

和仏法律学校講義録

中山, 成太郎 / 秋山, 雅之介 / 谷野, 格 / 竹井, 耕一郎 /
鈴木, 英太郎 / 塚田, 達二郎

(出版者 / Publisher)

和仏法律学校

(巻 / Volume)

1-9

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

53

(発行年 / Year)

1903-03-06



(明治三十五年十一月十四日第三種郵便物認可 毎月廿四日五日 廿六日 廿七日 廿八日 廿九日 三十日發行)
十三日十五日 十六日 十八日 廿一日 廿三日 廿五日 廿六日 廿七日 廿八日 廿九日 三十日發行

明治三十六年三月六日發行

三十六年度 第一學年ノ九



和佛法律學校講義錄

第七拾號

和佛法律學校

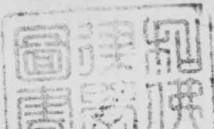
第一學年第九號目次

憲法	法 <small>(自五〇七至八〇七)</small>	法學士 竹井耕一 郎
民法總則	自第三章 <small>(自二二五至三六)</small>	法學士 鈴木英太郎
民法總則	自第四章 <small>(自八二至九二)</small>	法學士 塚田達二郎
民法物權	自第一章 <small>(自七〇至八〇)</small>	法學士 中山成太郎
刑法總論	自九三 <small>(自九三至〇八)</small>	法學士 谷野 格
國際公法(戰時)	自九三 <small>(自九三至〇八)</small>	法學士 秋山雅之介

雜報

○假登記抹消ノ請求○請求ノ原因○請求ノ原因ト數箇ノ獨立ナル攻撃方法○民法原論

090
1903
1-1-9



國體カ一轉シテ君主萬能ノ國ト爲リタリトハ看ルコト能ハス第二ニ氏ハ法律上人格ヲ得ルニ由リ國家ハ始メテ成立スト考フ故ニ國家成立前ニ法ナカルヘカラスト云フ如キ奇怪ノ結論ト爲リタルナリ然レトモ此觀念ハ不可ナリ蓋シ國家ハ先ツ事實上成立シ之ニ由リテ國法ヲ生シ此國法ニ依リ法律上ノ人格ヲ有スルナリ故ニ國家成立前ニ法アリト云フ如キ結論ヲ生スヘキニ非ス第三個ニ氏ノ結論ニ依レハ君主ヲ國家トシテ法律上ノ人格ヲ認ムルニハ同シク法ニ依ラサルヘカラスト然ラハ則チ國家ノ成立以前ニ法ナカルヘカラストノ結論ヲ生スルニ非スヤ畢竟氏ノ論法ハ自ラ陷罪ヲ設ケテ之ニ陷ルカ如キモノナリ右ハ主トシテ歐洲ノ學說ニ付テ述ヘタリ我國法トシテハ勿論天皇ハ統治ノ主體ナリ故ニ統治ノ主體ヲ國家ト指稱スルトキハ天皇即チ國家ナリト謂ヘナルヘカラスト然レハ若シモハ則チ論議ヤキハニヤモ實録ヤ疑ハレテス

國家ノ說明ハ大略右ノ如シ次ニ國體ニ付テ一言セントス貴族政治ノ兩義ハ國體ニ關スル議論亦尠カラス古希臘ノ大權アリストトトルカ政體ヲ區別シテ君主政體、貴族政體及ヒ共和政體ノ三トセリ此區別ハ今日ニ至リテモ仍ホ行ハ

憲法 總論 國家及ヒ國體

ル但此區別ハ其標準ヲ實權ノ所在ニ求メス單ニ皮相ノ觀察ヲ以テ行ハル例ハ統治ノ實權ハ國民ニ存スルニ拘ハラズ唯表面上統治權ヲ行使スル機關ニ依リ一人全權ヲ行ヘハ之ヲ君主政體ト稱シ數人ナレハ之ヲ貴族政體ト稱スルカ如シ此ノ如キハ法理上ノ價值ナキノミナラス却テ實相ヲ誤ルノ恐アリ

獨逸ノベルナチツクハ國體ヲ二分シテ君主國及ヒ共和國ト爲ス此觀念ハ甚タ斬新ナルカ如シ然レトモ其説明ヲ聞クニ君主國トハ統治ノ機關タル君主カ其固有ノ權利トシテ職權ヲ行フ國柄ヲ稱シ其他ヲ總テ共和國ト稱スト論ス然レトモ此觀念ハ擅著ノ點アルニ非スヤヲ疑フ何トナレハ機關ニ果シテ固有ノ權利ナルモノアリ得ヘキヤ蓋シ機關ノ權利ト稱スルモノハ總テ國家ニ依リ付與セラレタルモノニ外ナラス畢竟付與的ノモノモシテ固有ノモノニ非ズルナリ故ニ氏ノ區別モ亦不完全ナリ

次ニガライスハ國體ヲ四分シテ(一)無責任ノ一人カ統治權ヲ總攬スル場合(二)有責任ノ一人カ統治權ヲ總攬スル場合(三)無責任ノ多數カ統治權ヲ總攬スル場合(四)有責任ノ多數カ統治權ヲ總攬スル場合ト爲ス此區別モ學理上不完全ナリ何

トナレハ(一)(四)ニ於テ有責任ノ一人若クハ多數ト云フハ主權者ニ對シテ責任ヲ有スル者ヲ云フニ外ナラス然ルニ(二)(三)ニ於テ無責任ノ一人若クハ多數ト云フハ主權者其者ヲ指スモノタリ畢竟此區別ハ主權者其者ト其機關タルモノトヲ混同シタルモノナリトノ批難ヲ免レズ

予ハ先ツ團體ヲ大別シテ君主國及ヒ非君主國ノ二ト爲シ非君主國ヲ更ニ分テテ少數主權ノ團體ト國民主權ノ團體トニ分タントス君主國トハ一人カ統治ノ主體タル場合ニシテ我國ノ如キ國柄ヲ稱シ非君主國體トハ人ノ團體カ統治ノ主體タル場合ヲ謂フ而シテ此中ヲ更ニ分テテ第一ハ少數者カ集リテ統治ノ主體タル場合ニシテ此狀態ハ極メテ稀ニ起リ且偶ルモ永續スルコト甚タ難シトス第二ハ國民主權ノ團體ニシテ主權カ國民ノ團體ニ存スト推斷セラルル場合ヲ謂フ

元來國體ノ區別ハ多數學者ノ如ク單ニ表面上ノ觀察ヲ以テスヘカラス各國ノ歴史ニ基キ法制ノ精神ヲ解釋シ一國ノ實權ハ果シテ何レニ存スルカラ觀察シテ之ヲ定メサルヘカラス例ヘハ我國モ獨逸國モ表面ヨリ觀察スレハ同シク帝

國タリ然レトモ其國體ノ真相ハ大ニ異ナレリ獨逸民族發達ノ歴史ニ據レハ君主若クハ皇帝ト稱スルハ昔時ハ國民ノ選舉ニ由リ委任ヲ受ケテ政務ヲ行ヒ來リシ官吏ナリシナリ爾來制度ノ外形ハ種種發達シ來リシモ此精神ハ衰滅セス今ニ至リテモ仍ホ君主ハ國家ノ機關タルニ過キストス我國ノ天皇ト決シテ同一ノ論ニ非サルナリ

第五章 統治權

憲法第一條ニ曰ク「大日本帝國ハ萬世一系ノ天皇之ヲ統治ス」ト同第四條ニ曰ク「天皇ハ國ノ元首ニシテ統治權ヲ總攬シ」云ト本章ニ論スル所ハ此統治權ノ性質ナリ外國ニ於テハ Sovereignty, Henschafrecht, Hoheitsrecht 等ノ語ヲ以テ類似ノ觀念ヲ言表ハス今之ニ關スル學說ヲ舉ケン

第一說ハ統治權ハ事實上ノ力ナリト爲ス此說ニ依レハ統治權ハ法ノ上ニ在ル實力ニシテ法ニ由リテ與ヘラルル權利ニ非ス權利ハ臣民相互間及ヒ臣民カ國家ニ對スル關係ニ於テ法カ之ヲ與フルニ由リ生スト論ス獨逸ノ「オフト、マイエル」

氏等ハ此派ニ屬ス

此說ノ缺點ヲ舉クレハ此說ハ統治權ヲ事實上ノ力ナリト爲スト雖モ事實上ノ力モ法學ノ範圍ニ於テハ權能若クハ權利トシテ觀察スヘシ畢竟此處ニ於テハ法學上ノ統治權ヲ論スルモノニシテ法以前ノ實力ヲ論スルニ非ス

第二說ハ統治權ヲ以テ命令ノ權利ナリト爲ス「ホルンハック」氏等ハ此派ニ屬ス此說ハ第一說ト異ナリ統治權ヲ事實上ノ力ト爲サスシテ法律上ノ權利ナリト爲ス即チ權力ヲ以テ人ヲ強制スル權利ナリト爲ス此說ニ依レハ統治權ト其他ノ權利トノ區別ハ其權利カ權力ノ性質ヲ有スルヤ否ヤニ依ル是ニ於テカ權力ノ性質ヲ明カニスルコトヲ要ス

或學者ハ權力ノ性質ヲ有スル權利ト普通ノ權利トノ區別ヲ説明シテ曰ク前者ハ自ラ其意思ヲ強行スルヲ得後者ハ之ニ反シテ自ラ直接ニ強行スルコト能ハス權利者ノ意思ノ主張カ行ハレ難キトキハ國家ニ請求シ其力ヲ藉リテ強行スルノ外ナシ要スルニ普通ノ權利ハ請求ニ止マル之ニ反シテ權力ハ自ラ進ミテ強行スルヲ得統治權即チ是ナリト此論ニ對シテ疑フヘキ點ヲ舉クレハ第一國

家カ普通ノ權利ヲ行フ場合ニハ如何ニシテ之ヲ強制スルカ他ニ請求スヘキニ非サルカ故ニ國家自身カ之ヲ強行スルコトト爲ルヘシ然ラハ國家カ權力ヲ行フモ普通ノ權利ヲ行フモ同シク自ラ強行スルカ故ニ畢竟權力ト權利トノ區別ハ爲シ能ハサルニ至ルヘキナリ或ハ曰ハン普通權利ノ場合ニハ國家自ラ強行スルニ非ス裁判所其他ノ機關ニ請求シテ強行スト然レトモ此等ノ機關ハ皆國家ノ機關ニシテ其發表スル意思ハ國家ノ意思ナリ結局自ラ強行スルニ外ナラス若シ此說ヲ辯護セントモハ國家ニ二人ノ人格ヲ想像シテ一人ハ權力ノ主體ニシテ一人ハ普通權利ノ主體ト爲シ二者同時ニ働クコトトセサルヘカラス然レトモ同時ニ二人ノ人格ヲ有スルノ觀念ハ程ナラサルニ似タリ(第二)前論者ハ自ラ強行スルコトハ權力ヲ有スル國家ノ外爲シ能スト曰フト雖モ一人モ此ノ如キ力ヲ有スルコトアリ例ヘハ親族法上ノ親權ノ如キ刑法上ノ正當防衛權ノ如キ是ナリ

以上述フル所ニ據レハ國家ノ統治權ハ權力ナリトシ而シテ權力トハ自ラ強行スル力ナリト爲スノ論ハ完全ナリト云ヒ難キニ似タリ是ニ於テカ或一派ノ學

者ハ更ニ權力ノ性質ヲ説明シ權力トハ國家固有ノ威力ナリト爲ス固有トハ他ヨリ導キツツアルモノニ非サルヲ謂フ一國ノ内ニ於テ外ニ威力ヲ有スルモノ少カラスト雖モ此等ハ固有ニ非ス國家カ付與シ若クハ認許シテ始メテ之ヲ有スルコトヲ得而シテ國家ハ何時ニテモ之ヲ動スコトヲ得ヘシ之ニ反シテ國家ノ權力ハ理論上他ヨリ受繼ケルモノニ非ス又他ヨリ働サルモノニモ非サルナリ此點カ權力ト普通權利トノ區別アル點ニシテ統治權ト其他ノ權利トノ區別モ亦此ニ存スト此說洵ニ一理アリ然レトモ國家カ一國ヲ統治スルニハ必スシモ常ニ威力命令ノ作用ニノミ由ルニ非ス時ニ或ハ權力ヲ用ヒスシテ統治ノ作用ヲ爲スノ便利ナルコトアルヘシ然ルニ此論ニ依レハ此ノ如キハ權力ノ性質ヲ有セサルカ故ニ統治權ノ作用ニ非スト謂ハサルヘカラス是ニ於テカ此觀察ハ餘リ狭キニ過タルコトナキヤノ疑アリ

第三說ハ統治權ハ最高權ノ内面ナリト爲ス此說ニ依レハ最高權 (Hochrecht)トハ内外ニ於テ完全無缺ナル國權ヲ謂フ今日ニ在リテハ此ノ如ク圓滿ナル權利ヲ具備セサル國少カラス而モ國家ノ國家タルニ害アリ何ナレハ國家ハ此最

高權ノ内面丈ヲ有スレハ足ルヲ以テナリ内面トハ何ソ一國ノ内部ヨリ毫モ制限セラレルコトナクシテ意思ヲ行フコトヲ得ルノ權是ナリ統治權ノ要素ハ即チ此内面ノ權ナリ換言スレハ外部ヨリ受タル制限ハ統治權ニ害ナシ之ニ反シテ内部ヨリ制限セラレルニ至リテハ完全ナル統治權ト謂フコト能ハスト云フニ在リ

此議論ヲ推ストキハ國家ノ作用ハ外部ヨリ如何ニ制限セラレルモ差支ナシ例ヘハ國家ハ殆ト其作用ノ大部分ヲ失フモ内部ヨリスル制限ニ非テハ可ナリト云フコトト爲ルヘシ是レ果シテ統治權ノ統治權タル所以ニ妨ナキカ元來統治權トハ明カニ一國統治ノ全權ヲ謂ヒ其觀念ニ於テ圓滿不可分ノモノナリ然ルニ此說ノ如ク國家ハ唯政務ノ一部ヲ行フノミニテ向ホ圓滿不可分ト稱スルコトヲ得ルヤ甚タ疑フヘシ且論者ノ所謂内部外部トハ如何ナル意義ヲ有スルカ内部トハ其國ノ臣民ヲ謂ヒ外部トハ外國若クハ外人ヲ謂フカ或ハ内部トハ領土ノ内ヲ謂ヒ外部トハ領土ノ外ヲ指スカ明白ナラス何レニシテモ前述シタル缺點ヲ免ルルコト能ハス

第四説ハ統治權ハ深サ (Profunditas) ニ於テ圓滿ナル權ニシテ必スシモ廣サ (Extensitas) ニ於テ無限ナルヲ要セスト論ス此說ハホルンバツ氏等ノ論スル所ニシテ畢竟第三説ト類似ノ結論ト爲ルモノナリ即チ廣サニ於テハ如何ニ制限ヲ受クルモ深サニ於テ完全ナル力ヲ有スレハ可ナリ言ヲ換フレハ範圍ハ如何ニ縮少セラレルモ其内ニ在リテ十分ノ權ヲ有スレハ統治權タルニ害ナシト云フナリ

此說ハ獨逸等ノ國體ヲ説明スル爲メニ學者カ苦心唱道シタル所タリ已ニ述ハタル如ク獨逸ニ於テハ帝國ト本ヲ組立ツル各聯邦トハ各獨立シ國ノ政務ハ帝國ト聯邦トニ於テ分有スル如キ形アリ故ニ統治權ハ其範圍ノ廣狹ヲ問ハスト論セザレハ帝國モ聯邦モ學理上國家ノ資格ナシト謂ハサルベカラサルヲ恐アリ是ニ於テカ前述セル如キ議論ヲ爲スニ至リシナリ然レトモ第三説ニ對シテ既ニ述ヘタル如ク此觀念ハ統治權ノ圓滿不可分ナル性質ト相容ルルコト能ハストノ批難ヲ免レス且獨逸國ノ如キハ此論法ヲ用ヒスシテ説明スルコト難キニ非ス何トナレハ帝國及ヒ各聯邦ハ相互ニ一方ハ他方ヲ委任ニ因リテ事務ヲ行フモノニシテ完全ナル統治權ハ依然トシテ委任者ノ手ニ存ス即チ代理委任

ノ關係ニ依リ説明スルコトヲ得ヘキナリ
統治權ニ關スル學說ハ以上述フル所ニ止マラスト雖モ他ハ總テ之ヲ略シ予ノ
信スル所ヲ述ベシニ統治權ノ性質ハ左ノ如シ
第一 統治權ハ權能ナリ。權能トハ何ツ法律上ノ能力ナリ統治權トハ一國統
治ノ能力是ナリ權能ト權利トノ區別及ヒ其關係ヲ論スレハ能力ハ法律上ノ人
格ヲ組立ツル要素ニシテ能力ナケレハ人格ナシ權利ハ之ニ反シ能力ニ基キテ
享有スルヲ得ルモノニシテ其消長ハ直接ニ人格ニ影響ヲ及ボサス畢竟スルニ
能力ハ根ナリ權利ハ枝葉ナリ此ノ如ク能力ハ直接ニ人格ヲ組立ツルモノナリ
故ニ之ヲ他ニ移シ又ハ自ラ拋棄スルコト能ハサルハ無論ナリ然ルニ權利ハ
之ニ反シ原則トシテ他ニ移シ或ハ他ヨリ受ケ或ハ自ラ拋棄スルコトヲ得ルモ
ノタリ但之ヲ許ササル場合ハ別ニ義務ノ負擔アレハナリ
右ニ述フル所ニ據レハ統治權ハ統治ノ主體ヲ組立ツル權能ナリ故ニ之ヲ他ニ
移スコト能ハス然ルニ國際法學者ハ統治權ノ割譲ヲ論スルコト古來比比皆然
リ此誤謬ノ由リテ來ル所以ハ統治權ヲ以テ普通ノ權利ト同一視スルニ在リ例

ハ近頃ニ至ルマテ多クハ統治權ヲ以テ所有權ト同一視シ人民及ヒ領土ヲ所
有スルノ權ナリト考ヘ土地人民ヲ他國ニ讓與スルハ統治權ノ分割ナリト論シ
タリ最近ノ學理ニ據レハ人民ハ所有權ノ目的トスルモノニ非ストスレトモ尙
ホ領土ニ關シテハ所有權ノ觀念ト統治權ノ觀念トヲ混同シ土地ノ讓與ハ統治
權ノ讓渡ナリトスル者アリ然レトモ前述セル如ク統治權ハ權能ナリトスルコ
トキハ其割渡ハ固ヨリ爲シ能ハサルコトニ屬ス
第二 統治權ハ固有ノ權能ナリ。固有トハ他ヨリ導カサルノ意ナリ蓋シ其發
生ノ原因如何ヲ問ハス其性質カ固有ナリト云フニ在リ例ヘハ自ラ成立スル
又ハ他ノ助ヲ籍リテ成立スルトヲ問ハス其成立セル統治權ハ固有ノ性質ヲ獲
得ス
第三 統治權ハ圓滿ナリ。統治權ハ一國ヲ統治スル勳ヲ圓滿ニ具有セサルハ
カラス前ニ述ヘタル或學者ノ說ニ於テ外部ヨリ受タル制限ナレハ如何ニ大ナ
ル制限ニテモ差支ナク唯内部ヨリ制限セラレハ統治權ニ害ナシト云フカ
如キ又廣クニ於テ如何ニ制限セララルモ深クニ於テ圓滿ナルハ可ナリト云フ

カ如キハ皆不完全ナル説ト謂ハサルヘカラス統治權ハ一國統治ノ全權ニシテ
 荷モ統治ニ必要ナル働ハ總テ之ヲ具有セサルハ完全ナル權能ト謂フコト能ハ
 タルヤ明カナリ但此處ニ於テ注意スヘキハ統治者カ自己ノ意思ヲ以テ統治ノ
 作用ヲ一定ノ方法ニ限リ或ハ任意ニ統治權能ニ基テ權利ヲ他ニ委任シテ行ハ
 シムルカ如キハ他ヨリ受クル制限ニ非ス自ラ勝手ニ統治權行使ノ方法ヲ定メ
 タルニ外ナラス故ニ理論上統治權ノ圓滿ニ害ナキナリ畢竟自己ノ意思ニ反シ
 テ他ヨリ強制ヲ受ケ之カ爲メ自ラ圓滿ニ統治ノ作用ヲ爲スコト能ハザル如
 キハ統治權ノ性質ト相容レサルモノト考フ一例ヲ舉クレハ條約若クハ約束ヲ
 以テ一國カ其統治ノ作用ノ一部ヲ他國ニ委任スルカ如キハ一國ハ任意ニ他國
 ラシテ代理セシムルニ外ナラサルカ故ニ恰モ私法上ニ於テ本人カ代理人ヲシ
 テ權利ヲ行ハシムルモ其權利ニ毫モ影響ナキト同シク統治權ノ圓滿ニ害ナキ
 モノトス

第四 統治權ハ人ヲ統治スル權能ナリ一般學者ハ統治權ヲ以テ土地及ヒ人
 民ニ對スルモノト爲ス或學者ハ特ニ土地ニ對スル統治權ヲ名ケテ領土權ト稱

ス元來權能及ヒ權利ハ人ト人トノ間ニ生スルモノニシテ彼ハ物權ト如キ物ヲ
 目的トスル權利ナリト雖モ同シク人ニ對シテ主張スルコトヲ得ル力ニ外ナラ
 ス學者カ權利ヲ分テテ對人權及ヒ對世權ト爲シ物權ハ對世權即チ一般ノ人ニ
 對スル權ナリト曰フモ此趣意ニ外ナラズ物權ヌラ此ノ如シ殊ニ統治權ト云ヘ
 ハ其文字ノ示ス如ク人民ヲ統治スル權ニシテ土地ハ唯統治ノ目的ニ供セラ
 ルニ過キス人ノ集合體トシテ主權ノ一環ト爲シテ主權ノ一環ト爲シテ主權
 上述シタル性質ニ依リ更ニ左ノ觀念ヲ敷衍スルコトヲ得

(甲) 三權分立主義ハ統治權ノ性質ト相容レズ三權分立主義ハ立法司法行政政
 治三權カ相對立シ國權ハ三權分割セラレルト云フノ觀念ナリ此觀念ハモンテ
 スキュー氏以來甚タ勢力ヲ有シ來リシニ拘ハラス近世ニ至リ多クノ學者ハ此説
 カ國權ノ性質ト相容レザルコトヲ論ス何トナレハ國權ハ圓滿ナル權能ニシテ
 之ヲ分割スルコト能ハサルモノナレハナリ

(乙) 公ノ自治團體例ヘハ市町村等ハ統治權能ヲ有セス自治團體ハ公法人ト
 シテ國家ト同シク統治權ヲ行フト雖モ其權ハ固有スルニ非ス國家ヨリ之ヲ

導キ來リツツアルヲ以テ故ニ國家ハ何時迄カモ之家左右スル者ト國權ヲシテ
第六節 領土ノ本質
第一節 領土ノ本質

領土ノ本質ニ關シテハ學說ヲ分チテ數種ト爲スコトヲ得ヘシキハ學說ハ其
第一 領土ハ統治主體ノ一部ナリトスル說ハ此說ハ土地人民ヲ集合テ以テ統
治權ノ主體ナリト爲スモノ即チ集合シテ觀察スレバ治者ト爲リ別別ニ觀察ス
レバ被治者タリト云フ觀念ナリ然レトモ既ニ述ヘタル如ク主體ハ一人ノ君主
ニ非テレハ人ノ集合體ナルヘク土地ヲ以テ主體ノ一部ト看ルハ決シテ適當ナ
ル考ニ非ス
第二 領土ハ統治ノ客體ノ一ナリトスル說ハ此說ハ領土ヲ以テ臣民ト同様ニ
統治權ノ行ハルル相手方ト爲スモノナリ然レトモ既ニ述ヘタル如ク權利ハ相
手方ハ常ニ人ニシテ物ニ非ス唯直チニ人ニ對スルト物ヲ媒介トシテ人ニ對ス
ルトモ蓋シテ統治權ノ事ヲ直接ニ人民ニ對スルモノニシテ領土ハ其相手

方ニ非サルナリ
第三 領土ハ統治權ノ目的物ナリトスル說ハ古ニ行ハレタル統治權ヲ
以テ所有權ト混合スルノ觀念ヨリ來リ予等カ普通或物ヲ所有スルトキニ當リ
之ヲ稱シテ所有權ノ目的物ト云フト同一ノ觀念ナリ統治權ト所有權ト異ナル
所以ハ既ニ展ヘテ述ヘタリ蓋シ國家ト雖モ私法上ニ於テハ土地ノ所有權ヲ有
スルヲ得ルコト勿論ナリト雖モ公法ノ範圍ニ於テ國家カ領土ニ對スル關係ハ
決シテ所有ノ觀念ニ非ス臣民統治ノ爲メニスル所以ニシテ私ノ所有ノ目的ニ
非ス
第四 領土ハ領土權ノ基礎ナリトスル說ハ此說ニ依レハ國家ハ臣民ヲ統治ス
ル權ノ外別ニ領土ニ對スル權ヲ有スト爲ス其理由ヲ聞クニ曰ク若シ領土權ヲ
認メサレハ領土ノ内ニ在ル外人ニ對シテ支配ヲ及フ所以ヲ了解スルコト能ハ
ス此等カ總テ支配ノ下ニ立ツハ領土權ノ存在ヲ證明スルニ足ルト然レトモ國
家ノ權能ハ臣民統治ニ在ルコト既ニ述ヘタリ領土ハ此目的ニ供セラルル物ニ
シテ臣民統治權ト相對シテ別ニ領土權ナルモノ存在スト看ルハ稱當ナラス論

ニ缺クヘカラサルモノト謂フヘク隨テ今日ノ國法ヲ研究スルニハ、全ク領土ヲ
 度外ニシテ統治ノ關係ヲ論スルコト能ハサルナリ、蓋シ完全ニ行コザルハ、其
 以上述ヘタル各種ノ學說ハ何レモ領土ノ適當ナル觀念ヲ示サス乎ノ考フル所
 ニテハ領土ハ統治行使ニ缺クヘカラサル手段ナルト共ニ統治權カ完全ニ行ハ
 ルル地域ナリトス

領土ノ外ニハ(一)外國ニ屬スル土地(二)何レノ國ニモ屬セサル土地ノ二種アリ

(一)外國ニ屬スル土地ニ於テハ其外國カ完全ニ統治權ヲ行フカ故ニ他國カ濫
 ニ其内ニ統治權ヲ及ホスコト能ハサルヤ明カナリ只例外トモ謂フヘキハ甲國
 臣民カ乙國ニ在在スルトキ其臣民カ甲國ニ對スル絕對服從者タル身分ハ乙國
 ニ在在スル間ト雖モ依然タリ但素ト乙國ノ領土内ナルカ故ニ其者ニ對スル甲
 國ノ統治權ハ乙國ノ統治權行使ヲ妨ケサル限ニ於テ行ハルルノミ

(二)何レノ國ニモ屬セサル土地ニ於テモ或一國ノ臣民カ其土地ニ在在スル場
 合カ問題ナリ此場合ニ於テハ其土地ハ他國ノ統治權ノ下ニ在ラサルカ故ニ在
 住者ノ本國ニ在住者ニ對シテ他國ノ制限ヲ受ケスシテ統治權ヲ行ヒ得ヘシ或

ハ曰ハン果シテ然スレバ領土ト未定屬地トハ區別ハ何レノ點ニ存スルヤ此區
 別ハ容易ナリ一國ハ其土地ヲ占領シテ先ス自己ノ領土ト爲ササル以上ハ統治
 ノ目的ノ爲メニ之ヲ領土ト同一ニ使用スルコト能ハス且其未定屬地ニ他國ノ
 者カ其土地ニ入來ル場合ニハ之ヲ禁スルコト能ハサルハ勿論其土地ニ對スル
 各國平等ノ權利ヲ害スルコト能ハサルヤ明カナリ之ヲ以テ二者ノ區別ヲ知ル
 べシ

或ハ曰ク領土内ニ於テモ外人ニ對シテハ其外國民タル身分ニ妨ナキ限ニ於テ
 ノミ國權ヲ及ホスヲ得トモハ完全ニ統治權ヲ行ヒ得ト謂フコト能ハサルニ非
 スヤト然レトモ外人ト雖モ其國ニ在在スル間ハ其國統治權ノ完全ノ行使ヲ妨
 グルコト能ハサルハ勿論ナリ若シ之ヲ防害スル如キ者ハ其國ニ在在スルコト
 ヲ拒マルヘシ畢竟統治權ノ完全ノ行使ヲ妨ケルコトナシ

以上述ヘ來リタル所ニ據リ領土ノ何タルヲ了解スルコトヲ得ヘシ唯注意スヘ
 キハ社會ノ實況ハ甚タ錯綜シ間、此議論ノ變例ヲ爲スカ如クニ見ユル場合アリ
 然レトモ仔細ニ論究スレハ決シテ此理論ヲ妨ケサルナリ

第二節 領土ノ變更

領土ノ變更トハ領土ノ増加若クハ減少ノ場合ヲ稱ス元來領土ハ一定不變ノモノニ非ス時ニ伸縮スルコトアルハ免レ難シ然レトモ統治權ハ之カ爲メニ毫モ影響ヲ受ケザルハ既ニ述ヘタル所ニ據リ明カナリ唯本節ニ於テハ領土變更ニ關スル二三重要ナル問題ヲ説明セシトス但此處ニ於テハ國內法ノ關係ノミヲ論スルモノニシテ國際法上ノ關係ニ於ケル領土變更ハ措キテ問ハザルナリ

(第一) 領土ノ變更ハ憲法改正ノ手續ヲ經テハ行フコト能ハザルヤ否ヤ
前ニ述ヘタル如ク憲法ハ領土ト共ニ當然伸縮スト見ルトキハ論ナシ然レトモ反對說ヲ採ル者ノ中ニハ論シテ曰ク領土變更ハ憲法ノ效力ニ影響ヲ及ボスモノナルカ故ニ先ツ憲法改正ノ手續ヲ踐ミ憲法ノ效力ノ範圍ヲ動スノ後ニ非テハ漫ニ行フコト能ハズト此說ニ對スル批難トシテハ其來憲法ノ範圍ニ關シテハ大體ニ於テ領土變更其レ自身ト憲法ノ效力トハ別問題ナリ論者ノ說ニ依ルモ先ツ領土増加ノ場合ハ當然憲法ノ效力ヲ動スニ非ス何トナレハ此說ニ從

ヘハ増加セル領土内ニ憲法ヲ行フヘキヤ否ヤハ未定ノ問題ナリ次ニ領土減少ノ場合ハ之ニ反シ自ラ憲法ノ效力ヲ動スコトト爲レトモ此點ノミニ據リ憲法ヲ改正セザレハ領土ノ減少ヲ行フコト能ハズト論スルハ未シ蓋シ國法ハ初ヨリ領土内ニノミ行ハルルコトヲ條件トシテ成立ストモハ領土減少ノ場合ハ憲法ノ範圍モ當然減少スルコトト爲ルヘク隨テ改正ノ手續ニ依ルノ必要ナシト云ヒ得ヘレ

(二) 假ニ論者ノ言フ如ク總テノ場合ニ憲法改正ノ手續ヲ要ストスルモ元來憲法ノ效力ヲ動スハ領土變更ノ一結果ニ過キス此一結果ヲ以テ直チニ領土變更其レ自身カ憲法ノ改正ヲ要スト論スルハ不完全ノ論法タリ

(三) 領土變更ノ場合ハ國法上廣ク手續ノ規定ヲ設ケスト雖モ唯條約ニ依リテ領土變更ヲ行フ場合ハ憲法第十三條ノ規定ニ依ルコトト爲ルヘシ之ニ依レバ條約締結ハ天皇自由ノ勅ニ屬ス隨テ條約ヲ以テ領土ヲ變更スル場合モ憲法改正ノ手續ニ依ラス天皇自由ノ勅ニ由リ行ヒ得ト論シテ可カトス

右述ヘタル所ニ據レハ領土變更其レ自身ハ憲法改正ノ手續ヲ行ハスシテ爲シ

得ト見ルヘシ。然レテ領土變更其ノ自體ニ一應點點五ノ手續ヲ行フヘシトモ、
 (第二) 領土變更其レ自身ニ非ス變更ノ結果トシテ憲法ノ改正ヲ要スルニ至ル
 へキヤ否ヤハ、
 憲法ハ當然伸縮ノ力ヲ有ストノ説ヲ探ルトキハ領土ノ増減ハ特ニ憲法改正ヲ
 要セザルコト既ニ述ヘタルカ如シ唯現在ノ憲法ハ現在ノ版圖ニ限定セラレ
 トノ説ヲ探レハ多少ノ問題ヲ生ス先ツ二ツノ場合ヲ分テ

(一) 版圖増加ノ場合ハ如何此説ニ依ルモ直チニ憲法改正ノ必要ヲ生セス何ト
 ナレハ新版圖ニ現行憲法ヲ行フヘキヤ否ヤハ未定ノ問題ニ屬スレハナリ唯現
 行憲法ヲ新版圖ニ行ハントスル場合ニ至リテ始メテ憲法改正ヲ要スルヤ否ヤ
 ノ問題ヲ生ス之ニ關シテハ前ニ述フル所アリタレトモ大體兩説ヲ生スヘシ
 甲説ハ此場合ハ憲法施行區域ノ問題ニ過キス憲法條項ノ改正ト謂フヘカラ
 故ニ改正ノ手續ヲ要セスト論ス然ルニ乙説ハ一旦確定セル憲法ノ效力ヲ動
 ノミナス明カニ字句ノ改正トハ爲ラストモ憲法規定ノ意義ヲ動スコトト爲ル
 (ヘシ例ヘハ第一條ノ大日本帝國ト稱スルハ從來ハ舊領土ノミヲ稱セシモノカ

此ニ至リテハ更ニ其意義ヲ廣ムルコトト爲ルカ故ニ意義ノ變更ト謂フコトヲ
 得此等ハ字句ノ形ハ變セストモ其實際ヲ變スルモノナルカ故ニ同シク改正ト
 稱スルヲ得ヘク隨テ其手續ヲ踐マサルヘカラスト論ス予ハ前ニ述ヘタル如ク
 憲法ハ領土ト共ニ伸縮スルモノナリトノ説ヲ探ルカ故ニ此等ノ問題ニ措著セ
 スト雖モ假ニ反對説ヲ探リ更ニ其内ニ於テ甲乙丙ノ三説ヲ比較スルトキハ甲
 説ヲ便宜ナリトシ且一般學者モ此説ニ依ルカ如シ

(二) 領土減少ノ場合ハ如何予ノ説ニ依レハ増加ノ場合モ減少ノ場合モ理論ヲ
 異ニセス然ルニ反對説ヲ探ルトキハ先ツ増加ノ場合ト異ナリ減少ノ場合ハ憲
 法ノ範圍ハ直チニ變動スルカ故ニ直チニ改正手續ヲ要スルヤ否ヤノ問題ヲ生
 シ來ルヘシ果シテ然ラハ同シク兩説ヲ生スヘキニ似タリ然レトモ一步ヲ進メ
 テ考フレハ前ニモ述ヘシ如ク國法ハ初ヨリ領土内ニ於テノミ行ハルルコトヲ
 期シ之ヲ條件トシテ發セラレタルモノナリトモハ土地ノ一部カ領土外ニ置カ
 ルルニ至リテハ國法ハ其性質上當然其部分ニ對シテ效力ヲ失フニ至ルヘク隨
 テ特ニ改正ノ手續ヲ要セスト云ヒ得ヘシ

(第三) 領土變更其レ自身ハ法律ヲ示スルヤ否ヤ

此議論ハ曩ニ憲法改正ヲ要スルヤ否ヤノ問題ニ就キ論シタル所ヲ引用スルコトヲ得ヘシ然ルニ或學者ハ論シテ曰ク領土増加ノ場合ハ始テ指キ領土減少ノ場合ハ其内ニ於ケル臣民ノ權利義務ヲ動スモノナリ臣民ノ權利義務ヲ動スル憲法ノ定ムル所ニ依リ多クハ法律ノ規定ヲ必要トス故ニ先ツ法律ヲ發シテ之ヲ處置スルニ非サレハ領土變更ハ行フヘカラスト然レトモ之ニ對スル批難トシテハ(第一)ノ問題ニ於テ述ヘタル所ヲ大體準用シ得ヘキカ故ニ之ヲ略ス

第四 領土變更其レ自身ニ法律ヲ要セストスルモ領土變更ノ結果トシテ彼等ノ法律ヲ動ス場合ハ更ニ法律ノ發布ヲ要スルヤ否ヤ

先ツ大體ニ於テ法律ノ效力ノ範圍ハ憲法ト異ナリ各法律ニ依リ種種ナリ或ハ現在ノ領土一般ヲ其範圍トスルコトアルヘク或ハ唯領土ノ一部ノミニ行ハルル法律モアルヘシ或ハ法律其レ自身ハ施行範圍ヲ明定セス便宜命令ヲ以テ之ヲ定メシムル如キ場合モアルヘシ但原則トシテハ憲法ノ如キ大體ノ法根本的ノ規定ト異ナリ當然新版圖ニモ行ハルルト論ス

斷ニテ之ヲ爲スコトヲ得ルモ禁治産者ハ之ヲ爲スコトヲ得ズ又未成年者ハ自己ニ不利益ナル行為ニテモ法定代理人ノ同意ヲ得レハ之ヲ爲スコトヲ得ルモ禁治産者ハ之ヲ爲スコトヲ得ズ但此點ニ付テハ我民法ノ解釋上議論アル如クナルモノハ然カ信スルナリ

右ノ如ク禁治産者ナルモノハ原則トシテ凡テノ行為ヲ爲スコト能ハス然ルモ若シ禁治産者カ法律行為ヲ爲シタルトキハ如何ナル效力ヲ生スルヤ其行為ハ全ク無効ナルヤ或ハ又取消シ得ヘキモノナルヤ獨逸民法ニ於テハ之ヲ無効トスレトモ我民法ニ於テハ取消シ得ヘキモノトス孰レカ果シテ適當ナルヤハ法理上及ヒ立法上ノ一問題ナランモ我民法ハ獨逸民法ニ比較シテ禁治産者ヲ保護スルノ程度厚シト謂フコトヲ得其理由ハ若シ禁治産者ノ爲シタル法律行為ヲ絕對ニ無効トスレハ禁治産者ハ之ニ因リテ損害ヲ受タルコトナキモ亦之ニ因リテ少シモ利益スルコトナシ之ニ反シテ若シ禁治産者ノ爲シタル行為ヲ取消シ得ヘキモノトスレハ其行為カ禁治産者ニ不利益ナルトキハ之ヲ取消シ又利益ナルトキハ之ヲ取消ササルニ由リ禁治産者ハ之ニ因リテ管ニ損害ヲ受ラ

チルノミナラス利益ヲ受クルコトアリ故テ單ニ禁治産者保護ヲ點シテ言テハ
 我民法ノ規定ノ方適當ナリト謂フ得テ不利益ナルモノハ其ノ取消ハ又
 禁治産者ノ爲シタル法律行為ハ之ヲ取消シ得ヘシトスルハ單ニ禁治産者カ本
 心ニ復シタルトキニ於テ爲シタル行為ノミヲ謂フカ或ハ心神喪失中ニ爲シタ
 ル行為モ取消シ得ヘキモノト爲スニ在ルカ是レ亦一ノ研究ヲ要スル問題ナリ
 ト信ス元來單純ナル意思主義ヨリ言ヘハ禁治産者ナルモノモ心神喪失中ニ於
 テハ意思能力ヲ有セズ隨テ法律行為ヲ爲ス能ハサルモノナルヲ以テ禁治産者
 カ喪心中ニ爲シタル所ノ法律行為ハ全ク無効ナリト云フコトハ少シモ疑ナシ
 然レトモ元來禁治産ノ制度ヲ設ケタル所以ノモノハ譬テ述ヘタル如ク禁治産
 者ヲシテ法律行為ヲ當時ニ於テ意思ヲ有セシマテ云フコトヲ立證スル困
 難ヲ救ヒシカ爲メナレハ相手方カ禁治産者ニ法律行為ノ當時ニ意思ナカリシ
 ト云フコトヲ立證スルマテ凡テ禁治産者ノ行為ハ之ヲ取消シ得ヘキモノト
 推定スヘシト信スルニモ其ノ法則ヲ人ノ同意ヲ得テハ之ヲ取消シ得ヘキモノト
 右ノ如ク禁治産者ナルモノニ總テノ法律行為ヲ爲ス能ハス若シ之ヲ爲セハ取

消シ得ヘシトスルハ禁治産者ノ能力ニ關スル原則ニ過キテ或特別ナル場合ニ
 於テハ之ニ對スル所ノ例外ノ規定アルヲ注意セサルヘカラス予ハ今茲ニ民法
 總則ノ講義ニ於テ一其例外ノ場合ヲ列舉スルコト能ハサルモ參考ノ爲メ其
 一二ノ例ヲ舉ケレハ或ハ禁治産者カ法律行為ヲ有效ニ爲シ得ル場合アリ例ヘ
 ハ婚姻養子縁組又ハ遺言等ノ如シ(第七七四條第八四七條第一〇七三條參照或
 ハ之ト反對ニ禁治産者カ全ク法律行為ヲ爲スコト能ハサル場合アリ例ヘハ取
 消シ得ヘキ法律行為ヲ追認スル場合ノ如シ(第一二四條參照) 其ノ外ハ
 (一) 禁治産者ノ後見 禁治産宣告ノ第二ノ效力トシテ禁治産者ノ身體及ヒ財
 産ヲ保護スル爲メニ之ヲ後見ニ付ス(第八條第九〇條第二號參照)後見人ハ必
 ス一人ニテ法定後見人選任後見人等ノ區別アリ(第九〇條乃至第九〇六條參
 照)而シテ何人カ後見人ト爲ルカ又後見人ノ職務ハ如何ナルモノナルカニ付テ
 ハ諸君カ他日親族編ノ講義ニ於テ研究スル所ナルヲ以テ茲ニ之ヲ述ベズ
 (四) 禁治産宣告ノ取消 其ノ取消ハ其ノ宣告ノ時ニ於テ其ノ取消ヲ爲
 禁治産ノ原因止ミタルトキハ禁治産宣告ノ申立ヲ爲ス者トシテ得ル者ハ其宣告

ノ取消ヲ請求スルコトヲ得第一〇條但禁治產宣告請求權者ノ中ニテモ保佐人ノミハ實際上禁治產宣告ノ取消ヲ請求スル場合ナシ此禁治產宣告ノ取消ヲ求ムル申立ハ禁治產者カ普通裁判籍ヲ有スル地ノ區裁判所ノ管轄ニ屬スルモノトス而シテ其申立及ヒ審理手續ハ禁治產宣告ノ手續ト同様ナリ裁判所カ審理ノ結果申立ヲ理由アリトスルトキハ禁治產ノ宣告ヲ取消ス之ニ反シテ理由ナシトスルトキハ其申立ヲ却下ス禁治產宣告ヲ取消シタル決定ニ對シテハ檢事ハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得禁治產宣告取消ノ申立ヲ却下シタル決定ニ對シテハ其取消ヲ申立ツルコトヲ得ル者ハ訴ヲ以テ不服ヲ申立ツルヲ得向ホ此等ノ手續ニ付テ詳細ナルコトハ人事訴訟手續法第六十三條乃至第六十六條ノ規定ニ明カナリ

第四項 準禁治產者

(一) 準禁治產ノ制度、附則ノ條ニ於テハ、禁治產者ノ地位ニシテハ、其ノ精神ノ狀況通常人ヨリ劣ル

者アリ或ハ又精神ハ普通人ト異ナル所ナキモ金錢ヲ浪費シテ財產ヲ盡盡スルノ恐アル者アリ或ハ又精神全ク普通人ト異ナラザルモ身體ノ不具ナル爲メ十分ニ自己ノ利益ヲ保護スルコト能ハサル者アリ此等ノ者ヲ法律カ適當ニ保護セテレハ營ニ自己及ヒ其家族ノ不幸ヲ招クノミナラス間接ニハ又國家ノ不利益ヲ來スノ恐アリ是レ準禁治產制度ノ起ル所以ナリ

準禁治產ノ制度ニ付キ各國ノ立法例ヲ考フルニ羅馬法ニ於テハ特ニ我民法ニ所謂準禁治產ト同一ノ制度ナカリシモ所謂浪費者Prodigusニ對シテ一種ノ管理人(Curator prodigi)ヲ附シテ限定能力者トシテ之ヲ保護シタリ即チ浪費者ハ法律上自己ニ利益アル法律行為ハ之ヲ爲スコトヲ得タルモ不利益ナル行為ハ之ヲ爲スコトヲ得ス此羅馬法ノ制度ハ獨逸ノ諸國ニ於テモ採用セラレ而シテ獨逸聯邦諸國ノ法律ニ於テハ浪費者ニ付スルニ羅馬法ノ管理人ニ代フルニ後見人(Vormund)ヲ附スルノ傾向アリタリ之ニ反シテ佛國民法ニ於テハ羅馬法ノ如ク管ニ浪費者ノミナラス心神耗弱者ニ對シテモ保佐人(Curat)ヲ附シテ之ヲ限定能力者トシテ保護セリ即チ佛國民法上心神耗弱者及ヒ浪費者ハ訴訟行為和解借

財元本ノ領收讓渡及ヒ抵當權ノ設定ノ如キ重大ナル行為ハ保佐人ノ同意ヲ得
 スシテ之ヲ爲スコトヲ得ス(佛國民法第四九九條第五)三條伊太利民法ノ規定
 モ亦大體ニ於テ佛國民法ト同一ナリ之ニ反シテ英吉利ニ於テハ浪費者等ニ對
 スル特別保護ノ規定ナキカ如シ然ルニ獨逸新民法ニ於テハ心神耗弱者又ハ浪
 費者(Galteschwache und Verschwender)ニ對シテ禁治產ノ宣告ヲ爲シ之ヲ後見人ニ
 附シ而シテ其能力ハ七歳以下ノ未成年者ト同一ノ能力ヲ有セリ尙ホ身體ノ不
 具ハ「コツタ」ノ言ニ從ヘハ獨逸ノ古代法ニ依レハ法律上大ニ影響アルモノヲ如
 シ中古ニ於テハ劍ヲ帶フル能力ナク馬ニ跨ル能ハサルニ至リタル者ハ相續人
 ノ同意ヲ得サレハ其財產ノ處分ヲ爲スコト能ハストシテ規定行ハレタルカ如シ
 然レトモ其後此ノ如キ法制廢レ獨逸新民法ニ於テハ聾者啞者盲者等ノ如キ不
 具者ハ必要ナル場合ニ於テハ其利益ヲ保護スル爲メニ一箇ノ管理人(Pflege)ヲ
 附スルコトヲ得ルモ能力ハ普通人ト異ナル點ナキカ如シ之ヲ要スルニ準禁治
 產ノ制度ハ我民法ノ規定ト全然同ニニ非サルモ古昔ヨリ多ク國ニ於テハ多
 少類似ノ規定ヲ設ケタルモノナリト謂テコトヲ得而シテ我民法ヲ準禁治產ノ

制度ノ内容ハ次ニ之ヲ研究セントス
 (一) 準禁治產ノ宣告
 (イ) 準禁治產ノ申立ヲ爲スコトヲ得ル者 準禁治產ノ申立ヲ爲スコトヲ得ル
 者ハ本人配偶者四親等内ノ親族戸主後見人及ヒ檢事ナリ民法第十三條ニハ第
 七條ノ規定ハ準禁治產ニ之ヲ準用スル旨ノ規定アリテ直接ニ何人カ申立ヲ爲
 スコトヲ得ルモノナルカヲ明言セサルモ保佐人ハ其性質上準禁治產ノ申立ヲ
 爲スコトヲ得ル場合ナキヲ以テ其申立ヲ爲スコトヲ得ル者ハ前ニ述ヘタル者
 ニ限ルコト明カナリ而シテ此等ノ者ニ準禁治產ノ申立ヲ爲ス權利ヲ與ヘタル
 理由ハ前ニ禁治產ノ場合ニ於テ述ヘタル所ト同一ナリ
 (ロ) 準禁治產ノ宣告ヲ受クヘキ者 民法上準禁治產ノ宣告ヲ受クヘキ者ハ心
 神耗弱者聾者啞者盲者及ヒ浪費者ノ五種ナリ第一一條而シテ心神耗弱者トハ
 禁治產者ノ如ク未タ全ク心神喪失ノ常況ニアル者ニ非サルモ精神薄弱モシテ
 法律行為ノ利害ヲ辨識スルノ能力ニ乏シキ者ヲ謂フナリ聾者トハ聽官ノ機能
 廢絶スル者ヲ謂ヒ啞者トハ語言ノ機能廢絶スル者ヲ謂ヒ盲者トハ視官ノ機能

廢絶スル者ヲ謂フ又浪費者トハ精神及ヒ身體ニ於テハ普通人ト異ナルコトオケレトモ財産ヲ處理スル上ニ於テ其智能甚シク普通人ニ劣リ無益ニ金錢ヲ費消シ財産ヲ蕩盡スルノ虞アル者ヲ謂フ此等ノ者ハ孰レモ皆法律上特別ナル保護ヲ要スルヲ以テ之ニ對シ準禁治産ノ宣告ヲ爲ス所以ナリ

(ハ) 準禁治産宣告ノ手續 準禁治産ノ宣告ハ猶ホ禁治産ノ宣告ノ如ク常ニ申立ニ因リテ爲スモノナリ而シテ準禁治産ノ申立ヲ爲シ得ル者ヨリ其申立アリタルトキハ準禁治産ノ宣告ヲ受クヘキ者カ普通裁判籍ヲ有スル地ノ區裁判所カ決定ヲ以テ準禁治産ノ宣告ヲ爲スモノナリ尙ホ此準禁治産ノ申立審理裁判及ヒ其裁判ニ對スル不服申立ノ訴訟手續ハ禁治産ニ付テ述ヘタルト同一ナルヲ以テ玆ニ再セス(人事訴訟手續法第六七條第一項)然レトモ唯準禁治産宣告ノ手續中其性質上禁治産ノ手續ト少シク異ナル所アルヲ以テ其點ニ付キ注意ヲ爲メ一言セン

前ニ禁治産宣告ノ手續ノ場合ニ述ヘタルカ如ク裁判所ハ禁治産宣告ノ申立アリタルトキハ直チニ裁判スルモノニ非ス必ス先ツ本人ノ心神ノ狀況ニ付キ醫

師ヲシテ之ヲ鑑定セシメ訊問スルコトヲ要ス此規定ハ原則トシテ準禁治産宣告ノ場合ニモ準用セラルヘキナリ然レトモ浪費者ニ付テハ今日ノ醫學上コトヲ言ヘハ身體及ヒ精神ニ於テ普通ノ人ト異ナル所ナキヲ以テ之ニ對シテハ例外トシテ此規定ヲ準用スルコト能ハス(人事訴訟手續法第六七條第二項)尙ホ準禁治産宣告ノ手續ト禁治産宣告ノ手續ニ付キ一言スヘキハ準禁治産ノ宣告ノ決定ノ效力ヲ生スル時期ナリ禁治産宣告ノ效力ハ禁治産者ノ法定代理人又ハ檢察ニ送達シタル日ヨリ其效力ヲ生スヘキモノナリ(人事訴訟手續法第五二條)然ルニ準禁治産宣告ノ決定ニ付テハ人事訴訟手續法第六十七條第一項ニ於テ禁治産ニ關スル手續ヲ準用スヘキ旨ノ規定ノミニシテ明カニ其效力ヲ生スヘキ時期ニ付テノ規定ナシ是ニ於テ準禁治産ノ宣告ノ決定ニ付テ效力ヲ生スヘキ時期ハ其保佐人又ハ檢察ニ送達シタル日ナルカ又ハ本人ニ送達シタル日ナルカニ付キ疑ヲ生ス予ハ準禁治産宣告ノ決定ハ準禁治産者自身ニ送達シタル日ヨリ其效力ヲ生スト信ス

(三) 準禁治産宣告ノ效力

準禁治産宣告ハ猶ホ禁治産宣告ノ如ク二ノ效力ヲ生ス一ハ準禁治産者ヲ無能カト爲スコト他ノ一ハ準禁治産者ニ保佐人ヲ附スルコトヲ得ルコト是ナリ

(甲) 準禁治産者ノ能力準禁治産者ハ未成年者又ハ禁治産者ニ比スレハ其能力一層大ナルモ未タ無能力者タルコトヲ免レス即チ準禁治産者ハ一般ニ重大ナル行爲ハ之ヲ爲スコト能ハス今準禁治産者ヲ爲スコトヲ得ザル行爲ヲ舉タルハ左ノ如シ(第一二條第一項第三項) 其遺言ハ其遺言ニ依リテ

(イ) 元本ヲ領收シ又ハ之ヲ利用スルコト 元本ヲ領收スルコトハ例ヘハ貸付元金ノ返済ヲ受ケルカ如キヲ謂フ又元本ヲ利用スルコトハ例ヘハ資本ヲ或事業ニ投スルカ如キヲ謂フ

(ロ) 借財又ハ保證ヲ爲スコト 借財トハ例ヘハ金錢ヲ借受ケルカ如キヲ謂フ又保證トハ例ヘハ或人カ金錢ヲ借受ケタル場合ニ於テ其人カ債務ヲ履行セザルトキニ其履行ノ責任スルカ如キヲ謂フ

(ハ) 不動産又ハ重要ナル動産ニ關スル權利ノ得喪ヲ目的トスル行爲ヲ爲スコト 不動産ニ關スル權利ノ得喪ヲ目的トスル行爲トハ例ヘハ家屋ヲ賣渡シ又

ハ買受ケルカ如キヲ謂フ又重要ナル動産ニ關スル權利ノ得喪ヲ目的トスル行爲トハ例ヘハ或貴重ナル家具ヲ賣渡シ又ハ買受ケルカ如キヲ謂フ

(ニ) 訴訟行爲ヲ爲スコト 訴訟行爲ヲ爲ストハ例ヘハ訴ヲ提起シ口頭辯論ニ於テ抗辯防禦ノ方法ヲ提出シ又ハ證據方法ヲ申出ヅルカ如キヲ謂フ

(ホ) 贈與和解又ハ仲裁契約ヲ爲スコト 贈與トハ自己ノ財産ヲ無償ニテ他人ニ與フルヲ謂フ第五四九條和解トハ當事者カ互ニ讓歩ヲ爲シテ其間ニ存スル爭ヲ止ムル契約ヲ謂フ第六九五條又仲裁契約トハ第三者ヲシテ爭ヲ判斷セザルムル契約ヲ謂フ

(ヘ) 相續ヲ承認シ又ハ之ヲ拋棄スルコト 相續トハ相續人ニ於テ被相續人ノ有スル一切ノ權利義務ヲ承繼スルモノナレハ(第九八六條第一〇〇條) 相續ヲ承認スレハ權利ヲ取得スルト同時ニ義務ヲ負擔スルコトアリ又相續ヲ拋棄スレハ得ヘカリシ利益ヲ失フコトアリ故ニ此等ノ行爲ニ付テハ保佐人ノ同意ヲ得ルコト必要ナリ

(ト) 贈與若クハ遺贈ヲ拒絕シ又ハ負擔附ノ贈與若クハ遺贈ヲ受諾スルコト

單純ナル贈與若クハ遺贈ヲ受諾スルコトハ法律上本人ニ利益ヲミアリテ損失ナシ故ニ之ヲ拒絕スルニハ保佐人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス又負擔附遺贈又ハ遺贈ヲ受諾スルトキハ權利ヲ得ルト同時ニ義務ヲ負擔スルモノナリ(第五五三條第一一〇四條)故ニ之ヲ受諾スルニハ保佐人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス

(ナ) 新築改築増築又ハ大修繕ヲ爲スコトハ此新築改築増築又ハ大修繕トハ其事實際上ノ行爲ヲ謂フモノニ非スシテ之ニ關スル法律行爲ヲ謂フモノナリト信ス

(リ) 民法第六百二條ニ定メタル期間ヲ超ユル貸借ヲ爲スコトハ十年ノ期間ヲ超ユル所ノ樹木ノ栽植又ハ伐採ヲ目的トスル山林ノ貸借五年ノ期間ヲ超ユル其他ノ土地ノ貸借三年ノ期間ヲ超ユル建物ノ貸借六箇月ノ期間ヲ超ユル動産ノ貸借等ヲ爲スニハ保佐人ノ同意アルコトヲ要ス

(ス) 右ニ述ヘタル外裁判所カ保佐人ノ同意ヲ得ルコトヲ要スル旨ヲ宣告シタル行爲 前ニ述ヘタル(イ)乃至(リ)ニ據ケル行爲以外ノモノニシテ華禁治産者ノ智能ノ程度如何ニ因リテ裁判所ハ申立ニ依リ必要ニ應ジ其保佐人ノ同意アル

第四款 代理權ノ消滅

代理權ハ信用ヲ基礎トシテ附與セララルモノニシテ其人ニ著眼スルモノナルヲ以テ本人ノ死亡又ハ代理人ノ死亡ト共ニ代理權ヲ消滅スルハ勿論ナリ又代理人カ禁治産者ト爲リテ能力ヲ喪失シ若クハ破産ヲ宣告ヲ受テ財産上ノ信用ヲ失ヒタル場合ハ代理權ヲ附與シタル信用ノ基礎ヲ失フヘキ價値アルモノト認ムルコトヲ得ヘキカ故ニ此場合ニ於テモ代理權ハ當然ニ消滅セシムルヲ至當トス又委任ニ因ル代理權ハ其權限ヲ消滅セシムル特別ノ意思表示ヲ必要トセスシテ委任ノ終了ニ因リテ又代理權限ニ期間ノ定メアルモノハ其期間ノ終了ニ因リテ特定ノ事項ニ付キ代理權ヲ與ヘタル場合ハ其ノ事項ノ終了ニ因リテ代理權ハ消滅スヘキモノナリ其他後見人ニアリテハ無能力者カ有能力者ト爲リシ時法人ノ理事トアリテハ解任又ハ法人ノ解散ニ因リテ其ノ代理權ヲ失フモノトス

本人ニ據ルモ代理權ハ消滅セシムルハ其ノ消滅ニ關シテ法律上ニ定メタル事由ニ因リテ消滅スド雖モ第三者ハ其消滅ヲ知ラズシ

民法編 法律行爲 代理

ナ代理權アリト信シ之ト取引ヲ爲シタル場合ニ其法律行為ハ代理權ノ消滅後ナルヲ以テ本人ニ對シテ效力ヲ生セザルモノトセハ第三者ハ爲メニ損害ヲ蒙ルコトアルヘキヲ以テ第三者ト本人トノ利害ヲ調和シ之カ權衡ヲ保タザルヘカラス即チ代理權ハ本人ニ於テ何時ニテモ之ヲ取消シ又ハ其權限ヲ減殺スルコトヲ得ルヲ以テ其消滅ノ效力ヲ善意ナル第三者ニ對シテモ尙ホ之ヲ主張スルコトヲ得ルモノトセハ善意ナル第三者ハ尠カラザル損害ヲ蒙ルコトアリ隨テ佛蘭西民法ニ於テハ本人カ代理人ニ對シテ委任ヲ取消スモ委任狀ノ返還ヲ受クルマテハ委任ハ繼續セルモノト信シテ取引ヲ爲シタル第三者ニ對シテ其責ヲ免ルルコトヲ得スト規定シ善意ノ第三者ヲ保護セリ然レトモ此規定ニ依リハ代理人カ委任狀ヲ返還セザル間ハ本人ヲシテ其代理人ノ爲シタル行為ニ付テ責ヲ負ハシムルモノナルヲ以テ本人ハ甚タ不利益ノ結果ヲ受クルニ至ル故ニ瑞西債務法ニ於テハ本人カ代理人ニ委任狀ヲ交付セザルトキハ委任者カ其委任取消ヲ公示スルニ依リテ第三者ニ對シテ其責ヲ免レ委任狀ヲ交付シタルトキハ委任狀ヲ取戻シ始メテ第三者ニ對抗スルコトヲ得ヘキモノトセリ獨

逸民法ハ本人カ委任狀ヲ交付シタル場合ニ若シ代理人ニ於テ之ヲ取消シタルニ拘ハラズ委任狀ヲ返サザルトキハ本人ハ公告ニ依リテ委任狀ノ無効ナルコトヲ表示シ其表示ヲ爲シタル時ヨリ一箇月ノ期間ヲ經過シテ代理權ハ消滅スヘキモノトノ主義ヲ採レリ(獨逸民法第一七六條佛蘭西民法第二〇〇五條參照)我民法ニ於テハ代理權ノ消滅ハ第三者カ過失ニ依リテ之ヲ知ラザラシ場合ヲ除クノ外ハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得スト規定セルカ故ニ代理人カ委任狀ヲ返還セズシテ之ヲ善意ノ相手方ニ示シ以テ取引ヲ爲シタル場合ニハ本人ハ代理權ノ消滅ヲ以テ其相手方ニ對抗スルコトヲ得ザルニ至リ佛蘭西民法ト同一ノ缺點アルモノニシテ本人ヲ保護スル點ニ付キ完全ナリト謂フコトヲ得ス

第五款 代理權ヲ有セザル者カ代理人トシテ爲シタル法律行為

代理ニ因ル法律行為ハ代理人自己ノ意思表示ナルコトハ既に説明セシ所ナリ

若シ代理人ハ本人ノ意思ヲ表示スル機關ナリトノ論ヨリセハ代理權ヲ有セシメ
 シテ代理人トシテ爲シタル法律行ハ意思ヲ有セサル行爲トシテ無効ナルカ故
 ニ追認ニ依リテ其行爲ノ效力ヲ生セシムルコトヲ得スト雖モ代理人ハ本人ノ
 器械ニ非スシテ自己ノ意思ヲ以テ法律行爲ヲ爲スモノナレハ其行爲ノ當事者
 ハ代理人ナルカ故ニ代理權ヲ有セスシテ爲シタル行爲モ其成立要素ニ於テ缺
 タル所ナシ唯其行爲ハ代理權ヲ基礎トセサルカ故ニ代理ノ效力ヲ生シ本人ニ
 對シテ直接ニ權利義務ノ關係ヲ生スルモノニ非ス然ルニ相手方ハ其行爲ニ付
 キ本人ニ對シ其效力ヲ生セシメンコトヲ希望シ本人ハ自己ニ對シテ其行爲ノ
 效力ヲ生セシムヘキコトヲ豫期スルモノニ非スト雖モ本人カ其行爲ノ效力ヲ
 享有スルコトヲ利益ナリト認メ之ヲ追認スルニ於テハ本人ニ對シテ直接ニ其
 效力ヲ生セシムルハ寧ロ本人ノ利益ヲ保護シ並ニ相手方ノ利益ヲ保護スル所
 以ナルヲ以テ法律ハ特ニ規定ヲ設ケ此場合ニ於ケル法律行爲ハ本人ノ追認ニ
 依リテ本人ニ對シ直接ニ其效力ヲ生スヘキモノトセリ今之ヲ契約及ヒ單獨行
 爲ニ分テテ説明セント欲ス

第一 契約

(一) 代理權ヲ有セス又ハ其權限ヲ超ユテ他人ノ爲メニスルコトヲ示シテ爲シ
 タル契約ハ本人カ追認ヲ爲スニ非サレハ本人ニ對シテ效力ヲ生スヘキモノニ
 非ス然レトモ契約ノ效力ヲシテ永ク不確定ノ狀態ヲ繼續セシムルハ當事者ノ
 甚タ不利トスル所ナルヲ以テ獨逸民法及ヒ我民法等ニ於テハ相手方ニ追認ヲ
 爲スヤ否ヤヲ催告スル權利ヲ與ヘ其確答ヲ促スコトヲ得ヘキ旨ヲ規定セリ
 獨逸民法ニ於テハ追認ハ本人カ催告ヲ受ケシ時ヨリ二週間内ニ之ヲ爲ササル
 ヘカラス若シ此期間内ニ爲ササルトキハ之ヲ拒絕シタルニ同シト規定セリ(獨
 逸民法第一七七條參照)故ニ我民法ト異ナル點ハ追認ノ確答ヲ爲ス期間ヲ相手
 方ヲシテ定メシメスシテ法定期間ヲ設ケタルニ在リ我民法ノ解釋トシテハ「本
 人カ其期間内ニ確答ヲ爲ササルトキハ」トアルハ追認カ相手方ニ到達セサルト
 キノ法意ナルヤ若クハ追認ノ返答ヲ其期間内ニ發セサルノ意義ナルヤ蓋シ「確
 答ヲ爲ササル」トハ追認又ハ拒絕ノ意思表示ノ存在セサルコトヲ意味スルモノ
 ナルカ故ニ確答ヲ爲ストハ或意思表示ノ實在スルコトヲ謂フモノニシテ

其實在セシ意思表示カ相手方ニ對シテ效力ヲ生スル程度ニ達セシヤ否ヤニ關係ナキモノナリトス隨テ本人カ其期間内ニ追認ヲ爲シタルトキハ其期間後ニ追認ノ通知カ相手方ニ到達シタルトキト雖モ追認ノ效力ヲ生スルハ當然ナリト謂ハサルヘカラス蓋シ其確答カ一定ノ期間内ニ相手方ニ到達スルコトヲ要スト爲ストキハ本人ハ相手方ニ到達シ得ヘキ相當ノ期間内ニ於テ確答ヲ發シタルニ拘ハラス不測ノ事故ノ爲メニ其期間經過後ニ相手方ニ到達シタルトキハ追認ノ效力ヲ生セサルニ至リ本人ハ自己ニ過失ナクシテ不利益ノ結果ヲ招クニ至ルコトアレハナリ

(二) 本人カ契約ノ追認又ハ拒絕ヲ爲スニハ相手方ニ對シテ直接ニ之ヲ爲ササルヘカラス然ラサレハ契約ノ有效又ハ無効ヲ以テ相手方ニ對抗スルコトヲ得サルモノトス然レトモ本人ヲシテ直接ニ相手方ニ對シテ追認又ハ拒絕ヲ爲サシムル理由ハ其事實ヲ相手方ニ知ラシムルヲ以テ目的ト爲スモノナルカ故ニ相手方ニ於テ既ニ其事實ヲ知ルトキハ自己ニ對シテ追認又ハ拒絕ノ表示ナキヲ理由トシテ其契約ヨリ生スル責任ヲ免ルレコトヲ得(第一一三條第一一四條)

代理權

(三) 代理權ヲ有セサル者ノ爲シタル契約ハ本人ニ依リテ追認セラレサル間ハ相手方ニ於テ代理權ナキコトヲ知ラザリシ場合ト之ヲ知リタル場合トニ依リテ取消シ得ヘキト否トノ差異ヲ生ス前ノ場合ハ相手方カ代理權ナキコトヲ知ラサルニ付キ過失ノ有無ヲ問ハス相手方ハ自稱代理人ニ代理權アリト信シテ契約ヲ爲シタルモノニシテ其契約ハ直チニ本人ニ對シテ效力ヲ生スヘキモノナリト信シタルニ本人ノ追認アラサルトキハ其效力ヲ生セサル不完全ノ契約ナルヲ以テ決意ノ原因ニ錯誤アリト謂フヘキモノニシテ相手方ヲシテ之ヲ取消スコトヲ得ルモノト爲スハ理論上當然ナリ然レトモ右ノ取消權ヲ行使セシムルハ本人ノ利益ヲ害セサル範圍内ニ於テ之ヲ爲サシメサルヘカラス故ニ本人カ其契約ヲ追認セサル間即チ本人カ其契約ニ關シ何等ノ利害關係ヲ有セサル間ニ限り之ヲ取消シ得セシムヘキモノトス而シテ此取消權ハ本人ニ對シテ之ヲ行使セサレハ其效力ヲ生セサルモノナルヤ又ハ自稱代理人ニ對シテモ取消ヲ表示シ得ヘキモノナルヤ我民法ハ特別ノ規定ヲ爲サスト雖モ法文ノ解釋

上第百十三條ノ追認又ハ拒絕ノ如ク相手方ニ對シテ之ヲ爲ササルハカラサル明文ナキヲ以テ自稱代理人ニ對シテモ之ヲ取消シ得ヘキモノト解セサルハカラス第百十五條ニ本人ノ追認ナキ間ハト規定セルハ本人カ追認ノ意思表示ヲ爲ササル間ヲ謂フモノニシテ追認カ相手方ニ到達セザル限ハ之ヲ取消シ得ヘキコトヲ意味スルモノニ非ナルコトヲ注意スルヲ要ス(獨逸民法第一七八條參照後者ノ場合ニ於テハ相手方ハ契約ヲ爲ストキニ於テ自稱代理人ノ代理權ナキコトヲ知リタルモノナルヲ以テ決意ノ原因ニ錯誤アリタルモノニ非ス初白リ其契約ハ本人ノ追認ニ依リテ本人ニ對シテ效力ヲ生スルモノナルコトヲ知リテ之ヲ爲シタルモノナルカ故ニ之ニ對シテ取消權ヲ與フヘキノ理ナキナリ)

(四) 追認ハ事後ノ同意ニシテ之ニ依リテ自稱代理人ノ爲シタル契約ハ契約ノ時ニ過リテ本人ニ對シ直接ニ其效力ヲ生スルモノトス蓋シ意思表示ハ之ヲ表示シタル後ニ於テ其效力ヲ生スヘキモノナリト雖モ追認ハ申込ニ對スル承諾ニ非スシテ既往ニ存在セル行為ヲ認ムルモノニシテ法律行為ノアリシ時ヨリ其效力ヲ生セシムルノ意思ナルノミナラス相手方モ亦其契約ヲ爲シタル時ヨ

第三 本人ニ於テ代理人ヲシテ自己ノ爲メニ支配セシムルノ意思ヲ有スル

コト

以上ノ三要件具備スルトキハ本人ハ立ホニ占有權ヲ取得スルモノトス蓋シ第一ノ條件ノ具備ニ依リ占有權取得ノ第一條件タル支配ノ事實存在シ第二第三ノ條件ノ具備ニ依リ占有權取得ノ第二條件タル自己占有ノ意思存在スルヲ以テ當然ニ占有權取得ノ結果ヲ生スレハナリ故ニ此場合モ亦實ハ第一節ニ述ヘタル占有權取得ノ原則ノ適用ニ過キサルナリ但法律上代理人ニ依ル場合ニハ前掲三條件中第三ノ條件ヲ必要トセサルモノトス何トナレハ此場合ニハ本人ノ意思ハ全ク代理人ノ意思ニ依リテ表彰セラレ本人ハ全ク意思ヲ有セザレハナリ

代理占有ノ場合ニ於テ一ノ問題アリ即チ其占有カ善意ナリヤ惡意ナリヤ又ハ過失アリヤ否ヤ等ノ區別ヲ爲ス標準ハ本人ノ意思ニ依リテ之ヲ判斷スルヤ或ハ代理人ノ意思ニ依リテ之ヲ判斷スヘキヤノ問題はナリ諸君ハ民法總則ニ於テ代理ノ原則ヲ研究スルニ當リ本問ニ牽連セル重要ノ一問題アルコトヲ注意

民法總則

占有權 占有權ノ取得及ヒ喪失 代理人ニ依ル占有權ノ取得

セザルヘカラス則テ代理關係ニ於テハ其意思ニ關スル狀態ハ全ク代理人ノ意思ノミヲ標準ト爲スヘキカ又ハ本人ノ意思モ之ヲ標準トスヘキカノ問題是ナリ此點ニ付テハ代理ニ關スル學說ニ依リテハ或ハ全ク本人ノ意思ヲ認メテモノアリ或ハ全ク本人ノ意思ノミヲ認メテ代理人ノ意思ヲ認メテモノアリト雖モ是レ皆代理關係ノ説明トシテハ其當ヲ失スル見解ニシテ近世ノ法理學者カ認ムル原則ニ依レハ代理關係ニ於テハ意思ハ二アリト爲ス一ハ本人ノ意思ニシテ一ハ代理人ノ意思ナリ此兩者ハ相伴フテ當事者ノ意思ヲ完成シ互ニ相補充ズルモノナリト是レ代理關係ニ於ケル意思ノ狀態ヲ最モ能ク言表ハシタルモノト謂ハサルヘカラス(但法律上ノ代理ハ此限ニ在ラズ而シテ二者ノ中何レヲ以テ主トスヘキヤハ場合ニ依リ異ナリ一概ニ之ヲ論スルコトヲ得ス此ニ於テ我民法ハ第一百一條ヲ以テ此等ノ場合ニ關スル原則ヲ定メタリ第一〇一條參照代理占有ノ場合モ亦代理關係ニ關スル此原則ヲ適用スヘキモノニシテ隨テ其占有ニ關スル意思ノ狀態ハ本人ノ意思及ヒ代理人ノ意思ニ付テ判斷スヘキモノニシテ即チ第一百一條ヲ適用シ狀況ニ依リ或ハ本人ノ意思ニ依リ或ハ

代理人ノ意思ニ依ルヘキモノトス

第三節

意思ニ依ル占有ノ取得

意思ニ依ル占有ノ取得トハ占有ヲ意思ノミニ依リテ取得スル場合ヲ謂フ既ニ述ヘタル如ク占有ハ支配ノ事實及ヒ自己ノ利益ノ爲メニ支配スルノ意思ノ二條件ノ具備スルニ依リ成立スルモノニシテ是レ實ニ占有權取得ノ原則ナリ占有權ハ亦此原則ニ依ルニ非サレハ之ヲ取得スルコトヲ得スト謂フヘシ然レトモ或場合ニハ此原則ヲ適用スルモ尙ホ單ニ意思ノミノ作用ニ依リテ占有權ヲ取得スルコトヲ得ルコトアリ此場合ヲ稱シテ學者カ意思ハミニ依リテ占有權ヲ取得スト謂フモノナリ本節ニハ此場合ノ何タルヤヲ説明セント欲ス

第一ハ占有ノ改定ニシテ民法第百八十三條及ヒ第百八十四條ニ規定セル場合ナリ占有ノ改定ニハ二種アリ(一)ハ民法第百八十三條ニ定ムル場合ナリ是レ代理人カ自己ノ占有物ヲ本人ニ讓渡サントスル場合ニシテ即チ代理人カ本人ノ

爲メニ占有ヲ爲スノ意思ヲ表示シテ本人亦其意思ヲ認メタルトキハ立ロニ占有權ハ本人ニ移轉スルモノトス(二)ハ民法第百八十四條ニ定ムル場合ナリ是レ代理人ヲシテ物ヲ占有セシメタルトキニ當リ本人カ其占有權ヲ第三者ニ移轉セシトスル場合ニシテ即チ本人カ其代理人ニ對シ爾後第三者ノ爲メニ占有ヲ爲スヘキコトヲ命ジ第三者亦之ヲ認メタルトキハ立ロニ其占有權ハ第三者ニ移轉スルモノナリ此兩者ハ共ニ代理占有ノ場合ニシテ占有意思ノ變更ノミニ依リ占有ノ主體ヲ變更セシムルモノナリ故ニ之ヲ稱シテ占有ノ改定ト謂フモノナリ

第二ハ簡易ノ引渡ニシテハ民法第百八十二條第二項ニ規定セル場合ナリ是レ占有權ヲ讓渡サントスルニ當リ其讓受人若クハ讓受人ノ代理人カ現ニ占有物ヲ所持スル場合ニシテ即チ物ノ所持ハ既ニ讓受人ノ手ニ在ルヲ以テ單ニ意思ノミノ變更ニ依リテ其占有權ヲ他ニ移轉スルコトヲ得ルモノナリ此場合ハ占有ノ讓渡ニ在リテ最モ容易ニ占有ヲ移轉シ得ルモノナリ是レ學者カ簡易ノ引渡ナル名稱ヲ與フル所以ナリ

以上述ヘタル場合ハ所謂意思ノミニ依リテ占有權ヲ取得スルコトヲ得ル場合ナリ此場合モ畢竟占有權取得ノ原則ニ依リ支配セラルモノナリト雖モ唯特別ナル事情ノ存スルカ爲メニ單ニ意思ヲ表示ノミニ依リテ直チニ占有權ヲ取得ニ必要ナル二箇ノ條件ヲ具備シ占有權ヲ取得スルノ結果ヲ生スルモノトス

第四節 占有權ノ喪失

占有權ハ如何ナル原因ニ由リテ之ヲ喪失スルカ占有權ヲ取得スルハ前述セル如ク二箇ノ條件ノ具備スルニ因ルモノナリ隨テ其當然ノ結果トシテ此二箇ノ條件ノ中孰レカラ失フトキハ占有權カ消滅スルハ亦種メテ明白ナリトス故ニ占有權ノ喪失ノ原因ハ亦二アリ(第二〇三條參照其一)物ノ所持ヲ失フコト是ナリ物ノ所持ヲ失フトハ換言スレバ支配ノ事實ヲ失フヲ謂フ此場合ニハ即チ占有權ノ成立ニ必要トスル第一ノ要素ヲ失フヲ以テ占有權ノ喪失スルハ亦當然ナリ然ラハ物ノ所持ヲ失フトハ何ヲ謂フカ是レ其物ニ關シテ處分スルノ實カヲ失フヲ謂フ故ニ支配ノ事實カ或妨害ノ爲メニ一時其支配ヲ完全ニ行フコ

トヲ得サルモ之ヲ以テ物ノ所持ヲ失ヘリト謂フコトヲ得ス例ヘハ物カ一時紛失シテ一時支配ヲ行フコトヲ得サルモ之ヲ稱シテ直チニ所持ヲ失ヒタリト謂ハスシテ其物カ全ク紛失シテ發見スルコトヲ得サルニ至リ始メテ其物ノ所持ヲ喪失スト謂フモノナリ故ニ所持ヲ失フトハ一時其物ニ對スル支配關係ノ妨害セラルルノ謂ニ非ス全ク其支配關係ノ消滅スルヲ謂フ物ノ所持ヲ失フ場合ニハ概シテ其支配關係ニ變態ヲ來サシムヘキ反對ノ事實ノ發生スルヲ常トス其事實ハ或ハ占有者自身ノ行為ナルコトアリ或ハ第三者ノ行為ナルコトアリ或ハ天然ノ出來事タルアリ例ヘハ占有物ヲ海中ニ投シタル場合ハ占有者ノ行為ニ因リテ其所持ヲ失フモノニシテ盜賊ニ其占有物ヲ奪ヒ去ラレタル場合ハ第三者ノ行為ニ因ルモノニシテ落雷ニ因リテ火災ヲ生シ其占有物カ消滅シタル如キハ天然ノ出來事ニ因リ占有ヲ失フ場合ナリトス其二ハ占有意思ノ拋棄是ナリ占有意思ノ拋棄トハ占有權ノ成立ノ第二要件タル自己ノ爲メニ支配スルノ意思ヲ拋棄スルヲ謂フモノニシテ即チ占有權ノ成立ニ必要ナル一條件ヲ失フカ故ニ占有權ヲ喪失スルハ其當然ノ結果ナリトス如何ナル場合ニ占有意思ヲ拋棄スルカ占有者カ其占有權ヲ他ニ移轉スルカ爲メニ其意思ヲ拋棄スルコトアリ或ハ他ニ移轉スルノ目的ナク單ニ其利益ヲ拋棄スルノ意思ヲ以テ拋棄スルコトアリ例ヘハ物ヲ遺棄スル如シ而シテ占有意思ノ拋棄ハ意思能力ヲ有スル者ニ非サレハ其效力ナキハ明白ノ事ナリ例ヘハ赤兒又ハ精神喪失者カ爲シタル占有意思ノ拋棄ノ如キハ固ヨリ其效力ナキモノトス

以上ハ占有權喪失ノ主タル原因ナリ學者或ハ占有權ノ消滅原因ハ前述二條件ノ共ニ存在スルコトヲ要ストスル者アリ例ヘハ「キールル」フ如シ凡ソ物ノ所持ヲ失フトキハ占有者ハ占有ノ意思ヲ拋棄スルノ結果ヲ生シ占有ノ意思ヲ拋棄シタルトキハ隨テ物ノ所持ヲ失フノ事實ヲ生シ此二者ハ相伴フヲ常トスルモ既ニ其一條件カ到來シタルトキハ占有權ハ其成立要素ヲ失ヒ當然占有權ヲ喪失スルモノニシテ此場合ニ尙ホ二條件ノ具備スルヲ要スト云フハ全ク無益ノ事ナリ是ヲ以テ「キールル」フノ說ハ採用スルノ價値ナシ

繼ニ占有權ハ代理人ニ依リテ之ヲ取得スルヲ得ルコトヲ述ヘタリ故ニ代理人ニ依リテ占有權ヲ取得セル場合ニハ如何ニシテ占有權ヲ喪失スルカヲ説明ス

ルノ必要アリ代理人ニ依リテ占有權ヲ得ルハ既ニ述ハタル如ク三條件ノ具備
 スルコトヲ要ス隨テ其三條件ノ一カ消滅セハ其當然ノ結果トシテ代理人ニ依
 ル占有權ヲ喪失スルハ亦明カナリ故ニ代理人ニ依ル占有權ヲ喪失スル場合ハ
 代理占有取得ニ必要トスル三條件ノ一カ欠缺スル場合ニシテ即チ其喪失原因
 ハ三アリ(民第二〇四條參照)(一)本人カ代理人ヲシテ占有セシムルノ意思ヲ拋
 棄シタルトキ是ナリ此意思ハ代理占有ニ必要ナル第一ノ要素ナリ隨テ此要素
 消滅スレハ代理占有ノ消滅スルハ明白ナリ(二)ハ代理人カ本人ノ爲メニ占有ス
 ルノ意思ヲ改メタル場合ナリ代理人カ本人ノ爲メニ占有スルノ意思ハ代理占
 有ニ必要ナル第二ノ要素ナリ隨テ此要素ヲ失フトキハ代理占有ノ消滅スルコ
 ト亦明白ナリ但此意思ノ變更ハ代理人ノ心裡ノモノ現象ニ止マレハ未タ其效
 力ヲ生セサルモノニシテ其意思ノ變更ヲ明カニ外部ニ表彰スルコトヲ要ス隨
 テ代理人ニ於テ其意思ノ變更ヲ本人ニ對シテ明示スルコトヲ必要トス(三)ハ代
 理人カ占有物ノ所持ヲ失フコト是ナリ代理人カ占有物ヲ所持スルコトハ代理
 占有成立ノ第三要素ナリ隨テ此要素ヲ失ヒタルトキハ代理占有權ノ消滅スル

ハ亦明白ナリ

終ニ代理占有ノ消滅ニ付テ注意スヘキモノニアリ(一)ハ代理人カ死亡シタルト
 キハ其占有權ハ消滅スルキ否キノ問題はナリ此問題ニ對シテハ占有權ハ消滅
 セストスルヲ以テ原則トス何トオレハ代理人死亡スルノ事實アルトキハ其占
 有ノ成立ニ必要トスル物ノ所持ハ一時之ヲ妨ケラレタル結果ヲ生スルモ其本
 人ニ於テ直チニ物ノ所持ヲ回復スルノ手段ヲ講スルトキハ必スシモ物ノ所持
 ハ消滅セリト謂フコトヲ得ス隨テ代理人カ死亡シタル場合ニ於テモ占有權ハ
 未タ消滅セサルモノト謂ハサルヘカラス或ハ代理人ノ死亡ノ場合ニハ占有ノ
 意思ノ拋棄ヲ生セサルモノト疑問ヲ生スルモ此場合ニハ尙ホ本人カ存在スルヲ
 以テ本人カ意思ノ拋棄ヲ爲ササル限ハ代理人死亡スルモ未タ之ヲ以テ占有意
 思ノ拋棄アリト斷言スルコトヲ得ザレハナリ(二)ハ代理人カ其他ノ原因ニ由リ
 代理權ヲ消滅シタルトキハ代理占有ハ消滅スヘキキ否キノ問題はナリ此場合
 ニモ占有權ハ消滅セストスルヲ原則トス何トオレハ代理權消滅シタルトキハ
 代理人ハ其物ノ占有ヲ本人ニ返還スルノ義務ヲ有シ本人ニ對シテ其占有ヲ引

渡ノ手續ヲ求ムルハ本人ニ於テモ速ニ代理人ヨリ其占有ヲ引受クルノ手續ニ注意スルハ當然ノ事ナリ故ニ前ニ述ヘタル占有權喪失ノ原因ノ新ニ生スルニ非テハ限ハ其占有ハ繼續スルヲ常トスレハナリ又代理權ノ消滅ハ直チニ其占有權ノ喪失ヲ來ストモハ當事者ハ之カ爲メニ意外ノ不利益ヲ受タルヲ慮アルヲ以テ以上ノ二問題ニ對シテ疑ノ生スルコトヲ避ケン爲メ我民法ハ第二百四條第二項ヲ以テ明カニ代理權ノ消滅ノミニ因リテ占有權ヲ消滅セスト規定セリ代理權ハ如何ナル場合ニ消滅スルヤハ民法第百十一條ヲ參照スヘシ

第五章 占有權ノ效力

占有權ノ效力トハ法律カ占有ニ付與スル效果ノ謂ニシテ即チ法律カ占有ヲ保護スル分量ハ之ニ依リテ明白ト爲ルモノナリ換言スレハ法律カ占有ヲ保護スルノ範圍ハ占有權ノ效力ヲ研究スルニ依リ判明スルモノナリ而シテ占有ノ效果ハ種種アリ左ニ一一之ヲ説明セン

(一) 第一節 占有訴權

占有ノ效果中最モ重ナルハ占有訴權(第一九七條乃至第二〇二條)是ナリ是レ法律カ占有ヲ保護セシカ爲メニ占有ニ數種ノ訴權ヲ付與シテ國家ノ保護ヲ請求スルノ方法ヲ與ヘ占有者ヲシテ其利益ノ享有ヲ完全ナラシメントスルモノナリ占有訴權ニハ三種アリ即チ(一)占有保持ノ訴(二)占有保全ノ訴(三)占有回復ノ訴是ナリ

第一 占有保持ノ訴ニハ其占有者ハ其占有ヲ妨害セラレタルトキ其妨害ヲ排斥センカ占有保持ノ訴トシテ占有者カ其占有ヲ妨害セラレタルトキ其妨害ヲ排斥センカ爲メ國家ノ保護ヲ請求スルモノニシテ此訴ノ目的ハ三アリ(一)占有ノ事實ヲ確定スルコト(二)占有ニ對スル妨害ヲ排除スルコト(三)妨害ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ヲ求ムルコト是ナリ而シテ此訴ヲ提起スルニハ左ノ要件ヲ具備スルコトヲ要ス(第一九八條)

(一) 原告カ占有ヲ有スルコト 是レ此訴ノ根本的要素ニシテ此訴權ヲ發生ス

- (一) 原告ノ基本ナリ
- (二) 被告ヲ原告ノ占有ヲ妨害スルコト 占有ヲ妨害スルトハ支配ノ事實ニ制限ヲ加スルヲ謂フモノニシテ或ハ言語ニ依リ或ハ行為ニ依リテ之ヲ爲ス例ニハ占有者ニ對シテ其占有ナキコトヲ主張スルハ言語ニ依リテ妨害ヲ加フモノモナリ又占有者ニ對シテ腕力ヲ以テ其占有ヲ奪ハントスル者ハ行為ニ依リテ占有ヲ妨害スルモノナリ何レモ原告ノ占有ニ妨害ヲ加ヘ其利益ノ享有ヲ不完全ナラシムルモノタレハ占有ヲ保護スル以上ハ此等ノ場合ニ占有ヲ保護スルノ方法ヲ與ヘサルヘカラス是レ法律カ占有保持ノ訴ヲ提起スルコトヲ許ス所以ナリ而シテ所謂占有ノ妨害ハ必スシモ被告カ自己ノ占有ヲ主張セントスルカ爲メニスルモノナルコトヲ要セス又被告ニ於テ他人ノ占有ヲ爭フノ意識アルニトヲ要セス單ニ形體的ニ妨害ノ事實アルヲ以テ足ルモノトス故ニ被告ニ於テ原告ノ占有ヲ妨害スルノ事實アレバ被告ノ意思ノ何レニ在ルヤヲ問ハス直チニ本訴ヲ起スコトヲ得ルモノトス
- (三) 被告ニ對シテ損害賠償ヲ求ムルニハ特ニ被告ニ於テ故意又ハ重大ノ過失

アルコトヲ要ス此場合ニハ被告ニ不法ノ行為アルヲ以テ其結果ニ付テ被告ハ其責ヲ負フヘキ原因ヲ有スルモノタルニ由リ其結果トシテ生シタル損害ヲ賠償スルノ義務ヲ負フモノナリ

占有保持ノ訴ノ性質ニ付テハ學者間頗ル議論アリ「ザビニ」ハ此訴ヲ以テ不法行為ニ對スル救済ノ訴ナリトセリ是レ「ザビニ」ハ占有ノ保護ヲ以テ常ニ不法行為ニ因リテ占有ニ妨害ヲ與ヘラレタル場合ニ限ルトスルカ爲メニシテ其根本ニ於テ既ニ誤解アルモノト謂フヘシ又「エーリシグ」ハ此訴ヲ以テ占有ノ有無ヲ先決スル訴ナリトセリ此說モ嘗テ占有ノ保護ヲ説ク場合ニ於テ述ベタル如ク「エーリシグ」ハ占有ノ保護ヲ以テ所有權ヲ保護スルカ爲メナリトスルカ爲メニ占有ノ保護ハ常ニ所有權ノ保護ノ先決問題トシテ占有ノ有無ヲ調査シ占有存在セバ之ニ保護ヲ與ヘ以テ間接ニ所有權ヲ保護セントスルモノナリト主張スルモノナリ故ニ此說ハ「エーリシグ」ノ所謂所有權說ニ基タモノニシテ所有權說カ既ニ誤レル見解トシテ學者ノ排斥スル所ト爲リタル以上ハ此見解モ亦當然誤レルモノト謂ハサルヲ得サルナリ「ブルン」ハ此訴ヲ以テ單ニ占有ノ妨害

民法論 占有權ノ效力 占有既得

ヲ除却スルニ在リトセルモ是レ亦狹キニ失スルノ見解ニ以テ占有保持ノ訴ハ前ニ述ヘタル如ク妨害ヲ除却スルニ止マラスシテ積極的ニ損害賠償ヲ求ルノ請求ヲモ包含セリ故ニ此訴ノ性質ハ今日ノ法律ノ上ニ於テハ單モ占有ヲ保護スル爲メノ訴ナリト云フヲ以テ其要領ヲ得タルモノトス而シテ此訴ノ他ノ占有訴權ト異ナル所ハ此訴ハ曩ニ述ヘタル三箇ノ目的ヲ有スルニ在リシモ占有保持ノ訴ニ付テ一ノ問題アリ即チ此訴ノ根本的要素タル原告ニ占有ニ存
 在スルヲ證明スルハ何ニ由ルヤノ問題はナリ之ニ關シテハ三箇ノ原則アリ(一)通常ハ現在ノ事實ニ據リテ之ヲ證明スヘシ例ヘハ原告ニ於テ現在ノ事實ニ依リテ證明スルカ如シ(二)場合ニ依リテハ既往ノ事實ヨリ證明スヘシ例ヘハ昨日マテ占有セルノ事實ヲ證明シテ之ニ因リテ本日モ亦占有セリト證明スルカ如シ(三)原告被告共ニ過去ニ占有ノ事實アリタルコトヲ證明シタル場合ニハ孰レヲ以テ現在ノ占有者ト認定スヘキカ本問ニ付テハ二三ノ學說アリ即チ「パール」ハ前ノ占有者ヲ以テ後ノ占有者ヨリ優レリトセリ此說ハ占有ノ本體ハ事實ナリトスルノ見解ヲ採ル以上ハ採用スルコトヲ得ヌ又「ビニ」ハ「パール」ノ見解

ニ反シ後ノ占有者ヲ以テ優レリトセリ此見解ハ占有ノ本體ヲ以テ事實ナリトスル以上ハ寧ロ第一說ヨリ優レリトスヘシト雖モ單ニ過去ニ於テ占有シタルノ事實ニ依リ直チニ現在ノ占有者ナリト推論スルハ稍ヤ穩當ヲ失スルモノナリ故ニ「デルンブルヒ」ハ一ノ新シキ見解ヲ抱ケリ其說ハ「ツビニー」ノ唱フル如ク後ノ占有者ヲ優レリトスルモノナルモ後ノ占有者ヲ現在ノ占有者ナリト断定スルニハ尙ホ一ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ストセリ即チ後ノ占有者ノ占有カ現在ニ繼續スルモノト推定シ得ル場合ニ限リ後ノ占有者ヲ以テ現在ノ占有者トスヘシト曰ヘリ而シテ氏ノ說ニ依ルモ此推定ハ後ノ占有者ニ付テハ當然ニ推定スルモノニシテ唯反對ノ證據アル場合ニ限リテ此推定ヲ許サストセリ故ニ結果ハ同一ニ歸スルモ其理由ノ説明ニ付テハ「デルンブルヒ」ノ見解最モ穩當ナルモノト謂フヘシ

占有保持ノ訴ニハ一定ノ期間アリ是レ占有保持ノ訴ノ行使ノ期間ニシテ占有保持ノ訴ヲ行使スルコトヲ得ル時期ヲ定メタルモノナリ此期間ハ一定ノ期間ヲ經過スルニ依リ直チニ消滅スルモノニシテ時効ノ如ク中斷シテ更ニ期間ノ

進行ヲ開始スルコトナシ此期間ハ即チ左ノ如シ(第一〇一條參照)

(一) 占有保持ノ訴ハ占有ニ對スル妨害ノ存スル間ニ限り之ヲ行使スルコトヲ得是レ此訴ニ存スル當然ノ期間ニシテ妨害ノ存在カ原因ト爲リテ此訴ヲ提起スルモノナレハ妨害ノ止ミタルトキハ固ヨリ此訴ヲ提起スルノ要ナキナリ

(二) 損害賠償ノ請求ハ妨害ノ止ミタル後モ猶ホ一箇年間ハ之ヲ主張スルコトヲ得蓋シ損害賠償ノ請求ハ被告ノ不正行爲ニ基クモノナレハ妨害ノ止ミタル後ニ於テモ亦之ヲ主張スルコトヲ妨ケサルナリ但シ若シ此請求ニ付テ一定ノ期間ヲ設ケサルトキハ其妨害ノ有無ヲ證明スルノ事實甚タ困難ニシテ此訴權ヲ認ムルノ實用ナキニ至ルヲ以テ相當ノ期間ヲ定メ即チ一年ヲ以テ其行使期間トセルモノナリ

(三) 占有ノ妨害カ工事ニ因ル場合ニ於テハ特ニ其期間ヲ短縮ス即チ(一)妨害ノ存在スル間ト雖モ著手ノ日ヨリ一年ヲ經過スルトキハ其訴權ヲ失フ(二)其工事カ成功シタルトキハ未タ一年ヲ經過セザルモ直チニ其訴權ヲ失フモノトス此ノ如ク此訴ノ行使ノ期間ヲ短縮セルハ工事ニ因ル妨害ハ最モ明白ノ事實ニシ

テ其妨害ハ原告ニ於テ速ニ之ヲ了知スルヲ得ヘク又工事ノ竣功ニ付テハ多少時日ヲ要スルヲ以テ工事竣功ノ日若クハ著手ヨリ一年ノ期間ヲ以テ其權利ノ行使期間トスルモ原告ハ其權利ヲ行使スルニ於テ格別ノ不利益ヲ受クルコトナカルヘク又工事ニ因ル妨害ノ排除ハ速ニ之ヲ請求スルニ非サレハ却テ被告ヲシテ多分ノ損失ヲ生セシムル虞アルカ故ニ工事ニ因ル場合ニ於テハ成ルヘク速ニ排除ノ請求ヲ爲サシメンカ爲メニ此ノ如ク其期間ヲ短縮セルモノトス

第二 占有保全ノ訴

占有保全ノ訴トハ占有ニ對シ妨害ヲ加ヘラザルノ虞アルトキニ之ヲ主張スルノ訴ニシテ此訴ノ目的ハ即チ(一)占有ヲ確認スルコト(二)占有ニ加ヘラレントスル妨害ノ豫防ヲ爲スコト(三)占有ノ妨害ニ因リテ生スヘキ損害ノ擔保ヲ求ムルコト(四)三者ニシテ要スルニ占有ヲ確認シタル結果將ニ來ラントスル危害ヲ事前ニ防止セシメントスルニ在ルモノトス

占有保全ノ訴ハ羅馬法若クハ古代ノ法律ノ認メタル所ニシテ近世ノ產物ナリ蓋シ法律カ訴權ヲ認ムルハ權利カ國家ノ保護ヲ要スル場合ニ限ルモノニシテ

權利ハ如何ナル場合ニ國家ノ保護ヲ受クルヤト云フニ古代ノ法律羅馬法等ハ權利カ侵害セラレタル場合ニ限りタルモ近世獨逸法ノ觀念ハ權利カ實行ヲ得ナル場合ニハ國家カ保護スルノ必要アルハ明白ノ事ニシテ當然ノ事ナリト雖モ今日ノ法律ハ尙ホ進ミテ權利カ實行ヲ得サル場合ニ止マラス權利カ其實行ヲ得サラシトスル場合ニモ仍ホ之ヲ保護スヘキコトヲ認メタリ是レ所謂確證ノ訴ノ起ル所以ニシテ近世ノ法律ノ進歩ニ因リテ權利ノ保護ヲ一層完全ナラシメシカ爲メニ茲ニ至レルモノナリ我民法モ占有ヲ保護シ之ニ訴權ヲ與フルニ當リ亦近世ノ法律ノ進歩ニ隨ヒテ占有ヲ保護スルハ單ニ占有ノ實行ヲ得サル場合ニ限ラストシ占有カ其實行ヲ得サラントスル場合ニ於テモ仍ホ之ヲ保護スルコトヲ認メ即チ占有保全ノ訴權ヲ認ムルニ至レリ

(一) 原告カ占有ヲ有スルコト、是レ占有訴權ノ根本的要素ナリ

(二) 被告カ原告ノ占有ニ對シテ妨害ヲ加ヘントスルノ事實アルコト、是レ占有

有保全ノ訴ハ最も必要ナル特素ナリ妨害ヲ加ヘントスルノ事實上ノ未だ妨害ノ發生シタルニ非ス將ニ妨害カ來ラントスルニ在ルヲ謂フモ、他語ヲ以テ言ヘハ妨害ノ生スルノ虞アルヲ謂フナリ而シテ此妨害ノ來ラントスルノ處アルヤ否ヤハ事實問題トシテ裁判官カ事實ニ付テ自由ナル判斷ヲ以テ之ヲ決定スヘキモノニシテ其妨害ノ來ラントスルノ虞カ法律ノ保護ヲ要スルノ程度ニ於テ存在スルコトヲ必要トス此程度ハ亦裁判官ノ自由ニ判斷スル所ニ從ハサルヘカラス

占有保全ノ訴ノ主張ハ原告ヲシテ無害ナラシムルニ在ルモノニシテ占有ニ對スル妨害ノ豫防ヲ求ムルコトヲ主眼トス隨テ其手段トシテ(一)或ハ其妨害ノ生スル原因ト爲ル物ノ排除ヲ求ムルコトアリ(二)或ハ積極的ニ其妨害ノ起ラサルタケノ設備ヲ爲サシムルコトヲ求ムルコトアリ(三)或ハ妨害カ發生シタルキニ生スヘキ損害ヲ賠償スルノ擔保ヲ得テ事後ニ無害ナラシメントスルコトヲ求ムルコトアリ以上ノ三者ハ此訴ノ主張スル所ナリ而シテ占有保全ノ訴ノ性質ハ他ノ占有ノ訴ト同シク占有ノ保護タルニ於テハ同一ナリト雖モ其異ナ

過失ニ因リテ占有ヲ他ニ移シタルトキハ是レ原告ノ意思ニ因リ占有ヲ移シタルモノニシテ所謂占有ヲ奪ハレタル場合ニ非ザレバ又占有ヲ奪ハレタル場合ナリト雖モ適法ノ原因ニ依ルトキハ此訴ヲ提起スル得テ得タルコト明白ナレハナリ例ヘハ執達吏ノ差押ニ因リテ其占有ヲ奪ハレタル如シ故ニ占有回復ノ訴ニハ不適法ノ原因ニ因リ占有ヲ奪ハレタルコトヲ要ス

(四) 損害賠償ヲ求ムル場合ニハ被告ニ故意若クハ重大ナル過失アルコトヲ要ス是レ損害賠償ノ要件ニシテ被告ノ責任アル行爲ニ基因スルコトヲ必要トスレハナリ

占有回復ノ訴ハ羅馬法ノ認ムル所ナルモ其範圍頗ル狭少ニシテ(一)不動產ヲ占有ニ限リ(二)其占有ヲ奪フコトハ必ズ被告ノ暴力ニ基クコトヲ要ストセリ羅馬帝政ノ時代ニ至リテハ稍ヤ其條件ヲ緩クシ占有ヲ奪フコトハ必ズ被告ノ暴力ニ因ルコトヲ要セス被告ノ不法行爲ニ因ルヲ以テ足レリトセリ而モ尙ホ其占有ノ目的物ハ不動產ノ限ニ限ルトセリ蓋シ當時ハ占有ヲ保護スルノ思想未タ今日ノ如ク盛ナラザリシヲ以テ回収訴權ヲ付與スル如キハ不動產ノ占有

ニ限ルヘキモノト認メタレハナリ中古ニ至リカノイン法及ヒ獨逸法ノ影響ヲ受ケ占有回復ノ訴ヲ認ムル範圍漸ク擴大セラレ第十七世紀ニ至リテハ遂ニスボリニンクラーゲールノ名ノ下ニ其範圍ヲ頗ル廣メラレタリ即チ(一)動產及ヒ不動產ノ占有ニ限ラス汎ク此訴權ヲ認ム(二)訴權發生ノ原因ハ不法ニ占有ヲ奪ハレタリト云フニ在リトシ羅馬法ニ於ケル如ク暴力ニ基クコトヲ必要トセス(三)此訴ハ對人訴權ナリトシ不法ニ占有ヲ奪ヒタル人及ヒ其惡意ノ承繼人ニ對シテノミ之ヲ主張スルコトヲ得トセリ此ノ如クニシテスボリニンクラーゲールハ羅馬法ニ於ケル占有回復ノ訴ト大ニ異ナルニ至レリ然ルニ第十八世紀ニ至リ占有ノ根本觀念ニ付テ種種ノ學說紛起セル其影響ヲ受ケ其訴權ヲ認ムル範圍ヲ狹メントスルノ傾向ヲ生シ「サビニ」ノ如キハ羅馬法ニ於ケル如ク占有回復ノ訴ハ必ズ被告ノ暴力ニ基クコトヲ必要トスト曰ヘリ是レ「サビニ」カ占有ヲ保護スルハ暴力ニ對スル救済ナリトスルノ說ヲ採リタル結果ナリ第十九世紀ノ後半ニ於テ占有ニ關スル學說ノ研究層一層ヲ進メ「サビニ」等ノ學說排斥セラルルニ至ルヤ遂ニ占有回復ノ訴ヲ認ムル範圍ハ漸ク舊ニ復シスボリニン

クラーゲイト同一ノ程度ニ於テ之ヲ認ムルニ至レテ蓋シ占有ヲ保護スベキモ
 ノトセハ占有カ不法ニ奪ハレタル場合ニハ其原因ノ何タルト其占有ノ目的物
 ノ何タルトヲ問ハス之ヲ保護スルヲ當然トスレハナリ是ヲ以テ我民法モ亦占
 有回收ノ訴ハ「スボリエントクラーゲイト」同一ノ範圍ニ於テ之ヲ認メタルナリ
 占有回收ノ訴ノ性質ハ如何是レ亦占有ヲ保護スルノ訴ナルハ言ヲ俟タサルモ
 此訴ノ特性ハ對人訴權ナリ沿革ヲ按ズルニ此訴ハ羅馬法ニ於テハ對人訴權ニ
 シテ即チ暴力ヲ加ヘタル人ニ對シテノミ之ヲ提起スルコトヲ得ルモノトセリ
 獨逸法ニ於テモ亦スボリエントクラーゲイト對人訴權ニシテ不法ニ占有ヲ奪ヒ
 タル人及ヒ其惡意ノ承繼人ニ對シテノミ之ヲ主張スルコトヲ得トセリ我民法
 モ亦占有回收ノ訴ヲ以テ對人訴權ナリトシ不法ニ占有ヲ奪ヒタル者及ヒ其一
 般承繼人並ニ惡意ノ特定承繼人ニ對シテ之ニ此訴ヲ提起スルコトヲ得トセリ
 (第二〇〇條參照)蓋シ占有回收ノ訴ハ被告カ不法ニ占有ヲ奪ヒタルハ其原
 因トシテ提起スルモノナルヲ以テ其性質自ラ對人訴權タルモノナリ或ハ此訴ヲ
 以テ物上訴權ト爲シ侵奪者及ヒ其惡意ヲ承繼人ニ限ラズ汎ク之ヲ何人ニ對シ

般ノ結果ヲ觀念シテ動作ヲ爲スコトヲ謂フ觀念トハ事物ノ認識ナリ又了知
 ナリ

第二 動作 動作トハ決心ニ因リテ生シタル身體ノ舉動ヲ謂ヒ一面ヨリ言ヘ
 ハ決心ナリト謂フコトヲ得ヘク又一面ヨリ言ヘハ身體ノ舉動ナリト謂フコト
 ヲ得ヘシ而シテ予ノ信スル所ニ依レハ動作ハ行爲ノ真髓タルモノニシテ行爲
 トハ畢竟目的觀念及ヒ結果等ヲ具備シタル動作ヲ謂フニ外ナラス

第三 動作ノ結果 動作ノ結果ハ動作ニ因リテ生シタル事實ヲ謂フモノニシ
 テ更ニ之ヲ二ニ區別スルコトヲ得
 一 直接ノ結果 動作ノ直接ノ結果トハ動作ニ因リテ直接ニ生シタル事實ヲ
 謂フ
 二 間接ノ結果 動作ニ因リテ直接ニ生シタル結果ノ結果之ヲ間接ノ結果ト
 謂フ
 此ノ如ク罪ハ行爲ニシテ行爲ハ動作ノ原因動作及ヒ動作ノ結果ヲ包括シタル
 モノナリト信ス然レトモ刑法ハ動作ノ直接ノ原因動作及ヒ動作ノ直接ノ結果

ノミヲ規定シテ罪ト爲スコトアリ又或ハ動作ノ間接ノ原因或ハ動作ノ間接ノ結果ヲモ規定シテ罪ト爲スコトアリ而シテ罪ニハ必ス構成要素アリテ罪ノ概念ヲ明カニセンニハ其構成要素ヲ明カニスルコトヲ便宜ナリトス罪ノ構成要素ニハ存在セサルヘカラサルモノ即チ積極的罪態及ヒ存在スヘカラサルモノ即チ消極的罪態ノ二様アリ

第二項 積極的罪態

積極的罪態トハ刑法第二編以下ニ列記シタル事物ヲ謂フニ外ナラス而シテ其各罪目ニ付キ詳細ニ論究スルハ各論ノ範圍ニ屬スルヲ以テ本項ニ於テハ此等ノ罪ニ共通スル性質即チ罪ノ一般ノ性質ヲ説明スルニ止ムヘシ
 罪ノ一般ノ性質ヲ講究スルニハ一面ニハ之ヲ主觀的ノ方面ヨリ觀察シ他ノ一面ニハ之ヲ客觀的ノ方面ヨリ觀察スルコトヲ便宜ナリトス即チ主觀的ニ罪ヲ觀察シテ以テ罪ト罪タル事實ヲ惹起スル意思トノ關係ヲ説明シ客觀的ニ罪ヲ觀察シテ以テ罪ト罪タル事實トノ關係ヲ説明セントス

第一目 主觀的觀察

第一段 總說

罪ヲ主觀的ニ觀察スルトキハ先ツ何等ノ罪態ヲモ有セサルモノト然ラサルモノトニ之ヲ區別スルコトヲ得上述シタル如ク諸般ノ税法ニ規定シタル罪ハ特別ノ明文ニ依リテ單ニ事實ノ發生シタルコトノミニ依リテ成立スルモノトス此種ノ罪ハ學者ノ所謂形式罪ト謂フモノニシテ其罪態ハ唯客觀的ニミ觀察シ得ヘキモノナルヲ以テ主觀的觀察トシテハ何等説明スヘキ事項ナシ然レトモ上述シタルモノハ單ニ稅法違反罪等ニ付テノミ生スルモノニシテ事固ヨリ事物ノ例外ニ屬ス故ニ左ニ專ラ原則タル罪即チ主觀的罪態ヲ有スル罪ニ付キ主觀的觀察ヲ下サントス然レトモ原則タル罪ニモ亦通常罪動作ノ間接ノ原因ヲモ特定シタル罪及ヒ動作ノ間接ノ結果ヲモ特定シタル罪ノ區別アリテ各其主觀的狀況ヲ異ニスルモノトス

第二段 通常罪

通常罪ヲ主觀的ニ觀察スルトキハ決意及ヒ所謂犯意ナリトス決意トハ上述シタル如ク動作ノ主觀的部而ニシテ特ニ其説明ヲ爲ス要ナキヲ以テ左ニ所謂犯意ノ何タルヤヲ説明セントス

第一 犯意ノ概念ハ刑法第七十七條第一項ハ罪ヲ犯ス意ナキノ所爲ハ其罪ヲ論セス但法律規則ニ於テ別ニ罪ヲ定メタル者ハ此限ニ在ラス下規定シ同第二項ニハ罪ト爲ル可キ事項ヲ知ラスシテ犯シタル者ハ其罪ヲ論セス下規定シ同第三項ニハ罪ト爲ル可キ事項ヲ知ラスシテ時知ラサル者ハ其重キニ從テ論スルコトヲ得ス下規定シタリ而シテ同第二項第三項ノ規定ハ同第一項ニ所謂罪ヲ犯ス意ナキ行爲ノ何タルヤヲ註解シタルニ過キサルコトハ一點ノ疑似ナキヲ以テ刑法ノ語句ニ依據シテ所謂罪ヲ犯ス意ノ何タルカヲ定義スレハ(1)罪ト爲ルヘキ事實ヲ知ルコト(2)罪ノ重カルヘキ事實ヲ知ルコトナリト謂ハサルヘカラスシテ恰モ獨逸刑法第五十九條第一項ニ所謂何人ト雖モ罰スヘキ行爲ヲ爲ス際

法定ノ罪態ニ屬スル事實又ハ刑ヲ加重スル事實ヲ了知セザリシ者ニハ其事實ノ責任ヲ歸スヘカラス下云フ規定ニ該當ス然レトモ所謂罪ノ重カルヘキ事實トハ罪ト爲ルヘキ事實ノ一部少クモ一種ニ過キサルヲ以テ罪ヲ犯ス意トハ畢竟罪ト爲ルヘキ事實ノ了知ヲ謂フニ過キサルヘシ而シテ刑法上所謂罪ヲ犯ス意トハ學者ノ所謂犯意ニ外ナラサルヲ以テ刑法カ犯意ニ關シテ揭ケタル説明ハ唯罪ト爲ルヘキ事實ノ了知ナリト謂フニ止マリ此種空漠ナル觀念ニ依リテハ到底克ク犯意ノ真義ヲ發揮スルコトヲ得スシテ罪ト爲ルヘキ事實トハ如何了知トハ如何其他多數ノ難問ハ尙ホ問題トシテ殘留スヘシ予ハ此等刑法ノ語句ニ拘泥セスシテ左ニ犯意ニ關シ三箇ノ斷定ヲ下シテ徐ニ其斷定ノ意義ヲ説明セントス

一 犯意ハ動作ニ隨伴スルモノナリ 犯意ニ關スル研究ハ先ツ犯意ハ作用ナリヤ又ハ狀態ナリヤノ問題ヨリ開始セサルヘカラス蓋シ動作ヲ爲スニハ

(1) 動作ノ結果ヲ觀念ス例ヘハ發砲ナル動作ヲ爲サントスルニハ先ツ其發砲ニ依リ人ヲ殺ス結果ヲ生スヘキヤ又ハ獸若ヲ殺ス結果ヲ生スヘキヤヲ觀

念スルナリ又乙者ト近接スル甲者ヲ殺ス爲メニ發砲ナル動作ヲ爲サントスルニハ甲者ヲ殺ス結果ヲ生ズヘキコトヲ觀念シ且甲者ト近接スル乙者ヲモ或ハ殺ス結果ヲ生ズヘキコトヲ觀念スルナリ(觀念)

(2) 舉動ヲ爲サントシテ神經系ニ命ス蓋シ舉動ヲ爲サントシテ神經系ニ命合スル作用ハ舉動ト共ニ所謂動作ト謂フモノニシテ畢竟動作ノ主觀的部面ヲ謂ヒ舉動ト表裏ノ關係ヲ有スルモノトス決心又ハ決意

然ラハ決心ナルモノハ舉動即チ動作ト分離スヘカラサル關係ヲ有シ決心ヲ包含スル動作ハ罪ノ成立ニ缺クヘカラサルモノナルコト疑ナシト雖モ其決心ヲ犯意ノ中ニ包含セラルルモノト爲ササルヘカラサル必要ナシ予ハ刑法上犯意ハ動作以外ニ在ルモノトシ動作以外ニ在ルモノトスルヲ以テ犯意ハ決心ヲ包含セスシテ單ニ意思カ或事實ヲ豫想觀念若クハ希望シタルヤ否ヤノ狀態ヲ謂フモノト解ス換言スレハ予ハ犯意トハ靜的ノモノナリトシ動的ノモノナリトセス意思ノ狀態ナリトシ意思ノ作用ナリトセス是レ犯意ハ動作ニ隨伴スルモノ即チ動作ヲ爲ス際ニ必要ナル意思ノ狀態ナリト論斷スル

所以ナリ

二 犯意ハ了知又ハ觀念ナリ 了知トハ現存ノ事實ヲ認識スル意思ノ狀態ニ關シ觀念トハ將來ニ於テ生ズヘキ事實ヲ認識スル意思ノ狀態ニ關ス即チ了知ト觀念トハ認識ノ目的物カ現存ノ事實ナルト又ハ將來ニ於テ生ズヘキ事實ナルトノ區別アルノミニシテ其認識タル點ニ於テハ全然相同シ故ニ學者或ハ了知モ亦觀念ノ一種ナリト爲ス者アリト雖モ其趣意ニ至リテハ何等ノ差異ナシ

蓋シ結果ヲ豫想スルハ知識ノ作用ニシテ知識ノ命シタルモノヲ神經系ニ傳達スルハ意思ノ作用ナリ然ラハ意思ハ唯知識ノ命令ヲ執行スル作用ヲ有スルニ止マルモノナリ故ニ犯意ハ寧ロ了知又ハ觀念ナリト謂フヘクシテ希望ナリトハ謂フヘカラス

觀念トハ必然發生スヘキコトノ觀念若クハ發生ノ虞アルコトノ觀念ナラザルヘカラス故ニ必然發生セサルコトノ觀念ハ犯意ヲ成立セシムヘキ所以ニ非ス

三 了知又ハ觀念カ犯意タルニハ消極的罪態及ヒ客觀的且主觀的ノ罪態ニ關スルコトヲ要ス 予ハ犯意トハ了知又ハ觀念ニシテ其了知又ハ觀念ハ消極的罪態及ヒ客觀的且積極的罪態ニ關スルコトヲ要スト爲シ即チ其了知ハ客觀的且積極的ノ罪態ノ一ナル動作及ヒ消極的罪態ナル罪責除却事由ノ存立セタル事實ニ關シ其觀念ハ客觀的且積極的罪態ノ一ナル結果ニ關スルコトヲ要スト論斷セントス即チ所謂犯意トハ如何ナル動作ナルカノ了知其動作ニ付キ罪責ヲ除却スヘキ事由ナキコトノ了知及ヒ動作ヨリ生スヘキ結果ノ觀念ナリトス

(1) 動作ノ了知 動作ノ了知トハ要スルニ主動者受動者ノ身分目的物ノ性質動作ノ方法ノ性質等ニ關スル了知ニシテ例ヘハ主動者及ヒ受動者間ニ存スル親子ノ關係受動者カ官吏タル身分ヲ有スル事實目的物カ他人ノ物又ハ他人ノ住居スル邸宅ナル事實動作ノ方法カ發砲毆打又ハ侮辱ナル事實其他ヲ了知スルコトヲ謂フ故ニ他人ノ物ナルコトヲ知ラスシテ之ヲ竊取シタル者又ハ其父タルコトヲ知ラスシテ之ヲ殺シタル者ノ如キハ共ニ動作ヲ了知

セス即チ竊盜ノ罪タル事實若クハ父ヲ殺ス罪ノ重カルヘキ事實ヲ知ササル者ナルヲ以テ畢竟竊盜又ハ父ヲ殺ス罪ニ關スル犯意ハ成立セスト謂ハサルコトヲ得ス

(2) 罪責除却事由ノ存立セサル事實ノ了知 罪責除却事由トハ後述スル如ク危急防衛危急狀況其他ヲ謂フ而シテ犯意ニハ此種ノ事由ノ存立セサル事實ノ了知ナカルヘカラス蓋シ罪責除却事由カ存立スルトキハ罪ノ成立セタルコトハ罪ノ全般ニ共通スル觀念ニシテ罪責除却事由ノ存立セサル事實ハ之ヲ消極的罪態ト認ムルヲ可トシ消極的罪態ノ不知及ヒ積極的罪態ノ不知ニ刑法上特別ノ取扱ヲ爲スヘキ理由ナシ故ニ殺人行爲ノ罪タルコトヲ知ルニ拘ハラズ錯誤ニ依リ危急防衛權ヲ行使スヘキ事由存立セリト了知シテ人ヲ殺シタル者ハ殺人罪ノ消極的罪態ヲ了知セサル者ナルヲ以テ此點ニ於テ犯意ハ成立セスト謂ハサルヘカラス

(3) 結果ノ觀念 結果トハ動作ニ依リ將來ニ於テ生スヘキ事實ヲ謂フ故ニ其動作ノ結果トシテ殺人ノ事實ヲ生スヘキコトヲ豫想シタルニ非スシハ殺

大ノ犯意ヲ果トシテ其動作ノ結果トシテ火災ノ事實ヲ生スヘキコトヲ豫想シタルニ非スニハ放火罪ノ犯意ナリト謂ハス而シテ結果ノ觀念ハ一箇ノ動作ヲ爲スニ付テモ必スシモ一箇ナリト思料スヘカラス例ヘハ甲者ニ對シテ發砲シテ之ヲ殺サントスル動作ヲ爲スニ際シテ乙者カ甲者ニ近接シテ立テリトセハ此場合ニ於ケル動作ニ付キ生シタル結果ノ觀念ハ甲者ヲ殺スヘシトノ觀念乙者ヲ殺シ又ハ負傷セシムヘシトノ觀念其他無數ノ罪ト爲ラサル結果ノ觀念ナルヘシ故ニ甲者ハ銃丸命中ノ爲メ死去シ乙者ハ銃丸觸接ノ爲メ傷害セラレタリトセハ其發砲ナル動作ハ殺人罪ニ必要ナル犯意及ヒ傷人罪ニ必要ナル犯意ニ出テタルモノトス

此ノ如ク犯意トハ要スルニ動作ノ了知罪責除却事由ノ存立セサル事實ノ了知及ヒ結果ノ觀念ニ外ナラス故ニ之ヲ其反面ヨリ説明スレハ犯意ハ主觀的且積極的罪態ノ了知又ハ罪態ニ屬セサル事實ノ了知ヲ包含セスト謂フコトヲ得ヘシ

一 犯意ハ主觀的且積極的罪態ノ了知ヲ包含セズ主觀的且積極的罪態トハ

罪責即チ犯意又ハ過失ノ存在ニシテ其了知ハ犯意ノ成立ニ何等ノ關係ヲモ有セス故ニ其動作ハ犯意ヲ以テ爲スモノナリト了知スルト又ハ過失ヲ以テ爲スモノナリト了知スルトニ論ナクシテ犯意ハ成立ス

二 犯意ハ罪態ニ屬セサル事實ノ了知ヲ包含セズ 罪態ハ本然ノ事實例ヘハ實親子タル事實殺人ノ事實其他ナルコトアリ又刑法規以外ノ法規ニ關スル事實例ヘハ民法規ニ關スル所有ノ事實公法規ニ關スル官吏タル事實其他ナルコトアリ故ニ刑法規以外ノ法規ノ存否又ハ因リテ生スル關係カ罪態ト規定セララル限ハ其了知モ亦犯意ノ成立ニ必要ナリトス例ヘハ民法規ニ依リ生スル所有ナル關係ヲ了知セズ錯誤ニ依リ他人ノ所有物ヲ自己ノ所有物ナリト了知シテ竊取シタルトキハ竊盜ノ犯意ハ成立セズ然ラハ單ニ了知ヲ必要トセサル事實ハ要スルニ刑法規ノ存否及ヒ刑法規ニ因リテ生スル關係ニシテ罪態ニ非サルモノナリトス

(1) 刑法規ノ存否 刑法規ハ其刑ニ關スルモノ例ヘハ刑種刑度刑ノ免除減輕又ハ加重其他ニ關スルモノナルト又ハ其罪ニ關スルモノナルトニ論ナク

其存在スル事實又ハ其存在セサル事實ヲ了知セズトスルモ因リテ犯意ノ成立ヲ妨タルモノニ非ス例ヘハ竊盜ヲ罪ト爲ス法規又ハ竊盜ニ刑ヲ科シタル法規ノ存在スルコトヲ了知セスシテ竊盜ヲ爲シタルトキト雖モ竊盜ノ犯意ハ完全ニ成立ス

(2) 刑法規ニ因リ生スル關係ニシテ罪態ニ屬セザルモノハ刑ニ關スル刑法規ニ因リテ生スル關係例ヘハ竊盜ニ對シテ科スヘキ刑種刑度又ハ時効期間其他ハ常ニ罪態ニ屬セザルモノナルヲ以テ此種ノ關係ヲ了知セスト雖モ犯意ハ成立ス罪ニ關スル刑法規ニ因リ生スル關係例ヘハ人ヲ殺スヘキコト其他ハ罪態ニ外ナラザルヲ以テ其罪態タルモノハ之ヲ了知シタルニ非スンハ犯意ハ成立セス其罪態ニ非ザルモノ例ヘハ刑法ノ效力ノ範圍責任能力ノ有無新追條件ノ要不要其他ハ之ヲ了知スルト否トヲ區別セズシテ犯意ハ成立ス

犯意ノ概念ハ上來既ニ之ヲ説述シタリ然レトモ犯意論ハ刑法上至難ノ問題ニシテ學者ノ見解モ亦未タ歸一スルニ至ラス隨テ上來説述シタル概念ニ付テモ種種ノ點ニ於テ異説アルヲ免レズト雖モ其最モ主要ナル異説ハ犯意ヲ以テ希望ナリトスル見解ナリトスル見解ナリトス

犯意ハ了知ナリ觀念ナリトスル見解ニ相對シテ犯意ハ希望ナリトスル見解アリ前者ヲ豫見主義又ハ觀念主義ト謂ヒ後者ヲ希望主義又ハ意思主義ト謂フ例ヘハ獸ニ對シ發砲シテ之ヲ殺サントスル者アリ乙者カ獸ニ近接シテ立つコトヲ知リ獸ニ對シ發射スル銃丸ハ或ハ乙者ニ觸接シテ乙者ヲ負傷セシムル虞アルコトヲ知リタルニ拘ハラズ發射シタルニ銃丸ハ獸ヲ殺シ又乙者ヲ負傷セシメタリトセン此場合ニ於テ希望主義ニ依レハ乙者ノ傷害ハ行爲者カ希望シタル結果ニ非ザルヲ以テ傷害ノ犯意ハ成立セズト謂ハサルヘカラス觀念主義ニ依レハ乙者ノ傷害ハ獸ノ殺害ト共ニ行爲者ノ觀念シタル結果ナルヲ以テ傷害ノ犯意ハ成立セリト謂ハサルヘカラスシテ其就レノ主義ニ依リ犯意ヲ解釋スルカハ實際上重大ナル差異ヲ生スヘシ希望主義者ノ所説ニ依レハ結果ノ豫想及ヒ決心ハ共ニ意思ノ作用ニシテ知識ハ唯種種ノ結果ヲ提案スルノ此提案ニ基キテ意思ハ結果ヲ選擇シ其希望シタル結果カ決心ノ内容ト爲リタルトキ

ニ於テ始メテ犯意カ成立ス故ニ豫想シタル結果ト雖モ選擇セラレテ決心ノ内
 容ト爲ルニ非スシハ即チ希望シタル結果ニ關スルニ非スシハ犯意ハ成立セス
 ト爲スナリ希望主義ノ可否ハ心理學上決定スヘキ問題ニシテ今直チニ其優劣
 フ判斷シ得ヘキニ非スト雖モ希望主義ノ犯意論ハ要スルニ意思ノ何タルカカ
 極メテ不明ト爲ルヘク犯意ト目的トノ區域極メテ不明ト爲ルノミナラス希望
 主義ヲ探ルトスルモ意思ノ何タルカハ概テ觀念ナル思想ヲ假リテ之ヲ説明セ
 ナルヘカラサル點ニ於テ批難ヲ免レ難キカ如シ

- 第二 種別 犯意ニハ種種ノ種別アリ得ヘシ
- 一 豫謀及ヒ故意 豫謀ト故意トヲ區別スル標準ニ付テハ種種ノ異説アリ
 - (1) 思慮シタル時間ノ長短ニ依リテ區別スヘシト曰フ者アリ然レトモ既ニ
 長短ト謂フ其區別モ亦依然トシテ不明ナルノミナラス又單ニ時間ノ長短ヲ
 以テ責任ヲ輕重スヘキ理由ナシ要スルニ思慮シタル時間ノ長短ハ豫謀ノ有
 無ヲ判斷スル有力ノ材料ナルヘシト雖モ區別ノ標準ニハ非ス
 - (2) 威激ノ有無ニ依リテ區別スヘシト曰フ者アリ然レトモ凡テ犯行ノ際ニ

ハ一種ノ威激ヲ發スルモノナルヲ以テ威激即チ感情ノ激發ニ依リ區別スル
 說ハ全然其理由ナシ

(3) 犯人ノ方法手段ニ付キ熟慮シタルヤ否ヤニ依リテ區別スヘシト曰フ者
 アリ

予ハ大體ニ於テ第三說ヲ可トス然レトモ單ニ犯行ノ方法手段ノミヲ豫想スル
 ハ不可ナリ予ハ豫謀トハ動作ノ體様及ヒ其結果ニ付キ比較的高度ノ思慮ヲ爲
 シタルコトヲ謂ヒ故意トハ動作ノ體様及ヒ其結果ニ付キ比較的低度ノ思慮ヲ
 爲シタルコトヲ謂フモノト解ス即チ豫謀ト故意トハ何等犯意ノ性質ヲ異ニセ
 スシテ唯其程度ヲ異ニスルノミ刑法ハ殺人罪及ヒ傷害罪ニ付キ此區別ヲ認メ
 タリ即チ第二百九十二條ノ罪ニハ死刑ヲ科シ第二百九十四條ノ罪ニハ無期徒
 刑ヲ科シ又第二百九十九條乃至第三百一條ノ罪ニハ特定ノ重懲役又ハ重禁錮
 ヲ科シ第三百二條ノ罪ニハ第二百九十九條乃至第三百一條ノ罪ニ科シタル刑
 ニ各一等ヲ加重シタル刑ヲ科シタリ然レトモ單ニ思慮ノ程度ノ多少ニ依リ其
 刑ニ此ノ如ク多大ノ差異ヲ認ムルハ予ノ贊同セザル所ナリ

二 特定ノ犯意及ヒ不特定ノ犯意
 犯意特定セルトキハ之ヲ特定ノ犯意ト謂
 ヒ特定セザルトキハ之ヲ不特定ノ犯意ト謂フ而シテ左ニ掲タルモノハ不特
 定ノ犯意ニ屬スルモノトス
 (1) 偶發ノ犯意 偶發ノ犯意トハ行爲者カ先ヾノ結果ヲ得ントスルニ當
 リ或ハ他ノ結果即チ他ノ重大ナル結果ヲ發生セシムル虞アルコトヲ觀念シ
 タル犯意ヲ謂フ
 (2) 擇一ノ犯意 擇一ノ犯意トハ數箇ノ結果中其一箇ノミヲ惹起セントス
 ル犯意ヲ謂ヒ其結果ハ同一ノ目的物ニ對スルコトアリ又ハ數箇ノ目的物ニ
 對スルコトアリ又同種類ノ結果ナルコトアリ又ハ異種類ノ結果ナルコトアリ
 例ヘハ衆人稠坐スル際之ニ發砲セントスル犯意ノ如シ
 (3) 概約セル犯意 概約セル犯意トハ單ニ人ヲ毆打セントスルニモ非ス又
 之ヲ殺サントスルニモ非スシテ概約的ニ人ヲ毆打セントスル犯意ノ如キモ
 ノヲ謂フ即チ發生スヘキ結果ヲ概約シテ其概約セル結果ニ關スル犯意ナリ
 刑法ハ犯意カ特定セルト特定セザルトニ付キ何等ノ區別ヲモ認メズ然レド

ニ存在セスシテ從來ノ法則ニ非サルカ故ニ單ニ條約上ノ義務トシテ締盟國ハ
 之ヲ遵守スヘキモノトス而シテ何レノ場合ヲ問ハス俘虜ノ得タル貨銀ハ其拘
 留中ノ艱苦ヲ軽減スルノ用ニ供スヘク又其金額中ヨリ給養ノ費用ヲモ控除控
 シタル後尙ホ殘餘アルトキハ解放ノトキ本人ニ交付スヘキモノトス
 日清戰爭中我國ハ前述ノ原則ニ基キ清國人ノ俘虜ヲ各軍隊ニ命シテ成ルヘク
 速ニ內國ニ輸送セシメ之ヲ大本營直轄ノ下ニ置キ東京ニ於テハ本願寺内ニ抑
 留シ地方ニテハ師團ノ兵營中ニ留置シ悉ク我政府ノ費用ニテ給養シ清國內地
 ニ於テ其俘虜カ逃走ヲ爲スノ恐アリタル場合ノ外ハ之ヲ縛セス殊ニ我國内地
 ニ於テハ自由ノ歩行ヲ許シ我國兵士ト同様ナル絛又ハ小倉織ノ衣服並ニ我兵
 士ト同一價額ノ食物ヲ給與シ抑留所内ニ於テモ將校ハ別室ニ置キテ兵士ト其
 待遇ヲ異ニシ炊事及ヒ掃除ノ外ハ俘虜ニ勞務ヲ強制シタルコトナク負傷又ハ
 疾病ニ罹リタル者ハ陸軍豫備病院又ハ赤十字病院ニ於テ治療セシメ死亡者ハ
 相當ノ禮義ヲ以テ其階級ニ應シ我政府ノ費用ニテ陸軍埋葬地内ニ埋葬セリ但
 其拘留所ヨリ外部ニ自由ノ散步ヲ許ストキハ民衆ノ侮辱ヲ加フル恐アリタル

カ故ニ自由外出ヲ禁シタレトモ拘留所内ニ於テハ自由ノ運動ヲ許シ決シテ幽閉シタルコトナシ

俘虜ニシテ犯罪又ハ犯罪アリタル者ハ其罪科ニ相當スル刑罰ヲ免ルルコト能ハスシテ其氏名階級等ノ訊問ニ對シテハ誠實ニ答フヘク虛偽ノ陳述ヲ爲シタルトキハ一般俘虜ニ對スル待遇ノ一部分ヲ奪ハレ得ヘク又取締ノ規則命令ニ從ハサルトキハ嚴重ノ手段ヲ施サルルノミナラス俘虜中斯ル行爲アリタルトキハ其犯罪者ヲ處罰スルニ止マラスシテ犯罪者ト共ニ拘留シ在ル他ノ俘虜ニ付テモ同一行爲ヲ爲スコトヲ豫防スル爲メ其監督上嚴重ノ手段ヲ取り得ヘシ更ニ又俘虜ノ待遇ハ戰爭ニ關スル俘虜タル資格ニ基クニ過キサルカ故ニ箇人的刑法上ノ犯罪ハ俘虜タルノ故ヲ以テ其處刑ヲ免ルル能ハス此故ニ戰爭前ニ於テ拘留國ニ於ケル刑法上ノ犯罪アルカ又ハ戰爭中國際公法上ノ犯罪アルカ若クハ俘虜ト爲リタル後ニ於テ犯罪アリタルトキハ之ヲ刑罰シ得ヘク我國ニ於テハ海陸軍刑法ニ依リ軍法會議ニテ斯ル犯罪ヲ審理處刑スルコトト爲セリ但俘虜ノ單獨ニ逃走ヲ企ツルハ國際公法上之ヲ犯罪ト爲ササレトモ共謀ニ因

ル逃走ハ拘留國ニ於テ刑罰シ死刑ヲモ之ニ科シ得ヘシ何トナレハ俘虜ノ共謀ニ依ル反抗ハ拘留者ニ取リ最モ危險ニシテ若シ之ヲ不名譽ナル犯罪トシテ刑罰スルコトヲ許ササルニ於テハ容易ニ多數ノ俘虜ヲ安全ニ保管シ能ハスシテ俘虜ノ監督ニ關スル法則ハ殆ト實用ナキニ至ルヘキヲ以テナリ然レトモ其單獨ナル逃走ニ於テモ拘留國ハ其逃走ヲ妨クルニ付テハ絕對ノ權利アルカ故ニ追捕者ハ逃走ヲ防クノ必要上如何ナル手段ヲ執ルモ不可ナク兵器ヲ用ヒテ之ヲ遮リ其結果トシテ之ヲ銃殺スルモ妨ナシ

俘虜降人ニシテ犯罪ナキ者ハ殺傷シ能サルヲ原則トシ兵器ヲ捨テ又ハ自衛ノ手段盡キテ降ヲ乞ヘル敵兵ヲ殺傷スルコト能ハス(陸戰ノ法規慣例條約第二三條然ルニ第十八世紀ノ終ニ至ルマテハ少數ノ兵士カ城寨ニ據リテ敵ノ大軍ニ反抗スルトキハ其敵抗タル到底望ナキ戰鬪ヲ繼續シテ軍ニ敵軍ヲ惱マスノ行爲ニ過キサルノ故ヲ以テ其復讐トシテ其降伏ヲ許サス又降伏シタル者ハ悉ク殺戮スルノ慣例行ハレタリシカスル道理ニ背キ人情ニ反シタル慣例ハ少クモ第十九世紀ノ初ニ於ケル那破翁戰爭以後ハ行ハレサルコトト爲レリ何トナレ

ハ少數ノ兵士ヲ以テ敵ノ大軍ニ頑固ナル敵抗ヲ爲スハ必スシモ望ナキ戰爭ニ
 不必要ナル殺傷ヲ繼續スルニ止マラス往往之カ爲メニ其本國ノ運命ヲモ挽回
 スルコトアル最モ勇敢ナル行爲ニシテ軍隊ノ本國ニ對スル責任ヲ忠實ニ盡ス
 モノナルカ故ニ其敵抗ハ寧ロ賞賛スヘキ行爲ニ屬シ其敵抗ヲ爲メ之ヲ虐待ス
 ルハ人情ニ反スルヲ以テナリ此故ニ近世ニ於テハ斯ル敵抗ハ敵國ニ於テモ之
 ヲ贊嘆シテ特ニ其兵士ヲ優待スルコトアリ千八百七十年普佛戰爭中、ストラス
 ブルグノ降伏ニ於テ佛軍ハ四箇月間ノ苦心ヲ以テ勇敢ナル抵抗ヲ爲シタルカ
 爲メ普國軍ハ之ヲ賞賛シ降伏者ヲシテ兵器ヲ携帶セシメ軍隊ノ名譽ヲ維持シ
 テ退去ヲ許シタルハ其一例ナリ然レトモ俘虜ノ多數ニシテ之ヲ抑留スルトキ
 ハ自國軍隊ノ危險ヲ來シ又ハ軍隊ニ於テ既ニ糧食ノ缺乏ヲ告ケ其俘虜ヲ衣食
 セシムルコト能ハサルトキハ之ヲ殺戮シ得ヘキヤ將タ解放スルノ義務アリヤ
 ニ付キ若シ之ヲ解放セザラントセハ其俘虜ヲ衣食セシムルコト能ハサルノミ
 ナラス自國軍隊モ之カ爲メ飢渴ニ陥リ之ニ反シテ其俘虜ヲ解放センカ之カ爲
 メ敵軍ノ勢力ヲ増加シテ自己ノ危險ヲ招クコト明カナル場合アリ斯ル場合ニ

於ケル俘虜ノ處分ニ關シ「ザアタル」ハ此ノ如キ非常ノ場合ニ於テハ其俘虜ニ一定
 ノ期間ハ兵器ヲ操リテ自國ニ反抗セサルヘキ宣誓ヲ爲サシメテ之ヲ解放スヘ
 ク若シ其敵人ニシテ宣誓ヲ遵守スルノ信用ナク又敵軍ニ放還スルハ自己ノ安
 全ト兩立セザルトキハ第一其降服ニ際シテ生命ヲ助クヘキ約定ヲ爲シタルコ
 トナク第二、自己ノ安全ヲ圖ル上ニ於テ已ムヲ得ス其俘虜ノ生命ヲ犧牲トスル
 コト明白ナルコトノ二要件ヲ具備スル場合ニ於テノミ其俘虜ヲ殺戮シ得ヘシ
 ト説キ「カルザイ」、「ブルンチュリー」、「ハレック」、「ホール」等モ斯ル場合ハ其殺戮
 ヲ交戰者ノ權利トシ又ハ咎ムヘカラサル行爲トシ米國陸軍訓令第六十條ニ於
 テモ司令官ハ其俘虜ヲ助命シテ自己ノ累ト爲シ能ハサル非常ノ場合ニ於テハ
 其助命ヲ與ヘサルコトヲ命令シ得ヘシト規定セリ此故ニ千七百九十九年那破
 翁カ埃及遠征中「ジャア」城ヲ陥レ三千人ノ俘虜ヲ捕ヘタルニ際シ其俘虜ノ多
 數ハ其以前「エル」アリシ「城」ノ攻陥ニ當リテ佛軍ニ降伏シタル者ニ屬シ佛軍ハ
 既ニ之ニ對シテ直チニ「バグダッド」ニ赴クヘク一箇年間ハ佛國軍隊ニ敵抗セサル
 ヘキ條件ヲ以テ解放シタル敵人ナルノミナラス當時佛國軍隊ハ糧食ニ窮シタ

ルカ故ニ其三千人ノ俘虜ヲ拘留セントスルモ之ヲ衣食セシムルコト能ハス又其俘虜ヲ監督シテ埃及ノ首府ニ護送セントスルモ之ヲ警衛シテ同地ニ廻送スルニ足ルヘキ兵士ノ餘裕ナク又一定ノ宣誓ヲ以テ解放セントスルモ其俘虜ハ悉ク回教徒ニシテ耶蘇教信者ニ對シテハ信義ヲ守ラサルヘキコトヲ以テ其教旨ト爲スカ故ニ解放ト同時ニ敵軍ニ加ハリ佛軍ノ危險ヲ來スコトハ前例ニ倣スルモ疑ナカリシカ故ニ佛國將帥ハ其處分ニ付キ三日間熟議ヲ爲シタル後ニ於テ「ジャファ」城ノ降伏ニ際シ其生命ヲ助クヘキ約定ヲ以テ其降伏ヲ許シタリシニ拘ハラス悉ク之ヲ銃殺セリ是レ固ヨリ非常ノ場合ノ實例ニシテ當時ノ事情ヲ詳ニスルトキハ佛軍ノ處分ハ自衛ノ行爲ニ屬シテ批難ヲ加フルコト能ハス又此實例以後列國間ニ於ケル戰爭ニ於テ斯ル事實ノ發生シタルコトナキハ幸ナリト雖モ今後同一種ノ場合カ戰爭中ニ發生スルコトナシト謂フヘカラサルカ故ニ若シ斯ル非常ノ場合ノ生スルトキハ又非常ノ手段トシテ降伏者ヲ殺戮スルノ已ムヲ得サルコトアリト謂ハサルヲ得ス

陸戰ノ法規慣例條約ノ規定ニ基キ條約上ノ義務トシテ守ルヘキ俘虜ノ待遇ニ

關シ前述ノ如キ其勞役ノ場合ニ必ス賃銀ヲ給スヘク又本國ノ法令ニ於テ俘虜ニ一定ノ給料ヲ支給スル規定アルトキハ拘留國ニ於テ之ヲ立換ヘ其支拂ニ應スヘキモノノ外第十四條ニ交戰國ハ開戦ト同時ニ俘虜情報局ヲ設ケヘク中立國モ交戰國軍隊ヲ收容シタル場合ニ之ヲ設クルコトトシ情報局ハ俘虜ニ關スル一切ノ質問ニ答ヘ各俘虜ニ付キ銘銘票ヲ作ルカ爲メ當該官廳ヨリ必要ノ報告ヲ受ケ俘虜ノ留置・移轉・入院・死亡等ニ關スル一切ノ事情ヲ知盡スヘキモノトス此組織ハ千八百六十六年普埃戰爭及ヒ千八百七十年普佛戰爭中普國軍隊ノ甫メテ設ケタルモノニシテ戰爭中俘虜ニ關シテ便益少カラザリシカ故ニ平和會議ニ於テ之ヲ設備スヘキコトト爲シタルニ外ナラス又同情報局ハ俘虜ノ携帶品又ハ遺留品ヲ保存シ其死亡ノ際ニハ之ヲ其關係者ニ交付シ情報局ノ通信ニ付テハ郵便稅ヲ免除セラレ俘虜ニ宛テタル郵便物ハ交戰國及ヒ通過國ニ於テ之ヲ無稅トシ俘虜ニ宛テタル贈與救恤ノ物品ハ輸入稅其他ノ諸稅並ニ國有鐵道ノ運賃ヲ免除スルコトトセリ

第三款 俘虜ノ解除

交戰國ハ戰爭ノ終了ニ至ルマテ俘虜ヲ自國ニ抑留シ得ヘキ權利ヲ有スルコト疑ナシト雖モ其任意ニ因リ戰爭中何時ニテモ此權利ヲ自ラ拋棄シテ俘虜ノ抑留ヲ解除シ自由ノ身體ト爲スハ妨ナク中世騎士制度ノ行ハレタルニ際シ捕虜者ハ俘虜ヲ奴隸トスルノ代リニ賠償金ヲ出サシメ自由ノ身體ト爲スノ慣習ヲ生シ其賠償契約ハ當初捕獲者ト俘虜箇人間ノモノナリシカ第十五世紀中ニハ本國ノ君主ヨリシテ償還ヲ爲シタルコト多ク遂ニ償還ハ國家間ノ條約ヲ以テ之ヲ行フニ至リ第十七世紀ニ於テハ戰爭前又ハ戰爭中ニ於テ交戰者間ノ協議ニ依リ陣中規約ヲ以テ其償還額ヲ定メ又同世紀ヨリシテ俘虜ヲ交戰者間ニ交換スルノ慣習ヲ生シ償還ト交換トハ第十八世紀ノ末ニ至ルマテ並ニ行ハレタリシカ遂ニ交換ノ慣例ハ償還ノ慣習ヲ壓シ近世ニ於テハ俘虜ノ償還ハ一般ニ諸國ノ之ヲ行フモノナキニ至レリ然レトモ交戰國カ敵國ヨリシテ俘虜ヲ償還シ其敵國モ償還ヲ許スノ行爲ハ文明諸國中自國ノ法令ヲ以テ之ヲ禁スルモノ

雜 錄

○假登記抹消ノ請求 假登記ハ如何ナル條件ノ下ニ之ヲ爲シ相手方ハ如何ナル條件ノ下ニ之ヲ抹消ヲ請求スルヲ得ヘキカニ付キ大審院ハ詳密ナル説明ヲ與ヘテ曰ク「凡ソ假登記ナルモノハ本登記ノ申請ニ必要ナル手續上ノ條件カ具備セザルトキ又ハ權利ノ設定移轉變更若クハ消滅ノ請求權ヲ保全セントスルカ如キ場合ニ於テ登記義務者タル者ノ承諾ナキトキ登記權利者單獨ニテ之カ申請ヲ爲シ豫メ本登記ノ順位ヲ保存スル爲メ爲ス可キ所ノモノニシテ要スルニ假登記ヲ請求セザルヲ得サルモノタリ而シテ登記權利者カ假登記ヲ爲シタル後登記義務者タル地位ニ在ル者即チ其土地ノ所有者ヲ被告ト爲シ本登記ヲ請求スル場合ニ於テ登記權利者ハ先ツ其假登記ヲ爲シタル原因即チ實體上權利ノ存在スル事實ヲ證明ス可キ責任アルヲ常トス是故ニ假登記ノ當不當ハ一ニ登記原因ノ存否ニ因ル縱令ヒ其假登記上偶々權利ノ存續期間若クハ地代支拂日等ニ關シ不確實若クハ事實ニ相違ハ事項アリトモ其根本タル實體上登

記原因ノ存在スル以上登記権利者ハ爲シタル假登記ハ右ノ不確實又ハ相違ノ點ヲ更正シテ本登記ヲ爲シ得ヘキ筋合ニ付キ登記義務者ヨリ其權利者ニ對シ右等ノ瑕瑾ヲ口實トシテ假登記全體ノ抹消ヲ請求スルノ不當ナルヲ知ル可シト（大審院明治三十五年四月二十四日第二種假登記取消）

○請求ノ原因 民事訴訟法ニ所謂請求ノ原因ノ何タルカニ付テハ事實說及ヒ權利關係說ノ二アルコトハ諸君ノ夙ニ知ラルル所ナルヘシ此點ニ付キ大審院ハ事實說ヲ採リ裁判ヲ下シテ曰ク請求ノ原因トハ請求權ノ因リテ生スル直接關係ノ事實ノ謂ナルコトハ本院ノ判例ニ於テ是認スル所ナリ今原判決ノ確定シタル事實ニ依レハ本件當事者間ノ前訴ニ於テ被告人ハ本訴手形ノ裏書讓渡ニ因リテ之ヲ所持スル事實ヲ以テ請求ノ原因ト爲シタルニ敗訴シテ其判決確定シタルコト誠ニ明白ナリ而シテ其裏書ニ因ル所持人タル權利ノ有無ハ裏書ノ效力ノ有無ニ因リテ定マルモノナレハ裏書ニ因ル所持人タル權利ナキ事實ト裏書ハ無効ナル事實トハ密接離ルヘカサルモノト云ハサルヲ得ス然レハ則チ前訴ノ確定判決主文ニハ裏書無効ノ事項モ亦包含シタルコトハ自ら

明ナリト（大審院明治三十五年四月十九日第八號東京手形金請）

○請求ノ原因ト數箇ノ獨立ナル攻撃方法 民事訴訟法ニ依レハ起訴ノ條件トシテ請求ノ一定ノ原因ヲ示スコトヲ要シ民事訴訟法第一九〇條第一項第二號而シテ其請求ノ原因ノ何タルカハ前項ニ記載セル判決理由ノ示ス所ニシテ是レ多數學者ノ是認スル所ナリ然ラハ家督相續人カ其相續財產(不動産)中他人カ買受ケタリトシテ登記シアルハ證書ノ偽造ニ因ルカ若クハ被相續人ノ自由意思ニ出テタルモノニ非サルコトヲ理由トシテ其財產ノ取戻ヲ請求シタルトキハ請求ノ原因ノ變更ト爲ルヤ否ヤノ問題ニ付キ東京控訴院カ積極ニ判斷シタルヲ大審院ハ之ヲ破毀シテ曰ク「原判決ハ其理由中ニ於テ上告人カ第一審以來主張シ來レル數箇ノ攻撃方法ヲ捉ヘ「賣買證書ハ偽造ニナリタルカ故ニ之カ登記抹消ヲ請求スルニ在リト云フコトト其賣買ハ虛偽ノ意思表示ニ出テタルカ故ニ右抹消ヲ請求スルニ在リト云フコトトハ二者全ク法律上請求ノ原因ヲ異ニシ云云抑請求ノ原因ノ一定セサルヘカラサルコトハ民事訴訟法第九十條ノ規定ニヨリ明カナリ云云」ト判示シ以テ上告人ノ訴ヲ却下シタルハ違法ノ

裁判タルヲ免カレス何トナレハ前段ニ説明スル如ク上告人ノ請求ノ原因ハ一定セサルニ非ス只被告ノ抗辯ニ對シ數箇ノ攻撃方法ヲ提出シタルニ過キナルハ勿論斯ル數箇ノ攻撃方法ヲ提出シ得ヘキコトハ民事訴訟法第百十九條ノ規定ニ依リ其法意自ラ明カニシテ縱令二者相容レサル方法ヲ提出スルモ取テ法律ノ禁スル所ニ非サレハ裁判所ハ其數箇ノ方法中適切ト認ムル事項ノミヲ採用スルヲ妨ケサレハナリト（大審院明治三十五年三月二十八日第二十二日部第二民事部判決）

○民法原論 是レ本校教頭富井博士ノ著ト爲ス博士ノ民法ニ精通セラルルコトハ世人ノ均シク知ル所其二十年間法科大學教授トシテ民法講座ヲ擔任セラレ同大學ヲシテ爲メニ重キヲ爲サシメ法典調査會起草委員トシテ梅穗積兩博士ト共ニ新民法ヲ編成セラレタルカ如キ斯學上ニ於ケル功績ノ著大ナルハ余輩ノ喋喋ヲ須タス昨年病ノ故ヲ以テ教授ノ職ヲ辭シ靜養ノ傍ラ其該博ノ識慎重ノ筆以テ「民法原論」著作ニ從來セラレ今般其第一冊ヲ刊行セラレタリ同書ノ世ニ歡迎セララルヤ問ハスシテ知ルヘキニミ



裁判タルヲ免カレス何トナレハ前段ニ説明スル如ク上告人ノ請求ノ原因ハ一定セサルニ非ス只被告上告人ノ抗辯ニ對シ數箇ノ攻撃方法ヲ提出シタルニ過キサルハ勿論斯ル數箇ノ攻撃方法ヲ提出シ得ヘキコトハ民事訴訟法第百十九條ノ規定ニ依リ其法意自ラ明カニシテ縱令二者相容レサル方法ヲ提出スルモ敢テ法律ノ禁スル所ニ非サレハ裁判所ハ其數箇ノ方法中適切ト認ムル事項ノミヲ採用スルヲ妨ケサレハナリト(大審院明治三十五年十二月二十九日第二二二號判決)

○民法原論 是レ本校教頭富井博士ノ著ト爲ス博士ノ民法ニ精通セラルルコトハ世人ノ均シク知ル所其二十年間法科大學教授トシテ民法講座ヲ擔任セラレ同大學ヲシテ爲メニ重キヲ爲サシメ法典調査會起草委員トシテ梅穗積兩博士ト共ニ新民法ヲ編成セラレタルカ如キ斯學上ニ於ケル功績ノ著大ナルハ余輩ノ喋喋ヲ須タス昨年病ノ故ヲ以テ教授ノ職ヲ辭シ靜養ノ傍ラ其該博ノ謹慎重ノ筆以テ「民法原論」著作ニ從來セラレ今般其第一冊ヲ刊行セラレタリ同書ノ世ニ歡迎セララルヤ問ハスシテ知ルヘキノミ

法學博士富井政章先生著 (二月廿六日發行)

民法原論

第一卷 總論上
定價金壹圓貳拾錢
郵稅八錢
用紙菊版舶來上質
下冊 近刊

民法の發布以來逐條體に其規定の意義を解釋學理的に其原則綱要を説明せる好著なきに非ず雖未だ全部に涉りて今や閑地にあるを好專心全力を良書なきは世上一般に富井先生此に見る所あり今や閑地にあるを好專心全力を遺憾とする所なり富井先生此に見る所あり今や閑地にあるを好專心全力を非ざることは弊舖の嚔二十年間東京大學民法を講述せられ又屢に法典調査會を辭するを待たず既往の先生の經歷を名聲を證して餘あるは法律の

新民法の立案に參與せられたる先生の經歷を名聲を證して餘あるは法律の學問又は實務に最上無比の良書たることを勿論尙も行政其他諸般私の公事務に須要なる法律の知識を得んと欲する諸君の爲めにも最有益なる參者得たるべし

本書は總論、物權、債權、親族、相續の五卷とし可成間斷せしめざる爲め第一乃至第三卷は各上下二冊に分ちて續々出版す

發行所 (東京市神田區一ツ橋通町七番地) 有斐閣書房

(電話本局三百二十三番)

○高等科校外生募集廣告

高等科講義錄第四號目次 (二月二十七日發行)

- 條約ニ付テノ講演.....法 法學博士 副島 義一
- 質權ニ付テノ講演.....法 法學博士 梅 謙次郎
- 株式會社ノ資本ニ付テノ講演.....法 法學博士 岡野 敬次郎
- 商人ニ關スル 准問及ヒ小商人ニ付テノ講演.....法 法學士 松本 丞治
- 商業使用人及ヒ代理商ニ付テノ講演.....法 法學士 松本 丞治
- 無宜取ノ戰爭ト報仇トノ差異ニ關スル講演.....法 法學士 秋山 雅之介
- 羅馬法(自二九頁至三六頁).....法 法學士 田 中 遜

雜報 ○最近列例要旨雜報

◎高等科講義錄 每月二回發行月謝金四十錢

○入學志望者ハ此際至急申込マルヲ可トス

三十六年三月

和佛法律學校

法學志林

每月一四十五日發行
校友入生、校外生二部、
一冊特價銀四角九錢
十冊前金銀紙幣金八十錢

第四十號

(二月十五日發行)

志林

○最近判例批評其六 法律博士 梅 謙次郎
○法律行為ノ原因(續) 法律博士 岡松參太郎
○時勢ト經濟學 法律博士 金井 延

寄書

○情區司法制度改革私議 校友 小林里平
○取引所(續) 海山 獵夫

批評

○感誦一東 校友 一柳 貞吉
○世道以外ノ合名會社業務執行員ト會社債ノ規定 法律博士 岡野敬次郎

解疑

○債權ノ擔保「保證附債權」ノ擔保力トモテ「五五折」ノ擔保力ノ許可ヲ得スシテ爲シタル行爲ノ民法第百一十二條ノ適用ノ行政法上ノ性質 法律士 坂田達二郎
○日中ニ異ニシテ官職ヲ爲シタル場合ニ於ケル職權ノ時期 法律士 秋山雅之介
○一般債權ノ擔保ノ性質ニ及ハス影響 法律士 中山成太郎

其他

判例、雜報、記事 數十件

和佛法律學校

發行所

司法省 指定

和佛法律學校

(電報番町百七十四番)

明治三十六年三月五日印刷
明治三十六年三月六日發行

(定價金貳拾五錢)

東京市牛込區牛込北町十番地

編輯兼發行所

萩原 敬之

東京市牛込區先來町三番地

印刷者

小宮 山信好

東京市芝區西ノ久保町十一番地

印刷所

金子 浩 版所

東京市麴町區富士見町六丁目十六番地

(明治二十二年十二月九日內務省許可)
(明治三十五年十一月四日第三種郵便物認可) 每月二十三日五日廿六日廿七日廿八日廿九日三十日發行
(明治三十五年十一月十八日二十日廿一日廿二日廿三日廿四日廿五日廿六日廿七日廿八日廿九日三十日發行)