inches
cm
Kodak Color Control Patches
© Kodak, 2007 TM: Kodak
Blue
Cyan
Green
Yellow
Red
Magenta
White
3/Color
Black
Kodak Gray Scale
C
Y
M
© Kodak, 2007 TM: Kodak
A 1 2 3 4 5 6 M 8 9 10 11 12 13 14 15 B 17 18 19

新潟地方裁判所

法學士 飯島喬平講述

法學通論

早稻田大學出版部藏版

法學通論目次

緒言
第一　法學通論ノ目的及其必要……一
第二　法ノ根原及其必要……六
本論……一一
第一卷　汎論……一一
第一編　法學……一一
第一章　法學ノ性質……一一
第二章　法學ノ定義……一五
第三章　法學ノ研究……一九
第二編　國家……二八
第一章　國家ノ起源……二九

最高裁判所
圖書館
明治文庫　1157
昭57和

最高裁判所
圖書館
825777
昭57和

法學通論目次

緒言
第一　法學通論ノ目的及其必要……一
第二　法ノ根原及其必要……六
本論……一一
第一卷　汎論……一一
第一編　法學……一二
第一章　法學ノ性質……一一
第二章　法學ノ定義……一五
第三章　法學ノ研究……一九
第二編　國家……二八
第一章　國家ノ起源……二九

825777
57

第二章　國家ノ意義……三八
第三章　國家及政體……五〇
第三編　法律……五八
第一章　法律ノ定義……五八
第二章　法律ト宗教道德トノ關係……八二
第一節　法律ト宗教トノ關係……八三
第二節　法律ト道德トノ關係……九一
第三章　法律ノ關係……九八
第四章　法律ノ分類……一一〇
第一節　成文法及不文法……一一一
第二節　公法及私法……一一五
第三節　强行法及許容法……一二〇
第四節　普通法ト特別法……一二三
第五節　主法及助法……一二五

第六節　國際法及國內法……一二六
第七節　固有法繼受法及母法子法……一二八
第八節　自然法及人定法……一二九
第九節　法律及命令……一三一
第五章　法律ノ制定……一三二
第六章　法律ノ效力……一四〇
第一節　法律ノ時ニ關スル效力……一四〇
第二節　人ニ關スル法律ノ效力……一四八
第三節　處ニ關スル法律ノ效力……一五二
第七章　法律ノ適用及解釋……一五四
第一節　法律ノ適用……一五四
第二節　法律ノ解釋……一六〇
第八章　法律ノ廢止及變更……一六六
第九章　法律ノ制裁……一七四

第四編　權利及義務……一九三
第六章　權利……一九三
第一節　權利ノ意義……一九三
第二節　權利ノ分類……二〇二
第二章　義務及其分類……二一〇
第三章　權利ノ主躰……二一七
第一節　人(自然人)……二一八
第一款　權利ノ享有(權利能力)……二二〇
第二款　行爲能力……二二三
第三款　住所……二三二
第四款　失踪……二三五
第二節　法人……二三八
第四章　權利ノ客躰……二四八
第五章　權利ノ得喪……二五四

新潟地方裁判所

第二卷
各論……二五五
第一編　憲法……二五五
第一章　憲法ノ意義……二五五
第一節　權利ノ發生、消滅及變更……二五五
第二節　權利得喪ノ原因……二五八
第一款　事件……二五九
第二款　行爲……二六〇
第三款　時……二七一
第二章　憲法ノ制定及改正……二八〇
第一節　統治ノ主躰……二八七
第二節　統治ノ客躰……二八八
第三節　統治ノ機關……二九〇
第二編　行政法……二九五

第一章　行政法ノ意義……二九五
第二章　行政ノ意義……二九六
第三章　行政ノ形式……二九八
第四章　行政ノ組織……三〇〇
第五章　行政ノ範圍……三〇五
第六章　行政裁判……三〇六
第七章　權限爭議……三〇七
第三編　刑法……三〇八
第一章　刑法ノ意義……三〇八
第二章　犯罪……三〇九
第三章　責任……三一一
第四章　犯罪ノ態樣……三一六
第五章　刑罰……三二〇
第六章　刑法ノ範圍……三二五

第四編　民法……三二六
第一章　民法ノ意義……三二六
第二章　民法ノ編別……三二六
第三章　物權法……三二八
第四章　債權……三三一
第五章　親族法……三三六
第六章　相續法……三四二
第五編　商法……三四五
第六編　訴訟法……三五五
第一章　民事訴訟……三五七
第二章　刑事訴訟……三六三
第七編　國際法……三七〇

法學通論目次　終

法學通論

法學士 飯島喬平 講述

緒言

第一 法學通論ノ目的及其必要

法學通論ハ法律學全躰ニ付テ其大躰ノ觀念ヲ知得スルヲ以テ其目的トス凡ソ學ノ何タルヲ問ハス精細ニ之レカ研究ヲナサントセハ先ツ其學全躰ニ付テ其大躰ノ知識ヲ具フルニトヲ必要トス然ラサレハ其各部分ニ付キ相互ノ關係ヲ研究スル能ハサル恐アリ法律學ニ於ケルモ亦然リ所謂堂ニ上ラント欲スレハ先ツ門ヲ入ラサルベカラザルト等シク民法商法刑法等法律ノ各部分ニ付テ之レガ研究ヲナサントセハ先ツ法學全躰ニ通スベキ觀念ヲ具ヘザルヘカラズ是レヲ以テ之レヲ觀レハ法學通論ハ法學研究ニ志スモノノ階梯ナリ入門ナリ之レヲ措キテ徒ラニ各部分ノ研究ニノミ汲々スルハ一方ニ偏シテ遂ニ實際ノ效ヲ滅却スルノ愚ヲ學ブニ至ラン

夫レ此ノ如ク法學通論ハ初學者ニ向フテ階梯ヲナシ法學ノ概念ヲ與フルモノナ

リト雖モ目的ハ單ニ此ニ止マラズ既ニ法學各部ニ付テ研究ヲ積ミタルモノ試ニ法學通論ヲ採リテ之レヲ通讀センカ法律學ノ大原則各部分ノ關係等釋然トシテ明瞭ナルニ至ラン獨逸經濟學大家ロッシエル氏ハ經濟學ノ起點及終點ハ人ナリト云ヘリ吾人ハ玆ニ法律學ノ起點及終點ハ法學通論ナリト云ハント欲スト雖モ既ニ法學通論ハ法律學ノ起點ヲナシ終點ヲナスモノニシテ初學者ニトリテハ入門トナリ既修者ニトリテハ根本觀念回想ノ用ヲナスモノトセハ法學各部分ヲ法理的ニ連結シテ以テ法學全躰ニ於ケル各部ノ地位ヲ明カニスルヲ得ベク又成法研究ノ材料トナリ比較法學ノ基礎タルコトヲ得ルハ蓋シ言フヲ俟タス試ミニ例示シテ云ハンカ法律トハ如何ナルモノヲ云フカ法ヲ公私ニ區分スルハ何ヲ標準トスルカ民法ナルモノハ公私法何レニ屬スルカ刑法ハ如何、民法刑法相互ノ關係ハ如何、規定ヲ異ニセル各國法律ヲ比較研究シテ以テ其原則ノアル處ヲ明カニスル事等凡テ此ノ如キ種類ノ研究ハ法學通論ヲ基礎トシテ之レヲナスコトヲ得ヘシ之レニ反シ法律ノ何タルヲモ知ラスシテ徒ラニ民法法規ノ研究ニノミ汲々トセハ實際ノ效ヲ滅却スルノ結果アルニ過ギズ

以上述ベタルガ如ク法學通論ハ初學者ノ入門ヲナスモノナルガ故ニ苟モ法學研究ニ志スモノハ必スヤ先ツ之レガ研究ヲナサヽルヘカラサルノ必要アルハ蓋シ言フヲ俟タス斯ク通論ノ用ハ啻ニ專門的ニ法學ヲ研究セント欲スルモノニ缺クヘカラサルノミナラス苟モ一國ノ國民トシテハ必ス此智識ヲ具フルノ必要アルヲ注意セサルヘカラス何ヲ以テ之レヲ云フカ凡ソ一國國民ハ其國法ヲ遵奉スヘキ義務アルハ云フヲ俟タス輓近世界文明國ト稱セラルヽ各國ノ國情ニ付テ之レヲ見ルニ人カ國ヲ治ムルト云フノ思想即法治國（ツスタート）ノ觀念大ニ發達シ吾人日常生活ニ於ケル各種ノ行爲ハ法律ヲ以テ規律セラルヽノミナラス生命身躰名譽ハ皆法律ヲ俟テ始メテ安全ナルヲ得ル狀態ヲ呈スルニ至リタリ然ラハ即チ人民能ク其國法ニ服從スルハ以テ各人ノ生命身躰等ヲ安全ニシ平和的ノ生存ヲナシ得ル所以ニ外ナラス且夫レ一國々民ニ權利思想ノ發達セルト否トハ其國々勢ノ消長ニ關係スル所少ナカラサルハ疑ヲ容レス彼ノ英國ヲ見スヤ英國々勢ノ今日ノ盛大アルヲ致シタル所以ハ國民善ク權利思想ニ富ミ自己權利ノ存スル所寸毫タモ侵害アラハ假令實害ナクモ尙訴權アリトナシ

汲々トシテ權利ノ伸張ヲ之レ力メントスルノ觀念アルニ因ラスンハアラス近世獨逸ノライプニツツガ法學ヲ定義シテ權利ノ學問(シエンチア・ユーリス)ナリトシ又イーエリンクガ其著權利競爭論(カンプフ・ムス・レヒト)ノ頭初ニ於テ法ノ目的ハ平和ニシテ戰爭ハ之レカ手段ナリト云ヒ以テ權利思想ノ大ニ發揚セサルヘカラザル所以ヲ論シテヨリ各人權利ノ思想ハ漸ク發達シ權利ノアル處寸毫モ他ノ侵害ヲ許サス一旦侵害アラハ法力ニヨリテ之レカ救濟ヲ求メ以テ秩序ノ回復ヲ期スルニ至レリ是レヲ以テ之レヲ觀レハ苟モ一國々民タルモノハ能ク其國法ノ大躰ニ通シ權利思想ヲ養成シ以テ國法ニ服從シ自己ノ權利ノ伸張ニ力ムルハ之レ國民ノ重大ノ義務ニシテ一ハ以テ國家ノ發達ヲ助成スヘク一ハ以テ各人其所ニ安スルヲ得ヘキ所以ナリ已ニ國民ハ其國法ノ大躰ニ通スルコトヲ必要トセハ果シテ何ニヨリテカ之レカ智識ヲ獲得スヘキカ法學各部ノ精細研究ヲナスハ專門家ノナスヘキ所ナリ一般國民ノ要素トシテ法學全部ノ觀念ヲ知得セント欲セハ法學通論ニヨルコト最モ便ニシテ又他ニ適當ノ方法アルヲ見ス國民普通敎育ノ一科トシテ法學ノ大躰ヲ敎授スヘキ必要甚タ明カナリト云フヘシ宜ナルカナ近時各種ノ中學程度ノ學校ニ於テ法制ノ大

躰ヲ一科トシテ敎授スルノ制度ヲ採ルニ至リシコトヤ

或ハ曰ク現今各國ノ狀態徒ラニ法律ヲ制シ命令ヲ發シ以テ各人ノ自由行動ヲ拘束シ些事ト雖モ法律ヲ楯トシテ之レヲ所罰ス法律ナルモノハ社會ノ秩序ヲ維持スルモノト云ハンヨリ害ヲ與フルモノナリト又曰ク法律ハ秩序ヲ維持スト云フハ即可ナリ然レトモ法意ノアル所ヲ知リテ之ヲ免レントスルモノアラハ法令アルモ何カセン所謂普通敎育ノ一科トシテ法制ノ大躰ヲ敎授スルカ如キ寧ロ法ヲ免ルヽノ道ヲ敎ユルニ過ギザルナカランヤト之レ一ヲ知リテ未タ二ヲ知ラス徒ラニ法律アルカ爲メニ我意ヲ遏フスル能ハサルヲ名トシテ法律ヲ難スル愚昧ノ言ノミ假ニ何等法令ノ發布ナシトセンカ一國ノ狀態秩序ハ何ニヨリテ維持スヘキ彼ノ蠻民ノ集合セルト同シク現ニ吾人カ保持シツヽアル生活ノ安全ハ變シテ恐ルヘキ爭鬪ノ狀態ヲ呈スルニ至ランノミ假ニ一步ヲ讓リテ論者ノ言一片ノ理アリトスルモ之レ道德ノ不及ヲ以テ法學ヲ難スルニ外ナラス一國々民トシテ法學上ノ智識アルヲ幸トシ以テ法ノ制裁ヲ免レントスルカ如キハ不德ノ最モ甚タシキモノニシテ法學研究ノ罪ニアラス之レヲ要スルニ法制ノ大躰ニ通スルハ國

民生活ノ安全ヲ來ス所以ニシテ依テ以テ其國勢ヲ盛ナラシムル所以ニ外ナラサルナリ

第二　法ノ根原及ビ其必要

法律ノ何タルカハ後ニ之レヲ述ヘン茲ニハ法律ハ何カ爲メニ必要ナルカ何カ故ニ現今各國ハ法律ヲ制定シテ國ヲ治ムルカ及ヒ法ノ根原ハ何レニ存スルカニ付テ一言セント欲ス

凡ソ人ハ社會的動物ナリ孤立シテ生存シ得ベカラズ必ズヤ團躰生活ヲ營ムニ非サレハ以テ能ク其處ヲ得其居ニ安スルヲ得ベカラス之レヲ現今世界ノ狀態ニ見ルニ「アングロサクソン」種ノ英國ヲ形成シ「スラーブ」種ノ露國ヲ形成スルカ如ク各人種ハ各々相據リテ一ノ國家ヲ形成シ其國家ノ下ニ安寧幸福ニ生存セルヲ知ラン何ヲカ國家ト云フカ國家ノ其源ハ如何ノ問題ハ亦今茲ニ論スヘキ處ニアラス然レトモ遡リテ太古草昧ノ時代ヲ追想スルニ人類ハ必シモ現今ノ國家的組織ヲナシテ生存セス偶々集合的生活ヲ營ムモノアリトスルモ之レ眞ニ共同生活ノ利益ヲ自覺シタルニアラスシテ生存ノ必要上利害ヲ同フスルカ故ニ偶然結合シタルニ過キサルノミ後男女結合シテ夫婦トナリ子ヲ生ミ家族的生活ヲナスニ至リ所謂現今ニ於ケル國家ノ基源ナルモノヲ茲ニ認ムルニ至レリ

夫レ此ノ如ク人類ハ元來社會的動物ナリト雖人類ノ性情如何ニ付テ觀察スルニ現今ノ如キ完全ナル國家組織ノ下ニ生存セルト太古草昧ノ時代ニ生息セルトヲ問ハス苟クモ生キトシ生ケルモノ誰カ不足ノ念ヲ有セサルモノアランヤ飢テハ食ヲ欲シ渇シテハ水ヲ求ム是レ人類ノ天性ナリ唯古今時ヲ異ニスルニヨリ其慾望ニ高下優劣ノ差アルニ過キス所謂利己心（エゴイズムス）ナルモノハ或ハ德行家ノ排スル所ナラント雖吾人ハ其位置其所ニ應シテ自己ノ慾望ヲ滿足スルコト即チ學者ノ所謂應分的慾望（アンスタンヅベデユルフニス）ヲ滿足スルコトモ要スルニ人類思想ノ根本ニ存スル利己心ノ發動ニ外ナラスト云ハントス人苟モ不足ノ念ヲ生ス之レヲ滿足スルニ非サレハ以テ生存ヲ維持スルニ難シ而シテ慾望ニハ一定ノ限界アルモノニ非ス智力ノ發達時代ノ進歩ニ伴フテ益々增加スルモノナリ此時ニ當リ人各々自己ノ欲スル所ニ從ヒ不足ノ念ヲ他ニ無頓着ニ滿足セハ勢同種ノ慾望ヲ有スルモノト衝突スルノ止ムヲ得サルニ至ラン從フテ自己ノ慾望ヲ充分ニ滿足シ得ヘキモノハ智力躰力共ニ

他ニ秀テタルモノニシテ所謂強者ハ弱者ヲ壓シ優者ハ劣者ヲ制スルノ狀態ヲ呈スルニ至ルハ自然ノ結果ナリト云ハサルヘカラス英ノ大家ホッブスハ此狀態ヲ評シテ各人ノ各人ニ對スル爭鬪(ベルーム、オムニウム、コントラ、オムネス)ト云ヘリ語簡ナリト雖モ能ク此狀態ヲ示シテ遺憾ナシト云フヘシ

夫レ此ノ如ク各人ヲシテ欲スル所ニ從ヒテ恣ニ自己ノ慾望ヲ滿足セシメンカ慾望相衝突シ利害相反スルノ結果日常生存ノ安寧秩序ハ茲ニ破レ一意爭鬪ヲ事トシテ寸分ト雖モ自己ノ慾ヲ滿足スルコトノ多カランコトヲ欲シ出テハ攻撃ニ汲々トシ入リテハ防衛ニ經營スルカ如キ狀態ヲ呈スルニ至ルヤ蓋シ明カナリ一國一社會ノ安寧秩序何爲ソ此ノ如クシテ望ムコトヲ得ンヤ且夫レ各人欲スル所ノモノ決シテ一二ニ止マラス幾多ノ慾望ヲシテ一々滿足セシメントスルモ身鬼神ニアラサルヨリハ遂ニ何レノ慾望ヲモ充分ナラシムルコト能ハサルニ至ラン之レ彼ノ所謂二兎ヲ逐フモノハ一兎ヲ得スト云フニ同シ從フテ最モ切迫ナル最モ必要ナル慾望ヲ滿足セントセハ勢他ノ慾望ヲ滿足セントスル意思ヲ拋棄セサルヘカラサルノ止ムヲ得サルヤ蓋シ亦明カナリ

然レトモ人類ニハ生理上及肉躰上自ラ強弱優劣ノ別アリ若シ夫レ生理上肉躰上強者優者ノ地位ニアル者ヲシテ恣ニ自己ノ欲スル所ヲ行ハシメンカ弱者劣者ハ遂ニ飢ニ泣キ死ニ垂ントスルノ悲境ニ陷ラサルヲ得ス一族一家ヲ形成シテ生活ヲ營ムニ當リテハ弱者劣者ハ其族長家長ノ權力ニ服從シ之レカ保護ニヨリテ其生存ヲ全フスルコトヲ得ヘシ然レトモ尙其一族一家ニ屬スルモノヽ間ニ於テ互ニ相衝突スルハ勢ノ免レサル所ナリ況ンヤ其一族一家ト他ノ一族一家トノ間ノ關係ニ於テオヤ此時ニ當リテ各人能ク公共ノ安寧ノ爲メ自他ヲ顧ミルノ念ナカラシメハ弱者劣者ハ遂ニ其苦境ヲ脫スル能ハサルニ至ラン所謂共公心(クマインシンシ)ナルモノ常ニ利己ノ念ト相伴フテ人ノ行爲ヲ支配スルモノナラシメハ日常ノ生活ハ自ラ秩序安寧ナルコトヲ得ン利己ノ念ト公共ノ心トハ相俟テ茲ニ始メテ吾人ノ慾望ヲ秩序的ニ滿足スルコトヲ得ヘク依テ以テ安寧幸福ノ生存ヲ期スルコトヲ得ヘシ法ノ根原ハ實ニ此秩序ヲ生スルノ點ニ存スルニ外ナラサルナリ

此ノ如ク法ノ根原ハ人類ノ性情ニ存スル利己心及ヒ公共心ノ相調和シテ秩序ヲ生スルノ點ニアリト雖吾人ノ日常生活ハ單ニ此調和ニヨリテノミ平和ナル能ハ

ス法ノ法タル所以法カ其働キヲ全フスル所以ハ實ニ其強制ノ力ニアリ今茲ニ此調和秩序ヲ亂リテ飽クマテモ自己ノ慾ヲ恣ニセント欲スルモノアランカ如何ニシテ之レカ救濟ヲ求メ得ヘキカ小ニシテハ一族一家ノ長、大ニシテハ一族一家ノ集合セル大團躰(例ヘハ國家)ノ首長タルヘキモノ此暴行ヲ禁制シ強制シテ以テ秩序ヲ保タシムルニアラサルヨリハ遂ニ秩序ノ回復ハ得テ望ム、ヘカラサルヲ如何セン例ヘテ云ハンカ予一冊ノ書籍ヲ有シタリトセン甲某ナルモノ此書ヲ得ント スルノ念甚タ強ク利己ノ念ハ稍モスレハ予ヲ犯サントス唯之レヲ制肘シテ事ナキヲ得タルハ甲某ノ心中他人ノモノハ侵シ奪フヘキモノニアラス之レヲ敢テセハ秩序ヲ亂ルニ至ルヘシト云フ念ノ善ク其書ヲ得ントスル慾ヲ壓シ得タレハナリ然レトモ甲某ノ利己心其極ニ達シ遂ニ予ヲ犯シテ其書ヲ奪ハヽ何ニヨリテ此侵害ヲ救濟スヘキカ若シ法ニシテ甲某ノ不法ノ行爲ヲ强制スルノ力ナクハ法ハ存スルモ其用ヲナサヽルニ至ラン法ノ强制力ハ此ノ如キ場合ニ其實效ヲ見ル國家ハ强制シテ法ノ命スル處ニ遵ハシメ法ノ禁スル所ヲナサヽラシメ以テ始メテ秩序ノ回復ヲ見ルヲ得ヘシ法律保護ノ下ニ於テ予ハ書籍ニ對スル所有ノ權利ヲ獲得シ他人ハ余ノ權利ヲ侵ス能ハサル義務ヲ生スルニ至ルナリ是ヲ以テ之レヲ觀レハ法律ハ國家社會ノ秩序ヲ維持シ安寧ヲ保存スルニ缺クヘカラサルモノニシテ現今吾人カ複雜ナル生活關係ニ於テ能ク其所ヲ得其居ニ安スルヲ得ルハ實ニ法ノ賜ナリト云ハサルコトヲ得ス

本論

第一卷　汎論

第一編　法學

第一章　法學ノ性質

吾人日常ノ生活關係ニ於テ現出シ來ル諸種ノ現象ハ甚タ複雜ナリ其精疎寬嚴時ノ古今洋ノ東西ニヨリテ甚タ相異ナレリ當ニ人事ニ關シテノミ複雜ナルノミナラス宇宙間ノ現象一トシテ複雜ナラサルハナシ此宇宙間ニ於ケル複雜ナル事物ヲ一々ニ識別シ知得スルハ全智全能ニアラサルヨリハ吾人ノ限リアル能力ヲ以テナシ能フ所ニアラサルナリ然ラハ即チ各種ノ現象ニ通セル性質ヲ取テ之レヲ

識別シ研究シ以テ其全躰ノ觀念ヲ得ルニ力メサルヲ得ス一例ヲ擧ケテ說明セン
カ一概ニ水ト云フモ雨水アリ海水アリ地中ヨリ湧出スルアリ其出所存在各々相
異ナレリト雖其水ノ構成分即水素二原子酸素一原子ヨリ成ルト云ハ皆相同シ又
例ヘハ石ヲ投スルモ地上ニ落ツヘク大砲ヲ發スルモ彈丸ハ地上ニ落ツヘシ即物
躰ハ引力ニヨリテ地上ニ落チ來ルハ一ナリ此ノ如ク諸種ノ現象ハ甚タ複雜ナリ
ト雖モ必スヤ一定ノ法則アリテ支配セサルモノナク此法則ヲ研究スルニ非サル
ヨリハ個々ノ現象ヲ一々ニ記憶スルコトハナシ能ハサル者ト云ハサルヲ得ス所
謂學問ノ本義ハ此ニアリテ存ス各種ノ現象ヲ個々ニ認ムルハ單一ノ觀念ナリ學
問ト云フヘカラス況ンヤ萬能ナラサル吾人人類ハ數多ノ事物ヲ一々ニ識別シ記
憶スル能ハサルニ於テオヤ故ニ學問トハ事物ノ原理若クハ通素（グライヒアルチヲヒカイト）ヲ知ルヲ目的ト
スルモノナリ
學問ノ本義右述フルカ如シ法學亦然ラサルヲ得ンヤ法學トハ法律上ノ原理原則
ヲ攻究スル學問ナリ法律ハ直接ニ人事百般ノ關係ヲ支配ス從テ時ト所ニヨリ
テ異ナルハ云フヲ俟タス同一時代ニアリテモ所ヲ異ニスルニヨリテ其規定スル
所一途ニ出テス又同一國ニ於テモ時ノ古今ニヨリテ規定ノ變遷甚タ著シキモノ
アリ此ノ如キ變化多キ法條ヲ一々ニ記憶スルカ如キハ人智ノ企テ及フ所ニアラ
ス先ツ諸種ノ法律現象ヲ提ヘ其通素ヲ研究スルヲ目的トセサルヘカラス故ニ曰
ク法學トハ法律上ノ原理原則ヲ攻究スルヲ以テ目的トスト
學問ト技術ハ又之レヲ區別セサルヘカラス學問ハ原理原則ヲ攻究スルコトヲ目
的トシ技術ハ之レカ解釋適用ヲナスヲ目的トス學ハ本ニシテ術ハ末ナリ本末相
俟テ始メテ實際ノ效用アリト云フヘク本アリテ末ナク末ノミアリテ本ナクハ何
カセン法學ニ於ケルモ亦然リ法學ハ法律ノ原理原則ヲ攻究スル學問ナリ通素ノ
智識ナリ法術ハ應用解釋ノ方法ナリ法學ハ本ニシテ法術ハ末ナリ然レトモ法術
亦輕スヘキニアラス所謂應用ノ方法ナクンハ法律ノ原理原則ヲ知ルモ何カセン
恰モ家屋ヲ建築スルモノナケレハ建築學モ其用ヲナサヽルト相似タリ故ナクシ
テ他人ノ名譽身躰財產ヲ侵害スヘカラサルハ法律上ノ原則ナリ法條ナリ然レト
モ一度侵害ヲ蒙ムリタルニ當リ此原則法條ヲ適用スヘキ方法ニ缺クル所アラン
カ法條ハ徒ラニ空文トナリテ吾人ノ生活ハ安全ナル能ハサルヘシ次章ニ述フル

カ如ク從來法學ト法術トヲ混シタル時代アリシト雖モ本來大ニ異ナルモノナルヲ注意セサルヘカラス

然レトモ之レヲ發達ニ付テ觀ルニ法術ハ法學ニ先チテ發達シタルコト換言セハ法術先ツ存シテ後法學ノ發達ヲナシタルコトハ疑ヲ容レス蓋シ往古ニ於テハ人民ノ財産身躰等ヲ保護スヘキ法文存スルモ唯實際ニ法文ノ解釋適用ノミヲ主トシテ之レニヨリテ法學上ノ智識ヲ得ルニ力メタルコト少ナシ古代完全ナル國家組織ナキ時ニ於テハ侵害又侵害所謂各人ノ各人ニ對スル爭鬪ノ狀態ヲ免レサリシカ故ニ之レヲ如何ニシテ救濟スヘキカノ方法先ツ發達シタルハ怪シムニ足ラス試ミニ古代ノ法典編纂ノ方法ニ付テ見ルモ彼ノ羅馬ノ「インステツーテオーネン」ノ如キ先ツ訴訟方法ヲ規定シテ後ニ實躰ノ規定ニ及ヘリ即侵害ヲ受ケタルモノハ如何ニシテ之レヲ救濟スヘキカノ方法ヲ先ニシタルモノニシテ所謂法術ヲ重シタルモノニ外ナラサルナリ一言ニシテ云ヘハ先ツ權利アリテ之レカ侵害ヲ受ケタルニヨリテ救濟ヲ求ムト云ハンヨリ事實上侵害ヲ受ケタル場合ニ之レカ救濟ノ方法存スルニヨリ吾人ノ權利ヲ認メラレタルモノト云ハサルヘカラス

第二章　法學ノ定義

余ハ前章ニ於テ法學ハ法律上ノ原理原則ヲ攻究スル學問ナリト云ヘリ然レトモ法學ノ定義ニ付テハ古來必ス一途ニ出デス其時代ノ思想ニヨリ又採ル所ノ主義ニヨリテ差異ヲ生ズルハ元ヨリ當然ナリ茲ニハ二三ノ重ナル定義ヲ掲ケテ以テ法學ニ對スル觀念ノ變遷ヲ示サントス

法律學ノ定義トシテ最モ古ク且最モ有名ナルモノヲ羅馬五大法學家ノ一人ナルウルピアーヌスノ與ヘタル定義トス曰ク

法律學トハ神事及ヒ人事ノ諒知ニシテ正及ヒ不正ノ學ナリ

ト從來學者ハ此定義ヲ非難シテ上半ニ於テハ法律ト宗教トヲ混同シ後半ニ於テハ道德ト法律トヲ混シタリト云ヘリ抑モ法律ト宗教道德トハ後ニモ述フルカ如ク密接ノ關係ヲ有スルモノナリト雖モ決シテ混同スヘキモノニアラザルハ元ヨリ明カナリ學者ノ非難ハウルピアーヌスノ定義ガ此混同ニ陷レリト云フニ存スルモノナリ然レトモ苟モ一ノ學問ノ定義ヲ批評スルニハ能ク其時其場所ニ顧ミザルヘカラズ特ニ法律ハ人事日常ノ生活ト密接ノ關係ヲ有スルモノナルガ故ニ

人文ノ發達ハ又法律ノ開發ヲ促カサヾルヲ得ス余輩元ヨリ法學ノ定義トシテウルピアーヌスノ定義ヲ採ルモノニ非スト雖其時代ニ付テ之レヲ觀レバ寧ロ至當ノ定義ナリト云ハザルコトヲ得ス蓋シ人文未タ發達セサル社會ニ於テハ法律ト宗教道德トハ未タ區別セラレスシテ宗教道德上ノ規則ハ即法律上ノ規則タリシコトハ疑ヲ容レス是ヲ以テ之レヲ觀レハウルピアーヌスガ其定義ノ上半ニ於テ法律學ハ神事及人事ノ智識ナリト云ヒテ法律ト宗教トヲ混同シ其後半ニ於テ法律學ハ此廣キ智識ノ範圍内ニ於テ正及不正ヲ識別スルコト即正義ニ適フヤ否ヲ識別スル學問ナリトシ以テ道德ト法律ヲ混同シタルハ寧ロ其時代ニ適シタルモノト云ハザルコトヲ得ス

國際法ノ始祖トシテ有名ナルグロシウスガ與ヘタル定義モ亦有名ナリ曰ク

法律學トハ正義ニ從ヒテ生活スヘキ途ヲ知ルノ學問ナリ

ト此定義ニ付テ注意スヘキハ法律學ノ基礎ヲ正義ナル觀念ニ置キタルト同時ニ法學ト法術トヲ混同シタルノ二點ニアリ抑モ正義ヲ以テ法學ノ基礎トナシタルハ雷ニグロシウスニ始マリタルニ非スシテ遠ク希臘及羅馬ニアリ正義ノ何ナルカニ付テモ「ウルピアーヌス」ハ亦定義シテ正義（ユスティア）トハ各人ヲシテ其處ヲ得セシムル恒久ノ一種ナリト云ヘリ是ニ依テ之レヲ觀レバ正義ナル觀念ノ中ニハ公平平均分ヲ得セシムルノ意ヲ包含スルヤ明カナリ往古未開ノ社會ニ於テハ強弱優劣相爭ヒ階級ノ制度行ハレ强者ハ弱者ヲ壓シ優者ハ劣者ヲ制スル等不公平不平等ノ狀態ナリシガ故ニ正義ヲ基礎トスル法律ハ此狀態ヲ救濟シテ公平平等ヲ得セシムルモノナリト觀念シタルナリ又所謂平均トハ例ヘバ人ヲ殺スモノハ又殺サルト云フガ如キ考ニシテ一方ニ缺クル所アレバ他ヲ取リテ之レヲ補フモノニシテ法律ハ此間ニ處シテ正義ヲ實行シ以テ此平均ヲ得セシムルモノナリトセリ且又人ニハ生理上心理上必ズヤ强弱優劣ノ差アルヲ免レザルガ故ニ其分ニ應ズルニアラザレハ以テ生計ヲ維持スルコトヲ得ズ法律ハ又此分ヲ得セシムル所以ノモノナリト觀念シタルナリ此ノ如ク正義ハ社會ノ秩序安寧ヲ維持スルニ付テ必要ノ要素ヲ包含スルモノナルガ故ニ日常生活ニ於ケル行爲ノ準則タル法律ノ基礎ヲ正義ニ置キタルハ蓋シ至當ナリト云ハザルコトヲ得ズ且夫レ當時ニ於テハ法學者ナルモノハ單ニ法律ノ解釋適用ニ專ラニシテ法學全躰ニ亘リテ其原理原則

ノアル所ヲ明カニスルノ研究ニ乏シカリシガ故ニ法學ト法術トヲ混同シタルモ亦敢テ怪ムニ足ラザルナリ

次ニ法學ニ對スル思想ノ變遷ヲ示シタル定義ヲ下シタルモノヲ獨逸ノ大家ライプニッツトス曰ク

法律學トハ權利ノ學問ナリ（シエンチアユーリス）

ト即此定義ニヨリテ觀レバ氏ハ明カニ法學ノ基礎ヲ個人的觀念ナル權利ニ置キタルヲ知ルヲ得ベシ之レ法學史上一大變遷ヲナセルモノト云ハザルヲ得ズ蓋シ人文未ダ開ケズ人民未ダ共同生活ノ利益ヲ自覺セズ德義未ダ發達セザル社會ニ於テハ團躰ノ結合ヲ固フスルコトニ汲々トシテ各個人ノ權利ヲ重ズルノ暇ナカリシハ云フヲ俟タズ人民共同生活ノ利益ヲ自覺シ德義心亦發達シテ團躰ノ結合漸ク確固タルニ及ビテ茲ニ各個人ノ權利ナル思想ヲ重スルニ至リシナリライプニッツ時代ニ於テハ人漸ク權利ノ何タルカノ智識ヲ有スルニ至リタルガ故ニ氏カ法學ヲ定義スルニ當リ其基礎ヲ權利ニ置キタルハ之レ又其時代ノ思想ヲ表示シテ適應ナルモノト云ハザルコトヲ得ズ

以上揭タル二三ノ重ナル定義ニヨリテ之レヲ觀レバ社會ノ發達全カラザル時代ニ於テハ法學ノ基礎ヲ正義ニトリ進歩發達シテ權利ヲ中心トスルニ至リシハ云フヲ俟タズシテ明カナリ之ヲ一言シテ云ヘバ法學ハ正義ノ學問ヨリ權利ノ學問ニ變遷シタルモノナリ

第三章　法學ノ研究方法

法學トハ法律ノ原理ヲ攻究スル學問ナルコト前ニ述ブルガ如シ然ラバ即法學ノ目的トスル所ハ一アリテ二ナキヤ蓋シ明カナリ然レトモ法學ヲ研究スル方法如何ニ付テハ從來學者ノ採ル處其軌ヲ一ニセズ此ニ於テカ各種ノ學派ナルモノヲ生ズ法律ハ素人事百般ノ行爲ト密接ノ關係ヲ有スルモノナルガ故ニ之ガ原理ヲ攻究スルニ當リ其方法ノ甚ダ多カルベキハ云フヲ俟タズ此等ノ幾多ノ學派ニ付テ一々ニ之レヲ說明シ批評センコト能ク小冊子ノ盡ス所ニアラス寧ロ他日法理學研究ノ際ニ俟ツヲ至當トス茲ニハ法學通論ノ一部トシテ從來如何ナル研究方法ガ行ハレタルカノ大躰ヲ說明スルニ止メントス

法學ノ研究方法トシテ最モ便宜ニシテ且最モ廣ク行ハルヽモノヲ論理學ヲ基礎

トスル研究方法トス分チテ演繹的研究方法又ハ推理學派及ビ歸納的研究方法又ハ實驗的研究方法ノ二トス此二方法ヲ說明スルニ先チテ論理學ニ於テ演繹法及歸納法トハ如何ナル意義ヲ有スルカヲ一言セン

演繹方法ト云フハ實驗ニ依ラズシテ單ニ一ノ眞理ヲ本トシテ事物ノ現象ヲ說明スルヲ云フ例ヘバ石ヲ投ズレバ必ズ地上ニ落下スト云フ事實ヲ實驗セバ凡テ物躰ハ地球ノ引力ニヨリテ地上ニ落ツト云フ眞理ヲ基トシ之レヲ推シテ石ヲ投ズルモ彈丸ヲ發スルモ地上ニ落ツ其他凡テノ物躰ハ之レヲ支フルモノナキ限リハ皆地上ニ落下スルモノナリト云フガ如ク推論スルヲ云フナリ

歸納方法ト云フハ種々ノ現象ヲ集メテ之レヲ研究シ以テ一ノ眞理ヲ發見スルヲ云フ前方法トハ反對ナリ前例ニ付テ之ヲ說明スレバ石ヲ投ズルモ彈丸ヲ發スルモ皆地上ニ落下スト云フ事實ヲ實驗シ之ニ基ツキ宇宙間ニ於ケル物躰ハ之レヲ支フルモノナキ限リハ地球ノ引力ニヨリテ地上ニ落下スト云フ眞理ヲ發見スルモノヲ云フ

法學ノ研究方法モ亦之レト同ジ所謂演繹的研究方法若クハ推理派學ト云フハ理論ヲ本トシテ法律現象ヲ研究スルモノニシテ人ニハ必ズ理想アリ此理想ノ命ズル所即法律ナリトシテ以テ凡テノ法律現象ヲ說明スルモノヲ云フ之ニ反シテ歸納的研究方法若クハ實驗派學說ト云フハ事實ヲ本トシテ法律現象ヲ研究スルモノニシテ法律ト云ヘバ過去及現在ニ實存スル法律ノ外ニナシトシ各自法ヲトリテ之ヲ比較シ又ハ其沿革ヲ明ニシ又ハ之レヲ分析シテ以テ原理ヲ發見スルモノヲ云フ故ニ演繹的研究方法ハ宇宙間ニ存スル眞理ニ基ツキテ之レヲ法律現象ニ適用シ以テ法律上ノ原理ヲ發見セントシ歸納的研究方法ハ幾多ノ法律現象ヲ集メテ之レヲ研究シ以テ法律上ノ原理ヲ發見セントスルヲ云フ試ニ兩方法ノ差異ヲ列擧スレバ左ノ如シ

第一、演繹方法ハ眞理ヲ先ニシテ實驗ヲ後ニス歸納方法ハ實驗ヲ先ニシテ眞理ノ發見ヲ後ニス

第二、演繹方法ヲ採ル學者ハ人ハ理想ヲ有スルモノニシテ此理想ノ發動ガ眞正ノ法律ナリトシ現今各國ニ行ハルヽ法律ハ時ト處ニ應ジ制定シタルニ過キズトシ前者ヲ眞正法ト云ヒ後者ヲ人定法ト稱セリ反之實驗派學者ハ法ハ一アリ

テ二ナク法ト云ヘバ現在各國ニ行ハレタル若クハ行ハレツヽアル法律ノ外ニ存セズト說明セリ

第三、右述ブルガ如ク演繹派ハ眞正法及人定法ノ區別ヲナスヲ以テ(即チ法ノ二重存在ヲ認ム)眞正法ハ時ト處ニヨリテ變更スベキモノニアラズトシ人定法ハ此變更アルモノト說明シ實驗派ハ法ハ常ニ時ト處トニ應シテ變化スヘキモノナリト說明セリ

兩研究方法ノ差異ノ重ナル點ハ右述ベタルガ如シ而シテ此兩研究方法ノ中ニモ各々小別アリ此等ノ小別ヲ一々ニ說明シ批評センコト容易ニアラズ茲ニハ各方法ニ屬スル重ナル二三ノ學說ヲ揭ゲ簡單ニ之ガ要領ヲ示スニ止メントス

甲、演繹的研究方法

此方法ニ屬スル重ナルモノヲ左ノ三說トナス自然法學派眞理學派及ビ人性派即之レナリ

(一)自然法學派　此學派ニ屬スルモノハ所謂自然法(ナツールレヒト)ノ存在ヲ認メ自然法ナルモノハ法ノ法トモ云フベキ眞正ノ法ニシテ現今各國ニ行ハルヽ法律ノ標準タルベキモノ從フテ自然法ニ適ハザル人定法ハ惡法ナリト說明セリ然ラバ所謂自然法ト云フハ何ゾヤト云フニ之ニ付テ學者ノ說ク所未ダ一ナラズト雖要スルニ人文未ダ開ケズ人類未ダ國家組織ヲナシテ生活セザル時代換言スレバ人類自然ノ狀態(スタンド)ニ於テ行ハルヽ法ガ即自然法ナリト云フニ歸着ス蓋シ古代ニ於テハ生理上心理上ニ於テハ强弱優劣ノ差コソアレ社會組織ノ上ニ於テハ治者被治者ト云フガ如キ權力服從ノ關係ナク人民ハ皆平等ナリ自由ナリトシ此自由平等ノ狀態ニ於テ行ハレタル法ガ自然法ナリトシテ之ヲ現今各國ニ行ハルヽ法律ニ適用シ以テ各種ノ法律現象ヲ說明スルモノナリ尙此自然法說ハ近世ニ至ル迄優力ノ說ナリシガ故ニ後ニ法律ノ編ニ於テ少クシ詳細ニ之ヲ說明セン

(二)心理派學說　此ノ說ヲ唱フル學者ノ云フ所ハ人ハ理想ヲ有スルモノナリ人ノ人タル所以ハ理想ヲ有シ之ニヨリテ道理ヲ辨識シ自由ノ行動ヲナスコトヲ得ルニアリ此理想アルガ故ニ法ノ何タルカヲ知ルヲ得ベク人ノ理想ニ於テカクナルベシト思惟スルモノガ即法ナリ故ニ法ヲ研究スルモノハ理想ノ何タルカヲ知レバ足レリ現今ニ行ハルヽ法律ヲ知ルノ要ナシト云フナリ一言ニシテ云ヘバ

人ハ理想ヲ有スト云フ眞理ヲ本トシ理想ノ命ズル所即法ナリト說明シ以テ現今ニ行ハルヽ法律現象ヲ研究セントスルヲ云フ學者ハ之レヲ稱シテ理想法（フエルヌンフトレヒト）ト云ヘリ

(三)人性派學說　此說ハ人類ノ性情ヲ根據トスルモノニシテ人ハ元來社交的動物ナリ獨立シテ生存スルヲ得ズ必ズヤ國家的組織ノ下ニ相集マリ相助ケテ始メテ生活ノ安全ヲ期スルヲ得ベシ所謂人類ノ社交性（ゲゼルリッヒカイツトリーブ）ガ即法ノ本ツク所ニシテ吾人ノ國家ヲ形成シ法律ノ保護ノ下ニ生活スルハ人ノ社交性ヲ全フスル所以ナリト說明スルナリ

以上ノ三學派ハ各々其根據ヲ異ニシテ說明スルト雖モ共ニ一ノ眞理ヲ基礎トシ之ヲ各種ノ法律現象ニ適用シテ說明スルニ至ツテハ即一ナリ

乙、歸納的研究方法

此方法ニ屬スルモノヲ分テ三トス分析法學派歷史法學派及比較法學派即之レナリ

(一)分析法學派（アナライチザルスクール）　分析法學派トハ各種ノ法律現象ヲトリ一々ニ之レヲ分析シ以テ法律上ノ原理ヲ發見スル研究方法ヲ云フ例ヲ以テ之ヲ說明スレバ所有權ノ何タルカヲ說明スルニハ先ヅ吾人ガ一物ヲ所有スル事實ヲトリ之ヲ分析シテ吾人ハ此物ヲ現ニ占有スルコト此物ヲ自由ニ處分スルコト此物ヲ使用シテ收益スルヲ得ルコト等ノ事實ヲ知リ此ニ於テ所有權ヲ有スルト云フハ物ヲ占有シ處分シ使用收益スル權利アルヲ云フトノ原理ヲ發見スルヲ得他例ヲ以テ之ヲ云ヘバ人躰ノ構造ヲ知ラント欲シ爲メ解剖學、組織學ニヨリテナスト同一ナリ而シテ此說ヲ主唱シタルヲ英ノ大家オースチントス

(二)歷史法學派（ヒストリカルスクール）　此學派ハライブニッツガ其著法律學敎習新法ニ於テ法律學ノ研究ハ須ク歷史ニ基ヅクベシト論ジタルニ始マル然レトモ此方法ニヨリテ研究ヲナシタルヲサビニートス此學派ノ研究方法ハ法律現象ノ發達變遷ヲ攻究スルコトヲ目的トスルモノニシテ過去及ビ現在ニ行ハルヽ法律現象ヲ集メ其發達變遷ニヨリテ原理ヲ發見スルヲ云フ其說明スル所ヲ見ルニ凡ソ事物ニハ必ス變遷アリ時ノ古今ニヨリテ殊ニ然リトス例ヘハ相續法ニ付テ之ヲ見ルニ古代ト現今トニハ大ナル差異アリ祭祀相續ヨリ身分相續ニ遷リ更ニ遺產相續ニ變ス此變遷ヲ

知ルニアラザレバ相續法ノ何タルヲ說明シテ充分ナリト云フヲ得ズ法律現象皆然ラザルハナク歷史ニ基ツキテ其沿革ヲ知ルニアラズンバ以テ原則ノアル所ヲ知得スル能ハズト云フニ在リ

(三)比較法學派(スクールオフコンパラチーブジューリスプルーデンス) 此研究方法ヲ主唱シタルモノヲライプニッツトス氏ハ其著法律學敎習新法ニ於テ法律ヲ研究スルニハ各國ノ法律ヲ比較對照シ以テ其異同ヲ研究スベシト論セリ而シテ此方法ニヨリテ法律ヲ論ジタルモノヲ伊太利ノ學者ヴィーコートス普通ニモンテスキューヲ以テ比較法學ノ始祖ナリト云フハ氏ノ著書万法精理ニ於テ法律ノ比較研究ヲナスベキ必要ヲ說キタルト且此書ハ甚ダ廣ク世ニ行ハレタルニヨルニ外ナラザルナリ此研究方法ハ處ヲ基トシテ研究スルモノニシテ現今各國ニ行ハル、法律ヲ比較研究シ其異同ヲ論ジ以テ法律上ノ原理ヲ發見スルヲ云フ例ヘバ相續法ハ東洋ト西洋トハ如何ニ異ナルカ又例ヘバ契約ノ成立ニ付テ甲國乙國丙國等ハ何レノ主義ヲ採レルヤ等要スルニ各國法ノ比較ヨリテ法理ノアル所ヲ明カニスルヲ云フナリ

以上歸納的研究方法ニ屬スル三學說ハ各々其方法ヲ異ニスルモノナリト雖共ニ事實ヲ本トシ實驗ヲ重ジ以テ法理ノアル處ヲ研究スルニ至テハ即一ナリ

法學研究方法ノ說明ハ大略右ニ述ブルガ如シ此ノ如キ各種ノ學說ヲ一々ニ評論スルハ寧ロ他日ノ法理學研究ノ際ニ俟ツヲ至當トスルガ故ニ玆ニ之ヲ述ベス唯吾人ガ法學ヲ研究スルニ當リテハ此二者ノ中果シテ何レニヨルベキカ何レノ方法ヲ採ルベキカハ一ノ問題ナリ演繹的方法ニヨランカ徒ニ理論ニノミ重ヲ置キテ實際ヲ外ニスルノ弊ニ陷ルベク歸納的方法ヲ採ランカ實驗ニノミ重ヲ置キテ理論ニ遠カルノ怨ナキ能ハズ然レトモ彼ノ演繹方法ノ如ク徒ニ理論ニノミ重ヲ置キ實驗ヲ外ニスル時ハ恐ラクハ遂ニ空論ニ馳セ研究スル所常ニ獨斷定敎ニ止マルノ譏ナキヲ免レザラン吾人ハ法學ノ研究ニ付テハ必ズシモ此二者ノ一ニノミヨルヲ要セス二者相俟ツテ始メテ完全ノ研究ヲナシ得ベキヲ信ゼントス宇宙ノ現象ハ複雜ナリ事物ノ變化ハ人力ノ左右シ得ベキ所ニ非ルナリ之ヲシモ單純ノ理論ニヨリテ說明セントス恐ラクハ一ヲ說明シ得テ他ヲ說明シ得サルノ困難ニ遭遇セン人事百般ト密接ノ關係アル法學ノ研究ニ於ケルモ亦然リ吾人ハ各種ノ法律現象ヲ集メテ之ヲ實驗シ依テ以テ得タル智識ニ基ツキテ原理ノアル處ヲ

論斷スベク換言セバ歸納方法ニヨリテ實驗上ノ原理ヲ知得シ演繹方法ニヨリテ之ヲ同種ノ現象ニ推及シ以テ法理フアル處ヲ明カニスルノ至當ナルヲ信ゼズンバアラズ

第二編　國家

第一章　國家ノ起源

國家ト法律トハ須臾モ離ルベカラズ法律ガ其實效ヲ現スハ實ニ國家組織ニ俟タザルヲ得ズ既ニ前ニ述ベタルガ如ク法ノ實質ハ人類共同生活ノ秩序ナリ然レトモ若シ此秩序ヲ亂ルモノアラバ如何ニシテ之レガ救濟ヲ求ムベキカ例ヘテ說明セン甲某ナルモノ余ヲ毆打シテ負傷セシメタリトセヨ若シ他ニ此怨ヲ報ズルノ道ナクンバ自カラ腕力ニ訴ヘテモ之レガ復讎ヲナサヾレバ止マザルベシ又例ヘバ甲某余ノ書籍ヲ借リテ返還セザリシトセヨ他ニ甲某ヲシテ返還セシムル力ナカランニハ余ハ又腕力ニ訴ヘテモ之レヲ取戻サヾルベカラズ此ノ如クンバ世ハ遂ニ爭亂ノ狀態ヲ呈シ一意攻繫防禦ニ專ナラサルヲ得ズ之レ何ソ秩序ヲ回復シ安寧ヲ保持スルノ道ナランヤ國家ハ其權力ヲ以テ此間ニ處シ加害者ヲ處罰シテ余自ラ復讎ノ手段ヲ講ズルヲ得セシメズ以テ余ノ怨ヲ解キ借用物ヲ返還セシメテ余自ラ腕力ニヨリテ取戻スコトヲ許サズ以テ余ノ權利ヲ全フスルヲ得セシム是ヲ以テ之ヲ觀レバ國家ト法律トハ須クモ相離ルベカラズ國家ナケレバ法律ナク法律ナケレバ國家ナシ余ハ法律ノ何タルカヲ說明スルニ先チテ一言國家ノ何タルカヲ說明セントス蓋シ國家ハ法律ノ前提タルベキモノナリト信スレバナリ

國家ハ如何ニシテ起リタルカ其起源如何ノ問題ハ從來學者ノ論爭スル所ニシテ所謂國家起源論ニ付テハ未ダ定說アルヲ聞カズ然レトモ事ノ生ズル必ズヤ其固カラザルヲ得ズ國家ガ今日ノ狀態ヲ呈スルニ至ルニ付テモ必ズヤ其起源發達アリ余ハ一言國家ノ起源如何ニ付テ說明セント欲ス國家カ如何ニシテ起リタルカ即其起源如何ニ付テハ實際上ヨリ論スルト理論上ヨリ論スルトハ自ラ異ナレリ今便宜ノ爲メ二者ヲ分テ說明セン

第一　實際上ノ起源

人類ハ社會的動物ナリ孤立シテ生存スルヲ得ズ必ズヤ一ノ集合躰ヲナスニアラ

ザレバ以テ生活ノ安全ヲ期シ得ベカラス集合躰ノ最モ小ナルモノヲ家族トス蓋シ人類ニハ生理上男女ノ別アリ男女アリテ夫婦ノ關係ヲ生ジ夫婦アリテ親子兄弟ノ關係ヲ生ズ此ニ於テカ家族ヲナス即チ家族ハ一ノ血族團躰ニシテ夫タリ父タルモノハ上ニアリテ家族ヲ支配シタルモノナリ太古草昧ノ原始社會ニ於テハ一意自己ノ慾ヲ充スニ專ラニシテ之ガ爲メニハ親子モ相敵視シ兄弟モ相反目スルノ狀態ヲ呈シ從ツテ此競爭場裡ニ於テ優ニ他人ヲ凌駕シテ之レヲ支配シ得タルハ獨生理上、心理上強者優者ノ地位ニアルモノタルベキハ云フヲ俟タザル所ニシテ家族生活ヲ營ムニ當リ家族ノ長トナリ妻子ノ上ニ權力ヲ有シタルハ年齡、智力、躰力共ニ他ニ秀テタルモノ即チ夫タリ父タルモノナリシハ實ニ自然ノ理ト云ハザルコトヲ得ズ且又所謂祖先崇拜ノ念ハ人類自然ノ性情ニシテ子ハ父ニ出デ父ハ祖父ニ出ヅルガ故ニ子ハ父ヲ敬シ孫ハ祖父ヲ尊ブ家族生活ヲナスニ當リテ家族ガ家長ニ服從スルハ一ハ家長タルベキモノハ年齡、智力等ニ於テ他ニ秀デタルニヨルト同時ニ家長ハ家族ノ出ヅル源トシテ之ヲ尊敬スルノ念アルニヨラズンバアラズ家族漸次膨大スルニ及ビテ其子孫ガ尚ホ能ク一人ノ家長ニ服從シ以テ平和ニ家族生活ヲナス所以ノモノハ此二ノ觀念ニヨルニ外ナラザルナリ然レトモ家族ノ繁殖漸ク多キヲ加フルニ至リテハ此幾多ノ家族ハ皆相集マリテ一家ニ生息シ場所ヲ全フシテ起居スルコトヲ得ス此ニ於テカ現今ニ於ケルカ如ク分家ヲナシ從來ノ一家ハ分レテ幾多ノ家ヲ形成スルニ至ル茲ニ本家分家ノ關係ヲ生シ彼ノ所謂民族ヲナスニ至ルモノナリ所謂民族ハ家ノ集合躰ニシテ家長アルト同時ニ族ニモ亦族長アリ家族ガ家長ヲ崇拜シ之ニ服從スルト同一ノ觀念ヲ以テ凡テノ家族ハ共同ノ始祖（ゲマインシャフト）タル一族ノ長ヲ崇シ其權力ニ服從シ族長ハ凡テノ家族ニ長トシテ族全躰ヲ統御スルノ地位ニ在ルモノナリ之レ即血族團躰（ブルートフェルワントシャフト）ト稱スルモノニシテ國家ノ始源ハ洋ノ東西ヲ問ハス何レモ一家一族ノ制ニ始マラザルハナク殊ニ我邦ニ於テ最モ著シトナス或ハ之ヲ稱シテ血族的國家ナリト云ヘリ

血族團躰ニ次デ起ルモノヲ領土團躰（ダビーツヴルベルシャフト）ト云フハ單ニ人ノ集合シテ團躰ヲナスニアラスシテ團躰ノ要素トシテ一定ノ土地範圍ヲ有スルモノヲ云フ何故ニ血族團躰ハ發達シテ土地ヲ要素トスルニ至ルベキカ蓋シ原始社會ニ於テハ

人類重ニ自然物ニノミ依頼シテ生計ノ道ヲ立テ若シ自己ノ住スル地ニ於テ自然物ノ缺乏ヲ來スコトアラバ一家ハ擧ゲテ他ノ土地ニ移住シ所謂遊牧民ノ狀態ヲ呈シタルナリ然レトモ家ノ膨脹ハ自然物ノ存亡ニ伴フテ土地ヲ移轉スルノ不便ニ堪ヘス此ニ於テカ一定ノ土地ヲ占領シ之ヲ利用シテ生活ノ本據ヲ作ルニ至リシナリ所謂土地耕作ノ發達ハ團躰ガ土地ヲ要素トナス時代ニ至リテ始メテ其發達ヲ見ルコトヲ得ベシ

領土團躰ガ各所ニ起ルニ及ビテハ自ラ團躰間ノ爭鬪ヲ惹起サヾルヲ得ス何トナレハ團躰ノ要素タル土地ノ良否ハ其團躰員ノ生活ニ重大ノ關係ヲ有スルヲ以テ各團躰ハ爭フテ良好ノ土地ヲ占領セント欲スルニ至レバナリ此ニ於テカ團躰ノ併合ヲ生ジ各團躰ハ合シテ一ノ大ナル領土團躰ヲ形成スルニ至ル此時ニ當リテハ團躰ノ目的ハ單ニ其團躰員ノ生活ノ安全ヲ保護シ共同生活ニヨリテ秩序的ノ生活ヲナサシトスルニアルノミナラス團躰夫自身ノ發達存在ヲ必要トス換言セバ團躰ヲ組成スル各個人ノ生存ノ外ニ團躰トシテ生存アルコトヲ必要トス此ヲ以テ團躰ノ結合確固ニシテ能ク統一ヲ保ツモノハ生存シ然ラザルモノハ自ラ滅亡スルカ若クハ他ノ團躰モ併合セラルヽハ蓋シ自然ノ勢ナリト云ハサルヘカラス從テ一ノ團躰ニ於テ之ヲ統御シ支配スルノ道其宜キヲ失ハンカ團躰ノ平和統一ハ茲ニ破レテ遂ニ團躰ノ分裂ヲ來シ幾多ノ小團躰ヲ生ズルニ至ルコトモ亦明カナリ中世紀頃何レノ國ニ於テモ行ハレタル封建ノ制度ハ此狀態ニ外ナラズ一國ノ治者愚昧ニシテ其國ヲ統治スルノ道宜シキヲ得サルノ結果幾多ノ諸侯ハ各其地ニ割據シテ中央ノ權力ニ服從セズ、一ノ小國家ヲ形成スルニ至ルモノナリ此封建制度ノ狀態ニ次デ起ルベキハ中央ノ權力ガ再ビ勃興スルカ若クハ中央ノ權力ガ全ク其勢力ヲ失フカ換言スレバ諸侯ガ再ビ中央ノ權力ニ服從シテ一ノ大國家ヲ形成スルカ若クハ諸侯ガ獨立シテ中央ノ權力ハ其實ヲ失フカ二途其一ヲ出デサルナリ更ニ換言セバ數國ガ更ニ合同スルカ若クハ一國ガ分立スルニ至ルカノ二者ヲ出デザルナリ從フテ玆ニ分立及合同ニ付テ一言セン

分立ト云フハ右述ベタルガ如ク一國家ガ分レテ二個以上ノ國家トナルヲ云フモノニシテ或ハ統治ノ方法宜シキヲ得ザルノ結果其國ハ分裂シテ各諸侯獨立シテ一國家ヲナスコトアリ例ヘバ中世ニ於ケル「フランク」王國ガ分裂シテ佛獨等ノ國

トナリシガ如キ之レナリ或ハ一國ノ一部ガ分離シテ國家ヲナスモノアリ「バルカン」半島ニ於ケル土耳古希臘等ノ關係ノ如キ即之レナリ或ハ又所謂封土ニヨリテ一國ヲナスモノアリ現今ニ於テハ封土ヲ受クルガ如キコトナシト雖中世封建ノ時代ニ於テハ軍功其他ノ勳功ニ報ユルガ爲メ封土ヲ與ヘタルハ歷史上顯著ノ事實ナリトス

合同ト云フハ前述ノ如ク二個以上ノ國家ガ合併シテ一國トナルヲ云フ通常ニハ之ヲ聯邦及聯立ノ二者ニ分テリ聯邦ト云フハ二個以上ノ國家ガ相合シテ一國トナリ外部ニ對シテハ一國ヲナシ內部ニ向テハ各自其政權ヲ保有スルヲ云フ獨逸帝國北米合衆國ノ如キ之レナリ聯立ト云フハ二個以上ノ國家ガ相合シテ一國ヲナシ同一ノ君主ヲ戴クヲ云フ墺太利瑞典那威ノ如キ即是レナリ

以上述ベタル外或ハ移住ヲ以テ國家創立ノ始源トナスモノアリ元ヨリ世界ノ狀態今日ノ如クナラズ交通ノ便開ケザル時代ニ於テハ移住ニヨリテ土地ヲ占領シ以テ國家ノ創立ヲ見タルコトアリト雖今日ニ於テハ移住ニ因ル國家創立ハ稀ナリト云フテ可ナリ例ヘバ北米合衆國ハ其始メハ移住ニ始マリタルガ如キヲ云フ

以上國家ノ實際上ノ起源ニ付テ一言シタリ古代ニ於ケル團躰生活ノ狀態ヲ見ルニ各團躰ハ必ズシモ皆共同生活ノ利益ヲ自覺シ共同ノ主權ニ服從シテ生活ヲ營ミタルニアラズ單ニ日常ノ生活ノ必要上利益ヲ同スルモノ所謂同類相集マリ同氣相求ムルニヨリテ團結シタルモノ少シトナサズ學者ハ此二種ノ團躰ヲ區別シテ權力團躰（アウトリテーツフエルバンド）及ビ平和團躰（フリーデンスゲンツセンシヤフト）ト云ヘリ即權力團躰ト云フハ團躰ノ公ノ權力ヲ認メ之ニヨリテ統治セラル、團躰ヲ稱シ平和團躰ト云フハ唯一ノ主權ニ服從スルコトナク唯相集マリテ勞働シ以テ共同ノ目的ヲ達スルニ止マル團躰ヲ稱シタルニ外ナラズ國家ノ起源タル血族團躰ハ單ニ平和的ニ結合シタルニ非ズシテ家長族長ノ權力ヲ認メ之ニヨリテ支配セラレタル團躰ニシテ學者ノ所謂平和團躰ニアラズシテ權力團躰ナリ即權力團躰タル血族ノ團結躰ガ發達シテ領土ヲ其要素トスルニ及ビ茲ニ近世ノ國家ノ起源ヲナスニ至リシナリ

第二　理論上ノ起源

國家カ事實上如何ニ變遷シタルカハ右述ブルカ如シ此事實上ノ起源ニ付キ理論上ノ觀察ヲ下シ起源ノ理由如何ニ關シテ學者ノ論ズル所大凡二者歸着スルモノ

ヽ如シ即國家ノ創設ハ自然的ニ成リタルモノナルカ又ハ人意ニ出テタルモノナルカノ二者之レナリ以下之レヲ畧述セン

(一)自然創立說　此說ハ國家ノ創設ハ自然ノ作用ニ基ツク者ナリト云フ說ヲ總稱ス此派ニ屬スルモノ又多シト雖今重ナル二三ヲ說明シテ以テ此說ノ主意ノアル所ヲ明ニスルニ止メン神學派ニ屬スル學者ハ國家ハ神意ニ本ヅキテ創說セラルト說明スベク強力說ヲ採ルモノハ古代強弱優劣ノ爭盛ナルニ於テ強者優者ハ弱者劣者ヲ壓服シ治者被治者ノ關係ヲナシ玆ニ國家ノ創設アリ即強力ハ國家創立ニ缺クベカラザルモノナリト說明スベク人性說ヲ採ルモノハ人類ハ元來社交性ヲ有スルガ故ニ自ラ相集マリテ遂ニ國家ヲナシタリト說明セン歸着スル處自然創立說ノ要旨ハ人類ガ國家ヲ創設シ共同的ノ生存ヲナサント云フ意思ノ發動ニ基ヅクモノニアラズシテ自然的ニ相結合シテ遂ニ國家ノ組織ヲナスニ至リタルモノナリト說明スルナリ

(二)人意創立說　此說ハ前說ニ反シ國家ハ自然ニ創設セラルベキモノニアラズ必ズヤ人ノ意思ニ基カザルベカラズト說明スルナリ此說ノ中ニモ亦小別アリ彼

ノルトソー民約論(コントラクシアール)ノ主旨ニ從ヘバ人ハ元來自由ナリ平等ナリ人類自然ノ有樣ハ幸福ノ世界ナリ現今ニ於ケル幾多ノ弊害ハ社會組織アリテ始メテ後ニ生ジタルモノナリト說キ人ノ自由平等ハ現今ノ如ク國家組織アルガ爲メニ奪ハルベキモノニアラズトシ其國家ヲ創設スルニ至ル所以ハ全ク人民ノ契約ニ本ヅクモノナリト說明セリ所謂結社契約ガ國家創立ノ契約ナリト云フナリ民約論ニ付テハ後ニ法律ノ編ニテ論ズル所アルベシ又自由意思說ヲ採ルモノハ人ノ意思行爲ハ元來自由ナルヲ原則トシ此自由ニ基ヅキ國家ヲ創設シ權力ニ服從スルニ至ルト說明スベシ歸著スル所ハ自然創立說ノ說クガ如ク國家ハ恰モ野生ノ草木ノ如ク自然ニ發生スルモノニアラズシテ一ニ人類ノ意思ノ發動ニヨルモノナリト說明スルナリ

以上國家ノ理論上ノ起源ニ付テ略說セリ此等ノ學說中果シテ何レヲ正當トナスベキカ抑モ國家起源論ハ從來學者ノ論難スル所ニシテ未ダ定說アルヲ聞カズ此幾多ノ說ヲ提ヘ來リテ一々ニ之ヲ批評センコト小冊子ノ盡クス所ニアラザルト同時ニ余ハ妄ニ一ヲ採リテ他ヲ排スベキニアラザルヲ信ズ現今ノ國家ガ事實上

如何ニ發達シ來リタルカニ付テハ先ニ實際上ノ起源ニ付テ述ベタル所何レノ國ニ付テモ皆其軌ヲ一ニセリ唯之ヲ理論上ヨリ論シテ抑モ何ノ原因ニヨリテ國家ノ創設ヲ見ルニ至リシカハ蓋シ一ノ問題ナリ余ヲ以テ之ヲ見ルニ國家ノ創設ハ人類ハ元來社交性ヲ備フル實在タルト同時ニ人類ノ進歩發達ハ遂ニ共同生活ヲ營ムニアラザレバ生存ヲ全クスル能ハザルヲ自覺スルニ基クモノヽ如シ人未ダ共同生活ノ利益ヲ自覺セサル間ハ人類ノ結合ハ單ニ偶然ノ事實タルニ過ギザルモノニシテ所謂權力團躰ヲ組成スルニ非ズ然レドモ一度共同生活ヲナスニ非サレバ生存ノ目的ヲ達スルニ難キヲ自覺スルニ及ビ茲ニ相團結シテ共同唯一ノ權力ニ服從シ之ガ保護ノ下ニ安全ノ生存ヲ求メ得ベク彼ノ所謂權力團躰ヲ生ジ變遷シテ近世ノ國家ヲナスニ至レリト說明スルノ至當ナルヲ信ゼント欲ス

第二章　國家ノ意義

國家ノ起源ハ前章述ブル所ノ如シ本章ニ於テハ近世ノ思想ニ於テ國家ノ意義如何ニ付テ一言セントス

國家ハ之ヲ歷史上ノ有形團躰トシテ觀察スルコトヲ得ベク單ニ法理上ヨリ觀察スルニ過ギズ

例ヘテ云ヘバ法律上人ト云フモ解剖學上人ト云フモ人ニ差異アルベキ筈ナシ然レドモ法律上ヨリ人ヲ觀察シテ權利ノ主躰ナリト云ヒ解剖學上ヨリ觀察シテ人ハ有機躰ニシテ幾何ノ分子ヲ以テ構成セラルト說明スルガ如シ

第一節　具躰的國家

國家ヲ社會的ノ現象有形ノ團躰トシテ定義スル時ハ國家トハ一定ノ領土ト一定ノ人民ヲ以テ成立シ唯一ノ主權ニヨリテ支配セラレ獨立及人民ノ生存ヲ目的トスル團躰ヲ云フ語ヲ換ヘテ云ヘバ一定ノ領土ヲ獨立唯一ノ主權行動ノ範圍トシ人民ハ絶對ニ此主權ニ服從シ以テ治者被治者ノ關係ヲナシ團躰ヲ組成スル各個人ノ目的ノ外ニ獨立ナル社會的目的ヲ有スル團躰ヲ云フ以下之ヲ分析シテ說明セン

（一）一定ノ土地アルコトヲ要ス　凡ソ團躰ト云フ時ハ單ニ人ノ集合セルモノモアルベク又必ズ土地アルヲ要素トスルモノモアルベシ通常ニ何々ノ協會トカ云ヘバ人ノ集合躰ニシテ之ヲ組成スル人ガ遠近ヲ異ニシテ住スルモ團躰ノ成立ニ

妨ゲナク即土地ナクモ團躰ノ性質ヲ失ハザルナリ反之所謂村トカ郡トカ云フ時ハ多數ノ人ガ居住スル事實アルヲ要スルノミナラス此居住民ガ一定ノ場所ヲ限リテ存スルコトヲ必要トス即一定ノ地域アリテ而シテ人民ガ此地域ニ居住スル事實アルコトヲ必要トシ此ニ村ト云ヒ郡ト云フコトヲ得國家ノ要件トシテ一定ノ土地アルヲ要スルハ恰モ村郡ノ觀念ヲ大ニシタルト同シク國民ガ一定ノ地ヲ限リ之ニ居住スルコトヲ必要トス之レヲ領土（シヒート）ト云フ而シテ此領土ハ國家主權ノ絕對ニ行ハルヽ範圍ニシテ他ノ權力ノ之ニ及ブコトヲ許サズ之ヲ領土權（シヒーッホーヘイト）ト云フ領土權ト云フハ國家ガ土地ヲ所有スル權利ニアラズ中世封建ノ制行ハレ群雄割據シタル時代ニ於テハ諸侯ノ權力ハ其私有セル土地ノ上ニ行ハレ而シテ其權力ノ行ハルヽ所以ノモノハ諸侯ガ其土地ニ付テ所有權ヲ有スルニヨルト觀念セリ即此時代ニ於テハ領土權ハ土地所有權ト同一視セラレタルナリ然レトモ領土權ハ所有權ニアラズ例ヲ以テ說明センカ假ニ日本ノ土地ヲ地主ガ皆私有シタリトセヨ土地ノ所有權ハ誰ニアリヤト云ハヾ各地主ニ在リト云ハザルベカラズ此場合ニ於テモ尙領土主權ガ國土ノ上ニ絕對ニ行ハルヽヲ妨グザルナリ以テ此二者ノ區別アル所ヲ明カニスルヲ得ベシ

海洋モ亦一定ノ距離以內ニ於テハ領土ノ一部ト看做サル領海即之ナリ領海トハ幾何ノ範圍ヲ指スカニ付テハ從來說アリ或ハ視線ノ及ブ範圍內ナリト云ヒ或ハ三海里ナリト云ヘリ近時ニ於テハ炮丸ノ達スル範圍內ヲ領海トシ其距離ハ武器ノ進步ニ伴フベシト雖六海里ヲ定說トス

（二）一定ノ人民アルコトヲ要ス　國家ガ一ノ團躰タル以上ハ一定ノ人民アルコトハ殆ンド說明ヲ要セザル所ナリト雖古代ニ於テハ必ズシモ此觀念ヲ明カニセズ大民族漸ク分離シ幾多ノ小團躰ヲ組成スルニ至リテハ團躰ノ權力ガ其團躰員ノ利益ヲ保護シ幸福ヲ增進スル必要上他ノ團躰員ト區別シテ一定ノ人民ヲ自己ノ團躰員ナリトナスニ至リ以テ國家ニハ一定ノ人民アルコトヲ要ストノ觀念ヲ明カニスルニ至リシナリ一定ノ人民ト云フハ數ニ於テ幾何ト云フニアラズ數ノ多少ハ國家ノ國家タル性質ニ妨ゲナシ又一定ノ人民ト云フハ仝一ノ民族ト云フノ意義ニアラズ所謂民族主義（ナショナリテーツプリンチープ）ハ一時實際上ニモ學說上ニモ勢力ヲ有シタリト雖理論トシテハ一定ノ人民ト云フハ仝一ノ民族ニアラズト解スベキナリ人民ハ絕

對ニ主權ニ服從ス臣民ト云フハ當然ニ服從者ノ地位ニ在ルモノヲ指ス語ナリ臣民服從ノ義務ハ法令アリテ始メテ生ズルニアラズシテ一國國民トシテ當然ノ義務ナリト云バサルヲ得ズ

臣民ガ國家ニ從屬スル關係ヲ稱シテ國籍（インデグナート）ト云フ國籍ハ內國人ト外國人トヲ區別スル標準ニシテ國家成立ノ要件ニ關スル重大ノ事項ナリ我憲法ニ於テハ臣民タル要件ハ法律ノ定ムル所ニヨルト規定シ別ニ特別法トシテ國籍法ノ制定アリ國籍ニ關スル詳細ハ茲ニ述ブベキニアラズト雖國籍ノ何タルカニ付テハ從來或ハ國家ト人民トノ契約上ノ關係ナリト說明シタルモノ多シ然レトモ是大ナル誤ニシテ國籍ノ本質ハ契約ニ非ズシテ個人ガ國家ニ服從スル義務英米學者ノ所謂永久的忠誠ニ在リ之レアルガ故ニ內國人ハ外國人ヨリモ特別ノ權利及利益ヲ享有シ若クハ外國人ヨリ特別ノ義務ヲ負擔スルモノナリ尙國籍ニ關スル詳細ノ說明ハ國籍法若クハ國際私法ノ研究ニ俟ツベキガ故ニ茲ニ述ベズ

一國ニ住居スル外國人ハ絕對ニ其在留國ノ法律ニ服從スベキモノナリヤ否ニ付テハ從來二ノ主義ガ行ハレタリ屬人（ペルソナリテーツプリンチープ）法主義及屬地（テリトリアリテーツプリンチープ）法主義即之レナリ屬人法主義

ト云フハ其在留國ノ法律ニ從ハズシテ自己ノ本國ノ法律ニヨルヲ云ヒ屬地法主義ト云フハ在留國ノ法律ガ在留人凡テヲ支配スルモノヲ云フ近世ニ於テハ單ニ此主義ニ止マリ各場合ニ付キ種々ノ主義ガ行ハルヽニ至レリ此ノ如キハ我法例ニ於テ之レヲ知ルコトヲ得ベキガ故ニ又之レヲ法例ノ研究ノ際ニ俟ツ又外國人ノ中或特別ノ地位ニアルモノハ如何ナル場合ニモ我國法權ニ服セザルモノトス所謂治外法權之レナリ例ヘバ公使ノ如キ其家族ノ如キハ治外法權ノ下ニアルガ如シ

（三）獨立唯一ノ主權ニヨリテ支配セラルヽコトヲ要ス　主權ト云フハ國ヲ統治スル公ノ權力ナリ獨立唯一ニシテ又万能ナリ主權ノ存在ガ即國家ノ國家タル本質ニシテ主權ナケレバ國家ナク主權ノ存亡ハ國家ノ存亡ヲ意味ス或團體ニ於テハ其成立ニ一定ノ人民ト一定ノ土地ノ範圍ヲ要スルモノアルベシ然レトモ其土地ノ上ニ行ハル、最高ノ權力アルニアラサレバ未ダ國家ニアラザルナリ主權ガ獨立唯一ナリト云フハ他ノ權力ヲ以テ之ヲ侵スコト能ハザルヲ意味ス主權ハ一ニシテ二ナシ恰モ天ニ二日ナシト同シ若シ他ニ主權制限スルモノアリトセバ其

權力ガ即主權ナリ主權ト云ヘバ其文字ノ示スガ如ク至高ニシテ他ノ權力ヲ排スルヲ云フ主權ガ万能ナリト云フハ恰モ如何ナル事ヲモナシ能フト云フガ如シ又主權ハ分岐スベカラズ不分割ノモノナリ分割シ得ベクンバ主權ニアラザルナリ所謂强者ヲ抑ヘ弱者ヲ助ケ以テ社會ノ秩序ヲ維持シ國利民福ヲ增進スルハ即主權行動ノ結果ニ外ナラズ已ニ主權アリ此ニ於テカ治者被治者ノ關係ハ國家ノ大體ナリ此關係ニシテ亂レンカ國家ハ將ニ危急存亡ノ秋ニ在リト云ハザルヲ得ズ臣民ハ絕對ニ主權ニ服從ス治者ハ命令シ被治者ハ服從ス此ニ於テカ國治マリ天下始メテ平ナリ是ヲ以テ觀レバ權力服從ノ關係ハ即國家生存ノ要件ニシテ臣民幸福ノ淵源ナリト云ハザルコトヲ得ズ

主權ノ何タルカハ右述ベタルガ如シ國家ガ其目的ヲ達スルガ爲メニハ一ニ主權ノ行動ニ俟タザルヲ得ズ何トナレバ主權ノ存在ニヨリテ治國ノ實ヲ擧グルヲ得レバナリモンテスキーガ其著万法精理（ドレスプリー・デロアー）ニ於テ所謂三權分立論ヲ唱道シ主權ハ立法行政司法ノ三權ニ分ツコトヲ得ト論ジタルヨリ或ハ主權ヲ以テ立法權行政權司法權ナル各獨立ノ權力カ相集合セルモノナリトナスモノナキニ非ズ之レ大ナル誤ナリ立法ト云ヒ行政ト云ヒ司法ト云フ各々獨立ノ權力アルニアラズシテ實ハ唯一圓滿ノ主權ノ行動ニ外ナラザルナリ主權其モノハ不分割ナリ唯其主權行動ノ形式ニ至リテハ之レヲ三分スルモ將タ五分スルモ便宜ノ問題政策ノ問題ト云フノ外深キ理由ナシ近世立憲政躰ノ諸國ヲ見ルニ立法ハ議會ニ行政ハ政府ニ司法ハ裁判所ニ各々分配セラレタルガ故ニ之ヲ以テモンテスキーノ三權分立論ハ理論トシテモ實際トシテモ正當ニシテ斯ク實行セラルヽモノナリト云フモノナキニアラズ現今ノ立憲國が事實上此分配ヲナスモ之レ主權其モノヽ分立ニアラズ換言スレバ立法行政司法ノ主權ガ集リテ主權ヲナスト云フニアラズシテ元來主權ガ立法シ行政シ司法スル行動ヲナスベキヲ假ニ機關ヲ設ケテ之レヲ掌ラシムルニ過キズ立法行政司法ト云フモ實ハ主權行動ノ一作用ニ過ギザルナリ

（四）社會的ノ目的ヲ有スルコトヲ要ス　凡ソ團體ト云ヘバ必ズヤ之ヲ組成スル團體員ノ目的ノ外ニ必ズ團體ノ目的アリ例ヘバ何々會社ト云ヘバ之ヲ組織スル幾多ノ社員ハ互ニ相異ル幾多ノ目的ヲ有スベシト雖會社ハ又獨立シテ一ノ目的ヲ有スルガ如シ國家亦然リ臣民ノ自主自存ノ外國家トシテ自主ノ存在ヲ有ス所

謂國家ノ人格ト云フハ國家ガ國家トシテ自主ノ存在ヲ有スルヲ云フニ外ナラズ已ニ自主ノ存在ヲ有スル以上ハ又目的ヲ有スベキコト殆ンド云フヲ俟タズ然ラバ何ヲカ國家ノ目的ト云フカ此問題ニ關シテハ種々ノ見解アリト雖一言ニシテ云ヘバ自主ノ存在ヲ全フスルニ在リ或ハ公安ヲ維持スルニアリト云ヒ或ハ人民ノ福利ヲ增進スルニアリト云ヒ或ハ團結ヲ全フスルガ爲メ法律ヲ制シ之ヲ保護スルニアリト云フガ如キ説ハ寧ロ不可ナリト云フニアラス詮ズル所國家ノ生存ヲ全フスルノ意味ニ歸着スベク恰モ吾人ノ目的ハ何レニアルカトノ問ニ同シ此ノ如ク國家ハ國家トシテ獨立ニ自己ノ生存ヲ全フスル必要アルヲ以テ之ヲ達スルガ爲メ必要ナル負擔ハ國民當然ノ義務ナリト云ハザルベカラズ兵役ニ服シ納稅ノ義務ヲ負擔スルガ如キ皆國家ノ生存ヲ全フスルノ必要ニ出テ之ニヨリテ國力ノ維持ヲ望ミ得ベク國勢ノ强大ヲ致シ得ベキ所以タリ

第二　抽象的國家

以上説明シタル所ハ國家ヲ一ノ有形團躰トシテノ觀察ナリ之ト同時ニ國家ヲ法理上ヨリ觀察スレバ國家ハ統治主權ノ本體ナリト定義シテ可ナリ前述ベタルガ

如ク主權トハ國ヲ統治スル公權力ナリ主權ノ存在ハ國家ノ國家タル本質ニシテ主權アルニヨリテ秩序ヲ維持スルヲ得ベク又國ノ統一ヲ外部ニ明ニスルヲ得ベシ國家ヲ組成スル各分子ハ生死ノ若ヲ免ルヽ能ハズ年月ヲ距ツル中ニハ後代ノ人皆前代ト異ナルニ至ルニ係ラズ尙國家ガ國家トシテ永久ノ存在ヲ維持スル所以ハ一ニ主權ニヨリ代表セラルレバナリ然リ而シテ主權ノ本質タルヤ唯一圓滿ニシテ萬能無限ナルコト前ニ述ベタルガ如シト雖國家ハ事實上何事ヲモナシ得ヘカラザル場合アリ例ヘテ云ヘバ聯邦組織ノ國家ニ於テハ國家ノ行動ハ聯邦ノ權力ニヨリテ制限セラルヘク又立憲政體ノ國家ノ行動ハ憲法ノ規定スル處ニヨリ各機關ニ分配シタル政務ハ互ニ相侵スコトヲ得ザルガ如シ此等ノ例ニヨリテ考ル時ハ所謂萬能無限ハ主權ノ本質ニ非ザルガ如ク見ユ然レトモ之レ誤ナリ或ハ主權ノ他ノ權力ニ異ナルヘキ特徵ハ其權力ガ國家ニ固有ナリト説明スルモノアリト雖之レ元ヨリ云フヲ俟タザル所ニシテ假ニ主權ガ國家ニ固有ナラズシテ法令ニ基ヅキテ生ジタルモノナランニハ已ニ主權ニアラズ其法令ガ主權ナリ主權ハ文字ノ如ク至高ノ權力ナリ法律ニ認メラルヽニ非ズシテ法令ガ主權ニヨリ

テ制定セラルヽモノタリ彼ノ事實上主權ハ凡テノ事ヲナシ能フヤ否ト云フガ如キハ法律問題ニアラズ主權ノ行動ガ聯邦組織ノ國家ニ於テハ聯邦ノ權力ニ制限セラレ立憲國ニ於テハ憲法ノ條規ニ制限セラルト云フト雖制限ナル文字ガ元來不當ナリ制限ト云フハ本來外部ヨリ自己ヲ制肘スルノ意ナリ卑近ノ例ヲ以テ說明セン余自ラ箸ヲ持タザレバ食ヲナサズト定メタリトセヨ余ハ食事ニ付テ一ノ制限ヲ受ケタリト云フヲ得ヘキカ若シ他人ガ余ニ對シテ汝ハ食事スルニハ必ズ箸ヲ以テスヘシト云ハヾ之レ一ノ制限ナリ余自ラ箸ヲ持タザレバ食セズト定メタルハ余ノ欲スル所ヲ行フノ結果ニ過ギズ事例甚ダ卑近ナリト雖國家主權ニ於ケルモ亦然リ所謂聯邦ノ權力ニ服シ憲法ノ條規ニ遵フト云フハ夫自身ガ主權ノ行動ナリ國家主權ノ作用トシテ其權力ヲ伸縮變更スルニ外ナラザルモノニシテ主權ノ萬能無限ナリト云フヲ妨ゲザルナリ

獨佛ノ學者ハ概ネ國家ハ公法上ノ法人ナリト定義セリ之レ前述ノ國家ハ主權ノ主躰ナリト云フ定義ト相反スルニアラズシテ單ニ觀察ノ方面ヲ異ニシタルノミ法律上人ニアラズシテ權利ノ主躰タルモノヲ法人ト稱ス國家ハ權利ノ主躰ナリ

故ニ法人ナリト說明スルモノニシテ當然ノコトニシテ別ニ非難スベキ所ナシト雖從來法人ナル語ハ多ク民法上ノ觀念ヲ以テ國家ヲ說明スルトキハ何トナク私法上ノ語ニ用ヒラルヽガ故ニ國家ハ法人ナリト說明クル恐ナキ能ハズ國家ハ法人ナリト云フハ換言セバ國家ハ人格ヲ有スト云フニ同ジ法人ナリト言フモ人格者ナリト云フモ國家ノ國家タルニ妨ケナク唯一應ノ便宜ノ說明ト見テ可ナリ唯國家法人說ニ對スル非難ノ言ヲ聞クニ法人ハ法律ノ擬制ニ基ツクモノニシテ法律ナケレバ法人モ亦有リ得ベカラズ從テ國家ハ法人ナリト說明スルトキハ法律ハ國家ノ前ニ存シタリト說明セザルヲ得ズト云フニアリ然レトモ此非難ハ其當ヲ得ズ法人ハ元ヨリ法律ノ擬制ニ基ヅク制度ナルハ疑ナシ然レトモ之ガ爲メニ國家ハ法律ニヨリテ法人ト認メラルヽモノニシテ國家ノ前ニ法律ノ存在アリト說明スルハ非ナリ國家ハ法律ヲ作リテ法人ノ制度ヲ認ムルト同時ニ自己ヲ以テ法人ナリト認ムルニ付キ何ノ不可カ之アラン國家法人論ニ對スル非難ハ其當ヲ得ザルモノナリ

或ハ國家ヲ以テ主權ノ主躰ニアラズ目的物ナリト說明スル學者ナキニアラズ又

或ハ國家ハ人ト人トノ關係ナリト說明スルモノモナキニアラズ凡ソ一ノ現象ヲ捉ヘテ法律上ノ觀念ヲ以テ之レヲ分析スルトキハ其現象ハ法律上主躰ナルカ客躰ナルカ法律關係ナルカ三者其一ヲ出デザルベシ國家ヲ觀察スルニ當リテモ亦然リ國家ハ主躰ナルカ客躰ナルカ法律關係ナルカ余ハ前說明スルガ如ク國家ハ主權ノ主躰ナリト定義シテ主躰說ヲ採ルモノナリ

第三章　國躰及政躰

國家ノ意義ハ右述ブル所ノ如シ國家ハ主權ノ本躰ニシテ主權ノ存在ガ國家ノ國家タル所以ナリ然レトモ主權ガ何人ノ手ニ於テ總攬セラルヽカ又主權行動ノ形式ハ如何ノ問題ト國家ノ何タルカトハ自ラ別ナリ主權ハ何人ノ手ニ存スルカハ即國躰ノ區別アル所ナリ國躰ノ區別ハ主權ノ存スル所ノ區別ニシテ國家其モノヽ區別ニアラズ國家タル性質トシテ何レノ國モ相異ナルコトナシト雖主權ガ何人ニ存スルカハ國ニヨリテ同シカラズ之ヲ國躰ノ區別トス

政躰ト云フハ統治主權ガ如何ニ行使セラルヽカノ形式ノ問題ナリ國躰同フシテ政躰ヲ異ニスルアリ政躰ノ同シキハ國躰ノ同シキヲ意味セズ國躰ハ主權存在ノ問題ナリ政躰ハ主權作用ノ形式ノ問題ナリ本章ニ於テハ國躰及政躰ノ區別ヲ說明シ終ニ我邦ノ國躰及政躰ニ付キ一言セン

第一　國躰

國躰ノ如何ハ歷史ニ基ヅクモノナルガ故ニ單純ニ理論ノミヲ以テ之レヲ區別スルコト難シ古代ノ社會ニ於テ國家ハ神ニヨリテ創設セラレタルモノナリトノ思想ヲ有シタル時代ニハ主權ハ神ニアリト觀念シ法律ハ神意ノ發表ナリトシタリ此ノ如キ國躰ハ之ヲ稱シテ神主國ト云フヲ得ベシ近世ニ於テ最モ主ナルモノヲ君主國及民主國躰ノ二トナス

希臘ノ哲學者アリストーテレス（モナルヒー アリストクラチー デモクラチー）ハ其著政治學（ポリチク）ニ於テ國躰ヲ分チテ三トセリ即チ君主國躰貴族制國家及民主國躰之レナリ又伊太利ノ政治家マキアヴェリー（レプブリーク）ハ國躰ヲ分チテ君主國及共和國トシ共和國ヲ分チテ貴族制國家及民主國ノ二トセリ是ニ因テ之ヲ觀レバ國躰ノ分類ハ大躰ニ於テ三者ニ區別セラルルヲ見ン玆ニモ亦此分類ニ從ヒテ說明セン

（一）君主國　君主國ト云フハ國家主權ノ總攬ガ君主一人ノ手ニ在ルモノヲ云

フ例ヘバ日本支那等ヲ然リトス

(二) 民主國 民主國ト云フハ國民全躰ヲ以テ主權者ナリトナスモノヲ云フ所謂國民全躰ト云フモ事實上全躰ガ直接ニ主權ヲ總攬スル能ハザルハ明ナリ從ツテ民主國ニ於テハ必ズ全國民ヲ代表スベキ機關アリ例ヘバ佛國合衆國ノ如キ即之ナリ

(三) 貴族制國家 貴族制國家ト云フハ國民中優等ノ一部ガ主權ヲ總攬スルモノヲ云フ此ノ如キ國家ニ於テハ貴族平民ノ區別ガ認メラレ貴族ハ平民ニ對シテ優等ノ地位ヲ占メ共同シテ主權ヲ總攬スルモノナリ古代羅馬ニ於ケルパトリシアン及ヒプレビアンノ區別ハ即之レナリ

以上國躰ノ區別ヲ說明シタリ之ヲ歷史ニ徵スルニ歐洲ニ於テハ民主國躰最モ古キモノナルガ如シ現今ノ歐洲諸國ノ祖先ナルゲルマン人種ニ付テ之ヲ觀ルニゲルマン種ガ歐洲中部ニ侵入シタル時代ニハ部落ノ組織整然トシテ所謂民會ノ制度アリシ事ハ歷史ニヨリテ知ルヲ得ベシ此時代ニ於テハ國民皆兵ニシテ國會ハ即軍隊ナリ參政權ハ兵役ニ服スル義務ト相合ス所謂國民會ハ春秋二回ニ召集セラレタルモノ其有樣ハ軍隊ノ大演習ト相似タリ祭政一致シ兵政亦一致セリ是即純然タル共和團躰ナリ然レトモ他部落トノ爭鬪漸ク甚ダシキヲ加フルニ及ビテハ何人カ衆人ニ長トシテ全躰ヲ統御スルニ非ザレバ秩序ヲ維持シ統一ヲ保ツノ點ニ於テ困難アルヲ感スルニ至リ國民會ハ所謂將軍(プリンツエプス)ヲ選擧シテ之ニ統帥ノ權ヲ委任シタリ然レトモ之レ元ヨリ臨時ノ職ニシテ戰爭止ムトキハ其職ヲ去ルベキモノナリシニ後此職ハ世襲トナリ遂ニ君主ノ地位トナリテ全躰ニ對シテ權力ヲ行使シ以テ今日ノ君主國ノ基ヲナスニ至リシナリ

第二 政躰

政躰ト云フハ國家主權ガ如何ニ行使セラルヽカノ形式ヲ云フ主權ガ何人ノ手ニヨリテ總攬セラルヽカニ非ズシテ如何ニ行動スルカノ問題ナリ其最モ著シキヲ專制政躰(アブソルーチスムス)及ビ立憲政躰(コンスチツーチヲナリスムス)ノ區別トス專制政躰ト云フハ立法、司法、行政ノ三權ガ機關ニ分配セラレズシテ同一人ノ手ニ存シ行動スルモノヲ云ヒ立憲政躰ト云フハ此三權ガ分離シ各々獨立ノ機關ニ依リテ行動スルヲ云フ魯西亞ノ如キハ專制政躰ニシテ日本、佛、獨等ハ立憲政躰トス

蓋シ近世立憲政躰ノ發達セル所以ハ若シ立法シ司法シ行政スルノ權一人ノ手ニ於テセラルヽトキハ或ハ壓制ノ弊ヲ免レザルベシ寧ロ之ヲ獨立ノ機關ニ分配シ互ニ相侵サシメズ以テ其行動ヲ全クスルニ如カズト云フニ出デタルナリ然リ而シテ國權ノ行動ノ分類ニ付テハアリストーテレスハ其著政治學ニ於テ「トリアス ポリチカ」(三ツノ治國ノ道ノ意)ト稱シテ立法、裁判及政權ヲ區別シタリ後モンテスキューガ其著萬法精理ニ於テ三權分立ノ論ハ國權ノ行動ハ立法、司法、行政ノ三者ニ區別スベシト唱道スルニ及ビ當時歐洲ノ理論ニモ實際ニモ大ナル影響ヲ與ヘタルモノナリ所謂三權分立論即之レナリ三權分立ト云フハ文字ニ於テ意ヲ誤ルノ恐アリ三權分立ト云フハ各權ガ獨立ノモノニシテ相集マリテ主權ヲナストト云フニアラザルナリ何トナレバ主權ハ一アリテ二ナク万能無限ニシテ分割シ得ベカラザレバナリ元モンテスキューガ三權分立ヲ唱道シタルハ實ハ英國ノ政治ヲ研究シタルノ結果ナリ英國ニ於テハ主權ノ總攬ハ何人ノ手ニ在ルカト問ハバ君主ナリトモ云ハズ又人民ナリトモ云ハズ甚タ曖昧ノ言ヲナスモノアリト雖實ハ君主及國會ガ主權ヲ總攬スルナリ此特種ノ政躰ヲ觀察研究シ以テ一國ヲ統治センガ爲メニハ三權ハ分立スベク相侵サシメザルニ如カズト云フニ出デタルナラン所謂三權分立ノ論ハ三權相獨立シテ侵サズ相集合シテ主權ナル事恰モ例ヲ以テ說明セバ水ハ水素酸素ノ化合物ナリ主權ハ水ニ比スベシ三權ハ水素酸素ト云フカ如ク立論スルモノニシテ理論トシテハ元ヨリ誤謬タルヲ免レズ唯實際ニ於テハ三權ガ分離シ議會ハ立法シ裁判所ハ司法シ政府ハ行政スルガ故ニモンテスキューノ分立論ハ實效ヲ奏シタルガ如ク見ユルモ然レトモ立法權ト云ヒ司法權ト云ヒ行政權ト云フ文字ハ權力ニシテ獨立ナルガ如ク見ユルモ立法、司法、行政ト云フハ主權ノ行動スルノ意ニシテ此行動ノ機關ヲシテ爲サシムルニ過ギザルナリ一言ニシテ之ヲ言ヘバ事實上議會、政府、裁判所ガ行動スルモ實ハ主權ガ立法シ司法シ行政スルモノナリ

國躰ト政躰トハ混ズベカラズ前述ノ如ク國躰ハ主權存在ノ區別ニシテ政躰ハ主權ガ如何ニ働クカノ形式ノ區別ナリ故ニ國躰同フシテ政躰ヲ異ニスル者アリ政躰ノ同シキハ國躰ノ同シキヲ意味セズ例ヘバ魯國ト日本ハ共ニ君主國躰タルノ點ニ於テハ相同ジ、然レトモ政躰ニ於テハ魯ハ專制政躰ニシテ我邦ハ立憲政躰ナ

リ又例ヘハ日本ト佛國トノ立憲政躰ナル點ニ於テハ異ルナシ然レトモ日本ハ君主國躰ニシテ佛國ハ共和國躰ナリ通常專制政躰及立憲政躰ト云フハ君主國躰ノ區別ニシテ共和國躰ノ區別ニアラズトスルモノヽ如シ然レトモ之レ誤ナリ白耳義ハ君主ヲ戴クヲ以テ君主國ナルガ如ク見ユルト雖主權ヲ總攬スルモノハ人民ナルコト同國憲法ノ明言スル所ナリ又例ヘバ獨逸帝國ノ如キ一ノ連合國家ナルコトハ前述ベタルガ如シ之ヲ國躰ノ上ヨリ見レバ各國家ハ共同シテ主權ヲ總攬スルモノニシテ實ハ共和ノ組織ニ外ナラズ皇帝ハ純粹ノ君主國ニ於ケル君主ト其地位ヲ同フセズシテ共和國ニ於ケル大統領ト相似タリ以テ專制及立憲ノ區別ハ必ズ君主國躰ニ於ケル區別ニアラザルヲ知ルベシ

第三　日本ノ國躰及政躰

我國ハ始メヨリ君主國躰ヲ以テ成立シタルガ如シ前述ノ如ク血族團躰ノ發達ハ特ニ我國ニ於テ著シク國民ハ皆共同始祖ニ出テタリト觀念シ始祖ハ子孫ヲ保護スルモノニシテ共同始祖ノ直系子孫ガ世々主權ヲ總攬スルヲ以テ國ノ根本トス古代ノ歷史ヲ見ルモ所謂國民會アリテ主權ヲ總攬シタル事實ナク恰モ子ガ親ヲ敬シ孫ガ祖父母ヲ敬スルト同一ノ觀念ヲ以テ民族共同ノ始祖ノ子孫即皇統ヲ敬シ彼ノ歐洲ノ古代ニ於テ國民ガ國民會ニ於テ選擧シタル將軍ニ服從シタルガ如キ觀念ニアラズシテ祖先祟拜ノ念ニ外ナラザルナリ恰モ家族ガ家長ニ服從シ民人ガ民長ニ服從スルガ如キナリ

右說明スル所ニヨリテ我國躰ハ純粹ノ君主國躰ナルコト明カナリ政躰トシテハ立憲政躰ヲ以テモンテスキューノ三權分立ニ則リタルモノニシテ主權ガ三分セラレタルモノトナス勿レ主權ヲ總攬スルハ万世一系ノ皇位ニ在リ立法シ司法シ行政スルト云フ主權ノ行動ヲ各機關ニ分配シタルニ過ギス此三權ハ互ニ相侵スコトヲ許サズ帝國議會ハ立法ニ協贊シ裁判所ハ司法スト云フノ外何等ノ權能ナシ議會ガ如何ニ專橫ナラントスルモ司法及ビ行政ヲ左右スルノ力ナク行政ハ君主ノ大權ニ屬シテ議會ノ干涉ヲ許サズ裁判所ハ天皇ノ名ニ於テ司法權ヲ行ヒ他ノ機關ノ容喙スルヲ許サス此ノ如クニシテ互ニ相侵サヽルト同時ニ能ク其權限ヲ遵守シ同心協力シ始メテ憲政ノ美ヲ擧グルヲ得ベシ

終ニ一言專制政躰及立憲政躰ノ得失ニ付キ略述セン立憲ノ本旨ハ專制ヲ防クニアリ然レトモ立憲政躰ニ於テモ各機關ノ間ノ一致統一ヲ缺キタリトセバ治國ノ道其當ヲ失スルヤ明カナリ國家ハ行政ニヨリテノミ治ムルヲ得ス立法シ司法スルノ必要アルハ云フヲ俟タズ然ルニ法律ヲ作ルモ裁判所之ヲ適用セズ政府モ亦之カ解釋ヲ怠リテ實行ノ外ニ置ンカ法律ハ空文ニ終ルニ至ルコト亦云フヲ要セズ所謂專制ヲ防クヲ主意トスル三權ノ分立ガ其弊害ヲ生ズル實ニ此點ニアリ專政躰ニ於テハ機關ニ分配セラレザルヲ以テ治國ノ方法ハ圓滑ナリ迅速ナリ唯稍モスレバ專制ニ傾クヲ免レザルベシ立憲政躰ハ專制ヲ防クニ足ルト雖機關ノ軋轢衝突ハ治國ノ道ヲ圓滑ナラシメズ迅速ヲ缺クノ恐ナシトセズ是ニ依リテ觀レバ何レノ政躰ヲ正シトスルカニ付テハ絕對的ノ理由ナシ若シ機關ノ間ニ衝突ナク圓滑ナルヲ得バ憲政ハ益其美ヲ發揚スルヲ得ベク然ラズシテ互ニ相衝突軋轢セバ寧ロ專制ノ勝レルニ如カザルナリ

第三編　法律

第一章　法律ノ定義

法ノ起點即法ノ根原如何ニ付テハ前述シタル所ノ如シ法ノ本質ハ人類共同生活ノ秩序ナリ此秩序ニシテ亂レンカ生活ノ安全ハ得テ望ムベカラサルナリ然レトモ法ノ本質カ秩序タルト同時ニ法ノ法タル特質ハ其強制ノ力アルニヨルコトモ亦前述シタル所ニ依リテ明カナラン一言ニシテ之ヲ云ヘハ法ノ實質ハ人類共同生活ノ秩序ニシテ之ヲ形ノ上ヨリ云ヘハ公ノ力ニ依リテ強行セラルヽ人類共同生活ノ秩序ナリ余ハ此意義ニ於テ法律ヲ解セントス然レトモ從來法學者ノ法律ヲ定義スルニ必スシモ其軌ヲ一ニセス凡ソ事物ノ現象ヲ說明スルニ當リテハ其時代ノ文化ノ程度ニ由リ又各々見地ヲ異ニスルニ因リテ幾多ノ異說ヲ生スルハ元ヨリ免レサル所ナルヲ以テ從フテ法律ノ定義ト稱セラルヽモノモ亦極メテ多シ余ハ法律ノ何タルカノ觀念ヲ知得スル上ニ於テ從來唱ヘラレタル定義ノ大躰ヲ知ルヲ必要ト信シ其重ナルモノヲ揭ケテ之レヲ略說シ終リニ余ノ定義ヲ分析說明セントス

法律ノ定義ヲ說明スルニ先チテ其原語ニ付テ一言セン法律ナル文字ハ羅甸語ニテ「ユース」(Jus)ト云フ即正義ノ意味ヲ示ス此「ユース」ト獨語「レヒト」(Recht)佛語「ドロ

アー」(Diroit)伊語「チリッドー」(Diritto)ニハ何レモ二意義ヲ有シ或ハ權利ノ意ニ用ヒラレ或ハ法律ノ意ニ用ヒラル例ヘハ獨語ニ於テハ客觀的意義ニ於ケル「レヒト」ヲ法ト稱シ主觀的意義ニ於ケル「レヒト」ヲ權利ト用ユルカ如シ唯英語ニ於テハ法律及權利ノ文字ニ區別セラレ法律ノ文字ニハ羅甸ノ「レックス」(國法ノ意)ヨリ來リタル「ロー」(Law)ヲ用ヒ權利ニハ「ライト」(Right)ヲ用ユ支那及我邦ニ於テハ從來法律ナル熟字ヲ用ヒタルコトナク或ハ律ト云ヒ或ハ令ト云ヘリ例ヘハ明治初年ニ行ハレタル新律綱領若クハ改定律令ノ文字ヲ見ルモ明カナルヘシ我邦現今ニ於テハ法律ノ語ヲ用ユルト雖尚支那ニ於テハ律令ノ文字ヲ用ユルモノ、如シ

(一) 法律トハ各人ヲシテ正義ノアル處ニ據ラシメ小惡ト雖モ之ヲ爲サス小善ト雖之ヲ爲サシムルノ規則ナリト此定義ヲ唱フルモノハ道德主義ヲ採ル學者トス元來法律ノ定義トシテ最モ古ク又最モ有名ナルヲ羅馬ノ法學者ツェルズスノ與ヘタル定義トス曰ク法律ハ善及正公ノ術ナリト其善ト云フハ德義ニ關シ公正ト云フハ正義ニ關スルモノニシテ其意ハ法律ハ德義ニ從ヒ正公ヲ旨トセシメ以テ日常生活ノ安寧秩序ヲ現實ニスルモノナリト云フニアリ蓋シ當時ノ羅馬法學者ハ彼ノストワ派ノ哲學ノ爲メニ大ナル影響ヲ受ケタルモノニシテ法律ニ關スル此定義ト已ニ前ニ揭ケタルウルピアーヌスノ法律及正義ノ定義トヲ比較セハ甚タ密接ノ關係アルヲ知ルヲ得ヘシ且又ウルピアーヌスカ述ヘタル法律ノ格言ハ此ノ如シ正直ニ生活スルコト他人ヲ害セサルコト各人ヲシテ其處ヲ得セシムルコトト云フ言ニヨリテ見ルモ法律カ正義ヲ中心トセルヲ知ルニ足ルヘク而シテ此正義ヲ行ハシメントスル規則カ即法律ナリト爲タルハ明白ナリト云フヘシ

(二) 法律トハ神意ノ直接間接ニ表示セラレタルモノナリト此定義ハ神學派學者ノ唱フル處ニシテ其云フ所ハ神ハ人類ノ如キ形躰ヲ有スルモノニシテ神ハ人類ノ爲メ自ラ法律ヲ制定シ人類間ノ是非曲直ノ爭ヲ裁判スル者ナリトシ其判例ハ集マリテ不文ノ法トナリ進ンデ神カ成文ノ法ヲ制定スルニ至リタリト云フニアリ蓋シ此說ノ由テ生スル所以ノモノハ古代未開社會ニ於テ一團躰カ常ニ其團結ヲ固フセンカ爲メニハ必スヤ一ノ求心力ニ待タサルヲ得ス斯カル場合ニ於テ各人類ノ最モ能ク服從シ崇拜スルモノハ強者優者ニアラスシテ神ノ威力ニアリ彼ノ雷鳴風雨ヲ以テ神ノ怒ルモノトナシ淨行懺悔シテ以テ神ノ宥免ヲ乞ヒタル

カ如キハ何レノ國ヲ問ハス古代ニ行ハレタル常態ナリ法律ハ吾人日常ノ生活關係ニ於ケル行爲ノ標準ニシテ惡ヲナスベカラス他人ヲ侵スベカラズト云フカ如キハ一ニ皆神意ノ表示ニシテ之ヲ犯サバ神罰ヲ受クヘシトナシ以テ法律ノ重ンスヘク服從スヘキ所以ヲ示シタルハ理由ナキニアラサルナリ社會カ進歩シテ法律ハ家長又ハ族長之ヲ發スル者トシタル時ニ於テモ尚法律ハ神意ノ間接ノ表示ニシテ神意ヲ享ケテ家長若クハ族長之ヲ發ストシタルモ亦必スシモ難スヘキニアラサルナリ

法律ハ神意ノ直接又ハ間接ニ表示セラレタルモノナリトノ說ヲ實例ヲ以テ說明スレハ印度ニ於ケル「マヌー」法典ハ上帝ブラーマーヨリ之ヲ受ケタルモノナリト云ヒ「コートラン」ハモハメツトノ天使ヨリ受ケタリト云ヒスパルタノ「リクルグス」法典ハアポロヨリ受ケタリト云ヒ羅馬ノ「スマ」法典ハエチェリアヨリ受ケタリトナス如キ皆法律ヲ以テ神意ノ表示トナスモノナリ而シテ現今ニ於テモ神授說ヲ唱フルモノアリト雖果シテ宇宙間ニ眞理ノ存スル所以ハ神アリテ然ルヤ否ハ一大問題ニシテ輕々シク此ニ決スヘキニアラサルナリ

(三) 法律ハ君主若クハ之ニ等シキ地位ニアルモノ、意思ノ發表ナリト此定義ハ命令說ヲ採ルモノヽ唱フル所ナリ法律ヲ以テ君主ノ命令ナリトスルハ必スシモ近世ノ思想ニアラス古代羅馬ニ於テモ君主ノ欲スル所ハ法ノ力ヲ有スト云ヘリ近世分析法學ノ發達スルニ及ヒテ彼ノ英ノオースチンハ國家ニハ主權部分トヒ臣民部分トアリ法律ハ權力者カ服從者ニ對スル意思ノ發表ナリト說明セリ而シテ若シ劣者ニシテ優者ノ命スル處ニ從ハサランカ優者ハ其權力ヲ以テ劣者ニ惡報ヲ與フルモノナリトセリ故ニ命令說ヲ唱フル學者ノ定義ノ中ニハ必ス惡報即制裁ノ意ヲ包含シ制裁ナケレハ法律ニ非ラストスルナリ

(四) 法律ハ自然ニ存在スル一種ノ現象ナリトスルヲ稱シテ自然存在說ト云フ此說ノ中ニ於テモ或ハ法ヲ以テ萬有ノ一部ナリトナスモノアリ或ハ法ハ動物ノ性質ニ存スルモノナリトナスモノアリ或ハ法ハ事物ノ性質ニ存スルトナスモノアリ然レトモ何レモ自然ニ存在スル一種ノ現象ナリトスル點ニ於テハ相同シ蓋シ法律ハ自然界ノ秩序ノ一部ナリト云フ考ノ古代ニ於テ行ハレタルハ理由ナキ

ニ非ラサルナリ日月ノ運行、四季ノ變遷、晝夜ノ別等各種ノ宇宙間ノ現象カ秩序的ニ行ハルヽヲ以テ宇宙間ニハ必ヤ定律ノ存スル所以ヲ信シ人事百般ノコト又此宇宙間ノ定律ニ支配セラルヽモノニシテ吾人日常ノ行爲ノ準則トナリ正ヲ命シ惡ヲ禁スル法律ハ又此定律ノ一部ニ過キスト思惟シタルニアリ從ツテ人カ自然ニ從フハ即法律ノ目的ヲ達スル所以ナリト說明スルナリ

彼ノウルピアーヌスハ自然法ノ定義ヲ與ヘテ曰ク自然法トハ自然カ凡テノ動物ニ附與シタルモノナリト此定義ハ自然法ニ關スルモノナリト雖要スルニ法トハ動物一般ニ通スル定律ナルヲ示シタルモノナリ又彼ノモンテスキユーハ其著万法精理ニ於テ法ハ廣義ニ於テハ事物ノ性質ヨリ生スル天然ノ關係ナリト云ヘリ此意義ハ凡テノ實在ハ皆法ヲ有スルモノニシテ人ニ法アレハ動物ニモ法アリト云フナリ此等ノ定義ニ對シテハ甚タシキ非難ヲ加フルモノアリト雖法ハ社會現象ノ一ニシテ社會現象カ又生物現象ノ一部ヲナシ而シテ生物現象カ自然現象ノ一部ナルヨリ之ヲ論スルハ法律ハ自然界ノ定律ト其根底ヲ同フスルト云フ說ハ必スシモ一理由ナキニアラサルナリ

(五) 法律トハ人民ノ圣躰ノ思意カ或時代或方法ニヨリテ發表セラレタルモノナリト此說ヲ唱フルモノヲ民約論者トス民約論(コントラクシアル)ハ古來幾多ノ學者ニヨリ說明セラレタリト雖普通ニハ民約論ト云ヘハルーソーヲ連想シ民約論ハルーソーニ由リテ代表セラルヽモノトセリ從フテ此ニモルーソーノ說ク所ニヨリテ一應說明ヲ試ミントス

民約論ノ因テ生シタル原因ハ中世封建ノ制度ニアリ蓋シ封建時代ハ所謂公法私法混合ノ時代ニシテ領土主權ハ土地所有權ト混合セラレ君主ト地主トハ同一視セラレタルモノニシテ君臣ノ關係ハ恰モ地主ト小作人ノ關係ノ如ク小作人カ土地ヲ貸與セラレタル對價トシテ領主ニ服從ノ義務ヲ負擔スルモノトシ權力服從ノ關係ハ恰モ私法上ノ契約ニ原因スルカ如キ形アリ加フルニ當時ニ於テハ權力者即土地所有者ハ服從者即小作人ニ對シ恣ニ其威力ヲ逞フシタルノ結果服從者ハ領主ノ虐待ニ堪ユルコト能ハス此ニ於テカ小作人ハ何カ故ニ斯ク地主ノ權力ニ服從セサルヘカラサルカノ問題ヲ生シ遂ニ人民カ領主ノ權力ニ服從スル所以ハ領主カ當然ニ人民ニ對シテ權力ヲ有スルニアラスシテ人民ノ契約ニ基ツクモ

ノナリト說明シ或ハ權力ハ人民全躰ニ存スルモノニシテ假ニ領主ノ地位ニ在ルモノヲシテ權力ヲ行使セシムルニ過キスト說明スルノ止ヲ得サルニ至リシナリ

ルーソーハ說明シテ曰ク人類自然ノ狀態ハ平等ナリ幸福ナリ現今ニ於ケルカ如キ權力服從ノ關係ハ國家組織アリテ後始メテ生シタルモノナリ此ノ如キ不平等ナル弊害アル社會ニ於テモ人類ハ成ルヘク自然ノ狀態ニ於テ存スル平等幸福ヲ保持スヘキモノニシテ現今人民カ唯一ノ權力ニ服從シ以テ同時ニ各人ノ自由ヲ維持シ得ル所以ノモノハ實ニ契約ニ基ツクト云フノ外說明スルヲ得サルナリト更ニ說明シテ云ヘラク人類ハ共存ノ必要上團躰ヲ形成セサルヘカラサルモ之カ爲メニ其自由平等ヲ拋棄スヘキニアラス自由平等ハ人類ノ人類タル本質ナリ之ヲ失ハ、人格ナシ從テ國家組織ヲ形成スルニ當リテ各人ノ自由平等ノ權利ヲ拋棄セシメ專心唯一ノ主權ニノミ服從スヘシト云フカ如キハ元ヨリ無效ナリ之ヲ以テ一ノ國家組織ノ形成ヲ見ルハ各人自由ノ意思ヲ以テ之ヲ組織スルモノニシテ從テ此ニ各人ノ自由意思ノ外ニ人民ノ總意（ヴオロンテ・ジエネラール）ヲ生ス此總意カ即主權ニシテ主權ノ行動カ法律トナルト說明セリ此ノ如クルーソーハ巧ニ文ヲ弄シ法律ヲ

解シテ人民總意ノ働キナリト說明シ人類カ國家組織ヲナスハ一ニ皆結社元約ニ基ツクモノナリト說明スト雖此ノ如キハ事實及理論ニ反スル附會ノ說ト云ハサルコトヲ得ス然レトモ中世小作人カ地主ノ爲メニ虐待セラレ人民ハ此苦ミニ堪ユルコト能ハサリシ時代ニ於テハ當時ニ於テハ歐洲ノ學問上政治上ニ影響シタルコト甚タ少ナカラサリシナリ。

（甲）民約論ヲ非難スルモノハ

スル所以ノモノハ人民ノ契約ニ從テ此ニルーソーノ民約論ノ大畧ヲ說明シタルト同時ニ之ニ對スル非難ヲ揭ケ以テ民約論ノ其當ヲ得サル所以ヲ說明スルモ亦無益ニアラサルヘシ

曰ク民約論ノ主旨トスル所ハ人民カ權力ニ服從シテ人民カ尙權力ノ下ニ服從シタルハ如何ニ說明セントスルカ凡ソ原始社會ニハ契約ノ存在シ得ヘキ道理ナシ契約ナル思想ハ文化ノ程度發達シタル國ニアラスンハ之ヲ見ルコトヲ得ス此ノ如キ時代ニ於テ人民カ契約ヲ以テ國家ヲ形成シ國家ハ其權力ヲ以テ法律ヲ制シ人民ハ契約ノ主旨ニ基キ之ニ服從スト云フカ如キハ歷史上ノ事實ニ反スル最モ不當ノ論斷ト云ハサルヘカラス古代ニ於テハ些少

ノ約束ヲナスニ當リテモ德義心ノ發達未タ充分ナラサリシノ結果稍モスレハ約束ニ違反スルノ恐ナキ能ハサリシヲ以テ先ツ誓ヲ神ニ立テ、然ル後約束ヲナスヲ常トセリ此ノ如キ不安ノ狀態ノ下ニ於テ何ソ將來ニシテ且吾人ノ自由權利ニ重大ノ關係アル國家組織ノ契約ヲナシ法律ヲ制スルヲ得ンヤ是ヲ以テ之ヲ觀レハ民約論者カ國家ノ創設法律ノ制定ヲ以テ契約ニ本ツクト論斷スルノ不當ナルハ云フヲ俟タスシテ明白ナリト

(乙) 更ニ非難シテ曰ク凡ソ物ノ生スル必スヤ其因ナカラサルヲ得ス所謂物アレハ蔭之ニ伴フト等シク假ニ民約論者ノ云フ所ヲシテ眞正ナラシメハ國家組織ノ人民ノ契約ニ因ルトノ事實ハ必スヤ歷史上之ヲ證シ得ラレサルヘカラズ然ルニ歷史上國家組織カ如何ニ成立シタルカヲ見ルニ一トシテ契約ニ基ツクト看做スヘキ事實ノ存在ヲ認ムルヲ得ス然ラハ即民約論ハ歷史ニ基ツカサル架空ノ論ナリト云ハサルヘカラスト

(丙) 民約論ニハ理論上ノ誤アリ何トナレハ契約ト云ヘハ必ス社會力ノ存在ニ俟タサルヲ得ス元ヨリ單純ニ或事ヲナサントノ意思合致シタリトスルモ之レ一片ノ事實ニ過キスシテ契約カ契約トシテ其實效アル所以ハ法律上有效ノモノナラサルヲ得ス然ラサレハ單ニ意思ノ合致アルモ何等ノ效力モ發生シ得サレハナリ然ルニ民約論者カ國家ヲ創設シ由テ以テ法律ノ制定ヲナスハ契約ニ基ツクト說明スルカ如キハ自家撞着矛盾モ亦甚シト云ハサルヲ得スト

(丁) 假ニ一步ヲ讓リテ民約論者ノ唱フルカ如ク契約ニ基ツクモノトセハ何故ニ元約者タル各人民ハ此契約ニ拘束セラレサルヘカラサルカ國家ヲ創設スルハ明示ノ契約ナリ之ニヨリテ設立セラレタル國家ノ權力ニ服從シ法律ヲ遵奉スルノ義務アルハ默示ノ契約ニ基ツクモノナリト說明スルモノナキニアラスト雖モ此ノ如キ答辯ハ其要領ヲ得サルノミナラス未タ此非難ヲ覆スニ足ラスト右述ヘタルカ如ク民約論ハ單ニ中世歐洲社會ノ狀態ニ基因シテ生シタルモノニシテ其說ク所獨斷定敎ニアラスンハ架空ノ妄論ニ過キス然レトモ當時ノ社會ノ狀態ハ遂ニ此ノ如キ議論ヲナサヽルヘカラサルノ有樣ナリシカ故ニ其影響ハ法學上政治上甚タ少ナシトナサヽルモノニシテ佛國革命ノ如キ米國獨立ノ如キ皆此影響ヲ蒙ムリタル點ハ大ニ注意セサルヘカラサル所トス

(六) 法律ハ人民ノ意思ノ發表ナリト此說ヲ稱シテ總意說ト云フ民約論ノ說ク所ハ人民ノ意思カ或時代ニ或方法ニヨリ換言セハ契約ニヨリ發表セラレタルモノナリトナスニアレトモ此說ハ人民ノ意思カ外部ニ發表セラレテ法律ヲナスモノナリト云フニ在リ蓋シ人類カ日常生活ヲ營ムニ當リテハ各種ノ方面ニ向テ働ク行爲ハ千差万別ニシテ一々ニ列記スル能ハス然レトモ或事項ニ付キ常ニ同一ノ行爲ヲ繰返スニ及テハ遂ニハ此行爲ヲナスハ人類ノ義務ナリ若クハ此ノ如キ行爲ヲナス權利アリト思惟(レヒツユーベルツァイグング)スルニ至リ此ノ觀念カ外部ニ現ハレテ法律ヲ作成スルニ至ルナリト說明スルナリ此說ヲ唱フルモノハ國民法、法曹法、成文法ノ三區別ヲ認ム人民一般カ或事項ニ付キ永キ時期ノ間全一ノ行爲カ幾回モ繰返サルルニ及ヒテハ其行爲ハ常ニ其事項ニ關スル慣習タルニ至ル之レ即チ最モ單純ナル法律ニシテ之レヲ國民法(フオルクスレヒト)ト云ヘリ然レトモ社會ノ文運漸ク進歩シテ日常生活ニ於ケル各種ノ行爲モ亦煩雜トナルニ及ヒテハ或事項ニ付キ果シテ如何ナル慣習カ存在スルカハ一般人民ノ容易ニ認メ得ヘキ處ニアラズ從フテ法學ニ通スルモノハ能ク其當時ノ社會ノ狀態人民ノ性情ヲ攻究シテ或事項ニ付テハ此ノ如キ慣習アリトノ事實ヲ明カニシ以テ人民日常ノ生活ニ於テ遵由スヘキ所ヲ知ラシムルニ至ル此ニ於テカ法學者ノ研究セル事項ハ人民行爲ノ準則トナリ法律ノ效力ヲ有スルニ至ルモノニシテ之レヲ稱シテ法曹法(ユーリステンレヒト)ト云ヘリ更ニ社會カ進歩スルニ及ヒテハ人民行爲ノ標準タルヘキモノハ一般人民ノ觀念若クハ學者ノ研究セルル結果ノミニ由ル能ハサルニ至リ明カニ行爲ノ準則タル規則ノ發表ヲ必要トスルニ至リ加フルニ一國統治ノ必要上法律ハ立法機關ヲ經由スヘシトナスニ及ヒ此ニ成文法(ゲゼツツエスレヒト)ノ制定ヲ見ルニ至ルモノナリト

(七) 法律ハ人類ノ性情ニ存スル社交性ヲ全フセシムル條件ナリト此說ハ人性派學者ノ唱フル所ナリ元來人類ハ單獨ニ孤立シテ爲シ得ヘカラス必スヤ結合的生活ヲナサントスル性質アルヲ以テ此性情ヲ全フシテ以テ互ニ共同平和ノ生活ヲ營マントセハ必スヤ日常生活ノ關係ニハ一定ノ秩序ナカラサルヲ得ス法律ハ此秩序ヲ維持スルモノニシテ以テ吾人ノ性情ヲ全フセシムル所以ナリト

以上說明シタル法律ノ定義ニ就テ之ヲ見ルモ法律ノ定義カ其時代ノ狀態ニヨリ若クハ學者ノ見地ヲ異ニスルニヨリ未タ區々ニ出テ其軌ヲ一ニセサルヲ知ルヲ

得ルト同時ニ法律ノ定義ヲ下スコトノ甚タ困難ナルヲ知ルヲ得ベシ余輩ハ緒言ノ部ニ於テ法ノ根原ハ何レニ存スルカ及ヒ法ハ何カ爲メニ必要ナルカヲ一言シタリ余カ法律ニ關スル定義モ亦此ニ胚胎ス余ハ法律ヲ定義シテ左ノ如ク云ハントス

法律トハ人類共同生活ノ規則ニシテ國家ニヨリ强行セラルヽモノナリ

此定義ノ說明ハ前述ノ法ノ根原及其必要ノ部ニ於テ述ヘタル所ヨリ推知シ得ヘキヲ以テ此ニ更ニ說明ヲ要セサルヘシト雖法律ノ定義ハ從來未タ論爭セラレタル所ナルヲ以テ此ニ之ヲ分析說明セン

一法律ハ規則ナリ凡ソ規則ト云ヒ法則ト云フ語ハ實ハ事物ノ秩序ヲ意味スルニ外ナラス前述ノ如クモンテスキューハ法ハ廣義ニ於テハ事物ノ性質ヨリ生スル必然ノ關係ナリト云ヒ又支那ニ於テハ物アレハ必ス則アリト云ヘリ吾人ノ通常ノ用語トシテ規則アリトカ秩序アリトカ云フノ意ハ一ノ現象カ他ノ現象ニ伴フテ生スル事物相互ノ順序ナリ例ヘハ物理學ニ於テ物體ヲ摩擦スレハ熱ヲ生スト云フハ熱ナル現象カ物體摩擦ナル現象ニ伴フテ生スル順序ヲ云ヒ現シタル

ニ外ナラズ抑〻宇宙間ノ事物ハ必スヤ一定ノ法則アリテ之ニ支配セラレサルモノナシ彼ノ日月星辰ノ運行ヲ見スヤ人生僅ニ五十ニシテ生アルモノハ死ヲ免ルヘカラサルハ如何日月ノ東ニ出テ、西ニ沒シ四季晝夜ノ關係ヲ生スルハ古今一律寸毫ノ變化ナキニアラスヤ又生アレハ死スト云フハ所謂生者必滅ノ大原則ニ外ナラスシテ幾多ノ星霜ヲ經タル今日ニ至ル迄未タ嘗テ之ト反對ナル事實アルヲ見サルニアラズヤ夫此ノ如ク宇宙間ニハ必スヤ一定ノ法則秩序アリテ存ス吾人人類間ニ於ケル亦豈ニ秩序ナカラサルヲ得ンヤ彼ノ因果應報ノ理或ハ之ヲ非難スルモノナキニアラスト雖例ヘハ故ナクシテ他ヲ殺害シタルモノ平穩ニ其生存ヲ全フスルコトヲ得ルトセハ吾人日常ノ生活ハ果シテ如何ナル狀態ヲ呈スヘキカ人ヲ殺スモノハ又殺サルト云フハ豈ニ事物必然ノ關係ナラサランヤ法ハ人類行爲ニ關スル規則ナリ秩序ナリ一概ニ法ト云ヘハ前述ノ如ク其意義甚廣クシテ宇宙間ノ規則秩序皆法ナリト云フヲ得ヘケンモ吾人カ法律ノ下ニ論セントスルハ元ヨリ社會的ノ法ナリ人類行爲ニ關スル法ナリ天然自然ノ法ハ法學ニ於テ論スヘキ問題ニアラサルナリ

二　法ハ人類共同生活ノ規則ナリ　法カ秩序ナルコト右述フルカ如シ若シ人カ單獨ニ孤立シテ此世ニ生存シ得ヘシトセハ恐クハ法律ノ必要ヲ見ルコトナカルヘク權利ノ觀念ノ發生スヘキ理由ハナカルヘシ何トナレハ己ノ欲スル所一トシテ行ハレサルナク又自己隨意ノ行爲ニ對シ他人ヨリ寸毫ノ干渉制肘ヲ受クヘキ恐ナケレハナリ然レトモ人ハ絶對ニ孤立シ獨立シテ生存シ得ヘカラス必ス社會ヲナス彼ノ人類ハ社會的(ソシヤルビーイング)實在ナリト云ヒ又ハ人類ニハ社交性アリト云フカ如キハ寧ロ人ノ人タル本質ヲ示シタル適當ノ文言ナリト云ハサルコトヲ得ス已ニ人類ハ團體生活ヲナスモノナリトセハ各人カ自己ノ生存ヲ全フスルノ必要アルト同時ニ必スヤ團體ノ存續ヲ必要トスルモ亦明カナリト云ハサルヘカラス團體ノ生存破レテ各人ノ生存獨リ安全ナルヲ得ス團體ノ生存危ケレハ各人ノ共同ハ即此ニ破ルヽモノニシテ所謂各人ノ各人ニ對スル爭鬪ノ狀態ヲ呈スルニ至ルハ勢ノ免レサル所ナリ是ヲ以テ之ヲ觀レハ團體ノ結合ヲ固クシ其存續ヲ計ルハ即各人ノ生存ヲ全フスル所以ニ外ナラサルヲ知ルヲ得ヘシ法カ人類共同生活ノ秩序ナリト云フハ其團體ノ目的ヲ達スルカ爲メ之ヲ組成スル各個人ニ對シ行爲ノ準則ヲナスト云フニ外ナラス此法アルニヨリテ團體ノ秩序ハ維持セラレ其結合ハ益確固トナリ從テ各個人ハ安全ニ其生活ヲ營ムコトヲ得ルニ至ルモノトス

三　法ハ強行セラルヽモノナリ　右述フルカ如ク法ハ人類共同生活ノ秩序ナリ此秩序ニシテ亂レンカ團體ノ結合ハ破潰シ各個人ハ須ラクモ其處ニ安スルヲ得ヘカラス此共同生活ノ秩序ヲ維持スル者ハ一ニシテ止マラス道德上ノ規則宗教上ノ規則一トシテ此秩序ヲ維持スルニ必要ナラサルハナシ然レトモ法ノ法タル所以ハ其强制ノ力アルニシテ此强制ノ力アル所以カ道德宗教ト區別セラルヽ所以ナリ元ヨリ社會ノ秩序ハ各人自ラ內ニ顧ミ敢テ他ヲ害スヘキコトヲナサヽルニヨリ之ヲ維持スルコトヲ得ヘキカ故ニ人心ヲ支配スヘキ宗教道德ノ秩序維持ノ上ニ於テ重大ノ勢力アルハ云フヲ俟タス然レトモ社會ヲ組成スル各個人ハ必スシモ完全無缺ニアラス稍モスレハ外形上ノ制裁ナク又强制セラルヽ恐ナキヲ盾トシテ秩序ヲ亂スノ行動ニ出テントス此時ニ當リ之ヲ救濟センカ爲メ單ニ內心ヲ支配スル宗教道德ノ規則ニ基ツキ違反者ヲシテ神罰ノ恐ルヘキヲ示シ若クハ

良心ノ命スル所ニ從ハシメントスルモ恐クハ其實效ヲ奏セサラン寧ロ强制シテ其秩序破亂ノ行爲ヲ禁シ必要ノ場合ニハ相當ノ刑罰ヲ科スルノ止ムヲ得サルノミナラス又之レニ勝レルニ如カサルナク法律ノ特色ハ强制ノ力ニアリ宗教道德ノ內心ヲ支配シテ敢テ自ラ秩序ヲ亂ルノ行爲ヲナサヽラシメント力ムルト同時ニ法律ハ人類外部ノ關係ヲ支配シ秩序維持ノ必要上或行爲ヲナスコトヲ命シ若クハナサヽルコトヲ命シ以テ團體ノ秩序回復ヲ計ラントスルニアリ

四　法ハ國家ニヨリ强行セラルヽモノナリ　法カ國家ニヨリ强制セラルト云フハ法ハ國家アリテ始メテ行ハルト云フニ同シ已ニ述ヘタルカ如ク法ハ共同生活ノ秩序ニシテ吾人カ平穩ニ團體生活ヲ營ミ身體財產ノ安全ナルコトヲ得ヘキ要件ナリ而シテ法ノ法タル特質ハ其强制ノ力ニアルモノニシテ其强制力アルニハ必スヤ權力アルニ俟タサルヲ得ス例ヘハ吾人ハ相互ニ集合シテ一ノ團體ヲ組成シタリトセヨ若シ平和的ノ集合ニシテ或一部カ權力ヲ有シ他ハ之ニ服從スルト云フカ如キ關係ナクシテ尙能ク秩序ヲ維持スルコトヲ得ハ即止ム然レトモ若シ此秩序ヲ亂ルモノアラハ如何ニシテ之カ回復ヲナスヘキカ人類ハ相互ニ對等ナリ平等ナリ此平等ノ關係ニ於テハ他人ハ他人ヲ强制シ得ヘキ道理ナキヲ以テ畢竟秩序ノ回復ハ望ムヘカラサルニ至ラン若シ之ヲ强制シ得ハ已ニ平等ニ非スシテ一ハ權力者ニシテ他ハ服從者ナリ余ハ前編國家ニ付テ論スルニ當リ國家ト法律ハ須ラクモ離ルヘカラサル所以ヲ論シ又廣ク團體ト云ヘハ權力的ト平和的ノ二團體アルヲ述ヘ國家ハ權力團體ニ屬スルモノナルヲ論シタリ法律ハ國家ト其終始ヲ仝フス國家ナケレハ法律ナシ所謂社會ナルモノハ人類ノ集合體ヲ意味スルコト元ヨリ論ナシ然レトモ社會ニハ政權ナシ權力ナシ社會組織ノ上ニ於テハ肉體上心理上ニ於テ元ヨリ强弱優劣ノ差コソアレ一人カ上ニアリテ權力ヲ有シ以テ國體ノ秩序維持ヲ强制スヘキ權力服從ノ關係アルヘキ筈ナク言ヲ換ヘテ云ヘハ社會トハ單ニ人類ノ集合體ト云フニ過ギス國家トハ一定ノ權力ノ下ニ人類ノ集合セルモノナリ國家ハ權力ノ本體ナリト云フハ即此意義ニ外ナラス國家ナケレハ權力ナク權力ナケレハ國家ニアラス法ハ此權力團體タル國家アルニヨリテ始メテ其效用ヲ全フスルヲ得ルモノナリ

以上余輩ノ法律ノ定義ヲ說明シタリ此定義ニヨレハ法律ト云ヘハ必ス之ヲ强行

スヘキ權力ノ存在ヲ必要トスルヤ蓋明カナリ果シテ然ラハ彼ノ國際法ナルモノハ果シテ法律ト云フヲ得ヘキヤ否ヤ之レ從來學者ノ論爭スル所ナリ其爭點ハ國際法ト云フハ各國相互ノ關係ヲ定メタル法律ナルヲ以テ國際法ニハ強制ノ要素ヲ缺クト云フノ點ニアリ國際法非法律論者ノ云フ所ニヨレハ法律ハ右述ルカ如キ條件ノ具備スルヲ必要トスルカ故ニ國際法ニハ主權者ナシ權力ナシ從フテ強制ノ力ヲ缺クカ故ニ法律ニ非スト國際法法律論者ノ云フ所ニ依レハ現在ノ狀態ニ於テハ國際法ニハ強制ノ力ヲ缺クカ如ク見ユレドモコレ國際法ノ發達カ未タ幼稚ナルニヨルモノニシテ國際法ニハ全ク強制ノ力ナシト云フヲ得ス故ニ此點ヲ以テ國際法ハ法律ニアラストノ論斷スルハ非ナリト云フニ在リ余輩ハ此兩說何レモ一應ノ理由ナキニアラサルヲ認ムト雖モ國際法非法律論者ノ云フカ如ク強制ノ力ナキヲ以テ法律ニアラスト云フノ論旨ノ確固タル根據カ果シテ那邊ニ存スルカヲ見出スコト能ハス余輩ハ國際法現在ノ狀態ニ顧ミ其性質ヲ考覈シテ國際法ハ法律ノ一部ナリトノ論旨ヲ信セント欲スト雖モ之ヲ以テ之ヲ云フカ若シ法律ノ定義ヲ嚴格ニ解シテ右余輩カ述ヘタル所ノ條件ヲ具備セサルヘカラストセハ非法律

論者ノ云フカ如ク國法際ハ法律ニアラサルカ如キ觀ナキ能ハス何トナレハ國際法ハ國家相互ノ干係ヲ規定スルモノニシテ國家ハ相互ニ對等平等ニシテ一カ權力者ニシテ他カ服從者ナリト云フコトナク又國際間ニ於テハ共同唯一ノ主權ノ存在ナク從フテ強制ノ力存在セサレハナリ然レトモ翻テ顧フニ國際法ノ現今ノ狀態ハ未タ完全發達ノ域ニ達セス此發達ノ初期ニアル國際法ヲ捉ヘテ嚴格ニ要件ヲ具備セサルカ故ニ法律ニ非ストスルハ或ハ速斷ノ譏ヲ免レサルヤカラン元ヨリ國際法ハ權力ニヨリ強制セラルヽ形式ナシ換言セハ國際法ニ違反スルモ一定ノ制裁アルコトナシ然レトモ所謂吾人ノ認メテ以テ法律ナリト稱スルモノ中ニ於テモ制裁ヲ欠クモノナキアラサルヲ以テ（例ヘハ憲法行政法々規ノ如シ）若シ非法律論ノ論旨ヲシテ假ニ正當ヲ得タルモノナリトセハ此ノ如キハ又法律ニアラスト云ハサルヘカラサルノ結果ヲ生ス此ノ如キハ自ラ認メテ以テ法律ナリトシタルモノヲ理論上法律ニ非スト斷スルハ撞着矛盾ノ論旨ニアラサルヤカラン且ツ夫レ彼ノ仲裁々判所ノ設置ノ如キハ各國カ自ラ此裁判ニ服從スルノ意思ヲ有スルニ出ツルト同時ニ若シ規則ニ違反シタル場合ニハ戰爭行爲ノ如キヲ以テ他國ノ

復讎ヲ受ケ又ハ交際ヲ拒絶セラレテ結局一國トシテノ成立ヲ危フスルニ至ルハ其國ニ對スル一種ノ制裁ナリト見ルヲ得ヘキニ由リテ之ヲ見レハ余輩ハ未タ國際法ハ法律ニ非ラストノ論旨ニ贊セント欲シテ能ハサル所ナリ民カ法律法商法ナルコトハ何人ト雖モ寸毫ノ異論ヲ挾ムモノナカラン然レトモ其發達未タ完全ナラサル時代ニ於テハ恐ラクハ今日ノ如キ制裁ヲ缺キタルコト少カラサルヘク而シテ幼稚ノ時代ニ於ケル民法商法ハ法律ニアラサレトモ今日ノ發達シタル民法商法ハ法律ナリト論スルカ如キハ國際法非法律論者ト雖モ敢テセサル所ナルヘキ乎故ニ余輩ハ不幸ニシテ國際法ハ法律ニ非ストノ論旨ハ其當ヲ得タルモノニ非サルヲ信ス

然ラハ法律ハ何カ爲メニ存スルカ法律ノ目的ハ如何此問題ハ已ニ右述フル所ニヨリテ明カナラン一言ニシテ云ヘハ法律ハ生存ノ要件ナリ共同生活ノ秩序ヲ維持スルコトカ法ノ目的ナリ然レトモ一見スレハ法ヲ亂ル時ハ共同生活ノ秩序ハ亦亂ルルニ至ルヘキカ故ニ恰モ法ヲ全フスルコト夫自身カ目的タルカ如キ感ナキニアラス然レトモ法ハ共同生活ノ目的ニアラス法ノ爲メニ共同生活ヲナスニ非スシテ共同生活ヲ全フセンカ爲メニ法カ存スルナリ目的ニ非スシテ手段ナリ卑近ノ例ヲ以テ說明スレハ吾人ハ衣食セサルヘカラス衣食ノ目的ハ何レニアルカト問ハヽ何人モ生活ノ爲メト答フルニ躊躇セサルヘシ然レトモ衣食ヲ缺ク時ハ遂ニ死ノ運命ヲ來スヘキカ爲ニ衣食ハ生活ノ爲メニスルニアラスシテ衣食ノ爲メニ生活スルカ如キ觀ナキ能ハサルヘシ然レトモ生活ノ目的ハ衣食ニ非サルヤ甚タ明カナリ人ハ生活スルカ爲メニ食スルモノニシテ食スルカ爲メニ生活スルニアラストノ獨逸ノ格言ニ準シテ法ト共同生活ノ關係ヲ說明スレハ人ハ共同生活ヲナスカ爲メニ法ヲ要スルモノニシテ法ノ爲メニ共同生活ヲナスニ非スト云フヲ得ヘキナリ

是ヲ以テ之ヲ觀レハ法ハ共同生活ノ要件ニシテ之ヲ換言スレハ法ノ目的ハ國家ヲ維持シ國民ノ福利ヲ增進スルニアリト云フニ外ナラス然レトモ法律カ其實效ヲ現ハス上ヨリ見テ法律ノ直接ノ目的ヲ云ヒ現ハセハ法律ハ權利ヲ設定シ之ヲ保護スルヲ目的トスト云ハサルコトヲ得ス權利ヲ設定シ之ヲ保護スルハ即各國民ノ福利ヲ增進シ依テ以テ國家ヲ維持スル所以ニ外ナラサルナク故ニ或ハ法律

ヲ定義シテ法律トハ各人ノ權利ヲ規定スルモノナリト云フモノアリ余輩ノ定義トハ一見大ナル差異アルカ如シト雖實ハ同一ノ觀念ニ本ツキ同一ノ意味ヲ異ナレル語ヲ以テ言ヒ現ハシタルニ過キサルナリ

第二章　法律ト宗教道徳トノ關係

前章述ヘタルカ如ク法ハ人類共同生活ノ規則ナリ然レトモ人類カ共存ヲナスニ當リ其秩序ヲ維持シ行爲ノ準則トナルヘキ法則ハ必スシモ法律ノミニ限ラス道德ノ教モ宗教ノ教モ亦必要ナルハ茲ニ喋々ヲ要セスシテ明カナリ從フテ從來ニ於テモ又現今ニ於テモ稍モスレハ法律ト宗教道德トハ混同セラル唯此兩者ノ相異ナル處ハ一ハ人類外部ノ關係ヲ規定シ他ハ內部ノ關係ヲ規定スルノ點ニアリ是ヲ以テ之ヲ觀レハ法律ト宗教道德トハ之レヲ區別スヘキコトモ亦明カナリ現今發達シタル國家ニ於テハ此區別ヲ認ムルハ當然自明ナルガ如シト雖之カ甚タ新シキ現象ニシテ古代ニ於テハ必スシモ此區別ヲ認メラレス法律ノ目的モ宗教道德ノ目的モ共ニ人類ノ共同生活ノ規則ニシテ各個人ノ行爲ヲ支配シ之カ準則タルモノナリト觀念シタリ已ニ述タルカ如ク法律ハ善及公正ノ術ナリト云ヒ法

學ハ神事及人事ノ了知ニシテ正及不正ノ學ナリト云ヒ又彼ノ羅馬法學者クリチツプスノ與ヘタル法律(レックス)(國法ノ意)ノ定義ニ法ハ神事及人事ノ學ナリト云フカ如キニヨリテ之ヲ見ルモ古代此區別カ認メラレサリシヲ知ルニ難カラサルヘシ從フテ本章ニ於テ法律ト宗教道德トノ關係ニ付キ特ニ一言セント欲スルモノ蓋シ無用ノ事ニ非サルヲ信シタレハナリ

第一節　法律ト宗教トノ關係

法律カ人類共存ノ秩序ヲ維持スル規則ナリトノ點ニ於テハ宗教モ亦異ナル所アルヲ見ス凡ソ一ノ共同團躰ノ存續發達ニ必要ナル條件ハ決シテ一ニシテ止マラスト雖其重ナルモノニシテ且最モ直接ナルモノヲ法律、宗教、道德ノ三者トス特ニ原始社會ニ於テハ宗教的觀念ヲ以テ治國齊家ノ道トナシタルハ何レノ國ト雖皆然リ本節ニ於テハ法律ト宗教トハ如何ナル關係ヲ有シ混合時代ヨリ如何ニ變遷分化シタルカノ大躰ヲ示サントス

宗教ノ何タルカハ茲ニ深ク論スヘキ問題ニアラス然レトモ平易ニ之ヲ解スレハ宗教ノ本質ハ信仰(グラウベン)ナリ信仰ヲ離レテ宗教ナシ宗教ハ絕對萬能ニシテ且至靈至尙

ノ神ノ存在ヲ認メ人類ノ觀念目的ヲ之ニ近ツカシメントスル信念ナリ宗教ノ內容ハ命令的ノ強制的ニアラスシテ心理的ナリ一言ニシテ云ヘハ宗教ハ詰リ吾人ノ心神ヲ支配スト云フニ外ナラサルナリ

人類ハ日常ノ生活ニ於テ不足ヲ感スル所ノモノ甚タ複雜ナリ衣食住ハ勿論其有形無形ノ慾甚タ少ナカラサルヘシ有形的ノ不足ノ念例ヘハ衣食住ノ不足ハ經濟上ヨリ之ヲ滿足スルコトヲ得ヘキモ精神上ノ慾(例ヘハ安身立命ヲ得サルカ如キ)ハ宗教ニ依ルニ非サレハ望ムコトヲ得ス例ヘテ云ヘハ一人住スルニ宏壯ノ邸宅ヲ有シ衣ハ綾羅ヲ重ネ食ハ山海ノ珍味ニ飽クカ如キ有形上ノ不足ナキ時ニ於テ若シ其精神カ常ニ平カナラサレハ衣食住ノ不足ナキモ快樂ヲ感スルコト非サルヘシ即チ吾人精神上ノ平和ハ單ニ有形上ノ不足ナキノミヲ以テ望ミ得ヘキニ非ルナリ是ヲ以テ觀レハ有形上ノ慾ヲ滿スコトト相俟テ吾人ノ生活ヲ安穩ニスルヲ得ヘク獨リ有形上ノ慾ヲ滿シテノミ生活ノ幸福ニアラサルヤ蓋シ明カナリ

右述ヘタル宗教カ人生ニ必要ナル點ヲ推論シテ法律トハ如何ナル差異アルヤヲ研究スルニ法律ハ直接ニ人ノ外部ノ行爲ヲ支配スルニ反シ宗教ハ直ニ內部ノ精神ヲ支配ス法律ハ人ト人トノ關係ヲ規律スルニ反シ宗教ハ人ノ神ニ對スル關係ヲ主トシ法律ハ元來强制スルヲ本質トシ宗教ハ此性質ヲ有セザルノ點ニアリ此ノ如ク法律ト宗教ハ一方ニ於テ相關係スル所アルト同時ニ他方ニ於テハ互ニ區別スベキモノナリト雖古代ニ於テハ何レノ國ニ於テモ二者相混同シタルコトヲ常態トス何トナレハ二者共ニ其目的タル共存ノ秩序ヲ維持スルノ點ニ於テハ相異ナル所ナカラサレハナリ從フテ此兩者ノ關係ノ變遷ヲ知ランカ爲メニ歷史的ニ之カ研究ヲナサヽルヘカラサルナリ

人類ノ集合躰ニシテ且最モ古キモノヲ血族團躰トス血族團躰トハ已ニ述ヘタルカ如ク共同ノ始祖ニ出タルモノ相集合シテ團躰生活ヲ營ムモノヲ云フ團躰ノ各員相互ノ關係ハ團躰カ未タ膨脹セサル時代ニ於テハ甚タ近親ナルカ故ニ自ラ互ニ相愛スルノ情深ク團結モ亦從フテ確固ナリ各員ハ團躰ノ長タル家長若クハ族長ノ權力ニ服從シ以テ平和ノ生活ヲ營ムコトヲ得ヘシ然レトモ團躰カ漸ク膨大スルニ及ヒテハ相互ノ干係ハ又漸ク疎遠トナルカ故ニ團結ハ稍

モスレハ破潰セントス此ニ於テカ團躰維持ノ必要上祖先ヲ崇拜シ團躰ノ各員ハ共同始祖ニ出ツト云フ觀念ニ基ツキテ團結ノ維持ヲ計ラルヘカラサルニ至ル此ノ如キ時代ニ於テハ祖先ヲ祭ルノ風アリ社會上一般ノ制度ヲ生シ宗教上ノ儀式即政治上ノ儀式ニシテ所謂祭政相一致シタルモノナリシナリ且夫レ大ナル團躰ノ結合ヲ維持シテ平和ノ生活ヲ營マントセハ必ス一ノ等心力ニ依ラサルヲ得ス蓋シ未開ノ社會ニ於テハ人未タ共同生活ノ利益ヲ自覺セサルヲ以テ唯一ノ主權ニ服從シ其命令ヲ遵奉セントスルノ念ニ乏シ此時代ニ於テ人類行爲ノ準則ハ神ノ命スル所ナリ之ニ反スレハ神罰アリトシテ神ノ威力ニヨリテ團躰ノ結合ヲ維持セントシタルハ寧ロ自然ノ勢ニシテ宗教上ノ規則ハ即法律上ノ規則ニシテ神罰ハ即法律ノ制裁ナリト觀念シタルナリ故ニ之ヲ法律宗教一致ノ時代ト云フ人類漸ク發達進歩シテ共同生活ノ利益ヲ自覺スルニ及ヒテハ自ラ能ク中央ノ權力ニ服從スルハ即各人ノ生活ヲ安全ニスル所以ナルヲ觀念スルニ至リ此ニ宗教ハ法律トハ漸次分化スルノ端緒ヲ見ルニ至ル然レトモ此分化モ未タ完全ナラスシテ法律規則ト稱セラルヽモノニ於テ宗教上ノ規則觀念ヲ內容トスルモノ甚タ多シ之レ一ハ社會ノ進歩未タ著シカラスシテ法律ト宗教ノ分化カ其ノ過度ノ時代ニアルト同時ニ中世法學者ト稱セラルヽモノ僧侶ニ多カリシニ因ラスンハアラス例ヘハ宣誓ノ法トシテ宗教上ノ儀式(我國ノ探湯ノ如シ)又ハ法律ハ君主ガ神意ヲ受ケテ之ヲ制定スルモノナリトスルカ如キ若クハ君主ハ一國ノ首長タルト同時ニ宗教ノ長ナリト觀念スルカ如キ皆宗教カ未タ全ク法律ト區別セラレサル狀態ヲ示スモノナリ之ヲ法律宗教分化ノ初期トナス

社會カ益々進歩スルニ及ヒテ法律ト宗教トハ混同スヘキモノニアラサルヲ認メ宗教ハ人ノ精神ヲ支配シ神ノ存在ヲ認メテ之ヲ標準トシ內心ノ安全ヲ得ルニアリトシ法律ハ外部ノ行爲ヲ支配シ日常ニ於ケル行爲ノ準則トナリ以テ生活ノ安全ヲ得ルニアリトナスニ至リ此ニ宗教ト法律ハ全然相區別セラレ國家ト寺院トハ皆分離セラレ法律ヲ解シテ君主カ神意ヲ受ケテ之レヲ制定スルモノナリトナサス又法律ハ僧侶ノ手ヲ離レテ專門家ノ手ニ歸スルノ狀態ヲナスニ至リシナリ其茲ニ至リタル原因ハ一ニ人民カ政治上社會上ノ實驗ニ富ミタルニ出テタルニ外ナラズ之ヲ宗教法律ノ分化ノ時代トナス

以上述ヘタルカ如ク法律ト宗教トハ社會ノ發達ニ伴フテ混同時代ヨリ分化時代ニ變遷シタルハ歷史ニ基ツキ甚タ明白ナル事實ナリトス之ヲ理論ノ上ヨリ見ルモ已ニ前述ノ如ク宗教ハ神ノ觀念ヲ以テ中心トナスカ故ニ神ニ對スル觀念ナリ宗教ト法律ヲ混同スルノ斷定ヲ下シタルハ理由ナキニ非サルナリ然ラハ吾人ハ神ニ對シテ如何ナル觀念ヲ有スルカ又此觀念カ法律ト宗教トノ關係ニ如何ナル影響ヲ及ホスヘキカ試ニ之ヲ一言セン

(一) 神ハ造物主ナリ神ヲ以テ萬物ノ創造者ナリトナス觀念ハ何人ト雖モ之ヲ有スル所ナルヘシ此觀念ノ結果トシテ國家モ法律モ皆神ノ創造ニ出ツルモノナリト推論スルナリ

(二) 神ハ萬物ヲ支配ス此觀念モ亦神ハ萬物ヲ創造スト觀念ニ伴ヒテ生スルモノニシテ此結果トシテ人類モ神ニ支配セラルヽモノニシテ法律ハ之レカ爲メニ存スト推論スルモノナリ

(三) 神ハ萬能力者ナリ此觀念モ亦何人ト雖モ有スル所ノモノナルヘシ萬能力トハ何事ヲモナシ能フト云フニ同シ此觀念ノ結果トシテ神ハ元ヨリ法律ヲ制シテ人類ヲ支配シ得ヘク人類ハ絶對ニ之ニ服從スヘキカ故ニ若シ之ニ違反スルトキハ人類ニ制裁トシテ惡報ヲ加フルコトヲ得ヘシトノ推斷ヲ生ス

(四) 神ハ人類ヲ保護ス此觀念モ亦一般ニ行ハルヽモノニシテ自己ノ犯シタル罪惡モ神ニ懺悔スルニヨリテ之レヲ免ルヽコトヲ得ヘシトスルカ如キハ即此觀念ニ基ツクニ外ナラス此結果トシテ法律ハ或場合ニ人類ヲ保護スルカ爲メ神カ之ヲ制定スルノ推斷ヲ生ス

(五) 神ハ人類ニ禍福ヲ與フ此觀念モ亦一般ニ有スル處ノモノニシテ特ニ古代ニ於テ人ニ幸不幸吉凶禍福アルハ一ニ神意ニ基ツクニ外ナラスト觀念セリ從テ法律ノ制裁トハ神カ惡報ヲ加フルモノナトリノ推斷ヲ生ス

以上說明シタルカ如ク從來ニ於テハ實際ニ於テモ理論ニ於テモ法律ト宗教ハ相混同セラレタルモ現今發達シタル文明諸國ニ於テハ全然之カ區別ヲ認ムルニ至リシト雖元來行爲ハ意思ノ發動ニ外ナラサルヲ以テ意思ト行爲トカ密接ノ關係ヲ有スルノ結果意思ヲ支配スヘキ宗教ノ規則ハ行爲ニ支配スヘキ法律ノ規則ト密接ノ關係ヲ有スヘキハ云フヲ俟タズ試ニ例示シテ如何ニ關係スルカヲ說明ス

レバ宗教ニ於テハ妄ニ殺生ズベカラズトノ教アリ宗教上ノ殺生トハ元ヨリ廣義ニシテ單ニ人類ヲ殺害スルノミニ限ラズ若シ不殺生ノ戒ニ反スルトキハ神意ニ反スルガ故ニ惡報アリトナス法律上ヨリ之ヲ見レバ刑ナリ人ヲ殺サバ殺人ノ罪ニシテ刑法之ガ規定ヲナス即人ヲ殺害ストノ點ニ於テハ制裁ノ別コソアレ之ヲ禁スルノ點ニ於テハ兩者ニ異ナル所ナシ然レドモ法律ハ地上ノ虫類ヲ殺害スルヲ罰セサルニ宗教ニ於テハ一ノ殺生ナリトシテ之ヲ禁止セリ又例ヘバ聖書ニ人ヲ姦セント欲スルハ已ニ姦シタルニ同シト云ヒテ姦セント欲スル意思其モノヲ以テ一ノ罪惡ナリトスレドモ法律ハ姦スルノ行爲ナキニアラザレバ之ヲ所罰セズ此例示ヲ以テ法律ト宗教トハ如何ニ關係アルカヲ推知スルコトヲ得ベシ終ニ尙此關係ニ付テ一言スベキハ法律ト宗教トノ關係ハ歷史的ノ變遷ヲナシタルモノナルヲ以テ宗教上ノ規則カ法律上ノ規則ニ與ヘタル影響モ亦文化ノ程度ニ依リ變遷ナカラザルヲ得ズ例ヘテ云ヘバ古代ニ於テハ一種ノ動物ヲ神ナリトシテ崇拜シ信仰シタルコトアリ此時代ニ於テハ此動物ヲ殺害スルハ法律上最モ重大ノ犯罪タリシヤ疑ナシ然レドモ開化シタル國ノ宗教ニ於テハ動物ヲ神トシテ信仰スルガ如キハ全然之ナキヲ以テ從ツテ之ヲ殺スコトモ宗教上ノ不殺生トコソナレ法律上重大ノ犯罪タラサルコトモ亦疑ナキ所ニシテ要スルニ宗教上ノ規則ガ法律上ノ規則トナリタル點ヨリ見レバ甚ダシキ野蠻的ノ規則ヨリ文明的ノ規則ニ變シタルモノト云ハザルコトヲ得サルナリ

第二節　法律ト道德トノ關係

道德モ亦日常ノ生活關係ノ秩序ヲ維持スルノ點ニ於テハ法律ノ働ト異ナルコトナシ唯法律ハ外部行爲ヲ直接ニ規律スルニ反シ道德ハ直接ニ人ノ精神ヲ支配スル此點ヨリ見レハ道德ト宗教トハ甚タ相似タリ唯宗教は神ノ存在ヲ認ムルヲ中心トシ道德は各人ノ良心（クロキノセン）ノ働キナリトスルノ差アリ然リ而シテ法律ト道德トハ秩序ヲ維持スルノ點ニ於テ相似タリト雖此間ニ如何ナル關係區別が存在スルカ之ニ關シテハ從來學者ノ論爭スル所ナレドモ余ハ大躰ニ於テ法律ト道德トヲ同一視シタル說ト法律ハ道德ノ一部ナリトナスノ說トノ二者ニ分チテ說明セン唯此關係亦時代ノ變遷ニ伴フテ變化アリタルヲ注意セサルヘカラサルナリ

(一)　法律ト道德トヲ同一視シタルハ古代未開ノ社會ニ於テハ皆然リトス蓋シ

古代ニ於テハ雷ニ道德ト法律トカ同一視セラレタルノミナラス宗教モ亦法律道德ト同一視セラレタリ然リ而シテ道德ト法律トヲ混同シタル所以ヲ見ルニ正義ハ道德ノ神髓ニシテ正義ニ從フコトガ即道德ニ反セサル所以ナリ故ニ正義ニ從ヒテ始メテ國平ニ各人其所ニ安スルコトヲ得ヘキヲ以テ國家ハ正義ヲ實行スルカ爲メニ存シ法律ハ此實行ヲ命スルモノナリト云フニアリ前ニ述タルカ如ク羅馬ノ學者ツェルズスハ法律ヲ定義シテ善及公正ノ術ナリト云ヒウルピアーヌスハ正義ヲ定義シテ各人ヲシテ其所ヲ得セシムル恒久ノ意思ナリト云ヒ又法律ノ格言ハ此ノ如シ正直ニ生活スルコト、他人ヲ害セサルコト、各人ヲシテ其所ヲ得セシムルコトト云ヒタルニヨリテ見ルモ法律ト道德ハ同視シタルヲ知ルヲ得ヘク加フルニウルピアーヌスハ「ユースチチア」(正義)ヨリ來ル所ナレハツェルズスガ定義シタルカ如ク法律ハ善及公正ノ術ナレバナリトアルヲ見テモ甚ダ明カナリ雷ニ西洋ニ於テノミナラス東洋ニ於テモ法律ハ道德ヲ補充スルノ考アリ是ヲ以テ之ヲ見レバ道德上ノ規則ヲ法律ヲ以テ命シタルハ怪シムニ足ラサルナリ然ラバ古代ハ何カ故ニ法律ト道德トヲ同一視シタルカ蓋シ古代未開ノ社會ニ於テハ人民未タ智識ナク經驗ナク稍モスレバ正義ヲ無視シ不德不義ノ行動ニ出テントス而シテ道德ハ良心ノ命スル處ヲ行フニアルモノナルガ故ニ之ニ反スルモ有形上制裁ヲ受クルコトナク從フテ不道德ノ行爲ヲ爲シテ恬トシテ恥チザルノ有樣ナリ(現今發達シタル國ニ於テモ尚道德違反ノ行爲ナナシテ恬トシテ恥チサルノ少シトセス之レ經世家ノ等シク慨歎スル所ニシテ唯古代ト種別ノ差アルニ過ギズ)此ノ如クンバ社會ノ秩序ハ遂ニ維持セラレザルニ至ラン此ニ於テカ比較的優者ノ地位ニアルモノハ被治者ニ對シ道德上ノ行爲ヲ法律ヲ以テ之ヲナスコトヲ命ジ道德違反ノ行爲ニ法律上ノ制裁ヲ附與シタリシナリ此ノ如キハ未開ノ社會ニ於テハ恐ラクハ當然ノ事ニシテ少クモ現今文明ノ諸國ニ於テモ道德ヲ無視スルガ如キ不德漢ニ對シテハ法律上ノ制裁ヲ加フルノ外他ニ之ヲ矯正スヘキ方法アラザルヲ見ルモ甚ダ明カナリ

夫レ此ノ如ク草昧無智ノ人民ヲ支配スルニ當リテハ道德ノ行爲ヲ法律上ノ制裁ヲ附シテ命スルコト甚タ必要ナリト雖人智漸ク發達スルニ及ビテハ治者ト云ヒ被治者ト云ヒ社會組織ノ上ニ於テ權力服從ノ關係コソアレ躰力智力ニ於テ被治者ハ必ズシモ治者ニ劣ルモノニアラズ從フテ自己ノ良心ニ從フテナスヘキコト

ハ外部ヨリ法律上ノ制裁ヲ以テ強制セラルヘキモノニ非ストノ觀念ヲ生スルニ至リ此ノ道德ト法律トハ分化ヲ見ルニ至リタリ

(二) 法律ヲ道德ノ一部ナリトシ法律ノ範圍ヲ縮少スルニ至リシハ中世民權論及自由論ノ發達シタル時代ニアリ蓋シ此時代ニ於テハ人智漸ク發達シタルヲ以テ各個人ノ行爲ヲ一々法律ヲ以テ強制スルハ謂レナキ不當ノ處置ニシテ社會秩序ノ維持ニ付テハ法律ヲ必要トスルハ元ヨリナリト雖各人ノ良心ニ從ヒ行動シ得ベキ範圍內ハ敢テ法律ノ干涉ヲ要セズ且道德ノ命シ若クハ禁スル所ハ必スシモ法律之テ命シ禁スルモノニアラズト論ズルニ至リタリ

余輩ハ大躰ニ於テ法律カ道德ノ一部ナリトノ說ニ贊成ス然レトモ如何ナル點ニ其境界ヲ設クベキカニ付テハ學者ノ論スル所未タ甚タシ余輩ハ前ニ與ヘタル法律ノ定義ヨリ推論シテ法律ト道論トノ境界ヲ定メント欲ス即人類ガ國家的生存發達ヲナスニ必要ナル行爲ニシテ國家的ノ强制ヲ以テスルニ非ザレバ其實効ヲ見ルコト能ハザルモノハ之レヲ法律ニテ規定スベキ範圍トシ人ノ自由ニ委任シテ行動セシムルモ其目的ヲ達シ得ベキモノハ之ヲ法律ニテ規定セズト云フニアリ元ヨリ之ヲ以テ完全ノ境界トナスニ足ラスト雖大躰ニ於テ區別ノ標準トナスニ敢テ妨グルコトナキヲ信ズ唯此ニ注意スベキハ法律ノ規定ハ積極的ノミナルヘキカ消極的ナルヘキカ若シクハ何レニテモ可ナルベキカノ問題ナリ此問題ニ付キテハ從來論爭スル所ニシテ古代ニ於テハ大概法律ハ道德的ノ行爲ヲ命ズルモノ即積極的規定ニ限ルガ如ク觀念シ近世人智發達スルニ及ヒテハ法律ハ何々ノ事ハナスベカラズ反スルトキ何々ノ制裁アリト云フガ如ク消極的ノ規定ニ限ルガ如ク觀念セリ然レトモ余輩ハ未タ其何レノ派ヲモ可トスル能ハス前述ノ如ク法律ハ人類カ國家的生存ヲナスニ必要ナル行爲ニシテ國家的强制ヲ以テセザルバ其實効ナキモノヲ規定スルモノナルガ故ニ此範圍內ニ於テハ積極的ノ規定ヲナスモ消極的ノ規定ヲナスモ決シテ不當ニ非ザルナリ

以上法律ト道德トノ境界ニ就キ之ヲ說明シタリ此境界ニ基キテ二者ヲ比較セバ如何ナル區別カ存スルカ此區別ヲ理論上ヨリ說明シタルモノ甚タ少ナシトセズ試ニ其重ナル一二ヲ揭ゲテ說明セン

一 道德ハ心神ノ規則ニシテ法律ハ行爲ノ規則ナリト此說ハ大躰ニ於テ非ナ

ルニ非ズ然レトモ定義ノ文言ヲ見レバ意思ト行爲ガ別物ナルガ如ク見ユルノ感アリ行爲ハ意思ノ表示ニ外ナラザルガ故ニ心則及行則ノ文言ヲ以テ區別セントスルハ誤解ヲ招クノ恐アリ行爲ト意思トハ相關連シテ分離スベカラザルガ故ニ法律ハ主トシテ行爲即外形ニ現レタル部分ヲ規定シテ意思ノ働キヲ定メ道德ハ意思ヲ主トシテ行爲ヲ定ムルモノナリト云フヲ穩當トス

二　法律ハ强制ノ要素アリ道德ハ之ヲ缺クト此說ハ大躰ニ於テ其當ヲ得タルモノトス唯强制ト云フヲ漠然ト解スルトキハ道德ト雖必ズ强制ナシト云フヲ得ザルコトアリ何トナレバ進歩シタル社會ニ於テハ敎育、風俗、習慣等ハ吾人ノ行爲ニ重大ナル影響ヲ及スノミナラス意思ノ働キヲ定ムル原因タルコトアリ例ヘテ云ヘハ或者ガ道德違反ノ行爲ヲナサントスルモ敎育ノ結果若クハ輿論等ニ制セラレテ遂ニ不道德ノコトヲナサヽルニ至ル此場合ニ於テハ道德上ノ行爲ニ付テモ亦廣義ノ强制アリト云ハザルベカラズ然レトモ法律ト道德トヲ區別スル標準トナル强制ト云フハ此ノ如キ漠然ノ意ニ非シテ國家組織アリテ生ジ得ベキ强制換言セバ國家ノ强制アリヤ否ト云フニアリ此意義ニ於ケル强制ハ以テ法律ト道德トヲ區別スルノ標準ヲ得ルヤ明カナリ

三　道德ハ人ガ人類ノ一員トシテ守ルベキ規則ニシテ法律ハ人ガ國家ノ一員トシテ守ルベキ法則ナリト然レトモ之レ人ヲ二樣ニ見テ區別シタル說ト云ハザルベカラズ吾人ハ人類タルト同時ニ國民ナリ然ラバ即人類トシテ守ルベキ規則ト國民トシテ守ルベキ規則ハ相重復スベク從テ區別ヲ云ヒ現ハスニ不充分ナリト云ザルベカラズ元ヨリ人ハ國家組織ノ下ニ非ザルモ自己良心ノ命スル處ニ從ハザルベカラズト雖此說ハ人類ト國民トヲ別視スルガ如キ弊ナキニ非ルナリ

以上ノ外區別トシテ說明スル所ノモノ甚ダ多シト雖此ニ列記スルノ必要ナシ余輩ハ余ガ與ヘタル法律ノ定義ト法律道德ノ境界トニヨリテ此兩者ノ間ニハ左ノ如キ區別アルヲ認メントス

イ　行爲ハ意思ノ表示ナリ此關係アル點ニ於テ法律ハ其一端ノ行爲ヲ主トシテ道德ハ他ノ一端ナル意思ヲ主トシテ支配スルモノナリ

ロ　法律ハ强制ノ要素アレトモ道德ハ此要素ヲ缺ク

ハ法律ハ權力團躰例ヘバ國家アリテ始メテ行ハルレトモ道德ハ人類ノ良心ニ存スルモノナリ

ニ法律ノ直接ノ目的ハ外部ノ安寧秩序ニアリ道德ノ直接ノ目的ハ內部精神ノ調和ニアリ

以上述ヘタル區別ヲ以テ見レバ法律上ノ義務ハ同時ニ道德上ノ義務ニシテ多數ノ場合ニハ法律ノ違反トナルコト明カナリ然レトモ反對ニ道德ノ違反カ法律ノ違反ニアラザルヲ注意セザルベカラザルナリ

終ニ一言スベキハ道德ノ觀念ハ法律邊由ノ精神ヲ生セシム幾多ノ法律アルモ道德ノ觀念ニ缺クル所アラバ違反又違反遂ニ法律ハ其實効ヲ奏スル能ハサラン彼ノ法律ノ智識アルヲ以テ巧ニ法律ノ適用ヲ免レントスルガ如キハ不德モ亦甚タシキモノニシテ法律カ秩序ヲ維持スルニアラズシテ之ヲ亂ルモノナリトノ非難ハ此ニ基因ス攻法者豈ニ此ニ注意セズシテ可ナランヤ

第三章　法律ノ淵源

法律ノ淵源（クエルレ）ト云フ語ノ用方ハ甚ダ多シ或ハ國家ヲ淵源ノ中ニ包含セシムルアリ或ハ權利ノ取得ヲ引起スヘキ事實例ヘバ相續權ニ付キ生死ノ如キヲモ包含セシムルアリ或ハ人類ノ公共心權利ノ確信其他余輩ガ緒言「法律ノ根原」ノ部ニ於テ述ベタル所ヲモ包含セシムルアリ其用方此ノ如クナラズト雖之ヲ學說トシテ分類スレバ(一)法律ノ智識ヲ得ル基本ヲ指シテ淵源ト云フ說（例ヘバ法典判決著書ノ如シ）(二)法律ノ制定セラルヽ方法ヲ指シテ云フ說（例ヘバ成文不文ノ法ナル淵源ト云フカ如シ）(三)法律ヲ制定スル權力ヲ指ス說（例ヘバ神國家ノ如シ）(四)法律ヲ組成スル元素ヲ指ス說（例ヘバ慣習宗教ノ如シ）ノ四者ニ區別スルコトヲ得ベシ然リト雖淵源ト云フ法律上ノ術語トシテハ此ノ如キ種々ノ用方ヲ包含スルモノニアラズシテ法規ヲ喚起スベキ源因即制定セラルベキ法規ノ Causa efficiens ヲ指スベノト解スベキモノトス一言ニシテ云ヘバ法律ヲ構成スル材料ヲ以テ法律ノ淵源ト云フ法律ノ淵源ヲ說明スルニ當リテ之ヲ區別スル方法モ亦必ズ一ナラズ之レ一ニ淵源ノ文字ノ用方ニ關係スルモノニシテ國家ヲ淵源ノ一ニ數フルモノハ形式的ノ淵源ナリ法規ノ發生スル根原ヲ以テ實質實質的ノ淵源ヽ區別ヲナシ國家ハ形式的ノ淵源ナリ法規ノ發生スル根原ヲ以テ實質的ノ淵源ナリト說明スベク秩序心權利ノ確信ノ如キヲ淵源ノ中ニ數フルモノハ主

觀的及客觀的ノ區別ヲ認メ余輩ガ法律ノ定義ノ章ニ於テ學說トシテ述ベタル處ガ主觀的淵源ナリ成文法慣習ノ如キガ客觀的淵源ナリト說明スベシ國家ハ法律ノ前提タルベキモノニシテ且淵源ノ用方ハ術語トシテハ前述ベタルガ如ク用ユベキモノナルヲ以テ余輩ハ淵源其モノガ直ニ法律ノ效力アルカ否ノ點ヨリ之ヲ區別シテ直接及間接ノ區別ヲ認メ之レヲ說明セン

第一　直接淵源

直接淵源トハ淵源其モノガ法律タル效力アルモノヲ云フ近世文明國ニ於テ直接ノ淵源ハ各種ノ成文法トス凡ソ何レノ國ニ於テモ古代ヨリノ變遷ヲ見ルニ必ズヤ不文ノ時代ヨリ成文ノ時代ニ變化セザルハナシ近世ニ於テ成文法ガ其增加ヲ見ルニ至リタル所以ハ元來不文法ハ裁判官若クハ行政官ガ之ヲ認定シ始メテ法律ノ效力ヲ生ズルニ至ルモノニシテ其認定ニ付キ確定ノ標準ナキ限リハ常ニ同一ニ出ツルコトナキヲ以テ甚ダ不確定ナル觀ナキ能ハザルト同時ニ之ヲ認定スル上ニ於テモ稍モスレバ誤解ヲ免ルヽコト能ハザルニ基因セズンバアラズ然リ而シテ其直接淵源タルベキ成文法ト云フハ例ヘバ民法々典商法法典刑法法典ガ夫々民法商法刑法ノ淵源タルガ如キヲ云フナリ此ノ如キ成文法ハ果シテ如何ニシテ制定セラルヽカ之レ成文法ニ付テ生ズベキ問題ナリ玆ニ此問題ヲ解スルハ恐ラク至當ナラン然レトモ余輩ハ後ニ法律ノ制定ナル一章ヲ揭ゲテ說明セントスルガ故ニ玆ニ之ヲ省略ス且又成文法不文法ノ區別ニ付テモ次章法律ノ分類ノ中ニ付テ知得セラルベキヲ以テ亦之ヲ略ス

第二　間接淵源

間接淵源ト云フハ淵源其モノガ直接ニ法律ノ效力アルニ非ズシテ國家ノ行爲ニヨリ法律ノ效力ヲ有スルニ至ルモノヲ云フ何ガ間接淵源ナルカニ付キ從來說明スル處甚ダ多シ余輩ハ一般ニ說明セラルヽ處ニ從ヒテ慣習、宗教、條理、學說、判決及外國法ノ六ヲ區別シ之ヲ說明セン

(一)　慣習　慣習 Gewohnheit トハ人類ガ日常ノ行爲ニ於テ自然ニ發生スル準則ヲ云ヒ凡ソ人類ノ日常生活ニ於ケル行爲ハ複雜ニシテ枚擧ニ遑アラズト雖或事項ニ付キ永キ年月ノ間同一ノ行爲ガ繰返サレ且一般ニ同樣ニ行ハルヽ時ハ其事項ニ付テハ此行爲ヲナスコトガ正當ニシテ此行爲ニ反スル時ハ一般ノ擯斥ヲ受

クルニ至ル所謂慣習ハ玆ニ發生スルモノニシテ俗語ヲ以テ云ヘバ「ナシキタリ」ト云フニ同シ前屢々說明スルガ如ク古代ニ於テハ此慣習ガ日常行爲ノ準則タリシハ疑ヲ容レザル事實ナリトス

慣習ニ付テ生ズル問題ハ(一)如何ナル時期、如何ナル方法ニヨリ慣習ガ慣習法タルノ效力ヲ有スルニ至ルカ(二)如何ナル慣習ニ慣習法ノ效力ヲ附與スベキカ(三)事實タル慣習ト慣習法トノ差異如何(四)事實タル慣習及慣習法ト成文法トノ關係如何ノ四者ニアリ之ヲ說明セン

(甲)慣習ガ何時ヨリ慣習法タル效力ヲ發生スルニ至ルカ之レ重大ノ問題ナリ何トナレバ慣習法ト云フ以上ハ強制ノ力ヲ有スルヤ明カナレバナリ此點ニ關シテ唱ヘラレタル說少シトセザレトモ最モ有名ナルヲサビニー等ノ說明スル總意說換言スレバ權利確信ノ說トス此說ノ要旨ハ前法律ノ定義ノ章ノ中ニ述ベタリ一言ニシテ云ヘバ或事項ニツキ人民ガ永キ時期同一ノ行爲ヲ繰返スノ結果遂ニ此行爲ヲナスハ人民ノ義務ナリ若クハ此行爲ヲナス權利アリト思惟スル時ニ於テ慣習ハ慣習法タル效力ヲ發生スルニ至ルト云フニ在リ余輩此說ノ理由アルヲ

認ムレトモ具躰的ニ如何ナル時期如何ナル方法ニ由ルカノ問ニ對シテハ未ダ盡サヽルモノアリト云ハザルヲ得ズ然リ而シテ之ヲ說明スルニハ現今ニ於テモ又古代ニ於テモ一國ニ於ケル法律ヲ解釋適用シ若クハ法ノ明文ナキ場合ニハ慣習アリヤ否ヤヲ認定シ之ニ反シタル時ニハ制裁ヲ附與スルノ權限ヲ有スルハ如何ナル地位ニアルモノナルカヲ知ラザルベカラズ之レ云フ迄モナク裁判官タルモノヽ職務ナリ權限ナリ慣習ガ法律ノ效力アルガ爲メニハ此慣習ニ違反スルモノニ對シ制裁ヲ加ヘ得ザルモノナラザルヲ得ズ果シテ然ラバ慣習ガ法律ノ效力ヲ有スルハ當ニ一般人民ガ此慣習ニ從フコトヲ義務ナリトシ若クハ之レニ依ル權利アリト思惟スルノミヲ以テ足レリトセズ裁判官ガ慣習ヲ認許シ之ヲ解釋適用シ違反アル場合ニ制裁ヲ與フルノ時ニアリトナサヾルヲ得ズ余輩ハ元ヨリ權利確信ノ說ノ其當ヲ得タルニ近キヲ認ムルト同時ニ一步ヲ進メテ其法律ノ效力ヲ生ズル時期及方法ハ裁判官ノ認定適用ニアリトスルノ正當ナルヲ信ゼズンバ非ルナリ唯注意スベキハ法律ノ解釋適用ハ或場合ニハ行政官モ亦之ヲナス權限アルヲ以テ或事項ニ付テハ行政官ノ認許適用ガ慣習法ヲ生ズルニ至ルコトアルヲ

知ラザルベカラザルナリ

(乙) 如何ナル慣習ニ法律ノ效力ヲ附與スベキカ之レ又必要ノ問題ナリ何トナレバ慣習法ハ法律トシテ一般人民ヲ拘束シ以テ行爲ノ準則タルベキモノナレバナリ右述ブルガ如ク慣習ノ法律タル效力ヲ發生スルハ一ニ裁判官ノ認定ニ俟タザルヲ得ス然ラバ裁判官ハ如何ナル慣習ヲ認定シテ法律ノ効力ヲ與フベキカ換言スレバ慣習法ノ要件如何此問題ニ付テモ從來說明スル所甚ダ多シ一般ニ要件ナリトシテ說明スル所ヲ見ルニ左ノ如シ

(イ) 同一ノ行爲ヲ繰返サルヽコトヲ要ス但シ行爲ハ作爲ノミナラズ不作爲ヲモ含ムモノトス

(ロ) 慣行セラルヽコトヲ要ス即永年月同一行爲ガ繰返サルヽコトヲ要スルモノナリ

(ハ) 永續シタル慣行ヲ法規トシテ遵奉スル意思 Opinio juris sive necessitatis アルコトヲ要ス此事ガ事實タル慣習ト異ナル處ナリ

(ニ) 其行爲ハ國民一般若クハ國民ノ或範圍內ニ於テ慣行セラルヽコトヲ要ス此點ヨリ一般慣習及特別慣習 Observanyen ノ區別ヲ生ズ

(ホ) 善良ノ風俗公ノ秩序ニ反セザルモノナルコトヲ要ス余輩ハ大躰ニ於テ各列記ノ要件ノ存在ヲ必要ト認ム慣習ト云ヘバ元ヨリ繼續ノ意ヲ含ムヲ以テ一個人相互ノ間ニ於テ之ニ從ヒ又ハ個々ノ場合ニ之ヲ用ユルモ未タ慣習法ノ效力ヲ認ムルコトヲ得ズ裁判官ハ宜シク同一ノ行爲ガ永年月繰返サレタルヤ否ヤ其行爲ハ善良ノ風俗公ノ秩序ニ反セザルヤ否又法律ノ精神ニ背反セザルヤ否ヲ審按シ以テ慣習ニ法律ノ效力アルヲ認メザルベカラザルナリ

(丙) 事實タル慣習 Usance, Geschäftsgebräuche, Verkehrssitte ト慣習法 Gewohnhtitsrecht トハ之ヲ區別セザルベカラズ慣習法ハ強制ノ力ナカラザルベカラズ換言セバ違反シタルモノニハ制裁ヲ加ヘ得ベキモノナラザルベカラズ然レトモ事實タル慣習ハ風習トカ「ナシキタリ」ト云フ意味ニ外ナラズシテ法律タル觀念ヲ缺ク慣習ナリ事實タル慣習ハ法律ノ效力ナシ唯當事者ノ意思ヲ解釋スル材料タルニ過キサルナリ此結果トシテ若シ當事者ガ事實タル慣習ニ依ラザル意思ヲ表示セザル時ハ之ニ依ル意思アルモノト認メテ不可ナルコトナク徒ラニ當事者ノ言行ニ拘束セラレテ事實ヲ參照セザルハ其意ニ非ザル檢束ヲ與フルニ至ルベシ

(丁) 慣習ガ事實タルト法律タルトノ差異ヨリ其成文法ニ對スル關係ニ付キ一言セン從來慣習法ト成文法トノ關係ニ付テハ(一)全然慣習法ヲ認メザルモノアリ例ヘバ自然法學者ノ如シ(二)或ハ慣習法ニ廢止的效力 Abrogatorische Kraft 及變更的效力 Ändenungskraft ヲ認ムルモノアリ或ハ單ニ補充的效力 Ergänznngskraft ヲ認ムルモノアリ近世ニ於テハ慣習法ハ補充的效力アリトスルヲ一般トス我國ニ於テモ法例第二條ニ於テ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セザル慣習ハ法令ノ規定ニ依リ認メラレタルモノ及ビ法令ニ規定ナキ事項ニ關スルモノニ限リ法律ト同一ノ效力ヲ有スト規定シ以テ慣習法ノ補充的效力アル所以ヲ明カニシタリ且事實タル慣習ニ付テハ民法第九十二條ニ於テ法令中ノ公ノ秩序ニ關セザル規定ニ異ナリタル慣習アル場合ニ於テ法律行爲ノ當事者ガ之ニ依ル意思ヲ有セルモノト認ムベキ時ハ其慣習ニ從フト規定シ以テ許容法ニ付テハ事實タル慣習ハ之ニ違反シ得ル力アル所以ヲ明カニシタリ

右述ベタル所ニ基キ事實タル慣習及慣習法ト成文法トノ關係ニ付キ一言セン

(イ) 法律タル慣習ハ成文法ニ後レテ適用セラルベキモノトス之レ補充的效力ヲ認メタル上ヨリ明カナラン唯特別法ニ關スル慣習法ノ效力ニ付テハ一般法ニ先チテ適用セラルヽコトアリ商法第一條ニ商慣習法ハ商法ニ後レテ適用スベキモノナレトモ民法ニ先チテ適用セラルヽコトヲ明カニ規定シタリ

(ロ) 事實タル慣習ハ當事者ノ意思ヲ解釋スル材料ナルガ故ニ成文法中許容法ニ屬スルモノニ付テハ之ヲ變更シテ慣習ニ依ルコトヲ得ベシ而シテ當事者ガ之ニ依ルベキ意思ヲ表示セシ時ハ其慣習ニ從フベキハ元ヨリナレトモ之レニ依ルベキ意思ヲ表示セサル限リハ之ニ依ル意思ナキモノト見テ可ナリ

(ハ) 慣習法ハ法律ニ同一ナルヲ以テ當事者ガ之ヲ知ルト否トヲ問ハズ之ヲ適用スベク事實タル慣習ハ當事者ガ之ヲ知ルヲ以テ當事者ガ之ヲ適用スベキニ非ザルナリ之ヲ適用スベキニ依ラザル意思ノ明カナル場合ニハ元ヨリ終ニ一言スベキハ前述ベタルガ如ク我商法ニ於テハ慣習法ガ民法ニ對シ違反力アルコトヲ認メタリ一般ニ反對慣習ガ成文法ヲ廢止スルコトヲ得ベキヤ否ハ一ノ問題ナリ而シテ之ニ付テハ成文法ガ永ク使用セラレザルニヨリテ其效力ヲ失フ場合 Desuetudo ト反對慣習ニヨリテ效力ヲ失フ場合 Consuetudo トヲ說明スルノ

要アレトモ後章法律ノ廢止變更ノ部ニ於テ詳述スベキヲ以テ之ヲ畧ス

(二) 宗教 宗教ト法律トノ關係ニ付テハ前章已ニ之ヲ說明シタリ古代ニ於テハ祭政一致シ宗教上ノ規則ガ法律上ノ規則ト化シタルコト甚ダ多キハ已ニ了知セラルヽ所ナルベキヲ以テ宗教ガ法律ノ淵源タルニ付テハ茲ニ再ビセズ

(三) 條理 Billigkeit 條理トハ個々ノ場合ニ於テ一ノ行爲若クハ狀態ガ法律上道德上又ハ一般ノ風習上適切ナリトナス觀念ヲ云フ蓋シ人生ハ複雜ナリ日常ノ行爲ハ千差万別ニシテ一々法律ヲ以テ規定シ得ベカラズ又慣習ト雖凡テノ事項ニ付キ必ズシモ存在スベキニアラズ或事項ニ付キ紛爭アリタル場合ニハ裁判官ハ先ヅ法條ヲ適用スベク法條ナケレバ慣習ヲ適用スベキハ元ヨリ明カナリ然レトモ何等依ルベキモノナキ場合ニハ紛爭ハ遂ニ解決セラレズシテ止マン此ノ如キ場合ニハ所謂條理ニ基キテ判定セザルベカラザルモノトス此ニ於テカ條理ハ或事項ヲ判定スベキ準則トナルニ至ルモノトス

(四) 學說 學說其モノガ法律ニ非ザルハ云フヲ俟タズ然レトモ學者ノ研究論斷スル所ガ立法ノ際採用セラレテ法條ノ一部ヲナスハ實際ニ少シトセサルナリ例ヘハユスチニアンノ法典ニハウルピアーヌスノ說ガ多ク採用セラレタリト云フガ如キ獨逸ノ法律ハウ#ンドシャイトノ說ヲ採ルコト多シト云フガ如キ然リトス所謂 Responsabrndentium ガ古代ニ於テ法律ノ淵源タリシノミナラズ現在ニ於テモ稀ナリトセザルナリ

(五) 判決 判決ハ當事者間ニ於テノミ其効力ヲ有スルガ原則ニシテ一般ニ對シ準由ノ効力アルヘキ理由ナシ且夫レ裁判官ハ立法者ニアラズ法律ヲ解釋適用シ明文ナキ場合ニモ正理公道ニ基キテ是非曲直ヲ判斷スル權限アルニ過ギズ然レドモ裁判官ハ一方ニ於テハ法律ノ解釋適用ヲナスト同時ニ他方ニ於テハ慣習ノ法律的效力ヲ認メ之ニ基ヅキ紛爭ヲ判定スル權限アルヲ以テ其下シタル判決ハ遂ニ一ノ判例トナリテ裁判所ノミナラズ一般ヲ拘束スルニ至リ法律ノ淵源ヲナスニ至ルモノナリ

(六) 外國法 外國法ハ一國ニ取リテハ一ノ事實ニ過ギズシテ外國法其モノガ遂ニ一國ノ法律タルコトナキハ云フヲ俟タズ且未開時代ニ於テハ法律ハ其國情民俗ニ基ヅキテノミ制定セラレ外國ノ法律ヲ採用スルコトモ甚ダ少シ、然レトモ

交通開ケタル今日ニ於テハ他國ノ法律制度ハ一國ノ法律制度ノ淵源トナルコト甚ダ多シ例ヘバ羅馬法ガ歐洲諸國ノ法律ノ淵源トナリ唐律ガ我邦當代ノ法律ノ淵源トナリタルガ如キ之レナリ所謂固有法、繼受法若クハ母法、子法ノ區別ハ之ニ基ヅキタル名稱ニ外ナラザルナリ然リ而シテ外國法ガ一國法律ノ淵源トナルニ二種ノ方法アリ一ハ實質ヲ採用シ一ハ形式ヲ採用スルコト即之ナリ之ヲ直接繼受法及間接繼受法ト云ヘリ直接繼受ハ外國法其モノヲ其儘採用シテ其國ノ法律トナスヲ云ヒ間接繼受トハ外國法ノ精神形式ヲ繼受スルヲ云フ例ヘバ我國現今ノ法律ハ大概歐洲英佛獨ヲ間接ニ繼受シタルモノナリ尙繼受法、固有法及母法、子法ノ區別ハ次章分類ノ部ニ之ヲ說明セン

第四章　法律ノ分類

法律ノ分類ハ其標準ニヨリテ種々ニ區別スルコトヲ得ベシ余輩ハ一般ニ行ハルヽ標準ニ基ヅキテ左ノ如ク分類シテ之ヲ說明セン

第一節　成文法及不文法

第一　成文法及不文法

第二　公法及私法

第三　强行法及許容法

第四　普通法及特別法

第五　主法及助法

第六　國際法及國內法

第七　固有法、繼受法及母法子法

第八　自然法及人定法

第九　法律及命令

第一節　成文法及不文法

成文法 Jus scriptum 及不文法 Jus non scriptum ノ區別ハ近世ニ於テ認メラルヽモノニシテ古代羅馬法學者ノ間ニ於テモ認メラレタリ此區別ノ標準如何ニ付テハ幾多ノ說アリ或ハ文書ニ載セラルヽト否トニヨリ區別スルモノアリ或ハ發布セラルヽト否トニヨリ區別スルモノアリ、此區別ヲ認ムルニ當リテ注意スベキハ羅馬法ニ於ケルト近世ニ於ケルト其標準ニ於テ異ナル所アルノ點ニアリ蓋シ古代ニ於テハ一般ノ慣習ガ法トシテ行爲ヲ支配シタルコト甚ダ多カリシハ云フヲ俟

タヾ此ノ如キ行爲ノ準則ヲ文書ニ載スルト否トニヨリテ之ヲ區別シタレバナリ近世ニ於テハ文書ニ載セラルヽト否トニヨリテ此區別ノ標準ヲ認ムルヲ得ズ文書ニ錄セラレテ尙且不文ノ法タルモノ甚タ多ケレバナリ余輩ハ此區別ノ標準ヲ左ノ二點ニ求メントス

(一) 法律ノ淵源ノ上 Begründungsform ヨリ之ヲ區別スレバ成文法ハ國家ノ憲法上定マレル立法ノ手續ニヨリテ制定セラルヽモノヲ云ヒ、不文法ハ立法ノ手續ニ依ラズ明示若クハ默示ニテ法律ノ效力ヲ附與セラルヽモノヲ云フ例ヘハ我國ノ法律勅令ノ如キハ前者ニ屬シ慣習判決學說ノ如キハ後者ニ屬ス此區別ノ標準ニ付キ或ハ發布ト否トニヨリテ區別セントスルモノアリト雖成文ノ法ニシテ發布セラレサルモノ例ヘバ秘密法ノ如キモノアルヲ以テ此說ハ正當ニ非ズ

(二) 法律ノ現ハルヽ形ノ Erscheinungsborm 上ヨリ之ヲ區別スレバ成文法トハ文書ヲ成立ノ條件トスルモノヲ云ヒ不文法ハ文書ヲ要件トセサルモノヲ云フ此區別ノ標準ニ付テモ或ハ單ニ文書ニ錄セラルヽト否トニアリ區別セントスルモノアリ、若シ文書ニ錄セラレタルモノガ成文法ナリトセバ文書ニ錄セラレタル慣習判決學說ノ如キ文書ニ錄セラレタル法律及慣習ノ區別ヲナシ法律ハ必ス其形式ニ於テ文書ヲ必要トスルヲ以テ之ヲ成文法ト稱ス慣習法ハ其成立ニ文書ヲ必要トセス故ニ不文法ト稱スト云ヘリ慣習法ト不文法トハ必スシモ同一範圍ニアラサルハ後ニ一言スヘシト雖余輩ハ成文法不文法ノ區別ニ付テハデルンブルヒノ言フ文書ヲ成立ノ要件トスルヤ否ヲ之カ標準トナサントス

以上述ヘタル所ヲ結合スレハ成文法ハ一國ノ立法手續ニ由リテ制定セラレ文書ヲ其成立ノ要件トナスモノヲ云ヒ不文法トハ明示若クハ默示ニ認定セラレシ文書ヲ成立ノ要件トナサヽルモノヲ云フ、前述ヘタルカ如ク社會ノ進歩ノ狀態ハ不文法ノ時代ヨリ成文法ノ時代ニ進ムモノナルカ故ニ古代ニハ不文法多ク近世ニハ成文法多キハ云フヲ俟タス不文法ノ內容トシテ普通掲ケラルヽモノハ慣習、判

決學說ノ三トス或ハ慣習法カ即不文法ナリト論スルモノナキニ非ス然レトモ此ノ二者ハ同一範圍ニアラス古代ニ於テハ主權者ノ命令ヲ尙且不文法トシテ存シタリシカ故ニ不文法ノ範圍頗ル廣シ近世ニ於テハ慣習法ハ多クハ不文ニシテ法律ハ成文ナリト云フニ至リシハ不文ノ範圍漸次減少シタルニ因ルモノニシテ正確ニ云ヘハ不文法ノ一種ニ過キサルナリ

終ニ一言スヘキハ成文法及不文法ノ關係ナリ不文法(重ニ慣習)ノ效力ヲ多ク認ムヘキヤ否ハ立法上ノ問題ナリ不文法ノ效力ヲ認ムルヲ可トスルモノヽ論旨ハ人智ハ限リアルヲ以テ此複雜ナル生活關係ヲ一ッ々ニ法律ヲ以テ規定スルコトハ難シ且時勢ノ進歩ノ結果法律ガ其效力ヲ失フカ若クハ其時代ニ適應セシメンカ爲メ幾多ノ解釋ヲ生スルノ缺點アリト、成文法ヲ主トスルモノヽ論旨ハ生活關係ノ凡テヲ法律ニテ規定スル能ハサルハ元ヨリナリ、然レトモ若シ慣習ヲ多ク認ムヘシトセハ土地ヲ異ニシ事物ヲ異スルニヨリ各々異ナレル慣習アルヲ以テ日常行爲ノ準則トシテ果シテ何レニ據ルヘキカ歸一スル所ヲ知ラサルニ至ラン且又法律ハ人ノ行爲ヲ支配シ之ヲ制限スルモノナルカ故ニ妄ニ不文ノ效力ヲ認ムルトキハ其弊ヤ知ルヘカラサルニ至ルト之レ立法上ノ一大問題ナリ、羅馬法ノ格言ニモ云ヘルカ如ク法律ノ不知ハ之ヲ許サヽルヲ以テ國民カ絕對ニ服從スヘキ命令禁令ハ須ラク之ヲ公示スヘキ手續ニ依ラサルヘカラストシ近世ニ於テハ成文法生義ヲ採ルコトヲ一般トスルニ至レリ唯我國ニ於テ慣習ノ效力ヲ認ムルコト甚タ多ク歐洲成文法國ニ其例ナキ所ニシテ法例第二條民法第九十二條ヲ比較對照スレハ明カナラン

第二節　公法及私法

公法 Jus publicum 及私法 Jus privatum ノ區別ハ法律ノ關係スル目的(ゲーゲンスタンド)ヲ標準トスル區別トス此區別ノ標準ニ付テハ三說ニ大別スルコトヲ得、目的說、法律關係說及主躰說即之ナリ

公法及私法ノ區別モ古ク羅馬法ニ於テ認メラレタリウルピアーヌスハ此區別ヲ說明シテ國家全躰ニ關スルコトカ公法ニシテ個人ノ利害ニ關スルモノカ私法ナリトセリ近世ニ於テモ此區別カ認メラルヽノミナラス其標準ニ付テハ論爭スルモノ多シ公法私法ノ文字ハ一見スレハ法其モノニ公私ノ二アルカ如キ感ナキ能

ハス然レトモ此區別ヲ以テ法ニ公私ノ區別アリトセハ大ナル誤ナリ法ハ一ニシテ二ナシ法ハ秩序ナリ強制ヲ本質トスルノ點ヨリ云ヘハ恐ラクハ公私法ノ區別ヲナス必要ナカルヘシ唯之ヲ認ムル所以ノモノハ其規定スル事項ノ如何ニ由リテ區別セラルヽカ故ナリ例ヘハ人類ハ一ニシテ二ナシ然レトモ人躰ノ構成上男女ノ區別カ認メラルヽカ如シ此ノ注意ヲ以テ公法私法ノ區別ヲ研究スルヲ要ス

(一) 目的說　目的說ト云フハ法律ノ目的 Object 如何ニヨリテ之ヲ區別スル說ヲ云フ曰ク公法ハ公益ニ關スルモノニシテ私法ハ私益ニ關スルモノナリト即利益ノ公私ニ此區別ノ標準ヲ求メントスルナリ此區別ハ一見甚タ明カナルカ如シト雖公ノ利益私ノ利益ト云フハ如何ナルモノヲ指スカ之ヲ定ムルニ非サレハ未タ以テ公法私法ノ區別ヲ明確ニシタリト云フヲ得ス前述ヘタルカ如ク法ハ一アリテ二ナキヲ以テ吾人ノ問ハントト欲スル處ハ何ヲカ公ト云ヒ何ヲカ私ト云フカニアリ而シテ法ノ公私ヲ區別スルニ當リ利益ノ公私ニヨリテ之カ標準ヲ求メントスルハ恰モ問ヲ以テ問ニ答フルカ如ク公私ノ區別ハ依然トシテ說明セラレス遂ニ要領ヲ得スシテ止ムニ至ラン且夫レ普通私法ト稱セラルヽ民法ノ規定中物權、親族、相續ニ關スルモノヽ如キハ公益ニ關スルコト甚タ多キヲ以テ若シ公益ニ關スル規定ハ公法ナリト云ハヽ民法ハ私法公法ノ混合ナリト云ハザルヲ得サルニ至ラン之レ本說カ未タ區別ノ說明トシテ明確ヲ缺ク所以ナリ

(二) 法律關係說　此說ハ法律カ規定スル法律關係 Rechtsverhältniss ニヨリテ區別ノ標準ヲ立テントスルニアリ曰ク公法ハ權力關係ノ規定ナリ私法ハ平等關係ノ規定ナリト其說明スル所ヲ見ルニ國家ハ常ニ二種ノ關係ニヨリテ維持セラルヽモノニシテ一ハ權力關係ナリ他ハ平等關係ナリ國家ハ一ノ權力團躰ニシテ權力ナケレハ國家ナシ個人ハ必ス權力ノ本躰タル國家ニ服從スルノ義務ヲ有ス然ルニ他ノ一方ニ於テハ團躰員相互ノ關係ハ平等對等ナリ一人カ他ノ權力ニ服從スルコトナシ即國家ヲ組織スル各個人ハ一方ニ於テ權力ニ服從スルト同時ニ他方ニ於テハ相互間皆平等ナリ此二種ノ關係相俟テ始メテ秩序ヲ維持スルヲ得ヘキモノナリ從テ此二種ノ關係ヲ規定スル法ヲ公法及私法トシテ區別スト云フニアリ此說ハ國家組織ノ上ヨリ觀察スレハ甚タ理由アリ蓋シ國家ト云ヘハ必ス權力ノ存在ヲ意味ス權力アレハ必ス之ヲ他ノ一方ニ服從アリ而シテ人ハ相互ニ

ハ平等對等ナルヲ以テ權力關係及平等關係ノ二者カ發生スルハ元ヨリ論者ノ說明スル處ノ如シ然レトモ此區別ノ標準ヲ採ルノ結果例ヘハ親子ノ關係ノ如キ戶主家族ノ關係ノ如キハ權力ノ關係ナルヲ以テ公法的規定ナリト云ハサルヲ得サルヘク言論信敎ノ自由、居住移轉ノ自由ノ如キハ憲法ヲ以テ國民ノ平等ニ保護スルヲ以テ私法的規定ナリト云ハサルヲ得サルヘシ且又國際法ハ法律ニアラストセハ格別若シ余輩ノ如ク國際法ハ法律ナリトノ論旨ヲ採ラハ公私法何レニ屬スルカ國家ハ相互ニハ對等ナルヲ以テ法律關係說ニ從ヘハ國際法ハ私法ナリト云ハサルヘカラサルニ至ラン之レ本說カ標準トシテ甚タ見ルヘキモノアリト雖モ未タ盡サヽル所アリト云フ所以ナリ

(三) 主躰說　主躰說ト云フハ法律關係ノ主躰 Subject ニ依リテ公私法ノ區別ノ標準ヲ求メントスルモノヲ云フ曰ク公法ハ國家ト國家若クハ國家ト私人間ノ關係ヲ規定スル法律ナリ私法ハ私人間ノ關係ヲ規定スル法律ナリト例ヘハ刑法、憲法、行政法、國際法ハ公法ニシテ民法、商法ハ私法ナリト云フカ如シ或ハ難シテ曰ク國家ト個人間ノ關係ヲ規定スル法律カ公法ナリト云フモ國家ハ私人ト私法上ノ關係ニ立ツコト甚タ少シトセス、例ヘハ賣買契約ヲナスカ如キ之レナリ然ラハ即契約ハ私人間ニ行ハルレハ私法規定ニシテ國家私人間ニ行ハルレハ公法規定ナリト云ハサルヲ得サルヘシト然レトモ國家カ一方ニ於テ公權ノ主躰タルト仝時ニ他ノ一方ニ於テ私權ノ主躰タルコト何ノ妨ケカ之レアラン此非難ハ未タ主躰說ヲ覆スニ充分ノ根據アリト云フヲ得サルナリ

以上公法私法ノ區別ノ標準及其批評ニ付テ一言セリ公法私法ノ區別ハ從來學者ノ論爭スル所ニシテ各々其見地ヲ守リテ割據スルノ觀アリ然レトモ以上ノ三說ヲ比較對照スルニ必スシモ一ヲ以テ他ヲ排スヘキモノニアラス、國家ト個人間ノ關係ハ大部分ニ於テハ權力服從ノ關係ナルヘク又其間ニ發生スル利益ハ公ノモノナルヲ多シトス又私人間ノ關係ハ元ヨリ平等ニシテ其利益モ亦私ノモノナルヲ常トス已ニ國家ノ章ニ於テモ述ヘタルカ如ク法律上ノ一現象ヲ捉ヘテ之レヲ說明スレハ必スヤ該現象ハ目的ナルヤ法律關係ナルヤ主躰ナリヤ三者其一ヲ出テス公法私法ノ區別ニ付テモ亦然リ一ハ目的ヨリ一ハ關係ヨリ一ハ主躰ヨリ立論シタルニ過キスシテ唯其間ニ廣ク通シテ說明シ得ルト否トニヨリテ非難ヲ生

スルノ差アルニ過キス余輩ハ從來行ハレタル公法私法ノ區別ヲ認ムルト同時ニ此區別ノ標準トシテハ第三說即主躰說ノ最モ適切ニシテ且穩當ナルヲ信セスンハ非サルナリ

第三節　强行法及許容法

强行法 Jus cogens 許容法 Jus dispositivum ノ區別ハ法律ノ效力ニ基ック區別トス換言セハ法規ノ所在セル場合ニ於テ人民カ反對ノ意思表示ヲナシ以テ之ニ違反スルコトヲ得ルヤ否ノ區別トス

强行法トハ人民カ反對ノ意思表示ヲナシテ之ニ違フコトヲ得サルモノヲ云フ換言セハ人民ハ必ス强行法ニ服從セサルヘカラサルモノナリ强行法ハ命令 Gebot 及ヒ禁令 Verbot ノ二者ニ區別スルコトヲ得、命令法トハ人民ヲシテ或行爲ヲナサシムルコトヲ命スルモノ禁令法トハ或行爲ヲナサヾルヲ命ズルモノトス禁止的强行法ニ違反シタル場合ニハ如何ナル制裁アルカ、此點ニ關シテハウルピアーヌスノ說明アリ之ヲ布延シテ四種ニ區別スルコトヲ得ベシ即(一)行爲ヲ無效トスルモノアリ Leges perfectae (二)行爲ヲ無效トシ且刑罰ヲ附スルモノアリ Leges plusquam perfectae (三)行爲ヲ無效トセサルモノアリ Leges minus quam perfectae (四)行爲ヲ無效トセズ又之ヲ所罰セザルモノアリ leges imperfectae

許容法トハ人民ノ反對ノ意思表示ヲ以テ違フコトヲ得ベキモノヲ云フ、換言セハ其規定ガ人民ノ意思ヲ推測シ便宜ノ爲メ設ケタル規定ヲ云フ、即之ニ從フト否トハ人民ノ自由ナリ許容法ノ性質此ノ如クナルヲ以テ從來之ニ附スルニ種々ノ名稱ヲ以テシタルモノアリ、例ヘバ補充法（エルガンツンゲンデスレヒト）ナリト云ヒ、媒介法（フェルミッテルンデスレヒト）ナリト云ヒ、解釋法（アウスレーグンデスレヒト）ナリト云ヒ寬容法（ナッハギービゲスレヒト）ナリト云ヘリ要スルニ其主意ハ皆同一ニシテ之ヲ邦語ニ依ルモ聽用法ト云ヒ聽許法ト云ヒ任容法ニ過ギサルナリ若シ强行セラルヽヤ否即其實質ヨリ之レヲ名附クレバ一ヲ强行法即獨逸語ノ Zwingeun des Recht ト稱スルコト或ハ適切ナルガ如シ然リ而シテ許容法ハ右ノ如ク人民ノ意思ヲ以テ變更シ得ルモノナレトモ若シ之ニ依ラザラントセバ必ズ其意思ヲ表示スルヲ要ス若シ反對ノ意思表示ナキ時ハ此規定ニ依リタルモノト看做サルヽニ至ルモノトス

強行法及許容法ノ區別ハ一見或種ノ法律ハ全躰ガ強行法ニシテ或種ノ法律ハ全躰ガ許容法ナルガ如キ感アリ例ヘバ民法ハ皆許容法ナリ民事訴訟法ハ皆強行法ナリト云フガ如キ之レナリ然レトモ此區別ヲ此ノ如ク解スルハ失當ナリ強行法許容法ト云フハ法律全躰ニ付テ區別スルニアラズシテ其各法條ニ規定スル所ガ人民ノ意思ヲ以テ變更シ得ベキカ否ニヨリテ之ヲ定ムベキモノトス、何トナレバ此區別ノ因テ生スルハ法規カ公ノ序秩ニ反スルヤ否ニ關係アルヲ以テ一ノ規定ガ果シテ公ノ秩序ニ關係アルヤ否ハ其各法條ニヨリテ決セザルヘカラザレバナリ大躰ニ於テ云ヘバ公法ハ強行法ナリ私法ハ許容法ナリ羅馬法學者パピニアヌスハ曰ク公法ハ私人ノ合意ヲ以テ變更スルコトヲ得ズト即強行法、許容法ノ區別ハ公法ニ存セズシテ私法ニ存スト云フテ可ナリ然レトモ公法ト稱セラルヽモノニ於テ當事者ノ合意ヲ以テ變更シ得ルモノナキニ非ズ例ヘハ民事訴訟法ニ於ケル裁判上ノ管轄ニ付キ合意ノ管轄ヲ許スガ如キ之レナリ又私法規定中強行法ニ屬スルモノ甚ダ少シトセズ例バ形式ニ關スル規定、物權、親族、相續ニ關スル規定ノ如ヤハ大部分強行法ナリ而シテ何レガ強行法ナルカハ元ヨリ各本條ニ於テ之ヲ定メザルヘカラザルナリ此ノ如ク強行法ハ人民必ズ之ニ服從セザルヘカラザルヲ以テ或ハ之ヲ絕對法 Absolutes Recht ト云ヒ反之許容法ハ補充ノ性質アルヲ以テ之ヲ補足法 Suppletvrisches Recht ト云ヘリ

第四節　普通法ト特別法

普通法及特別法ノ區別ノ本ヅク處ハ其效力ノ範圍ノ廣狹ニアリ、此區別ハ事物、人及ヒ場所ニヨリテ各々相異ナレリ各別ニ之ヲ說明セン

第一　事物ヲ基礎トスル普通法及特別法ノ區別　事物ニ關スル普通法若クハ一般法 Jus generale トハ或事項全躰ニ通スル法規ヲ云ヒ、特別法 Jus speciale トハ或特定ノ事項ニノミ適用セラルヘキ法規ヲ云フ例ヘバ民法ハ民事ニ關スル一般法ニシテ商事ハ特ニ商事ニノミ關スル特別法ナリ同時ニ商法ハ商事ニ關スル一般法ニシテ手形法ハ商事中手形ニノミ關スル特別法ナルガ如シ

第二　人ヲ基礎トスル普通法及特別法　人ニ關スル普通法 Jus commune トハ國民一般ニ適用スヘキ法律ヲ云ヒ特別法 Jus particulare トハ或種類ノ人民ノミニ限リ適用セラルヘキモノヲ云フ例ヘハ民法刑法ハ國民一般ニ適用スヘキ法律ニシ

テ陸軍刑法、海軍刑法ノ如キハ陸海軍人ニ限リ適用セラルベキ法律ノ如シ

第三　土地ヲ基礎トスル普通法及特別法、土地ニ關スル普通法トハ領土一般ニ行ハルベキ法律ヲ云ヒ、特別法トハ領土ノ或一部ニ限リ行ハルヽモノヲ云フ例ヘバ日本全般ニ行ハルヽモノト臺灣又ハ北海道ニ限リ行ハルヽ法律トノ區別ノ如シ又例ヘバ獨逸帝國法ハ帝國一般ニ行ハレ普魯西法ハ特別法ナルガ如シ

右述ベタル土地ニ關スル普通法、特別法 Gemeines Recht, Particulares Recht 或ハ共通法 Allgemenes od. materiell-gemeines Recht 及普通法 Gemeines od. formell-gemeines Recht ノ區別ヲ認ムルモノアリ其共通法トハ數ケ國ニ共通ニ行ハルヽヲ云ヒ普通法トハ一國內ニノミ行ハルヽモノヲ云フニ外ナラズシテ要スルニ土地ノ廣狹ガ數ケ國ニ亘ルカ一國ニ止マルカノ區別ナリ

右普通法ト特別法ノ區別ヲ說明シタリ、此區別ヲ認ムル實益ハ若シ普通法カ特別法ト牴觸シタル時ニハ特別法ガ先ヅ適用セラルヘシト云フニ存ス即特別法ハ一般法ニ先ツトノ原則ニ從フニアリ此點ニ關シテハ法律ノ適用及解釋ノ部ニ於テ之レヲ述ベン茲ニ注意スベキハ右述ベタル普通法、特別法ノ區別ハ原則法及例外法ノ區別ト之ヲ混ズベカラズ、原則法、例外法ト云フハ或特別ノ場合ニ原則ニ由ラズ例外ヲ認ムト云フニアリテ廣ク例外法ヲ適用スベシト云フニアラザルナリ且原則法及例外法 Jus singulare ノ區別ハ一般法中ノ區別ト見ルベキモノトス、從テ特別法ハ一般法ト牴觸シタル場合ニハ常ニ一般法ニ先チテ適用セラルベシト雖例外法ハ或特定ノ場合ノ外ハ適用セラルベキモノニ非ザルナリ

第五節　主法及助法

主法助法ノ區別ハ英ノベンザム氏ノ始メテ唱道シタル處トス獨佛ニ於テハ主法及助法ト云ハズシテ實躰法 Meterielles Recht 及ビ形式法又ハ手續法 formelles Recht ト云ヘリ此區別ノ標準ハ法律ノ規定事項ニ基クモノニシテ其文字ガ示スガ如ク實躰法トハ實躰權利義務ヲ定ムルモノヲ云ヒ手續法トハ權利ヲ主張シ之ヲ保護スル手續ヲ定メタルモノヲ云フ例ヘバ民法、商法、刑法ハ主法即實躰法ナリ民事訴訟法、刑事訴訟法ノ如キハ助法即手續法ナリ然レトモ手續法ト實躰法トハ必ズ別ニ規定スベシト云フニアラズ一ノ法律中兩者ヲ包含スルモノ少ナカラズ例ヘバ獨逸ノ破產法ハ其第一部ヲ實躰破產法トシ第二部ヲ破產手續法トセリ我破產法草

案ノ如ク亦然リトス

主法、助法ノ區別ニ付テ一言スベキハ其發達ノ順序ナリ現今ニ於テハ主法先ヅ存シテ助法之ニ次グヲ普通トスレドモ之ヲ發達ニ見ルニ必ズシモ然ラズ、助法先ヅ存シテ主法之ニ次ギタルハ古代ノ法典ニ於テハ多ク然リトス例ヘバユスチニアンノ「インスチツーチオーネン」ニ於テハ訴訟手續Actioヲ規定シ次キニ實躰ノ規定アルガ如キ之レナリ蓋シ古代ニ於テハ日常生活ノ安寧維持ノ必要上如何ニセバ之レヲ達シ得ルカノ手段方法ヲ先ニシ此方法アルニヨリテ實躰上ノ權利義務カ認メラルヽニ至リシナリ

第六節　國際法及國內法

國際法ハ國家ト國家トノ關係ヲ規定スル法律ナリ國內法ハ一國ニノミ適用セラルヽ法律ナリ即國家ト人民及人民相互ノ關係ヲ規定スル法律ナリ此區別ノ標準トスル處ハ法律關係カ一國內ニ止マルカ數ケ國ニ亘ルカノ點ニアリ國際法ガ法律ナルコトハ前述ヘタルヲ以テ玆ニ再ヒセス

國際法ハ通常分チテ國際公法及國際私法トシ國內法ハ又之ヲ國內公法及國內私法ニ區別ス國內公法及國內私法ノ區別ハ公法私法ノ區別ニ外ナラサルヲ以テ此ニ說明セス國際公法及國際私法ニ付テ一言セン

國際法ヲ分チテ二トナスハ從來英獨佛ノ學者ノ常ニ唱道スル處ナリ其區別ハ國際公法ハ直接ニ國家ト國家トノ關係ヲ定ムルモノニシテ國際私法ハ個人間ノ關係ガ數ケ國ニ亘ルモノヲ規定スト云フニアルナリ其詳細ハ國際法ノ說明ニ俟サルヲ得ス然レトモ余輩ヲ以テ之レヲ見ルニ國際法ヲ公私ニ分ツハ單ニ便宜トシテハ格別強テ之ヲ認ムヘキ理由アルヲ信セサルナリ國際法ハ國內法ニ對スル名稱ニ外ナラス且夫レ或ハ國際私法ヲ以テ公法ナリト論スルモノナシトセス其因テ生スル所以ハ國際法ハ公法ナリ、國際公法國際私法ハ其小別ナリ故ニ國際私法ハ公法ナリト云フニアルカ如シ然レトモ此ノ如キハ誤モ亦甚タシト云ハサルコトヲ得ス此誤ノ因テ生スルハ公法タルヘキ國際法ヲ二ツニ區別スルニヨルモノニシテ國際私法ハ公法ニアラス國內法ノ一ニ過キサルナリ名ヲ以テ實ヲ誤ルコトナカランコトヲ要ス

第七節　固有法、繼受法及毋法、子法

固有法及繼受法ニ付テハ先ニ一言シタリ此區別ノ標準ハ法律ノ淵源カ其國ニ固有ナルヤ若クハ他國ヨリ輸入セラレタルモノナルヤ否ノ點ニアリ固有法トハ其淵源カ其國ニ固有ナルモノヲ云ヒ繼受法トハ外國法ヲ採用シ又ハ之ヲ摸倣シタルモノヲ云フ繼受法ニ直接ト間接ノ區別ノ存スルコト亦前ニ述ヘタル處ニヨリ明カナラン

外國法ヲ繼受スルニ依リテ母法及子法ノ區別ヲ生ス母法ハ摸倣セラレタル外國法ヲ云ヒ子法トハ摸倣シタル法律ヲ外國法ヨリ見テ名付タルナリ例ヘハ獨逸ノ法律ハ我國ノ法律ノ母法ニシテ我國ノ法律ハ獨逸法ノ子法ナリト云フカ如シ此名稱ハ穗積陳重博士ノ創設セラレタルモノニシテ自國法ト外國法トノ關係ヲ示スニ甚タ適切ノ語ナルヲ感セスンハ非ルナリ

第八節　自然法及人定法

自然法及人定法ニ付テハ已ニ法律ノ定義ノ章ニ於テ之ヲ略說セリ此區別ハ嚴格ニ法律ノ分類トシテ揭クヘキモノニアラス蓋シ自然法ト云フハ學者ノ理想タル法ト云フニ外ナラサルヲ以テ余輩ガ玆ニ法律ノ分類ノ一トシテ說明スルトキハ

或ハ法律ニ自然法及人定法ノ區別カ存在スヘキモノナリトノ疑ヲ生スル恐ナシトセス唯自然法ノ觀念ハ近世ニ於テモ大ナル勢力ヲ有シ且其影響ヲ與ヘタルコトモ亦尠ナカラサルヲ以テ此ニ分類ノ中ニ於テ從來學者ガ相對照セシメタル自然法及人定法ヲ說明スルヲ便宜ト認メタルニヨル之ヲ以テ嚴格ニ法律ノ分類トナスニアラサルヲ注意セラレンコトヲ要ス

自然法ノ觀念ハ遠ク羅馬法時代ニアリ然レトモ自然法ノ何タルカニ付テハ學者ノ說明スル處其軌ヲ一ニセス或ハ人類ノ理想ニ應スル法ナリト云フモノアリ或ハ人類ノ本質性情ニ存スルモノナリト云フモノアリ或ハ凡テノ動物ニ共通ナル天性ニ存スト云フモノアリウルピアーヌスカ自然法ニハ自然ガ動物ニ附與シタルモノヲ云フト云ヒタルカ如キ之レナリ要スルニ其皈着スル所ハ自然法ハ自然ノ狀態ニ於テ行ハレタル法ニシテ時ト處ニヨリ變化スヘキモノニアラスト云フニアリ蓋シ自然法ニ於テハ自由ナリ平等ナリ國家生活ノ如キハ人工的ニシテ不自然ナリ現今貧富ノ懸隔甚タシキカ如キ治者被治者ノ權力服從ノ關係ノ如キハ皆國家組織アリテ始メテ生スルモノナリ人類ノ自然ノ狀

態ガ平等平和ニシテ且最モ幸福ナルハ吾人ノ理想トスル所ニシテ其時代ニ行ハレタル法モ亦吾人ノ理想ニ於テ望ム所ノ眞正ノ法ニシテ法ノ法タルモノナリ故ニ立法者ハ須ラク自然法ニ適合スヘキ法律制度ヲ制定スヘク即人定法ノ標準ハ自然法ニ在リト說明セリ現今ニ於テモ自然法ヲ認ムル學者ナキニアラス唯注意スヘキハ或ハ自然法ヲ廣ク解シテ自然律ノ一部ナリト云フカ如ク說明スルモノアリ、然レトモ之レ從來ノ用語ニ反スルモノニシテ沿革的ノ用語トシテハ上述ノ如キ觀念ヲ意味スルナリ

右述ヘタル所ニヨリテ之ヲ觀レハ自然法トハ要スルニ一種ノ僻見ノ上ニ立ツモノト推斷セザルコトヲ得ズ試ニ原始社會ノ狀態ト現今ノ狀態トハ何レカ幸福ニシテ何レガ平和ナリヤト問ハバ何人ガ野蠻草昧ノ太古ヲ以テ幸福ナリト云フモノアンラヤ人ハ常ニ不足ノ念ヲ生シテ止マサルナリ不足ノ念生シタル時ニ於テハ必スヤ嘗テ幸福ナリシ時代ヲ想像シテ現在ニ不滿ヲ抱クニ至ルハ自然ノ情ナリ恰モ人ガ生長シタル後ニ於テ其小兒時代ノ幸福ヲ追想シテ現在ニ不滿ヲ抱クガ如シ自然法ノ根據又此ニ出ツルナカランヤ穗積陳重博士自然法ノ根據ヲ說明シテ曰ク人ガ現在ノ狀態ニ不滿ヲ抱ク所以ハ過去追想ノ念ニ外ナラス自然法ガ現今ノ國家組織ノ下ニ於ケル法律制定ヲ惡法ナリトシテ自然ノ狀態ニ於ケル法ヲ想像シテ之ヲ眞正ノ法ナリトスルカ如キハ又過去追慕ノ念ニ基クモノナリト余輩ハ博士ノ說明カ能ク自然法ヲ評シテ遺憾ナク要スルニ一ノ僻見ノ上ニ立ツモノナルヲ說明シテ充分ナルヲ感セスンハアラサルナリ

終リニ自然法カ與ヘタル影響ニ付キ一言セン自然法ノ本旨ハ人類ハ元來平等ナリ幸福ナリ決シテ故ナク拘束セラルヘキモノニアラスト云フニアルノ結果其與ヘタル影響少シトセス(一)奴隸制度ノ全廢(二)法律ノ改良(三)債務者保護ノ規定ヲ生スルニ至リシコト(四)國際法ノ起源及發達ヲ促シタルコトノ如キ之レナリ余輩ハ自然法ナルモノハ學理トシテ全然之ヲ研究スルノ價ナシト信スルト同時ニ一方ニ於テハ右述ヘタルカ如キ影響ヲ與ヘタル點ニ付テハ自然法カ社會ニ及ホシタル効用ノ甚タ多カリシヲ稱セスンハ非ルナリ

第九節　法律及命令

法律 Gesetz 及命令 Verordnung ノ區別ハ立法權所在ノ區別ニ本ツクモノトス茲ニ注

意スヘキハ前述來余輩ハ法律若クハ法ト云フ文字ヲ使用シタリ此文字ハ廣義ニ用ヒタルモノニシテ茲ニ云フ法律即狹義ノ法律ト混スヘカラス本節説明セントスル法律ハ一定ノ形式ヲ具備スルヲ云フ、現今人カ一般ニ法律ト云フハ立法機關ヲ經テ制定セラレタル狹義ノ法律ヲ指スモノトス此注意ヲ以テ本節ノ區別ヲ研究セラレンコトヲ要ス

法律トハ憲法上定メラレタル立法機關ヲ經テ制定セラルヽモノヲ云ヒ命令ハ此手續ヲ要セサルモノヲ云フ例ヘハ我憲法ニ於テハ第三十七條ニ於テ凡テ法律ハ帝國議會ノ協贊ヲ經ルコトヲ要スト規定セリ即チ法律ト云フハ帝國議會ノ協贊ヲ經天皇ノ裁可シ公布シタルモノヲ云フナリ民法商法ノ如キハ皆然リトス之ニ反シ勅令閣令省令府縣令ノ如キハ所謂狹義ノ法律ニ非スシテ命令ナリ一言ニシテ之ヲ言ヘハ法律ト命令トハ形式上ノ區別ニ基ツク名稱ナリ尚次章法律制定ノ部ニ於テ之レヲ述ヘシ

第五章　法律ノ制定

前章末段ニ於テ述ヘタルカ如ク一概ニ法律ト云フ時ハ廣義ニ之レヲ解スヘキモノナレトモ狹義ニ於テ法律ト云フ時ハ必スヤ一定ノ立法手續ヲ經由シテ制定セラレタルモノナラサルヘカラス本章ニ於テハ此狹義ノ法律カ如何ニ制定セラルヽカヲ述ヘ終リニ命令ノ制定ニ就テ一言スヘシ

第一　法律（狹義）ノ制定

法律ハ議會ノ協贊ヲ以テ裁可シ公布スル成文ノ法則ヲ云フ凡ソ法律ノ制定ハ各々其國々ノ政躰ニヨリテ同一ニアラサルナリ立憲政躰ヲ採ルモノハ議會ノ協贊君主ノ裁可公布ヲ必要トスヘク專制政躰ヲ採ルモノハ君主ノ意思即法律ナリトスヘク共和政躰ヲ採ルモノハ人民ノ總意即法律ナリトスヘシ之レ一ニ立法權所在ノ區別ニ基因スルモノトス元ヨリ此外一二ノ變躰ナキニ非サルナリ然レトモ一般ニ形式上ノ意義ニ於ケル法律ノ制定手續ハ分テ四トナスコトヲ得ヘシ曰ク法律案ノ提出、法律案ノ議定、裁可及公布之ナリ

(一)　提案　提案トハ法律ヲ議案トシテ提出スルノ意ナリ何人カ法律案ノ提出ノ權限アルヤ之レ又其國々ノ政躰ニヨリテ區別アリ或ハ提出ノ權ハ天皇ニアリテ國會ハ之レカ可否ヲナスニ止マルトナス、モノアリ或ハ君主及國會ニアリトナ

スモノアリ我國ニ於テハ憲法第三十八條ニ於テ兩議院ハ政府ノ提出スル法律案ヲ議決シ及各々法律案ヲ提出スルヲ得ト規定シ以テ法律案ノ提出ハ政府及ビ兩院ニアルヲ明カニセリ唯例外トシテ豫算案ノミハ先ニ衆議院ニ提出スヘキモノトセリ(憲法第六十五條)此ニ注意スヘキハ通常ニ議員何某外何名提出ト云ヒテ一見恰モ各個ノ議員カ法律案ヲ提出スルコトヲ得ヘキカ如シ然レトモ提案ト所謂提出トハ之レヲ混スヘキモノニアラス提出ノ文字ハ提案ト混セラレ易シ議員カ法律案ヲ提出スト云フハ實ハ衆議院ガ其案ヲ貴族院ニ提出センコトノ發議ナリ發議ハ法律案ノ提出ニ非ス提案ハ憲法上ノ權能ナリ發議ハ單ニ他院ニ提出スルコトヲ求ムルニ過キサルナリ此區別ヲ混セサルヲ要ス

(二) 議定 議定トハ提出セラレタル法律案ヲ討議論定スルヲ云フ可否シ修正スルハ元ヨリ議定ノ中ニアリ一度提出セラレタル法律案ハ政府ノ提出タルト兩院ノ提出タルトニ論ナク必ス此ノ手續ヲ經ルコトヲ要ス議定ハ法律ノ實質ヲ確定ス一院ノミノ議定ハ未タ法律案ヲ確定セサルナリ憲法第三十八條ニ所謂協賛ト云フハ確定議決ヲナスニ過ギザルナリ議決ハ法律案其モノヲ法律トスル力ア

ルニアラザルナリ

我國ニ於ケル法律案ノ議定方法ハ三段ニ分タレタリ第一讀會第二讀會第三讀會即之レナリ(議院法第十七條參照)第一讀會トハ提出セラレタル法律案ニツキ之レヲ議スヘキヤ否ヲ決ス但シ政府ヨリ提出シタル議案ハ委員ノ審査ヲ經スシテ之ヲ議決スルコトヲ得ス(同二十九條參照)第一讀會ニ於テ否決セラレタルモノハ議題タルヲ得ス第二讀會ハ法律案ノ各本條ニ付キ之ヲ修正加除スルヲ云フ第三讀會ハ第二讀會ノ決議ヲ法律トナスヘキヤ否ニ付キ討議ス第三讀會ヲ經タルモノハ法律案トシテ確定ス議案ハ最後ニ議決シタル議院ノ議長ヨリ國務大臣ヲ經由シテ之レヲ上奏スルモノトス(同三十一條參照)議定ニ付キ政府ノ要求若クハ議員十人以上ノ要求ニ由リ議院ニ於テ出席議員三分ノ二以上ノ多數ヲ以テ可決シタル時ハ三讀會ノ順序ヲ省略スルコトヲ得尚議定ニ就テハ議院法第五章ヲ參照セラルヘシ

(三) 裁可 裁可トハ議決セラレタル法律案ヲ法律トスル行爲ナリ裁可ハ立法行爲ナリ右述ヘタルカ如ク議會ノ議決ハ法律案ヲ未タ法律トナス力アルニ非ルナリ、法律トシテ効力アルニ至ルハ天皇ノ裁可ニアリ憲法第六條ニ天皇ハ法律

ヲ裁可シ其公布執行ヲ命スト雖アリ我國ニ於ケル裁可ノ方法ハ天皇之ニ署名シ御璽ヲ鈐シ内閣總理大臣年月日ヲ記入シ主任大臣ト倶ニ之ニ副署ス其各省專任ノ事務ニ屬スルモノハ主任大臣年月日ヲ記入シ之ニ副署ス（憲法第五十五條第二項、公文式第二條第三條參照）

或ハ裁可ヲ以テ國會ノ議決ニ對シ可否ヲ述フルト同シト解スルモノナキニ非ス元ヨリ理論トシテハ法律案カ議決セラルヽモ君主ハ必ス之ヲ裁可スヘシト云フニアラサルヲ以テ不裁可アリ得ヘキハ云フヲ俟タス裁可ヲ與ヘサルヲ稱シテ否決權Vetoト云フ然レトモ此觀念ヲ以テ我邦ノ法律制定ニ推論スルヲ許サヾルナリ他國ニ於テ君主法Vetoノ權アリト云フハ立法權ハ國會ニアリ君主ハ之レヲ承諾スルト否トノ權ヲ有スルニ過キスト觀念スルニアリ之レ我憲法ノ精神トハ大ニ反スル所ニシテ我憲法ニ於テハ裁可ハ立法行爲ナリ單ニ君主カ議定セラレタル法律案ヲ拒否スルノ權ニアラサルナリ憲法上ニ於テハ裁可アリテ不裁可ナキハ我憲法ノ特色トスル所トス唯議院法第三十二條ニ兩議院ノ議決ヲ經テ奏上シタル議案ニシテ裁可セラルヘキモノハ次ノ會期マデニ公布セラルヘシト規定シ

アルヲ以テ次會期迄ニ公布セラレサルモノハ不裁可ナリト解セサルヘカラス

(四) 公布　公布トハ裁可セラレタル法律ニ拘束力ヲ附スル行爲ナリ公布ニ依リテ官吏ハ之レヲ執行スヘク人民ハ之ヲ遵奉スヘキ義務ヲ生ス公布ハ一定ノ形式ニ依リテ之ヲナスモノトス其形式ハ時代ニヨリ又國ニヨリテ必スシモ一定セス例ヘハ朗讀ニ依リタルコトアリ或ハ掲示タルコトアリ然レトモ今日ニ於テ官報ニ登載スルヲ普通トス我邦ニ於テモ又然リ已ニ述ヘタルカ如ク法律ハ天皇ノ裁可ニ依リテ成立スレトモ法律カ人民ニ對シ檢束力ヲ有スルニ至ルハ公布ニ依ラサルヲ得ス然ラハ法律ハ公布ノ時ヨリ即時動力ヲ有シ執行力アルヘキハ云フヲ俟タサル所ナリ然レトモ官吏人民カ之ヲ知ルコトヲ便宜トスルカ故ニ此ニ周知期間ヲ定メ以テ法律ノ施行時期ヲ定ムルニ至リシナリ施行ニ付テハ次章法律ノ効力ノ部ニ於テ之レヲ述ヘン

外國ニ於テハ法律ノ公布Publicationト頒布Promulgationトヲ區別スルモノアリ頒布ト云フハ法律カ憲法上ノ要件ヲ充シテ成立シタリトノ事實ヲ公表スルヲ云フ然レトモ我憲法ニ於テハ之ヲ認メス裁可ハ即法律案ヲ法律トスル立法行爲タルト。

同時ニ法律カ憲法上成立シタルヲ認ムルモノナレハナリ

第二　命令ノ制定

已ニ述ヘタルカ如ク狹義ノ法律ト命令トハ之ヲ區別スヘキモ其實質ニ於テハ全ク別種ノモノニ非サルナリ立憲制ヲ採用スル國ニ於テハ憲法上ノ機關トシテ必ス立法府タル國會アリ此ニ於テカ一ノ法則ヲ制定スルニ付キ國會ノ協賛ヲ經ルヲ要スルト否トノ區別ヲ生スル經スシテ發布スル國ノ法則ハ命令ナリ議會ノ協賛ヲ經タルモノハ法律ナリ協賛ヲ國ニ於テハ法律ト命令ノ實質ノ區別ニ非スシテ形式ノ區別ナリ外律及命令ノ實質及形式ニ於テ區別セリ其云フ處ヲ見ルニ法令ハ已存法規ノ執行ノ爲メニ之ヲ發シ(執行命令 Ausführungsverordnung)若クハ已存法規ノ適用ノ爲メニ之ヲ爲ス(行政命令又ハ事務規定 Verwaltungsverordnung)トシ法律及命令ノ形式的ノ區別ト云フハ法律ハ國會ノ協賛ヲ經テ發布セラルヽモノヲ云ヒ命令ハ此手續ヲ經由セズシテ發布セラルヽモノヲ云フトセリ我邦ニ於テハ法律ト命令ハ形式ノ區別アルノミ實質ニ至リテハ國ノ法則タル點ニ於テ異ナル所アルニアラザルナリ

命令ハ天皇ノ發布スルトニヨリテ其名稱ヲ異ニセリ天皇ノ發スル命令ヲ勅令ト云フ天皇ハ公共ノ安全ヲ保持シ又ハ其災危ヲ避クル爲メ緊急ノ必要ニ由リ帝國議會閉會ノ場合ニ於テ法律ニ代ルヘキ勅令ヲ發スル之ヲ緊急勅令ト云フ(憲法第八條第一項)此勅令ハ次ノ會期ニ於テ帝國議會ニ提出スヘシ若議會ニ於テ承諾セザルトキハ政府ハ將來ニ於テ其効力ヲ失フコトヲ公布スヘシ(憲法第八條第二項)又天皇ハ法律ヲ執行スル爲メニ又ハ公共ノ安寧秩序ヲ保持シ及ヒ臣民ノ幸福ヲ增進スル爲メニ必要ナル命令ヲ發シ又ハ發セシム(憲法第九條)勅令ハ內閣ニ於テ起草シ又ハ各省大臣案ヲ具ヘ內閣ニ提出シ總テ內閣總理大臣ヨリ上奏裁可ヲ請フ(公式第二條)一般ノ行政ニ係ル勅令ハ親署ノ後御璽ヲ鈐シ內閣總理大臣年月日ヲ記入シ主任大臣ト倶ニ之ニ副署ス各省專任ノ事務ニ屬スルモノハ主任大臣年月日ヲ記入シ之ニ副署ス(公文式第三條)閣令及省令ト云フハ內閣總理大臣及各省大臣ガ法律勅令ノ範圍內ニ於テ其職權若クハ特別ノ委任ニヨリ法律勅令ヲ執行シ又ハ安寧秩序ヲ保持スル爲メニ之ヲ發スル者ニシテ(公文式第四條)閣令ハ內閣總理大臣之ヲ發シ年月

日ヲ記入シ之ニ副署ス（公文式第六條）省令ハ各省大臣之ヲ發シ年月日ヲ記入シ主任大臣之ニ副署ス（公文式第七條）此外各地方長官モ亦命令ヲ發スルコトヲ得警視廳令、縣令、北海道廳令、臺灣律令、郡令、島令ノ如キ即之ナリ其各長官之ヲ發スル權限ヲ有ス命令ノ公布ニ付テハ我國ニ於テハ勅令閣令省令ハ官報ヲ以テシ其他ノ命令ハ或ハ地方廳ノ公報ヲ以テシ或ハ特定ノ公布式ニ依ルモノトス命令ニモ周知期間アリ此點ニ付テハ次章ニ之ヲ述ベシ

第六章　法律ノ效力

法律ノ效力ハ時ニ關スル效力人ニ關スル效力ノ三段ニ之ヲ分ツ

第一節　法律ノ時ニ關スル效力

第一ニ法律ハ其實施ノ日ヨリ廢止ノ日迄其效力ヲ有ス　之レ元ヨリ云フヲ俟タザル處ナリ法律ガ施行セラルヽ方法ニハ二樣アリ得ベシ一ハ公布ノ日ヨリ直ニ施行セラルヽモノト二ハ公布後一定ノ期限ヲ經テ施行セラルヽモノトニ二ハ公布後一定ノ期限ヲ經テ施行セラルヽト即之レナリ前ニ述ベタルガ如ク法律ハ公布ニ依リテ拘束力ヲ有スルニ至ルモノナルカ故ニ國民ハ必ス其法ノ存在ヲ知ルコトヲ必要トス此ニ於テカ所謂周知期間ヲ定ムルコト即第二法タル公布後一定ノ期限ヲ經テ施行セラルヽモノトスルヲ現今ニ於ケル通例トス元ヨリ或種ノ法律命令ハ公布ノ時ヨリ直ニ施行セラルヽモノトナスモノナキニアラス例ヘハ明治二十五年一月勅令第十一號豫戒令ノ如キハ其第九條ニ於テ本令ハ發布ノ日ヨリ之ヲ施行スルト規定セルカ如シ施行期限ヲ定ムルニモ亦二樣アリ得ベシ一ハ公布ノ日ヨリ一定ノ期限ヲ計算シテ全國一般ニ行ハルヽトナスモノト二ハ土地ノ便否遠近ニヨリテ其施行期限ヲ異ニスルト即之ナリ我國ニ於テハ法律ニ付テハ法例第一條ニ於テ法律ハ公布ノ日ヨリ起算シ滿二十日ヲ經テ之レヲ施行スト規定シ以テ第一ノ主義ヲ認メ命令ニ付テハ公文式第十條ニ於テ官報各府縣到達日數ノ後七日ヲ以テ施行ノ期限トシ官報到達日數ハ明治十六年五月二十六日第十四號布達ヲ以テ之レヲ定メタリ蓋シ交通ノ便未ダ開ケザル時代ニ於テハ法律ノ存在ヲ知ルハ土地ノ便否ニヨリテ大差ヲ生スヘキハ固ヨリ其處ナルヲ以テ施行期限ヲ官報到達ノ日ニヨリテ遲速アラシムルハ至當ナリト雖交通ノ機關漸ク完備ノ域ニ進ムニ至リテハ必ズシモ此區別ヲ認ムベキ必要ナキヲ以テ我法律ハ第一主義ニ依リテ公布後一定ノ期間ヲ經テ施行セ

ラルヽモノトセリ但シ法律ハ特別施行期限ヲ定メタル時ハ之ニ從フベク(法例第一條末段)又臺灣北海道冲繩縣其他島地ニ付テハ勅令ヲ以テ特別ノ施行期限ヲ定ムルコトヲ得ヘキコトヽセリ(法例第一條第二項)

第二　法律ハ其廢止後ニ於テ其效力ヲ有セズ　之レ第一原則ヨリ生ズル當然ノ結果ナリ但第三ニ於テ述ブルガ如ク或場合ニハ舊法ガ新法時代ニ於テ適用セラレ其效力ヲ有スルコトアリ然レドモ之レ嚴格ニ法律廢止後ニ於テ其效力ヲ有スト云フニアラスシテ單ニ廢止前ニ於ケル行爲ヲ廢止後ニ於テモ繼續シテ支配スルニ過キサルナリ

第三　法律ハ既往ニ遡ル效力ヲ有セス　之レ有名ナル法律不遡及力 Rückwirkende Kraft ノ原則ナリ從來或ハ此原則ヲ法律ノ明文ニ揭クルモノナキニ非ス左ニ之ヲ說明セン

(一)　此原則ハ理論上實際上正當ナリ法律ハ其實施ノ日ヨリ廢止ノ日迄效力ヲ有スルハ第一原則ニヨリテ明カナルヘク法律ハ已往ニ遡ラスト云フハ此原則ニ當然生スル結果ニシテ云フヲ俟タサル處ナリ若シ法律ニシテ既往ニ遡リテ其效力ヲ有スルモノトセンカ法律ハ未タ制定セラレサル時代ニ於ケル行爲ヲ支配スルノ奇態ヲ生スルニ至ルヤ蓋シ明カナリ法律ハ國家ノ秩序ヲ維持スルニアルヲ以テ或ハ或事ヲナスヲ命シ又ハ之ヲナスヲ禁ス法律ノ既往ニ效力アルモノトセハ已ニ行ハレタル行爲ニ付キ之ヲ命シ又ハナスコトヲ禁スルニ至ルヘク此ノ如キハ事理ニ於テアリ得ヘカラサルナリ俗諺ニ云ハスヤ既往ハ尤メスト事例甚タ卑近ナリト雖法律不遡及效ノ原則ハ又此俗諺ノ外ニ出テサルナリ且夫レ社會ノ狀態ハ日進月步ニシテ今日ノ善ハ明日ノ善ニアラス今日ノ惡ハ昨日ノ惡ニアラサルカ如キハ甚タ多シ斯ル進步變化ノ狀態ノ下ニ於テ法律カ既往ニ遡リテ效力ヲ有スルモノナラシメハ其結果過去ニ於ケル善行ト稱セラレシモノヲ所罰セサルヘカラサルニ至ルヘク又或ハ舊法ニ依リ取得シタル權利ハ新法ノ爲メニ剝奪セラルヽノ結果ナキニアラサルヘシ此ノ如キハ何爲ソ法律ノ目的タル秩序ヲ維持シ國利民福ヲ增進スル所以ナラランヤ是ヲ以テ之ヲ見レハ此原則ノ理論實際上正當ナルヤ蓋シ甚タ明カナリ

(二)　此原則ハ立法上ノ原則ニアラス　裁判官ハ此原則ニ拘束セラルヘシト雖

立法者ハ之ニ支配セラルヘキモノニ非ス立法者ハ必要ト認メタル場合ニ於テハ既往ニ遡ルヘキ法律ヲ制定スルヲ妨ケサルナリ且ツ又或場合ニハ法律ニ遡及效アルヲ認ムルハ甚タ必要ナルコトナシトセサルナリ然レトモ法律ニ遡及效ヲ認ムルコトヲ得トセハ或ハ立法權ノ濫用ヲ生スル恐ナシトセス從テ從來ニ於テハ遡及效アル法律ノ制定ヲ認メサルモノナキニアラサルナリ英米法ニ所謂事後ノ法律ト云フハ即遡及效アル法律ノ意義ニシテ米國憲法ノ如キハ明カニ之ヲ禁止セリ然レドモ何ガ故ニ法律ニ遡及效ヲ認ムルヲ不可トスルカ國家ハ其生存發達ニ必要ノ行爲ハ進テ之レヲ命ズルヲ得ヘク之レヲ害スヘキ行爲ハ進テ之レヲ禁ズルヲ得ヘキハ云フヲ俟タズ社會ノ進歩ハ從來施行セラレタル法律ト相伴ハザルノ結果ヲ生ジタル場合ニ於テ尚此ノ舊法ヲ墨守シテ新法ヲ既往ニ適用スル能ハズトセバ如何ニシテ國利民福ノ增進ヲ望ミ得ベキカ例ヘバ舊法ニ於テ或犯罪ヲ處罰シテ其刑期十年ナリシトセヨ社會一般ノ進歩ハ此刑期ヲ重シトシテ五年ガ相當ナリトスル場合ニ於テ若シ其犯罪ガ新法律前ニ行ハレタルノ理由ヲ以テ舊法ニ從ヒ十年ノ刑期ヲ定ムルモノトセバ徒ラニ社會進歩ノ狀態ノ下ニ於テ苛酷ノ刑ニ服セシメザルヲ得ザルニ至ルベシ此ノ如キハ明カニ其社會ノ狀態ト伴ハザル法律ナリト云ハザルベカラズ況ンヤ新法ガ其國ノ秩序ヲ維持シ國民ノ利益ヲ增進スルニ於テ充分ニシテ且適當ナルニ於テヲヤ是ヲ以テ之ヲ觀レバ立法者ハ必要ノ場合ニハ遡及效アル法律ヲ制定スルヲ得ベク從フテ此原則ハ立法上ノ原則ニ非ザルヤ蓋シ甚ダ明カナリト云ハザルコトヲ得ズ

(三) 此原則ハ適用上ノ原則ナリ 裁判官ガ法律ヲ適用スルニ當リテハ必ズ法律不遡及ノ原則ニ拘束セラルヽモノトス法律ニ於テ明カニ遡及效アルヲ認メタル場合ニハ之ヲ遡リテ適用シ得ベキハ元ヨリ明カナレトモ然ラサル場合ニ於テハ既往ニ遡リテ之ヲ適用スルコトヲ許サズ法律ハ將來ニ向テ規定スルヲ通常トス從フテ從來ノ行爲ハ舊法之ヲ支配スベク將來ノ行爲ハ新法之レヲ支配スベシ然レドモ日常ノ行爲ハ舊法時代ニ發生シテ新法時代ニ繼續セズト云フコトナシ此ニ於テカ一ノ行爲ガ新法舊法兩時代ニ亙ル場合ニハ何レノ法律ヲ以テ之ヲ支配スベキカノ問題ヲ生ズ二法同一ナル場合ニハ實質ニ於テハ何レノ法ヲ適用スルモ何等ノ影響ナク寧ロ新法ハ舊法ニ先ツノ原則ヨリ新法ヲ以テ之ヲ支配スベ

シ、又法律ガ既往ニ遡ルベキ規定アル場合モ元ヨリ論ナシ新舊二法其規定ヲ異ニシ又遡及效ヲ認メザル場合ニ於テハ如何ナル適用ヲナスベキカ法律ノ適用ハ日常ノ生活關係ト重大ノ影響ヲ有シ國利民福ハ之ニヨリテ左右セラルヽガ故ニ執法ノ職ニアルモノハ法律ノ適用ヲ苟クモスベカラズ新舊二法ノ相抵觸セル場合ニ於テ法律不遡及ノ原則ハ其實行ヲ現ハスモノナリ、次ニ如何ナル場合ニ裁判官ハ不遡及ノ原則ニ拘束セラルヽトカヲ說明セン

(四)　既得權ヲ害スルコトヲ得ス　法律ガ既往ニ遡ラズト云フハ要スルニ既遂ノ行爲又ハ既得ノ權利ニ效力ヲ及ボサズト云フニ外ナラザルナリ何ヲカ既遂ノ行爲ト云フカ、例ヘハ舊法ニ於テハ一ノ犯罪トシテ所罰セラレタル行爲ヲ新法ニ於テハ罰スベキ行爲ニ非ズトシテ規定セザル場合ニ於テ其行爲ガ新法發布以前キ爲サレタルモノナル場合ニハ新法ハ之ヲ所罰スル能ハサルヲ云フ何ヲカ既得ノ權利ト云フカ、特定人カ正當ノ名義ヲ以テ所持シタル權利ヲ云フニ外ナラザルナリ、例ヘバ相續權ノ如キ之レナリ既得權ニ付テ注意スベキハ既得ノ權利ト之ヲ權利ヲ得ベキ希望ト區別スベキコト之レナリ、或ハ希望ハ一ノ利ナリトスルモノナキニアラズ既得權ハ一ノ權利ナリ希望ハ單純ノ利益ニ過ギズ利益ハ未タ權利ニアラズ權利ハ法律ヲ以テ主張シ得ベキニ反シ單純ノ利益ハ未タ法律ヲ以テ主張シ得ズ既得權ハ他人ノ行爲ニヨリテ侵シ奪フヲ許サズ、權利取得ノ希望ハ他人ガ之ヲ侵害スルモ新法ガ之ニ效力ヲ及ホスモ社會上何等ノ弊害ヲ生スルモノト云フベカラス例ヘバ相續權ヲ有スルモノハ之ヲ奪フヲ得ズ相續權ヲ得ントスル希望ハ法律ト社會ノ公益上之ヲ變更シテ他人ガ相續人タルモノト定ムルヲ妨ケサルナリ又既得權ハ特定人ガ有スル權利ナルヲ以テ一般人民ガ有スル權利(嚴格ニ云ヘバ權利ニアラス、自由トモ云フヘシ)例ヘバ公園ヲ散歩スルハ各人ノ自由アリ(各人ハ公園ヲ散歩スル權利アリト云フハ嚴格ノ語用ニ非ス)法律ガ之ヲ禁スルモ既得權侵害ト云フヲ得ザルナリ此ニ一二ノ例ヲ以テ說明セン我新民法ニ於テハ男十七女十五ニ至ラザレハ結婚スルヲ得ズ、今此ニ男十九女十七ノモノ將來ニ於テ婚姻スベキ約束ヲナシタリシトセヨ、未ダ婚姻ヲ實行セザルニ先チテ法律ハ改正セラレテ男廿五歲女廿一歲ニ至ラサレハ婚姻スルヲ得ズト規定セラレタル場合ニ於テ右男女ガ廿三歲廿一歲ナル時モ遂ニ婚姻ノ約束ヲ實行スル能ハザルナリ又時

效ニ關シテ例ヘハ民法施行法第三十條ニ民法施行前ニ出訴期限ヲ經過セザル債權ニ付テハ民法中時效ニ關スル規定ヲ適用ストアリ、然レドモ民法施行前ニ經過シタル時期ハ之ヲ害スルヲ得サルナリ又刑法第三條ニ法律ハ頒布以前ノ犯罪ニ及ホスコトヲ得ス若シ所犯頒布以前ニ在テ未ダ判決ヲ經サル時ハ新舊二法ヲ比照シ輕キニ從テ處斷スト規定シ若シ新法カ輕キ場合ニハ新法ガ既往ニ遡リ適用セラルヽヘキヲ明ニシタリ

第二節　人ニ關スル法律ノ效力

余輩ハ前ニ國家ノ意義ノ章ニ於テ法律ガ如何ナル人ニ其效力ヲ及ボスヤニ付キ屬地法主義ト屬人法主義トアル所以ヲ述ベ且同時ニ治外法權ニ付キ一言セリ此說明ト前章法律ノ分類ノ一タル普通法及特別法ノ區別ニ關スル說明トヲ綜合シ茲ニ法律ノ人ニ關スル效力ヲ說明スルコト左ノ如シ

第一　法律ハ國民一般ノ上ニ行ハル一國法律ガ其國民全躰ヲ支配スルハ說明ヲ要セザル處ナリ、以下述ベル所ニヨリテ制限セラル

第二　人ニ關スル特別法ハ一般ニ效力ヲ有セズ特定人ノ間ニノミ行ハルトモ

ノトス之レ又前章普通法及特別法ノ說明ヨリ明カナラン

第三　法律ハ主權者ニ其效力ヲ及ボザズ　法律ハ主權者ノ制定スル處ナリ、故ニ其效力ガ主權者ニ及バザルハ云フヲ俟タズ、然レドモ外形ニ於テハ主權者ノ行爲ハ法律ニヨリテ制限セラレ又ハ主權者ガ其制定シタル法律ヲ無視スル能ズシテ之レニ從フノ事實ハ甚ダ明白ナルヲ以テ此點ヨリ見レバ或ハ主權者ガ法律ノ效力ヲ受クルガ如ク見ユ然レドモ事實上法律ガ主權者ノ行爲ヲ制限スルガ如キハ法律上ノ理由ニ基クニアラズシテ政治上道德上ノ理由ニ出ヅルニ外ナラズ自ラ法律ヲ制定シテ自ラ其ノ效力ヲ受クルガ如キハ事理ニ於テアリ得ベキコトナランヤ然ラバ主權者ハ何ガ故ニ政治上道德上自ラ制定シタル法律ヲ遵奉スベキカ、抑モ主權者ガ法律ヲ制定スルハ國利民福ヲ增進セシムルニアリテ之レガ爲メニハ人民ヲシテ法律ヲ遵由セシムルニ在リ而モ主權者ガ自ラ制定シテ自ラ之ヲ無視スルコトトナランニハ何ヲ以テ人民ニ遵由ノ義務ヲ强行スルヲ得ベケンヤ且夫若シ主權者ガ自ラ制定シタリトノ理由ヲ以テ之ニ從フノ必要ナシトセバ法律制定ノ目的ハ遂ニ無意味ニ沒了セラルヽニ至ラン故ニ曰ク主權者ガ法律ノ效

力ヲ受ケザルハ法律上ノ理由ニアラズシテ政治上道德上ノ理由ニ基ヅクモノナリト英國ニ於テハ主權者ハ惡事ヲナス能ハズト云フ語アリ、其意味ハ道德上法律上ノ惡事ヲナス能ハズト云フニアラズシテ主權者ノ爲シタル惡事ハ法律上ノ犯罪ニアラズ法律ハ之ニ效力ヲ及ホザズト云フニアリ唯外國ニ於テハ或ハ私法的ノ關係ニ於テハ主權者ト雖モ私法的規定ニ拘束セラルトナスモノナキニ非ズ我邦ニ於テハ此ノ如キ明文ノ存セザルヲ以テ法律ガ其效力ヲ主權者ニ及ボサズトノ原則ノ絕對ニ行ハルヽモノト云ハザルコトヲ得ズ

第四、外國ニ在留スル國民ハ其在留國ノ法律ニ服從ス　凡ソ法律ハ其國民ヲ支配スルハ已ニ第一原則ニ於テ述ベタルガ如シ然レドモ交通ノ便甚ダ開ケタル今日ノ社會ニ於テハ一國臣民ハ必ズシモ其國ニノミ止マラズ各種ノ方針ニアリテ外國ニ在留スルハ甚ダ少シトセザルナリ斯ル場合ニ於テモ國民ハ其國法ニ從フベシトノ原則ヲ貫徹セバ其結果在外國ノ國民ハ其在留國法ニ服從セズシテ本國法ニ服從スルニ至リ、一國法律ハ國境ヲ越ヘテ外國ニ於テモ其效力ヲ有スルニ至ル古代ニ於テハ屬人法主義ノ行ハレサルハ通則ナリト雖モ現今ニ於テ或特別ノ場合ヲ除クノ外ハ屬地法主義ヲ一般トス尙次節、處ニ關スル效力ノ部ト參照シテ研究セラルベシ然レドモ外國在留ノ臣民ハ必ズ其在留國ノ法律ニ服從スルコトナキ場合アリ以下述ブル處ノ如シ

第五　大躰ニ於テ公法的規定ハ外國人ニ適用セズ、私法的規定ハ外國人ト雖モ其在留國法ニ服從スル之レ政治上ノ理由ニ本クモノトス例ヘバ立法權選擧權ノ如キハ臣民外ノ在留外國人ニ與ヘラレザルガ如キ之レナリ

第六　治外法權ノ下ニアルモノハ其本國法ニ從フ　治外法權ト云フハ在留外國人ガ其在留國法律ニ服從セズシテ其自國法ニ從フヲ云フ蓋シ治外法權ノ基ク處ハ文化ノ程度ノ差其他國權ノ差違ニアリ、他國ノ法律制度ヲ信ゼズ自國ノ法律ヲ其他國ニ於テ適用スルニアラザレバ自國人ノ保護ニ缺クル處アリトナスニ出ヅルモノナリ治外法權ノ下ニアルモノハ外國人一般ニ存スルコトアリ、又特別ノ地位ニアルモノニ存スルコトアリ外國人ガ其在留國ノ法律ニ服從スル場合ニ於テモ外國ノ君主、大統領及其從者、家族、公使其家族及從者ノ如キハ常ニ治外法權ノ下ニアルモノニシテ條約上治外法權ヲ有スルモノハ在留外國人ハ皆其本國ニ從フモ

ノトス例ヘバ日本人ガ朝鮮ニ在留スルモ日本法ニ從フガ如シ

第七　人ノ身分能力ニ關シテハ其本國法ニ從フ　此點ニ關シテハ他日國際私法ノ說明ニ於テ了知セラルベシ尙我法例第三條、第十三條乃至十六條、十九條乃至二十一條、二十三條、第二十五條、第二十六條ヲ參照セラルヽヲ要ス

第三節　處ニ關スル法律ノ效力

余輩ガ前ニ國家ノ意義ニ於テ領土ニ關シ述ベタル處ト法律ノ分類中處ニ關スル普通法及特別法ノ說明トヲ綜合シ玆ニ處ニ關スル法律ノ效力ヲ說明スル左ノ如シ尙處ニ關スル法律ノ效力ト相關スルガ故ニ同時ニ前節ヲモ參照研究セラルヽヲ要ス

第一、法律ハ一國內全般ニ行ハル元來法律ノ效力ニ付テハ屬地法主義ト屬人法主義ノ二主義カ行ハルヽコト前ニ述ベタル處ノ如シ屬人法主義ト云フハ其人ノ所在ガ何レナルヲ問ハズ常ニ其人ガ屬スル國ノ法律ノ適用ヲ受クルヲ云ヒ、屬地法主義ト云フハ人ノ所屬國ノ何レタルヲ問ハズ領土內ニアルモノハ皆其國ノ法律ノ適用ヲ受クルトナスモノヲ云フ近時ニ於テハ屬地法主義ヲ一般トス蓋シ若シ外國人ハ本國ノ法律ニ從フベク在留國ノ法律ニ從フヲ要セズトセバ外國法ガ自國內ニ行ハレ外國ノ裁判權ハ自國內ニ行ハルヽニ至ルベク其國ノ安全ハ得テ望ム能ハザルニ至レバナリ要スルニ此第一原則ハ法境ハ國境ト其範圍ヲ同フスト云フニ外ナラザルナリ然レドモ此原則モ亦次ノ如キ例外アリ

第二、處ニ關スル特別法ハ處ニ關スル普通法ヨリ其效力ヲ及ボス範圍狹シ、例ヘバ日本全國ニ行ハルヽ法律ト臺灣ノミニ行ハルヽ法律トノ差ノ如シ

第三、法律ハ其領海內ニ行ハル領海ノ何タルカハ前ニ一言シタリ、領土ノ安全ヲ維持スルガ爲メニハ國境附近ノ洋海ヲ領土ノ一部ト見做シ以テ此範圍內ニハ自國ノ法律ガ行ハルヽモノトナサヾルコトヲ得ズ普通ニ領海ノ區域ハ海岸ヨリ三海里ヲ以テ其限度トス

第四、自國法ハ外國ノ領海內ニアル軍艦內ニ行ハル之レ軍艦ハ一國ヲ代表スルモノト看做シ、國家獨立權ノ結果トシテ軍艦ガ他國ノ領海內ニアル時ト雖尙本國法ノ適用ヲ受クベキモノトナシタルナリ尙ホ國際法ノ說明ニヨリテ研究セラルベシ

第五、公海ニ於テハ其船舶所屬國法ニ從フ　公海ハ何レノ國ニモ屬スルモノニアラズ從テ或事件ガ發生シタル場合ニ之レニ適用スベキ法律ハ其船舶所屬ノ國法トナサザルコトヲ得ズ

第六、治外法權ノ結果自國法ガ外國ニ行ハルルコトアリ　例ヘバ公使其家族竝ニ本國ノ法律ノ支配ヲ受クルコト前ニ述ベタリ、此結果外國ニ於テ自國ノ法律ガ行ハルルニ至ルナリ

第七　法例ノ規定ニヨリ自國法ガ外國ニ行ハルルコトアリ、例ヘバ我法例第七條乃至第十條等ノ如キ之レナリ此等ニ關シテハ他日國際私法ヲ研究セラルルニ當リ注意セラルベシ、尚ホ法例ノ規定ヲ一讀セラルベシヲ要ス例ヘバ何々ニ付テハ本國法ニ依ルトアルト、人ハ所在地法ニ依ルトアルガ如キ規定ノ結果自國法ガ外國ニ行ハレ外國法ガ自國內ニ行ハルルニ至ルモノナリ

第七章　法律ノ適用及解釋

第一節　法律ノ適用

法律ノ適用（アンヲエンドゥング）ト云フハ法律ヲ實地ニ運用スルヲ云フ、換言セバ日常ノ生活關係ニ於ケル各種ノ行爲ニ法律ノ規定ヲ應用シ紛爭セラルルヽ事件ヲ解決スルヲ云フ法律適用ノ必要ナルハ玆ニ喋々ヲ要セザル所ナリ、例ヘテ說明スルモ建築學ノ學理ハ如何ニ完全ニ發達スルモ之ヲ運用スルノ能ハザルト等シ法律ノ適用亦此ノ如シ法律ハ實地ニ適用セラレテ始メテ其效用ヲ全フスルモノト云フベク然ラザレバ完備セル法文モ空文ニ止ニ至ラン

法律ヲ適用スルニ當リテ生ズベキ問題三アリ、曰ク事實問題 Questio facti 曰ク法律問題 Questio juris 曰ク適用問題 Subsumtions frage 之レナリ事實問題ト云フハ紛爭セラルヽ所ハ如何ナル事實關係ナルヤノ問題ニシテ之レヲ解決スルハ證據ニヨリテ決スルヲ得ベク、權利ノ推定ニヨリテ決スルヲ得ベク自由ニ基ヅキ決スベキ法律ガ如何ナル意義ヲ有スルカノ問題ニシテ之レヲ決スルハ法律ノ解釋ニ俟タザルコトヲ得ズ適用問題ト云フハ事實關係及法律解釋モ一定シタル場合ニ於テ何レノ法ヲ適用スベキカノ問題ニシテ特ニ人、時及處ニ付キ法律ノ抵觸ヲ生ジタル場合ニ生ズルモノトス本節ニ於テハ法律ノ適用ニ關シ執法者ガ如何ナル場合ニ適用ヲナスベキカヲ論シ、次節ニ於テ法律

ノ解釋ニ付キ說明セン

法律ノ適用ヲ掌ルモノハ司法官及行政官ナリ、行政官ガ法律ヲ適用スルト司法官ガ之ヲ適用スルトハ其職務上自ラ別アリ行政官ガ法律ヲ適用スレバ法律ノ命ズル處ニ從ヒ法規ヲ實行スルニ過ギザルナリ換言セバ國利民福ノ目的ノ爲メニ法律ヲ施行シ便宜ノ處分ヲナスニアリ司法官ハ反之法律上ノ爭ヲ生ジタルカ又ハ人民間ニ權利義務ノ紛爭ヲ生ジタル場合ニ法律ヲ適用シテ之ヲ解釋スルヲ其當然ノ職務トス故ニ行政官ト司法官トハ法律適用ニ當リテハ甚ダ難易ノ區別アリ從來ニ於テハ法律ノ適用ハ司法官ニ限ルモノニシテ行政官ハ法律ヲ執行スルノ權限 pouvoir exécutif アルモノト解シタルコトナキニ非ズ例ヘハ佛國行政法學者ノ說明スル處ノ如キ又彼ノモンテスキユーガ其著萬法精理（ドレスプリーデロアー）ニ於テ國權ヲ三分シ一ヲ立法權 pouvoir le gislatif トシ二ヲ司法權 pouvoir de juger トシ三ヲ行政權 pouvoir exécutif トナシタルガ如キ之レナリ然レドモ行政官ハ啻ニ法律ノ執行ノミヲナスニ止ラザルナリ或場合ニ之ガ適用解釋ヲナスコト少シトセザルナリ例ヘバ徵稅ノ場合ノ如キハ特定ノ人ニ租稅法ヲ適用シ以テ其稅額ヲ定ムルガ如キ之ナリ今玆ニ

執法ノ職ヲ有スルモノハ如何ナル職責ヲ有スルカヲ一言セン

第一、裁判官ハ法律ヲ知ラザルヲ以テ適用ヲ拒ムコトヲ得ズ　法律ヲ適用スルガ裁判官當然ノ職務ナリ古語ニ曰ク裁判官ハ法律ヲ知ル jura novit curia ト此原則ノ如キハ深ク說明ヲ必要トセザルナリ

第二、裁判官ハ法律ノ善惡又ハ寬嚴ヲ口實トシテ裁判ヲ拒ムコトヲ得ズ　裁判官ハ一ノ事件ガ適法ナリヤ不適法ナリヤヲ審理判決スルノ職責アルノミ古語ニ曰ク嚴法モ亦法律ナリ Dura lex sed lex ト若シ夫レ假ニ裁判官ニ於テ法ノ善惡又ハ寬嚴ヲ調査スルノ權アリトシ其惡法又ハ嚴法ナリト思惟スルモノハ之レヲ適用セズトセバ裁判官ノ思料スル處則法律ナリト云フガ如キ結果ヲ生スルニ至ルベシ之レ豈ニ裁判官ノ職務ニ違背スルモノト云ハザルベケンヤ

第三、裁判官ハ法律ニ不明ノ點アルヲ以テ裁判ヲ拒ムヲ得ズ　法律上不明ノ點アラバ宜シク解釋法ニ依リテ之ヲ明カニスベク單ニ不明ノ點ノミニ依リテ裁判ヲナサザルハ其職ヲ全フセザルモノト云ハザルコトヲ得ズ

第四、裁判官ハ事件ノ複雜ナルカ又ハ困難ナル場合ニ之ヲ理由トシテ裁判ヲ

拒ムコトヲ得ズ之レ裁判官ハ職務ヨリ生ズル當然ノ結果ナリ

第五、裁判官ハ法律ニ明文ナキ場合ニ於テモ裁判ヲ拒ムコトヲ得ズ　此點ニ關シテハ我刑法第二條ニハ法律ニ正條ナキモノハ何等ノ所爲ト雖之ヲ罰スルコトヲ得ズト規定セルヲ以テ少クトモ刑法ニ於テハ明文ナキ場合ニハ裁判ヲ拒ムコトヲ得ベキハ明カナリ然レドモ民事ニ關シテハ明文ナキヲ以テ適用ヲ拒ムヲ得ズ明文ヲ缺ク場合ニ於テモ慣習條理等ヲ斟酌シテ事件ヲ解釋スベキモノトス」

以上法律ノ適用ニ付キ裁判官ノ職責ニ付キ一言セリ元ヨリ裁判官ハ絶對ニ如何ナル場合ニモ事件ヲ受理シテ審理スベシト云フニ非ザルナリ例ヘバ我邦ノ民事訴訟法ニ於テハ土地及事物ノ管轄ノ規定アリ此管轄ニ違反セル起訴ハ管轄違トシテ訴ヲ却下スベキモノトセリ從フテ裁判官ハ管轄違ノ事件ニ付テハ之ガ審理ヲナス義務ヲ有セザルヤ明ナリ

右述ベタルガ如ク裁判官ハ故ナクシテ裁判ヲ拒ムヲ得ザルヲ以テ若シ理由ナクシテ之ヲ拒ムカ若クハ其職務ヲ怠ル時ハ法律ノ制裁ヲ受クルニ至ルモノトス例ヘバ我刑法第二百八十三條ハ裁判官檢察官故ナクシテ刑事ノ訴ヲ受理セズ又ハ遷延

シテ審理セザル者ハ十五日以上三月以下ノ輕禁錮ニ處シ五圓以上五十圓以下ノ罰金ヲ附加ス其民事ノ訴ニ係ルモノ亦同シト規定シ又判事懲戒法第一條ニハ判事ガ職務上ノ義務ニ違背シ又ハ職務ヲ怠リタルトキハ懲戒ヲ受クル旨ヲ規定セリ又佛國ノ如キハカヽル場合ニハ裁判官ニ對シ損害賠償ノ訴ヲ起スコトヲ得ベキ旨ノ規定アリ我邦ニ於テモ民法第七百九條ノ規定ニヨリテ論ズレバ損害賠償ヲ求ムルコトヲ得ト解スルヲ得ベシ

右裁判官ニ付テ述ベタル處ハ大躰ニ於テ之ヲ行政官ニモ論及スルコトヲ得ベシ唯裁判官ハ獨立ノ意見ヲ以テ法律ヲ適用シ得ベク上級審ノ意見ニ拘セラルヽヲ要セザルニ反シ行政官ハ內部ノ監督ノ關係上上級下級ノ區別ヲ生ズルヲ以テ下級官吏ハ上級官吏ノ違法ノ命ニ服從スルノ義務アリヤ否之ヲ執行スルノ義務アリヤ否ノ問題ヲ生ズ此問題ニ付テハ或ハ下級官吏ハ絶對ニ上級官吏ノ命ズル處ニ從フベシトナスモノアリ或ハ自己ノ責任ヲ以テスルトキハ服從スル必要ナク上級官吏ノ責任ニ歸スル時ハ服從スベシトナスモノアリ、或ハ服從ノ義務ナシトスルモノアリ或ハ之ニ從フベシトナスモノアリ、或ハ上級官吏ノ反省ヲ求メ許サヾルトキハ之ニ從フベシトナスモノアリ或ハ自己ノ責任ヲ以テスルトキハ服從スル必要ナク上級官吏ノ責任ニ歸スル時ハ服從スベシトナス

モノアリ之レ從來行政法上大ニ論爭セラレタル處ニシテ其詳細ハ行政法ノ研究ニ俟タザルヲ得ズ我官吏服務規律第二條但書ニハ唯其命令ニ對シ意見ヲ述ブルコトヲ得ト規定セリ余輩ハ玆ニ單純ニ下級官吏ハ上級官吏ノ命スルニ處ニ服從シ之ヲ執行スベキモノナリト解スルニ止メントス

終リニ一言スベキハ法律命令ヲ裁判官ガ憲法違反ノモノナリト認メタル場合ニ裁判官ハ之レヲ適用セズシテ可ナルヤ否ヤノ問題アリ憲法違反ト云ヘバ形式上生ズルコトアルベク實質上生ズルコトアルベシ形式上ノ違憲ハ效力ヲ有セザルヲ以テ裁判官ハ之レヲ適用スベキ權義ナシ從テ此ニ說明スルハ實質的違憲ノ問題ナリ此ノ點ニ關シテモ議論ノ存スル所ナリト雖モ已ニ法律命令ガ形式上憲法ニヨリテ制定公布セラレタル場合ニハ其實質ニ於テ違憲ト認ムルモ廢止セラレザル限ハ裁判官ハ之レヲ適用スベク自ラ違憲ナリト認メタルノ故ヲ以テ適用ヲ拒ムコトヲ得ベカラザルモノト解スルノ至當ナルヲ信ゼントス

第二節　法律ノ解釋

法律ノ解釋 Interpretation, Auslegung ト云フハ法律ノ意義ヲ明カニスルノ意味ニシテ不明不備ノ點ヲ明確ニスル方法ナリ法律解釋ハ近世大ニ發達シ之ヲ以テ一ノ學科トナスモノナキニアラズ、法律解釋學 Juristische Hermeneutik 即之ナリ蓋シ法律ガ制定セラルヽヤ必ズ之ガ適用ナカラザルベカラズ適用センガ爲メニハ必ズヤ法律ノ意義明確ナラザルヲ得ズ法律ノ意義明確ナラバ元ヨリ解釋ノ必要ナキハ云フヲ俟タズ然レトモ立法事業ハ甚ダ複雜ナリ人事百般ノ行爲ハ、千差万別ナルガ故ニ此等ノ事項ニ付キ一々ニ規定ヲ設クルガ如キハ到底ナシ能フ所ニアラザルノミナラズ愼重ニ制定セラレタル法律モ之ヲ實際ニ適用スルニ當リテハ日常ノ行爲ガ其軌ヲ一ニセザルノ結果種々ノ難問ヲ生ジ各種ノ解釋ハ其文理上理論上生ジ來ルハ勢ノ然ラシムル所ト云ハザルコトヲ得ズ此ニ於テカ法律解釋ノ必要ヲ生ズ、且夫レ法律ハ日常行爲ノ準則タルベキモノナルガ故ニソガ解釋ハ各人ノ權利義務ニ影響ヲ及スニ至ルベキヲ以テ極メテ愼重ニ之ヲナサヾルベカラザルハ蓋シ云フヲ俟タザル處ナリ

第一　法律解釋ノ種類

法律解釋ノ種類ハ解釋ヲナス主躰、方法及用語文意ノ關係ノ三點ヨリ之ヲ區別ス

ルヲ得ベシ

(一) 有權解釋 Authentische Interpretation 主躰ニ基ク區別ニシテ其解釋ガ法律ノ眞正ノ意義トシテ公ノ動力ヲ有スルモノヲ云フ具躰的ニ云フ時ハ法律ノ淵源ヲ以テ不明不備ノ點ヲ解釋スルヲ云フ三ツニ之レヲ分ツ

(イ) 立法解釋 legal Interpretation 立法解釋トハ法律ヲ以テ法律ヲ解釋スルヲ云フ、其方法ハ或ハ附屬法ヲ以テスルアリ或ハ獨立ノ法律ヲ以テスルアリ、或ハ參考書ヲ以テスルアリ或ハ法律ノ中ニ釋解ヲ與フルアリ、或ハ伺指令ニ答フルニヨリテ解釋スルアリ

(ロ) 慣習解釋 Usual interpretation 慣習法ヲ以テ法律ヲ解釋スルヲ云フ

(ハ) 裁判解釋 GerichtlicheiInterpretation 判例ヲ以テ解釋ヲナスヲ云フ

(二) 學理解釋 Dyktrinelle Interpretation 學理解釋ト云フハ學說ヲ以テ法律ヲ解釋スルヲ云フ此解釋ハ方法ニ基ツク區別トス三ツニ分ツ

(イ) 文理解釋 Grammatische Auslegung 法文ノ宇句ノ關係ニ基ツキテ解釋スルヲ云フ、法解釋ト云フモ亦可ナリ

(ロ) 論理解釋 logische Auslegung 法律制定ノ目的其他一切ノ事情ヲ基トシテ解釋スルヲ云フ

(ハ) 沿革的解釋 Historische Auslegung 法律ノ規定セル事項カ如何ニ發達シ來リタルヤニヨリテ其意義ヲ定ムルヲ云フ

(三) 用語及文意ノ關係ニ基ツク區別ハ擴張的解釋 Extentive Anslegung 及ヒ縮小的解釋 restrictive Anslegung トス擴張的解釋ト云フハ文字通リニ嚴格ニ解釋シテ其意義テ寬大ニ解釋スルヲ云ヒ縮小的解釋ト云フハ法文ヲ法意ニ反セサル限リニ於テ其意義ヲ增減セサルヲ云フ

第二 法律解釋ノ規則

法律解釋ノ種類ハ右述ベタルカ如シ次ニ解釋ノ規則ヲ說明セン

(一) 法律ノ用語ハ通常平易ノ意味ニ之ヲ解スヘシ然ラサレハ法意ヲ曲解スルノ恐アリ但シ特別ノ意義ニ用ヒラレタルモノハ其意義ニ從テ解スヘキハ勿論テリ例ヘハ工業ニ關スル特別ノ用語ハ其意義ニ從ヒテ解スヘキカ如シ實例ヲ云ヘハ國民ト云ヘハ普通ノ解釋トシテハ男女老幼ノ一切ヲ含ムト解スヘキハ勿論

ナリ、然レトモ徴兵令ニ所謂國民ト云ヒ國民軍籍ト云フカ如キハ男女老幼ノ一切ヲ包含スルニ非サルカ如シ此等特別ノ意義ノ外ハ普通ニ解スヘキモノトス

(二) 法律ノ用語ハ制定當時ノ意義ニ解スルヲ要ス　蓋シ法律ハ其時其場所ニ應シテ制定セラルヘキカ故ニ若シ立法當時ノ意義ニ反スル解釋ヲ下ス時ハ幻意ヲ誤ルノ恐ナシトセサルナリ例ヘハ電話ノ發明ナキ時ニ法文ニ電氣機トアレハ電話ハ含マサルモノト解スヘク又自轉車ナキ時代ノ法律ニ車ノ文字アレハ自轉車ハ含マスト解スヘキカ如シ

(三) 法律ノ用語ハ意義不明ノ時ニハ法意ニ適フヘキ解釋ヲナスヲ要ス例ヘハ單ニ人ト云フ文字ヲ用ヰアリテ法人ヲ含ムヤ否不明ノ時ハ其法律全體ニ亘リテ其意ノアル處ニ從ヒ解釋スヘキモノトス

(四) 法律ノ解釋ハ文理解釋ヲ先ニス　蓋シ文字ハ思想ノ表示ナルヲ以テ法律ノ主意何クニアルカヲ知ラントセハ先ツ其文理ニヨリテ解スヘキハ至當ナリ

(五) 文理解釋ニヨリ明カナラサル時ハ論理解釋ヲ以テスヘシ　文字ハ思想ノ表示ナルヲ以テ法律ノ意義ハ文字ニヨリテ明カニ知リ得ヘキカ如シト雖時ニ或ハ不明ノ文字ナキニ非サルヘシ此場合ニ文字ニノミ重キヲ置ク時ハ遂ニ解釋ノ正當ヲ失フノ恐アリ此ヲ以テ文字不明ナル時ハ論理的ニ之ヲ解釋シテ以テ其意義ヲ明確ニスルノ必要アリ

(六) 例外法ハ嚴格ニ之ヲ解スヘシ　例外法ト云フハ原則法ニ對スル用語ニシテ例外法ヲ認ムルハ或特定ノ場合ニ限リ原則ヲ適用スル能ハサルニ出ツルモノニシテ一般ニハ原則ニ由ルヲ本則トスルナリ諺ニ曰ク立法者ハ原則ヲ欲スト蓋シ例外ヲ認ムルハ或特段ノ場合ニ限ルヘキカ故ニ之レヲ解釋スルニ當リテモ須ラク嚴重ナラサルヘカラサルナリ

(七) 刑罰ヲ加ヘ又ハ義務ヲ負ハシムル法律ハ嚴格ノ解釋ヲナスヘキモノトス此場合ニハ補充的ノ解釋ヲナスヲ許サヽルナリ蓋シ此ノ如キ法律ハ人ノ權利義務ト重大ノ關係アルヲ以テナリ例ヘハ刑法ノ如キ徴兵令ノ如キハ嚴重ニ之ヲ解スヘキカ如シ

(八) 論理學ニ所謂類推論法反求論法及ヒ強理論法ハ又或場合ニ法律解釋ニ之ヲ適用スルコトヲ得類推論法トハ Argumentum paranaligie トハ類似ノ事項ニ付キ或一定

ノ法條ヲ準用(Gerezesanligie)シ若クハ法規ノ全體ヲ準用(Rechtsanalogie)スルヲ云フ所謂擴張解釋トハ又相異ナレリ此論法ヲ以テ解釋シ得ヘキハ擴張的解釋ヲ許スヘキモノニハ之ヲナシ得ヘキハ元ヨリ明カナリ刑法ノ如キハ此論法ヲ以テ解スルヲ許サス反求論法 Argumentum a contrario トハ例ヘハ右スルコヲ許ス法文アルヲ以テ左スルコハ禁スト云フ解釋ナリ此ノ如キハ妄ニ用ユヘキモノニ非サルナリ唯例外カ原則ニ返ル場合ニハ許シ得ヘシ例ヘハ未成年者ハ法律行爲ヲナスヲ得スト規定シアルヲ反求シ成年者ハ之レヲナスコヲ得ト解スルハ必スシモ不都合ノ結果ヲ來スコトナキヲ以テ之レヲナシ得ヘシ强理論法 Argumentum a fortiori ト云フハ例ヘハ小ヲ禁スル規定アルヲ以テ大ヲ禁スルハ勿論ナリト云フカ如キナリ此三者ハ或場合ニ於テハ法律解釋ニ之ヲ用ユルヲ得ルモノトス

第八章　法律ノ廢止及變更

法律ノ廢止ト云フハ法律カ其效力ヲ失フニ至ルヲ云フ換言セハ實地ニ適用セラレサルニ至ルヲ云フナリ通常ニハ言語ノ上ニ於テ廢止ト變更トヲ區別シ廢止ト云フハ絕對ニ其法律ヲ以テ之ニ代ヘサルヲ云ヒ變更トハ舊法ニ代フルニ新法ノ發布ヲ以テシテ舊法ヲ廢止スルヲ云フトセリ廢止ノ方法ニヨル區別ニシテ別ニ難スヘキ處モナシ余輩カ茲ニ廢止變更ノ文字ヲ用ヒタルモ亦此區別ヲ採用シタル結果ナリ然レトモ要スルニ法律カ廢セラレテ其效力ヲ失フニ至テハ同一ナルヲ注意セラルヽヲ要ス

余輩ハ前ニ法律ノ制定ノ部ニ於テ法律ハ制定セラレテ始メテ其效力ヲ生スル所以ヲ說明シタリ然ラハ即法律ナルモノハ制定ニヨリテ始メ發生スルコト恰モ人カ生レテ人トシテ存スルニ至ルト同一ナルヤ明ナリ又前ニ法律ノ效力ノ章ニ於テ法律ハ制定ヨリ廢止ニ至ル迄其效力ヲ有スル所以ヲ說明セリ然ラハ即法律カ有效ニ存在スル期間ハ其法律カ廢止セラルヽ迄ナルコト恰モ人カ人トシテ生存スルハ其死亡ニ至ル迄ナルト同一ナルヤ蓋又明カナリ然ラハ法律ハ如何ナル時期ニ廢止セラルヽカ凡ソ宇宙間ノ凡テノ現象ハ發生、存續、消滅ノ三作用ヲ免ルヽ能ハス生アレハ必ス死アリト云フハ當ニ人生ニ於ケルノミナラサルナリ恰モ人カ出生シ生存シ死亡スルト同シク法律モ亦發生シ存續シ消滅スル作用ヲ免ルヽ能ハサルナリ然リ而シテ法律ハ如何ニシテ發生スルカ即制定ニ關シテハ前既ニ之ヲ

說明シタリ本章ニ於テハ法律ハ如何ニシテ廢止セラルヽカ即其消滅ニ付テ一言スル所アラントス

法律ハ公布ノ時ヨリ廢止ノ時迄其効力ヲ有スルヿ前述ヘタルカ如シ然ラハ即チ法律カ廢止ニヨリテ消滅スルハ云フヲ俟スシテ明カナリ法律ハ如何ニシテ廢止セラルヽカ其方法ニハ區別アリ

第一明示ノ廢止及默示ノ廢止ト云フハ法律ヲ以テ法律ヲ廢スルヲ明言スルヲ云ヒ默示ノ廢止ト云フハ此ノ如キ明言ヲナサス新法カ廢布セラレタルトキニ於テ舊法ト新法カ抵觸シタル時ニハ當然舊法ハ其効力ヲ失フヿトナスヲ云フ此區別ハ廢止ノ方法如何ニ基ツク區別トス

第二全部ノ廢止一部ノ廢止トハ法律全體カ其効力ヲ失フニ至ルヲ云ヒ一部ノ廢止トハ法律ノ一部分カ其効力ヲ失フニ至ルヲ云フ此區別ハ法律カ効力ヲ失フニ至ル範圍如何ニ基ク區別トス

第三明因ニヨル廢止及外因ニヨル廢止　此區別ハ法律カ其効力ヲ失フ源因如何ニ基ツクモノニシテ法律其モノニ廢止ノ理由存スル時ヲ內因ノ廢止ト云ヒ他ノ法律ヲ以テ之ヲ廢スルヲ外因ノ廢止ト稱スルカ如ク法律其モノニ消滅ノ原因カ揭ケラルヽヲ云フ分テ三トス

(一) 內因ニヨル廢止　內因ニヨル廢止ハ右說明スルカ如ク法律其モノニ消滅ノ原因カ揭ケラルヽヲ云フ分テ三トス

(イ) 法律ノ規定セル事項カ消滅セル場合　法律カ或事項ニ關係シ之カ規定ヲナシタル場合ニ其事項カ消滅セハ此事項ヲ目的トスル規定モ亦存シ得サルハ云フヲ俟タサル所ナリ例ヘハ臨時檢疫事務ニ關シ法律ヲ發シタル場合ニ其事務カ不必要トナリテ消滅シタルカ如キ戰爭ノアリタル場合モ之ニ同シク法律ヲ發シタルトキ(戒嚴ノ宣告ノ如キ)ニ戰爭カ結了セハ其法律カ不必要トナリ消滅スルカ如キ即之ナリ

(ロ) 法律ニ於テ其實施期限ヲ定メタル場合　法律ニ於テ何年月日迄之ヲ實施スト定メタル場合ニヨリ該法律カ消滅スルハ當然ニシテ法律ハ其發布ノ日ヨリ廢止迄効力ヲ有スト云フ原則ノ結果ナリ一言ニシテ云ヘハ法律其モノニ於テ其存續時期ヲ定メタルモノニシテ例ヘハ何々會社カ設立セラルル際其定款ヲ以テ當會社ノ存立時期ハ何年何月何日迄トスト定メタル時ハ其時期到

來ニヨリテ該會社ハ當然ニ解散スルト同一ナリ

(ハ) 新法カ發布セラレ未タ實施セサレサルニ當リ舊法ヨリ新法ニ移ル間ニ一種ノ中間ノ法律ヲ發布スルコアリ之ヲ經過法ト云フ經過法ハ舊法ト新法トノ連鎖ヲナスモノニシテ其用ハ二法ヲ結ヒ付クルニアルカ故ニ新法カ實施セラルヽ時ハ當然ニ其效力ヲ失フニ至ルモノトス

(二) 外因ニヨル廢止前說明セル如ク法律其モノニ消滅ノ原因存セサル場合ニ他ノ法律ヲ以テ之ヲ廢止スルヲ云フ此廢止ニ明示ト默示ノ區別ヲ生ス

(イ) 外因ニヨル明示ノ廢止 他ノ法律ヲ發布シ以テ舊法ヲ廢スルヲ明言スルヲ云フ通常ニハ新法ヲ發布シ其施行ニ關シ何年何月發布ノ法律ハ此法律施行ノ日ヨリ之ヲ廢止ストアルハ即之ナリ

(ロ) 外因ニヨル默示ノ廢止 新法制定セラルヽモ其中ニ舊法ヲ廢止スル旨ノ明言ナキ場合ニ舊法カ新法ノ發布ノ爲メ廢止セラルヽヲ云フ法律ノ原則ニ曰ク新法ハ舊法ニ先ツ Lex posterior derog at legi priori. ト之即廢止ヲ明言セサル場合ニ於テ舊法ト新法カ抵觸セル時ハ舊法ハ當然ニ廢止セラルヽヲ云フニ外ナラサルナリ蓋シ法律ハ其時勢ニ伴フテ制定セラルヘキモノナルカ故ニ立法者カ新法ヲ發布シタル場合ニ該法律中ニ舊法ヲ廢止スヘキ旨ヲ明言セサリシ時ニ於テモ新法ヲシテ效力アラシムルハ立法者ノ希望スル所ナレハナリ唯注意スヘキハ前說明セル如ク法律ノ廢止ニハ全部及一部ノ區別アリ得ヘキカ故ニ新法ト舊法カ相抵觸セル場合ニハ勿論新法カ舊法ヲ廢スヘク、抵觸ナキ場合ニハ舊法カ尙其效力ヲ有スルハ云フヲ俟タス是ヲ以テ之ヲ觀レハ新法カ舊法ニ先ツト云フハ新舊二法カ相抵觸セルヤ否ハ各場合ニ付キ之ヲ判斷スルノ外ナシ

新舊二法カ相抵觸シタル場合ニ於テ生スヘキ問題ハ普通法及特別ノ關係ナリ新ニ普通法ヲ發布シタル場合ニ其規定カ前ノ特別法ト抵觸セル時ハ何レカ效力ヲ有スヘキカ法律ノ原則ニ曰ク新一般法ハ舊特別法ニ先立タズ lex posterior generalis non derogat legi priori speciali ト即先ニ發布セラレタル特別法ハ後ノ一般法ニ依リ廢止セラルヘキモノニアラスシテ舊特別法カ尙效力ヲ有スルヲ言ヒ現ハシタルナリ例ヘハ質屋取締法ハ明治廿八年三月法律第十四號ヲ以テ發布セラレ同二

十九年九月一日ヨリ施行セラレタルモノニシテ其第十一條ニ於テ質屋ハ流質期限經過ノ後何時タリトモ其質物ヲ處分スルコヲ得ト規定シ以上所謂流質ヲ許シタリ而シテ民法ハ明治二十九年四月法律第八十九號ヲ以テ發布セラレ同三十一年七月ヲ以テ施行セラレタルモノニシテ其第三百四十九條ニ於テ質權設定者ハ設定行爲又ハ債務ノ辨濟期前ノ契約ヲ以テ質權者ニ辨濟トシテ質物ノ所有權ヲ取得セシメ其他法律ニ定メタル方法ニ依ラスシテ質物ヲ處分セシムルコヲ約スルコヲ得スト規定シ以テ所謂流質ヲ禁シタリ質屋取締法ハ質ヲ營業トスルモノニ關スル特別法ニシテ民法ハ普通法ナリ前者ハ舊特別法ニシテ後者ハ新一般法ナリ此兩法ハ明カニ抵觸スレトモ舊法ハ其效力ヲ有シ質屋營業者ニ關シテハ尙舊法カ其效力ヲ有シ所謂流質ヲ許スモノトセルナリ元ヨリ新舊二法カ全ク相兩立スヘカラサル根據ノ上ニ立ツモノナル時ハ法律ハ其時勢ニ適應シテ制定セラルヘキカ故ニ舊法カ其效力ヲ失フハ云フヲ俟タサルト同時ニ舊一般法ハ新特別法ニヨリ廢止セラルハ勿論ナリ

以上法律ノ廢止ニ付キ一言シタリ尙終リニ一言スヘキハ慣習法ト法律ト抵觸シタル場合ハ何レカ效力ヲ有スヘキヤノ問題ナリ慣習法ハ法律ト同一ノ效力ヲ有セス法律ノ規定カ存スル時ハ慣習法ハ之レヲ變更スル當然ノ力ナキヲ以テ法律カ其效力ヲ有スヘキハ云フヲ俟タスシテ明カナリ然レトモ時勢ノ變遷ハ法律ノ規定ト相伴ハサルニ至ルハ又明白ノ事實ニシテカヽル場合ニ慣習法ヲ生スルニ至ルヲ以テ人民ハ時勢ニ伴ハサル法律ニ依ラス慣習法ニ依ラントスルニ至ルコモ亦明カナリト云フヘシ此ニ於テカ法律ト慣習法カ相抵觸セハ何レカ效力ヲ有スルカノ問題ヲ生スルナリ前述ヘタルカ如ク所謂慣習法ノ違反力ノ問題ニ關シテハ反對慣習ニヨリテ法律ヲ廢止スルヲ得ルカ Consuetudo 及ヒ法律ノ不使用ニヨリ法律ハ廢止セラルヽヤ否　前ニ述ヘタルカ如ク法律ニ於テ慣習法ニ依ルコヲ得ヘキ所以ヲ明記シタル場合ニハ元ヨリ法律ノ規定スル所ニ反シテ慣習法ニ從フコトヲ得ヘキハ元ヨリ明カナリ然レトモ之レ慣習法ニ違反力アルニ過キサルモノニシテ所謂廢止的效力 Derogatorische Kraft アルニ非サルナリ即人民一般カ其慣習ニ從フヘキ場合ニ其法律ノ規定カ適用セラレサルモ尙

其法律ハ效力ヲ有シ廢止セラレタルモノニ非サルナリ

(二) 法律ハ不使用ニヨリ廢止セラルヽ時ハ永遠ニ其效力ヲ有スルヲ原則トス苟モ明示若クハ默示ニ廢止セラレサル限リハ妄ニ其效力ヲ失フニ至ルヘキモノニ非サルナリ故ニ極論スレハ法律カ假令永年月使用セラレサリシトスルモ尙其法律ハ廢止セラレスシテ依然トシテ其效力ヲ有スルモノト云ハサルヲ得サルナリ

第九章　法律ノ制裁

法律ノ制裁 Sanction ト云フハ法律ニ違反シタルモノカ蒙ルヘキ惡報ヲ云フ凡ソ法律ノ制定アレハ必スヤ之カ實行ナカラサルヲ得ス之ヲ實行センカ爲メニハ必ス强制力ニ俟タサルヲ得ス蓋シ法律ノ特質ハ其强制ノ力ニアルコト前ニ述ヘタル處ニシテ若シ假ニ法律カ强制ノ力ヲ欠クトセンカ之ヲ實行スルニ當リテ違反者アルモ遂ニ如何トモスル能ハサルヤ明カナリ已ニ法律カ强行セラルヘキモノナリトセハ法律ニ違反スル者ハ必スヤ多少ノ苦痛ヲ蒙ムルヘキハ云フヲ俟タス苦痛即惡報ナリ蓋シ國民ハ其當然ノ義務トシテ國法ヲ遵守スヘキモノナルカ故ニ妄ニ國法ニ違反スルモノアラハ國家ハ其權力ヲ以テ違反者ニ臨ミ之ニ惡報ヲ與ヘサルヲ得ス然ラスンハ一方ニ於テハ國家ノ秩序ヲ維持スルヲ得サルヘク他方ニ於テハ法律ハ徒ニ空文トナリテ其實效ヲ奏スル能ハサラン是ヲ以テ之ヲ觀レハ國民カ國法ニ服從スルハ元ヨリ本然ノ義務ナルコト云フヲ俟タスト雖違反シタル場合ニ於テ惡報ヲ蒙ムルヘキカ故ニ益々國民カ法律ニ服從スルノ念ヲ固クスルニ至ルヘク制裁ナクンハ法律ニ非サルヤ蓋明ナリ

制裁ト云フ文字ハ甚タ廣シ道德ニ違反シタルモノニモ制裁アリ得ヘク宗敎ニ違反シタルモノニモ制裁アリ得ヘク社會ノ輿論ノ如キモ亦一ノ制裁タリ得ヘク所謂制裁ナルモノヽ種類ハ一タニ枚擧スル能ハサルナリ然レトモ制裁カ一種ノ苦痛即惡報ナルニ至テハ皆相同シ唯本章ニ所謂制裁ト異ナル所ハ道德上宗敎若クハ社會上ノ制裁ノ如キハ强制力ニ伴フ當然ノ結果ニ非スシテ人ノ精神ニ訴ヘテ之カ矯正ヲ求ムルニ過キサルナリ法律上ノ制裁ハ即然ラス法律ノ命シ若クハ禁スル所ノモノハ國民カ當然ニ遵奉スヘキ所ノモノタリ此命令禁令ニ違反シタルモノカ蒙ムルヘキハ責罰ナリ法律上ノ制裁ハ法律ノ强制力ニ伴フ當然ノ結果ニ

外ナラサルナリ素ヨリ或場合ニハ道德上宗敎上若クハ社會上ノ制裁カ實際ニ於テ其效ヲ奏スルコト甚タ大ナルハ勿論ニシテ又余輩ハ此種ノ制裁カ人心ヲ支配シ自ラ戒メテ法律ノ命シ若クハ禁スル所ニ違反セサルニ至ルヲ望ムヤ切ナリト雖滔々タル世間ノ風潮ハ遂ニ幾多ノ違反者ヲ出サヽルコトナキヲ如何セン是ヲ以テ之ヲ觀レハ法律ヲ制定シテ國ヲ統治シ所謂法治國ノ實ヲ擧ケントセハ法律ノ强制力ト制裁トハ相終始シ相俟テ始テ法律ノ効用ヲ全フスルコトヲ得ベシト雖右述フルガ如ク道德宗敎等ノ制裁モ亦實際ニ其効果少ナカラサルヲ以テ强制力ノ有無ヲ基礎トシテ法律上ノ制裁ハ强ク宗敎上道德上ノ制裁ハ弱シト論斷シテ以テ二者ノ强弱ヲ區別セントスルハ甚タシキ誤ナリト云ハサルコトヲ得ス

制裁ト云フ文字ハ右述フルカ如ク廣ク解スルコトヲ得ベシ或ハ制裁ト云フハ惡報ノミナラス善報例ヘハ賞與ノ如キヲモ包含スト論スルモノヤキニアラズ英ノベンザム氏ハ論シテ曰ク凡ソ人心ハ必ズヤ或原因ニ支配セラル原因トハ何ゾヤ苦樂之レナリ而シテ法律ニ屬スル苦樂ハ即法律上ノ制裁ナリ蓋シ人類ハ苦樂ノ奴隷ナリ苦樂ハ人ノ肉躰上及精神上ニ存シ苦痛ヲ去リテ快樂ヲ求ムルコト人ノ天性ナリ、立法者ハ此性情ヲ利用シテ以テ法律ノ實行ヲ保證スルモノナリト要スルニベンザム氏ノ云フ所ハ法律上ノ制裁ハ單ニ苦痛即惡報ニ止マラズ快樂即善報ヲモ包含ストナスニアリ願フニ法律ノ實行ヲ期センガ爲メニ之ニ服從セザル者ニハ苦痛ヲ與ヘ之ニ服從スルモノニハ善報ヲ與フルガ如キハ必スシモ不可ナリトセズ、然リト雖善報賞與ヲ以テ制裁ノ一ナリトナスハ制裁ナル文字ノ本義ニ背反スルノミナラズ賞與ヲ法律實行ノ手段トナスガ如キハ寧ロ何等ノ效力ナキモノナリト云ハザルコトヲ得ズ制裁ト云ヘバ普通ノ用語トシテ惡報ヲ意味ス且夫レ人ハ誰人ト雖モ賞與ヲ受ケント欲セザルナシト雖又之レヲ拒絕シ得ザルノ道理ナシ、賞與ヲ以テ法律實行ノ手段トナサバ賞與ヲ辭シタルモノニハ如何ニシテ之ヲ實行スベキカ法律ハ元ヨリ實效アルヲ期スルモノナルガ故ニカヽル場合ニハ遂ニ反對ナル苦痛ヲ與ヘテモ之ヲ强行セザルヲ得ズ是ヲ以テ之ヲ觀レバ制裁トハ惡報ヲ意味スルコト用語上ヨリモ又理論上ヨリモ正當ナルヤ明ナリ

右述ベタル所ヲ以テ之ヲ見レバ法律上ノ制裁トハ(一)法律上科セラレタルモノナルヲ要ス法律ヲ以テ科シタルモノニ非サレバ法律上ノ制裁ニアラズ宗敎上道德

上ノ制裁ハ法律上ノ制裁ニアラサルナリ(二)法律ニ違反シタルモノニ科セラルヽ事(三)制裁ハ惡報ナルコトヲ要スルヤ又明カナリト云フヘシ

制裁ハ法律ノ種類ニ伴フテ之ヲ分類スルコトヲ得ヘシ、例ヘハ憲法上ノ制裁、行政法上ノ制裁、民法上ノ制裁、刑法上ノ制裁國際法上ノ制裁ト云フガ如キ之ナリ然レドモ法律ヲ性質上ヨリ分類セハ公法及私法ノ二者ニ大別スルヲ得ルコト前述ヘタル處ノ如シ從フテ制裁ヲ法律ノ性質ニ基ク區別ニ伴フテ分類セハ公法上ノ制裁及私法上ノ制裁ノ二者トナスコトヲ得ヘシ元ヨリ各種ノ法律ニヨリ其制裁ヲ異ニスルハ勿論ナリト雖性質上ノ分類トシテ右述ヘタル二ノ分類ヲ以テ充分ナリト信ス而シテ公法上ノ制裁ノ中重ナルモノハ刑事制裁トシ私法上ノ制裁ノ重ナルモノヲ民事制裁トス、從フテ余輩ハ本章ニ於テ民事制裁及刑事制裁ニ付キ一言セント欲ス唯注意スヘキハ民法及刑法ハ日常ノ生活關係ニ於テ最モ直接ノ關係アル法律ナルヲ以テ從來或ハ制裁トハ民事制裁及刑事制裁ノ二者ノミナルガ如ク觀察シタルコトナキニ非ズ余輩元ヨリ之ヲ正當トセズ行政上ノ制裁、憲法上ノ制裁等元ヨリ法律ノ制裁ノ一タルヲ失ハズ余輩ガ玆ニ民事制裁及刑事制裁ニ付キ一言セント欲スルハ右ノ論者ノ如ク法律ノ制裁ヲ此二者ニ限ルトセシニ非スシテ余輩ガ分類シタル公法上ノ制裁及私法上ノ制裁中最モ重ナルモノナルヲ以テ之ヲ玆ニ一言セント欲シタルニ出デタルナリ尚各種ノ法律ニ基ク制裁ノ研究ハ其法律研究ノ際ニ明カナルヘク又余輩ガ此ニ說明スル所モ其大躰ニ過ギザルヲ以テ他日民法刑法等ノ研究ニヨリテ知得セラレンコトヲ要ス

第一　民事制裁

民事制裁ト云フハ私權ヲ侵害セラレタルモノヽ要求ニヨリ侵害者ニ科スル制裁ヲ云フ、或ハ民事制裁ヲ分チテ形式的民事制裁及實行的民事制裁トナスモノアリ此區別ノ基ク所ハ侵害ヲ受ケタル權利ヲ直接ニ回復シ得ルヤ否ニアルモノトス、形式的民事制裁ト云フハ例ヘバ或物品ヲ他人ニ貸與シタル場合ニ其モノガ貸與物件ヲ滅失シタルトキハ所有者ハ遂ニ其物件ノ返還ヲ求ムル能ハザルヲ以テ之ニ代ヘテ損害ノ賠償ヲ請求スルガ如キヲ云ヒ、實行的民事制裁ト云フハ此場合ニ他人ノ手ニ其物件存在セバ其物件ヲ取戻スガ如キヲ云フ此兩者ハ全ク兩立シ得ザルニ非ズ、換言セバ形式的及實行的二者ヲ併用スルコトヲ得ベシ、例ヘバ右ノ場

合ニハ貸與物件ノ取戻ヲ實行シ得レドモ借用者ガ其物件ヲ毀損シタル時ハ之ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ヲ請求シ得ベキガ如シ

民事制裁ハ分チテ五種トス、損害賠償、强制履行、無效、取消及解除、權利回復及權利喪失幷ニ禁令即之レナリ以下簡單ニ之ヲ說明セン

(一) 損害賠償　損害賠償ト云フハ其文字ノ示スカ如ク損害ヲ受ケタルモノニ對シ侵害者カ支拂フヘキ金額ヲ云フ凡ソ損害ノ賠償ト云ヘバ必スシモ金錢ヲ以テスルニ限ルヘキモノニアラス、然レトモ近世ニ於ケル損害賠償ハ金錢ヲ以テ之ヲナスヲ一般トス之レ金錢ハ通貨トシテ人ノ最モ欲スル所ノモノナルカ故ニ金錢ヲ以テ損害ヲ賠償スル時ハ被害者ニ最モ便ニシテ且最モ滿足ヲ與ヘ得ヘシト云フニ出テタルナリ、我民法亦然リ(四百十七條參照)

損害ノ賠償ハ其原因、性質、範圍等ニヨリテ之ヲ區別スルコトヲ得ルカ如キヲ云ヒ、不法之ヲ一言セン

(イ) 義務不履行ニ因ル損害賠償及不法行爲ニ因ル損害賠償　此區別ハ原因ニヨル區別ニシテ義務不履行ニヨル賠償ト云フハ例ヘバ甲カ乙ニ金百圓ヲ貸與シ返濟期限ヲ十二月三十日ト定メタリトスレバ乙ガ此期限ヲ經過スルモ辨濟セザル時ハ期限後相當ノ利子ヲ損害金トシテ請求スルコトヲ得ルカ如キヲ云ヒ、不法行爲ニ因ル損害賠償トハ故意又ハ過失ニヨリ他人ノ權利ヲ侵害シタルモノガ被害者ニ其損害ヲ賠償スルヲ云フ例ヘバ人ヲ毆打シテ負傷セシメタル場合ニ其治療代ヲ賠償スルカ如キ之レナリ

(ロ) 不履行ニ因ル損害賠償及ヒ履行ニ代ル損害賠償　不履行ニ因ル損害賠償ト云フハ例ヘハ甲ガ乙ニ書籍ヲ貸與シタル時ニ乙カ之ヲ滅失シタル場合ニハ甲ハ書籍ノ返還ヲ求ムルコトヲ得ズ、從テ之ニ代ヘテ損害ヲ賠償セシムルノ外ナキガ如シ尙此場合ニ不履行ノ爲メ損害ヲ生シタル時ハ尙之ヲモ請求スルコトヲ得ベシ

(ハ) 普通ノ損害賠償及特別ノ損害賠償　普通生スベキ損害ノ賠償トハ例ヘバ金錢ニハ當然利子ヲ有ストスルガ如キヲ云モ、特別ノ事情ニ因リ生シタル損害ノ賠償トハ危險ノ地位ニ借用ノ物品ヲ置キタルヲ爲メ墜落シテ損害ヲ生シ之ヲ賠償スルガ如キヲ云フ但シ此場合ニハ其事情ヲ豫見シ又ハ豫見シ得ヘカリシ時ニ請