

法學通論

完

321.

Book

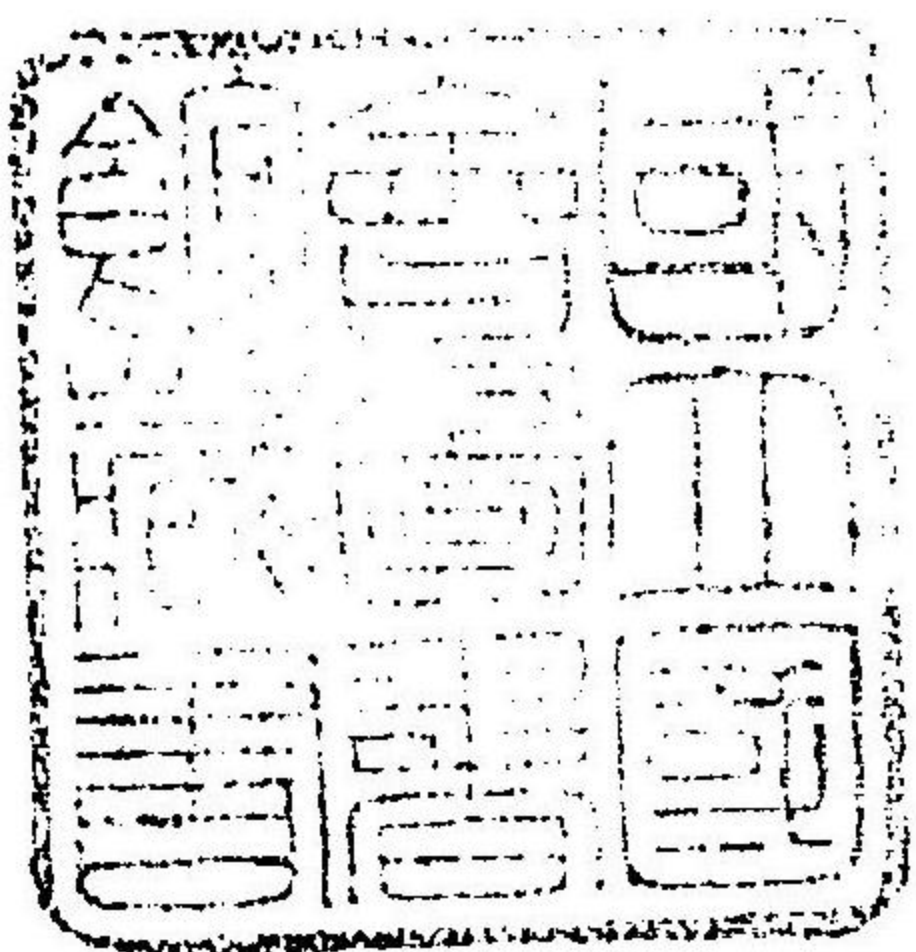
法學士織田萬講義

法學通論

完

東京專門學校刊行

321  
Q222h



法學通論目次

緒言

第一卷 總論

第一編 法學及び法律

第一章 法學の定義

第二章 法學と法術との關係

第三章 法學の各派

第四章 法律の定義

第五章 法律の彙類

第六章 法律の淵源

第七章 法律の制定及び公布

第八章 法律の執行及び適用

法學通論 目次



336583

四九 四二 三三 二二 一五 一〇 八 五 五 一 頁

第九章 法律の効力 五四

第十章 法律の解釋 七九

第十一章 法律の制裁 九一

第十二章 法律の變更及び廢止 九九

第二編 法律に必要なる觀念 一〇三

第一章 國家 一〇三

第二章 國家の組織 一一一

第三章 國家の主權 一一九

第四章 國家の主體 一二三

第五章 權力の客體 一二六

第六章 權利 一二八

第七章 權利の種類 一三三

第八章 權利の主體 一四〇

第九章 權利の客體 一四八

第十章 權利の取得及び消滅 一五四

第二卷 各論

第一編 憲法 一五八

第一章 天皇 一六〇

第二章 臣民の權利義務 一六二

第三章 統治の機關 一六四

第四章 統治權の形式 一七〇

第二編 行政法 一七三

第一章 行政行爲 一七五

第二章 行政組織 一七七

|     |               |     |
|-----|---------------|-----|
| 第一節 | 普通行政と地方行政との區別 | 一七七 |
| 第二節 | 地方行政組織        | 一七九 |
| 第三節 | 普通行政組織        | 一八二 |
| 第四節 | 特別行政組織        | 一八八 |
| 第三章 | 行政訴訟及訴願       | 一八九 |
| 第一節 | 行政訴訟          | 一八九 |
| 第二節 | 訴願            | 一九〇 |
| 第四章 | 權限爭議          | 一九四 |
| 第三編 | 刑法            | 一九六 |
| 第一章 | 犯罪の定義及種類      | 一九八 |
| 第二章 | 犯罪の責任         | 二〇九 |
| 第三章 | 特別の不論罪        | 二一四 |
| 第四章 | 數人共犯          | 二二七 |

|     |           |     |
|-----|-----------|-----|
| 第五章 | 刑罰の處分及假出獄 | 二二八 |
| 第六章 | 刑罰の加重減輕   | 二三二 |
| 第七章 | 數罪俱發      | 二三五 |
| 第八章 | 刑罰の消滅     | 二三六 |
| 第四編 | 民法        | 二三八 |
| 第一部 | 人權法       | 二三九 |
| 第一章 | 人權及び義務    | 二三九 |
| 第二章 | 人權の原因     | 二三三 |
| 第一節 | 契約        | 二三三 |
| 第一款 | 契約の種類     | 二四二 |
| 第二款 | 契約の効力     | 二四四 |
| 第二節 | 不當の利得     | 二四八 |

|     |              |     |
|-----|--------------|-----|
| 第三節 | 不正の損害        | 二四九 |
| 第四節 | 法律の規定        | 二五〇 |
| 第三章 | 人權の効力        | 二五〇 |
| 第四章 | 義務の體様        | 二五七 |
| 第五章 | 債權の消滅        | 二六二 |
| 第二部 | 物權法          | 二六四 |
| 第一章 | 所有權          | 二六四 |
| 第二章 | 占有權          | 二七〇 |
| 第三章 | 役權           | 二七五 |
| 第一節 | 對人役權         | 二七六 |
| 第一款 | 用益權、使用權及び住居權 | 二七六 |
| 第二款 | 賃借權、永借權及び地上權 | 二八〇 |
| 第二節 | 物上役權、地役權     | 二八四 |

|     |          |     |
|-----|----------|-----|
| 第四章 | 擔保物權     | 二八六 |
| 第一節 | 留置權      | 二八六 |
| 第二節 | 質權       | 二八八 |
| 第三節 | 先取特權     | 二八八 |
| 第四節 | 抵當權      | 二九一 |
| 第三部 | 親屬法      | 二九二 |
| 第一章 | 親屬及び姻屬   | 二九二 |
| 第二章 | 婚姻及夫婦財產制 | 二九九 |
| 第三章 | 親子及び親權   | 三〇〇 |
| 第四章 | 養子       | 三〇二 |
| 第五章 | 後見       | 三〇五 |
| 第四部 | 相續法      | 三〇五 |
| 第一章 | 相續の性質    | 三〇五 |

第二章 相續の種類 三〇六

第三章 相續の順位受諾及ひ拋棄 三〇九

第五編 立法 三一〇

第一章 商事及ひ商人 三一一

  第一節 商事 三一一

  第二節 商人 三二七

第二章 商事媒介 三三三

第三章 會社 三三八

第四章 手形 三五四

第五章 保險 三六八

第六章 海商 三七二

第七章 破産 三八五

第六編 訴訟法

三九二

第一章 訴訟の性質並に訴權の行使及消滅 三九三

三九三

第二章 刑事訴訟法と民事訴訟法との關係 三九九

三九九

第三章 裁判所 四〇一

四〇一

第四章 訴訟手續 四〇六

四〇六

  第一節 第一審の刑事訴訟手續 四〇六

四〇六

  第二節 第一審の民事訴訟手續 四一三

四一三

  第三節 上訴及ひ再審 四一九

四一九

第五章 裁判の執行 四二四

四二四

# 法學通論

法學士 織田 萬 講義

## 緒言

### 第一 法學通論攷究の目的

法學通論は何の爲めにして學ぶか、法律に關する一切の現象を網羅して、其原理の概念を得むと欲すればなり。凡そ一箇の學科を把りて之を攷修せむと欲せば先づ初めに其學科の全體を察して之に關する原理の概梗を知悉し、又其學科の各部分の性質と其相互の關係とを明辨するに非ざれば各部分の細目に入りて精査深敷し毫絲の末をも解析して遺漏なきに至ると能はず。例之堂奥に入らむとする者は先づ其門に就くか如し。若し俄に大厦宏室に入らば室房殿廊の配置に暗く周章徘徊して遂に出づる處を失ふに至らむ。苟も法學を攷究せむと欲する者に於て初めに法學通論を修めず直ちに民法刑法又は行政法と云ふが如き一部分の智識を得むとせば實に其智識の常に局所に偏倚して完全の用を爲すの力に乏し



きのみならず、或は其智識をも十分に獲取すること能はざるべきなり。是れ法學に於ても爾餘の學科と同じく先づ其大意を講し順を追ひて各部分の仔細なる研究に涉る所以なり。羅馬儒帝デユスチアヌスのイノスチチート法典に言へるあり。曰く平易より深遠に入り既知より未知に進むか爲めにする指導の順次なりと。法學通論研究の目的も亦蓋し此に外ならず。

## 第二 法學通論研究の必要

法學通論研究の目的實に前に述ふる如しとせば其研究の必要は又多辯を俟たざるなり。是故に歐米諸國の學校に於て法律政治の學科を修むる者には其初學年に在りて法學通論の課程を履ましむるもの殆ど皆然り。佛國の法科大學は一千八百四十年の比までは法學通論の課目ありしか後之を廢せりと云ふと雖も其中學の課程に於て常用法制レジュム・ラ・ノルム・デュ・ドレの大要を教ふるを以て考ふるも先づ法律全體の概念を得るの必要あるを見るに足る。且此概念や獨り法律を學ぶ者に必要なるに非ず苟も一國の士民たる者は亦宜しく其國法の全體に通曉せざるべからず。何となれば國民公私の生活は皆法律に統御せられ生命身體榮譽自由財產悉く法律の

保護に賴りて始めて安固なることを得なければなり。羅馬の古賢の言に曰く吾人は法律に生活し法律に動作し法律に存在すと。一國の人民たる者が其國法の範圍を離るゝ能はざること天地間の萬物が物理上の法則を離るゝ能はざると何ぞ異なる所あらむや。加之方今寰宇の大勢は立法を以て治國の最大要務とし權利思想の厚薄は殆ど國民の強弱文野を表するに足るものなり。獨逸輓近の法學大家イェリソング氏嘗て『權利の鬭争』と題する小冊子を著はして劈頭に平和は法律の目的にして鬭争は其目的に達する方法なることを疾呼し以て大に權利思想の發揮せざるべからざる所以を痛論せり。願ふに伸張すべきの權利は飽きて之を伸張し履行すべきの義務は速かに之を履行して非違悖戻する所なくむは人間處世の道に於て或は大差失なからむか。然らば則ち法學の全體に通曉すること、は特に法律専門家の爲めに豫備として必要なるのみならず國民普通教育の一部分として必要なるものなり。竊に怪む我邦の普通教育の制度に於ては専ら理化算數の學を授くれども法律の大要に至りては全然拋擲し去りて之を教へざるのみならず却て法律智識の傳播を以て國民教育に有害なりとするものあるを。法

律の旨とする所は暴を禁し悪を遏むるに在り難を断し紛を解くに在り正義を天下に施して社會の平和と秩序とを保つに在り豈道徳を戕賊し廢頽せしむる者ならむや。道徳は訓戒し法律は命令す。一は人を愛するの本務を示し、一は人を害せざるの節制を明にし、一は人生の性情を標識し、一は國民の行爲を規定す二者各特立の目的を有して其一を缺くべからず。若し夫れ今世の所謂法律家の徳行如何は姑く之を舍かむ。假令之をして或は濫訴健訟の弊風を醸し悖徳汚行の言ふに堪へざるものあらしむるも之れ其人の罪のみ法律の罪には非ざるなり。法律の智識を獲得せんか爲めに非ずして寧ろ道徳の教の未だ普ねからざるものあるか爲めなり。世の未だ法律の本質を解せざる者賸々焉として法律教育の利害を説くは抑も亦謬妄の甚しきものならずや。

第三 法學通論攷究の綱目

法學通論を攷究する方法は舊來の學者各々其執る所を殊にし未だ一定せるものあるを見ず。今余輩は此に一人の著作者若くは講義を把りて之を模範とすることを爲さず其最も完備せりと思惟するものに就きて取捨選擇し以て務めて法

律の全體に通ずる智識を領得すべきの道を啓かむとす。故に舊來說く所の法律と道徳との關係の如き法律と經濟又は歴史との關係の如きは之を本論に説かず。又法學の沿革と云ふか如き標目を設けず。又單に民法若くは商法の一部に偏重するか如きの弊は慎みて之を避くべし。余輩の意に以爲らく法律の道徳經濟及び歴史等に對する關係は社會學の原理に屬して法學通論の範圍に入らず。法學の沿革は法理學史に於て説くべくして法學通論に於て述ぶべきに非ずと。故に余輩は先づ本論を分ちて二卷とし第一卷を總論として此に法律の全體に通ずる原理を説き。第二卷を各論として此に我邦の現行法規に遵依して法律各部の性質を略述せむと欲するなり。

第一卷 總論

第一編 法學及び法律

第一章 法學の定義

法學の何たるを知らむと欲せば先づ學問の何たるを知らざるべからず。今

夫れ庸愚の人と雖も雨の降り光の耀くを見、水の冷かに火の熱きを感じざるはなし。然れども其何故に雨の降り光の耀くかを知るとなく何故に水の冷かに火の熱きかを知るとなし、唯事實の經驗に刺衝せられて之を感覺するのみ。其何故に然るか云ふの一點は即ち事物の原理の智識に因るに非されは之を了悟すること能はず、所謂學問の由りて存する所なり。モンテスキュー氏曰く、各種の殊異は齊一にして各種の變化は恆久なりと。蓋し覆載の間森羅萬象何ぞ限らむ其複雑變幻なること殆ど窮極なきに似たり。而して其中自ら一定の原則ありて存し各種の事物に貫通せざるはなし。乃ち學問は其一定の原則を探究するを以て目的とするものなり。スベンセル氏曰く、學問とは諸種の事實に就きて普通の現象を知得するを謂ふと。

學問の本義此の如しとせば、法學の性質も亦自ら瞭然たらむ。法學とは法律の諸種の事實に就きて一定普通の現象を探究するの學科にして、約言せば法律の原理を探究するの學科なりと云ふを以て足る。蓋し法律上の諸現象も亦複雑錯綜して一定せず。希臘のドラコン法典と今日の法典とは寛嚴の差日を同ふして論す

學問

學問

へからず、聖徳太子の十七條憲法と今日の國法とは疎密の別、堂室に霄壤のみならむや。且其時同しと雖も其他異なれば法律隨ひて變ず、山川氣候風俗人情皆法律に及ぼすに著大の影響を以てせざるはなし。バスマル氏曰く、正不正は地換はれは忽ち變ず、緯度三度の遠近は全く法律を轉倒すと、又以て法律上の諸現象の單一ならざるを推知すへきなり。是故に一法一令規則の格段なる條規を知るも亦固より法律の智識たるとは言を須たされども未だ以て法律の學問を爲したりと云ふを得ず、唯一箇の單獨なる智識たるに過ぎざるのみ。學問上の智識は之に異なり、單獨なる智識に非ずして綜合せる智識なり、單純なる一現象の智識に非ずして複雑なる諸現象に貫通する原理の智識なり。此原理の智識を得て始めて法律の學問備はれりと謂ふことを得。

法學に於て探討する所の法律上の諸現象は此の如く極めて多く故に其現象の種類及び範圍に隨ひて法學の中又幾多の支分を生ぜざるを得ず。刑法に關する現象を網羅して其原理を知るは之を刑法學と謂ひ。民法に關する現象を綜合して其原理を究むるは之を民法學と謂ふ。憲法學行政法學等皆然り。而して此等の

法學の社會學  
の關係を成す

各種の現象を一切包括して其最高原理を探討するは之を法理學と謂ふ。然らば法學とは各種の細目を一括して之を總稱するものなりとするを得。而して法學其者も亦之を他の學科と對比するときには政治經濟等の學科と齎しく社會的現象の一部分を攷究するものなるを以て法學は此等の學科と共に社會學の一部分を成すものなりと謂はざるべからず。

### 第一章 法學と法術との關係

法律の原理を攷究するの法學の性質たるとは前章に論述せるが如し。而して此原理を應用して凡百の事業に旋爲するものを法術とす。蓋し事物の原理明かならざるは之を實地に應用して誤りなからむと欲するも難し。唯其原理に於て通曉せざる所なきを以て其實地應用の效果も亦奇抜斬絶なるものあるを得。例之電氣の本質と作用とを知悉して一條の鐵線千里の消息を傳ふるの術あり。熱學の原則を鉤探して百尺の火輪萬里の怒濤を凌ぐの枝あり。故に學問は本にして技術は末なり。此二者本末の關係を成し互に相扶持することば法律に於ても亦同し。法學に由りて法律の本體を審にし法術に由りて法術の適用を爲す。例

之代言辯護の如き、訴訟の判決の如き、法典の編纂、法令の起草の如き、皆法術の一部にして先づ法律の原理に通せしむは此等の事業を完成せむと欲するも難かるべし。然れども事物の實際に考ふるに法術先きに起りて法學之に次けること其他の諸學科の發達せる状態と異なる所なし。蓋し古代社會の組織は簡單にして其法律も亦從ひて簡單なりしか故に當時の所謂法律家は或は先例典故に通曉し。或は其時代の成法を解釋するに止まりて未だ法律の學問發生するに及ばざりしこと宛も算數の術ありて數學なく、養生の法ありて醫學なかりしと一般なり。抑も法學の羅馬に淵源せしことは現今の學者の齊しく認むる所なり。然れども印度のマヌー法典希臘のドラコン及びミノスの法典の如き。ソキクルグ、ソロン法律の如き。其他の律令制度は既に羅馬以前に設定せられ且當時賢哲の士にして法律の實務に練達せしもの少なしとせず。支那に於ては既に唐虞の世に在りて士の職を設けて王刑を定め周に及ひては司刑、大司寇、掌戮等の官職秩然として備はり。春秋戰國に至りては刑名法術の徒、李斯、韓非、商鞅、申不害の如きもの輩出し。又我邦に於ても上古既に一定の法刑あり、中古に及ひて大賚律以下幾多の律令制

定せられ、明法博士、大判事等法律に通達せるもの相踵きて起りしことは史乘に徴して、歴疑ひなし。而して此等の時代には何れの國に在りても唯法律の技術ありて法律の學問存せしことを聞かす以て法學に先ちて法術の起りしことを見るべし。故に、發達の順次より云ふときは、法學は寧ろ、法術の進歩せるものなりと謂ふことを得。

### 第三章 法學の各派

法學の目的は法律に關する原理を研究するに在り、唯一にして分つべからずと雖も其目的に達する方法即ち法學研究の方法は學者に従ひて揆を一にせず。是れ法學の各派の由りて生ずる所以なり。其主要なるものを大別して歸納法に依りて研究する學派及び演繹法に依りて研究する學派の二種とすることを得。

#### 第一 歸納法に依りて研究する學派

歸納法に依りて法學を研究するものは更に之を左の三種に細別す

(一) 分拆法學派 分拆法學派とは法律に關する觀念を解剖分拆して其本質を明かにするを主義とする學派にして恰も化學家が一箇の物質を把りて之を分拆

し以て其成分を知ると同一の方法を採るものなり。此研究方法を用ゐて一派の學を樹立したるは英國のオースチン氏にして該國の法學家は今に至りて尙ほ此方法を襲用するもの尠なからず。

(二) 沿革法學派 沿革法學派とは法律の現象を歴史上の事實に徴して其原理を顯明するを旨趣とする學派なり。此研究方法を採用して最も盛名ありしは獨國のサツニ氏とす。今英獨諸國の法學家にして此學派に屬するもの甚だ多し

(三) 比較法學派 比較法學派とは各種の法律を對比計較して其性質の異同を辯し以て法律の原理を探究するを目的とする學派を謂ふ。古より此方法を以て法律の探究せし者なきに非ざりしかども佛國のモンテスキュ氏「法律の精神」と云へる書を著して盛に比較研究の法を採りしに因り通常推して此學派の始祖とするか如し。今佛國の學者は大に此研究方法を採用し又延びて各國に及ぶの傾向あり。

#### 第二 演繹法に依りて研究する學派

演繹法に依りて法學を研究するものも亦之を左の二種に細別す。

(一) 自然法學派 自然法なる語は希臘ストイック派の哲學に出て羅馬の法律家か此説を尊崇して法律を説くに及びて益、廣く世に行はれ以て今日に至れるものなり。此學派の學者の説く所は多少其意義を異にするものあり。宜しく其間に標榜して混同すへからず。今其主要なる學説を指舉せむ。

(イ) 自然法とは人類自然の狀態に生息するに當りて行はるゝ法則なり。此説はルッソウ氏一派の社會契約主義を奉ずる學者の唱説せし所に係る。所謂自然の狀態とは人類の未だ社會を組成せざりし時代の狀態を想像して言ふものとす。

(ロ) 自然法とは自然か一切の動物に賦與せる法則なり。此説は羅馬の法律家ユルピヤン氏の首唱せし所にして後世モンテスキュウ氏の自然法の説明せしも亦幾んど此意義と大差なきが如し。然れどもモンテスキュウ氏の攷究方法は前に掲げたるか如く一般の自然法學派とは全く其趣を異にするを以て之を自然法學派として演繹法に依る學派中に混入すへからず

(ハ) 自然法とは上帝の指示せる完全なる法則にして人間に理想を以て之を發見し得べきものなり。此説は主として神學派法學家の唱へたる所なり。

(ニ) 自然法とは人の稟性に本づける法則なり。獨人クラウゼ氏此説を首唱しアーレンス氏に至りて大成し盛に世に行はれたり。此學説の基く所は實にストイック派の哲學に存す。該派の哲學の旨意は人は其稟性に從ふを以て道の大本とすと云ふに在りし者なり。故に此派の學説は自然法主義の眞諦を傳へたるものと謂へり。而して世に或は自然法なる文字に代ふるに性法なる文字を以てする所以も亦職ら此學説を根據とするに由る。

(三) 哲理法學派 哲理法學派とは哲學上の原則に由りて法律の最高原理を闡明するを旨とする學派にして其淵源する所極めて尙し。プラトン、アリストトールの諸氏が法律を論したるか如き、又シセロン氏か法律を論したるか如きは皆人の理性を本とし之に由りて法律を觀察せしものなり。近世に於て此學派の泰斗と仰かるゝ者は獨國の碩學カント氏其人なり。

法律に關する學説は極めて多く特に法理學史に於て論究するに非されは一々之を點檢すると能はず唯其大體に付きて彙類するときは大凡以上列舉せる數種の

學派に歸結すへし。而して其孰れか最も學理の眞髓を得るに庶幾きやを論定するは實に從來の一大問題なり。蓋し人事の複雑なるや物理上の諸現象か一定の法則ありて秩然たるか如くならず隨ひて其複雑なる現象を綜合して之に貫通する原理を發見するとは甚た容易ならず。輒近實驗の學大に起り生物學の發達と共に社會的學科に一大變動を來たし其一部分たる法學も亦爲めに其面目を改め空理を捨て、實驗に由るの趨勢愈著しきか如し。然れども理想派と實驗派との對峙は今日に於て毫も其銳を減する所なく理想派は純理を以て事實の上に置き一定の細墨を假設して之を實行せしめむとし、實驗派は事實の證明する所を把りて之を眞理とし敢て一定の細墨あるとなしとす。一は演繹の方法を主として事實を理論の下に收めむとし、一は歸納の方法を主として理論を事實に搜らむとす。顧ふに此の如きは實に古今一切の社會的學問上の二大表觀にして固より互に得喪あるを免かれず。學問研究の方法は必ずしも一主義を把りて之を墨守するを要せず。宜しく彼此相採擇して其最も中正なるものに就くべきに似たり。余輩故に以爲く前示の法學各派に對しては獨り其一に偏倚すへからず、諸種の攷究方

法は之を交互并用して敢て不可なることなく、又此の如くにして其正鵠を得るに庶幾かるへしと。

#### 第四章 法律の定義

モンテスキュー氏其著はす所の「法律の精神」に法の定義を掲げて言へるあり。曰く「法律とは其廣汎なる意義を以て云ふときは事物の性質に基ける必要の關係なり」と蓋し剴切不替の名言と謂ふべきなり。凡そ何れの國に於ても法律と云ふ語の意義二ありて、或は事物の秩序を表章し、或は特に國家の成法を指示す。而して其廣狹二義相異なりと雖も其事物必要の關係を言狀するに至りては皆相同し。爾雅に法常也と云ひ、說文に律均布也と云ひ、唐律疏に律者訓詮訓法也と云ひ、郭璞の註には法律皆所以詮量輕重也と云ふを見れば法と律とは其字を異にして其義を同じくし共に天下の不一をして一に歸せしむるを謂ふ者の如し。尙書大傳の註にも奉天之大法、法亦律也、故謂之爲律とあり。又說文の註にも律者所以範天下之不一而歸於一、故曰均布也とあるを以て知るへし。然らば法律なる語は支那に於ても成法を呼稱するの外に一定の秩序を表章するに用ゐたるものなりと謂ふ

へし。

法律なる語の意義此の如くにして固より謬りなし。然れども法學上に於て解説すべき法律は此の如く廣汎なる意義に於てするを許さず。故に別に法學上に於ける法律の定義を求めざるを得ず。法學上法律の定義に二種あり。實質上の定義及び形式上の定義是なり。形式上の定義は一國の國法に依りて法律の外形を具ふるものに就きて之を求め。實質上の定義は其外形の如何に拘はらず内部の實容に就きて之を求む。

(甲) 實質上の定義

實質上法律を定解したるもの其說頗る多し、一々論評するに暇あらず。余輩が最も適切なりと信する定義を擧ぐれば應さに左の如くなるへし。

法律とは人生共同生活の規則の一種にして國家之を強行するものなり。今少しく此定義を釋述すれば

第一 法律は規則なり。規則とは事物一定の秩序を謂ふ。宇宙間の森羅萬象は皆一定の秩序即ち規則ありて始めて始めて存す。日月星辰の燦然として麗る草木禽

獸の雜然として成育蕃息する悉く自然の規則ありて紊れざるに由るものなり。

而して人類が一の團體を組織して其鞏固を圖るが爲めには團體員相互の關係を定めて以て其行爲の準繩とせざるを得ず。法律は即ち其準繩なり。故に曰く法律は規則なりと。

第二 法律は人生共同生活の規則の一種なり。アルフレッド・フイエ氏曰く抑壓と合意とは人生團合の天法なると恰も分子の拒力と吸引力とが相待ちて一箇の物質を組織するが如しと。蓋し人類生存の競争漸く烈くして孤立索居の生活益々難し、故に必ずや共同團體を組織して相扶持せざるを得ず。而して團體一たび成るや之を外にしては讎敵の襲攻に備へ、之を内にしては社會の寧康を計り、以て其團體を保持するの必要生ず。法律は即ち團體の共同生活を指導して團體を保持する所の規則なり。然れども宗教の如き道德の如き法律の外に尙ほ共同生活の規則たるもの固より之なきに非ず。是れ法律が人生共同生活の規則の一種たるに過ぎざる所以なり。

第三 法律は國家の強行する規則なり。共同團體の規則は一にして足らずと確



も其國家の力に依りて強行せらるるものは獨り法律あるのみ。法律の特性を表章するは即ち此點に存す。例之道德は共同生活の條件として一日もなかるべからず。然れども國家は其權力を以て人の心理上の作用に入りて強制檢束すること能はず。故に假令道德上の規則に違反する者あるも或は自己の良心に痛苦を感ずることとは之あるべく、或は他人の擯斥賤辱を受くることとは之あるべし。去れど國家は其權力を以て之に對して檢束を施すことあらざるなり。法律は即ち然らず人類が政治的團體を組織して國家の權力の下に服従するに當りて苟も其法律に悖戻することあらんか國家は其權力に賴りて之を強制し寸毫も假借する所なかるべし。所謂法律の制裁是に於てか存するなり。

法律の實質は以上述べたる所を以て略其要を得たりと信ず。然るに從來の學說にして近時の斬新なる法理と相符合せずと雖も最も廣く世に行はれて其根底する所甚だ硬固なるものあるが故に聊か之か評議を加へざるを得ず。其學說とは即ち命令主義の學說なり。命令主義は羅馬のカビト<sup>ト</sup>氏の定義に超<sup>ま</sup>り後世の諸家相踵ぎて之を唱へ、輒近に至りては佛人オルトラ<sup>ン</sup>氏、英人オースチン<sup>ン</sup>氏の所說

に依りて殊に其勢力を強くせり。此主義に由れば法律は主權者の命令なりとし命令を以て法律に缺くべからざるの要素なりとせり。オースチン<sup>ン</sup>氏曰く政治上の優者か政治上の劣者の行爲に關して發表する意思是命令にして若し之に服従せざるときは惡報忽ち至ると。然れども此學說を駁する學者は思へらく成文法とは外形上主權者の發する命令なりと謂ふことを得れども慣習法は然らず。或る事實の生じたる場合に於ける先例が漸次に積みて慣習となり、後更に一般の命令となること古代社會の歴史に照らして明かなるを見れば命令は必ずしも法律の要素に非ずと。又或る學者は更に一步を進めて近世の法律と雖も其外形は命令なれども其實質は人民の意思が直接又は間接に發表したるものに過ぎず。直接に發表するものは之を慣習法とし、間接に發表するものは之を成文法とす。共に主權者の命令に出づるに非ずと説くものあり。又或る學者は命令主義の學說を以て言語上の誤謬に出づとするものあり。其説く所を見れば拉丁語のジュヌス(Jus 法律の義)なる語は梵語のジュヌ又はユ<sup>ー</sup>(Jū, Yū)なる字より出て命令すと云ふの意に非ずして拘束すと云ふの意なり。命令主義の學者がジュヌスの語源をマ<sup>ニ</sup>ベ

オ(Jubeo)我命すの義なる動詞に歸するは誤れり。ジュスの語はジュベオの語に出でたるに非ずしてジュベオ却りてジュスより來たれりと云ふに在るが如し。博言學上の議論は余輩の漫然是非すること能はざる所なれども、現今の學者往々此駁説を採用するものあるに似たり。要するに命令主義の學説は形式上實質上及び語源上の三點に於て未だ盡せりと謂ふことを得ず。唯近世法律の形式に就きて考ふれば此主義の定義も取て大差ありと爲すに足らずと雖も、余輩は此に法律の性質を説くに當りては古今一般の法律に普通なるものを求めむことを欲するが故に主權者の命令を以て法律の要素と看做さざりしなり。

### (乙) 形式上の定義

法律の形式上の定義は各國の憲法に求めざるべからず、我憲法に法律と稱するものは蓋し左の如く釋定するを確的とす。

法律とは帝國議會の協贊を経たる法律案にして天皇之を裁可したる者を謂ふ。

此定義に依れば我國法上法律の名稱を有するものは三種の條件を以て必要とす。

第一 帝國議會の協贊を経たること、故に勅令其他の命令は法律の實質を有

すれども議會の協贊を経ざるを以て法律とはならず。又國際條約の如き或は議會の協贊に附せらるることなきに非ずとするも其協贊は必要條件に非ざるが故

に國際條約は之が爲めに法律とならず。

第二 法律案として提出せられたること、故に豫算の確定又は憲法の改正案

の如きは議會の協贊を必要とすれども其法律案として提出せられたるを以て豫

算又は憲法は法律とはならず。

第三 天皇の裁可ありたること、前二條件を具ふるも天皇の裁可なければ法

律は完成せず。然れども唯裁可あれば法律は完全に成立す、公布の有無は法律の

成立とは些の關係なし。

## 第五章 法律の彙類

法律の種類を區別するには或は其性質目的に由り、或は其作爲せらるる方法に由る。故に採る所の標準を異にして同一の法律を種々に觀察することを得。今此に最も普通に行はるる彙類を擧げむ。

### 第一 成文法及び不文法

成文法とは立法者か文書を以て發布したる法律にして我國法上法律と名づくるものは勿論勅令、閣令、省令、府縣令等も亦皆これを成文法と稱す。不文法とは法律の効力を有する時に於て文書を以て發布せられずして立法者が暗黙に認定する法律を謂ふ。主として風俗、慣習に基きて定まるものにして慣習法なる語は常に不文法なる語と同意義に用ゐらる。然れども古代の不文法は獨り習慣に因るに非ず、又學者の論說に基きしものあり。例之羅馬のオーギュスト帝が當時の法律大家の學說に法律の効力を與へ。又テオドロース帝かバビニヤン、ポール、エルピヤス、カイユス、モデスチナス諸氏の學說に法律の効力を附したるが如し。此の如く學者の論說が古代に在りて直接に法律の効力を附與せられたるは専ら當時立法機關の組織未だ十分ならざりしに由る。近世の進歩せる社會に於ては學者の論說は或は間接の効力を法律に及ぼすことなきにあらざれども不文法の基を成すが如きは固より之なきなり。不文法は此外又判決例に依りて成るものあり。ベンサム氏は之を名づけて判事制定法(Judge-made-law)と云へり。蓋し古代は立法機關未だ完備せず、法律典章未だ整頓せず、故に若し法律の明文を以て判決すべからざ

る争訟屢起るに際して慣習の依るべきものなきときは裁判官は自ら公正なりと信する所に隨ひて裁判し、後に又同一又は類似の争訟ある毎に後の裁判官は先例に由りて之を斷ずるを常とせり。是れ實に判決例が不文法たるの起源なりとす。近世歐米諸國に於ては英國及び合衆國の判決例は成文法と同一の効力を有し。歐洲大陸諸國に在りては將來公然たる効力を有するものに非ざりしが現今英國及び合衆國に於ける判決例の効力は舊時に比すれば稍軽く歐洲大陸諸國に於ける判決例の効力は漸次に重きを加ふるの傾向あるものに似たり。

## 第二 公法及び私法

公法及び私法を區別する標準に三あり。或は法律の目的よりし、或は法律の主體よりし、或は法律の關係よりす。

(一) 法律の目的に由りて區別する說 此說に依れば公法は公益に關する法律にして私法は私益に關する法律なりと爲す。儒帝法典第一卷第一章にユルピヤン氏が公法は羅馬の國事に關する法律にして私法は一人の利益に關する法律なりと云ひしは蓋し此說の嚆矢ならむ。今此說を考ふるに穩當にして極めて解

し易きが如しと雖も其所謂公益私益の區別明確なるに非ざれば學說としては殆んど價值なきものと謂はざるべからず。而して何をか公益と謂ひ、何をか私益と謂ふと云ふに至りては未だ何人も説き得て明快なるものあるを見ず。且つ法律の實際に照らすも所謂公法例之刑法の中私益に關する條規少なからず、身體財産に關する罪の如きは概ね皆然り。又所謂私法例之民法の中公益に關する規定少なからず、公安を害する契約を無効とし倫理を紊る婚姻を禁するが如き即ち是なり。故に利益の公私を以て法律の公私を區別するの標準は陳套にして取るに足らざるものあるが如し。

(二) 法律の主體に由りて區別する説 此説に依れば公法は國家と一個人との關係を規定し、私法は一個人相互の關係を規定すと爲す。普通に現今の學者間に行はるゝものは即ち此説なり。例之憲法は國家の主權者と臣民との關係を定め、行政法は國家の機關たる行政官府と一個人との關係を定め、刑法及び刑事訴訟法は國家と罪人との關係を定むるが故に皆公法に屬し。民法及び商法は皆一個人相互の關係を定むるが故に私法に屬するものとす。民事訴訟法は或は私法に屬

すと云ひ、或は公法に屬すと云ひ、學者の間に疑義存せし所なれども今日の學者は裁判所の訴訟手續を規定するものにして原被告相互の關係を規定するものに非すとし之を公法に編入するもの多し。

(三) 法律の關係に由りて區別する説 此説に依れば公法を以て服從の關係に成るとし、私法を以て平等の關係に成るとす。更に之を詳説すれば、一個人は國家に對して唯其命令に服從すべきのみ權利は一個人の平等に有する所にして權力は國家獨り之を有することを得。即ち公法の關係は權力にして不平等なり、私法の關係は權利にして平等なりとの意なり。此説を採る學者は更に第二説の國家と一個人との關係を以て公法私法を區別するの非なる所以を論じて以爲へらく人と相並びて私法の支配を受くることあり。第二説を採る學者は此の如き場合と論すれども國家は唯一の國家にして二様の資格あることなし、唯國家は自ら好みて其權力を用ゐざるか爲めに特に一個人と平等に債權債務の關係を惹起すも

のなりと。然れども一の主體にして二様の資格を有するは法律上毫も怪むに足らず。法理は元來形式に依りて存し名義を以て成るものなり嘗に國家のみならず市町村の如きも亦行政上の團體たる資格と私法上の法人たる資格とを并有し一個人も亦官吏たる資格と一私人たる資格とを并有するを妨げず。且つ平等不平等の關係を把りて直ちに法律の公私を分つ標準とするは又實際阻礙なき能はず。何となれば公法中にも平等の關係を規定するものあり。私法中にも不平等の關係を規定するものあればなり。例之公法の中選舉權被選舉權を規定せる法律の如き、又は集會、結社、言論、出版の自由に對する憲法上の擔保の如きは皆平等均一に一個人の享有する權利を保護したるに過ぎず。又親族の私關係に於ける父子夫婦の關係の如き、又人權の關係に於ける雇人と雇主との關係の如き毫も平等の性質なし法律は自然又は人爲の不平等を認定したるに過ぎず。故に若し第三説をして論理を透徹せしめむとならば或る學者の如く親族法は公法なりと云ひ、又公法私法の區別は法律全體の區別に非ずして法律各條規の區別なりと云はざるべからず。

要するに公法私法の區別は羅馬の學者の考案に出て傳へて以て今日に至れるも其區別の標準に就きては未だ一定のものあるを見ず。余輩は以上略述せし所に従ひ從來の通説たる第二説の如く其區別の標準を法律の主體に求むるの必ずしも失當ならざること信ず。

### 第三 普通法及特別法

普通法及び特別法を區別する標準にも亦三あり。處を本とするもの、人を本とするもの及び事を本とするもの是なり。

(一) 處を本とする區別 此區別は法律の行はるゝ土地の廣狹に由りてするものにして乃ち普通法とは全國一般に行はるゝ法律を謂ひ。特別法とは國中の一部に行はるゝ法律を謂ふ。獨逸帝國及び北米合衆國の如き聯邦制の國家に於ては此區別尤も著し。例へば獨逸商法の如きは普通法にして普漏士民法の如きは特別法なり。合衆國の憲法の如きは普通法にして新約育訴訟法の如きは特別法なり。

(二) 人を本とする區別 此區別は法律を遵奉する者の範圍の廣狹に由りてす

るものにして、乃ち普通法とは國民一般を拘束すべき法律を謂ひ。特別法とは國民の一部分にのみ施行せらるゝ法律を謂ふ。例之民法は國民一般に對して之を適用するが故に普通法にして華族世襲財産法は獨り華族に對してのみ之を適用するが故に特別法たるが如し。

(三) 事を本とする區別 此區別は法律を適用する事件の範圍の廣狹に由りてするものにして、乃ち普通法とは或る種類の事件一般に適用せらるゝ法律を謂ひ特別法とは其種類の事件中又特殊なる事件にのみ適用せらるゝ法律を謂ふ。例之民法は一般民事上の行爲を規定したるものなるかゆゑに普通法に屬し。商法は特に商事に關する行爲を規定したるものなるか故に特別法に屬す。然れども商法も亦之を其特別法に對照するときは一箇の普通法なり。何となれば商事に關する特別の規定は銀行條例、取引所條例、藥舖、質店、古着屋、飲食店等の諸法律中に存するもの少なからざればなり。

#### (第四) 主法及び助法

此區別はベンサム氏の創設せし所に係る。佛國の法學家は主法及び助法なる語

を用ゐずして本體法及び手續法なる語を用ゆれども其意は則ち相同し。主法は權利義務の關係を定め、助法は法律制裁の手續を定めて、以て主法の實施を完全ならしむることを期す。憲法、行政法、刑法、民法、商法等は皆主法に屬し、刑事訴訟法及び民事訴訟法は助法に屬す。然れども主法中必ずしも本體の法規のみを規定せず。例之或る國の憲法には議院彈劾の手續を載するあり。又行政法中には行政訴訟並に請願の手續に關する規定あること各國大抵相同し。其他民法又は商法中に證據の提出又は債務辨濟處分等の手續に關する規定あること往々にしてあり。又は其民事の訴訟法にも人民の權利義務に關する條規全く之なきには非ず。蓋し一國の成法は便宜に出て、必ずしも學理に據らざるを以てなり。然らば主法及び助法の區別は要するに其法規の實質如何を見て之を判定するの外なきなり。

#### 第五 強行法及び許容法

凡そ法律は其根底に於て強制檢束の力を有せざるものなし。然れども或る種類の法律は直接に一個人の行爲を命令又は禁止し或る種類の法律は一個人の便宜

の爲めに一定の範圍を設け其範圍内に於て各自の權利義務を定むるを許す。是れ強行法と許容法との區別の由りて生ずる所に於て一個人の意思を容るゝと否とは即ち此區別の標準なり。

強行法は尙ほ之を細別して命令法及び禁止法の二とす。命令法は一個人に對して或る行爲を爲すことを強制し、禁止法は一個人に對して或る行爲を爲すなからむことを強制す。例之租税法の如きは命令法にして刑法の如きは主として禁止法なり。又民法其他特別法に於て禁止法に屬するもの甚しとせず。要するに其法規の實質が積極的に或る行爲を命令するか若くは消極的に或る行爲を禁止するかを察して此二者の區別を定むべきものとす。

許容法は一個人の便宜の爲めに一定の條件を設け各自に權利義務を定むることを許す法律にして其法律の範圍内に入ると否とは固より人民の隨意なり。而して一旦其範圍内に入るときは必ず其一定の規則を遵守せざるべからず。要するに其法律の範圍内に入ると否とに於て一個人の意思を容るゝのみ。其範圍内に入りたる後尙ほ其法律に遵由すると否とに就き一個人にて自由あるに非ざるな

り。例之婚姻養子縁組等の如き賣買交換會社代理等の如きに關する法律は皆此等の行爲又は契約を爲す者の爲めに設けたるものにして法律は其以外の人を拘束することを得ず故に之を名づけて許容法と云ふ。公法は概ね強行法の性質を帶ひ、私法は概ね許容法の性質を帶ふ。

#### 第六 固有法及び繼受法

固有法とは其國の風土民情習慣等に本づきて其根源を外國に取らざる法律を謂ひ。繼受法とは外國の法律を採用し又は外國の法律に模倣して制定したる法律を謂ふ。

外國法繼受の方法は分ちて二とすることを得。直接繼受及び間接繼受是なり。直接繼受とは外國の法律を全然採用するものにして中世歐洲諸國か羅馬法を繼受し近世南獨逸諸國か那破倫法典を繼受せしか如きは即ち直接繼受を爲したるものなり。間接繼受とは國法を制定するに方りて外國の法律を模範とし或は其躰裁に倣ひ、或は其精神を擬むものにして例之我邦の大寶律か隋唐の法律を參酌し新律綱領か明清の律令を折衷し、又現行の刑法及び其他の新法典か其模範を歐

洲諸國の法律に取りたるか如きは皆間接に外國法を繼受せしものなり。以上法律の種類を略述せり。尙ほ其他普通に國內法及ひ國際法を以て法律の彙類として論ずる學者多し。然れども余輩か前に説明せし法律の定義より云へは法律は唯國內法に冠する所の名目にして國際法は眞正の法律に非すと謂ふを以て適當なりとす。何となれば國際法は國家の權力を以て強制することを得ざるか故に法律の特性を缺き又國家と國家との間に存する習例にして之を人生共同生活の規則とすることを得されはなり。乃ちクルセル、スヌイユ氏の如く國際法は唯國際上の道德に過ぎざるなり。唯現今列國協会の風漸く多きを加へ國際の狀態も亦幾んど各人共同生活の原始時代に於ける不完全の狀態と相類せるものあり、從ひて國際の條規も亦次第に其存立を硬くするの傾きありと雖も未だ國際法を以て法律の力を有すとする能はず。故に余輩は之を法律の彙類中に置かず。

## 第六章 法律の淵源

法律の淵源と云ふ語の意義は一樣ならず。或は法律に由りて制定せらるる所の權力を指し、或は法律の智識を得べき本源を指す。例之上帝若くは君主の意思は法律の淵源なりと云ふときは法律制定の權力を指し。又例之法典若くは判決例は法律の淵源なりと云ふときは法律智識の本源を指す。然れども通常學者か法律の淵源を説くには此二義の外尙ほ法律の性質を享受するに至るまでの根源を總稱するものゝ如し。今此意義を以て法律の淵源を求むるときは大凡左の五種に歸す。

第一 宗教 第二 慣習 第三 條理 第四 學說 第五 外國法

英國の學者ホルランド氏は法律の淵源を擧げて慣習、宗教、學說、條理及び立法の五種とせり。然れども立法は法律を制定するの行爲にして法律の由りて生ずる根源に非ず故に之を法律の淵源とするは恐くは妥當ならず。余輩は今其五種の淵源中立法を除きて更に之に代ふるに外國法を以てせり。

### 第一 宗教

人間社會の幼稚なるに方りてや所謂祭政一致の時代に屬し宗教は其社會の凝集力の最強なりしものなることは地の東西を問はず皆其揆を一にする所なり。蓋



じ人類が個々離索の生活を捨て、共同生存を營むの初めは必ず血統を同くするもの相集まりて共同祖先を禮拜するに起り。團體の統治は其祖先の直系なる宗家に歸し祖先の靈は長く宗家と支族とを鑑照保護すとの思想は古代未開の社會に於て最始に生し隨ひて家長か其家族に對して與ふる所の命令は一に祖先の意思の存續せるものなりとせり。故に法律の淵源は古代に在りては概ね皆祖先教に由來せるものにして今代著名なる法史家の論證する所は此點に於て悉く相一致せり。例之我邦二千有餘年來社會の基礎たりし家族制度の如きは其源を發すること實に祖先教に在り。我朝の初めや神宮皇居其處を一にし齋藏は宮中に在りて神物官物の別なく朝政は祭祀を主とするを以て本とし。後ち近江朝の官制に及びても神祇官は百官の上に位し永く其俗を變せず。願ふに我邦の如き祖先の禮拜を以て建國の基礎とせるものに於ては宗教の法律に及はせる影響は極めて尠にあらざ。歐洲の古代に在りても法律が祭祖の俗に淵源せしことは希臘羅馬の古法に觀て彰明較著なり。彼の羅馬法に於て有名なるユルピヤン氏の法律學の定義に法律學とは神事人事の知識にして正不正の學問なりとあるを見る

も又古代に於て宗教か如何に法律に重大の關係を有せしやを知るに足る。後ち社會の稍々發達するに及びて立法者が法律の淵源を神に歸し以て其尊嚴を増すの策を取りしこと數之あり。印度マヌの法典モセスの法典又は回教の經典コラン等皆神授に出たりとし且其中に規定する事項も亦多く宗教と法律とを混同せり。例之マヌの法典に日出に晨起すへし日の昇るを知らずして寢に在る者は其日食を絶ち且終日讀經すへしとあるが如き是なり。社會更に進歩して宗教と法律との分界明なるに至りても法律の條規にして其源を宗教に發せしもの頗る多し。例之家督相續の如き養子縁組の如き皆宗廟の祭を絶たざるか爲めにするなり。近年に至るまで佛國民法が離婚を禁せしが如きは専ら加特利克宗の教旨に由るものにして又以て宗教か法律の淵源たりし好例證と爲すことを得べきなり。

## 第二 慣習

慣習は法律の淵源中最も大部分を占むるものにして半開以下の諸國に於ては法律は多くは慣習法より成る者なり。文化漸く進みて文字の使用漸く普く習慣先

例は皆之を治者の知るに任すへからすと云ふの思想生ずるに及びて之を文字に書して人民に告示するの必要起る。是に於てか成文法は漸次に國法の大部分を成すに至る。

單純の慣習は人民の慣行に依りて存するのみ其變して慣習法と成るには強制檢束の力を有せざるへからず。強制檢束の力は其習慣に背戾せる者に加ふるに法律の制裁を以てするに由りて樹立するものなり。然らば單純の慣習は如何なる時期に於て法律の制裁を附せらるべきか。羅馬法典第一編に不文法とは慣行に由りて確定せられたる法律なりとあり。然れども此定義は單純の習慣と慣習法との區分を明劃にせず又毫も慣習法の紀元を説明するに足らざるなり。何となれば一切の慣習は皆慣行に本つかざるものなければなり。佛國の法學者は概ね慣習法は主權者か慣習を默認するに由りて成ると云へり。此説は單純の慣習と慣習法とは區別するに於ては前説に勝るものありと雖も未だ以て慣習法の紀元を説き得て十分なりとするを得ざるなり。

慣習法の紀元に關して近時最も有力なる學説は蓋し獨逸の歴史法學派の唱ふる權利固信の説なりとす。其意に思へらく法律の基礎は人民の總意に在り主權者は其總意を取りて之を外形に表はし法律と爲すものに過ぎず。而して人民の意思直接に外形に表はれて檢束の力を有するときは慣習法となり。間接即ち主權者を経て表はるときは成文法となる。故に人民にして某の慣習は法律なり之に依りて得たる利益は權利なりと固信するに於ては慣習變して慣習法と成るものなりと。然れども其慣習か如何なる時期如何なる方法に於て直接に外形に表はるべきと云ふに至りては此説も未だ盡さざる所あり。英國最近の碩學メイソン氏は其著古代法に於て古代の社會に法律の始めて發生せしは立法に由らずして裁判に由りしことを論證せり。蓋し古代立法の機關未だ整備せざりしに方りて裁判官が新たる法律を制定せしことは歴史上疑ふべからざるの事實なるか如し。若し一の争訟起りて之を裁斷すべきの法律なきときは裁判官は必ず慣習に従ひて裁判し其慣習に違反したる行爲に加ふるに法律の制裁を以てし且つ其裁判たるや後に起る類似の訴訟の参考となりて遂に裁判例となり又更に進みて法律となりたるものとす。故に慣習法の紀元は裁判官か一の慣習を破りたる者に對し

て、制裁を加ふるの時に在りと説くは最も正鵠を得たりと謂ふべきなり。古代に在りては慣習が法律の主要なる淵源たりしこと前に述べたるか如し。然るに今代に至りては成文法の區域益々廣く舊來慣習法として行はれたるものも多きは成文法の中に編入せられ殊に法典編纂の業各國に起りて慣習法の勢力大に衰へ随ひて慣習が法律の淵源たることも亦古代に比すれば甚だ罕なるに至れり。佛、獨、埃、白等の諸國が法典を編纂したる後に於て慣習に因りて法律の力を生ずることを禁ずるに至りしを觀れば以て古今慣習の勢力が一變遷を爲せし所以を知るべし。

### 第三條

古代社會の文化尙ほ幼稚なりしに方りては法律と道德との分界も亦秩然たらず法律は道德の不備を補ふものにして其規定する所は道德の常經に外ならざりき。ユルピヤン氏は法律を正不正の學問なりと云ひ。セルシユス氏に法律を正不正の技術なりと云ひ。グロシユス氏の如きも尙正義を以て法律の基礎とせり。蓋し古代に於ては人民の權利思想は其萌芽に發生せず法律は専ら治者が人民を

統御するの具たるに過ぎざりしか故に其準繩を正義に把り務めて正理公道に率由して以て人民を懷服せむことを計りしなり。且つ之を歐洲上古の史乘に觀るに希臘又は羅馬の著名なる立法事業は皆民衆の不平等を醫するの目的を以て成らざるものなし。然らば條理が古代の法律に於て特に其淵源たりしことこの多かりしも亦自然の數たるのみ。又之を法律其者の性質に察するに法律はもと固定的のものにして一たび定まるときは劇かに之を變更すること能はず而して社會の變遷は頻繁にして窮極なし。故に唯一の法律を設けて窮極なきの變遷に應ぜむとするも社會の進歩は法律の釐正を俟たず凡百の事實は絶えず其面目を革新し益々其數を加ふること多し。隨ひて争訟紛議の如きも既に存在せる成文又は不文の法律を以て之を裁判すること能はざるに至るは勢の固より免かれざる所なり。此の如き場合に於て裁判官は據るべきの慣習あるときは大概其慣習に従ひて判決を與ふるものなれども尙ほ慣習に據るべきものなき時に際しても自ら條理なりと思惟する所に從ひて判決し其判決が先例と爲りて後の裁判官に模範を遺すを常とす。例之羅馬のプレートルカストイック哲學派の理論に基づき萬

國法(ジュスセンシウム)を以て自然法に適合するものとして羅馬の内國法(ジュス、シヅ非レ)を補正せし所多かりしか如きは條理か法律の淵源たりしを見るに於て最も著明なる例證たり。

條理は皆に古代の法律の一大淵源たりしのみならず今日に於ても立法者か、法律を制定するに方りて古來の慣習を考査し外國の實例を參酌し取捨採擇して的確の條規を設くるには其見て以て條理と爲す所に就きて判斷を下たさるを得ざるへし。又方今英國の衡平法裁判所の如きも其實は概ね羅馬法を參考して裁判するに過ぎされども其起因は普通法の缺漏を補ひ條理に依りて訴訟を判決する實際の必要に出でたるものとす。且近世各國の法律は殆ど完備の域に進みたるにも拘はらず立法者は裁判官に命するに法律の明文若くは慣習なきときは條理に由りて裁判すへきことを以てするを通例とす。然らば今日に於て尙ほ條理か法律の淵源たることも亦疑ひを容れざるなり。

#### 第四 學說

法律に關する學者の論説はもと一人の私見にして毫も法律の効力なきことば言

ふを待たすと雖も法律の發達に就きて之を察するときは何れの國に於ても學說か法律の淵源たりしこと頗る多きに居る。而して其法律の淵源たるには二様の方法に由りたるか如し。(第一)直接に法律の淵源たりし場合。(第二)間接に法律の淵源たりし場合是なり。一國の立法者が直接に學者の意見を採用して法律の効力を付するは直接法源の場合とす。例之前に挙げたる羅馬のテオドールス第二世が當時五大法律家の説に法律の効力ありとし。又儒帝か三十九大家の論説を採り用してチゼスト法典を作りしか如し。又立法者か新たに法律を制定するに方りて有名なる學者の論説を斟酌し裁判官か判決を與ふるに方りて法律の著書を參考するか如きは間接法源の場合に屬す。例之ボチエ氏の著書か佛國民法編纂の參考となり。ウ井ントシヤイド氏の羅馬法論か獨逸の或る部分の裁判所に於て參考に供せらるゝか如し。

要するに學者の論説か法律の淵源たる場合には二種あれども近世に至りては唯立法又は裁判の參考となるに過ぎず。即ち間接に法源を成す場合は之ありと雖も羅馬に於けるか如く直接に法源を成す場合は幾んど罕なりと謂ふべし。

世界交通の道未だ開けず各國獨り其疆域を鎖守する時代に於ては一國の法律は單に其風俗民情に基きて制定せらるゝのみ。文化漸く進みて内外の交際漸く繁く貿易通商の術益々旺なるに及びて外國の文物典章も亦隨ひて輸入せらるゝは蓋し自然の數なり。故に文化高度の國の法律は大抵流れて文化低度の國に入り或は多少其國法の面目を革め或は全く其國法に代はるゝことあり。是に於てか一國の法律に固有法及び繼法受の區別を見。又子法及び母法名稱を生ずるに至る。繼受法とは即ち外國法に淵源する法律を名狀し。母法とは即ち其淵源たる外國法を名狀する所の語なり。

### 第七章 法律の制定及公布

法律の制定とは成文法を編成する方法を謂ひ。法律の公布とは其制定せられたる法律に執行力を付する方法を謂ふ。此二箇の方法は古今各國必ずしも其例を同ふせず政體の異同民智の啓否等に因りて多少の差異あるを見る。在昔雅典の民政國に於ては國民皆立法權を有し元老院に於て法律の草案を作り民會に於て

之を可否し九人のアルコント其執行に任せり。羅馬の古代に於ては國王は國會の爲めに選舉せられ元老院は政事に參與し國會は國王の提出せる法律案を議定せり。現今英國の如き議院制君主國若くは普國の如き立憲制君主國に於ては立法權は君主と議會との共有する所にして佛國の如き共和國は人民自ら立法權を握り魯國の如き專制國は君主獨り之を執る。我日本國も亦立憲の制を施し立法權は天皇か帝國議會の協賛を経て之を行ふことゝなれり。立法權の所在は此の如く夫れ一様ならず而して法律の制定公布には自ら一定の順序ありて存す。今左に説かむとする順序は主として近世立憲國の制度に由る者なりと知るべし。

第一 提案 提案とは法律の草案を具へて之を議會の討議に附する方法を謂ふ。從來學者は提案の權を以て特に立法權に屬するものとし國家の元首及び立法院の議員か此權を有すとすもの多し。例之英佛普奧等の國に於て君主若くは大統領及び上下兩院の議員か提案權を有するか如き是なり。然れども我帝國憲法に於ては提案權は政府、貴族院、衆議院に分屬し。而して立法權は特に天皇のみに屬するを以て觀れば提案權と立法權とは必ずしも相伴隨するものに非ず。

且提案は獨り形式上の法律に於て存するに非ず勅令以下の實質上の法律に於ても其制定の手續上其草案か内閣其他一定の機關の議決に提出せらるゝことあり。廣く提案と云ふときは固より此等の手續をも含包せざるへからず。要するに提案とは専ら法律の材料を指定する一種の手續なりと思惟して可なり。

第二 議決 議決とは法律の草案を討論議定して之を可否修正する方法を謂ふ。是れ特に立憲制の國に於ける法律制定の順序にして君主專制の國に於ては君主か時に或は國家の元勳大老等に諮詢して法律案を評定せしむることなきに非されども憲法に定めたる立法の手續と謂ふへからず。又立憲制の國に於ても勅令以下の實質上の法律に付きては國法上必ずしも此手續に依ることなし。

第三 裁可 裁可とは國家の元首か法律案を認可し法律として發布するの意思を表章する方法なり。故に法律案か法律として完成するは裁可あるに始まる。隨ひて一たび裁可ありたる法律は再ひ之を變更するに當りては後立法の手續を履まざるへからず。而して此手續は國法上勅令と稱するものに付きても亦同じく之を要すれども閣令以下の規則には別に之を要せず。

裁可の方式は通常國家の元首か法律案に署名し國璽を鈐するに在り。而して概ね宰臣の割署を要す。例之獨逸諸國の憲法及び我帝國憲法の如きは皆然り蓋し宰臣責任の制を明かにする所以なり。英國の憲法は近世の立憲國に在りて獨り宰臣副署の方式なし是れ職ら其國政の特色に由るものなり。

國家の元首か法律案を裁可せずして之を拒否するときはその方法を稱して不裁可(ヴェート)と云ふは各國憲法の概ね相同しき所なり。我憲法には特に不裁可なる方式を認めず故に天皇は積極的に不裁可の行爲を爲すことなく唯消極的に裁可の方式を與へるときは法律の完成を見ることなきのみ。

法律は裁可に依りて完成し人民に對して命令又は禁止の効力を有す。然れども人民をして其法律を遵守せしむるには尙ほ一定の方式を履まざるへからず。公布とは即ち此方式を謂ふ。而して法律の提案より裁可に至るまでは法律制定の順次にして立法の手續に屬すれども公布は既に立法權の範圍を離れて施政權の作用に入るものなり。故に公布とは既に完成せる法律の檢束力を惹起す所の行爲にして國家の元首か施政權行使の一方として官吏には其法律の執行を命し

人民には之か遵守を命ずるものなりと云ふときは其性質を言明して遺憾なからむか。

佛國の法律には頒布と公布とを別ちたり。頒布とは國家の元首か法律の存在を證明し其執行を命ずるの行爲にして公布とは頒布せられたる法律を國民に通知する行爲なり。約言せば頒布は法律に付するに執行力を以てし公布は國民に其法律を遵守するの義務を負はしむ。普埃英伊諸國の法律には頒布と公布とを別たす又我國法にも此區別を認めず蓋し又之を區別するの實用なし。

法律一たび公布せらるるときは政府の官吏には由るべきの準則となり一般の人民には守るべきの條規となる。縱令實際其法律を知らざりしと云ふの確證あるも人民は之に由りて法律遵守の義務を免るゝこと能はず。法律の格言に曰く法律の不識は宥恕せずと。

然れども公布を待ちて法律の檢束力を生ずるは近世文明諸國の通則にして獨逸帝國の如きは之を憲法の條規中に掲ぐるに至りたりと雖も古代人智の未だ進まざりし日に於ては法律は之を公布せざりしのみならず却て秘して之を人民に示

さざりしもの極めて多かりき。例之我邦に於て北條氏の貞水永式目及び徳川氏の御定百箇條の如きは皆百官諸僚の服務章程となり聽訟斷獄の準則となり唯法を執り政を爲すもの、記臆に存し曾て之を普ねく下民に公示せしことなし。御定百箇條の奥書に右之趣達上聞相極め候其掛役人の外不可有他見とあるを見ても亦古代には公布せられざる法律ありしことを知るべきなり。蓋し此の如き歴史上の事實は特に我邦に於て之を見るのみならず東西諸國皆其轍を同じくする所なり。

此の如き古代の立法者は法律を制定して之を公示せざりしことあれども又種々の方法を用ゐて法律の公布を計りしもの亦多し。此に古今法令公布の方法の最も著明なるものを擧ぐれば

第一 朗讀法 古昔人文の未だ周ねく開けざりし時代に於ては法律を文書にするも人民之を讀むの力なき故に朗讀を以て公布の方法とし互市の日人衆の集まる處に於て朗讀し。又は寺院に於て説教の後に朗讀し。又は一令下あ毎に鍾鼓法螺等を鳴らし人民を集めて之を朗讀せしことありき。

第二 公簿登録法 民智漸く開けて文字の使用漸く盛なるに及びては法文を公簿に登録して治ねく民衆の縦覧に備へしことあり。例之裁判所其他の官衙又は寺院に公簿を備へ一法令下る毎に之に登録せしか如し。而して歐洲の古には殊に寺院に法令を納めしこと多し。是れ公衆が大禮拜の日又は冠婚葬祭の時に寺院に群衆するか故に法令公示に最も便なりしのみならず寺院は神聖の疆域なるか故に法令を藏するに於て最も安全なりしを以てなり。

第三 揭示法 揭示法は法令を人民輻輳の地に掲げて之を公示する方法にして例之支那の鼎銘の律、羅馬の十二銅票の如き、又我邦の高札の如き、其他石碑、木板等に法令を記し諸官衙の門前、國境、船塢、街道筋等人民輻輳の地に法令の揭示を爲したるか如し。

第四 廻達法 印刷の術未だ進まざりし時代には一新令出づる毎に地方の官吏か之を謄寫して各部下の人民に廻達せしことあり。我徳川氏の時代に屢此公示方法を用ゐたるか如し。

第五 官報登載法 近世歐米諸國に於ては此方法を以て法律公布の定式とす。

我邦に於ては明治十六年五月太政官達第二十二號を以て官報發行の事を定め文書局をして之を掌らしめ十八年十二月第七十六號内閣達を以て文書局を廢し更に官報局を置き翌年二月勅令第一號を以て公文式を定むるに及び凡そ法律命令は皆官報を以て布告することゝはなれり。

## 第八章 法律の執行及び適用

法律一たび制定せらるゝときは之を實際に執行して其目的を達せざるへからず。又其法律に背反する者あり若くは其法律上の紛争疑議生するときは其法律を適用して非違を責罰し紛議を裁斷せざるへからず。従ひて何人か其法律の執行及び適用に任するか又如何なる方法を以て之を執行し及び適用するかを論究するの必要生ず。

法律執行權の本體は法律制定權と共に國家の統治權を組成して主權者の總攬する所に係る。而して其作用は之を一定の機關に委任すること猶ほ法律制定權の作用を議院に委任するか如し。法律執行の機關は行政官及び司法官の二種に分かれ互に相獨立して犯すことなきを近世國家の通則とす。行政官は法律を執行



し又は公益の必要の爲めに法律の範圍内に於て自由の活動を爲し便宜の處分を施すことを得れども司法官は法律の定むる所に從ひて判斷し便宜を酌量することを得ず。故に廣義を以て言ふときは行政官の職務も司法官の職務も皆等しく之を法律の執行と謂ふことを得れども通常其職務を區別するか爲めに法律執行の任に當る者を行政官とし法律適用の任に當る者を司法官とするは殆んど學者の通説なるか如し。

行政官は必ずしも既定の法律を執行するのみならず法律の備悉せざる場合には之を補充するが爲めに一般の規則を發し若くは便宜の處分を爲すことを妨げず。其一般の規則を發するの職權に至りては各國の國法に定むる所廣狹一ならずと雖も全く其職權を認めざるものは殆ど之なし。其一般の規則は我國法上に命令の名稱あるものにして是れ亦實質上の法律なることは前に屢々述へたるか如し。而して行政官は此の如く一般の規則を發し若くは特別の處分を爲すに當りては法律の範圍内に於てし法律の規定に違反することを得ず。近世の國家に於ける行政官の法律執行に關する原則は實に此の如くなるのみ。

司法官の法律適用に關する原則の主要なるものを擧ぐれば

第一 裁判官は法律の不明不備若くは欠缺あるを口實として訴訟を受理せず又は裁判を拒絶するを得ず。人間社會の事物は錯雜混淆し千態萬狀にして一様ならず千里の明を具ふる立法者ありと雖も一々之を洞察して法律の明文は規定すること能はず。然るに吾人の社會に棲息するや彼此往來交際の際に爭議屢々起り是非曲直紛として定むへからざること多し。而して吾人は自ら其爭議を決すること能はず必ずや之を國家の機關たる裁判官に訴へて其判決を待たざるへからず。此時に於て若し裁判官たる者法律の不明不備又は欠缺あるを口實として其訴訟を受理せず又其曲直を判決することを拒まば吾人は何に由りてか貴重權利を保全し身體財産の安固を求むるを得んや。個人の權利傷害せられ社會の秩序も亦隨ひて紊亂せば國家疹瘝せざるもの幾と希なり。是れ此規則の由りて設けられたる所以にして且つ裁判官か此規則に悖戻するに當りては法律は之に對して相當の制裁を施す所以なり。而して此規則は民事と刑事とに論なく齊しく適用せらるへし。刑事に於ては法律に正條なきものは其罪を問はざるを

以て原則とすれども裁判官は一切刑事の訴訟を受理し之を審判して後適用すべきの法律なくは無罪の宣告を爲すべきのみ現に我刑法は刑事裁判拒絶の制裁を規定せり(法例第廿七條刑法第二百八十三條)

然れども裁判官は此規則あるか爲めに如何なる場合にも必ず裁判を爲し得へしと解すべからず。何となれば裁判官の職權は一國の憲法及び法律に由りて一定するものにして其職權以外の事實に付きては固より裁判を爲し得へきにあらざればなり。故に例之我裁判所構成法に於て裁判所は民事及び刑事の裁判を爲すと定められたりとすれば其以外の訴訟例之行政訴訟の如きは特別の委任なくして之を裁判することを得ず。唯其職權内に於ては法律の不明不備又は欠缺あるを理由として訴訟を受理せず又は裁判を拒絶すること能はずと謂はざるべからず。

第二 裁判官は法律の善惡を審判するの權を有せず 立法者も亦人のみ其法律を制定するに當りて固より註誤なきを期すべからず故に法律の條規にして正理に反し公道に悖れるもの或は之あらん。然れども若し裁判官をして法律の善

惡を審判し以て法律を補正することを許さば是れ裁判官をして立法者の地位に居らしむるものにして其危険蓋し言ふべからざるものあらん。况や正理と云ひ公道と云ふものは人々其見る所を異にし敢て一定の細墨あらざるに於てをや。立法者にして註誤あるを免れずむは裁判官も亦過失なきを保せず。法律の古言に曰く惡法も亦法なりと。然らば裁判官の眼中には唯法律の存するあるのみ其善惡を審判するは裁判官の職權を踰越するものなり。

立法者と裁判官との職務は截然たる區分あること此の如し。然れども法律の沿革に就きて察するときは古代立法事業の未だ整備せざりしに當りては裁判官が法律を補正し又は不文の法律を創定せしこと尠からざりしことは既に前に説けるが如し。メイン氏が其所著古代法に於て法律の起源を説くや之を言語の發達に考へて頗る詳密なるものなり。其議論の大要に思へらく法律の起源は希臘語のテミスに在り。テミスとは神の裁判の義なり蓋し古代に在りては國王は法律を制定するに非ずして争訟を裁判するを以て治世の最大要務とし其裁判は之を神意に本つけたり。而して類似の訴訟は先例に由りて類似の裁判に付せらるゝ

か故にテミスなる語の複數テミテスは裁判例の義を有し後には之をヂケとも稱し後に及びて初めてノモス即ち今日に所謂法律なる文字を生せり云々と。然らば法律適用の規則は専ら之を近世文明の賚に歸せざるを得ざるなり。

## 第九章 法律の効力

法律制定の順序と其執行適用の規則とを理會せは次きに其法律は如何なる時如何なる處に適用せられ何人か之を遵守すべきか又如何なる物如何なる行爲か其支配を受くるかの問題従ひて生ず。是を法律の効力に關する問題とす。

### 第一 時に關する法律の効力

時に關する法律の効力に就きては二箇の主要なる規則を考察するを要す。

(一) 法律は公布の日より一定の施行期限を経て之を遵守すべきものとす(公文式第十條、第十一條、法例第一條)。法律は公布に依りて拘束力を生ずれども其遵守の効力を生ずるには通常一定の期限を設く之を法律の施行期限と謂ふ。其施行期限を定むる方法は各國之を異にせり今之を類別するときは(第一)公布の日より全國一般に行はるべしとするもの。(第二)公布の日より一定の期限を経て全國一

般に行はるべしとするもの。(第三)立法府所在地より距離の遠近に依りて各地施行期限を異にするもの是なり。我邦の現行法(明治十九年二月勅令第一號公文式十六年五月太政官達第十四號)は第三の方法を採り法例は第二の方法を採る。

抑も交通往來の便未また十分ならず國土境界の極めて廣漠なる國に於ては各地法律の施行期限を異にするの必要なきに非ず。然れども道路開通し舟車の利郵便電信の利益昌なるに及びては必ずしも各地一々法律の施行期限を異にするを要せず其公布の後一定の猶豫期限を設けて全國一時に之を施行し得るは蓋し事物自然の理なり。故に白耳義の如き獨逸の如き諸國は皆此新主義を適用し我邦の立法者も亦法例には之を採擇せり。

法律の施行期限を分ちて二とす。通常施行期限及び特別施行期限是なり。例之我邦の現行法に依れば官報の各府縣到達日數後七日を通常期限とすれども法令公布の當日より施行するもの又は法令に特に施行の日を定めたるものあり。之を特別施行期限とす。故に保安條例又は頃日軍事に關して發布せられたる緊急勅令の如き又は民法商法等の如き其施行期限或は通常期限より短く或は長きも

のは皆特別施行期限を有する法律なり。而して此區別の實用は通常施行期限は特に其法律に明記する必要なく特別施行期限は必ず其法律に明記し又は他の法律を以て特に其期限を定めざるべからざるに在り。

(二) 法律は既往に遡る効力を有せず。此原則は羅馬儒帝のコーデツキス法典第一編第一章に載せられしより以來佛伊普埃等近世諸國の法律もに皆之を編首に掲げ時に關する法律の効力中緊切にして動かすべからざるの原則と看做さるゝものなり(法例第二條、佛民法第二條、伊法典第二條、普民法第十四條、埃民法第十五條)凡そ法律は或る事を命令し又は禁止するものとす。然るに若し既往に遡る効力ありとせば法律は過去の事實を命令し又は禁止するを得ざるべからず。是れ法律の未だ存立せざるに既に遵守の義務を生ずるものに非ずして何そや。豈此の如きの理あらんや。且之を國家の公益に考ふるも苟も法律の効力を既往に及ぼすことを許さば昨日正廉篤實の行は今日は變して罪惡となり昨日正當の行爲に由りて既得せる權利も今日は倏忽に消滅すべし。弊竇災害百出して人民其堵に安んざるに至らん故に理論上により見るも國家の公益上により見るも此原則は

極めて正當にして其本づく所の理由も亦至つて簡單なるか如し。然れども之を實際に適施せんとするときは疑議相踵きて紛生し前世紀以來學者の議論の喧雜なること原則の一見して意義瞭然たるに以す。余輩は今左に之を略説せん。

(イ) 法律不溯及の原則は立法上の原則に非ず。此理は輓近の學者か概ね皆承認する所なれども從來の學説と法制とは往々法律不遡及の原則を以て立法上に推及せしものなきにあらず。北米合衆國の憲法は實に之を立法上の原則と認めたるもの、嚆矢なり。該國の憲法は所謂事後の法律(Fix Posto facts Law)を制定することを禁せり。即ち立法者に溯及力を有すべき法律を制定するの權なしとせしものなり。次きて佛國共和第三年菓月五日の憲法及び那威國の憲法にも亦法律は既往に溯る効力を與ふべからざることを規定せり。當時學者の論説を觀るも亦等しく此原則の範圍を擴充して立法上に及ぼせるもの少しとせず。就中佛國著名の憲法論者ハンショヤメン、コンスタン氏の如きは法律の溯及力は法律をして虐を爲さしむるの最も甚しきものなりと云へり。又同國民法の大家ママント氏の如きも此原則に二面の効力ありとして一面には立法權の制限を示し一面に

は法律適用の準則を定むと云へり。蓋し此等の學者は法律の既往に溯らざるは法律の原質にして若し法律に付するに溯及力を以てせば其原質を褫奪するものなりと思惟せしなり。然れども立法者は國家緊急の須要に應じて既往に溯る法律をも作ることを得ざるの理なく又實に之を作らざるへからざるの責あり。舊來の弊害を釐革し既往の犯罪を免除し昔日の苛税を輕減するか如き國家が既往の事實に溯りて之を措置すへきの必要多からすとせず。而して若し果して既往に溯る法律を作ることを得すとせば立法者は遂に法律の改正を爲すこと能はずして已まん。且つ其既往に溯る法律か苟も國家人民の福利に適應せば其法律は之を良法と謂はすして將た何とか言はん。然らば實に法律の既往に溯るものは法律の原質を失ふものなりと説くの誤まれるのみならず既往に溯る法律は良法に非すと云ふも亦未た妥當なりとすへからず。故に曰く法律不溯及の原則は立法上の原則に非すと。

(ロ) 法律不溯及の原則は法律適用の原則なり。法律不溯及の原則か立法上の原則に非ざることば前段に述ふる所の如し。故に方今諸國の法制及び學者の論

説は大抵之を法律適用の原則とし時に關する法律の効力を定めたるものに過ぎずとせり。蓋し其説の原つく所は羅馬のテオドス帝の勅語に在りて近世各國の法典に之を襲用せるものなり。

法律は既往に溯る効力を有せずとは同一の事物に關して新舊二法前後相踵きて出て互に其規定を異にするときは新法は其公布以後の時に於て効力を有し舊法は新法以前の時に於て効力を有すと云ふの意のみ。即ち舊法は既往の事を支配し新法は將來の事を支配すと云ふ簡單なる意義に過ぎざるなり。然れども實際の適用に至りては頗る困難を感せざるを得ず。故に一般の學者は説を爲して謂へらく法律は既往に溯らすと云ふ原則の意義は法律は其効力を既得權に及ぼさすと云ふに在りと。而して此學説を把りて法律の正條に明記したるは埃國民法を以て權輿とす。同民法第五條に曰く法律は既往に溯らざる故に既遂の行爲及び既得の權利に對して總へて無効なりと。然れども此規定も亦未だ完美なりと謂ふを得ず既遂の行爲に法律の効力を及ぼさすと云ふは實に贅語たるのみならず却て誤認を招くに足るものなり。何となれば法律の保護する所は既得の權利

のみ凡そ行爲は既遂のものなりと雖も未だ權利を發生するに至らざれば法律加之に効力を及ぼすことあるも毫も妨げなければなり。

法律は國民公共の利益に本つきて成る、立法者か新法を制定するは新法か最も公共の利益に合ふとすればなり。故に新法は舊法に比すれば更に善美なるべきは普通の理なり従ひて新法の適用は一日も速かなるを要す假令個人の利益か之が爲めに多少の傷害を受くることありと雖も國家の公益を枉くるの理なきなり。然れども國家は既に過去に於て個人か取得したる權利をも毀損して新法に服従せしむることを好まず。蓋し個人の權利鞏固ならされは國家は常に紛擾を絶つ期なく既得の權利を毀損するは國家の一大患害なればなり。ローラン氏曰く法律か個人の權利を褫奪することを得は是れ既に社會なきなり。又社會か個人の利益の下に屈服することを要せば是れ亦既に社會なきなりと。然らば所謂權利と利益との間に存する所の差異如何。利益とは將來に於て權利を有し得べき單純の希望に止まるものにして未だ特定の資産を組成するにいたらず他人の行爲に依りて消滅せらるることなきを期せず。例之豫定相続人か遺産を相続し得

へき希望は其財産所有者の行爲に依りて消滅すべく、又時効に由りて或る物の所有權を取得するの希望も真正の所有者現出して其物を回収するときは之を奈何ともすること能はず。故に此の如き將來の希望に對しては新法は不利益なる規定を爲して其希望を阻絶するも決して不條理と謂ふを得ず。既得の權利とは之に反して個人か享受する所の利益か既に資産の一部分を成し他人の行爲を以て之を消滅せしむること能はざるものなり。例之賣買、贈與、相続等凡そ法律上正當の權原に因りて取得せる財産上の權利の如きは皆既得の權利にして單純の利益に非ず。故に法律は妄りに既往の事實に溯りて之を傷害することを得ざるなり。

既得權の性質は此の如し尙ほ之を敷衍して法律の各部分に適用せん。

(甲) 人の身分及び能力に關する法律 人の身分は財産上の權利とは固より同一ならされども法律は所有權保護の目的に出でたる訴權と相類似せる訴權を以て之を保護す。故に身分は其の人に於て又是れ一箇の既得權を組成すべく従て新法の効力は既得の身分に及ぶこと能はず。例之舊法は從兄弟姉妹の婚姻を許

し新法は之を禁するか如き場合に舊法に従ひて従兄弟姉妹の間に結ひたる婚姻は新法に由りて毫も其効力を失ふことなく夫たり婦たる身分に變更あることなし。人の能力に關しては法律は隨意に之を擴充し又は減縮することを得。故に舊法に依りて無能力者たりしものも新法に依りて能力者となり舊法に依りて能力者たりしものも新法に依りて無能力者となる。例之舊法に従へば満十六歳の男子は婚姻の能力を有すれども新法は之を満十七歳以上に限るときは舊法に依りて婚姻し得べき能力を有したる者も新法の公布と共に其の能力を失ふものとする。蓋し法律か人の能力を定むるや公益に本つき且其人を保護するの恩恵に出づるものなるか故に何人と雖も法律の恩恵に對して權利ありと主張するを得ず。私益を以て公益に勝つことを得ざるへければなり。

(乙) 財産に關する法律 更に之を數項に分ちて説明すへし

第一、所有權に關する法律 新法は既得の所有權を害すること能はず故に其財産の動産たり不動産たるを問はず總へて法律上正當の權原に依りて其所有權を取得したる者は後に新法の出づるも之か爲めに其權利を左右せらるること

なし。然れども新法が其効力を既得の所有權に及ぼすことを規定するときはその効力は固より既往に溯らざるを得ず。例之市區改正又は鐵道敷設等の爲めに所有の土地又は家屋を徵收せらるゝ場合の如し。

第二、契約に關する法律 契約は權利取得の原因なり故に其既に完結せるものに對しては新法は其効力を及ぼすとなし。契約の成立條件は契約を爲す時の法律に従ひ契約の効力及び解除も其當時の法律に従ふ後に公布せられたる新法を以て其効力に變更を來たし其解除の條件を改むるも舊法に従ひて爲したる契約は爲めに影響を被むるとなし。蓋し契約の効力及び解除は當事者の意思に本づくものにして立法者は通常の場合に一々之を明約するの勞を省かしむるか爲めに之を法律に定めたるに過ぎず故に其契約を爲したる時の法律に依りて當事者は其効力を定め又其解除を約したりと推定するは理の當然なり。契約の方式も亦其當時の法律に従ふ。法律の格言に曰く時は、行爲を、支配すと。契約の證據に付ても亦同し。何となれば新法の効力か契約の方式又は其證據に溯及するときは當事者の權利は證明の道なければなり。然れ共契約の訴訟に關しては其

訴訟提起の時の法律に従ふ何となれば當事者が契約を爲すの初めに於て其訴訟の手續にまで思ひ及ぶことなきは普通の事理にして其手續の變更は其權利の存否と些の關係あることなればなり。時効は取得時効と免責時効とを問はず其完成したるものは既得權を構成するや論なし故に新法は之に其効力を及ぼさず。然れども其期間の未だ経過せざる時効に關しては之に依りて權利を取得し又は義務を免除せられんと欲するも是れ唯單純の希望たるに過ぎず。故に新法は時効の未だ完成せざるものに對しては十分に其効力を及ぼすことを得。

第三、相續に關する法律 凡そ相續の未だ開始せざるものに對しては何人と雖も既得權を有することなし。相續は被相續人の死亡又は隱居に因りて開始す相續人は此時までは唯將來の希望を有するのみ立法者は新たに法律を制定して其希望を破ることを得。故に新法が舊法の推定相續人廢除の原因以外に新たに廢除原因を認むるも相續人は舊法に依りて廢除せられざる權利ありしことを主張するを得ず。又相續の順位又は被相續人か遺産處分を爲す能力の如きも亦専ら新法の定むる所に依るものとす。相續の一種たる遺囑相續(即ち遺贈と稱する者)に關しては若し遺言者が舊法に従ひ完全の方式を履みて之を爲し新法發布以前に死亡したるときは其遺囑相續は受遺者の爲めに既得權となる。然れども遺言者尙ほ生存するときは遺言は未だ効力を生せず遺言者の意思を以て何時にても之を廢罷することを得るか故に受遺者は單に將來の希望を有するのみ。從ひて遺言者の死亡前に發したる新法が其遺言者の爲したるか如き遺言を無効なりと定むるときは遺言の効力を失ふは固より論なし。

(丙) 刑罰に關する法律 法律不溯及の原則は刑法に於ては絶對的に適用せらるべきに非ず唯嚴刑は既往に溯らすと云ふに過ぎざるなり。本邦刑法第三條第二項に此原則を認むれども第三項には若し所犯頒布以前に在りて未だ判決を経ざる者は新舊の法を比照し輕きに從て處斷すとあるは即ち此意なり。例之一の犯罪ありて舊法は之を輕罪とし新法は之を重罪とするときは新法を捨て舊法に依りて之を處斷すへしと雖も若し新法に於ては輕罪となり舊法に從へば重罪となるときは縱令舊法時代に犯せる罪と雖も新法を適用し輕罪として處斷すへし。故に從來未だ犯罪を構成せざりし行爲を新法を以て罰し又は從來刑罰の輕かり



し犯罪を新法を以て重くせる場合には舊法に従ひて或は無罪となり或は寛刑に處せらるへしと雖も之に反して新法に於て犯罪とならず又寛刑となるへきものは新法に従ひて處断せらるゝものとす。蓋し刑法が此の如く既往に溯りて無罪の行爲を有罪とせず寛刑を變して嚴刑に處せざる理由は犯罪人の既得權を害せずと云ふに本づくに非ず。犯罪は固と法律に其條目を定むるに依りて始めて生ず法律なければ何等の犯罪あることなし而して嚴刑の既往の犯罪に及はざるは全く國家の慈仁のみ。刑法理論中或は舊法の寛刑を受くるは犯人の既得權なりと説くものあれども刑法の目的を遺忘するに非ざるよりは此の如き孟浪の言を爲すこと能はず。刑法の目的は一に國家の安寧秩序を維持するに出つ犯罪人をして國家の公力に對して尙ほ既得權を主張するを得せしめは法律の硬固は其れ將た如何にしてか之を求めん。國家の須要は舊法の寛を改めて之を嚴にするに至れりとせば直に之を適用するは寧ろ刑罰の眞面目なるへしと雖も國家は唯政治上の理由存するありて之を寛典に處するのみ。苟も既得權を害すへからすと云ふの理を以て刑罰の處分を論せば新法の刑寛にして舊法の刑嚴なるときは

犯罪人は舊法に従ひて嚴刑に處せらるゝの權利を有せざるへからず。故に刑法不溯及の原則を説くに既得權の有無を標準とするときは到底條理の透徹を欠くものと謂ふへし。

以上論述する所に依れば既得權の分界は甚だ狹少にして且普通の場合に於ては後に出でたる法律の爲めに毀損せられざるものなれども之に對する例外も亦少しとせず。然らば法律は既往に溯りて既得權を害せずとの原則は唯法律適用の通則たるのみ法律の明文又は其性質に依りて裁判官が其効力を既往に及ぼす場合あるときは此原則は適用せらるゝことを得ず。故に索遜民法第二條の如きは此原則の範圍を明確にせんか爲めに法律の明文若くは其目的に依りて反對の規定ある時は此限に在らずと附記せり蓋し實際の必要此の如くならざるを得ず。而して獨乙帝國民法草案は其總則中に此原則を省きて載せず。顧ふに法律は其性質に従ひて或は既往に溯り或は既往に溯らずとせば其既往に溯る効力ある者は溯り其既往に溯る効力なきものは溯らずと云ふと殆ど擇ふ所なく従ひて之を一箇の原則として貴重するの無用なるに似たればなり。其初めは立法上の原則

として憲法に載せられ過大の尊重を受けたる原則も今は法律適用の原則中に之を數ふるの必要ありや否やに就きてさへ疑議あるに至れり。僅々一世紀有半の間を以てして其位置の高卑範圍の廣狹殆ど霄壤の差あるを見る何ぞ其れ變遷の甚たしきや。

## 第二、處に關する法律の効力

處に關する法律の効力は古今一大變遷あり。古代の法律は概ね屬人法にして今代の法律は概ね屬地法なり。古代に於ては酋族主權行はれ主權者は或る酋族の長にして一國の首長に非ず、羅馬の法律は羅馬人の法律にして羅馬國の法律に非ず、モエスの法律は猶太人の法律にして猶太國の法律に非ず、マヌーの法典は巴羅門教徒に與へられコラン經典は回々教徒に與へられたる者なり。故に古代は人に依りて法律を異にし法律は其人の到る處に追隨せり。中世以降國家は必ず一定の土地區劃を有する政治的團體たるの狀を成すに至り酋族主權一變して屬地主權となり法律は人に依りて異なるに非ずして國に依りて異なるに及ひ始めて屬人法の外に屬地法を生し其範圍漸く擴張して屬人法の領域益縮少するに至れり

り是れ今日の法律に於て處に關する効力を説くの特に必要な所以なり。今左に其主要なるものを舉示せん。

(イ) 凡そ法律は全國一般に行はるゝを通則とす。一國の法律は其疆域を越えて行はれず而して其疆域の及ぶ所は處として行はれざる者なし是れ法律の處に關する普通の原則なり。然れども特別の場合特別の規則あるときは本國の法律も外國に行はるゝことあり外國の法律も本國に行はるゝことあり又本國の法律も本國內に於て或る一地方の外に行はれざることあり故に法境は必ずしも國境と同一ならず。以下に掲ぐる所の規則は即ち此通則の特例を成すものなり。

(ロ) 特別法の區域は國境より狭少なり。聯邦組織の國に於て此特例殊に多し。例之普國民法は普國のみに行はれて獨逸全國に行はれず新約育訴訟法は新約育州にのみ行はれて合衆國全體に行はれざるか如し。又英國の不動産長子相續法は特別の慣例なきときは全國一般に行はるゝも平分相續法は特別法として獨りセント州にのみ行はれ佛國に於ても法典編纂の未だ成就せられざりし以前には各地特別の地方慣例ありて行はれたり。我邦に於ても北海道地租定率並に北海

道水産税則の如き又は震災地方租税特別處分法の如き一地方に限りて行はるるもの其例少なからず。

(ハ) 本國の法律も治外法權の結果として外國に行はる。治外法權とは一國か他國の疆域内に於て自國の法律を行ふことを得るの特例にして國際公法上に特に論究する所の問題なり。例之在外公使館内に本國の法律行はるゝか如きは條約國か互に治外法權を認むるに依る是れ専ら國家獨立主權の必要に本づく法律上の擬制に過ぎず。前にも述べたるか如く國際法は余輩の視て以て法律とせざる所なるか故に余輩は國際法上此の如きの法則ありて存すとするに非ず。一國に治外法權の行はるゝは其國か法律上治外法權を認定するに依る法律上の觀念としては治外法權は國際法の原則に非ずして國內法の原則なるのみ。若し國法に依りて認定せられずんば治外法權豈當然に存在するものならんや。又治外法權は特別の國際條約に依りて在外公使館内に限らす廣く其國內に行はるゝことあり。例之現今我邦か清國及び朝鮮の二國に對する關係又は歐米諸國か我邦に對する關係の如きは然り。所謂領事裁判の特例は之れに由りて行はるゝものなり。

(ニ) 本國の法律は外國の領海に在る軍艦内に行はる。一國の領海は海岸より砲彈の達する最遠距離(大約三海里)を以て限度とすることは國際公法の原則として説く所にして各國の齊しく承認するものなり。故に凡そ領海を航し又領海内に碇泊する船舶は何れの國籍に屬するを問はず悉く其國の法律に従ふべきものなれども獨り軍艦は然らず外國の領海に在るときと雖も亦本國の法律を適用せらるゝことなれり。是れ亦國家獨立主權の必要より生じたる擬制にして軍艦は何國の領海に在りても尙ほ本國の土地と同一視せらるる者とす。故に例之横濱碇泊の英國軍艦内に犯罪人あるも英國の法律に依りて之を罰し日本の法律を以て之に及ぼすことを得ず。

(ホ) 普通の船舶は外國の領海に在るときは其國の法律に従ひ太平洋中に在るときは本國の法律に従ふ。前段に述ふるか如く領海は國權の被及すべき邊海の區域を示すものにして普通の船舶は一たひ他國の領海に入れば其國の法律に支配せられざるへからず。何となれば普通の船舶は軍艦と異なりて外國の法律に服

従するも之か爲めに國家の獨立主權に害なければなり。然るに領海以外の海上は一國の所領に屬するに非ず世界の人民か自由に往來することを得る所にして之を大洋と謂ふ大洋か法律上に所謂公、共、物、の一種たる所以は即ち此に在り。故に普通船舶は其國籍の屬する領海を離るゝも大洋中に在るものは依然として本國の法律に従ふべきものとす。

内外交渉の法律關係は尙ほ法律を適用すべき人物又は行爲等に依りて本國法か外國に行はれ又外國法か本國に適用せらるゝことあり是れ國際私法の問題として學者か特に論究する所なり。以下説く所を參照して其概要を知るべし。

### 第三 人に關する法律の効力

人に關する法律の効力に就きて其主要なる規則を擧ぐれば左の如し。

(イ) 凡そ法律は國民一般に之を遵守すべし。此原則は人に關する法律の効力の最も明白なるものにして別に詳説するを要せず。以下掲ぐる所の諸規則は皆此原則に多少の變例を加ふるものと思惟して可なり。

(ロ) 特別法は或る一地方の人民若くは或る種類の人民にのみ行はる。特別法

には處を本とするものと人を本とするものとの二種あることは法律の彙類を説くに當りて余輩既に之を盡せり。而して其共に國民の一部分にのみ行はるゝことをも亦辯明を俟たざるべし。

(ハ) 法律は主權者若くは國家の元首に其効力を及ぼさず。主權者とは國家の最高權を有する個人若くは個人の集合體にして、若し法律に服従するの義務を負ふときは其尊嚴を保つ能はさるゝことは論なく主權者は元來法律を制定するものにして法律の上に位し法律の支配を受くるの理あるべからず、是れ法律か主權者に其効力を及ぼさるゝる所以なり。唯主權者か一箇の集合體より成るときは其全體か一人に對して法律を適用することなきに非ず是れ其全體は主權者なれども其一人は主權者に非されはなり。然れども此の如く主權者か集合體より成る場合に於ても其國の君主は實際主權の全體を掌握するに非ずして尙ほ法律の効力を其一身に及ぼさるゝるを原則とす。何となれば政治上君主は法律の淵源として其尊嚴を墜すことあるべからされはなり。例之英國に於て主權は國王と議院との共掌する所なれども國王は全く法律上の責任を有せざるか如きは即ち是なり。

若し其尊嚴を傷けざる程度に於て法律を適用することを得は或は法律の効力を及ぼすことなきに非ず。故に例之刑法其の他一切懲罰に關する法律又は人の身分能力に關する規則の如きは總へて其効力を君主に及ぼすことを得されども財産上の契約及び取引の如きに關しては歐洲諸國の制度は往々財産法の規定を適用することゝなれり。我國に於ては一切の法律に就きて別に特例を設くるものなし故に天皇は全く法律上の責任を負はす而して共和國の大統領は固より主權者に非ず又君主に非ず。然れども國家の元首として政治上の最高位に在るか故に或る特殊の犯罪例之叛逆の罪の如きの外は主權者又は君主と同しく法律上の責任を歸せざるを以て通則とす。

(三) 外國に在留する國民は其在留國の法律に従ふ。凡そ一國の法律は其境土に棲息する一切の人民を支配す。然るに人は常に一定の土地疆域に生活するものに非ず或は國外に漫遊することあり或は國外に在留することあり。若し法律は人に隨ふを以て原則とせば内國人は外國に在るときと雖も尙ほ内國法に服従すべく若し之に反して法律は國土に屬するを以て原則とせば内國人も外國に在

るときは其在留國の法律を適用せらるへし。而して近世の法律は屬地主義に依りて成ること前に述べたるか如くなるを以て外國に在留する國民は其在留國の法律に従ふべきは近世に於ける國法の原則なり。然れども國際上の便宜は此原則を全然適用することを許さず。故を以て現今各國の法律は大抵互讓の方法に依りて或る場合に外國法の効力を内國に認容することあり。左に示す處の三箇の規則は即ち是なり。

(ホ) 人の身分及び能力は本國法に従ふ。身分及び能力に關する法律とは人か其親屬に對する法律關係を規定したる規則の全體を謂ふ。故に婚姻、離婚、親子、養子縁組、成年、未成年、親權、後見、夫權及び既婚婦の能力等總へて親屬の關係と其關係より生ずる權利義務とは皆之を身分及び能力に關する法律の中に包容することを得。故に例之在留國の法律に従へば適婚齡に達するも本國の法律に於て未だ適婚齡に達せざるときは假令在留國に於て婚姻を爲すも之れに依りて夫婦たる身分を得ること能はず。又在留國に於ては滿二十五歳を成年とし本國に在りては滿二十歳を成年とするときは滿二十歳に達せる本國人は在留國に在りても尙

は民法上の能力を有することを得。蓋し人の身分能力は大抵其本國の氣候、風土、習俗、人情と密接の關係を有するか故に其國に生まれたるものは永く其國の法律に従ふに至當とすと云ふの趣旨に出て、此の如きの原則を國法上に見るに至りしなり(法例第三條佛國民法第三條伊國法例第六條蘭國法例第六條等參照)

(一) 憲法上國民の義務は本國法に従ふ。憲法上國民の義務とは納税の義務及び兵役の義務等を謂ふ。其本國法に従ふは専ら國民分限の關係に依るものにして其外國に在留する人民と雖も國家成立の必要上此義務を免るゝことを得ず。  
 (二) 國際公法上所謂治外法權を有するもの例之帝王、大統領、皇族、公使及び其の附屬員等は外國に在るときと雖も尙ほ其の本國法に従ふ。是れ亦國家獨立主權の觀念に本づける法律上の慣例なり。然れども前にも既に論述せるか如く此の如きの慣例が國際上に成立せるに非ずして國法が偶々相互に此の如きの慣例を認めたるに過ぎず。若し夫れ外國人か一般に國際條約に依りて治外法權を有するは又更に特別の原因に因りて生ずるものにして固より以て常例と爲すべからず。

#### 第四 物に關する法律の効力

物に關する法律の効力は其物の所在地の法律に従ふを通則とす。然れども之に關する學說及び諸國の法制は必ずしも其趣を一にせず。不動産は國家獨立主權の觀念に由りて內國人に屬するものは勿論其外國人に屬するものと雖も、皆內國法を以て支配すべしとするは大抵各國の同じき所なり。故に之に關する所有權の移轉、質入、抵當等は外國人所有の不動産も、亦其所在地の法律に従ふものとす。唯、不動産の相續は其無遺囑相續に於けると遺囑相續に於けるとを問はず、近世の學說は所在地の法律を適用すべからずとするもの多し。蓋し相續は被相續人の人格の繼續にして單純なる財産取得の方法にあらずとすればなり。動産に至りては其性質所有者と共に其地を轉して定處なきが故に、今世紀の前半に至るまでは所有者の本國法に従ふと云ふを以て一般の通説とせり。然れども近世商工業の發達と共に動産の分量并に其價値の増加するに従ひ、實際の必要は通常動産所在地の法律を適用せざるを得ざるに至れり。而して其相續に關しては被相續人の本國法に従ふを以て通説とすること不動産に於けると同し(法例第四條佛國民

法第三條、伊國法例第七條等參照。

第五 義務に關する法律の効力。

義務には契約に基くものと、契約以外の原因に基くものとあり。凡そ契約に就きては後にも説く如く、當事者の意思を探尋するを原則とす。故に内外交渉の法律關係に於ても、契約上の義務は當事者の明示又は默示の意思に従ひて其適用すべきの法律を定むるものとす。契約以外の原因より生ずる義務には不當の利得、不正の損害及法律の規定より生ずるもの、三種ありて、一定の事實あれば法律か之に命するに一定の義務を以てするものなれば、其性質上當事者の意思を探尋すること能はず。故に其原因の生じたる國の法律に従ひて其効力を定むることは、現今各國の通則なるか如し（法例第五條、第七條、伊國法例第九條等參照）。

第六 行爲の方式に關する法律の効力。

行爲の方式は其行爲を爲したる國の法律に従ふを原則とす。法律の格言に曰く、場所は行爲を支配すと。是れ實際の必要に基ける原則にして、若し其行爲を爲したる國の法律に従はざらんとせば、人或は法律上の行爲を遂ぐることを能はざるに至らん。何となれば行爲の方式は各國之を異にし彼にあるもの此になきこと往々にして然ればなり。故に公正證書と私署證書とを問はず、又其方式か行爲の成立條件たると有効條件たるとを論せず、唯之を爲す國の法律に従へば内國に於ても亦其効力を有するものとす（法例第九條以下）。

第七 訴訟に關する法律の効力。

訴訟に關しては其訴訟を爲す國即ち裁判所々在地の法律に従ふを原則とす。故に例之或る法律上の行爲が外國に於て取結はれたるものに係ると雖も、之を日本の裁判所に訴ふるときは日本の法律に従ひて訴訟の手續、裁判及び其執行方法等を定むべきものとす（法例第十三條參照）。

## 第十章 法律の解釋

法律制定の業は固より容易ならず、假令學識經驗一世に卓絶するの人にして之か編纂の任に當ると雖も、之を實地に適用するに至りては多少の疑義なきを得ず。况や謄寫若くは印刷の誤脱或は贅加なきを保せざるをや。法文の不明若くは不悉あるは抑も亦免るべからざるの事なり。法律の解釋とは即ち法律の適用を誤

ら、さらんか爲めに其不明不悉の意義を確定する方法を謂ふ。法律の解釋は法律の適用上最も緊切にして缺くべからざること其れ此の如し。故に歐洲諸國に於ては法律解釋の方法を講究するは殆んど一科の學問と見做さるゝに至れり。ヘルマヌーチック(Hermeneutique)即ち法律解釋學と稱するもの是なり。

古の立法者か其立法の事業を竣るや衆説の紛として却りて法律の眞義を亂さんことを憂ひ其解釋註疏を禁せしこと往々にしてあり。例之羅馬の儒帝がヂゼスト法典の中に法典解釋の禁令を設け普國の弗烈利克大王か其法典の註疏を禁止せしか如きは其好例證たり。而して其禁令は常に無用に歸し一も實際に行はれたることなし。佛國法典の成るや幾はくもなくして其註解世に出てたり。拿破倫帝書を抛ちて歎して曰く嗟朕か法典既に廢せりと。蓋し其自ら以て完璧と爲したる法典も實際に於て疑義百出することを免れざりしなり。又以て法律解釋の如何に緊切なるやを知るに足る。曰く明顯疑義曰く隱匿疑義是なり。明顯疑義とは法律の疑義は分ちて二とす。曰く明顯疑義曰く隱匿疑義是なり。明顯疑義とは

疑義の法文の表面に顯はるゝ者を謂ひ。隱匿疑義とは法文の意義は明瞭にして之に的當すべき事實正確ならざるものを謂ふ。若し文字妥當ならず語法亂雜して法文の意義了解し難きか如きあらは是れ疑義法文の表面に存するものにして明顯疑義に屬す。然るに法律の文章字句に於ては一點の疑訝を容れざるも其範圍其本質に於て明確ならざるもの例之官吏瀆職の場合に官吏なる文字は町村長も學校教員をも含むや否や。又詐欺取財の場合に財物を騙取すとあるは有形の財貨のみを指すや將た無形の權利をも包容するやと云ふが如く其官吏若くは財物なる文字か通常慣用せられて意義瞭然たるに似す其範圍其本質に於て疑義を存する者は皆隱匿疑義に屬す。然らば法律の疑義を解釋するには苟も法文に脱漏若くは誤謬なくして尙ほ文意字義の明晰を缺くものあるときは文理又は論理に由りて其文字を解し尙ほ其解し難きに於ては法律の起因を尋ね或は編纂の記録に徴して其意義を釋定し以て立法者の眞意を知悉せんことを要す。是れ通常裁判官又は學者の任務に屬す。然れども法律の疑義は到底免るべからざるものなるを以て其解釋に付きては獨り之を裁判官又は學者に一任せず立法者自ら務



めて其疑義を明かにせんことを計ることあり。以下説かんとする法律解釋の種類の由りて分るゝ所は即ち此に在り。

法律解釋の種類を分つこと左の如し。

第一 公正解釋及び私見解釋

公正解釋とは其解釋に由る意義か法律の真正なる意義として公の効力を有するものを謂ひ。私見解釋とは其解釋に由る意義か公の効力なくして唯學者の一己の見解に止まるものを謂ふ。

公正解釋は細別して立法上の解釋及び裁判上の解釋とす。立法上の解釋とは立法者自ら法文の意義を説明するを謂ひ。裁判上の解釋とは訴訟事件に關する法律に付きて裁判官の與へたる解釋を謂ふ。

立法上の解釋を爲す方法に種々あり。今其主要なるものを擧ぐれば

(イ) 法文中に解釋を挿入すること。此方法は何れの國に於ても大概採用せらる。我邦に於ても亦同し。集會及政社法の如き、出版法の如き、特許條例、商業會議所條例の如きは皆法文に用ゐる文字に就て解釋を付せり。又民法財産編總則の

如きは半は此解釋を以て充たされたり。此方法を以てしたる立法上の解釋は普通の解釋とは大に其趣を異にし、法律中の他の條文と同じく法律として命令せられ法律と同一の効力を有し、他の解釋を以て之を左右することを得ざるものとす。

(ロ) 附屬の法律を以てすること。此方法も亦普ねく各國に行はるゝものにして、我國に於ては商法施行條例の如きは即ち此方法に依りて定められたるものなり。而して此方法を以てしたる解釋の効力も亦第一種のものと同しく、法律の他の部分と毫も異なる所なし。

(ハ) 法律公布の時に理由書を付すること。此方法も亦屢採用せらるゝものにして、我國に於ては市町村制を公布するに當りて其理由書を添附せり。是れ立法の精神を知るに頗る便利なるものなれども、其理由書は法律に非ざるか故に拘束的の効力を有すること前二種の解釋の如くなることを得ず。

(ニ) 法律中に適例を挿入すること。此方法は我國に於ては未だ其例あるを見ず。彼の英國法律大家の立案に係る印度契約法及び印度刑法には、毎條其正文を説明するに足るべき適例を示したる者として甚だ著名なり。然れども適例は元

來唯一箇の參考に過ぎざれば此方法を示したる解釋は法律の正文と等しく拘束力を有すと思惟す、からず。故に假令適例と同一の場合に遭遇すとも裁判官は必ずしも其適例に拘束せらるゝを要せず、別に殊異の解釋を爲すことを得へし。

(ホ) 行政官司法官の伺に對して指令を與ふること。此方法は從來各國に於て採用したる所に於て我國に於ても刑法治罪法の公布せられたる當時には其法文の疑義に關して與へたる指令甚だ多し。然れども指令は唯指令を爲す者の意思を發表するに止まり之を以て真正なる法律上の意義と看做すへからず。殊に國家の各機關が完備せると今日の如くなるるときに於ては、司法官は獨立して法律の解釋を爲し取て立法部の指令を待たず、又立法部は唯法律を制定するに止まり其法律の適用に付きて何等の干渉を爲すとなし、故に今日に於ては此方法を以て立法上の解釋を爲すことなし。但行政官に至りては其性質自ら司法官と異なり上官の命を奉して法律を執行するか故に、法律上の疑義に關しては指令又は訓令等の發せらるゝこと極めて多し。而して其指令又は訓令は行政内部の關係に屬し立法部よりして之を發するか如きは行政官に對しても亦之あることなし。

裁判上の解釋は立法上の解釋と同しく公の効力を有することは固より論なし。然れども其効力は立法上の解釋に比すれば著しく制限せられたるものにして他の裁判所は勿論同一の裁判所と雖も一たび與へたる解釋を後に至りて覆すことを得るものとす。唯其私見解釋と異なりて公の効力を有するは則ち其解釋に従ひて裁判の確定せらるゝときは又之を破壊するの道なければなり。

私見解釋は又之を學理解釋と名づく。蓋し其唯學者の論說として行はるゝものなればなり。其解釋が著名なる學者の攷究に出でたるものゝ如きは、實際裁判官の參考となり公に効力を有することなきに非されども、是れ單に裁判の資料となりたるに過ぎず。假令間接に公の効力を生じたりとするも、其解釋の本質として公の効力を有するに非ず。是れ其遂に一己の見解に止まる所以なり。

## 第二 文理解釋及論理解釋

文理解釋とは法律の文章語辭に本づきて爲したる解釋を謂ひ。論理解釋とは法律制定の目的及び其他一切の事情を斟酌して爲したる解釋を謂ふ。裁判上の解釋及び學理上の解釋に於て共に用ゐる所の方法なり。

## 第三 補正解釋、補充解釋及び補縮解釋

補正解釋とは法律の文字語法正當ならざるか爲めに却つて立法者の精神と背馳するに當りて、法文の意義を變じて立法者の精神に適はしむる解釋を謂ひ。補充解釋とは法律の文意字義狹隘に過ぐるとき之を擴充して立法者の精神に適はしむる解釋を謂ひ。補縮解釋とは法律の文意字義廣潤に失するるとき之を縮少して立法者の精神に適はしむる解釋を謂ふ。此三箇の解釋中補正解釋は立法上の解釋又は學理上の解釋として之を用ゆることを許せども裁判上の解釋としては之を許すべからず。蓋し法律の補正は學者一己の私見としては毫も害なく又立法者の位置及び職分として固より之を爲すことを得べし。裁判官は然らず唯法律の適用に任して之を補正することを得ざるは近世國家に於ける通則なり。若し口を解釋に藉りて法律を補正すること羅馬時代の裁判官の爲す所の如くならしめは是れ立法者の位置を侵さしむるものにして近世國家の組織と相容れざるなり。

以上は法律解釋の由りて出づる本源及び其方法に依りて解釋の種類を分別するものなり。以下尙ほ裁判上並に學理上の解釋を爲すに當りて留意すべき數種の緊要なる規則を略説せん。

第一則 法律の解釋は文理解釋を先にし、論理解釋を後にす。文字は思想の標記なり故に之に依りて立法者の意思を察するを當然の事とす。是れ法律の意義を解するには先づ其文章語辭に依るべき所以なり。

第二則 文理解釋と論理解釋と抵觸するときは論理解釋に従ふ。此原則に付きては學者間に未だ疑義あるを免れず。文理解釋に従ふべしとする者は思へらく、文字は思想の標記なるか故に立法者の意思は文字を舍きて他に之を求むべきものなし、若し然らずして論理解釋を許さば或は立法者の意思を誤まることありむと。蓋し重きを文字の上に置くものなり。然れども又一方より考ふれば解釋の目的は立法者の眞意を得るに在り、文字に依りて其人の思想を知るは通常の事なれども文字は往々其思想を顯晦し盡さざることあり、立法者の眞意を枉くるも尙ほ文字に依り解釋すべしとするは恐くは解釋の目的に違ふものなり。故に曰く文理解釋と論理解釋と抵觸するときは論理解釋に従ふと。

第三則 法律の文字は其制定時代の用例に従ひて解釋す。蓋し言語は時代に依りて其用例を殊にするものなれば、其時代の用例に従はされは爲めに法律の眞意を枉くるに至るへし。故に例之馬車なき時代の車の字は馬車を含まず、汽船なき時代の船舶の語は汽船を含まずと解釋するを要す。

第四則 法律の文字は其法律の全文と關聯して解釋す。何となれば若し孤立して解釋すれば前後矛盾の恐れあればなり。故に例之憲法中に載する政府の文字は天皇を含むか、又は國務大臣以下の機關を指すか、裁判所をも并稱するかと云ふか如き疑義は、皆憲法の全文に考へて之を定むべきものとす。

第五則 法律の文字は通常の意義に於て解釋す。故に特別の意義は特別の理由あるに於て始めて之を附することを得。例之學問枝藝又は商工業上の用語の如きは特に其専門の用例に従ひて解釋するを正當とすれども、若し此の如き特別の理由なくは必ず之を通常の意義に於て解釋せざるへからず。思ふに通常の意義を以て解釋して不正背理の結果を生ずるか如き場合あらは、其文字は特別の意義に用ゐられたるものとせば蓋し大差なからんか。

第六則 法律の文字の範圍に疑あるときは之を廣義に解釋す。故に立法者の意思明確なるときの外は、普通の文字に區別を設くへからず。例之徵兵令中に用ゆる國民兵の文字は、一定の年齢に限れる男子を稱するものなるか故に、特に國民の文字の範圍を定むることを得れども、若し普通の場合に國民と云ふときは男女老幼の別なきものと解釋すへきか如し。

第七則 凡そ變則は嚴密に解釋して之を布衍せず。變則は通則の適用し得られざるものにして、其部分は多數の物の中僅かに指示し得べきものに限る。故に變則の設けらるゝは特殊の事情ありて通則を適用すること能はざるに本づく。然るに若し之を布衍せば變則を設けたる理由を失ふに至らん。羅馬法以來此原則の樹立せらるゝ所以は實に此に存す。

第八則 懲罰を加へ又は義務を負はしむる法律は嚴密に之を解釋す。懲罰を加ふる法律とは刑法其他刑罰の制裁を附したる法律を總稱するものにして、此種の規定は嚴密の解釋を爲すを要し決して之を比附引據することを得ず。我刑法第二條に、法律に正條なきものは何等の所爲と雖も之を罰することを得ずとある

は則ち此意なり。故に刑法其他懲罰法の解釋には類推論法(アルギマン、ベル、アナ  
 ロワー)を許さず。民法上の解釋は之と相反し法律の規定十分ならざる場合には  
 類を以て推すこと毫も妨げなし。蓋し民事の裁判官は法律の明文なきときは慣  
 習に依り慣習なきときは條理に依りて裁判すへきことは、近世各國に普通なる法  
 律上の原則なればなり。強理論法(アルギマン、ア、フォルシヨリ)は特に民法に於  
 て用ゐるのみならず刑法にも亦之を用ゐるを得。嚴密に解釋するを要するの  
 原則とは敢て相背馳するものにあらず。例之道路に車の通行を禁すと云ふとき  
 は、牛馬車の通行は尙ほ一層之を禁するの意なりと解釋するは寧ろ正當の解釋法  
 なればなり。反求論法(アルギマン、ア、コントラリヨ)に至りては一切の法律解釋に  
 於て容易に之を許すへからず。例之右するを許すとあるを以て左するを禁すと  
 解釋するか如きは、大に法律の眞意を誤まるものなればなり。唯例外の規則に關  
 し之を反對に推理して普通の規則に復歸する結果あるときは、之を採用するも敢  
 て不可なることなし。例之官吏は商業を爲すことを得すとあるを以て、官吏に非  
 ざる者は苟も他に特別の制限なき以上は何人と雖も商業を爲すことを得と解釋

するは不可なきか如し。次に義務を負はしむる法律とは例之各種の租税法の如  
 きを謂ふ。其懲罰法と齋しく解釋を嚴密にする必要ある所以は、若し一旦其解釋  
 を違ふるに於ては義務の負擔に偏倚を來たし、又は負擔すへからざるに負擔し、負  
 擔すへきに負擔せざる等の弊を生ずるを以てなり。  
 以上は法律の解釋に關する主要の原則なり。尙ほ解釋の根據を判決例に求むる  
 か如き、子法の不明なるを母法に依りて解釋するか如き、皆法律解釋上に留意すへ  
 きの規則ならざるはなしと雖も此に一々細説せず。

## 第十一章 法律の制裁

凡そ制裁とは規則に悖戻したる者の被むる惡報を謂ふ。故に制裁は獨り法律に  
 のみ之あるに非ず道德には道德の制裁あり、宗教には宗教の制裁あり。例之道德  
 の規則に悖りて惡事を爲すときは自己の良心に苦痛を感じ或は他人の撥斥を受  
 くるか如き惡報あり、宗教の經旨に背きて信仰を欠くときは天堂に昇ること能は  
 ずして地獄に墮落するか如き惡報あり。或は自然の制裁と云ひ或は社會上の制  
 裁と云ひ或は政治上の制裁と云ひ皆規則に悖戻したるもの、惡報ならざるはな

し。法律の制裁は則ち法律の命令し又は禁止する所に違反したる者に被ふらしむる悪報なり。佛國文學院字彙大全ボロンチキ、アカデミイ、ラシエを觀るに法律の制裁とは法律が其實行を確保正らしむるか爲に設くる苦痛又は報賞なりとあり。然れども此定義は全然區別ある苦痛と報賞との二箇の性質を混同し且つ制裁には必ず強制檢束の元素を備ふべきの理を遺忘したるものなり。蓋し人の性情は痛苦を避けて快樂を願ふことベンサム氏の言に當れり。故に一國の法律を制定して其の實行を確保正らしめむと欲せば亦此性情を利用せざる可らず。然らば制裁は必ずしも惡報を以て痛苦を感せしむるの方法に由らす善報を用ゐて人心を誘致すること例之褒賞の典を設けて能く法律を遵守する者を賞するか如きも亦法律の制裁として不可なることなきに似たり。然れども褒賞は國民に對して強制の力を有せず褒賞を好まざる者は法律を遵守せざるも亦奈何ともすへからず。古の立法者或は賞罰並ひ行ひて法律の遵守せられむことを求めしことなきに非されども近世の法律は皆之に違反する者に與ふるに苦痛を以てするを見れば、又以て惡報に非されは法律の制裁とするに足らざる所以を知るへし。

法律の制裁を分ちて憲法上の制裁、行政法上の制裁、刑事制裁及び民事制裁の四種とす。從來の學者は法律の制裁は刑事制裁と民事制裁との外に出でざるもの、如く思惟し其他の制裁は殆ど之を度外視せり。然れども是れ從來の法律學は主として刑法民法等の如きものを以て研究の目的としたるの結果に過ぎず。苟も廣く法律の原理を攷察するに於ては刑法又は民法の範圍に偏在すへからず從ひて法律の制裁の種類カの如きも亦刑事又は民事の制裁の外に尙ほ之を求むる所なかるへからず。余輩が刑に憲法上の制裁と行政法上の制裁とを置く所以のものは、此二種の制裁が刑事及び民事の制裁と全く相違せる性質ありて存すればなり。

第一 憲法上の制裁 主權者は法律を制定する者にして法律の上に立ち法律の拘束を受くることなし隨ひて憲法の制裁と雖も亦主權者に及ぶことなし。然れども憲法は決して無制裁の法律に非ず憲法上の制裁は即ち大臣責任の制度の由りて起る所なり。抑も大臣の責任に關する憲法の規定は各國一様ならず又其法理を論する學說も亦各人其趣きを異にするか如し。蓋し近世の國家に於ける一大難問にして學者が特に之に關して著作せしもの夥しとせず。今一々諸國の

制度と學者の論説とを對比評隲するが如きは姑く之を舍き、唯一般の理論を擧ぐれば余輩は大臣の責任を以て専ら大臣か憲法上に有する職務に伴ふものとし、主權者か無責任なるか爲めに代はりて之に任する所以に非すとするものなり。大臣の副署は各國の憲法上に於ける大臣の職務なり。故に若し大臣にして副署すへからざるものに副署したるときは大臣は其職務を愆まりたるものなり。既に其職務を愆まる又何ぞ其責任なきを得んや乃ち憲法は大臣に對して憲法違反の制裁を加ふるものなり。然れども憲法の制裁は其他の法律の制裁の如く、執行機關ありて之を行ふに非ざるか故に(此米合衆國の違憲裁判制度の如きは特有の事なり確實に強制せらるゝを得ず。從來の學者か概ね政治上の責任をして法律上の責任とせざるは則ち之か爲めなり。

第二 行政法上の制裁 行政法上の制裁は國家の機關たる官吏か違法の行爲を爲し又は其職務を盡さざるに由りて生ずるものにして行爲に對するものと官吏其人に對するものとあり。行爲に對する制裁は監督官廳若くは特定の制裁機關例之行政裁判所の如きに由りて其行爲の取消又は變更を命せらるゝに在り。

官吏其人に對する制裁は即ち懲戒處分にして監督官廳之を行ふ。懲戒處分とは官吏をして其職務を履行せしむるか爲めに行ふ制裁にして刑事の制裁たる刑罰の性質をも含みます又民事の制裁たる賠償の性質をも含みます、且つ其制裁は必ずしも職務を怠慢したる官吏一人に對するに非ずして、官吏全體に對して職務勉勵の實を擧げしむるを目的とすることあり例之免職の制裁の如き然り。故に懲戒は一種の法律上の制裁にして刑事及び民事の制裁と全く其性質を異にすれども又相容れざるに非ず、官吏の唯一の行爲にして同時に三様の制裁並ひ至ることあり。即ち其違法行爲と同時に刑法の規定に觸れ且つ一私人に損害を加へたる場合には行政法上の制裁は刑事及び民事の制裁と并科せらるゝものとす。

第三 刑事制裁 刑事制裁とは國家の要求に基きて刑法其他刑罰法の規則に違反したる者則ち犯罪人に被ふらしむる惡報を謂ふ。公訴は此制裁を要求する形式にして刑罰は此要求を實行する方法なり。公訴とは刑事訴訟法の手續に従ひて檢察か刑事裁判所に訴訟を提起するを謂ひ、刑罰とは刑事裁判所か之に依りて其犯罪人に與ふる所の苦痛を謂ふ。刑罰の種目は千差萬別にして一々枚擧す

るに違わらず、古代の社會に遡るに従ひて種々奇異の刑罰あり。羅馬に於ては謀反人に羅馬の水火を用ゐることを禁し、又はタルペイアンの巖上より擠陥せしか如き、又は足を傷くる者は己れ亦其足を傷けられ手を折る者は己れ亦其手を折らると云ふ反座法の如き、或は我邦の古代に行はれたる盟神探湯の如き皆現今の刑罰とは全く其狀を異にせり。然れども要するに皆犯罪人に苦痛を與ふるを以て目的とし人生幸福の基礎たる生命、身體、榮譽、財産、自由の部分又は一分を剝奪するに外ならず。故に刑罰の種目も亦之を五分し生命刑、身體刑、榮譽刑、財産刑、及び自由刑とすることを得。唯古代の刑罰は多く峻酷にして例之生命刑に於て磔、轆裂、烹、斬、切腹等あり。身體刑に於て墨、劓、非、宮、鯨、苔杖等ありしのみならず其罪は一人に止まることなくして三族を夷するか如きことありしかども、近世に至りては刑罰益々寛となり身體に關する刑罰は殆ど之を廢し生命刑も亦之を用ゐざる處あり。今や文明諸國の刑罰は自由刑其大部分を占む。蓋し其刑罰執行の方法に於て罪の輕重に従ひ伸縮自在にして刑罰の目的を達するに最も切なるに由る。現今行はるゝ所の禁錮、禁獄、懲役、徒、流の如きは皆罪人の自由を剝奪する者にして所謂

自由刑に屬す。榮譽刑は今日之を獨立刑として設くることなく何れの邦國に於ても概ね之を從刑とせり。財産刑は或は之を獨立刑とすることあり或は之を從刑とすることあり犯罪の種類に従ひて其規定を同ふせり。

第四 民事制裁 民事制裁とは私權を侵害せられたる者の要求に依りて加害者に被らしむる惡報を謂ふ。私訴又は民事訴訟は此制裁を要求する形式にして損害賠償義務履行權利回復及行爲の不成立若くは無効等は此制裁を實行する方法なり。私訴とは被害者か刑事訴訟法の手續に従ひ公訴に附帶して提起する所の私權上の訴訟を謂ひ。民事訴訟とは民事訴訟法の手續に従ひて提起する所の私權上の訴訟を謂ふ。損害賠償は裁判所の判決に従ひて加害者より被害者に對して其損害を償ふか爲めに一定の金額を收むるものにして、民事制裁中最も普通に行はれ又最も便宜なる方法とす。義務履行は裁判所か債務者をして其負ふ所の義務其者を實行せしむる方法にして、損害賠償を以て正當の救濟法とすることを得ざる場合に之を用ゐ。權利回復は一旦他人の爲めに侵奪せられたる權利を取回して權利者に復歸せしむる場合に之を行ふ。行爲の不成立とは法律上或る



行爲か當然に其効力を生ずること能はざるを謂ひ。行爲の無効とは法律上或る行爲か當然効力なきには非されども一定の條件を加へて初めて効力を生ずるものを謂ふ。共に法律に違反せる行爲に効力を生ぜしめざる方法にして之を前救者の制裁に比すれば彼は積極的の制裁なれども此は消極的の制裁なり。

法律の制裁は國家か一定の機關に由りて之を行はしむるものにして各人妄りに自家の腕力に任せて不正の行爲を防ぐこと能はず。然れども事急劇に發して國家の保護を乞ふの遑なく正當の順序に出て一定の制裁を待たんと欲せば竟に權利確保の目的を失ふに至ることあり。此の如き場合には國家は一個人をして自ら法律の制裁を行ふことを得せしむ正當防衛即ち是なり。正當防衛とは不正の加害に對して自己の權利を保全する所爲にして自己の生命、身體、若くは財産を防衛するか爲め或る場合には加害者を殺しまたは之を傷くることを得るものなり。而して此方法は刑事及び民事に通して行はるゝものにして例之不正の攻撃に遇ひ、加害者を反撃して殺傷に至ることあるも刑法か之を罪として論せざるか如きは刑事上の正當防衛にして、又例之自己の所有財産に對する他人の障害を除却し、

又賣主か買主の未だ代價を辨濟せざる物の上に留置權を行ふか如きは民事上の正當防衛なり。

## 第十二章 法律の變更及廢止

法律の變更とは舊法を廢して更に之に代はるべき新法を設くるを謂ひ。法律の廢止とは舊法を廢して更に之に代はるべき新法を設けざるを謂ふ。故に法律の變更及び廢止と云ふは通俗に便宜の爲めにする語辭たるに過ぎず。學理上は法律の變更も亦一種の廢止なり唯新たに舊法に代はるべき法律の制定あるは其普通に廢止と稱するものと異なるのみ。

凡そ法律一たび制定せらるゝときは永遠に其効力を存するものにして、假令幾多の歲月を経て之を實際に適施することなしと雖も、立法者か一定の方法を以て其變更又は廢止の意思を表章せざるときは、飽くまで法律として有効なるものなり。奥國民法第九條の如きは現に此原則を明記せり。曰く凡そ法律は立法者之を變更し又は明かに之を廢止するに非されは其効力を存すと。

法律の廢止を分ちて左の如くすることを得。

第一 全部の廢止及一部の廢止 全部の廢止とは法律の全體をして効力を失はしむるものにして、一分の廢止とは單に或る部分の効力を失はしむるに止まるものなり。乃ち此區別は舊法廢止の範圍如何に就きて設くるものなり。例之明治六年太政官布告第二百五十九號日本坑法か明治二十五年法律第八十七條鑛業條例の施行と共に廢止せられたるか如きは全部の廢止に屬し。明治十一年布告第十七號區町村編成法第六條及び第九條但書か市町村制施行の日より廢止せられたるか如きは一分の廢止なり。

第二 内因に因る廢止及外因に因る廢止 内因に因る廢止は法律其者の部に廢止の理由を包含せらるゝ場合に生じ、外因に因る廢止は立法者の意思に依りて現行法律の廢止せらるゝ場合に生ず。乃ち此區別は舊法廢止の原因如何に依りて設くるものなり。尙ほ其場合を細別すれば

- (一) 内因に因る廢止の場合に左の如し
- (イ) 法律に豫め實施の期限を定め、其期限を經過して、法律の効力を失ふ場合、例之法律の明文に此法律は自今何年間之を施行すとある場合の如き然り。此

場合には其施行期限經過したるときは其法律は當然廢止に歸す。

- (ロ) 法律の規定を要せし事實又は物の消滅せし場合、例之戰時の戒嚴令の如きは其最も著しきものなり。又シカゴ博覽會の出品に輸出税を全廢したるか如き法律は博覽會の終結と同時に其効力を失ひ。國立銀行條例は銀行營業期限の満了して國立銀行の閉鎖すると同時に其効力を失ふか如きも亦然り。

- (ハ) 經過法か新法を盡く實施するに及びて、自然に廢止せらるゝ場合、例之明治十四年布告第八十一號に依れば改定律例の時代に罪を犯したる者刑法の時に發覺するときは新舊二法を照し輕きに從ひて處斷すへしと定めたるに若し歲月を経て舊法時代の犯罪人盡く刑せらるゝか、或は死亡し或は時効を經たる後は新法は全然其効力を有するか故に此布告は自然に其効用を失ひて廢止に歸す。所謂經過法とは舊法より新法に移る時代に新舊二法を調和する所の法律なり。

- (ニ) 外因に因る廢止の場合に左の如し。
- (イ) 明示の廢止即ち立法者が新法を以て舊法を廢止することを明言する場合

386583

合。是れ廢止の最も明確なる場合にして例之市町村制に依りて從來の區町村會法の廢止せられ。訴願法の實施に依りて從來の請願規則が廢止せられたるか如きは皆然り。現今の法律制定の方法に依れば舊法廢止の明文は概ね新法の編尾に附則なる表題を設けて其中に之を掲ぐるものゝ如し。

(ロ) 黙示の廢止即ち新法に舊法を廢止することを明言せざる場合、此場合に於ては立法者が舊法を廢止するの意思は之を法律の文面に表章せざれども暗黙に之を廢止せりと看做すことを得。凡そ新たに法律の制定ありて舊法の規定の全部又は一分之に矛盾するときは其規定は自然消滅に歸するものたるは法律學上の原則なり。故に羅馬法以來の言格に後法は前法を廢すとあり。例之現行集會及政社法には從來の集會及政社法を廢止するの明文なけれども、新法の制定に依りて舊法の廢止せられたるとは疑ひなく。又地價百分の三を以て地租の定率とせしは從來の規則なりしに後之を百分の二箇半と定めたるときは、別に舊法の税率を廢止すとの明文を法律に掲げずと雖も、其新法の制定と同時に廢止せられたりと看做すは正當の見解ならざるへからず。

## 第二編 法律に必要な觀念

### 第一章 國家

國家なる觀念と法律なる觀念とは常に相伴ひて離るへからず。苟も國家なければ法律なく法律なければ國家も亦其存立を全くすること能はず。故に法律學を攷究するの初めに於て國家の何たることを會得するは極めて緊切なり。國家の性質を論究したる者古來其數を知るへからず。今一々其學説を擧げて之を批判するは余輩の目的に非ず。唯其主要なるものに就きて考ふるに學者の千言萬語は要するに具象的に國家を觀察するものと、抽象的に國家を觀察するものとの二種に出でざるか如し。

(甲) 具象的に國家を觀察するもの。具象的に國家の何物たることを見れば國家は一箇の人類の團體たることは言を待たず。然れども人類の團體は獨り國家に限らず。家族も人類の團體なり社會も人類の團體なり會社並に組合も人類の團體なり。故に國家と此等の諸團體との間に如何の差別あるかを究めずんば國家の性質は明白ならず。而して通常學者が國家の特色として擧ぐる所を見るに

(二) 國家には一定の人民あることを要す。苟も國家にして人類結社の生活の一現象たる以上は人類を離れて國家を想像すべからず。國家組織の第一要素として人類あることを認むるは理の當然なり。其要素たる人類は國家組織に於て特に之を人民と名づく。然るに一派の學說に依れば權力的關係に重きを置くの結果として、國家には人民あることを要せずとするものあり。此說に依れば若し非常なる天變地異に因りて一國の人民皆死し君主一人生存するときに於ても他國人の其地に移住又は歸化せんとするものあれば、君主は之を許否するの權あるを以て苟も其權力にして絶えずんは國家は人民なしと雖も尙ほ滅亡せざるを得べしと云ふに在り。此說の國家なる觀念の歴史的事實と全く相適合せざるは勿論條理に於ても亦貫徹せざる所あり。所謂君主か許否の權を有すとは有し得べしとの假定に過ぎざらん。然らば若し其遺存せし一人か君主に非ずして其人民の一人なりとし、其一人も亦他國人の歸化移住を許否するの權を有し得べしと假定せば其一人も亦國家ならざるべからず。尙ほ一步を進めて二人以上の人が互に其權力を有し得べしと假定せば二箇以上の國家なかるべからず。天下寧そ

此の如き理あらんや。此派の議論は唯奇異を好みて益眞理に遠かるものと謂はざるを得ず。

(二) 國家には一定の土地あることを要す。國家の成立には一定の土地なかるべからざることも亦學者普通の見解なり。然れども歴史上の觀察としては聊か留意を要するものあり。即ち古代の國家と今代の國家とに於て土地的要素に輕重あること是なり。古代の國家は必ずしも一定の邦土の上に樹立せられたるに非ず、多少一定の土地區畫に據るの觀ありし時代に於ても其君長は其邦土の君長に非ずして其人民の君長なりしとあり。乃ち今代の所謂屬地主權は未だ此時代に行はれざりき。故に又一派の學者は國家の要素として邦土を認めず國家の觀念を専ら權力的關係に求めて思へらく、一定の領域は國家の結合を鞏固にするとは疑なけれども結合の鞏固なると否とは國家の國家たるに影響なし、唯命令服従の關係は以て國家を組成するものなりと。故に此說を推及せば漂流處を知らざる遊牧人類の結合も、出沒常なき海賊の團體も苟も上命下服の關係あらば之を國家と謂はざるべからず。然れども是れ國家なる觀念の實體と相符合せず、國家は

人類共同生的の或る進歩したる時期に至りて始めて生ずるものなることを度外視するの議論なり。

(三) 國家には固有なる一定の権力あることを要す。國家の成立には必ず一定の秩序なかるべからず。苟も一定の秩序なければ假令一定の人類か一定の土地に栖息するも未だ以て國家を組織するに至らず。而して一定の秩序は一定の権力ありて始めて存立することを得。此権力は即ち内民衆の安寧を保ち外寇讎の凌辱を禦くものにして通常之を主權と名づく。若し此権力なければ國家は土崩瓦解して其存立を完ふすると能はず。且つ此権力は其國家に固有ならざるべからず。若し一定の人類一定の土地あり又一定の権力あるも其権力は他に高等の権力ありて之を賦與し又は之を保護するときはその國體は以て國家とすることを得ず。

要するに國家を其形象上より察すれば一定の人類か一定の土地に於て土地の固有なる権力の下に服従する團體なりと云ふを云て足れり。然るに近來一派の學者ありて巧に譬喩を以て國家の性質を標識する者あり。有機體說是なり。此説

は獨國のアルンチェーリ・シニルツェー諸氏の盛に唱和せし所にして、其旨趣は人類の共同目的を達するか爲めに種々の機關を具へ之をして、一定の作用を爲さしめ以て全體の存立發達を計り。又隨ひて各個人の安寧幸福を保護すること宛も人類其他の有機體か細胞より成立し、耳目口鼻等種々の機關を具へ同時に全部の發達と各細胞の存在とを計るか如しと云ふに在り。一見すれば譬喩極めて好し。然れども譬喩は學理に非ず。譬喩如何に巧みなるも直ちに以て國家の正當なる見解と爲す可らず。况や國家は萬有學上の有機體と多少類似の點ありと云ふに過ぎざるをや。但國家の歴史に付きて考ふれば其盛衰存亡の跡實に一箇の有機體と相同しき者なきに非ず。故に若し廣く社會學若くは法史學を講ずるか如き場合には國家は有機體なりとの説明を爲すも亦可ならんか。

(乙) 抽象的に國家を觀察するもの、抽象的の觀察と具象的の觀察とは必ずしも拮据相容れざるに非ず。有形の國家は同時に之を無形の地位に置くことを得。而して法律上の見解としては有形の土地人民を離れて國家の法理上の地位を定めんこと寧ろ適當なりとす。抽象的に國家を論ずるものに二説あり。

(一) 國家は公法上の法人なり。此説は佛獨諸國の學者の概ね唱ふる所なり。蓋し法律上の觀念は後にも説くか如く人物及法律的關係の三種に歸す。即ち或る權力若くは權利の主體は人にして其目的は物なり。法律的關係とは人と人との間及人と物との間に於ける權力若くは權利の關係を法律上に定めたるものを謂ふ。故に國家の法律上に於ける性質如何を尋ねるにも亦此三種の觀念中に於てするは決して不當なるに非ず。而して國家は物なりやと云ふに其權力又は權利の目的となるに非されは之を物と看做すこと能はず。又固より人と人との間若くは人と物との間の關係に非ざることも明けし。然らば國家は人なりと云ふ考は甚適當なりと謂ひて可なり。是れ羅馬人が既に二千餘年前に於て夙に發揮したる思想なれども唯一般法律の研究か今日の如く發達せざりしか爲めに其議論未だ盡さざりし所ありしのみ。而して近時の學者か特に國家を公法上の法人なりとする理由は其會社の如き私法上の法人と異なりて私法上の權利を享有するに非ずして權力を享有するに依る。此の如く解釋すれば此説は大體に於て法律上の見解を誤まれるに非ずと雖も其法人とする一點に至りては語弊あるを免

れず。法人は後にも説くか如く法律上の擬制にして法律の認許を待ちて成立し法律以上に存立するを得ず。然るに國家は法律を作るものにして法律に依りて作らるゝものに非ず。若し國家を以て法人なりとせば法律以前に存在する國家か法律以後に非されは成立せずと謂はざるを得ず。國家は人格を有すと云ふは可なり從來私法上の慣用語を假りて強ひて法人と云ふは即ち不可なり。

(二) 國家は權力の主體なり。此説は前説と其旨趣を同くして其語辭を異にするものにして大體に於ては頗る當れり。然れども單に國家は權力の主體なりと云ふのみにては未だ盡さず。權力の主體たるものは國家のみに止まらず府縣郡市町村の如き又は公共組合と稱するものゝ如きも亦齊しく權力を享有することを得。故に他の權力の主體と區別するか爲めに國家の權力の性質を察せざるべからず。或る學者は國家の權力は無限なりとせり。然れども權力の無限ならざるも國家は國家として存することを得聯邦組織の國家に於て應に其好適例を見るべし。聯邦各國は或る一定の事項に關しては聯邦國家の權力の爲めに制限せらるゝか故に其各國の權力は無限なるに非されども尙ほ一箇の國家たるを妨

けざるに非すや。又或る學者は國家の權力は全能なりとせり。然れども國家の權力は事實上に於ても法理上に於ても齊しく全能なるものに非す。事實上國家か爲し能はざる事多きは論を俟たず法理上に於ても亦然り。乃ち聯邦組織の各國家は聯邦國家の爲めに法律上の制限を受くるのみならず單一組織ユニテリアルの國家に於ても憲法の條規に従ひて其權力を行ふことは立憲國家の通義なりとせば國家は全能なるに非ざること明かなり。然らば國家の權力は何等の特色あるかと云ふに唯其權力の固有なることは是なり。府縣郡市町村の如き又は公共組合の如きか權力を享有するは國家か立法作用に依りて之を與ふるものにして固有のものに非す國家は立法作用に依りて隨意に之を増減變更することを得。國家の權力は之に異なり法律に依りて與へられたるに非すして、法律以前に存在し法律を制定することを得るものなり。唯國家は固有の權力を以て自ら其固有の權力を増減變更することを妨げされども、其増減變更は即ち固有の權力の實行にして他の強制に従ひて之を爲すに非ざるなり。

以上説く所に依れば法律學上に於ける國家の意義は極めて簡單なりと雖も、法理上の見解としては之を以て最も進歩したるものと思惟せざるを得ず。現今の法理は民法上人は何なりやとの疑問に對して取て、生物學上若くは人類學上の研究を假らす人は權利の主體なりと云ふ簡單なる答辯を以て足れりとすると同しく公法上國家は固有の權力の主體なりと云ふの外、又法律上の意義を求むることを要せざるべし。故に法律上に於ては國家は一ありて二なし其君主國と云ひ民主國と云ひ貴族制の國と云ひ議院制の國と云ふか如き、通常世に國體の區別として論ずるものは唯政治上の體裁を異にするのみ。國家の意義は何れの時代何れの場所に於ても些少の變異あるへからず。

## 第二章 國家の組織

國家は何如にして組織せらるるか。是れ亦學者の間に疑義を紛起せし問題にして國家の起源に關する議論とは即ち此問題を謂ふものなり。國家の組織は必ずしも一樣ならず。從來の學者か唯漠然として此問題を論定せんとするは恐くは不可なり。余輩は國家の組織を攷究するに當ては宜しく其原始的組織と變遷的組織とに區別すへしと思惟す。

第一 國家の原始的組織 國家の原始的組織に關する議論には二大派ありて存す。曰く自然構成の説曰く人意構成の説是なり。

(一) 自然構成の説 國家は自然の作用に依りて構成せられたりとの議論は希臘のアリストートル氏に始まり、近世歴史派の學者に至りて最も其盛を極めたり。此議論の古來變遷せし所を概舉すれば、或は神意説となりて國家は直接間接に上帝の意思に依りて組織せらるると云ひ。或は人性説となりて人類は固有の結社性を有し國家は其天性に依りて組織せらるると云ひ。或は腕力説となりて國家は强者か弱者を壓服するに依りて組織せらるると云ひ。或は進化説となりて人類進化の必要條件として國家は組織せらるると云ふ。其説く所は異なれども要するに其起源を自然の結合に歸するに至りては同じ。故に之を自然構成の説とす。

(二) 人意構成の説 國家は人意の作用を経て構成せられたりとの議論は希臘のエピキユール氏に始まり近世民約主義の學者に至りて大に敷衍せられたり。然れども自然構成説と人意構成説とは畫然たる分界ありて互に相容れざるに非ず。例之クロシユス氏か人類は結社性の動物なりとして自然構成説を探ると同時に國

家は自由平等なる人類の契約に依りて成れりとして人意構成説を探り以て二者を混同して其調和を求めんとせり。又スベンセル氏か進化説に基きて國家は人類共同生存の必要に依れる組織なりとし、國家の起源を以て腕力と契約とに歸するも尙ほ腕力に因る國家も、産業の發達に伴ひて契約の思想漸次に腕力の思想に更迭すと説くか如きも、亦兩説の中間に位するものと謂ふことを得。

國家の原始的組織は歴史上の事實に據りて論證することを得す。故に先づ人類の性情に本つきて之を攷察するは蓋し已むとを得ざるものならん。抑も人類か兩性相結合して家族の團結を成すは、男女の區別か自然に出つると等しく人類自然の性情の結果なることは言を待たず。然れども國家の組織も亦自然の結果に過ぎすと云ふは恐くは獨斷に失せん。人類の性情は結社のみあるに非ず人類は結社的の性情あると同時に非結社的の性情あり。同類相集まり異類相排するは生物の常にして人類結社の状態に於ても亦免かるべからざることは獨國の碩學カント氏の説く所剴切にして替ふべからず。アルフレッド・フイエー氏曰く人類の結合するや抑壓と合意とに依ること宛も物質の分子に吸引力と拒拒力とあ



りて以て物質を組成するか如しと。故に人類は結社性ありて國家を組織すと云ふは、自然構成説中最も廣く行はるゝの説なりと雖も却りて誤謬を含むこと多し。人情は寧ろ二箇反對の性情ありて相團結するものならざるへからず。然れども之を以て直ちに國家組織の起源を説了せりと思惟すへからず。假令自然の狀態に依りて單純なる生存上の強者が弱者を服従するも、國家は之を以て直ちに樹立せらるゝに非ず。國家は單純なる優勝劣敗の關係を排除して命令服従の平和的權力の關係を保ち秩序ある人類の結合として、之れを外界並に人類の他の結合と對立せしめざるへからず。乃ち國家は人類自然の性情に依る結合なると同時に、人類の自覺的結合ならざるへからず。民約主義の學者が所謂合意若くは契約なる文字を機械的に解釋せずして、淡白に共同の意思を指すものと解釋し得は其議論は恐くは從來世上に蛇蝎視せらるゝか如き謬妄を含むものには非ざるへし。之を總ふるに自然構成説と人意構成説とは各真理の一面を擧げて他の一面を拋棄するものならざるを得んや。唐の柳宗元の封建論中に言へることあり曰く彼其初與萬物皆生、草木榛々、鹿豕狃々、人不能搏噬、而且無毛羽、莫自奉自衛、苟卿有言、必

將假物以爲用者也、夫假物者必爭、々而不已、必就斷曲直者而聽命焉、其智而明者、其所伏必衆、告之以直而不改、必痛之而後畏、由是君長政刑生焉、と、余輩竊かに以て至言と爲す。

第二 國家の變遷的組織 國家の組織は其原始に於ては或は單純なるへし。然れども人智の發達は一切の事物を變遷せしむるものにして、國家の組織も亦此圈中を脱すること能はず。今試みに輿地圖を開けば、大小列國の東西に割據するを見む。而して且つ其歴史に就きて細思せよ。列國が古來同一の國家として存続したるもの幾許かある。其幾多の變遷を経て今日の複雑なる國家を組織せし跡は歴然として指示せらるへし。今其組織を類別すれば、大凡左の如し。

(一) 合同組織 列國競争の間に介して國家の存立を保つか爲めには、其貧弱なる二三の小國が合同して一國となり、或は同一人種の數邦が國民的統一を企て、一國となり、以て強大國に對して勢力の匹敵を計ることあり。此等の事實を總稱して合同組織と云ふ。故に合同組織は又之を三種に分つ。聯邦組織、合衆組織、及び連合組織是なり。聯邦組織に於ては外部に對しては唯一の國家として存立す

れとも内部に在りては、聯邦各國は獨立して、政治を爲し別に中央政府を置かずして聯邦國家の事務は之を聯邦各國中の一國に委任す。獨聯邦國の如きは即ち然り。合衆組織に於ては外部に對して唯一の國家を組織するのみならず内部に於ても、各合同國と全く相分離したる一新國を組織し中央政府の權力を以て統一の政治を爲す。北米合衆國又は瑞士國の如きは然り。聯合組織に於ては或は王位相續の結果に依りて同一君主の下に二箇以上の國家相合して新たに一の國家を設くるものあり。假之瑞典、那威又は奧太利、洪牙利の如きは是なり。或は連合國か各自獨立の跡面を失ひて、内外共に唯一完全なる一新國を成すものあり。假之英國及び伊國の如きは是なり。

(二) 分立組織 此組織は前者と全く相反し社會上又は政治上の理想よりして、一國家か分離して新たに二以上の國家を組織するものなり。其原因に依りて國家の組織せらるゝにも亦數種の區別あり。或は一國家の分裂に依りて新たに數多の小國家を組織することあり。或は一部の分離に依りて新たに一國家を組織することあり。或は國土の分封に依りて新たに一國家を組織することあり。分

裂に依る國家は國家か統一の權力を失ひ其國家を組織せる各種族各國民か四分五裂の狀を成す場合に生ずるものにして、シヤル、マン王のフラン王國か其王の歿後に分裂したるか如きは是なり。分離に依る國家は國土の一部分か全部分より獨立する場合に生ずるものにして、和蘭の西班牙に於ける希臘、勃爾加里等の土耳其に於ける皆然り。分離に依る國家は近時の發達せる國家組織に於ては之を見ること罕なれども、中古以前國土を以て君主の私有に歸したる時代に於ては君主は隨意に國土を分割して之を子孫に與へ、若くは名族の絶世を襲かしめ以て新たに國家を組織したること往々之ありき。

(三) 移殖 人口蕃殖の結果は航海通商の進歩と相頼りて本國の外に殖民地を設置すること其由來する所久し。希臘の殖民地の如きは古代に於て最も著しかりき。近世に及びては政治上殖民地を設くるの必要起り各國相競ひて其増加を計れども、近世の殖民地は國家の實力を擴充するの目的に成り初めより新たに國家を組織するの目的に出てす。唯本國の政策其機宜を失ふか又は其他の原因の爲めに殖民地は獨立すること、例之北米合衆國の如きものありと雖も移殖は國家

組織の起源に非ず。古代希臘の殖民地の如きは全く其趣きを殊にし初めより新たに一國家を創立せしむるの目的に出で、其本國より分離して一國家を設くるに堪ふるに至れば本國政府は容易に其獨立を認めたり。故に此の如き場合には移殖も亦國家組織の起源となるものなり。

之を要するに國家の組織は頗る相錯綜せり精細周匠の研究は通論の目的とする所に非ず。以上は唯其概要の指示に過ぎすと思惟すへし。且國家なる觀念は人類進歩の或る階級に至りて始めて生ずるものにして、初めより國家は此の如くにして組織せらるへしと云ふ原則あるに非ず。太古の時代には人類の知能には未だ國家なる觀念の自覺せられざりし時代ありしことは勿論、所謂國家を組織するに至りても知らず識らず之を組織して或は部落と稱し或は市府と稱し敢て國家の名稱を付したるに非ざりき。例之古代希臘に於ける雅典の如き斯巴爾多の如き市府又は日耳曼民族の各部落の如きも今日より考ふれば國家の體裁と實質とを備へたるものと謂はざるへからず。故に或る人類の團體が國家を組織するや否やと云ふことは固より今日の進歩したる時代の思想を以て判斷するものなり。

若し一種の妄想論者の説く如く人類が果して能く、ユートピアを組織することを得ば、或は將來に於て國家なる觀念が吾人の腦髓より脱離することも亦之なきを期せず。然れども是れ余輩の關知せざる所なり。

### 第三章 國家の主權

國家成立の一大要素として權力の缺くへからざることには既に之を述べたり。往昔希臘の哲人アリストートル氏が一たび國家に最高の權力なかるへからざることとを説きてより以來、何人と雖も此權力の存在を認めざるものなし。所謂國家の主權と云ふものは即ち此最高の權力なり。

主權即ちスーヴレンテー(Souveraineté)なる文字は佛人ボーンデン氏の創説に係り現今各國の齊しく流用する所なれども其用法は必ずしも一定せず。或は時に内主權の意義にのみ用ゐることあり。或は全く之に反して外主權の意義にのみ用ゐることあり。或は内外主權を兼ねて稱することあり。然れども通常國家の主權と云ふときは外部に對しては他の權力に服従せず内部に對しては其國內に存在する一切の權力の上に位する最高の權力を總稱するものにして、即ち内外主權の

意義を兼ねるものとす。余輩か此に國家の主權を説くも亦此通常の意義に於てするものなり。

主權か最高の權力たることは明白にして殆ど疑を容れず。然れども其最高の權力とは如何なるものなるかと云ふに至りては從來の學者頗る其見解を殊にせり。余輩は前に國家の權力は無限にも非す又全能にも非ざることを説けり。故に國家最高の權力たる主權か決して無限全能に非ざることは茲に再説することを要せず。然れども其無限全能に非ざることを説くは唯主權の性質を消極的に觀察したる結果たるに過ぎず、尙ほ之を積極的に觀察せされは主權の性質は未だ十分に表白せらるゝことを得ざるへし。請ふ左に之を論せん。

第一 主權は唯一不可分の權力なり。故に數多の權力を相聚合せるものに非す。學者或は立法行政司法等の權力を以て主權の一部分となし主權を數多の權力に分割し得へきか如く思惟するものあれども、是れ全く主權の本體と作用とを混同したるの誤りなり。夫れ最高なるものは唯一なるか故に能く最高なり。若し主權にして分割せらるへくんは一國家に數多の最高なる權力を存するを見る

に至らん。此の如きは天に二日ありと云ふと一般のみ多言を要せずして其悖理の論たることを了知し得へし。

第二 主權は國家の内部に於ける一切の權力の淵源なり。國家は主權の主體たりと雖も元來形象なし豈能く自ら動作せんや。故に國家は種々の機關を設け之をして一定の權力を代表して統治の實を擧げしむ。従ひて其種々の機關か干與施設する所の法律命令其他一切の行爲は皆主權に淵源せざるはなし。國家の安寧秩序は此の如くにして始めて保持せらるゝことを得。是れ主權か國家の内部に於ける關係にして學者之を内主權と稱す。

第三 主權は國家の外部に對して他の一切の主權と平等なり。國家の主權は不羈獨立なり。若し他の國家の主權の爲めに制御せらるゝときは勢ひ主權の實を失はざるを得ず。故に一國の主權は他國の主權と一切平等ならざるべからず。國家獨立の體面は此の如くにして始めて維持せらるゝことを得。是れ主權か國家の外部に對する關係にして學者之を外主權と稱す。

以上は主權の本體如何を説了せり。余輩は更に其作用に就きて攷究せざるを得

す。主權の作用とは則ち國家か内外に對して其存立目的を達するか爲めに其權力を活動せしむる一切の條件を總稱するものなり。

國家の存立目的を達するの道は極めて多し、故に主權の作用も亦隨ひて單一なることを得ず。主權の本體か唯一不可分なると同時に、其作用か幾種の岐路に分別せらるゝことは蓋し事理の當さに然るべき所なり。アリストートル氏か其絶代の名著國家論に於て國權に立法、行政、司法の三元素あるとを論明せしより以來、後世の學者は大抵此區別を認めざるものなく殊に佛國のモンテスキュー氏か法律の精神に於て三權の分立は立憲政體の要素なることを極論するに及びて、終に主權は此三大權の聚合物なりとの認説をさへ傳ふるに至れり。其政權の區別を以て唯作用の區別に過ぎずとする學者に於ても其區別の方法一樣ならず。或はアリストートル氏の分類に従ひて三種の作用ありとし、或はルソー氏の如く主權の作用は唯立法にのみ存すとし、或はアルンチェリー一派の如く更に數種の作用に細分すべしとす。然れども現今歐洲諸國の學者の通説は主權の作用を立法及び施政の二大部分に區別するに在り。乃ち此説に従へば法律を制定する主權の作用を指して立法とし、法律を執行し又は法律の範圍内に於て公益を増進するの目的を以て自由に活動する主權の作用を施政とし、司法即ち法律の適用を専らとする主權の作用は之を施政の中に編入するものなり。余輩も亦姑く此通説に従ふべし。蓋し變遷窮極なきは社會の狀勢なり。而して國家の權力は此變遷窮極なきの狀勢に應じて活動す。故に主權の作用には元來一定の形式あるとなし昔日の國家と今日の國家とに於て其主權の作用を異にするのみならず、今日の國家も亦大小強弱文野の差異に隨ひて其主權の作用を異にせざるを得ず。然らば主權の活動する形式に就きて一々之を列舉せんことは到底難し、假令之を列舉し得べしとするも何か故に一定の形式に區別せざるべからざるかの理由を發見すること能はず。余輩は今此に無用の勞を省きて主權の作用を細説することを爲さず、唯近世文明諸國に於て憲法其他の制度並に學者の論説か如何に主權の重要な作用を認むるかを察して其大綱を概舉するを以て甘んぜざるを得ず。

#### 第四章 權力の主體

法律上國家の意義は固有の統治權の主體なりと云ふに在ることは余輩既に之を

辯明せり。故に國家が權力の主體たることは茲に贅するを要せず。然れども近世の國家は單一の團體に非ずして數多の小團體の累積せる複雑の團體なり。其小團體は或は一定の土地區別に依り或は社會上經濟上等其他特定の關係に依りて成立し其目的は團體員各個の私益を計るに存せずして團體の公益を増進するに存す。而して國家が其團體の成立を認許するに當りては國家の生存目的と相悖戾せざる限りに於て一定の權力を賦與し其團體をして團體の元素に對して命令強制の權を行ふことを得せしむるを常とす。地方團體及公共組合の由りて設けらるゝ所以は則ち此に在り。故に權力の主體は獨り國家に止まらず國家以外に一定の權力を享有するものあり。若し私法上の法理に倣ひて公法上に人格を樹立するときには權利を享有するものが私法上の人格あると齊しく權力を享有するものは公法上の人格ありと謂ふことを得へし。今左に權力の各主體の性質の異同を辨せん。

第一 國家 國家は固有の統治權の主體にして一切の權力の淵源たり。其享有する所の權力は法律以前に存し法律に依りて賦與せられたるに非ず。但其權力を行使する條件は國家が憲法其他の法律に由りて自ら節制することを得るも其節制する所以は固有の權力を行使するの結果にして他の權力に依りて左右せらるゝに非ず。是れ國家が他の權力の主體と異なる所以なり。

第二 地方團體 地方團體とは一定の土地區別に基き國家の委託に依りて其團體内の行政を爲すものを謂ふ。故に地方團體は土地區別を有して其權力は其區別を超えず又國家の委託に依りて其權力を行ふか故に國家の固有の權力を享有するものと異なれり。又其權力は單に行政の一部分に限るか故に國家が一切の權力の淵源たるものと異なれり。蓋し地方團體は土地區別に依りて設けらるるか故に幾多の階級を成すものなれども其階級の數は各團必ずしも一定せず専ら其國舊來の沿革と實際の政治上の理由とに従ひて差異あり。本邦に於ては府縣郡市町村は其權力の範圍は異なれども等しく地方團體として公法上の人格を有す。

第三 公共組合 公共組合は特定の公務の爲めに設けられたる行政上の團體にして土地區別は其組織の元素に非ず。假令多少地方的の考察に依るものなき

に非されども、是れ唯組合員を定むるか爲めの標準にして唯一の要素は組合員たり。且つ其の公務は複雑不定の公務に非ずして唯商業、工業、農業、衛生、賑恤と云ふが如き特定せる一種の公務なり。故に學者は「社会的行政團體」又は「特別行政團體」なる名稱を付して以て地方團體との區別を明かにすることあり。

## 第五章 權力の客體

權力を行ふ主體あれば其權力に服従するものなかるからず權力の客體とは即ち其權力に服従するものを謂ふ。若し私法上の法理を公法上にも應用することを得ば私法上權利の客體は物なりと云ふと同しく、公法上權力の客體も亦物なりと云ふも敢て不可なることなかるべし。

權力の客體は其權力の由りて生ずる團體組織の元素に従ひて差異あり。故に攷究の便宜の爲めに權力の主體の區別を本として其客體の何たることを説くを可とす。

第一 國家に於ける權力の客體 國家に於ける權力の客體は國土及び人民とす。國土とは國家の統治權の行はるゝ物的範圍にして地理上の分割は假令實際

幾何の多きありども、法律上に於ける國家の疆土は唯一にして分割すべからず。而して國疆權の及ぶ所は國疆内に住居する一切の人民に差別あることなし。故に例之外國人民か日本帝國に入りて日本帝國の統治權に服従するは日本臣民たるの資格の有無に關せずして國疆權の範圍に棲息するに由るものなり。人民とは國家の統治權の行はるゝ人的範圍にして即ち其統治權に服従する人類を謂ふ。其内國居住の外國人民と異なる所は外國人は國疆權の關係に於て内國の統治權に服従すれども、内國人民は國民分限に因りて内國の統治權に服従するに在り。國民分限とは一國の人民たる法律上の資格にして其之を取得する原因は、親屬法の關係及び行政法上の復籍並に歸化等なり其之を取得したる結果は憲法上に所謂臣民の權利を有し又臣民の義務を負ふ。

第二 地方團體に於ける權力の客體 地方團體組織の元素も亦國家と其趣きを同じくす。故に其權力の客體にも物的範圍を示すものと人的範圍を示すものとあり。土地の境界は物的範圍を示し住民は人的範圍を示す共に地方團體の權力の由りて行はるゝ標準たり。而して地方團體は逐次階級を以て成立するか故

に最下級團體に於ける權力の客體は逐次に上級團體の權力に服従し又同時に國家の權力に服従せざるべからず。

第三 公共組合に於ける權力の客體 公共組合の組織は全く地方團體と異なりて組織の元素として土地を有せざることには既に述べたるが如し。故に其權力の行はるゝ客體は唯其組合員たる一個人あるに止まる。縱令其土地區劃を限るものあるも其土地は團體が權力を行使するの目的となるに非ずして唯組合員の範圍を定むるの標準となるに過ぎざるものとす。

### 第六章 權利

古來權利の觀念を説く者極めて多し其最も盛に行はれたるは天賦權利の説とす、スピノサ氏曰く魚の水中に游泳するは自然に出づ、人の世に生まるゝや必ず權利を有すること猶ほ此の如きものなりと。蓋し權利の天賦に出づることを表白して最も巧みなるものなり。社會契約の説は之に次きて權利は社會と各個人との契約に基づきて生ずる權能なりとし。自由意思の説は又之に次きて權利は自由意思を有する各人の自由を調和して生ずる最大自由なりとし其他學者の權利に關

權利の觀念  
天賦權利

社會契約

自由意思

する論説は殆ど枚擧に遑あらず。然るに後ベンザム氏が法律以外に權利なしと説くに及び、加ふるにオースチン氏が此説を繼述するを以てして權利の觀念と法律の觀念とは相伴ふものなると大に明瞭なることを得たり。抑も權利は天賦に出づるに非ず又社會の契約に基づくに非ず、又一個人の自由意思より發するに非ず。此等の數説は權利思想の發達上固より許多の功績ありしなるべしと雖も唯空漠に馳せて法律的の觀念に乏しきこと實にベンザム氏等の難する所の如し。然れどもベンザム氏等が法律以外に權利なし權利は法律を待ちて始めて生ずると云ふも亦恐くは妥當ならず。法律は權利を認容するも之を創設せず權利の觀念は法律ありて始めて生ずるに非ず、法律は寧ろ權利なる觀念を保護して之に法律上の効果を付するものなり。若し夫れ人性の本相如何は哲學上の議論に屬し余輩が容易に斷定すること能はざる所なれども、人類は常に一種の理想を樹立して斷えず其生活を革新し以て今日の文明に及び、尙ほ進みて文明の極致を得んことを努むるの理は蓋し亦掩ふべからず。而して權利も亦竟に人類が共同生活を支持するの條件として樹立したる一箇の理想に過ぎず。法律は古來此理想に庶幾

權利の觀念  
天賦權利  
社會契約  
自由意思



せんことを欲して以て今日に及へるものなることを思は、權利は法律の創設に依りて始めて生ずるものに非ざるの理亦多言を要せざるべし。

然れども此の如きは權利の觀念に就きて一般の攷察を爲したるに過ぎず。法律上何を權利と言ふとの問題に關しては別に攷察する所なかるべからず。而して從來學者の下せる權利の定義も亦極めて多けれども余輩は左に最も簡明なりと信するものを擧げん。

權利とは法律の保護せる各人の能力なり。

此定義を解説すれば

第一 權利は各人の能力なり。能力とは人か積極的又は消極的の行爲を爲し得るの力なり。例之所有權と云ふときは或る物の所有者か自由に其物を處分するの能力を示し、債權と云ふときは或る債權者か債務者に對して其義務を辨濟せしむるの能力を示す。而して凡そ能力あれば必ず多少の利益之に隨ふ。例へば所有權を有する者は直接に其所有物に付きて利益を受け、代理權を有する者は直接には他人の爲めに勤勞すれども間接には自己の利益を有するか如くなるを通

常とす。故にマーステン氏は自己の損失となる權利は殆んど想像すべからずと云ひ。イエリソク氏は權利は法律の保護する利益なりと云ひ。然れども是れ唯普通の現象を觀察したるに過ぎず權利にして利益の之を伴はざるものは固より之あり。例之相続權は一箇の權利なれども若し其相続せんとする資産か被相続者の債務を辨濟するに足らざるときは其相続權は決して利益ありと謂ふことを得ざるべし。故に余輩は必ずしも權利は利益ある能力なりと云はすして單に各人の能力なりと云ふを以て十分なりとす。

第二 權利は法律の保護する所なり。人類の有し得べき權利は獨り法律上の權利に限らず、天賦の權利と云ひ自由の權利と云ふか如き政治上又は社會上の權利も亦人類の能力を表章するの文字ならざるはなし。然れども法律上の權利は一般汎稱の權利と異なりて法律か人類の既に有せる能力又は有し得べき能力を認め之に特定の保護を與ふるに及びて始めて確立す。其特定の保護の有無は何に由りて之を知るかと云ふに法律か他人の其權利を侵害する者に制裁を加ふるや否やに由る。縱令我に所有權ありと云ふも又契約上の權利ありと云ふも若し

法律か其所有權を保護して他人の之を侵害することを禁し又は其契約上の權利を保護して違約者に制裁を加ふるに非されは我に所有權なく又契約上の權利なきなり。然らば法律上の權利の性質を知らんと欲せば須らく其法律の保護に由りて成立する所以を遺忘すべからず。彼の政治上又は社會上に汎稱する所の權利は固より法律上の權利と相符合するとなきに非されども又往々相背馳するとあり。法律か集會の自由を禁止し又は出版印刷の自由を制限するときは其禁止又は制限せられたる部分に於ては法律上何等の權利をも生ずることなし。若し政治上の理由より考ふれば此の如き自由を壓抑する法律は善良の法律なりと謂ふことを得ざるべしと雖も法律の規定善良ならざるか故に我に法律の許さざる權利ありとすべからず。

## 第七章 權利の種類

權利は種々の點より觀察して之を分類することを得。

第一 公權及び私權 人類の生活に公私二様の資格あるよりして其權利にも公私の差別を生ず。公權とは一個人が國家に對する公共の事務に就きて有する

權利を謂ひ。私權とは一個人相互の關係に於て有する權利を謂ふ。即ち公法上の權利例之信教、言論、著作、集會、結社の自由に關する權利又は選舉、被選舉の權利等の如きは公權にして私法上の權利例之親屬の關係より生ずる權利及び所有權又は債權等の如きは私權なり。從來の學者は一切の法律上の關係を以て權利關係なりとし、租税の賦課徴收の如き、刑罰の科當の如き皆國家か一個人に對して有する所の公權なりと説けり。然れども是れ恐くは至當の見解に非ず、國家は其存立目的を達するか爲めに正當の權力を行ふ者にして一個人か其權利を行ふものは同しからず。權利は一個人か法律上平等に享有し得べき能力にして上命下服の關係に於て權利あることなり。故に從來の學者の權利に對する見解は廣漠に過く。又晩近の學者は往々權利は唯私權あるのみにして公權あるとなしと説き甚しきは私權は悉く權利を構成するに非ずして唯財産權のみ真正の權利なりと説く。然れども是れ亦恐くは至當の見解に非ず、一個人は單に財産法上若くは一般私法上の關係に於てのみならず公法上にも亦法律を以て保護せられたる特定の能力を享有するを得は之を稱して權利とすること事理の當然ならずや。唯輓

近の學者は或は權利は各人の利益なりとし、或は各人の持分なりとし其利益其持分は皆金錢に評價せられ得べきものならざるべからずとするか故に極めて權利の範圍を縮少するの傾向ありと雖も、何か故に權利は各人の利益若くは持分なるを要するか。又其利益若くは持分は金錢に評價せられ得べきものなるを要するか。余輩は其理由を發見するに苦ますんばあらず。故に晩近の學者の權利に對する見解は從來の學者の見解廣濶に過ぐるに反して往々狹隘に失するの嫌ひあるを免かれず

公權の中に就きて参政上の權利即ち選舉權、被選舉權は學者或は之を政權政治權と稱して通常の公權と區別するものあり。且政權は一に之を擔保權とも云ひ公權及び私權の擔保たる性質を有するものとせり。蓋し此政權は國民分限を有する者に限りて之を與ふるを原則とし外國人民には之を與へず。故に便宜上通常の公權と區別するか爲めに此の加き名稱を設くるも亦敢て不可なることなし。私權も亦之を國民權公民權と個人權私權との二種に分つことを得。國民權は内國人民のみ之を有することを得て外國人民に之を與へず個人權は之に反して各國人民普通

に之を有することを得。然れども社會の進歩は漸次に國民權の範圍を縮少し個人權の範圍を増加し今日に於ては二者殆ど一致して區別する所なきに至れり。是れ専ら法律か屬人主義より進みて屬地主義となりしに由る。我國法上に於ても此區別は甚だ狹少なれども例之不動產、所有權、養子權、隱居權の如きは日本臣民に限りて之を許すものにして即ち國民權の性質を有するものとす。

第二 絕對的權利及び相對的權利 絕對的權利とは世上一般の人に對する權利にして相對的權利とは或る特定の人に對する權利なり。例之所有權は各人か其所有物を隨意に處分することを得る權利にして世人は何人と雖も之を侵害することを得ず。又生命、身體、名譽、自由等に關する權利も皆絕對的權利にして何人も之を侵害することを得ず。然るに例之賣主か買主に對する代金請求の權利の如き、貸主か借主に對する借金辨濟請求の權利の如き、皆な買主又は借主其人に對して効力あるのみなれば之を相對的の權利とす。又親か子に對し、夫か婦に對する權利の如き、親屬法上の權利も亦其特定なる一人に對して生ずるより見れば同じく相對的の權利なり。此二種の權利に付きては左に二三の緊切なる原則を舉示

せざるへからず。

(一) 絶對的權利に對する義務は必ず消極的義務なり、相對的權利に對する義務は或は消極義務となり或は積極義務となる。例之他人の所有權に對しては世上一般の人は或る行爲を爲すことを要せず只之を侵害せされは可なり故に絶對的權利に對する義務は消極義務なり。然るに相對的權利に對する義務に付きて考ふれば例之賣主か買主に對するの義務は物品引渡の義務即ち或る行爲を要する義務となり。又雇人か雇主に對して一定の時間一定の場所に於て同一の營業を爲さしむることを約したるときは其義務は或る行爲を要する義務とならず。故に相對的權利に對する義務は或は積極義務となり或は消極義務となる。

(二) 絶對的權利害せられたるときは相對的權利を生ず。例之所有權は絶對的權利なり而して他人若し之を害するときは所有者は其人に對して損害賠償の權利を行ふことを得。即ち絶對的權利破れて相對的權利生ずる所以なり。

(三) 相對的權利は第三者に對して絶對的權利となる。例之甲なる雇主か乙なる雇人に對する權利は相對的權利なるか丙者は此二人の關係に對しては第三者

たると同時に甲者の雇人乙者に更に多額の給料を與へて之を誘惑し以て甲者か乙者に對する使役の權利を害することを得ず。即ち甲者か乙者に對する相對的權利は同時に第三者たる丙者に對しては絶對的權利となるものとす。

第三 人身權及ひ財産權 人身權とは人か人たるの位置に依りて生ずる權利にして或は絶對的權利となり或は相對的權利となる。絶對的<sup>○</sup>人身權は人か自己の物理上又は心理上の能力に關して有する權利にして生命、身體名譽、自由等の權利は皆之に屬す。相對的<sup>○</sup>人身權は特定なる生理上の關係より生ずるものにして即ち親屬法上の權利なり。財産權とは直接間接に物の上に存する各人の權利にして又同しく絶對的權利となり相對的權利となる。絶對的<sup>○</sup>財産權は之を物權と稱し、人か直接に物の上に有する權利なり。相對的<sup>○</sup>財産權は之を人權と稱し、直接に物の上に行はれず、特定の人か物と權利者との間に介立して間接に物の上に行はるゝ權利なり。

人身權、財産權の差別の主要なるものは財産權は賣買讓與の目的となり、人身權は賣買讓與の目的とならざるに在り。何となれば人身權は其權利者に固着して其

人と共に存亡し之を授受すること能はさればなり。然れども法律上人身權と財産權との性質を混有する一種の權利あり。此權利は元來權利者固有の技能に基きて生ずるものなれども財産權と同しく賣買讓與の目的と爲ることを得。例之出版權、商標權、意匠權、特許權等の如き是なり。學者は通常此等の權利を名つけて精神的所有權若くは工業上の所有權と云ふ。

第四 原權及び救濟權 原權とは法律上當然に生し他人か之を侵害することなくして存在する權利なり。救濟權とは他人か原權を侵害するとあるに由りて始めて生ずる權利なり。故に原權及び救濟權は一に第一權及び第二權と云ふ。例之所有權は他人か之を侵害することを待たずして法律上當然に存在するか故に原權たり。若し他人之を侵害し若くは侵害することあるときは所有者は其侵害者若くは加害者に對して其權利を回取し若くは損害の賠償を求むることを得。此回取權、要償權の如きは他人の加害行爲に依りて始めて生ずるか故に原權に非ずして救濟權たり。

原權及び救濟權に關しても亦左に緊切なる規則を舉示せざるべからず。

(一) 原權破れて救濟權生ず 例之原權たる所有權傷害せられて救濟權たる損害賠償の權利生ずるか如し。是れ原權及び救濟權の性質に由りて當然に存立する所の規則にして別に説明を要せざるべし。

(二) 原權か法律上の効力を有するは救濟權の存するに由る 若し原權ありて救濟權の之に伴ふに非されは原權は其名ありて其實なし。故に余か如何に或る物の所有權を有することを主張するも若し他人か之を侵害する場合に法律か余に何等の救濟權をも與へざるときは余の所有權は畢竟法律上の効力を有することを得ざるなり。

(三) 凡そ絶對的權利は皆原權に屬すれども相對的權利は或は原權に屬し或は救濟權に屬す 絶對的權利は他人か初めより之を侵害すること能はざる權利なれば其原權に屬することは言を俟たず。相對的權利の中に就きては身分又は契約等より生ずる權利例之夫か婦に對し要約者か諾約者に對する權利の如きは原權に屬すれども不正の損害に依りて生ずる損害賠償の權利の如きは救濟權に屬す。

(四) 原權は或は絶對的權利たることあり或は相對的權利たることあり救濟權は常に相對的權利たり。例之所有權は原權にして絶對的權利なり又生命身體名譽自由等に關する權利も皆原權にして絶對的權利なり。又身分又は契約に因りて生ずる權利は前にも述ふる如く原權なれども相對的權利にして絶對的權利に非ず。故に原權は絶對的權利たるものと相對的權利たるものとの二種あり。然れども救濟權は元來原權に對する加害行為ありて始めて生ずるを以て其權利を對抗せらるる人は如何なる場合に於ても特定の人ならざるを得ず。故に救濟權は常に相對的權利たり。

## 第八章 權利の主體

權利の主體とは權力の主體と云ふと同しく或る權利を享有行使することを得るものにして法律上に人と稱するものは即ち權利の主體なり。故に人類も權利の主體たること能はされは法律上之を人と稱することを得ず。例之奴隸制度に於ける奴隸の如き。家族制度に於ける家族の如きは均しく人類なりと雖も法律上權利を享有行使するの能力なかりしか故に之を人とすることを得ず。唯現今の進歩せる時代に於ては人類は法律の前には平等なるを以て原則とし如何なる人類と雖も權利の主體たることを得るに至りしのみ。然れども權利の主體は必ずしも人類に限らず人類の團體又は物の團體も亦同しく權利の主體たることを得。此點に於ては人類又は物の團體も亦法律上の人と見做さるゝものなり。法律上人を分ちて自然人及び法人の二とするは即ち此に存す。

### 第一 自然人

自然人とは一個の人類の形體を備へて權利の主體たるものを謂ふ。故に自然人は又之を有形人も云ふ。近世の進歩せる法律に於ては自然人は皆權利を享有するの資格なきはなし。然れども現に出生せず又は生活せざる者は以て權利の主體とすること能はず。従て自然人の發生にも一定の條件ありて存す。

第一 出産 出産とは人類か母の胎内を出つるを謂ふ。胎兒は母體の一部分たるに過ぎされは權利を享有すること能はず。其胎内を出つるに及びて始めて權利を享有することを得るものなり。但胎兒と雖も法律か或る利益を保護するか爲めに一種の擬制を設けて之を既生兒に視ることなきに非ず。是れ主として

相續の場合に生ずる特例なりとす。

第二 生命の保有 胎兒か出産するも若し完全なる生命を以て生るゝに非ざれば權利享有の能力を生せず。即ち死して出産したる者は自然人として生存するに非ず唯一箇の物質なるのみ。之に反して完全の生命を以て生れたる幼兒は其生活の時間の長短に拘はらずして權利享有の能力を具ふ。

第三 生活し得べき能力 生活し得べき能力なくして出産したる幼兒は假令生きて出産するも物理上其生活の永存すへきに非されは法律は之を死して生まれたるものと同一視す。例之相當の出産期に先ちて墮胎したるか如き即ち是なり。若し之に反して一たび生活し得べき能力を具へて出生したるときは其兒は假令瞬時にして死するも尙ほ權利を享有することを得。

此の如く自然人は一般に法律上の人格を有するか故に近世の法律に於ては決して權利を享有せざる自然人あることなし。然れども此原則は公法上の權利には適用せられず。又私法上の權利に就きても其權利を行使するに當りては更に身分と能力との觀念を明かにせざるへからず。

公法上の權利に就きては近世の法律と雖も何人にも無制限に之を賦與することなし。其制限は主として男女性、年齢、財産額の上に設けらる。乃ち女子は普通に公法上の權利なく。又男子も一定の年齢に達し一定の租税を納むるに非されば其權利を有するを得ざるとは各國の制度に多少の例外あり。又多少寛嚴の度を異にすれども要するに公法上の權利は私法上の權利と頗る其趣を同じくせざるものあり。

身分とは一個人か社會上又は親族間に有する法律上の地位にして成年、未成年、夫婦、親子、尊屬親、卑屬親等種々の區別あり。能力とは之を汎稱すれば權利を享有し並に行使する一個人の權能を包容するものなれども普通に能力と云ふときは權利行使の場合にのみ限りて用ふるに似たり。此普通に云ふ能力は常に身分と直接の關係を有するものにして例之未成年者、有夫の婦、禁治産者たる身分を有するものは財産上の權利を享有することを得て之を行使する能力なし。私法上に所謂無能力者とは此の如く權利行使の能力なく又完全に行使すること能はざる者なり。而して其權利の享有に於ては缺くる所なきか故に後見人、保佐人等法律上

の能力者をして其享有する権利を行使せしむることを得。  
 自然人の發生並に其法律上の地位は以上述ふる所を以て略明かなるへし。然らば其消滅の原因如何と云ふに古代の法律には自然人は奴隸又は刑罰に依れる准死の爲めに消滅せしことありしかとも今日の法律には自然人消滅の原因は唯物理上の死亡あるのみ。然れども一定の年限を超えて生死不明なる場合には法律か其の人を以て既に死亡せりと看做すことあり失踪宣告の場合即ち是なり。失踪とは人か其住所又は居所より亡失し又は音信絶えて生死明かならざる情態にして、一個人か失踪の指定を受けてより一定の年限を経たる後に其人の死亡に依りて権利を取得すべき者例之相續人又は受遺者の如き者の請求に基づきて裁判所は失踪宣告を爲すものとす。茲に住所と云ふは本籍地を指す。本籍地とは戸籍の存する所にして通常生計の主要地は本籍地なること自然の理なれども若し本籍地と生計の主要地と異なるときは生計の主要地を以て住所とす。又或る場合には住所の知れざるとあり。又外國人の内國に居留するものにして其の住所を定めざるとあり。此の如き場合には居所を以て住所とす茲に住所と云ふは人の現に居住する所を指す。

## 第二 法人

法人とは人類の團體又は物の團體にして權利の主體なるものを謂ふ。其一個人の形骸を備へざるの故を以て又之を無形人と稱す。而して其人類の團體より成立するときは更に社團の名を附し。其物の團體より成立するときは更に財團の名を附して其區別を明確にするを常とす。例之商事會社の如きは人類の團體にして獨立して權利を得義務を負ふか故に社團に屬し財産相續の場合に相續人の曠缺せる遺産の如きは之を一團として遺産管理人か之を原告として死者の權利を行使し又死者に對して權利を有する者は之を被告として義務の辨償を求むることを得るか故に財團に屬す。然れども法人は元來無形のものなれば其享有する所の權利は決して自然人と同一なるを得ず。語を換へて言へば自然人に固有なる身分其他人身上の權利は法人に屬するとなきなり。故に従來學者か通常説明する所に依れば權利の主體か有形人たると無形人たるとを以て自然人及び法人の區別なりとすれども尙ほ一層精確の説明を得んと欲せば汎く權利の主體なり



と云ふは不可なり。法人は一切の権利を享有するに非ずして唯財産上の権利を享有するに止まるのみ若し或る法律に於て或る人類の團體若くは物の團體が獨立して財産権を享有することを得とせば其團體は即ち法人なりと解するを以て最も穩當なりとすへし。

法人の發生消滅は全く自然人と其趣きを異にす。法人は法律の認許を経て初めて發生するものにして、人類又は物の團體が法人たるを得るは法律加之に人格を與ふるに依る。若し其人格を與ふることなくんは其團體は唯單純なる人類又は物の集合たるに過ぎず。従ひて外國の法人は内國に於て法律條約特許等に依りて之を認むるに非されは成立せざるを通則とす。何となれば外國の法律は内國に於て何等の効力を有せざるものなれば、外國の法律に依りて認められたる法人が内國に於ても尙ほ其資格を保有するの理なければなり。而して法律が此の如く法人の成立を認むるには通常左の二様の方法に依る。

(一) 法律に一定の條件を定め或る團體が此條件を備ふるに依りて法人と爲ることを得るもの。例之會社法に於て法人たる條件を定め或る共同組合が此條件

を充たすときは法人の資格を得るが如し。

(二) 法律が直接に法人の資格を與ふるもの。例之市町村制郡制府縣制に於て市町村郡府縣の人格を認め、商業會議所條例に於て商業會議所の人格を認むるが如し。

法人は法律の認許を待ちて成立することを得るか故に法律以前に法人あるの理なし。唯國家は獨り法律以前に在りて固有の財産権を有すること宛も法律以前に在りて固有の統治権を有すると同じ。府縣郡市町村等の人格も商事會社の人格も皆國家の法律に依りて賦與せられたるものにして、決して法律以前に存在することを得ず。故に國家を以て法人と見做すは蓋し論理の正鵠を得たりと謂ふべからず。然れども國家は其固有の權力を以て各人若くは法人の權利を認定保護すると同時に、又自己の法律上の資格を定むることを得るは言を待たず。乃ち其資格は他の賦與に頼らずして存することを得れども、其自ら認めて法人なりとすれば亦之を法人と謂ふも敢て不可なりとせず。

法人消滅の原因は必ずしも一様ならず。或は一定の期間を以て成立するものは

其期間の満了に因りて消滅し。或は任意の解散に因りて消滅し。或は國家の命令に因りて消滅す。此等の原因は會社の消滅の場合に多く之を見る。又法人を創設したる條件の成就若くは其條件履行の不能に依りて消滅することあり。例之相續人の曠缺せる遺産を法人としたる後に相續人出現し、又は其遺産が意外の原因の爲めに滅失したるか如き場合は然り。其他府、縣、郡、市、町、村若くは一切の公共組合の法人格は其團體の廢置に依りて異動あるべく。國家の法人格は國家の滅亡と共に消滅すべきなり。

### 第九章 權利の客體

權利の客體は物なりと云ふことは通常學者の説く所なり。若し此物なる文字を抽象的に解釋し得るに於ては廣く之を一般の權利に適用して可ならむ。然れども若し通常法律上に所謂物を以て眞に一般の權利の客體なりと思惟せば大に誤謬を惹起すべし。蓋し通常物なる文字を一定の意義に限りて用ゆるときは物は唯財産權の客體となるのみにして其他の權利の客體は全く其揆を異にするを見む。抑も權利は之を大別すれば或は各人か自己の上上に有するものあり。或は他

人の上上に有するものあり。或は外物の上上に有するものあり。例之絶對的人身權は自己の物理上又は心理上の能力の上上に存し。相對的人身權は或る特定の關係に於て他人の上上に存すべし。唯財産權のみは直接又は間接に外物の上に行はるべきことを得。故に若し物なる文字を抽象的に解釋して法律上物と云へば其實質の如何を問はずして權利の客體なりとの意義を有すとせんか權利の客體たる點に於て自己の能力も他人の身體も亦法律上の物なりと謂はざるべからず。想ふに此抽象的の見解は學理上恐くは不當ならずと雖も通常學者が見て以て物とするものは之に異なり特に外界の物質に就きて云ふもの如し。今此意義を以て聊か物なる觀念を説明すべし。通常法律上に物と稱するは人類の外に一の空間を占領する物質にして財産權の目的となり得べきものを謂ふ。故に外界の物質も若し財産權に服従し得べからざるものなれば法律上の物に非ず。例之太陽、太陰、空氣等の如し。又其物質は一の空間を占領するを要するが故に法律上の物は有體物即ち一箇の形體を具する物に限り、人の智能に依りて理會し得べき無體物をも含むことなし。又其有體

物は人類の外に存すべきものにして、人類は以て物とすることを得ざる故に今日の法律に於ては古代の法律に於て人類にして有體動産と同じく賣買讓與の目的となりし奴隸の如きものを認めざるものとす。

羅馬法に於ては産を區別して有體物及び無體物の二とせり。然れども是れ唯財財上の區別に止まりて一般に物を區別したるに非ず。所有權と所有權の支分權とを區別するか爲めに此名稱を用ゐたるか如し。即ち所有者が完全なる所有權を有するときは其目的物は土地家屋等の有體物なれども、用益權、使用權等を有するときは有體物を所有することを得ずして、無體物なる權利を所有すとの意なりしなり。然れども用益者、使用者等は所有權を離れて別に用益權、使用權なる特別の權利を享有するものにして、其位置恰も所有者が所有權を享有すると同一なり。而して其權利は孰れも皆有體物たる土地又は家屋の上に行はる。又何を苦みてか此等の權利の上に所有權ありと解せんや。抑も所有權其他一切の財産權が賣買讓與せられ得べきの性質あるは論を待たずと雖も、是れ唯權利を行使するの結果に因りて然るのみにして、其權利の取得者は新たに其權利の上に所有權を得たるに非ず、唯其權利の主體か一人より他の一人に移轉せしのみ。且若し權利が權利の目的となり得へしと云ふの考慮に本つきて有體物、無體物の區別を立つへしとせば、財産法の全部は一箇の所有權を規定して之を盡すことを得ん。豈此の如きの理あらんや。故に法律上無體物を財産權の客體なりとするの必要なく又却て論理の徹底せざる所あり。從來の學說及び制度が羅馬法に倣ひて此區別を認むるものあるに拘はらず。余輩は財産權の目的たるを範圍として物と云ふときは無體物を包含せずと確信す。

法律上物を區別するの標準には種々あれども其主要なるものを擧ぐれば大凡左の如し。

第一 動産物及び不動産物 動産物とは物か其本質を變せずして其所を變し得べきを謂ふ。例へば書籍、器具、牛馬、船舶等の如し。不動産物とは物か其本質として其所を變する能はざるか、若くは其本質を損するに非されは其所を移す能はざるを謂ふ。例之土地山林の如きは本質上人力を以て移動することを得ず。又家屋の如きは其本質を損せずんば他所へ移動することを得ざるか故に等しく之を

不動産物とす。

第二 代替物及び不代替物 代替物とは同質同量の他物を以て交換し得べき物を謂ふ。例之貨幣、紙幣、穀物、酒、油等の如し。不代替物とは同質同量の他物を以て交換し得べからざる物を謂ふ。例之土地、家屋、牛馬、書籍、机、卓等の如し。

第三 消費物及び不消費物 消費物とは物の定まりたる目的を以て使用するに依りて消滅するを謂ひ。不消費物とは其使用に依りて消滅せざるを謂ふ。例之米、麥、酒、油等の如きは其一定の目的に従ひて使用するに依りて消滅するが故に消費物に屬し。書籍、机、卓等の如きは其一定の目的に従ひて使用するも消滅するとなきが故に不消費物に屬す。通常消費物は代替物なれども代替物は必ずしも消費物に非ず。例之釘、針の如きは之を代替物とすることを得れども消費物とすることを得ざるが如し。

第四 主物及び従物 主物とは物が獨立して物の性質を有するを謂ひ。従物とは物が他物に附屬して存在するを謂ふ。故に衣服は主物にして鈕は従物なり。倉庫は主物にして鍵は従物なり。

第五 融通物及び不融通物 融通物とは物が賣買讓與の目的となり得べきを謂ひ。不融通物とは物が賣買讓與の目的となり得べからざるを謂ふ。今左に不融通物の種類を擧ぐれば

(一) 公共物即ち人類一般の用に供する物 例之空氣、光線、水流、大洋等の如きは何人も共用することを得るものにして一人の私有を許さず。然れども公共物の一部分は或は融通物となることあり。例之河流を汲取りたるときは桶中の水は融通物となり得べきが如し。

(二) 公有物即ち政治上の理由に依りて國家の所有に屬する物 例之城塞、壘壁、戰艦、公器、海濱、道路、河川等の如し。

(三) 法禁物即ち公の秩序の爲めに法律上一私人の處分を禁したる物 例之鴉片烟の如し。

第六 有主物及び無主物 有主物とは各人又は法人の所有に屬する物を謂ひ。無主物とは何人にも屬せざれども先占に依りて其所有權を取得せらるべき物を謂ふ。例之公私有の資産を組成する物は皆有主物にして遺棄の物品、山野の鳥獸

河海の魚介等は皆無主物なり。

以上は法律上物の區別として最も普通に行はるゝものなり。而して其區別は財産權の發生及び移轉等に就きて種々の緊切なる關係を及ぼすものあり。例之不動産物の讓渡には登記を要し、動産物の讓渡には登記を要せず。不代替物は合意と同時に所有權を移轉し、代替物は引渡に依りて始めて移轉するか如きは皆然り。今一々之を細説せず後に各論に於て述ふる所に参照すへし。

## 第十章 權利の取得及び消滅

權利の取得とは或る事實か一の特定せる主體に其權利を連絡せしむるを謂ふ。分ちて權利の創生及び權利の移轉の二とす。

第一 權利の創生 權利の創生とは或る事實に依りて他人の權利に關係なく一の新たな權利を特定の主體に連結せしむるを謂ふ。例之先占に依りて所有權發生し、不正の損害に依りて要償の權利發生するか如し。

第二 權利の移轉 權利の移轉とは或る事實に依り權利の本質には變化なく唯其主體に異動あるを謂ふ。例之賣買に依りて買主か賣主の所有權を取得し相

續に依りて相續人か被相續人の權利を取得するか如し。故に一切の權利は悉く移轉あるに非ずして唯財産權のみに限る。蓋し公權は之を他人に讓與するを得ず。私權も其人身權に關するものは主體に異動あることを得されはなり。

權利の取得には此二様の區別ありて存す。故に學者は權利の取得を分ちて原始取得及び承繼取得の二種とするとあり。原始取得とは何人にも關係なくして權利を取得するを謂ひ。承繼取得とは他人に屬する權利を自己に移轉するを謂ふ。承繼取得は又其權利を承繼する者に於て對償若くは其他の報償を與ふると否とに依りて有償取得及び無償取得の二に分ち。又其承繼者か權利を總括して承繼すると、特定の權利を承繼するに依りて包括取得及特定取得の二に分つ。例之賣買は有償取得にして、贈與は無償取得なり。相續は包括取得にして、交換は特定取得なり。

權利の消滅とは或る事實に依りて權利と其主體との連結の絶ゆるを謂ふ。又分ちて主觀的消滅及び客觀的消滅の二とす。

第一 主觀的消滅 主觀的消滅とは權利其物の消滅するに非されとも或る事

實に依りて權利が其主體より分離して他の主體に屬する状態にして法律は通常之を權利の喪失と謂ふ。例之賣買又は贈與等に依りて所有者が其所有權を失ふか如し。

第二 客觀的消滅 客觀的消滅とは權利其物が全く滅失して其主體なきに至る状態にして何人とも雖も更に其私權を讓受くることを得ず。例之物の滅失に依り又は任意の遺棄に依りて所有權の消滅するか如し。故に一切の權利は客觀的消滅に係るごとあるも主觀的消滅は特に財産權に於て存するのみ。蓋し主觀的消滅は權利の主體に異動あるより生ずるものなれば、財産權以外の賣買讓與せらるべからざる權利が主觀的に消滅するの理なればなり。

權利の取得及び消滅は必ず或る事實ありて生ずることは以上に述べたる所を以て明かなるべし。隨ひて此の事實の何たることを論究するの必要を見る。事實とは人の知覺に感觸する現象にして永久に其形體を存するに非ざるものを謂ふ。通常分ちて事變及び行爲の二種とす。事變は物理上自然に現出し又は社會上自然に顯表する事實にして例之風雨落雷洪水火災地震等の如き人類若しくは

其他の生物の産出、成育、死亡、枯凋等の如き、戰鬪、争亂の如き皆之を事變と稱す。行爲は人の意思に本づきて生じたる作爲又は不作爲の事實にして例之契約を爲し罪科を犯すか如きは皆之を行爲と稱す。故に法律上或る行爲の成立するには一定の元素なかるべからず。(第一)行爲は意思の作用に出づ。意思とは人を或る作爲若しくは不作爲に決斷せしむる心理上の作用にして、意思なきの作爲若しくは不作爲は單純の動作若しくは靜止たるに過ぎず。之を行爲と謂ふとを得ざるなり。例之犯罪の意思なきは犯罪の形狀を具ふるも通常犯罪の行爲を構成せざるか如し。但し意思の作用なきも過失に依りて法律上の結果を生ずるとは固より之なきに非ず。(第三)行爲は意思の表章に依りて成る。蓋し意思の作用は單純なる心理上の事に止まりて法律上に結果を生ぜしむる必要すや其意思を外形に表章せざるべからず。例之犯罪の意思あるも之を外形に表章して犯罪の實行に及ぶに非ざれば之を犯罪とすることを得ざるか如し。而して其意思を表章する方法は通常積極的方法と消極的方法との二種に區別せらる。作爲とは即ち積極的方法に進みて或ることを爲すを謂ひ。不作爲とは即ち消極的に故らに或ることを爲さざるを謂ふ。

権利の取得及消滅の原因たる事實は千狀萬態にして一々之を枚擧するに遑あらず。今此に其普通にして且主要なる者を示せば出産、成年、婚姻、養子、縁組等は人身権を取得する事實にして。先占、添附、契約、相續等は財産権を取得する或る事實なり。死亡、隠居、失踪等は人身権の消滅する事實にして物の滅失、拋棄、沒收等は財産権の消滅する事實なり。此他選舉、任官、免官、辭職、特許、業務停止等の如き行政法上の公權又は營業權等の得喪に關する事實も亦少からず。唯其効力か一個人をして特定の権利を取得せしむるか若くは之を滅失せしむるかに就きて某の事實は権利の取得事實なりし某の事實は権利の消滅事實なりとするのみ。ベンザム氏は権利の得喪に關する一切の事實を總稱して動權事實とし。更に之を細別して得權事實、轉權事實及び喪權事實の三種とせり。蓋し其區別の方法及び稱呼は異なれども其旨趣は應さに余輩か以上に論述せし所と相同しかるべし。

## 第二卷 各論

### 第一編 憲法

憲法には實質上の意義と形式上の意義とあり。實質上よりすれば憲法は國家の

組織及び其主權の活動を規定する法律なり。故に憲法は國家の根本たる大法にして苟も國家あれば必ず憲法あり唯君主獨裁の國に於ては國家の主權は君主一人に歸し其運用も亦全く君主の專斷に出つると立憲政體の國に在りては主權は或は君主一人若くは集合體に歸し其運用は總て憲法の條規に依るとの區別あるのみ。故に國家あれば必ず憲法ありと云ふときは憲法なる文字を用ゐると最も廣きものにして普通に立憲國の憲法に限りて憲法と稱するは頗る其趣きを異にす。若し普通に憲法と云ふときは國民、參政の權を認めたる國家の組織及び國權の活動を規定したる條規なりと解せば可ならん。然れども實質上より憲法を解すれば其範圍は漠として殆んど定め難し。何となれば國家の組織及び國權の活動を規定したる條規は之を一切の法令中に求めざるを得されはなり。

形式上の意義に於ては成文憲法即ち憲法なるか故に憲法の意義は極めて明瞭なり。乃ち我邦に於ては明治二十二年に發布せられたる憲法法典は即ち憲法にして憲法の實質を有する條規は假令皇室典範、議院法、選舉法等其他幾多の法律中に存するも之を憲法と謂はず。彼の英國憲法の如きは歴代の舊慣と錯雜なる單行

法令とを総合して成れるものにして一定の成文法あるに非されは英國には實質上の憲法ありて形式上の憲法なしと謂はざるべからず。

## 第一章 天皇

國家は統治權の主體たりと雖も元來無形の物たるを以て自ら其統治權を行ふと能はず。必ず有形の一人若くは數人の集合體か國家に代はりて之を行はざるべからず。我帝國憲法に於て國家統治の主體たる職分を有するものは萬世一系の皇位なり。其皇位を踐みて統治權を總攬し給ふものを天皇とし皇位は皇男子孫之を繼承して皇女の踐祚を認めず。若し天皇未だ成年に達せず又は久しきに渉るの故障に由りて親ら統治權を行ふこと能はざるときは攝政を置く。攝政は天皇の名に於て統治權の全部を行ふものなり。

天皇の大權と稱するものは統治權の實行か特に天皇の親裁に屬するものを謂ふ。其憲法上特に天皇の親裁に屬せしめたるものは立法權に關しては帝國議會の召集開會閉會停會解散の權及法律裁可の權とし、行政權に關しては各種の行政命令を發するの權、官制を定め文武官を任免するの權、陸海軍統帥の權、宣戰媾和の權

條約締結の權及び爵位勳章授與の權とし、司法權に關しては大赦特赦減刑及び復權を命ずるの權とす。然れども天皇が統治權を行ふには必ず一定の形式に由りざるべからず。其形式に二あり(一)憲法の條規に依ると(二)法律命令其他國務に關する詔勅は國務大臣の副署を要することと是なり。故に憲法の條規に依らざる天皇の行爲は憲法上無効に屬し又國務大臣の副署なきものも亦同じく無効なり。天皇は國家の元首たる位置を有するの結果として其位置を保つに須要なる特權を有す。其特權に四あり。(一)天皇は何等の責任を有せず。故に天皇は政治上に於ても刑事上又は民事上に於ても毫も累を其玉體に致すべし。(二)天皇は神聖にして犯すべからず。故に天皇の生命身體及自由は刑法上特殊の保護を加へ之を干犯し若くは干犯せむとする者は大逆無道を以て論ず。(三)天皇は特殊の尊稱を受く。故に天皇に對しては陛下と稱して御名を呼ばず若し其敬禮を失ふ者あれば刑法に之を犯罪と看做す。(四)天皇は特定の皇室費を受く。故に國家百般の費用は毎年帝國議會の協賛を経るを要し議會は之を存廢増減することを得れども皇室費は國庫至重の義務として支出し議會の之に容喙することを許さず。



## 第二章 臣民の權利義務

臣民の法律上に於ける位置は既に總論に於て之を述べたり。今此に臣民の資格に伴ふ所の憲法上の權利及義務を略説すべし。蓋し國疆權の及ぶ所は外國人たる日本臣民たるを問はず、齊しく我統治權の下に服従すべきものなれども外國人は唯國疆權の關係に因りて統治せられ日本臣民は國民分限に因りて統治せらる。憲法に所謂日本臣民の權利及び義務は此國民分限に依りて生ずるものにして外國人は此權利を享有することを得ず、又此義務を負担することなし。

第一 臣民の權利 主權か全能無限のものに非ざること、既に之を述べたり。抑も國家の權力が一個人の權利に比して優るべきことは國家の性質目的に於て固より明白なる理なれども、國家か濫りに一個人の權利を壓抑することも亦同じく國家の性質目的と相反す。是れ方今立憲國の憲法か臣民の權利を規定して國家と臣民との間に權力の限界を明かにする所以なり。若し嚴正なる法理に依りて論せば、臣民は國家に對して服従の義務あるのみにして權利を反抗すること能はずと云ふを穩當なりとす。元來憲法上に臣民の權利と稱するものは其性質よ

り考ふるも、又其制度の淵源たる英國の權利法典の沿革より考ふるも、正面的に臣民の權利を規定したるに非ずして、裏面的に統治權の制限を指示したるものと解すべきなり。

我憲法に臣民の權利として保護せられたるは、(一)信教の自由、(二)出版の自由、(三)集會結社の自由、(四)請願の自由、(五)文武官に任せられ及び其他の公務に就くの權利、(六)公平なる裁判を受くるの權利、(七)私權の擔保是なり。私權の擔保は又之を細別して、人身の自由、信書の秘密、居住移轉の自由、住所の不可侵及び所有權の不可侵の數種とす。此等の權利及び自由は政府の權力に依りて濫りに傷害抑束すべからず。政府は唯法律に依り若くは法律の範圍内に於て必要の制限を設くることを得るのみ。若し政府の官吏にして其制限を超えて專恣の行爲を爲すときは法律上一定の責任を負はざるべからず。

第二 臣民の義務 臣民の國家に對する法律上の關係は權力上の關係にして國家は命令の權力を有し、臣民は服従の義務を負ふ。而して其服従義務には消極的義務と積極的義務との二種あり。消極的義務は國法に違背せざるの義務にして

外國人の日本帝國内に在るものと雖も同じく之を負擔すれども日本臣民は消極的義務の外に尙ほ國法の定むる所に従ひ積極的に進み特殊の義務を盡さざるべからず。憲法上に臣民の義務と稱するは此臣民に特殊なる積極的義務を指すものなり。

我憲法に臣民の義務として規定せられたるは兵役及び納税の義務とす。軍隊の服役は國家の生存獨立を護る臣民の職分として全國一般に之を負擔す中古以來武門政治の世に於て兵農職を分ちたるものとは全く其揆を異にす。租税の納付も亦臣民一般の義務なり。其租税は國家が權力を以て臣民の財産の一部分を徵求して公費の支辨に充つる所以にして保險料の如き報酬の如き民法の法理に出てたる關係ありて之を供與するものには非ざるなり。而して服役の年限徵募の方法租税の名目收税の條件定率並に此等の規則に違背したる者の制裁等は皆法律の定むる所に依る。

### 第三章 統治の機關

統治の機關とは天皇が統治權を行使するに當り其委任を受けて統治權の作用に參與するものと云ふ。立法上の機關を帝國議會と稱し。施政上の機關を政府と稱し。其時に司法に關するものを裁判所と稱す。

#### 第一 帝國議會

議會は各國の憲法に於て概ね上下兩院より成る。上院は或は貴族院の制に依り國の貴紳を集めて其議員とするあり。或は元老院の制に依り國の元勳名士を特任するあり。而して下院は何れも皆人民より選出したる代表者を以て其議員とす。我憲法上の帝國議會は貴族院衆議院の兩院を以て成立す。貴族院は貴族院令の定むる所に依り皇族華族勅選議員及多額納税者の互選に成れる議員を以て組織し衆議院は選舉法の定むる所に依り人民より選舉せられたる議員を以て組織す。選舉は國法上一箇の公權にして一定の資格を具へたる者か一定の資格を具へたる者を投票して之を選出するの能力なれども又一方に於ては臣民が國家に盡くすべき職分なりと謂ふことを得。其選舉及被選舉に要する資格は一々選舉法の定むる所に依る。互選も亦一種の選舉なり唯選舉人と被選舉人とか同一の資格を有し同一の範圍に屬するもの、選舉なるよりして特に之を互選と稱す。

帝國議會の職權は之を實質上の職權及び形式上の職權の二に區別することを得。實質上の職權とは議會の議決が直接に統治權の作用に影響を及ぼすものを謂ひ。形式上の職權とは議會が憲法上の職分を全うするが爲めに行ふものにして直接に統治權運用の條件とならざるものを謂ふ。

(一) 實質上の職權 帝國議會の實質上の職權は立法及び豫算に關す。議會は立法に參與するの職權を有するに依り法律案を提出し又之を議決するを得又議會は豫算の調製に參與するの職權を有するに依り豫算を議定するを得但豫算案は法律案と異なりて政府之を提出し衆議院先きに之を議定す。豫算は法律に非す又命令にも非す唯國家の毎會計年度の收入支出を豫定したるものたるに過ぎず。外國の憲法に於て豫算が法律の形式を具ふるものとは我憲法は其規定の精神を異にす。

帝國議會は兩院各別に議事を開き其議決の一致したるものを帝國議會の意思として外部に發表す。其議決を發表する形式は或は協賛と云ひ或は承諾と云ふ。協賛とは國法上未だ効力を生ぜざるものに對する意思の決定にして承諾とは國

法上既に有効なるものに對する意思の決定なり。故に法理上より論ずるときは協賛に付きては否決なるものなく唯承諾に付きてのみ之ありと謂へし。但議院内部の議事手續に於ては二者共に可否の議決あること言を俟たず。

(二) 形式上の職權 帝國議會は形式上の職權として上奏及び建議を爲すことを得。上奏及び建議は其性質に於て異なる所なし唯天皇に對しては之を上奏と謂ひ政府に對しては之を建議と謂ふのみ。又議會は請願を受け及び質問を爲すことを得亦等しく形式上の職權なり。右に述ふる所の帝國議會の職權は其實質上たると形式上たるとを問はず均しく議會が政治上に有する所の職權なり。此外議會には内部の職權と稱するものあり即ち其各局部が政治上の職權を行ふ爲めに議員各個に對する秩序及び其事務の手續等に關する職權を總稱す。此内部の職權は兩院の議長をして之を行使せしむるものとす。

議會の召集開會閉會停會及び解散は皆天皇の大權に屬す。召集とは議員各個に對する特別の命令なり。故に議會の召集と云ふと雖も法理上議會其物を召集す

るに非ず。何となれば議員の召集ありて後に議會成立する者なればなり。開會とは議會の成立を認むるの行爲を指す。即ち議會が職權を行ふとを得る時期を定むるものなり。故に召集ありと雖も開會なき間は議會は未だ其職權を行ふとを得ず。停會とは議會の議事を停止するものにして閉會とは全く議事を廢止して會期の終了を告ぐるものなり。停會の閉會と相異なる所は停會以後の議事は停會以前の議事と繼續するに在り。若し議員が自ら議事を停止するときは之を停會と云はすして休會と稱す。解散とは衆議院議員の資格に對する處分にして其任期を短縮するの行爲を謂ふ。但衆議院の未だ成立せざる以前に於て之を解散すると能はず故に議會の召集なくして直ちに衆議院の解散を命ずるとをなす。歐洲諸國に於ては君主は施政の長官たる位置に在りて政府と君主との區別を立つることを要せざるものあり。然れども我帝國憲法に於ては大に其規定を異にし政府は施政の機關にして天皇の委任を受けて政務を執行するなり。而して議會の議決は内部の効力を有するに止まり臣民に對して外部の効力を有せざれば

も政府の行爲は天皇を代表し外部に對して命令を執行す。是れ立法機關と行政機關との差別ある所なり。政府とは單に内閣大臣の會議を指すに非ず行政上の官府の組織全体に關する名稱なり。其組織は或は合議制より成り或は單獨制より成る。其政府の組織を定むるを官制と謂ひ天皇の大權に屬す。其職權の細目は行政法政究の範圍に入る此には唯憲法上の職權を見れば足る。政府の憲法上の職權は主として國務大臣の任する所にして大臣は國家の一切の政務に關し天皇を補助して其責に任す。裁判所とは現行法に於ては民事及び刑事の訴訟を判決する官府なりと謂ふの外他の定義を下すとを得ず。若し廣く政府と云ふときは裁判所も亦一種の施政機關なるを以て之を政府なる語中に包容するにを得し。唯裁判の公平を保る爲めには立憲國に在りては特に之を司法機關として他の機關と相對立せしむ。故に憲法に於ても特に裁判所の組織は法律を以て定むることを規定せり。裁判所構成

法即ち是なり。其職權の細目は又之を説くを要せず。其憲法に定められたる職權は法律上の手續即ち民事又は刑事の訴訟法に依り天皇の名に於て法律を適用するに在り。故に裁判所は刑事又は民事訴訟法に依るに非されは裁判權を有せず。假令法律の適用に關するものと雖も此以外の訴訟手續に依るものは他の機關の職務に屬し裁判所之に干與するとを得ず例之行政訴訟の如きは即ち然り。

#### 第四章 統治權の形式

統治權の作用は二箇の形式に於て現はる(一)法律及び命令を設くること(二)處分を爲すこと是なり。處分は主として行政行為に屬するか故に其性質は後に行政法中に説明すべし。此には法律及び命令に付きて一言せむ。而して法律の何たること及び法律を制定する憲法上の手續は前に既に之を述べたるを以て左に唯命令の何たることを説明すれば足る。

命令とは天皇か帝國議會の協賛を経ずして親ら發し又は發せしむる所の法規を謂ふ。故に命令は或は天皇の大權を以て親ら之を發するとあり此場合の命令は即ち勅令なり。或は天皇か之を國務大臣以下の機關に委任して發せしむるものと

り此場合の命令は之を發する機關に依りて其名稱を異にす閣令省令府縣令等あり。之を總稱して行政命令と云ひ之を普通の行政行為として天皇の大權に屬する者と區別す。命令權の作用は帝國憲法に於て之を左の四種に分つことを得る。

##### 第一 獨立命令

獨立命令とは公益を増進するの目的を以て法律の範圍内に於て自由に活動する施政權の形式を謂ふ。即ち法律を執行する爲めにも非す又法律の委任に依るたも非す法律に對して獨立せる施政權の全權に出づる命令なり。是れ殆ど我帝國憲法上の特例とも謂ふべきものにして歐洲各國の憲法は唯サクソン王國の憲法に於て之を認めたるの外も獨立命令權の存する所なし。

##### 第二 執行命令

執行命令とは法律の目的を達するか爲めに法律に規定したる大綱を實施するに必要なる細則を定むるものを謂ふ。此命令の獨立命令と異なる所は其存立及び効力は他に格段の法律ありて始めて生し法律と其存立を共にし法律の豫定せざる權利義務の準則を掲ぐることを得ざるに在り。

### 第三 委任命令

委任命令とは元來法律の範圍内に屬する事項を法律の委託に依り命令を以て規定するものを謂ふ。其執行命令と異なる所は執行命令は法律の實施に任ずる政府の當然の職分に出て。之に反して委任命令は立法者の特に委任する所あるに出づるものなり。

### 第四 緊急命令

緊急命令とは國家緊急の必要ある場合に發することを得るものにして法律と並ひ存して同一の効力を有し其有効なる期間内は法律の効力を變更し中止することを得るも政府は之を次期の議會に提出し其承諾を経るに非ざれば存立する能はざるものなり。故に緊急命令を發するには一定の條件を要す。(一)公共の安全を保持するに必要なる。(二)緊急の場合に際し次期の議會を待つ能はざること。是なり。而して其將來に有効なるか爲めには次期の議會に於て其承諾を経ざるべからず。但其承諾は既往に溯りて命令の必要を判するに非ず唯將來に向ひて其効力を判するのみ。故に其承諾の理由は全く議會の自由に屬し別に條件を設

### 第一篇 行政法

けずして之を否決することを得しと雖も之を修正して承諾するか如きは議會の爲し得る所に非ず必ず承諾と不承諾と二途其一に出づべきなり。

行政法の何たるを論ずるに就きても未だ學者の定見あるに非ず。或は廣義に解して行政機關の組織權限並に行政機關と一個人との間の關係を規定したる法規を總稱するものあり。或は狹義に解して單に行政機關と一個人との間の關係を規定したる法規に限るものあり。蓋し憲法刑法民法商法等の如く一國の成法として編制せられたる行政法あるとなし故に其範圍の未だ明確ならざるものありも亦固より怪むに足らず。然れども從來の學者の法律を講ずるや大抵各國の成法を本として其理論を説くか故に尙も憲法其他の完成せる法律の各部を除きて行政の事に關する法規は皆之に行政法なる汎稱の下に摺取するもの如し。頃者佛國の學者は人格論を根據として行政法上の人格を樹立し以て行政法は行政法人の組織及び權利の享有行使に關する法規なりと説くものあり。所謂行政法人とは行政權の全部又は一部分を享有するものにして國家地方團體及び公共組

合即ち是なり。想ふに此攷究方法は行政法の材料を羅馬法の綱目に從ひて編次せんとするものにして崭新の方法なりと謂ふも可なり。然れども此等の諸説を把りて一々仔細に點檢するは自ら別途の研究に屬す。通論の目的は寧ろ議論の簡明ならんことを欲するか故に余輩は淡白に行政事務の準則となる法規は總て行政法に屬すと云ふを以て満足すべし。行政事務とは國務大臣以下の行政機關か天皇の委託を受けて施設する事務にして天皇の大權に屬する行爲を含まず。又帝國議會及び裁判所の職務に屬する行爲を含まず。天皇の大權に屬する行爲は天皇親裁の行爲にして行政機關の事務に非ず。帝國議會及び裁判所の職務に屬する行爲は憲法又は特別法の規定に屬し行政機關の事務と相關せず。然れども天皇親裁の行爲も之を行政機關に委託すれば行政となり。又帝國議會及び裁判所の行爲も行政と其實質を同じくするものなきに非ず。故に行政事務の何たることは之を實質に求むべからずして只之を形式に求むべし。即ち行政機關の職務として執行すべきものは其の實質の如何を問はず之を行政事務として可なり。

## 第一章 行政行爲

行政行爲は行政機關か法律命令の範圍内に於て行ふ行爲にして之を實質上と形式上とより觀察することを得。

實質上より行政行爲を觀察すれば分ちて權力行爲及び權利行爲の二種とす。權力行爲とは行政機關か公法人たる國家若くは自治團體を代表して行ふものにして命令拘束の性質を有し一個人は唯之に對して服従の義務を負ふ。例之行政命令を發し又は處分を爲すか如きは皆權力行爲に屬す。權利行爲は之に異なり行政機關は私法人たる國家若くは自治團體を代表して行ふものにして一個人と平等の地位に立ちて合意上の關係を惹起す。例之公有財産の拂下又は貸渡工事務負物品供給等の諸種の契約を取結ぶか如きは皆權利行爲に屬す。故に此二種の行爲は齊しく行政上の行爲なれども其法律の適用は全く相異なりて權力行爲は行政法の支配を受け。權利行爲は民法の通則に從ひて解釋せらるゝものとす。形式上より行爲を觀察すれば又之を三種に分つことを得べし。(一)行政命令(二)契約(三)行政處分是なり。

行政命令とは行政機関が職權に依りて又は特別の委任に依りて發する法規にして天皇の大權に出づる命令を含みます。何となれば天皇は行政機関にあらず。其親裁に出づる行爲は以て行政行爲とすることを得られはなり。乃ち此に云ふ行政命令は國務大臣以下の機関が法律勅令の範圍内に於て發するものにして閣令、省令、府令、縣令、北海道廳長官の發するもの、警察令、警視總監の發するもの、郡の警察規則等を指す。市町村の條例及規則は市町村が自治權を以て發する所の行政命令なり。

契約とは行政機關と一私人との間に債權債務の關係を生ずる合意にして亦行政の形式の一に過ぎざれども行政命令とは全く反對の性質を有す。何となれば契約は縱令行政に屬するものと雖も普通法の法理に依りて支配せらるべくして命令は國法上權力の作用に基くものなればなり。唯其手續が行政法に規定せらるる點は私法上の契約と異なれども其契約たる性質に於ては同じ。

行政處分とは特定の場合に對する行政上の特定の行爲にして其命令と異なる所は命令は普通一般の事項を想像し、處分は特定せる場合に對して其豫想の結果を惹起すに在り。其契約と異なる所は契約は當事者の意思の合致に基つき處分は行政官が自ら其手を下して之を爲すに在り。

尙ほ行政處分の種類を細別するときは(一)證明(二)裁決(三)命令又は禁止(四)免許と爲る。例之財産の賣買讓與に關して之を登記し、又は一個人の願書伺書に奥印し族籍職業等の證明を爲すか如きは第一類の處分に屬し。行政訴訟の裁判訴訟願の裁決其他一個人の伺に對する指令、又は法律規則の不明瞭なる點の解釋を爲すか如きは第二類の處分に屬す。命令又は禁止は一個人に對し、特別の事項に付きて行爲又は不行爲を強行する所の處分にして、警察上の取締に於て其最も屢行はるゝを見る。免許は一個人の請求に對して與ふる認可にして、處分を受くる者か働方と爲りて其處分を惹起すものなり。營業免許、土地開墾免許等皆然り。

## 第二章 行政組織

### 第一節 普通行政と地方行政との區別

普通行政は全國一般に亘る行政にして、或は之を國家の行政と稱す。故に普通行政は國家直接の行政機關に依りて行ふ所の行政にして、間接の機關即ち自治機關



に依りて行ふ所のものは、之を地方行政と謂ひ普通行政と謂はす。然れども地方行政の機關は同時に自治機關と爲り又國家の機關と爲る。是れ行政事務の複雑なるか爲めに立法者か機關の負擔を調和し且つ冗員を養はずして事務の實績を収むるの旨趣に出づ。其地方行政の機關か普通行政を執行する場合は國家の直接の委託に依るものにして、中央官府か自ら出張して其行政を爲すと法律上の關係に於て異なる所なし。然らば普通行政と地方行政との區別は機關の差異に基づくに非ずして委託方法の同しからざるに由る。普通行政は國家か自己の機關若くは地方團體の機關に直接に委託して行はしめ。地方行政は國家か直接に地方團體に委託し、地方團體は又之を自己の機關に委託して行はしむるものなり。約言すれば普通行政は國家の直接委託に依りて行はれ、地方行政は國家の間接委託に依りて行はる。

我邦の行政に於て普通行政と地方行政との區別明確なるに至りしは、市町村制、府縣郡制の實施せられたる以後の事に係る。其以前は全國唯一の普通行政ありしのみ。府縣知事以下地方官と稱する機關は備はりたれども、是れ只普通行政の機關か一定の地方區劃に在りて其管轄を分ちしに過ぎず、地方官の行政ありて未だ地方團體の行政はあらざりしなり。

## 第二節 地方行政組織

現行法に於て地方團體と稱すべきものは府縣郡市町村にして、此等の團體は土地區劃に依りて一定の階級を成す。府縣を最高とし郡之に次ぎ市町村最下たり。但市は郡と並立して同等の地位に在れども、其組織の元素として下級團體を有せざることとは町村と同じ、故に其法律上の性質は郡と異なりて町村と同じ。而して府縣及び郡は完全の自治權を有せず、市町村は完全の自治權を有するは現行法に於て著大なる差別なり。

### 第一、市町村

市町村は土地及住民の二原素を以て組織せらる。土地の區域は市町村の行政の行はるゝ範圍を示す者にして、法律に依りて定まり隨意に之を變更するを得ず。住民とは其土地に住居する人民にして、敢て其本籍を有するを必要とせず。住民に普通住民と公民とあり。公民は市町村の公務に任する特別の權利義務ありて

普通住民と異なり法律上に一定せる條件を具へされは、公民籍を取得することを得ず。

市町村の機關は市町村會、市參事會、町村長並に助役とす。市町村を代表して外部に對する職權あるものは市參事會、町村長なり。市町村會は選舉に依りて成立する議事機關にして、外部に對して市町村を代表することを得ず。市町村會の職權は法律命令の範圍内に於て市町村一切の事之れに付きて議決を爲すに在り。而して其議決を執行するは市參事會、町村長の任する所なり。故に市の理事機關は合議制の機關にして、市長は其會長と爲り、町村の理事機關は單獨制の機關にして、町村長専ら之に任す。

市町村は其固有の財産を以て團體の行政費用に充つ、故に市町村は一定の財源を有せざる可らず。其財源は(一)基本財産、即ち不動産其他積立金穀等より成る財産(二)一切の雜收入(三)市町村税とす。其支出の方法は先づ基本財産の收入を以て之に充て次に一切の雜收入を以てし、尙ほ不足なるときは租税を徵收す。市町村税は或は國稅、府縣稅、附加稅として之を徵收し、或は特別稅として之を徵收す。市町

村は已むを得ざる必要の場合若くは永久の利益ある場合には市町村會の議決に依り中央政府の認可を受けて、公債を募集することを得。

## 第二 郡

郡は市制を布かざる地方に於て一定の町村より成立す。故に郡の原素は町村なる法人にして、市町村の如く直接の原素として土地住民を有せず。郡の機關は郡會及び郡參事會とす。郡會は市町村會と同じく選舉を以て成る。然れども其議員は町村選出議員にして、市町村會議員の如く公民が直接に選舉するに非ざると、土地所有者に特權を與へ、地主議員を以て町村選出議員に對等せしむるとは郡會か市町村會と異なる所なり。郡の費用は先づ其固有財産を以て之に充て、尙ほ不足なる時は租税を徵收す。但市町村税は其住民に直接に賦課すれども、郡の租税は郡を組成する所の各町村に賦課す。其課税の方法相同しからざるは團體の原素を異にすればなり。而して郡も亦一定の條件を以て公債を起すとを得ること、市町村に同じ。

## 第三 府縣

府縣は郡及び市を合せて組織す。故に其組成の狀は郡と相似たり市町村の如く直接の土地及び住民あるに非ず。府縣の機關は府縣會及び府縣參事會とす。府縣會議員は郡及び市より選舉せらるるものにして、複選に依ると郡會に於ける町村選出議員と同じ。是れ専ら團體組織の性質に出でたる結果なり。府縣も亦其固有の財産を以て一个年の會計に充て尙ほ不足なるときは、府縣稅(地方稅)を課することを得。然れども府縣稅は府縣が市町村長をして直接に市町村住民に賦課するものにして、郡稅の如く其團體の原素に直接に賦課するに非ず。乃ち寧ろ市町村稅の賦課方法と相似たり。府縣も亦一定の條件を備へて、公債を募集することを得ること郡市町村と同じ。

### 第三節 普通行政組織

#### 第一 官吏

普通行政は官府の行ふ行政なり。官府は直接に天皇の委任を受けて政務を行ふ所の權力にして、其官府の事務に任する義務ある者を官吏と謂ふ。官制は官府の政務分配の方法を定め任官は其政務を特定の人に委任する行爲なると既に述べ

たる所に依りて明かなり。今茲に官吏の任免に付きて聊か論ずる所あるへし。從來學者か任官の性質を論ずるや、或は私法上の契約とし或は公法上の契約とし或は又國家命令權の作用とせり。私法契約の説は歐洲中世の封建制度に由來するものにして固より今日に行はるべきに非ず。公法契約の説は私法契約の説に比すれば大に見るべき者あり。然れども官吏の任免は必ずしも双方の合意を要せず國家は其單獨の意思を以て一個人を收用して官吏とするを得。普通の場合に其奉職を強制するとなしと雖も、是れ敢て合意の必要なるか爲めに非ずして、唯國法か國家專横の行爲を認めさればなり。故に官吏に任せらるる者は、已れ其任命を知らず又之を欲せざるとあるも、任官の命令は有効に成立するものなり。而して其任命を受けたる者は之を辭するを得るの餘地あれども、之が爲めに其任命の無効と爲るに非ず、國家は他の命令則ち願に依りて職を免するの命令を下たさざる間は其任命は有効なりとす。然らば官吏の任命は國家命令權の作用に基づきて生ずるものなりと云ふを至當とす。隨て官吏の受くる所の俸給は雇傭の賃銀にも非ず、又損害賠償にも非ず、國家か一定の官職を奉ずる者に支給する所の

金額なり。官吏は俸給の上に私法上に権利を有することなし、國家は必要あれば其俸給を減し又は之を支給せざることを得へし。但政府の會計官か國家の命令に背きて一定の俸給を渡さるときは、官吏は之に對して權利を主張することを得。尙ほ官吏は一定の條件に隨ひて恩給(遺族扶助料をも含みて言ふ)を受くることを得。

官吏は其特別の分限に對して特別の義務を負ふ。忠順の義務、服従の義務、勤勉の義務、修身慎行の義務等總て一個人として負擔する義務の外に法律上特別の義務あり。官吏服務規律の定むる所即ち是なり。若し官吏にして此等の義務を盡さるときは法律上一定の制裁を受く之を懲戒處分と謂ふ。乃ち官吏の懲戒は其委託せられたる職務を勵行せしむるの目的に出でたる一種の制裁にして、之に關する現行法には普通法と特別法とあり。官吏懲戒例は普通法にして判事懲戒法、陸海軍懲罰令は特別法なり。

## 第二 普通行政機關

最高の行政機關として法律及び勅令に服従する外他の行政機關の監督を受けざるものを國務大臣とす。現行の制度に依れば行政の機關は中央官府の組織を基とし、府縣知事郡長の如き地方官府は唯中央官府の監督の下に在りて、行政事務の取次を爲すに過ぎず。故に茲に普通行政の機關を論ずるに當りては、主として國務大臣の官制を見併せて樞密顧問會計検査院の組織を略説すへし。

國務大臣の職務を大別すれば、所部行政官の監督及び自己固有の行政の二とすることを得。大臣は下級行政官を監督するの職權あるに依り之に指令訓令を與へ、其他總て下級行政官の行爲に付きて監督を爲すことを得。自己固有の行政は法律又は勅令に従ひ其委託せられたる行政事務の執行を爲すに在り。而して法律勅令の範圍内に於て職權に因りて其執行に必要な命令を發し又は法律勅令の委任を受けて新たに命令を發することを得。而して國務大臣は單獨制の機關にして省と云ふは唯其官衙の名稱なるのみ。又大臣一人のみ主任の中央行政機關にして、次官以下各省の行政官吏は唯大臣を補助するの職に任するのみ。内閣とは大臣會議の名稱なり。行政の統一を保ち又は一切の重要なる行政事務を議するか爲めに設けらるゝ所の合議制の官府にして單獨制に非ず。故に國務