



11
753

經
論
卷
一

0 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 1 2 3 4 5

始



喜多教授講述

イツチ・テール・テリール氏

英法概論 上卷

早稻田大學講義筆記プリント

喜多教授講述



概論 上卷

早稻田大學講義筆記プリント

大正
14.3.18
丙寅

14-753

第一編 助 法 次

第一章 裁判所

一、裁判所構成部分

二、裁判所の種類

三、裁判所の開設

第二章 訴訟

一、當事者

二、訴訟開始

三、辯論

四、審理及證據

五、判決及執行

六、上訴

一 二 二 二 九 三 三 三 三 四 五 八 九



圖書





イッ
テ
テ
リ
氏

早稻田大学 喜多 教授 講述

上卷

Henry S. Young's
"The First Principles
of Law"

七. 特別訴訟手續

第二編 法律總論

第一章 國法

第二章 主權者

第三章 國法定義

一. (嚴格的定义)

二. 定義, 細目的部分

三. 行爲

三. 法律制定

四. 主權者タル資格ニ於テ其臣民ニ對シテ

五. 別處詳論

第四章 國法ニ非ザル法律

一. 國際法

二. 自然法

三. 物理的法則

(目次終り)

九六

一〇〇

一〇〇

一〇〇

一〇〇

一一二

一一八

一二九

一七三

一七四

一八五

一八六

一八八

一九八

第一編

助法 (adjective law)

(一) 主法及助法 (Substantive and adjective law.)

法ハ多数ノ學者ニヨリ主法ト助法トニ分類セラレ。前者ハ直接ニ人ノ行為ヲ規律スルコトヲ目的トスル所ノ諸法規ヨリ成リ、法ノ主要ナル部分ヲ形成シテナル。後者ハ主法ヲ施行セシムル所ノ方法ニ関スル作用ヲ有スルモノデアル。例ハ裁判所ノ組織及員權限、訴訟提起ノ方法、其他ノ類似セル事項ニ於ケルガ如キモノデアル。而シテ是等ノ法則ハ總テ、法則ト稱シク人ノ行為ヲ規律スルコトヲ目的トスルモノデアルト雖モ、主法ヲ補助スルノ作用ヲナスノミデアル。法ノ階層的分類ニ於テハ主法ハ先ツ最初ニ進ヲ論シ、然ル後ニ助法ヲ論スハキチナル。又併裁判所ニ於ケル訴訟手續ニ當テ言及スルコトナクシテ法律學ノ一般原則ヲ說明セントスルハ蓋シ

不可能ヲナイトスルモ可成リノ難事ナルガ故ニ余ハ嚴正ナル哲學的階列ヨリ多少齊レ英國法ニ依リテ、最初ニ裁判所ノ性質及ヒ訴訟手續ヲ簡單ニ説明スルヲ以テ最モ得策ト思考スルノデアアル。

註 5. e.g. = *Exempli gratia* (for the sake of example), 例ハ、例示スレハ、意

第一章 裁判所 (Court)

第一節 裁判所構成部分

(The constituent parts of a court)

(二) 總論

裁判所ニハ一人若シクハ數人ノ裁判官、事實審法官、書記、書記長、控申辯護士等ヲアルコト、以上ノ外尚ホ破産管財人ヲ加フルコトモ出來ル。

一、裁判官 (the judge)

(三) 裁判官ノ地位及義務

裁判官ハ裁判所ヲ監督スル官吏デアリ。裁判所ノ権限ハ一ニ裁判官止ヲ
掌理シテ単独ニ命令ヲ下シ判決ヲ宣告ス得ル。而シテ他ノ官吏、訴訟當事者
及裁判所ノ事務ヲ管理スルノ全權ヲ有シテ居ル。斯ノ如キ理由ニ依リ裁判
官ハ屢々尊敬ノ意味ニ於テ裁判所ト稱セラル。特ニ弁護士ハ常ニ事實審座
官ト區別スルモノニ裁判所ト呼ビ慣ヌノテアル。

裁判官カ一人以上アル場合ニハ時トモテ並被ニテ判決スルコトカアルカ
ソレハ事實上ニ於テハ裁判官ト同數ガケ、裁判力同地ナレルノデアリテ、
斯ナル場合何レモ裁判所ノ権限ノ全部若シクハ一部ヲ行フノ権能カアル。
又場合ニ依リテハ數人ノ裁判官カ合同シテ判決シ檢テ、同類ヲ多數決ヲ決
スルコトカアル。可否ノ投票數カ同數ノ場合ニ於テハ若シ裁判長カアルハ
裁判長、然ラサル時ハ上席裁判官カ其ノ決定權ヲ有スルヲ通常トスル。法
律問題ヲ決定スルコトハ裁判官ノ特有ノ義務デアリ。然ルニ事實問題ハ事

實審査官ニヨリテ審査取調ハラレテ決定ナレルモノデアリ。

註(三) *In case of the tie, 投票數ニ於テ同數ノ場合ノ意*

(四) 法律問題ト事實問題 (Questions of law and fact)

裁判所ノ介入又ハ干渉ハ人ヲシテ義務ヲ負擔スルコトヲ強制シ或ハ義務
違反ニ對シテ罰ヲ與ヘ又ハ損害賠償ヲ下シタルノ何レカヲ要求スル。何
レノ場合ニ於テモ裁判官ハ為スヘキ行為ヲ命令シ賠償ヲ下ス事ヲ命ジ、罰ヲ
科スルコトヲ命スル前ニ違反シタコトヲ主張スル義務カ果シテ存在スルカ、
又ハ部ハラレタル者即チ被告ガ承認シテ義務ニ違反シタルヲ否マテ決定スル
事カ必要ナアル。蓋シ法律ハ各人ニ同一義務ヲ負擔セシムルモノニテ、
シテ各個人ノ境遇ニ從ヒ義務ヲ異ニスルモノデアリ。種數ヲ安全ニ設置ス
ル義務、銃器ヲ不注意ナル方法ニテ使用セヌ事又ハ自己ノ土地ニ障害物ヲ
設置スヘカラサル義務等ハ斯ナル動物銃器若シクハ土地ヲ占有シ管理スル
人ニ負擔セシムル義務デアリ。他人ヲ害ヘハカラズトノ一般の義務ト云
スル時定ノ事情ニ依リテハ例々カアル。例ハ正當ナル自己防衛ノ下ニ他ヲ
侵害スル場合ノ也。ハ此ノ故當ヌル。或ハ又數個ノ相互ナル義務ノ違反ニ

ヨリ若シクハ違法ナル行為ニヨリテ同一結果ヲ惹起スル事ガアル、例
 ハ、Aガ故意ニBヲ殺スコトガアル、斯ナル場合ニ於テハ殺ハ終極ノ罪ヲ
 犯シタモ、Dアル、或ハ、Bストルムノ取次ヲ遺忘ニシタメニ偶然ニモ人ヲ
 殺スコトカアル、此ノ場合ニハ其ノ罪ハ殺人テアルカ否ク果タル義務違反
 テアツテ而シテ其罪ハ誅殺ヨリ懲テ罪科ゾアル、
 或ハ、AガBヨリ侮辱又ハ殺害セラル、コトヲ防カントシテBヲ殺スコ
 トカアル、此ノ場合ニハ何事ノ義務違反ナク成テ犯罪テモ、(イ) 義務違反
 カアツタ場合ニモ違法ハ辱又ハ(常ニ心ヲスシモ左様テアイカ) 科セラル、
 所罰ノ余量若シクハ賠償ノ額ニ差違コ定ムルコトカアル、ソハ被害者カ度
 ケタル被害ノ額又ハ加害者ノ犯行当時ニ於ケル心理状態ニヨリテ加害者ノ
 責任コトヲ強制セラル、モ、Eトアル、サレハ裁判官ヲシテ法ノ要求スル所
 ラ令スルコトヲ得ルタメニハ次ノ問題ノ一部又ハ全部ヲ説明セズハナラズ
 一、被害者ノ事情奈何
 二、其事情ニ於テ被害者ニ義務アルマ否マ、又アリトモハ如何ナル義務
 アルカ、

三、殺ハ如何ナル事ヲナシ、又如何ナルコトヲナサバリシカ、
 四、被ノ行為不作為ハ義務違反ヲアツタカ、
 五、其ノ結果性質及ヒ其レヨリ生スル被害ノ程度又ハ或ル場合ニ於テハ
 行為當時ノ心理状態ハ如何ナルモノナリシカ、
 六、斯ナル場合法律カ科スル刑罰及ヒ賠償ハ如何ナルモノナルカ、
 是等ノ問題中第一、第二、第五ハ事實ノ問題ヲアル、第三、第四、第六
 ハ法律問題ナル、被者ハ豫メ制定セラレ周知セラレタル法律ノ原則ニヨ
 リ決定シユツ規定スルコトカ出来ルカ、前者ハ法律ニヨリ豫知シ得ル偶
 然ノ出来事ニ起因スルノテアルカ、Aノ家畜カ被ノ遺棄ヨリ垣ヲ行敷スルヲ
 放置セルタメニ牧場ヲ破ツテ公道ニサマヨイ出テ、ソレヨリBノ庭園ニ入
 リ被害ヲ興ハタトセヨ、而シテBカAニ對シテ損害賠償ノ訴ヲ提起シタトス
 ルナラハ上述ノ問題ハ次ノ移式ヲ採ルテアラウ
 一、Aハ牧場ヲ占有シテ居リシカ、Aハ其ノ家畜ノ所有者テアリシカ、
 ハ家畜ヲ放場内ニ放飼シアリシカ、家畜カ垣ヲ越シテ人道ニ蹴出スル
 ヲ防クハ如何ナル設備カニテアツタカ、通常ノ注意ヲ拂フ人ナラズ

ヲ修理スルニ如何ナル種類ノ注意及如何ナル程度ノ注意ヲナステアラ
ウカ

二、新ナル注意ヲ拂フコトハ、義務ヲアツタカ

三、Aハ新ナル注意ヲ拂フカ

四、Aノ注意ヲ拂ハサリシコトカ義務違反テアツタカ

五、垣ハ修理サレナカッタカ、Aカ新ナル注意ヲ失テタルタメニ垣ハ修
修 状態ニアツタカ、家畜ハ不備不完全ノ場所カラ道邊ニ脱出シタカ
Bノ庭園ニ入ツタカ、其處ヲ何ヲシタカ、家畜ニヨリテナオレタ積等
ハ念類ニ見積リドレ位ノ罪ニ違スルカ

六、Aハ當然Bニ対シテ賠償ヲナス義務アルカ、若シアリトセハ其ノ額
幾何

更ニ射撃シタカセカ、申英家畜ノ結果Aカ拳銃シテBヲ殺シタリトセ
ヨ然ラハ前述ノ大問題ハ次ノ如クナラン

一、義務トシテBヲ殺ス可カラサルハ独りAノ特別ノ事情ヨリ發生スル
モ、テナク又テ人カ一樣ニ本能的ニ有スル義務アルカラ、裁判所

ハ義務ノ存在ヲ認識セシムルニ付シテ何等ノ申英ヲ必要トシナイ
二、Aハ自己防衛又ハ法律ニヨリテ將望セラレタル一定ノ事情ヲ除イテ
Bヲ射殺スヘカラサル義務ノ下ニアツタカ

三、AハBヲ射撃シタカ、Aノ行為ハ殺人ヲ認メサル一般法則ノ例外ノ
状況ニ於テナレタカ

四、其行為ハ義務違反テアツタカ

五、拳銃シタコトハBノ死ナル結果ヲ来シタノカ、Aカ行為ヲナシタ當
時ノ心理状態カドウテアツタカ、(犯罪ノ多クノ場合ニ於テハ結果也
何ヨリニ行為者ノ心理状態ニヨリテ刑罰ノ程度ヲ定メル故ニコノ問題
ハナオレタル積等如何ノ問題如何ニ決ル)

六、何等カノ刑罰ヲ科スルカ至尙アルカ、若シ然リトセハ如何ナル刑罰
ナルカ

以上ノ場合ノ何レニ於テモ第一、第三、第五ノ問題ヲ決定シ得ル法律ノ
規定カナイ、又裁判官ハ其等ノ問題ヲ決定シ得ル知識ヲ必スシテ有スルニ
テハナイ、故ニ事實ノ調査ト審判トヲナシテハナラズ、而シテ事實カ確

八

是ノ是事ノ向類ニ対スル審問カ完了シタル時ニ裁判官ノ知悉スルモノト見
做ナル、法規カ第ニ第四及ニ最後即チ第大ノ向類ニ対シテ解決スルコトカ
出ルルノデアル、即チ是判決ヲ英フル事デアル。

申突ノ審全カ裁判官ニ帰属スヘキモノニアラスシテ裁判所ノ他ノ部局ニ
於テ扱フ可ト臆殊即チ申突審査官ノ職務デアルカ故ニ茲ニハ之レヲ省思ス
ルノデアル。

註(三) *intentionally and maliciously*, 意ヲアリ、且ツ悪意ヲウツテ

註(四) 殺害ニ刺スルコトクモ、定義ハ心神喪失者脆弱者等ニアラサレ
モ、カホ法ニ人ヲ殺害シタル場合及ヒ安静ナル社会状況ニ於テ惡
意ヲ以テ殺害シタル場合ヲ *murder* (殺害、謀殺) ト称スルノテ
アル。

註(五) 明水若シクハ熱水ソ、何レニセヨ悪意ヲクシテ人ヲ殺害セシ者
即チ過失ニヨル殺害ノ如キヲ *man-slaughter* ト名付ク。

註(六) *to lay down*, 法別原理ヲ制定スル、制定スルノ意。

二、事實審査官 (*the triers of fact*)

(五) 陪審官 (*the jury*)

陪審官ハ十二人ヨリ成リ中ラズニモ法律家ニ限ルニアラス、又常ニ裁判
所ニ連絡アルモノニ限ラス、事件ノ起ルル、若シクハ裁判所ノ所在スル地
方ノ住民ノ中ヨリ擇ブノデアル、併シ犯罪者、貧困者、精神錯乱者等、如
キ精神上倫理上斯カル重要ナル職務ノ責ヲ盡スニ不適ト認メラルル特殊
モ、ハ之ヲ除キ特トシテハ其地方ノ土地又ハ其他ノ所産所有者ヨリ撰擇サ
ル、コトカアル、彼等ハ一事件ノ審問、タメニ召集セラレ、コトアリ、又
一定ノ期間裁判所ニ出席ニテ其ノ期間中審査ナルハキスヘテ、申付ヲ受理
スルコトモアル、法律上ノ言葉ヲ以テ古ハ、彼等ハ地方ノ全体ヨリ選ハレ
タルモノト称セラレ、而シテ彼等ハ社会ノ通有スル常識常識及道徳ヲ代
表スルモノト忍性ナレテアル、此ノ理由ニヨリ、彼等ハ度々 "*Country*" ト呼
バレルコトガアル。

而シテ上述ノ事情ハ即チ上ニ挙ケタル場合ノ最初、第三回ニ於ケルカ如

キ) 二 於テ相当ナル且ツ注意深キハ、行為タルニハ如何ナルコトヲナシ又
ハ十ナホハ十ヲ又カト謂フコトニ由リテ問題カ起ツタ時ニハ吾人ノ既知
ル如クモ決定スルタメニ陪審官ニ委ネラル、カ通常テアル、同輩ニヨル
審査 (Trial by ones peers) ト云フ有タル該ハ貴族カ階級者タル
ノ場合ヲ除イテハ法律問題ニ於テハ陪審官ニヨル審査ヲ意味スルモ、テア
ル、陪審官設置ノ正確ナキ起ルハ不明テアリ、而シテ可ナリ古代デアル、
現代ニ於テハ此ノ制度ハ英米兩國ニ特有、法律制度テアル、之ハ政府ノ專
政ニ対シテ個人ノ自由ト権限トヲ擁護スル最モ安全ナル保証トシテ多大ノ
尊嚴ヲ及ケル、デアル、而シテ斯如ク理由ニヨリ北米合衆國又各州ノ憲法
中ニ詳細ニ規定ナレテ居ルモノ、實ハ多人、又莫ク有スルニ拘ハラズ迷信
ヲ以テ移ラルル愛情ヲ固守セラレテアル傾向アル。
其併止レ治ント其普通法裁判所ノ其ノ受理スルハ十餘年事項ニ限ラレテ
ル、普通法裁判所ノ性質ニ依リテハ後ニ説明セン。
註(乙) 北米大陸ニ移住セル英國人ハ北米合衆國ニ於テ母法タル英國法
ヲ實施セルモノニシテ本書ニ於テ英國法 (English Law) ヲ林

スル場合ニハ英國北米合衆國ノ何レヲモ包含スルモノデアル
註(丙) 陪審官カ忌避セラレタル場合ヲ除ク外左單ハ總テ陪審官ニヨリ
テ審理セラレル可キモノトス、審理ノナサル可キ地ハ其犯罪ノ行
為地トナスノテアル。

(六) 事實審査官トシテノ裁判官 (The Judge as a trier of fact)
キ併多クノ場合ニ於テハ陪審官カ消滅セラレテ裁判官カ其ノ事件ノ中ニ
起ル事實ト法律ト兩問題ノ總テヲ審査シ決定スル、一般的ニ云ハハ陪審官
ヲ用キナイ場合ニハ事實審査ノ義務ハ通常法ノ如ク林セラシ、人々ニヨリ
テナサレル具ハ々トハ、即チ

(七) 委員、考査人、審問官 (Committee, Referees and auditors)
北米ハ通常將種ノ事情ニ依テ事實ノ審査ト報告トヲ為スタメニ裁判官ニ
ヨリ時ニ指名サレタルモノデアルカ然シモラズニモ專門ノ法律家タルコト
ヲ要レナイ、大概彼等ハ任命セララル、コトヲ同意スル訴訟者申者ノ承諾ヲ

經テ任命セラルル
市定、全部若シタハソノ市定中ノ將定ノ一部ヲ調査スル權限ヲ有スルノ
デアル

(八) 補助官 (master)

補助官ハ帶設參考人ノ一種デアッテ裁判所ノ常置官吏デアアル。

註(九) *master*ハ通常止トテ四種ニ區別スルコトヲ得、第一ハ全然及期
間、畢竟、第二ハ事實、調査及報告、第三ハ裁判所ノ指揮命令ニ
ヨリ法律實施ニ關スル行政的作用、例ハハ競賣、証書作製、管理
者指定等、如キモノ、第四ハ法令ニヨリ將定セラレタル義務、遂
行デアアル。

三 書記 (The Clerk)

(九) 書記、義務

書記ハ裁判所ノ司書官吏デアアル、其裁判所ノ記録ヲ管理シ、裁判所ニ提

出シタ書類及文書、全部ヲ保管ス、又裁判所ノ印鑑ヲ保管シ又ハ裁判所カ
捺印シテ發スル命令、令狀及文書ハ書記ニヨリ署名サレルノデアアル。

四 執達吏 (The Executive Officer)

(一〇) 執達吏、名林ト義務

執達吏ハ屢々裁判所存、州ノ執行官タルコトアリ、執行官ハ裁判所關係
ヨリ發生スル職務以外ニ各種ノ重要ナル权限ト義務トヲ有スル官吏デアアル
故ニ彼若即チ裁判所關係ノ職務ハ代理人ニナサシムルヲ通常トスル、時ト
シテ裁判所ノ執達吏ヲ執行吏ト (*marshal*) 林セラル、一般ニ執行吏ハ
裁判所ノ官吏ニスキスニテ彼ハ亦代理人ニヨリ職務ヲナスコト屢々アリ、
執達吏ノ職務ハ其ノ名ノ示メ如ク裁判所ノ命令判決若クハ執行スルニアル
其ノ方法ハ彼詔諭執行ノ場合ニ詳細ニ講述スルデアラウ。

註(一〇) 毎年州知事ニヨリ任命セラレ監禁、巡回裁判、陪審官、参加
準備、令狀執行、死刑執行ノ責任アリ、其他職務並津委會長トナ
リ巡回裁判ノ豫判申ニ立會フ、然レコノ場合ハ形式的ニ過ぎズ

County, 州 (英國ノ其ノ領土ニ於ケル一種ノ行政區劃) 英國ニ於テハ州 (state) ナ小區分ニセルモ、他ノ郡ノ如ク行政區劃ヲミフ。 County Court, 民事裁判所 (略ニ小額ノ債權ヲ取返ス。 County house, 郡立貧民院 (英國) County seat, 郡所 (英國) County sessions, 州ノ四季裁判 (英國) 俗語トシテ Being to County Court, トハ小訴訟ヲ起スニ用ヒラル。

五. 廷 丁 (The Quier)

(一) 其ノ義務

廷丁ハ裁判所ノ構成要素ト云フヨリモ寧ロ使丁デアル。廷丁ハ種々種々ノ仕事ニ從事シ、其ノ名称ハ裁判所ノ潤滑是及ビ訴訟事件ノ名称、訴訟者ノ人等ノ如ク法定ニ出席ヲ求メラルル者ノ姓名ヲ高声ニ呼ビ出ス義務ニヨリ名称ケラレタノデアル。

六. 辯護士 (Lawyers)

(一) 辯護士ノ種別

辯護士ハ業ヲ分ケテニツトナシ、其ハ白州台 (Barr) ニ入ルコトヲ許サレタル者止ラ総称シテバアト呼ブ。他ハ即ケ白州台ニ入ルコトヲ許サレヌシテ白州台ノ外ヲ業務ヲ営ムモノデアル。バアナル語ハ前者ガ入ルコトヲ許サレタル裁判所内ノ裁判部局ト他ノ部局トヲ區別スル所ノ稱 (railing) ナ意味シタガ、其後ケ何時ノ間ニカ衰退シテバアノ中ニ入ルベキ権利ヲ有スル弁護士自身ヲ意味スルコトニナツタノデアル。

註(一) admitted to the Bar, Barトハ法定ニ於ケル積木ニシテ其積木ニヨリテ區別セラトタル座席ニ入ル権利ヲ有スル者ヲ通稱シテ護士ト俗稱シテ其階級ノ弁護士ヲバアト略稱スルニ至ツタノデアル。

註(二) below the Bar, トハ前述ノ區別以外ニ座席ヲ占ム弁護士ノ職務ヲ掌ルモノヲ總稱スルノデアル、サレバ弁護士ヲ許可セラ

ル、コトヲ To be called to the Bar ト云々ト云ス。

(三) カウンセル

Bar ノ中ニ入ルコトヲ許サレタル弁護士ハカウンセルト称セラル。彼等ハ又其ノ執行スル権利ヲ有スル職務及ヒ裁判所ノ種類地位ニヨリテバジアント、バリストル又ハアドボケイトトモ称セラル。ノデアル、前ノ二者ハ普通法裁判所ニ後者ハ衡平法裁判所及ヒ謂所民事裁判所ニ從事スル。此等ノ相異ナル裁判所ノ性質ニ付キテハ後ニ説明スルデアラウ。彼等ノ義務ハ裁判所ノ事件ニ於テハ、証人ヲ取調ベ、余論ヲナシ、訴訟事件ノ事實ヲ査査ニ問スル凡テノ事務ヲ行フモノデアアル。

(四) アトロニー、ソリシタア、プロクタア

以上ノ外ニ弁護士カ普通法裁判所ニ於テ職務ヲ掌ルトキハ此レヲアトロニート呼ビ、衡平法裁判所ニ從事スル場合ニソリシタアト称シ、宗族裁判海軍裁判ニ屬スル場合ニハプロクタアト呼バル、モノデアアル。彼等ノ職務

ハ審査ニ対シテ事件ヲ準備シ、當事者ニ勸告ヲ與ヘ、証拠ヲ整ヘ、審査開始前ニ於テ必要ナル凡テノ事ヲナスコトニ歸スルノデアアル。

彼等ハ摘要録ト称セラル、モノヲ作製スルガ止ハ事件ヲ審査スルカウンセルカ了知セネハナラヌ。凡テノ必要事項ヲ順序正シク調整シタル一、陳述書デアアル。此レヲカウンセルニ與ヘ而シテ又彼等ノ权限内ニ於テ可能ナル助言ヲカウンセルニ附英スル為メニ事實審理ノ場合具備ニ着席スヘキモノデアアル。

(五) 合衆國ニ於ケル辯護士

合衆國ニ於テハ以上ノ如キ弁護士ノ區別ハアル特定範圍外ニ於テハ行ハレナイノデアアル。一般ニスバテノ弁護士ハバアノ中ニ入ルコトヲ許サレ、而シテ一概ニアトロニー、カウンセル、時トシテカウンセラアトモ称セラル。ソリシタア、又ハプロクタアノ名称モ亦時々使用セララル、コトモアル。

(六) 辯護士ハ裁判所ノ官吏

弁護士の所属裁判所ノ官長ニシテ而シテ職務上ニ於テ犯罪タル可キ過失ニ対シテハ略式手續ヲ以テ所罰セラル、ノ責任ヲ有スルモノデアル。

七. 管財人 (Receiver)

(一七) 義務

管財人トハ紛争中ニアル財産ヲソノ紛争ノ決定スルニ至ルマテ保管スルコトヲ裁判所ヨリ指名セラレタルモノデアル、管財人ハ其物ヲ占有スル當事者力競争中ノ財産ヲ破壊シ毀損シ没分スル危険アル場合ニ於テ任命セラレ、モノデアル、管財人ハ委託セラレタル財産ノ保管ヲ其責ニ行ヒ裁判所ノ指令ニ應ジテ最良ノ処分ヲ為スタムニ保證 (Security) ヲ立テルコトヲ要求セラレ、而シテ職務ニ対シ相當ノ報酬ヲ受ハラル、モノデアル。

第二節 裁判所ノ種類 (Kinds of Courts)

一. 上級及下級 (Superior or inferior)

(一八) 性質ニヨル區別

裁判所ニ上級下級ノ別アリ、而シテラ二者ヲ劃スハキ一定ノ區別アルニアラス、概説スレバ總括的ニ管轄権ヲ有スル比較的重要ナル裁判所ヲ上級裁判所ト名仕ケ、之ニ反シ比較的重要ナラザル且ツ其ノ管轄権ヲ制限セラレタルモノヲ下級裁判所ト称スヘキモノデアル、一裁判所カ下シタル判決ニ対シ和諦ヲ提起シ得ル所、他ノ裁判所ニ対シテハ初メノ裁判所カ下級テアリ、或ル裁判所ノ判決ニ対シ他ノ裁判所ニ其ノ判決ニ対スル上訴ヲ提起シ得ル場合ニハソノ裁判所ハ上級ナリト云フノデアル、例ハ合衆國ノ巡回裁判所ハ地方裁判所ヨリ上級デアル、ソノ理由ハ地方裁判所ニ於ケル裁判者ハ巡回裁判所ニ対シ上訴シ得ルガ故デアル、而シテ

巡回裁判所ハ合衆國大審院ヨリ下級デアル。止レ即チ前看、判決ニ対シ
彼者ニ控訴シ得ルカ故デアル。英國ニ於テハウエストミンスタアニ於テ
開カル、裁判所ガ一般ニ最高法院ト稱セラル、ノデアル。

註(二) 米國ニ於ケル巡回裁判所ハ三名ノ判事即チ大審院、地方裁判所
即巡回裁判所、開カル可キ地方ヲ意味スル、及ヒ巡回裁判所ノ判
事ヨリ構成セラル、モノデアル。

註(三) 地方裁判所トハ其ノ地方ノ裁判权ヲ有スル判事ヲ以テ構成セラ
レテアル。

註(三) 大審院ハ上帝判事一名、陪席判事數名ヲ以テ成リ、大使、公使
領事其他州ヲ當事者トスル事件ニ対シ總括的管轄权ヲ有スルモノ
デアル。

二、一般管轄權及特別管轄權

(一九) 一般及特別管轄權ノ意義

一般管轄權ヲ有スル裁判所トハ法律ニヨリ特定ニ受理スルコトヲ禁セラ

ル、如キモノヲ除ク外各處ノ事件ヲ受理スルノ权限ヲ有スルモノデア
ル。然ルニ此レニ反シテ特別管轄權裁判所トハ法律ニヨリテ許サレタル事件ノ
ミヲ受理スル权限ヲ有スルモノデアル。

換言スレバ一般管轄權ヲ有スル裁判所ハ事件ヲ廢棄スヘキ权限ヲ有スル
ヲ以テ原則トスル所以デアル。而シテ权限ノ缺欠ヲソノ例外トスルモノ
デアル、然ルニ特別管轄權裁判所ハ权限ノ欠缺莫クモ、ヲ以テ管轄權ノ存
別トナシ、权限ヲ有スルコト即チ其ノ例外デアル。而シテ此レヲ法律上
ノ用語ヲ以テスレハゴノ意義ハ後ニ説明スルニ一ノ場合ニ於ケル推定
ハ裁判所ニ管轄アルコトヲ意味シ而シテ他ノ場合ニ於テハ此ニ相反スル
ノ意デアル。合衆國ノ裁判所ハスヘキ特別管轄權裁判所ニシテソノ所以ハ
合衆國聯邦政府ノ权限ハ制限ナル性質ヲ有スルカ故ニ裁判所ニ亦斯ノ
如キ权限ノ下ニ測定セラル、ノデアル。

三、普通法裁判所及非普通法裁判所

(二〇) 普通法裁判所及非普通法裁判所

裁判所ニハ又普通法裁判所及ヒ非普通法裁判所トアルカ、後者ハ衡平
法海軍破産遺言及離婚及宗族裁判所ト称セラル、モノヲ包括スルノテア
ル、普通法非普通法^{裁判所}、差別ハ次章ニ於テ説明セシ。

四、記録及非記録

(三) 記録ノ性質

記録裁判所ハ訴訟手續ノ経過若クハ記録カ書記ニヨリ書類トシテ保存
セラル、ヲ呼称スルノテアル、特別管轄ノ二三ノ裁判所、ミカ記録裁判
所ニアラスシテ裁判所ノ記録ハ主トシテ其ノ裁判所ニ繫属セラレタル事
件ノ記録ヨリ成ル、併シアル事實又ハ裁判所ノ行為ニシテ訴訟事件ニ関
シ交渉ナキモノ例ヘハ辯護士一覽表若シクハ辯護士許可ノ如キモ亦記録
ニ記載セラル、モノデアル、訴訟事件ノ記録ハ事件ノ主要ナル文書、令
狀、申請書、事實判定書、——若シ存スルナラハ其他ノモノ又含シ——
及ヒ判決又ハ決定ヲ含シ書記ノ保存ニ係ル事件ノ経過 (the history
of the case) 等ヨリ構成セラル、モノデアル。

(二) 記録ノ效力・記録禁反言 (Estoppel by record)

裁判所ノ記録ハ最高可能ナル信用ノ程度ト莫実トマ有スルモノデアル
一般原則トシテ当事者ハ記録ニ対シテ当事者向ニ於ケル將來ノ紛争ノタメ
ニ記録ニ表ハレタル記載事項及ヒ裁判所カ判決ヲ英フルタメニ必要ナリ
シ事實等ヲ否定スル事ヲ禁止スル、即チAカB及ビCヲ共同被告トシテ
B及ビCノ為シタル不法行為ニ対シテ訴訟ヲ提起シ其ノ結果Bカ判決ニ
ヨル賠償額ヲ支拂ヒ而シテBカ賠償額ノ金額ヲCニ換補セシムルタメ
ニCヲ訴ヘタルニCハAニ対スル判決ハ単ニAヲ害シタルBニ対スルモノ
ニシテ全ク自弁ニ対スル判決ニアラサルトノ理由ヲ以テBノ要求ヲ
拒絶スル事實ヲ認メラレテハイナイノテアル、記録ノ中ニ含マル、或ル
事實ノ真实性ヲ否定スル事ヲ禁セラレタル事ヲ称シテ記録ニヨリ反言ス
ルコトヲ^レセラレタルモノ即チ記録禁反言 (Estoppel by the re-
cord) ト言フノデアル、而シテ一度裁判所ノ判決ニヨリテ判定セラレ
タル事實ヲ既判事實 (res adjudicata) ト称セラル。

註(四) "V" ナル語ハ "Vercus" ナル (ラテン語) ノ綴字ニシテ *against*
即チ対抗スルノ意

註(五) *res t. things, a thing* ノ意 *adjudicata = adjudica-*
re.

(三三) 禁反言ハ單ニ禁争問題ニ及ブノミ

合併記録英ノミ、ニ対シ當事者ハ記録中ニ念マル、陳述ノ凡テヲ否認
スルコトヲ禁セラレタルト言フ意味デ、ナイ、唯判決ノ基礎タルハキ事
実若シクハ判決ハ何月何日何条ノタメニナサレタト、如キ訴訟事件ノ経
過ノ要素タル事實ニ対シテノミ謂フノザアル。

上述ノ例ニ於テ裁判所ニ最初AがB及びCニ対シテ提起シタル訴訟ニ
アリテハCハBト争シクAニ対シテ不法行為ヲナシタルモノト決定シタ
ルニ相違ナシ、然ラサレバ裁判所ハCニ対シテ欺詐ノ判決ヲ英ヘサリシ
ニ相違ナク、此レアルカタメニBが後ニ介祖願ヲ要求セントシテCヲ訴
ヘタル場合ニ其ノ事實ヲ争フコトヲ許サレタカウタノザアル、コノ原則

ハ、Xニ對シテ事件ニ明確ニ説明セラレ共ノ事件ニ於テハAハ先キニ
不法ニ土地ヲ占有スルコトニ對シテBヲ訴ヘBハ原告ノ要求スル事實ヲ
単純ナル否認ヲ以テ答弁シ、裁判所ハBニ勝訴ノ判決ヲ英ヘタノザアル
而シテ以上カ記録ニ記載セラレタル事實ノスベテザアル、然ルニ再々同
一當事者即チAトBトニ於テ同一ノ土地ノ所有權ニ關スル第二回ノ訴訟
ニ於テハAハ前判決ニ於テハA自身ハ其ノ土地ヲ所有セルコトヲ主張シ
テハナラスト禁止サレヌコトヲ宣告シタルヲアル、其ノ理由トスル所ハ
前訴訟ノ記録ハBノタメニ判決共ノモノカ其ノ土地ハBノ所有スルモノ
ニシテ而シテBカ其ノ土地ヲ占有スル取柄ヲ有シテ居ツタト云フ事實ニ
基イテ英ヘタレタルモノテアルカドウカ又Bハ實際土地ノ占有セザリシ
トノ事實ニ基クマ否ヤ等ノ諸事實ハ記録上ニ於テハ正確ヲ缺欠シテ居ッ
タノザアル。

(三四) 禁反言ハ唯當事者及其承継人ヲ拘束スル。

自ラカ當事者ニテラサル事件ノ記録ニ念マレタル事實ノ真実タルコト

ヲ否認スルコトハ禁止セラレテハイナイテアル、當事者ニアラサル人ニ対シテハ前項ニ述ハタルA B C間ニ於ケル訴訟事項ハ他人間ノ行為ト
(res inter alios acta) ト称セラル、テアル。實際Aノ所有ニ
 ル一隻ノ船舶存スル、合ニ其ノ船ハB対Cノ訴訟ニヨリテ差押ハラレC
 ノ財産ナリト宣告セラレテBカCニ対スル請求ヲ消マタニ裁判所ノ命
 令ニヨリテ賣却シタノテアル、而シテAハ其ノ船ヲ占有セル買受人ニ対
 シテ訴訟ヲ提起シタノテアル、其ノ結果裁判所ハAハCニ対シ其ノ船舶
 ヲAノ所有物トシテ請求スルコトハB対Cノ場合ニ於テ判決ニ於テ禁
 反言セラレテ居ルモノテナイト宣告セラレタノテアル、然レドモ訴訟ハ
 何時提起セラレテ斯クノ如キ判決ヲ其ハラレタト云フカ如キ訴訟事件ノ
 経過ノ一部分タル事實又ハ判決ニヨリテ成立スル事實例ハハ裁判所ノ決
 定ニヨリテ難逃セルAトBトノ間ニハ最早夫婦間存存スルモノニアラス
 ト謂フカ如キハ即ケ事件ノ記録其ノモノハ何人ニ対シテモ決定的ナル効
 力ヲ有スルモノデアル。

記録ニヨル禁反言ノ效力即ケ既判事實ヲ再々訴訟スルコトヲ禁止スル

ハ最初當事者ノ権利ヲ兼得スル人新舊兼得人 (*to Acquire priority*)
 ニ及ブモノデアル、例ハAトBトコ土地所有権ニ関スル訴訟ヲナシ其
 土地ハAノ所有スルモノト判定セラレタル場合ニ於テハ土地所有ニ関シ
 テハ再々訴訟ヲ提起スルコトハBノミナラズBノ兼得人モ其々永久ニ禁
 止セラレタルモノデアル。

(二五) 裁判所ノ行為ハ記録ニヨリテノミ證明シ得

記録ハ法律上裁判所ノ行為ヲ信憑スルキ記述ナリト思惟ナレルノテア
 ル、其故ニ記録裁判ノ行為ハ記録ニヨリテノミ證明スル外方法ナシト云
 フガ法律ノ原則デアル。前述セルスミス対シウ付事件ニ於テBハ前訴訟
 ヲ提起シタ河原ノ唯一ノ事案ハB乃至Aノ何レカ土地所有権ナルカ、一
 點ニ存シ而シテ以テノ論争ハ其兵ニ河原ヲ有スルノデアル、而シテ裁判
 所ハ事實上カ土地ノ所有者タルノ理由ニヨリAニ対シ勝訴ノ判決ヲナ
 シタト云フ以上ノ諸事實ヲ記録以外ノ方法ヲ證明スルコトヲ裁判所ニ申
 請シタノテアル、然レニ裁判所ハ裁判所ノナシタルモノハテノ事件ハ独リ

記録ノミニヨリテ証明セサル可カラストノ主張ヲ以テ其レ以外ノ記録
(evidence)ヲ提出スルコトヲ拒絶シタノテアル。

五、原審及上訴審管轄

(二六) 原審及上訴審管轄ノ裁判所

原審管轄ノ裁判所ハ訴訟事件ノ第一次ニ提起セラルル、裁判所ニミテ上
訴審管轄ノ裁判所トハ地ノ裁判所ニ於テ不法ナル判決ヲ與ハラレタルコ
トヲ上審スル所ノ裁判所即チ上訴セラルル、裁判所ヲ意味スルノテアル。
乍併同一ノ裁判所ニミテ原審及上訴審管轄ノ裁判所ヲ兼ナルモノモ存
スル。

第三節 裁判所ノ閑延

(Sittings of Court.)

一、期間及休暇

(二七) 期間

裁判所ハ事件ノ審理ニ対シテ一般ニ毎日開庭セラルル、モ、テハナイ
而シテ期間ト称セラルル、一定時期ノ内開庭セラルル、期間ト期間トノ間ヲ
休暇ト称シ一年間ノ期間ノ数及ヒ内定ノ長短ハ其ノ裁判所ノ取扱ノ事件
ノ分量ニヨリ異ナルモノデアル。

二、合議裁判所、巡回裁判所、室内裁判所

(二八) 合議裁判所

英人ヨリ於ル裁判官ヲ有スル聯合的裁判所ハ訴訟事件ノ審理ニ対シテ
合議的裁判ヲナスヲ合議裁判ト呼ブ。(a sitting in Banc — in
Banc) 英國ニ於ケル上級裁判所ノ裁判官ハ休暇中事件審理ノ目的ノ
タメニ王國ノ各地方ヲ巡回スルヲ長ノ習慣トスル、而シテ其ノ如クニ
ナスハ訴訟当事者ヲシテ以テ工スト、シンスタアセザル出頭スル費用ト煩雜ト

ヲ遊ケシムルタメテ此所ノセキ巡回判事ヲ巡回裁判所ノ判事ハ(巡
Primo)ト呼ブ。

古キリテ判事ニカキテ書カレタル令状ヲ見レハ訴訟当事者ハ指定セリ
シタル可ニシテエスタトミナスタノ裁判所ニ出頭スルコトヲ命ズルヲ常習
トシテ、而シテ其ノ当日以前ニ出頭スルコトヲ命ズルヲ常習トシテ判事
裁判官ノ學識ニ依リて巡回裁判所ノ判事ニ法律上ノ権限ハ合議裁判所ノ
判決ニ依リテラルヘキヲ常トス、斯カル理由ニ基キ此米合議國ニ於テハ
巡回裁判所ノ判事ハ常習ナル事實問題ヲ審理スル単独裁判官ニヨル裁判ヲ
意味スルニ用セラル。

註(三) 法律問題ヲ審理スルタメニ裁判所ヲ構成スルメバテノ裁判官カ
合議制ニヨルテ合議裁判所、(in Banco)ト云フノデアル。
元来 Banco トハ判事席ノ意味ニシテ佛蘭西ニ於テハ大審院所屬
判事席ヲ意味スルノデアル。

(三九) 室内開廷

巡回裁判所長以外ニ単独ナル裁判官カ裁判所用定期間乃至ソノ休職中
ニ於テ所謂室内ニ於テ開廷スル (Sits in chambers) 即チ通常裁判
室ニアラサル也、便宜ノ場所ニ於テ開廷シ訴訟事件ノ審理ト云フヨリモ
率口諸種ノ手續上ノ職務ヲ履理スルモノデアル、普通裁判所ノ形式手續
ノ多クハ室内開廷ノ裁判官ニヨリテ履理サレルモノデアル、斯クノ如キ
裁判官ハ提起セラレタル事項ニ関シテハ裁判所ノ令状ヲ有シ、而シテ裁
判官ノ行為ハ裁判所ノ行為ト見做サレルノデアル。

第二章 訴訟 (actions)

第一節 當事者 (parties)

(三〇) 訴訟當事者

訴訟ヲ提起スル者即チ他ヲ訴フルモノヲ通常原告ト呼ブ、時トシテ申請者、并論者又ハ要求者ト呼ブ、ローマ法ニ於テハ止レテ、アクトール (actor) ト称スルノテアル、訴訟ヲ提起サレタル相手方即チ訴ヘラレタルモノヲ被告ト称シ、時ニ於テ原告ト云フ、羅馬法ニ於テハ止レラレトス (Reus) ^{正訴スル者ヲニ部人ト稱シ上訴サル相手方ヲ被上訴人ト謂フ。} ト名付ク、訴訟事件カ上訴ナル、場合ニ訴訟事件ノ名称ハ被告ト原告トノ名称即チ兩者ノ間ニ against ナル語又ハソレヨリ又更ニラテト語ノ Versus ナル語ヲ付シテ用ヒラレル、A ヲ B トハ A ヲ B ニ対シテ提起セル訴訟即チ A 対 B ノ事件ヲ意味スルカ如クデアル、刑事事件ニ於テハ訴訟ハ政府、合衆国、州、人民及ビ聯邦或ハ英國ニ於テハ王又ハ女王ノ名ニヨリテナサレ而シテ止テ原告ト称スル、原告又ハ被告カ多数ナル場合ハスハテ、名前ヲ記サレ、コトカアル、即チ A 対 B C ノ如シ。

(一) Plaintiff ヲ原告トシテ Plt. ヌハ Pff

(二) defendant ヲ被告トシテ deft

(三) de ナル語尾ヲ有スル語ハ法律用語トシテハ通常原告行為者ヲ示

スノテナル. gantle (被告者謀受人) v endee (買受人買手)

事トセシ

併シテノハ一人ノ姓名ヲ挙ケテ其ノ他ヲ示シ、例ハ、A 対其他 (A 対 B et) ノ如クデアル、名前ヲ省略セラレタル当事者ハ、若シ原告ナル場合ハ (and wife) ナル語ヲ用ヒラル、コト原告トシテ、古バノ判決録ニハ原告共、事件ノ名称トシテ原告ノ名前ヲ用ヒタルハ A's case, B's case ノ如クデアル、訴訟事件ノ特別取次例ハ、破産事件ニ於テハ其ノ事件ノ主要ナル人物ノ名前ヲ冠スルコトカマル、The matter of A, In the matter of A, In re A, ex parte A, 等デアル、時ニハ止レ以外ノ方法ニヨリテ記ナルルコトモアル。

第二節 訴訟開始

(Common consent of the action)

一、辯護士ノ依頼

(三) 依頼者

他人ヨリ損害ヲ蒙リタリト認メ訴訟ニヨリテ賠償ヲ求メントスル場合ニハ先ツ第一ニ辯護士ヲ依頼スルヲ常トスル、辯護士ノ區別ヲ明確ナシル場合ハ辯護士ハ依頼人ニヨリ區分ニ依頼サシムル、區分ニ依頼ナシ得ル辯護士ハ、アトロニ、ソリスダア及ヒプロクダア、等デアル、カウシセルハ區分ニ依頼人ニ依頼スルコト無クナルヲ職業上ノ習慣トシテアルカ併シ同様ニ他ノ階級ノ辯護士ヲ通シテ依頼シ得ルモノデアル、當事者ハ法律上依頼スル義務ハナキ又當事者ハ、訴訟事件ヲ處理スル権利ヲ有スルモノナルモ法律ヲ知ラサル者カ自カテ、ノ権利ヲ行使セントスルト却テ危険カ存スル、テアル故ニ辯護士同ノ請ニ自ラ其ノ訴訟事件ニ從事スルコトヲ依頼、タメニ愚者ヲ抱ヘタル人ト云フハ味フハキ言葉デアル、

二、令狀 (Warrant)

(三) 令狀ノ效果

訴訟ヲ開始スルニ当リテ第一ニ必要ナルコトハ裁判所ノ本人ヲ正式的ニ求めムルコトデアル、如何トナレバ司法裁判所ハ不法行為ニ対スル賠償犯罪ノ處罰等ハ請求セラル、コトナクミテハ干渉スルモノデハナイ、行為ヲナス以前ニ第一ニ要求ヲ持ツト言フコトハ立法執行行政等ノ如キ國家ノ権力ト異ナル司法権ノ特權トスル、テアル、又被告ニ対シ訴訟手續ハ開始ヲ告知セシムルコトカ必要デアル、併シ裁判所ハ人ノ権利ニ關シテハ其者カ出頭シテ止レテ防禦スル機會ヲ有スルマデハ如何ナル行為ニテモナラレルコトナシト言フカ法律ノ根本原則デアルヲ而シテ給レニ例外ガアル。

既ニ説明セル法規中當事者及シ養護人ノミガ記録ニヨリテ拘束セラルルナリト云フコトハ根本原則適用ノ唯一ノ例外ヲアルコトハ更ラニ論ズルノ要ナシ。

(三三) 令状手續

法律上二個、目的カ令状ト呼フモノニヨリテ違セラレル、令状及ヒ其手續トハ法律上ノ权限ニヨリテ差セラル、文書デアツテ訴訟關係人及ヒ裁判所ノ官吏ニ対シテ行為ヲナシ又ハナサバハルコトヲ命ジ、又ハ訴訟手續ニ示サレタル行為ヲナスヘキヲ知ラシムル一般の明示デアアル、古代ニ於テハ訴訟ハ原告令状ト称スル令状、一種ニヨリ肉始ナレタノデアアル、コノ原告令状ト終局判決、則ニ差セラル、凡テノ令状ハ中司令状ト称セラレタノデアアル、裁判所ノ判決カ其ヘラレタ後ト判決、效力ヲ現英化スルタノニ差セラル、執行令状ヲ發給令状トモ云フ、然ルニ時ヲ起ルニ終ツテ原告令状ハ廢止セラレテ今日ニ於テハ訴訟開始ノ令状モ中司令状ト錯綜スルニ至ツタ、併シ原告令状ナル語ハ時トシテ古代ニ於テ同レラレタル意味ヨリ多少異なる意味ニ於テ通用セラル、コトカアル、訴訟開始ノタメニ使用セラル、多クノ令状ハ此ヲ呼出令状又ハ單ニ召喚トモ称セラル、此レハ被告又ハ特定ノ人ニ対シテ訴訟力既ニ肉始シメト將ニ肉始

セラレントスルコトヲ被告ニ通知スルコトヲ命セラレル裁判所ノ官吏ニ対シテ差スル通知状デアアル、而シテソレニハ當事者ノ氏名、裁判所ニ出頭スヘキ期日及事件ノ性質ニ由ルル陳述ヲ内容トシ、其ノ請求中ニ金錢ノ請求マラバ其ノ價格ヲ記載スルモノデアアル。

呼出令状ハ時トシテ裁判所ノ書記ニヨリテ署名セラレテ差セラル、コトガアル、コノ場合ニ於テ通常ハ裁判所ノ捺印ヲ必要トスレドモ、時トシテハ此ヲナスヘキ权限ヲ有スル他ノ官吏ニヨリテナサレルコト又アリ又時トシテ原告又ハ弁護士ニヨリテナサレルコトカアル。

註(三) *Process*、一般ニ訴訟手續裁判手續ヲ意味スルカ時トシテ被告人喚問手續ヲ意味スルコトモアル。

註(四) *Writ*、英法ニ於テ多ク使用ナル、ノルマン・フレンチ語ノ一ニヨリテ英語ノ *intromediata*、即チ中司ノ意。

(三四) 令状送達

令状ヲ差セラレタル場合ニハ此レヲ被告ニ送達セシメハナラズ、送達ハ

官吏ニヨリテナシレ、若シ令状ヲ特定ノ官吏ニ指定セラレタルモノナレバ其者ニヨリテ送達サレハナラヌカ或ハ其ノ訴訟事件ニ利害關係ナシ人ニヨリテ送達サル、コトモアル、而シテ被告ニ付シテ令状ヲ應取セシメヌハ多クノ場合ニ於テハ本人ニ交付シ或ハ証明アル謄本ヲ其ノ家ニ保留スルコトモアル、

証明アル謄本トハ送達ヲナスコトニヨリテ謄本が真実ノモノナルコトヲ証明シ其後ニ証明 (attest) ノ二字ヲ著シ而シテ最終ニ証明ストノ署名 (Signature) ヲナシタル謄本ヲ意味スルノデアル、

被告ノ所在不明ナル場合又ハ裁判所ノ管轄以外ノ場合ニハ裁判所ノ令ニヨリ令状ノ送達ハ新聞公告又ハ被告ニ其ノ謄本ヲ郵送スルカ又ハ其ノ方法ノ兩者コレヲ為スコトヲ許サザルコトカアル、

或ル種ノ裁判管轄ニ於テハ訴訟ハ単ニ令状ヲ発スルコトニヨリ開始サレタルモノト見做サレ又他ノ或ル場合ニ於テハ令状ノ送達ニヨリテ始メテ訴訟開始セラレタルモノトナス場合モアル、

(三五) 拘束令状

召喚状ニ代ハリ拘束令状カ時トシテ用ヒラル、時ニ被告カ逃走スルノ危険アリ又原告カ判決ニヨリ取得マントスル利益ヲ取得セザラシメントスルタメニ其ノ財産ヲ隠匿シ又ハ処分スル恐レアル場合ニ於テナスモノラル、差押ハ令状ヲ送達スル者ニ——原告ノ場合ヲ除クテハ常に官吏——命令ヲ其フル呼出状トソノ内容ヲ同一ニスルモノナル、執行又ハ差押トハ判決ノ言渡シヲ實現化スルタメニ財産又ハ被告ノ身体等ヲ保護トシテ保管施策スルコトナル、

而シ實際ハ其ノ一被的原則トシテハ長期間被告ノ身体乃至財産ヲ官吏ノ手ニヨリテ保管監禁スルコトハ不可能ナル故ニ被告ハ保障ヲ立テ——身体ノ監禁ノ場合ニハ保釋金ト呼ブ——本人及ビ財産ニツキ若シ請求ヲ受ケタルトキハ直ニ應スベキ事ヲ誓言シテ身体ノ自由又ハ財産ノ恢復ヲ計ルコトヲ出来ル、差押ハ厳正ナル手続ナルカ故ニ其ノ事件及ビ実行方法等ニ固シ多クノ注意ヲ以テ正確ニ規定スル、而シテ此等ノ規定ハ嚴

密ニ遵守スルニ非スハ令状送達ニ關係セル官吏若シクハ多数ノ人ハ不法
 行為者トシテ責任ヲ有スルノテアル、斯カレ令状ノ官吏——即チ送達
 官吏ニ限ラレテハ居ラサルニ——即チ裁判官ニヨリテ察セラル、ノミニ
 シテ此ヲ辱スル官吏ハ宣誓書ノ方式ニヨリ適當ナル証明ヲ示サネハテラ
 ス、宣誓書トハ法律ガ令状ヲ奉スルコトヲ許セル事情ヲ疑存スルコトヲ
 了知セル人ニヨリ事實ノ宣誓ヲナシタル書類ヲアル、原告ハ又執行ノメ
 ヂニ證書ト称スル保證ヲ立ツルコトヲ要求セラレ莫ク保證ハ原告ガ訴訟
 ノ終結マテ執行シ若シ敗訴セル場合ニハ被告ニ對シテ訴訟及ヒ差押ノ費
 用ヲ支拂フタメテアル、斯カレ證書ハ時トシテ呼出状ニヨリ訴訟ニ於テ
 之尙ホ必要トスルコトカアル。

(三六) 令状ノ報告

令状ノ送達ニヨリ被告ハ違法ニ訴訟ノ開始ヲ通告サレタノテアル。係
 シ訴訟ヲ承認スルコトヲ裁判所ニ陳述スル申請ノ完了スルノハ令状ヲ通
 告サレタ時ノミテアル、ナレバ此ノ關係ニ於テ報告ニハ二種ノ意義カヤ

ル、第一ハ送達ノ時場所及ヒ方法ヲ簡單ニ記載シテ承認シ、或ル地方ニ
 於テハ令状ガ送達シタコトニヨリ證明宣誓書合法的送達テアルコトヲ認
 明スルノミテ充介トスル場合モアル、一般ニ官吏ノ報告ハ所謂記録ノ一
 部分ニシテ訴訟當事者ニ對シテハ確實性ヲ有スルモノチアル、而シテ若
 シモ事實カ偽リテアツテ當事者ノ何レカ其ノタメニ損害ヲ蒙リタル場合
 ハ令状ヲ送達スルコトニ對シ賠償ノ訴ヲ提起スルコトヲ得、即チ送達者
 ノ職務ハ事實ヲ正確ニ報告スハキヲ以テ、故テアル、斯クノ如キハ民法
 ノ古キ原則テアルカ、或ル地方ニ於テハ今日ニ於テハ令状ノ廢止ノミナ
 ラス、實際ハ令状カ第三者及ヒ念錢上責任ヲ人々ニヨリ送達サレルト
 云フコトハ全然行ハレナイノデアル、第二ニ令状ヲ送達マシム、送
 達ヲ完了セル後チ訴訟ヲ提起サレタル裁判所ノ書記ニ交付セラル、
 シ此レヲ裁判所ニ對シテ或ハ令状ノ送達 (The return of writ)
 ト云フ、此ノ場合ニ於テ其ノ事件ハ裁判所ニ (in court) スハ裁判
 所ニ繫属スル (Pending in court) トナリ慣ナレル。

二. 出頭 (appearance)

(三六) 其方法

令状ニ記載セラレタル事實ノ以前又ハ当日ニ當事者ハ出頭セネハナラ
 スカ、過去ニ於テハ面當事者カ其ノ記載セラレタル時日ニ裁判所ニ出頭
 スルコトヲ必要トナシ各自口頭ヲ以テソノ要求ヲ陳述シ裁判所書記ニ
 記録シタノテアル、口頭ヲ以テ要求ヲ陳述スル故ニ其ノ記録ハ口述書
 (parol) ト呼ハレタノテアル、又保今日ニ於テハ裁判所ニ出頭スルコ
 ト必ラスニ必要テハナイノテアル、兩當事者ノ辯護士又ハ當事者自身
 若シ辯護士ニ代理セシメタル場合ハ——裁判所ニ繫属レツ、アル、
 辯護士カ從事シ、アル訴訟事件ノ記録ヲ調ヘルタメニ書記ノ保管スル
 帳簿ニ氏名ヲ記入スルノミヲ以テ可シトナシ此ノ帳簿ヲ普通ニ事件簿又
 ハ訴訟記録 (Docket) ト称セラレタ。

(三七) 却下及ヒ缺席判決

當事者ノ一方カ出頭セサル場合ニ於テハ其者ニ対シテ裁判所ノ判決ヲナ
 スコトカアル、若シ夫レカ原告ニ対シテナレタル場合ハ訴訟却下ノ判
 決ト称シ止レ原告ノ訴訟ヲ却下セラレタルコト云フノテアル、而シテ被告
 ニ対シテハ此レヲ缺席判決ト云ハレテ居ル、此ノ却下及ヒ缺席判決又ハ
 當事者各自ノ行為不行為ヲ其ノ訴訟事件ノ放棄又ハ抗弁デアル所カラ法
 理上推論セラル、原因ヲ指スニ用ヒラル。

第三節 辯論 (Pleading)

(三八) 辯論

裁判所ニ出頭シタル後ノ順序トシテハ其ノコトハ當事者カ裁判所及
 ヒ當事者相互間ニソノ事情ヲ知ラシムル為メニ請求ヲ陳述スルコトデア
 ル、コノ手續ヲ法律上辯論ト云フノテアル、普通ノ意味ニ於テハ事件ノ

原告ハ於ケル本議士ノ論議又ハ陳述ヲ本論ト稱シ而シテ此レヲ行爲
 ヲ本論トナスト云フカ止レハ言語ノ正確ナル司法ヲハナシ、余カ既ニ述
 ハタル如ク過去ニ於テハ本論ハ口頭ヲ以テナシ、書記カ之レヲ記録セ
 ルモノヲアルカ近來ハ書記ノ記録カラ本論ニシテ外ニ其ノ他ニ是キナシ、
 而シテ今尚ルソノ言葉ハ三人林ヲ以テ記サレ現今最モ下級ナル管轄叙ヲ
 有スル二三裁判所ヲ除ク外ハ本論ハ書記ヨリテ記サレ裁判所ニ提出セ
 ラレ而シテ保存セラル、タラニ書記ヲ交内スルヲ常トスル、

一 訴 狀 (declaration of complaint.)

(四) 其 他 質

原告ハ請求ノ新狀ヲ提起スルコトニヨリテ訴訟ヲ開始シ、訴訟ニハ第
 一ニ請求ノ原因事實、第二ニ請求自体及ヒ裁判所ニ求ムル救済手段ヲ記
 シ、而シテ此レニハ其ノ事實ニ適用スルハ法律ノ原則ヲ内陳スル必要ナ
 ク、——場合ニヨリテハ必要ナルコトアレドモ——事實カラ誘引ナレハ法律
 上ノ推論ニ必要トシナイノテアル、例ハハ被告カ原告ヨリ取ル物品ヲ一

定ノ價格ヲ以テ買取ケスルコトヲ記シタルハ協定シタル代價ヲ交付フハ
 キハ被告ノ義務ヲアルコトヲ附加スル必要ナク、又原告ヲ殴打シ買傷セ
 シノ夕湯急ニ於テ原告ヲ殴打シ買傷セシムルカラサルコトカ被告ノ義務
 テアルト記スコトハ全クナシ、テアル義務發生ノ事實カ本論セラレタ時
 ニ具ノ義務カ法律上ノ義務ナリ、否ニハ問題ハ裁判所カ當事者ノ
 申告ヲ要セシテ知ルモノト推定サレ、又其ノ事實カ証明スル所ノ證
 據ヲ陳述スルコトモ必要ナシ、ナルハ原告ノ義務ヲ不法ニ侵害シタル
 事ニ對シテ新狀ニハ被告カソレヲ救済スル所ヲ實際ニ見エト原告カ主
 張スルコトハ當ヲ得タル本論デハナイノテアル、其ノ正當ナル方法ハ被
 告カ財產ヲ得ヤ云、タルコトヲ筋原ニ且ソ直叙ニ申告スルコトニアル、
 若シ其ノ陳述カ否認サレタラハ始メニ月ハ天レヲ託訴スル人トシテ
 咬問サレハキモ、テアル、本論ニ同スル幾多ノ法則アルカ皆シ其ノ目
 的ハス、テ當事者ヲシテ明確ニ且ツ順序正シク銘々ノ事件及ヒ其ノ原因
 トナル要求ニ對スル必要事實ヲ述及ナク陳述セシムルニアル、原告ハ
 第一ニ被告ノ義務發生ノ事實ヲ申告スハキテアル、若シモ其ノ義務カ人

ヲ改打傷害シテハナラヌト云フ如キ一般的人ニ平等ニツカハルモノハ勿論訴状ノ中ニハ省略ハレルノ下ル、次ニ原告ハ被告ノ義務違反ヲ構成スルモノトシテ請求スル所ノ行為不行爲ヲ陳述ス可キテアル、ソレカラ損害發生ノ結果、被告ノ性質程度等ヲ陳述シ而シテ最後ニ余ノ既ニ説明シタル如ク其ノ救済ヲ求ムベキテアル。

二 答辯 (Plead)

(四) 猶豫答辯 (Dilatory Plead)

訴状ヲ提出サレタ後々被告ハ一定期日間ニ答弁ヲ提出スヘク、答弁ニ二種アリ、一ハ猶豫答辯也、法定答辯 (Plead in bar) デアル。前者ハ管轄ニ對スル答辯 (本案ノ抗弁) 又ハ妨訴答辯 (手續ノ抗弁) ノ兩者ヲ謂フノデアル。管轄ニ對スル答辯トハ其ノ事件ニ關シテ裁判所ノ管轄ヲ否認スル答弁ヲアル、即チ原告ノ裁判所ニ不法ニ訴訟ヲ提起セルコトヲ主張スルノデアル。妨訴答辯トハ、コノ答弁ニハ管轄ニ對スル答弁ニ性質ニシテ合ムコトアル。ハ訴訟力或ル莫ニ於テ不適當ニ提起

サレタルコトヲ主張スルモノデアル。例ハ、令狀力適當ナル官吏ニヨリ、案セラレテカツタトコト、適當ニ送達サレテカツタコト、或ハ訴訟ニ於テ陳述セシ訴訟ノ原因力令狀中ニ表示シテアルコト、同一テナイ場合、如キデアル、此等ノ答弁ノ何レニ訴状ニ對スル請求ニ答弁ヲナスモノデナイ、原告ハ訴訟ノ原因ヲ有スルモノ否ニ拘ハラズ免ニ漏れハ正當ナル方法ヲ訴訟ヲ提起シナイコトヲ主張スル、ミテアル故ニ是等ノ答弁ニヨリ被告ヲ勝訴トスルニ尚ホ原告ノ請求ノ正當ナルコトニ關スル判決ハシテイナイ故ニ原告ノ同一事件ニ付イテ今一度訴訟ヲ提起スルコトヲ禁スヘキ何等ノ理由ハナイノデアル、即チ斯ク、如キ答弁ノ效力ハ紛争事項ヲ最終的ニ決定スルコトヲ猶豫スルモノデアル、此ニ因ツテ其ノ名ヲ生スルノデアル。

(三) 法定答辯 (Plead in bar)

前述ノ猶豫答弁以外ノ答弁ハ、名称力實際ニ原告ノ訴状ニ答ヘタル事實ヨリ生スルモノ、即チ法定答弁デアル、サレハ斯カル答弁ニ基テ被告

告ヲ断新トスル判決ハ争ノ實際問題ヲ決定シテ其ノ事實ヨリ再生スル訴
訟提起ヲ防止スルノデアル。

(四三) 事實拒否 (Denial) : 無責任 (Denial)

及自認回避、答辯 (Plea in Confession)

被告カ原告ノ訴状ニ答答スル方法ニ三種アル、即チ事實拒否、無責任
又ハ自認及回避ノ答答デアル。事實拒否トハ被告カ原告ノ訴状ノ全体又
ハ主要ナル部分ノ事實ヲ否認スルコトデアリ、無責任トハ訴状ニ於ケル
陳述カ眞実デアルコトヲ認ムルカ併シ訴状ノ有效ナル原因ヲ表示スルニ
ノチハタイト言フコトヲ主張スルモノデアリ、法律上ノ語ヲ以テ言ハハ
訴状ハ法律上有效ヲイト云フコトデアリ、他ノ言語ヲ以テスレハ被告
ハ原告ノ陳述スル所ノ事實ハ訴訟事件トナラタイト主張スルコトデアリ
コノ無責任ナル語ハハルマン、フ、ン、ス、語ノ停止ス、逕殺スルヲ意味スル
モノヨリ奪シタルモノデアリ、其ハ被告カ、裁判所ガ更ラニ進ンテ審査
ヲナスハキヤ否マテ決定スルマテ原告ノ陳述ニ答答スルコトヲ拒絶シテ

訴ヲ進延セシメ得ルノデアル。

自認回避ノ答答ハ被告カ訴状ノ眞実ヲ承認シ而シテ夫レ自体ニ訴訟事
件ノ有力ナル原因ヲ含ムコトニ付テハ争ヒヲミナシイカ、唯原告カ實際請求
額ヲ有セヌコトヲ表示スル他ノ事實ヲ陳述スルニアル、換言スレハ被告
ハ原告カ全体ノ事實ヲ説明セサルコトヲ主張シ原告ノ省略ニテ事項ヲ補
ハントスル答答ニ出ツルモノデアリ、此レ被告ニヨリテ答出サレル新事実
タル唯一ノ答答デアリ、此等三種ノ答答ノ相異ハ次ノ例ニヨリ説明サレ
ル、即チAカBノタメニ猶太人ト呼ンデ侮辱シタトノ理由ヲBヲ訴ヘス
トセヨ、其場合ニBノ答答ハ下ノ如クデアリ、

B ハAヲ猶太人ト呼バナカッタ (事實拒否)
猶太人ト呼フコトハ侮辱ニ非ズ (無責任答答)

A ハ實際猶太人デアリ (自認回避)

註(八) Demurrer、法律上テハ相手方ノ請求又ハ答答ノ不法ナル場合
ニ訴訟進行ノ必要ナキ時ニ判決ヲ受ケントスル抗弁又ハ異議ノ意。

(四) 相殺

自認回避、答弁、特種、モノ、相殺、答弁 (Plea of set-off) ト
訴ス、止レニヨリ被告ハ原告ノ請求ヲ争ハナイテ被告自身独立ノ反対請求
ヲナシ原告ニ対スル債務ヲ求ムルモノヲ云フ、此ノ種ノ答弁ハ被告カ原
告ニ対シ新メニ訴訟ヲ起スト合様ヲアル、以前ニハ止テ争ヤレナカッタ
ト併今日ハ不正ヲ防止スルタメニ權不レテ許サレム、例ハ原告カ欺
産ヲ有セサルモノナトトナシ及ビ被告ハ被告ノ要求ニ基テ訴訟ヲ起シタトシ
テモ何物ヲモ得ルコトカ出来カワタ時ハ二個ノ事件ヲ一度ニ決定シテ
二個ノ訴訟ヲ別個ニナスノ必要ヲ避ケシムルタメニ許サレム、何ントナ
レハ無知ノ人間カ如何ニ反対スルモ似非法律家カ保護士ノ名答アル地位
ニ隨伴スルコトヲ志ル、コトアルモ無用ノ訴訟ヲ阻止スルコトハ法律ノ
根本精神ヲアルカラテアル、誠ニ訴訟ノ本存在ハ國家ノ利益ヲアルト
註(四) Interest rei publicae ut sit finis litium, 訴訟ノ
必要ナキニ至ルハ國家ノ利益ナリ——when the parties and

equally innocent, defendant has the better position.

(四五) 減殺

相殺ハ減殺ト區別セハナラヌ、後者ハ訴訟事件ニ關シテ原告ニヨリ
被告ニ対シテ為シタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲアル。
今若シ大工カ被告ニ対シテ支拂請求ノ訴ヲ提起シタトセヨ、而シテ被告
ハ既ニ代價ノ一部ヲ支拂ヒ且ツ原告ノ仕事ノ粗悪ニシテ支拂額以上ノ價
値ヲ付シト主張シタリトセハ、原告ノ仕事ノ粗悪ノタメニ別引セシメテ請求ハ即
チ減殺ノ請求ヲアル、而シテ相殺デハナイ、後者ハ独立ノ事件カラ發生
セネバナラヌ。

三. 争點 (Issue)

(四) 其性質

若シ答弁カ事實拒否又ハ無責任ナリトスレハ原告ニヨル答弁ハ何等必
要ナナイ、而シ争點、答弁ト呼ブ或ハ被告ハ訴トシテ争トスエトハアル。

此レ當時者力正ニ争矣ニアルト謂フノデアアル、争矣ハ当事者ノ一否ガ事
 実上法律上ノ肯定ヲ主張シ他ハ此レヲ否定スルニヨリテ生ヌルノデアアル
 事矣ノ争矣ハ申矣拒否ニヨリテ構成セラレ、申矣容認官ニヨリテ決定サ
 ルハキ事矣問題ヲ生ヌル、例ハハ人ガBヲ猶太人ト呼ビシハ事矣デアツ
 タカ否カト云フカ如キデアアル、法律上ノ争矣ハ無責任答弁ニヨリテ構成
 セラル、而シテ此、湯合裁判所ニヨリ決定ナルハキ法律上ノ問題ヲ生ヌ
 例ハハ人ヲ猶太人ト呼フコトハ訴訟ヲ提起スルニ充分ナル侮辱デアアル
 否ヤト云フカ如シ、争矣ノ決定ハ事件ノ決定デアアル、若シBカAヲ猶太
 人ト呼ハナカツタラハ何等侮辱ヲ成ムルコトカ出来ナイ、若シハ
 ヲ猶太人ト呼ブコトカ責任ヲ負フ可キ侮辱ヲナイナラバ原告ハ訴訟事件
 ヲ失フノデアアル。

概括的争点 (general issue) ト称セララル、モ、ハ實際ノ争矣ニ
 ハナクシテ而カモ廣キ性質、申矣拒否ノ一體ハ一定ノ形式ニ於テ、訴訟
 ノ実質的陳述ヲ否定スルヲ意味ス。

註(10) issue 紛争、法律上ノ争矣又ハ争矣ニ到着スル、 outcome

論争セル、發表ヲ以テ、 issue of fact、争矣ノ争矣、 issue
 of law、法律上ノ争矣、 to join (take) issue、申矣ヲ協
 定シテ裁判ニ委ヌ、及対側ノ提示シタル争矣ヲ許義スル(争矣ト
 シテ争フコト)

四 答辯後ノ辯論 (pleadings after the plea.)

(四六) 答辯後ノ弁論

下條、若シモ弁論カ白根回答デアアル時ニハ再被告 (replycation)
 ト称スル再度ノ弁論ガ必要デアアル、此レ被告ノ提出シタル新ラシキ申矣
 ニ答弁スルタメデアアル、此ハ要スルニ申矣拒否、無責任及白根回避デア
 ルコトカアル、而シテ弁論ハ争矣ニ違ヌルマテ行フモノデアアル、其ノ次
 ノ弁論ハ各、 rejoinder, surrejoinder, rebutter answer-
 butter、ト呼ブ、 surrebutter 以上ニ弁論ノ進行スルコトハ若シ
 下ナイ、下條終トシテ当事者力其、以上ノ辯論 (plead over) ヲ
 新ナレルコトカアル、即チ新ラシキ争矣ノ發生シタルコトニ基キ裁判ヲ

シイ答弁ヲ提出シ而シテ新ラシキ審査ヲ要スルノデアル。
現代ノ法典及ヒ衡平法訴訟ト称スルモノニ於テハ答弁ノ後答辯ヲ用ヒ
ナイ故ニ時トシテハ争突カ違ヒテトコトヲ明白ナリコトカアル。依
係事件ノ成立スル事案及ヒ法律上ノ問題ハ事案審査官及裁判所ノ權力并
論ノ抽出ヲナスコトニナルノデアル。

第四節 審理及證據
(Trial and Evidence)

一 法律上争突ニ関スル審理 (Trial on an issue of law)

(四八) 言 論

若シ争突ハ法律上ノ争突ナルトキハ必要ナル事案ハスベテ答辯ニ於テ
陳述シ裁判官ハ法規ト参照シテ訴訟ヲ決定ス可キデアル。

併シ前ニ説明シタ如ク裁判官ハ法律ヲ知ツテ居ルト見做サレテモ實際ハ
当事者ノ弁護士ノ答辯ニ依リ補助セラル、モノデアル。
裁判官ハ決定スルモノニ彼ノ前ニ提出サレタル諸突ニ関シテ相当ノ程度
マデ弁護士ノ答辯ヲ聞クコトヲ拒ム権利カ一方、併シ既に同意シタル彼
ハ裁判官ハ弁護士ノナシ答辯ニ対シ停止スルコトハ珍ラシクナイ、何ト
ナレハソノ答辯ハ蛇足ナルカ故デアル。

二 事案ノ争点ニ関スル審理 (Trial on an issue of fact)

(四九) 證據 責任

若シ答辯ノ結果事案争突ヲ究明シタラハ裁判官カ法理ヲ適用スルニ
先テ事案審査官ハ其ノ問題ヲ研究シ且ツ決定セズハナラヌ、此ニ續イテ
争ノ事案ヲ説明スヘキデアム、併シ何者カ其ノ事案ヲ説明スヘキカノ重
要ナル問題ヲ生スル、此レヲ専門語ヲ以テスレハ證據ノ責任ハ如何ナル
人ニ負ハシムヘキカトノ事案ノ意テアル、何レノ場合ニ於テモ審査官ハ
当事者ノ何レカ一方ノ利益ニ決定セズハナラヌ、デアル。

今若シ全ク証據ノ提出アラザルカ、又ハ提出サレタル証據カ事實ヲ証明スルニ不充分ナル場合ハ何レノ由申着カ莫実ナルカヲ如何ニ決定スヘキカ、ソレハ証據ノ責任ヲ有スル当事者ニ於テ不利ナル決定ヲナサネハナラヌコトヲ意味スルヲアル、此事ハ(二三特種ノ場合ヲ除ク外)爭突ノ肯定的ナルヲ主張スル当事者ヲアル、コノ場合相手方ハ消極的ニ否定スヘキヲ証明スヘキノ義務カアルモノテハナイトノ意テアル、即チ相手方ハ何等証據ヲ提出セシテ相手方カソノ事件ノ一應ノ証明ヲナシ終ルマテ待ツヘキテアル、即チ反証カナケレバ彼ノ利益ナル証明ヲ舉示スルモノニ充分ナル証據ヲ提出スルマテ待ツヘキテアル。

若シ証據責任ヲ有スル当事者カ一應ノ事實ヲ証明シナイナラハ当事者ハ却下若シクハ訴訟解除ノ義務ヲ負フヘキテアル、例ハAカBニ賣渡シタル商品ノ代價ニ付シテ新ハタルナラハ、Bカ其ノ商品ヲ買ヒタルノ事實ヲ否認スレバ証據責任ハBカ商品ヲ購入セル事實ヲ積極的ニ説明スヘキ事實ハA自身ニ存スルヲアル、若シBカ購入セルコトヲ承認シ而シテBハ銀行小切手ヲ以テ支拂ヒセシ事ヲ主張シ、Aハ否認スルナラバ

其ノ爭突ハカ、ル銀行小切手ヲ渡シタカ否ヤノ事實ニ係ル、サレバ証據責任ハBニ存シ若シAカ小切手ノ受領ハ承認スルカソノ小切手カ若シ出サレル前ニ銀行カ破産シタメニ小切手其ノモノカ價值ナキヒノトナツタコトヲ主張スルナラハ証據責任ハ再々Aニアルモノトナシ。

註(一) *prima facie, at first appearance*, 一見ニシテ一瞥ニテノ意。

(五〇) 事件ノ開始

証據ヲ差出ス前ニ各訴訟士ハ陪審官ニ其ノ要領ヲ陳述シ、而シテ陪審官ヲシテ証據ヲ理解セシムルニ必要ト欲ムル証明ヲナスコトヲ通常トスルカ此ヲ事件ノ開始ト云フ。

(五一) 證據ノ二種

證據ニ二種アル、一ハ争トナルモノ自儘ヲ陪審官ヲシテ其ノ性質ヲ察察ニ検査スルコトニヨリ此レヲ確カムルタメニ裁判所ニ提出スルニアル。

他ハ争ノ申英ニ于テ知悉セル所ヲ陳述スル証人ノ説明ヲアル。

六〇

(五二) 裁判所ニ提出スルモノ

一例ヲ挙クレハ或ル物品製作ノ程度ニ付イテ争ノ起ルトキニソノ物品ヲ裁判所ニ提出シテ審査官ニ出レラヌノデアル、事實特許訴訟ニ於テハ聲明品ノ種類ヲソノ作用ヲ示スタメニ提出品トシテ用ヰラル、コトカアル、又鉄道車変ノ像破壊セル橋梁ノ属異地因設計音等々是ニ証拠トシテ使用セラル、コトカアル、而シテ後者ハ作者ノ証明トセラル、亦力適当ヲアルカ故ニ第一種ニ属スヘキコトヲアル。

(五三) 證書内容ノ證明

証書ノ長ク大切ナル用込ハ書類ヲ提出スルコトヲアツテ其レハ即チ証書ノ内容ヲ証明スルコトヲアル、一般ニ當事者ハ適當ト考ヘタル各種ノ證據ヨリテ自己ノ事件ヲ証明スルコトヲ許サレル、保シ証書ノ目的ハ人間ノ單純ナル記憶ヨリテ一層明確ニシ格類スヘキ証明力ヲ具備スルコトニ存スルノデアル、若シ証書ノ内容ニ付イテ争ノ起ルトキニ其ノ書類ヲ退ケテソノ内容ヲ單ニ口頭ノ聲明ニヨリテ証明セントスルナラハ其ノ目的ハ企ク増減スルノデアル、故テ証書ノ内容ハ此レヲ示スコト不可

能ニアラザル限リハ裁判所ニ提出シテ止レラ証明スル外ニ方法ナシト云フハ証書法上ノ不易ノ原則ヲアル、併シ裁判所ニ提出スルコト能ハサレ公共的記録ハソノ原本ニヨリテ証明サルヘキデアル、証書ヲ提出サレ而シテ内容ヲ兼証セラレタル場合ニソノ用語ノ意味ヲ口頭ニテ其際ハ異ナル意味ニ用ヰラレタリトシテ変更スルコトハ出来ナイノデアル、例ハハ船荷證券ニ於テ右シ運賃カ十日以内ニ交付ハレサリシラハ運送業者ハソノ運賃ノ交付ハルヘキ貨物ヲ賣却スルコトヲ出来ルトノ規定、(Stipulation) ヲ含ミ、而シテ被告ハ其ノ證書ニ運賃ヲ交付フ人ノ保証ノ裏書ヲナシタル場合ニアツテハ其ノ保証ハ賣却後ニ代位シソノ貨物ハ運送業者ニヨリテ賣却セラルヘキニアラストノ了解ヲ以テ其後セラレ且ツ受テ納レラレタルコトヲ証明スルニ人ハ口頭ノ證據ヲ以テ其後セラレナイモノヲアルコトヲ判決サレタノデアル。

六一

註(三) 船荷證券 (Bill of Lading) 船長又ハ此ニ代ハルモノ、署名ナレタル証券ニテ荷送人ノ委託ニヨリ貨物ノ種類及共ノ委託等ヲ記載シテ三通奉行スルモノナル、一通ハ運送者ニヨリテ一通ハ荷送人ニヨリテ一通ハ船長ニテ保管スルモノナル。

註(三) To endorse upon. 記載ス、署名ス。
to endorse over. 手形等ノ権利ヲ他ニ譲渡ス。
endorse or, 兼書人 endorsee 被兼書人
註(四) in line of ... ヲリニ

(五四) 口頭証據、許容ナル、目的

併シナカラズ、原則ハ書式アルモノ而シテソレニ記載セテレタル記名者ニヨリテ書カレタルモノ又ハ其ノ中ニ書カレタルモノヲ存在スルモノ及ソレノ物品ハ何處ニテソレ何如ナルモノナルカト云フコトヲ証明スル趣意ニテ提出サレタル口頭証書ヲ除外スルモノヲハナイ、例ハ右シテ

ノ行為ニヨリテ B = B backacre ト稱シテ新地ノ所有權ヲ譲渡シタル場合ニ若シ使目ノ事件ニ付キテ争カ起テタルナラハ一定ノ地所ヲ台メ一定ノ境界ヲ有スル一定ノ耕地ハ証書ニ記載シタル同一ノ土地アルコトヲ口頭ヲ以テ証明スルコトハ許容ナルカ故ニ許容セラル、モノナル。

(五五) 證人ノ出頭

證人ノ出頭トハ刑罰令狀 (Writ of Sub Poena) 又ハ特トシテ石炭狀ト稱スル令狀ノ方法ヲ以テ行フナル、此ハ裁判所又ハ裁判官更ニヨリテ祭セラル而シテ証人ニ宛テ、其ノ事件ヲ証明スルタメニ記載セラレタル日マテニ裁判所ニ出頭スルコトヲ命スルモノナル、若シ此レニ服セザルトキハ罰ヲ受クハシト命スル所以ヲ以テゴノ名條ヲ違ジテアル、若シ証人カ出頭シナイ時ハ拘引狀ト稱スルモノ令狀ヲ裁判所ヨリ祭シ、裁判官更ニ対シ証人ヲ取り押ヘテ裁判所ニ拘禁スルコトヲ命ス、其際被ハ証書ヲ強制サレ而シテ被カ最初ノ訊問ニ應ジ

ナカッタコトニ対シテ正当ナル理由ヲ陳述スルニアラザレハ不出頭ニ対シ裁判所ヲ監視セル旨ニヨリ及罰、責ヲ受フハキモ、デアル。

註(五) *Captains — you may take.*

註(六) *contemps of court, 法官又ハ法定侮辱罪 Contemp*
犯罪ノ意

(五六) 證人ノ審問

証人ハ最初ニ眞実ヲ陳述スルコトヲ誓言セシメラレル。次ニ依テ所出シタル当事者ニヨリ訊問セラル。其ノ後ニ相手ノ當事者ハ証人ニ反対質問ヲナスノ権利カアル。乍倂反対質問ハ証人カ既に証明シタル事項ニ限定ナレハナラズ、反対質問ノ後々反対質問ニ基キ提出ナレタル事項ニノミ限リ陳述スルコトヲ許サレタ所ノ再訊問カアル。而シテソノ後更ニ第一ノ反対質問ヲ許ス、時トシテコノ上ノ訊問又ハ反対質問ノ許ナルルコトカアル。

註(七) 反対質問トハ當事者ノ一方ニヨリ相手方即チ反対ノ當事者、証人ヲ訊問スルコトニテ一般ニ訊問ノ後ニ行ハレルヲ時トシテハ例外カアル。

(五七) 調書

若シ証人カ逐隔ノ地ニアルタメ、身体虚弱ノタメ或ハ裁判所ノ管轄外ニ居住スルタメニ裁判所ニ出頭スルコト難ハサル場合ニハ當事者ハ証人ヲ他ノ場所ニ於テ取調ヘルコトヲ許サレル。而シテコノ証言ハ文書ニ記シ以テ審問ノ時ニ審査官ニ讀ミ聞カセル。斯カル書類ヲ調書ト称スルノデアアル。

(五八) 證人ノ資格

以前ノ訴訟事件ニ於テ金錢上ノ利益ヲ有スルモノ時ニ若シ彼レカ一方

、当事者ヲアツタナラハ其ノ証明ハ普通ノ場合ニ於テ信用ノ價值カナイ
 照偽証ノ致キ誘惑ノ下ニアルモノナレハ証人トシテ許スコトハ危險テア
 ルト認メラレ又道德的弱性ノ欠餘シテ居ルト考ヘラレトモ即チ宣誓ノ
 義務ヲ解セサルモノ或ハ虚言ヲ言フ性度ヲ有スルモノ例ハハ犯罪者
 (Criminals) 精神論者 (athletes) 等ノ精神ノ人間ハ証人タルコ
 トヲ除外ナレル、併シ今日ニ於テハ此等ノ資格ハ恐ント廢セラレ、而シ
 テ審査官力此等ノ事情ハ証據力ヲ如何ニ多ク減減セシムルカヲ判断スル
 資料トシテ残スニ至ツタノテアル。

(五) 証人ハ只事實上ノ事項ヲ証言セバナラヌ

此ノ理ノ証據ヲ提出スル法律上ノ原則ハ証人ハ自己ガ親シク熟知セル
 事實ノミヲ証言セバナラヌト云フコトヲアル、此レハ二ツノ要素ヲ有
 スルモノト考ヘラレル。
 例ハハ人ノ死カソノ災ナル傷ノ原因ヲナシタリ否ヤト云フ問題ニ於テ

証人ハ其ノ傷ノ性質及ヒ負傷ト死トノ時間トノ状態ヲ証言スルコトヲ
 許サレルノミテアル、此等ハスベテ証人ノ熟知セル範圍内ニアル事實デ
 アル。

又保証人ハソノ死ハ傷ノ原因ヲナシタト云フコトヲ証言スルコトハ出来
 ナイ、何トナレハ止レ事實ニヨル推論ヲアツテ事實審査官ニヨリテナカ
 ルヘキコトヲ証人ニヨリテナナルヘテコトニ非ラナル故デアル。

(六) 専門家ノ証言

コノ法則ノ一ノ例外ハ専門家ノ証言ト呼ハル、場合ニ許サレルコトデ
 アル。

専門家トハ或ル特殊ノ學術技術及ヒ業務ニ熟達シタ人ヲアル、事件ニ於
 テカ、此熟達ハ事實ヲ正確ニ推論スルタメニ要求ナレ、而シテ専門家ト
 認メラレナイ所ノ事實審査官力推論スルコトハ不適当デアルト推定サレ
 ル場合専門家ヲ証人トシ且ツ適當ナル推論ヲナスタメニソノ意見を徴ス

ルモノトミテ喚問セラル、ノデアルニ
 被告スレハ専門家ハ審査官ニ対シ推論ヲ提供スルコトカ出来ル、不審ニ
 ミテ等ニ并スルコトナレトモ、再問家カ意見ノ相違ヲ来シタル場合ハソ
 ノ両者ノ何レニ決定スルカハ事實審査官ノ裁量テアル、審査官ハ例ヘ不
 充テアルトモ何レヲ信スベキカノ意見ヲ決定シテハナラヌ、前折
 ノ如キ場合ニ然ラズシ証人カ醫師ナリシ場合——即チ要領ニ于テノ事
 實ノ専門家ニ依ハソノ死カ要領ノ原因ニヨリタルヤ否ヤノ意見ヲ陳述ス
 ルコトヲ許サレル、カ、ル場合ニ醫師ハカ、此要領カ通常死ヲ伴フモノ
 ナリヤ否ヤヲ尋ネラル、コトカアル、此レ勿論最格ニ言ヘハ意見ニ則ス
 ル尚疑テハナイ、殊ニ事實ニ于テハ証人ハ職務上ノ性質カラシテ特別
 ナル知識ヲ有スルモノト認メラレル故ニ尚疑ハ正確ニハ一狀原則ニ支配
 サレ例外ノ場合トハナラヌノデアルニ

(六) 証人ノ知識、傳聞

第一ニ証人ハ自ラ熟知セル事實即チ普通ノ言葉ヲ以テスレハ故自身ノ
 知識ニ于テハ事實ノミヲ証言セバナラヌ、而シテ外ノ人ヨリ傳聞マシ
 コトヲ傳述スコトヲ禁スル、コノ種ノ知識ハ傳聞 (hearsay) ト呼ハ
 レニ、特殊事情ノ外ハ排除サレル、今止レテ列挙スルノ違テキヲ以テ
 略ス、依リニAカ一定ノ時刻ニ一定ノ場所ニ居ッタカ否ヤノ内職アリト
 スレハ証人ハソノ時刻ニ該場所ニ居ッタ現ニAヲ見ヌト証言スルコトカ
 出来ル、或ハ被ハソノ通達ヲ通過シテAヲ直接見ナイカソノ語ヲ傳
 Aノ声テアルコトヲ認識シタト証言スルコトカ出来ル、或ハ其ノ後
 モナクソノ場所ノ方向カラAノ来ルヲ見ヌト云フコトカ出来ルカ作シ
 Bカ其ノ時ソノ場所ニ居ッタソコニAノ居ルヲ見ヌト云フコトカ出
 リ即チAト云フコトヲ証言スルコトハ許サレナイ、ソノ違テキナル方法ハ
 Bヲ証人トシテ被ハソノ見ヌコトヲ語ラシムルタメニ喚問スルコトデア
 係ニBヲ証人ニナスコトカ出来ナイ場合、例ヘバ其殺死言シヌハ其國
 去リタルナラバトテ猶証人ハBカ依ニ告ゲタコトヲ傳述スルコトハ許サ
 ナイ、何トナレバ今傳聞ノ証言ヲ許スニトニヨリ訴訟審理上ニ然ラズ

捏造的、被告ノ機會カ増シ新次ニヨリ發生スル結果ヲ價フ、衛子ヲ
失フマウニナルヘキヲ以テアル。

七〇

(四三) 直接証據、間接証據

証據ニ直接ト間接トアリ、後者ハ時ニ事状又ハ推定証據ト呼ハレル。
直接証據トハ事トナレル事實ヲ直接ニ証明セントスルモノデアル、然ル
ニ間接証據トハ其他ノ事實ノ存在ヲ証明セントスルモノデアル、事實カラ
事ノ事實ノ存在ヲ推定セントスルモノデアル、今若シBカピストルニテ
殺サレ而シテ証明スヘキ存在ノ事實ハAカ證人ニシテAヲ射撃シB
テアルナラハ証人ノ証言ハ謀殺ノ當時現場ニ証人カ居ッテAカ射撃シB
カ倒レテ死ンダノヲ見タト、事ナラバ此ニ直接ノ証據アアル、併シ若シ
証人カ謀殺ノ以前ニAニBカ怨ミヲ述ベ撃テ殺ス意思ヲ屢々宣告スルカ
耳ニセリト証言スルナラハAノ証據ハ間接証據テアル、証言ニヨリ直接
ニ証明ナレル事實ハAカ新カ爾語ヲ屢々言フタト云フコトテアツテ此レ

ニヨリテAカオソノ表示ニダ意思ヲ實際ニ実行シタモノトシテ多分有力ニ
推定サレルノチアル。

(四二) 立証事實

証明ヲ陳述スルコトハAノ証明自体ノタメナクAノ証明ニヨリ他ノ
事實ヲ推論サルヘキタメニ証明ナレル事實ナラハ此レヲ第二事實 (Se-
condary) 立証事實 (probative facts) ト称スルノデアル、而シ
テ立証事實ヨリ推論サレタル事實ハ直接ニ事件ニ關係シ而シテ推論ノ事
實トナル、此ヲ第一事實 (primary) 又ハ主ナル事實 (Primary-
real facts) ト言フノデアル。
上述ノ例ニ於テ若シAカBヲ謀殺シタコトニ付イテ起訴セラレ而シテ
ソレカ犯罪ヲ以テ答弁シタ場合ニソノ主ナル事實ハ
一、 Bカ起訴セラレタ通りニ實際殺サレタコト
二、 AハBヲ殺シタ本人ナルコト

七一

三、ムカビヲ殺シテ事情ハ謀殺ノ罪ニナルニト
并以上列於ニタル中実トナルノデアリ

註(一) *Ex prosequente*. 起訴者トシテ 被告ナル

Prosecution. 起訴告発 *Prosecutor*. 起訴者、告発人

Public prosecutor. 検事

(六) 間接證據ノ連鎖

時トシテハ主タル事實カ論セウレ、而シテ此レニヨリ主タル事實存在
カ推論シレルコトカアル、或ハ初メ、證據事實ト立タル事實トノ間ニ數
箇ノ證據事實ノアルコトカアル、此レヲ間接證據ノ連鎖ト称スル。連鎖
ノ例ハ後トニ簡單ニ説明スベシ、セ、ル連鎖ニ於ケル最初ノ立証事實ハ
常ニ直接證據ニヨリ証明サレホハナラヌ、即ケ物ヲ裁判所ニ提出シ一人
スハ教人ハ証人カソノ求知セル事項ヲ陳述シテ証言スルコトニヨルモ、

テアル。

(五) 堆積證據

多クノ事實又ハ立証事實ノ連鎖カアリ、各自互ニ独立シテ居ル時ニ在
タル事實ノ存在カ推論サトルソノ證據ヲ堆積證據ト云フ。
堆積證據ノ由テ来タル有力ナル所以ハ立証事實又ハ立証ノ連鎖カアリ而
シテ各自互ニ独立シテ居ルコトデアル、若シ立証事實ガソノ數少ナク而
シテ尚ソノ媒介カ相互ニ相係附シ或ハ同一ノ未來ノ事實ニ依ルカ又ハ同
一ノ原因ヨリ生スルナラバソノ力ハ微弱デアリ、反対ニ独立ノ立証事實
ノ多數數ハ卷々累々積積スルニ足ル性質ヲ有スルモノデアリ、此レハ証
人ノ証言ニ付テモ同ジク眞理ヲ示ル、若シ證據事實カ多數アリ積立ニ依
テ、知識ヨリ生シ、而シテ互ニ連鎖スルノ機會ヲ有シナイモノナラバソ
ノ結合証明ハ有力ナルモノデアツテ例ハ信用ノ少ナイ又ハ皆無ナル人間
ノ証明ヲモ信スルコトカ出来ル、今月カ日ヲ謀殺シタコトニ對シテ訴ハ

ラレ上述ノ第二、即チ主タル事實ヲ証明スル證據即チAカBヲ殺シタコト、事實ヲ証明スル證據ハ火ノ如クデアル。

一、証人ハAカBヲ撃チ死セシメテ死セシメタルヲ見タト証言スル。殺シタ後遺骸ノ一部ト見ラレル印刷紙ノ一片ヲ拾ヒモストル。

二、遺體ニ使用サレタ如ク裂ケ且ツ黒ズンデ死体ノ側ニアリ而シテ少シ離レテ本カアリ、ソノ本ノ被シタ箇所ヲ前ノ紙片ト符合シテ并ル前シテソノ本ハAカCヨリ報告ノ少シ前ニ借リテ返還シナイモノデアルコトヲCカ証言シタ。

三、AカBニ對シテ述ベ而シテBヲ殺スト言明シタ。

四、一弾丸ガ一定ノ大サノ傷口ヨリ穿兎セラレ、片ハ逆腹ソレト同シ太サヲ彈丸ヲ裝填スルピストルヲ求メタ、而シテ斯ナルピストルハ普通ニ製造販賣セラレタルモノデナイト。

茲ニ茲チAカBヲ殺シタ犯人テアルトノ證據ハ一部ハ直接一部ハ間接ノ四ツノ異ナル證據ヨリナル推積的證據デアル。

斯ナル場合ニ於テハ上ノ表ニ掲ゲタル事實ハ二ツ以上ノ證據事實ニ依

リ証明サルハチニ尙ハラズ推積的ヲナイト云フコトヲ注意スヘキデアル。殺人カAノピストルヲ行ハレタト云フ事實ハ三箇ノ事實カラ推論サレル。其第一ノ二箇ノ事實ヲ証明スルニ何レモ必要欠クハカラサルモノデアル何レモ一ニ單独ニハ推論セラル、ゴトカ出来ナイ。第二ノ事實ハ一部ハ推積的ヲアル即チ其ヲ尙シテ推論ヲ生シ得ルカラテアル。同様ニ裝填シタモノハ書籍ノ一部ヲアツタコト、事實ヲ証明スルハ推積的デハナイノデアアル。

註(二〇) コノ表ハ本書ニ於テハ右畧ニタリ、原書四十六頁ヨリ四十七頁ニアアル。

(二一) 證據及證明、兩者ノ區別

證據ト証明ト區別ハ先志ニテ記述セシメタルニ、殊ニコノ證ハ保護士ニヨリテスラ混同シテ同セシムルコト以テ一層ノ注意ヲ要スル、証人ハ實際ニアル事實ヲ確定スルコトデアリ、證據ハ手段ニシテ証明ハ目的ヲ

アル、証明ハ證據ニヨリテ達セラレル、稍々異ナル意味ニ於テハ証明ハ
實際ニ事實ヲ確定スルニ充分ナル證據ノ分量ヲアトト云ハレル、コノ點
ノ用事ニ於テ、又ハテ、證據ハ事實ヲ確定スル一方ナリ、証明ハ實際ニ
事實ヲ確定スルモ、テアル、證據ト証明ト、相違点ハ程度ノ相違ヲアツ
テ性質ノ差異ヲハナイ、AカBナ情ニ由レテ殺シテシタ事實ハ疑ヒセ
ナクBカ殺サレトカ此レヲ殺シタ證據人ナルヲ、伴ニ由スニモ事實ノ充
分ナル証明トハナラナイ、何ントナレハAカ殺シ謀殺計画ヲ放棄スルニ
トモアリ得ヘク、又實行スル後命ヲ得ル以前ニ他人ニヨリテ行ハル、コ
トモアリ得ルカラデアル。

(六七) 證據ノ諾否、證據力及兩者ノ區別

事實審法官ニ非専門家、事實審法官ニヨリ正確ナル結論ニ達スル如
キ事實問題ノ研究ハ頗ル困難ナル事項ヲアル、而シテ審法官ハ證據事實
ノ群集ニヨリ混惑セラレシ、此ニ対シ注意ヲ喚起シ而シテ眞實ノ争負

ヲ失ハナイ様ニスル責任カアル、法律ハソノ注意ヲ出來ルタケ僅少ノ事
實ニ限定スルコトヲ顧慮シ而シテ實際ニ事實ノ証明トナラナイ所ノ證據
トニテ提出シタガ、事項ヲ除外スルコトニ切ナル、コノ義務ハ裁判官
ニアル、裁判官ノ義務ハ當事者ニヨリ提出サレテ主張セラル證據事實ヲ調
査シ而シテ真相ニ主タル事實ヲ証明スルコトニ参加セズ、或ハ主タル事
實カラ推論シ得ル證據事實ヲ証明スルニ依立タナイモノヲ事實審法官ノ
前ニ提出スルコトヲ禁スルニアル、又洋裁判官ハ實際ニ於テ當事者カラ
要求サレルニアラサレバ審査官ニ行ハシムル證據ヲ禁スルモノヲアル、
而シテ當事者ノ一方ヨリ要求スルコトヲ證據ニ対シ異議ノ申立ヲナスト
云フ。
是レ若シ當事者ノ一方カ相手方カ反對ノ證據ヲ提出スルコトヲ承諾スル
ナラハ法律ハ一概ニハ干渉シナイモノヲアル、而シテ承諾士モ實際要々
此カ行ハル、コトニ同意スル、被告スレハ裁判官ハ證據ノ諾否ニ依リテ
決定ヲ要求サレル、即チ實際證據ヲアルモ否モハ法律問題ヲアルト称セ
ラレル、此ニ反シ一度許サレタル證據カ証明ニ相当スルモ否モ或ハ倍ス

ル價值ノアルヤ否ハ全無事實審査ノ問題ナリ、即チ事實ノ問題ナ
ル。コノ區別ハ通常證據ノ能及ビ證據力ノ區別ト稱セラル、コノ問題
ハ法律上ノ問題ナリ、證據力ハ事實ノ問題ナリトス。
既ニ説明スル如ク利害關係ヲ有スル者犯罪人及ヒ無神論者ノ説明
ニ反対スルコトハ以前ニハ能ク否ノ問題テアツタリ今日テハ半ニ證據力ノ
問題トナリ両者ノ區別ニ理論上明瞭ナルナレトモ實際上頗ル困難ナル
問題ナリ。更ニコノ區別ハ唯ニ法律上重要ナル、ミテナク如何ナル問
題ヲモ正確ニ考フルニ必要ナシ一ツテアル。

(六八) 證據力ニ関スル法律上ノ独断

吾人ノ知ル如ク推定ノ問題ヲ考フル時ニ法ハ時トシテ如何ナル推論力
事實カラ導カレ幾何ノ證據力法律上ノ目的ニ対シテ証明トナルタロウ
カト、問題ハ独断の原則ニヨリテ定マシ。土地以外ノ物カ力賣却ナレ
場合ニハ買主ニ引渡サレホカラスト云フコトハ英法ノ一般原則トスル

所ナリ、而シテ若シ其ノ物カ力賣主ノ右有ニ止マシラハコノ事實ハ
ソノ賣買カ賣主ニヨリテ權利ヲ取ルセントスル意思ニヨリテナレタ
證據テアラウ。故ニ故律ノ關係アル限リハ避ケラルヘキモノテアル。コ
ノ取取ノ推論ハ及取シ得ルヤ否ヤ、或ハ專門語ヲ以テ云ハハ事實ニ於テ
斯カル意思ノナカッタコトヲ也、證據ノ証明ニヨリ及取シ得ルヤ否ヤハ
大ナル疑問トセラル、所テアル。原告スレハ賣主ニヨル右有ノ留保ハ半ニ
法律上證據ヲアルカ否ヤ又独断ノ法則ニヨリ取取ノ充分ノ証明トナルカ
否ヤハ半ハレタル所テアル。後者ハ法ノ構成上英國ニ行ハレ前清ハ米國
ニ於テ專ラ行ハレル。

(六九) 證據ハ弁論ニ對應シナケレハナラス及ビ不對應

二種ノ證據、何レカ要ナルヤハ弁論ニ對應シ而シテ、主張ヲ支持ス
ルニアル、如何ナル出申者ニ弁論ニ於テ陳述ナキイ所ノ諸點ヲ審理ニ於
テ蒙リ証明スルコトハ出来ナイコトテアル、蓋シ斯クノ如キハ相手方ヲ

荷感シ不曲ノ利益ヲ得ルニ由ルカラテアル。法則ハ當事者カ購ダントスルニハ凡テソノ主張ト証明ニ從テ勝ヲ不ハナラト云フコトニアル。衆論ト記録ノ不一致ヲ不対底ト称シ、而シテ昔ハ訴訟事件ニ及クヘカラテハ緊要ノモノニアツタカ現今ニ於テハ後ニ証明スヘキ性質ノ費用ヲ私フテ衆論ヲ修正スルコトヲ得ルヲ普通トスル。例ヘハ若シ原告カ一定ノ期間ニ家屋ヲ建築スル契約ニ対シ被告ヲ契約違反トシテ訴ヘ而シテ其ノ記録トシテ契約書ヲ提出シテソノ契約書ハ原告カ或ハ材料ヲ供給スルナラハ一定期間内ニ建築スル旨ノ書面ヲアツテ被告カ此レニ署名シタモノナラハ此レハ不対底テアル。何ントナレハ記録トシテ提出シタ契約書ハ衆論ニ於テ主張スル契約中ニ念マレサル條件ヲ有スルカラテアル。例ヘハ原告カ材料ヲ供給シソレカタノ被告ノ契約ハ實際原告請求ノ如ク無條件ノモノトナツテモ記録ハ却下サレルモノテアル。

註(一) *Secundum allegata et probata = according to what is alleged and proved,*
主張シ証明スル所ニ從ヒテ。

(X〇) 辯護士ノ弁論

記録カスヘテ提出サレタ後双方ノ辯護士ハ審査官ニ陳述ヲナシ、而シテ審査官ハソノ事實ノ如何ナルモノナルカヲ決定シ次イテ判決カ英ヘラレルクノニ此レヲ裁判所ニ報告スヘキテアル。

(X一) 事實ノ認定

(一) 決定書ニ依ル。陪審官ニ対スル命令
此レハソノ事實カ陪審官ニヨリ、裁判官ニヨリ、又ハレフトリ或ハマスターニヨリ審理サレ、ソレニ從ヒ夫レ天ニ異ナル方法ヲ採ル。此等各自ノ方法ハ別ニ記スルコトニシテ今ハ陪審官ヨリ知レル。
弁護士カ衆論ヲ終リタル後ニ裁判官ハ陪審官ニ対スル命令ト呼ブ陳述ヲスル。コノ陳述ニ於テ記録ヲ証明シ記録ニ付イテ決定シ得ル事實ニ関ニテ異ナル結論ノスヘテヲ指摘シソノ結論ノ何レカニ違スルニ從

レ生スヘキ法律上ノ諸種ノ法則ヲ説明シ而シテ法ノ要求スル如キ決定
 ヲ報告スルコトヲ命スル。今AカBヲ殺害ニ対スル訴訟ニ於テ裁判所
 ハ陪審官ニ次ナリ、如ク命スルコトモアルベシ、若シ諸君カAハBノ殺
 害ニ対シ自己ヲ防衛スル必要上Bヲ殺シノト決定スルナラハ、
 ハ正当防衛ノ殺人 (Justifiable homicide) たり前ニテ
 無罪ノ決定ヲナサズバラス。

若シモ反対ニ其ノ殺人ハ論争中突然ニナレ防衛ノ夕ノテハナク保
 殺ノ意思カナクツタト決定スルナラハ、ノ犯人ハ殺人罪ヲ犯セルモノ
 ト決定セズナラヌ、而シテノ殺人ハ謀ヲ謀リシノ結果ヲアツテ而シ
 テソノ争ハ故意ニAヨリ惹起サレタル行為ニ対スル口実又ハ機會ヲ安
 フルモノト決定スルナラハ謀殺ノ決定ヲ報告セズナラヌ、次ニ債
 務ニ関シテAカBヲ斬ハタル場合ニ於テ被告ハ或ル銀行宛ノ第三者ノ
 小切手ニヨリ支拂ヲナシソノ銀行ハ小切手ヲ提出スル前ニ破産シタト
 主張シ而シテソノ争莫ニ関スル河懸ハ原告ハ自己カ是非共支拂トシテ
 小切手ヲ取ツタカ又ハ半ニ被告ニ代ツテ取立テルヌメニ受ケ取リ而シ

テ彼ノ債務ヲ支拂フタメニソノ所得ニ充テタカ否々ノ場合ニ於テ裁判
 官ハ陪審官ニ訓令スルコトカアル、即チ法律上ノ法則ハ小切手ハ夫
 トシテ受ケ取ルニアラサレハ夫夫トナラヌトノ事實ニシテ而シテ小切
 手カ当事者間ノ協約ニヨリ債務ノ決済トシテ受取リタルモノト認定ス
 ルナラハ被告ニ対シ有利ナル決定ヲ與ヘナラヌ、而シテ若シ然ラ
 ハ原告ニ有利トナセバハナラヌ、陪審官ハ裁判所ニ対シテ報告即
 チ事實決定否ニハ詳細ニソノ事實ヲ報告セズ、又明カニ争突ヲ決定
 セズ、併シ裁判官ノ訓令ヲ受ケ熟考シ而シテソノ事實ノ存在ヲ決定シ
 裁判官ノ説明シタル法則ヲ放棄ノ意見ニタル事實ニ據テ而シテ裁判
 所ニハ半ニ概括的結果ヲ報告スル、刑事事件ニ於テハ犯人ハ有罪ヲア
 ルカ(時トミテ罪名ヲ挙クルコトモアル) 或ハ無罪ナルカ、而シテ民
 事上ニ於テハ原告ノ請求カ若シ必要アレハ損害ノ賠償額ヲ附加スルコ
 トアリ、又ハ被告ノ請求ヲアルト認定スル決定書ヲ複製スルニハ金費
 ノ同意カ必要ナル、若シ不同意ナレハ新事実ノ審査カ他ノ陪審官ニ
 ヨリテナサレム、上述、如ク陪審官ニヨル審査ハ事實ヲ発見シテ而シ

予法則ヲ適要スルモノヲアツテ吾人ノ所謂正式ノ訴訟手續ノ順序ヲ表列シタルモノデアル。事實審査官ノ事實ヲ察見シ裁判官ニ報告スル代リニ裁判官ノ豫メ仮設的ニ法則ヲ適用シテ事實ノ諸種ノ可能的ノ結合ノ場合ニ法則ヲ適用シテ陪審官ハ此等ノ起リ得ヘキ諸種ノ連合ナル事實ノ何レカ其ノ事實ヲアルカヲ判決シ一部ハ事實ニ對スル自由ノ判断ヲ基礎トシ一部ハ豫メ裁判官ノ特ニ事實ノ陳述ニ適用スルモノトシテ英ハタル法則ニヨリ決定書ヲ其フヘキテアル。併シカク順序表列スルニ拘ハラズ判決ノ要素タル事實審査官ノ事實ノ調査及ヒ報告並ニ存在事實ニ對スル裁判官ノ法律適用ハ尚保サレモテアル。

(七二) 陪審官ニヨル審理上ノ長所短所

陪審官ハ裁判所ノ判令ニ服従スルノ義務カアル。而シテ裁判官ニヨリ與ハラレタル法則ヲソノ裁定セル事實ニ適用スヘキモノデアル。併シナガラ判定書ハ通常ハ條シヒラヌシ又常ニ然ルニアラヌ。概括的格式ニ於

テ報告スルカラ彼等ノ長所義務ヲ尽セルコトハ實際ニ確保スル方法カナ
イ、何ントナレハ度々呈示スル所ノ審ク、予判定書即チ止レハ恰モ故意ニ事實ニ對シテ誤判シタモノトシカ思ハレナイ程明白ナル裁判ヲ提出スル場合ニ彼等ハ裁判所ノ判令ヲ誤解シタカスハ故意ニ判令ヲ違反シタカ
若シタハ他ニ取リテ眞實ト思ハル。コトヲ實際ニ於テ異ナル意見ヲ持シテ判定シタカ或ハ半ニ偏見、出木心又ハ全ク見当違ノ事項ヲ殊更ニ審査ニ引用ナレタカ、或ハ女訴訟當事者ノ美貌カ彼等ニ影響シタカドウカヲ決定スルハ可成リ困難デアリ又ハ不可能ノ事デアル。斯カル場合ニ此ノ不正ナル事實判定ヲ覆ヌ何モノモナイ、何ントナラハ事實ノ誤認ニヨリテ英ハラレタコトデアルカ此等ニ付テ法律ハ陪審官ヲ唯一ノ判定者トナスカラテアル。裁判所ノ決定ヲ事實判定ヲ恣ニ反スルノ理由ヲ以テ新タニ審査ヲ命スルハ等ニ非常ナル場合ノミデアル、即チ實際ニ判定事實ヲ支持スル證據カナク且ツ其故ニ善意ノ過失ナハニ普通可能性ノナリ場合ノミデアル、是等ノ理由ニヨリ且ツ事實ノ長クニテ諸種ナル條項ヲ把握スルニ多數ノ陪審官ノ無能デアルタメニ現代ノ社會的經濟的條件ノ

複雑増加スル如キ事実カ益々裁判所ニ提出セラレ從ツテ陪審官ニヨル審
査力急激ニ廢滅ニ歸セントスル傾向ニアルヲアル、併シコノ制度ハ急
激ニ廢滅スヘシトハ思ハレナイ、如何トナレハ裁判所カ政府又ハ政治的
権威ニ帰屬シ特殊ノ問題ニ於テ公平ナル審理ヲ度ケル唯一ノ機會ハ英國
ノ陪審官ニ見出サレタ時代ニアツテハ當時ニ人ハ無學ナル陪審官ニ却テ
其ノ事實ヲ調査セヌニ自己ノ理性ヨリノ判断シテ事實審查官ニヨリ審
査力少ナイト考ヘタコトカ今猶人々ノ腦理ニ記憶サレテテカラテアル。

(七三) 事實ノ認定

(一) 裁判所ニ依ル

事件カ裁判官ノ前ニ於テノニ審理サレル場合ハ裁判官ハ法律ノ事實
トテ取式上區別ラセヌ、唯事件ヲ調査シ兩当事者ニ判決ヲ與ヘルヲ通
常トスル、法律上ノ錯誤ヲ容易ニ訂正スルヲ以テニ裁判官ニヨリテ
ナサレル事實ノ問題ニ測シテハ審查官トシテ止レラ行フ場合ニ裁判官

官ノ決定ハ陪審官ノ場合ノ如ク詳細シカクモナラズ、而シテ裁判
ノ決定ヲナスコトヲ防クタメニ判決ノ與ハラル、前ニ法律ニヨリ陳述
書又ハ詳細ニ事實ノ認定書ヲ作り又ハ要旨ニヨリテ作ルコト優々ア
リ此等ノ書類ハ記録ノ一部ヲナスモノテアル。

(七四) 事實認定

(一) 参考人ニ依ル、参考人ノ報告

事件カ参考人ニヨリテ審理サレル場合ニハ参考人ハ報告ト称スル事
實ノ認定書ヲ詳細ニ作製スルモノテアル其ノ書類ハ裁判所ニ提出スル
モノテアル、併シナカテ参考人ノ報告書ハ受理サレルモノテハ記録ノ一
部トハナラナイ、参考人ニヨル事実ノ審查ハ普通ノ裁判官ノ前ニテ行
ハル、モノテナイカラ時トシテ参考人ハ裁判官ノ前ニ提出スル證據ノ
諾否ニツキ豫メ決定スルコトカ必要トナル、法律上ノ問題ヲア
ツテ裁判官ノ外ハ何人モ終局的決定ノ権利ヲ有シテナイ、故ニ参考人

ノ決定ニヨリ権利ヲ侵害ナレタト思フ者ハ報告受理ニ対スル抗弁
 (Remand) (Remand) ノ方法ニヨリ或ノ問題ヲ裁判官ニ提出スルコト
 カ出ルル所ニシテ抗弁ノ理由ニ対シテモナスコトヲ得ル、但件事決リテ
 ニ基ク決定ノ不法ニ対シテナスコトカ出来ナイ、何レトナレハ原告人
 ノ決定ハ終局的ナルカヲアル、抗弁トハ報告ヲ受クハキモノテハ
 ナイトスル事実ヲ主張シ裁判官ニ報告ヲ拒ムコトヲ請求スル事論ヲ
 ルカラテアル、此レニ対シテ事實拒否、無責任又ハ自認回避ノ答弁ヲナ
 スコトカ出来ル、斯クニテ次ニ審理ヲ要求スル新事案ヲ生ズル若シ
 報告カ拒否サレタル場合ニハ事件ハ再ヒ審理サレハナラズ、若シ決
 理サレ、ハ裁判官ノ決定スル如キ記録ノ一部トナリ、而シテ判決ノ基
 礎トナル。

(七五) 事實認定

(三) 當事者ニヨリ和解的訴訟

時トシテハ當事者自ラ事實ノ陳述ノ書類ヲ作成シ裁判官ニ提出シ令
 状又ハ筆跡ヲ用ヒルコトナク當事者ノ権利ニヨリテ判決ヲ受ハルト云
 フコトヲ裁判官ニ請求スルコトカアル、止レテ和解的訴訟ト云フノテ
 アル。

第五節 判決及執行

(Judgment and Execution)

一 判決

(七六) 損害賠償額及訴訟費用

事實決定セラレタルトキニ次イテ判決又ハ決定カアル、此レハ概シテ
 ニツノ部分ヨリナルカ、併シ一概ニ明確アル區別ハナイ、即チ當事者ノ故

判、宣言及之敗訴者ニ対シテ一定行為ヲ行フニヨリ、作為又ハ不作為ノ令
 狀止レテ、判、判決カ一ノ當事者ニ一定ノ金錢ヲ相手方ニ支払フ様ニ命
 セラル、場合ニ其ノ金ヲ損害賠償額ト云フ、コノ言葉ハ敗訴者ノ不法行
 為ニヨリ生シタル損害ノ賠償トシテ、支持フ金額ナルコトヲ省略シタル處
 * (elliptical) 意義ヲアル、損害賠償ノ外ニ訴訟費用 (costs)
 ヲ支弁セシムルコトカアル、訴訟費用トハ訴訟ノ費用ヲ指シ、相手方ニ當
 事者ノ一方ヨリ他方ニ支拂フコトヲ命セラルタル金額ヲ云フ、ソレハ法
 律ニヨリ規定セラル、コトアリ、又將トシテハ、裁判所ノ判断ニ委セルコ
 トモアル、通常ハ弁護士ノ報酬ヲ含マナイ、訴訟事件ノ特殊ナル都合ノ
 費用ハ時トシテ其ノ一部ヲ當事者ノ一方カ負担シ、殊ニ他方ノ當事者カ
 負担スルコトカアル、例ハ若シ當事者ノ一方カ訴訟中必要ナクニテ人
 ノ名譽ヲ排毀スルヲバ、裁判所ハ此レヲ改ムルコトヲ命スルコトアリ、
 而シテ例令被ハ、最終ノ勝訴者テアツテ、終ルハ、訴訟費用ハ、スヘテ支
 フヘキモノテアル、或ル場合ニハ判決ハ、両當事者ニ対スル命令ヲ含マナ
 イコトカアル、離婚決定ノ場合ノ如クコレテアル、此ニヨリ當事者ノ其

上ノ所為ヲ要スルコトナク、ミテ天婦關係ハ、直ニニ解消スルモノテアル。

註(三) 離婚ノ方法理由及ヒ夫帯回ノ財産ニ關スル相互酌量ノ效力ハ

一般ニ或大差ニヨリ拘束セラレル。

(七七) 裁判官ノ意見

上級裁判所ニ於テハ、裁判官ハ判決ノ理由ヲ含ム所ノ意見ト称スル陳述
 ナシ、通常トス、此等ハ判決ノ要素ヲハナイカ、而シテ一般酌量ノ明カ
 ニシテ、而シテ後ノ裁判官ニ指針ヲ供シ、法ノ統一ト其ノ健全ナル途ヲ助ケ
 ントスルニアル、故ニ有名ナル裁判官ノ意見ハ、法律學ノ源泉ヲアルト云
 フヲ得ル。

二、執行

(七八) 執行令狀

若シ判決ノ命令ヲ守ラレサル場合ニハ、執行令狀或ハ終局令狀ト称スル

所ノモノヲ帶スノ限從テ強制スル、横言スレハ裁判所、命令ヲ執行スルノチアル、執行令狀ハ裁判所ヨリ帶スル裁判所ノ捺印シテ裁判所ノ職違更ニ行ハシメル勝訴者ヲニテ若シ必要ノ場合ハ強カク用ヒテモ復々其ハラレタル判決ニ違キテ物ノ台有テ得ヤシメ或ハ判決ニ反対スル当事者ヲ逮捕シ而シテ服従セサルモノヲ拘留シ、ソノ財産ヲ差押ヘシテ差押費シ而シテ判決ヲ履行スルコトヲ命スルモノデアル。

註(三) writ of execution and final process.

執行令狀及最終令狀トハ限ニ判決及命令ヲ強制セシムル手續ノスヘテラ意味スルノテアル、但シ法律學上、厳正ナル意味ヨヨリスレバ執行令狀最終令狀トモニ原書ニ表レタルヨリ殊ニ意味ヲ有スルノテアル。

第六節 上訴 (appeals)

(八九) 其方法及時期

或ル場合ニ於テハ原告若カ上訴ノ権利ヲ有スルコトカアル、上訴ノ性質ニ於テ訴訟手續ハ二種アル。

(一) 本末上訴 (appeals pro parte)

コノ場合ハ判決後単ニ上級裁判所ニ事件ヲ提出シ而シテ控モ以前ニ審理カチカツタ如クニ再々審理ヲナスラ云フ、或ル場合ニハ当事者ハ新ラシキ争論ヲ提出スルコトスラ許サレルコトカアル、斯カク上訴ハ下級裁判所ヨリ提出スル以外容易ニ許サレナイモノテアル、下級裁判所ノ裁判官ハ法律上ノ知識カ少ナク或ハ皆無テアルカラテアル、而シテ陪審官ニヨリ審理サレタ後々ハ定際殆ンド許サレナイ、止レ通常ノ場合ニ於テ第二次ノ陪審官ハ第一次ノ陪審官ヨリモ正確ナル判断ヲナ

ニテウニニ思ハレナイカラデアル。

一級ノ訴訟事件ニ於テ錯誤ト称セラルル、所ノモ、ハ下級裁判所ニ於テ事實審査官ノ決定トテ事實問題ハ争ハスニ唯々裁判官カ法律上ノ錯誤ヲナシタルコトヲ主張スルノテアル、裁判所ハ法律ヲ完全ニ知悉スルモノナリト、推定ハ實際錯誤ヲ訂正スル权利ヲ除外スルモノナリトテ一級ニ法律問題ハソノ問題ノ生シタル裁判所ノ何タルコト問ハス直接又ハ間接ノ錯誤手續ニヨリ *By successive proceedings in error* 管轄权ヲ有スル最高裁判所ニ決定ヲ求ムルコトヲ出来ルモノデアル、コノ問題ニ関シテハ事實問題ノ上訴ト異ナル法則カ行ハレル何ントナレハ最高裁判所ハ多数ノ有力ナル裁判官ヨリ下級裁判所ヨリモ正確ニ法律問題ヲ決定スルコトヲ出来ルカラデアル、加此又テ、疑案ヲ同一裁判所ノ決定ニ求ムルコトヲ出来ルコトハ法律ノ統一ノタメニ所要ナコトデアアル、最高裁判所ハ多数ノ裁判官ヨリ成リ而シテ専ラ錯誤ニ基ク法律問題ヲ決定スルモノデアアル、昔、錯誤手續ハ錯誤令状ニヨリテナニタカコノ手續ハ今日ニ至リモ猶ホ用ヒラル、コトカ

アル、コノ手續ハ既或上ニ於テハ、上訴ヲナス当業者即チ上訴者ニヨリ上訴裁判所ニ被上訴人ト称セラルル、前訴訟ノ勝者ニ對シテ提起スル新ラシキ訴訟デアアル、而シテ錯誤令状ト称スル原始令状ノ榮光ニヨリ或始サレル、コノ令状ハ他ノ令状ト全ク送還送還セラルル、モノデアアル、以テ通常ノ形式ニ於テ差違ヲナシ下級裁判所ニ於テアサレタルコトヲ陳述シ、ソノ判決ナレタ錯誤ヲ主張シ該判決ノ更正ヲ要求スルノテアル、上訴裁判所ハ上訴ニ関シテ判決ヲ確認スルカ更正スルカノ何レカニ當ルハハナシ、デアツテ其後請トシテハ其ノ事件ヲ下級裁判所ニ降下シ更ニ審査セシメヌハ自ラ其ノ事件ヲ決定シ執行令状ヲ奉スルコトカアル、上訴或ハ錯誤ノ手續カ開始サレタル後ハ執行令状ヲ送還スルコトカ出来ナイ、若シモソレカ既ニ奉セラレタル場合ニハ其ノ後ノ凡テノ手續ヲ停止サレル、專門語ヲ以テスレハ上訴アル場合ニハ執行ヲ停止スルノ意デアアル、

註(三) 北米合衆國大審院ハ場合ニヨリ事實ノ争突ニ於テ審理ヲナスコトカアル

註(四) *Depositories* — you may for bear, 弊スル押制
スルノ意

第七節 特別訴訟手續

(*proceedings peculiar in form*)

(八〇) 特別訴訟手續

令狀ヲ發セズ單ニ訴狀ニヨリテ直接ニ裁判所ニ提出スル特別訴訟手續
カアル、其ノ訴狀スハ請願申請及ヒ通達等ノ如ク訴狀ニ等シキモノ裁判
所提出後裁判所ヨリ令狀ヲ發スルモノテアル、被告ニ犯罪責任アリトシ
テ最初提出セラル、書類ヲ控訴狀ト称シテ差押ノ性質ヲ有スルモノ
令狀ヲ拘引狀ト名付ク、又書面ノ辯論ニアラスシテ唯口頭ヲ以テ有罪無
罪ヲ陳述スルモノカアル、ソノ陳述ニ基キテ防禦ノ事項ヲ証明スルコト

ガ出来る。

他ノ種々ノ訴訟手續ハソノ數種ヲ以テ一々説明スルコトハ困難テハア
ルケレド次ノ章ニ説明スル新平法訴訟手續ハ裁判所ニ申請スルニヨリテ
開始セラレ、其レ以後ニ手續ノ施行ガアルモノテアル。

又訴訟ノ進行中ニ生スル附帶訴訟手續 (*incidental proceedings*)

ニ於テ通常使用サレル手續ノ特殊ノ方法カアル、殊ニ上訴ヲ提起スルマ
メニ用ヒラレル。此レハ中立及原因ヲ陳述スル原則ニヨルモノデア
ル。

中立人ハ裁判所ニ屬スル訴訟當事者カ自己ノ利益ノためニアル行為ヲ
ナシ、又ハ該ル命令ヲナスコトヲ裁判所ニ要求スルコトデア
ル。此レハ
口頭書面何レニモモ可ナレトモ通常ハ書面ヲ以テ要求スルモノデア
ル。

中立ヲナス當事者ハ通常目將ニ宣誓書 (*affidavits*) ヲ提出スルコ
トヲ要求サレル、而シテ此レハ中立ヲナス権利ヲ有スルコトヲ証明スル
事實ノ陳述ヲ記シ且ツ警告シタルモノデア
ル、中立及警告ニ見當ルモノ將
ニ裁判所ハ理由陳述命令 (*rule to show cause*) ト称スルモノ

ヲ作成スル、此ハ一種ノ命令デアル、即チ相手方ニ指定ノ日ニ裁判所ニ出頭シ、若シ申立ニ於ケル要求ヲ兼認スヘキデナイ理由カアルナラバ、理由ヲ陳述スヘシト命スル、テアル、コノ命令ハ呼出狀ト同シク送達カレ返還サルヘキモノデアル、指定ノ日ニ出頭者ハ裁判所ニ出頭シ命令カレタ当事者ニ対シテ、申立ニ対シ出頭者ノ意見ヲ所ノ答弁ヲナシ而シテ裁判所ハ申立ノ陳述ヲ許スヘキヤ否ヤヲ定ムルモノデアル、

コノ方法ヲ用レル上訴手續ハ上訴ヲ做スル当事者即チ上訴人ハ前審ニ於テナサレタ錯誤ニ基キノ事件ノ新タル審理ヲ許ス裁判所ニ申立ヲナス、裁判所ハ新タル審理ヲ許容スヘキヤ否キノ理由ヲ陳述スヘシトノ命令書ヲ作り而シテ理由ヲ上訴裁判所ニ陳述スヘシト命令スル、当事者ハ上訴裁判所ニ出頭シ各々ノ理由ヲ陳述スルノテアル、

若シ上級裁判所カ下級裁判所ノ判決ニ錯誤アルコトヲ察見シタラハ新ラニ審理ヲ命スル、即チ法律上ノ言葉ヲ以テスレハ命令ヲ記訂スラシム即チ確認ヲナスノ意味デアル、

若シ此レニ反シテ上級裁判所カ何等錯誤ナカリシコトヲ認ムルカラバ

新ラニ審理ヲ命スルコトヲ拒絶シ、或ハ上訴其ノモノヲ放棄スル、
(*discharge the rule*) ノデアル、

コノ方法ハ主トシテ法律上ノ錯誤ニ対シ新ラニ審理ヲナスニ用ヒラレ而シテ錯誤令狀ニ代ル簡單ナル代用的手段デアル、

第二編 法律総論

(Law in general)

第一章 國法 (Municipal Law)

(一) 法ノ意義

法ナル語ハ種々ノ意義ヲ有スル、其等スヘテノ意義ニ共通ノモノナル
唯一ノ觀念ト云フノハ行為ニ於ケル又ハ事件ノ發生ニ於ケル秩序又ハ統
一性ナル觀念デアル、併シ自然科學者ノ自然、法則ト称スル事件ノ發生
ニ於ケル統一性ハ措イテ尚ハナルデアル、法ナル語ノ意味ニ今一ツノ
成分アルコトカ了解出来ル様ニ思フノハ即ケソノ秩序又ハ統一性ハ或ル
立法者ノ意思ニ從ツテ作ラレタト云フコトデアル、尤モコ、ニ自然法則
ト云ツタノハ法科學及他ノ科學ニ於テ頗ル顯著ナル役割ヲ演シテ来タ所

ノ所謂自然法トハ嚴格ニ區別セネハナラヌ、コノ點ハ別ノトコロヲ説明
スル。

(二) 國法

コノ種ノ法律ハ法律家ノ職務トシテナサセハナラヌ且所法裁判所ニ於
テ支配サル、法律ニシテ又本書ノ目的ヲナスモノデアツテ通常英法ニ於
テ國法 (municipal Law) ト称セラレル、併シ市民ナル諸ハ種々ノ異ナル意味ニ專門家ニ
Law) トモ称セラレ、併シ市民ナル諸ハ種々ノ異ナル意味ニ專門家ニ
ヨリテ用ヒラレル、特ニ國法中ニ一ノ特別系統ノ名称トシテ用ヒラル、
故ニ國法ノ名称ヲ寧ロ適當トスル。

コノ二語ハ羅馬語ノ市ヲ意味スル言葉カラ来タモノデアツテ各都市カ
ソノ範圍ニ小領域ヲ保々近隣ノ市ニ同盟又ハ結合シテ一國体ヲナシタ古
代カラ喚起セラレ傳来シタモノデアル、ニカシロ、マノ言カ新火燭大シ
テ全文明團體ヲ包括スル、大帝國ノ市府トナルニ從ヒ市民米モ亦同様ニ

一〇二
英ノ範圍ヲ廣ク一都市ノ法カ全羅西國ノ法律トナリ、而シテ今日ニ於テハ昔英帝國ノ領土ニ包括ナレタ政州各國ノ法律ノ基礎トシテ維持ナルルニ至ラタノテアル、法ナル語ハ時トシテ一時代一國民ノ有スル法全体ノ名称ナルコトカアル、英國法、緬甸法ト云フカ如ク、或ハ時トシテ全体ノ法ノ一部ヲナス特別法、一ラ指スコトモアル、例ハ無免許酒類販賣禁止法、如ク又時トシテハ特殊ノ商標ヲ濫スル全法規ヲ指スコトモアル、契約法、刑法ノ如キ止テアル。

第二章 主權者 (the sovereignty)

一 主權ノ性質 (the nature of sovereignty)

(八三) 國民國法ノ性質ヲ理解スルタメニ第一ニ國民及び主權ノ觀念ヲ

了知スルコトカ必要ナル、併シ國民ニ關シテハ讀者ハ既ニ本書ノ目的ニ對シテ十分正確ニ獨立ノ政治的社會又ハ國民ノ如何ナルモノナルカヲ理解セルコト、假定ニ茲ニ主權ノ意義ヲ簡單ニ解説スルコトニ違ハデアラウ。

註(一) 國民及主權ナル意義ニ關シテハオウステン氏ノ提議ニヨルバ獨立ノ體型ヲ有スル政治團體ヲ國家 (state) 又ハ主權ノ確立セル獨立國家ト觀ク、然シ國民 (nation) ノ意ニ就テハ共通ノ言語風俗又ハ血族の關係ノ存在ヲ必要トナシ、國民ナル觀念ニハ獨立ノ觀念ヲ必要トセス。

(八四) 主權者

何レノ國民ニ於テモ法律ヲ制定シ止トテ犯スモノニ刑罰ヲ科シ或ハ其他ノ方法ヲ以テ法律ヲ強制スル能力ヲ有スル個人又ハ團體ノ存在カ必要ナル、此ノ個人及ヒ團體ヲ主權者ト稱スル、主權者ナル語ノ普通ノ意

味ハ國王又ハ皇帝ヲ指称ス、例ハ、政州ノ主政者ト音ハ、國王又ハ皇帝
等ノ政州各州ノ元首 (Chief magistrates) タル人ヲ意味スル併
シ法律學上ハ此語ハ斯ル意味ニ使用サレナイノデアル。

二 主権ノ形式 (The forms of sovereignty)

(八五) 君主國、貴族國、民主國

若シ主権有カ唯一人ヨリ構成セララル、時ハソノ國家ヲ君主國ト謂レ、
而シテソノ主権者ヲ君主ト称ス、コノ場合國王皇帝等ハソノ名称ノ何ダ
ルヲ尚ハス實際ノ主権者ゾアル、露西亞、土耳其、伯刺西爾支那日本等
ハ純然タル君主國デアル、ハ勿論現今ニ於テハ然ラサルモノアレドモ原
者ニ由ル、古代ニ於テ君主國ハ最も普通ナル國体デアツタ、若シ統治
者カ數多ノ個人ヨリ成ルカ併シ國民全体ヲ含マナイ時ハコノ國体ヲ貴族
國ト称シ政州諸國ハ大体止レテアル、若シ主権カソノ國ノ人民全体ニア
ルトキハソノ國体ハ民主國デアル、併シコノ意味ノ民主國ハ全ク止レ

テ存在マシエトナク、又今或モ存在シナイテアロウ、所ントナレハ今若
シ主権カヲ個人ヲ排除スルコトハ文化ノ進歩途ニ於テ消滅スヘキ野蠻
時代ノ遺風デアルト仮定スルモ併シソコニハ常ニ政治ニ參與スルコトヲ
得ナイ無能力者タル白痴精神病者及ヒ幼児等ヲ存在スルカラテアル、故
ニ民主國トハ健全ナル精神ヲ有スル成年男子ヲ以テ主権ヲ組成スル國家
ノ權限トシテ解セネハナラス、又併シ犯罪又ハ貧窮ノ故ヲ以テ選舉權ヲ
剝奪サレタル者ハ例外トスルコノ意味ニ於テ合衆國ノ諸州ハ憲法ニ基キ
準主権ヲ實行スヘキ事項ニ關シテ民主國デアアル、然レトモ制限選舉^有有
スル二三州ハ貴族制デアルト謂フコトヲ得、合衆國ハ國トシテハ貴族國
デアアル、ソノ理由ハソノ數州ニ存スル公族ナキ市民及ヒ政治ニ於テ
言及ヲ有シナイ屬領地ノ住民及ヒ亞非利加印度人ヲ包括スルヲラテアル。

(八六) 共和國

共和國トハ民主國或ハ統治主権ノ大ナル貴族國ノ何レヲモ意味スル、

而シテ政治上ノ代議制ハ現今ニ於テコノ定義ハ包含セラル可キテアル。統治権因於ノ極メテ小ナル貴族國ニ於テ特ニ、統治ハカ血統内地ニヨルモノヲ認ムル場合ハ止ラ寡頭政治 (Oligarchy) ト言フ。

(八七) 君主國其他ノ語ノ二重ノ用法

君主國貴族國民主國等ノ語ハ國体政体兩者ノ意味ニ用ヒラレル。例ハ英國ハ貴族國体アリ又英國政治ハ貴族政体ナルト云フコトヲ得。茲ニ再ヒ其語ノ普通ノ用法ト法律學上ノ用法即ケ他ノ科學ノ分類ニ從フナレバ吾人ノ科學上ノ用法ト称スル語トハ大イニ異ナル意味ヲ有スルコトニ注意スヘキテアル普通語ニ於テハ君主トハ主權ナル意ノ如ク國王又ハ皇帝或ハ此レト等シキモノト考ヘラル。林号ヲ有スルモノヲ指シ而シテ君主國ハソノ國ノ首長カ君主タル國テアル、ソノ君主ハ眞實ノ君主テアルマ否マ例ハハ露西亞ノ如ク又英國ノ國ノ首長カ君ト称スル形式的首長テアルマ否マ例ハ英國ノ女王ノ如キモ更ニ關係シ、貴族國トハ本比較的小

數ノ者カ政治ヲ行フヲ意味スル、併シ寡頭政治ヲナス場合ノ如クモスシモ少數ナルヲ必要トセス、或ハ又統治階級ノ全体又ハ法律上ノ特權ヲ有シ他ノ階級ト區別サレル一部ノ者ヲ意味スルコトカアル。例ハ英國ノ貴族トハ通常ノ用法ニ由リテハ英國ニ於テ選舉權 (rights to vote) ヲ有スル國民全体ヲ意味スルニアラヌ唯貴族ノ林号ヲ有スルモノ、ミラ謂フ。民主國ノ語ハ普通眞正ノ民主國又ハ其ノ統治階級ノ大ナル民主國ノ兩用ノ意ニ於テラレル。例ハ合衆國ノ如シ。最後ニ共和國トハ其ノ統治者ニ君主皇帝又ハ此レト等シキ林号ヲ有セザル國家ヲアルト言ハルル。

(八八) 法律用語ノ不完全

前述ノ實例ハ普通用法ト學術的用法トノ不一致ノ多クノ場合ノ一例ニ過キナイ。蓋シ倫理學及物理學ニ於テ專門語ハ全ク學術以外ニ使用シナイ言葉ヨリ取リ而シテ專門的意義以外ノ意味ヲ取リ除クコトハ

出来地イコトテアル、サレハ通常用ヒラレル大體ノ語ヲ使用スルコトガ
 必要ナル故ニ嚴格ナル學術上ノ意義ト寛大ナル一般普通ノ意義トヲ思
 想上誤マラヌ様ニ施ハズ大ナル注意ヲ要スル、保シソレノミヲ以テ最悪
 トシテ責ムル訳ニハエカヌ、今日西歐ニ行ハル、法律學ハ數百年ノ開
 心ニ研究セラレシ、固當時ノ優劣ナル學者ノ多大、注意ヲ惹イタクソレ
 ニ又拘ハラス最モ根本的ノ觀念及ヒ今茲ニ亦ハス言葉、多数、専門的意
 義ハ含糊混同ト議論トノ渦中ニアルノ実情ヲアルカラテアル、故ニ言葉
 形式ニテ著者ハ自己ノ採用セントスル語ノ特別ノ意味ヲ説明スルコトガ
 必要ナル、而シテ讀者殊ニ法律ヲ學ハントスル學生ニ對シテハ自己ノ
 進歩ヲ妨クル様ニ或モ曖昧ナル文字ヲ避クル為メニ不斷ノ注意ヲ必要ト
 スル。

(八九) 主権ハ主権者自体ニ發合的ニ附屬ス

前述ノ餘缺カラ舞戻ツテ本論ニ入レハ即チ主権トハ單ニ個人トミテ主

権者自体ノ各人ニ屬スルモノニテアルコトヲ記憶セズハナラヌ、合衆國
 ノ議會又ハ英國ノ議會ノ一貫——當今止テ主権者ト主権者ナリト決定
 スルハ正當ナリ、又ソ國ニ於テ選舉權ヲ有ス、各人民ハ大體又ハ女
 子ノ何レモ主権者ナラサルコト、會國アル一労働者カ主権者ニアラサル
 ト殆ント同様ナル、又主権ハ法律上個人カ單ニ個人トミテテ、集合ニ屬
 スルモノト考ヘラレナイ故ニ君主國以外ノ凡テノ國ニ於テ法律ニ服従
 シナイ個人カアルコトナシ、法律ハ果アル階級ノ人民ニ對シテ權利
 義務ヲ制定スルコトヲ得、而シテ法ハ干涉ノ程度ヲ輕減スルコトモ出来
 ル、法律ノ人ニナスバ命令スル所ノ事ハソノ地位ノ何タルカヲ問ハス
 事ニク行フノ義務カアル、主権ハ止レテ有スル者(二人以上アル場合)
 一ノ組織體即チ主権單位トシテ見、止レニ屬スト思ハレルコト按ニ說
 ク所ノ法人ニ類シテアル例ハ合衆國ノ議會ヲ稱スル見テノ議員カ故
 意ニアル場所ニ集合スルモ恰モ止レト同致ノ市民ノ集合ト同シク法律ヲ
 制定スル權利ナカクシ、彼等ハ適法ニ集合シ議會ト称スル團體ヲ形成ス
 ル時ニ於テノ法律ヲ制定スルコトヲ得ルノデアル。

一〇
主権団体、各人ハ變化スル得シ主権団体ソノモハ常ニ同一ガ下ニ居シ
ド一者此類ニ憲法ヲ採用シテ合衆國ノ人民ハ而モ今日迄シテ元ノ人民ノ
尊厳介子トシテ一人モ踐辱スルモノカナイケレドモ現在其ノ憲法、下ニ
生活シテ居ル所、北米合衆國ノ人民ト同シテアル、故ニ若シ一ツノ國家
カ負債ノ契約ヲナシ、而シテ新タナル個人カ政權ヲ有スルコトニナリタ
ル場合、レカヨシ革命又ハ征服ニヨリテ政權ヲ獲得スルニ至ルモ新政府
ハ旧政府ノ負債ヲ拒絶スルハ不法行為ト認メラレル如何トナレハ個人カ
責任ヲモ同シ主権カ存在スルカラテアル、自然個人ノ団体ヨリ成リ而カモ
此レト異ナル法人ノ國家ハ甚ダ古ク通俗ニシテ且ツ法律上重要ナルモノ
トナレテヨル、法律ノ重要ナル一部タル法人ハカ、ル団体ノ權利義務
及權限論ヲ論スルモノデアアル。

(九〇) 代議政体ノ國家ニ於ケル主権所在ノ決定權

代議政体ノ國ニ於テハ即チ主権ノ主体カ通常直接ニ法律ヲ制定スルモ

ノヲハナイ、合衆國及ヒ英國ノ如キハソノ國ノ人民ヨリ選ハレタル者ニ
止レテ行フ權限ヲ委任スル條シ止レハ時トシテ何人カ主権ノ主体ヲ擔當
スルカヲ正確ニ云フコトカ困難デアアル、合衆國ニ於テ最高ノ法律ハ憲法
デアアル、各州ノ憲法ノ條項及ヒ議會又ハ州ノ立法部ニ於テ制定シタル法
律ト並トニ憲法ニ相反スルモノハ無効デアアル、故ニ憲法ノ制定者又ハ寧
ロ憲法ノ變更權ヲ有スルモノカ主権ノ主体デアルト思惟サレル、憲法ハ
合衆國人民ニヨリテ制定セラレタリトハ憲法ノ明言スル所デアアル、修正
ハ無制限ニ議會ニヨリ其ノ三分ノ二ノ投票ニヨリ提議スルコトヲ得又ハ
議會ノ三分ノ二ノ投票ニヨリ召集サレタル議會ニヨリ提議スルコトヲ得
再ニテ諸州ノ四分ノ三ノ衆會又ハ特別會議ニヨリ承認セラレタラハ憲
法ノ一部トナル故ニ合衆國ノ主権者ト思惟サル、所ノ意味ニ於ケル人民
ハ諸州ニ於テ投票權ヲ有スル人ノ權限スル小組織団体ノ人質ヲ以テ作ル
ヲ組織団体ト云フ。

英國ニ於テハ主権ノ主体ハ女王、貴族院ニ議席ヲ有スル貴族及ヒ見テ
ノ選挙人ヨリ成ルト思ハルル併ニ是等諸國ノ主権ニ關シテハ種々議論アル

所テナル。

第三章 國法ノ定義

A. 概括的定義

(九一) 國法ノ定義

國法ハ次ノ如ク定義スルコトカ出來ル。主権者カ主権者トシテノ資格ニ於テ國民ニ命スル行為ノ規則ナル。又斯カル規則ノ体系又ハ制度トシテ定義スルコトモ出來ル。

B. 定義ノ細目的部分

(九二) 命令制裁ノ意義

規則ハ命令ノ一種ナル。命令トハ命令ヲ與ヘル人ニ對シテ、優者ハ法律上主権者ト稱ス。カ命令ヲ受ケル者ニ對シテ、劣者ハ法律上人民ト稱ス。アル特定ノ行為ヲナシ又ハ為サバキコトヲ要求スル意思表現ナル。而シテ若シ命令ヲ違背シナイナラバ劣者ニ對シテ或ハ苦痛——命令ノ制裁ト稱ス——ヲ與フハキ旨ノ脅威ヲ以テ強制スルモノナル。劣者ニ對シテ通告シナイ意思表現ハ命令デナイ。而シテ強ニ說明スル如ク法律ハ一度公布セラレタル以上ハ法律ニスヘテ通告セヨレト人民ニ通知セラレタルモノト仮定スル。意思表現ハ命令通告カマツテモ制裁ニ對シテ強制セラレナイナラバ命令デナイ。單ニ要求獎勵通告ニスギナイ。殊ニ時トシテ斯カル要求又ハ獎勵カ法律制定ノ場合トシテ限テ過程ヲ取リ同様ナル形式ニヨリ主権者ヨリ劣者ラレタルトキハ命令ニアラサルヲ以テ實際ハ法律テハナイヲ稱ス止レテ法律ト呼コトガアル例ハハ暴目ヲ制定シ當日ハ一概ニ業務ヲ停止スハキコトヲ獎勵スルコトアル也。レニ及シ業務ヲ行フモノニ對シテ罰ノ規程ヲ設ケルカ如キ止レテアル又君主ノ崩御ニ關シ喪服ヲ着用スハキコトヲ規定スルコトアル也。規定

ナレタ被服ヲ着用シナイモノニ對シテ何等ノ刑罰モ加ヘザルヲ如キデアル。

命令ヲ作成スルタメニ制裁力確實ニ解セラルヘキコトハ要件デナイ刑罰ノ規定モラレ感嚇セラルレバソレデ充分ナル。合衆國ノ多クノ州ニハ累利取締法即チ貸金ニ對シ一定利率以上ノ利率ヲ取ルコトヲ禁スル法律ハ今日テモ尚ホ有效ニ存在シテアル。保シヨク違反ノタメニ罰セラルルモノハ比較的ナク、何ントナレハ輿論ハ經濟的知識ノ極メテ幼稚ナル片田舎ノ地方ヲ除イテハ概シテ斯ナル法律ヲ更迭スルモノカナナイカラデアル。併シテカラ出レカタメニ法ノ真正ヲ識スルモノテハナク、又罰則ヲ構成スル害悪ハ優者ニヨリ又ハ優者ノ指令ニヨリテ科セラルヘキコトカ要件デアル。若シコトハ病ノ流行中ナラハ政府ハ一般人民ニ對シ一乘ノ食物ヲ使用シナイ様ニ警戒布告ヲ發スルカ止レハ命令デハナイ、何トナレハ若シ警戒ヲ怠ルナラハ害悪が生シスハ生スルコトアルハ、即チ即チコトハ病ニ罹リテ死シタルコトハ政府カラ科セラレタルモノデナク唯醫學上ノ原因ニヨリ生ズルヲアルカラデアル。

(九三) 遯及法

遯及法及ヒ不遯及法ト稱セラル、所ノモノハ上述ノ命令ノ定義内ニ包括シナイ、カ、ル法律ハ法律制定以前ノ行為ニ遯リソノ行為ノナサレタル當時ニ遯法デアツタモノヲ不遯法トナシ又不遯法デアツタモノヲ遯法トスルモノデアアル。例ハハ法律ヲ既ニナサレタ行為ヲ犯罪デアルト規定シテ行為者ニ刑罰ヲ科スルカ如シ。
勿論過去ノ行為ニツキソノ行為不行為ヲ人ニ命スルト云フコトハ不合理的ナル、行為ヲナス當時ニ於テ不法又ハ無效デアツタ所ノモノヲ遯法又ハ有效トスル遯及法ハ即チ有效法又ハ救済法ト稱セラレ極メテ普通ナルモノデアアル、殊シソノ正反對ノ結果ヲ有スルモノハ遯及不遯ト考ヘラレ而シテ過去ノ行為ヲ犯罪トシテ罪科スハシトナスモノハ事後法ト依テラル、合衆國ノ憲法ニヨリテ禁ザラレル。

(九四) 法律ニ依リテ生スル義務

命令ヲ受ケタル者及ヒ若シ命令ニ服従シテハ制裁ヲ受ヘタル、若
ハ命令ニ服従スルノ義務アリト云ハレハ、非專断的用法ニ於テハ義務ナ
ル語ハ命令ヲ其フルモノガ道徳上命令ヲ其フル正当ノ理由アリト思ハレ
或ハ少クトモ命令ヲ受スル可キ或ル権利ヲ有スルト思ハル、場合ニ適用
サレル、殺害ヲ免レントニテ強盗ニ斯布ヲ與フル者ハ此トテ引渡スコト
ヲ余儀ナクサレレカ保シユレヲ其マベキ義務アルニアラズ、併シナガラ
法律上ノ術語ニ於テハ命令ノ道徳的性質ハ此トテ重視シナイ *duty* ト
obligation トハ同意味ニ用ヒラレル。

(九五) 規則ハ一般的命令デアル。

規則トハ術者ニ一―アル特定行為ヲナク―アル行為ヲナシ、又ハナ
サレコトヲ命令スルモノデアル、若シイガ日ニヨリテ賣却サレタル數々
圓ノ貨物ノ代價ヲ請求スルタメニ日ヲ終ヘタリトシテ而シテ裁判所オ其ノ
訴訟願ニ対シBニ欺詐ノ判決ヲ與ヘタナラバソノ裁判所ハBニ金ヲ支拂
フコトヲ命令スルモノテアルケレトモ殊ニ規則ヲハナイ、然レトモ而テ
買フ人ハ何人ヲ向ハス協約價格又ハ相當代價ヲ支拂フハシト云フ主権者
ノ一般命令ハ規則デアル。

(九六) 規則ニアラサル法律、特権

命令ニアラサル所謂二三ノ法律カアル様ニ規則ニアラサル主権者ノ二
二ノ命令アル、而シテ法律ノスヘテノ效力ヲ以テ制定公布サレタルモノノ
通常法律ニ於テスラ法律ト称スルモノカアル、英法ニ於テ個人法又ハ
特別法ト称セラレルモノ也トアル、例ハ國庫カ或ル特定人ニ対シテ
金銭ヲ支拂フヘク命令シ該人ノ財產ヲ没収シ該人ヲ罰止シ罰割ヲ布ク等
ノ如ク立法府ノ制定也レデアル、例法ニ於テハ此トテ特許法ト呼ハレ
テ居タ、コノ内一ノ語ハ規定ヲ受ケタ當事者ニ取リテ有利ナル場合モ不
利ナル場合モ何レノ場合ニモ使用サレタ、人ヲ華族ニ列スル法モ人ヲ外
國ニ放逐スル法モ等ニク特許法デアル、殊ニ英法ニ於テハ特許ナル語ハ

法ニテ法律自体ニ適合シテイ、又法律ニヨリ決ヘラル、利益又ハ权利ヲ
云フノデアアル、例ヘハ特別法ニヨリ決ヘラル、貴族ノ权利スハソノ地位
又ハ貴族ノ格式等ハ特權ト称セラル、カ如シ、又特別法ニヨリ人ノ財產
ヲ没収スルコトハ法律上ニ於テマ一級普通ノ言葉ニ於テミ、特權トハ称セ
サルモノデアアル。

二、行為

(九七) 法律ハ外部ノ行為ニ斷スルノミ

法律ハ行為ノ規則デアアル、即ケ作爲不作爲ノ規則デアアル、如何ナル人
モ彼ノ外部的行為カ不法ヲ生マサル限リハソノ意思又ハ意思ニ対シテ何
事ノ刑罰ヲモ課フ可キモノニアラズ、亞米利加人ニハ知ラレナイイ英國
人ニハ知ラレテ居ル如キ叛逆罪ノ種類ノ一タル即ケ王ノ死ヲ計画又ハ想
像スル法カ現ニ存在スル、特ニナカラコノ場合ノ犯罪意思ハ法カ認ムル
前ニ何等行為ニヨラナイトシテモ斷クトモ言葉ニヨリテ表象サレネバナ
ラナイ即ケ言語又行為ノ内デアアル。

三、主權者ニヨリテ定マラル

(一) 主權者ノ意思ハ法律ノ淵源デアアル

(九八) 主權者ノ意思ハ法律ノ唯一ノ淵源デアアル。主權者ハ法律ノ淵

源デアアル法律ハ主權者ノ意思ヲ表象スル時ニ用レル言葉カラソノ形式ヲ
取リ而シテ法律ハ制裁ヲ科スルコトニヨリ強制セントスル事實ヨリ其ノ
義務カ生スル正權ニ云ハ如何ナル法律上ノ義務モ事實ヨリ發生スルモ
ノトスルハ正當テナイ、人民カ服従シナイ場合ニ主權者ニヨリ制裁ヲ科
セラルタメニ生スト云フカ正當デアアル、國家ニハ主權者以外ニ法ノ淵源
トナルモノハアリ得ナイ、何ントナレハ若シ其ノ他ニアリトセハ刑罰ニ
ヨリ止レテ強制スルカモ亦存在セネハナラズ、而シテ以テ法律ト主權
者ノ制定セル法律トカ相抵觸セハ両者ノ何レカ一方カ勝タネバナラズ而
シテ勝ツテアル法律ヲ制定セル者カ即ケ自己ノ法律カ他ノ意思ニ反シテ
強制シ得ルカヲ有スルモノハ主權者デアリ其他ハ主權者テハナイ、何ン

トナレバ主権者ノ定義ニヨレバ主権者ハ法律ヲ制定シ止レテ強制スル者
方ヲ有スル個人又ハ団体テアルカラデアル。

Chancellor Kent 氏ハローマ法ノ格言ニ王ノ被スル所ハ即チ
凡テ法トナル。(三ノ意思ハ法ヲアル)云フコトヲ峻烈ニ非難シ、此レ
ローマ市民法ノ特性ニ對シ抹消スベカラサルヲ印セルモノナラバト
主張セリ、併シナカラ若シ王ノ代リニ主権者ナル語ヲ代用スレバコノ說
明——格言——ハ法律上争フベキ何等ノ問題ヲ包含ムモノナラハナイ、止
レ法律ノ前準ナル意義ヲアル、而シテ此レローマ帝國ヲ真ナル如ク亞米
利加共和國ニ於テモ真テアル、若シ主権者ニ王テアルナラハ王ノ意思ハ
法律ナリト云フコトハ欺クヘカラサル真理ヲアル。

(九七) 主権者ノ意思ハ何ヲ意味スルカ

主権者ノ意思ク如何ニ決定セラシム、カハ法律上關係ナシ。法律上主権
者ノ意思ハ如何ナルモノナルカハソノ義認サレタル總路ヲ經テ其名ニ依

リテ公布サレタモノナラト決定スル。主権者乃國王ナラバ場合其ノ政
治ヲ行フニ當テハ自然ニ國務大臣又ハ輿論其他寵臣諸者ヨリ多少ノ助
言輔導ヲ求ムルコトカアル、又主権者ハ輿論諸說取用脅迫等ニ依リ、新
カル不法ノ誘惑ヲ受ツテ専斷ニ事ヲナシトスル自己ノ意思ニ反スル法
律ヲ制定スルコトモアリ得ヘシ又如何ナル政体ノ下ニモ王座ノ陰ニ隠レ
タル或ル勢力家カ國家ノ實権ヲ握リ而シテ名義上ノ主権者ニハ只主権ノ
空名ナル政權ヲ止ムルニ過キナイ事ナラハモテ得ル、併シ此レニ對シテ
法律ハ如何トモナラズコトヲ得ナイ、斯ノ如キ政治ノ煩瑣ヲ如何ニシテ防
止シクハ救済スヘキカ、又アル特定ノ場合ニハ強カク以テ抵抗スヘキ
ニ否クハ問題ハ政治家又ハ慶臣家ノ研究スヘキ問題ニアル而シテ法律カ主
権者ノ名ニヨリテ、又ハ政式的同意ニヨリテ制定セラシムル限リハ其ノ
同意カ不當ナル方法ニ依リテ得ラレタト云フコトハ法律上ノ效果ニ影響
カナシ、以上述ヘ未ダレル法律ノ源泉及ヒ性質ヨリ或ル重要ナル結果ヲ
演叙シ得ルテアラウ。

(一〇〇) 何人カ主権者ニナルカ、問題ハ法律ニヨリ決定スヘキモノニア

何人カ主権者ニナルカノ問題ハ決シテ法律ニ依リテ決定スルコトハ出来ナイ何ントナレハ主権者ハスハテ、法律ノ淵源テアルノ法律ノ存在ニ先キテ必然的ニ主権者ヨリケレハナラカラテアル。實際ニ於テ普通道此レハ強力ニヨリテ決定ガレルノテアル。保シ余ハ戦争ニ依ルカハ心スシニ強カノ表現アリト云フニハアテズ、保シ何レノ社會ニ於テモ強カニヨリ他ヲ服従セシムルコトヲ得ル者又ハソノ能力ヲ任意ニ行ク力ヲ有スル者ヲ支配スルコトノ出来ル何レカノ者カ主権者トナルノテアル。

北米合衆國ノ人民ハ憲法ニヨリ主権者トナルニアラス主権者テアルカ故ニ憲法ヲ制定シタノテアル。合衆國ノ政治ノ政式ハ共和制テアル。何ントナレハ人間ノ心理狀態ハ最後ノ手段トシテ勢力ヲ有スル多數ノ人間カ共同行為ニ依リテ為シ得ル力ヲ自覺シテ何人ニ對スル尊敬又ハ古キ慣習ヲ尊重スルタメニ此レヲ用フルコトヲ好ケラル、コトナシト認ムルヲ以テテアル。

英國ハ昔時ハ殆ンド君主專制デアツタ何ントナレハ國王ハ諸侯ヲ驅ツ

テ互ニ相抵抗セシノ而シテ一般人民ハ長智ニシテ服従以外ニナスコトヲ知ラナカッタノテアル。

諸テ人民ノ狀態カ次第ニ合衆國ノ人民ノ狀態ニ近似シテ来タノテ政治ニ亦夫レト同時ニ民主政治最盛ノ目標ニ向ツテ著々進行スルニ至ツタ。日本ハ絶対君主國テアル何ントナレバ天皇ハ日ノ御子トシテ傳セラレテ居リ一般民衆ハ他種政治ヲ望ム事ト云フコトハ決シテ思考ガニセヌ所テアルカラテアル。保シ法律ハ主権ニ因スル事矣ヲ形式的ニ記載スルコトカアル而シテ若シ政治カ貴族政治ヲアルナラハ既定ノ主権者ノ中ニ新ナル個人ヲ加フルコトヲ認ムル條件ヲ記載スルコトカアル。

(一〇〇) 主権者法律ニ服従セヌ

主権者ノ能力ニハ法律上ノ制限ナキコトハ亦事實テアル。故ニ主権者ハ法律ニ服従スヘキモノナシ。主権者ノ行為ハ專制御座不當又ハ——直接ニ言ヒ長ハ意味ニ於テ——非立憲ナルコトカアル得ヘキ也此レヲ不法テアルトスルハ正当ナル言ヒ方ナシ。法律ニ服従シヌハ拘束セラ

ル、コトハ既ニ前ニ述ヘタルカ如ク服従セサル場合ニ制裁ヲ科セラルル
謂テアル而シテ若シ主権者ニ制裁ヲ科シ得ルモノアリトモハソノ者カ
真ノ主権者タルヘキテアル、主権者ハ自己ノ行為ノ規範トシテ一定ノ準
則ト規範ヲ採用スルコトヲアル、此レ實ニ文明國又非文明國トノ區別上
重要ナル契テアル、即チ前者ニ於テハソノ政治ハ定ムラレタル法則ニ從
ツテ施行セラル而シテ主権者ノ單ナル專断ニヨリナシ通常ノ言棄ニ於テ
ハ此ノ方則ハ屢々行為ノ法則ト称セラルル、主権者ハ一定ノ方法ニ於テ
政治ヲ行フコトヲ約束スルコトカアル、獨ク、如ク道徳上拘束ヲ受ケ其
ノ臣民ハ拘束ヲ破毀シタル場合ニ其ノ違反ニ付シテモ道徳上正当テアル
ト云フコトニナルキ併然タル法律上ノ止端地カラ見レハ斯カル法則又
ハ約束ハ主権者ノ任意ノ行動ヲ妨ゲル效力ヲ有スルモノデナイ。

(一〇三) 主権者ノ权力ニ対スル法律上ノ例外的制限

主権者ノ权力ハ法律ノ制限ニ拘束サレルモノデナイト言ハルルキ併シ

此レカタクトニ全然如何ナル制限ニモ服従スルコトナシト推論スルモノ
デハナイ、道徳ト總称スル一種ノ權力ハ主権者ノ权力ノ放棄ナル行使ヲ
依テ、範圍ニ制限スル故コトアル、輿論亦數人連綿代ノ思潮及道徳ノ順
向、便宜不便宜ノ考慮、利己主義、主権者自身入ハ其ノ祖先ノナシタル
約束、尊重戦争又ハ革命ノ齎セル恐怖或ハ慣習ノ權力等ハ是等ノ一併介
テアル、英國憲法ト称セラル、モ、ハ政治的、法律的、道徳的、法則及ヒ慣習
テアツテ此レニ從ツテ立法权ヲ行使ナルハク又ハ實際行使サレルテアラ
ウト一般ニ信セラル、モノノ兼合テアル、而シテ如何ナル法律家モ憲法
ニ違反スル議會ノ行為ヲ有效テアルト論争スルモノカナイケレトモ而シ
議會カ秋テ止レテ為スコトアルハ恐ラク唯ダ輿論カ止レテ兼合シタル場合
ノミテアラウ、主権者ノ行為カ非立憲ト称セラル、ハカ、ル法則及ヒ慣
習ニ相反スル場合テアル、キ併カ、ル憲法ハ法律ニ從テ、テ類似シテアル
ケレト實際ハ法律ヲハナイ、併シ此米合衆國及ヒ聯邦諸州ノ憲法ハ嚴正
ナル意味ニ於ケル法律テアル、此米合衆國ニ於テ非立憲的行為、ハ不立
ナル行為テアル、而シテ非立憲的ナル法律ハ無効テアリ其實全ク法律ヲ

(一〇三) 廢止シ得サル法律ハ存在セズ

次ニ述ブル所ニ依リ廢止スルヲ得サル法律ハナイ、蓋シ法律ノ作成及
 之レトテ廢止スルコトヲ得スト宜吉スルハ主権者ノ立憲カラシテ之レヲ
 變更廢止シテイトノ約束ニスキナイト思ハレル、即チ止レテ確案スルハ
 不慮ノ行為ヲアリ又臣民ヲシテ道德的服従ノ義務ヲ解除セシムルノ恐レ
 カアル、係シ止レハ倫理學者ノ尚願テアツテ法律家ノ尚願ヲハナイ、法
 律上法ヲ作製スル所ノ权限ハ同時ニ法ヲ廢止スルコトヲ出來ル、法律ノ
 定長ヨリ止レテ觀察スルニ法律ハ主権者カ止レニ違反スルニハナシテ
 刑罰ヲ加ハントスル尚ノニ存在スル、若シ主権者カ其意思ヲ變シテ最早
 刑罰ヲ加フルコトヲ拒ムナラハ法律ハ当然ニ消滅スルノテアル、專制君
 主ニヨリ處々其臣民ニ與フル所謂憲法ナルモノハ通常主権者ノ行為ヲ規
 定スルコトヲ禁フ範圍内ニ於テ特定ノ方法ニヨリテ政治ヲ行フヘキ約束

ニスキナイトアル、止レ種々ノ方面ニ於テ大ナル價值ヲ有リ而シテ專
 制力ヲ抑判スルコトアルモ僅シ止ハ法律ヲハナイ。

(一〇四) 憲法ニ善法ト善シク有效ナリ

法律ハ不道德、不正又ハ不便ノ理由ヲ以テ效力ヲ減スルモノニ非ラズ
 ト云フコトハ法律ノ性質上当然ノ結果ヲアル、法律ヲ制定スル以前ニ其
 提出セル法律案カ欠點ヲ有スルモ否モ之ヲ慎重ニ審理スルハ立法者ノ道德
 的義務ヲアル而シテ若シ故意ニ不道德不正不便ナル法律ヲ制定スルコト
 下リトセハ止レ莫ニ專恣ナル行為ト称セネハナラズ立法者ノ職務ハ斯ノ
 如ク道德的ナル法律裁判官ノ職務ハ法律的ナル法律ノ正義ヲアルカ
 又ハ便宜ナルカノ凡テノ尚願ハ立法者ニヨリテ研究セラレ正當ニ決定
 ナレタルモノト決定スル、裁判所ノ要訴スル所ハカ、ル法律ヲ實際制定
 ナレタルモノト認テアル、英米兩國ニ於テハ法律カ不道德不正又ハ不
 便ナルトノ理由ヲ以テ裁判所カ止テ無効ナルト宣言スルコトノ权利
 ヲ有シナカッタコトハ久シキニ亘リテ規定ナレテアル所ナリ。

英米兩國ニ於テハ裁判官カ斯ル理由ニ基イテ所定ノ場合ニ於テ法律ヲ無効トスルコト得又ハ得ヘシトシテ、憲法ニ違反シタルコトカアル、乍作新ル判決ハ實際ニ於テナラレタルコトカナイト信ス。而シテ余モ亦今日斯ルコトヲ致テナシトスル裁判ナシト信ズル。

憲法ニ亦其效力ニ影響ナシトハ必要ナル法則タルコト明カデアアル。法律ヲ制定スル权力ハ行為ノ正義及便宜ニ由リ法律上ノ目的ヲ達成的ニ決定スル权限ヲ包含シテラル。各人カ立法者ナリトハ其不裁ト信スル法律ニ服従セザルヲ得ルニアラズ。或ハ實際同一ノ事項ヲ斯如ク信スル旅ニ見セカケル事アルモ——即チ吾人カ法律ヲ廢止スルニアラズンバコノ权限ハ何處ニカ存在シナケレハナラズ。

斯カル理由ノタメニ裁判官ヲテ法律ヲ無効ナリト判決セシムルコトヲ許サハ止レカ方ヲ立法者ヨリ制奪シテ他ノ立法者ニ與フルモノデアアル而シテ此ハ其权力ヲ善用スルト信スヘキ何事ノ要回カナイノデアアル。

(一〇五) 上述セル法則ノ適用範圍

法律ノ淵源及ヒ性質ニ則スル上述ノ意見ハ暴虐政治又ハ專横政治ヲ是認セントスルモノデアナイ、又法律ノ善惡正不正ハ斯如ク懸重ノアル向類ヲナイト推論スルコトニ賛成スルモノデモナイ、又裁判官カ法律家ハ故事ノ神聖ナル職務ヲ行フ場合ニハ各自ノ良心ヲ汲却スヘシト云フノチモナイ、國法ハ一方ニ於テ事實ノ問題トシテ他ノ道德便宜宗教自然教、ハ若シ斯カルモノアリトセハ) 及ヒ政治的自由ト別個念ク異リタルモノデアアル、而シテ此レヲ幾程ノ範圍マテ調和スヘキカヲ而シテ調和セサル場合ニハ如何ニ履スヘキカハ頗ル困難デアルト同様ニ興味アリ且重要ナル問題デアル、乍作此レハ法律學ノ範圍ニ屬スルモノヲクシテ倫理學政治經濟學立法神學及ヒ政治學ノ領域ヲアツテ本書ノ取扱フ所デアナイ、法律ハ主として命令デアアル而シテ其内容ノ何シタルカハ憲法ノ限リテハナイ、此事ノ區別ヲ明カニ知ルハ最も重要ナル事デアアル、此レヲ等閑ニ所シタルコトハ憲法上際限ナキ混亂ト論事ノ原因トナリ、殊ニ口トシテ法律ニ於テハ英法ヨリモ甚タミヤ重ノカアル。

二. 法律制定 (The making of Law)

(一〇六) 法律制定及公布

法律ヲ制定スルニハ二ツノ要素力必要ヲ要ス。即チ立法者ノ意思表示ト其表示ノ公告カナケレハナラズ。而シテ其ノ第一ヲ法律ノ作製制定通過ト云フノテアル。其第二ヲ法律ノ公布公布或ハ宣告ト云フ。此二ツノ行為カナケレハ法律ニシテハ法律ハ如何ニシテ主権者ニ制定サレルカヲ次ニ説明セン。中併合也ヲ説クニ先チ立法行政司法権ノ區別ヲ辨ニスル必要カアル也。近代ノ政治的配列上重要ナル地位ニ置ケルカヲテアル。

(一〇七) 立法行政司法権ノ區別

法律ニ關スル政府ノ权限ハ法律ノ制定ト法律ノ適用トノ兩權限トナス。法律ノ適用ハ更ラニ此ヲ司法権及ヒ行政権ノ二者ニ分ツ。而シテ司法権ノ特長ハ或ル特定ノ行為不作爲カ法律違反ヲアルマテ否マテ強制的ニ決定スルニアル。此レハ勿論法律ノ解散及ヒ説明ヲナス权限ヲ含ム。如何トナレハ特定ノ行為カ特定ノ法律ニヨリテ榮セヲトタカ又ハ命令サレタカ

ノ河原ハ法律ノ意味スル所ヲ判定スルコトニ依リテノミ決定スルヲ得ルカラテアル。此ハ又法規力違反サレタ片ニ如何ナル制裁カアルカヲ尋求スル权限ヲモ含ミ而シテ又便宜上制裁ヲ科スルコトヲ命令スル权限ヲ附加スルノテアル。司法ハ法律カ違背サレ又ハ違背サレントスル又ハ斯ル事ヲ主張サレル時ヲ除イテハ行ハル。モリデナイ而シテ司法権ハ政府ノ執行官ニアル但要求セラレ返ハ行ハレナイ。法律ヲ有效ニ実行スル他ノ凡テノ权限ヲ行政権ト稱スル。其後後者ハ任意判断ノ行使ト諸權ノ行為カ法ノ一ヲ採用スル判断トモ含有シ而シテ此レハ正當ヲハナイ力屢々司法又ハ準司法 (Quasi-judicial) ト呼ハル。而シテ斯ル任意判断ヲ含マレタル場合ヲ行政ト云フ例ハ若シ市カ法律ニヨリ下水又ハ水道ヲ作ルコトヲ命令サレシテ許可ヲ得タラハコノ下水水道ヲ作ルヘキマ否ヤハ市ノ自由判断ニ任セラレル。又若シ作ルトスルニ其事業ノ範圍又ハ種類ニ關シテ特トシテ司法権ヲ有スト云ハレル。其併若シ下水ヲ作り又ハ特定ノ種類ノモノヲ作ルコトカ法律上ノ職務ヲ有スルモ、テアツタラハ其ノ職務及ヒ权限ハ行政的ナルト呼ハレル。以上三權ノ區別

ノ正刑ハ実例ニ依リテ最モ明ラカニ說明ナレル北米合衆國ノ議會ハ茶ニ
輸入税ヲ課シ而シテ輸入税ヲ払ハスニ茶ヲ輸入スル者ニハ罰金ヲ科スハ
シト命スル法律ヲ通過シタトモ此ハ立法権ノ行使ヲアル

税関官吏ハ輸入貨物ヲ検査シ茶ノ輸入税ヲ徴收シ及ヒテ倉庫ニ納メル
ハ此レ行政権ノ行為ヲアル而シテ法律ニ違反スル者カナイ以上ハ司法権
ハ奉勅ヲ要シナイノテアル、亦モ今輸入税ヲ科スルニ於テ密輸入シ
タモ、ナリトスレハ執行官ハ必要ナル手續ヲ取ツテ密輸入者ヲ逮捕シ審
理、タメ裁判所ニ呼ビ出ス、テアル、裁判所ハ司法的職權ヲ以テ止レテ
審理シ而シテ判決ヲ言渡シ而シテ裁判所ノ執行官ハ犯人ヲ罰金ヲ科フハ
キカ又法律上適當ト認ムル期間入獄セシムヘキカヲ判定スルマテ止レテ
監視シテ判決ヲ実行スルモノテアル

第三章 国法ノ定義

(一〇八) 立法行政司法三權ノ分立

勿論主権者ハ立法行政司法ノ三權ヲ總攬ス、サレトモ其ノ三權ヲ君主ニテ
行使スルコトハ不可能ナルカ故ニ君主ハ三權ヲ分立シテ之ヲ君主ニ從屬ス
ル諸機關ニ委任ス、サレハ通常立法行政司法ノ三權ハ各々相異ル機關ニ委
任セラレ、立法権ハ個人ニ委任セラレ、ヨリモ審判官ニ委任セラレ、ガ
通例ナリ、而シテ其ノ団体ハ北米合衆國ノ議會、各州立法府及ヒ英國議會
ニ於ケルカ如キモノナリ、斯クノ如キ団体ハ之ヲ立法体又ハ立法部ト称ス、
行政官ハ一人ニ委任セラレ、ヲ通例トナス、国王、皇帝、大統領等ハ事
實上ノ專制君主ニアラスシテ彼等カ代表スル國民ノ最高行政機關ナリ、司
法機關ハ之ヲ裁判所ト呼ブ、三權分立ハ極メテ重要ナルモノト思考セラレ
ルカ故ニ成文憲法ヲ規定スル國家ニ於テハコノ分立ヲ嚴密ニ規定セルヲ通
例トス、即チ北米合衆國ノ憲法乃至ハ合衆國各州ノ憲法ノ如キコノ實例ナ
リ

(一〇九) 三権ハ運用上嚴正ニ區分スルコトヲ得ス

然レトモ三権分立ノ觀念ト諸機關ノ實際トニ於ケル差別ハ説者ハ既ニ上
述セル所ニヨリテ信スル如ク嚴正ニ區分明瞭ナルモノナラス。然レトモ爭
實ハ之ニ反シテ實際上ニ於テアル特定範圍カ三権ノ何ニ屬スルカヲ決定ス
ルコトハ極メテ困難ナル問題トシテ參見セラル、ナリ、如何ニ巧妙明確ニ
憲法上ノ規定カ存スルニモ拘ハラズ其ノ運用ニ於テハ其ノ三権ヲ確然ト分
立スルコトハ全ク不可能ナルコトナリ、例ハ、凡ソト凡テノ立法組織ハ已
ニ選舉セラレタル議員ハ如何ナル資格者ナリヤ否ヤノ決定カナルモノヲ行
使ス、其ノ決定カハ一種ノ司法權作用ニシテ事實ノ調査及ヒ法律ノ解釋ヲ
内容トスレモノナリ、令狀ヲ發スルハ裁判所即チ司法機關カ行政作用ヲ行
フモノニシテ裁判所ニ提出セラル、訴訟手續ヲ規律スル裁判所事務規程ノ
如キハ裁判所カ有スル立法的作用ノ行使ナリ、最高行政官即チ米國英國ニ
於ケル内閣各員ノ如キハ下級官吏ノ職務規程 (Guidance) ヲ規定ス、之
レ即チ行政機關カ立法權ヲ行使シタル場合ナリ、一般ニ立法及行政機關ハ
主トシテ立法の權限ヲ行使スルモノニシテ而シテ附隨的ニ其本來ノ作用ト

相異ナル作用ヲ行使スルナリ、

(一一〇) 立法權ノ委任

既ニ説キタル如ク主権者ハ直接的即チ主権者自ラ法律ヲ制定スル場合ト
間接的即チ主権者カ立法權ヲ委任シタル立法機關ヲ通シテ法律ヲ制定スル
コトナリ、立法作用ハ三種ノ方法ニヨリテ委任セラル、

1. 下級立法機關ハ如何ナル法律ヲ制定スルコトヲ得、之レ即チ主権者
カ立法權ヲ全部委任スルコトヲ得ルノ意味ナリ、例ハ、英國ノ議會ノ如
キ場合之ニ該當ス、委任サレタル權限ト實際ノ主権トノ差異ハ極メテ僅
少ナルモノナリ、英國ノ有権者ハ何人カヲ議員ニ選舉スル場合ニノミ立
法權ヲ行使ス、

2. 下級立法機關ハ制定スルコトヲ禁セラレタルモノヲ除キ如何ナル法律
ヲ制定スルコトヲ得、之レ即チ主権者カ明示的乃至默示的ニ留保シタ
ル權限ヲ除キテ其他ノ法律制定權ヲ委任シタルモノナリ、斯ノ如キ立法
作用ハ一般管轄權ヲ有スル裁判所ノ權限ニ類似シタルモノナリ、法律制
定權ノ行使ハ有效ト推定セラル、而シテ其ノ無効ヲ爭ハントスルモノハ

證據ヲ証明スルノ責任アリ、合衆國諸州ノ立法機關ハ之等ノ权限ヲ有ス、
之等ハ合衆國憲法又ハ各州憲法ニヨリテ禁マレアル範圍ヲ除イテハ自
由ニ法律ヲ制定スルコトヲ得、

3. 下級裁判所ハ明示的又ハ默示的ニ权限ヲ與ヘラレタル法律ノミヲ制定
スル权限ヲ有ス、即チ主権者ハ或ル特定ノ权限ノミヲ委任ス、斯ル立法
機關ノ权限ハ制限管轄権ノ裁判所ニ相類セリ、合衆國議會ハ此種ノ权限
ヲ有セリ、而シテ之ハ憲法ニ依ヒ行フコトヲ承認サレタル法律ノミヲ制
定スルコトヲ得、然レトモ法律ハ其ノ直接ナルト間接ナルトニ拘ハラズ
常ニ主権者ニヨリテ制定セラレ、モノト思考スヘキヲ受当ナリトス、

(一一一) 成文法ト不文法

法律ハ成文法 (*lex scripta*) 不文法 (*lex non scripta*)
ニ分類セラル、英法ニ於テ今日使用セラル、コノ語ハ二者ノ區別ヲ正確ニ
言ヒ表ハスモノニアラス、何トナレハ不文法ハ久シキニ亘リテ記載サレ既
ニ文書トナリテ表ハル、ニ至ルヲ以テナリ、サレトモ其ノ大部ハ法律トシ
テ採用セラレ承認セラレタルニ拘ラス元來實際ニ記載セラレサル所ノ慣習

ヨリ成ルモノトシテ其ノ名称ヲ有スルナリ、

(一一二) 成文法ノ性質及種類

成文法トハ主権者ノ作用ニヨリ制定セラレ、モノナリ、而シテ其ノ制定
サル、場合ニハ一定ノ形式ヲ踏ミ且ツ適當ナル文字ヲ以テ書き記サル、ヨ
通例トス、國王ノ直接ニ制定シタル成文法ハ通常法律 (*laws*)、勅令 (*edicts*)
edicts) 詔書 (*rescripts*)、布告 (*decrees*)、訓令 (*ordres* -
royaux) 憲法 (*Constitution*) 及ヒ律令 (*statutes*) ト称セラ
ル、又通常立法権ヲ直接行使セサル主権団体、例ハ合衆國人民ノ如キニヨ
リテ制定セラレ、ナラハ之ヲ憲法又ハ國家構成法ト呼ハル、若シ主権者十
ルト否トニ拘ラス通常立法権ヲ行使スル所ノ例ハ英米ノ議會ノ如キ最高
立法機關ニヨリテ制定ケル、ナラハ一般ニ法律命令ト呼フ、コノ法律命令
ハ成文法ヲ總称シタル語ナリ、

下級立法機關又ハ行政司法機關力附隨的立法権ニヨリテ制定セル法律ハ
之ヲ命令規則規定等トシテ人々ノ周知セラル所ナリ、之等ノ名称ハ英法ニ於
テ用ヒラル、羅馬法學者ノ著書中ニアル *statutes* ノ語ハ如何ナル形式

ノ法律ヲモ意味スルモノナリ、

(一一三) 成文法公布ノ方法

成文法ハ通例法令書ト称スル書式ニ於テ出版シ公布スルモノナリ、併シ時トシテハ其ノ寫本ヲ公開ノ場所ニ貼リ出シ又ハ新聞紙ニ公表シテナスコトアリ、古代ニ於テハ種々ノ方法行ハレタリキ、

(一一四) 法律ノ時ニ關スル效力

法律ハ時ニ關シテ特別ノ規定ナケレハ公布ノ日ヨリ效力ヲ生スルナリ、英國ニ於テハ古代ニアリテハ法律制定サレ、所ノ議會ノ閉期中ノ第一日ヨリ效力ヲ生スルモノトセルカニハ法律的擬制ニ立脚シテ議會ノ全閉期カ以テ一日ヨリ成ルモノト若做シタルカ故ナリ、法律ハ遡及スルコトアリ、故ニ或ル行爲ヲ爲シタル當時マテハ禁制サレザリ行爲ニ對シテ処罰セラレ、コトアリ、然レトモ今日ニ於テハ公正ナル法規施行セラレ法律ノ制定後一定ノ期限ハ其ノ效力ヲ生セス、又ハ之ヲ制定シタル議會ノ閉期終了ニ至ル一定期間ハ效力ヲ發生セサルコトヲ法律ニヨリ規定スルヲ常トス、

(一一五) 不文法又ハ裁判官制定法、其一般の性質

不文法ハ又裁判官制定法又ハ司法的解釈法トモ稱セラル、而シテ其ノ制定ノ方法ニヨリテ裁判所の立法トモ呼ハレタリキ、其ノ數ニ於テハ成文法ヨリモ遙カニ多ク斯カル法律ハ言ハハ司法救ノ行使ニ際シテ附隨的ニ制定セラレタルモノニシテ主トシテ裁判所ニヨリ、併シ時トシテハ裁判官ヲ有スル他ノ官吏ニヨリテ制定セラレタルモノナリ、而シテ之ハ直接ニ公布セラレハコトナシ、ソノ多數ハ判決録ト稱セラル、記録ノ中ニ記シ、其ノ小數ハ法律書中ニ存ス、然レトモ其ノ一小部分特ニ特別裁判所ノ訴訟手續ノ規定スル數多ク法則ハ全然記入セラレヌシテ只之ニ参考シ職務上熟知セル人々ノ記憶ニアル純然タル不文法トシテ存在スルコトアリ、

(一一六) 司法的立法ノ形式

一、慣習ノ採用

司法的立法ノ形式ニ二種アリ、其第一ハ慣習ノ採用ニシテ第二ハ既成法律ノ解釈ナリ、是等ニ關シテ順次ニ説明セン、

裁判所カ広ク社会又ハ特殊ノ階級ニ於テ一定ノ條件ヲ充タスニ行ハルル習慣ヲ採用シテ法律トシテ執行スルハ一般ニ知ル所ナリ、

三等ノ條件ハ *Blackstone* 氏ノ説ニ從ハハ次ノ如シ、

慣習ハ人ノ記憶ニ存セサル古キ時代ヨリ存在シ何人ニテモ之ニ異論ナ
ク同意スルモノナラサルハカラス、而シテ又合理的ニシテ且ク確實ニシ
テ商業者、銀行業者ノ如ク其ノ所屬階級ノ全員ヲ強制シ得ルモノナルコ
トヲ必要トス、而シテ他ノ有效ナル慣習及ヒ法律ト常ニ一致スルモノナ
ラサルハカラス、慣習カ之等ノ條件ヲ充タスヤ否ヤハ主トシテ事實ノ同
趣ナリ、然レトモ其ノ合理的ナルヤ否ヤハ法律問題ニ屬ス、英國ニ於テ
慣習カ有效ナル為メニハ人ノ記憶セサル古キ時代ヨリ存在スルコトヲ要
スルトノ要件ハ——古代ノ法律書ノ語ニヨレハ人ノ記憶カソレマテ過
スルコト歟ハナル時代——餘リ追跡ニ失スルモノト風ニ考ヘラル、且ツ
著名ナル法律ニハ其ノ記憶ノ存セサル時代トハ *Richard* 一世ノ時代
ヨリ始マルモノト記サレマリ、今日ニ於テハ新慣習カ能エス發生シテ裁
判所ニヨリテ執行サレツハアリ、其ノ有名ナル例ハ *California* ノ工
業法ニヨリテ察見スルコトヲ得、*California* ニ於テ金銀察見セラル
ルヤ致メノ坑夫其恩ニ集リ来レリ、

之ニ於テ其ノ用水ノ使用及ヒ其他ノ必要ナル規則事項カ既存ノ法律ト
全然異ル慣習法ノ精察ナル規則カ彼等ノ利益義務トシテ自然ニ發生セリ
サルトニ等ハ其ノ人々ノ判別ノ事情ニ適合シタルモノナルカ故ニ其ノ法
則ノ大部分或ハ殆ント全部カ *California* ノ裁判所ニヨリテ採用セラ
レ今尚ホ其土地ノ法律ノ一部分ヲ構成セルモノナリ、サレハ慣習カ法ノ
力ヲ有スルニハ記憶ニ存セザル古キ時代ヨリ存在セサルヘカラサルコト
ハ今日ニ於テハ不必要トナリタルナリ、

(一一七) 大多数ノ慣習法

英法ノ大部分ハ裁判所ノ採用セル慣習ヲ以テ構成セラレ、長男ハ其族ヲ
相続ナス、財産ノ取得及ヒ譲渡ハ書類ニヨリテナス、而シテコノ證書ハ悉
印シテ引渡スニアラシレハ其ノ效力ヲ發生セズ、遺言ハ重大ニ解散シ證書
ハ嚴格ニ解散スヘキナリ、借用証書ニヨル貸金ハ負債訴訟ニヨリテ回復ス
ルコトヲ得、公ノ秩序ヲ害スルモノハ罰金若クハ禁錮ニヨリテ罰セラル、
之等ノ法律ハ凡テ成文ノ法律命令中ニ規定サレタルモノニアラスシテ單ニ
古キ時代ヨリノ慣習ニヨルモノナリ、

(一一八) 慣習法ノ拘束力ハ主権者ノ意思ニヨリテ生ス
 慣習ヲ法律ニ変更スルノ权限ハ公然裁判所ニ與ヘタルモノニアラス、何等ノ反對ヲ受ケスシテ主権者ノ名ニ於テ常ニ之ヲナスハ暗黙裡ニ主権者ヨリ與ヘラレタル权限ナリトノ觀念ニ基クモノト解スヘキナリ、サレトモ慣習ニ主権者ノ何等ノ許可ナクモソレ自体カ法ノカヲ有スルモノナリトスルハ極メテ一般的ナル見解トセラル、而シテ裁判官及ヒ著作家ノ用語モコノ觀念ニ囚ハル、保シコノ見解ハ現今一般ニ正当トシテ承認セラル、法律ノ定義ト矛盾セリ、之レ法律ハ主権者ノ意思ニヨリテ制定セラル、カ故ナリ、而シテ如何ナル原因ニ基キテ之カ支持サル可キカヲ認ムルコトハ容易ナラス、然リ而シテ未ダ曾テ裁判サレタルコトナク、又未ダ裁判所カ採用セシコトナキ慣習カ事實上法律ノカヲ有スルコトアルハ莫ナリ、即チ之等ノ慣習ハ有数ナル慣習タル凡テノ條件ヲ充シ道德上裁判所カ之ヲナスノ機會アルヤ否ヤ、採用スヘキ確實性ヲ有スルカ故ニ法律同振ノ服従ヲ要求スルナリ、實際裁判所カ承認セラル、ト考フル信念及ヒ其レカラ生スル服従ハ實際上之カ承認ヲ得ルコトヲ妨ケラル、コトナリ、何トナレハ莫ク敗

訴スルコトヲ覺悟シテ裁判所ニ争ハントスルモノハ何人ト云モ之レ有ラサルカ故ナリ、

(一一九) 法律ト慣習ニ對スル舊思想

慣習カ法律トシテ恒有ノカヲ有シ主権者ノ採用ヲ要セザルモノトスル觀念ハ文明ノ進歩セサル時代ノ遺物ナリ、斯ル低級ナル觀念ヲ精確ニ分析スレハ法律學ノ殆ント各部門ノ中ニ多數發見スルコトヲ得得トシテ、不思議ナル教ニ於テ存在スルコトモアルナリ、*ius cogens* ノ明カニ説明スルカ如ク、法律ハ宗教及道德ト異ナル主権者ヨリ生シタルモノナリトノ觀念ハ近代ニ至リテノコトナリ、法律ニ對スル最初ノ觀念ハ全ク法律ノ觀念ニハテラザリキ、判決ノ當時ニ於テハ超人ノカカ裁判官ノ判断ヲ吹込メルモノト想像セラレタリ、文明ノ進歩ニ從ヒテ判断ノ觀念ハ慣習ノ觀念ニ代レリ、記憶ニ存セサル時代ヨリ傳ハリ來レル慣習ハ——此ノ莫ニ開スル記録ノ存セサル人類社会ハ必スシニ久シク継続セシコトヲ必要トセサル——何等カ或ル神秘カヲ有シ人民ヲ支配シ又ハ裁判スル君主首長又ハ元老会ニ於テモ之レヲ変更スルコトヲ得サルモノト思考セラレタリ、實際ハ之レヲ変更シ得ル

ヤノ思想ダニモ人々ノ心ニ起ラサリシト云フヲ寧ろ適當トス。彼等ハ四季ノ運行ノ如ク萬物ノ順序ノ一部分ト考ヘタリ、惟シテラ勿論カ、ル幻影ノ如キ基礎ノ上ニ法律學ヲ建設スルハ不可能ナリ。

(一三〇) 司法的立法ノ方法、現行法ノ解釈

司法的立法ノ他ノ方法ハ現行成文法又ハ不文法ノ解釈及ビ適用ナリ、故ニ不文法ヲ概念的ニ組織スル念法現ノ一部ハ裁判所カ社会ニ適スルモノト認メ而シテ時及主政者ノ裁可ヲ以テ採用シタル法現及ビ手續法ヨリ成レリ。Hobbesノ曰ク、普通法ノ起源ハWilde河ノ源ト云フ之レヲ究ムルコト能ハスト、不文法ノ他ノ一部ハ裁判所カ成文法及ビ不文法ヲ解釈適用スル手續トシテスハソノ解釈適用ヲ容易ニスル目的ニヨリテ採用シタル原則ヨリ成ル。其ノ原則ハ下述スルカ如シ、

(一三一) 判例

法律ハ其ノ定義ニヨレハ特種ノ行為ヲ規律スル規律又ハ一般命令ナルカ故ニニツ同一事件ニ對スル適用ハ同一結果ヲ與フルコトハ勿論ナリ、若シ裁判官カ一事件ヲ正当ニ判決シ法律ノ正当ナル原則ヲ適用シ、而シテ正当ナル方法ヲ以テスルナラハ前同種ノ事件ノ起リシ場合ニハ他ノ裁判官ノ之ニ處スル方法モ同様ノ決定ヲ為シタルナラン、故ニ法ハ他ノ裁判官モ同様ニ決定スルモノト推定ス、若シ全然念一ナル事件又ハ其争異ノ同シキ事件カ將來ニ於テ起ルナラハ明カニ第一ノ事件カ第一ノ事件ト同種ニ決定サルヘキナリ、故ニ前事件ニ於ケル判決ハ將來惹起スル同種ノ事件ノ故コトナリ法律問題カ一度判決ニヨリテ決定シタル場合ニハ終局的ニ決定シタルモノナリト見做スヘキモノナリ、後言スレハ裁判官カ一度法律ハ斯ノ如キモノナリ、斯レ法律規定ハ存在スト決定セハ他ノ裁判官ハ皆同種ノ事件ニ際シテ同種ノ方法ヲ以テ決定スト云フコトハ受取文明國ノ法律上ノ原則トシテ承認サル、裁判官カ將來ソノ決定ニ故コトヲ承認スル既定ノ判決ヲ判例ト呼ブナリ、判例ハ判決録ノ中ニ記載セラレ而シテ裁判官及ビ衆議士ノ事件ニ當リテ準拠スルモノナリ、

(一三二) 判例ハ法則ヲ体现シ而シテ準拠力ヲ生ス

併判裁判官カ丁度同事件ノ判例ヲ見出スコトヲ得サルコトハ屢々起ルトコロナリ、而シテ前判決ト念ク同種ナル事件ハ裁判所ニ提出サル、コトハ

ハ然ト皆無ナリ、何トナレハ如何ニ判決サル、ヤト云フコトハ既ニ疑フ
 ノ餘地ナケレハナリ、斯カル事件ノ場合ニハ裁判官ハ如何ニ処理スヘキヤ、
 準拠カトシテノ判例ノ價值ハ特定ノ事件カ斯々ノ方法ニヨリ決定セラレタ
 リトノ表面的事件ニアルニアラヌシテ、寧ろ法律ノ原則カ論議ナレ適用サレ
 タル事實ソレ自身ニアルナリ、不文法ハ相々別々ノ判決ノ集合ニアラヌシ
 法則ノ一系統ナリ、*Stare decisis* 氏ハ法律ハ何處ニアルヤ、而シテ吾人ハ之レヲ
 特別及ヒ判例中ニアラヌシテ法律ノ理論ノ中ヨリ察見スヘキコトニ添テ考
 察スヘキニハアラサレヤト云ヒタリ、然モ風信旗カ風ヲシテ北或ハ南ニ吹
 カシムルニアラスシテ風カ何レノ方向ニ吹クカヲ示スニ過キサル如キモノ
 ナリ、風信旗アラサルトモ風ハ相変ラス吹ク、之レト同様判例ハ法則ヲ作
 ルモノニアラスシテ法則ノ如何ナルモノナルカヲ示スニ過キサルナリ、法
 則ハ判例ノ前ニ存在ス、若シ法則カ存在セザシトキハ判例ヲ構成スヘキ事
 件ハ既存ノモノノ如ク判決セラレサルナリ、而シテ事件カ發生セザルモ法
 則ハ依然存在スルモノナリ、吾人カ風信旗ヲ見ルハ竟迄ノ如何ニ動ケルカ
 ヲ察見スルカタメナルカ如ク判例ヲ見ルハ法則カ正当ナルヤ否ヤヲ察見セ

ンカ高メナリ、然レトモ判例及ヒ風信旗ハ其表示スル存在物自体ニハアラ
 ス、之レ判例ノ法則ナリ、然何程マテ實際上眞実ナルカハ後ニ説明スルコ
 トアルヘシ、

(一ニ三) 判例ハ事件ノ決定ニ對シ如何ニ適用スヘキカ

故ニ裁判官カ要員ニ於テ適確ナル判例ヲ察見スルコトカ不可缺ナルニ其
 ノ問題トナル事件ニ類似シタル判例ヲ調査シ其ノ中ヨリ彼カ行ハントスル
 法則ヲ察見セントスル外法的ニハ甚ダシキ差異アリ、而シテ——外觀シタ
 ル所ニ於テハ何等共通スル長ナシト思考セラル、事件モ精査ナル調査ニヨ
 リ厚々同一ナル法則ニ準拠スルコトヲ察見スルコトアリ——裁判官ハ判例
 ヲ分析シ而シテ其ノ法則ヨリ判決サレタル所以ヲ引大シテ事件ニ適用セン
 トスルモノナリ、*飯想*ニヨリ判例ヲ説明スレハ

一、荷車ヲ作ラシムルカ高メニBヲ雇ヘリ、而シテ特別ノ方法ニヨリテ之
 ヲ作ルコトヲ命シタリ、然ルニBハAニ斯ノ如ク作りタル荷車ハ堅牢ニ
 アラス且ツ車ノ製作法トシテ適當ニアラサルコトヲ述ヘタリ、サレトA
 ハ自説ヲ主張スルヲ以テBハAノ希望通り之ヲ複製セリ、然ルニ車ハ後

ニ近リテ破壊シ、而シテAハ車カ適當ニ手取ヨク作ラレナリシコトヲ理
由トシテBヲ誹謗セリ、判シハAヲ敗訴トス、即チ其ノ理由ハAカB
ニ自己ノ主張スル如ク作レコトヲ要求シタリト云フニアリ、之ハ自己ノ
要求通りニ他人カ高シタル行而ニ對シ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得スト
ノ斯ノ如キ法則ヲ含ムモノナリ、

三、 Aノ子カ急病ノタメAノ弟ニ乘リテ急テ限リ迅速ニ医師ヲ迎アレカ高
メニ行クコトヲ命ジタリ、Bハ命令通りニ彼ニ迅速ニ乘込シタルカ高メ
ニ馬ヲ傷テタリ、AハBニ損害賠償ヲ訴ヘタリ、コノ事件ハ、外部上最初
ノ例ト異ナルカ如クナレトモ法則上何等異トルコトナシ、又タ其ル長ハ
馬ヲ傷ケル程度マテモ戻ルヲ時ニ命セザリシト云フニアレトモ、係シキ
を得ル限リ迅速ニ医師ヲ迎フコトヲ命ジタルハ馬ヲ無理ニ使用スルコト
ヲ命ジタルト同一ニ夢想セサルヘカラス、故ニ目的ニ必要ナル限度ノ急
速力ヲ以テ馬ヲ致スヘシト暗示的ニ要求シタルモノナリ、法律家ノ間ニ
行ハル、妙ナル語ヲ以テ云ハ、前ノ事件ト全ク一致ス (on all four
with) レモノナリ、故ニ裁判所ハ第一事件ヲ連累スヘキ判例トシテ存

ハ等ニ事件ノ被告ヲ又勝訴トス、

三、 製造者タルAハ職工ニトリテ甚ク危険ナル機械ヲ其ノ工場ニ据付ケタ
リ、係シコノ機械ハ少シノ注意ト費用トヲ以テ差キ込マレザルヤウ冊ニ
テ固ニ安全ニスルコトヲ得、Aハコノ機械ハハ危険ニ對シテ注意スヘキ
何等ノ豫防法ヲモナサス、Bヲ時ニ其ノ機械係リノ職工トシテ雇ハレタ
リ、Bハ作業中該機械ニ惹込マレテ痛ク負傷セリ、而シテBハ過失ニヨ
リ斯ル機械ヲ危険状態ニ放置シタリトノ理由ヲ以テAヲ訴ヘタリ、即チ
過失ニヨリ損害ヲ惹起シタルモノハ何人ヲ同ハス賠償責任ヲ負フトノハ
般法則ニヨリタルモノナリ、コノ事件ハ明カニ前ニ着ノ事件トハ異なる
モノナリ、

コノ事件ニ於テ機械ヲカ、レ状態ニ放置スルコトヲBハ要求セザリキ、
而シテ前ニ着ノ例ヨリ推論シテ如何ナル法則ヲコノ事件ニ適用スルコト
ヲ得ルヤ、前ニ着ノ事件ヲ詳細ニ調査スルナラハ被告ノ無責任ノ莫ノ原
因ハ原告ノ要求ニハアラスシテ審口原告カ斯ノ如キ行爲ヲナスコトヲ發
成シタルコトヲ察見シタルナラン要成ハ、叙散式ニ過キス、事件ノ要素ニ

アラスシテ單ニ偶業ナリ、而シテ同意カ表明サレタルニ過キス、コノ事
 作ノ異ノ決則ハ広キ意味ニ於テ人ハ自ラ同意シタル行為ニ對シ損害賠償
 ラナスノ必要ナシト云ヒ得ルナリ、換言スレハ是等ノ事件ハ人ハ自由ニ
 自己ノ裁判ヲ擅棄スルコトヲ得ト云フ單能ニシテ一般のナル原因ニ立脚
 スルモノナリ、权利拋棄ノ方法ハ特別ノ要求ニヨルトモ普通ノ方法ニヨ
 レトモ何レニスルモ重要ナルモノニアラス、前ノ二ノ事件ヨリ必要ナ
 ル條項ヲ捨テ一般のナル広義ナル法則ハ有力ニ現在ノ事件ニ適用シボカ
 換言ニ從事スルコトヲ同意シタルトキニ假ハ危險狀態ヲ冒スヘキコ
 トヲ契約シタルナリ——明示的ナルカ或ハ默示的ニ恐ラクハ後者ヲラシ
 考ヘサルヘカラス——若シ危險ヲ冒スルコトヲ欲セナリシナラハ契約ヲ
 ナサハリシナラン、故ニ此矣ニ因シ過失ニヨリテ生シタル損害ニ對シテ
 ノ賠償ヲ請求スルノ裁判ヲ擅棄シタルナリ、

四、AハBヲ隧道ヲ作ル勞働者トシテ雇ヒタリ、Bハソノ仕事ニ從事中同
 一仕事ヲナスAノ他ノ雇人ノ怠慢ニヨリ岩石カ崩壞シテ負傷セリ、主人
 ハソノ雇人ノ作業中ニ生シタル雇人ノ過失ニ對シテ責任ヲ負フハ一般法

則ナリ、Bハコノ決則ヲ論ニトリテAニ對シ損害賠償ヲ訴ヘタリ、Aハ
 条論ニ於テBハ契約シタル時ニ他ノ勞働者ト共ニ働クコトナリ、又其ノ
 過失ニヨリ損害ヲ蒙ルコトアルヘシト認識シタルモノト想像セラレザル
 ヘカラス、故ニ雇傭契約ノ條項ニ主人ハ雇人仲間ノ過失ニ對シテ責任ヲ
 負セサルモノナリトノ條件カ含有サル、モノナリト主張セリ、換言スレ
 ハBハ前ノ事件ノ法則ニ基ク事件ニシテBハ其ノ裁判ヲ擅棄シタリト主
 張セル裁判所モ亦斯クノ如ク決定スルモノト恐ラセラル、コレハ斯ル事
 作ニ際シ裁判所カ實際ニ取扱ヘル見解ナリ、主人ハ仲間ノ雇人ノ過失ニ
 ヨリ一雇人ニ損害ヲ加フルコトニ對シ責任ヲ負ハザルコトハ確定未判ナ
 リ、——即チ主人カ不良ナル雇人ヲ送任シタルタメニ過失ノ實アル場合ハ
 コノ限リニアラス、

五、Aハ自余ニテ雇入タル勞働者ヲ使役シテ下水ヲ作ルコトナリ、而シ
 テ燃器ノ必要アル地莫ニ違シタルモ自ラ手ヲ下スコト無ハサルヲ以ツテ
 之レヲ專業トセルCト契約セリ、Cハコノ仕事ノタメニ多數ノ人ヲ使用
 シ而シテ雇ハル、機会ヲ待ツモノナリ、故ニCハ數人ノ勞働者ヲ送レリ、

其中ニバカアルAノ雇人ノ側ニテ仕事ニ従事シタリキ、而シテBハAノ雇人ノ過失ニヨリテ負傷シAニ對シテ損害賠償ノ訴ヲ提起セリ、此ノ事件ハ前ノ事件ト全一法則ノ下ニアルカハ不明ナリ、寧ロAハ法律上Bノ主人スハ雇主ト云ヒ得ヘキヤ否ヤノ問題トナレナリ、然ルニ裁判所ハ前ノ事件ト全一ニ見做シ而シテ斯ル場合ノBハAニ對シテ訴訟スルノ权利トシトセリ、之レ前述ノ法則ヲ正当ニ據メ得ル最大限度マテ拡張シタルモノト云フコトヲ得、

上述ノ諸事件ニ於テ惡像ナル、判決ハ現行法ニ従フモノナリ、而シテ斯ル順序ニ従ヒテ起ルコトアリ、即チ雇人ニ對スル主人ノ責任ヲ定ムル現行法律ノ法則ハ最初ノ二例ヨリ推論セラレタルコトアルヘシ、サレトモ讀者ハ之レヲ實際ナリト推考セサルコトヲ希望ス、之等ノ法則ノ外觀上ノ相違ハ之レ同意ニヨリ权利ヲ放棄スルト同一原則ヲ包含スル判例ヨリ考ヘテ等シク推論シ得ルナリ、故ニコノ法則ヲ適用シ得ル事情ノ原因ヲ惡像スルコトハ容易ナリ、其ノ中ノ何レカ、裁判所ニ提出セラルヘナラハ判例トナレ、故ニ古代ノ普通法ニヨレハ其ハ自己ノ所有財産ヲ夫ノ許

可ナラシテ自由ニスルコト欲ハサリキ、又契約ヲナスコトヲモ許サレザリキ、然ルニ時ノ經過ニ従ヒ裁判所ハ其ノ單獨又既ニ與ヘラレタル財産ヲ占有スル权利ヲ認メ而シテ夫ノ支配ナラシテ自由ニ管理収益スルコトヲ認メ次テ所有權アラハ自己ノ所有權ニ屬シテ契約ヲナスコトノ权利ヲ認メタリ、而シテ古キ判例公妻ノ所有財産ニ關シテ設立放ヲ認メ其ノ中ニテ裁判官ハ明カニ契約ヲナス权利ヲ否定シタリシカ後ニ至リ妻ニ對シ契約自由ヲ與フル裁判所ノ判例トシテ用ヒラルヘニ至レリ、

(一四) 法律家ハ原則ヲ知ルコト肝要ナリ、

判例ヲ知ルノミニテハ固到ナル法律家ト云フコトヲ得ス、判例ヲ知ルノミニテハ却ツテ錯誤ヲ來メスコトナリ、一紙法則ヲ知ルノミナラハ法則カ將定事件ノ事件ト相錯雜スルカ如キ場合ニ分析的及ヒ論理的ノ力ヲ必要トス、就中他人ノ意見ニ拘束サレハ自ら之レヲ論議シ思索スルノ習慣ヲ養ハサルヘカラス、カリノ如ク訓練サレタル法律家ハ判例ニ對シテ單ニ奴隷的ニ盲從シテ行ハル、人々ニトリテ事件ニ對シ全然無關係ト思惟スル所ノ判例ヨリ有益ナル法則ヲ演繹スレコト往々ニシテアリ、

上述ノ問題ニ於テ最モ興味アル例ハ *Richap* 氏ノ夫レナリ、數年前北米合衆國ノ税関ニ於テ税関長代理カ外國貨物ヲ関税ヲ夫取ハスシテ通過セルハコトヲ許可スル代價トシテ收賄シ、而シテ許可書ハ格式上適法ニシテ適當ナル官吏ノ眞署名アリ而シテ税関ヲ通過スル貨物ノ凡テノ格式力正確ニ履行セラレタリ、コノ欺罔行為ノ覺察セシトキ税関長ハ貨物ヲ差押ヘタリ、サレト税関長ノ法律顧問ハ貨物ハ法律的ニハ之ヲ差押フルコトヲ得ストノ意見ヲ述ヘタリ、許可ナクシテ貨物ノ通過ヲ禁スル法律アリ、又規則ニ反スルルテ、事項ヲ規定セザル法律アリ、然レトモ之ハ許可書アリ、署名アリ、而シテ何等規定違反ナキ事件ニ適用スヘキ法律ハナク又何等判例モナカリシカハ貨物ハ返却セラレタリ、其ノ貨物ノ一部カ他ノ税関区域ニ於テ差押ヘラレタルモノモ皆返却セラレタリ、而シテ格モ其ノ欺罔行為カ明カニ知レ放レルコトナレカ先ツ以テ休ヨク仕終ヘタル如ク見ヘタリ、欺罔的輸入者ノ妥費ヲ察見セル同業者ハ他ノ一保護士ニ依頼セリ、保護士ハ告ケテ曰ク、若シ税関長カ再ヒ貨物ヲ差押ヘタラハ貨物ハ保留スルコトヲ得ト、之ヲ行ヘルカタメニ裁判トナレル時ニ保護士ハ本件ヲ以テ單ニ添輸入

トシ、即テ全ク許可ナカリシモノノ如クニ論シタリ、欺罔的輸入者ハ許可書ヲ提出シテ解釋セル時ニ許可書ハ欺罔ニヨリテ得ルモノナレカ故ニ表面ニハ正当ノ如クナレトモ實際上ニ於テハ無効ナリ、故ニ法律上許可ナカリシモノト同視ナリ、裁判所モ斯ク判決セリ、サレハ保護士ハ單ニ欺罔ニヨリテ為サレタル行為又ハ高ナレ得ル行為ハ無効ナリトノ法律ノ原則ヲ思ヒテ適用シタルニ過キス、而シテ以前ニハカ、ル場合此ノ規則ノ適用サレタル判例ナケレハ判例ノ大多數ノ外被上差異アルモノ本件ヲ包含スヘキ判例ヲ引出スコトヲ得、

慣習ヲ採用スル決定ハ單ニ次ノ一般原則ノ適用ニ過キサルコトヲ注意スヘキナリ、即チ斯ノ如キ特種ヲ有スル慣習ハ常ニ採用セラルトノコトナリ、裁判官ノ考察ノ半面ヲ附帶意見 (*obiter dicta = passing remark*) ト名付ク、サレト學識アル裁判官ノ附帶意見ハ法律ノ反影トシテ極メテ重要ナルモノナリ、而モ其ノ反影タルモノハ裁判官自身ノ人徳其ノモノヨリ察スルモノニシテ其ノ職務的地位ソノモノカ資ラズニハテラス、斯ルカ故ニ附帶意見即チ法律思想ノ反影タルヘキモノハ法律學上取限

アルモノニアラス。

(一二五) 判決ニ準據スルハ甚タ重要ナルコトナリ
 法律ハ如何ナレモノナレヤヲ決定スルカ高メニ判決ハ極メテ價値ヲ有ス
 ルモノナリ。判決ニ準據ス (*stare decisis* // *to stand to the*
decided case) ノ、法官ハ法律思想ノ健全ニシテ尚モ程序正シキ審理
 ニ對シテノミナテス持ニ英米ニ於ケル所云自由制度ノ維持ニ對シテ他ノ數
 アル原因ト共ニ貢獻シタル法則ノ表現トシテ認メラレタルナリ。 *Manly's*
 氏カ或ル訴訟事件ヲ判定スルニ際シテ數百ノ判例カ一事件ノ判例ニ関連ス
 ル事實ハ實ニ驚異ニ値スト説ケリ。然レトモ驚異スヘキ判決カ時々他ノ判
 決ニ引用セラレテ其ノ結果人々ニ對シテ不正不法ノ判決カ屢々生シ来レル
 コトハ裁判官自身カ自己ノ殿スルマテニ判決スト云フ障害比較スレハ可及
 的正シキモノト云フヘキナリ。

(一二六) 判例ハ判決ニ對シテ其ノ必要ナル原則トシテ準據力ヲ有ス
 此ノ場合ニ於テハ前述セル記録及言 (*Estoppel by record*) 二
 適用セラレタルト同様ノ制限ノ原則カ存ス。

一ツノ或ル判決ハソノ判定ヲナスニ必要ナルヘキ法律ノ原則ニ對シテノ
 ミ判例トナルモノナリ。若シモ裁判官カ其ノ法律ノ或ル部門ニ對スル一般
 的見解ヲ示サントスル場合又ハ限局セラレタル而モ特種ノ原則ニ基ク一事
 件ノ判定ニ對シテ一般ノ原則ヲ規定セントスルカ如キ場合ニ於テハ其ノ判
 決ハ單ニ限局セラレタル或ハ特種ノ原則ヲ適用スヘキ事件ニ對スル判例ト
 見做サルヘキナリ。

(一二七) 異ナル管轄權ヲ有スル裁判所ノ判決ハ嚴正ナル意味ニ於テ判
 例ニアラス。

法律上根拠力トシトノ原則ハ異ナル管轄權ノ裁判所ノ判決ハ判例ニアラ
 ストノ事實ニ對シテモ同一ナリ。英國裁判所ノ判決ハ北米合衆國ニ於テハ
 判例トシテ認メラレサルモコノ反對事實 (*non est* // *being ex-*
changed) モ亦異理ナリ。又合衆國ノ或ル州ニ於ケル裁判所ハ他州ノ裁
 判所ノ判決ニヨリ拘束サル、モノニアラス。ヨシニソノ州ノ法律カ異ナル
 モノニアラサル場合ニ於テモ、ノミナラス合衆國裁判所ノ判決ノ拘束力ヲ
 受クルモノニハアラサルナリ、然レトモ合衆國ニ於テノ問題ニ關シテハ合

象国大審院ノ判決ハ聯邦ノ如何ナル部令ニ於テモ拘束力ヲ有スルモノナリ、但シ州法ノ疑義ニ関シテハ大審院ト雖モ各州ノ最高裁判所ノ判決ニ準拠スハク拘束メラルハナリ、異ナル管轄権ヲ有スル裁判所ノ判決ハ依令拘束力ハナシトスルモ判決トシテノ價值ヲ有スルナリ、例ハハ反對解散ヲナスハキ成文律或ハ判例ナキトキニハ類似セル管轄権ノ代表的裁判所ノ下シタル判決ハ疑ハシキ訴訟事件ヲ解散スルニ十分ナルモノト認メラルヘシ、

異ナル管轄権ヲ有スル裁判所ノ判決ハ正確ナル意義ニ於テハ判例 (precedents) ト稱シ得サルモ屢ミカク名付ケラルハコトナリ、

(一ニ八) 破毀判決

既ニ説明セル如ク判例ノ根拠力ナルモノハ法律ノ一般的原则ヲ解散布行ス可キモノト想像セラルハカ故ニ現ハレ来ルモノナリ、裁判官カ既ニ存スル判例ヲ分析解散シ而シテ其ノ既存判決ヨリ一般的原则ヲ抽出スルハ時ニソノ一般的原则ヲ裁判官ノ前ニ展開セラレタル事件ニ適用スル場合ニ於テ適用スルコトナリ、即チ之レ裁判官カ法律ノ原則ヲ曲解シ而シテ其ノ不法ナル原則ヲ事件ニ適用スルカ爲メニ其ノ判決ハ正シク且ツ深キ根拠力ヲ

有ス、判決乃至ハ其ノ判決ニ含まレタル原則ト相矛盾不一致スルコトナリ、(inconsistent with)

斯クノ如キ場合ニ於テハ其ノ判決ヲ下セル以外ノ裁判所ハ其ノ事件ヲ一判例トシテ認ムルコトヲ拒絶スルノミヲ以テ法律ニハアラスト主張ス、(declaring it to be "not law")

之ヲ認シテ判決ノ破毀或ハ破毀判決ト云フ、判決ヲ破毀スル权限ハ細心ナル注意ヲ以テ行使スヘキナリ、裁判官自身カ事件ハ誤判サレタリト信スル場合ニ於テモ其ノ判決ヲ必スシメ破毀スルコトハ敢行セサルヘシ、ニ但シ裁判所其ノ一ヨリ其他ニ向キテ上訴ナサレタルカ如キ關係ヲ有スル場合ニ於テ下級裁判所ハ上級裁判所ノ判決ヲ破毀スルコト不能ナルノミナラス、其ノ判例ハ下級裁判所ヲ總對的ニ拘束スルモノナリ、優秀ナル裁判官又ハ裁判所ニヨリテ下サレタル判決ナリト事實ハ判決ソレ自体ニ一層ノ價值ヲ付スルト共ニ其ノ判決ヲ破毀セシメサルコトヲ保持スルモノナリ、

(一ニ九) 集積判決ノ根拠力

判決ハ準拠セラルハニ従テ其ノ根拠力ヲ強カラシムルナリ、判決ノ連鎖

即テ後ノ判決カ前ノ判決ヲ確認スルコトハ *manifestly* 氏ノ所謂百度引用
 セラレタル判例ハ頗ル重大ナル根拠カヲ有ストノ意味ナリ、仮令現判決カ
 正シカラサルモノトスルモ而モ正シカラサル莫カ未ダ察見セラレザルノミ
 ニシテ現判決ノ上ニ更ニ判決カ打テ立テラレ、竟ニ裁判所ガ其現判決ヲ摘
 出解除スル場合ニ於テモ現判決ヲ破壊スルコトヲ推論スルコトアリ、之レ
 即テ過失トモ正シキニ導クモノニシテ (*Common law error facit*
ius = *Common error makes law*) *Phillips* 對 *Albee* 事件ニ
 於テ *Brougham* 卿ハ遺言書解除ニ関スル裁判所ノ認メタル誤謬アル法則
 ニ言及シテ曰ク、數年同是認セラレタル原則ハソレヲ破壊スヘキ方法ナシ
 裁判所及ヒ誤念トモモコノ原則即テ過失トモモ正シキニ導クノ法則ニ準拠
 シ来リタルコトヲ明白ニ調和セラレタル原則ナルコトヲ認ムルモノノ原則
 ハ一ノ法規トシテ認メラル、ニ至リタルモノナリト述ヘタルナリ、
 (一三〇) 判例ノ矛盾
 既府セル而モ誤謬アル判例及莫ノ餘弊ハ時ニハ準拠セラレ時ニハ否認セ
 ラル、コトアリ、サレハ相錯條々ニ種ノ判例發生シテ裁判所ヲシテ固却

マシト必要ナキ訴訟ヲ久シキ且リテ存能セシメソノ争負 (*the matter*)

ハ立法乃至最高裁判所ノ詳細ナル議論ニヨリテヤウヤク解決スルコトアリ、

(一三一) 裁判官不立法ノ原則

而シテ競者ハ順序トシテ斯クノ如キ同ヲ察スヘシ、ソレハ若シ裁判官ノ
 職力カ成文律及ヒ判例ヨリ法律ノ原則ヲ摘指シ、而シテソノ原則ヲ新シキ
 事件ニ適用スルノ範圍ニ限局セラル、モノエラハ所謂司法的立法 (*Judicial*
legislation) ノ發生スヘキ場合ハ何時ナルカ、裁判所ハ法律ヲ
 如何ニ制定シ得ルカ、理論上ヨリシテハ裁判所ハ斯クノ如クナシ得サルモ
 ノナリ、或ル一定ノ時代ニ現存スル法則ハ其ノ時代ニ發生シ得ル社會現象
 ノ發達多様性ヲ内容トスル社會的萬象ニ適用サルヘキ法則ヲ含有シ、而シ
 テ裁判所ノ職力ハ立法行高ヲナスニアラス、又ハ法律ヲ解紙適用スルニ止
 マル者ノ觀念以外ニ最モ基礎的ナル法規ハ存在セザルヘシ、コノ法理ヲ主
 張スルハ裁判官以外ニハアザラサルモノト云フヲ得、司法权ハ法律ノ效力ニ
 屬シ存在セストハまおし或る氏カ現ニ唱破セリ、裁判所ハ法律及ヒ政府ノ
 有餘的制度ニシテ何等自ラ意識シ察言スルモノニハアラス、時ニ裁判所ハ

自由意志又ハ自由裁量 (discretion) ヲナシ得ルモノナリトハ云ハルモ
 其ノ思惟タルヤ所云法律的思想ニ過キサルモノナリ、其ノ法律的思想トハ
 法律ニヨリテ規定セラレタル方法ヲ察見スルカトメニ為サレ、自由裁量ナ
 リ、而シテソレヲ行フコトハ裁判所ノ義務ナリ、司法官ハ決シテ裁判官ノ
 意思ヲ表現スルカトメニ存在スルモノニアラス、常ニ立法者ノ意思ニ対シ
 テ或ル結果ヲ起サントスル目的ナリ、換言スレハ法律意思ヲ表現スルカト
 メニ存スルモノナリ、而シテ或ル非常^{非常}ナル意味ヲ以テコノ原理ハ異なり
 ソノ重要ナル意味トハ裁判所ハ公然立法行為ヲナスモノニアラスシテ又立
 法ニ属シテハ又々既存ノ判決ニ準拠シ其ノ法例ニヨリ發生スル唯心の慣習
 (mental habits) ニ準拠スルモノナリトノ制限ヲ受ケ、又立法ハ裁判所ノ
 意思表示ニアラスシテ判決ノ意思表現ナルト共ニ裁判所ニ於テ斯クアルハ
 シ (should be) ト命スル宣言ニアラスシテ、單ニ裁判所力斯クアルハ
 キカ至当ナリ (ought to be) ト思考スル宣言ナリ、サレハ司法的立法ハ
 大体ニ於テ最モ敢蒙^{敢蒙}ナル最良^{最良}ノ意味ニ於ケル公正ナルモノナリ、
 (一三五) 裁判官ノ作成セル法律ハ時ニ矛盾ス

法律ノ解釈ニヨリテ生シタルニツノ原則ハソレカ抽象的ニ述ハラレタル
 場合ニハ何等矛盾スルカ如ク見エスシテ而モ法律ノ原則トシテハ完全ニ制
 定セラレタルモノノ如クナレトモソノ適用ノ外^外的範圍ニ於テアル部分互
 ニ錯綜スルコトヲ察見スルノミナラス其ノ二個ノ原則ヨリ明確ナル過程ニ
 ヨリ^{ヨリ}演繹シタル補助的^{補助的}原則ノアル部分ニ於テハ相互ニ不一致ナル場合ナリ、
 斯クノ如キ場合ニ於テハ其ノ二個ノ原則ノ^二限^限界ヲ別シ、而シテ相互ノ適用
 範圍ヲ定ムル義務ハ裁判所ニ指示セラル、

例ハ八未成年者即チ二十以下ノ人ハ契約ニヨリテ拘束セラレ、コト
 ハ不^不能^能ナリ、但シ未成年者自身ニ対シテ必要ナル物品ヲ賣ル場合ヲ除外サ
 ル、然レトモソノ未成年者ハ契約ニ対シテハ無責任ナレトモ契約違反以外
 ノ不法行為、詐欺、竊取等ニ^ニ關^關シテハ訴訟能力ヲ有スルモノナリ、今Aナ
 ル未成年者カBナル商人ニ対シテ虚偽及ヒ欺^欺詐ノ意思ヲ以テAハ未成年者
 ナリト表示シ葡萄酒及ヒ菓^菓卷ノ数量ヲ^ヲ賣^賣ニテAニ供給ナサシメ、而シテ
 後ニ其供給ナサシメタル物品ニ対シテ戻^戻取^取ヲ^ヲ拒^拒絶^絶ヲナシタリトセヨ、コノ
 場合ニ於テ如何ナル法則ヲ適用セラルヘキヤ、Aハ未成年者タルカ故ニ責

任ヲ逃レ得ルヤ、或ハAハ詐欺ノ意思ヲ以テ物品ヲ取得シタルトノ理由ヲ以テ責任アリト決定サル、ヤ、若シAカ詐欺ナルカ故ニ責任アリト判決セラル、ナラハ此ノ場合ハ事實上契約ノ強制ト責備シ得ルナリ、即チ事件ハ前述ノ二個ノ補助的原則ノ下ニ立テトモ、サレトモ其適用ニ於テハ其ノ二個ノ補助的原則ハ反対ノ結果ヲ奏ラスモノナリ、斯ノ如キ場合ニ於テハ未成年者ハ無責任トリトスルノ判決ハ決定サル、然レトモ其ノ理由ハ兼ニ詐欺スヘク別題ノモノナリ、而シテ又クノ判決ノ結果ハ未成年者ハ斯クノ如キ場合ニ於テモ詐欺行高ニ対シ責任アリトスル原則ノ適用ハ未成年者ハ契約ニ対シテ責任ナシトスル原則ト矛盾スルコトナキ場合ニノミ制限セラレ、ナリ、即チ斯ノ如キ結果ハ立法過程ノ結果ナリ、

法律ノ牽連ハ大要斯ノ如キ経路ヲ辿リタル傾向アリト広キ意味ニ於テ云フナラハ明カナル一般の差異カニツノ相異ナレル事件ニ於テモ示サレ居ルモノナリ、サレトモ新シキ数ノ事件カ一般の差異ヲ有スル異性ノマハリニ群リ来ルト共ニ其ノ各々カ相接近シ、差異ヲ表明スルニ困難トナル、サレハソノ差別ヲ決定スルコトハ冷静時味ナル理性ニヨリモ寧ろ口説メテ

微細ナル備根性ヲ有スル感情ノ為メニ區別セラル、ニ至ル、而シテ遂ニ相矛盾スル判決ノ接近ニヨリテ其ノ區別力單ニ数理的差異ノ如キ微少ナルモノニ到達スルモノナレトモ、其微少ノ差異ニ相互ニ接近セシメテ等シカラシメントスルハ独断的ナルモノトナサ、ルヘカラス、

(一三六) 解釈ノ原則

裁判所カ二個ノ相矛盾スル原則ヲ法律解釈ノ場合ニソノ何レカヲ決定セントスルトキニ其ノ決定ニ対スル理由ハ決定ソレ自体ト等シク判決ノ一部分トナルモノナリ、而シテ其ノ決定ハ一般性セラレテ原則トナシ得ルナリ、理論的ニ云ハハ多数キ原則ノ間ニ發生スル矛盾ハ各原則ノ適用ヲ以テ端節スルモノナルカ故ニ未成年者カ他人ヲ欺キテ契約ヲナシメタル場合ニ責任ヲ有スヘキヤ否ヤヲ決定スルニハ既ニ我カ承知セルカ如クニ個ノ矛盾セル原則ノ幾箇同ニ區別線ヲ設定スルコトヲ含ムト共ニ裁判所カ法律ヲ解釈スレニ當リ其法律ノ立法理由ヲ考慮スヘキ法律カ介在セラレテラレ、法律ノ解釈ニ便センカ高メニ限定セラレタル規定ヲ解釈ノ方則ト承スルモノニシテ司法的立法ノ重要ナル部分ヲ占ムルモノナリ、

茲ニ裁判所ニヨリテ是認セラレタル數多キ解款ヲ列舉スルコトハ不可成
ナルコトナリト受テ其重要ナルニ三ニ付キテ例示スレハ、

立法者ハ不正不便宜ヲ目的トスルモノニハアラスト推定セラレハ、ハ法律
解款ノ一原因ナリ、然ルニアル法律力不正、不道徳、不便宜ナリトノ事實
カヨシアリトスルモ法律ソノモノ、效果ニ影響ヲ及ボスモノニアラス、ト
其ニ裁判官ハ其ノ法律力惡法ナルノ理由ヲ以テ其立法ヲ擧成スルコト致ハ
サレモノナリトニツノ事實ハ明白ナルコトナリ、然ルニ一相ノ規則カニ
誤ノ解款ヲ許ス場合ニ於テハ假令其ノ法文ノ表面的意義カ不便宜不正ナリト
スルモ亦法律解款ノ原則ハ法令ノ辞句カ法律ノ用語トシテ用ヒラレタル正
則的ナル且ツ自然的ナル意義ヲ示スモノトシテ現ハレ居ルモ裁判所ハ其ノ
法律ヲシテ惡法タラサシメンタメ正シク且ツ事情ニ適スル解款ヲ撰フモ
ナリ、

而シテ裁判所ハ常ニ法文ニ依ハレタル言葉ヨリシテ好マシカラサル判決
ヲ避クルコトヲ解ル意味ヲ抽出スルニ大イニ意ヲ用フルナリ、有名ナル規
判官曰ばると氏ハ立法理由ヲ成メントスル裁判官ニ對シテ思言スルニ辭訟

當事者ノ行高ヲ解スル場合ニハソノ當事者ノ心意ニ依ヒテ解款ヲナスハ
ク、若シ嚴正ナル法律カ適用セラルハナラハ其ノ行高カ正シカラサルコト
又ヒ損害ヲ招キスルナラハ其ノ適用ヲ避クルヘク努力スヘキナリ、而シテ
正義道徳及ヒ道不道ノ觀念ハ直接的ニ法律ノ原則ニヨリテ認めラルハ、モ
ニアラヤルト共ニ又法律ノ明文ニ因シテマテスニシテ用フヘキニアラサレ
トモ法ノ解款上疑義アル場合ニ於テハ所謂解款ノ原則ニ依ヒテ疑義アル事
件ヲ取扱フヘシトノ事作ヲ惹起スルコトナリ、斯ノ如キ觀念ヲ含ム議論ヲ
殊シテ不便宜ノ議論 (as *inconvenienti*) ト云フ

多クノ事例ノ一トシテ舉ケレハ即チ囚人カ監獄ヲ脱獄スルハ更ラニ新シ
キ処罰ヲ生スルモノナリ、殊シテ若シ監獄カ火火シタル場合ノ如キ囚人
カ彼ノ生命ヲ保護スルカタメニ逃走スルナラハ裁判所ハゴノ非常ノ場合ニ
ハ法律ノ適用ヲサハルモノナリ、ソノ理由ハ囚人カ其ノ生命保護ノ爲メ
ニ脱獄シタル場合ニハ之ヲ從前スルハ正シカラサルコトナルカ故ナリ、假
獄囚カ犯罪タリシ時代ニ於テハアル裁判官ハ彼ハ死刑ニ処セラルヘキモノ
ニナラス、何トナレハ其囚人ハ監獄ニ止マリテ免死スルノ必要ナキカ故ナ

リトセルハ尚解法ノ一トシテ過去ノ法規ヲ解釈スレニ當リテハ其ノ過去ノ法規カ行ハレタル時代ノ慣習ヲ参考スヘシトノ法則ナリ、所謂解釈條件ト呼ハル、古代ノ法規ニハ屬スルモ限ル重要ナル法例アリ、其ノ條件ノ内憲ハ契約ハ必ス文面ニ據ルヘシト云フニ下リ、

二三ノ例外アレトモ契約ハ契約意思即チ當事者ノ一方ニソノ契約ノ反對給付トシテ物ヲ給付スルカ或ハアル行前ヲナスリ又ハ物ヲ與フルコトノ約束ヲナスコトニ依ラザルヘカラストノ事實ハ所謂契約法ノ一原則ナリ、契約ハ書面ニヨルヘシトノ原則ヲ施行スルニおいてかつと州ニ於テ一事件突發シタルナリ、而シテ其ノ事件ハ所云諒解ニ對スル終大ヲ適用スヘキ事件ナリシノミナラス其ノ契約意思ハ文面上ニハ表ハレ居ラザリシナリ、ソノ契約ニ對スル訴訟ハ諒解ニ關スル法例カ契約意思カ書面ニヨリテ證明セラレハコトヲ要スルモノナリヤ、或ハソレヲ證明スル必要アリヤ否ヤノコトカ問題トナレリ、裁判所ハコノ事件ヲ判決スルニゴノ州ニ於ケル慣習ハ契約意思ヲ書面ニ記サ、ルノ慣習ナル理由ヲ以テ所謂契約意思ヲ書面ニ表ハスコトヲ必要トセスト、然レトモ此ノ原則ハ英國ニ於テ之致ハ北米合衆

國ノ他ノ州ニ於テモ理由ヲ異ニセルナリ、尚ホ更ニ別種ノ解法規則アリテ法律ヲ解釈スルニ當リテハ損害ハ之ヲ可及的ニ回避スルト共ニ救済手段ハ之ヲ可及的ニ附與スヘシトノ意義ヲ生スルナリ、

コノ事實ハ諒解ニ基テ未成年者ノ契約責任ノ問題ヲ否定的ニ解法シタルモノト見做シ得ルナリ、諒解ニ基テ契約ニ對シテ未成年者ハ責任ヲ負スルトノ主旨ハ立法意思ト一致セザレモノナリ、即チ未成年者ハ精神カハ未熟ナリト推定スルハ斯ク推定セザルヨリモヨリ利益アリトスル事實ニ及スルモノナリ、

(一三七) 法律解釈ノ原則ヲ利用シテ成文法ノ豫備ヲ補正ス、

解釈ノ原則ハ成文法ノ欠缺ヲ補正スルカ爲メニ屢ニ適用セラレ、ナリ、古代ノ法律ハ最も簡明直截ノ辭句ヲ以テ可及的ニ一般性ノ法則ヲ示ス傾向アリキ、而シテ成文法トシテ夫等ノ簡潔ナル辭句ハ複雜困難ナレハコレヲ諒解スルノ必要アリタルナリ、ソノ必要ハ司法的立法ヲ通シテナサレテハハバトんと氏ハ揚言シテ曰ク、

生レテ以來余ハ國王及ヒ上院、下院ヨリモ受クノ法律ヲ目的ニ從ヒテ制

定セリト。然レトモ、斯クノ如キ誇示ハ現代ノ裁判官ノ天シテナシ得ルモノ
 ニアラスシテ、若シカ、ル事實カ存在シタリトスレハ疑ヒナク裁判官ノマ
 メニ採ラサレトコロナリ。而シテ古代ニアリテハ判例ハ未タ愛カラス、
 其ノ結果トシテ法律ノ諸規定ハ極メテ一般化シタル故ニ親ヲ以テ使用セサ
 ルヘカラス。加之立法ハ論肩ナルト共ニ現今ヨリモ不整ニシテ裁判官ハ不
 正不違ナリト信セラル、モ立法権ノ一部分ヲ保存スルノ嫌ヒアリタルナリ、
 此トシテ一事件カ法律ノ公正範圍ニアルト認セラル、コトアルモ、コレ
 ハ裁判所カ其ノ事件ニ於テハ餘文ノ字句ハ厳正ナル適用ヲナスヘキニハア
 ラサレトモ、ソノ法文中ニ若ムトコロノ法ノ精神ヲ適用セルコトヲ云フモ
 ノナリ、

(一三八) 司法的解釈ハ成文法ヲ無効タラシムルコトアリ、
 アル場合ニ司法的解釈ノ結果ハ成文法ヲ事實上脅威キトナシ效力ヲ失ハ
 シムル事實ノ存スルハ否定スルコト能ハサレトコロナリ、コノ點着ナル例
 ハ土地所有、該法使用禁止法令ノ記録中ニ発見シ得ヘク、其ノ詳細ハ本章
 ニ説クヘシ、

(註) (1) *The Statutes of Mortmain* ハ其ノ始メ一三三五年頃ヨリ
 ハムリ一三世、エドワード一世、リチャード二世、ハムリ一八世等
 ノ歴代ニ互リテ制定セラレタル法律ニシテ主トシテ宗教團體ニ對
 シテ土地ヲ所有セシムルコト又ハ譲渡スルコトヲ嚴禁制限シタル
 法律ニシテ英法ニアリテハ昔ニミテ *Dead Hand* —— 死手條例
 ——ト呼ブ、*The Statutes of Mortmain* ト正則スヘキモ
 ノニ *The Mortmain Act* ナルモノアレトモ同一ノモノニア
 ラス、

(一三九) 信實解釈
 歐洲ノ或ル國ニ於テハ理論上少クモ成文法ニ對スルノ解釈カ裁判所ニ
 存スルコトヲ否定スルノミナラハ疑ハシキ意見ヲ用スル條文ハ立法部ニ誌
 同セラレ解釈セラルンシトナスモノナリ、之レヲ信實解釈又ハ真正解釈
 (*authentic interpretation*) ——ト呼ブ、
 (一四〇) 法律上ノ擬制

法律上ノ擬制ハ司法的立法ノ一手擬ニシテ現今ニ於テハ過去ニ於ケルモ
ノカ復活セルモノニアラス。法律上ノ擬制トハ法律上ノ目的ヨリシテアル
真実ナラザルモノヲ真実ナリト見做シ、人欲ル事實ノ狀態ヲ事實上存在セザ
ルモノヲ存在スルカ如ク推定スル場合ナリ、例ハハ裁判所ノ開庭中ソノ何
レノ限ニ於テモ其ノ興ヘラレタルニテノ判決ヲ開庭期ノ第一日ヨリ興ヘ
ラレタルカ如ク思考スル原則ハ一ノ法律上ノ擬制ヲ含ム、*Presumed* ハ法
律上ノ擬制トハ法律ソノモノハ公衆變化スルコトナリ、又ソノ法実ノ作用
ノミカ変更サレテ事律ヲ偏リ、又隠入ヘキ結果等ノ推定——看做ス——ナ
リハ定義シタルナリ、

又法律ヲ体系トスル法律制度ハ裁判官ハ立法セストノ基礎的擬制ニ立脚
スルモノニシテ裁判官ハ只僅カニ現存スル法律ヲ解釈シ適用スルニスキス
トナスモノナリ、

今一ツ重要ナル法律上ノ擬制ハ萬人等シク法律ヲ知ルト云フ推定ナリ、
コノ原則ノ理由及ヒ必要ニ必要ハ議論ノ餘地ナキ確然タルモノナリ、サ
レハコノ原則ハソノ活用甚々教シキモノナリ、*State of Goodman*、

事件ニ於テ一夫一婦姦通罪トシテ裁判セラレタリ、某女ニ彼女自分ヲ五年
前ニ見捨テ、他女ト結婚シタル夫アリ、再婚ニツキテ終メラレ、ソノ夫婦
ノ所被告ハ治安判事ノ許ニ至リ、彼等兩人違法ノ結婚ヲ行ン得ルヤ否ヤヲ
尋ネタルニ判事ハ可能ナルコトヲ答ヘ、彼等當事者ノ求ムルニヨリテ結婚
式ヲ行ヒ、式後ニ於テ彼等兩名ハ夫トシテ又妻トシテ堅ク信シテ性交サヘ
行ハレタルナリ、然ルニ裁判所ハ法律ハ知レルモノト推定セラルヘシトシ
テ彼等ヲ重婚罪ト判決シタルナリ、

第四節 主権者タルノ資格ニ於テ

其臣民ニ對シテ

(一四一)

法律ハ主権者カ主権者タルノ資格ヲ以テ制定セルモノ
主権者カ主権者タルノ資格ヲ以テ制定スソノ命令ヲ法律ト称スルナリ、
若シ君主カ自己ノ小兒又ハ臣下ニ對スル支配力ヲ有スル拘束令ヲ制定スル
トモ之ハ國家ニハアテサルナリ、又主権者カ往々他ノ國家ノ主権者ニ對シ

テ設クル規則、恰モろしヤカくりムヤ戰爭使ろしヤノ軍艦ヲシテだ、
ろ才海峽ヲ通過セシムルコトヲ禁セラレシ如キモノ亦同一ナリ、然レトモ
一時的ニ或ル國家ノ領土ニ滯泊スル外國人ハソノ國家ノ臣民カ享有スル
刑ノ全部ヲ享有スルニアラサルモノノ國家ノ法律ニ従フヘキモノナリ、

(一四三) 治外法權

外國旅行中ノ皇族、本國駐在中ノ大使及其從者ノ外國領海ニアル軍艦ノ
士官及ヒ乗組員ノ外國領土通過ヲ許可セラレタル場合ノ軍艦及ヒ艦長諸
國ノ國民及ヒ臣民ニシテ東洋諸國ニアルモノハソノ所在地ノ法律ノ管轄ヲ
多少範圍ニ差異アルニ受ケサルモノナリ、三レ條約ノ國際的夫誼ノ何レカ
ニヨルモノナリ、コノ特權ヲ稱シテ治外法權トモテ、

V. 制裁詳論 (Sanctions further considered)

(一四三) 中間及終局制裁

國法ノ性復ノ説明ヲ完結スルニハ稍、十分ニ制裁ソノモノヲ説明スルノ
必要アリ、制裁ハ命令ニヨリ構成セラレ、モノナリ、例ヘハAカBヲ殴打

シ、BハAヲ誹ヘ而シテAニ不利ナル判決カ與ヘラレタリ、ソノ裁判所ノ
命令ハAハBニ對シテ損害ヲ支拂フヘシトノ内容ニシテBハAカBヲ殴打
スルコトヲ法律カ禁シタル拘束ノ一部分ナルト共ニ一般的ニハ人ヲ殴打ス
ル行為ヲ禁スルモノナリ、訴訟費用ノ負担、訴訟ノ喫累及ヒ訴訟ノ不面目
等ハAカ誹ヘラレタル時ニ受クヘキ制裁ナリ、裁判所ノ判決ハ命令ナルヲ
以テ判決ハ制裁拘束ヲ伴フナリ、而シテ其ノ判決ハ已ニ上述セル如ク執行
令狀ニヨリテ強制セラルヘキモノナリ、命令ノ形體ヲ具ヘタル制裁ハ中間
制裁ト稱セラル、カ其ノ理由ハ中間制裁ハ其他ノ制裁ヲ以テ即テ終局的制
裁ヲ以テ強制セラル、カ故ナリ、サレハ制裁カ制裁ヲ以テ強制セラル、コ
トヲ必要トセサル制裁ヲ終局制裁ト稱セラル、ナリ、今若シ窃盜犯ナルカ
故ニ人カ監禁セラル、トスルテラハソノ監禁ハ終局制裁ナリ、何トナレハ
窃盜犯ナル始犯ニ對シテ監禁ナル制裁以外ニ課セラルヘキ制裁ナリ、又制
裁ヲ科スヘキノ命令モ禁スル能ハサルモノナリ、然レトモ若シモ其ノ窃盜
犯ヲナセシ者カ獄念ニ於テ不行賤アリタル場合ニハ其ノ犯罪者ハ新シキ犯
罪ヲ受クヘキモノナルカ其ノ處罰ハ人ハ窃盜スヘカラスト云フ根本的義務

違反ニ對スル制裁ニアラサルナリ、

(一四四) 刑罰的賠償的及執行の制裁

刑罰ハ之ヲ刑罰的賠償的及執行のナルモノニ分類スルコトヲ得、
 刑罰的制裁トハ不法行為ニ對シ懲罰ナル目的ヲ以テ之ニ苦痛ヲ科スルモノニシテ其ノ不法行為ニヨリテナサレタル損害ヲ恢復シスハナサ、リシ款
 務ヲ強制スシメントスルモノニハアラス、人ヲ救済スルコトヲ廢ストノ原
 則ニ違背スル場合ニハ死刑ニ處セラレ、人カ益ムヘカラストノ法律ヲ破レ
 ハ懲罰セラレ又ハ國家ニ對シテ罰金ヲ支払フコトヲ強制セラル、ナリ、
 シ死刑入獄スハ囚庫ニ對シテ罰金ヲ支払ハ不法行為其モノヲ免罪スルモノ
 ニハアラス、死刑入獄罰金等ハ被害者ニ對スル損害賠償行為ニモアラスシ
 テソレハ單ニ其モノニ過キナルナリ、一般ニ刑罰的制裁ハ終局的ナルモノ
 ナレトモ刑事犯人ハ自ら身ヲ救スヘシトノ命令ハ過去ニ於テそくらてナリ
 場合又ハ日本ニ於ケル切腹ヲ行ハシムル命令等ノ如キハ中間的刑罰制裁ノ
 一例ナリ、
 賠償的制裁トハ不法行為ニヨリテ被害セラレタル人ニ對シ損害賠償ヲナ

サシムルカ高メニ制定セラレタルモノナリ、上述セル实例ニ於テBカAヲ
 殴打シタルニヨリテ裁判所ハ賠償ノ判決ヲ與ヘソノ判決ハ執行令状ニヨリ
 テ執行セラル、ナリ、コノ場合ニ於テ中間制裁ハAニ對シテ損害ヲ賠償ス
 ヘシトノ命令ニシテソノ命令ハ執達吏ニヨリテ強制セラル、其ノ強制執
 行ハ終局的制裁ニシテソノ何レモカ單ニBノ高メニ其ノ損害セラレタル損害
 ヲ償フナリ、ナレ、之等ノ制裁ハ損害賠償タル物の拘束ニ包括セラル、ナ
 リ、

執行的制裁トハ義務ノ現實的履行ヲ義務者ソレ自身若シクハソノ代人ヲ
 シテナサシムルコトヲ強制ナシムルモノナリ、現實的義務履行ノ一例ト
 シテハ人ナルモノ土地ヲ賣リ渡ス契約ヲナシタル場合ニ於テAハソノ義務
 ノ履行ヲ拒絶シタルトスルナラハBハ人ヲ契約違反ニ對スル損害賠償ノ及
 ヂニ懲罰的制裁ヲAニ科セントシテAヲ新へタルモノナレトモ又別種ノ新
 訟即チ契約強行訴訟ヲナスコトヲ得ルナリ、契約強行履行ノ訴訟
 ハAヲシテソノ義務ヲ履行セシメ而シテ土地ヲBニ讓渡スルコトヲ裁判所
 ニテ命ジ、A若シ之ヲ履行セザリシ場合ニハ懲罰又ハ罰金ノ制裁ヲ科スル

斯ノ如ク裁判所ノ決定ハ之レヲ執行の強制ト呼フ。然レトモAニ研マラ
 ルヘキ要領、罰金ハ契約違反ナル其ノ根本的義務ニ対スル制裁ニテラスシ
 テ裁判所ノ命令ヲ拒絶スル場合ニ發生スル一ノ刑事的制裁ナリ。今若シ土
 地ヲ讓渡スルコトヲBカ詐欺ヲ以テAニナシタル場合ニハ裁判所ハソノ土
 地ノ再取得ヲ (reconveyance) 命スル代リニ其ノ詐欺行為ヲ無効ナリ
 トシテ土地ヲAニ返還セシムルヘシ。之即チ執行の制裁ノ第一ノ場合ナリ。
 又或ル人不法ニ他人ノ土地ヲ占有シタリトスレハ其土地ノ眞實ノ所有者ハ
 不法占有ニ対シテ損害賠償或ハ占有回復ノ訴訟ヲナスコトヲ得。コノ場合
 ニ於テ判決カ土地所有者ニ有利ナリトモハ執達吏ハ強力ヲ以テ立退カシム
 ルカ又ハ原告ノ権利ノ享有ヲ恢復スルモノナリ。裁判所ハ斯クノ如ク侵害
 ヲラレタル義務ノ回復ヲ強制セシムルノミナラス尚以テ義務違反ヲ干渉ス
 ルモノナリ。人カ自己ニ対シテ不法行為ヲナサントスル場合ニハ裁判所ニ
 申請シテソノ不法行為ニ対シテ禁止命令ヲ發セシム得ルナリ。禁止命令ヲ發
 セシメラレタルモノハ不法行為ヲナサハレコトヲ命セラレタルモノトシテ

ソノ命令ニ服サハレ場合ハ不法行為ニ対スル制裁ノ外ニ裁判所特權即チ禁
 止命令ニ擬ハタルノ故ヲ以テ罰金要領等ノ形式ヲ以テ不可的制裁ヲ負フヘ
 ナリ。サレハ禁止命令ハ裁判所ノ命令ニ対スレ執行令狀ノ一種ナリト云
 へ得ルナリ。

(一四五) 賠償的制裁及執行的制裁ハ何故ニ制裁ト称シ得ルヤ

刑事的制裁ノミカ独リ前述セル制裁ナル定義ノ制裁ナルカ故ニ制裁ナル
 明示ハ刑事的ニノミ適用シ得ルナリ。若シ一定ノ代價ニ対シテ當事者ニ於
 テ一致セヌシテ高價ヲ購入スルナラハ購求者ハ此ノ義務トシテ相当ノ代價ヲ
 支払フヘキナリ。支払ハスシテ若シ賣主カ購求者ヲ誘フルナラハ賣主ハ相
 當ノ價額ヲ賠償セラルハナリ。之ト同一ノ結果ハ過失又ハ不法行為ニヨリ
 テ高價ヲ得タル場合ニ發生スルモノナリ。此ノ实例ニ於テ一ヲ制裁ト称シ
 他ヲ制裁ト称セサルハ何故ナルカ。而テ買求セサルヘカラサル義務ヲ有セ
 サルニ若シ高價ヲ購入セリトセシトラハ法律上ノ訴訟ニヨリテ支払ハサル
 ヘカラサル金ヲ制裁ト呼フナラハ高價ヲ購入セル場合ニソレト同類ノ金ヲ支
 払ハサルヘカラスト云フニ対シテ何故ニ制裁ト云ハサルカ。物ノ代價ヲ支

取ノ必要ハ物ヲ購入スヘカラストノ義務ヲ意味スルモノニアラス、然レ
 ニ馬ヲ購入シタルトキニ代價ヲ支払フノ必要ハ何故ニ生スルカ、若シコノ
 事實ニ對シテ回答スルナラハ、此ノ法律ハ馬ヲ購入スルコトヲ禁セス
 シテ又タニ馬ヲ殺害シ或ハ代價ヲ支払フコトヲ拒絶スレトモ一般的ニ禁
 シタルモノナリト答フルナリ、サレハ購入セサル馬ヲ殺害シ或ハ馬ヲ購入シ
 タル場合ニハ此ノ代價支払ヲ拒絶スヘシトノ法律ヲ或クモ豫メ知り得ル事
 實ハ法律ハ常ニ強制スルモノナリト云フ事實ニヨリテ被殺シ得ルモノナリ、
 サレハ或クカ賠償的及ヒ執行的制裁ヲ所謂制裁ト呼ブ理由ハ三個ノ理由存
 スルナリ、

ソノ第一ハ馬ヲ購入セルモノハヨシ彼ハ代價ヲ支払フヘシト拘束セラレ
 ルトスルモノソノ代價支払ヒノ期日ニ至ルマテハ或ハ此ノ支払ヒヲ拒絶スル
 ニアラサレハ此ノ購入者ハ代價支払ニ関シテ斷ヘラレ、ノ理由存セス、即
 チ購入者ハ未タ賣買ノ一般の義務ニ違反サルカ故ナリ、義務違反ノ行為
 リヤ否ヤ制裁ハ科セラル、ヘキモノニシテ義務違反以外ニ何等ノ不法行為
 カ存在スルノ必要ナキカ故ナリ、サレハ上述シタル想像セル事實ニ於テハ

彼ノ代價支払ヒノ必要存セサレハ制裁ナシ、サレハ支払フノ必要アル場合
 ニ於テハ裁判所ノ命令ニヨリテ被告ハ支払フヘキコトヲ命セラレ、コノ支
 払ヒノ拒絶アル場合ニハ命令ニ對スル終局的強制トシテ執行令状ヲ以テ執
 達吏ノ強制執行手段ト變更スルモノナリ、而シテ委任サレタル馬ヲ殺害シ
 又ハ購入シタル馬ノ代價支払ヲ拒絶シタル場合ニハ制裁ハ且チ二科セラル
 ハナリ、馬ヲ購入セル場合ニ於テ此ノ代價支払ヲ拒絶シ或ハ債務履行期ニ
 至リ未済セサル中ハ即チ購入者ニヨリテ或ル行為力高サレタルニヨリテ初メ
 テ罰裁アルモノナリ、サレハ命令ヲ含ム裁判ハ此ノ命令アルコトヲ告知セ
 シムルマテハ行ハレサルモノナリ、之レ少クモ制裁ニ關スル法律上ノ理
 論ナリ、條シキヲ英國法ニ於テハ請求ニ從ヒテ支払フヘキ債權又ハ一覽私
 ヒノ債權ヲ有スル債權者ハ明示的或ハ默示的ニ此ノ支払ヒノ解怠セル場合
 ニハ直チニ支払請求ノ訴訟ヲ提起シ得ルナリ、

例ハハ返済期日ヲ定メスシテ人ニ貸金ヲナストセハ、請求ヲナサズンテ
 又事實上ノ返済拒絶ナリシテ直チニ債務履行ノ訴ヲ提起シ得、之レ即チ前
 述ノ見解ト一致セサルモノナリ、サレト斯ノ如キ矛盾 (Contradictions)

ハ事实上 (de facto) ハ存在スルトモ理論上存在スヘキ筈ナシ、期限ニ至リタル債務ノ履行ナキハ債務者等ノ拒否ト同一ト思考シ得、ノミナラズ返済期日ノ規定ナキ債務ハ即時履行ナリトノ原則アリ、去レ故ニ法律上ノ強制ニヨリ即時履行債務ハ請求アリテ而シテ拒否アリタルモノト思考セラルヘク同ノ原則カ所云ハ覽取 (on demand) フ明示セル債務ニ適用シ得、——例ハ約束手形、為替手帳債務、如キモノ、——ハ債務履行ニシテ請求ノ訴訟ハ請求ソノモノト同一ナリトスル法律上ノ強制ニヨレモノナリ、サレトモノ強制ハ不当ナルノミナラス、荒唐無稽ノモノナリ、ソノ理由如何ト云フニ訴訟ノ提起ハコノ場合請求ナリトスルモ原告ハ彼ノ訴訟状カ訴訟提起開始以前ニ請求ハ先ニ行ハレ居ラサルヘカラストノ完全性ヲ有スルニアラサレハ訴訟ヲ提起スルコトヲ得ストノ事實カ法律ノ基礎的原則ナルカ故ナリ、コノ理論ハ正ニ前述シタルモノト一致スルモノソノ實際的原則——英法ニ於テハ好都合ニモ運賃スルノミナラス既括的ニハアマリ正シカラザルモノナレトモ——他ノ認メラレタル重要ナル原則トハ一致セサルモノナリ、斯ノ如キ原則ノ存在ハ法律ソノモノヲ醜惡ナラシムルモノナリ

ルカ故ニ一則モ早ク廢ル、コトヲ望ムモノナリ、

第三ハ賠償的制裁カ加ヘラレタル場合ニ於テモ訴訟提起ニヨレ不責目、訴訟費用ハ其ノ敗訴者側ニ於テ支払フヘキナリ、之等ハ刑事的制裁ト称セラル、コト強ハサルハ犯罪トシテ科セラルヘキヨリニ然テノ制裁ノ附体的條件ト称スルニヨリテモ明白ナルモノナリ、而シテ夫等ノ附带的條件ノ作用ハ制裁的ナルカ故ニ多クノ場合ニ於テハ訴ヘラル、ヨリニ尋口債務履行ヲナスモノナリ、

第三ハ刑罰的、賠償的及ヒ執行の制裁ノ三種ハ一般ニ訴訟手續ノ同一ナル形式ヲ以テ裁判所ニヨリテ強制セラレ、一但ノ訴訟告発ニテニ種ノ制裁ノ科セラル、コト往々アリ、法理上ヨリ云ハ其ノ二種ノ制裁ハ全く相異ナルモノナレトモ法律上ノ實際目的ヨリスレハ之ヲ同一ノ共通セル名称ノモトニ分類スルヲ一層ノ便宜アリトス、刑罰的制裁ハ制裁ナル拘束制限ヲソノ性復トスル最モ著シキ状態ヲ示スモノトシテ制裁ヲ代表的ノモノト認ムラル、ナリ、

(一四六) 無効ヲ制裁ノ内容トスル法律、無効及ヒ取消シ得ル行為

法ハ無効ヲ以テ制裁トスルコトアリ、ソノ無効トハ執行制裁ノ特奏ナルモノト認メラル、即チ法律ハ義務違反ニ対シテ制裁ヲ認メス、刑罰ヲ科スル代リニ義務違反ノ行為ヲ無効ナリト決定スルナリ、例ハハ犯罪行為ヲナスコトヲ契約スルハ無効ナリ、若シAナルモノCニ加害セントシテBヲ雇傭シBニ約束シタル報酬ヲ支払フコトヲ拒絶シタルナリ、BハAヲ契約違反トシテ訴ヘタルモ原告ハ勝訴スルコト不可致ナリ、勿論裁判所ハ斯ノ如キ契約ノ存在スルコトヲ認ムルヲ拒絶スルノミナラス、行為者ヲシテ雇傭者ノ違約ヲ救済スヘキ手段ヲ行ハシメサルナリ、如何ナル場合ニアリテモ、亦如何ナル目的アルニシテモ全ク無効ナル行為ナリ、然ルニ当事者ノ一方カ其レヲ除外スルマテハ有效ナル行為ナリ、除外ハ当事者ノ行為ソレ自体カスハ当事者ノ請状ニ基キテ裁判所ヨリノ命令ニヨル場合ノ何レモ可ナルモノナリ、

甲ナルモノ未成年者ヨリ土地ヲ買受ケタリトセハソノ未成年者ハ成年ニ達スルト共ニソノ買買ヲ取消シ代金ヲ返還シテ土地ヲ取戻スコトヲ得ルナリ、サレト未成年者ニシテソノ取消行為ナクハソノ買買ハ依然トシテ有效ナリ、然レトモAナルモノ債権者ノ有スル債権履行ノためニAノ財産ヲ差押ヘタルハコトヲ恐レテBニ対シテ虚偽ノ買買ヲナシタリトセヨ、ソノ買買ハAトBトノ間ニアリテハ勿論Aニ對スル債権者以外ノ第三者ニ對シテハ有效ナルモ債権者ハ買買ナル法律行為アリタルニモカ、ハラス、Aノ財産ヲ差押フルコトヲ得ルモノナリ、サレハ未成年者ノ土地買買ノ場合ハ之ヲ無効トナルヘキ行為ノ一種ナリト認シ得ヘキ有効ナル行為ヲ除外シ得ル行為ヲ取消シ得ル行為ナリト認フ、無効ト取消シトノ區別ハ法律上重要ナルモノニシテ十分注意スルヲ要スルナリ、

第五節 国法ニアラサル法律

(一四七) 法律ト称スルヲ適當トセサル種類ノ法律

国法ノ定義ヲ上述ノ如ク定メ且ツ之カ種々ノ部類ニ付テ説明シタルヲ以テ本章ニ於テハ餘ストコロノ二三ノ法律若クハ所謂法律ト指称スルモノニ

上マレ、而シテ之等ハ国法ニアラス、何トナレハソノ法律ニ重要ナル時度ノ一部ハ大部分ヲ缺如スルカ故ナリ、

二、国際法 (International Law)

(一四八) 性 質

其ノ第一ハ、国際法ハ萬国法若クハ時トシテハ外国人法 (jus gentium) ト称スルモ蓋シ適切ナル名称ニハアラス、

外國人法ノ其ノ意味ハ次章ニ述ブルコト、ナラ、国際法ハ國家ト國家トノ交際若クハ國民ト國民トノ交通ニ於テ一般ニ認メラルル習慣ヨリ成ルモノナリ、

国際法ノ眞ノ法律ト莫クハ所ハ主権者又ハ支配者ニ命令セラル、コトナク又一定ノ制裁ヲ有セサルコトナリ、ソノ一部ハ数々ノ國家間ニ締結セラレタル條約ヨリ成ルカ故ニ單ナル契約又ハ協定ノ結果タルニスナリナリ、

ソノ大部分ハ Austin 氏ノ所云積極的の道德ニシテ即チ特定ノ時期ニ於

テ充分注目スルニ足ル如キ一般道德的好意若クハ便宜ノ觀念ニ基クモノナリ、例ハ捕虜ハ殺戮スヘカラス、又虐待スヘカラストスル法則ノ如キモノナリ、之等ノ法則ハ吾人ハ便宜上斯ク呼フト最モ別ニ一定ノ規定アルニアラシテ他國ノ非難ヲ受ケ又ハ惡感情ヲ惹起シ若クハ敵對行動ヲ招クコトヲ恐ルルト云フカ如キ多少不確定ノ方面ヨリ来レルモノナリ、

国際法トシテ實際採用セラレ、處ト、學者カ国際法トハ斯ノ如キモノナリトスル處トノ間ニ於テハ大ナル差異アリ、又種々ノ國家ノ間ニハ慣習ヲ異ニシ且ツ国際法見カキリナシト教國間ノ交通以外ニ於ケル國家間ニ如何程適用セラレ、カニ関シ著シク意見ヲ異ニスルノミナラス、尚又不幸ニモ実行上大ナル差異アリ、之等ハ凡テ國際法上ノ向題ニ不確定ヲ與フルモノニシテ法律ノ觀念ト基メシク矛盾スレモノナリ、然レトモ國際法ノ一部ハ確カニ法律ナリ、例ハ公使ハソノ駐劄國ノ裁判所ニ於テ訴ヘラルハキモノニハアラス、又婚姻ハソノ高サレタル國ニ於テ有效ナルトキハ何處ノ國ニ於テモ有效ナリトスルカ如キハ國法上ノ規定ナリ、故ニ公使ニ對シテナカレタル訴訟ハ無効ニシテ又夫婦ノ裁判ハ裁判所ニ於テ承認セラレ且ツ保

被せラル、モノナリ

同様ニ所云國際法ト稱せラル、モノニ合マル、殆ントスヘテノ規定ニ付テニ異突アリ、サレト斯カル部分ニ於テハ國際法ト云モ同義同ノ法律ニアラリルコトヲ記憶スヘキナリ、何トレハ夫レハ特種ノ國家ノ國法ノ一部トシテ採用セラル、コトニヨリテ法律トナリ得ルモノニシテ一國家ニ於テ法律トナルモ他國ニ於テハ法律トナラサルヲ以テナリ、

二、自然法 (The Law of Nature)

(一五〇) 自然法

自然法若クハ自然的法律ハ似而非法律ノ一種ニシテ歐洲大陸諸國ノ法律學上頗レ學者ノ注目ヲ惹キタルモノニシテ、法律學中斷テカラサル紛糾ト不調トヲ生シタル原因ヲナシ、各國ノ政治上ニ於ケル野蠻愚劣ナレ理論ヲ誘起シ不幸ニ暴虐ナル行動ヲ生シタルナリ、

自然法ハ又天運主義ノ進出ナリ、英國及ヒ米國ノ法律思想ヲ著シク假借セキヨシカ合衆國獨立宣言ノ開始ニ於テ採棄タル共通ノ語ヲ生シタリ、之

レアラユル種族ノ情勢政治家ノ都合ヨキ口実トナリシ所ナリ、

(一五一) 自然法ナル概念ノ起源

自然法ナル概念ハギリシヤ哲學ヨリ來レルモノナリ、ギリシヤ人ハ唯一ノ偉大ニシテ單純ナル法則若クハ法ナルモノハ——命令ノ意味ニアラスシテ法律ノ概念ニ與ル限レルモノ歟ハ恐ラク物理学上ニ現ハル、カ如キ力ノ惹ナラン——物質的ニ精神的一合宇宙ヲ充滿シテケルメニ特種ノ混亂原因ニ生セサリシトキハ物質界ノ事件ハ不規則ノコトハ少クナリ人間ハ單體ニシテ頗ル高尚ナル生活様式ヲナスモノト考ヘタルナリ、

「自然ニ從ヒテ生存スルコト」即チ道德ト自制ト而シテコノ不知ノ自然法ヲ発見シ且ソ其ノ條件 假ヒテ人間生活ヲ形成メントノ極意ハ人類ノ主タル義務ナリキ、

自然法ノ理論ハギリシヤヨリ——オヘ儀ハレリ、然レトモチオニ於テレダリシヤ哲學研究者ノ主ナル者ハ法律家ナリキ、而シテ彼等ハ單ニ亂暴タル哲學的理論ナリシカハ自ラ法律的色彩ヲ與ヘ且ソ之レニ法律ノ特色タル能力ノ要素ヲ混入シタルナリ、彼等ハ自然法ノ概念ヲ取扱フニ當リ實際

上ニ於テ自然ト称スル立法者カ何処ニカ存在シ立法者ハ人類ニ法則ヲ與ヘ
ソノ法則ハ明確ニアラサル莫ニ於テ人間ノ性レレ法律トナサハルナリト考
ヘタルナリ、

ちト法ノ存在シタル特別ノ事情ハ文章ニ述フルカ如ク其ノ亂ヲ容易ナ
ラシメタルナリ、コノ觀念ハ羅馬法律學者ヨリコノ外來ノ要素包含シテ三
ヲ近世ノ學者ニ傳ヘタルナリ、然レトモ本來ノ希臘思想ト羅馬ニ於ケル理
知トハ根本的ニ矛盾セルモノニシテ以テ常ニ自然法ノ理論ハ大ナル不調ノ
陰影ニ則オン居タリ、真偽ノ如何ニ不拘原始ノ觀念ニ一致スル理由及ヒ今
題ハ広ク傳ハリ然ト違クハカラサル也ノ思想ノ結合ヲ伴ヒ真ノ國法ノ觀
念ト結合シテ實現セラレントスルニ至レリ、而シテ之レカ全然無意味ニシ
テ迷信的ノモノトナリタルナリ、

(一五二) 自然法觀念ノ近代的形式

近世ニ於テハ自然法ハ正確ニ法則ノ体系ヲトリ、事物ノ性復ヨリ求リテ
西カスヘカラサル且フ成就アレモノトナレリ、而シテ神意説ニヨリ三レヲ
解散スル外ハ明確ニ之レヲ説明スルコト難ハス、何トナレハ吾人ノ既ニ知

ルカ如ク其ノ觀念自体カ二相ノ相矛盾セル要素ヨリ成ルルカ故ナリ、

(一五三) 自然法ヲ行ハントスル實際的結果

余ハ今所云自然法ノ性復ヲ充分論スルコトナクシテ吾人ノ目下ノ目的ニ
對シテ重要ナルモノニ關スル莫換言スレハ國法トシテ之ヲ施行セントスル
場合ニ必ス思考セサルヘカラサル實際的形式ニ對シテ讀者ノ注意ヲ引カン
トスルモノナリ、裁判所ハ法律ヲ何處ニ求ムルカ、明カニ法例及ニ判例ハ
何等價値ナシト云ハサルヘカラス、

法例判例等ハ裁判官カ法律ヲ説明スルヨリモ寧ロ之レヲ行フノ事實ヨリ
ソノ效力ヲ盾スルモノナリ、彼等ハ實際法律ヲ作ルモノナリ、

法例カ憲法ニ違反セズ又判例カ明カニ誤リニシテ他ノ裁判所カ之レヲ破
棄スルニアラサレハ法律ナリト宣告セルモノハ事實上法律トナレモノナリ、
茲ニ法律及ニ判例ニ含マレサル不實ノ法律府在ストスルニ之ヲ法律判例ニ
取メテ時ヲ費スハ無用ノ勞苦ニ違キヤレナリ、

Caliph omal が Alexandria ノ圖書館ヲ燒キタルトキニゾリ

シヤノ著書カ Koran ト一致シタリトセハ無用ニシテ保存スルノ必要ナシ、