラス

法律ノ適用ニ關シテ生ズル問題

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) 裁判官ハ法律ノ善悪ヲ審判スルハ權ヲ有セス、法律ハ皆必スシモ善法タラス正理ニ反シ公道ニ悖レルモノ或ハ之アラシ然レトモ若シ裁判官カ法律ノ善悪ヲ審判シ以テ法律ヲ補正スルコトヲ得ンカ是レ裁判官ヲシテ立法者ノ地位ニ立タシムルモノニシテ其害蓋シ少カラス故ニ裁判官タル者ハ唯法律ノ規定スル所如何ト顧ルヘキノミ其善悪ヲ審判スルコトヲ得ヘキノ非ス語ニ曰ク嚴法モ亦法ナリ *Dura lex sed lex* 然レトモ立法者ト裁判官トノ職務ニ截然タル區分アルコト此ノ如キハ近世ノ事ノミ古代ノ歴史ニ就キテ察スルトキハ立法事業ノ未タ整備セサリシニ當リ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サリシハ既ニ前ニ説ケル如シ若シ夫レ我國法上法令ノ違憲問題ニ關シ裁判官カ之ヲ審査スルノ職權ヲ有スルヤ否ヤハ後ニ之ヲ詳ニセン凡ソ法律ヲ適用スルニ際シ生スヘキ問題三アリ事實問題、法律問題及ヒ適用問題是レナリ事實問題トハ法律ヲ適用セントスル事實ノ真相如何ヲ研究スルモ

ノニシテ之ヲ解決スルニハ主トシテ證據ニ本ツキ又ハ解決者ノ自由裁量ニ依ル法律問題トハ適用スヘキ法律ノ眞義如何ヲ研究スルモノニシテ法律解釋ノ必要是ニ於テカ生ス後節ニ於テ當ニ之ヲ論スヘシ適用問題トハ事實問題及ヒ法律問題ハ既ニ解決セラルルモ何レノ法律ヲ適用スヘキカ不明ナル場合ニ適用スヘキ法律ヲ定ムルモノニシテ時處及ヒ人ニ關シテ法律ノ抵觸アル場合ニ生ス前章ニ述ヘタル所ハ即チ此問題ヲ明ニスルモノナリ

### 第二節 法律ノ解釋

法律ノ解釋 Interpretation, Auslegung トハ法律ノ適用ヲ誤ラサ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立法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其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ロト往往ニシテアリ例ヘハ羅馬ノジュスチニヤン帝カ「ヂゼスト」法典ノ中ニ法典解釋ノ禁令ヲ設ケ普國ノ弗烈利

法律解釋ノ意義

法律解釋ノ必要

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書ヲ抛チテ歎シテ曰ク嗟朕カ法典既ニ廢セリト蓋シ其自ラ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カ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ルニ至レリ法律解釋學 Hermeneutique ト稱スルモノ是レナリ

### 第一 法律ノ疑義

法律ノ意義不明又ハ不悉ナルモノアルトキハ之ヲ法律ノ疑義トシ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ノ法文ノ表面ニ顯ハル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該當スヘキ事實正確ナラサルモノヲ謂フ文字妥當ナラス用語亂雜ニ失シ意義曖昧ニシテ解シ難ク又ハ前後條項相矛盾シテ其孰レニ從フヘキカ明ナラサルカ如キ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

法律ノ疑義

テハ一點ノ疑ヲ容レサルモ之ニ該當スヘキ事物ノ明確ナラサルモノアリ例ハ官吏ナル文字ハ學校教員巡查等ヲモ含ムヤ否ヤ又營業ナル文字ハ醫師辯護士等ノ業務ヲモ含ムヤ否ヤト云フカ如ク其官吏若クハ營業ナル文字カ通常慣用セラレテ意義瞭然タルニ似ス之ニ該當スル事物ノ範圍ニ於テ頗ル疑義アルヲ免レス是レ皆隱匿疑義ニ屬ス要スルニ法律ノ解釋ハ此二種ノ疑義ヲ確定シテ其眞意ヲ闡明センコトヲ目的トスルモノニシテ是レ通常司法又ハ行政ノ官吏若ク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或ル場合ニハ法律カ自ラ解釋ヲ與ヘ以テ其疑義ヲ明ニスルコトアリ

### 第二 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

(一) 公正解釋 公正解釋 Interpretation authentique, authentische Auslegung ハ其解釋ニ由ル意義カ法律ノ眞正ナル意義トシテ公ノ効力ヲ有スルモノニシテ又之ヲ細別シテ立法上ノ解釋 Interpretation légale 及ヒ裁判上ノ解釋 Interpretation judiciaire 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

法律解釋ノ種類  
(一) 公正解釋

ハ訴訟事件ニ關スル法律ニ付キテ裁判官ノ與ヘタル解釋ヲ謂フ立法上ノ解釋ヲ爲ス方法ニ種種アリ今其主要ナルモノヲ擧ク

(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レ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キ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レ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効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) 法律公布ノ時ニ理由書ヲ付スルコト 此方法モ屢採用セラレルモノニシ

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効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而シテ適例ハ固ヨリ法文ノ參考ニ過キサレハ法文ト等シク拘束力ヲ有スルニ非ス故ニ假令ヒ適例ト同一ノ場合ニ遭遇スルモ裁判官ハ必スシモ其適例ニ拘束セララルルヲ要セス(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嘗テ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近世ノ立憲國家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ヌ又立法者ハ唯法律ヲ制定スルノミ其適用ニ付キテハ何等ノ干涉ヲ

モ爲サス故ニ此方法ヲ以テ立法上ノ解釋ヲ爲スコトナシ獨リ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カ故ニ法律上ノ疑義ニ關シテ指令又ハ訓令等ノ發セラルルコトアリ而カモ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

裁判上ノ解釋ノ唯一効力ヲ有スル

私見ノ解釋

裁判上ノ解釋ハ立法上ノ解釋ト同シク公ノ効力ヲ有スレトモ其効力ハ立法上ノ解釋ニ比スレハ著シク制限セラルルモノニシテ他ノ裁判所ハ勿論同一ノ裁判所ト雖モ後ニ至リテ其與ヘタル解釋ヲ覆スコトヲ妨ケス唯其解釋ニ從ヒテ係争事件ノ裁判確定スルトキハ又之ヲ破毀スルノ道ナシ是レ其私見解釋ト異ナリテ公ノ効力ヲ有スル所以ナリ

(一) 私見解釋。私見解釋 *Interprétation privée* ハ其解釋ニ由ル意義カ唯學者一己ノ見解ニ止リテ公ノ効力ナキモノニシテ其學者ノ見解トシテ行ハルルカ故ニ又之ヲ學理解釋 *Interprétation doctrinale* トモ稱シ其公ノ効力ナキカ故ニ又之ヲ非公正解釋 *Interprétation non authentique* トモ稱ス若シ夫レ大家ノ名論卓說ハ實

法律解釋ノ準則

第一則

際裁判官又ハ行政官ノ參考ト爲リ間接ニ公ノ効力ヲ有スルコトナキニ非スト雖モ其本來一己ノ私見ニ過キサルコトハ言フ俟タス故ニ其解釋ノ方法又ハ範圍等ニ於テモ毫モ制限セラルル所ナク一ニ學者其人ノ自由ニ存ス

第三 法律解釋ノ準則

法律ノ解釋ハ人人ノ自由ニ任シ敢テ之ヲ檢束セスト雖モ裁判上並ニ學理上ノ解釋ヲ爲スニハ自ラ留意スヘキノ準則アリ今其主要ナルモノヲ擧ケン

(一) 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 *Interprétation grammaticque* トハ法律ノ文章字句ニ本ツキテ爲ス解釋ヲ謂ヒ論理解釋 *Interprétation logique* トハ法律制定ノ目的及ヒ其他一切ノ事情ヲ斟酌シテ爲ス解釋ヲ謂フ共ニ法律解釋ノ方法タリ而シテ文字ハ元來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

(二) 文理解釋ト論理解釋ト相牴觸スルトキハ論理解釋ニ從フ 文字ハ思想ノ標記ナレトモ又往往思想ヲ表章シ盡ササルコトアリ然ルニ若シ法律ノ眞義ヲ

第三則

枉クルモ尙ホ文字ニ依ルヘシトセハ恐クハ解釋ノ目的ニ違ハン故ニ曰ク文理解釋ト論理解釋ト相抵觸スルトキハ論理解釋ニ從フト

(三)法律ノ文字ハ其制定時代ノ用例ニ從フ 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眞意ヲ枉クルニ至ルヘシ故ニ例ヘハ馬車ナキ時代ノ車輛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

(四)法律ノ文字ハ其法律ノ全文ト關聯シテ之ヲ解釋ス 若シ孤立シテ解釋セハ前後矛盾ノ恐アラン故ニ例ヘハ憲法中ニ散在スル大權ノ字ハ天皇ノ親裁權ヲ指スカ若クハ統治權其物ヲ指スカト云フ如キ疑義ハ憲法ノ全文ニ考ヘテ之ヲ定ムヘキモノトス

第五則

(五)法律ノ文字ハ通常ノ意義ニ於テ之ヲ解釋ス 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キ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

第六則

之ヲ通常ノ意義ニ於テ解釋セサルヘカラス

(六)法律ノ文字不備不當ナルトキハ之ヲ補正シ又之ヲ補充若クハ限縮ス 立法者ノ不注意ニ因リ法文不備不當ナルトキハ解釋ニ依リテ其眞意ヲ明ニセサルヘカラス是ニ於テ補正解釋 Interpretatio abrogans 補充解釋 Interpretatio extensiva 限縮解釋 Interpretatio restrictiva ノ必要アリ補正解釋ハ法文ノ不備不當ヲ裨補シ且之ヲ更正スルヲ以テ妄ニ之ヲ行ハハ牽強附會ニ陥リ却テ立法者ノ眞意ヲ枉クルノ弊アラン然レトモ若シ法文中ニ前後矛盾ノ規定アルトキハ之ヲ補正シテ其規定ヲ有効ナラシムルノ外ナシ補充解釋ハ法律ノ文意字義狹隘ニ失シテ立法者ノ言ハント欲スル所ヲ含ムニ足ラサルトキニ之ヲ用キ限縮解釋ハ其却テ廣博ニ過キテ立法者ノ言ハント欲スル所ヲ超エタルトキニ之ヲ用キルモノトス

第七則

(七)凡ソ變則ハ嚴密ニ解釋シテ之ヲ布衍セス 變則ハ特殊ノ事由アリテ通則ヲ適用スルコト能ハサル部分ニシテ其部分ハ多數ノ物ノ中僅ニ指示シ得ヘキモノニ限ル故ニ若シ之ヲ布衍セハ變則ト通則トカ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ラルル所以ハ實ニ此ニ存ス  
 (八)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租税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ヲ定メ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  
 ラサルヲ以テナリ故ニ刑法其他刑事法ノ解釋ニハ類推論法 Argumentum par ana-  
 logieヲ許サス強理論法 Argumentum a fortioriハ嚴密ノ解釋ヲ要スルノ原則トハ  
 敢テ相背馳セス例ヘハ車ノ通行ヲ禁スト云フトキハ牛馬車ノ通行ハ當然之ヲ  
 禁スルノ意ナリト解スルヲ正當トス故ニ刑事法ノ解釋ニモ之ヲ用キルコトヲ  
 得反對論法 Argumentum a contrario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トキハ  
 大ニ法律ノ眞意ヲ誤ルニ至ラン唯例外ノ規則ニ接シ之ヲ反對ニ推理シテ通則

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原則トシテ商業ヲ爲  
 スコトヲ得ト解釋スルハ不可ナキカ如シ

### 第七章 法律ノ制裁

凡ソ制裁 Sanctionトハ規則ニ悖戻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  
 ノ擯斥ヲ受ク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ニ  
 違反シタル者ニ被ラシムル惡報ナリ或ハ法律ノ實行ヲ確正ナラシムルカ爲メ  
 ニ設クル褒賞モ亦等シク制裁ナリト論セシ者アリ然レトモ是レ制裁ニハ必ス  
 強制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ケ  
 快樂ヲ願フカ故ニ法律ノ實行ヲ確正ナラシムルニモ亦此性情ヲ利用セサルヘ



法律制裁ノ種類

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キテ人心ヲ誘致スルコト例ヘハ褒賞ノ典ヲ設ケ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通常憲法上ノ制裁、行政法上ノ制裁、刑事制裁及ヒ民事制裁ノ四種トス是レ皆國內法ノ制裁ナリ國際法モ亦特殊ノ制裁ナキニ非スト雖モ別ニ論スル所アルヲ以テ今之ヲ省ク

(一) 憲法上ノ制裁

(一) 憲法上ノ制裁 統治者ハ法律ヲ制定スル者ニシテ法律ノ上ニ立チテ其拘束ヲ受クルコトナシ隨ヒテ憲法ノ制裁ト雖モ亦統治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ニ於テ之ヲ見ル其制度ニ關スル議論ハ之ヲ憲法篇ニ讓ル

(二) 行政法上ノ制裁

(二) 行政法上ノ制裁 行政法上ノ制裁ハ私人ニ對シテ行政ノ執行ヲ確實ニスルカ爲メノモノト其執行ニ任スル官吏ノ義務ヲ強制スルカ爲メノモノ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刑罰及ヒ行政的強制ノ二種ニ大別ス行政法上ノ刑罰ハ私人ノ義務履行ヲ強制スルヲ目的トシ刑法上ノ刑罰カ一般ノ法益ヲ保護スルヲ以テ目的トスルモノトハ其趣ヲ異ニス是レ現今行政法ノ發達ニ伴フ特殊ノ現象ナリ行政的強制ハ更ニ之ヲ對物強制及ヒ對人強制ノ二種ニ分ツ對物強制ハ私人ヲシテ財產給付ノ義務ヲ履行セシムルモノニシテ租稅其他公課ノ強制徵收ハ是レナリ對人強制ハ私人ヲシテ行爲又ハ不行爲ノ義務ヲ履行セシムルモノニシテ又之ヲ細別シテ代執行、執行罰及ヒ直接強制ノ三トス後ニ行政法篇中ニ之ヲ詳ニスヘシ官吏ノ義務ヲ強制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

(三) 刑事制裁

(三) 刑事制裁 刑事制裁トハ國家ノ要求ニ依リ刑法其他刑事法ノ規定ニ違反シタル者即チ犯罪人ニ被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枚擧スルニ  
 追アラス古代ノ社會ニ遡ルニ從ヒテ種種奇異ノ刑罰アリ例ヘハ彼ノ何レノ國  
 ニモ行ハレタル反座法 Talion ノ如キ或ハ我邦ノ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、財産、自由ノ全部又ハ一分ヲ剝奪スル  
 ニ外ヤ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、財産刑及ヒ自  
 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、輓  
 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モ近世ニ至リテハ刑罰益々寬大  
 ニ赴キ身體ニ關スル刑罰ハ殆ト之ヲ廢シ生命刑モ亦之ヲ用キサル處アリ今ヤ  
 文明諸國ノ刑罰ハ自由刑其大部分ヲ占ム蓋シ其執行ノ方法ヨリ觀ルニ罪ノ輕  
 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

(四) 民事制裁

ルル所ノ懲役、禁錮等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國ニ於テモ概ネ之  
 ヲ從刑トセリ財産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規定ヲ同クセス

(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失權無効ノ宣告等ハ此制裁ヲ實行スル方法ノ主要ナ  
 ルモノ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  
 事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失權ハ法律ニ違反シタル者ヲシテ特定ノ權利ヲ喪失セシムルモノニシテ主トシテ親族法上ノ關係ニ於テ之ヲ見ル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モノトス要スルニ皆民事上ノ法規ヲ實行シテ個人ノ權利ヲ確保スルノ目的ニ出テサルハナシ

### 第三編 國家

#### 第一章 國家ノ性質

國家ト法律トカ常ニ相伴ヒテ離ルヘカラサルコトハ既ニ論シタル所ニ依リテ明白ナリ是故ニ法學ヲ攷究スルノ初ニ於テ國家ノ何タルコトヲ會得スルハ極メテ緊切ノ事トス然レトモ今此ニ一一國家ニ關スル學說ヲ擧ケテ之ヲ批判スルハ余輩ノ目的ニ非ス唯其說ノ立脚地ヨリ視レハ古來ノ國家論ハ要スルニ具體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

##### 第一 具體的ニ觀察シタル國家

具體的ノ觀察ハ事實上ノ觀察ナリ事實上國家ノ何物タルコトヲ觀レハ國家カ人類ノ團體タルコトハ言フ俟タズ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亦人類ノ團體ナリ國家カ他ノ團體ト異ナル所ヲ示ササレハ國家ノ性質ハ未タ明白ナラス故ニ國

具體的ニ觀察シタル國家ノ定義

家ノ性質ヲ明ニセント欲セハ宜シク左ノ定義ヲ下タスヘシ  
○國家トハ一定ノ土地ニ於テ統治組織ヲ有スル人類ノ團體ナリ

此定義ニ依レハ國家ノ成立ニハ左ノ三要素アルコトヲ見ル

國家ノ三要素  
(一) 人民

(一) 國家ニハ人類アルコトヲ要ス 國家ハ人類ノ結社的生活ノ一現象タリ人類ヲ離レテ國家ヲ想像スルヲ得ス國家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ニ於テハ特ニ之ヲ人民ト名ツク

(二) 領土

(二) 國家ニハ一定ノ土地アルコトヲ要ス 國家ノ成立ニ一定ノ土地ヲ要スルノ理モ亦論ヲ俟タス而シテ其要素タル土地ハ特ニ之ヲ領土ト名ツク彼ノ遊牧民族カ水草ヲ逐ヒテ其居ヲ轉シタルカ如キハ領土ヲ有セシニ非ス故ニ未タ國家ヲ構成スルニハ至ラザリシナリ然レトモ歴史上ヨリ觀察スレハ古代ノ國家ト今代ノ國家トニ於テ其要素タル土地ニ輕重アルコトヲ知ラサルヘカラス古代ノ國家ハ必スシモ一定ノ領土ノ上ニ建設セラレタルニ非ス又稍一定ノ領土アルノ觀アリシ時代ニ於テモ其君長ハ土地ノ君長ニ非スシテ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ザリシナリ

(三) 統治組織

(三) 國家ニハ一定ノ統治組織アルコトヲ要ス 統治組織トハ治者カ被治者ニ對スル組織ナリ治者ト被治者トノ區別ハ即チ一ノ意思カ他ノ意思ニ對シテ優勢ナル地位ニ在ルコトヲ示スモノニシテ此區別ニ依リテ統治關係始メテ生ス所謂統治權トハ治者カ被治者ニ對シテ有スル優勢ノ力ニシテ國家カ内民衆ノ安寧ヲ保チ外獨立ノ體面ヲ完クスルハ一ニ此統治權ニ賴ル故ニ統治組織ハ國家ニ於テ一日モ之ヲ廢スヘカラス而シテ國家カ他ノ人類ノ團體ト異ナル所ハ實ニ此ニ存ス

有機體說  
及其批評

國家ヲ具體的ニ觀察セル學說中一異彩ヲ放テルモノアリブルンチュリ Bluntchli 等ノ首唱セル有機體說 Organismustheorie 是レナリ此說ハ國家ヲ以テ博物學上ニ所謂有機體ノ一種トスルモノニシテ其起源ハ遠ク希臘ノ學者ニ出ツレトモ近世ニ及ヒブルンチュリノ國家論ニ由リテ最モ著ハル其趣旨ハ蓋シ國家カ其構成分子タル個人ト全ク相獨立セル生命ヲ有シ種種ノ機關ヲ具ヘテ以テ全體ノ存立發達ヲ計リ兼ネテ各個人ノ安寧幸福ヲ保護スルモノニシテ一切ノ生物ト同シク自然ノ法則ニ支配セラルト云フニ在リ然レトモ其自然的有機體ト類似

抽象的ニ  
觀察シタ  
ル國家

國家人格

セル點ヲ過重シ却テ世ノ嗤笑ヲ招キシハ固ヨリ當然ノミ此自然的有機體ニ次  
 キテ起レル心理的有機體說ハ此ノ如ク極端ナラス又其所論味スヘキモノナキ  
 ニ非スト雖モ直ニ以テ國家ノ正當ナル見解ト爲スコトヲ得ス但國家ノ歴史ニ  
 就キテ察スルトキハ其盛衰存亡ノ跡實ニ有機體ト相同シキモノナキニ非ス故  
 ニ社會學上若クハ歴史學上ノ議論トシテ此說ヲ採ルコトハ敢テ不可ナカラシ  
 第二 抽象的ニ觀察シタル國家

抽象的觀察ト具體的觀察トハ必スシモ相容レサルニ非ス國家カ人類ノ團體タ  
 ルノ事實ハ固ヨリ争フヘカラスト雖モ法學上ノ見解トシテハ寧ロ抽象的ニ其  
 團體カ法律上如何ナル性質ヲ有スルカヲ定メンコトヲ要ス是レ國家人格論ノ  
 起レル所以ナリ  
 法律上國家ノ性質ニ關スル見解多シト雖モ其法律上ノ人格ヲ有スルモノナル  
 コトヲ說クハ現今一般ノ趨向ナリ抑モ法律上ノ人格トハ權利ノ主體タルノ資  
 格ナルコト後ニ述フルカ如シ故ニ今法律上人トハ何ソヤト問ハハ敢テ生物學  
 人類學等ノ研究ニ待ツコトヲ要セス唯權利ノ主體即チ人ナリト答フルヲ以テ

足ル之ト同シク法律上ニ於テハ國家ハ統治權ノ主體ナリト云フノ外又他ノ意  
 義ヲ求ムルコトヲ要セサルヘシ若シ夫レ政治上ノ實際ニ於テハ統治權ハ或ハ  
 君主ニ歸シ或ハ議會ニ歸シ或ハ國民ノ少數者ニ歸スルモノアラン然レトモ皆  
 國家ノ名ニ於テセサルハナシ故ニ假令ヒ政治上ノ組織ヲ變更シ統治者ヲ交迭  
 スルモ國家ノ法律上ノ存立ハ依然タリ路易第十四カ國家即チ朕ナリ *L'Etat c'est*  
*moi*ト誇リシハ君主專制ノ幻夢ノミシエイエス *Sieyes* カ國家即チ吾人ナリ *L'Etat*  
*c'est nous* ト叫ビシハ之ニ對スル一時ノ反動ノミ國家ハ政治上ノ實際ト相關セ  
 スシテ常ニ其統治權ヲ有セサルヘカラサルナリ而シテ此理ハ近世國家ノ種類  
 漸ク複雑ナルニ從ヒ益々割切ナルヲ見ル乃チ彼ノ聯邦組織ノ國家ニ於テハ統治  
 權ハ國家ニ屬スルニ非スシテ將タ何ニカ屬セン然ラハ一般ニ國家ノ法律上ノ  
 性質ヲ察スルトキハ其統治權ノ主體トシテ法律上ノ人格ヲ有スルモノトスル  
 ハ蓋シ最モ適當ナラン

## 第二章 國家ノ構成

國家ハ如何ニシテ構成セララルカ是レ古來學者ノ間ニ議論ヲ紛起セシ問題ナリ今茲ニ國家ノ構成ヲ論スルニ當リテハ其原始的構成ト歴史の構成トヲ區別スルヲ可トス

### 第一 國家ノ原始的構成

國家ノ原始的構成

國家ノ原始的構成ニ關シテハ二說アリ曰ク自然構成說曰ク人意構成說是レナリ左ニ之ヲ論評セン

(一)自然構成說

國家カ自然ノ作用ニ依リ構成セラレタリトノ議論ハ希臘ノアリストトニ始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擧スレハ或ハ神意說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說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構成セラルト云ヒ或ハ腕力說ト爲リテ國家ハ強者カ弱者ヲ壓服スルニ依リテ構成セラルト云ヒ或ハ進化說ト爲リテ人類進化ノ必要條件トシテ國家ハ構成セラルト云フ其說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說トス

(二)人意構成說

國家カ人意ノ作用ヲ經テ構成セラレタリトノ論ハ希臘ノエピキュルニ始リ近世自由主義及ヒ社會契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說ト人意構成說トハ劃然タル分界アリテ存スルニハ非ス例ヘハグロシユスノ如キハ人類ハ結社性ノ動物ナリトシテ自然構成說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說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カ進化說ニ基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ニ於テモ社會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說クカ如キモ亦兩說ノ中間ニ位スルモノト謂フコトヲ得

抑モ國家ノ原始的構成ハ歷史上ノ事實ニ據リテ論證スルコトヲ得ス故ニ人類ハ天性ニ基ツキテ之ヲ攷察スルハ蓋シ已ムコトヲ得サルナリ夫レ人生レテ男女ノ別アリ其相合シテ血族ノ團結ヲ作ルハ其天性ニ出ツルコト言フ俟タス然レトモ國家ノ構成モ亦單ニ人類結社性ノ自然ノ結果ニ過キストスルハ未タ盡

國家ノ原始的構成ハ困難ナルハ論スルハ如何

サナル所アリ人類カ結社性ヲ有スルコトハ疑ナキモ之ト同時ニ其非結社性ヲ有スルコトヲモ忘ルヘカラス同類相集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ルヘカラスアルコトハカシトノ説ク所剴切ニシテ替フヘカラスアルフレット、フイエー Alfred Fouillée 亦曰ク人類ノ結合スルヤ抑壓ト合意トニ依ル宛モ物質ノ分子ニ吸引力ト抗拒力トアリテ以テ物質ヲ組成スルカ如シト且國家ノ構成ハ自然構成説ノ言フカ如ク單簡ナルモノニハ非ス人類カ國家ヲ構成スルハ其天性ニ本ツクコトハ疑ヲ容レズト雖モ畢竟其單純ナル優勝劣敗ノ自然的關係ヲ排除シテ上命下服ノ平和的關係ヲ保チ以テ一箇ノ秩序アル結合トシテ之ヲ外界并ニ人類ノ他ノ結合ト對立セシメシト欲スルニ依ル故ニ國家ハ人類ノ天性ニ出ツル結合ナルト共ニ其意識的結合ナラサルヘカラス自然構成説ト人意構成説トハ安ソ其各眞理ノ半面ヲ視ルモノナラサルヲ得ンヤ

第二 國家ノ歴史的構成

試ニ輿地圖ヲ開キ大小列國ノ東西ニ割據スルヲ見ヨ而シテ且其歴史ニ就キテ

人類ハ二  
天性ヲ有  
ス

人類ハ人  
類ノ意識  
的結合ナ  
リ

國家ノ歴  
史的構成

(一) 合同

細思セヨ其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以テ今日ノ國家ヲ構成スルニ至リシノ跡ハ歴然トシテ指示セラルヘシ今其構成原因ヲ類別スレハ大凡左ノ如シ

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二三ノ小國カ合同シテ一國ト爲リ或ハ同一人種ノ數邦カ國民的統一ヲ企テテ一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特定ナル政治上ノ目的ヲ達スルカ爲メ三箇以上ノ國家相合シテ外部ニ對シテ新ニ一ノ國家ヲ設クルモノアリ澳大利、匈牙利是レナリ或ハ連合各國カ漸次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現今ノ英、伊兩國是レナリ

(二) 分立

(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

分立ニハ  
離分ニハ  
アリ三形分封

(三)移植  
移植ハ近  
代國家ノ  
起源ニ非  
ス

カ分レテ新ニ二以上ノ國家ヲ構成スルモノニシテ又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家ヲ構成スルコトアリ或ハ一部ノ分離ニ依  
リテ新ニ一國家ヲ構成スルコトアリ或ハ國土ノ分封ニ依リテ新ニ一國家ヲ構  
成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  
各民族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佛蘭  
克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  
ハ之ヲ見ルコトナシ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冀カシメ以  
テ新ニ國家ヲ組織シタルコト往往之アリシナリ

(三)移植。人口蕃殖ノ結果ハ航海通商ノ進歩ト相頼リテ本國ノ外ニ植民地ヲ  
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  
キ近世ニ及ヒ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

結論

トモ近世ハ植民地ハ國家ノ實力ヲ擴充スルノ目的ニ出テ初ヨリ新ニ國家ヲ組  
織スルノ目的アルニ非ス唯本國ノ政策其機宜ヲ失フカ又ハ其他ノ原因ニ因リ  
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構  
成ノ原因ニハ非ス古代希臘ノ植民地ノ如キハ全ク其趣ヲ殊ニシ初ヨリ新ニ一  
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クルニ堪フ  
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  
亦國家構成ノ原因ト爲ル

之ヲ要スルニ國家ノ構成ハ頗ル錯綜セルモノニシテ以上ハ唯其概要ヲ摘示ス  
ルニ過キス且國家ナル觀念ハ人類進歩ノ或ル階級ニ達シ始メテ生スルモノニ  
シテ太古ノ時代ニ於テハ國家ナル觀念カ未タ人類ノ知能ニ自覺セラレサリシ  
時アリシコトハ勿論假令ヒ其團體カ國家ノ體質ヲ備フルニ至リテモ或ハ部落  
Tribus ト稱シ或ハ市府 Civitas ト稱シ敢テ國家ノ名稱ヲ付シタルニ非サリキ例  
ヘハ雅典、斯巴爾多、羅馬等ノ如キ市府又ハ日耳曼民族ノ部落ノ如キハ是レナリ  
故ニ或ル人類ノ團體カ國家ヲ構成スルヤ否ヤ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ニシテ古今一貫ノ原則アリテ以テ今日ニ至レルニハ非サルナリ

### 第三章 國家ノ分類

法律上國家ハ統治權ノ主體ニシテ一アリテ二ナシ故ニ其分類ヲ爲スコトヲ許サス然レトモ若シ其統治組織ノ實際ニ就キテ考フルトキハ幾多ノ種類ヲ分ツコトヲ得是レ國體。Forme de l'Etat 及ヒ政體。Forme du gouvernement ナル觀念ノ由リテ生スル所ナリ

#### 第一 國體ニ本ツク分類

國體トハ統治權ノ組織ニ關スル形體ニシテ之ニ本ツキテ國家ヲ區別スルコト左ノ如シ

(一) 單一國家及ヒ複合國家 單一國家 *Etat unitaire, Einheitsstaat* トハ國家カ唯一ノ國家ヨリ成リ其構成元素中ニ二以上ノ小國家ヲ包含セサルモノニシテ我日本帝國並ニ普佛露等諸國皆是レナリ複合國家 *Etat composé, Staatenstaat* トハ國

政體及ヒ

國體ニ本ツク分類

(一) 單一國家及ヒ複合國家

複體國家ノ二形體

聯邦國家ト區別

連合國家ト區別

家カ數多ハ國家ノ結合ニ依リテ構成セラレタルモノニシテ即チ其構成元素中ニ二以上ノ小國家ヲ包含シ其小國家ハ皆同時ニ各自單一國家ノ性質ヲ保有ス獨逸帝國瑞士聯邦北米合衆國ノ如キハ皆然リ埃太利匈牙利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スルコト既ニ前ニ述ヘタルカ如シ故ニ前者ヲ稱シテ聯邦國家 *Etat fédéral, Bundesstaat* ト云ヒ後者ヲ稱シテ實合國家 *Union réelle, Realunion* ト云フ而シテ此複合國家ノ二形體ハ國家聯合及ヒ君合國家ト相類スル所アルヲ以テ宜シク其區別ヲ明ニスヘシ國家聯合 *Confédération des Etats, Staatenbund* トハ數國家カ領土ノ保全其他政治上ノ利害ヲ同クスルカ爲メニ相互ノ條約ヲ以テ設ケタル組合ニシテ一箇ノ組織的結合ナレトモ未ダ一國家ヲ構成スルニ至ラス聯合各國ハ皆完全ナル獨立國ニシテ唯其相互ノ條約ニ依リテ結合スルニ過キス故ニ聯邦國家カ國法上ノ結合タルニ反シ國家聯合ハ國際法上ノ結合タルニ止ル千七百七十六年ヨリ千七百八十七年ニ迄ル北米合衆國千八百十五年ヨリ千八百四十八年ニ迄ル瑞士獨逸帝國建設以前ノ日耳曼聯合等ハ皆之ニ屬ス君合國家 *Union personnelle, Personalunion* ハ同一君主カ二

國以上ノ君位ヲ繼承スルノ結果トシテ一時二國以上ノ連合ヲ生スルモノニシテ唯事實上同一君主ヲ奉戴スルニ止リ之カ爲メニ一國家ヲ構成スルニ非ス故ニ君合國家モ亦畢竟國際法上ノ結合ニシテ國法上ノ結合ニ非ス現今ノ澳匈國ノ如キ連合國家トハ其法律上ノ性質ヲ異ニス查理第五ノ時代ニ於ケル獨逸西班牙、シヨージ第四ノ治下ニ於ケル英吉利ハノール及ヒ現今白耳義公果二國ノ如キハ即チ君合國家タリ

(一)單純國家及混合國家

(二)單純國家及混合國家 單純國家 *Etat simple* トハ國家統治ノ最高機關カ單純ナル組織ヲ以テ成ルモノニシテ之ヲ大別シテ君主國家 *Monarchie* 共和制國家 *Republique* ノ二種トス混合國家 *Etat mixte* トハ國家統治ノ最高機關カ此二種ノ制度ヲ混用スルモノニシテ近世ノ複雜ナル國家制度ニ於テ此例ヲ見ルコト多キニ至レリ抑モ所謂國體ノ區別ハアリストトトノ創見ニ係リ爾來國家ニ君主制國家、貴族制國家、民主制國家ノ三種アリトスルハ殆ト學者ノ通説ニシテ之ヲ國體三分説ト稱ス君主制國家トハ君主一人國家ノ統治權ヲ總攬スルヲ謂ヒ貴族制國家 *Aristocratie* トハ國民中優等ノ階級ニ在ル者ノ數人カ共同シテ統

家單純國家ノ區別  
國體三分説  
二分説

*Machiavelli's doctrine*

混合國家ノ實例

治權ヲ總攬スルヲ謂ヒ民主制國家 *Démocratie* トハ統治權カ國民全體ニ歸屬スルヲ謂フ然レトモ統治權カ一人ニ歸屬セスシテ一箇ノ集合體ニ歸屬スルニ於テハ貴族制モ民主制モ相異ナルコトナシ故ニ之ヲ併稱シテ共和制ト云ヒ以テ君主制ト相對セシムルコトヲ得乃チ統治權ノ總攬者カ一人ナルカ若クハ團體ナルカハ君主制ト共和制トノ由リテ分ルル所ニシテ之ヲ國體二分説トス此説ハマキヤヴェリ *Machiavelli* ノ首唱セシ所ニシテ余輩モ亦寧ロ此説ヲ採ル

混合國家ニ關スル見解ハシセロン既ニ之ヲ發表シ敢テ斬新ナラスト雖モ其實例ハ之ヲ近世諸國ニ見ルコト多シ或ハ立憲國家ハ皆混合國家ナリト論スル者ナキニ非スト雖モ稍極端ニ走レルノ嫌アリ故ニ暫ク之ヲ取ラス唯一二ノ尤モ著明ナル混合國家ノ例ヲ擧ケンカ或ハ英國ノ如ク君主制、貴族制及ヒ民主制ノ三種混合スルアリ或ハ白耳義ノ如ク君主制、民主制ノ二種混合スルアリ此二國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單純ナル君主國ニハ非サルナリ英國ノ國體ハ貴族及ヒ庶民ノ勢力ニ依リテ制限セラレタル君主制國家ノ變體ニシテ即チ同國ニ於テハ統治權ハ君主一人ニ屬

セシテ君主及ヒ上下兩院ヨリ成立スル所ノ議院ニ屬ス故ニ學者往往之ヲ議院制國家ト稱ス白國カ混合國家タルノ理ハ一層明白ナリ同國ハ君主ヲ奉戴スルニ拘ラス其主權カ國民ニ屬スルコトハ實ニ憲法ノ明記スル所ナリ而シテ此國體ニ於テモ國民ノ代表者ハ即チ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亦之ヲ議院制國家ト謂フコトヲ妨ケス要スルニ此等ノ諸國ハ名ハ君主制國家ト稱スト雖モ其實ハ却テ共和制國家ニ近シト謂フヘキナリ

### 第二 政體ニ本ツク分類

政體トハ統治權ノ作用ニ關スル形體ニシテ之ニ本ツキテ國家ノ種類ヲ觀察スルトキハ之ヲ大別シテ專制政體ノ國家 *Etat du gouvernement despotique* 及ヒ立憲政體ノ國家 *Etat du gouvernement constitutionnel* ノ二種トスルコトヲ得所謂法治國家 *Rechtsstaat, Etat légal* トハ即チ立憲政體ノ國家ナリ蓋シ政體ノ區別モ亦夙ニアリストトノ唱道セシ所ニシテ氏ハ其三分シタル國體ニ依ル政治ヲ純良ノモノトシ同時ニ之ト對應スル三種ノ變體アリトセリ暴君政治 *Tyrannie* 寡頭政治 *Oligarchie* 暴民政治 *Démagogie* 是レナリ然レトモ此ノ如キハ以テ政體ノ區別ト爲シ

第二、政體ニ本ツク分類  
專制政體  
立憲政體  
ノ國家

難シ故ニ後ノ學者ハ他ノ見解ヲ求メ殊ニ近世國家ニ於テ立憲制度ノ設ケラレシ後ハ一ニ立憲政體ト專制政體トノ區別ニ留意スルニ至レリ專制政體トハ統治權ノ總攬者カ自己ノ意思ニ依リテ任意ニ統治スルモノヲ謂ヒ立憲政體トハ法律ヲ以テ統治機關ノ組織及ヒ權限ヲ一定シ統治權ノ總攬者カ之ニ依リテ統治スルモノヲ謂フ尙ホ近世ノ所謂立憲政治ニ關シテハ後ニ詳ニスルヲ以テ此ニハ之ヲ省ク而シテ此二政體ノ區別ハ何レノ國體ニモ適用セラルト雖モ實際其最モ必要ナルハ君主制國家ニ於テ之ヲ見ル

### 第三 主權ノ完否ニ本ツク分類

此分類ハ專ラ國際公法上ノ見解ニ出ツルモノニシテ國家カ完全ナル主權ヲ有スルヤ否ヤニ依リ之ヲ區別シテ主權國 *Etat souverain, souveräner Staat* 被保護國 *Etat protégé, Schutzstaat* 及ヒ附庸國 *Etat vassal, Unterstaat* ノ三種トス主權國トハ内外ニ對シテ完全ナル主權ヲ享有シ又之ヲ行使スルモノニシテ又之ヲ獨立國ト謂フ被保護國トハ所謂保護關係 *Protection* ニ依リ他國ノ指揮ヲ承ケテ其主權ヲ行使スルモノニシテ其保護關係ハ當事者タル兩國ノ條約ニ從ヒテ一様ナラス

第三、主權ノ完否  
主權國  
被保護國  
附庸國  
ヒ保護關係

蓋シ對外主權ノ行使ヲ保護國ニ委ネ其指揮ヲ待チテ國際事件ヲ處理スルヲ常トスレトモ兵政、財政、裁判等重要ナル對內主權ノ行使ニ關シテモ亦保護國ノ指揮ヲ承クルモノ少カラス韓國ノ我邦ニ對スル關係ノ如キハ即チ是レナリ附庸國トハ所謂宗主關係 Suzerainité ニ依リ他國ニ從屬スルモノニシテ對外關係ニ於テハ殆ト全ク主權行使ノ能力ナク對內關係ニ於テモ亦重大ナル制限ヲ受クレトモ尙ホ一國家タル資格ヲ有シ其制限ノ範圍内ニ於テハ自主權 Autonomie ヲ有ス古代ニ於テハ此關係ニ本ツク國家甚多カリシモ近時ハ大ニ其數ヲ減セリ勃爾加里及ヒクレイトノ土耳其ニ於ケル今尙ホ宗主關係ノ下ニ在リト雖モ其自主權ノ範圍ハ極メテ廣シ

#### 第四章 統治權

##### 第一節 統治權ノ性質

主權論ノ起源

統治權カ國家成立ノ要素タルコトハ既ニ之ヲ述ヘタリアリストトカ夙ニ國家ニ特定ナル權力ノ必要ナルコトヲ說キシヨリ以來統治權ニ關スル議論ハ學

問上極メテ重要ナルモノト爲レリ從來一般ニ主權論ト云フモノハ是レナリ抑モ主權即チ「スーヴレンテ」Souveraineté ナル語ハ佛人ボダン Bodin ノ創作ニ係リ最高權力ノ義ニシテ即チ國家ニ於ケル一切ノ權力ノ本源ヲ指スモノナリ故ニ其發動スル所ハ固ヨリ國家ノ内外ニ亘リ毫モ他ノ拘束ヲ受クルコトナキヲ要ス是レ單一國家ニ於テハ極メテ見易キノ理ニ屬スト雖モ複合國家殊ニ聯邦組織ノ國家ニ於テ各組合國家カ聯邦國家ニ對スル關係ヲ察スルトキハ主權ハ當サニ其孰レニ歸屬スヘキカノ問題ヲ生シ其結果トシテ主權ノ歸屬セサル國家ハ法律上ノ國家ニ非スト謂ハサルヲ得ス此ニ於テ獨逸ノ學者中ニハ統治權 Herrschaftsrecht ト主權トハ其觀念ヲ同クスルモノニ非ストノ議論起リ國家ニハ統治權アルコトヲ必要トスレトモ主權アルコトヲ必要トセストノ說ヲ爲ス者アルニ至レリ然レトモ此ノ如キハ我邦ノ如キ單一國家ニ於テハ實用ナキノ議論ナルノミナラス聯邦組織ノ國家ニ於テモ各組合國カ聯邦國家ノ權力ニ服從スルハ畢竟各自其主權ニ本ツキテ定メタル制限ニシテ兩者カ同時ニ主權ヲ有スト云フモ敢テ不可ナルコトナカラン故ニ余輩ハ暫ク統治權ト主權トハ同一ナル

モノトシテ之ヲ論セントス

統治權トハ治者カ被治者ニ對シテ有スル權力ニシテ換言セハ治者ノ意思ヲ以テ命令シ又之ヲ強制シ得ヘキハ力ナリ國家ハ此權力ヲ有スルカ爲メ内ハ其領土内ノ一切ノ人及ヒ團體ヲ支配シ外ハ通常他ノ如何ナル權力ニモ拘束セラレルコトナシ從來學者カ對内主權又ハ對外主權ト稱スルハ即チ此兩方面ノ發動ヲ名狀シタルニ外ナラス然レトモ尙ホ統治權ノ性質ヲ明ニセント欲セハ左ノ諸點ニ留意セアルヘカラス

(一)統治權ハ唯一不可分ノ權力ナリ 故ニ統治權ハ數多ノ權力ノ聚合セルモノニ非ス從來或ハ立法行政司法等ノ權力ヲ以テ統治權ノ一部分トシ數多ノ權力ニ分割シ得ヘキカ如ク思惟セシ者ナキニ非サレトモ是レ統治權ノ本體ト作用トヲ混同シタルノ誤ナリ

(二)統治權ハ一般通行ノ權力ナリ 故ニ統治權ノ被及スル所ハ國家ノ全體ニ通シ其一部分ニ限ラルルコトナシ唯統治機關カ之ヲ行使スルニ當リテハ土地若クハ事件ノ管轄ヲ限ルノミ而シテ是レ機關ノ權限ニシテ統治權ノ本體ニハ

非サルナリ

(三)統治權ハ國家ニ固有ナル權力ナリ 故ニ統治權ハ國家カ原始的ニ之ヲ有スルモノニシテ他ヨリ設定セラレ若クハ委任セラレタルニ非ス是レ國家カ其内部ニ於ケル公共團體例ヘハ市町村ノ如キモノト異ナル所以ナリ公共團體ノ權力ハ國家ノ委任ニ依ルモノニシテ其團體ニ固有ナルニハ非サルナリ

### 第二節 統治權ノ作用

統治權ノ作用トハ國家百般ノ政務ニ於ケル統治權ノ發動ヲ謂フ蓋シ國家ノ政務ハ國家カ其存立目的ヲ達スルノ道ニシテ極メテ多端ナリ故ニ統治權ノ作用モ亦自ラ單一ナルコトヲ得ス統治權ノ本體カ唯一不可分ナルト同時ニ其作用カ幾様ニモ區分セラレルコトハ固ヨリ事理ノ當然ナリアトストトカ國家ノ權力ニ決定權裁判權及ヒ行政權ノ三種アルコトヲ論シタルハ所謂政權分立論 *Théorie de la séparation des pouvoirs* ノ嚆矢トス其後或ハ二分說四分說又ハ五分說等ヲ唱ヘタル者ナキニ非サレトモモンテスキユウカ其名著法ノ精神ニ於テ英國

政權分立  
論及  
憲法  
制度  
之  
影響  
ホ  
セル

モンテ  
スキ  
ウ  
ノ  
政  
權  
分  
立  
論

ノ立憲制度ヲ説明スルニ當リ國權ハ立法<sup>○</sup> Pouvoir législatif 行政<sup>○</sup> Pouvoir exécutif 司  
法<sup>○</sup> Pouvoir judiciaire ノ三權ニ分レ且此三權ハ各相獨立スヘク又之ヲ掌握スル者  
モ亦各相獨立シ他ノ干涉ヲ受クヘカラストシ立憲制度ノ要旨ハ實ニ此ニ存ス  
ルコトヲ論セシヨリ政權分立論ハ大ニ世ニ傳播シ歐米諸國ノ憲法ハ皆其主義  
ヲ採用セサルモノナキニ至レリ後ノ學者ハ英國ノ制度カ實際却テモンテスキ  
ユウノ所説ニ反スルコトヲ指斥シ又其所説カ主權唯一不可分ノ原則ニ背戻ス  
ルコトヲ批難スル者多シ其言洵ニ理アリ然レトモ英國ノ制度ヲ其大體ニ就キ  
テ觀察スレハ立法權ハ上下兩院ニ屬シ行政權ハ君主ニ屬シ司法權ハ裁判所ニ  
屬ストスルモ大差ナシモンテスキユウカ當時佛國ノ政權君主一人ニ集中セシ  
モノト比照シテ之ヲ賞揚セシハ固ヨリ當然ノミ假令ヒ其所説ノ完全ナラサル  
所アルモ其立憲制度ヲ學理的ニ攻究シテ以テ其原則ヲ鼓吹シ近世諸國ヲシテ  
爭ヒテ之ヲ採用セシムルニ至リシヲ見レハ其功績亦偉ナリト謂フヘシ  
政權分立論ノ當否ハ姑ク之ヲ措キ近世諸國ノ憲法カ皆統治權ノ作用トシテ立  
法行政司法ノ三權ヲ區分シ一定ノ機關ヲ設ケテ之ヲ管掌セシムルヲ以テ通義

統治權  
ノ  
大  
作  
用

立法、司  
行、法  
ノ  
實  
質  
上  
ノ  
區  
別

トスルノ一事ハ極メテ明白ナリ故ニ所謂立憲制度ノ精神ハ單ニ法律ヲ以テ統  
治權ノ作用ヲ拘束スルニ止ラス必ス立法、行政、司法ノ三機關ヲ設ケテ其作用ニ  
參與セシムルニ在リ然ラハ其制度ノ研究上統治權ノ作用ヲ明辨スルノ必要ナ  
ルコトモ亦言ヲ俟タサルナリ  
抑モ政權分立論ニ據リテ統治權ノ作用ヲ區別スルトキハ立法トハ法規ヲ制定  
スルヲ謂ヒ司法トハ法規ヲ維持スルヲ謂ヒ行政トハ法規ヲ執行スルヲ謂フ更  
ニ之ヲ詳説スレハ所謂法規トハ一般ノ遵由ヲ強制スル法則ヲ總稱スルモノニ  
シテ之ヲ制定スルハ立法權ノ作用ニ屬シ其法規ニ依リテ特定ノ事件ヲ處理シ  
以テ國家統治ノ目的ヲ達スルハ行政權ノ作用ニ屬シ其法規ノ違反アルニ際シ  
之ヲ維持スルハ司法權ノ作用ニ屬ス是レヲ其實質上ノ區別トヌ故ニ政權分立  
論ハ三權互ニ獨立シテ相犯サスト云フヲ主義トスルモ其立法權ニ重キヲ置ク  
コトハ明白ニシテ立憲制度ノ骨子ハ固ヨリ此ニ存スト謂フモ敢テ不可ナルコ  
トナシ何トナレハ立法機關ハ即チ代議機關ニシテ立法ハ即チ民意ノ發露セル  
モノト看做セハナリ而シテ歐洲諸國ノ憲法ハ實ニ此思想ニ本ツキテ成レルモ

ノ多シト雖モ又多少ノ變化ナキニ非ス即チ統治組織ノ實際ニ於テハ行政機關ヲシテ或ハ法規ヲ制定セシメ或ハ法規ヲ維持セシムルコトナキニ非ス我憲法ノ如キハ殊ニ然リ故ニ若シ單ニ實質上ヨリ觀ルトキハ其行政機關ノ職務ニ屬スルモノニモ尙ホ立法權又ハ司法權ノ作用アリトセサルヲ得ス又立法機關若クハ司法機關ノ職務ニ屬スルモノモ亦必スシモ實質上ノ立法若クハ司法ノミニハ限ラサルコトアリ從ヒテ統治權ノ作用ト統治機關ノ區分トハ必スシモ相伴ハサルノ結果ト爲リ政權分立論ノ最初ノ精神ハ漸ク放棄セラレタリ是ニ於テカ統治權ノ作用ヲ其形式ニ就キテ區別スルノ已ムヲ得サルニ至レリ然レトモ形式上ノ區別トシテハ統治權カ立法機關ヲ經テ行ハルルモノヲ立法權ノ作用トシ行政機關ヲ經テ行ハルルモノヲ行政權ノ作用トシ司法機關ヲ經テ行ハルルモノヲ司法權ノ作用トスルニ過キス其沒意義ノ區別タルヲ免レス故ニ余輩ハ實質ト形式トノ兩方面ヨリ併セテ觀察スルノ適當ナルヲ見ル今此觀察方法ニ依レハ立法權ノ作用ハ立法機關ヲ經テ形式上ノ意義ニ於ケル法律ヲ制定スルニ在リ司法權ノ作用ハ裁判所ヲ經テ法律ノ適用維持ヲ爲スニ在リ而シテ

立法、行政、司法、  
ノ區別、形式上

實質上ノ兩  
形式上ノ兩  
方面ヨリ  
區別スル

此二大作用ノ外ニ立テテ法律ヲ執行シ及ヒ法律ノ範圍内ニ於テ公共ノ安寧秩序ヲ保持シ社會ノ幸福利益ヲ増進スルカ爲メニスル政府ノ一切ノ行爲ハ皆行政權ノ作用ニ屬ス

元首ノ大  
權

立法、行政、司法ノ何タルコトハ以上叙説セシ所ヲ以テ略明ナラン然ルニ從來諸國ノ憲法ハ大抵元首ノ大權 *Pouvoir gouvernemental, Regierungsgewalt* ナルモノヲ認ム故ニ此ニ少シク統治權ノ三大作用ト大權トノ關係ヲ明ニスルノ必要アリ抑モ國家ノ元首トハ後ニ述フルカ如ク統治權ノ總攬者タル君主ヲ謂フヲ通常トス統治權ノ總攬者ハ一切統治權ノ作用ヲ其掌中ニ收ムル者ニシテ其作用ノ立法タルト司法タルト又行政タルトヲ問ハス皆其一身ニ歸セサルハナシ唯一定ノ事項ハ統治機關ノ參與ニ待ツヘキコトヲ憲法上ノ條件トスルニ過キス故ニ立法、司法、行政ノ作用ノ一部分ハ各其機關ヲシテ之ヲ行ハシムルト同時ニ君主ハ他ノ一部分ニ就キテハ親裁シ敢テ之ヲ機關ニ委任セス其親裁權ヲ稱シテ大權ト謂フ而シテ大權ノ發動スル範圍ハ行政權ノ作用ニ於テ尤モ著シ故ニ廣義ノ行政中ニ大權 *Government, Regierung* ト狹義ノ行政 *Administration, Verwaltung* トヲ

大權ト行

政トテ區  
別スル必  
要

區別スル必要アリ大權行爲 Acte gouvernemental, Regierungsakt 行政行爲 Acte adminis-  
tratif, Verwaltungsakt ノ區別モ亦此ニ出ツ

### 第三節 統治權ノ主體客體及ヒ機關

統治權ノ  
主體

#### 第一 統治權ノ主體

統治權ノ主體即チ統治權ノ歸屬ニ關シテハ從來頗ル議論ヲ紛起セリ今其主要  
ナルモノヲ擧クレハ神權說 Théorie théocratique 正統說 Théorie légitimiste 急激說 Thé-  
orie radicale 自由說 Théorie libérale ノ四種トスルコトヲ得神權說ハ神ヲ以テ統治  
權ノ主體トシ統治者ハ唯直接又ハ間接ニ神意ヲ代表スルニ過キストスルモノ  
ナリ正統說ハ古來ノ傳説ニ基キテ最高權力ヲ取得セル優者殊ニ王統カ統治權  
ヲ有スヘシトスルモノニシテ即チ主權在君說ナリ急激說ハ統治權カ人民ノ意  
思ニ屬スヘシトスルモノニシテ即チ主權在民說ナリ自由說ハ人民ナル思想ニ  
代フルニ國民ナル思想ヲ以テシタルモノニシテ其主權在民說タルニ於テハ同  
シ所謂國民主權說ハ即チ是レナリ此四說ハ皆統治權ノ根本的觀念ト統治權ノ

統治權ノ  
所屬ニ關  
スル從來  
ノ見

國家ハ主  
權ノ主  
體ナリ

統治權ノ  
客體

(1) 國土

行使セラルヘキ形體トヲ混同スルモノニシテ法律上ノ見解トシテハ採ルニ足  
ラス統治權ノ觀念ハ國體又ハ政體ノ如何ヲ問ハス法律上ニ於テ皆一ナラサル  
ヘカラス余輩ハ前ニ國家ノ性質ヲ論スルニ當リ國家カ統治權ノ主體ナルコト  
ヲ明ニセリ故ニ今此ニ贅セス

#### 第二 統治權ノ客體

統治權ノ客體トハ統治權ノ行ハルル限界ヲ謂フ國土及ヒ人民是レナリ

(一) 國土。國土トハ統治權ノ及フヘキ一定ノ土地ニシテ領土權 Gebietsgewalt  
ハ即チ國土ニ對スル統治權ノ作用ヲ指スニ外ナラス而シテ其領土權ノ及フ所  
ハ内ハ一切ノ人民ヲ統御シ外ハ他國ノ干渉容喙ヲ許サス且法律上ノ國土ハ必  
スシモ地理上ノ區分ト相符合セス一國ノ領海カ國土ニ非スシテ國土ノ一部分  
ト看做サレ他國ノ領海ニ在ル軍艦又ハ公海ヲ航スル普通船舶モ亦國土ノ一部  
分ト看做サルコトハ既ニ述ヘタル所ナリ

(二) 人民

(二) 人民。人民トハ統治權ニ服從スル一定ノ人類ニシテ國體ノ差異ニ從ヒ或  
ハ臣民 Subject ト云ヒ或ハ國民 Nation ト云フモ其法律上ノ性質ハ相同シ而シテ



其國家ノ統治權ニ服従スルハ外國人カ領土權ノ支配ヲ被フルト異ナリテ國籍ノ關係ニ本ツク國籍 Nationality, Nationalité, Staatsangehörigkeit トハ人カ一國ノ人民タル法律上ノ地位ニシテ其地位ヲ有スル者ハ近世諸國ニ於テハ憲法上ニ所謂臣民ノ義務ヲ負ヒ又其權利ヲ有ス

統治權ノ機關

第三 統治權ノ機關

國家ハ無形人タリ自ラ其統治權ヲ行使スルコト能ハス必ス有形人代リテ之ヲ行使セサルヘカラス是ニ於テ國家ニ統治機關ノ必要アリ機關 Organe トハ自己固有ノ生存目的ヲ有セス他人ノ爲メニ其生存目的ヲ遂行スルモノニシテ國家ノ統治機關ハ即チ國家ノ生存目的ヲ遂行スルノ職分ヲ有ス今其種類ヲ舉クレハ左ノ如シ

國家ノ元首

(一) 國家ノ元首 統治機關ノ主タルモノヲ國家ノ元首 Chief de l'Etat, Staatsoberhaupt トス國家ノ元首ハ政治上ノ最高位ニ在リテ統治權ノ全部ノ行使ニ與カル者ニシテ其統治權ノ全部ヲ總括スルカ故ニ又統治權ノ總攬者トモ云フ而シテ廣ク國家ノ元首ト稱スル者ノ中ニハ固有ノ職分ヲ有スルモノト法律ノ委任ニ

依ル職務ヲ有スルモノトアリ前者ハ君主ニシテ後者ハ大統領ナリ然レトモ君主モ固有ノ職分ヲ有セス却テ法律ノ委任ニ依ル職分ヲ有スル者アリ白耳義國王ノ如キハ然リ

其他ノ統治機關  
立憲國家ニ於ケル統治機關  
議會  
政府

(二) 其他ノ統治機關 國家ノ元首ノ外統治權ノ一部分ノ行使ニ與カル機關ハ國家ノ政體ニ依リテ其種類ヲ一ニセス唯近世ノ立憲國家ニ就キテ觀レハ立法行政司法ノ三權ノ爲メ各自獨立ノ機關ヲ設ク乃チ立法機關ヲ議會トシ行政機關ヲ政府トシ司法機關ヲ裁判所トシ互ニ其權限ヲ犯スコトナカラシムルヲ通義トス議會ハ上下兩院ヨリ成ルヲ常トシ上院ハ或ハ貴族院ノ制ニ依リ貴紳ヲ集メテ議員トスルモノアリ或ハ元老院ノ制ニ依リ元勳名士ヲ特任スルモノアレトモ下院ハ皆人民ヨリ選出シタル代表者ヲ以テ組織ス獨逸帝國カ一院制ヲ採ルカ如キハ稀ニ見ル所ナリ政府ハ國務大臣ヲ以テ之ニ充テ且概ネ內閣制ニ依ル而シテ行政上幾多ノ官廳ハ國務大臣ニ隸屬シテ行政事務ヲ分掌ス裁判所ノ構成ニ關シテハ英國主義ト大陸主義トハ頗ル其趣ヲ異ニス英國ノ制度ハ裁判所ヲシテ一切ノ事件ヲ審判セシメ大陸諸國ノ制度ハ刑事民事ノ事件ニ限り

裁判所

## 第四編 權利

### 第一章 權利ノ性質

#### 第一節 權利ノ定義

獨逸ノ大家ライブニツ Leibniz 一タヒ法學カ權利ノ學問タルコトヲ唱ヘシヨ  
 リ以來權利ナル觀念ハ法律上最モ緊要ナルモノトセラレタリ抑モ之ヲ歐洲諸  
 國ノ言語ニ攻フルニ廣義ノ法律ハ權利ト其語ヲ同クス拉丁語 Jus ヲ首トシ佛  
 語 Droit 獨語 Recht 等主觀的ノ意義ニ於テハ權利ト爲リ客觀的ノ意義ニ於テ法  
 律ト爲ル其他諸國モ亦皆然ラサルハナシ唯英語 Law ト Right トヲ區別スルノ  
 ミ又以テ法律ト權利トカ如何ニ密接ノ關係ヲ有スルカヲ知ルヘキナリ  
 權利ノ觀念ニ關スル學說ハ極メテ多シト雖モ今一一之ヲ論評スルコトヲ欲セ  
 ス唯茲ニ現今最モ有力ナル學說ヲ紹介セン其學說三アリ曰ク意思說曰ク利益  
 說曰ク折衷說是レナリ

權利ハ法  
上最緊  
要ノ觀  
念ナリ

權利ノ觀  
念ニ關  
スル學  
說

説(一)意思

一三〇  
(一) 意思説 此學説ハ各人ノ意思ヲ以テ權利ノ本質トスルモノニシテウキ  
ンドシヤイドハ實ニ其首唱者タリ即チ此學説ニ依レハ權利ハ法律ノ認メタル  
意思ノ力ニシテ凡ソ法律上一人ノ意思カ他人ノ意思ヲ拘束スルコトヲ得ルノ  
力ヲ認ムルトキハ此ニ始メテ權利ヲ生スト云フニ在リ蓋シ權利カ法律上ノ力  
ニシテ其力カ意思ノ作用ニ本ツクコトハ疑ナシトスルモ權利ハ元來何等ノ目  
的ナクシテ偶然ニ存スルモノニ非ス必ス各人カ得ント欲スル一定ノ利益ア  
リテ權利ハ實ニ其利益ヲ充實スルカ爲メニ存ス故ニ權利ノ觀念ヨリ此目的ヲ  
除外スルハ非ナリ

説(二)利益

(二) 利益説 此學説ハ各人ノ利益ヲ以テ權利ノ本質トスルモノニシテイエ  
リングハ即チ其代表者タリ抑モ利益カ權利ニ缺クヘカラサルコトハ既ニ論セ  
シ所ニシテ意思説ニ對シテ此説ノ起リシコトハ固ヨリ理アリト雖モ權利ノ目  
的ト權利其物トハ之ヲ混同スヘカラス利益ハ目的ニシテ其本質ニ非ス故ニ此  
説モ亦權利ノ半面ヲ觀タルノ譏ヲ免ルルコト能ハス

説(三)折衷

(三) 折衷説 意思説ト利益説トハ共ニ權利ノ半面ヲ觀テ他ノ半面ヲ逸スル  
コト前述ノ如シ折衷説此ニ於テカ起ル此説ハ現時エリネツク Jellinek 等ノ唱フ  
ル所ニシテ最モ勢力ヲ有ス今余輩モ亦之ニ從ヒ左ノ定義ヲ與ヘント欲ス  
權利トハ法律カ各人ノ利益ヲ充實セシメンカ爲メニ認メタル意思ノ力ナリ

權利ノ定  
義

更ニ此定義ヲ解説センカ

(一) 權利ハ法律ノ認メタル力ナリ 法律上ノ力ハ法律上他人ヲ拘束スルコト  
ヲ得ルニ依リテ存シ實力トハ相關セス實力ハ各人強弱相同シカラス若シ之ニ  
放任セハ社會ノ秩序ハ得テ之ヲ保ツヘカラス故ニ法律ハ實力ノ如何ニ拘ラス  
別ニ權利ナルモノヲ認メテ以テ各人ニ平等ナル力ト爲ス是レ權利カ法律上ノ  
力ナル所以ニシテ法律以外ニ權利ナキコトモ亦自ラ明ナラン彼ノ自然法派等  
ノ學者カ一時權利カ天賦ニ出テ又ハ社會契約ニ本ツクコトヲ論シタルカ如キ  
ハ權利思想ノ發達上大ニ功績アリシコト固ヨリ疑ナシトスルモ唯空漠ニ馳セ  
テ法律上ノ觀念ニ乏シキコトハ亦論ヲ待タサルナリ  
(二) 權利ハ各人ノ意思ノ力ナリ 法律上ノ力ハ意思ニ淵源ス故ニ意思ナキ者  
ハ法律上ノ力ヲ享有スルコト能ハス又從ヒラ權利アルコトナシ或ハ幼者又ハ

瘋癲白痴等意思ナクシテ尙ホ權利ヲ有スル者アルヲ以テ見レハ意思ハ權利ノ要素ニ非サルカ如シ然レトモ法律カ意思能力ナキ者ノ爲メニハ必ス代理人ヲ設ケテ其意思ヲ構成セシムルハ偶々以テ意思カ權利ノ要素タルコトヲ證スルニ足ルノミ而シテ權利ハ實ニ各人カ此意思ニ依リテ其利益ヲ主張スルコトヲ得ル場合ニ存スルモノニシテ是レ其他ノ法律上ノ利益ト區別セララルル所以ナリ

(三)權利ハ各人ノ利益ヲ充實セシムルカ爲メナリ 凡ソ人ノ世ニ處スルヤ有形上又ハ無形上種種ノ需要アルハ固ヨリ言ヲ待タス而シテ此需要ヲ満足セシムヘキモノハ皆利益ニシテ權利ハ即チ之ヲ充實スルノ力ナリ或ハ權利カ利益ヲ生セサルカ如キノ觀アル場合ナキニ非ス例ヘハ相續財產カ被相續人ノ債務ヲ辨濟スルニ足ラサル場合ニハ其相續權ハ利益ニ非サルカ如シ然レトモ是レ唯事實上ノ利益ナルノミ相續權其物ハ法律カ相續人ノ利益ヲ充實セシムルカ爲メニ認メタルモノナリ事實上ノ利益ハ法律カ一般ニ利益ト認メタル根本的觀念ヲ妨クルニ足ラサルナリ

以上述フル所ニ依リ權利ノ性質ハ略明ナラン而シテ其法律ニ依リテ認メラレ

權利ト反  
射權トノ  
差異

意思ノ力  
ノ實現ス  
ル形式

權利ノ種  
類第一、公  
權及ヒ私

タル意思ノ力タルコトハ所謂反射權 Reflexrecht ト異ナル所ナリ反射權ハ法律ノ規定ノ反射ニ依リ各人カ當然享有スル利益ニシテ恰モ權利ノ如キ觀アルモ其侵害ハ唯違法事實ヲ生スルノミニシテ各人カ意思ノ力ヲ以テ之ヲ防衛スルコトヲ得ス例ヘハ貧民救助法ニ依リ貧民カ救助ヲ受クルハ反射權ナリ然ルニ當該官廳カ偶々其救助ヲ爲ササルコトアルトキハ唯其官廳カ法律ニ違反シタルニ止リ貧民ハ其權利ヲ主張スルコトヲ得ス然ラハ意思ノ力ハ如何ニシテ實現スルカ曰ク訴權 Actioニ依ルヲ通常トス即チ或ル利益ノ侵害ニ對シテ各人カ裁判上ノ救濟ヲ來ムルコトヲ得ルトキハ其利益ハ各人ノ意思ノ力ヲ以テ主張スルコトヲ得ルモノニシテ之ヲ權利トス

### 第二節 權利ノ分類

權利ハ種種ノ點ヨリ觀察シテ之ヲ分類スルコトヲ得

#### 第二 公權及ヒ私權

公權トハ人カ公法關係ニ於テ有スル權利ニシテ私權トハ私法關係ニ於テ有ス

ル、權利ナリ故ニ公權ハ私人カ國家ニ對シテ有スル權利ニシテ私權ハ私人相互ノ間ニ有スル權利ナリ獨逸ノ學者中往往公權否認說ヲ爲ス者アリ以爲ヘラク私人ハ對等ノ關係ニ於テノミ權利ヲ對抗スルコトヲ得國家ニ對抗スル權利ヲ有スルコトナシ唯法律上ノ保護ヲ請求スルニ過キスト又以爲ヘラク國家カ公權ヲ認ムルハ之ヲ私人ノ權利トスルニ非スシテ國權ノ制限ヲ示シタルモノナリト然レトモ其公權ヲ認メタル理由ノ如何ハ姑ク之ヲ舍キ苟モ各人ノ意思ノ力ヲ以テ之ヲ主張スルコトヲ許ス以上ハ固ヨリ權利タルヲ妨ケス且私權ノ効力確實ナルハ私人ニ公權タル保護請求權アルニ由ル故ニ若シ公權ヲ否認セハ私權モ亦自ラ存在セサルニ至ル此ノ如キハ蓋シ自家撞着ノ議論タルヲ免レス又二人ノ權利カ互ニ相制限スルコトハ一般ノ權利ニ通有ノ事ニシテ公權カ其裏面ニ於テ國權ノ制限タルコトモ亦當然ノ理ナリ之ヲ以テ公權ノ存在ヲ否認スルハ誤レリ要スルニ私法關係ニ於テモ又公法關係ニ於テモ等シテ權利ノ存在ヲ認メサルヘカラス而シテ此二種ノ權利ノ區別ハ行政裁判ノ制度ヲ認ムル國ニ於テハ殊ニ緊要ナリ蓋シ行政裁判ハ司法裁判カ私權ヲ救済スルニ對シテ

公權ヲ救済スルモノトスレハナリ公權ハ通常之ヲ大別シテ請求權、自由權、參政權ノ三種トス請求權トハ各人カ國家ニ對シ或ル事件ニ付キ公力ノ發動ヲ請求スル權利ニシテ裁判請求權、請願權是レナリ自由權トハ各人カ國家ニ對シ一定ノ範圍ニ於テ其干涉ヲ受ケサルノ權利ニシテ住居移轉ノ自由、身體ノ自由、住所ノ安全、信書ノ祕密、集會結社ノ自由、思想發表ノ自由、信教ノ自由、所有權ノ安全等ニ關スル權利是レナリ參政權ハ各人カ統治機關ノ組織ニ參與スルノ權利ニシテ選舉權、被選舉權及ヒ官吏ト爲ル權利等是レナリ此等ノ權利ハ皆諸國ノ憲法カ國民ノ權利トシテ保障スル所ニ係ル故ニ公權ハ國民權タルヲ原則トシ之ヲ外國人ニ與ヘス然レトモ現今諸國ニ於テハ參政權ヲ除クノ外ハ大抵條約又ハ法律ノ規定ニ依リテ外國人ニモ均シク其權利ヲ享有セシムルヲ以テ公權ニモ亦自ラ國民權ト個人權トノ別ヲ生スルニ至レリ

私權ハ亦之ヲ左ノ如ク區別スルコトヲ得

- (一) 絕對權及ヒ相對權 絕對權 Droit absolu トハ一般ノ人ニ對スル權利ニ

絕對權ニ對スル  
相對權ニ對スル  
緊要ノ原則

シテ相對權 *Droit relatif* トハ特定ノ人ニ對スル權利ナリ例ヘハ余ノ所有權ニ對シテハ世人ハ何人ト雖モ之ヲ侵害スルコトヲ得ス又余ノ生命身體名譽自由等ニ關スル權利ニ對シテモ亦然リ故ニ皆絕對權ニ屬ス然ルニ例ヘハ賣主カ買主ニ對スル權利又ハ貸主カ借主ニ對スル權利ノ如キハ皆買主又ハ借主ニ對シテノミ効力アルモノナレハ之ヲ相對權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權タリ而シテ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

(イ) 絕對權ニ對スル義務ハ必ス消極義務ナレトモ相對權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絕對權ニ對スル義務ハ唯常ニ消極義務タルノミ然ルニ相對權ニ對スル義務ニ就キテ之ヲ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期間一定ノ場所ニ於テ同

(二) 人身  
權利及ヒ財產  
權利

一ノ營業ヲ爲ササルコトヲ約シタルトキハ其義務ハ即チ一定ノ不行爲ヲ要スル義務ト爲ル故ニ曰ク相對權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ト

(ロ) 絕對權害セラレタルトキハ相對權ヲ生ス 例ヘハ所有權ハ絕對權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ヲ求ムルノ權利ヲ有ス即チ絕對權破レテ相對權生スル所以ナリ

(ハ) 相對權ハ第三者ニ對シテ絕對權ト爲ル 例ヘハ雇主甲者カ雇人乙者ニ對スル權利ハ相對權ナリ然ルニ丙者ハ此二人ノ關係ニ對シテハ第三者 *Le tiers* der *ditte* タルト同時ニ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權ハ同時ニ第三者タル丙者ニ對シテ絕對權ト爲ルモノトス

(ニ) 人身權利及ヒ財產權利 人身權 *Personenrecht* 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ナキモノトス而シテ此權利ハ或ハ絕對權ト爲リ或ハ相對權ト爲ル絕對的人身權ハ人カ一個人タル資格ヲ以テ有スル權

人格權及  
親族權

人身權  
財產權  
混合權  
權利

物權及  
債權

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之ヲ人格權 Personlichkeitsrecht ト謂フ相對的人身權ハ親族ハ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 Familienrecht ト云フモノ即チ是レナリ絕對的人身權ハ金錢上ノ價值ヲ生スルコトアレトモ相對的人身權ハ全ク其價值ヲ生スルコトナシ財產權 Vermögensrecht トハ人カ物若ク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絕對權ト爲リ相對權ト爲ル絕對的財產權ハ之ヲ物權 Droit réel, Sachenrecht 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ハ有體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 Droit personnel, persönlicher Recht 又ハ債權 Droit de Créance, Forderungsrecht 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ハ他人ノ行爲ナルヲ以テ必スシモ金錢上ノ價值アルヲ要セス  
人身權財產權ノ差別ノ主要ナルモノハ財產權ハ普通ニ融通ノ目的ト爲リ人身權ハ其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

私權ハ個人  
權利トス

第二、原  
濟及ヒ救

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知能ニ基キテ生スルモノナレトモ財產權ト同シク融通ノ目的ト爲ルコトヲ得例ヘハ著作權、特許權、意匠權、實用新案權等ノ如キ是レナリ學者ハ通常此等ノ權利ヲ稱シテ精神的所有權 Propriété intellectuelle, geistiges Eigentum 若クハ智能權 Immaterialgüterrecht ト云フ

私權モ亦之ヲ國民權ト個人權トニ分ツコトヲ得然レトモ社會ノ進步ハ漸次ニ國民權ノ範圍ヲ縮小シテ個人權ノ範圍ヲ増加シ今日ニ於テハ殆ト二者ノ區別ナキニ至レリ是レ專ラ法律カ屬人主義ヨリ屬地主義ニ進ミタルニ由ル我民法第二條ニ外國人ハ法令又ハ條約ニ禁止アル場合ヲ除ク外私權ヲ享有ストアルハ即チ此意ヲ明ニスルモノナリ現今尙ホ國民權トシテ外國人ノ享有ヲ許ササルモノハ土地所有權、戶主權、隱居權等トス

### 第二 原權及ヒ救濟權

原權 Primary right 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 Remedial right 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為ニ因リテ始メテ生スルカ故ニ原權ニ非スシテ救濟權タリ而シテ此種ノ區別ニ關シテモ亦左ノ緊切ナル規則アルコトヲ知ルヘシ

(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要償權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スル所ノ原則ナリ

(二)原權カ法律上ノ効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効力ヲ有スルコトヲ得サルナリ

(三)凡ソ絶對權ハ皆原權ニ屬スレトモ相對權ハ或ハ原權ニ屬シ或ハ救濟權ニ屬ス 絶對權ハ他人カ初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フ俟タス相對權ノ中ニ就キテハ身分又ハ契約等ヨリ生スル權利ノ如キハ原權ニ屬スレトモ不法行為ニ對スル損害賠償ヲ求ムルノ權利ノ如キハ救濟權ニ屬ス

(四)原權ハ或ハ絶對權タルコトアリ或ハ相對權タルコトアレトモ救濟權ハ常に相對權タリ 例ヘハ所有權ハ原權ニシテ絶對權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權ナリ又身分又ハ契約ニ因リテ生スル權利ハ原權ナレトモ相對權ニシテ絶對權ニ非ス故ニ原權ニハ絶對權タルモノト相對權タルモノトノ二種アリ然レトモ救濟權ハ原來原權ニ對スル不法行為アリテ始メテ生スルモノナルヲ以テ其權利ヲ對抗セラルル者ハ必ス特定ノ人ナラサルヲ得ス故ニ救濟權ハ常に相對權タリ



### 第三節 義務

#### 第一 義務ノ性質

義務ノ觀念

權利ト義務 Duty, devoir, Pflicht トハ相對立ス故ニ權利ノ觀念既ニ明ナルトキハ義務ノ觀念モ亦自ラ明ナラン夫レ法律ハ各人ノ權利ヲ認メテ其利益ヲ充實セシメンコトヲ期ス然ルニ若シ他人カ之ヲ妨害スルニ任センカ權利ハ遂ニ其用ヲ失ハンノミ故ニ法律ハ一方ニ權利ヲ認ムルト同時ニ他ノ一方ニハ權利ヲ妨害セス若クハ其實行ヲ完カラシムルノ負擔ヲ課セサルヘカラス義務ハ即チ其負擔ナリ今其定義ヲ與フルコト左ノ如シ

義務ノ定

義務トハ法律カ各人ノ意思ニ加フル積極的又ハ消極的ノ拘束ナリ  
更ニ此定義ヲ分解スルトキハ

(一)義務ハ法律ノ加フル拘束ナリ 事實上ノ拘束ハ之ヲ法律上ノ拘束ト混同スヘカラス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カ如キ皆人カ自己又ハ他人ニ對シ若クハ外物ニ對シテ受クヘキノ拘

束タラサルハナシ然レトモ皆法律ノ強制スル所ニ非ス故ニ法律上ノ義務ニハ非サルナリ

(二)義務ハ各人ノ意思ニ加フル拘束ナリ 權利義務ノ關係ハ一人ノ意思カ他人ノ意思ヲ拘束スルニ由リテ生ス故ニ權利ト同シク義務モ亦意思ニ本ツカサルヘカラス而シテ權利ハ拘束ヲ與フルノ力ナルカ故ニ權利者カ其力ヲ用キルト否トハ一ニ其自由ニ任スルモ義務ハ其受クル所ノ拘束ナルカ故ニ義務者ハ任意ニ之ヲ免ルルコトヲ得サルナリ

(三)義務ハ積極的又ハ消極的ノ拘束ナリ 積極的拘束トハ或ル事ヲ爲スノ負擔ニシテ消極的拘束トハ或ル事ヲ爲ササルノ負擔ナリ義務者ハ或ル場合ニハ進ミテ或ル事ヲ爲シテ他人ノ利益ヲ充實セサルヘカラス又或ル場合ニハ退キテ他人ノ利益ヲ妨害スヘキノ事ヲ爲ササルコトヲ要ス是レ義務カ積極的及ヒ消極的ノ兩方面ヲ有スル所以ナリ

義務ハ必  
スシモ權  
利ト相對  
立セズ又

凡ソ權利アレハ義務必ス之ニ伴フコトハ以上述フル所ニ依リテ明ナルヘシ然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權利ト相對立セズシ

或ル場合  
ニハ權利  
ト合體ス

一四四  
テ、單獨ニ存スルコトアリ公法上各人カ國家ニ對シテ負フ所ノ義務ノ如キハ是  
レナリ若シ國家ノ權力モ亦權利ナリト云ハハ權利ニ對セサルノ義務アルコト  
ナシト雖モ余輩ハ從來ノ通説ニ從ヒ國家ノ權力ト各人ノ權利トハ之ヲ區別ス  
ルカ故ニ自ラ此ノ如ク説明セサルヲ得ス又權利ト義務トハ或ル場合ニ合體ス  
ルコトアリ是レ法律カ或ル權利ヲ以テ權利者其人ノ利益トスルト同時ニ之ヲ  
以テ他人又ハ社會一般ノ利益ヲ充實セシメントスル場合ニ生スルモノニシテ  
親權又ハ選舉權ノ如キハ是レナリ

## 第二 義務ノ種類

義務ノ種類モ亦種種ノ點ヨリ觀察スルコトヲ得

(一) 積極義務及ヒ消極義務 積極義務 Positive duty トハ或ル事ヲ爲スヘキ義  
務ニシテ消極義務 Negative duty トハ或ル事ヲ爲スヘカラサル義務ナリ例ヘハ賣  
主カ其賣品ヲ引渡スノ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損スルコトヲ得サル義務ノ如キハ消極義務  
ナリ凡ソ絶對權ニ對シテハ人ハ悉ク消極義務ヲ負ヘトモ相對權ニ對シテ或ハ

(二) 孤立  
義務及ヒ  
對立義務

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  
リテ既ニ述ヘタル所ナリ

(二) 孤立義務及ヒ對立義務 孤立義務 Absolute duty トハ權利ト相對セサル義  
務ニシテ對立義務 Relative duty トハ權利ト相對スル義務ナ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  
利ト對立スルカ故ニ對立義務ニ屬スレトモ納税ノ義務又ハ兵役ノ義務其他公  
法上ノ義務ハ之ニ對スル法律上ノ權利ナキカ故ニ孤立義務ニ屬ス

(三) 第一  
義務及ヒ  
第二義務

(三) 第一義務及ヒ第二義務 此區別ハ宛モ權利ニ第一權第二權ノ區別アル  
カ如ク一ニ犯行ノ有無ニ由リテ生ス第一義務トハ原權即チ第一權ニ對スルモ  
ノニシテ他人ノ權利ヲ侵害セスシテ存スルモノナリ換言セハ他人ノ權利ヲ侵  
害セサルノ義務ナリ第二義務トハ救濟權即チ第二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換言セ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故ニ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

務ナリ然ラハ第一義務破レテ第二義務生スルコトハ猶ホ原權破レテ救濟權生スルカ如シ

### 第二章 權利ノ主體

凡ソ權利ノ主體 *Objet du droit, Rechtssubjekt* トハ自己固有ノ名ヲ以テ權利ヲ享有スルコトヲ得ル者ニシテ法律上之ヲ人 *Persona* ト謂ヒ其人タルノ資格ハ之ヲ人格 *Personality, personnalité, Persönlichkeit* ト謂フ故ニ人類 *Homo* 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時代ニ於ケル奴隸ノ如キハ是レナリ唯現今ノ進歩セル時代ニ於テハ人格ナキ人類アラサル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均シク權利ノ主體タルコトヲ得乃チ亦法律上ノ人ト看做サルル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

##### 第一 自然人ノ意義及ヒ其發生ノ條件

自然人 *Personne naturelle, natürliche Person* トハ一個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 *Personne physique* トモ云フ近世法ニ於テハ自然人ハ皆權利ヲ享有スルノ資格ナキモノ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

##### (一) 出產

(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之ヲ既生兒ト看做ス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

##### (二) 生命ノ保有

(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

權利ノ主體トハ何

自然人ノ意義

自然人發生ノ條件

生命ノ保有

生活ノ時間ノ長短ニ拘ラスシテ權利享有ノ能力ヲ具フ

### 第二 能力

凡ソ能力 (Capacité, Fähigkeit) トハ人カ權利ヲ享有シ又之ヲ行使スルコトヲ得ルハ  
權能ヲ謂フ故ニ廣ク能力ト云フトキハ之ヲ權利能力 (Rechtsfähigkeit) ト行爲能力  
Handlungsfähigkeit トノ二種ニ區別スルコトヲ得但近世法ニ於テハ自然人ニシテ  
權利ヲ享有スルコト能ハサル者ナキカ故ニ權利能力ノ有無ヲ見ルノ必要ナシ  
故ニ普通ニ能力ト云フトキハ行爲能力ニ限ル

前述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ルコト此ノ如シ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ヲ享有スルニハ近世法ニ於テモ亦一定ノ制限アリ其制  
限ハ主トシテ男女、性、年齡、財產額等ノ上ニ設ケラル例ヘハ女子ハ普通ニ參政上  
ノ權利ヲ有セス又男子モ一定ノ年齡ニ達シ又一定ノ租稅ヲ納ムルニ非サレハ  
其權利ヲ有スルコトヲ得サルカ如キハ各國ノ制度ニ多少ノ例外アリ又多少ノ  
程度アルモ要スルニ公法上ノ權利カ私法上ノ權利ト頗ル其趣ヲ異ニスルコト

能力ノ意  
及ヒ分  
類

私法上ノ  
權利ヲ行  
使スル條  
件トシテ  
身分トシ  
テノ關係

一般無能  
力者トシ  
テノ關係

ヲ知ルヘシ私法上ノ權利ニ於テモ其行使ニ關シテハ更ニ身分トノ關係ヲ明ニ  
スルヲ要ス身分 (Estate, Gut, Stand) トハ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、卑屬親等種種ノ區別アリ行爲能力ハ常ニ  
身分ト直接ノ關係ヲ有スルモノニシテ未成年者、妻、禁治產者、準禁治產者等凡ソ  
權利行使ノ能力ナク又完全ニ行使スルコト能ハサル者ハ之ヲ無能力者ト稱シ  
分チテ一般ノ無能力者及ヒ特別ノ無能力者ノ二種トス一般ノ無能力者トハ法  
定ノ條件ニ依ルニ非サレハ法律行爲ノ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、禁治產者、準禁治產者、妻是レナリ特別ノ無能力者トハ  
或ル特定ノ行爲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產  
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  
明スル所アラン

(一) 未成年者 成年未成年ヲ定ムルハ各國ノ氣候、風土、習俗其他種種ノ原因  
ニ因ル我國ニ於テハ滿二十年ヲ成年トシ之ニ達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 Tutor ノ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

(一) 禁治產者

(二) 禁治產者 Interdiction 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產未成年者ニ限り禁治產ニ付セラルレトモ我國ニ於テハ多數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即チ瘋癲白痴ノ類ニハ本人其他一定ノ者ノ請求ニ因リ裁判所カ禁治產ヲ宣告スルコトヲ得ルコトトセリ而シテ禁治產ノ宣告ヲ受ケタル者ハ之ヲ後見ニ付シ其身體ヲ監護シ又其財産ヲ管理セシム

(三) 準禁治產者

(三) 準禁治產者 心神耗弱者、聾者、啞者、盲者、及ヒ浪費者ハ準禁治產者トシテ之ヲ保佐人 Curator, conseil judiciaire ニ付スルコトヲ得保佐人ハ後見人ノ如ク法定代理人タル資格ヲ有スルニ非ス唯準禁治產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準禁治產者ノ相談人ト爲リテ同意ヲ與フルニ過キス重

大ナル財産上ノ行為トハ主トシテ處分行爲即チ權利ノ移轉ヲ生スヘキ行為ニ關ス

(四) 妻

(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為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為ニ付キテハ夫ノ許可ヲ要スルコトト爲レリ其許可ヲ要スヘキ行為ハ一ニ法律ノ定ムル所ニ依ル即チ妻ハ準禁治產者ト同シク限定的能力ヲ有スル者ナリト謂フヘシ

第三 住所及ヒ居所

住所及ヒ居所

人ハ能力者ト無能力者トヲ問ハス其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法律上人カ常ニ存在スト認メラル場所ハ之ヲ住所 Domicile, Wohnsitz ト謂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ニアルコトヲ得ス從ヒテ住所ハ居所 Résidence, Wohnung 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シテ一人ニシテ數箇ノ居所ヲ有スルコト

少カラス例へハ別荘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

住所ノ法律關係ニ及ホス效果

住所ノ法律關係ニ及ホス效果ハ頗ル大ナリ例へハ債務ノ辨濟ハ債權者ノ住所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ノ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

#### 第四 自然人ノ消滅

自然人消滅ノ原因死亡

古代ノ法律ニ於テハ自然人ハ奴隸又ハ刑罰ニ依レル准死 *Mort civile* ノ爲メニ消滅セシコトアリシモ今日ノ法律ニ於テ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

失踪宣告

テ既ニ死亡ヤ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死亡シテ一定ノ期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看做サル

### 第二節 法人

#### 第一 法人ノ意義

法人ノ意義

法人ノ享有シ得ヘキ權利

法人 *Legal Person, personne juridique, juristische Person* トハ人類ノ團體又ハ物ノ團體ニシテ權利ノ主體タルモノヲ謂フ其人ノ形體ヲ備ヘサルノ故ヲ以テ又之ヲ無形人 *Personne morale* ト稱シ又其法律ノ擬制 *Fiction* ニ依リテ存立スルノ故ヲ以テ之ヲ擬制人 *Personne fictive* トモ稱ス故ニ其享有スル所ノ權利ハ悉ク自然人ト同一ナルコトヲ得ス自然人ニ固有ナル身分其他ノ人身權ハ素ヨリ法人ニ屬スルコトナシ畢竟法人ハ唯財産法上ノ權利ヲ享有スルノミ然レトモ亦多少ノ例外ナキニ非ス例へハ感化院育兒院等ニ親權又ハ後見人ノ權利ヲ行ハシメ又大

學ニ國會議員ノ選舉權ヲ與フルカ如キハ歐洲諸國ニ於テ其例乏カラス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特例アルヲ見ル

### 第二 法人ノ發生

法人ノ發生ハ固ヨリ自然人ト其趣ヲ異ニス法人ハ法律ノ規定ニ依リテ初メテ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ンハ其團體ハ唯單純ナル人類又ハ物ノ集合タルニ過キス而シテ其法人ノ成立ヲ認ムルニハ從來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フルニ依リテ法人ト爲ルコトヲ得ルモノニシテ民法カ一般ニ法人タル條件ヲ定メ法人ノ設立者ヲシテ此條件ニ依ラシムルハ即チ此主義ヲ採ルナリ法律特許主義トハ法律カ一定ノ團體ニ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法ニ於テ商業會議所ヲ法人

生法人ノ發

法人ノ成立ヲ認ムル方法

トスルカ如シ

### 第三 法人ノ種類

法人ハ之ヲ大別シテ公法人及ヒ私法人ノ二種トス

類法人ノ種  
人(一)公法

(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共組合公ノ營造物等是レナリ國家カ法人ナリヤ否ヤニ付キテハ疑義ナキニ非スト雖モ其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近來往往國家ト國庫 *Fiscus* トヲ區別シ國家ハ唯權力ノ主體タル場合ノ名義ニシテ其權利ノ主體タル場合ニハ須ラク之ヲ國庫ト稱スヘシトノ說ヲ爲ス者アリ然レトモ此區別ハ專ラ獨逸法ノ沿革ニ本ツクモノニシテ同一ノ沿革ナキ我邦ニ之ヲ適用スルノ必要ナシ國家以外ノ公法人ハ之ヲ總稱シテ公共團體ト云フ其組織權限等ハ後ニ行政法ニ於テ之ヲ論スヘシ

人(二)私法

(二) 私法人。私法人トハ民法ノ通則ニ從ヒテ組成セララルル法人ヲ謂フ即チ其公益ニ關スルト否トヲ問ハス私法人ノ設立ハ民法ノ通則ニ從ヒ且國家ノ政治組織ト些ノ關係ナキモノナリ私法人ハ其組織ノ差異ニ依リテ更ニ之ヲ社團

法人 Association, Gesellschaft ト財團法人 Fondation, Stiftung トニ別チ又其目的事業ノ差異ニ依リテ公益法人ト營利法人トニ別ツ社團法人トハ人ヲ以テ組織セル法人ニシテ即チ二人以上共同ノ目的ノ爲メニ設立スルモノナリ會社ハ即チ之ニ屬ス財團法人トハ物ヲ以テ組織セル法人ニシテ即チ一定ノ目的ニ供セラルル財産ノ集合ノ上ニ成立スルモノナリ學校、社寺、病院等ハ此組織ニ依ルヲ常トス公益法人トハ公益事業ヲ目的トスルモノニシテ祭祀、宗教、慈善、學術、技藝等ニ關スル事業ヲ目的トスル法人ハ即チ是レナリ營利法人トハ營利事業ヲ目的トスルモノニテ商事會社ハ即チ是レナリ社團法人ハ或ハ公益法人タルコトアリ或ハ營利法人タルコトアリ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 Statute 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 Stiftungsgeschäft ヲ以テ其組織ヲ定ムルコトヲ要ス定款ハ法人組織ニ關スル條款ヲ定ムル共同行爲ニシテ寄附行爲ハ財團法人設立ノ爲メニ自己ノ財産ヲ無償ニテ處分スル單獨行爲ナリ若シ既ニ設立シタル法人ニ對シテ寄

私法人ノ設立

附ヲ爲ストキハ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シ又何レノ法人ヲ問ハス總テ其設立ノ日ヨリ一定ノ期間内ニ一定ノ事項ヲ登記スルコトヲ要ス蓋シ登記ハ法律上ノ公示方法ニシテ法人ヲ登記スルハ其組織及ヒ目的ヲ明ニシ且第三者ニ對シテ有效ナラシムルニ在リ

第四 法人ノ機關

法人ハ其性質上權利能力ヲ有スルニ止リ行爲能力ヲ有スルコトヲ得ス故ニ其權利ヲ行使スルニハ必ス一定ノ機關ナカルヘカラス而シテ此理ハ公法人私法人ニ通シテ異ナル所ナシト雖モ公法人ハ政治組織ノ一部分ヲ爲スノ結果トシテ其機關ノ構成ニ關シテハ自ラ特別ノ法理アリ余輩ハ既ニ前編ニ於テ其大綱ヲ論シタリ細目ハ更ニ行政法編ニ於テ之ヲ説クヘシ此ニハ專ラ私法人ノ機關ニ就キテ述ヘン

私法人ノ機關トシテ社團及ヒ財團ニ通シテ設ケラルルモノニ二アリ業務執行ノ機關、業務監督ノ機關是レナリ業務執行ノ機關ハ之ヲ理事ト稱シ定款ノ規定

法人ノ機關

公法人ノ機關

私法人ノ機關



又ハ寄附行為ノ趣旨ニ反セサル限ニ於テ業務ノ執行ニ任シ法人ヲ代表スルノ  
權限ヲ有ス業務監督ノ機關ハ之ヲ監事ト稱シ法人ノ財産及ヒ業務執行ノ狀況  
ヲ監査スルノ職務ヲ有ス社團法人ニハ尙ホ社員總會アリ以テ議決機關トシテ  
法人ノ意思ヲ決定ス即チ其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而シテ其決議ニ於ケル表決權ハ各社員  
平等ナルヲ原則トス

### 第五 法人ノ消滅

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  
ニ消滅スヘク公共團體ノ人格ハ團體ノ廢置ニ因リテ異動アルヘシ然レトモ國  
家ノ消滅ハ獨リ國際公法ノ問題ニ屬シ公共團體ノ消滅ハ專ラ行政法ノ規定ニ  
依リテ之ヲ決スヘシ私法人消滅ノ原因ニ至リテハ此ニ一般ニ之ヲ察スルコト  
ヲ得乃チ其原因ニハ(一)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(二)法人ノ性質又ハ事業ノ狀況ヨリ自然ニ生スルモノアリ法人

法人ノ消滅  
公法人ノ消滅原因

私法人消滅ノ原因

法人消滅後ノ殘存形

公法人ノ財産處分

私法人ノ財産處分

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  
スル場合はレナリ(三)國家ノ命令ニ依ルモノアリ設立許可ノ取消ニ因リテ法人  
解散スル場合はレナリ

法人消滅スルトキハ其財産處分ノ關係ヲ定ムルノ必要生ス蓋シ法人ハ自然人  
ト異ナリ相續人ヲ有スルコトナク且遺言ノ能力ナシ故ニ其遺産ノ處分ハ法律  
ノ規定ニ依ラサルヲ得ス公法人ノ廢置ニ伴フ財産處分ハ行政法ノ規定ニ依リ  
其團體ノ機關又ハ監督官廳ノ職權ニ屬ス私法人ノ消滅ニ伴フ財産處分ニハ二  
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  
ニ於ケル財産ノ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  
シトキハ法人ノ目的ト類似セル目的ノ爲メニ其財産ヲ處分スルコトヲ得要ス  
ルニ法人設立者ノ意思ヲ尊重セルモノニシテ是レ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 Liquidation ト稱ス清算ト  
ハ法人ノ殘務ヲ處理結了スルノ謂ニシテ即チ其債務ヲ辨濟シ又其債權ヲ取立  
テ殘餘財産ノ分配ヲ爲ス等ノ事務ヲ總稱ス其職務ニ任スル者ヲ清算人トシ通

常法人ノ理事ヲ以テ之ニ充ツ

### 第三章 權利ノ客體

#### 第一 物ノ意義

權利ノ客體ニ關スル觀念

權利ノ客體 *Objet du droit*. *Rechtsobjekt* トハ權利ノ由リテ存スル所ノ目的ニシテ汎ク之ヲ物 *Res* ト稱スルハ法律上極メテ適切ノ觀念ナリ若シ各箇ノ權利ニ就キテ一其客體ヲ察センカ或ハ自己又ハ他人ノ行爲タルコトアルヘク或ハ他人ノ權利タルコトアルヘク或ハ特定ノ有體物タルコトアルヘク固ヨリ必スシモ一様ナラス故ニ法律上ノ觀念トシテハ權利ノ主體即チ人ナリト云フト同シク權利ノ客體ニ關シテモ亦一箇ノ抽象的説明ヲ採ラサルヲ得ス是レ從來ノ通説カ法律上物ナル觀念ヲ樹立シタル所以ナリ而シテ此意義ニ於ケル物ハ有體物ト無體物トヲ問ハスシテ皆之ヲ包含スルカ故ニ法律上ノ見解ヨリシテ更ニ此二大種類ニ就キテ論究セサルヲ得ス

物ノ二大區別

(一)有體物

有體物 *Res corporales* トハ人類ノ外ニハ空間ヲ占領スル物質ニ

(二)無體物

シテ財産權ノ目的ト爲リ得ヘキモノヲ謂フ故ニ外界ノ物質モ財産權ニ服從シ得ヘカラサルモノハ法律上ノ物ニ非ス例ヘハ太陽太陰空氣等ノ如シ又其物質ハ一ノ空間ヲ占領スルコトヲ要スルカ故ニ一箇ノ形體ヲ具フル物ニ限リ人ノ智能ヲ以テ理會シ得ヘキ物ヲ含ムコトナシ又其物質ハ人類ノ外ニ存スルコトヲ要スルカ故ニ人類ハ以テ物トスルコトヲ得ス古代ノ法律ニ於テ人類ニシテ有體動産ト同視セラレタル奴隸ノ如キハ今日ノ法律ノ認メサル所ナリ

(二) 無體物 *Res incorporales* トハ物理上ノ形體ヲ有セスシテ單ニ人ノ知能ヲ以テ認識セラルルモノヲ謂フ生命身體名譽自由行爲又ハ或ル特定ノ權利等ハ皆是レナリ人ノ身體カ何故ニ無體物タルカハ聊カ説明ヲ要ス蓋シ其物理上ノ形體ヲ備フルコトハ言ヲ俟サレトモ身體權ノ客體トシテ之ヲ觀ルトキハ身體其物ヲ指スニ非スシテ身體ノ具完ト云フノ意ニ於テス身體權トハ即チ身體ノ具完ヲ害セラレサルノ權利ナリ乃チ其權利ノ客體ハ一箇無形ノ事項ニシテ人ノ知能ニ依ルニ非サレハ之ヲ認識シ得ヘカラサルナリ且有體物カ外界ノ物質ニ限リ人類ヲ含マサルコトハ既ニ述ヘタリ又以テ人ノ身體ニ關スル權

公權ノ客體  
從來研究  
ノ缺乏

利ハ有體物ヲ目的トスルニ非スシテ無體物ヲ目的トスルコトヲ知ルヘシ

### 第二 公權ノ客體

從來權利ノ客體ヲ論スル者皆私權ノ範圍ニ限リ公權ニ及フ者ナシ是レ一ニ公法ノ研究カ未タ私法ノ精緻ナルニ若カサルニ由ル甚シキハ公權否認說アルヲ見ルコトハ既ニ前ニ述ヘタルカ如シ又焉ソ其客體ヲ察スルニ暇アラシヤ然レトモ今試ニ余輩ノ所見ニ由リテ之ヲ論センカ凡ソ前章ニ舉示セル三種ノ公權ハ各其權利ノ基本ヲ異ニス請求權ハ各人ノ國家ニ對スル積極的地位ヨリ生シ自由權ハ各人ノ國家ニ對スル消極的地位ヨリ生シ參政權ハ各人ノ國家ニ對スル自動的地位ヨリ生ス故ニ各人カ請求權ヲ以テ要求スル所ハ國家ノ或ル行爲ニシテ其行爲ハ即チ請求權ノ客體ナリ又其自由權ヲ以テ要求スル所ハ國家ノ或ル不行爲ニシテ其不行爲ハ即チ自由權ノ客體ナリ又其參政權ヲ以テ要求スル所ハ國家ノ爲メニスル自己ノ或ル行爲ニシテ其行爲ハ即チ參政權ノ客體ナリ之ヲ要スルニ公權ノ客體ハ國家若クハ權利者自己ノ行爲ナリト謂フコトヲ得又從ヒテ其客體ハ常ニ無體物ナリト謂フコトヲ得

公權ノ客體ハ無體物ナリ

私權ノ客體  
私權ノ客體力無體物ナル場合

### 第三 私權ノ客體

私權ノ客體ニハ或ハ有體物アリ或ハ無體物アリ生命權、身體權、名譽權、自由權、客體ハ生命、身體、名譽、自由ナリ、夫權、親權、後見人ノ權利ノ客體ハ妻子、被後見人ヲ監護スルノ行爲ナリ作爲又ハ不作爲ヲ目的トスル債權ノ客體ハ他人ノ作爲又ハ不作爲ノ行爲ナリ相續權ハ被相續人ノ權利ヲ客體トシ權利質權ハ質入セラレタル權利ヲ客體トシ債權讓受人ノ權利ハ其讓受ケタル債權ヲ客體トス而シテ此等諸種ノ客體ハ要スルニ人ノ知能ニ依リテ認識セララルヘキ無體物タリ財產權殊ニ物體ノ客體ハ有體物ニ限ル我民法ニ於テ物ト云フハ即チ是レナリ有體物ハ種種ノ點ヨリ之ヲ區別スルコトヲ得左ニ其主要ナルモノヲ舉ケン

私權ノ客體力有體物ニ限ル場合  
有體物ノ區別  
(一) 動產及ヒ不動產

(一) 動產及ヒ不動產 物カ形體本質ヲ變スルコトナク自力又ハ他力ヲ以テ移轉スルコトヲ得ルトキハ之ヲ動產 *Res mobiles* トシ然ラサルトキハ之ヲ不動產 *Res immobiles* トスルハ羅馬法以來ノ區別ノ標準ニシテ通常之ヲ採用スルモ實際ニ於テハ未タ十分ナラザル所アリ故ニ佛法典其他之ニ倣ヒタル民法ノ如キハ動產不動產ノ種類ヲ例示シ若クハ列舉スルノ不便ヲ免レサリキ我舊民法

ニ於テモ之ニ關スル規定甚煩雜ナリシカ現行民法ハ獨民法ト等シク土地及ヒ其定着物ヲ不動產トシ其他ノ物ハ總テ之ヲ動產トセリ定着物トハ自然力又ハ人工ニ依リ直接又ハ間接ニ土地ト相固着スルモノニシテ地上地下ノ水、鑛物、水管、瓦斯管、建物並ニ其附屬物、塙、籬、柵等ハ皆土地ノ定着物トシテ不動產ニ屬ス番小屋、露店等ノ如キハ土地ト固着ノ關係ナキカ故ニ之ヲ不動產トスルコトヲ得ス

(二) 特定物及ヒ不特定物

(一) 特定物及ヒ不特定物 特定物トハ物カ法律上特ニ定リ同質同量ノ物ヲ以テ交換シ得ヘカラナルヲ謂ヒ不特定物トハ物カ單ニ品質、數量ニ於テ定ルンミニシテ同質同量ノ物ヲ以テ交換シ得ヘキヲ謂フ故ニ特定物ハ又之ヲ不代替物 Res fungibles トモ稱シ不特定物ハ又之ヲ代替物 Res infungibles トモ稱ス例ヘハ某ノ土地、某ノ家屋、某ノ書籍ト云フカ如キハ特定物ニシテ貨幣、米、穀、酒、油、牛、馬、時計、机、卓等ノ如キハ不特定物ナリ

(三) 消費物及ヒ不消費物

(二) 消費物及ヒ不消費物 消費物 Res consumptibles トハ物ノ定リタル目的ヲ以テ使用スルニ因リテ消滅スルヲ謂ヒ不消費物 Res non consumptibles トハ其使用

(四) 主物及ヒ從物

ニ因リテ消滅セサルヲ謂フ例ヘハ米、麥、酒、油等ノ如キハ其一定ノ目的ニ從ヒテ使用スルニ因リテ消滅スルカ故ニ消費物ニ屬シ書籍、机、卓等ノ如キハ其一定ノ目的ニ從ヒテ使用スルモ消滅スルコトナキカ故ニ不消費物ニ屬ス通常消費物ハ代替物ナレトモ代替物ハ必スシモ消費物ニ非ス例ヘハ釘、針等ノ如キハ之ヲ代替物トスルコトヲ得レトモ消費物トスルコトヲ得サルカ如シ

(四) 主物及ヒ從物 物ノ常用ノ目的ノ爲メ他物ヲ之ニ附屬セシムルトキハ其物ヲ主物 Res principales トシ附屬ノ關係アル他物ヲ從物 Res accessores トス常用ノ目的ノ爲メト云フカ故ニ假令ヒ附屬スルモ其目的ト相關セサル物ハ從物トスルヲ得ス之ニ反シテ常用ノ目的ニ供セラルル物ハ一時主物ヨリ之ヲ分離スルモ主從ノ關係ヲ失ハス例ヘハ時計ノ鍵ハ從物ナレトモ磁石又ハ印章ノ如キハ從物ニ非ス

(五) 融通物及ヒ不融通物

(五) 融通物及ヒ不融通物 融通物 Res in commercio トハ物カ私權ノ目的ト爲リ得ヘキヲ謂ヒ不融通物 Res extra commercium トハ物カ私權ノ目的ト爲リ得ヘカラサルヲ謂フ不融通物ノ種類ニ三アリ公、共物、公有物、法禁物、是レナリ公共物

トハ人類一般ノ用ニ供スル物ニシテ例ヘハ空氣、光線、水流、大洋等ノ如キハ何人モ共用スルコトヲ得テ一人ノ私有ヲ許サス然レトモ公共物ノ一部分ハ或ハ融通物ト爲ルコトアリ例ヘハ河流ヲ汲取リタルトキハ桶中ノ水ハ融通物ト爲リ得ヘキカ如シ公有物トハ政治上ノ理由ニ依リテ國家其他公法人ノ所有ニ屬スル物ニシテ例ヘハ城塞、壘壁、戰艦、官廳又ハ公廳ノ建物、道路、河川等ハ之ニ屬シ法禁物トハ公ノ秩序ノ爲メニ一私人ノ處分ヲ禁シタルモノニシテ例ヘハ鴉片烟、火藥、猥褻ノ圖畫等ハ之ニ屬ス

(六)有主物及ヒ其主物

(六) 有主物及ヒ無主物 有主物ハ各人ノ所有ニ屬スル物ニシテ無主物 *Res nullis* トハ何人ノ所有ニモ屬セサル物ナリ例ヘハ公私有ノ財産ヲ組成スル物ハ皆有主物ニシテ遺棄ノ物品、山野ノ鳥獸、河海ノ魚介等ハ皆無主物ナリ無主物ハ先占ニ依リテ其所有權ヲ取得スルコトヲ得

(七)元物及ヒ果實

(七) 元物及ヒ果實 元物トハ果實ニ對シテ言フモノニシテ果實ヲ產出スル物是レナリ例ヘハ菓物ヲ生スル樹木、乳汁ヲ生スル乳牛、利息ヲ生スル元金等皆元物ナリ果實 *Fructus* トハ元物、ヨリ產出スル物ニシテ別チテ天然果實、法定果實

ノ二種トス天然果實ハ物ノ用法ニ從ヒテ收取スル產出物ニシテ菓物、米穀、乳汁等ハ皆之ニ屬ス法定果實ハ他人ヲシテ物ヲ使用セシメ其對價トシテ受クヘキ金錢其他ノ物ニシテ貸金ノ利息、家賃、借地料等ハ皆之ニ屬ス

### 第四章 權利ノ得喪

權利ハ種種ノ原因ニ因リテ之ヲ取得シ又之ヲ喪失ス其原因ハ即チ或ル一箇ノ事實ニシテ權利ノ喪失ヲ爭フ者ハ之ヲ證明スルノ責ニ任ス余輩ハ本章ニ於テ此等一切ノ概念ニ就キテ論スル所アラント欲ス

#### 第一節 權利ノ發生、消滅及ヒ變更

廣ク權利ノ發生及ヒ消滅ト云フトキハ總テ權利ノ取得、喪失、移轉、變更ヲ包括ス蓋シ權利ノ發生、消滅ハ權利其物ヨリ立言シ權利ノ取得、喪失ハ權利ノ主體ヨリ立言シ又移轉、變更ハ要スルニ發生、消滅ノ體樣ニ外ナラサレハナリ唯權利ノ變更ハ通常之ヲ權利ノ發生、消滅ノ外ニ説明スルノミ

權利ノ發生及ヒ消滅ノ意義

權利ノ發生

第一 權利ノ發生

權利ノ發生 *Naissance, Entstehung* トハ特定ノ權利カ或ル事實ニ因リテ特定ノ主體ニ連結スルヲ謂フ分チテ絕對的發生及ヒ相對的發生ノ二トス

(一)絕對的發生

關係ヲクシテ特定ノ主體ニ連結スルヲ謂フ例ヘハ先占ニ因リテ所有權發生シ契約ニ因リテ債權發生シ出生婚姻等ニ依リテ親族權發生シ歸化ニ因リテ國民權發生シ年齡財產等ノ資格充チテ選舉權被選舉權發生スルカ如シ

(二)相對的發生

權利ノ相對的發生トハ或ル事實ニ因リ權利ノ本質ニハ變化ヲクシテ唯其主體ニ異動アルヲ謂フ例ヘハ賣買ニ因リテ買主カ賣主ノ所有權ヲ取得シ相續ニ因リテ相續人カ被相續人ノ權利ヲ取得スルカ如シ故ニ權利ノ相對的發生ハ通常之ヲ權利ノ移轉 *Transmission* ト稱シ獨リ財產權ニ付キテノミ存スルコトヲ得蓋シ公權ハ之ヲ他人ニ讓渡スコトヲ得私權モ亦其親族權及ヒ人格權ニ關スルモノハ主體ニ異動アルコトヲ得サレハナリ  
權利ノ主體ヨリ觀ルトキハ權利ノ發生ハ權利ノ取得ナリ而シテ權利ノ發生ニ

權利ノ取得ニ關スル區別

以上二様ノ區別アルヨリシテ權利ノ取得ニモ亦二様ノ區別アリテ存ス原始取得 *Acquisition originale, ursprünglicher Erwerb* 及ヒ承繼取得 *Acquisition derivative, ab-*

*geleiteter Erwerb* 即チ是レナリ原始取得トハ何人ニモ關係ナクシテ權利ヲ取得スルヲ謂ヒ承繼取得トハ他人ニ屬スル權利ヲ自己ニ移轉スルヲ謂フ承繼取得ハ又其權利ヲ承繼スル者ニ於テ對價若クハ其他ノ報償ヲ與フルト否トニ依リテ有償取得及ヒ無償取得ノ二ニ分チ又其承繼者 *Ayant-cause, Nachfolger* カ權利ヲ總括シテ承繼スルト特定ノ權利ヲ承繼スルトニ依リテ包括取得及ヒ特定取得ノ二ニ分ツ例ヘハ賣買ハ有償取得ニシテ贈與ハ無償取得ナリ相續ハ包括取得ニシテ賣買交換等ハ特定取得ナリ

第二 權利ノ消滅

權利ノ消滅

權利ノ消滅 *Extinction, Untergang* トハ或ル事實ニ因リテ權利ト其主體トノ連絡ノ絶ユルヲ謂フ又分チテ絕對的消滅及ヒ相對的消滅ノ二トス

(一)絕對的消滅

權利ノ絕對的消滅トハ權利其物カ全ク滅失シテ主體ナキニ至ル状態ニテテ何人ト雖モ更ニ之ヲ讓受クルコトヲ得ス例ヘハ物ノ滅失ニ因

(一)相對的消滅

リ又ハ任意ノ遺棄ニ因リテ所有權ノ消滅スルカ如シ  
二相對的消滅 權利ノ相對的消滅トハ權利其物カ消滅スルニ非スシテ或ル事實ニ因リテ一ノ主體ヲ離レテ他ノ主體ニ屬スル狀態ナリ例ヘハ賣買又ハ贈與ニ依リテ所有者カ其所有權ヲ喪フカ如シ乃チ此場合ニ於テハ權利ノ移轉アルナリ故ニ一切ノ權利ハ絕對的消滅ニ係ルコトアルモ相對的消滅ハ特ニ財產權ニ於テ之ヲ見ルコトハ論ヲ待タスシテ自ラ明ナラン

### 第三 權利ノ變更

權利ノ變更

權利ノ變更 Modification トハ權利ノ本質ヲ變セシテ其形態ヲ變スルヲ謂フ若シ權利ノ本質ヲ變更スルトキハ是レ一ノ權利消滅シテ他ノ一ノ權利新ニ發生スルニ過キス故ニ之ヲ變更ト謂ハス例ヘハ地上權ヲ變シテ賃借權トシ抵當權ヲ變シテ質權トシ賣主ノ權利ヲ變シテ貸主ノ權利トスルカ如キハ權利ノ本質ニ變更アルモノニシテ此ニ云フ權利ノ變更ニ非ス今按スルニ權利ノ變更ヲ生スル場合ハ一様ナラサレトモ通常之ヲ左ノ如ク區別スルコトヲ得

(一)主體ノ變更

或ハ主體ノ増減タルコトアリ主體ノ改更ハ即チ權利ノ移轉ヲ生ス故ニ通常之ヲ權利ノ變更ノ場合トセス主體ノ増減ハ一人ニ專屬シタル權利ヲ數人ノ共有トシ數人ノ共有ニ屬スル權利ヲ一人ニ專屬セシムル場合ニ生ス

(二)客體ノ變更

(二)客體ノ變更 權利ノ客體ニ變更ヲ生スルハ或ハ數量ノ變更タルコトアリ或ハ種類ノ變更タルコトアリ數量ノ變更ハ權利ノ範圍ニ増減ヲ來タス例ヘハ洪水地震等ニ因リテ土地ノ添附又ハ一部分ノ滅失アリタル場合ノ如シ種類ノ變更ハ主トシテ權利侵害セラレテ要償ノ權利ト爲ル場合ニ生ス故ニ此場合ノ權利變更ハ一面ニ於テハ新權利ノ發生ト爲ル

(三)體樣ノ變更

(三)體樣ノ變更 權利ノ體樣ニ變更ヲ生スルハ條件付ノ權利ヲ無條件ノモノトシ無期限ノ權利ヲ期限付ノモノトシ又條件又ハ期限其物ヲ變更スル場合ニ生ス

## 第二節 事實

### 第一 事實ノ意義及ヒ分類

第一卷 第四編 第三章 權利ノ得喪

事實ノ意  
事實ノ分  
類  
(一)事件  
及ニ行爲

事實 Fact, fait, Thatsache トハ一定ノ時一定ノ處ニ於テ發生スル現象ニシテ人ノ知覺ニ觸ルルモノヲ謂フ更ニ其種類ヲ區別シテ之ヲ説カン

(一) 事件及ヒ行爲 事件 Event, événement, Ereignis トハ物理上又ハ社會上自然又ハ偶然ニ表現スル事實ニシテ風雨雷鳴洪水地震火災出生死亡戰爭其他ノ事變等ハ皆之ヲ事件トス行爲 Acte, Handlung トハ人ノ意思ニ本ツキテ生セル動作又ハ不動作ニシテ契約ヲ爲シ又ハ罪科ヲ犯スカ如キハ皆之ヲ行爲トス故ニ此區別ハ専ラ或ル事實カ人ノ意思ニ本ツクヤ否ヤニ依リ之ヲ設クルモノトス而シテ行爲カ人ノ意思ニ本ツク以上ハ行爲ノ成立ニハ意思ノ存在ト其表示トノ必要ナルコトハ自ラ明ナラン蓋シ意思トハ人カ或ル動作又ハ不動作ヲ認識シテ之ニ決斷スル心理上ノ作用ニシテ意思ナキノ動作又ハ不動作ハ之ヲ行爲トスルコトヲ得サルト同時ニ意思ハ單ニ心理上ノ作用タルニ止ルヲ以テ之ヲ外形ニ表示セサルトキハ未タ行爲アリト謂フヘカラス其意思ヲ表示スル方法ハ或ハ積極的方法即チ動作ナルコトアリ或ハ消極的方法即チ不動作ナルコトアリ其動作ニ出ツルトキハ之ヲ作爲 Action, Thun ト謂ヒ不動作ニ出ツルトキハ之

行爲成立  
ノ要素

(二)自然  
事實及ヒ  
法律事實

ヲ不作爲 Inaction, Unterlassung ト謂フ

(二) 自然事實及ヒ法律事實 權利ノ得喪ハ總テ事實ニ因ルト雖モ一切ノ事實カ必スシモ權利ノ得喪ト相關スルニ非ス故ニ事實ハ又之ヲ分チテ自然事實 Fait naturel, natürliche Thatsache 及ヒ法律事實 Fait juridique, juristische Thatsache ノ二トスルコトヲ得自然事實ハ法律上ノ效果ヲ生セサル事實ニシテ法律事實ハ法律上ノ效果ヲ生スル事實ナリペンサムハ權利ノ得喪ニ關スル事實ヲ總稱シテ動權事實 Dispositive fact ト云ヒ之ヲ三分シテ得權事實 Investive fact 轉權事實 Trans-lative fact 喪權事實 Divestitive fact トセリ蓋シ亦其創見ニ出ツ

### 第二 法律上ノ行爲

以上論スル所ニ依レハ人ノ行爲ニモ亦法律上ノ效果ヲ生スルモノト然ラサルモノトアルコトハ自ラ明ナルヘシ吾人日常爲ス所ノ起居飲食讀書歩行皆是レ行爲ナラサルハナシト雖モ法律上何等ノ效果ヲ生スルコトナシ是ニ於テ行爲ニモ事實上ノ行爲ト法律上ノ行爲トヲ區別スルノ必要アリ事實上ノ行爲トハ法律上ノ效果ヲ生セサル行爲ニシテ蓋シ其事實上ニ行ハレテ法律上ノ關係ナ

法律上ノ  
行爲ト事  
實上ノ行  
爲



キカ故ニ此名アリ法律上ノ行爲ハ即チ法律上ノ效果ヲ生スルモノニシテ其法律上ノ效果ヲ生スル以上ハ其行爲カ適法ナルト違法ナルトヲ問ハス共ニ之ヲ法律上ノ行爲ト謂フ故ニ法律上ノ行爲ハ更ニ之ヲ適法行爲 Acte légal, rechtmäßige Handlung 及ヒ違法行爲 Acte illégal, rechtswidrige Handlung ノ二種ニ分チ違法行爲ハ又之ヲ不法行爲 Acte illicite, unerlaubte Handlung 及ヒ犯罪行爲 Infraction, Verbrechen ノ二種ニ區別スルコトヲ得

公法上ノ關係ニ於テモ法律上ノ效果ヲ生スル國家、公共團體若クハ私人ノ意思表示ハ總テ法律上ノ行爲ニ屬スルコトハ論ナシ然レトモ多クハ皆特別ノ説明ヲ要スルカ故ニ此ニハ之ヲ省キ後ニ憲法篇及ヒ行政法篇ニ於テ述フル所アラシ又犯罪行爲ハ固ヨリ之ヲ刑法篇ニ論セサルヘカラス若シ夫レ私法上ノ關係ニ於テハ民法ニ所謂法律行爲ノ觀念ニ就キテ一般ノ説明ヲ要スルモノアリ請フ之ヲ次節ニ見ヨ

### 第三節 民法上ノ法律行爲

公法關係ニ於ケル法律上ノ行爲

#### 第一 法律行爲ノ性質

凡ソ私法上ノ效果ヲ生セシムルノ目的ヲ以テ意思表示ヲ爲ストキハ民法上之ヲ法律行爲 Acte juridique, Rechtsgeschäft ト謂フ私法上ノ效果トハ總テ私權ノ發生、消滅、移轉、變更ヲ含ムモノニシテ自然人又ハ法人ノ意思表示カ苟モ直接又ハ間接ニ此等ノ效果ヲ目的トスルトキハ其意思表示ハ法律行爲タルコトヲ得故ニ契約ノ如キ直接ニ效果ノ發生ヲ目的トスルモノモ又契約ノ申込、通知、催告等ノ如キ間接ニ效果ノ發生ヲ目的トスルモノ等シク法律行爲タルコトヲ妨ケス又其目的トシタル效果カ實際ニ發生シタルヤ否ヤハ問フ所ニ非ス唯其發生セシメントスルコトヲ目的トスレハ足ル是レ無効又ハ取消シ得ヘキ法律行爲アル所以ナリ無効ノ法律行爲トハ其目的トシタル效力カ法律上全然存在セサル行爲ニシテ取消シ得ヘキ法律行爲トハ其目的トシタル效力カ法律上存在シ且既に發生スルモ或ル瑕疵アルニ因リテ其效力ヲ失ハシムルコトヲ得ヘキ行爲ナリ故ニ前者ハ法律上初ヨリ成立セス後者ハ取消サルルマテハ成立シテ其效力ヲ有ス從ヒテ前者ハ如何ナル方法ヲ用キルモ其效力ヲ生セシムルコト能ハス

法律行爲ノ性質

無効ト取  
消トノ差  
異

後者ハ明示又ハ默示ノ追認ニ依リ其成立ヲ完全ナラシムルコトヲ得今左ニ法律行為ノ有效條件ニ付キ解説セン

法律行為ノ有效條件  
一 意思能力  
二 行為能力

(一) 意思表示

テ其缺乏ハ法律行為ノ無効ヲ來タス幼者、瘋癲、白痴等ハ意思能力ナキ者ナリ故ニ其爲シタル行為ハ全ク法律上ノ效力ヲ生セス行為能力ハ法律行為ノ要素ニハ非ス然レトモ其缺乏ハ法律行為ノ瑕疵ヲ來タス故ニ未成年者、妻禁治産者準禁治産者カ法律上ノ條件ニ依ラスシテ爲シタル行為ハ之ヲ取消スコトヲ得  
(二) 意思表示 法律行為カ意思表示 Déclaration de volonté, Willenserklärung ヲ以テ成ルコトハ既ニ述ヘタル所ニ依リテ明ナリ而シテ其意思表示ヲ爲スニ當リ法律上特定ノ方式ヲ要セサル以上ハ如何ナル方法ヲ以テスルモ妨ナシ即チ面接ニ依リテスルモ又ハ通信ニ依リテスルモ本人自ラ爲シ又ハ他人ヲシテ之ヲ爲サシムルモ總テ其人ノ自由ニ屬ス又意思表示ハ必スシモ明示タルヲ要セス默示ヲ以テスルコトヲ得明示トハ口頭、書面又ハ容態ヲ以テスルヲ謂ヒ默示トハ事情ニ依リテ意思表示ヲ推測セラルヘキ場合ヲ謂フ然ルニ意思ト意思ノ表示

意思表示ノ不一致

(イ) 故意ニ不一致  
ナ生スル場合

示トハ必スシモ相一致セス故ニ更ニ其不一致ノ場合ニ於ケル意思表示ノ效力ヲ考究セサルヘカラス

(ロ) 不意ニ不一致  
ナ生スル場合

(イ) 故意ニ不一致ノ場合 此場合ハ表意者カ意思表示ノ真意ニ非サルコトヲ知りタル場合ニシテ相手方ニ對シ眞意ヲ隱秘シタル場合、Reserve mental, geheimer Vorbehalt ト相手方ト通シテ偽虚ノ表示ヲ爲シタル場合、Simulation トノ二アリ第一ノ場合ニハ相手方ニ於テ表意者ノ眞意ヲ知り又ハ知ルコトヲ得ヘカキナリシトキノ外ハ意思表示ハ有效ナリ故ニ例ヘハ甲者カ乙者ニ家屋賣渡ノ契約ヲ爲シ代金ヲ受取リタル後金錢ヲ借ルハ眞意ニシテ家屋ヲ賣ルハ眞意ニ非サリシコトヲ主張スルヲ得第二ノ場合ノ意思表示ハ善意ノ第三者ニ對シテハ有效ナレトモ當事者間ニハ無効ナリ例ヘハ甲者カ財産差押ヲ免ルルカ爲メニ乙者ト共謀シテ虚偽ニ財産ノ賣買ヲ爲シタル如キ場合ニハ其賣買ハ無効ナルカ故ニ當事者相互ノ間ニ於テモ又第三者ヨリ當事者ニ對シテモ其無効ヲ主張スルコトヲ得  
(ロ) 不意ニ不一致ノ場合 此場合ハ表意者カ意思表示ノ眞意ニ非サル

ノ自由意思  
ハ因テ生  
ル場合

コトヲ知ラサリシ場合ニシテ之ヲ錯誤。Errour, Irrthum ノ意思表示トス其錯誤  
カ法律行為ノ要素ニ關スルトキハ錯誤ヲ生シタル原因如何ヲ問ハス其意思表  
示ヲ無効トシ何人モ其無効ヲ主張スルコトヲ得然レトモ若シ表意者ニ重大ナ  
ル過失。Culpa lataアリタルトキハ表意者自ラ其無効ヲ主張スルコトヲ得ス法律  
行為ノ要素ノ何タルカ又重大ナル過失ノ何タルカハ事實問題トシテ之ヲ決ス  
ルノ外ナシ通常法律行為ノ性質又ハ目的物ハ要素ナルヘク又場合ニ依リ當事  
者又ハ物ノ品質等モ要素ナルヘシ重大ナル過失トハ通常人カ少シク注意スレ  
ハ爲ササル過失ナリ  
(ハ)意思ノ自由ヲ缺クニ因リテ不致一ヲ生スル場合。此場合ハ詐欺又ハ強迫  
ニ因リテ意思表示ヲ爲シタル場合ニシテ詐欺。Fraude, dol, Täuschung トハ故意  
ニ事實又ハ法律ヲ隱蔽又ハ虚構シ他人ヲシテ錯誤ニ陥ラシメタルヲ謂ヒ強迫  
Coercion, menace, Drohung トハ有形上又ハ無形上不正ナル暴害ヲ加ヘンコトヲ通  
知シ他人ヲシテ畏怖ヲ生セシムルヲ謂フ其錯誤ニ陥リ又ハ畏怖ニ因リテ意思  
表示ヲ爲シタルハ共ニ意思ノ自由ヲ缺クモノトシ法律ハ表意者ニ於テ之ヲ取

意思表示  
ノ効力ヲ  
生スル時

消スコトヲ許ス但強迫ニ因ル意思表示ノ取消ハ一般ニ効力アレトモ詐欺ニ因  
ル意思表示ノ取消ハ善意ノ第三者ニハ之ヲ對抗スルコトヲ得ス  
意思表示ノ効力ヲ生スル時期ニ關シテハ學說及ヒ立法例ニ於テ未タ一定セス  
蓋シ此問題ハ主トシテ遠地ニ隔在スル當事者間ノ意思表示ニ付キ極メテ重要  
ナル結果ヲ生スルモノニシテ從來之ニ關シテハ表白主義。Aussendungstheorie ニ依レハ意思ヲ外形  
知主義及ヒ折衷主義ノ五種アリ表白主義。Aussendungstheorie ニ依レハ意思ヲ外形  
ニ表白シタル時即チ書狀ヲ認メタル時ニ効力ヲ生シ發信主義。Uebermittlungstheorie  
theorie ニ依レハ其書狀ヲ發送シタル時ニ効力ヲ生シ受信主義。Empfangstheorie ニ  
依レハ其書狀カ相手方ニ到達シタル時ニ効力ヲ生シ了知主義。Vernehmungstheorie  
レハ相手方カ其書狀ヲ披見シタル時ニ効力ヲ生ス折衷主義ハ此等ノ諸主義ノ  
中ニ就キテ受信主義ト發信主義トヲ折衷取捨シタルモノ多シ我民法ハ原則ト  
シテ受信主義ニ從ヒ通知ハ相手方ニ到達シタル時ヨリ効力ヲ生スルモノトセ  
リ故ニ表意者カ先ニ爲シタル意思表示ヲ取消サントスル場合ニ取消ノ通知カ  
先發ノ意思表示ヨリ以前又ハ同時ニ到達スルトキハ取消有效ト爲リ其以後ニ

(三)目的  
要件ナル條

到達スルトキハ取消無効ト爲ル

(三)目的。法律行為ノ成立ニハ一定ノ目的アルコトヲ要シ又其目的ハ可能ニシテ且適法ナルコトヲ要ス若シ不能又ハ不法ノ事項ヲ目的トスルトキハ其法律行為ハ無効タリ例ヘハ天ニ昇ルカ如キコトヲ約スルハ不能ノ事項ヲ目的トスルモノニシテ其無効タルコトハ論ヲ俟タス此ニ不法ノ事項ト云フハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ總稱ス公ノ秩序ニ反スル事項トハ法令カ一般ニ禁止スル事項ハ勿論行政上ノ取締ヲ受クヘキ事項ヲモ皆之ヲ含ム善良ノ風俗ニ反スル事項トハ道德ニ反スルト否トヲ問ハス尋常正實ノ人ノ爲ササル事項ハ總テ之ヲ含ム例ヘハ姦通セサルコトヲ約スルカ如キハ是レナリ

(四)方式  
方式ハ行為ノ有效  
條件タル  
ナ原則ト  
セス

(四)方式。古代ノ法律ハ形式ヲ重シ近世ノ法律ハ意思ヲ貴フ故ニ近世ニ於テハ一般ニ意思表示其物ノ效力ヲ認メ方式ニ拘泥セサルヲ原則トス然レトモ或ル法律行為ハ尙ホ特定ノ方式ヲ要スルモノアリ書面又ハ公正證書ヲ要シ若クハ證人ノ立會ヲ要スルカ如キハ是レナリ而シテ此等方式ノ欠缺ハ或ハ行為ノ無効ヲ來タシ或ハ其瑕疵ヲ生ス例ヘハ法定ノ方式ニ依ラサル遺言證人ノ立

法律行為  
ノ種類

(一)雙方  
行為及ヒ  
一方行為

(二)有償  
行為及ヒ  
無償行為

(三)生前

會ナクシテ届出テタル婚姻等ハ無効ト爲リ書面ヲ以テセサル贈與ハ之ヲ取消スコトヲ得ルカ如シ若シ夫レ登記ハ一箇ノ公示方式ニシテ第三者ニ對スル效力ノ爲メニ必要ナルノミ

### 第二 法律行為ノ種類

法律行為ハ之ヲ左ノ如ク分類スルコトヲ得

(一) 雙方行為及ヒ一方行為。雙方行為 *Acte bilateral, gegenseitiges Rechtsgeschäft* トハ二人以上ノ意思ノ合致ニ因リテ成立スル行為ニシテ契約即チ是レナリ一方行為 *Acte unilatéral, einseitiges Rechtsgeschäft* トハ一人ノ意思ニ因リテ成立スル行為ニシテ例ヘハ追認催告遺贈寄附行為ノ如キハ皆之ニ屬ス

(二) 有償行為及ヒ無償行為。有償行為 *Acte à titer onéreux, entgeltliches Rechtsgeschäft* トハ當事者雙方ニ利益ヲ受クル行為ヲ謂ヒ無償行為 *Acte à titre gratuit, unentgeltliches Rechtsgeschäft* トハ唯當事者ノ一方ニハ利益ヲ受クル行為ヲ謂フ例ヘハ賣買交換等ハ有償行為ニシテ贈與遺贈ハ通常無償行為ナリ

(三) 生前行為及ヒ死後行為。生前ニ於テ爲ス法律行為ハ之ヲ生前行為 *Acte*